

지방분권 강화에 따른 지방부패방지에 관한 소고

A Research on the Prevention of Corruption of District According to the Reinforcement of Decentralization

김 세 환(Kim, Se Hwan)*

ABSTRACT

The Centralization is the system which is able to use provincial resources to goal of a state's policy unlimitedly and which the political power is concentrated to central government.

So many countries make an effort to overcome the centralization to prevent this problem. But at the same time it is necessary to seek for institutional devices to prevent provincial corruption when a state reinforce the decentralization according to the Principle of Subsidiarity.

These devices are Resident's Lawsuits and a Right to Request Information Disclosure. But these also have many problems including the restriction of standing to sue.

When looking the problems about the Resident's Lawsuits, firstly the current system which requires signatures from 200 to 500 citizens depending on regions should be considerably moderated. That is to say, the restriction of standing to sue should be lessened so that a few residents can file a claim. Secondly, the burden of proof of a complainant should be eased in view of public interest litigation. Thirdly, if the local government does legal financial act on the basis of illegal nonfinancial act, residents should be able to file a suit to have a chance determining the illegality of legal financial act.

And Open System of Local Finance Information is should be amended for real of Resident's Lawsuits. Furthermore a local government head should open the important financial information frequently to be controlled democratically by residents. Finally it is necessary to be strict sanctions on the falsehood and poor information disclosure for real of Resident's Lawsuits.

Key words: Amendment of Constitution, Centralization, Decentralization, Corruption of District, Resident's Lawsuits, A Right to Request Information Disclosure

* 영남대학교 천마인재학부

I. 들어가며

2017년은 한국 정치사에 있어서 큰 획을 긋는 한 해로 기억되기에 부족함이 없을 듯 싶다. 우리 모두가 목도하였듯이 최순실 국정농단사태로 인해서 헌법재판소는 박근혜 대통령을 탄핵결정하였고, 이어진 제19대 대통령선거에서 문재인 후보가 대통령에 당선되어 새정부가 탄생되는 등 일련의 과정은 일찍이 대한민국 헌정사가 경험하지 못했던 초유의 일이었다.

문재인 대통령은 제19대 대통령 선거운동 당시 ‘분권형 개헌’ 국민투표를 2018년 지방선거와 함께 치루겠다고 누누이 밝힌 바 있고, 제20대 국회의 개헌특위자문위원회가 2017년 새해 벽두부터 구성되어 활동하고 있다.

여기서 말하는 ‘분권형 개헌’은 크게 두 가지로 대별할 수 있을 것이다. 하나는 한국 정치사에서 계속적으로 되풀이되어온 대통령의 권한 조정에 관한 문제를 해결하는 방향으로의 개헌이고, 다른 하나는 지방의 권한을 확대 및 강화하여 중앙과 지방의 권력구조를 대등하게 만드는 방향으로의 개헌이다. 전자는 전통적인 수평적 권력분립 측면에서 바라본 것이며 후자는 수직적 권력분립의 차원에서 논의되는 것이다. 그런데 수평적 권력분립이든 수직적 권력분립이든 간에 궁극적으로는 국민의 기본권 강화에 이바지함은 물론이다.¹⁾

현재 이러한 분권형 개헌 작업 위원회는 국민의 공론화 과정을 거치기 위해 광역자치단체별로 설명회를 개최하고 있으며, 2018년 지방선거에서 동시에 헌법개정을 위한 국민투표를 실시하기 위해 노력하고 있다.

그런데 문재인 대통령의 후보시절 선거공약으로 미루어보면 향후 마련될 지방분권 강화를 위한 헌법개정안의 윤곽을 그려볼 수도 있을 것이다. 이 중 주요하게 논의될 내용으로는 일단 지방자치단체의 종류를 법률에 유보하지 않고 헌법에 직접 규정하여 그 지위를 격상시키는 방안과 입법권을 국회에만 두지 않고 지방정부에게도 부여하는 방안 그리고 지방정부에게 지방세에 대한 과세권을 부여하는 방안 등이 될 것으로 사료된다. 왜냐하면 상기의 사안들은 자치단체의 보장, 자치사무의 보장 및 자치기능의 보장을 위한 지방자치제도에 있어서 핵심적 내지 본질적 사항들이기 때문이다. 자치단체의 보장은 칼 슈미트 이래 논의된 제도적 보장의 차원에서 입법자를 규율하기 위해서이고, 자치입법권의 실현은 주민의 복리에 관한 지역적 사무에 관한 지방자치단체의 전권한성²⁾ 및 자기책임성을 실질적으로 이행

1) 헌법재판소도 지방세법 제9조 위헌소원(1998. 4. 30. 96헌바62) 사건에서 “... 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역 주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다”라고 설시하였다.

2) 혹자에 따라서는 전권능성이라고 일컫는 학자도 있다. 권능은 권리의 내용을 이루는 개개의 법률상의 힘을 말하며, 권한은 대리인의 대리권 등과 같이 타인을 위해 일정한 법률효과를 발생케 하는 행위를 할 수 있는 법률상의 자격을 의미하기 때문에 권한과 권능은 그 의미가 같지 않다. 그러나 지방자치단체의 전권능성이라고 지칭할 때의 전권능성의 의미는 ‘자치사무에 관한 원칙적인 관할권’을 의미하

하기 위해서,³⁾ 그리고 마지막 사항은 재정분야에서 지방자치단체가 중앙으로부터의 예속을 벗어나 독립성을 확보하기 위한 것으로서, 이는 과세재정권 내지 과세고권의 문제인바 궁극적으로는 지방세조례주의의 수용여부에 관한 문제이다.

만약에 상기 내용대로 분권형 개헌이 성사된다면 현행헌법 및 지방자치법 등에서 규정하고 있는 지방자치단체의 권한보다는 훨씬 강화될 것인 바, 이렇듯 지방정부의 권한확대가 이루어지면 아울러 지자체 장 및 지방의회 등에 의한 지방정부 예산의 오·남용 확대 등 지방부패의 증가 가능성도 커지게 될 것이므로 이러한 지방정부의 권한확대에 따른 부작용을 방지할 법적·제도적 수단도 동시에 강구해야할 것이다.

그러므로 본 논문은 이러한 문제의식을 가지고 헌법개정시 지방분권 강화는 어떠한 방향으로 전개될 지에 대해 먼저 살펴보고, 현재 발생하고 있는 지방부패의 현황을 살펴보고 난 후, 이러한 지방분권 강화에 따른 지방부패를 막기 위한 법적·제도적 방안 중 하나로서 2006년에 도입되어 현재 시행 중인 주민소송제도를 살펴보기로 한다. 그 이유는 지방자치의 주체인 주민에 의한 지방행정의 민주적·사후적 통제체제로서 주민소송제도가 성공적으로 정착될 때 지방재정운영에 있어서 지방자치단체의 위법·부당한 집행을 효율적으로 감시할 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 주민소송제도의 성공적 정착을 위해서 필수적인 요소라고 할 수 있는 정보공개청구권과 관련된 문제를 살펴보기로 하겠다. 국민 또는 주민에 의한 정보공개청구권은 정보를 독점하고 있는 행정청과 주민간 정보의 비대칭성을 다소라도 해결할 수 있는 장치이며 주민소송제도의 성공적 정착을 위해서 필수적인 장치이기 때문에 관련 문제를 검토해서 그 대안을 제시할 필요가 있다. 이하에서는 이러한 논의의 순서로 자세하게 살펴보기로 하겠다.

Ⅱ. 지방분권 강화를 위한 헌법개정방향

1. 서

지방분권이라 함은 중앙집권과는 반대되는 개념이다. 중앙집권이란 국가운영시스템이나

기 때문에 전권한성의 의미와 크게 상이하지 않다; 한수웅, 헌법학, 2016년 제6판, 법문사, 1309면.

3) 헌법 제117조 제1항은 '주민의 복리에 관한 사무'를 지방자치단체의 사무로 귀속시킴으로써 지방자치방자치행정을 보장하고, 이를 통하여 지방자치행정에 의한 분권적인 과제이행의 원칙적인 우위를 표현하고 있다(한수웅, 위의 책, 1306면). 사실 이러한 전권한성 또는 전권능성 내지 자기책임성의 원리는 헌법상 보충성의 원리의 다른 표현이기도 하다. 헌법상 보충성의 원리란 국가공동체내에서 더 큰 단체가 더 작은 단체나 개인에 대해 간섭하려면 개인이나 더 작은 단체가 자신에게 맡겨진 과제를 수행할 수 없을 경우에만 가능하다는 것으로서 국가와 사회 및 국제공동체에서 권한을 구성하는 질서에 대한 일반적 구성원리로 정의된다(홍성방, 헌법상 보충성의 원리, 공법연구 제36집 제1호, 2007, 604면; 정극원, 헌법상 보충성의 원리, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006, 188면-189면 참고).

국가의 의사결정이 지방이 아닌 중앙으로 집중되는 것을 의미하며, 지방분권이란 이와는 반대로 분권형 시스템에 의해서 중앙정부가 아닌 지방정부에 의해서 국가운영이 이루어지는 것이다.⁴⁾ 이러한 지방분권은 보다 낮은 비용으로 보다 나은 정책을 실현하고자 하는 데에 그 본질이 있으며 이는 자주입법권이 보장된 정책경쟁과 자주과세권이 보장된 조세경쟁을 통하여 주민의 복리를 극대화하려는 것이다.⁵⁾

현행 헌법은 제8장 지방자치편에서 단 두 개의 조항만을 가지고 지방자치 전반을 규정하고 있기 때문에 세계 주요각국의 헌법에 비하여⁶⁾ 현행 우리헌법의 규정이 지방분권의 강화를 위해서 만족스럽다고 할 수 있을지에 대해서는 의문이다. 항을 바꾸어서 자세히 살펴보기로 하겠다.

우선 헌법 제117조 제1항은 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고’라고 하여 지방자치단체의 자치사무를 보장하고 있으며, 또한 ‘재산을 관리하며’, ‘법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다’고 하여 자치재정권과 자치입법권을 보장하고 있는데, 이러한 자치재정권과 자치입법권은 자치사무를 처리하기 위하여 필수적으로 요구되는 수단임으로 이는 곧 자치사무의 완수를 위한 자치기능을 보장한다는 의미로 해석된다.⁷⁾ 그리고 제2항에서 ‘지방자치단체의 종류는 법률로 정한다’고 규정하여 헌법에서 직접 지방자치단체의 종류를 규정하지 않고 법률에 위임하고 있다. 또한 헌법 제118조는 지방자치단체에 의회를 두며, 그 지방의회의 구성과 지방자치단체의 장의 선임방법 등 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항도 법률에 위임하고 있다. 그런데 상기에서 언급한 바와 같이 헌법 제117조에서 규정된 자치입법권은 ‘법’령의 범위내에서 행사가능하므로 이는 곧 법률뿐만 아니라 법률의 하위인 법규명령에 의해서도 자치입법권이 제한될 수 있기 때문에 문제이며, 자치재정권에 대해서도 현행 헌법 제59조의 조세법률주의와 관련하여 과세대상이 주민이기 때문에 자치사무를 완수하기 위해서 법률이 아닌 조례로 지방세를 부과하는 것이 가능할지에 대해서 의문이 있다.⁸⁾

또한 비교헌법적 측면에서 보면 우리헌법의 지방자치에 관한 규정과는 달리 주요 각국의 헌법에 규정된 지방자치에 관한 규정들은 조문 자체의 숫자도 많을뿐더러 내용적인 측면에

4) 그런데 이렇게 지방분권이 강화된다고 할 때에도 수직적 권력분립의 측면에서 지방분권은 여러 형태로 나타나게 된다. 즉 주권의 행사여부 및 입법권과 행정권 및 사법권의 독립적 행사여부에 따라서 연방형 지방분권과 자치형 지방분권으로 대별할 수도 있을 것이다. 이에 대하여 자세한 설명은 이기우, 지방분권적 권력구조와 연방제도, 공법연구 제37집 제1호, 2008.10, 140면 이하를 참조할 것.

