

# 地方自治團體의 條例

金海龍\*

## 차 례

### I. 序 言

### II. 條例의 法的 地位

1. 條例自主立法說(조례 법률설)
2. 條例 準法律說
3. 條例 委任立法說
4. 制限的 自主立法說

### III. 條例制定이 가능한 範圍

1. 法令에 反하지 않는 때
2. 예외적으로 法律留保原則이 적용되는 때  
(지방자치법 제15조 단서의 요건)

### IV. 條例制定의 活性化方案

1. 개별 法令의 管轄權規定 整備
2. 機關委任事務의 止揚과 縮小
3. 地方自治團體의 條例制定 實務能力 擴充

\* 啓明大 法大 教授, 法學博士

## I. 序 言

條例는 지방자치단체가 헌법 제117조와 지방자치법 제15조에 의하여 제정하는 자치입법을 말한다.<sup>1)</sup> 판례도 조례는 지방자치단체가 그 自治立法權에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규라고 선언하고 있다.<sup>2)</sup> 조례는 지방자치단체가 제정하는 자치입법이라는 점에서 지방자치단체가 향유하는 자치권의 구현수단을 의미하기도 한다. 지방자치단체의 조례제정은 지방자치법 제35조에 의거 지방의회의 의결로서 이루어진다는 점에서 지방자치단체의 條例制定權은 일반적으로 지방의회의 조례제정권으로 표현되고 있다.

지방자치단체의 조례제정은 자치권의 실현수단이라는 점에서, 이는 본질적으로 지방자치단체가 향유하는 지방자치권의 범위내에서 행사되지 않으면 안된다. 지방자치단체의 조례제정의 대상이나 범위, 그리고 그와 관련된 여러 가지의 제도적, 현실적 제약이나 문제점들은 근본적으로 현행 법제상 지방자치단체에게 부여된 자치권의 내용이 무엇이며 그 享有範圍가 어떠한가 하는 점에 달려있다. 지방자치단체의 자치권의 내용과 범위는 바로 憲法上的 地方自治權 保障規定과 지방자치법 등의 관련 규정을 어떻게 해석하는가하는 점에서 출발하지 않으면 안된다.

지방자치단체의 조례의 법적 위상과 그 제정의 범위와 한계에 관한 문제는 地方自治法論에 있어서 가장 치열한 논란의 대상 중에 하나이다. 실무계에 있어서도 지방의회의 조례제정권의 행사와 관련된 여러 가지의 법적 제약으로 인해 소기의 지방자치제도가 정착되지 못한다는 불만의 소리가 비등하다. 1998년 6월 行政自治部에서 발표된 통계에 의하면 전국의 지방자치단체가 보유하고 있는 조례의 숫자는 50,846건으로 조사되었는데, 그중 약 47%가 1991년 지방자치제도의 새로운 도입이후에 제정된 것으로 나타났다는 점에서 지방자치제도의 본격시행 이후 자치입법의 활발한 모습을 볼 수가 있다.<sup>3)</sup> 그

---

1) 외국에서의 경우 조례(Satzung)는 일반적으로 국가와 별도의 법인격을 가지고 공적인 사무를 처리하는 자치권의 향유주체가 제정하는 법적 규범을 총칭하는 개념으로 사용되고 있으나, 우리나라에서는 이를 지방자치단체의 자치입법에 한정하여 사용하는 것으로 여겨진다.

2) 현재 1995. 4. 20, 92 헌마 264, 279).

3) 김성호·황아란, 「조례제정권 범위확대에 관한 연구」, 한국지방행정연구원, 1999, 7면

러나 각 지방자치단체의 조례제정의 동기에 관한 통계를 보면, 지방자치단체가 자치권의 실현을 위하여 스스로 제정한 조례가 전체 조례의 24%에 불과하고 법령의 위임에 따라 제정된 것이 대부분을 차지하고 있다는 점은 부정적으로 평가될 수밖에 없다. 그 이유는 법령상의 규율이 개별적인 사항에 대한 조례의 제정을 위임할 때 지역적 사정이 반영될 수 있는 여지를 남겨두는 경우도 없지는 않다고 해도 대체적으로 법령에서 중요한 사항을 모두 규율하고, 다만 그 시행을 위한 부수적인 내용들만을 조례로 정할 것을 위임하여 조례가 법령에서 정하고 있는 사항을 시행하는 수단에 불과한 것이 되기 때문이다.

법령에 의해 조례로 정할 것을 위임하고 있는 경우에는 조례제정의 대상이나 규율해야할 내용이 비교적 분명하고 구체적이며, 또한 다른 한편으로는 관계 중앙행정기관에서 조례제정에 포함되어야 할 내용이나 주의사항 등에 관하여 자세한 지침들을 제시하고 있기 때문에 조례제정에 따른 별다른 법적 문제가 파생되지 아니한다. 이와는 대조적으로 지방자치단체가 스스로 제정하는 조례의 경우에는 그 내용이 법령에 부합되는가의 興否를 둘러싸고 많은 법적 쟁점이 수반되는 현상을 볼 수가 있다. 1991년 지방자치제도가 부활된 후 지방의회에서 통과된 조례안에 대하여 再議요구가 있었던 사례는 대부분 지방의회에서 발의된 조례안이었다고 해도 과언이 아니다. 지방의회에서 再議決된 조례의 경우 그것이 상위 법령에 위반된다는 이유로 대법원에 提訴된 경우<sup>4)</sup> 중에서 1998년 6월까지 총 65건이 제소되었고, 그 중 56건이 무효로 선언되었는데(86%), 이는 특히 지방자치제도의 새로운 도입초기에 많은 것으로 나타난다.<sup>5)</sup> 地方自治制 導入 이후 의욕적으로 입안하고 의결한 많은 조례안들이 대법원에 제소되어 상위 법령에 위반된다는 이유로 무효선언을 받게된 경우가 많아지게 된 점은 지방의회의원들로 하여금 급격한 의욕상실을 가져다 주었을 것이라는 점은 쉽사리 짐작된다.

