지방자치단체에 대한 국가감독 수단에 관한 연구

- 법령 검토를 중심으로 -

연구자 : 김수연 책임연구위원

I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

(1) 연구의 배경

- 과거 중앙집중적 국가운영 시스템에서 벗어나 오늘날은 각 지방의 자율적 역량을 존중·강화하는 분권적 시스템으로 발전하고 있음.
- 분권화가 진전될수록 지방자치단체의 책임도 그에 따라 강화되어야 하고, 이는 중앙정부의 감독과 같은 외부통제에 의할 것이 아니라 지방자치단체 내부 통제체제의 내실화를 통하여 달성되어야 함을 의미함.
- 그러나 중앙정부는 여전히 중앙중심적 시각과 지방자치단체에 대한 불신의 시각에서 지방자치단체를 감시와 통제의 대상으로 인식하고 있는 것이 현실임.
- 대표적인 예가 최근 입법된 ‘공공감사에 관한 법률’ 및 ‘행정감사규정’ 등이라고 할 수 있음.
- 헌법이 보장하고 있는 지방자치제도의 핵심이라고 할 수 있는 자기책임성의 원칙에 비추어 볼 때, 지방자치단체가 스스로의 책임 하에 수행하는 자치사무에 대해서까지 국가감독이 광범위하게 이루어지는 것은 지방자

치의 본질을 훼손하는 것.

- 이러한 시점에서 시정명령, 직무이행명령, 감사 등 현행 각 개별법에서 규정하고 있는 국가감독 수단들을 세부적으로 검토하여 그 내용이 헌법상 지방자치원리의 구현에 부합하는지 여부를 점검할 필요가 있음.

(2) 연구 목적

- 지방자치단체의 자치권은 고유권이 아니라 국가의 통치권에서 전래된 것이라고 보는 전통적 관점에서는 지방자치단체는 국가와 대등하거나 국가로부터 전적으로 독립된 단체가 아니라, 기본적으로는 국가 내에서의 자치행정조직으로서의 지위를 가진다고 보고 있고, 이에 따라 일정한 한도에서 국가가 지방자치단체의 자치행정에 대하여 관여·감독하는 것이 인정되고 있음.
- 그러나 지방자치단체는 자치권과 독립성이 보장되는 공법인으로서 중앙행정기관의 하부기관이 아님.
- 또한 국가의 감독이 일정부분 인정된다고 하더라도 그 감독은 지방자치단체를 통제·감시하는 것에 목적이 있는 것이 아니라, 자치행정의 원활하고 효율적인 수행 및 이에 대한 후원의 견지에서 인정되어야 함.
- 이러한 입장에서 현행법상 인정되고 있는 지방자치단체에 대한 국가의 감독 수단들을 검토하여 그 수단들이 감독의 목적과 헌법이 보장하고 있는 지방자치원리에 부합하는지 여부를 살펴보고자 함.
- 현재 지방자치단체에 대한 국가의 감독권 남용문제를 지적하고 지방자치원리에 따른 국가감독 수단의 한계와 내용을 도출.
 - － 특히 지방자치단체에 대한 국가의 감독 수단에 관한 세부적인 법령 검토를 통해 중앙 중심적 시각 및 지방에 대한 중앙의 감시·통제 중심의 시각을 비판하고, 이에 대한 입법적 개선 방안을 제시.
- 이러한 연구를 통하여 현행 지방자치단체에 대한 국가의 감독수단에 관한 법령들이 지방자치단체에 대하여 자치권 보장 중심으로 운용되고 있

는지 여부를 점검하고 문제점을 적시.

- 특히 지방자치단체에 대한 중앙정부의 감시·통제적 성격이 매우 강한 것은 헌법상 지방자치보장의 원리에 부합하지 않음을 지적·비판하여 지방자치단체의 자치권 보장 요구 및 국가감독권의 한계에 대한 인식 확대에 기여하고 개별 감독 수단 관련 법령에 대한 자치권 중심의 입법적 개선 방안 제시함으로써 제도의 개선에 기여할 것으로 기대.

2. 연구의 범위 및 방법

(1) 연구의 범위

- 국가의 지방자치단체에 대한 감독 수단은 크게 감독 주체(기관)에 의한 분류로 국회·중앙행정기관(행정안전부)·감사원에 의한 감독·통제와 수단에 의한 분류로 입법적·사법적·행정적 제도상의 수단으로 분류할 수 있음.
- 입법적 수단은 행정입법에 의한 조례제정권의 범위 제한으로서 직접적 감독 수단이라기보다 간접적 규제의 성격이 강하므로, 주로 사법제도상의 수단 및 행정적 수단을 중심으로 검토.
- 먼저 대원칙으로서 지방자치단체에 대한 국가감독의 본질을 살펴보고, 지방자치단체에 대한 국가감독 수단의 한계를 지방자치제도 보장의 본질·기본원리상의 한계, 국가감독의 본질상 한계, 법치국가적 원리상의 한계로 나누어 검토.
- 개별적인 지방자치단체에 대한 국가감독 수단에 대한 검토는 입법적 수단, 사법적 수단, 행정적 수단으로 나누어 살펴보고자 하는바, 특별히 지방자치단체에 대한 감사는 대표적인 지방자치단체에 대한 국가의 감독 수단으로 작용하고 있을 뿐 아니라, 그 성격상 행정적 수단으로서의 요소와 사법적 수단으로서의 요소들이 공존하므로 별도로 검토하고자 함.¹⁾

1) 지방자치단체에 대한 국가의 '감독'과 '감사'의 개념설정 및 구분이 필요하다. 감사(監査:

- 구체적으로 지방자치단체에 대한 감사에서는 지방자치단체에 대한 감사의 종류와 문제점을 검토.
- 입법적 수단으로서 행정입법에 의한 조례제정권의 범위 제한의 문제점을 검토.
- 사법적 수단으로서 행정심판제도에서의 재결청 문제와 기관소송에서 주무부장관의 재의요구·제소지시·직접제소권과 기타 분쟁조정 등에 대하여 검토.
- 행정적 수단으로서 주무부장관의 시정명령 및 취소·정지와 직무이행명령, 각종 승인·협의, 보고 등의 요구에 대하여 검토.
- 위에서 살펴본 지방자치단체에 대한 국가감독 수단의 개선방안을 모색.
 - － 구체적으로 지방자치단체에 대한 감사제도의 개선방안, 입법적 수단의 개선방안으로서 조례제정권의 범위 확대를 위한 방안을 검토, 사법적 수단 및 행정적 수단들의 개별 개선방안을 모색하여 입법적 개선방안을 제시.

(2) 연구 방법

- 연구 방법으로서 현행 국가감독 수단에 대한 전반적 검토를 시도하는 바, 주로 법령과 문헌에 의한 연구를 통하여 수행.
- 지방자치단체에 대한 국가의 감독 수단을 규정하고 있는 지방자치법, 감사원법, 지방재정법, 정부조직법 등 개별 법령에 대한 검토와 분석 및 비

audit)란 ‘감독하고 검사함’, 감독(監督: supervision)은 ‘어떤 사람이나 기관이 다른 사람이나 기관을 감시하고 지시·명령 또는 제재를 가하는 일’을 의미한다(출처: 민중엡센스 국어사전, 민중서림, 2007). 사전적 표현으로는 ‘감독’은 보다 일반적이고 넓은 의미로 사용할 수 있을 것이고, 회계감사와 같은 특수한 감독을 의미하는 경우에는 ‘감사’로 표현하는 것이 정확한 것으로 판단된다(물론 영어의 의미로는 양자는 일반적·특수적 관계라기보다는 개별적으로 사용영역이 다른 구별 개념으로 보인다. "supervise"; to be in charge of an activity or person, and make sure that things are done in the correct way, "audit"; an official examination of a company's financial records in order to check that they are correct, 출처: longman dictionary of contemporary english, 2005). 따라서 이 글에서는 ‘감사’를 포함하여 국가의 일반적인 지도 및 지시 등을 의미하는 경우에는 ‘감독’이라는 용어를 사용하고, 특별히 회계감사·직무감찰 등을 내용으로 하는 법률상 용어를 의미하는 경우에는 ‘감사’로 사용하기로 한다.

판을 시도하고, 국내외 각종 단행본 및 논문을 비롯한 문헌연구를 기본적인 연구방법으로 선택함.

