

□ 연속기획 <헌법 다시보기> □

제5회

자치와 분권의 눈으로 헌법 다시보기



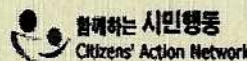
일시 : 2005년 9월 27일(화) 오후 2시
장소 : 배재대학교 학술지원센터 회의실
주최 : 함께하는 시민행동 (<http://www.action.or.kr>)
후원 : 콘라드-아데나워 재단 (<http://www.kaskorea.org>)

이 자료집은 콘라드 아데나워 재단의 후원으로 제작되었습니다

주한 독일 콘라드 아데나워 재단



전화 : 02-790-4774 팩스 : 02-793-3979
주소 : (140-210) 서울시 용산구 한남동 66-1 수영빌딩 301호
웹사이트 : <http://www.kaskorea.org> E-mail : kas@kaskorea.org



전화 : 02-921-4709 팩스 : 02-6280-7473
주소 : (136-045) 서울시 성북구 삼선동5가 100-4 시민공간 여울 2층
웹사이트 : <http://www.action.or.kr> E-mail : action@action.or.kr
후원 : 조흥 325-01-167213 (함께하는 시민행동)

□ 연속기획 <헌법 다시보기> □

제5회

자치와 분권의 눈으로 헌법 다시보기



일시 : 2005년 9월 27일(화) 오후 2시

장소 : 배재대학교 학술지원센터 회의실

주최 : 함께하는 시민행동 (<http://www.action.or.kr>)

후원 : 콘라드-아테나워 재단 (<http://www.kaskorea.org>)

개 요

연속기획 <헌법 다시보기> 제5회 “자치와 분권의 눈으로 헌법 다시보기”



- 일시 : 2005년 9월 27일(화) 오후 2시
- 장소 : 배제대학교 학술지원센터 회의실
- 주최 : 함께하는 시민행동 (<http://action.or.kr>)
- 후원 : 콘라드 아데나워 재단 (<http://www.kaskorea.org>)

사회 : 오관영 (함께하는시민행동 기획실장)

발표 :

1. 헌법이라는 틀은 자치를 담아낼 수 있나? : 하승우(시민자치정책센터 운영위원)
2. 지방자치보장을 위한 헌법개정안의 제안 : 이기우(인하대 사회교육과 교수)

토론 : 1. 강영모 (고양시 의원)

2. 김경민 (안산경실련 부장)

3. 이재은 (경기대 경제학과 교수)



목 차

헌법이라는 돌은 자치를 담어낼 수 있나? : 여승우	2
지방자치보장을 위한 헌법개정안의 제안 : 이기우	16
부록 1 : 다른 나라 헌법의 자치·분권 관련 조항	51
아메리카합중국 헌법	51
독일연방기본법	53
스위스 헌법	57
일본국 헌법	59
조선민주주의인민공화국 헌법	60
부록 2 : <헌법 다시보기> 무엇을, 왜 하나요?	63
부록 3 : 연속기획 <헌법 다시보기>의 주요 계획	67

헌법이라는 틀은 자치를 담아낼 수 있나?

박승우 (시민자치정책센터 운영위원)

자치라는 측면에서 볼 때, 한국사회의 헌법은 존재하지만 사실상 존재하지 않는 무용지물에 지나지 않았다. 한국현대사의 암울한 질곡은 헌법을 논하는 것이 얼마나 공허한 일인가를 잘 보여주기 때문이다. 1958년 조봉암이 간첩 누명을 쓰고 사형을 당했을 때, 1970년 전태일이 스스로 몸을 불살랐을 때, 1987년 박종철이 고문으로 죽임을 당했을 때, 1991년 강경대가 경찰의 쇠파이프에 목숨을 잃었을 때, 2003년 김주익이 고공의 크레인에서 목숨을 끊었을 때, 헌법은 그것을 만든 자들의 손에 의해, 그리고 그것을 집행하는 자들의 손에 의해 휴지조각으로 변해버렸다. 그리고 이런 희생에도 헌법의 권리를 막는 국가보안법이 여전히 유지되고 있는 실정이다. 이런 어둡고 공포스런 시대를 살아가는 사람들에게 정치는 희망일 수 없다. 그리고 정치를 살아있게 하는 동력인 자치는 떠나면 꿈으로만 여겨진다. 더구나 그것을 헌법에서 찾겠다니...

이 글은 한 공동체의 정신을 표현한다는 헌법이 과연 자치라는 근본적인 정치적 힘을 담아낼 수 있을까, 라는 문제의식으로 씌어졌다. 어쩌면 헌법은 정치라는 열정적인 힘, 때론 감정적으로 폭발하는 비판적인 문제의식을 포착하기에 너무 굳어있는 것일 수 있다. 더구나 한국사회에서 헌법은 언제나 대중의 정치의 반대편에 서 있었다. 그래서 한국사회에서는 헌법 이전에 현실을 먼저 바라봐야 할 필요가 있다. 이 글은 먼저 헌법이 발 딛고 섰던 현실을 살피고 자치와 헌법이 서로 교감할 수 있는 길을 모색하려 한다.

대한민국, 무늬만 민주공화국

“헌법, 헌법! 이 말은 우리 귀에 쉴 새 없이 들려오고 있습니다. 이 말은 개혁의 적들이 남의 말 잘 믿고 단순한 사람들 머리 위로 휘두르고 있는 부적입니다. 이 말은 늙고 사악한 마술사들과도 같이, 그들을 우선 마법에 걸어놓은 다음 자기네 술수가 만 들어낸 몽롱한 상태를 이용하여 득을 보고 있습니다. 그러나 엽관 모리배들이나 연금 수령자들이 자기네 생활 전체는 한결같이 헌법원칙의 위반으로 일관되어 있으면서도

헌법을 운위하고 있는 것은 마치 수도사가 인구증대를 설교하는 것이나 마찬가지입니다” 1)

자치(自治, autonomy)는 자기 삶에 대한 결정권과 연관된다. 자치는 남의 손이 아니라 자신의 손으로 자신의 삶을 다스리려는 노력이다. 그런 의미에서 자치는 ‘직접행동’(direct action)을 의미한다. 그리고 이 자치는 자신이 하고 싶은 대로, 마음대로 행동하는 게 아니다. 그것은 ‘타율’보다 더 분명하고 엄격한 ‘자율’에 따르고 능동성을 강조한다. 그리고 나를, 내 삶을 다스리려는 노력은 내가 발 딛고 서 있는 사회를 다스리려는 노력과 무관하지 않다. 사회를 바꾸려는 노력은 나 혼자만의 힘으로 불가능하기에 ‘연대’를 필요로 할 수밖에 없다. 따라서 스스로 다스리는 사람은 단려진 개인의 경계를 넘어 사회로 확장된다. 즉 자치는 나를 고집하는 것이 아니라 나의 경계를 열어 다스림의 범위를 확장시키는 것이다. 자치를 통해 우리는 소인(小人)이 아니라 대인(大人)이, 약한 개인이 아니라 강한 개인이 된다. 그리고 이런 대인과 강한 개인이 만드는 사회는 강한 사회가 되고 강한 민주주의를 실천한다. 자치는 강한 개인들이 서로 연대하며 일구는 대안적인 삶이다. 자치는 위로부터가 아니라 아래로부터 사회를 근본적으로 변화시키려는 노력이자 권력을 통해서가 아니라 삶을 통해 사회를 변화시키려는 노력이다. 그리고 이 변화의 동력은 행위자의 구체적인 욕구와 그것을 실현하려는 능동적인 직접행동을 통해 나타난다.

어원으로 따지면, 자치는 민주주의와 동의어였다. 왜냐하면 고대의 민주주의는 민중(demos)에 의한 지배(kratia)를 의미했는데, 데모스는 혈연에 따른 에트노스(ethnos)와 달리 지연에 근거한 공동체를 가리키기 때문이다. 즉 민주주의는 같은 지역에 살고 있는 주민들이 자신들의 삶을 스스로 결정하는 것을 가리켰다. 그러나 고대 도시국가에서 근대 민족국가로의 통합이 지역의 규모를 확대시키면서 민주주의는 자치와 멀어졌고 대의제(representative system)를 의미하게 되었다. 그래서 똑같이 민주주의를 얘기한다 해도 때론 그 시선이 전혀 다를 수 있다. 우리네 헌법이 규정하는 민주주의는 정당과 선거를 통한 정치참여만을 국민의 권리로 인정하는 대의민주주의 체제이다. 그런데 이 대의민주주의마저도 한국사회에서는 자의적으로 남용되었다. 즉 기득권층은 민주주의라는 말을 ‘부적’처럼 남용했고, 국민들은 신세벽에 남몰래 “타는 목마름으로 민주주의여 만세”라고 써야 했다. 우리에게 법보다 폭력이 가까웠고 노골적인 폭력이 정치의 특징이었다.

1) 이는 18세기 영국의 개혁운동가 요셉 제랄드(Joseph Gerrald)의 말이다(투스 2000: 182).

헌법의 서두를 장식하는 공화국이라는 개념 역시 그 기본정신을 독립과 자치에 두고 있다.²⁾ 그런데 근대의 자유주의가 “무엇보다도 신앙과 양심의 자유 및 생명, 개인적 자유, 재산의 보호”를 강조해 왔다면, 공화주의자들은 “시민들의 자율결정 행위를 가능케 하는 저 정치적 참정권 및 의사소통권을 방어해 왔다.”(하버마스 2000a: 98). 이렇게 보면 대한민국 헌법은 문구만 따져도 뭔가 불안하다. 왜냐하면 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히” 한다는 헌법 전문과 헌법 제 1조 1항 “대한민국은 민주공화국이다”는, 개인의 소유 보호를 최우선 과제로 삼는 자유주의와 시민들의 자율적인 정치적 의지형성을 강조하는 공화주의는 쉽사리 일치될 수 없는 개념이기 때문이다. 사실 우리네 헌법은 공적인 결정을 내려야 할 때 언제나 공화주의보다 자유주의의 편에 서 있었다. 기득권층의 사적인 이해관계가 공적인 의사결정을 가장하는 “당신들의 공화국”이었다.

우리 헌법은 사실상 만들어질 때부터 문제가 많았다. 미군정은 건준을 비롯한 자체적인 정치적 노력을 철저히 탄압했고(커밍스 2001: 269~271 참조) 자치의 전제조건인 독립성을 인정하지 않으며 지속적으로 한국정치에 영향을 미치려 했다. 그리고 제헌국회는 국민의 의사를 묻거나 수렴하지 않은 채 헌법을 제정했고 그 과정에서 정파간의 이해관계를 따르려는 비판이 국회 내에서도 제기될 정도였다(김홍우 2003: 198~208 참조). 따라서 우리 헌법은 그것을 지키고 그 정신을 실현할 사람들과 분리된 채 만들어진 본원적인 한계를 가진다.

더구나 그렇게 제정된 헌법마저도 현실에서 제대로 작동하지 못했다. 그 원인을 살펴보면,

첫째, 헌법이 내세운 주권재민(主權在民)과 인민주권(人民主權)은 한국사회에서 전통적으로 내려오던 관권민비(官尊民卑) 사상을 밑바탕에 깔고 있었다.³⁾ 관은 언제나 민위에 군림했고 민을 통제의 대상으로 보았다. 즉 시민은 정치의 ‘대상’이었지 정치의 ‘주체’로 여겨지지 않았다. 관은 계획을 구상하고 민은 그것을 실행하는 철저한 역할분담이 이루어졌다.

둘째, 헌법을 만든 사람들조차 그것을 지키려는 의지가 전혀 없었고 헌법은 수사로

2) 고대의 직접민주주의와 공화주의는 공통점을 가지고 있는데, 그것은 바로 추첨을 통한 관직의 선발이었다(마닝 2004 참조).

3) “천생권리(天生權利, 천부인권)의 대중화를 시도했던 『독립신문』은 ‘개화의 현실적인 모범’으로 간주했던 과두정치의 중앙집권적 국가인 메이지 일본의 실정대로 ‘관’과 ‘민’을 서로 본질적으로 다른 범주로 파악했다. 그리고는 민에 의한 개혁이 아닌 관에 의한(그리고 수혜자에 불과한 민을 위해 주는) 학강식 개화를 주장했다.”(박노자 2003: 38~39)

사용되었을 뿐이다.⁴⁾ 역대 정권 중 어느 누구도 민주주의를 부정하고 독재를 용인한 적은 없지만 실질적인 통치방식은 독재와 권위주의를 따랐다. 최근의 도청사건에서도 드러나듯 정보기관의 초법적인 행동이 지속되었고 부정과 부패가 속출했다.

셋째, 헌법의 정신을 따라야 할 법률들이 헌법정신의 실현을 가로막았다(특히 대표적인 악법인 국가보안법은 국민의 권리를 철저히 짓밟고 국민들의 입을 막아왔다).⁵⁾ “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”는 제 37조 1항은 공허한 수사에 지나지 않았다. ‘막걸리 반공법’이나 각종 조작사건, 고문, 의문사 등에서 드러나듯 법률은 헌법정신을 실현하지 않고 오히려 그것을 훼손시켰다.

이처럼 한국의 헌법은 그 제정과정이나 실행과정 모두에서 치명적인 한계를 안고 있다. 자연히 헌법조항에서 무엇이 권리이고 자치의 실현조건인가를 따지는 것은 현실적인 유용성을 가질 수 없다. 이는 한국사회에서 헌법과 법률이 국민적 합의나 공적인 것의 의미를 획득하지 못하고 철저하게 사유화되어 있다는 점을 뜻한다. 한국사회에서 민주공화국이라는 규정은 무엇이 공적인 것(res publica)인가를 논한다는 본뜻이 아니라 참혹한 현실을 가리는 거짓된 위장막에 지나지 않았다.

4) “‘리승만 대통령 각하의 정치이념은 철저한 자유민주주의이며 이에 반하는 어떠한 독재주의나 집권주의도 이를 용인하지 않는 것이다.’(공보실 1959, 40). 그러나 말과는 달리 이승만 정권에서 권력은 전체 권력구조의 정점에 있는 대통령 1인에게 집중되었고, 행정부 권력을 독점하고 의회 권력 위에 군림하게 된 대통령의 권력은 사인화 내지는 인격화되었다. 이것은 헌법을 포함하여 제도는 민주주의적인 반면 정치적 실천은 권위주의적인, 민주주의라는 제도적 틀과 권위주의 독재간의 불안정한 공존이라는 기묘한 결합을 만들어냈다.”(조현연 2003: 307)

5) “우리나라의 경우 1948년에 제정된 헌법은 양심의 자유와 민주주의를 보장하고 있지만, 이보다 반년 가량 늦게 제정된 국가보안법은 헌법에서 보장하는 권리들을 제약하고 있다. 헌법은 제도로서의 민주주의를 보장해왔지만, 국가보안법은 그 민주주의가 현실화되는 양태를 규정하고 있는 실질적 의미의 헌법인 것이다. 그 결과 우리나라에서는 국가 형성 이후 제도적으로는 민주주의가 이미 확보되어 있음에도 불구하고, 현실에서는 “민주화”를 요구하는 사회운동이 끊임없이 전개되었다. 이와 같은 민주화운동의 지속적 전개는 민주주의에 관한 법 제도와 법 현실 사이의 괴리를 의미한다. 이는 민주주의와 그것의 법적 제도가 외부의 힘에 의해 주어졌다는 사실, 그리고 법적 현실을 실질적으로 규정한 것은 분단체제라는 사실, 나아가 법 제도를 만들고 운영하는 주체가 분단체제를 배경으로 하는 권위주의적 지배권력이라는 사실에서 나온다.”(최정기 2002: 402) 이런 괴리는 지방자치제도 자체와 관련해서도 드러난다. “이승만 정권은 1958년 12월 24일 무술경관에 의해 야당 국회의원을 의사당 밖으로 끌어낸 후, 자유당의원만으로 국가보안법과 지방자치법 개정안을 통과시켰다(소위 2.4 파동). 국보법은 야당과 언론의 정부비판이나 반대를 크게 위축시키는 것이었고, 지방자치법은 예정된 1959년 지방자치단체장 선거에서 야당의 진출가능성을 우려하여 시, 읍, 면장 직선제를 임명제로 바꾸는 내용이었다.”(김용복 2002: 370)

자치와 헌법의 교감(交感), 얼마나 가능할까?

“국가의 권력은 국민으로부터 나온다/ 그런데 나와서 어디로 가지?
그래 도대체 어디로 가는 거지?/ 아무튼 어딘가로 가기는 가겠지?
경찰이 건물에서 줄줄이 나온다./ - 그런데 나와서 어디로 가지?
그래 도대체 어디로 가는 거지?/ 아무튼 어딘가로 가기는 가겠지!” 6)

다음으로 우리가 풀어야 할 문제는, 다른 상황에서라면 헌법이 자치를 담아낼 수 있는가, 즉 인민주권에 바탕을 둔 공화국의 헌법은 자치를 담아낼 수 있는가이다. 일단 잠정적인 결론부터 말하자면, 헌법은 자치를 담아낼 수 없다. 그러나 서로간의 교감은 가능하다. 헌법의 조항은 살아 움직이고 변화하며 성장하는 정치의 동력을 온전히 담아낼 수 없지만, 그 해석의 권한이 정치의 행위자에게 있다면 헌법은 자치와 교감할 수 있다. 그런 교감은 헌법(Constitution)이라는 말이 ‘구성, 제정’을 의미하듯 그 정당성이 과거에 의지하지 않고 끊임없이 현실에서 재구성될 때 가능하다. 따라서 입헌주의(constitutionalism)는 과거의 낡은 유물을 지키는 박물관이 아니라 변화하는 현실을 반영하고 시민의 요구에 따르는 ‘공론장’으로서의 헌법을 주장해야 한다. 그리고 헌법으로 구체화된 기본권은 결코 “공적인 토론이나 논쟁과 분리된 의제”가 아니고, 헌법제정과 민주정치 사이에는 “되풀이되고 해석적인 상호의존과정”이 존재해야 한다(Benhabib 1996: 79).

좀더 구체적으로 살펴보면 원론적인 의미에서 풀뿌리 자치와 법률, 헌법은 서로 충돌한다. 왜냐하면 입법은 정치의 장을 마련하는 전제일 뿐이기 때문이다. 기본적으로 정치란 자신을 드러내고 타자와 경쟁하는(agon) 것인데 입법은 그런 차이를 담아내지 못하기 때문이다. 그래서 고대 아테네에서 법률을 제정하는 자는 장인이나 건축가와 같이 취급되었고 해외에서 초빙하거나 시민권이 없어도 일을 맡을 수 있었다. “시민에게 법률은 도시 주변의 성벽처럼 행위의 결과가 아니라 생산의 산물이었다. 사람들이 행동하기 전에 구체적 공간이 확보되어야 하고 어떤 구조가 확립되어야 한다. 여기서 모든 차후의 행위는 비로소 일어날 수 있다. 이때 공간은 폴리스의 공론 영역이고 그것의 구조는 법률이다.”(아렌트 1997: 256) 이처럼 고대에는 정치와 입법의 역할이 엄격하게 분리되었다. 헌법은 공적인 행위의 목표가 아니라 그 수단이었다.

그러다가 정치와 입법이 서로 긴밀한 관계를 맺게 된 것은, 정치가 입법을 의미하

6) 브레히트의 시 「바이마르 헌법 제 2조」 중에서

게 된 것은 근대의 대의민주주의가 정착되면서부터였다. 왜냐하면 국회 또는 의회라는 입법부를 중심으로 정치가 전개되었기 때문이다. 그리고 대표자를 선출하는 기능으로 밀려난 시민들 역시 의회나 여론을 통해 입법활동에 영향을 미치려 했기 때문이다. 이런 대의민주주의 체계에서의 인민주권은 대의정부를 통해서만 실현되기에 르네상스 시기 이탈리아 도시공화국들의 인민주권론, 즉 인민이 스스로 평화의 수호자로 나서고 자신의 덕성을 기를 것을 강조했던 이론과도 다르다. 따라서 근대의 대의민주주의체계에서 인민주권은 권력에 정당성을 부여하는 수사로 전락할 위험이 있다. 어찌보면 대의민주주의 하에서 시민의 참여율 하락과 정치적 무관심은 고대인의 문제의식, 즉 정치는 입법과 다른 차원의 활동이라는 교훈을 무시한 결과라고 할 수 있다.

그렇다면 근대사회에서 자치란 불가능한가? 그리고 헌법은 자치를 가로막는 장애물이니 그것을 무시해야 할까? 물론 기본적으로 자치는 개인이나 공동체의 ‘직접행동’에 기초를 두기에 복잡하고 거대한 근대사회와 어울리지 않는다. 그리고 자신의 역량강화(empowerment)를 통해 문제를 해결하는 것 또한 법률이 정하는 바에 따를 것을 요구하는 헌법의 규정과 어울리지 않는다. 헌법에 따를 경우 자치는 법률이 정하지 않은 내용에 대해서만 가능하다. 따라서 자치는 근대사회나 헌법과 잘 어울리지 않는다. 그리고 더 나아가 국가체제와도 어울리지 않고 꼬문(commune)으로 불리는 자율적인 공동체와 훨씬 더 잘 어울린다.