5) 이기우, 위의 논문, 141면.

6) 지방분권에 대한 세계 주요각국의 비교헌법적 고찰에 대해서는 고문현, 지방분권을 위한 개헌방향, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집, 61면에서 76면을 참조할 것.

7) 헌법재판소도 지방세법 제9조 위헌소원(1998. 4. 30. 96헌바62) 사건에서 “지방자치에 대한 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다”고 하였다.

8) 이는 곧 지방세조례주의의 수용여부와 관련한 문제이다.

서도 여러 가지 지방분권에 관한 헌법적 원리들 이를테면 보충성 원리, 자유로운 행정원리,⁹⁾ 지방세조례주의 등에 대해서도 직접 헌법에서 규정하고 있기 때문에 우리헌법의 경우에도 지방분권의 강화를 위해서는 좀 더 내용을 보완하여야 한다는 지적이 있어왔다. 예를 들면 우리와 같이 단일제 또는 단방제 국가인 프랑스는 일찍이 1980년대 초부터 지방분권 강화를 위한 작업을 진행하여 왔는데, 2003년에 개정된 프랑스 헌법상 지방분권 조항을 보면 우선 제1조에서는 프랑스가 지방분권을 기초로 이루어지고 있음을, 제72조에서는 지방자치단체의 종류 및 보충성 원칙을 헌법에서 명시적으로 규정하고 있어 현행 우리헌법과 비교해보면 많은 차이점을 보이고 있다. 그러므로 차제에 지방분권이 강화되는 방향으로 개정되기 위해서는 현행과 같이 두 개의 조문만 가지고는 부족하다고 보여지며, 보다 더 많은 내용을 헌법에 수용하여야 할 것으로 사료된다.

그러나 본 논문에서는 현행헌법에서 규정되어 있는 지방자치의 본질적 내용들과 관련하여 향후 헌법개정시 규정되어야 할 내용들 중 지방부패의 문제와 관련한 내용들에 대해서 그 범위를 축소하여 검토하기로 한다.¹⁰⁾ 왜냐하면 본 논문은 향후 개정될 지방분권의 강화 그 자체보다는 이러한 지방분권의 강화에 따른 지방부패의 확대를 방지하기 위한 대응방안의 모색에 더욱 주안점을 두고 있기 때문이다. 그러므로 이러한 점에 근거하여 아래에서 자세히 살펴보기로 하겠다.

2. 자치사무 보장을 강화하는 방향으로의 헌법개정

지방자치제도의 헌법적 보장은 제도적 보장으로 보는 것이 학계의 다수설이며 헌법재판소의 판례 또한 그러하다.¹¹⁾ 이러한 제도적 보장이론은 칼 슈미트가 바이마르헌법 제127조에 규정된 지방자치제도는 그 자체로 기본권이 아니지만 제도 그 자체를 헌법이 보장하고 있으므로 입법자가 자의적으로 제도 자체를 박탈하는 것을 금지하는 것으로 본데서 나온 것은 주지의 사실이다. 그런데 이러한 제도보장이론의 핵심적 내용은 제도 전체가 입법자의

9) 프랑스 헌법 제72조 제3항은 법률이 규정하는 바에 따라서 지방자치단체는 지방의회를 통하여 자유롭게 행정하며, 그 권한의 행사를 위하여 행정입법권을 가진다고 규정하여, 자유로운 행정원리를 명시하고 있다. 즉 법률에 의하여 지방행정의 내용이 확정되고 이러한 지방행정의 수행을 위하여 자치입법권이 인정되고 있으며, 이러한 통제는 중앙정부가 아니라 사법권 즉 헌법재판소에 의하여 행해지고 있다. 박인수, 지방분권국가의 특징과 내용, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집 15면.

10) 지방자치에 관한 헌법개정의 필요성 중 연방주의모델의 도입에 관해서는 이기우, 위의 논문, 152면 이하 및 김성호, 연방제수준의 지방분권 추진, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집을 참조; 단일국가 내지 단방국가에서의 지방분권에 대해서는 고문현, 지방분권을 위한 개헌방향, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집, 61면에서 76면을 참조할 것.

11) 헌결 2005헌마403.

자의로부터 침해받지 않는다는 것이 아니라 제도의 본질적 부분이 법률에 의해서도 침해받지 않는다는 것이다. 헌법재판소도 지방자치단체장 연임제한 사건¹²⁾에서 “지방자치제도는 제도적 보장의 하나로서, 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 ‘당해 제도의 본질을 유지’하려는 것으로서... 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다” 라고 하여 핵심영역이론에 서 있으며, “제도적 보장은 기본권보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용된다”고 판시하였다.

일반적으로 현행헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있는데 이는 지방자치단체의 본질적 부분을 규정하고 있다고 여겨진다. 그것은 주민의 복리에 관한 사무(자치사무)를 처리할 수 있는 지방자치단체의 사무관할권 및 이러한 자치사무의 이행을 위한 핵심적 자치기능인 재정자치권과(재산을 관리하며), 입법자치권(법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다)을 규정하고 있기 때문이다. 그러나 이러한 핵심영역이론은 자치권에 대한 본질적인 침해만을 입법에 의한 침해로 본다는 점에서 재론의 여지가 있으며,¹³⁾ 헌법 제117조 제1항의 규정만으로 이러한 지방자치의 핵심적 부분을 보장한다고 보기에는 너무 단순하다고 사료된다. 그리하여 향후 개정 헌법은 지방자치단체의 자치사무관할권을 헌법상 보충성의 원칙에 따라 보다 명확히 보장할 필요가 있다고 여겨지지만, 여기에서 주의할 점은 보충성의 원칙은 한편으로는 지방자치단체의 자치사무권이 보장되는 원리이기도 하지만,¹⁴⁾ 반대로 중앙집권화의 정당화 논리가 되기도 하기 때문에 주의할 필요가 있다는 점이다. 왜냐하면 보충성의 원리는 보다 큰 공동체가 자신의 사무라고 주장하려면 보다 작은 자치단체가 고유한 사무를 실행할 수 없음을 증명하여야 한다는 측면에서 지방자치단체의 사무관할권을 보장하는 헌법상 원리이긴 하나, 보다 큰 공동체(이를테면 중앙정부)가 보다 작은 공동체(이를테면 개별 지방자치단체)의 사무처리능력이 없음

12) 헌결 2005헌마403.

13) 이러한 핵심영역이론에 대한 경청할 만한 비판적 견해가 있다. 즉 지방자치행정의 헌법적 보장을 ‘제도적 보장이론’의 의미에서의 제도적 보장으로 해석하는 것은 지방자치를 입법자의 광범위한 형성권에 맡기고 지방자치의 보장을 핵심적 영역의 보호에 축소시킴으로써 지방자치행정의 최소화를 초래하기 때문에 핵심영역이론은 지방자치행정을 보호하는 기능을 거의 이행하지 못한다고 하며, 헌법재판소의 상기 판단도 아무런 구체적 논증이나 법익형량의 과정이 없는 일방적인 확인에 그치고 있다고 비판한다. 그리하여 핵심영역이론은 왜 ‘지방자치행정의 헌법적 보장’의 효력이 핵심영역에만 미치는지에 관하여 그 이유를 설명할 수 없으며, 바이마르시대의 제도적 보장이론은 오늘날 지방자치행정을 약화시키고 과거의 보장내용에 구속시키는 족쇄로 작용하고 있다고 비판한다; 한수웅, 앞의 책, 1304면-1305면 참조.

14) 보통 일반적으로 보충성의 원칙을 명문으로 규정하고 있지 않더라도 이러한 자치사무관할권의 논리로서 보충성의 원리가 묵시적으로 인정된다고 보는 것이 일반적이다; 정극원, 위의 논문; 홍성방, 위의 논문; 이기우, 위의 논문 155면 참조.

을 입증한다든지 혹은 보다 큰 공동체와 보다 작은 공동체가 모두 입법권을 가지는 영역에서 보다 큰 공동체가 입법권을 남용하는 경우에는 보충성의 원리는 오히려 중앙집권화의 정당화 논리로 작동할 수 있기 때문이다.¹⁵⁾ 이러한 실례를 지방정부의 재정능력과 관련하여 우리는 쉽게 발견할 수가 있다. 그러므로 향후 지방분권을 강화하는 내용으로 헌법을 개정할 때에는 이러한 헌법상 보충성의 원리가 잘 작동할 수 있도록 지방자치단체의 입법권의 형해화를 방지하는 방향으로 헌법에 그 내용을 명문화할 필요가 있으며, 지방정부의 재정능력을 강화시키는 방향으로 헌법을 개정하여야 할 것이다. 이러한 자치단체의 자치기능의 보장을 강화하는 내용에 대해서는 항을 바꾸어서 서술하도록 하겠다.

3. 자치기능의 보장을 강화하는 방향으로의 헌법개정

지방자치단체가 수행하는 자치사무의 보장을 위해서는 그 전제조건으로서 자치기능이 반드시 보장 내지 강화되어야 한다. 이러한 자치기능에는 재정자치권과 자치입법권 외에도 지방공무원의 선발 및 인사 등에 관한 인사자치권, 지방자치단체의 조직 구성에 관한 조직자치권 등이 있으며, 이러한 자치기능은 지방자치단체가 자기책임하에서 자치사무에 대한 전권한성을 갖고 이행할 수 있는 활동가능성을 의미한다.

