

碩士學位論文

# 地方自治團體의 條例制定權에 관한 研究

(A Study on the legislative power of bylaws exercised by local governments)

－ 그 範圍와 限界를 中心으로 －

濟州大學校 大學院

法學科



1994年 6月

# 地方自治團體의 條例制定權에 관한 研究

(A Study on the legislative power of bylaws exercised by local governments)

— 그 範圍와 限界를 中心으로 —

指導教授 尹 良 洙

文 大 林

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

1994年 6月

文大林의 法學 碩士學位 論文을 認准함



제주대학교 중앙도서관  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

審査委員長 \_\_\_\_\_ 印

委 員 \_\_\_\_\_ 印

委 員 \_\_\_\_\_ 印

濟州大學校大學院

1994年 6月

---

A Study on the legislative power of bylaws exercised  
by local governments

Dae-Lim Moon

(Supervised by professor Yang-Su YUN)



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF  
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW.

DEPARTMENT OF LAW  
GRADUATE SCHOOL  
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

1994. 6.

# 目 次

第 1 章 序 論 .....	1
第 1 節 研究의 目的 .....	1
第 2 節 研究의 範圍 및 方法 .....	3
第 2 章 條例制定權의 理論的 考察 .....	5
第 1 節 國家와 地方自治團體의 關係 .....	5
第 2 節 條例의 意義 및 法體系上의 地位 .....	7
第 3 節 條例制定權의 根據 .....	11
第 4 節 條例의 法的 性質 .....	18
第 5 節 條例의 制定 節次 .....	23
第 3 章 條例制定權의 範圍와 限界 .....	29
第 1 節 概 說 .....	29
第 2 節 比較法的 考察 .....	30
第 3 節 條例制定權의 範圍 .....	43
第 4 節 條例制定權의 限界 .....	64

第 4 章 條例의 統制 .....	85
第 1 節 概 說 .....	85
第 2 節 行政的 統制 .....	87
第 3 節 非行政的 統制 .....	99
第 5 章 結 論 .....	110
第 1 節 總 說 .....	110
第 2 節 向後의 課題 .....	113
參 考 文 獻 .....	115
英 文 抄 錄 .....	123



# 제 1 장 序 論

## 제 1 절 研究의 目的

地方自治의 실시에 있어서는 첫째, 국가의 단순한 行政區域으로서가 아니라 獨自의 法人格 主體로서의 地方自治團體가 인정되고, 둘째, 지방자치단체에 일정한 事務의 自律的 處理權이 保障되어야 하며, 셋째, 地方自治團體의 主要機關이 주민의 直接選舉로 선출된 자들로 구성되고, 그들 機關이 주민의 뜻에 따라 地域的 事務를 처리할 수 있도록 하는 것이 반드시 必要하다.<sup>1)</sup>

또한 진정한 地方化時代를 구현하기 위해서는 각 지방의 自主性 및 自律性을 존중하고, 그 특성을 살리는 法制度的 裝置가 필수적으로 요구된다.<sup>2)</sup> 이를 憲法 및 法律의 측면에서 보장하고 있는 것이 條例制定權이다.

地方自治團體의 本質的인 기능 중의 하나가 自治事項에 관한 規範定立權 즉, 自治立法權이다.<sup>3)</sup> 이 自治立法權에 대하여는 憲法뿐만 아니라 地方自治法, 教育法<sup>4)</sup> 등의 여러 單行法들도 關聯規定을 가지고 있다. 우리 憲法 第117條 第1項에서는 「地方自治團體는 ……法令의 範圍 안에서 自治에 관한 規定을 제정할 수 있다」고 規定하고 있는데, 이것이 自治立法權이다. 이에 의거하여 地方自治法 第15조(條例)와 第16조(規則)는 地方自治團體가 法令의 範圍 안에서 그 事務에 關하여 條例를 制定하는 權限과 地方自治團體의 長이 法令 또는 條例가 委任한 범위 안에서 그 사무에 關하여 規則을 제정하는 權限을 규정하고 있다.

그러나 지금껏 우리 나라에서는 國家全體의 政策修行에 優先權을 두는 政治的 立場<sup>5)</sup>과 地方分權에 대한 국민적 의식의 뒷받침이 不在한 關係로 인해 자치입법권이 온전히

1) 尹良洙, “地方自治에서의 自治領域 問題”, 「我羅論叢」 第2輯, 濟州大學校 行政大學院, 1992, p. 89.

2) 姜京根, “憲法上 地方自治의 本質과 形成基準”, [公法研究] 第18輯, 1990, p. 49

3) 金元主, “地方自治團體의 自治立法 制定權”, 「公法研究」 第18輯, 韓國公法學會, 1990, p. 93.

4) 教育法 第26條(教育委員會의 議決事項) 第1號1. 地方議會에 提出할 條例案.

5) 日帝時代부터의 오랜 中央集權的 官治行政의 傳統때문에 지방의 行政事務도 大部分 國家의 法律이나 命令에 의하여 定해지는 경우가 많아 實際로 自治法規인 地方自治團體의 條例나 規則으로 규정되는 사항은 極히 제한된 範圍에 불과하였다.

행사되지 못하고 있다.

또한 法律과 條例와의 관계를 고려하는 경우에, 憲法 제117조 제1항 및 地方自治法 제15조의 「法令의 範圍 안에서」 條例制定이 가능하다는 基準을 해석함에 있어서 법령을 중심으로 하여 적어도 法令을 阻害하거나 법령에 定한 基準을 上廻하는 조례제정은 許容되지 않는다는, 즉 法令에 가장 有利하게, 반대로 條例에는 가장 不利한 解釋運用이 行해지고 있는 실정이다.<sup>6)</sup>

그러나 經濟의 成長과 都市化現象 속에서 地域的 多樣化가 進行되고 있는 오늘날, 地方自治團體의 事務에 대하여 劃一的인 法令으로 처리하는 것은 困難하게 되었고, 또한 公害防止 내지 環境保全, 兒童·老人 등의 社會的 弱者保護의 行政需要에 대한 地方自治團體의 役割이 重視되어 가고 있다. 이와 같이 個別화된 行政需要에 對應하려고 할 때, 법령으로써 상세하게 規定하는 것에는 그 限界가 있고, 더욱이 流動化가 심한 지방 사무에 관하여 國家의 法令으로 完全하게 對應하는 것은 事實상 不可能하므로 오늘날 條例의 重要性은 점점 더 증대되고 있는 것이다. 그리고 經濟나 社會의 發展과 더불어 국민이 요구하는 行政需要는 매년 增加의 一路를 걷고 있고 특히 地方行政은 주민과 직 결되어 있기 때문에 新規의 行政需要도 많아져서 이에 부응하는 조례의 規定은 不可避하게 된 것이다.

이러한 이유로 인해 최근 條例가 行政主導에 의한 것인지, 住民要求에 의한 것인지를 가리지 않고 多種多樣的 展開를 보이고 있다. 특히 地方議會議員들의 條例制定과 條例에 대한 監督廳의 後見의 통제가 衝突하는 예는 近間 日刊新聞에서 흔히 접할 수 있는 記事거리가 되었다.

이는 아직 훈련되지 못한 條例制定權者의 立法技術의 限界에 기인하기도 하겠지만, 보다 本質的인 문제는 條例制定의 範圍와 限界를 규정하고 있는 憲法 제117조와 地方自治法 제15조의 規定을 地方自治制度의 本質에 附合한 自治權의 확대의 觀點에서 해석하여 條例制定權을 地域性을 살리는 “自主法”으로 보느냐. 아니면 同 條項의 「법령의 범위 안에서」의 의미를 法令優位의 원칙은 물론 法律留保의 원칙 까지도 엄격히 적용시키는 의미로 파악하여, 조례제정권을 國家의 下級行政機關이 行使하는 行政作用의 一環으로 해석하느냐의 문제로 귀결된다. 그렇기 때문에 地方自治團體의 條例制定權에 관

6) 朴源永(a), “條例制定權의 本質과 限界”, 「月刊考試」, 1985. 4, p. 80. (이하, 朴源永(a)로 한다.)

한 연구는 곧 地方自治의 本質이 무엇이나를 밝히는 것이 되며, 條例制定 領域의 확대는 곧 自治領域의 확대라고 볼 수 있겠다.

이와 같은 이유에서 본 論文은 조례의 법리에 관하여 고찰을 해봄으로써 법령에 의해서도 침해받지 않는 조례의 독자적 영역을 모색해 보고, 그렇게 함으로써 現行地方自治制度의 效率的 운영에 이바지하려는 데 그 目的이 있다.

## 제 2 절 研究의 範圍 및 方法

본 論文에서 중점적으로 다룰 문제는 自治立法權의 範圍와 限界이다. 이를 論하기 위해 그와 밀접한 關聯이 있는 자치입법권의 一般的 理論들을 論하고, 또한 현실적으로 조례의 範圍와 限界의 논란을 가져오고 있는 地方自治法上 자치입법권의 統制條項들이 憲法이 보장하는 자치입법권의 내용에 부합하는 지를 고찰하기로 한다.

다만 본 논문에서는 그 대상을 限定하여 地方自治團體의 自治立法權에 관한 문제를 條例를 中心으로 다루고자 한다. 따라서 條例의 이론적 고찰에서 條例制定權의 根據, 條例制定權의 法的 性質에 대해서 살핀 뒤 條例制定權의 範圍와 限界, 條例의 統制순으로 고찰하기로 한다.

특히, 條例制定權의 이론적 고찰에서 自治權의 영역에 대한 國家와 地方自治團體의 合理的 關係를 憲法規範的 觀點에서 정리하고, 이를 기반으로 條例制定權의 根據와 法的 性質 등을 고찰하였다.

條例制定權의 範圍와 限界 부분에서는 그 實質的 範圍인 地方自治團體의 事務範圍를 연구하고, 또한 헌법이 규정하고 있는 法律留保條項과 관련한 부분과 관련하여 그 範圍를 살펴보았다. 그리고 憲法 제117조와 地方自治法 제15조가 規定하고 있는 法令의 範圍 부분과 관련하여 條例를 정함에 있어 법령의 규정이 있는 경우와 법령의 規定이 없는 경우를 구분하여 살펴 보았다.

條例의 統制는 行政的 統制로서 監督廳에 의한 통제(報告,承認)와 再議要求에 의한 통제를 정리하고, 非行政的 統制로는 立法, 司法, 住民에 의한 통제를 살펴본다.

研究方法은 먼저 法解釋學의 方法을 채택하여 우리나라의 憲法規定과 地方自治法을

檢討하고, 比較法的으로 英國과 獨逸, 그리고 우리나라의 地方自治制度에 많은 影響을 끼친 日本의 地方自治制度 중 자치입법권에 관한 부분을 比較하고, 論議의 전개 과정 속에서 立法政策的 方法을 통하여 現行 地方自治法의 개정방향을 모색해 보았다.

본 論文의 체계는 제1장 序論, 제2장 一般的 考察, 제3장 條例制定權의 範圍와 限界, 제4장 條例의 統制, 제5장 結論 순이다.



## 제 2 장 理論的 考察

### 제 1 절 國家와 地方自治團體와의 關係

#### 1. 協力關係

國家와 地方自治團體의 關係에 關하여 과거에는 국가가 後見的 立場에서 지방공공단체를 支配하거나, 국가와 지방공공단체가 서로 대립하여 권한을 다투는 關係로 본 견해도 있었지만, 현대 복지국가에 있어서 양자의 關係는 국가나 지방공공단체 모두 통치기구의 일환을 이루는 것으로 國家는 中央政府로서, 地方公共團體는 地方政府로서 國民福祉라고 하는 공통의 목적을 향해 각각의 기능을 분담하고, 서로 협력하여 行政을 처리해야만 하는, 다시 말해 서로 협력하고 협동해야 하는 關係로 보는 학설이 지배적이다.<sup>7)</sup>

그러나 지방자치단체의 조례제정권의 실질적인 범위를 규명하고, 조례에 대한 국가의 통제를 논의 함에 있어서 단순히 양자가 협력관계 내지 협동관계에 있다는 판단 그 자체 만으로는 불충분하며, 그것이 對等關係를 전제로 한 協力·協同관계인지 혹은 從屬關係를 전제로 한 協力·協同關係 인지에 대한 검토가 추가적으로 필요하다. 왜냐하면 우리 나라 의 경우 조례제정권의 실질적 범위에 기준이 되는 事務配分의 接近論理와 그 決定方式이 中央政府 中心의 構想을 전제로 이루어져 왔기 때문에 地方政府의 意思와 상관없이 사무가 결정되는 경우가 허다하기 때문이다. 이러한 점은 지방자치단체가 국가와 대등한 동반자 關係를 맺지 못하고 단순히 그 代行者의 기능을 해왔었다는 현실을 우리들로 하여금 되씹게 해주고 있다.

그 구체적인 예로서 지방자치단체의 자치사무를 열거하고 있는 地方自治法 第9條 第2項 但書規定과 同施行令 第8條 但書에서 「다른 法令에 이와 다른 規定이 있는 경우에는 그러하지 아니 한다」는 규정은 地方行政機能의 상당 부분을 政府組織法과 500여 개에 달하는 個別行政作用法에 예속시킴으로써, 자치사무를 국가의 필요에 의해서 機關委任事務

7) 鹽野廣, 「國と地方公共團體」(東京:有斐閣), 1990. p. 44; 朴鈞祈, 「地方自治에 대한 國家의 關與-舊法과 新法의 差異點을 중심으로-, 「考試研究」, 1988. 11, p. 59; 徐元宇(b), 「國家機能과 自治團體의 再配分」, 「考試研究」, 1989. 7, p. 93; Ernest S. Griffith, The American System of Government, 6th ed. (London: Methuen, 1983), pp. 508-509.

化할 수 있는 길을 만들어 놓고 있다.<sup>8)</sup>

이와 같은 事務配分 方式은 兩者 간의 相互獨立性을 실질적으로 무력화시키고 있고, 兩者를 相互依存적인 관계로 만들고 있다. 이러한 현실에 있어서의 국가와 지방공공단체의 관계는 中央執權的 基礎를 갖는 政治的 立場에서는 타당할 지 모르나, 憲法規範에 합치하는가의 여부를 검토할 경우 많은 문제점이 노정될 것으로 보인다.

## 2. 憲法의 規定上 對等關係를 前提로 한 協力關係

憲法이 地方自治를 보장하고 있다는 것은 헌법이 주민의 권리확충과 더불어 지방자치단체의 自主性과 自律性을 존중하고 있다는 점을 의미한다. 이러한 인식에 기초해볼 때 국가와 지방자치단체의 기본관계를 원칙적으로 對等關係를 전제로 한 협력관계로 보는 것이 自主性·自律性의 尊重이라는 의미에서 당연한 이치일 것이다.

또한 우리 헌법 제117조의 규정으로부터 지방자치단체의 全權限性과 自己責任性 및 計劃高權<sup>9)</sup>이 도출될 수 있다고 한다면, 그것은 바로 국가와 지방자치단체의 협력관계란 對等關係를 전제로 한 협력관계라는 결론이 도출될 수 있을 것이다. 이렇게 보는 것이 우리 憲法 제117조 前段이 後段과 달리 「法令의 範圍 안에서」 라는 留保없이 「지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 財産을 관리한다」 고 규정한 취지에도 맞다고 생각한다. 따라서 최소한 지방자치단체의 고유사무에 관한 限, 국가와 지방자치단체와의 基本關係는 원칙적으로 對等關係를 전제로 한 협력관계로 보아야 할 것이다.

마지막으로 헌법 제111조 제1항에서 국가기관과 지방자치단체간의 權限爭議를 헌법재판소의 管掌事項으로 하고 있다는 점에 비추어 보더라도 국가와 지방공공단체와의 관계는 역시 對等關係를 그 전제로 하고 있다고 보아야 할 것이다.

## 3. 結 語

現代 民主主義 國家에서 地方自治는 地域社會의 均衡하고도 적절한 發展과 地域民主

8) 李聖德, 「釜山經濟開發戰略과 地方自治에 관한 연구」, 釜山商工會議所, 釜山經濟研究院, 1991, p.143.

9) 金南振, 「行政法II」(서울: 法文社, 1989), P.93 ; 許營, 「韓國憲法論」(서울: 博英社, 1990), P.783.

화의 확대를 위해 基礎的이고도 必需的인 역할을 담당하는 존재이다. 그러므로 지방자치 단체에 대한 국가의 關與나 統制가 강력하고 권력적인 경우에 地方行政의 自律性과 民主性이 저해될 우려가 있다. 그렇다고 하여 국가로부터 완전하게 독립하고 고유의 자치권을 갖는 自給自足的 意味의 地方自治라는 관념을 내세울 수도 없다.

그러므로 양자의 관계는 地方行政의 自律性과 民主性의 적절한 보장이라는 측면에서 對等·並立的인 協同·協力關係가 되어야 할 것이다. 즉, 福祉國家의 體制가 進展하면 進展할수록 地方自治의 存在價値는 더욱 더 그 重要性이 커질 것이므로, 그 존재를 維持·強化하기 위한 方策을 그 進展과 병행하면서 모색 해 나가야 할 것이다.

한편, 例外的으로 從屬關係를 전제로 한 協力·協同關係를 不可避하게 인정하여야 하는 合理的인 이유가 있는 경우에는 그 이유를 반드시 明示하여야 할 것이다. 왜냐하면, 우리나라 憲法 아래에서 地方自治團體는 단순한 國家의 下級行政機構만이 아니라, 헌법상 보장된 지방자치권을 가지는 行政主體이며, 국가와 지방자치단체와의 관계는 中央政府와 地方政府간의 政府間關係이며 상호간 有機的인 調整關係이기 때문이다.

## 제 2 절 條例의 意義 및 法體系上的 地位

### 1. 條例의 意義

조례란 廣義로는 지방자치단체의 自主立法權을 총칭하는 개념이고 狹義로는 國家機關이 제정하는 법령과는 달리 국가에서 獨立한 법인격을 인정받은 行政主體인 지방자치 단체가 法令의 範圍 안에서 그 權限에 속하는 事務에 관하여 그의 議會의 의결에 의하여 制定하는 法形式을 말한다.<sup>10)</sup>

이러한 조례는 여러 가지 基準에 따라 多樣하게 분류되고 있으나 一般的으로는 實質的 意味의 조례와 形式的 意味의 條例로 나뉜다. 實質的 意味의 조례라고 함은 지방자치단체 또는 그 기관이 지방자치단체의 自治權에 근거하여 定立하는 자치법을 말하며, 이것은 條例는 물론 規則까지 포함한다. 한편 形式的 意味의 조례라고 함은 지방자치단체가 그의 自治事務 및 法律이 특히 委任한 사항에 관하여 지방의회의 議決을 거쳐 制定하는 法形式을 의미하며, 이와같은 형식적 의미의 조례에는 실질적 의미의 조례 중

10) 金哲洙, 「憲法學概論」(서울: 博英社, 1988), p. 687.

규칙은 除外된다.<sup>11)</sup>

즉, 형식적 의미의 조례는 조례의 本質的·理論的인 概念이 아니라 現實的으로 지방 의회의 民主的 節次를 基準으로 하여 정립된 概念이다. 그러므로 형식적 의미의 조례에는 지방자치단체의 장이나 교육위원회 등에서 제정하는 規則이나 敎育規則 등은 이에 포함되지 않는다.<sup>12)</sup>

헌법에서 보장하는 조례제정권은 實質的 意味의 條例라고 보는 견해와 形式的 意味의 條例라고 보는 見解가 대립되고 있으나, 憲法은 團體自治 및 住民自治의 원칙을 보장하고 있기 때문에 지방자치단체의 住民代表機關인 지방의회의 民主的 立法節次를 거쳐 제정되는 형식적 의미의 조례제정권을 부여한 것이라고 볼 것이다.<sup>13)</sup>

이러한 조례는 ① 公法上的 高權的 權力 (Hoheitsgewalt)의 성질을 가진 自治權에 의해서 정립된다는 점에서 私法上的 組合 또는 法人의 規約이나 定款과 구별되고, ② 法規로서의 성질을 가진다는 점에서 行政規則과 구별된다. 또한 조례는 ③ 命令과도 區別된다. 명령도 국법의 授權에 의해서 정립되고 법률의 下位에 있다는 점에서 自主法과 類似하지만, 명령은 어떠한 경우에도 그 效力을 입법부의 委任에서 얻는 國家法인데 대하여 조례는 국가로부터 부여된 獨占的이며 고유한 法定立權에 의해서 제정되는 지방자치단체의 고유한 自主法인 것이다.<sup>14)</sup>

## 2. 法體系上的 地位

### 가. 地位



인간은 共同生活을 하며 여러 가지 社會活動을 한다. 이러한 인간의 사회활동은 각종의 규범에 의하여 구속되고 있는데, 그러한 규범의 중심은 국가의 권위에 의하여 強行되는 法規範이라 할 수 있다. 이와 같은 법규범은 不文法(혹은 慣習法)과 成文法(혹은

- 11) 金南辰(a), “地方自治團體의 條例制定 範圍와 限界”, 「地方行政」第14卷 第12號, p.141 (이하, 金南辰(a)로 한다.) ; 李輔泳, “地方自治團體의 條例制定權의 限界에 關한 研究”, 朝鮮大 大學院 博士學位 論文, 1991, p. 39.
- 12) 朴源永(b), “條例의 法理에 關한 研究”, 「東亞法學」創刊號, 1985, p. 266. (이하, 朴源永(b)로 한다.)
- 13) 金哲洙, 전개서, p. 687.
- 14) 金南辰(b), “條例制定權의 限界”, 「司法行政」, 1968, p. 22. (이하, 金南辰(b)로 한다.)

制定法)으로 大別되는 바, 현대에 이르면서 사회생활이 점차 복잡화·전문화됨에 따라 제정법(혹은 성문법)이 보다 더 중요한 위치를 점하게 되었다. 즉, 법의 발달은 한 마디로 말해서 「관습법에서 제정법으로」의 과정을 보이고 있다. 대표적인 불문법 국가인 England에 있어서도 과거에는 관습법의 대부분을 차지하고 있으나, 19세기 이후에는 제정법의 충실을 보이고 있다.<sup>15)</sup>

이렇게 중요성을 더해가고 있는 제정법의 중심은 근대국가에 있어서는 물론, 현대의 국가에 있어서도 의회에 의하여 제정된 법률이다. 그러나 사회생활의 복잡화에 대응하는 행정활동의 廣範多岐化·複雜化 및 專門化 등에 따라 의회입법의 원칙을 고수하기가 곤란하게 되었다.

그리하여 의회의 의결에 의한 법률이라는 法形式 以外の 法形式에 의한 立法, 즉 委任立法이라든가, 이와는 다른 차원의 地方自治의 實現이라는 면에서 自治立法이라는 형식 등 몇 가지 복수의 제정법형식이 규정되고 있는 바, 이처럼 복수의 법형식에 의하여 하나의 법체계가 형성되는 것은 오늘날 세계각국의 공통된 현상이라고 할 수 있으며,<sup>16)</sup> 이러한 맥락에서 조례의 現代的 意義를 찾을 수 있다.

그리고 法體系의 관점에서 볼 때, 主權者인 국민이 직접 인정한 法規範인 憲法에 의하여 다른 모든 법형식이 인정된 까닭에 憲法외의 모든 다른 법형식은 憲法에 종속하는 것이 되어 憲法보다는 劣等한 지위에 있게 된다. 條例 역시 지방자치단체의 자주권에 의하여 地方議會의 議決을 거쳐 제정되는 法形式으로서, 現代行政에 있어서 重要的 지위를 차지하고 있으며, 憲法上 地方自治의 보장이 인정되는 한, 그 보장의 범위 안에서 제정되는 自主法으로서 國家法과 함께 統一的인 法體系 내지는 法秩序를 형성하는 規範이라고 할 수 있다.

즉, 憲法의 理念과 趣旨를 적극적으로 實踐·具體化하는 것이 行政法의 任務<sup>17)</sup>이라고 본다면 지방자치를 위한 法律, 즉 地方自治法도 行政法의 일종이므로 역시 憲法의 執行法이며 具體化된 憲法으로서의 성격을 가진다고 보지 않을 수 없다. 더욱이 憲法이 지방자치에 관하여 一個의 章을 설치하여 지방자치에 관한 基本的인 사항에 관하여 規定하고 있는 사실을 중시 할 때, 지방자치에 관한 법령은 항상 그 지방자치에 관한 憲法

15) 秋田周(a), 「條例と規則」, 『現代地方自治全集6』(東京: きょうせい, 1977), p. 43.

16) 李輔泳, 전계논문, p. 40.

17) 慎保晟, 「現代行政法の 理論」(서울: 校學研究社, 1988), p. 338.

規定에 適合해야 할 것이다.

그러므로 條例나 規則 등의 自主法은 그 본질상 地方自治團體의 自治立法權에 근거하여 제정된다는 점에서, 국가의 법이 아닌 지방자치단체의 법이라고는 하지만, 그 實效性은 刑罰權에 의해서 담보될 것이며, 국가의 司法權에 의하여 그에 대한 訴訟이 있는 경우에 통제<sup>18)</sup>되도록 되어 있으므로 넓은 의미에 있어서는 國法體系의 일부를 형성하는 것이라 할 수 있다.

## 나. 他法規와 區分

### 1) 形式的 意味의 法律과 區分

形式的 意味의 조례제정은 行政作用에 속한다. 그러나 그것은 實質的 意味의 立法이기도 하다.<sup>19)</sup> 따라서 조례는 기본적으로 不特定多數人에 대해 구속력을 갖는 법규이다.<sup>20)</sup> 조례는 국회가 아닌, 집행권의 한 주체인 법률상 독립성 있는 행정단체인 지방자치단체에 의해 정해진다는 점에서, 법률의 경우와 근본적으로 다르다.<sup>21)</sup>

### 2) 法規命令과의 區分

條例와 法規命令은 모두 행정주체에 의한 입법이지만 형성대상에 대한 권한의 귀속에는 차이가 있다. 法規命令發令權은 權限上 국가의 영역에 귀속하는 것이다. 즉, 조례제정은 자치를 의미하나, 법규명령의 제정은 他律的인 법정립을 의미한다. 따라서 兩者는 規律對象이 아니라, 法定立權能의 성질 여하에 따라 기본적으로 차이가 난다.

이 때문에 법규명령은 憲法 제75조, 제95조등에서 보는 바와 같이 發令時마다 특별한 법률상의 근거를 요하나, 조례는 一般的인 授權으로도 이루어진다. 그리고 법률로 조례에 위임하는 경우에도, 구체적으로 범위를 정하여야 하는 것은 아니다. 이것은 조례제정기관인 지방의회가 민주적으로 선출, 구성되는 기관인 까닭이다.<sup>22)</sup>

18) 憲法裁判所, 「憲法論叢 第2輯」, 1991.12. p. 79

19) H. Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 1, 1975, p. 90.

20) 洪井善, “條例의 觀念과 그 保障方法” [月刊考試], 1991.1. p. 63.

21) O. Seewald, Kommunalrecht, in Udo Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1988, p. 31.

한편, 헌법상 법규명령제정권은 大統領, 國務總理, 行政各部의 長에게만 제한적으로 주어져 있으므로, 지방자치단체는 법규명령을 發할 수 없다.

### 3) 行政規則과의 區分

지방자치단체의 內部組織과 公務員에 대하여 發해지는 行政規則(또는 業務規則)은 조례의 형식으로 發해지는 것이 아니고, 또한 모든 사람을 구속하는 것이 아니라, 內部關係에서만 拘束的인 있다는 점에서 조례와 구분된다.

다만 행정규칙으로 정해질 사항이 條例에서 규정되는 경우에 그 성질이 法規的인가 아닌가의 문제가 있을 수 있다. 조례는 반듯이 外部的 拘束效를 가져야 하는 것은 아니기에 법형식에 중점을 두어 법규적으로 보아야 할 것이다.

### 4) 規則과 區分

條例와 規則은 制定主體와 制定權의 根據에 차이가 있다. 條例와 規則 사이에는 形式的 效力의 優劣關係는 없다. 다만, 조례와 규칙의 規定內容이 상호 矛盾되거나, 조례가 그 細部事項을 規則으로써 정하도록 委任하였을 때에는 條例의 效力이 우월한다.<sup>23)</sup>

## 제 3 절 條例制定權의 根據

### 1. 概說



地方自治團體의 自治權(right of self-government, Recht der Selbstverwaltung)은 憲法에 實定法的 근거를 가진다고 할 것이나, 그 이론적 根據가 무엇인가에 대하여는 學說上 오래전부터 대립이 있어왔다.

조례제정권의 근거를 규명한다는 것은 조례의 法的 性質이 무엇이며, 조례제정은 어디까지 가능한가를 규명하는 것이라고 볼 수 있겠다. 따라서 조례제정권의 근거를 論하는 주된 이유는 그 근거를 명확히 함으로써 조례제정의 구체적 내용을 파악하는데 기

22) 李輔泳, 전계논문, p. 42.

23) 崔昌浩, 「地方自治制度論」(서울:三英社, 1989), p. 270.

초가 될 수 있고, 또한 법령에 의해서도 侵害받지 않는 條例制定의 獨自的 領域을 확보하는 시발점이 된다는 의의를 갖는다.

지방자치단체에 대하여 조례제정권이 인정되는 근거는 지방자치단체로 하여금 스스로의 사무를 자신이 정한 규범(Norm) 내지는 계획표에 따라 처리할 수 있게 함으로써 자치행정의 자주성과 예측가능성 및 지역적 특수성을 살리려는 데에 있다.<sup>24)</sup>

먼저 조례제정권의 이론적 근거에 관해서 견해의 대립을 살펴보고, 다음으로 실정법상의 근거에 관하여 살피고자 한다.

## 2. 理論的 根據

條例制定權 — 더 나아가 地方自治團體의 自治立法權 — 의 이론적 근거에 대해서는 일반적으로 憲法에 규정하고 있는 지방자치제도의 본질과 관련하여 논의 되고 있다. 따라서 憲法上 지방자치제도의 본질에 관한 諸見解는 모두 조례제정권의 이론적 근거로서 타당하게 된다.

지방자치단체의 자치권을 개인의 자연적·천부적인 기본권과 같이 보는 固有權說, 국가의 통치권으로부터 전래한 것이라는 傳來說, 법률로서 그 본질적 내용을 침해할 수 없도록 보장하기 위한 것이라는 制度的 保障說 등이 있다

### 가. 固有權說(基本權保障說)

固有權說은 地域團體는 그 沿革으로 볼 때 국가의 성립 이전부터 住民의 共同利益을 실현하기 위하여 自然發生的으로 성립하였으며, 때로는 國家權力에 대항하여 市民의 自由를 지키는 기능을 수행하여 오기도 하였다고 하고 이러한 사실에서 자치단체가 가지는 權能은 개인의 基本的人權과 마찬가지로 지방자치단체가 가지는 前國家的인 고유한 권리로 보아야 한다고 한다. 즉, 이 설은 近代自然法思想을 지방자치단체에 適用하는 「지방권」(Pouvoir municipal)의 사상을 근거로 한 것으로,<sup>25)</sup> 法人을 自然的 創造物<sup>26)</sup>

24) 金南振(c), “地方自治團體의 事務와 權限”, [考試界], 1988. 5, p. 30. (이하, 金南辰(C)로 한다.)

25) 李輔泳, 전개논문, p. 8.

26) 19C 중엽에 있어서 조합이론의 대표자인 Gierke에 의하면, 法人은 自然的·創造(Naturliche

로서 자연인과 같은 고유의 인격성과 권리를 인정한 團體法思想을 근거로 한다.<sup>27)</sup> 그럼으로 고유권설에 의하면 자치권을 個人的 自然的·天賦的인 기본권과 같이 보며, 지방자치제를 규정한 憲法規定은 지방자치단체의 고유한 자치권의 존재를 확인하는 의의를 가지는 것이라 한다.

이러한 주장은 뒤이은 傳來說에 의하여 公法學에 의하여 인용될 수 없는 自然法論으로<sup>28)</sup> 국가의 테두리 안에서 지방자치단체가 자치권을 행사하는 데에는 적어도 국가의 認定 내지 保障을 필요로 하는 것이라는 점에서 비판을 받았다. 그러나 국가로부터 완전히 독립하여 지방자치권을 인정하는 것은 不可能<sup>29)</sup>하지만 현대국가에서 지방자치의 人權保障的·住民自治的인 고유한 權能을 새로 부가하는 의미에서 고유권설은 한편으로는 의미가 있다고 생각된다.

#### 나. 傳來說(授權說·承認說)

19C 이후 獨逸公法學者들에 의해 주장된 이론으로서 고유권설에 반대하여, 지방자치권은 국가의 승인에 근거한 통치권으로 부터 전래한 것이라는 주장으로 독일에서 일본으로 繼受되어 통설적 위치를 지켜왔으며<sup>30)</sup> 우리나라에서도 종래의 통설이라고 할 수 있다.

전래설을 따를 경우, 우리나라의 조례제정권의 직접적인 근거가 憲法規定이나 法律規定이냐가 문제된다. 우리 헌법 제117조는 자치입법권을, 지방자치법 제15조는 지방자치단체의 조례제정권을 규정하고 있다. 따라서 조례제정권의 실정법적 근거는 憲法과 地方自治法의 상기조항에서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 양 법 중 조례제정권의 보다 直接的인 根據 規定은 어느 것이냐, 다시 말하면 국가는 조례제정권을 憲法의 次元에서 承認했느냐, 법률의 차원에서 승인했느냐가 문제가 된다.

달리 표현 한다면, 지방자치단체에 자치권을 인정하는 것은 지방의 특수성에 符合

Gebilde)이므로 그 法人도 自然人과 똑같이 고유의 권리를 가지며, 따라서 그 법인의 존립을 국가로부터 移讓된 국가적 위임에 기초하는 것으로 볼 수 없다고 강조하였다.

27) 朴源永(b), 전개논문, p. 300.

28) 朴源永, 상개논문, p. 300

29) 許 營, “地方自治에 관한 憲法理論의 照明”, [公法研究]第13輯, 1985, p. 123.

30) 丘乘期, 「憲法學(II)-統治構造」(서울:博英社, 1983), P. 488 ; 金哲洙, 「憲法學概論」(서울:博英社, 1988), PP. 837~838.

하는 민주정치를 실현시키기 위한 것으로 國家는 이에 法人格을 부여하였는 바, 법인의 人格은 法の 產物이며 법의 定立은 國家에 귀속하므로 自治團體存立의 根據는 國家의 法律에 있다고 한다. 이 때 지방자치권을 승인하는 국가법이 憲法自體인가, 국가의 法 승인가에 따라서 「憲法的 傳來說」과 「法令的 傳來說」로 나누어져 설명되기도 하지만, 國民主權에 근거하여 憲法制定權力이 국가의 통치권과 지방자치권을 동시에 민주적 國家體制로 설정한 것이라고 하는 憲法的 傳來說이 더 타당하다고 한다.<sup>31)</sup>

이와같은 전래설에 의한다면 지방자치단체는 국가의 감독으로부터 완전히 독립한 단체가 아니므로 국가의 監督이나 中央集權도 非民主的이라 할 수 없다고 하고, 지방자치에 대한 구체적인 내용에 대해서도 中央集權的 施策이 필요한 경우 국회의 立法으로써 그 제한이 가능하므로 地方自治法이 直接民主制의 諸制度를 부정 또는 制限할 수 있다. 이는 民主主義의 기본이념은 물론이거니와 지방자치의 本質에도 위배된다고 하지 않을 수 없을 것이다.<sup>32)</sup>

#### 다. 制度的 保障說

제도적 보장설은 독일의 Carl Schmitt에 의해 주장된 것으로, 그 내용은 역사적·전통적으로 형성된 일정한 공법상의 제도를 국가의 제도로써 보장함에 의하여 그 본질적 내용을 立法에 의한 侵害나 廢止로부터 擁護하고자 하는 이론이다. 즉, 지방자치를 제도로써 보장한다는 것은 지방자치단체의 存立이나 權能을 保障하는 것이 아니라, 地方自治制度가 國법상의 제도인 이상 立法에 의한 變更도 허용되지만, 다만 지방자치제도의 본질적인 내용은 立法에 의해서도 變更할 수 없다는 것이다.<sup>33)</sup>

제도적 보장설은 자치권의 固有性을 부정하는 점에서는 傳來說과 별로 차이가 없다.

그러나 傳來說과 달리 制度的 保障說은 「保障」에 力點을 두어 中央과 地方의 關係를 정한 것이다. 특히 歷史的·傳統的으로 형성되어 온 地方自治制度를 국가제도로써 憲法上 보장한 것이라고 解釋함으로써 그 본질적 내용을 입법 또는 기타의 법률에 의한

31) 朴源永(b), 전개논문, P. 320.

32) 金龍運, “地方條例에 관한 研究”, 東亞大學校 大學院, 碩士學位 論文, 1982, p. 17.

33) 千炳泰(a), “地方議會의 地位와 權限”, [考試界], 1988. 5, p. 43. (이하, 千炳泰(a)로 한다.)

침해로부터 옹호하려고 한다는 것으로 오늘날 學界에서 가장 많은 지지를 받고 있다.

C. Schmitt에 의하면 「헌법의 규정에 의하여 一定한 제도에 대한 保護가 부여되는 경우가 있다. 이 경우 헌법의 규정은 普通的立法節次에 의하여 그 제도를 廢止하지 못하도록 하는 데 목적이 있다. 이와 같은 보장의 구조는 논리적으로나 법률적으로 자유권의 보장과는 전혀 다른 것임에도 불구하고, 論者は 不正確한 表現方法으로 때때로 이 경우에도 똑같이 기본권이라 칭하고 있다. 제도적 보장과 私人的 주관적 권리가 결부되어 있는 경우에도, 그것은 우연히 그렇게 된 것일 뿐(nicht notwendigerweise)이고, 기본권으로 존재하는 것은 아니다. 제도적 보장은 성질상 국가의 내부에서만 존재한다는 한계가 있다. 그리고 그것은 원리적으로 無制限한 자유의 영역의 觀念에 기초하는 것이 아니고, 어디까지나 그 자체의 범위와 한계가 주어진 것으로서, 일정한 임무와 목적에 봉사해야 할 법적 제도에 관계되는 것<sup>34)</sup>」이라고 설명하고 있다. 그리고 그는 그 代表的인 예로 Frankfurt 憲法 및 Weimar 憲法 제127조의 지방자치에 관한 규정을 들고, 「자치행정의 제도는 Reich 憲法에 의해 보장되어 있는 까닭에 지방자치행정의 제도 그 자체를 침해하는 것은 허용되지 않으며, 그의 實體的 內容을 破壞하고, 그의 본질적인 요소를 빼앗는 모든 法律은 憲法違反이 된다.<sup>35)</sup>」고 한다

이렇듯 제도적 보장설에 의하면 헌법상의 지방자치조항은 실제로 無內容한 것이 아니며, 단순히 空虛한 기본권이 아니라 規範的 意味로서 입법권자를 구속하며, 지방자치에 대하여 법률에 의해서도 침해될 수 없는 最小限度의 보장을 제공하는 중요한 권능을 가지는 것으로 생각되기에 이르렀다.

