조례제정권 범위확대에 관한 연구

The Range of Legislative Power of Local Councils

1999. 12.

한국지방행정연구원

연 구 진

김 성 호 (자치행정연구실 수석연구원)
황 아 란 (자치행정연구실 수석연구원)

이 보고서의 내용은 본 연구진의 견해로서
한국지방행정연구원의 공식 견해와는 다를 수도 있습니다.

서 문

1991년 지방의회가 구성되고 1995년 단체장이 선출된 이후 법령위반 조례가 속출하게 되었다. 이와 같은 법령에 위반하는 조례 제정의 최소화와 국가와 지방의 경쟁력 제고를 통하여 지방자치제도의 정착과 발전을 도모하기 위해서는 지방자치제도를 보장하고 있는 헌법원리에 기초를 둔 조례의 법적 지위를 재정립하고 지방의회의 조례입법범위를 구체화하는 것이 무엇보다도 중요한 실정이다. 더욱이 1998년 12월, 지방이양촉진법의 제정으로 조례제정권의 범위는 확대될 것이고 이로 인해 조례제정으로 대처해야 할 사항이 꾸준하게 증가될 것이기 때문이다.

지방자치가 부활된 지 10년이 채 되지 않아 조례제정권의 범위를 어느 정도로 인정하는 것이 헌법상 지방자치를 보장한 취지인지에 대하여 공법학계, 법조실무계의 법리논쟁이 평행선을 달리고 있다. 지방분권의 시대적 흐름을 반영하여 조례제정권의 범위를 확대하여야 한다는 데에는 공감대가 형성되어 있으나 그 범위에 있어서는 전문가들의 경우에도 소속과 입장에 따라 상당한 견해의 차이를 보이고 있다.

본 연구에서는 지방의회 조례제정권에 대한 법이론적 쟁점을 통해 그 범위확대를 위한 법논리적 근거를 도출하고, 이와 관련된 학계 및 법조실무계의 전문가와 지방자치단체의 지방의원 및 공무원의 의견을 실증분석하여 조례제정권의 범위를 어느 정도로 확대하여야 할 지에 대한 정책적 대안을 모색하였다. 아무쪼록 이 보고서가 관계전문가와 조례입법에 관심있는 분들에게 유용하게 활용될 수 있기를 기대한다.

1999년 12월

한국지방행정연구원장 이 달 곤

요 약

조례제정권의 범위에 대한 기존 연구는 조례의 법적 성격 또는 법적 지위 및 이에 따른 법령유보원칙 관련사항 등 법리적 쟁점을 중심으로 연구가 수행되었다. 조례의 법적 성격과 지위에 대한 새로운 학설이 다수를 이루고 있음에도 불구하고 조례제정권의 범위에 관한 한 법제실무계에서는 아직도 법령유보론이 우세한 가운데 있다. 그러나 시대의 변화에 따라 학계나 지방의회, 지방자치단체의 실무계에서는 조례제정권의 범위 확대를 절실하게 요구하고 있는 실정이어서 법현실과 행정실무 및 사회적 기대간의 괴리가 커지는 문제를 초래하고 있다.

조례제정권의 범위는 자치행정의 주요 입법사항을 지나치게 세세한 부분까지 법령으로 제한받고 있으며, 지방자치단체의 권한과 책임이 불일치한 가운데 운영되고 있어 집행기관과 의결기관간 견제·균형이 유지되지 않고 있으며, 규제행정의 실효성이 확보되지 못하고, 변칙적인 권한위임 방식의 적용으로 인하여 행정실무에서 법치주의 원칙이 훼손되고 있어 조례제정권 범위 확대의 필요성을 더해 주고 있다.

본 연구에서는 지방의회 조례제정권에 대한 법이론적 쟁점을 통해 그 범위확대를 위한 법논리적 근거를 도출하고, 이와 관련된 학계 및 법조실무계의 전문가와 지방자치단체의 지방의원 및 공무원의 의견을 실증분석하여 조례제정권의 범위확대를 위한 정책적 대안을 마련하는데 목적을 두었다.

합리적인 조례제정권 범위 확대를 위한 본 연구는 우선 조례의 법리상의 쟁점을 비롯하여 조례의 법적 지위, 판례동향, 자치사무의 범위, 외국사례를 분석틀로 하여 체계적인 접근을 시도하였다. 즉, 지금까지 조례제정권 범위를 지나치게 제약해오고 논란이 되어왔던 조례제정권 범위 관련 문제점으로

써 법리상의 쟁점사항을 법이론적으로 고찰하고 법 단계상 조례의 법적 지위를 재정립할 필요성이 있다. 조례의 법적 지위는 국법체계상 법령의 하위이나 그 민주적 정당성이나 실효력 및 헌법에 보장된 의회입법이라는 점에서 법률에 준하는 법규범으로서 제 법규와의 관계가 재설정되어야 할 것이다. 또한 국가와 지방자치단체간 합리적 역할분담의 원칙과 기준의 준수를 통한 사무재배분 대안을 제시하고, 이상과 같은 논의를 뒷받침하기 위하여 외국사례에서 시사점을 찾고자 하였다. 이와 함께 본 연구에서는 법리상의 쟁점과 관련하여 전문가를 중심으로 지방의원, 실무자의 의견을 조사하여 실증분석을 병행하였다.

실증분석결과 법령제개정시 헌법상 보장된 조례제정권의 범위가 존중되지 않고 있다는 것에 대하여 국가·지방공무원과 특히 공법학계에서 심각한 우려를 표하고 있는 것을 발견할 수 있었으며, 국회와 정부가 법령을 제개정할 경우 조례의 입법소관사항인 자치사무에 대해서는 조례제정권의 범위를 존중하고 법령의 입법을 자제하여야 한다는데 일치된 견해를 보여주었다. 이러한 판단의 근거는 조례의 법적 지위가 행정입법이 아니라 준법률이기 때문에 그러하다는 것을 전문가는 말할 것도 없고 지방의원과 공무원도 대다수가 동의하는 것으로 나타났다.

본 연구에서 조례제정권의 범위를 확대하기 위하여 제안한 방안은 다음과 같다.

첫째, 조례의 법적 지위를 재정립하여야 한다. 실증조사결과에서도 분석되었듯이, 조례의 법적 지위에 관한 한 민주적 정당성을 지닌 조례의 법적 본질에 따라 준법률적 법적 지위를 가진다는데 대한 인식이 다수설로서 공감대를 형성하고 있으며 이는 헌법취지와 부합된다는 점에서 이론의 여지가 없다.

둘째, 조례제정권의 범위를 확대하기 위한 입법개선방안으로는 우선 지방자치법제15조 단서조항을 삭제할 필요가 있다. 입법론 상 헌법적 보장에 근거하여 자주법을 제정할 수 있는 지방의회가 자치사무의 범위 안에서 주민의 권리·의무에 관하여 조례를 제정하는 경우, 위임입법과는 달리 법률유보를 요하지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 다음으로 지방자치법 제9조 제2항 단서 규정의 삭제가 필요하다. 국가는 동 단서규정을 폐지하더라도 법률선점론에 입각하여 그 입법취지를 충분히 달성할 수 있으며, 지방자치단체가 관할구역의 자치사무와 법령에 의해 자치단체에 속하는 사무를 처리함에 있어 일방적인 법률선점론을 정당화하고 있는 문제를 해결할 수 있다.

셋째, 지방세법제3조제2항을 개정하는 것이다. 지방세법 제3조 제2항에서는 '이 법이 정하는 바에 의하여'라는 법률유보조항을 1998년 12월에 추가하여 규정하였으나 지방세법은 이 조항이 없어도 지방세의 윤곽법으로서 상위법이기 때문에 우선 적용된다. 그러나 이 규정은 지방세의 상세한 사항까지 규정하도록 하는 법적 근거가 될 수 있는 소지가 있기 때문에 이를 다시 삭제하는 것이 헌법취지에 부합된다.

넷째, 개별법 제개정 시 사무구분을 명확화한다. 지방자치단체별로 자율성과 다양성을 살려나갈 필요가 있는 분야를 중심으로 국가적 수준에서의 입법을 전국적 기준으로 삼아 그 법의 취지에 반하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있도록 위임하는 방안을 강구할 필요가 있다. 특히 사무배분의 합리성과 실효성을 확보하기 위해서는 사무처리주체에 따른 사무구분이 법령에 명문화되어야 한다.

다섯째, 개별법령상 조례로의 위임을 확대한다. 개별법령에 의한 세부적인 규정은 자치사무의 범위를 축소시키고, 조례로의 위임사항이 협소하게 되어 자치입법기능 확대차원에서 중앙부처 소관 법·시행령·부령·훈령·

예규·고시·공고 등에서 지역특성과 주민생활 등과의 연계성을 고려하여 '조례로의 위임'을 확대한다.

한편, 조례제정권의 범위확대를 위한 제도개선 방안으로는 다음과 같다.

첫째, 국가의 법령제개정안에 대한 지방자치단체연합체의 의견제출을 제도화한다. 지방자치단체연합조직이 국회 및 정부의 입법과정에 대한 참여주체로 기능하기 위해서는 광역자치단체 및 기초자치단체 단체장 및 의장협의회가 일정한 수 이상으로 구성되어 대표성을 인정받아야 하며, 그 운영이 민주적인 절차를 거쳐 국민의 공감대를 형성할 수 있는 입법정책적 제안을 할 수 있도록 제도화하여야 할 것이다.

둘째, 자치사무의 범위를 확대하여야 한다. 기관위임사무는 지방자치권을 침해하는 제도이므로 대폭 축소하여 자치사무의 확대를 통한 조례제정권의 범위 확대가 필요하다.

셋째, 국가가 입법할 경우, 사무배분의 원칙과 기준을 입법원칙으로 적용한다. 과거 중앙집권시대에 제정되었던 법령이 대부분 그대로 유지되고 있다는 점에서 국가와 지방의 창의력을 제고하여 국가발전과 지방자치제의 발전을 위해서는 국회와 지방의회의 역할재정립에 따라 입법권을 재배분하고 국가의 입법원칙에 재정립된 국가-지방자치단체간 역할분담원칙이 적용되어야 한다.

넷째, 조례의 사법심사제도가 개선되어야 한다. 우선 대법원은 조례안의 일부무효는 곧 전부무효가 된다는 논리를 취하고 있으나, 문제가 된 조례의 위법인 부분이 본질적 사항이 아닌 한 그 부분을 제외한 나머지의 조례가 존속가치를 가진다면 전부무효가 아닌 일부무효를 관시하는 제도의 도입이 필요하다. 다음으로 조례의 사법심사주체는 헌법재판소가 타당하다. 조례의 위법성에 관한 사법판단은 지방의회의 일반적 의결사항과 달리 규범통제에

해당되어 당해 법령의 적헌성이 전제되었을 경우에 타당하므로 위법성뿐만 아니라 당해 법령이 헌법이 보장하고 있는 지방자치권의 본질을 침해하고 있는 지에 대한 여부가 동시에 판단되어야 하기 때문이다.

다섯째, 지방자치단체의 법무행정제도가 개선되어야 한다. 우선, 지방자치단체 공무원의 법제의 입안·심사능력을 강화할 필요가 있으며, 이를 위해서는 전문성을 가지고 있는 행정자치부와 법제처의 법률교육을 내실화하고 정기화할 필요가 있다. 다음으로는 지역의 전문가들과 네트워크를 구성하는 것과 지방자치단체의 법제담당 공무원에 대한 인사상의 특혜부여를 고려할 수 있다.

목 차

제1장 서 론 1
제1절 연구목적 1
제2절 연구범위 및 방법 4
1. 연구 범위 및 분석틀 4
2. 연구방법 6

제2장 자치법규 운영현황과 문제점 7
제1절 자치법규의 현황 7
1. 지방자치단체 자치법규 운영실태 7
2. 조례에 대한 재의 요구 및 제소현황 11
3. 자치법규 운영 평가 13
제2절 조례제정권 범위의 문제점 15
1. 자치행정의 주요 입법범위를 법령유보로 제한 15
2. 법령상 행정계층간 역할분담기준 간과 19
3. 지방자치단체의 권한과 책임 불일치 20
4. 지방자치단체의 기관간 견제와 균형 저해 24
5. 규제행정의 실효성 확보 미흡 25
6. 변칙적 권한위임 방식 적용 33

제3장 조례제정권 범위 결정의 구성요인 분석 36
제1절 법리적 쟁점사항분석 37
1. 헌법상의 쟁점사항 37
2. 지방자치법상의 쟁점사항 49
제2절 판례 동향 73
1. 판례의 유형 74
2. 평 가 79
제3절 조례의 본질과 법적 지위 91
1. 조례의 본질 92
2. 조례의 법적 지위 98
제4절 지방자치단체 사무의 범위 105
1. 자치사무 105
2. 위임사무 109
제5절 외국 지방의회의 조례제정범위 114
1. 미국 114
2. 독일 132
3. 일본 144
4. 시사점 152

제4장 조례제정범위에 대한 실증분석 159
제1절 조사설계 159
1. 조사대상 및 방법 159
2. 설문지 개발 160

3. 조사실시 및 설문지 회수결과 164
제2절 조사분석 165
1. 조례의 법적 지위와 제정범위 165
2. 조례제정권 범위의 쟁점사항 179
3. 조례의 사법심사 186
4. 확대 가능한 조례제정범위 191
5. 조례제정상의 문제점과 대안 210
6. 조례입법관련자의 상호평가 225
제3절 종합분석 230
1. 조례의 법적 지위와 조례제정권의 범위 230
2. 법률과 조례의 입법소관 사항 234
3. 조례제정권 행사범위 축소의 문제점과 그 대안 237
제4절 평 가 239
1. 조례제정권의 존중 239
2. 자주재정권과 사법심사 240
3. 조례제정권의 범위확대 242
4. 조례제정권 행사의 중요사항과 그 한계점 245

제5장 조례제정권의 범위확대 방안 246
제1절 조례의 법적 지위 재정립 246
1. 조례의 법적 지위 재정립의 필요성 246
2. 경험분석 결과 250
3. 조례의 법적 지위에 따른 입법개선 251

제2절 입법개선방안 252
1. 지방자치법 제15조 단서조함 삭제 252
2. 지방자치법 제9조 제2함 단서조함 삭제 257
3. 지방세법 제3조 개정 258
4. 개별법 제개정시 사무구분 명확화 260
5. 개별법령상 조례로의 위임확대 264
제3절 조례제정권의 범위확대를 위한 제도 개선 270
1. 법령제개정안에 대한 지방자치단체연합체의 의견 제출 제도화 270
2. 자치사무의 범위 확대 275
3. 입법원칙으로서의 사무배분원칙과 기준적용 281
4. 조례의 사법심사제도 개선 287
5. 법무행정제도 개선 291

【참고문헌】 299

【Abstract】 307

【부 록】 310

표 목 차

〈표 2-1-1〉 조례 보유 현황 7
〈표 2-1-2〉 제정시기에 따른 자치법규의 분류 8
〈표 2-1-3〉 제정목적에 따른 분류 9
〈표 2-1-4〉 상위법령의 위임여부에 따른 분류 10
〈표 2-1-5〉 중앙부처 관련사무에 따른 분류 10
〈표 2-1-6〉 재의요구 현황 11
〈표 2-1-7〉 대법원 제소현황 12
〈표 2-2-1〉 행정계층간 사무처리 실태 23
〈표 2-2-2〉 자치단체 처리 사무 중 위임사무 실태 23
〈표 2-2-3〉 충청남도 주요 단속사무의 처분 27
〈표 2-2-4〉 서울시 주차 과태료 2회 이상 체납자 현황 29
〈표 2-2-5〉 서울시 연도별 과태료 체납율(%)* 30
〈표 2-2-6〉 서울시 ○○구 연도별 과태료 체납순위 31
〈표 3-4-1〉 자치사무의 특징 107
〈표 3-4-2〉 단체위임사무의 일반적 특성 111
〈표 3-4-3〉 법령표현상 지방자치단체의 사무구분기준 112
〈표 3-5-13〉 일본 기관위임 사무 폐지에 따른 처리결과 152
〈표 4-1-1〉 설문지 구성 163
〈표 4-1-2〉 설문 응답률 164
〈표 4-2-1〉 헌법상 보장된 조례제정권의 범위 존중 - 전문가 166
〈표 4-2-2〉 헌법상 보장된 조례제정권의 범위 존중 - 집단간비교 168

〈표 4-2-3〉 조례의 법적 지위 - 전문가 169
〈표 4-2-4〉 조례의 법적 지위 - 집단간비교 170
〈표 4-2-5〉 자치사무관련 국회·정부의 입법자제 - 전문가 171
〈표 4-2-6〉 자치사무관련 국회·정부의 입법자제 - 집단간비교 172
〈표 4-2-7〉 지방자치법제9조 단서조항 위헌성- 전문가 174
〈표 4-2-8〉 지방자치법제9조 단서조항 위헌성 - 집단간비교 176
〈표 4-2-9〉 지방자치법제15조 단서조항 - 전문가 177
〈표 4-2-10〉 지방자치법제15조 단서조항 - 집단간비교 179
〈표 4-2-11〉 조례제정권 범위: 재산권 - 전문가 180
〈표 4-2-12〉 조례제정권 범위: 재산권 - 집단간비교 181
〈표 4-2-13〉 조례제정권 범위: 자주과세권 1 - 전문가 182
〈표 4-2-14〉 조례제정권 범위: 자주과세권 1 - 집단간비교 183
〈표 4-2-15〉 조례제정권 범위: 자주과세권 2 - 전문가 185
〈표 4-2-16〉 조례제정권 범위: 자주과세권 2 - 집단간비교 185
〈표 4-2-17〉 조례의 사법심사기관 - 전문가 187
〈표 4-2-18〉 조례의 사법심사기관 - 집단간비교 188
〈표 4-2-19〉 대법원의 판례동향 - 전문가 189
〈표 4-2-20〉 대법원의 판례동향 - 집단간비교 190
〈표 4-2-21〉 조례의 벌칙제정범위 확대 - 전문가 193
〈표 4-2-22〉 조례의 벌칙제정범위 확대 - 집단간비교 193
〈표 4-2-23〉 조례의 형벌제정권한 부여 대상 - 전문가 195
〈표 4-2-24〉 조례의 형벌제정권한 부여 대상 - 집단간비교 195
〈표 4-2-25〉 조례에 의한 형사벌칙 제정시 형량 상한선
- 전문가 197

〈표 4-2-26〉 조례에 의한 형사벌칙 제정시 형량 상한선
- 집단간비교 197
〈표 4-2-27〉 조례의 벌칙제정시 벌금·과료·과태료 상한선
- 전문가 198
〈표 4-2-28〉 조례의 벌칙제정시 벌금·과료·과태료 상한선
- 집단간비교 199
〈표 4-2-29〉 조례제정권 확대: 단체장·의원선출방식
- 전문가 200
〈표 4-2-30〉 조례제정권 확대: 단체장·의원선출방식
- 집단간비교 201
〈표 4-2-31〉 조례제정권 확대: 지자체 조직신설·폐지·정원조정
- 전문가 202
〈표 4-2-32〉 조례제정권 확대: 지자체 조직신설·폐지·정원조정
- 집단간비교 202
〈표 4-2-33〉 조례제정권 확대: 지방의회 회기·운영
- 전문가 203
〈표 4-2-34〉 조례제정권 확대: 지방의회 회기·운영
- 집단간비교 204
〈표 4-2-35〉 조례제정권 확대: 지방의회 내부조직 신설·폐지
- 전문가 205
〈표 4-2-36〉 조례제정권 확대: 지방의회 내부조직 신설·폐지
- 집단간비교 206
〈표 4-2-37〉 조례제정권 확대: 의원정수의 감축조정
- 전문가 207

〈표 4-2-38〉 조례제정권 확대: 의원정수의 감축조정
- 집단간비교 207
〈표 4-2-39〉 조례제정권 확대: 의원수당의 감축 조정
- 전문가 208
〈표 4-2-40〉 조례제정권 확대: 의원수당의 감축 조정
- 집단간비교 209
〈표 4-2-41〉 조례제정권 행사의 중요요인의 평균점수 211
〈표 4-2-42〉 조례제정권 행사의 중요요인 - 전문가 212
〈표 4-2-43〉 조례제정권 행사의 중요요인 - 공무원 213
〈표 4-2-44〉 조례제정권 행사의 중요요인 - 지방의원 214
〈표 4-2-45〉 조례제정권 행사의 제한요인 평균점수 215
〈표 4-2-46〉 조례제정권 행사의 제한요인 - 전문가 217
〈표 4-2-47〉 조례제정권 행사의 제한요인 - 지방공무원 218
〈표 4-2-48〉 조례제정권 행사의 제한요인 - 지방의원 219
〈표 4-2-49〉 지방의회 사무처(국, 과)의 조례제정 보좌기능
- 집단간비교 220
〈표 4-2-50〉 조례제정범위 확대방안 - 집단간비교 223
〈표 4-2-51〉 조례입법관련자 상호평가 - 집행기관 법무담당공무원 226
〈표 4-2-52〉 조례입법관련자 상호평가 - 지방의원전문위원 227
〈표 4-2-53〉 조례입법관련자 상호평가 - 지방의원 228
〈표 4-3-1〉 조례의 법적 지위와 벌칙관련 조례제정 범위 확대 230
〈표 4-3-2〉 조례의 법적 지위와 재산권관련 조례제정 범위 확대 231
〈표 4-3-3〉 조례의 법적 지위와 지방세관련 조례제정 범위 확대 232
〈표 4-3-4〉 조례의 법적 지위와 조례의 사법심사기관 232

〈표 4-3-5〉 조례의 법적 지위와 지방자치법
제15조 단서조항 삭제방안 233
〈표 4-3-6〉 조례의 법적 지위와 지방의회 회기 및
운영의 조례제정권 확대 233
〈표 4-3-7〉 조례제정범위 존중과 자주조직권 확대 235
〈표 4-3-8〉 자치사무 입법자제와 조례의 벌칙제정권 확대 236
〈표 4-3-9〉 지방세법의 위헌성여부 236
〈표 5-2-1〉 『조례로의 위임』 요구사항 목록 265
〈표 5-3-2〉 지방의회전문위원채용자격기준제정(안) 296

그림 목차

〈 그림 1-2-1〉 조례제정권 범위에 관한 분석틀 5

제1장 서 론

제1절 연구목적

헌법은 자신의 창의와 책임에 근거하여 지방자치행정에 관한 권한을 행사하는 통치단체로서의 성격을 지방자치단체에 부여하고 자치입법권을 승인하고 있다. 그렇지만 우리나라에서는 1991년 지방자치가 부활되기 전, 30년 간 중앙정부가 고도경제성장정책을 추진하는 과정에서 중앙집권적 권력형태를 유지해왔고, 지방자치단체는 국가의 지방일선행정조직에 불과하였다. 또한 종래의 조례에 대한 일반적 인식은 헌법이 보장하고 있는 자치입법권으로서가 아니라 법률선점론을 전제로 한 행정의 내부규칙적 성격을 벗어나지 못하였던 것이 사실이다. 이 시기의 지방자치단체는 중앙정부의 승인 아래 조례를 제정하였기 때문에 법령의 규제대상에 대하여 동일한 목적으로 엄격한 기준의 규제를 추가하는 조례는 말할 것도 없고, 중앙정부의 정책과 저촉될 우려가 있는 조례는 거의 제정되지 않았다. 따라서 지금까지의 조례는 중앙정부의 정책에 협력하는 내용이 근간을 이루어 왔기 때문에, 조례와 법령 사이에 법적 문제가 발생할 수 있는 여지조차 없었으며, 행정입법의 한 형식에 불과하였다.

그러나 지방의회가 구성되고 단체장이 선출된 이후 법령위반 조례가 속출하게 되었다. 이처럼 법령에 위반하는 조례의 제정을 최소화하기 위해서는 조례를 위임입법으로 간주하던 시기의 조례의 법적 지위를 재정립하고, 이에 따라 정당한 조례제정권의 범위를 재설정하여야 할 필요성이 증대되고 있다. 그러므로 국회와 지방의회간 입법권의 배분을 통하여 국가와 지방의

경쟁력을 제고하고 지방자치제도의 정착과 발전을 위해서는 지방자치제도를 보장하고 있는 헌법원리에 기초를 둔 조례의 법적 지위를 재설정하고 지방의회의 조례입법범위를 구체화하는 것이 무엇보다도 중요하다.

정부는 1998년 12월 중앙행정기관의 권한 중 주민의 복리증진과 지역의 발전에 이바지할 수 있는 권한을 지방자치단체에 최대한 이양함과 아울러 지방자치단체간에 사무를 합리적으로 배분하여 지방자치단체의 자율성을 제고하고 주민생활의 편익을 도모하는 것을 목적으로 「중앙행정권한의지방이양촉진등에관한법률」을 제정하였다. 이와 관련하여 1999년 지방이양추진위원회를 대통령 소속으로 구성함에 따라 중앙차원에서 본격적인 지방분권이 추진될 수 있는 여건이 마련되었다.

본 위원회가 다루게 될 내용은 중앙행정권한의 지방이양(제18조제2항의 규정에 의한 이양사무의 환원을 포함) 및 지방자치단체간의 사무배분에 관한 기본계획의 수립과 시행에 관한 사항, 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분을 위한 대상사무의 조사에 관한 사항, 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간 사무배분 대상의 결정에 관한 사항, 법령에 규정된 사무의 국가 또는 지방자치단체의 소관 구분에 관한 사항 등이다. 따라서 본 위원회가 추진하게 될 지방분권은 지금까지의 중앙집권체제를 주민과 그 대표기관의 자기결정권을 확보하는 방향으로 이루어 질 것으로 예상된다. 또한 중앙권한의 지방분권에 수반하여 지방자치단체는 지역문제 해결을 위한 권한의 확대에 따라 업무수행능력을 제고함과 동시에 그 결정과 결과에 대하여 보다 무거운 책임을 지게 될 것으로 기대된다.

이러한 시대적 변화를 맞이하여 지방자치단체의 자기결정권이 확대될수록 이를 뒷받침할 조례제정의 중요성은 한층 더 중대되고 있다. 앞으로 중앙행정권한의 지방자치단체에 대한 이양이 확대됨에 따라 조례제정권의 범위

는 확대될 것이고 이로 인해 조례제정으로 대처해야할 사항이 꾸준하게 증가될 것이기 때문에 학계 및 법조계의 전문가, 중앙정부와 지방자치단체의 행정실무자 등 관련자 모두가 조례제정권의 범위에 대하여 깊은 관심을 보이고 있다.

지방자치가 부활된 지 10년이 채 되지 않은 관계로 조례제정권의 범위를 어느 정도로 인정하는 것이 헌법상 지방자치를 보장한 취지인지에 대하여 공법학계의 법리논쟁이 지속되고 있다. 지방분권의 시대적 흐름을 반영한다면 조례제정권의 범위를 확대하여야 한다는 데에는 공감대가 형성되어 있으나 그 범위에 있어서는 전문가들의 경우에도 소속과 입장에 따라 상당한 견해의 차이를 찾아 볼 수 있다.

본 연구는 법령규정 또는 사법관단에 의하여 조례제정권의 범위를 지나치게 한정적으로 해석함으로 인하여 위법한 조례가 양산되는 것과 지역 주민의 삶의 질을 제고하고 지역의 발전을 도모하기 위한 입법수요를 국가의 입법으로 대처하는 데에는 한계가 있다는 문제의식 아래 수행되었다. 따라서 본 연구에서는 지방의회 조례제정권에 대한 법이론적 쟁점을 통해 그 범위확대를 위한 법논리적 근거를 도출하고, 이와 관련된 학계 및 법조실무계의 전문가와 지방자치단체의 지방의원 및 공무원의 의견을 실증분석하여 조례제정권의 범위확대를 위한 정책적 대안을 마련하는데 목적이 있다.

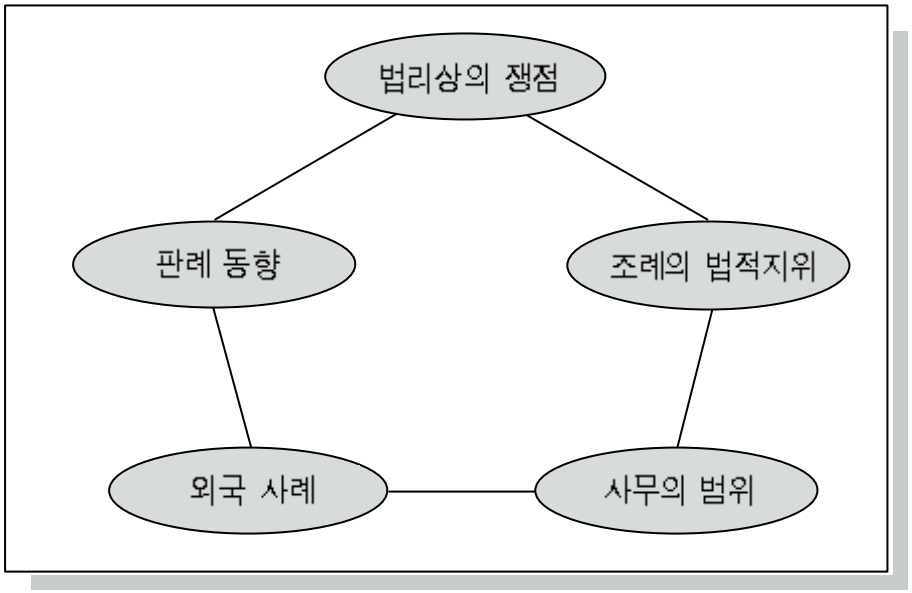
제2절 연구범위 및 방법

1. 연구 범위 및 분석틀

조례제정권의 범위에 대한 기존 연구는 조례의 법적 성격 또는 법적 지위 및 이에 따른 법령유보원칙 관련사항 등 법리적 쟁점을 중심으로 연구가 수행되었다. 시대의 변화에 따라 조례의 법적 성격과 지위에 대한 새로운 입장의 변화가 다수설임에도 불구하고 일부 학자와 법제실무를 담당하고 있는 실무가들은 지방자치실시 이전과 같이 법령유보론적인 조례제정범위를 고수하여 이를 실무에 적용하고 있다. 이에 따라 조례제정권의 범위에 관한 한 법현실은 아직도 법령유보론이 우세한 가운데 있으나, 학계나 지방의회, 지방자치단체의 실무계에서는 그 범위 확대를 절실하게 요구하고 있는 실정이어서 법현실과 행정실무 및 사회적 기대간의 괴리가 커지고 있다.

본 연구에서는 조례의 법적 지위와 관련하여 학계와 법조실무계 사이에 형성되어온 공감대를 확인하고자 한다. 전문가간에 조례제정권의 범위 확대에 대한 공감대가 형성되어 있다면, 이에 적합한 제도개선을 통하여 그 본래적 기능을 수행할 수 있도록 입법개선이 필요하다.

합리적인 조례제정권 범위 확대를 위한 연구는 조례의 법리상의 쟁점을 비롯하여 조례의 법적 지위, 판례동향, 지방자치단체 사무의 범위, 외국사례를 분석틀로 하여 연구하는 것이 체계적이라고 본다. 즉 조례제정권의 범위 확대를 위한 연구에서는 우선 지금까지 조례제정권 범위를 지나치게 제약해 오고 논란이 되어왔던 법리상의 쟁점사항을 법이론적으로 고찰하고 법 단계상 조례의 법적 지위를 재정립할 필요성이 있다.



〈 그림 1-2-1〉 조례제정권 범위에 관한 분석틀

왜냐하면 조례의 법적지위는 사법상의 심사대상이 된 조례에 대한 판례 동향 및 조례제정권의 범위와 자치사무의 범위를 확대할 수 있는 여지에 대하여 영향력을 미치기 때문이다. 한편 국가와 지방자치단체간 합리적 역할분담의 원칙과 기준의 준수를 통한 사무재배분 대안을 제시하고, 이상과 같은 논의를 뒷받침하기 위하여 외국사례에서 시사점을 찾는 것이 조례제정권의 범위확대방안을 도출하는 논리적 체계로 적절하다고 판단된다. 이상과 같은 조례제정권의 범위결정요인에 대한 전문가와 실무가의 의견을 조사하여 실증분석을 병행할 필요가 있다고 본다.

본 연구보고서의 구체적인 구성과 내용은 다음과 같다. 제2장은 조례제정권의 운영실태와 재의·제소 현황 그리고 이에 따른 문제점과 조례제정권의 범위확대의 당위성을 고찰하였다. 제3장은 조례제정권의 범위와 관련된 연

구의 논점으로써 첫째, 헌법 및 지방자치법상의 법리적 쟁점사항을 분석하고 조례의 법적 지위에 대하여 분석하였다. 둘째, 지방자치가 부활한 1991년 이후의 대법원 판례를 검토하고 분석하였으며, 셋째, 지방자치단체 사무의 범위를 분석하였다. 그리고 넷째, 외국 지방자치단체의 조례제정권의 범위를 논의하면서 시사점을 도출하였다. 제4장에서는 이상과 같은 조례제정권의 범위에 대하여 공법학계와 법조실무계 등 전문가와 지방자치단체의 지방의원과 법무담당공무원을 대상으로 실시한 의견조사의 결과를 분석하였다. 제5장에서는 지방의회의 조례제정권 범위확대를 위하여 개별법령상 입법 및 제도개선 방안을 제시하였다.

2. 연구방법

본 연구의 분석방법으로는 첫째, 지방의회의 조례제정권의 범위와 관련된 문헌분석방법을 채택하였다. 조례제정권의 범위에 대한 기존 법리적인 쟁점사항분석에 의거하여 조례의 법적 지위를 재정립하고, 조례의 사법심사와 관련된 판례동향과 지방자치단체 사무의 범위를 분석하며, 외국사례를 비교연구 함으로써 시사점을 도출하였다.

둘째, 조례제정권의 범위에 대하여 공법학계와 법조실무계의 전문가와 지방자치단체의 실무가의 의견을 실증조사함으로써 경험적 분석방법을 사용하였다. 실증조사는 포커스그룹 인터뷰와 설문조사를 병행하였고, 설문조사지를 구성하기 위한 전문가 워크샵을 두 차례 개최하였으며, 예비조사를 통해 설문지 검증을 마쳤다. 경험적 분석에 이용된 통계기법은 주로 카이스퀘어 검증과 분산분석 및 던칸테스트 등을 적용하였다.

제2장 자치법규 운영현황과 문제점

제1절 자치법규의 현황

1. 지방자치단체 자치법규 운영실태

가. 조례 운영실태 분석

우리나라의 16개 시도, 232개의 시군구가 운영하고 있는 조례의 운영현황은 다음과 같다.

〈 표 2-1-1 〉 조례 보유 현황

(단위 : 건)

구 분	'97년말 보유 현황	'98.1-4월 현황				'98. 4월말 보유현황
		계	제정	개정	폐지	
계	22,553	3,663	875	2,218	570	32,858
시·도 조례	3,086	259	69	167	23	3,132
시·군·구 조례	19,467	3,404	806	2,051	547	29,726

(행정자치부 내부자료, 1998. 6. 현재)

1998년 4월말 현재 지방자치단체 조례 보유건수는 총 50,846건으로 '96년 49,313건이었던 것과 비교하여 1,533건 증가(3%)하였다. 자치단체별 조례 평균 보유건수는 시·도의 경우 198건이며 시·군·구의 경우 128건이다.

나. 자치법규의 분류

1) 제정시기에 따른 분류

지방자치법이 제정 시행된 1949년부터 1991년 지방의회구성 이전에 제정된 자치법규와 1991년 지방의회 구성이후 제정된 자치법규의 비율이 53 : 47로서 1991년 지방의회 구성이후 자치법규 제정이 대폭 활성화되고 있는 것을 볼 수 있다.

〈표 2-1-2〉 제정시기에 따른 자치법규의 분류

총계	'91 지방의회 구성이전 제정			'91 지방의회 구성이후 제정		
	소계	시·도	시·군·구	소계	시·도	시·군·구
50,846	26,856	2,747	24,109	23,990	2,393	21,597

(행정자치부 내부자료 1998. 6)

2) 제정목적에 따른 분류

자치법규의 제정목적으로 분석해 보면, 전체 자치법규 중 행정내부 조직운영과 관련된 자치법규가 55%를 차지하는데 비하여 주민생활과 관련된 자치법규 제정은 45%로 나타나 아직은 다소 미흡한 실정임을 보여준다. 지방자치단체별 평균 조례보유건수를 살펴보면, 주민생활관련 조례의 경우 시·도 124건, 시·군·구 90건인 것과 비교하여 행정내부 조직운영관련 조례의 경우는 시·도 197건, 시·군·구 107건으로 나타난다.

〈표 2-1-3〉 제정목적에 따른 분류

총 계	주민생활과 관련			행정내부조직운영 관련		
	소계	시·도	시·군·구	소계	시·도	시·군·구
50,846	22,964 (45%)	1,976 (평균 124)	20,988 (90)	27,882 (55%)	3,164 (197)	24,718 (107)

(행정자치부 내부자료, 1998. 6)

3) 상위법령의 위임여부에 따른 분류

자치법규의 제정을 상위 법령의 위임 여부에 따라 분류하면, 위임 자치법규와 직권자치법규의 비율은 76 : 24로서 전체 자치법규의 3/4이 상위법령의 위임에 근거하여 제정되었다는 것을 볼 수 있다.

결국 대부분의 조례가 상위법의 위임에 의하여 시행규칙적 사항을 정하고 있는 실정이며, 이러한 위임방식은 조례제정권의 범위를 현저하게 제한하는 결과를 초래하고 있음을 시사해 준다. 한편 이와 같은 결과는 현행 법체계 속에서 자주적인 조례제정권의 행사가 쉽지 않은 현실이지만, 자주적이고 창의적인 조례제정권 행사를 위한 지방자치단체와 지방의회의 노력과 의지가 부족하다는 반증일 수도 있다.

그러나 직권자치법규의 비율이 24%에 이르고 있다는 점에서 앞으로 자주적인 자치법규의 확대가 예상된다.

〈표 2-1-4〉 상위법령의 위임여부에 따른 분류

총 계	상위법령의 위임근거에 따른 제정 (위임 조례·규칙)			법령의 위임없이 독창적으로 제정 (직권 조례·규칙)		
	소계	시·도	시·군·구	소계	시·도	시·군·구
50,846	8,459 (76%)	3,337 (평균210)	35,122 (151)	12,387 (24%)	1,803 (113)	10,584 (46)

(행정자치부 내부자료, 1998. 6)

4) 중앙부처 관련사무에 따른 분류

지방자치단체의 자치법규를 중앙부처 관련사무와 연계하여 분류할 때, 행정자치부, 건설교통부, 보건복지부, 환경부, 문화관광부가 차지하는 비율이 90%에 달하고 있어 지방자치단체의 자치법규는 대부분 행정자치부, 건설교통부, 보건복지부, 환경부, 문화관광부 소관 관련사무의 추진을 위한 법적 근거를 마련하는데 있다고 해도 과언이 아니다.

〈표 2-1-5〉 중앙부처 관련사무에 따른 분류

총계	행정 자치	재정 경제	문화 관광	환경	보건 복지	건설 교통	농림	해양 수산	산업 자원	정보 통신	과학 기술	기타
50,846	2,986 (53%)	1,128	3,296 (6%)	3,475 (7%)	5,171 (10%)	6,872 (14%)	2,140 (4%)	85	572	180	8	933

(행정자치부 내부자료, 1998. 6)

2. 조례에 대한 재의 요구 및 제소현황

가. 재의 요구 현황

지방자치법 제159조에 따르면, 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저하게 해한다고 판단될 때에는 시도에 대하여는 행정자치부 장관이, 시군구에 대해서는 시도지사가 재의를 요구할 수 있다. 그리고 재의를 요구받은 지방자치단체장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

〈표 2-1-6〉 재의요구 현황

구분	제안자				요구유형		재의결과			
	계	시·도 시·군·구	단체장	의원	자체	상급기관 지시(장관)	부결	재의결	수정의결	계류
계	396	86 310	206	190	137	259(110)	216	112	49	19

(행정자치부 내부자료, 1998. 6)

재의요구 조례는 시·도 86건, 시·군·구 310건으로 총 396건이다. 시·도는 평균 5.4건, 시·군·구는 평균 1.3건으로 나타난다. 제안자별로는 단체장 제출 조례 206건, 의원발의 조례 190건으로써 재의요구 대상 조례 중 단체장 제출 조례가 의원발의 조례보다 많다는 점이 특징적이다. 이를 보다 구체적으로 살펴보면, 특히 인천(단체장 15, 의원 6), 대전(단체장 10, 의원 4), 충남(단체장 20, 의원 6), 경남(단체장 23, 의원 11) 등은 단체장 제출 조례가 의원발의 조례보다 월등히 많으며, 여기에는 시·군·구 단체장이 제출한 조례가 대부분인 것으로 나타나고 있다.

재의요구 유형을 보면 상급기관 지시에 의한 재의요구(65%)가 자체 요구(35%)보다 월등히 높은 것으로 나타난다. 이는 재의요구 지시를 (특히, 의원발의 조례인 경우) 상급기관에 많이 의존하고 있는 결과이다. 이는 자치단체별로 조례안 심사에 더욱 신중한 검토 노력이 필요하다는 것을 시사한다.

한편, 지방의회의 재의결과는 부결 216건(55%), 재의결 112건(28%), 수정의결 49건(12%), 계류 19건(5%)으로 재의 시 시정비율(67%, 부결+수정의결)이 높은 편이어서 재의요구에 대한 시정제도가 정착되어 가고 있음을 보여준다.

나. 대법원 제소현황

〈표 2-1-7〉 대법원 제소현황

구분	계	시·도	제소자		제소결과			
		시·군·구	자체	상급기관 (장관)	무효	유효	소취하	계류
계	65	39 26	52	13 (4)	56	3	6	

(행정자치부 내부자료, 1998. 6. 현재)

대법원에 제소된 조례는 총 65건으로 시·도 조례 39건, 시·군·구 조례 26건이다.[1] 제소결과는 무효 56건(86%), 유효 3건(5%), 소취하 6건(9%)으로 제소결과 무효판결 비율이 압도적으로 높게 나타남으로서 재의·제소 요구제도의 타당성을 뒷받침해 주고 있다.[2]

---

1) 대법원에 제소된 조례의 시·도별 건수를 살펴보면, 서울(7), 부산(3), 대구(2), 인천(6), 광주(5), 대전(2), 경기(8), 강원(1), 충북(5), 충남(4), 전북(8), 전남(8), 경부(1), 경남(4), 제주(1).

2) 대법원 제소결과 유효 판결 조례는 다음의 것을 예로 들 수 있다. 인천광역시 남동구

3. 자치법규 운영 평가

가. 주요성과

1) 자치입법 능력 향상

각 지방자치단체는 민선단체장 출범 이후에 상위법령 위임에 의한 입안에서 탈피하여 지방자치단체의 실정에 적합한 특색 있고 창의적인 자치입법 사례가 증가하고 있다. 또한 재의·제소 사례집 등의 활용뿐 아니라 자치법규의 입안·심사·검토능력 등 법제업무의 전문성이 높아짐으로써 자치입법능력이 향상되고 있는 것으로 평가된다. 그러나 조례제정권에 대한 엄격한 상위법령 규정으로 인하여 실질적 조례제정권의 범위는 여전히 지나치게 제한되어 있는 실정이다.

2) 지방자치단체별 특색조례의 확산

특색조례는 지역의 특성과 현지성, 주민생활과 직결되는 분야 등을 고려한 당해 지방자치단체의 창의적이고 특색있는 직권조례를 의미한다. 이러한 조례의 제정을 위하여 지역실정에 적합한 자치입법의 지원이 필요하다고 본다.

시도별 추천 특색조례의 예를 살펴보면 다음과 같다[3]

- ○ **무지개운동특별지원조례(부산)**
- ○ **대구광역시조경관리조례(대구)**
- ○ **광주광역시 5.18묘지조례(광주)**
- ○ **서구자연발생유원지관리조례(대전)**
- ○ **서귀포시 공설해수욕장운영관리조례(제주)**
- ○ **춘천시 영상관련업체육성지원조례 (강원)**

학교 급식시설지원에 관한 조례, 광주광역시 동구 저소득 주민생계 보호지원조례, 충북청주시 행정정보공개조례, 산청군 제증명수수료징수조례 등.

3) 시도별 추천 우수·특색일부조례 (행정자치부 내부자료 1998. 6. 현재).

○ 충주시학사설치운영에관한조례(충북) ○ 부천시 시민옴부즈만운영에관한조례(경기)

○ 강화군 자랑스런강화인상조례(인천) ○ 용산구 한미친선협의회설치조례(서울)

○ 장흥군표고유통공사설치조례(전남) ○ 순창전통고추장육성및특산단지운용조례(전북)

○ 의령군 무실공사방지조례(경남) ○ 홍성군 공설납골당설치및사용조례(충남)

나. 미흡한 점

1) 재의요구·제소사례 계속 발생

각 지방자치단체의 자주입법에 대한 의욕은 확대되고 있으나 조례안의 적법·타당성 검토가 미흡하여 위법·부당한 조례가 지속적으로 발생하고 있어 그 대책이 요구되고 있다. 다행스러운 것은 1996년을 고비로 재의요구 건수는 줄고 있다는 점에서 다소간 정착되어 가는 것으로 보인다. 즉, 1996년의 재의요구는 67건이던 것에 비하여 1997년은 57건으로 감소하였으며, 제소의 경우는 1996년에 26건이던 것이 1997년에는 2건으로 크게 줄어들었던 것이 이를 뒷받침한다.

2) 조례제정사항을 규칙으로 제정

현재 단체장의 권한이 상대적으로 의회 보다 크다는 점에서 의회의 역할과 지위가 저하되어 있는 실정이며, 조례안의 법제에는 상당한 전문성이 요구된다는 점에서 중앙정부가 제시한 준칙을 당연시하여 입안실시단계에서 이를 우선하고 있는 것이 현실이다. 뿐만 아니라 단체장도 의회의 의결을 거쳐야 하는 조례형식 보다는 편의적인 측면에서 규칙으로 정하고자 하는 유혹을 떨쳐버리기가 쉽지 않다. 이로 인하여 자치단체가 정하는 자치법규 중 규칙의 제정이 확대되는 경향을 보이고 있어 문제로 지적되고 있다. 이러한

조례형식 기피현상은 지방자치의 발전에 부정적인 요소를 확대시킬 수 있다는 문제를 노정할 수 있다는 점에서 우려된다.

제2절 조례제정권 범위의 문제점

1. 자치행정의 주요 입법범위를 법령유보로 제한

행정이 집행되기 위해서는 반드시 법률의 근거, 즉 법률의 수권을 필요로 한다는 것이 법률유보의 원칙이다. 헌법에서도 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정되어 있으며, 지방자치법에서는 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하거나 벌칙을 규정하는 조례를 제정할 때에는 반드시 법령의 수권이 있어야 함을 규정하고 법령유보의 원칙을 적용하고 있다. 예컨대, 공과금의 부과, 행정강제수단의 확보, 행정벌의 부과를 규정하는 조례는 반드시 법령의 근거를 요한다.[4] 이와 같은 법령유보의 원칙은 법령에 저촉되지 않는 한 어떠한 행정행위도 허용된다는 의미가 아니라 비록 기존 법령에 저촉되지 않는다 하더라도 법령의 적극적인 수권을 요구한다는 점에서 이 원칙의 고유한 의미가 있다.[5] 법령유보의 원칙 아래에서는 국회의 입법권이야말로 행정행위에 정당성을 부여해 주는 가장 전통적인 수단으로 법률을 들고 있다.

독일에서는 「연방법은 주법을 깨뜨린다(Bundesrechtbricht Landesrecht)라고 하는 원칙(연방헌법 제31조)과 아울러 「법률은 조례를 깨뜨린다」라고 하는 원

4) 홍정선, 「지방자치론」, 서울: 법영사, 1991, p. 152.
5) 藤田宙靖, 「行政法」, 東京: 青林書院新社, 1982, p. 48.

칙이 관철되고 있어 법률과 조례에 의한 이중기준이라는 문제가 생길 여지가 없는 것으로 볼 수 있다.[6] 따라서 국가의 법률보다 엄격한 규제를 가할 수 있는 이른바 추가조례[7]같은 것은 특별한 법률의 위임규정 없이는 인정될 수 없는 것이라 할 수 있다.[8]

우리 나라와 일본에서는 헌법을 근거로 하여 지방자치단체에 대한 통치단체로서의 성격이 일반적으로 승인되고 있으나[9], 독일에서는 국가특성(Staatsqualirtät)을 가지지 아니하는 것으로 되어 있다.[10] 독일에서는 조례의 정립을 포함하여 지방자치의 활동이 행정활동으로 인식되어 있기 때문에,

---

6) 다만 이상과 같은 지배적인 생각에 대해서는 최근 일부 학자에 의해 반론이 제기되고 있어 주목되고 있다. 예컨대 K.U. Meyn에 의하면, Gemeinde의 조례제정권은 기본법 제28조 2항에 의하여 직접 Gemeinde에 주어진 권한이며, 더구나 동조 제2항 1문에서 말하는 「자치의 권리」라 함은 자치체에 인정된 권한영역과 그 행사를 위한 규율수단을 합친 실체로서 파악될 수 있으므로 결국 기본법 제28조 2항은 이러한 실체로서의 법정립(즉 조례정립) 권능을 의회의 수권을 요하지 않고 Gemeinde에 부여할 것으로 생각된다. 따라서 이 한도에서는 법률에 의한 수권 그 자체는 여분적인 것으로 되지만 법률은 조례제정권의 한계를 긋는 것으로서 의미 지워지는 것이라고 말하고 있다. 이러한 주장의 근거를 Meyn은 Gemeinde의회가 가지는 "선출된 국민대표"로서의 민주주의적 정통성을 주의회의 그것과 동일하다는 점에서 구하고 있거니와, 그것은 1. 지방자치체 이외의 자치행정주체의 민주주의적 정통성은 헌법조문에 근거가 없으며, 2. Gemeinde 의회는 다른 기능단체와 같이 특수한 이익에 의해 결합된 집단과는 달리, 그 지역의 전주민을 대표함으로써 주나 연방과 동일한 민주주의적 정통성을 가지기 때문이라고 한다(서원우, "지방자치의 헌법적 보장", 「고시연구」, 1993. 6, pp. 29-33에서 재인용.; K.U. Meyn, Gestzesvorbehalt und Rechtsetzungs befugnis der Gemeinde, 1977, S.25, 40; 同旨, Vgl., H.H. von Arnim, Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie, AöR., 1988, S.19ff).

7) 서원우, "조례제정권의 범위와 한계", 「고시계」, 1993년 3월호.

8) 서원우, "지방자치의 헌법적 보장", 「고시연구」, 제20권 제6호, 1993. 6, pp. 29-33.

9) 서원우, "지방자치단체의 법적지위", 「法曹」, 1993년 1월호 참조.

10) W. Reinhart, Gewaltenteilung in Staats-und Kommunalverfassungsrecht, Diss. Mannheim, 1984, S.53.

비록 연방헌법 제28조 제2항에 의거하여 지방자치가 헌법보장의 대상이 되고 있고, 그 내용으로서 조례고권이 포함되어 있더라도 조례정립에는 법률에 의한 행정의 원리가 타당하다.[11] 또한 지방자치는 행정을 전반적으로 사법의 통제 아래 두는 연방헌법 제19조 제4항의 요청으로부터 면제되지 않는 것으로 되어 있다.

그러나 우리나라의 경우, 조례제정권은 헌법 제117조 제1항에 의해 직접 보장된 지방자치단체의 자치권능이며, 지방자치법 제15조는 그것을 단순히 확인하는 규정이라 할 수 있다. 헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제15조 단서규정과 관련하여 조례의 제정에 있어서 법령유보가 어디까지 적용되는가 하는 것은 조례의 법적 지위와 제정범위에 따라 정해진다. 즉, 이와 같은 논리는 국가행정에서는 법률이 그 정당성을 부여하고, 지방자치행정에서는 조례가 그 정당성을 부여한다는 귀결에 이르게 된다.[12] 그럼에도 불구하고 그 단서에서 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임을 요하도록 제한한 것은 지방자치단체의 자치권행사를 실질적으로 억제하는 위헌적인 조치라 할 수 있다.[13]

이와 같은 법령유보규정은 자치행정에 수반되는 자율적인 입법권, 즉 자

11) 서원우, 전게논문, pp. 29-33. 국내에서 이와 동일한 입장을 취하는 대표적인 견해로는 홍정선, 전게서, pp. 151-152, p. 110. 홍정선 교수는 조례제정권에 대해서도 법률우선의 원칙만이 아니라 법률유보의 원칙이 적용된다는 주장과 관련하여 '그 기준이나 한도를 정하는 법령은 동시에 그 자체로서 권리제한 등을 위한 조례제정권의 근거가 될 것이다….' 요컨대 조례로 권리제한 등을 함에 있어 법령상의 수권이 불필요하다고 하면서 그 기준이나 한도를 법령으로 정하면 된다고 하는 것은 논리상 모순된 것으로 보인다고 기술하고 있으나, 법률유보원칙에서의 법률이란 일반적으로 수권(근거)규범으로서의 법률을 말하는 것이지 조직규범이나 규제규범으로서의 법률을 말하는 것은 아니라 할 것이다.

12) 김명길, "조례제정권의 범위", 한국공법학회 제32회학술발표회, 1992, p. 20.

13) 서원우, 전게논문, 1993. 6, pp. 14-33.

치입법권의 중요사항을 별도로 법령유보하고 있어 조례제정권의 범위를 지나치게 한정하고 있다. 그리고 이는 각 개별법과 심지어 지방자치법 속에서도 찾아볼 수 있다. 이러한 결과를 초래하게 된 이유는 지방자치법상 규정되어 있는 사무배분원칙 및 국가사무와 광역자치단체사무의 구분 기준과 「중앙행정권한의 지방이양에 관한 법률」에서 제시한 사무배분 원칙과 기준을 법령제정 시 입법상의 원칙으로 적용하여야 함에도 불구하고 이를 간과하고 일방적으로 법령을 제정하였다는데서 기인되고 있다. 따라서 엄격한 법령유보원칙을 법상 국가-지방간 역할분담기준에 따라 법령을 제개정하지 않고서는 정당한 조례제정권의 범위를 확보하기란 대단히 어려운 과제이다.

지방자치의 중요사항을 법령유보론적 원칙을 적용하여 법률유보함으로 인하여 조례제정권의 범위를 제약하는 것은 다음과 같은 이유를 들어 무리한 해석이라 할 수 있다. 첫째, 조례는 법률에 준하는 법규범으로서 민주적 정당성을 가지므로 법률유보에 의해 제정되는 행정입법과 구별되는 법규범이다. 둘째, 주민의 권리제한, 의무부과는 주민의 대의기관인 지방의회에서 제정되는 조례에 의해서만 가능하며, 이는 근본적으로 법령의 소관사항이 아니라 조례의 소관사항이다. 예컨대 지방세의 징수자는 지방자치단체이고 납세의무자는 국민이 아니라 주민이며, 벌칙 준수의무자도 주민이므로 이와 관련된 지방자치의 본질적 사항까지 법령유보하여 조례제정권을 제한하는 것은 명백한 지방자치권 침해이며 위헌의 소지를 가지기 때문에 이와 관련된 조례제정권의 범위확대가 필요하다. 그러므로 법상 규정된 입법원칙에 따라 조례유보사항을 무원칙적으로 법령유보 하지 않기 위해서는 입법소관사항을 지키면서 조례제정권의 범위 확대가 필요하다.

2. 법령상 행정계층간 역할분담기준 간과

지방자치법과 지방이양촉진법에 규정된 국가-지방, 광역-기초자치단체간 사무배분의 원칙과 기준은 입법원칙으로서 적용되어야 한다. 사무배분의 원칙과 기준은 각 부처가 지방행정과 관련하여 입법 시 고려하여야 할 입법원칙이다. 그럼에도 불구하고 지금까지 국가는 법상 규정된 사무배분의 원칙이나 기준을 도외시하고 부처의 입법정책을 이유로 일방적으로 사무를 법령으로 선점하여 왔다.

사무배분의 원칙과 기준들이 배제된 가운데 법령이 제개정 됨으로 인하여 지방자치가 실시된 지 10년이 되었음에도 불구하고 이와 관련된 문제는 여전히 해결될 가능성을 보이지 않고 있어, 중앙행정권한의 지방이양을 촉진하는 법률을 제정하지 않을 수 없는 상황에까지 이르게 되었다.

지방이양에 있어서 가장 중요한 점은 각 부처가 법령을 제개정할 시에 지방자치법과 중앙행정권한의 지방이양촉진에 관한 법률에 규정된 사무배분 원칙과 기준을 입법의 원칙과 기준으로 실천하는 것이 중요하다.

그 이유는 지방이양추진위원회에서 해당 사무의 이양을 결정하고 이에 따라 제도를 개선하는 것도 중요하지만, 이는 차선책에 불과하다. 가장 바람직한 방안은 법령 제개정 단계에서 사전에 사무의 배분원칙과 기준을 입법원칙으로 적용하는 것이다. 만일 법령 제개정 시 사무배분의 원칙이나 기준을 중요하게 적용한다면, 지방이양추진위원회에서 이양을 별도로 논의하여야 할 대상사무가 상당수 감소하게 될 것이다.

국가가 제개정하는 법령이 사무배분의 원칙이나 기준을 입법원칙으로 준

수하고 있는지의 여부와 타법과의 관계 등 법적 체계나 자귀를 심사하는데 주안점을 두고 있는 법제처 심의만으로는 국가-지방자치단체간 역할분담 원칙으로서의 사무배분 원칙의 적용여부에 대한 심사를 기대하기란 어려운 실정이다. 이 때문에 국가가 사무배분의 원칙을 준수하고 있는지, 지방자치단체가 이를 집행함에 있어서 예상하지 못했던 문제가 발생할 수 있는 여지는 없는지 심사할 수 있는 절차가 필요한 시점이다.

비록 이것이 모든 입법을 구속하는 규정은 아니라 하더라도 사무배분 원칙과 기준이 법상 규정되어 있는 이상 법령 제개정 시 반드시 적용되어야 한다. 가장 바람직한 방안은 법제처가 법령심사 시 사무배분의 원칙과 기준을 적용하여 심사하도록 하는 것이다. 그러나 법제처가 각 부처의 입법정책적 사항에 대하여 사무배분의 원칙과 기준에만 의존하여 개정의견을 내기가 쉽지 않고, 기본적으로 법제처도 중앙부처이기 때문에 이 역할을 수행하는 데에는 한계가 있다는데 문제가 있다.

3. 지방자치단체의 권한과 책임 불일치

가. 광역 및 기초지방자치단체간 사무중복

지방자치법 제9조 제1항과 제2항에서는 지방자치단체의 사무를 예시하고, 제10조에서는 광역지방자치단체로서의 시·도, 기초자치단체로서의 시·군·자치구의 자치단체별 사무배분기준 및 사무를 예시하고 있다. 사무배분의 문제점은 지방자치법상 기초지방자치단체와 광역지방자치단체간 사무가 중복되어 있어 그 책임의 한계가 불분명하다는데 있다.[14]

14) 한국지방행정연구원, 「지방행정기능분석에 관한 연구(II)」, 연구보고서 제138권, pp.

지방자치법 제10조는 기초지방자치단체와 광역지방자치단체간 사무배분에 대한 기준을 제시하고 사무의 성질이 광역적·통일적·연락조정과 관련된 사무와 공통사무는 시·도의 사무로, 그 외의 사무는 시·군·자치구의 사무로 규정하고 있다. 그러나 그러한 성질별 기준에 의한 사무배분기준은 법령상 첫째, 단일기준을 적용함으로써 복잡한 대도시 사무의 적절한 배분 요구에 부응하기 어려운 점이 있을 뿐만 아니라 둘째, 사무성질에 대한 해석상의 의견일치가 어려워 사무기준으로는 매우 미흡한 감이 있다.[15]

나. 사무구분에 따른 법제정비 미흡

기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 관할 사무를 보다 구체적으로 예시·열거하고 있는 지방자치법 시행령 [별표 1] 및 [별표 2]는 사무를 구체적으로 지정함에 있어 중첩되게 지정하거나 법체계의 일관성을 깨뜨리고 있는데,[16] 그 문제점을 지적하면 다음과 같다.

첫째, 기초지방자치단체와 광역지방자치단체간의 사무를 예시하고 있는 지방자치법 시행령 [별표 1]은 같은 사무를 중복해서 기초지방자치단체 및 광역지방자치단체의 관할 사무로 열거하고 있는 경우가 많다.[17]

둘째, 지방자치법시행령 [별표 2]는 시·군과 다르게 자치구에서 처리하지 아니하고 특별시·광역시에서 처리하는 사무를 열거해 놓고 있는 데, [별표 2]가 그 사무를 열거함에 있어서 채용하고 있는 항목분류체계가 지방자

63-64.

15) 한국지방행정연구원, 「구자치제의 효율적 운영방안에 관한 연구」, 연구보고서 제74권, 서울: 한국지방행정연구원, 1990, p. 29.

16) 상게서, pp. 38-41.

17) 예컨대, 아동상담소 설치·운영, 부녀복지시설 운영·지원, 농작물병충해방제계획 수립 등 이외에도 다수가 있다.

치법 제9조 제2항 또는 동 시행령 [별표 1]에서 채용하고 있는 항목분류체계와 달라 관련 법체계간 일관성을 잃고 있다.

셋째, 지방자치법 제2조 제2항은 자치구 사무에 대한 분배특례를 인정하여 특정사무에 대하여 자치구의 사무를 시·군과 다르게 특별시·광역시에서 처리할 수 있게 하였는데, 그 구체적인 사무를 지방자치법시행령 [별표 1]과 [별표 2]가 중첩되게 규정하고 있다.[18]

넷째, 실증조사연구결과에 의하면,[19] 지방행정업무에서 법적 근거없이 중앙부처나 상급기관이 수시로 요구하는 행정지시, 보고사무의 경우 법적 근거 없이 수행하고 있어 법제 정비가 시급하다.

다. 위임사무의 과다

지방자치의 본질상 지방자치제도가 정착된 국가에서는 지방자치단체의 사무 가운데 국가 또는 상급자치단체의 위임사무는 극히 제한되는 반면 고유한 자치사무가 대부분을 구성한다. 그러나 우리 나라는 현행까지 조사된 바에 의하면, 자치사무 가운데 차지하고 있는 기관위임사무의 비중이 다음 표에서와 같이 서울시 26%, 인천시 28%, 전북 26%나 된다. 서울시의 구는 국가위임사무 21%, 시위임사무 21%를 포함하여 42%의 위임사무를 처리하고 있으며, 인천시의 구는 국가위임사무 18%, 시위임사무 18%를 포함하여 36%의 사무를, 전북도의 시군은 국가위임사무 22%, 도위임사무 22% 합계 44%의 위임사무를 처리하고 있는 것으로 조사된 바 있다. 이와 같이 국가 또는 상급자치단체의 위임사무가 40%를 상회하는 실정에서는 지방자치단체의 자치권이 현저하게 제약받고 있음을 반영한 것으로서 이것이 조례제정권

18) 국민주택건설사업의 시행, 지방공업단지의 조성·관리 등 .
19) 김성호 외, 97정책연구, 한국지방행정연구원 97-1 정책보고서, 1997, pp. 229-237.

의 범위를 제한하는 요소로 작용하고 있어 문제점으로 지적되고 있다. 다음 표 가운데 행정계층간 사무처리실태에서 중앙부처가 직접 처리하는 사무가 41%로 조사된 데 대해서는 객관적이고 심도있는 연구가 필요한 부분이다.

〈표 2-2-1〉 행정계층간 사무처리 실태

	서울	인천	전북
법령상 국가·지방처리 단위사무수	8,321	8,578	8,910
중앙부처 직접처리사무	3,422(41%)	3,551(41%)	3,598(40%)
시도 직접처리사무	2,289(28%)	2,562(30%)	2,334(26%)
시군구 직접처리사무	2,610(31%)	2,464(29%)	2,978(34%)

출처 : 한국지방행정연구원, 「행정계층간 사무처리 실태 총람」, 한국지방행정연구원, 1997, 각 권 p. 6.)

〈표 2-2-2〉 자치단체 처리 사무 중 위임사무 실태

	서 울		인 천		전 북	
광역-기초구분	시	구	시	구	도	시군
직접처리 사무 수 합계	2,289 (100%)	2,610 (100%)	2,562 (100%)	2,465 (100%)	2,334 (100%)	2,978 (100%)
국가위임사무 중 직접처리	599 (26%)	43 (2%)	730 (28%)	47 (2%)	617 (26%)	45 (2%)
국가위임사무 중 자치구가 재위임 받은 사무		501 (19%)		390 (16%)		582 (20%)
시도의 위임사무		557 (21%)		446 (18%)		657 (22%)

출처: 한국지방행정연구원, 「행정계층간 사무처리 실태총람」, 한국지방행정연구원, 1997,

각 권 p. 6.)

4. 지방자치단체의 기관간 견제와 균형 저해

지방자치단체는 집행기관과 의결기관으로 구성된다. 분리형의 기관구성 체제의 경우, 지방의회와 지방자치단체의 장은 의결과 집행이란 서로 다른 기능을 수행하지만, 양 기관은 독자적인 활동 속에서도 계속적인 상호작용의 관계를 유지하면서 주민을 위한 지방행정에 유기적인 연계를 이루고 있다. 따라서 기관분리형 기관구성은 지방의회와 집행기관의 견제와 균형을 통한 바람직한 관계정립에 그 목적이 있다. 그렇지 못할 경우 분리형 기관구성의 취지는 살릴 수 없을 뿐 아니라 소모적인 갈등이 초래되어 기관운영의 효율성을 저하시킬 우려가 있다.

우리나라의 경우, 지방자치단체의 장은 자치사무 뿐만 아니라 기관위임사무까지도 집행하는 국가의 지방일선행정기관장의 지위에 있으나, 지방의회는 지방자치법상 의결사항에 그 권한이 한정되어 있다. 이로써 지방자치의 양 수레바퀴인 단체장과 지방의회는 그 권한과 기능면에서 소관사무의 범위가 크게 차이가 나기 때문에 단체장에 대한 지방의회의 견제와 통제는 미약할 수밖에 없다.

뿐만 아니라 지방자치법에서 규정하고 있는 지방의회와 집행기관의 권한과 상호 견제권은 실질적인 면에서 지방의회가 지닌 권한에 비교하여 단체장의 견제권한이 상대적으로 훨씬 강하다고 볼 수 있다. 우선 첫째, 지방의회는 행정통제권을 지니고 있다고는 하지만, 행정사무 조사·감사와 관련한 서류제출이나 행정사무처리 상황에 대한 보고 및 진술을 요구할 수 있으나 이를 거부하거나 불성실하게 응할 때 지방의회는 이에 대한 대응조치가 한

정되어 있다. 둘째, 단체장의 선결처분권은 지방의회의 고유권한인 의결권과 관계되기 때문에 처분 즉시 보고하고 의회의 승인을 받아야 한다. 그러나 지방의회가 단체장의 선결처분 사항에 대하여 승인을 하지 않는 경우 단체장은 정치적 책임만을 질 뿐, 이에 대한 제재조치는 마련되어 있지 않다. 셋째, 지방의회의 사무직원의 인사권이 지방의회가 아닌 단체장에 주어져 있는 것을 들 수 있다. 이와 비교하여 지방의회는 집행기관의 주요인사권에 대한 승인권 조차 지니고 있지 못하다. 외국의 경우, 인사승인권이 분리형 기관구성에서 집행기관에 대한 지방의회의 주요 견제권한으로써 자리잡고 있는 것을 볼 때, 우리나라의 지방의회는 집행기관을 효과적으로 견제할 수 있는 수단이 미비되어 있다.

이상과 같이 지방의회와 집행기관 관계에서 불균형한 권한배분은 양 기관간의 지나친 대립과 갈등의 요인이 될 수 있다. 그러므로 기관분리형 기관구성 아래 지방의회와 집행기관간에 효과적인 견제관계를 형성하기 위해서는 양 기관간에 동등한 권력배분이 확보되어야 할 것이며, 이는 조례제정권의 범위를 확대함으로써 가능하게 될 것이다. 따라서 지방의회 조례제정권의 범위를 확대하는 것은 단체장에 대한 입법통제를 강화하고 기관간 견제와 균형을 유지하게 함으로써 지방자치의 건전한 발전을 도모할 수 있는 제도적 장치가 될 것이다.

5. 규제행정의 실효성 확보 미흡

가. 규제행정사무의 내용

각 시도와 시군구가 수행하는 사무는 주민의 복지 증진, 지역의 농림·상공업 등 산업진흥, 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리, 교육·체육·문화·예술의 진흥, 교통표식 등 교통편익시설의 설치·관리, 지역민방위 및 소방 등 대부분 서비스 성격을 가진 급부행정으로 구성되어 있다.

그러나 지방자치단체의 사무는 이와 같은 급부적 성격뿐만 아니라 <표 2-2-3 >에서 볼 수 있듯이 지역의 질서유지를 위한 행정경찰적 규제사무 즉, 하천감시, 산불감시, 위생단속, 주차단속, 공원감시, 폐수단속 등 법령과 조례에 의한 단속업무를 수행하고 있다. 이러한 규제행정영역은 중앙정부에 의한 사무의 이양과 더불어 더욱 증가할 것으로 예상된다. 따라서 지방자치단체의 사무가 비권력적·급부적 사무로만 구성되어 있다고 보는 것은 문제가 있다.

이상과 같이 지방자치단체는 공권력 기관으로서 규제행정 권한에 부수적인 행정처분권을 가지고 있다. 지방자치단체는 이러한 규제행정의 실효력을 확보하기 위한 수단으로써 주로 과태료부과에 의존하고 있는 현실이다. 다음은 이와 관련한 문제를 논의하고자 한다.

〈표 2-2-3〉 충청남도 주요 단속사무의 처분(971.1 - 12.31)

단속 사무명	적발건수	처 분 내 용	법적 근거	단속요원		단속요원의 신분
				도	시군	
계	91,932건	5,431백만원		9	911	
하천감시				3	115	청원경찰
산불감시	79	검찰송치 23건 과태료부과56건 (700만원)	산림법제120조제1항 동법제125조제4항	-	500	공익요원, 일용직 등
위생단속	2,476	허가취소 181건 영업정지 391건 과징금 489건 (916백만원) 시정경고 886건 기타 174건 과태료 355건 (119백만원)	식품위생법제55조 동법제58조 동법제65조	2	22	별정직 공무원
주차단속	88,364	과태료 부과 (3,581백만원)	도로교통법제115조의2 동법시행령제72조의3	-	217	공익요원
공원감시	622	현장계도 622건(오물투기, 불법주정차, 취사사항등)	자연공원법제60조의1	-	12	청소인부
폐수단속	391	허가취소및폐쇄12건 조업정지 33건 개선명령79,고발33건 경고107건, 기타31건 배출부담금 96건 (115백만원)	수질환경보전법제16조 동법 제17조, 동법 제20조	4	45	환경직 행정직 공무원

※ 상기 단속사무 중 주차단속을 제외하고는 협의의 행정경찰작용임

나. 규제행정의 실효성 확보수단 미흡

지방자치단체 행정의 실효성 확보수단을 과태료부과에만 의존할 경우, 지방행정의 실효성 확보에는 상당한 무리가 있으며, 과태료의 액수도 지나치

게 높아 형법상의 형벌규정과의 형평성에 문제가 있다는 지적이 꾸준히 있어 왔다.[20] 그러나 조례에 의한 벌칙제정권은 엄격한 죄형법정주의 원칙 아래 과태료에 한정하고 있어 지방행정의 실효성 확보를 위한 벌칙제정권의 확대논의는 학리적인 것에 머물고 있을 뿐이다.

이로 인하여 헌법상 추구하고 있는 기본이념인 법치행정은 지방자치단체에 관한 한 장식적이고 구호에 그치고 있는 실정이라는 점에서 문제의 심각성을 주고 있다. 특히 조례의 위법행위에 대한 과태료부과 벌칙은 위법행위자를 실제로 규율하지 못하는 조치가 되고 있다는 것이다. 이는 다음 자료에서 볼 수 있는 바와 같이 주차과태료 체납율에서 여실히 반영되고 있다(< 표 2-2-4 > 참조).

서울시의 경우, 지난 1995년 1월 이후 1999년 6월 현재까지 4년간의 주차과태료부과대상자 중 최다 체납자는 464회까지이며, 2회 이상 체납한 차량수는 459,779대나 된다. 이러한 현상은 주차위반자들이 주차위반행위에 대하여 당연히 부과되는 과태료를 벌칙으로 생각하지 않는다는 것을 의미한다.

---

20) 김동희, 「행정법 II」, 서울: 박영사, 1997, p. 70; 홍정선, "조례의 법리", 「법학논집」, 제2권 제1호, 이화여대 법학연구소, 1997. 5, p. 41.; 김성호, 「조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안」 연구보고서 94-8, 1995. 2, pp. 190-191.

〈표 2-2-4〉 서울시 주차 과태료 2회 이상 체납자 현황

회수	차량수
2 회	178,880
3-4회	142,964
5-9회	93,391
10-19회	32,713
20-29회	6,819
30-49회	3,456
50-99회	1,298
100-199회	236
200-299회	17
300-499회	5
500회 이상	0

출처 : 서울특별시 내부자료 1995. 12 ~ 1999. 6. 현재)

이러한 현상은 주차과태료 뿐만 아니라 조례위반행위에 대해 벌칙이 부과되는 다른 과태료의 체납율 실태에서도 유사한 현상이 나타나고 있다. 상식적으로 납득할 수 없는 수백회의 조례위반행위가 되풀이되는 과태료 체납에 대하여 지방자치단체로서는 비송절차법에 따른 법적 조치를 할 수 있으나 문제는 실익이 없는 경우가 많기 때문에 실제로는 실익이 없는 경우가 많은 것이 현실이다. 결국 조례위반행위에 대한 벌칙을 과태료에 한정하는 것은 법치주의의 헌법이념을 훼손하고 지방자치단체의 공권력을 무력화시키는 결과를 초래하고 있다는 점을 과소평가 하여서는 안될 것이다. 이러한 점에서 조례에 의한 벌칙제정 범위확대의 필요성을 찾을 수 있다.

〈표 2-2-5〉 서울시 연도별 과태료 체납율(%)*

연 도	최 대		최 소		평 균
	지역	비율	지역	비율	
1995	○○구	232.8	○○구	18.7	68.2
1996	○○구	242.7	○○구	19.3	78.9
1997	○○구	397.5	○○구	54.9	116.0
1998	○○구	454.0	○○구	66.3	164.9
1999	○○구	1,106	○○구	80.0	267.9

* 체납율=체납건수/징수건수

출처: 서울특별시 내부자료 1999. 6. 현재)

최근 서울시 자치구청별 과태료체납현황(1999. 6)에 의하면, 1995년 이후, 대부분의 자치구에서 체납율이 정도의 차이는 있으나 큰 폭으로 증가하고 있으며, 1,100%가 넘는 자치구도 있다(<표 2-2-4 > 참조). 체납율이 가장 높은 자치구는 해당 자치구에 외국인이 집중적으로 많이 거주하는 데다 교통이 좋아 유동인구가 많기 때문에 특히 주차과태료가 많이 부과되는데 따른 것으로 보인다. 실제로 해당 구의 연도별 과태료체납 내용을 보면 더욱 분명해진다.

연도별로 체납건수가 가장 많은 것은 단연 주차위반과태료이다. 1998년의 경우, 주차과태료 다음으로는 건축법위반과태료, 정화조과태료, 민방위과태료, 계량기과태료, 도로점용과태료, 자동차과태료 순이다. 그러나 경기가 회복되고 있는 1999년에는 식품위생과태료가 67.4%의 체납율을 보이고 있으며 4위이다.