우리 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 ‘재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다’고 하여 재정자치권과 자치입법권도 규정하고 있다고 이해되지만, 이러한 자치기능의 보장을 위한 현행헌법 제117조의 규정은 조금 문제가 있다고 보여진다. 그것은 첫째로, 현행헌법 제117조 제1항이 자치사무를 완수하기 위해 보장하여야 할 지방자치제도의 핵심적 부분인 자치입법권을 법‘령’의 범위 내로 제한하고 있다는 점이다. 위에서도 언급하였듯이 지방자치제도를 제도적 보장으로 보면 제도의 핵심적 영역이 입법자의 재량에 의해 침해되지 않도록 하는 것인데, 우리 헌법은 이러한 지방자치제도의 핵심적 내용인 입법자치권을 법률 및 그 하위의 명령으로도 제한할 수 있다고 함으로써 지방자치단체의 사무에 관하여 중앙정부가 입법권을 남용하여 행사하는 경우에는 지방자치단체는 자치입법권을 행사할 수가 없게 되고 만다. 따라서 지방자치제도의 핵심적 내용이 형해화되지 않기 위해서는 자치입법권의 헌법상 근거를 새로이 마련할 필요가 있다. 즉 향후 헌법을 개정할 때에 자치입법권은 법‘령’의 범위내에서가 아니라 법‘률’의 범위내에서 행사할 수 있도록 규정함이 타당할 것이다.¹⁶⁾ 그리고 이 경우에도 중앙정부와 지방정부의 경합적 입법권에 의해 자치단체의 입법권이 침해되지 않도록 독일의 경우를 참조하여 이를테면 일탈입

15) 이기우, 위의 논문, 156면-157면 참조.

16) 이러한 견해는 헌법학계에서는 거의 일반화된 견해인 것 같다. 박인수, 앞의 논문, 14면; 고문현, 앞의 논문, 80면; 비교법적으로 보더라도 주요각국의 자치입법권의 한계는 법률이지 법령이 아니다. 예를 들어 프랑스 헌법 제72조에서도 법‘률’의 범위내에서 자치입법권이 인정된다.

법권(Abweichungsgesetzgebung) 과 같은 별도의 장치를 마련할 필요도 있을 것이다.¹⁷⁾

둘째로 현행헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 “재산을 관리하며”라고 하여 자치입법권 뿐만 아니라 자치재정권¹⁸⁾도 규정하고 있는데, 자치재정권은 지방자치단체가 수입과 지출 등에 관한 재정적 권한을 스스로 결정할 권한을 의미하는 바 여기에서 특히 문제되는 점은 이러한 자치재정권에는 재정적 권한의 필수적 전제조건으로서 지방행정의 과세대상인 주민에 대한 과세 즉 지방세에 대한 조례제정이 가능한지의 여부 즉 지방세조례주의가 수용가능한지가 현행헌법 제59조에서 규정하고 있는 조세법률주의와의 관계에서 문제된다. 현행 헌법 제59조에 따르면 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 하여 조세법률주의를 규정하고 있다. 그런데 지방세조례주의란 것은 조세 중 지방세에 대해서는 지방자치단체가 법률이 아닌 조례로 정할 수 있다는 것인데, 이를 허용하는 이유는 자치사무를 결정하고 집행하는 자가 자기책임성을 갖고 가장 효율적으로 예산을 수립하고 지출할 수 있어야 하기 때문이다. 이것은 지방자치단체가 재정의 자립을 꾀하고 재정지출에 대한 자율성을 확보할 수 있을 때 비로서 지방자치제도가 제대로 작동되며 이것이 곧 보충성의 원리가 잘 작동되어 자치단체의 전권한성과 자기책임성을 실현할 수 있다는 의미이기도 하다. 그런데 한편 우리 헌법 제59조에서는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 하여 조세법률주의를 규정하고 있다. 조세법률주의의 내용은 과세요건법정주의, 과세요건명확주의, 소급과세의 금지, 합법성의 원칙, 절차보장의 원칙 등일 것인데 지방세조례주의와 관련하여 논의되는 것은 이러한 조세법률주의 내용 중 핵심적 부분인 과세요건법정주의와 관련하여 이를 조례에 위임하는 것이 가능한지가 문제이다. 즉 아무리 위임입법이 증가하는 사회복지국가적 관점에서 보더라도 법률에서 지방세의 세목과 세율을 정하지 아니하고 조례로 위임하는 것이 과연 가능한가 그리고 여기에서 더 나아가 지방세에 대한 세목과 세율을 정하고 있는 지방세법에서 지방자치단체에 위임하지 않은 지방세의 세목과 세율을 조례로 신설하여 주민에 대하여 부과하고 징수할 수 있는지에 대한 문제이다. 이와 관련하여 ‘부천시 및 강남구 담배자동판매기설치금지조례 위헌확인 사건’¹⁹⁾에서 헌법재판소는 비록 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고는 하였지만, ‘법률의 위임’ 자체는 있어야 한다고 함으로써 지방세조례주의 또는 조례준법률설을 배척하였다.²⁰⁾ 헌법재판소는 계속해서 현행 지방자치법

17) 일탈입법권이란 국가와 지방정부가 공히 입법권을 가지는 경합적인 경우에 지방정부 입법권의 공동화를 방지하기 위해서 연방정부의 입법권 행사는 그 필요성을 연방정부가 입증할 경우에 한해서 인정하거나, 이를 넘어서 연방정부가 제정한 연방법률과 상치되는 내용을 지방정부가 입법할 수 있는 것을 말하며, 독일에서는 수렵, 자연보호와 경관, 토지분할 등에서 이러한 일탈입법권이 인정된다고 한다(이기우, 위의 논문, 157면).

18) 자치재정권 또는 재정고권의 내용으로서 예산고권, 수입고권, 지출고권 및 이러한 재정고권의 법적 근거를 형성할 수 있는 조례제정권이 있으며, 지방자치법, 지방재정법, 지방세기본법에서 각각 그 내용을 규정하고 있다.

19) 헌결 92헌마264,279(병합).

제22조 단서²¹⁾의 해석과 관련하여서도 지방자치의 본질을 전래설에 입각하여 모든 조세의 과세권은 국가에 귀속되며 당연히 지방제도 조세법률주의가 적용된다고 하여 동 조 단서의 규정을 합헌으로 결정하였다.²²⁾²³⁾ 이와 같은 판례에서 나타난 헌법재판소의 견해는 “우리 헌법은 국회에 법률을 제정할 권한을 준 것과 마찬가지로 헌법상 주민자치를 구체화하기 위하여 지방자치단체에 대하여 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 준 것이며, 이러한 지방자치단체의 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 부여한 필연적인 결과로 지방자치단체에는 과세권이 있지만, 이러한 과세권은 ‘지방자치단체의 사무에 관한 사항’으로서 ‘법령의 범위 안’에서 행사되어야 하는 한계를 가지는 것으로 파악해야 한다는 것이다.”²⁴⁾ 그리고 여기에서 더 나아가 조례는 민주적 정당성이 확보된 지방의회에서 제정된 것이기 때문에 법규명령에서 요구되는 엄격한 법률의 위임과 달리 포괄적 법률의 위임으로도 가능하다는 것이다.²⁵⁾ 그러나 이러한 판례의 견해를 수긍한다고 할 지라도 그 포괄적 위임에 지방세의 세원과 세목발굴권까지 포함되는지에 대해서는 여전히 의문이 제기되는 바, 만약에 이러한 포괄적 위임에 세원과 세목발굴권까지 포함된다고 하면 지방세조례주의와 그 실질에 있어서는 큰 차이가 없다고 볼 수 있다.²⁶⁾ 그러므로 향후 헌법 개정시에는 이러한 지방세조례주의에

20) 지방세조례의 법적 성질에 관한 학설의 대립에 관한 자세한 설명은 최철호, 조세법률주의와 지방세조례주의에 관한 연구, 조세연구 제7집, 2007년, 182면에서 187면을 참조할 것..

21) 지방자치법 제22조 : 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

22) 지방세법 제9조 위헌소원(1998. 4. 30. 96헌바62 전원재판부) 사건에서는 지방자치단체가 과세를 면제하는 조례를 제정하고자 할 때 내무부장관의 사전허가를 얻도록 한 것이 헌법에 위반되는지 여부가 문제되었다. 이에 대해 헌법재판소는 “지방세법 제9조는 지방자치단체의 합리성 없는 과세면제의 남용을 억제하고 지방자치단체 상호간의 균형을 맞추게 함으로써 조세평등주의를 실천함과 아울러 건전한 지방세제를 확립하고 안정된 지방재정 운영에 기여하게 하는 데 그 목적이 있는 것으로서 지방자치단체의 조례제정권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다”고 판시하면서 그 근거로서 지방자치법 제15조 및 헌법 제117조 제1항을 들고 있다. 다시 말해서 비록 지방자치단체에 대하여 자치입법권을 인정하고 있지만 동 조례권의 행사는 지방자치단체의 사무에 관한 사항으로서 ‘법령의 범위 안에서’ 행사되어야 한다고 하였다. 즉 지방자치단체의 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 부여한 필연적인 결과로 지방자치단체에는 과세권이 있지만, 동 과세권은 조세법률주의가 적용되어야 한다는 것이다.

23) 대법원의 견해도 이와 같은 입장에 서있다. 대법원은 ‘전라북도공동주택임주자보호를위한조례안무효확인 사건’에서, 지방자치법 제15조는 원칙적으로 헌법 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 그 단서에서 국민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다고 판시하였다(대판 94추28).

24) 헌결 96헌바62.

25) 헌결 92헌마264,279(병합).

26) 왜냐하면 법 원리적 측면에서 조세법률주의의 의의는 납세자의 재산권 침해에 대한 정당성의 헌법적 근거 마련임과 동시에 부당한 조세에 대한 거부권의 헌법적 근거의 마련이기 때문에 이러한 점에서

대한 좀 더 명확한 헌법적 근거를 두는 방향으로 헌법개정을 하는 것이 타당하다고 사료된다.

