한국법제연구원-한국국가법학회
공동학술대회

『조례입법의 발전을 위한 공법적 과제』

일시 | 2015. 12. 16(수) 13:30-18:00

장소 | 순천대학교 박물관 시청각실

주최 : 한국법제연구원 · 한국국가법학회 · 순천대학교 법학연구소

한국법제연구원 KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

(사)한국국가법학회 National Public Law Association of Korea

순천대학교 법학과 Sunchon National University Fulfill your Future Vision

한국국가법학회 제55회 학술대회 및 2015년 정기총회 프로그램』

12 : 30-13 : 30 상임이사회

13 : 30-14 : 00 등록

14 : 00-14 : 10 개회 안주열 총무이사(한국국가법학회, 서남대 교수)
개회사 : 김희곤 회장(한국국가법학회, 우석대 교수)
환영사 : 이 원 원장(한국법제연구원)
환영사 : 박진성 총장(순천대학교)

제1부) 사 회 : 한귀현 교수(순천대)

14 : 10-14 : 55 **제1주제 : 조례입법평가의 현황과 과제**
발 표 : 김수연 박사(시도지사협의회)
토 론 : 조인성 교수(한남대)
심영배 박사(전북의정회)
윤계형 박사(한국법제연구원)

14 : 55-15 : 40 **제2주제 : 광주광역시 조례입법평가에 관한 연구**
발 표 : 배건이 박사(한국법제연구원)
토 론 : 정 훈 교수(전남대)
이창용 의원(순천시의회 부의장)
유종민 교수(서해대)

15 : 40-16 : 00 휴 식

제2부) 사 회 : 김성수 교수(연세대)

16 : 00-16 : 40 **제3주제 : 조례와 법률의 관계**
발 표 : 조성규 교수(전북대)
토 론 : 정병곤 교수(남부대)
최 유 박사(한국법제연구원)

16 : 40-17 : 20 **제4주제 : 조례의 사법적 통제의 범위와 한계**
발 표 : 김남욱 교수(송원대)
토 론 : 최철호 교수(청주대)
김도승 교수(목포대)

제3부) 사 회 : 안주열 총무이사 교수(서남대 교수)

17 : 30-18 : 00 **정기총회 및 폐회 (사진촬영)**

18 : 00-19 : 30 **만 찬**

차 례

● **개회사** ····· 1

● **환영사** ····· 2

● **발표 및 토론**

제1주제 : 조례입법평가의 현황과 과제 ····· 3

발 표 : 김수연 박사(시도지사협의회) ····· 5

토 론 : 조인성 교수(한남대) ····· 20

심영배 박사(전북의정회) ····· 21

윤계형 박사(한국법제연구원) ····· 22

제2주제 : 광주광역시 조례입법평가에 관한 연구 ····· 25

발 표 : 배건이 박사(한국법제연구원) ····· 27

토 론 : 정 훈 교수(전남대) ····· 49

이창용 의원(순천시의회 부의장) ····· 52

유종민 교수(서해대) ····· 53

제3주제 : 조례와 법률의 관계 ····· 57

발 표 : 조성규 교수(전북대) ····· 59

토 론 : 정병곤 교수(남부대) ····· 78

최 유 박사(한국법제연구원) ····· 79

제4주제 : 조례의 사법적 통제의 범위와 한계 ····· 83

발 표 : 김남욱 교수(송원대) ····· 85

토 론 : 최철호 교수(청주대) ····· 108

김도승 교수(목포대) ····· 109

개 회 사

존경하는 학회회원님들 그동안 안녕하셨는지요.

2학기 개강이 엊그제 같은데 벌써 한해를 마무리하는 끝자락에 다가와 있습니다.

이번 제55회 학술대회는 『조례입법의 발전을 위한 공법적 과제』라는 주제로 한국법제연구원, 순천대학교 사회과학대학 법학과와 함께 공동으로 개최하게 되었습니다.

주지하다시피 올해는 30년 만에 부활된 우리 지방자치가 본격적으로 시행된 지 20주년이 되는 뜻 깊은 해입니다.

이에 우리 학회에서는 지난 제54회 학술대회(2015.7.9)에서는 『한국지방자치 20년의 회고-성과와 반성』이라는 주제로 4가지 소주제를 통해 큰 틀에서 지방자치 20년의 성과를 반추하는열띤 토론의 장을 마련한 바 있습니다.

그 뒤를 이어 이번 제55회 학술대회에서는 『조례입법의 발전을 위한 공법적 과제』라는 주제로 지방자치 분야 중 특히 중요한 분야의 하나인 조례입법 문제에 들어가 소주제로서 조례입법평가의 현황과 과제, 광주광역시 조례입법평가에 관한 연구라는 주제하에 조례입법평가의 현황을 살펴보고, 이러한 실증적 논의의 바탕위에서 다음으로 조례와 법률의 관계, 조례의 사법적 통제의 범위와 한계를 통해 조례입법의 바람직한 방향을 모색하고 있습니다.

이번 학술대회에는 관련 전문가인 학자 뿐 아니라 한국법제연구원의 수준 높고 역량있는 연구원은 물론이고 지방자치 실무 현장에서 활발히 활동하고 계시는 지방의회의원들도 발제와 토론에 참가하고 있어서, 이론적인 면 뿐 아니라 실제적인 면에서도 깊이있고 폭넓은 실증적인 논의가 활발히 이루어질 것으로 기대됩니다.

그리하여 이번 학술대회의 성과물은 비단 우리 학계의 소중한 자산에 머무르지 않고, 앞으로 우리나라 지방자치의 발전의 귀중한 자료로 활용될 것임을 믿어 의심치 않습니다.

특히 이번 학술대회의 소주제 중 하나인 조례입법평가 문제는 한국법제연구원에서도 큰 관심을 가지고 앞으로 중심 연구과제의 하나로 계속 추진할 계획 중에 있어서, 앞으로도 우리 학회와 더욱 활발한 교류의 장이 마련되리라 생각됩니다.

끝으로 이번 학술대회를 위해 여러 가지로 바쁘신 가운데서도 기꺼이 소중한 발제와 토론 그리고 사회를 맡아 주신 여러 분들께 깊이 감사드립니다.

또한 이번 학술대회를 공동으로 주최하고 여러 가지로 많은 도움을 주신 한국법제연구원 이원 원장님을 비롯한 관계자 여러분, 순천대학교 박진성 총장님 그리고 순천대학교 법학연구소장님을 비롯한 관계자 여러분께도 깊은 감사를 드립니다.

이울러 이번 학술대회를 준비하느라 애쓰신 조성규·정훈 학술이사, 안주열·한승훈 총무이사, 한귀현 상임이사, 설재영 총무간사, 유종민 출판간사 등 집행부 여러분에게도 깊은 감사를 드립니다. 감사합니다.

2015년 12월 16일

한국국가법학회 회장 김희곤

환 영 사

여러분 안녕하십니까? 한국법제연구원 원장 이원입니다. 이 자리에 참석해 주신 여러분을 진심으로 환영합니다. 특히 저희 연구원과 함께 이번 학술회의를 공동개최하게 된 한국국가법학회 김희곤 회장님과 회원 여러분, 귀한 장소를 내어주신 순천대학교 박진성총장님, 그리고 사회와 발표 토론 맡아 주신 여러분께 진심으로 감사드립니다.

저희 연구원은 국가의 입법정책수립을 지원하고 법률문화 향상에 기여하기 위해 설립된 한국 유일의 법제전문 국책연구기관으로서, 세계 각국에서 논의되는 다양한 입법이론과 실무를 분석하고 소개하며, 입법평가연구를 통해 실효성 있는 입법대안을 제시함으로써 한국의 입법문화의 발전을 위해 노력해 왔습니다. 또한 2013년 이후로 조례 입법평가에 관한 연구를 통해 조례 입법을 지원해왔습니다.

한편, 한국국가법학회는 20여년의 역사를 가진 유서깊은 학회로, 지역적인 이슈는 물론이고 전국적으로 문제가 되는 사항에 대하여 심도 깊은 연구와 발표를 이어옴으로써 지역사회와 국가사회의 안정과 통합에 기여할 적절한 해결책을 제시하는 등 활발한 활동을 이어오고 있습니다.

오늘 이 공동학술회의 역시 지역의 발전에 중요한 화두 중의 하나인 “조례입법의 발전을 위한 공법적 과제”라는 주제로 개최됩니다. 이러한 대주제 하에 최근 지방자치단체에서 활발하게 도입되고 있는 조례입법평가를 주제로 김수연 박사님과 배건이 박사님이 현황과 실제 사례로 나누어 발표를 해주시고, 조례와 법률의 관계 및 조례의 사법적 통제에 관한 사항을 각각 조성규 교수님과 김남욱 교수님께서 발표를 해주십니다. 오늘 공동학술회의에서의 논의역시 조례입법의 발전에 귀한 한걸음을 더하는 계기가 될 것으로 보입니다.

이번 회의를 계기로 저희 연구원과 한국국가법학회 회원님들간의 교류와 협력이 공고히 되도록 여러분들의 계속적인 관심과 지원을 부탁드립니다.

눈이 오는 등 궂은 날씨에도 공동학술회의에 참석해주신 여러분께 다시한번 감사드립니다. 감사합니다.

2015년 12월 16일

한국법제연구원장 이 원

발표 및 토론	1주제

조례입법평가의 현황과 과제

사　회 : 한귀현 교수(순천대)
발　표 : 김수연 박사(시도지사협의회)
토　론 : 조인성 교수(한남대)
　　심영배 박사(전북의정회)
　　윤계형 박사(한국법제연구원)

조례입법평가의 현황과 과제

전국시도지사협의회 책임연구원
김 수 연*

목 차

Ⅰ. 시작하며
Ⅱ. 조례 입법평가의 의의
Ⅲ. 지방자치단체 조례 입법평가의 현황 및 분석
Ⅳ. 중앙정부의 조례 입법평가 유사제도
Ⅴ. 조례 입법평가의 과제
Ⅵ. 마치며

Ⅰ. 시작하며

모든 제도와 규범은 긍정적인 부분과 부정적인 부분이 공존한다. 다만, 입법자로서는 부정적인 측면보다 긍정적인 효과가 큰 제도를 규범화하고 입법화하는 것이 의무라고 할 것이다. 그 긍정적인 부분은 수치상으로 드러나는 효과일 수도 있고, 눈에 보이지 않는 가치일 수도 있으나, 비교가능한 부분에서는 명확한 비교와 평가에 의해 선택하는 것이 필요하다. 이것이 이른바, '좋은 법'으로의 선택이다.

국가와 국민에 긍정적인 영향을 미치는 '좋은 법'을 만들고자 하는 노력은 법치주의 국가에서 당연한 일이다. 그러나 우리나라는 민주주의를 발전시키는 동안 제도화하고 규범화하는 절차에만 관심을 쏟은 것이 사실이었고, 그것조차도 수호해 오기 벅찼다. 그러나 이제 입법의 내용을 평가하여 보다 적실하고 조화로운 입법을 위한 노력을 기울일 때가 되었다는 점에 어느 정도 공감대가 형성되었다.

그동안 학계는 법률을 대상으로 하는 입법평가제의 도입에 관심을 두고 많은 논의를 진행해 왔다. 전 국민에게 일률적으로 영향을 미치는 법률의 품질을 향상시키고 각 분야별 미치는 영향에 대한 면밀한 검토를 통해 보다 좋은 법률을 만들기 위해 입법평가제를 도입하는 것이 필요하다는 입장에서 검토가 진행되어 왔다. 그러나 한편 입법평가가 국회의 입법권에 대한 제한 내지 의원입법의 위축과 제약을 가져올 것으로 우려하는 목소리도 존재하는 것이 사실인바, 부분적으로 재정이나 환경 등의 분야에 대한 영향을 평가하기도 하지만 아직까지 공식적 제도로서 모든 부분의 영향을 검토하는 제도로서 절차가 마련되어 있지는 않은 상황이다.

그런데 법률을 대상으로 하는 입법평가를 자치법규에 대하여 적용하고자 하는 논의가 조금씩 대두되고 있다. 이는 1995년 전국동시 지방선거 실시로 민선 지방자치가 부활하였고, 20여년의 기간 동

* 법학박사, 전국시도지사협의회 책임연구위원

안 지방자치를 시행하면서, 지방자치제도와 자치입법에 대한 관심이 증대되고 있다.

동시에 지방자치단체의 역량에 대한 지적도 제기되고 있다. 자치입법의 주체로서 지방자치단체의 입법역량 문제가 크게 개선되지 않고 있다고 지적하면서 자치입법역량 부족의 문제는 우리나라의 지방자치 역사에서 불가피한 부분이 있으나, 현재까지 근본적인 개선이 이루어지지 못하고 있고, 중소규모 지방자치단체의 경우에는 더욱 문제가 심각하다고 평가하고 있다.[1)]

이러한 상황을 지방자치단체나 중앙정부 모두 어느 정도 인식하고 있고, 이를 개선하기 위한 움직임들이 있다. 조례에 대하여 그 품질을 향상시키기 위해 입법평가를 실시하고자 하는 방안의 모색도 그 일환이라고 하겠다.

이 글에서는 입법평가에 대한 일반론을 기반으로, 법률을 대상으로 논하던 입법평가를 조례를 대상으로 적용하는 제도의 도입에 관하여 검토하고, 현재 개별 지방자치단체에서 시행하고 있는 제도에 대한 분석과 향후의 과제 등에 대해 논해보고자 한다.

Ⅱ. 조례 입법평가의 의의

1. 조례 입법평가의 의의

입법평가는 말 그대로 입법에 대한 평가를 의미하는 바, 일반적으로 입법적 성격을 지닌 국가적 조치에 대한 평가, 즉 실질적 의미에서의 법률에 대한 평가를 의미한다.[2)] 이러한 입법평가를 제도화한 입법평가제도는 법의 실효성의 관점을 중시하는 법사회학, 비용과 효용의 관점을 중시하는 법경제학의 기법을 입법에 포섭하여 입법행위의 실시, 효과에 관한 과학적 분석을 행하는 것이라 할 수 있다.[3)] 즉 입법평가제도는 법령의 제정.개정에 따른 영향을 사전 및 사후에 분석하고 평가하여 그 결과를 입법에 반영하는 것을 의미하는 것으로, 입법평가제도는 법률의 입안부터 법률안이 법률로서 시행된 이후 국민에게 미치는 효과까지 분석.평가하여 보다 나은 대안을 제시하는 제도를 의미한다.[4)]

이러한 입법평가는 통상 법률 내지는 법령에 적용하는 것을 전제로 논의하고 있는데, 지방의 자치법규인 조례를 대상으로 하여 입법평가를 실시하는 것을 '조례 입법평가'라 할 수 있다. 따라서 '조례 입법평가'는 조례가 미치는 모든 분야의 영향을 분석하는 것, 즉 재정적 측면, 환경적 측면, 양성평등의 측면, 규제적 측면, 행정집행적 측면 등 모든 측면에서 조례가 미치는 영향을 평가하는 것으로 정의할 수 있겠다.

현대사회에서 입법평가가 중요한 이유는 사회가 복잡 다변화하는데 그 이유가 있다. 사회의 이해관계가 다변화되고 있고, 복잡한 가운데 모든 국민(내지 일정한 지역 내의 모든 주민)을 대상으로 국가사회 전체에 효력을 미치는 규범에 대하여 면밀한 분석과 검토는 필수적이다. 이를 통해 입법의 부정적 효과를 상회하는 긍정적 효과가 발생하도록 규범화할 수 있기 때문이다. 그리하여 공동체 사회를

1) 문상덕, 자치입법의 현황 및 문제점과 발전방향, 법제연구(2009), 50쪽.
2) 박영도, 「입법학입문」, 한국법제연구원(2008), 534쪽.
3) 박영도, 위의 책, 537쪽.
4) 홍완식, 의원입법에 대한 합리적인 통제방안, 저스티스 제106호(2008), 114쪽.

위한 '보다 좋은 법(규범)'을 만들어 내기 위한 것이 목적이라고 할 수 있다. 각 분야에 걸친 면밀한 검토 없이 성급하게 이뤄지는 입법은 그 파급효과가 크고, 부정적 효과를 시정하기 위해 소요되는 사회적 비용이 많기 때문에 시행에 이르기 전 혹은 시행한 이후에라도 긍정적 효과가 부정적 효과를 압도할 수 있도록 유도하기 위함이다.

2. 입법평가의 필요성

사회구조가 복잡다원화하고 있고, 정보와 관련된 기술과 관련 산업이 발전함에 따라 입법에 관한 정보도 넘쳐나고 그에 따라 규범의 홍수상태가 계속되고 있다. 입법에 대한 평가는 '보다 나은 규범'의 선별을 통해 이러한 규범의 홍수상태가 계속되는 것을 방지하는 효과가 있다.[5)]

그러나 한편 입법평가는 입법자에게 입법 후 사후에 재심의를 할 수 있는 기회부여를 전제로 하는 것으로 입법의 질을 저하시킬 수 있고, 입법평가가 정당성을 갖고 일반화 될 경우 법률이 추구하는 가치보다 입법평가에 적응하려는 입법기술에 치우칠 우려가 있으며, 입법평가는 평가에 소요되는 비용이 추가되므로 비용을 충당하지 못할 경우 입법평가를 포기할 수 있으며, 형식주의 내지 절차주의로 흐를 소지가 있으며, 입법평가의 기준설정의 어려움으로 인해 자칫 무용지물이 될 수 있다는 점에서 부정적인 측면을 주시하기도 한다.[6)]

그러나 입법평가는 입법을 둘러싼 문제 상황을 정확히 파악하여 그 상세한 실태의 해명을 위한 적절한 예방수단과 효과적인 억제방법을 개발하기 위한 과정으로서 입법의 합리화 기능, 입법정책의 타당성과 정당성 확보, 과도한 입법에 대한 자기통제적 기능을 수행하는 긍정적인 면이 크다.[7)]

입법평가의 일반적인 기능은 조례에 적용할 경우에도 동일하게 나타난다. 즉 조례에 대한 입법평가의 실시를 통해 조례의 합리화, 정책의 타당성과 정당성 확보, 사전.사후의 자기통제적 기능을 확보할 수 있는 점은 법률과 조례에 있어 동일하다.

나아가 조례에 대한 입법평가가 원활히 제 기능을 할 경우에는 지방자치에 대한 주민의 신뢰도 제고도 동시에 이룰 수 있다는 점에서 긍정적 가치가 더 크다. 입법평가는 그 대상이 국회에서 제정하는 형식적 의미의 법률을 대상으로 하는 경우 전 국가적 차원에서 효력을 미친다는 측면에서 중요함을 당연한 것이고, 일정한 지역 내에서 지역 주민의 복리에 관한 사무를 규정하는 조례 역시 그에 대한 영향의 평가도 의미가 있다 할 것이다.

3. 입법평가의 시기[8)]

입법평가는 그 평가의 실시 시기에 따라 일반적으로 사전평가, 병행평가(중간평가), 사후평가의 3단계로 나눌 수 있다. 규율대안을 기초로 한 사전적인 평가절차인 사전평가, 초안의 법형식을 기초로

5) 제주발전연구원, 제주특별자치도 조례에 대한 입법평가제도 도입 방안, 제주발전연구원 현안연구(2012), 79쪽.
6) 제주발전연구원, 위의 책, 80-81쪽.
7) 자세히는 강장석, 의원입법 실태 및 효율화 방안에 관한 연구, 국회사무처(2006), 104-105쪽.
8) 이에 대한 논의는 법률을 대상으로 한 기존 입법평가제의 논리를 차용하였다. 입법작용에 대한 평가시기에 따른 분류라는 점에서 법률과 조례에 대한 다른 기준을 적용할 필요성은 없다고 판단된다.

한 사전적인 부가평가인 병행평가, 통용되는 법령의 효력을 기초로 한 회고적 평가절차인 사후평가로 구분된다.[9] 법률에 대한 입법평가의 분류를 조례에 적용하여 보면 다음과 같다.

구체적으로, 사전평가는 입법의 초기 단계, 즉 조례안의 초안이 만들어지는 단계에서의 평가를 의미한다. 사전평가를 시행하는 경우에는 조례안의 초안 단계에서부터 평가의 결과를 반영하여 보다 객관적인 입법이 가능하다는 장점이 있다. 그러나 사전평가는 본질적으로 예측불확실성이 수반되고, 입수된 정보의 불충분으로 인해 정확한 평가를 하기가 어렵다는 점이 문제가 생길 수 있다. 또한 사전평가라는 특성상 시간적 제약이 존재하고, 초안이 만들어지는 단계에서의 평가로 인하여 초안의 성립을 어렵게 하는 결과를 낳을 수도 있다. 게다가 자치법규 입법역량이 부족하다는 평가를 받는 소규모 지방자치단체의 경우 지방의회 입법활동의 위축을 가져올 우려도 있다.

병행평가는 조례안의 초안이 만들어진 단계에서 초안에 대한 평가 또는 일부 시범적으로 적용하여 병행하여 평가하는 것을 의미한다. 이는 조례안이 당초에 의도하였던 입법목적을 달성하는데 충분한지, 예측하지 못한 부작용이나 문제점은 없는지 등을 초안단계에서 점검하고 평가하는 것이다. 이러한 중간적 평가를 통해 조례의 시행에 따른 사회적 변화, 입법목적의 달성 여부 등의 추이를 보다 정확하게 예측함으로써, 문제점을 검토하여 보완방안을 적시에 준비하는데 도움을 줄 수 있을 것이다. 그러나 사전평가와 병행평가는 이중의 평가가 될 수도 있어 주의가 필요하다.

사후평가는 조례의 시행 이후 일정한 시간이 지난 이후의 시점에서 조례에 대한 평가를 실시하는 것이다. 조례의 실시로 인하여 나타나는 효과 등을 실증적 자료를 통해 검증할 수 있고, 특히 사전평가에서 행한 예측의 타당성을 검증할 수 있다. 실증적 자료에 의한 적절한 평가를 통해 그 결과를 다시 반영하여 문제점은 개선하고 새로운 조례안을 준비할 수 있게 된다.

Ⅲ. 지방자치단체 조례 입법평가의 현황

1. 조례 입법평가 현황 개요

지방자치단체는 규제영향, 성별영향, 환경영향, 사전재해영향성, 지방재정영향, 교통영향 등 분야별로 개별 조례를 제정하여 정책에 대한 분석과 평가를 실시하여 왔다. 예를 들어, 「환경영향평가법」 제42조에 의해 환경영향평가 실시 조례를 제정하여 실시하고 있다. 또 「성별영향분석법」 제5조에 따라 개별 시도는 조례와 규칙 등에 대하여 성별영향분석평가를 시행하고 있다.

그러나 조례에 관하여 영역별이 아닌 전반적인 입법평가를 하는 것은 2013년 이후부터이다. 전국에서 입법평가 조례를 제정하고 있는 곳은 광역자치단체 4곳과 기초자치단체 8곳이다.[10] 구체적으로 광역은 「경기도 자치법규 입법영향분석 조례」, 「부산광역시 조례 입법평가 조례」, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」, 「제주특별자치도 자치법규 입법평가 조례」 등 4개 이고, 기초지방자치단체는

9) 박영도, 「입법평가의 이론과 실제」, 한국법제연구원(2007), 131쪽.

10) 이하의 지방자치단체 입법평가 현황은 성별영향 평가 혹은 환경영향평가, 지방재정영향평가, 사전재해영향평가 등 부문별 영향평가에 대한 조례는 제외하고 종합적 입법평가를 규정하고 있는 지방자치단체의 조례를 대상으로 분석 제시하였음을 밝힌다.

「대구광역시 수성구 조례 사후 입법평가 조례」를 비롯한 부산광역시 수영구, 사상구, 금정구, 북구와 대구광역시 수성구, 전북 익산시, 충북 제천시, 충남 아산시 등 8개 기초 자치단체가 입법평가 조례를 제정하여 시행하고 있거나, 시행할 예정이다. 이하에서 12개 지방자치단체의 입법평가 조례의 구체적인 내용을 중심으로 분석하기로 한다.

입법평가 조례를 제정하지 않고, 자치법규 제정 조례 내에서 조례안에 대한 평가제도를 규정하고 시행하고 있는 자치단체는 서울시를 비롯하여 9개 자치단체에 이르고 있다. 대표적으로 서울시는 「서울특별시 자치법규의 입법에 관한 조례」에서 별도의 입안심사 기준표에 따라 입법안을 평가 및 심사하도록 규정하고 있어, 절차의 차이는 있다 할지라도 실질적으로는 입법평가를 실시하고 있는 것으로 볼 수 있다.

2. 지방자치단체 조례 입법평가 조례 분석

(1) 조례 입법평가 조례의 제정

광역지방자치단체 중 조례 입법평가를 조례로 정하고 있는 곳은 「경기도 자치법규 입법영향분석 조례」, 「부산광역시 조례 입법평가 조례」, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」, 「제주특별자치도 자치법규 입법평가 조례」 등 4개 시.도이다. 이 중 광주광역시가 2013년에 제정하여 가장 먼저 조례에 대한 입법평가제를 도입하였다. 경기도는 2014년 1월에 제정, 7월에 시행하였고, 부산광역시는 2015년 1월, 제주특별자치도는 2015년 8월에 제정하였다.

기초지방자치단체는 부산광역시 수영구와 사상구는 2015년부터 시행하여 왔고, 금정구는 2016년, 북구는 2017년부터 시행하도록 규정하고 있다. 대구광역시 수성구는 비교적 이른 시기인 2013년 11월부터 조례 입법평가 조례 제정하여 시행하였고, 전북 익산시는 2015년 2월, 충남 아산시는 2015년 9월에 각각 제정하여 시행하였으며, 충북 제천시는 2015년 8월에 제정하였으나 시행은 2016년 2월부터 하는 것으로 유예기간을 두고 있다.

(2) 조례 입법평가 조례의 목적

이들 지방자치단체의 조례 입법평가 조례는 대체로 비슷한 내용을 규정하고 있는바, 입법목적 역시 모두 동일하게 규정하고 있다. 이들 조례에서 밝히고 있는 조례 입법평가 조례의 입법목적은 당해 지방자치단체 조례의 실효성 확보와 시민의 권익신장 내지 삶의 질을 높이는데 있다고 밝히고 있다. 경기도의 경우에는 경기도의회 의원의 입법활동을 지원하는 것도 입법목적으로 명시하고 있다. 이러한 목적 규정에서 비추어 보건대 궁극적으로 조례에 대한 평가는 지역주민의 이익으로 연결되어야 하고 이것이 더 좋은 조례를 판단하는 가장 핵심적인 기준이라는 의미로 해석할 수 있다.

(3) 조례 입법평가의 시기

현재 경기도를 제외하고, 지방자치단체에서 제정하고 있는 11개 조례 입법평가 조례는 모두 사후

평가만을 내용으로 하고 있다. 입법평가 조례는 모두 목적 조항에서 '사후 입법평가'에 관한 사항의 규정하는 것을 내용으로 하거나 혹은 또는 입법평가의 정의조항에서 '"입법평가"란 시행되고 있는 조례에 대하여 입법목적의 실현성, 실효성 등을 평가하는 것을 말한다.'고 규정함으로써 그 대상이 명백히 시행 이후의 조례에 대한 사후 평가만을 실시한다는 점을 명백히 밝히고 있다.

경기도의 경우에는 '입법영향분석'이라는 용어를 사용하면서 자치법규의 실효성·적합성 등에 대하여 사전 또는 사후에 입법의 영향을 분석하는 것을 정의하여 사전 입법평가와 사후 입법평가를 모두 규정하고 있다.

(4) 조례 입법평가의 대상

제정되어 있는 조례 입법평가 조례는 입법평가의 대상에서 기관설치, 조직운영, 업무분장, 문서관리 등 단순 기술적인 내용의 조례와 상위법령에서 위임한 조례 그리고 시행일로부터 2년이 지나지 않은 조례는 모두 제외하고 있다. 익산시와 아산시는 최초제정일 또는 전부개정일로부터 4년이 지나지 않은 조례를 제외하고 있다. 경기도는 사전.사후 평가 모두 기관설치·조직운영·업무분장·문서관리 등 기술적 내용의 조례는 제외하고, 사후 평가는 시행 후 2년이 지난 조례를 대상으로 하고 있다.

2년, 3년 또는 4년의 기간의 차이가 일부 있으나, 각 지방자치단체는 입법평가의 대상에서 일정기간 시행을 한 이후의 조례에 대해서만 입법평가를 시행하는 것으로 규정하고 있고, 이는 사후 입법평가의 측면에서 볼 때, 조례 시행 이후 일정기간의 경과 후에야 비로소 그 조례의 성과 내지 효과를 분석할 수 있기 때문인 것으로 이해된다.

(5) 조례 입법평가의 주체

현재 제정된 입법평가 조례만을 대상으로 보면, 입법평가의 주체를 단체장으로 하는 경우와 의회로 하는 경우로 나눌 수 있다. 단체장을 입법평가의 주체로 하는 경우에도 별도의 입법평가위원회를 구성하여 운영하는 경우와 단체장이 책무로서 입법평가를 시행하도록 하는 경우로 나뉜다.

광역자치단체 중 광주광역시와 부산광역시는 단체장이 평가주체이고, 별도의 입법평가위원회를 구성하여 입법평가를 실시하도록 하고 있다. 입법평가위원회의 구성면에서는 의회에서 추천한 인사가 포함되도록 하고 있는 경우가 다수이다. 그러나 제주특별자치도의 경우에는 입법평가를 도의회에서 시행하도록 하고 위원회 역시 도의회 소속으로 하며, 위원회의 인적 구성에 있어서도 집행부 측 인사는 고려하지 않고, 단체장으로부터 추천도 받지 않는 것으로 구성되어 있다. 경기도의 경우에는 사전 입법영향분석과 사후 입법영향분석을 구분하여 사전 입법영향분석은 소관 상임위원회 전문위원이 하도록 하고, 사후 입법영향분석은 경기도의회 의원 입법 활동 지원 위원회에서 실시하도록 규정하여 세부 구성에 있어서는 차이가 있으나 원칙적으로 도의회가 주체가 되어 사전.사후 입법평가를 실시하는 것으로 볼 수 있다.

기초 지방자치단체의 경우에는 제정된 입법평가 조례 모두 단체장이 입법평가의 주체로 되어 있고, 별도의 입법평가위원회를 구성하여 운영하는 경우와 위원회 구성을 명시하지 않은 경우로 나뉘어 진다.

입법평가의 주체를 단체장으로 하는 경우에는 조례 시행에 따른 정책의 효과 분석 측면에서 자료나 정보의 수집 및 분석 등이 보다 용이하고 조례 제정 주체가 아닌 외부적 평가의 성격을 띤다는 점에서 보다 공정하고 객관적인 평가가 가능하다는 장점이 있을 수 있다. 이것은 현재 입법평가를 실시하는 모든 지방자치단체가 사후적 입법평가만을 시행하고 있기 때문인 것으로 보인다. 즉 조례의 초안 작성이나 심의과정에서의 입법평가를 이유로 한 자치입법권의 제약 내지 위축을 방지할 필요가 없고, 성과 위주의 평가가 핵심을 이루는 사후평가의 측면에서는 지방의회의 독립성이나 입법권의 보장보다 실질적이고 객관적인 평가가 요구되기 때문에 굳이 의회에서 입법평가를 담당하지 않고 집행부에 맡긴 것으로 해석된다.

그러나 사후평가라고 해서 모두 단체장 내지 집행부에 입법평가를 전적으로 맡겨야 한다거나 그것이 더 효과적이라는 의미는 아니다. 지방의회에서 사후평가를 시행하는 경우에도 평가에 필요한 자료는 집행부로부터 충분히 제공받을 수 있고, 의회 스스로 냉정한 평가 결과에 대한 수긍과 이해를 높일 수 있는 장점도 분명 존재한다. 따라서 사후 입법평가의 경우 그 주체가 의회인지 아니면 집행부인지, 혹은 별도의 위원회를 구성하는 지 여부에 따라 입법평가에서 성취할 수 있는 가치의 차이가 조금씩 있을 수 있다.

(6) 조례 입법평가의 체계

경기도와 제주특별자치도를 제외한 10개 지방자치단체는 조례 입법평가의 책무를 단체장에게 부여하고 있다. 체계상 단체장은 입법평가를 실시하기 위하여 3년 혹은 4년마다 입법평가 추진계획을 수립하여 시행하여야 하고, 이를 위해 입법평가 위원회를 구성하여 운영하게 하고 있다. 위원회는 입법평가를 수행하면서 주관부서의 장으로부터 자료 등을 제출받아 검토할 수 있고, 입법평가가 완료되면 결과서를 작성하여 제도개선이 필요한 사항은 주관부서의 장 또는 단체장에게 이를 통보한다. 단체장은 결과보고서를 지방의회에 제출하는 절차로 구성되어 있다.

기초 지방자치단체의 경우에는 별도의 위원회를 두지 않기도 하는데, 이러한 경우에는 시장이 입법평가 종합결과보고서를 지방의회에 제출하도록 하고 있다.

평가는 지방자치단체마다 2년 혹은 3년 혹은 4년마다 실시하도록 규정하고 있다.

(7) 조례 입법평가의 기준

조례 입법평가 조례들은 사후 입법평가의 기준으로 입법목적의 실현성, 비용과 편익 예측 등의 적정성, 기본계획 및 시행계획 수립 여부, 예산 편성 및 집행 여부, 상위 법령 제정 및 개정사항 반영 등 법적 정합성, 인권.성평등 침해 또는 차별 여부, 위원회 구성 및 운영실태, 평가 대상 조례의 규정에 다른 이행 여부 등을 공통적으로 제시하고 있다.

제주특별자치도의 경우에는 별표에서 입법의 필요성, 조례의 유효성, 조례의 효율성, 조례의 공평성, 조례와 도민의 관계, 조례의 유지 필요성, 조례의 적법성, 제주현실 부합성, 위원회 운영의 적정성 등 9개 항목에 걸쳐 각 항목마다 세부 체크사항을 명시하고 이에 따라 “①매우 그렇다 ②그렇다 ③보통이다 ④그렇지 않다 ⑤전혀 그렇지 않다 ⑥해당사항 없음” 등으로 표기하도록 하고 있다.[11)]

경기도의 경우에는 사전 입법영향분석지표로 입법의 필요성, 적법성/중복성, 비용/의견수렴의 3가지 분석항목에서 각각 세부항목을 두고 "①그렇다 ②그렇지 않다"로 분석척도를 나누고, 사후 입법영향분석에서는 제주특별자치도와 유사하게 입법목적의 실현성, 유효성 및 효율성, 법적합성, 조례의 기여도, 조례와 도민의 관계, 조례의 필요성 등 6개 항목에서 각 세무항목을 두고 각 세부항목마다 "①매우 그렇다 ②그렇다 ③보통이다 ④그렇지 않다 ⑤전혀 그렇지 않다"를 체크하여 분석하도록 하고 있다. 이는 다른 지방자치단체와는 구별되는 평가방식으로서 구체화된 지표를 제시하면서 동시에 평가를 보다 용이하게 하고 있다.[12] 그러나 한정된 답변과 도식화된 결과를 통해 심층적인 분석을 도출하기는 어려워 계량화된 결과의 설득력 확보에는 미흡한 점이 나타날 우려가 있다.

(8) 조례 입법평가결과의 구속력

입법평가의 결과에 관하여 구속력을 부여하는 예도 있고, "적극 노력하여야 한다"고 규정하여 권고적 비구속적 효력을 부여한 예도 있다. 광주광역시의 경우에는 주관부서의 장은 입법평가위원회의 개선권고사항이 있는 경우 이를 "반영하여야 한다"고 함으로써 일정한 구속력을 부여하고 있다. 반면 부산광역시의 경우에는 "노력하여야 한다"는 규정으로서 후자의 예에 해당한다.

입법평가의 주체가 의회인 제주특별자치도의 경우에는 기본적으로 의회 스스로 평가결과를 의정활동에 적극 반영하도록 노력한다는 규정만 가능하고, 집행부에 대해서는 적절한 조치의 이행을 촉구할 수 있음을 규정하고 있다. 경기도는 사후 입법영향분석의 결과를 상임위원회에 보고하도록 하는 것이 전부이다.

기초자치단체의 경우에도 대체로 평가결과를 적극 반영하도록 노력하여야 한다거나, 개선계획을 수립하여 추진한다는 규정을 두고 있으며, 평가결과보고서를 지방의회에 제출하도록 하고 있다.

결과적으로 입법평가결과는 입법활동을 위한 보조적 기능을 수행하는 것으로서 참고자료로서 기능하는 것일 뿐 그 자체가 입법활동은 아니므로 평가 자체에 구속력을 직접적으로 부여하기는 어렵다고 판단된다. 광주광역시의 예와 같이 "반영하여야 한다"고 규정하고 있더라도 이 규정은 법규적 성격을 인정하기 어려워 강행규정으로 해석할 수는 없을 것이며 그 반영 여부에 대한 판단도 사안에 따라 달리 볼 여지가 있을 것으로 생각된다.

3. 자치법규 제정 조례를 통한 입법평가제

지방자치단체가 자치법규 입법에 관한 조례에서 입법평가에 관한 사항을 규정하고 있는 경우도 있다. 대표적으로 「서울특별시 자치법규의 입법에 관한 조례」가 그 예이다. 동 조례는 공포된 자치법규 시행 후 1년이 경과한 경우에 일정한 사후관리기준에 따라 평가를 실시하고 평가결과를 입법에 반영하도록 하고 있다. 자치법규 정비에 관한 책무는 시장에 부여되어 있으며 시장은 정기적으로 자치법규 정비계획을 수립하여 자치법규의 제정 또는 개정 후 오랜 기간 동안 수정·보완되지 아니하여 현실에 맞게 정비할 필요가 있는 경우, 상위법령의 개정 등에 따라 정비할 필요가 있는 경우, 시민에게 과도한

11) 「제주특별자치도 자치법규 입법평가 조례」 별표 1 입법평가 분석지표 참조.
12) 「경기도 자치법규 입법영향분석 조례」 별표1, 별표 2 참조.