〈표 2-2-6〉 서울시 ○○구 연도별 과태료 체납순위

연도 / 순위	1995	1996	1997	1998	1999
1	도로점용과태료 (96)*	주차위반과태료 (73)	주차위반과태료 (82)	주차위반과태료 (84)	주차위반과태료 (92)
2	주차위반과태료 (71)	인방위과태료 (73)	건축과태료 (66)	건축과태료 (62)	인방위과태료 (70)
3	인방위과태료 (68)	정화조과태료 (60.2)	인방위과태료 (59)	정화조과태료 (58.2)	건축과태료 (69)
4	정화조과태료 (50.4)	도로점용과태료 (54)	쓰레기무단투기과태료(35)	인방위과태료 (54)	식품위생과태료 (67.4)
5	건축과태료 (50)	식품위생과태료 (49.3)	전문건설업과태료 (33)	계량기과태료 (50)	쓰레기무단투기과태료(50.8)
6	부동산등기허태과태료(50)	건축과태료 (46)	도로점용과태료 (32)	도로점용과태료 (45)	전문건설업과태료 (50)
7	쓰레기무단투기과태료(38.1)	건설기계과태료 (45.3)	식품위생과태료 (26.5)	자동차과태료 (42.9)	자동차과태료 (49)
8	건설기계과태료 (34.2)	쓰레기무단투기과태료(33)	자동차과태료 (21)	전문건설업과태료 (41)	부동산등기허태과태료(42.9)
9	목의짱고물과태료 (12.3)	목의짱고물과태료 (14)	환경과태료 (16.2)	식품위생과태료 (39.4)	환경과태료 (40.5)
10		환경과태료 (12.2)	건설기계과태료 (15.5)	쓰레기무단투기과태료(36)	목의짱고물과태료 (17.6)
11			목의짱고물과태료 (14.8)	부동산등기허태과태료(28.6)	부동산과태료 (12.6)
12			정화조과태료 (12.5)	환경과태료 (26.3)	도로점용과태료 (10)
13				목의짱고물과태료 (21.5)	
14				부동산과태료 (18.2)	
15				건설기계과태료 (14.5)	

*비율(%)=(부과건수-징수건수)/부과건수)

이상과 같이 구청이 조례를 포함한 법령위반행위에 대하여 부과하는 과태료체납율이 20%이하를 차지하는 과태료가 부동산과태료, 건설기계과태료 정도로 나타나고 있다는 현상은 과태료 부과가 벌칙으로써의 기능을 상실한 상태라는 것을 보여주고 있다고 해석된다. 더욱이 40%가 넘는 과태료체납 현상이 대부분이라는 점을 고려하면 그대로 방치할 경우, 지방자치단체에서의 법치행정과 질서행정이 현저하게 훼손되는 결과를 초래하게 될 것이라는 점이 우려된다. 그러므로 지방의 공권력기관으로서 행정경찰적 기능을 수행하고 있는 지방자치단체의 벌칙제정범위를 과태료에 한정하고 있는 죄형법정주의가 과연 지방자치단체의 벌칙을 개별·구체적으로 정하도록 하는 것이 헌법상의 취지인가, 또한 이러한 제도를 가진 나라가 어디에 있는지 진지하게 검토해볼 시점에 왔다. 왜냐하면 지방자치단체는 행정상 의무를 부과하고 행정경찰업무를 수행하는 공권력 기관이기 때문이다.

이상과 같은 실태분석을 통해 조례위반 행위에 대한 과태료부과는 벌칙으로서의 기능을 수행하지 못하고 있는 것으로 드러나고 있다. 이러한 사태를 지속적으로 방관하면 지방자치단체의 규제행정은 실효력을 발휘할 수 없을 것이고 법치주의가 약화될 것인 바, 그 결과 어떠한 사태가 발생하게 될지는 누구도 예단 할 수 없는 상황이다.

헌법상 보장되어 있는 법치주의는 법령의 실효성뿐만 아니라 조례의 실효성도 함께 고려되어야만 실현될 수 있다. 그러나 현실은 조례위반행위에 대한 벌칙이 지나치게 소홀하게 다루어지고 있는 실정임을 부인할 수 없다. 이는 지방자치단체가 급부적 행정서비스기능만을 수행하는 것으로 오해한 데서 시작된 것으로 보인다. 이로 인하여 공권력 기관으로서의 지방자치단체의 위상을 훼손함으로 인하여 지역에서 조례벌칙의 경시풍조가 확산되고 지역의 질서가 파괴되면 그 피해는 주민에게 돌아가게 될 것이다. 따라서 주

민복리의 증진과 지역의 질서유지를 위하여 조례위반행위에 대한 벌칙으로써의 과태료부과와 형법상의 형벌부과를 형량하여 지방자치단체의 벌칙제정권의 범위를 일정한 범위 안에서 확대하는 방안에 대한 논의가 조속히 필요한 시점이다. 지방자치단체가 공권력 행사시 행정의 실효력을 확보할 수 있는 제도개선이 필요한데 이것이 바로 조례제정권의 범위가 확대되어야 할 이유 중 하나이다.

6. 변칙적 권한위임 방식 적용

우리 나라에서는 현재 대통령령에 의하여 변칙적인 권한위임이 대량으로 행해지고 있다. 정부조직법 제5조는 "행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위임 또는 위탁할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다"(1항)라고 정하고 있는 바, 이에 의거하여 대통령령인 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」이 제정되었다.

이 규정에 의한 권한의 위임에는 여러 가지 문제가 제기되는데 이를 살펴보면 다음과 같다[21] 첫째, 대통령령인 위 규정이 그의 요건을 갖춘 것인지에 의문이 제기된다. 헌법은 대통령령(긴급명령에 대하여는 생략함)의 제정요건에 관하여 정하고 있는 바, "대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대

21) 김남진, "국가의 권한과 지방자치단체의 권한, -권한의 배분과 위임의 문제를 중심으로 -", 「고시계」, 1996. 5. pp. 23-24.

통령령을 발할 수 있다"고 규정하고 있다(75조). 위 규정은 대통령령인 위임명령과 집행명령의 요건에 관하여 규정하고 있다고 새겨지고 있는 바, 대통령령인 위 규정이 위임명령인지 집행명령인지 조차 분명치 않다. 정부조직법에는 권한위임에 관한 근거규정이 없으므로, 위 규정을 위임명령으로 보기 어렵다. 그렇다고 위 규정을 집행명령으로 보기도 어렵다. 집행명령은 일반적으로 "법률 또는 하위명령의 규정의 범위 내에서 그 시행에 관한 세부적 기술적 사항(허가신청서의 서식 등)을 규율하기 위하여 발하는 명령"으로 이해되고 있는 바, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이 그 집행명령의 테두리를 훨씬 벗어나고 있음은 두 말할 필요가 없을 것이다.

둘째, 해당 법률에 "권한의 재위임[22]"에 관한 근거 규정이 없음에도 불구하고 위 규정을 통해 권한의 재위임을 허용할 경우, 해당 법률의 입법자에 대한 의사에 반한다고 보지 않을 수 없는 것을 포함하여 많은 문제점을 안고 있는 것이 위 규정이라 할 수 있다. 이러한 변칙적인 권한위임을 정하고 있는 대통령령에 의거하여 권한위임된 사항이 그 합법성을 입증하지 아니한 채로 바로 조례제정권의 범위를 한정할 수 있는 지에 대해서는 의문이 제기된다. 따라서 지방자치제도가 실시되고 있는 한 조례제정권의 범위를 논함에 있어서 형식적인 법령의 범위에 한정할 것이 아니라 관련 법령의 적법성이 우선 입증되어야 할 것이다.

이상과 같은 문제점을 고려할 때 조례제정권의 범위는 자치행정의 주요 입법사항을 법령으로 제한받고 있으며, 지방자치단체의 권한과 책임이 불일치한 가운데 운영되고 있어 집행기관과 의결기관간 견제·균형이 유지되지 않고 있으며, 규제행정의 실효성을 확보하지 못하고, 변칙적인 권한위임 방

22) 김남진교수는 이러한 문제를 판례평석을 통해 지적한 바 있다(김남진, "기관위임사무의 재위임의 근거," 「판례월보」 1996. 1, p. 40 참조).

식의 적용으로 인하여 행정실무에서 법치주의 원칙이 훼손되고 있어 문제의 심각성을 더해주고 있다. 조례제정권의 범위에 대해서는 국가공무원이나 지방공무원조차도 그 소속 기관의 입장에 따라 서로 다른 입장을 견지하고 있어 논의의 여지를 남기고 있는 실정이다. 조례제정권의 범위는 주민의 복리를 증진하고, 지방자치단체의 자율성을 확대하며, 행정의 실효성을 확보하여 지역의 질서를 유지하고 지방자치단체의 권한과 책임을 일치시키며, 집행기관과 의결기관간 견제와 균형의 원리를 확보하기 위하여 확대가 불가피하다고 하겠다.

제3장 조례제정권 범위 결정의 구성요인 분석

지방의회는 헌법 제117조 제1항에 의거하여 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있는 권한을 가지며, 지방자치법 제15조는 헌법 제117조 제1항을 구체화 한 것이다. 헌법이 지방자치단체의 자치에 관한 법규범의 정립권한을 지방의회에 부여함으로써 지방의회가 제정하는 조례는 지역적인 특성과 실정에 맞는 행정을 자주적·탄력적으로 수행하는데 법적 근거가 되고 있다. 이러한 의미에서 조례는 지방의회가 자치행정수행에 필요한 법규범을 자주적으로 제정한 것이므로 자주법의 성격을 지니게 된다.

그런데 현실적으로 조례의 자주법적 성격은 지방자치단체가 헌법에 의하여 국가의 한 구성부분이므로 법령의 범위 안에서 제정되어야 한다는 이유로, 국회의 입법권에 의하여 광범위한 통제를 받고 있는 실정이다. 이와 같이 국회의 입법권으로 조례의 제정범위를 통제하는 것은 조례제정이 행정작용의 한 부분을 이룬다는 점에서 법치주의의 구현이라는 법리에 근거하여 그 일면적 타당성이 인정된다.

그러나 지방의회의 조례제정권의 범위는 법치주의의 원리 이외에 많은 사항이 고려되지 않으면 안된다. 바꾸어 말하면 지방의회의 조례제정권은 지방자치권의 근거·범위와 그 내용 등 지방자치에 관한 헌법상의 제규정과 이에 관련되는 헌법상의 기본원리 그리고 지방자치의 이념으로부터 그 범위가 도출될 수 있을 것이다. 따라서 본 장에서는 조례제정권 범위 결정의 구성요인과 이에 따른 입법범위를 고찰하고자 한다.

제1절 법리적 쟁점사항분석

1. 헌법상의 쟁점사항

지방자치단체의 조직과 운영에 관한 헌법 제118조 제2항, 주민의 권리제한, 의무부과에 관련한 헌법 제37조 제2항, 죄형법정주의와 벌칙에 관한 헌법 제12조 제1항, 재산권법정주의에 관한 헌법 제23조 제1항 및 제3항, 조세법률주의를 규정한 헌법 제38조 등 헌법에 규정된 법률이 조례를 포괄하는가 하는 문제에 대하여 견해가 나뉘어지고 있다.

이러한 조례제정권의 범위에 관한 법리적 쟁점은 그 근저에 조례의 성격과 법적 지위에 대한 이견에 의하여 대립되어 있으며 이것이 지방자치행정의 실무와 관례, 그리고 조례제정활동에 지대한 영향을 주고 있다는 점에서 법이론적 해결이 요구되고 있다고 할 것이다.

가. 지방자치단체의 조직·운영

헌법 제118조 제2항은 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한 및 의원선거, 지방자치단체 장의 선임방법, 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로써 정하도록 규정하고 있다. 헌법이 이상과 같은 지방자치단체와 관련된 중요사항을 법률에 유보한 것은 지방자치의 본질적 내용을 실현하기 위한 중요사항을 행정부의 자의로 규정하는 위임입법으로는 규정할 수 없으며 이는 반드시 국민의 대표기관인 국회가 국민의 의견을 반영하여 제정하는 법률로써만 정하려는데 의의가 있다. 다음은 이와 관련하여 제도적 보장설과 조례준법률설에 대하여 논의하고자 한다.

1) 제도적 보장설

지방자치의 본질에 관한 통설인 제도적 보장설은 입법권자가 그의 입법형성권에 의하여 지방자치제도를 전면적으로 폐지할 수는 없으나, 지방자치단체의 종류·조직·운영에 관한 사항과 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체 장의 선거방법 등을 임의로 정할 수 있다는 것을 내포하기 때문에 입법독재를 용인하는 논리라고 할 수 있다.[23]

따라서 제도적 보장설로서는 지방자치의 본질을 침해할 우려가 있는 법률의 제정 가능성이 상존하고 있다. 예컨대, 지방자치단체의 운영에 관한 사항(헌법 제118조 제2항)은 지방자치의 본질적 내용을 법률에 유보한 규정이지만, 조례벌칙주의(지방자치법 제20조), 재산권조례규제주의(지방자치법 제9조 제2항 제4호), 지방세조례주의(지방세법 제2조) 등은 헌법상 법률유보하고 있어 이러한 논리를 뒷받침하고 있다. 이러한 점에서 죄형법정주의, 재산권법정주의, 조세법률주의의 엄격한 적용을 당연시 할 수 있다고 보는 것이다. 즉, 제도적 보장설은 지방자치의 본질적 사항이라 하더라도 법률로써 침해를 할 수 있다는 이론적 근거가 되고 있다.

2) 조례준법률설의 논리

조례준법률설의 입장에서는 법률로써 헌법이 보장하는 지방자치의 본질을 침해하는 것이 법체계상 가능한가 하는데 대하여 의문을 제기하고 있다. 이 문제는 헌법 제118조 제2항의 규정에 근거하여 규정되는 법률이 창조적 지위에서는 것인가, 아니면 단순히 헌법의 프로그램적 지위에 서는 것이냐와 관련되는 문제이다.[24] 그러나 헌법 규정에 의거하여 제정되는 법률이 헌

23) 허 영, "지방자치에 관한 헌법이론적 조명", 「공법연구」, 제13집, 서울: 한국공법학회, 1985, p. 123.

24) 상게서, p. 132. 지방자치에 관한 헌법규정이 단순한 방침규정일 경우에는 그것에 근

법에서 보장된 지방자치의 본질을 침해하는 것은 그 자체가 위헌이므로 허용될 수 없다는 것이다.

따라서 지방자치단체의 조직과 운영 등에 관하여 헌법 제118조 제2항의 법률유보에 의하여 제정되는 법률은 지방자치를 위한 중요사항의 근거규정으로 기능하도록 규정한 것이며, 상세한 사항은 헌법이 조례제정권을 보장하고 있는 이상 조례로써 정하도록 한 것이라고 해석된다. 왜냐하면 헌법규정 자체가 지방자치를 보장하고 있으므로 지방자치단체의 조직과 운영 등에 관한 사항을 법률유보하고 있다 하더라도 이는 지방자치를 실현할 수 있는 법률적 근거를 마련하기 위함이지 지방자치의 본질적 요소를 침해하면서까지 전국적·일률적으로 통일하기 위한 규정으로 해석할 수 없다고 볼 수 있기 때문이다.

만일 본 헌법규정이 지방자치의 본질적 내용을 전국적·일률적으로 법률에 의해 구체적이며 광범위하게 규제할 수 있는 것으로 해석된다면, 중앙정부의 관여를 배제하고 지방의 실정에 따라 자신의 창의와 책임에 근거하여 지방자치를 보장하고 있는 헌법취지에 벗어난 것이며 중앙집권적 발상에 입각한 헌법해석으로밖에 볼 수 없다. 따라서 법형식 논리에 얽매여 본 조의 입법취지를 배척해서는 안될 것이다. 오히려 헌법상의 취지를 존중하여 지방자치의 기본적인 사항은 법률로 정하더라도 상세한 개별 지방자치단체의 조직과 운영 및 지방의회의 조직·권한·의원선거·지방자치단체 장의 선거방법 등에 대해서는 지방자치단체의 실정과 재정여건 등에 따라 주민의 선택이나 지방의회의 입법재량에 맡기는 것이 지방자치의 본질에 적합한 것으로 해석한다. 예컨대, 인구 1천만의 대도시인 서울시나 인구 3만 정도의 군을

거한 법률은 창조적 지위에 서게 되고, 반대로 그 헌법규정이 직접 효력규정일 경우, 여기에 근거한 법률은 그 헌법의 단순한 프로그램적 지위에 서게 된다.

동일하게 기관대립형 구조를 유지하도록 법률로 정하는 것이 지방자치를 보장하고 있는 헌법상의 취지라고 단정할 수는 없기 때문이다.

이상과 같은 제도적 보장설에 의한 자치단체의 조직과 운영에 관한 법률유보의 문제점을 해결하기 위해서는 조례법률설의 입장에 서지 않을 수 없다.[25] 일본에서와 같은 조례법률설의 입장을 수용할 수는 없다고 하더라도 조례준법률설의 입장에서 지방자치법상 위헌과 위법의 요소를 해소하고 지방자치의 본질을 구현하기 위한 법률과 조례의 관계정립이 가능할 것이다.

나. 재산권법정주의와 재산권조례주의

헌법 제23조 제1항에서는 '모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다'고 재산권법정주의를 규정하고 공공복리의 필요에 의하여 재산권을 수용·사용 또는 제한함에 따른 보상을 할 때에도 법률로써 정하도록(헌법 제23조 제3항) 재산권법정주의를 보장하고 있다. 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 동시에 헌법에 의하여 보호받을 수 있는 재산권의 구체적인 모습을 형성하는 기능을 가지고 있다.[26] 따라서 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 의미는 제한한다는 의미보다는 재산권을 형성한다는 의미를 더 많이 가지게 된다는 점에 주의할 필요가 있다.[27]

다음은 재산권법정주의와 관련하여 조례로써는 주민의 복리를 위해 재산권을 규제할 수 없다는 설과 조례로써도 재산권을 규제할 수 있다는 대립

25) 최창호, 「지방자치제도론」, 서울: 삼영사, 1989, p. 132.

26) 이는 소유권의 무제한적 사유가 자본가의 독점이익에 헌신하는 강자의 이데올로기로 전락하는 한편, 자본에 의하여 지배당하는 대다수의 무산계급이 생존을 위한 기본적인 욕구조차 충족시키지 못하는 상황이 전개되자 개인주의적 재산권의 개념도 수정되지 않을 수 없었고 재산권도 사회전체의 복리를 위하여 사회적 의무를 수반하는 상대적인 권리로 전환되었다.

27) 허영, 전게서, p. 456.

된 학설에 대하여 논의하고자 한다.[28]

1) 재산권법정주의

재산권법정주의는 재산권에 대한 규제는 공공복리의 요청이 있어도 조례로써는 규정할 수 없고 오로지 법률에 의하여야 하며, 재산권은 전국적 거래의 대상이 될 수 있기 때문에 그 내용을 정하거나 이것을 제한하기 위해서는 반드시 통일적인 법률에 의하여야 한다는 견해이다. 따라서 재산권법정주의는 우선 헌법 제23조 제1항에서 '법률로 정한다'고 규정되어 있다는 것을 근거로 하여 법률로써만 재산권을 규제할 수 있다고 형식논리주의적 해석에 입각하고 있다.

2) 재산권조례규제주의

헌법 제117조 제1항 조례제정권 보장규정은 '입법권은 국회에 있다'고 한 헌법 제40조의 예외를 이루는 것으로서, 조례는 지방의회의 의결이라고 하는 민주적 정당성에 근거하여 제정되는 것이므로 법률과 조례는 실질적으로 차이가 없다는 데 논거를 두고 있다.[29]

이는 헌법으로 법률에 의할 것이 규정되어 있는 경우에도 조례는 그 성질상 민주적 절차에 따라 제정되는 법형식으로서 법률에 준하는 것이므로 법률은 조례를 포함한다고 해석되어, 헌법의 문리해석상 조례에 의한 규제가 허용된다는 것이다. 즉, 헌법 제23조 제1항은 재산권의 내용에 관한 규정이지 재산권 행사에 대한 규제를 직접 문제로 하는 것은 아니다. 그러므로 재

28) 秋田 周, 「條例と規則」, 東京: 총"よ うせい, 1977, pp. 132-134.
29) 그러나 이러한 논거도 조례에 의한 재산권의 규제를 무제한 허용하는 것은 아니고, 조례와 법률과의 관계에서 조례에 의한 재산권 규제가 허용되지 않는 경우를 인정하고 있다.

산권의 성질상 그 내용은 재산권의 향유 및 행사와 본질적으로 결부되어 있기 때문에 재산권의 내용과 행사를 분리할 수 없다는 반대설도 있지만, 재산권 행사에 관한 내재적 제약을 실현하기 위한 규제는 재산권의 내용과는 별개로 행할 수 있다고 본다.[30]

헌법 제117조에서 지방자치단체에 부여한 자치에 관한 규정제정권에는 주민의 복리에 관한 사무처리와 재산관리를 통하여 지방공공의 이익을 도모하고 그 실효성을 높이기 위한 수단으로써 재산권에 대하여 고권적 규제를 가하는 권한도 포함되어 있다고 해석하여야 된다. 또한, 지방자치단체는 법령에 위반하지 않는 한, 지방의 특수한 사정에 따라 공공복리와 질서유지를 위하여 재산권규제조례의 제정권을 헌법상 부여받았다고 볼 수 있다. 그러므로 재산권의 내용이 아니라 재산권 행사의 규제문제는 헌법 제23조 제1항보다 오히려 헌법 제117조의 문제로서 이해하는 것이 타당하다.

이 경우 재산권에 대한 조례제정권은 첫째, 경찰적 규제의 성질을 가진 재산권의 제한과 둘째, 공용제한을 내용으로 하는 재산권 규제의 두가지가 고려될 수 있는데, 그 범위가 어디까지인가가 문제이다. 이 문제에 관해서는 일본 지방자치법 제2조 제3항 제18호 규정을 전제로 하는 한, 조례에 의한 재산권의 규제는 공용제한에는 미치지 않고 경찰적 규제에 그친다고 해석하기도 한다.[31]

그러나 순수한 지방적 이익을 위하여 각 지방의 특수성에 상응하여 규제하는 것이 필요하고 적당한 경우라면 국법에 위반하지 않는 한 조례로써 재

30) 일본에서는 재산권 행사에 대한 규제는 재산권의 내용과 별개로 취급하는 것이 통설이자 판례이다. 일본의 최고재판소는 나라현저수지보전조례 위반사건에서, 조례의 재산권 규제를 인정한 바 있다(最高判 1963年 6月 26日, 刑集, 第17卷 第5號, p. 521); 同旨, 권영성, 「헌법학원론」, 서울: 법문사, 1997. p. 95.

31) 박영도, 「자치입법의 이론과 실제」, 연구보고 98-2, 한국법제연구원, 1998, p. 95.

산권에 대해 공용부담 등 물적 규제를 하는 것도 허용된다고 해석하여야 할 것이다.[32] 오늘날에도, 공공복지의 증진이라는 적극적인 목적을 위하여 조례에 의한 재산권 규제를 인정하고자 하는 이론이 도출되고 있다.[33] 이에 따르면, 조례로써 재산권을 규제할 수 있는 이유로는 첫째, 현대의 기본권 가운데 자유권에 관한 사항을 조례로써 규제할 수 있는 경우(예: 일본의 공안조례 등)도 있는데 이 보다 사회적 제약이 강한 재산권에 대하여 조례로 규제할 수 없다는 것은 납득하기 어려운 법해석이라는 점이다. 둘째, 조례는 법률과 같이 민주적 절차를 거쳐서 제정되는 법이기 때문에 조례준법률설에 의거한다면 재산권법정주의를 재산권조례주의로 파악할 수 있다는데 근거하고 있다. 따라서 조례에 의한 재산권 행사의 규제가 명백하게 법령에 위반하지 않는 한, 위헌이라고 할 수가 없다고 보아야 할 것이라는 판례가 형성되고 있는 것이다.[34]

다. 조세법률주의와 지방세조례주의

국가의 재정권은 헌법 제38조에서 국민의 납세의무를 규정하고 있기 때문에 국가의 재정경비를 부담할 의무를 지는 것이 명백하므로 이 규정은 국가재정권의 존재를 당연히 전제하고 국민의 납세의무를 확인하는 것이다. 한편, 지방자치단체의 재정권은 헌법 제117조에서 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고, 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에

32) 오세탁, "조례의 제정실태와 입법한계", 「인권과 정의」, 1994. 8., p. 29.
33) 小高 剛 外, 「地方自治法入門」, 東京: 有斐閣, 1987, p. 102.
34) 부천시 담배자판기설치금지조례 등이 그 예로, 앞으로 도시계획사업, 지방하천 및 하수도 관리와 주차장관리 등의 사무에 대한 조례규율의 필요성이 증대될 것으로 예상된다. 특히 주민의 사유인 토지이용규제 등, 각종 사업제한 · 계획제한 · 사용제한의 유형을 생각할 수 있는데, 이러한 분야에 있어 조례의 규율가능성은 점차 확대되어갈 것으로 보인다.

관한 규정을 제정할 수 있다"라고 규정하고 있음을 미루어 보아 헌법은 지방자치단체에 고유한 행정사무가 존재함을 인정하고 지방자치단체에 재정권을 부여하고 있다고 해석할 수 있다.

그런데 조세법률주의를 규정하고 있는 헌법 제59조와 관련된 지방세법 제3조 제1항에서 '이 법이 정하는 범위 안에서' 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율, 기타 부과징수에 대하여 조례로써 정하도록 규정되어 있는 바, 이는 헌법 제59조에 위배되는 것은 아닌가 하는데 대하여 논란이 있다. 즉 조례로써 지방세를 부과하는 기준을 두는 것은 조세법률주의에 위배되는 것이 아닌가 하는 것이다.[35] 다음은 이와 관련하여 대립되는 견해를 논의하고자 한다.[36]

1) 지방세법률주의

지방세법률주의는 조세법률주의원칙에 입각하여 개별 법률의 위임없이는 지방세의 세목, 과세객체, 세율, 부과·징수에 관한 사항을 조례로써 규정할 수 없다는 견해이다. 이는 조례가 지방자치단체 스스로의 권능으로 주민에게 의무를 부과하고 권리를 제한할 수 있는가와 관련된 문제로써 이것이 가능하다면 지방자치단체는 조례라는 형태의 법규범을 근거로 하여 자주적으로 과세를 할 수 있을 것이다. 그러나 우리 나라의 판례나 다수설은 조례에 의하여 주민의 권리를 제한하거나 의무부과를 할 수 없다고 보기 때문에, 조례에 의한 지방세 조례주의를 수용하지 않고 있는데 이러한 해석은 전래설을 지지하는 입장에서는 당연하다 할 수 있다.[37] 즉, 헌법 제59조에서 조세의 종목과 세율은 법률로 정하도록 규정하고 있으므로 법률이 아닌 조례를

35) 박봉국, 「조례입법의 이론과 실제」, 서울: 장원출판사, 1992, p. 78.
36) 秋田 周, 前揭書, p. 141.
37) 김용진, "지방자치단체의 과세권과 조례", 「월간조세」, 1997. 8, pp. 22-26.

근거로 하는 국민의 권리제한 또는 의무부과를 인정할 수 없는 것은 너무나 당연하다는 주장이다[38] 조례는 법률이 아니므로 국민의 권리의무에 관한 사항을 법률의 위임 없이 정할 수 없음을 밝히고 있다(대법원 1964. 5. 5, 63다874). 우리 나라의 일부 학자도 법률에 근거 없이 조례를 근거로 하는 주민의 권리제한이나 의무부과를 인정하지 아니하고 있으므로[39] 우리의 판례나 학설에 의하면 조례를 근거로 하는 지방세의 부과는 불가능하다는 주장이다.

그 법리적 근거로서는 지방자치권의 본질 중 전래설에 의하면, 지방세의 과세권도 지방자치단체 고유의 권한은 아니라고 본다. 이에 따르면, 지방세법 규정은 일반적 기준에 불과하고 단지 지방자치단체 재정고권의 발동을 조정·규율한다고 본다. 따라서 지방세법 제3조 제1항의 과세권은 지방자치단체에 고유한 것이 아니고, 국가로부터 부여된 것이므로 지방자치단체는 이에 근거하여 과세하는 것이 원칙이라는 것이다. 국민의 조세부담 전체로서의 합리성을 보장하기 위해서는 국세와 지방세를 종합적으로 고려하여 조세체계의 수립과 각 지방자치단체 주민의 조세부담 균형을 도모할 필요가 있으며, 지방자치단체의 과세에 대해서는 법률로써 일정한 규제와 함께 그 범위를 규정할 필요가 있다는 것이다. 이와 같이 조세법률주의를 명확히 하기 위하여 1998년 12월 '이 법이 정하는 바에 의하여'를 지방세법 제2조에 새로이 규정하였다.

2) 지방세조례주의

헌법 제59조의 법률에 조례가 포함된다는 견해는 조례준법률설에 입각한

38) 김철용 외, 「주석 지방자치법」, 한국사법행정학회, 1997, pp. 131-132.
39) 홍정선, 「지방자치법론」, 서울: 법영사, 1991, pp. 151-152.

것으로 헌법 제59조의 조세법률주의는 국세에 관한 규정으로써 지방세에 대하여 직접 적용되지 않는다고 보아 지방세의 과세권은 어디까지나 헌법 제117조 제1항, 제118조 제2항의 문제라고 하는 견해가 지방세조례주의이다. 헌법 제117조 제1항에서 지방자치단체의 자주과세권에 대한 법률유보 규정을 두지 않고 있는 것으로 보아 지방세의 과세권은 지방자치단체의 고유권한임을 의미하며, 헌법 제118조 제2항에 의거하여 그 근거법으로서 지방세법을 두고 있어 지방세법 제3조 제2항에 의한 지방세조례주의는 적헌성을 가진다. 그러므로 조례에 의한 지방세 납세의무의 부담을 인정하는 것은 헌법 제59조의 조세법률주의의 입법상의 취지에 부합되는 것인 바, 재정권의 본질은 입법권이기 때문이다. 따라서 지방자치단체의 재정권은 지방의회의 의결을 거쳐 조례의 제정이란 입법형태로 행사되고 주민은 이 조례에 의하여 납세의 의무를 부담하는 것이 원칙이다.

이는 지방자치단체가 그 자치권의 한 내용으로서 재정고권(Finanzhoheit)을 가지기 때문에 개별적인 법률의 위임이 없을 경우 지방세의 부과·징수에 관한 사항을 규정할 수 없다고 해석하는 데에는 의문이 있고, 이미 논한 조례의 법적 지위와 본질을 감안한다면 헌법 제59조에서 말하는 법률에는 조례를 포함한다고 해석하여야 할 것이다. 현재의 지방세제는 국가와 지방간 재원의 합리적 배분을 고려하여 지방세법으로 세목·세율·과세객체·과세표준이나 부과·징수에 관한 일반적인 기준(지방세법 제3조 제1항)을 이 법이 정하는 범위 안에서 조례로써 정하도록 규정하고 있는데 이는 지방자치권에 내재하는 재정고권을 국가의 법률로써 승인한 규정에 불과한 것으로 볼 수 있다.

지방세법은 제117조 제1항에서 포괄적으로 수권하고 있는 자주재정권을 구체화한 법이다. 따라서 지방세법은 지방세를 지방세조례로 이끌어 들이기 때문에 법령 또는 별도의 규정이 없는 한, 조례로써 정한 바에 따른다고 하

는 취지이다. 지방세 조례는 지방세법 제3조 제1항의 수권에 의한 것이 아니라 지방자치권의 보장에 당연히 수반되는 자주적 권한임을 확인한 규정이라는 점에서 동법은 지방자치단체가 정하는 과세의 지침을 제시하는 표준법으로서의 성질을 가지는데 불과하다. 이러한 해석에 반하여 지방세를 법률유보하려는 의도를 확고하게 하기 위하여 1998년 12월 동법 동조를 '이 법이 정하는 바에 의하여'라고 개정하였는데, 이는 명백한 개악이다. 왜냐하면 지방세법은 지방세의 근거규정으로 충분하기 때문이다.

이러한 법논리에 비추어 볼 때, 지방세조례주의의 법논리적 정당성을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 지방세의 납세의무자는 어디까지나 주민이므로 지방세에 관한 한 주민의 대표에 의한 승인이 필요하다. 지방세의 세목·과세객체·과세표준·세율·기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 조례로 정한다는 것은 주민의 대표에 의해 조례로 정한 부담을 주민이 승인하였다는 것을 의미한다. 주민의 대표에 의해 승인되지 않은 지방세는 주민이 부담할 의무도 없는 것이다. 법률로 정하지 않은 어떠한 국세도 국민이 납부할 의무가 없는 것처럼 조례로 정하지 않은 어떠한 지방세도 주민에게 납부할 의무는 없다. 지방세의 과세단체는 지방자치단체이고 과세객체는 주민이며, 지방세의 용도도 주민의 복리를 위하여 지출하게 되므로 국가가 지방세의 세목, 세율, 과세객체, 과세표준, 세율, 기타 부과징수에 관하여 법률로써 규제할 하등의 권한이나 명분도 없다는 것은 당연하다. 지방세는 국가가 개입할 여지가 전혀 없는 주민의 의무부담에 해당된다. 국가는 전국에 걸쳐 적용될 지방세 관련 사항을 정하면 되는 것이지 주민이 지역실정에 따라 자율적으로 부담하는 지방세의 세목, 세율, 과세객체, 과세표준, 세율, 기타 부과징수에 관하여 일일이 지방세법의 위임을 받도록 하는 것은 위헌의 소지가 있다.

둘째, 조례준법률설의 입장에서는 조례도 실질적인 법률에 해당되므로 법

률의 위임이 없이도 지방세를 부과할 수 있다.[40] 일본의 최고재판소는 구 지방세법 제36조에 규정한 입장세 특별의무자를 조례로써 지정한 것에 대하여, 이는 지방세법의 위임에 의한 것이므로 합헌이라 하여 조례에 의한 과세를 인정하였다.[41] 따라서, 헌법 제59조에 규정된 법률에는 조례도 포함된다고 볼 수 있는데, 헌법 제117조에서도 지방자치단체의 과세권에 관하여 법률유보를 규정하고 있지 않는 것으로 보아 조세법률주의는 국세에, 조세조례주의는 지방세에 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

셋째, 헌법 제59조의 규정에 따라 모든 국가재정이 중앙정부에 의해서만 관리된다면, 모든 지방자치단체의 재정 역시 중앙정부에 의존됨으로써 헌법이 보장하는 자주재정권은 무제한으로 침해당할 수 있다. 그러므로 지방자치단체의 자주과세권을 법률로써 제약하는 것은 허용되지 않는다고 해석된다.[42]

종합컨대 법률이 아닌 조례가 지방세에 관한 조세채권채무관계 발생의 법적 근거가 되므로 지방자치단체의 재정권은 헌법 제59조가 아닌 헌법 제117조에 의해 창설되는 것이라 하겠다. 그러므로 헌법 제59조의 조세법률주의가 지방세에도 적용된다 하더라도 여기서 말하는 법률은 지방세에 관한 한 조례를 의미하는 것으로 보아야 할 것이며 종국적으로 지방세에 있어 조세조례주의는 헌법이 예정한 것으로 보지 않을 수 없다.

따라서 국세와 지방세의 합리적 재배분과 더불어 지방자치의 본질을 구현하기 위한 지방자치단체의 자주과세권은 헌법이 보장하는 지방자치단체 고유의 권리로서 법령유보 사항이 아니라는데 유의하여야 한다. 그러므로 국가의 법률로써도 정당한 사유 없이 지방자치단체의 자주과세권을 침해할 수는 없는 것이다. 이렇게 본다면, 국세법과는 달리 지방세법은 납세자를 직

40) 서원우, 전게논문, p. 185.
41) 小高 剛 外, 前揭書, p. 103.; 最高判 1953年 4月30日, 刑集 第7卷 第4號, p. 909.
42) 서원우, 전게논문, p. 185.

접 구속하지 않고 조례로써 납세자를 직접 구속한다고 볼 수 있다.

2. 지방자치법상의 쟁점사항

지방자치법 제15조 단서규정은 지방자치단체가 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항, 벌칙을 조례로 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있다. 또한 지방자치법 제9조 제2항에서는 예시된 자치사무의 범위와 관련하여 다른 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니한다는 규정을 두고 있어 자치사무에 대한 무차별적 법률선점이 제도화되어 있음을 보여준다. 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항, 벌칙관련 사항은 헌법상의 쟁점으로 분류할 수 있으나 본고에서는 그 근거규정이 지방자치법이므로 지방자치법상의 쟁점사항으로 분류하고자 한다. 우선 동법 제15조 중 주민의 권리제한·의무부과 및 벌칙에 관한 법률유보와 관련한 쟁점은 다음과 같다.

가. 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항

헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 최대한 보장함으로써 기본권적 가치의 실현을 위하여 모든 국가권력의 행사를 개인이 가지는 기본권에 기속시키고 있다. 구체적으로 헌법 제37조 제2항에서 「기본권의 제한은 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」고 규정함으로써 입법작용이 기본권의 실현을 저해하지 못하도록 그 한계를 명확하게 하였다. 헌법질서 안에서 국가권력은 국민의 기본권

행사에 의하여 비로소 창설될 뿐만 아니라 국민의 기본권 행사에 의하여 통제되고 정당화되므로[43] 조례제정권도 기본권 실현과 불가분의 관계에 있다고 할 수 있다. 그렇다고 하여 주민의 권리제한·의무부과를 법률유보하고 있는 지방자치법 제15조 단서규정이 합헌적인 해석인가에 대해서는 논의의 여지가 있다.

1) 법률유보의 합헌론

조례위임입법설에 의하면, 지방자치단체가 헌법 제117조 제1항에 의하여 조례제정권을 가지는 것은 사실이지만 주민의 권리를 제한하는 조례를 제정하는 경우, 헌법 제37조 제2항에 의거하여 반드시 법률에 근거하여야 하며 법률에서 위임받은 범위 안에서만 가능하다고 본다. 이러한 점에서 지방자치법 제15조 단서의 법률유보의 원칙은 헌법 제37조 제2항을 확인하고 구체화하는 규정에 해당한다는 것이다.[44] 즉 주민의 자유와 권리를 침해하는 공권력의 발동에 관한 경우, 반드시 법률의 근거가 있어야 한다는 침해유보의 원칙을 채택하고 있는 것이다.[45]

이 경우의 법률이란 형식적 의미의 법률, 즉 국회가 제정하는 법률을 의미하는 것으로 이해하고 조례는 충분한 수권법이 될 수 없다는 것이다. 즉, 헌법 제37조 제2항은 기본권침해의 경우 법률로 정하라고 명하고 있기 때문이며, 또한 하나의 공동체에서 특정행위를 범죄로 정하는 것 등은 그 공동체의 중요문제인 까닭에 평화로운 사회적인 삶을 위해서는 범지역적으로 국가

43) 허 영, 「헌법이론과 헌법(중)」, 서울: 박영사, 1989, p. 54.
44) 홍정선, "조례와 침해유보", 「고시계」, 제38권 제2호, 서울: 국가고시학회, 1993. 4. pp. 108-110; 이기우, "지방자치단체의 조례제정권과 법률유보의 원칙", 「지방자치」, 성남: 현대사회연구소, 1992. 9, p. 40.
45) 박봉국, 전게서, p. 76.

가 책임을 부담하여야[46] 한다는데 근거하고 있다.

이상과 같이 기본권침해가 본질적인 것임은 물론이나 기본권침해가 아니라도 기본권이 관련을 맺을 수 있는 중요사항은 국회가 결정하여야 할 것[47]이라 하였다. 왜냐하면 조례제정권은 전국민에 의해 정당성이 주어진 국회가 제정하는 법률의 질서보장기능을 결코 배제할 수는 없는 것이기 때문이다. 국민의 자유와 권리에 대한 침해는 헌법 제37조 제2항에 따라 제한을 받기 때문에 동조항에 의거, 기본권제한에는 형식적인 국회제정법의 유보가 불가피하게 적용될 수밖에 없으며 이것을 명문으로 구체화하는 것이 바로 지방자치법 제15조 단서라고 해석한다.

그러나 지방자치법 제15조 단서에 대한 상기의 법률유보론적 해석은 조례가 민주적 정당성을 가진 법률에 준하는 법규범이라는 것을 간과하고 있으며 헌법에서도 법률유보하지 않고 있는 사항을 지방자치의 본질적인 사항을 적시하여 별도로 법률유보하는 것은 입법론으로나 행정실무적으로 위헌적이라 볼 수 있다. 그 이유는 국가의 공공복리·질서유지를 위해 국회가 법률로써 국민의 자유와 권리를 제한 할 수 있는 것과 같이 지방의회가 지역주민의 공공복리와 질서유지를 위하여 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례를 제정하는 것은 민주적 정당성에 있어서 동일하다. 따라서 조례가 충분한 수권법이 될 수 없다는 주장은 지방의회의 민주적 정당성을 무시한 발상이다라고 볼 수 있다. 다음은 지방자치법 제15조 단서규정 합헌론의 각 논거에 대한 반론을 논의하면 다음과 같다.[48]

---

46) 홍정선, 전게논문, pp. 29-32.
47) 상게논문, pp. 30-38.
48) 상게논문, pp. 33-38.

2) 지방자치법 제15조 합헌론에 대한 반론

가) '법령의 범위 안에서'의 의미

'법령의 범위'란 첫째, 법령에 반할 수 없다는 의미(이 점에 관해서는 위헌론과 입장을 같이 한다)외에도 둘째, 경우에 따라서는 법령의 근거를 필요로 한다는 의미도 갖는다(이에 관해서는 추후 논의한다). 즉, 문면에만 치우쳐서 '법령의 범위 안에서'와 '법령의 위임에 의하여'를 전혀 다르다고 하는 것은 정당한 해석이라고 보기는 어렵다. '법령의 범위 안에서'라는 의미에는 사안에 따라서는 '법령의 위임에 의하여'라는 의미도 포함될 수 있다고 하였다.

그러나 이에 대해 '법령의 범위 안에서'를 '법령의 위임에 의하여'라는 의미로 사용한 사례가 없고 관례도 그렇게 해석하고 있지 않다는 점에서 헌법 제37조 제2항의 법률유보는 입법취지와는 달리 법령에 의해 엄격하게 해석하면서도 헌법 제117조, 지방자치법 제15조 단서조항에 나오는 '법령의 범위 안에서'를 법령유보를 포함한 개념으로 간주하는 것은 논리적으로 모순이다. 왜냐하면 동법문은 법령에서 위임한 것은 당연히 조례의 제정대상이기에 말할 것도 없고, 법령에 위반하지 않는 한 조례를 포괄적으로 제정할 수 있는데 다만 국법질서는 존중되어야 한다는 것을 명시한 내용이라는 점에서 차이가 없다. 만일 '법령의 범위 안에서'가 '법령의 위임에 의하여'라는 의미였다면, 당연히 헌법 제75조 등과 같이 법령유보를 명시하였을 것이기 때문이다.

나) 국회와 지방의회의 입법권의 배분

헌법 제117조 제1항이 수권하고 있는 조례제정권이 헌법 제40조가 수권하고 있는 국회의 입법권에 준한다고 하여도 양자를 유사하게만 볼 수는 없다. 국회는 국가권력의 한 부분을 관장하는 기관이지만 지방의회는 국가권

력의 3분을 전제로 하고 또한 그 아래에서 지방자치행정의 일부를 관장하는 기관이라 할 것이며, 따라서 외관상 지방의회가 일종의 입법기관이라 하여 국회의 기능을 대신할 수 있다고 하여서는 아니된다는 견해가 있다. 이러한 주장은 일면의 타당성을 가지고 있으나 이에 대한 반론은 다음과 같다.

지방의회는 지방자치단체의 의결기관이자 입법기관이므로 결코 국회의 기능을 대신할 수 없다. 그러나 주권자인 국민은 모든 국가권력의 원천으로서 헌법제정권력으로 기능하고 선거권을 통하여 헌법상의 국가권력을 창조하며 그 권력행사에 있어서 민주적 정당성을 제공한다. 국민주권은 헌법제정 이전에는 헌법제정권력에서 도출되며, 헌법제정 이후에는 선거로 제도화된다. 그러므로 통치단체로서의 지방자치단체는 주민의 직접선거에 의하여 지방의회를 구성하고 지방자치단체의 장을 선출함으로써 지방자치권력을 행사하게 되므로 국민주권의 정당성의 원리가 여기에도 적용될 수 있다. 헌법이 보장하고 있는 지방자치권력은 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과할 수 있는 공권력이므로 이에 연유된 조례제정권은 국법의 범위 안에서 주민의 권리제한·의무부과, 벌칙제정권을 당연히 수권하고 있다. 이와 같이 헌법에 의하여 보장된 조례제정권의 본질적 요소는 법령에 의해서도 침해될 수 없다고 보아야 할 것이다.[49]

다) 기본권 보장

지방자치법 제15조 단서규정의 위헌론에 따르면, 헌법 제117조 제1항은 헌법 제40조에 준하는 것이므로 조례로써 기본권을 침해할 수도 있다고 본다. 그러나 이러한 주장에는 다음과 같은 문제점이 내재되어 있다.[50]

49) 김성호, 「조례의 법적 지위와 제정범위에 관한 입법정책적 방안」, 전게서, p. 38.
50) 홍정선, 전게논문, pp. 33-38.

첫째, 기본권의 최대한의 보장은 헌법상의 최상위의 명령일 뿐만 아니라(헌법 제10조), 기본권제한은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 이는 기본권제한의 원리 역시 어떠한 경우에도 국법상 포기될 수 없는 헌법상 최상위의 명령이라고 본다. 이러한 명령은 지방자치단체의 자치권을 포함하여 국가의 어떠한 작용영역에도 적용되어야 하는 것이다.[51] 따라서 합헌론은 지방자치의 영역에서도 침해유보의 원리는 적용되어야 하며 자치사무에 관하여는 그 내용이 어떠한 것이든지 조례를 제정할 수 있다는 주장은 기본권 보장을 상대화시킬 가능성을 갖기 때문에 인정되어서는 아니 된다고 본다. 이러한 연유로 자치사무에의 적용과 관련하여서도 지방자치법 제15조 단서는 합헌으로 이해되어야 한다. 우리의 관례가 합헌론을 취함은 물론이다.[52]

---

51) 합헌론의 논거 예로 "지방자치단체의 조례제정권은 헌법 제117조 제1항에서 일반적으로 부여되어 있는 것으로서, 이러한 조례는 민주적으로 구성된 지방의회에 의하여 제정되는 것이라는 점에서는 행정입법(위임명령·집행명령)과는 달리 오히려 법률에 가까운 성질을 가지는 점을 부인할 수 없다고 본다. 그러나 국민의 전체의사의 표현으로서의 법률과 제한적 지역단체 주민의 의사의 표현인 조례와의 사이에는 그 민주적 정당성에 있어 차이를 인정할 수밖에 없을 것이다. 그러한 점에서는 국민의 기본권의 제한은 법률에 의해서만 가능하다고 할 수 있을 것이고, 기본권을 제한하는 조례는 법률의 위임이 있는 경우에만 제정될 수 있다고 보아야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항이 기본권제한에 대한 법률유보원칙을 명시하고 있는바, 여기서의 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률이라는 점에 대해서는 의문이 없다고 본다. 전술한 바에 따라 지방자치법 제15조 단서는 법률유보원칙과의 관계에서 인정되는 헌법 제117조 제1항의 내용을 확인하는데 그치는 것으로서, 이 단서규정의 위헌성의 문제는 없다고 본다"를 제시할 수 있다. (김동희, 전게서, p. 69.)

52) 대판 1992. 6. 23. 92추17; 대판 1995. 6. 30. 93추113(지방자치법 제15조는 …라고 규정하고 있는바, 이는 국민의 자유와 권리를 제한함에 있어 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항에 근거한 것이다).

그러나 이러한 이유로 국민의 자유와 권리에 대한 제한과 주민의 권리제한과 의무부과를 동일시 할 수는 없다고 본다. 주민은 동시에 국민으로서 헌법상의 국민의 자유와 권리를 당연히 보장받는다. 마찬가지로 지역의 공공복리와 질서유지의 책임을 다하기 위해 지방자치단체가 지역의 통치단체로서 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 것은 헌법상 지방자치권의 보장에 포함된 가장 본질적인 사항이다. 헌법 제37조 제2항이 주민의 권리제한, 의무부과 등을 일반적으로 법률유보하고 있다고 새기는 것은 논리의 비약이라 할 것이다. 외국사례를 들지 않는다 하더라도 지역의 공공복리, 질서유지를 위한 규제조례의 제정에 관한 헌법상의 법률유보규정이 없음에도 불구하고 이를 지방자치법에 규정한 것 자체가 지방자치권 침해의 소지를 가진다. 그 이유는 주민의 권리제한, 의무부과는 그 주체와 객체가 주민이므로 명백히 조례의 입법소관사항이지 법령의 입법소관사항이 아니기 때문이다. 입법실무적으로도 248개 지방자치단체 주민의 권리제한, 의무부과 사항을 각 지방자치단체의 필요시마다 일일이 법령에서 위임한다는 것은 입법실무적으로도 불가능하고 바람직하지도 않다.

둘째, 지방자치법 제15조 단서규정의 합헌론으로서 헌법 제117조 제1항은 제도보장에 관한 규정이지 기본권에 관한 규정은 아니라고 본다. 제도보장이 최대한의 보장인가 아니면 최소한의 보장인가에 관해서는 의견이 갈릴 수 있을 것이나,[53] 적어도 제도보장규정이 기본권규정을 대체할 수 없다는 점만은 분명하다고 할 것이다. 논자에 따라서는 헌법상의 모든 조문이 동등한 가치를 갖는다고 주장할 지 모를 일이나, 헌법규범에도 단계구조가 있다고 보고 헌법 제10조와 헌법 제37조 제2항은 헌법 제117조 제1항을 능가하는 규정이라 판단하기도 한다.[54]

---

53) 김철수, 「헌법학개론」, 서울: 박영사, 1996, p. 240.

이에 대한 반론으로서는 만일 법령에 위반된 조례가 있다면 규범통제장치가 작동될 것이고 우선 주민이 이러한 조례를 용납하지 않을 것이며 지방의회 역시 주민의 공감대가 형성되지 않는 규제조례를 제정함으로써 차기선거에 영향을 줄 조례는 당연히 제정하지 않을 것이기 때문이다. 오히려 사회적 사실의 변화에 기민하게 대처하기 어려운 법령보다 규제조례가 지역의 공익과 질서유지를 통한 국민의 기본권 보장범위의 확대에 시의적절하게 대처할 수 있는 기능을 갖는다. 위법한 조례의 제정에 대해서는 국가와 사법부가 당연히 개입할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있으며, 주민도 조례개폐청구권이 있어 규범통제 통로가 이미 확보되어 있기 때문에 문제가 되지 않는다. 법리적으로도 주민이 공공복리와 지역의 질서유지를 위한 권리제한, 의무부과조례를 자율적으로 수용하겠다는데 국가가 일일이 법령유보를 요구하는 것은 억지논리에 불과하다. 입법실무적으로도 국회가 자치단체의 입법수요를 충족시키기가 어려울 뿐 아니라 이것이 오히려 주민의 기본권을 침해하고 법령으로 지방자치권을 현저하게 침해하는 결과를 초래하게 될 것이다.

셋째, 지방자치법 제15조 단서규정의 합헌론으로서는 법률의 근거 없이도 기본권을 제한할 수 있다고 한다면, 국가의 입법자인 국회는 지방의회의 입법을 고려하여 국민의 기본권침해에 관한 입법을 게을리 할 가능성이 생겨난다고 주장할 수 있다. 즉, 국회의원들이 유권자들을 의식하여 기본권침해에 관련하는 법률들을 제정하지 않아도 지방의회에서 조례입법으로 그에 관해 규율할 수 있다고 인식하게 되면, 결과적으로 국회는 입법을 게을리 할 수 있을 것이다. 말하자면 국회가 국가의 기본적인 법질서의 형성자로서의 책임을 회피할 수 있게 하는 구실을 가져올 수 있다는 주장이다.[54]

54) 홍정선, 전게논문, p. 23.

그러나 이러한 견해는 국회와 지방의회 상호간 입법소관사항이 법체계상 명백하게 구분되어 있음에도 불구하고 국회가 그 입법자로서의 의무를 게을리 하게 될 것이라는 예상에는 동의할 수 없다. 따라서 양 입법기관은 각각의 입법소관사항에 관한 성실한 입법자로서의 기능을 수행하게 될 때 국민과 주민의 기본권이 충실하게 보장될 것이다.

넷째, 자치사무가 대체로 복지사무이기 때문에 그 사무의 구체적인 수단까지 비규제적·비침해적인 것을 의미하는 것으로 보아서는 안된다. 법생활의 실제상으로는 오히려 개별·구체적인 수단이 중요한 문제가 됨을 상기할 필요가 있다. 요컨대 지방자치단체의 자치사무 중에는 규제적·침해적 성질의 사무는 규제적 수단이 동원되어야만 그 실현이 담보되는 경우도 적지 않다.[56] 이러한 규제조례에 의한 기본권 침해가능성을 지방자치법 제15조 단

55) 홍정선, 전게논문, p. 23.

56) 예컨대, 서울특별시 일반폐기물관리에 관한 조례 제22조를 들 수 있다. 즉 동 조례의 근거법인 폐기물관리법 제6조 제3항은 함부로 폐기물을 버린 자 등 법위반자에 대하여 100만원 이하의 과태료에 처한다고만 규정하고 있을 뿐, 위임규정을 두고 있지 않음에도 불구하고, 위 서울시조례는 1킬로그램 미만의 일반폐기물을 버린 자는 4,000원의 과태료를 과하는 것으로 정하는 등, 위반 행위의 경중과 태양별로 과태료를 상세히 규정하고 있는데, 이러한 조례는 합헌·합법적인 것으로 보아도 좋을 것이다. 한편, 지방자치법 제15조 단서를 합헌시하는 입장에서도 「입법자가 직접 규율하지 않아 법령에 의해 규정되지 않은 영역에 대해서는 조례제정권이 원시적인 자주적 권리의 성질을 갖는 것이므로 법령에 없더라도 직접 스스로 규정할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 당해 권리제한이나 의무부과가 지역적 관련성을 강하게 갖는 경우에 특히 해당한다고 볼 수 있다」라고 기술하고 있는 바, 결과적으로 이 곳에서 견해가 일치되는 것으로 보인다.(류지태, 「행정법신론」, 서울: 신영사, 1995, p. 723; 김남진, "조례제정의 법적 문제", 「법제연구」, 통권 제9호, 1995, 한국법제연구원, pp. 18-20)

「국민의 자유와 권리 등에 관한 사항은 법률에서 개별적 위임을 받지 않으면 제정할 수 없다는 견해도 있다. 이러한 견해에서는 지방자치법 제15조 단서는 당연한 것을 정한 것이므로 문제가 없다고 한다. 그러나 이러한 입장에 선다면 조례제정권은

서규정의 합헌론의 근거로 삼고 있다. 이와 관련해서는 뒤의 벌칙제정권에서 상설하고자 한다.

다섯째, 특정지역 1인의 주민의 기본권도 모든 국민의 기본권과 마찬가지로 중요한 것이다 이는 우리의 헌법이 인격주의에 입각하고 있다고 보기 때문이다.[57] 이 견해에는 누구도 이의를 제기할 자가 없을 것이다. 개인의 기본권도 국가의 안전보장, 공공복리와 질서유지를 위해서는 국회가 제정하는 법률로 필요 최소한의 범위 안에서 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있는 것처럼 지역의 공공복리와 질서유지를 위하여 지방의회에서 조례로써 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합되는 것으로서 결코 실정법주의를 침해하는 것이 아니다.

요컨대 지방자치법 제15조 단서에 대한 합헌론의 논리는 조례가 국민의 기본권의 보장을 상대화시킬수 있는 입법권을 부여받은 사실이 없고 규범통제 장치가 있다는 것을 간과한 것이다. 또한 조례가 주민의 대표에 의하여 제정되는 자율적인 법규범으로서 민주적 정당성을 갖는다는 것을 도외시한 것으로 법률만이 주민의 기본권을 보장하는 수단이라고 주장하는 것은 법률지상주의적이며 전근대적인 발상이라 할 수 있다. 근대국가 이후로 국가권력과 지방자치권은 헌법상 국가와 지방자치단체에 수권되어 국민과 주민의 통제 아래 놓여 있다. 국가는 기본권 제한규정을, 지방의회는 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례의 제정을 통하여 법치주의의 헌법원리를 실현할 수 있으며, 이는 행정의 실효성 확보를 위한 필요최소한에 그친다는 점에서 일반적으로 주민의 권리제한·의무부과를 법률유보하고 있는 지방자치법제15조 단서는 위헌적 소지를 가진다고 볼 수 있다.

국가행정기관의 위임입법의 하나로 전락하게 되고 헌법 제117조에서 보장하고 있는 지방자치권 자체가 무의미하게 되고 말 것이다.

57) 김철수, 상게서, p. 235.

헌법은 국민의 자유와 권리, 즉 기본권 관련 사항을 법률로써 제한하게 하였고, 조례로써는 법률이 정한 기본권 제한의 범위 안에서 주민의 권리제한, 의무부과를 정하는 것이므로 조례에 의한 국민의 기본권 제한을 상정하는 것 자체가 논리의 비약이다. 조례로써 정할 수 있는 것은 국민의 자유와 권리의 제한에 관한 것이 아니라 지역주민의 공공복리와 질서유지를 위한 최소한의 권리제한, 의무부과에 관한 사항에 한정되기 때문이다.

3) 법률유보의 위헌론

헌법 제37조 제2항은 국민의 기본권을 보장하기 위하여 법률유보를 엄격하게 규정하고 있는 것이므로 이를 근거로 지방자치법 제15조의 단서규정을 합헌으로 보는 데에는 문제가 있다. 여기에서는 이러한 주장이 어떠한 위헌의 소지를 가지는지에 대해 논의하고자 한다.

첫째, 헌법 제117조 제1항에서 조례제정의 범위에 대하여 '법령의 범위 안'으로 규정한 것은 자치에 관한 규정제정권을 포괄적으로 수권하기 위하여 법률유보를 명시하지 않고 법률우위의 원칙을 정한 것인 바, 지방자치법 제15조에서 헌법이 정한 법률우위의 원칙을 버리고 지방자치의 중요사항에 관하여 법률유보를 규정한 것은 헌법의 취지를 벗어난 것이다.

둘째, 지방자치법 제15조의 단서규정에서 말하는 주민의 권리제한이나 의무의 부과는 헌법상 기본권 보장의 대상인 '국민'이 아니라 지방자치단체의 '주민'이라는 사실을 간과하고 있으며, 조례의 효력이 지방자치단체의 관할 구역에 미칠 뿐이라는 사실을 감안하지 않은 결과라고 생각된다.[58] 주민의 대표들이 그 지역주민의 기본권을 보장하기 위해 민주적 정당성을 가진 지

58) 이주희, "지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위," 「자치연구」 제2권 제5호, 부산: 한국지방자치연구소, 1993. 봄, pp. 39-40.

방의회가 조례로써 입법을 자주적으로 제정하는 것은 자치입법을 보장하고 있는 헌법정신에 부합되는 것이다. 그러므로 주민이 그 대표를 통하여 자신의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례는 법령에 위반하지 않는 한 자율적으로 제정할 수 있다. 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항은 규칙으로는 정할 수 없고 반드시 조례로 정하여야 할 것이다.

셋째, 헌법 제37조 제2항에서 국민의 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정하고 있다. 이 규정은 필요한 경우에 국민의 자유와 권리는 법률의 형식으로써만 제한할 수 있다는 취지이지 지방자치의 본질적 중요사항인 주민의 권리제한과 의무부과까지를 법률유보한 것으로 볼 수는 없다. 오히려 자치에 관한 포괄적 규정제정권을 보장하고 있는 헌법 제117조 제1항에 따라 주민의 권리제한과 의무부과는 당연히 자율적인 조례로써 제한하는 것이 자치입법제도를 보장하고 있는 헌법의 취지이다.

아울러 헌법 제37조 제2항은 법률이 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정하고 있는 바, 헌법 제8장에서 지방자치를 보장하고 있는 이상, 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과할 때마다 법률유보하도록 규정한 지방자치법 제15조 단서조항은 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질적 요소를 침해하는 위헌적 규정으로 볼 수 있다. 따라서 헌법 제117조에서 보장하고 있는 조례제정권이 의미를 갖게 하기 위해 동조항을 국회에 입법권을 부여한 헌법 제40조에 대한 예외 규정 내지는 특례규정으로 보아, 국회가 국민의 자유와 권리에 관하여 법률로 정할 수 있는 것과 같이, 지방의회도 주민의 권리제한, 의무부과사항을 그것이 자치사무에 속하는 범위 안에서 조례로 정할 수 있다고 보아야 할 것이다.[59]

---

59) 박윤흔, 「최신행정법강의(하)」, 서울: 국민서관, 1995판 개정판, p. 134.

법률유보의 적용론을 주장하는 학자들은 기본권 보장이라는 대명제에 너무 집착한 나머지 지방자치단체와 사인(私人)의 법적 지위의 차이에 따른 본질적 차이점(헌법 제37조 제1항)과 지방자치에 관한 제도보장이 기본권 보장에 이바지하고 있다는 점, 그리고 독일의 지방자치현실이 우리와는 거리가 멀다는 점 등을 간과하였다는 비판을 면키 어려운 것으로 보인다.

주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항을 법률의 개별적·구체적 위임이 있는 경우에만 조례로 정할 수 있다는 주장은 확실히 우리 헌법이 제도로서 보장하고 있는 지방자치의 취지, 즉 지방자치단체의 전권한성 및 자기책임의 원칙을 보장하고 있는 것과도 배치된다고 할 것이다. 이 또한 조례도 주민의 직선으로 선출된 대표가 제정하는 것으로써 주민 스스로에 의한 자기구속성의 원리에 충실한 것이므로 국회입법에 적용되는 자기구속성의 원리와 차이가 없는 것이라는 조례의 본질을 무시하거나 너무 과소평가한데서 기인한 주장이라 평가된다. 따라서 지방자치법 제15조 단서 규정은 조속히 삭제되어야 할 것이다.[60]

나. 벌칙제정권

1) 죄형법정주의

조례에 의한 벌칙제정은 헌법이 부여한 조례제정권의 범위에는 포함되지 아니하고 지방자치법 제15조의 단서규정에 의해 비로소 부여된 권한이라는 견해와 헌법이 부여한 조례제정권의 범위에 포함된다고 보는 견해로 나뉘어져 있다.[61] 이 때문에 형사벌칙제정권을 조례에 인정하는 것이 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반

60) 유상현, 「조례의 법적 한계에 관한 연구」, 경희대 대학원 박사학위논문, 1995, p. 101.
61) 김철수, 「신헌법개론」, 서울: 박영사, 1981, p. 681; 박봉국, 전게서, p. 79.

되는 것이 아닌가 하는데 대하여 논란이 되고 있다.[62]

죄형법정주의[63]를 규정한 헌법 제12조 제1항은 국민의 자유권 보장을 목적으로 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 미리 규정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고, 성문 형벌법규체계를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가의 기본원칙이다. 이는 형벌법규의 법률주의(관습형금지의 원칙), 형벌불소급의 원칙, 절대적 부정기형금지의 원칙, 법규내용명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙을 그 파생원칙으로 한다.[64] 따라서 이러한 국가의 형벌권은 시민에 의해 선출되어 시민을 대표하는 입법권과 이와 독립된 사법권에 각각 형사입법과 형사재판을 분장시키고 제3의 권력인 행정권이 여기에 영향을 미치지 못하게 함으로써 시민의 자유를 최대한 확보하려는 것이다.[65] 국민이 스스로에게 형벌이 부과되는 것을 용납할 수 있으려면, 적어도 그 형식상 주민의 대표기관인 입법기관에 의해 성문화된 법이라야만 가능하다는 것을 의미한다.

그런데 형법은 범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서 법률·명령 등 성문법규에 의하여야 한다는 죄형법정주의 원칙에 입각하고 있는데 법령에 조례가 포함되는가가 관건이다. 이에 대해 지방자치법은 '벌칙에 관한 사항을 조례로써 규정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다'(지방자치법 제15조 단서규

62) 박윤흔, "법령과 조례와의 관계", 「고시계」, 제37권 제11호, 서울: 국가고시학회, 1992. 11, p. 48.

63) 죄형법정주의는 행위시의 법률에 의해서 법리를 구성하지 아니하는 행위는 처벌받지 아니한다는 원칙을 의미한다. 구체적으로는 첫째, 법률이 없으면 범죄도 없다. 둘째, 사전에 제정된 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다. 셋째, 죄가 없으면 벌이 없다는 원칙이다(허영, 「한국헌법론」, 1997, p. 340).

64) 권영성, 「헌법학원론」, 서울: 법문사, 1997, p. 377.

65) 김일수, 「형법학원론(총칙강의)」, 서울: 박영사, 1988, p. 133.

정)고 명시하고 있다. 벌칙이란 통치권에 의거하여 벌을 과할 것을 정한 규정이므로 지역단위의 통치단체라고 할 수 있는 지방자치단체가 헌법에 보장된 지방자치권력을 행사함에 있어서 주민의 대표기관인 지방의회가 자치입법권을 가지는 이상 자치사무를 수권하고 기속하는 조례제정권에는 벌칙제정권까지도 당연히 포함하는 것으로 보아야 할 것이다.[66]

죄형법정주의는 조례의 법적 지위를 법령과 동위의 법규범으로 인정할 수 있는 지의 여부와 관련되므로 조례준법률설을 받아들이는 한 법령의 범위 안에서 죄형조례주의로도 이해할 수 있을 것이다. 현행법에 의하면, 지방자치단체는 당해 지방자치단체의 조례로써 조례위반행위에 대하여 1,000만원 이하의 과태료의 벌칙에 처할 수 있으며(지방자치법 제20조), 사기 기타 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 액의 5배 이내의 과태료에, 공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료에 처하는 규정을 조례로써 정할 수 있다(지방자치법 제130조 제2항). 한편 보일러·난로·화로·건조설비·전기시설 그 밖의 화재 발생의 우려가 있는 설비 또는 기구의 위치·구조 및 관리와 불의 사용에 관하여 화재예방상 지켜야 할 사항은 시·도의 조례로 정하도록 되어 있고(소방법 제13조 제1항), 이 경우 조례로써 20만원 이하의 과태료를 정할 수 있다(동법 제13조 제2항). 이 외에 개별법에서 과태료의 부과·징수 권한을 지방자치단체의 장에게 부여하거나 위임한 경우도 있다. 지방의회가 과태료부과징수조례를 정할 경우, 지방자치법 제20조에서 규정하고 있는 상한액을 초과하여 규정하여서는 안된다.

---

66) 서원우, "조례제정권의 범위의 한계", 「고시계」, 제38권 제3호, 서울: 국가고시학회, 1993. 3, p. 183.

2) 조례에 의한 벌칙규정의 당위성

지방의 통치단체인 지방자치단체는 그 통치권에 의거하여 주민의 안전을 보장하며 행정목적의 실현과 확보 및 기본적 생활질서에 위반하는 반사회적 조례위반행위에 대하여 다음과 같은 사유로 행정상의 의무이행강제와 행정상의 제재를 권력적 수단으로서 행사할 수 있어야 한다.

첫째, 자치입법권의 행사인 조례는 각종 단체의 내규 등과 달리 벌칙을 제정하여 그 조례의 강제력을 확보할 수 있어야 한다. 자치입법권은 자치사무를 수권하고 기속하는 수단으로서 금지를 내용으로 하는 조례의 부작위의무의 불이행에 대하여 벌칙을 정할 수 없다고 한다면 그 실효성은 극히 미흡할 수밖에 없을 것이고 이는 금지로서의 실체도 가지지 못하는 것이다. 예컨대 「증언감정 등에 관한 조례」에서 벌칙을 입법할 수 없다면 지방의회의 조사권은 유명무실해지고 말 것이라는 점은 자명하다.[67] 이러한 점에서 헌법이 보장하는 조례제정권은 지방자치권에 상응하는 벌칙정립권을 포함하는 것이라고 하여야 할 것이다.[68]

조례위반행위에 대하여 벌칙을 부과하는 규제조례는 헌법상 법치주의의 요구이다. 규제조례는 주민의 기본권을 확대하고 이를 적극적으로 보장하기 위하여 제정되는 것이므로 이로 인해 주민의 기본권이 침해당할 우려가 있다는 이유로 조례의 실효성 확보에 필수적인 수단인 규제조례제정 자체를 법령유보하는 것은 조례의 벌칙규정에 대한 규범통제수단이 국가 또는 상급자치단체의 재의결요구권, 대법원 또는 헌법재판소에 의한 사법심사, 주민의 조례개폐청구 등 다양하게 제도화되어 있기 때문에 설득력이 부족하다. 오히려 지방자치단체는 종합행정과 행정경찰기능을 수행하고 있으며 지방자

67) 김순태, "조례상 벌칙규정과 죄형법정주의", 「입법조사연구」, 통권 제234호, 1995. 8. pp. 73-74.

68) 高田敏, 「條例論」, 現代行政法大系(地方自治)」, 8, 有斐閣, 1984, p. 192.

치행정작용이 광범위하고 다양할 뿐만 아니라, 주민들의 적극적인 행정서비스에 대한 요구와 지역간 대립되는 이해관계의 조정을 담당하여야 하므로 지방자치행정의 실효성을 도모하기 위한 행정상의 제재수단도 다양화되어야 할 필요가 있다.

둘째, 지방자치단체의 조례위반행위에 대한 벌칙은 법령의 위임에 의해서가 아니라 주민의 대표인 지방의회가 제정하는 조례로 정하는 것이 헌법상의 취지이다. 만일 지방자치행정의 실효성을 보장할 수 있는 제재수단이 과태료에 불과한 현행 제도를 그대로 유지한다면, 그 이후에 지방자치행정의 행정목적 달성에 심각한 문제들이 지속적으로 제기될 것이다.[69]

3) 현행 벌칙규정의 문제점

헌법 제12조의 죄형법정주의는 중앙정부 및 지방자치단체의 재량에 따른 행정권에 의한 인권침해로부터 개인의 인권과 자유를 보장하기 위하여 제정법을 필요로 하는 것이다. 그런데 여기에서 말하는 제정법에는 법률뿐만 아니라 조례도 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다. 지방자치법 제15조 단서에서 벌칙을 정할 때, 법률의 위임을 요하도록 제한한 것은 지방자치단체의 자치권행사를 실질적으로 억제하는 위헌적 조치라 할 수 있다.[70]

가) 법률위임 없는 과태료 벌칙부과는 위법

문제의 핵심은 지방자치법 제15조 단서에서 조례로 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하는지의 여부와 관련된 사항이다. 지방자치법 제15조 단서 중 벌칙의 법률유보규정이 있는 한 해석에 의해 법률유보 없는 과

69) 지방자치단체에 의한 비디오방규제조례의 제정을 정부가 금지함으로써 탈선의 온상이 되었다.

70) 서원우, "조례제정권의 헌법적 보장", 「헌법논총」, 헌법재판소 제5집, 1994. p.125.

태료 벌칙부과 조례제정은 위법이다. 조례위반행위에 대한 과태료처분이 논리적으로 가능하려면 우선 조례위반행위가 존재하여야 하는데, 이러한 조례위반행위는 조례에 의하여 부과된 의무의 위반을 전제로 하는 것이다. 그런데 제 15조 단서에 의하면 법률의 위임이 없이는 조례로 의무를 부과할 수 없게 되어 있으므로, 법률의 위임이 없는 경우에는 의무위반이 있을 수 없다. 결국 법률에서 의무의 부과를 위임하면서 처벌조항을 두고 있지 아니하거나 처벌조항을 조례에 위임한 경우에만 제20조의 규정에 의하여 과태료를 부과할 수 있기 때문에 제20조가 과태료부과를 위한 독립적인 근거가 되는 것이라고 하더라도 법률의 위임이 없으면 과태료를 정할 수 없다는 결론에 이르게 된다.[71] 따라서 법률유보 없이도 지방자치단체가 조례위반행위에 대하여 과태료부과 벌칙을 제정하기 위해서는 조속한 입법개선이 필요하다.

나) 조례에 의한 형사벌칙 부과의 당위성

앞서 논의한 바대로 조례에 의한 벌칙규정의 당위성은 조례로 형사벌칙을 부과할 수 있는가 하는 문제로 연결된다. 지방자치법 제20조 제1항은 1994년 '지방자치단체는 조례로써 조례위반 행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다'로 개정되었다. 그런데 과거 지방자치법 제20조는 시·도는 당해 지방자치단체 조례로써 3개월 이하의 징역 또는 금고, 10만원 이하의 벌금·구류·과료 또는 50만원 이하의 과태료의 벌칙을 정할 수 있도록 규정함으로써 행정목적의 실현을 위한 다양한 제재수단을 행사할 수 있었다. 그러나 이 규정이 헌법 제12조의 죄형법정주의에 위반된다는 주장을 받아들여 개정된 것이었다.

이는 아래에서 논의할 양형상의 문제가 제기될 뿐 아니라 과태료의 수단

71) 조정찬 외, 「법률교육교재 I」, 법제처, 1999, pp. 191-192.

에만 의존해야 하기 때문에 행정실효성 확보 측면에서도 근본적인 한계를 지니게 된다. 또한 지방자치법은 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·과태료 등을 조례로써 주민에게 부과할 수 있도록 규정(동법 제20조, 제130조)하고 있음에도 불구하고 동법 제15조 단서에서 주민의 권리제한 및 의무부과에 대하여 일반적으로 법률에 유보하고 있는 것은 지방자치법의 조문상호 간에도 법리적으로 상충됨을 보여준다. 그러므로 주민의 권리와 의무는 지방자치법령과 지방자치법에 근거한 개별법령에서 보장되고 있기 때문에 이를 법령으로 제한하고자 할 때에는 헌법상 보장된 지방자치의 본질을 존중하는 차원에서 입법자제가 요청되며 법령의 규정이 없는 사항에 대해서는 당연히 조례로써 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 있다.[72]

다) 양형상의 문제

현행 지방자치법 제20조 제1항에 따라서 지방자치단체의 행정의 실효성 확보를 위하여 조례로 정할 수 있는 벌칙을 과태료에 한정하고 형량을 과태료 1,000만원으로 정한 것은 다른 벌금, 과태료와 비교해 볼 때 양형상의 문제가 제기된다.[73] 과태료액수를 이렇게 1천만원 까지로 한 이유는 첫째, 징역·벌금형을 삭제한데 따른 보완수단으로 선택한 것이며 둘째, 행정형벌을 제외한 질서벌로써 행정형벌의 효력을 기대하다 보니 1,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하여 상한선이 높아지게 된 것으로 보인다. 이로 인하여 현행 지방자치법 제20조는 벌칙을 과태료 부과로 한정함으로써 벌칙제정과 관련하는 한 지방의회의 지위는 약화되는 결과를 가져왔다.

조례제정시 지방의회는 폭넓은 형성의 자유를 가진다. 그것은 일종의 입법재량에 속한다고 볼 수 있으며, 형량의 문제를 포함한다. 이런 경우의 형

72) 이주희, 전게논문, p. 40.
73) 김동희, 「행정법 II」, 박영사, 1997, p. 30.; 김성호, 전게서, 1995, pp. 190-191.

량은 사물의 상황에 대한 세심한 탐구를 기초로 하고, 관련 이해를 합리적으로 고려하여야 하고, 지역공동체의 객관적인 의사의 탐구에 부응하는 것이어야 한다. 다시 말해 조례는 사항에 적합하고 목적에 적합한 것이어야 하며 규율내용은 명확하여야 한다. 특히 조례에 의한 개인의 권익침해가능성이 증대하면 증대할수록, 그 규율대상은 더욱 명확하여야 할 것이다. 개인의 기본권을 존중하고 또한 평등·비례원칙에 부합하는 것이어야 함은 새삼 논할 필요가 없을 것이다.[74]

4) 벌칙규정 법률유보의 합헌설

벌칙을 정하는 조례를 위임입법으로 간주할 경우 위임입법과의 균형상 헌법 제75조의 수권법률 및 지방자치법 제20조에서 구체적으로 '범위를 정하여' 위임하여야 수권법률이 합헌이 되고 그렇지 못한 경우에는 위헌이 된다[75]는 것이다. 조례에 의한 직접적인 벌칙제정을 부정하는 주요 논거로써는 첫째, 국민의 자유와 권리는 법률로써만 제한할 수 있으므로(헌법 제37조 제2항) 지방자치법 제15조 단서규정의 폐지는 헌법 제37조 제2항에 위배된다. 따라서 법률의 구체적인 위임이 있어야 하며,[76] 법률이 위임할 때에는 죄형법정주의의 취지에 비추어 그 구성요건과 양형의 범위 등에 관하여 구체적인 범위를 정하여 위임하여야 할 것이다. 다만, 대통령령 기타 명령의 위임으로는 조례에 벌칙을 둘 수 없다.