그리고 마지막으로 살펴볼 것은 현행 헌법 제117조 제2항에서 규정하고 있는 지방자치단체의 보장과 관련한 문제이다. 헌법 제117조 제2항은 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다”고 규정하고 있는데, 동 규정에 따르면 지방자치제도 그 자체는 헌법에서 보장하고 있지만 지방자치단체의 종류를 헌법이 아닌 법률로 정하도록 위임하고 있어서 발생하는 문제이다.²⁷⁾ 이는 헌법의 개방성과도 연결되어 있는 문제이기도 하다. 즉 헌법의 개방성은 헌법이 최고법 또는 기본법이기 때문에 나오는 특성으로서 이는 헌법이 모든 것을 규정할 수는 없으며, 그 대강만을 규정하고 그 상세한 내용은 하위의 법률에 위임하여야 한다는 것을 의미하기도 하며, 한편 헌법이 규율하는 내용이 역사적으로 변천할 수 밖에 없기 때문에 헌법이 모든 것을 확정적으로 규율할 수 없다는 의미가 되기도 한다. 그러므로 지방자치단체의 종류와 같은 내용은 향후 헌법변천에 따라 통합, 폐지 및 분할이 가능하도록 헌법에서 정하지 아니하고 법률로 정하도록 하고 있다고 볼 수도 있다. 이러한 헌법 특성의 하나인 개방성에 따라 현행헌법은 지방자치단체라는 유형 자체는 보장하고 있지만 향후 변경가능한 개별적인 지방자치단체를 보장하는 것은 아니기 때문에 입법자가 개별 지방자치단체를 통합하는지, 또는 변경 및 해체하더라도 지방자치단체의 존속 보장을 침해하지 않는다고 해석하여야 한다. 이러한 견해는 영일군과 포항시의 폐지·분할 사건²⁸⁾ 등에서 헌법재판소가 견지하는 것이기도 하다. 그러나 이러한 헌법의 개방성을 인정한다고 할지라도 현행헌법의 태도는 문제가 있다고 사료된다. 왜냐하면 현행헌법상 개별지방자치단체의 법적 지위에 대한 근본적 변경에 대한 적절한 권리구제보호수단이 별도로 마련되어 있지 않기 때문이다. 즉 지방자치단체 자체의 법적 지위의 근본적인 변경을 초래하는 중요한 결정에 대해서 당사자인 지방자치단체가 취할 수 있는 헌법상 규정은 없기 때문에 국가 권력에 의하여 개별 자치단체의 자치권이 침해된 경우 이를 방어할 수 있는 수단들이 별로 없다.²⁹⁾ 예를 들면 입법자가 개별지방자치단체들을 서로 통합하더라도 이에 대해서 지방자치단체가 입법자에 의해 조직형성의 자유를 침해당했을 때 이를 제기할 수 있는 제도적 장치를 찾아보기 어렵다. 그러므로

보면 조례의 경우도 실질적 측면에서는 민주적 정당성과 외부적 효력이 긍정된다는 점에서 본질적 차이는 없으며, 다만 범형식상의 차이가 있을 뿐이다(최철호, 위의 논문, 187면과 191면 참조).

27) 각 주가 헌법으로 각 주의 구성원을 규정하고 있는 연방제 국가는 말할 것도 없고, 단일제 국가인 프랑스도 헌법에서 지방자치단체의 종류를 정하고 있는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다.

28) 헌결 94헌마175, 헌결 94헌마201, 헌결 2000헌마735, 헌결 2003헌라2 등 참조.

29) 독일의 경우, 독일의 조직자치권에 관한 법제는 연방국가로서의 특성을 감안하여 연방이 주의 자치권에 개입하는 경우는 아주 예외적인 경우에 한정하고 있으며, 각 주의 차원에서 각 주의 헌법은 구체적으로 기초자치단체의 자치권을 보장하고 있으며, 그 하부조직에 관하여도 아무런 규제 규정을 두고 있지 않다고 한다. 이러한 지방자치단체의 조직자치권에 대한 우리와 독일과의 자세한 비교법적 분석으로는 오준근, 지방자치단체의 조직자치권에 관한 독일과 한국의 비교법적 연구, 경희법학 제49권 제3호, 2014년, 377면-404면을 참고할 것..

향후 헌법의 개정시에는 지방자치단체의 조직형성의 자유를 보장하고 이러한 자유가 침해되었을 때 방어하는 장치 등이 헌법에 규정되도록 하여야 할 것으로 사료된다.

Ⅲ. 지방분권 강화에 따른 지방부패의 대응방안 모색

1. 서

1995년 지방자치단체 장 및 지방의회의원의 선거를 치름으로써 지방자치가 본격적으로 시작된지 벌써 20년이 지났다. 그러나 지나온 지방자치를 되돌아보면 지방자치제도가 지역적으로 잘 정착되고 있다고 확신할 수만은 없을 것 같다. 그것은 주민의 저조한 지방선거 참여율, 각종 불법행위와 비리혐의 등으로 인해 기소되는 지방자치단체의 장 및 의원의 수의 확대(이러한 경향은 광역자치단체에서 기초자치단체로 갈수록 심화된다), 이에 따른 지방자치제도의 무용론 대두 등 지방자치제도의 존속을 위협하는 요소들도 상존하고 있기 때문이다.

이러한 지방자치의 정착에 역행하는 지방부패의 형태는 직접적으로 금품을 수수하는 전형적인 부패 유형,³⁰⁾ 선거 때 도움을 받은 측근들에 대한 보은성 인사비리 유형, 선거운동 기간 중 남발한 선심성 공약의 이행을 위한 예산의 낭비 유형 등 실로 다양한데, 이러한 지방부패 유형들을 분석해보면 상당수가 지방자치단체 장의 이해관계에서 비롯되고 있으며, 이러한 지방자치단체 장의 권한남용이 지역 주민들의 혈연이나 학연과 연결되어 지방부패를 강화시키고 있음을 알 수 있다. 단적인 예로서 민선 1기부터 민선 4기까지 각종 불법행위와 비리혐의로 기소된 자치단체장의 숫자를 살펴보면, 민선 1기 때는 23명(9.4%)이던 것이, 2기 때 59명(24.2%)으로 3기 때는 78명(31.5%)으로 그리고 4기 때는 무려 94명(48.4%)으로 증가하는 등 지방자치가 해를 거듭할수록 그 수는 더욱 증가하고 있음을 알 수 있다.³¹⁾ 또한 감사원의 최근 65개 지방자치단체를 대상으로 실시된 인사 및 조직부문에 대한 감사 결과 49개 기관에서 대규모 인사비리가 적발되기도 하여,³²⁾ 국민 대다수는 중앙공무원 보다는 지방공무원의 부패 수준이 훨씬 더 심각하다고 인식하고 있다.³³⁾

30) 직접적 금품수수의 대가로는 지역개발과 관련된 이권제공, 수의계약시 특혜제공, 매관매직 등이 있다.

31) 국민권익위원회, 민선 6기 지방자치단체의 성공적 운영을 위한 지방부패 근절 정책 토론회 자료, 77면 참조.

32) 국민권익위원회, 앞의 자료, 77면 참조.

33) 공직자의 부패수준을 평가하는 공공기관 청렴도가 최근 답보상태를 보이고 있는 가운데 지방자치단체 및 시·도 교육청의 청렴도 측정 결과는 해마다 낮아지는 추세를 보이고 있다; 국민권익위원회, 앞의 자료, 78면 참조.

한편 중앙집권을 약화하고 지방분권을 강화하는 것은 중앙집권체제가 가지고 있는 무능력과 폐해를 방지하고자 하기 위함이다. 다시 말해서 헌법상 보충성 원리에 입각하여 지방의 일은 지방이 가장 잘 알고 있으므로 그 지방에서 맡아(전권한성) 사무를 처리하면(자기책임성) 가장 바람직한 결과를 가져올 것이기 때문에 지방분권을 강화하고자 하는 것이다. 이러한 예를 국가보조사업 예산 계정에 대한 중앙의 관여에서 단적으로 볼 수 있다. 즉 현행 보조금관리에 관한 법률 제5조는 지자체의 예산 계상 신청이 없어도 중앙이 국가정책수행상 부득이하다고 판단하면 이에 필요한 보조금을 예산에 계상할 수 있으며, 이러한 경우 동법 제13조에서는 ‘지방자치단체의 장이 보조사업에 대한 지방자치단체의 지방비 부담액을 다른 사업에 우선하여 지자체 예산에 계상하여야 한다’고 규정하고 있으므로 개별 지방자치단체의 재원을 국가정책목적에 동원할 수 있도록 되어 있다. 그리하여 이것이 지방의 재정을 약화시키고 이러한 국고보조사업비에 대해서는 정부의 합목적성 심사가 불가능해짐과 동시에 지방의회의 사후 통제에서도 벗어나 소위 ‘눈 먼 돈’이 되어 국고를 탕진시키게 되는 것이다.³⁴⁾ 그렇기 때문에 중앙집권을 약화시키고 지방분권을 강화하고자 하는 것은 바로 이러한 중앙집권의 폐해를 예방하고자 하는 것이다.

그러나 향후 헌법개정으로 지방분권이 강화되면 중앙의 권한이 축소되고 지방자치단체의 장 및 지방의회에 주어지는 권한이 더욱 강화될 것이며, 지방자치단체의 장에 의한 선심성 예산 배정 및 집행도 더욱 증가할 것이다.³⁵⁾ 그러므로 이러한 지방자치단체 장의 선심성·낭비성 또는 방만한 예산의 집행이나 각종 지방사무의 인·허가 및 구매와 입찰 등의 과정에서 나타나는 부정부패를 방지하는 법적·제도적 수단을 아울러 강구하여야 향후 지방분

34) 김성호, 연방제수준의 지방분권 추진, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집, 95면.

35) 아래의 내용은 이러한 지방자치단체 장에 의한 막대한 예산 오남용에 대한 실례이다.

※ 1조원대 용인경전철 항소심 결과 사실상 패소 : 경기도 용인시민들이 막대한 주민 세금이 낭비된 용인경전철 사업의 책임을 묻고자 용인시장 등을 상대로 1조원대의 손해배상을 청구했지만, 항소심에서도 사실상 패소했다. 용인경전철은 용인시가 1조32억원을 투입해 2010년 6월 완공했지만, 시와 시행사인 캐나다 봄바디어사가 서로 최소수입보장비율(MRG) 등을 놓고 다툼을 벌이느라 2013년 4월에야 개통되었으며, 개통된 이후에도 경전철 하루 이용객이 한국교통연구원이 예측한 16만1천명에 미치지 못하여 최근까지 재정난에 허덕였다. 또한 용인시는 이 과정에서 국제중재재판에서 패소해 7천786억원(이자포함 8천500억여원)을 물어주었으며, 운영비와 인건비 등으로 지난해까지 연간 295억원을 봄바디어사에 지급하였다. 이에 시민들은 용인시장과 경전철 사업 책임자들을 상대로 1조32억원의 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 1심은 박씨가 경전철과 관련해 국제중재재판을 받게 된 용인시의 소송대리인을 선정하는 과정에서 높은 입찰금액을 써낸 특정 법무법인에 유리하도록 평가기준표를 수정해 해당 법무법인을 선정함으로써 용인시에 손해를 입혔다고 판단했지만 그 배상액은 5억5천만원으로 판단했다. 그리고 항소심인 서울고법 행정9부(김주현 부장판사)도 김학규 전 용인시장 시절 정책보좌관이었던 박 모 보좌관의 과실 책임을 인정하였지만 1심이 인정한 금액보다 조금 늘어난 10억2천500만원을 배상액으로 인정하였다. 이 외 시장과 사업 책임자들의 고의 또는 과실이 입증되지 않았거나 주민소송의 요건이 충족되지 않았다는 이유 등으로 나머지 청구에 대해서는 기각 또는 각하하였다(연합뉴스 2017.09.14.일자 기사).

권이 성공적으로 정착될 수 있을 것이다.