그러나 헌법과 자치를 연관지으려는 이론적인 노력도 있다. 아렌트(Hannah Arendt)는 입법과 정치의 역할을 달리 봤지만 양자간의 상관관계를 설정한다. 아렌트는 미국의 독립전쟁과 그것을 통해 만들어진 미국헌법이 새로운 정치의 장을 마련하고 공적 자유를 확립했다고 봤다. 한편으로 아렌트는 “반란과 해방 운동이 새롭게 획득한 정치적 자유를 헌법에 담지 못한다면, 반란과 해방보다 더 무익한 것은 아무것도 없다”(아렌트 2004: 241)고 주장하며 미국헌법이 혁명에 따른 자유의 공간과 새로운 권력의 중심을 확립했다고 봤다.

그러나 아렌트는 미국헌법이 치명적인 한계를 가지고 있다고 봤다. “헌법이 그 나라의 모든 정치 행위의 실제 근원인 읍 및 읍민회관을 수용하지 못해서 일어난 오류는 결국 그들에게 사형선고나 매한가지”(아렌트 2004: 370)였기 때문이다. 헌법의 생존은 시민의 덕성과 공적인 정신에 좌우되는데, 미국헌법은 그것을 활성화시키는 공간인 풀뿌리 차원을 무시했기 때문이다. 아렌트는 정치의 새로운 동력이 헌법이라는 매개를 통해 새로운 장을 형성할 수 있다고 봤고 풀뿌리 단위의 정치적인 동력을 활성화시킬 방안이 중요하다고 주장했다. 이는 헌법이 자치의 중요성을 이해할 뿐 아니라 그것을 활성화시킬 방안을 모색해야 한다는 점을 강조한다. 헌법의 지속성은 법률조항

의 문제가 아니라 그것을 지탱할 수 있는 정치와 자치의 문제이다.

하버마스(Jürgen Habermas)는 헌법의 역할을 더 적극적으로 이해한다. 하버마스는 자유주의와 공화주의 양자의 장점을 따와서 법치국가(Rechtsstaats) 이론을 재구성한다. 하버마스는 인민주권과 인권, 민주주의와 법치국가가 개념적으로 서로 얽혀있다고 본다. 절차주의적으로 이해될 경우 인민주권은 “자유평등한 권리동지들의 연합체로 내부의 모든 이들에게 동등하게 보장되는 사적, 공적 자율성과 관련” (하버마스 2000a: 171)된다. 즉 인민주권을 권력의 소재지가 아니라 내부 구성원들의 자율성에 대한 보장으로 이해할 경우 법치국가는 민주주의와 대립하지 않는다. 법치국가에서 인권과 인민주권은 어느 한 편의 우위를 주장하지 않고 사적 자율성과 공적 자율성의 형태로 서로를 견제한다.

따라서 법은 체계의 명령을 부과하는 역할이 아니라 그 토대가 되는 생활세계의 합리화 과정의 일부로 파악된다. “정치적 의지형성, 입법, 재판과 같은 법치국가적 의사소통 형식들은 체계의 명령에 의해 압박받고 있는 현대사회의 생활세계의 합리화 과정이라는 더 포괄적인 과정의 일부이다.” (하버마스 2000b: 30) 그리고 “민주적 절차의 조건 아래에서는, 그 절차에 합당하게 생겨난 결과들은 그 자체로서 모든 참여자들의 합치된 의지를 혹은 이성적 합의를 표현” (하버마스 2000b: 133)한다. 이는 법의 정당성이 구성원들의 자율적인 자기결정과 자기실현에서 획득된다는 점을 의미한다. 그러므로 입법은 시민과 분리된 과정이 아니라 시민의 자율적 결정이 제도화되는 것이다.

하버마스의 관점을 따를 경우, 입법과 자치, 법률제정행위와 정치행위는 상호연관된다. 어느 한 편이 우위를 주장하지 못하지만, 양자는 끊임없는 변화의 흐름 속에 놓여진다. 특히 “헌법의 고정된 문장은 변화하는 해석의 흐름 속에서만 생동하는 것으로 남는다. 헌법은 시민권을 실현하기 위한 완수되지 않은, 앞으로도 결코 완수될 수 없는 프로젝트이다.” (하버마스 2000b: 6) 따라서 어떤 헌법을 만들고 어떤 조항을 삽입하고 삭제할 것인가보다 그 해석의 권한을 분산시키고 사회적 공론의 몫으로 남기는 것이 중요하다. 헌법은 민주적인 절차를 따르는 자율적인 시민의 결정이자 새로운 정치의 장을 형성하는 틀거리이다. 즉 헌법은 생활세계 또는 공론장의 활성화를 통해서만 그 정당성을 확보할 수 있고, 그럴 때에만 헌법은 자치와 교감할 수 있다.

이런 의미에서 헌법의 해석권한은 헌법재판소의 독점물일 수 없다. 하버마스는 “헌법재판소가 헌법 속에 미리 주어져 있는 실체적 가치의 실현이라는 이념에 의해 인도될 때 헌법재판소는 하나의 권위있는 층위로 변화된다” (하버마스 2000b: 317)고 경고한다. 헌법재판소는 기존의 가치나 도덕으로 변화하는 현실을 판단할 것이 아니라

“분쟁대상이 된 규범의 내용을 무엇보다 민주적 입법과정의 의사소통 전제와 절차적 조건과 관련하여 심사해야 한다.” (하버마스 2000b: 322) 그럴 때에만 헌법은 죽은 글자의 조합이 아니라 살아 움직이는 조항이 될 수 있다. 한 걸음 더 나아가 하버마스는 “우리가 헌법을 사적 자율성과 공적 자율성의 내적 연관을 구현하는 권리체계의 해석과 조형으로 이해한다면, 민주적 절차의 관철과 정치적 의견형성과 의지형성의 토의적 형식의 관철이 다루어지는 사례들에서 공격적인 헌법재판은 해로운 것이 아닐 수 있으며, 나아가 그것이 규범적으로 요청되기도 한다” (하버마스 2000b: 341~342)고 주장한다. 따라서 헌법과 관련된 논쟁은 전문가들의 독점물일 수 없으며 오히려 민주적 절차를 통해 더욱더 활발하게 제기되어야 한다. 정치적인 이해관계나 해석의 권위를 빌미로 시민들의 논쟁을 막는다면, 그것은 근대정치에서 그나마 남아 있는 자치와 헌법의 상호연관성을 부정하는 모습이다.

그리고 때로는 자치를 위한 ‘직접행동’이 법률의 테두리를 넘어설 수도 있다. 하버마스도 시민불복종의 중요성을 인정하긴 하지만 규칙을 위반하는 사람이 “자신의 주관적 확신이 무엇이든 간에 헌법을 정당화하는 승인된 원칙들로부터 자신의 불복종을 근거지을 수 있어야 한다” (하버마스 1995: 133)며 유보조항을 달았다. 물론 인권이나 자유, 평등 같은 기본적인 가치들을 부정하는 ‘부정적인’ 직접행동(예를 들어 극우주의자나 근본주의자들의 반정치적 행동)은 거부되어야 한다. 그러나 대중에 기반하고 새로운 가치나 공동체의 생성을 지향하는 강한 개인들의 능동적인 직접행동은 장려되어야 한다(하승우 2004: 19-23 참조). 실정법이 헌법정신이나 정치의 새로운 동력을 막을 경우, 헌법은 실정법의 편이 아니라 그 자신 정신의 편에 서야 한다.

법률이나 헌법이 정치나 자치를 살리는 것이 아니라 반대로 정치나 자치가 법률이나 헌법에 생명을 부여하고 그것을 활성화한다. 한국근대사에서 헌법의 역할이 증명하듯, 긍정적인 제도라 할지라도 제도를 운용하는 주체가 능동적인 활력을 잃어버릴 경우 부정적인 죽은 제도로 변한다. 따라서 헌법은 그런 활력을 보존하는 장으로 기능해야 하고 자치적인 흐름을 최대한 보장해야 한다.

그러나 학교급식조례에 대한 대법원 판결에서 드러나듯 우리 현실은 여전히 그 활력을 봉쇄하고 있다. 그런 점에서 근본적인 발상의 전환이 필요하다. 무턱대고 헌법의 조항을 고집하거나 그 해석의 권한을 독점하려는 주장에 맞설 필요가 있다. 헌법은 정치를 담는 그릇이 아니라 그것의 버팀목이다. 헌법이 정치에 정당성을 부여하는 게 아니라, 오히려 자치와 교감할 때에만 헌법은 정당성을 확보할 수 있다.

우리 헌법에서 고민해볼 요소들

대한민국 헌법 제 8장은 지방자치에 다루고 다음과 같은 조항을 두고 있다.

제117조
 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
 ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

제118조
 ① 지방자치단체에 의회를 둔다.
 ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

위에서 보듯 자치단체에 관한 규정만 있고 주민자치에 관한 규정은 헌법에서 다루지 않고 법률로 위임되어 있다. 이는 헌법을 제·개정한 사람들이 자치를, 아래로부터의 정치를 전혀 고려하지 않았다는 점을 말해준다. 일본헌법을 보든(제 93조 2항 지방공공단체의 장, 그 의회의 의원 및 법률이 정하는 기타의 관리는, 그 지방공공단체의 주민이 직접 선출한다.; 제95조 하나의 지방공공단체에만 적용되는 특별법은, 법률이 정하는 바에 따라 그 지방공공단체의 주민의 투표에 있어서 그 과반수의 동의를 얻지 못하면 국회는 이것을 제정할 수 없다), 독일의 주헌법을 보든(주헌법 제28조 1항 각 州의 헌법질서는 이 기본법에서 의미하는 공화적·민주적 및 사회적 법치국가의 제원칙에 부합하여야 한다. 州, 군(Kreis) 및 읍(Gemeinde)의 주민은 보통·직접·자유·평등 및 비밀 선거로 선출된 대표기관을 가져야 한다. 읍에서는 대표기관에 대신하는 읍회의를 도입할 수 있다. 군 및 읍의 선거에서는 유럽공동체 조약의 권리의 규정에 따라 유럽공동체 구성국의 국적을 가지는 자도 선거권과 피선거권을 갖는다), 주민들이 자치단체를 스스로 구성해야 한다는 조항이, 주민자치의 기본근거가 헌법에 규정되어 있다. 법률로 위임된 자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 주민자치의 관점에서 헌법사항으로 규정할 필요가 있다.

그리고 자치단체 단위에서 꼭 선거라는 방식으로만 대표자를 선출해야 하는가라는

문제의식도 필요하다. 고대 아테네를 움직인 민주적인 원리는 이세고리아(isegoria)라고 불린 동등한 발언권과 클레로스(kleros)라고 불린 었다. 관직을 추천제로 뽑는 것은 파벌의 형성을 막을 뿐 아니라 관직을 교체시키는 장점을 가지고 더 나아가 통치하는 자와 통치를 받는 자의 구분을 없애준다. 시민배심원체처럼 스스로 희망하고 자신이 관직에서 행한 일에 대한 책임을 지겠다고 하는 사람들 중에서 추천을 실시해 직무를 맡기는 것은 지극히 민주적이고 자치적이며 공화국적인 방식이다(마넝 2004; 하승우 2004: 127~143 참조).

그리고 선거권이나 공무담임권이 법률로 위임되어 그것의 개정 여부가 전체 국민이 아니라 입법부의 제정권한이나 사법부의 해석권한에 속하는 것도 문제이다. 그리고 직접적인 정치개입을 정당화하는 조항이 없이 정당에게 국민의 정치적 의견형성에 참여할 기회를 부여하고 있는 점(제8조 2항)도 문제이다. 소환권마저 없는 상황에서 선거 외에 시민이 실질적으로 정치에 개입할 수 있는 방도가 없기 때문이다. 결국 정치는 정당체계를 바탕으로 한 대의정부를 중심으로 돌아갈 수밖에 없다. 그러므로 스위스 헌법처럼 “①정치적 권리를 보장한다. ②정치적 권리의 보장은 자유로운 의사형성 및 그 의사를 그대로 표결하는 것을 포함한다.”(제34조)고 정치적 권리에 관한 규정을 만드는 것도 필요하다. 헌법은 엘리트 또는 전문가와 대중이라는 이분법이 아니라 대중의 능동적인 자치를 강조하는 정신을 담아야 한다.

대한민국 헌법은 자치를 행하는데 있어 중요한 여러 핵심적인 권한들을 법률로 위임하고 있다. 그리고 대한민국 헌법은 지나치게 추상적인 제한조항을 많이 담고 있고 그 제한의 결정권이 전적으로 정부에게 주어져 있다. 예를 들어 헌법은 국민의 기본권에 대해 길게 열거하고 있으나 제 37조 2항에 따르면, “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수” 있다. 이 조항은 질서유지 또는 공공복리라는 지극히 추상적인 규범으로 국민의 모든 자유와 권리를 제한할 수 있게 한다. 일본의 경우는 “공공의 복지에 반하지 않는 한, 입법 기타의 국정의 위에서”(제 13조)라는 제한된 단서를 달았다. 그리고 독일헌법은 “자유민주적 기본질서를 공격하기 위해 남용하는 자”로 그 대상을 정의하고 “상실과 그 범위는 연방헌법재판소에 의해서 선고된다”(제 18조)고 규정한다. 그리고 “그 법률은 일반적으로 적용되어야 하고 개별적 경우에만 적용되어서는 안 된다. 그 법률은 또한 기본권의 해당 조항을 제시하여야 한다. 기본권의 본질적 내용은 어떤 경우에도 침해되어서는 안 된다.”(19조)고 명시해서 기본권의 남용을 막았다. 물론 헌법이 세부적인 사항을 시시콜콜하게 규정하면 안 되겠지만 지극히 추상적인 규범으로 기본권을 제한하는 것은 위험하다고 할 수 있다. 이는 과거 한국에서 그래왔

듯이 새로운 정치운동을 탄압하는데 남용되어 왔다.

가장 기본적인 집회, 언론, 결사의 자유도 마찬가지이다. 물론 헌법상으로는 그 권리가 보장되어 있다. 헌법 제21조에 따르면 “① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.” 그러나 제 77조에 따르면 대통령은 계엄을 선포할 수 있고, “③ 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.” 고 명시해 두 조항은 서로 충돌한다. 충돌 자체가 문제일 뿐 아니라 그 제한의 권한이 대통령에게 독점되어 있는 것이 문제이다.⁷⁾

또한 제21조는 4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다” 며 애매하고 추상적인 공중도덕이나 사회윤리가 공론장 형성에 중요한 언론·출판의 권리를 막고 있다. 그리고 이 판단 역시 공중이나 사회구성원들이 아니라 정부가 내린다는 점도 문제이다. 미국의 경우 수정 제1조를 통해 “언론, 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만사항의 제고를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다” 고 못을 박고 있으며, 독일헌법 제5조는 “이 권리들은 일반법률의 조항과 소년보호를 위한 법률규정에 의해서 그리고 개인적 명예권에 의해서 제한된다” 고 구체적으로 그 제한사례를 명시하고 있다. 그리고 스위스헌법의 경우 “①출판, 라디오, 텔레비전 기타 형태의 사물 및 정보를 공적으로 통신기술에 의하여 유포하는 자유는 이를 보장한다. ② 검열은 금지한다. ③편집의 비밀을 보장한다”(제17조)며 적극적인 권한을 부여하고 있다. 헌법정신은 기본권에 대한 제한이 아니라 기본권을 침해하는 법률들에 대한 제한을 담아야 한다.

그리고 장기적인 안목으로 볼 때, 연방주의(federalism)로의 전환을 고려할 필요도 있다. 자치의 목표는 자유로운 교문들의 연합체를 구성하는 것이고, 자신의 삶에 대한 결정권을 회복하는데 있기 때문이다. 물론 이를 위해서는 분권이 선행되어야 하고, 자치운동이 지역의 기득권세력을 통제하는데 성공해야 한다. 앞으로 통일을 고려할 때도 무조건적인 통합보다는 연방이 훨씬 더 긍정적인 방안이다. 연방으로 재편할 때 그 구

7) 사실 여러 법률들이 이런 권리를 실질적으로 가로막아 왔다. 대표적인 법률로 계엄법(1949년 11월 제정, 여러 차례 개정됨), 집회에 관한 법률(1960년 7월 제정, 여러 차례 개정됨), 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(1961년 6월 제정, 여러 차례 개정됨), 집회에 관한 임시조치법(1961년 9월 제정, 62년 9월 개정), 집회 금지 시위에 관한 법률(1962년 12월 제정, 여러차례 개정됨) 등을 예기할 수 있다.

획을 어떻게 나눌 것인가가 관건인데, 이는 독일 헌법에서 아이디어를 받아들일 필요가 있다. 한국에서는 행정구역 개편하는 것이 전적으로 행정부의 권한으로 되어 있지만 독일 헌법 제 29조에 따르면, 연방영역의 재편은 주민표결(Vollkentscheid)을 따라야 한다.⁸⁾

한국의 정치과제는 지역주의 타파가 아니라 지나치게 집중된 중앙국가 권력의 타파, 수도권 권의 지나친 집중의 타파이다.

나오며

“차라리/ 혁명이란 말을 걷어치워라/ 허기야/
 혁명이란 단자는 학생들의 선언문하고/ 신문하고/
 열에 뜬 시인들이 속이 허해서/ 쓰는 말밖에는 아니되지만/
 그보다도 창자가 더 매마른 저들은/ 더 이상 속이지 말아라/
 혁명의 육법전서는 ‘혁명’ 밖에는 없으니까 “9)

한국사회에서, 특히 풀뿌리 자치라는 부분에서 헌법이 차지하는 몫은 지극히 적다. 애초에 헌법이 만들어질 때부터 당시의 정치세력들은 자치를 고려하지 않았을 뿐 아니라 자치를 거부하고 심지어 때론 그 기운을 억압했기 때문이다. 그래서 김수영 시인의 말처럼 우리의 헌법은 혁명적인 변화를 필요로 하고 그 방법은 기존의 법에서 찾

8) “주민표결은 그 영역 또는 영역의 일부로부터 새로운 州가 형성되거나 州의 경계가 새로 구획되는 경우 그들 州에서 행해진다. 관련된 州가 지금까지와 마찬가지로 존속하느냐 아니면 새로운 州가 형성되거나 州의 경계가 새로이 구획될 것인가의 문제에 대하여 투표가 행해져야 한다. 새로운 州를 형성하거나 州의 경계를 새로이 확정하기 위한 주민표결은 그 州의 장래의 영역에서 그리고 州 소속이 동일하게 변경될 관련된 州의 영역이나 그 영역의 일부에서 다함께 각각 다수가 그 변경에 동의할 때에 성립된다. 주민표결은 관련된 州들 중의 한 州의 영역에서 다수가 변경을 거부하면 성립되지 못한다. 그러나 그러한 거부는 관련된 州에의 소속이 변경될 영역 일부에서 3분의 2의 다수가 개정에 동의할 때에는 무시된다. 단 관련된 州의 전체영역에서 3분의 2의 다수가 변경을 거부할 때에는 예외이다. ④그 부분들이 여러 州에 걸쳐 있고 최소한 100만의 인구를 가지는, 관련은 되나 경계가 나누어지는 주거지역과 경제구역에서 그 연합의회선거권자 10분의 1이 이러한 지역을 단일한 州소속으로 해줄 것을 주민발안(Volksbegehren)으로 요구하는 경우 州소속을 제2항에 따라 변경할지 여부를 결정하든지 관련된 州들에서 주민문의(Volksbefragung: 설문조사)를 실시하든지를 연방법률로 2년내에 결정하여야 한다.”

9) 김수영의 시 「六法全書와 革命」 중에서

아질 수 없다. 다양한 정치적 움직임이 헌법을 재해석하고 그것에 정당성을 부여할 때, 그리고 헌법이 그런 움직임에 합법성을 보장할 때 헌법은 제자리를 찾을 수 있을 것이다. 어떻게 보면 헌법을 다시 들여다보는 이 자리는 첫발걸음의 의미를 가지고 있다.

우리에게 혁명이 필요하다. 그러나 그 혁명은 정치적인 이해관계에 따라 권력을 놓고 벌이는 경쟁이 아니라 국민들로부터 나왔으나 어디로 갔는지 모르는 그 권력을 다시 주민들에게 돌려주는 행위여야 한다. 그리고 그 혁명은 뛰어난 정치인이나 총명한 관료의 손이 아니라 평범한 대중의 손으로 치러져야 한다. 그리고 그 혁명은 기성체제를 한 번에 와르르 무너뜨리는 것을 의미하지 않는다. 그것은 기성질서의 논리에 사로잡힌 존재조건과 의식, 감성구조를 근본적으로 변화시키는 것을 의미한다. 혁명은 머리만 꿈꾸던 것을 실현하기 위해 직접 행동하는 태도에서만 나타날 수 있다. 단순히 권력을 가진 자의 이름을 바꾸는 혁명(革命)은 혁명(革命)이 아니다. 모두가 삶의 결정권자로 참여하고 발언할 수 있는 자치가 실현될 때, 삶의 근본적인 변화가 시작될 것이다. 헌법은 그런 변화를 보장하는 틀로 기능해야 한다.

참고문헌

Benhabib, Seyla. 1996. "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy".
 Benhabib, Seyla ed., Democracy and Difference. Princeton University Press.

김용복. 2002. "한국 민주주의와 야당정치: 민주적 실천·역사적 희생·정치적 보상". 조희연 편. 『국가폭력, 민주주의 투쟁, 그리고 희생』. 함께읽는책.

김홍우. 2003. "듀 프로세스와 한국 정치의 재조명". 김홍우 외 8인 지음. 『삶의 정치, 소통의 정치』. 대화출판사.