둘째, 조례위반 행위에 대한 벌칙의 양형은 1천만원 이하의 과태료를 초

74) 홍정선, 전게논문, pp. 39-41, p. 44.
75) 박윤흔, 전게논문, p. 50.
76) 박봉국, 전게서, pp. 80-81. 그러나 현행법상 이러한 조례벌칙의 제정기준은 조례의 실효성 확보 측면에서 지방자치단체가 자치사무(고유사무)일지라도 법률의 위임이 없으면 조례로써 벌칙을 정할 수 없으므로 자치법규의 실효성을 확보하기 어렵다는 점이다.

과할 수 없다.[77] 따라서 벌칙은 그것이 형벌 혹은 질서벌이든 간에 법률에서 벌칙을 두는 경우, 그 위반행위가 가벌성의 정도에 비추어 상당한 것이어야 하며, 특히 조례에 벌칙을 정하고자 하는 경우에는 법률의 구체적 위임여부와 지방자치법상 양형의 제한기준 등을 고려하여야 한다. 구체적인 벌칙은 개별법에서 구성요건 등의 범위를 정하여 위임하여야 한다고 보는 것이다.

5) 벌칙규정 법률유보의 위헌설

헌법수권설은 조례에 의한 형사벌칙제정권이 헌법 제117조 제1항에서 직접 수권되어 있다고 보아 헌법 제12조에 대한 예외규정으로 보는 것이다. 지방의회가 조례로써 벌칙을 정하는 것은 지방자치단체의 행정목적 실현과 지역의 공공복리와 질서를 유지하고 조례의 실효성을 확보하기 위한 수단이므로 벌칙을 내용으로 하는 조례도 간접적으로나마 행정상 필요한 상태의 실현을 내용으로 한다고 볼 수 있으며, 따라서 헌법 제117조의 조례제정권에는 벌칙을 내용으로 하는 조례도 포함된다.[78] 헌법수권설이 다수설인 일본에서는 조례제정권 안에 벌칙제정권을 포함하는 것으로 보고 있으며, 일본 최고재판소가 합헌이라 판결한 바 있다.[79]

조례에 의한 벌칙제정권의 법령유보는 다음과 같은 사유로 위헌의 소지를 갖는다. 첫째, 죄형법정주의라는 것이 죄의 성립과 벌칙에 관하여 모든 사항을 언제나 법률로 정하라는 것은 아니라고 본다. 죄의 성립이나 처벌에

77) 그러나 과태료의 최고한도를 1천만원으로 규정하고 있는 현행 지방자치법 제20조는 형법상 벌칙으로서의 과태료 혹은 벌금액과 비교한다 하더라도 그 타당성에 대하여 의문을 가지지 않을 수 없으며 상대적으로 비례의 원칙을 침해하고 있으므로 입법적 개선이 시급하다. 또한 지방자치단체가 지역적 통치행위를 함에 있어서 과태료만으로 행정의 목적달성과 실효성을 보장할 수 있을 지 의문이다.

78) 김철수, 「헌법학개론」, 서울: 박영사, 1989, pp. 849-850.

79) 最高判, 1962年 5月 30日, 刑集 第16卷 第3號, p. 577.

관한 세부사항을 법률의 위임에 의거하여 법규명령으로 정할 수 있음은 분명하다(헌법 제75조, 95조). 타율적인 법규명령으로도 벌칙조항을 정할 수 있도록 하면서, 입법자인 지방의회가 조례로 벌칙사항을 정할 수 없다고 정하는 것은 비합리적이다.[80]

죄형법정주의에 관한 헌법 제12조와 위임입법에 의한 벌칙의 포괄위임을 금지한 헌법 제75조의 규정은 본래 행정부에 의한 형벌권의 남용을 방지하기 위한 규정이다. 죄와 벌은 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률의 개별적 위임에 의하여 제정된 위임입법에 의해서도 규정될 수 있다고 해석되는데,[81] 이러한 법규명령과는 달리 조례는 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로써 제정되는 민주적 정당성을 가진 법규범이기 때문에 법률에 준하는 법형식이라는 점에 합헌성의 근거를 둔다.[82] 즉, 행정청의 법규명령과 본질적으로 구별되는 조례는 지방의회에서 민주적 절차를 통하여 제정한 자치입법이므로 조례준법률설에 근거하여 조례의 벌칙제정권에 대한 법률의 수권이 일반적이고 포괄적이더라도 합헌으로 본다.[83] 따라서 조례로써 자치행정의 실효성을 담보하기 위하여 벌칙을 정하는 것은 죄형법정주의 원칙을 결코 저해하는 것이 아니며, 그러므로 이 때 죄형법정주의는 죄형조례주의로 이해할 수 있다.[84]

---

80) 홍정선, 전게논문, pp. 150-151.

81) 김보현·김용래, 「지방행정의 이론과 실제」, 서울: 법문사, 1982, p. 366.

82) 室井 力 外, 「地方自治」, 東京: 三省堂, 1980, p. 105.; 廣島高判,1951年12月4日, 高裁刑集, 第4卷 第14號 p. 2000.

83) 일본의 판례에 의하면 조례는 정부가 제정하는 명령과는 성질이 다르며, 국회가 제정하는 법률과 유사한 것이므로 조례에 의하여 형벌을 정하는 경우, 법률의 수권은 상당한 정도로 구체적이며 한정되어 있으면 족하다고 함으로써 大阪市買春團束條例를 合憲이라 하였다(最高判, 1962年 5月 30日, 刑集 第16卷 第3號, p. 577.)

84) 형사벌을 포함한 벌칙제정권이 헌법에 수권되었다고 보는 견해에서는 헌법 제12조의 죄형법정주의를 지방자치단체의 고유사무에 대한 벌칙에 있어서 죄형조례주의로

실질적으로 조례와 법률은 민주적 정당성에 있어서 동등할 뿐만 아니라 자율적인 법규범이므로 조례의 법형식으로 규정된 벌칙규정과 범죄의 구성요건이 지방자치법에 규정된 벌칙의 범위 안에서 제정되는 한, 헌법 제12조에 대한 위반으로 볼 수 없다. 또한 죄형법정주의는 조례에 의한 벌칙의 제정과 헌법 제12조의 죄형법정주의와의 관계를 가장 타당하게 정립한 이론이라고 생각된다. 조례준법률설에 의하면, 형사벌칙까지도 조례에 일반적으로 위임하는 것이 가능하므로 벌칙을 조례로 정할 수 있도록 규정한 구지방자치법 제20조는 일반적·포괄적 위임규정으로써 처벌에 관하여 개별법률로 정하도록 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항의 위반은 아니라고 본다.[85] 이러한 관점은 조례제정권이 자치에 관한 규정을 제정하고 그 실효성을 확보하기 위하여 벌칙제정권까지도 포함한다는 입장으로서 지방자치법 제15조 단서규정을 위헌조항으로 해석한다.[86]

둘째, 지방자치법 제15조 단서가 '다만, 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다'고 규정하는 바, 제20조는 제15조의 위임에 따른 규정으로 보아야 할 것이다. 그리고 제20조는 구체적으로 범위를 정한 위임이 아니므로 위임조항이 될 수 없다는 논리도 정당하지 않다. 구체적 위임의 법리는 헌법상 기본적으로 법규명령(대통령령·총리령·부령)의 경우에 적용되는 것이고, 조례의 경우는 사정이 다르다고 보아야 하기 때문이다.[87] 조례에 대한 위임은 개별·구체적인 것이 아니어도 좋다. 구법상의 벌칙조항이 현재의 내용으로 개정된 이유는 조례로써 징역 등 벌칙을 두는 것은 헌법 제12조 상의 죄형법정주의에 반한다는 주장이 우세한 때문인 것으로 보인다.[88]

이해하게 된다(박윤흔, 전게논문, p. 49).

85) 홍정선, 전게논문, p. 155.

86) 이주희, 전게논문, pp. 43-45; 서원우, 전게논문, p. 183.

87) 홍정선, 전게논문, pp. 150-151.

88) 김남진, "조례제정의 법적 문제", 「법제연구」, 통권 제9호, 1995, 한국법제연구원, p. 25.

사법에 관한 사항은 전국적 통일을 요하는 국가적인 사항으로써, 일반적으로 법률로 정함이 바람직하다고 여겨진다. 그러나, 구법에 있어서와 같이 지방자치단체가 정할 수 있는 벌칙의 최고 한도를 법률로써 정해 놓고 그 한도의 이내에서 자치단체로 하여금 조례로 벌칙을 정하는 것이 반드시 헌법에 위반되는 것으로는 생각되지 않는다. 이 점은 명령에 대한 법칙의 위임도, 법률이 그와 상한을 두고 있는 경우라면 허용되는 것으로 보는 것이 통설적인 것에 비추어 보더라도 더욱 그러하다.[89]

셋째, 구 지방자치법 제20조는 범죄의 구성요건에 관한 백지위임에 해당되므로 죄형법정주의에 반한다는 주장을 들 수 있다. 이러한 견해는 조례의 법적 지위를 일종의 위임입법으로 간주한 데서 기인된 것이다. 그런데 범죄의 구성요건은 위법인 행위 중 특히 범죄로써 처벌할 가치가 있다고 인정되는 것을 형법 각 조항으로 유형화하여 개념 규정한 것이다. 그러나 고의, 과실, 기타 책임의 기초가 되는 주관적 요소도 구성요건의 내용으로 유형화되어 있다. 이따금 구성요건은 형법 이외의 다른 법규범 혹은 사회규범 등에 의한 보충적 평가와 관단을 기다려서 비로소 그 의미, 내용, 한계를 명확하게 확정할 수 있기 때문에 규범적 가치개념이 구성요소에 사용되는 것을 피할 수 없다.[90]

지방의회가 처벌할만한 가치가 있다고 인정되는 사항에 대하여 법률이 정한 범위 안에서 구성요건을 갖추어 조례로써 처벌규정을 둔다면, 형식적인 법률의 범죄구성요건에 해당하는 몰가치적·객관적 행위만이 범죄로 될 수 있다고 보는 죄형법정주의 원칙에는 적합하지 않으나, 조례의 법규적 성격과 그 민주적 정당성 및 실효성 확보를 고려할 때 벌칙제정권은 인정되는

89) 김남진, 「행정법 I」, 서울: 법문사, 1995, p. 169.
90) 정영석, 「형법총론」, 서울: 법문사, 1986, pp. 93-94.

것으로 보아야 할 것이다.

넷째, 시각에 따라서는 지방자치단체는 오로지 행정단체라는 전제하에 행정단체인 지방자치단체(지방의회)에 벌칙제정권을 부여할 수 없다는 주장도 있을 수 있는데, 이것 역시 지방의회의 성격에 대한 오해에 기인하는 입장이라 하겠다. 지방의회가 궁극적으로는 행정권에 귀속하는 지방자치단체의 한 부분기관이라 할지라도, 그 구성에 민주적 정당성을 갖는 대표자로 이루어지고 있다는 점을 간과하여서는 아니될 것이다. 따라서 지방의회를 오로지 행정기관의 시각으로만 보는 것은 정당하지 않다[91]

제2절 판례 동향

1991년부터 1998까지 조례와 관련한 대법원 판례를 보면 지방자치법 제15조 단서조항 위반조례는 12건, 법령초과조례는 33건, 기관상호간 대립관련 조례는 9건이고, 이중 일부무효판결을 받은 것은 9건에 해당한다(중복된 경우는 제외하였다). 다음은 조례관련 판례의 유형을 구분하고자 한다.

91) 홍정선, 전게논문, pp. 150-151.

1. 판례의 유형

구분	사건번호	사건명	비고
자치법 15조 단서 위반 (12건)	1) 대법원 1998. 9. 8. 선고 98추26 판결	청성군계증명등수수료징수조례중 개정조례무효확인	적법
	2) 대법원 1997. 10. 14. 선고 97다21253 판결	산청군 계증명등수수료징수조례(부당이득반환)	적법
	3) 대법원 1997. 9. 26. 선고 97추43 판결	전라북도의회행정사무감사 및 조사에 관한 조례중 개정조례안재의결무효확인	
	4) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결	수원시 자동차차고지확보등에관한조례안재의결무효확인	
	5) 대법원 1997. 2. 14 96추 183 판결	경상남도의회사무처의 설치 및 사무직원의 정수 등에 관한 조례안중 개정조례안	
	6) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96추121 판결	서울특별시의회사무처설치조례중개정조례안무효확인등	
	7) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누7994 판결	경기도의회의 두밀분교통폐합에 관한 조례(폐교처분취소)	적법
	8) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추 113 판결	서울특별시의회에서의 증언·감정 등에 관한 조례(안)무효확인청구	
	9) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추76 판결	'충청북도의회에서의 증언·감정등에관한 조례(안)'무효확인청구의소	
	10) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결	경상북도의회에서의 증언·감정등에관한 조례안무효확인청구의소	
	11) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결	전라북도공동주택입주자보호를위한조례안무효확인	
	12) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결	청주시 행정정보공개조례(안)재의결취소	적법

구분	사건번호	사건명	비고
개별 법령 위반 (33건)	1) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99추23 판결	안양시건축조례중개정조례안재의결무효확인	
	2) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98추40 판결	마산시주택임대차계약증서확정일자부여업무조례무효확인	
	3) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97누13689 판결	서울특별시양천구도로점용료징수조례(도로점용료부과처분취소등)	적법
	6) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96추169 판결	서울특별시의회사무처설치조례중개정조례안무효확인	
	7) 대법원 1997. 7. 9. 자 97마1110 결정	서울특별시의 체육시설에 대한 사용료징수조례에 의한 보험금추심금지가처분	적법 (유효)
	8) 대법원 1997. 6. 10 96추237 판결	개정조례안재의결무효확인	
	9) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결	저소득주민생계보호지원조례안재의결무효확인	적법
	10) 대법원 1997. 4. 11. 선고 96추138 판결	충청북도'청소리옴부즈만조례안'재의결무효확인	
	11) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96추60 판결	하남시의회 '행정심판청구지원조례안'재의결무효확인	
	12) 대법원1997. 2 25. 96추213 판결	'인천광역시남구의회행정사무감사및조사에관한심문에 따른 차등개정조례안' 무효확인	
	13) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96추114 판결	'무주군 사무위임·면위임조례'중개정조례안의결무효확인	

구 분	사건번호	사건명	비고
개별 법령 위반 (33건)	14) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96추84 판결	학교급식시설지원에 관한 조례안재의결 무효확인	적법
	15) 대법원 1996. 10. 15. 선고95추56 판결	경기도의회사무처설치조례중개정조례안 재의결무효확인	
	16) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96추 22 판결	인천광역시'시세감면조례'중 개정조례안 무효확인	
	17) 대법원 1996. 7.9. 선고 94다31112 판결	춘천시의 급수조례의 부당이득금 반환	적법
	18) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96추46 판결	주택개량재개발사업지구 청산금징수조례 안재의결무효확인	
	19) 대법원 1996. 2. 13. 선고 95도1993 판결	대기환경보전법위반	
	20) 대법원1995. 12. 22. 선고 95추32 판결	'양평군묘지등설치허가시주민의견청취에 관한조례안' 재의결무효확인	
	21) 대법원 1995. 11. 28. 선고95다18185 판결	'서울특별시도시개발사업에대한시세과세 면제에관한조례 제2조 제1항 제2호'에 의한 부당이득금반환	
	22) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94누5694 판결	관리처분계획인가처분취소	
	23) 대법원 1995. 7.11. 선고94누4615 판결	건설업영업정지처분무효확인	
	24) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95추49 판결	연수구'공동구설치및점용료등징수조례 (안)'재의결무효확인	
	25) 대법원 95. 4. 25. 선고 93누17850 전원 합의체 판결	청산금부과처분취소(서울특별시 동작구 주택개량재개발사업조례)	

구 분	사건번호	사건명	비고
개별 법령 초과 (33건)	26) 대법원 1995. 4. 11. 선고 95추18 판결	아산시결산검사위원선임및운영에관한조례안무효확인	
	27) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93추144 판결	경기도도시계획위원회조례중개정조례안무효확인	
	28) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93누9170 판결	'구 서울특별시재개발구역내토지및건축물에대한시세 과세면제에 관한 조례'에 의한 취득세부과처분	
	29) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결	전라북도행정불만처리조례안무효확인	
	30) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93누11302 판결	'조치원남리지구토지구획정리사업시행조례'에 대한 환지예정지정처분취소	적법
	31) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92추93 판결	도시계획위원회조례중 개정조례안무효확인	
	32) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결	지방의회조례안의결취소: 관련조례-광주직할시서구주택건설사업계획림지심의회운영조례안, 광주직할시서구동정자문위원회조례중 개정조례안	
	33) 대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결	유지점용료부과처분취소: 관련조례-서울특별시 공유수면점용등징수조례	
기관 상호간 대립 (9건)	1) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다61562 판결	부당이득반환	
	2) 대법원 1997. 6. 19 선고 95누8669 전원합의체 판결	임원취임승인취소처분등 취소	적법
	3) 대법원 1994. 9. 13. 선고 94누3599 판결	의료업무정지처분무효확인-관련조례: 서울특별시 행정권한위임조례, 서울특별시 강남구 행정권한위임조례	

구 분	사건번호	사건명	비고
기관 상호간 대립 (9건)	4) 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다13490 판결	부당이득금, 소유권이전등기(관련조례: 경상북도사무위임조례)	
	5) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다50454 판결	손해배상(관련조례: 서울특별시행정권한위임조례)	
	6) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결	지방의회조례안의결취소(관련조례: 광주직할시서구주택건설사업계획협의심의회 운영조례안, 광주직할시서구동정자문위원회조례중 개정 조례안)	
	7) 대법원 1991. 11. 21. 선고 91다22148 판결	손해배상(자)(관련조례: 전라남도 사무위임조례)	
	8) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결	공유재산관리조례중개정조례안재의결무효확인	
	9) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95추87 판결	국·시비보조금신청절차에 관한 조례안무효확인(관련조례: 대전광역시 유성구 국·시비보조금신청절차에 관한 조례안)	
일부 무효 (9건)	1) 대법원 1997. 6. 19 선고 95누8669 전원합의체 판결	임원취임승인취소처분등 취소	
	2.) 대법원1997. 4.25. 선고 96추251 판결	차고지확보조례안재의결무효 확인	
	3) 대법원1997. 4.11. 선고 96추138 판결	옴부즈만조례안재의결무효확인(관련조례; 충청북도청소의옴부즈만조례안)	
	4) 대법원1997. 2 25. 선고 96추213 판결	개정조례안무효확인(관련조례: 인천광역시남구의회행정사무감사및조사에관한조례)	
	5) 대법원 1996. 12.10. 선고96추121 판결	서울특별 시의회사무처설치조례중개정조례안무효확인	

구 분	사건번호	사건명	비고
일부 무효 (9건)	6) 대법원1996. 5 14. 선고96추15판결	공유재산 관리조례중개정조례안재의결 무효확인결	
	7) 대법원 19949. 13. 선고 94누3599 판결	의료업무정지처분무효확인(관련조례: 서울특별시 행정권한위임조례, 서울특별시 강남구 행정권한위임조례)	
	8) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결	지방의회조례안의결취소(결)(관련조례: 광주직할시서구주택건설사업계획립자심의회운영조례, 광주직할시서구동정자문위원회조례중 개정조례안)	
	9) 대법원 1991. 11. 21. 선고 91다2214 8 판결	손해배상(관련조례: 전라남도 사무위임조례)	

2. 평 가

가. 지방자치법제15조 단서조항의 적용대상

헌법재판소는 담배자판기설치조례에 대한 결정문에서 이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있어 주민의 직업선택의 자유, 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법제15조 단서 조항의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임이 필요하다고 하였다(1995년 6월 30일 헌법재판소 결정례). 한편 대법원은 입찰참가자참가신청에 대하여 수수료를 징수하게 한 산청군의 제증명수수료징수 조례는 입찰참가자가 불특정다수의 주민에게 수

수료를 징수하는 것이 아니고 특정인에게 징수하는 것이므로 지방자치법제 15조 단서조항이 적용되지 않는 것으로 판결하였다(1997년 10월 대법원 97다21253 판결).

이 두 건을 비교하여 보아도 지방자치법제15조 단서의 적용대상을 달리 적용하고 있는 것을 볼 수 있다. 즉 지방자치법제15조 단서가 규정한 주민이란 불특정다수를 의미하는 것으로 파악된다는 점에서 지나치게 확대하여 조례제정권을 제한하고 있는 것으로 평가된다.

또한 차고지 확보조례에 대한 대법원판례(96추251 판결)에서도 유사한 경우가 보이고 있다. 차고지 확보를 위한 조례안이 자동차·건설기계 보유자에게 차고지 확보의무를 부과한 것은 결국 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 사항이므로 지방자치법 제15조 단서의 적용대상임을 분명히 하고 있다. 그러나 역시 자동차보유자라고 하는 특정인을 대상으로 한 것이지 불특정다수인 주민을 대상으로 한 것이 아니라는 점이 간과된 것이라 할 수 있다. 유사한 판례로서 부득이한 사유로 대지의 소유권을 확보하지 못하고 대지의 사용 승락을 얻어 주택을 건설하여 입주자를 모집하는 사업주체에 대하여 사업주체의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 사항이라 하여 지방자치법제15조 단서위반으로 판결한 경우도 있다(94추28판결). 이 또한 조례의 적용대상이 특정인인 사업주체라고 하는 점에서 지방자치법제15조 적용대상이 되지 않는 것으로 보아야 한다.

이상과 같이 지방자치법 제15조 단서조항의 적용대상에 있어 전문가 사이에 법원의 사법심사가 일관성을 잃고 있는 것으로 평가되는 것을 발견할 수 있다.

나. 지방자치단체의 정책적 조례의 위법성

수원시가 제정한 차고지 확보조례안이 다음과 같은 사유로 무효로 판결되었다(96추 251판결)[92] 첫째, 차고지확보제도 조례안이 자동차·건설기계의 보유자에게 차고지확보의무를 부과하는 한편 자동차관리법에 의한 자동차등록(신규·변경·이전) 및 건설기계관리법에 의한 건설기계등록·변경신고를 하려는 자동차·건설기계의 보유자에게 차고지확보 입증서류의 제출의무를 부과하고 그 입증서류의 미제출을 등록 및 신고수리의 거부사유로 하고 있다. 이는 결국 등록·변경신고를 하여 자동차·건설기계를 운행하려는 보유자로 하여금 차고지를 확보하지 아니하면 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다는 점에서 이는 주민의 권리를 제한하고 주민에게 의무를 부과하는 것임이 분명하므로 지방자치법 제15조 단서의 규정에 따라 그에 관한 법률의 위임이 있어야만 적법하다.

둘째, 도시교통정비촉진법 제19조의10 제3항에서 교통수요관리에 관하여 법에 정한 사항을 제외하고는 조례로 정하도록 규정하고 있고, 차고지확보제도는 차고지를 확보하지 아니한 자동차·건설기계의 보유자로 하여금 그 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것은 결과적으로 자동차 등의 통행량을 감소시키는 교통수요관리(그 중 주차수요관리) 방안의 하나에 해당하므로, 동법 제19조의10 제3항의 규정은 비록 포괄적이고 일반적인 것이기는 하지만 차고지확보제도를 규정한 조례안의 법률적 위임근거가 된다.

셋째, 차고지확보 대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록

92) 신봉기, "수원시자동차차고지 확보조례의 위법여부", 「헌법규범과 헌법현실」, 권영성교수정년기념논문집, 법문사, 1999. 11. pp. 730-747 참조

거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관한 조례안은 비록 그 법률적 위임근거는 있지만 그 내용이 차고지확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과한 것으로 무효이다.

그러나 이상과 같은 판결내용은 다음사항을 간과한 것으로 평가된다[93] 첫째, 여기서 주차장 설치사무는 반드시 지방자치단체로 하여금 국·공유토지 상에 주차장을 설치할 것을 요구하는 것은 아니며,[94] 또한 주차장은 자동차의 주차를 위한 시설로서 주차장법에 의하여 일반의 이용에 제공되는 노상·노외·부설주차장 외에 개인이 자가 또는 공유의 토지 상에 주차하거나 타인소유 토지에 유상 또는 무상으로 주차하는 옥내·옥외의 차고지를 포함하는 광의의 개념이라고 할 것이다. 뿐만 아니라 차고지확보사무가 국가사무에 해당되지 아니함은 지방자치법 제11조의 규정에서 명백히 알 수 있다. 또한 주차장과 차고지는 별개의 개념이고 지방자치법상의 주차장은 차고지를 포함하지 않는다고 볼 수도 있으나, 그렇다 하더라도 동법 제9조 제2항 사항은 예시사무에 불과하므로 차고지확보사무는 지방자치단체의 사무에 속한다고 할 것이다. 한편 도시교통정비촉진법은 도시교통정비기본계획을 수립함에 있어 「교통소통의 개선」 및 「주차장의 건설·운영」을 포함하여야 하고, 동법에서의 주차장의 의미를 주차장법의 주차장 개념에 한정한다는 규정도 없을 뿐 아니라, 차고지확보는 단체장 등이 교통수요관리(그 중 주차수요관리) 및 통행량 분산 또는 감소방안의 일환으로 시행하는 것이라 할 것이므로 동 법령에 의하더라도 차고지확보사무는 지방자치단체의 사무

93) 상게논문, pp. 730-747.

94) 지방자치단체가 조성행정적 차원에서 자가토지에 차고지를 설치하는 경우에 그에 소요되는 설치비용의 일부를 지원해 주기도 하고, 사인에 대하여 사설 공용주차장의 설치를 권장하거나 국·공유 또는 사유토지에 노상주차장을 설치하는 등의 방법으로 주민의 공공복리를 위하여 주차장 설치사무를 시행하고 있다는 점에서 그러하다.

에 속하게 된다고 할 것이다.

둘째, 교통정비촉진법 제19조의10 제3항에서 조례에 의한 규율이 가능하도록 하고 있다는 점에서[95] 이 사건의 경우에는 이러한 의문의 해결이 절실히 요구되는 것은 아니며 지방자치단체의 사무에 속한다는 것만으로 족하다고 할 것이다.

셋째, 차고지확보조례가 지방자치법 제15조 단서의 주민의 권리제한 또는 의무부과를 내용으로 하는 것에 해당하여 법률의 위임을 요하는 것인지가 문제된다.[96] 이는 차고지확보제도가 직접적으로는 차고지확보를 목적으로 한 것이지만 간접적으로는 등록·변경신고를 하여 자동차·건설기계를 운행하려는 보유자로 하여금 차고지를 확보하지 아니하면 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있는 것이라 할 것이므로, 자동차보유자라고 하는 특정인을 대상으로 한 것이지 불특정다수인 주민을 대상으로 한 것이 아니라는 점이 간과된 것으로 보인다.[97] 특히 「주차수요

95) 도시교통정비촉진법 제19조의10이 차고지확보조례의 법률상 위임근거가 된다는 점에 대하여는 아래 4. 부분 참조.

96) 대법원은 이 사건과 함께 선고한 사건(대판 1997. 4. 25, 96추244. 광주광역시동구 저소득주민생계보호지원조례안)에서 다음과 같이 지방자치법 제15조 단서의 해석을 완화하여 조례제정권의 범위를 획기적으로 확대하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 『지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다』 위 판례에 대한 평석으로는 김남진, "법정목적외 조례 및 초과조례의 승인", 법률신문 1999. 5. 3. 13/14면 참조.

97) 신교수는 「이 사건 조례안 소정의 차고지확보제도는 직접적으로는 차고지확보를 목적으로 한 것이지만 간접적으로는 등록·변경신고를 하여 자동차·건설기계를 운행

관리」 및 「기타 이에 준하는 통행량 분산 또는 감소방안」의 시행을 위하여 필요한 경우에는 단순히 주차요금의 인상이나 불법주차의 단속 등에 한정하지 않고 지방자치단체가 동법 제19조의10 제3항에 근거하여 자율적으로 차고지확보를 포함한 교통수요관리방법을 조례로써 정할 수 있도록 하고 있는 것이라고 할 것이다.

셋째, 이 사건 조례안은 전술한 바와 같이 도시교통정비촉진법 제19조의10의 교통수요관리의 시행이라는 공익적 견지에서 제정된 것이지 단순히 주차시설의 공급에만 그 목적을 둔 것이라고는 할 수 없기 때문에 이 점에서도 동 조항은 이 사건 조례안의 위임근거가 된다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 차고지확보조례안은 도시교통정비촉진법 제19조의10 제3항을 그 법률적 위임근거규정으로 하여 제정된 것이라고 보아야 한다[98]

동 조례안의 근거조항인 동법 제19조의10은 '도시교통의 원활한 소통과 교통시설의 효율적인 이용을 위하여 자동차의 운행제한, 혼잡통행료의 부과·징수, 기타 주차수요관리 등 통행량 분산 또는 감소방안의 시행을 목적'

하려는 보유자로 하여금 차고지를 확보하지 아니하면 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있는 것이라 할 것이므로, 주민의 권리를 제한하고 주민에게 의무를 부과하는 것에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 차고지확보조례가 적법하게 제정되기 위하여는 지방자치법 제15조 단서의 규정에 따른 법률의 위임이 있어야만 한다」고 보았으나 필자는 이 부분에 관한 한 이와 견해를 달리하였다. .

98) 대법원은 도시교통정비촉진법 제19조의10 제1항과 동법시행령 제31조에서 교통수요관리의 시행에 관하여 규정하고 있고, 동법 제19조의10 제3항에서 위 교통수요관리에 관하여 법에 정한 사항을 제외하고는 조례로 정하도록 규정하고 있으며, 차고지확보제도는 차고지를 확보하지 아니한 자동차·건설기계의 보유자로 하여금 그 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것으로서 결과적으로 자동차 등의 통행량을 감소시키는 교통수요관리(그 중 주차수요관리) 방안의 하나에 해당한다는 점에서, 동법 제19조의10 제3항의 규정이 비록 포괄적이고 일반적인 것이기는 하지만 차고지확보제도를 규정한 이 사건 조례안 제4조, 제5조의 법률적 위임근거가 된다고 보고 있다.

으로 제정된 것이다. 이러한 입법목적에서 볼 때, 단순히 그 등록기준으로 차고지확보의무를 부과하고 있다고 하여 자동차관리법령을 이 사건 조례안의 직접적인 상위법령으로 보는 것은 그 타당성을 인정하기 어렵다. 즉, 사고 등의 방지를 직접목적으로 제정된 자동차관리법령이 차고지확보를 직접목적으로 하여 제정된 이 사건 조례와 관련시켜 그 상위법령으로 보는 것은 옳다고 할 수 없다. 그렇다면 결국 이 사건 차고지확보조례안에 대한 대법원 판결은 자동차관리법령 및 자동차운수사업법령과 직접적인 관련이 없음에도 이를 들어 이 사건 조례안이 상위법령에 반하여 무효라고 판시한 것으로서 타당하다고 할 수 없다.

요컨대 이상과 같이 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 주민을 위한 주차정책조차도 자율성을 가지고 수행하는 것을 제약하고 있다는 점에서 문제를 제기하지 않을 수 없다.

다. 법령초과조례의 긍정

대법원은 「광주시 저소득주민생계보호지원조례안재의결무효확인(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결)」소송에서 획기적인 법령초과조례를 인정하는 판결을 하였다. 동 조례는 지방의회가 2년 이상 당해 지방자치단체의 관내에 거주하는 자로서 자활보호대상자 중 65세 이상의 노쇠자 등 근로능력이 없는 자를 예산의 범위 내에서 생계비를 지원하도록 하는 내용의 「저소득주민생계보호지원조례안(광주광역시 동구)」이다.

우선 지방재정법 제14조 제1항에서 규정된 사항의 경우를 제외하고는 지방자치단체가 개인에게 기부·보조 또는 공금을 지출을 할 수 없도록 규정하고 있는데, 이 조례안이 지원하고자 하는 자활보호대상자에 대한 생계비 지원이 이 지방재정법 제14조 제1항에 위배되는지가 문제된다. 이와 관련하

여 살펴보면 지방자치단체는 주민의 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무 및 그 사무를 처리함에 있어서 주민의 편의 및 복리증진을 위하여 노력하여야 할 의무를 지는 것이고, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관한 조례를 제정할 수 있으며 지방자치법은 '생활곤궁자의 보호 및 지원'을 지방자치단체의 하나로 예시하고 있는바 이 사건 조례안에 의하여 결정된 보호대상자에 대한 생계비의 보조는 지방자치법 제9조 제2항 제2호의 '생활곤궁자의 보호 및 지원'에 해당하여 지방자치단체의 사무에 속하는 것이 분명하다. 따라서 조례 규정에 의해 결정된 보호대상자에 대한 생계비의 보조는 지방자치단체가 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 있는 경우를 규정한 지방재정법 제14조 제1항 제1호의 '법률의 규정이 있는 경우'에 해당하는 것으로 보아야 이에 위반되지 않는다.

두 번째, 생활보호법 위반여부와 관련하여서는 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.

따라서 보호대상자 선정의 기준 및 방법, 보호의 내용이 생활보호법의 그것과는 다르게 규정되어 있지만 생활보호법이 의도하는 목적과 효과를 저해할 우려가 없다고 보여지며, 생활보호법이 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 않도록 규정하고 있다고 할지라도 그 규정에 의한 자활보호대상자에게는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는

취지가 아니라, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 하므로 당해 조례안은 생활보호법의 규정과 모순·저촉된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

지방자치단체가 그 재정권의 확보와 관련하여 지방자치단체의 재정능력 범위 내에서 생활보호법과는 별도로 생활곤궁자를 보호하는 내용의 조례를 제정·시행하는 것은 지방자치제도의 본질에 부합하는 것으로 이로 인하여 당해 지방자치단체 재정의 건전한 운영에 지장을 초래하는 것이 아닌 한 이를 탓할 수 없다. 생활보호법에 모순·저촉되지 아니한 별도의 생활보호제도를 두는 것을 내용으로 한 조례안이 자활보호대상자에게 지급되는 생계비의 액수 또한 당해 지방자치단체 예산의 범위 내에서만 정하도록 규정함으로써 자치단체장에게 생활보호에 소요되는 예산의 규모를 결정할 수 있는 권한을 부여하고 있다면 이것이 당해 지방자치단체 재정의 건전한 운영에 지장을 초래할 것으로 보이지도 않는다. 따라서 생계보조에 소요되는 재원의 전액을 당해 지방자치단체의 출연에 의하도록 하였다는 점만을 들어 당해 조례안이 보호대상자에 대한 보호업무의 비용을 국가와 지방자치단체가 분담하도록 규정하고 있는 생활보호법 제36조에 위배된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

이상의 논지가 법원에 의하여 나올 수 있었다는 것은 대단히 전향적인 것으로서 비록 동조례가 실정법을 위반한 것이기는 하지만 상위법령의 입법취지를 해치지 아니한다고 보아 유효하다고 판시한 것이다.

그러나 이상과 같은 입법취지를 달성하기 위해서는 해석에만 의존하는 것은 무리한 일이므로 자활보호대상자에게 생계비 지원하지 않도록 규정한 생활보호법의 입법개선이 필요하다고 본다. 이와 같이 지방자치단체의 규제정책적 조례안에 대해서는 엄격하게, 급부적 조례안에 대해서는 비록 위법

한 사항이 있어도 해석에 의해서라도 합법의견을 내고있는 것이 우리나라 조례사법심사의 현실이다. 즉 판례도 일관성을 갖기보다는 지방자치를 단순히 급부적인 행정에 국한하고 공권력기관으로서의 경찰행정적 기능을 수행하여야 하는 지방자치단체의 기능에 대해서는 이를 간과하고 있는 것으로 보이며, 이러한 규제적 기능에 대해서는 입법취지를 충분히 반영하기보다는 엄격하게 지방자치법제15조 단서를 적용하고 있는 것으로 보인다. 뿐만 아니라 개별법령위반으로 판결된 사항 중에는 법령 자체가 위헌적으로 조례제정권을 제한하고 있거나 개별법령을 확대 해석한 경우도 있을 가능성이 높다고 본다.

라. 행정부의 입장

법제처는 일선행정기관의 법률실무에 종사하는 공무원이나 민원담당 공무원을 대상으로 매년 자치입법실무법률교육을 실시하고 있다. 이를 위해 편찬된 실무교재를 살펴보면, 조례제정권의 범위는 법률유보의 원칙과 죄형법정주의의 원칙이 적용되는 것으로 보고 있다. 법제처는 일본의 경우 법령에 위반되지 아니하는 한 조례를 정할 수 있도록 하여[99] 관계법령이 없는 경우에는 조례가 법률에 준하는 지위(조례준법률설)를 갖게 되지만, 우리나라는 일본의 경우와는 상당한 차이[100]가 있으므로 우리나라의 조례와 일본의 조례의 제정범위를 같은 차원으로 보아 법률의 위임이 없이도 주민의 권리·의무와 벌칙에 관한 사항을 조례로 규정할 수 있다고 생각하여서는 아니 될 것[101]이라고 하였다.

---

99) 일본지방자치법 제14조 제1항

100) 일본에서는 주민의 권리의무 제한이나 벌칙사항의 제정에 있어서 법률의 위임이 있어야 한다는 규정이 없다.

101) 법제처, 「자치입법과 자치행정실무」, 1993. pp. 290-291.

이와 같은 법적용은 지방자치단체가 공공복리와 사회질서유지를 위하여 정당하게 수행하여야 할 규제행정조차도 제한하는 결과를 초래함으로써 지역의 미풍양속을 해치고 청소년위해시설의 급증을 예방하지 못하여 사회적 비용을 증대시키는 결과를 초래한 사례도 있다. 예컨대, 부산광역시는 비디오방의 남설로 인하여 그 영업행위가 청소년탈선으로 흐르자 조례를 제정하여 동 영업의 등록제를 도입하고 이를 위반한 경우에는 과태료를 부과하고자 하였다. 그러나 당시 내무부의 질의회신에서 「비디오방 영업에 관한 사항은 헌법에서 보장하고 있는 직업선택의 자유에 속하고 이에 대한 규제행위는 국민의 권리와 자유를 제한하는 것으로서 개별법률의 위임이 없다면 이에 대한 조례제정권은 인정되지 아니한다」고 회시한 것으로 보아 역시 법률유보의 원칙을 존중하고 있음을 시사해준다.[102] 그런데 비디오방의 영업행위 자체를 금지한 것이 아니라 영업의 등록제를 시행하고 불법적 영업행위에 대하여 과태료처분하기 위해서는 법률의 위임이 있어야 하는데 그 법률이 1998년에야 제정되었으니 이미 그 때는 비디오방이 사회적으로 문제를 이미 확산한 뒤였다는 점에서 조례로써 지킬 수 있는 공공복리를 국가의 법령의 제정을 기다리다가 청소년보호를 할 수 있는 조치를 할 수 없다면 이러한 입법정책이 용인되는 입법현실을 더 이상 방치해서는 안된다고 본다. 이처럼 법률보다 사회적 사실에 민감하게 대처할 수 있는 조례제정권을 법률유보함으로써 법령의 제정을 기다리지 않고도 조속한 입법조치를 할 수 있는 수단으로 활용할 수 있는 입법개선이 필요하다.[103] 요컨대, 법령의 미

102) 내무부 지기 13103-268, 1994. 5. 27.

103) 그러나 이러한 유권해석은 다음 사항을 간과한 것으로 해석된다.
우선 특정지역 예컨대 주거지역의 경우, 비디오방의 영업으로 인한 이익과 규제로 인한 사회적 이익을 비교형량하여 영업의 규제로 인한 사회적 공익이 더 크다고 판단될 경우 비례의 원칙에 따라 규제할 수 있다는 점을 간과 한 것으로 보인다.

비를 조례로써 보완할 수 있도록 조례제정권의 범위 확대가 필요하다.

행정부의 입장에 대하여 지방자치단체인 서울특별시의 입장은 조례제정권에 대한 법률유보의 원칙의 적용을 일단 부인하고 치자와 피치자의 자동성의 원리를 주장하면서 위헌의견을 내고 있다.[104]

이처럼 국가와 지방자치단체 소속 기관에 따라 서로 다른 법해석과 입장을 가지고 있어 사법부에 의한 법리해석이 조례제정권의 범위에 상당한 영향을 줄 것으로 예상된다. 그러나 이상과 같은 판례동향에 대하여 학계와 법조계의 전문가들은 판례의 논지가 일관성을 잃고 있다고 보는 점에서 문제가 제기된다.

다음으로는 조례로써 특정지역을 지정하여 비디오방의 영업을 제한하고 이러한 조례위반에 대하여 벌칙인 과태료를 부과한다면, 헌법상 직업선택의 자유를 제한 한 것으로서 헌법제37조와 지방자치법제15조단서에 의거하여 법률의 위임이 있어야 한다고 하였다.

이는 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과에 관한 사항을 조례로 제정할 때에는 개별법률의 위임이 없는 한 조례의 제정이 인정되지 않는다는 것을 의미한다.

이는 두가지 사항을 간과 한 것이다. 첫째, 내무부 지기 11300-647. 1995. 8. 21의 법령질의회시에 의거하여 다른 법률의 위임없이도 조례로써 지방자치법제20조 조례위반행위에 대한 과태료부과가 가능하다고 해석한다면, 과태료 규정을 제정할 수 있다. 둘째, 특정지역에 대한 비디오방 영업을 제한하는 조례는 주민의 권리를 제한한 것이 아니라 비디오방 영업자라는 특정인의 영업의 자유를 사회적 공익을 위하여 그것도 전적으로 제한하는 것이 아니라 일부만 제한하는 것이므로 주민의 권리를 일반적으로 제한 한 것이 아닌 것은 분명하다. 따라서 이를 바로 주민의 권리를 제한하는 것으로 해석하는 것은 상당한 오해가 있다고 하겠다. 이상과 같은 내무부의 법령질의회시는 모든 지방자치단체의 조례제정범위에 대하여 지대한 영향력을 행사하여 비디오방의 난립과 청소년의 풍기문란을 누구도 단속할 수 없는 사각지대로 만들어 지방자치단체의 청소년 보호와 범죄예방을 위해 필수적인 필요한 정도의 규제를 할 수 없도록 만드는데 일조하였다는 사실을 부인할 수 없다.

104) 서울특별시, 「법제개론과 실무」, 1989, pp. 192, 202.

제3절 조례의 본질과 법적 지위

지방의회의 입법인 조례의 법적 지위를 규명하는 것은 헌법상 보장된 지방자치를 구체화하기 위한 법적 수단으로써 조례제정권의 범위와 한계를 설정하고 정립하기 위한 대단히 중요한 과제이다. 지방의회가 조례를 제정할 수 있는 근거는 헌법 제117조 제1항에서 '지방자치단체는… 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다'고 규정한 조항과 이에 따른 지방자치법 제15조이다. 조례제정권 그 자체는 헌법이 직접 보장하는 지방자치단체의 자치권을 바탕으로 하는 것이므로 국가사무를 제외한 모든 사무는 법률의 수권이나 위임이 없을지라도 법령에 위배되지 않는 한, 조례로써 규정할 수 있다.[105]

지방의회에 포괄적이고 광범위한 조례제정권이 인정되는 이유는 헌법이 지방의회를 헌법상의 기구로 인정하고 지방자치단체의 공권력 행사에 대한 지방의회의 정치적 의사결정이 정치적·법률적으로 확고한 민주적 정당성을 가지기 때문이다. 그러나 이와 같은 당위성에도 불구하고, 조례의 본질과 관련하여 상당부분 논란이 되는 사항은 감소되고 있으나 구체적인 사실에 적용할 때에는 아직도 쟁점이 남아 있으므로, 이와 같은 논의를 여러 측면에서 검토하여 조례의 법적 지위를 정립할 필요가 있다.

---

105) 권영성, 「헌법학원론」, 서울: 법문사, 1990, p. 216. 지방자치단체는 헌법 제94조의 개괄적 수권에 근거하여 법률과 상충되지 않는 한, 조례제정에 있어서 포괄적 권능을 가지며, 조례제정에 관하여 개별적인 법률의 위임을 필요로 하지 않기 때문에 자주법이라고 하는 것이 다수설이다.(同旨; 原田尙彦, 「地方自治」, 東京: 學陽書房, 1986, p. 133.)

1. 조례의 본질

가. 의 의

조례는 지방의회가 법령의 범위 안에서 지방자치권에 근거하여 의회의 의결을 거쳐 제정하는 법이므로, 법률의 개별적·구체적 수권에 근거하여 위임된 범위 안에서 한정적으로 인정되는 위임입법과는 본질적으로 구별된다. 그러므로 실질적 의미에서 조례는 지방자치단체 또는 그 기관이 지방자치단체의 지방자치권에 근거하여 정립하는 자주법을 말한다. 형식적 의미의 조례 외에 지방자치단체의 장이 제정하는 규칙, 교육위원회가 제정하는 교육규칙 등도 포함하지만, 형식적 의미의 조례라 함은 지방자치단체가 지방자치단체의 사무 및 법률에서 특별하게 위임된 사항에 관하여 지방의회의 의결을 거쳐 정립하는 법을 말한다.[106]

이하에서는 조례의 개념을 원칙적으로 형식적 의미로 사용하고자 한다. 몇 년 전만 하더라도 우리나라에서는 조례자주입법설이 다수설이고 조례위임입법설은 소수설에 불과하다고 알려져 있었다.[107] 이번 전문가조사를 통하여 공법학계 뿐만 아니라 중앙정부 등 행정실무계와 사법계에서도 압도적으로 조례준법률설을 취하고 있다는 점에서 조례의 법적 지위에 대한 인식이 상당히 개선된 것으로 보인다. 다만, 소수의 학자들과 법조계에서는 아직도 조례를 위임입법의 일종으로 간주하고 있어 조례의 법적 성격을 정당하게 인정하지 않고 있으나 그 법적 지위를 새롭게 정립함에 따라 법리상의 쟁점들을 이에 걸맞게 재정립하여 입법실무와 판례에 일관성 있게 적용할 필요가 있다.

106) 김철수, 「헌법학개론」, 서울: 박영사, 1997. p. 1018.
107) 서원우, "지방자치의 헌법적 보장," 전게논문, 1993, p. 37.

나. 특 징

조례는 공법상의 고권적 권력(Hoheitsgewalt)의 성질을 가진 지방자치권에 근거하여 정립된 법이라는 점에서 사법상의 조합 또는 법인의 규약이나 정관과 구별되고, 법규의 성질을 가진다는 점에서 행정규칙(Verwaltungsverordnung)과 구별되며, 지방자치단체의 자주법이라는 점에서 행정입법인 명령과 구별된다.[108] 이러한 조례의 특징을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 사법상의 조합이나 법인은 행위의 자유와 규범정립의 자유를 내용으로 하는 사적 자치(Privatautonomie)에 근거하여 그 구성원의 권리·의무를 규율하는 조합의 규약이나 정관 등의 규범(이하 사적 규약이라 한다)을 정립하는 권한을 가지고 있지만, 이러한 사적 규약과 조례가 본질적으로 어떠한 점에서 구별되는지 규명해 볼 필요가 있다.

조례와 사적 규약을 비교한다면 조례의 특징은 불특정 다수인을 규율한다는 점[109]에 있으나 이러한 특징은 대규모의 사적 단체에서도 볼 수 있기 때문에 조례의 고유한 특징이라고 할 수는 없다. 그렇지만 사적 규약은 조합원의 자유의사에 의한 승낙에 의해서만 구속력의 근거를 가지나, 조례는 지방자치단체의 고권적·관헌적 권한에 구속력의 근거를 가진다.[110] 따라서 조례와 사적 규약의 본질적 차이는 전자가 지방자치권에 근거하여 정립된 공법분야의 고권적 규범임에 대하여, 후자는 구성원의 사적 의사(Privatwillen) 및 법률행위(Rechtsgeschäft)에 근거하여 정립된 규범이라는 점에서 구별된다.

---

108) 室井 力 編, 前揭書, p. 98.

109) W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3Aufl., 1948. S. 131. 室井力 編, 上揭書, 同面.

110) W. Schmitt, Das Satzungsrecht der Gemeinde nach der Deutschen Gemeindeordnung, 1938, S. 5.; Peters, die Satzungsgewalt innerstaatlicher, Verbände in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd, 1932, S.265.; 室井 力 編, 上揭書, 同面.

둘째, 조례는 불특정 다수인에 대하여 일반적·추상적으로 권리·의무를 규율하며, 일반적인 구속력을 지닌 규범이기 때문에 법규의 성질을 가진다.[111] 또한 조례의 구속력은 지방자치단체의 모든 주민·기관·감독청 그리고 법원에까지 미치지만 외부적 구속력를 갖지 않는 조례도 있음은 물론이며, 독립적인 법원(法源)의 하나로 인정되어 있다.[112] 다시 말하면, 조례로 정한 법규와 법률(Gesetz)로 정한 법규는 양자가 대외적인 구속력을 가진다는 점에서 다를 바가 없기 때문에 조례도 하나의 법률이며 해당 구역 안에서는 법률과 마찬가지의 구속력을 가지고 있다.[113] 그러므로 조례란 지방자치단체가 그의 자주성에 근거하여 지방자치단체에 속하는 주민들에게 적용하기 위해 제정되는 법규범이다.[114] 이에 따라 대법원은 "조례는…… 모두 그 지방자치단체의 주민전체에 효력을 미치는 일반적이고 추상적인 법적 규범이다"라고 판시함으로써(대판 1962년 9월 27일-62 추 1) 조례의 법규적 성질을 분명히 하였다.[115]

조례는 지방자치단체가 자기책임에 따라 임무를 수행하기 위한 전형적인 수단으로서 일반적·추상적인 법규범이지만, 규율내용의 일반성이 필수적인 특징이라고 볼 수는 없으며 구체적인 사항을 규정할 수도 있다.[116] 즉, 지방의회의 조례입법권은 헌법 제117조 제1항에 근거한 권한으로써 헌법이 지방

111) David, *Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein Westfalen*, 2Aufl., 1961, S.5.; 室井 力 編, 上掲書, p. 99.
112) 홍정선, 전게서, 1991, p. 148.; 동지, 이상규, 「신행정법론(하)」, 서울: 법문사, 1991, p. 160.
113) E. Althaus, *Das Recht der Gemeinden und Gemeinde-verbände*, Herford, 1957, S.28. 장지호, 「서독지방자치론」, 서울: 대왕사, 1987, pp. 43-44.
114) 室井 力 編, 前掲書, p. 99.
115) 이상규, 전게서, p. 160.; 장지호, 전게서, p. 43.
116) S. Jortzig, *Kommunalrecht*, Verlag W.Kohlhamer Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1982, S.205.

적 의미를 갖는 법규범 정립권한을 지방자치단체의 의결기관인 지방의회에 부여한 것은 규범의 정립자와 수범자 사이의 간격을 줄임으로써 사회적인 힘을 활성화하고 지역적인 특성을 고려하여 탄력적인 규율을 가능하게 하며 국회의 입법부담을 경감하려는데 있다.[117] 따라서 조례는 다음과 같은 규범적 특성을 지닌다.

1) 자주법

조례는 지방자치단체가 제정하는 자주적 법규범이다.[118] 조례는 헌법에서 보장된 자치에 관한 입법권(헌법 제117조 제1항)으로서 법의 성질을 가지고 있기 때문에 일반적으로 법규라고 설명되고 있으며, 이는 헌법상의 법을 의미한다.[119]

조례는 지방자치단체의 자치입법권에 의거하여 제정된 법을 의미한다는 점에서, 위임입법과 다르다.[120] 지방자치단체의 조례제정권은 헌법상 지방자치단체에 보장된 입법권으로서 법령의 근거가 없다고 하더라도 자기의 사무에 관하여 '법령의 범위 안에서' 자주적으로 조례를 제정할 수 있기 때문에 자주법이라고 한다.[121] 형식적인 면에서 조례제정권은 헌법 제117조 제1항에 의하여 헌법 제40조의 예외로서 인정되고 있으며, 전체 국민의 간섭 없이 지방의회의 자주적 의사에 근거하여 제정되고 지방자치단체와 거기에 소속된 주민들의 이익을 위하여 적용되는 법을 의미한다.

117) 홍정선, 전게서, p. 150.
118) 이상규, 전게서, p. 160.; 김남진, 「행정법 II」, 서울: 법문사, 1989, p. 115. 우리나라의 통설로서 이와 관련된 판례도 있다.(대판 1962년 9월 27일·62 추 1)
119) 雄川一郎 外, 「現代行政法大系」 8卷, 東京: 有斐閣, 1984, p. 170.
120) 雄川一郎 外, 上揭書, p. 172.
121) 室井 力, "條例の本質とその展開," 「法律時報」 第50卷 第1號, 東京: 日本評論社, 1978, p. 17.

2) 지역법

조례는 지방의회의 의결로 제정되고 그 효력은 당해 지방자치단체의 구역에 한정되므로 국가법에 대한 지역법의 의미를 가진다. 복지국가의 실현을 위하여 현대국가는 매우 복잡하고 전문적인 행정을 수행하고 있으므로 중앙정부가 지방자치단체에 소속된 지역주민들의 행정수요에 일일이 관심을 가지고 해결방안을 만족스럽게 충족시켜 주는 것은 현실적으로 불가능하다.

따라서 각 지역의 경제적·사회적·문화적 욕구가 서로 다르기 때문에 지역적 복지수준의 지향목표가 다를 수밖에 없으므로, 개별 지역주민의 다양한 욕구를 적극적·창의적으로 충족시키기 위해서는 합법적인 입법절차를 거쳐 지역에 적용되는 법으로서의 조례를 제정함으로써 지방행정의 실효성과 민주적 정당성을 확보할 수 있다. 이러한 점에서 조례는 법률과 같은 효력을 가진다고 하더라도 특정지역에 적용되는 지역법규범이다.

3) 의회제정법

헌법 제117조 제1항은 헌법이 조례제정권을 제도적으로 보장한 조항이며, 헌법 제40조에서 '입법권은 국회에 속한다'고 하는 국회입법주의에 중대한 예외 내지 제약을 명문화한 것으로서, 지방자치단체에 대한 중앙정부와 국민의 관여를 자제하고 그 부분의 보호와 권력분립 원리의 실현을 위하여 지방자치권을 승인한 결과이다.

그러나 독일 지방의회의 조례제정권은 국가의 입법·행정·사법권 가운데 입법권에 속하는 것이 아니라 행정권에 속한다는 견해도 있다.[122] 즉 지

122) Bethge, *Parlamentsvorbehalt und Rechtsvorbehalt für die Kommunalverwaltung*, NVWZ 1983, S.572f; Schmidt-Aßmann, "Die Kommunale Rechtssetzungsbefugnis," in Püttner(Hg.), *Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd.3. 1982, S.182f; 김남진, 전게서, p. 114.; 김남진, "자치단체사무에 대한 지방의회의 관여," 「고시연구」, 제18권 제9호,

방자치단체의 자치입법권은 행정권의 일부를 형성한다는 것이다. 지방의회가 입법적 기능을 수행하기 때문에 입법기관(Legislativorgan)으로 지칭될 수도 있으나, 독일의 지방의회는 많은 행정적 권한을 가지기 때문에 행정권에 속한다고 보는 것이다.[123] 이 때문에 지방의회는 입법권을 가진 진정한 의미의 의회(Parlament)가 아니라 주민에 의하여 선출되고 주민을 위하여 행위권한을 가진 주민의 대표(Volksvertretung)일 뿐이라는 의견이 제기된다.[124]

그러나, 우리나라의 헌법은 독일의 연방헌법과는 달리 직접 헌법 제8장 제117조 제1항에서 자치에 관한 자치입법권을 보장하고 있다. 지방의회는 헌법 제117조 제1항에 의거하여 포괄적인 지방자치행정 권한을 가지고 있는 지방자치단체의 사무에 관하여 그 근거와 기준이 되는 입법권을 자주적으로 행사할 수 있는 권한을 가진다. 즉 주민의 대표기관인 지방의회가 민주적 정당성에 근거하여 합법적인 의결절차에 따라 입법한 법을 조례라고 한다면[125] 지방의회의 조례제정권은 엄격한 법률의 수권에 의하여 행정청의 결재절차에 따라 제정되는 위임입법이나 규칙제정과 분명히 구별되는 의회제정법이다.

서울: 고시연구사, 1991. 9, pp. 58-59.

123) G. Püttner(석종현 역), *Die Rechtsstellung des gemeindeamtes nach Deutschem Kommunalrecht*, 「자치연구」, 제1권 제4호, 부산: 한국지방자치 연구소, 1991, p. 34.

124) G. Püttner, *op. cit.* p. 30.

125) 김철수, 전게서, p. 1018.

2. 조례의 법적 지위

가. 헌법과 조례

헌법 제40조는 국가의 입법기관인 국회에서 실질적 의미의 입법이 법률의 형식으로 제정되는 국회중심주의를 채택하고 있다. 아울러 헌법 제117조 제1항은 자치에 관한 포괄적인 규정제정권으로서 조례제정권을 보장하고 있기 때문에 원칙적으로 국가의 입법은 국회가, 지방자치단체의 입법은 지방의회가 담당하도록 규정함으로써 입법권의 기능적 배분을 전제하고 있다.

자치에 관한 규정제정권을 헌법이 지방의회에 수권하고 있는 이유는 국가의 법률로써도 자치의 본질적 요소를 침해할 수 없음을 규정하고 이에 필요한 입법권을 지방자치단체의 권한으로 보장한 것이다. 따라서 헌법 제118조에 규정된 법률유보사항은 대강적인 근거규정으로서 기능하여야 하며 자치를 규제하는 규정이어서는 적헌성을 가질 수 없다. 그럼에도 불구하고 현행 「지방자치법」과 「공직선거 및 선거부정방지법」 등에서 자치에 관한 중요사항 마저 상세하게 규정함으로써 조례제정권을 제약하는 것은 지방자치를 보장하고 자치에 관한 조례제정권을 수권하고 있는 헌법취지에 적합하지 않다.

한편, 헌법과의 관계에서 지방자치단체의 조례를 고려하는 경우에는 기본적인 인권, 죄형법정주의, 조세법률주의와 조례의 관계가 문제된다. 특히 조례 가운데에는 주민의 권리제한, 의무 및 벌칙의 부과를 그 내용으로 하는 것도 있는 바, 이는 헌법 제2장의 기본적 인권과 관련을 가진 경우가 많고 이러한 조례를 입안할 때에는 조례의 내용이 헌법의 기본적 인권에 위반하지 않도록 상위법에 대한 신중한 배려가 요구된다. 또한 주민의 권리와 의무에 관하여 제정하게 될 법규성을 가진 조례는 지방자치법 제15조에서 법령유보하도록 규정하고 있으므로 헌법해석에 따른 적헌성 여부와 관련하여 논

의의 여지가 있다.

이러한 점에서 조례제정권은 확실히 형식적으로는 국회를 국가의 입법기관으로 규정하고 있는 헌법 제40조에 대하여 중대한 예외를 둔 것이지만, 실질적으로 보면 조례는 주민의 대표기관인 지방자치단체의 의회에서 정립된 것이므로 법률과 조례와는 동종의 민주적 정당성에 바탕을 둔 것이며, 입법소관사항을 달리하므로 조례 역시 의회입법이라는 점에서는 이른 바 국회에 의한 법률에 준하는 것으로서 법률에 준하는 법규범이라고 하여도 지나친 말이 아니다.

결국 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에 조례제정권을 포괄적으로 수권하고 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 제정하여야 할 것을 규정한 것이며, 아울러 법령 역시 지방자치의 본질적 요소를 침해할 수 없음을 보장한 규정이다. 따라서 조례제정권은 헌법이 실정적으로 보장한 지방의회의 입법권이기 때문에 헌법은 조례의 수권법규범이라 할 수 있다.

나. 법률과 조례

다음으로 조례와 법률과는 어떠한 관계를 가지고 있는 지를 비교·고찰함으로써 조례의 법적 지위를 밝히고자 한다. 지금까지 조례의 법적 지위는 지방의회가 제정하는 법(지방자치법 제15조, 제35조)이라는 것이 통설이지만, 모든 조례는 법률에 위배되어서는 안된다고 인식되어 왔기 때문에 뿌리깊은 법률선점론으로 인하여 국법체계 가운데 법률과 명령보다 하위에 위치함으로써 그 효력과 입법범위가 상당히 제약을 받고 있다.

독일에서는 지방자치단체의 모든 권한이 국가권력에서 유래된 것이라는 전래설의 입장에서 관치행정적 지방제도 아래 법률과 조례의 관계를 법단계설에 따라 엄격하게 적용하고 있으며, "조례는 법규이므로 그 적용범위 안에

서는 연방이나 주의 법률과 마찬가지로 구속력을 가지고 있으나 법률의 하위이다. 모든 자치법규는 최종적으로 국가의 법질서에 적합하여야 하고, 법률에 저촉하여서는 아니된다"[126]고 하였다. 이처럼 독일의 조례는 엄격하게 법률선점의 지위를 인정하는 것이 통설이므로 법률보다 하위의 법규범이다.

그러나 미국의 조례는 주의회에 의해 위임받은 권한의 범위 안에서 법률과 같은 효력(effect of law), 즉 주의회에 의하여 통과된 법률(Statute)과 동등한 권한(force)을 갖는다.[127] 조례는 일반적인 사항에 대해서는 주법률에 위반할 수 없으며 법률보다 열위이지만, 지방적 사항에 대하여 지방자치단체의 전권한성이 인정되어 있기 때문에 법률과 조례가 상충되는 경우에는 법률보다 시헌장이나 조례가 우월하다는 원칙이 확립되어 있다. 미국은 이처럼 주의 입법권에 일정한 제한을 가함으로써 주입법부가 제정하는 법률에 의한 자치권의 침해를 실질적으로 예방하기 위하여 홈룰(Home Rule)제도를 두고 있다.[128]

우리나라에서는 조례의 입법에 있어서 '법령의 범위 안에서'(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제15조), '법령이 정한 바에 의하여'(지방자치법 제13조 제1항, 제2항) 조례제정권의 범위를 제한하고 있다. 상하관계로 계층화된 법률과 조례의 관계를 재정립하기 위해서는 조례의 법적 지위를 다음과 같은 지방자치권의 본질과 서로 관련지어 논할 수밖에 없다.

첫째, 법률수권설은 조례를 법률에서 유래한 것으로 보아 법률의 수권에 근거한 위임입법의 일종으로 해석하여, 법률수권설에 의한 위임입법설이 권리보장에 있어서 보다 나은 실효성을 보장한다고 주장한다.[129] 이러한 법률

126) H. Pagenkopf, *kommunalrecht*, 1971, S.81f; Gönnenwein, *Gemeinderecht*, 1963, S.148. BVerfGE, 6, 252. 박원영, 전게논문, p.271.
127) H. Black, *Black's Law Dictionary*, M.A. 5th ed., West Publishing Co. 1979, p. 477.
128) O. Reynold, *Local Government Law*, West Publishing Co. 1987, pp. 95-96.

수권설에 근거한 법률선점이론은 일정한 행정사항에 대하여 법률이 일정한 규제를 설정한 경우, 법률 그 자체를 필요충분한 규제라고 간주한다.[130] 이 점에 대하여 종래의 통설은 법률의 기규제대상영역에 대해서는 법률규정으로 충분하다고 보아야 하기 때문에, 조례가 법률과 동일한 목적으로 당해 법률의 규제 이상으로 엄격한 기준을 두어 규제하는 것은 법률에 이를 허용한다는 특별한 규정이 없는 이상 허용될 수 없다.[131] 즉, 법률과 동일한 사항에 관해 동일한 목적을 가진 규제를 두기 위하여 법률을 초과하는 조례를 입법하는 것은 위법으로서 불필요한 이중규제이며, 법률이 조례에 의한 규제를 특별하게 인정하는 수권규정을 두고 있지 않은 이상, 조례에 의한 규제는 인정되지 않는다.

따라서 법률이 일단 선점한 행정영역은 조례에 의하여 동일한 목적으로 규제하는 것을 법리상 인정하지 않고 있다. 이에 따라 법률의 취지·목적과 규제대상에 대하여 조례로써 동일한 취지와 목적으로 규제하는 것은 불가능하다. 이것은 법률 그 자체에 직접 저촉되기 때문이다.[132] 다만, 조례가 법률과 같은 대상을 규제하는 경우 그 목적이 법률과 다르다면 조례는 법률에 저촉되지 않는다고 해석된다.

이러한 법률선점론은 지방자치에 관한 헌법적 보장이 없었던 시대에 엄격한 법단계설에 따라 조례제정권의 법률적 전래설에 입각한 이론이다. 그러나 법률선점이론은 법률규정 전체가 조례에 의한 규제를 당연히 허용하지 않는다고 생각할 수 없고, 법률과 동일한 목적으로 동일한 사항에 대하여 조례로

129) 綿貫芳源, 條例の性質とその司法審査の基準, 「公法研究」, 第35號, 東京: 有斐閣, 1973, p. 169.; 高奇昇三, 前揭書, p. 30.
130) 原野翹, 法律と條例, 「都市問題」, 第75卷 第1號, 東京: 東京市政調査會, 1984, p. 5.
131) 천병태, 「행정법 I」, 서울: 형설출판사, 1993, p. 139.
132) 田中二郎, "國家法と自治立法", 「法學協會雜誌」, 第80卷 第4號, 東京: 法學協會, 1963, p. 458.

써 규제하는 경우에도 양자가 공존할 수 있는 여지가 있으며, 법률 그 자체가 지방자치제도를 존중하는 것이 헌법원칙이라는 점에서 비판받고 있다.[133]

둘째, 법효력설은 법률의 수권에 근거한 조례를 행정명령과 구별되는 지방자치단체의 고유법으로 간주하고, 일반적으로는 제도적 보장설에 의한 지방자치의 보장을 목표로 하되 논리적으로는 법률의 수권에 의한 것으로 보고, 목적적으로는 고유법의 위치에 두어 법률과 조례와의 양면적 관계에서 근접하려는 것이다.[134] 그런데 제도적 보장설의 필연적 결과로서 야기되는 법률선점론적인 입법형성권에 의한 조례의 예속현상과 그로 인한 입법독재의 위험성이 헌법의 통일성이나 규범조화적 법해석의 관점에서 법단계적 논리해석을 정당화할 수 있는지 의문이다.[135]

이와 같이 제도적 보장설에 바탕을 둔 법효력설의 논리해석은 '법령의 범위 안에서'라는 문언을 유력한 조례제한의 근거로 삼아 우리 헌법의 근본원리인 지방자치권을 경시하고 조례의 법적 지위를 법률의 범위 안에서 열위의 제정법으로 한정하였다. 이에 따라 사회적 사실과 법률이 서로 괴리되고 법률의 구체적 타당성이 위협을 받게 되는 결과를 초래하고 있다.

셋째, 우리나라에서 통설로 받아들여지고 있는 조례의 법적 지위는 준법률설이라 할 수 있다. 일본에서는 조례가 주민의 대표기관인 지방의회의 의결에 의거하여 제정되는 이상, 법률로써 국민의 자유와 권리를 제한하는 것과 조례로써 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 것은 그 성질에 있어서 동일한 까닭에 조례법률설, 즉 조례법률동위설이 현재 다수설이다.[136] 미

133) 兼子 仁, 「條例をめぐる法律問題」, 東京: 學陽書房, 1978, pp. 66-68.
134) 高奇昇三, 前揭書, p. 31.
135) 허 영, "지방자치에 관한 헌법이론적 조명", 「공법연구」, 제13집, 서울: 공법학회, 1985, p. 128.
136) 高奇昇三, 前揭書, p. 36.; 김철수, 전게서, p. 1019.

국에서도 조례는 법률과 같은 효력(Effect of Law)을 가지며, 자치사무에 관한 한 주의회가 제정한 법률과 동등한 권한을 가지는 것으로 되어 있다.[137]

조례는 법률에 준하는 법규범으로서 헌법 제117조 제1항에서 자치에 관한 입법권한으로 보장받은 것이므로 이에 관한 한 국가는 입법적 관여를 자제하고 주민의 자율적 입법형성권을 존중하여야 한다. 그러므로 조례제정권은 헌법의 보장에 의거하여 지역주민들로부터 신탁받은 권한으로서, 지방분권과 주민의 인권보장을 제도적으로 확보하기 위한 불가결의 수단이며, 실정법률과 사회적 사실간의 차이를 해소하기 위하여 조정기능을 가진 광범위한 입법권한으로서, 법단계설에 의한 논리해석의 전환을 촉구하고 있다.

조례의 법적 지위는 실질적 법질서의 보장을 위하여 단순히 법률과의 상충여부에서 그 서열을 논할 것이 아니라 헌법원리에까지 소급하여 판단되어야 할 것이다. 법률과 조례의 상충을 최소화하고 조례가 법규범으로서의 기능을 정상적으로 발휘하기 위해서는 조례준법률설의 입장에 서지 않을 수 없다고 본다. 특히 법률유보와 관련한 법률수권설, 제도적보장설에 근거한 법효력설로서는 해석하기 어려운 벌칙의 제정, 지방세 부과, 재산권 규제 등 현행 헌법상의 쟁점을 조례준법률설만이 논리적으로 해석할 수 있다.

법률과 조례는 헌법상 보장된 입법권으로서 단지 규율대상을 달리할 뿐이며, 법률은 조례에 대하여 일방적·절대적·우선적 지위를 가진 것이 아니라 상호 보완적·견제적 기능을 수행함으로써 실질적인 법질서의 안정을 도모할 수 있다. 따라서 조례는 일반적 사항에 관한 한 법률을 위반할 수 없으나, 지방적 사항에 대해서는 조례가 우선한다.[138] 그러므로 조례와 법률은

137) H. Black, *op. cit.*, p. 477.

138) D. Mandelker, D. Netsch, P. Salisich, Jr. J. *Wegner, State & Local Government in a Federal System*, 3rd ed., The Michie Co, 1990, p. 111.; 김성호, "미국의 지방의회", 「자치연구」, 제1권 제4호, 부산: 한국지방자치연구소, 1991, p. 56.

입법대상과 적용지역·입법소관사항을 달리하므로 법단계상으로 상하관계라 할 수 있으나 민주적 정당성을 가진 법규범이라는 점에서는 독립적인 대등한 관계로 존재하며, 조례의 효력은 법률상 형식적 관계에 의하여 결정되는 것이 아니라 실질적인 법질서의 관점에서 결정된다. 즉 조례가 법률과는 다른 목적·대상·절차로 규제하여야 할 사회적 필요가 있고 그것이 법률규정에 명백하고도 중대하게 저촉되지 않는 한 합법이라는 것이다.[139] 결국 법률과 조례가 법단계상 상하관계라 하는 것은 법적 안정성과 법질서를 확보하기 위한 법기술적 차원에서 법률과의 충돌을 피하기 위한 법적 구조에 불과하다고 할 수 있다.

따라서 조례의 법적 지위는 입법론적 입장에서 법률과 대립적·종속적 지위로 파악할 것이 아니라 동일한 법질서 가운데 기능에 따라 입법권의 분담이라는 관점에서, 법률로는 전국적·획일적·통일적으로 행하여야할 기본적·일반적 사항을 규율하고, 조례로는 해당지역의 특성에 맞는 개별적 기준이나 구체적인 규제를 정함으로써 양자를 일체화하여 일정한 목적을 달성하도록 배려하여야 한다. 이는 법률과 조례가 국가사회의 행정목적 실현을 위하여 종·횡적 계층 아래 상호 기능을 분담하고 보충하는 역할을 하고 있음을 의미하므로 상하관계나 지휘·감독관계에 있는 것이 아니라는 주장도 있다.[140]

요컨대, 조례의 법적 지위는 국법체계상 법령의 하위이나 그 민주적 정당성이나 실효력 및 헌법에 보장된 의회입법이라는 점에서 법률에 준하는 법규범이다. 따라서 헌법이 예정하고 있는 법령우위의 원칙을 버리고 법령유보의 원칙에 입각한 법률수권설과 법효력설에 근거하여 조례제정범위를 한

139) 高奇昇三, 前揭書, pp. 38-39.
140) 상게서, p. 43.

정하는 것은 헌법상 보장된 지방자치의 본질적 요소를 침해하고 법령과 사회적 사실간에 법사회학적 간격을 초래하게 됨으로써 조례를 열위의 제정법으로 간주하게 되었음을 의미한다. 이러한 문제를 시정하고 법령과 사회적 사실간의 격차를 조정하는 기능이 법률보다 우수하다는 점에서 조례의 법적 지위는 제 법규와의 관계 속에서 재설정되어야 할 것이다.

제4절 지방자치단체 사무의 범위

지방의회의 입법소관사항은 국회의 입법소관사항과는 달리 지방자치단체가 처리할 수 있는 주민의 복리에 관한 사무와 재산을 관리하는 사무 등의 소관사무를 자치적으로 처리하는데 필요한 사항에 한정된다. 지방의회는 지방자치단체의 소관사무 및 법률로써 특별하게 위임된 사무에 대하여 조례를 입법할 수 있다. 현행법상 조례의 입법소관사항에는 자치사무와 단체위임사무가 있다.

1. 자치사무

자치사무란 지방자치단체의 존립목적을 달성하기 위한 본래적 사무로서, 주민의 복리를 증진하기 위하여 시행되는 사무 및 지방자치단체의 존립을 위하여 필요한 사무를 말한다(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제8조, 제9조).

즉 자치사무는 지방자치단체의 본래적 사무를 의미하므로 법령에 의하여

지방자치단체에 위임되지 아니한 사무나 지방자치법상의 국가사무를 처리할 수는 없다(지방자치법 제11조). 지방자치의 본래적 목적인 자치사무에 대하여 지방의회는 주민의 생활권을 보장하기 위하여 조례제정권을 가진다. 현행 지방자치법은 지방의회를 주민의 자치기구이자 생활보장기구로서 중요시하고 있기 때문에 주민의 생활보장을 위하여 광범위한 사무를 자치사무로 규정하고 있다.[141]

이처럼 주민생활과 밀접한 사무는 주민자치적 처리가 바람직하며, 자치사무가 되는 것이 당연하다. 이러한 사무는 지방의회의 입법으로 제정되는 조례의 근거를 필수적으로 요구하고 있으며, 법령에 다른 규정이 없는 한, 자치사무라 한다. 자치사무는 지방자치단체가 자기의 책임과 부담으로 수행하는 사무를 의미하며, 그 일반적 특징은 다음과 같다.[142]

---

141) 예컨대, ① 안전보호규정(지방자치법 제9조 제2항 구호, 방재, 교통안전)
② 경제생활환경(동법, 지역경제의 육성·지원, 소비자 보호)
③ 생활환경보호(동법, 청소·쓰레기 수거·처리)
④ 생활기반보호(동법, 주택·상하수도, 운수, 도로, 도시계획, 학교, 복지시설)

142) 박봉국, 전게서, p. 82.