이러한 법적 수단 중 주민소송제도는 지방행정에 대한 주민의 사후적 예방수단으로 매우 중요하다. 왜냐하면 주민소송제도는 개인의 권익구제와 관련있는 주관적 권리보호소송이 아니라, 지방재정운영과정에서 발생하는 위법 및 부당한 지방행정을 민주적으로 통제할 수 있는 객관소송이라는 점에서 지방부패를 사후적으로 감시하는 주요한 통제수단이 될 수 있기 때문이다. 그러므로 본고에서는 특히 사후적 예방수단 중의 하나인 주민소송제도에 대해 중점적으로 고찰하되,³⁶⁾ 행정의 주체인 행정청이 주요한 행정정보를 가지고 있기 때문에 이러한 주민소송의 활성화 내지 실질화를 기하기 위해서는 무엇보다도 행정청이 가지고 있는 행정정보의 공개가 중요하다는 점에서 행정정보공개청구제도에 대해서도 주민소송제도와 관련한 범위내에서 살펴보고자 한다. 이하에서 서술하기로 한다.

2. 주민소송제도의 활성화

(1) 주민소송의 의의

주민소송이라 함은 지방자치단체의 위법한 재무회계행위에 대하여 법에서 정한 일정 수의 주민이 법원에 직접 소송을 제기하여 해당행위의 전부나 일부의 중지 또는 해당행위의 취소나 변경, 게을리한 사실의 위법 확인 및 관련 당사자에 대한 손해배상청구 또는 부당이득반환청구 및 변상명령을 청구하는 소송을 말한다.³⁷⁾

개인적인 권익구제와는 관계없이 지방재정운영과정에서 발생하는 위법 및 부당한 지방행정을 민주적으로 통제할 수 있는 지방재정통제제도로서의 이러한 주민소송제도는 지방자치단체장의 선심성·낭비성 또는 방만한 예산의 집행이나 각종 지방사무의 인·허가 및 구매와 입찰 등의 과정에서 나타나는 부정부패를 사후적으로 주민에 의해서 직접 통제할 수 있다는 점에서 그 존재가치가 있으며, 지난 2006년에 도입되어 현재에 이르고 있다.

그러나 주민소송제도가 도입된 이후 현재까지 청구된 소송 건수를 보면 총 33건(2건은 현재 진행 중)에 지나지 않아 동 제도의 활용이 매우 저조한 실정인데,³⁸⁾ 그 이유는 여러 가

36) 지방자치제도에서 주민의 참여는 바로 핵심적인 개념요소이다. 현행 지방자치법과 지방재정법에서 대표적으로 규정된 주민참여제도는 주민참여예산제도와 주민감사청구제도 그리고 주민소송제도를 들 수 있다. 주민참여예산제도는 지방자치단체의 예산과정에 참여해서 주민의 의사를 직접적으로 반영시킨다는 점에서 지방재정에 대한 사전적 예방조치이고, 주민감사청구 및 주민소송제도는 지방재정운용사항에 대한 사후적 재정통제제도이다. 본논문에서는 이 중 사후적 재정통제제도인 주민소송제도에 대해서 논의를 하고자 한다. 왜냐하면 현행 지방재정법상 규정된 주민참여예산제도는 지방정부의 전체예산과정에 주민이 참여하는 것이 아니라 대략 지방정부예산의 1% 내외에서 주민의 우선적인 관심사항을 예산에 반영하여 실행하는 제도이기 때문에 지방재정의 통제제도로서의 실질적인 기능을 담당하리라고는 기대하기가 힘들기 때문이다.

37) 지방자치법 제17조 제1항 내지 제2항 참조.

지가 있겠으나 가장 큰 이유는 소송요건의 까다로움에 있을 것이다. 즉 주민소송을 제기하려면 필수적 전치절차로서 반드시 주민감사청구를 제기한 후 그 결과에 따라 주민소송을 제기해야 하고,³⁹⁾ 주민소송제도를 도입해온 일본의 경우보다도 원고적격이 제한되고,⁴⁰⁾ 소송비용이 과다하여 주민소송을 제기하기가 어렵다. 이러한 주민소송의 요건 및 유형에 대해서는 항을 바꾸어서 자세하게 서술하기로 한다.

(2) 주민소송의 요건 및 유형

지방자치법 제17조 제1항은 주민소송에 대해서 규정하고 있다. 이에 따르면 주민소송은 지방자치단체의 19세 이상의 주민 중 일정수 이상의 주민이 ‘공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항’에 대해 주민감사를 청구한 후 ‘일정기간이 지나도 감사를 끝내지 아니한 경우, 해당 지자체장이 조치요구에 불복하는 경우, 조치요구를 지자체장이 이행하지 아니한 경우, 지자체장의 이행 조치에 불복하는 경우’에 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장 등을 상대방으로 하여 제기하는 소송을 말한다.

이러한 주민소송의 유형에는 첫째로, 해당 행위를 계속하면 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우에는 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송,⁴¹⁾ 둘째로 행정처분인 해당 행위의 취소 또는 변경을 요구하거나 그 행위의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 요구하는 소송,⁴²⁾ 셋째로 게을리한 사실의 위법 확인을 요구하는 소송,⁴³⁾ 넷째

38) 행정안전부, 2017년 7월 31일자 주민투표, 주민소환, 주민소송 운용현황 참조

39) 지방자치법 제16조에 따르면 주민의 감사청구는 지방자치단체의 19세 이상의 주민 중 시·도는 500명, 제175조에 따른 인구 50만 이상 대도시는 300명, 그 밖의 시·군 및 자치구는 200명을 넘지 아니하는 범위에서 그 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로, 시·도에서는 주무부장관에게, 시·군 및 자치구에서는 시·도지사에게 그 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 감사를 청구할 수 있다. 다만, 수사나 재판에 관여하게 되는 사항, 개인의 사생활을 침해할 우려가 있는 사항, 다른 기관에서 감사하였거나 감사 중인 사항이나 소송이 진행 중이거나 그 판결이 확정된 사항 등은 감사를 청구할 수 없다. 그리고 이러한 주민감사의 청구는 사무처리가 있었던 날이나 끝난 날부터 2년이 지나면 제기할 수 없다고 하여 청구기간을 2년으로 제한하고 있다. 또한 이러한 주민의 감사청구에 대하여 주무부장관이나 시·도지사는 감사청구를 수리한 날부터 60일 이내에(단, 동 기간에 감사를 끝내기가 어려운 정당한 사유가 있으면 그 기간을 연장할 수 있다) 감사청구된 사항에 대하여 감사를 끝내야 하며, 감사결과를 청구인의 대표자와 해당 지방자치단체의 장에게 서면으로 알리고, 공표하여야 한다. 그리고 주무부장관이나 시·도지사는 감사청구에 대한 조치요구내용과 지방자치단체의 장의 조치결과를 청구인의 대표자에게 서면으로 알리고, 공표하여야 한다.

40) 일본의 경우에는 1인 이상의 주민이 주민소송을 제기할 수 있다.

41) 지방자치법 제17조 제2항 제1호.

로 해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송(다만 그 지방자치단체의 직원이 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제4조에 따른 변상책임을 져야 하는 경우에는 변상명령을 할 것을 요구하는 소송)⁴⁴⁾ 등 네 유형이 있으며, 주민소송의 청구기간은 90일 이내에 제기하여야 한다.⁴⁵⁾

(3) 주민소송의 문제점 및 활성화 방안

2006년에 도입되어 현재까지 소송이 제기된 주민소송 건수는 앞서도 살펴보았듯이 총 33건에 지나지 않는다.⁴⁶⁾ 그 중에서도 2건은 현재 진행 중인 상태이다. 진행 중인 2건을 제외한 31건의 주민소송의 내용을 분석해보면, 불법의정비 인상분 환수요구 등의 ‘공금의 지출에 관한 사항’에 관해 제기한 소송 건수가 25건이나 되어 전체에서 80%를 차지하고 있으며 25건 모두에서 패소하였다.⁴⁷⁾ 그리고 확인소송이 3건이며,⁴⁸⁾ 손해배상청구소송이 8건⁴⁹⁾ 및 하수시설 민간투자사업 협약내용 정보공개 거부처분 취소소송 1건이 있었다. 이 중 하수시설 민간투자사업 협약내용 정보공개 거부처분 취소소송 및 잘못된 수요예측으로 무리한 공사 강행 관련 손해배상 청구소송에서 일부승소한 외에는 모든 사건에서 패소하였다(소취하 1건 및 각하 1건 포함). 그리고 서울 서초구 공공도로 점용 및 건축허가 무효 확인소송 및 고성군 지방상수도 통합위탁운영 관련 위법확인소송은 현재 소송이 진행 중이다.

그런데 이렇게 승소율이 저조한 데에는 여러 가지 이유가 있겠으나 주된 원인은 주민소송의 원고적격의 제한, 소송비용의 부담 가중, 입증책임의 부담 및 정보공개제도의 미비

42) 지방자치법 제17조 제2항 제2호.

43) 지방자치법 제17조 제2항 제3호.

44) 지방자치법 제17조 제2항 제4호.

45) 지방자치법 제17조 제2항 및 제4항 참조.

46) 행정안전부, 2017년 7월 31일자 주민투표, 주민소환, 주민소송 운용현황 참조; 그런데 주민소송이 제기된 지역별 현황을 보면 서울이 17건, 경기 6건, 인천 2건으로 수도권 지역이 25건으로서 76%를 차지하고 있고, 기타 강원, 충북, 충남이 각각 2건이며, 전남과 울산이 1건임에 비해서 전북, 경남, 경북, 대구, 부산, 광주 및 대전지역의 주민은 2006년 이후 현재까지 단 1건의 주민소송도 제기하지 않았다.

47) 공금의 지출에 관한 사항에 관한 소송은 대부분 지방의회 의원이나 불법의정비 인상분 환수요구나 구청장 등 지방자치단체장 업무추진비 위법 지출에 관한 소송이었다.

48) 영남알프스 케이블카 사업을 위한 공원계획결정 무효확인(각하), 여수 제2청사-여수지방해양수산청간 청사교환시설 철차상 위법부당한 재산취득처분 무효확인, 물이용부담금을 활용한 소공원 조성 해태에 관한 부작위 위법 확인

49) 음식물쓰레기 처리시설이 가동되지 않아 예산 낭비 손해배상청구(소취하), 확장된 탄천변도로 일부 구간을 사용할 수 없게 되어 예산 낭비 손해배상청구, 불법공사 추진으로 예산 낭비 손해배상청구, 상계장암도시개발 사업시 수용된 영업장 관련 과다 이전보상비 등 예산 낭비 손해배상청구, 용산산업단지 해제 관련 손해배상청구 등.

등이라고 할 수 있다. 원고적격의 제한 및 소송비용 부담가중 문제와 입증책임의 부담 및 정보공개제도의 미비 문제는 서로 관련된 문제이다.

