

# 條例에 의한 自治經濟의 統制 · 調整可能性

鄭 準 鉉\*

## 차 례

### I. 問題의 提起

### II. 條例制定權의 本質과 制定限界

1. 憲法上 地方自治의 制度保障의 意義
2. 條例制定權의 本質
3. 條例制定權의 限界

### III. 관련 現行法制의 檢討

1. 憲法과 地方自治法
2. 관련 法令의 檢討

### IV. 맺음말

\* 鮮文大學校 法學部 助敎授, 法學博士

## I. 問題의 提起

1997년 7월 2일의 천안 내일신문의 보도에 의하면 “현재 천안시내 곳곳에 선 수십억원에서 수백억원에 이르는 대형공사가 政府出捐·地方自治團體負擔·民間投資 등으로 발주하여 건축·토목공사 등이 활발하게 이루어지고 있다. ……그러나, 활발한 건설붐에도 불구하고 천안지역의 건설업체는 소외되고 있다. ……일부에서는 대형공사의 10-20%를 의무적으로 지역업체에 맡기거나 외지의 대형업체가 지역업체를 지역협력사로 등록하여 공사에 입찰할 수 있도록 조례를 만들어야 한다는 의견을 개진하고 있다. 그렇게 된다면 지역업체도 스스로 공사수행능력을 향상시켜 경쟁력을 높일 수 있다. 하지만, 조례를 만들 수 있는 근거법을 찾지 못하고 있는 상태여서 실현가능성은 높다고 볼 수 없다”는 悲觀論이 제시되고 있다.

이하에서는 위 문제의 해법을 찾는 방법으로 조례제정권의 본질과 그 한계를 먼저 살펴보고 이어서 憲法 및 地方自治法令·地方財政法令·建設業法令·下都給去來公正化에 관한法律 또는 地方稅法 등 현행 國家法令의 規定下에서도 조례로써 지역업체의 대규모공사 참여를 직·간접적으로 조성하는 것, 즉 자치단체가 발주하는 공사에 대한 입찰참가자격제한 등을 조례로 제한하는 것이 가능한 것인지 만약 불가능하다면 현행 법제상 어떠한 조건이 선행되어야 가능하게 되는 것인지를 살펴봄으로써 지방경제의 자립정착에 주민의 집약된 의사가 반영될 수 있는 방법을 강구하기로 한다.

## II. 條例制定權의 本質과 制定限界

### 1. 憲法上 地方自治의 制度保障의 意義

현행 헌법은 지방자치를 제도적 보장으로 보고 있는 바<sup>1)</sup>, 이러한 제도적 보장의 구체적인 의미에 대하여는 傳來說的인 立場과 固有權說的인 立場이 갈라진다.

1) 地方自治의 制度的 保障에 관한 상세한 내용은 유지태, “地方自治의 制度的 保障論 小考(上·下)”, 『考試研究』, 1993년 10월호 및 11월호 참조.

(1) 傳來說的인 立場

“현대국가의 지방자치단체는 국가와 대립·긴장관계에서는 자연권적 인격권의 주체가 아니고 민주적 국가구조의 일환을 이루는 것으로서 국가와 더불어 국민생활의 복지의 향상에 봉사하기 위해 「國家의 主權으로부터 발생하는 公權力」을 國家로부터 獨立하여 각 지역에 있어 自己의 責任 아래 행사하는 公的인 制度이다”거나 “헌법 제8장은 국가의 통치구조의 일환을 이루는 地方自治團體의 自治行政이 민주국가의 기초로서 없어서는 아니될 하나의 公的인 制度라고 하는 인식에 입각하여 역사적·전통적·이념적으로 확립되어진 일정한 내용을 가진 地方自治制度의 本質의 內容 혹은 核心을 立法에 의한 侵害로부터 옹호하는 취지 아래 제정되어진 것으로 보는 것이 가장 타당한 시각이다”고 설명하는 견해<sup>2)</sup>로서 현행법상 조례의 성질과 관련하여서는 條例自主立法說과 條例委任立法說로 갈라진다.

(2) 固有權說의 立場

“주권은 단일·불가분이라 하더라도 그것을 바탕으로 하는 통치권이 필연적으로 국가·국회를 중심으로 반드시 하나로 통합되어 있어야만 하는 것은 아니며 국내에 있어서의 통치권을 국가와 지방자치단체에 어떤 식으로 분장시킬 것인가는 통치권을 입법·사법·행정에 분장시키는 것과 마찬가지로 헌법의 원리와 그것에 의해 규정된 헌법조항이 정하는 바에 따르는 것이라 할 수 있다. 따라서 논리적으로는 현행 헌법상의 지방자치권은 국가의 통치권과 병행·공존하는 자치단체 고유의 권력으로서 헌법적 보장을 받고 있는 것이라는 條理解釋이 가능하다”거나<sup>3)</sup> “지방자치가 자유민주국가에서 수행하고 있는 여러 가지 제도적인 기능을 감안할 때 과연 지방자치에 관한 제도적 보장이 지방자치의 전면적인 폐지만을 금지하는 정도의 효과 밖에는 나타내지 못한다고 주장할 수 있는 것인지 의문이 아닐 수 없다. 제도적 보장이론이 강조하는 지방자치에 관한 입법형성권은 헌법의 통일성을 존중하고 규범조화의 정신에 따라 행사되는 경우에만 정당화된다고 믿어지기 때문이다. ……지방자치는 우선 기본권실현과 연관시켜서 이해해야 함은 물론 지방자치를 통해서 나타나는

2) 成田頼明, “地方自治の保障”, 『日本國憲法體系 第5卷』, 234쪽 참조.

3) 서원우, “地方自治의 憲法的 保障”, 『考試研究』, 1993. 6, 22쪽.

기능적 지방통제의 효과를 정확히 파악하고 지방자치를 補充의 原理 측면에서 접근해야 하리라고 본다”<sup>4)</sup>고 하여 지방자치는 자유권과 무관한 제도적 보장에 그치지 않고 오히려 기본권실현과 불가분의 관계에 있는 憲法上的 客觀的 價値秩序에 속한다고 보는 견해로서 조례의 성질과 관련하여서는 自主立法說과 연결된다.