〈표 3-4-1〉 자치사무의 특징

법적 근거	○ 지방자치법 제9조 제1항 제2항
사무의 성질	○ 당해 지방자치단체에만 이해관계가 있는 사무 ○ 지방자치단체가 자기의 의사와 책임 및 부담아래 처리할 수 있는 사무 ○ 지방자치단체의 존립·유지에 관한 사무(자치입법·조직·행정). ○ 주민의 공공복리에 관한 것으로 해당구역내에 한정된 사무(토목사업, 도시계획, 위생 등)
사무의 내용	○ 지방자치법 제9조 제2항에서 예시한 사무 1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무 2. 주민의 복리증진에 관한 사무 3. 농림·상공업 등 산업진흥에 관한 사무 4. 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무 5. 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무 6. 지역방위 및 소방에 관한 사무 ○ 다른 법률에서 위와 다르게 규정할 경우에는 자치사무로 되지 아니한다(지방자치법 제9조 제2항 단서)
경비부담 관계	○ 원칙적으로 지방자치단체가 전액부담 ○ 법령에 근거가 없어도 국가나 상급지방자치단체가 보조할 수 있음(보조금)
지방의회의 관여관계	○ 의결·사무감사 및 조사 등의 대상 (지방자치법 제36조)
조례제정 관계	○ 조례제정 대상이 되는 사무
중앙정부의 감독관계	○ 원칙적으로 감독배제 ○ 소극적 감독(사후감독·합법성 감독)만 허용 (지방자치법 제157조 제1항 후단·제158조)

지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무 및 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리하는데 이는 원칙적으로 국가사무 이외의 사무는 모두 지방자치단체의 사무로 처리하여야 할 것을 의미한다.[143]

한편 지방적 사무는 헌법상 법률과 조례의 경합적 소관사항으로서 국가적 처리의 대상도 되고, 자치적 처리의 대상도 되는 것이다. 여기에서 국가사무와 자치사무의 배분기준에 있어서 문제가 제기되고 이 문제는 법률과 조례의 입법권한의 배분에 의하여 해결하여야 한다. 국회는 법률로써 소관사항을 규율하고 그 집행을 국가기관에게 맡기며, 지방의회는 조례로써 소관사항을 규율하고 그 집행을 지방자치단체의 집행기관에게 맡긴다. 따라서 지방자치법 제9조 제2항에서 예시된 사무는 원칙적으로 지방자치단체의 자치사무로서 조례의 소관사항이다. 물론 동법 단서조항에서 법률에서 이와 다르게 규정할 경우에는 국가가 법률로써 선점할 수는 있으나 이것은 예외적인 것이어야 한다는 것이 자치사무를 지방자치법에 예시한 근본취지이다.

그러나 법률선점이론 아래에서는 일단 법률로써 지방적 사무를 국가사무로 규정하면 자치사무로 처리할 수 없다. 이에 따라, 그 법률규제의 대상이 된 지방적 사항은 법률의 선점영역이 되기 때문에 지방자치단체가 조례를 제정하고 이것을 자치적 처리의 대상으로 할 수 없다는 것이다. 예컨대, 지방적 사무를 규율하는 법률이 증가함에 따라 국가사무의 범위가 확대되는 것은 중앙집권화 경향 때문이며, 그 주된 원인은 지방자치단체의 행정집행능력에 대한 불신이라 볼 수 있다. 이로 인하여 정부는 중요한 행정수요가 발생할 때마다 거기에 필요한 입법을 조례의 소관사항에 위임하지 않고 법률로써 국가사무에 귀속시키게 된다.[144] 이러한 중앙집권화의 경향은 헌법

143) 山內一夫, 先占領域の理論のもたらすもの, 「都市問題研究」, 378號, 東京: 都市問題研究會, 1982. 6, p. 25.
144) 상게논문, p. 22-23.

이 보장하는 지방자치의 본질을 침해하는 것이므로 지방자치권에 대한 중대한 위협이 된다.

그러므로 지방자치단체가 수행하는 사무는 그것이 지방자치법상 국가사무의 기초에 적합한 사무와 국가사무로 처리하는 것이 불가피한 사유가 있는 사무만이 국가사무로 구분하고, 나머지는 자치사무로 구분하여 조례로써 규율할 수 있도록 할 필요가 있다.

2. 위임사무

위임사무는 국가 또는 다른 지방자치단체가 처리를 위임한 사무로서, 그 위임은 개별 법령에 의한다. 위임사무에는 단체위임사무와 기관위임사무가 있으며, 기관위임사무는 본질적으로 당해 지방자치단체의 사무가 아니고 국가사무이므로 조례제정 범위에 속하지 아니한다.

현행 지방자치법 제9조 제2항에서는 지방자치단체의 사무범위를 총 57종류로 예시하고 있으나 자치사무와 위임사무로 명확하게 구분할 수 없는 실정이며, 현실적으로 국가 기능의 증대와 산업경제의 발달 등으로 인하여 국가와 지방자치단체간, 광역 및 기초지방자치단체간에도 상호 혼합적으로 수행되고 있는 경우가 대부분이므로 엄격한 의미에서 자치사무의 범위는 불명확하다.[145]

가. 단체위임사무

단체위임사무는 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 된 사무로서, 국가

145) 부산직할시기획담당관실, 전게서, p. 6.

또는 다른 지방자치단체로부터 당해 지방자치단체에 그 처리가 위임된 사무를 말하며, 위임한 국가 또는 지방자치단체의 사무인 동시에 위임받은 지방자치단체에도 지방적 이해가 있는 사무이다.

자치사무와 단체위임사무의 구별은 쉽지 않으며 구별의 실익도 거의 없으므로 지방자치법에서 지방자치단체의 사무를 예시하면서도 양자를 구별하지 않고 있다.[146] 다만 사무에 대한 국가의 감독, 재정적 부담의 주체 및 법령의 위임유무 등에서 차이가 난다. 그러나 행정사무가 일단 지방자치단체에 위임되면 자치사무와 같이 당해 지방자치단체의 사무로 간주되어[147] 양자의 구별이 모호하므로 입법론적으로는 구별하지 말자는 견해[148]가 있다.

지방자치법은 단체위임사무로서 법령에 의한 위임사무(지방자치법 제94조, 제95조 제2항)를 명시하고 있는데,[149] 단체위임사무의 일반적 특성을 요약하면 < 표 3-4-2 >와 같다.

146) 김남진, 전게서, p. 111.
147) 자치사무와 단체위임사무는 지방자치법 제9조에서 함께 규정되어 있다.
148) 박윤흔, 「행정법강의(하)」, 서울: 국민서관, 1985, p. 70; 김도창, 「행정법(하)」, 서울: 청운사, 1981, p. 92.
149) 이상규, 「신행정법(하)」, 서울: 법문사, 1988, p. 148. ; 박봉국, 전게서, p. 84.

〈 표 3-4-2 〉 단체위임사무의 일반적 특성

법적 근거	○지방자치법 제9조 제1항, 제94조, 제95조 제2항
사무의 성질	○당해 지방자치단체의 지방적 이해와 전국적 이해관계를 동시에 가지고 있는 사무 ○법령 또는 조례의 개별적 규정에 의하여 국가 또는 다른 지방자치단체로부터 위임된 사무
경비부담관계	○지방자치단체와 국가가 분담(지방재정법 제18조)
지방의회 관여 관계	○의결·사무감사 및 조사 등의 대상(지자법 제36조) ○고유업무와 관여 범위가 같음
조례제정관계	○조례제정의 대상(고유사무와 같음)
중앙정부의 감독관계	○소극적 감독(사후감독·합법성 감독) 및 합목적성 감독(지방자치법 제156조·제157조 제1항) ○국가나 상급지방자치단체의 지도·감독이 법령상 광범위함

나. 기관위임사무

기관위임사무는 국가의 사무를 지방자치단체에 유보하면서, 그 지휘와 감독 아래 지방자치단체의 기관을 통하여 집행키는 중앙집권적 성격의 사무이다. 기관위임사무는 전국적 통일성 및 공평성의 확보, 국가와 지방사무의 공동처리의 필요성, 새로운 행정수요가 유발될 때마다 국가가 일선행정기관을 지속적으로 신설하는 것이 비효율적이라는 것 등을 이유로 적극적으로 활용되고 있다. 따라서 현행 기관위임사무제도는 기본적으로는 폐지 내지 대폭 축소의 방향으로 검토하되, 전국적 통일성 및 공평성의 확보와 지방사무의 공동처리에 대해서는 기관위임이 아닌 다른 방식으로 해결하여야 할 것이다.[150] 예컨대, 일부 사무를 기관위임사무로 구분하여야 할 필요가 있을 경

150) 晴山一穗, 前揭論文, p. 123.

우에는 지방의회의 입법적 통제나 감시를 제도화하고 기관위임사무의 신설은 불가피한 경우에만 한정하여, 사무배분기준에 의하여 명백한 국가사무가 아닌 한 현재의 기관위임사무를 자치사무로 이양함으로써 사무배분의 합리화를 추진해 나가야 할 것이라 본다.

현행 헌법상 규정형식과 사무의 성질에 따른 구분기준을 예시하면 다음과 같다.[151]

〈표 3-4-3〉 법령표현상 지방자치단체의 사무구분기준

자치사무 (고유사무)		단체위임사무	기관위임사무
○「지방자치단체는 000를 시행한다」로 표현된 사무 ○「시·도지사(시장·군수·구청장)가 000를 시행한다」로 표현된 사무 중 그 성질이 전국적 통일을 필요로 하지 아니하고 당해 지방자치단체에만 이해관계가 있는 사무		○「국가 또는 상급지방자치단체가 지방자치단체(시·도 또는 시·군·자치구)에 위임한다」로 표현된 사무 ○법령상 중앙부처의 장과 시·도지사(시장·군수·구청장)의 권한을 동시에 규정하고 있는 사무 ○「시·도(시·군·자치구)에 000소(위원회·원)를 둔다」는 규정을 하고 있는 사무 ○「시·도지사(시장·군수·구청장)가 000를 시행한다」로 표현된 사무 중 국가적 이해관계와 지방적 이해관계를 아울러 가지고 있는 사무	○개별법률에 위임할 수 있다는 근거조항을 두고 대통령령에서 지방자치단체의 장에게 위임하는 사무, 예:「000장관의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 시·도지사에게 위임할 수 있다」 ○행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에 의하여 지방자치단체의 장에게 위임된 사무 ○「시·도지사(시장·군수·구청장)가 000를 시행한다」로 표현된 사무 중 전국적 통일이 필요하고 지방적 이해관계가 없는 사무
위임	○자치단체의 조례	○개별법, 시행령	○개별법, 시행령 또는 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정
재위임	○자치단체의 조례	○자치단체의 조례	○자치단체의 규칙(주무부장관의 승인 후)

151) 上揭書, p. 7.

이상과 같이 조례란 자치사무와 단체위임사무를 소관사항으로 하는 국가법의 한 형식으로서 소관사항의 범위 안에서 입법할 수 있다. 헌법은 국회에 입법권을, 지방의회에 조례제정권을 보장하고 있다. 국회는 헌법원리에 근거하여 모든 국가사무에 대하여 입법할 수 있으며, 지방의회는 지방자치법에 근거한 자치사무에 대하여 포괄적으로 입법할 수 있다. 물론 국회는 모든 국가 및 자치사무까지도 입법소관사항으로 두고 있다. 그러나 헌법이 지방자치를 보장하고 조례제정권을 지방의회에 부여한 이상, 국회는 원칙적으로 국가사무를 전속적 입법소관사항으로 하여야 하며, 국가사무를 제외한 행정사무에 관해서는 다양한 지역의 실정에 따라 지방의회가 조례로써 입법할 수 있도록 입법권한을 배분하였다고 보는 것이 헌법의 취지라 할 수 있다.

또한 지방자치법 제10조에서는 기초자치단체와 광역자치단체의 사무가 경합할 때에는 주민들과 가장 가까운 기초자치단체에 우선적으로 사무를 배분하는 것을 원칙으로 규정하고 있다. 이러한 관점에서 기초지방자치단체 우선의 행정사무 배분기준은 헌법상의 수직적 권력분립원리를 구체화 한 것이다. 이외에도 중앙권한의 지방이양에 관한 법률에 규정된 사무배분 원칙이 입법원칙으로서 사무의 구분기준으로 적용될 때, 자치사무의 범위는 확대될 수 있다. 주민의 창의적 자율성을 존중하고 중앙행정조직이 지방행정조직을 보완함으로써 국가발전의 원동력으로 삼으려는데 그 목적이 있는 것이다.

제5절 외국 지방의회의 조례제정범위

1. 미국

가. 조례의 법적 지위 및 근거

1) 지방정부의 법적 지위

연방제 국가정부체제로 구성·운영되는 미국은 크게 연방정부와 주정부 그리고 지방정부가 상호 연계를 맺으면서 독립적인 정부체제를 이루고 있다. 미국 연방수정헌법 제10조에서는 「연방헌법에 의하여 연방정부에 위임되지 아니하였거나 각 주에게 금지되지 아니한 권한들은 각 주나 국민에게 유보된다」고 규정되어 있다. 즉 연방정부는 헌법에 의해 위임된 권한만을 지니며 그 외의 것들은 주정부가 지니는 권한으로 남아 있는 것을 의미한다. 연방헌법에는 지방정부에 대한 언급이 없기 때문에 지방정부는 연방정부가 아닌 주정부의 관할 사항으로 받아들여진다.

이는 법적 지위 면에서 미국의 지방정부가 주정부에 의해 만들어지는 것일 뿐만 아니라 지방정부에 부여되는 권한의 범위 역시 주정부에서 결정된다는데 그 특징이 찾을 수 있다. 이러한 미국의 특징은 주정부가 지방정부에 부여하는 자치권의 범위와 성격에 따라 지방의회가 제정하는 조례의 법적 지위와 조례제정권의 범위 역시 영향을 받는다는 것을 의미한다. 따라서 통상적인 법 이론에 따르면 지방정부는 주정부에 의해 창설되며, 지방정부의 제도적 구성, 책임, 조세권한 모두가 주정부로부터 유래된다는 점에서 지방의회의 조례제정은 각 주의 헌법과 법률에서 유래되고 성격이 규정되며 입법범위를 제한 받는다고 할 수 있다. 그러나 법적 이론이 뭐라 명시한다 하더라도 정치현실에서 살펴보면 미국의 지방정부(시와 타운)는 놀랄 만큼의

자치권과 독립성을 누리고 있는 것이 사실이다.

프랑스의 저널리스트인 알렉시스 드 토크빌(Alexis de Tocqueville)이 167년 전 미국의 지방정부를 기술한 바에 의하면, 미국의 지방정부는 미국민의 주권재민에 대한 열망을 반영한다고 하였는데, 이는 개인들과 가족들이 서로 모여 지역 공동체를 구성하는 것을 시작으로, 나아가 주를 형성하고 결국에는 국가를 창설하게 되었다는 것을 의미한다. 토크빌의 기술에 약간의 과장이 있다손 치더라도 이는 지방단위의 정부가 주나 연방정부 등 상위정부에 의해서 만들어진 것이 아니라 주민 스스로가 만들었다는 중요한 사실을 지적하고 있다. 이러한 견해는 미국의 지방정부에 대하여 지금까지 이어져 오는 일반의 생각을 반영하는 것이다.

그런데, 주정부에 의해 창조되는 지방자치단체의 자치권 범위와 기관구성 형태 등은 지방자치단체의 헌법이라 할 수 있는 헌장(charter)에 규정되어 있다. 주정부가 헌장을 부여하는 방식에는 특별법(special act), 분류법(classified law), 선택법(optional law), 홈룰(home rule) 등 네 가지가 있다. 우선, 특별법에 의한 방식은 지방자치단체가 헌장을 제정·수정할 때마다 주정부의 특별법 제정이 요구되는 것으로 가장 오래된 헌장부여 방식이나, 요즘에 와서는 대부분의 주헌법에 이를 금지하는 규정으로 이를 활용하는 빈도는 낮다. 둘째, 분류법은 주정부가 인구규모 등 일정한 기준에 따라 몇가지 유형의 헌장을 분류해 놓고 이에 해당하는 자치단체에게 동일한 헌장을 부여하는 방식이며, 셋째 선택법은 주정부가 두 가지 이상의 헌장을 제시해 놓고 지방자치단체가 주민투표를 통해 선택할 수 있는 방식이다. 끝으로 홈룰은 지방자치단체가 스스로 헌장을 기안·채택·수정할 수 있을 법적 권한을 부여하는 것으로 주정부의 헌법이나 법률에 의해 인정된다.[152] 특히 홈룰의 헌장부여방

152) 단 홈룰을 인정받은 지방자치단체는 주정부의 헌법과 법률의 범위내에서만 자율권

식이 주헌법으로 규정되어 있는 경우는 일반법에 의한 경우보다 지방자치단체의 법적지위가 확고히 보장된다 할 수 있다.[153]

헌법적인 홈룰 부여방식은 초창기 양식인 '주권 안의 주권(imperium in imperio)'형식과 보다 최근의 헌법부여 양식인 '입법적 홈룰(legislative home rule)'로 크게 나눌 수 있다. 전자 형태의 홈룰은 주헌법에서 지방정부에게 '시 관련 사무(municipal affairs)'나 시정부의 소유물, 사무 및 관리에 대하여 권한을 부여하는 것으로 자체시행(self-executing)적 성격을 띤다. 여기에 속할 수 있는 주헌법은 뉴욕주, 코네티컷주, 오하이오주, 워싱턴주, 캘리포니아주 등을 들 수 있다. 이 경우 법원이 부여된 지방권한의 영역, 즉 '지방적인' 사안을 결정하는데 중요한 역할을 하게 되는데, 법원이 지방정부에 부여된 권한을 지나치게 제한한다는 비판이 제기되어 왔다.

한편 보다 최근에 헌법적인 홈룰규정을 채택하는 주들은 후자의 입법적 홈룰 양식을 택하여 지방정부에 부여하는 모든 권한을 입법부가 위임할 수 있도록 하는데, 주헌법에서 홈룰을 인정하고 구체적인 내용은 주법으로 홈룰권한을 부여하는 형태이다. 이는 홈룰 지방정부에 대한 통제를 법원으로부터 주입법부로 옮기기 위하여, 그리고 홈룰 지방정부의 권한을 확대하려는 취지에서 채택되어 왔다.[154] 이와 같은 주헌법은 일리노이주, 사우스 다코다주, 펜실베니아주 등을 들 수 있다.

이 인정되며, 헌장 수정도 주법에 위반되지 않거나 주정부에 의해 선점되지 않는 사항에 대해서만 주의회의 승인없이 주민투표에 의해 수정할 수 있는 것을 뜻한다.

153) 그러나 일반법에 의한 부여방식 즉, 주헌법에서는 단순히 근거규정을 두고 일반법에서 실제의 권한부여가 이루어지는 경우라 하더라도 반드시 주헌법에서 구체적인 권한부여가 이루어지는 것보다 더 제한적이라고 할 수는 없다(O. Reynold, *Local Government Law*. Minn: West Publishing. 1987, p. 97.)

154) D. Mandelker, *State and Local Government in a Federal System*. 3rd ed. Michie Company. 1990, pp. 110-111.

2) 주정부의 법적 원칙과 지방의회의 입법권

미국 지방자치단체가 주정부의 법적 산물이라는 점에서 지방정부가 지니고 있는 권한은 주정부가 어떤 법적 원칙, 즉 크게 "딜런의 원칙(Dillon's Rule)"[155]과 "쿨리의 원칙(Cooley Rule)"[156] 가운데 어느 원칙을 적용시키냐에 따라 많은 차이를 보이는데, 지금까지의 판례해석에서는 딜런의 법칙이 우세한 경향을 보인다.[157]

딜런의 원칙은 헌법조문이나 제정법조문에는 없으나, 1868년 당시 아이오와주 대법원장이었던 딜런(John F. Dillon)에 의하여 저술된 방대한 판례해설서[158]가 미국 지방자치에 대한 고전적 원칙으로 평가되며, 지금까지 지방자치단체의 권한을 둘러싼 소송사건의 해석기준으로 적용되어 왔다.[159]

딜런 판사는 매우 엄격하게 지방자치단체의 권한을 해석하여[160]

"지방자치단체(Municipal Corporation)는 다음의 권한을 행사할 수 있으나 그 이외의 권한은 갖지 않는 것이 법률상 일반적이고도 당연한 명제이다. 지방자치단체가 행사할 수 있는 권한은 첫째, 법률의 문구상 명백하게 인정된 권한, 둘째, 명백하게 인정된 권한 내에 있던가 혹은 거기에 부수적인 것으로서 당연히 또는 객관적으로 인정된 권한, 셋째, 지방자치단체의 목적수행을 위하여 필요 불가결한 권한이어야 한다. 권한의 존재에 관하

155) 딜런의 원칙은 1868년 아이오와주 대법원판사인 John F. Dillon의 이름에서 따온 것으로 "지방정부는 주정부의 창조물이며 단지 주정부에 의해 명백히 부여된 권한만을 행사할 수 있다"는 내용이다.

156) 쿨리의 원칙은 1871년 미시간주 Thomas Cooley판사의 판결에 따라 명칭된 것으로 지방자치단체의 권리는 본래 부여된(inherent) 것이란 내용을 담고 있다.

157) D. Berman, *State and Local Politics*. 6th ed., IA: Wm. C. Brown. 1990, pp. 192-193.

158) J. Dillon, *Commentaries on the Law of Municipal Corporations*. 5th ed. Boston: Little, Brown & co., 1911.

159) Sho Sato Arvo Van Alstyne, op. cit., p. 30.; 宮崎辰雄, 前揭書, pp. 101-103.

160) O. Reynold, *Ibid*; J. Dillon, *Commentaries on the Law of Municipal Corporation*, 5th. Vol. I, p. 448.; 宮崎辰雄, 「歐米地方自治權の研究」, 東京: 勁草書房, 1980, p. 101.

여 객관적·합리적·본질적 의문이 있는 경우, 법원에 의하여 지방자치단체에 불리하게 판정되고 그 권한은 부정된다. 이러한 원칙은 선험적인 중요한 원칙이자 지방자치단체에 관한 법률의 기본원칙으로서 존재한다."

이상에서 볼 수 있듯이 딜런의 원칙은 지방정부나 지방공무원이 헌장이나 기타 지방자치단체에 적용되는 법률에 근거하지 않으면 어떠한 행정행위나 계약의 체결도 할 수 없으며 어떠한 책임도 지지 않는다는 법률유보 원칙에 입각한 것이다.[161] 즉, 딜런의 원칙에 따르면 지방정부가 아무리 크고 실제적으로 중요한 역할을 수행하고 있다 하더라도 지방정부가 주의 창조물인 이상, 법률이 정하고 있지 않는 권한행사는 불가능하다는 것을 분명하게 밝히고 있다. 그러나 이러한 원칙이 기술적으로는 올바른 것이라 할 수 있지만 토크빌이 불과 37년전 보았던 지방정부의 역사적이고 정치적인 현실과는 정면으로 배치되는 것이라 할 수 있다.

문제는 딜런의 원칙을 지나치게 엄격하게 적용하면, 지방정부로서의 불가결한 목적을 실현하기 위하여 필요로 하는 수단과 자기보존의 권한까지도 부정하는 것이 될 수 있다는 점이다. 즉, 법률유보의 원칙에 따라 주법률을 엄격하게 적용하면 지방자치단체는 적절한 행정활동의 자유를 제한받게 됨으로써, 그 설립취지를 잃어버리게 될 우려가 있다. 이에 대하여 코넷티컷주의 처치(Church)판사는 지방정부의 권한에 대한 법률의 엄격한 제약에 근거하여 주헌법과 지방정부헌장·조례의 관계를 규율하는 딜런의 원칙이라 하더라도, 지방정부의 존재목적을 실현하기 위한 합리적인 범위 안에서의 권한만큼은 인정하지 않을 수 없다고 하였다.[162]

---

161) D. Mandelker, *et. al*, *op. cit.*, pp. 91-92.; J. Dillon, *op. cit.* p. 449.; 宮崎辰雄, 上揭書, p. 101.

162) J. Dillon, *op. cit.*, p. 452.; 村上義弘, 前揭論文, p. 219.; 宮崎辰雄, 上揭書, p. 102.

요컨대 지방정부는 본래 완전한 법적 자치체였으며, 주정부에 종속된 지위를 지닌다는 개념은 겨우 19세기부터 시작된 것이다. 딜런의 원칙에 반영된 지방정부에 대한 딜런의 생각에는 당시 도시들이 시운영에 가장 적합한 지적, 경험적 역량과 도덕성을 갖춘 사람들에 의해 관리되고 있지 않다는 믿음과 시운영이 불합리하고 낭비적인 요소가 종종 많았음을 반영하는 것이다. 따라서 당시 시정부가 공공재를 담당할 지방정부가 되는데는 주된 변화가 요구되었는데, 딜런 판사는 주정부가 시를 통제함으로써, 그리고 공공기능에 대하여 시에게 제한을 가하고 지방정부에 대한 엄격한 사법적 판단을 적용함으로써 이러한 목적을 이룰 수 있다고 믿었던 것이다. 즉 부패하거나 부실하게 운영되는 지방정부의 폐해를 극복하고자 하는 엘리트들의 대안으로써 그리고 주 입법부의 역할에 대한 강조로써 딜런 판사는 기존 지방정부 권한에 대한 자유주의적인 해석에 반하는 엄격한 원칙을 세웠던 것이다.[163] 이와 때를 같이 하여 주헌법들은 유해한 경제활동을 금하기 위하여 지방정부의 권한을 제한토록 수정하게 되었다.

그러나 얼마 지나지 않아 역사의 시계추처럼 다시 홈룰제정 운동과 특별법 제정 금지를 명문화하는 등 지방자치를 활성화하는 방향으로 전환하게 되는 것을 볼 수 있다. 즉 1870년대부터 시작하여 20세기초 대단한 기세로 확산된 홈룰운동은 오늘까지도 계속 상당한 힘을 지니고 있다. 홈룰 원리는 지방정부에 대한 고유권(inherent right)으로써 인식되는 것이 아니라 주헌법과 혹은 법률에 의해 부여된 것을 뜻하며, 홈룰의 명문화는 시정부에게 권한을 부여하는 것과 함께 시정부에 대한 주의 통제를 제한하는 역할을 하고 있다. 또한 본래는 엄격하게 적용되던 딜런의 원칙도 요즘에 와서는 점점 더

163) 물론 이에 대한 반향으로써 지방 자치정부의 고유권을 옹호하는 법원리가 잠시 제기되기도 하였다(D. Jr MaCarthy, *Local Government Law*. Mn: West Publishing. 1990, pp. 16-17).

관대하게 적용되고 있다.[164]

나. 홈룰 제도와 조례제정권

1) 홈룰제도의 특징

지방정부에 대한 딜런의 제한적인 관점과는 반대로 주정부는 주권재민의 미국 전통을 지키려는 방향에서 지방정부에 헌장을 부여하는 새로운 방법을 채택하게 되었다. 이는 주의 절대적인 입법권 원칙과 주입법에 의한 권한부여에 내재된 문제들을 해결하기 위한 취지에서 주 헌법에 홈룰 규정을 채택하게 만든 것이었으며, 이러한 헌법규정은 주의 입법활동에 의존하는 것이 아닌 헌법적인 부여방식을 통하여 지방정부에 자치권을 위임하도록 하는데 목적을 두는 것이었다. 예를 들어 1875년 미조리주를 시작으로 여러 주들이 지역 공동체를 위한 홈룰을 제공하기 위하여 주헌법을 개정하기 시작하였다.[165]

펜실베니아주의 홈룰에 대한 주헌법 규정은 전형적인 것이라 할 수 있는데, "시정부(municipalities)는 홈룰헌장을 제정할 권리와 권한을 지닌다"고 명시되어 있으며, 헌장을 지니고 있는 "지방정부는 주헌법이나 홈룰헌장, 혹은 주의회에 의하여 부인되지 않은 것이면 어떠한 권한도 행사할 수 있으며 어떠한 기능을 수행해도 된다"고 규정되어 있다. 펜실베니아주는 또한 주입법권으로 이러한 홈룰제정을 카운티와 타운십으로 확대하였다. 최근 통계(ACIR, 1993년)에 의하면 시자치단체에 홈룰을 인정하는 주정부는 48개이며,

---

164) D. Jr. McCarthy, *ibid.* pp. 14-18.

165) 몇몇 주들은 뒤늦게 처음으로 주헌법에 홈룰규정을 두었는데, 1966년 메사츄셋트주(주헌법 제2조)와 노스 다코다주(주헌법 § 130)가 홈룰을 택하였으며, 1968년 플로리다주(주헌법 제8조, § 1, 2)와 아이오와주(주헌법 제3조 § 40), 펜실베니아주(주헌법 제9조 § 2)가 홈룰을 채택하였다. 그리고 1970년 일리노이주(주헌법 제7조 § 6)와 몬타나주(주헌법 제11조 § 6)가 홈룰을 위한 규정을 두었다.

카운티에 이를 인정하는 주정부는 37개로 나타나고 있으며, 20만이상의 도시에 약 2/3, 50만 이상 도시에 약 80%가 홈룰을 갖고 있다.[166]

펜실베니아주헌법에서 볼 수 있듯이 홈룰은 지방정부가 스스로 헌장을 기안·채택·수정할 수 있을 법적 권한을 부여하는 것으로 주정부의 헌법이나 법률에 의해 인정되는 것인데, 이러한 홈룰 제도는 주의회의 지방정부에 대한 지나친 간섭을 배제하고, 지방정부에게 그 지역의 고유사무를 처리할 수 있는 권한을 보장한다는 점에서 의미가 높다. 또한 홈룰 제도는 지방정부가 지방정부의 조직·소관사무·과세·기채 등 자치정부로서 기능하기 위한 필요사항을 일정한 제약 아래 재량으로 결정할 수 있도록 인정하는 제도라는 점에서[167] 지방의회의 조례제정권과 밀접한 관련을 지닌다.

홈룰 제도의 특징은 자치사무에 관한 지방의회의 조례제정시 법률의 수권을 반드시 요구하는 것은 아니고, 지방의회에 광범위한 권한이 주어져 있다고 추정하는 것이다.[168] 원칙적으로 홈룰 제도는 첫째, 지방적인 문제에 관하여 주의회에 의한 통제와 간섭에서 독립하여 자유롭고 자치적인 입법주도권을 지방의회에게 넘겨 줄 것을 요구하는데, 이는 특정 자치단체에 대한 특별입법의 금지와 자치헌장의 채택에서 나타나고 있다.[169] 둘째, 지방정부

166) 홈룰을 채택하고 있는 주정부 가운데는 주정부내 모든 지방자치단체에 홈룰을 부여하는 주가 있는가 하면, 인구규모가 일정수준을 넘는 지방자치단체에게만 차별적으로 허용하는 주정부도 있다.

167) 金子善次郎, 「美國聯邦制度」, 東京: 良書普及會, 1977, p. 61.

168) 몇몇 주법원은 지방자치단체의 규모에 관계없이 입법에 대한 고유권한이 있음을 인정하였으나 이 고유권(Inherent Right)원칙은 미국의 헌법제도와 모순된다는 비판을 받고 있다(Sho Sato, *op. cit.*, p. 87.; 宮崎辰雄, 前揭書, p.111.). 그럼에도 불구하고 홈룰 제도에 근거한 조례제정권이 주법률에 의하여 그 제정범위가 한정된다고 하는 법률유보원칙은 정확성을 결여하고 있다.

169) 예를 들어 미네소타주는 주헌법에서는 특별법제정 금지를 명문화하고 있으며 홈룰 헌장의 제·개정과 채택에 대한 규정을 담고 있다(Constitution of the State of

에 대한 불신을 배제하고 주법률이 규정하고 있지 않은 사항에 대해서는 지방정부가 자주적인 계획과 정책을 광범위하게 집행할 수 있도록 권한을 부여하는 것이다.[170] 따라서 미국에서는 홈룰 제도에 의하여 지방정부마다 시의 크기나 지역의 실정에 맞추어 제도를 다양하게 선택적으로 채택·변용할 수 있는 권한 및 주정부에 의한 지방세의 부과금지, 채무부담 혹은 계약체결의 강제금지, 특별기관에 의한 지방자치단체 사무에의 간섭금지, 주에 의한 지방자치단체 공무원의 임명금지 그리고 주민투표제, 민선공직자의 지명, 예산회계제도 등 광범위한 권한을 가지고 있음을 추정할 수 있다. 다만 재정에 관해서는 일정한 제한규정(부채의 제한, 소득세 등의 창설금지 등)을 두는 것이 일반적이다.[171] 참고로 일리노이주의 경우 주헌법의 홈룰 규정에서 조세와 부채, 허가에 대한 권한을 포함하고 있으나 세입을 위한 허가권과 소득이나 수입세(earnings), 직업(occupations)에 부과하는 징세권은 제외되어 있다(Ill. Const. Art. VII, §6(a), 6(e)).

요컨대 홈룰을 지닌 지방정부는 주헌법과 주법률의 일정한 제약을 받는다하더라도 자치입법의 관점에서 자주적 결정권을 가지게 되고, 그 실질적 권한은 상당히 광범위한 것이라 말할 수 있는데, 홈룰 제도는 지방정부 차원의 문제를 스스로의 책임으로 해결하려는 인식 아래 자치권을 광범위하게 수권하는 제도로서 지방정부는 주의 법률로써 제한되지 않는 한, 모든 권한을 가진다고 할 수 있다.[172]

Minnesota, Article XII). 아리조나주의 경우에도 주헌법 제13조에서 지방자치단체 특별법제정 금지와 헌장채택에 대한 규정을 담고 있다(.Arizona Constitution, Article XIII).

170) Sho Sato & Van Alstyne, p. 216.; 村上義弘, 前揭論文, pp. 101-103.

171) 예를 들어 지방소득세가 홈룰 권한이 아님을 명시한 대표적인 판례는 Grant v. Kansas City, 431 S.W.2d 89 (Mo. 1968), City&County of Denver v. Sweet, 329 P.2d 441 (Colo. 1958) 참조

172) O. Reynold, *op. cit.*, pp. 143-145.; D. Mandelker, *et. al., op. cit.*, pp. 110-112.; 金子善次

2) 지방자치단체의 홈룰헌장

홈룰헌장은 지방자치단체가 주의 지배권으로부터 완전히 독립하여 자유롭게 그 자치권을 행사하는 것이 아니라 주와 지방자치단체의 통치구조로부터 자치권이 도출된다는데 그 한계가 있긴 하지만, 자치사무에 대해서는 지방의회에 전적인 조례제정권이 인정되고 있다. 이는 앞서 논의하였듯이 홈룰헌장의 목적이 주의회에 일정한 제한을 가함으로써 주의회에 의한 자치권 침해를 실질적으로 예방하는 데 있기 때문이라 할 수 있으며,[173] 따라서 고유한 지방적인 행정사무에 관한 한, 지방자치단체의 헌장이나 조례가 주법률에 대하여 우월하다는 견해가 일반적이다.[174]

미국 지방정부의 조례제정권에서 가장 중요한 문제는 홈룰헌장의 규정조항을 어느 범위까지 인정할 것인가 하는 점이다. 이를테면 지방자치권은 주정부 통치권의 제약을 받는 통치구조의 일부분으로서 현행 각 주헌법은 지방자치제도에 대한 규정을 두고 있는데, 그 내용은 주에 따라 간단하게 규정한 경우도 있으나, 비교적 상세한 규정을 둔 경우도 있다.

미국의 홈룰헌장은 주헌법 및 법률에 따라 각 지방자치단체가 제정하며 구체적인 시헌장(County Charter)의 규정범위는 다음과 같다.[175]

郎, 前揭書, pp. 61-62.

173) 필립스(Phillips)교수는 지방적 중요사항 외에는 주법률이 홈룰헌장이나 조례에 대하여 우월한 지위를 가진다고 보았다(J. Phillips, *ibid.*, p. 66.; 宮崎辰雄, 前揭書, p. 108.). 그러나 무엇이 지방적 중요사항인지에 대해서는 어떤 주에서도 만족할 만한 해석기준이 정립되어 있지 않다.

174) D. Mandelker, *et al.*, *op. cit.*, p. 111.

175) J. Phillips, *op. cit.*, p. 76.; 宮崎辰雄, 前揭書, pp. 109-110, p. 192. *미국 전국도시연맹(National Civic League)은 모델도시헌장(Model County Charter 1990년판)을 다음과 같이 제시하고 있다. ① County의 권한, ② County의회, ③ County지배인, ④ 행정실국, ⑤ 재정절차, ⑥ County선거, ⑦ 일반적 규정, ⑧ 헌장의 수정, ⑨ 경과규정

- 지방자치단체의 지역범위 및 경계
- 지방자치단체의 조직과 형태
- 시공무원의 임명 및 선거
- 세 · 예산 · 회계 · 재산취득 · 자산평가 · 재정관리 · 재정조직 · 재정절차 등의 재정사항
- 공무원의 자격 · 임용제도와 인사관리
- 헌장의 개정 및 폐지
- 경과조치
- 주민발안 · 주민투표 · 주민소환 · 계획 · 용도제 · 주택 · 재개발
- 공익사업재산보유사항 등이며, 보다 상세한 규정은 조례(Ordinance)에 위임되어 있다.

한편, 홈룰제정 절차를 살펴보면 일반적으로 매우 상세하게 주헌법이나 법률에 규정되어 있다. 대체로 시정부가 홈룰을 갖게 되는데는 다섯 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 홈룰을 원하는 시는 지방정부의 형태로 결성되어야 한다. 둘째, 최소 인구가 규정되는데 보통 2천명에서 1만명의 최소 수준이 요구된다. 일단 홈룰을 갖게 된 시정부는 최소 수준이하로 인구가 감소하여도 홈룰을 보유하게 되는데, 아리조나주의 톰스톤(Tombstone)시는 현재 홈룰을 지니고 있는 시이지만 인구는 아리조나 주의 최소 3,500명을 훨씬 밑돌고 있다. 셋째, 시헌장은 시정부의 권한과 책임을 구체적으로 명시하는 문서를 준비해야 하는데, 일반적으로 시민들로 위원회를 구성하여 준비한다. 넷째, 헌장위원회에서 만들어서 홈룰헌장은 시 유권자의 승인을 받아야 하며 일반적으로 투표를 통하여 과반수이상의 승인을 얻어야 한다. 다섯째, 모든 경우는 아니지만 홈룰헌장에 대하여 주지사의 싸인이나 입법부의 표결 등 주정부 승인이 요구되기도 한다.[176]

176) 캘리포니아주는 홈룰헌장에 대한 주의회의 승인이 요구되며, 미시간주의 경우 주지사에게 송부되어야 하며, 웨스트 버지니아주는 홈룰헌장이 주법과 합치하는지에 대한 주법무관의 의견을 요구한다. 그러나 많은 주가 주정부의 승인을 요구하지 않는다.

예를 들어 미네소타주의 경우 1896년 홈룰을 승인하였으며, 1898년 최초의 미네아폴리스 시헌장 위원회가 설치되어 1920년 새로운 시헌장의 탄생을 보게 되었다. 시헌장의 개정은 주민이나 시의회, 혹은 시헌장위원회에서 제기될 수 있으며, 개정안은 시헌장위원회에 제출되어야하고, 시헌장위원회에서 심사되어 시의회에 상정하여 만장일치로 승인되거나, 주민투표에 회부되어 결정되어야 효력이 발생된다.

3) 홈룰헌장의 규정사례

다음은 주헌법에서 규정하고 있는 홈룰 규정을 통하여 지방정부가 지니고 있는 법적 지위와 권한을 살펴보고자 한다. 먼저 일리노이주의 경우, 1970년 개정된 헌법은 새로운 지방정부에 관한 홈룰규정을 두고 주 안의 모든 지방정부와 함께 공선에 의한 수석행정관을 가진 모든 카운티에 홈룰헌장을 지니는 지방정부가 되는 길을 열었다. 일리노이 주헌법 제7장 지방자치단체 제6조에서 홈룰 지방자치단체의 권한과 그 한계를 규정하고 있는 것을 살펴보면 다음과 같다.[177]

첫째, 홈룰 지방정부는 동헌법 규정에 의하여 제한되지 않는 한 보건·치안·미풍양속 및 공공복리의 보호·면허·과세·기채에 관한 권한에 한정되지 않고, 통치 및 사무에 관하여 어떠한 권한도 가지며, 어떠한 기능도 부과할 수 있다.

둘째, 홈룰 지방정부는 주의회가 법률로써 인정한 경우에 한하여 6개월 이상의 금고형을 포함한 벌칙제정, 세입을 위한 면허권, 및 소득·수입 혹은 직업을 기준으로 한 과세권을 가진다.

셋째, 홈룰 지방정부는 주민투표에 의한 승인 또는 법률로 정한 집행기관

177) D. Mandelker, *op. cit.*, pp. 133-134.; 金子善次郎, 前揭書, pp. 63-64.

의 형태를 채택·변경 또는 폐지하거나 공직을 설치하고 선출방법 및 임기를 정할 수 있다.

넷째, 홈룰 지방정부는 주의회가 법률로써 특별히 제한하거나, 주가 배타적으로 실시하려는 취지를 선언하지 않는 한, 어떠한 권한 및 기능도 주와 동시에 실시하고 부과할 수 있다.

다섯째, 주의회는 어떠한 경우에도 특별평가에 의하여 홈룰 지방정부가 지방의 발전을 시도할 수 있는 권한과 이 권한을 다른 카운티 및 지방정부(혹은 본 헌법의 발효일에 이 권한을 가지고, 법률에 의해 금지되어 있지 않은 다른 종류의 지방자치단체)와 공동으로 행사할 권한 및 홈룰 지방정부의 일정한 구역에 대하여 특별한 행정서비스를 제공하고 이들 서비스를 제공하기 위하여 법률에 규정된 바에 따라 부가세(Additional Tax)를 과세하는 권한을 금지하거나 제한할 수 없다.

이러한 홈룰 지방자치단체의 권한은 주헌법이 당해 지방의회의 조례제정권의 범위를 폭넓게 허용하고 있음을 의미한다. 따라서 일리노이주 개정헌법의 마지막 부분인 홈룰 지방자치단체의 권한 및 기능은 광범위하게 해석되고 있으며, 이는 홈룰 내용을 확충할 뿐만 아니라 나아가서는 홈룰 지방정부의 건전한 육성을 의도하고 있다.

한편, 뉴욕 주헌법 제9조 제2항에서도 지방정부의 권한이 명시되어 있는데, 주입법부는 지방정부에 관한 입법을 통하여 지방정부에 권한을 부여하되 입법적, 행정적 사안에 국한되지 않으며...., 모든 지방정부는 소유권이나 정부에 관하여 주헌법이나 일반법에 배치되지 않는 조례를 채택 수정할 수 있는 권한을 지니며, 또한 재정적 의무, 입법기관, 지방세, 그리고 지역주민과 재산을 위한 통치, 보호, 명령, 행동, 안전, 보건 및 복리 등의 사안에 대하여 조례를 채택할 수 있다.

오하이오 주헌법 제18조에서는 시정부(municipalities)가 지방자치정부의 모든 권력을 행사할 수 있는 권한을 지니며, 지방경찰과 위생 및 이와 유사한 규제들에 대하여 일반법과 배치되지 않는 범위 안에서 채택하고 시행할 수 있는 권한을 지닌다. 또한 어떤 시정부도 시정부의 헌장을 제정, 채택, 수정할 수 있으며 지방자치정부의 모든 권한을 행사할 수 있다.

캘리포니아 주헌법 제11조를 살펴보면, 시헌장을 지닌 정부는 시관련 사무(municipal affairs)에 대한 모든 조례와 규제를 제정하고 시행할 수 있으며, 다만 시헌장에 명시된 제한을 받고 일반법에 규정된 사항에 따라야 한다. 주헌법에 따라 채택된 시헌장은 기존 헌장에 우선하며 시 관련 사무에 대해서는 시헌장이 이와 모순되는 모든 법에 우선한다. 시헌장을 지닌 모든 지방정부는 시경찰에 대한 구성, 규율, 관리를 담당하며, 시 하부정부에 대한 통치, 시선거의 실시, 그리고 주헌법 규정의 제한만을 받는 절대적인 권한을 지닌다. 또한 민선 및 임명 시공무원의 선출방법, 시기, 임기, 해직 등에 대하여 규정할 수 있다. 카운티와 시는 모든 지방경찰과 위생 및 조례와 규제를 일반법에 저촉되지 않는 한 제정, 시행할 수 있다.

다. 지방의회의 입법소관 사항

1) 정부간 기능분담

미국 지방의회의 입법소관 사항을 논의하기에 앞서 연방제 국가인 미국의 정부간 기능 및 역할분담을 살펴보면, 첫째 연방정부는 미국 헌법에 의해 위임된 각종 권한을 행사하고 있는데 여기에는 세금의 부과, 전쟁선포, 군대소집, 조폐 및 차관, 州간 통상규제, 연방재판소설치, 이민자들에 대한 귀화법규의 제정 등이 포함되어 있다. 둘째, 주정부는 미국 헌법 수정안 제10조에 의거하여 연방정부에 위임되거나 주정부에 위임이 금지된 권한을 제외한

모든 권한을 행사하고 있다 할 수 있는데, 주로 선거, 재판, 공립학교, 공공서비스 등에 관한 업무를 수행하고 있다. 셋째, 주민과 가장 가까운 정부로서 지방자치단체는 카운티, 시, 빌리지, 타운, 타운쉽 등 보통지방자치단체와 학교구 및 특별구와 같은 특별지방자치단체로 구분할 수 있다. 이들은 주민의 일상생활과 밀접한 거의 모든 서비스를 제공하는 것을 볼 수 있다.

그런데 정부간 기능분담면에서 주목해야 할 사항은 특히 주정부와 지방자치단체간에는 기능배분 형태 및 자치권의 범위가 주마다 상이하고 매우 복잡 다양한 형태를 보이고 있다는 점이다. 주정부가 고속도로·공공복지·보건·자연자원·교정 등의 기능에, 그리고 지방자치단체가 소방·하수도·방역·주차시설 등의 기능을 주로 담당하는 경우가 많은 것은 사실이나 주에 따라서는 한 정부가 아닌 다수의 정부가 기능을 분산하여 수행하는 경우도 상당수에 이르고 있다.

미네아폴리스 시헌장은 시민이 시정부에 부여한 권한과 어떻게 시정부를 구성하는 지에 대하여 규정하고 있다. 시헌장은 어떤 공직자가 민선으로 선출되며, 선출방식과 지방의원과 시장을 비롯한 민선공직자의 임기와 의무, 권한과 책임 등을 명기하고 있으며, 조직 부서의 구성, 시재정, 선거 등에 대한 내용을 담고 있다. 또한 샌프란시스코 시헌장의 경우도 시의 권한과 경계, 의회와 시장을 비롯한 민선공직자의 권한, 책임, 임기, 그리고 행정실국의 조직구성, 시재정, 선거, 주민투표 및 주민소환 등에 대한 내용을 포함하고 있다.

2) 조례제정범위

지방자치단체의 자치사무범위는 해를 거듭하면서 크게 확대되어 왔으며 이에 따라 지방의회의 조례제정범위도 상대적으로 넓어지게 되었다. 예컨대,

건국 초기의 사람들은 자기보호와 자기방위를 목적으로 지역사회 안에서 단결할 수밖에 없었으므로 경찰보호는 지방자치단체의 사무 가운데 가장 오래된 것이라고 할 수 있다. 다음으로 교통통제·무역규정·조세징수 등은 미국의 건국 초기부터 지방행정의 중요사무였으며, 지방자치단체가 담당하여야 할 공공분야의 범위를 정하는 것도 지방자치단체의 사무에 속하였다. 한편, 19세기 미국의 지방자치단체는 도로관리, 쓰레기 처리, 소방, 공원관리와 같은 본질적인 서비스 사무를 처리하였지만, 금세기에 들어서면서부터는 점차적으로 공공시설서비스, 병원경영과 건강보호시설, 사회복지 프로그램 등 사회복지행정사무까지 담당하기에 이르렀다.[178]

미네아폴리스 시 경우, 시의회는 미네아폴리스 시기능에 대하여 입법적, 행정적, 재정적 권한을 이용하여 시를 통치하는데, 시의회는 세금을 징수하고 조례와 규칙을 제정하며 사업허가와 예산통과와 시행정 부서에 대한 정책통제 등을 수행한다. 시의회가 시정부와 시질서를 위하여 제정하는 조례는 재산사용과 범죄예방 그리고 일반적으로 공중보건과 복지를 확보하기 위해 필요한 대부분의 것을 포함하여 다양하게 제정된다. 지방의회는 조례제정을 통하여 시정책을 표방하고 특정한 행정적 조치를 취할 뿐 아니라 과세문제를 통과시키며 연례 조세징수안을 제출한다.

미네아폴리스 시헌장에 나열된 조례제정권의 범위를 살펴보면 도박에 대한 제한 및 금지, 소동, 소음, 질서문란 등의 방지, 시민의 보건 위생, 쾌적, 편리, 안전을 위해 필요한 부적합 시설(화장실, 하수도, 도살장, 주류공장 등)에 대한 통제, 도로, 인도, 골목 등을 파손하거나 주차나 방해물 설치의 방지, 병원 설립 및 부지제공, 호적사무, 빵의 크기, 무게 등의 규제, 음주난동

178) Sho Sato Arvo van Alstyne, *ibid.*, p. 21.; Hawkins v. City of Greenfield, 248 Ind. 593, 230 N. E. 2nd. 1967, p. 396; Port Authority v. Fisher, 275 Minn., 157, 145 N. W. 2nd. 1966, p. 560.

에 대한 방지, 운송, 화물 업체에 대한 허가 및 규제 (운송료, 정류장 등), 시 구역내 모든 건축물에 대한 규제, 무기소지허가, 불법무기 단속, 규제, 압수 등을 포함한다. 참고로 미네아폴리스 시헌장에서는 조례 위반에 대하여 지방의회가 700$이하의 벌금과 90일이내의 구류를 정할 수 있도록 함으로써 조례의 법적 구속력과 실효성을 보장하고 있다.

지방의회의 조례제정권 범위를 일반화시켜 살펴본다면, 지방정부가 주민의 안전과 복지를 위하여 필요하다고 생각되는 모든 권한을 일반적으로 수권하고 있다는 점에서 주의 권한으로 규정되어 있지 않은 모든 적절한 사항이 포함된다고 할 수 있다. 예를 들어, 묘지·공유지·시장·차·화재·전람회·외등·영업허가·수도사업·야경순찰·지방세·지방공무원·보건·불법방해 등에 관한 조례는 모두 적절한 사항의 예라 할 수 있다.[179] 또한 주법률이 범죄를 일반적으로 정하여 타운이나 카운티 등 그것이 행해지는 장소에 대한 언급이 없이 죄를 규정하고 있는데, 범죄행위가 시의 도로 혹은 공공장소에서 행하여진 경우, 예컨대, 소동과 같은 것은 특별한 해악을 억제한다는 견지에서 지방정부가 이것을 조례로 규제할 수 있으며, 위에서 사례를 들었던 미네아폴리스시의 경우에서도 확인할 수 있다.

라. 시사점

미국의 지방정부는 주정부에 의해 법적지위와 권한이 결정되며, 따라서 지방자치단체의 기관구성 형태를 비롯하여 지방정부가 수행하는 기능, 과세·기채·지출권의 범위 등 자치권한의 폭도 주마다 차이를 나타내고 있다. 또한 같은 주정부 내에서도 지방정부의 크기, 기관구성형태나 특정기능에 따

179) Per Lumpkin J. in Savannah v. Hussey, 21 Ca. 80, 86.; 宮崎辰雄, 上揭書, p. 119, p. 123.; 村上義弘, 前揭論文, p. 225.

라 실제 지방정부의 독립적 권한행사의 정도가 다양하게 나타나고 있다.

미국의 입법권은 연방의회와 주의회의 것이지만, 상술한 바와 같이 이 입법권의 일부를 지방의회에 위임할 수 있음은 헌법상 확립된 원칙이다. 그러므로 지방정부의 행정수행을 위하여 지방의회에 조례제정권이 인정되고 있으며, 일반적으로 조례는 지방의회가 제정하는 지역법(Local Law)을 의미한다. 조례는 지방의회에 의해 통과된 자치단체의 법규범에 상당하는 것으로서 지방의 자치사무는 연방 혹은 주법률의 소관사무에 포함될 수 없다.[180]

또한 조례는 법률과 같은 효력(Effect of Law)을 가지며 주의회에 의하여 위임받은 권한의 범위 안에서 주의회에 의하여 통과된 법률(Statute)과 같은 권한을 가지므로[181] 일반적 사항에 대하여는 주법률을 위반할 수 없으나, 지방적 사항에 대해서는 시헌장·조례가 우월하다는 원칙이 확립되어 있음을 시사한다. 다만 지방적 관심사항과 자치사무에 대한 개념이 불확실하면, 법률에 위배되는 조례와 자치사무에 월권적으로 개입하는 법률을 구별하기 어려울 것이다. 한편, 법률은 공공복리와 질서유지 및 특별한 행정목적을 달성하기 위하여 이러한 자치사무를 묵시적으로 지방정부의 일반적인 부수권한으로 인정하고[182] 주헌법·주법률에 위반하지 않는 한, 합리적인 권한으로 추정하고 있다.[183]

그러나 일반적 조항에 의한 조례제정권이 여러가지 행정사무와 관련하여 특별조항에 의하여 부여된 권한을 확대하거나 무효로 할 수는 없다. 다만 지방자치단체의 성격상 합리적인 사항은 지방자치단체의 모든 권한에 대하여

---

180) H. Campbell, *Black's Law Dictionary, M.A.* 5th ed., West Publishing Co., 1979, p. 989.
181) *Ibid.*, p. 477.
182) D. Mandelker, *et al.*, *op. cit.*, pp. 110-111.; Dillon, *op. cit.*, p. 921.; 宮崎辰雄,前掲書, p. 112.
183) D. Mandelker *et al.*, *op. cit.*, pp. 111-113; 宮崎辰雄, 上掲書, p. 114.

조례제정권을 인정하더라도 헌법이나 법률의 일반조항에 모순되지 아니한다. 그러므로 지방자치단체 소관 행정사무는 곧 지방의회의 조례제정사항이 틀림없다고 결론 짓을 수 있다.

2. 독일

가. 독일의 지방의회

19세기의 지방자치법에서는 지방자치단체의 고유한 사무범위와 국가로부터 지방자치단체에 위임된 사무범위를 이원화시킴으로써 지방자치단체의 사무범위를 자치사무(Kommunale Aufgaben)와 국가사무(Staatliche Aufgaben)로 구분하였다. 이러한 사무이원론이 제도화된 것은 1808년 11월 9일의 슈타인(Stein)시에서 비롯되었다. 지방자치단체는 자치사무 이외에 국가사무의 일부를 국가의 위임에 의하여 집행하였다. 고유권적 지방자치이론에서는 군사·보안 등 국가적 행정은 국가의 사무범위로, 경제·사회 등의 행정은 지방자치단체의 사무범위로 간주되었으며,[184] 19세기의 위임사무는 국가의 이해에 관련된 규제행정 즉 경찰행정이 중심이었다. 이에 반하여 자치사무는 비권력적인 급부행정이 중심이었기 때문에 두 사무는 내용면에서 뚜렷하게 구분되었다.[185] 즉 슈타인시는 지방자치단체에 비권력행정을 중심으로 하는

184) Hiltrud und Karl-Heinz Nassmacher, *Kommunalpolitik in der Bundesrepublik* (Opladen, 1979, S.30. 다른 한편 Stein시제 제166조에서 「국가는 도시에 경찰관서를 설치하거나 경찰사무의 집행을 시이사회(Magistrat)에 위임할 수 있다. 이 점에 있어서 시이사회는 국가기관이다」라고 하였다. 이리하여 대도시의 경우 경찰행정은 주가 파견하는 경찰서장이, 대도시 이외의 도시에서는 시의 집행기관인 시이사회가 위임사무의 형식으로 집행하였다(장지호, 전게서, pp. 178-179.).

자치사무와 권력적 행정을 중심으로 하는 위임사무를 이원적으로 대치시켰으며, 이것이 오늘날까지 유지되고 있다.

이상과 같은 지방자치단체의 행정사무를 수행하기 위하여 지방자치단체의 기관을 어떻게 조직하고 각 기관에 어떠한 권한을 배분하였는 지는 주와 게마인데(Gmeinde)에 따라 매우 다양하다. 그러므로 입법기관과 집행기관, 결정기관과 집행기관, 의사형성기관과 의사집행기관 등의 분류에 따라 획일적으로 구분하기는 어렵다.

나. 독일 지방의회의 조례제정권의 범위

1) 지방의회의 조례소관사항

지방의회는 게마인데 주민의 대표기관이자 의결기관이다. 그러므로 법률에 위반하지 않는 한, 행정집행에 관한 기본방침과 게마인데의 주요사항을 결정할 수 있으며, 조례제정권·예산의결권·집행감독권(예컨대, 집행부와 행정활동에 대한 감독·결산승인) 등을 가진다. 이 가운데 지방의회는 다음 사항을 입법소관사항으로 두고 조례제정권의 범위로 예정하고 있다.

가) 자치사무

지방자치단체는 법률에 위반하지 않는 한, 자치사무를 자기의 책임으로 관할할 수 있으며, 국가는 지방자치행정의 합법성을 확보하기 위해서만 지시를 할 수 있는 바, 이러한 합법적 통제를 법률감독(Rechtsaufsicht) 또는 지방자치감독(Kommuneaufsicht)이라 하며 법률감독에서는 지방자치행정의 합목적성(Zweckmässigkeit)을 통제의 대상으로 삼지 않는다.[186] 자치사무에 관

185) H. Klein, *Der Rechtsschutz der Gemeinden gegen Massnahmen der Staatsaufsicht*, in: die Verwaltung 1968, S.153.

한 한 지방자치단체는 법적으로 국가에 대하여 병립·대등의 관계에 서기 때문에 법률이 정한 한계를 넘어선 중앙정부의 지시 또는 감독에 대하여 제도적으로 보장된 자치권의 침해를 이유로 행정재판소에 항고할 수 있다.[187]

지방의회의 조례제정권은 자치사무의 범위 안에서 설정된다.[188] 이에 따라 자치사무에 관하여 지방자치단체의 집행기관은 지방의회의 의결에 구속되며 지방의회에 대하여 책임을 진다. 지방의회의 입법소관사항인 자치사무는 다음과 같다.

지방자치단체의 고유한 활동영역인 임의적 자치사무는 게마인데의 전권한성 원칙(Prinzip der Allzuständigkeit der Gemeinden)과 자치행정 원칙(Selbstverwaltungsprinzip)에 내재하는 지방자치단체의 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)에서 유래되는 지방자치단체의 사무이다.[189] 지방자치단체는 자치사무 가운데 어떠한 사무를 맡고 또 그 사무를 어떻게 집행할 것인가를 결정할 수 있다.[190] 니티작센(Niedersachsen)주의 게마인데법은 지정사무(Zugewiesene Aufgaben)라는 제도를 두고 있는데,[191] 이 제도는 일정한 사무를 지방자치단체의 사무로 지정하였을 뿐이며, 이 사무의 담당여부와

186) Klüber, H., *Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/Heidelberg/New York, 1972, S.348.

187) D. Jesch, "Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung Staatlicher Aufgaben," in *DÖV*, 1960, S. 742.; 장지호, 전게서, p. 175.

188) E. Böhme, "Rechtsübereinstimmung im Gemeinderecht," *Der Städteteg*, 1948, S.43.; 장지호, 상게서, p. 175.

189) R. Beer und E. Laux, *Die Gemeinde*, München/Wien, 1970, S.35.

190) H. Scholler/S. Bross, *Grundzüge des Kommunal- rechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 2.Aufl., Heidelberg /Karlsruhe 1979, S.44.; 게마인데가 담당하는 이들 사무의 예로서는 도서관, 박물관, 극장, 양로원, 소년원, 병원, 운동장, 수영장, 쓰레기처리, 하수도, 공영기업(전기사업, 가스사업, 교통사업 등의 경영) 등이다.

191) § 4 Abs. 1. nds GO.; 장지호, 전게서, p. 173.

그 집행방법은 지방자치단체가 자주적으로 결정하며, 지방의회의 조례제정 범위에 해당된다. 이런 점에서 이 사무는 임의적 자치사무에 속하며, 특별한 사무구분을 형성하는 것은 아니다.

의무적 자치사무 또는 의무적 사무(Pflichtige)는 지방자치단체에 의한 집행이 법적으로 의무화되어 있는 사무로서 사무를 담당할 것인지(Ob der Aufgabenerfüllung)의 결정은 오로지 입법자가 할뿐이며 지방자치단체의 재량사항이 아니다. 그러므로 지방자치단체는 법적으로 의무화된 이들 사무를 국가의 지시를 받지 않고 어떻게 집행할 것인가(Wie der Durchfürung)하는[192] 사무의 집행방법만을 스스로 결정하는 재량을 가질 뿐이다. 이런 점에서 각 비지시의무적 사무·비지시사무(Weisungsfrei Pflichaufgaben, Weisungsfrei Aufgaben)라 하기도 한다.[193] 따라서 지방자치단체의 자기책임성은 담당여부에 있어서는 인정되지 않으나 이들 사무의 집행에는 인정되고 있기 때문에 이러한 사무를 자치사무로 본다.[194] 따라서 지방의회의 조례제정범위는 의무적 자치사무의 집행에 한정된다고 볼 수 있다.

나) 위임사무

자치사무와 국가사무 사이에 존재하는 위임사무는 그 본질상 지방자치단체에 의하여 처리되는 것이 적절하나, 이 사무가 갖는 국가적 이해관계를 고려하여 전국적·통일적 규제를 위해 이 사무를 국가사무로 두고, 중앙정부의 기관을 통하여 처리하지 않고 지방단계의 공행정담당자인 지방자치단체

192) H. Scholler/S. Bross, a,a,O., S.44.

193) H. Dods/K. Plate, *Gemeinderecht*, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln/Mainz, 1975, S.28.

194) H. Pagenkopf, *kommunalrecht*, Bd.1, 2.Aufl., Köln/Berlin/Bonn /München, 1975, S.171.; 장지호, 전게서, pp. 174-175. 초등학교의 설립과 유지, 청소년보호, 교량 및 도로(게마인데도로)의 건설, 교통안전, 공동묘지, 소방, 토지이용계획, 도시발전계획 등이 그 사무이다.

에 위임한 사무를 의미한다. 위임사무에 관한 한 지방자치단체는 관료제 내부의 하급기관 내지 준국가기관(Quasi Staatsbehörde)으로서의 지위를 가진다.[195] 한편 바이에른(Bayern), 니더작센(Niedersachsen), 라인란트팔쯔(Rheiland Pfalz) 및 짜르란트(Saarland) 등의 주는 위임사무를 그대로 존속시킴에 따라 이원주의적 사무체제를 그대로 유지하고 있다.[196] 위임사무는 비록 지방자치단체에 의하여 수행되고 있지만, 지방자치단체의 자치사무가 아니라 국가사무이므로, 조례의 소관사항이 아니며 이를 위임하거나 취소할 때에는 법률로써 규정하여야 한다.

위임사무는 본질적으로 국가사무이므로 다음과 같은 결과가 필연적으로 뒤따르게 된다.[197] 첫째, 위임사무는 지방자치단체의 자주적 결정에 따라 집행되는 행정사무가 아니라 중앙정부의 지시에 의하여 집행되므로,[198] 이에 따른 중앙정부의 지시권 또는 감독권에는 제한이 없다. 따라서 위임사무는 지방자치단체에 법적으로 보장된 자유재량적 사무가 아니므로 법률감독과 더불어 중앙행정부처에 의한 합목적성 감독(Zweckmässigkeitrolle), 즉 전문감독(Fachaufsicht)이 실시된다.[199]

둘째, 위임사무는 지방의회의 통제를 받지 않고 지방자치단체의 집행기관에 의하여 시행된다.[200] 그러나 위임사무에 소요되는 비용은 지방자치단체

195) D. Jesch, a.a.O., S.740; 장지호, 상게서, p. 176.
196) D. Jesch, a.a.O., S.741.; 장지호, 상게서, pp. 171-172.
197) 전게서, p. 176-177.
198) Art. 8 Abs.1, 2 bay GO;§5 Abs.1 nds GO; §6 Abs.1 sa GO.; 장지호, 상게서, p. 176.
199) W. Haus, A. Kresbach(Hrsg.), *Gemeindeordnung in Europa*, Stuttgart/ Berlin/Köln/Mainz 1967, S.58; H. Klüber, a.a.O., S.359.
200) H. Görg, "Bundesauftragsangelegenheiten der Gemeinden und Gemeindeverbände und ihre Pflichaufgaben nach Weisung," in *DÖV*, 1961, S.42. 위임사무는 이론상 단체로서의 지방자치단체에 위임되는 것이나, 실제로는 각종의 법률이 위임을 받은 지방자치단체의 집행기관을 사무의 담당자로서 지정하는 경우가 많다(H. Dehmel,

의 예산에 편성되기 때문에 지방의회의 승인을 받아야 한다.[201] 따라서 위임사무에 관한 한, 지방의회가 지방자치단체의 집행기관을 통제하려고 할 때에는 예산의 승인을 통하여 간접적으로 할 수 있다.

셋째, 지방자치단체는 중앙정부의 명령·훈령 등의 지시를 준수하여야 하며, 이러한 지시에 대하여 행정재판소에서 사법적으로 다룰 수 있는 법적 수단, 즉 항고소송이 인정되지 않기 때문에 자치단체가 중앙정부의 지시에 대하여 불만이 있을 경우, 해당 최고기관인 행정부처에 이의를 제기할 수 있을 뿐이다.[202] 따라서 위임사무에 관한 한 지방자치단체의 조례제정권은 인정되지 않는다.[203]

그러나 1950년대 후반부터는 지방자치단체가 집행하여야 할 연방사무가 증대함에 따라 사무일원주의를 택하고 있던 주에서도 국가위임사무가 부분적으로 부활하게 되었다.

다) 지시사무

제2차 세계대전 후 일부 주에서는 지방자치법을 새로 제정함에 있어서 1948년 7월 3일의 소위 바인하이머초안(Weinheimer Entwurf)을 따르고 있으며, 지시사무(Pflichtaufgaben zur Erfüllungnach Weisung)라는 새로운 제도를 채택하고 있다. 사무는 「국가사무(Staatliche Aufgaben)」와 「지방자치단체사무(Gemeindeliche Aufgaben)」로 구분되지만 지시사무와 자치사무는 다같이 「지방자치단체의 사무」에 속한다는 학설에 따라 종래의 이원론(Dualistisches Prinzip)에서 일원론(Monistisches prinzip)으로 대치되고 있다. 이에 따라 지방

Übertragenwirkungskreis, Auftragsanglegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung, Berlin, 1970, S.56).

201) H. Klüber, a.a.O., S.33.

202) Ebenda, S.35, 358.

203) E. Böhme, a.a.O., S.43. 장지호, 전게서, p. 177.

자치단체에는 오로지 「지방자치단체사무」만 남아 있다.[204]

1950년대 초에 독일연방공화국을 구성하는 8개 주 중에서 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein Westfalen), 슐레스비히-홀스타인(Schleswig-Holstein), 헤센(Hessen) 및 바덴뷔르템베르크(Baden-Württemberg) 등 4개 주에서는 위임사무가 국가감독이 보다 완화된 새로운 형태의 지시사무(Pflichtaufgaben Erfüllung nach Weisung, Weisungsaufgaben)로 전환되었다. 이들 4개 주는 위임사무를 지시사무로 대치함으로써 시민의 참여와 책임을 강화하고, 국가적 영향력을 제한하고자 하였다.[205]

이는 전통적으로 독일의 중앙집권제를 지탱해 왔던 위임사무제도가 현대에 이르러 중앙집권제를 완화하기 위한 제도로 변용되고 있다는 것을 의미한다. 지시사무는 국가의 지시에 따라 법률로써 지방자치단체에 의무화된 사무를 말하며, 국가지시권의 범위를 한정하고 있다.[206] 지시사무의 법적 성격은 국가의 무제한적인 지시권과 결부되어 있는 위임사무와는 달리 이 사무를 의무화한 법률에 의하여 국가의 지시권이 제한된다[207]는 점에 차이가 있다. 바인하이머초안을 따르는 주들의 지방자치법에서는 임의적 사무와 의무적 사무만을 인정하고 있으며, 의무적 사무를 비지시사무와 지시사무로 구분하고 지시사무는 이전의 위임사무와 일치시키고 있다.[208]

2) 조례제정권 범위 확대

제2차 세계대전 후 연방공화국의 노르트라인-베스트팔렌, 슐레스비히-홀

204) D. Jesch, Ebenda, S.741.
205) H. Göng, a.a.O.; S.45. 장지호, 상게서, p. 179.
206) §2 Abs. 2. bw GO; §4 he Go; §3 Abs. 2nw GO; §3 Abs. 2 sh GO.; 장지호, 상게서, p. 179.
207) H. Dods/K. Plate, a.a.O., S.29.
208) D. Jesch, a.a.O., S.741.

스타인, 헤센 및 바덴뷔르템베르크 등 4개 주에서 실현된 위임사무의 원칙적 폐지는 지방자치권을 확대함으로써 중앙집권적인 행정체계를 분권화 하는데 있었다. 그러나 현실적으로 위임사무는 그 동안 지속적으로 증대되어 왔다. 이러한 상황을 전제로 하여 1948년 도시연맹은 또 다시 위임사무제도의 재검토를 요구하였으며, 위임사무에 대한 국가의 감독을 한층 더 강화한 자치사무 즉 지시사무로 전환할 것을 제안한 바 있다.[209] 도시연맹은 위임사무를 전부 자치사무로 간주하고, 자치사무에 대하여 국가감독을 계속 유지하고 강화시킨다는 것이다. 이를 위하여 도시연맹이 제안한 지방자치단체 사무의 개혁안은 위임사무의 자치사무화 원칙을 강조하고 있다.[210]

첫째, 국가위임사무가 자치사무로 전환됨에 따라 지방자치단체는 국가적 사무를 단순히 집행만 한다는 종래의 성격을 상실하게 되었다. 둘째, 위임사무가 자치사무로 전환됨에 따라 포괄적인 국가의 지시권은 소멸되고 무제한적인 국가의 지시권 대신에 국가감독이 강화되며, 이 감독권은 법률에 의하여 제한된다. 셋째, 위임사무가 자치사무로 전환되는 경우, 자치사무에 대한 사실상의 결정권은 지방의회가 가지게 됨으로써, 조례제정범위의 확대를 초래하며 시민결정권의 대상이 된다.

가) 위임사무에 관한 바인하이머 초안의 기준

도시연맹은 1948년 7월 각 주가 지방자치법의 제정 시 참고하게 될 모델법안으로서 바인하이머 초안을 작성하고 위임사무와 관련하여 다음과 같은 원칙을 제안하였다.[211]

---

209) 보통보다는 감독을 강화한 자치사무(Selbstverwaltungsangelegenheiten unter verstärkter Aufsicht)가 지시사무를 의미한다.

210) K. Zuhorn, "Reform oder Kopie" in: *DöV* 1949, S.50.; 장지호, 전게서, p. 183.

211) K. Zuhorn Ebenda, S.52.

(1) 자치사무의 독점적 · 포괄적 지배의 원칙

게마인데는 법률에 다른 규정이 없는 한, 당해 지방자치행정의 독점적·자기책임적 담당자로서 전권한성의 원칙에 따라 게마인데의 행정단계에 속하는 모든 행정사무를 집행할 수 있다. 여기에서는 위임사무의 개념을 찾아볼 수 없다. 즉, 초안에는 지시에 따라 집행되는 국가사무가 게마인데에 위임될 수 있다는 언급은 없지만 게마인데의 행정단계에 속하는 모든 행정사무는 일률적으로 게마인데에 속하는 지방적 사무(Örtliche Aufgaben)라는 것을 강조하고 있다.

(2) 위임사무의 법률유보 원칙

초안 제3조는 기본규정과 관련하여 주는 게마인데에 일정한 사무를 다음과 같이 의무화시킬 수 있다고 규정하고 있다.

첫째, 주가 그 사무의 집행에 있어서 일반감독(법률감독) 이외에 다른 감독을 유보하고 있지 않은 의무적 사무는 국가의 감독에 관한 한 임의적 자치사무와 같다. 둘째, 일반감독 이외에 다른 감독권을 유보하고 있는 의무적 사무에 대한 주의 감독권은 위임사무에 대한 전문감독의 경우와 같이 무제한적인 것이 아니라 법률로써 지시권을 상세하게 규정한다. 셋째, 새로운 의무적 사무 즉 위임사무는 오로지 법률로써만 게마인데에 부과될 수 있으며 동시에 사무처리에 필요한 재원조달도 규정하고 있다. 넷째, 게마인데의 자치권에 대한 규제는 법률에 의해서만 허용되며, 지시에 따라 처리되어야 할 의무적 사무도 법률의 지시와 범위 안에서 게마인데에 부과될 수 있다.

(3) 국가감독의 법률유보 원칙

바인하이머 초안 제110조에서 주는 지방자치단체가 법률에 적합한 행정을 하고 있는지 감독함에 있어서, 주의 감독은 법률에 따라 위임사무와 함께

전문감독도 동시에 폐기되고 해당 행정부처에 의하여 실시되는 특별감독이 등장한다. 이 특별감독은 자치사무에 대한 감독으로서 그 범위는 법률에 의하여 규정된다.

이상과 같이 위임사무와 관련한 바인하이머 초안은 지방자치권의 확대를 위하여 위임사무제도를 폐지하고 위임사무를 지시사무로 전환할 것을 제안한 것이다. 이 초안은 지시사무가 다른 자치사무에 비하여 국가의 감독이 강화되고 있을 뿐, 자치사무임에 틀림없다는 것을 강조하고 있다. 위임사무라고 하는 치외법권적 사무범위에 대항하여 자치를 확대하기 위한 지시사무제도는 노르트라인-베스트팔렌주를 비롯한, 바덴뷔르템베르크, 헤센 그리고 슐레스비히-홀스타인 등 4개 주의 지방자치법에 도입되었다.

(4) 지시사무의 자치사무화 원칙

국가사무의 집행을 지시받은 의무적 사무는 지방의회의 통제를 받아야 한다. 왜냐하면, 이 사무는 이미 국가사무로서의 성격을 가지기보다는 지방자치단체의 다른 사무와 마찬가지로 오로지 자치사무로서의 성격을 가지기 때문이다.

나) 위임사무에 대한 재인식

독일에서는 위임사무제도를 폐지하고 전면적으로 지시사무로 전환하여야 한다는 견해가 제기되고 있으며, 한편으로는 현대의 지방자치가 위임사무제도를 낳은 19세기의 지방자치와 근본적으로 다르다는 것을 근거로 하여 위임사무를 전폐할 것이 아니라 한정적으로 이용하는 것이 적절하다는 견해도 제기되고 있다.[212] 그 이유는 제1차 세계대전 후 규제행정이 시민생활과 밀

212) 장지호, 전게서, pp. 186-187.

착된, 건축·보건·교통·근로기준·영업 등에 관한 행정분야로 확대되었던 바, 모든 규제행정이 모두 국가의 이해에 관계되는 위임사무라고 하는 논리는 성립될 수 없으며,[213] 한편 자치사무에 있어서도 국가의 광역계획, 경기정책, 지방재정계획 등의 제약으로 인하여 지방자치단체가 완전한 자기결정의 주체라고 할 수는 없게 되었기 때문이다. 이와 같은 현실인식에서 위임사무제도에 대하여 베버는 다음과 같이 제안하고 있다.[214]

첫째, 국가와 지방자치단체 간에 정치적 대립이 존재하지 않는 이상, 위임사무를 전면적으로 폐지하기보다는 집행의 통일을 위하여 주정부 및 연방정부의 관점에서 반드시 국가의 지도와 통제가 필요한 사무만을 위임사무로 한다. 둘째, 중앙정부의 지시나 명령에 의하여 집행의 통일을 확보하기보다는 법률의 입법을 통하여 집행의 통일을 확보하고, 이 법률의 시행을 지방자치단체에 맡겨야 할 것이다.

셋째, 국가와 지방자치단체간에 정치적 대립이 존재하지 않는 이상, 위임사무에 대한 지방의회의 관여가 허용되어야 한다. 위임사무 중에는 주민의 생활과 밀접한 이해관계를 갖는 사무가 확대되고 있기 때문에 위임사무에 대한 주민참여의 필요성이 높아지고 있다.