Ⅱ. 지방자치단체에 대한 국가감독의 본질과 한계

1. 지방자치단체에 대한 국가감독의 허용 여부

(1) 허용여부에 대한 견해

- 지방자치단체에 대한 국가의 감독 및 통제를 인정할 것인가에 대하여 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있음.²⁾
- 부정설 1 : 지방자치단체는 국가와 마찬가지로 독립된 법인격을 가진 고권 주체로서 헌법상 자치사무에 대한 포괄적 보장이 규정되어 있으므로 지방자치단체에 대한 국정감사를 부인하는 견해.³⁾
 - － 지방자치행정은 국가구조의 틀 안에서 민주주의 원리와 수직적 권력분립을 통해 정당화되고, 분권적이면서 국가의 부담을 완화시켜 주며, 자치를 매개로 하여 공적 사무를 자기책임으로 수행하는 행정형식이기 때문에 자치사무에 대한 국가의 감사는 지방자치제도의 본질을 해할 가능성이 크므로 지양되어야 함을 논거.

2) 지방자치단체에 대한 국가의 '감독'과 '감사'의 구별에 대하여, 이하에서 소개·검토하는 의견들은 국가의 '감사'에 대해서만 인정 여부를 논하는 것으로 보이는 견해도 있고, '감독'과 '감사'를 같은 의미로 사용하는 것으로 보이는 견해도 있다. 원문의 표현에 따라 '감사'를 사용한 경우에는 그대로 사용하되, 양자를 같은 의미 내지는 포괄적인 의미로 사용한 것으로 판단되는 경우에는 부연하여 설명하기로 한다.

3) 김호섭·김성철·김병기·권혁성(이하 '김호섭 외'), "지방자치단체에 대한 국정감사의 법적 한계와 역기능적 실태", 「한국행정학보」 제36권 제2호(2002), 192쪽.

- 부정설 2 : 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 중앙정부는 국가사무를, 지방자치단체는 지방적 사무를 각각 처리하여야 하며 중앙이 지방에 관여하여서는 안 된다고 보는 견해.⁴⁾
 - 이는 국민주권주의를 이념으로 하는 자유민주주의 국가에서는 중앙정부와 지방자치단체의 기관을 모두 국민(또는 주민)이 직접 선출하며, 선출된 공직담당자들은 국민(또는 주민)의 감시·통제를 받아야 하는 점에서 다를 바 없음.
 - 즉 국가와 지방자치단체가 각각 독립된 법인격을 가지고 있고, 기관을 선거로 뽑는다는 점에서 보면 중앙정부가 지방자치단체의 권한을 침탈하여 집권화할 이유가 없고, 지방자치단체의 자치권을 침해해야 할 이론적 정당성이 없음.
 - 중앙과 지방의 관계는 권력적 감독관계가 아니라 기능적 협력관계가 되어야 하므로 중앙정부가 지방자치단체를 감사⁵⁾하겠다는 것은 시대착오적인 중앙집권적 발상이며 지방화에 역행하는 논리.
- 제한적 긍정설 1 : 제한된 범위에서 국가의 지방자치단체에 대한 감독과 통제권을 인정하는 견해⁶⁾
 - 지방자치단체의 자치행정은 국가통치질서 내에서 인정되는 것이고, 따라서 지방자치는 국법질서의 한계 내에서 인정되어야 하며 최소한 지방자치행정의 국가법질서에 대한 위반은 통제되어야 하기 때문에 지방자치단체에 대한 국가의 감독과 통제를 전면 부인하는 것은 타당하지 않음.⁷⁾
 - 지방자치단체에 대한 국가의 감독과 통제는 국가 전체의 법질서 통일성과 국가의 이익을 수호하는 목적적 측면, 지방자치단체 내부의 감독과 통제가 갖는 문제점을 보완하도록 지원하는 기능을 수행할 수 있다

4) 정세욱, “지방자치단체 감사체계에 관한 연구”, 공공감사에 관한 법률 제정 관련 지방감사제도개편 대토론회 발표 논문, 한국지방행정학회(2004), 21-22쪽 참조.

5) 이 경우, ‘감사’는 ‘감독’의 의미와 동일하게 사용한 것으로 판단된다.

6) 김호정, “지방자치단체에 대한 국가의 감독과 통제”, 「외법논집」 제33권 제2호(2003), 510-511쪽 참조.

7) 김호정, 위의 글, 510쪽.

는 기능적 측면, 국가정책에 영향을 미칠 수 있는 지역적인 문제를 집중적으로 견제함으로써 지방과 국가 간의 연계성을 조율할 수 있고 국가가 위임한 사무와 자치단체의 고유사무에 대해 책임성 있는 집행을 유도하는 기능을 수행할 수 있다는 현실적 측면에서 근거.

- 제한적 긍정설 2 : 제한적 범위에서 지방자치단체에 대한 국가 감독 인정
 - 국가행정과 지방행정의 조화를 도모해야 하는 국가정책적 차원에서, 국가사무를 지방자치단체에 위임함에 따른 국가적 감독권 행사 차원에서, 그리고 중앙정부로부터 지방자치단체에 이입되는 지방교부금, 지방양여금, 보조금 등의 지원 재정에 대한 재정적 통제차원에서 필요성이 있다고 보는 견해⁸⁾

(2) 검토

- 제한적 긍정설1의 논거를 검토해 보면, 자치사무 중 국가전체의 법질서 통일성과 국가이익에 관계되는 사안이나 국가정책에 영향을 미칠 수 있는 지역적인 문제인 자치사무는 현실적으로 거의 존재하지 않음.
- 기능적 측면에서도 내부적 통제의 문제점은 지방의회의 견제를 통해서 해결·보완할 수 있고, 지방의회나 주민의 감시·통제를 강화하여 지방자치단체 내부에서 해결하는 것이 우선적 고려의 대상이고, 외부통제 특히 국가를 통한 감시·감독의 강화로 해결하는 것은 바람직하지 않음.
- 제한적 긍정설2의 논거 중 지방재정에 대한 지원·교부 등을 이유로 국가통제를 정당시 하나, 국가가 지방에 교부하는 교부금은 원칙적으로 지방의 수입(지방세)이 되는 지방의 재정이고, 보조금 지급대상 사무는 국가의 사무이므로 위임의 범위 안에서만 한정된 지시·감독이 타당할 뿐.
- 따라서 헌법상 지방자치제도 보장의 원리와 지방자치단체의 자치권을 보장하는 측면에서는 부정설이 타당.
- 그러나 현실적으로 드물게 국가 전체의 이익과 관련된 사안이 있을 수

8) 김병국, 금창호, “지방자치단체에 대한 중앙감사기능의 재조정방안”, 2000년도 기획세미나 발표논문집 별쇄본, 「지방정부의 리더십과 문화산업정책」(2002), 69쪽 참조.

있고, 국가의 위임사무를 수행하는 한에서는 지방이 국가의 일부로서 기능하는 것이므로 상급기관으로서의 지위를 부정할 수 없으므로 제한된 범위에서의 국가 감독을 인정할 필요는 존재할 것.

- 지방자치단체에 대한 국가 감독을 인정한다고 하더라도 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 무제한으로 허용되는 것인가? 국가의 감독을 허용한다면 그 한계는 없는 것인가? 한계가 있다면 그것은 어떠한 기준에서 인정할 수 있을 것인가? 등에 대한 대답이 필요.

2. 지방자치단체에 대한 국가감독의 본질

- 국가는 전체로서의 법질서를 유지하기 위하여 지방자치단체의 행정이 법에 따라 이루어지는지를 감독하여야 함.
- 다만, 지방자치단체에 대한 국가의 관여는 무제한적으로 허용된다고 볼 수 없고, 헌법에 의한 자치권 보장과의 상관관계에서 파악되어야 함.
- 지방자치단체에 의한 사무수행에 대한 국가의 감독은 지방자치단체가 수행하는 사무유형에 따라 달리 취급되어야 하는 것.
- 이에 따라 특히 자치사무에 대한 국가의 감독은, 지방자치단체의 전권한성 및 자기책임성을 고려할 때, 자치사무의 수행이 법률의 범위를 벗어났는가 하는 법률적합성에 대한 감독에 그쳐야 함.⁹⁾
- 넓은 의미에서 지방자치단체에 대한 감독의 취지는 궁극적으로는 국가에 의한 지방자치제도의 보호·육성의 의미까지 포함하는 것.
- 따라서 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 지방자치단체에 대하여 조언하고, 지원하며, 지방자치단체의 자주적인 결정능력과 책임성을 강화하는데 기여하는 것이어야 하는 것이지, 국가의 감독으로 인하여 지방자치단체가 자기책임으로 사무를 수행하는 것이 어렵게 되는 등 헌법상 보장되는 지방자치권을 공허하게 하는 것이어서는 안 됨.¹⁰⁾

9) 홍정선, 「지방자치법학」(2002), 489쪽.

10) 김남철, “지방자치단체 감사체계 개선을 위한 법적 과제”, 현대 법치국가에서의 적극행정과 공공감사-한국공법학회·감사원 공동학술대회 자료집(2009), 106쪽.