우선 원고적격의 문제에 대해서 살펴보면, 현재 일본에서는 1인 이상의 주민도 주민감사청구를 할 수 있게 하고 있으나, 우리의 경우에는 반드시 일정 수 이상의 주민이 연서하여 주민소송의 필요적 전치로서 주민감사청구를 하여야 하고,⁵⁰⁾ 주민소송의 원고적격도 이러한 감사청구를 한 주민으로 한정하도록 하고 있는 것이 이제까지 10년이 지나도 총 소송건수가 33건에 지나지 않는 한 이유가 되고 있다. 우리와 달리 일본 및 미국의 경우에는 주민소송이 공익소송으로서 법인에게도 인정되고 있기 때문에 잘 조직되고 전문적인 식견을 가진 시민단체가 참가할 수 있고, 이러한 시민단체는 일반 주민보다는 소송비용을 더욱 수월하게 조달할 수 있기 때문에 이것이 주민소송제도가 활성화되는 이유가 되고 있다.⁵¹⁾

또한 주민소송이 공익적 성질을 가지고 있는 소송이므로 원고의 입증책임부담도 완화시켜주는 것이 바람직할 것이다. 즉 원고가 피고의 행위를 의심의 여지없이 위법함을 입증하도록 하면 무기대등의 원칙에서 열세인 원고의 승소율은 매우 낮아질 것이라는 것은 전술한 통계자료에서도 여실히 드러나고 있다. 모든 행정정보를 독점하고 있는 행정기관인 피고를 상대로 정보를 갖고 있지 않는 원고가 피고의 위법을 의심의 여지없이 입증하도록 하고 있는 것은 현재의 정보공개제도의 불완전성 즉 정보의 소극적 내지 수동적 및 포괄적 제공의 방식하에서는 원고가 승소할 가능성이 거의 없다고 볼 수 있다. 그러므로 주민소송이 공익소송이며 행정청이 정보를 독점하고 있기 때문에 원고의 입증책임을 합리적 의심의 수준으로 완화시켜주고 피고인 행정청이 이러한 합리적 의심이 잘못되었음을 입증하도록 하는 것이 바람직할 것이다.⁵²⁾

그리고 현행 주민소송제도는 지방자치단체의 위법한 재무회계행위에 한하여 소송을 제기할 수 있도록 하고 있으므로 만약에 위법하지 않은 재무회계행위라 하더라도 이러한 재무회계행위가 터잡고 있는 선행의 비재무회계행위가 있다면 이를 어떻게 할 것인가가 문제된다. 이러한 경우에는 일본의 예를 참고로 할 필요가 있을 것이다. 일본의 경우에는 후행의 재무회계행위가 적법하더라도 선행의 비재무적 사항이 위법한 경우라면 위법한 선행의 비재무적 행위는 후행의 적법한 재무회계행위에 승계되어 적법한 재무회계행위의 위법성을 따지는 데에 주민소송제도를 활용하고 있다.⁵³⁾⁵⁴⁾ 그러므로 우리의 경우에도 일본의 경우를

50) 지방자치법 제16조 참고.

51) 김지선, 주민소송제도의 문제점과 개선방안, 공법학연구 제11권 제4호, 180면-181면.

52) 이에 관해서는 후술하는 행정정보공개청구제도의 활성화 방안에서 다시 거론할 것이다.

53) 김지선, 위의 논문, 178면.

54) 전남 담양군이 '작은 유럽'을 표방하며 막대한 예산을 들여 추진 중인 메타프로방스 조성사업에 대해 대법원이 공익성 상실 등의 이유로 사업 승인 무효 판결을 내린 가운데 일부 토지 소유자가 불법 건축물 철거와 토지 반환 소송을 내기로 해 거대한 후폭풍이 예상된다. 메타프로방스 조성사업 과정에서 토지를 강제수용당한 박모와 정모씨는 담양군과 전남도지방토지수용위원회, 디자인프로방스, 영국건설 등을 상대로 오는 22일 광주지방법원에 불법건축물을 철거하고 원상 복원해 토지를 반환하

참고삼아 주민소송제도를 적극적으로 활용하여야 한다고 본다.

향후 지방분권화가 강화되면 지방이 주체적으로 추진하는 지역고유의 사무가 확대될 것은 분명하다. 그러므로 이러한 주민의 이해관계가 밀접하게 연관된 분야에서 지방자치단체장의 전횡이나 불법적인 사업추진을 통제할 수 있는 수단으로 작용할 수 있도록 주민소송을 활성화시켜 나가야 할 것이다.

3. 정보공개청구제도의 활성화

(1) 의의

공공기관의 정보공개에 관한 법률(약칭: 정보공개법)은 1996년 제정되어 1998년부터 시행된 이후 현재에 이르고 있다. 동 법은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개 의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정(國政)에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보하기 위하여 제정되었다. 여기에서 규정된 공공기관에는 지방자치단체가 포함됨은 물론이다.⁵⁵⁾ 한편 제3조에서는 ‘공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 적극적으로 공개하여야’ 하는 정보공개 원칙을 천명하고 있으며, 제7조 제1항에서는 공공기관의 공개대상 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위와 공개의 주기·시기 및 방법 등을 미리 정하여 공표하고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 함을 규정하고 있고, 제4조에서는 “지방자치단체는 그 ‘소관 사무’에 관하여 법령의 범위에서 정보공개에 관한 조례를 정할 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 정보공개법의 규정에 따라 지방재정법 제60조와 제60조의 2에서 지방자치단체

라는 소송을 제기하기로 했다고 21일 밝혔다. 내부 인테리어 단계에서 중단된 펜션과 상가, 음식점용 불법 건축물 15개 동을 모두 철거하고 토지를 원상 그대로 원래 소유자에게 반환하라는 취지이다. 원상 복원과 반환 대상 토지는 5,620㎡에 이른다. 정씨는 미리 준비한 소장 등에서 “대법원이 지난달 사업시행자 지정, 실시계획인가, 토지수용재결 등 모든 행정절차에 대해 무효판결을 했음에도 담양군은 메타프로방스 조성사업을 강행하려 한다”며 “담양군 등은 (원고가 매각한) 토지에 지은 15개동 불법건축물을 모두 철거하고 원상복구해 토지를 원고에게 반환해야 한다”고 주장했다. 정씨는 “불법을 저지른 담양군 등 피고들은 연대해 8,000만원을 원고에게 지급하고 소장부분의 송달일 다음날부터 토지 인도일까지 매일 200만원을 지급해야 한다”고 덧붙였다. 앞서 대법원은 지난달 주민들이 담양군을 상대로 낸 사업시행 계획인가처분취소 소송 등에서 원고 승소 판결을 했다. 법원은 “사업시행자에게 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업 인정의 한 요건”이라며 “공익사업 능력이 없는 시행자를 선정한 것은 중대한 하자”라고 밝혔다. 메타프로방스 조성사업은 법적 분쟁에 휘말려 지하 1층, 지상 4층 78실 규모의 관광호텔 공사가 터파기 상태에서 현재까지 17개월째 중지됐다. 담양군은 대법원 판결 직후 공익성 강화와 행정절차 하자 치유 등을 통해 사업을 정상화하겠다고 밝히고 있는 가운데 소송을 제기한 주민들은 공익성이 상실된 사업에 대한 공사제거는 어불성설이라며 검찰 수사를 주장하는 등 후폭풍이 현실화하고 있다(한국일보, 2017. 08. 21일자 참조).

55) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호 참조.

의 지방재정 운용상황에 대한 공시제도를 설정하고 있다.

지방자치를 성공적으로 정착시키기 위해서는 실질적인 지방분권이 이루어져야 하며 이러한 지방분권의 핵심에는 바로 지방재정의 완전한 자립과 재정의 건전한 운영에 있다고 할 수 있다. 즉 지방자치단체는 자기의 고유사무를 처리하는데 요구되는 전권한성과 자기책임성을 독립적으로 가지고 있어야 하며, 이러한 전권한성과 자기책임성을 가진 지방자치단체가 중앙으로부터 재정에 대한 예속을 벗어날 만큼 충분한 재정자립도를 가지고 있을 때 비로소 진정한 의미의 지방분권이 이루어지게 되고, 또한 이러한 지방정부의 재정운영이 건전하게 이루어졌는가에 대한 통제가 적절하게 행해질 때 비로소 지방분권은 굳건하게 뿌리 내릴 수 있게 될 것이다.⁵⁶⁾ 이 중 어느 한 요소도 소홀히할 수 없는 것이다. 이러한 취지에 따라 지방정부의 재정에 대한 상황을 정확하고 투명하게 공개하기 위하여 2006년 지방재정 운영상황의 공시제도가 실시되기에 이르렀다.

(2) 지방재정 운용상황 공시제도의 문제점 및 개선방안

지방재정 운영상황의 공시제도는 현행 지방재정법 제60조와 제60조의 2에서 자세하게 규정되어 있다. 동 법 제60조 제1항은 “지방자치단체의 장은 예산 또는 결산의 확정 또는 승인 후 2개월 이내에 예산서와 결산서를 기준으로 ‘세입·세출예산의 운용상황, 재무제표, 채권관리 현황, 기금운용 현황, 공유재산의 증감 및 현재액, 지역통합재정통계, 지방공기업 및 지방자치단체 출자·출연기관의 경영정보, 중기지방재정계획, 예산편성기준별 운영 상황, 재정운용상황개요서, 재정건전화계획 및 그 이행현황, 재정건전성관리계획 및 이행현황, 투자심사사업, 지방채 발행사업, 민간자본 유치사업, 보증채무사업의 현황, 지방보조금 교부현황을 포함한 관련사항과 기타 대통령령으로 정하는 재정 운용에 관한 중요 사항을 주민이 이해하기 쉽도록 행정안전부장관이 정하는 바에 따라 작성하여 인터넷 홈페이지 등을 통하여 공시하여야 한다”⁵⁷⁾고 규정하고 있으며, 제60조의2 제1항에서는 행안부장관은 지방자치단체 간 비교공시를 할 수도 있도록 하고 있으며, 제2항에서는 행안부장관은 공시 내용이 잘못되었거나 적절하지 아니하게 작성된 경우에는 해당 지자체 장에게 수정공시를 하도록 요청하고 만약 해당 지자체 장이 수정공시를 하지 아니하는 경우에는 행안부장관이 직접 공시할 수도 있음을 규정하고 있다.

이러한 제도의 취지는 지방자치단체의 재정투명성을 확보함으로써 지방재정의 건전화를 기하자는데 있음은 재론의 여지가 없다. 문제는 이러한 지방재정 운영상황의 공시가 실질적

56) 이러한 지방재정공시제도는 헌법상 국민의 알권리의 보장이라는 측면에서, 그리고 행정청의 행위의 상대방이 가지는 방어권의 충실화를 위해서, 마지막으로 국민에 의한 행정작용의 공정성을 확보하기 위해서도 행정정보는 원칙적으로 공개되어야 한다.

57) 지방재정법 제60조 제1항 및 제2항.