이상과 같이 위임사무에 대한 인식의 변화로 인하여 지방자치단체 구역개혁(1968-1978)과 함께 기능개혁이 단행되었고 많은 사무가 광역지방자치단체인 크라이스(Kreis)에서 소속 게마인데로 이양되었다.

다) 지방자치단체 상호간의 행정사무배분원칙

지방자치단체 상호간에 자치사무를 배분하기 위한 기준은 보완성의 원칙

213) W. Weber, a.a.O., S.22.
214) Ebenda, S.22.

(Subsidiaritätsprinzip)이다. 이는 자치사무의 배분에 있어서 광역지방자치단체보다 기초지방자치단체에 우선 배분하는 것을 의미하며 광역지방자치단체는 그 지방자치단체의 광역적 사무와 기초지방자치단체가 효과적으로 수행할 수 없는 사무를 담당한다.[215]

게마인데와 크라이스는 동일한 주민과 지역을 행정의 대상으로 하고 있기 때문에 사무가 명확하게 구분되지 않을 경우, 동일한 사무를 두 지방자치단체가 동시에 관장하게 되어 이중행정과 이중감독의 현상이 나타나게 된다. 이러한 현상은 지방행정의 낭비를 가져오고, 책임행정의 소재를 흐리게 할 수 있다. 따라서 기초자치단체와 광역자치단체간의 사무배분에는 다음과 같은 원칙들이 고려되고 있다.[216]

첫째, 행정사무는 가능한 한 지방(Ort)에 밀착되어 있는 크라이스소속 게마인데나 시와 같은 기초자치단체가 맡는다. 연방기본법 제28조에 의해서 게마인데는 모든 지방적 사무(Örtliche Angele- genheiten)를 규율할 수 있는 권한을 갖는다. 독일의 지방의회는 자치사무에 관한 한, 국가와 대등한 관계에서 조례제정권을 행사할 수 있다. 다만 국가의 위임사무는 지방자치단체의 장에 의하여 지방의회의 통제를 받지 않고 집행할 수 있으나, 그 비용이 지방자치단체의 예산에 편성되기 때문에 예산승인을 통하여 간접적으로 통제할 수 있다.

둘째, 특정행정사무가 게마인데에 의해서 능률적으로 수행될 수 없거나 그 인접하고 있는 기초지방자치단체들의 공동처리(Nachbar- schaftliche Zusammenarbeit)에 의해서도 능률이 보장되지 않는 경우 광역지방자치단체가 담당한다. 이 경우 광역지방자치단체가 담당하게 되는 사무는 자치사무

215) F-L. Knemeyer, "Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland," in J. Kaiser (Hrsg), *Verwaltung*, 1983, S.78.; 장지호, 상게서, pp. 206-207.
216) 장지호, 전게서, pp. 206-207.

를 보완하고 촉진하기 위한 초게마인데사무, 보완사무 및 조정사무 등이다.

셋째, 광역지방자치단체가 기초지방자치단체의 사무를 자기의 사무로 흡수하려고 할 때에는 법률에 의하여 명시적으로 허용되어야 하고, 특별한 절차를 밟아야만 가능하다. 그러므로 광역지방자치단체가 기초지방자치단체에 사무를 위임할 수 있는 범위를 매우 한정된다.

넷째, 광역지방자치단체는 관할구역의 주민을 균일하게 돌보고 보호하기 위하여 광역적 행정처리가 필요한 사무를 맡는다.

이상과 같이 독일에서는 지방자치단체가 수행하는 사무는 원칙적으로 해당 지방자치단체의 사무이며, 국가의 위임사무라 하더라도 지방의회의 통제를 받도록 되어 있다. 특히 상급행정기관이 의무적 사무를 위임할 때에는 반드시 법령에 의해 위임하고 있다는 점에서 내부위임이 관례화되어 있는 우리나라와 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 조례제정대상 사무는 어디까지나 자치사무로 되어 있다.

3. 일본

가. 일본의 지방의회

지방자치단체의 의회는 지방자치단체 조직의 기본원칙을 규정한 일본 헌법 제93조 제1항과 일본 지방자치법 제89조는 도도부현 및 시정촌에 반드시 의회를 둠으로써 대표민주제를 원칙으로 하고 있다. 지방의회 본래 기능은 조례제정권을 중심으로 하는 의사결정기관으로서, 집행기관에 대한 비판적·감시적 권한을 가지고 주민의 권리·이익을 옹호하는 기능을 가지고 다음과 같은 조례제정권의 범위를 가진다[217]. 의원은 의회기능의 향상과 그 사

명을 다하기 위하여 의회의 기본적 권한인 조례제정권에 의한 정책입안 기능 및 행정에 대한 비판·감시기능을 발휘하고 의회의 입법적 활동을 도모하기 위하여 조례제정권을 행사하여야 할 책임이 있다.[218]

제2차대전 후 일본은 국민복지의 증진을 위한 정책과 지방자치 본래의 취지를 실현하기 위하여 지방자치단체의 행정사무를 현저하게 증가시켜 왔다.[219] 일본의 지방자치법 제2조 제2항은 지방자치단체가 처리할 수 있는 사무를 폭넓게 예시적으로 열거하고 있으며, 동조 제10항에서는 보통지방자치단체가 처리할 수 없는 국가의 사무로서 사법에 관한 사무, 형벌 및 국가의 징계에 관한 사무, 국가의 운수·통신에 관한 사무, 우편에 관한 사무, 국립교육 및 연구시설에 관한 사무, 국립병원 및 요양시설에 관한 사무, 국가의 항행·기상 및 수로시설에 관한 사무, 국립박물관 및 도서관에 관한 사무 등을 규정하고 있다. 이 외에 국가의 외교나 국방은 국가의 전관사무로 되어 있다. 따라서 지방자치단체는 위에 열거된 국가사무를 제외한 분야의 행정사무를 처리할 수 있다.

도도부현청이나 시정촌사무소에서 동일하게 처리되고 있는 사무도 그 법률상의 성질은 동일하지 않다. 예를 들면, 국가사무인 것을 지방자치단체가 위임받아 처리하고 있는 것이 많고 또 지방자치단체의 사무라 하더라도 지방자치단체가 반드시 모든 책임을 가지고 처리하는 것도 아니다.

지방자치법 제2조 제2항은 「보통지방자치단체는 공공사무(고유사무) 및 법률 또는 명령에 의하여 보통지방자치단체에 속하는 것 외에, 그 구역 내에 있는 기타의 행정사무로서 국가의 사무에 속하지 않는 것을 처리한다」라고 되어 있다. 이 규정은 지방자치단체의 사무인 고유사무, 법률 또는 명령에

217) 原田尙彦, 「地方自治」, 東京: 學陽書房, 1986, pp. 16-18.
218) 西村弘一, 「地方議會」, 東京: 學陽書房, 1988, p. 7.
219) 국회사무처, 「지방자치제도」, 서울: 국회입법조사국, 1989, pp. 284-288.

의하여 보통지방자치단체에 속하는 위임사무, 그 지역 안에서 권력행사를 수반하는 행정사무의 3종류가 있음을 나타내고 있다. 이 중에서 공권력적 규제사무라 할 수 있는 행정사무는 구제도 하에서 국가사무로 간주되어 지방자치단체에서 이 사무를 처리할 수 있는 권한이 부여되지 않았다.

나. 일본 지방의회의 조례제정권의 범위

1) 구 지방자치법 상 조례소관사항

가) 고유사무

지방의회의 조례제정범위에 속하는 고유사무에는 직접 주민의 복지를 증진시키기 위한 사무 외에 선거, 조례의 제정, 지방세의 부과와 징수 등 지방자치단체의 존립자체에 필요한 사무도 포함된다. 고유사무는 지방자치단체의 본래적인 사무이기 때문에 법령에 의한 제한이 없는 한, 지방자치단체는 자유로이 취사선택하여 이것을 행할 수가 있다.[220] 이러한 고유사무를 법률에 의하여 의무화시키는 경우도 적지 않다.[221] 예컨대, 동일한 학교의 설치에 있어서도 고등학교는 수의사무로 되어 있지만 초등학교 및 중학교는 필요사무로 되어 있다.

나) 위임사무

위임사무는 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임되어진 사무이다. 위임사무는 국가의 사무를 도도부현이나 시정촌에 위임한 것 외에 도도부현이 시정촌에 위임한 것(도도부현세의 징수를 시정촌에 위임하는 경우 등)이 있으며 위임사무 가운데 통상 문제가 되는 것은 국가의 기관위임사무이다. 위

220) 이와 같은 사무를 수의사무라 한다.
221) 이와 같은 사무를 필요사무라 한다.

임사무는 비록 국가의 사무이지만 일단 지방자치단체에 위임되어진 이상 지방자치단체의 고유사무와 똑같이 처리된다. 고유사무와 위임사무의 구별은 그 감독의 방법에 따라 전자는 원칙적으로 자주적인 지방자치단체의 자율에 맡겨진 것에 반하여 후자는 국가의 감독을 받는 것이 일반적이었으나, 현실적으로는 고유사무에 관해서도 법령에 의하여 규제가 가해지는 일이 많다. 이와 같은 이유로 고유사무와 위임사무를 구별하는 것은 별 의미가 없게 되었다.

이처럼 위임사무는 지방자치단체 그 자체에 위임되어진 사무로서 지방자치단체의 장이나 그 외의 기관에 위임되어진 사무와 구별하고 있다. 통상 전자를 단체위임사무, 후자를 기관위임사무라 부르고 있다. 단체위임사무는 지방자치단체의 사무를 의미하므로 지방자치단체의 의결기관인 지방의회가 당연히 그 집행에 관여하고 조례제정권의 범위에 속하지만, 기관위임사무에 대해서는 그 집행에 관하여 의견을 들을 수 있을 뿐이다. 그러므로 기관위임사무의 처리는 주무대신 또는 도도부현지사의 지휘·감독을 받는다. 따라서 지방의회의 조례제정권의 범위에는 단체위임사무가 포함되지만 기관위임사무는 본질적으로 국가사무이므로 여기에서 제외된다.

다) 행정사무

행정사무는 지방자치단체가 주민의 복지에 대한 침해를 방지 또는 배제하기 위하여 권력의 행사를 수반하는 사무를 말하며, 주민의 권리를 제한하고 자유를 규제한다. 고유사무는 직접적으로 주민의 복지를 증진하는 것을 목적으로 시설을 설치하고 사업을 경영하는 등 통상 권력적인 요소를 포함하지 않는 것이 그 특색이나, 행정사무는 궁극적으로 주민의 복지를 목적으로 하지만 직접적으로 주민의 복지에 대한 장애의 배제를 목적으로 하기 때문에

주민의 권리를 제한하고 자유를 규제하는 권력적인 성질을 가지는 것이 특징이다. 예컨대, 경찰의 단속사무 등은 규제행정사무의 전형적인 것이다.

규제행정사무는 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 것을 중요한 내용으로 규정하므로 반드시 조례로써 제정하여야 한다.

(1) 도도부현이 제정하는 행정사무조례

① 산업관계 : 농산물검사조례, 목탄검사조례, 수산물검사조례, 사과검사조례, 어시장조례, 종축검사조례

② 후생관계 : 식품위생조례, 어패류행상단속조례, 우유검사조례, 유기장·수영장단속조례, 불법영업단속조례

③ 문화·공안관계 : 집회·집단행진 및 집단시위에 관한 조례(소위 공안조례), 청소년보호조례, 강매방지조례, 개사육방지조례, 공한지조례, 금속쓰레기단속조례

④ 공물·토목·건축관계 : 보통하천관리조례, 항만관리조례, 현립공원조례, 건축대리사조례

⑤ 기 타 : 통계조사조례

(2) 시정촌이 제정하는 행정사무조례

시정촌이 제정하는 행정사무 조례에는 집단행위 및 집단시위에 관한 조례(소위 공안조례), 소음방지조례, 가두모금단속조례, 청소년보호조례, 호객단속조례, 보통하천관리조례, 시립공원조례 등을 들 수 있다.

조례는 법령을 위반할 수 없으므로 법령을 위반한 조례는 무효가 된다. 도도부현 조례와 시정촌 조례는 서로 대등하며 그 사이에 우열의 차가 없으나 규제행정사무에 대하여서는 도도부현 조례가 우선한다.

2) 신 지방자치법에 의한 새로운 사무구분

일본에서는 1994년 10월 5일 제24차 지방제도조사회전문소위원회 중간 보고서를 통하여 세계화에 국력을 모으기 위해서는 지방분권을 더욱 구체적으로 추진하여야 할 것을 권고하고 있다. 이 가운데 기관위임사무는 폐지하고 현재 지방자치단체가 처리하고 있는 사무는 지방자치단체의 사무로 하여야 할 것을 제안하고 있다. 심지어 국가의 선거관리의 집행, 여권발급 등 본래적으로 국가사무인 경우에도 국민의 편리성과 사무처리의 효율성의 관점에서 지방자치단체에 맡기는 것이 적합한 경우, 지방자치단체의 자주성·자립성의 확보에 근거하여 예외적으로 수권하는 새로운 조직의 제도화를 제안하고 있다.

가) 기관위임사무제도의 폐지

기관위임사무제도는 지방자치단체의 집행이관의 장을 국가기관으로 하고 여기에 국가사무를 위임하여 집행하는 제도이다. 지방자치법 별표에 법률단위로 열거되어 있는 항목수 중 561개에 이르는데 이는 도도부현 사무의 70-80%, 시정촌사무의 30-40%를 차지하고 있다. 지방분권추진법에 따라 국가와 지방자치단체의 관계를 근본적으로 개선하여 대등·협력관계의 행정시스템으로 전환하기 위하여 기관위임사무제도를 폐지하고 지방자치단체의 사무를 자치사무와 법정수탁사무로 재구성하였다[222] 자치사무에 대해서는 법령에 위반하지 않는 한 모든 사항에 대하여 조례를 제정할 수 있다. 그리고 법정수탁사무에 대해서는 사무처리를 위하여 조례에 위임할 필요가 있는 경우에는 법률 또는 이에 근거한 정령에 의하여 명시적으로 위임할 필요가 있다[223]

222) 地方分權推進委員會, 地方分權推進委員會 第1次 勸告, 地方分權推進委員會, pp. 5-7.
223) 上揭書, pp. 5-7.

이번 기관위임사무제도의 폐지대상은 사회경제정세의 변화 등에 의해 이미 역할과 사명을 끝낸 것, 국가의 규제완화정책 등에 의해 사회적·경제적 의의가 희박하여 폐지하는 것이 적절하다고 판단되는 사무에 대해서는 그 근거가 되는 법령 규정을 폐지하고 원칙적으로 자치사무로 이양하며, 필요한 경우 법정수탁사무로 존치시켰다.

(1) 원칙적으로 자치사무로의 이양

앞으로도 존속이 필요한 사무에 대해서는 원칙적으로 대폭 지방자치단체의 자치사무로 이양한다. 총 기관위임사무 중 44%(2325)가 이에 해당된다. 자치사무로 이양하는 형태로서는 법률의 규정을 폐지하여 「법률에 규정이 없는 자치사무」와, 「법률 규정이 있는 자치사무」로 구분한다.

① 법률에 규정이 없어 자치사무로 하는 경우

- 동 사무의 실시는 지방자치단체가 자율적으로 하고, 해당 사무에 관한 국가의 관여 형태는 보고, 징수, 신청, 기술적 권고·조언에 의다.

② 법률로써 자치사무로 하는 경우

- 지방자치단체가 법률규정에 따라 스스로의 사무로 처리한다. 실시는 법률상 임의로 하는 경우와 의무적으로 하는 경우가 있다. 또한 실시는 임의로 하면서도 실시하는 경우의 방법 등을 법률로 규정하는 경우도 있다.

(2) 전적으로 국가의 이해에 관련된 사무의 처리 방법

① 법정수탁사무

법정수탁사무는 전적으로 국가의 이해와 관계되는 사무를 의미하며, 국민의 편리성 또는 사무 처리의 효율성 등의 관점에서 법률의 규정에 따라 지방자치단체에 수탁하여 처리하는 사무를 말한다. 총 기관위임사무 중

39%(1962건)가 이에 해당된다(기관위임사무 중 법정수탁사무가 되는 것은 국세조사 등의 지정통계, 여권의 교부, 외국인등록, 국정 선거, 국고금의 배분, 국가보상 등이다).

② 국가의 직접 집행 사무

기존 기관위임사무 중 사무의 성질, 사회경제적 배경, 종래의 운용 경험 등을 고려하여 지방자치단체가 처리하는 것이 부적절하다고 판단되는 지극히 예외적인 사무에 대해서는 국가가 직접 처리한다. 전체기관위임사무의 6%(318건)이 이에 해당된다.

이상과 같이 지방분권추진위원회가 가장 중점을 두었던 부분은 기관위임사무의 폐지였다. 종전 기관위임사무는 단위사무로는 44%(지방자치법 별표 항목 561건 중 398건 기관위임사무 중 71%)가 대폭 자치사무로 이양되었고, 법정수탁사무는 39%(지방자치법 별표항목 530건 중 275건 기관위임사무 중 52%)가, 국가가 직접 수행하는 사무는 6%, 폐지된 사무는 2%이며 국가의 관여를 인정하는 사무는 8%로 나타났다. 이로써 기관위임사무에 대한 비판을 대폭 수용하여 사무를 재배분 한 것이 이번 지방분권의 가장 두드러진 특징이다.

〈표 3-5-13〉 일본 기관위임 사무 폐지에 따른 처리결과

종전기관위임사무의 새로운 존재형식	사무건수	비 율(%)
자 치 사 무	2,235	44
법 정 수 탁 사 무	1,962	39
국가의 직접집행사무	318	6
폐 지	93	2
관 여	391	8
기 타	55	1
합 계	5,054	100

단체위임사무는 대부분 국가의 관여를 인정하는 방향으로 정리되었다는 데 상당한 아쉬움이 있다.

4. 시사점

가. 영미법계와 대륙법계 국가의 조례제정범위

1) 공통점

영미법계 국가의 「법의 지배」원리와 대륙법계 국가의 법치주의 사상은 근본적인 차이가 있는 것이 아니므로 조례제정에 있어서도 법률의 범위 안에서 그 입법을 허용하고 있다는 점에서 공통점이 있다. 다만 조례에 대한 법적 지위와 그 입법범위를 어느 정도로 인정할 것인지에 대해서는 각국의 역사와 실정법에 의하여 다르게 취급되고 있음에 유의하여야 한다.

또한 영미법계 국가와 대륙법계 국가의 조례제정범위는 행정사무 배분원

칙에 있어서 대체로 지방우선·기초자치단체 우선 원칙을 유지함에 따라 지방적 행정사무를 주요대상으로 하고 있다.

2) 차이점

주민자치에 근거한 영미법계 국가와 단체자치에 근거한 대륙법계 국가의 조례제정 범위는 똑같이 지방적 사무를 대상으로 하면서도 그 구체적인 행정사무 배분 방식에 따라 상당한 차이를 보여주고 있다. 우선 영미법계 국가는 역사적으로 주민자치의 전통이 뿌리깊은 나라이므로 지방의 행정사무에 관한 한 지방의회가 주도적으로 행정사무를 창설하며, 국가나 주의 행정사무를 제외한 지방적 행정사무에 대해서는 광범위한 조례제정권을 보장하고 지방의 중요사항 결정권을 부여함으로써, 연방의회 혹은 국회의 입법부담을 경감하고 지역공동체의 권한과 책임을 강화하였다.

한편, 독일, 일본과 같은 대륙법계 국가는 지방자치에 있어서 단체자치의 요소를 더욱 중요시하고 있다. 이에 따라 대륙법계 국가들은 행정사무를 국가사무와 자치사무로 구분하고 자치사무에 관한 한 보편성의 원리에 입각하여 포괄적으로 지방자치단체의 사무로 규정하고, 법률로써 금지한 사무나 국가 또는 다른 단체에 배타적으로 주어진 사무를 제외하고는 어떠한 행정사무도 자기의 사무로 처리할 수 있다는 포괄적 위임방식을 채택하고 있다.

그런데 포괄적 위임방식이 지방자치단체에 광범위한 행정사무를 배분하고 있는 것 같이 보이지만, 실제로는 행정사무 가운데 상당수가 특별법 형식으로 국가사무로 특정되는 경향이 제도화 되어 있기 때문에 개별적 지정방식을 택하고 있는 영국보다도 오히려 자치사무의 범위는 훨씬 협소하며 이에 따라 조례의 제정범위도 제한을 받고 있다.

대륙법계 국가에 있어서 행정사무의 포괄적 위임방식은 자치사무의 범위

에 관하여 융통성과 탄력성을 가진다는 점에 장점이 있으나, 각 단계의 지방자치단체 상호간 사무배분이 불명확할 뿐만 아니라 지방자치단체가 담당하고 있는 자치사무와 위임사무의 한계가 명확하지 않기 때문에 사무처리의 중복이나 상급 행정기관의 광범위한 통제와 감독을 초래하기 쉬운 단점이 있다. 따라서 지방의회의 조례제정권의 범위는 법률선점이론의 엄격한 적용에 의하여 제한받고 있다.

그러나 대륙법계 국가에서 지방의회의 조례제정범위가 엄격하게 제한되고 있는 현실이 주민들에 의하여 용인되고 있는 이유는 무엇일까? 독일 국회의 경우, 연방의회는 국민의 대표에 의하여, 연방상원의회는 각 주정부가 임명한 자에 의하여 구성된다. 따라서 연방의 입법단계에서 각 주 주민들의 의사가 구체적으로 반영될 뿐만 아니라 연방의회의 입법과정에서도 지방자치단체연합체에 의하여 의견을 개진할 수 있는 기회가 연방의회의 의사규칙으로 제도화되어 있음에 비추어 상위 법규범이 주민의 다양한 여론을 수렴하여 타당하게 입법되고 있으므로, 지방의회의 조례제정범위가 상대적으로 한정된다 하더라도 이를 수용할 수 있는 여건을 가지고 있다.

3) 시사점

이상에서 영미법계 국가 지방의회의 조례제정범위는 주민자치의 차원에서 폭넓게 인정되고 있으며, 대륙법계 국가에서는 비록 지방의회의 조례제정범위가 상당히 제약을 받고 있는 현실이나 상위법 제정시 주민의 의사를 반영할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있음을 볼 때, 조례의 제정범위는 세계 각국의 정치제도와 지방자치제도의 운영방식에 따라 정해지고 있음을 알 수 있다. 따라서 우리나라에서도 지방의회의 입법과정에 주민의 의사가 반영될 수 있는 제도와 국회의 입법과정에 지방자치단체(의회)연합체의 의

견을 제안할 수 있는 제도를 도입한다면 국민과 주민 모두에게 신뢰받을 수 있는 입법체계를 갖추어 나가게 될 것이다.

나. 연방국가와 단일국가의 조례제정범위

1) 연방제 국가의 조례제정범위

연방제 국가인 미국이나 독일 지방의회의 조례제정범위는 같은 연방제 국가라 하더라도 유사하지 않은 점이 많다. 이를테면, 미국의 경우, 홈룰 헌장을 채택한 주는 주의 법률로써 제한되지 않는 한, 지방의회가 포괄적인 조례제정 권한을 가지고 있다. 독일의 경우, 행정사무를 국가사무, 비권력행정을 중심으로 하는 자치사무, 권력적 행정을 중심으로 하는 위임사무로 구분함에 따라 지방의회의 조례제정권의 범위는 자치사무에 한정되며, 위임사무 중 한정된 사무에 대해서 만이 지방의회의 관여가 허용된다는 점에서 구별된다.

그러나 연방제 국가의 경우, 대체로 연방과 주가 행정사무를 선점하고 입법권을 행사하며 그 이외의 지방적 사무 혹은 자치사무를 지방자치단체의 사무로 규정하고 이를 조례의 소관사항으로 하고 있다는 점에서 공통점을 가진다. 또한 연방의회나 주의회의 입법과정에서 지방의 행정사무에 관한 입법이 있을 때에는 연방법률이나 주의 법률제정과정에서 주민의 의사를 반영하여 지방의 입법요구를 상당수준 만족시켜 줄 수 있는 제도가 마련되어 있으므로 지방의회의 조례제정범위 그 자체가 자치사무에 국한되어도 주민들이 이를 용인하고 있다.

2) 단일국가의 조례제정범위

단일국가 지방의회의 조례제정범위는 제도상의 차이에도 불구하고 상당

히 포괄적이며 광범위하다. 일본의 경우, 헌법 제41조에서 국회를 국권의 최고기관이며 유일한 입법기관으로 규정하면서도 헌법 제95조에서 지방자치단체에만 적용되는 특별법은 법률이 정하는 바에 의하여 주민투표에서 과반수의 동의를 얻지 못하면 국회라 하더라도 이를 제정할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 주민의 의사를 무시한 일방적인 법률의 제정을 허용할 수 없다는 원칙을 분명히 한 것이다. 따라서 조례는 법령에 위반되지 않는 한 제정할 수 있으며, 주민의 생존권 보장이나 지역적 행정수요에 부응하는 법령초과 규제조례가 자치사무를 성립시킨다고 해석되는 한 당연히 조례를 제정할 수 있다.

우리나라는 민주적 정당성을 가진 입법기관이 국회밖에 없으므로 국회의 입법부작위나 입법미비가 있을 때 이를 폭넓게 보완할 수 있는 제도가 반드시 필요하며, 이 기능을 지방의회가 담당하지 않으면 안된다. 단일국가에서는 지방의회의 입법이 국회에서 제정된 법률의 입법부작위 혹은 입법미비를 보완하고 법률제정을 선도하는 중요한 기능도 아울러 수행하고 있다.

3) 시사점

외국사례를 고려해 볼 때, 독일연방의회는 지방에 관한 법률제정과정에서 지방자치단체(의회)연합체에 의견제안권을 부여함으로써 연방법률제정시 지방의 의견을 수렴하는 제도를 가지고 있는 것이나, 연방 및 주의 행정사무를 제외한 사무를 광범위하게 지방의회의 조례제정범위로 인정하고 있는 미국, 단일국가임에도 불구하고 입법부작위나 입법미비를 보완하고 주민의 생존권이나 특수한 지방의 행정수요에 부응하기 위하여 법률을 초과하는 규제조례의 제정을 허용하고 지방자치단체에만 적용되는 특별법은 반드시 주민투표를 거쳐 제정토록 하고 있는 일본의 사례는 우리나라 지방의회의 조례제

정권의 범위를 논의하는데 귀중한 시사를 주고 있다.

그러므로 연방국가 지방의회의 조례제정권의 범위와 단일국가 지방의회의 조례제정권의 범위는 연방제 국가의 경우, 연방의회와 주의회에서 입법미비가 보완될 수 있는 2중의 제도적 장치가 마련되어 있기 때문에 지방의회 조례제정권의 중요성은 상대적으로 낮을 수밖에 없으나, 우리나라와 같이 단원제 국회를 채택하고 있는 단일국가의 경우, 국회의 입법권을 보완할 수 있는 제도적 장치가 지방의회밖에 없으므로 입법권으로서의 조례제정권의 중요성이 강조되는 것은 당연하다.

따라서 단일국가 지방의회의 조례제정범위는 국회가 가지고 있는 입법권의 배분이라는 관점에서 논의되어야 한다. 현실적으로 국회가 제정하는 법률은 정치적 이해관계와 이익단체의 로비로 인하여 입법미비와 입법부작위를 초래하고 있다[224] 더구나 지역주민의 입법수요에 국회가 기민하게 대응할 수 없는 것도 현실이다. 그러므로 국회만이 입법권을 독점함으로써 야기될 수 있는 지방자치단체의 시급한 입법수요에 대한 입법부작위나 입법미비를 더 이상 방치해 둘 수는 없다. 이러한 이유로 본고에서는 국회가 지방자치단체에만 적용되는 입법을 하고자 할 때, 그 입법과정에 지방자치단체가

224) 국회 재무위원회가 1994년 12월 14일 통과시킨 주세법개정법률안, 국회 본회의에서 1994년 12월 2일 통과된 지방자치법 중 개정법률안과 토지초과이득세법개정안의 부칙 등에서 입법미비가 발견되어 주세법개정법률안은 본회의에 상정조차 않았고 지방자치법 중 개정법률안은 다행스럽게도 12월 20일 개회된 제171회 임시회에서 입법보완을 하였다. 토지초과이득세법개정안은 부칙을 보완하여야 하나 입법보완이 없어 여전히 문제를 계속 안게 되었다. 따라서 국회의 입법에 국가와 지방자치단체의 장래를 안심하고 맡길 수 없는 현실이므로 지방의회의 입법권은 지방자치의 본질에 적합하도록 보장되어야 한다. 더우기 국가사무에 대한 입법에 전념하여야 할 국회가 1994년 12월 2일 제170회 정기회에서 자치사무적 성격을 가지고 있는 자전거이용 활성화에 관한 법률을 제정한 것은 지방의회의 입법소관사항을 법률로써 제정한 것으로 볼 수 있기 때문에 신중한 입법이 요구된다.

참여함으로써 입법미비 혹은 입법부작위를 보완하고, 여기에 대한 주민참여를 폭넓게 제도화하는 것과 조례제정권의 범위 확대를 제안하고자 한다.

제4장 조례제정범위에 대한 실증분석

제1절 조사설계

1. 조사대상 및 방법

조례제정범위에 대한 실증조사는 공법학계와 법조실무계의 전문가 집단과 함께 지방자치단체와 지방의회 법무관련 실무자인 공무원과 지방의원을 대상으로 포커스그룹 인터뷰, 우편설문조사 및 전화인터뷰를 통하여 조사하였다.

먼저, 공법학회 회원인 교수를 선정하는데 있어서는 그 기준으로 지방의회 조례제정에 관련한 논문 등 연구실적이 있거나 그간의 학계활동 등을 통하여 이 분야의 지명도가 높은 교수를 우선 포함함으로써 조사대상자의 전문성을 중요기준으로 고려하였다. 또한 공법학회 회원주소록을 기초로 전화나 팩스를 통하여 본 연구에 대한 협조안내문을 발송하였을 때 본 연구조사에 관심을 표명하였던 교수를 조사대상으로 삼았다. 이러한 기준에 의하여 선정된 공법학회 교수 표본수는 총 106명이었다. 또한, 법조계는 헌법재판소와 대법원의 공법관련 재판연구관과 행정부 관계부처의 법제전문가를 표본선정의 기준으로 삼아 총 32명을 조사 대상으로 삼았다. 공법학계와 법조계의 전문가 집단은 우편설문조사와 함께 포커스그룹을 정하여 집단토의를 병행하였다.

한편 본 연구조사의 참고자료로 활용하기 위하여 포함된 지방자치단체의 공무원과 지방의원은 집행기관의 경우 법무 또는 조례입안 담당공무원이며,

지방의회의 경우는 사무처(국, 과) 소속의 조례심사 담당공무원과 지방의원을 대상으로 우편 설문조사를 실시하였다. 표본수는 각 지방자치단체마다 집행기관 공무원 1명, 사무처(국, 과) 공무원 1명, 그리고 지방의원 2명을 대상으로 하였다. 따라서 16개 광역자치단체는 총 32명의 집행기관 법무담당 공무원 및 지방의회 소속 공무원과 총 32명의 지방의원을 설문조사 대상으로 삼았으며, 232개 기초자치단체는 집행기관 및 지방의회에서 총 464명의 법무담당 공무원과 총 464명의 지방의원이 설문조사 대상에 포함되었다. 다시 말해 지방자치단체 집행기관의 법무담당 공무원, 지방의회 사무처(국, 과) 소속의 공무원 및 지방의원을 포함하여 총 992명을 본 연구의 설문조사 대상으로 삼았다.

2. 설문지 개발

가. 설문지개발 과정

조례제정권의 범위에 관한 설문지를 개발하기 위하여 본 연구진은 수차례의 내부 워크샵과 두 차례의 전문가 초청 워크샵을 실시하였다. 뿐만 아니라 다양한 의견과 심도 있는 논의를 이끌어 내기 위하여 공법학회 교수들을 중심으로 여론조사전문가와 행정자치부 소속 관계공무원 등을 대상으로 수차례의 포커스 그룹 인터뷰와 파일럿 테스트를 거쳐 최종 설문지를 확정하였다.

설문지를 개발하는 과정에서 전문가 포커스 그룹 인터뷰와 워크샵의 주요 내용을 정리하면 다음과 같다.

○ 조례제정의 확대와 관련한 전문가 의견조사는 우선 조례의 법적 지위에 대하여 어떤 입장을 지니고 있는가를 밝히는 것이 가장 중요한 문제라 할 수 있다.

○ 헌법상 보장된 조례제정권 범위가 존중되기 위해서는 국회와 정부가 법령을 제·개정할 때 헌법상 지방자치 보장과 관련된 입법원칙이 제대로 지켜지는 것이 중요하다. 이에 대한 의견조사는 국회와 정부의 법령 제·개정시 조례제정권의 범위가 존중되고 있는지의 여부에 대한 중요한 단서를 제공할 수 있을 것이다.

○ 조례제정권의 확대와 관련하여 쟁점이 되고 있는 법령에 대한 구체적인 의견조사가 필요하다. 헌법 제117조 제1항에 예시된 자치사무의 범위를 여기에 한정시킬지의 여부(주민복리, 재산관리, 자치입법 등), 지방자치법제15조 단서조항에 대한 입장(주민의 권리제한 또는 의무부과에 대한 법률유보), 구지방자치법 제20조의 무촬 문제에 대한 입장(또는 지방의회의 벌칙제정범위의 확대) 등이 조례제정권 확대와 긴밀한 관계를 맺고 있다.

○ 지방의회의 벌칙제정권 범위 확대 시, 형법상의 형벌까지 부과할 수 있는지, 그리고 벌칙의 적절한 상한선의 정도에 대한 문제도 주요 과제가 될 수 있다.

○ 지방자치단체의 자주조직권에 대한 조례제정권 범위확대 문제는 원칙적으로는 헌법 제118조 제2항의 법리적인 해석에 따라야 할 것이나 현실적인 여건이 고려되어야 할 것이다.

○ 재산권에 대한 조례제정 여부는 헌법 제117조가 재산권 규제 가능성을 포함하고 있는지에 대한 논란을 포함하고 있다. 또한 조세법률주의 원칙이 민주적 정당성 확보에 근거한 지방세조례주의를 인정할 여지는 없는가, 이와 관련하여 세목을 조례로 정하게 할 것인가에 대한 조사가 필요하다.

한편, 조사방법과 관련하여 여론조사전문가를 비롯한 공법학계, 실무담당자의 의견은 다음과 같이 정리된다.

○ 조사내용이 전문적이므로 전문가 의견조사 결과에 중점을 두어야 할 것이며, 소그룹 토론을 통하여 의견조사를 하거나 이에 의한 보완이 있어야 분석결과에 대한 신뢰성이 높을 것이다.

○ 전문가 조사의 신뢰성을 높이기 위해서는 조사대상 선정에 있어서 명확하고 설득력 있는 기준을 제시할 수 있어야 한다.

○ 우편설문의 경우, 설문회수율을 높이기 위한 다양한 방법(전화요청, 수신확인, 응답 인센티브 부여, 발송확인 및 재요청 등)이 요구된다.

○ 법리적 문제는 법리적으로 해결하여야 하므로 이에 대한 실증 연구는 한계가 있을 수 있으나, 각 쟁점에 대한 전문가 의견은 이에 대한 다수설과 소수설을 확인할 수 있다는 점에서 조사결과에 기대가 모아진다.

○ 조례제정권에 관련된 문제는 법리적인 해석과 헌실적인 여건의 측면에서 접근하여 설문하는 것이 바람직하다. 또한 조례제정권 행사의 한계나 헌실적인 제약에 대하여 전문가뿐 아니라 관련 당사자인 지방의원의 의견을 들어볼 필요성이 있으며, 이와 함께 지방의회와 집행기관의 관계 공무원이 현행 법령제도에 대하여 느끼는 애로사항이나 조례제정과정에 느끼는 어려움 등에 대하여 이들의 의견도 수렴하여야 한다.

나. 최종설문지 내용

최종 설문지의 조사항목에는 조례의 성격, 제정권의 범위 등 조례제정권에 관련된 법리상의 쟁점사항들과 판례동향, 자치사무의 범위, 조례 법제상의 주요 요인에 대한 중요도와 문제점, 개선방안에 대한 의견 등을 포함하고 있다. 또한 지방자치단체 법무담당 공무원과 지방의원을 대상으로 한 설문지에서는 실무자의 법제능력에 대한 상호 평가를 추가함으로써 조례제정에 직접 관계하는 당사자들의 의견을 조사하고자 하였다.

본 연구조사에 이용된 공법학계 및 법조계의 전문가용 설문지는 39개 항목의 조례제정권 범위와 관련된 설문항목과 개인신상정보를 묻는 3개 등 총

42개 설문항으로 구성되어 있다. 공무원용 설문지와 지방의원용 설문지는 여기에 추가하여 집행기관의 법무담당 공무원과 지방의회의 전문위원 및 지방의원의 법제 및 심의능력을 상호 평가하는 설문항 3개와 개인신상정보 항목 5개를 포함하여 총 47개의 설문항으로 구성하였다(<표 4-1-1> 및 부록 참조).

〈표 4-1-1〉 설문지 구성

종 류		설문항목 내용	문항수
공무원용 및 지방의원용	전문가용	○ 조례의 법적 지위와 제정범위	
		- 국회/정부의 입법시 헌법상 조례제정권의 범위 존중여부	1
		- 조례의 법적 지위 및 조례제정권 범위관련 국회/정부 입법태도	2
		- 지방자치법 단서조항(제9조, 제15조)의 위헌성 여부	2
		○ 조례제정권 범위의 쟁점사항	
		- 재산권	1
		- 자주과세권, 지방세법(제3조)	2
		○ 조례의 사법심사	
		- 조례사법심사기관 및 대법원 판례성향	2
		○ 확대 가능한 조례제정범위	
		- 조례의 벌칙제정범위	4
		- 지방자치단체 자주조직 및 행정권확대 영역	6
		○ 조례제정상의 문제점과 대안	
		- 지방의회조례제정권 행사의 중요 요인	4
		- 지방의회조례제정행사의 제한요인	4
		- 지방의회 사무처(국,과)의 조례제정보좌기능의 문제점	5
		- 조례제정범위 확대방안	6
		○ 조례입법 관련자의 상호평가	
		- 집행기관 법무담당공무원, 지방의회 전문위원 및 지방의원에 대한 평가	3

3. 조사실시 및 설문지 회수결과

우편을 통한 설문조사는 1999년 6월 5일부터 7월까지 17일간 실시하였다. 우편설문의 회수율을 높이고자 설문지발송과 함께 전화확인 및 협조부탁을 하였으며, 경우에 따라서는 직접 방문하여 포커스 인터뷰를 한 후 설문응답지를 회수하기도 하였다. 공법학계와 법조계 등 전문가 집단은 총 138명의 조사대상 가운데 101명이 응답하여 73.2%의 응답률을 나타내었다.

전문가 집단의 조사대상 가운데는 공법학회 회원인 교수가 106명, 법조계(헌법재판소, 대법원, 행정부 관계부처)가 32명이 포함되어 있었는데 이 가운데 조사에 응한 교수는 71명이었으며, 법조계는 30명이었다. 참고로 공법학회 교수의 전공을 살펴보면 헌법 27명, 행정법 44명이었으며, 법조계 가운데는 대법원의 공법관련 재판연구관 4명, 헌법재판소 헌법연구관 10명, 그리고 행정부 관계부처의 법제담당 전문가 16명이 조사에 응하였다. 법조계 가운데 헌법 전공자는 총30명 가운데 9명으로 나타났다.

〈표 4-1-2〉 설문 응답률

구 분		표본수	응답수	응답률
전문가집단	공법학계	106	71	67.0%
	법조계	32	30	93.8%
지방자치단체	법무담당공무원	496	402	81.0%
	지방의원	496	429	86.5%

한편, 지방의원은 전체 496명 가운데 402명이 회신하여 81.0%, 집행기관 및 지방의회사무처(국, 과) 공무원은 전체 496명 가운데 429명(집행기관 225명,

사무처(국, 과) 204명)이 응답하여 86.5%의 회신율을 보여주었다. 광역자치단체 응답자는 집행기관 14명, 사무처(국, 과) 11명, 광역의원 21명이며, 기초자치단체의 경우는 집행기관 210명, 사무처(국, 과) 190명, 광역의원 374명으로 나타난다.[225]

제 2 절 조사분석

1. 조례의 법적 지위와 제정범위

다음은 조례의 법리적 성격과 관련하여 국회·정부의 입법시 헌법상 조례제정권의 범위가 존중되고 있는지 여부를 비롯하여, 조례의 법적 지위, 조례관련 국회·정부의 입법 영역, 조례제정범위를 제한하는 지방자치법 단서조항(제9조, 제15조) 등에 관한 전문가 조사결과를 중심으로 살펴보고자 한다. 또한 참고로 조례제정의 실제 관계자라 할 수 있는 지방자치단체 집행기관 및 지방의회의 법무담당 공무원과 지방의원의 의견도 비교·검토하고자 한다.

가. 조례제정권의 범위 존중여부

헌법에서 보장하고 있는 지방자치의 본질적인 사항과 관련하여 지방의회가 당연히 조례로 규정해야할 내용을 전국적인 통일을 요하는 법률로 제정하게 된다면 이는 입법원칙이 시사하는 기본 취지를 훼손하는 것일 뿐 아니라 조례제정권의 범위가 제한되고 축소될 수밖에 없다. 또한 대통령령이나 총리령, 부령 등이 법률의 구체적인 위임에 근거하거나 법률의 집행을 위해

225) 참고로 11명의 응답자는 광역기초의 구분을 확인할 수 없었다.

서 제정되어야 함에도 불구하고 이러한 입법원칙을 무시하고 입법이 이루어질 때에는 위헌성 논쟁과 아울러 국가와 자치단체간 갈등이 초래될 소지가 높아진다. 그런데 법령의 제·개정시 헌법상의 입법원칙이 지켜지지 않는 것에 대한 우려와 문제는 무엇보다 헌법상 보장된 조례제정권의 범위가 지켜지고 존중되는지에 달려있다 할 것이다.

국회 및 정부의 법령 제·개정시 헌법상 보장된 조례제정권의 범위가 존중되고 있는지의 여부에 대하여 공법학계와 법조계에서는 전체적으로 약 78%가 부정적인 의견을 보여 주었다.[226] 이러한 부정적인 의견은 특히 법조계보다 공법학계에서 특히 높게 나타나는데, 공법학계에서는 84%가 법령제·개정시 헌법상 보장된 조례제정권의 범위가 존중되고 있지 않다는 의견을 보여주어 법조계보다 20%가 많게 나타나고 있다. 다시 말해, 대부분의 많은 전문가들이 조례제정권의 범위가 법령제·개정시 존중되고 있지 않다고 평가하고 있으며, 이러한 부정적 관단은 법조계보다 공법학계에서 특히 강하게 나타나는 것을 보여주고 있다.

〈표 4-2-1〉 헌법상 보장된 조례제정권의 범위 존중 - 전문가

(단위 %)

	그렇다	그렇지 않다	계(명)
공법학계	15.6	84.4	64
법조계	35.7	64.3	28
계	21.7	78.3	92

χ^2=4.62, d.f.=1, $p < .05$

226) 관련 설문항은 다음과 같다. 선생님께서는 현재 우리 나라의 국회와 정부가 법령을 제·개정할 때, 헌법상 보장된 조례의 제정범위를 존중하고 있다고 평가하십니까?

그런데 흥미로운 점은 법조계 내에서 헌법재판소와 대법원 등 사법부에 속해 있는 전문가와 행정부에 속해 있는 관계부처 전문가 사이에 입장 차이를 발견할 수 있다는 것이다. 즉 헌법상 보장된 조례제정권의 범위가 국회와 정부의 법령 제·개정시 존중되고 있는지에 대하여 공법학계보다 법조계에서 '그렇다'는 의견이 비교적 많게 나타나지만, 법조계를 사법부와 행정부로 나누어 공법학계와 비교할 경우, 이러한 차이는 헌법재판소나 대법원보다 행정부 관계부처에 속한 전문가가 이에 동의하는 비율이 높게 나타난다. 다시 말해 사법부에서는 공법학계와 유사하게 15.4%만이 존중되고 있다는데 동의하는데 비하여, 행정부 관계부처는 과반수 이상인 53.3%가 이에 동의하는 것으로 나타나 소속기관에 따른 뚜렷한 차이를 보여준다(χ^2=10.52 d.f.=2, $p<.01$).

한편, 전반적으로 나타난 전문가 집단의 이러한 부정적 평가는 공무원이나 지방의원과 비교할 때 훨씬 잘 나타난다. 공무원이나 지방의원도 과반수 이상이 존중되고 있지 않는 편이라는 의견을 나타내고 있으나 전문가들보다는 20%이상 적게 부정적 의견을 지닌 것을 보여주며, 이러한 차이는 전문가와 각각의 집단간 비교에서도 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타난다. 이는 법령의 제·개정에 대하여 지방의원이나 지방공무원은 이것이 조례제정권에 미치게 될 영향력을 고려하기보다 제·개정된 법령의 범위안에서 위법하지 않는 조례의 제정에 더 높은 관심을 가지기 때문에, 혹은 법령의 제개정은 자치단체의 소관사항이 아니기 때문에 의견을 표시하는데 고심한데 연유한 것으로 이해된다.

〈표 4-2-2〉 헌법상 보장된 조례제정권의 범위 존중 - 집단간비교

단위(%)

	그렇다	그렇지 않다	계(명)
전문가	21.7	78.3	92
공무원	46.4	53.6	420
지방의원	42.0	57.9	392
계	42.0	58.0	904

χ^2=18.88, d.f.=2, $p < .01$

그러나 분명한 것은 공법학계 및 법조실무계를 불문하고 압도적으로(특히 전문가들이) 국가의 법령제개정이 조례제정권의 범위를 고려하지 아니하고 추진되고 있다고 응답한데 있다. 이는 우리나라의 지방자치제도가 아직도 헌법상 보장된 본래의 취지에 걸맞게 운영되지 못하고 있음을 의미한다. 특히, 법조계조차 64%가 이에 동의하고 있어 국가의 입법시 조례제정권의 범위가 오랫동안 얼마나 소홀하게 다루어져 왔는지를 시사해 준다. 물론 입법자의 입법재량과 이에 따른 법령선점론을 부인하는 것은 아니나 헌법과 지방자치법에 규정된 국가-지방, 광역-기초 자치단체간 사무배분 기준이 법령 제·개정 과정에서 존중되어야 하는 것은 입법자의 의무이다. 연방계 국가는 말할 것도 없고 단일국가에서도 법령 제·개정시 지방자치단체의 의견을 제도적으로 반영하고 있는 것이 관례인 만큼 제도개선이 요구되는 부분이다.

나. 조례의 법적 지위

조례는 지방의회가 제정하는 의회입법임에도 불구하고 조례의 법적 지위에 대해서는 다음과 같은 학설 또는 실무상 서로 다른 견해가 있다. 첫째, 조

례는 법률, 대통령령 및 부령보다 하위의 법규범으로서 행정입법의 일종이다. 둘째, 조례는 의회입법이라는 점에서는 법률과 유사한 성격을 가지므로 대통령령과 부령에 의해서 조례의 입법범위를 침해할 수 없으며, 따라서 법률에 준하는 법적 지위를 가진다.

위와 관련하여 전문가 집단에서는 헌법상의 입법원칙을 고려할 경우, 조례가 법률에 준하는 법규범으로 볼 수 있다는 의견에 동의하는 비율이 상당히 높게(73%) 나타나고 있다[227] 반면에 조례의 성격을 행정입법으로 간주하는 경우는 약 27%에 불과한 것으로 조사되고 있다.

〈표 4-2-3〉 조례의 법적 지위 - 전문가

단위(%)

	법률에 준한다	행정입법이다	계(명)
공법학계	72.7	27.3	66
법조계	72.4	27.6	29
계	72.6	27.4	95

χ^2=0.00, d.f.=1, n.s

그런데 조례의 법적 지위에 대한 전문가 집단의 이러한 응답은 공법학계나 법조계간 차이를 발견할 수 없었으나 전공에 따라서, 즉 헌법을 전공한 사람과 그렇지 않은 사람간에 상당한 차이를 발견 할 수 있었다. 헌법을 전공한 사람은 약 83%가 조례를 법률에 준하는 법규범으로 응답하여 이에 대한 의견이 높은 것에 비하여, 헌법을 전공하지 않은 사람은 67%만이 법률에

227) 관련 설문항은 다음과 같다. 헌법상의 입법원칙을 고려할 경우, 행정입법인 대통령령 또는 부령과 달리 조례는 법률에 준하는 법규범으로 볼 수 있다는 의견에 대하여 선생님께서는 어떻게 생각하십니까?

준하는 법규범이라는 의견을 보여주었으며, 이러한 차이는 통계적으로도 유의미하게 나타났다(x^2=2.92, d.f.=1, p<.1). 또한 주목할 사항은 법조계 가운데 특히 헌법재판소와 대법원의 전문가들은 86%가 조례를 법률에 준하는 법규범이란 의견을 보이고 있다는 점이다. 참고로 행정부 관계부처 전문가들은 60%만이 법률에 준하는 법규범으로 보고 있어 전공과 소속기관에 따른 의견 차이를 시사해 준다.

한편, 조례의 법적 지위에 대한 전문가 집단의 전반적인 의견은 공무원, 또는 지방의원에 있어서도 그리 큰 의견 차이가 없는 것을 살펴볼 수 있는데, 통계적으로도 집단간 차이가 유의미하지 않게 나타나고 있다. 즉 조례의 법적 지위에 대하여 전문가, 공무원, 지방의원 모두는 2/3 이상이 법률에 준하는 것으로 판단을 내리고 있다.

〈표 4-2-4〉 조례의 법적 지위 - 집단간비교

단위(%)

	법률에 준한다	행정입법이다	계(명)
전문가	72.6	27.4	95
공무원	69.3	30.7	424
지방의원	66.3	33.8	400
계	68.3	31.7	919

x^2=1.81, d.f.=2, n.s

이상의 분석결과가 공법학계에서는 조례를 행정입법이 아니라 법률에 준하는 법규범으로서의 준법률설이 다수설로 확고하게 자리잡았음을 시사해 주는 것이다. 더욱이 법령심사와 사법심사를 담당하고 있는 실무법조계에서도 공법학계와 동등한 비율로 준법률설을 지지하는 결과는 법리적·실무적 측면에

서 조례가 준법률의 지위를 가진다는 데에 별다른 이견이 없다는 것을 뜻한다는 점에서 대단히 의미 있는 일이다. 다만, 아직도 공법학계나 법조계에서 27%정도가 행정입법설을 지지하고 있으나, 이는 지방자치제도의 활성화와 조례제정권 범위가 확대되어 갈 경우 점차 더욱 감소할 것으로 예상된다.

다. 조례제정권 범위관련 국회·정부의 입법태도

조례제정권의 범위와 관련하여 헌법에서 주민복리, 재산관리 등 자치사무를 조례의 입법소관사항으로 규정하고 있음을 감안하여[228] 국회와 정부가 자치사무에 관한 한 대강법 또는 전국적 통일을 기하는 사항 이외에는 자치사무에 관한 입법을 자제해야 한다는 의견에 대하여 전문가 집단은 5/6가 동의하고 있다.[229]

〈표 4-2-5〉 자치사무관련 국회·정부의 입법자제 - 전문가

단위(%)

	그렇다	그렇지 않다	계(명)
공법학계	90.1	9.9	71
법조계	65.5	34.5	29
계	83.0	17.0	100

χ^2=8.85, d.f.=1, $p < .01$

228) 헌법 제117조, 제118조.

229) 관련 설문항은 다음과 같다. 선생님께서는 헌법에서 주민복리, 재산관리, 자치입법 등 자치사무를 조례의 입법소관사항으로 규정하고 있음을 감안할 때, 국회와 정부는 자치사무에 관한 한 대강법 또는 전국적 통일을 기하는 사항 이외에는 자치사무 입법을 자제해야 한다고 생각하십니까?

이러한 의견은 법조계와 비교하여 특히 공법학계에서 강하게 드러나는데 약 90%가 자치사무와 관련한 국가의 입법 자제를 바람직한 것으로 보고 있어 법조계의 66%와 큰 차이를 나타낸다. 그런데 법조계 내에서도 헌법재판소와 대법원 등 사법부에 속해 있는 전문가와 행정부에 속해 있는 관계부처 전문가 사이에 입장 차이를 발견할 수 있다. 즉 국회와 정부가 자치사무 관련 입법을 자제해야 한다는 의견은 공법학계보다 법조계에서 비교적 적게 나타나지만, 법조계를 사법부와 행정부로 나누어 공법학계와 비교할 경우, 이러한 차이는 헌법재판소나 대법원보다 행정부 관계부처에 속한 전문가에게서 더 낮은 비율로 나타난다는 점이다. 다시 말해 공법학계는 90%가 국가의 입법자제에 동의한 것과 비교하여 사법부에서는 71.4%가 이와 같은 의견이었으며, 행정부 관계부처는 60%만이 이러한 의견을 지닌 것으로 나타나 소속기관에 따른 뚜렷한 입장 차이를 보여준다(χ^2= 9.52, d.f.=2, p< .01).

〈표 4-2-6〉 자치사무관련 국회·정부의 입법자제 - 집단간비교

단위(%)

	그렇다	그렇지 않다	계(명)
전문가	83.0	17.0	100
공무원	71.9	28.1	427
지방의원	62.9	37.1	399
계	69.2	30.8	926

χ^2=17.81, d.f.=2, p < .01

한편, 공무원이나 지방의원은 전체적인 전문가집단의 의견보다는 높지는 않지만 60%~70%가 국가의 자치사무에 대한 입법 자제를 바람직하다는데 동의하고 있다. 즉 집행기관과 사무처의 법무담당 공무원은 약 72%, 지방의

원은 약 63%가 동의하였는데, 이러한 차이는 전문가 집단뿐 아니라 공무원과 지방의원 사이에서도 통계적으로 유의미하게 나타나고 있다.

이와 같은 결과는 지방의회의 의정활동을 통하여 기관위임사무와 조례제정권의 범위가 얼마나 한정되어 있는지를 실감하고 있을 지방의원들이 다른 집단보다 자치사무에 대한 국가입법의 자제에 동의하는 비율이 적다는 것은 흥미로운 사실이다. 법령선점이론이 광범위하게 적용되어 조례소관사항인 자치사무에 대하여 국가의 법령에 의한 선점이 개별법령상 광범위하게 설정되어 있다는 것을 비전문가인 지방의원이 발견해내기란 쉬운 일이 아니라는 데 원인이 있는 것으로 해석된다.

종합컨대 자치사무와 관련한 법령의 입법자제를 요구하는 전문가의 의견이 5/6에 달하고 있다는 사실은 향후 국가가 법령을 제·개정할 때에 합리적인 정당성이 입증되지 않는 한 법령으로 조례제정권의 범위를 일반적으로 선점해서는 안된다는 것이 일치된 다수의 견해임을 보여주는 것이다.

라. 지방자치법 제9조제2항의 단서조항

전문가 집단은 지방자치단체의 사무와 관련하여 지방자치법제9조제2항에서 규정하고 있는 단서조항(즉, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니한다)이 자치입법권의 본질에 대한 침해를 정당화할 수 있는 여지를 남기고 있다는 의견에 대하여 전체적으로 찬성과 반대가 반씩으로 나뉘어 지는 것을 보여준다.[230] 그러나 전문가 집단 내를 살펴볼 경우, 공법학

230) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방자치법제9조제2항에는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체의 사무에 속하는 사무를 예시하고 있습니다. 「다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니한다」라는 단서규정이 자치입법권의 본질에 대한 침해를 정당화할 수 있는 여지를 남기고 있다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

계는 약 58%가 이 의견에 동의하는데 비하여 법조계는 약 28%만이 동의하는 것으로 나타난다. 즉 지방자치법 제9조제2항의 단서규정이 자치입권법을 침해할 소지하고 있다는데 대하여 공법학계는 과반수 이상이 찬성하였으나 법조계는 압도적인 숫자가 반대의견을 나타내고 있어 뚜렷한 차이를 보여주고 있다.

〈표 4-2-7〉 지방자치법제9조 단서조항 위헌성- 전문가

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
공법학계	57.8	42.3	71
법조계	27.6	72.4	29
계	49.0	51.0	100

x^2=7.50, d.f.=1, p < .01

그런데 지방자치법 제9조2항의 단서규정이 자치입법권의 본질에 대한 침해를 정당화할 수 있다는데 대하여 공법학계와 뚜렷한 의견차이를 보이는 법조계의 이러한 반대입장은 행정부 관계부처보다 특히 헌법재판소와 대법원 등 사법부의 전문가에게서 높게 나타나고 있다. 즉 공법학계는 42.3%가 이에 동의하지 않는데 비하여, 행정부 관계부처는 68.8%로 나타났으며 사법부는 76.9%가 그렇지 않다는 입장을 보여주고 있다(x^2= 7.69 d.f.=2, p<.05).

이는 바로 앞의 질문과 연계된 것으로써 지방자치법 제9조 제2항의 단서조항이 자치입법권을 침해할 소지가 있다는 찬성의견은 동법 동조의 규정으로 인하여 지방자치법상 엄연히 자치사무로 규정된 사무가 법령에 의하여 일방적으로 국가 또는 상급자치단체의 사무로 선점될 경우 언제든지 조례제정권의 무한정한 침해를 정당화하고 있다는 것을 뜻한다. 공법학계는 과반

수이상이 국가의 입법정책에 의해서도 침해할 수 없는 자치사무의 범위는 존중되어야 한다는 의견을 지니고 있음을 시사해 준다. 반면 법조계는 동조 단서조항에 의한 조례제정권 침해에 동의하지 않고 있는데 그 이유는 첫째, 엄격한 법령선점론에 근거하여 법령으로 조례제정권을 제한하는 것이 당연하다고 하는 법령중심적 사고방식으로 해석할 수도 있고, 둘째 법령은 조례의 상위법이므로 동법의 단서규정이 없더라도 법령에 의한 사치사무의 선점이 가능하다는 점에서 동조의 단서조항에 의한 지방자치권의 침해소지에 동의하지 않았을 수도 있다.

그러나 일반적으로 법령선점론을 인정하게 될 경우, 지방자치단체의 조례제정권범위는 헌법상 보장된 자치입법권의 범위마저도 침해받게 되는 결과가 되므로 일정한 요건하에서 합리적인 절차를 거쳐 인정되는 것이 헌법질서를 저해하지 않을 것으로 판단된다. 즉 동조 단조규정은 지방자치법상의 자치사무 기준을 다른 법령이 일방적·일반적으로 무시하는 결과를 초래함으로써 법령의 입법원칙이 준수되지 않고 법령선점이론의 엄격한 적용이 헌법 제117조에서 보장된 자치입법권을 일반적으로 침해하는 결과를 초래하게 된다는 점에서 문제가 있다.

한편, 공무원이나 지방의원들은 전문가 집단보다 훨씬 동조 단서조항에 대한 우려가 높다는 것이 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타난다. 즉 공무원이나 지방의원은 동조 단서조항이 자치입법권을 침해할 소지가 있다는데 3/4이상이 동의하고 있어 전문가 집단과 뚜렷한 대조를 보이고 있다.

〈표 4-2-8〉 지방자치법제9조 단서조항 위헌성 - 집단간비교

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
전문가	49.0	51.0	100
공무원	76.8	23.2	427
지방의원	76.6	23.4	398
계	73.7	26.3	925

χ^2=35.41, d.f.=2, $p < .01$

특히, 이 문제가 법리적인 측면을 중요시하는 전문가보다 지방자치단체의 공무원이나 지방의원이 훨씬 더 심각한 문제로 인식하고 있다는 점이 주목된다. 법령이 조례보다 상위법이고 입법체계상 선점권이 있으나 지방자치법상 자치사무인 사무에 관한 한 어떤 합의의 도출과정이나 합리적 근거도 없이 법령이 일방적으로 자기의 소관사항으로 규정하는 것은 자치입법권을 현저하게 침해할 수 있다는 점에서 입법개선의 여지가 있는 것으로 판단된다. 그렇다고 하여 자치사무에 대한 법령의 선점을 전적으로 부인하는 것은 아니고 불가피하게 법령의 소관사항으로 두어야 할 경우에 합리적인 절차를 거쳐 이를 인정하는 것이 조례제정권 침해와 이로 인한 위헌성 소지의 시비를 입법정책적으로 해소할 필요가 있다고 보기 때문이다.

마. 지방자치법 제15조 단서조항

헌법 제37조는 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"고 규정하고 있다. 한편, 지방자치법제15조에서는 "지방자치단체는 법령의 범위 안에서

그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다"라고 규정되어 있으며, 동조 단서조항에서 "주민의 권리제한, 의무부과에 관한 사항, 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다"고 규정되어 있다. 그런데 헌법 제37조의 법률유보조항은 국민의 자유와 권리에 대한 보호가 목적이므로 지방자치법제15조 단서조항은 헌법상 보장된 조례제정권의 범위를 현저하게 제한하고 있다는 점에서 위헌이라는 주장이 제기되기도 한다.

위의 사항에 대하여 전문가 집단은 지방자치법제15조 단서조항에 따른 법률유보가 헌법상 보장된 지방자치권을 지나치게 제한하고 있어 위헌이라는 문제로 인식하는 경우가 약 48%로 나타나 찬반이 비슷하게 엇갈리는 것을 볼 수 있다. 전문가 집단 내에서 살펴볼 경우, 공법학계에서는 '위헌이 아니다'는 의견(44%)보다 '위헌 내지 위헌의 소지가 있다'는 의견이 과반수를 넘는 다수(56%) 견해로 나타나는 반면, 법조계에서는 위헌이 아니라는 의견(72%)이 위헌소지의 의견보다 훨씬 많이 나오는 것을 보여 주고 있어 공법학계와 법조계간에 뚜렷한 차이를 발견할 수 있다.[231]

〈표 4-2-9〉 지방자치법제15조 단서조항 - 전문가

단위(%)

	위헌소지 있다	위헌아니다	계(명)
공법학계	55.7	44.3	70
법조계	27.6	72.4	29
계	47.7	52.3	99

χ^2=6.51, d.f.=2, $p < .05$

231) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방자치법제15조 단서조항 중 국민이 아닌 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항까지 법률유보한 것은 헌법상 보장된 지방자치권을 지나치게 제한하고 있어 위헌이라는 의견에 대하여 선생님께서는 어떻게 생각하십니까?

참고로 지방자치법제15조 단서조항에 대한 공법학계와 법조계의 이러한 의견차이는 사법부와 행정부 관계부처 사이에도 차이를 발견할 수 있다. 공법학계의 44.3%가 위헌이 아니라는 의견을 보이는 것과 비교하여, 헌법재판소와 대법원의 재판연구관들은 61.5%가 위헌이 아니라는 입장을 보여주었으며, 행정부 관계부처의 법제관들은 4/5이상인 81.3%가 위헌이 아니라는 입장을 보여준다(x^2=7.99 d.f.=4, p<.1).

위의 결과는 그 동안 지방자치법 제15조 단서규정의 위헌성 논의가 쟁점으로 드러나 공법학계에서 첨예한 법리논쟁을 거쳐 위헌소지가 있다는 편이 다수의 지지를 받고 있는 것으로 드러났다는데 큰 의의가 있다. 이러한 결과가 지방행정과 주민의 삶의 질에 어떠한 영향을 미치고 있는지 유의할 필요가 있는데, 지역의 통치단체로서 법상 부여된 지방자치단체의 정책기능을 수행하는데 있어서 지방자치법 제15조 단서는 지방자치단체의 중요한 정책집행수단을 법령유보함으로써 국가가 허용하는 일 외에는 창의적인 지방자치행정을 수행할 수 없는 실정에 놓여있다는 비판을 피할 수 없게 되었기 때문이다[232] 그 단적인 예가 지방의원과 지방공무원의 응답에서 볼 수 있다.

지방자치단체 공무원이나 지방의원은 앞서 지방자치법 제9조제2항의 단서조항에서 보여준 것과 같이 지방자치법제15조 단서조항의 위헌소지 여부에 대하여 전문가 집단보다 훨씬 위헌소지에 대하여 동의 비율이 많은 것을 보여준다. 전문가 집단과의 이러한 차이는 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타나는데, 법무담당 공무원(82%)보다는 지방의원(92%)이 위헌 내지 위헌소지가 있다는데 높은 공감대를 보여주었다(x^2= 27.32, d.f.=2, p < .01).

232) 조례위반행위에 부과하는 과태료 벌칙조차도 법률유보되어 있으며 이마저도 벌칙으로써의 기능을 수행하지 못하고 있으며, 자주세원 확보를 위한 과세권이 법령유보되어 있다(제2장 참조).

〈표 4-2-10〉 지방자치법제15조 단서조항 - 집단간비교

단위(%)

	위헌소지 있다	위헌아니다	계(명)
전문가	47.5	52.5	99
공무원	82.0	18.0	427
지방의원	92.0	8.0	399
계	82.6	17.4	925

χ^2=119.89, d.f.=4, $p < .01$

그런데 지방자치법 제15조에 대하여 같은 공무원임에도 불구하고 국가공무원인 법조실무계와 지방공무원의 의견이 이렇게 다른 이유는 무엇일까? 이는 법리상의 차이라기보다는 소속에 따라 그 견해가 판이하게 다를 수 있다는 것을 시사하는 것이며, 지방의원이 조례제정활동을 통해 지방자치법 제15조 단서조항으로 인한 입법기술상의 한계를 누구보다 실감하고 있는 위치에 있다는 점에서 동 단서 조항에 대한 위헌소지 견해가 훨씬 높게 나왔다는 것은 당연한 결과라 할 수 있을 것이다.

2. 조례제정권 범위의 쟁점사항

다음은 조례제정권의 범위와 관련하여 재산권에 대한 제한을 비롯하여 과세자주권 및 개정 지방세법의 위헌성 여부에 대하여 설문조사결과를 분석해 보고자 한다.

가. 재산권 규제

재산권의 내용과 한계는 법률로 정하되, '담배자판기설치금지조례'의 판례에서와 같이 법령에 위반되지 않는 한 공익성이 강한 재산권의 수용, 사용, 제한을 지역실정에 적합하게 조례로써 규제할 수 있다는 의견에 대하여, 전문가 집단의 3/4이 동의를 하는 것으로 나타난다[233] 그리고 이러한 의견은 공법학계와 법조계간에 별다른 차이가 없게 나타나고 있다.

〈표 4-2-11〉 조례제정권 범위: 재산권 - 전문가

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
공법학계	74.3	25.7	70
법조계	76.7	23.3	30
계	75.0	25.0	100

x^2=0.06, d.f.=1, n.s

그런데 전문가 집단 중에서 헌법을 전공한 여부에 따라서는 통계적으로 유의미한 의견 차이를 발견할 수 있었는데, 헌법을 전공한 사람이 그렇지 않은 사람보다 공익성이 강한 재산권에 대해 조례로써 규제할 수 있는 것에 대해 찬성하는 비율이 훨씬 높았다. 즉 헌법을 전공한 사람은 이에 대하여 약 86%가 찬성하는데 비하여 그렇지 않은 전공자는 69%만이 찬성하는 것으로 나타난다(x^2=3.30, d.f.=1, p<.1). 또한 한 가지 흥미로운 점은 헌법재판소와

233) 관련 설문항은 다음과 같다. 선생님께서는 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하되, "담배자판기설치금지조례"의 판례에서 볼 수 있는 바와 같이 법령에 위반되지 않는 한 공익성이 강한 재산권의 수용, 사용, 제한의 경우, 지역실정에 적합하게 조례로써 규제할 수 있다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

대법원의 전문가들은 조례에 의한 재산권 규제에 86%가 찬성하는데 비하여 행정부 관계부처 전문가는 69%만이 동의하는 것으로 나타나 전공과 소속에 의한 의견차이를 시사해 주었다.

〈표 4-2-12〉 조례제정권 범위: 재산권 - 집단간비교

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
전문가	75.0	25.0	100
공무원	88.3	11.7	429
지방의원	88.5	11.5	401
계	87.0	13.0	930

$x^2 = 14.24$, d.f.=2, $p < .01$

한편, 지방공무원이나 지방의원은 전문가들보다 조례로써 법령의 범위 안에서 지역실정에 맞게 재산권을 규제하는 것에 대해 찬성하는 비율이 13% 이상 높게 나타나는데, 이러한 차이는 통계적으로도 유의미하게 나타난다.

위의 결과는 재산권의 내용과 한계에 관한 사항은 법률의 소관사항이지만 법률에 위반하지 않는 한 공익을 위한 재산권의 수용·사용·제한에 관한 규정은 조례의 소관사항으로 할 수 있음을 확인한 것이다. 이는 헌법재판소의 결정 예에서 기인된 바 크다고 할 수 있으며, 최근 법원판례도 이와 유사한 경향을 보이고 있다. 따라서 본 연구조사 결과에서 나타나듯이 지방자치단체에 재산권 규제조례의 제정을 압도적으로 찬성하는 것은 지방자치단체가 주민의 공공복리를 증진하기 위하여 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례제정권을 가진 지역의 통치단체라는 것을 승인하는 것으로 해석된다.

나. 자주과세권

지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수는 주민의 대표인 지방의회가 조례로써 정하는 것이 헌법상 보장된 자주재정권의 본질에 적합하다는 의견에 대하여 전문가 집단은 전체적으로 44.3%가 찬성하는 것으로 나타난다.[234] 그런데 전문가 집단 내에서 공법학계와 법조계를 살펴볼 경우 전자는 약 51%가 찬성하는 것에 비하여, 후자의 찬성비율은 30%에 불과하여 두 집단간에 의견 차이를 발견할 수 있다.

〈표 4-2-13〉 조례제정권 범위 : 자주과세권 1 - 전문가

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
공법학계	50.8	49.3	67
법조계	30.0	70.0	30
계	44.3	55.7	97

x^2=3.61, d.f.=1, p < .1

또한 지방세에 대한 이러한 전문가 의견은 헌법을 전공한 전문가와 그렇지 않은 전문가간에 차이를 발견할 수 있었는데, 헌법을 전공한 전문가는 과반수 이상(56%)이 지방세의 세목, 과세객체, 세율 기타 부과·징수를 조례로써 정하는데 찬성한 반면, 다른 전문가들은 62%가 이에 반대하는 것으로 나

234) 관련 설문항은 다음과 같다. 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다는 조세법률주의는 "대표 없는 곳에 조세 없다"는 취지를 헌법에 반영한 것입니다. 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수는 주민의 대표인 지방의회가 조례로써 정하는 것이 헌법상 보장된 자주재정권의 본질에 적합하다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

타나 차이를 보여준다(χ^2=2.83, d.f.=1, p<.1). 그리고 이러한 의견 차이는 소속 기관에 따라서도 발견되는데 공법학계는 조례에 자주과세권을 부여하는데 대하여 49%가 반대하는 것과 비교하여 헌법재판소나 대법원 등 사법부의 전문가는 57%, 행정부 관계부처의 전문가는 81%가 반대하는 것으로 나타나고 있다(χ^2=5.37, d.f.=2, p<.1).

그러나 이러한 결과는 국가공무원인 전문가들이 조세법률주의를 곧 지방세법률주의로 해석하는 것은 자주재정권을 지방자치권의 핵심적 요소라는 사실을 간과한데서 비롯되었다고 보인다. 특히 공법학계보다는 법조계에서 과세자주권의 범위를 제한적으로 해석하는 비율이 높은데, 이는 헌법상 보장된 지방자치권을 간과하고 조세법률주의의 문자적 적용에서 벗어나지 못하고 있음을 뜻하며 과세자주권의 확대시 지방자치단체가 주민에게 과중한 부담을 지울 것으로 우려하는데서 비롯된 것으로 보인다.

〈표 4-2-14〉 조례제정권 범위: 자주과세권 1 - 집단간비교

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
전문가	44.3	55.7	97
공무원	59.3	40.7	423
지방의원	77.1	22.9	398
계	65.5	34.5	918

χ^2=50.17, d.f.=2, p < .01

한편, 전문가집단의 의견은 공무원이나 지방의원과 상당한 차이 있음을 보여준다. 즉, 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수를 조례로써 정하는 것에 대하여 전문가집단은 전체적으로 찬성의견보다 반대

의견이 많았지만, 지방공무원이나 지방의원은 찬성의견이 훨씬 많은 것을 보여준다. 이러한 상반된 의견양상은 전문가와 지방공무원 사이의 차이(15%)보다 전문가와 지방의원간에 그 차이가(33%) 훨씬 더 큰 것으로 나타나고 있으며, 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타난다.

다. 지방세법 법률유보의 위헌성

자주과세권과 관련한 또 하나의 쟁점은 최근 개정된 지방세법 법률유보에 대한 위헌성 여부라 할 수 있다. 즉 개정 지방세법제3조제1항이 지방세의 법률유보를 명확히 규정한 것은[235] 지방세법의 본래의 취지에 부적절할 뿐만 아니라 헌법 제117조가 지방자치단체에 부여한 자주과세권을 침해한 위헌규정이라는 의견과 관련하여 전문가 집단은 전체적으로 23.4%가 위헌의 소지가 있다는데 동의한 반면, 76.6%가 합헌이란 의견을 제시하고 있다[236] 전문가 집단내 의견을 자세히 살펴보면, 특히 법조계에서는 거의 대부분이라 할 수 있는 93%가량이 합헌이란 의견을 나타내고 있어 공법학계의 의견(약 70%)보다 높은 지지를 나타낸다.

---

235) '지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 이 법이 정하는 범위 안에서 조례로써 하여야 한다.'(개정세법에서 밑줄 내용이 추가됨).

236) 관련 설문항은 다음과 같다. 최근 개정된 지방세법제3조제1항이 지방세법의 법률유보를 명확히 규정한 것은 지방세법의 본래의 취지에 부적절할 뿐만 아니라 헌법제117조가 지방자치단체에 부여한 자주과세권을 침해한 위헌규정이라는 의견이 있습니다. 이에 대하여 선생님께서는 어떻게 생각하십니까?

〈표 4-2-15〉 조례제정권 범위: 자주과세권 2 - 전문가

단위(%)

	위헌소지	합헌이다	계(명)
공법학계	30.3	69.7	66
법조계	7.1	92.9	28
계	23.4	76.6	94

x^2=5.88, d.f.=1, p < .05

한편, 개정된 지방세법제3조제1항에 대한 위헌성 여부에 대한 판단은 전문가집단 내에서도 공법학계와 법조계간에 차이를 발견할 수 있었지만, 이러한 차이는 지방자치단체의 법무담당 공무원이나 지방의원과 비교할 때에는 훨씬 더 뚜렷하게 나타나는 것을 볼 수 있다. 즉 전문가 집단은 위헌의 소지가 있다는 의견이 23%에 불과한 반면, 공무원은 49%, 지방의원은 56%가 위헌의 소지가 있다는 입장을 보여 전문가 집단과 대조를 보여준다.

〈표 4-2-16〉 조례제정권 범위: 자주과세권 2 - 집단간비교

단위(%)

	위헌소지	합헌이다	계(명)
전문가	23.4	76.6	94
공무원	49.1	50.9	424
지방의원	55.8	44.2	398
계	49.3	50.7	916

x^2=31.91, d.f.=2, p < .01

3. 조례의 사법심사

다음은 적절한 조례의 사법기관에 대한 의견과 조례에 대한 대법원의 관례동향에 대하여 설문조사된 결과를 분석해 보고자 한다.

가. 조례의 사법심사기관

헌법상 대법원의 명령규칙처분심사권에는 조례심사권을 포함시키지 않고 있는 반면, 현재 지방자치법제159조는 지방의회의 의결의 합법성에 대한 심사주체를 대법원으로 규정하고 있다. 그런데 조례에 대한 사법심사 주체의 변경논의가 진행되고 있는 것은 조례의 위법성 판단에는 관련 법령이 지방자치의 본질을 저해하고 있지 않는지에 대한 위헌성 여부도 동시에 판단되어야 한다는 것이며, 따라서 대법원이 조례의 사법심사까지 담당하도록 한 것은 헌법취지에 반한다는 의견이 제기되고 있다.