부담을 주거나 불합리한 절차 등으로 불편을 초래하게 하는 경우, 행정여건의 변화에 대응하고 정책을 효율적으로 수행하기 위하여 자치법규의 정비가 필요한 경우에 자치법규를 평가하고 정비하여야 한다.[13)]

이러한 자치법규의 정비는 사후 입법평가의 방안으로 분류할 수 있으며, 이상의 타 조례 입법평가 조례의 내용과 비교해 보면, 입법평가의 주체는 단체장으로 하고, 시행 1년 이후의 자치법규를 대상으로 하되, 그 대상에서 기관설치, 조직운영, 업무분장, 문서관리 등 단순 기술적인 내용의 조례와 상위법령에서 위임한 조례 등을 따로 제외하고 있지 않아, 평가의 대상이라기보다는 보다 간결한 정비의 대상으로 보고 있는 것으로 해석된다. 또한 정비의 결과에 대해서도 시장에게 입법에 반영하여야 한다고 의무지우고 있으나, 조례의 경우에는 시장이 최종 입법권자가 아니므로, 개정안을 지방의회에 제안하는 정도를 의미할 뿐 이다.

「서울특별시 자치법규의 입법에 관한 조례」의 별표 '서울특별시 자치법규입안심사기준표'에 의하면 자치법규 입법의 필요성, 자치법규 내용의 정당성 확보, 자치법규 입법절차의 정당성 확보, 사후관리로 대분하고, 자치법규 입법의 필요성 분야에서 입법수요 동향조사, 종전의 운영실태조사, 입법의 필요성 조사, 입법추진 일정의 확인, 자치법규 입법효과의 사전예측 등으로 나누어 구체적인 개별질문 항목에 체크하는 형식으로 규정되어 있다.

또한 서울특별시는 자체적으로 "법제심사조서"를 마련하여 실무적으로 자치법규 제.개정시에 적용하고 있는바, 항목을 구체적으로 보면 우선 추진하고자 하는 자치법규가 상위법령 제.개정에 따른 개정사항인지 아니면 이와 직접적인 관련이 없는 개정사항인지 점검하고, 상위 법령의 제.개정에 따른 경우에도 새로운 내용이 신설, 추가, 변경, 삭제 등의 사항인지, 단순한 조문수정 혹은 용어의 정비 등인지를 입법방식적 측면에서 검토 한다. 내용구성의 측면에서도 재정부담 및 예산지원 사항인지, 시민에 대한 권익제한, 의무부과(신설, 경감 등), 처벌규정 등의 경우에는 상위 법령에 근거를 두고 있는지 여부를 확인하도록 하고, 세부적으로 위원회 관련 규정 정비사항 및 수수료 관련 규정의 정비사항의 경우에는 규정체계의 적정 여부를 확인하도록 하고 있다. 그리고 자치구 위임사무 변동 정비사항의 경우에는 소관 상임위원회 및 자치구와 협의를 하였는지 여부를 확인하고, 부칙 정비 사항은 경과규정, 예외규정 등의 필요 여부도 확인하도록 점검항목을 두고 있다. 또한 행정규제심사와 비용추계, 부패영향평가, 성별영향평가, 갈등영향평가까지 관계 부서의 협의를 거치도록 항목화하고 있다. 이러한 체크리스트의 운용은 사전 입법평가로서의 기능을 일부 수행하고 있는 것으로 평가된다.

4. 소결

지방자치단체가 조례에 대하여 시행하고 있는 입법평가제를 비교해 보면, 대체로 유사한 형식과 절차, 체계, 기준 등을 채택하고 있다. 대체로 사전 입법평가 보다는 사후 입법평가만 실시하고 있는 자치단체가 다수이고, 그 대상도 단순 기술적 조례와 위임조례를 제외하고 있다. 단순 기술적 조례의

13) 「서울특별시 자치법규의 입법에 관한 조례」 제25조(자치법규의 정비) 참조.

경우 위법성 여부 정도를 제외하고는 특별히 평가할 사항이 없을 것으로 이해되나, 위임조례의 경우에는 적법성 뿐 아니라 재정 소요 등 평가의 필요성은 인정된다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이를 평가의 대상에서 제외한 것은 위임조례의 경우 그 본질상 지방자치단체의 자율성이 발휘되기 어려운 영역으로서 평가가 사실상 의미가 없는 경우에 해당하는 예이기 때문일 것이다.

그러나 상위법령에서 위임한 조례라고 하더라도 그 내용상 반드시 규정해야 하는 의무적 필치조례가 있는 반면, 자율적 임의조례도 있을 수 있으므로 이에 대한 다면적 입법평가가 필요한 경우도 있고 일정한 의미도 있을 것이다.

Ⅳ. 중앙정부의 조례 입법평가 유사제도

1. 자치법규 입안지원 제도

「법제업무운영규정」 제29조의3(자치입법 지원)은 "① 법제처장은 지방자치단체가 자치법규를 정비하려는 경우 그 요청에 따라 필요한 정비지원을 할 수 있다. ② 법제처장은 제1항에 따른 사항 외에 자치법규의 법적합성을 확보하고, 지방자치단체 공무원의 전문성을 높이는 데 도움을 주기 위하여 지방자치단체에 필요한 법제지원을 하여야 한다."고 규정하여 이를 근거로 지방자치단체가 자치법규를 입안하는 과정에서 사전적 지원방안을 모색하고 있다. 그 대표적 예가 자치법규 입안지원 제도이다.

법제처는 지방자치단체가 자치법규를 입안하는 과정에서 반드시 검토해야 할 필수 사항과 필수사항을 검토할 때 참조할 수 있는 자치법규 입안매뉴얼을 운영하고 있다. 특히, 자치법규 입안 체크리스트를 보면, ①상위 법령에서 위임된 사항이 있는지, 정책실현을 위해 자치법규가 필요한지 여부, ②상위법령 및 정책과 관련된 자치법규가 이미 있는지 여부, ③입안해야 할 자치법규와 관련된 사무가 국가사무인지 자치사무인지 판단, ④제.개정 하려는 자치법규와 관계된 상위법령이 있는지 여부, ⑤제.개정하려는 내용이 주민의 권리의무와 관련되는지 여부, ⑥집행기관의 권한행사에 의회가 관여하거나 제약하는지 여부, ⑦기존의 제도를 변경하는 조문이 있는지 여부, ⑧새로 신설되는 제도가 있는지 여부, ⑨법령의 체계와 문장작성원칙을 준수하고 있는지 여부, ⑩제.개정문 작성원칙을 준수하고 있는지 여부 등을 순차 체크하여 각각의 경우에 검토하여야 할 사항을 적시하고 있다.[14)]

이러한 자치법규 입안 지원제도를 지방자치단체에서 활용할 경우 일응 사전적 입법평가제도로 볼 수 있으나, 체크항목이 대체로 절차적 형식적 항목에 국한되어 있고 적법성 여부만 확인할 수 있어, 다면적 평가인 입법평가로서는 부족하다. 다만, 지방자치단체의 집행부 발의 조례안이나 규칙 제정안의 적법성을 제고할 수 있다는 점에서는 긍정적인 평가를 할 수 있다.

2. 자치법규 의견제시 제도

법제처는「법제업무운영규정」제29조의3을 근거로 하여 지방자치단체가 희망하는 경우 '자치법규

14) 법제처,「자치법규 중요 쟁점 해설집」, 법제처(2014), 261-263쪽 참조.

의견제시 요청'을 받아 자치법규를 검토, 의견을 제시하는 제도를 운영하고 있다. 이는 지방자치단체가 조례, 규칙, 의회규칙 등 자치법규를 제.개정하거나 집행하는 과정에서 소관 자치법규의 제.개정 내용이나 해석에 대하여 자문을 요청하는 경우, 법제처가 이에 대한 의견을 제시함으로써 지방자치단체의 입법 및 해석을 지원하는 제도이다. 이것은 법제처가 전문적인 법제 및 법령해석기관으로서 자치법규 입법 및 해석에 관한 의견제시를 통해 자문 또는 지원기능을 수행하는 것이고, 지방자치단체는 자치법규에 대한 법제처의 의견에 구속되지 않으며, 정부의 유권해석이 아니므로 참고적으로 활용할 수 있을 뿐이다. 의견제시를 요청할 수 있는 기관은 지방자치단체의 장 및 교육감, 지방의회이고, 요청서 접수 및 등록만으로 비교적 간편하게 법제처의 의견을 자문할 수 있는 제도이디.

이는 자치법규의 입안과정에서 법령 해석상의 의문과 문제점을 사전에 검토할 수 있다는 점에서 사전 입법평가로 일부 기능할 수 있으나, 부분적 쟁점에 대한 해석으로 이해되고, 엄밀한 의미에서의 입법평가제도라고 보기는 어렵다. 그러나 중앙부처에서 자치법규에 대하여 사전에 검토하거나 평가할 수 있는 별도의 제도가 없는 상황에서 지방이 자율적으로 검토하는 과정에의 지원제도로서는 충분히 제몫을 하고 있다고 평가할 수 있다.

3. 자치법규 자율정비 지원 제도

법제처는 2014년 3월부터 지방자치단체 스스로 자치법규를 정비하려고 할 때, 정비사항 발굴 및 정비안 마련 등 관련 지원을 법제처에 요청하는 경우 이를 지원해 주고 있다. 구체적으로 '자치법규 자율정비 지원'을 요청한 지방자치단체의 조례를 전수 검토하여 정비과제를 발굴하고 정비과제에 대한 정비안을 해당 지방자치단체에 제공하는 방식이다. 지방자치단체에서는 법제처에서 제공한 정비안을 바탕으로 자체정비를 추진해 나간다. 조례 정비과제는 주로 위법성 관련 항목에 한정되어 있다.

최근 정부는 '규제완화'를 주된 슬로건으로 하여 법령뿐 아니라 자치법규에 대해서 불필요한 규제의 정비 차원에서 일괄 전수 조사를 실시하였다. 이에 관해 국무조정실과 법제처는 지방자치단체의 규제개혁을 앞당기기 위해, 조례 속에 숨어서 지역 주민에게 불편·부담이 되거나 지역 경제활동을 제한하는 규제 100가지를 선정했고, 모든 지방자치단체에 전파하여 고치도록 했고, 지방이 이를 정비하는 과정에 법제처가 지원을 하고 있다.[15)]

4. 중앙정부에 의한 조례 입법평가의 한계

중앙정부에 의한 조례 입법평가제도는 형식적으로는 마련되어 있지 않다. 조례가 법령의 위임에 의한 국가사무에 관한 조례도 있으나 원칙적으로 자치사무에 관하여 규정하는 것이 조례의 본질이므

15) 보도자료에 의하면 법제처는 조례 속 숨은 규제를 발굴·정비하기 위해 지방자치제도 실시 이후 최초로 조례 6만건 모두를 검토하고 있고, 서울특별시 등 지방자치단체 9곳의 모든 조례 2,635건에 대한 검토를 완료하여, 그 결과 상위법령은 이미 규제를 완화하거나 폐지하였지만 아직 조례가 개정되지 않은 사례, 상위법령의 근거 없이 조례에 규제를 신설한 사례 등 중요 규제개선 과제 100가지를 발굴했고, 관계부처 협의 등을 거쳐 243개 지방자치단체에 전파했다.(법제처 홈페이지, 2014.12.30. 보도자료 검색(http://www.moleg.go.kr/news/report?pstSeq=68913&pageIndex/ 법제처, 「조례 규제개선 사례 100선」, 법제처(2014) 참조)

로, 이에 대하여 중앙정부가 입법평가를 실시하는 것은 자치권의 침해 소지가 있다. 특히 사전적인 입법평가는 자치입법권에 대한 침해로 이어질 위험이 매우 크다. 사후적 입법평가의 경우에도 자치사무에 대한 합목적성 평가는 중앙정부가 관여해서는 안 되는 영역이고, 적법성 부분만 검토할 수 있을 뿐이다.

법제처에서 부분적으로 조례를 포함한 자치법규의 적법성 제고를 위한 지원제도를 통해 사전적 입법평가로서의 성격을 일부 내포하고 있으나, 형식적.절차적 제도로서 그 한계가 있다. 또한 조례규제 개선 정비 방식에 따른 조례에 대한 검토는 사후 입법평가로 볼 수 있으나, 문제는 형식이 아니라 자치법규의 성격이나, 규정하고 있는 사무에 대한 검토(자치사무인지, 국가사무인지) 없이 정부정책에 맞춘 평가를 일괄 실시했다는데 있다.

따라서 중앙정부에 의한 조례의 입법평가는 적법성 평가 외에는 큰 의미가 없고 오히려 유해할 가능성이 높으며, 다만 지방이 희망하는 경우, 기술적 판단이나 재정영향 평가 등의 입법평가 영역에서 자문이나 조언의 형태로 지원해 주는 정도의 역할이 적절할 것으로 판단된다.

Ⅴ. 조례 입법평가의 과제

1. 법적 근거의 필요 여부

조례에 대한 입법평가제도를 도입하기 위하여 지방자치법 등에서의 법적 근거를 마련할 필요성이 있는가에 대한 의문이다. 앞서 본 바와 같이 지방자치단체는 자율적으로 조례에 대한 입법평가제를 도입하여 시행하고 있다. 다만, 전체 지방자치단체가 이를 시행하고 있는 것은 아니므로, 모든 지방자치단체에 조례 입법평가제를 도입하기 위해서는 이를 명시하는 법률상의 근거가 마련되는 것이 필요해 보인다.

「지방자치법」에서 근거를 마련한다면, 현행 법 제66조의3(의안에 대한 비용추계 자료 등의 제출)은 지방자치단체의 장이 예산상 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 발의할 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서와 이에 상응하는 재원조달방안에 관한 자료를 의안에 첨부하여야 하고, 이에 따른 비용에 대한 추계 및 재원조달방안에 대한 자료의 작성 및 제출절차 등에 관하여 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있는 규정을 확대하여 예산상의 조치 뿐 아니라 다면적 분야의 영향을 분석하여 일반적 입법평가제 도입의 근거로 명시하는 방안이 있을 수 있다.

그러나 이에 대해서는 두 가지 점을 생각해 보아야 한다. 첫째 조례에 대한 입법평가제의 본질적 측면이다. 조례 입법평가제를 도입하는 것은 지방의 자치사무에 관하여 지방이 자율적으로 지역 주민에 보다 많은 유익을 주기 위하여 보다 바람직한 규범을 선택하고자 하는 열망과 책임감에서 출발하여야 한다. 조례가 규정하고 있는 내용도 자치사무에 관한 것이고, 이를 평가할 것인지 여부도 자치사무이다. 그런데 이를 상위 법률에서 의무적으로 강제할 경우 일정부분 적법성 통제의 영역에서는 국가의 개입이 용이해 질 우려가 있고, 그렇게 되면 국가가 개입하는 부분에서는 입법평가조차도 순수한 자치

사무의 영역이 아니라 국가사무적 성격으로 변질되어 해석될 우려도 있다.

두 번째는 국회의 입법에 대한 입법평가를 시행하지 않고 있는 상황에서 지방의 조례에 대해서만 입법평가를 도입하는 것이 오히려 지방의 입법권에 대한 추가적 제약이 되는 것이 아닌가 하는 의문이다. 사실 지방의 자치입법권을 제약하는 요인 중 하나로 상위 법령이 지나치게 상세하거나 부정확하여 자치법규의 입법의 여지를 주지 않는 경우가 많기 때문이다.

2. 조례 입법평가에 관한 기술적 연구의 축적

현행 지방자치단체의 조례 입법평가 조례들의 미흡한 부분들을 개선할 필요가 있고, 이를 위해서는 입법평가에 관한 기술적.논리적 부분들에 대한 연구가 더 필요하다.

현재 대부분 조례 입법평가를 사후적 입법평가만을 실시하고 있는데, 사전 평가, 병행 평가, 사후평가에서 각 시기별 평가의 필요성과 장.단점을 면밀히 검토할 필요가 있다. 예를 들면, 사전 입법평가와 병행 입법평가는 사실상 동시에 이뤄질 수 있고, 중복 평가의 가능성도 있으므로, 하나를 선택하고. 별개로 사후 입법평가도 실시하는 것이 입법의 품질을 보장하는 측면에서는 가장 바람직할 것이다. 그러나 사전 입법평가가 복잡하거나 절차가 까다로울 경우, 예를 들어 지방재정이 소요되는 경우 재정충당 방안을 마련하여 명시하는 것을 요구하는 등 이러한 경우에는 입법이 현저히 늦어질 수가 있고, 때로 적시에 필요한 법적 조치들이 이뤄지지 못해 규범의 공백이 발생할 우려도 있다.

입법평가의 기준 측면에서도 각 조례 입법평가 조례에서 제시하고 있는 기준들이 추상적인 사항이 많다. 특히 기초지방자치단체의 입법평가 조례는 기준이 추상적으로 규정되어 있다. 따라서 세부 항목별, 단계별로 평가지표 내지 기준을 명확하게 설정하는 것이 필요하다. 그리고 계량화하여 평가할 수 있는 지표와 계량화할 수 없는 지표의 개발이 동시에 이루어져야 하고 이를 적절하게 균형적으로 활용.적용하는 것이 필요하다.

나아가 모든 조례에 대하여 동일한 기준을 적용하여 평가할 것이 아니라 조례의 성격에 따라, 즉 침익적 . 규제적 성격의 조례인지 아니면 수익적 성격의 조례인지, 절차적 조례인지 실체적 조례인지, 또한 발의자가 단체장인지 의원인지에 따라 평가절차를 달리 구성하고 평가기준도 달리 적용하는 등 구체적인 제도의 설계가 필요할 것으로 판단된다.[16] 또한 개별법에 따른 성별영향평가, 환경영향평가, 규제영향평가, 부패영향평가 등 관련 평가항목을 조례 입법평가 안으로 포섭하여 정리하는 방안도 연구할 필요가 있다.

이러한 연구가 축적되는 과정에서 비용 및 규제 측면에서 평가의 표준모델이 연구되고 제안될 수도 있다. 각각의 제도의 도입에 따라 비용의 산정모델을 개발하여 적용하는 등 표준비용모델이나 규제비용모델의 연구 등이 그 예라 할 수 있다.[17]

3. 입법평가 지원기구의 설치

16) 同旨, 차현숙.최혜선, 지방의회 조례 입법평가 도입을 위한 표준조례안 연구, 입법평가연구(2013), 29-30쪽 참조.

17) 자세히는 박영도, 입법평가제도의 전망과 발전방향, 입법평가연구(2010), 29-32쪽 참조.

이상의 사항들을 모두 검토하여 제도를 설계하였다고 하더라도 개별 조례의 입안과정 및 심의과정에서 각 부분별 영향을 평가하는 것은 쉬운 일이 아니다. 지방의회 의원의 입법활동의 위축을 가져오지 않으면서 동시에 적확하고 실효성있는 조례의 제정을 위해서는 조례에 대한 정밀한 분석과 평가를 할 수 있는 전문가의 도움이 있어야 한다. 이러한 전문가를 양성하는 것은 물론이거니와 이들을 한데 모아 전문적인 입법평가 지원기구를 설치하는 방안도 고려할 필요가 있다.

동시에 이를 각 지방자치단체마다 설치할 것인지, 별도의 독립된 기구로 설치하여 기술적인 부분만을 지원해 주는 기구로 만들 것인지도 고려해 보아야 한다. 또한 만약 이들 전문기구에 의한 지원이 가능해 진다면 사전 입법평가는 당연히 가능할 것이고, 사후 입법평가의 주체도 현재 집행부 주도의 평가에서 지방의회 주도의 평가로 이양될 가능성이 높다.

Ⅵ. 마치며

그동안 학계는 국회의 입법을 대상으로 하는 입법평가제의 도입에 관하여 많은 연구를 진행해 왔다. 그러나 정작 국회의 입법권에 대한 위축과 제한이 우려된다는 이유로 본격적인 논의는 진행되지 못하고 있는 실정이다. 그 가운데 국회의 법률보다 지역적 . 상대적으로 영향을 미치는 범위가 작고, 주민의 복리를 위한 자치사무에 한정되는 조례를 대상으로 입법평가제를 도입하는 방안에 관하여 논의가 옮겨가고 있다. 게다가 일부 지방자치단체는 선도적으로 조례에 대한 입법평가제를 도입하는「조례 입법평가 조례」를 제정하여 시행 중이다. 앞서 분석해 본 결과 각 지방자치단체는 주로 사후 입법평가를 시행하면서 각 지역에 따라 주체와 절차, 체계, 기준, 평가결과의 구속력 등을 달리 규정하여 운용하고 있다.

조례에 대한 입법평가를 실시함에 있어 재심의 여지를 남겨 입법의 질을 저하시킨다거나, 평가기준내지 지표에 함몰되어 규범의 가치 평가가 절하된다거나, 혹은 기준설정의 미흡함으로 인해 형식적 평가에 그친다거나 하는 우려를 불식시킬 수 있는 제도의 설계가 필요하다. 그 과정에서 평가기준의 계량화는 평가의 객관성을 증명하기에 용이하겠지만, 평가의 정확성을 기하는 데는 한계가 있을 수 있으므로, 계량화할 수 있는 부분과 할 수 없는 부분에 대한 판단과 구분 적용을 위한 연구가 병행되어야 한다.

또한 조례에 대한 입법평가의 내실화를 기하기 위해서는 보다 기술적인 측면에서의 연구가 축적되어야 하고, 전문적인 지원을 전담할 수 있는 인력의 양성과 기구의 설치를 고려해 보아야 한다.

조례에 대한 제대로 된 입법평가는 주민이 조례에 대한 신뢰를 높이고, 조례의 실효성과 법적 안정성을 제고하며, 입법목적을 온전히 달성할 수 있게 해 준다는 점에서 매우 중요하다. 나아가 지방자치에 대한 평가는 지역주민의 조례에 대한 신뢰와 평가를 통해 반추해 볼 수도 있을 것이다.

<참고 문헌>

박영도, 「입법학입문」, 한국법제연구원(2008)

-----, 「입법평가의 이론과 실제」, 한국법제연구원(2007)

법제처, 「자치법규 중요 쟁점 해설집」, 법제처(2014), 261-263쪽 참조.

-----, 「조례 규제개선 사례 100선」, 법제처(2014) 참조.

제주발전연구원, 「제주특별자치도 조례에 대한 입법평가제도 도입 방안」, 제주발전연구원 현안연구(2012)

차현숙・최혜선, 「지방의회 조례 입법평가 도입을 위한 표준조례안 연」구, 입법평가연구(2013)

강장석, 의원입법 실태 및 효율화 방안에 관한 연구, 국회사무처(2006)

고인석, 의원입법의 효율성 강화방안에 관한 연구, 제도와 경제 제5권 제2호, 한국제도경제학회(2011)

김수용, 국회 입법과정의 현황·문제점·개선방안, 입법학연구 제7집, 한국입법학회(2010)

-----, 입법평가의 개념과 제도화 방안, 입법평가연구 창간호, 한국법제연구원(2009)

김주영, 미국 의회의 입법평가제도에 관한 고찰, 입법평가연구(2010)

문상덕, 자치입법의 현황 및 문제점과 발전방향, 법제연구(2009)

박균성, 입법의 질 제고에 관한 연구, 토지공법연구 제43집 제1호, 한국토지공법학회(2009)

박영도, 입법평가제도의 전망과 발전방향, 입법평가연구(2010)

배건이(역), 법안심사를 위한 사전적 입법평가와 그 방법, 입법평가연구(2011)

이혁우·김주찬·김태윤·여차민, 의원입법에 대한 규제영향분석의 필요성 연구, 규제연구 제20권 제1호, 한국경제연구원(2011)

최윤철, 입법영향의 예측과 평가에 관한 연구, 입법평가연구(2010)

홍완식, 의원입법에 대한 합리적인 통제방안, 저스티스 제106호, 한국법학원(2008)

“조례입법평가의 현황과 과제”에 대한 토론문

조인성 교수(한남대)

“조례입법평가의 현황과 과제” 에 대한 토론문

심영배 박사(전북의정회)

“조례입법평가의 현황과 과제” 에 대한 토론문

윤계형 박사(한국법제연구원 부연구위원)

□ 그동안 주로 법률을 대상으로 논의되어 온 입법평가의 이론과 기법이 조례 등 자치입법을 대상으로 본격화되고 있는 현 시점에서 조례 입법평가의 의의와 필요성 등에 관한 일반론을 바탕으로 개별 지방자치단체에서 현재 시행하고 있는 조례 입법평가제도에 대한 비교분석을 통하여 향후의 제도적 개선과제까지 도출하고 있는 본 발제문은 지역주민의 이익과 연계된 ‘더 좋은 조례’의 제정 추구에 기여하는 바가 적지 않을 것으로 생각함

□ 특히 2013년 광주광역시의 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제정 이후로 각급 지방자치단체에서 활발하게 도입하여 운용하고 있는 조례 입법평가 제도에 있어서 법률상의 근거가 필요한지 여부에 대한 발제자의 문제제기는 조례 입법평가제에 대한 본질적인 고민과 연결되어 여러 가지 생각할 지점들을 제시해주고 있다고 할 것임

- 일단 발제자가 지적하고 있는 것처럼 조례 입법평가제를 법률상 도입할 경우 입법평가의 자치사무로서의 성격이 변질될 수 있다는 점, 그리고 국회 입법에 대한 입법평가제도가 법률상 마련되지 않은 상태에서 지방 입법권에 대한 추가제약이 될 수 있다는 점 등의 우려를 감안한다고 하더라도, 조례에 대한 일반적 입법평가제도에 관한 법률상의 근거를 마련하는 것이 필요하다는 발제자의 의견에 동의함
- 즉 지방자치권의 본질을 침해하지 않는 합리적인 범위에서, 현재 각급 지방자치단체에서 각자 규정하고 있는 서로 다른 내용의 조례 입법평가 조례들의 공통적인 규율사항을 도출하여 이에 대한 일반적인 가이드라인을 상위법령에서 제시해주는 것이, **조례 입법평가의 객관성과 전문성, 지역간의 규율 균형성은 물론 의회의 동의를 거침으로써 획득 가능한 민주적 정당성과 법치주의까지 일정 수준 확보할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 더욱 크다고 할 것임**

□ 조례에 대한 입법평가제도의 법률상 근거를 마련할 경우, 각급 지방자치단체에서 제정•운용 중인 조례 입법평가 조례들에서 그 규율취지나 내용이 유사하거나 공통적인 사항들 중에서 법률에 반영할 필요가 있는 사항을 도출한다거나, 조례 입법평가에 있어서 기본적인 원칙 제시가 필요한 사항들을 정리하여 규정하는 방법 등이 적용될 수 있을 것임

- 예를 들어 광역지방자치단체급으로 한정하여 보면 경기도를 제외하고 부산광역시, 광주광역시, 제주특별자치도에서는 모두 **입법평가위원회**에 관한 규율사항을 정하여 입법평가의 객관성과 전문성을 확보하고 있음
- 또한 제주특별자치도와 경기도에서는 별표에 **입법평가 분석지표**에 관한 세부적 사항을 두고 있으나, 나머지 광역지방자치단체에서는 본문에 기준을 열거하는 데 그치고 있음(「부산광역시조례입법평가조례」 제6조제1항, 「광주광역시조례사후입법평가조례」 제5조제1항)[1)]
- 한편 부산광역시나 광주광역시의 경우 **평가대상의 범위**와 관련하여 ① 기관설치·조직운영·업무분장·문서관리 등 단순 기술적인 조례, ② 상위법령에서 위임한 조례, ③ 시행일로부터 2년이 지나지 않은 조례를 평가대상에서 제외한다고 명확하게 규정하고 있으나, 제주특별자치도나 경기도는 '상위법령에서 위임한 조례'를 제외한다는 명확한 규정을 두고 있지 않은 실정인바,[2)] 만약 조례 입법평가에 관한 법률이 제정된다면 이처럼 지방자치단체별로 상이한 규율내용을 통일할 수 있는 계기가 될 수 있을 것임

□ 발제자의 경우 조례 입법평가제의 도입을 위한 법률상 근거를 마련할 경우 「지방자치법」 제66조의3(의안에 대한 비용추계 자료 등의 제출)의 규율부분에 조례 입법평가에 관한 근거를 보완하는 형태의 개선방안을 제안하고 있음. 충분히 설득력 있는 제안이라고 보여지며, 다만 개인적으로는 「지방자치법」의 체계를 고려하여 제3장 '조례와 규칙' 부분에 조례 입법평가에 관한 규율을 포함시키는 개선방안도 검토해 볼 수 있다고 생각함

---

1) 물론 이러한 세부적인 입법평가 기준이 지방자치단체에 대하여 획일적으로 적용되어서는 안될 것임. 즉, 법률 단계에서 일정한 공통 기준을 제시하고, 나머지 지역적인 특성이나 관심사가 반영된 별도의 기준을 추가하는 방식으로 입법화한다면 이러한 획일화나 중앙에 의한 통제 우려를 최소화시킬 수 있을 것으로 생각함.

2) 다만 두 지방자치단체는 조례 입법평가 조례의 제명을 각각 「제주특별자치도자치법규입법평가조례」 또는 「경기도자치법규입법영향분석조례」로 정하여 자치법규를 대상으로 하고 있다는 점을 간접적으로 밝히고 있기는 함. 하지만 제주특별자치도의 경우 조례 제2조제1호에서 '"자치법규"란 제주특별자치도의 조례와 규칙을 말한다.'고 정의함으로써 다시 적용 및 해석상의 불필요한 혼선을 야기하고 있다고 보임. 가장 명확한 것은 조례의 구체적인 조항을 통하여 상위법령에서 위임한 조례가 평가대상에서 제외된다는 것을 밝히는 것임.

□ 조례 입법평가의 가장 핵심적인 사항이라고 할 수 있는 입법평가의 기준과 관련하여 현재 각 조례 입법평가 조례에서 제시하고 있는 추상적인 사항들을 보다 세분화하고, 항목별로 단계별로 명확한 평가지표를 설정해야 한다는 발제자의 문제의식에 공감함

- 무엇보다도 조례의 성격에 따라, 입법평가의 발의자에 따라 평가기준도 차별화하는 좀 더 구체적인 제도 설계의 필요성과 중요성에 대해서는 아무리 강조해도 지나치지 않을 것임
- 덧붙여 현행 조례 입법평가 조례들의 경우 계량화된 평가지표를 많이 활용하고 있으나 발제자의 지적처럼 이러한 틀에서 벗어나 계량화할 수 없는 지표를 어떻게 효과적으로 포섭할 것인지에 대한 심도 깊은 고민이 연계되어야 할 것인바, 양적인 분석판단만으로 충분한 항목과 질적인 분석판단이 요구되는 항목으로 유형화하여 그에 따른 기준척도의 기입형식을 다변화하는 방법 등을 고민해볼 필요가 있음

□ 조례 입법평가 제도가 법률에 근거가 마련되고 현행보다 더욱 활성화될 것이라는 전제 하에, 만약 지역주민과의 밀접한 관계를 주된 요소로 하는 지방자치에 있어서 지역주민들의 참여에 의한 조례 입법평가의 가능성은 법적으로 어떻게 평가할 수 있을 것인지에 대한 고민이 필요하다고 생각함. 현재 적용되고 있는 조례 입법평가 조례의 세부 분석지표들은 그 주체가 집행기관이든 의회든 간에 조례의 수범자의 입장이 아닌 시행자 입장에서 조례의 입법영향을 평가하는 것이므로 일정한 선입견이나 제한이 있을 수 밖에 없다고 할 것인바, 직접민주주의라는 가치가 중앙 차원 보다는 확실히 긴밀하게 연계되어 있는 지방자치제도에 있어서, 지역주민이 참여함으로써 보다 실질적인 의의를 가질 수 있는 조례 입법평가의 운용가능성이 있다고 볼 수 있는지, 발제자분의 고견이 궁금함

발표 및 토론	2주제

광주광역시 조례입법평가에 관한 연구

사 회 : 한귀현 교수(춘천대)
발 표 : 배건이 박사(한국법제연구원)
토 론 : 정 훈 교수(전남대)
이창용 의원(순천시의회 부회장)
유종민 교수(서해대)

광주광역시 조례입법평가에 관한 연구

한국법제연구원 부연구위원
배 건 이

목 차

1. 서론
2. 광주광역시 조례입법평가의 성립배경
3. 광주광역시 조례입법평가의 법적근거
4. 광주광역시 조례입법평가의 주요내용
5. 광주광역시 조례입법평가의 적용사례
6. 맺음말

1. 서론

광주광역시는 2013년 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」를 제정하였고, 2014년 약 100개의 조례를 대상으로 사후적 입법평가를 전국 최초로 실시하였다. 조례는 지역적 특성을 반영하고 지역주민의 요구에 가장 빠르게 대응하여 주민자치를 실현하는 자치입법의 중요수단이기 때문에, 입법평가를 통해 그에 관한 질적 제고와 합리성을 담보할 수 있다면 보다 높은 수준의 지방자치를 실현할 수 있게 될 것이다. 따라서 본 연구는 일차적으로는 광주광역시의 조례입법평가 운영과 평가사례에 관한 분석을 통해 실효성을 제고할 수 있는 방안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이에 따라 제2장과 제3장 및 제4장에서는 광주광역시 조례입법평가제도를 분석하고, 이를 토대로 제5장에서는 일부 광주광역시 조례를 대상으로 시범적 평가를 실시하여 광주광역시 조례입법평가제도의 개선방안을 도출하고자 한다. 시범적으로 조례입법평가를 실시하는 과정에서 평가기준 및 평가방법 등에 관한 효율적 제고방안이 도출될 수 있을 것이다. 마지막으로 개별평가결과를 토대로 그에 관한 총평과 더불어, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」에서 정하고 있는 평가기준 및 운영에 관한 개선방향을 제시하고자 한다.

2. 광주광역시 조례입법평가의 성립배경

(1) 자치법규 현황

2014년 지방자치단체가 보유한 자치법규는 총 87,163개이며 시.도의 경우 평균 532개 시.군.구에 의하면 평균 346개를 보유한 것으로 확인된다.[1] 2015년 현재 광주광역시 조례, 규칙 이하 훈령 예규를 모두 포함하는 자치법규는 총 794개이며, 그 가운데 조례는 505개에 해당한다.

<표1> 광주광역시 자치법규 현황[2]

법규 유형	개 수
조 례	505
규 칙	133
훈 령	119
예 규	37
기 타	0

광주광역시의회는 지역구 의원 19명과 비례대표의원 2명을 포함해 총21명의 의원으로 구성되었다. 2010년부터 2014년까지의 의안처리 현황을 살펴보면 조례안은 총 617건이 접수되었고, 그 가운데 가결된 것은 561건에 해당하여 제6대 시의회의 조례안 가결률이 90.92%에 이르고 있다.

<표2> 광주광역시 의안처리 현황

구 분			접수	처리	처리내역				철회	비고(계류)
					가결		부결	폐기		
					원안	수정				
합 계			1,049	1,031	867	122	1	4	37	18
2010	계		130	129	112	16			1	1
	조례안	소 계	57	56	46	9			1	1
		의 원	13	12	8	4				1
		시 장	31	31	27	3			1	
		교육감	13	13	11	2				
	예산·결산안		13	13	8	5				
	동의·승인안		11	11	11					
	건의·결의안		17	17	15	2				
	기 타		32	32	32					
2011	계		265	261	222	38			1	4
	조례안	소 계	148	145	112	32			1	3
		의 원	62	61	43	17			1	1
		시 장	79	77	64	13				2
		교육감	7	7	5	2				
	예산·결산안		14	14	8	6				
	동의·승인안		21	21	21					
	건의·결의안		33	32	32					1
	기 타		49	49	49					
2012	계		318	315	236	42	1	3	33	3
	조례안	소 계	205	203	131	36		3	33	2
		의 원	133	132	77	21		1	33	1
		시 장	55	54	39	13		2		1
		교육감	17	17	15	2				
	예산·결산안		13	13	8	5				
	동의·승인안		26	26	26					
	건의·결의안		19	19	19					
	기 타		55	54	52	1	1			1

1) 행정자치부 연도별 자치법규 현황정보, http://www.elis.go.kr/(2015.08.30 최종확인)
2) 행정자치부 자치법규 정보시스템, http://www.elis.go.kr/newlaib/laibLaws/h1126/laws.jsp?regionId=29000&isfez=(2015. 08. 30 확인)

구 분			접수	처리	처리내역				철회	비고
					가결		부결	폐기		
					원안	수정				
2013	계		254	247	220	24		1	2	7
	조례안	소 계	148	142	122	17		1	2	6
		의 원	67	63	50	13				4
		시 장	70	69	64	4		1		1
		교육감	11	10	8				2	1
	예산 · 결산안		14	14	8	6				
	동의 · 승인안		25	25	25					
	건의 · 결의안		29	28	27	1				1
	기 타		38	38	38					
2014	계		82	79	77	2				3
	조례안	소 계	59	56	54	2				3
		의 원	22	19	19					3
		시 장	33	33	31	2				
		교육감	4	4	4					
	예산 · 결산안									
	동의 · 승인안		6	6	6					
	건의 · 결의안		3	3	3					
	기 타		14	14	14					

(2) 성립과정

지방자치제가 도입된 지 20여년이 지나면서 지방자치단체의 규모와 역할이 크게 성장하였다. 지방자치단체의 성장과 발전에 따라 지역주민의 요구를 폭넓게 수용하기 위해 입법적으로 신속하게 대응하면서 자치법규가 엄청난 속도로 증가하게 되었다.