버나드 마넵 저. 곽준혁 옮김. 2004. 『선거는 민주적인가: 현대 대의민주주의의 원칙에 대한 비판적 고찰』. 후마니타스.

에드워드 파머 톰슨 지음. 나종일 외 옮김. 2000. 『영국노동계급의 형성(상)』. 창작과 비평사.

위르겐 하버마스 지음. 이진우·박미애 옮김. 1995. 『새로운 불투명성』. 문예출판사.

위르겐 하버마스 지음. 황태연 옮김. 2000a. 『이질성의 포용』. 나남출판.

위르겐 하버마스 지음. 한상진·박영도 공역. 2000b. 『사실성과 타당성: 담론적 법이

론과 민주주의적 법치국가 이론』. 나남출판.

조현연. 2003. "'자유민주주의' 지배담론의 역사적 궤적과 지배 효과: '반공주의적 자유민주주의'에서 '자유주의'적 민주주의로". 조희연 편. 『한국의 정치사회적 지배담론과 민주주의 동학』. 함께읽는책.

최정기. 2002. "한국의 정치변동과 사법적 처벌의 변화: 1960년대~1990년대 정치범의 처리과정을 중심으로". 조희연 편. 『국가폭력, 민주주의 투쟁, 그리고 희생』. 함께읽는책.

하승우 지음. 2004. 『참여를 넘어서는 직접행동』. 한양대출판부.

한나 아렌트 지음. 이진우·태정호 옮김. 1997. 『인간의 조건』. 한길사.

한나 아렌트 지음. 홍원표 옮김. 2004. 『혁명론』. 한길사.

지방자치보장을 위한 헌법개정안의 제안

이기우 (연세대 사외교육과 교수)

I. 서론

가까운 거리는 몇 번 헤매다 보면 목적지를 찾아갈 수 있다. 그러나 먼 길을 찾아가기 위해서는 등대가 필요하고 나침반도 필요하다. 지방자치가 부활한 지 15년을 가까이 지방정책은 헤매면서 제자리 찾기에 바쁜 나날이었다. 일보 전진도 있었고 이보 후퇴도 있었다. 외풍도 강했고 내부진통도 적지 않았으나 고을문제를 주민이 알아서 처리해 나가는 기틀은 어느 정도 자리를 잡아가고 있는 듯하다. 지난 대통령 선거에서 지방분권에 대한 거대담론이 형성되고 국민적인 공감대가 형성되면서 여야가 합의하여 지방분권특별법이 제정되면서 분권형 국가를 향한 국가의 재구조화화라는 대장정을 출범하였다.

하지만 분권작업이 행정수도이전으로 오해되어 온 나라가 분열되어 다투다가 헌법 재판소에 의해 거부되기도 했다. 공공기관이전을 통한 지역균형발전이 지방분권으로 이해되기도 했다. 지방분권이 수도권과 비수도권의 대립양상을 초래하는가 하면 국가 권력구조를 대통령과 총리가 나누어가지는 것으로 오해되기도 했다. 행정계층구조를 없애는 것이 분권의 주요과제로 등장하기도 했다. 많은 혼란 속에서 우왕좌왕하느라 먼 길을 돌아서 제자리를 찾아오기도 하고 뒷걸음치기도 했다. 갈 길은 먼데 로드맵의 과제는 도상훈련에 그치는 것이 대부분이다. 약속된 시한은 다가오는데 아직 항로를 제대로 가누지 못하고 있는 실정이다.

간간이 헌법개정이 거론되고 있다. 헌법은 국가의 모든 구성원과 국가의 모든 구성원이 따라야 하는 국가공동체의 강제적인 최고가치규범이다. 지방자치가 부활되어 정착하기 시작한 이 단계에서 지방자치는 이제 외풍과 어둠 속에서도 갈 길을 놓치고 헤매지 않기 위해서는 나침반으로서, 등대로서 헌법적인 길잡이가 절실하게 필요하다. 물론 현행 헌법에도 지방자치에 관한 규정이 없는 것은 아니지만 불빛이 희미하고 바늘이 녹슬어 제대로 작동되지 않고 있다. 그때그때 다수를 차지한 정치권에서 지방자치의 근원을 흔들어 놓은 경우가 적지 않았다. 부단체장 임명제 논의, 도폐지 논의, 단체장정계제도 도입 시도, 지방재정과 국가재정의 일원화논의 등 지방자치체도의 근

간을 흔드는 논쟁 속에서 헌법의 길잡이 역할이 절실히 요구되고 있다. 더구나 세계화 현상과 지식정보사회의 배경을 뒤에 얹고 지방분권적인 정치구조로 국가운영의 틀을 근본적으로 전환해야할 시점에서 큰 그림을 헌법적으로 정착시킬 필요가 있다.

헌법개정이 논의는 정치권의 사정에 의하여 급격하게 진행될 수 있는 가능성을 항상 가지고 있다. 그 동안 8차에 걸쳐 헌법개정이 있었지만 대부분이 대통령의 선거방식, 임기, 국가조직 등이 중심으로 논의되고 나머지 부분은 끼워 넣기로 일부 개정되는 것에 그쳤다. 이에 지방자치에 관련된 헌법개정논의를 미리 제기하여 국민적인 담론을 확산시켜갈 필요가 있다. 이러한 필요에 부응하여 본 논문은 비록 부족함이 많더라도 논의의 단초를 열기 위한 개정안을 던지는데 주된 목적을 두고 있다. 먼저 헌법상 지방자치에 관한 규정이 갖는 의미를 살펴보고 현행헌법의 구체적인 내용을 살펴본다. 이어서 현행 헌법의 문제점과 개선방안을 제시하기로 한다. 제시되는 개선안은 아직 충분히 다듬어 지지는 않았더라도 공론의 장에서 충분히 토론되고 논쟁을 통하여 다듬어지기를 기대한다.

II. 지방자치에 관한 헌법의 규정

1. 헌법상 지방자치 규정의 의미

헌법 제117조와 제118조는 지방자치제도를 규정하고 있다. 외국에서도 독일, 일본, 프랑스, 스페인 등 대부분의 나라에서 지방자치를 헌법에서 보장하고 있다¹⁰⁾. 유럽지방자치현장을 지방자치를 불가피한 경우를 제외하고는 헌법으로 보장할 것을 요구하고 있다. 지방자치를 최고규범인 헌법에 규정하는 것은 지방자치를 단순한 법률적인 제도를 넘어 헌법적 질서의 일부로 인정하여 그 보장을 강화하는데 주된 목적이 있다고 볼 수 있다¹¹⁾. 헌법은 국가의 최고가치질서로서 모든 국가기관을 구속한다. 특히

10) 2003년 3월 28일 프랑스에서는 헌법을 개정하여 제1조에서 국가조직은 지방분권화되어야 한다고 개정하였다(조성규, 지방자치의 보장과 헌법개정, 헌법개정 어떻게 볼 것인가? 한국공법학회 2005년도 연차학술대회자료집, 119면; 전훈, 한국지방자치이해의 도구개념으로서의 프랑스 지방분권 법적접근, 공법연구, 제33집 제1호, 2004., 592 이하 참조; 배준규, 프랑스의 지방분권, 금정, 2004, 54면 이하 참조

11) Schaffarzik, Bert. Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart u.a. 2002, 85

지방자치에 대한 헌법상의 보장이 중요한 것은 법률에 대한 헌법의 관계에 기인한다. 지방자치에 대한 헌법상의 보장은 입법자의 입법권행사의 방향과 범위와 한계를 설정하는데 가장 큰 의미가 있다.

바이마르 헌법은 지방자치를 법률의 한계 내에서 보장한다고 함으로써 지방자치의 헌법적인 보장은 국법학에서 큰 의미를 갖지 못하였고 이 헌법규정은 경시되었다. 적지 않은 학자들이 헌법상의 지방자치조항을 “공허한 기본권조항(Leerlaufender Grundrechtsartikel)”에 속한다고 보았다¹²⁾. 이에 대응하여 칼 슈미트는 제도적 보장이론을 주장하여 비록 입법자라 할지라도 지방자치제도 자체를 폐지하거나 본질적인 내용을 왜곡시키는 것은 금지된다고 하여 지방자치제도의 헌법적인 의미를 강화하는데 기여하였다. 그 이후 그의 제도적 보장이론은 학계와 실무계에 급속하게 확산되어 독일에서 지배적인 학설로 인정되고 국경을 넘어 한국, 브라질 등 다른 나라에도 영향을 미치게 된다¹³⁾.

지방자치를 헌법적으로 보장하여 입법자의 입법권을 제한하는 것은 지방자치의 내용을 그때그때의 다수에 의한 변질로부터 방어하는 의미를 갖는다. 특히 한국의 경우 헌법개정을 위해서는 엄격한 절차를 요구하고 있고 국회에서 의결은 재적 2/3이상의 찬성을 요하고 국민투표를 요한다. 즉 일시적인 다수를 차지한 정치세력이 지방자치제도를 본질적으로 변화시키려하는 경우에 안전장치로서 기능을 한다. 이점에서 지방자치에 대한 헌법적인 보장은 가중된 의결정족수와 엄격한 절차를 통하여 소수자보호에 기여한다고 볼 수 있다.

헌법의 지방자치에 대한 보장적 기능 내지 방어적인 기능을 충분히 하기 위해서는 헌법에 지방자치의 본질적인 내용과 발전의 지침을 규정하는 것이 필요하다. 만약 헌법의 지방자치에 대한 보장이 고도로 추상화되어 있는 경우에 입법자에 의한 다양한 해석이 가능하여 형성의 자유를 넓혀주는 장점이 있는 반면에 그때그때의 다수세력에 의한 자치제도의 변질내지 왜곡에 부딪히게 된다. 지방자치에 관한 헌법상의 보장을 통설에 따라 제도적 보장이라고 이해한다고 하더라도 지방자치의 본질적인 내용이 무엇인지에 대해서는 학자에 따라 다른 입장을 가질 수 있고 그 만큼 헌법의 보장적 기능은 약화된다. 이에 지방자치의 불가결한 요소에 대해서는 직접 헌법에 규정을 함으로써 일시적인 다수세력에 의한 지방자치의 공동화를 방지하기 장기적인 방향성

을 설정하는 것이 필요하다.

지방자치를 최고규범인 헌법에 규정하는 것은 입법자의 입법재량의 한계를 설정하는 의미를 가지는 외에 행정이나 사법에 대해서도 중요한 의미를 가진다. 특히 법령의 해석에 있어서 헌법은 중요한 지침을 제공하게 된다. 행정의 활동근거가 되는 법령을 해석하고 이를 집행함에 있어서 헌법에 합치하도록 하여야 한다. 또한 헌법은 법원이나 헌법재판소가 재판을 함에 있어서 기준이 되며 법령을 해석함에 있어서도 중요한 지침을 제공한다.

2. 헌법상 지방자치보장의 내용

(1) 헌법규정의 연혁

한국에서 지방자치는 제헌헌법 이래 헌법에 의해 보장되고 있다¹⁴⁾. 제헌헌법 제96조는 “지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정함으로써 지방자치를 헌법적으로 보장하고 있다. 또한 제97조는 지방자치단체의 조직과 운영은 법률로 정하되 지방자치단체에 의회를 두도록 하고 있다. 지방의회의 조직과 권한과 의원의 선거는 법률로 정하도록 하고 있다. 헌법 제48조는 국회의원의 겸직금지사유로 지방의원을 규정하고 있다. 1952년 4월에 읍면의회선거가 실시되고 5월에 도의회의원선거가 실시되었다. 제헌헌법에는 지방자치단체의 장의 선거에 대한 조항이 없었으나 4·19혁명 이후에 개정된 제3차 개정 헌법에서는 지방자치단체장에 대한 선거조항이 제97조에 추가되었다. “지방자치단체의 장의 선임방법은 법률로써 정하되 적어도 시, 읍, 면의 장은 그 주민이 직접 이를 선거한다”라고 규정하고 있다.

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

12) 예컨대 G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, 13. Aufl., Berlin 1930, 511. 당시 바이마르 헌법은 지방자치를 기본권의 일종으로 규정하였다.

13) 제도적 보장론에 대한 비판적 견해로는 오동석, “지방자치의 제도적보장론 비판”, 「공법연구」, 제29집 제1호, 2000, 219면 이하 참조

14) 미군정당시와 제헌헌법제정과정에서 지방자치에 관한 자세한 논의는 오동석, 지방자치제의 형성 과정, 공법연구 제31집 제4호, 2002, 49면 이하 참조; 성낙인, 현행지방자치제도의 헌법적 진단, 헌법학연구 제1집, 1995, 132면 이하 참조

지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다”고 규정하였다.

12·12사태이후 권력을 장악한 군부세력에 의하여 1980년에 개정된 제8차 개정 헌법에서는 지방자치에 관한 본문의 규정은 이전과 마찬가지로 유지하되 부칙을 개정하여 지방자치의 실시시기를 “이 헌법에 의한 지방의회는 지방자치단체의 재정자립도를 감안하여 순차적으로 구성하되, 그 구성 시기는 법률로 정한다.”로 규정하였다.

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

(2)헌법상 보장되는 지방자치의 내용

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

1) 지방자치단체의 자치권

헌법 제 117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 …”라고 규정하여 지방자치단체가 처리하여야 할 기능을 규정하고 있다. 또한 “지방자치단체는 … 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정함으로써 지방자치단체의 재산관리권과 자치입법권을 규정하고 있다.

가. 지방자치단체의 기능

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

지방자치단체의 관할에 속하는 사무는 법률에 의하여 일일이 한정적으로 결정되는 것이 아니라 반대로 법률에 특별한 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 모든 사무에 대하여 포괄적으로 관할권을 갖는다. 이를 가리켜 전권한성(Allzuständigkeit)의 원칙이라고 한다¹⁵⁾.

무엇이 주민의 복리에 관한 사무인지에 대하여는 해석을 통하여 구체화되어야 한

다. 일용 주민이 국민과 구별되는 개념적인 징표로서 ‘지역성’을 강조한다면 주민의 복리에 관한 사무는 독일헌법의 전통적인 해석론처럼 지역적인 사무에 국한될 우려가 있다. 여기서 지역적인 사무란 전통적인 견해에 의하면 그 수행효과가 제한된 지역적인 범위에 한정되거나 지역주민의 이해관계에만 관련된 업무에 그치게 된다¹⁶⁾.

그러나 오늘날 사무의 탈지역화, 상하행정주체간의 정치적, 행정적인 교착이 보편화된 상황하에서 전통적인 의미에서 지역적인 사무란 결국 사소한 의미를 가진 업무 또는 부차적인 업무에 국한되게 되어 지방자치에 대한 헌법상의 보장을 공허하게 한다¹⁷⁾. 지방자치단체의 업무를 지역적인 업무에 국한시키는 해석론은 주민의 복리에 관한 업무중에서 초지역적인 사무를 배제시킴으로써 헌법상의 지방자치단체의 업무보장을 지나치게 축소 해석하는 것이 되므로 헌법상의 지방자치보장과는 양립되기 어려운 견해에 속한다.

물론 전통적인 견해는 국가의 개입이 원칙적으로 차단되는 업무영역을 지방자치단체에게 보장함으로써 지방자치권을 보장하려는 의도에서 비롯되었으나 결과적으로는 지방자치행정을 공동화(空洞化)시키는 결과를 초래한다. 지방자치단체의 업무를 지역적인 업무에 국한시키는 전통적인 견해는 지방자치단체의 업무를 국가영역에 속하지 아니하는 비국가적인 영역의 업무로 파악하는 국가와 지방자치단체의 이원적인 대립주의를 사상적인 배경으로 하고 있다¹⁸⁾. 이러한 사상적인 기초는 더 이상 오늘날의 국가관 및 정치현실과 부합하지 아니하므로 지방자치단체의 업무에 대해서도 새로운 해석이 불가피하다.

헌법이 주민의 복리에 관한 사무라고 한 것은 주민에게만 수행효과가 미치는 지역적인 사무가 아니라 주민에게 직접적으로 관련된 모든 업무에 대하여는 그것이 지역

15) 이러한 전권한성의 원칙으로 인하여 법률에 별도로 지방자치단체의 권한으로 규정하지 않은 사무도 주민의 복리에 관한 사무는 지방자치단체의 사무로 될 수 있다. 이러한 관할사무의 포괄성으로부터 법령에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체의 권한에 속하는 것으로 추정된다(홍정선, 지방자치법학, 법영사 2000, 35면, 36면 참조). 전권한성은 독일어인 Allzuständigkeit를 번역한 말인데 이를 전관할권이라고 부르는 것이 보다 적합하다는 견해가 있다 (정창화, 한부영, 지방분권화의 이론과 원칙탐색, 지방행정연구 제19권 제2호, 2005.6., 42면). 일리가 있는 주장이나 여기서는 통설에 따라 전권한성으로 부르기로 한다.

16) 이기우, 지방자치이론, 학연사, 1996, 142면 이하 참조

17) Vgl. J. Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977, S.73 u. 72

18) Vgl. H.-H. Dehmel, Übertragener Wirkungskreis Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung, Berlin 1970, S. 108

적인 사무이든 아니면 초지역적인 사무이든 불문하고 모두 지방자치단체의 업무로 된다고 보는 것이 타당하다고 본다¹⁹⁾. 오늘날 지방자치단체는 비국가적인 영역의 업무(사적업무 혹은 사회적업무)를 집행하는 것이 아니라 그가 수행하는 업무는 전체로서의 국가영역에 속하는 공공업무에 속한다. 따라서 헌법 제 117조 제1항은 주민과 직접적인 관계가 있는 모든 국가적인 행정업무를 자기책임하에 처리하는 권리와 동시에 의무를 지방자치단체에게 부과하고 있다고 보는 것이 타당하다²⁰⁾.

지방자치단체의 업무에 관한 전권한성의 원칙은 더 이상 지역에 배타적인 영향을 미치는 지역적인 사무에 국한되어서는 안 되며 오히려 지방자치단체의 구역에 관계된 모든 공공업무를 원칙적으로 포함한다고 보는 것이 타당하다²¹⁾. 그리하여 헌법 제 117조 제1항은 개별적인 사무가 지역적인 경계를 넘어서 의미를 갖는지를 불문하고 주민의 권리와 이해영역에 관계되는 한 모든 국가적인 업무를 자치행정으로 수행하도록 보장하고 있는 것으로 해석할 수 있다²²⁾.

나. 재산관리권

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

다. 자치입법권

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 … 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다” 고 규정하여 자치입법권을 보장하고 있다. 이 조항은 헌법상 관계된 여러 조항과 결합하여 해석할 필요가 있다. 먼저 본 조항은 헌법 제40조의 “입법권은 국회에 속한다” 는 규정에 대한 예외라고 할 수 있다²³⁾. 즉, 자치입법권은 국회입법주의에 대한 예외로서 헌법이 보장하는 지방자치단체의 입법권이라고 볼 수 있다. 지방자치법은 자치입법권으로 조례와 규칙, 회의규칙 등을 규정하고 있으나 헌법은 자

19) J. Burmeister, a.a.O., S. 74
 20) Vgl. J. Burmeister, a.a.O., S.74
 21) H.-H. Dehm, a.a.O., S.108
 22) J. Burmeister, a.a.O., S. 74
 23) 김철수의, 코멘탈 헌법, 641

자치입법권의 종류에 대해서는 언급을 하지 않고 있다.

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

문제되는 것은 지방자치단체가 자치입법권을 행사함에 있어서 법률유보의 원칙이 적용되는지 여부이다. 즉 지방자치단체가 자치입법권을 행사함에는 반드시 법률의 위임이 있어야 하는지 여부이다. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 자치입법권의 행사에 대하여 행정입법인 법규명령과는 달리 별도의 법률유보를 요구하고 있지 않다. 예컨대 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 … 에 관하여 대통령령을 발할 수 있다” 라고 규정하여 대통령령에 대한 법률유보의 원칙을 명문으로 요구하고 있는데 비하여 지방자치단체의 자치입법권을 규정하고 있는 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 … 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다” 라고 규정하여 조례를 제정하기 위한 근거규정을 별도로 요구하고 있지 않다. 제117조의 “법령의 범위 안에서” 는 자치입법권의 행사에 요구되는 법률유보가 아니라 자치입법권을 제한하는 국가권력에 대한 법률유보를 의미한다. 따라서 지방자치단체는 원칙적으로 법률에 의한 위임없이도 지방자치단체가 주도로 자치입법권을 행사할 수 있다²⁴⁾. 다만 헌법에 기본권조항이나 죄형법정주의, 조세법률주의와 같이 별도의 법률유보를 요구하는 경우에 조례에도 적용이 있는지 여부에 관한

24) 도희근, 지방분권과 법제개혁 - 헌법적 과제를 중심으로, 울산대학교 사회과학 논집, 제12권 제2호, 32면

문제이다. 지방자치법 제15조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 하면서 그 단서에서 “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 함으로써 침해적인 조례에 있어서 법률유보를 요구하고 있다. 학설로서는 제15조 단서가 지방자치를 보장하는 헌법 제117조 제1항에 위배된다는 주장²⁵⁾과 헌법상의 법률유보요구조항(기본권 제한에 대한 법률유보조항인 제37조 제2항, 죄형법정주의에 관한 헌법 제13조, 조세법률주의에 관한 헌법 제59조)의 취지에 비추어 제15조 단서는 이들 헌법조항의 취지를 확인한 것에 불과하므로 헌법에 합치된다는 주장²⁶⁾이 첨예한 대립을 보이고 있다.