이와 관련하여 어느 기관이 조례의 사법심사기관으로 적절한 지에 대하여 전문가집단 의견은 대법원 47.9%, 헌법재판소 30.2%, 그리고 나머지 21.9%는 대법원과 헌법재판소의 병행을 주장하는 것으로 나타난다.[23 7]

37) 관련 설문항은 다음과 같다. 헌법상 대법원의 명령규칙처분심사권에는 조례심사권을 포함시키지 않고 있는 반면, 현재 지방자치법제159조는 지방의회의 의결의 합법성에 대한 심사주체를 대법원으로 규정하고 있습니다. 조례의 위법성은 관련 법령이 지방자치의 본질을 저해하고 있지 않는 지에 대한 위헌성 여부가 동시에 판단되어야 한다는 점에서 대법원이 조례의 사법심사까지 담당하도록 한 것은 헌법취지에 반한다는 의견이 제기되고 있습니다. 선생님께서는 어느 기관이 조례의 사법심사기관으로 적절하다고 생각하십니까?

〈표 4-2-17〉 조례의 사법심사기관 - 전문가

단위(%)

	대법원	헌법재판소	병행	계(명)
공법학계	47.1	30.9	22.1	68
법조계	50.0	28.6	21.4	28
계	47.9	30.2	21.9	96

χ^2=0.07, d.f.=2, n.s

그런데 이러한 의견은 전문가집단내 공법학계나 법조계간 의견차이에 통계적인 유의미성을 나타내고 있지는 않지만, 헌법재판소가 조례의 사법심사기관으로 적절하다는 의견에 대하여 공법학계는 31%, 헌재 및 대법원은 46%, 행정부 관계부처는 13%로 나타나 소속기관에 따른 의견차이를 시사해 준다. 참고로 대법원이 적절하다는 의견은 공법학계 47%, 헌재 및 대법원 38%, 행정부 관계부처 60%로 나타났다.

한편, 전문가 집단내에서는 의견차이가 통계적으로 유의미하지 않았지만, 전문가집단의 의견은 지방공무원이나 지방의원과 의견차이를 보여준다. 즉 대법원과 헌법재판소가 병행하는 것에 대한 찬성비율은 전문가, 공무원, 지방의원 등 세 집단간에 거의 유사한 것으로 나타나지만, 대법원이냐 헌법재판소이냐를 선택하는데 있어서는 전문가집단보다 지방공무원이나 지방의원이 헌법재판소를 훨씬 더 선호하는 것으로 나타나며 통계적으로도 전문가집단과 다른 두 집단은 각기 유의미한 차이를 나타내 준다.

〈표 4-2-18〉 조례의 사법심사기관 - 집단간비교

단위(%)

	대법원	헌법재판소	병행	계(명)
전문가	47.9	30.2	21.9	96
공무원	34.9	45.4	19.7	421
지방의원	22.9	52.0	25.0	396
계	31.1	46.7	22.2	913

x^2=29.82, d.f.=4, p < .01

지금까지 조례에 대한 대법원의 판례는 당해 조례의 위법성 판단에 치중하고 있어 당해 조례의 위법성의 근거가 되는 법령의 위헌성 여부에 대한 판단이 필요함에도 불구하고 간과해온 문제가 있다. 이러한 이유로 조례의 규범통제는 조례가 위임입법과는 달리 민주적 정당성을 가진 법규범이라는 점에서 법률에 준하는 법규인 이상 헌법재판소가 위헌성과 위법성을 동시에 판단하도록 하는 것이 조례제정권을 인정하고 있는 헌법상의 취지에 적합하다는 것이고 볼 수 있는 것이다. 전문가의 의견에서도 나타나듯이 조례의 사법심사기관에 대한 견해가 나뉘어지고 있다는 점을 고려하면 이 문제에 관해서는 심도 있는 연구가 필요함을 보여주고 있다. 조례의 사법심사에 관한 한 자주조례와 위임조례를 구분하고 자주조례에 관해서는 헌법재판소가 규범통제할 수 있도록 사법심사기관을 변경하는 것이 조례의 준법률적 지위에 적합한 것으로 본다.

나. 대법원의 판례동향

지방의회가 구성된 1991년 이후, 대법원이 보여준 조례에 대한 판례태도에 대하여 전문가 집단은 21.7%가 일관되게 법령유보론의 입장에 서있는 것

으로 보인다고 응답하였으며, 20.5%는 조례의 제정범위를 다소간 확대하는 방향으로 유연하게 태도의 변화를 보이고 있다는데 동의하는 것으로 나타난다.[238] 반면 과반수 이상인 나머지 57.8%는 조례제정권의 범위를 확대 해석하는가 하면 어떤 경우는 법령유보론적 입장을 고수하는 등 일관성이 없는 것으로 보고 있다는 의견을 나타내고 있다. 그런데 전문가집단 내에서의 의견을 살펴볼 경우, 대법원의 판례동향이 조례제정권의 확대방향이란 점에서는 별다른 차이가 없으나 공법학계는 법령유보론적 입장을 취한다는 의견에 15.3%, 일관성이 없다는 의견에 64.4%인 것과 비교하여, 법조계에서는 법령유보론적 입장이라는 의견에 37.5%, 일관성이 없다는 의견에 41.7%를 나타내고 있어 공법학계가 훨씬 더 비관적인 견해를 보이고 있다.

〈표 4-2-19〉 대법원의 판례동향 - 전문가

단위(%)

	법령유보론	확대방향	일관성없음	계(명)
공법학계	15.3	20.3	64.4	59
법조계	37.5	20.8	41.7	24
계	21.7	20.5	57.8	83

x^2=5.42, d.f.=2, p < .1

그런데 대법원의 판례동향에 대한 전문가 의견은 공법학계와 법조계뿐 아니라 법조계내서도 큰 의견 차이를 보여준다. 예를 들어 공법학계는 64%가 대법원의 판례태도에 대하여 일관성이 없다는 의견인 것과 비교하여 헌법재판소와 대법원의 전문가는 20%만이 일관성이 없다는 의견이었으며, 행

238) 관련 설문항은 다음과 같다. 1991년 이후, 대법원이 보여준 조례에 대한 판례태도를 선생님께서는 어떻게 평가하십니까?

정부 관계부처는 과반수 이상인 57%가 일관성이 없다는 의견을 보여줌으로써 학계와 정부관계부처 전문가들이 사법부의 전문가보다 훨씬 더 비관적인 자세를 취하고 있어 소속기관에 따라 뚜렷한 입장차이를 나타내고 있다(x^2=9.94, d.f.=4, p<.05).

한편, 조례에 대한 대법원의 판례태도에 관하여 전문가 집단의 의견은 지방공무원이나 지방의원의 의견과도 차이가 있는 것으로 나타난다. 먼저, 비록 대법원이 조례제정권의 범위를 확대 해석하는가 하면 어떤 경우는 법령유보론적 입장을 고수하는 등 일관성이 없는 판례태도를 보인다는 의견이 세 집단 모두 가장 많기는 하지만 지방자치단체 법무담당공무원이나 지방의원보다 전문가 집단에서 특히 이러한 의견이 많은 것을 볼 수 있다. 반면, 조례제정권의 범위를 다소간 확대하는 방향으로 유연하게 태도의 변화를 보이고 있다는 의견에 대해서는 전문가 집단보다 지방공무원이나 지방의원이 훨씬 많은 동의를 하는 것을 볼 수 있다. 이러한 의견차이는 전문가집단과 각각의 집단을 비교하는데 있어서 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타난다.

〈표 4-2-20〉 대법원의 판례동향 - 집단간비교

단위(%)

	법령유보론	확대방향	일관성없음	계(명)
전문가	21.7	20.5	57.8	83
공무원	24.0	36.8	39.2	413
지방의원	22.7	33.2	44.1	392
계	23.2	33.7	43.1	888

x^2=11.46 d.f.=4, p < .05

대법원의 판례동향에 대한 평가가 소속기관에 따라 큰 폭의 의견 차이를 나타내주고 있는 이유는 공법학계와 법조계간, 법조실무계 상호간 조례의 법적 지위와 조례제정권의 범위에 대한 시각이 아직도 현저하게 차이가 있음을 반영하는 것이라 본다. 이는 첫째, 아직도 조례의 사법심가에 대한 대법원 판례가 내부의 공감대를 형성하지 못하고 있음을 보여준다. 사법심사기관 소속 전문가들이 조례에 대한 사법심사를 법의 취지에 따라 일관성을 가지고 판단하고 있다고 주장하고 있음에도 불구하고(80%), 행정부 관계부처의 전문가들의 과반수이상, 공법학계의 64%가 일관성이 없다고 판단하고 있다는 것이 이를 증명하고 있다. 둘째, 이러한 결과는 조례의 준법률적 지위가 개별법령의 영향으로 판례에서 일관성 있게 적용되지 못하고 있어 헌법상 보장된 조례제정권의 범위에 입각한 입법원칙이 판례형성에 반영되지 못하고 있음을 시사해 준다. 셋째, 그럼에도 불구하고 대법원은 법률유보론에 입각한 판례에서 벗어나 지방자치의 헌법적 보장에 근거하여 다소나마 조례제정권을 확대하는 방향으로 노력하고 있는 것으로 분석된다.

4. 확대 가능한 조례제정범위

확대 가능한 조례제정권의 범위는 크게 벌칙제정과 관련된 사항과 자주조직권 및 행정권에 관련된 사항을 중심으로 다루고자 한다. 먼저 벌칙에 대한 조례제정권의 확대는 자치행정의 실효성 확보와 지역사회의 질서확립을 위하여 자치단체의 벌칙제정권이 과태료에 국한되는 한 한계에 봉착하기 때문에 이를 형법상의 형벌, 즉 징역, 금고, 구류, 벌금, 과료 등으로 확대하여야 한다는 의견이 제기된다. 한편, 지방자치단체의 자주조직권 및 행정권의 확대는 헌법의 규정이 지방자치단체의 종류, 조직, 운영에 관한 사항 및 지

방의회의 조직, 권한, 의원선거, 장 선거방법 등 중요사항을 법률유보(제118조제2항)하고 있지만, 헌법상의 취지는 법률로써 전국적 통일성이 요구되는 한도 안에서 최소한의 규정만 하고, 개별지방자치단체의 조직과 운영은 지역실정에 적합한 체계의 선택을 지방의회의 입법재량에 맡길 수 있도록 하는 것이라는 주장에 초점을 둔 것이다.

다음은 먼저 벌칙제정과 관련하여 벌칙제정에 대한 조례제정권의 범위를 형법성의 형벌로 확대하는 것과 그럴 경우 이러한 조례제정권을 어느 종류의 자치 행정계층에 부여하는 것이 적절하며, 법률로 정하고자 하는 벌칙 상한선의 수준에 대하여 전문가의견을 중심으로 분석하고자 한다.

가. 벌칙제정범위

전문가 집단은 자치경찰제의 도입을 전제할 경우, 지방의회가 조례로 정할 수 있는 벌칙제정범위를 법령이 정한 범위 안에서 형법상의 형벌(징역, 금고, 구류, 벌금, 과료 등)까지 확대하여야 한다는 의견에 약 41%가 찬성하는 것으로 나타나 반대의견이 9%정도 더 많은 것으로 집계된다.[239] 특히 전문가 집단 내에서는 법조계가 공법학계보다 반대가 높은 것으로 나타나지만, 통계적으로는 그리 유의미하지 않았다.

참고로 법조계내의 의견을 자세히 살펴보면, 공법학계(53%)와 비교하여 법조계가 반대하는 의견이 많지만, 특히 행정부 관계부처(80%)가 헌법재판소와 대법원(67%)보다 조례의 형법상 형벌확대를 반대하는 경우가 많은 것

239) 관련설문항은 다음과 같다. 선생님께서는 자치경찰제가 도입될 경우, 미국이나 일본의 자치단체와 같이 주민의 안전을 보장하며 지방행정의 실효성 확보를 위하여 지방의회가 조례로 정할 수 있는 벌칙제정범위를 법령이 정한 범위 안에서 형법상의 형벌(징역, 금고, 구류, 벌금, 과료 등)까지 확대하여야 한다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

으로 나타나 소속기관에 따른 의견 차이를 시사해 준다.

〈표 4-2-21〉 조례의 벌칙제정범위 확대 - 전문가

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계
공법학계	47.0	53.0	66
법조계	25.9	74.1	27
계	40.9	59.1	93

x^2=3.51, d.f.=1, p < .1

한편, 전문가 집단과 공무원 및 지방의원의 의견 사이에는 차이가 있는 것으로 나타나는데, 특히 전문가와 지방의원 사이의 의견이 통계적으로 유의미하기 때문인 것으로 분석된다(x^2=10.6, d.f.=1, p<.01). 전문가 집단은 벌칙제정범위를 형법상 형벌까지 확대하는데 동의하지 않는 의견이 높은 반면, 지방의원은 동의하는 의견이 높은 것을 살펴볼 수 있다. (참고로 전문가 집단과 공무원 사이의 의견은 통계적으로 유의미한 차이가 없는 것으로 나타났다.)

〈표 4-2-22〉 조례의 벌칙제정범위 확대 - 집단간비교

단위(%)

	동의한다	동의하지 않는다	계(명)
전문가	40.9	59.1	93
공무원	46.6	53.4	427
지방의원	59.5	40.6	397
계	51.6	48.4	917

x^2=18.35, d.f.=2, p < .01

앞서 분석에서 나타나듯이 공법학계와 법조계는 절대 다수가 조례의 준법률설을 지지하고 있으며, 우리나라의 지방자치단체의 인구규모와 기능이 영국·미국·일본·독일의 자치단체의 인구규모보다 훨씬 더 크다는 점을 고려하면 지역의 통치단체로서의 기능은 소홀할 수 없다고 본다. 그런데 조례의 준법률설을 공법학계와 법조계에서 폭넓게 지지하면서도 자치경찰제의 도입을 전제한 질문에 대하여 과태료 벌칙의 한계를 인식하고 있는 전문가들이 조례에 의한 벌칙제정 범위의 한정된 확대에 동의하지 않는 비율이 동의보다 높게 응답한 것은 벌칙에 관한 한 조례를 행정입법의 일종으로 간주한데서 기인한 것으로써 논리적 모순을 보이고 있는 것으로 해석된다.[240]

나. 조례에 의한 형벌제정권한 부여 기관

조례에 의한 벌칙제정범위가 확대될 경우, 형법상의 형벌에 관한 조례제정권한을 어느 종류의 자치행정계층에 부여하는 것이 적절한지에 대한 물음에 전문가 집단은 광역자치단체인 시도 의회에 부여하는 것이 적절하다는 의견이 2/3을 차지하고 있다.[241]

240) 경찰권은 사법적 영역과 행정적 영역을 가지며 자치단체가 행정경찰로서 규제적 기능을 수행하고 있음에도 과태료 수단만으로 그 목적을 달성하라고 하는 것은 지방자치단체를 비권력적 행정 서비스 기관으로 몰이해한 것이라는 비판이 따르게 된다.

241) 관련 설문항은 다음과 같다. 조례에 의한 벌칙제정범위가 확대될 경우, 형법상의 형벌에 관한 조례제정권한을 어느 종류의 자치행정계층에 부여하는 것이 적절하다고 생각하십니까?

〈표 4-2-23〉 조례의 형벌제정권한 부여 대상 - 전문가

단위(%)

	시도의회	시군구의회	시도/시군구 모두	계(명)
공법학계	73.3	2.2	24.4	45
법조계	33.3	11.1	55.6	9
계	66.7	3.7	29.6	54

χ^2=5.85, d.f.=2, p < .01

그러나 이를 자세히 살펴보면 공법학계와 법조계 사이에 큰 차이를 발견할 수 있는데, 공법학계는 73.3%가 시도의회에, 그리고 24.4%가 시군구 의회를 포함하여 광역과 기초자치단체 모두에 부여하는 것이 적절하다는 의견을 보인다. 반면에 법조계는 33.3%만이 시도의회에, 그리고 55.6%가 광역과 기초자치단체 모두에 부여하는 것이 적절하다는 의견을 보임으로써 전문가 집단내의 차이를 뚜렷이 보여주고 있다.

〈표 4-2-24〉 조례의 형벌제정권한 부여 대상 - 집단간비교

단위(%)

	시도의회	시군구의회	시도/시군구 모두	계(명)
전문가	66.7	3.7	29.6	54
공무원	57.8	16.5	25.7	249
지방의원	37.7	31.2	31.2	292
계	48.7	22.5	28.7	595

χ^2=38.77, d.f.=4, p < .01

한편, 전문가 집단의 의견을 공무원이나 지방의원과 비교할 때 가장 두드러지게 나타나는 점은 시군구의회에 대한 권한 부여라고 할 수 있다. 즉 전

문가집단에서는 시군구의회에 부여하는 것이 바람직하다는 의견에 불과 3.7%를 차지하는데 비하여 지방공무원이나 특히 지방의원들은 이 같은 의견에 훨씬 높이 동조하는 것으로 나타나는데(각각 16.5%, 31.2%), 이는 시군구의회에 소속된 공무원과 지방의원이 많기 때문인 것으로 해석될 수도 있다.[242]

종합컨대, 형벌에 관한 조례제정권한을 시도의회에 주는 것이 바람직하다는 의견이 다른 의견보다 많은 것은 공통점으로 지적할 수 있으나, 그 정도의 차이는 각각의 집단을 비교하는데 있어서 뚜렷하여 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타난다. 그러나 전체적으로 볼 때, 조례의 벌칙제정범위에 대한 전문가의견의 연장선상에서 조례로 정하는 벌칙을 형법상의 형벌까지 확대할 경우, 벌칙부과 주체는 광역자치단체인 시도가 되어야 한다는 편이 우세한 것으로 나타난다.

다. 벌칙의 상한선

1) 징역·금고 형량의 상한선

지방의회의 조례에 의한 벌칙제정 범위가 확대될 경우, 징역이나 금고의 형량의 상한선에 대한 질문에 대하여 전문가 집단은 전체적으로 3개월 이하가 32%, 6개월 이하가 33.3%, 1년 이하가 28%를 조례가 제정할 수 있는 형량의 적절한 상한선으로 지적하고 있다.[243] 공법학계의 경우 3개월 이하

242) 참고로 형법상의 형벌에 관한 조례제정권을 어느 종류의 자치계층에 부여하는 것이 적절한 지에 대하여 광역 및 기초자치단체에 속한 응답자 사이에는 뚜렷한 차이를 발견할 수 있다. 전자는 시도의회에 86%, 시도와 시군구의회 모두에 부여하자는 의견이 10%인 것과 비교하여 후자는 시도의회에 부여하자는 의견이 45%에 불과한 반면 시도와 시군구의회 모두에 부여하자는 의견이 30%나 차지하고 있다.

243) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방의회가 벌칙을 제정할 경우, 법률로 정하고자 하는

(34.5%), 그리고 법조계의 경우 1년 이하(41.2%)의 상한선을 적절하다고 하는 응답이 가장 많았으나 전문가 집단내의 이러한 차이는 통계적으로 유의미하지 않게 나타난다.

〈표 4-2-25〉 조례에 의한 형사벌칙 제정시 형량 상한선 - 전문가

단위(%)

	3개월이하	6개월이하	1년 이하	3년 이하	계(명)
공법학계	34.5	32.8	24.1	8.6	58
법조계	23.5	35.3	41.2	0	17
계	32.0	33.3	28.0	6.7	75

x^2=3.35, d.f.=3, n.s

〈표 4-2-26〉 조례에 의한 형사벌칙 제정시 형량 상한선 - 집단간비교

단위(%)

	3개월이하	6개월이하	1년 이하	3년 이하	계(명)
전문가	32.0	33.3	28.0	6.7	75
공무원	35.0	27.6	33.0	4.4	406
지방의원	25.2	34.9	33.6	6.3	381
계	30.4	31.3	32.8	5.5	862

x^2=11.81, d.f.=6, $p < .1$

또한 전문가 집단이나 공무원 혹은 지방의원 사이에도 그 의견의 차이는 크지 않은 것으로 나타나며, 각각의 집단을 비교하는데 있어서도 전문가 집단은 다른 집단과 통계적으로도 유의미한 차이를 보이지 않는다. 다만 법무

벌칙의 상한선에 관한 사항입니다. 지방의회의 벌칙제정 시 징역이나 금고의 형량의 상한선은 다음 중 어느 수준으로 정하는 것이 적절하다고 생각하십니까?

담당 지방공무원과 지방의원 사이에는 통계적 유의성을 발견할 수 있는데 특히 3개월 이하에서 지방법무담당 공무원은 35%를 차지하는 반면, 지방의원은 6개월 이하가 약 35%를 차지하여 두 집단간의 의견차이를 보여준다(χ^2=10.9, d.f.=3, p<.05).

2) 벌금·과료·과태료 액수의 상한선

벌금, 과료 또는 과태료 액수의 상한선에 대한 질문에 대하여 전문가 집단은 55.4%가 1,000만원 이하를 선택한 것으로 나타난다.[244] 이러한 선택은 특히 공법학계(57.4%)가 법조계(50%)보다 많은 것을 볼 수 있지만, 전문가 집단내의 이러한 차이는 통계적으로 유의미하지 않게 나타난다.

〈표 4-2-27〉 조례의 벌칙제정시 벌금 · 과료 · 과태료 상한선 - 전문가

단위(%)

	10만원이하	100만이하	500만이하	1,000만이하	계(명)
공법학계	2.9	17.7	22.1	57.4	68
법조계	0	25.0	25.0	50.0	24
계	2.2	19.6	22.8	55.4	92

χ^2=1.44, d.f.=3, n.s

한편, 전문가 집단 내에서는 차이가 없었으나, 전문가집단은 법무담당 지방공무원이나 지방의원보다 훨씬 벌금, 과료, 과태료의 수준을 높게 책정하는 의견(예: 1,000만원 이하)이 많은 것으로 나타나며, 각각의 집단을 비교하는데 있어서 전문가 집단은 다른 집단과 통계적으로도 그 차이가 유의미한

244) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방의회가 벌칙을 제정할 경우, 법률로 정하고자 하는 벌칙의 상한선에 관한 사항입니다. 벌금, 과료 또는 과태료 액수의 상한선은 다음 중 어느 수준으로 정하는 것이 적절하다고 생각하십니까?

것을 발견할 수 있었다. 즉 전문가 집단은 1,000만원 이하의 선택이 과반수 이상을 차지하는 것과 비교하여 법무담당 지방공무원은 약 38%, 지방의원은 약 29%에 불과하며, 특히 지방의원의 41%는 100만원 이하의 상한선을 다수가 선택하고 있다.

〈표 4-2-28〉 조례의 벌칙제정시 벌금 · 과료 · 과태료 상한선 - 집단간비교

단위(%)

	10만원이하	100만이하	500만이하	1,000만이하	계(명)
전문가	2.2	19.6	22.8	55.4	92
공무원	4.6	30.8	26.7	37.9	412
지방의원	6.8	40.6	24.1	28.5	382
계	5.3	33.9	25.2	35.7	886

χ^2=32.31, d.f.=6, $p < .01$

종합컨대 위와 같은 결과에서 시사하는 것은 조례로 벌금 또는 과태료를 부과할 경우, 실제로 이를 부담하여야 할 자치단체의 의원과 공무원이 공법학계와 법조계와 달리 민감한 반응을 보이고 있다는 점이다. 조례에 의한 과태료 부과 수준이 형법상의 벌금보다 지나치게 과다하게 상한선이 결정된 것은 비례의 원칙에 어긋난다는 지적이 많다. 과태료 상한이 높다고 하여 주민의 조례에 대한 준법정신이 높아진다고 단정할 수는 없을 것이다. 여기에 덧붙여 앞서 지적하였듯이 과태료부과 제도자체에 대한 제도적 한계 때문에 수백회의 과태료 체납자가 속출하고 있으나 지방자치단체는 속수무책이라는 점에서 지방자치행정과 조례의 실효성 확보를 위해서는 조례에 의한 벌칙제정권 확대가 불가피하다.

라. 지방자치단체의 자주조직 및 행정권 확대[245]

1) 단체장·의원선출 방식

단체장과 지방의원의 선출방식을 조례로써 정하는 것에 대하여 전문가 집단은 76.8%가 반대하는 것으로 나타난다. 특히 법조계(80%)가 공법학계(75.4%)보다 반대의견이 5%가량 많게 나타나는데, 통계적으로는 전문가 집단내 이러한 차이는 유의미하지 않은 것으로 나타난다.

〈표 4-2-29〉 조례제정권 확대: 단체장·의원선출방식 - 전문가

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
공법학계	24.6	75.4	69
법조계	20.0	80.0	30
계	23.2	76.8	99

χ^2=0.25, d.f.=1, n.s

한편, 전문가 집단 내에서는 차이가 없었으나, 전문가집단은 지방공무원이나 지방의원보다 훨씬 조례로써 단체장이나 의원을 선출사항을 규정하는 것에 대해 반대의견이 높은 것으로 나타난다. 이는 각각의 집단을 비교하는데 있어서도 전문가 집단은 다른 집단과 통계적으로도 그 차이가 유의미한 것을 볼 수 있었다.

245) 관련설문항은 다음과 같다. 선생님께서는 헌법상 보장된 지방자치단체의 자주조직 및 행정권을 확대하기 위하여 다음 사항을 조례로써 자주적으로 제정하는 것에 대하여 어떻게 생각하십니까?

〈표 4-2-30〉 조례제정권 확대: 단체장·의원선출방식 - 집단간비교

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
전문가	23.2	76.8	99
공무원	39.7	60.3	428
지방의원	55.8	44.3	400
계	44.9	55.1	927

χ^2=42.47, d.f.=2, $p < .01$

종합컨대 우리나라에서는 단체장이나 의원선출방식을 공직선거법에 의하여 일률적으로 248개 지방자치단체를 기관대립형 구조로 설정하고 단체장·의원을 선출하고 있다. 이것이 헌법취지에 부합되는지에 대해서는 논의의 여지가 있다. 그 이유는 지방자치단체 수준에서 인구, 규모, 재정력 등이 다양하기 때문에 지방자치단체의 실정에 적합한 효율적인 기관구성 형태를 지역주민이 선택하고 대표를 선출하게 하는 것이 본래의 취지라 할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이번 조사에서는 공법학계나 법조계 모두 선출방식은 법률로 일률적으로 정해야 한다고 응답하고 있어 아직도 주민에 대한 불신이 남아 있는 것으로 평가된다. 한 가지 흥미로운 점은 지방의원의 경우 다른 집단과는 달리 찬성하는 의견이 반대하는 의견보다 높게 나타난다는 점에서 지방자치단체의 자율성에 강한 의지를 반영하는 것을 시사해 준다.

2) 지방자치단체의 조직신설, 폐지 및 정원조정

지방자치단체의 조직신설, 폐지 및 정원조정에 대한 조례입법에 대하여 전문가 집단은 반대보다 찬성(55.6%)이 많으며, 전문가 집단내 공법학계나 법조계 사

이에서 그리 큰 차이를 발견할 수 없는 것으로 나타나고 있다.

〈표 4-2-31〉 조례제정권 확대: 지자체 조직신설 · 폐지 · 정원조정 - 전문가

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
공법학계	56.5	43.5	69
법조계	53.3	46.7	30
계	55.6	44.4	99

x^2=0.09, d.f.=1, n.s

한편, 전문가집단의 의견과 비교하여 공무원이나 지방의원은 조례로써 지방자치단체의 조직신설, 폐지 및 정원조정을 하는 것에 대해 찬성비율이 훨씬 높은 것을 발견할 수 있으며, 각각의 집단을 비교하는데 있어서도 전문가 집단은 다른 집단과 통계적으로도 그 차이가 유의미하게 나타난다. 즉 전문가 집단의 찬성비율은 55.6%인데 비하여, 법무담당 지방공무원이나 지방의원은 83%가 이에 대하여 찬성하는 것으로 나타난다.

〈표 4-2-32〉 조례제정권 확대: 지자체 조직신설 · 폐지 · 정원조정 - 집단간비교

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
전문가	55.6	44.4	99
공무원	83.2	16.8	428
지방의원	83.0	17.0	400
계	80.2	19.9	927

x^2=42.15, d.f.=2, $p < .01$

지방자치단체의 내부조직 신설·폐지·공무원의 정원조정은 지방자치권의 주요 요소인 자주조직권의 내용을 이루는 것이다. 전문가는 공법학계·법조계 모두 과반수가 이것이 조례소관사항임을 인정하면서도 44%가 이에 반대하고 있다는 것은 법리상의 문제라기보다는 행정실무상 지방자치단체의 무분별한 조직·인력의 확대를 우려한데서 기인된 것으로 해석된다.

3) 지방의회의 회기 및 운영

지방의회의 회기 및 운영에 대하여 각 지방자치단체가 조례로써 정하는 문제에 대하여 전문가 집단은 높은 비율(약 83%)로 찬성의견이 많은 것으로 나타난다. 전문가 집단내에서 살펴볼 경우 공법학계는 80%, 법조계는 90%가 찬성하는 것으로 나타남으로써 법조계가 오히려 이 문제에 대하여 지방자치단체의 자율권을 강조하는 것으로 나타나지만, 그 차이가 통계적으로 유의미하지는 않게 나타난다. 즉 지방의회의 회기 및 운영에 대해서는 공법학계·법조계의 전문가 모두 조례소관사항임을 긍정하고 있다. 그러나 아직도 이에 반대하는 소극적인 비율이 17%대나 된다는 점에서 법령유보론적 사고가 얼마나 뿌리 깊은지 시사해 준다.

〈표 4-2-33〉 조례제정권 확대 : 지방의회 회기·운영 - 전문가

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
공법학계	79.7	20.3	69
법조계	90.0	10.0	30
계	82.8	17.2	99

x^2=1.56, d.f.=1, n.s

한편, 전문가 집단과 공무원 및 지방의원의 의견 사이에는 차이가 있는 것으로 나타나는데, 이는 지방공무원과 다른 집단 사이에 뚜렷한 의견차이가 있기 때문인 것으로 분석된다. 전문가 집단과 비교하여 법무담당 지방공무원은 지방의회의 회기 및 운영을 조례로써 정하는 것에 대한 찬성비율이 73.6%로 약 9%가 낮은 것을 살펴볼 수 있으며, 지방의원과 비교하면 그 차이가 14%가량 낮게 나타난다. 지방자치단체 법무담당 공무원의 상대적으로 낮은 이러한 찬성비율은 집행기관과 지방의회 사무처(국, 과) 법무담당 공무원 사이에서도 별다른 차이를 보이고 있지 않다 (참고로 전문가집단과 지방의원 사이의 의견은 통계적으로 유의미한 차이가 없는 것으로 나타났다).

〈표 4-2-34〉 조례제정권 확대: 지방의회 회기·운영 - 집단간비교

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
전문가	82.8	17.2	99
공무원	73.6	26.4	428
지방의원	87.8	12.2	401
계	80.7	19.3	928

χ^2=27.07, d.f.=2, p < .01

4) 지방의회 내부조직의 신설 및 폐지

지방의회의 내부조직의 신설 및 폐지에 대하여 각 지방자치단체가 조례로써 정하는 문제에 대해서는 전문가 집단이 압도적으로 찬성하고 있음(약 91%)을 알 수 있다. 이러한 찬성의견은 전문가 집단내 공법학계나 법조계간에 그리 큰 차이를 보이지 않고 있어 지방의회의 내부조직 자율권에 대한 높은 지지를 시사해 준다.

〈표 4-2-35〉 조례제정권 확대: 지방의회 내부조직 신설·폐지 - 전문가

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
공법학계	89.9	10.1	69
법조계	93.3	6.7	30
계	90.9	9.1	99

x^2=0.31, d.f.=1, n.s

한편, 전문가 집단과 지방공무원 및 지방의원의 의견은 각 집단간에 뚜렷한 의견차이가 있기 때문인 것으로 분석된다. (참고로 전문가집단과 지방의원 사이의 의견은 통계적으로 유의미한 차이가 없는 것으로 나타난다.) 전문가 집단과 비교하여 법무담당 지방공무원은 지방의회의 내부조직의 신설 및 폐지를 조례로써 정하는 것에 대한 찬성비율이 69.4%로 무려 22%가량이 낮은 것을 살펴볼 수 있으며, 지방의원과 비교하면 그 차이가 16%가량 낮게 나타난다.

지방자치단체 법무담당 지방공무원이 지방의회의 내부조직 신설·폐지를 위한 조례제정에 대하여 상대적으로 낮은 이유는 집행기관과 지방의회 사무처(국, 과) 법무담당 공무원 사이에 차이를 발견할 수 있게 한다. 즉 집행기관 공무원은 64.9%가 찬성하는 것에 비하여 지방의회 사무처(국, 과) 공무원은 74.4%가 찬성하는 것으로 나타나며 통계적으로도 유의미한 차이를 보여주고 있다(x^2=4.53, d.f.=1, $p<.05$). 즉 지방공무원들은 다른 집단에 비하여 찬성하는 비율이 떨어지는데, 특히 집행기관의 법무담당 공무원의 경우에 찬성비율이 가장 낮은 것으로 나타나 소속기관에 따른 입장차이를 반영해 준다.

〈표 4-2-36〉 조례제정권 확대: 지방의회 내부조직 신설 · 폐지 - 집단간비교

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
전문가	90.9	9.1	99
공무원	69.4	30.6	428
지방의원	85.0	15.0	400
계	78.4	21.6	927

χ^2=39.98, d.f.=2, $p < .01$

종합컨대 위와 같은 결과는 우리나라의 지방자치단체가 기관대립형으로 운영되는 이상 지방의회의 내부조직 설치·폐지는 당연히 지방의회의 권한으로 두어야만 견제와 균형원리에 충실할 수 있다는 점을 시사해 주는 것으로 보인다.

5) 의원정수의 감축 조정

전문가 집단은 지방의회 의원정수의 감축 조정에 대하여 각 지방자치단체가 조례로써 정하는 문제에 대하여 과반수를 약간 웃도는 선에서 찬성비율이 반대보다 높게 나타나는 것을 살펴볼 수 있다. 이러한 찬성의견은 공법학계보다 법조계에서 10%가량 많은 것을 볼 수 있으나 통계적으로는 유의미하지 않게 나타난다.

〈표 4-2-37〉 조례제정권 확대: 의원정수의 감축조정 - 전문가

단위(%)

	찬성	반대	계
공법학계	50.0	50.0	68
법조계	60.0	40.0	30
계	53.1	46.9	98

x^2=0.84, d.f.=1, n.s

〈표 4-2-38〉 조례제정권 확대: 의원정수의 감축조정 - 집단간비교

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
전문가	53.1	46.9	98
공무원	52.6	47.4	428
지방의원	52.3	47.8	400
계	52.5	47.5	926

x^2=0.02, d.f.=2, n.s

또한 전문가 집단이나 공무원 또는 지방의원 사이에서도 지방의원의 감축조정 문제에 대해서는 그 의견의 차이가 크지 않은 것으로 나타나는데, 각각의 집단을 비교하는데 있어서도 전문가 집단은 다른 집단과 통계적으로도 유의미한 차이를 보이지 않고 있다. 다만 지방공무원 집단내에서는 의견차이를 발견할 수 있는데, 집행기관 법무담당 공무원의 61.8%가 찬성의견을 지니고 있는 반면 지방의회 사무처(국, 과) 공무원은 42.4%만이 찬성의견을 나타내고 있다(x^2=16.1, d.f.=1, p<.01).

의원정수 감축조례는 지방자치단체의 실정에 따라 의회가 스스로 결정하

는데 무리가 없을 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 동 조례의 제정에 대한 찬반 의견이 백중한 것은 현행 제도에 대한 이해가 부족한데 기인한 것으로 해석된다. 현행 지역구 시도의원 정수는 그 관할구역안의 시군구에 따라 2인, 시군구 의원정수는 관할 구역 안의 읍면동마다 1인으로 되어있다(공직선거법 22조, 23조). 이처럼 행정구역을 중심으로 하는 지방의원 정수 책정은 선거구의 범위가 지나치게 좁아서 공동체의식을 훼손하는 등 많은 문제를 제기하고 있기 때문에 주민에게 의원정수 조정 및 선출방법에 대한 선택권을 돌려주는 방안의 검토가 필요하다고 본다.

6) 의원수당의 감축 조정

전문가 집단은 지방의회 의원수당의 감축 조정에 대한 문제에 있어서는 65.3%가 각 지방자치단체가 조례로써 정하는 문제에 찬성의견을 보여주고 있다. 이러한 찬성의견은 앞서 논의하였던 지방의원의 정원감축 문제에서처럼 공법학계보다 법조계에서 높게 나타나지만(약 17% 차이), 역시 통계적으로는 유의미하지 않게 나타난다.

〈표 4-2-39〉 조례제정권 확대: 의원수당의 감축 조정 - 전문가

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
공법학계	63.2	36.8	68
법조계	70.0	30.0	30
계	65.3	34.7	98

x^2=0.42, d.f.=1, n.s

한편, 전문가 집단과 지방공무원 및 지방의원의 의견 사이에는 차이가 없는 것

으로 나타나고 있다. 그러나 전문가와 지방공무원 사이의 의견은 통계적으로 유의미한 것으로 분석되고 있으며(x^2=5.61, d.f.=1, p<.05), 또한 전문가와 지방의원 사이에도 의견차이가 유의미한 것으로 분석되고 있다(x^2=5.22, d.f.=1, p<.05). 즉, 전문가 집단은 공무원이나 지방의원보다 의원수당의 감축 조정권을 조례에 주여하는데 더 많이 찬성하고 있다.

〈표 4-2-40〉 조례제정권 확대: 의원수당의 감축 조정 - 집단간비교

단위(%)

	찬성	반대	계(명)
전문가	65.3	34.7	98
공무원	52.1	47.9	428
지방의원	52.5	47.5	400
계	53.7	46.3	926

x^2=5.98, d.f.=2, p < 0.1

지방공무원 집단내에서도 집행기관 법무담당 공무원과 지방의회 사무처(국, 과) 공무원 사이에도 의견차이를 발견할 수 있는데, 전자는 62.2%, 후자는 40.9%가 찬성하는 것을 볼 수 있었다(x^2=19.5, d.f.=1, p<.01). 즉 지방공무원들은 전문가 집단에 비하여 찬성하는 비율이 옅어지는데, 특히 지방의회 사무처(국, 과) 공무원의 찬성비율이 낮아, 오히려 반대의견이 높은 것을 볼 수 있다. 이러한 점은 앞서 논의하였던 지방의원의 정원감축 문제에서와 유사한 양상으로 지적할 수 있다.

5. 조례제정상의 문제점과 대안

다음은 지방의회가 조례제정권을 행함에 있어서 중요 요인과 한계점을 분석해 보고자 한다. 조례제정권 행사에 있어 중요한 요인으로써 본 연구에서는 기술적인 법제능력과 관련정책에 대한 전문지식, 그리고 상위법령제정시 조례제정권 범위의 명확한 설정과 자치사무범위의 확대 등 4개 항목의 중요성에 대하여 전문가집단의 의견을 살펴보고자 한다. 또한 조례제정권 행사의 주요 한계점으로는 법령이 지나치게 상세하게 규정하고 있어 조례로 정하여야 할 범위가 매우 협소하다는 것과 국가사무와 자치사무의 구분이 모호하여 조례제정대상을 판단하기에 어려운 경우가 많다는 것, 그리고 지방의원, 지방자치단체의 법무담당 공무원의 입법에 관한 전문지식이 부족하다는 것과 단체장이 조례제정사항을 규칙 등의 행정입법으로 정하는 등 조례형식의 제정을 회피하고 있다는 것 등 4개 항목을 중심으로 의견조사 결과를 분석해 보고자 한다.

그런데 다음의 분석에서는 전문가 집단 내의 공법학계와 법조계 간의 의견차이가 통계적으로 유의미하지 않게 나타났기 때문에 조례제정권 행사의 중요 요인과 한계점은 각 항목에 대한 평균 점수와 전체집단의 의견분포에 관심을 두고 논의의 초점을 모으도록 할 것이다.

가. 조례제정권 행사의 중요 요인[246]

먼저, 조례제정권 행사의 중요 요인에 대한 각 항목의 평균점수를 분석하

246) 관련 설문항은 다음과 같다. "지방의회가 조례제정권을 행사함에 있어서 다음의 사항이 얼마나 중요하다고 생각하십니까?" 기술적인 법제능력; 관련 정책에 대한 전문지식; 상위법령제정시 조례의 제정범위에 대한 명확한 설정; 자치사무범위의 확대. 각 항목에 대한 응답은 5점 척도로 측정되었다.

면 다음과 같다(<표 4-2-41> 참조). 전문가 의견을 5점 척도로 평균 점수화 할 경우, '관련정책에 대한 전문지식'의 평균 점수가 4.82점으로 가장 높은 중요도를 나타내며, 그 다음으로 '상위법제정시 조례제정 범위의 명확한 설정'이 4.57점, '기술적인 법제능력'이 4.46점, 그리고 '자치사무범위의 확대'가 4.27점으로 나타난다.

한편, 전문가 집단과 비교하여 법무담당 지방공무원과 지방의원의 의견을 살펴보면 '관련정책에 대한 전문지식'과 '자치사무범위 확대'에 관한 항목에 대하여 통계적인 유의미한 차이를 발견할 수 있다.[247] 즉, '관련정책에 대한 전문지식'의 중요성에 대하여 법무담당 공무원은 평균 4.63점, 지방의원은 평균 4.64점으로 나타남으로써 전문가 집단이 공무원이나 지방의원보다 관련정책에 대한 전문지식에 중요성을 더 부여하는 것을 보여주었다(F-값=3.8, df=2, p<.05). 이와는 반대로 '자치사무범위 확대'의 중요성에 대해서는 법무담당 공무원이 평균 4.6점, 지방의원이 평균 4.61점으로 나타남으로써 이들이 전문가 집단보다 이 문제에 중요도가 높이 부여하는 것을 보여 주었다(F-값=9.2, df=2, p<.01).

〈표 4-2-41〉 조례제정권 행사의 중요요인의 평균점수

	전문가	공무원	지방의원
전문지식	4.82(.43)	4.63(.70)	4.64(.64)
상위법규정	4.57(.70)	4.51(.82)	4.36(.89)
법제능력	4.46(.74)	4.36(.85)	4.52(.67)
자치사무범위	4.27(.82)	4.60(.75)	4.61(.66)

( ) : 표준편차

247) 각 항목의 평균점수에 대한 집단간 차이는 분산분석(ANOVA)과 던칸테스트를 통해 통계적 유의미성을 검증하였다.

다음으로 각 항목에 대한 집단의 의견분포를 자세히 살펴보면 다음과 같다. 전체적으로 볼 때 전문가 집단은 상기 4개 항목 모두에 대하여 보통 이상의 중요도를 지닌 것으로 평가하는 것을 볼 수 있으며, 특히 대부분의 항목에 '매우 중요'하다는 의견을 보여주고 있다(< 표 4-2-42 > 참조).

〈표 4-2-42〉 조례제정권 행사의 중요요인 - 전문가

(단위 %)

〈전문가〉	매우 중요	약간 중요	보통	별로 중요	거의 중요	계(명)
전문지식	84.1	13.9	2.0	0.0	0.0	101
상위법규정	65.7	28.3	3.0	3.0	0.0	99
법제능력	59.0	30.0	9.0	2.0	0.0	100
자치사무범위	46.5	37.4	14.1	1.0	1.0	99

전문가 집단이 각 항목에 부여한 중요도를 '매우 중요'하다고 응답한 비율을 중심으로 비교하면, 위의 4개 항목 가운데 '관련정책에 관한 전문지식'이 84.1%로 가장 높게 나타난다. 그 다음으로 '상위법령제정시 조례제정 범위의 명확한 설정'이 매우 중요하다고 한 전문가 집단의 비율은 65.7%이며, '기술적인 법제 능력'의 경우는 59%, 그리고 '자치사무범위의 확대'는 46.5%가 매우 중요하다는 의견을 보여주고 있다.

〈표 4-2-43〉 조례제정권 행사의 중요요인 - 공무원

(단위 %)

〈공무원〉	매우 중요	약간 중요	보통	별로 중요	거의 중요	계(명)
전문지식	73.8	16.8	7.5	1.9	0.0	428
상위법규정	66.8	22.4	7.0	2.8	0.9	428
법제능력	55.5	28.9	11.7	3.7	0.2	429
자치사무범위	72.0	18.9	6.3	2.3	0.5	429

한편, 전문가 집단과 비교하여 법무담당 공무원과 지방의원의 의견을 살펴보면 항목 분포에 있어 자치사무범위 확대에 관한 항목을 제외하고는 모두 통계적으로 유의미한 차이를 보이지 않는 것으로 나타난다.

먼저 법무담당 지방공무원의 경우 73.8%가 '관련정책에 관한 전문지식'에 대하여 매우 중요하다고 응답하였으며, 그 다음으로 '자치사무범위의 확대'가 매우 중요하다고 응답한 비율이 72%, '상위법령제정시 조례제정 범위의 명확한 설정'이 매우 중요하다고 응답한 비율이 66.8%로 나타난다. 또한 '기술적인 법제 능력'의 경우는 법무담당 공무원의 55.5%가 매우 중요하다고 응답함으로써, 전문가 집단과 비교할 때 중요도의 비교 우위에 차이점을 발견할 수 있다. 즉 전문가 집단은 자치사무의 범위확대가 가장 중요하다는 응답비율에서 가장 낮게 나타났으나, 법무담당 공무원의 경우는 관련정책의 전문지식에 거의 상응할 만큼 중요도를 부여하고 있다.

〈표 4-2-44〉 조례제정권 행사의 중요요인 - 지방의원

(단위 %)

〈지방의원〉	매우 중요	약간 중요	보통	별로 중요	거의 중요	계(명)
전문지식	72.6	19.4	7.5	0.5	0.0	402
상위법규정	57.1	27.7	10.0	4.5	0.8	401
법제능력	61.9	29.2	8.5	0.5	0.0	401
자치사무범위	69.6	22.2	7.7	0.3	0.3	401

한편, 지방의원의 경우를 살펴보면, '관련정책에 관한 전문지식'에 대하여 72.6%가 매우 중요하다고 응답하였으며, 그 다음으로 '자치사무범위의 확대'가 매우 중요하다고 응답한 비율이 69.6%, '기술적인 법제 능력'이 매우 중요하다고 응답한 비율이 61.9%로 나타난다. '상위 법령제정시 조례제정 범위의 명확한 설정'이 매우 중요하다는 응답은 57.1%로 나타난다.

종합하자면 전문가 집단은 조례제정시 전문지식을 가장 중요하게 여기는 의견이 많고, 상위법규정, 법제능력, 자치사무범위 순으로 그 비중을 시사하는 것과 비교하여, 법무담당 지방공무원은 전문지식과 자치사무범위를 거의 동일한 비중으로 가장 중요하게 여기고 그 다음으로 상위법규정과 법제능력의 순으로 중요비중을 시사하고 있다. 지방의원의 경우도 자치단체의 공무원과 마찬가지로 전문지식과 자치사무의 범위를 거의 동일한 비중으로 중요하게 여기는 반면, 법제능력을 상위법 규정보다 더 중요하게 평가하는 것에 차이를 보이고 있다. 이는 특히 자치사무범위에 대한 중요도 평가에 있어서 전문가 집단이 지방공무원이나 지방의원과 차이가 있음을 보여주는 것이다 (χ^2=34.74 d.f.=8, p<.01).

나. 조례제정권행사의 제한 요인

먼저, 조례제정권 행사의 주요 한계점에 대한 각 항목의 평균점수를 분석하면 다음과 같다[248] 전문가 의견을 5점 척도로 평균 점수화할 경우, '지방의원과 법무담당 공무원의 전문지식 부족'이 4.44점으로 가장 높아 심각한 문제로 지적되고 있으며, 그 다음으로 '모호한 국가사무와 자치사무의 구분에 따른 조례제정대상의 판단곤란'이 4.30점, '조례제정사항에 대한 단체장의 조례형식의 제정 회피'가 3.71점, 그리고 '법령의 지나친 상세규정에 따른 조례제정 범위 협소'가 3.63점으로 나타난다.

〈표 4-2-45〉 조례제정권 행사의 제한요인 평균점수

	전문가	공무원	지방의원
전문지식	4.44(.61)	3.78(.91)	3.84(.94)
사무구분	4.30(.80)	4.18(.86)	4.13(.83)
단체장	3.71(.72)	2.66(1.07)	3.33(.04)
법령규정	3.63(1.01)	4.01(.90)	4.20(.86)

( ) : 표준편차

한편, 전문가집단과 비교하여 법무담당 공무원과 지방의원의 의견을 살펴보면 '사무구분의 모호함'에 대한 항목을 제외하고 모든 항목에 대하여 통계

248) 관련 설문항은 다음과 같다. 현재 지방의회가 조례제정권을 행사함에 있어서 다음의 문제에 대하여 어떻게 생각하십니까? 법령이 지나치게 상세하게 규정하고 있어 조례로 정하여야 할 범위가 매우 협소하다; 국가사무와 자치사무의 구분이 모호하여 조례제정대상을 판단하기에 어려운 경우가 많다; 지방의원, 자치단체의 법무담당 공무원의 입법에 관한 전문지식이 부족하다; 단체장이 조례제정사항을 규칙 등의 행정입법으로 정하는 등 조례형식의 제정을 회피하고 있다.

적인 유의미한 차이를 발견할 수 있다[249] 즉, '전문지식 부족'에 대하여 법무담당 공무원은 평균 3.78점, 지방의원은 평균 3.84점으로 나타남으로써 전문가 집단(4.44)이 공무원이나 지방의원보다 이 문제에 심각성을 더 부여하는 것을 보여준다(F-값=21.9, df=2, p<.01). 또한 '단체장의 조례형식의 제정회피' 문제에 대해서도 전문가 집단(3.71)이 공무원(2.66)이나 지방의원(3.33)보다 심각한 문제로 받아들이고 있음을 보여준다(F-값= 64.6, df=2, p<.01). 그런데 이와는 반대로 '상세한 법령규정에 따른 조례제정 범위의 협소' 문제에 대해서는 법무담당 지방공무원이 평균 4.01점, 지방의원이 평균 4.20점으로 나타남으로써 이들이 전문가 집단(3.63)보다 이 문제에 더 심각성을 부여하는 것을 보여 주고 있다(F-값=16.97, df=2, p<.01).

다음으로 각 항목에 대한 집단의 의견분포를 자세히 살펴보면 다음과 같다. 우선 전문가 집단은 지방의회 조례제정권 행사에 있어서 지방의원과 법무담당 공무원의 '전문지식 부족'을 한계점으로 가장 많이 지적하는 것을 볼 수 있다. 즉 전문가 집단의 49%가 법무담당 공무원의 전문지식 부족을 한계점으로 지적하는데 강한 동의를 나타내고 있다. 두 번째 중요한 한계점으로 지적할 수 있는 것은 '국가사무와 자치사무의 구분이 모호함에 따라 조례제정대상을 판단하기에 어려운 경우가 많다'는 점으로, 전문가 집단의 44%가량이 이 문제에 강한 동의를 보여주고 있다.

249) 각 항목의 평균점수에 대한 집단간 차이는 분산분석(ANOVA)과 던칸테스트를 통해 통계적 유의미성을 검증하였다.

〈표 4-2-46〉 조례제정권 행사의 제한요인 - 전문가

(단위 %)

〈전문가〉	정말 그럼	그런 편임	그저 그럼	않은 편임	절대 아님	계(명)
법령규정	18.6	44.3	20.6	14.4	2.1	97
사무구분	43.9	48.0	3.1	4.1	1.0	98
전문지식	49.0	47.0	3.1	1.0	0.0	98
단체장	8.7	59.8	25.0	6.5	0.0	92

세 번째는 '법령이 지나치게 상세하게 규정하고 있어 조례로 정하여야 할 범위가 매우 협소하다'는 것으로 전문가 집단의 18.6%가 조례제정권 행사의 한계점으로 강한 동의를 표명하였으며, 끝으로 '단체장이 조례제정사항을 규칙 등의 행정입법으로 정하는 등 조례형식의 제정을 회피하고 있다'는 점에 대해서는 8.7%만이 강한 동의를 보여주고 있다.[250]

한편, 전문가 집단과 비교하여 법무담당 공무원과 지방의원의 의견을 살펴보면 사무구분에 항목을 제외하고는 모두 통계적으로 유의미한 차이를 보여주는 것으로 나타난다. 즉 '사무구분의 모호함'에 따른 조례제정권 행사의 한계에 있어서는 전문가나 공무원, 지방의원 사이에 의견차이가 없는 것으로 나타나는 반면, 다른 항목들에 있어서는 이들간에 의견 차이가 있음을 보여준다.

먼저 법무담당 지방공무원의 경우를 살펴보면, 39.5%가 '사무구분의 모호

250) 각 항목에 대한 전문가 집단의 의견을 강한 동의와 약한 동의를 함께 포함시켜 살펴본다면, 전문지식과 사무구분은 각각 96%, 91%로 여전히 문제의 심각한 비중이 높은 것으로 나타난다. 그런데 법령규정과 단체장의 문제점에 대한 동의비율은 강한 동의만을 비교했을 보다 줄어드는 것으로 나타나며, 오히려 전자의 동의비율이 62.9%로써 후자보다(68.5%) 낮아지는 것을 볼 수 있다.

함'을 문제로 지적하는데 강한 동의를 나타내고 있으며, 다음으로 '법령규정'에 대해서는 29.3%, '지방의원 및 법무담당 공무원의 전문지식 부족'은 18.4%, '단체장문제'에 대해서는 4%가 강한 동의를 나타내고 있다. 흥미로운 점은 전문가들이 가장 많이 문제점으로 동의하였던 지방공무원의 전문지식 부족에 대하여 그 당사자들이라 할 수 있는 지방공무원집단은 이를 사무구분과 법령규정 다음의 문제로 지적하고 있다는 점이다.[251] 참고로 집행기관과 지방의회 사무처(국, 과)에서 일하는 법무담당 지방공무원 응답자의 학력을 살펴볼 때에는, 전문대 이상이 각각 130명(대졸 101명), 95명(대졸 73명)으로 57.8%, 46.6%를 차지하고 있으며, 행정학이나 법학을 전공하였던 사람도 전자의 경우 62명, 후자의 경우 40명에 불과한 것으로 나타나 전문성의 문제를 시사해 주고 있다.

〈표 4-2-47〉 조례제정권 행사의 제한요인 - 지방공무원

(단위 %)

〈공무원〉	정말 그럼	그런 편임	그저 그럼	않은 편임	절대 아님	계
법령규정	29.3	53.2	8.4	8.0	1.2	427
사무구분	39.5	45.6	8.4	6.1	0.5	428
전문지식	18.4	55.0	14.2	11.2	1.2	429
단체장	4.0	23.6	17.1	45.1	10.3	428

251) 참고로 전문지식의 부족에 대한 법무담당 공무원의 문제의식은 집행기관과 사무처에 종사하는 공무원간에 통계적으로 유의미한 차이가 있는데(χ^2=13.8 d.f=4 p<.01), 특히 강한 동의를 표명하는데 있어서 전자와 후자는 각각 13.7%, 23.5%로 나타났다. 또한 단체장의 조례제정 형태의 회피 문제에 있어서도 공무원 집단내에서 차이를 발견할 수 있는데(χ^2=34.9 d.f=4 p<.01), 집행기관(약 17%)보다 사무처(약 39%) 공무원이 이 문제에 훨씬 많이 동의하는 것으로 나타난다.

한편, 지방의원들은 40.9%가 '법령규정'에 대하여 강한 문제의식을 나타내고 있는데 비하여 '사무구분의 모호함'에 대해서는 34.7%가 강한 긍정을 나타냄으로써 공무원집단과 차이를 보인다. 또한 '지방의원 및 법무담당 공무원의 전문지식 부족'에 대해서는 공무원집단과 비슷하게 23.1%만이 강한 문제의식을 지닌 것으로 나타나 전문가 집단에서 가장 많이 지적되었던 것과 대조를 보여준다. 끝으로, '단체장의 조례제정 형태의 회피' 문제는 11.7%가 강한 동의를 표명함으로써 지방의원 집단의견에서는 적은 비율이지만, 전문가나 특히 공무원과 비교해서는 많이 나타나는 것을 발견할 수 있다.

〈표 4-2-48〉 조례제정권 행사의 제한요인 - 지방의원

(단위 %)

〈지방의원〉	정말 그럼	그런 편임	그저 그럼	않은 편임	절대 아님	계(명)
법령규정	40.9	45.4	7.5	5.5	0.8	401
사무구분	34.7	51.0	7.3	7.0	0.0	398
전문지식	23.1	50.3	14.9	10.5	1.3	402
단체장	11.7	39.3	19.7	28.6	0.8	402

다. 지방의회 사무처(국·과) 조례제정 보좌기능의 문제점

지방의회 사무처(국, 과)의 조례제정 보좌기능에 있어서 문제점으로는 크게 첫째, 지방의원과 사무처(국·과)간의 협의 부족, 둘째 법무담당 지방공무원의 입법기술 및 심의능력의 부족, 셋째 인사권자가 단체장이므로 법무담당 공무원이 집행기관입장 대변하게 될 수 있다는 문제, 넷째 조례제정 및 정책보좌기구와 인력부족, 그리고 다섯째, 지방의원의 지방자치단체 입법자로서의 인식 부족 등을 들 수 있다.

지방의회 사무처(국, 과)의 조례제정 보좌기능의 문제점에 대하여 전문가 집단의 의견을 살펴보면, 우선 집단 내의 공법학계와 법조계간의 의견차이는 '협의부족'과 '기구·인력부족' 항목에서만 통계적으로 유의미하게 나타났다[252] 즉 '지방의원과 사무처(국·과)간의 협의 부족'에 대하여 공법학계는 93.9%가 공감한데 비하여, 법조계는 76.9%만이 이에 공감하는 것으로 나타났다(x^2=5.44, d.f.=1 p<.05). 또한 '조례제정 및 정책보좌기구와 인력부족'에 대해서도 공법학계는 92.7%가 공감하는데 비하여, 법조계는 75.0%만이 공감하여 전문가집단내 의견차이를 보여주었다(x^2=5.65, d.f=1 p<.05).

〈표 4-2-49〉 지방의회 사무처(국,과)의 조례제정 보좌기능 - 집단간비교

(동의%)	전문가	공무원	지방의원	카이스퀘어 검증
협의 부족	89.0%	39.2%	44.8%	x2=75.7** d.f=2
전문성 부족	94.7%	51.1%	58.4%	x2=61.2** d.f=2
인사권 미약	93.5%	52.8%	70.1%	x2=64.5** d.f=2
기구·인력 부족	87.5%	73.0%	85.8%	x2=25.0** d.f=2
지방의원인식 결여	93.8%	78.0%	73.4%	x2=18.6** d.f=2

** p < .01

전체적으로 전문가 집단은 법무담당 공무원의 입법기술·심의능력의 전문성 부족(94.7%), 지방의원의 인식결여(93.8%), 사무처(국, 과) 공무원에 대한

252) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방의회 사무처(국, 과)의 조례제정 보좌기능에 있어서 다음의 문제점들에 대하여 어떻게 생각하십니까? 지방의원과 사무처(국·과)간의 협의 부족; 법무담당 공무원의 입법기술, 심의능력의 부족; 인사권자가 단체장이므로 법제 담당 공무원이 집행기관입장 대변; 조례제정 및 정책보좌기구와 인력부족; 지방의원의 지방자치단체 입법자로서의 인식 부족.

단체장의 인사권(93.5%) 등이 지방의회 사무처(국, 과)의 조례제정 보좌기능에 있어서 한계라고 하는데 높은 공감대를 보여주고 있으며, 지방의원과의 협의부족(89%)이나 기구·인력부족(87.5%)에 대해서도 상당히 많은 수가 이에 동의하는 것으로 나타나고 있다.

한편, 법무담당 지방공무원의 경우는 전문가 집단의 의견과 통계적으로 모든 항목에서 유의미한 차이를 나타내 주었는데, 전체적으로 전문가집단보다 위의 항목에 대한 문제의식이 낮은 것을 살펴볼 수 있다. 지방공무원집단은 지방의원의 인식결여(78%)와 기구·인력부족(73%)에 동의하는 비율이 법무담당 공무원의 입법기술·심의능력의 전문성 부족(51.1%)이나 사무처(국, 과) 공무원에 대한 단체장의 인사권(52.8%)보다 높은 것을 발견할 수 있으며, 지방의원과의 협의부족은 39.2%만이 동의하는 것으로 나타나고 있다.[253]

지방의원의 경우는 기구·인력부족(85.8%)에 동의하는 비율이 다른 어떤 항목보다 높게 나타나며, 전문가 집단과도 통계적으로 유의미한 차이를 보이지 않는다. 그 다음으로 지방의원의 인식결여(73.4%)와 단체장의 인사권문제(70.1%)에 공감하는 비율이 많은 것을 볼 수 있다. 법무담당 공무원의 입법기술·심의능력의 부족(58.4%)이나 지방의원과의 협의부족(44.8%)은 다른 항목에 비하여 낮게 나타나고 있다.[254]

요컨대 지방의회 사무처(국, 과)의 조례제정 보좌기능에 있어서 지적되는 문제

253) 참고로 집행기관과 사무처(국, 과) 법무담당 공무원간의 의견차이는 사무처(국, 과) 공무원에 대한 단체장의 인사권과 기구·인력부족에서 나타났다. 단체장의 인사권 경우, 집행기관은 46.6%가 문제에 동의한데 비하여 사무처는 59.6%로 더 높게 나타난다 (χ^2= 7.17 df=1 p<.01). 또한 기구·인력부족에 대해서도 집행기관은 67.3%가 동의한데 비하여 사무처는 79.3%가 동의하는 것으로 나타나 차이를 보여주었다(χ^2=7.82 df=1 p<.01).

254) 참고로 지방의원과의 협의부족 항목과 지방의원의 인식부족 항목의 경우는 공무원 집단과 지방의원사이에 통계적으로 유의미한 의견차이가 없게 나타난다.

점들에 대하여 전문가 집단은 평가대상자인 지방자치단체의 법무담당 공무원이나 지방의원보다 객관적인 입장에서 문제의식이 높은 특징을 보인다. 특히 법무담당 공무원의 입법기술, 심의능력의 전문성 부족과 지방의원의 자치단체 입법자로서의 인식부족 및 인사권자가 단체장이어서 법무담당공무원이 집행기관의 입장을 대변하고 있다는 항목에서 전문가 집단과 다른 집단간의 커다란 의견 차이를 발견할 수 있었다. 이는 지방의원과 자치단체의 법무담당공무원은 이해관계 당사자로서 소속집단의 입장을 반영한 것으로 해석된다.

라. 조례제정범위 확대방안

조례제정권의 범위 확대를 실효성 있게 추진하기 위한 우선적인 대안들로는 다음의 것들을 고려할 수 있다. 첫째, 지방자치관련 개별법 제정시 조례의 제정범위를 구체화한다. 둘째, 지방자치법제15조 단서조항을 삭제한다. 셋째, 지방자치법제9조제2항 단서조항을 삭제한다. 넷째, 판례연구를 통하여 대법원이나 헌법재판소의 판례변경을 가져올 수 있는 법논리를 개발한다. 다섯째, 개별법령상 지방자치단체의 사무범위를 확대한다. 여섯째, 자치단체연합체가 제안한 국가의 사무 또는 법령 제개정대상 사항에 대한 정책건의를 국회와 정부에서 입법과 정책에 반영한다. 다음은 이들 여섯 가지 대안에 대하여 전문가를 비롯한 각 집단이 지니고 있는 의견을 살펴보고자 한다[255]

255) 관련 설문항은 다음과 같다. 조례제정 범위를 확대하기 위한 대안입니다. 이를 실효성있게 추진하기 위한 우선적인 대안으로서 선생님께서는 다음의 것들이 얼마나 중요하다고 생각하십니까? 지방자치관련 개별법 제정시 조례의 제정범위를 구체화한다; 지방자치법제15조 단서조항을 삭제한다; 지방자치법제9조제2항 단서조항을 삭제한다; 판례연구를 통하여 대법원이나 헌법재판소의 판례변경을 가져올 수 있는 법논리를 개발한다; 개별법령상 지방자치단체의 사무범위를 확대한다; 자치단체연합체가 제안한 국가의 사무 또는 법령 제개정대상 사항에 대한 정책건의를 국회와 정부에서 입법과 정책에 반영한다.

〈표 4-2-50〉 조례제정범위 확대방안 - 집단간비교

(동의%)	전문가	공무원	지방의원	카이스퀘어 검증
조례제정범위	88.0%	93.2%	89.0%	x^2=5.56 d.f=2
15조단서조항	56.4%	80.3%	82.2%	x^2=31.4** d.f=2
9조2항단서조항	51.1%	79.9%	80.2%	x^2=39.3** d.f=2
판례연구	75.0%	83.9%	84.0%	x^2=4.87 d.f=2
사무범위확대	87.0%	92.3%	92.5%	x^2=3.48 d.f=2
자치단체연합체	92.9%	95.1%	95.0%	x^2=0.81 d.f=2

** p < .01

조례제정권의 범위 확대를 위한 우선적인 대안들 가운데 전문가 집단내 공법학계와 법조계의 유의미한 의견 차이를 보인 항목은 '지방자치법 제9조2항의 단서조항 삭제'와 '판례연구를 통한 법논리의 개발'을 들 수 있다. 지방자치법 제9조2항의 단서조항 삭제를 조례제정 범위확대를 위한 우선적인 대안으로 공감하는 비율이 공법학계는 61.5%인데 비하여, 법조계는 25.9%만이 이에 공감하는 것으로 나타났다(x^2=9.68, d.f.=1 p<.01). 또한 판례연구을 통한 법논리의 개발을 우선적인 대안으로 생각하는 비율이 공법학계는 82.4%인데 비하여, 법조계는 57.1%가 이에 공감하는 것으로 나타남으로써(x^2=6.72 d.f.=1 p<.05) 전문가집단내 의견차이를 보여주었다. 한편, 나머지 다른 대안들에 대해서는 전문가집단내 의견차이는 별로 없는 것으로 나타난다.

전체적으로 볼 때, 전문가 집단은 자치단체연합체의 정책건의가 국회와 정부의 입법과 정책에 반영될 수 있도록 하는 대안에 대하여 약 93%가 그 필요성을 인정하는 것으로 나타남으로써 가장 많은 동의를 얻고 있다. 또한 지방자치관련 개별법을 개정할 때 조례제정 범위를 구체화하도록 하는 대안

(88%)과 개별 법령상 지방자치단체의 사무범위를 확대하는 대안(87%)에 대해서도 높은 공감을 보여주고 있다. 한편, 판례연구를 통하여 대법원이나 헌법재판소의 판례변경을 가져올 수 있도록 하는데 대해서는 75%가 동의하고 있으며, 지방자치법 단서조항의 개정에 대해서는 50%대의 비교적 낮은 찬성의견을 살펴볼 수 있다. 지방자치법 제15조단서조항 및 제9조2항단서조항의 삭제에 대해서는 각각 56.4%, 51.1%가 조례제정 범위확대를 위한 실효성 있는 중요한 대안이라는데 동의하는 것을 볼 수 있다.

이는 현실적으로 조례제정권의 범위 확대를 위한 방안을 제시한 것으로써 법리논쟁이 치열한 지방자치법 개정안은 여기에서 제외한 것으로 해석된다. 그러나 동법의 개정 없이는 위법성을 극복할 수 있는 조례제정권의 확대가 지극히 한정된다는 점을 고려할 때, 조례의 준법률적 성격에 어울리는 입법개선이 절실하다고 본다.

한편, 법무담당 지방공무원과 지방의원의 의견을 살펴보면 우선 지방자치단체연합체의 정책건의 반영, 조례제정범위의 구체화, 그리고 지방자치단체의 사무범위 확대에 대한 대안들에 대해서는 전문가 집단의 응답과 유사하게 높은 공감을 얻는 것을 볼 수 있다. 그러나 지방자치법 제15조 및 제9조2항의 단서조항 삭제와 판례연구를 통한 법논리의 개발에 대한 대안들은 전문가 집단과 비교하여 공무원이나 지방의원의 의견에 뚜렷한 차이를 발견할 수 있었으며, 통계적으로도 유의미한 것으로 나타나 집단간의 인식의 차이를 시사해 준다[256] 즉 이 대안들에 대해서는 전문가집단보다 지방공무원이

256) 전문가와 지방공무원 및 지방의원 등 세 집단의 의견차이를 동시에 고려할 경우, 표에서 보는 바와 같이 지방자치법 제15조 및 제9조2항의 단서조항의 삭제 등 두 항목에서만 통계적인 유의미성을 발견할 수 있다. 즉 판례연구를 통한 법논리의 개발은 전문가와 공무원(χ^2=4.28, d.f.=1 p<.05), 전문가와 지방의원 사이(χ^2=4.25, d.f.=1 p<.05)에서만 유의미한 차이를 보인다.

나 지방의원이 더 많은 비율로 조례제정 범위확대에 중요한 대안이라는 인식을 엿볼 수 있다. 지방자치단체의 지방의원이나 법무담당 공무원은 조례제정 실무와 관련하여 자치법 제15조 및 제9조 제2항의 단서 규정의 위력을 실감하고 있기 때문에 전문가들과는 견해가 다를 수밖에 없다고 본다.

6. 조례입법관련자의 상호평가

법무담당 지방공무원과 지방의원을 대상으로 집행기관 법무담당공무원, 지방의회 전문위원 및 지방의원의 전문성을 평가하는 것은 조례입법 관련자들의 자기평가인 동시에 상호평가를 의미한다고 할 수 있다.

가. 집행기관 법무담당 공무원

지방자치단체 집행기관 법무담당 공무원의 조례제정보좌활동에 대하여 법무담당 공무원(집행기관 및 사무처(국,과) 포함)은 긍정적인 평가가 약 36%, 부정적인 평가가 14%로 나타나며 집행기관과 사무처(국,과) 공무원간에 차이를 유의미한 차이는 없다[257]

257) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방자치단체 집행기관 법무담당 공무원의 조례제정보좌활동에 대하여 선생님께서는 어떻게 평가하고 계십니까?

〈표 4-2-51〉 조례입법관련자 상호평가 - 집행기관 법무담당공무원

단위(%)

	매우흡족	흡족한 편	보통	미흡한 편	매우 미흡	계(명)
공무원	5.9	30.3	50.2	12.4	1.2	426
지방의원	3.5	20.3	53.6	19.6	3.0	399
계	4.7	25.5	51.9	15.9	2.1	825

x^2=20.87 d.f.=4, p < .01

이와 비교하여 지방의원들은 집행기관 법무담당 공무원에 대하여 긍정적인 평가가 약 24%, 부정적인 평가가 23%로 나타남으로써 공무원보다 부정적인 평가가 약간 많게 나타나고 있으며, 지방공무원과 지방의원간의 이러한 의견차이는 통계적으로도 유의미한 것으로 나타난다.

한편, 집행기관 법무담당 공무원에 대한 평가를 5점 척도에 의한 평균 점수로 분석할 경우 동일 집단인 집행기관 공무원은 3.33점, 사무처(국, 과) 공무원은 3.21점, 그리고 지방의원은 3.02점으로 나타나며, 이러한 평균 점수는 분산분석 결과(ANOVA), 집단간 차이를 발견할 수 있었다(F-값=11.57, d.f.=2, p<.01). 그런데 집행기관 법무담당 공무원의 조례보좌활동에 대한 집단간 평가에 있어서 나타난 사실은 위의 분석에서와 같이 집행기관 공무원과 사무처(국, 과) 공무원 사이에는 통계적 유의성이 없으나 지방의원의 평가와는 유의미한 차이가 있는 것으로 분석되고 있다. 즉 집행기관 법무담당 공무원에 대하여 지방의원은 지방의회 사무처(국, 과) 공무원이나 집행기관 공무원보다 낮게 평가하는 것으로 나타나 집단간 차이를 보여준다.

나. 지방의회 전문위원

지방의회 전문위원의 조례제정보좌활동에 대하여 공무원(집행기관 및 사무처(국, 과) 포함)은 긍정적인 평가가 약 32%, 부정적인 평가가 19%으로 나타나며 집행기관과 사무처(국, 과) 공무원간에 차이를 유의미한 차이는 없었다.[258] 이와 비교하여 지방의원들은 전문위원에 대하여 긍정적인 평가가 약 39%, 부정적인 평가가 19%로 나타남으로써 공무원과 지방의원간의 그리 큰 의견차이를 보여주지는 않았다.

〈표 4-2-52〉 조례입법관련자 상호평가 - 지방의원전문위원

단위(%)

	매우흡족	흡족한 편	보통	미흡한 편	매우 미흡	계(명)
공무원	4.9	26.8	49.3	15.5	3.5	426
지방의원	7.2	31.6	41.6	15.0	4.3	399
계	6.2	29.1	45.6	15.3	3.9	825

x^2=6.87 d.f.=4, n.s

또한 지방의회 전문위원에 대한 평가를 5점 척도에 의한 평균 점수로 분석할 경우, 집행기관 공무원은 3.08점, 사무처(국, 과) 공무원은 3.21점, 그리고 지방의원은 3.23점으로 나타나며, 위의 분석에서와 같이 이러한 평균 점수는 분산분석 결과에서도 집단간 차이를 발견할 수 없었다(F-값=2.09, d.f.=2, n.s).

258) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방의회 전문위원의 조례제정 및 정책보좌활동에 대하여 선생님께서는 어떻게 평가하고 계십니까?

다. 지방의원

지방의원의 법제능력에 대하여 법무담당 공무원(집행기관 및 사무처(국, 과) 포함)은 긍정적인 평가가 약 10%, 보통이 36%, 그리고 부정적인 평가가 55%로 나타나며 집행기관과 사무처(국, 과) 공무원간에 차이를 유의미한 차이는 없었다.[259] 이와 비교하여 지방의원들은 지방의원의 법제능력에 대하여 긍정적인 평가가 약 13%, 부정적인 평가가 44%로 나타남으로써 공무원보다 긍적적인 평가의 비율이 높게 나타난다. 이러한 공무원과 지방의원간의 의견차이는 통계적으로도 유의미하게 나타난다.[260]

〈표 4-2-53〉 조례입법관련자 상호평가 - 지방의원

단위(%)

	매우 훌륭	훌륭한 편	보통	미흡한 편	매우 미흡	계(명)
공무원	0.2	9.4	35.8	41.4	13.3	428
지방의원	3.5	9.0	43.8	35.0	8.6	400
계	1.8	9.2	39.6	38.3	11.1	828

x^2=21.6 d.f.=4, $p < .01$

한편, 지방의원에 대한 평가를 5점 척도에 의한 평균 점수로 분석할 경우 동일 집단인 지방의원은 2.63점인 것과 비교하여, 집행기관 공무원은 2.41점, 사무처(국, 과) 공무원은 2.43점으로 나타나는데, 이러한 평균 점수는 분산분

259) 관련 설문항은 다음과 같다. 지방의원의 법제 능력을 선생님께서는 어떻게 평가하고 계십니까?

260) 참고로 실제 1998년 지방의원선거 당선자의 학력을 살펴보면, 전문대졸 이상의 학력을 지닌 광역의원은 57.3%, 기초의원은 29.9%로 나타난 바 있다. 설문응답자인 지방의원의 학력은 대졸이상인 162명을 포함하여 전문대졸 이상의 학력을 지닌 의원은 191명으로 47.5%로 나타난다.

석 결과(ANOVA), 집단간 차이를 발견할 수 있었다(F-값=6.46, d.f.=2, p<.01). 그런데 지방의원의 법제능력에 대한 집단간 평가에 있어서 나타난 사실은 위의 분석에서와 같이 집행기관 공무원과 사무처(국, 과) 공무원 사이에는 통계적 유의성이 없으나 지방의원의 평가와는 유의미한 차이가 있는 것으로 분석되고 있다. 즉 지방의원에 대하여 집행기관이나 사무처(국, 과)의 법무담당 공무원들은 지방의원보다 낮게 평가하는 것으로 나타나 집단간 차이를 보여준다.