### (3) 私 見

현행 헌법상 지방자치는 국민의 기본권을 최대한 보장하는 수단으로서 국가의 통치권을 입법·사법·행정에 분장시키는 권력분립원칙에 입각하여 지방적 특수성에 입각한 주민의 권리를 최대한 보장하는 수단으로서 헌법에 의해 인정되는 제도라 할 수 있고<sup>5)</sup> 따라서 논리적으로는 현행 헌법상의 지방자치권은 국가의 통치권과 병행·공존하는 자치단체 고유의 권력으로서 헌법적 보장을 받고 있는 것이라는 條理解釋이 가능하다고 할 것이나(固有權說), “법령의 범위 안에서”라는 헌법 제117조제1항과의 관계에서 볼 때 條例는 國法體系로부터 완전히 독립된 排他的·閉鎖的인 地方法體系를 구성한다고도 할 수 없을 것이다(傳來說).

## 2. 條例制定權의 本質

지방자치단체의 조례제정권에 관하여 헌법 제117조제1항은 “地方自治團體는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 法令의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하는 한편, 이를 이어받은 地方自治法 제15조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 條例를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 法律의 委任이 있어야 한다”고 각각 규정하고 있는 바, 그 법적 성질에 대하여는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

4) 허영, 『韓國憲法論』, 773~780쪽.

5) Vgl., 條例는 자치단체의 自治의 範圍에서 自治團體議會에 의해 議決된다. 자치단체의회는 國會와는 다르다고 하더라도 民主主義的으로 선출된 議決機關인 한에 있어서는 立法府로서의 地位를 갖는다. 그 때문에 條例의 制定을 수권하는 법률을 통하여 法定立機能이 立法府에 속하는 다른 民主主義的 合意機關에 맡겨진 것에 지나지 않으며 行政府에 맡겨진 것이 아니다(BVerfGE 32.361).

(1) 學說 및 判例

1) 自主立法說(準法律說)

조례를 자주입법으로 보는 입장에는 지방자치제를 고유권으로 보는 固有權說에 따른 條例自主立法說과 지방자치제를 국가의 통치권으로부터 전래된 것으로 보는 傳來說에 따른 條例自主立法說이 있다. 지방자치단체가 가지는 자치권은 자연권적 고유권이며, 헌법규정이 없더라도 지방자치단체의 자치사무영역에 속하는 사항은 조례의 전관사항이라고 하면서 “자치사무영역에 속하는 사항에 대하여 법률과 조례가 저촉하는 경우에는 조례가 우선한다”<sup>6)</sup>고 하는 견해가 前者에 속한다. 이와달리 조례제정권은 국가의 통치권으로부터 전래된 것이며 통치권의 일부가 지방자치단체에 이양된 것이라는 견지에서 “주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 개별적인 법률의 위임이 있는 경우에 한하여 조례로써 정할 수 있게 함은 지방의회가 주민대표기관이라는 민주적 정당성을 지니고 있다는 점<sup>7)</sup>과 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적인 자치권을 부여한 취지(全權限性의 原則 및 自己責任의 原則)에 반하는 감이 없지 않다. 조례제정에 침해유보의 원칙이 적용된다고 하더라도 그에 관한 法律의 授權은 概括的·一般的인 것으로 족하다고 보아야 할 것이다”<sup>8)</sup>고 하는 견해나 “지방자치단체가 갖는 조례제정권은 국회에 귀속되고 법률로 위임된 입법권을 행사하는데 그치는 것이 아니고 법률의 범위안에서 독자적으로 행사되는 것이다. 따라서 조례의 근거가 되는 법률은 조례의 내용에 관한 구체적인 지침을 포함하지 않는 概括的인 授權으로 족하다”고 하는 견해<sup>9)</sup>는 후자의 예에 속한다.

2) 委任立法(命令類似說)

지방자치제를 전래적인 입장에서 파악하는 것으로 지방자치단체의 모든 기능은 국가권력에서 유래하므로 조례제정권 역시 행정입법과 마찬가지로 법률 위임에 근거하여서만 행사될 수 있다고 하는 입장이다<sup>10)</sup>.

6) 室井力, “公害行政における 法律と條例”, 『法學セミナー』 177호, 17쪽.  
 7) 이러한 논거만으로 조례는 법률과 동위의 지위를 갖는다고 새기는 입장도 있으며, 이러한 입장에 의할 경우에는 “다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”는 지방자치법 제15조 단서중 앞부분을 위헌으로 보게 된다. 홍정선, 『사례행정법』, 신조사, 1996, 441쪽 참조.  
 8) 김남진, 『行政法 II』, 법문사, 1996, 124쪽 참조; 박윤훈, “法令과 條例와의 關係”, 『고시계』, 1992. 11, 38, 39쪽.  
 9) 이기우, 『地方自治行政法』, 법문사, 1991, 326쪽 참조.  
 10) 이광윤, “條例에 대한 司法的 統制”, 『고시계』, 1997. 5, 165쪽.

3) 判例

“조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다”는 憲法裁判所의 決定例<sup>11)</sup>나 “법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도 행정관청의 명령과는 달리 조례도 주민의 대표기관인 지방의회 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리와 의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다”는 判例<sup>12)</sup>는 自主立法說 내지 準法律說의 입장을 보이고 있다.

(2) 私見

명령에 대하여는 헌법 제75조가 “법률이 구체적으로 범위를 정한 사항에 관하여” 발하도록 하고 있으나 자치입법에 대하여는 헌법 제117조제1항이 “법령의 범위안”<sup>13)</sup>에서 입법작용을 할 수 있도록 하여 자치사무에 관한 한 행정에 의한 입법과는 달리 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임하지 아니하더라도 자주적인 입법이 가능하도록 한 점<sup>14)</sup>과 지방의회는 주민의 의사를 대표하는 기관이라는 점 등을 고려할 때 조례는 自主立法(準法律)의 실질을 갖는다고 할 것이다. 다만, 지방의회가 주민의 대표기관으로서 민주적 정당성을 갖고

11) 憲裁, 1995.4.20. 92헌마264·279.

12) 大判, 1991.8.27. 90누6613.

13) “법령의 범위 안에서”라 함은 “법령에 위반되지 아니하는 범위내에서”라고 풀이함이 일반적이고 따라서 지방자치단체가 조례를 제정함에 있어 항상 당해 조례를 제정할 수 있는 법률상의 근거가 별도로 있어야 하는 것은 아니다. 백윤기, “地方自治法 제159조에 의한 訴訟과 地方議會의 條例制定權의 範圍”, 『法曹』, 1993. 4, 112쪽 참조. 같은 취지의 判例 : 地方自治團體는 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 法律의 委任이 없더라도 條例를 제정할 수 있다(大判, 1992.6.23. 92추17).