조례제정에 있어서 많은 법적 논란은 근본적으로 지방자치단체가 향유할 수 있는 자치권의 헌법적 보장내용과 범위가 무엇인가? 더 구체적으로는 헌법 제 117조제1항과 지방자치법 제15조 등의 해석은 어떻게 되어야 하는가?의 문제로 귀결됨은 전술하였다. 본고에서는 우선 조례의 법적 지위, 지방자치권의

---

이하 참조.

4) 지방자치법 제159조제2항에 의거.

5) 김성호·황아란, 전게서, 12면 참조.

헌법적 보장의 내용과 그 행사의 한계, 조례제정에 있어서 法律留保原則이 적용되는 경우 등의 법적 문제를 고찰하고, 더 나아가서 조례제정상의 사실적 문제점과 개선방향에 관하여 검토하고자 한다.

## Ⅱ. 條例의 法的 地位

주지하는 바와 같이 학계와 실무계에서는 조례의 법적 지위와 관련하여 조례를 법률과 대등한 지위 내지는 법률에 버금가는 지위로 인정하고자 하는 입장(소위 조례자주입법설 및 조례준법률설)과 조례를 법령 하위의 규범으로 보는 입장(법령하위규범설) 등으로 대별되고 있다.

### 1. 條例自主立法說(조례 법률설)

조례자주입법설 내지 조례법률설의 논거는 우선 헌법 제117조제1항이 지방자치단체의 자치입법권을 선언하고 있다는 점에서 찾고 있다. 즉 지방자치단체의 입법권은 국가의 법률제정과 관련하여 입법권은 국회에 있다고 규정한 헌법 제40조와는 별도로 규정되어 있는 점에 비추어 국가와 법인격을 달리하는 지방자치단체의 고유한 입법권이라는 것이다. 이 설은 국회가 제정하는 법률은 국민 전체에 관한 일반적 사항을 규율대상으로 하고, 조례는 지역적 사항을 규율대상으로 하는 각각의 고유한 배타적 규율대상을 갖고 있다는 것이다. 이에 따르면 지역적 사무에 관하여 법률과 조례의 내용이 상충할 경우에는 지역적 사무에 관한 규율권을 갖는 조례가 우선한다는 주장이다.<sup>6)</sup> 이와 같은 견해는 또한 조례 역시 代議制原理에 의해 구성된 지방의회의 의결을 통해 제정된다는 점도 그 논거로 하고 있다. 즉 지방의회는 국회와 마찬가지로 주민의 대표로 구성되는 民主的 正當性을 갖는다는 점에서 법률과 마찬가지로의 지위를 인정할 수 있다는 것이다. 이 설은 근본적으로 지방자치단체는 국가와는 별개의 (국가의 主權으로부터 淵源되지 아니하는) 고유한 권리로서의 자치권을 갖는다는 지방자치권의 본질에 관한 固有權說의 입장과 유사하다.<sup>7)</sup> 조례

6) 서원우, “조례제정권의 헌법적 보장”, 『헌법논총』 제5집, 1994, 125면 이하; 박윤훈, “법령과 조례의 관계”, 『고시계』, 1992, 11월, 38면 이하.

7) 지방자치권의 본질에 관한 고유권설은 서구국가들에 있어서 지방자치단체는 국가의 성립 이전부터 생성, 존재하였다는 역사적 연원성 내지 자연법적 연원성에 입각하여 제기되고

법률설의 입장을 취할 경우 헌법 제117조제1항과 지방자치법 제15조에서 규율하는 법령의 범위안에서 조례를 제정할 수 있다고 하는 규정과 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제가 대두된다. 이설은 이와 관련하여 법령의 범위내에서라는 표현은 고유사무에 대하여는 적용되지 아니하고, 따라서 고유사무에 관한 조례가 법령과 相違하더라도 이는 법률에 우선한다는 것으로 주장하고 있다.

소위 二元的 立法權論에 입각한 條例法律說은 條例의 규율대상으로 주장하는 地域的인 住民의 事務와 國회의 立法對象으로 주장하는 國家 全般에 걸친 國民의 公的 事務가 실제로 구분되기 어렵고, 다른 한편 국가의 統一的인 法秩序의 構築에 難點이 있다는 점에서 쉽게 받아들이기 어렵다고 할 것이다. 다만 우리나라에서의 지방자치제도를 지방자치단체가 準國家的 自治權을 行使하는 제도로 본격적으로 바꾸고자하는 國家改造의 次元이라면 문제는 달라진다고 할 것이다. 우리나라의 지방자치단체의 規模(특히 광역지방자치단체의 경우)가 西歐 諸國에서의 경우에 비하여 매우 크다는 점에서 國家와 地方間의 垂直的 權限配分을 소위 準聯邦制의 次元으로 까지 추구한다면 지방자치단체의 立法權을 국가의 立法權과 對等한 것으로 설정할 수 있을 것이다. 본고에서는 이와 같은 대폭적인 지방자치제도의 改造論은 일단 論外로 하고자 한다.

## 2. 條例 準法律說

조례 준법률설은 조례자주입법설 내지 조례법률설이 지방자치단체의 조례제정권은 국회의 법률제정권과 다른 고유한 입법권이라는 점을 주된 논거로 하고 있는 점과는 달리, 헌법 제117조제1항이 지방자치단체에게 조례제정권을 包括的으로 授權하고 있다는 점과 지방자치권의 制度的 保障說에 근거하여 국가의 법령도 지방자치의 본질적 요소를 침해할 수 없다는 이유에서 지방자치단체의 고유한 자기규율권이 인정된다는 것이다. 이 입장 역시 조례가 대의제 원리에 의해 구성된 민주적 정당성을 갖는 지방의회에서 제정된다는 점도 조례를 법률에 준하는 지위를 인정해야 한다는 입장을 취한다.<sup>8)</sup> 이 입장 역시

있는데, 이설의 주장의 요체는 바로 국가와 지방자치단체의 이원적 입법권론에 있다. Alfons Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, 1994, 56면 이하.

8) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1990, 216면; 홍정선, “조례와 침해유보”, 「고시계」, 1993. 4, 108면 이하; 이기우, “지방자치단체의 조례제정권과 법률유보원칙”, 「지방자치」, 현대사회연구소, 1992, 40면; 박영도, 「자치입법의 이론과 실제」, 한국법제연구원, 1998, 38면 이하.

조례는 그 규율대상이 지방자치의 본질적 부분에 관하여 규율하고 있는 한, 법률과 대등한 지위를 갖는다고 보는 점에서 조례법률설과 결론적으로 동일한 입장이라고 할 것이지만, 조례법률설과는 달리 조례로 기본권제한 규정 및 벌칙규정을 정할 경우 법률유보원칙이나 죄형법정주의 원칙 등을 적용함에 있어 그 요건을 다소 완화하는 등 국가의 법령과 조례의 관계를 보다 조화있게 정립하고자 하는 점에서 다소 차이가 있다.

### 3. 條例 委任立法說

조례는 지방자치단체가 제정할 수 있는 법령에 하위하는 지역법으로 보는 견해이다.

이 견해는 헌법 제117조제1항을 근거로 지방자치단체의 자기규율권은 어디까지나 국가의 법령의 범위안에서만 인정되는 제한적 입법권이며, 이는 국가의 입법권의 행사여하에 따라 그 범위가 결정되는 종속적 입법기능에 불과한 것이라는 입장이다. 이 견해는 지방자치권을 보장하고 있는 헌법 제117조가 또한 스스로 국가의 법령과 지방자치단체의 자기규율권간의 관계를 직접 선언한 것으로 보고 있다. 이 견해는 지방자치단체가 제정하는 조례와 여타의 행정입법간에는 본질적인 차이가 없고, 조례에 대하여도 법규명령과 마찬가지로 위임입법의 원칙, 즉 법률유보의 원칙이 적용된다는 입장이다.<sup>9)</sup> 이 견해는 地方自治權의 本質에 관한 受託權說의 입장과 그 脈을 같이한다고 할 수 있다. 수탁권설은 지방자치권이 국가의 법령에서 인정됨으로서 비로소 향유될 수 있는 권리로 보고, 그 내용은 어디까지나 법령이 정하고 있는 범위내에서만 행사될 수 있는 것으로서, 법령에 의한 侵害 不可한 영역은 존재하지 아니하는 것으로 설명하고 있다. 그러므로 국가의 통일적인 법체계 전반에 일반적으로 적용되는 법률유보의 원칙은 지방자치단체가 제정하는 조례에 있어서도 그대로 적용되는 것이라는 주장이다. 그러나 條例와 국가행정기관의 行政立法과의 本質的 差異를 인정하지 아니하는 이 견해는 조례제정이 헌법에서 보장하는 지방자치권 행사의 한 내용이라는 지방자치제도의 특징적 요소를看過하고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

9) 이상규, 「행정법론(하)」, 1991, 160면.

#### 4. 制限的 自主立法說

조례가 법령의 범위내에서 제정되어야 한다는 점에서 지방자치단체의 입법권에 제한이 있음은 부인할 수는 없다. 그러나 行政立法의 경우와는 달리 조례는 법률유보원칙이라는 委任立法의 原則에 의해 제정되는 것이 아니라, 法令에 違反되지 않는 한 제정될 수 있는 것이라는 입장에서 조례를 制限的 自主立法이라는 명칭으로 부르는 것이 타당할 것으로 여겨진다. 그 이유는 조례는 지방의회에서 만들어지고 그 제정에 있어서는 法令優位의 原則만이 적용된다는 점에서 三權分立原則에 의해 국회의 권한에 속한 立法權을 個別的, 具體的 委任을 받아 행사하는 行政立法과 구분되는 것이라고 설명할 수 있기 때문이다.<sup>10)</sup> 지방자치권은 어디까지나 국가의 통치권에 의해 부여된 것 혹은 전래된 것이고 국가의 개별 법령으로 지방자치권의 범위가 정해지는 것이기는 하지만 지방자치권의 본질적인 부분은 침해될 수 없다는 지방자치권의 制度保障說이 이 견해의 바탕이 되고 있다.<sup>11)</sup> 이 제도보장설은 국가가 법령을 통하여 주민의 공적사무에 관해 스스로 자기 사무로 정하지 아니하는 한 지방자치단체는 모든 지역사무에 관하여 관할권을 갖는다는 全權限性(Allzuständigkeit)原則을 토대로 한다.

지방자치권의 본질에 관한 제도보장설에 따르면 지방자치권의 내용은 국민생활관계의 변화에 따라 국가의 법령의 제정과 개정을 통하여 변경될 수가 있고, 더 나아가서 개별 지방자치단체의 폐지도 용인될 수 있으나 지방자치제도의 존립을 위협할 정도로 지방자치권 본질부분에 대한 침해가 야기되어 자치권의 공동화현상이 초래되는 것은 용인될 수 없다는 이론이다. 그러므로 개별적 사무에 대한 자치권의 박탈은 선형적으로 그 可否를 云謂할 것이 아니고, 그러한 조치의 필요성이나 비례성의 원칙에 의해 판단되어야 한다.<sup>12)</sup> 뿐만 아니라 지방자치권의 제도보장은 근본적으로 국가의 법령에 의해서도 침해될 수 없는 自治權의 本質部分(Kernbereich)이 존재한다는 것을 논리적 전제로 하고 있다는 점에서, 그와 같은 본질부분에 관한 지방자치단체의 自己規律

10) 이러한 입장은 우리나라의 통설과 판례의 입장이기도 하다. 박윤훈, 「행정법(하)」, 1998, 124면; 김철용, 「행정법 II」, 2001, 80면; 김동희, 「행정법 II」, 1999, 68면; 대판, 2000. 11. 24, 2000추29.