으로 이루어지고 있는가이다. 현행 지방재정 운용상황에 대한 공시제도는 동 제도 시행이전에 ‘조례’를 정하여 지방자치단체별로 지방재정상황을 공개하던 것을 대체한 것인데, 그 이유는 각 자치단체별로 조례를 정하다보니 그 공개기준이 지방자치단체별로 상이하고 공개기준이 객관적이지 못하였던 때문이다. 그리하여 2006년 지방재정법의 개정을 통하여 조례가 아닌 ‘법률’로써 지방재정상황에 대한 구체적 공개기준을 통일시켰던 것이다. 물론 지자체는 그 ‘소관 사무’에 관하여 법령의 범위내에서 구체적인 사항에 대한 정보공개에 관한 조례를 정할 수는 있다.⁵⁸⁾ 이와 같은 지방재정 운용상황에 대한 공시제도를 주민소송과 관련하여 본다면 문제점이 있다.

우선 지방자치단체에서 2006년 이후 지금까지 행해온 지방재정정보의 공시는 일반적이고 포괄적인 수준의 공시였으며, 구체적인 재정정보를 획득하기에는 미흡한 수준이었다. 또한 공시방법이나 공시원칙에 대해서 분명하게 제시되어 있지도 못하다. 그리고 공시의 시기에 대해서도 지방재정법 시행령 제69조 제2항에 의하면 매년 8월에 공시되는 정기공시 외에 수시로 공시하는 수시공시제도가 있으나 이는 지자체 장의 재량사항으로 되어있기 때문에 수시로 발생하는 중요한 재정상황에 대한 공시는 이루어지지 않고 있다. 이러한 법규정은 실은 ‘공공기관의 정보공개에관한법률(약칭 정보공개법)’의 도입취지 및 목적을 퇴색시키는 규정임과 동시에 주민에 의한 지방재정의 민주적 통제라고 하는 지방재정 운용상황에 대한 공시제도의 취지에도 맞지 않는 규정이라고 할 수 있다. 왜냐하면 지방재정의 운용상황에 대한 주민의 자유로운 의사의 형성은 지방재정상황에 대한 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이기 때문에, 또한 이러한 토대위에서 비로소 지방재정의 운용에 대한 주민의 실질적인 민주적 통제가 가능해지기 때문이다. 이러한 견지에서 우리 헌법재판소도 ‘형사기록등사신청에 대한 헌법소원’사건을 비롯한 일련의 사건에서 일관되게 이러한 “정보에의 접근·수집·처리의 자유인 “알 권리”는 자유권적 성질과 청구권적 성질을 동시에 가지고 있으며, 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다”고 판시한 바 있다.⁵⁹⁾ 여기에서 더 나아가 헌법상 행정의 공개에 대하여서는 명문규정을 두고 있지 않지만,⁶⁰⁾ 국민

58) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조.

59) 헌결 90헌마133; 헌법재판소는 동 사건에서 “알 권리”는 이러한 정보공개청구권에서 더 나아가 현대사회가 고도의 정보화사회로 이행해감에 따라 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있으며, 인권에 관한 세계선언 제19조도 이러한 “알 권리”를 명시적으로 보장하고 있다”고 설시하였다.

60) 헌법 제50조 제1항에서는 입법의 공개 즉 국회의사공개의 원칙을 규정하고 있는데 여기에서의 국회의사공개란 본회의 뿐만 아니라, 오늘날 국회기능의 중점이 본회의에서 위원회로 옮겨져 위원회중심주의로 운영되고 있는 점 등에 비추어 위원회회의까지 원칙적으로 공개되어야 한다는 것을 의미한다(헌결 98헌마443, 99헌마583(병합)). 그리고 헌법 제109조에서는 재판의 심리와 판결은 공개한다고 하여 공개재판주의를 규정하고 있다.

의 알 권리는 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리인 청구권적 기본권이며, 알 권리를 실현시킬 구체적인 법률이 제정되어 있지 않을 때에는 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다고 헌법재판소는 판시하고 있다.⁶¹⁾ 그러므로 향후 헌법이 개정되어 지방분권화가 강화된다면 이러한 헌법의 개정에 발맞추어 향후 지방재정정보의 공시는 일반적이고 포괄적인 수준의 공시에서 벗어나 주민이 구체적인 재정정보를 획득하기에 충분할 만큼 구체적인 내용을 포함하는 수준이 되도록 현행 지방재정법 제60조 및 제60조의 2를 개정하고 또한 지방재정법 시행령 제69조 제2항에 규정된 수시공시제도 중 수시로 발생하는 중요한 재정상황에 대한 공시는 지자체 장의 재량사항이 아니라 의무사항으로 개정하는 것이 주민에 의한 지방재정의 민주적 통제라고 하는 지방재정 운용상황에 대한 공시제도의 도입 취지 및 목적에 부합하는 것이 될 것이다.

둘째로는 청구인 적격과 관련한 문제점이다. 정보공개법이 1996년 최초로 도입되어 시행되던 당시 동법 제18조 제1항에서는 청구인의 정보공개청구에 대하여 공공기관의 처분 또는 부작위로 인하여 ‘법률상 이익’의 침해를 받은 때에만 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있어서 이러한 ‘법률상 이익’에 대한 해석을 둘러싸고 의견이 분분하였다. 이러한 학설의 다툼은 결국 대법원의 판결(대판 2000두7087⁶²⁾ 및 대판 2000두9212⁶³⁾을 위시하여 그 이후에 나온 다수의 판례(대판 2002두12854, 대판 2003두9459, 대판 2007두2555⁶⁴⁾)에 의하

61) 헌결 90헌마133; .. 이러한 “알 권리”의 보장의 범위와 한계는 헌법 제21조 제4항, 제37조 제2항에 의해 제한이 가능하고 장차는 법률에 의하여 그 구체적인 내용이 규정되겠지만, “알 권리”에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는다면 가급적 널리 인정하여야 할 것이고 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 한다고 할 것이다. 위와 같이 해석하는 것이 헌법 제21조에 규정된 표현의 자유의 한 내용인 국민의 “알 권리”를 충실히 보호하는 것이라고 할 것이며 이는 국민주권주의 (헌법 제1조), 인간의 존엄과 가치(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)도 아울러 신장시키는 결과가 된다고 할 것이다.

62) 동 사건에서 법원은 “정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하는 정보를 그 상태로 공개하는 제도라는 점 등에 비추어 보면, 공공기관이 해당 정보를 보유하고 있지 아니하거나, 정보공개청구를 거부하는 처분이 있은 후 대상 정보가 폐기되는 등으로 공공기관이 그 정보를 보유·관리하지 않게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정보공개를 구할 수 없다”고 판시하였다.

63) 동 판결은 정보공개청구대상 정보를 어느 정도로 특정하여야 하는가에 대해서 판시하고 있다; “정보공개법 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 ‘공개할 청구하는 정보의 내용’ 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다고 할 것이다”(대법원 2003. 3. 28. 선고 2000두9212 판결, 2005. 1. 28. 선고 2002두12854 판결 등 참조).

64) 아파트 분양원가 정보공개 청구사건에서 대법원은 이전의 판례 내용을 그대로 따르고 있으면서, 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따른 정보공개청구시 요구되는 대상정보 특정의 정도에 대해서는 “사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다”고 하였다. 그리고 정보공개청구서에 청구대상정보를 특정할 수 없는 부분이 포함되어 있는 경우 법원이 취해야 할 조치에 대해서는 “정보비공개결정의 취소를 구하는 사건에 있어서, 만일 공개를 청구한 정보의 내용 중 너무 포괄적이거나 막연하여서 사회일반인의 관점에서 그 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정되었다고 볼 수 없는 부분이 포함되어 있다면, 이를 심리하는 법원으로서 마

여 일단락되었으며, 이러한 판례의 견해를 따라서 현행법 제20조 제1항(개정전 제18조 제1항)에서는 ‘법률상 이익을 침해받은 때’란 문구를 삭제하였던 것이다.⁶⁵⁾ ‘법률상 이익을 침해받은 때’란 문구를 삭제한 이유는 첫째로, 정보공개법 제5조(구법 제6조)에서는 정보공개 청구권을 모든 국민이 가지고 있음을 천명하고 있는데, 법률상 이익을 가지는 자로 한정하게 되면 헌법에서 정하고 있는 알 권리 내지는 정보공개청구권을 형해화할 우려가 있기 때문이다. 둘째로는 정보공개법이 제정된 목적은 국민 일반의 객관적 정보공개청구권을 보호하기 위함이지 개별 청구인의 주관적 정보공개청구권을 보호함이 목적이 아니기 때문이다. 다시 말하면 정보공개법은 객관적 정보공개청구제도의 창설을 본질로 하는데, 그것은 국민 주권주의 및 대표위임의 법리에 의거하여 공공기관이 작성 또는 취득하여 보유하는 정보는 국민의 공통재산이 되며, 이러한 공통재산에 대한 활용에 대한 권리는 당연히 국정을 실행한 주체인 국민에게 있고, 이러한 국민에 의한 정보의 활용을 통하여 주권자인 국민이 국정을 감시할 수 있는 적절한 수단을 가질 수 있다는 것이며, 또한 헌법상의 권리로서의 알 권리를 공개청구권이라는 형태로 실정법화하여 그 보장을 구체화한 의미를 살릴 수 있기 때문이다.⁶⁶⁾ 뭐니뭐니해도 정보공개법의 최대의 특징은 이제까지 우월적인 행정작용의 부수적인 대상으로만 여겨졌던 시민 또는 시민의 권리를 정보공개청구권이라는 구체적인 권리로 시민에게 일반적으로 부여한 이른바 일반권리창설법이라는 점에 있기 때문이다.⁶⁷⁾ 그러므로 차제에 수시로 발생하는 지방재정의 운용에 관한 중요사항에 대해서는 지자체 장의 재량사항으로 규정하지 않고 의무적인 공시사항으로 규정하는 것이 바람직하며,⁶⁸⁾ 이러한 입법태도가 무기대응의 원칙이 요구되는 주민소송의 내실화를 기하는 것이 될 것이다.

셋째로는 정보공시책임과 관련한 문제점이다. 정보공시책임과 관련하여 지방재정법 제60

땅히 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제2항의 규정에 따라 공공기관에게 그가 보유·관리하고 있는 공개청구정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하는 등의 방법으로 공개청구정보의 내용과 범위를 특정시켜야 하고, 나아가 위와 같은 방법으로도 특정이 불가능한 경우에는 특정되지 않은 부분과 나머지 부분을 분리할 수 있고 나머지 부분에 대한 비공개결정이 위법한 경우라고 하여도 정보공개청구 중 특정되지 않은 부분에 대한 비공개결정의 취소를 구하는 부분은 나머지 부분과 분리하여 이를 기각하여야 한다”고 판결하였다. 이에 따라 대법원은 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따라 공개를 청구한 정보의 내용이 ‘대한주택공사의 특정 공공택지에 관한 수용가, 택지조성원가, 분양가, 건설원가 등 및 관련 자료 일체’인 경우, ‘관련 자료 일체’ 부분은 그 내용과 범위가 정보공개청구 대상정보로서 특정되지 않았다고 판시하였다.