14) 자치업무에 관하여 다른 행정주체로부터 합목적성에 관하여 명령, 지시를 받지 아니하는 즉, 자치업무의 수행여부, 시기, 방법 등의 선택 및 결정이 당해 자치단체의 자유의사에 놓인다는 독일식의 고유책임성(오준근·김명연, 『地方自治와 計劃關係法體系의 整備에 관한 研究』, 한국법제연구원, 연구보고 96-3, 24쪽)에 더 나아가 자치사무에 대한 立法形成의 自由까지 포함하는 것으로 보아야 할 것이다.

국가법에 대한 보충적인 지위에서 지방적 특성에 맞는 입법형성권을 갖는 것은 사실이지만 지방의회가 국가의 기본질서를 형성하는 국회의 기능을 대신할 수는 없기 때문에 조례로 규율하고자 하는 내용이 국가의 기본질서에 관련있는 국민으로서 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항일 경우에는 지방의회의 자율성을 침해하지 아니하는 범위에서 완화된 법률유보원칙의 적용(概括的인 授權)을 받는다고 할 것이다<sup>15)</sup>. 따라서 전래설에 따른 條例自主立法說이 타당하다고 할 것이다.

### 3. 條例制定權의 限界

앞에서 살펴본 바와 같이 조례는 立法府에 속하는 다른 민주주의적 합의기관에 의하여 정립되는 準法律의 실질을 갖기 때문에, 주민대표기관인 지방의회는 법령에 반하지 아니하는 한도에서 자치사무에 관한 立法形成의 自由를 갖는다고 할 수 있다. 학자에 따라서는 자치사무의 영역은 입법자의 재량에 따른 제한(즉, 법률유보에 의한 제한)을 받는다<sup>16)</sup>고 하나 지방자치법 제9조 제2항의 단서는 자치사무를 법률로써 국가사무화할 수 있다는 것이 아니라 고유사무에 있어서는 국가적 통일성이 요구되는 경우에 한하여 단체위임사무로 할 수 있을 뿐이라는 의미로 이해해야 할 것이다(지방자치법 제11조 본문단서와의 조화해석이 요구된다).

여기에서는 헌법과 지방자치법의 규정 및 법치국가원리(法優位 및 法律留保의 原則)와 관련하여 조례제정권의 한계를 살펴보기로 한다.

#### (1) 憲法과 條例制定權의 限界

대한민국의 국민이 되는 요건에 관한 사항(헌법 제2조제1항)이나 재산권의 내용과 한계 및 재산권의 수용·사용·제한 및 보상에 관한 사항(헌법 제23조제1항·제2항)과 같은 소위 입법전속사항 또는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 이유로 하는 국민의 자유와 권리에 대한 제한과 같이 헌법이 법률에 의하도록 명령한 사항(헌법 제37조제2항) 등은 지방적 이해를 벗어난 국가적 기본질서에 관한 사항으로서 원칙적으로 조례의 입법대상이 되지 아니

15) 홍정선, 앞의 책, 443쪽 참조.

16) 우성기, “條例制定權의 範圍와 限界에 관한 一考察”, 『公法理論의 現代的 照明』, 螢雪出版社, 1997, 596쪽.

한다고 하겠다.

이러한 점에서 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 헌법 제119조가 인정하고 있는 국가의 경제에 관한 각종의 규제와 조정권한은 秩序維持·公共福利를 이유로 일면 국민의 職業選擇의 自由와 같은 基本權에 대한 제한을 의미하는 國家의 基本秩序에 관한 것이기는 하나 지역업체의 自立能力提高와 地方健全財政의 達成 및 지역주민의 就業機會擴大라는 지역경제가 갖는 자체의 特殊性 또한 무시될 수 없는 분야라고 할 것이다(地方的 基本秩序性).

## (2) 地方自治法과 條例制定權의 限界

자치행정과 국가행정 외의 위임행정의 필요성에 의하여 지방자치단체의 사무는 지방자치법 제9조제1항과 제93조에 의하여 자치사무(고유사무), 단체위임사무와 기관위임사무로 구분되고, 지방자치단체는 그 관할구역의 고유사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 단체위임사무<sup>17)</sup>를 처리할 수 있는(지방자치법 제9조제1항) 한편 지방자치법 제11조는 외교·국방·사법·국세 등 국가의 존립에 필요한 사무나 물가정책·금융정책·수출입정책과 같이 全國的으로 統一的 處理가 요구되는 사무 또는 농축산물의 수급조절·국가종합경제개발계획·우편·철도 등과 같은 全國的 規模의 事務 등 국가사무에 대하여는 법률에 달리 규정하지 아니하는 한 조례로 제정할 수 없도록 제한을 가하고 있다. 따라서, 지방의회는 자치사무에 대하여는 조례를 제정할 수 있으나 자치단체의 장이 국가의 하부기관으로서 사무를 처리하게 되는 소위 기관위임사무에 대하여는 조례를 제정할 수 없게 된다.<sup>18)</sup> 그러나 국가사무라고 하더라도 지방자치법 제11조 단서의 규정상 법률의 위임이 있으면<sup>19)</sup> 조례의

17) 단체위임사무란 법률의 규정에 의하여 비로소 지방자치단체의 사무에 속하게 되는 사무를 의미하기 때문에 지방자치법 제9조제2항에 예시된 57개의 사무는 자치(고유)사무만을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 오진환, “條例의 無效와 그 條例에 근거한 行政處分의 當然無效與否”, 『行政判例研究』, 서울대학교출판부, 1996, 314쪽.

18) 권영성, 『憲法學原論』, 法文社, 1997, 230쪽. 같은 취지 : 大判, 1994. 5. 10, 93추144 ; 大判, 1992. 7. 28, 92추31.

19) 유상현국장은 이를 “委任條例”라 칭하고 국가법인 행정입법과 마찬가지로 취급된다(『韓國行政法(下)』, 桓仁出版社, 104쪽)고 하나 국가법질서내에서 지방적 이해의 조화를 피하기 위해 법률이 團體事務로 인정한 것으로 보아야 할 것이다.