문제는 법률로서도 침해할 수 없는 본래적인 「지방자치의 내용」이 무엇이나 하는 것이다. 지방자치의 본래적인 내용은 지방자치의 역사적 발전과 헌법이 이와 같은 규정을 두게 된 취지 및 목적, 현대국가에 있어서의 국가와 지방과의 관계 등을 個別的 具體的으로 判定하여야 한다고 한다.<sup>36)</sup>

즉, 헌법이 직접 보장하는 지방자치의 본질은 단체자치와 주민자치의 원리를 포함하는 것으로 解釋되고 지방자치는 民主主義의 學校라고도 하는 만큼 이러한 地方自治의 民主政治的 住民參加的 意義는 원래 그 헌법적 보장의 중요한 趣旨 내지 目的<sup>37)</sup>이라고

34) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, pp. 170~171. 李輔泳, 전계논문, p. 14.

35) C. Schmitt op. cit., p. 171.

36) 成田頼明, “地方自治의 保障”, 「日本國憲法體系」第5卷(東京:有斐閣, 1978), p. 240; 李輔泳, 전계논문, p. 15.

봄이 타당하다. 따라서 단체자치에 의한 住民生活保障·住民의 生存權保障은 인권보장의 측면에서도 중요하며, 오늘날의 지방자치권은 그 본래의 목적인 주민의 생존권보장을 위하여 현실적으로 필요한 권능을 헌법상 부여받아야 하며, 헌법에서도 이를 지방자치의 본질로서 보장한다고 하는 制度的 保障說에 입각한 설명이 가능하다고 본다.

이러한 관점에서 지방자치단체의 自治立法權인 條例制定權은 헌법상 보장된 지방자치제도의 본질적인 내용이며, 따라서 어떠한 법률에 의해서도 그것을 否定하는 것은 허용될 수 없을 것이다. 그러나 條例의 本質인 내용이 侵害가 아닌 限度內에서 그 범위나 한계 등을 법률로써 제한하는 것은 가능하다 할 것이다.

## 라. 結 語

이상에서 살펴본 바와 같이 조례제정권의 근거가 되는 지방자치의 본질에 관한 이론은 다 나름대로의 문제점을 내포하고 있다.

固有權說은 고유권으로서 설명되고 있는 自治權의 구체적인 내용과 기준이 명확하지 않다는 점에서 설득력이 부족하며, 또한 헌법이 지방자치규정의 自然權을 實定法으로 도입하였다고는 하나 그 근거에 대한 설명의 說得力이 부족하기 때문에 우리나라에서는 이 理論을 지지하는 論者가 거의 없는 것 같다

傳來權說에 의하면 혹자는 근대공법학의 公理 중의 하나인 主權(統治權)의 單一不可分性에 입각하여, 국가통치의 관념을 떠난 지방자치의 관념은 성립할 수 없다고 하는, 地方自治의 本質과 民主主義 國家에서는 타당하지 않는 주장이 될 수도 있다는 데 문제가 있다. 만약 傳來說을 고집한다면 이점에 대한 說得力있는 비판이 더 있어야 할 것이다.<sup>37)</sup>

制度的 保障說에 의하면 利益保護의 이론이 一面에서는 권리를 最低限 保障하는 권능으로 權利制約的 方向에서 작용할 위험성이 있다는 점을 부정할 수 없다고 하겠다.

결국 오늘날 헌법상의 地方自治條項은 각 地方自治團體에 대하여 천부적 인권과 같은 基本權을 보장하고 있는 것도 아니며, 그렇다고 아무런 의미가 없는 空虛한 내용을 규정하고 있는 것이 아니라 地方自治團體에 대하여 일정한 내용을 가진 자치권을 보장

37) 林源永(b), 전계논문, p. 303.

38) 李補泳, 전계논문, p. 18.

하는 規範的意味을 가지고 있다는 점에 관해서는 意見의 統一性을 보이고 있는것 같다.

즉, 우리 헌법에 있어 지방자치에 관한 규정은 「地方自治의 本質」에 기하여 지방자치가 헌법상 보장되고 있음을 明示한 것이다. 그러므로 국가의 법률에 의해서도 「地方自治의 本質」에 反하는 규정을 둘 수가 없으며, 만일 그러한 規定 내지 법률이 있다면 그것은 違憲·無效가 되는 것이고, 여기에 지방자치의 국가에 대한 憲法的 保障이 嚴存하고 있는 것이라고 한다.<sup>39)</sup> 이는 다시 말하면 지방자치의 본질에 관한 制度的保障理論에 입각한 것이다.

지방자치의 본질, 나아가 조례제정권의 본질을 논함에 있어 기준이 되는 근거를 굳이 고집 한다면 제도적보장이론이 우세한 위치를 점하고 있음은 재론의 여지가 없다. 그리고 점차 지방자치는 自由權과 無關한 제도적보장에 그치지 않고 오히려 기본권실현과 불가분의 관계에 있는 憲法上的 客觀的 價値秩序에 속한다고 보고 있다. 즉, 지방자치가 지역주민에 의한 自治機構의 構成 및 自治機構에의 주민의 적극적인 참여에 의해서 비로소 실현될 수 있는 제도라면 지방자치는 국민의 選舉權과 公務擔任權의 實現과 不可分の 관계에 있는 제도라는 점은 두말할 필요가 없다. 또 헌법상의 住居·移轉의 자유가 모두 국민에게 機動性과 活動性 그리고 居住地選擇의 자유를 보장하는 것이라면 지방자치는 이와 같은 기본권의 실현과도 관계가 있는 것이다.<sup>40)</sup> 이렇듯 지방자치의 本質을 住民의 기본권 보장과 관련하여 이해한다는 점에서 기존의 제도적보장이론은 수정·補完되고 있다.<sup>41)</sup>

결국 인간이 만들어 낸 모든 제도는 인간다운 생활이라고 하는 희망을 염두에 둔다고 본다. 지방자치제도 역시 지역주민의 생존권보장, 나아가 복된 삶을 위해 봉사하는 기능에 그 목적을 찾을 수 있다고 볼 수 있으며, 이러한 기능을 현실화시키기 위해 헌법에 의해서 제도화되고 있다고 본다.

### 3. 實定法的 根據

우리 나라 憲法 제117조 제1항은 「지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리

39) 朴源永(b), 전계논문, p. 300參照.

40) 許 營, 「韓國憲法論」(서울:博英社, 1990), p. 345.

41) 許 營, 「憲法理論과 憲法(中)」(서울:博英社, 1989), p. 43.

하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다」라고 하여 지방자치단체의 자치입법으로서 조례제정권을 명시하고 있다. 또한 地方自治法 제 15조에서 「지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다」라고 하여 자치법규로서 조례를 인정하고 있다. 따라서 지방자치단체는 헌법과 지방자치법에 의거하여 조례를 제정할 수 있게 된다.

그러나 憲法과 地方自治法이 「法令의 範圍안에서」 조례를 제정할 수 있도록 함으로써 원칙적으로 조례는 국가법인 법령 아래서 법령이 인정하는 테두리 내에서만 그 제정이 가능하게 된다. 여기서 「법령의 범위 안에서」를 어떻게 해석하느냐가 중요한 문제로 등장한다. 이에 대한 부분은 後述하기로 한다.

## 제 4 절 條例의 法的性質

### 1. 概說

憲法이 보장하는 지방자치권의 내용으로서는 “全權限性(Allzuständigkeit)”과 “自己責任性(Selbstverantwortlichkeit)”을 들고 있다. 全權限性은 “지방자치단체의 자치권이 미치는 활동영역에 관한 것으로, 헌법이나 법률이 국가나 그 밖의 공공단체의 사무로서 유보하지 않는 한, 지방자치단체는 지방적 공공사무에 대하여 포괄적 자치권을 갖는 것”<sup>42)</sup>이고, 自己責任性은 “지방자치단체가 그 권한에 속하는 자치행정사무를 국가의 지시나 후견적 감독을 받지 아니하고, 법에 따라 처리하는 권한<sup>43)</sup>”이라고 설명한다.

따라서 地方自治權의 핵을 이루는 자치입법권의 법적 성질 중에서는 공법상의 고권적 권력의 성질이나 법규로서의 성질을 가지고 있다는 점에서는 異論이 없으나 조례가 자주법의 성질을 가졌느냐에 대해서는 논의의 대상이 되고 있다. 즉 조례가 自主立法이나 委任立法이나 하는 것이 문제가 된다는 것이다.

42) 金鐵容, “地方自治團體에 대한 國家의 關與”, 「公法研究」 제18집, 1990. 77면, ; 權寧星, 「憲法學原論」(서울: 법문사), 1988, p. 213 ; 金南振, 「行政法Ⅱ」(서울: 法文社), 1989, p. 93.

43) 金南振, 전제서, p. 93 ; 許營, 「韓國憲法論」(서울: 博英社, 1990), p. 783. ; 金元主(a), “地方自治權”, 「考試界」, 1989. 5, p. 19. (이하, 金元主(a)로 한다.)

日本の 통설에 의하면 조례는 주민의 代表機關인 지방의회의 의결로 제정되는 지방 자치단체의 자주법으로서 국정 레벨의 법률에 준하는 지위가 인정되므로 주민에 대하여 의무를 과하고 그 권리와 자유를 제한하는 자주법의 정립이 조례의 형식으로 행하여 지는 것이라고 한다.<sup>44)</sup> 獨逸에서도 조례제정에 대하여 종래에는 행정작용적 성격을 강조 하였으나 근래 들어 그에 대한 인식변화가 생기고 있다.<sup>45)</sup> 이러한 조례의 법적 성질에 대한 究明은 조례제정권의 근거와도 관련있으며 특히 조례제정이 범위를 정하는 데도 중요한 기준이 되고 있다.

條例制定權의 근거에 관해 固有權설에 의할 것 같으면 조례제정권은 지방자치단체 가 가지는 고유의 기능이기 때문에 조례는 법령의 授權없이 당연히 제정할 수 있는 自主立法이 된다. 그러나 전래설이나 제도적 보장설에 의하면 이론상 견해가 나누어질 수 있다.

## 2. 見解의 對立

### 가. 條例自主立法說

이 見解에 의하면 條例는 原則적으로 지방공공단체의 사무에 관하여 정립되는 당해 지방공공단체의 자주법이라고 한다.

條例制定權의 근거에 관하여 固有權說을 취할 경우 조례는 지방자치단체가 가지는 자연적 高유권이며, 憲法에 규정이 없더라도 지방자치단체의 固有事務 領域에 속하는 사항은 조례의 전관사항이라고 보는 견해이다. 따라서 固有事務 領域에 속하는 사항에 대하여 법률과 조례가 저촉되는 경우에는 조례가 우선 한다고 한다.<sup>46)</sup> 이러한 견해는 지방자치단체가 公害規制 등의 분야에서 地域住民의 강한 요구를 받아들여 조례에서 국가의 法令보다 嚴格한 기준을 정하려고 하는 경우에 그 이론적 기초를 제공하기 위하여 주장되었다고 하겠다. 이 견해는 헌법 제117조의 「법령의 범위 안에서」를 高유사무에

44) 高田 敏·村上義弘, 「地方自治法」(東京: 青林書院新社, 1976), p. 199.

45) Vgl., Bleckmann, DVBl. 1987, S. 1085; Schoch, NVWZ, 1990, at 801; 金南振 「地方自治法 縮小解說 (12)」, 「地方行政」, 1993. 3, p. 78 ; 李周熙, 「地方自治團體의 條例制定權의 性質과 範圍」 『自治研究』 第3卷 第11號, 韓國地方自治研究所, 1993, p. 31.

46) 朴鈞旿, 「條例의 法令과 限界」, [考試界], 1992. 11, p. 38.

대하여는 의미가 없는 규정으로 보거나 극히 緩和하여 해석한다고 할 것이다.

조례제정권이 지방자치단체의 本源的·固有的 기능에 기초를 둔 것이 아니라 국법의 授權에 기초를 둔 것이라는 전래설에 의한 경우에는 지방자치단체의 자치권 및 그 내용의 하나인 조례제정권은 국가의 통치로부터 전래된 것이며, 통치권의 일부가 지방자치단체에 移讓된 것이라 한다. 그리하여 헌법 제117조 제1항 아래서는 법률이 적극적으로 지방자치의 본질을 침해할 수 없는 것은 당연하지만, 그렇다고 지방자치단체의 固有事務領域에 대하여 제정된 조례가 당해 영역에 대하여 제정된 국가의 법령에 우선된다고 볼 수 없다고 한다.

즉, 전래설에 따르면 授權은 국회가 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 사항을 各部의 명령에 맡기는 授權과는 다르고 지방자치단체의 사무에 관하여 法令에 矛盾·抵觸하지 않는 범위내에서 포괄적으로 地方自治團體固有의 법을 정립하는 권능을 부여받는 趣旨라고 생각한다.<sup>47)</sup>

또한 傳來說 中 憲法的 傳來說에 의한 것 같으면 조례제정권은 헌법에서 전래된 것이므로 법률의 授權없이도 헌법의 규정만으로 조례를 제정할 수 있게 된다는 점에서 條例自主立法說을 따를 수 있다. 그리고 제도적 보장설에 의하더라도 조례제정권은 헌법상 제도적으로 보장되어 있다고 봄으로 조례자주입법설을 취할 수 있다.

이러한 條例自主立法說을 취할 때 지방자치법 第15條의 규정은 조례제정권을 근거 지우는 授權規定이 아니라 헌법규정에 따라 그 名稱·形式·規定事項의 범위 등을 명확하게 한 것에 불과하게 된다.<sup>48)</sup>

## 나. 條例委任立法說

지방자치단체의 자치입법으로서의 조례는 형식적으로 國法下에 있고 실질적으로는 당해 自治團體의 사무에 관해서 自治團體와 住民과의 관계를 규율하는 점에서 일반적 한계가 있다고 본다.

近代法은 헌법을 頂点으로 하여 그 위에 法律의 授權에 의한 명령·조례가 제정되고 이들 조례를 포함하는 법령이 헌법 아래서 일관된 법체계를 구성하고 있는 점에서 그

47) 小高剛, "條例の機能と限界", 現代社會と自治制度の變革, 1974, pp. 118-119.

48) 千柄泰(a), 전계논문, p. 48.

특색이 있다. 그리고 이 법체계를 형성하고 보장하는 주된 기관이 국회이고 법원이다. 이와 같이 법체계의 一貫性에 의해 근대법의 法的 安定性, 그에 따른 개인의 權利·自由의 保護, 행정의 적법성이 보장되어 있다. 따라서 조례의 법적 성질을 고려하는 경우에도 그것이 近代法體系 중에서 어떠한 지위를 점하는가라는 관점에서 檢討해야만 하고, 이와 같은 견지에서 본다면 조례도 그 기초는 法律에 있다고 해석하여야 할 것이다. 이상이 조례위임입법설의 내용이다.

즉, 헌법의 지방자치 보장에서 지방자치단체가 통치단체로 된다는 것이다. 또한 조례 특히 주민의 권리·자유를 규제하는 조례의 사법심사에 대하여 조례위임입법설을 취하면 공공의 복리에 의한 제한을 가하여 무제한적인 조례제정권의 擴大를 저지할 수 있다고 주장한다.

이러한 위임입법설을 취할 경우 지방자치법 제15조의 규정은 確認規定이 아니라, 직접 지방자치단체에 조례제정권을 수권하는 창설규정으로 보게 된다.

#### 다. 結 言

地方自治團體에 대하여 전국가적·본원적인 권력을 인정할 수는 없으며, 지방자치단체의 모든 권능은 국가권력에서 유래한다고 할 것이므로 조례제정권도 당연히 국가권력에서 유래한다고 할 것이다.<sup>49)</sup> 따라서 고유권설의 입장에선 조례자주입법설에는 따를 수 없다고 할 것이다.

그리고 조례위임입법설은 우리 憲法 構造上 타당하지 않다. 왜냐하면, 條例制定權을 自主立法으로 볼 것인지, 委任立法으로 볼 것인지는 우선 헌법구조에서 보아야 하는데, 우리 憲法 제117조 제1항은 「法令의 範圍 안에서 自治에 관한 規定을 제정할 수 있다」고 규정하고 있는 데, 여기에서의 「法令의 範圍안에서」는 우리 憲法 構造上 「法令의 委任에 의하여」와는 전혀 다르다고 할 것이기 때문이다.<sup>50)</sup>

우리 憲法은 행정기관이 법률의 위임에 의하여 명령을 제정할 수 있는 이른바, 委任命令의 근거를 정함에 있어서는 大統領은 「法律에서 구체적으로 範圍를 정하여

49) 徐元宇(a), “國家와 地方自治團體의 關係”, [考試界], 1992. 12, p. 40. (이하, 徐元宇(a)로 한다.)

50) 徐元宇, 상계논문, p. 41.

위임받은 사항에 .. 관하여」 대통령령을 발할 수 있다고 규정하거나(憲法 제75조), 國務總理 또는 行政各部의 長은 소관사무에 관하여 「法律이나 大統領令의 委任... 으로」 總理令 또는 部令을 발할 수 있다고 규정하고 있다(憲法 제95조). 이러한 憲法의 規定形式은 지방자치단체에 대하여 국가의 행정기관에 대한 委任命令制定權과는 區別되는 自主立法 내지는 自治立法을 보장하려고 한 것이 분명하다고 할 것이다. 따라서 지방자치단체는 헌법에 의하여 자치사무에 대하여는 자주적으로 조례를 제정할 수 있는 것이다.<sup>51)</sup>

따라서 조례제정권은 국가의 통치권으로부터 전래된, 통치권의 일부가 지방자치단체에 移讓된 것이라고 보는 憲法傳來說의 立場에 따른 條例自主立法說이 타당하다고 본다. 그러므로 헌법 제117조 아래서는 법률이 적극적으로 지방자치단체의 본질을 침해하여서는 안된다고 보아야 할 것이다. 물론 이것이 지방자치단체의 固有事務領域에 대하여 제정된 조례가 당해 영역에 대하여 제정된 국가의 법령에 우선하는 주장까지 내포하는 것은 아니다.<sup>52)</sup> 조례가 自主法이지마는 그것은 헌법의 승인에서 유래한 것이며 넓은 의미에서의 국법질서 중에 포함되어야 하며, 헌법 제117조 제1항에서 「법령의 범위 안에서」 라는 範圍를 설정한 것은 바로 그것을 나타낸 것이라고 본다.<sup>53)</sup>

그러나 同 規定이 「法令의 範圍 안에서」의 意味가 조례는 國家의 현행 법령에 違反하여 제정할 수 없다는 法令優位の 原則을 규정한 것이지, 法令의 委任이 있어야 제정할 수 있다는 法令留保의 原則을 정한 것은 아니라고 할 것이다.<sup>54)</sup>

따라서 地方自治團體는 그 固有事務에 대하여는 그것의 내용이 어떠한 것이나간에 조례를 제정할 수 있다고 할 것이다. 물론 지방자치단체의 固有事務가 어떤 것인가는 憲法規定 그 자체에서 도출할 수 없으며, 法律로 定하여진다고 할 것이다. 그러나 지방자치단체의 고유사무를 법률로 정한다는 것과 그에 관한 조례를 法律의 委

51) 徐元宇, 상계논문, p. 41.

52) 이점이 固有權說에 근거한 條例自主立法說과 이 差異點이다.

53) 固有權說을 전제로 하는 條例自主立法說은 地方自治團體가 가지는 조례제정권은 自然權的 固有權이며, 헌법에 규정이 없더라도 地方自治團體의 固有事務領域에 속하는 사항은 조례의 專管事項이라고 보는 것이다. 따라서 固有事務領域에 속하는 사항에 대하여 法律과 條例가 저촉되는 경우에는 條例가 우선 한다고 한다. :室井力, [公署行政において法律と條例], [法學セミナー117], 1970, p. 17.

54) 徐元宇, 전계논문, p. 41.

任에 의하여만 제정할 수 있다는 것은 別個의 문제이다.<sup>55)</sup>

한편 條例委任立法說에 의하면 지방자치단체의 기능은 모두가 國家權力으로부터 유래한 것으로 봄으로써, 그 중요한 權能의 하나라고 할 수 있는 條例制定權도 당연히 國家權力으로부터 유래한다고 한다. 이 見解에 따르면 憲法 제117조는 創設規定이라고 하고<sup>56)</sup> 地方自治法 제15조의 「法令의 範圍안에서」는 「法令의 委任에 의하여」를 포함하는 概念으로 해석하고 있다.<sup>57)</sup>

종합하건대, 이와 같은 견해의 차이는 일반적으로 法令과 條例의 관계, 조례제정권의 한계를 규명하는 데 그 意義가 있는데, 條例委任立法說<sup>58)</sup> 보다는 憲法傳來說의 立場에서는 條例自主立法說<sup>59)</sup>이 多數說로 인식되고 있다.

## 제 5 절 條例의 制定節次

地方自治團體의 條例制定過程은 크게 發議過程, 審議過程, 公布過程으로 나누어진 다. 본 절에서는 조례제정과정의 내용과 그 문제점을 나름대로 고찰하고자 한다.

### 1. 條例案의 發議

條例案은 地方自治法 제58조에 따라 地方自治團體의 長 또는 在籍議員 1/5 以上 또는 10인 以上の 連署로써 發議할 수 있다. 다만, 教育·學藝에 관한 사항에 대해서는 教育自治에 관한 法律 제14조 제2항에 따라 教育委員會의 의결을 거쳐 地方議會에 제출한다. 그리고 事案에 따라서는 地方議會와 執行機關을 分립시킨 취지에 따라 慣例的으로 그 어느 一方에 의하여 專屬的으로 발의되는 경우도 있다.(예컨대, 常任委員會에 관한

55) 朴鈞炳, 전계논문, p. 41.

56) 秋田 周, “條例と規則”, [現代地方自治全集](東京: きょうせい, 1977), p. 66.

57) 洪井善(a), “條例와 侵害留保”, [考試界], 1993. 4, p. 108. (이하, 洪井善(a)로 한다.)

58) 洪井善, 「地方自治論」(서울: 三英社, 1991), p. 151 ; 李琦雨, 「地方自治行政法」(서울: 法文社, 1991), pp. 225-228.

59) 徐元宇(b), “條例制定權의 範圍와 限界”, [考試界], 1993. 3, pp. 181-189, (이하, 徐元宇(b)로 한다.) ; 朴鈞炳, 전계논문, pp. 40-44. ; 千乘泰, “地方自治法 特講(2)”, [自治研究], 1992 秋冬, p. 153; 李周熙, “地方自治團體의 條例制定權의 性質과 範圍” [自治研究] 制3卷1號, 韓國地方自治研究所, 1993, p. 30.

조례는 地方議會에 의하여, 地方自治團體長의 直屬機關의 설치에 관한 條例는 地方自治團體의 장에 의하여 專屬的으로 발의되는 것이 일반적이다.)

\*. 條例의 性質에 따른 專屬發議 對象<sup>60)</sup>

발 의 권 자	대 상 조 례	비 고
자치 단체 장의 전 속 발 의	·자치단체의 직속기관, 사업소, 출장소, 합의계 행정기관, 자문기관등의 설치조례 ·특별 회계설치 조례	과반수 의결 원 칙
지방 의회 의원 전 속 발 의	·상위위원회 설치조례 ·특별위원회 설치조례	· ·
지방자치단체장 및 의원 쌍방 발의	·지방자치단체사무소의 위치에 관한 조례	재적의원 3분의 2이상 찬성
	·각종 행정사무에 관한 조례	과반수 의결의 원 칙

地方自治團體長에게 제출된 안건은 본 회의나 상임위원회에서 심사되며 본 회의에서 의결된다. 의결은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 地方自治法 제56조에 따라 在籍議員 過半數 出席과 出席議員 過半數 贊成으로 의결한다. 의원은 표결권을 가지며 可否同數인 때에는 否決된 것으로 본다.

## 2. 條例案의 地方自治團體長에 移送·公布

### 1) 條例案의 移送

조례의 制定 또는 改廢의 의결이 있는 경우에는, 地方議會 議長은 의결된 날로 부터 5일 이내에 그 地方自治團體의 장에게 이송하여야 한다(지방자치법 제19조 제1항). 이 때 의결된 날로부터라고 함은 의결이 있는 다음날로 부터 5일 이내에 長의 수중에

60) 京畿道 法務擔當官室, 「地方自治와 法務行政」(서울: 동우사, 1989), p. 163. 參照

도착되어야 함을 의미한다. 이 때 만일 의장이 5일 이내에 이송하지 않은 경우에도 의결의 효력에는 영향이 없다.<sup>61)</sup>

## 2) 條例案의 公布

조례안이 본 회의에서 審議·通過되면 지방자치단체의 장에게 이송된다. 지방자치단체의 장은 이송받은 날로부터 20일 이내에 公布하여야 한다. 지방자치단체의 장은 조례안에 대하여 異議가 있을 때에는 20일 이내에 이유를 붙쳐 의회에 환송하고 그 再議를 요구할 수 있다.

만약 地方自治團體의 長이 20일 이내에 公布하지 아니하고 再議要求도 하지 아니하는 경우에는 同條 제5항에 따라 條例로서 확정된다. 條例案의 확정된 후 5일 이내에 지방자치단체의 장이 공포하지 아니한 경우 同條 제6항에 따라 地方議會의 議長이 이를 公布한다. 公布의 方法과 節次는 大統領令으로 정하게 되어 있고, 이에 따라 地方自治法 施行令 제11조~제14조는 이를 규정하고 있다. 同施行令 제12조 제1항에 따라 條例의 公布는 地方自治團體의 公報나 日刊新聞에 게재 또는 게시판에 게시로써 한다.

條例의 公布는 조례제정 절차의 일부로서 效力發生의 要件이다. 公布의 目的은 住民들에게 새로운 조례가 제정되었음과 그 內容을 알리기 위한 것이므로 전문을 다 알려야 한다.

## 3. 條例의 報告와 承認

地方自治團體가 條例를 制定·改廢한 때에는 지방의회에서 이송된 날로부터 5일 이내에 市·道知事는 內務部長官에게, 市長·郡守 및 自治區의 구청장은 市·道知事에게 그 전문을 첨부하여 보고하여야 하고 報告받은 內무부장관은 이를 관계 中央行政機關의 長에게 통보하여야 한다. 다만, 市·道知事는 市長, 郡守 및 자치구의 구청장으로부터 받은 報告 중 內務部長官이 지정한 사항이 있을 때에는 지체없이 이를 內務部長官에게 報告하여야 한다(지방자치법 제 21조).

지방자치단체의 장이 議會로부터 이송받은 조례안에 대하여 報告를 먼저 하느냐,

61) 丘秉期, 전거서, p.177.

公布를 먼저 하는나에 대하여는 특별한 規定이 없지만, 報告는 이송받은 날로부터 5일 이내로, 公布는 20일 이내로 되어있으므로 사실상 보고를 먼저 하게 될 것이다. 그러나 공포를 먼저하고 보고를 나중에 한다고 해도 효력에는 전혀 영향이 없다고 본다.<sup>62)</sup> 地方自治法 제21조에 의한 報告는 감독청의 조사활동을 돕는 작용을 한다.

지방자치단체의 條例는 法律에 특별한 規定이 없는 한 承認을 받을 필요가 없으나 法律의 規定에 의해 承認이 留保된 경우<sup>63)</sup>에는 조례는 승인이 있을 때까지 效力을 發生하지 아니한다. 承認의 留保는 事前的 監督手段이며 국가의 合法性의 統制에 기여한다. 승인은 조례의 효력을 발생시키는 형성적인 행정행위이다.<sup>64)</sup> 조례제정의 보고와 승인에 대한 자세한 내용은 제5장 조례의 통제에서 다루기로 한다.

#### 4. 條例의 制定節次上的 問題點

##### 1) 地方自治法 제58조가 規定하는 條例案의 提案節次上的 問題點

地方自治法 제58조는 「地方議會에서 議決한 議案은 地方自治團體의 長이나 在籍議員 1/5이상 또는 議員 10인 以上の 連署로 發議한다」 라고 규정하고 있다. 이 점은 日本의 法制가 議會에 提案權을 형식적으로 地方自治團體의 長에게 留保하면서 실질적인 發案權을 住民에게 인정하여 조례의 제정·개폐의 直接請求를 인정하고 있는 --住民發案-- 점에 비하면(日本地方自治法 제12조 1항), 條例制定의 提案過程에 있어 지역의 主體인 住民이 除外되고 있음을 알 수 있다. 이는 결정적으로 自治立法權의 自主性을 해칠 우려를 내포한다고 볼 수 있다.

우리의 地方自治法제도 주민이 조례의 제정·개폐에 대하여 당해 議會에 직접 청구할 수 있는 住民發案制度 형태의 制度的 裝置가 갖추어 져야만 할 것이다.<sup>65)</sup>

##### 2) 地方自治法 제19조 및 同法 제56조의 條例案의 議決要件上的 問題點

62) 鄭在吉, 「地方議會論」(서울:博英社, 1991), p. 85.

63) 地方自治法과 個別法 중 0 0 0長官 또는 市·道知事의 承認을 얻어 當該 地方自治團體의 條例로 定한다라는 規定(地方自治法 제4조제3항, 제6조제1항, 제104조 제2항, 地方財政法 제109조제1항등).

64) 李琦雨, 「地方自治行政法」(서울:法文社, 1991), p. 232.

65) 丘秉勳, 전거서, p. 176.

地方自治法 제19조 1항의 「조례안이 지방의회에서 議決된 때에는 議長은 議決된 날로부터 5일이내에 그 地方自治團體의 長에게 移送 이를 移送하여야 한다.」, 同條 제3항 전단의 「地方自治團體의 長은 移送받은 條例案에 대하여 異議가 있는 때에는 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 還付하고 그 再議를 要求할 수 있다.」는 規定은 自治團體의 長에게 條例制定의 전반에 걸쳐 큰 權限을 주고 있다.

이러한 規定은 地方自治團體長이 주민에 의하여 직접 선출될 것이 豫定되고 있기는 하지만 現實으로 地方自治團體의 長은 中央依存的이 되기 쉽다. 따라서 조례의 제정이 각 地方自治團體의 創造的인 發議보다는 국가의 法令制定과 改廢라는 他律的 배경에 左右될 가능성이 커진다. 이른바 條例의 劃一的 條項이 나타나 地方自治團體의 立法能力을 약화시킴과 동시에 國家의 中央集權的 支配를 조장할 문제점을 안고 있다.

### 3) 地方自治法 規定하는 條例案 還付拒否事由의 判斷基準上的 問題點

地方自治法上 還付拒否의 事由는 ① 地方自治法 제98조 제1항: “地方自治團體의 長은 地方議會의 議決이 越權 또는 법령에 違反된다고 인정된 경우 再議를 要求할 수 있다”, ② 地方自治法 제99조 제1항: “地方自治團體의 長은 地方議會의 議決이 豫算上 執行할 수 없는 經費가 포함되어 있다고 인정할 때에는 再議를 要求할 수 있다”, ③ 地方自治法 제159조 제1항: “地方議會의 議決이 公益을 현저히 害한다고 판단될 때 監督官廳이 地方自治團體長을 통하여 地方議會에 이유를 붙여 再議를 要求하여야 한다”고 하여 地方議會의 議決사항에 대해 再議要求를 規定하고 있다.

이 때 ① ②의 재의요구는 국가감독의 수단이 아니라 지방자치단체의 自己統制手段이지만, ③의 경우는 국가 또는 상급기관으로 부터의 監督手段이라고 볼 수 있다. 때문에 ① ②의 경우 地方自治團體長의 법적지위는 지방자치단체의 기관으로서 지위를 갖는데 비하여 ③의 경우는 감독관청의 下位機關으로서의 지위를 갖는다. 즉 형식적으로 지방자치단체의 내부적인 자기통제의 형식을 빌린 감독권이 행사이다.

문제는 ③의 경우 공익판단은 지방자치단체가 自己責任下에 판단할 사항임에도 불구하고 감독청이 판단하도록 하여 多少 論議의 爭點이 될 수가 있다는 것이다. 헌법에 합당한 해석으로서 公益(public interest)에 대한 현저한 저해는 “地方議會의 議決이 量權의 범위를 벗어나서 위법인 경우”라고 해석 하여야 할 것이다.<sup>66)</sup> 즉, 同 條項에 의

66) 李琦雨, “國家와 地方自治團體의 關係” 「地方自治研究」 第2卷 第2號, 1990. 12, p. 42.

해서 국가가 合目的的인 견지에서의 再職要求는 허용되지 않아야 한다는 것이다.

국가는 주민의 자치능력을 신뢰하고 세세한 부분까지 간섭하려고 하는 태도를 지양하여야 한다. 그것이 국가와 지방자치단체의 관계를 對等을 전제로 한 협력·협동관계로 보장하는 헌법 취지에도 부합하는 길일 것이다.

## 제 3 장 條例制定權의 範圍와 限界

### 제 1 절 概 說

自治立法權에 대한 연구에는 法令의 段階構造에 따르는 한계를 가지고 있다는 점, 그리고 그 운영에 있어서도 나라마다의 특수한 정치배경과 정치문화가 있다는 점을 감안해 볼 때 이러한 변수들에 대한 적절하고도 세심한 고려가 요망된다.

지금껏 우리에게 있어서 조례는 국가의 법체계의 보완이나 국가정책의 지역적 실현을 살리기 위한 것에 불과했다.<sup>67)</sup> 이른바 조례와 법률과의 관계에 있어 「法令先占論」이 엄격히 적용되었었다. 그런데 이러한 법령선점론의 엄격한 적용은 工業化·産業化 그리고 都市化에 대응하는 일부 지방의 적응력을 취약하게 했고, 그에 따라 그 지역의 생활환경의 적절한 발전 및 보존이 저해되는 결과를 가져왔다. 그런데 아이러니컬하게도 이러한 양상에 대한 책임을 주민과 바로 근접해 있는 지방자치단체가 지게 되는 경우가 많았다. 이러한 현실은 地方自治團體의 權限과 事務處理에 관한 규정이 不明確하고 具體化되어 있지 못한 中央執權的 慣行속에서 사실상 지방자치단체는 中央政府의 一線機關의 性格을 지녀왔다는 사실과 동전의 양면을 이루는 것이다.

그러나 점차 住民意識의 成長과 民主主義의 發展過程속에서 中央執權的 慣行을 거부하는 集國民願, 集團示威의 형태까지 갖춘 住民의 抗議가 있었고, 그들 주민의 生活安定을 위해서는 지방자치단체가 「法令의 先占論」에 얽매이지 말고 獨自적으로 條例制定을 할 필요가 있다는 논리가 광범위하게 확산되었다. 이에 따라 조례제정권의 범위를 “현실에 기초해서” 규정하는 작업은 매우 긴급하고도 긴급하게 되었다.

한편 그러한 작업은 구체적으로 國家와 地方自治團體의 관계에 대한 合理的 方向設定을 모색하고, 이를 바탕으로 우리나라 法體系의 條例制定權의 範圍와 限界에 관한 부분을 고찰하여 그 문제점과 개선 방법을 지적, 제시하는 과정이라고 볼 수 있겠다.

現行 地方自治法상의 條例制定權의 범위와 한계는 실질적으로 同法 第15의 條이 “그 事務에 관하여”와 “法令의 範圍안에서”에 대한 해석의 문제로 귀결될 수 있을 것 같다. 그러므로, 憲法規定에 근거한 국가와 지방자치단체의 합리적 관계를 바탕

67) 金元主, 전계논문. P.102

으로 조례제정권의 範圍에서는 지방자치법 제9조가 규정하고 있는 지방자치단체의 事務範圍와 헌법상의 法律留保事項에 관한 문제를 다루고, 조례제정권의 限界에서는 同法 第15條의 해석에 대한 合憲 또는 違憲論의 논거를 정리하고, 個別的 法令에 의한 法令先占論을 고찰하며, 마지막으로 上級地方自治團體의 條例와 下級自治團體의 條例에 관해서도 언급하기로 한다.

## 제 2 절 比較法的 考察

地方自治를 인정하고 있는 나라는 어느 나라의 경우든지 지방의회의 권능으로서 조례제정권을 예외없이 보장하고 있다. 하지만 그 보장의 정도와 형태는 각기 제 나라의 地方自治傳統 및 諸般與件에 따라 그 樣相을 달리하고 있으므로 劃一的인 基準에 의한 條例制定權의 比較法的인 考察은 용이한 문제가 아니다.

각국이 保障하고 있는 地方自治의 特色과 조례제정권의 존재를 결정짓는 요소라고 볼 수 있는 事務配分 形態, 그리고 조례제정권의 根據規定을 통해 그 範圍와 限界를 살펴본다.

### 1. 英 國

#### 가. 特色



英國의 정식명칭은 'The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland'이다. Britain島는 다시 잉글랜드(England), 웨일즈(Wales), 스코틀랜드(Scotland)의 세 지방으로 나누어진다. 이들 각 지방은 역사와 문화, 行政制度뿐만 아니라 地方自治制度도 상이하다.<sup>68)</sup>

역사적으로 영국의 지방자치는 5~11세기의 Anglo-Saxon時代부터 태동하였다고 볼 수 있지만 지방자치의 근대화는 1832년 議會改革과 그에 의해 비롯된 1888년의 지방자치법(Local Government ACT)의 제정으로 어느 정도의 기반이 확립되었고, 1933년 지방자치법의 제정을 계기로 일단락되었다고 볼 수가 있다.

68) 丘秉朔, 「註解 地方自治法」(서울: 博英社, 1991), p. 37

이 법률에 의하면 지방자치단체는 원래 County, County Borough, Non Borough, Urban District, Rural District, Parish의 6種으로 구성되었었는데 1972년 10월에 제정된 지방자치법(Local Government ACT)에 의하여 地方自治單位의 종류와 階層構造가 완전히 바뀌고 1985년에 改正된 지방자치법에 의해서는 1986년 부터 大London과 6種의 Metropolitan County가 폐지됨으로써 大都市地域에서는 단층제의 地方自治構造를 가지게 되었다.

## 나. 事務配分

英國의 地方自治는 議會主權의 原則下에 국회에서 법률로 위임된 사무를 주민이 選舉한 地方自治團體의 機關에서 집행하는 것이다. 따라서 당초부터 자치단체의 固有事務라든가 國家委任事務라든가 하는 概念은 존재하지 않았고 지금도 마찬가지다. 그러므로 자치단체는 國會制定法の 授權範圍 내에서만 활동해야 되는 엄격한 制約下에 있으므로 獨自의인 自由裁量을 발휘할 여지가 없다.<sup>69)</sup>

즉, 영국에서는 개별적 수권방식에 의하여 지방자치단체에 기능을 배분하는 관계로, 필요할 때마다 該當 地方自治團體에만 적용되는 개별적 성문법을 제정하는 방식을 취하고 있다. 따라서 지방자치단체의 기능은 국회의 입법적 통제하에 있다고 하겠다.<sup>70)</sup> 그러므로 지방자치단체의 사무분담에 관해서는 개별법규에 명확하게 규정되어 있어 혼란이 없다.