이들 의견대립의 근본적인 원인은 헌법상의 법률유보조항에서 말하는 법률이 형식적인 의미에서 법률에 한정되는가 아니면 지방자치단체의 사무에 관한 한 조례도 포함되는지의 견해차에 기인한다.

헌법이 요구하는 제37조 제2항의 법률유보에서 법률, 죄형법정주의의 법률, 조세법률주의에서 법률에 조례가 포함될 수 있는 지 여부에 대해서는 상반된 견해가 있다.

민주주의의 원칙, 예측가능성과 계산가능성을 보장하려는 취지, 입법권과 집행권을 구분하려는 권력분립의 취지, 공권력행사의 내용적인 타당성을 확보하려는 취지 등의 측면에서 검토하면 지방자치사무에 관한 한 이들 법률유보가 조례유보로도 족하다는 주장에 타당성이 없는 것은 아니다. 다만 헌법에서 명문으로 “법률”에 의한 유보를 요구하고 있다는 점에서 이를 조례유보로 갈음하려고 하는 것은 해석론으로서는 무리인 점이 없는 것은 아니다.²⁷⁾

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

26) 예컨대 홍정선, a.a.O. 211면 이하 참조 학설의 대립에 대한 자세한 소개는 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 1999, 103면 이하 참조

27) 조례법률설에서는 “국민의 권리·자유에 관하여 법률의 근거를 요하는 이유는 국민이 자기의 송인에 의하지 않고는 자기의 권리·자유를 침해받지 아니한다는 민주주의 원리에 근거한 것인 바, 이 같은 요청은 조례가 주민의 대표기관인 지방의회의 의결에 의하여 제정되는 이상 충분히 충족된다고 본다. 따라서 법률에 의한 국민의 권리·자유에 대한 제한과 조례에 의한 국민의 권리·자유에 대한 제한은 그 성질에 있어서 동일한 까닭에 양자가 허용된다고 한다”(김철수, 신국헌법학

2) 기능수행의 방식에 대한 보장

헌법은 지방자치단체가 그의 업무를 처리하는 방식에 관하여 자치적인 업무처리를 보장하고 있다. 즉 지방자치단체는 법률의 범위안에서 외부의 지시나 간섭을 받음이 없이 스스로 합목적적이라고 여기는 바에 따라서 자기책임하에 그의 업무를 수행한다. 이로써 지방자치단체는 지역적인 수준에서 정치적인 재량권을 갖게 된다. 자치책임성의 원칙에 따라 지방자치단체는 어떠한 업무를, 언제, 어떻게 수행할 것인지에 대하여 독자적으로 결정할 수 있다²⁸⁾. 자기책임성의 원칙은 자기위험을 의미한다. 자신의 결정에 대한 위험을 스스로 부담하는 것을 의미한다. 헌법은 자기책임성을 헌법에 명시적으로 표현하지 않고 있으나 “지방자치단체”라는 용어속에 포함된 “자치”와 자치입법을 규정하고 있는 “자치에 관한 규정”에 포함된 “자치”는 자기책임성을 포함하고 있는 것이라고 해석할 수 있다. 왜냐하면 스스로 자신의 문제를 결정할 수 없고 외부에 의하여 결정되어질 때는 자치라고 보기 어렵고 타치(他治)에 불과하기 때문이다.

3) 지방자치단체의 존립의 보장

헌법은 우선 행정단위로서의 지방자치단체의 존립을 보장하고 있다. 국가조직내에서 지방자치단체라는 행정유형이 존재해야하며 그에게는 헌법이 예정하고 있는 형태가 부여되어야 한다²⁹⁾. 예컨대 지역사단적인 요소, 자기책임적인 요소, 자주조직적인 요소, 권리능력 등이 부여되어야 한다. 이러한 특색을 구비하지 못한 지역행정조직을 지방자치단체로 설치하거나 지방자치단체를 모두 폐지하고 국가의 지방행정청을 설치

개론, 박영사, 1989, 849면).

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

28) H-U. Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Sieburg 1988, S.329.

29) Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Püttner(Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd 1, 2.Aufl., 1981, S.205.; Schmitt-Aßmann, Kommunalrecht, in: von Münch(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1985, S. 104.

하는 것은 헌법상 허용되지 아니한다. 다만 헌법은 특정한 지방자치단체의 존립을 보장하는 것은 아니므로 개개의 지방자치단체를 폐지, 통합, 분할, 구역의 변경 등은 그것이 비례의 원칙에 반하지 아니하는 한 헌법에 위반되는 것은 아니다³⁰⁾.

4) 지방자치단체의 종류의 법률유보

헌법 제117조 제2항은 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다” 라고 규정하여 지방자치단체의 종류를 헌법에 규정하지 않고 법률에 유보하고 있다. 시·도나 시·군·자치구를 지방자치단체로 하지 아니하고 군과 시·읍·면을 지방자치단체로 하더라도 헌법에 위반되는 것은 아니다.

5) 지방자치단체의 기관

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

III. 지방자치보장에 관한 현행 헌법의 문제점과 개정방안

1. 지방자치단체의 종류

헌법 제117조 제2항은 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다” 라고 규정하고 있다. 따라서 특별시와 광역시, 도와 같은 광역지방자치단체나 시·군·자치구와 같은 기초지방자치단체도 헌법상의 보장을 받지 못한다. 오로지 입법자들의 입법재량에 맡겨져 있다. 그러다 보니 정치권을 중심으로 시·도를 폐지한다거나 시·군을 통합하여 1계층으로 한다는 등의 정책이 나오고 있다³¹⁾. 헌법에서 지방자치단체의 종류를 법률

30) H.-U. Erichsen, a.a.O.; 이기우, 앞의 책, 36면이하

31) 예컨대 한나라당, 다가올 100년, 새로운 지방의 틀 어떻게 짤 것인가, 2005년 5월2일 개최된

에 유보한 것은 입법자의 입법재량을 확대하여 지방자치단체의 종류를 정치적인 판단에 맡긴 것으로 생각된다. 지방자치단체의 계층 내지 지방자치단체의 종류문제는 지방자치제도의 근간에 해당한다. 이렇게 중요한 문제를 그때그때의 국회 다수에 맡긴다는 것은 엄청난 혼란을 초래할 수도 있다. 근본적인 가치를 지니는 사항은 헌법에 규정함으로써 입법자의 입법재량을 제한할 필요가 있다. 물론 헌법에 규정한다고 해서 변경가능성을 배제하는 것은 아니지만 지방자치제도의 근간이 즉흥적으로 수시로 변경되는 것은 방지할 필요가 있다. 독일이나 스페인 등과 같이 지방자치단체의 종류를 아예 헌법에 명시하고 있는 입법례도 드물지 않다.

특히 최근에 주장되는 시·도폐지론이 표면적으로는 시·도의 역할부재론에 근거를 두고 있지만 정치적 계산에서 주장되고 있다는 생각이 지배적이다. 만약 시·도의 역할부재론은 중앙정부와 시·도간, 시·도와 시·군·자치구간의 기능재배분을 통하여 조정하면 되는 것이지 시·도를 폐지할 필요는 없다. 오히려 기능배분에 관한 보충성의 원리는 국가 내에 여러 계층의 공동체가 존재하는 것을 전제로 하고 그 계층상호간의 역할 재배분을 규율한다. 다만 지방자치단체의 종류를 규정하는 항목을 헌법에 별도로 두거나 본문 중에 시·도, 시·군·자치구, 특별시, 특별도 등을 언급하는 것으로 충분하다.

예컨대, 헌법 제117조의 2를 신설하여 다음과 같이 규정한다.

“제117조의 2 ①지방자치단체에는 법률이 정하는 바에 따라 광역지방자치단체와 기초지방자치단체를 둔다.

②광역지방자치단체로는 특별시, 특별도, 광역시, 도를 둔다

③ 기초지방자치단체로는 시, 군, 자치구를 둔다.”

2. 역할의 배분원리와 지방자치단체 기능

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 기능으로 “주민의 복리에 관한 사무” 라고

한나라당지방행정개혁 국민대토론회 자료집, 도폐지론에 대한 반론으로는 한상우, 이계층제하의 도의 지위, 민선자치10년의 성과와 평가, 2005.6.13-14 제주도 라마다호텔에서 개최된 전국시도지사협의회 주최세미나 자료집, 131면 이하; 안영훈, 지방정부2단계계층구조와 광역자치단체의 기능, 민선자치10년의 성과와 평가, 2005.6.13-14 제주도 라마다호텔에서 개최된 전국시도지사협의회 주최세미나 자료집, 131면 이하; 안영훈, 지방정부2단계계층구조와 광역자치단체의 기능, 155-200; 다양한 견해의 소개에 대해서는 김해룡, 지방행정체제의 개편방향에 대한 고찰, 공법연구 제31집제2호, 2002, 177면 이하 참조

규정하고 있을 뿐이다. 앞에서 살펴본 것과 같이 이를 지방자치단체의 기능을 포괄적으로 규정하는 전권한성의 원칙이라고 해석하고 있다. 그런데 전권한성의 원칙이 적용되는 것은 법률로 명시적으로 국가사무나 지방자치단체의 사무로 규정하지 않고 있는 경우에 지방자치단체의 관할을 추정하게 하는 법원칙이지 국가와 지방자치단체간의 사무배분의 원칙이라고 보기는 어렵다. 즉, 입법자가 특정사무를 국가사무로 할 것인지, 지방자치단체의 사무로 할 것인지를 결정함에 있어서 지침을 제공해 주지 못한다.

국가는 영토고권을 가진다. 국가는 그의 영토고권에 근거하여 그 영토에 존재하는 모든 사람과 사물을 지배할 수 있는 권한을 갖는다는 사실로부터 국가의 전권한성이 도출된다. 지방자치단체도 그가 갖는 지역고권으로부터 전권한성을 가진다. 따라서 법률에 의하여 예외가 인정되지 아니하는한 모든 공공사무는 원칙적으로 국가와 지방자치단체에 중첩적으로 귀속된다³²⁾. 이에 대한 설명은 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무배분에도 적용된다.

전권한성의 원칙에 의하여 국가와 지방자치단체가 중첩적인 관할권을 갖는다면 그 업무는 현실적으로 누구에 의하여 수행되어야 하는지가 문제된다. 이는 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)에 의하여 정해진다.

오늘날 통용되는 보충성의 원칙은 공동체간의 관계를 개인 근접성으로부터 찾는 카톨릭의 사회론으로부터 유래한다. 보충성의 원칙에 관한 카톨릭적인 표현은 무엇보다도 토마스적인 자연법사상에 기초한 교황 피우스 11세의 1931년 5월 15일 교서(Quadragesimo anno)에 잘 나타나 있다³³⁾. 교황은 교서를 통하여 인류의 조화로운 공존을 위하여 제도적인 개혁과 전통의 개선이 필요하다고 역설했다. 제도적인 개혁과 관련하여 그는 한때 번성했고 원활한 사회생활을 가능하게 했던 많은 전통적인 공동체가 개인주의의 도래로 거의 쇠퇴했음을 안타깝게 생각했다. 이제 거의 국가와 개인만 남아 있게 되었고 이전에 작은 공동체에서 수행되던 활동이 국가로 넘어갔기 때문에 국가는 업무와 의무의 부담이 과중하게 되었다고 했다. 교황은 교서에서 “변화된 상황에서 이전에 작은 공동체에서 쉽게 수행되었던 많은 업무가 큰 공동체에 의해서

32) 계층적인 지방분권체제에서 각지역공동체가 중첩적으로 전권한성을 갖는 이유는 각 지역공동체가 그 영토(구역)의 사람과 사물에 대한 지배권으로서 영토(지역)고권을 갖고 있기 때문이다. 따라서 전권한성의 원칙이 단독관할(Alleinzuständigkeit)을 의미하는 것은 아니다(J. Burmeister, a.a.O., S.81f.). 국가가 지방자치단체의 사무에 관한 개입권을 갖는 것은 그가 본래부터 가지고 있는 사무의 관할권으로부터 유래한다. 마찬가지로 이유로 지방자치단체는 그와 관련된 국가사무에 대하여 참여권(관여권)을 가질 수 있다.

33) Schmidt-Jortzig/Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, Köln u.a., 1982, S. 5

수행할 수 있게 되었다는 것은 인정할 수 있으나, 그럼에도 불구하고 개인이 스스로 주도하여 자력으로 해결할 수 있는 것을 그로부터 박탈하여 사회단체에게 배분해서는 안된다는 것은 항구불변의 사회철학적인 원칙으로 간주된다. 소규모의 하위 공동체가 잘 해결할 수 있는 문제를 대규모의 상급공동체에게 맡긴다는 것은 정의에 어긋난다. 동시에 그것은 불리하고 사회전체의 질서를 어지럽힌다. 모든 사회활동은 본질적으로 또한 개념적으로 보충적이다. 그것은 사회유기체의 손발을 지원해야지 이를 파괴하거나 흡수해서는 결코 안된다.” 고 하였다³⁴⁾. 이어서 그는 “국가는 사소한 업무는 하급공동체에게 맡겨야 하며 이를 통하여 국가는 중요하고 배타적인 관할에 몰두함으로써 효율을 증대시킬 수 있다. 보충성의 원칙을 준수하여 다양한 공동체간의 계층질서(Stufenordnung)를 잘 지킬수록 사회적 권위와 영향력은 증대될 것이며 국가를 위해서도 다행스럽고 더 나을 것이다” 라고 했다³⁵⁾.

이는 하급단위에게 그의 힘이 미치는 한 활동상의 우선순위를 인정하는 보충성의 원칙을 확인한 것이다. 이 원칙은 소극적인 측면과 적극적인 측면을 포함한다.

보충성의 원칙이 갖는 소극적인 측면은 상급공동체가 해서는 안될 것을 정한다. 사회의 활동은 보완적인 성격을 가지며 작은 하위의 구성단위가 스스로 어떤 업무를 잘 수행할 수 없는 경우에만 상위의 공동체가 개입할 수 있다는 것이다³⁶⁾. 소극적인 측면에서 보충성의 원칙은 상급공동체의 기능의 차단(Funktionssperre)을 의미한다³⁷⁾. 즉 사회는 그의 개별적인 사회구성단위의 활동을 파괴하거나 박탈하여서는 안된다. 이는 곧 업무를 보다 잘 처리할 수 있는 주체에게가 아니라 일차적으로 하위단위에게 배분하여야 함을 의미한다³⁸⁾.

적극적인 측면에서 보충성의 원칙은 국가에게 하위의 작은 구성단위가 일차적으로 활동할 수 있는 조건을 갖추어 줄 것을 요구한다. 구성단위의 활동은 보완되어야 하고 따라서 불충분한 능력이 지원되어야 하지 상급단위에 의하여 그 하급 구성단위의 활동이 대체되거나 인수되어서는 안된다는 것이다. 진정한 도움은 도움을 필요로 하는 자를 지원하는데 있는 것이지 그의 활동을 스스로 흡수함으로써 그 활동으로부터 배

34) R. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln u.a. 1984, S. 340 f.

35) Schmidt-Jortzig/Schink, a.a.O., S. 5

36) J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968, S. 19

37) K. Glaser, Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach Verfassungs- und Naturrecht, Berlin 1965, S. 19

38) C. Stewing, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union, Köln u.a., 1992, S. 15

제시키는 것이 아니다³⁹⁾. 여기서 도움은 오늘날 실제로 재정적인 지원을 의미한다⁴⁰⁾. 즉 보충성의 원칙은 하위의 구성단위가 그의 업무를 수행하기 위한 조건의 하나로서 재정적인 여건도 국가가 조성해 줄 것을 요구한다. 즉, 국가는 하위의 구성단위가 그의 업무를 자기의사에 따라 재량으로 처리할 수 있는 재정적인 수단을 그 규모에 따라 추상적으로 보장해 주어야 한다는 의미를 갖는다⁴¹⁾. 이러한 보충성의 원칙이 헌법적인 효력을 가지는지에 대하여는 독일의 헌법학설상의 대립이 심하였다. 한편으로는 자연법적인 근거 혹은 법치국가적인 정의의 원칙으로부터 도출된다고 이를 긍정하는 학설⁴²⁾이 있는 반면 이를 사회철학적인 이론에 불과하지 헌법적인 구속력을 가지는 것은 아니라고 하는 견해⁴³⁾가 대립한다. 최근에 들어서 유럽공동체의 통합원칙으로서 보충성의 원칙이 채택된 것에 이어서 1992년 독일 헌법 제 23조 제1항에서 명문화되었다. 보충성의 원칙은 헌법 제117조가 분절적인 국가구조를 보장함으로써 헌법이 전제로 하고 수용한 헌법상의 법원칙으로 보는 것이 타당하다고 본다⁴⁴⁾. 왜냐하면 하위공동체의 기능상의 우선순위를 배제하는 경우에 분권화를 통한 시민근접행정의 실현은 공허한 것이 될 것이기 때문이다. 보충성의 원칙을 헌법상의 원칙으로 긍정하든 아니든 입법자가 이 원칙에 근거하여 사무와 권한을 배분하는 데는 지장이 없으며 오히려 바람직하다⁴⁵⁾. 보충성의 원칙에 의하면 모든 공공사무의 처리권한은 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 지방자치단체의 자기책임적인 처리권한에 속한다. 이에 대한 설명은 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무배분에도 그대로 타당하다.

39) J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968, S.21; C. Stewing, a.a.O., S.15
 40) C. Stewing, a.a.O., S.16
 41) C. Stewing, a.a.O., S.16
 42) P. Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, AÖR 119(1994), S. 183 ff.; H.W. Korte, Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzip, Verwaltungsarchiv Bd. 61(1970), S.13 ff.
 43) R. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln u.a., 1984, S.344
 44) 허영, 한국헌법론, 박영사 1991, 781면은 보충성의 원칙을 헌법상의 일반원칙으로 보고 “국가의 기능은 지방자치단체의 기능을 뒷받침하는데 그쳐야지 지방자치단체의 기능을 부시하고 그것을 자신의 기능으로 흡수해서는 아니된다는 것이 바로 ‘보충의 원리’에서 나오는 지방자치의 당위성에 관한 논리이다”라고 함으로써 보충성의 원칙을 국가와 지방자치단체간의 사무배분의 원리로 뿐만 아니라 지방분권적인 권력체제수립의 헌법적인 요건으로 파악하고 있다.
 45) R.Hendler, a.a.O., S.344

보충성의 원칙은 주민에 가까운 정부에게 일차적인 관할권을 부여함으로써 주민근접적인 문제해결을 하고자하는 원칙으로써 국가와 지방자치단체간, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무를 배분함에 있어서 매우 유용한 지침을 제공할 수 있다. 이를 우리 헌법이 보장하고 있는지 여부에 대해서는 이를 명시하지 않는 한 항상 논란의 여지가 있으므로 이를 헌법에 명시하는 것이 바람직하다. 이를 표현함에 있어서는 “보충성”이란 용어를 명시적으로 표현하는 방법과 그러한 용어를 사용하지 않더라도 그 내용을 규정하는 방식이 있을 수 있다. “공공사무는 능력이 미치는 한 주민에 가까운 지방자치단체에서 우선적으로 처리한다.”는 내용을 헌법에 포함시킬 필요가 있다. 또한 보충성원칙의 적극적인 측면도 헌법에 명시할 필요가 있다. 예컨대 “국가는 지방자치단체가 그 사무를 원만하게 처리할 수 있도록 여건을 조성하도록 하여야 한다.”는 조항을 첨부하는 것이 바람직하다. 이는 실질적으로 재정적인 지원의 의미하므로 다음에 언급하는 지방재정 다음에 추가하는 것이 바람직하다.

3. 자기책임성과 그 제한의 법률유보

헌법 제117조는 지방자치단체의 사무처리방식에 관하여 규정하지 않고 있다. 다만 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 . . .”라고 규정하여 어떻게 처리하는지에 대한 언급을 하고 있지 아니하다. 이는 관할에 관한 규정이지 자치적인 업무처리방식을 규정한 것이라고 보기 어렵다. 다만 앞에서 언급한 것처럼 자치책임성이 보장되지 않는 자치는 공허한 것이기 때문에 자기책임성은 지방자치에 관한 헌법상의 보장에 전제된 것이라고 볼 수 있다. 해석을 통하여 지방자치단체의 자기책임성을 도출할 수 없는 것은 아니지만 헌법을 개정하는 경우에 자기책임성을 명시적으로 헌법에 명시함으로써 그 의미를 보다 명백히 할 수 있고 입법자나 중앙정부에 대하여 표지판기능을 확실히 할 수 있다.

또한 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”오로지 자치입법권의 행사에 대하여 “법령의 범위안”에서라는 제한이 있을 뿐 사무처리에 관한 아무런 제한을 포함하지 않고 있다. 이것이 지방자치에 대한 국가의 관여를 전적으로 배제하고 지방자치단체의 자치권의 무제한적인 자기책임성을 보장하는 것이라고 보기는 어렵다. 실제로 법령에 의한 지방자치단체의 제한이 이루어지고 있다.