제정은 가능하다고 할 것이다. 이것은 현편으로는 지방적 특수성은 인정되나 국가적 통일성이 요구되는 소위 “부진정 국가사무”에 대한 조례입법권을 보장하고 다른 한편으로는 고유사무에 대한 국가법령 선점주의에 대한 한계를 규정한 것으로 이해되어야 할 것이다<sup>20)</sup>.

다른 한편, 자치사무와 지방자치법 제15조와의 관계에서는 일반적인 한계를 설정한다면 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 즉, 주민의 대표기관인 지방의회는 법령의 범위내에서 주민에 대한 권리부여 또는 의무면제 등 권익향상을 내용으로 하는 조례에 대하여는 법률의 위임이 없더라도 자치입법권을 행사할 수 있고(法優位原則만 적용)<sup>21)</sup>, 주민에 대한 權利制限이나 義務賦課를 내용으로 하는 條例에 대하여는 法律의 概括的 委任만 있어도 立法權을 행사할 수 있다(法優位原則 및 概括授權形式의 完화된 法律留保原則의 適用)<sup>22)</sup>.

문제는 주민에게는 권익향상으로 되나 국민일반에 대하여는 권리제한으로 되는 경우와 같이 국가적 이해와 지방적 이해가 공존하는 부분이라고 할 것이다. 이 점과 관련하여 “입법자가 직접 규율하지 않아 법령에 의해 규정되지 아니한 영역에 대해서는 조례제정권이 始原的인 自主權의 性質을 갖는 것이므로 법령의 위임이 없더라도 직접 스스로 규정할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 당해 권리제한이나 의무부과가 지역적 관련성을 강하게 갖는 경우에 특

20) 지방자치법 제11조에 의한 국가사무 중 전국적 통일을 요하기는 하나 지역적 특성을 반영하여야 할 필요성이 있다면 국가질서형성의 주체로서 국회입법과 지방질서형성의 주체로서 지방의회입법의 상호보완은 헌법적 명령이라고 할 수 있을 것이다. 그러한 점에서 지방적 특수성이 요구되는 경우에 법률제정권자는 정당한 사유없이 자치입법권의 관여를 배제할 수 없다할 것이다.

21) 지방자치단체는 그 내용이 住民의 權利制限 또는 義務의 賦課에 관한 사항이거나 罰則에 관한 사항이 아닌 한 法律의 委任이 없더라도 條例를 제정할 수 있다 할 것인데, 이 사건 情報公開條例案은 앞에서 본 바와 같이 행정에 대한 주민의 알 권리의 실현을 그 근본내용으로 하면서도 이로 인한 個人的 權益侵害의 可能性을 배제하고 있으므로 이를 들어 住民의 權利를 制限하거나 義務를 賦課하는 條例라고는 단정할 수 없고 따라서 그 제정에 있어서 반드시 法律의 個別的 委任이 따로 필요한 것도 아니다(대판, 1992.6.23. 92주17).

22) 재개발사업의 공사완료에 따른 청산금의 분할징수 등에 대한 도시재개발법시행령 제 47조제1항은 그 규정형식에 비추어 분할징수 등의 경우에는 이자를 필요적으로 징수할 것을 전제로 한 규정이라고 봄이 상당하므로, 조례로써 이자를 전부 또는 부분적으로 면제하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 지방의회가 재의결한 재개발사업지구 청산금징수조례안 제2조제1항 단서 소정의 청산금의 분할징수에 있어서 3년 이내의 무이자로 하는 거치기간을 둘 수 있다는 규정은 구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률로 전문개정되기 전의 법률) 제54조, 구 도시재개발법시행령(1996. 6. 29. 대통령령 제15096호로 전문개정되기 전의 것) 제47조제1항에 위반되어 위법하다(大判 1996. 6.14. 96주46).

히 해당된다”고 하는 견해<sup>23)</sup>에 주목할 필요가 있을 것이다.

### (3) 法治國家原則과 관련한 限界

#### 1) 法律優位原則에 따른 限界

헌법 제117조제1항 또는 지방자치법 제15조 본문의 ‘법령의 범위 안에서’라는 것은 바로 조례에 대한 법률우위원칙에 의한 한계를 뜻한다고 할 것이다. 그러나 지방자치가 헌법에 의하여 제도적으로 보장되고 있다는 점을 고려할 때 자치사무에 대한 국가법령의 선점과 같이 지역적 특수성을 무시한 國家法令先占主義를 통한 조례제정권의 제한은 허용되지 아니한다고 할 것이다<sup>24)</sup>. 여기에서 주목해야 할 것은 憲法은 행정입법에 대한 것과는 달리 條例에 대해 ‘法優位原則에의 拘束’만을 規定함으로써 조례의 自主法性을 보장하고 있다는 사실이며, 이러한 사실로부터 법령이 어떤 대상에 대하여 전혀 규율하고 있지 아니한 법령공백의 분야나 법령이 규율하고는 있으나 그것과 목적을 달리하는 분야에 대한 조례는 허용되지만<sup>25)</sup> 국가의 법령과 동일한 대상에 대하여 동일한 목적의 조례를 제정하면서 법령보다 엄격한 요건의 규제수단을 정하는 조례가 법령에 위반되는지 여부는 논란이 되고 있다<sup>26)</sup>. 이하에서는 국가법령과 동일한 목적으로 규제하되 그 규제대상만을 추가하는 追加條例나 규제의 내용이 국가법령의 기준을 초과하는 超過條例의 可否問題를 간단히 살펴보기로 한다.

①追加條例의 문제 : 국가적 이해와 지방적 이해가 공존하는 분야에 있어서 국가법령이 지역적 특수성을 충분히 반영하지 못하고 최소한의 범위에서만 규제하고 있는 경우에는 지역적 특수성에 맞게 규제요건을 追加立法化하는 것

23) 유지태, “地方自治의 制度的 保障論 小考”, 『考試研究』, 1993. 11, 94쪽 참조.

24) 입법자가 법을 통하여 조례제정권을 제한하게 되는 경우에는 법의 일반원칙인 과잉금지원칙이 적용되어야 할 것이다(Farber, im: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., S.1725.)