광주광역시 역시 이와 같은 자치법규의 양적 증가현상은 계속되어 왔으며, 앞서 언급한 <표2> 광주광역시 의안처리현황에서 보면 2010년부터 2014년까지의 발의된 조례안은 총 617건이 접수되었고, 그 가운데 원안 그대로 가결된 것은 465건에 해당하여 전체 조례안 가운데 75.36% 이상을 차지하고 있음을 알 수 있다. 그러나 자치법규의 양적 증가가 직접적인 문제를 가져오는 것은 아니다. 문제는 조례의 제.개정이 의정 활동을 평가하는 잣대처럼 인용되면서 불필요하고 경쟁적인 조례입안경쟁이 이뤄지면서 예산과 행정력이 낭비되는 부수효과를 발생시키는데 있었다.[3)]

또한 자치법규가 양적으로 증가하면서 조례의 발효 이후 집행효과 또는 미비점 등을 모니터링 할 수 없는 상황이 계속 발생하면서 조례의 실효성 통제에 관한 비판이 제기되기도 하였다. 이를 해결하기 위해 2013년 의회 서정성 의원에 의해 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례안」이 발의되었다. 동 조례안에 관한 제안 설명에 의하면, 정책수립을 위해 제정된 조례가 그 발효 이후 집행기관에서 의도한 목표대로 실행되고 있는지를 확인할 수 없기 때문에 조례의 실효성에 대한 검증이 필요하다는 점, 그리고 이 같은 조례의 실효성을 제고를 통해 보다 낳은 조례의 제.개정 방향을 모색할 수 있

3) 제6대 광역시의회에 관한 참여자치21의 분석에 의하면, 가결된 조례안 252건 가운데 상위법령 개정 및 명칭변경이 59건(68.3%)이고, 내용변경에 관한 사항은 30건(33.7%)으로 조사됨. 특히 조례제정안은 147건이나 되었는데, 조례 내용이 형식적이고 구체성이 부족해 행정 변화와 주민복리에 기여할 수 있을지는 의문시 된다고 분석하였음; 채정희, 광주드림일보, 2014. 09. 03, "6대 광주시의회 조례 252건, 5대의 두 배 넘어", http://www.gjdream.com/v2/news/view.html?news_type=201&uid=458995 (최종확인2015.08.30)

다는 점에서 조례 입법평가를 제도화 하고자 하였다고 제안이유를 밝히고 있다.[4] 다만 조례에 대한 사전적 입법평가는 의원의 신속한 조례발의를 어렵게 하는 측면이 있고, 현실적으로 의회사무국의 업무부담을 늘일 수 있다는 우려 때문에 조례에 관한 사후적 입법평가만을 먼저 도입하고자 하였다.

이에 대해 집행기관인 광주광역시청에서는 조례에 관한 사후적 입법평가가 「정부업무평가기본법」상 정부업무평가와 유사한 제도로서 그에 관한 실행을 책임지는 지방자치단체의 장의 권한과 중첩될 수 있다는 점, 조례에 관한 사후적 입법평가와 정부업무평가가 다를 경우 두 평가 영역이 명확하게 법령상 체계가 정립된 이후에 조례입법평가가 제도화 되어야 한다고 의견을 제시하였다.[5]

그러나 의회는 「정부업무평가기본법」 제18조에서 정하고 있는 지방자치단체장의 권한은 자치평가업무에 관한 사항으로서 정책에 관한 평가인 반면[6], 당시 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례안」에 따른 평가는 조례에 관한 평가로서 그 대상과 영역이 다르다고 판단하였다. 「대법원 선고2006추45 판결」에 따르면 "「정부업무평가기본법」 제18조에서 지방자치단체의 장의 권한으로 정하고 있는 자체평가업무에 관한 사항에 대해서 지방의회가 견제의 범위 내에서 소극적.사후적으로 개입한 정도가 아니라 사전에 적극적으로 개입하는 내용을 지방자치단체의 조례로 정하는 것은 허용되지 않는다."고 해석하였다.[7]

이에 따라 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례안」은 제4조에서 기관설치.조직운영.업무분장.문서관리 등의 단술 기술적인 내용의 조례 및 상위법령에서 위임한 조례 그리고 시행일로부터 2년이 자니지 않은 조례를 평가대상에서 제외하였기 때문에, 의회의 조례제정권이 지방자치단체장의 권한을 침해하지 않는다고 판단하여 원안대로 가결되었다.[8] 그 결과 2013년 7월 지방자치단체 최초로 조례에 관한 사후적 입법평가제도를 도입하게 되었다.

---

4) 광주광역시의회, 제218회 임시회 행정자치위원회회의록, 2013. 06. 10, 53면
5) 광주광역시의회, 제218회 임시회 행정자치위원회회의록, 2013. 06. 10, 54면
6) 정부업무평가기본법 제18조(지방자치단체의 자체평가) ① 지방자치단체의 장은 그 소속기관의 정책 등을 포함하여 자체평가를 실시하여야 한다.
② 지방자치단체의 장은 자체평가조직 및 자체평가위원회를 구성.운영하여야 한다. 이 경우 평가의 공정성과 객관성을 담보하기 위하여 자체평가위원의 3분의 2이상은 민간위원으로 하여야 한다.
③ 지방자치단체의 장은 정부업무평가시행계획에 기초하여 소관 정책등의 성과를 높일 수 있도록 제15조 각 호의 사항이 포함된 자체평가계획을 매년 수립하여야 한다.
④ 행정자치부장관은 평가의 객관성 및 공정성을 높이기 위하여 평가지표, 평가방법, 평가기반의 구축 등에 관하여 지방자치단체를 지원할 수 있다.
⑤ 그 밖에 지방자치단체의 자체평가의 대상 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체의 장이 정한다.
7) 대법원 선고2006추45 판결(http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/panre/sjo100.do?contId=2059294&q=2006%EC%B6%9445&nq=&w=panre&section=panre_tot&subw=&subsection=&subId=1&csq=&groups=6,7,5,9&category=&outmax=1&msort=s:6:0,d:1:1,p:2:0&onlycount=&sp=&d1=&d2=&d3=&d4=&d5=&pg=1&p1=&p2=&p3=&p4=&p5=&p6=&p7=&p8=&p9=&p10=&p11=&p12=&sysCd=WSJO&tabGbnCd=&saNo=&joNo=&lawNm=&hanjaYn=N&userSrchHistNo=&poption=&srch=&range=&daewbyn=N&smpryn=N&tabId=&save=Y&bubNm=#Abstract, 대법원판례정보 사이트, 최종확인 10.30)
8) 광주광역시의회, 제218회 임시회 행정자치위원회회의록, 2013. 06. 10, 58면

(3) 현황

2013년 제정된 사후 입법평가 조례 제5조에 따라 광주광역시는 총 100개의 조례(기관설치.조직운영.업무분장.문서관리 등의 기술적 조례 및 위임조례 제외)를 대상으로 사후 입법평가를 실시하였다. 2014년 조례 사후 입법평가 결과, 총 100개 조례 가운데 “현행유지”로 평가된 조례가 51개, 개선권고가 제시된 조례가 49개에 해당하는 것으로 평가되었다. 개선권고가 제시된 조례 41개의 조례의 경우 폐지권고가 7개, 양성평등의 관점에서 성비를 맞추어 운영개선이 필요하다는 권고안이 5개였으며, 그 외에 개선을 필요로 하는 개정의견으로 평가결과가 도출되었다.

광주광역시 최초로 자치법규의 합리성을 높이기 위해 시행한 사후 입법평가란 점에서 중요한 의의를 갖는 점은 분명하지만 시행과정에서 집행기관에게는 정부업무평가와의 중복성으로 인한 부담이 증가하였고, 조례 특성에 맞는 평가기준이 마련되지 않았을 뿐만 아니라 입법평가 전문인력의 부족으로 인해 해당 부처공무원이 형식적으로 작성하게 되는 경우가 발생하여 평가과정 및 평가결과의 질적 개선이 필요하다고 판단된다.

3. 광주광역시 조례입법평가의 법적근거

우리나라 「헌법」 제117조 1항 및 「지방자치법」 제22조 및 제23조에 따르면 자치법규의 입안절차와 관련해 조례제정권은 지방의회에게 있고, 법령 및 조례가 위임한 범위 내에서 지방자치단체장에게 부여되어 있다. 헌법 및 지방자치법에 따라 지방자지단체가 갖는 자치입법권의 범위 내에서 광주광역시 조례입법평가는 제도화 되었다.

헌법 및 지방자치법이 정한 자치입법권의 행사와 관련해 광주광역시의회와 광주광역시장은 기본적으로 다음과 같은 구조를 가지고 있으며, 조례입법평가제도에 역시 이 같은 구조를 반영하여 제도화 하였다. 광주광역시는 의결기관으로서 광역시의회와 집행기관인 광역시시장을 두고 있다. 양자의 운영과 구성은 서로 독립적이며 상호 대등한 지위에서 견제와 균형을 유지하는 기관대립형적 특성을 갖는다.[9)]

광주광역시의회는 주민에 의해 선출된 의원으로 구성되는 주민의 대표기관이자, 자치법규를 입안하고 의결하는 입법기관이다. 지방자치법 및 지장재정법에 따르면 기본적으로 광주광역시의회와 같은 지방의회는 각종 지방자치단체의 중요사항에 관한 의결권을 갖고 있으며(「지방자치법」 제39조 제1항), 해당 지역의 집행을 감시 및 통제하는 행정감시권을 갖는다(「지방자치법」 제40조의 1, 제41조 및 제42조). 또한 그 의회의 조직과 운영에 있어서는 독립적인 자율권을 갖고 있고(「지방자치법」 제43조, 47조, 제55조 등), 또한 의회내부 구성원에 관한 선거권과 지역주민의 청원에 관한 심사.처리권

9) 박균성, 행정법론(下), 박영사, 2010, 108면

을 갖는다(「지방자치법」 제73조 및 76조). 또한 주민의 대표기관으로 자치단체의 이익을 위해 의견을 제시할 수 있는 의견표명권을 가지며, 집행기관의 감시 및 통제를 위해 서류제출 및 요구권(「지방자치법」 제40조의 1) 그리고 각종 심의를 위한 질의절차를 위해 지방단체장 및 관계공무원의 출석을 요구할 수 있도록 출석요구권 및 질의권이 주어져 있다.[10] 광주광역시의회는 조례 운영 및 집행과 관련해 감시자이자 최종적인 통제권자로서, 조례입법평가 결과에 관한 검토 그리고 평가결과에서 도출된 개선안에 대해 사후적으로 자치입법에 반영할 것인지에 관해 논의하고 결정하는 것 또한 광주광역시의회의 역할이다.

광주광역시 시장은 광주광역시의 최고집행기관으로서 광주광역시를 대표하고, 광주광역시의 사무를 통할하고 관리 및 집행하는 역할을 맡는다. 지방자치법에 따르면 광주광역시 시장과 같은 자치단체의 장은 기본적으로 사무에 관한 지휘감독권과 집행권을 갖고 있으며(「지방자치법」 제101조 및 제103조), 자치법규와 관련해서는 법령 및 조례가 위임한 범위 내에서 사무에 관한 규칙을 제정할 권한을 갖는다(「지방자치법」 제23조). 광주광역시장은 조례제정목적에 적합하게 시정책과 예산을 집행했는지에 관해 조례입법평가서를 작성하여 의회에 보고함으로서, 조례 운영 및 집행에 관한 책임자로서 지방행정운영의 성과에 대해 스스로 결과적 정당성을 입증할 수 있는 기회를 갖는다.

4. 광주광역시 조례입법평가의 주요내용

(1) 평가 개념 및 대상

「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례(이하 「사후평가조례」)」 제2조에서는 “사후 입법평가”를 현재 시행하고 있는 조례에 대해 입법목적의 실현성, 실효성 등을 평가하고 그 개선에 필요한 적극적 조치를 취하는 일련의 과정”으로 규정하고 있다. 개별 법령에서 정의조항을 둔 것은 법규의 불명확성을 사전에 방지하고 관련 용어의 개념을 명확히 하여 수범자들의 이해가능성을 높이기 위함이다. 그러나 「사후평가조례」 제2조에서는 사후 입법평가가 입법의 목적의 실현성과 실효성을 평가하는 과정이라고 하면서 유사성을 갖는 추상적 용어를 동시에 규정하면서도 그에 관한 개념정의를 하지 않고 있다. 양자가 동일한 개념이라면 어느 한 개념으로 통일하면 되겠지만, 양자가 다른 개념이라면 그에 관한 명확한 개념정의는 분명히 해야 할 것이다. “실현성”은 일반적 의미로 이루어질 가능성을 뜻하는데, 조례의 “실현가능성” 이란 의미로 해석한다면 이미 시행된 지 2년이 된 조례를 평가하는 사후평가에서 사전예측적 성격의 실현가능성을 평가한다는 것은 논리적으로 맞지 않게 된다. “실효성”은 실질적 효과를 갖는지를 의미하는 개념이므로[11], 조례의 사후 입법평가가 조례가 의도한 목표대로 효과를 발휘하

10) 광주광역시의회, 앞의 글, 35-36면

였는지를 평가하는 과정이라면 실현성보다는 실효성이라는 개념이 평가의 목적으로 더 타당하다 판단된다.

동 조례 제4조에서는 사후 입법평가의 대상을 광주광역시 조례 한정하고, 그 가운데 기관설치.조직운영.업무분장.문서관리 등 단순 기술적인 내용의 조례, 상위법령에서 위임한 조례, 시행일로부터 2년이 자니지 않은 조례는 평가대상에서 제외하도록 하였다(「사후평가조례」 제4조). 동 규정에 따를 경우 사후 평가는 2년마다 실시하며, 실제 평가 실시 연도의 전전연도 1월 1일 이후 공포된 조례로서 시행일로부터 2년이 지난 위임조례(조직 및 직제, 기관설치 및 업무분장 그리고 단순기술 내용 담은 조례 제외)를 제외한 모든 조례를 평가대상으로 한다.

먼저 사후 조례평가의 대상에서 위임조례를 제외한 것이 평가의 실효성을 담보할 수 있을지 의문이 든다. 왜냐하면 조례에서는 자치사무에 관한 조례라 할지라도, 위임사무 관련된 규정이 존재할 뿐만 아니라 위임조례라 할지라도 자치사무에 관한 사항을 함께 규정하는 경우가 발생하기 때문이다. 하나의 조례 안에 자치사무와 위임사무에 관한 사항이 동시에 규정되어 있는 경우 평가대상의 선정을 비롯해 실제 평가서 작성과정에서 주관부서에게 많은 혼란을 줄 수 있다. 따라서 보다 평가를 효율적으로 수행하기 위해서는 위임조례를 제외하고 있는 부분에 대한 재검토가 필요하다.[12)]

조례 사후 입법평가 대상을 2년이 지난 조례로 한정한 것과 관련해 두 가지 측면을 다시 한번 고려해 보았으면 한다. 첫째, 2년이라는 기간이 조례가 시행된 후 그것이 실제 효과를 가져왔는지를 확인할 수 있을만한 충분한 기간인지에 관한 사항이다. 정해진 기준은 없지만 통상 법률에 관한 입법평가의 경우 시행된 지 적어도 3년에서 5년이 지난 후 입법효과의 확인이 가능하다고 판단하여 해당 규정을 평가한다. 만일 평가과정에서 조례의 미비점이 발견되어 개정안이 발의된다면 적어도 시행한지 2년이 조금 넘을 때마다 조례가 개정되게 된다. 전체 조례평가 결과와 연계된다면 결국 조례개정 빈도는 높아질 수밖에 없다. 조례개정안에 관한 사전적 심의와 논의가 충분히 진행되고, 지역주민들의 의견이 충분히 반영되는 과정을 거친다면 문제가 없겠지만 그렇지 못할 경우 오히려 법적 안정성을 저해하는 결과를 낳을 수 있다. 두 번째로 실제 평가 전문가가 부족하고 그에 관한 충분한 교육이 이뤄지지 않은 상태에서 2년마다 평가가 실행된다면 결국 평가를 직접 수행하는 집행기관의 업무부담으로 이어질 수밖에 없다는 점이다. 조례 입법평가가 집행기관에게 부담으로 작용할 때에는 평가는 형식적으로 진행되고 그 결과는 질적으로 떨어질 수밖에 없게 된다. 결국 이는 입법평가에 관한

11) 실효성의 원칙은 다음과 같은 의미이다. “법규범 가운데 행정권의 내부적인 조직, 행정의 내부적인 운영 등을 정하는 것 외에 일반국민을 그 규율의 대상으로 하는 것은 실효성의 관점에서 검토를 요한다. 법의 내용이 현실의 규범력을 발휘하고 실현되는가의 여부는 사람들이 그 의사에 따라서 법규범을 준수하는가와 밀접한 관련이 있다. 이것이 법규범의 실효성의 문제이며, 입법에 있어서 실효성확보의 문제는 다음 두 가지 측면에서 고려되어야 한다. ① 법령을 입안함에 있어서는 입법의 결과 그것이 사회일반인의 지지를 받을 수 있는 가에 대한 충분한 배려와 검토를 하지 않으면 한된다. ..(중략)...② 법령정보에 대한 충분한 전달이다...(생략)”; 박영도, 입법학용어사전, 한국법제연구원, 2012, 145-146면

12) 차현숙 외 1인, 지방의회 조례 입법평가 도입을 위한 표준조례안 연구, 한국법제연구원, 2013, 35-37면

실효성 문제를 불러오게 될 수 있다. 따라서 평가대상을 2년이 지난 조례로 한정한 것과 관련해 기간적인 타당성에 대해 재논의가 필요하다고 생각된다.

조례입법평가에서 평가대상의 확정은 평가시행여부와 직결되기 때문에 매우 중요한 의미는 갖는다. 조례 입법평가를 실시하는 것은 단순히 조례가 의도한 목표를 달성했는지를 확인하는 것에만 초점이 맞춰져 있는 것이 아니라, 그 과정에서 조례집행기관이 목표를 도달하기 위해 책무를 다했는지를 확인하기 위한 감시 및 통제도 중요한 쟁점 가운데 하나이다. 때문에 입법평가시 해당 주관부서는 예산 편성 및 집행 내역뿐만 아니라 운영현황에 관한 증빙자료도 함께 제출해야 하며, 필요할 경우 입법평가위원회는 해당 주관부서 담당자에게 설명 또는 의견청취를 할 수 있는 조사권이 부여되어 있는 것이다. 실제 집행기관과 의결기관이 나뉘어져 있는 기관대립형 지방자치단체를 구성하고 있는 우리나라의 경우 지방의회는 주민대표기관으로서 지방자치단체의 운영에 관한 최종적인 감시 및 통제자이다. 따라서 조례 입법평가에 관한 최종적인 통제 역시 의회의 역할인 것이다. 이런 지방의회의 감시 및 통제기능을 고려할 때, 사후 입법평가 조례에서는 관련해 의회의 요구가 있을 경우 평가대상 조례가 아닐지라도 평가를 수행할 수 있는 근거를 마련하여 의회의 감시 및 감독권을 확보하는 방안도 고려해 보아야 할 것이다.

(2) 평가 주체

광주광역시장은 조례의 집행기관으로서 조례를 실효성 있게 운영하고 사후 입법평가를 통해 조례의 질적 향상과 입법목적을 실현하도록 노력할 책무를 진다(「사후평가조례」 제3조). 사후평가조례 및 사후평가조례 시행규칙에 따르면 광주광역시장은 입법평가를 수행하는 평가주체로서 산하에 평가수행을 위해 전문가로 구성된 입법평가위원회를 구성하여 평가를 효율적으로 추진할 수 있는 권한을 갖고 있다. 광주광역시장은 입법평가위원회 구성에 관한 권한을 가질 뿐만 아니라, 지방자치단체의 대표기관으로서 해당 조례의 집행을 담당하는 주무부서에 관한 인사권을 갖는 최종 결정권자이기 때문에 조례의 사후평가와 관련해 가장 중요한 주체라 할 것이다. 그러나 사후 입법평가 조례에서는 제3조에 시장의 책무라고만 규정되어 있지 구체적으로 시장이 직접적인 평가주체라고 언급되어 있는 규정은 없다.

이어서 「사후평가조례」 제6조에 의하면 입법평가서의 작성은 평가대상 조례를 관리하고 그에 따른 업무를 수행하는 담당부서인 '주관부서의 장'이 해당 조례를 검토하여 '입법 총괄부서의 장'에게 사후 입법평가 기본자료를 작성하여 제출하도록 정하고 있다. 결국 광주광역시장은 조례에 관한 사후 입법평가를 총괄하는 평가주체이고, 그에 소속되어 있는 주관부서의 장과 총괄부서의 장은 실제 개별 조례에 관한 평가를 실행하고 그 내용을 취합하여 입법평가위원회로 하여금 종합적인 평가를 수행할 수 있도록 하는 평가의 실무그룹이라 하겠다. 그리고 시장에 의해 구성되는 입법평가위원회는 주관부서에서 평가한 조례의 사후평가 결과를 최종적으로 점검하고 조례에 관한 개선안

및 권고안을 마련하여 주관부처에게 제시하는 「사후평가조례」 제2조에 의하면 “총괄부서”란 법제업무를 총괄하는 부서를 의미한다.

평가주체와 동 조례상에는 평가수행에 관한 전반적인 책임의무는 시장에게 주고, 실질적인 수행에 관해서는 입법평가위원회와 주관부서, 총괄부서로 기능적으로 나눠놓고 있다. 그러나 실제 평가와 관련해 3개의 수행주체간 구체적으로 어떤 차이를 갖는지 명확히 구분하기 어렵다. 특히 총괄부서의 장의 경우 조례에서 위임한 사항이 아님에도 불구하고, 「사후 입법평가조례 시행규칙」 제7조에 따라 인권.성평등 침해 또는 차별 여부에 관한 평가의뢰권을 갖는다고 정하고 있다. 평가수행과 관련해 총괄부서의 장이 갖는 권한과 역할이 입법평가에 관한 의회의 감독권 및 통제권과 충돌하지 않도록 관련 규정을 개선해야 할 필요가 있다.

(3) 평가절차

평가절차는 먼저 조직적 측면에서 보면 시장에 의해 입법평가위원회가 구성되어야 시작될 수 있다. 「사후평가조례」 제7조에 의하면 시장은 사후 입법평가를 효율적으로 추진하기 위해 입법평가 위원회를 구성할 수 있으며, 위원회의 임기는 사후 입법평가 종합 결과보고서 작성이 완료되면 만료한다. 입법평가위원회는 15명 이내의 위원으로 구성되는데, 광주광역시 기획업무 부서의 장을 당연직 위원으로 포함하여 광주광역시 의회에서 추천하는 사람, 법률 전문가, 시민단체 대표 등 시장이 임명 또는 위촉하는 사람이 위원으로 선정된다(「사후평가조례」 제7조). 「사후평가조례」 제7조 제4항 및 제12조에 의할 경우 평가위원회의 임기시작이 불명확하고 활동기간이 유동적으로 단축되어 위원들의 독립적이고 전문적인 역할이 위축될 소지가 있다. 따라서 입법평가위원회 위원의 임기와 활동기간을 명확히 할 필요가 있다. 또한 15인 이내의 위원일 경우 광주광역시의회에서 몇 명을 추천받고, 법률전문가는 몇 명으로 구성하며 거기서 성별 비례를 어떤 식으로 구성할 지 구체적으로 명시하는 것이 위원회 구성의 편향성을 줄일 수 있는 방법일 것이다. 이어서 조례와 관련해 특정 이해관계가 있는 사람이 평가위원으로 선정될 수 없도록 하는 근거를 신설하여 위원회의 신뢰성을 확보해야만 할 것이다.

이 같은 입법평가위원회의 구성이 끝나면 평가대상 조례선정 작업은 먼저 해당 조례의 집행실무를 맡고 있는 소관부처의 장, 즉 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례 시행규칙(이하 사후평가조례 시행규칙)」 제2조 제1호에 따른 “주관부서의 장”은 평가대상이 되는 조례를 선정하여 동 검토한 후, 그 결과를 동 규칙이 정한 서식에 맞춰 사후 입법평가 기준표(「사후평가조례 시행규칙」 별지 제2호 서식)에 따라 사후 입법평가 기본자료(「사후평가조례 시행규칙」 별지 제1호 서식)를 작성 한 후, 총괄부서의 장에게 제출하여야 한다. 사후 입법평가 기본자료에는 조례 및 관례법령이 기재되어야만 하며, 사후 입법평가 기준표를 작성하여 세부 항목별로 문제점을 분석하여 조례의 목표달성도와 부수효과를 확인하고 그에 따른 개선안을 제시해야만 한다. 또한 사후 입법평가

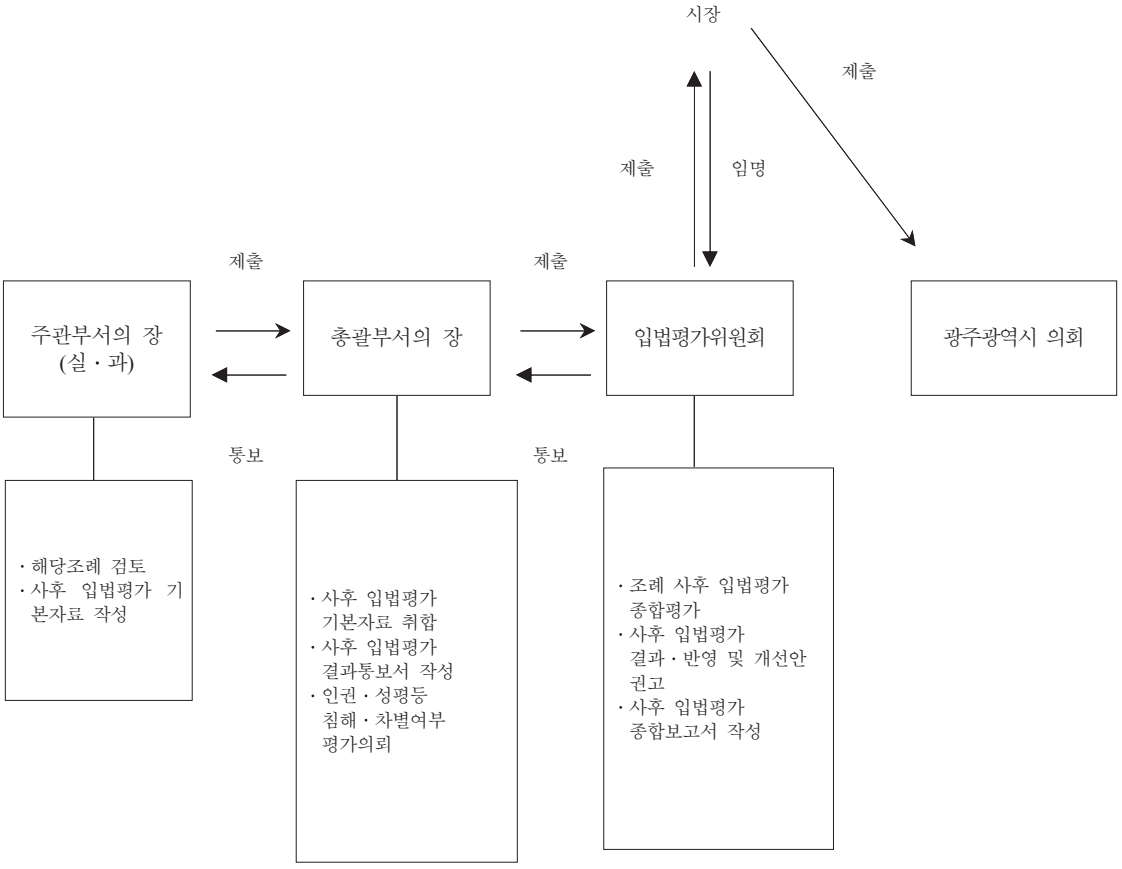
기본자료에는 예산 편성 및 집행 내역이 제시되어야만 한다.

총괄부서의 장은 법제 업무를 총괄하는 부서를 의미하며(「사후평가조례 시행규칙」 제2조 제2호), 해당 주관부서에서 작성한 조례 입법평가 기본자료를 취합하여 입법평가위원회에 제출한다.

마지막으로 주관부서의 장이 제출한 사후 입법평가 기본자료를 토대로 해당 조례에 관한 심의를 거쳐 종합평가를 실시하고 개선안을 마련하여 사후 입법평가 결과를 총괄부서를 통해 주관부서에게 통보한다(「사후평가조례 시행규칙」 제8조). 이 때 입법평가위원회는 입법평가를 수행함에 있어 필요성이 인정되는 경우 관계 공무원 등에게 설명 또는 자료제출을 요구할 수 있다(「사후평가조례」 제9조). 사후 입법평가 결과를 통보받은 주관부서의 장은 결과통보서에 개선권고 사항이 있는 경우 이를 반영하여야 하며, 이를 수용하기 어려울 경우 서면으로 위원장에게 통지하고 반영 여부를 협의하여 결정하여야 한다(「사후평가조례」 제10조).

이상의 과정을 거쳐 평가가 완료되었을 때에는 시장은 입법평가위원회가 작성한 종합결과보고서를 의회에 해당 연도 6월말까지 제출해야만 한다.

<그림1> 광주광역시 조례 사후 입법평가 절차



(4) 평가기준

「사후평가조례」 제5조에 의하면 사후 입법평가는 ① 입법 목적의 실현성, ② 비용과 편익 예측 등의 적정성, ③ 기본계획 및 시행계획 수립 여부, ④ 예산 편성 및 집행 여부, ⑤ 상위법령 제정 및 개정 사항 반영 등 법적 정합성, ⑥ 인권.성평등 침해 또는 차별 여부, ⑦ 위원회 구성 및 운영 실태까지 총 7개의 기준에 따라 평가된다.

실제 조례에 관한 사후평가를 일차적으로 수행하는 주관부서에서는 사후평가조례 제5조에 따라 만들어진 사후 입법평가 기준표(「사후평가조례 시행규칙」 별지 제2호 서식)에 세후항목별로 문제점을 분석하여 개선안을 제시해야만 한다.

「사후평가조례」 제6조 제6호에 따르면 인권 및 성평등 침해 또는 차별여부를 평가기준으로 설정하고 있다. 성평등 관련 효과의 분석은 성별영향평가에 관한 기준 및 요소가 마련되어 있기 때문에 그에 관한 기준을 따라 평가할 수 있을 것이다. 그러나 평가의 실무 주관부서가 작성하는 사후 입법평가 기준표에는 관련 세부항목이 마련되어 있지 않다. 관련 전문가 인터뷰 결과 광주광역시가 인권도시라는 상징적 의미를 갖고 있기 때문에, 인권영향에 관한 평가항목을 넣었다는 점은 지역적 특성을 반영한 평가기준의 설정이라는 측면에서 보면 충분히 이해가능하다. 다만 실제 평가를 진행하기 위해 주관부서에서 작성해야 하는 사후 입법평가 기준표에서는 인권영향과 관련된 세부항목이 발견되지 않는다. 인권 및 성평등 침해 또는 차별여부를 평가기준으로 설정하고 있으면서도, 실제 평가를 수행하는 주관부서에서 작성하는 사후 입법평가 기준표에 그와 관련된 세부 평가항목이 마련되어 있지 않은 점은 앞으로 개선이 필요한 부분이라 생각된다.

<표3> 광주광역시 조례 사후 입법평가 기준표

구 분	세 부 항 목	문제점	개선안
입법 목적의 실현성	· 조례 제정·개정의 취지와 입법 목적대로 시행되고 있는가		
계획수립	· 기본계획 및 시행계획이 수립되어 있는가		
비용과 편익의 적정성	· 비용에 따른 편익 발생은 적절한가?		
	· 예상하지 못했던 비용의 발생은 있는가		
예산편성 및 집행	· 예산은 적정하게 편성되고 집행되었는가		
법적 정합성	· 상위 법령의 개폐 등에 따른 적절한 조치를 취하였는가		
	· 개별 규정 간에 모순되는 점은 있는가		
위원회구성	· 위원회는 구성과 운영에서 적절한가		
	· 위원회의 성비는 적정한가		

* 광주광역시 사후입법평가 조례 시행규칙 [별지 제2호서식] 인용

<표4> 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」의 주요내용

「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」	
제 1 조(목적)	○ 사후 입법평가에 관한 기본적인 사항을 정하여 정책 실현 도구로써 조례의 실효성을 높여 시민의 삶의 질이 향상되도록 함을 목적으로 함
제 2 조(정의)	○ 용어 정의 - 사후 입법평가: 시행되고 있는 조례에 대하여 입법 목적의 실현성, 실효성 등을 평가하고 그 개선에 필요한 적극적 조치를 취하는 일련의 과정임
제 3 조(시장의 책무)	○ 조례의 집행기관으로서 조례를 실효성 있게 운영하고 사후 입법평가로 조례의 질적 향상과 입법목적을 실현하도록 노력해야 함
제 4 조(평가대상)	○ 광주광역시 조례 ○ 제 외 - 기관설치·조직운영·업무분장·문서관리 등 단순 기술적인 내용의 조례 - 상위법령에서 위임한 조례 - 시행일로부터 2년이 지나지 않은 조례
제 5 조(평가 기준 및 시기)	○ 기 준 1. 입법 목적의 실현성 2. 비용과 편익 예측 등의 적정성 3. 기본계획 및 시행계획 수립 여부 4. 예산 편성 및 집행 여부 5. 상위법령 제정 및 개정 사항 반영 등 법적 정합성 6. 인권·성평등 침해 또는 차별 여부 7. 위원회 구성 및 운영 실태 ○ 시 기 - 2년마다 실시
제 6 조(입법평가서의 작성)	○ 평가 대상이 되는 조례의 주관부서의 장은 조례검토 및 기본자료 작성해서 입법 총괄부서의 장에게 제출
제 7 조(입법평가위원회 구성)	○ 시 장 - 입법평가위원회 구성(위원장 1인, 부위원장 각 1명, 총 15명) ○ 입법평가위원회 - 구성: 광주광역시 기획업무 부서의 장을 당연직 위원으로 포함하여 광주광역시의회에서 추천하는 사람, 법률 전문가, 시민단체 대표 등에서 시장이 임명 또는 위촉

「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」	
	- 위원장과 부위원장: 위원 중에서 호선 - 임기: 사후 입법평가 종합결과보고서 작성이 완료되면 만료 - 간사: 사무를 처리하기 위하여 간사를 두며, 간사는 담당사무관이 됨
제 8 조(기능)	○ 심의사항 1. 사후 입법평가 결과의 반영 및 개선안 마련에 관한 사항 2. 사후 입법평가 결과통보서 작성 및 통보에 관한 사항 3. 그밖에 시장이 위원회의 심의·조정이 필요하다고 인정하는 사항
제 9 조(조사 및 의견청취 등)	○ 필요하다고 인정하면 관계 공무원 등에게 설명 또는 자료 등의 제출을 요구
제10조(평가결과 반영)	○ 주관부서의 장 - 위원장으로부터 받은 사후 입법평가 결과통보서에 개선권고 사항이 있는 경우 이응 반영하여야 함 - 평가결과 반영하기 어려운 경우 그 사유응 서면으로 위원장에게 통지, 반영여부 협의 결정
제11조(수당 등)	○ 위원회 위원 등에 대해서는 예산의 범위 내에서 수당과 여비 지급
제12조(종합결과보고서 제출)	○ 시 장 - 위원회 사후 입법평가 결과통보서 및 소관부서의 개선권고안 반영계획 등을 포함한 사후 입법평가 종합결과보고서를 해당 연도 6월 말까지 광주광역시의회에 제출
제13조(규칙)	○ 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정함

5. 광주광역시 조례입법평가의 적용사례

(1) 「광주광역시 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 조례」에 관한 평가

「광주광역시 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 조례(이하 자살예방조례)」는 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 종합적인 정책을 수립.시행함으로써 시민의 안정되고 행복한 생활을 보장하는데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정되었다(「자살예방조례」 제1조). 체계성 분석결과 크게 문제점으로 언급할 만한 조항은 없어 보인다.

또한 동 조례에서는 특별히 인권 및 성평등 침해 및 차별적 요소를 확인할 수 없었다.

동 조례 제3조 및 제6조에 따르면 광주광역시장은 자살예방에 필요한 정책을 수립 및 시행할 의무를 지고, 그에 따른 업무를 수행하기 광주광역시 자살예상센터를 설치하여 운영하도록 정하고 있다.[13] 또한 제18조에 따르면 시장은 효과적인 자살예방책을 수립하기 위해 5년마다 자살에 관한 실태조사를 실시하여 정책에 반영되도록 해야 한다.[14] 통상적으로 예방 및 지원에 관한 조례가 의무만 정한 채 구체적인 지원사항을 명시하지 않아 조례의 의도한 효과를 달성하기 어려운 경우가 많은데, 동 조례의 경우 시 직영체계로 운영하는 자살예상센터를 수립하여 24시간 상담을 통해 자살위험자들에 대한 적극적인 예방조치 취할 수 있도록 하고 있다. 동 조례를 통한 자살예방 인프라 형성은 실제 광주광역시 자살률 감소로 이어졌다고 평가되고 있다. 이상을 놓고 볼 때 자살예방조례는 체계성을 기반으로 실효성을 발취하고 있는 조례라고 생각된다.

[입법평가사례표 1] 광주광역시 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 조례

연 번	조례명	제 정	최종개정
5	광주광역시 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 조례	2011.05.13	2015.07.23

13) 광주광역시 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 조례 제 3 조(시장의 책무) 광주광역시장(이하 “시장”이라 한다)은 생명존중 사상을 고취하고, 자살위험자나 자살시도자 등을 그 위험으로부터 적극 구조하기 위해 사전 예방대책에 중점을 두고 필요한 정책을 수립.시행하여야 한다.
제 6 조(자살예방시행계획의 수립.시행) ① 시장은 「자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 법률」(이하 ‘법’이라 한다) 제7조에 따른 ‘자살예방기본계획’과 연계하여 광주광역시 자살예방시행계획(이하 “시행계획”이라 한다)을 매년 수립.시행하여야 한다.
② 시행계획에는 다음 각 호의 사항을 포함한다.
1. 시행계획의 방향과 추진목표
2. 자살 고위험군에 대한 효율적인 관리 및 사회적.의료적 지원체계
3. 자살예방을 위한 교육 및 홍보시책 및 생명존중 사상의 고취
4. 자살예방 상담 전문인력 양성
5. 자살통계 분석 및 정보관리체계 구축
6. 자살예방을 위한 지역사회 협력체계 구축
7. 그 밖에 자살예방 및 생명존중에 관한 시책

14) 광주광역시 자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 조례 제14조(자살예방센터 설치 등) ① 시장은 다음 각 호의 업무를 수행하기 위하여 광주광역시 자살예방센터(이하 “자살예방센터”라 한다)를 설치.운영할 수 있다.
1. 자살관련 상담
2. 자살위기 상시 현장 출동 및 대응
3. 자살시도자 사후관리
4. 자살예방 홍보 및 교육
5. 자살예방 전문 인력 양성
6. 그 밖에 자살예방과 생명존중을 위하여 시장이 인정하는 업무
② 시장은 제1항에 따른 자살예방센터를 「정신보건법」 제13조의2에 따른 정신보건센터에 둘 수 있다.
③ 시장은 자살예방사업의 효율적인 추진을 위하여 전문성, 인력, 시설 등을 고려하여 법령이 정하는 민간기관 및 단체에 자살예방센터의 운영을 위탁할 수 있으며, 위탁업무 수행에 소요되는 비용을 예산의 범위에서 보조할 수 있다.