한편으로 국가의 입법권에 의한 지방자치에 대한 관여권의 길을 열어주면서 국가의 지방자치에 대한 관여를 법률에 근거할 것을 요구하는 것이 국가의 무제한적인 관여

를 방지하는데 도움이 된다. 이점에서 “법령의 안에서” 를 위치를 바꾸어 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”로 개정하는 것이 보다 바람직하다. 그런데 여기서 법령은 법률과 명령을 모두 포함하고 있으나 법률유보는 법률에 의한 제한을 요구한다. 물론 명령이 포함될 수는 있지만 모든 명령이 아니라 법률에 근거를 둔 명령을 의미한다. 이 점에서 법령의 범위 안에서라는 표현보다는 “법률의 범위 안에서”라고 수정하는 것이 바람직하다.

지방자치법 제117조 제1항을 자기책임성조항과 결합해서 “지방자치단체는 법률의 범위 안에서 자기책임 하에 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”로 개정하는 것이 바람직하다.

4. 지방재정의 보장

지방자치단체가 주민의 복리에 관한 사무를 자기책임 하에 처리하기 위해서는 그 비용을 독자적으로 마련하고 지출할 수 있는 권한이 있어야 한다. 지방자치단체가 자유로이 처분할 수 있는 재정수단을 갖지 아니하는 경우에 지방자치단체는 그의 업무를 자기책임 하에서 처리하기 어려우며, 지방자치단체의 재정력이 지방자치단체의 행정활동을 뒷받침하지 못하는 경우에는 지방행정은 사실상 위축된다. 지방자치에 대한 헌법상의 보장은 동시에 지방자치단체가 필요로 하는 재원을 확보하여 주도록 국가에게 의무를 부과하고 있다⁴⁶⁾.

또한 지방자치단체가 자신의 업무를 처리함에 있어서 자신의 재원으로 비용을 충당하지 아니하고 국가나 다른 지방자치단체의 재원으로 비용을 충당하는 경우에 지방자치단체는 자신의 주머니에서 지출하는 것이 아니므로 이를 절약해서 최적으로 사용할 동기를 갖지 못하게 된다. 지방자치단체는 최소의 비용으로 최대의 효과를 거두려는 노력대신에 중앙정부나 광역지방자치단체에 대하여 비용의 충당을 요구하는데 익숙해지고 스스로 재원을 마련하고 효과적이고 효율적으로 사용하려는 노력은 줄어들 수 있다. 즉, 도덕적 해이를 겪을 수 있다. 따라서 지방자치단체의 비용충당은 원칙적으로 자신의 재원에서 충당하도록 하여야 하며 이를 위한세원의 합리적인 배분이 필요하다. 그렇게 해도 자신의 비용을 스스로 충당하지 못하는 경우에 중앙정부나 광역지방자치단체는 앞에서 언급한 보충성원칙의 적극적 측면인 연대성(Solidarität)의 원칙에

근거하여 지원을 할 필요가 있다. 지방재정의 확충과 지방재정정책이 지방자치의 핵심적인 요소라는 점을 감안하면 헌법의 지방재정에 대한 규정은 보완되어야 한다. 헌법 제117조 제1항은 지방재정에 관하여 “지방자치단체는 … 재산을 관리하며 …”고 규정하는데 그치고 있다. 이러한 내용을 충분히 담기 위해서는 지방재정에 관련된 문장을 별도로 추가하는 것이 바람직하다. “지방자치단체는 그 사무를 처리하기 위한 비용을 자기책임하에 충당하기 위해 필요한 세원을 가져야 하며, 세율을 결정할 수 있어야 한다”는 문장을 지방자치법 제117조 제1항에 추가하는 것이 바람직하다. 또한 지방자치단체 중에서 스스로 비용충당을 감당하지 못하는 지방자치단체에 대한 재정지원을 위하여 보충성원칙의 적극적인 측면으로 앞에서 언급한 “국가는 지방자치단체가 그 사무를 원만하게 처리할 수 있도록 필요한 여건을 조성하고 지원을 하여야 한다.”는 조항을 추가하는 것이 바람직하다.

5. 지방자치단체의 입법권

(1) 기본방향

현재 중앙집권적인 구조 속에서 국회는 모든 지방적인 사무에 대한 근본적인 결정을 모두 처리할 수 있을 만큼 유능하지도 아니하고 인적·물적인 뒷받침도 되어 있지 못하며 개선될 전망도 없다. 국회는 중앙정치적인 문제에만 매달려도 능력부족이라고 하지 아니할 수 없으며 지방적인 문제에 대해서까지 신경을 쓴다는 것은 지나친 입법 부담이라고 하지 않을 수 없다. 또한 국회가 지방자치사무에 대하여 세부적인 사항까지 확일적으로 규정하는 것은 지방정치를 형해화 하고 지방의 현실적응력 및 주민에 가까운 행정의 실현에 역행한다는 점에서 바람직하지도 않다. 이에 입법권의 분권화가 필요하다. 지방적인 문제에 대하여는 지방의회가 조례로써 정책프로그램을 구체화할 수 있어야 된다. 이 점에서 조례제정에 장애가 되는 요인을 근본적으로 극복하기 위한 노력이 요구된다.

지방자치단체의 조례제정권을 통하여 입법권의 분권화를 달성하기 위해서는 지방자치단체의 사무에 대한 원칙적인 입법권을 지방의회가 행사하도록 하고 지금까지 법률유보의 영역에 속하던 사항을 조례유보사항으로 하는 헌법정책적인 변화가 뒤따라야 한다. 이 점에서 일정한 지방사무에 대한 입법권을 원칙적으로 지방의회에 부여하는 입법권의 헌법상의 재배분문제도 심도있게 논의할 필요가 있다.

헌법 제117조 제1항 단서로 “다만, 이 법에서 규정하는 법률에는 지방자치단체의

46) v.Mutius/Henneke, Kommunale Finanzausstattung und Verfassungsrecht, 1985, S. 30.

사무처리에 관해서는 법률의 범위안에서 제정된 조례를 포함한다” 라고 추가하여 헌법을 개정하는 것도 생각해볼 수 있다.

(2) 법률유보의 이론적 근거와 조례유보로 대체 가능성

주민의 권리제한이나 의무부과를 내용으로 하는 조례의 제정에 있어서 법률유보가 요구되는지 여부는 공권력의 행사에 법률유보가 요구되는 이유가 무엇인지, 조례가 그러한 이유를 충족시킬 수 있는지 여부에 달려있다. 법률유보가 요구되는 이유로는 민주주의적인 요청과 법치주의적인 요청이 있다.

법률유보에 대한 민주주의적인 요청이 국민 대표자의 승인에 의한 국민의 자유와 권리의 제한이라고 한다면 법치국가적인 법률유보의 근거는 공권력 행사의 예측가능성과 계산가능성을 보장, 입법권과 집행권을 구분하려는 권력분립의 보장, 공권력행사의 내용적인 타당성을 보장하기 위한 것이다.

1) 조례의 민주적인 정당성

국민의 자유와 권리를 제한하는데 법률유보를 요구하는 이유 중에서 민주주의적인 측면은 국민이 스스로 또는 그들의 대표자가 승인하는 경우에만 허용된다는 것이다. 즉, 국민의 자유와 권리의 제한은 국민의 대표기관인 국회가 정한 법률에 유보되어 있다. 그런데 지방의회는 지방자치단체의 사무를 수행하는 범위 내에서 주민의 대표기관이고, 주민이 지방의원을 직접 선출함으로써 주민으로부터 직접 민주적인 정당성을 획득한다. 지방자치사무에 관한 한 헌법 제117조 제1항은 그 결정에 관한 민주적인 정당성을 전체 국민대신에 주민에게서 찾고 있다. 이점에서 국회가 국민전체를 대표하는 것과 마찬가지로 지방의회는 주민을 대표한다는 점에서 등가치를 가진다고 볼 수 있다. 이 점에서 지방의회가 정한 조례는 민주주의 원칙이 요구하는 법률유보원칙의 이유를 충족시킨다.

2) 조례의 법치국가적인 정당성

법률유보가 요구되는 법치국가적인 요청은 첫째로 국가공권력 행사에 대한 국민의 예측가능성과 계산가능성을 보장함으로써 법적인 안정성을 보장하기 위한 것이다. 이러한 법적인 안정성을 보장하기 위하여 법률의 내용이 명확하고 공권력의 행사에 앞

서 법률이 존재할 것을 요구한다. 조례도 법률과 마찬가지로 정도의 명확성을 요구하며 소급적인 입법이 허용되지 아니하므로 그 범위 내에서 법률유보의 요청을 만족시킨다.

다음으로 법률유보가 요구되는 법치국가적인 요청으로는 입법권한과 법률을 집행하는 권한이 동일한 기관에 속하지 못하게 함으로써 권력남용을 방지하여 국민의 자유와 권리를 최대한 보장하고자 하는 취지이다. 법률의 제정권을 국회가 갖도록 하고 행정부는 이를 집행하도록 이러한 요청은 만족된다. 마찬가지로 조례는 지방자치단체의 입법기관인 지방의회가 제정하고 그 집행은 지방자치단체장의 지휘·감독하에 있는 집행기관이 담당하도록 함으로써 이러한 권력분립적인 요청도 만족된다.

조례에 관한 법률유보와 관련해서 문제되는 것은 조례의 내용적인 타당성이 법률의 내용적인 타당성에 갈음할 수 있는 가능성을 가진 것인지의 여부에 따라 판단할 수 있을 것이다.

법치국가의 원칙은 개인의 자유가 불필요하게 침해되지 않도록 공공의 이익과 개인적인 자유간의 복합적이고 다면적인 형량이 이루어질 것을 요구한다. 이러한 형량이 바람직하게 이루어지기 위해서는 전문성, 독립성, 공개성 등이 요구된다⁴⁷⁾.

만약 지방의회의 의결과정에 이와 같은 3요소가 충분히 보장되어서 지방의회의 조례제정이 국회의 법률에 버금가는 내용적인 타당성을 보장할 수 있다면 구태여 조례에 법률유보를 요구할 필요가 없다.

이에 대하여 ① 국회의 입법과정에는 중앙정부의 전문관료가 참여하고 학계나 사계의 전문가들이 참여하여 전문성에 있어서 지방의회의 입법과정보다는 우월적인 지위에 있다는 점 ② 지방의회는 국회보다 참여자와 결정대상간의 거리가 좁아 결정자의 독립성을 보장하기 어렵다는 점 ③ 지방의회에서 공중에 의한 통제가 국회에서 절차보다 미약하다는 점 등을 들어 지방의회의 조례보다는 법률에 내용적인 타당성이 조례보다는 훨씬 우월하며 따라서 조례제정에는 법률의 유보가 필요하다는 입장이 있다⁴⁸⁾.

이러한 주장에 대하여 반대의 논리도 성립될 수 있다. 국회가 만든 법률이 지방의회가 만든 조례보다도 내용적인 타당성을 가질 가능성이 높다는 것은 국가는 오류를 범하지 않는다는 신념에서 출발하는 경우가 적지 않다. 먼저 조례입법의 장소근접성은

47) Hans Hebert von Arnim, Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie, AÖR 113(1988), S. 124

48) H.H. v. Arnim, 앞의 논문, S. 24ff. 참조. 유사한 견해로 Max-Jürgen Seibert, Beschränkung der Amtshaftung durch gemeindliche Satzung? - zum Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der Satzungsautonomie, DÖV 1986, S. 957ff 등

지방의회에서 결정절차에 대한 관계인의 참여를 강화할 수 있으며, 관계인의 참여확대와 조례의 사물근접성은 조례입법의 범위내에서 지역의 특수성에 부응할 가능성을 확대한다. 이는 내용적으로 적합하고 타당한 결정에 긍정적인 영향을 미칠 수 있다⁴⁹⁾. 특히 지방자치단체의 사무로 배분된 것은 지역적인 특성을 고려할 필요가 강한 사무들이기 때문에 이들 사무를 국가의 입법자들이 구체적인 사정을 고려함이 없이 전국적으로 획일적인 결정을 하는 경우에 지역적인 특수성에 부합되지 아니하는 경우가 적지 않게 발생한다.

또한 전문성에 있어서 군소 지방자치단체의 지방의회는 국회보다 법률적, 기술적인 전문성은 떨어지는 면이 있는 것은 사실이나 장소적, 환경적, 역사적인 특수성에 비해서는 오히려 앞선다. 또한 법률적이거나 기술적인 사안에 대한 조례에 있어서 지방의회는 감독기관에 문의를 하거나 전문가에게 검토를 의뢰할 수도 있다. 또한 지방자치단체의 조례에 대해서 감독기관이나 지방자치단체장에 의한 사후적인 통제가 행해지기 때문에 내용적인 검증을 다시 한 번 받을 가능성이 있다(재의요구제도나 승인제도). 따라서 전문성 때문에 지방의회의 내용적인 타당성이 국회보다 떨어진다는 것은 반드시 옳은 것은 아니다.

입법절차의 공개를 통해서 공중에 의한 통제 면에서도 법률제정절차에 비하여 조례제정절차가 뒤떨어지는 것은 아니다. 조례제정절차는 법률제정절차와 마찬가지로 입법예고 되고 심의과정과 의결이 공개되는 것이 원칙이다. 오늘날 지역신문이나 지역방송의 발달로 입법과정이 상세히 보도되는 경우가 적지 않고 회의 속기록이 인터넷에 공개되고 각종 지역시민단체들이 관심이 있는 조례제정과정을 모니터링 함으로써 공중에 의한 통제는 점점 늘어가는 추세에 있다. 국회의 법률도 줄속하게 제정되는 경우가 드물지 않다는 측면에서 공중에 의한 통제 면에서 법률이나 조례는 큰 차가 없다고 하겠다.

무엇보다도 기본권에 관한 법률유보와 관련해서 조례제정에는 풍부한 정치적인 토론과 이익간의 신중한 형량이 부족하다는 점이 지적되기도 한다⁵⁰⁾. 국회의 입법과정에서는 주장과 반대주장이 제시되고 양자간의 토론을 통하여 양자간의 차이가 조정되고 상대적인 진실에 이를 가능성이 높다는 것이다. 이 점에서 지방의회의 경우에도 큰

49) Werner Frotscher, Selbstverwaltung und Demokratie, in: Albert v. Mutius(Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S.141 ff.

50) Friedrich Schoch, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?, NVwZ 1990, 804

차이가 없다. 지방의회에서 공개된 토론절차는 상반된 주장간의 논쟁과 검증을 통한 진실의 발견가능성을 보장하고 있다는 점에서 국회의 입법과정과 큰 차이는 없다. 특히 대도시의 조례제정과정은 국회의 법률제정과정과 큰 차이가 없다. 이 점에서 법률제정과정에 못지않게 조례제정과정도 내용적으로 타당성을 보장하기 위한 절차를 가지고 있다고 볼 수 있다.

이상에서 검토한 바와 같이 법률제정절차가 조례입법절차에 비하여 내용적인 타당성에 있어서 반드시 우월적인 것이라고 볼 수 없으며 양자간에선 상당한 면에서 유사성이 있다. 또한 지역적인 특수성과 구체적인 이해관계를 고려하는 면에서는 조례제정과정에 더 내용적인 타당성에 근접할 수 있는 여지도 있다. 무엇보다도 조례가 국회의 입법부담을 경감하는 차원에서 이루어지는 점을 감안한다면 국회의 부작위로 인한 입법공백을 메우기 위한 조례제정의 필요성을 감안하면 입법자의 부작위로 인한 입법의 사각지대를 방지하는 것보다는 조례에 의한 보충이 내용적인 타당성을 갖는 경우가 더욱 많다고 할 것이다. 이점에서 조례에 관한 법률유보의 범치국가적인 요청은 근거가 없다고 할 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 조례는 법률유보가 요구하는 민주국가적인 요청과 범치국가적인 요청을 모두 만족하므로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례에 별도의 법률유보를 요구하는 것은 불필요하다.

3) 지방자치와 국회유보(본질사항유보)

법률유보에 관한 이론중에서 독일에서 판례로 발전한 본질이론(Wesentlichkeitstheorie)은 입법자는 모든 중요하고 기본적인, 혹은 본질적인 결정에 있어서 고양된 책임(ge steigerte Verantwortung)을 회피할 수 없으며 스스로 결정할 것을 요구하고 있다⁵¹⁾. 한국에서도 이러한 본질이론이 지방자치에 그대로 적용된다는 학설이 있다⁵²⁾. 만약

51) Vgl. BverfGE 34,165, 195f.; 40, 237, 249 등. 이는 모든 중요한 결정이 의회에 유보되어 있다는 측면에서 의회유보(Parlamentsvorbehalt)라고도 부른다.

52) 예컨대 홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000, 209면은 "국회의 중심적인 임무는 지방자치행정에 관하여 중요한, 본질적인 사항에 관한 결정은 국회 스스로 하여야 한다는데 있다"고하고 "적어도 기본권관련사항은 이에 해당한다"고 설명하고 있다. 우리 헌법 재판소(2001. 4. 26. 2000헌마122)도 "법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않는다 하더라도, 그 사항이 국민의 권리 의무에 관련되는 것일 경우에는, 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는(헌재 1998. 5. 28. 96헌가 판례집 10-1, 509,

이러한 이론을 그대로 수용한다면 지방자치에 관한 모든 중요한 결정은 국회가 해야 하고 지방자치단체는 중요하지 아니한 사항이나 비본질적인 사항에 대해서만 자기 책임하에 결정할 수 있다는 결론이 된다. 이는 지방자치를 사실상 공동화시키는 것이 되므로 받아들이기 어렵다.

헌법 제117조에 의해서 지방자치단체의 주민은 자신의 모든 중요한 문제를 스스로 규율할 수 있는 권한을 부여받았다는 점을 감안하면 이러한 본질이론은 헌법상의 권한배분의 원칙에 반하여 국가에 권한을 집중시키는 결과를 가져오므로 타당하다고 볼 수 없다. 헌법 제 117조 제1항에 의해 주민의 복리에 관한 사무에 대하여 부분국민인 주민이 전체국민을 대신하여 민주적인 정당성의 근거가 된다. 따라서 지방의 모든 중요한 문제는 주민이 직접 혹은 그 대표자에 의하여 결정할 수 있어야 한다(지방의회 유보). 이점에서 본질사항유보이론 내지 의회유보이론은 지방자치의 영역에서는 통용되기 어렵다고 본다. 지방자치단체에 대한 전권한성의 보장은 기본권이나 본질적인 사항에 대한 제한을 가하는 입법권도 동시에 보장하는 것이라고 볼 수 있다.

(3) 헌법개정 내용

1) 포괄적이고 배타적인 시·도의 입법권을 헌법에 규정하는 방식

먼저 연방국가에 준하는 입법권을 지방의회에 부여하는 방법을 생각할 수 있다. 스페인의 입법례가 참조가 될 수 있을 것으로 본다. 스페인의 자치공동체는 헌법적으로 국가는 아니므로 연방국가에서 국가인 주와는 법적인 지위가 다르다 그럼에도 불구하고 스페인 헌법 제148조 제1항은 주정부가 행사할 수 있는 권한으로 22가지를 규정하고 있다⁵³⁾.

515-516) 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 것이다.”라고 함으로써 같은 입장을 취하고 있다.

53) 1)주정부의 기구 2)주내 기초 자치단체 경계의 변경, 국가의 법률로 정하는 범위 내의 주내 지방 기관에 관한 국가행정의 역할 3)주의 영역, 도시, 주택 정비 4)주내의 공공사업 5)주내의 철도, 도로에 의한 수송 6)산업활동을 수반하지 않는 피난항, 스포츠 이용의 향만, 공항시설 등 7)경제의 전반적인 틀 가운데서의 농축산업 8)산림의 이용 9)환경보전, 10)주내의 용수, 운하, 관개에 관한 계획·건설·운영 11)하천·호소에서 어업, 양식, 수렵 12)주내에서의 견본시장 13)국가의 경제정책에 따른 주내에서의 경제발전 촉진 14)수공업 15)주내의 박물관, 미술관, 음악원 등 16)주의 문화유산 17)문화·연구의 장려, 주의 공용어 교육 18)주내의 관광 진흥 19)스포츠와 오락의 적절한 이용 촉진 20)사회복지 21)보건·위생 22)건물·시설의 경비와 보호, 조직법이 정하는 범위 내에

스페인의 헌법이나 독일 등 연방국가에서 주에 부여하는 입법권의 일부를 시·도의 조례에 유보함으로써 지역적인 입법수요에 대응하고 다양한 입법의 구현을 가져올 수 있을 것으로 본다.

2) 지방자치단체의 조례의 입법범위를 법률과 경합적으로 확대하는 방안

처음부터 시·도에 배타적인 입법권을 부여하기 어려운 측면이 있으므로 우선 법률에서 규정하지 않은 입법의 사각지대에 대해서 조례로써 규정할 수 있도록 경합적인 입법권을 부여하는 방안이 무난할 것으로 보인다. 이를 위하여 지방자치법 제117조에 “지방자치단체는 법률에 위반되지 아니하는 범위내에서 그 권한에 속하는 사무에 관한 조례를 제정할 수 있다. 헌법 제37조 제2항, 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제23조 제1항, 제24조 내지 제26, 제59조의 법률에는 지방자치단체의 사무와 관련되는 경우에 조례를 포함하는 것으로 본다” 라고 규정하게 된다면 조례의 법률유보로 인한 한계는 충분히 극복할 수 있으며 또한 법률에 의한 전국적인 통일성도 동시에 확보할 수 있다.