- 이와 관련하여 독일에서는 지방자치단체에 대한 감독의 우선적 기능은 무엇보다도 지방자치단체에 대한 조언과 후원 등을 통하여 자치행정을 촉진하고, 지방자치단체의 권리를 보호하는 것이라는 원칙을 천명하고 있음.
- 그 대표적인 예가 메클렌부르크-포어포메른 州 지방자치법 제78조
 - 이에 의하면, 지방자치단체에 대한 감독은 자치행정을 촉진하고, 지방자치단체의 권리를 보호하고, 그 의무수행을 보장하는 것이어야 하며, 감독은 무엇보다도 지방자치단체에게 조언, 후원을 하는 것이어야 하고 지방자치단체의 기관의 결단과 책임을 촉진하는 것이어야 한다는 점을 분명히 하고 있음.
 - 또한 작센-안할트 州 지방자치법 제113조는 지방자치단체에 대한 감독은 지방자치단체의 권리를 보호하고, 그 의무수행을 보장할 수 있도록 행사되어야 하고, 감독은 지방자치단체의 결단과 책임을 촉진하고 지방사무의 해결에 있어서의 경험을 중개하는 것이어야 한다고 규정.
 - 바덴-뷔르템베르크 州 지방자치법 제118조 제3항도 감독은 지방자치단체의 결정력과 책임성이 침해되지 않도록 행사되어야 한다고 규정.
 - 바이에른 州 지방자치법 제108조는 감독기관은 지방자치단체의 사무수행에 있어서 지방자치단체에 충분히 조언하고, 지원하고, 보호하여야 하며, 지방자치단체의 기관의 결정력과 자기책임성을 강화하여야 한다고 강조하고 있음.
- 결국 지방자치단체에 대한 사후 통제의 성격도 중요하지만 궁극적으로는 이에 앞서 지방자치단체에 대한 조언과 후원을 통하여 헌법이 보장하는 지방자치를 보호하고 육성하는 것이 지방자치단체에 대한 감독의 원칙이고 목적이라는 점이 분명하게 인식될 필요가 있음.

3. 지방자치단체에 대한 국가감독 수단의 한계

(1) 지방자치제도 보장의 본질 · 기본원리상의 한계

- 지방자치제단체에 대한 국가의 감독은 자치권의 보장, 전권한성의 원칙, 자기책임성의 원칙, 보충성의 원칙이라는 지방자치제도 보장의 본질 및 기본원리에 따라 이루어져야 한다는 한계를 가짐.
- 우리 헌법에서 보장하고 있는 지방자치권은 법령의 범위 내에서, 법령에 저촉되지 아니하는 한에서 누릴 수 있는 한계적 성격을 띤.
- 그러므로 지방자치권의 행사범위는 개별 법령들에서 지방자치단체의 자치권행사의 여지를 어느 정도 남겨두고 있는가에 따라서 지방자치권의 실질적 구현의 정도가 결정되는 결과.
- 지방자치권의 행사여지가 개별 법령에 의해 너무 제약되어 그 존재의의가 공동화되면, 이는 헌법이 보장하고자 하는 지방자치제도에 배치되는 것.
- 바로 이러한 점에서 지방자치단체의 구성·운영·재정 및 사무 등에 있어서 국가의 법령제정에 있어서 일정한 내재적 한계가 존재.
- 국가의 입법자가 행할 법령제정의 내재적 한계는 국가 전체의 공적 이익을 위하여 꼭 필요한 경우가 아니라면, 지방자치단체가 그 공적 사무에 관한 입법이나 집행권한을 행사할 수 있도록 보장해 주는 것이 지방자치에 대한 제도적 보장의 핵심.
- 따라서 지방자치단체에 대한 국가의 감독권의 행사는 이러한 지방자치제도가 갖는 본연의 취지를 잘 살이고 실질적으로 행사할 수 있도록 지방자치단체의 자치권 행사의 여지를 충분히 남겨두는 것이 필요.

(2) 국가감독의 본질상 한계

- 지방자치단체에 대한 조언과 후원을 통하여 헌법이 보장하는 지방자치를 보호하고 육성하는 것이 지방자치단체에 대한 감독의 원칙이고 목적이라는 점에 비추어 국가의 지방자치단체에 대한 감독은 지방자치를 보호하고 지방자치단체의 발전을 위한 조언과 후원의 역할을 하여야 하는 점에

서 이러한 목적과 본질에서 벗어난 국가감독은 감독권 행사의 합목적성에 비추어 타당하지 않음.

(3) 법치국가적 원리상의 한계

- 비례성의 원칙 즉 광의의 비례원칙은 오늘날 전 영역에 걸쳐 적용되는 법원칙으로서 이 원칙이 지방자치단체에 대한 감독에 있어서도 적용된다는 점은 이미 확립된 법리.
- 따라서 국가의 지방자치단체에 대한 모든 감독수단은 그것이 정당한 목적을 가지는 것이어야 하고, 그 수단이 추구하는 목적달성에 적합한 수단이어야 하고, 목적달성에 적합한 수단이라고 하더라도 침해 또는 제한은 최소한으로 이루어져야 하며, 침해되는 법익과 감독을 통한 보호되는 이익 사이에 균형을 이루어야 할 것.

Ⅲ. 지방자치단체에 대한 국가감독 수단

1. 문제의 제기

- 국가의 지방자치단체에 대한 감독 수단은 크게 감독 주체(기관)에 의한 분류로 국회·중앙행정기관(행정안전부)·감사원에 의한 감독·통제와 수단에 의한 분류로 입법적·사법적·행정적 제도상의 수단으로 분류할 수 있음.
- 감독기관에 의한 분류는 형식적 분류로서 분류 자체는 용이하나, 구체적인 감독의 내용을 분석·검토하여 문제점을 지적하는 경우 동일 내용을 반복하여 언급하여야 하는 문제점 존재

- 따라서 감독수단의 성격에 따라 동일한 원리에 따른 비판이 용이하다는 장점에 의거, 입법적·사법적·행정적 제도상의 수단으로 분류하여 검토하기로 함.
- 특히 지방자치단체에 대한 감사는 대표적인 지방자치단체에 대한 국가의 감독 수단으로 작용하고 있을 뿐 아니라, 그 성격상 행정적 수단으로서의 요소와 사법적 수단으로서의 요소들이 공존하므로 별도로 검토함.
- 구체적으로 지방자치단체에 대한 감사에서는 지방자치단체에 대한 감사의 종류와 문제점, 입법적 수단으로서 행정입법에 의한 조례제정권의 범위 제한의 문제점, 사법적 수단으로서 행정심판제도에서의 재결청 관련 문제와 기관소송에서 주무부장관의 재의요구·제소지시·직접제소권과 기타 분쟁조정 등에 대하여 검토하고, 행정적 수단으로서 주무부장관의 시정명령 및 취소·정지와 직무이행명령, 각종 승인·협약, 보고 등의 요구에 대하여 살펴봄.

2. 지방자치단체에 대한 감사

(1) 개설

- 몇 해 전 감사원이 지방선거를 앞두고 지방자치단체에 대하여 일제감사를 실시하기로 한 바 있었고, 이에 대하여 전국시장군수구청장협의회가 이에 반발하여 감사원의 이러한 감사는 지방자치의 본질을 훼손하는 감사권의 남용으로, 이러한 중복감사를 할 수 없도록 해야 한다고 주장, 이어 헌법재판소에 감사원 감사의 취소를 구하는 권한쟁의심판을 청구.
- 2006년에는 당시 행정자치부가 서울특별시를 상대로 실시한 정부합동감사에 대하여 서울시에서는 합동감사대상으로 지정된 사무 중 [별지]목록 기재 사무는 청구인의 고유사무인 자치사무인데, 그에 관한 법령위반사실이 밝혀지지 아니하였고 법령위반 가능성에 대한 합리적인 의심조차 없는 상황에서 구 지방자치법 제158조 단서에 위반하여 사전적·포괄적으

로 이 사건 합동감사를 실시하는 것은 헌법과 지방자치법이 부여한 서울시의 자치행정권, 자치재정권 등 지방자치권을 침해하였다고 주장하며 권한쟁의 심판을 청구한바 있음.