	위임근거	분 류	평가대상여부
	지방자치법 제22조 및 제9조	자치조례	○

입법체계 평가

○ **조례 제정 목적**

- 동 조례는 살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 종합적인 정책을 수립·시행함으로써 시민의 안정되고 행복한 생활을 보장하는데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정되었음

○ **조례입안기준 부합성**

- 동 조례와 관련된 특별한 기본조례나 모범조례가 제시되고 있지는 아니함.
- 동 조례와 비교분석할 수 있는 대표적인 자치단체의 관련 조례는 없음.

○ **위임 적합성 평가**

- 지방자치법 제22조 및 제9조에 따르면 지방자치단체는 주민의 복리증진에 관한 사무에 대해서는 조례의 제정이 가능하며, 동 조례는 위이의 범위 내에 있음

사후 입법평가 기준에 따른 평가

○ **「광주광역시 사후 입법평가 조례」의 평가기준**

1. 입법 목적의 실현성
2. 비용과 편익 예측 등의 적정성
3. 기본계획 및 시행계획 수립 여부
4. 예산 편성 및 집행 여부
5. 상위법령 제정 및 개정 사항 반영 등 법적 정합성
6. 인권·성평등 침해 또는 차별 여부
7. 위원회 구성 및 운영 실태

○ **입법목적의 실현성**

- 최근 급속히 증가하고 있는 자살을 방지하고 생명존중문화를 조성하여 시민의 안정적이고 행복한 생활을 보장하려는 입법목적은 충분히 타당성을 띄고 있음
- 동 조례 제3조 및 제6조에 따르면 광주광역시장은 자살예방에 필요한 정책을 수립 및 시행할 의무를 지고, 그에 따른 업무를 수행하기 광주광역시 자살예상센터를 설치하여 운영하도록 정하고 있음
- 동 조례 제18조에 따르면 시장은 효과적인 자살예방책을 수립하기 위해 5년마다 자살에 관한 실태조사를 실시하여 정책에 반영되도록 정하고 있음
- 통상적으로 예방 및 지원에 관한 조례가 의무만 정한 채 구체적인 지원사항을 명시하지 않아 조례의 의도한 효과를 달성하기 어려운 경우가 많은데, 동 조례의 경우 시장의 구체적인 책무를 명시하고 있을 뿐만 아니라, 시 직영체계로 운영하는 자살예상센터를 수립하여 24시간 상담을 통해 자살위험자들에 대한 적극적인 예방조치 취할 수 있도록 하고 있음을 볼 때, 조례가 의도한 목표를 충분히 실현되고 있다고 판단됨

○ **법적 정합성**

- 동 조례의 법령체계상 개별규정간의 모순 또는 관련 조례와의 충돌이 보이지 않는바 체

계성을 띄고 있음

○ **인권·성평등 침해 또는 차별 여부**

- 해당사항 없음

관계법령

지방자치법
제 9 조(지방자치단체의 사무범위) (생략) ② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다. (생략) 2. 주민의 복지증진에 관한 사무 가. 주민복지에 관한 사업 나. 사회복지시설의 설치·운영 및 관리 다. 생활이 곤궁(困窮)한 자의 보호 및 지원 라. 노인·아동·심신장애인·청소년 및 여성의 보호와 복지증진 마. 보건진료기관의 설치·운영 바. 감염병과 그 밖의 질병의 예방과 방역 사. 묘지·화장장(火葬場) 및 납골당의 운영·관리 아. 공중접객업소의 위생을 개선하기 위한 지도 자. 청소, 오물의 수거 및 처리 차. 지방공기업의 설치 및 운영 6. 지역민방위 및 지방소방에 관한 사무 가. 지역 및 직장 민방위조직(의용소방대를 포함한다)의 편성과 운영 및 지도·감독 나. 지역의 화재예방·경계·진압·조사 및 구조·구급

조례 개선방향

- 없음

(2) 「광주광역시 여성의 안전한 생활을 위한 조례」에 관한 평가

「광주광역시 여성의 안전한 생활을 위한 조례(이하 여성안전생활지원조례)」는 여성이 성차별 문화에 따른 폭력이나 범죄로부터 안전하게 생활할 수 있는 사회 환경을 조성하는 데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정되었다. 동 조례는 「지방자치법」 제22조 및 제9조 제2항 제2호에 따라 지역여성의 안전생활을 위한 사회환경조성을 위해 마련된 자치조례에 해당한다.

동 조례에서는 체계성 분석결과 입법목적과는 직접적인 연관성을 갖지 않는 규정을 확인할 수 있었다. 본 조례는 여성의 성차별 문화에 따른 폭력이나 범죄로부터의 생활보호와 그와 관련된 사회환경을 조성하는 것이 본래 입법목적이라 할 수 있다. 그러나 동 조례 제15조에서는 안전에 취약한 여성들이 생활안전협동조합을 설립할 수 있도록 시장이 지원할 수 있다고 규정하여, 여성기업의 육성과 관련된 사항이 규정되어 있다.

「광주광역시 여성의 안전한 생활을 위한 조례」

제15조(생활안전협동조합 등 육성) ① 시장은 안전에 취약한 여성들이 생활안전협동조합을 설립하도록 지원할 수 있다.

② 시장은 지역 소상공인, 여성 기업인이 가정을 방문하여 집수리, 가전제품・배관・전기 수리 등의 용역을 제공하는 생활안전협동조합을 설립하도록 지원할 수 있다.

③ 제1항과 제2항에 따른 생활안전협동조합과 사회적기업 등에 여성들이 적극 참여하도록 권장할 수 있다.

④ 시장은 생활안전협동조합과 사회적기업 등을 홍보할 수 있다.

또한 동 조례 제16조에 여성이 안심하고 생활편의를 도모할 수 있는 제품판매, 택배업체 등과 같은 여성의 안전생활과 관련된 기업체를 대상으로 성희롱.여성폭력 예방 및 성평등 교육을 실시하고 이를 이수하고 직원관리가 잘 되는 기업에게는 여성안전기업으로 인증할 수 있도록 정하고 있으며, 표제로는 “여성안전기업의 육성”이라는 표현되어 있다. 그러나 법률상 “안전”이란 개념은 매우 광범위할 뿐만 아니라 여성안전생활조례를 통해 여성의 물리적 폭력 및 범죄로부터의 안전을 도모하고자 한 것이라면 동 조례에서 여성안전기업으로 인증가능한 기업체는 제16조에 한정되지 않을 것이다. 여성안전생활조례 제1조의 목적조항에 밝힌 바처럼 성차별 문화에 따른 폭력이나 범죄로부터의 안전이라면 동 조례 제16조에서 언급한 기업체가 인증제의 대상이 될 수 있는 직접적인 연관성을 찾기 어렵다. 이 같은 문제가 발생한 것은 남성에 비해 신체적으로 약한 여성이 범죄나 폭력에 쉽게 노출될 수 있기 때문에 이를 고려하여 여성을 보호하려는 취지와 여성이 갖는 사회적 차별로 인한 피해에 대한 보호로부터 보호하려는 입법자의 의도가 구분되지 않은 채 목적조항에서 함께 규정되었기 때문이라 판단된다. 여성의 생활안전에 초점을 맞추었다면 1차적으로 범죄 및 폭력과 같은 물리적 위험요인으로부터 생명 및 신체를 보호할 수 있는 각종 조치 및 지원책에 대한 효과적인 조례안이 마련되어야 한다. 따라서 동 조례 가운데 성폭력 관련 규정은 삭제하여 조례의 목적과 개별 규정들이 유기적이고 통일적으로 체계화 될 수 있도록 전체 관련 규정들을 개정해야 할 것이다. 동 조례에서는 특별히 인권 및 성평등 침해 및 차별적 요소를 확인할 수 없었다.

「광주광역시 여성의 안전한 생활을 위한 조례」

제16조(여성안전기업 육성) ① 시장은 가정방문을 통한 상품의 설치, 수리, 점검 따위를 수반하는 가전제품 또는 보일러 등을 제조하거나 판매하는 업체, 택배업체 및 시내버스・택시 운송사업체 등 여성의 안전한 생활과 밀접한 연관이 있는 기업체에게 직원을 대상으로 성희롱・여성폭력 예방 및 성평등 교육 등을 실시하고, 이를 이수하도록 권고할 수 있다.

② 시장은 제1항에 따라 직원들이 교육을 잘 이수하고, 여성 고객에게 신뢰를 줄 수 있도록 직원 관리가 잘 되어 있는 기업을 여성안전기업으로 인증할 수 있다.
③ 제2항에 따라 인증을 받은 기업에게는 직원 교육 및 기업 홍보 등의 지원을 할 수 있다.

[입법평가사례표 10] 광주광역시 여성의 안전한 생활을 위한 조례

<table>
<tr><th>연 번</th><th>조례명</th><th>제 정</th><th>최종개정</th></tr>
<tr><td rowspan="3">10</td><td>광주광역시 여성의 안전한
생활을 위한 조례</td><td>2013.07.01</td><td>없음</td></tr>
<tr><th>위임근거</th><th>분 류</th><th>평가대상여부</th></tr>
<tr><td>지방자치법 제22조 및 제9조 제2항 제2호</td><td>자치조례</td><td>○</td></tr>
<tr><th colspan="4">입법체계 평가</th></tr>
<tr><td colspan="4">○ 조례 제정 목적
- 동 조례는 여성이 성차별 문화에 따른 폭력이나 범죄로부터 안전하게 생활할 수 있는 사회 환경을 조성하는 데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정함
○ 조례입안기준 부합성
- 동 조례와 관련된 특별한 기본조례나 모범조례가 제시되고 있지는 아니함.
- 동 조례와 비교분석할 수 있는 대표적인 자치단체의 관련 조례는 없음
○ 위임 적합성 평가
- 지방자치법 제22조 및 제9조 제2항 제2호에 따라 주민의 복지증진에 관한 사무를 정한 조례로서 위임의 범위 내에 있음</td></tr>
<tr><th colspan="4">사후 입법평가 기준에 따른 평가</th></tr>
<tr><td colspan="4">○ 「광주광역시 사후 입법평가 조례」의 평가기준
1. 입법 목적의 실현성
2. 비용과 편익 예측 등의 적정성
3. 기본계획 및 시행계획 수립 여부
4. 예산 편성 및 집행 여부
5. 상위법령 제정 및 개정 사항 반영 등 법적 정합성
6. 인권·성평등 침해 또는 차별 여부
7. 위원회 구성 및 운영 실태
○ 입법목적의 실현성
- 본 조례는 여성의 성차별 문화에 따른 폭력이나 범죄로부터의 생활보호와 그와 관련된 사회환경을 조성하는 것이 본래 입법목적이라 할 수 있음</td></tr>
</table>

- 그러나 동 조례 제15조에서는 안전에 취약한 여성들이 생활안전협동조합을 설립할 수 있도록 시장이 지원할 수 있다고 규정하여, 여성기업의 육성과 관련된 사항이 규정되어 있음
- 동 조례 제16조에 여성이 안심하고 생활편의를 도모할 수 있는 제품판매, 택배업체 등과 같은 여성의 안전생활과 관련된 기업체를 대상으로 성희롱·여성폭력 예방 및 성평등 교육을 실시하고 이를 이수하고 직원관리가 잘 되는 기업에게는 여성안전기업으로 인증할 수 있도록 정하고 있으며, 표제로는 여성안전기업의 육성이라고 표현되어 있음
- 그러나 법률상 "안전"이란 개념은 매우 광범위할 뿐만 아니라 여성안전생활조례를 통해 여성의 물리적 폭력 및 범죄로부터의 안전을 도모하고자 한 것이라면 동 조례에서 여성안전기업으로 인증가능한 기업체는 제16조에 한정되지 않음
- 여성안전생활조례 제1조의 목적조항에 밝힌 바처럼 성차별 문화에 따른 폭력이나 범죄로부터의 안전이라면 동 조례 제16조에서 언급한 기업체가 인증제의 대상이 될 수 있는 직접적인 연관성을 찾기 어려움
- 이 같은 문제가 발생한 것은 남성에 비해 신체적으로 약한 여성이 범죄나 폭력에 쉽게 노출될 수 있기 때문에 이를 고려하여 여성을 보호하려는 취지와 여성이 갖는 사회적 차별로 인한 피해에 대한 보호로부터 보호하려는 입법자의 의도가 구분되지 않은 채 목적조항에서 함께 규정되었기 때문이라 판단됨

○ **법적 정합성**

- 체계성 분석결과 크게 문제시 되는 규정은 찾아볼 수 없었음

○ **인권·성평등 침해 또는 차별 여부**

- 해당사항 없음

관계법령

지방자치법

제 9 조(지방자치단체의 사무범위) (생략)

② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다.

(생략)

2. 주민의 복지증진에 관한 사무

가. 주민복지에 관한 사업

나. 사회복지시설의 설치·운영 및 관리

다. 생활이 곤궁(困窮)한 자의 보호 및 지원

라. 노인·아동·심신장애인·청소년 및 여성의 보호와 복지증진

마. 보건진료기관의 설치·운영

바. 감염병과 그 밖의 질병의 예방과 방역

사. 묘지·화장장(火葬場) 및 납골당의 운영·관리

아. 공중접객업소의 위생을 개선하기 위한 지도

자. 청소, 오물의 수거 및 처리

차. 지방공기업의 설치 및 운영

(생략)

제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의

지방자치법
위임이 있어야 한다.

조례 개선방향

- 동 조례 가운데 성폭력 관련 규정은 삭제하여 조례의 목적과 개별 규정들이 유기적이고 통일적으로 체계화 될 수 있도록 전체 관련 규정들을 개정해야 할 필요성이 있음

6. 맺음말

「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」에 따라 시범적으로 실시한 개별 조례 입법평가는 체계성 분석 위주로 진행되었다. 그 결과 두 조례 모두 체계성이 결여되거나 전부개정을 요하는 조례는 아니라고 평가되었다. 다만 「광주광역시 여성의 안전한 생활을 위한 조례」처럼 입법목적 자체가 개념적으로 불명확성을 띄어 관련 규정들이 유기적으로 연계성을 갖지 못한 채 제정되었던 사례를 확인할 수 있었다. 조례제안자의 입법취지 및 그 의도는 충분히 이해하겠으나 조례의 실효성을 고려한다면 명료한 목적을 통해 집행기관이 조례집행과 관련해 명확한 정책을 수행할 수 있도록 하는 것이 지방운영을 위해 효율적이라 판단된다.

개별 조례 입법평가를 실시하는 과정에서 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」와 관련해 다음과 같은 개선이 필요하다는 점을 확인할 수 있었다.

첫째, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제2조에서 정하고 있는 평가기준 가운데 “실현성”은 “실효성”으로 바꾸는 것이 적합하다고 판단된다. “실현성은” 은 조례의 실현가능성이란 의미로서, 이미 시행된 지 2년이 된 조례를 평가하는 사후평가에서 사전예측적 성격의 실현가능성을 평가하는 것은 타당치 않기 때문에, 조례가 의도한 목표대로 효과를 발휘하였는지를 평가한다는 차원에서 “실효성”이란 표현이 더 적합할 것이다.

둘째, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제4조에서 위임조례를 제외하고 있는 것에 대한 재검토가 필요하다고 생각된다. 왜냐하면 조례의 경우 자치사무에 관한 조례라 할지라도 위임사무관련 규정이 존재하기 때문에, 평가를 효율적으로 실시하고 평가결과가 해당 자치단체의 자치입법의 질적 개선이라는 상위목표에 부합하기 위해서는 위임사무에 관하 사항도 함께 평가하는 방식으로 평가대상의 확대를 고려해보아야 할 것이다.

셋째, 조례 사후 입법평가 대상을 2년으로 한정한 것과 관련해, 조례개정과정 및 조례개정빈도, 그리고 조례입법평가기관의 업무부담을 고려할 때, 3년으로 기간을 늘리는 것에 대한 검토가 필요하다고 생각된다.

넷째, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제3조 및 제6조에 의하면 평가수행에

관하 전반적인 책임의무는 시장에게 주고, 실질적인 수행에 관해서는 입법평가위원회와 주관부서, 총괄부서가 기능적으로 나눠서 수행하도록 정하고 있는데, 실제 평가수행과 관련해 동 조례에서는 이들 평가주체간 구체적 업무분장에 대해 명확하게 구분되어 있지 않는다. 따라서 실질적인 평가주체간 업무영역에 관해 구분이 가능하도록 관련 조문의 개선이 필요하다고 생각된다.

다섯째, 입법평가위원회 위원의 임기와 활동기관 그리고 인적 구성기준에 관해 보다 명확성을 기해 관련 조문을 개선할 필요가 있을 것이다.

여섯째, 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제5조 및 제6조에 따라 작성한 사후 입법평가 기준표에서 인권 및 성평등 침해여부를 평가할 수 있도록 관련 세부항목이 마련되어야만 할 것이다.

입법평가는 “보다 좋은 입법(Better Regulation)”의 관점에서 법률의 실효성을 분석하여 최적의 입법대안을 마련하기 위한 입법론적 도구로 인식되고 있다.[15]지금까지 언급한 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」에 관한 개선안을 토대로 효과적인 조례입법평가제도를 정착시켜 입법평가적 툴이 자치입법의 질적 개선을 위한 밑거름이 되기를 희망하며 이 글을 마치고자 한다.

15) 법률을 대상으로 할 것인지, 법령을 대상으로 평가할 것인지는 입법평가를 제도화 한 국가마다 다름

<참고문헌>

광주광역시청 법무담당관실, 2014년도 조례 사후 입법평가 종합결과보고서, 2014

광주광역시의회, 제6대 의정백서, 2014

광주광역시의회, 제218회 임시회 행정자치위원회회의록, 2013.06.10

박균성, 행정법론(下), 박영사, 2010

박영도, 입법학용어사전, 한국법제연구원, 2012

차현숙 외 1인, 지방의회 조례 입법평가 도입을 위한 표준조례안 연구, 한국법제연구원, 2013

- 대법원 선고 2006추45 판결, 법원 종합법률정보
  http://glaw.scourt.go.kr
- 행정자치부 자치법규 정보시스템
  http://www.elis.go.kr/newlaib/laibLaws/h1126/laws.jsp?regionId= 29000&isfez=
- 행정자치부 연도별 자치법규 현황정보
  http://www.elis.go.kr/
- 광주광역시청 시정소식
  http://www.gwangju.go.kr/board.do?S=S01&M=160301000000&b_code=0000000027&act=view&list_no=286544
- 강경남, 광주드림일보, 2014. 01. 22 기사
  http://www.gjdream.com/v2/news/view.html?news_type=201&uid=452495
- 채정희, 광주드림일보, 2014. 09. 03 기사
  http://www.gjdream.com/v2/news/view.html?news_type=201&uid=458995
- 광주광역시청 시정소식, 2014. 09. 15
  http://www.gwangju.go.kr/board.do?S=S01&M=160301000000&b_code=0000000027&act=view&list_no=286544

“광주광역시 조례입법평가에 관한 연구” 에 대한 토론문

정 훈 교수(전남대)

1. 입법평가를 집행기관이 하는 것이 타당한지?

(1) 평가주체의 문제

「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」에 의하면 집행기관인 시장이 입법평가의 주체로 되어 있다. 그러나 집행기관이 의회의 입법을 평가하는 것은 권한분배 차원에서 문제가 있을 수 있다. 즉,

- 조례제정 전에 조례안이 문제가 있을 경우, 집행기관이 재의요구나 제소할 수 있도록 되어 있고
- 조례제정 후 조례가 적법성의 문제가 있을 경우, 사법부에 의한 평가를 받도록 되어 있다.

따라서, 조례에 대해 이러한 통제제도를 둔 취지와 의회와 집행기관의 권한분배 및 조례입법평가의 취지에 비추어 보면 조례에 대한 평가는 의회가 자율적 평가 차원에서 하는 것이 바람직하다.

(2) 입법평가인지 정책평가인지

위 조례의 제안 설명에 따르면 “「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례안」이 발의되었다. 동 조례안에 관한 제안 설명에 의하면, 정책수립을 위해 제정된 조례가 그 발효 이후 집행기관에서 의도한 목표대로 실행되고 있는지를 확인할 수 없기 때문에 조례의 실효성에 대한 검증이 필요하다는 점, 그리고 이 같은 조례의 실효성을 제고를 통해 보다 낳은 조례의 제.개정 방향을 모색할 수 있다는 점”등을 들고 있다.

또한 위 조례 제1조(목적)는 “이 조례는 광주광역시 조례의 입법 목적과 목표가 실현되고 있는지를 분석·평가하여 개선하도록 하는 사후 입법평가에 관한 기본적인 사항을 정하여 정책 실현 도구로써 조례의 실효성을 높여 시민의 삶의 질이 향상되도록 함을 목적으로 한다.”라고 규정되어 있다.

조례는 의회가 제정권을 갖는데, 제안설명에서 나와 있듯이 “집행기관이 의도한 목표대로 실행되고 있는지를 확인”하기 위한 것이 입법평가의 목적이라면 집행기관을 견제하는

기능을 수행하는 의회의 권한을 심각하게 침해할 우려가 있다.

'정책이란 정부 또는 공공기관이 공적 목표(公的目標)[공익]를 달성하기 위하여 마련한 장기적인 행동지침'[1] 을 말한다. 그리고 어떤 정책이 수립에서 집행되는 과정은 아래와 같은 순서를 밟은 것이다.

정책 → 정책을 실현하기 위한 규범적 틀로서 입법(조례) → 집행

이러한 구조에서 “정책”은 집행기관에 의해서만 수립되는 것은 아니고, 집행부와 입법부, 정치권 및 공공의 여론 등 국가전반의 합의를 통해 그 방향이 정해진다.

비록 현실에서 입법이 집행기관에 의해 제안되고, 집행기관이 수립한 정책을 시행하기 위해 행해지는 경우가 많은 것이 사실이지만, 광주시의 위 조례는 제1조 목적조항과 조례 제안설명을 종합하면 집행기관의 정책을 시행하기 위한 도구로써 조례를 제정하였고, 그러다 보니 마치 입법평가가 집행기관의 정책평가와 같은 성격을 갖게 되고, 결과적으로 평가의 주체가 집행기관이 된 것으로 보임

이는 위 조례 제정시 논의과정을 보아도 그러한 점을 엿 볼 수 있다. 즉, 광주광역시 집행기관이 “ 「정부업무평가기본법」상 정부업무평가와 유사한 제도로서 그에 관한 실행을 책임지는 지방자치단체의 장의 권한과 중첩될 수 있다는 점, 조례에 관한 사후적 입법평가와 정부업무평가가 다를 경우 두 평가 영역이 명확하게 법령상 체계가 정립된 이후에 조례입법평가가 제도화 되어야 한다고 의견을 제시”한 것을 보면, 정부업무평가와 조례 사후 입법평가를 같은 것으로 여겼던 것으로 보인다. 그러나 「정부업무평가기본법」은 정책등(정책, 사업, 업무)에 대한 평가법이다.[2]

이러한 점으로 보아 이 조례가 순수한 입법평가가 아니라, 애초에 ‘광주시가 수립한 정책의 실현수단으로써 조례에 대한 평가’를 생각하다보니 조례의 제명과 달리 ‘입법’평가가 아니라 ‘정책’평가의 성격을 갖게 되었고, 이것이 평가의 주체를 집행기관인 시장으로 삼은 것으로 보임

2. 평가기준으로서 실현성과 실효성

발제자께서는 두 용어가 같은 의미이므로 ‘실효성’으로 통일하거나 다른 의미라면, 용어

---

1) [네이버 지식백과] 정책 [政策, policy, Politik] (행정학사전, 2009. 1. 15., 대영문화사)http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=77685&cid=42155&categoryId=42155

2) 「정부업무평가기본법」 제2조 제2호에 의하면 “"정부업무평가"라 함은 국정운영의 능률성·효과성 및 책임성을 확보하기 위하여 다음 각 목의 기관·법인 또는 단체(이하 "평가대상기관"이라 한다)가 행하는 정책등(정책·사업·업무 ※ 토론자 첨자)을 평가하는 것을 말한다.”고 되어 있고, 같은 법 제18조 제1항은 “지방자치단체의 장은 그 소속기관의 정책등을 포함하여 자체평가를 실시하여야 한다.” 라고 규정하고 있음

정의를 하는 것이 바람직하다는 견해를 피력하셨습니다.
그런데, 조례제정시 발제자의 우려처럼 심도 있는 고민을 하였는지 모르겠지만, 양자는 다른 의미로 보입니다. 즉,

- 실현성 : 광주시의 사무범위내에 있거나 국가법령과의 관계에서 추상적·일반적으로 실현가능한지의 문제. 예) 만일, 인권분야와 관련하여 수사과정 등에서 인권침해 예방에 관한 조례가 제정된 경우, 수사는 국가 사무이므로 지방자치단체 차원에서 해결할 문제가 아니므로, 실현성이 없는 것임
- 실효성 : 실현성이 있는 사안이 구체적으로 달성되는지의 문제(예산문제나 시의성 등의 이유로 실현성이 있으나 실효성이 없을 수 있음)

3. 위임조례를 평가대상에 제외하는 것이 바람직한지

발제자께서는 “하나의 조례 안에 자치사무와 위임사무에 관한 사항이 동시에 규정되어 있는 경우 평가대상의 선정을 비롯해 실제 평가서 작성과정에서 주관부서에게 많은 혼란을 줄 수 있다. 따라서 보다 평가를 효율적으로 수행하기 위해서는 위임조례를 제외하고 있는 부분에 대한 재검토가 필요하다”라고 하셨는데, 매우 타당한 지적입니다.

토론자는 이에 덧 붙여, 다음의 이유로 포함시키는 것이 타당하다고 생각합니다.

국가 법령이 위임한 범위내에서 자치단체의 재량이 존재하기 때문에 그 범위내에서는 평가필요성이 있음(예: 환경관련 법령에서 자치단체 조례로 법령이 허용한 범위내에서 법령보다 강화된 기준을 정할 수 있도록 한 경우, 그 강화된 기준이 타당한지 등)

4. 평가결과의 반영

조례 제10조(평가결과의 반영)는 “주관부서의 장은 위원장으로부터 받은 사후 입법평가결과통보서에 개선권고 사항이 있는 경우에는 이를 반영하여야 한다. 다만, 주관부서의 장은 평가 결과를 반영하기 어려운 경우에는 그 사유를 서면으로 위원장에게 통지하고, 반영 여부를 협의하여 결정하여야 한다.”라고 되어 있는데,
입법평가 결과에 대해 왜 집행기관의 주관부서가 결과를 반영해야 하는지? 어디에 반영해야 하는지?

이러한 규정도 결국 이 조례가 ‘입법’평가가 아니라, 실질적으로 ‘정책’평가를 염두에 두고 제정한 데서 기인하는 것은 아닌지 하는 의구심이 듬

“광주광역시 조례입법평가에 관한 연구” 에 대한 토론문

이창용 의원(순천시의회 부의장)

“광주광역시 조례입법평가에 관한 연구” 에 대한 토론문

유종민 교수(서해대)

Ⅰ. 들어가는 말

입법평가란 입법과정에서 입법에 대한 평가를 통해 입법이 제대로 되어 있는지 검증하는 입법시스템을 말합니다. 즉, 입법평가제도는 입법권자가 합리적인 입법을 하고 있음을 주권자인 국민에게 보여주고 합의를 도출하는 일련의 평가과정이며, 이러한 입법평가의 유형으로는 법규범의 성립시점을 기준으로 하여 사전적 입법평가와 병행적 입법평가, 사후적 입법평가로 분류할 수 있을 것입니다. 이중 사후적 입법평가 규정의 하나가 바로 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」입니다.[1)]

저는 오늘 한국국가법학회의 주제발표로 배건이 연구위원님께서 주민자치의 실현에 매우 중요한 수단의 하나인 자치입법평가와 관련하여 광주광역시의 사례를 들어 다루시면서 지방분권의 시대에서 자치입법에 대한 사후평가가 나아갈 방향을 구체적으로 제시하셨다는 점에서 시의적절하고도 중요한 주제라고 생각합니다. 또한 배연구위원님께서 상세하고도 친절하시게 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」에 대하여 분석을 해주셔서 자치입법평가를 이해하는 많은 도움이 되었습니다.

저는 오늘 발표문에 담긴 대부분의 취지에 공감하는 바입니다. 이에 특별한 이의를 제기하기보다는 발표자님의 발표 내용 중에서 ① 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제2조에서 정하고 있는 “실현성”과 “실효성”에 대한 문언해석과 관련한 점과, ② 조례 사후 입법평가 대상을 2년으로 한정한 것과 관련해 그 기간을 3년으로 연장하자는 견해와 관련하여 개인적인 생각과 함께 발표내용을 이해하는 의미에서 위와 같은 간단한 질문으로써 토론에 임하고자 합니다.

Ⅱ. 발표문에 대한 토론 의견 및 질문

발표자께서는 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」 제2조의 정의규정을 소개하면서 이미 시행된 지 2년이 된 조례를 사후에 평가하기 때문에, “실현성”과 “실효성”이라고 표현하기보다는 “실효성”이란 단어로 통합하는 것이 더 적합하다는 의견을 제시하셨습니다.

이와 관련하여 동 조항과 관련된 규정을 소개함과 동시에 “실현성”과 관련한 저의 의견

1) 「경기도 자치법규 입법영향분석 조례」의 경우에는 입법평가라는 용어를 대신하여 입법영향분석이라는 표현을 사용하고 있으며, 동 규정에서는 사전 입법영향분석과 사후 입법영향분석 양자 모두를 규정하고 있다.

을 우선 말씀드리고자 합니다.

동 조례 제1조(목적)에서는 “이 조례는 광주광역시 **조례의 입법 목적과 목표가 실현되고 있는지를 분석·평가하여 개선**하도록 하는 사후 입법평가에 관한 기본적인 사항을 정하여 **정책 실현 도구로써 조례의 실효성을 높여** 시민의 삶의 질이 향상되도록 함을 목적으로 한다.”고 동 조례의 입법목적을 밝히고 있습니다.

아울러 제2조(정의)에서는 “이 조례에서 “사후 입법평가”란 시행되고 있는 조례에 대하여 **입법목적의 실현성, 실효성 등을 평가**하고 그 개선에 필요한 적극적 조치를 취하는 일련의 과정을 말한다.”라고 “사후 입법평가”에 대하여 정의하고 있습니다.

또한 제5조(평가 기준 및 시기) 제1항에서는 사후 입법평가의 기준으로 “**입법 목적의 실현성**”(동항 제1호)을 제시하고 있습니다.

이와 관련하여 사전적 의미로 ‘실현성’을 해석하게 된다면 발표자님께서 말씀하신 바와 같이 사전에 해당 조례가 실현 가능한지의 여부로 해석될 것입니다. 그러나 동 조례에서 규정하고 있는 일련의 조항을 유기적으로 해석한다면 다음과 같이 해석될 여지도 충분히 있을 것이라 생각되어 집니다. 즉, 동 조례 제1조에서 말하는 바와 같이 **조례는 당해 자치단체에서 제정된 조례가 그 입법 목적과 목표가 실제로 실현되고 있는지의 여부에 대하여 사후에 평가하여 조례의 실효성을 높이고자 한다**는 점을 밝히고 있다는 점입니다. 따라서 동 조항에서 말하는 **실현성은 “실현가능성”을 말하는 것이 아니라 해당 조례가 당초 의도한 목적 및 목표한 바가 충분히 실현되고 있는지를 평가**한다는 의미인 듯합니다.[2] 결국 이는 해당조례가 계속적으로 유지되어야 할 필요성[3]이 있는지의 의미도 내포되어 있다고 생각되어집니다.

따라서 위와 같은 의미로 해석될 여지가 있다하면 “실현성”이라는 문구를 “실효성”이라는 문구로 통합하는 대신에 “필요성”[4]이라고 개정하는 것이 동 조례가 의도한 목적 및 목표를 달성하기에 더 타당하다고 생각되어집니다.

또한 “실효성”은 해당 조례의 유효성과 관련한 것이기 때문이기에 양자는 다르다고 생각됩니다. 즉, “실효성”은 법이 실제로 효력을 가지고 있는지의 여부 및 해당조례의 목적 실현을 위해 또는 해당 조례가 당초에 해결하고자 하는 문제의 해결에 어디까지 효과를 발휘하고 있는지를 묻는 기준이며, “필요성”은 해당조례가 계속적으로 유지될 필요가 있는지를 묻는 기준이라 여겨지기 때문입니다.[5] 이에 대하여 발표자의 의견은 어떠신지를

---

2) 발표문에 의하면 「광주광역시 조례 사후 입법평가 기준표」의 세부항목에도 조례 제정·개정의 취지와 입법 목적대로 시행되고 있는지의 여부를 확인하도록 되어있습니다.

3) 이와 관련하여 일반적으로 조례의 필요성이란 해결하고자 하는 어떠한 과제에 대하여 당초에 해당 조례의 제정이 실질적으로 필요한 것인지의 여부를 정하는 기준이며, 이러한 필요성은 주로 해당 조례의 ‘목적’과 관련한 것으로 조례제정의 전제조건이라 할 것입니다.

4) 본래 정의규정은 발표자님께서 말씀하신 바와 같이 해당 법규 중에 쓰이고 있는 용어의 뜻을 명확하게 정하는 규정을 말합니다. 그 이유는 법규에서 쓰고 있는 용어 중 개념상 중요한 용어이거나 일반적으로 사용되는 용어의 의미와 다른 의미로 사용되는 용어에 대하여 법규자체에서 그 의미를 명확하게 함으로써, 법규를 해석하고 적용할 때 나타나는 의문점을 없애고 법적 분쟁을 사전에 예방함으로써 국민의 권익을 보호하기 위하는 두는 규정이기 때문입니다. 따라서 “필요성”이라는 용어보다는 좀 더 명확하게 **“…입법목적이 실현되고 있는지의 여부 및 실효성 등을 평가…”**와 같이 규정하는 것이 타당하다 생각됩니다. 이는 동 조례 제1조 목적조항에서 이미 명시하고 있는 내용이기도 합니다.

여쭙고자 합니다.

다음으로 조례 사후 입법평가 대상을 2년으로 한정한 것과 관련해, 발표문에서 통상 법률에 관한 입법평가의 경우 시행된 지 적어도 3년에서 5년이 지난 후 입법효과의 확인이 가능하다고 판단하여 해당 규정을 평가하고 있다는 사례를 들어 설명하시면서 그 기간을 3년으로 늘리는 것에 대한 검토가 필요하다고 말씀해주신 취지에 공감하는 바입니다.

다만 사후 입법평가를 3년마다[6] 시행하였을 경우에 발표자님께서 말씀하시는 문제점이 어느 정도 해결 가능한지에 대하여 다소 의문이 있습니다. 왜냐하면 발표문(자치법규 현황) 에서 보시는 바와 같이 자치법규는 매년 꾸준히 증가[7]하고 있는 추세이기 때문에 결국 3년마다 입법평가를 시행한다 하더라도 그 수는 계속적으로 증가될 것이 예상되기 때문입니다. 더하여 중앙정부도 법률 및 시행령에 대한 정기적인 입법평가를 위한 제도화를 이루지 못하고 있는 상황에서 지방자치단체에서 과연 자치입법에 대한 사후 입법평가가 얼마만큼 제대로 시행될 수 있을지의 여부는 아직 미지수라 생각됩니다.[8]

따라서 사후 입법평가는 해당 조례의 시행 후 3년 이내에 실시하되 1차 평가가 완료된 조례의 추가적인 입법평가는 5년 내지 6년 정도의 주기로 실시하는 것이 보다 면밀한 검토가 이루어질 가능성이 있지 않을까 생각됩니다.[9] 왜냐하면 지방자치단체에서 자치입법의 평가가 적절하게 시행되고 이것이 개선활동으로 이어지기 위해서는 조례의 사후평가의 기준과 진행관리 및 평가주체에 관한 적절한 시스템이 구축되어함은 물론 인적인프라도 충분히 갖추어져 있어야 가능하기 때문입니다.

Ⅲ. 맺음말

끝으로 토론을 정리하는 의미에서 짧게 말씀드리자면, 오늘 발표의 주제인 「광주광역시 조례 사후 입법평가 조례」는 지방자치단체가 제정한 조례를 추후에 재평가할 수 있는 제도적 기반을 스스로 마련하였다는 의미에서 매우 중요한 조례입니다. 그러나 오늘날 우리의 자치입법의 사후평가가 가지고 있는 내재적 한계를 어떻게 극복할 수 있을 것인가 하는 과제가 있습니다. 결국 자치입법의 사후평가가 나아가야 할 큰 방향은 형식적인 것이 아닌 실질적으로 이루어져야 하며, 이렇게 될 때 자치입법의 사후평가가 한층 더 성숙해질 것입니다. 이와 함께 사후평가제가 한층 더 성장할 수 있기 위해서는 법제도적 보완이

---

5) 또한 필요성을 충족하고 있는지의 여부는 해당 지역의 구체적인 실정에 근거한 것이어야 하기 때문에 사후에 구체적 사실과 자료(사례 및 데이터 등) 등을 토대로 하여 재검토할 필요가 있기 때문입니다.