25) 특정사항을 규율하고 있는 국가법령과 조례가 병존하는 경우에도 조례는 국가법령과는 별개의 목적에 기초를 둔 규율을 의도하는 것이며 그 적용에 의해 전자의 규정이 의도하는 목적과 효과를 조금도 저해하지 않을 때나 양자가 동일한 목적으로 제정된 것이라도 국가법령이 반드시 그 규정에 의해서 전국적으로 똑같이 동일내용의 규제를 행하는 취지가 아니라 각각의 자치단체에 있어서 그 지방의 실정에 맞게 특별한 규제를 행하는 것을 용인하는 취지라고 해석될 때는 조례가 국가의 법령에 위반하는 문제는 생기지 않을 것이다(最高裁, 昭和 50. 9. 10. 刑集 9卷 8號, 489쪽).

26) 유상현, 『韓國行政法(下)』, 환인출판사, 1995, 101쪽 참조.

은 헌법상 자치입법의 책무라는 점에 비추어 볼 때 위법의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이나<sup>27)</sup> 법률의 개괄적인 수권으로 문제를 해결하는 것이 바람직할 것이다.

②超過條例의 문제 : 환경법과 관련하여 국가법령이 지역의 실정을 고려하지 않고 전국적 통일기준의 제시라는 차원에서 최소한의 금지기준을 둔 경우에는 별도의 법령상의 수권이 없더라도 지역적 정서에 합당한 초과기준을 정한 조례는 헌법합치적인 것으로 보아야 할 것이다<sup>28)</sup>(국가적 기본질서와 지방적 기본질서간의 조화).

## 2) 法律留保原則에 따른 限界

조례는 국가법령과 구별되는 자주법이기 때문에 법률유보원칙의 구속을 받지 아니하도록 하여야 함에도 불구하고 현행 지방자치법 제15조 단서는 “다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 규정하여 違憲의 시비를 야기하고 있다.<sup>29)</sup> 이에 대해 헌법에서 국민의 자유와 권리의 제한은 법률로써만 하게 한 自由와 權利制限의 法律主義를 내세워 合憲이라고 주장하는 견해<sup>30)</sup>도 있으나 국민의 자유와 권리의 제한이 주민의 지위향상으로 되는 경우에 있어서의 통일적 내지 최소한의 가이드라인의 제시로서 법률유보로 이해되어야 하지 행정입법과 같은 것으로 관념되어서는 헌법 제117조제1항과의 관계에서 본 지방자치법 제9조제1항 단서와 제11조 규정의 합헌적 해석의 취지에 반한다고 할 것이다. 판례도 “지방자치법 제15조는 원칙적으로 헌법 제117조제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서 그 단서에서 국민의 권리제한, 의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요한다고 규정하고 있는 바, 이는 기본권제한에 대하여 법률유보의 원칙을 선언한 헌법 제37조제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어 위와 같은 경우에 법률의 근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다”<sup>31)</sup>고 하여 條例의 法律留保原則에의 拘束을 合憲的인 것으로 보고 있다.

27) 우성기, 앞의 논문, 602쪽.

28) 서원우, “機關委任事務의 法的 諸問題”, 『月刊考試』, 1983. 8, 192쪽.

29) 김남진, 앞의 책, 124쪽 및 박윤훈, 앞의 책 118쪽 등 참조.

30) 홍정선, 『行政法原論(下)』, 博英社, 1995, 60쪽.

31) 대판 1995.5.12, 94 추 28.

(4) 私見(이 건 問題와 法治國家原理)

앞서의 사실로부터 지역업체를 지역협력사로 등록한 전국규모의 건설업체에 한하여 공사에 입찰할 수 있도록 영업활동을 제한하는 조례는 헌법상 보장된 직업선택의 자유(직종선택의 자유·직종수행의 자유 및 직종변경의 자유) 중 기본권침해의 정도가 가장 경미한 직종수행의 자유에 대한 제한으로서 해당 지역의 주민이 아닌 일반 국민의 기본권에 대한 제한이라는 점에서 법률의 수권이 있어야 가능하다고 할 수 있다. 다른 한편으로 이러한 조례는 지역업체의 직업수행의 자유를 제고시켜 주는 주민의 권익향상을 꾀하는 규범이기 때문에 법령에 반하지 아니하는 한도에서 조례의 자주입법이 가능하다고도 할 수 있다. 이를 종합하여 정리하면, 주민의 권익향상을 내용으로 하는 조례는 법률의 근거없이 조례에 의한 자주입법이 가능하나 주민의 권익향상이 國民으로서의 基本權에 대한 制限을 의미하는 것인 경우에는 헌법 제37조 및 제117조제1항의 규정상 법률의 수권이 있어야 하되, 그 수권은 법규명령에 대한 것과 같이 구체적으로 범위를 정한 授權이 아니라 조례로 하여금 지역적 특성에 따른 입법을 가능하게 하는 최소한의 근거로서 개괄적 내지 포괄적인 수권의 형태를 취해야 지방자치를 제도적으로 보장하고 있는 헌법의 취지에 합치된다고 하겠다.

判例도 “地方議會 不出席證人에 대한 同行命令狀制度는 이에 의하여 불출석 증인을 그 의사에 반하여 일정한 장소에 引致하는 것을 내용으로 하므로, 헌법 제12조가 보장하고 있는 身體의 自由權에 대한 重大한 制限을 가하는 것이 분명하여 지방자치법 제15조 단서에 의하여 법률상 위임이 있어야 할 것인 바, 지방자치법이 제36조제7항에서 行政事務의 監査·調査를 위하여 필요한 사항 및 宣言·證言·鑑定 등에 관한 節次를 大統領令으로 정하도록 위임하여 같은 법 施行令은 제17조의2 내지 제19조에 규정한 것 외에 감사 또는 조사에 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하여 그 나머지 세부절차를 부분적으로 조례에 再委任하였고……, 결국 같은 법 제36조제7항, 같은 법 시행령 제19조의2의 규정이 비록 包括的이고 一般的이기는 하지만 同行命令狀制度를 규정한 조례안의 법률적 위임근거가 된다고 보는 것이 타당하다”<sup>32)</sup>고 하여 基本權制限을 내용으로 하는 조례에 대하여도 법률의

32) 大判, 1995. 6. 30, 93 추 83.

구체적인 위임없이 包括적인 委任만으로도 가능하다는 것을 인정하고 있고, 1997년 4월 25일의 대법원판결(96추 224)은 생활보호대상자의 선정기준과 방법, 보호의 내용을 생활보호법과 달리 규정한 조례를 적법한 것으로 인정함으로써 追加條例 내지 超過條例를 허용하고 있다.