- 이에 대하여 헌법재판소는 감사원 감사에 대한 권한쟁의사건에서는 헌법의 취지, 현행 감사원법의 근거규정 및 지방자치단체의 여건 등을 고려하면, 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사의 근거규정은 그 목적의 정당성과 합리성을 인정할 수 있고, 또한 지방자치단체의 고유한 권한을 유명무실하게 할 정도로 지나친 제한을 함으로써 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고는 볼 수 없다고 결정.¹¹⁾
- 그러나 정부의 합동감사에 대한 권한쟁의사건에서 헌법재판소는 지방자치단체의 자치사무에 대한 사전적·포괄적 정부합동감사에 대해서 행정안전부장관 등이 감사실시를 통보한 사무는 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 있어 사실상 피감사대상이 특정되지 아니하였고, 행정안전부장관 등은 합동감사실시 계획을 통보하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니하였으므로, 이는 구 지방자치법 제158조 단서 규정상의 감사개시요건을 전혀 충족하지 못한 것으로서 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 서울특별시의 지방자치권을 침해한 것이라고 결정.¹²⁾
- 이러한 헌법재판소 결정의 내용을 살펴보면, 표면적으로는 감사원의 지방자치단체에 대한 감사는 합목적성 통제까지 허용하는 반면, 지방자치단체의 자치사무에 대한 행정안전부를 포함한 정부합동감사 등의 경우에는 합법성 감사만을 인정, 사전적·포괄적 감사를 배제하고 있음.
- 정부의 합동감사 등에 대하여 합법성 통제만 허용하고 그 범위를 제한한 것은 환영할 일이나, 자치사무에 대해서도 정부의 감사 자체는 허용하고 있는 점, 특히 감사원에 의한 감사는 자치사무와 위임사무의 구분 없이 합법성은 물론 합목적성 통제까지 허용하고 있는 점은 국가에 의한 지방자치단체에 대한 지나친 통제를 허용하는 것으로 판단됨.

11) 헌재 2008. 5. 29, 2005헌라3 결정.

12) 헌재 2009. 5. 28, 2006헌라6 결정.

(2) 지방자치단체에 대한 국가 감사의 종류

- 우리나라 현행법상 지방자치단체에 대한 감사를 유형별로 구분해 보면, 먼저 국가에 의한 감사로서 ①국회의 국정감사, ②감사원의 감사, ③중앙부처의 감사가 있고, 지방자치단체 차원에서의 감사로서 ④지방의회에 의한 감사와 ⑤지방자치단체의 집행기관이 행하는 자체감사 등이 있으며, 그 밖에 주민감사청구에 의한 감사를 실시할 수도 있음.
- 이러한 감사의 구체적인 법적 근거는 국정감사및조사에관한법률, 감사원법, 지방자치법, 행정감사규정, 행정권한의위임및위탁에관한규정, 각 지방자치단체의 감사규정 등을 들 수 있음.
- 이 글에서는 지방자치단체에 대한 감사제도의 전반적인 면을 다루는 것이 아니라, 감사가 국가의 감독수단으로서 작용하고 있는 면을 집중하고자 하므로 국회의 국정감사와 감사원의 감사, 중앙부처에 의한 감사를 중심으로 검토함.

① 국회의 국정감사

- 국회는 헌법 제61조, 국회법 제127조 및 국정감사및조사에관한법률(이하 국감법)에 의하여 각 소위원회 소관사항에 대하여 국정감사를 실시.
- 국회의 지방자치단체에 대한 국정감사는 국감법 제2조 제1항에 의하면, 소관 상임위원회별로 관련 정책에 대하여 매년 실시되고 있으며, 광역지방자치단체의 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업은 필요적 감사대상이지만, 그 외 기초지방자치단체의 경우에는 본회의가 특히 필요하다고 의결한 경우에 한하여 감사의 대상이 됨(국감법 제7조).

② 감사원의 감사

- 감사원은 헌법과 감사원법에 근거하여 지방자치단체에 대한 회계감사와

직무감찰을 수행.

- 지방자치단체에 대한 회계감사는 필요적 감사와 선택적 감사로 구분되며, 지방자치단체의 회계와 지방자치단체가 자본금의 2분의1 이상을 출자한 법인의 회계는 필요적 감사사항(감사원법 제22조 제1항).
- 그밖에 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 보조금·장려금·조성금 및 출연금 등을 교부하거나 대부금 등 재정 원조를 제공한 자의 회계, 지방자치단체가 그 보조금·장려금·조성금 및 출연금 등을 다시 교부한 자의 회계, 지방자치단체가 자본금의 일부를 출자한 자의 회계, 지방자치단체가 채무를 보증한 자의 회계, 「민법」 또는 「상법」 외의 다른 법률에 따라 설립되고 그 임원의 전부 또는 일부나 대표자가 지방자치단체에 의하여 임명되거나 임명 승인되는 단체 등의 회계, 지방자치단체와 계약을 체결한 자의 그 계약에 관련된 사항에 관한 회계(감사원법 제23조제1항) 등은 지방자치단체와 관련된 선택적 감사사항.
- 이러한 회계감사 외에도 감사원은 지방자치단체에 대하여 직무감찰을 할 수 있음.
- 감사원법 제24조 제1항에 의하면, 지방자치단체의 사무와 그에 소속한 지방공무원의 직무, 지방자치단체가 자본금의 2분의1 이상을 출자한 법인의 사무와 그에 소속한 임원 및 감사원의 검사대상이 되는 회계사무와 직접 또는 간접으로 관련이 있는 직원의 직무, 법령에 따라 지방자치단체가 위탁하거나 대행하게 한 사무 등이 감사원의 직무감찰 대상으로 규정.
- 직무감찰은 인사권자의 권한에 속하는 사항으로 감사원이 이에 관여한다는 것은 지방자치단체의 인사고권과 양립하기 어려운 규정임.¹³⁾
- 또한 감사원법은 임용권자에게 징계요구를 할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 인사고권을 침해하고 있으므로 이러한 규정들은 삭제되는 것이 타당함.

③ 중앙부처의 감사-행정감사

13) 김호정, “지방자치단체에 대한 국가의 감독과 통제”, 「외법논집」 제33권 제2호(2009), 518쪽.

- 지방자치법 제171조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사)에 의하면, 행정안전부장관이나 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있고, 이 경우 감사는 법령 위반사항에 대하여만 실시함.
- 또한 행정안전부장관 또는 시·도지사는 이에 따라 감사를 실시하기 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등을 확인하여야 함.
- 이에 근거하여 광역지방자치단체도 기초지방자치단체의 자치사무에 대한 감사를 실시할 수 있음.
- 이에 근거하여 지방자치단체에 대한 중앙부처의 감사를 규정한 행정감사규정을 살펴보면, 행정감사규정 제2조 및 제7조에 의하면 "행정감사"(이하 "감사"라 한다)라 함은 각급 행정기관이 당해 기관 또는 그 하급기관의 업무 운영실태를 파악하여 정부시책의 모든 단계에서의 적정 운영여부와 공무원의 기강 위배사항을 검토·분석하고 그에 대한 시정 또는 개선방안을 마련하는 작용을 말함.
- 이는 다시 종합감사, 부분감사, 기강감사로 구분.
- 종합감사는 행정전반에 대하여 실시하는 감사를 말하고, 부분감사는 특정 행정운영 사항에 대하여 실시하는 감사, 기강감사는 각 행정기관이 당해 기관 또는 그 하급기관 소속공무원의 복무의무위반 또는 비위사실이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 당해 사실에 대하여 실시하는 감사.
- 개정된 지방자치법¹⁴⁾에 의거하여 행정감사규정 전부개정법령안(이하 '규정'이라 함)이 마련, 2010년 10월 13일 시행.
- 「행정감사규정」에서 「지방자치단체에 대한 행정감사규정」으로 법령의 제목부터 변경되어 지방자치단체에 대한 감사에 적용됨을 분명히 하고 있음.
- 규정은 자치사무 감사와 관련한 권한쟁의심판에서 지방자치단체 자치사무에 대해 사전·포괄적으로 감사를 실시하는 것은 감사개시요건을 충족

14) 이법래 의원안, 2010.5.19 국회통과.

하지 못하여 지방자치권을 침해하는 것이라는 헌법재판소의 결정취지(‘09.5.28)를 반영하여 자치사무에 대한 감사의 범위, 위법행위확인을 위한 사전절차 보완, 감사중복 금지 등 수감부담 경감을 위한 방안을 도입하고자 함을 목적으로 표방하고 있으나, 내용이 충분히 그 취지를 반영하고 있는지에 관해서는 면밀한 검토가 필요.