6) 참고적으로 현재 사후 입법평가를 3년마다 시행하고 있는 지방자치단체는 다음과 같습니다. 대구 수성구, 부산 금정구, 부산 북구, 부산 사상구, 부산 수영구, 부산광역시, 아산시, 제천시 이며, 전북 익산시의 경우 4년마다 실시되고 있습니다.

7) 현재 지방자치단체의 수는 총 243(광역=17, 기초=226)개이며, 이러한 지방정부가 제정한 자치법규의 수는 2004년에는 약 39,000여개에서 매년 꾸준히 증가하여 2010년 53,242개, 그리고 2014년 기준으로 87,163개를 보유하고 있습니다.

8) 이는 결국 지방자치의 역량과 성숙도에 맡겨져 있다할 것입니다.

9) 「제주특별자치도 자치법규 입법평가 조례」 제3조 에서 '입법평가의 대상을 현행 조례 중 제정 또는 전부 개정되어 시행된 지 2년이 지난 조례와 제4조에 따라 입법평가를 실시한 지 4년이 경과한 조례'를 그 대상으로 하고 있습니다.

지속적으로 필요하다는 것입니다. 그 이유는 제반여건 및 자립도 측면에서 각급 지방자치단체의 격차를 무시할 수 없으며, 이러한 격차를 해소함과 동시에 기반마련을 위하여서는 중앙정부의 지원과 도움이 어느 정도까지 필요하기 때문입니다.

마지막으로 오늘 좋은 논문으로 발표를 해 주신 배건이 연구위원님께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 아울러 이렇듯 좋은 자리에 초대해 주시고 토론의 기회를 주신 학회장님과 임원진에도 다시 한 번 감사드리면서, 이것으로써 토론을 대신하고자 합니다.

감사합니다.

발표 및 토론	3주제

조례와 법률의 관계

사　회 : 김성수 교수(연세대)
발　표 : 조성규 교수(전북대)
토　론 : 정병곤 교수(남부대)
　　최　유 박사(한국법제연구원)

조례와 법률의 관계

전북대학교 법학전문대학원 교수
조 성 규

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 조례와 법률의 본질에 대한 규범적 고찰
Ⅲ. 조례와 법률의 규범적 관계
Ⅳ. 조례의 위법성 판단에 대한 실무의 입장
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서 론

현대 분권화사회에서 지방자치의 중요성은 재론의 여지가 없다고 할 것인바, 그 핵심적 이유는 지방자치가 가지는 민주주의적 의미에서 비롯된다고 할 것이다.[1] 물론 현재 우리나라 지방자치의 실상을 통해 지방자치제도 자체에 대해 부정적인 의문을 제기하는 입장도 있을 수 있으나, 이는 어디까지나 지방자치제도 자체의 문제가 아니라 우리나라 현재의 지방자치가 지방자치의 본질에 부합하지 않은 형식적인 껍데기만의 지방자치가 시행되고 있는 병폐적 산물이라는 현실적 문제에서 기인하는 것인바, 지방자치제도의 문제로 지적하기는 곤란하다.

동시에 현대의 권력분립적 구조 하에서 행정권과 사법권은 입법권에 종속적이거나 적어도 입법권에 의한 구속을 받을 수밖에 없다는 점에서, 행정을 본질로 하는 지방자치에 있어 자치입법의 중요성은 당연하다. 따라서 지방자치의 실질적 구현을 위해서는 자치입법권의 보장이 중요하며, 그러한 이유에서 자치입법권의 문제는 지방자치법의 오랜 화두가 되어왔다.

---

1) "지방자치는 국민자치를 지방적 범위 내에서 실현하는 것이므로 지방시정에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 "풀뿌리 민주주의"를 그 이념적 배경으로 하고 있는 것이다. … 지방자치제도는 현대 입헌민주국가의 통치원리인 권력분립 및 통제.법치주의.기본권보장 등의 제원리를 주민의 직접적인 관심과 참여 속에 구현시킬 수 있어 바로 자율과 책임을 중시하는 자유민주주의 이념에 부합되는 것이므로 … 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 … 국민주권주의와 자유민주주의 이념구현에 크게 이바지할 수 있는 것이다"(헌재 1991. 3. 11 선고, 91 헌마 21).

지방자치는 전 국가의 획일적 규율이 아니라, 각 지역의 특유한 사정에 바탕하여 자율적인 입법과 정책을 통한 각 지방의 경쟁적 발전을 통하여 전 국가의 균형적이고 통일적인 발전을 도모하는 것을 본질로 한다. 그러한 점에서 입법의 자율성은 무엇보다도 획일적인 국가입법인 법률로부터의 자유의 확보가 중요하다. 물론 조례의 자율성 역시 법치주의 안에서 존재하는 것으로, 국가법질서의 통일성과 조화를 이루어야 함은 당연한 요청이나, 그러한 요청이 결코 지방자치에 대한 제약이 되어서는 안된다. 그러한 점에서 국가의 사로서 법률과 지방자치단체의 자치입법으로서 조례와의 규범조화적 관계의 설정은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 그럼에도 불구하고 우리나라 자치입법의 현실은 '자치'입법권의 보장이라는 표현이 어색할 정도이며, 이는 결국 지방자치의 예속으로 연결되는바, 조례와 법률의 관계라는 해묵은 법적 쟁점을 오늘 다시 거론하는 이유이기도 하다.

이하에서는 조례와 법률의 입법적 본질이라는 근본적 문제로부터 지방자치에 있어 양자의 바람직한 관계 설정을 도모하는 한편, 현재 법률에 위반된 조례의 실제 유형에 대한 검토를 통하여 사법적 문제에 있어 조례와 법률간의 관계에 대한 실천적 방향성을 도출하여 보도록 한다.

Ⅱ. 조례와 법률의 본질에 대한 규범적 고찰

1. 조례 및 법률의 규범적 본질

조례는 주민의 대표기관인 지방의회에 의해 제정되는 지방자치단체의 입법인데 비해, 법률은 국민의 대표기관인 국회에 의해 제정되는 국가의 입법을 말한다. 즉 양자는 그 규율영역을 달리하고 있으나, 본질상으로는 대의제 민주주의 하에서 대표기관을 통한 규범의 수범자의 의사로서, 규범적 본질에 있어서는 주권자의 의사라고 이해된다.

결국 조례와 법률은 그 규범형식의 차이에도 불구하고 그 규범적 본질은 대의제 민주주의를 통해 조직화된 대표기관을 통해 발현된 수범자의 의사로서, 국민주권주의의 구체적 제도화인바, 국민주권의 원리는 조례와 법률의 규범적 관계에 대한 문제의 출발점이라 할 것이다.

2. 국민주권주의와 법률

(1) 국민주권주의

헌법 제1조 제2항은 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다"고 규정하고 있는바, 이는 우리 헌법이 국민주권주의를 헌법의 기본원리로 채택하고 있음을 천명한 것이다. 국민주권의 원리라 함은 국가적 의사를 전반적·최종적으로 결정할

수 있는 최고의 권력인 주권을 국민이 보유한다는 것과 모든 국가권력의 정당성의 근거를 국민에게서 찾아야 한다는 것을 내용으로 하는 민주국가적 헌법원리를 말한다.[2] 여기서 '주권'은 국가권력의 최고독립성 또는 국가의사를 최종적으로 결정하는 권력 또는 권위를 말하며, '모든 권력'은 주권의 내포로서 통치권, 즉 국가권력을 말한다.[3]

물론 국민주권의 학문적 의미에 대해서는 다양한 논의가 있으나, 적어도 주권이 국민에게 있다는 것은 국민이 최종적인 결정권, 즉 헌법제정권력과 일체의 국가권력을 가진다는 것을 의미하고, 이러한 국가권력의 구체적 행사는 국민투표에 의해서 또는 국민대표에 의해서 행해지는바, 모든 국가권력의 행사는 결국 국민에 의해서 정당화된다는 것을 의미한다고 볼 수 있다.[4] 즉 국민주권이란 국가권력의 정당성이 국민에게 있고, 국가 내의 모든 통치권력의 행사를 이념적으로 국민의 의사에 귀착시킬 수 있다는 것을 뜻한다.[5] 국민주권주의는 우리나라 헌법의 근본규범에 해당하는 것으로, 이는 헌법 각 조항의 해석기준이 되며, 헌법개정의 한계로서 어떠한 경우에도 개정될 수 없다.[6]

다만 국민주권주의의 원리에도 불구하고 현실적으로 국민주권의 실현은 기술적 방법 내지 제도적 장치에 의존하는바, 국민주권의 제도적 구현형태에는 직접민주제와 간접민주제의 두가지 유형으로 구분된다.[7] 오늘날 주권자로서의 국민은 주권행사자로서의 국민[8]을 통해서 또는 국민대표기관을 통하여 주권을 행사하고 있는바, 대의제 민주주의 하에서 후자가 일반적이라 할 것이다.[9] 국민주권의 원리가 반드시 국민 스스로가 모든 국사에 국민투표의 형식으로 직접 참여하거나 국민이 직접 '국가기관' 내지 '주권행사기관'으로서 통치권을 손에 쥐고 행사하는 것만을 그 내용으로 하는 것이 아니고 주권자로서 선출한 대표자를 통해서 국사를 처리하는 간접적인 방법을 동시에 그 내용으로 하기 때문에 직접민주주의와 간접민주주의 모두 국민주권의 이념과 조화된다.[10]

결국 그 기능상 입법권, 집행권, 사법권으로 분화되는 국가권력의 출발점은 주권이라 할 것으로, 입법권의 구체화로서 법률의 본질은 주권의 표시이며, 그 법적 권위는 주권으로부터 비롯되는바, 구체적으로는 주권의 실현으로서 민주적 정당성을 본질로 한다.

(2) 국민주권주의 하에서 법률의 규범적 의미

법률이란 국회가 헌법이 규정하는 입법절차에 따라 심의·의결하고 대통령이 서명·공포함으로써 효력을 발생하는 헌법의 하위법규범을 말하는바, 법률제정권은 대의제 민주주의의

---

2) 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2011. 131면.
3) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2013, 137면.
4) 김철수, 앞의 책, 169면.
5) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2013, 145면.
6) 김철수, 앞의 책, 171면; 헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6 전원재판부.
7) 권영성, 앞의 책, 134면.
8) 선거기관, 국민투표기관으로서의 국민이 여기에 해당한다.
9) 헌법재판소도 대의제민주주의를 헌법의 기본원리에 속한다고 보고 있다(헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 96헌마186 전원재판부).
10) 허영, 앞의 책, 146면.

실현수단이며,[11] 민주적 정당성을 필수적 속성으로 한다.[12] 그렇게 본다면 결국 법률은 국민주권주의의 결과물로서 주권의 표시, 즉 민주적 정당성을 본질로 하는 것으로, 주권의 최고독립성의 결과 국민의 의사인 법률은 다른 국가의사에 우월한 지위를 갖는다.

이론상으로는 물론 헌법재판소의 입장도 국민주권주의의 실현과 관련하여, 국민주권의 이념성과 그 구체화로서 민주주의 선거제도와의 기능적 연관성을 강조하고 있다.[13] 즉 국민주권주의는 그 조직적 실현 내지 국가기관이라는 측면에서는 주권자, 즉 국민의 대표기관인 의회와 직결되며, 그 의사적 실현 내지 규범형식이라는 측면에서는 주권자의 대의기관으로서 국회의 의사, 즉 법률과 직결된다.

결국 우리나라 헌법이 선언하고 있는 국민주권의 원리는 우리나라 국가권력의 정당성이 국민에게 있고, 모든 통치권력의 행사를 최후적으로 국민의 의사에 귀착시킬 수 있다는 의미이지, 국민이 직접 '통치권'을 행사하여야 한다는 의미는 아니다.[14] 오히려 현대 국가에 있어 국민주권원리의 실현이 대의제 간접민주주의 방식에 의하고 있음을 고려하면, 통치권의 담당자가 국민의 주권행사에 의해서 결정되기 때문에 통치권의 행사도 궁극적으로 국민의 의사에 의해 정당화되는지 여부가 중요하기 때문에[15] 법률에 있어서도 다른 규범적 가치보다 민주적 정당성의 강조가 중요하고 가장 핵심적인 본질이 되어야 한다.

2. 주민주권주의와 조례

(1) 국민주권주의와 지방자치

국민주권의 원리는 국가적 의사를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 최고의 권력인 주권을 국민이 보유한다는 것과 모든 국가권력의 정당성의 근거를 국민에게서 찾아야 한다는 것을 내용으로 하는 민주국가적 헌법원리로서, 우리나라 헌법도 당연히 국민주권의 원리를 기본원리로 하고 있음은 전술한 바와 같다.

그렇다면 지방자치를 국민주권주의라는 관점에서 볼 때, 지방자치권 역시 국가의 권력구조의 일부인 점에서 당연히 국민주권과의 관련성을 가질 수밖에 없다. 지방자치권의 본질과 관련하여서는 전통적으로 고유권설의 관점과 전래설의 관점이 대립되고 있으나, 현대 국가에 있어 국가와 완전히 분리된 고유한 영역으로서의 지방자치를 인정하기는 곤란한 점에서 기본적으로 전래설의 관점이 타당하다. 다만 전래설의 의미 역시 지방자치의

---

11) 허영, 앞의 책, 930면.
12) 권영성, 앞의 책, 798면; 헌법재판소 1991.2.11. 선고 90헌가27 전원재판부.
13) "헌법상의 국민주권론을 추상적으로 보면 전체국민이 이념적으로 주권의 근원이라는 전제 아래 형식적인 이론으로 만족할 수 있으나, 현실적으로 보면 구체적인 주권의 행사는 투표권 행사인 선거를 통하여 이루어지는 것이다. 실질적 국민주권을 보장하기 위하여 유권자들이 자기들의 권익과 전체국민의 이익을 위해 적절하게 주권을 행할 수 있도록 민주적인 선거제도가 마련되어야 하고, 국민 각자의 참정권을 합리적이고 합헌적으로 보장하는 선거법을 제정하지 않으면 안된다."(헌법재판소 1989.09.08. 선고 88헌가6 전원재판부).
14) 허영, 앞의 책, 147면.
15) 허영, 앞의 책, 147면 참조.

본질적 의의 및 기능을 고려할 때, 현대적 관점에서는 국가의 통치권으로부터의 전래, 즉 국가 통치권의 하위적 개념으로 이해되어서는 안되며, 직접 헌법에 의해서 조직화된 권력, 즉 국민주권으로부터 직접 전래된 것으로 이해하여야 하며,[16] 그러한 점에서 소위 신고유권적 관념과 유사하다.[17]

이렇게 본다면 지방자치권은 국민주권으로부터 비롯된 국가 권력의 일부로서,[18] 지방자치의 헌법적 보장을 통한 국가의 통치권과 대등한 관계에서의 권력의 분산이라고 보아야 할 것으로, 결국 국가의 통치권과 마찬가지로 주권자의 위임에 의한 권력을 본질로 하는 것인 점에서[19] 지방자치권 역시 주권과 직접적 관련성을 가진다고 할 것이다.

지방자치와 주권과의 관련성은 지방자치의 본질이 민주주의의 실현에 있다는 점에서도 더욱 당연하다. 민주주의의 본질은 구성원 공동체의 권력의 형성 및 그 행사에 있어서 그 근거를 구성원의 합의에 두어야 한다는 데 있으며, 따라서 민주주의의 실현방식과 관련하여서는 직접민주주의와 대의제로서 간접민주주의가 있으나, 이는 실현방식의 문제일 뿐 어떠한 경우에든 의사결정의 정당성의 근원은 그 구성원, 즉 주권자라 할 것이기 때문이다.[20]

문제는 지방자치단체의 독립된 행정주체성을 전제로 할 때, 국민주권주의와 분리하여 소위 주민주권주의의 개념이 허용될 수 있을 것인지이며, 이는 아래서 따로 살펴본다.

(2) 주민주권주의의 허용성

국가의 권력구조의 결정 및 모든 국가권력의 정당성의 근거는 국민에게 있다는 국민주권주의를 전제로 할 때, 지방자치권의 규범적 근거 역시 헌법, 즉 국민주권으로부터 비롯된다는 것은 부인할 수 없다. 이를 좀더 미시적으로 본다면, 국민주권의 제도적 구현이 '국가권력의 근거로서 국민'에 두어진다고 할 때, '지방자치권의 근거로서 주민'이라는 명제는 주민주권이라는 문제로 이어질 수 있다.

국가의 구성원인 국민의 주권에 의하여 위임된 것이 국가의 통치권이라는 구조는 지방자치에서도 동일한 것으로, - 국가권력의 구체화로서 - 지방자치권은 그 구성원인 주민인

16) 근대 헌법이론에 있어 헌법제정권력의 문제는 국민주권 사상에서 출발된다고 할 것이며, 그러한 점에서 볼 때 주권을 국가의사와 국가적 질서를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 최고의 권력으로 이해하고, 헌법제정권력을 정치적 공동체의 형태와 기본적 가치질서에 관한 국민적 합의를 규범체계화하는 권력으로 이해한다면, 주권과 헌법제정권력은 동일한 권력으로 보아야 할 것이다(권영성, 앞의 책, 51쪽).

17) 조성규, 지방자치법제에 있어 분권개헌의 의의 및 과제, 지방자치법연구 제12권 제3호(2012.9.), 85면.

18) "우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다."(헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6 전원재판부).

19) 입법권·집행권.사법권의 총합을 의미하는 국가의 통치권은 주권의 위임에 따라 조직되고 주권에 종속하는 권력이므로 당연히 주권 또는 헌법제정권력의 하위에 위치하는 권력이다(권영성, 앞의 책, 51면).

20) 조성규, 앞의 글, 83면

(일부)국민의 주권에 의하여 위임된 것으로 이해하여야 하며, 따라서 지방자치에 존재하는 국민주권을 '주민주권'으로 이해하는 것도 무방하다고 보인다. 지방자치단체의 주민은 당연히 주민이자 국민으로서 이중적 지위를 가지기 때문이다.[21]

이와 관련하여 전통적 주권이론은 주권은 대외적 독립성·대내적 최고성을 본질적 특성으로 하면서, 시원성·항구성·단일불가분성·불가양성·자율성 등과 같은 특성을 가진다고 이해되는바, 주민주권론이 그러한 주권의 특성에 반하는 것이 아닌지 의문이 있을 수 있다. 그러나 국민주권원리의 기본적 관념은 현실적인 주권의 행사주체의 문제보다는 이념적인 주권의 귀속주체에 관한 것으로, 모든 국가권력은 국민으로부터 비롯되는 것으로 국민 전체의 이익을 위하여 행사되어야 한다는 국가권력의 정당성의 근거 내지 국가권력의 지향점을 본질로 하는 것이다.[22] 즉 주권론의 본질은 주권의 행사주체 보다는 권력의 정당성 내지 근원의 탐구를 본질로 하는 것이라 생각된다.[23]

외형상 주민주권론과 가장 배치되어 보이는 주권의 불가분성의 문제 역시, 이는 동일한 법주체 내에서 권력의 기초인 주권이 이중적으로 또는 가분적으로 공유될 수 없다는 것을 의미하는 것으로 보아야 하며, 국가의 통치권과 지방자치권의 사이에 개입될 문제는 아니라고 생각된다. 더욱이 국가의 통치권과 지방자치권은 모두 국가권력의 내용으로 분권을 의미하는 동시에 지역주민은 국가의 국민으로서 이중적 지위를 가지는 점에서 주권의 분산이라 할 수 없으며, 주권자에 의해서 미리 예정된 국민주권의 영역별 단위(unit)활동으로 이해될 수 있다.[24]

지방자치권이 국가의 통치권에 의해 창설적으로 주어진 것이 아니라는 것을 전제한다면, 이는 헌법제정권력을 통하여 헌법상으로 직접 인정한 권력으로서, 헌법제정권력, 즉 주권과의 관련성은 불가피하다. 여기서 한걸음 더 나가 주권론의 의미를 국민이냐 주민이냐는 주체의 문제로 좁게 이해하지 말고, 당해 구성원을 지배하는 권력의 근원 내지 출발점으로 본다면, 지방자치권은 국민주권에 기한 것이 아닌 직접 주민주권에 의한 것으로 보더라도 무방한 것 아니가 생각된다.

더욱이 국민주권론 자체도 - 연혁적으로 - 실체적 의미보다는 국가권력의 정당성 및 지향점을 위한 이념적인 것임을 고려할 때, 지방자치의 보장에 대한 전통적인 제도적 보장설의 한계를 극복하고 현대 민주국가에 있어 지방자치의 의의 및 본질, 그 기능에 부합되는 지방자치의 형성을 위한 근본적 방향으로서 주민주권론 역시 목적론적으로 필요하며, 불가능한 것은 아니라고 보인다.

국가권력구조에 있어, 국민은 주권자임에도 국회가 정하는 법률 및 이에 따른 행정에

---

21) 조성규, 앞의 글, 86면.

22) "국민주권의 원리는 일반적으로 어떤 실천적인 의미보다는 국가권력의 정당성이 국민에게 있고 모든 통치권력의 행사를 최후적으로 국민의 의사에 귀착시킬 수 있어야 한다는 등 국가권력 내지 통치권을 정당화하는 원리로 이해되고(헌재 2000. 3. 30. 99헌바113; 헌재 2006. 2. 23. 2003헌바84 등 참조), 선거운동의 자유 근거인 선거제도나 죄형법정주의 등 헌법상의 제도나 원칙의 근거로 작용하고 있다(헌재 2004. 8. 26. 2004헌바14 ; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조)."(헌법재판소 2009.3.26. 선고 2007헌마843 전원재판부).

23) 조성규, 앞의 글, 87면.

24) 조성규, 앞의 글, 87면.

의해 지배·통치되는 근거는 주권자인 국민이 주권의 위임을 통해 국가통치권을 부여했다는 것을 규범적 논리로 한다. 같은 논리로 볼 때, 주민주권이 전제되지 않았을 뿐 지방자치 권력구조에 있어, 주민은 지방의회가 정하는 조례 및 이에 따른 지방자치행정에 의해 지배·통제되는 근거는 어디서 찾아야 하는지. 대의제가 동일하게 전제되었음에도 주민주권이 규정되지 않았으므로, 국가와 달리 지방자치에 있어서 주민은 주권자가 아닌 단지 행정의 객체로서 지배·통제의 대상이라고 볼 수는 없을 것이며, 이 역시 '주권자'로서의 주민의 지위는 전제된다고 보아야 할 것이다. 다만 문제는 지방자치에서의 주권이 국민주권이냐, 주민주권이냐의 문제라 할 것이나, 지역주민의 자치와 관련하여 국민주권이라는 관념은 적절하지도 않을뿐더러 자치라는 관념에 부합될 수 없다.[25]

결국 형식적 문언이 아니라 법원리적으로 본다면, 지방자치에 있어 주민은 주권자로서, '지방자치단체의 의사를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 최고의 권력인 주권을 주민이 보유하며, 모든 지방자치권의 정당성의 근거는 주민에게서 찾아야 한다'는 주권의 논리가 그대로 적용되며, 이는 대의제를 통한 입법권의 실현인 조례에 대해서도 마찬가지이다. 앞서 보았듯이 헌법재판소 역시, 국민주권주의의 결과, '국민주권'의 실현을 위한 수단으로 대의제 및 그를 전제로 한 선거권 등 국민의 정치적 참여를 제도화하고 있고, 그러한 제도화에 있어서는 실질적인 국민주권론이 되도록[26] 최대한 참여가 보장되는[27] 적절한 제도화의 의무가 있는 것으로 보고 있는바, 그 원리적 의미는 동일하다고 할 것이다.

물론 주민주권론에 대해서는 비판적인 입장도 있는바, 일설은 부분은 전체에 포괄되는 것이라는 전제 하에 주민은 국민의 일부이므로, 국민주권의 관념이 주민주권의 관념으로 통용될 수 있다는 논리설정은 다분히 비유적인 것이라고 보고 있다.[28] 그러나 국가 전체의 의사결정과 관련하여 주민주권을 개입시키는 경우에는 부분과 전체의 문제로서 비판적인 입장이 타당할 수 있으나, 지역 자체에 국한되는 문제로서 지방자치권의 구체적 행사와 관련하여서는 주민은 주민이자 일부국민으로서 당해 지역에 관한 전체의 의사라고 할 것이므로 비판적인 입장은 타당하지 않다고 보인다.

(3) 주권 개념 하에서 조례의 규범적 의미

지방자치가 민주주의 이념의 실현에 부합하는 것임은 이론은 물론 헌법재판소를 통해서

---

25) 조성규, 앞의 글, 88면.

26) 헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6 전원재판부(각주 13) 참조).

27) "민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 이는 국민주권의 원리로부터 나오는 당연한 요청이다. 특히 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다."(헌법재판소 1994.7.29. 선고 93헌가4,6(병합) 전원재판부).

28) 김배원, 헌법적 관점에서의 지방자치의 본질, 공법학연구 제9권 제1호, 232면. 이 글에서는 국회의원 선출과 지방의회의원 선출을 예시적으로 거론하고 있는바, 국회의원의 선출은 당해 지방에서 선출하지만 국가의사에 관한 것인 점에서 당해 지역에 국한되는 지방자치의 의사와는 당연히 구분되어야 할 것으로, 주민주권론에 대한 비판논거로는 적절치 않다고 보인다.

도 명식적으로 확인되고 있는 것이다.[29] 동시에 민주주의는 기본적으로 국민주권의 이념을 실현하기 위해 채택된 것으로, 우리 헌법이 채택하고 있는 자유민주주의는 국민이 직접 국가권력의 주체의 주체가 되는 통치형태도 아니고, 치자와 피치자가 동일한 통치형태도 아니다. 그렇다고 다수의 통치를 뜻하는 상대적 민주주의도 아니고, 우리 헌법이 추구하는 자유민주주의는 국가권력의 창설은 물론 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 최후적 정당성이 국민의 정치적 합의에 귀착될 수 있는 통치형태이다.[30] 이렇게 본다면, 주민주권이 허용될 수 있는지를 논외로 하더라도 지역적으로 분리된 독립된 행정주체로서의 지방자치단체를 전제로 한다면, 지방자치단체에서도 국민의 주권을 실현하기 위한 민주적 정당성을 가진 기관의 구성 및 그에 따른 민주적 정당성을 가진 주민의사의 표현은 규범원리적으로 국가와 동일한 구조로 나타난다고 할 것이다.

우리나라 헌법 제118조는 지방자치에 있어 대의제 민주주의를 원칙으로 하고 있으며, 그 결과 민주적 절차에 따라 지역주민에 의해 선출된 대표기관인 지방의회의 의사에는 민주적 정당성이 주어진다. 결국 지방자치와 관련하여 지방자치단체의 자치권 및 의사결정에 있어 민주적 정당성의 근원은 여전히 그 구성원인 주민에게서 찾아져야 한다.[31] 즉 지방의회 의사의 민주적 정당성은 대의제 민주주의를 통한 법논리적·법제도적 결과물이라 할 것이며, 대의제 민주주의의 채택이 민주적 정당성의 본원적 근거로서 주민과의 관계를 단절하거나 주민의 지위를 변화시키는 것은 아니라고 할 것이다.

민주주의의 원리는 직접민주주의이든 간접민주주의이든 이는 그 실현형태 내지 방법의 문제이며, 그 본질은 권력의 근원으로서 주권의 제도적 구현수단이다.[32] 즉 민주주의가 그 본질로서 지향하고 있는 것은 국민의 '주권'의 실현이며, 이를 위한 구체적 수단으로서, 대의제 원칙 하에서 선거권, 피선거권 등 공무담임권 및 언론·출판·집회·결사의 자유라든가 청원권 등 일련의 정치적 기본권을 보장하고 있으며, 이와 더불어 직접민주제적 요소를 가미하고 있는 것이다.[33]

이는 민주주의를 기본적 이념으로 하고 있는 지방자치에서도 마찬가지로, 지방자치가 지향하는 민주주의의 그 이면에는 역시 지방자치권의 본원적 근거로서 '주권'이 존재하며, 그러한 주권의 실현을 위해 선거권, 피선거권 등 정치적 권리와 더불어 주민의 직접참여가 제도화되어 있는 것이다. 이는 적어도 - 주민주권 개념을 허용할 것인지와는 별개로 -

---

29) "지방자치는 민주주의의 요체이고, 현대의 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 지방의 공동 관심사를 자율적으로 처결함과 동시에 주민의 자치역량을 배양하여 국민주권주의와 자유민주주의의 이념구현에 이바지함을 목적으로 하는 제도이다."(헌법재판소 2009.3.26. 선고 2007헌마843 전원재판부): 헌법재판소 1991.3.11. 선고 91헌마21 전원재판부 등.

30) 허영, 앞의 책, 148면.

31) 다만 그러한 의미는 지방의회의 의사에 비하여 주민의 의사가 항상 우월한 지위를 가져야 한다는 것은 아니며, 대의제 민주주의 하에서도 민주적 정당성의 본원적 출발점은 여전히 구성원인 주민에 있다는 점의 강조라 할 것이다. 권한충돌의 문제는 민주주의의 실현방식으로서 대의제 민주주의와 직접민주주의의 관계에 관한 것으로 이와는 별개의 것이라 할 것이다.

32) 권영성, 앞의 책, 137면 참조.

33) "국민주권주의를 구현하기 위하여 헌법은 국가의 의사결정 방식으로 대의제를 채택하고, 이를 가능하게 하는 선거 제도를 규정함과 아울러 선거권, 피선거권을 기본권으로 보장하며, 대의제를 보완하기 위한 방법으로 직접민주제 방식의 하나인 국민투표제도를 두고 있다."(헌법재판소 2009.3.26. 선고 2007헌마843 전원재판부).

지방자치에 있어 ‘주권’의 법규범적 구조화가 불가능한 것이 아님을 반증하는 것이라 할 것이다.

헌법이 지방자치제도를 보장하고 있는 규범적 의의를 국민주권의 이념이 요구하는 ‘공감대의 정치’를 지방 차원에서 실현시켜 국가권력의 창설과 국가 내에서 행사되는 모든 권력이 국민의 공감대에 바탕을 두도록 하기 위한 것이라는 데서 찾는 입장[34]은 물론, 지방자치의 규범적 본질이 민주주의의 실현에 있다는 점에서도 - 주민주권 자체를 허용할지 여부와는 별개로 - 지방자치와 국민‘주권’의 실현과의 연계성은 명확하다고 할 것이다. 헌법재판소도 주민주권을 의도한 것으로 보이지는 않지만, 주민이 ‘주권의 지역적 주체’임은 명시하고 있다.[35]

이론 및 실무의 입장으로도 지방자치제도는 직접 또는 간접으로 국민주권주의의 이념을 실현시키는데 기여하는 제도로 보고 있는바,[36] 이를 각 지역에서의 국민, 즉 국민이자 주민의 ‘주권’의 실현이라고 본다면, 이 역시 주민주권의 간접적 근거라고 할 수 있으며, 적어도 조례의 규범적 본질 역시 주권 내지 주권의 실현으로서 민주적 정당성에 있다는 근거가 된다.

Ⅲ. 조례와 법률의 규범적 관계

1. 국민주권주의 내지 민주적 정당성의 관점

조례와 법률은 각각 주민 및 국민의 대표기관이 제정하는 입법으로서 대의제 민주주의를 통한 주민 및 국민의 의사의 발현이다. 따라서 조례와 법률의 관계를 근본적으로 고찰하기 위해서는 조례와 법률이라는 규범의 발현근거로서 입법권의 본질에서부터 출발하여야 하며, 이는 결국 국민주권주의와 연결된다. 즉 주권의 구체적인 실현방식이 입법권의 형태로 발현된 것이다.

따라서 주민주권주의의 허용성 여부와는 무관하게, 적어도 주권의 실현 내지 규범의 수범자에 의한 민주적 정당성이라는 측면에서 조례와 법률은 차이가 없다고 할 것이다. 조례와 법률의 규범적 동위성을 명시적으로 밝히고 있지는 않지만, 조례는 주민의 대표기관인 의회가 제정하는 입법이기 때문에 조례에 의한 재산권의 제한, 조례의 의한 과세, 조례에 의한 처벌 등이 모두 다 가능하다는 입장[37] 역시 같은 맥락이라고 할 것이다.

---

34) 허영, 앞의 책, 150면.

35) “헌법 제117조와 제118조에 의하여 제도적으로 보장되는 지방자치는 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체 간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안 되는 것이며, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바62 참조).”(헌법재판소 2014.06.26. 선고 2013헌바122 전원재판부).

36) 김철수, 앞의 책, 174면; 헌법재판소 2009.3.26. 선고 2007헌마843 전원재판부.

다만 - 지방자치의 법적 문제의 본질적 출발점인 - 국가와 지방자치단체의 중첩성의 결과, 조례와 법률은 국가법질서의 통일성이라는 관점에서 양자의 모순·충돌의 경우에 형식적 우열관계의 정립이 필요한바, 이는 규범의 본질로부터 비롯되는 것은 아니며, 법질서의 통일성을 위한 제도적 요청에서 비롯되는 것으로 보아야 한다.

이러한 관점에서 본다면, 여기서 상론하지는 않지만 조례에 대한 법률유보원칙의 실질적인 규범적 근거는 찾기 어렵다고 할 것이다.

2. 조례제정권의 규범적 본질

법률과 조례의 규범적 관계를 정립하기 위해서는 - 지방자치가 헌법적 보장의 대상인 점에서 - 조례제정권의 규범적 본질에 대한 고찰 역시 중요하다.

지방자치가 헌법에 의해 제도적으로 보장되고 있음은 주지의 사실로서, 헌법이 보장하는 지방자치의 핵심적인 내용은 지방자치단체는 원칙적으로 자신의 지역 내의 모든 사무를 자기책임으로 처리할 수 있는 권한을 가진다는데 있다. 즉 자신의 지역에 관련되는 지역적 사무가 존재하는 한, 헌법상의 보장에 의해서 그 사무는 원칙적으로 지방자치단체의 사무로서 지방자치단체의 권한이 인정되며(지방자치단체의 전권한성(Allzuständigkeit) 내지는 활동영역의 보편성(Universalität)), 동시에 지방자치는 자신의 사무를 "자신의 책임" 하에서 규율한 수 있어야 한다는 자기책임성의 보장을 본질로 한다. 자기책임성은 다른 고권주체, 특히 국가의 합목적성에 대한 지침으로부터의 자유를 의미하며, 지방자치단체가 자신의 고유한 정책적 구상에 따라 결정할 수 있는 능력을 말한다.[38]

문제는 헌법이 보장하는 자기책임성은 그 자체로서는 추상적 원리에 불과한 것으로, 이를 구체화할 수 있는 법적 수단이 필요한바, 지방자치단체의 자기책임성을 실현하기 위한 법제도적 수단으로서 특별하게 마련된 것이 소위 지방자치단체의 고권(Gemeindehoheit)이다. 즉 자치고권은 헌법상으로 보장된 지방자치의 실질적이고 구체적인 보장을 위해 불가결한 권한이라는 것을 기본사고로 하는 것으로서, 따라서 지방자치의 핵심영역으로서 직접 헌법적으로 보호되는 것으로, 법률에 의해서도 함부로 침해될 수 없는바, 이러한 자치고권에는 자치입법권도 당연히 포함된다.[39] 결국 조례제정권은 국민주권주의를 통한 민주적 정당성이라는 헌법적 가치 외에 지방자치의 헌법적 보장을 통하여 특별한 헌법적 보호를 추가적으로 누린다.

3. 조례와 법률의 관계 설정

법률과 조례의 관계는 법치주의 원리의 한 내용이라 할 수 있는 의회입법 우위의 원칙

37) 김철수, 앞의 책, 1597면.
38) 조성규, 지방자치 20년을 통한 자치입법권 보장의 평가와 과제, 지방자치법연구 제15권 제2호 (2015.6.), 140면.
39) 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2009, 60면 참조.

과 조례는 민주주의 원리의 실현으로서 헌법상 보장된 지방자치를 통한 주민의 자기규율의 표현이라는 점을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이다.

이러한 문제는 민주적 정당성이라는 관점을 형식적으로 이해서는 한에서는 해결되기 어려운 것으로, 양자 모두 국민주권의 실현을 위한 입법권을 본질로 하기 때문이다. 즉 입법권의 본질을 민주적 정당성의 관점에서, 원칙적으로 수범자에 의해 직접 선출된 대표에 유보되는 것임을 전제로 하는 경우, 지방의회는 주민에 의해 보통·평등·직접·비밀·자유선거로 선출된 자로 구성된 입법기관(주민대표)으로서의 - 국회와 동일한 구조로 - 민주적 정당성을 가지는 동시에, 지방자치단체는 국가조직의 하부단계가 아니고 독자적인 행정주체로서 국가와 지방자치단체간의 대등관계를 강조한다면, 국가의 입법자인 국회와 지방자치단체의 입법자인 지방의회간의 긴장관계는 해소되지 아니한다.[40][41]

그러나 입법권의 근거로서 민주주의의 원리, 구체적으로는 민주적 정당성의 문제를 실질적으로 본다면, 현대에 있어 지방자치단체는 국가조직의 한 부분이지 그 자체로 국가는 아니며, 더욱이 국가와 대립관계에서 존재하는 것도 아니다. 동시에 지방자치단체의 인적 기초인 주민을 국가의 인적 기초와 동일시할 수는 없는 것으로, 지방자치단체의 주민은 국민의 일 부분으로서 이중적 지위를 가지는 것이지 국가의 인적 기초인 국민과 분리되는 또 다른 국민은 아닌 것이다. 그렇다면 전 국민에 보편적으로 적용되어야 하는 부분이 조례에 의해 왜곡된다는 것은 합리적이지 않다. 같은 맥락에서 국가 조직의 일부로서 지방자치단체를 전제로 하는 경우, 국가의 법률과 지방자치단체의 조례가 모순·충돌되는 경우 법질서의 통일성을 위한 양자간의 관계 설정의 필요성 역시 현실적으로 존재한다.