### Ⅲ. 관련 現行法制의 檢討

여기에서는 문제해결의 구체적인 단계로 현행 법제하에서 지역업체를 협력업체로 등록한 전국규모의 건설사에 한하여 지방자치단체 등이 발주한 일정규모 이상의 공사에 입찰할 수 있도록 조례에 제한(지역업체를 협력업체로 등록한 건설업체를 입찰참가자격요건으로 하는 것 등)을 두는 것이 허용되는지 여부를 실정법적인 관점에서 더듬어 보기로 한다.

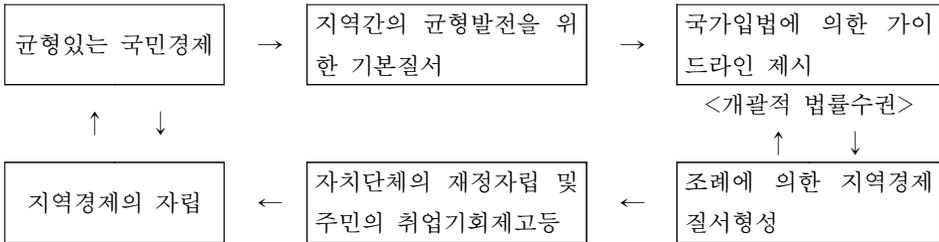
#### 1. 憲法과 地方自治法

현행 헌법상 지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있고(제117조제1항) 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하기 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있는 점(제119조제2항) 및 현행 지방자치법상 지방자치단체는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 제외하고는 법령의 범위안에서 조례를 제정할 수 있다는 점(제15조) 등을 고려할 때 균형있는 국민경제의 달성을 위해 국가는 법률로써 일정한 규제와 조정을 피할 수 있고 이러한 국민경제의 달성을 위한 전제조건인 지역경제의 자립을 위한 규제와 조정은 지방자치단체의 책임하에 속한다고 하여야 할 것이다<sup>33)</sup>. 즉, 지역경제의 균형있는 발전을 위한 경제주체에 대한 조정과 규제는 국가적 이해와 지방의 이해가 공존하는 소위 團體委任事務의 분야(地方自治法 제9조제2항 단서 및 제11조제1항 본문 참조)에 속하는 것으로서 법률에 의한 最小限 基準提示가 있어야 그 한도에서 지방자치단체는 지역의 자립경제에 필요한 수단을 조례로 정할 수 있다고 해석할

33) Vgl.,조례의 장점은 국가의 일방적인 판단에 맡기는 것보다 사물에 부응하며 지역의 다양성에 걸맞는 결정이 가능하게 되어 입법자의 부담경감과 함께 시민의 의향에 따르는 행정을 수행할 수 있는데 있다(T. Maunz/Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 27 Aufl., S.324.)

수 있을 것이다.<sup>34)</sup>

<참 고>



2. 관련 法令의 檢討

(1) 地方財政法 등

지방재정법 제61조는 “지방자치단체의 장 또는 그 위임을 받은 공무원은 매매·임차·도급 기타의 계약을 체결하는 경우에는 이를 공고하여 일반경쟁에 붙여야 한다. 다만 계약의 목적·성질·地域的 特殊性 등에 비추어 필요하다고 인정될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 붙이거나 수의계약에 의할 수 있다”고 규정하고 있고 國家를當事者로하는契約에관한法律施行令의 準用 등을 정하고 있는 地方財政法施行令 제70조제1항은 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 기타의 계약에 관하여는 이 영에서 규정하는 것을 제외하고는 총칙·예정가격·경쟁계약·수의계약 등에 대하여는 國家를當事者로하는契約에관한法律施行令의 해당조문과 동시행령에 의하여 재정경제원장관이 정하는 기준 및 기타 사항과 총리령을 준용한다고 규정하는 한편, 제2항에서는 제1항 본문의 규정에 불구하고 특수한 사정이 있는 경우에는 『내무부장관』으로 하여금 재정경제원장관의 의견을 들어 지방자치단체의 계약에 관하여 따로 기준을 정할 수 있도록 하고 있고, 제4항에서는 지방자치단체가 법 제61조 단서의 규정에 의하여 地域特殊性 등에 비추어 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 붙이거나 또는 수의계약에 의할 수 있는 경우를 國家를當事者로하는契

34) “당해 권리제한이나 의무부과가 지역적 관련성을 강하게 갖는 것으로서 법령에 의해 규정되지 않은 영역에 대하여는 법령의 위임이 없어도 조례제정이 가능하다”는 유지태교수의 입장(앞의 책 688쪽)에 의할 경우 관점에 따라서는 지역업체를 등록하지 아니한 지역의 건설업체에 대해 입찰참가자격을 제한하는 조례의 독자적인 제정도 가능하다고 할 수 있을 것이다.

約에 관한法律施行令 제21조 내지 제23조 및 제26조에서 정한 경우와 달리 정할 필요가 있다고 인정될 때에는 내무부장관으로 하여금 당해 지방자치단체의 장의 의견을 들어 그 기준을 따로 정할 수 있도록 하여 地域的 特殊性에 따른 직업수행의 자유에 대한 規律을 條例 아닌 內務部長官의 規律에 맡기는 태도를 취하고 있다.

또한 지방자치단체의 장이 國家를當事者로 하는 契約에 관한法律施行令 제70조제4항의 규정에 의하여 制限競爭入札을 할 경우를 규율하고 있는 地方財政法施行令 제70조제4항의規定에 의한 制限競爭契約의 特例에 관한規則 제3조는 “지방자치단체의 장은 당해 지역의 중소기업자(중소기업기본법 제2조의 규정에 의한 중소기업자를 말한다)를 보호·육성하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 ㉠공사의 경우에는 50억원(건설업법에 의한 전문공사, 전기공사업법에 의한 전기공사, 전기통신공사업법에 의한 전기통신공사, 소방법에 의한 소방공사 또는 에너지이용합리화법에 의한 특정열사용기자재설치 공사의 경우에는 5억원)이하에 해당하는 공사 또는 물품구매 및 ㉡물품의 제조·구매·용역 기타의 경우에는 5억원(건설기술관리법에 의한 건설기술용역의 경우에는 1억5천만원)이하에 해당하는 공사 또는 물품의 구매 등에 있어서 발주지방자치단체를 관할하는 특별시·광역시 또는 도의 관할구역안에 주된 영업소를 두고 있는 지역사업자만이 공사 또는 물품의 구매등의 입찰에 참가하게 할 수 있다”고 규정하여 소규모의 공사에 있어서도 역시 지방의회에 의한 지방적 기초질서의 형성권을 배제하고 있으나 보호·육성을 요하는 지역 중소기업자의 기준을 지역실정에 맞게 추가규율하는 조례(소위 추가조례)의 제정문제도 검토해 볼 만하다고 하겠다.