11) H. Scholler, Grundzuege des Kommunalrechts, 1991; 김해룡(역), 독일 지방자치법 연구, 도서출판 한울, 1994 참조.

12) v. Mutius, Gutachten zum 53. DJT 1980, 37면.

권은 오직 법률에 저촉되지 아니하는 한 스스로 행사할 수 있음을 의미하고 결코 법률의 위임에 의해서만 제정될 수 있는 성질의 것이라 할 수 없다.<sup>13)</sup> 일부 견해는 制度保障說이 지방자치권의 本質部分에 대한 侵害不可를 내용으로 하고 있다는 이유로 지방자치단체가 조례로서 지방자치권의 본질부분에 관해 排他的으로 규율할 권한이 있으며, 따라서 지방자치권의 본질부분에 관해 규율하고 있는 조례는 국가의 법률에 우선한다는 論旨을 전개하고 있으나, 이는 다음과 같은 이유에서 타당하다고 할 수 없다. 즉 지방자치권의 본질부분은 先驗的으로나 個別的으로 確定되어 있는 것이 아니고 國民 내지 住民의 生活關係의 변화에 따라 流動的인 것이므로, 기존의 지방자치단체의 固有事務였던 것이라 할 지라도 法令의 제정에 의해 國家事務로 될 수 있다는 것이다. 그러므로 地方自治權의 侵害與否는 自治權의 空洞化 내지 形骸化 與否로 판단할 문제이지 개별적 사항에 대한 법령제정의 여하로 판단할 문제가 아니다. 다만 자치권의 空洞化現像은 법령의 제정에 의한 地方自治權 制約의 累積으로 인해 초래된다는 점에서 기존의 지방자치권 行使領域의 制約을 의도하는 개별 법령을 제정하는 경우에 당해 법령에서 과연 자치권을 제약하여야만 할 필요성이 존재하는가, 그리고 最少侵害原則을 준수한 것인가에 관한 평가는 반드시 이루어져야 한다고 할 것이다. 이러한 점에서 독일에 있어서 오랫동안 지방자치단체의 고유사무로 행해져오던 청소사무를 단지 經濟性이나 能律性의 측면에서 장점이 있다는 이유로 汎地域的 上級自治團體인 게마인데연합(Gemeindeverbände)의 事務로 移管시키는 州의 法律에 대하여 다소의 費用이 더 들더라도 주민의 公的 事務가 주민에 가까운 기초지방자치단체에 의해서 수행될 수 있도록 하는 (住民에 가까운 行政: Bürgernahe Verwaltung) 地方自治制度의 意義를 충분히 고려하여야 한다고 판시한 독일 연방 헌법재판소의 라스테데(Rastede) 결정은 크게 참고할 만 하다.<sup>14)</sup>

이와 같은 라스테데 결정은 주민의 공적 사무에 대해 국가가 법률 제정을 통하여 先占하는데 대하여 매우 중요한 內在的 限界를 선언한 것으로서, 소위 地域事務의 國家法令化 추세라는 西歐 諸國에서의 지방자치제도의 危機現像에 즈음하여 지방자치제도의 의미를 再確認한 判例로서 중요한 의미를 인정받고

13) W. Blümel, Wesensgehalt und Schranken des Kommunalen Selbstverwaltungsrechts, FS für von Unruh, 1983, 265면.

14) BVerfGE, in: NVwZ 1989, 347; BVerwG, DVBl. 1983, 1153면.

있다. 그러나 어떤 개별 법령이 그와 같은 평가의 대상이 되어 다투어지지 않는 한 당해 법령은 일단 헌법에 부합되는 것으로 간주되고, 따라서 지방자치단체의 立法權은 그와 같은 법령에 저촉되지 않는 범위내에서 행사되어야 한다는 점을 유의해야 할 것이다.

더욱이 우리나라에서의 경우, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간에 있어서도 기초지방자치단체의 자치권행사범위가 위축될 소지는 적지 않다. 즉 지방자치법 제8조제3항은 “지방자치단체는 法令과 上級地方自治團體의 條例에 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다”고 규정하고 있는데, 이 규정은 광역자치단체가 지역사무에 대하여 조례를 정하는 경우에는 기초지방자치단체가 행사할 자치권의 범위는 그 만큼 줄어들 수밖에 없다는 점을 의미한다.<sup>15)</sup> 이는 지방자치법 제10조제3항이 지역주민의 복리에 관한 사무가 상급지방자치단체와 기초지방자치단체간에 競合될 경우에는 기초지방자치단체(시, 군 및 자치구)에서 우선적으로 처리한다고 규정하고 있음에도 불구하고 행정실체에 있어서는 광역지방자치단체가 스스로 조례를 정하여 어떠한 사무의 관할권을 先占할 경우, 기초지방자치단체는 속수무책이 될 수밖에 없는 요인이 된다.<sup>16)</sup> 지방자치법 제10조제3항이 주민에 가까운 행정이라는 지방자치제도의 의의를 살린 조항이라는 점에서, 지방자치법 제8조 3항은 매우 제한적으로 해석하지 않으면 안될 것이다. 즉 광역지방자치단체는 그 조례제정에 있어서 법령에 위반되지 않아야 할 뿐만 아니라 지역사무와 관련하여 기초지방자치단체와 競合되는 것에 대하여는 필요불가결한 경우가 아닌 한 그 스스로 조례제정을 통해 자기의 사무로 하지 않아야 하는 한계를 갖는 것으로 해석해야 할 것이다.