국민이 국가권력을 자신들에 의해 선출된 대표인 의회로 하여금 행사하게 하는 대의제 민주주의에 있어 대립하는 이해를 결정하는 것은 의회가 하여야 하는 것으로, 이는 특정의 집단이익에 대한 공공복리의 수호자로서의 국회의 임무인 것이다. 이러한 점에서 보면, 지방의회와 국회가 가지는 민주적 정당성은 형식적 측면에서는 동일해 보이지만, 그 실질에 있어서 주민에 의한 민주적 정당성과 주민인 동시에 국민에 의한 민주적 정당성이라는 점에서 차이가 있다고 볼 수밖에 없다. 따라서 국민에게 보편적인 그리고 국가공동체에 중요한 사항은 국회가 결정할 수밖에 없는 것이고, 그러한 의미에는 법률은 조례보다 우월한 지위와 효력을 갖는다.[42]

4. 조례에 대한 법률우위의 원칙의 규범적 의미

조례에 대한 법률우위원칙의 적용은 당연한 공리인 것처럼 여겨져 왔으며, 이는 민주적

---

40) 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 - 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로 -, 공법연구 제33집 제3호(2005.5.), 386면.

41) 이러한 형식적 관점에서는 양자 모두 완전한 민주적 정당성을 갖게 되므로, 법률과 조례의 관계는 오로지 헌법상의 권한배분, 즉 자치사무인지의 여부만이 문제될 것이고, 이는 결국 지방의회가 국가의 입법자와 동등하게 파악되게 됨을 뜻하는바, 조례에 대한 법률의 유보는 법원리적으로 아무런 의미를 가질 수 없다.

42) 조성규, 앞의 글, 387면.

정당성의 관점에서 보더라도 전체 국민의 민주적 정당성은 주민의 민주적 정당성에 우선하여야 하는 점에서 타당하다. 다만 여기서 지적하고 싶은 것은 조례에 대한 법률의 우위는 자연법적인 선험적인 원리는 아니라는 것이며, 이는 궁극적으로 조례에 대한 법률우위의 원칙에도 일정한 한계가 있을 수 있음을 의미한다.

전술한 바와 같이, 규범의 본질이라는 측면에서는 조례와 법률의 본질적 우열이 도출될 수는 없으며, 결국 조례에 대한 법률의 우위는 형식적·제도적 우열관계의 정립이라고 보아야 한다. 이러한 결론은 법률과 조례의 충돌이 문제되는 경우라도, 조례의 법률에의 위반은 규범의 본질에 대한 고려를 통하여 엄격하게 판단되어야 한다는 실천적 의미로 나타난다. 그럼에도 불구하고 - 후술하듯이 - 현재 조례의 위법성 판단과 관련한 우리나라 사법실무의 입장은 조례에 대한 법률의 본질적 우위를 전제로 하는 듯이 입장인바, 타당성에 의문이 있다.

다만 종래의 전통적인 법률선점(先占)론, 정확히는 법률전점(專占)론에 비하여 현재는 국가최저기준(national minimum)이론에 의하여 조례의 법률위반을 완화하는 입장에 있으며,[43] 조례와 법률의 제도적 위계관계를 전제로 할 때 타당한 방향으로 보이나, 원리적 이해에 비하여 구체적 적용 현실은 아직 충분하다고 보이지는 않는다.

법률에 대한 헌법우위 역시 당연한 공리로서, 법률의 위헌성 여부의 판단에 있어서 합헌적 해석이 법원칙으로 자리잡고 있듯이, 조례의 법률 위반의 여부 역시 조례의 합법적 해석이 규범적 원리로 요구된다. 특히 조례와 법률의 우열관계가 규범적 본질로부터 비롯되는 것이라기 보다는 국가법질서의 통일성을 위한 법제도적·기술적 의미가 더 크다는 것을 고려하면 더욱 그러하다.

국가법질서의 통일성에 대한 요청 역시 법치주의로부터 비롯되는 헌법적 요청인 것은 당연하지만, 지방자치법원리 역시 헌법으로부터 보장되는 헌법적 원리인 점에서 양자에 대한 조화적 해석과 적용이 필요하다. 헌법규범의 조화적 해석의 필요성은 헌법 해석의 기본적 원리로서, 규범상호간의 우열관계를 전제로 하는 이익형량의 원칙과 달리 규범상호간의 조화적이고 동화적인 효력을 전제로 하며, 그러한 점에서 헌법의 통일성[44]이라는 측면에서 볼 때, 이익형량의 원칙보다 조화의 원칙이 더 우선하는 것으로 보아야 한다.[45]

---

43) "지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다."(대법원 1997.04.25. 선고 96추244 판결); 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결.

44) 헌법의 통일성이란 헌법은 그 자체로서 사회공동체를 정치적인 일원체로 조직하기 위한 법질서를 뜻하기 때문에 하나하나의 헌법조문이 독립해서 어떤 의미를 갖는 것이 아니고 모든 조문이 불가분의 밀접한 관계를 가지고 서로 보충·제한하는 기능을 나타내는 것이기 때문에 그러한 헌법의 일원성 내지 통일성을 헌법해석의 지침으로 삼아야 한다는 것으로, 헌법조문의 해석에 있어서는 해당 조문만을 대상으로 할 것이 아니고 그 조문을 헌법 전체의 체계나 의미를 고려하여 통일적인 각도에서 살펴야 할 것을 요구한다(허영, 앞의 책, 72면).

45) 허영, 앞의 책, 73면.

우리 헌법재판소도 규범조화적 해석을 강조하고 있으나,[46] 유독 지방자치제도와 관련하여서는 규범조화적 해석이 실제 구현되고 있는지는 의문이다.

조례에 의한 차등적 규율이 각 지역에 따라 불평등한 것이 될 수도 있지만, 이는 국가법질서의 통일성의 관점에서만 고려될 문제가 아니며, 각 지역의 특유한 사정에 바탕한 차등적 발전을 통하여 전국의 균등한 발전을 도모하고 하는 - 헌법이 보장하는 - 지방자치법적 가치에 대한 고려 역시 중요하다. 조례에 의한 차등적 규율은 헌법이 지방자치제를 보장하고 있는 데에서 오는 불가피한 결과이므로 헌법위반이 아니다.[47]

비교법적으로 보더라도 우리나라와 일본은 지방자치의 규범적 근거인 헌법[48] 의 규정형식과 내용이 거의 동일함에도 지방자치법[49]을 통한 조례제정권의 범위, 특히 법률유보원칙과 관련하여서는 상반된 태도를 보이고 있는바, 이는 기본적으로 지방자치에 대한 규범적 인식의 문제임을 보여주는 것이라 할 것이다.

---

46) "두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성를 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 이 법에 규정한 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적정한 비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다."(헌법재판소 1991.9.16. 선고 89헌마165 전원재판부).

47) 권영성, 앞의 책, 249면.

48) 우리나라 헌법이나 일본 헌법이나 침익적 조례에 대한 법률유보의 문제를 직접 규정하고 있지는 않으나, 우리나라는 기본권제한에 관한 일반적인 법률유보원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항 및 개별적 법률유보를 규정한 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의, 제59조의 조세법률주의 등을 근거로 조례에 대한 법률유보원칙을 합헌으로 보고 있다. 이에 비해 일본은 헌법상 의회입법원칙(제41조), 죄형법정주의(제31조), 조세법률주의(제84조)등의 해석과 관련하여 통설적인 입장은 조례준법률설의 관점에서 위 규정은 국가행정에 해당하는 것으로서 국가행정에서 국민의 권리의무에 관한 사항을 법률로 정하여야 하지만, 지방자치에 있어서 주민의 권리의무에 대해서는 조례로 규정하여 한다고 해석한다(이영호, 조례제정권과 법률의 관계, 법제 2002. 8. 23면).

대한민국헌법	일본 헌법
제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. 제118조 ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.	제92조 지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본지에 기하여 법률로 정한다. 제94조 지방공공단체는 그 재산을 관리하고, 사무를 처리하고 행정을 집행하는 권능을 가지며, 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다.

49) 우리나라 지방자치법은 명시적으로 침익적 조례에 대한 법률유보원칙을 규정하고 있는데 반해, 일본 지방자치법은 명시적으로 우리나라와 상반된 입장이며, 특히 조례제정권의 한계로서 지방자치법상 '법령에 위반하지 아니하는 한'의 의미를 엄격한 법규명령으로 한정함으로써 헌법상 '법률의 범위 안'에서도 동일한 것으로 보고 있다(이영호, 앞의 글, 23면).

우리나라 지방자치법	일본 지방자치법법
제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.	제14조 ① 보통지방공공단체는 법령에 위반하지 아니하는 한 제2조 제2항의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. ② 보통지방공공단체는 의무를 부과하거나 권리를 제한하려면 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 조례에 의하여야 한다. ③ 보통지방공공단체는 법령에 특별한 정함이 있는 것을 제외하고는 그 조례 중에 조례에 위반한 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 금고, 100만엔 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수의 형 또는 5만엔 이하의 과태료를 부과하는 취지의 규정을 둘 수 있다.

Ⅳ. 조례의 위법성 판단에 대한 실무의 입장

1. 조례의 위법성 판단의 기준 : 조례와 국가법령의 관계

국가법질서의 통일성 역시 법규범에 있어 중요한 가치인바, 조례에 대한 법률의 우위는 기본적으로는 타당한 원리이다. 다만 조례가 법률에 위반하는지 여부에 대해서는 형식적 기준이 아닌, 조례의 규범적 본질 및 헌법상 보장되는 지방자치의 이념에 대한 충분한 고려가 있어야 함은 당연하며, 그러한 점에서 - 구체적 적용결과의 타당성은 논외로 - 국가최저기준이론 등을 통한 조례제정권에 대한 실질적 고려를 위한 노력은 바람직하다.

문제는 국가법질서의 통일성을 형식적 측면에서 접근하여 법률 이외의 모든 국가법령을 조례보다 상위의 규범으로 인식하고, 위법성의 기준으로 전제하는 데 있다. 우리 헌법 자체도 이미 조례제정을 '법령'의 범위 안에서 허용하고 있고(제117조), 이를 구체화하는 지방자치법 역시 '법령'을 조례의 상위규범으로 전제하고 있음은 물론, 한걸음 더 나아가 침익적 조례에 대한 법률의 유보를 당연하게 규율하고 있다(법 제22조 단서).

이러한 입법상황에서 '법령'의 의미를 엄격한 의미의 위임명령으로 한정하여 해석한다면 그나마 다행이지만, 특히 헌법재판소는 법령의 의미와 관련하여 상위법의 수권이 있는 한 고시 등 행정규칙의 형식에 의한 경우도 조례의 상위규범으로 인정하고 있는바,[50] 국민주권원리의 실현으로서 조례의 민주적 정당성에 부합하는 결론인지는 의문이다.

2. 조례에 대한 위법성의 평가

위법조례로서 사법권에 의해 무효가 된 조례 역시 적지 않은바, - 불충분한 입법상황을 고려할 때 - 조례제정권의 실질적 보장을 위해서는 사법권의 역할 또한 중요하다. 위법조례의 유형은 크게 국가사무인 기관위임사무에 대한 조례의 제정, 지방자치법 제22조 단서의 침익적 법률유보의 위반, 근래에는 소위 기관대립형 구조와 관련하여 단체장의 권한제한 조례가 위법조례의 상당수를 차지한다. 다만 최근에는 단체장의 권한 제한 조례와 관련하여 위법성을 다소 완화하는 태도를 보이는 것으로 보이나,[51] 여전히 조례를 국가법

---

50) "헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 '법령'에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 '대통령령', '총리령' 및 '부령'과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, 헌법재판소의 "법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 **제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다**"고 판시 한 바에 따라, 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 '법령'에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다."(헌법재판소 2002.10.31. 선고 2001헌라1).

51) ㅇ 예산낭비 사례 등을 공개하도록 하고 예산성과금의 지급 한도를 제한하는 내용의 조례안에 대하여 구청장이 지방자치법에 위배된다는 이유 등으로 재의를 요구하였으나 구의회가 원안대로 재의결한 사안에서, 위 조례안이 지방자치단체장의 예산집행 등에 관한 권한 및 예산성과금 지급에 관한 권한을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 2014.02.13 선고 2013추67 판결),

ㅇ 구청장이 도시계획위원회 위원으로 임명·위촉할 수 있는 '구의회 의원'을 '구의회 의장이 추천한 구의원'으로 개정하는 '서울특별시 서초구 도시계획조례 일부 개정 조례안'에 대하여 구청장이 재의를

령의 하위규범으로 보는 인식을 기저로 하고 있다고 보인다.

이하에서는 조례의 위법사례를 실증적으로 분석하여 봄으로써 - 일반화에는 한계가 있을 수 있으나 - 조례의 위법성 평가의 문제점을 지적해 보고자 한다.

영유아보육법이 보육시설 종사자의 정년에 관한 규정을 두거나 이를 지방자치단체의 조례에 위임한다는 규정을 두고 있지 않음에도 보육시설 종사자의 정년을 규정한 '서울특별시 중구 영유아 보육조례 일부개정조례안' 제17조 제3항은, 법률의 위임 없이 헌법이 보장하는 직업을 선택하여 수행할 권리의 제한에 관한 사항을 정한 것이어서 그 효력을 인정할 수 없으므로, 위 조례안에 대한 재의결은 무효라고 한 사례[52]에서 대법원은 "영유아보육법 제24조 제2항, 제4항은 지방자치단체가 설립한 공립보육시설은 법인·단체 또는 개인에게 위탁하여 운영할 수 있는바, 보육시설위탁 등에 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있고, 이에 따른 영유아보육법 시행규칙 제24조 제8항은 보육시설의 운영위탁에 관한 구체적인 사항은 공립보육시설의 경우 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있을 뿐이며, 영유아보육법이 보육시설종사자에 대하여 결격사유(제20조), 자격(제21조)에 대해서는 규정하고 있지만, 정년 등 연령에 관한 조항을 두고 있지 않으며 이를 지방자치단체의 조례에 위임하는 규정을 두고 있지 않다"는 것을 조례의 위법사유로 제시하고 있다.

그러나 정년 규정이 기본권에 관한 본질적인 사항, 소위 의회유보 영역으로서 법률이 직접 규정하여야 한다는 논리라면 모르지만, 부령으로 정하는 것이 허용되는 사항임에도 단지 형식적인 위임이 없다는 이유만으로 조례의 위법성을 도출하는 것이 타당한지는 의문이다. 특히 조례로 정한 정년 연령의 합리성 등 내용에 대한 판단은 전혀 없이 그저 조례에 규정되어 있다는 사실만으로 위법한다는 결론은 조례의 민주적 정당성, 준법률성과는 어울리지 않는다.

물론 - 위헌성 논란의 중심에 있는 - 지방자치법 제22조의 단서를 전제로 하는 한, - 법의 해석과 선언을 본질로 하는 - 사법권으로서는 위법성 판단에 본질적인 한계가 있을 수밖에 없다고 보이기는 하지만, 적어도 사법적극주의의 관점에서 조례의 본질에 대한 고

요구하였으나 구의회가 재의결한 사안에서, 위 조례안이 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제112조 제3항 에 위배되거나 지방자치단체장의 고유한 인사권을 침해한다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 2013.09.12 선고 2013추50 판결),

o 화천군의회가 의결한 '화천군 관내 고등학교 학생 교육비 지원 조례안'에 대하여 화천군수가 도의 자치사무에 관한 것이라는 등의 이유로 재의를 요구하였으나 군의회가 조례안을 재의결하여 확정한 사안에서, 위 조례안이 집행기관인 지방자치단체장 고유의 재량권을 침해하였다거나 예산배분의 우선순위 결정에 관한 지방자치단체장의 권한을 본질적으로 침해하여 위법하다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 2013.04.11 선고 2012추22 판결),

o 지방자치단체가 합의제 행정기관의 일종인 민간위탁적격자심사위원회의 위원 정수 및 위원의 구성비를 어떻게 정할 것인지를 조례로 정한 사안과 관련하여 해당 지방의회 조례제정권의 범위 내에 있는 사항으로서 위법하지 않다고 한 사례(대법원 2012.11.29 선고 2011추87 판결), '서울특별시 중구 사무의 민간위탁에 관한 조례안' 제4조 제3항 등이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것과 지방자치단체장이 동일 수탁자에게 위탁사무를 재위탁하거나 기간연장 등 기존 위탁계약의 중요한 사항을 변경하고자 할 때 지방의회의 동의를 받도록 한 것은, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다고 한 사례(대법원 2011.02.10 선고 2010추11 판결) 등이 그러하다.

52) 대법원 2009.05.28. 선고 2007추134 판결.

려가 필요하다고 보인다. 대법원이 일반적으로 허용하고 있는 수익적 조례의 경우에도 권익이 침해되는 누군가는 항상 존재할 수 있기 때문이다.

지방자치단체장의 권한 제한 조례에 있어서도 형식적인 관점은 여전하다. 부산광역시 기장군에서 군정홍보 강화로 군민의 알 권리를 증진시키고 효율적인 군정수행을 목적으로 군보발행 업무를 효율적으로 운영하기 위하여 종전에 단체장의 내부인사만으로 운영되던 편집회의를 폐지하고 편집위원회를 두되, 위원장은 부군수로 하고 부위원장은 위원회에서 추천하며, 위원은 군 소속 5급 공무원과 군의회 의원 2명 및 군보발행에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 군수가 임명 또는 위촉하도록 하는 내용으로 발의된 '부산광역시 기장군 군보 조례 일부개정조례안'은 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 법령에 위반되어 무효라고 한 사례[53]에서 대법원은 "**지방자치법상** 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분립되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되나, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니한다(**대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64 판결 참조**). 그리고 **지방자치법 제101조, 제103조, 제112조, 제127조, 지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정(이하 '행정기구규정'이라 한다) 제5조, 제7조, 제36조 제2항의 각 규정을 종합하면,** 지방자치법령은 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체의 대표자로서 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 위임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하는 반면 지방의회로 하여금 지방자치단체장의 행정기구 설치권한을 견제하도록 하기 위하여 지방자치단체의 장이 조례안으로써 제안한 행정기구를 축소·통폐합할 권한을 가지도록 하고 있다(**대법원 2005. 8. 19. 선고 2005추48 판결 참조**). 이에 더하여, **지방자치법 제116조**에 그 설치의 근거가 마련된 합의제 행정기관은 지방자치단체의 장이 통할하여 관리·집행하는 지방자치단체의 사무를 일부 분담하여 수행하는 기관으로서 그 사무를 독립하여 수행한다 할지라도 이는 어디까지나 집행기관에 속하는 것이지 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, 행정기구규정 제3조 제1항의 규정에 비추어 지방자치단체의 장은 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여 조직편성권을 가진다고 해석되는 점"을 위법사유로 제시하고 있다.

그러나 위 조례를 내용상으로 볼 때에는 물론, 형식상으로 보더라도 관련 규정의 내용이 이를 금지하고 있다고 해석되지 않음에도 일반규정[54] 및 기관대립형이라는 막연한 원리적 근거를 통하여 조례의 위법성을 도출하는 것이 타당한지는 의문이다.

---

53) 대법원 2014.11.13. 선고 2013추111 판결.

54) 그나마 구체적으로 적시된 지방자치법 제116조 역시, "① 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있다.
② 제1항의 합의제행정기관의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령이나 그 지방자치단체의 조례로 정한다."고 규정하고 있을 뿐이다.

지방자치는 국민주권주의의 실현을 위한 민주주의 이념에 부합하는 것이며, 헌법이 지역적 효력을 가지는 법규범의 정립권능을 지방자치단체에 부여한 것은 규범정립자와 수범자 간의 간격을 줄임으로써 지역적 에너지를 활성화하고, 지역적 특성을 고려하여 탄력적 규율을 가능하게 하며, 국가입법기관의 부담도 경감하려는데 그 목적이 있다. 그렇다면 조례의 위법성 여부의 판단에 있어서도 그 규범적 본질과 의의에 대한 적극적 고려가 당연히 필요하며, 그러한 점에서 국가감독권의 한계로서 '법령 위반'에 재량권의 일탈·남용이 포함되는 지에 대한 대법원 소수의견의 입장은 시사하는 바가 많다.

주지하듯이, 대법원 다수의견은 지방자치단체에 대한 국가감독권과 관련하여, 지방자치법 제169조 제1항이 규정하고 있는 '법령 위반'에는 재량권의 일탈·남용도 포함된다고 보고 있는데 반해,[55] 소수의견은 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 비추어 볼 때, 지방자치법 제169조 제1항의 해석에 있어서는 행정법의 일반적 원리와 달리 재량의 일탈·남용의 경우를 포함하지 않는 것으로 좁게 해석하여야 한다고 보고 있다.[56]

대법원 다수의견은 행정법의 일반이론이 '재량권의 일탈·남용'을 일반적인 '위법'사유로 보고 있는 점에서는 물론, 재량권의 일탈·남용을 취소사유로 규정하고 있는 행정소송법 제27조에 비추어 보더라도 법논리상 아무런 문제가 없는 것으로 일응 보인다. 그러나 한걸음 나아가 지방자치의 헌법적 보장에 따른 지방자치의 본질에 비추어 본다면, 너무도 당연해 보이는 다수의견의 입장에 대해서는 의문이 있을 수 있으며, 오히려 반대의견이 보

---

55) "**[다수의견]** 지방자치법 제157조 제1항 전문은 "지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다"고 규정하고 있고, 같은 항 후문은 "이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다"고 규정하고 있는바, 지방자치법 제157조 제1항 전문 및 후문에서 규정하고 있는 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 **법령에 위반되는 경우라 함은 명령이나 처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로, 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다고 할 것이므로,** 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 지방자치법 제157조 제1항 후문에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다."(대법원 2007.3.22. 선고 2005추62 전원합의체 판결【승진임용직권취소처분취소청구】)

56) **[대법관 김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안의 반대의견]** 헌법이 보장하는 지방자치제도의 본질상 재량판단의 영역에서는 국가나 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체의 자치사무 처리에 개입하는 것을 엄격히 금지하여야 할 필요성이 있으므로, **지방자치법 제157조 제1항 후문은 지방자치제도의 본질적 내용이 침해되지 않도록 헌법합치적으로 조화롭게 해석하여야 하는바,** 일반적으로 '법령위반'의 개념에 '재량권의 일탈·남용'도 포함된다고 보고 있기는 하나, 지방자치법 제157조 제1항에서 정한 취소권의 행사요건은 위임사무에 관하여는 '법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때', 자치사무에 관하여는 '법령에 위반하는 때'라고 규정되어 있어, 여기에서의 '법령위반'이라는 문구는 '현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때'와 대비적으로 쓰이고 있고, 재량권의 한계 위반 여부를 판단할 때에 통상적으로는 '현저히 부당하여 공익을 해하는' 경우를 바로 '재량권이 일탈·남용된 경우'로 보는 견해가 일반적이므로, **위 법조항에서 '현저히 부당하여 공익을 해하는 경우'와 대비되어 규정된 '법령에 위반하는 때'의 개념 속에는 일반적인 '법령위반'의 개념과는 다르게 '재량권의 일탈·남용'은 포함되지 않는 것으로 해석하여야 한다.** 가사 이론적으로는 합목적성과 합법성의 심사가 명확히 구분된다고 하더라도 '현저히 부당하여 공익을 해한다는 것'과 '재량권의 한계를 일탈하였다는 것'을 실무적으로 구별하기 매우 어렵다는 점까지 보태어 보면, 지방자치법 제157조 제1항 후문의 '법령위반'에 '재량권의 일탈·남용'이 포함된다고 보는 다수의견의 해석은 잘못된 것이다."(대법원 2007.3.22. 선고 2005추62 전원합의체 판결【승진임용직권취소처분취소청구】)

다 설득력을 가질 수 있다.[57]

조례의 위법성 문제를 포함하여 지방자치 관련법령의 해석에 있어서는 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 합당하도록 헌법합치적 내지 헌법구체화적 해석이 필요하다. 물론 헌법상 보장되는 지방자치권이라고 하여 법적으로 무제한의 자유를 누리는 것은 아니며, 법치행정의 원리상 자치사무라도 위법한 경우에는 국가 등 감독기관에 의한 통제의 대상이 되는 것은 당연하다. 자치입법권이라고 하더라도 그 예외는 아니다. 문제는 위법한 조례에 대한 통제에 있어 차별성이 요구되는 것이 아니며, 조례의 위법성 판단 자체에 대한 특별한 규범적 고려가 요구된다는 것이다. 조례의 위법 여부에 대한 특별한 고려는 법치주의의 위반이 아니라, 국민주권주의 및 지방자치의 헌법적 보장을 통해 요구되는 것으로 지방자치 영역에서의 법치주의의 구현이다.[58]

3. 헌법재판소에 의한 조례의 위법성 판단 문제

헌법재판소도 조례에 대한 위헌심사권을 인정하고 있다.[59] 조례의 행정입법적 성격을 고려하면 조례에 대한 헌법재판소의 규범통제에 대해서는 그 허용성과 관련하여 법규명령에 대한 헌법재판소의 규범통제와 동일한 문제가 제기될 수 있다. 여기서는 그에 관한 상론은 생략하나, 적어도 조례는 통상적 법규명령과 달리 민주적 정당성을 가지는 입법으로서 헌법상 보장된 지방자치의 실현을 위한 구체적 제도화라는 점에서 헌법재판을 통한 조례제정권의 실현 및 보장의 필요성은 인정될 수 있을 것으로 보인다.

문제는 그럼에도 불구하고 조례의 위헌성 여부에 대한 헌법재판소의 구체적 입장 역시 조례의 민주적 정당성 및 헌법적 의미에 대한 충분한 고려가 있다고 보여지지는 않는다는 점이다.

법질서의 통일성 및 규범정립권의 실질적 보장이라는 관점에서 규범의 해석과 관련하여 법률의 합헌적 해석의 요구는 헌법상 당연한 규범적 요청으로 받아 들여지고 있고,[60] 헌법재판소도 법률에 대한 합헌적 해석의 당위성을 강조하고 있다.[61] 합헌적 법률해석이 법질서의 실질적 통일성을 담보하기 위한 것이라고 할 때, 법률과 조례와의 관계에서서도 그러한 요구는 명시적 규정 여하와 무관하게 당연하게 요구된다고 할 것이다. 특히 합헌

57) 조성규, 지방자치제도에 있어 사법권의 의의와 역할, 행정법연구 제34호(2012.12.), 311면

58) 그러한 관점에서 볼 때, 수익적 조례의 위법성에 대해서는 일반적으로 완화된 입장이기는 하지만, "**지방자치단체가 그 재정권에 의하여 확보한 재화는 구성원인 주민의 희생으로 이룩된 것이므로** 이를 가장 효율적으로 사용함으로써 건전한 재정의 운영을 하여야 하는 것이나, 주민의 복리에 관한 사무를 처리하는 권한과 의무를 가지는 지방자치단체의 기관인 지방의회가 미리 지방자치단체장의 의견을 들은 후 당**해 지방자치단체의 재정능력범위 내에서 생활보호법과는 별도로 생활곤궁자를 보호하는 내용의 조례를 제정·시행하는 것은 지방자치제도의 본질에 부합하는 것이다**"(대법원 1997.04.25. 선고 96추244 판결)는 입장은 지방자치의 본질에 대한 고려에 기반하고 있다고 할 것이다.

59) 헌법재판소 2008.12.26. 선고 2007헌마1387 전원재판부【서울특별시보도상영업시설물관리등에관한조례제3조제2항등위헌확인】; 헌법재판소 2008.12.26. 선고 2007헌마1422,2008헌마32(병합) 전원재판부【서울특별시보도상영업시설물관리등에관한조례제3조제4항등위헌확인】.

60) 허영, 앞의 책, 75면.

61) 헌법재판소 1989.7.21. 선고 89헌마38 전원재판부.

적 법률해석은 그 내용상으로 합헌적인 해석의 소지를 조금이라도 가지고 있는 법률은 되도록 그 효력을 지속시켜야 한다는 소극적 의미와 함께, 헌법정신에 맞도록 법률의 내용을 제한·보충하거나 새로 결정할 수 있다는 적극적 의미까지 포함하는 것으로 보고 있다.[62] - 적극적 합헌해석은 입법권에 대한 침해의 소지가 있기 때문에 그 허용 범위에 대해서는 논란은 있으나 – 적어도 소극적인 의미에서라도 조례의 법률적합적 해석이 실무상 이루어지고 있는지 자체도 의문이다.

Ⅴ. 결 론

조례와 법률의 관계에 대한 해묵은 논쟁을 다시 한번 이 글에서 다룬 것은 조례에 대한 규범적 의미, 특히 그 헌법적 가치에 대한 인식의 전환을 촉구하기 위함이다. 현대의 분권화사회에서 지방자치 내지 지방분권의 필요성을 역설하면서 조례의 자율성을 도외시하는 것은 어불성설이며, 조례의 자율성은 조례가 가지는 규범적 본질 및 헌법적 가치에 부합하게 제도화되어야 한다.

'조례에 대한 법률의 우위'. 누가 보더라도 당연한 명제이며, 이 글에서도 이를 부정하고자 하는 것은 아니다. 다만 법률이 조례에 우선하여야 하는 그 규범적 본질과 의미를 다시 한번 명확히 하고자 하는 것이다. 조례에 대한 법률의 우위는 지방자치단체에 대한 국가의 당연한 우위를 전제로 하는 것이 아니다. 즉 본질적이고 자연법원리적인 결과물이라기 보다는 법질서의 통일성과 조화를 위한 경험적이고 제도화된 원리라고 할 것이다. 따라서 조례의 위법성에 대한 판단에 있어서는 규범 외형적인 충돌 외에 규범의 본질에 대한 충분한 고려가 함께 형량되는 것이 필요하고 당연하다.

그럼에도 불구하고 우리나라 지방자치의 현실에 있어서는 국민과 사회의 일반적인 인식은 물론, 지방자치를 구체화하고 형성하는 입법권, 행정권, 사법권 모두 - 전통적인 중앙집권적 의식과 경험에서 비롯된 것인지는 모르나 – 지방자치단체에 대한 국가의 당연한 우위, 이로부터 비롯되는 조례에 대한 법률의 당연한 우위가 너무나도 자연스러운 인식이 되고 있는 듯하다.

지방자치제도는 선험적인 법이론의 산물이 아니라, 그 나라의 사회.정치.경제.문화 등 모든 영역을 아우르는 구체적인 경험의 산물임을 고려할 때, 우리나라 지방자치의 실질적이고 이상적으로 실현되기 위해서는 외형적인 법제도의 정비보다 지방자치 및 조례제정권의 본질에 대한 근본적인 인식의 전환이 우선적으로 필요한 것이 아닌가 하는 의문으로 결론을 대신하도록 한다.

62) 허영, 앞의 책, 75면.

“조례와 법률의 관계” 에 대한 토론문

정병곤 교수(남부대)

“조례와 법률의 관계” 에 대한 토론문

최 유 박사(한국법제연구원)

1. 저는 중앙대학교에서 헌법을 공부한 최유라고 합니다. 직접 뵌 적은 없지만 논문으로 배우던 교수님의 글을 읽고, 이번에도 여전히 배우게 되었습니다. 지식과 논리가 부족한 제가 교수님의 논문에 대한 의견을 말할 자격이 있는지 모르겠습니다. 교수님 논문을 읽고 제가 잘 이해하지 못한 부분들을 부끄러움을 무릅쓰고 논문을 읽으면서 들었던 생각들과 질문을 여쭈어 보려고 합니다.

2. 교수님께서는 ‘조례와 법률의 관계’를 논문에서 세 부분으로 나누어 논의를 진행하고 있으십니다. 첫 번째인 제2장에서는 조례와 법률의 본질에 대한 규범적 고찰에서 국민주권주의를 근거로 조례와 법률의 본질이 같다는 논의를 하고 계십니다. 그리고 제3장에서는 본격적으로 조례와 법률의 관계를 논의하고 있습니다. 그리고 제4장에서 조례에 대한 대법원과 헌법재판소의 위법성 평가가 문제가 있다는 지적을 하고 계십니다.

대체적으로 조례는 국민주권과 같은 주민주권론에 기인한 민주적 정당성을 갖고 있으며, 헌법이 보장하는 전권한성과 자기책임성을 보유하고 있는데, 아직 대법원과 헌법재판소의 판례 등에서 조례의 민주적 정당성 및 준법률성을 인정하지 않는 경향의 문제점을 지적하고 계십니다.

3. 조례의 규범적 본질이 국민주권과 그 형식상 대등한 주민주권론이라는 점은 그 용어의 사용에 대한 동의는 별론으로 하더라도 그 의미는 모든 학자들이 일치할 것 같습니다.

다만 국민주권론은 군주주권론에 대항하는 이데올로기였다는 것과 비교하여 국가와 지방과의 관계와는 다른 의미를 갖고 있다고 볼 수 있습니다. 따라서 주민주권론이라는 용어의 사용은 자칫 국가와 지방자치단체의 대립 내지 병렬적 구조라는 뉘앙스도 갖고 있지 않을까 조심스럽습니다. 주권이론으로서의 주민주권이 의의를 갖는다면 적어도 연방적 차원의 행정권과 입법권의 분리가 선행되어야 할 것 같습니다만, 우리의 지방자치가 그 정도로 국가와 지방을 분리하고 있는 것인지는 규범적이나 현실적으로 의문입니다.

헌법을 전공한 저로서는 우리 지방자치는 이른바 제도보장의 영역이며, 입법자에 대한 ‘최소한의 보장’을 전제로 하고 있다고 배웠습니다. 다만 지방자치의 존속보장 이외에 입법자가 침해할 수 없는 지방자치의 본질적인 최소한의 영역 또는 핵심영역이 어디인지는 구체적으로 배우지 못한 것 같습니다.

우리 헌법은 제117조에서 지방자치제도를 규정하고 있습니다. 조문의 내용은 많지 않지만 기본적으로 ‘주민의 복리’를 지방자치단체의 전권능성의 대상인 지방사무로 규정하고

있으며, 그 이행방법으로서 재산을 관리하고 법령의 범위에서 자치에 관한 규정을 제정하는 등의 자기책임성을 규정하고 있습니다.

이렇게 우리 헌법은 서구의 헌법과는 달리 입법권의 대상을 포괄적으로 규정하고 있습니다. 즉, 헌법 제40조와 제117조의 관계를 생각해보면 제117조는 제40조의 제한규범이라 할 수 있습니다. 지방자치의 영역도 국회의 입법권한에 포함되지만 입법자는 제117조에 규정한 지방자치단체가 주민의 복리에 관한 사무를 처리하게 하며, 재산을 관리하고, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 입법을 형성해야 하는 의무를 지니고 있다고 볼 수 있습니다.

그럼에도 불구하고 현재의 입법들이 이러한 지방자치에 대한 헌법적 가치판단에 충실한 입법을 하고 있는지는 의문이라 할 수 있습니다.

3. 헌법이 규정한 지방자치단체의 관한 영역인 '주민의 복리에 관한 사무'가 과연 무엇인지도 사실 입법에 의해서 형성될 수밖에 없습니다. 근대이전 지방행정의 경험이 서양법의 계수에 의해서 단절되어 있으며, 근대법의 계수이후에도 지방자치의 역사적 경험이 짧은 한국에서는 헌법이나 지방자치법 규정이 일본이나 서구법들과 유사하더라도 현실적으로는 지방자치사무와 권한에 대한 축적된 전통과 역사적인 경험이 없다는 점에서 일본이나 서구유럽에 비해 국회가 갖는 입법형성권이 클 수밖에 없다고 생각됩니다.

다만 이 때의 입법은 '주민의 복리'에 관한 사무를 지방자치단체에게 관할하게 하고 자기책임에 의해서 행정하도록 하여야 한다는 제한된 입법형성권이라고 보아야 할 것 같습니다. 따라서 이러한 제한된 입법형성권을 구체화시킬 입법이론과 기술방법을 연구하는 것이 앞으로의 과제라 생각됩니다.

즉, 지방자치가 활동하기 위한 자치사무의 구분과 이를 이행하기 위한 책임권한의 부여를 위하여 입법에서 지방자치단체의 자치사무와 조례의 규율대상이 질식되지 않고 숨 쉴 수 있는 공간을 만들어줄 필요가 있다고 봅니다. 이러한 영역을 어떻게 구분하고 유형화지에 관해서는 더 많은 고민이 필요할 것으로 보입니다.

또한 그러한 측면에서 가짜 지방자치공간에 대한 정리도 필요하다고 생각됩니다. 입법에서 조례에 위임하는 위임규정과 그에 따른 위임조례도 보기에 따라서는 지방자치의 가짜 영역이라고 생각됩니다. 지방자치는 지방의 자율성과 차별성을 특징으로 하는데, 중앙정부에 의한 천편일률적인 위임은 그 정도가 과도한 경우에는 지방자치단체에게 자율권을 주는 것이 아니라 단순히 행정의 일부로 사용하려는 가짜 지방자치라고 생각합니다.

그리고 대통령령이나 부령으로 통일적인 규정이 필요한 영역에서도 형식적으로 조례에 위임하여 전국적으로 천편일률적인 조례를 양상시키는 권한이양이 과연 진정한 지방자치인지 의문이라 할 수 있습니다.

4. 지방자치단체의 전권능성과 자기책임성이 발휘될 수 있는 입법적·행정적 공간이 필요하다는 입장에서 교수님이 지적하신 바와 같이 13면의 정년규정에 관한 대법원판결은 정년제도는 권리제한적인 측면이 있지만 지방자치단체가 설립한 공립보육시설의 종사자들

이 갖는 정년에 관한 권리가 제한이 대상이 되는 권리인지 아니면 법률과 조례에 의해서 형성되는 권리인지에 관한 구체적인 논증이 필요하다고 생각됩니다. 즉, 정년제도에 대한 입법형성권이 자기책임성을 갖는 지방자치단체의 조례에는 과연 전혀 없었는지에 관한 구체적인 논의가 필요하다고 생각합니다.