- 규정의 주요 내용을 살펴보면, 제1조에서 주무부장관, 행정안전부장관 또는 시·도지사가 「지방자치법」 제167조, 제171조 및 제171조의2에 따라 실시하는 지방자치단체에 대한 행정감사의 절차·방법 및 효율적인 감사체계의 확립에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 함을 명시, 행정안전부장관 또는 시·도지사가 지방자치단체의 자치사무에 관하여 감사를 실시할 때에는 감사 실시 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등의 확인을 위하여 사전 자료조사를 실시할 수 있음을 규정(제7조).
- 또한 행정안전부장관은 정부합동감사 및 부분감사를 실시하는 경우 행정안전부 소속 공무원과 주무부장관의 추천을 받은 자 및 외부 전문가 등으로 구성된 합동감사반을 편성·운영할 수 있음(제8조).
- 주무부장관, 행정안전부장관 또는 시·도지사는 감사결과 법령상, 제도상 또는 행정상 개선할 사항이 있다고 인정되는 때에는 그 사항을 관계 행정기관에 통보할 수 있음(19조).
 - 이는 당초 “주무부장관, 행정안전부장관 또는 시·도지사는 감사결과 개별 지적사항에 대하여 신분상·행정상 또는 재정상 조치 등의 처분요구를 하여야 한다고 규정”하였던 법령안 제21조를 수정한 것.
- 행정감사규정 전부개정법령안은 감사의 종류로서 정부합동감사, 시도종합감사, 부분감사, 기강감사를 규정(제3조)하고 있는바, 이는 종전 행정감사규정에서 종합감사, 부분감사, 기강감사로 규정했던 것에 정부합동감사를 추가, 시도종합감사로 세분한 것.
- 정부합동감사의 근거 규정은 지방자치법 제171조의2 제2항에 의거 주무부장관의 위임사무 감사와 행안부장관의 자치사무 감사에 두고 있음.
- 지방자치법 제171조의2 제2항의 행안부장관의 자치사무 감사의 근거는

동법 제171조에 두고 있는바 이는 구 지방자치법 제158조와 동일.

- 결국 행안부장관의 자치사무 감사에 대한 제171조 제1항의 규정은 구 지방자치법 제158조 단서에 대한 헌법재판소의 해석과 동일하게 적용된다고 볼 수 있는 것.
- 현재 결정은 중앙행정기관의 지방자치단체에 대한 자치사무 감사의 한계를 명시하고 있는 것.
- 규정 제7조에서는 위임사무에 대한 감사를 위한 사전조사와 자치사무에 대한 감사를 위한 사전조사를 구분하여, 위임사무에 대해서는 포괄적 사전조사를 허용하면서 자치사무에 대하여는 법령위반 사실을 확인하기 위해 필요한 범위를 특정하여 제한하고 있음.
- 이는 감사사항에 대한 사전 조사는 표현의 형식상으로는 '조사'의 형식을 띠고 있으나 '조사'의 범위나 방법이 명확하지 않고 대상이 특정되어 있지 않아 이는 명백히 위법사항을 적발하기 위한 '감사'와 동일할 수 있는 위험을 피하기 위함으로 판단됨.
- 결국 '정부합동감사'와 '사전조사'의 형태가 결합하여 중앙행정기관의 지방자치단체에 대한 포괄적·사전적 일반감사의 성격을 띠고, 위법사항을 특정하지 않고 개시 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 명백히 현재 결정에 위배된다는 점을 고려한 개정으로 보임.
- 현재는 구 지방자치법 제158조 단서 규정(현 지방자치법 제171조 제1항)에 의해 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고, 또한 그 감사대상을 특정해야 한다고 보았음.
- 그런데 안 제4조는 연간감사계획의 수립을 규정하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히는 것은 규정하고 있지 않은바, 이러한 경우 현재 결정에 의하면 감사개시의 요건을 충족하지 못한 것으로 판단됨.
- 연간감사계획에 따른 자치사무에 대한 감사의 실시는 전반기 또는 후반기 감사와 같은 포괄적·사전적 일반감사 또는 위법사항을 특정하지 않

고 개시하는 감사에 해당하여 허용될 수 없는 것.

- 다만, 규정 제7조에 의하여 사전조사의 경우 자치사무에 대하여는 법령위반의 합리적 의심이 있는 경우를 적시하고 있어 이러한 규정을 준용한다면 막연한 사전적·포괄적 감사의 실시라는 위헌적 감사는 배제할 수 있을 것으로 판단됨.

(3) 지방자치단체에 대한 감사의 문제점

① 중복감사 및 과도한 감사, 전문성 결여 등의 문제

- 현행법상 지방자치단체에 대한 감사의 문제로 중복감사의 문제가 가장 많이 지적.
- 우리나라에서는 국회의 국정감사, 감사원 감사, 중앙부처에 의한 감사, 광역지방자치단체에 대한 감사, 지방의회에 의한 감사, 자체기관에 의한 감사, 주민감사청구에 의한 감사 등이 있음.
- 그 법적 근거와 감사의 내용, 대상사무 등이 매우 다양하게 규정되어 있어, 실제로 지방자치단체에 대하여 행해지는 감사의 체계와 흐름을 명확하게 파악하기 어렵게 되어있음.
- 현재 지방자치단체는 국회 및 감사원을 비롯한 여러 중앙부처에서 빈번하게 감사를 실시하는데, 감사대상, 감사내용 및 감사조치결과가 유사한 내용이 태반이어서 실제로 중복감사가 상당히 문제되고 있음.
- 이와 같이 지방자치단체에 대한 감사체계는 다수의 감사주체에 의한 중복감사가 시행되고 있으며, 내부감사에 비해 외부감사의 비중이 현저히 높은 것이 특징.
- 감사연구원의 조사결과에 의하면, 기관별로 연 평균 6.8회, 33.6일 수감, 연간 3회 이상 수감부서 39.8% 등 과도한 수감부담이 문제점으로 지적되고 있으며, 감사협력 노력이 부족하여 합동감사 수행기관이 21개에 불과하고, 대행·위탁감사는 형식화되어 각각 43개, 34개 불과하였음.¹⁵⁾

- 또 다른 연구결과를 보면, A광역시자치단체의 경우 감사원9회, 행정자치부 3회, 도의회 1회, 자체 11회 등 24차례의 감사를 받는데 모두 149일을 소비했다고 함.¹⁶⁾
- 지방자치단체 자체감사의 경우에는 전문성의 결여도 중대한 문제점으로 지적
- 전문성 확보와 관련하여 감사연구원은 감사책임자의 감사경력이 부재하거나 미흡하고, 감사책임자의 평균 재임기간이 불과 1.7년에 그치고 있으며, 전문성 확보가 어려운 감사담당자의 재직기간도 약2년에 불과하고, 전문 감사교육 이수 등은 미흡한 반면, 단기과정 위주의 이수가 주를 이루고, 전문자격증 보유율(대부분 기사자격증)이 낮다는 점을 지적.¹⁷⁾
- 감사책임자 및 감사담당자의 임명이 일반직 순환보직으로 이루어지고 있고, 심지어 감사경력이 전무한 자의 경우도 감사부서에서 근무할 수 있기 때문에 전문성이 취약하다는 문제가 있음.

② 국정감사의 문제

- 국회의 국정감사의 사무범위와 관련하여, 국정감사 및 조사에 관한 법률 제7조는 국회는 광역지방자치단체의 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업에 대해서 감사를 할 수 있도록 규정하고 있어 지방자치단체의 자치사무에 대하여는 국정감사가 제한됨.
- 그러나 실제로 국정감사의 대상 중 상당부분 자치사무까지 포함되어 있고, 조사된 바에 의하면, 전체 국정감사 가운데 자치사무에 대한 감사가 약60% 정도를 차지하는 경우도 있었음.¹⁸⁾
- 이와 더불어 국정감사에서의 자료제출요구와 관련하여 중복하여 자료제출을 요구하는 경우가 많고 또 너무 많은 자료를 요구한다는 문제점 등

15) 감사연구원, 「자체감사기구 운영 실태조사」(2009), 13쪽.

16) 권영주, “한국지방자치단체 감사의 문제점과 개선방안-일본과 비교의 관점에서”, 「한국지방자치학회보」 제16권 제1호(2004), 347쪽.

17) 감사연구원, 「자체감사 제도개선에 대한 이해관계자 설문조사 결과」(2009), 11쪽.

18) 권영주, 앞의 글, 346쪽.

이 지적되고 있음.

- 국회가 자치사무에 대하여 과도한 국정감사를 실시하고 있고, 초법적 합목적성 감사는 물론 정치적으로 처리해야 하는 사무까지도 국정감사의 대상으로 삼고 있으며, 성질상 자치사무인데도 기관위임 사무화하여 구정 감사를 실시하고 있음.
- 이는 실정법과는 무관하게 한국의 정치현실에서 지방자치단체장이 관례화되어 있는 국정감사를 거부한다는 것이 사실상 기대하기 어렵기 때문.¹⁹⁾
- 전국광역자치단체 공무원노동조합연합은 2009년 8월 3일 지방자치사무에 대한 국정감사의 배제 및 중단을 촉구하는 성명서를 발표한바 있음.