## (2) 建設業法 등

건설업의 면허, 建設工事의 都給, 施工, 技術管理등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 하는 이 법률은 建設工事와 建設業者를 규율하는 것으로(건설업법 제3조) 索道의 제작과 설치에 관한 공사, 주거용건축물로서 연면적이 661제곱미터를 초과하거나 기타의 건축물로서 연면적이 495제곱미터를 초과하는 건축물의 건축 또는 대수선에 관한 工事(大統領令이 정하는 것은 제외) 및 일반공중의 이용에 밀접한 관련이 있는 건설공사로서 대통령령이 정하는 것에

해당하는 건설공사는 도급에 의하여 시공하는 경우가 아니더라도 이 법의 규정에 의한 建設業者만이 시공할 수 있다고 규정하여 그 자격을 제한하고 있다(제4조). 또한 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관이 발주하는 건설공사로서 발주자가 國家를當事者로하는契約에관한法令이 정하는 바에 따라 入札參加資格을 미리 심사하여 적합하다고 인정한 자가 도급받는 경우를 제외하고는 건설업자는 그가 도급받을 수 있는 建設工事金額의 限度額을 초과하여 건설공사를 도급받을 수 없도록 建設工事都給에 제한을 가하는 한편, 건설부장관으로 하여금 중소기업인 건설업자의 육성을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 건설업자가 도급받을 수 있는 건설공사의 도급금액의 하한을 정할 수 있도록 하고 있다(제17조). 그리고 같은 법 제19조는 국가, 지방자치단체 또는 정부투자기관이 건설공사를 발주하는 경우 이 법과 다른 法令<sup>35)</sup>에 특별한 규정이 없는 한 建設業者의 都給資格要件으로서 등록을 하게 하는 등 어떠한 제한도 하여서는 아니된다고 하여 자격제한을 금하고 있어 건설업법상 지방자치단체가 발주하는 건설공사에 있어서도 도급참가자격요건을 조례로 형성할 수 있는 여지는 조문상 존재하지 아니한다.

공사일부의 하도급에 있어서도 법 제22조의2제1항은 ‘건설업자는 大統領令이 정하는 건설공사를 도급받은 경우에 당해 공사중 建設部令이 정하는 전문공사에 대하여는 해당 업종의 전문건설업자에게 하도급하여야 한다’고만 규정하여 마찬가지로의 모습을 보여준다.

요컨대, 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 발주하는 1건 공사의 공사금액이 7억원 이상인 건설공사(건설업법시행령 제33조의2제2항)나 국가지방자치단체 또는 정부투자기관이 발주하는 공사로서 1건공사의 공사금액이 30억원 이상인 공사(같은 법시행령 제33조의2제3항)의 하도급에 관하여 규정하고 있는 건설업법 제22조의2제1항은 건설부령이 정하는 전문건설업자에 대한 하도급만을 규정하고 있을 뿐이며, 건설공사가 시행되는 지역의 조례가 정하는 바에 따라 해당 지역의 전문건설업체에 대해 다른 전문건설업체에 우선하여 하도급을 받을 수 있는 권리를 인정한다거나 “공사금액의 ○%범위 내에서 조례로 정한 부분에 대한 건설공사는 지역협력업체에 하도급할 수 있

35) 國家를當事者로하는契約에관한法律施行令 제70조제4항은 입찰참가자격의 기준을 지방자치단체장의 의견을 들어 내무부장관이 정하도록 하고 있다.

다”는 별도의 규정을 두고 있지 않아 지역경제에 대한 조례의 조정·규제권한을 인정할 수 있는 근거를 제시하고 있지 아니하다.

### (3) 下都給去來公正化에관한法律

공정한 하도급거래질서를 확립하여 原事業者와 受給事業者가 대등한 지위에서 相互補完적으로 균형있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 것으로 이 법률 제2조제8항은 건설업법 제2조제3호의 규정에 의한 건설업자, 전기공사업법 제2조제3호의 규정에 의한 공사업자, 전기통신공사업법 제2조제4호의 규정에 의한 공사업자, 소방법 제52조제1항제2호의 규정에 의한 소방시설공사업의 면허를 받은 자, 기타 대통령령이 정하는 사업자가 그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하는 것과 건설업자가 대통령령이 정하는 건설공사를 다른 사업자에게 위탁하는 것을 건설위탁으로 인정하여 하도급업자의 지위를 보호하는 것으로서 별도의 지방적 특수성이 고려되지 아니하는 분야라고 할 것이다.

### (4) 地方稅法

지방세법 제9조는 “제7조 및 제8조의 규정<sup>36)</sup>에 의하여 지방자치단체가 과세면제, 불균일과세 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 해당 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다”고 규정하고 있어 별도의 입법적 조치가 없더라도 불균일과세 또는 지방세면제 등의 간접적인 조정·규제수단을 통하여 ‘지역업체를 협력업체로 등록하지 않은 지역외 건설업체’를 규제할 수 있는 조례의 제정은 가능하다. 즉, 지역업체를 협력업체로 등록한 외지의 대형업체에 대하여는 관련 지방세의 일부를 감면해주는 조례의 제정은 가능하다고 할 것이다. 참고로 헌법재판소는 “대도시 등에 대한 차등과세의 위헌여부”에 관한 결정에 있어 “위 조항은 인구와 경제력의 대도시집중을 억제함으로써 대도시 주민의 생활환경을 보존개선하고 지역간의 균형발전 내지는 지역경제를 활성화하려는 복지국가적 정책목표에 이바지하는 규정이고(目的의 正當性), 그 수단이 부동산 등기에 대하여 통상보다 높은 세율의 등록세를 부

36) 제7조제2항은 지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 인하여 필요한 때에는 불균일과세를 할 수 있다고 규정하고 있고, 제8조는 지방자치단체는 그의 일부에 대하여 특히 이익이 있다고 인정되는 사건에 대하여서는 불균일과세를 하거나 또는 그의 일부에 대하여서만 과세할 수 있다고 각 규정하고 있다.