또한 14면의 조직구성에 관한 판례에 있어서도, 군보 편집위원회에 지방의회의원의 참여를 금지시키는 일반적인 법리가 있는지도 사실 의문이라 할 수 있습니다. 동일한 원리를 적용하면, 비록 지방자치 차원은 아니지만 집행부와 입법부가 분리되어 있는 대통령제 정부형태를 채택하고 있는 현재의 정부형태에서 독임제 행정기관에 수장으로서 국회의원을 임명하고 있는 행태가 더 문제라 할 수 있을 것입니다.

15면의 국가감독권에 관한 대법원의 판결에서도 합법성과 합목적성의 구분이 현실적으로 어렵다고 하더라도 지방자치단체의 재량권 일탈·남용까지 국가가 심사한다면, 지방자치의 본질이라 할 수 있는 자기책임성은 위의 판례에 의해서 전혀 무시되었다고 볼 수 있으며 그 결과로 국가감독권의 한계가 거의 없다는 점에서 다소 과장하여 본다면 지방자치가 숨 쉴 수 있는 공간은 전혀 없다고도 볼 수 있습니다. 이러한 태도는 오히려 헌법위반일 수 있다는 의견에 공감합니다.

5. 이런 의미에서 최근 성남시의 '청년배당'이나 서울특별시의 '청년수당'과 관련된 논의는 여러 가지 의미를 갖고 있습니다.

지방자치단체 차원의 복지제도를 반대하는 보건복지부의 법적 근거는 사회보장기본법 제26조 제2항입니다. 본 조항은 "중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 신설 또는 변경의 타당성, 기존 제도와의 관계, 사회보장 전달체계에 미치는 영향 및 운영방안 등에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보건복지부장관과 협의하여야 한다."고 규정하고 있습니다.

그 동안 난립되어 온 복지제도의 중복과 그에 따른 비효율성을 정비하기 위한 본 규정의 목적은 합리적이라고 생각됩니다. 다만, 최근 법제처의 유권해석에 의해서 '협의'가 동의로 해석되어져야 한다는 것은 지방자치의 본질 및 우리 헌법 제117조에도 합당하지 않다고 생각됩니다.[1)]

또한 동 조문의 제3항은 "제2항에 따른 협의가 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다."고 규정하고 있는 것에 비추어 보더라도 위의 협의가 동의로 해석될 수는 없다고 할 수 있습니다.

협의를 순수 그대로 협의라 생각하더라도 위의 조항은 헌법 제117조가 규정하는 지방자치단체가 '주민의 복리에 관한 사무'를 처리한다는 헌법적 가치판단과 상치될 수 있다고 생각합니다. 또한 이러한 헌법적 가치판단은 지방자치법에서의 사무배분 규정을 통해서 구체화하고 있는데 이를 다시 개별법에서 협의하도록 제한하는 것이 타당한지 의문이라 할 수 있습니다.

이러한 사무배분 원칙의 예외로서 중앙부처가 지방자치단체의 주민복리사무를 제한하기

1) http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/712080.html

위해서는 전국적 사무의 성격이 있다거나 기타 공익적인 이유 등을 들어 복리사무제한에 대한 이유를 국가가 명백히 밝혀야 할 것이라고 생각합니다. 그러한 요건없이 무조건적인 협의를 요구한다는 것은 사무배분에 관한 헌법규정을 정면으로 위반하는 결과를 초래한다고 생각합니다.

지금의 '청년배당'이나 '청년수당'의 경우에는 중앙정부가 실시하고 있는 중복사무가 아님에도 불구하고 국가의 간섭이 요청되는 사항인지 의문스럽습니다. 물론 이러한 문제들의 배경에는 법리적인 논리보다는 정치적 맥락 또는 정파적 이해관계가 있다는 점에서 오늘 같은 학회의 연구 장소에서 질문을 드리기 조심스럽습니다.

다만 교수님이 생각하시는 헌법 제117조의 주민의 복리는 어디까지이며 이에 대한 사무의 대상성이나 이행의 책임성을 제한하는 국가권력의 한계는 어디까지인지 다시 한 번 여쭙고자 합니다.

발표 및 토론	4주제

조례의 사법적 통제의 범위와 한계

사　회 : 김성수 교수(연세대)
발　표 : 김남욱 교수(송원대)
토　론 : 최철호 교수(청주대)
　　김도승 교수(목포대)

조례의 사법적 통제의 범위와 한계

김 남 욱*

목 차

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 조례의 법적성질과 사법적 통제
Ⅲ. 조례의 사법적 통제의 범위와 한계에 관한 개선방안
Ⅳ. 맺음말

Ⅰ. 들어가는 말

조례는 지방자치단체가 헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제22조를 비롯한 각종 법령에 의하여 수권된 자치권의 범위 안에서 해당 지역주민의 복리와 재산에 관한 사항을 제정하는 일반적·추상적 형식의 법규범이다. 경우에 따라서는 구체적인 사항을 규율하거나 행정내부적인 관계를 규율할 수 있다.[1] 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 지방의회가 자치사무에 관한 조례를 제정하고, 지방자치단체장이 자치규칙을 제정한다. 조례는 지방자치단체가 자주적인 자치권에 의해 정립하는 행정입법이나 지방자치단체의 주민들을 구속하는 대외적 구속력[2]을 가진 점에서 실질적 의미의 법규범으로서 그 지역에서 법적 효력을 가진다. 지방자치단체는 법령의 일반적 위임에 근거하여 자치사무에 관한 조례를 제정할 수 있으나, 주민의 권리제한 또는 의무를 부과하는 사항과, 벌칙을 정하는 경우와, 기관위임사무의 경우에는 법령의 개별적·구체적 위임에 의하여 그 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다. 지방자치단체의 조례제정권은 지역의 자치사무를 수행하는데 있어서 법적으로 구체화하는 지방자치의 필수불가결 요소이며[3] 지방자치제도보장의 핵심영역이다.[4]

법제처 국가법령센터를 통하여 2015.11.6.현재 조례 및 조례시행규칙을 검색하면 79,855건이 있으며, 그중 위임자치법규가 37,143건, 규제자치법규가 1,516건이 존재하고 있다.[5] 이와 같이 지방분권화시대에 지방자치단체가 풀뿌리민주주의 실현과 자신의 책임하에 헌법과 법령에서 부여하고 있는 자치입빕권을 행사하여 지역주민의 복리증진과 권리

* 송원대학교 국방공무원학과 교수, 법학박사
1) 김남철, 「행정법강의」(박영사, 2014), 948면.; 신봉기, 「행정법개론」(삼영사, 2011), 668면.
2) 신봉기, 앞의 책, 112면.
3) 김남철, 앞의 책, 949면.
4) 홍정선, 「신 지방자치법」(박영사, 2014), 59면.
5) http://www.law.go.kr/ordinSc.do?menuId=2&schtype=0&query=%EC%A1%B0%EB%A1%80&nwYn=1

보호를 위하여 자치입법의 재량권을 확대하는 것은 바람직하다. 그러나 현대 국가의 전문성, 기술성, 복잡성과 지방의회의 의원들의 자치입법에 관한 전문적 지식의 결여와 기초자치단체의 조례입법의 연구지원하는 기관의 부재, 기관위임사무와 자치사무의 구별의 모호성으로 지방자치단체가 무분별한 조례제정으로 조례제정의무규정 신설위반, 지방자치단체장의 고유권 침해, 법률유보와 법률우위원칙 위반, 지방자치단체장의 임명·위촉권 제약, 법령에 위임 없는 국가사무에 관한 조례제정, 법령위반, 평등의 원칙 위반 등의 사유로 조례가 무효·위법이 되거나 위헌이 되는 경우가 빈번하게 발생하고 있을 뿐만 아니라 조례안에 대한 법령위반 등의 사유로 대법원에 제소와 조례의 기본권 침해 등을 이유로 헌법재판소에 제소가 지속적으로 제기되고 있는 실정이다.

조례는 성립과정에서 형식적 적법요건[6]과 실질적 적법요건[7]의 일부나 전부가 준수되지 아니한 조례는 하자 있는 조례로서 원칙적으로 무효이다. 하자있는 조례에 의한 행정처분은 중대명백설에 입각하여 판단하되 하자가 객관적으로 명백하여 무효로 선언되거나 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전까지는 취소의 대상이 된다.[8] 조례의 개별규정의 무효는 원칙적으로 조례의 나머지 규정을 무효로 하지 않으나, 그 무효인 부분이 없이는 다른 부분을 규정하지 아니하였으리라고 판단되는 경우에는 전부무효이다.[9] 한편, 조례안의 일부가 위법한 경우에는 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인된다.[10]

하자있는 조례에 대한 통제는 주민의 의한 통제(조례의 제정 및 계폐청구권, 청원권, 주민소환권), 국회의 입법적 통제, 행정적 통제(재의요구권, 표준조례안 또는 조례준칙 시달, 승인·협의, 조례의 제정·개폐보고, 선결처분권에 의하여 할 수 있으나, 조례에 의한 최종적인 하자의 판단은 대법원과 헌법재판소에 달려 있다. 대법원과 헌법재판소의 조례의 유형에 따른 사법심사의 범위와 밀도 및 한계를 면밀하게 검토하여 조례의 적법성과 합헌성을 확보하고 주민의 권리를 보호할 필요가 있다.

---

6) 조례의 형식적 적법요건으로는, ① 지방의회의 전체회의에서 정할 것, ② 당해 지방자치단체의 관할구역 내의 사무에 한정할 것. ③ 지방자치단체의 장이나 재적의원 5분의 1이상 또는 의원10명 이상의 발의하여 의장에게 제출할 것, ④ 새로운 재정부담을 수반하는 조례를 의결하기 전에 미리 지방자치단체장의 의견을 들을 것, ⑤ 주민이 조례안의 제정과 개폐를 요구하는 경우에는 시·도와 인구 50만 이상 대도시에서는 19세 이상 주민총수의 1%이상 1.4%이하, 시·군 및 자치구에서는 19세 이상의 총수 2%이상 5%이하의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 주민의 수 이상의 연서로 지방자치단체의 장에게 조례의 제정·개폐를 요구할 것, ⑤ 조례안에 대하여 5일 이상 그 취지, 주요내용, 전문을 공보, 인터넷 홈페이지 등에 게재하여 예고할 것, ⑥ 정례회와 임시회의는 재적의원 3분의 1이상 출석에 의해 개의하고, 재적의원 과반수출석과 출석의원 과반수 찬성으로 의결하여 그 결과를 의장이 선포할 것, ⑦ 조례안이 지방의회에서 의결되면 의장은 의결된 날로부터 5일 이내에 그 지방자치단체장에게 이송하고, 지방자치단체장은 이송받은 조례안에 대하여 20일내에 공포할 것, ⑧ 조례는 일정한 문서형식과 조문형식을 요할 것, ⑨ 조례를 감독청에게 보고할 것 등을 들 수 있다.

7) 조례의 실질적 적법요건으로는, ① 자치사무와 단체위임사무일 것(다만, 기관위임사무인 경우에는 법률에 구체적 위임이 있을 것), ② 주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정하는 경우 개별 법률에서 특별수권이 있을 것, ③ 헌법상의 정의의 원칙, 법적안정성 원칙, 비례원칙, 평등원칙을 준수할 것, ④ 기초지방자치단체의 조례는 광역지방자치단체의 조례를 준수할 것, ⑤ 조례의 내용은 명확하고 실현가능할 것 등을 들 수 있다.

8) 헌법재판소 2005.3.31.선고 2003헌바113결정; 대법원 2009.10.29.선고 2007두26285판결; 대법원 1995.7.11.선고 94누461판결.

9) 홍정선, 앞의 책, 348면.

10) 대법원 1994.4.26.선고 93추175판결.

이하에서는 조례의 법적성질을 검토한 후, 조례의 유형에 따른 사법통제를 고찰한 후 조례의 사법적 통제와 한계에 관한 개선방안을 강구하고자 한다.

Ⅱ. 조례의 법적성질과 사법적 통제

1. 조례의 법적성질

(1) 실질적 의미의 법률

조례는 불특정다수인에게 대외적 구속력을 가지는 법규로서 실질적 의미의 법률에 해당한다.[11] 조례의 구속력은 관할 지방자치단체의 모든 주민, 사법인, 공법인 외에도 감독청, 처분청, 관련 지방자치단체, 법원까지 미친다.[12] 다만, 지방자치단체의 조직형성을 규율하는 조례는 지방자치단체 내부적 효력을 가진다.

조례는 헌법과 법령에 모순되거나 저촉되어서는 안 되며, 그 효력은 헌법이나 법령보다 낮으나 법령은 헌법에서 보장하고 있는 지방자치제도의 본질적 사항을 침해해서는 안 된다.

조례는 자치사무에 관하여 법률의 개별적 위임을 원칙적으로 필요하지 않는 점에서 법규명령과 그 성격을 달리하나, 법률의 위임에 의해 제정되는 위임조례도 있다.[13]

(2) 위임입법

조례가 지방자치단체의 고유한 입법인지, 국가로부터 전래된 것인지 등의 조례의 법적 성질은 조례의 자치입법권의 범위와 한계, 법률유보와의 관계, 사법심사의 한계문제 등에서 중요한 의미로 귀결된다.[14]

1) 제1설(고유권적 조례자주입법설)

지방자치단체의 조례제정권은 시원적 권리로서 고유사무(자치사무)에 관한한 국가와 위임을 요하지 않는 조례의 전권사항이며, 헌법 제117조 제1항에 근거하여 조례제정권을 제도적 보장의 한 내용으로 규정하여야 한다는 입장이다. 이 견해에 의하면 조례와 법률이 저촉하는 경우 조례가 우선적으로 적용된다.[15] 지방자치권중 하나인 조례제정권을 헌법상 보장된 제도적 보장으로 보아 헌법 제117조 제1항이 폐지되지 않는 한 지방자치단체의 조례제정권을 사법적 해석을 통해 폐지를 하지 못하나, 법치국가원칙에서 파생된 법률우위원칙과 법단계상 그 효력의 순위를 설명하지 못하는 한계를 지니고 있다.

---

11) 박균성교수는 위임조례는 행정입법의 성질을 가지나, 자치조례는 행정입법과 구별되며 주민의 대표기관인 지방의회가 제정하는 법규범인 점에서 자치법이며 법률에 준하는 성질을 가진다는 견해가 있다(박균성, 「행정법론(하)」(박영사, 2012), 165면; 정형근, 「행정법」(피앤씨미디어, 2015), 657면.
12) 홍정선, 앞의 책, 304면, 346면.
13) 최정일, 「행정법개론」(동방문화사, 2015), 660면.
14) 최승원, "조례의 본질," 「지방자치법연구」 제6권제1호(한국지방자치학회, 2006), 395면.
15) 김동희, 「행정법(Ⅱ)」(박영사, 2014), 85면.

2) 제2설(전래권적 조례자주입법설)

지방자치단체의 조례제정권은 국가로부터 전래된 것이므로 고유사무(자치사무)도 법령을 위반할 수 없으나 법령의 개별적 위임이 없어도 조례를 제정할 수 있으며, 법률이 지방자치의 본질을 침해하지 않는 한 법령이 조례에 우선한다는 입장이다.[16] 이 견해는 행정입법에 적용되는 법률우위원칙은 조례에 그대로 적용되나 법률의 유보원칙은 그대로 적용되지 않는다고 한다.[17] 이 견해에 의하면 국민이 조례에 의하여 기본권을 침해받은 경우 헌법소원의 대상으로 할 수 있고 항고소송의 대상이 될 수 없으나, 규범적 통제수단으로 위헌법률심판을 제기할 수 있다고 본다.[18]

3) 제3설(조례위임입법설)

지방자치단체의 조례제정권은 국가권력으로부터 전래된 것으로서 조례와 행정입법은 본질적 차이가 없으며, 조례는 법률우위원칙과 법률유보의 원칙이 모두 적용된다는 견해이다. 이 견해에 의하면 조례가 처분적 성질을 가지면서 국민의 기본권을 침해한 경우에는 취소소송을 제기할 수 있으며, 헌법 제107조 제2항에 근거하여 대법원의 사법적 통제를 할 수 있으며, 조례가 재판의 전제가 된 경우 위헌법률심판을 할 수 있고, 기본권 침해에 대한 헌법소원도 제기할 수 있다.[19]

4) 소결

지방자치단체와 그 기관의 임무는 헌법에 근거되고, 조례제정권은 시원적인 것이 아니라 국가로부터 전래된 것으로서 법령의 범위내 또는 법령의 위임에 의하여 조례가 이루어진다고 할 것이므로 조례위임입법설이 타당하다고 할 것이다. 다만, 조례는 주민에 의해 선출된 지방의회는 민주적 정당성을 가지고 있으므로 자치사무에 대하여는 개별적, 구체적 위임이 없어도 일반적, 추상적, 포괄적 위임이 있으면 족하다고 할 것이다.[20]

따라서 조례가 그 자체로서 처분성을 가진 경우에는 행정행위의 하자로 인한 권리침해에 따른 항고소송을 제기하고, 조례가 헌법이나 법률에 위반되어 재판에 전제가 된 경우 대법원이 최종적 심사권에 의한 사법적 통제가 가능하다. 조례가 위헌인 경우 헌법재판소의 위헌법률심판권에 사법적 통제와, 조례로 인한 기본권 침해가 이루어진 경우에는 헌법소원심판을 통하여 권리구제를 받을 수 있다고 할 것이다.

2. 조례와 법률과의 관계

지방자치단체는 지방자치법 제9조 제1항, 제15조, 제22조, 행정규제법 제4조 제3항 등에 의하여 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에게 위임된 단체위

16) 김동희, 앞의 책, 84면.
17) 홍정선, 앞의 책, 305면.
18) 고헌환, "조례의 사법적 통제와 주요쟁점에 관한 법리의 검토," 「법학논총」 제33집(숭실대학교 법학연구소, 2015), 31면.
19) 고현환 교수는 위임입법설을 명령유사설로 이해하고 있다(고헌환, 앞의 논문, 32-33면).
20) 홍정선, 앞의 책, 305면; 김학성,「헌법학원론」(피앤씨미디어, 2014), 209면.

임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있다. 이 경우 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 구체적인 위임이 있어야 한다.[21] 기관위임사무에 관하여 제정되는 위임조례는 예외적으로 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있다.[22] 지방의회가 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 구체적으로 있어야 하고 구체적인 위임 없이 제정된 조례는 무효이다.

지방자치단체는 자치조례를 법령에 위반되지 않는 범위 안에서만 지방의회가 제정할 수 있으므로 법령에 위반되는 조례는 그 효력이 없다.[23] "조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다."[24]

3. 조례의 유형에 따른 사법적 통제기준

(1) 자치조례에 관한 사법적 통제

자치조례는 헌법 제117조, 지방자치법 제22조에 근거하여 구체적인 법령의 위임 없이 지방자치단체의 사무 즉, 자방자치단체의 고유사무인 자치사무와, 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관한 조례를 자주법으로 정하는 자치입법이다.

자치조례에 관한 사법적 통제기준은 법령위반, 입법재량, 평등의 원칙 등이며, 이러한 사법심사기준을 통제 그 범위와 한계를 넘었는지를 판단한다. 특히, "조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 보아야 한다."고 판시[25]하여 조례가 규율한 특정사항이 법률에 규정되어 있는 경우에도 조례로서 그 지방자치단체의 실정에 알맞도록 규율할 수 있다고 한다.

---

21) 지방자치법 제22조 단서; 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004추41 판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결.

22) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결; 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결.

23) 지방자치법 제15조, 제22조.

24) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38판결; 대법원 2007.12.13. 선고 2006추52판결[조례안의결무효확인청구] > 종합법률정보 판례)

25) 대법원 2007.12.13.선고 2006추52 판결.

1) 법령위반과 입법재량

지방의회는 지방자치단체의 자치사무와 단체위임사무에 관하여 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 조례의 입법재량이 인정되고 있다. 자치사무와 단체위임사무에 대한 법원의 입법재량의 한계와 범위가 문제된다. 특히 광역자지단체의 고유권한으로 정하여진 자치사무를 기초자치단체에서 광역자치단체의 조례의 근거 없이 조례를 제정할 수 있는가가 문제된다. 즉, 지방자치법 제10조 제1항 제1호에서는"시·도는 행정처리 결과가 2개 이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무, 시·도 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무, 지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무, 국가와 시·군 및 자치구 사이의 연락·조정 등의 사무, 시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무, 2개 이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설을 설치하고 관리하는 사무"를 처리한다. 동법 제1항 제2호에서는 "시·군 및 자치구는 시·도가 처리하는 것으로 되어 있는 사무를 제외한 사무. 다만, 인구 50만 이상의 시에 대하여는 도가 처리하는 사무의 일부를 직접 처리하게 할 수 있다."고 규정하고 있다. 동법 제10조 제2항에서는 지방자치단체의 사무배분기준에 따른 사무의 종류를 대통령령에 위임하여 동법시행령 제8조 및 별표1에서 구체적으로 정하고 있다. 이와 관련하여 광역지방자치단체가 조례로 정할 수 있는 사항을 기초자치단체가 주민의 복리사무에 관한 자치조례로 정할 수 있는가가 문제된다.

대법원은 "수업료, 입학금 그 자체에 관한 사무는 교육·학예에 관한 사무로서 지방자치단체 중 특별시·광역시·도의 사무에 해당한다고 할 것이나, 수업료, 입학금의 지원에 관한 사무는 학생 자녀를 둔 주민들의 수업료, 입학금 등에 관한 부담을 경감시킴으로써 청소년에 대한 기본적인 교육여건을 형성함과 동시에 청소년이 평등하게 교육을 받을 수 있도록 하는 것이므로, 이와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무인 지방자치법 제9조 제2항 제2호 소정의 주민의 복지증진에 관한 사무 중 주민복지에 관한 사업(가목) 및 노인·아동·심신장애인·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진(라목)에 해당되는 사무라고 할 것이다. 농어촌지역 특별법 제23조에서 지방자치단체는 농어촌학교 학생의 교육기회를 보장하기 위하여 입학금, 수업료, 급식비, 통학비, 통학차량경비를 지원할 수 있다고 규정하고 있으므로 이 사건 조례안은 지방자치단체의 소관에 속하는 사무에 대한 공금 지출에 관하여 법률에 규정이 있는 경우에 해당하므로 지방재정법 제17조 제1항에 반하지 아니한다. … 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 지방자치법은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있게 하고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있으므로, 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 지방자치단체장의 고유권한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다고 할 것이다. 수업료, 입학금의 지원에 관한 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무인 지방자치법 제9조 제2항 제2호 소정의 주민의 복지증진에 관한 사무에 속하고, 이러한 사무의 성격을 고려하여 농어촌지역 특별법 제23조는 지방자치단체장이 아니라 지방자치단체에 수업료 등에 대한 경비 지원에 관한 권한을 부여하고 있고, 이 사건 조례안 제4조는 교육비 지원대상을 '화천군에 보호자와 학생이 주소를 두고 관할 소재 고등학교에 다니는 학생'과 함께 '군수가 지원할 수 있다고 인정한 학생'도 규정함으로써 원고에게 교육비 지원대상 선정에 있어 일정한 재량권을 부여하고 있는 등 관계 법률과 조례안의 규정 내용 및 이 사건 조례안에 따른 교육비 지원사무에 소요될 비용이 화천군 예산에서 차지하는 비율 등을 고려할 때, 이 사건 조례안 제6조 제3항이 교육비 지원대상에 해당하는 경우에는 군수로 하여금 교육비를 지급하도록 규정하였다는 이유만으로 집행기관으로서의 지방자치단체장 고유의 재량권을 침해하였다거나 예산배분의 우선순위 결정에 관한 지방자치단체장의 예산편성 권한을 본질적

으로 침해하여 위법하다고 볼 수는 없다."고 판시[26]하고 있다.

이와 같이 대법원은 교육과 학예에 관한 사무는 광역자치단체에 속한다고 하더라도 고등학생 수업료 및 입학금 경감조례는 자치조례에 해당하고 관례법령에 위반되지 아니하며, 수업료 및 입학금 경감조례는 청소년복리증진을 위한 자치조례이고, 광역자치단체의 고유한 권한을 침해하지 않는 한도 내에서 기초자치단체가 자치조례를 정하여도 입법재량의 한계를 넘지 않는 것으로 보고 있다.

또한 경기도 성남시의회가 "성남시장은 그 권한에 속하는 민간위탁사무와 관련하여 수탁기관의 선정권한을 가지는 민간위탁적격자심사위원회의 위원 6 내지 9명 중 2인을 반드시 시의원 중에서 위촉하여야 한다."는 내용의 성남시 사무의 민간위탁촉진 및 관리조례 일부 개정조례안을 의결한 것이 법률에 규정 없는 견제장치를 신설할 수 있는 지와 지방자치단체장의 위촉권한을 침해하는 것인지, 평등권을 침해하는 것이 문제된다. 대법원은 "지방자치법은 지방자치단체의 의사를 내부적으로 결정하는 최고의결기관으로 지방의회를, 외부에 대하여 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통할하는 집행기관으로 단체장을 독립한 기관으로 두고, 의회와 단체장에게 독자적인 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없다. 지방의회는 조례의 제정 및 개폐, 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 기타 지방자치법 제39조 제1항에 규정된 사항에 대한 의결권을 가지는 외에 지방자치법 제41조 등의 규정에 의하여 지방자치단체사무에 관한 행정사무 감사권 및 조사권 등을 가지므로, 이처럼 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없다.[27] 그런데 지방자치단체는 지방자치법 제116조에 의하여 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있을 때 합의제 행정기관을 설치할 수 있고, 합의제 행정기관의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 조례로 정할 수 있다. 이와 같이 지방자치법에서 합의제 행정기관의 설치·운영에 관하여 필요한 사항을 조례로 정하도록 위임한 취지는 각 지방자치단체의 특수성을 고려하여 그 실정에 맞게 합의제 행정기관을 조직하도록 한 것이어서, 당해 지방자치단체가 합의제 행정기관의 일종인 민간위탁적격자심사위원회의 공평한 구성 및 그 운영에 대한 적절한 통제를 위하여 민간위탁적격자심사위원회 위원의 정수 및 그 위원의 구성비를 어떻게 정할 것인지는 당해 지방의회가 조례로써 정할 수 있는 입법재량에 속하는 문제로서 조례제정권의 범위 내라고 봄이 타당하다."고 판시하여 지방자치법령을 위반하지 않는 범위 내이며 민간위탁적격자심사위원회의 위원 중 2명을 시의원 중에서 위촉하도록 정하고 있다고 하더라도, 이것만으로는 법령상 근거 없는 새로운 견제장치에 해당하지 않는다고 지방자치단체의 입법재량을 인정하고 있다.

2) 헌법상의 일반원칙

26) 대법원 2013.4.11.선고 2012추22 판결.
27) 대법원 2003.9.23.선고 2003추13 판결.

지방자치단체는 헌법상의 일반원칙인 평등의 원칙, 비례원칙 등을 위반하여 자치조례를 제정할 수 없는 바, 자치조례에 대한 사법통제의 기준이 되고 있다.

예컨대, 제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례안 제40조 제2항은 "제1항의 규정에 의한 대여약관에는 요금 원가계산 및 그 밖에 요금액의 산출기초를 기재한 서류를 첨부하여야 한다."고 규정하고 있다.[28] 이 조항은 대여약관의 신고 또는 변경신고를 하고자 하는 자에 대하여 요금산출기초를 제출할 의무를 부과하고, 영업상의 정보를 공개하도록 한다는 면에서 영업의 자유를 제한하고 자유롭게 대여약관을 변경할 자유를 제한한 것이다.

대법원은 "건설교통부령인 여객자동차 운수사업법 시행규칙 제61조는 요금산출기초의 제출을 요구하지 않아 이 사건 조례안 제40조 제2항이 건설교통부령보다 권리제한이나 의무부과의 강도가 높기는 하지만 이는 제주특별법 제324조 제2항의 취지에 따라 제주특별자치도의 실정에 맞게 별도의 규정이 허용되는 결과에 지나지 아니하고, 또 이로 인하여 다른 지역과의 사이에 다소 규율의 차이가 발생하기는 하나 그것이 자의적으로 불합리하다고는 할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다고도 할 수 없다. 행정규제가 상대적으로 강화된다고 하더라도 행정규제의 완화만이 제주특별법의 입법목적인 것도 아니고 조례안의 모든 규정이 행정규제의 완화를 지향해야 하는 것도 아닐 뿐만 아니라 위 조례안 조항은 자동차대여요금의 합리화라는 또 다른 입법목적을 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있고 이를 위하여 요금산출기초를 제출하도록 한 것에 영업의 자유나 재산권을 입법재량을 넘어 과도하게 제한함으로써 위 자유나 권리를 침해하였다고는 할 수 없으며 제주특별법이나 여객자동차 운수사업법 및 그 시행규칙이 의도하는 목적과 효과를 저해한다고도 할 수 없다."고 판시[29]하여 자치조례에 관하여 기존법률이 존재함에도 불구하고 지방자치단체의 실정에 맞게 조례를 정할 수 있으며, 이 경우 평등의 원칙, 비례의 원칙에 의하여 자치조례에 관한 사법적 통제를 하고 있다고 할 것이다.

3) 지방자치단체장의 고유권한 침해성

지방자치법은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하고 있다. 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있는 반면, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있도록 함으로써 상호 견제와 균형을 유지를 하고 있다. 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 지방자치단체장의 고유권한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다고 할 것이다.[30]

지방재정법 제36조 제1항은 "지방자치단체는 법령 및 조례로 정하는 범위에서 합리적인 기준에 따라 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다"고 규정하고 있다. 여기서

---

28) 여객자동차 운수사업법 제32조 제2항, 제주특별법 제324조 제2항에 근거한 조례안이다.
29) 대법원 2007.12.13. 선고 2006추52 판결.
30) 대법원 2000.6.13. 선고 99추92 판결, 대법원 2014.2.13. 선고 2013추67 판결.

법령 및 조례로 정하는 범위에서 예산에 계상하여야 한다는 것은 기본적으로 예산안이 예산편성 기준 등에 관하여 직접 규율하고 있는 법령이나 조례에 반하거나 그 범위를 벗어나서는 안 된다는 것을 의미한다.[31] "지방자치단체장의 예산안 편성권도 예산편성 기준 등에 관해 직접 규율하고 있는 법령이나 조례가 있는 경우 그에 구속된다고 봄이 타당하다. 지방재정법 제41조 제3항 및 그 시행령 제47조, 예산편성 운영기준 제6조 제2항 [별표 12]에 지방자치단체의 장학재단에 대한 출연금에 관한 예산안 편성은 그에 앞서 장학재단의 설립, 예산출연 기준 등을 규정한 조례가 제정되어 있어야 하고 그 조례에서 예산출연 기준을 정한 경우 그 기준에 반하거나 그 범위를 벗어날 수 없다. 따라서 지방자치단체장의 장학재단에 대한 출연금에 관한 예산안 편성권에는 이러한 제한이 따른다고 보아야 한다. 이러한 법리에 비추어 이 사건 '서울특별시 서초구 장학재단 설립 및 운영에 관한 조례 일부 개정 조례안' 제6조 단서를 살펴보면, 그 규정의 취지는 장학재단 출연금 예산을 편성할 수 있는 근거가 되는 종전의 장학재단조례에 예산출연의 기준으로서 출연금의 상한을 추가한 것일 뿐이므로 이를 두고 지방자치단체장의 예산안 편성권에 대하여 법령에 근거가 없는 새로운 견제장치를 만든 것이라고 볼 수 없다. 또한 위 개정조례안에 따르면 지방자치단체장에게 그 출연금 상한의 범위 내에서 예산안 편성에 관한 재량권이 여전히 부여되고, 그 한도가 재량권을 무의미하게 할 정도라고 인정되지 아니하므로 지방자치단체장의 예산안 편성권을 본질적으로 침해하였다고 볼 수도 없다."고 판시[32]하여 자치조례가 관계법령에 비추어 지방자치단체장에 대한 새로운 견제장치로 볼 수 없고 재량권 행사를 무의미하게 한 것이 아닌 경우에는 지방자치단체장의 고유권한을 침해하지 않다고 본다.

4) 권리제한과 의무부과 및 벌칙부과시 법령의 위임의 근거

지방자치법 제22조, 행정규제기본법 제4조 제3항에서는 지방자치단체가 조례를 제정함에 있어 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 법률의 구체적 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 자치조례는 효력이 없다.[33] 다만, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다.[34] 따라서 자치조례가 주민의 권리를 제한하거나 의무부과 및 벌칙을 부과하는 경우 법령에 위임의 근거가 있는지를 사법적 판단 기준으로 삼는다.

5) 기존 법률의 존재시 지방자치단체의 실정에 맞는 자치조례 가능성

31) 대법원 2013.2.14. 선고 2012추60 판결.
32) 대법원 2014.11.13. 선고 2013추128 판결.
33) 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두19270 전원합의체 판결.
34) 대법원 2006.09.08. 선고 2004두947 판결.

자치조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 지방자치단체의 실정에 맞게 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니다.[35] 즉 법원은 특정 사안에 대하여 이미 법률에 규정이 있는 경우에도 그 법률의 취지와 목적에 비추어 법령에서 정하여지지 않은 사항일지라도 그 법률이 전국적으로 일률적으로 동일한 내용을 규율하는 취지가 아니고 지방자치단체가 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인할 수 있는가를 판단하고 있다.

6) 법령의 위임여부

헌법 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는… 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고 있고, 지방자치법 제22조에서는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 자치조례의 경우 법령에 위반되지 않는 범위내에서 법령의 구체적 위임이 없어도 자치조례를 제정할 수 있다는 것이 통설적 입장이다. 대법원도 자치조례의 경우 주민의 권리를 제한, 의무 및 벌칙 부과의 경우에는 법령의 구체적인 위임이 필요하나 그러하지 않는 경우에는 법령의 위임이 없어도 가능하다고 한다. 예컨대, 순창군대중교통 소외지역 주민 교통복지 증진에 관한 조례안에 대하여 대법원은 “조례안의 제정 목적과 취지 등에 비추어 볼 때, 여객자동차 운수사업법 제50조 제1항 제2호, 제2항, 「전라북도 여객자동차운수사업 보조금 지원 조례」 제3조 등의 관련 규정에 근거한 전라북도의 보조금 지원 사업은 여객운송사업자에게 보조금을 지급하는 것인 데 대하여, 이 사건 사무는 마을택시를 이용한 주민에게 직접 보조금을 지급하는 것으로서 양자가 동일한 내용의 사업이라 할 수 없다. 이 조례안의 보조금 지급사무는 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (가)목에 정한 ‘주민복지에 관한 사업’에 속한다고 볼 수 있으며, 이 사건 사무는 순창군의 자체예산으로 집행될 것이 예정되어 있음을 알 수 있다. 따라서 이 사건 사무는 기관위임사무가 아니라 지방자치단체가 법령의 위임이 없이도 조례로 규율할 수 있는 자치사무에 해당한다”고 판시[36]하고 있다.

(2) 위임조례에 대한 사법적 통제기준

1) 법령의 구체적 위임

국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이다. 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다.[37] 기관위임사무에 관한 조례는 법령의 구체적 위임이 있어야 한다. 이 경우에 그 내용은 개별 법령이 위임

35) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결; 대법원 2014.2.27. 선고 2012두15005 판결.
36) 대법원 2015.6.24. 선고 2014추545 판결.
37) 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결; 대법원 2008.1.17. 선고 2007다59295 판결.

하고 있는 사항에 관한 것으로서 개별 법령의 취지에 부합하는 것이라야만 하고, 그 범위를 벗어난 경우에는 위임조례로서의 효력도 인정할 수 없다.[38] 위임조례에 의해 기본권을 침해하는 경우에는 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조에 의한 일반수권조항에 의할 수 없고, 개별법령의 특별수권에 의한 위임이 있어야 한다.[39] 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 할 것이다.[40]

특히 "특정 사안과 관련하여 법령에서 조례에 위임을 한 경우 조례가 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때는 당해 법령 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 하고, 위임 규정 자체에서 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 하였는지 등도 아울러 고려해야 한다."[41]

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 제8조 제1항은 "시장·군수·구청장은 지역주민의 생활환경보전 또는 상수원의 수질보전을 위하여 다음 각 호[42]의 어느 하나에 해당하는 지역 중 가축사육의 제한이 필요하다고 인정되는 지역에 대하여는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 일정한 구역을 지정하여 가축의 사육을 제한할 수 있다"고 규정하고 있다.

대법원은 「위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지 및 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다.[43] 또한 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 복위임금지 원칙에 반할 뿐 아니라 위임명령의 제정 형식에 관한 수

38) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결.
39) 홍정선, 앞의 책, 325면,
40) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결; 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다59295 판결;대법원 2013.4.11. 선고 2011두12153 판결; 대법원 2014.2.27. 선고 2012추145 판결.
41) 대법원 2012.10.25. 선고 2010두25077 판결.
42) 제1호 주거 밀집지역으로 생활환경의 보호가 필요한 지역, 제2호 수도법 제7조의 규정에 따른 상수원보호구역, 환경정책기본법 제38조에 따른 특별대책지역 및 그 밖에 이에 준하는 수질환경보전이 필요한 지역, 제3호 환경정책기본법 제12조에 따른 환경기준을 초과한 지역이다.
43) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결.