영국의 事務分配方式의 특징은 ① 國家와 地方自治團體間의 事務配分이 明確하게 되어 있으며 ② 住民에 가까운 地方自治團體에게 優先的으로 사무가 배분되어 있고 ③ 最近에는 廣域自治團體 또는 國家에 사무를 이관하는 경향이 있다는 것으로 요약할 수 있다.

### 1) 國家와 自治團體間의 事務配分

國家의 事務를 地方自治團體에 委任하는 것 등은 原則적으로 이루어지지 않고 있다. 主要事務에 대하여 國家와 自治團體간에 배분하고 있는 내용을 보면 다음과 같다.

71) ① 國防 및 海外部門: 國家事務 ② 經濟部門(農林, 水産, 通商, 勞動 등): 大部分 國家事務

69) 國會事務處 立法調査局, 「地方自治制度의 比較研究」立法參考資料 第275號, 1991, p. 134.

70) 崔昌浩, 「地方自治制度論」(서울: 三英社, 1993), P. 631.

務. ③ 住宅部門: 地方自治團體事務, 다만 國家는 이에 대하여 補助金을 交付하고 있다. ④ 生活環境部門: 大部分 地方自治團體事務. ⑤ 教育部門: 大學教育은 國家事務이고, 初·中等教育, 高校教育 및 敎員研修 등은 地方自治團體사무. ⑥ 社會福祉部門: 年金등 所得保障은 國家사무이고, 兒童, 身體障礙者, 老人福祉 등 對人福祉서비스는 地方自治團體事務 ⑦ 保健教育部門: 國家事務 ⑧ 道路·交通部門: 大規模 道路關係를 제외하고는 地方自治團體事務 ⑨ 警察·消防: 地方自治團體事務 다만, 警察事務중 런던市 警察은 歷史的 전통에 의하여 國家警察事務이다.

## 2) 地方自治團體間的 事務配分

英國에서 地方自治團體간의 사무배분에 있어서는 住民에 가까이 있는 地方自治團體에 事務를 우선적으로 配分한다는 原則이 있으나, 現代行政機能의 擴大와 質的 高度化로 인하여 統一的 廣域的 처리를 요하는 事務 등에 있어서 國家나 廣域自治團體로 이관되는 경향이 있다.

실제로 배분되는 사무의 실태를 분석하면 다음과 같다.<sup>71)</sup>

첫째, 廣域에 걸치거나 規模의 經濟를 발생하는 機能은 廣域自治團體인 大都市自治團體(MCC)나 County가 담당한다. 예컨대 運輸計劃, 道路(highway등), 交通規則, 警察 및 消防業務 등은 County에 배분되어 있다.

둘째, 본질적으로 지방적 사무는 基礎自治團體인 Borough 또는 District가 맡는다. 예를 들어 環境, 保健, 住宅, 大部分의 地方計劃, 開發統制, 쓰레기 수거, 공동묘지 및 火葬場관리가 그 예이다.

셋째, 廣域과 基礎自治團體의 어느 쪽이 처리해도 좋거나 分擔이 필요한 사항은 양자의 所管으로 하되, 分配는 自治團體間的 合意에 따르도록 하고 있다.

## 다. 條例制定權의 範圍와 限界

영국의 條例制定權의 法文上的 근거는, 1972년의 지방자치법이다. 同法 제235조에 는, 「善한 支配와 統治를 위하여(for good rule and government), 그리고 生活妨害(公

71) 國會事務處 立法調查局, 「地方自治制度」立法參考資料 第238號, 1989, pp. 92-93.

72) 地方行政研究院, 「外國의 地方行政制度比較研究」, 1986, P. 152.

害)의 예방과 제거를 위하여(for the prevention and suppression of nuisance)] 지방의회가 조례제정의 일반적 권한을 갖는다고 규정하고 있다. 다만 조례 그 자체가 準法律이라는 높은 위치에 있지는 않다. Byelaws의 bye는 본래 副次的·第三義的이라는 의미로 補充的·從屬的 法이라 할 수 있다.<sup>73)</sup>

즉, 영국의 地方條例는 그 制定節次의 하나로서 中央所管部處의 許可를 받아야 한다. 地方自治의 母國이라 하는 英國에서 지방조례가 중앙정부의 許可를 받는다는 점이 다소 충격적이기는 하나 이 점은 바로 地方自治의 중요한 機能이 中央政府의 統制하에 있다는 점을 의미한다. 이러한 許可節次의 根據로서 '中央政府의 풍부한 경험을 통해서 判例와 法律에 의하여 過誤를 회피하게 하고 地方自治가 가장 효과적으로 자유롭게 이루어지게 하기 위해서' 라고 하지만, 그것이 地方自治團體에 대한 강력한 行政指導인 것임은 틀림없다.

그러므로 대부분의 地方條例는 中央政府가 제시한 '모델條例(Model Byelaws)'를 수용한 것이며, 만약 地方自治團體가 모델條例와 다른 조례를 만들려면 모델條例와 다른 사정을 설명하고 그 正當性을 인정 받아야 한다. 이는 모델條例가 오랜 세월을 걸쳐 실무적인 경험을 토대로 만들어졌기 때문이다.

또한 영국에서는 法律은 司法審査의 대상이 되지 않는데 조례는 補充的·從屬的 立法으로서 司法審査의 대상이 되고 있다. 條例에 대한 司法審査에 있어서 當該條例가 中央政府가 제시한 모델條例를 채택했을 경우 司法的 審査에서 거의 違憲視되지 않으나 그렇지 않은 조례일 경우 그 심사의 정도가 까다롭다고 한다.

이상과 같이 영국의 지방조례는 정부의 許可와 司法審査라는 두 가지 방법에 의하여 有效性과 타당성이 보장되고 있다. 또 구체적으로는 모델條例와 判例에 의한 장기간의 경험과 견해의 축적으로 구체적 적용성을 도모해가고 있다.<sup>74)</sup>

종합해 보면 영국에서는 議會主權下에서 지방자치단체의 조례제정권이 固有의 自治權이 아니라 議會에서 制定된 個別法律에 의해서만 認定되고, 또 그 範圍 내에서만 행사될 수 있다. 아마도 영국에서의 條例制定權의 이러한 限界는 先進的 分權意識과 民主主義가 이미 현실화 되어 있기 때문에 이에 대하여 특별히 地方條例의 獨自性을 강조할

73) 丘秉勳, 전계서, p. 46.

74) 丘秉勳, 상계서, pp. 47-50. 參照

필요성이 없는 결과라고 본다.

## 2. 獨逸

### 가. 特色

獨逸은 2차대전 종전 후 聯邦國家로 출범하였고, 헌법을 기본법(Grundgesetz)이라고 명명하면서 중앙정부의 입법권을 축소시켰고, 현재는 지방자치에 관한 입법권을 원칙적으로 주에 유보하고 있다. 또한 기본법은 각 지방자치단체에게 그 지역의 모든 사무를 법률의 범위안에서 그 고유의 책임하에 규율할 권리를 부여하여 각 지방은 이를 토대로 스스로 발전해 왔고, 이 결과 국토의 거의 전지역이 골고루 발전해 왔다.<sup>75)</sup>

독일은 聯邦共和國이라는 국호가 시사하는 바와 같이 연방제 국가형태를 취하고 있으며, 통일후 16개에 달하는 독일 각 주는 연방기본법의 基本原理를 승계하고, 각 주의 統治權을 규정하는 州 憲法을 제정하고 있다. 各州 憲法은 基本法 제28조<sup>76)</sup>를 구체화한 지방자치에 관한 규정을 보유하고 있다. 독일 법제상 지방자치단체라 함은 광의로는 협의의 지방자치단체(Gemeinde: 시·읍·면), 주권역(Landkreis), 지방자치단체연합(Kommunalverband)등을 통칭하는 개념이다.<sup>77)</sup>

이와 같이 독일은 聯邦共和國基本法에 의거하여 연방정부의 立法權限으로 되어 있는 사항에는 聯邦專屬事項(聯邦政府만이 권한을 가지고 州政府는 권한을 가지지 않는 사항, 다만, 연방정부가 聯邦法에 의하여 明示的 授權을 행한 때에는 그 범위내에서 州

75) 吳峻根, 獨逸自治法研究, 韓國法制研究員, 1991, p. 1.

76) 獨逸 基本法 第28條(各 州의 憲法)

- (1) 各 州의 憲法的 秩序는 이 基本法이 의미하는 共和的, 民主的, 社會的 法治國家의 기본원칙들과 합치하여야 한다. 州, 權域, 地方自治團體에서 주민은 普通, 直接, 自由, 平等 및 秘密選舉로 선출된 議會를 가져야 한다. 地方自治團體에서는 地方自治團體 住民總會가 선출되는 의회를 대신할 수 있다.
- (2) 地方自治團體에게는 그 地域社會의 모든 사무를 법률의 범위안에서 自己 固有의 책임 하에 규율할 권리가 보장되어야 한다.
- (3) 聯邦은 各 州의 헌법적 질서가 基本的人權과 본조 제1항 및 제2항의 규정에 합치됨을 보장한다.

77) Vgl. Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: v. Münch, in(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., S. 87ff.

政府도 입법권을 행사할 수 있다)과 競合的 事項(聯邦政府 및 州政府 쌍방이 경합적으로 권한을 가지는 사항)이 있는 바, 地方自治에 관한 사항은 그 어느 것에도 해당되지 않는다. 따라서 지방자치에 관한 사항은 州가 입법하여야 할 사항이며 연방정부는 그에 관하여 입법권을 가지지 않는다. 그 결과 지방자치에 관하여는 全國的 統一法은 存在하지 않으며 各 州마다 各各의 基礎自治團體法(Gemeindeordnung), 郡法(Kreisordnung)등에 依하여 규정되어 있다.<sup>78)</sup>

## 나. 事務配分

위에서 언급한 바와 같이 獨逸의 地方自治團體는 基本法 제28조 제2항에 의거하여 그 사무를 “法律의 範圍 안에서 (im Rahmen der Gesetze)” 처리할 권한을 가진다. 이 규정은 지방자치단체의 권한이 법률에 따라 제한될 수 있음을 규정한 法律留保규정이다. 그러나 독일의 학설은 지방자치단체 권한을 법률로 제한할 경우 그 본질적 내용을 침해해서는 안되는 것으로 보고 있다. 즉 지방자치단체의 存在自體를 부인하거나, 각종 高權 자체를 말살하는 입법은 許容되지 않는다는 것이다.<sup>79)</sup>

事務配分方式에 관해서 볼 때 地域的 事務는 원칙적으로 地方自治團體, 특히 Gemeinde에 배분한다는 것을 그 基本方針으로 하고 있다. 그러나 Gemeinde는 地域的 事務의 모든 것을 독자적으로 집행할 권한을 지니고 있음을 보장하고 있으나, 基本法과 聯邦法 그리고 州憲法이 특별한 規定을 정하고 있는 경우에는 이에 의하지 않는 것으로 하고 있다. 따라서 國家(聯邦政府 및 州政府)와 地方自治團體間의 사무배분에 관하여는 州憲法 또는 州法에 규정하도록 되어 있으며, 지방자치단체의 사무는 州에 따라 다르게 되어 있다.

### 1) 聯邦政府와 州政府間의 配分<sup>80)</sup>

78) 韓國地方自治研究院, 「自治立法의 領域에 關한 研究」, 1988.11, p. 61.

79) Vgl. Blümel, Wesensgehalt und Schranken des Kommunalen Selbstverwaltungsrechts, in von Mutius(Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, S.265 ff.

80) 國會事務處, 전개서, pp.112-114.

聯邦政府和 州政府間의 事務配分은 聯邦基本法에 특별한 規定이 없는 한 일반적으로 州의 所管事項으로 되어 있다.

基本法에 의하여 聯邦事務로 되어 있는 것은 주로 外交, 國防, 通貨, 郵便 등 國家全體에 關連되는 사항이다. 그리고 聯邦政府는 基本法에 입각하여 ① 州에서는 有效하게 규제할 수가 없는 사항 ② 州間에 對立的인 利害關係가 있는 事項 ③ 各州를 통하여 統一的으로 규제할 사항에 關하여 입법권을 지니고, 이 立法權에 의하여 基本法에 規定되지 않은 사항에 대하여도 州事務에 關여할 수 있게 되어 있다. 州政府는 연방정부의 사무를 제외한 國家事務를 스스로의 固有事務로서 執行하는데 연방정부의 사무에 關해서도 그 委任을 받아 執行하고 있는 것이 많다.

## 2) Kreis와 Gemeinde間의 事務配分

Kreis와 Gemeinde간의 사무배분은 地域的인 事務를 Gemeinde에 우선적으로 배분하는 原則에 입각하여 이루어지고 있다.

자치단체별 事務配分은 다음과 같이 설명될 수 있다.<sup>81)</sup>

권역(Kreis)의 사무는 義務的인 事務와 任意的인 事務로 나누어진다. 義務的인 事務로는 地方自治團體(Gemeinde)가 제1차적 권한을 가지는 사항을 제외한 공공질서유지, 중등 및 직업학교, 주택, 보건·위생, 각종 사회보험 등을 들 수 있다.

任意的인 事務로는 Gemeinde의 구역을 넘는 廣域的인 事務, 게마인더의 능력으로써 처리할 수 없는 分野에 關계된 補完的인 事務, 게마인더 사이의 調整的인 事務가 있다. 廣域的인 事務로는 근교교통기관의 정비·경영, 에너지 및 용수의 배급 등을 들 수 있고, 보충적 사무로는 박물관, 도서관, 보육원, 병원, 폐기물처리 등이 있으며, 조정적 사무는 주로 게마인더에 대한 援助의 형태를 취하고 있다.

## 다. 條例制定權의 範圍와 限界

### 1) 條例制定權의 根據規定과 그 範圍 및 限界

독일에서의 地方自治團體, 특히 Gemeinde의 條例制定權에 關하여는 州法이 정할 사항이다. 그러나 조례제정권의 본원적 근거는 위에서 언급한 바와 같이 聯邦 基本法에

81) 崔昌浩, 전거서, P. 655.

있다고 볼 수 있다.

동법 제28조 제2항의 「市·郡에는 모든 지역사회의 사무는 법률의 범위 안에서 자기의 책임으로 처리하는 권리가 보장되어야 한다.…」는 규정에 대하여 獨逸 憲法學界의 통설은 이 「처리한다」(regeln)고 하는 觀念에는 개별적인 사무의 處理·執行만이 아니라, 일반적 법규를 제정하는 조례제정권도 포함 되는 것으로 풀이하고 있다.<sup>82)</sup> 따라서 Gemeinde의 조례제정권은 연방헌법상 보장되어 있다고 보아도 좋다. 그러므로 원칙적으로 Gemeinde에 대한 조례제정권을 인정하지 않는 州立法이 있다고 하면 이것은 연방헌법에 위반이 된다. 그러나 獨逸에서는 이에 덧붙여 지방자치는 단체자치를 그 기반으로 하기에 일반적으로 前國家的·本源的인 지방자치단체의 권력은 인정되지 않는다고 해석하고, 지방자치단체의 모든 권능은 국가권력에서 유래하는 것으로 지방자치단체의 조례제정권도 다른 모든 국가의 創造에 속하는 公法人이 규정한 규칙과 마찬가지로 傳來的 法源(abgeleitete Rechtsquelle)의 성질을 가진다고 해석한다.<sup>83)</sup>

이로써 지방단체는 통상 Gemeindeordnung 등 주법의 규정에 의하여 法律에 반하지 않는 한 지방단체의 事務全般에 관하여 條例制定權을 갖고 있다. 다만, 일정한 경우 감독행정청의 허가를 요하기도 한다.

## 2) 條例制定權의 範圍와 限界

獨逸에서는 지방자치행정제도에 관한 입법권능이 州의 專管的 立法事項인 관계로 조례제정권 범위의 상세한 사항은 各州의 市·郡法(Gemeindeordnung)에 위임되고 있다. 이들 市·郡法은 거의 모두가 市·郡의 고유사무의 처리에 관하여는 법률이 별도로 지정하고 있지 않는 한, 조례로 정할 수 있다는 취지의 概括條項(Generalklausel)을 가지고 있다.<sup>84)</sup> 이러한 개괄조항에 의하여 일반적인 授權이 허용되느냐 하는 문제에 관해서는,

82) Vgl. Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 707; Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, 1961, Art 28 Rdnr. 35(S. 15); H. J. Wolff, Verwaltungsrecht II, 1962, S. 137, 152.

83) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd. I, 9. Aufl., 1966, S. 135.

84) 例) 노르트라인 - 베스트팔렌 주 地方自治法 第4條(條例)

- (1) 地方自治團體는 법률이 다른 規定을 두고 있지 않는 한, 그 임무를 조례로 規律할 수 있다. 조례는 법률이 명문의 規定을 두고 있는 경우에 한하여 監督官廳의 許可를 필요로 한다.
- (2) 조례에는 命令 또는 禁止에 대하여 故意 또는 過失로 행한 違反行爲에 대하여 罰金の 부과를 규정할 수 있다. 秩序違反에 관한 법률 제36조 제1항 제1호가 규정하는 관할 行政官廳은 地方自治團體 행정처장이다.

지방자치단체에 대한 조례제정권의 위임은 지방국민대표기관에 대한 입법권의 위임이고 執行府에 대한 위임과는 본질적으로 다른 것으로 권력분립의 원칙에 반하는 것은 아니고, 기본법 제81조의 위임입법의 제한조항의 적용이 아닌, 따라서 위임의 범위의 명확성에 관하여서는 조례가 어떠한 대상에 관하여 제정할 것인가 하는 것이 인식되는 정도의 위임으로 충분하다고 한다.<sup>85)</sup>

일반적, 개괄적 조항에 근거한 條例는 地方自治團體의 「固有事務」 「地方事務」 또는 「訓令에 구속되지 않는 사무」만을 대상으로 한다. 따라서 自治行政事務에 속하지 않는 국가의 委任事務는 법률에 특별한 위임규정이 없는 한 조례를 제정할 수 없다. 地方自治團體가 처리하는 사무에 관하여는 19세기 이래의 歷史的 傳統에 따라 自治行政權에서부터 나온 固有事務와 國家에서 委任한 委任事務의 二元的 구성으로 되어있다. 委任事務는 성질상 국가적 사무이고 법률에 근거하여 지방자치단체에 위임된다.<sup>86)</sup> 이는 지방자치단체에 의하여 처리되지만 지방자치단체의 본래의 사무는 아니고 異質行政領域에 속한다. 따라서 어떠한 사무를 자치단체에 위임할 것인가는 주입법부가 자유로이 결정할 사항이라 하지만, 국가의 위임사무의 범위는 주에 따라 반드시 같지는 않다.

條例와 法律과의 관계에 있어서는 地方條例도 聯邦이나 州의 법률과 마찬가지로 그 적용범위내에서는 구속력을 가지는 것이지만, 원칙적으로 條例는 國家法の 下位이다. 모든 자치법규는 최종적으로 국가의 질서에 적합하여야 하고 법률에 抵觸하여서는 안된다고 한다.<sup>87)</sup> 독일에 있어서의 法律과 條例의 관계는 條例는 國家法の 下位에 위치하고 모든 條例는 法律에 저촉되는 것이 허용되지 않는다는 것이 통설이다.<sup>88)</sup> 이와 같이 “法律의 範圍”에 의한 自治權의 限界設定의 意義는 독일의 법체계에 있어 지방자치단체는 國家內的 國家가 아니고, 國家의 한 自治的 部分을 의미하기 때문에 국가에게는 國家全體의 이익을 실현시킬 수 있는 기회가 보장되지 않으면 안된다는 規制的 性格을 갖는다고 볼 수 있겠다.<sup>89)</sup> 즉, 독일에서는 法律과 條例의 관계에는 극히 엄격한 法段階的 秩序가 適用되고 있다고 볼 수 있고 또한 이것은 獨逸의 국가의 법률과 조례 관계의 전통이긴 하나, 法律의 現實適應性 등도 고려하여 해석하여야 할 것이다.

85) 朴源永(b), “條例의 法理에 관한 研究”, [東亞法學], 1985, p. 270.

86) 朴源永, 상개논문, p. 272.

87) Hans Pagenkopf, Kommunalrecht, 1971, S. 90.

88) 朴源永, 전개논문, p. 271.

89) 南基煥, “西獨憲法上的 地方自治行政權의 保障”, 「公法研究」, 第18輯, 1990, p. 10.

또한 조례에 의한 벌칙규정은 지방조례에 대하여 刑罰이 일반적인 委任은 행하지 않지만, 執行罰, 過怠料는 일반적으로 위임되어 있다. 그리고 州에 따라서는 強制執行을 인정하는 법률도 있다.<sup>90)</sup>

결론적으로 연방국가인 독일에서는 州法은 地域的 特性을 발휘하는 자치입법으로서의 권능을 부여받고 있으나, 市·郡의 조례의 지위나 효력은 상대적으로 낮다고 볼 수 있다.

이와 같이 독일에서는 법치국가 사상에 근거한 국법질서의 통일성을 엄격하게 유지하는 입장이므로, 국법에 의한 先占領域의 범위가 엄격히 解釋되고 있으며, 學說上으로도 이 점에 관해서는 異論이 거의 없다고 한다.<sup>91)</sup> 즉 국법이 이미 實體的으로 規律하고 있는 事項에 관하여는 地方團體의 條例制定權은 排除되고 이것을 補充하거나 強化하는 것은 法律의 個別委任이 없는 한 許容되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 독일에서는 조례에 의한 二重基準이라는 문제가 생길 여지가 없으며, 「聯邦法은 州法을 깨뜨린다.(Bundesrecht blicht Landesrecht)」라고 하는 원칙(基本法 31조)과 아울러 「법률은 조례를 깨뜨린다」라고 하는 원칙이 관철되고 있는 것으로 볼 수 있다.

## 1. 日本

### 가. 特色



日本 政府組織形態는 內閣責任制이면서도 지방자치단체에 있어서는 議會·首長型의 機關對立型으로 되어 있다. 그리고 지방자치단체의 階層構造라든가 自治立法의 形式, 內容 등에 있어서도 우리나라와 類似한 면이 많다.

제2차 대전 이후 정치와 행정의 민주화가 중요한 과제로 등장함에 따라 1946년 帝國憲法改正草案要綱이 마련되고 이에 의한 행정개혁의 일환으로 1947년 지방분권을 내용으로 하는 現地方自治法이 제정되었다. 그 이후 여러 차례의 수정을 거쳐 1960년대에는 지방자치의 정착을 보게 되었으나 지방자치의 要件變化와 새로운 行政需要의 要求에 대

90) 朴源永, 전계논문, p. 294.

91) 朴源永, 상계논문, p. 295.

응하여 新中央集權化傾向 및 地方自治制度에 대한 개혁이 多方面에서 시도되고 있다.

일본의 地方自治制度는 普通地方自治團體와 特別地方自治團體로 대별된다. 보통지방자치단체로는 都·道·府·縣과 市·町·村이 있고, 특별지방자치단체로는 東京都의 特別區와 地方自治團體組合, 財産區 및 地方開發事業團이 있다. 보통지방자치단체는 일정한 地域과 住民을 포괄적으로 관장하는 地方自治團體인데 비하여 특별지방자치단체는 特定目的을 수행하기 위한 지방자치단체라 할 수 있다.

이 외에도 特殊한 경우로 指定市라는 것이 있는데 그것은 市 중에서 人口 50만 이상의 大規模都市에 대해서는 政令에 의하여 指定市로 지정하고, 이들에 대해서는 都·道·府·縣에서 처리할 사무를 中央의 직접 감독하에 처리토록 하고 條例로서 下部에 區를 설치할 수 있도록 하는 등 一般市와는 달리 獨立性을 인정하는 特例制度를 보장하고 있다.<sup>92)</sup>

## 나. 事務配分

日本에 있어서의 지방자치단체의 事務配分方式은 지방자치법 제2조 제2항에서 지방자치단체가 處理할 사무를 例示적으로 열거함과 동시에 都道府縣과 市町村간의 事務配分規則을 別表로 규정하는 「例示的 包括主義」에 의한 配分方式을 취하고 있다. 이러한 事務配分方式을 混合型이라고 흔히 부른다. 지방자치단체의 사무는 법제적으로 固有事務, 委任事務, 行政事務로 분류한다. 여기서 고유사무와 단체사무의 경우는 우리나라와 같고, 행정사무는 지방자치단체가 地域內에서 地方公共의 利益에 관한 침해를 防止 또는 排除하고 地方公共福利를 維持하기 위한 사무를 말한다.

地方自治團體별로 사무배분을 살펴보면 다음과 같다.<sup>93)</sup>

### 1) 廣域自治團體의 事務

都·道·府·縣은 市·町·村을 포괄하는 廣域의 地方公共團體로서 다음과 같은 事務를 처리한다

① 廣域事務: 廣域에 걸친 事務로 예컨대 地方의 綜合開發計劃의 策定, 治山治水事業, 기타 천연자원의 보전 및 開發, 道路, 河川 등의 建設改良 및 유지 관리 등이 있다.

92) 崔昌浩, 전계서, pp. 673-674; 丘秉期, 전계서, pp. 98-99 參照.

93) 國會事務處, 전계서, pp. 118-119.

② 統一事業: 統一的인 처리를 필요로 하는 사무로 예컨대 義務教育水準의 維持, 警察의 管理運營, 職業安定, 各種營業의 許可, 各種生産物의 檢査 등이 있다.

③ 連絡調整事務: 一般市町村이 處理하는 것이 부적당하다고 인정되는 事務規模로 예컨대 高等學校, 病院 등 營造物의 設치 및 管理, 文化財의 保護 및 管理, 生活 빈궁자 및 身體障礙者의 보호 등이 있다.

## 2) 市町村의 事務

市·町·村은 基本的인 地方公共團體로서 都·道·府·縣이 처리하는 事務 이외의 모든 사무를 처리한다. 市·町·村은 地方自治法에서 규정한 行政事務와 固有事務 및 委任事務를 처리할 수 있도록 되어 있는 바, 이는 사무배분에 있어 市·町·村優先의 原則에 입각한 것이라 할 수 있으며 구체적으로는 公共施設, 交通施設, 環境衛生施設 등 住民生活 環境整備와 住民生活保障, 兒童福祉를 비롯한 民生, 衛生의 確保, 農業, 中小企業의 育成, 住民登錄管理 등 住民生活의 基礎가 되는 事業 등을 처리한다.<sup>94)</sup>

## 다. 條例制定權의 根據規定 및 그 範圍와 限界

### 1) 條例制定權의 根據規定

成田賴明 教授의 주장에 의하면 日本의 條例制定權의 근거에 대한 諸 見解는 다음과 같다.<sup>95)</sup>

A說: 條例制定權은 地方公共團體에게 固有하면서 本源的인 國家以前의 權能이며, 國家에 의한 授權을 필요로 하지 않는다.(固有權說)

B說: 憲法 제94조가 地方公共團體에 대해서 自治權을 인정한 것으로부터 당연히 條例制定權이 導出된다.(憲法傳來說)

C說: 憲法 제41조가 國會를 유일한 立法機關으로 규정하고 있는 것으로부터, 地方公共團體가 法規의 성질을 갖는 條例를 제정하기 위해서는, 憲法自體가 특히 그 예외를 認定하는 헌법 제94조의 存在를 필요로 한다.(制度的 保障說)

D說: 條例制定權의 根據로서 憲法 제92조와 同法 제94조, 兩者를 나란히 든다.

E說: 條例制定權은 憲法上的 根據를 갖는 것이 아니고, 地方自治法 제14조 1항, 그

94) 崔昌浩, 전개서, p.675 參照.

95) 成田賴明 編, 「行政法の爭點(新版)」(東京:有斐閣,1990), p.34.

이외의 法律에 의해서 창설된 것이며, 條例는 委任立法의 一種에 지나지 않는다.(法律傳來說)

이와 같이 日本의 경우도 조례제정권의 근거는 크게 고유권설과 전래설, 제도적 보장설로 나누어 논의되고 있으며, 日本의 學說<sup>96)</sup>과 判例<sup>97)</sup>는 C說인 制度的 保障說을 通說로 하고 있다. 따라서 日本 地方自治法 제14조 내지 제16조, 그리고 地方教育行政組織 및 運營에 관한 法律 제14조 등의 自治立法權은 법률의 규정에 의하여 창설된 것이 아니라 憲法에 依據하여 지방자치단체가 定立하는 法形式으로서 어디까지나 地方自治團體의 法인 것이며, 國家法으로서의 성격을 가지는 것은 아니다.

## 2) 條例制定權의 範圍와 限界

일본 헌법 94조는, “지방공공단체는 법률의 범위내에서 조례를 제정할 수가 있다”라고 규정하고, 지방공공단체에 자치입법권을 부여했다. 따라서 자치입법권의 근거는 헌법 94조에 있는 것이다. 이것에 대해서는 지방공공단체가 지방공공단체로서의 존립을 인정받고 있는 한, 그 사무에 관해서 법규 즉 조례를 제정하는 것은 그 자치권의 내용으로서 이것을 당연히 인정하지 않으면 안된다고 하고, 이 自治權에 근거하여 自治權의 範圍내에서 정해지는 自治立法權에는 自治權을 인정하는 규정 외에 다른 法的根據를 필요로 하지 않는다고 하는 것이다.<sup>98)</sup>

또한 조례에 의한 벌칙제정의 문제에 관하여는, 지방자치단체가 法律上的 人格을 갖는 自治的 活動을 이룰 수 있는 것은 自治法制的 존재를 기대하는 것이고 따라서 그 자치단체가 享有하는 자치권의 범위도 또 법률의 규정에 의해 정해야 할 것이기 때문에 法律의 條例制定權에 관한 규정이 없는 이상 府縣은 조례를 제정하는 權能을 갖지 않는다고 할 수 있다. 그러나 이 문제에 대해서는 현 헌법의 해석으로서도 住民의 權利義務를 규율하는 법규의 성질을 갖는 條例를 정립하기 위해서는 그것을 위한 특별한 授權을 필요로 하는 것으로 풀이하고, 이 때의 授權은 憲法 第94條의 규정에 의해 創設的으로 이루어졌다고 보는 것이 타당하다고 한다. 더구나 헌법 94조는 「法律의 範圍내에서」라고 규정하고 있지만 헌법은 包括的으로 自治立法權을 認定한 것이고 條例制定에 대해

96) 秋田周, 전계서, p. 66.

97) 日本 最大判 昭和37年 5月30日[大法院 判決 1962年5月30日](刑集16卷5號577面)을 보면 條例가 직접 憲法에 의해서 認定되어 진 自治立法이라고 판시했다.

98) 岩崎忠夫, 「條例と規則」(東京:きょうせい), 1989, p. 3.

서 法律의 個別的 委任은 不必要하다<sup>99)</sup>고 한다.

日本에서도 조례제정의 범위에 관하여 많은 論議가 있어 왔으며, 특히 形式的 範圍와 관련하여 활발한 연구가 진행되고 있다. 또한 法律과 條例와의 관계에 관하여 특히 公害規制에 관하여 論議가 빈번했으며, 이에 대하여 과거에는 先占理論이 지배적이었으나 최근에는 修正的 先占論을 비롯하여 새로운 理論이 나오고 있다 하지만, 法律의 先占到 관한 實體法的 기준은 아직 확립되지 않고 있다.<sup>100)</sup>

### 제 3 절 條例制定權의 範圍

地方自治團體의 條例制定 範圍에 있어서 문제가 되는 것은 어디까지가 지방자치단체가 정할 수 있는 自治事務에 속하느냐 하는 것이다. 즉, 實質的인 면에서 자치사무의 範圍가 어느 정도인가 하는 문제이다.

지방자치법 제9조의 표제가 지방자치단체의 사무범위로 되어 있어, 자치단체의 사무라고 할 때에는 자치사무와 단체위임사무를 의미하게 된다.<sup>101)</sup> 즉, 地方自治法 제9조 1항의 「그 管轄區域의 自治事務」를 학술적으로 “고유사무”라고 부르며, 「법령에 의하여 자치단체에 속하는 사무」를 “단체위임사무”라고 부르며, 이 밖에도 지방자치단체가 처리하는 사무에는 “기관위임사무(동법 제93조)”가 있다.<sup>102)</sup> 지방자치법은 지방자치단체의 사무범위를 6개 분야로 大別하여 57개 항을 열거하고 있다(제9조 제2항). 그뿐만 아니라 지방자치법은 위의 사무들을 지방자치단체의 종류별(廣域·基礎團體)로 配分하는 기준을 규정하는 한편(제10조 제1항 제1·2호) 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무의 종류도 함께 규정하고 있다(제11조). 더욱이 지방자치법은 위의 自治團體 종류별 사무배분의 기준에 따라 각 자치단체의 상세한 사무종류를 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제10조 제2항). 이 규정에 따라 지방자치법 시행령은 제8조의 규정과 그에 근거한 同施行令 別表 I에서 市·道知事와 市·郡 自治區事務의 종류를 상세하게 예시적으로 열거하고 있다.

條例는 地方自治團體의 所管事務에 관하여서만 정할 수 있는 것이므로 固有事務

99) 岩崎忠夫, 전계서, p. 4.

100) 朴源永(b), 전계논문, p. 293.

101) 尹良洙, 전계논문, p. 90

102) 金南振(C), “地方自治團體의 事務와 權限”, [考試界], 1988. 5, p. 26

와 團體事務에 관하여는 조례로 규정할 수 있지만 機關委任事務와 지방의회의 議決事項이 아닌 지방자치단체 長의 專屬事項에 관하여는 조례로 정할 수 없다. 그러나 地方自治法上 地方自治團體의 사무범위를 포괄적으로 規定하고 있어서 所管事務의 限界가 명백한 것이 아니라는 점에서 문제가 있다. 다시 언급하면 위 조항의 규정들은 단지 事務範圍를 例示한 것에 불과할 뿐, 地方自治團體의 所管事務는 個別法令에서 다른 내용을 두고 있는 경우에는 당해 法令에서 구체적으로 地方自治團體에 위임이 있는 때에 所管事務가 된다고 볼 것이다. 이는 각 個別法(地方自治法 제95조; 地方公企業法 제160조; 地方財政法 제100조 등)을 보면 地方自治團體의 長의 事務로 하고 있으면서 그 事務에 관하여 조례로 정하는 바에 의하도록 規定하고 있는 경우(機關委任事務와 기타 自治團體의 長의 權限에 속하는 事務에 관하여 條例로 정하도록 하고 있음)가 많이 있음을 볼 때 團體委任事務만 조례로 정할 수 있고 機關委任事務는 조례로 규정할 수 없다는 식의 설명은 정확하지 아니한 것임을 알 수 있다.

## 1. 地方自治團體의 事務의 分類

우리나라 地方自治法이 事務配分 方式은 傳統的인 事務二元主義에 따라 地方自治團體의 事務를 「固有事務(eigener Wirkungskreis)」와 「委任事務(übertragener Wirkungskreis)」로 나누었다.<sup>103)</sup>

지방자치단체의 사무를 고유사무·위임사무로 구별하는 것은 다음과 같은 이유에서이다.

첫째, 監督關係에 있어서 固有事務에 대하여는 지방자치단체의 長의 명령 또는 처분이 법령에 違反된 때에 한하여 取消 또는 停止당하지만, 委任事務의 경우에는 법령의 위반은 물론 부당하다고 인정될 때에도 취소 또는 정지를 받게 된다(지방자치법 제157조). 둘째, 經費負擔關係에 있어서 고유사무는 지방자치단체 스스로의 사무이므로 그에 所要되는 경비는 당해 지방자치단체가 부담하는 것이 당연한 일이나, 위임사무의 경우 자치단체 본연의 사무가 아니므로 그 위임사무의 처리에 소요되는 경비는 당해 사무를 위임한 국가 또는 지방자치단체가 부담하지 않으면 안된다(지방제정법 제16조). 셋째, 조례의 제정에 있어서 地方議會의 議決은 고유사무와 위임사무가 다 같이 그 대상이 되

103) 金道昶, 「一般 行政法論(下)」(서울: 青雲社, 1985), p. 123.

지만 위임사무에 대하여는 그 위임을 받은 범위 안에서 이루어져야 한다.<sup>104)</sup>

### 가. 自治事務(固有事務)

자치사무의 概念과 範圍가 문제되는데, 實定法의 규정에서는 이것을 발견하기 어렵다. 헌법 제117조 제1항은 自治團體의 사무에 관하여 「주민의 福利에 관한 事務를 처리하며, 財産을 管理」 한다고 규정하고, 지방자치법 제9조 제1항은 「그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 자치단체에 속하는 사무를 처리한다」 고 규정하고 있으나, 이 규정들은 애매하여 그 의미와 내용을 확정하기 어렵다. 더구나 地方自治團體의 사무를 상세하게 例示한 條項(同法 제9조 제2항)에서도 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 예시한 사무들이 自治事務가 아닐 수 있기 때문에 자치사무의 범위를 확정하기 어렵다.

그럼에도 불구하고 自治事務의 개념을 규정한다면, 지방자치단체의 존립목적을 달성하기 위한 본질적 사무를 말하며 공공사무라고 할 수 있다. 다시 말하면 그 주민의 복리를 증진하기 위하여 시행되는 사무 및 자치단체의 존립을 위하여 필요한 사무 등이 곧 自治事務이다.<sup>105)</sup>

자치사무의 핵심은, ① 헌법 제117조에 따라 주민의 권리증진을 위하여 지방자치단체가 사업을 實施하고 施設을 設置·管理하는 등의 사무, ② 지방자치단체의 條例·規則을 제정하고 會計·經理를 행하는 등 자치단체의 존립자체를 위한 管理·支援的 事務 등이다.

자치사무는 법령에 특별한 규정이 없는 한 그 재량으로서 자유로이 대상을 取捨選擇하여 처리함이 원칙이다.<sup>106)</sup> 그리고 자치사무에 대한 국가의 監督은 消極的 監督, 즉 합법성에 대한 矯正的 監督에 限定되고 積極的 監督, 즉 豫防的 監督과 合目的性的 監督은 排除됨이 原則이다.<sup>107)</sup> 자치사무의 처리에 소요되는 경비는 자치단체가 전액부담하는 것이 원칙이나 국고보조금을 받는 경우는 장려적 보조금의 성격을 지니게 된다. 그

104) 委任事務 중에서도 團體委任事務만 지방의회의 議決의 대상이 되고 機關委任事務는 自治團體의 사무가 아니기 때문에 지방의회는 그 사무의 處理에 直接關與 하지 못 한다.

105) 朴源永(b), 전계논문, p. 313.; 金道稔 전계서, p124.