15) 지방자치단체 사무관할권의 補充性原則은 競合된 사무에 대하여는 법률의 특별한 규정이 없는한 最下位 지방자치단체가 관할권을 갖는 것을 말한다. 그러므로 이 조항은 지방자치단체사무의 관할권에 대한 補充性原則이 반영된 지방자치법 제10조제3항의 意義를 無色하게 할 우려를 낳게 한다. 보충성원칙에 관하여는 이기우, “지방자치발전을 위한 사무배분의 과제”, 『지방자치연구』 제8권 제2호, 1996, 22면 참조.

16) 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무배분 기준을 정하고 있는 지방자치법 제10조제2항은 예를 들어 “광역지방자치단체에서 동일적으로 처리되어야 할 사무”를 광역지방자치단체의 사무로 규정하고 있는데, 과연 어떠한 사무가 동일적으로 처리되어야 할 것인가? 를 구분하는데 있어서는 상급지방자치단체와 기초지방자치단체간의 견해가 相反될 경우가 많을 것이라는 점에서(이와 같은 사무는 지방자치법 제10조제3항의 경합되는 사무로 단정하기 어렵기 때문에), 상급지방자치단체와 기초지방자치단체간의 事務管轄權에 대한 見解 차이가 있는 경우 상급지방자치단체가 조례를 정하여 先占하는 사례가 적지 않다고 할 것이다.

### Ⅲ. 條例制定이 가능한 範圍

#### 1. 法令에 反하지 않는 때

지방의회가 조례를 제정할 수 있는 것은 현행법상 법령에 저촉되지 않는 때 임은 앞에서 검토하였다. 그러면 그러한 때는 구체적으로 언제인가 하는 점이 문제인데, 이는 어디까지나 법령의 해석을 통해 그 답을 구할 수밖에 없다. 현실적으로는 법령에 아무런 규정이 없는 경우(법령상의 空白規定)이나 법령에 근거가 있는 경우에도 법령에서 규정하고 있는 대상이나 입법목적, 그리고 (規制行政의 경우) 법령상의 요건 범위를 넘어서 조례로서 규정할 수 있는가 하는 문제가 제기되고 있다. 소위 超過條例 내지 追加條例의 허용가능성의 문제이다.<sup>17)</sup>

이 문제는 일본에서 소위 法律先占論에 관한 법리로서 이론의 발전이 있었고, 이 法律先占論은 우리나라에서도 논의되고 판례에서도 최근 다수 수용되고 있는 현상을 볼 수 있다.<sup>18)</sup> 일본에서의 발전된 법률선점론은 일반적으로 <국가가 법률로 규제한 영역, 즉 국가가 先占한 領域에 있어서 조례가 당해 법률과 동일한 규율대상에 대하여 동일한 목적으로 규율하는 것은 허용되지 아니한다>는 것으로 설명되고 있다.<sup>19)</sup>

실무계에서 큰 관심을 갖고 있는 것은 추가조례 및 초과조례의 가능성이다. 이것들은 조례의 규제목적이 법률의 그것과 동일하지만 그 규율의 대상이 법률의 경우보다 더 넓다거나(추가조례), 규제의 발동요건이 법률의 경우보다 더 엄격한 경우(초과조례)라고 설명되고 있다.<sup>20)</sup> 이와 같은 일본에서의 초기 법률선점론은 법률의 내용이 未備하더라도 이미 법률에 그에 관한 규율이 있는 경우에는 지방자치단체가 조례제정을 통하여 지역적 사항에 보다 적절히 대응하고자 해도 그러한 조례는 위법한 것이 된다는 것으로 귀결됨으로서 학

17) 박영도, 「자치입법의 이론과 실제」, 한국법제연구원, 1998, 108면 이하.

18) 박원영, 「조례의 법리에 관한 연구」, 「동아법학」, 1985, 318면 이하; 천병태, 「지방자치법」, 1998, 296면 이하.

19) 김홍대, 「지방자치입법론」, 1999, 172면; 신봉기, 「지방자치법제의 발전과 전망」, 계명대 국제학술세미나 발표논문, 2001. 10, 5면; 兼子 仁, 「自治體法學」, 學房書房, 1988, 139頁.

20) 최우용, 「지방자치단체의 법적 지위 및 자치입법권재론」, 「동아법학」 제29호, 21면 이하.

계와 실무계로 부터 많은 비판을 받게 되었다.<sup>21)</sup>

일본에서의 법률선점론의 내용은 그 용어의 적정여부를 떠나서 실질적으로는 법률이 국민의 권리제한하고 있을 때 그 제한의 대상에 포함되지 않는 사항이나 혹은 제한의 정도를 넘는 규제를 법률이 별도로 위임하고 있지 아니할 경우에는 조례로 정할 수 없다는 것, 즉 우리나라 지방자치법 제15조 단서조항에서 규율하고 있는 바와 같이 <조례로서 주민의 권리를 제한하고자 할 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다>는 내용에 관한 법리임을 알 수가 있다. 즉 법률에 위임이 없는 초과조례 내지 추가조례의 경우를 법령에 위반되지 않는 사례와 결부시켜 논하고 있는 것이라고 할 것이다.