6. 지방자치단체의 기관구성

헌법 제118조는 지방자치단체의 기관과 그 조직에 대하여 규정하고 있으나 구체적인 형성을 법률에 유보하고 있고 선거에 의한 지방의회구성을 예정하고 있을 뿐 입법자에 대한 지침은 매우 빈약하다. 헌법개정안에는 지방자치단체의 기관구성방식에 대해서 지침을 부여하는 것이 필요하다. 또한 지방자치가 궁극적으로 주민의 자기결정임에 비추어 주민의 위상과 역할에 대한 지침도 헌법에 규정할 필요가 있다.

(1)지방의회

먼저 헌법 제118조 제1항은 “지방자치단체에 의회를 둔다” 고 규정하고 있을 뿐 그 위상이나 구성에 대하여 언급이 없다. 이에 지방의회가 주민의 대표기관임을 명백히 하고 주민에 의하여 직접 구성됨을 명백하게 규정하는 것이 바람직하다. 이에 헌법 제118조 1항을 다음과 같이 개정하는 것이 바람직하다. “지방자치단체에는 주민의 대

서의 지방경찰에 관한 조정 등이 이에 속한다.

표기관으로 지방의회를 두며, 지방의회는 주민의 직접, 평등, 보통, 비밀선거에 의하여 선출된 지방의원으로 구성한다.” 또한 헌법 제118조 제2항은 지방의회의 조직·권한·의원선거 등에 대해서는 법률로 규정하도록 규정하고 있다. 이 규정은 자칫하면 지방의회의 조직과 운영에 대한 세세한 부분까지도 법률로 규정할 것을 요구하는 것으로 오인될 우려가 있다. 지방의회의 조직과 권한이 전국적으로 동일할 필요는 없다고 볼 수 있음 오히려 지역의 특수성이나 정치적인 의사결정에 따라 다양한 모델의 발전이 필요한 부분이라고 본다. 이에 한편으로는 입법자에 의한 골격입법의 가능성을 열어주고 다른 한편으로 지방자치단체의 자율적인 결정의 여지를 남긴다는 측면에서 다음과 같이 개정하는 것이 바람직하다. 헌법 제118조 제1항에 앞에서 제시한 개정안에 추가하여 “지방의회의 조직·권한·의원선거 등에 대해서는 법률이 정하는 범위 내에서 당해 지방자치단체가 규정한다”

(2) 지방자치단체의 집행기관

헌법 제118조 제2항 후단은 “지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 지방자치단체의 장을 비롯한 지방자치단체의 집행기관의 조직과 운영에 대한 규정이다. 이 규정은 자칫하면 지방자치단체의 집행기관의 조직과 운영방법을 반드시 법률로 규정하고 지방자치단체 스스로는 결정할 수 없다는 의미로 해석될 우려가 있다. 법률로 모든 지방조직과 그 운영을 규율하는 것은 가능하지도 않고 바람직하지도 않다. 지방자치단체의 집행기관의 구성에 대해서는 여러 가지 모델의 입법례가 있고 동일 국가 내에서도 서로 다양한 경우가 적지 않다. 또한 지방자치단체의 장을 집행기관의 수장으로 규정하는 것도 집행기관구성모델에 경직성을 부여하고 있으므로 탄력적으로 규정하고 지역특성과 정치적인 의사결정에 따라 다양한 모델을 발전시켜 상호 비교와 검증을 통한 학습효과를 유발할 필요가 있다. 이를 위하여 다음과 같이 규정하는 것이 바람직하다.

“지방자치단체의 업무를 수행하기 위한 집행기관의 조직과 구성에 대해서는 법령이 정하는 범위 내에서 민주주의 원칙에 따라 당해 지방자치단체가 규정한다. 지방자치단체의 장은 주민이 직접, 평등, 보통, 비밀 선거에 의하여 주민이 선출한다.”

(3) 주민

흔히 지방 문제를 해결함에 있어서 지방자치단체 혹은 지방정부를 중심으로 생각하

기 때문에 지방정부를 자치의 주체로 생각하는 경향이 있다. 틀린 말은 아니지만 이런 경우에 지방정치인, 지방공무원이 자치의 중심에 서게 된다. 하지만 민주주의 국가에서 지방정부는 주민으로 구성되며, 지방정부는 궁극적으로 주민에 의해 지배되기 때문에 지방정부의 실체는 주민이 된다. 지방자치단체를 공법상의 사단(社團)이라고 하는 것은 지방정부의 본질이 “사람의 단체”에 있다는 것을 의미한다. 지방자치의 주체를 지방정부로 볼 수 있지만 그 실체는 주민으로 구성되므로 결국 지방자치의 주체는 집합체로서 주민이라고 볼 수 있다. 바꾸어 말하면 지방정부의 모든 권력적 정당성의 원천이 주민에게 있다는 것을 의미한다. 헌법 제1조 제2항이 “모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있는 것처럼 지방정부의 경우 모든 지방권력의 원천을 주민에게 찾는 것이 타당하다. 이런 의미에서 헌법 제117조 제1항에 이와 같은 취지의 규정을 두는 것이 바람직하다. 예컨대, “모든 지방자치단체의 권력은 주민으로부터 나온다”라는 조항을 둔다. 지방자치단체장이나 지방의원의 선거는 지방선거는 자치의 주체인 주민이 자치적인 의사를 결정하는 하나의 표현이라고 볼 수 있다. 하지만 주민의 역할은 지방정치인을 선출하는데 그치는 것이 아니라 직접 지방자치단체의 의사를 결정하기도 하고, 지방의회에 의안을 제안하기도 한다. 이점에서 지방정부를 자치의 주체로 보기 어려우며 결국 주민이 지방자치의 주체가 된다. 주민으로부터 민주적으로 정당성을 획득한 지방자치단체장이나 지방의회를 통한 자치적인 의사결정은 지방자치의 중요한 부분을 이루기는 하지만 전부는 아니다. 오히려 지방의사결정의 민주적인 정당성의 원천으로서나 지방의 본질적인 문제를 결정함에 있어서 주민의 위상은 매우 중요하다.

그럼에도 불구하고 헌법에서는 주민에 관한 규정이 없다. 주민의 직접적인 참여의 확대가 세계적인 추세이고 한국에서도 주민투표 등이 도입되면서 참여제도가 정비되고 있다. 오늘날 대의민주정의 한계가 부각되고 있으며 개관가능한 지역적인 범위내에서 주민들의 민주적이고 능동적인 참여가 강조되고 있다. 지방자치를 “민주주의 학교”라고 할 때 주민의 역할은 대표자를 선출하는 기능에 그치지 않는다. 참여를 통한 지역사회에 대한 책임성과 정체성의 회복은 경제적인 세계화에 대응한 민주주의 정착을 위한 정치적인 대응이라고 할 수 있다. 이에 헌법에서 주민참여의 방향과 근거를 제시하는 것이 필요하다. 지방자치법 제118조 제3항에 주민참여에 관한 헌법적인 근거를 명시할 필요가 있다. 예컨대 “지방자치단체의 중요한 의사결정을 위하여 주민의 참여가 법률의 범위안에서 보장되어야 한다.”

7. 국가와 지방자치단체의 관계

지방자치제도를 통한 지방분권적인 국가권력구조는 국가와 지방자치단체간의 상호 독립성을 전제로 하지만 국가의 지방자치단체에 대한 하향적인 관여와 지방자치단체의 국정에 대한 상향적인 관여를 통하여 상호간의 견제와 균형을 이루면서 통합과 조화를 추구할 수 있게 된다. 국가와 지방자치단체의 관계에 있어서 우리나라에서는 국가의 지방자치단체에 대한 입법적, 행정적, 사법적인 관여가 보장되어 있으나 지방자치단체의 상향적인 국정참여에 대하여는 전혀 고려되고 있지 아니하다. 이는 국가의 지방자치단체에 대한 일방적인 영향력의 행사를 보장할 뿐이다. 이로 인하여 지방의 국가권력에 대한 견제기능은 현저히 약화되고, 지방의 상향적인 참여를 통한 실질적인 통합과 지방경험의 국가적인 활용은 무시되며 지방적인 이익을 국가적인 차원에서 실현할 수 있는 길은 봉쇄되어 있다. 이는 지방분권적인 권력구조가 갖추어야 할 쌍방적인 상호관계가 일방통행적인 권력구조로 이루어져 있음을 의미하며 지방의 이해관계와 경험이 국정에 반영될 수 있는 기회를 갖지 못하게 된다.

지방자치단체의 국정참여가 요구되는 이유는 다음과 같다.

민주주의원칙으로부터 지방의 국가의사결정과정에서 참여가 요구된다. 민주주의는 '아래에서 위로'의 의사결정을 요구한다. 지방분권적인 권력구조는 시민에 가까운 의사결정을 가능하게 함으로써 아래에서 위로의 의사결정을 가능하게 하는 제도적 장치에 속한다. 국가전체의 의사를 결정함에 있어서도 하위공동체인 지방자치단체의 참여를 보장함으로써 아래에서 위로의 의사결정을 가능하게 할 필요가 있다. 이러한 아래에서 위로의 의사결정을 통하여 지방의 혁신적인 아이디어와 경험 및 지방적인 이익을 국가의 의사결정과정에서 반영할 수 있다⁵⁴⁾. 대부분의 법령이 지방자치단체에 의하여 집행된다는 점을 고려한다면 그 법령의 문제점이나 개선방향에 대해서는 지방자치단체가 가장 잘 알고 있다. 지방의 참여를 통하여 지방의 정치적, 행정적인 경험을 전체국가를 위하여 활용할 수 있게 된다⁵⁵⁾

지방분권의 가장 중요한 기능은 수직적인 권력분립을 통하여 국가권력의 남용을 방지하여 시민의 자유와 권리를 보장하려는 데 있다. 권력분립을 통한 권력남용의 목적을 실현하기 위하여는 권력의 배분과 독립성을 보장하는 것으로 충분하지 않으며 상호 견제와 균형을 가능하게 하는 제도적인 장치가 요구된다. 만약 국가의 지방자치단체에 대한 영향력의 행사만을 보장하고 그 반대방향의 영향력을 인정하지 아니하는 경우에

54) J. Lämmle, Die Beteiligung der Gemeinden an der Gesetzgebung, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1988, S. 916

55) K. Reuter, Föderalismus, Heidelberg/Hamburg, 1983, 80

는 균형은 파괴되고 견제는 국가의 지방에 대한 견제만이 있게 되어 국가권력의 남용에 대한 지방자치단체의 견제기능은 상실되고 만다. 국가권력의 남용을 방지하기 위해서는 지방자치단체에 의한 국가공권력의 통제와 견제가 요구된다. 더구나 오늘날 지방자치단체의 업무수행이 대부분 국가의 법률에 의하여 거의 완벽하게 일방적으로 정해지는 상황 하에서 지방정치의 기능상실을 보충하기 위하여는 지방자치단체의 입법과정에 대한 참여가 매우 절실히 요구된다⁵⁶⁾. 이런 의미에서 지방의 국정참여는 중앙에 의하여 잠식된 권한의 부족을 참여권을 통하여 보충하는데 기여한다. 국가와 지방자치단체간의 쌍방향적인 관계형성을 위하여 헌법에 기본방향을 설정해 놓는 것이 필요하다. 예컨대, "국가와 지방자치단체는 헌법과 법률이 정하는 바와 따라 서로의 업무수행절차에 관여할 수 있다. 이 경우에도 지방자치단체의 자기책임성은 보장되어야 한다."

8. 권리구제

헌법 제 117조 제 1항은 위에서 설명한 지방자치에 대한 객관적인 법률제도의 보장 이외에 지방자치단체의 주관적인 법적지위의 보장을 포함하고 있다⁵⁷⁾. 개개의 지방자치단체는 지방자치의 보장의무자로부터 보장내용의 준수를 요구할 수 있는 법적인 권리를 갖는다. 지방자치단체는 국가의 위법한 자치권의 침해에 배제해 줄 것과 일정한 급부를 해줄 것, 절차적 참여권 등을 청구할 수 있는 법적인 권리를 갖는다. 이로써 지방자치단체는 입법자나 행정부의 자치권침해에 대한 방어가능성을 갖게 된다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 지방자치단체에게는 지방자치권을 소송법적으로 실현할 수 있는 권리구제의 가능성이 보장된다. 이에 해당되는 것으로서 행정소송제도와 위헌법률심사, 헌법소송으로서의 권한쟁의 심판을 들 수 있다. 지방자치단체의 자치권의 침해에 대해서 행정소송, 특히 항고소송을 제기할 수 있다는 학설이 타당하다⁵⁸⁾고 보나 실무상으로는 활용되지 못하고 거의 대부분이 헌법재판소의 권한쟁의심판으로 제기되고 있다. 헌법재판소의 과부하, 심급의 불이익 등을 고려하면 행정소송을 적극적으로 활용할 필요가 있다⁵⁹⁾. 이를 위하여 헌법에 권리구제조항을 명백히 규정하는 것

56) 이기우, 지방분권과 시민참여, 역사넷 2003, 67

57) Stern, Art. 28, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1964.

58) 김해룡, 지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적과제, 공법연구제33집제1호(2004), 100면 이하 참조

59) 이에 대한 비판적 견해로는, 김명연, 지방자치권의 사법적보장에 관한 연구, 공법연구 제32집

이 필요하다. 이를 위해 헌법 제117조 제3항에 다음과 같은 조항을 추가하는 것을 제안한다.

“지방자치단체의 자치권이 침해된 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 법원에 구제를 청구할 수 있어야 한다.”

지방자치단체의 자치권이 침해된 경우에 독일기본법 제93조제1항 4b호와 유사한 헌법소원가능성을 헌법에 보장하는 것이 바람직하다는 견해가 있으나 한국의 경우 헌법상 권한쟁의심판을 보장하고 있으므로 별도로 헌법소원 규정을 두는 것은 중복적인 권리구제가 되기 쉬우므로 신중을 기할 필요가 있다.

9. 제주특별도의 특례

분권실험의 인큐베이터로서 제주도의 자치권을 획기적으로 확대하여 한편으로는 지방분권의 선도기능을 하게하고 다른 한편으로 제주국제자유도시를 실현하기 위한 규제자유지역, 교육, 의료, 관광산업과 첨단산업을 육성하기 위한 전략으로서 제주특별자치도의 설치를 위한 법률의 제정이 추진되고 있다. 제주특별자치도의 핵심은 제주도의 자치입법권의 획기적인 확대에 있다. 내부의 조직과 운영, 인사 등에 대한 자율권을 대폭 증대시키고 교육과 관광 및 의료산업의 증진, 외국어사용의 확대 등을 통하여 중국에서 홍콩이나 포르투갈의 마데이라와 같은 지위를 부여하고자 하는 것이다. 연방국가에 있어서 주에 준하는 입법권과 행정권을 부여하여 제주도의 독자적인 정치적, 행정적, 문화적인 발전이 가능하도록 하자는 것이다. 예컨대 교육분야에 있어서는 교육과정, 학제, 학생선발, 교사의 자격, 학교의 조직과 운영, 교육행정체제 등에 있어서도 제주도가 조례로 정하는 바에 따라 여타지역과는 다른 법제를 가질 수 있도록 하자는 것이다. 즉, 일정한 법 영역에 있어서 국가의 법은 제주도를 지역적인 효력범위에서 제외하고 제주도에 독자적인 입법을 할 수 있도록 제주도의회에 입법권을 부여하는 정도의 자율권을 보장하는 구상을 포함하고 있다. 특히 경제와 물류의 이동 등에 관련된 규제에 대해서는 제주도에 적용이 되지 않고 필요한 경우에는 제주도의회가 정하도록 하자는 구상이다. 이를 위해서는 일정한 분야의 법률에 대해서 제주도에 독자적인 입법권을 갖도록 하는 것이 필요하다. 헌법에서 이들 분야에 대한 입법권을 포괄적으로 제주도에 이양하지 아니하는 한 개별 법률에서 일일이 위임근거를 마련해야 한다. 후자의 방식은 모든 예외적인 조치를 예상하는 것이 사실상 불가능하기 때문

제3호, 2004, 354 이하 참조

에 특별자치도의 모습도 불완전할 수밖에 없다. 이에 제주도에 대한 규정을 헌법에 규정하는 것이 필요하다. 참고로 중국헌법에서는 특별행정구를 헌법에 다음과 같이 규정하고 있다. “국가는 필요할 경우 특별행정구를 설립할 수 있다. 특별행정구내에서 실행하는 제도는 상황에 따라 전국인민대표대회가 법으로서 규정한다.” 이에 근거하여 1990년 4월 4일 중국의 전국인민대표대회는 제3차 회의에서 “중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법”을 제정하였다. 포르투갈에서는 헌법 제VII편 자치지역(Regioes Autonomas)에 근거하고 있는데, 헌법 제225조는 아소레스와 마데이라의 정치적, 행정적 지위에 관해 규정하고 있다⁶⁰⁾. 제주특별도에 대한 헌법상지위를 보장하기 위하여 다음과 같은 조항을 추가하는 것을 제안한다.

헌법 제118조의2

- ① 제주국제자유도시를 실현하고 제주도의 정치적·경제적·사회적·문화적 특수성에 기초한 지방분권을 실현하기 위하여 제주도의 자치권을 법률이 정하는 바에 따라 확대할 수 있다.
- ② 제주도의 조직과 행정기구 및 그 운용에 관한 사항에 대해서는 제주도가 조례로 정한다.
- ③ 국방, 외교, 통일, 화폐, 금융, 검찰, 사법 등 국가전체의 통일성을 기하기 위하여 필요한 영역을 제외하고는 국제자유도시와 지방분권의 선도적인 실현을 위해 필요한 경우에 제주도는 법률과 다른 규정을 조례로 정할 수 있다.

IV. 결론

앞에서 제안된 지방자치에 관한 헌법개정안을 정리해 보면 다음과 같다.

“헌법 제117조 ① 모든 지방자치단체의 권력은 주민으로부터 나온다. 지방자치단체는 법률의 범위 안에서 자기책임하에 주민의 복리에 관한 사무를 처리한다. 공공사무는 능력이 미치는 한 주민에 가까운 지방자치단체에서 우선적으로 처리한다.

60) 자세한 내용에 대해서는 소진광, 2005, “특별자치의 외국사례와 교훈: 포르투갈 마데이라 자치구를 중심으로”, 「지역혁신과 자치역량 강화」, 제주발전연구원·한국지방자치학회 제주지회 공동 학술세미나 발표논문집(2005년 4월 29일), pp.79-96 참조

②지방자치단체는 법률에 위반되지 아니하는 범위내에서 그 권한에 속하는 사무에 관한 조례를 제정할 수 있다. 헌법 제37조 제2항, 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제23조 제1항, 제24조 내지 제26, 제59조의 법률에는 지방자치단체의 사무와 관련되는 경우에 조례를 포함하는 것으로 본다.

③지방자치단체는 그 사무를 처리하기 위한 비용을 자기책임하에 충당하기 위해 필요한 세원을 가져야 하며, 세율을 결정할 수 있어야 한다. 국가는 지방자치단체가 그 사무를 원만하게 처리할 수 있도록 필요한 여건을 조성하고 지원을 하여야 한다.”

“제117조의 2 ①지방자치단체에는 법률이 정하는 바에 따라 광역지방자치단체와 기초지방자치단체를 둔다. ②광역지방자치단체로는 특별시, 특별도, 광역시, 도를 둔다 ③기초지방자치단체로는 시, 군, 자치구를 둔다.”

“제118조 ①지방자치단체에는 주민의 대표기관으로 지방의회를 두며, 지방의회는 주민의 직접, 평등, 보통, 비밀선거에 의하여 선출된 지방의원으로 구성한다. 지방의회의 조직·권한·의원선거 등에 대해서는 법률이 정하는 범위 내에서 당해 지방자치단체가 규정한다.

② 지방자치단체의 업무를 수행하기 위한 집행기관의 조직과 구성에 대해서는 법령이 정하는 범위 내에서 민주주의 원칙에 따라 당해 지방자치단체가 규정한다. 지방자치단체의 장은 주민이 직접, 평등, 보통, 비밀 선거에 의하여 주민이 선출한다.

③ 지방자치단체의 중요한 의사결정에 대해 주민이 직접 참여할 수 있는 가능성을 보장하여야 한다.

④ 국가와 지방자치단체는 독립하여 사무를 수행하되 필요한 경우에는 각각의 자기책임성을 침해하지 않는 범위 내에서 법률이 정하는 바에 따라 상호 관여할 수 있다.

⑤ 지방자치단체의 자치권이 침해된 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 법원에 구제를 청구할 수 있어야 한다.”

“제118조의 2 ① 제주국제자유도시를 실현하고 제주도의 정치적·경제적·사회적·문화적 특수성에 기초한 지방분권을 실현하기 위하여 제주도의 자치권을 법률이 정하는 바에 따라 확대할 수 있다.

② 제주도의 조직과 행정기구 및 그 운용에 관한 사항에 대해서는 제주도가 조례

로 정한다.

③ 국방, 외교, 통일, 화폐 등 국가전체의 통일성을 기하기 위하여 필요한 영역을 제외하고는 국제자유도시와 지방분권의 선도적인 실현을 위해 필요한 경우에 제주도는 법률과 다른 규정을 조례로 정할 수 있다.”

앞에서 제안한 헌법개정안은 개인적인 연구결과를 정리한 것이며 필자가 관계하고 있는 어느 기관이나 단체와도 연관성이 없다는 점을 분명히 하고자 한다. 헌법개정논의가 본격화되는 과정에서 지방자치 관련부분이 조급하고 졸속하게 처리되지 않도록 미리 헌법개정안을 마련하기 위한 담론을 열자는 것이 필자가 집필을 한 의도이다, 여기에 제안된 내용은 보다 정교하게 다듬어지고 보완되어야 할 것으로 본다.