106) 金南振(C), 전계논문, p. 27.

107) 金學魯, “中央政府와 地方政府間의 合理的 事務配分” 「地方과 行政研究」 第3卷 第2號, 釜山大行政大學院, 1991. 12, p. 7.

리고 마땅히 지방의회가 관여하고 심의·의결의 대상으로 삼아야 한다.

## 나. 委任事務

국가사무는 중앙행정기관이 직접 또는 특별지방행정기관<sup>108)</sup>을 설치하여 담당케 하는 것이 원칙이나 그것은 현실적으로 二重의 機關을 가짐으로써 浪費를 초래하므로 地方自治단체의 人的·物的시설을 이용하여 경비를 절감하기 위해 법률에 의하여 지방자치단체 또는 그 長에게 위임하여 처리하도록 하고있다.<sup>109)</sup>

즉, 위임사무라 함은 지방자치단체가 법령에 의하여 국가 또는 다른 지방자치단체로부터 위임받아 행하는 사무를 말한다.<sup>110)</sup> 단순히 위임사무라고 할 때에는, 지방자치단체 자체에 위임되는 '단체위임사무'와 지방자치단체의 장 기타 집행기관에 위임되는 '기관위임사무'의 2종을 포함하는 뜻으로 사용된다.

### 1) 團體委任事務

地方自治法은 「地方自治團體는 法令에 의하여 地方自治團體에 속하는 사무를 처리한다」는 규정에서 단체위임사무의 法的 根據를 마련하고 있다. 즉 단체위임사무는 법령에 의하여 국가 또는 상급자치단체로부터 그 지방자치단체에 위임된 사무이다. 이 사무는 국가적 성격의 사무이지만 지방적 성격도 가지고 있어서 지방자치단체에 위임되어 지방자치단체의 자치사무와 같이 자기의사와 책임하에 처리된다. 이런 의미에서 단체위임사무는 자치사무의 범위에 속하며 마땅히 지방의회의 관여대상이 된다.

단체위임사무에 대한 국가 또는 시·도의 감독은 자치사무에 인정되는 소극적 감독(교정적 위법성의 감독) 뿐만 아니라 합목적성의 감독도 허용된다. 그러나 예방적 감독은 원칙적으로 제외된다. 그리고 단체위임사무의 처리에 소요되는 경비는 원칙적으로 국가가 전액 부담한다. 그러나 단체위임사무가 성질상 지방적 이해관계와 국가적 이해관계를 가지고 있는 경우에는 지방자치단체와 국가가 분담한다.<sup>111)</sup>

108) 國家가 地方國稅廳·地方兵務廳·地方檢察廳·地方保訓廳 등 特別地方行政機關을 설치하는 경우는 그 業務의 性格이 特殊하여 普通地方自治團體가 처리하기에 부적당한 事務를 처리하기 위해서다.

109) 政府組織法, 制5條.

110) 金道稔, 전계서, p.124.

111) 金學魯, 전계논문, p.8.

원래 團體委任사무는 國家 또는 上級自治團體의 사무였던 것이데, 이를 下級自治團體에 위임한 것은 이 사무의 처리에 있어서 地方議會 등이 관여하여 지방주민의 뜻에 적합하도록 처리하게 하는데 있다. 따라서 단체위임사무는 자치사무로 立法的으로 전환하는 것이 바람직하다고 본다.

## 2) 機關委任事務

기관위임사무는 국가 및 다른 지방자치단체 또는 그 기관이 자치단체의 장에게 위임하여 자치단체가 처리하게 되는 사무를 의미한다. 즉 기관위임사무는 국가가 자기의 일선기관을 설치하여 처리하여야 할 국가사무를 지방자치단체의 집행기관에 위임하여 처리하는 것<sup>112)</sup>이기 때문에 위임받은 지방자치단체의 집행기관은 위임기관의 하부기관과 동일한 위치에서 그 사무를 처리하게 된다.

지방자치법은 그 근거를 마련하고 있는데, 지방자치단체에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체의 장에게 위임하여 행한다고 규정하였다(지방자치법 제93조). 또한 지방자치단체의 장도 조례가 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 所屬行政機關에 위임할 수 있는바(동법 제95조 제1항), 이것은 上級自治團體의 長이 下級自治團體의 長에게 그 사무를 위임하는 것을 말한다.

기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장은 그 사무를 처리하는 한도내에서는 국가의 地方行政機關의 長이며, 自治團體의 長은 아니라고 볼 수 있다. 따라서 그는 自治團體의 長과 國家의 地方行政機關의 長으로서의 二重의 性格을 가지게 된다. 이러한 기관위임사무를 인정한 이유는 전술한 바와 같이 국가의 地方行政事務를 원칙으로 지방자치단체의 長에게 위임하여 처리하게 함으로써, 國家의 地方行政機關을 地方自治團體와 並行하여 설치하는 것을 막아 국가의 경비절감을 기하고자 하는데 있다.

따라서 기관위임사무에 대한 기관의 감독은 교정적 감독과 합법성의 감독외에 예방적·합목적성의 감독이 가능하므로 위임기관은 수임기관에 대하여 거의 전면적인 직무감독을 할 수 있는 것이다. 그리고 그 경비는 국가가 전액부담하고 지방의회의 관여는 배

112) 國家委任事務로서 戶籍·住民登錄·兵事·大統領·國會議員 選舉·地籍·經濟施策에 관한 사무, 각종의 認 許可事務 등의 기관위임사무로서의 性格을 가진다. 自治團體의 長이라고 하는 “機關”에 대한 委任事務라고 하지만 실제로는 그 자치단체의 長이 補助機關에 의하여 처리되는 것이므로 實際로는 “地方自治團體”에 委任된 것과 다름없다. 그리고 現實적으로 그 기관위임사무가 지방자치단체의 事務 가운데 큰 比重을 차지하고 있는 것이 사실이다.

제되어야 하는 것이 마땅하다. 113)

#### 다. 事務分類의 問題點

地方自治法과 그 施行令은 지방자치단체의 事務를 例示적으로 列擧함으로써 事務配分을 매우 合理的이고 理想的으로 한 듯한 느낌을 주고 있다. 그러나 同法 第9條 第2項 但書와 同施行令 第8條 但書에서 「다른 法令에 이와 다른 規定이 있는 경우에는 그러하지 아니하다」는 規定에서 무수하게 많은 個別法令들이 事務處理와 관련하여 別途의 規定을 하고 있는 경우에는 그 法令이 우선하게 되고 同施行令 別表I의 사무의 열거는 아무런 意味가 없게 되는 것이다.

이는 우리나라가 地方自治法을 제정하면서 日本의 예시적 열거주의를 模倣만 했을 뿐, 관련 法令의 정비작업을 거치지 않은 채 단서규정으로 兩者間의 충돌관계를 처리한 데서 기인한다. 114) 그 결과 지방의회의 條例制定權을 비롯한 기타 議決權의 行使範圍에서 월권시비가 빈번해 지고 있다.

또한 現行法은 自治事務와 “法令에 의하여 地方自治團體에 속하는 事務”(이른바 團體委任事務)를 구분하고 있으나, 現행법상 團體委任事務가 數적으로 많은 것도 아니고 이를 구분하는 이유가 반드시 설득력이 있느냐 하는 문제가 제기될 수 있기 때문에 자치재정의 擴充·強化와 더불어 團體委任事務를 自治事務에 흡수시키는 문제도 검토되어야 할 것이다. 115) 그밖에 國家事務(예컨대 都市計劃決定權)도 自治財政의 擴充·強化를 고려하여 自治事務로 移管시킬 여지는 아직도 많다고 여겨지며, 이 또한 계속 검토를 요하는 문제라고 생각한다.

## 2. 現行法上의 事務範圍와 限界

### 가. 地方自治團體의 事務

113) 金學魯, 전계논문, p. 8.

114) 金學魯, 상계논문, p. 13.

115) 李補泳, 전계논문, p. 99.

지방자치법 제9조 제1항과 제2항은 지방자치단체의 사무를 열거하고 있다. 이러한 사무의 구분은 결국 조례제정의 한계를 나타낸다고 볼 수 있는 것이다. 즉, 헌법 제117조 제1항이 地域的 公共事務는 원칙적으로 지방자치단체가 자치적으로 처리할 수 있음을 보장하고 있는 점을 고려하면 지방자치법 제9조 제2항에 나열된 사무들이 지방자치단체의 사무를 모두 열거한 것이라고 볼 수는 없으며, 여기에 例示되지 아니한 자치사무들도 얼마든지 있을 수 있을 것이다. 결국 지방자치법은 지방자치단체의 자치사무의 具體的 範圍를 明示하지 않고 自治事務 中 전형적인 것만을 例示하고 있을 뿐이며, 동법 제9조 제2항 但書로써, 그 例示된 자치사무들을 國家事務化할 수 있음을 인정하고 있다.

지방자치법 제9조를 기반으로 한 지방자치의 사무는 다음과 같다.

(1) 地方自治團體의 區域·組織 및 行政管理 등에 관한 事務

㉠ 관할구역안 행정구역의 명칭·위치 및 구역의 조정, ㉡ 조례·규칙의 제정·개발 및 그 운영·관리, ㉢ 傘下 행정기관의 조직관리, ㉣ 傘下 행정기관 및 단체의 지도·감독, ㉤ 소속 공무원의 인사·후생복지 및 교육, ㉥ 지방세와 지방세의 수입의 부과 및 징수, ㉦ 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리, ㉧ 행정장비관리·행정전산화 및 행정관리 개선, ㉨ 공유재산관리, ㉩ 호적 및 주민등록 관리, ㉪ 지방자치단체가 필요로 하는 각종 조사 및 통계의 작성



(2) 住民의 福祉增進에 관한 事務

㉠ 주민복지에 관한 사무, ㉡ 사회복지시설의 설치·운영 및 관리, ㉢ 생활빈공자의 보호 및 지원, ㉣ 노인·아동·심신장애자·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진, ㉤ 보건진료기관의 설치·운영, ㉥ 전염병 및 기타 병원의 예방과 방역, ㉦ 묘지·화장장 및 납골당의 운영·관리, ㉧ 공중접객업소의 위생개선을 위한 지도, ㉨ 청소·오물의 수거 및 처리, ㉩ 지방공기업의 설치 및 운영

(3) 農林·商工業 등 産業振興에 관한 事務

㉠ 농업용수시설의 설치 및 관리, ㉡ 농림·축·수산물의 생산 및 유통지원, ㉢ 농업자재의 관리, ㉣ 복합영농의 운영·지도, ㉤ 農外所得事業의 육성·지도, ㉥ 농가부업의

장려, ㉔ 공유림 관리, ㉕ 소규모 축산개발 및 낙농진흥사업, ㉖ 가축 전염병 예방, ㉗ 지역산업의 육성·지원, ㉘ 소비자보호 및 저축의 장려, ㉙ 중소기업의 육성, ㉚ 지역특화산업의 개발과 육성·지원, ㉛ 우수토산품 개발과 관광민예품 개발

(4) 地域開發 및 住民의 生活環境施設의 設置·管理에 관한 事務

㉜ 지역개발 사업, ㉝ 지방 토목·건설사업의 시행, ㉞ 도시계획사업의 시행, ㉟ 지방도·시군도의 신설·改修 및 유지, ㊱ 주거생활환경개선의 장려 및 지원, ㊲ 농촌주택 개량 및 취락구조 개선, ㊳ 자연보호활동, ㊴ 지방하천·준용하천 및 소하천의 관리, ㊵ 상수도·하수도의 설치 및 관리, ㊶ 간이종합시설의 설치 및 관리, ㊷ 道立·郡立 및 도시공원·녹지 등 관광·휴양시설의 설치 및 관리, ㊸ 지방궐도사업의 경영, ㊹ 주차장·교통의식 등 交通便宜施設의 설치 및 관리, ㊺ 화재대책의 수립 및 집행, ㊻ 지역경제의 육성 및 지원

(5) 教育·體育·文化·藝術의 振興에 관한 事務

㉜ 유아원·유치원·국민학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종학교의 설치·운영·지도, ㉝ 도서관·운동장·광장·체육관·박물관·공연장·미술관·음악당 등 공공교육·체육·문화시설의 설치 및 관리, ㉞ 지방문화재의 지정·보존 및 관리, ㉟ 지방문화·예술의 진흥, ㊱ 지방문화·예술단체의 육성

(6) 地域民防衛 및 消防에 관한 事務<sup>116)</sup>

- ㉜ 지역 및 직장민방위 조직(의용소방대를 포함한다)의 편성과 운영 및 지도·감독
- ㉝ 화재예방 및 소방

실제에 있어 위의 내용들과 다른 규정을 둔 법률(지방자치법 제9조 제2항 단서)들이 많이 있어 지방자치단체의 사무를 例示한 지방자치법 제9조의 취지를 무의미하게 만들고 있을 뿐만 아니라, 지방자치단체가 자율적으로 처리할 수 있는 자치사무의 영역을 불명확하게 만들고 있다.<sup>117)</sup> 즉, 사무의 성질이나 지방자치법 제9조 제2

116) 消防事務의 경우는 改定消防法에 의해 1992년 1월 1일 부터 廣域自治團體의 사무로 一元化되어 基礎自治團體의 條例制定權 밖에 있다.

항에 예시된 바에 의하면 지방자치단체의 사무가 되어야 할 것인데 중앙기관이 管掌하는 국가사무로 되어 있는 것들이 많아 지방자치단체의 자치권이 실질적으로 크게 줄어들고 있으며, 어떤 경우에는 특정사무가 국가사무인지 아니면 지방자치단체의 사무인지를 명백히 구분하기가 쉽지 않은 경우도 허다하다.<sup>118)</sup> 그리고 지방자치단체의 長에게 機關委任할 수 있게 하는 個別法律의 規定에 의해 지방자치단체의 장에게 위임되어진 사무들의 내용을 살펴보면 住民의 福利에 관계되는 지역적 공공사무들이 많이 들어 있고, 본래 지방자치단체의 자치권이 보장되어야 할 자치사무인데 자치권이 보장되지 아니하는 國家事務로 되어 있는 경우를 많이 발견할 수 있어, 事務의 機關委任制度가 현실적으로 지방자치단체의 자치권을 위축시키고 사무처리의 責任과 主體를 불명확하게 만드는 경우가 있음을 알 수 있다.<sup>119)</sup>

이러한 機關委任을 前提로 하여, 많은 地域的 事務를 중앙행정기관들이 管掌(國家事務化)하고 그에 대한 監督權을 중앙행정기관이 유보하는 현행제도를 근본적으로 是正하여 中央의 行政權限을 地方自治團體들에게 移讓함으로써 지방자치단체의 自治權을 擴大시키는 것이 지방자치의 活性化에 필요하리라 본다.<sup>120)</sup>

#### 나. 事務處理 基準

117) 尹良洙, 전계논문, pp.93-94.

118) 현행 地方自治法 제9조 제2항 4호에는 市·郡道路의 新設, 도시공원이나 녹지, 관광·휴양시설, 주차장의 설치 등의 지방자치단체의 사무로 예시되고 있지만, 현행 都市計劃法 제16조 제1항에는 도시구역 안에서 同法 제2조 제1항 제1호 나목 및 다목에 계기한 施設(도로·광장·주차장·자동차정류장·녹지·공원·운동장·유원지 등등)을 지상 공간 및 지하에 설치하고자 할 때에는 都市計劃으로써 만 이를 실시하도록 규정하고, 동법 제11조 및 제12조에서는 市長·郡守가 立案한 도시계획을 建設部長官이 관계 지방의회의 의견을 듣고 중앙도시계획위원회의 의견을 거쳐 이를 결정하도록 하고 있다. 이러한 규정으로 인하여 위의 지방자치법 제9조 제2항 4호에 例示되고 있는 市·郡道의 신설이나 도시공원·녹지·유원지·주차장 등의 설치업무가 도시계획 구역 안에서는 지방자치단체의 自治事務의 범주에서 빠질 수 있게 되는 것이다.

119) 현행제도로서의 機關委任事務에 대해서는 여러가지 批判이 가해지고 있다. ① 行政組織法定主義를 허물고 있다. ② 權限과 責任의 분리를 가져온다. ③ 受任者는 固有業務 만큼 責任을 느끼지 않는다. ④ 法上的 權限者와 實際上的 權限行使者의 분리에서 混亂이 온다. ⑤ 地方自治團體를 國家의 下級機關으로 전락시킨다. ⑥ 民衆統制의 排除를 가져온다. ⑦ 地方的 特殊性和 配分的 衡平이 희생된다 등의 批判이 그에 해당한다.

이 機關委任事務는 기본적으로는 地方에 국가의 下級行政機關이 설치되지 않는 데서 오는 제도적 산물로서의 성격을 가진다. 金道稔, 전계서, p.84; 崔昌浩, 전계서, p.245.

120) 尹良洙, 전계논문, p.94.

지방자치단체는 그의 사무를 처리함에 있어 다음과 같은 원칙을 준수하여야 한다 (법 제8조, 제10조 제3항 참조).

첫째, 지방자치단체는 그 사무를 처리함에 있어서 주민의 편의 및 복리증진을 위하여 노력하여야 한다. 둘째, 지방자치단체는 조직 및 운영의 합리화에 노력하고 그 규모의 적정화를 도모하여야 한다. 셋째, 지방자치단체는 법령이나 상급지방자치단체의 조례에 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다. 넷째, 시·군 및 자치구는 그 사무를 처리함에 있어 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 그 사무가 서로 경합되는 경우에는 시·군 및 자치구(基礎自治團體)에서 優先的으로 처리한다.<sup>121)</sup>

#### 다. 事務(國家事務)處理의 制限

條例는 地方自治團體의 사무에 관해 定할 수 있으나 원칙적으로 국가사무에 관해서는 정할 수 없다.

##### 1) 지방자치법 제11조의 사항

우선 지방자치법 제11조에 열거된 국가사무는 조례로써 규제할 수 없다. 즉 지방자치법 제11조는 「지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다」고 규정하고, 그에 관하여 1호부터 7호까지를 다음과 같이 예시하고 있다.

- ① 외교, 국방, 사법, 국세등 국가의 존립에 필요한 사무
- ② 물가정책, 금융정책, 수출입정책등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무
- ③ 농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무
- ④ 국가 종합 경제개발계획, 직할하천, 국유림, 국토·종합개발계획, 지정항만, 고속국도, 일반국도, 국립공원 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무
- ⑤ 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무
- ⑥ 郵便, 鐵道 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무.
- ⑦ 고도의 기술을 요하는 검사, 시험, 연구, 항공관리, 기상행정, 원자력 개발 등

121) 이것을 現地性 原則 또는 地方自治尊重의 原則이라고 한다. ; 鄭世昱, 「地方行政學」(서울: 法文社, 1990), P.176.

지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무 등을 열거하고 있다. 同條가 列擧한 국가의 전속사무는 그야말로 例示에 불과한 것이고, 후술하는 바와 같이 실제 國家事務는 이것보다 광범위한 것으로 보아야 한다.

## 2) 성질상 국가사무에 속하는 사항

지방자치단체는 성질상 국가로부터 전래된 자치권에 근거하여 일정한 지역의 지역적 이익을 증진하기 위한 단체이므로 법령에 국가의 사무로 명시되어 있지 않는 사무도, 그 성질상 국가의 사무에 속하는 사항을 규율할 수는 없다.<sup>122)</sup>

즉 국가전체를 획일적인 제도로 규율해야 하는 사항, 사무의 영향 및 범위가 국토 전반, 국민전체에 미치는 사항 등에 관해서는 지방자치단체가 규율, 처리할 수 없다<sup>123)</sup>.

이에 관해서 살펴보면 다음과 같다.

### ① 國家全體를 劃一的인 制度로 規律해야 하는 事項

지방자치법 등 법령이 국가의 사무라고 명시하지 아니한 사무라 하더라도 당해 사무가 전국에 걸쳐서 획일적인 제도에 의하여야 하는 사무 또는 영향이 국토 전반, 국민 전체에 미치는 사항 등에 관한 것인 경우에는 지방자치단체가 조례를 제정할 수 없다. 이에 속하는 사무를 살펴보면 義務教育制度, 社會保障制度, 勤務條件에 관한 제도 등 전국에 걸쳐 획일적인 제도에 의하는 것이 바람직한 사항이다. 이들 사항은 모두 헌법상 국가의 책임으로서 법률로 정하도록 하고 있는 바, 여기서 법률로 정한다는 의미는 「법률의 유보」라는 취지가 아니라 지방 이익의 有無에 관계없이 국가가 자기의 책임으로 전국적으로 획일적인 제도를 법률로 정한다는 취지를 나타낸 것이라고 한다.

### ② 私法秩序의 形成 등에 관한 事項

이것은 민사법적 질서에 속하는 것으로서 예를 들면 權利能力이거나 行爲能力의 賦與 또는 그 制限, 物權의 創設, 不法行爲責任 要件의 규정 등이 이에 해당한다. 이에 대하여는 사법상 제도의 규정과 사법질서의 형성은 국민전체의 사회공동생활의 기본이 되므로 국가법의 독점하는 영역이며, 지역적 특별성에 근거한 자주법의 규제는 당연히 배제되는 것이라고 한다.<sup>124)</sup>

122) 秋田周, “條例と規則” 『現代地方自治全集』(東京: きょうせい), p.105.

123) 成田頼明, “地方自治の保障”, 『日本國憲法體系』第5卷, (東京: 有斐閣, 1978), p. 240.

124) 秋田周, 전거서, p. 107.

### 3) 刑事犯의 創設 등에 관한 事務

이에 대하여는 형사정책적인 견지에서 국가법이 형사범으로서 처벌하게 되어있는 사항에 대해 조례로 特別을 둔다거나, 형사법규의 不備를 보충하기 위하여 조례로 형사범을 창설할 수는 없다.

### 4) 기타

이 밖에 대상이 되는 事務가 일부 지방의 利害關係에 그치지 아니하고 전국민의 이해에 관계되는 것이거나 규제의 영향이 미치는 범위가 전국에 걸치는 사항인 경우에는 국가의 정책에 따라 법률에 의해 규제되는 것이 합리적이라 할 것이므로, 조례로 그에 대해 규정하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 국가가 지방공공단체의 집행기관에 위임한 事務(機關委任事務)는 자치사무가 아니라 국가사무이지만, 국가의 법령에 특별한 규정이 있으면 조례를 제정 할 수 있다.<sup>125)</sup>

이상과 같은 국가사무의 대상영역은 주민의 인권보장을 위하여는 대폭 한정되어야 할 것이다. 예를 들면 국가사무영역에는 사회보장제도가 포함되는 바, 주민의 인권보장의 측면에서는 어떠한 지방의 獨自인 社會保障制度 및 裝置가 국가의 사회보장제도 기준을 능가하는 장치도 조례로 규정할 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 住民의 人權保障을 위한 條例制定權의 擴大, 이를 위한 법률과 조례의 相互補完, 그리고 人權保障에 欠缺이 있는 법령체제의 개선과 더불어 條例制定權의 범위를 적극적으로 해석 할 필요가 있다고 본다.

## 3. 憲法에 있어서의 法律留保와 條例

法律留保理論은 국가의 行政作用을 대상으로 한 理論이다. 즉, 立法權과 구분되는 行政權의 行使에 있어서, 立法權의 產物인 法律에 의한 授權을 통한 통제를 받는다는 것이다. 만일 地方自治團體의 條例制定을 행정작용의 하나로 보게 되면, 條例制定을 따로 분리하여 法律留保와 관해 특별히 논할 실익이 없게 된다. 실제로 과거

125) 關哲夫, “條例制定權の限界”, 「行政法の爭點(新版)」(東京:有斐閣, 1993), p. 35.

에는 그런 경향이 농후하였으나 최근 地方自治團體의 條例制定까지도 행정작용의 일종으로 보는 것이 矛盾이 아니냐 하는 理論이 점차 강해지고 있다.<sup>126)</sup>

조례제정권의 범위에 있어서 특히 문제되는 것은 헌법의 법치국가 이념에 기초를 두고 국민의 권리의무와 중대한 관계가 있는 일정사항을 법률에 유보하고 있는 경우에 조례로써 당해 사항을 규제하는 것이 허용되는가 하는 문제이다.

즉, 헌법 제117조가 규정하고 있는 「법령의 범위안에서」의 의미는 조례가 국가의 법령이 인정하는 범위 안에서 효력을 가지는 것이므로 국법체계의 頂點에 있는 최고법규인 헌법에 위반하여서는 아니된다는 것이다.

이와 같은 문제에 있어서는 기본적 인권과 조례, 죄형법정주의와 조례, 조세법률주의와 조례, 그리고 재산권보장과 조례 등이 주된 문제가 된다.

## 가. 基本的人權과 條例

### 1) 憲法 제40조와 條例制定權

條例는 경우에 따라서 住民의 權利나 自由를 制限하거나 規制하는 것을 그 내용으로 함유하는 수가 있는데, 이때 憲法上的 基本權 條項과 위와 같은 조례가 충돌하여 미묘한 문제를 발생시키기도 한다.<sup>127)</sup> 따라서 이러한 내용의 조례를 제정함에 있어서는 기본권 關聯規定에 위배되지 않도록 신중히 配慮하여야 한다. 그리고 위와 같이 주민의 권리의무에 관한 규정을 담고 있는 조례 규정은 헌법 제40조의 議會立法의 原則과 관련하여 헌법 이론적인 문제를 야기하기도 한다.

이에 대하여는 憲法 제40조와 條例制定權과의 關係는 原則과 例外의 관계라고 보는 見解와 兩者는 동일한 의미의 입법이지만 前者는 國家의 立法인 반면, 後者는 自主法으로서의 立法이라고 보는 이른바 國家法·自主法說이라는 견해로 나뉜다.<sup>128)</sup>

① 原則·例外說: 헌법 제40조는 國會가 국가의 原則的인 立法機關이라는 점, 따라서 법의 정립은 形式的 意味에 있어서의 法律의 형식으로 행해짐을 규정하고, 한편으로는 條例도 憲法 제40조에서 말하는 法이며 그 定立은 동조에서 말하는 立法이라고 보는

126) 金南振(D), “條例와 法律留保原則과의 關係”, 『考試研究』, 1993. 5, p.158. (이하, 金南辰(D)로 한다.)

127) 岩崎忠夫, 전거서, p. 48.

128) 李輔泳, 전거논문, p.103.

학설이다. 이 점에서 헌법 제40조와 관계가 문제로 된다. 원칙·예외설은 이 점에 대하여 조례제정권은 헌법 제40조의 예외를 정한 것이라고 보는 입장이다.<sup>129)</sup>

② 國家法·自主法說: 이 설은 헌법 제40조 規定의 「法律」은 국가의 立法을 의미하며 이에 반하여 條例制定權은 自主法으로서의 立法權을 의미한다고 보는 견해이다. 즉 住民의 代表機關인 지방의회가 制定한 條例를 국가의 行政權의 命令이나 法院이 規程과 同질적인 것으로 이해할 수는 없다는 것이다.<sup>130)</sup>

## 2) 條例에 의한 基本權制限

憲法 제37조 제2항은 基本權 制限의 一般原則을 규정하고 있다. 즉, 「國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共복리를 위하여 必要한 경우에 한하여 법률로써 制限할 수 있으며 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質적인 내용은 침해할 수 없다」고 하여 基本權을 制限하는 법률은 國會에서 制定한 形式的 法律이어야 한다고 하고 있다.

基本權의 制限은 직접 법률에 의하거나 法律상의 根據에 의한 法規命令이나 行政行爲에 의해서만 가능하며 형식적 法律이외의 法規範 즉, 법률의 根據나 委任이 없는 命令이나 條例 등에 의해서는 制限할 수 없는 것이다.<sup>131)</sup> 그러나 條例, 특히 行政事務條例 중에 住民의 權利와 自由를 지나치게 規制하는 規定이 있는데, 이는 住民의 基本的人權과 關連하여 制限을 발생시키고 있다. 이것은 公共福利와의 關係에서 법률에 의해 어디까지 基本권을 制限할 수 있는지의 문제와 같다.

따라서 헌법에 보장한 基本權은 無制約적인 것이 아니라 公共복리의 일정한 범위안에서는 制限이 가능하다. 條例도 憲法 제117조에 의하여 직접 법률의 委任이 없어도 「法律의 範圍」 안에서 住民의 權利와 自由를 規制할 수 있다.<sup>132)</sup>

129) 千炳泰, “地方議會의 地位와 權限”, 「考試界」, 1988. 5. p. 48.

130) 李補泳, 전계논문, p. 104.

131) 金哲洙, 「新版 憲法學概論」(서울: 博英社, 1984), pp. 248-249.

132) 日叢判 1954. 11. 24. 刑集8卷11號1866面.

: 판례는 조례에 있어서 示威行進등에 관한 단순한 届出制를 規制하는 것은 特別하고, 一般的人 許可制를 規定해서 이것을 事前에 抑制하는 것은 許容되어 지지 않지만, 公共의 秩序를 保存·維持하고, 또는 公共의 福祉가 현저하게 侵害되는 것을 防止하기 위해 特定の 場所 또는 方法에 關하여 合理的이고 明確한 基準 아래 미리 허가를 받게하고 또는 届出을 하도록 해서 이와 같은 경우에는 이것을 禁止할 수 있는 취지의 規定을 條例에 設定해도 憲法에 違反하지 않는다고 했다.

문제는 條例에 의한 規制內容이 地方自治團體마다 달라 法 앞의 平等原則에 위반 되느냐의 여부이다. 이에 대하여는 憲法이 地方自治團體의 條例制定權을 인정하는 한, 지역에 따른 相異는 당연히 예정된 것이기 때문에 그 差別은 憲法이 스스로 용인한 것으로 이해된다. 한편, 地方自治團體는 법률의 授權이나 委任이 없을지라도, 또 法律에서 아무런 규정을 두지 않는 영역에 대하여도 國家의 事務에 관한 경우를 제외하고는 人權을 制約하는 條例를 獨自의으로 제정할 수 있다고 하여야 한다.<sup>133)</sup> 물론 이 경우에 있어서 憲法上의 人權保障規定과의 關係를 고려하여야 함은 두말할 나위가 없다.<sup>134)</sup>

#### 나. 罪刑法定主義와 條例

罪刑法定主義는, 「法律이 없으면 犯罪도 刑罰도 없다」라고 하는 近代刑法의 大原則이다. 죄형법정주의는 그 시초에 있어서는 國民主權 내지는 三權分立이라고 하는 政治思想에 根據하고 있었다. 즉 무엇이 罪인가는 國民의 代表인 議會가 정립한다고 하는 民主主義的 原理에 근거하는 것이다. 그러나 現代에 있어서 罪刑법정주의는 이와 같은 民主主義的 原理뿐만 아니라, 法律이 없으면 處罰 받지 아니한다고 하는 「行動의 豫測可能性」에 중점을 두었던 自由主義的 原理도 포함하는 것으로 해석되고 있다.<sup>135)</sup>

헌법 제13조 제1항과 제12조 제1항은 罪刑法定主義와 身體의 自由에 관하여 규정하고 있다. 이 중 罪刑법정주의와 관련하여 조례로써 벌칙을 제정할 수 있는가가 문제로 대두 된다. 이와 관련하여 지방자치법 제20조는 「市·道는 . . . . . 過怠料의 罰則을 정할 수 있다」고 규정하고 있는데, 이 조항의 합헌성 내지 합헌성의 근거에 대한 논의가 문제의 중심을 이룬다.

地方自治法 제20조를 合憲으로 해석하는 見解와 違憲으로 새기는 견해를 정리하면 다음과 같다.

133) 日最判 1958. 10. 15, 刑集12卷14號3305面.

:判例는 賣春防止條例의 適法性을 確定하고 「憲法이 各 地方公共團體의 條例制定權을 인정한 이상, 地域에 따른 差別을 발생케 하는 것은 當然히 예기되어지는 것이므로, 회부된 差別은 憲法 스스로가 容認 한 바 이라고 解釋된다」 라고 판시 했다.

134) 李輔泳, 전계논문, p.105.

135) 岩崎忠夫, 전계서, p.124.

### 1) 違憲說

헌법 제12조 제1항에 따르면 處罰은 법률에 의해야 한다고 명시되어 있고, 그 법률은 形式的 意味의 법률을 가리킨다는 것은 의문의 여지가 없는 일인 바, 현행 지방자치법이 지방자치단체의 조례에 대하여 천만원 이하의 過怠料를 정할 수 있다고 하는 것은 그것이 조례에서 정할 수 있는 처벌이 제한적인 것이라 하더라도, 그 처벌을 과할 수 있는 사유에 관한 백지위임에 해당하는 것이므로 지방자치법 제20조에 조례에의 과태료 규정은 헌법 제12조와의 관계에 문제가 있다<sup>136)</sup>고 보는 견해이다. 이러한 견해는 조례제정을 주로 행정작용의 일종으로 보는 학자들에 의해 주장되고 있다.<sup>137)</sup>

더욱이 법률의 수권(委任)이 없는 경우는 條例로써 벌칙을 규정할 수 있으나에 관하여 죄형법정주의 원칙상 이를 부정하는 것이 일반적이다. 그러나 地方自治法 제20조 자체를 違憲이라고 보는 입장은 小數說이다.

### 2) 合憲說

지방자치법 제20조(條例違反에 대한 過怠料 規定)가 헌법의 규정에 위배되지 않는다고 하는 문제 제기에 대하여 多數說은 위배되지 않는다고 보고 있으며,<sup>138)</sup> 그 논거로서 條例法律說과 委任要件充足說의 두가지가 있다.

첫째, 條例法律說의 입장에서는 조례는 주민의 代表機關인 議會의 민주적 절차를 거쳐 제정되는 것인만큼 실질적으로는 법률에 준한다고 보는 주장이다.

즉, 지방자치단체의 조례는 행정관청의 명령과는 달리 주민의 대표기관인 의회의 의결에 의해 성립하는 民主立法이므로, 실질적으로는 법률에 準해서 생각해도 좋다는 입장으로서 가장 많은 지지를 받고 있다.<sup>139)</sup> 이러한 입장은 條例의 立法作用性, 準法律性을 강조하는 학자들에 의해 지지를 받는다.<sup>140)</sup>

136) 李尙圭, “새 地方自治法の 地位와 權限”, 『考試界』, 1988. 5, p. 20.

137) 洪井善, 『地方自治法論』(서울: 法文社, 1991), p. 151 ; 同人, 『行政法原論(下)』(서울: 법문사, 1991), p. 114 ; 李琦雨, 『地方自治行政法』(서울: 法文社, 1991), p. 72.

138) 金元主(b), “地方自治團體의 條例制定權”, 『公法研究』第18輯, 1990, p. 107. (이하, 金元主(b)로 한다.)

139) 金南振, 『行政法Ⅱ』(서울: 法文社, 1989), p. 364.

140) 丘秉朔, 『地方自治法』(서울: 博英社, 1991), p. 162. ; 朴鈞炳, “法令과 條例와의 關係”, 『考試界』, 1992. 11, p. 42. ; 徐元宇(f), “地方自治法 제20조 削除問題”, 『自治行政』, 1993. 2, p. 66 ; 鄭準鉉, “條例制定에 關한 少考” 『判例月報』, 1993. 2, p. 67.

地方自治法 제20조의 規定은, 동법 제15조 但書 후단 「조례로써 벌칙을 제정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다」라는 벌칙의 위임 규정과 연결되며, 조례가 자주법으로서의 실효성을 담보하기 위하여 법령의 범위 안에서 조례내에 벌칙을 그 지방자치단체의 실정에 맞게 자유로이 담을 수 있다는 것을 말한다.

이는 條例制定 節次의 민주적 성격 탓으로, 헌법 제12조와의 관계에서는 조례를 법률과 同一平面上에서 보고자 하는 것인데, 刑罰權 및 刑罰規定의 설정은 본래 국가사무로서 지방자치법의 범위에 속하지 않는다고 생각되므로, 條例制定權에 대한 憲法의 授權 規定만 가지고서는 부족하고, 地方自治法 제9조와 같은 특별한 授權規定을 필요로 한다고 보아야 할 것이다. 이 견해에 있어서도 법률의 委任 樣態에 따라 다시 견해가 나뉘는 바, 법률의 委任은 일반적이며 包括的이어도 좋다는 見解와 법률의 委任은 限定的이어야 한다는 見解<sup>141)</sup>가 그것이다.

둘째로 委任要件充足說의 입장에서는 지방자치법 제20조의 규정이 포괄적 委任 規定으로 생각되기 쉬우나 조례 제정사항은 동법 제9조(地方自治團體의 事務範圍)에 의해 한정될 뿐만 아니라 罰則의 範圍도 限定되어 있으므로 委任의 個別性·具體性이라는 요건이 충족되었다고 하는 주장이다.

지방자치법 제20조를 해석 함에 있어 조례에 위반한 자에 대하여 일정한 형을 課할 수 있는 요지의 규정을 들 수 있다는 포괄적 규정<sup>142)</sup>이라고 보는 학자도 있다. 그러나 一般的인 條例에의 위임은 委任命令과 똑같이 具體的 範圍를 정하여 위임할 필요는 없다고 보는 것이 다수설<sup>143)</sup>이지만 罰則制定의 경우는 헌법 제12조의 죄형법정주의와 관련하여 그 특수성을 전제할 때, 구체적·개별적·한정적 수권이 있어야 함이 타당하다고 본다. <sup>144)</sup> 이것이 곧 侵害的인 條例를 制定에 있어 입법자가 개인의 자유와 평등의 보장자로서 국민에 대한 법치국가적인 豫測 可能性을 보장하는 길이라고 본다.

### 3) 結 言

條例는 行政事務를 포함한 地方自治團體의 事務를 처리하기 위한 自主立法이며, 憲

141) 丘秉期, 전계논문, p. 76.

142) 丘秉期, 「註釋 地方自治法」(서울: 薄英社, 1991), p. 180.

143) 李周熙, “地方自治團體의 條例制定權의 性質과 範圍”, 「自治行政」第3卷 第1號, 韓國地方自治研究所, 1993, p. 42.

144) 孟長燮, “地方自治團體의 自治法規”, 「月刊考試」, 1991. 6. p. 63.

법이 조례제정권을 법령의 범위 안에서 규정토록 하고 있는 것은 조례제정권의 實效性을 담보하는 罰則定立權까지를 포함하는 것이라고 보아야 할 것이다.<sup>145)</sup>

더욱이 憲法 제75조에서 「大統領은 法律에서 具體的으로 範圍를 정하여 委任받은 사항에 관하여 大統領令을 발할 수 있다」고 規定하고 있는 점을 고려하면 罪와 罰은 形式的 意味의 법률뿐만 아니라 法律의 具體的 委任에 의하여 제정된 法規命令에 의해서도 규정될 수 있다고 해석되므로, 住民의 代表로써 구성되는 地方議會에 의하여 제정된 條例에서 法律의 具體的 委任을 받아 罰則을 정하는 것은 罪형법정주의의 원칙을 阻害하는 것이 아니라고 보아야 할 것이다.<sup>146)</sup>

그러므로 지방자치법 제20조의 규정은 헌법상 보장된 지방자치단체의 罰則定立權을 確認하는 한편, 헌법 제117조에서 규정하고 있는 法律로서 罰則規定權의 범위와 한계를 규정하고 있다고 할 것이다.