또한 근래 일본에서는 법령에서 규율하고 있는 것 보다 더욱 주민의 권리를 제한하는 소위 초과조례 내지 추가조례의 허용성에 관한 理論으로서 소위 國家最少基準(Nationlminimum)法律 및 國家最大基準法律의 區分論 등이 논의되고 있음은 주지하는 바이다. 이러한 법이론은 법령에서 정하고 있는 규제 기준이 없을 경우 (법령상 규제근거가 공백인 경우)나 기준이 있다고 해도 그 기준이 지역적 사정에 적합하지 않을 때 지방자치단체의 조례로 더 강화된 기준을 정할 수 있는가 하는 문제에 관한 것으로서 이 理論 역시 사실상 법령에서 정하고 있는 범위를 넘는 주민의 권리제한 규정을 두는 조례의 제정가능성에 관한 법리라고 할 것이다.<sup>22)</sup>

그러나 일본에서의 이와 같은 법률선점론 및 국가최소기준론 등은 그 用語나 同 理論의 내용과 관련하여 볼 때, 다소 적절하지 못하다는 생각이 든다. 그 이유는 다음과 같은 이유에서이다. 즉 법률과 조례의 관계와 관련하여 헌법 제117조 및 지방자치법 제15조에서 규정하고 있는 <법령의 범위내에서>가 의미하는 바는 주민의 공적 사무에 관한 국가와 지방자치단체의 관할권 배분에 있어서 어디까지나 국가의 입법자에 우선적 지위를 인정하는 데 있다. 다만 국가의 입법자가 법률로서 주민의 공적 사무에 관하여 국가의 관할 사항으로 하는 법률을 제정하는 경우에는 지방자치권의 空洞化를 초래하지는 않는가 하는 점을 고려하여야만 하는 법령제정상의 內在의 限界가 있음은 물론이다. 지역사무에 대한 國家의 先占權은 바로 이와 같은 제도를 표현하는 것으로 설

21) 田中二郎, 「新版行政法(中)」, 有斐閣, 1976, 135頁.

22) 물론 이 문제를 법령에 위반되는 것, 즉 조례제정의 범위문제로 다루는 것은 나름대로 논리적 타당성은 있다.

명되어야 할 것이다. 이 때의 지역사무에 대한 국가의 선점권 행사의 결과, 즉 법령의 내용에 대하여는 당해 법령이 지방자치권의 本質部分에 대한 侵害法律로 선언되어 無効化되지 아니하는 한 지방자치단체가 그에 대항할 수 없다는 것이지 국가가 법령으로 규율한 대상과 내용에 대하여 지방자치단체가 전혀 규율할 수가 없다는 것을 의미하는 것이 아니라고 할 것이다. 이는 지방자치단체가 동일한 대상이나 내용에 대하여 규율할 수는 있으나 상위 법령의 내용에 저촉되어서는 안 되는 것을 의미하는 것일 뿐이다. 이러한 점에서 일본에서의 法律先占論에 관한 설명의 無批判的 수용은 지방자치법제의 체계적이고 논리적인 이해에 적지 아니한 혼동을 가져올 위험이 있다고 할 것이다.

여하튼 일본에서의 법률선점론에 관한 논의를 계속하면, 일본에서는 법률선점론을 보완하여 법률에 규율되어 있는 규제의 기준이 전국적으로 통일적인 최대한의 기준으로 해석될 경우(최대한 기준법률)와 법률이 정하고 있는 규제의 기준이 전국적으로 最低目標을 유지하고자 하는 것으로 해석되는 경우(최소한 규제법률)를 구분하여, 前者인 경우에는 조례로서 그 한도를 넘는 규제는 법령에 위반되는 것으로 보고, 後者인 경우에는 조례로서 追加的인 또는 附加的인 規制를 행하여도 법령에 위반되지 아니하는 것이라는 법리를 전개하고 있다.<sup>23)</sup> 이와 같이 보완된 일본에서의 법률선점론은 우리나라 학계와 판례에서도 최근 적극적으로 수용되고 있는 듯하다.<sup>24)</sup> 그러나 개별 법령에서 규정하고 있는 規制의 基準이 最少基準인지 最大基準인지 해석하는 것이 쉽지 않고, 다른 한편으로 생각하면 헌법상 보장된 基本權에 대한 制限이나 侵害는 法律으로써 만이 가능하다는 점과 自由主義的 法治國家原理에 입각해 볼 때 법률로서 규정하고 있는 기본권에 대한 침해는 立法委任이 되어 있지 아니하는 한 법률에서 규정하고 있는 基準은 그 자체로서 더 이상 침해할 수 없는 最大基準으로 보아야 한다는 논리에 이르게 되면 일본에서 논의되는 規制法令의 國家最少基準 내지 國家最大基準 區分論은 전통적 公法理論에 부합되지 않게 된다. 이러한 점에서 일본에서도 많은 학자들이 예를들어 公害防止行政에 있

23) 최우용, 전계논문, 23면; 신봉기, 전계논문, 6면.

24) 이러한 입장의 판례로는 자활보호생계대상자 지원에 관하여 규율하고 있는 광주광역시동구저소득주민생계지원조례 및 지방의회의 조사, 감사를 위해 채택된 증인의 불출석, 증언거부시 부과할 과태료의 하한을 규정한 인천광역시남구의회행정사무감사및조사에관한조례중개정조례안에 대한 유효판결을 들 수 있다(대판 1997. 4. 25, 96추224; 대판 1997. 2. 25, 96추213).

어서 公害防止라는 住民의 利益과 事業者의 營業上의 利害關係가 상충할 경우에는 조례를 통해 주민의 권리보장을 위한 강화된 규제를 할 수 있다는 주장을 하고 있으나 개별 환경법들에서는 ‘조례로서 법령보다 강화된 규제를 할 수 있다’는 내용의 조례제정의 포괄적 위임근거 규정을 두는 방법을 채택하고 있다(예 : 日本 大氣汚染防止法 第4條 第1項).<sup>25)</sup> 그러므로 지방자치단체의 조례제정의 범위확대와 그 활성화를 위한 논리적 근거는 후술하는 바와 같이 오히려 지역적 규제행정사무를 수행에 있어서 지방자치단체가 지니는 역할의 특수성을 감안하여 조례제정상의 포괄적 법적 위임방식으로 해결하는 것이 가장 바람직할 것이다. 이상과 같은 논의를 근거로 현행 법제하에서 법령에 위반되지 않는 조례제정권 행사의 범위는 첫째, 법령에 아무런 규정이 없는 경우(空白規定), 둘째, 복지행정영역에 있어서는 법령상 규정이 있다고 해도 福祉的 給付를 조례로서 강화하는 경우, 규제행정영역인 때에는 후술하는 바와 같이 법령에 포괄적인 수권규정이 있는 경우로 요약할 수 있을 것이다.