종합하자면, 조례제정에 관련당사자라 할 수 있는 지방의원, 집행기관 및 사무처(국, 과) 법무담당 공무원 상호간 평가에서 나타난 분석결과, 모든 집단이 지방의원의 법제능력을 가장 낮게 평가하는 것으로 나타난다. 지방의원에 대한 평가는 예상대로 지방의원보다 집행기관이나 사무처(국, 과) 공무원에게서 낮은 것으로 나타나는데, 지방의원에 대한 집행기관과 사무처(국, 과) 공무원간의 평가는 다르지 않은 것을 보여주었다. 이와는 반대로 집행기관 법무담당 공무원에 대한 평가에 있어서는 지방의원이 집행기관이나 사무처(국, 과) 공무원보다 낮게 평가하는 것을 볼 수 있었으며, 역시 집행기관과 사무처(국, 과) 공무원간에는 평가상 차이가 없는 것으로 나타났다. 참고로 사무처(국, 과) 공무원의 경우는 집단간 평가의 차이를 발견할 수 없었다.

제 3 절 종합분석

1. 조례의 법적 지위와 조례제정권의 범위

조례의 법적 지위를 어떻게 생각하는가는 조례제정권의 범위와 관련된 지금까지의 논의에 의견차이를 가져올 수 있는 중요한 입장이라 할 수 있다. 따라서 다음은 조례를 법률에 준하는 법규범으로 인식하는 경우와 행정입법의 일종으로 판단하는 경우에 따라 조례와 관련된 논의에 유의미한 의견차이를 보이는 문제를 중심으로 조례의 법적 지위에 대한 의견과 조례제정권의 범위에 대한 관계를 살펴보고자 한다. 먼저, 조례의 법적 지위에 대한 입장에 따라 유의미한 차이를 보이는 주요 의견은 벌칙제정과 관련한 조례제정권의 범위 확대를 비롯하여 재산권과 지방세에 관련한 조례제정권의 범위, 조례의 사법심사기관, 그리고 지방자치법 제15조 단서조항의 삭제 등의 문제 등을 들 수 있다.

〈표 4-3-1〉 조례의 법적 지위와 벌칙관련 조례제정 범위 확대

단위(%)

조례성격 \ 벌칙관련	확대 동의	확대 반대	계(명)
법률에 준함	46.0	54.0	63
행정입법	20.8	79.2	24

χ^2=4.64 d.f.=1 $p < .05$

첫째, 지방의회가 조례로 정할 수 있는 벌칙제정 범위를 법령이 정하는 범위 안에서 형법상의 형벌(징역, 금고, 구류, 벌금, 과료 등)까지 확대하여야

한다는 의견에 대하여, 조례의 성격을 법률에 준하는 것으로 보는 경우, 전문가의 46%가 이에 동의하는데 비하여 조례를 행정입법으로 보는 경우에는 21%만이 이에 동의하는 것으로 나타나 뚜렷한 차이를 보여준다. 이는 전문가의 경우 법리적으로는 조례가 법률에 준하는 법규범이라 하더라도 벌칙제정 범위의 확대는 반대한다는 현실적 인식이 앞서고 있다고 해석된다.

〈표 4-3-2〉 조례의 법적 지위와 재산권관련 조례제정 범위 확대

단위(%)

재산권 관련 / 조례성격	확대 동의	확대 반대	계(명)
법률에 준함	82.6	17.4	69
행정입법	53.9	46.2	26

χ^2=8.27 d.f.=1 $p < .01$

둘째, 조례를 통하여 법령에 위반되지 않는 한 공익성이 강한 재산권의 수용, 사용, 제한의 경우 지역실정에 적합하게 규제할 수 있다는 의견에 대하여, 조례의 성격을 법률에 준하는 것으로 보는 경우, 전문가의 83%가 이에 동의하는데 비하여 조례를 행정입법으로 보는 경우에는 54%만이 이에 동의하는 것으로 나타나 큰 차이를 살펴볼 수 있다. 이는 벌칙제정권과 달리 조례의 법적 성격에 적합한 논리적 연계를 가지고 있는 것으로 해석된다.

셋째, 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수는 지방의회가 조례로써 정하는 것이 헌법상 보장된 자주재정권의 본질에 적합하다는 의견에 대하여, 조례의 성격을 법률에 준하는 것으로 보는 경우, 전문가의 54%가 이에 동의하는데 비하여 조례를 행정입법으로 보는 경우에는 19%만이 이에 동의하는 것으로 나타난다. 이는 조례의 준법률적 성격과 지방세의 구조에 대한 이해의 폭을 넓힌다면 조례제정권의 범위를 확대할 수 있는

여지가 있음을 시사한다. 그러나 아직까지는 조례의 준법률적 법규범으로서의 인식이 지방세까지 확산되지 않고 있는 것으로 해석된다.

〈표 4-3-3〉 조례의 법적 지위와 지방세관련 조례제정 범위 확대

단위(%)

조례성격 \ 지방세 관련	확대 동의	확대 반대	계(명)
법률에 준함	53.9	46.1	65
행정입법	19.2	80.8	26

χ^2=9.03 d.f.=1 $p < .01$

넷째, 조례의 법적 지위에 적합한 사법심사기관에 대해서는 대법원, 헌법재판소, 또는 이 두 기관의 병행이란 대안에 대하여, 조례의 법적 지위를 법률에 준하는 것으로 보는 경우, 전문가의 42%가 대법원, 38%가 헌법재판소를 조례의 적절한 사법심사기관으로 생각하는데 비하여 조례를 행정입법으로 보는 경우에는 67%가 대법원, 8%가 헌법재판소를 사법심사기관으로 선택하고 있다는 점에서 뚜렷한 차이를 엿볼 수 있다.

〈표 4-3-4〉 조례의 법적 지위와 조례의 사법심사기관

단위(%)

조례성격 \ 사법심사기관	대법원	헌법재판소	병행	계(명)
법률에 준함	42.4	37.9	19.7	66
행정입법	66.7	8.3	25.0	24

χ^2=7.47 d.f.=1 $p < .05$

다섯째, 조례제정권의 범위를 확대하기 위한 우선적인 대안으로써 지방자치법제15조 단서조항을 삭제하여야 한다는 의견에 대하여, 조례의 법적 지위를 법률에 준하는 것으로 보는 경우에는 65%의 전문가가 이에 동의하는데 비하여 조례를 행정입법으로 보는 경우에는 35%만이 이에 동의하는 것으로 나타난다.

〈표 4-3-5〉 조례의 법적 지위와 지방자치법 제15조 단서조항 삭제방안

단위(%)

조례성격 \ 제15조단서조항삭제	중요한 대안	중요치 않음	계(명)
법률에 준함	64.6	35.4	65
행정입법	34.8	65.2	23

χ^2=6.16 d.f.=1 $p < .05$

여섯째, 지방의회의 회기 및 운영과 관련하여 조례로써 지방의회가 자주적으로 제정하는 것에 대하여, 조례의 법적 지위를 법률에 준하는 것으로 보는 경우에는 88%의 전문가가 이에 동의하는데 비하여 조례를 행정입법으로 보는 경우에는 68%로써 이에 대한 동의비율이 떨어지는 것을 볼 수 있다.

〈표 4-3-6〉 조례의 법적 지위와 지방의회 회기 및 운영의 조례제정권 확대

단위(%)

조례성격 \ 조례제정권 확대	찬성	반대	계
법률에 준함	88.2%	11.8%	68
행정입법	68.0%	32.0%	25

χ^2=5.26 d.f.=1 $p < .05$

위에서 살펴본 분석결과를 종합하자면 조례의 법적 지위를 법률에 준하는 것으로 볼 것인가 아니면 행정입법으로 볼 것인가에 따라 조례제정권의 범위에 지대한 영향을 미치고 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 전문가의 경우에도 조례의 준법률성을 인정한다면 다른 부문에서도 논리의 일관성을 유지할 수 있어야 함에도 모든 경우에 일관성을 가지고 있었다고 볼 수는 없었다. 예를 들어 조례의 법적 지위에 따른 입장 차이를 고려할 때 국회와 정부의 자치사무 관련 입법자제라든가 지방자치법 제9조제2항 단서조항 삭제 등에 있어서는 의견차이가 유의미한 결과가 나오지 않았다는데서 연유되고 있다.

2. 법률과 조례의 입법소관 사항

가. 조례제정범위 존중여부와 자주조직권 확대

국회와 정부의 법령 제·개정시 조례제정권의 범위가 존중되고 있는지 여부에 대한 평가는 자주조직권 확대에 대한 의견과 유의미한 관계를 맺고 있는 것으로 나타난다. 국가의 법령 제개정시 조례제정권의 범위가 존중되고 있다고 평가하는 전문가들은 지방자치단체의 조직신설, 폐지, 정원조정 등 자주조직권 확대에 35%만이 찬성하는데 비하여, 조례제정권의 범위가 존중되지 않고 있다고 평가하는 전문가들은 61%가 이에 찬성하는 것으로 나타난다.

〈표 4-3-7〉 조례제정범위 존중과 자주조직권 확대

단위(%)

조례제정범위 \ 자주조직권 확대	찬성	반대	계(명)
존중되고 있다	35.0	65.0	20
존중되지 않는 편이다	61.4	38.6	70

χ^2=4.40 d.f.=1 $p < .05$

나. 자치사무관련 입법시 국가의 입법태도와 조례의 벌칙제정권확대

자치사무에 관하여 국회와 정부는 대강법 또는 전국적 통일을 기하는 사항 이외에는 자치사무 입법을 자제해야 한다는 입장 여부에 따라 전문가들은 조례의 벌칙제정 범위 확대에 대한 의견차이를 보여준다. 즉 자치사무에 대한 법령의 입법을 자제해야 한다는 의견을 갖고 있는 전문가들은 거의 반수가(48%) 벌칙제정권의 확대에 찬성하고 있는데 비하여, 입법자제에 동의하지 않는 전문가들은 조례의 벌칙제정권 확대에 불과 6%만이 찬성하는 것으로 나타나고 있어 두 문제에 대한 입장 차이가 상당히 밀접한 관련을 맺고 있음을 보여준다.

〈표 4-3-8〉 자치사무 입법자제와 조례의 벌칙제정권 확대

단위(%)

벌칙제정권 확대 / 자치사무 입법자제	찬성	반대	계(명)
자제해야 한다	48.1	52.0	77
그렇지 않다	6.3	93.7	16

χ^2=9.58 d.f.=1 p < .01

다. 지방세법 법률유보 규정의 위헌성여부

개정된 지방세법 제32조제1항에서 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 및 기타 부과 징수를 법률유보한 것이 헌법제117조의 지방자치단체 자주과세권을 침해한 위헌소지를 가진다는 입장에 따라 자주과세권에 대한 의견에 많은 차이를 발견할 수 있다. 즉 개정 지방세법에 대하여 위헌소지가 있다는 전문가들은 6/7이상이 조세조례주의의 입장을 취하고 있는데 비하여 합헌이라는 의견을 지닌 전문가들은 2/7만이 이러한 입장을 취하는 것으로 나타난다.

〈표 4-3-9〉 지방세법의 위헌성여부

단위(%)

자주과세권 / 지방세법제3조1항	찬성	반대	계(명)
위헌의 소지가 있다	86.4	13.6	22
합헌이다.	29.0	71.0	69

χ^2=22.4 d.f.=1 p < .01

3. 조례제정권 행사범위 축소의 문제점과 그 대안

다음은 지방의회의 조례제정권 행사에 있어 중요한 요소로 지적되는 사항을 중심으로 지방의회 조례제정권 행사의 현실적인 문제인식과 함께 지방의회의 조례제정권을 확대하기 위한 방안을 논의하고자 한다. 먼저, 지방의회가 조례제정권 행사함에 있어서 기술적인 법제능력이 중요하다고 생각한 전문가들은 98명 가운데 87명이었으며, 이 가운데 99%(86명)가 지방의원 및 자치단체의 법무담당 공무원의 입법에 관한 전문지식이 부족하다는데 동의하는 것으로 나타났다. 즉 기술적인 법제능력을 조례제정권 행사의 중요 요소라고 지적한 전문가들 거의 모두가 조례제정을 담당하는 지방의원과 지방자치단체 법무담당 공무원의 입법에 관한 전문지식 부족을 조례제정권 행사의 한계로 평가하고 있는 것이다. 또한, 기술적인 법제능력을 중요시하는 전문가의 96.4%(83명/94명)가 지방의회 사무처(국,과) 법무담당 공무원의 입법기술 및 심의능력 부족이 조례제정 보좌기능의 주요 문제점이라는데 동의하는 것으로 나타난다.

둘째, 지방의회가 조례제정권을 행사함에 있어서 관련정책에 대한 전문지식이 중요하다고 생각한 전문가들 가운데 97%(93명/96명)가 지방의원 및 자치단체의 법무담당 공무원의 입법에 관한 전문지식이 부족하다는데 동의하는 것으로 나타난다. 즉 관련정책의 전문지식을 조례제정권 행사의 중요 요소라고 지적한 전문가들 거의 모두가 조례제정을 담당하는 지방의원과 지방자치단체 법무담당 공무원의 입법에 관한 전문지식 부족을 조례제정권 행사의 한계로 평가하고 있다. 또한, 관련정책의 전문지식을 중요시하는 전문가의 96%(89명/93명)가 지방의회 사무처(국,과) 법무담당 공무원의 입법기술 및 심의능력 부족이 조례제정 보좌기능의 주요 문제점이라는데 동의하는 것

으로 나타난다. 이러한 결과는 조례제정권 행사의 중요 문제에 대한 전문가들의 관단이 현실문제에 근거하고 있음을 보여주는 것이다.

셋째, 지방의회가 조례제정권을 행사함에 있어서 상위법령 제정시 조례제정권 범위의 명확한 설정이 중요하다고 생각한 전문가들 가운데 조례제정권 행사의 문제점으로써 국가사무와 자치사무의 구분이 모호하여 조례제정 대상을 관단하기 어렵다는데 91%(84명/92명)가 동의하는 것으로 나타난다. 또한 상위법령 제정시 조례의 제정범위의 명확한 설정이 중요하다고 생각한 전문가들은 조례제정 범위를 확대하기 위한 우선적인 대안으로써 지방자치관련 개별법 제정시 조례의 제정범위를 구체화하는 대안에 대하여 91%가 중요하게 평가하고 있으며, 개별법령상 지방자치단체의 사무범위를 확대하는 방안에 대해서는 88%(81명/92명)가 그 중요성에 동의하는 것으로 나타난다.

넷째, 지방의회가 조례제정권 행사함에 있어서 자치사무의 범위확대가 중요하다고 생각한 전문가들 가운데 조례제정권 행사의 문제점으로써 국가사무와 자치사무의 구분이 모호하여 조례제정 대상을 관단하기 어렵다는데 93%(76명/82명)가 동의하는 것으로 나타난다. 또한 자치사무의 범위확대가 조례제정권 행사에 중요하다고 생각한 전문가들은 조례제정 범위를 확대하기 위한 우선적인 대안으로써 지방자치법 제9조2항의 단서조항을 삭제하는 대안에 대하여 56%(43명/77명)가 중요하게 평가하고 있으며, 관례변경을 가져올 수 있는 법논리 개발의 방안에 대해서는 78%(62명/80명), 그리고 개별법령상 지방자치단체의 사무범위를 확대하는 방안에 대해서는 93%(76명/82명)가 그 중요성에 동의하는 것으로 나타난다.

제4절 평 가

1. 조례제정권의 존중

본 연구의 분석결과 법령제개정시 헌법상 보장된 조례제정권의 범위가 존중되지 않고 있다는 것에 대하여 국가·지방공무원과 특히 공법학계에서 심각한 우려를 표하고 있다. 이 때문에 국회와 정부가 법령을 제개정할 경우 조례의 입법소관사항인 자치사무에 대해서는 조례제정권의 범위를 존중하고 법령의 입법을 자제하여야 한다는데 일치된 견해를 보여주었다. 이러한 판단의 근거는 조례의 법적 지위가 행정입법이 아니라 준법률이기 때문에 그러하다는 것을 전문가는 말할 것도 없고 지방의원과 공무원도 대다수가 동의하고 있다.

다만, 그 동안 공법학계에서 상당한 기간 동안 쟁점의 대상이 되었던 지방자치법 제15조 단서조항과 동법 제9조 제2항의 위헌여부에 대해서는 공법학계의 경우 오랜 법리적 논의결과를 거쳐 과반수 이상이 위헌소지가 있는 것으로 정리되고 있는 반면, 법조계는 아직도 문자적 해석에 충실하고 있음을 보여주었다. 그러나, 법조계 내부에서도 위헌소지 의견이 약 28%에 이르고 있다는 점에서 의의가 있다.

그런데 조례의 준법률설을 수용한다면 일반적으로 이와 직결되는 지방자치법 제15조 단서는 위헌의 소지가 있고, 동법 제9조제2항은 위헌의 소지는 없다고 하더라도 지방자치권을 현저하게 제한하는 근거규정으로 기능할 수 있다고 응답하는 것이 일관된 의견이라 할 수 있을 것이다. 그러나 조례의 준법률설을 지지하면서도 지방자치법 제15조 단서조항에 대하여 위헌이 아니라고 응답한 경우(48%)나 동법 제9조 제2항이 지방자치권을 제한하지 않

는다고 응답한 비율(54%)이 상당 수 차지하고 있는 것을 발견할 수 있었다. 즉 조례 준법률설을 지지하면서도 지방자치법 제15조 단서와 제9조 단서조항에 대한 문제에 대해서는 행정입법에 준하여 조례제정권의 범위를 설정하고 있는 것으로 나타났다. 특히 공법학계보다 법조계에서 그 괴리율이 더 크다는 점이 문제이다. 조례의 준법률설을 지지하면서도 지방자치법 제15조와 제9조 단서에 대하여 모순된 의견을 표시한 경우를 살펴보면, 공법학계는 각각 42%, 48%이며, 법조계는 각각 65%, 70%를 차지한다. 이는 조례제정권의 법적 지위와 현실적 적용범위상 이중적 기준을 적용하고 있음을 증명하고 있다. 이는 따라서 조례의 법적지위에 상응하는 조례제정권의 범위설정이 필요함을 보여주는 것이다.

2. 자주재정권과 사법심사

조례에 의한 재산권 제한문제는 전문가의 3/4이 동의하는 것으로 나타났으며, 지방자치단체의 법무담당 공무원이나 지방의원의 경우 전문가보다 동의하는 비율이 더 높게 나타났다. 또한 이러한 의견은 전문가내에서 특히 헌법을 전공한 사람의 경우나 사법부에 속한 전문가의 경우 동의비율이 훨씬 높아지는 것을 확인할 수 있었는데, 이는 지방자치단체가 지역의 통치단체로서 주민의 공익을 위해 조례로써 재산권을 규제할 수 있음을 긍정한 것이라고 본다.

그러나 자주과세권에 대한 분석결과는 전문가집단 중 특히 법조계에서 아직까지 상당 부분 보수적이고 제한적인 견해가 많다는 것을 확인시켜 주었는데, 이는 지방자치의 자율성 강조가 아직 과도기적인 성격을 지니고 있

음을 시사해 주는 것이라 본다. 자주과세권에서 대한 부정적 입장은 국세에 적용되는 조세법률주의를 무리하게 지방세에까지 적용한데서 기인한 것이라 할 수 있다. 조세법률주의의 요체는 모든 국민에게 납세의 의무를 부과할 경우, 국민의 납세능력을 고려하여 조세의 종목과 세율, 과세요건과 절차 등을 국민의 대표인 국회가 직접 정하도록 한 것이다. 즉 국세의 납세의무자는 국민이므로 국민의 대표기관인 국회의 동의 없이는 과세할 수 없다는 것이다. 지방자치단체가 자주재원 확보를 위해 헌법에 보장된 자주과세권을 지방세법으로 상세하게 규제하려는 발상은 납세의무자인 주민의 동의를 요건으로 하는 조세법률주의의 취지에도 부합되지 않는다. 지방세의 과세단체는 국가가 아닌 지방자치단체이고, 납세의무자는 국민이 아닌 주민이므로 지방세법으로 이를 규제하려는 의도는 명백한 지방자치권 침해이다.

그러므로 지방세의 경우, 과세단체인 248개 지방자치단체가 해당 지방자치단체의 주민에게 지우는 금전적 부담이므로 지방세법은 윤곽을 정하는 대강법이면 족하다고 본다. 그럼에도 불구하고 법령에 의하여 구체적인 과세요건과 절차로써 지방자치단체를 규율하려는 취지의 지방세법은 조세법률주의에 대한 문언해석상의 오류에서 기인된 것으로 보인다. 이는 특히 자주과세권이 헌법상 보장된 자주재정권의 본질에 적합하다는 의견에 헌법전공 학자들의 견해가 과반수이상 찬성하였던 것에 비추어 볼 때 그 차이를 읽을 수 있다.

한편, 조례의 사법심사기관에 대하여 전문가의 1/2 가량이 현행 지방자치법 제159조에 규정하고 있는 대법원을 선택하는 것으로 나타났다. 그러나 헌법재판소(30%)나 대법원과 헌법재판소의 병행(22%)도 비중 있게 거론되는 것을 확인할 수 있었으며, 지방의원이나 지방의 법무담당 공무원의 경우는 전문가집단보다 대법원 대신 헌법재판소를 훨씬 더 선호하는 것을 볼 수

있었다. 조례는 당해 조례의 위법성의 대상인 법령의 합헌성이 전제될 때에만 유효하기 때문에 조례에 대한 사법심사는 행정입법의 위법성 심사와 달리 법률에 준하는 성격을 고려할 때 헌법재판소가 담당하는 것이 타당하다.

끝으로 조례에 대한 대법원의 판례태도에 대한 평가에 있어서는 전체적으로 전문가집단의 과반수이상이 일관성이 없다는 의견을 보여주었는데, 공법학계와 법조계간에 뚜렷한 차이를 발견할 수 있었다. 특히 사법부 소속의 전문가들은 일관성이 없다는 의견에 동조하는 비율이 적게 나타나 소속기관에 따른 입장을 시사해 주었다. 종합컨대 조례에 대한 대법원의 판례태도를 놓고 전문가와 지방의원 및 지방자치단체의 법무담당 공무원은 대법원이 경우에 따라 엄격한 법령유보론의 입장과 조례의 준법률적 성격에 입각한 판례가 동시에 형성되고 있다고 평가하고 있음을 알 수 있다. 이를 개선하기 위해서는 우선 통설로 받아들여지고 있는 조례의 법적 지위에 근거하여 이에 따른 일관된 법리해석이 요구되고 있다.

3. 조례제정권의 범위확대

조례제정권의 범위확대는 크게 형법상의 형벌 확대문제와 지방자치단체의 자주조직·행정권 확대 문제에 초점을 두고 분석하였다. 먼저, 조례의 벌칙제정권을 형법상의 형벌을 부과로 확대할 수 있는가 하는 문제는 공법학계에서도 치열한 법리논쟁이 전개되고 있는 부분이며, 이러한 결과가 본 전문가 조사에서도 그대로 반영되었다. 조례의 벌칙제정범위를 형법상의 형벌까지 확대하는 문제에 대하여 전문가의 의견은 다소 반대하는 의견이 많게 나타났는데, 공법학계보다 특히 법조계에서 반대하는 의견이 많았다.

그러나 앞서 분석하였듯이 조례를 법률에 준하는 법규범으로 간주하는 이상, 행정명령으로 형법상의 형벌을 규정하고 있는 것을 감안할 경우 법령의 범위안에서 주민의 동의하에 조례위반 행위에 대한 벌칙을 규정하는 것은 문제되지 않는다고 본다. 만일 엄격하게 죄형법정주의를 적용한다면 법률에 의한 벌칙규정 외에는 일체 허용될 수 없으며, 지방자치법 제15조 단서를 엄격하게 적용한다면, 지방자치법 제20조에 의한 과태료 벌칙조차도 법률의 위임 없이는 제정할 수 없다고 해석할 수 있다.

특히 사회경제상황이 급변하고 있어 새로운 규제가 필요한 경우 법률이 우선 제정되기까지 상당한 시간이 걸린다는 것이 경험적으로 입증되고 있다. 그런 점에서 벌칙제정권을 법령만이 가진다고 주장하는 것은 법률과 유사한 성격을 갖는 조례의 제정범위를 지나치게 제한하는 것이며, 이로써 다수 주민의 기본권이 침해당한다면 법률의 부작위에 의한 조례제정권의 침해를 방치할 수 밖에 없는 문제가 발생한다. 또한 문자적으로 법률유보에 얽매여서 현실적이고 살아있는 법규범의 창출을 제한하는 것은 법논리적 측면에서나 입법수요 측면을 무시한다는 비판을 면할 수 없다. 조례가 자치입법으로서 법률보완적 기능을 하고 있다고 인정한다면, 벌칙제정권이라 하여 예외로 둔다는 것은 조례 준법률설의 입장에서 수긍하기 어렵다고 본다.

따라서 조례가 준법률적 성격을 가진 법규범이라면 자치단체가 주민의 복리증진과 질서유지의 책임을 가진 지역의 통치단체로서 행정경찰적 기능을 수행하고 있는 이상 행정의 실효성 확보를 위한 벌칙제정권의 강화는 불가피하다고 본다. 이를 더 늦추게 되면 특정 과태료 체납율이 90%에 이르고 있는 바와 같이 준법정신이 해이해지고 있는 우려할 만한 상황이 확산될 경우, 법치주의의 이념을 실현하기가 어렵게 될 가능성이 높다는 점에서 입법개선이 필요하다고 본다.

이와 관련하여 조례의 벌칙제정범위를 형법상의 형벌까지 확대할 경우, 벌칙부과 주체는 시·도가 되어야 한다는 편이 우세한 것으로 나타났는데, 공법학계는 과반수 이상의 다수가 광역자치단체에 부여하는 것을 압도적으로 지지하고 있으나 법조계에서는 광역 및 기초자치단체가 병행할 수 있도록 하는 방안을 지지하고 있는 것을 볼 수 있었다. 이 문제는 사회적 사실을 고려한 입법정책의 관점에서 충분한 검토 후 추진되어야 한다고 본다.

또한 벌칙제정 범위가 확대될 경우 벌칙형량의 상한선에 대한 전문가 의견은 먼저, 징역이나 금고의 형량에 있어 1년 이하가 대다수를 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다. 그런데 조례에 의한 형사벌칙 제정시, 각 집단간 다양한 의견을 발견할 수 있었는데 법조계는 1년 이하, 공법학계는 3개월 이하가 많이 나왔다는데 특징을 찾을 수 있다. 다음으로 조례에 의한 벌칙제정시 금전적 형벌(벌금, 과료, 과태료)의 범위에 대해서는 전문가의 경우 과반수가 1,000만원 이하로 응답하고 있으나 500만원 이하도 1/5이상을 차지하고 있다. 따라서 조례에 의한 벌칙범위가 형법상의 형벌까지 확대될 경우, 과태료 상한선 1,000만원이 다른 형법상의 금전적 형벌의 범위와 형평성이 유지될 수 있도록 상한선의 조정이 필요하다고 보며, 형량은 다른 법령과의 형평성이 고려되어야 할 것이다.

한편, 지방자치단체의 자주조직 및 행정권 확대에 대한 의견조사 결과를 종합적으로 평가해 보면, 공법학계는 단체장·의원 선출방식을 제외하고는 지방자치단체의 조직신설, 폐지 및 정원조정, 지방의회의 회기 및 운영, 지방의회 내부조직의 신설 및 폐지, 의원수당감축에 대하여 조례제정범위를 확대하는 방향으로 입장을 나타냈다. 또한 법조계도 단체장·의원 선출방식을 제외한 나머지 질문에 대해서는 상당히 조례제정범위를 확대방향으로 공감대가 형성되고 있는 것을 살펴볼 수 있었다.

4. 조례제정권 행사의 중요사항과 그 한계점

조례제정권 행사시의 중요 사항에 대한 전문가 집단의 의견은 조례제정시 관련정책의 전문지식을 가장 중요하게 여기는 것으로 나타났으며, 다음으로 상위법령 제정시 명확한 조례제정범위의 설정, 그리고 기술적인 법제능력 및 자치사무범위의 확대 순으로 중요 요인의 비중을 두는 것으로 분석되었다. 이러한 분석결과는 국가가 지방자치와 관련된 법령을 제개정할 때에는 조례제정권의 범위를 명확히 하고 자치사무의 범위를 확대하여 조례제정영역을 존중하여야 하며, 지방자치단체와 의회는 관련 사무에 대한 전문지식과 법제능력을 함양하여 법체계에 적합한 조례제정권 행사가 요구됨을 보여주는 것이다.

한편, 조례제정권 행사의 한계점에 대하여 전문가 집단은 공법학계나 법조계에 상관없이 지방의원 및 법무담당 공무원의 전문지식 부족과 사무구분의 모호함을 중요한 문제점으로 인식하고 있음을 살펴볼 수 있었다. 이와 비교하여 공무원이나 지방의원은 사무구분과 법령규정의 문제를 중요한 문제점으로 지적하였다. 그러나 응답자간에 이러한 인식의 차이에도 불구하고 조례제정권의 범위가 협소한 이유는 법령이 지나치게 상세하게 규정하고 있으며, 사무의 구분이 모호하고 단체장이 조례제정 사항을 기피하고 규칙으로 정하는 사례가 늘어나고 있을 뿐 아니라 지방의원, 자치단체의 법무담당 공무원의 법제전문지식 부족에서 기인되고 있음을 인정하고 있다. 이러한 문제점은 조례제정권을 확대함에 있어 해결해 나아가야 할 과제로서의 의미를 가진다고 볼 수 있을 것이다.

제5장 조례제정권의 범위확대 방안

제1절 조례의 법적 지위 재정립

1. 조례의 법적 지위 재정립의 필요성

가. 위임입법으로서의 법적 지위

조례의 법적 지위를 위임입법으로 설정할 경우, 주민의 권리와 의무부과에 관한 사항, 벌칙제정사항, 재산권에 대한 규제, 지방자치단체의 과세권 등에 대한 엄격한 법령유보의 입장에 서게된다. 예를 들어 재산권에 대한 규제의 경우, 공공복리의 요청이 있어도 조례로써 규정할 수 없고 오로지 법률에 의하여야 하며, 재산권은 전국적 거래의 대상이 될 수 있기 때문에 그 내용을 정하거나 이것을 제한하기 위해서는 반드시 통일적인 법률에 의하여야 한다는 견해이다. 이러한 재산권법정주의는 우선 헌법 제23조 제1항에서 '법률로 정한다'고 규정되어 있다는 것을 근거로 하여 법률로써만 재산권을 규제할 수 있다고 형식논리주의적 해석에 입각하고 있다. 지방세의 과세권에 대해서도 조세법률주의원칙에 입각하여 개별 법률의 위임없이는 지방세의 세목, 과세객체, 세율, 부과·징수에 관한 사항을 조례로써 규정할 수 없다는 견해이다.

이는 조례가 지방자치단체 스스로의 권능으로 주민에게 의무를 부과하고 권리를 제한할 수 있는가 하는 문제와 관련된 것이다. 조례는 법률이 아니므로 법률의 위임없이 조례를 근거로 하는 주민의 권리제한이나 의무부과를 인정하지 아니하고 있으므로 우리의 판례나 학설에 의하면 조례를 근거로

하는 지방세의 부과는 불가능하다는 주장이다. 그 법리적 근거로서는 지방자치권의 본질 중 전래설에 의하면, 지방세의 과세권도 지방자치단체 고유의 권한은 아니라고 본다.

문제는 우리의 법체계상 조례제정권은 헌법이 보장한 법임에도 불구하고 헌법이 예정한 조례제정권의 범위를 심각하게 제한하는 법률유보 해석으로 인하여 이러한 소모적인 논쟁이 지속되고 있는 실정은 아닌지 반성해 볼 필요가 있다. 행정부의 실무계에서는 실정법률상 조례를 위임입법의 일종으로 해석하고 이를 법령에 적용하고 있지만, 공법학계와 사법계에서는 헌법이 예정하고 있는 조례제정권의 범위를 확보하고자 하는 노력이 판례와 학설에 반영되고 있다. 이와 같이 실정법과 학설이 대립되고 판례가 사건의 유형에 따라 다소간 유동성을 보여주는 가장 큰 이유는 조례의 법적 지위에 대한 해석이 다른데서 연유된 것이라 할 수 있다.

요컨대 조례의 법적 지위를 위임입법의 일종으로 간주하는 한, 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙의 제정, 지방세 부과, 재산권 규제 등 현행 헌법상의 쟁점을 해소하기에 어려움이 따른다. 또한 조례의 법적 지위를 위임입법이라는 지위에 두고서는 조례제정권의 범위를 확대하는 것이 법논리적으로나 입법실무적으로 한계가 있음을 나타내주고 있다.

나. 준법률로서의 법적 지위

이상과 같이 위임입법설에 근거한 조례의 법적 지위는 헌법의 보장에 근거한 조례의 법적 지위에 적합한 조례제정권의 범위를 확보해 주지 못하고 있다고 할 수 있다. 실질적으로 조례제정권은 헌법의 보장에 의거하여 지역주민들로부터 신탁받은 권한으로서, 지방분권과 주민의 인권보장을 제도적으로 확보하기 위한 불가결의 수단이며, 실정법률과 사회적 사실간의 차이

를 해소하기 위하여 조정기능을 가진 광범위한 입법권한이라는 점에서 법단계설에 의한 논리해석의 전환을 촉구하고 있다. 조례의 법적 지위는 실질적 법질서의 보장을 위하여 단순히 법률과의 상충여부에서 그 서열을 논할 것이 아니라 헌법원리에까지 소급하여 판단되어야 할 것이다. 법률과 조례의 상충을 최소화하고 조례가 지역법규범으로서의 기능을 정상적으로 발휘하기 위해서는 조례준법률설의 입장에 서지 않을 수 없다고 본다.

그 이유는 조례가 헌법에서 보장된 자치에 관한 입법권(헌법 제117조 제1항)으로서 법의 성질을 가지고 있기 때문에 일반적으로 법규라고 설명되고 있으며, 이는 헌법상의 법을 의미한다. 조례준법률설의 입장에서는 법률로써 헌법이 보장하는 지방자치의 본질을 침해하는 것이 법체계상 가능한가 하는데 대하여 의문을 가지고 있다. 이 문제는 헌법 제118조 제2항의 규정에 근거하여 규정되는 법률이 창조적 지위에 서는 것인가, 아니면 단순히 헌법의 프로그램적 지위에 서는 것이냐와 관련되는 문제로서 헌법 규정에 의거하여 제정되는 법률이 헌법에서 보장된 지방자치의 본질을 침해하는 것은 그 자체가 위헌이므로 허용될 수 없다 할 것이다.

또한 조례는 지방자치단체의 자치입법권에 의거하여 제정된 법을 의미한다는 점에서, 위임입법과 다르다. 지방자치단체의 조례제정권은 헌법상 지방자치단체에 보장된 입법권으로서 법령의 근거가 없다고 하더라도 자기의 사무에 관하여 '법령의 범위 안에서' 자주적으로 조례를 제정할 수 있기 때문에 자주법이다. 형식적인 면에서 조례는 헌법 제117조 제1항에 의하여 헌법 제40조의 예외로서 인정되고 있으며, 전체 국민의 간섭 없이 지방의회의 자주적 의사에 근거하여 제정되고 지방자치단체와 거기에 소속된 주민들의 이익을 위하여 적용되는 법을 의미한다. 특히 조례는 지방의회의 의결로 제정되고 그 효력은 당해 지방자치단체의 구역에 한정되므로 국가법에 대비되는

지역법의 의미를 가진다.

다. 조례제정권 헌법보장의 배경

조례제정권을 헌법이 보장하고 있는 이유는 현대국가가 복지국가의 실현을 위하여 매우 복잡하고 전문적인 행정을 수행하고 있으므로 중앙정부가 지방자치단체에 소속된 지역주민들의 행정수요에 일일이 관심을 가지고 만족스럽게 충족시켜 주는 것은 현실적으로 불가능하다고 인식하기 때문이다. 이는 각 지역이 경제적·사회적·문화적 욕구가 서로 다르기 때문에 지역적 복지수준의 지향목표 역시 다를 수밖에 없으며, 개별 지역주민의 다양한 욕구를 적극적·창의적으로 충족시키기 위해서는 합법적인 입법절차를 거쳐 지역에 적용되는 법으로서의 조례를 제정하게 함으로써 지방행정의 실효성과 민주적 정당성을 확보하려는데 그 목적이 있다.

이러한 의미에서 헌법 제117조 제1항은 헌법이 조례제정권을 제도적으로 보장한 조항이며, 헌법 제40조에서 '입법권은 국회에 속한다'고 하는 국회입법주의에 중대한 예외 내지 제약을 명문화한 것으로써, 지방자치단체에 대한 중앙정부와 국민의 관여를 자제하고 그 부분의 보호와 권력분립의 원리를 실현하기 위하여 지방자치권을 승인한 결과이다. 이러한 점에서 조례는 분명히 위임입법이 아니라 법률에 준하는 의회제정법으로서 지역법규범인 것이다.

2. 경험분석 결과

본 연구분석의 실증조사결과에 의하면, 전문가들 사이에서도 조례는 지방의회가 제정하는 의회입법이라는 점이 수용되고 있는 것으로 나타났다. 조례의 법적 지위에 대한 질문에 대하여 전문가 집단에서는 공법학계나 법조계의 차이 없이 헌법상의 입법원칙을 고려할 경우, 조례가 법률에 준하는 법규범으로 볼 수 있다는 의견에 동의하는 비율이 대다수로(72%이상) 나타났으나 반면에 조례의 성격을 아직도 행정입법으로 간주하는 경우는 약 27%에 불과한 것으로 조사되고 있다. 이는 조례의 법적 지위에 관한 한 민주적 정당성을 지닌 조례의 법적 본질에 따라 준법률적 법적 지위를 가진다는데 대한 인식이 다수설로서 공감대를 형성하고 있음을 확인할 수 있으며 이는 헌법취지와 부합된다는 점에서 이론의 여지가 없다.

조례의 법적 지위에 대한 이러한 전문가 집단의 의견은 지방공무원, 또는 지방의원 사이에도 그리 큰 의견 차이가 없는 것을 살펴볼 수 있으며, 통계적으로도 집단간 차이가 유의미하지 않게 나타나고 있다. 즉 조례의 법적 지위에 대하여 전문가, 공무원, 지방의원 모두는 2/3 이상이 법률에 준하는 것으로 판단을 내리고 있다. 이 결과는 조례의 준법률적 지위가 학리적인 측면에서 논증되었고 이를 전문가와 실무계에서 다수설로 확증되었다는 점에서 커다란 의의를 찾을 수 있으며, 이제는 이를 법령제개정의 법제실무에서나 사법심사에 반영하여야 할 것으로 보인다.

3. 조례의 법적 지위에 따른 입법개선

조례의 법적 지위는 입법론적 입장에서 법률과 대립적·종속적 지위로 파악할 것이 아니라 동일한 법질서 가운데 기능에 따라 입법권의 분담이라는 관점에서, 법률로는 전국적·획일적·통일적으로 행하여야할 기본적·일반적 사항을 규율하고, 조례로는 해당지역의 특성에 맞는 개별적 기준이나 구체적인 규제를 정함으로써 양자를 일체화하여 일정한 목적을 달성하도록 배려하여야 한다. 이는 법률과 조례가 국가사회의 행정목적 실현을 위하여 종·횡적 제휴 아래 상호 기능을 분담하고 보충하는 역할을 하고 있음을 의미하기 때문이다.

조례가 헌법상 법률에 준하는 법규범이라면 이제부터는 학계와 법조계에서 조례의 법적 지위에 걸맞게 법리상 쟁점사항들의 처리방식도 일관성있게 적용하여야 할 것이다. 예컨대, 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항, 벌칙제정사항의 법률유보규정, 지방세법정주의 등을 관련법 령 제개정시 입법개선하고, 조례의 사법심사에 있어서도 동일한 기준을 적용하도록 함으로써 법상호간의 상충이나 위헌성을 극복하고 일관성 있는 판례를 형성하여야 할 것이다.

법령과 사회적 사실간의 격차를 조정하는 기능이 법률보다 우수하다는 점에서 조례의 법적 지위는 제 법규와의 관계 속에서 재설정되어야 할 것이다. 이로써 학계에서나 법조계에서 이를 일관된 통설로서 수용하여 모든 법적 판단의 준거로 적용하여 해석상의 혼란을 초래하지 않도록 하여야 할 것이다. 조례는 그 법적 특질 상 행정입법과 구별되는 법률에 준하는 법규범이므로 준법률로서의 법적 지위를 재정립하여야 할 필요가 있다.

제2절 입법개선방안

1. 지방자치법 제15조 단서조항 삭제

가. 지방자치법 제15조 단서의 문제점

지방자치단체의 조례제정권은 헌법과 지방자치법 등에 의하여 근본적인 제약을 받고 있다는 문제에 가장 먼저 제기되는 것이 지방자치법 제15조이다. 동법 제15조 단서의 규정은 과거 권위주의시대에 조례가 법률에 준하는 법규범이 아니라 행정입법으로 간주되던 중앙집권적 사고의 산물로써 지방자치단체의 자치입법권을 일반적·범주적으로 제한하고 있는 조항인데, 그동안 자치입법권이 제대로 행사될 수 없었던 것은 바로 이 조항 때문이었다. 1995년 지방자치가 본격화된 이래 지방자치단체에서 제정한 각종 조례들이 대법원에 의하여 대부분 무효화된 것만을 보아도 쉽사리 알 수 있다. 한편 지방자치법 제15조 단서조항은 헌법 제117조에 의한 조례제정권의 보장에 반하기 때문에 위헌이라는 비판이 줄기차게 제기되고 있다. 물론 지방자치법 제15조 단서는 이를 반드시 위헌이라고는 할 수 없을지라도 지방자치에 대한 시대적 요청에 역행하는 조항이라 하지 않을 수 없다.

지방자치단체의 조례제정권을 최대한 확보해 주는 뜻에서 대법원이 지방자치 친화적 해석론을 통하여 어느 정도 지방자치단체의 조례제정권의 범위를 확대할 수는 있다. 그러나 이 같은 해석론적 접근방식은 미봉책에 불과하다고 보는데, 이는 대법원이 계속 지방자치 친화적 태도를 유지할지 불분명하기 때문이다. 또한 조례의 내용상 주민의 권리제한·의무부과, 벌칙에 관한 사항을 불가피하게 포함하는 경우가 적지 않으므로 이를 해석론적 차원에서 극복하는데에는 근본적인 한계가 따르므로 입법적 차원에서 대응책이

강구되어야 한다. 이 조항에 대하여 헌법 제117조 제1항의 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"는 규정과 관련하여 끊임없이 위헌의 혐의가 제기되어 왔던 것도 바로 그런 맥락에서 이해될 수 있다.

따라서 지방자치법상 조례제정권에 대한 법적 제한을 완화시키는 입법개선이 시급히 요청된다는 점을 감안할 때 자치입법 활성화에 대한 법적 장애물이 되어온 지방자치법 제15조 존폐여부를 근본적으로 재검토할 필요가 있다.

나. 폐지논거

1) 단서의 내용은 조례의 입법소관사항

행정이 집행되기 위해서는 반드시 법률의 근거 즉 법률의 수권을 필요로 한다는 것이 법령유보의 원칙이다. 이와 같은 논리는 국가행정에서는 법률이 그 정당성을 부여하고, 지방자치행정에서는 조례가 그 정당성을 부여한다는 귀결에 이르게 된다. 그렇다면 법령유보의 문제는 행정행위에 대한 민주적 통제의 방식이 어떤 형태를 갖추는 것이 가장 합리적일 것인가에 관한 것이라 할 수 있다. 그러므로 국회가 제정하는 법률에 의한 정당성 이외에 민주적 정당성이 보장될 수 있는 수단이 있다면 그와 같은 영역에서 법령유보의 원칙은 수정될 수 있다고 보아야 한다.

조례가 법률에 준하는 법규범이라면, 지역법의 소관사항을 국가법으로 규율하는 것은 조례제정권을 보장하고 있는 헌법 취지에 부합되지 않는다. 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙제정권은 명백히 조례의 입법소관사항이므로 이를 법률유보한 것은 헌법의 취지에 부합되지 않는다.

2) 지방자치권의 침해소지

지방자치법 제15조 단서의 법령유보는 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적인 자치권을 부여하고 있는 지방자치제도의 자기책임성 및 전권한성의 취지와 배치될 수 있다. 즉 지방자치단체란 단순히 중앙정부의 일선기관이 아니며, 법인격을 가진 지역의 정치 및 행정단체라는 성격과 구성원리에 비추어 볼 때, 지방자치단체의 권한이나 사무에 대한 자율성과 책임성이라는 내재적인 특성 때문에 조례제정에 관련된 법령유보는 지방자치의 취지와 부합되기 어렵다고 볼 수 있기 때문이다.

법령유보가 국가의 행정행위를 정당화한다면, 조례유보는 지방자치단체의 행정행위를 정당화하므로 조례 그 자체로서 민주적 정당성을 가진다. 즉 행정사무 가운데 국가사무는 법령유보의 대상이고 자치사무는 조례제정의 대상이므로 법령유보와 조례유보는 규율대상을 달리하기 때문에 공존이 가능하다. 다만, 입법소관사무에 대한 분쟁이 있을 때에는 사법적으로 해결하여야 한다.

법률유보의 원칙은 기관위임사무에만 적용되는 것이며 자치사무까지도 법률유보를 요구한다면 헌법 제117조에 위반하는 것으로 해석되므로, 지방자치행정의 실효성을 담보하기 위한 수단인 침해적 지방행정 분야를 법률유보하려는 시도는 다음의 이유에서 지방자치권을 침해한 규정으로 명백한 위헌이라고 볼 수 있다.

첫째, 지방의회가 지역의 공공복리를 증대시키고 질서유지를 위하여 필요한 사항에 관하여 조례로써 주민의 권리를 제한하고 새로운 의무를 부과하는 것은 지방자치권에 부수된 당연한 권리이다. 조례는 일상생활에 밀착된 제정법의 원동력이므로 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하려는 사항에 대하여 주민 합의로 이를 수용하기로 결정하였다면, 이러한 사항은 헌법상

의 기본권 보장과는 다른 성질의 문제로서 국민의 자율권과 관련된 사항으로 당연히 존중되어야 한다. 또한 주민이 지역의 공공복리를 증대시키고 질서유지를 위하여 스스로 권리를 제한하고 기꺼이 의무를 부담하기도 하는데 법령에 위반하지 않음에도 불구하고 법률의 위임이 없다고 하여 조례제정권마저 부인하는 것은 법률과 조례의 입법권의 배분을 헌법이 수용한 헌법상의 취지에 위반한 것으로 볼 수 있다. 이는 지방자치법 제15조 단서조항이 바로 주민의 자율권을 현저하게 제한하고 지방자치권을 무력화시킴으로써 지역의 창의와 자율의 입법화를 저해하고, 중앙에 대한 의존성을 지속적으로 유지하는데 일조할 뿐이며 역사발전과정에 역행하는 전근대적인 규정이라 하지 않을 수 없다. 이를 기본권 보장의 법리와 연계하는 것은 출발부터가 문제이다.

둘째, 주민의 권리제한, 의무부과는 국민의 기본권 보장과 관련된 법률의 범위 안에서 주민의 삶의 질의 향상과 주민의 공공복리와 질서유지를 위하여 필요최소한의 범위 안에서 정하는 것이므로 헌법상 규정된 기본권 제한 규정이나 관련 법률에 직접 저촉될 것을 우려하는 것은 기우에 불과하다. 그 이유는 조례에 대한 위법성은 대법원에서 심사하게 되어 있고, 기본권 침해 사항은 헌법소원도 가능하며, 국가 또는 상급자치단체에 의한 재의결요구권이 보장되어 있을뿐 아니라, 주민에게 조례개폐청구권이 제도적으로 부여되어 있으므로 조례에 의한 국민의 기본권 침해에 대해서는 다양한 구제수단이 보장되어 있기 때문이다. 이러한 점에서 조례에 의한 국민의 기본권 침해는 법논리상으로나 현실적으로 기대할 수 없다고 볼 수 있다.

셋째, 지방자치단체가 정하는 조례는 법률에 준하는 법규범으로서 민주적 정당성을 가진다. 따라서 법률로써 국가의 안전보장·공공복리·질서유지를 위하여 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있다면 지역의 공공복리·질

서유지를 위해서 주민의 권리제한·의무부과 규정을 당연히 제정할 수 있다. 그러므로 지역의 공공복리, 질서유지를 위한 규제조례의 제정에 대하여 법률유보규정을 지방자치법에 둔 것 자체가 위헌의 소지를 가진다.

넷째, 주민의 권리제한과 의무부과는 헌법상 보장된 조례제정권권의 입법소관사항으로서 이는 법령에 위반하지 않는 한 조례의 중요 입법소관사항이지 법률의 입법소관사항이 아니다. 이를 일반적으로 법률로 정하게 한 것은 법률의 입법소관사항을 넘는 월권적 규정이다.

다섯째, 입법실무적으로 주민의 권리제한, 의무부과에 관한 조례를 일일이 법률유보하는 것은 난제이다. 248개 지방자치단체가 각각 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 사항에 대하여 필요할 때 일일이 법률의 위임을 받아야 한다면, 법률의 성격상 지방자치단체의 입법수요에 적절하게 대응하는 것이 입법실무적으로 불가능하다. 지방자치법 제15조 단서규정은 주민의 기본권을 보장하는 규정으로 기능하기 보다 국회의 입법부작위나 입법지연으로 인하여 오히려 지방 주민의 사회적 공익을 저해하고 조례제정권을 제약하는 요인으로 작용할 수 있다. 이러한 점에서 동법 제15조의 단서규정은 조례제정권을 불필요하게 제약하는 중복규정일 뿐이다. 따라서 주민의 권리제한, 의무부과 사항을 법률유보한 것은 헌법상 보장하고 있는 자치입법권을 무력화시키는데 기여할 뿐이다.

종합컨대, 입법론상으로는 헌법적 보장에 근거하여 자주법을 제정할 수 있는 지방의회가 자치사무의 범위 안에서 주민의 권리·의무에 관하여 조례를 제정하는 경우, 위임입법과는 달리 법률유보를 요하지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 지방자치법 제15조의 단서규정은 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질을 침해하는 규정으로서 외국의 입법례에서도 그 유례를 찾을 수가 없다.

2. 지방자치법 제9조 제2항 단서조항 삭제

가. 개정사유

지방자치법 제9조 제2항 단서 규정은 자치사무라 하더라도 법령으로 국가사무로 구분할 수 있는 가능성을 규정하고 있다. 그러나 국가는 이 규정을 폐지하더라도 법률선점론에 입각하여 그 입법취지를 충분히 달성할 수 있다. 따라서 본 규정의 폐지에 의하여 반드시 조례제정권의 범위가 확대되는 것은 아니지만, 계속 존치할 경우 법령에 의한 지방자치권의 침해를 정당화하는 규정으로 오해받을 우려가 없지 않다. 이는 지방자치단체가 관할구역의 자치사무와 법령에 의해 자치단체에 속하는 사무를 처리함에 있어 일방적인 법률선점론을 정당화하고 있다는데 문제가 있다.

일본에서는 "하나의 지방자치단체에 적용되는 특별법은 법률이 정한 바에 따라 그 지방자치단체의 주민투표로 그 과반수의 동의를 얻지 않으면, 국회는 이를 제정할 수 없다"(일본헌법 제95조)는 규정을 가지고 있다. 이러한 규정을 가지고 있는 일본에서도 우리나라 지방자치법 제9조 2항과 같이 일본지방자치법 제2조 제3항에서 「다만, 법률 또는 여기에 근거한 정령에 특별한 규정이 있을 때에는 그러하지 아니한다」고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 일본은 기관위임사무를 폐지하고 이를 대폭 자치사무화하였으며 나머지를 법정수탁사무로 구분하였다. 그러나 우리의 경우, 기관위임사무가 존치되고 있는 이상, 기관위임사무에 의한 자치권 침해가 예상되고 있다. 따라서 법령 제개정으로 자치사무를 국가사무화 할 때에는 불가피한 경우에 한하여 자치단체연합체의 동의를 받도록 하거나 의견을 듣도록 제도화함으로써 법상의 사무배분원칙과 기준에 따라 사무의 소관 행정계층을 정하고 일방적으로 상위법 우선 원칙을 무분별하게 적용하여 자치사무의 기관위임

사무화를 시도할 수 없도록 지방자치법 제9조 제2항 단서조항을 삭제할 필요가 있다. 또한 지방자치단체 또는 주민에게 적용되는 법령을 제개정할 때에도 자치단체연합체의 의견을 반영하도록 할 필요가 있다.

나. 입법개선방안

지방자치법 제9조 제2항 입법개선방안으로는 다음과 같다.

"다만 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 그러나 법률제개정시에는 동법 제10조와 제11조 및 중앙행정권한의지방이양에 관한법률의 사무배분기준을 고려하여 지방자치단체연합체의 의견을 반영하여야 한다."

3. 지방세법 제3조 개정

가. 지방세법률주의의 문제점

조세법률주의를 엄격하게 해석하여 주민의 복리를 위해 사용하게 될 지방자치단체의 재원확보 수단을 법률로 규제하려는 것은 다음 사항을 간과한 것이다.

첫째, 지방세는 지방자치단체가 그 사무를 처리하는데 필요한 재원을 자율적으로 조달하고 관리하는 세원이다. 따라서 국가는 전국적으로 적용하여야 할 필요 최소한의 범위를 정하는 것으로 족하다. 왜냐하면 국세는 법률로 정하더라도 지방자치단체의 자주세원 확보는 그 실정에 따라 고유권한으로 행사되는 것이므로 국가가 지방자치단체의 세원확보 노력을 법령유보하는

것은 자주재정권에 대한 지나친 관여이다. 둘째, 지방세는 과세단체가 시도, 시군구이다. 자주재원의 확보는 과세단체인 지방자치단체의 중요한 권한이자 의무이므로 과세단체가 아닌 국가가 주민의 동의를 받지 않고 법률로써 지방세의 세목·세율 등 자주재정권의 중요사항을 결정한다면 이는 헌법상 보장된 지방자치권을 침해한다는 비판을 면할 수 없다. 셋째, 지방세의 납세의무자는 국민이 아니라 주민이다. 따라서 주민의 대표인 지방의회의 동의없이는 어떠한 지방세의 세목, 세율, 부과·징수도 그 정당성을 가질 수 없다. 따라서 법령으로 정한 지방세의 세목, 과세객체, 세율, 부과·징수라 하더라도 이것이 지방세에 관한 것인 한 지방의회에서 대표의 동의를 받지 않는다면 납세의무자의 동의 없는 과세가 되므로 조세법률주의의 헌법상의 취지에도 부합되지 않는다.

나. 지방세조례주의의 정당성

조례제정권의 범위와 관련하여 제기되는 첨예한 쟁점사항으로는 지방세 관련 자주과세권 및 개정 지방세법의 위헌성 여부 등에 대한 논란을 들 수 있다. 특히 조세법률주의는 과세권, 징세절차 등 과세의 본질적 사항은 국민의 대표인 국회의 동의를 요하는 것으로써 반드시 입법자가 직접 법률로 정하게 한 것을 의미한다. 그러나 지방세의 구조상 과세단체·납세의무자를 고려할 경우 지방세의 세목, 세율, 징세절차 등 지방세 과세의 본질적 사항은 반드시 지방자치단체 의회의 입법자가 조례로 정하는 것이 헌법상의 조세법률주의에 부합된다는 것이다.

이러한 견해는 지방자치단체의 자주과세권을 정당화하는 것으로, 지방세에 관한 한 과세단체는 시도, 시군구이고 지방세의 납세의무자는 주민이라는데 초점을 둔다. 즉 시도, 시군구가 납세의무자인 주민대표의 동의하에 세

목, 과세객체, 세율, 부과·징수를 조례로 결정하는 것은 "대표없는 조세없다"라는 원칙의 구현이며 과세자주권의 행사라고 보는 것이다.

다. 개정방안

지방세법 제3조 제2항에서는 '이 법이 정하는 바에 의하여'라는 법률유보 조항을 1998년 12월에 추가하여 규정하였다. 즉 지방자치단체는 지방세의 세목, 세율, 과세객체, 부과, 징수를 지방세법의 규정에 따라 조례로 정하도록 한 것이다. 그러나 이 조항이 없어도 지방세법은 지방세의 윤곽법으로서 상위법이기 때문에 우선 적용된다. 이 규정이 지방세의 상세한 사항까지 규정하도록 하는 법적 근거가 될 수 있는 소지가 있기 때문에 국세와 지방세의 과세주체, 납세주체가 다르다는 점을 고려하여 지방세에 관한 한 자율과세권의 폭을 넓혀 주는 것이 헌법상 보장된 자주재정권의 확보에 부합된다. 따라서 개정된 지방세법 제3조 제2항의 법률유보 조항은 다시 삭제하는 것이 헌법취지에 부합된다.

4. 개별법 제개정시 사무구분 명확화

현행 사무의 구분 및 배분은 법률규정상으로나 운영 및 실태면에서 여러 가지 문제점이 제기되어 왔다. 따라서 사무구분을 명확히 하고 사무배분의 실효성을 확보하며 나아가 행정주체간 협력체제의 구축 등을 위해서는 사무의 구분 및 배분에 관한 제도개선이 요구된다.

가. 사무의 구분 및 배분의 실효성 확보

개별법 수준에서 자치입법을 활성화시키기 위해서는 헌법상 지방자치이념을 최대한 보장하는 차원에서 전국최저기준입법(national minimum legislation) 방식을 활용하는 방안을 검토할 필요가 있다. 지방자치단체별로 자율성과 다양성을 살려나갈 필요가 있는 분야를 중심으로 국가적 수준에서의 입법을 전국적 기준(national standard)으로 삼아 그 법의 취지에 반하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있도록 위임하는 방안을 강구할 필요가 있다. 특히 사무배분의 합리성과 실효성을 확보하기 위해서는 사무처리주체에 따른 사무구분이 법령에 명문화되어야 한다.

사무구분 및 배분을 위한 입법의 기본방향으로는 첫째, 사무구분을 명확히 하고 그 체계를 재정비한다. 법령규정형식만으로 사무의 구분을 명확히 할 수 있도록 하고, 단체위임사무를 폐지하는 대신 공동사무를 신설하는 등 사무구분의 체계를 재정비할 것을 검토한다.

둘째, 사무배분의 실효성을 확보한다. 사무배분에 관한 원칙과 기준을 보다 구체적으로 제시하고 이에 따라 국가-광역자치단체-기초자치단체간 사무를 배분하게 하며, 가능한 한 단위사무까지 법령에 구체적으로 명문화하여 사무배분의 실효성을 확보하도록 한다. 아울러 지방자치단체의 특수성 또는 차별성을 살릴 수 있도록 사무배분체계도 기존의 시·도와 시·군 및 자치구간의 사무배분에서 특별시·광역시와 자치구, 도와 시·군간의 사무배분으로 구분한다.

나. 사무별 법령규정형식 예시(안)

사무의 종류는 다양한 기준에 의하여 종합적으로 판단되어야 하므로 법령규정형식으로 사무의 소관을 명확하게 구분하기는 대단히 어렵다. 이 때

문에 행정주체간 소관사무를 명확하게 구분할 수 있도록 하기 위해서는 입법단계에서부터 다음과 같은 법령규정형식에 따라 사무를 규정하게 함으로써 사무를 구분하게 하는 것이 바람직하다.

1) 법령상 사무구분의 명확화

모든 사무는 법령상 규정된 사무의 구분에 입각하여 다음과 같은 법령규정형식에 따라 법령조문만으로도 그것이 어떤 사무인지를 명확히 알 수 있도록 법문으로 규정하여야 한다.

○ 자치사무의 법령규정형식

- ○○사무는 지방자치단체의 장이 처리한다.
- 지방자치단체는 ○○사무를 처리한다
- ○○사무는 시도(시,군,자치구)가 처리한다
- _____는 지방자치단체가 설치·관리한다.
- _____는 지방자치단체가 이를 시행한다.
- 지방자치단체가 _____하는 때에는 _____할 수 있다.
- _____하고자 하는 자는 지방자치단체의 _____를 받아야 한다.
- 지방자치단체가 _____하는 경우에는 _____를 시행할 수 있다.

○ 기관위임사무의 법령규정형식

- ○○사무는 _____의 위임을 받아 지방자치단체의 장이 처리한다.
- ○○사무는 _____의 위임을 받아 시·도지사가 처리한다.
- 시장·군수·구청장은 ___의 위임으로 사무를 처리한다.

※ 법률 : 이 법에 의한 ○○○장관의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 지방자치단체의 장에게 위임할 수 있다.

※ 대통령령 : ○○○장관은 법 제0조의 규정에 의하여 다음 각 호의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한다.

- ○○○장관은 다음 사항에 관한 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한다.

○ 공동사무의 법령규정형식

- ○○사무는 ○○부와 공동으로 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 공동책임하에 협의·처리한다.

○ 국가사무의 법령규정형식

- ○○○장관은 _____에 관한 사무를 처리한다.
- ○○○장관은 _____하는 때에는 _____할 수 있다.
- ○○○장관은 _____하여야 한다.
- 정부는 _____위하여 _____하여야 한다.

이상과 같이 사무에 관한 법령규정형식을 통일성 있게 정형화함으로써 사무구분을 명확히 하도록 하여야 한다.

2) 사무처리 경비부담관계의 명확화

첫째, 자치사무는 그 사무처리에 소요되는 경비 전액을 지방자치단체가 부담하는 것으로 한다.

둘째, 기관위임사무는 그 사무처리에 소요되는 경비의 전액과 간접적 경비도 위임권자가 부담한다.

셋째, 공동사무는 중앙정부와 지방자치단체간의 경비분담비율을 각 사무 내용별로 각 개별법에서 구체적으로 규정한다.

5. 개별법령상 조례로의 위임확대

가. 필요성

입법론상 중앙부처소관 법령에서 조례제정이 불필요할 정도로 지방자치단체의 모든 여건을 감안하여 완벽하게 규율하기는 불가능하다. 개별법령에 의한 세부적인 규정은 자치사무의 범위를 축소시키고, 조례로의 위임사항이 협소하게 되어 자치입법기능 확대차원에서 지속적인 위임요구대상이 되어 왔다. 따라서 중앙부처 소관 법·시행령·부령·훈령·예규·고시·공고 등에서 지역특성과 주민생활 등과의 연계성을 고려하여 '조례로의 위임'이 요구되고 있다.

나. 조례위임 요구사항

지방자치단체별 '조례의 위임' 요구사항은 다음과 같다.

○ '조례로의 위임' 확대 요구 건수 : 총 100건

- 서울(12), 부산(6), 인천(4), 광주(5), 대전(13), 울산(1), 경기(10), 강원(9), 충북(8), 전북(7), 경북(4), 경남(9), 제주(12)

○ 소관 부처별 현황 : 10개부처, 60개 법령, 100건

- 행정자치부(30건), 건설교통부(22건), 환경부(13건), 보건복지부(12건), 해양수산부(8건), 문화관광부(6건), 농림부(5건), 산업자원부(2건), 재정경제부(1건), 교육부(1건)
- 지방자치법, 식품위생법, 대기환경보전법 등 60개 법령

이상과 같은 지방자치단체의 『조례로의 위임』 요구사항(총 100건)에 대해 해당부처와 협조, 단계적으로 위임조치가 되도록 추진할 필요가 있다.

〈표 5-2-1〉『조례로의 위임』 요구사항 목록(100건)

기관명	제 목	소관부처	근거법령
서울 (12건)	1. 조직·정원의 자율권 이양	행정자치부	지방자치법
	2. 호적사무수수료 징수기준조정권 이양	행정자치부	호적법
	3. 식품진흥기금 운용기준 제정권 이양	보건복지부	식품위생법
	4. 노인복지사업에 대한 시/자치구간 지방비 부담비율 조정권 이양	행정자치부 (보건복지부)	지방재정법
	5. 대기배출시설의 지역환경기준 제정권 이양	환경부	대기환경보전법
	6. 비산먼지 규제대상기준 제정권 이양	환경부	대기환경보전법
	7. 자동차 배출가스 정기검사권 이양	건설교통부	자동차관리법
	8. 도로점용료 산정기준 조정권 이양	건설교통부	도로법
	9. 원인자 부담금 징수기준 조정권 이양	건설교통부	도로법
	10. 재개발 구역지정시 주변영향 조사범위 설정권 이양	건설교통부	도시재개발법
	11. 옥외광고물 표시방법의 지역별 특성화 관리기준 제정권 이양	행정자치부	옥외광고물등 관리법
	12. 건축물의 비상급수설비설치 체계변경 및 비용부담 조정권등 이양	건설교통부 (환경부)	건축법

기관명	제 목	소관부처	근거법령
부산 (6건)	1. 대지와 도로의 관계(규정)완화	건설교통부	건축법
	2. 환경개선비용부담금 징수개선	환경부	환경개선비용부담법 하수도법
	3. 예산 편성 신축성 제고	행정자치부	지방재정법
	4. 주차장 특별회계 운용완화	건설교통부	주차장법
	5. 소방기관 설치권한 위임	행정자치부	소방기관설치에 관한 규정
	6. 도시공원 점용허가의 대상 및 기준	건설교통부	도시공원법
인천 (4건)	1. 전용주거지역내에 제한되는 건축물	건설교통부	건축법
	2. 건축관련 사무위임 불균형	건설교통부	건축법
	3. 일상경비 교부한도액 자율조정	행정자치부	지방재정법
	4. 건설폐기물 수집·운반업의 중간집하장 설치	환경부	폐기물관리법
광주 (5건)	1. 벽보의 표시방법 및 전단의 배분방법	행정자치부	옥외광고물 등 관리법
	2. 공원시설의 설치기준 면적	건설교통부	도시공원법
	3. 지방세 과세면제 등을 위한 조례제·개정시 행정자치부장관 허가폐지	행정자치부	지방세법
	4. 분묘형태의 개선	보건복지부	매장 및 묘지에 관한 법률
	5. 도서관장 사서직으로 임명	문화관광부	도서관 및 독서진흥법
대전 (13건)	1. 기금의 운영관리	행정자치부	지방재정법
	2. 공유재산 무상대부기준의 자율성 보장	행정자치부	지방재정법
	3. 재산평가 유효기간의 탄력적 조정운영	행정자치부	지방재정법
	4. 의료기관 진료과목 표시	보건복지부	의료법
	5. 특정공사 사전신고 대상기준 완화	환경부	소음·진동규제법
	6. 자치기구 설치기준 지방이양	행정자치부	지방자치단체의 행정기구와 정원기준등에 관한 규정
	7. 노외주차장의 주차요금 징수	건설교통부	주차장법
	8. 공유재산의 관리계획 개정건의	행정자치부	지방재정법
	9. 납세완납증명서 등의 발급신청범위 규정	행정자치부	지방세법
	10. 보호지역지정	농림부	축산법
	11. 제조담배소매인 지정	재정경제부	담배사업법
	12. 행정처분기준완화	보건복지부	식품위생법
	13. 과태료부과 기준	행정자치부	민방위기본법

기관명	제 목	소관부처	근거법령
울산 (1건)	1. 하천점용료 징수 및 수익자부담금조례 제·개정 및 인가에 대한 규정조정	건설교통부	하천법
경기 (10건)	1. 재해대책기금의 자율적 적립	행정자치부	자연재해대책법
	2. 주민등록과태료 부과	행정자치부	주민등록법 효적법
	3. 인사위원회의 기능조정	행정자치부	지방공무원법
	4. 중·도예인 최저거래금액관리	농림부	도예시장업무규정
	5. 건축물에 대한 미술장식대상 건축물 확대	문화관광부	문화예술진흥법
	6. 가스사업자에 대한 행정처분기준 법적 근거마련	산업자원부	고압가스안정관리법 액화석유가스의 안전사업관리법 도시가스사업법
	7. 공개공지 등의 확보규정 적용대상지역 구체화	건설교통부	건축법
	8. 권한의 위임	건설교통부	개발이익환수에 관한법
	9. 일정한 지역에 대한 공해업종 입지제한	산업자원부	공업배치 및 공장설립에 관한법
	10. 온천개발계획수립기준 근거마련	행정자치부	온천법
강원 (9건)	1. 광고물 등의 허가 또는 신고①	행정자치부	옥외광고물 등 관리법
	2. 광고물 등의 허가 또는 신고⑧	행정자치부	옥외광고물 등 관리법
	3. 광고물 등의 허가 또는 신고⑨	행정자치부	옥외광고물 등 관리법
	4. 행정처분기준 완화	보건복지부	식품위생법
	5. 해수욕장기본법 제정	문화관광부 (국방부) (건설교통부) (농림부)	군사시설보호법 공유수면관리법 주차장법 건축법 식품위생법
	6. 공공법인 과세면제 및 경감축소		농어촌정비법
	7. 지방자치단체의 기부 또는 보조금 지출제한 완화	행정자치부 행정자치부	지방세법 지방재정법
	8. 식품진흥기금 시·군·구 위임	보건복지부	식품위생법
	9. 레포츠와 관련규정 신설	행정자치부	유선및도선사업법

기관명	제 목	소관부처	근거법령
충북 (8건)	1. 자동차말소등록범위제한완화	건설교통부	자동차관리법
	2. 쓰레기 처리제도	환경부	폐기물관리법
	3. 관할보건소 소속직원 지도감독권의 조례위임 필요	보건복지부 (행정자치부)	지역보건법
	4. 농촌지도소 지소소속공무원(상담소장)복무감독권위임	행정자치부 (농림부)	지방자치단체의 행정기구와 정원기준등에 관한 규정
	5. 폐기물관리법 개정	환경부	폐기물관리법
	6. 문화재보호를 보호구역 지정권위임	문화관광부	문화재보호법
	7. 의용소방대 설치조례 시군에 위임	행정자치부	소방법
	8. 사회복지시설 종사자의 지도감독규정 신설	보건복지부	사회복지사업법
전북 (7건)	1. 주민등록관련 수수료 및 사용료	행정자치부	주민등록법
	2. 생활보호법에 의한 생활보호를 받지 못하는 자의 생활보호지원	보건복지부	생활보호법
	3. 사회복지시설설치에 따른 재단법인 설립허가권한	보건복지부	사회복지사회법
	4. 생활악취 규제기준	환경부	대기환경보전법
	5. 폐기물관리법상 과징금 부과기준	환경부	폐기물관리법
	6. 국토이용관리법상 위반자에 대한 과태료 징수절차	건설교통부	국토이용관리법
	7. 체육시설의 설치·이용에 관한 법위반자에 대한 과태료 부과, 징수	문화관광부	체육시설의 설치·이용에 관한 법
경북 (4건)	1. 생활악취 규제대상기준 강화	환경부	대기환경보전법
	2. 보류지체정기준완화	건설교통부	토지구획정리사업법
	3. 생활폐기물 수집·운반업허가 제한	환경부	폐기물관리법
	4. 미관상 부적합 건축물 설치 제한	건설교통부	건축법

기관명	제 목	소관부처	근거법령
경남 (9건)	1. 공유재산의 범위설정	행정자치부	지방재정법
	2. 사회교육 경비보조 범위 설정	교육부	사회교육법
	3. 농지원부의 작성비치	농림부	농지법
	4. 농지전용신고대상 시설의 범위, 규모의 조정	농림부	농지법
	5. 식품위생법 위반 처분기준의 경감	보건복지부	식품위생법
	6. 식품위생법 위반자에 대한 과태료 부과금액의 차등 적용	보건복지부	식품위생법
	7. 포장폐기물등의 발생억제	환경부	자원의절약과 재활용 촉진에 관한 법률
	8. 대지안에서의 등로설치기준 적용	건설교통부	건축법
	9. 토지형질변경 허가규모	건설교통부	도시계획법 토지형질변경 등 행위 허가기준 등에 관한 규칙
제주 (12건)	1. 면허어장의 시설기준등	해양수산부	수산업법
	2. 어촌계등의 어장관리 및 어장관리규약의 신고	해양수산부	수산업법
	3. 연안어업허가	해양수산부	수산업법
	4. 신고어업	해양수산부	수산업법
	5. 유효낚시터 등의 지정	해양수산부	수산업법
	6. 어장관리에 관한 명령	해양수산부	수산업법
	7. 비어업자의 포획·채취 제한	해양수산부	수산자원보호령
	8. 총허용어획량의 결정 및 관리	해양수산부	수산자원보호령
	9. 여행업등록 기준강화 및 등록업체수 관리	문화관광부	관광진흥법
	10. 골프장등 오수정화시설 방류수 수질기준 강화	환경부	오수분뇨 및 축산폐수의 처리에관한법률
	11. 감귤생산 및 유통의 조정	건설교통부	제주도개발특별법
	12. 초지의 전용허가	농림부	초지법

<출처: 행정자치부, 내부자료, 1998. 9.>

제3절 조례제정권의 범위확대를 위한 제도 개선

1. 법령제개정안에 대한 지방자치단체연합체의 의견 제출 제도화

지방자치단체연합조직이 국가입법과정에 대한 참여주체로 기능하기 위해서는 광역자치단체 및 기초자치단체 단체장 및 의장단협의회가 일정한 수 이상으로 구성되어 대표성을 인정받아야 하며, 그 운영이 민주적인 절차를 거쳐 국민의 공감대를 형성할 수 있는 입법정책적 제안을 할 수 있을 때 제도화 될 수 있을 것이다.

가. 국회 입법과정 참여방안

1) 참여주체와 참여방식

국회입법과정의 참여방안으로써 의견제출의 주체는 지방자치단체 또는 그 연합조직으로 한다. 지방자치단체 또는 그 연합조직은 개별 지방자치단체의 의견 또는 그 연합조직의 합의된 의견서를 국회에 제출하고, 지방자치와 관련된 당해 법률안이 국회 소관상임위원회에 상정되고 의사절차 가운데 심의될 경우, 의안에 대하여 당해 지방자치단체 또는 그 연합조직의 대표자에게 의견을 진술하거나 제출할 수 있는 기회를 부여하도록 의무화한다.

이 때, 유의하여야 할 점은 국회 소관 상임위원회에서의 심의단계에서 당해 법률에 대한 지방자치단체의 의견서를 검토하고 그 대표자의 진술을 듣는 것만으로 그치지 않고 질의·응답 및 토의가 이루어지는 것이 바람직하다. 국회 소관상임위원회의 의안 심의단계에서는 의안을 제출한 정부부처 뿐만 아니라 지방자치단체와도 당해 의안에 관하여 토의가 이루어져야만이 당해 의안에 대한 정부와 지방자치단체의 의견을 구체적으로 파악할 수 있기 때

문에 양자의 의견을 고려한 합리적인 판단이 가능하게 될 것이다.[261] 그러므로 제출된 의견을 존중하는 것만으로는 불충분하다고 해야할 것이다.

2) 국회법 제정방안

가) 입법관련 조문

본 제도를 국회법에서 반영한다면, 상임위원회의 소관을 규정하고 있는 국회법제37조의 다음에 국회법 제37조의1로 제정하는 것이 바람직할 것이다. 그 이유는 지방자치단체나 그 연합조직이 국회에 의견을 제출한 후, 국회의 입법과정에 참여하여 의견을 진술하며 토론할 수 있는 장은 국회의 상임위원회이기 때문이다. 동조에는 국회의 상임위원회에서 지방자치단체가 의견제출할 수 있는 근거규정을 신설하고 의견제안의 범위를 규정하여야 할 것인 바, 조 제목은 「지방자치단체 등의 의견제출과 그 범위」가 될 것이다.

나) 국회법 제37조의1 제1항 신설

제1항에서는 국회 소관상임위원회에 의견을 제출할 수 있는 의견제출 주체를 규정하고 제출된 의견을 소관상임위원회에서 어떻게 취급할 것인지에 대한 처리방식이 규정되어야 할 것이다.