참고문헌

김명연, 지방자치권의 사법적보장에 관한 연구, 공법연구 제32집 제3호, 2004, 331-360
 김철수의, 코멘탈 헌법, 법원사, 1988
 김철수, 신고 헌법학개론, 박영사, 1989
 김해룡, 지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적과제, 공법연구 제33집 제1호(2004), 100면 이하
 김해룡, 지방행정체제의 개편방향에 대한 고찰, 공법연구 제31집 제2호, 2002, 177면 이하
 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 1999
 도희근, 지방분권과 법제개혁 - 헌법적 과제를 중심으로, 울산대학교 사회과학 논집, 제12권 제2호, 23-40
 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 1995
 배준구, 프랑스의 지방분권, 금정, 2004
 성낙인, 현행지방자치제도의 헌법적 진단, 헌법학연구 제1집, 1995, 132-175
 소진광, “특별자치의 외국사례와 교훈: 포르투갈 마데이라 자치주를 중심으로”, 「지역혁신과 자치역량 강화」, 제주발전연구원·한국지방자치학회 제주지회 공동 학술세미나 발표논문집(2005년 4월 29일), 2005, pp. 79-96 참조
 오동석, 지방자치제의 형성과정, 공법연구 제31집 제4호, 2002, 49-75

- 오동석, “지방자치의 제도적보장론 비판”, 「공법연구」, 제29집 제1호, 2000, 219면
이하
- 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1996
- 이기우, 지방분권과 시민참여, 역사넷 2003
- 전훈, 한국지방자치이해의 도구개념으로서의 프랑스 지방분권 법적접근, 공법연구, 제
33집 제1호, 2004, 591-612
- 정창화, 한부영, 지방분권화의 이론과 원칙탐색, 지방행정연구 제19권 제2호, 2005.6,
35-64
- 조성규, 지방자치의 보장과 헌법개정, 헌법개정 어떻게 볼 것인가? 한국공법학회 2005
년도 연차학술대회자료집, 101-138
- 한나라당, 다가올 100년, 새로운 지방의 틀 어떻게 짤 것인가, 2005년 5월2일 개최된
한나라당지방행정개혁 국민대토론회 자료집
- 허영, 한국헌법론, 박영사 1991
- 홍정선, 지방자치법학, 법영사 2000
- G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, 13. Aufl., Berlin
1930
- Hans Hebert von Arnim, Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie, AöR
113(1988), S. 124ff.
- J. Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen
Selbstverwaltungsgarantie, München 1977
- H.-H. Dehmel, Übertragener Wirkungskreis Auftragsangelegenheiten und
Pflichtaufgaben nach Weisung, Berlin 1970
- Hans Uwe Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein- Westfalen, Sieburg 1988,
S.324 ff.
- Werner Frotscher, Selbstverwaltung und Demokratie, in: Albert v. Mutius(Hrsg.),
Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag
von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983,
- K. Glaser, Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach
Verfassungs- und Naturrecht, Berlin 1965, S. 19
- P. Häberle, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden
Verfassungslehre, AÖR 119(1994), S. 183 ff
- R. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln u.a. 1984

- J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968
- J. Lämmle, Die Beteiligung der Gemeinden an der Gesetzgebung, in: Die Öffentliche
Verwaltung, 1988, S. 916
- v.Mutius/Henneke, Kommunale Finanzausstattung und Verfassungsrecht, 1985
- K. Reuter, Föderalismus, Heidelberg.Hamburg, 1983
- Schaffarzik, Bert, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen
Selbstverwaltung, Stuttgart u.a. 2002
- Schmidt- Jortzig/ Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, Köln u.a., 1982
- Schmitt-Aßmann, Kommunalrecht, in: von Münch(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7.
Aufl., 1985, S. 104ff.
- Friedrich Schoch, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und
gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?, NVwZ 1990, 804
- Max-Jürgen Seibert, Beschränkung der Amtshaftung durch gemeindliche Satzung?-zum
Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der Satzungsautonomie, DÖV 1986, S. 957ff
- Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, n:Püttner(Hrsg.),
Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd 1,2. Aufl., 1981, S.205. ;
Schmitt-Aßmann, Kommunalrecht, in: von Münch(Hrsg.), Besonderes
Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1985, S. 104
- Stern, Art. 28, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1964
- C. Stewing, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union, Köln u.a., 1992
- K. Hesse(1995), Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.
Aufl., Heidelberg
- J. Laemle(1988), “Die Beteiligung der Gemeinden an der Gesetzgebung”, in: Die
Öffentliche Verwaltung
- M. Mombauer(1982), “Der Deutsche Städte- und Gemeindebund”, in: G. Püttner
(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u. a., S. 491ff
- K. Reuter(1983), Föderalismus, Heidelberg.Hamburg
- M.W. Riederle(1995), Kommunale Spitzenverbände im Gesetzgebungsverfahren,
Heidelberg
- W. Roters(1995), Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen,
Köln
- W. Roters(1981), “ Die Beteiligung der Kommunen an höherstufigen

Entscheidungsprozessen”, in: G. Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin u.a.

H. Tiedeken(1982), “Der Deutsche Landkreistag”, in: G. Püttner(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a.,1982,S. 484ff.

B. Weinberger(1982), “Der Deutsche Städtetag”, in: G. Püttner(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a.,1982, S. 474ff.

다른 나라 헌법의 자치·분권 관련 조항

독일, 스위스 등 연방헌법을 가진 국가의 경우 본 자료집에서는 연방과 주와의 관계에 관한 장만을 수록했습니다. 그러나 자료집에 수록된 조항 이외에도 연방과 주와의 관계를 규율하는 조항들이 많습니다. 자료집에 수록되지 않은 조항들은 크게 두 가지로 나눌 수 있는데, 하나는 각 주의 대표들로 구성되는 상원, 혹은 연방참의원 등의 조항입니다. 또 하나는 구체적인 외교, 경제, 조세, 행정 등에 관한 연방과 주의 입법/행정적 권한 배분에 관한 조항들입니다. 이런 구체적인 모습들을 살펴보기 위해서는 헌법 다시보기 웹사이트의 해외 헌법 DB를 참조하시기 바랍니다.

아메리카합중국 헌법

제 1 조 (입법부)

제 9 절 (연방의회에 금지된 권한)

- 【1항】 연방의회는 기존 각주중 어느 주가 허용함이 적당하다고 인정하는 사람들의 이주 또는 입국을 1808년 이전에는 금지하지 못한다. 다만, 이러한 사람들의 입국에 대하여 1인당 10달러를 초과하지 아니하는 한도내에서 입국세를 부과할 수 있다.
- 【2항】 인신보호영장에 관한 특권은, 반란 또는 침략의 경우에 공공의 안전상 요구되는 때를 제외하고는 이를 정지시킬 수 없다.
- 【3항】 사권박탈법은 또는 소급처벌법을 통과시키지 못한다.
- 【4항】 인두세 나 그밖의 직접세는 앞서(제2절 제3항에) 규정한 인구조사 또는 산정에 비례하지 아니하는 한, 이를 부과하지 못한다.
- 【5항】 주로부터 수출되는 물품에 조세 또는 관세를 부과하지 못한다.
- 【6항】 어떠한 통상 또는 세수입 규정에 의하여서도, 다른 주의 항구보다 특혜적인 대우를 어느 주의 항구에 할 수 없다. 또한 어느 주에 도착 예정이거나 어느 주를 출항한 선박을 다른 주에서 강제로 입·출항수속을 하게 하거나, 관세를 지불하게 할 수 없다.
- 【7항】 국고금은 법률에 따른 지출 승인에 의하여서만 지출할 수 있다. 또한 모든 공공의 수납 및 지출에 관한 정식 기술과 계산은 수시로 공표하여야 한다.

【8항】 합중국은 어떠한 귀족의 칭호도 수여하지 아니한다. 합중국에서 유급직 또는 위임에 의한 관직에 있는 자는 누구라도 연방의회의 승인 없이는 어떠한 국왕, 왕족 또는 외국으로부터도 종류 여하를 막론하고 선물, 보수, 관직 또는 칭호를 받을 수 없다.

제10절 (주에 금지된 권한)

【1항】 어느 주라도 조약, 동맹 또는 연합을 체결하거나, 나포면허장을 수여하거나, 화폐를 주조하거나, 신용증권을 발행하거나, 금화 및 은화 이외의 것으로서 채무 지불의 법정수단으로 삼거나, 사권박탈법, 소급처벌법 또는 계약상의 채무에 해를 주는 법률 등을 제정하거나, 또는 귀족의 칭호를 수여할 수 없다.

【2항】 어느 주라도 연방의회의 동의 없이는 수입품 또는 수출품에 대하여 검사법의 시행상 절대 필요한 경우를 제외하고는 공과금 또는 관세를 부과하지 못한다. 어느 주에서나 수입품 또는 수출품에 부과하는 모든 공과금이나 관세의 순수입은 합중국국고의 용도에 제공하여야 한다. 또한 연방의회는 이런 종류의 모든 주법들을 개정하고 통제할 수 있다.

【3항】 어느 주라도 연방의회의 동의 없이는 통세를 부과하고, 평화시에 군대나 군함을 보유하고, 다른 주나 외국과 협정이나 맹약을 체결할 수 없으며, 실제로 침공당하고 있거나, 지체할 수 없을 만큼 급박한 위험에 처해 있지 아니하고는 교전할 수 없다.

수정 제10조(주와 인민이 보유하는 권한)

본 헌법에 의하여 합중국에 위임되지 아니하였거나, 각주에게 금지되지 아니한 권한들은 각주나 인민이 보유한다.

수정 제11조(주를 상대로 하는 소송)

합중국의 사법권은 합중국의 한 주에 대하여 다른 주의 시민 또는 외국의 시민이나 신민에 의하여 개시되었거나 제기된, 보통법상 또는 형평법상의 소송에까지 미치는 것으로 해석할 수 없다.

독일 기본법

제 2 장 연방과 州

제20조 【연방국가적 헌법, 저항권】

①독일연방공화국은 민주적·사회적 연방국가다.

제23조 【유럽연합을 위한 제원칙】

②연방의회는 유럽연합에 관계되는 사항에 협력하고 州도 연방참의원을 통하여 이에 협력한다. 연방정부는 연방의회 및 연방참의원에 대해 포괄적으로 또한 가능한 한 신속하게 보고하여야 한다.

③연방정부는 유럽연합의 입법행위에 협력하기에 앞서 연방의회에 태도결정의 기회를 준다. 연방정부 교섭에 즈음하여 연방의회의 태도결정을 고려한다. 상세한 내용은 법률로 정한다.

④연방참의원은 연방의 의사형성에 대한 국내적 조치에 협력해야 하거나 또는 각 州가 국내적으로 권한을 가지고 있는 경우에 그 한도에서 연방의 의사형성에 참가하여야 한다.

⑤연방이 전속적인 권한을 가지고 있는 영역에서 각 州의 영향을 미치는 경우 또는 기타 연방이 입법의 권리를 가지고 있는 경우에는 그 한도에서 연방정부는 연방참의원의 태도결정을 고려한다. 각 州의 입법권한, 그 행정기관의 설치 또는 그 행정절차가 중요한 사항에 관계되어 있는 때에는 그 한도에서 연방의 의사형성에 즈음하여 연방참의원의 견해가 권위있는 것으로 고려된다. 이 경우에 연방전체의 국가적 책임이 유지되어야 한다. 연방의 세출증가 또는 세입감소로 될 가능성이 있는 사항에 관하여는 연방정부의 동의를 필요로 한다.

⑥각 州의 전속적인 입법권이 중요한 사항으로되는 경우에는 유럽연합의 구성원으로서의 독일연방공화국에 귀속하고 있는 제권리의 주장은 연방으로부터 연방참의원이 지명하는 각 州의 대표에 이양되어야 한다. 이들의 권리의 주장은 연방정부의 참가와 또한 연방정부와의 의견조정을 통하여 성립되며, 이에 즈음하여 연방전체의 국가적 책임이 유지되어야 한다.

⑦제4항 내지 6항에 관하여 상세한 내용은 연방참의원의 동의를 요하는 법률로 정한다.

제24조 【집단안전보장체제】

①a 각 州가 국가적 권능의 행사 및 국가적 임무를 수행하는데 권한을 가진 한도에서 각 州는 연방정부의 동의를 얻어서 인접한 제국가기관에 고권을 이양할 수 있다.

제28조 【州헌법】

①각 州의 헌법질서는 이 기본법에서 의미하는 공화적·민주적 및 사회적 법치국가의 제원칙에 부합하여야 한다. 州, 군(Kreis) 및 읍(Gemeinde)의 주민은 보통·직접·자유·평등 및 비밀 선거로 선출된 대표기관을 가져야 한다. 읍에서는 대표기관에 대신하는 읍회의를 도입할 수 있다. 군 및 읍의 선거에서는 유럽공동체 조약의 권리의 규정에 따라 유럽공동체 구성국의 국적을 가지는 자도 선거권과 피선거권을 갖는다.

②읍은 법률의 범위 내에서 그 지역공동체의 모든 사항을 자기 책임하에 규율할 권리가 보장되어야 한다. 읍조합도 그 법률상의 임무영역의 범위 내에서 법률의 규정에 따라 자치권을 갖는다. 재정적 자기책임의 기초하에 자치권은 보장된다.

③지방자치단체연합제도 법률에 따라 그 법률상의 과제의 범위에서 자치행정권을 갖는다.

④연방은 州의 헌법적 질서가 기본권과 본조 제1항 및 제2항의 규정에 부합하도록 보장한다.

제29조 【연방영역의 재편성】

①연방영역은 州가 그 크기와 능력에 따라 그들에 부과된 과제를 효과적으로 수행할 수 있도록 보장하기 위하여 새롭게 편성될 수 있다. 이 경우 향토적 결속, 역사적·문화적 관련, 경제적 합목적성, 공간규제와 州계획의 요청을 고려하여야 한다.

②연방영역의 재편성 조치는 주민표결에 의한 확인을 요하는 연방법률에 의해서야 한다. 이때 관련된 州들의 협의를 거쳐야 한다.

③주민표결(Vollksentscheid)은 그 영역 또는 영역의 일부로부터 새로운 州가 형성되거나 州의 경계가 새로 구획되는 경우 그들 州에서 행해진다. 관련된 州가 지금까지와 마찬가지로 존속하느냐 아니면 새로운 州가 형성되거나 州의 경계가 새로이 구획될 것인가의 문제에 대하여 투표가 행해져야 한다. 새로운 州를 형성하거나 州의 경계를 새로이 획정하기 위한 주민표결은 그 州의 장래의 영역에서 그리고 州 소속이 동일하게 변경될 관련된 州의 영역이나 그 영역의 일부에서 다함께 각각 다수가 그 변경에 동의할 때에 성립된다. 주민표결은 관련된 州 들중의 한 州의 영역에서 다수가 변경을 거부하면 성립되지 못한다. 그러나 그러한 거부는 관련된 州에의 소속이 변경될 영역 일부에서 3분의 2의 다수가 개정에 동의할 때에는 무시된다. 단 관련된 州의 전체영역

에서 3분의 2의 다수가 변경을 거부할 때에는 예외이다.

④그 부분들이 여러 州에 걸쳐 있고 최소한 100만의 인구를 가지는, 관련은 되나 경계가 나누어지는 주거지역과 경제구역에서 그 연합의회선거권자 10분의 1이 이러한 지역을 단일한 州소속으로 해줄 것을 주민발안(Volksbegehren)으로 요구하는 경우 州소속을 제2항에 따라 변경할지 여부를 결정하든지 관련된 州들에서 주민문의(Volksbefragung : 설문조사)를 실시하든지 연방법률로 2년내에 결정하여야 한다.

⑤주민문의는 법률에서 제안된 州소속의 변경이 동의를 얻을 수 있는지 여부를 확인하는 것을 목적으로 해야 한다. 법률은 상이한 그러나 둘을 넘지 않은 제안을 주민문의에 제시할 수 있다. 제안된 州소속의 변경에 다수가 동의하면 州소속이 제2항에 따라 변경되는지 여부를 연방법률로 2년 이내에 결정하여야 한다. 주민문의에 제시된 제안이 제3항 3문과 4문의 법률에 따른 동의를 얻으면 주민문의에 의한 확인을 더 이상 요하지 않는 제안된 州의 형성에 관한 연방법률을 주민문의의 실시후 2년내에 제정하여야 한다.

⑥주민표결과 주민문의에 있어서의 다수란 그것이 적어도 연방의회선거권의 4분의 1을 포함하는 경우 투표자 과반수의 다수이다. 그밖에 주민표결, 주민발안, 주민문의에 대한 상세한 내용은 연방법률로 정한다. 이 연방법률은 주민발안은 5년의 기간내에 반복될 수 없음을 규정할 수도 있다.

⑦州의 기존영역의 그 밖의 변경은 州소속이 변경되는 영역이 5만명 이하의 인구를 가지고 있는 경우에는 관련된 州간의 국가조약에 의해서 또는 연방참의원의 동의를 얻은 연방법률로 행해질 수 있다. 상세한 내용은 연방참의원의 동의와 연방의회의 재적과반수의 찬성을 요하는 연방법률로 정한다. 이 연방은 관련된 州, 군과 읍의 관계인의 의견을 청취하는 청문규정을 두어야 한다.

⑧州는 제2항부터 제7항의 규정에도 불구하고 州간 조약으로 각각 그들이 포괄하는 영역 또는 그 부분영역에 관해 재편성할 수 있다. 이 경우 관계있는 군과 읍은 청문을 한다. 州간 조약은 참가하는 각 州의 주민표결에 의한 승인을 요한다. 州의 부분영역의 변경에 대한 州간 조약일 경우 승인은 당해 부분영역에서의 주민표결로 한정할 수 있다. 5문 후단은 이에 적용하지 아니한다. 주민표결에서 투표총수가 적어도 연방의회의 유권자수의 4분의1이상의 참여와 투표수의 과반수로 결정한다. 상세한 내용은 연방법률로 정한다. 州간 조약은 연방의회의 동의를 요한다.

제30조 【州의 기능】

국가적 기능의 행사와 국가적 임무의 수행은 이 기본법이 다른 규정을 두지 아니하거

나 허용하지 않은 한 州의 사항이다.

제31조 【연방법의 우위】

연방법은 州법에 우선한다.

제32조 【외교관계】

①외국과의 관계를 담당하는 것은 연방의 사항이다.

②어떤 州의 특별한 사정에 관계되는 조약체결시에는 체결 전의 적당한 때에 그 州의 의견을 들어야 한다.

③州가 입법에 관한 권한을 갖는 한 州는 연방정부의 동의를 얻어 외국과 조약을 체결할 수 있다.

제35조 【법적 구조와 직무상의 지원】

①연방과 州의 모든 관청은 상호간의 법적 지원과 직무상의 지원을 행한다.

②공공의 안전과 질서의 유지나 회복을 위하여 한 州는 특별히 중대한 경우 경찰이 연방국경수비대의 힘과 시설의 지원없이 임무를 수행할 수 없거나 현저한 어려움하에서만 수행할 수 있는 때에는 경찰에 대한 지원을 요청할 수 있다. 자연재해 또는 특히 중대한 사고의 경우 그 구호를 위하여 州는 다른 州의 경찰력 다른 행정청과 연방 국경수비대 및 군대의 힘과 시설을 요청할 수 있다.

③자연재해나 사고가 한 州 이상의 영역을 위협할 때에 효과적인 극복에 필요한 한에서 연방정부는 州정부에게 다른 州의 경찰력을 사용하도록 지시할 수 있으며 또한 경찰력을 지원하기 위하여 연방국경수비대와 군대의 부대들을 투입할 수 있다. 1문에 따른 연방정부의 조치는 연방참의원의 요구가 있을 때는 항상 그리고 그밖에도 위협이 제거된 후에는 지체없이 폐지되어야 한다.

제36조 【연방관청의 공무원】

①연방최고관청의 공무원은 모든 州로부터 적당한 비율로 채용되어야 한다. 그밖의 연방관청에 종사하는 사람들은 원칙적으로 그들이 근무하는 州에서 채용되어야 한다.

②병역법도 연방이 각 州로 나누어 편성되어 있다는 것과 각 州의 특별한 향토적 상황을 고려해야 한다.

제37조 【연방강제】

①州가 기본법이나 그밖의 연방법률에 따라 부과된 연방의무를 이행하지 아니한 때에는 연방정부는 연방참의원의 동의를 얻어 연방강제의 방법으로 그 州로 하여금 그 의무를 이행하기 위한 필요한 조치를 취할 수 있다.

②연방강제의 집행을 위하여 연방정부나 그 수임자는 모든 州와 그 관청에 대한 지시권을 갖는다.

스위스 연방연법

제3편 연방, 주 및 자치단체

제1장 연방과 주의 관계

제1절 연방 및 주의 임무

제42조(연방의 임무)

①연방은 연방헌법에 의하여 규정된 임무를 수행한다.

②연방은 통일적 규율이 필요한 임무를 행한다.

제43조(주의 임무)

주는 주의 권한의 범위내에서 어떠한 임무를 수행할 것인가를 결정한다.

제2절 연방과 주의 협력

제44조(원칙)

①연방 및 주는 각각의 임무수행에 있어서 상호 지원하고 협동한다.