## 2. 예외적으로 法律留保原則이 적용되는 때 (지방자치법 제15조 단서의 요건)

지방자치법 제15조 단서조항의 違憲性 問題가 또한 제기되고 있다. 지방자치법 제15조 但書는 다만 住民의 權利制限 또는 義務賦課에 관한 사항이나 罰則을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 하여 條例制定時에 있어서 일반적으로 요구되는 法律優位の 原則에 더하여 法律留保의 原則이 적용되는 경우를 규정하고 있다. 지방자치단체가 법령에서 규정하고 있지 않거나 규정하고 있다고 해도 지역적 사정이 반영되어 있지 못한 많은 規制行政 領域에서 조례를 정하여 적절한 행정규제를 수행하고자 하는데 있어 이 단서조항은 사실상 결정적인 장애가 되고 있는 점은 부인할 수가 없다.

주민의 권리제한이나 의무부과 그리고 벌칙규정을 조례로서 제정하고자 함에 있어 반드시 법률의 위임이 있어야 한다는 지방자치법 제15조 단서조항에 대한 평가는 여러가지이다. 동 규정의 단서조항에서 조례제정시 법률유보의 원칙이 요구되는 것으로 상정하고 있는 것은 첫째 기본권제한의 경우, 둘째 지방세나 사용료, 수수료, 부가금 등과 같은 금전적 부담의 부가, 셋째 벌칙

25) 박영도, 전게서, 116면 참조.

의 부과인 경우이다. 이는 공히 법치국가 원리의 준수와 관련된 것으로서 헌법상 보장된 기본권의 제한은 오직 법률에 근거가 있어야 한다는 基本權制限의 限界에 있어서의 法律留保原則, 租稅法律主義原則, 그리고 罪刑法定主義原則의 적용에 관련된 것이다. 지방자치법 제15조 단서규정과 관련된 많은 논란은 본질적으로 과연 지방자치단체의 自己規律權의 행사에 있어서도 이와 같은 法治國家原理를 구성하는 諸原則들이 적용되어야 할 것인가, 그렇지 않으면 지방자치제도의 특성상 조례제정에 있어서는 이와 같은 원칙들의 적용은 배제되거나 완화되어야 할 것인가 하는 문제로 귀결된다.

### 1) 條例에 의한 基本權制限과 義務賦課

조례를 제정하여 개인의 권리를 제한하는 경우는 일반적으로 법률에서 규제하고 있지 아니한 사항이나 규제하고 있다고 해도 그 내용이 미비한 경우에 조례의 제정을 통하여 규제하고자 하는 때이다. 전술한 바와 같이 지방자치단체의 조례의 법적 지위를 법률과 대등한 것으로 보거나 법률에 준하는 것으로 보는 입장에서는 지방자치법 제15조 단서규정이 헌법에서 包括的 自治立法權을 보장한 지방자치제도에 위반하는 하는 것으로서, 헌법에서 규율하고 있지 아니한 것을 법률을 통해 자치권을 실질적으로 제약하는 것이라는 이유로 違憲의 規定으로 보고 있다.<sup>26)</sup> 다른 한편 이 입장은 조례 자체가 법률에 준하는 위상을 갖기 때문에 조례에 의한 기본권제한 규정만으로 국민의 기본권보장규정인 헌법 제37조와 제23조제1항(재산권보장규정)등의 요건이 충족되는 것이라는 논거도 제시하고 있다. 그리고 일부 학자들은 조례가 국민전체에 대해 규율하는 것이 아니라 지방자치단체의 지역 범위내의 주민에 대한 규율이므로 국민 전체에 대한 권리제한이나 의무부과시에 요구되는 법률유보원칙을 요구한 지방자치법 제15조 단서규정은 위헌이라는 견해도 주장하고 있다.<sup>27)</sup> 그러나 이러한 견해는 각 개인에 있어서 國民과 住民의 法的地位는 구분되어 질 수 없는 것이라는 점에서 긍정하기가 어렵다.

여하튼 기본권의 침해는 오직 법률에 의해서만 가능하다는 기본권보장을 위한 제도는 지방자치제도와 무관하게 국가의 법질서 전반에 걸쳐 통용되는 국

26) 成田懶明, 「地方自治의 法理와 改革」, 第一法規出版, 1998, 116頁.

27) 이주희, “지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위”, 「자치연구」 제2권 제2호, 지방자치연구소, 1993, 봄, 39면.

민의 권리 보장규정이기 때문에 지방자치단체의 조례제정에 있어서도 오직 국민 전체의 代議機構인 국회에서의 제정법인 법률을 통해서만이 그 제한이 가능하다는 논거가 지방자치법 제15조 단서규정의 배경이 되고 있다. 문제는 국회와 지방의회간의 위상의 문제가 아닐 수 없다. 법률은 국민 전체의 代議機構인 국회에서 제정되는 것이라는 점에서 이는 國民全體의 一般意思로 간주되는 것이고, 헌법상 보장된 기본권의 제한은 오직 국민전체의 一般意思로 擬制되는 법률에 의해서만 제한될 수 있다는 강력한 自由主義的 法治國家의 思想에 의해 뒷받침되고 있다.<sup>28)</sup> 지방의회 역시 지역주민의 선거에 의한 代議制原理에 의하여 구성되어 나름대로의 民主的 正當性을 갖기는 하지만, 조례로 정해지는 지방의회의 意思는 지방자치단체라고 하는 部分社會의 주민대표들의 의사라는 점에서 國民全體의 意思로서의 의의를 갖는 법률에 비하여 그 위상은 낮다고 할 수밖에 없고, 따라서 조례 만으로서는 헌법상 보장된 기본권을 제한할 수 있는 정당성의 근거는 미흡하다는 논리는 적지 않은 의미가 있다.