罰則에 관한 사항에서 한 가지 더 檢討해 보아야 할 것은 벌칙규정을 위임한 개별 법률과 벌칙규정의 일반적 위임근거를 제정한 지방자치법과의 관계이다. 즉, 罰則規定을 위임한 개별법률에서의 罰則의 한도와 지방자치법상 벌칙의 委任限度가 다를 경우에 어느 법률에 따라야 할 것인지가 문제될 수 있다. 이 경우에는 벌칙규정을 위임한 個別法律을 地方自治法에 대한 特別法으로 보고 개별법률에서의 위임규정을 우선적으로 적용하여야 할 것으로 생각된다.<sup>147)</sup>

#### 다. 財産權法律主義와 條例

財産權의 絶對化는 契約自由와 더불어 근대초기 資本主義 발전을 촉진한 原動力이 되었다. 그러나 사유재산권 절대성이 갖는 내재적 모순으로 인해 그 보장의 변용, 즉 재산권의 상대화는 불가피 하게 되었고, 그것은 최초로 바이마르 헌법 제153에 「①소유권은 헌법에 의하여 보장된다. 소유권의 내용과 한계는 법률로 정한다. … ③소유권은 의무를 수반한다. 소유권의 행사는 동시에 공공복리에 이바지하여야 한다」라는 규정이 포함됨으로써 재산권에 대한 인식의 일대전환을 이루게 된다.

145) 安滄敎, 「韓國憲法」(서울:考試研究社, 1986), p. 202.

146) 임병수, “自治法規의 體系 및 規律範圍에 관한 一般의 基準樹立”, [法制] 通卷第35號, 1991. 11, p. 22.

147) 임병수, 상계논문, p. 22.

2차대전 이후 각국의 헌법은 바이마르헌법 제153조의 정신을 계승하여, 비록 정도의 차이가 있기는 하지만, 재산권의 사회적 제약성을 표명하고 있다. 韓國 憲法도 제23조에서 원칙적으로 재산권을 보장하면서도, 다른 한편으로는 20세기적 헌법의 경향에 따라 재산권에 대한 규제와 제한을 인정하고 있다.

즉, 헌법 제23조(재산권의 보장과 제한) 제1항은 「모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다」고 규정하고 있으며, 동조 제3항은 公共必要가 있는 경우에는 보상을 전제로 재산권을 收用·使用 또는 제한할 수 있음을 규정하고 있고, 또한 기본권에 관한 일반적 법률유보를 규정한 제37조 제2항에 따라 재산권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있다라고 규정하고 있다.

이러한 헌법규정과의 관계에서 조례로써 재산권의 규제에 관한 규정을 둘 수 있는지 여부가 문제가 된다. 다시 말하자면 憲法 第23條 第1項의 財產權法定主義에 있어서 條例가 여기에서 말하는 法律에 포함될 수 있는가의 문제이다.

#### 1) 條例制約不可能說(財産權規制 不可能說)

재산권은 大部分의 경우 전국적인 거래의 대상이 되므로 그 내용을 규제하거나 제약하기 위해서는 통일적으로 법률로 해야 한다고 주장하는 입장이다.<sup>148)</sup> 따라서 특정의 지방자치단체가 필요에 의해 조례로써 재산권을 제약한다면 다른 지방자치단체에 영향을 주게 되고, 그것은 결과적으로 국가전체의 질서에 영향을 주게 될 것이기 때문에 條例制約不可能說이 타당하다는 것이다. 그리고 이 입장에 의하면, 만약 지방자치단체의 특수한 자연적·사회적 사정에 의해 재산권의 행사 방법이나 態樣을 최소한도로 제약하고 조정하는 것은 행정상 손실보상을 전제로 하여 가능하게 된다.<sup>149)</sup>

#### 2) 條例制約可能說(財産權行使規制許容說·規制許容說)

財産權規制條例의 合憲設은 법정주의의 例外 또는 條例를 包含한 법정주의라고 해석하며, 이 설이 점차로 유력해지고 있다.<sup>150)</sup>

148) 金元主(b), 전계논문, p.109. ; 金香洙, 「韓國憲法」(서울: 博英社, 1990), p.216.

149) 李輔泳, 전계논문, p.108.

150) 山田幸男, 「行政法の展開と市民法」, pp.148-149; 朴源永, 전계논문, p.87.

조례으로써 재산권 규제가 가능하다는 입장은 다음 두 가지로 나뉜다.

첫째 財産權行使規制許容說: 이 학설은 재산권의 내용과 행사를 엄격하게 구별하여 재산권의 내용에 대해서는 조례로써 규정할 수 없으나, 재산권의 행사에 대하여는 조례로써도 규제할 수 있다고 하는 견해이다.<sup>151)</sup> 이 견해는 지방자치단체가 지방자치 본래의 취지에 따라 주민의 안전과 건강을 보호하기 위해서는 재산권의 행사에 관한 행위라 하더라도 주민생활이나 지역사회에 나쁜 영향을 미치는 것은 최소한의 규제가 필요하다는 입장에서, 앞으로는 自然保護條例 등을 통하여 건전하고 쾌적한 지역사회의 형성을 위하여는 주민의 재산권행사까지도 조례로써 규제할 수 있다는 견해<sup>152)</sup> 등이 이에 속한다.

둘째로 規制許容說: 이 학설은 조례에 의한 재산권의 규제를 인정하는 입장이다. 그 論據로서는 조례제정권은 議會立法의 原則에 대한 例外라는 立場과 條例는 地方議會라고 하는 民主的 基盤을 통하여 制定되어 準法律的 性質을 가지므로 法律과 그 質적인 면에서 차이가 없다는 입장<sup>153)</sup> 및 지방자치단체는 行政事務를 처리하기 위하여 조례를 제정할 수 있으므로 조례로써 재산권의 내용에 대한 규제가 가능하다는 입장<sup>154)</sup> 등이 있다. 이러한 견해는 재산권은 공공의 복리에 의한 사회적 제약을 받고, 한편 강한 경제적 자유라는 점에서 조례에 의한 재산권의 규제와 보장을 인정하려 한다.<sup>155)</sup>

결론적으로 현대적 의미에 있어서의 자치행정은 근대적 의미의 법치행정에 있어서와는 달리, 형식적 의미의 법률에 의한 행정은 물론, 조례에 의한 행정까지도 포함한다. 따라서 조례제정권에 내재하는 사항적 한계를 벗어나지 아니하는 한, 재산권에 대한 규제도 조례로써 가능하다고 하여야 할 것이다.

## 라. 租稅法律主義와 條例

地方稅法 제3조 제1항에서는 「지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 條例로써 하여야 한다」고

151) 金南振(e), “條例에 의한 營業의 規制”, 「考試界」, 1969.1, p.115. (이하, 金南辰(e)로 한다.)

152) 千乘豪, 전계논문, p.49.

153) 金南振, 전계서, pp.346-347.

154) 安濤敦, 전계서, p.202.

155) 丘乘朔, 전계서, p.165.

규정하고 있다. 이는 「조세의 종목과 세율은 법률로 정한다」는 헌법 제59조의 규정과 관련하여 조세법률주의에 대한 위반이 아닌가 하는 논란을 초래하고 있다. 이러한 憲法上的 租稅法律主義와 지방자치단체의 과세에 관한 조례규정과의 관계가 문제로 된다.

이에 대하여는 法律委任說과 自主權說의 대립이 있다.<sup>156)</sup>

첫째로, 법률위임설은 국세나 지방세를 불문하고 모든 조세의 과세권은 국가에 귀속하므로 조례에 의한 지방자치단체의 과세권도 당연히 법률에 의하여 국가로부터 부여 받은 것으로 보는 견해이다. 따라서 地方稅法上的 규정은 헌법상 보장된 조세법률주의의 근본취지에 비추어 볼 때 예외적인 규정이라 할 수 있으며,<sup>157)</sup> 다만 지방자치단체의 관할구역내에서는 지방자치단체가 準法律에 해당하는 조례로써 지방세의 稅目을 정하는 것이 憲法違反이라고는 할 수가 없다고 한다.<sup>158)</sup>

둘째로, 자주권설에 따르면, 지방자치단체는 헌법상 고유의 사무를 가지고 있으므로 그 사무처리에 필요한 재정수입을 확보하기 위한 地方稅 課稅權이 헌법상 인정되므로 地方稅에 관하여 법률의 규정이 없는 경우에도 지방자치단체의 課稅權은 인정된다는 견해이다.<sup>159)</sup>

위의 논쟁은 조세법률주의에서 말하는 법률의 범위가 형식적 의미의 법률에 한정되는 것인지, 법률의 위임에 근거한 법규명령(조례포함)도 포함되는 것인지의 여부에 달려 있다고 볼 수 있으나 조례가 주민의 대표로써 구성되는 지방의회에 의하여 제정되는 점을 감안해 볼 때 법률(지방세법)에 일반적 위임근거가 있는 이상 조례로 지방세목등을 정하는 것이 명백하게 헌법에 위반된다고 보기는 어려울 것이다.

더욱이 憲法上 地方自治團體는 自治權의 하나로 고유의 財政權을 가지고 있고, 憲法上 租稅法律主義에 관한 規定은 國稅를 대상으로 한 것이고, 地方稅法은 各 地方自治團體의 條例制定을 위한 통일적인 標準法에 불과하다고 볼 때 이를 적극적으로 해석하여야 할 것이다.

결국 財産權이나 租稅權과 관련된 사항에 있어서도 적극적으로 그에 관련된 法令과 抵觸되지 않는 한, 주민의 福利에 관한 것인 때에는 廣範한 規制가 가능한 것으로 보아

156) 權寧星, 「憲法學原論(新訂版)」(서울: 法文社, 1988), p. 217.

157) 尹世昌, 「行政法(下), 제2改訂版」(서울: 博英社, 1987), p. 526 ; 金哲洙, 전게서 註), p. 733.

158) 權寧星, 전게서, p. 732.

159) 安滌敎, 전게서, p. 203 ; 金南振, 전게서, p. 347.

야 할 것이다.

## 제 4 절 條例制定權의 限界

### 1. 地方自治法 제15조 但書條項 解釋論

地方自治法 제15조 단서는 「住民의 權利·義務과 관계되는 事項은 法律의 委任이 있어야 한다」라고 規定하고 있다. 同規定의 “法律의 委任이 있어야 한다”를 憲法 제117조가 規定하고 있는 “法令의 範圍 안에서”의 규정과 聯關하여 條例는 國家의 現行法令의 委任이 있어야 制定할 수 있다는 法律留保의 原則을 따를 경우 合憲으로 解釋할 수 있고, 다른 한편으로 條例는 現行法令에 違反하여 制定할 수 없다는 法令優位의 原則으로만 解釋할 경우에는 違憲이 된다.

최근 地方議會가 制定한 조례가 法令違反 등을 이유로 大法院에서 다루어 지고 있는 것은 물론, 國內 行政法學者들간에도 論難이 대상이 되고 있다. 이를 정리하면 다음과 같다.

#### 가. 제15조 但書條項을 合憲적으로 해석하는 견해와 그 논거

(1) 지방자치법 제15조 단서를 合憲적으로 해석하는 견해는 憲法 제117조 제1항의 “法令의 範圍 안에서”를 해석하는 데 있어 이것에 法令에 反할 수 없다는 法令優位原則은 물론이고, 경우에 따라서 法令의 根據를 필요로 한다는 意味까지도 포함되는 것으로 풀이하는 입장이다.<sup>160)</sup>

(2) 憲法 제40조의 「立法權은 國會에 속한다」라는 規定이 있는 이상, 憲法 제117조 제1항이 自治事務에 대하여 條例制定權을 認定하고 있다고 하여, 그것을 國家事務에 대한 憲法 제40조가 인정한 國會의 立法權에 準한다고 볼 수는 없다. 즉 國會는 水平的으로 3分한 國家權力(機能)의 한 부분을 管掌하는 機關이지만, 地方議會는 國家權力(機能)의 3分을 前提로 하고, 또

160) 洪井善(a), “條例와 侵害留保” 「考試界」, 1993. 4, p. 110.

한 그 아래에서 地方行政의 일부를 管掌하는 機關이라 할 것이다. 따라서 外觀上 지방의회가 一種의 立法機關이라 하여 국회의 機能을 대신할 수 있다고 해서는 안된다는 입장, 즉 條例를 一種의 行政作用으로 보는 입장이다.<sup>161)</sup>

(3) 憲法 제10조「基本人權保障」과 憲法 제37조 제2항「國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 限하여 法律로써 制限 할 수 있으며, 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容은 侵害할 수 없다」는 基本權制限의 原理는 憲法上 最上位의 命令이라고 보아야 한다. 그러므로 地方自治團體의 自治權의 領域에도 이 命令은 당연히 적용되어야 한다는 주장이다.

그리고 이 견해는 憲法 제117조 제1항은 基本權에 관한 規定이 아니라 制度保障일 뿐이며, 憲法規範內에서도 段階構造가 있드시 憲法 제10조와 제37조 제2항은 憲法 제117조 제1항을 능가하는 규정으로 본다.<sup>162)</sup>

(4) 法令의 委任이 없어도 基本權을 制限할 수 있다고 한다면, 法令이 없는 領域에서도 自治事務와 관련하는 條例로 基本權을 제한할 수 있다고 볼 수 있는데, 이는 立法權者인 國會가 기본적인 법질서의 形成者로서의 責任을 회피하는 결과를 초래할 수 있으며, 또한 條例가 憲法 제37조 제2항의 法律에 포함된다고 본다면, 그것은 이미 聯邦主義를 認定하는 것인데, 이는 聯邦主義를 인정하지 않는 現行憲法과는 일치되지 않으며, 따라서 法律의 委任없이 條例로써 주민의 權利와 自由를 제한할 수는 없다는 주장이 있다.<sup>163)</sup>

(5) 違憲論에서 主張하는 住民의 權利制限이나 義務賦課에 관한 事項을 법률의 위임 없이 條例로 制定할 수 있게 하더라도 法令에서 그 基準이나 制限의 限度를 定함으로써 條例制定權의 行使를 統制할 수 있다고 보는 시각에 대한 問題意識으로서, 自治事務중에 規制的·侵害的 性질의 事務가 적다고 하는 主張에 대한 異意를 제기한다. 즉, 自治事務가 곧 福祉事務라 하더라도

161) 金南振, 「行政法II」(서울: 박영사, 1989), P. 114; 同人“地方自治團體의 自治立法權, 「行政法의 基本問題」(서울: 법문사, 1989), P. 548 ; 洪井善, 「地方自治法論」(서울: 박영사, 1991), P. 151 ; 李琦雨, 「地方自治行政法」(서울: 법문사, 1991), P. 72 등 등.

162) 李琦雨(a), “地方自治團體의 條例制定權과 法律留保의 原則”, 「地方自治」, 1992. 9, p. 40. (이하, 李琦雨(a)로 한다.)

163) 李琦雨(b), “1993地方議會制度 發展 討論會”, 「自治行政」, 地方行政研究所, 1993. 3, P. 30.

그 事務의 具體的인 手段까지 非規制的·非侵害的인 것을 意味하지는 않는다  
고 하는 주장이다. 이 주장은 또한 條例에 의한 罰則規定의 地域的限界性에  
대한 논박으로 特定地域人의 基本權도 모든 國民의 基本權과 마찬가지로 중  
요하다고 본다.<sup>164)</sup>

(6) 合憲論과 關聯한 地方自治法 제20조의 해석론

同條項은 罰則의 賦課로 國民의 權利를 制限하고 義務를 賦課하는 條項  
이므로 憲法 제37조 제2항에 의하여 法律이 授權이 있어야 하고 憲法上의 罪  
刑法定主義 原則上 法律으로써 構成要件과 刑량의 範圍가 규정되어야 하는데  
도, 同條項은 그 구성요건에 대하여 規定이 없이 罰則의 상한만을 규정하고  
있다. 만약 이를 罰則條例의 授權根據로 보게 된다면 법률에 의한 白紙委任  
을 인정하는 結果가 되어 罪刑法定주의에 違反이 된다. 그러므로 同法은 條  
例罰則을 정할 때의 量刑의 基準을 제시한 것이지, 이 規定이 조례벌칙의 包  
括的 委任規定은 아니라고 보아야 한다는 입장이다.<sup>165)</sup>

(7) 綜合

아무리 地方自治制度가 意味있는 것이라 하여도, 그것은 國法의 基本秩  
序와 調和되어야 한다. 어떠한 경우에도 國법의 기본질서는 維持되어야 한  
다. 國會가 갖는 國家의 基本秩序를 規律하는 權能은 地方議會에 의해서 對  
替될 수가 없다. 왜냐하면, 어떠한 경우에도 基本權을 最大限으로 保障하는  
精神과 基本權을 制限하는 경우에 嚴格한 制限原理가 따라야 한다는 원칙은  
포기될 수 없는 憲法上의 命令이기 때문이다. 요컨대 條例로 基本權을 侵害  
하기 위해서는 法律의 委任이 있어야 하며, 이 경우 그 根據 내지 委任이 반  
드시 個別的·具體的인 것일 必要는 없다.

이러한 연유로 自治事務에의 適用과 관련하여서도 地方自治法 제15조 단  
서는 合憲이다. 한 마디로 표현한다면 基本權의 最大保障과 관련하여 國會의  
秩序機能論을 強調하는 입장이다.

164) 李周熙, “地方自治團體의 條例制定權의 性質과 範圍”, 「自治研究」韓國地方行政研究所, 1993. 3, pp. 32-33 參照

165) 朴偉國, “1993地方議會制度 發展 討論會”, 「自治行政」, 地方行政研究所, 1993. 3, P. 33.

## 나. 제15조 但書條項을 違憲으로 해석하는 견해와 그 논거

(1) 이 견해는 여러 논거 하에서 다양하게 전개되고 있는데 우선적으로 憲法 제117조 “法令의 範圍 안에서”란 문구는 단지 法律優位の 原則을 천명한 것인데, 地方自治法 제15조는 “法律의 위임이 있어야 한다”라는 法律留保를 하고 있으므로 이는 헌법위반이다라는 주장이 있다.

굳이 地方自治法 제15조 단서를 合理的으로 解釋 한다면 이는 國家 委任 事務의 경우에만 妥當한 것이라고 주장한다. 더욱이 條例自主立法說에 의하면 地方行政의 實效性을 確保하기 위해서는 條例로써 住民의 權利를 制限하거나 義務를 부과할 수 있어야 地方自治團體의 全權限性, 自己責任性, 自己決定性이 確保될 수 있다는 것이다.

(2) 또한 地方自治法 제15조 단서가 住民의 權利·義務에 관한 사항에 대하여 그 大小輕重을 막론하고, 모두 個別的 法律의 委任이 있는 경우에만 條例로써 규정할 수 있도록 한 것은 憲法의 “地方自治團體는 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다”고 규정하고 있는 內容에 矛盾된다고 본다. 따라서 동조항의 法律留保의 原則은 國家委任事務에만 適用이 되는 것이며 自治(固有)事務에 대하여 地方自治法이 法律留保를 要求한다면 그것은 헌법 제117조에 違背된 것으로 새기고, 따라서 國家事務中 侵害的 지방행정 분야에만 法律留保가 합당하다고 해석하는 것이 違憲의 논란을 피할 수 있는 것으로 보는 견해이다.<sup>166)</sup>

(3) 條例의 立法作用性 및 準法律性을 論據로 하는 違憲論

① 이 견해는 地方分權 하면 行政權만 생각하는데, 이것은 잘못이며 이것에 선행해서 고려되어야 할 것이 立法權의 分權이라고 하겠다.<sup>167)</sup>

② 條例는 自主法의 성격이 있는 한 그 제정권의 根據는 직접 헌법에서 由來한다는 견해가 있다. 비록 法令의 範圍 안에서 라고 하였지만 국가의 行政機關에 있어서의 命令制定權과는 달리 法律의 授權을 기다리지 아니하고도

166) 朴鈺妍, “法令과 條例와의 關係” [考試界], 1992.11, p. 46.

167) 朴東緒, “自治化와 地方自治, 行政의 改革” [研究論集] 第22輯, 中央公務員敎育院, 1992, p. 91.

주민의 權利·義務에 관한 규정을 제정할 수 있다는 것이다. 이 說이 肯定說이라 할 수 있다.<sup>168)</sup>

③ 헌법 제117조 제1항에 의한 自治事務에 대한 條例制定權의 인정은 國家事務에 대한 憲法 제40조가 인정한 國會의 立法權에 準하는 것이며 「法律에 의한 行政」은 地方自治行政領域에서는 「條例에 의한 行政」을 포함한다고 할 것이다.<sup>169)</sup>

④ 오늘날 地方自治制度는 단순한 給付行政 등의 主體임에 그치지 않고 權力行政에 있어서도 중요한 기능을 담당하는 公行政主體(統治團體)로서 그 지위와 거기에 있어서의 行政內容의 變化는 필연적으로 自主立法權인 條例의 지위도 변화시키고 있어, 條例는 法律과 병행하는 (다만 法令의 범위내에서) 중요한 法源이 되고 있는 것이다.<sup>170)</sup>

⑤ 地方自治團體의 自治立法權이 갖는 의미는 보다 住民에 근접한 者가 그 지방에 效力을 미치는 規範을 제정하도록 함으로써 규범을 제정하는 자와 수범자의 간격을 좁히는 데 있다. 이로써 自治立法權은 지방자치단체가 當面한 사항을 그에 가장 정통한 자가 판단하여 定할 수 있게 할뿐만 아니라 地域的인 多樣性을 고려해야 할 立法者의 의무를 대신하는 準立法的 機能을 담당한다고 할 수 있을 것이다.<sup>171)</sup>

#### (4) 自治權이 憲法制度로서의 意義를 강조하는 立場

自治權의 성질에 관해서는 制度的 保障說이 통설적 견해로 되어 있다. 그에 의하면 自治權은 국가에 의해 承認되어진 것이지만, 그 제도적 本質은 憲法에 의해 직접 보장되어 있어 法律으로써도 그 기본적 원리는 부정될 수 없다고 해석된다. 그러므로 우리헌법 제117조에 保障된 地方自治制度에 基本權制度에 버금가는 비중을 부여한다.<sup>172)</sup> 가령 徐元宇 教授는 “조례를 委任立法과 같은 성질의 것으로 보고 「법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은

168) 丘秉期, 「地方自治法」(서울: 박영사, 1991), p. 162.

169) 朴純旿, 전계논문, p. 42.

170) 徐元宇(f), “地方自治法 제20조 削除問題”, 「自治行政」第59號, 地方行政研究所, 1993. 2, p. 66.

171) 鄭準鉉, “條例制定에 관한 小考”, 「判例月報」, 判例月報社, 1993. 2, p. 10.

176) 徐元宇(c), 전계논문, p. 66.

사항과 法律을 집행하기 위하여 필요한 사항」에 한하여 제정할 수 있는 것으로 해석하는 것은 憲法 자체에 의한 自治立法權保障의 意味, 憲法原理의 轉換에 따른 地方自治團體와 條例의 地位變化등의 인식면에서 크게 잘못된 생각이라 할 수 있으며, 최근 法曹界나 改定法律案에서의 違憲是非도 기본적으로는 조례를 法律의 下位規範인 委任立法에 준하는 것으로 보는 잘못된 발상에 의한 것”이라고 주장한다.

(5) 違憲論과 關聯한 地方自治法 제20조 해석론<sup>173)</sup>

이 견해는 地方自治團體가 自治權을 가진다고 하는 경우 지방자치단체는 自治事務에 관하여 자치입법권을 가지지 않으면 안될 것이며, 이러한 自治立法權은 自治事務를 授權하고 羈束하는 조례의 定立權만이 아니라 그것을 實效性있게 하기위한 罰則定立權까지도 당연히 포함하는 것으로 보아야 한다고 주장한다.

예컨대 行政事務를 실시하는 수단으로 禁止를 條例로 정한 경우, 그 不作為義務의 不履行에 대한 벌칙을 정할 수 없다고 한다면 그 實效性은 극히 의문시되며, 그것은 애당초 禁止로서의 實體를 가질 수 없다는 것이다.

즉, 地方自治에 대해서 자치권을 보장하고 行政事務의 處理까지도 포함하여 광범한 행정기능을 인정한 것으로 해석되는 現行憲法이 그것에 필요한 範圍·程度의 조례제정을 인정하고 있지 않다고는 볼 수 없으며, 헌법 제117조가 보장하는 조례제정권은 그 자치권에 상응한 罰則定立權을 포함하는 것으로 보고(憲法 제12조 제1항의 罪刑法定主義規定에 대한 特別規定으로 보며 法令의 範圍內的 것인 이상, 法律의 授權없이도 조례로써 벌칙을 제정할 수 있는 것으로 본다), 地方自治法 제20조가 규정하는 條例에 의한 罰則委任規定은 憲法上 보장된 地方自治團體의 罰則定立權을 確認하는 規定으로 본다.

이러한 論據로서 지방자치법 제20조는 지방자치단체가 同法 제15조와의 관계에서 조례로써 일정한 한도 안에서 自治權의 일환으로 罰則을 정립할 수 있음을 분명히 함과 동시에 다른 한편으로 罰則定立權을 가지는 主體와 그 內容과 程度를 한계지우고 있다는 意味를 갖는다고 주장한다. 또한 憲法上

173) 徐元宇, 상계논문, p.67 ; 同人(d) “條例에 의한 罰則定立權 논의”, 「地方自治研究」第2卷 第2號, 1990. 12, pp. 5-6.

보장되고 있는 地方自治制의 基本精神에 비추어 볼 때 現行地方自治法 제15조 단서가 조례의 제정에 있어 「주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 별칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다」고 규정하고 있는 것은 위헌의 소지가 있다고 보며, 이로써 동조 단서조항의 削除를 주장한다.

#### (6) 綜合

지방자치법 제15조 단서조항을 違憲이라고 하는 主張은 立法論上으로 自治團體가 自主法을 제정할 수 있는 權能이 憲法的 保障에 그 根據<sup>174)</sup>를 두고 있으므로, 自治權에 속하는 事項(自治事務)인 경우 條例에 의하여 住民의 權利·義務에 관한 法規를 제정하는 데에는 法律의 委任을 요하지 않는다고 해석한다. 즉, 條例제정권은 헌법 제117조 제1항에 의해 직접 보장된 지방자치단체의 自治權能이며, 地方自治法 제15조는 그것을 단순히 확인하는 규정이라 할 수 있음에도 불구하고 그 단서에서 住民의 權利制限 또는 義務賦課에 관한 사항이나 罰則을 정할 때 법률의 위임을 요건으로 규정한 것은 地方自治團體의 自治權行使를 실질적으로 억제하는 위헌적 조치라는 것이다. 따라서 위의 규정은 違憲이라는 것이다.

이와 같이 違憲論의 입장은 地方自治制度의 實質的인 측면(地方行政의 實質的인 實效性確保)을 강조하고, 또한 地方議會가 憲法에 의하여 그 民主的인 正當性이 보장(條例의 準法律性)되고 있음을 강조하며, 이것이 곧 民主國家의 원리에는 물론이고 法治國家의 원리에도 반하는 것이 아니라 한다.

憲法 제37조 제2항의 規定에 관한 해석도 同規定은 國民의 自由와 權利一般을 대상으로 하는 基本權制限의 一般的 限界를 규정한 것이지 憲法에 의해 별도로 보장하고 있는 地方自治團體의 條例制定에 있어서 法律의 委任에 관해 규정한 것은 아니라고 한다.<sup>175)</sup>

#### 다. 結言

174) 地方自治關聯法은 實質的 意味에 있어서의 憲法이고 따라서 地方自治의 政治形成 기능을 憲法的 原理에 따라서 보는 것은 地方自治가 行政以前의 憲法秩序에 관한 문제임을 올바르게 認識하는 것이기 때문이다. : 姜京根, 전계논문, p. 53.

175) 徐元宇(e), 전계논문, p. 19.

現行 憲法은 地方自治를 國會·政府·法院과 同例로서 독립한 章(제8장)으로 규정하여 놓고 있지만, 그 내용은 모두 法律에 委任하여 놓고 있는 실정이다. 이는 일본의 憲法 제92조와 같이 「地方自治의 本旨」에 따라 地方自治法을 제정해야 된다는 基準과 비교가 되는 부분이며, 우리에게 있어 地方自治는 “留保自治”라는 느낌을 갖게 하는 부분이다.

그리고 헌법 제117조의 “法令의 範圍안에서”라는 규정상 地方自治團體의 條例制定은 法律 뿐만 아니라 大統領令, 總理令, 部令까지도 自治團體의 條例制定을 규제할 수 있도록 되어 있어 中央의 地方에의 統制를 용이하게 만들어 自治를 축소시킬 우려가 있다.<sup>176)</sup> 더우기 지방자치법 제15조 단서 規定을 헌법 제117조의 “法令의 範圍안에서”와 관련하여 法律留保의 조항으로 해석(委任立法)할 경우 實定法에 忠實(國法秩序維持)하여 국민의 基本權保障에 치중할 수는 있으나 自治權의 보장 또는 자치권의 신장을 통한 自治制度의 活性化 내지는 內實化에 소홀하는 결과를 초래 한다고 본다.

地方自治의 自主性이라는 관점에서 볼 때 주민의 權利·義務에 관한 사항을 반드시 법률의 委任이 (個別的·具體的 위임이 아닌 包括조항을 통한 委任이라도)있을 경우에만 조례로 정하도록 한 것은 바람직한 것으로 볼 수 없다.

물론 住民의 權利와 義務는 地方自治法令과 地方自治法에 근거한 個別法令 등에서 보장하고 있기 때문에 이를 제한하고자 할 때에는 당연히 이들 법령의 留保에 따라야 할 것이다. 그러나 법령에 規定이 없는 事項에 대해서는 당연히 條例로써 주민의 권리를 제한하거나 의무를 賦課할 수 있어야 할 것이다. 現行 地方自治法 자체가 직접 條例로써 주민에게 법령에 규정된 것을 제외한 使用料, 手數料, 分擔金, 過怠料를 부과할 수 있는 조례를 정할 수 있게 하고 있는데(地方自治法 제127 - 132조), 權利制限 및 義務賦課에 대한 法律留保要求는 자치권의 본질을 침해한 違憲條項인 듯 싶다.

다만 當該條例는 憲法上 自由와 권리의 본질적인 내용을 侵害하지 아니하고(憲法 제37조 제2항), 法令의 범위를 벗어나지 않고(同法 제117조 제1항), 自治權의 범위에 속하는 사항(지방자치법 제15조)이어야 할 것이다.

176) 이런 規定은 日本 帝國主義下의 總督府令이 法律에 準하여 適用되었던 전통을 解放以後에도 權威主義的 中央執權體制의 行政便宜主義에 따라 그대로 維持시켜온 것이라고 하지 않을 수 없다. : 조창현, 「地方自治 理論과 실제」(서울: 東亞日報社, 199), pp. 94-95; 安成浩, “우리나라의 地方分權化 水準” 「韓國行政學報」第26卷 第4號, 韓國行政學會, 1993, p. 1313.

결국 이 문제는 법령의 규정이 있는 경우와 없는 경우로 나누어 생각해야 할 것이며, 조례의 내용(具體性·個別性의 정도)에 따라서 개별적인 판단이 따라야 할 문제라고 본다. 그리고 地方自治法 제15조 단서는 侵害留保에 국한하고 있으나, 동법 제9조 제2항 단서규정은 法律留保의 범위가 상당히 넓어지게 되는 점을 고려한다면, 지방자치의 본질을 위해 이들 留保條項에서의 탈피를 고려하는 방안이 필요하다고 본다.

## 2. 條例와 法令과의 關係

### 가. 概 說

憲法 제117조와 地方自治法 제15조의 규정상 조례제정권은 法律의 範圍內<sup>177)</sup>에 한정됨으로써 지방자치단체가 국가내의 국가로 되는 것(die Kommune werden zu Staaten in State)을 방지할 수 있으며,<sup>178)</sup> 헌법을 정점으로 하는 국법체계 내지 국법질서에 적합하게 되기 때문이다.

즉, 조례도 법률 기타 국가의 법과 더불어 전체로서의 국법질서의 일환을 이루는 것이기 때문에 국가의 법령과 내용에 모순·저촉되는 것이어서는 안된다. 구체적으로 살펴보면, ① 법령에 이미 규정하고 있는 경우, ② 법령으로서 정할 것을 분명히 하고 있는 경우, ③ 조례로 정할 것을 금지하고 있는 경우 등에는 조례로써 정할 수 없다.<sup>179)</sup>

여기서 법령이라 함은 헌법과 법률, 그리고 그것들에 根據를 두고 그의 위임에 의하여 제정된 命令, 즉 委任命令을 말한다. 따라서 법률에 근거를 두지 않은 施行命令이나 行政命令으로 條例를 제한할 수는 없다. 법령에 違反된 내용을 條例로 規定하였을 경우, 그 조례는 위법한 것으로서 無效<sup>180)</sup>이나, 조례로서 제정·공포된 이상, 일응 適法

177) 「法令의 範圍內」란 「法令의 範圍內에 違反하지 않는 한」이라는 意味를 지니는 것으로 파악하는 것이 判例나 學說이 태도이다. : 朴鈞妍, 「最新行政法講義(下)」(서울: 국민서관 1989), p. 7; 金南振(f), 전계논문, p. 117; 大法70. 2. 10 선고 69다2121 判決

178) Franz-Ludwig Knevey, Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, in: Josch H. Kaiser (Hrsg.), Verwaltung und Verwaltungswissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1983, p. 73.

179) 閔京權, “條例制定權의 範圍와 限界”, 「法學論文輯 第8輯」, 中央大學校 法學研究所, 1983, p. 102.

180) 判例: 수익자부담금에 대한 異議申請期間을 訴願法에 정한 3개월보다 짧게 10일로 정해 놓은 地方行政機關의 條例는 市民들에게 不利한 것이므로 무효이다 (1983. 3. 24 大判).

성을 推定받게 되므로, 그 有·無效는 法院에 의해 最終적으로 가려져야 한다.

문제가 되는 것은 자주법인 조례에 의한 규정사항인 지방자치단체의 사무에 대하여도 국가의 법령이 어느 정도까지 규제조치를 두고 있는가, 이른바 法律先占領域에 대하여 조례가 일정한 규율을 할 수 있는가의 여부이다. 이에 대하여는 종래 법률의 명시적 위임이 없는 한, 조례를 제정할 수 없다는 法律先占論과 이에 대한 비판으로서 등장한 헌법론 및 이른바 수정선점론의 대립이 있다.

#### 나. 法令의 規定이 없는 경우(法令의 未規制對象領域)

조례로써 규제하려는 사항에 대하여 법령의 규정이 없는 경우에도 조례제정이 가능한가에 대해서는 다음과 같이 구분하여 살펴볼 수 있다.

첫째, 종래에는 하등의 규제가 없었고 현재에도 규정이 없는 경우에는 조례로써 이를 규제할 수 있을 것이다. 즉, 조례제정에 관련해서 그것이 立法的 規制事項인지의 여부를 구체적으로 檢討하여 그 내용이 전국적으로 통일을 요하거나 균형을 요하는 사항이 아니라면, 또 人身의 自由에 대한 強制나 私生活의 自由에 대한 깊은 介入에 관한 것이 아니거나 法令의 趣旨와 地方自治의 本質에 비추어 합리적이라고 인정되는 限度까지는 규제가 가능하다고 보는 것이 타당하다.

둘째, 종래에는 법령에 규제되어 있었으나 현재에는 何等의 규제가 없는 것에 대하여는, 당해 법령이 廢止된 취지가 제정하려는 조례의 취지와 다른 것은 조례제정의 범위에 해당하는 한, 그 제정이 가능하겠지만, 당해 법령폐지의 취지가 법령의 규제가 필요없다고 한 것은 이를 다시 구분할 필요가 있다. 즉, 국가전체로서 법규범으로 규제할 필요가 없다고 하여 법령을 폐지한 것은 조례로써 규제함은 불가능한 일이고, 전국적 통일적으로 규제할 필요가 없다고 인정되어 법령을 폐지하였으나 지방의 特殊事情에 비추어 규제함은 자유라고 인정되는 것에 대하여는 조례의 제정은 無妨하다고 본다.<sup>181)</sup>

#### 다. 法令의 規定이 있는 境遇(法令의 規制對象領域)

181) 梁用植, “自治立法權의 範圍”, 「法制月報」, 1967. 6, pp. 71-72.

### 1) 法令先占論

法令先占論이라 함은 국가의 법령에 이미 규정되어 있다고 解釋할 수 있는 사항에 관해서는 地方自治團體의 사무에 속하는 사항이라 하더라도 법령의 明示的 위임에 의하지 않으면 조례를 제정할 수 없다는 內容을 가진 이론이다. 이러한 이론에 의하면 어떠한 경우에 법령에 의한 先占이고 조례가 법령에 抵害한다고 해석할 것인가가 중요하다.

법령선점론에 의하면 조례제정의 범위를 다음과 같이 구분하여 고찰할 수 있다.<sup>182)</sup>

첫째, 법령과 그 對象·目的·事項의 모든 것이 같은 分野에 대하여는, 조례로서 全然 相讓한 규제를 하지 못함은 당연한 일이지만, 조례로써 法令以下の 규제를 하는 것도 역시 불가능한 일이라고 본다. 다만 법령의 취지가 國家全體로서는 一定限度까지만 규제하고, 그 以下の 것은 各地方의 자유로 하고 있는 것은 法令以下の 規制도 가능한 경우가 있을 것이다.

둘째, 제정하려는 조례가 법령과 目的·對象을 달리하는 경우에 있어서는, ㉠ 법령과 대상을 같이 하되 目的 내지는 취지를 달리하는 것은 原則적으로 조례의 제정이 가능하다. ㉡ 법령과 목적 내지 취지는 같지만 그 대상을 달리하는 것에 대하여는 當該 法令의 취지가 그의 隣接分野까지도 고려하여 그중 一定事項만을 취급한 것이 명백한 경우에는 조례의 제정권은 없고, 법령의 취지가 당해 사항 및 그의 인접분야 중 당해 사항만을 전국적 규제의 필요가 있다 하고 그 이외는 규제의 자유를 인정한 것이 명백한 경우에는 조례의 규정이 可能하다고 보는 것이 타당할 것이다.

셋째, 제정하려는 조례에 관하여 법령의 규정은 있으나 그 규정이 불완전한 경우, 일반적으로 법령이 당해 사무를 국가의 사무로 취급한 것이라고 보는 것은 법령에 不備가 있다 하더라도 이를 조례로 보충할 것이 못된다고 생각하지만, 그 不備로 인하여 行政上 심히 支障을 招來하는 경우에는 條例로 이를 補充하는 것이 가능하다고 볼 수 있겠다.