②연방 및 주는 상호 존중하고 지원할 책임을 진다. 연방 및 주는 상호 행정상 및 법률상의 지원을 행한다.

③주상호간 또는 주와 연방의 분쟁에 관하여는 가능한 한 교섭과 조정에 의하여 이를 해결한다.

제45조(연방의 의사형성의 참가)

①주는 연방헌법상 인정되어 있는 경우에는 연방의 의사형성과정, 특히 입법(Rechtsetzung)에 즈음하여 참가한다.

②연방은 주에 대하여 시의적절하고 충분히 기획안(Vorhaben)에 관한 정보를 제공

한다. 연방은 주의 이익에 관련성이 있는 경우에는 주의 견해를 구한다.

제46조(연방법의 실시)

- ①주는 연방헌법 및 법률에 준거하여 연방법을 실시한다.
- ②연방은 주에게 가능한 한 대폭적인 활동의 자유를 남기고 또한 각주의 특질을 감안한다.
- ③연방은 연방법의 실시에 수반한 재정적 부담을 감안하고, 주에게 충분한 재원을 조달하며 또한 주간의 적절한 부담조정을 행한다.

제47조(주의 자치)

연방은 주의 자치를 보장한다.

제48조(주간의 협정)

- ①주는 상호간 협정을 체결하고 또한 공동의 조직 및 기구를 설립할 수 있다. 주는 특히 지역적인 광범성을 지니는 임무에 관하여는 공동으로 수행할 수 있다.
- ②연방은 그 권한의 범위내에서 각주의 조직 및 기구에 참가할 수 있다.
- ③주간의 협정은 연방의 권리 및 이익과 다른 주의 권리에 반하는 것이어서는 아니된다. 협정은 연방에 통지하여야 한다.

제49조(연방법의 우선 및 준수)

- ①연방법은 그와 저촉하는 주법에 우선한다.
- ②연방은 주가 연방법을 준수하도록 주의를 촉구한다.

제3절 자치단체

제50조

- ①지방자치는 주법에 의하여 규정된 범위내에서 보장된다.
- ②연방은 활동을 행하는데 즈음하여 자치단체(Gemeinden)에 발생할 수 있는 영향을 감안한다.
- ③연방은 전항의 활동에 즈음하여 도시 및 과밀지역과 산악지역의 특수상황을 감안한다.

제4절 연방보장

제51조(주의 헌법)

①모든 주는 민주적인 헌법을 가져야 한다. 그것은 주의 주민(Volk)이 동의하고 주민의 다수가 요구한 때에는 개정되는 것이어야 한다.

②주의 헌법은 연방에 의하여 보장되어야 한다. 연방은 주헌법이 연방법에 반하지 아니하는 경우에 이를 보장한다.

제52조(헌법적 질서)

- ①연방은 주의 헌법적 질서를 보호한다.
- ②연방은 주의 질서가 혼란되거나 위협을 받은 경우 당해주가 자력 또는 다른 주의 조력으로는 그 질서를 확보할 수 없는 경우에는 개입하여야 한다.

제53조(주의 존속 및 영역)

- ①연방은 주의 존속(Bestand) 및 영역을 옹호한다.
- ②주의 존속의 변경은 관계주민, 관계주와 국민 및 전주의 동의를 필요로 한다.
- ③주의 영역변경에 관하여는 관계주민 및 관계주의 동의와 연방결의(Bundesbeschlusse)의 형식에 의한 연방의회 동의 필요로 한다.
- ④주간의 경계선에 관한 분쟁은 관계주간의 협정에 의하여 해결할 수 있다.

일본국 헌법

제8장 지방자치

제92조 지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항은, 지방자치의 본지에 기초하여 법률로 정한다.

제93조

- ① 지방공공단체에는, 법률이 정하는 바에 따라, 그 의사 기관으로 의회를 설치한다.
- ② 지방공공단체의 장, 그 의회의 의원 및 법률이 정하는 기타의 관리는, 그 지방공공단체의 주민이 직접 선출한다.

제94조 지방공공단체는, 그 재산을 관리하고, 사무를 처리하고, 행정을 집행하는 권능을 가지고, 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다.

제95조 하나의 지방공공단체에만 적용되는 특별법은, 법률이 정하는 바에 따라 그 지방공공단체의 주민의 투표에 있어서 그 과반수의 동의를 얻지 못하면 국회는 이것을 제정할 수 없다.

조선민주주의인민공화국 헌법

제5절 지방인민회의

제131조 도(직할시), 시(구역), 군 인민회의는 지방주권기관이다.

제132조 지방인민회의는 일반적, 평등적, 직접적 선거원칙에 의하여 비밀투표로 선거된 대의원들로 구성한다.

제133조 도(직할시), 시(구역), 군 인민회의 임기는 4년으로 한다.

지방인민회의 새 선거는 지방인민회의 임기가 끝나기전에 해당 지방인민위원회의 결정에 따라 진행한다.

불가피한 사정으로 선거를 하지 못할 경우에는 선거를 할 때까지 그 임기를 연장한다.

제134조 지방인민회의는 다음과 같은 임무와 권한을 가진다.

1. 지방의 인민경제발전계획과 그 실행정형에 대한 보고를 심의하고 승인한다.
2. 지방예산과 그 집행에 대한 보고를 심의하고 승인한다.
3. 해당 지역에서 국가의 법을 집행하기 위한 대책을 세운다.
4. 해당 인민위원회 위원장, 부위원장, 사무장, 위원들을 선거 또는 소환한다.
5. 해당 재판소의 판사, 인민참심원을 선거 또는 소환한다.
6. 해당 인민위원회와 하급인민회의, 인민위원회의 그릇된 결정, 지시를 폐지한다.

제135조 지방인민회의는 정기회의와 임시회의를 가진다.

정기회의는 1년에 1~2차 해당 인민위원회가 소집한다.

임시회의는 해당 인민위원회가 필요하다고 인정할 때 또는 대의원전원의 3분의 1 이상의 요청이 있을 때 소집한다.

제136조 지방인민회의는 대의원전원의 3분의 2 이상이 참석하여야 성립된다.

제137조 지방인민회의는 의장을 선거한다.

의장은 회의를 사회한다.

제138조 지방인민회의는 결정을 낸다.

제 6 절 지방인민위원회

제139조 도(직할시), 시(구역), 군 인민위원회는 해당 인민회의 휴회중의 지방주권기관이며 해당 지방주권의 행정적집행기관이다.

제140조 지방인민위원회는 위원장, 부위원장, 사무장, 위원들로 구성한다.

지방인민위원회 임기는 해당 인민회의 임기와 같다.

제141조 지방인민위원회는 다음과 같은 임무와 권한을 가진다.

1. 인민회의를 소집한다.
2. 인민회의 대의원선거를 위한 사업을 한다.
3. 인민회의 대의원들과의 사업을 한다.
4. 해당 인민회의와 상급인민회의, 인민위원회, 내각과 내각 위원회, 성의 법령, 정령, 결정, 지시를 집행한다.
5. 해당 지방의 모든 행정사업을 조직집행한다.
6. 지방의 인민경제발전계획을 작성하며 그 실행대책을 세운다.
7. 지방예산을 편성하며 그 집행대책을 세운다.
8. 해당 지방의 사회질서 유지, 국가 및 사회협동단체의 소유와 리익의 보호, 공민의 권리보장을 위한 대책을 세운다.
9. 해당 지방에서 국가관리질서를 세우기 위한 검열, 통제 사업을 한다.
10. 하급인민위원회사업을 지도한다.
11. 하급인민위원회의 그릇된 결정, 지시를 폐지하며 하급인민회의의 그릇된 결정의 집행을 정지시킨다.

제142조 지방인민위원회는 전원회의와 상무회의를 가진다.

짜짜와 분권의 눈으로 헌법 다시보기

지방인민위원회 전원회의는 위원전원으로 구성하며 상무회의는 위원장, 부위원장, 사무장들로 구성한다.

제143조 지방인민위원회 전원회의는 자기의 임무와 권한을 실현하는데서 나서는 중요한 문제들을 토의결정한다.

상무회의는 전원회의가 위임한 문제들을 토의결정한다.

제144조 지방인민위원회는 결정과 지시를 낸다.

제145조 지방인민위원회는 자기 사업을 돕는 비상설부문위원회를 둘수 있다.

제146조 지방인민위원회는 자기 사업에 대하여 해당 인민회의앞에 책임진다.
지방인민위원회는 상급인민위원회와 내각에 복종한다.

● 부 록 2 ●

<헌법 다시보기> 무엇을, 왜 하나요?

▣ 왜 헌법을 다시 보나요?

지난 해 대통령 탄핵이나 행정수도 이전판결 같은 몇 가지 중요한 사건들을 겪으면서, 미처 몰랐던 헌법의 중요성에 주목한 것이 사실입니다. 국가보안법이나 양심적 병역거부, 지문날인제도 같이 시민사회에 중대한 영향을 미치는 사항들이 헌법재판관 몇 사람에게 의해 결정되는, '헌재에 물어보는 사회' 로의 경향에 대한 문제의식 역시 헌법을 다시보는 중요한 계기 중 하나입니다.

그러나 그것은 <헌법 다시보기>의 문제의식의 한 부분에 불과합니다. <헌법 다시보기>가 주목하는 더 근본적인 측면은 우리가 살아가는 대한민국이라는 나라가 엄청난 변화를 겪고 있다는 사실입니다. 지구화와 정보화라는 거대한 변화가 그것입니다. 또한 성과 생태, 평화와 문화를 중심으로 하는 시민사회의 가치 변화가 그것입니다.

1987년 이후 한국사회는 '구조적' 차원에서뿐만 아니라 개인/ '국민' 의 일상생활정서의식 구조·사고방식에서 급격한 변화를 경험하고 있다. 2004년 한국보건사회연구원원의 보고서에 의하면, 오는 2020년에는 자녀 없이 부부만 살거나 혼자 사는 가구가 전체 가구의 40%를 넘어설 것이라고 한다. 특히 1인가구 중 독거노인 가구의 점유율은 40% 이상이 될 것으로 전망했다. 이같은 현상은 고령사회 진입, 기존의 남성가부장 중심의 가족 해체, 이혼율 증가 양상 등이 두드러지면서 부부와 자녀가 동거하는 '정상'가정이 급속히 줄어들 것임을 뜻한다. '가정을 사회의 기본단위로 삼는' 다시 말하면, 가정 내 여성노동을 성역할 이라는 이름으로 착취하는 현재의 사회구조가 근본적으로 흔들릴 것이라는 의미다.

2005년 현재 한국사회의 각종 지표를 살펴보자. 여성 가구주는 전체 가구주의 19.5%인 370만 6천명으로 20년 전 보다 3.6배 증가했고, 1인가구가 15.5%, 부부가구 14.8%,

어머니나 아버지 한 명과 자녀로 이루어진 '한(single)부모' 가구가 9.4%이다. 결혼하는 사람 100명 가운데 8명은 국제결혼이다. 우리나라는 OECD 국가 중 이혼율 3위이다. 지난 34년간 인구 1천 명당 이혼 건수는 7배 증가했지만, 혼인 건수는 30% 이상 줄었다. 작년에 이혼한 부부 중 동거기간이 20년 이상인 황혼 이혼 비중은 18.3%로, 23년 사이에 4배 증가했다. 여성 1인당 출산율은 1.15~1.17명으로 전세계적으로 당대 최저이자, 근대 국민국가 역사상 최저이다. 현재의 출산율이 지속될 경우, 2100년 한국의 인구는 1,621만명으로 감소된다. 한국은 2004년말 현재 42만명의 외국인이 취업하고 있는 유엔이 정한 이민국가다(유엔은 이주노동자를 이민으로 정의하고 있다). 그러나 이 모든 수치는 '공식' 통계이기 때문에, 실제로는 이보다 더 많을 것이라고 전문가들은 추정한다. 특히, 이주노동자는 100만명을 훨씬 넘는다. 이러한 변화의 원인은 산업구조, 지구화, 여성의식의 변화 등을 들 수 있을 것이다. 그러나 잘 살펴보면, 이 모든 변화들을 주도하는 것은 여성이다. 이제 여성들은 더이상 "엄마처럼 살지 않는다." '집안' 일과 '바깥' 일, 육아의 삼중노동을 당연하게 여기지 않으며, '현모양처 겸 커리어우먼' 이 되려는 이중 메시지 사이에서 분열과 고통을 감수하지 않는다. 전세계에서 이혼율이 가장 낮은 국가는 인도인데, 대신 인도는 기혼여성의 자살율이 가장 높은 나라이다. 한국 여성들은 자살하느니 이혼을 선택하는, '합리적인' 사람들이다.

- 정희진, <헌법의 탈식민화와 '현실화' 를 위하여 - 한국헌법의 남성성과 국가주의의 문제>, 창비-시민행동 공동 심포지엄 [87년체제의 극복을 위하여 - 헌법과 사회구조의 비판적 성찰] 자료집 중

헌법은 곧 국가입니다. <헌법 다시보기>가 주목하는 것은 영토와 국민, 주권 등 모든 영역에서 도전에 직면한 국가, 그리고 보장받아야 하고 확대되어야 할 새로운 정체성들과 새로운 가치들입니다. 그 정체성들과 가치들 사이의 새로운 합의 혹은 공동의 꿈, 그리고 그 합의와 꿈에 기반해 거듭나는 새로운 정치 공동체를 찾아나서는 길 찾기입니다.

▣ <헌법 다시보기>의 지향과 목표

▣ 헌법, 누구의 목소리인가?

우리 헌법은 '모든 국민'의 목소리로 이야기하고 있습니다. <헌법 다시보기>는 그 '모든 국민'이 실제로 누구인지를 살펴봅니다. 아동과 청소년, 여성과 다양한 성소수자들, 장애인과 지역민들 또한 '모든 국민'에 실제로 포함되고 있는지를 되짚어 보려 합니다.

또 <헌법 다시보기>는 '모든 국민'만으로 충분한지도 되짚어봅니다. 조선족들, 이주노동자들, 난민들 같은 다양한 이방인들, 지구촌을 살아가는 모든 사람들, 심지어 아직 태어나지 않은 미래세대들과 못생명들의 목소리를 헌법은 어떻게 담고 있는지 확인하려 합니다.

▣ 헌법, 절대적인가?

많은 사람들이 헌법을 절대적인 것, 최상의 법규범이라고 합니다. 그러나 <헌법 다시보기>는 바로 그 절대성에 대한 수많은 의문을 갖고 있습니다. 과연 헌법은 <세계인권선언>이나 <환경과 개발에 관한 리우선언>보다 우선해도 좋을까요? 헌법에 규정된 수많은 '보편적' 권리들은 정말 '보편적' 일까요?

다른 한 편에서는, 헌법을 통한 문제해결 과정은 엘리트들의 것이 될 수밖에 없으므로 보통 사람들의 참여를 통한 문제해결 과정인 정치적 영역을 더 중시해야 하며 헌법은 간명하게 최소한의 기준만을 담아야 한다고 합니다. 그러나 헌법을 두려워하고 논의의 대상에서 배제하는 것이야말로 헌법을 절대화하는 것입니다. 헌법을 문제삼지 않는 정치는 결국 헌법 / 국가 테두리 내에서의 정치일 수밖에 없습니다.

<헌법 다시보기>는 헌법을 절대화하는 것이 아닙니다. 절대적이지 못한 지금의 헌법을 고쳐 절대적일 수 있는 헌법을 만들려는 것도 아닙니다. <헌법 다시보기>는 오히려 마지막 성역이었던 헌법을 일상 정치의 영역으로, 사회적 논의의 대상으로 끌어내리는 것입니다. 헌법을 끊임없이 재검토하고 재해석하고 재규정하면서, 과도하게 절대적인 것으로 인식되었던 헌법에게 제 자리를 찾아주려는 것입니다.

▣ 새로운 합의 혹은 공동의 꿈

<헌법 다시보기>가 헌법의 문제점을 파헤치는 것만을 목표로 하는 것만은 아닙니다. 성과 생태, 평화와 문화 등 시민사회의 다양한 정체성들과 가치들 사이의 새로운 합의 혹은 공동의 꿈을 만들어가는 작업이기도 합니다. 또한 그 새로운 합의는 지구화

와 정보화라는 변화에 대응할 수 있는 것이기도 해야 할 것입니다. 더 확장된 시민권, 더 민주적인 정치, 경제질서 등이 모두 <헌법 다시보기>의 고민 영역입니다.

그러나 이것이 절대적인, 초월적 헌법을 새로 만들겠다는 것은 아닙니다. 새로운 합의는 제 몫을 알고 있는 합의, 소통가능한, 즉 계속적으로 제검토와 재해석, 재규정이 가능한 열린 합의가 되어야 할 것입니다.

또한 이 과정은 1~2년 내에 이루어질 수 있다고 생각하지 않습니다. 정치권의 개헌 논의에 새로운 가치들을 '선언' 적으로 끼워 맞추는 것은 결국 헌법을 다시 박제화 하는 것에 불과합니다. 오히려 정말 제대로 된 헌법에 들어 갈 내용이 담긴 사회적 아젠다에 대한 논의를 통해 우리 사회의 변화를 인식하고 그에 대한 사회적 공감대를 넓혀 보자는 것이고 그럴 때만 실제 의미있는 개헌이 가능할 것입니다. 그렇게 논의하는 과정 자체가 우리 사회가 지향해야 할 가치나 과제에 대한 사회적 공감대를 넓혀 가는 '정치적' 과정이 될 것입니다.

□ 헌법과 현실 사이

그래서 <헌법 다시보기>는 헌법을 고치는 것에 조급해하지 않습니다. 오히려 새로운 합의들을 만들어가고 그 합의들이 현실 속에 반영되게 하는 것을 중시합니다. 게다가 우리 헌법에는 더욱 발전시켜야 할 많은 조문이 있습니다. 새로운 합의의 내용들이 현실과 헌법 해석에 반영될 수 있도록 여러 가지 논의와 실천을 해나갈 것입니다.

연속기획 <헌법 다시보기>의 주요 계획

□ 공개 토론회

이미 지난 7월 15일(금) 창비와 공동으로 진행한 심포지엄 <87년 체제의 극복을 위하여 - 헌법과 사회구조의 비판적 성찰>에서 발표한 세 편의 글을 통해 <헌법 다시보기>의 취지와 지향하는 바를 일부나마 드러내보았습니다.

이어 올 하반기에는 다양한 영역별, 관점별로 헌법을 다시 보는 공개 토론회가 연속적으로 개최됩니다. 7월 27일 제1회 <문화의 눈으로 헌법 다시보기>, 8월 말에는 제2회 <평화의 눈으로 헌법 다시보기>와 제3회 <여성의 눈으로 헌법 다시보기>에 진행된 데 이어, 9월에는 제4회 <생명·환경의 눈으로 헌법 다시보기>와 제5회 <자치·분권의 눈으로 헌법 다시보기>가 진행됩니다. 이후 10월에는 <경제헌법 다시보기-제23조와 제119조>와 <인권의 눈으로 헌법 다시보기>가 준비되고 있습니다.

제6회	제7회
경제헌법 다시보기-제23조와 제119조	인권의 눈으로 헌법 다시보기
<ul style="list-style-type: none"> ● 일시 : 2005년 10월 19일(수) 오후2시 ● 장소 : 국가인권위원회 배움터 	<ul style="list-style-type: none"> ● 일시 및 장소 : 미정

※ 일시 / 장소는 변경될 수도 있습니다. 추후 <http://www.action.or.kr/constitution>에서 확인하세요.

□ 웹사이트 <헌법 다시보기>

<헌법 다시보기> 웹사이트를 운영하고 있습니다. 이 웹사이트는 <헌법 다시보기>의 활동 소식과 자료들을 신속하게 전달할 것입니다. 비단 <헌법 다시보기> 활동만이 아

짜지와 본권의 눈으로 헌법 다시보기

나라 시민사회에서 진행되는 다양한 헌법 관련 논의들을 소개하고 각종 논문 및 자료, 뉴스들을 모을 것입니다. 또 <주목! 이 판례>나 <생활 속의 헌법>, <해외 헌법 풍경> 등의 코너를 통해 작은 헌법 교육의 장을 만들어가려 합니다.

▶ 웹사이트 주소 : <http://www.oaction.or.kr/constitution>

▶ 헌법 다시보기 주요 소식

헌법 다시보기 활동 소식 및 시민사회의 다양한 논의에 관한 소식을 소개합니다.

▶ 주목! 이 판례

어쩌면 추상적인 헌법 조문보다 더 강력한 것은 헌법재판소의 해석일 것입니다. 주목할 만한, 혹은 논쟁의 대상으로 삼을 만한 헌법 판례들을 살펴봅니다.

▶ 생활 속의 헌법

우리 주변에서 벌어질 수 있는 여러 가지 사건을 헌법의 관점에서 살펴보는 코너입니다. 네티즌들이 재판관이 되는 모의 헌법재판의 형식으로 진행됩니다.

▶ 해외 헌법 풍경

해외의 주요 헌법들을 살펴보고 특징이나 변화의 모습들을 소개하는 코너입니다.

▶ 논문/칼럼 모음

▶ 뉴스 클리핑

▶ 해외 헌법 DB

▶ 헌법 정보 링크

책 발간

심포지엄과 공개토론회의 성과들을 모아 단행본을 출판할 예정입니다. 우리 사회 헌법 개혁의 의제를 제안하는 책이 될 것입니다.