③ 중앙부처 감사의 문제

- 중앙부처에 의한 지방자치단체에 대한 감사의 문제점은 자치사무에 대해서까지 행정안전부 장관의 감사를 허용함으로써 지방자치단체의 자치권 보장을 침해할 우려가 있다는 점.
- 행정안전부장관은 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있되, 법령위반사항에 대하여만 실시한다는 제한을 두고 있고, 감사를 실시하기 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등을 확인하여야 한다고 규정하고 있음(지방자치법 제171조).
- 지방자치법 제171조는 현재의 결정 내용을 반영하여 개정된 것이나, 제171조 제1항은 개정 전에도 있었던 조문이고, 사실상 위법 여부는 감사를 해보아야 알 수 있는 것이므로 사실상 모든 자치사무에 대하여 감사가 실시되는 현실적 문제를 어느 정도 해결할 수 있을지 의문.
- 다만, 지방자치단체에 대한 행정감사규정에서 위법성 여부의 감사를 위한 사전조사에서 가이드라인을 정해두고 있어서 무제한적인 포괄적 감사는

19) 김호정, 앞의 글, 513-514쪽.

어느 정도 배제되리라는 기대 가능.

3. 입법적 수단

(1) 개설

- 자치입법권은 지방자치단체가 갖고 있는 자치권의 내용 중 가장 기본적인 권한으로 이는 근대국가의 정치, 행정의 사람이 의한 지배가 아니라 법에 의한 지배이며, 지방자치 또한 법치주의이기 때문.
- 자치입법권이라 함은 또한 지방자치단체가 자치행정에 관하여 법령의 수권 없이 자신의 사무에 대하여 자신의 책임 아래 일정한 법규를 제정하는 권한을 말하며 이는 지방자치의 핵심요소인 자기결정권의 규범적 표현이라고도 할 수 있음.
- 자치입법권의 보장은 법적으로 독립된 자주적인 단체로서 지방자치단체의 자율적인 프로그래밍(Selbsprogrammierung)의 보장이며, 자기표현(Selbstellung)의 보장이 되기도 함.
- 대표적인 자치입법원의 하나인 조례는 지방의회가 법령의 범위 안에서 자치단체의 사무에 관하여 제정하는 자치규범으로, 조례는 실정에 맞춰서 규제와 시책을 가능하게 하여 지역진흥 수단이 되며, 자치행정의 방향성에 대하여 근거와 지침을 제시하고, 행정의 계속성이 유지될 수 있도록 하고 국가 법제의 종합, 보완, 선도적 기능, 호소 기능을 수행함.
- 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 “법령의 범위 내에서 지방자치에 관한 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 있고, 지방자치법 제22조에서는 이러한 헌법규정을 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다. 다만 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하거나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 규정하여 지방자치단체의 자치입법권을 보장하고 있음.
- 자치입법권에 의해서 정립되는 자치법규에는 조례 이외에도 지방자치법

제23조에 따라 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임하는 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 규칙이 있으며, 지방자치법 제24조에서는 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다”고 하여 지방자치단체의 조례와 규칙의 입법적 한계를 정하고 있음.

- 이와 같이 국가-엄밀히 말하자면, 국회-에 의하여 지방의 자치입법권이 제약되고 있다고 볼 수 있음.
- 이것은 비단 현재 지방자치법 제22조 단서의 규정에 의하여 직접적으로 제약을 원칙화하고 있는 것 뿐 아니라 이 규정에 의하여 지속적으로 자치입법권의 범위가 국회입법권에 철저히 구속되는 결과를 가져오는 것.
- 지방자치법 제22조 및 단서조항의 개정에 관한 논란은 조례를 제정하기 위해 법률의 근거를 요하는 지방자치법 제22조의 단서를 삭제하자는 견해와 본문의 “법령의 범위 내”에서 조례를 제정할 수 있도록 하는 것을 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서” 혹은 “법령에 접촉되지 아니하는 범위 내에서” 조례를 제정할 수 있도록 개정하자는 견해로 요약.
- 이러한 견해들은 현행 지방자치법 제22조 규정은 지나치게 자치입법권을 제약하고 있다는데 그 견해를 같이하고 있음.

(2) 행정입법에 의한 조례제정권의 범위 제한

- 헌법 제117조 제1항에서 지방자치단체의 입법권이 “법령의 범위 안에서” 행사될 수 있는 것으로 규정함으로써 지방자치권의 행사범위를 한정하여 국가의 법령이 인정하는 범위 내에서만 지방자치권이 인정됨.
- 이러한 점에서 국가의 법령으로 인해 지방자치제도의 공동화 내지 형해화가 초래되어서는 안 된다는 소위 지방자치제도의 제도적 보장 (Institutielle Garantie)의 범위 내에서의 자치권을 향유하는데 그친다는 것.²⁰⁾

20) 김해룡, “지방분권강화를 위한 헌법 개정”, 한국지방자치학회 추계학술대회(2009), 13쪽.

- 전통적인 견해에 따를 때 조례에 대한 법령 우위의 원칙이 인정되며, 법령우위의 원칙에 대한 한계는 별도로 규정하고 있지 않으므로, 국가가 법령으로 지방자치와 관련된 사항을 직접 규율하는 것이 가능.
- 국가 법령이 먼저 입법되는 경우 자치입법권은 자치사무에 관하여서도 이를 위반하지 않는 범위에서만 규율할 수 있게 됨.
- 결국 자치사무에 대한 국가법령의 선점이 과도하게 일어나는 경우 자치입법권이 사실상 형해화될 수 있는 것.
- 이 때문에 자치입법권과 관련하여 자치입법인 조례에 대한 법령의 우위 원칙을 절대적으로 고수하는 한 지방자치체에서 가장 중요한 자치입법권은 결국 국가가 허용 내지 시혜하는 범위 내에서만 인정된다고 볼 수 있고, 이는 지방이 중앙에 철저히 예속되어 진정한 의미에서의 자치는 실현할 수 없게 되는 위험이 존재.²¹⁾
- 지방자치체의 형해화를 막고, 지방자치체도의 확립을 위한 보다 적극적이고 확고한 헌법적 원칙으로서 소위 '전권한성 원칙(Allzuständigkeit)²²⁾은 국가의 법령에서 다르게 정해져 있지 않는 한, 모든 지역적 공적 사무에 대한 처리권은 지방자치단체에 속한다는 것을 그 내용으로 함.²³⁾
- 이에 따라 지방자치단체의 조례가 법령에 저촉되지 아니하는 한 그 제정에 별다른 제약이 없다고 할 수 있음.
- 그러나 이 경우에도 헌법 제37조의 규정에 의해 지방자치법 제22조에서 지방자치단체가 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하거나 벌칙을 부과하고자 하는 조례를 제정하고자 하는 경우에는 반드시 법령의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있어 지방자치단체의 자치입법권은 제한되고 있음.
- 다만 지방자치단체의 입법권의 행사에 있어서 법령상 포괄적 위임이 인

21) 물론 이에 대하여 소위 '법률선점이론'에 대한 수정론이 인정되고 있으나 그 역시 법령의 입법목적이 지방자치단체의 자율성을 금지하는 취지가 아니라는 제한된 범위 내에서의 자치입법권의 인정이라는 점에서 일정한 한계를 가진다.

22) '전권한성의 원칙(Allzuständigkeit)'이란 헌법이나 법률이 국가나 그 밖의 공공단체의 사무로서 유보하고 있는 것이 아니면, 지방자치단체의 모든 사무를 지방자치단체가 임의로 처리하고 규율할 수 있는 권한을 가진다는 원칙이다(권영성, 헌법학원론, 239쪽).

23) 김해룡, 앞의 글, 13-14쪽.

정된다는 약간의 예외적인 요소에 만족할 수밖에 없음.²⁴⁾

- 현대 행정의 긴급한 과제가 공해 및 도시문제, 자연파괴 등 지역적 특성을 가지고 있는 한, 전국적·획일적인 법률만으로는 이러한 문제들에 대하여 적절하고 시의적인 대책을 감당하기에는 부족한 것이 사실임.
- 국가의 법은 전국 최저보장·규제조건을 내셔널미니멈으로 정립하고, 지방자치단체는 조례를 통하여 국가의 법률보다도 상회하는 기준을 시빌미니멈이라는 형태로 보장하는 것과 같은 구조를 취하는 것이 이미 법기술적으로 불가결한 것으로 보는 견해도 있음.²⁵⁾
- 그만큼 지방자치단체의 자치입법권의 중요성이 증대되었다고 할 것.
- 따라서 지방자치법 제22조의 개정을 통하거나 무엇보다 지역대표형 상원을 설치하는 경우 상원을 통하여 입법개선의 여지가 존재하므로, 이러한 방법을 통하여 지방자치단체의 자치입법권을 제약하는 법률유보의 문제 완화 필요함.

4. 사법적 수단

(1) 행정심판제도에서의 재결청

- 행정심판위원회의 이행명령재결이 있는 경우 처분청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 함.
- 그러나 처분청이 하지 않는 경우 4당사자의 신청에 따라 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 않는 경우에는 직접 당해 처분을 할 수 있음(행정심판법 제37조 제2항).
- 이는 행정심판위원회의 직접처분권 인정한 것.
- 위원회의 심리를 거침이 없이 순수한 처분의 형식으로 인정한 것.
- 재결자체에 고유한 위법이 있는 경우 행정심판의 청구인이 이에 대하여

24) 헌재 1995. 4. 20, 92헌마264결정; 대법원 1991. 8. 27, 90누6613판결.