넷째, 制定하려는 條例가 법령의 規定自體로 보아서는 問題가 없더라도 당해 法令의 취지에 반하는 것은 制定할 수가 없을 것이고, 또한 法令의 規定만으로는 명백하지 않으나 그 趣旨나 解釋上으로 보아 법령의 취지에 符合된다고 볼 수 없는 것도, 조례로 制定하여서는 안될 것이다.

182) 梁用植, 상계논문, p.94.

그러나 이러한 법령선점론에 의한다면 國家法優位の 사상 아래에서 조례제정의 可  
否를 解釋하게 되므로, 결국 법령이 존재한다면 해당영역은 當該法令에 의해 先占되고  
조례의 제정은 인정되지 않는다는 것이 되어 이는 조례제정의 範圍를 좁게 解釋하게 된  
다.<sup>183)</sup>

그리고 法令先占論은 다분히 地方自治에 관한 憲法的 保障이 없었던 時代에 있어서  
의 條例制定權의 「法令的 傳來說」을 탈피하지 못하고 있음을 示唆해 주고 있다고 할 수  
있으며, 이는 法律이 臨時變通의 規제조치라도 먼저 두게 되면, 그 후 條例가 地域의  
行政需要에 적합한 이른바 相當한 規제를 行하고자 하더라도 그 可能性마저 박탈하고  
만다. 뿐만 아니라 이 이론은 公害·環境行政의 領域에 있어서 國家의 規制基準如何에  
따라 地域住民의 生命健康 그리고 地域의 環境을 보전할 수 없게 되는 결과를 초래하고  
만다.<sup>184)</sup> 따라서 이 이론은 修正이 불가피하게 되었다.

## 2) 修正的 先占理論

修正的 법령선점론은 앞서의 법령선점론에서 일보 후퇴하면서 새로운 論據로서 다  
시금 법령의 優位를 확보하려고 하는 이론이라고 할 수 있다. 여기에는 크게 “明白性의  
이론”과 “法令내소날 미니엄論”으로 나누어 고찰해 볼 수 있다.

### (1) 明白性의 이론

이 이론은 법령선점론이 법령의 선점영역의 관념을 상당히 넓게 해석하고 자치입법  
권의 범위를 축소하려는 해석에 의문을 가지고, 선점영역의 관념을 인정하면서도 그 범  
위를 당해 법령이 조례에 의한 규제를 분명히 인정하지 않고 있다고 해석되는 경우에  
한정하여야 할 것이라고 하는 입장이다.<sup>185)</sup>

법률과 조례의 관계에 대하여 법령의 규정이 있는 경우에 법령과 조례의 취지·목  
적과 대상이 동일한가 아닌가를 기준으로 하여 조례제정의 可否를 논해야 한다는 것이  
다. 그리하여 이 이론은 법령에 위반되지 않는다고 생각되는 조례로서는 첫째, 당해  
사항을 규율하는 국가의 법령이 없고 국법상 전혀 空白狀態에 있는 것에 대하여 규제하

183) 朴源永(a), 전계논문, p. 320.

184) 千乘泰(b), “地方自治團體의 自治立法權의 爭點과 發展方向” 「自治行政」, p. 26.

185) 金南振, “地方自治法規와 地方行政”, 「行政法의 基本問題」, p. 561.

는 조례와 둘째, 국가의 법령이 규제하고 있는 사항과 동일한 사항에 대하여 당해 국가의 법령과는 다른 목적으로 규제하는 조례 그리고 셋째, 국가의 법령이 규제하고 있는 목적과 동일한 목적하에서 국가의 법령이 규제하는 범위 외에 두고 있는 사항을 규제하는 조례 등이 거론된다.

다음으로 법령에 위반한다고 생각되는 조례로서는 첫째, 국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 경우에 국가의 법령과 同一目的으로 同一事項에 대하여 법령보다도 高次的 基準을 부과하는 條例 그리고 둘째, 국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 사항에 대하여 국가의 법령과 동일한 목적으로 국가의 법령의 규제보다 강한 모양의 規制를 하는 조례, 셋째로 법률의 특별한 위임이 있는 경우에 그 위임의 한계를 벗어난 조례가 법령에 위반되는 조례에 해당 된다.<sup>186)</sup>

이와같이 명백성 이론에 의하게 되면, 법령과 조례의 목적·대상의 異同을 기준으로 조례제정의 可否를 논하게 된다. 즉 종래의 법령선점론은 법령이 선점하는 사항 내지 영역인가 아닌가를 법령의 취지·목적에 의해서 해석하여야 한다는 것이고 이 때 선점영역을 넓게 해석하는 경향이었으나, 명백성의 이론은 그와 같은 해석에 의문을 가지고 선점영역의 관념을 인정하여도 그 범위는 당해 법령이 조례에 의한 규제를 명백히 인정하지 않는다고 해석되는 경우에 한정하여야 한다는 것이다.<sup>187)</sup> 이것이 명백성의 이론의 주요 내용이다.<sup>188)</sup>

이러한 이론에 의하여 조례제정의 범위가 다소 확대되었다고 볼 수 있으나, 법령의 취지가 「명백하게」 조례에 의한 규제를 금지하고 있는가 하는 점에 대해서는 여전히 해석이 나누어 질 수 있다.<sup>189)</sup> 즉, 이 이론은 「明白性」에 대해서 정확한 기준을 제시하지 못하고 있다는 것이다. 또한 이 이론에 의해 조례제정의 범위가 다소 확대된다고 하여도 근본적으로 법령선점론에 입각하고 있기 때문에 그 범위의 확대에도 한계가 있다고 하지 않을 수 없다.

## (2) 法令 내소날 미니법論

186) 高田敏, “條例論”, 『現代行政法大系』, 第8卷, 有斐閣, 1983, p.191 ; 李輔泳, 전계논문, p.118.

187) 朴源永, 전계논문, pp.321-322.

188) 결국 明白성의 理論은 法令先占論과 큰 差異가 없고 先占領域을 좀더 嚴格하게 解釋한 것에 불과하다.

189) 朴源永(b), 전계논문, p.322.

명백성의 이론도 근본적으로는 법령선점론에 입각하고 있기 때문에 조례제정의 범위를 擴大하는 데는 한계가 있다. 법령선점론을 수정하고, 그것과는 별도의 관점에서 조례제정의 可否를 논하려는 견해가 나타났는데, 이것이 法令 내쇼날 미니멈(national minimum)론이다.

이 이론의 내용은 법령이 全國적으로 一律적인 기준을 두어 均等한 규제를 실시하고자 하는 취지를 가지고 있는 것으로 解釋될 때에는 (이른바 最大限規制立法) 조례로서 當該 法令의 規制範圍 이외의 사항에 대한 규제나 법령의 規制基準 이상의 嚴格한 규제기준을 두어 규제하는 것은 허용될 수 없지만, 반대로 법령이 최소한의 규제조치를 정하고 있는 데 불과하다고 해석될 때에는(이른바 最小限規制입법) 지방자치단체의 特殊한 사정을 고려한 조례제정은 허용된다는 것이다.<sup>190)</sup>

이 이론은 일본에서 公害問題와 관련하여 대두되었다. 1960년대의 高度經濟成長政策에 따른 産業公害의 擴大와 水質汚染의 防止를 위하여 公害對策基本法, 大氣汚染防止法, 騒音規制法 등이 제정되었으나, 그 당시 일본의 국책의 자세는 公害대책기본법 제1조 제2항에 나타난 바와 같이 「생활의 보전에 대해서는 경제의 건전한 발전과 調和가 되도록 한다」고 하여 경제발전으로 인하여 발생하는 公害방지에 대해 우리나라의 자세처럼 소극적이었다.

그러나 1967년부터 시작된 「四大公害裁判」을 포함해서 公害방지 대책의 강화를 바라는 각 지방의 주민운동과 국민여론에 늘려서, 1970년말의 이른바 「公害國會」는 公害대책기본법에서 經濟調和條項을 削除함과 아울러 公害物質의 排出基準의 위반을 직접 처벌하는 내용을 水質汚染防止法 등에 신설하였다.<sup>191)</sup> 그런데 이러한 국가의 公害방지법률에도 불구하고 자치단체의 입장에서 보면 여전히 불충분한 것이었다.

그러다가 東京都公害防止條例가 하나의 신기원이 되어 법률보다 엄격한 公害규제의 조례가 각 府·縣에 보급되었던 것이다. 그리고 이러한 「追加公害防止條例」는 법률과 관련된 적법성문제, 나아가서 조례제정권의 한계, 법적 성질에 관련된 법률문제를 크게 야기시켰으나, 일본의 공법학설과 최고재판소의 판례에 의하여 지역적인 「追加公害防止條例」를 널리 적법한 것이라고 해석하기에 이르렀다.<sup>192)</sup>

190) 千乘泰, 전계논문, p. 51.

191) 朴源永(a), 전계논문, p. 91.

192) 室井力, 「公害における 法律と條例」 「行政法の原理」 (東京:有斐閣, 1973), p. 200.

이러한 견지에서 보면 국가의 법령에 의한 공해규제는 지방자치단체의 조례에 의한 규제를 억제하는 것이 아니라 全國的·全國民的 견지에서 정하는 규제의 最低基準을 나타내는 것이라고 解釋되며, 오히려 실제로는 지방자치단체의 조례에 의한 公害行政活動을 적극화 하기 위한 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

여기서 나타나는 조례가 「上廻條例」와 「橫出條例」이다. 상회조례란 국가의 법령이 공해규제에 관련하여 일정한 기준을 정하고 있음에도 불구하고 지방자치단체가 국가의 법령의 기준보다 엄한 기준을 설정하는 조례를 말하고, 橫出條例라 함은 국가의 법령이 규제의 대상으로 하지 않는 특정의 사항을 自治團體 獨自의 判斷에 의하여 規制의 대상으로 하는 條例를 말한다. 따라서 規制事項의 성질과 現行法令規制의 정도에 비추어 볼 때, 국가의 공해규제법령은 규제한도입법(최대한규제입법)과는 반대로 全國的인 最低限基準을 정한 것이라고 條理解釋하여야만 하고,<sup>193)</sup> 따라서 자치단체가 地域的 行政需要에 부응하여 公害防止規制를 上廻·橫出하는 조례는 하등 법령에 위반하지 아니한다고 하겠다.<sup>194)</sup>

이상의 서술에서 公害規制領域에 있어서는 ① 법령은 불충분한 규제입법에 의하여 그것을 선점할 수 없다는 것, ② 선점한다면 지방자치의 본질을 무의미하게 하여 버리고, 또 지방자치의 존재이유를 손상하게 한다는 것, ③ 따라서 법령에 의한 규제는 최저 기준을 나타내는 것이라고 해석하여야 한다는 것 등의 세가지 점을 지적할 수 있다.<sup>195)</sup>

그 후 이러한 이론이 보다 一般化되어 公害規制에 있어서만 아니라 지방자치단체의 고유한 사무영역에까지 上廻·橫出조례의 제정이 가능하게 되었다.<sup>196)</sup> 즉, 지방자치단체의 고유의 사무영역에 관하여 국가가 법령을 제정하고 규제조치를 정한 경우에는 이것은 전국적·일률적으로 적용되어야 할 내소날 미니멈(national minimum)의 규정이라고 해석하여야 할 것이고, 자치단체가 만일 이것을 불충분하다고 생각할 경우에는 그 자체가 基本的人權의 保障이나 比例原則에 위반하거나 혹은 手段·목적의 불합리하지 않는 한, 독자적으로 조례로써 橫出 내지 上廻規制를 追加하는 것도 언제나 許容된다는 것이다.

193) 室井力, 전계논문, p.293.

194) 우리나라의 경우는 아직 「上廻條例」가 制定되지 않고 있으나 環境保全法 제4조 제3항은 「서울특별시·直轄市長 또는 道知事는 地域環境의 特殊性을 감안하여 필요하다고 認定하는 경우에는 環境廳長의 승인을 얻어 제1항의 基準에도 불구하고 別途의 環境基準을 設定 할 수 있다」고 규정하여 日本의 경우처럼 「上廻條例」의 制定根據를 마련한 것으로 解釋된다.

195) 朴源永(b), 전계논문, pp.325-326.

196) 高田敏, "條例論", 「現代行政法大系-8-」(東京:有斐閣,1984), p.207.

그리고 이러한 이론도 앞에서 지적한 세가지 관점을 가지고 있다. 그러나 바로 앞의 견해는 고찰대상을 공해규제영역에 한정된 것에 대하여, 이 견해는 법령이 내쇼날 미니엄의 규정이라고 해석하여야 할 영역을 「고유한 자치사무영역」에 擴大·一般化하고 있는 점이 특색이 있다.<sup>197)</sup>

그러나 이러한 法令 내쇼날 미니엄論은 조례제정의 범위를 더욱 擴大시킨 점에서는 그 공로를 인정할 수 있으나, 만약, 법령이 최대한규제입법이라고 해석되는 경우에는 법령선점론과 마찬가지로 조례제정이 不可能하다는 데 문제가 있으며, 또한 「고유한 자치사무영역」이란 어떠한 영역으로 어떠한 사무가 그러한 영역에 속하는 사무인가, 또 도대체 법령에 의해 剝奪할 수 없는 고유한 자치사무가 되는 관념이 인정되는가 등이 문제된다.<sup>198)</sup> 즉, 공해규제영역에 관해서는 합리적인 설명이 가능하다고 생각되지만, 그 밖의 사무영역에 관해서는 납득할만한 설명을 제시하지 못하고 있는 것이다.

### 3) 새로운 이론의 전개

法令先占論과 修正的 선점이론은 어디까지나 國家는 地方의 사무를 法令으로 규정한다면 국가의 사무로 처리할 수 있다는 발상에 입각하고 있다고 볼 수 있다. 이는 국가가 지방에 그 사무를 分擔시키는 것이 得策이라고 판단할 때에는 언제라도 일정사무를 지방에 위임하지만, 그렇지 않은 경우에는 이를 국가에 留保할 수 있다는 것이다. 이를테면 國家優越的 思考方式의 표현으로 조례제정권의 범위를 立法政策에 의존한다고 볼 수 있다는 것이다. 그렇지만 오늘날의 지방자치가 헌법적 차원에서 보장되고 있으며, 지방자치의 취지를 실현하기 위해 헌법이 직접 條例制定權을 보장하고 있다는 점을 고려한다면, 이러한 이론은 시대에 뒤떨어진 발상이 아닐까 생각한다.

그러므로 지방자치단체로 하여금 주민의 福利에 대한 사무를 처리하게 하고 財產을 관리하게 하는 지방자치 本來의 취지에 따른 自治制度를 보장하는 헌법의 정신으로 보건데, 오히려 行政作用 가운데 지방자치에 관한 부분은 「固有의 自治事務領域」으로 국가의 立法政策 여하에 관계없이 지방자치단체에 유보하는 것이 바람직하다고 본다. 이러한 입장에 따르면 地方自治固有의 행정분야에 대해서는 국가의 법률은 최소한의 規制

197) 朴源永(b), 전계논문, pp. 326-327.

198) 朴源永, 상계논문, p. 327.

立法에 불과한 것으로서 地方自治團體는 이러한 고유의 自治事務分野에 대해서는 法律의 규제가 존재하는 경우에도 地方自治上 필요하다고 인정될 때에는 條例로써 법률보다 엄격한 規制가 가능하게 된다는 주장(地方自治法 제15조 但書條項의 문제성과 同法 제20조의 補完 必要性)이 가능하게 된다.

#### (1) 憲法이 保障하는 地方自治 本質論

憲法이 지방자치의 본질에 其하여 지방자치를 保障하고 自治權의 하나로서 條例制定權을 보장하는 趣旨을 고려하여, 法令先占論과 같이 조례제정의 可否를 국가의 입법 정책에 全的으로 委任하는 결과로 되는 해석은 타당하지 않고, 199)법령의 취지를 벗어나서 條例制定의 가부를 논함으로써 조례제정의 範圍를 넓게 해석하는 것이 妥當하다. 다시 말해서 헌법의 基本原理인 지방자치의 理想을 實現하기 위해서는 법령선점론과 같이 국가의 法令의 趣旨에 의하여 조례제정의 可否를 決定하는 것이 아니고, 조례제정의 可否에 관하여 가능한 한 법령의 趣旨解釋으로부터 解放하는 解放論을 확립하여 가야만 할 것이다<sup>200)</sup>

이렇듯 憲法이 保障하는 地方自治 本質論에 입각 할 때 條例의 制定은 지방자치의 본질에 適合한 범위내이어야 할 것이며, 地方自治의 本質을 보장한 憲法의 趣旨, 地方自治의 본질의 保障이라는 憲法原理를 포함하는 條理解釋 등의 견지에서 국가의 법령은 이들 領域에 속하는 사항을 先占할 수 없다고 할 것이다. 즉, 憲法에 의해 보장되고 있는 地方自治의 본질에 적합한 사무는 지방자치단체의 固有의 事務領域으로서 獨自적으로 條例를 制定할 수 있으며 이는 법령으로서도 剝奪할 수 없는 事務라 하겠다.

#### (2) 生存權의 基本權·環境權의 基本權 등의 보장을 위한 人權論

헌법상 保障되고 있는 「地方自治의 本質」을 어떻게 규명할 것인가가 문제된다.<sup>201)</sup> 이것은 다시 말해서 地方自治團體의 고유의 事務領域을 確定하는 문제이기도 하다. 여기에 관해서는 우선 地方自治는 自由權과 無關한 制度的保障<sup>202)</sup>에 그치는 것이 아니고,

199) 洪井善(a), “條例의 觀念과 그 保障方法”, 「月刊考試」, 1991.1, p.67.

200) 朴源永(b), 건계논문 註), p.331.

201) 許營, “地方自治에 關한 憲法理論의 照明”, 「公法研究」第13輯, 1985, p.129.

202) 地方自治團體는 憲法이 保障하고 있는 一定한 內容의 “地方自治權”을 享有하는 基本權의 主體로 表現할 수도 있다고 생각한다. 이와 같은 思考는 制度的 保障說도 일맥상통한다. 制度的 保障說이 基本權과 制度를 엄격히 區別하고 地方自治團體에 대하여 一切의 基本權적 要素

오히려 基本權實現과 不可分의 관계에 있는 헌법상의 客觀的 價値秩序에 속한다는 점을 강조하지 않을 수 없다. 즉, 지방자치의 本質은 人間의 基本權의 實現과 不可分의 관계에 있는 만큼 地方自治制度는 基本權實現에 寄與할 수 있도록 運營되어야 한다는 것이다. 따라서 地方自治의 本質은 住民의 生命·健康·生活環境의 保全등 주민의 人權의 最大限의 尊重을 포함해야 하는 것이다.

이와 같이 憲法이 보장하는 地方自治 本質論으로써 生存權的 基本權·環境權的 基本權 등의 보장을 위한 人權論에 입각할 때, 지방자치의 본질에 適合한 사무를 국가의 法令이 선점한다면 오히려 당해 法令自體가 지방자치의 存在理由를 해치거나 또는 지방자치의 本質에 反하여 違憲·無效가 된다. 따라서 국가의 法令을 合理的으로 해석하기 위해서는 국가의 法令은 「全國的·全國民的 견지로 規制의 最低基準을 표시하는 것」, 「全國的 一律的으로 適用시킬 내쇼날 미니멈」 또는 「全國的 最低基準法令」이라고 해석하여야 할 것이다. 이와 같이 解釋함으로써 一面에는 지방자치의 本質에 입각한 地方自治 및 條例制定權이 實質的으로 보장되며, 他面에는 법질서의 一元性 및 국가적 利益과의 正합성이 확보되며, 여기에 국민의 福利를 위한 국가와 지방자치단체의 機能分擔과 協同關係가 진실로 가능하게 되는 것이다.<sup>203)</sup>

이것은 물론 聯邦政府와 州政府에서와 같은 엄밀한 立法權의 分配를 뜻하는 것은 아니며, 國法秩序全體의 統一性을 도모하면서도 지역의 特殊性·多樣性·住民의 意向 등의 요청을 가미할 수 있도록 地方行政이나 지역사회에 關係가 깊은 사항을 規律하는 법령을 劃一的으로 정할 것이 아니라 大綱的인 테두리나 選擇的인 기준을 정하는데 그치고 細部的인 규율은 條例에 맡기는 방식을 채용하는 것이 바람직할 것이라는 意味이다.<sup>204)</sup>

### (3) 결 언

條例制定의 범위는 법령의 趣旨解釋으로부터 究明하려는 자세에서 벗어나서 憲法的次元에서 지방자치의 본질에 適合한 범위내에서 定해져야 하며, 그 지방자치의 本質은

를 否認하는 限 基本權說과 制度的 保障說은 和合될 수 없다. 그러나 制度的 保障說이 地方自治團體에 地方自治를 위한 一定한 要素내지 制度를 不可缺의 것으로 憲法이 保障하고 있다고 새기는 限, 基本權說과 制度的 保障說은 일맥상통하는 바가 있다고 볼 수 있다. : 金南振, “地方自治團體의 自治立法權”, 『行政法의 基本問題』, 1989. 5. pp. 560-561.

203) 朴源永(b), 전계논문, p. 331.

204) 徐元宇(f), “韓國의 地方自治에 關한 法的 諸問題”, 『公法研究』第13輯, 韓國公法學會, 1985. 5. p. 145.

주민의 基本權 實現의 觀點에서 究明되어야 할 것이다. 따라서 주민의 基本權實現과 不可分の 關係에 있는 사항에 대해서 法令으로 規制한다면 오히려 當該 法令이 地方自治의 本質에 반하여 違憲·無效가 되든지 아니면 最小限規 制立法에 불과하다고 볼 것이다.

물론, 地方自治團體의 自治權이 實定國家法에 의하여 法規範의 效力로 승인되지 않으면 現行法上의 效力을 가질 수 없다고 하는 것은 近代的인 公理이다. 특히 司法權이 國家에 專屬하고 있는 이상, 條例가 刑事罰則을 규정하더라도 그것이 國家法인 刑事司法權에 의해 擔保되지 않으면 現行法的 效力을 가질 수 없다. 그러나 지방자치단체의 自治權의 國家법적 傳來性(國家법으로 부터의 法規範의 傳來)은 法論理上 그 實定法的 根據, 現行法的 性格의 有無에 지나지 않는 것이지, 막바로 地方自治權은 國家의 法令에 의해 授權·承認된 것에 한한다고 하는 결론(法令傳來說)을 끌어낸다는 것은 너무나도 單面的이다.<sup>205)</sup>

즉, 지방자치권을 직접 보장하는 憲法體制 아래의 地方自治權은 國家의 法令보다 먼저 憲法에 의해 實定法的 근거가 주어지고 있는 셈이며, 國家법적 先例설도 우선은 憲法的 傳來를 의미하는 것이라 할 수 있다(憲法傳來說). 그렇다면 現行憲法이 지방자치권을 國民主權原則 아래에서 어떠한 성격의 權力으로써 직접 보장하려는가에 관해 理論的인 條理解釋이 신중하게 요구된다고 할 것이다. 따라서 지방자치법의 憲法的 保障 아래서는 固有權說도 단순한 自然法論으로서가 아니라 實定憲法體制에 관한 條理解釋의 理論的 根據論으로서 復活될 수 있을지도 모르는 것이다.<sup>206)</sup>

이러한 論理에 의할 때 비로소 法令에 의해서도 侵害받지 않는 州郡제정의 獨自的 領域을 確保할 수 있게 될 것이다.

### 3. 上級自治團體條例와 下級自治團體條例의 關係

地方自治法 제17조는 「市·郡·區의 條例나 規則은 市·道의 州郡나 規程에 違反되어서는 아니된다」고 規定함으로써 市·道를 市·郡·區의 上級自治團體로서 地位를 間接的

205) 徐元宇(e), “憲法과 地方自治” 『自治研究』, 韓國地方自治研究所, 1993. 9, p. 5.

206) 最近 地域的 特殊性을 감안한 環境保全의 문제와 地方自治團體의 財政危機改善을 위한 自主課稅 賦課의 문제 등을 解決하기 위한 方法으로 新固有權說의 現代的 意義에 대한 論議가 제기되고 있다. : 杉原泰雄, “地方自治の本質”, 『法律時報』 第48卷 第3號, 1976, p. 90, 同卷 第4號, p. 134 이하 ; 徐元宇, 전계논문, pp. 7-10.

으로 인정하고 있다. 또한 지방자치법 제8조 제3항에서는 「地方自治團體는 法令이나 上級自治團體의 조례에 違反하여 그 事務를 처리할 수 없다」고 規定함으로써 상급자치단체의 自治法規를 하급자치단체의 그것에 우위를 두고 있다.

地方自治團體는 모두 法人格을 가지므로, 理論上으로는 下層의 지방자치단체가 廣域의 자치단체에 從屬되는 것은 아니다. 그러나 廣域의 단체로는 下層團體의 區域을 包括하는 점에서, 統一과 均衡을 維持하여야 할 것도 있으므로, 그러한 면에서는 上級自治團體와 下級自治團體로 나누어 볼 수가 있겠고, 所謂 下級自治團體의 條例는 上級自治團體의 조례에 의하여 制約을 받는 일이 있다고 본다.<sup>207)</sup>

地方自治法 제17조의 規定도 조례가 法令에 違反할 수 없도록 하는 것과 同一한 趣旨의 效力規定으로 보아야 할 것이지만, 具體的으로는 道の 事務에 관하여, 道가 그의 조례의 大綱만을 정하고 細部の 事項의 規定을 市·郡條例에 위임하는 경우에 制定되는 市·郡條例에 限하여 적용되는 規定으로 보아야 할 것이다.<sup>208)</sup> 따라서 市·郡의 事務에 대하여는 道の 條例로써 規制할 수 없다고 하여야 할 것이다.<sup>209)</sup> 왜냐하면 道나 市·郡은 모두 국가의 法律에 의하여 法人으로 인정된 것으로서 各 自治團體는 自己의 事務에 관하여 자치권의 範圍 안에서 條例를 제정하는 것이므로 道가 자기의 조례로써 市·郡의 事務에 관하여 ห้าม으로 規制할 수 있다고 한다면, 市·郡의 자치권은 無意味한 것이 되기 때문이다.<sup>210)</sup>

위와 같은 理由로 인하여 地方自治法 제15조가 違憲이라는 主張이 제기 될 수 있으나 同條項의 規定도 헌법 제117조의 法令의 範圍라고 새긴다면 문제는 解消된다고 보는 주장도 있다.<sup>211)</sup>

결국 上級自治團體의 條例와 관련하여 下級自治團體가 條例로써 규율할 수 있는 범위의 폭을 확정하는 문제는, 法令과 條例와의 관계에서 검토한 원리에 準하되, 地域의 特殊性<sup>212)</sup>을 감안하여 결정지을 수 있는 問題라고 본다. 그리고 좀더 이 문제를 地方分

207) 李輔泳, 전계논문, p.117.

208) 梁容植, 전계논문, p.95.

209) 地方自治 내지 條例制定權의 본질상 固有事務에 관한 조례는 그 領域에 따라 다소 차이가 생기는 것이 당연하다. 따라서 道の 條例가 規定한 사항을 市·郡 條例가 다시 규정할 수 있을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 市·郡條例의 規制가 道條例의 그것보다 과중한 경우에도 는 道條例에 대한 違法이라기보다는 不均衡의 문제를 제기할 뿐이다 ; 閔京植, 전계논문, p.103.

210) 朴源永(b), 전계논문, p.333.

211) 李周熙, "地方自治團體의 條例制定權의 性質과 範圍", 「自治研究, 第3권 第1號」, 韓國地方自治研究所, 1993, p.46.

權的 입장에 충실하여 생각한다면, 廣域自治團體와 基礎自治團體간의 自治法規는 上下 優劣關係가 아니라 自治團體의 사무관할에 따르는 機能配分의 원리에 기초하여, 가능한 상호 저촉되는 일이 없도록 하는 것이 합리적이라고 생각한다.



- 212) 예를 들면 市·郡·區가 地方自治法 第36條 第3項의 規定에 따라 制定하는 行政事務調査·監査에 관한 條例가 上級 市·郡가 이에 관하여 定한 條例와 같지 아니하다고 하여도 市·道 條例는 자신의 事務에 限하여 定한 것이므로 市·郡·區의 條例가 市·道의 條例에 違反한다고 할 수 없을 것이다. 즉 地方自治法 第17條의 條項이 市·道의 市·郡·區에 대한 一般의인 監督의 方案으로 規定된 것은 아니고 特殊한 分野에서 兩者간의 矛盾을 規制하기 위한 것으로 보아야 한다. : 金鎔珍(a), “條例안에 대한 地方自治團體의 長의 再議要求등에 관한 一般의인 基準”, 「法制, 通卷 第353號」, 法制處, 1991. 10, p. 20.

## 제 4 장 條例의 統制

### 제 1 절 概說

地方自治團體는 獨立的인 法人格을 가진 主體이며, 憲法上 制度的 保障의 產物이므로 다른 憲法上의 主體인 國家나 國民으로부터 어떠한 統制나 強제도 받지 않아야 하는 것이 原則이다.<sup>213)</sup> 그러나 無政府主義로 떨어지지 않는 한, 地方自治機關의 活動은 國家全體의 으로 조정되어야 할 것이며,<sup>214)</sup> 地方自治團體도 國家의 一般利益 내지 全體利益에 違背되어서는 안된다.

바로 이러한 '國家의 一般利益과 地方公共團體 福利의 調和의 必要性'이 地方自治團體에 대한 統制의 必要性 내지 正當性의 根據가 된다. 즉 憲法 제117조와 地方自治法 제15조는 條例의 範圍設定이자 곧 條例의 違法을 統制해야 한다는 根據이기도 하다. 그렇다고 條例에 대한 統制가 無限定 가능한 것은 아니다. 과연 그 統制가 憲法에서 保障된 自治權 내지 條例制定權에 合致되는가를 살펴보아야 한다.

왜냐하면 條例는 住民에 의해 選출된 代表로써 구성되는 民主的 正當性을 가지는 地方議會가 制定하는 것이기 때문이다.

條例에 대한 統制가 地方自治團體의 活動이 "合法性"의 確保를 위해서만 行使될 것인가, 혹은 "合目的性"의 擔保까지에도 미칠 것인가는 오래전부터 論議의 대상이 되어 왔다. 公共團體의 自治權을 될 수 있는 대로 尊重하는 입장에서는 그 統制는 適法의 監督(統制)에만 그치고, 公益의 保障은 公共團體가 스스로가 判斷하는 바에 맡기는 것이 바람직하다고 하는 基本觀念이 존재하며, 또한 그것에 의한 解釋論이 상당정도 浸透되어 왔음에도 불구하고 實定法制 그 자체에 있어서는 널리 合目的性의 統制手段이 채용되어 왔던 것이 사실이다. 그리고 地方自治團體(의 機關)이 行위에 대한 國家의 不服審査<sup>215)</sup>에 관해서는 適法事由의 審査에 그치지 않고 合目的性의

213) 최봉식, "地方自治團體에 대한 行政統制", 『地方自治』1992. 8. p. 41.

214) 姜京根, 전개논문, P. 56.

215) 行政審判法 제5조는 「서울 特別市長·直轄市長 또는 道知事(教育委員會를 포함한다)의 處分 또는 不作為에 대하여는 각 所管監督行政機關이 裁決廳이 된다」(제3항) 그리고 「서울특별시장·직할시장 또는 도지사에게 소속된 各種 國家行政機關 또는 自治行政機關의 處

고려에 의한 不服審査도 가능한 것처럼 되어 있다.<sup>216)</sup>

국가의 地方自治團體에 대한 監督法制에 있어서의 合法性과 合目的性的의 관계에 대해서는 독일의 경우, 聯邦基本法이 地方自治 行政의 制度的 保障을 정하고 있는 이상, 地方自治團體에 대한 국가의 監督手段은 合法性의 監督에 그쳐야 하는 것으로 보고 있는 것이 多數說로 되어 있다.<sup>217)</sup> 어쨌든, 合目的性的의 고려에 의하여 國家가 地方自治團體의 行爲에 一方的으로 介入하여 그것을 법적으로 是正할 수 있다고 할 것 같으면 中央行政廳에 대한 地方自治團體의 自律性은 극히 약화될 것임은 두말할 나위도 없다.

이러한 맥락에서 볼때, 地方自治改正法律 第4,741號에서 舊 地方自治法 제157조 1항이 自治事務에 관한 是正命令과 取消 또는 停止할 수 있는 조항을 削除한 것은 條例에 대한 국가의 통제를 合法性에 한정시키려는 흐름으로 파악 된다.

最近 地方議會 議員들이 條例制定과 條例에 대한 監督廳의 後見的 統制가 충돌하고 있다. 그것은 구체적으로 '條例案의 無效確認의 訴'들이 提起되고 있고, 또한 地方議會가 制定한 條例가 自身の 財産權·平等權·職業選擇의 自由를 侵害한다는 住民의 '憲法訴願'이 제기되고 있으며, 地方議會가 地方議會에 대한 監督官廳의 통제를 규정한 地方自治法條文을 削除해 달라는 '地方自治法 改正要求'를 하고 있다. 이것은 곧 條例의 範圍와 限界 문제라고 볼 수 있으며, 그 범위와 한계를 지키기 위한 여러가지 統制方法과의 충돌이기도 하다고 본다.

이러한 문제의 해결을 모색하기 위해 條例를 統制하는 地方自治法의 規定을 살펴보고 그것이 憲法에 의해 保障되어 있는 自治權 내지 條例制定權의 趣旨에 合致되는가를 살펴보려 한다.

## 제 2 절 行政的 統制

分 또는 不作為에 대하여는 각각 서울特別市長·直轄市長 또는 道知事가 裁決廳이 된다」(제4항)라고 규정함으로써, 예컨대 서울특별시시장의 處分에 대해서는 國務總理, 直轄市와 道知事의 處分에 대해서는 主務中央監督廳이 裁決廳이 되어 不服審査를 하고 있다.

216) 金南振(h), "國家와 地方自治團體의 關係" [考試界], 1992. 11, pp. 22-23.

217) Vgl., Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, Aktuelle Probleme der kommunal-aufsicht, 1963, S. 20 ; Becker, Kommunale Selbstverwaltung, Die Grundrechte N/2, 1962, S. 718f; 金南振, 상계논문, p. 23.

行政的 統制는 行政府가 行政節次에 의해 지방자치단체를 통제하는 것을 말한다. 立法的 統制는 融通性이 없어서 客觀的 條件의 변화에 대한 適應力이 弱하고, 또한 司法的 統制는 事後統制이므로 사태변화에 신속히 대응할 수 없는 것에 비하여, 行政的 統制는 專門的인 知識과 技術을 수반하여 具體的이고 迅速하다. 그래서 행정적 통제가 자치단체의 행정활동을 적극적으로 지도해 나가는 데에 가장 效果的이다. 그러나 행정적 통제가 지나치면 지방자치의 本質을 해치고, 行政能率을 저하시키며, 지방자치단체의 意氣와 創意性을 저해한다.<sup>218)</sup>

## 1. 監督廳에 의한 統制

감독관청에 의한 통제란 報告나 承認 節次를 통해서, 條例의 法適合性을 유지시키는 것을 뜻한다.

### 가. 報告

條例를 制定 또는 改廢하는 경우 地方議會에서 移送된 날로부터 5일 이내에, 市·道知事는 內務部長官에게, 市長·郡守 및 自治機構의 구청장은 市·道知事에게 그 전문을 첨부하여 각각 報告하여야 하며, 報告를 받은 內務部長官은 이를 관계 中央行政機關의 長에게 通報하여야 한다(地方自治法 제21조).

지방자치단체의 장은 再議를 要求한 경우에는 그 事實 및 再議結果를 市·道知事와 內務部長官에게 지체없이 報告해야 한다. 再議決된 사항에 대하여 大法院에 訴를 제기한 때와 大法院의 判決이 있는 때에도 內務部長官에게 보고하여야 한다(地方自治法 施行令 제37조, 제56조).

이러한 報告制度가 인정되는 理由는 監督官廳이 각 지방자치단체의 條例의 內容을 알고 있어야 그 運營의 實態를 파악할 수 있기 때문이다. 즉 보고된 사안들은 국가 行政의 政策資料가 될 수 있다.<sup>219)</sup>

이는 行政指導의 성격을 띠므로 法的 效果를 갖지는 않지만,<sup>220)</sup> 특히 지방자치

218) 崔昌浩, 「地方自治制度論」(서울:三英社1989), p. 435.

219) 丘秉期, 전계서, p. 162.

단체에 대해 形式的·權力的 통제를 하기 전에 필요한 설명의 機會를 주는 지방자치 단체에 대한 일종의 배려로 이해될 수 있는 것으로서, 한편으로는 報告의 義務가 아닌 權利로 인식된다.<sup>221)</sup>

## 나. 事前承認

地方自治團體는 自己責任性이라는 점에서 볼 때 地方議會가 條例를 상급관청에 承認을 받지 않고 自律的으로 制定·改廢할 수 있다. 그러나 例外的으로 地方自治法과 個別法에서 條例의 制定·改定 또는 廢止시에 主務部長官이나 內務部長官 또는 上級 地方自治團體의 長의 사전승인이나 사전협의를 받도록 規定하고 있는 경우에는 關係機關의 事前承認 또는 事前協議를 거쳐야 한다. 다만 「準規則」이 시달되었을 경우에는 事前承認 節次를 거칠 필요가 없다.

條例안의 내용이 다른 기관과 관련이 있어 協議를 필요로 하는 사항인 경우에도 立法豫告하기 전에 먼저 협의절차를 거쳐야 한다.

條例에 사전승인을 요하는 이유는 技術的 專門性和 地方自治團體간의 均衡維持에 있다<sup>222)</sup>고 한다.

條例制定시 事前承認을 요하는 立法例는 다음과 같다.



220) 金道稔, 전거서, p. 207.

221) 최병식, “自治團體에 대한 行政統制, 그 內容은”, 「地方自治」, 現代社會研究所, 1991, p. 43.

222) 孟長燮, “地方自治團體의 自治法規”, 「月刊考試」, 1991, p. 63.