권법의 내용을 변경하는 것이 되므로 허용되지 아니한다 할 것이나 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다 할 것이다.[44] 이러한 법리는 조례가 지방자치법 제22조 단서에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임받은 후, 이를 다시 지방자치단체장이 정하는 '규칙'이나 '고시' 등에 재위임하는 경우에도 마찬가지이다. 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률에서 가축제한지역을 조례로 정하도록 위임함에 따라 경상북도 군위군 가축사육제한에 관한 조례는 가축의 사육을 제한함으로써 생활환경을 청결히 하여 주민보건향상에 기여하고자 필요한 사항을 규정하기 위하여 제정되고, 동조례 제3조에서 "가축 사육제한에 관하여는 군수는 가축사육이 금지되는 일정한 지역을 미리 지정하여 고시하여야 한다. 고시된 지역[45]에서는 군수의 허가를 받지 아니하고 가축을 사육할 수 없다"고 규정하고 있다. 이러한 위임조항과 이 사건 조례는 이 사건 고시 조항의 각 규정 형식, 내용 및 체계 등에 의해 가축사육 제한구역 지정의 시기와 방법, 가축사육 제한구역 내의 가축사육 신청에 대한 허가절차 등을 모두 스스로 정하면서, 가축사육 제한구역 지정의 실질적 기준만을 직접 정하지 않고 이 사건 조례 조항을 통하여 이를 이 사건 고시에 재위임한 것으로 볼 수 있다. 그런데 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률은 위임조항을 통하여 지역주민의 생활환경보전 또는 상수원의 수질보전을 위하여 주거 밀집지역, 상수원보호구역 등 수질환경보전이 필요한 지역, 환경기준 초과지역 등의 가축사육 제한구역을 정할 것을 규정하고 있으므로, 그러한 내용만으로도 이미 그 실질적 기준의 대강을 예측할 수 있다. 한편, 가축사육 제한구역 지정에 관한 실질적 기준의 세부 내용은 각 지방자치단체의 실정 등에 맞게 전문적·기술적 판단과 정책적 고려에 따라 규율할 필요성도 인정된다.」고 판시[46]하고 있다.

또한 서울특별시 교권보호와 교육활동 지원에 관한 조례안 제5조에서 교원의 성별, 종교, 신념, 나이, 출신지역, 신체적 조건, 임신 또는 출산 등을 이유로 한 차별 및 불이익 금지, 노동조합이나 교원단체의 가입 및 활동을 이유로 한 차별 금지, 교원의 종교의 자유 등에 관하여 규정하고 있고, 제6조, 제9조, 제10조에서 교원의 지위 보호를 위하여 교권보호위원회 및 교권보호지원센터의 설치·구성·운영 등에 관한 사항 등을 규정하고 있다. 법령의 규정 형식과 내용 및 그 취지를 앞서 법리에 비추어 보면, 교원의 지위에 관한 사항은 법률로 정하여 전국적으로 통일적인 규율이 필요한 것이고 국가가 이를 위하여 상당한 경비를 부담하고 있으므로, 이에 관한 사무는 국가사무로 보아야 할 것이다. 지방자치법이 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무를 지방자치단체의 사무로 들고 있고(제9조 제2항 제5호), 지방교육자치에 관한 법률이 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무를 특별시·광역시 및 도의 사무로 한다고 규정하고 있으나(제2조), 교원의 지위에 관한 사항은 규정하고 있지 아니하다. 따라서 이 사건 조례안 제5조가 교원의 지위에 관한 사항에 속하

44) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정.

45) 도로(고속국도, 일반국도, 지방도, 군도)나 철도, 농어촌도로 경계선으로부터 가축사육시설 건축물 외벽까지 직선거리 200m 이내 지역(단, 한우는 100m 이내 지역)"을 가축사육 제한지역의 하나로 정하고 있다.

46) 대법원 2015.1.15. 선고 2013두14238 판결.

는 교원의 차별 및 불이익 금지 등에 관하여 규정하고, 제6조, 제9조, 제10조가 교원의 지위 보호를 위하여 교권보호위원회 및 교권보호지원센터의 설치·구성·운영에 관한 사항 등을 규정한 것은 국가사무에 관하여 법령의 위임 없이 조례로 정한 것으로 조례제정권의 한계를 벗어나 위법하다.“고 판시[47]하고 있다.

이와 같이 기관위임사무의 경우 법률에서 구체적 위임하여 위임조례를 제정하도록 하고 있으므로 기관위임사무에 관한 조례는 법령의 구체적 근거에 의하여 사법적 통제가 이루어지고 있다.

2) 포괄위임금지원칙

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 포괄위임금지원칙을 선언하고 있다. 여기서 구체적이란 기관위임사무에 관한 조례를 비롯한 행정입법으로 정할 대상의 한정성을 말하며, 범위를 정하여는 조례 등의 행정입법이 준수해야 할 목표, 원칙, 정도 등의 기준을 명확하게 제시하라는 기준의 명확성을 의미한다.[48] 따라서 위임조례는 수권 법률에서 조례로 규정될 내용과 범위가 가능한 구체적이고 명확히 규정되어서 사회평균인이라면 누구든지 법률 그 자체로부터 조례에 규정될 내용과 대강을 예측가능 하여야 한다. 또한 법률에서 대통령령에 위임한 사항을 대통령령에서 전혀 규정하지 않고 그대로 조례에 재위임하는 것은 복위임금지원칙에 위반된다. 그러나 법률에서 기관위임사무를 조례로 정하도록 위임하도록 하거나, 법률에서 조례로 위임한 사항은 복위임금지원칙에 위반되지 아니한다. 예컨대, 경상북도 군위군 가축사육제한에 관한 조례에서 보는 바와 같이 법률에서 조례로 위임한 사항을 조례에서 “가축사육 제한구역 지정의 실질적 기준을 직접 정하지 않은 채 이를 고시에 위임한 것이 위임조항의 위임 취지에 어긋난다거나 헌법상 포괄위임금지 원칙이나 복위임금지 원칙 등에 위배된다고 보기는 어렵다”고 판시[49]하고 있다.

국가사무가 광역지방자치단체장에게 위임한 사항을 광역지방자치단체장이 기초자치단체에게 조례로 재위임할 수 있는가가 문제된다. 대법원은 “도시재개발법에 의한 사업시행변경인가, 관리처분계획인가 및 각 고시에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 정부조직법 제5조 제1항 및 이에 기한 행정권한의위임 및 위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다”고 판시하여 국가위임사무를 광역지방자치단체의 조례에 위임한 경우 원칙적으로 기초자치단체에게 재위임할 수 없고, 광역자치단체장이 위임기관의 승인을 정은 후 광역지방자치단체장이 정한 규칙에 의하여 재위임이 가능하다고 한다. 따라서 기관사무를 광역지방자치단체장에게 위임

47) 대법원 2014.02.27. 선고 2012추145 판결.
48) 김학성, 앞의 책, 516면.
49) 대법원 2015.1.15. 선고 2013두14238 판결.

한 경우 이를 기초자치단체에게 원칙적으로 재위임할 수 없고, 위임관청의 승인을 얻은 후 광역지방자치단체에서 정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하지 않으면 위법하다고 할 것이다.

4. 조례의 대법원에 의한 사법적 통제

(1) 지방자치단체장과 주무부장관의 대법원에 의한 기관소송

지방자치법 제107조와 제172조에 의하여 지방자치단체의 장과 주무부장관은 지방의회가 제정한 조례가 법령 위반[50]하는 경우에는 지방의회가 재의결한 조례안에 대하여 대법원에 소(訴)를 제기하거나 집행정지결정을 신청할 수 있다. 여기서 이러한 조례안의 대법원에 제소제도는 행정청에 의한 통제이나 법원에 의한 사전적 통제로 이해할 수 있다.[51]

지방자치단체장이 원고가 되고 당해 지방의회를 피고로 하여 재의결된 조례안에 대한 대법원 제소에 의한 무효등확인소송은 지방자치단체장의 자치단체의 사무로 행해지는 사무이므로 기관소송의 성질[52]을 띠며, 주무부장관이 당해 지방자치단체가 재의요구와 대법원에 제소를 하지 않는 경우 적법성의 통제관점에서 주무부장관 원고, 당해 지방의회 피고로 하여 대법원에 이를 직접제소할 수 있으므로 감독청의 사무라고 볼 수 있고 특수한 소송으로 볼 수 있다.[53] 그러나 주무부장관의 지시에 의한 지방자치단체장의 대법원의 제소는 그 대상의 조례가 여전히 지방자치단체의 사무로 새길 수 있으므로 그 소송은 역시 기관소송의 성격을 띤다고 보아야 할 것이다.[54]

한편, 조례안재의결 무효확인소송에서 소송심리대상은 지방의회에 재의를 요구할 당시 이의사항을 지적되어 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 한정된다.[55]

(2) 구체적 규범통제

법원은 헌법 제103조에 의하여 법에 구속되므로 행정처분의 근거가 되는 조례의 법률적합성을 심사할 수 있는가가 문제된다, 즉, 국민·주민이 특정한 조례의 근거하여 행하여진 행정처분의 위법성을 사유로 취소소송이나 무효등확인소송을 통해 다투면서 조례에 대한 명령·규칙심사권을 행사할 수 있는가?

헌법 제107조 제2항에서는 "명령·규칙이나 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다."고 규정하여 명령, 규칙, 처분에 대한 법원의 위법심사권한이 있음을 천명하고 있다. 법원의 규칙에 대

50) 홍전선 교수는 공익을 현저히 해치는 경우에는 법령위반(행정법의 일반원칙)을 이유로 제소할 수 있다는 견해가 있다(홍정선, 앞의 책, 352면).
51) 고헌환, 앞의 논문, 39면.
52) 홍정선, 앞의 책, 352면.
53) 홍정선, 앞의 책, 353면; 문상덕, "지방자치쟁송과 민주주주의," 「지방자치법연구」제10권제2호(한국지방자치법학회, 2010), 33면.
54) 홍정선, 앞의 책, 352면; 김병록, "조례통제를 위한 제 방안에 관한 연구," 「일감범학」제15호(건국대학교 법학연구소,2009), 267면; 정연주, "조례제정권의 헌법적 한계와 통제,-헌결1995.4.20. 92헌마264,279(병합) 및 대판 1992.6.23. 92추17 등과 관련하여-" 「헌법판례연구」(박영사, 2002), 240면.
55) 대법원 2007,12,13선고 2006추52판결.

한 위법성 심사대상에는 지방자치단체의 조례와 자치규칙이 포함된다.[56] 조례도 국법질서에 있는 하나이고, 법원은 위헌·위법적인 조례가 국민의 기본권을 침해한 경우에는 법률·명령·규칙 심사권을 행사할 수 있다. 법원은 행정처분의 발령근거가 된 조례가 헌법·법률을 위반한 경우에는 무효로 그 조례의 적용을 배제하여 이를 거부하여야 하고, 그 행정처분을 취소 또는 무효선언을 한다, 특히 조례가 행정청의 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적이익에 영향을 미치는 등 법률의 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하므로[57] 국민·주민은 이러한 조례에 대하여 지방자치단체장을 피고로 하여 무효확인 등을 구하는 행정소송을 구할 수 있다.

(3) 추상적 규범통제

헌법 제107조 제2항, 행정소송법 제6조 제2항에 의하여, 현행 행정소송법이 구체적 규범적 통제를 원칙적으로 취하고 있다. 예외적으로 조례에 대하여 위헌· 위법을 선언할 수 있는 추상적 규범통제를 할 수 있는가 문제된다. 지방자치법 제172조 제7항은 지방의회가 법령에 위반되는 조례안에 대하여 시·도지사와 주무부장관이 재의요구지시하기 전에 그 조례안이 공포된 경우 대법원에 시·도지사 또는 주무부장관이 대법원에 직접제소 할 수 있도록 하고 있다, 공포된 조례안은 추상적인 규범인 조례이므로 공포된 조례안에 대하여 무효확인을 구하는 소송은 추상적 규범통제의 일종이다고 할 것이다.[58]

(4) 손해배상소송

위법한 조례에 근거한 행정처분으로 손해를 입은 주민이 국가배상법 제2조에 의하여 손해배상청구를 할 수 있는가가 문제된다. 법원은 국가배상청구소송에서 조례의 위법성을 선결문제로서 심사대상이 될 수 있다,[59]

5. 조례의 헌법재판소에 의한 사법적 통제

(1) 사인에 의한 헌법소원

헌법소원의 대상이 되는 공권력에는 입법작용이 포함되며 지방자치단체에서 정립하는 조례가 불특정다수인에 대해 구속력을 가지는 법규이므로 조례제정행위도 입법작용으로서 헌법소원의 대상이 된다.[60] 특히 조례는 지방자치단체가 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이므로 조례자치로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 권리구제수단으로 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.[61] 즉, 조례가 처분적 법규이면 직접 그것을 상대로 헌법소원을 제기할 수 있고, 지방자치단

56) 대법원 1995.8.22.선거 94누5694판결.
57) 대법원 1996.9.20.,선고 95누8003판결.
58) 홍정선, 앞의 책, 357면; 문상덕, 앞의 논문, 31면.
59) 홍정선, 앞의 책, 357면.
60) 헌법재판소 1994.12.29.선고 92헌마216결정.
61) 헌법재판소 1995.4.20.선고 92헌마264,279결정.

체장의 처분·부작위로 인해 기본권을 침해당한 자도 이를 상대로 헌법소원을 제기할 수 있다.[62]

(2) 지방자치단체에 의한 헌법소원

헌법재판소법상 기본권이 침해된 자만이 헌법소원을 제기할 수 있다, 헌법재판소법 제68조애 의해 우리나라 지방자치단체는 기본권의 주체성이 부인되므로 헌법상 보장된 조례의 자치입법권이 침해된 경우에도 독일의 입법례[63]와 달리 헌법소원을 제기할 수 없다. 즉, 지방자치단체는 자치사무인가 위임사무인가를 불문하고 공적사무를 수행하는 한 행정주체로서 기본권에 구속되므로 기본권을 주체가 될 수 없고 헌법소원도 제기할 수 없다.[64]

Ⅲ. 조례의 사법적 통제의 범위와 한계에 관한 개선방안

1. 처분적 조례에 대한 규범적 통제 강화

대법원은 두밀분교폐교사건에서 “경기도 가평군 소재 상색초등학교 분교의 폐지는 지방의회가 이를 폐지하는 내용의 개정조례를 의결하고 교육감이 이를 공포하여 그 효력이 발생함으로써 완결되고, 그 조례 공포 후 교육감이 하는 분교장의 폐쇄, 직원에 대한 인사이동 및 급식학교의 변경지정 등 일련의 행위는 분교의 폐지에 따르는 사후적인 사무처리에 불과할 뿐이므로, 이를 독립하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로서의 폐교처분이라고 할 수 없다.”고 판시[65]하여 조례에 의한 후속조치는 행정청의 사후적인 사무처리에 불과하다. 또한 서울고등법원에서는 “경기 가평군 가평읍 상색국민학교 두밀분교를 폐지하는 내용의 이 사건 조례는 위 두밀분교의 취학아동과의 관계에서 영조물인 특정의 국민학교를 구체적으로 이용할 이익을 직접적으로 상실하게 하는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다”고 판시[66]하였으나 대법원에서는 “집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다”고 판시[67]하여 조례의 항고소송의 대상이 되는 처분성의 법리를 오해하여 원고들의 청구를 기각하였다. 이 판결이후 조례가 행정작용 없이도 그 자체로 권리의무와 법적이익에 법적효과가 발생하는 경우는 항고소송의 대상이 되는 처분성이 인정된다고 보고 있다.[68]

---

62) 최정일, 앞의 책, 689면.
63) 독일 기본법 제93조 제1항 제4b호, 연방헌법재판소법 제91조, 독일 작센헌법 제90조.
64) 홍정선, 앞의 책, 98면.
65) 대법원 1996.09.20. 선고 95누7994 판결.
66) 서울고법 1995. 5. 16. 선고 94구26판결.
67) 대법원 1996.09.20. 선고 95누8003 판결.
68) 김남진, “초등학교의 폐지조례 및 폐지조치와 권리보호,” 「고시연구」, 통권343호(고시월보사, 2002,10), 82면 이하; 정형근, 앞의 책, 665면; 홍정선, 앞의 책, 356면; 박균성, 앞의 책, 182면.

그러나 조례의 법형식을 무시하고 조례의 실질에 전적으로 근거하여 조례의 처분성을 인정하는 것은 분력분립원칙에 의한 입법자의 의사 반할 뿐만 아니라 법규범과 처분을 구별하고 있는 행정소송체계에도 어긋난다.[69] 행정소송법 제2조 제1호에서는 처분등의 개념을 “조처분등"이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 "처분"이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”고 규정하고 있고, 행정소송법 제3조와 제4조에서 항고소송으로서 취소소송과 당사자소송, 무효등확인소송에서 위법한 처분등을 그 사법심사대상으로 삼고 있고, 처분과 행정행위의 개념을 동일한 개념으로 이해하고 있으므로 법규범과 행정작용으로 인한 처분의 개념은 구별하고 있다. 특히 조례는 지방자치단체의 법규범으로 행정기관을 비롯한 법원에게도 법규범력이 있고, 입법자가 조례를 통한 사법적 권리구제의 길[70]을 열어놓고 있으므로 조례를 행정작용에 의한 처분성을 인정하는 것은 무리가 있다. 한편, 독일에서는 자치행정의 내용으로 규범제정권은 일반적으로 집행을 위한 권한과 입법을 위한 권한의 이중적 성격을 가진 것으로 이해하고, 일반적 추상적으로 법규범은 행정행위로 간주되지 않으므로 법령(Satzung)은 입법행위의 범주에 해당하여 공법상 창설행위로 보고 있다.[71]

생각건대, 조례는 민주적 정당성이 있는 지방의회에 의해 제정되고, 지방자치단체장에 의한 행정처분은 법률우위원칙에 의하여 법규범인 조례를 위반하지 못하므로 하위에 위치하에 있고, 또한 범규범인 처분과 일반적으로 법규명령으로서 대외적 구속력이 인정되므로 조례자체를 처분성을 인정하여 항고소송의 방법을 통한 권리구제의 방안을 찾기 보다는 조례의 규범적 통제[72]를 강화하는 방안으로 사법적 통제가 이루어지는 것이 바람직하다고 할 것이다.[73]

2. 조례의 사법적 심사권의 명문화

헌법은 제107조 제2항에서 “명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하여 법원의 명령규칙심사권을 인정하고 있다. 법원의 명령규칙심사권은 국법질서의 통일성을 유지하고 법률우위원칙에 의하여 위헌·위법한 명령·규칙으로 인한 국민의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위한 제도이다. 즉, 명령규칙심사권은 법원이 구체적 분쟁을 해결함에 있어 적용할 명령·규칙의 헌법이나 법률에 위반되는 여부를 심사하며, 위헌·위법으로 인정되는 경우 그 명령·규칙의 적용을 배재하는 것이다.[74]

---

69) 김중권, “도시계획조례의 규율(규정)범위의 문제점에 관한 소고,”「법제」(법제처, 2005.12), 35면.
70) 독일의 지배적인 입장은 법형식에 의한 권리구제의 길을 정하고 있다(김중권, 앞의 논문), 35면.
71) 이광윤, “조례에 대한 사법적 통제,”「고시계」(1997.5), 163-164면.
72) 조례의 항고소송의 법적 성격을 구체적, 직접적 규범통제로 이해하고 있는 견해가 있다(박균성, 앞의 책, 182면).
73) 이에 대하여 이광윤교수는 행정심판법과 행정소송법을 개정하여 일반적인 명령도 처분에 포함시키거나 별도로 항고소송을 도입할 필요가 있다는 견해가 있다(이광윤, 앞의 논문, 168면).
74) 김학성, 앞의 책, 570면; 김학성, 앞의 책, 571면.

헌법은 명령과 규칙을 법원의 사법적 통제 대상으로 삼고 있다. 여기서 명령·규칙은 일반적 구속력을 지니는 법규범 또는 규칙으로 이해하여 조례도 그 대상이 된다는 견해가 있다.[75] 우리나라 행정법체계는 헌법→법률(조약)→명령→규칙→자치법규(조례, 규칙)으로 이루어져 있고, 국가의 법질서의 통일성을 유지하고 법치국가를 구현하기 위해서는 조례에 의해 주민의 권리침해된 경우 권리구제의 길을 보장하여야 하므로 대법원의 명령규칙에 대한 위헌·위법 심사권에 조례도 그 대상이 된다는 견해가 있다.[76]

그러나 헌법 제107조 제2항에서는 위헌·위법한 조례에 대여 사법적 통제 대상으로 되어 있지 않으나, 지방분권의 강화와 조례 입법의 증대로 인하여 위헌·위법한 조례가 증가할 것이므로 법원의 사법적 통제의 범위와 한계를 명확하여 국민·주민의 권리를 보호할 할 필요가 있다. 따라서 헌법 제107조 제2항에서 "명령·규칙·조례가 헌법과 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다"고 개정하는 것이 합리적이다고 할 것이다.

3. 지방자치단체의 원고적격인정

(1) 지방자치단체와 지방자치단체장의 원고적격

지방자치단체는 권리능력이 있으므로 소송상 일방 당사자가 될 수 있는 당사자능력을 가지며, 원고적격이 인정될 수 있는가가 문제된다. 즉, 자치단체는 법원과 헌법재판소에서는 원고적격등 당사자 적격이 인정되지 않는 경우에는 각하 판결한다.

우리나라 지방자치단체의 자치권은 헌법과 법률에 의하여 특별히 제도적으로 최소한 보장되는 것이지 기본권을 향유할 수 있는 주체가 아니다. 헌법재판소도 "기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 국민의 권리와 의무이고 그 제10조 내지 제39조에서 모든 국민은 …… 권리를 가진다고 규정하고 있으므로 이러한 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민만이 기본권의 주체라 할 것이고, 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 아니고, 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이다"고 판시하고 있다.[77] 대법원은 " 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항, 제2항, 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그리고 구 지방자치법 등 관련 법령을 살펴보아도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협

75) 김학성, 앞의 책, 571면; 대법원 1990.2.27.선고 99재누55; 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2001), 1034면.
76) 김병록, 앞의 논문, 266면.
77) 헌법재판소 1994. 12. 29.선고 93헌마120결정; 헌법재판소 1995. 2. 23.선고 90헌마125 결정; 헌법재판소 2006. 2. 23.선고 2004헌바50 결정; 헌법재판소 2009.5.28.선고 2007헌바80,81,106 및 2009헌바5(병합) 결정.

의 취소에 관하여 다툼이 있는 경우에 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다. 따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다툴 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 건축물 소재지 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다."고 판시[78]하여 지방자치단체도 지방자치단체장을 상대로 취소소송의 원고가 될 수 있다고 한다. 또한 "지방자치단체의 구역에 관하여 지방자치법은, 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률에 따른 매립지가 속할 지방자치단체는 안전행정부장관이 결정한다고 규정하면서(제4조 제3항), 관계 지방자치단체의 장은 그 결정에 이의가 있으면 결과를 통보받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(제4조 제8항). 따라서 매립지가 속할 지방자치단체를 정하는 결정에 대하여 대법원에 소송을 제기할 수 있는 주체는 관계 지방자치단체의 장일 뿐 지방자치단체가 아니다"고 판시하고 있다.[79] 그러나 "해양수산부장관은 2005. 12. 19. 그 소속 중앙항만정책심의회의 심의결과 이 사건 항만을 지정항만인 부산항의 하위항만으로 두되 무역항인 '부산항'의 명칭은 그대로 유지하면서, 이 사건 항만의 공식명칭을 '신항(영문명칭 : Busan New Port)'으로 정하였다고 공표하였는바, 이러한 피고 해양수산부장관의 이 사건 항만 명칭결정으로 인하여 원고들이 속한 지방자치단체의 관할구역이 변경되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 원고들의 권리의무나 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동이 생기지도 아니하므로, 피고 해양수산부장관의 이 사건 항만 명칭결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수는 없다."고 판시[80]하여 중앙행정기관의 장의 행정결정이 지방자치단체의 권리의무나 법적지위의에 변동을 발생시키지 않으므로 원고적격을 부정하고 있다.

이와 같이 우리나라에서는 지방자치권에 근거하여 기본권의 주체성을 헌법재판소가 부정하고 있고 있으므로 헌법의 지방자치권 보장 규정에 근거하여 권한쟁의심판처럼 법률에서 특별하게 인정한 것을 제외하고 하원고 한편, 미국에서는 지방자치단체가 주민의 이익을 대표하여 연방정부와 주의 행정기관 또는 다른 지방자치단체를 대상으로 행정절차법 제701조 내지 제706조에 의거하여 행정소송을 제기할 수 있다. 미국에서 지방자치단체에게 원고적격을 인정한 것은 지방자치권의 보장를 위하기보다는 지역주민의 이익을 대표한다는 성격으로 인정된 것이며, 미국의 지방자치제도가 주민자치의 성격을 띤 데서 비롯된 것이다.[81] 독일에서는 2차세계대전이후 원고적격이 될 수 있는 권리가 전통적 의미의 권리뿐만 아니라 독립적인 공법상 단체의 고유한 권한도 포함하고 있으며, 지방자치단체는 자치권에 근거하여 이를 침해하는 상급감독청, 다른 지방자치단체등을 상대로, 취소소송, 의무이행소송, 확인소송등을 제기할 수 있다.[82]

---

78) 대법원 2014.02.27. 선고 2012두22980 판결.
79) 대법원 2013.11.14. 선고 2010추73 판결.
80) 대법원 2008.05.29. 선고 2007두23873 판결.
81) 박정훈, "지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송," 「지방자치법연구」제1권2호(한국지방자치법학회, 2001), 3면.

생각건대, 지방의회의 재의결된 조례가 법령을 위반하여 대법원에 제소한 경우에는 지방자치단체장이 원고적격을 지방자치법에 의하여 가지게 되나, 지방자치단체도 공권력을 행사하는 기관이고, 지방자치단체의 지방의회가 조례를 자주적으로 입법작용을 하며, 조례가 헌법과 법령을 위반한 경우 지방자치단체장은 재의를 지방의회에 재의를 요구하고 재의결된 조례안에 대하여 대법원에 제소를 할 수 있는 권리구제수단이 있고, 헌법상 기본권과 법률상의 국민의 권리를 보장할 의무가 있으므로 취소소송과 무효등확인소송에서 법률상 이익이 없다고 볼 수 있으므로 원칙적으로 원고적격이 인정되지 아니한다고 할 것이다. 다만, 미국와 독일의 입법례를 고려할 때 우리나라의 지방자치법도 지방자치제도의 본질적 사항을 침해하거나 명령과 규칙에 의해 지방자치단체의 조례자치입법권의 현저히 저해하는 경우에는 지방자치단체에게 원고적격을 인정하는 방향으로 법제도적 개선이 요구된다.

(2) 주민의 원고적격

조례는 자치입법이고 일반적, 추상적규율로 정해져 있으므로 행정입법인 조례가 하자가 있으면 무효가 되므로 무효등확인소송에서 원고적격이 문제된다. 다만, 위법한 조례로 인하여 권리가 침해된 주민은 행정소송법상의 원고적격의 법리에 의하여 항고소송에서 위법한 조례로 인한 처분의 위법함을 구하는 취소소송에서 원고가 됨은 당연하다.

지방자치단체는 지방자치법에 근거하여 조례와 관련하여 법령의 위반을 사유로 무효를 구하는 원고적격을 가지게 되나. 주민이 조례의 무효을 구할 수 있는지가 문제된다.

서울특별시립학교 설치 조례에 의한 학교교명변경의 무효확인소송에서

서울고등법원은 “지방자치단체가 제정하는 조례는 일반, 추상적 규범으로서 통상 행정청의 구체적 행위가 개입되지 않으면 국민의 권리의무 내지 법적 지위에 직접적, 구체적으로 영향을 미치지 않으므로 원칙적으로는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않으나, 이와 같이 입법행위의 형식을 취하였더라도 조례에 기초한 행정청의 구체적 처분을 기다리지 않고 조례 그 자체에 의하여 직접 국민의 권리의무에 직접 구체적인 효과를 발생하게 된다면 순수한 입법에 그치지 않는 행정소송법상의 행정처분으로서 이해관계인은 항고소송을 제기하여 그 효력을 다툴 수 있다고 보아야 할 것이다. 또한 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있으며, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말하고, 다만 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다. 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에서 장지중학교에 재학중인 학생의 학부모이거나 앞으로 위 중학교에 입학예정인 초등학생과 그 부모로서 위 원고들이 위 중학교 교명에 대하여 갖는 권리는 추상적, 간접적 권리에 불과하여 위 중학교의 교명에 관한 이 사건 조례규정에 의하여 위 원고들이 주장하는 행복추구권, 학습권, 교육권 등 헌법과 법률이 보호하는 개별적·직접적·구체적 이익을 침해당하였다고 볼 수 없으므로이 사건 조례 중 위 중학교 교명부분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다. 그러나 교육기본법 제12조에 의하면, 학생의 기본적 인권은 학교교육에서 존중되고 보호되며, 학교의 교육시설은 학생의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한 발휘될 수 있도록 마련하여야 하는바, 학생들이 재학중인 학교의 교명을 통해서 배울 수 있는 교육적 효과와 아울러 교명이 학생들에게 주는 상징성 및 영향을 참작하면, 학교의 교명은 학교의 교육시설과 일체가 되어 학생의 교육적 환경을 구성하므로, 초·중등학교에 배정되어 재학중인 학생들은 학교의 교육환경을 구성하는 교명에 관하여 교육기본법 제12조에 의하여 보호되는 학습자로서의 권리 내지는 법적 이익을 가진다고 할 것이다. 특히 교육기본법 제8조, 초·중등교육법 시행령

82) 벅정훈, 앞의 논문, 4면.

제68조 규정에 따라 초·중등교육은 의무교육으로 이루어지고, 특별한 사정이 없는 한 중학교 입학지원자들은 별다른 선택의 여지없이 교육장에 의하여 배정된 중학교에 입학하여야 하므로, 강제 배정된 중학생들의 교육환경 내지 그의 일부를 이루는 중학교의 교명에 관한 권리 내지 법적 이익은 더욱 보호될 필요가 있다. 또한 다른 구체적 집행행위의 개입 없이도 이 사건 조례에 의하여 공립학교인 위 중학교가 설립되고 그 교명이 장지중학교로 정하여짐에 따라, 이 사건 조례 중 위 중학교의 교명에 관한 부분은 위 중학교에서 재학하면서 교육을 받을 학생들의 위와 같은 권리 내지 법적 이익에 구체적 영향을 미치는 법률상의 효과를 발생하게 된다. 그러므로 이 사건 조례 중 위 중학교의 교명에 관한 부분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, 위 중학교에 재학중인 위 원고들은 그 부분의 무효 확인을 구할 수 있는 이해관계를 가진다고 봄이 상당하다."고 판시[83]하여 조례 그 자체가 처분성이 인정되고 그 처분으로 인한 구체적, 개별적 권리가 인정되는 자에 대하여 원고적격을 인정하고 있다.

생각건대, 지방자치단체의 지방의회가 제정·개정한 조례(안) 그 자체가 처분성이 인정되고 그 처분으로 인하여 주민의 권리가 개별적, 구체적으로 침해된 경우에는 그 자에게 조례의 위법성을 이유를 들어 무효나 취소을 구하는 무효등확인소송을 구할 원고적격이 있다고 할 것이다.

4. 조례에 대한 사법심사의 밀도 및 강도의 한계

(1) 지방자치단제의 재의결 조례(안)에 대한 사법심사

지방자치단체가 대법원에 제소하는 조례(안)의 법령위반에 대하여 자치사무, 단체위임사무, 기관위임사무인가에 따라 사법심사의 강도와 밀도의 한계는 일반적인 행정처분에서의 사법심사에서의 강도 및 밀도가 동일한가 문제된다.

대법원은 지방자치단체의 지방의회가 재의결한 조례의 위법성을 심사함에 있어서 헌법과 헌법상의 일반원칙, 법령, 행정법의 일반원칙 등 조례의 입법 재량권의 통제를 그 대상으로 한다. 자치사무와 자체위임사무에 관하여는 지방자치단체의 자치조례는 헌법상 보장된 지방자치제도의 적합성, 입법재량의 정도, 지방자치단체장의 고유권한 침해성, 비례원칙과 평등의 원칙 등을 고려하여 사법심사를 하되. 지방자치제도가 본질적으로 보장되고 최대한 보장되는 방향으로 사법심사의 밀도와 강도를 하여 일반적인 사인의 사법심사와 달리 완화된 심사를 할 필요가 있다. 특히 조례의 자치입법권에 대하여 입법자에 의한 그 제한된 법령이 주민의 복리에 관하여 헌법에 적합하여야 하고, 과잉금지원칙을 준수하여야 하고, 청문권이 보장되었는 지를 중심으로 조례제정권의 제한의 한계를 심사하여야 하고,[84] 입법자의 제한의 자유, 정당한 사유 또는 시간적·사항적 불가피성, 핵심영역밖에서 권한 배분등을 중심으로 조례에 관한 자치입법권이 제한되었는지도 아울러 판단하여야 한다.[85] 여기서 핵심영역은 지방자치의 본질적 징표로서 법적으로나 사실적으로 제거될 수 없는 영역으로서 지방자치단체의 주민복리에 관한 포괄적 임무, 지방자치단체의 고유책임, 자치고권의 전면적 부인, 지방자치단체의 조직상 고유한 핵심능력 등을 말하며 명확성의 원칙, 비례의 원칙, 평등의원칙등을 지나치게 강조하여 사법심사를 할 필요는 없고, 헌법

83) 서울고등법원 2010.03.30. 선고 2009누22852 판결.
84) 홍정선, 앞의 책, 70-71면.
85) 홍정선, 앞의 책, 71면.

상 보장된 지방자치제도의 제도적 보장과 핵심적 영역의 보장이 확보되고, 지방분권강화와 지역적 특성에 알맞게 조례가 제정되어 풀뿌리 민주주의가 실현되도록 조례의 위법성에 대한 사법심사의 밀도와 강도를 조절하여야 할 것이다.

기관위임사무에 관한 사법심사의 밀도와 강도는 일반적인 사인간의 사법심사와 같이 엄격하게 행하여져야 한다. 조례의 헌법과 법률상의 근거와 한계, 법령의 위임의 구체적 정도, 비례성원칙, 평등의 원칙, 명확성의 원칙 등을 기준으로 조례의 위법성을 심사를 하여야 한다.

(2) 조례에 의한 주민의 기본권 침해에 대한 사법심사의 밀도와 한계

자치사무와 단체위임사무에 관한 위법한 조례에 의하여 주민의 권리침해에서 사법심사의 강도와 밀도는 그 조례의 헌법과 법률상의 근거를 토대로 조례 자체가 행정청의 구제적 집행없이도 주민의 권리의무에 직접적으로 법적인 효과가 나타나는 경우에의 그 조례의 처분성, 그 처분으로 인한 위법의 정도 등을 일반적인 사인의 처리기준에 의한 사법심사의 밀도와 강도로 엄격하게 행하여야 한다. 특히 자치조례는 감독청에 의한 적법성심사와 합목적성 심사까지 할 수 있는 것과 같이 사법심사에서도 적법성 심사와 조례에 근거한 재량행사로 인한 합목적성 심사도 함께 하여야 한다. 위임조례는 법령에 근거와 한계를 근거로 적법성 심사만 행하여야 하고, 조례에 근거한 부당 또는 공익상 필요상 필요, 합목적 사항까지 사법심사에 포함하여 사법심사를 하여서는 안된다.

5. 헌법재판소에 의한 조례의 법규범성 통제에 의한 지방차지권 강화

조례의 사법적 통제는 주로 지방자치법 제159조, 제172조에 의한 기관소송에 의해 대법원에 의하여 조례의 법령위반을 사법심사의 중심으로 이루어지고 있다. 지방자치단체장과 지방의회의 권한과 의무의 범위, 내용에 관환 분쟁을 해결하기 위한 기관소송은 본래 국가와 지방자치단체 상호간의 권한과 의무를 명확히 함으로써 국가와 지방자치단체의 기능을 원활히 획정하고, 상호 견제와 균형, 협력관계를 명확히 함으로써 법적안정성 강화, 헌법수호. 국가법질서 통일성 확보, 국민의 기본권 최대한 보장하기 위함이다. 이러한 헌법수호와 법질서 통일성 확보, 기능적 권력분립에 의한 국민의 기본권 보장, 국가와 지방자치단체간의 견제와 균형유지, 평화유지 등은 전통적으로 헌법재판제도가 확립된 국가에서 헌법재판소의 관할 사항으로 되어 있다. 또한 대법원에 의한 기관소송의 확대강화하는 것은 지방자치제도의 본질과 기능에 합치되지 않다.[86] 따라서 대법원에 의한 기관소송이 지방자치권을 보장하고 있는 헌법취지에 맞게 헌법재판소가 조례안의 위헌·위법성 여부에 관하여 사법적 통제를 행사하도록 헌법 개정과 법률의 법제도적 개선이 요구된다.[87]

---

86) 이광윤, 앞의 논문, 244면.
87) 정연주, 앞의 논문, 243-244면; 이광윤, 앞의 논문, 154면.

Ⅳ. 맺음말

헌법과 지방자치법에 근거하여 자치조례의 법령의 범위안에서 조례를 자주적으로 제정할 수 있으므로, 지방의회에서 헌법과 법령에 대한 전문적 지식의 결여, 조례입법연구 및 지원기관의 부재, 기관위임사무와 자치사무의 구별의 모호성으로 무문별한 조례의 제정으로 지방자치단체장과 지방의회간 재의결된 조례안의 무효를 구하는 대법원의 제소가 끊임없이 이루어지고 있다, 또한 위법한 조례에 근거한 주민의 권리침해등으로 무효등확인소송과 헌법소원이 제기되는 등 지방자치단체와 주민간의법적 분쟁이 발생하고 있다.

따라서 조례에 대한 실효적인 사법적 통제를 통해 국민의 권리구제가 최대한 신장되어야 하고, 조례제정과 집행에 따른 사법적 통제의 범위와 한계를 명확하게 설정함으로써 헌법상 보장된 지방자치제도의 발전을 억제하기 보다는 뿔뿌리 민주주의가 실현되고 우리나라 지역실정에 알맞은 지방분권과 조례제정권이 강화되는 방향으로 개선되어져야 할 것이다.

“조례의 사법적 통제의 범위와 한계” 에 대한 토론문

최철호 교수(청주대)

“조례의 사법적 통제의 범위와 한계” 에 대한 토론문

김도승 교수(목포대)