25) 松下圭一, 최우용 옮김, 「지방자치의 기초이론」(2006), 102-103쪽.

항고소송 제기 가능.

- 행정심판의 피청구인인 처분청이 인용재결에 대하여 항고소송 제기 가부에 대하여 의견의 대립.
- 다수설인 부정설은 행정심판의 재결은 행정청을 기속하므로(법 제37조 제1항 근거) 처분청은 불복할 수 없다고 봄.
- 제한적 긍정설은 행정심판의 재결이 처분청 또는 감독청에 속한 행정심판위원회에 의하여 행하여지는 경우 인용재결에 대한 처분청의 항고소송 제기가능성은 부정되지만, 자치사무에 속한 처분에 대한 행정심판의 인용재결에 대하여는 지방자치단체장이 항고소송을 제기할 수 있다는 입장임.
- 이에 대하여 판례는 재결에 대하여 처분행정청인 지방자치단체장이 불복할 수 있는지 여부에 대하여 부인한 바 있음.²⁶⁾
- 적어도 자치사무에 있어서는 지방자치단체가 중앙행정기관의 하부기관이 아니라는 점에서 지방자치단체의 자치사무에 대해서까지 행정심판의 인용재결에 지방자치단체장이 불복할 수 없다고 하는 것은 지나친 해석임.

(2) 주무부장관의 재의요구·제소지시·직접제소권

- 지방자치법 제172조에 의하면, 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 함.
- 지방자치단체의 장은 의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있음.
- 또한 주무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소(訴)를 제기하지 아니하면 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지

26) 대판 1998. 5. 8, 97누15432.

결정을 신청할 수 있음.

- 이것은 지방의회의결에 대한 지방자치단체장의 견제권을 중앙정부가 행사하는 것임.
- 주무부장관의 직접제소권을 인정하는 것은 사실상 지방자치단체장의 재의요구권을 박탈하는 것임.
- 특히 법령위반사항 뿐 아니라 “공익을 현저히 해친다고 판단”되는 경우에도 이와 같은 재의와 제소지시를 할 수 있다고 규정하고 있어, ‘공익을 현저히 해친다’는 추상적이고 불명확한 표현에 대한 해석권을 자치단체장이 아닌 주무부장관에게 인정함은 자치단체장의 판단권을 불인정하는 것과 마찬가지로임.

(3) 분쟁조정 등

- 지방자치단체 상호 간이나 지방자치단체의 장 상호 간 사무를 처리할 때 의견이 달라 다툼(이하 "분쟁"이라 한다)이 생기면 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 행정안전부장관이나 시·도지사가 당사자의 신청에 따라 조정할 수 있고, 그 분쟁이 공익을 현저히 저해하여 조속한 조정이 필요하다고 인정되면 당사자의 신청이 없어도 직권으로 조정할 수 있음(지방자치법 제148조).
- 조정에 대하여 행안부장관 등으로부터 통보를 받으면, 그 조정 결정사항을 이행하여야 하고, 조정결정사항이 이행되지 않으면, 그 지방자치단체에 대하여 지방자치법 제170조를 준용하여 직무이행명령을 통해 이행하게 할 수 있음.
- 이는 결국 조정에 대하여 지방자치단체장의 불복 수단을 인정하지 않고, 특히 자치권을 침해할 우려가 높은 직무이행명령을 준용하도록 한 것은 행정안전부 및 중앙정부가 지방자치단체의 상급기관으로서 기능하도록 한다는 점에서 지방자치의 본래의 취지를 훼손하는 대표적인 수단임.

5. 행정적 수단

(1) 주무부장관의 시정명령 및 취소·정지

- 지방자치법 제169조의 해석 문제로서, 동조에 의하면 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 경우 이를 취소하거나 정지할 수 있고, 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한함.
- 또한 지방자치단체의 장은 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있음.
- 이 조항은 우리 헌법에서 보장하고 있는 지방자치단체의 자치권의 내용과 그 범위, 그리고 지방자치단체와 국가 간의 관계가 무엇인가 하는 점을 부각시켜주고 있음.
- 지방자치법 제169조에 의하면 지방자치단체 사무의 종류와 내용, 즉 자치사무와 위임사무에 따라 감독권의 행사내용이 다르다는 법리를 수용하고 있는 것.
- 이 점은 지방자치법 제170조의 직무이행 명령에서도 동일.
- 지방자치법은 특히 자치사무에 대해서도 지방자치단체가 국가 등 감독기관이 내린 시정명령을 이행하지 아니할 경우에는 감독기관 스스로 지방자치단체(장)가 행한 처분이나 조치를 직접 취소, 정지시킬 수 있는 강력한 후속적 수단을 규정하고 있는 것인 바, 과연 자치사무에 대해서도 이와 같은 강력한 후속적 수단을 규율하는 것이 지방자치제도의 본질과 목적에 부합하는 것인지 의문임.
- 또한 위법 여부에 대한 판단은 사법작용이므로 원칙적으로 사법부의 판

단이 필요하다는 점에서 지나친 조항임.

- 또한 권한분쟁사항은 헌법재판소의 권한사항임에도 불구하고 대법원의 기관소송관할권을 확대하고 있어 지방자치의 본질에 비추어 타당성을 찾기 어려울 뿐 아니라 중앙정부의 통제권을 강화하려는 의혹을 자아냄.²⁷⁾

(2) 직무이행명령

- 지방자치법 제170조는 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다고 규정.
- 또한 주무부장관이나 시·도지사는 해당 지방자치단체의 장이 제1항의 기간에 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있고, 지방자치단체의 장은 위의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있고, 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있음.
- 이러한 직무이행명령은 처분권자 스스로 잘못된 점을 교정하여 법질서의 회복을 하도록 하는 조치라고 볼 수 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 지방자치단체에 대한 중앙정부의 우월 및 지배관계를 간접적으로 인정한 결과로 볼 수 있음.
- 또한 대집행비용의 문제도 위임사무의 경우에는 그 비용부담은 위임청인 국가가 부담하는 것이 원칙임에도 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하도록 하고 있어 바람직하지 않음.
- 주무부장관의 시정명령이나, 직무이행명령에 대하여 지방자치단체장이 대법원에 제소하여 불복하도록 할 것이 아니라, 당해 지방자치단체장의 처

27) 성낙인, 「헌법학」(2010), 1122쪽.

분이나 명령 등이 위법하다고 판단하는 주무부장관이 대법원에 제소하여 사법부의 판단을 받는 제도로 수정할 필요가 있음.

(3) 승인·협의, 보고 등의 요구

- 행정안전부장관을 비롯한 주무부장관의 각종 승인이나 협의, 보고 등의 요구는 간접적 통제수단으로 작용하여 지방자치단체의 자치권을 제약하는 요인으로 남용되고 있음.

IV. 지방자치단체에 대한 국가감독 수단의 개선방안

1. 지방자치단체에 대한 감사제도의 개선방안

(1) 외부감사의 정비

- 현재 지방자치단체의 감사체계에 있어서 가장 큰 문제는 중복감사의 문제임.
- 감사원, 국회, 행정안전부, 중앙행정부처, 지방의회, 기초지방자치단체의 경우 시·도까지 감사기관으로서 감사를 하고 있고, 이에 따라 지방자치단체는 동일한 사안에 대하여 중복하여 감사를 받고 있는 실정.
- 이를 해소하기 위해서는 자체감사가 독립성과 전문성을 바탕으로 신뢰를 확보하는 것이 필요.
- 현 공공감사에 관한 법률 및 지방자치단체에 대한 행정감사규정에 근거하여 중앙부처의 합동감사가 인정되고 감사원의 자체감사실태에 대한 전면적인 심사제를 두는 이상 자체감사와 중복되는 다수의 외부감사의 문

제는 해결되기 어려울 것.

- 장기적으로 감사원의 지방자치단체에 대한 직무감찰은 삭제하고, 국회의 국정감사도 자치사무에 대해서는 제한하며, 중앙부처의 감사는 타 기관과의 감사가 중복되지 않도록 조정하여 자치사무를 제외한 위임사무에 한정하여 실시하도록 함이 타당함.
- 자치사무에 대한 감사는 지방자치단체의 자체감사와 지방의회의 감사 및 주민 청구에 의한 감사 및 주민의 참여제도 활성화를 통하는 등 지방자치단체의 자치권을 침해하지 않고 오히려 자율적으로 보장하는 방향으로 감사가 이뤄져야 할 것.