65) 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제18조 제1항은 “청구인이 정보공개와 관련하여 공공기관의 처분 또는 부작위로 인하여 법률상 이익의 침해를 받은 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다”고 규정하고 있는데 비하여, 현행 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제20조 제1항은 “청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다”고 규정하여 입법론적으로도 해결하고 있다.

66) 김용찬, 정보공개청구사건에서의 몇 가지 쟁점, 법조 2003·9(Vol.564), 226면.

67) 김용찬, 앞의 논문, 226면.

68) 임현, 지방재정의 투명성 제고를 위한 법적 개선방안, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009년 2월, 783면.

조의2와 동법 시행령 제72조에서는 행정안전부 장관의 재정운용상황 및 공시결과 분석시 문제점이 있을 때 해당 지자체에 대한 재공시 권고 및 이의 미이행시 직접 공시제도를 두고 있다. 그러나 지자체 입장에서는 공시하고 싶지 않은 내용에 대해서 공시하지 않더라도 이에 대한 제재가 권고 정도로 제재의 정도가 크지 않기 때문에 주민소송시 이와 같은 사항에 대해서 정보공개청구제도를 이용하여 관련 정보를 공개청구하더라도 시간이 많이 걸리고 적시성을 담보하기가 어렵다. 그러므로 허위부실공시에 대한 보다 강한 제재장치를 마련하는 것이 주민소송제도의 실질화를 담보하는 수단이 될 것이다.⁶⁹⁾

IV. 나가며

중앙집권체제는 지방재원을 국가정책목적에 무제한으로 활용가능한 체제이기 때문에 권력과 자원이 중앙에 집중될 수 밖에 없고, 지방자치단체장 또는 지방의원은 재원부족에 따른 지역현안 해결능력의 부재로 인하여 다시금 중앙의 정치에 예속될 수 밖에 없는 구조이기 때문에 중앙과 지방간 빈익빈부익부 현상이 심화되는 구조이며 정치적 부패의 한 원인이 되고 있다.⁷⁰⁾ 그러므로 이러한 단점을 극복하기 위하여 세계 주요국들은 지방정부의 권력을 강화하기 위해 현재 부단히 노력하고 있다.

그런데 중앙집권화에 따른 문제점을 극복하기 위해서 헌법상 보충성의 원리에 따라 지방분권을 강화하게 되면 동시에 지방부패의 문제도 증가할 가능성도 크기 때문에 지방정부의 권한확대에 따른 부작용을 방지할 법적·제도적 수단도 아울러 강구될 필요가 있다. 이러한 점에서 주민소송제도는 지방정부의 권한확대에 따른 부작용을 방지할 수 있는 법적 통제장치 중 하나로 들 수 있을 것이다. 그리고 주민소송제도의 내실화를 기하고 형해화를 방지할 수 있는 보조 장치가 바로 정보공개청구권이라고 할 수 있다. 헌법재판소가 일찍이 정보공개청구권의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 알 권리 즉 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리라고 판시하였듯이, 주민소송의 전제조건인 정보공개청구권이 실질화되지 않으면 주민소송제도는 형해화되고 말 것이다. 그리하여 향후 헌법이 지방분권을 강화하는 방향으로 개정될 때 뿐만 아니라 현행 헌법상으로도 지방분권의 내실화를 기하기 위해서는 주민소송제도 및 주민소송의 전제조건이라 할 수 있는 정보공개와 관련한 법령이 개정되어야 할 것이다.

이러한 관련법령의 개정방향으로서는 첫째로는 일정수 이상의 주민이 연서하여 제기할

69) 김용찬, 위의 논문, 226면-227면 참조.

70) 국회의원은 예산 편성 때만 되면 쪽지예산 등으로 지역현안을 해결하려고 한다; 김성호, 연방제수준의 지방분권 추진, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집, 95면에서 97면 참조.

수 있는 현행 주민소송제도의 원고적격을 완화하여 아주 소수의 주민도 주민소송제도를 제기할 수 있도록 개정되어야 할 것이다. 둘째로는 주민소송이 공익적 성질을 가지고 있으므로 원고의 입증책임도 합리적 의심의 수준으로 완화시킬 필요성이 있다. 셋째로는 주민소송의 대상적격과 관련하여 위법하지 않은 재무회계행위라 하더라도 적법한 재무회계행위가 터잡고 있는 선행의 비재무회계행위가 있다면 위법한 선행의 비재무적 행위는 후행의 적법한 재무회계행위에 승계되어 적법한 재무회계행위의 위법성을 따질 수 있도록 개정되어야 할 것이다.

그리고 주민소송제도와 관련있는 정보공개청구권의 내용과 관련하여서는 첫째로, 이제까지 일반적이고 포괄적인 수준의 지방재정정보의 공시에서 벗어나 주민소송을 할 때 실질적인 도움이 될 수 있도록 구체적인 정보의 공시가 이루어질 수 있게 지방재정법을 개정할 필요가 있다. 둘째로 지방재정의 운용에 대한 주민의 실질적인 민주적 통제가 가능해질 수 있도록 중요한 재정정보라면 현재 지방자치단체 장의 재량사항으로 되어있는 수시공시제도를 반드시 공시해야할 의무사항으로 개정하는 것이 바람직할 것이다. 마지막으로 허위부실공시에 대한 보다 강한 제재장치를 마련하여 주민소송제도의 실질화를 꾀하여야 할 것이다.

참고문헌

- 권녕성, 헌법학원론, 법문사, 2007년.
- 김승대, 헌법학강론 제3판, 법문사, 2015년.
- 김학성, 헌법학원론 제3판, 피앤씨미디어, 2014년.
- 성낙인, 헌법학 제14판, 법문사, 2014년.
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2016년 제6판.
- 고문현, 지방분권을 위한 개헌방향, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집.
- 국민권익위원회, 민선 6기 지방자치단체의 성공적 운영을 위한 지방부패 근절 정책 토론회 자료.
- 김봉철, 지방자치단체의 재정고권의 관점에서 고찰한 재정건전성의 개념과 내용 및 그 의미에 관한 연구, 법학연구 제19집 제4호, 2016.12.
- 김용찬, 정보공개청구사건에서의 몇 가지 쟁점, 법조, Vol.564, 2003.9.
- 김성호, 연방제수준의 지방분권 추진, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집.
- 김지선, 주민소송제도의 문제점과 개선방안, 공법학연구 제11권 제4호.
- 박인수, 지방분권국가의 특징과 내용, 2017년 한국비교공법학회 제87회 학술대회(지방분권과 주민참여) 자료집.
- 백운철, 프랑스 지방분권의 본질에 관한 연구, 토지공법연구 제75집, 2016.
- 변진석, 미국의 집단소송제도의 기능과 한계: 역사적 분석, 미국헌법연구 제25권 제3호, 2014.12.
- 오준근, 지방자치단체의 조직자치권에 관한 독일과 한국의 비교법적 연구, 경희법학 제49권 제3호, 2014.
- 이기우, 지방분권적 국가권력구조와 연방제도, 공법연구 제37집 제1호, 2008.
- 임현, 지방재정의 투명성 제고를 위한 법적 개선방안, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009년 2월.
- 정극원, 헌법상 보충성의 원리, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006.
- 최철호, 조세법률주의와 지방세조례주의에 관한 연구, 조세연구 제7집, 2007.
- 홍성방, 헌법상 보충성의 원리, 공법연구 제36집 제1호, 2007.
- 행정안전부, 2017년 7월 31일자 주민투표, 주민소환, 주민소송 운용현황.

투고일자 : 2017. 09. 15

수정일자 : 2017. 09. 27

게재일자 : 2017. 09. 30

<국문초록>

지방분권 강화에 따른 지방부패방지에 관한 소고

김 세 환

중앙집권체제는 지방재원을 국가정책목적에 무제한으로 활용가능한 체제이기 때문에 권력과 자원이 중앙에 집중될 수 밖에 없고, 지방자치단체장 또는 지방의원은 재원부족에 따른 지역현안 해결능력의 부재로 인하여 다시금 중앙의 정치에 예속될 수 밖에 없는 구조이다.

그런데 중앙집권화에 따른 문제점을 극복하기 위해서 헌법상 보충성의 원리에 따라 지방분권을 강화하게 되면 동시에 지방부패의 문제도 증가할 가능성도 크기 때문에 지방정부의 권한확대에 따른 부작용을 방지할 법적·제도적 수단도 아울러 강구될 필요가 있다.

주민소송제도와 행정정보공개청구권은 바로 이러한 지방정부의 권한확대에 따른 부작용을 방지할 수 있는 법적 통제장치들이다. 그러나 현재 운영되고 있는 주민소송제도는 그다지 활성화되지 않고 있는데 그 이유는 한편으로는 일정 수 이상의 주민이 아니면 소송을 제기할 수 없도록 원고적격을 제한하고 있는 등 소송요건 등에서 문제점이 있기 때문에, 다른 한편으로는 소송의 전제조건이라 할 수 있는 관련 정보의 수집 및 획득의 어려움 때문이다. 그러므로 향후 지방분권을 강화하는 방향으로 개헌될 때 뿐만이 아니라 현행 헌정체제 안에서 지방분권의 내실화를 기하기 위해서는 주민소송제도 및 이와 관련한 정보공개법의 내용이 개정되어야 할 것이다.

이러한 관련법령의 개정방향으로서는 첫째로는 일정수 이상의 주민이 연서하여 제기할 수 있는 현행 주민소송제도의 원고적격을 완화하여 아주 소수의 주민도 주민소송제도를 제기할 수 있도록 개정되어야 할 것이다. 둘째로는 주민소송이 공익적 성질을 가지고 있으므로 원고의 입증책임도 합리적 의심의 수준으로 완화시킬 필요성이 있다. 셋째로는 주민소송의 대상적격과 관련하여 위법하지 않은 재무회계행위라 하더라도 적법한 재무회계행위가 터잡고 있는 선행의 비재무회계행위가 있다면 위법한 선행의 비재무적 행위는 후행의 적법한 재무회계행위에 승계되어 적법한 재무회계행위의 위법성을 따질 수 있도록 개정되어야 할 것이다.

그리고 주민소송제도와 관련있는 정보공개청구권의 내용과 관련하여서는 첫째로, 이제까지 일반적이고 포괄적인 수준의 지방재정정보의 공시에서 벗어나 주민소송을 할 때 실질적인 도움이 될 수 있도록 구체적인 정보의 공시가 이루어질 수 있게 지방재정법을 개정할 필요가 있다. 둘째로 지방재정의 운용에 대한 주민의 실질적인 민주적 통제가 가능해질 수

있도록 중요한 재정정보라면 현재 지방자치단체장의 재량사항으로 되어있는 수시공시제도를 반드시 공시해야할 의무사항으로 개정하는 것이 바람직할 것이다. 마지막으로 허위부실공시에 대한 보다 강한 제재장치를 마련하여 주민소송제도의 실질화를 꾀하여야 할 것이다.

주제어: 헌법개정, 중앙집권, 지방분권, 지방부패, 주민소송제도, 정보공개청구권