조 례 내 용	근 거 법	사전승인(협의)권자
공공요금에 관한 사항	물가안정 및 공정거래에 관한 법률 제4조 3항	경제기획원장관
회계관계에 관한 사항	감사원법 제49조	감사원장
지구내에서의 건축물, 대지 면적의 최소한도의 용적률에 관한 사항	건축법 제45조 2항 (1992년 6월1일부터 삭제)	건설부장관
명칭과 구역의 변경	지방자치법 제4조 2항	내무부장관
사무소소재지의 설치변경	지방자치법 제6조 1항	내무부장관
지방자치단체의 기관설치	지방자치법 제104조	내무부장관
지방공사의 설립·운영	지방자치법 제138조 1항	관계 중앙행정기관의 장
자치기구의 재원조정	지방자치법 제160조 2항	내무부장관
도로통행수수료	도로법 제77조	교통부장관
과세면제	지방세법 제7, 8조	내무부장관

위의 도표와 같이 地方自治團體의 처분에 대해 국가의 사전승인을 받도록 하는 制度는 국가의 동의에 의하여 비로소 자치단체의 행위를 有效하게 하는 自治權에 대한 법적 制限이라고 생각된다. 즉 사전승인은 지방자치단체의 處分の 有效要件이 된다.<sup>223)</sup> 이 입장에 의하면 地方議會의 의결로써 條例는 성립하되 監督官廳의 승인이 있어야 비로소 효력이 발생하게 된다는 論理的 構造를 취하게 된다.

適法한 條例에 대해 承認行政廳이 승인을 거부한 경우에 그 拒否行爲는 違法이라고 볼 수 있으나, 地方自治法은 이에 대해 명문의 規定을 두고 있지 않지만 行政訴訟法 제1조의 개괄주의 조항에 의하여 지방자치단체는 違法한 승인의 拒否에 대하여 行政訴訟를 제기할 수 있다. 승인행정청의 승인거부는 행정소송법 제2조 1항 제2호의 公權力의 拒否인 처분에 해당하므로 不作爲違法確認訴訟을 제기할 수 있다. 管轄法院은 高等法院이다.<sup>224)</sup>

223) 선정원, “國家와 地方自治團體, 地方自治團體 相互間, 地方議會와 國家間의 紛爭發生 防止裝置研究”, 「法制」第349號, 1991, p.17.

224) 李瑋雨, 전거서, p.164.

## 다. 檢討 및 改善方案

우리나라는 事前承認을 통해 條例를 강하게 統制하고 있다. 地方議會가 成立되기 전에 그 議決을 요하는 사항은 道와 서울특별시에 있어서는 內務部長官, 市·郡·面에 있어서는 道知事의 承認을 얻어서 實施(地方自治에 관한 臨時措置法 제 10조)하도록 하였었다. 그래서인지 우리나라 地方自治法과 個別法에는 條例를 制定할 때마다 承認與否를 각 法律을 뒤져서 確認해야하는 어려움과 承認行政廳도 一元化되지 않아서 關係官廳間의 相反된 理解對立으로 지방자치단체를 “동네북”으로 만들 위험이 있다.<sup>225)</sup>

또한, 現實적으로 地方議會에서 議決된 條例에 대하여 監督官廳에서 이를 承認(특히 不承認)하는 것은 地方議會와 監督官廳間의 不必要한 干渉關係를 조성할 소지가 다분하므로 實際運營에 있어서 감독관청의 승인을 요하는 條例의 경우 自治團體長이 發議權을 가지는 것이 대부분이므로 條例案을 發議하기 전에 미리 監督官廳의 승인을 얻도록 하는 것이 바람직하다.<sup>226)</sup>

더욱이 條例는 地域特性에 맞도록 地方自治團體마다 각기 다르게 規程함을 그 特質로 하고 있음을 감안할 때, 上級行政機關의 承認을 法에 규정하는 것은 바람직하지 않다. 一般的인 承認의 留保는 국가의 “後見”을 초래할 위험이 있기 때문이다.<sup>227)</sup> 承認을 요하는 條例의 내용은 大統領令이나 部令에서 직접 규정하도록 하고, 條例에 대한 事後報告制를 채택하는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>228)</sup>

## 2. 再議要求

225) 李琦雨, “國家監督手段으로서의 承認留保” 「地方과 行政研究」 第5卷 第2號, 韓國地方 行政研究院, 1990, p. 56

226) 임병수, “自治法規의 體系 및 規律範圍에 관한 一般的 基準樹立”, [法制], 第357號, 1991, pp. 14-5.

227) 李琦雨, 전계서, p. 67.

228) 孟長燮, 전계논문, p. 67.

地方議會가 存在하지 않았던 지난 30년 동안 地方議會的 權限은 上級行政機關이 對行<sup>229)</sup>하였고 地方自治團體의 長도 中央政府에서 任命하였다. 따라서 지방행정 民主性을 保障하는 데에는 문제가 있었으나, 그 문제를 除外하고는 地方行政 運營의 一絲不亂함과 함께 지방자치단체 相互間의 協助關係 및 중앙정부와 지방자치단체간의 指揮·監督關係에는 별다른 문제가 생길 여지가 없었다.<sup>230)</sup>

그러나 우리나라에도 地方議會가 構成되어 지방자치가 실시됨에 따라 議會와 長의 關係는 獨立·對等關係를 가지며, 兩者는 각기 분담된 기능으로 政策判斷을 존중하면서 不一致가 있는 경우에는 相互協力과 調整이 요청된다.

현재 우리나라의 地方自治法은 지방행정의 집행기관과 의결기관을 분리하여 서로 견제하게 하는 체제를 취하여, 중앙정부차원에서의 대통령제와 같은 형태를 갖추고 있으며 대통령제에서 대통령에게 法律案再議要求權을 부여하듯 地方自治團體의 長에게 條例案再議要求權을 부여하고 있다.<sup>231)</sup>

議決機關의 의결에 대한 執行機關의 再議要求制度가 필요한 이유는 다음과 같다.<sup>232)</sup>

첫째, 執行機關은 그 사무를 직접 처리하므로 보다 현실적이지만, 議決機關은 전문적인 지식을 확보하는 데 한계가 있을 수 있으며, 또한 問題가 있는 條例案이라는 사실을 인식하지 못하고 議決할 수가 있다. 둘째, 執行機關의 長에 비하여 議決機關인 地方議會 議院들이 그들을 선출하는 選舉權者에게 부각될 기회가 적을 수 밖에 없고 이에 따라 地方議會는 人氣위주의 행위를 하여 문제있는 條例案을 의결할 可能性이 있다. 셋째, 條例가 그대로 공포되어 시행되는 중 그것이 大法院 判決이나 行政審判 등 다른 방법에 의

229) 舊 地方自治法에 관한 臨時措置法 第10條. “方議會的 議決事項은 上級行政機關의 承認을 얻어 施行한다”.

230) 金鎔珍, 전계논문, p.13.

231) 우리 地方自治法은 어떤 지방자치조직체제를 규정하든 地方自治團體의 長에게 再議要求權을 인정하고 있는 바, 특히 시·읍·면의 長을 地方議會가 선출하게 하고, 地方議會가 地方自治團體의 長을 不信任할 수 있도록 하며, 不信任議決이 있는 후 地方自治團體의 長은 지방의회를 解散할 수 있도록 하던 때(1949-1956)에도 지방자치단체의 長의 재의요구권을 인정한 것은 內閣責任制를 채택하던 第2共和國憲法이 행정부의 法律案再議要求權을 인정하지 아니한 것과 비교하면 상당히 再議要求制度에 적극적이라 할 것이다.

232) 金鎔珍, 상계논문, p.17.

하여 上位法令에 違反되는 것으로 판명되는 경우 상당한 파문을 야기할 수 있어 이를 예방할 필요가 있다.

### 가. 條例案 再議要求의 類型

再議를 地方議會에 請求하는 것은 地方自治團體長이지만, 지방자치단체장의 職權으로 判斷하여 재의를 요구하는 것과 監督廳의 再議要求 命令을 받아서 재의를 要求할때 地方自治團體長의 법적 지위가 달라진다.

#### 1) 地方自治團體長의 職權에 의한 再議要求

地方自治法 제19조, 제98조, 제99조는 지방자치단체의 長이 自己責任하에 스스로 판단하여 再議要求를 하도록 하고 있다. 이는 지방자치단체의 內部統制手段 또는 自己統制手段이라 할 수 있다.<sup>233)</sup>

條例에 대한 再議要求는 제19조에서 異議가 있는 경우는 20일 이내에 再議要求를 할 수 있다고 規定하고 있다. 제98조는 議決이 越權 또는 法令에 違反되거나 公益을 현저히 害한다고 認定되는 때, 再議要求를 할 수 있고, 제99조는 收支執行이 不可能한 경우 再議要求할 수 있다고 한다. 모두 長의 裁量에 의해 재의요구를 할 수도 있다고 규정되어 任意規定이다.

위의 제19조 제3항과 제98조 제1항을 비교해 볼 때 다 같은 再議要求이나 前者는 「異議가 있을 때」, 後者는 「議決이 越權 또는 法令에 위반되거나 公益을 현저히 害한다고 인정 되는 때」 라고 하고 있는 점과, 前者의 경우 條例案의 일부에 대하여 또는 條例안을 修正하여 재의를 要求할 수 없도록 明示하고 있으나, 後者의 경우 그러한 언급이 없다는 점이 다르다.

兩條項에 규정된 재의요구를 할 수 있는 事由가 어떻게 다른지, 兩者는 상호 어떤 관계에 있는지를 밝혀야 할 것이다. 前者는 막연히 「異議가 있을 때」 라고 하고 있으나 後者는 보다 具體的으로 「議決이 越權 또는 法令에 위반되거나 公益을 현저히 害한다고 인정되는 때」 라고 하고 있다. 따라서 前者를 문리적으로만 해석하면 地方自治團體의 長은 어떠한 사항에 대하여도 자신의 主觀的

233) 李琦雨, 전계서, p130.

인 判斷에 따라 異議를 요구할 수 있다. 단 그 異議가 正當한 理由가 있고 客觀的으로 認定될 수 있어야 할 것이다.

## 2) 上級監督官廳의 再議要求 命令에 의한 再議要求

地方自治法 제159조는 國家가 地方自治團體를 監督하기 위한 監督權行使의 한 수단으로 再議要求制度를 두고 있다. 지방자치단체장의 재의요구라는 內部的인 自己統制의 형식을 빌린 감독권의 行使로써 國家的 次元에서 地方議會의 議決이 違法하거나 公益을 현저히 해치는 경우에 이를 감독하려는 것이다. 또 단순히 勸告하는 것이 아니라 地方自治團體의 長이 이에 따라 再議를 要求하여야 하는 命令權을 규정하고 있다.<sup>234)</sup>

위에서 言及한 제19조와 제159조 1항의 再議要求가 어떠한 관계가 있는 가하는 의문이 제기된다. 前者는 지방자치단체장 자신이 判斷하여 再議를 요구하는 경우로서 그 期間에 制限을 두고 있으나, 後者는 上級機關의 長이 당해 條例案이 法令에 違反되거나 公益을 顯著히 害하는 경우에 기한의 制限없이 當該 지방자치단체의 장에게 再議를 요구한다는 점에서 각기 다른 別個의 制度임을 알 수 있다. 그러나 兩者가 別개의 제도임을 認定한다 하여도, 前者의 再議가 要求된 條例案에 대해서 다시 後者의 재의가 요구될 수 있는가, 그 반대로도 될 수 있는가 하는 점이 檢討되어야 할 것이다.

이 문제는 同法 제60조에 규정된 一事不再議의 原則과도 관련하여 논하여야 할 것이다. 前者의 再議가 요구된 條例안이 議決되기 前에 後者의 再議要求가 있는 경우 어느 再議를 議決할 것인가는 議會의 裁量에 속하는 것이다. 그런데 兩制度가 別개의 사안이라는 점을 들어 같은 條例案을 두번 議決하여도 一事不再議의 原則에 어긋나지 않는다는 主張이 제기될 수 있다. 이 경우 같은 내용이 條例案이긴 하지만 別개의 제도에 의하여 인정된 再議要求는 그 事由를 각기 달리하고 있으므로 別개의 基準에 의하여 처리될 別개의 議案이라고 할 수 있지 않을까 한다.

234) 선정원, “國家와 地方自治團體, 地方自治團體 相互間, 地方議會와 地方自治團體間의 紛爭發生 防止 裝置研究”, [法制]第349號, 1991, p. 18, p. 20

## 나. 再議를 要求할 수 있는 條例案

### 1) 法令에 違反한 경우

地方議會가 制定하는 條例는 地域固有의 事務에 관련되는 것이며 또한 自治團體는 國法秩序내의 部分集團이기 때문에 그가 制定하는 條例가 國家의 法令에 저촉되어서는 안된다.

무엇이 法令에 違反하는 條例案인가하는 것은 形式的으로 定足數에 미달된 경우, 過半數를 얻지 못했음에도 불구하고 議決된 경우, 명문의 法令規定에 위반하는 條例案 등 法令違反이 明確한 境遇도 있지만 법령의 趣旨에 맞지 않는 條例案 등 法令違反이 不明確한 경우를 포함한다. 이때 條例案이 법령의 範圍 안인지의 與否는 우리의 法令體制를 全般的으로 解釋·理解하여 결정하여야 할 것이다.<sup>235)</sup> 이를 나누어 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 地方自治團體의 事務가 아닌 事務에 관하여 規定한 境遇

地方自治法 제15조에는 “法令의 範圍안에서 그 事務에 관하여 條例를 制定할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기에서 地方自治團體의 事務는 固有事務, 團體委任事務를 말하고 機關委任事務<sup>236)</sup>는 제외된다. 그러나 이 基準도 절대적인 것은 아니다. 왜냐하면 自治團體의 長의 事務로 하고 있으면서도 많은 경우, 그 事務에 관하여 條例로 定하도록 하고 있는 바, 이에 따라 機關委任事務 및 기타 地方自治團體의 長의 權限에 속하는 사무에 관하여 條例로 定하도록 하는 事項도 있어, 法體系에 혼란을 발생할 소지가 있으므로 法の 整備가 필요하다.

#### (2) 法律委任 없이 住民의 權利를 制限하거나 義務를 부과한 경우

235) 金鎔珍 전개논문, p. 22.

236) 機關委任事務는 國家 또는 地方自治團體의 事務가 自治團體에 委任되는 것이 아니라 自治團體의 執行機關에 委任되는 것이므로 地方議會가 그 處理에 관여 할 수 없는 점을 利用하여 開途國중에는 地方自治團體에 대한 行政統制를 강화하기 위한 便法로 많은 事務를 機關委任으로하는 경향이 농후한 바, 그 代表的인 예로 日本과 우리나라를 들 수 있다. 鄭世煜, “地方議會의 議決權에 관한 比較研究”, 韓國議會發展研會, 1990; 金秀珍, “條例의 統制에 대한 研究”, 梨花女子大學校 大學院 碩士學位論文, 1992, p. 40.

地方自治法 제15조 但書는 “주민의 權利制限 또는 義務賦課에 관한 사항이나 罰則을 부과할 때에는 法律의 委任이 있어야 한다”라고 規定하고 있다.

앞 章에서 언급되었듯이 현재 여기에는 두 가지 見解가 있다. “法令의 範圍안에서”라고 規定하고 있는 憲法條項과 “法律의 委任이 있어야 한다”라는 同條의 規定을 둘러싸고 개별적인 법령의 위임을 必要로 한다고 해석하는 立場과 법령에 違反되지 아니하는 範圍로 해석해야 한다는 견해로 나뉜다.

첫번째 견해는 주민의 自由와 財産의 侵害를 가능하게 하는 條例는 특별한 법률상의 根據를 둔다고 主張한다.<sup>237)</sup>

憲法 제12조 1항은 罪刑法定主義를 정하고 있고, 제37조 2항은 國民의 모든 自由와 權利를 法律에 의하여만 제한할 수 있도록 하고 있으며, 제59조는 租稅의 種目과 稅率을 법률로 정하도록 하여 國회가 議決하는 법률에 의하지 아니하고는 國民의 權利制限 또는 義務賦課를 할 수 없도록 하고 있다. 그리고 地方自治法上 주민의 權利·義務를 제한하는 條例制定의 法律留保는 國民의 基本權保障을 보다 확실하게 담보하기 위한 民主主義 原則과 法治國家 原則에 의한 自治權의 제한이다. 따라서 이러한 原則을 위반한 條例는 當然히 재의요구되어야 한다고 한다.<sup>238)</sup> 判例도 이를 인정한다.

判例 63다 874(1964. 5. 5. 대판) 行判集중 2327: 住民의 權利義務에 관한 사항에 관하여 法律의 委任없이 制定된 條例는 違憲.

身元保證契約은 그 성립일부터 5년간 그 효력을 가진다고 하였으므로 신원보증법 2조에 구애됨이 없이 신원보증인의 의사여하를 묻지 않고 신원보증계약의 기한은 5년마다 이를 갱신한다고 규정하여 신원보증인의 責任을 過重하게 지우는 대구시 條例 제4조는 지방자치법 제7조 (구)에서 말하고 있는 주민의 권리·의무에 관한 사항에 속하여, 반드시 법률의 위임이 있어야 할 것이므로 이 條例 제1조, 제4조는 지방자치법 제7조에 위반됨과 동시에 신원보증법 2조에 위반된 것이므로 그 효력이 없다.

237) 李琦雨(a), “地方自治團體의 條例制定權과 法律留保의 原則”, [地方自治], 1992. 9, p. 40.

238) 金鎔珍, 전계논문, p. 18.

두번째의 견해는 地方自治의 自主性이라는 관점에서 볼 때, 국민의 權利·義務에 관한 事項은 반드시 法律의 委任(個別的·具體的 委任이 아닌 概括條項을 통한 委任이라도)이 있을 경우에만 條例로 정하도록 한 것은 바람직한 것으로 볼 수 없다고 본다. 상당수의 條例가 住民의 權利制限 또는 義務賦課에 관한 사항을 포함하게 되는데, 個別的인 法律의 委任을 要하게 함은 憲法이 보장한 自治立法의 基本趣旨에 反하는 것이라고 할 수 있기 때문이다.<sup>239)</sup>

### (3) 市·郡·區의 條例가 市·道의 條例·規則에 위반한 경우

地方自治法 제17조에서 “市·郡 및 自治區의 條例나 規則은 市·道의 條例나 規則에 違反하여서는 아니된다”고 規定하고 있으므로, 이러한 기준에 違反한 條例안에 대하여 지방자치단체의 長은 再議要求를 하여야 한다. 그러나 제3장에서 언급했듯이 이를 法表現 그대로 解釋하여 모든 條例에 該當한다고 보면 안된다. 왜냐하면, 上級地方自治團體나 下級地方自治團體 모두 獨立의 法人인 까닭에 이들 사이에는 法律의 ingham이 없는 한, 원칙적으로 上下關係·監督關係가 존재하는 것은 아니기 때문이다.

다만, 市·道로 부터 지방자치단체가 委任받은 事務나 市·道와 市·郡·區가 공동으로 行하는 事務와 기타 특수한 사무에 관하여 相互矛盾되어서는 아니될 경우 市·郡·區의 條例가 市·道의 條例·規則에 違反할 수 없다는 것이다. 즉 地方自治法 제17조의 조항은 市·道와 市·郡·區에 대한 一般的인 監督의 방안으로 규정되는 것이 아니라 특수한 分野에서 兩者間의 矛盾을 해결하기 위한 것으로 보아야 한다.<sup>240)</sup>

### (4) 法令의 趣旨에 맞지 않는 條例案

地方自治法 제92조 및 제94조에 의해 地方自治團體의 長은 地方自治團體의 執行業務에 대한 責任을 지며 이러한 任務는 所屬職員을 통해서 이루어 지므로,

239) 丘秉期, [新憲法原論](서울:博英社, 1990), pp. 1013-6; 朴鈞旿, 전계논문, p. 42 ; 金元主, 전계논문, p. 107.

240) 金鎔珍(a), 전계논문, p. 20 ; 朴源永(b), 전계논문, p. 333

人事權의 장악이 必需的이라고 할 수 있다. 이에 地方公務員法 제6조는 地方自治團體의 長에게 소속 公務員에 대한 人事權을 부여하고 있는데, 地方議會가 條例로써 소속 職員의 임명에 관여하도록 하는 것은 不可能하다.<sup>241)</sup>

### 2) 執行不能의 條例

地方自治法 제99조에서 條例案은 地方議會의 議決事項이므로 예산상 執行不可能한 內容을 포함하는 條例안에 대하여도 地方自治團體의 長은 再議要求를 할 수 있다. 直接的으로 집행에 필요한 豫算, 地方稅의 稅率 등에 한하지 않고 豫算執行과 결부된 內容의 議決, 예컨대, 그 團體의 財政力으로서는 도저히 負擔할 수 없는 財政支出을 決議한 條例가 여기에 해당된다.<sup>242)</sup> 사실상 執行不能에 대한 판단은 결국 社會通念上 그 議決을 집행하는 것이 不可能한 경우를 意味하게 된다.<sup>243)</sup>

### 3) 公益을 顯著히 害하는 境遇

地方自治法 제159조 1항에서는 內務部長官 또는 市·道知事가 자치단체장에 게 公益에 현저히 違背될 경우 再議를 요구하도록 하고 있다. 公益을 현저히 阻害함이란 違法에 이르지 않는 不當함에 그치지만 그 不當함의 정도가 심하여 長차적으로 社會의 不特定多數人에게 심대한 不利益을 가져올 것이 明白한 경우를 말한다.<sup>244)</sup>

그리고 現在 地方自治團體長이 앞으로 주민직선제로 選출이 되면 任命制下에서와 같은 專門性·安定性 확보가 어렵고,<sup>245)</sup> 소수의 地域住民에게만 有利한

241) 金鎔珍, 상계논문, p.14.

大判 1992.7.28선고, 92추31; 내용: 1991년12월27일 木浦市 通·班 設置條例 및 동정자문위원회조례안에 대한 再議決은 모두 그 效力이 없다.

242) 1992년 4월 서울시의회에서 通過되어 문제가 된 有給輔佐官制 신설을 위한 조례개정안(「서울시의회사무처리설치조례」, 「서울시 지방별정직 인사관리개정 조례」)의 경우 內務部가 再議를 요구하면서, 그 이유로서 지방자치법 제99조의 豫算上執行의 不可能하다는 것을 들었다(동아일보, 92.4.21, 22면; 한국일보, 92.4.23, 1면)

243) 丘秉期, 전계서, p.298; 선정원, 전계논문, p20.

244) 崔昌浩, [自治行政], 1992.4, p.76.

245) 김병국, “뒤돌아 본 地方議會 1년과 나가야 할 地方自治制의 方向”, [地方自治], 1992.8, p.25.

行政을 할 우려가 있어 全體的인 國家行政에서 볼 때 公益을 현저히害하는 境遇도 있을 수 있다.

그러나 원칙적으로 公益判斷은 地方自治團體가 自己責任下에 判斷할 事項이므로 감독청이 이에 介入하는 것은 許容되지 아니되기 때문에, 이 경우에는 憲法에 합당한 解釋으로 地方議會의 議決이 裁量權의 範圍를 벗어나서 違法인 경우라고 解釋하여야 한다. 단순한 合目的的인 견지에서 재의요구는 허용되지 않는다.<sup>246)</sup>

### 3. 檢討 및 改善方案

再議要求制度라는 것이 執行機關과 議決機關을 구분한 組織體에서 양자간의 意見衝突을 조정하기 위한 제도라고 할 수 있으며, 문제가 있는 條例案에 대하여 재의를 요구하는 것은 地方自治團體長의 權利일 뿐만 아니라 法律的으로 문제가 있는 條例案 등에 대하여 再議를 요구하는 것은 義務라고 할 수도 있을 것이다.

그러나 議會에 대해 執行機關인 자치단체장의 優越性을 認定하는 듯한 條例案 再議要求權은 再議決權이 地方議會에 있으므로 地方自治制度의 核心領域에 대한 侵害는 아니라고 볼 수 있지만 惡用 될 소지가 많다.<sup>247)</sup> 더욱이 地方自治法改正法律 제4.741호에서 신설된 제159조 제4항은 同條 제1항과 더불어 內務部나 上級自治團體長이 당해 自治團體長에게 地方議會의 의결에 관해 강제적으로 再議를 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 이를테면, 당해 자치단체장이 地方議會의 議決에 대하여 再議할 의사가 없는 경우에도 內務部長官이나 上級自治團體長이 재의를 요구하면 이에 따르지 않을 수 없도록 한 것이다. 얼마전 淸州市議會가 行政情報公開條例를 의결하자 그때까지 비교적 협조적이었던 淸州市長이 內務部長官과 忠北 道知事의 지시에 따라 재의를 요구한 사실이 있었다. 이처럼 內務部長官이나 上級自治團體長이 地方議會의 의결에 대한 再議要求權을 당해

246) 李琦雨, 전거서, p.131.

247) 최진, "光州 西歐議會 敗訴判決, 무엇을 남겼나," [地方自治], 現代社會研究所, 1992, p. 42-3.

자치단체장에게 일임하지 않고 일방적으로 강제할 수 있도록 한 것은 內務部나 上級自治團體長이 地方自治團體의 自治權을 지나치게 간섭하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

또한 同條項은 감독수단으로서 새로이 감독기관의 再議要求權 및 大法院에 대한 提訴承認權을 인정했다. 이는 地方議會의 權限行使에 대한 統制手段인 바, 이는 지방자치단체의 장이나 住民에 의해 지방의회의 권한행사를自律적으로 통제하는 것이 바람직하나 그 手段이 미흡한 탓으로 補完적으로 인정된 것이라고 볼 수 있다. 그러나 지방자치단체를 國家의 下級行政機關으로 取扱하는 식의 내용은 止揚되어야 할 것이다.

### 제 3 절 非行政的 統制

條例에 대한 非行政的 統制는 立法府에 의한 統制, 司法府에 의한 統制, 住民에 의한 統制로 나누어 볼 수 있다.

#### 1. 立法府에 의한 統制

中央政府가 地方自治團體行爲의 準則을 정하고 이 準則을 違反하였을 경우에 統制를 가하게 되는 方式을 입법부에 의한 통제라 한다. 그러나 現代에 이르러, 정도상의 差異는 있겠지만 모든 民主國家에서 立法的 統制가 약화되어 가는 경향에 있다. 그 이유는 첫째, 行政의 專門性이 높아가고 있다는 점, 둘째, 行政의 裁量權이 커가고 있다는 점, 셋째, 行政에 관한 情報를 行政府가 거의 獨占하고 있다는 점, 넷째, 地方議會議員에 대한 정당의 統制로 인하여 議員의 활동에 制約이 있다는 점 등에 있다고 할 수 있다. 오늘날 이와 같이 立法的 統制가 약화되고 있으나, 立法的 統制가 中央統制의 基本的인 方式이라는 데에는 변함이 없다고 할 수 있다.<sup>248)</sup>

地方自治團體의 自治立法權이 法律優位의 原則, 法律留保의 原則 및 廣域自治團體의 自治立法優位の 原則에 의한 制約을 받는 사실 자체가 國家 및 廣域自

248) 崔昌浩, 전거서, pp. 433-434.

治團體에 의한 立法的 統制를 意味한다고 말할 수 있다.<sup>249)</sup> 立法的 統制의 내용을 보면 다음과 같다.

#### 가. 條例制定權의 限界를 規定

立法府에 의해 條例를 統制하는 방식은 上位法規인 法律이 地方自治團體의 사무에 관하여 지나치게 많이 또한 자세히 규정해 놓게 되면, 그것이 바로 地方自治團體의 自治立法權에 대한 지나친 統制 및 干涉이 된다.<sup>250)</sup>

또 國家는 地方自治의 本質에 비추어 條例의 提案權者가 될 수 없다. 그러나 實際에 있어서 국가에 의한 法令의 制定, 改廢에 따라 條例의 制定, 改廢가 직접적으로 규정되는 경우와 간접적으로 條例의 制定, 改廢가 不可避하게 되는 境遇가 있다. 이러한 경우 形式的으로는 地方自治團體의 執行機關의 長에 의해 제안되고, 그 議會의 議決을 거치는 節次를 밟는 것이 一般的이다. 그러나 그것은 實제에 있어서 自治立法인 條例를 국가가 통제할 수 있는 결과가 된다. 이것은 강력하고 實質的인 地方自治團體의 統制手段이 될 수 있다.<sup>251)</sup>

#### 나. 條例에 대한 國政監督·調査의 可能性

地方自治團體에는 內部監査와 外部監査가 있다. 내부감사란 집행기관의 自體監査, 地方議會의 行政監査·調査가 있다. 외부감사는 국회의 國政監査·調査와 監査院의 監査, 지방자치법에 의한 內務部長官 및 市·道知事의 委任事務와 自治事務에 대한 指導監査, 行政監査規定에 의한 中央部處 各部長官의 監査, 그외의 大統領司正擔當官, 國務總理室 行政調整室長 등의 行政監察機能이 있다.<sup>252)</sup>

그 중에서 國政監査 및 調査에 관한 法律 제7조 제2호에서 廣域自治團體(特別市·直轄市·道)를 當然監査對象으로, 제4호에서 基礎自治團體를 任意監査對象

249) 金南振(e), “自治立法權의 保障과 統制”, [考試行政], 1991. 4, pp. 70-71.

250) 金南振, 상계논문, p. 71.

251) 金元主, “地方自治團體의 自治立法制定權”, 「公法研究」第18輯, 1990, p. 98.

252) 俞鳳永, “地方議會와 自治團體長의 役割分擔과 保安課題”, 「方行政研究」第4卷 第2號, 1992, p. 7

으로 규정하고 있다.

國政調査의 對象事項으로 立法에 관한 사항을 調査할 수 있는데, 이는 國家立法 뿐만 아니라 自治立法(條例)이 委任法律의 範圍를 일탈한 것인가 아닌가 하는 것까지도 監査 또는 調査할 수 있다는 것이다.<sup>253)</sup>

또한 現行 地方自治法 제36조에 따르면, 地方議會는 當該 地方自治團體의 사무를 監査하거나 그 사무 중 특정사무에 관하여 地方議會의 議決로 調査할 수 있다고 규정되어 있다. 이로써 地方自治團體의 固有事務와 委任事務에 대하여 감사나 조사가 가능하다.<sup>254)</sup> 따라서 現行制度에 따르면 委任事務에 대하여 地方議會와 國會의 이중감사가 불가피하다. 이에 대해 1992년 10월 國政監査 調査기간 중 국정감사를 拒否하는 광역의회의 議決이 있어서 많은 논란이 있었으나<sup>255)</sup>, 현재로서는 條例에 대한 國政監査 調査는 필요하다고 본다. 왜냐하면 아직까지 機關委任事務를 條例로 정하도록 한 法 規定들이 있음으로 그러한 條例에 대해서만은 국정감사를 해야하기 때문이다.

그러나 점차적으로 機關委任事務를 條例로 定하도록 한 法律들을 整備하여서 지방자치단체의 條例에 대해 國政監査 調査를 받지 않도록 하는 것이 더 좋다고 생각한다.

## 2. 司法府에 의한 統制

司法府에 의한 統制란 국가의 司法機關(法院)이 지방자치단체에 대하여 행

253) 金哲洙, 전게서, p. 726.

254) 改正地方自治法 제36조 3항의 「國會와 市 道議會가 직접 監査하기로 한 事務를 除外하고」라는 規定 자체가 委任事務와 固有事務를 明白히 구분한 規定이라 볼 수 없다.

255) 서울시의회는 ①中央과 地方의 竝列·協同의 同等한 關係라는 이유로 地方自治의 기본정신에 違背되고 ②國家委任事務와 地方固有事務와의 區分이 모호하기 때문에 國政監査를 국가위임사무에 局限한다는 것이 不可能하며 ③國家委任事務라도 그 費用의 大部分을 서울시에서 負擔하고 ④監査院 內務部 地方議會監査와 重複이 되어 地方行政力の 浪費가 있기 때문에 國政監査를 拒否한다고 하였다.

그러나 민주당 議員協議會는 반박성명을 내었는데, ①地方議會監査가 기간이 짧고 (광역 5일, 기초 3일) ②補佐人力이 없으며 ③公務員의 僞證에도 처벌규정이 없어서 실효성의 없다는 理由를 들어 國監廢止는 地方自治法과 制度의 補完 改正이 선행된 뒤 이루어져야 할 措置라고 主張하였다. (동아일보 1992. 10. 8, 23면, 한국일보, 1992. 10. 9, 21면, 중앙일보 1992. 10. 11, 18면).

하는 통제로서, 訴訟節次를 통하여 이루어 지는 통제를 말한다. 이는 지방자치 단체가 법률에 의하여 부여된 권한을 벗어나는 행위를 할 때 法院이 이를 無效로 하거나 取消 또는 停止시킴으로써 法秩序를 유지하는 것을 의미한다.

法院은 地方自治團體 및 機關에 대한 各種의 訴訟을 통해 地方自治團體의 活動에 干涉한다. 法院은 條例에 대해서도 소송을 통하여 適法性을 保障하고 있다. 법원에 의한 合法性의 통제는 당사자의 起訴를 前提로 한다는 점에서 被動的인 것이며, 國民의 權利救濟에 주된 目的이 있다.<sup>256)</sup>

違法한 條例에 의한 권리침해에 대해서는 行政訴訟을 통하여 권리구제를 받을 수 있다. 憲法 제107조 2항에서 「命令·規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 違反되는 與否가 재판의 전제가 되는 경우에 大法院은 이를 最終적으로 심사할 權限을 갖는다」고 규정한 것이 사법적 통제의 근거가 되고 있다. 즉, 違法한 條例가 裁判의 전제가 된 경우 大法院의 命令·規則심사제를 이용하여 條例에 대한 司法審査가 가능하다.

우리 나라에 있어서 司法的 統制는 行政作用으로 인하여 國民의 權利·利益이 침해되어 피해자로 부터 救濟의 請求가 있을 때에 법원이 이를 審判하여 통제하는 “司法救濟”와 행정작용의 법률위반에 대하여 일반인 또는 관련기관으로부터 是正의 請求가 있을 때에 법원이 이를 심판하여 통제하는 “法規回復” 등의 형태로 행해진다.<sup>257)</sup> 그리고 구체적인 行爲가 없더라도 國民의 基本權에 직접적 侵害가 認定될 경우에는 憲法裁判所에 헌법소원이 가능하다.

#### 가. 司法救濟的 統制

行政訴訟法 第1條 전단의 “行政廳의 違法한 처분 그밖에 공권력의 行使·不行使등으로 인하여 國民의 權利 또는 利益의 侵害를 救濟한다”라는 規定하고 있다. 이에 따라 住民이 條例에 의해 權益 및 基本權을 侵害당했을 때에는 行政訴訟法上的 抗告訴訟과 當事者訴訟의 적정절차를 거쳐 침해된 권익에 대한 사법적 구제가 이루어지게 된다.

256) 李琦雨, [地方自治行政法](서울:法文社, 1991), p.105.

257) 崔昌浩, 전거서, p. 435.

## 나. 法規回復의 統制

條例와 關連한 司法的 統制에 있어서 實質的인 문제는 地方自治法 제159조가 규정하는 지방의회 의결에 대한 자치단체장이 直接 또는 上級官廳이 提訴指示를 통한 大法院에 提訴가 있을때, 이에 대한 대법원이 판단을 통한 통제를 의미 한다.

즉, 地方自治團體의 長은 지방의회가 法令에 위반되거나 公訟을 현저히 해하는 議決을 했을 때 再議를 요구하며(地方自治法 제159조1항), 이에 따라 再議決된 사항이 법령에 위반 된다고 판단된 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 직접 대법원에 訴를 제기할 수 있다(同條 3항). 또한 재의결 된 사항이 흠결이 있음에도 불구하고 당해 地方自治團體의 長이 訴를 제기하지 아니하는 때에는 主務部長官(또는 市·道知事)은 당해 자치단체의 장에게 提訴를 지시할 수 있으며, 당해 자치단체의 장은 提訴指示를 받은 날 부터 7일 이내에 提訴하여야 한다(同條 4항,5항). 이를 바탕으로 지방의회에서 의결된 조례가 法院에 의한 合法性·適法性의 통제를 받는다.

위의 제159조 소송의 성격을 대부분의 학자들은 機關訴訟으로 보고 있으며, 258) 行政訴訟法의 적용을 받는다고 본다. 259)

行政訴訟法上 機關訴訟은 國家 또는 公共團體의 機關相互間의 訴訟이다. 말하자면 現행 행정소송법상 기관소송은 同一한 法主體 內部的 기관간의 訴訟으로 규정되어 있어, 상이한 法主體의 기관간의 소송으로 規定되어 있는 것은 아니다 라고 밝히고 있다.

一般的으로 普通 行政機關 相互間의 主管爭議가 있을 때에 그것이 相互機關 사이에서 발생한 것이면 上級機關의 意思에 優越性을 認定하여 그 의사내용 如

258) 金道稔, 「一般行政法(下)」(서울: 청운사, 1989), p. 208 ; 李尙圭, 「最新行政法(下)」, 1989, pp. 166-170; 석종현, 「一般行政法(上)」(서울: 삼영사, 1989), p. 781.

259) 그러나 訴訟 當事者의 문제에 있어서 同法 4항의 경우, 訴를 제기하는 地方自治團體 長의 法的 地位는 자치단체의 機關이 아니라 國家監督官廳의 下級官廳인 國家機關이 므로, 提訴는 地方自治團體長이 수행하는 自治事務가 아니라 國家監督官廳의 下級官廳으로 수행하는, 이른바 機關委任事務에 해당하므로 外部的인 법률관계에 의한 訴訟으로 보기도 한다. 李琦雨(c), 「機關訴訟」, [考試界], 1992. 10, p. 53.

何에 따라서 決定할 것이고, 對等機關사이의 爭議이면 쌍방의 共通上級機關이 決定하고 이러한 上級機關이 없을 때에는 그들의 각 上級機關의 協의에 의하여 決定하며, 協議가 이루어지지 않을 때에는 國務會議의 審議를 거쳐 최종적으로 大統領이 결정하게 된다. 기관쟁의의 적당한 解決機關이 없거나, 특히 公正한 제3자의 判斷을 구할 필요성이 있는 경우에 法律이 法院에 제소할 수 있도록 규정하는 수가 있는데, 이 規定에 따라 제기하는 소송이 機關訴訟이다. 따라서 기관소송은 주로 地方自治의 領域에서 그 필요성이 인정된다고 한다.<sup>260)</sup> 機關訴訟은 행정감독 내지 행정조직의 民主化로 인한 機關獨立性을 目的으로 한다.<sup>261)</sup>

#### 다. 憲法訴訟

憲法裁判所法 제68조 1항에서 「公權力의 行使 또는 不行使」로 인한 基本權 侵害의 경우에 憲法訴訟을 청구할 수 있다고 規定하고 있으며, 이에 따라 住民이 條例에 의해 基本權을 侵害당했을 때 憲法裁判所に 헌법소원을 제기할 수 있다.

憲法訴訟審判對象으로서의 公權力이란 立法, 司法, 行政상의 모든 公權力을 말하는 것이므로 法律 뿐만 아니라 行政府에서 制定하는 大統領令과 部令 등의 施行令이나 法令의 委任에 의하여 制定되는 각종의 施行規則 등이 별도의 執行 行爲를 기다리지 않고 直接 그 規則의 規定에 의하여 基本權을 침해하는 것일 때에는 모두 憲法訴訟審判의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 憲法裁判所의 判例이다(헌법재판소 1990.10.15. 선고 89헌마 178호 사건3.(가) 참조).<sup>262)</sup>

#### 라. 檢討 및 改善方案

260) 金道昶, 전거서, p. 711.