---

261) 예컨대, 1996년 7월 24일, 국회 내무위원회에서는 지방자치의 조속한 정착과 활성화 방안에 관한 토의가 있었다. 이 때, 모 의원은 이러한 논의를 실효성있게 하기 위하여 국회법 제129조에 의거하여 지방자치단체의 대표자 등을 참고인으로 출석시켜 토의할 것을 제안한 바 있다. 이는 국회의원은 소관 상임위원회의 의안심의과정에서 의안에 대한 지방자치단체나 그 연합조직의 의견을 듣고 토론을 통하여 합리적인 판단을 내릴 수 있는 기회를 원하고 있음을 보여주는 것이다.

다) 국회법 제37조의1 제2항 신설

지방자치단체 또는 그 연합조직은 모든 법령의 입법과정에 참여할 수 있는 것이 아니고 동항에 규정된 의견제출범위와 관련된 사항에 대하여 의견을 제출하고 국회의 소관 위원회에서 의견을 진술할 수 있다.

지방자치단체 또는 그 연합조직이 의견을 제출할 수 있는 대상은 지방자치단체 또는 그 연합조직에 의하여 이행되는 사항, 지방자치단체의 재정지출과 관련되거나 지방의 행정조직·권한, 선거, 주민의 권리와 의무에 관한 사항 등으로 한정한다.

국회법 제37조의 1(지방자치단체 등의 의견제출과 그 범위) 신설[262]

① 지방자치에 영향을 주는 법령 또는 기타사항에 관한 의안을 심의하는 경우, 소관상임위원회는 지방자치단체 또는 그 전국적 연합조직에게 의안에 대한 의견서를 제출하고 위원회의 심의 과정에서 토론할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

② 소관상임위원회는 지방자치단체 또는 그 연합조직에 의해 이행되는 사안, 이들의 재정지출에 직접 관계되거나 다음 각 호에 해당되는 법률안에 대하여 지방자치단체 또는 그 전국적 연합조직에게 의견제출권을 부여하여야 한다.

1. 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 사항

2. 특정 지역에만 적용되거나 지방자치단체에 재정적 부담을 주는 사항

3. 지방자치단체가 전적으로 집행하여야 할 사항

4. 지방자치단체의 조직, 권한, 운영, 선거, 경계변경 등 지방자치단체의 존립·유지에 관한 사항

5. 지방자치단체의 소관사무를 법률로써 달리 규정하려는 사항

B. 기타 지방자치단체 권리·의무의 변동을 가져오는 사항

---

262) 김성호 외, 「조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안」, 전게보고서, 1995, p. 234.

나. 정부입법과정 참여방안

1) 정부 입법과정에 대한 의견제출

중앙정부의 각 부처는 매년 추진하게될 법령안 입법계획을 수립한다. 이와 관련하여 법제업무운영규정은 정부의 입법활동에 국민의 입법참여 기회를 확대하고 법령의 실효성을 높이고 효율적인 정책수행을 도모함으로써 국민의 권익증진에 이바지하기 위한 목적으로 대통령령으로 제정된 것인데, 모든 국민의 입법참여를 전제하고 있다는 점에서 획기적인 입법참여 방안이라 할 수 있다. 우선 현행규정을 살펴보면 다음과 같다.

정부 각 부처의 입법계획에는 법령안 별로 입법의 필요성, 내용요지, 추진일정, 예상되는 문제점, 입법으로 얻어지는 효과와 관련 이해단체의 의견을 명시하도록 되어 있다. 또한 법령안 주관 정부 각 부처의 장은 입법계획을 수립함에 있어서 관계기관과 충분한 협의기간을 두도록 하여야 한다고 규정하고 있다(법제업무운영규정 제6조 - 제7조). 또한 법령안 주관기관의 장은 법령안 입안초기단계부터 관계기관의 장과 협의하여야 하며, 당해 법령안을 입법예고할 경우 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 단체나 기타의 자에 대하여 직권 또는 신청에 의하여 입법예고 사항을 통지할 수 있게 되어 있다(동규정 제12조, 제16조).

가장 중요한 것은 누구든지 예고된 정부의 법령안에 대하여 법령안 주관기관의 장에게 서면으로 의견을 제출할 수가 있으며, 법령안 주관기관의 장은 제출된 의견을 분석하여 중요한 사항에 대한 의견의 경우, 그 처리 결과를 법률안 또는 대통령령안의 경우에는 국무회의상정안에 첨부하고, 총리령안 또는 부령안의 경우에는 법제처장에게 제출하도록 의무화하고 있다(동규정 제20조 - 제21조)는 점이다.

2) 현행 의견제출규정상의 문제점

그러나 이와 같은 법제업무운영규정이 지닌 문제점은 동 규정상 지방자치단체 또는 그 연합조직이 정부의 입법과정에서 다른 이해관련 단체와 동등하게 관계기관으로서 법령안에 대한 의견을 제출할 수 있을 뿐이라는데 있다. 즉, 지방의 통치단체이자 국가의 행정기관인 지방자치단체의 입법참여를 별도의 규정으로 보장하지 않고 다른 단체와 같이 취급하고 있다는 점은 개선하여야 할 입법과제라고 본다.

법령안 주관기관의 장이 법령안의 입법예고 사항을 관보에 게재하고 다만, 이해관계가 있는 단체에 통지하는 것을 임의규정으로 두고 있는 바, 동 규정의 효율적인 운영을 위하여 이를 개선하는 것이 더욱 효과적이라고 볼 수 있다.

3) 정부입법과정에 대한 의견제출제도의 개선방향

정부입법과정에 대한 지방자치단체 또는 그 연합조직의 참여는 그 의견을 반영하기 위하여 정부의 법령안 입안초기단계부터 지방자치단체 또는 그 연합조직과 의무적으로 협의하여야 하며, 제출된 의견은 반드시 소관부처에 통보하여 그 처리결과를 통보받을 수 있는 체계가 제도적으로 마련되어야만 이 실효성을 담보받을 수 있을 것이다.

이와 같이 정부입법과정에 대한 지방자치단체 또는 그 전국적 연합조직의 참여가 유효하게 기능하기 위해서는 정부가 입법 관련 정보와 입법예고한 법령안 및 지방자치단체 또는 그 연합조직의 의견제출대상 법령안을 가능한 한 빠른 시일 안에 지방자치단체 또는 그 연합조직에 전달할 것을 의무화해야 할 것이다. 또한 이에 대한 지방자치단체 또는 그 연합조직, 관련 단체의 의견도 역시 제한된 시간 안에 법령안 주관기관에게 제출되어야 할

것이다. 이를 위하여 지방자치단체의 전국적 연합조직은 입법개선 현안과제에 대하여 관련 지방자치단체의 의견을 사전에 협의·조정·취합해 둘 필요가 있다.

이것과는 별도로 지방자치단체 연합조직은 법령 등의 집행에 있어서 현실적인 운영경험 등에 기초하여 현행 법령의 문제점에 관한 정보를 관계 정부부처 및 국회 소관위원회에 적극적으로 제공하는 노력도 필요하다.[263]

2. 자치사무의 범위 확대

가. 기관위임사무의 대폭 정리

기관위임사무 그 자체는 국가의 사무로서 유보하면서 그것을 국가기관의 장에게 위임하는 것이기 때문에, 그 관리·집행에 대하여 장을 국가의 강한 통제·감독 아래 둠과 동시에, 지방자치의 본질에 근거하여 지방자치단체에 보장되어 있는 자치권이 기관위임사무에 대해서는 대폭 제약되어 있는 것이 현행법제의 특징이다. 기관위임사무는 지방자치권을 침해하는 제도이기 때문에 그 폐지 내지는 대폭 축소를 논하는 견해가 유력하다.[264] 이를 통하여 자치사무의 확대가 필요하다.[265]

기관위임사무는 전국적 통일성·공평성의 확보, 국가와 지방사무의 공동처리의 필요성, 국가가 일선행정기관을 지속적으로 신설하는 것이 비효율적이

263) 김성호, 「지방자치단체의 국가정책결정참여방안」, 한국지방행정연구원, 1997, pp. 107-102.

264) 晴山一穗, "機關委任事務," 「行政法の爭點」, 東京:ジュリスト增刊, 1990. 5, p. 123.; 室井 力, 前揭書, p. 162.

265) 김성호, 「지방의회의 입법권에 관한 연구」, 법학박사학위논문, 1994, pp. 186-191.

라는 등을 이유로 적극적으로 활용되어 왔다. 원래 기관위임사무는 지방자치단체의 사무를 국가에 유보하면서, 그 지휘·감독 아래 지방자치단체의 기관을 통하여 집행시킨다고 하는 중앙집권적 성격이 강한 제도이며, 이러한 성격은 현재까지도 기본적으로 변하지 않고 있다. 따라서 현행 기관위임사무제도는 기본적으로는 폐지 내지 대폭축소의 방향으로 검토하되, 전국적 통일성·공평성의 확보와 지방사무의 공동처리에 대해서는 기관위임방식과는 다른 방식으로 해결하여야 할 것이다.[266]그러므로 기관위임사무의 신설은 엄격하게 규제하고 현재의 기관위임사무는 사무배분의 원칙과 기준에 따라 정리하고 그 합리화를 추진해 나가야 할 것이다.

나. 기관위임사무의 정리 대안

1) 제1안: 기관위임사무의 대폭적인 이양

우리나라의 현행 사무구분 즉, 자치사무, 단체위임사무, 기관위임사무를 그대로 인정하고 다만 기관위임사무를 사무배분원칙과 기준에 따라 정리하는 방안이다. 기관위임사무의 정리는 법령제개정을 요하는 것이 대부분이기 때문에 소관 부처와의 협의가 무엇보다 중요하다. 이러한 점에서 기관위임사무의 정리는 소관부처의 이해관계와 직접 관련되는 사무가 많기 때문에 합의가 쉽지 않아 지방이양추진위원회를 통하여 처리하는 것이 효과적일 것이다.

266) 일본에서는 1999년 8월 지방분권위원회가 마련한 일괄법개정안을 국회에 제출하면서 기관위임사무를 폐지하고 이를 대폭 자치사무로 이양하였으며 나머지를 대부분 법정수탁사무로 전환하였다(晴山一穗, 前揭論文, p. 123.).

2) 제2안: 기관위임사무제도의 폐지

기관위임사무제도의 폐지는 일본의 사례에서 시사점을 찾을 수 있다. 일본의 기관위임사무가 지녔던 문제점과 폐지의 사유를 살펴보면 다음과 같다.[267]

첫째, 기관위임사무 제도는 지방자치단체의 집행기관, 특히 지사 및 시정촌장을 국가의 기관으로 하고, 단체장에게 국가의 사무를 위임해 집행시키는 구조이다. 메이지 시대의 구시제·정촌제 하의 지방 제도에 있어서 지방자치단체인 시정촌의 장을 국가의 지휘 감독 하에 두는 방식으로 제도화된 것이다. 기관위임사무는 지방자치법 별표에 법률로 열거되고 있는 561(도도부현 379, 시정촌 182)개 항목에 이르며, 이는 도도부현이 처리하는 인허가의 80%, 시정촌이 처리하는 인허가의 30~40%를 차지하고 있는 실정이었다.

둘째, 기관위임사무의 집행에 대해서는 지사는 주무 대신의, 시정촌장은 국가의 일선기관으로서 지사의 지휘·감독을 받고 있으며, 지방의회와 지방자치단체의 감사위원에 의한 체크 기능도 제한되는 등, 기관위임사무 제도는 일본의 중앙집권형 행정시스템의 핵심적 제도가 되었다.

셋째, 기관위임사무 제도는 주민의 선거로 선출된 지사와 시정촌장을 국가의 하부 일선기관으로 간주하고 국가의 사무를 위임하여 집행시키는 구조이기 때문에 다음과 같은 다양한 폐해가 생겨났다.

① 주무 대신이 포괄적·권력적인 지휘 감독권을 가짐에 따라 국가와 지방자치단체를 상하·주종관계로 간주하고 있다.

② 지사, 시정촌장에게 지방자치단체의 대표자로서의 역할과 국가의 지방일선행정기관으로서의 역할을 이중으로 부과하고 있어 지방자치단체의 대표자로서의 역할에 철저할 수 없다.

---

267) 地方分權推進委員會, 第1次-第4次報告(中間報告), 地方分權推進委員會, pp. 368-369

③ 국가와 지방자치단체간의 행정 책임의 소재가 불명확하고 주민이 이해하기 어려울 뿐만 아니라 지방행정에 주민의 의사를 충분히 반영시킬 수 없는 구조로 되어 있다.

④ 기관위임사무의 집행에 대해서, 국가가 일반적인 지휘 감독권에 기초를 두고 관여함에 따라 지방자치단체 지역의 실정에 맞는 재량적 판단 여지가 협소할 뿐만 아니라 국가와의 사이에서 협의, 신청, 인허가, 승인 등의 사무를 부담하는 것이 되고 많은 시간과 비용의 낭비를 초래하고 있다.

⑤ 기관위임사무 제도에 의해 도도부현 지사가 각 성·청을 대신해 종적으로 시정촌장을 폭넓게 지휘·감독한 결과, 국·도도부현·시정촌의 관계가 상하·주종 관계에 의한 경직적인 행정시스템이 전국·획일적으로 구축되고, 지역에 있어서의 종합행정에 방해가 되고 있다.

넷째, 지방분권추진법의 취지에 따라 국가와 지방자치단체와의 관계를 근본적으로 개선하고 지방자치의 본지를 기본으로 하는 대등·협력의 관계로 하는 행정시스템으로 전환시키기 위해서는 기관위임사무 제도 그 자체를 폐지하는 결단을 해야 할 것이다. 국가와 지방자치단체가 국민복지의 증진을 위하여 서로 협력하는 관계에 있는 것은 물론이지만, 지방분권을 근본적으로 추진하기 위해서라도 기관위임사무 제도를 폐지하고, 국가와 지방자치단체와의 역할분담을 명확하게 함으로써 양자간의 조정은 기본적으로 국가가 우월적인 지위에서는 행정통제에 의할 것이 아니고 공정하고 투명한 입법 및 사법 통제에 가능한 위임하여야 할 것이다.

이상과 같은 이유와 방식으로 수행된 일본에서의 기관위임사무의 폐지는 우리에게 시사하는 바가 크다. 우리나라에서도 근본적인 지방행정개혁을 추구할 의지가 있다면 제2안을 선택하여 추진하는 것도 그 방안이 될 수 있을 것이다.

다. 국가관여의 축소

1) 현행법상 국가의 관여수단

지방자치법상 지방자치단체에 대한 국가관여의 수단은 조언, 지원, 시정명령, 감사권, 재의요구, 제소, 보고, 승인, 직무대행자 지정, 지방자치단체조합 설립명령 등이 있다.

사무배분은 권한을 배분하는 것이기 때문에 사무수행에 있어서 자치단체의 자율성이 보장되고 있다. 그러나 국정의 통합성과 개별법의 입법취지에 의해서 지방자치단체가 의무적으로 행·재정적인 절차를 밟아야 하는 사무가 있다. 또한 권한을 이양하였다고 해도 지방자치단체가 결과를 산출해야 할 의무가 부과되는 사무가 있다. 일반적으로 사무배분에 의해서 자치단체에게 부과되는 책임소재와 국가의 관여성격은 다음과 같이 분류된다.

2) 국가관여의 문제점

현행법상 국가의 행정청에 의한 국가관여의 문제점은 다음과 같다.

첫째, 지방자치단체에 대한 국가의 관여관할청에 관한 일관성 있는 규정이 결여되어 있다. 둘째, 지방자치단체는 종합행정기관이므로 사무와 관련된 관할 중앙부처가 개별법에 의하여 관여를 정하고 있어서 상당수의 분야에서 관여가 중복되고 있으며, 관할 중앙부처간 이해대립으로 지방자치단체가 어려움을 겪을 수 있다. 셋째, 지방자치단체에 대한 효율적인 국가관여를 위한 체계적이고 전문적인 국가관여방식이 제도화되어 있지 않고 있다.

3) 국가관여의 범위

국가가 지방자치단체에 대해서 관여권을 가진다는 것은 필요로 하는 모

든 관여수단을 행사할 수 있다는 의미는 아니다. 행정의 법률유보 원칙은 지방자치단체에 대한 국가관여의 경우에도 적용된다. 따라서 적어도 지방자치단체의 자치권을 침해하는 관여수단의 행사를 위해서는 반드시 그러한 관여수단의 행사에 근거한 수권규정이 있어야 한다. 관여 중앙행정부처는 법률에 규정된 관여수단을 법률이 규정한 요건 하에서만 행사할 수 있다. 예컨대, 지방자치단체가 처리한 위임사무의 법적 효력을 직접 변경시키는 취소, 정지권의 행사, 대집행권의 행사 등에는 법적 근거를 요한다. 왜냐하면 그러한 관여수단의 행사는 법률에 근거해서 지방자치단체에게 위임된 사무의 권한을 변경하는 것과 동일한 효력을 갖기 때문이다. 또한 이외의 관여수단도 관여권의 합리적인 행사와 통일을 위하여 법률로 규정함이 바람직하다.

국가관여의 허용범위는 다음과 같다.

첫째, 이양사무에 대한 국가의 관여범위는 불가피한 경우에 한하여 법으로 정하고 여기에서 허용된 최소한도에 그치도록 한다.

둘째, 지방자치단체의 사무집행에 관하여 국가는 허가, 인가, 승인 등 관여나 기관, 직원 관련 필치규제를 하고 있는데 이는 국가의 통일적이고 공평한 행정서비스수준을 유지, 달성하기 위하여 설계된 제도이다. 그러나 이것이 지나치면 지방자치단체의 사무처리의 자주성, 종합성, 효율성을 저해하고 사무의 간소화 요청에도 반하기 때문에 필치규제는 적극적으로 완화하여야 할 것이다.

4) 국가관여 관청간의 관계와 국가관여의 수단

국가관여는 첫째, 지방자치법에 관여관청에 관한 일반적인 규정을 두고, 둘째, 관여의 중복성을 피하기 위하여 감사원의 지방자치단체의 사무에 관한 감사권을 규정한 감사원법 제24조 제1항 제2호를 지방자치단체가 처리하

는 국가사무에 한정하고 자치사무에 관한 감사원의 관여는 회계의 감사에 한정한다.

그렇다 하더라도 지방분권과 아울러 국가의 통합성 역시 중요한 가치이므로 관여관청으로서의 시, 도지사와 행정자치부장관의 관계는 상, 하관계로서 상급관청인 행정자치부장관은 시, 도지사에게 시, 군, 구의 관여에 대하여 지시권, 조사권을 행사할 수 있으며, 시, 도지사는 이에 응하여야 한다. 시, 도지사가 행하는 국가의 업무는 소위 말하는 기관위임사무에 속한다.

그러나 지방자치단체의 자치권을 보장하고 지방자치단체에 대한 국가관여의 한계를 명확하게 하기 위해서는 국가관여의 기준을 별개의 조문으로 정하고 모든 관여수단에 적용될 수 있도록 한다. 이를 위해서는 관여수단의 배열에 있어서 비례의 원칙을 명확히 하기 위하여 자치권에 대한 침해의 강도가 낮은 관여수단으로부터 강도가 높은 관여수단의 순으로 체계화하고 이를 법정화할 필요가 있다.[268]

3. 입법원칙으로서의 사무배분원칙과 기준적용

가. 필요성

지난 50년 동안 중앙집권적 국가행정체제를 유지하기 위하여 제정된 법령이 남아 있어 법령에 위반하지 않는 자치입법 범위의 확보란 사실상 지극히 제한될 수밖에 없다. 현실적으로 국회는 입법권을 행사함에 있어서 정치

268) 이기우, 「지방자치단체에 대한 국가의 감독방안」, 한국지방행정연구원, 1990. pp. 59-64.

적·당리당략적·각종 로비로 인하여 입법미비·입법지체가 빈발하고 있어, 입법의 중요성·시의성 그리고 폭증하는 입법수요에 효율적으로 대처하지 못하고 있음에도 불구하고 국회에 입법권을 전속시키고 있다. 현행 입법체계상 국회는 전속적 법률입법권한을 행사하고 지방의회는 조례입법권한이 헌법상 수권되어 있음에도 불구하고 지극히 제한된 범위 안에서 조례제정권을 행사하고 있다. 이는 지방의회의 입법권을 보장하고 있는 헌법상의 취지로나 국가의 장래를 고려해 볼 때 적절하지 않다. 따라서 우리나라의 지방의회는 주권이 실정적으로 보장하고 있는 헌법상의 조례제정권을 가지므로 국회전속적 입법소관사항을 제외하고는 폭넓은 입법권한이 보장되어 있다고 보아야 한다.

우리나라의 경우, 중앙집권시대에 제정되었던 법령이 대부분 그대로 유지되고 있음으로 인하여 본격적인 지방자치시대에 어울리지 않는 법령이 지방자치제도의 발전을 가로막고 있다. 따라서 이에 대한 인식의 전환이 있어야만 국회와 지방의회의 역할정립에 따라 입법권이 배분되고 국가와 지방의 창의력을 제고하여 국가발전에 기여하게 될 것이다. 이를 위해서는 국가의 입법원칙과 국가-지방자치단체간 역할분담원칙의 정립이 필요하다. 입법소관사항은 법률과 조례의 제정범위를 한정할 뿐만 아니라 국가와 지방자치단체간 권한 및 역할분담의 주요한 기준이 된다.[269]

나. 국가의 입법원칙

○ 지방자치단체의 행정에 관한 법률은 지방자치의 본지에 적합하고 국가·지방자치단체의 역할분담 원칙에 따른 것이어야 한다.

○ 국가는 국민의 권리·의무에 관한 사항에 대해서는 지침 등에 의하지 않고 법률로 정

269) 地方分權委員會, 地方分權推進委員會 第1-4次 勸告, 前揭書, pp. 3-4.

한다.

○ **국가는 자치사무에 대하여 법률로 기준 등을 정하는 경우에는 지방자치단체가 각각의 지역의 특수성에 대응할 수 있도록 하기 위해서 직접 조례에 위임하거나 조례로 기준 등을 부가 또는 완화하며 복수의 기준을 선택할 수 있도록 배려하여야 한다. 또한 법률과 조례와의 저촉을 쟁송수단에 의해 해결하기 위한 방안을 검토한다.**

우리나라가 역사적 변혁기를 맞이하여 세계사 속에서 그 역할을 담당하고 존립과 번영을 지속적으로 유지해 나가기 위해서는 다가올 21세기에 적합한 국가경쟁력의 강화를 위하여 개발시대를 이끌어온 현행 중앙집권적 국가행정체제를 과감하게 개선하고 이를 위해 국가와 지방자치단체의 관계를 근본적으로 개선하여야 할 것이다.

중앙정부가 시시각각 변하는 세계적 규모의 문제에 적극적으로 대응하면서 책임있는 역할을 수행하려면, 국내적인 문제는 지방자치단체에 맡기고, 외교·안보 등 세계화에 능동적으로 대처하는 데 모든 입법적·행정적·재정적 역량을 효과적으로 투입할 수 있는 행정체제를 확립하는 것이 급선무이다. 따라서 국회는 국내적·지방적 문제보다는 세계적·전국적 및 통일을 대비하여 효율적으로 입법권을 행사하고 지방의회의 입법소관사항에 대하여는 입법을 자제하는 것이 헌법상 입법권을 배분한 취지이다. 따라서 행정의 효율성 확보와 국가경쟁력 강화를 뒷받침하기 위해서는 입법권의 배분을 통하여 입법의 효율성을 제고하는 것이 세계적 추세이며 우리가 지향하여야 할 방향이다. 그러기 위해서는 지역에 관한 행정을 주체적으로 담당해야 할 지방자치단체는 광범위한 행정사무를 일괄하여 대응할 수 있는 체제 (기획·입안·조정·실시 등)로 전환되어야 할 것이고, 지방의회는 주민들의 생활불편이나 민원사항을 신속하게 해결해 줌으로써 신뢰를 제고하여 지방자

치의 존립목적을 달성할 수 있도록 입법적 대응태세를 갖추어야 할 것이다.

다. 입법원칙 적용실태 의견조사결과

전문가집단은 조례의 입법범위와 관련하여 헌법에서 주민복리, 재산관리, 자치입법 등 자치사무를 조례의 입법소관으로 규정하고 있음을 감안하여 국회와 정부가 자치사무에 관한 한 대강법 또는 전국적 통일을 기하는 사항 이외에는 자치사무 입법을 자제해야 한다는 의견에 83%가 동의를 나타내었다[270] 이러한 의견은 법조계와 비교하여 특히 공법학 교수들에게서 강하게 드러나는데 약 90%가 중앙정부의 자치사무에 대한 입법자제를 바람직한 것으로 보고 있어 법조계와 25%의 차이를 나타낸다. 이는 곧 국회가 자치사무에 관한 무분별한 입법을 자제하도록 제도화하기 위해서는 이상과 같은 입법원칙이 반영되어야 할 필요성을 보여준다.

라. 적용되어야 할 입법원칙

앞으로 법령을 제개정할 경우에는 중앙권한의 지방이양에 관한 법률상의 원칙과 지방자치법상의 입법원칙과 기준에 따라 입법하여야 할 것이다. 중앙권한의 지방이양에 관한 법률에 규정된 사무배분의 원칙으로는 다음과 같다[271]

⑦ 자치사무독자처리의 원칙

---

270) 관련설문항은 다음과 같다. 선생님께서는 헌법에서 주민복리, 재산관리, 자치입법 등 자치사무를 조례의 입법소관으로 규정하고 있음을 감안할 때, 국회와 정부는 자치사무에 관한 한 대강법 또는 전국적 통일을 기하는 사항 이외에는 자치사무 입법을 자제해야 한다고 생각하십니까?

271) 김홍대, 「지방자치입법론」, 서울: 박영사, 1999, pp. 92-94.

지방자치법 제9조 제2항 각호에서 지방자치단체의 사무로 열거하고 있는 사무(6개군 57개 단위업무)는 가능한 한 그 지방자치단체에서 독자적으로 처리하도록 한다는 원칙이다. 너무 당연한 원칙이나 종전에는 동항 단서에 의하여 다른 개별법에서 예외를 규정한 경우에는 그 개별법이 우선하도록 인정하고 있기 때문에 각 개별법의 주관 중앙행정기관은 일단 자기 권한으로 규정하고 시혜적으로 지방에 위임하던 관행을 유지하여 오고 있었다. 따라서 자치사무 독자처리의 원칙은 이를 반성하고 앞으로는 지방자치법상의 자치사무로 분류된 사무에 대하여는 예외를 인정하지 아니하겠다는 강력한 의지가 담겨져 있으며, 경우에 따라서는 이 자치사무의 지방자치단체 귀속을 위하여 개별법을 개정하라는 강력한 메시지를 전달하고 있다.

◎ 지방의사존중의 원칙

이는 지방자치단체의 의사를 존중한다는 원칙이다. 중앙의 권한을 이양하거나 배분을 할 때 각 지방자치단체의 특수한 사정을 고려하지 아니하고 획일적으로 처리하여서는 아니되며 당해 지방자치단체의 의견을 사전에 청취하여 이를 반영하여야 하고 중앙행정기관의 장이 그 이양 받은 사무의 원활한 처리를 위하여 행정적·재정적 지원을 함에 있어서도 그 지방자치의 의견을 들어야 한다.

◎ 일괄이양의 원칙

지방자치단체가 이양받은 사무를 자주적인 결정과 책임아래 처리할 수 있도록 이양되는 사무와 관련되는 일체의 사무를 가능한 한 동시에 이양하도록 하는 원칙이다. 동일한 집행업무라 하더라도 일손이 많이 들거나 민원인과 마찰이 예상되는 업무는 현장에서 처리할 전형적인 집행업무의 성격이라 보고 자치 고권적이고 재량적인 일부업무를 중앙행정기관이 직접수행하는 사례가 없도록 일괄이양의 원칙을 규정함으로써 집행기관의 업무처리의

연계성 및 능률성을 확보하도록 하였다.

⑫ 사무배분기준존중의 원칙

지방자치단체간의 사무배분의 기준을 준수하도록 하고 있는 원칙이다. 기초자치단체 우선배분의 원칙에 입각하고 있는 것과 같은 취지이며, 이는 헌법 제 117조 제1항에 규정된 주민복리증진이라는 자치사무의 인정 취지에도 부합되는 내용이라 할 수 있다.

⑬ 역이양의 원칙

지방자치단체의 여건이나 능력 등 특수성을 고려하지 아니하고 획일적으로 이양할 것이 아니라 기초자치단체의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 그 업무의 성격상 상급자치단체(시·도)나 중앙행정기관에서 처리하는 것이 합리적인 사무는 이양 또는 배분의 대상에서 제외하거나 이양사무의 환원결정을 요청할 수 있도록 하는 원칙이다. 지방자치단체의 여건상 중앙행정권한을 이양받을 수 없다고 판단되는 경우에는 그 지방자치단체를 제외하고 이양할 수 있도록 신축성을 부여하고 있으며 또한 이미 지방자치단체로 이양된 사무가 그 업무의 성격, 사회일반에 미치는 영향, 지방자치단체의 사무수행능력 등을 고려하여 지방자치단체보다 중앙행정기관에서 처리함이 합리적이라고 인정되는 경우에는 위원회에 이양사무의 환원결정도 요청할 수 있다.

⑭ 최소감독의 원칙

중앙행정기관의 장은 지방자치단체에게 이양한 사무에 대하여 중앙행정기관의 감독을 최소한의 범위로 제한하는 조치를 취해야 하며 그 사무를 처리함에 있어 전국적인 통일을 기하기 위한 사무처리기준을 마련할 필요가 있는 경우에는 법령에 직접 규정하거나 법령의 위임을 받아 그 기준을 외부에 알리도록 함으로써 중앙행정기관의 자의적 통제를 억제하고 사무감독의 객관성 및 투명성을 확보하도록 한 원칙이다.

이상과 같은 원칙 외에도 자치법상 기초우선의 원칙, 불경합의 원칙이 정립되어 있으며, 국가사무와 광역자치단체 그리고 기초자치단체의 사무가 법정되어 있다. 이러한 사무배분의 원칙과 기준이 법령제개정에 충실하게 반영된다면 조례제정권의 범위는 상당한 정도로 확대될 수 있을 것이다.

4. 조례의 사법심사제도 개선

가. 조례안 일부무효판결제도 도입

대법원은 조례안의 일부무효는 곧 전부무효가 된다는 논리를 취하고 있으나, 이는 모순이며 설득력도 부족하다. 바로 이 논리에 의해 중요하고도 필요한 대부분의 조례가 무효화되었다. 따라서 문제가 된 조례의 일부분이 당해 조례의 존립을 좌우하는 본질적 부분인지의 여부에 따라 달리 평가하여야 한다. 위법인 부분이 본질적 부분이 아닌 한 그 부분을 제외한 나머지의 조례로써 존속가치가 있다면 이 때에는 전부무효가 아닌 일부무효의 판시만 하는 것이 타당하다. 그럼으로써 조례제정을 위한 의회와 집행기관 및 주민 등의 각고의 노력을 무위로 만들지 않을 수 있다.

이러한 논리는 대법원이 지방자치법 제98조 제3항의 표현 그대로 '재의결된 사항'인 조례안을 소의 대상으로 하지 않고 일본판례와 같이 '재의결'을 소의 대상으로 하여 이를 무효라고 한 것과 맥을 같이 한다. 대법원의 논리대로 재의결을 무효로 하게 되면 재의결의 결과물인 조례는 당연히 전부무효가 되고, 따라서 일부무효는 전부무효라는 논리를 이끌어낼 수밖에 없는 것이다. 그러나 법문 그대로 재의결된 사항인 '조례안'을 대상으로 하게 되

면 전부무효를 선언할 수도 있고 조례안의 일부 조항을 무효라고 할 수도 있다. 이것은 새로운 자치소송의 등장에 따른 해결을 일본판례에 의존한 결과이다. 사법부는 일본판례에의 의존과 추종에서 벗어나 조례안의 일부무효를 인정함으로써 조례의 존속가치를 높일 필요가 있다.[272]

나. 조례의 사법심사기관의 변경

우리나라의 지방자치행정은 원칙적으로 대표민주제가 채용되고 있기 때문에 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체상호간, 또는 지방자치단체의 집행기관과 의결기관 사이에 때때로 이해의 대립과 긴장관계가 발생하고 있다. 이러한 대립은 정치적 수단에 의해 조정되거나 소송제도에 의하여 해결되는 경우가 적지 않다. 예컨대, 지방자치행정과 관련하여 객관소송 중에서 「기관소송」이 폭넓게 인정되고 있는 것은, 국가와 지방자치단체간의 관계를 행정조직 내부관계로 간주하여 이를 단순히 조직법상 상하관청 간의 관계로 볼 수 없기 때문에 사법기관이 중재하도록 한 것이다.

이는 바로 지방자치단체에 대한 국가의 부당한 관여에 대해 법원이 자치권 보장 및 중재와 조정의 역할을 담당한다는 것을 의미한다. 특히 조례의 사법심사에 관해서는 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저하게 해한다고 판단될 때에는 재의결을 요구할 수 있고, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있도록(지방자치법 제159조 제1항과 제3항) 규정하고 있다.

문제는 대법원에서 조례에 대한 규범통제권을 갖는 것이 타당한가 하는 것이다. 조례의 위법성에 관한 사법판단은 지방의회의 일반적 의결사항과

272) 신봉기, "우리나라 지방자치제도의 문제점과 그 개선책, New Life", 「지방자치특집」, 1999. 9, pp. 56-58.

달리 규범통제에 해당되어 당해 법령의 적헌성이 전제되었을 경우에 타당하므로 위법성뿐만 아니라 당해 법령이 헌법이 보장하고 있는 지방자치권의 본질을 침해하고 있는 지에 대한 여부가 동시에 관단되지 않으면 안된다. 그러나, 1991년 이후로 조례에 대한 사법심사는 위법성심사에 국한되어 소수의 사건을 제외한 대부분의 조례가 위법한 것으로 관결되었다. 따라서 조례의 위법성 관단은 법률의 적헌성을 동시에 고려하여야 하므로 조례의 사법심사를 위법성 심관에 국한시키고 대법원을 사법심사의 주체로 규정하고 있는 지방자치법 제159조 제3항은 논의의 여지가 있다.

이상과 같이 조례는 단순히 법률과 조례의 하위규범이 아니라 헌법이 보장하고 있는 자주법규범이자 의회입법이라는 점에서 법단계상 법률과 같은 지위와 효력을 가지는 법규범이다. 다만, 제정주체, 적용대상, 적용범위 등에서 차이가 있을 뿐이다. 따라서 자주법인 조례를 법령수권설의 관점에서 법률의 위임에 의하여 제정되는 명령의 하위법규범으로 간주하는 것은 법리상 무리가 있다. 이러한 시각에서 본다면, 조례의 사법심사주체를 대법원으로 규정하고 그 위법성을 심사하는 것은 조례의 법단계상의 지위와 헌법상 보장된 자주입법의 법적 성격을 간과한 것으로 보인다. 권한쟁의의 관점에서는 의회입법의 규범통제기관이 조례의 사법심사주체가 되어야 한다는 점에서 다음과 같은 이유로 그 사법심사주체의 변경이 요구되고 있다.

첫째, 주민의 직접선거에 의하여 선출된 지방의회의원들이 제정한 조례는 지방의 정치적·행정적 선택과 통합의 산물이다. 지방의회의 통합된 정치적 의사는 조례형식으로 결실되고 이에 따라 주민의 권리와 의무가 결정되므로 조례는 주민자치의 실현을 위한 불가결의 법적 수단이다. 따라서 의회입법인 조례가 법률의 위임이나 수권에 따라 제정되는 명령·규칙의 사법심사기관인 대법원에서 그 위법성을 관단받는 것은 법논리상 문제가 있다.

그 이유는 위헌법률심사권은 헌법재판소에 있고, 명령규칙처분의 심사권은 대법원에 있기 때문에 조례의 위법성을 입증하기 위해서는 당해 법령의 합헌성이 전제되어야 하므로 현행 헌법규정상 의회입법인 법률의 합헌성은 헌법재판소에, 행정입법인 명령의 합헌성은 대법원에서 구하는 것이 타당하다. 따라서 조례는 위임입법이 아니라 자주입법으로 의회에서 정치적 의결과정을 거쳐 제정되므로 행정입법과 구별되는 정치적 법규범이다. 헌법에서 대법원의 규범통제대상 법규범에서 조례를 제외한 이유도 바로 이 때문이라 여겨진다. 이러한 점에서 조례의 위법성 심사주체를 대법원으로 규정하고 있는 지방자치법 제159조 제2항은 의회입법과 행정입법의 사법심사주체를 달리 규정하고 있는 헌법취지에 적합하지 않으므로 법논리상 타당하지 않다.

둘째, 지방의회가 제정하는 조례는 법령의 범위안에서 자치에 관한 포괄적인 입법범위를 보장받고 있기 때문에(헌법 제117조 제1항) 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받는 사항과 법률의 집행을 위하여 필요한 사항에 관하여 제정되는 대통령령(헌법 제75조)이나 법률 혹은 대통령령의 위임 또는 직권에 의하여 제정되는 총리령이나 부령(헌법 제95조)과는 제정주체나 제정범위·그 민주적 정당성에 있어서 확연히 구별되는 법규범이다. 이는 조례가 행정입법이라기보다는 오히려 의회입법인 법률에 준하는 법규범으로서의 성격을 가진다는 것을 의미하며, 다만 법률과 다른 점은 규율대상과 범위에서 차이가 있을 뿐이다. 이러한 점에서 조례를 위임입법과 동일시하여 그 규범통제권을 대법원에 맡긴 것은 논의의 여지가 있다. 즉, 법률 이외의 모든 명령·규칙과 의회입법인 조례까지 대법원의 사법심사에 포함한다고 보는 해석은 헌법의 취지를 확대해석한 것이다. 이를 헌법의 법문에 맞도록 충실하게 해석한다면, 대법원의 규범통제대상은 행정입법에 한정된다고 보아야 한다.

규범통제제도는 당해 법규범의 위헌 혹은 위법여부를 심사하여 위헌법규범의 효력을 상실시킴으로써 헌법의 최고규범성을 지키는 헌법재판의 가장 핵심적인 제도이다. 규범통제가 객관적 법질서보호를 중요시하는 이상, 헌법이 행정입법에 대한 사법심사주체를 대법원으로 규정하고, 대의민주주의의 원칙에 입각하여 지방의회에서 제정되는 조례를 그 대상에서 제외한 것은 조례를 행정입법과 구별하고 의회입법인 법률이 준하는 법규범으로 간주한 것으로 볼 수 있다.

조례는 민주적 정당성을 가진 법률에 준하는 의회입법이므로 입법취지상 조례의 위법성 심판은 당해 조례의 위법성을 규정하고 있는 법령이 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질을 침해하고 있는 지에 대한 여부가 동시에 판단되어야 하므로 조례가 법률에 준하는 민주적 정당성을 가진 법규범으로서 의회입법임을 고려한다면 사법심사주체는 헌법정신에 따라 법률에 대한 규범통제권을 가진 헌법재판소이어야 함이 마땅하다. 또한 헌법 제107조 제2항과 헌법 제111조 제1항의 규범통제 대상을 형식적인 법규범으로 간주한다면, 조례의 사법심사주체는 누락되는 결과를 초래하므로 헌법에 규정된 위헌심사의 대상인 법률에는 동일한 의회입법인 조례를 포함한다고 보는 것이 법논리상 타당하다.

5. 법무행정제도 개선

가. 법무지원 행정체제 구축

자치입법의 활성화를 위해서는 지방자치단체, 특히 지방의회의 자구노력

이 필요하다. 무엇보다도 조례제정권의 범위에 관한 법령의 규정과 판례의 동향을 면밀히 분석하여 그 한계를 넘지 않도록 만전을 기해야 할 것이다. 이처럼 지방의회는 헌법 및 지방자치법에 따른 조례입법권의 법적 한계를 존중하면서 각 지역의 특수성을 최대한 반영할 수 있는 입법적 대안을 다양하게 모색할 필요가 있다. 아울러 자치입법의 독자성과 전문성을 살려나가기 위한 행·재정적 지원체제의 구축에도 소홀함이 없어야 할 것임은 물론이다.

이를 위하여 첫째, 지방자치단체 공무원의 법제의 입안·심사능력을 강화할 필요가 있다. 이를 위해서는 전문성을 가지고 있는 행정자치부와 법제처의 법률교육을 내실화하고 정기화할 필요가 있다. 둘째, 지역의 전문가들과 네트워크를 구성한다. 셋째, 지방자치단체의 법무담당 공무원에 대한 인사상의 특권부여를 고려할 수 있다.

나. 지방의회전문위원의 자격요건 강화와 그 직무의 법제화

1) 필요성

현행 지방자치법 제12절에서는 사무기구와 직원에 관하여 규정하고 있다. 그러나 지방의회의 효율적 입법보좌를 위한 전문위원에 관한 규정은 각 지방자치단체의 사무처(국·과) 직제규칙 혹은 조례 가운데 하부조직 규정 중에서 '전문위원은 위원회의 의사를 심사하고 의사진행을 보좌한다'라고 간략하게 규정되어 있다. 따라서 전문성이 요구되는 전문위원의 임용자격요건이나 그 직무가 구체화되어 있지 않아 입법 또는 법제심사 전문성이 높지 않은 실정이다.

지방의회의 의회직 공무원 중 의원의 의정활동 및 입법활동의 보좌를 위하여 임용되는 전문위원은 일반직과 별정직으로 보임되어 있다. 이 가운데

일반직 공무원은 집행기관과 협조관계를 잘 유지하고 있는 사람도 있으나 집행기관으로부터 의회 쪽 사람으로 간주되어 모든 정보로부터 차단되는 경우도 있고, 반면에 의원들은 이들을 언제든 집행기관으로 돌아갈 사람으로 간주하여 신뢰하지 않는 경향도 있다. 또한 조례의 제정범위와 관련된 예민한 조례안의 경우, 유권해석을 내리고 의원을 설득할 만한 법제적 소양이 부족한 전문위원은 의원들을 위한 입법서비스 및 의정보좌 요구에 적극적으로 대처할 수 없게 되다 보니 의원에 대한 입법보좌 및 의정지원이 미약하여 의정서비스가 비생산적이고 비효율적인 경우도 있다.

따라서 의정활동의 활성화와 전문위원의 입법보좌 기능의 강화를 위하여 지방의회의 의회직 공무원은 입법보좌 및 의정보좌를 수행하는데 있어서 전문성을 입증할 수 있는 엄격한 자격요건을 갖춘 자로 보임하여야 하며, 이를 위해서는 전문위원직의 엽관화를 방지하고자 부득이 법제화할 필요성이 제기된다. 전문위원의 임용기준을 법제화하지 않으면, 정당이나 의회가 정치적 이유 등으로 전문성을 갖추지 못한 자들의 임용이 가능하게 되어 지방의회의 존립목적을 저해하고 궁극적으로는 지방의회의 활발한 의정활동과 입법활동을 제약하는 요인으로 기능할 수 있기 때문이다.

2) 지방의회전문위원의 임용자격 기준 법제화

지방의회 운영의 활성화와 능동적이고 적극적인 의정활동 및 입법활동 보좌를 위해서는 전문성을 입증할 수 있는 전문위원의 보임이 무엇보다 중요하다. 현행 지방의회전문위원의 임용자격은 자치단체마다 다른 기준을 적용하고 있으며 그 법형식도 조례 혹은 규칙 등에서 개괄적으로 정하고 있다. 따라서 의회전문위원의 임용자격은 기본적으로 해당분야의 전문지식을 가

진 자여야 하므로(국회법 제42조 참조) 각 지방자치단체의 직급에 따른 의회 전문위원 채용자격기준은 지방공무원임용령에 정하고[273] 각 상임위의 전문분야는 말할 것도 없고 의정활동과 법제실무에 능통하거나 일정한 기간동안 이와 관련된 교육 혹은 연수를 받은 자로서 일반직·별정직 구별없이 상기 임용기준에 적합한 자를 임용하도록 명문화한다.

또한 각급 지방의회는 의회가 폐회중 일 때, 전문위원 이하의 의회직 공무원들도 직급과 업무에 따른 연찬회 및 재교육을 실시하여 의원들에 대한 의정보좌의 질을 높이기 위한 전문성 제고에 부단히 노력하여야 한다.

3) 지방의회 전문위원 직무규정의 법제화

각급 지방의회의 전문위원은 전문성에 있어서 의원들의 신뢰를 받는 경우도 많으나 그렇지 못한 경우도 있으며 직무자체가 각급 지방의회의 사무처(국·과) 직제규칙 혹은 조례에 의안심사와 의사진행보좌로 간단하게 규정되어 있어 전문위원의 법적 지위와 권한 및 지휘·감독관계가 불분명할 뿐 아니라 보조인력의 부족으로 직무에 대한 인지도와 성취도, 만족감, 사기 등이 매우 낮은 현실이다. 따라서 지방의회 전문위원의 직무규정을 법제화하고 업무의 한계를 명확하게 규정하는 것은 전문위원들의 권한과 책임을 구체화함으로써 지방의회의 효율적인 입법보좌에 유익할 것으로 본다.

또한 현대행정은 일반 상식만으로는 대처할 수 없는 고도의 전문적 지식과 경험을 요구하는 분야가 대부분이다. 따라서 의원들은 말할 것도 없고 일반행정직 공무원이나 의회의 전문위원조차도 전문가의 도움이 필요한 경우가 많이 있으므로 이를 활용할 수 있는 제도를 마련함으로써 지방의회의 의정 및 입

273) 지방의회 전문위원 채용 자격기준 제정(안)

법활동의 질적 수준을 높이는 데 기여하게 될 것이다.

4) 입법방안

가) 지방의회 전문위원 직무규정 제정(안)

지방자치법 제6절 위원회

제50조-1(위원회에 두는 공무원)

① 위원회에 전문위원 1인을 포함하여 필요한 공무원을 둔다.

② 전문위원은 시도의회의 경우에는 4급, 시군구의회의 경우에는 5급 또는 8급 상당의 일반직 혹은 별정직 공무원으로 보한다.

③ 의장은 필요하다고 인정할 때에는 전문위원과 필요한 공무원을 특별위원회에 겸직 근무하게 할 수 있다.

④ 전문위원의 임용자격 기타 필요한 사항은 대통령령 또는 조례로 정한다

제50조-2(전문위원의 직무)

① 전문위원은 소속위원회 위원장의 지휘를 받아 그 업무를 처리하며 그 위원회 소속 공무원을 지휘·감독한다.

② 전문위원은 다음 각 호의 업무를 행한다.

1. 조례안·예산안·청원 등 소관안건에 관한 검토보고
2. 각종 의안을 비롯한 소관사항에 관한 자료의 수집·조사·연구 및 소속 위원에 대한 제공
3. 소속 위원에 대한 질의자료의 제공
4. 의사진행의 보좌
5. 기타 소속 위원회소관에 관한 사항

나) 지방의회전문위원 채용자격기준 제정(안)

지방공무원임용령

〈표 5-3-2〉 지방의회전문위원채용자격기준제정(안)

구 분	자 격 기 준
수석 전문 위원 (4 급 상당)	1. 연구·기술분야의 박사학위를 취득한 자 2. 연구·기술분야의 석사학위를 취득한 후 9년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 3. 연구·기술분야의 학사학위를 취득한 후 12년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 4. 국가기술자격법에 의한 해당부문의 기술사자격을 취득한 자 5. 의료법에 의한 전문의 자격이 있는 자 6. 변호사, 공인회계사자격을 취득한 후 3년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 7. 국가기술자격법에 의한 해당부문의 기사 1급 자격을 취득한 후 9년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 8. 5급 이상 공무원으로 근무한 실적이 10년 이상인 자로서 5년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자
전문 위원 (5 급 상당)	1. 연구·기술분야의 석사학위를 취득한 후 6년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 2. 연구·기술분야의 학사학위를 취득한 후 9년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 3. 의사면허를 취득한 자 4. 국가기술자격법에 의한 해당부문의 기사 1급 자격을 취득한 후 6년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 5. 변호사, 공인회계사자격을 취득한 자 6. 5급 이상 공무원으로 근무한 실적이 7년 이상인 자로서 3년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자
전문 위원 (6 급 상당)	1. 연구·기술분야의 석사학위를 취득한 후 3년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 2. 연구·기술분야의 학사학위를 취득한 후 6년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 3. 국가기술자격법에 의한 기사 1급 자격을 취득한 후 3년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자 4. 국가기술자격법에 의한 해당부문의 기사 2급 자격을 취득한 후 7년이상 당해 분야의 경력이 있는 자 5. 6급 이상 공무원으로 근무한 실적이 4년 이상인 자로서 2년 이상 당해 분야의 경력이 있는 자

다) 전문가의 활용 제정(안)

제50조-3(전문가의 활용)

① 위원회는 그 의결로 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건의 심사와 관련하여 필요한 경우 당해 안건에 관하여 학식과 경험이 있는 2인 이내의 전문가를 심사보조자로 위촉할 수 있다.

② 위원회가 제1항의 규정에 의하여 전문가를 심사보조자로 위촉하고자 할 때에는 위원장이 의장에게 이를 요청한다. 이 경우 의장은 예산사정을 감안하여 그 인원 또는 위촉기간 등을 조정할 수 있다.

③ 제1항 규정에 의하여 위촉된 심사보조자는 지방공무원법 제31조의 결격사유에 해당하지 아니하는 자이어야 하며, 위촉된 업무의 성질에 반하지 아니하는 한 지방공무원법 제B장 무분에 관한 규정이 준용된다.

④ 위촉된 심사보조자에 대한 수당의 지급기준 기타 필요한 사항은 의장이 정한다.

5) 기대효과

정부, 각 정당, 국회의원, 지방자치단체의 집행기관 특히 여당은 이러한 제안에 원칙적으로는 찬성하면서도 인사권에 대한 제약으로 간주하여 반대할 지도 모른다. 따라서 정부, 각 정당과 국회의원은 지방자치제도의 조속한 정착과 지방의회의 활성화를 위하여 지방의회전문위원을 전리품으로 여길 것이 아니라 임용자격기준을 강화하고 법제화함으로써 지방의회의원들이 수준 높은 입법 및 의정보좌 서비스를 받을 수 있도록 제도화하여야 한다.

상기 입법개선안을 법제화하게 되면, 어떠한 정당이 다수의석을 점하더라도 전문성을 갖춘 자만이 전문위원에 임용될 수 있기 때문에 실질적인 임용권을 가진 다수당이라 하더라도 이 기준에 따라 입법 및 의정보좌에 전문성을 입증할 수 있는 자를 보임하게 되어 전문위원직의 엽관화를 예방하고 지방의회의 입법과 의정활동 수준의 제고가 가능할 것이므로 결국에는 각 정

당·의원 및 주민 모두에게 유리한 제도이다.

지방의회의 전문위원들도 그 권한과 책임 및 지휘·감독관계가 법정화되고 보조인력까지 합리적으로 충원된다면, 지방의정서비스 질의 향상에 더욱 노력하게 될 것이다. 또한 위원회가 전문가를 활용할 수 있도록 법제화함으로써 의정 및 입법활동의 전문성을 제고하게 될 것이다.

이처럼 지방의회는 전문성을 가진 전문위원과 의회직 공무원들 그리고 전문가를 활용하는 의정 및 입법보좌 활동을 통하여 의정활동의 질을 높여 나갈 때, 비로소 그 존립목적이 달성될 것이며, 지역주민들의 지지를 받게 될 것이다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

권영성, 「헌법학원론」, 서울: 법문사, 1997.

국회사무처, 「지방자치제도」, 서울: 국회입법조사국, 1989.

김남진, 「행정법 I」, 서울: 법문사, 1995.

_____, "자치단체사무에 대한 지방의회의 관여", 「고시연구」, 제18권 제9호, 서울: 고시연구사, 1991. 9.

_____, "조례제정의 법적 문제", 「법제연구」, 통권 제9호, 서울: 한국법제연구원, 1995.

_____, "국가의 권한과 지방자치단체의 권한, 권한의 배분과 위임의 문제를 중심으로," 「고시계」, 1996. 5.

_____, "기관위임사무의 재위임의 근거," 「판례월보」, 1996. 1.

김도창, 「행정법(하)」, 서울: 청운사, 1981. 김동훈, "지방의회와 집행부의 갈등해소방안," 「지방자치」, 9월, 1996.

김동희, 「행정법 II」, 서울: 박영사, 1997.

김명길, "조례제정권의 범위," 한국공법학회 제32회 학술발표회, 1992.

김보현·김용래, 「지방행정의 이론과 실제」, 서울: 법문사, 1982.

김성호, 「지방자치단체의 국가정책결정참여방안」, 연구보고서, 한국지방행정연구원, 1997.

_____, 지방의회의 입법권에 관한 연구, 부산대법학박사학위논문, 1994.

_____외, 「97 정책연구」, 한국지방행정연구원 97-1 정책보고서, 1997.

_____ 외, 「조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안」, 연구보고서 188권, 서울: 한국지방행정연구원, 1995.

김순태, "조례상 벌칙규정과 죄형법정주의," 「입법조사연구」, 통권 제234호, 1995. 8.

김용진, "지방자치단체의 과세권과 조례," 「월간조세」, 1997. 8.

김일수, 「형법학원론(총칙강의)」, 서울: 박영사, 1988.

김철수, 「신헌법개론」, 서울: 박영사, 1997.

김철용 외, 「주석 지방자치법」, 한국사법행정학회, 1997.

김홍대, 「지방자치입법론」, 서울: 박영사, 1999.

류지태, 「행정법신론」, 서울: 신영사, 1995

박봉국, 「조례입법의 이론과 실제」, 서울: 장원출판사, 1992.

박영도, 「자치입법론의 이론과 실제」, 연구보고 98-2, 한국법제연구원, 1998.

박준석, "법령과 조례의 관계", 「경희법학」, 27권 1호, 1992.

박윤흔, 「행정법강의(하)」, 서울: 국민서관, 1985.

_____, 「최신행정법강의(하)」, 서울: 국민서관, 1995판 개정판.

_____, "법령과 조례와의 관계", 「고시계」, 제37권 제11호, 서울: 국가고시학회, 1992. 11.

법제처, 「자치입법과 자치행정실무」, 1993.

부산직할시기획담당관실, 「지방자치단체단위사무목록」, 부산: 대원인쇄, 1991. 9.

서울특별시, 「법제개론과 실무」, 1989.

서원우, "헌법과 지방자치," 「자치연구」, 제1호, 1993.

_____, "지방자치단체의 법적지위", 「법조」, 1993년 1월호.

_____, "지방자치법 제20조 삭제문제", 「자치행정」, 1993. 2.

_____, "조례제정권의 범위와 한계", 「고시계」, 1993년 3월호.

_____, "지방자치의 헌법적 보장", 「고시연구」, 제20권 제6호, 서울: 고시연구사, 1993. 6.

_____, "조례제정권의 헌법적 보장", 「헌법논총」, 헌법재판소 제5집, 1994.

석종현 역(Günter Püttner), "Die Rechtsstellung des Gemeinderates Nach Deutschem Kommunalrecht", 「자치연구」, 제1권 제4호, 부산: 한국지방자치 연구소, 1991.

신봉기, "우리나라 지방자치제도의 문제점과 그 개선책, New Life", 「지방자치특집」, 1999. 9.

_____, "수원시 자동차차고지 확보조례의 위법여부", 「헌법규범과 헌법현실」, 권영성교수정년기념논문집, 서울: 법문사, 1999. 11.

오세탁, "조례의 제정실태와 입법한계", 「인권과 정의」, 1994. 8.

유상현, 「조례의 법적 한계에 관한 연구」, 경희대 법학박사학위논문, 1994.

이기우, 「지방자치단체에 대한 국가의 감독방안」, 한국지방행정연구원, 1990.

_____, "지방자치단체의 조례제정권과 법률유보의 원칙", 「지방자치」, 성남: 현대사회연구소, 1992. 9.

이상규, 「신행정법론(하)」, 서울: 법문사, 1991.

이주희, "지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위", 「자치연구」, 제2권 제5호, 부산: 한국지방자치연구소, 1993. 봄.

장지호, 「서독지방자치론」, 서울: 대왕사, 1987.

정세욱, 「지방행정학」, 서울: 법문사, 1989.

_____, "조례의 제정실태와 입법한계", 「인권과 정의」, 216호.

정연우, "조례제정권의 헌법적 한계와 통제", 「공법학의 현대적 지평」,1995.

정영석, 「형법총론」, 서울: 법문사, 1986.

정준현, "정보공개조례제정의 가부 및 그 방향", 공법학회 제25회 학술발표회 발표문.

조정찬 외, 「법률교육교재Ⅰ」, 법제처, 1999.

천병태, 「행정법Ⅰ」, 서울: 형설출판사, 1993.

_____, "지방자치단체의 자치입법권의 쟁점과 발전방향", 「자치행정」, 제260호, 서울: 지방행정연구소, 1993. 3.

최창호, 「지방자치제도론」, 서울: 삼영사, 1989.

한국지방행정연구원, 「지방행정기능분석에 관한 연구(Ⅱ)」, 연구보고서 제138권, 서울: 한국지방행정연구원, 1985.

한국지방행정연구원, 「구자치제의 효율적 운영방안에 관한 연구」, 연구보고서 제74권, 서울: 한국지방행정연구원, 1990.

한국지방행정연구원, 「행정계층간 사무처리실태총람」, 한국지방행정연구원, 1997, 서울특별시, 인천광역시, 전라북도 편

허 영, 「한국헌법론」, 서울: 박영사, 1997.

_____, 「헌법이론과 헌법(중)」, 서울: 박영사, 1989.

_____, "지방자치에 관한 헌법이론적 조명", 「공법연구」, 제13집, 서울: 한국공법학회, 1985.

홍정선, 「지방자치법론」, 서울: 법영사, 1991.

_____, "조례와 침해유보", 「고시계」, 제38권 제2호, 서울: 국가고시학회 1993. 4.

_____, "조례의 법리", 「법학논집」, 제2권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 1997. 5.

홍준형, "자치입법권의 범위와 한계", 「자치의정」, 한국지방의정연구원, 9-10월호, 1998.
김남진, "법정목적외 조례 및 초과조례의 승인", 법률신문, 1999. 5. 3.

2. 외국문헌

兼子 仁, 「條例をめぐる法律問題」, 東京: 學陽書房, 1978.
高田敏, 「條例論, 現代行政法大系(地方自治8)」, 有斐閣, 1984.
宮崎辰雄, 「歐米地方自治權の研究」, 東京: 勁草書房, 1980.
金子善次郎, 「美國聯邦制度」, 東京: 良書普及會, 1977.
渡邊洋三, 「現代法 I」, 東京:岩波書店, 1965.
藤田宙靖, 「行政法」, 東京: 青林書院新社, 1982.
西村弘一, 「地方議會」, 東京: 學陽書房, 1988.
綿貫芳源, "條例の性質とその司法審査の基準", 「公法研究」, 第35號, 東京: 有斐閣, 1973.
山內一夫, "先占領域の理論のもたらすもの", 「都市問題研究」, 378號, 東京: 都市問題研究會, 1982. 6.
小高 剛 外, 「地方自治法入門」, 東京: 有斐閣, 1987.
神戶市地方自治研究會譯(Joseph Zimmerman), 「アメリカの地方自治(*State & Local Government*)」, 東京: 勁草書房, 1986.
室井 力 外, 「地方自治」, 東京: 三省堂, 1980.
室井 力, 「現代行政法の展開」, 東京: 有斐閣, 1978.
_____, "條例の本質とその展開", 「法律時報」, 第50卷 第1號, 東京: 日本

評論社, 1978.

原野翹, "法律と條例", 「都市問題」, 第75卷 第1號, 東京: 東京市政調査會, 1984.

原田尙彦, 「地方自治」, 東京: 學陽書房, 1986.

雄川一郎 外, 「現代行政法大系 8卷」, 東京: 有斐閣, 1984.

田中二郎, "國家法と自治立法", 「法學協會雜誌」, 第80卷 第4號, 東京: 法學協會, 1963.

地方分權推進委員會, 地方分權推進委員會 第1-4次 勸告, 1996. 12.

晴山一穗, "機關委任事務," 「行政法の爭點」, 東京: ジュリスト增刊, 1990. 5.

秋田 周, 「條例と規則」, 東京: ぎょうせい, 1977.

D. Berman, *State and Local Politics*, IA: Wm. C. Brown Publishers, 1990.

D. Jesch, "Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung Staatlicher Aufgaben", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1960.

D. Mandelker, Dawn Clark Netsch, Peter W. Salisich, and Judith Welch Wegner, *State & Local Government in a Federal System*, 3rd ed., The Michie Co, 1990.

D. McCarthy, *Local Government Law*, MN: West Publishing Company, 1990.

E. Schmidt-Aßmann, "Die Kommunale Rechtssetzungsbefugnis", in Püttner, *Hg., Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd.3., 1982.

F. Knemeyer, "Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland", in Kaiser, J.H. *Hrsg., Verwaltung*, 1983.

G. Clark, *Judges and the Cities*, Chicago: University of Chicago Press, 1985.

H. Arnim, "*Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie*", *AöR.*, 133/1, 1988.

H. Campbell, *Black's Law Dictionary, M.A.*, 5th ed., West Publishing Co., 1979.

H. Dehmel, *Übertagerwirkungskreis, Auftragsanglegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung*, Berlin, 1970.

H. Dols und K. Plate, *Gemeinderecht*, 2.Aufl., Stuttgart, 1975.

H. Görg, "Bundesauftragsangelegenheiten der Gemeinden und Gemeindeverbände und ihre Pflichaufgaben nach Weisung", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1961.

H. Klein, "Der Rechtsschtuz der Gemeinden Gegen Massnahmen der Staatsaufsicht", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1968.

H. Klüber, *Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepulik Deutschland*, Berlin, 1972.

H. Pagenkopf, *Kommunalrecht*, Bd.1, 2.Aufl., Köln, 1975.

H. Scholler und S. Bross, *Grundzüge des Kommunal-rechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 2.Aufl., Heidelberg, 1979.

J. Dillon, *Commentaries on the Law of Municipal Corporation*, 5th. Boston.: Little, Brown&Co. 1911.

K. Meyn, *Gestzesvorbehalt und Rechtsetzungs Befugnis der Gemeinde*, 1977.

K. Nassmacher, *Kommunalpolitik in der Bundesrepublik Opladen*, 1979.

K. Zuhorn, "Reform Oder Kopie", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1949.

O. Reynold, *Local Government Law*, West Publishing Co. 1987

R. Ber und E. Laux, *Die Gemeinde*, München, 1970.

S. Jortzig, *Kommunalrecht*, Berlin, 1982.

W. Haus und A. Kresbach *Hrsg., Gemeindeordnung in Europa*, Stuttgart, 1967.

W. Reinhart, *Gewaltenteilung in Staats-und Kommunalverfassungsrecht*, Diss. Mannheim, 1984.

W. Schmitt, *Das Satzungsrecht der Gemeinde Nach der Deutschen Gemeindeordnung*, 1938.

【Abstract】

The precedent studies on the legislative power of local councils have been centered on disputes of legal theories and mostly based on the principle of statutory reservation by which enactment of local ordinance should be grounded on the law. However, recent theories on the legal nature and status of local ordinance have gained over the principle of statutory reservation, although in reality, it is still dominant in the field of enactment of the law.

It has been demanded to expand the range of legislative power of local councils by the academic circle, local councilors, and those involved in enactment of local ordinances. Rationales of expanding the range of local ordinances are to solve the following problems:

First, the range of legislative power is extremely confined by the law. Second, it is hard to maintain the check and balance between the executive and the legislative as their power and responsibility are not equivalent within a local government. Third, efficacy in an area of regulatory concern is difficult to be held because of its limited authorizing power. Fourth, the Constitutionalism can be impaired by digressive delegation of statutory power to local governments.

The purpose of this study is to provide alternative policies in expanding the legislative power of local councils. In doing so, this study probes logical bases through examining disputes on legal theories, judicial cases, the nature and status of local ordinances, range of local autonomy affairs, and the cases of foreign countries. It also takes empirical analysis by surveying opinions of legal experts as well as local councilors and public officials who are involved in local

enactments.

Although the legal status of local ordinance is inferior to the law, the local ordinance should be understood as a legal concept analogous to the law, and thus, its status be reestablished since it has a democratic legitimacy and validity. The local ordinance is also constitutionally supported as well. It has been pointed out that the constitutionally secured range of the local ordinance is not esteemed during the law-making. The basis derives from the fact that the legal status of the local ordinance is not mandate but quasi-law.

The alternatives for expanding the range of local ordinances are proposed as follows:

First, the legal status of the local ordinance should be reestablished as the one equivalent to the law. Second, the provisory clause in the fifteenth section of the Local Autonomy Act should be deleted. Third, the third section, second sub-section in the Local Tax Act should be amended by deleting it again. Forth, central and local affairs should be clearly defined during the law-making. Fifth, details of individual laws should be delegated to the local ordinance so that local councils can have an authority to elaborate on the legislative grant.

This study also provides the alternatives for institutional reform as follows:

First, submission of opinions on a bill by the associations of local authorities should be institutionally required before passing it in the National Assembly. Second, the range of local autonomy affairs should be expanded. Third, the principle and standard in the allocation of central and local affairs should be also applied to the law-making as a legislative principle. Fourth, the system of judicial review on the local ordinance should be changed to the one that allows partial

invalidity decision not the whole, and the judicial review on local ordinances should be taken by the Supreme Court. Fifth, the legislative administration of local governments should improve local officials' abilities to make local ordinances by building a network formed with experts in community, and by providing incentives to local officials in charge of legislative affairs.

【부 록】

조례의 제정범위에 관한 설문조사

(전문가용)

1. 선생님께서는 현재 우리 나라의 국회와 정부가 법령을 제·개정할 때, 헌법상 보장된 조례의 제정범위를 존중하고 있다고 평가하십니까?
   ① 존중되고 있다 ② 존중되지 않는 편이다 ③ 기타의견(　　)

2. 헌법상의 입법원칙을 고려할 경우, 행정입법인 대통령령 또는 부령과 달리 조례는 법률에 준하는 법규범으로 볼 수 있다는 의견에 대하여 선생님께서는 어떻게 생각하십니까?
   ① 조례는 그 성격상 법률보다는 하위이나 법률에 준하는 법규범이다.
   ② 조례는 그 성격상 행정입법의 일종이다.
   ③ 기타의견(　　)

3. 선생님께서는 헌법에서 주민복리, 재산관리, 자치입법 등 자치사무를 조례의 입법소관사항으로 규정하고 있음을 감안할 때, 국회와 정부는 자치사무에 관한 한 대강법 또는 전국적 통일을 기하는 사항 이외에는 자치사무 입법을 자제해야 한다고 생각하십니까?
   ① 그렇다 ② 그렇지 않다 ③ 기타의견(　　)

4. 지방자치법제9조제2항에는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체의 사무에 속하는 사무를 예시하고 있습니다. 「다만, 법률에 이와 다른 규정

이 있는 경우에는 그러하지 아니한다」라는 단서규정이 자치입법권의 본질에 대한 침해를 정당화할 수 있는 여지를 남기고 있다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

① 동의한다 ② 동의하지 않는다 ③ 기타의견( )

5. 지방자치법제15조 단서조항 중 국민이 아닌 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항까지 법률유보한 것은 헌법상 보장된 지방자치권을 지나치게 제한하고 있어 위헌이라는 의견에 대하여 선생님께서는 어떻게 생각하십니까?

① 위헌이다 ② 위헌의 소지가 있다
③ 위헌이 아니다 ④ 기타의견( )

6. 선생님께서는 자치경찰제가 도입될 경우, 미국이나 일본의 자치단체와 같이 주민의 안전을 보장하며 지방행정의 실효성 확보를 위하여 지방의회가 조례로 정할 수 있는 벌칙제정범위를 법령이 정한 범위 안에서 형법상의 형벌(징역, 금고, 구류, 벌금, 과료 등)까지 확대하여야 한다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

① 동의한다 ☞ 7, 8번 문항으로
② 동의하지 않는다 ☞ 8번 문항으로
③ 기타의견( )

7. 조례에 의한 벌칙제정범위가 확대될 경우, 형법상의 형벌에 관한 조례제정권한을 어느 종류의 자치행정계층에 부여하는 것이 적절하다고 생각하십니까?

① 시도의회 ② 시군구의회
③ 시도 및 시군구의회 모두 ④ 기타의견( )

8. 지방의회가 벌칙을 제정할 경우, 법률로 정하고자 하는 벌칙의 상한선에 관한 사항입니다.

8-1. 지방의회의 벌칙제정 시 징역이나 금고의 형량의 상한선은 다음 중 어느 수

준으로 정하는 것이 적절하다고 생각하십니까?

① 3개월 이하 ② 6개월 이하 ③ 1년 이하 ④ 3년 이하

8-2. 벌금, 과료 또는 과태료 액수의 상한선은 다음 중 어느 수준으로 정하는 것이 적절하다고 생각하십니까?

① 10만원이하 ② 100만원이하 ③ 500만원이하 ④ 1,000만원이하(현행)

9. 선생님께서는 헌법상 보장된 지방자치단체의 자주조직 및 행정권을 확대하기 위하여 다음 사항을 조례로써 자주적으로 제정하는 것에 대하여 어떻게 생각하십니까?

9-1. 단체장, 의원 선출방식	①찬성	②반대
9-2. 지방자치단체의 조직신설, 폐지 및 정원조정	①찬성	②반대
9-3. 지방의회의 회기 및 운영	①찬성	②반대
9-4. 지방의회 내부조직의 신설 및 폐지	①찬성	②반대
9-5. 의원정수의 감축 조정	①찬성	②반대
9-6. 의원수당의 감축 조정	①찬성	②반대

10. 선생님께서는 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하되, "담배자판기설치금지조례"의 판례에서 볼 수 있는 바와 같이 법령에 위반되지 않는 한 공익성이 강한 재산권의 수용, 사용, 제한의 경우, 지역실정에 적합하게 조례로써 규제할 수 있다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

① 동의한다 ② 동의하지 않는다 ③ 기타의견( )

11. 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다는 조세법률주의는 "대표없는 곳에 조세없다"는 취지를 헌법에 반영한 것입니다. 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수는 주민의 대표인 지방의회가 조례로써 정하는 것이 헌법상 보장된 자주재정권의 본질에 적합하다는 의견에 대하여 어떻게 생각하십니까?

① 동의한다　② 동의하지 않는다　③ 기타의견(　　)

12. 최근 개정된 지방세법제3조제1항이 지방세법의 법률유보를 명확히 규정한 것은 지방세법의 본래의 취지에 부적절할 뿐만 아니라 헌법제117조가 지방자치단체에 부여한 자주과세권을 침해한 위헌규정이라는 의견이 있습니다. 이에 대하여 선생님께서는 어떻게 생각하십니까?

개정 전	개정 후
지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 조례로써 하여야 한다	지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 이 법이 정하는 범위 안에서 조례로써 하여야 한다

① 위헌의 소지가 있다　합헌이다　③ 기타의견(　　)

13. 헌법상 대법원의 명령규칙처분심사권에는 조례심사권을 포함시키지 않고 있는 반면, 현재 지방자치법제159조는 지방의회의 의결의 합법성에 대한 심사주체를 대법원으로 규정하고 있습니다. 조례의 위법성은 관련 법령이 지방자치의 본질을 저해하고 있지 않는 지에 대한 위헌성 여부가 동시에 판단되어야 한다는 점에서 대법원이 조례의 사법심사까지 담당하도록 한 것은 헌법취지에 반한다는 의견이 제기되고 있습니다. 선생님께서는 어느 기관이 조례의 사법심사기관으로 적절하다고 생각하십니까?

① 대법원　② 헌법재판소
③ 대법원과 헌법재판소에서 병행　④ 기타의견(　　)

14. 1991년 이후, 대법원이 보여준 조례에 대한 판례태도를 선생님께서는 어떻게 평가하십니까?

① 일관되게 법령유보론의 입장에 서있는 것으로 보인다

② 조례의 제정범위를 다소간 확대하는 방향으로 유연하게 태도의 변화를 보이고 있다

③ 조례의 제정범위를 확대 해석하는가 하면 어떤 경우는 법령유보론적 입장을 고수하는 등 일관성이 없는 것으로 보인다

④ 기타의견 ( )

I5. 지방의회가 조례제정권을 행사함에 있어서 다음의 사항이 얼마나 중요하다고 생각하십니까?

I5-1. 기술적인 법제능력

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

I5-2. 관련 정책에 대한 전문지식

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

I5-3. 상위법령제정 시 조례의 제정범위를 명확하게 설정

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

I5-4. 자치사무범위의 확대

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

I6. 현재 지방의회가 조례제정권을 행사함에 있어서 다음의 문제에 대하여 어떻게 생각하십니까?

I6-1. 법령이 지나치게 상세하게 규정하고 있어 조례로 정하여야 할 범위가 매우 협소하다.

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

I6-2. 국가사무와 자치사무의 구분이 모호하여 조례제정대상을 판단하기에 어려운 경우가 많다.

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

I6-3. 지방의원, 자치단체의 법제담당 공무원의 입법에 관한 전문지식이 부족하다.

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

16-4. 단체장이 조례제정사항을 규칙 등의 행정입법으로 정하는 등 조례형식의 제정을 회피하고 있다.

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

17. 지방의회 사무처(국,과)의 조례제정 보좌기능에 있어서 다음의 문제점들에 대하여 어떻게 생각하십니까?

17-1. 지방의원과 사무처(국 · 과)간의 협의 부족

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

17-2. 법제 담당 공무원의 입법기술, 심의능력의 부족

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

17-3. 인사권자가 단체장이므로 법제 담당 공무원이 집행기관입장 대변

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

17-4. 조례제정 및 정책보좌기구와 인력부족

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

17-5. 지방의원의 지방자치단체 입법자로서의 인식 부족

①정말 그럼 ②그런 편 ③그저 그럼 ④그렇지 않은 편 ⑤절대 그렇지 않음

18. 조례제정 범위를 확대하기 위한 대안입니다. 이를 실효성있게 추진하기 위한 우선적인 대안으로서 선생님께서는 다음의 것들이 얼마나 중요하다고 생각하십니까?

18-1. 지방자치관련 개별법 제정시 조례의 제정범위를 구체화한다.

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

18-2. 지방자치법제15조 단서조항을 삭제한다.

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

18-3. 지방자치법제9조제2항 단서조항을 삭제한다.

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

18-4. 판례연구를 통하여 대법원이나 헌법재판소의 판례변경을 가져올 수 있는 법

논리를 개발한다.

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

18-5. 개별법령상 지방자치단체의 사무범위를 확대한다.

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

18-6. 자치단체연합체가 제안한 국가의 사무 또는 법령 제개정대상 사항에 대한 정책건의를 국회와 정부에서 입법과 정책에 반영한다.

①매우 중요 ②약간 중요 ③보통 ④별로 중요치 않음 ⑤거의 중요치 않음

♠ 조사에 응해 주셔서 대단히 감사합니다

(공무원/지방의원 추가설문 내용)

19. 지방자치단체 집행기관 법제담당 공무원의 조례제정보좌활동에 대하여 선생님께서는 어떻게 평가하고 계십니까?

① 매우 훌륭 ② 훌륭한 편 ③ 보통 ④ 미흡한 편 ⑤ 매우 미흡

20. 지방의회 전문위원의 조례제정 및 정책보좌활동에 대하여 선생님께서는 어떻게 평가하고 계십니까?

① 매우 훌륭 ② 훌륭한 편 ③ 보통 ④ 미흡한 편 ⑤ 매우 미흡

21. 지방의원의 법제 능력을 선생님께서는 어떻게 평가하고 계십니까?

① 매우 훌륭 ② 훌륭한 편 ③ 보통 ④ 미흡한 편 ⑤ 매우 미흡

조례제정권 범위확대에 관한 연구

발행일 : 1999년 12월 29일
발행인 : 이 달 곤
발행처 : 한국지방행정연구원
서울특별시 서초구 서초동 1552-13
Tel. 02)3488-7300
판매처 : 한국경제서적 정부간행물판매센터
Tel. 02)736-0640~1

※ 출처를 밝히는 한 자유로이 인용할 수는 있으나 무단전재나 복제는 금합니다.
ISBN 89-7865-215-8 93350