(2) 내부감사의 강화

- 내부감사제도의 문제점은 독립성과 전문성이 미약하다는 점.
- 따라서 이러한 약점을 보완할 수 있는 제도적 장치의 구현이 필요.
- 공공감사에 관한 법률에서 자체감사를 시행하는 경우에는 중복감사를 실시하지 않도록 명문화하고 감사원의 자체감사 실태에 대한 전면적인 심사제도는 폐지.
- 감사연구원의 ‘자체감사 제도개선에 대한 이해관계자 설문조사 결과’에 의하면, 중복감사를 완화하기 위한 방안으로 ‘단일 감사제 실시’(37.5%)가 가장 효과적인 것으로 나타났으며, 다음으로 ‘외부감사 상한제 실시’(18.4%), ‘감사활동 협의회 구성’(12.0%), ‘대행·위탁감사 활성화’(11.3%) 순으로 나타났음.²⁸⁾
- 감사조직의 독립성을 확보하기 위하여 감사기구를 단체장의 직속기관으로 하고, 인사제도를 개선하여 독립적 활동을 보장하여야 함.
- 감사인력의 전문성을 확보하기 위하여 가사인력의 교육과 훈련 프로그램을 강화하고, 인적·물적 관리 시스템을 도입하여 사전적 일상감사가 가능하도록 체계화 시킬 필요가 있음.

28) 감사연구원, 앞의 글, 36쪽.

2. 입법적 수단의 개선방안 : 조례제정권의 범위 확대

(1) 지방자치법 제22조 단서 삭제

- 지방자치법 제22조 단서를 삭제하여 위헌론과 합헌론의 논란의 여지를 없앴과 동시에, 지방자치단체의 자치입법권에 대한 중대한 제한을 폐지함으로써 입법의 영역에서 자치권의 보장을 강화할 수 있음.

(2) 중앙정부의 과도한 법령 선점 제한 조항 명시

- 통치작용의 근본수단이라 할 수 있는 입법권에 있어서 국가(국회)의 과도한 입법선점으로 인하여 지방자치단체가 자치적으로 결정할 수 있는 여지를 박탈하여 사실상의 자치권 행사를 제한하고 있으므로, 명시적으로 국가의 입법권의 영역을 명시하여 지방자치단체의 고유한 사무영역에 대하여는 국가의 입법권이 제한되도록 명문화할 필요가 있음.

3. 사법적 수단의 개선방안

(1) 행정청의 항고소송 제한적 인정

- 행정심판의 재결에 대하여 재결자체에 고유한 위법이 있는 경우 행정심판의 청구인이 이에 대하여 항고소송 제기 가능함과 마찬가지로 피청구인인 행정청 특히 지방자치단체의 경우 고유사무에 있어서의 자치권을 존중하는 차원에서 항고소송을 인정함이 타당.
- 즉 제한적 긍정설에 따라 행정심판의 재결이 처분청 또는 감독청에 속한 행정심판위원회에 의하여 행하여지는 경우 인용재결에 대한 처분청의 항

고소송 제기가능성은 부정되지만, 자치사무에 속한 처분에 대한 행정심판의 인용재결에 대하여는 지방자치단체장이 항고소송을 제기할 수 있다고 보고 이에 따라 입법을 명문화할 필요가 있음.

(2) 주무부장관의 재의요구, 제소지시, 직접제소권 등 삭제

- 지방자치법 제172조의 주무부장관의 재의요구, 제소지시, 직접제소권 등의 규정은 지방자치단체의 고유사무와 위임사무를 구별하여 위임사무의 경우에만 인정하고 고유사무의 경우에는 부정하는 것으로 규정하여야 함.
- 특히 법령위반이 아닌 '공익을 현저히 해친다고 판단'되는 표현은 추상적이고 불명확하며 자율적 판단을 사실상 박탈하고 있으므로 삭제하는 것이 바람직함.

(3) 분쟁조정제도의 개선

- 지방자치법 제148조의 지방자치단체 상호간의 분쟁에 대하여 직권조정제도 역시 삭제하여 지방의 자율적 해결권을 보장하고 권장하는 것이 바람직하나, 직권조정제도의 현실적 필요성을 전면적으로 부인하기는 어려움.
- 그러나 조정에 대한 지방자치단체장의 불복수단이 없다는 점을 개선하여 불복수단을 마련할 필요 있음.
- 또한 조정결정사항이 이행되지 않는 경우, 위임사무의 경우에 적용하는 직무이행명령을 준용하도록 하고 있는 점은 지방자치사무의 성격을 고려하지 않고 획일적으로 직무이행명령을 할 수 있도록 한다는 점에서 문제가 있으므로 자치사무의 조정의 경우에는 직무이행명령을 준용하는 규정을 삭제함이 타당함.
- 따라서 자치사무의 경우에는 직무이행명령의 준용 적용을 배제하여야 함.

4. 행정적 수단의 개선방안

(1) 자치사무에 대한 주무부장관의 시정명령 및 취소·정지 삭제

- 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 주무부장관의 시정명령과 취소·정지 처분권을 삭제하는 것이 타당.
- 지방자치단체장의 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 경우, 현재 지방자치법 제169조 제2항에 주무부장관의 취소처분 또는 정지처분에 대하여 지방자치단체장이 대법원에 소를 제기하도록 규정하고 있는 것을, 지방자치단체장의 명령이나 처분 등이 법령에 위반된다고 인정되는 경우 주무부장관이 제소하도록 규정하는 것이 타당함.
- 그러나 가능하다면 권한분쟁사항은 헌법재판소의 권한사항이므로 대법원의 기관소송관할권을 확대하지 않고 헌법재판제도에 의해 해결하도록 하여야 함.

(2) 직무이행명령 개선

- 위임사무에 대한 직무이행명령의 경우 대집행실시는 국가의 비용으로 부담하도록 하여야 함.
- 직무이행명령에 대하여 지방자치단체장이 이행하지 않는 경우, 지방자치단체장이 대법원에 소를 제기하여 다투는 것이 아니라 국가(주무부장관)가 대법원에 제소하여 다투도록 규정함이 타당함.

(3) 비권력적 수단을 통한 조언과 후원

- 국가의 지방자치단체에 대한 감독기능은 지방자치단체의 자치권을 보다

잘 행사하도록 조언하고 후원하는데 있으므로, 권력적 수단이 아닌 비권력적 수단을 통해 조언과 후원기능이 강화되도록 하여야 함.

- 각종 승인이나 보고, 협의 등이 권력적 작용으로 기능하지 않도록 할 필요 있으므로, 국가의 감독 작용은 원칙적으로 비권력적 작용을 우선하여 고려하도록 규정하는 것도 방법이 될 수 있음.

V. 결론

- 지방자치단체는 자치권과 독립성이 보장되는 공법인으로서 중앙행정기관의 하부기관이 아니고 헌법은 명시적으로 지방자치단체의 자치권을 보장하고 있음.
- 지방자치단체에 대한 국가의 감독이 일정부분 인정된다고 하더라도 그 감독은 지방자치단체를 통제·감시하는 것에 목적이 있는 것이 아니라, 자치행정의 원활하고 효율적인 수행 및 이에 대한 후원의 견지에서 인정되어야 함을 강조함.
- 국가의 감독 수단 중 입법적 수단으로서 행정입법에 의해 조례제정권의 범위가 제한되고 있으므로, 지방자치법 제22조 단서를 삭제하고, 국가의 입법선점을 제한하여야 함.
- 사법적 수단으로서 행정심판제도에서 재결에 이의가 있는 경우 제한된 범위에서 처분청의 항고소송 제기를 허용할 필요가 있고, 지방자치법 제172조의 주무부장관의 재의요구, 제소지시, 직접제소권 등의 규정은 지방자치단체의 고유사무와 위임사무를 구별하여 위임사무의 경우에만 인정하고 고유사무의 경우에는 부정하는 것으로 규정하여야 함.
- 특히 ‘공익을 현저히 해친다고 판단’되는 표현은 삭제하는 것이 바람직함.
- 분쟁조정제에 대한 지방자치단체장의 불복수단을 마련할 필요 있음.

- 자치사무의 경우에는 분쟁조정결정 이행에 있어서 직무이행명령의 준용 적용을 배제하여야 함.
- 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 주무부장관의 시정명령과 취소·정지 처분권을 삭제하는 것이 타당.
- 지방자치단체장의 명령이나 처분 등이 법령에 위반된다고 인정되는 경우에 주무부장관이 제소하도록 규정.
- 위임사무에 대한 직무이행명령의 경우 대집행실시는 국가의 비용으로 부담하도록 하여야 함.
- 지방자치단체에 대한 국가의 입장은 중앙부처의 하부 기관이 아니라, 대등한 지위에 있는 국정의 동반자임과 동시에 자치사무에 있어서는 자치권을 최대한 보장하여야 하는 것이 헌법의 기본원리에 부합하는 것이라는 점을 잊지 말아야 함.