261) 申奉起, “機關訴訟과 權限爭議”, [考試研究], 1991, p. 137.

262) 憲法論叢 第2輯, 憲法裁判所, 1992, p. 79.

최근 一個이 地方自治團體에서 새롭게 條例를 制定한 경우, 그것이 문제의 소지가 있는 경우에도 다른 自治團體로 급속히 퍼져서 같은 내용의 條例들이 提訴되어 訴訟의 經濟的인 면에서도 문제이다. 그런데, 우리 行政訴訟法上으로는 抽象的인 規範統制를 인정하지 않고 있기 때문에 權利救濟의 實效性을 충분히 담보해 내지 못하고 있는 실정이다.<sup>263)</sup>

그리고 立法論的으로 기관소송을 꼭 大法院에서 다루어야 하는가는 의문이 있다. 성질상 통상의 行政訴訟과 그 管轄法院을 달리 할 필요성을 인정하기 어렵고 大法院의 업무분담 과중 등을 고려하여 管轄法院을 대법원에서 高等法院으로 조정하는 방법도 고려 되어야 할 것이다.<sup>264)</sup>

또한 國家의 地方自治團體에 대한 統制가 法律上 許容된다 하더라도, 違法한 監督權의 行使로부터 地方自治團體가 自治權을 지킬 수 있는 방법을 司法府에서 허용해야 한다고 생각한다. 권리구제의 可能性은 地方自治團體에 대한 憲法上의 제도적 보장으로부터 由來하는 地方自治團體의 주관적인 權利의 保障에 基礎가 있다. 만약 지방자치단체에게 충분하고 效率的인 권리구제의 可能性이 보장되지 아니한다면, 地方自治團體에는 국가의 監督權의 濫用에 대해서 無防備狀態에 있게 된다. 따라서 權利救濟手段의 確保를 위해서 自治團體도 事後的인고 侵害的인 再議要求라고 생각된다면 行政訴訟法에 의해 取消訴訟이 가능하다고 해석하여야 할 것이다.<sup>265)</sup> 결국 司法機關은 地方自治團體에 대한 統制(關與) 機關으로만 이해하여서는 안되며, 자치단체가 상급기관으로 인해 받은 侵害로부터 權益을 구제하는 기능도 간과해서는 안될 것이다.

### 3. 住民에 의한 統制

地方自治制度는 주민이 代表者인 議員이나 長을 선출하고, 그 代表者를 통해서 政治·行政에 間接的으로 참가하여 政治行政을 統制한다는 代表民主制를 전

263) 李琦雨, 전게서, p. 236.

264) 權秀山, “地方自治法制의 改善方案 研究”, 「法制」第390號, 1992, p. 21.

265) 李琦雨, 전게서, p. 163.

제로 한다. 이것은 오늘날 直接民主制가 國民主權의 現實的인 實現의 도구로 採用될 수 없는 상황에 기인한 것이다. 그러나 국민에 의한 直接的 統制나 參與가 여러가지 사정으로 어려운 國家行政과는 달리 地方自治의 살림살이에 대해서는 住民의 接近과 參與가 용이하다고 본다.<sup>266)</sup> 또 地方自治團體의 활동에 住民의 直接的인 參與가 이루어지는 것이 地方自治의 本質을 충실히 수행해 나가는 것이라 할 수 있다. 住民의 直接參與는 直接民主主義의 하나의 方式이고, 間接民主主義·代表民主主義 제도를 補完하는 역할을 가진다.

地方自治가 그 構成員인 住民의 것이라는 本質을 잘 구현하려면, 그 自治團體의 의사를 형성하는 條例가 그들의 손에 의해 提案되는 것이 바람직하다.<sup>267)</sup> 더욱이 地方自治團體의 自主성이 弱하고 中央部處의 官僚的 支配가 강한 경우에는 住民의 意思에 기반 해서 정립된 條例는 그러한 官僚的 獨善을 排除하는 데 중요한 役割을 할 것으로 기대 된다.<sup>268)</sup>

그러나 우리나라는 地方自治法 제58조에서 「條例案은 해당 地方自治團體의 長 또는 地方議會議員 5분의 1이상의 連署로 제안된다」고 하여 住民에 의한 條例制定改廢請求는 인정하지 않고 있다. 그러므로 條例의 制定에 住民의 견해를 反映하려고 하거나 條例의 廢止를 원할 때는 請願을 통하여 立法豫告중인 條例에 利害關係人으로서 異議를 제기해서 條例를 통제할 수 밖에 없다.

#### 가. 請願에 의한 條例制定 改廢

地方自治法 제65조는 「地方議會에 請願을 하고자 하는 자는 地方議會議의 議員의 紹介를 얻어 請願書를 제출할 수 있다」고 規定하고 있다. 地方議會는 裁判에 干涉하거나 法令에 違背되는 내용의 請願이 아닌 이상 請願을 受理하여야 한다. 地方議會에 提出하는 청원의 중요한 대상은 條例의 制定 및 改廢이다.<sup>269)</sup>

請願은 당해 公共團體 이외의 住民도 할 수 있고 權利能力 없는 社團도 請

266) 金南振(f), "代表民主制와 住民參與", [地方行政], 1992. 9, pp. 5-6.

267) 日本의 境遇 이를 認定하고 있다(條例制定改廢 請求權, 日本地方自治法 제12조)

268) 今村都南雄 譯(1993), F. E. Rourke 著, [官僚制의 權力と政治課程], 中央大學校 出版部, pp. 269-295 ; 김원규, "地方自治團體의 自治立法制定權"[公法研究] 제18집, 1990, p. 89.

269) 鄭在吉, [地方議會論](서울:博英社, 1991), pp. 128-129.

願할 수 있다. 다만 教育委員會, 公立學校長 등 地方公共團體의 機關이 청원하는 것은 認定될 수 없다고 하겠다. 그러나 이들이 個人으로서 하는 청원은 無妨하다.

請願節次는 地方議會에 請願을 하고자 하는 者가 地方議會議員의 紹介를 얻어 請願書를 제출하여야 한다(地方自治法 제65조 제1항). 紹介는 國會에 대한 請願事項과 마찬가지로이다. 따라서 請願內容에 反對해도 議員으로서 紹介는 할 수 있고, 또 同一한 事項과 相反되는 內容의 請願에도 議員이 紹介할 수 있다고 하겠다.<sup>270)</sup>

請願은 개최중이거나 폐회중에도 소정의 形式을 갖춘 한, 議長은 이를 受理해야 한다. 請願事項은 一般的으로 委員會에 회부되는데(地方自治法 제67조 제1항), 請願의 審査·處理는 議會의 의사에 맡겨진다. 청원에 대한 處理形態는 심사처리(受理)·不受理, 一部審査處理 등이 있으며, 實現可能性이 없는 사항의 請願은 不受理할 수 밖에 없다. 그러나 請願權의 制限은 國家安全保障·秩序維持·公共福利를 위하여 필요하다고 認定하는 경우에 한하여 法律로써 제한해야 한다.

住民請願에 관한 事例를 보면 “담배자판기설치금지條例”가 있는데 그 내용은 지난 1992년 9월 27일 경기도 부천시의회가 臨時會를 열고 靑少年 吸煙을 부추기는 담배自動販賣機에 대한 設置를 금지하는 條例를 制定했다.

이는 條例制定의 事前節次로서 5월 28일 「靑少年의 苦悶과 아픔의 디딤돌 어머니 모임」등 부천 YMCA산하 5개 市民團體가 「담배자동판매기 철거 및 條例制定에 관한 학부모들의 의견」이라는 제목으로 제출한 條例制定청원에 따라 부천시가 上位법인 담배사업법 개정을 財務部에 建議하여, 지난 1992년 7월 24일 「지방자치단체가 條例로 정하는 장소에는 담배자동판매기의 설치를 制限할 수 있다」는 施行規則이 개정됨으로써 결실을 보게 된 것이다.

특히 이번 담배자판기 設置禁止 條例안制定은 地域의 문제점을 스스로 해결하겠다는 市民團體와 地方自治團體의 뜻이 合致되어 이뤄냈다는 점에서 「참다운 풀뿌리 民主行政의 시금석」으로 평가받고 있다.<sup>271)</sup>

270) 丘秉期, 전계서, p.257.

271) 中央日報, 1992.7.28, 22면.

## 나. 立法豫告증인 條例의 利害關係人으로서의 統制

立法豫告라 함은 주민의 立法參與機會를 확대하기 위하여 주민의 日常生活과 직접 관련되는 條例 및 規則制定案의 立法趣旨와 主要內容을 미리 주민에게 알리는 것을 말한다. 이를 통하여 立法의 民主化는 물론 法令의 實效性을 높여 地域發展의 效率化를 기할 수 있다.<sup>272)</sup>

立法豫告事項은 주민의 일상생활과 直接 관련이 있는 事項들이다. 즉 公衆衛生·環境保全·都市計劃·建築·道路交通·試驗制度·土地 기타 農地制度·기타 住民의 일상생활과 관련되는 重要分野의 사항 등이다. 이외에도 多數 住民의 日常生活과 直接 관련되는 事項 및 自治法規 정비를 위한 現實把握을 위하여 豫告함이 필요하다고 認定되는 事項도 豫告할 수 있다.

豫告內容은 條例制定案의 制定趣旨와 主要內容을 시민이 알기 쉽게 作成하여야 하며, 制定안의 法規制名, 制定안의 主要 內容 및 趣旨, 意見提出方法, 公開聽聞與否 등 필요한 사항을 公告하여야 한다. 그 방법은 道報·市報·郡報 등 당해 地方自治團體에서 발간하는 機關紙에 掲載하여야 하고, 揭示板에 揭示하거나 班常會報, 官報, 日刊新聞에 게재할 수 있다. 豫告期間은 예고시에 定하되, 특별한 사정이 없는 한 20일 以上으로 한다.

입법예고된 條例案의 內容에 관하여 利害關係人은 누구든지 意見을 제출할 수 있으며, 提出意見은 主務部署에서 內容별로 整理·分析하고 중요한 사항에 대해서는 항목별로 찬반을 綜合整理하여 長에게 보고한다.

## 다. 檢討 및 改善方案

請願에 있어서 의원의 紹介라 함은 請願의 內容에 紹介議員이 찬성하는 뜻을 표시하는 것이라 하나 請願이 參政權의 性格을 인정한다면, 議員의 紹介라는 절차는 請願者에게 큰 障害이 될 수 있다. 따라서 이러한 “紹介”의 意味는 不當하며 不必要한 절차라 할 수 있다.<sup>273)</sup> 또 地方議會의 請願採擇은 關係機關을 구

272) 朴傳國, 「條例立法의 理論과 實際」(서울: 장원출판사, 1992), p. 109.

273) 丘秉期, 전계서, pp. 254-256.

속하는 法的인 拘束力이 없다.<sup>274)</sup>

입법예고에서의 問題點은 豫告方法이 現實的이지 못하다는 것이다. 실제 立法豫告를 한 事例들을 살펴보면 大部分 行政官署에 가야만 볼 수 있는 揭示公告에만 의존할 뿐이다. 日刊新聞을 통한 立法豫告의 단점은 廣告費用 負擔이 커서 충분한 紙面을 확보하기 어렵겠지만, 準則의 範圍내에서 條例안을 制定·改正할 경우에 유사한 내용을 여러 市·郡이 따로따로 立法豫告하지 말고, 市長·郡守가 共同으로 입법예고하고 그 비용을 共同으로 나누어 부담하는 것이 좋겠다.

이러한 問題點을 극복하기 위해서는 條例制定改廢請求權을 立法化하는 것이 바람직하다고 생각된다. 請願보다 강력한 條例制定 改廢請求權이 되기 위해서는 住民投票와 함께 할 수 있도록 實效性 있는 制度로 만들어야 할 것이다.

아울러 舊 地方自治法 제153조에서 제156조에 규정되어 있던 住民訴請 制度가 復活되어야 한다고 생각한다. 住民訴請制란 지방자치단체의 條例 또는 그 長의 命令이나 處分이 憲法이나 法律에 違反된다고 인정될 때에는 주민 100 인 이상의 연서로서 理由를 구하여 道와 서울특별시에서는 國務總理, 市·郡에서는 제 1차로 道知事, 제2차로 國務總理에게 소청하고 대법원에 提訴할 수 있는 제도를 말한다.

現代産業社會에 있어서는 環境問題·消費者問題 및 都市計劃等 生活領域에 있어서 住民의 意思 내지 利害關係와 關係깊은 일이 현저히 증가하고 있고, 이에 발맞추어 住民參加의 중요성이 一般的으로 認識되기에 이르렀다. 즉, 住民參加는 國民主權主義를 內實化하기 위한 실질적인 제도로서 展開되고 있다는 것이다. 더이상 住民參加制度는 議會制度에 대한 소극적인 補完手段으로서가 아니라, 憲法上 보장된 國民主權主義를 실질적으로 뒷받침하는 制度로 이해되고 있다는 것이다. 그런데도 불구하고 지난 3월 26일 개정된 地方自治法 改正 法律案에서 住民參加에 대한 配慮가 없었다는 점은 現行 地方自治法의 缺陷이라고 볼 수 있다.

274) 李琦雨, 전계서, p.61.

## 제 5 장 結 論

### 제 1 절 總 說

이상에서 地方自治團體의 기본적인 權能의 하나인 自治立法權 中 條例制定權에 관하여 그 一般的 考察과 條例制定權의 範圍와 限界 그리고 條例의 統制를 살펴보았다.

一般的 考察에서 국가와 지방자치단체의 관계는 對等한 協力·協同關係를 전제로 한다는 것을 憲法合致的 觀點에서 제기했다. 그리고 憲法에서 보장하는 條例制定權의 意味는, 헌법이 住民自治 및 團體自治原則을 保障하고 있기 때문에 地方自治團體의 住民代表機關인 地方議會의 民主的 立法節次를 거쳐 制定되는 形式的 意味의 條例를 말한다고 하였다.

條例制定權의 根據를 理論的 根據와 實定法的 根據로 나누어 살펴보았다. 이론적 근거에서는 地方自治의 民主政治的·住民參加의 意義를 憲法의 그 制度로서 보장하고 있다는 制度的 保障說을 중심으로 考察하였고, 憲法 제 117조와 地方自治法 제15조의 實定法的 근거를 제시하였다.

條例制定權의 法的 性質에 관해서는 條例가 自治權의 內容으로서 全權限性과 自己責任性에 기반한 公法上의 高權的 權力의 性質이나 法規로서의 性質을 가진다는 점에는 異論이 없으나 條例가 委任立法이나, 自主立法이나에 관해서는(즉, 自主法으로의 性質을 갖는가?) 見解의 對立이 있다. 條例는 국가의 統治權의 一部가 地方自治團體에 移讓된 것으로서 이는 國會가 法律의 規定을 執行하기 위해 필요한 사항을 各部의 命令에 맡기는 法律的 傳來가 아니라 法律의 授權없이 憲法規定만으로도 法令에 矛盾·抵觸 하지 않는 範圍 내에서 包括的으로 地方自治團體固有의 法을 정립하는 權能을 賦與받았다는 憲法的 傳來說에 입각한 條例自主立法說을 중심으로 살펴보았다.

條例制定權의 範圍와 限界에 대하여는 條例制定에 관한 직접규정인 地方自治法 제15조의 “法令의 範圍”와 “그 事務에 관하여”를 分離하여 살펴보았다.

먼저 지방자치단체의 事務範圍를 규정하고 있는 法條項을 내용별로 살펴 보았고, 특히 事務分類의 問題點에서 동법 제9조 2항 但書 규정이 內包하는 自治權의 侵害可能性을 지적하였다. 또한 事務處理의 制限規定으로서 동법 제11조는 自治團體가 처리할 수 없는 國家事務를 열거하고 있는데, 그 國家事務의 內容들은 거의 國家全般에 걸쳐있는 包括的인 것이지만, 現代國家 특히, 우리나라와 같이 中央集權的 統治構造가 엄존하는 국가에서는, 아무리 局地的인 事件이라도 全國家的인 複合성을 띠게 되고 대부분의 國家事務는 지방에 絶對적으로 영향을 미치기 때문에, 이 조항의 硬直性 또는 硬直된 解釋은 地方自治團體의 自治權의 領域을 극소화시킬 우려가 있다는 점을 강조 하였다. 물론, 이 條項은 국가는 結果적으로 自治團體에 대하여 국가사무를 强要할 수 없다는 意味와 自治團體는 國家事務를 처리할 수 없다는 二重的인 意味를 갖고 있다고 볼 수 있다. 그러나 地域水準의 문제가 全國家的 意味를 가질 때<sup>275)</sup>, 그리고 國家的 問題가 한 地方에 絶對적으로 영향을 미칠 때를 考慮해보면 국가사무 처리 禁止規定이라는 硬直性이 오히려 地方自治의 本質인 民主主義的 政治制度에 의한 中央과 地方의 調和로운 통합을 해칠 可能性을 크게 하리라 생각한다.

다음으로 憲法 제117조와 地方自治法 제15조의 “法令의 範圍”라는 規定에 根據해서 條例制定權의 限界를 살펴보았다. 먼저 地方自治法 제15조 但書 條項을 헌법 제117조의 “法令의 範圍안에서”와 관련하여 法律留保의 조항으로 해석할 경우, 實定法에의 充實을 기할 수 있어 國法秩序의 體系維持 및 國民의 基本權保障에 효과적일 수는 있으나, 自治權의 保障 또는 自治權의 신장을 통한 自治制度의 活性化 내지는 內實化를 소홀히 하는 결과를 초래할 것이라는 점을 지적하였다.

그리고 條例와 法令과의 관계에 있어서 條例의 制定事項에 대한 法令의 規定이 있는 경우 法令先占論에 의하면 特別한 委任이 없는 한 條例로써 規定할 수 없다는 주장이 支配的이었으나, 차츰 이 理論은 批判을 받고 修正的

275) 경북 울진군 核폐기장 후보지 선정문제와 관련하여 울진군의회 의원 전원사회로 이어지는 政府(科技處)와 울진군의 충돌은 國家의 事務가 일개의 地方自治團體에 절대적인 영향을 미친다는 점을 옹변하고 있다.

法令先占論이 등장하게 되었다는 점을 살펴보았다. 修正的法令先占論은 법령에 明白히 規定되었다고 解釋되는 경우에만 條例制定이 不可能한 '明白性の理論'과 地方自治團體의 固有한 事務領域은 법령의 規定의 有無에 관계없이 條例制定이 可能하다는 '法令 내소날 미니멈론'으로 나눌 수 있는데, 이것 역시 住民의 生存權保障에 충분하지 못하고 또한 그 範圍가 明確하지 않다는 批判이 가해지고 있다는 점을 밝혔다.

다음으로 條例制定의 근거는 憲法的 次元에서 基本權과 관련지어 규명되어야 하며, 基本權과 관련된 事項은 法令에 의해서도 침해받지 않고 獨自的으로 條例를 制定할 수 있다는, 憲法이 보장하는 地方自治 本質論에 입각한 새로운 理論의 展開를 밝혔다. 즉, 條例制定의 궁극적인 目的이 住民의 便宜와 基本權의 保障에 있다고 볼 때 住民生活의 向上을 위해서는 憲法的 次元에서의 基本權에 대한 규명을 철저히 하여 地方自治團體가 獨自的으로 制定할 수 있는 條例의 範圍를 확대하는 것이 要望된다 하겠다. 그러기 위해서는 住民의 基本權에 관한 研究가 先行되어야 할 것이나, 優先的으로 住民의 生存權과 밀접한 關聯이 있는 基本權의 擴大는 憲法解釋論으로, 또는 立法論으로 피할 수 있으리라 본다.

마지막으로 條例의 範圍와 限界를 일탈하는 條例制定 행위에 대한 統制 必要성과 그 統制의 適切성을 모색한다는 차원에서 條例의 통제를 살펴보았다.

行政的 統制의 경우, 아직 과거의 後見的 國家監督에서 벗어나지 못했다고 볼 수 있다. 먼저, 事前承認의 경우에 있어서도 全國的인 統一性維持 側面에서 그것이 適法하다고 하나, 地域 特性에 맞게 條例를 制定해야 한다는 측면에서 볼 때 문제점이 있다는 점을 지적하였다. 再議要求의 경우에 있어서도, 國家行政廳에게 法的 優越的 地位를 부여하는 것과 地方自治團體에 대해 監督關係를 구성하는 것도 可能하나, 그 監督(統制)의 限度를 고찰함에 있어서는 언제나 憲法이 前提로 하고 있는 國家와 地方自治團體間의 民主的 統治構造를 유념해야 할 것이다.

즉, 國家와 地方自治團體의 관계는 對等한 協力·協同關係라는 憲法規範

의 관점을 견지하면, 國家가 地方自治團體에 대한 矯正的·權力的 統制手段은 具體的 事務에 대응하여 合法性의 保障에만 機能할 수 있는 것으로 보아야 하며, 合目的性의 保障機能은 憲法의 許容하지 아니하는 것이라 할 수 있다. 따라서 一般的 矯正的合法性의 統制는 원칙적으로 許容되지 않는다고 할 것이다.

또한 現行 地方自治法은 주민의 直接參與에 대해서 적실한 配慮를 하고 있지 않기 때문에 住民自治의 理念의 觀點에서나 代議制의 運營에 부수되는 缺陷을 보충하기 위해서도 舊 地方自治法에서 인정했던 訴請制度和 住民召還制度(Recall) 등을 도입하는 문제를 신중히 考慮할 必要가 있다는 점과 現行 立法豫告方法이 현실적이지 못하다는 것을 지적하였다.

## 제 2 절 向後의 課題

條例란 地域特性에 맞도록 地方自治團體마다 각기 다르게 規律함을 그 特質로 하고 있음을 감안해야 한다. 그 內容이 憲法 또는 法令에 정면으로 抵觸하는 경우는 論外로 하더라도, 그 外의 境遇에는 可能한 한, 地域性을 살려서 地方自治團體의 自主性을 尊重하는 것이 地方自治의 本質에 따르는 條例制定의 趣旨일 것이다.

특히 최근에 등장한 環境問題·都市問題 등 全國에 걸친 廣範圍한 問題發生은 中央政府로서의 國家의 역할을 더욱 增大시키고 있으나, 住民의 自律性과 地域의 特殊性을 감안하여 볼 때, 또한 이들 問題에 迅速히 對應하고 보다 效果的이고 直接的인 對應을 위해서는 各 地方自治團體의 特殊性에 기반한 條例制定이 요구된다. 즉 公害規制問題·自然保護問題 등 주민의 福利와 直結되는 事項 등에 대해서는 條例에 대한 法律留保의 原則은 물론이요, 法令優位의 사상에서 탈피하여 條例優位의 사상으로 그 觀點을 바꾸어 나가야만 할 것이다.

요약컨대, 지방자치단체의 條例制定權의 範圍는 다음과 같은 理論的, 實際的인 根據에 터잡아 擴大되어야 한다. 먼저 이론적으로 볼 때, 地方自治制度를 보장하고 있는 憲法 關聯規定은, 내실있게 解釋, 運用되어야 한다. 그

리고 실제적으로 볼 때, 現代 福祉國家의 전개가 심화됨에 따라 이에 동반하여 제기되고 있는 住民의 基本權과 各 地方의 均等하고도 효율적인 발전을 담보하기 위해서도 지방자치단체의 조례제정권의 범위는 擴大되어야 한다.

지방자치단체의 條例制定權의 範圍를 확대하기 위해서는 첫째, 地域事務에 관한 한 국가의 立法政策 여하에 관계없이 地方自治團體에 유보하는 것이 바람직 하다. 이것은 지역사무에 관한 關聯法令의 사려깊은 改定作業을 要한다는 것은 두말할 나위가 없다. 이와 같은 법령 改定作業은, 법령의 名文規定에 反하여 무리하게 條例에 의하여 소기의 목적을 달성하려는 地方自治團體의 행위를 지양케 함으로써 法體系의 보호에도 기여하리라 본다. 그리고 둘째로, 地方自治制度의 實質的 趣旨를 보장하는 방향으로 현행 行政慣行이 改善되어야 할 것이다. 우리 나라의 法 및 行政現實을 고려해 볼 때 이것의 중요성을 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다.

그럼에도 불구하고, 실제 조례의 제정은 各 地方自治團體의 창조적인 發議보다는 국가의 法令制定과 改廢라는 타율적 배경에 좌우되고 있으며, 특히 자치단체 내부적으로도 地域實情과는 상관없이 中央準則에 의한 조례안을 執行機關에 의해 지방의회에 부의하는 경우가 압도적이라는 것이다. 이러한 사실은 조례의 제정에 있어 各 地方自治團體의 특수한 환경이 고려되기보다는 中央支配에 의한 劃一化가 지대한 영향을 미침으로써 지방(자치단체)의 自主性이나 獨自性이 보장되지 못하고 있음을 뜻한다.

政治·經濟·社會的으로 격변기에 처하고 있는 現時點에 있어서 住民生活에서 발생하고 있고, 발생하게 될 各樣各색의 문제에 대한 효율적이고도 형평에 맞는 해결에 대한 필요성이 증대하고 있는 현실을 고려한다면, 中央政府의 支配가 強하게 투영되고 있는 現在의 條例制定 節次를 시급히 수정·보완해야 할 것이다.

## 參 考 文 獻

### 1. 國內文獻

#### 가. 單行本

京畿道 法務擔當官室, 「地方自治와 法務行政」, 등우사, 1989.

權亨星, 「憲法學 原論」, 서울: 法文社, 1989.

金南振(a), 「行政法の 基本問題」, 서울: 法文社, 1989.

——(b), 「行政法 II」, 서울: 法文社, 1989.

金道程, 「一般 行政法(上), (下)」, 서울: 靑雲社, 1988.

丘乘期, 「註解 地方自治法」, 서울: 博英社, 1991.

金哲洙, 「憲法學 概論」, 서울: 博英社, 1988.

金亨培, 「地方自治叢書 3」, 서울: 韓國自治新聞社, 1991.

朴奉國, 「條例立法의 理論과 實際」, 서울: 莊園出版社, 1992.

愼保晟, 「現代 行政法の 理論」, 서울: 校學研究社, 1988.

李琦雨, 「地方自治行政法」, 서울: 法文社, 1991.

安溶教, 「韓國憲法」, 서울: 考試研究社, 1986.

尹世昌, 「行政法(下)」, 서울: 博英社, 1988.

鄭世煜, 「地方行政學」, 서울: 法文社, 1991.

- 鄭在吉, 『地方議會論』, 서울: 博英社, 1991.
- 張志浩, 『西獨地方自治論』, 서울: 大旺社, 1987.
- 趙昌玄, 『地方自治 理論과 實在』, 서울: 東亞日報社, 1990.
- 崔昌浩, 『地方自治制度論』, 서울: 三英社, 1989.
- 許 營(a), 『憲法理論과 憲法(中)』, 서울: 博英社, 1989.
- (b), 『韓國憲法論』, 서울: 博英社, 1990.
- 洪井善, 『地方自治法論』, 서울: 博英社, 1991.
- 韓國法制研究院(研究者: 吳峻根), 『獨逸自治法制研究1』, 研究報告91-15, 1991.
- 憲法裁判所, 『憲法論叢』 第2輯, 1991.

## 나. 論 文

- 姜京根, “憲法上 地方自治의 本質과 形成基準”, 韓國公法學會 編, 『公法研究』, 第18輯, 1990.
- 權秀山, “地方自治法제의 改善方案研究”, 『法制』 第309號, 1992. 10.
- 金南振(a), “地方自治團體의 條例制定 範圍와 限界”, 『地方行政』, 第14卷, 第12號.
- (b), “條例制定權의 限界”, 『司法行政』, 1968. 2.
- (c), “地方自治團體의 事務와 權限” 『考試界』, 1988. 5.
- (d), “條例와 法律留保原則과의 關係”, 『考試研究』, 1993. 5.

- (e), “條例에 의한 營業의 規制”, 『考試界』, 1969. 1.
- (f), “代議民主制와 市民參與”, 『自治行政』, 1992. 9.
- (g), “自治立法權의 保障과 統制”, 『考試行政』, 1991. 4.
- 김병국, “뒤돌아 본 地方議會 1年과 나아가야 할 地方自治制의 方向,” 『地方自治』, 現代社會研究所, 1992. 8.
- 金元主(a), “自治立法權”, 『考試界』, 1989. 5.
- (b), “地方自治團體의 自治立法 制定權”, 韓國公法學會 編, 『公法研究』, 第18輯, 1990.
- 金學魯, “中央政府와 地方政府間의 合理的 事務配分”, 『地方과 行政研究』 第3卷, 第2號, 釜山大 行政大學院, 1991.
- 金鐵容, “地方自治團體에 대한 國歌의 關與”, 韓國公法學會 編, 『公法研究』, 第18號, 1990.
- 李輔泳, “地方自治團體의 條例制定權에 관한 研究”, 朝鮮大學校 博士學位論文, 1991
- 李尙圭, “새 地方自治法의 地位와 權限”, 『考試界』, 1988. 5.
- 梁容植, “自治立法權의 範圍”, 『法制月報』 1967. 6.
- 金鎔珍(a), “條例案에 대한 地方自治團體의 長의 再議要求 등에 관한 一般의 人 基準”, 1991. 10. 20, 『法制』 第353號.
- (b), “地方自治團體의 自治立法權에 관한 考察”, 1988. 7. 31, 『法制』, 第237號
- 金承烈, “條例·規則의 立法限界”, 『法制』 第260號, 1989. 3. 20
- 南載億, “基礎自治團體의 自治立法 過程模型 設定”, 慶北大學校 碩士學位論文, 1991
- 南基煥, “西獨憲法上의 地方自治行政權의 保障”, 『公法研究』 第18輯, 1990.

- 閔京植, “條例制定權의 範圍와 限界”, 「法學論文集」第18輯, 中央大學校 法學研究所, 1983
- 孟長燮(a), “地方自治團體에 대한 國家監督,” 『考試界』, 1988. 5.
- (b), “地方自治團體의 自治法規”, 「月刊考試」, 1991. 6.
- 朴俸國, “1993地方議會制度 發展 討論會”, 「自治行政」, 韓國地方自治研究所, 1993. 2.
- 朴東緒, “自治화와 地方自治, 行政의 改革” 「研究論集」第22輯, 中央公務員敎育院, 1992, p. 91.
- 朴源永(a), “條例制定權의 本質과 限界” 「月刊考試」, 1985. 4.
- (b), “條例의 法理에 관한 研究,” 『東亞法學』, 1985.
- 朴鈞沂, “條例의 法令과 限界”, 「考試界」, 1992. 11.
- 徐元宇(a), “國家와 地方自治團體의 關係”, 「考試界」, 1992. 2.
- (b), “條例制定權의 範圍와 限界”, 「考試界」, 1993. 3.
- (c), “地方自治法 第20條 削除問題”, 「自治行政」, 地方行政研究所, 1993. 3.
- (d), “條例에 의한 罰則定立權 논의”, 「地方自治研究」第2卷 第2號, 1990. 12.
- (e), “憲法과 地方自治”, 「自治研究」, 韓國地方自治研究所, 1993. 9.
- (f), “國家機能과 自治團體의 再分配” 「考試研究」, 1989. 7.
- (g), “憲法과 地方自治”, 「自治研究」, 韓國地方自治研究所, 1993. 9.
- (h), “地方自治法 第20條 削除問題”, 「自治行政」, 地方行政研究所, 1993. 3.
- (i), “條例에 의한 罰則定立權 논의”, 「地方自治研究」第2卷 第2號, 1990. 12.

- 신정원, “國歌와 地方自治團體, 地方自治團體 相互間, 地方議會와 團體長間의 紛爭發生 防止裝置 研究”, 「法制」, 第349號, 1992.
- 辛奉起(a), “機關訴訟과 權限爭議”, 「考試研究」, 1991.
- (b), “權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察” 「憲法論叢」第2輯, 憲法裁判所, 1991.
- 安成浩, “우리나라의 地方分權化 水準” 「韓國行政學報」第26卷 第4號, 韓國行政學會, 1993, p. 1313.
- 李琦雨(a), “地方自治團體의 條例制定權과 法律留保의 原則”, 「지방자치」, 現代社會研究所, 1992. 9.
- (b), “國家監督手段으로서의 承認留保”, 「地方과 行政研究」第5卷 第2號, 韓國地方行政研究院, 1990.
- (c), “機關訴訟” 「考試界」, 1992. 11.
- (d), “1993 地方議會制度 發展討論會”, 「自治行政」, 地方行政研究所, 1993. 3.
- 李康燮, “地方自治와 法律의 留保 - 특히 自治立法權과 관련하여,” 「考試研究」, 1988. 8.
- 李周熙, “地方自治團體의 條例制定權의 性質과 範圍”, 現代社會研究所, 「自治行政」, 第3권 第1號, 1993.
- 李聖德, 「釜山經濟開發戰略과 地方自治에 관한 研究」, 釜山商工會議所, 1991.
- 俞鳳永, “地方議會와 自治團體長의 役割 分擔과 보안課題”, 「地方行政研究」, 第4卷 第2號, 1992.
- 尹良洙, “地方自治에서의 自治領域 問題”, 「我羅論叢」, 第2輯, 濟州大學校 行政大學院, 1992.
- 임병수, “自治法規의 體系 및 規律範圍에 관한 一般的 基準樹立,” 「法制」第357號, 1991. 10. 30.

- 鄭準茲, “條例制定에 관한 小考”, 「判例月報」, 1993. 2.
- 최봉석, “地方自治團體에 대한 行政 統制”, 「地方自治」, 1992. 8.
- 최진, “光州 西歐議會 敗訴判決, 무엇을 남겼나”, 「地方自治」, 1992. 9.
- 千柄泰(a), “地方議會의 地位와 權限”, 「考試界」, 1988. 5.
- (b), “地方自治團體의 自治立法權의 爭點과 發展方向”, 「自治行政」, 1989.
- 許營, “地方自治에 관한 憲法 理論 照明”, 「公法研究」, 第13輯, 1985.
- 洪井善(a), “條例와 侵害留保”, 「考試界」, 1993. 3.
- (b), “條例의 觀念과 그 保障方法”, 「月刊考試」, 1991. 1.

## 2. 外國文獻



- 成田賴明·田上穰治, 『體系憲法事典』, 東京: 유신당, 1968.
- 成田賴明 編, 「行政法の爭點(新版)」, 東京: 有斐閣, 1990.
- 岩崎忠夫, 「條例と規則」, 東京: きょうせい, 1989.
- 山田幸男, 「行政法の展開と市民法」, 東京: 有斐閣, 1976.
- 高田敏·村上義弘, 「地方自治法」, 東京: 青林書院, 1976.

- 高田敏, “條例論”, 「現代行政法大系-8-」東京:有斐閣,1984.
- 關哲夫, “條例制定權의 限界”, 「行政法の争點(新版)」,有斐閣,1990.
- 小高剛, “條例の機能と限界”, 現代社會と自治制度の變革,1974.
- 秋田周(a), “條例と規則”, 「現代地方自治全集 6」,ぎょうせい,1977.
- (b), “地方公共團體の事務・機關委任事務”, 「現代行政法大系8」,東京:有斐閣,1983.
- (c), “條例制定權の限界に關する- 考察”, 「都市問題研究」.
- 杉原泰雄, “地方自治權の本質” 「法律時報」第48卷 第2號, 東京:日本評論社,1976.
- 室井力, “公害行政における法律と條例” 「現代行政法の原理」,東京:有斐閣,1973.
- 鹽野 廣, 「國と地方公共團體」東京:有斐閣,1990.

## (2) 英美獨係

-  제주대학교 중앙도서관  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY
- Blümel, Willi, Wesensgehalt und Schranken des Kommunalen Selbstverwaltungsrechts, in von Mutius(Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, S.265 ff.
- Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1,10 Aufl., C.M. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1973.
- Griffith, Ernest S., The American System of Government(6th.), London: Methuen, 1983.
- Knemeyer, F.L., Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, in Kaiser, J

.H., (Hrsg. ), Verwaltungs Wissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Baden - Baden, 1983.

Maunz, T./Durig, G./Herzog, R., Grundgesetz, 4. Aufl. (Lieferung 20-45), München 1961 (Maunz/Durig/Herzog).

Pagenkopf, H., Kommunalrecht, 2. Aufl., Bd. 1: Verfassungsrecht, Köln/Berlin/München, 1975.

Schmidt, C., Verfassungslehre, 5. Aufl., Berlin 1970 (unveränderter Nachdruck der 1. Auflage, München/Leipzig, 1928).

Schmidt-Aßmann, Eberhard., Kommunalrecht, in: v. Munch (Hrsg. ), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S. 97 ff.

Seewald, O., Kommunalrecht, in Udo Steiner, (Hrsg. ), Besonderes Verwaltungsrecht, 1988.



---

—**ABSTRACT**—

A Study on The Legislative Power of Bylaws Exercised  
by Local Government

- Primarily Relating to the Extents and the Limits -

Dae-Lim Moon  
Department of Law  
Graduate School  
Cheju National University



It is the purpose of this study that by means of exploring the domains of bylaws which cannot be violated by laws and ordinances, this study contribute to efficient management of present local self- government systems.

The appropriate interpretation of the relation between the article 117 of the constitution and the article 15 of the law of local autonomy, and the adequate interpretation of the principle of reservation to law are mainly handled.

That is to say, the principal issues that are mainly dealt

with are 1) whether local governments can fill up the blank in the case that laws and ordinances about related matters are insufficiently-ambiguously prescribed, and 2) whether local governments independently deal with their works in case that laws and ordinances already prescribe the related matters .

The development of examinations this study is as follows.

#### Chapter 1.

For the purpose of this study, namely, for the purpose of expanding self-governing domains of local self-governing bodies I introduced the method of interpretation of law, comparative law, and legislative policy. .

#### Chapter 2.

The legislative power of bylaws : Guarantee of local self-government from the viewpoint of the constitution is on the premise that the relations for central government to local governments bodies are coordinate. Therefore, it is proper that bylaws should be regarded as in due degree independent norms.



---

### Chapter 3.

The extents and the limits of the legislative power of bylaws : In consideration of the cooperative relation for the central government to local governments, the work is rationally distributed between the central government and local governments. By means of it, we can break from the principle of superior status of laws and ordinances, and constitutionally guarantee local self-government.

### Chapter 4.

The control of bylaws : The controlling articles of the legislative power of bylaws are coincident with the contents of legislative power of bylaws which is constitutionally protected. Namely, remedial-authoritative control by the central government should be done only for the guarantee of lawfulness.



### Chapter 5.

Allowing local governments legislative power of bylaws is essential means to guarantee of human rights of local residents and revitalization of local self-government.