과함으로써 간접적으로 이를 억제하는 방법을 선택하고 있고(手段의 相當性), 부동산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 법인에 대하여 통상세율의 5배의 등록세를 부과하는 것이 위 목적달성에 필요한 정도를 넘는 자의적인 세율의 설정이라고 볼 수 없으며(侵害의 最小性), 위 목적에 비추어 위 조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로(法益의 均衡性), 위 조항은 過剩禁止原則에 위배되지 아니한다”<sup>37)</sup>고 하여 합리적인 차별을 합헌으로 보고 있는 점을 밝힌다.

#### IV. 맺음말

급증하는 각종각양의 다양한 행정수요를 특징으로 하는 현대국가에 있어서 사회적·경제적 발전에 따른 지역적 다양화의 진행, 지역적 특수성에 따른 행정수요에 상응한 지방자치단체의 역할의 증대 및 지방사무의 유동화 등에 대하여 국가의 법령만으로 대처한다는 것은 거의 불가능하다 할 것이다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 지방자치단체에 자치입법권을 부여함으로써 국가가 간과할 수도 있는 영역을 당사자로 하여금 자기책임하에 전문적인 입장에서 판단하도록 하여 規範定立者와 規範受範者間의 간격을 줄임으로써 사회적인 힘을 활성화할 필요가 있다<sup>38)</sup>는 점에는 이의가 없을 것이다.

헌법도 이러한 문제의 해결을 위한 수단으로서 “법령의 범위 안에서”의 자치입법권을 보장하여<sup>39)</sup> 행정입법과의 차별성을 명백히 하는 한편 이를 이어받은 지방자치법은 제9조에 의한 자치사무외에 전국적 통일을 요하거나 전국적 규모를 요하는 국가사무에 대하여도 제11조제1항 본문단서에 따라 선거를 통해서 그 지역의 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관인 지방의회에 포괄적인 자치입법권을 보장하고 있는 취지로 볼 때(제15조), 헌법 제37조와 지방자치법 제15조제2항 단서에 의거하여 법률의 근거를 요한다고 하더라도 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체

37) 憲裁, 1996. 3. 28, 94 헌바 42.

38) Stober, *Kommunalrecht*, 1987, S. 36.

39) 자치입법권의 보장은 법상 독립의 자주적인 단체로서 지방자치단체의 자율적인 프로그래밍의 보장이며 자기표현의 보장이 된다(Schmidt-Aßmann, *Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981,S.5.).

적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족한 것이다<sup>40)</sup>. 논리적으로는 현행 헌법상의 지방자치권은 국가의 통치권과 병행·공존하는 자치단체 고유의 권력으로서 “법령의 범위 안에서” 헌법적 보장을 받는 점에서 條例는 國法體系로부터 완전히 독립된 排他的·閉鎖的인 地方法體系를 구성한다고 할 수는 없는 것이다.

즉, 법률이 달리 정한 바가 없는 한 그 관할 구역의 자치사무와 법령에 의하여 자치단체에 속하는 단체위임사무<sup>41)</sup>(지방자치법 제9조)에 대하여는 법령의 범위안에서 법률의 위임없이 또는 법률의 개괄적인 위임만으로 조례를 제정할 수 있고(고유사무에 대해 법률이 달리 정한다고 하더라도 그것은 전국적 통일성을 위한 단체위임사무화에 그쳐야 한다), 지방자치법 제15조단서의 의미도 『주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항』이나 『주민으로서는 이익이 되나 국민으로서는 불이익으로 되는 사항』은 국가에 의한 統一性이 요구되는 한도에서만 그것도 법률에 의한 最小限의 規制對象 내지 規制限界의 提示(概括的 또는 包括的 授權)로 조례가 追加規制 내지 超過規制를 할 수 있으며<sup>42)</sup> 경우에 따라서는 포괄적 수권조차 없다고 하더라도 그 지역적 실정에 맞게 국가법령과는 별도의 조례를 제정하는 것도 가능하다 할 것이다<sup>43)</sup>.

따라서 지방재정법 제61조 및 동법시행령 제70조제1항에 의한 내무부장관에 의한 입찰참가자격기준<sup>44)</sup>에 별도의 자격요건을 추가하는 追加條例나 건설업법 제19조의 건설업자의 도급자격요건으로서의 등록을 정한 다른 법령으로서의 조례도 이론상 가능하다고 할 것이다(바람직한 것은 법령의 포괄적 수권

40) 憲裁, 1995. 4. 20, 92 헌마 264·279.

41) 법률로 달리 정한 경우 이외에는 국가사무에 대한 자치단체의 처리제한을 규정하고 있는 지방자치법 제11조와 관련해서 볼 경우 전국적 통일성을 요하는 사무나 전국규모의 사무라고 할지라도 지방적 특수성이 인정되면 자치단체의 처리권을 인정한다는 의미이다.

42) 헌법 제117조제1항에서 보장한 조례제정권이 의미를 갖게 하기 위해서는 동조항을 국회의 입법권을 부여한 헌법 제40조에 대한 예외규정 내지 특례규정으로 보아 국가가 국민의 자유와 권리의 제한에 대하여 법률로 정할 수 있는 것처럼 지방의회도 자치사무에 속하는 범위안에서 주민의 자유와 권리에 관한 사항을 조례로 정할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다(박윤훈, 앞의 책, 118쪽).

43) 요컨대, 국가의 일방적인 판단에 맡기는 것보다 사물에 부응하고 지역의 다양성에 맞는 결정을 가능하게 하며 입법자의 부담경감과 함께 주민의 법정서에 합치하도록 법형성을 가능하게 하는 조례의 장점(T. Maunz/Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 27 Aufl., S.324.)이 보충적 입법기관으로서 지방의회의 기능이라고 할 것이다. Vgl., 大判 1997.4.25, 96주 244.

44) 지방적 특수성을 전제하면서도 조례의 입법형성권을 합리적인 이유없이 제한한 이러한 규정은 엄밀한 의미에서 過剩禁止를 위반한 違憲이라고 할 것이다.

의 형태일 것이다). 분명한 것은 不均一課稅條例를 통한 간접적인 規制·調整이라고 할 수 있을 것이다.