이러한 논거에 의해 법률에 제정근거가 없는 기본권제한 규정을 두는 조례는 제정될 수가 없다는 지방자치법 제15조 단서조항은 헌법적으로 타당한 것이라는 주장은 一理가 있다. 판례도 이를 合憲的인 것으로 판시하고 있다. 대표적인 판례로서는 대법원이 전라북도공동주택입주자보호를위한조례안에 대하여 “지방자치법 제15조는 … 그 단서에서 국민의 권리제한, 의무부과에 관한 조례의 중대성에 비추어 … 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는 바, 이는 기본권제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조제2항의 취지에 부합하므로 …”라고 판시하고 있고,<sup>29)</sup> 헌법재판소도 담배자판기설치금지조례안에 대하여 이 사건 조례들은 … 주민의 직업선택의 자유 …를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례가 되어 … 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다고 판시하여<sup>30)</sup> 지방자치법 제15조 단서조항에 관한 法的 是非를 一蹴하고 있다.

한편 재산권에 관한 규제인 경우에는 헌법 제23조가 재산권의 내용에 관하여는 법률로서 규율할 것을 요구하고 있고, 재산권의 행사에 관해서는 반드시 법률로써 규율할 것을 요구하지 않는다는 見地 아래 조례로서 재산권행사에

28) 김원주, “지방자치단체의 자치입법제정권”, 『공법연구』 제18집, 1990, 108면.

29) 대판 1995. 5. 12, 94추28.

30) 헌재 1995. 4. 20, 92헌마264,279.

관하여 규제할 수 있는 것이라는 주장도 제기되고 있으나,<sup>31)</sup> 이와 같은 견해에 대하여는 재산권의 內容規定(Inhaltsbestimmung)과 그 制限에 관한 規定은 개념상 구분될 수 있기는 하지만, 재산권이 국민의 기본권인 한에서는 그에 대한 제한 역시 국민 전체의 대표자인 국회의 법률로서 행해져야한다는 대원칙과 재산권의 내용과 그에 대한 제한은 본질적으로 구분되지 않는 부분이 적지 않다는 점에서 쉽사리 동의하기가 어렵다.<sup>32)</sup>

여하튼 간에 조례의 규율대상에 관한 문제에 관한 논의는 어디까지나 지방자치단체가 행할 지역사무의 내용과 성격이 무엇인가 하는 측면에서 출발하지 않으면 안될 것이다. 지방자치단체는 지역사회의 특성에 부합되는 공적사무를 처리하는 기관으로서 그 사무는 주민의 복리를 증진하는 소위 給付의인 것에 한하지 않고 많은 規制的인 役務를 수행하는 것이 적지 않다.<sup>33)</sup> 개별 지방자치단체의 특성에 부합하는 수많은 규제적인 사무를 수행하기 위해서는 전국에 동일적으로 적용되는 법령상의 기준만으로는 적절한 規制行政의 목적을 달성하기 어려운 경우가 적지 않은 行政現實을 감안하면, 국가의 법률이 위임하고 있는 사항에 대해서만 조례로 정할 수 있다는 法理는 적절한 지방행정의 구현에 도움이 되지 않는다. 自由主義的 法治國家의 產物이라고 할 基本權 侵害時의 法律留保原則은 오히려 현대국가에 있어서 지방행정의 발전을 가로막는 결과가 될 수 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 국민의 권리를 제한하는 경우에 법률로서만 가능하다는 法治國家의 原則을 고수하기 위해서는 국가의 입법자의 기능과 역할이 매우 활발하고 적극적이어야 한다. 그러나 문제는 그러하지 못하다는데 기인한다. 설사 국회의 입법기능이 매우 적절하고 적극적으로 수행된다고 하더라도 전국적으로 統一的인 規律을 요하는 법률의 제정에 있어서 개별 지방자치단체의 地域的 特性이 적절히 반영되기 어려운 立法上的 限界가 있고, 이러한 점에서 국가의 법령은 一般的 要件 規定이나 方針的 規定으로 만족할 수밖에 없는 경우가 많다. 입법자가 주도면밀하게 지역적 사정을 조례로서 정할 수 있도록 일일이 立法委任 規定을 두는 것도 情報的 制約이나 認識的 限界로 인하여 만족스럽게 규율되기가 어려울 것이다. 이러한 점을 감안하면 조례가 법률과 대등한 지위를 갖는다고 할 수 없다고 하더라도 제한적으

31) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1998, 568면; 同旨: 서원우, “조례제정권의 범위와 한계”, 「고시계」, 1993, 3, 185면.

32) 同旨: 박영도, 전계서, 95면.

33) 김성호·황아란, 전계서, 57면.

로나마 지방자치제도의 특성을 인정하여 規制行政分野에 있어서 조례를 통해 주민의 권리를 제한할 수 있는 길을 마련할 필요가 있다고 할 것이다. 이를 위한 방법으로는 법률상 個別的이고 具體的인 委任根據 規定을 요구하기보다는 법률에 包括的이고 規制權限 設定的인 組織法的 規定만으로 法律留保의 原則이 충족된 것으로 보는 法理의 구성이 바람직하다.

이와 같은 立法例는 현행 지방세법 제3조에서 지방자치단체의 조례로서 地方稅의 稅目이나 稅率 등을 정할 수 있도록 규정함으로써 租稅法律主義 原則이 제한적으로 충족될 수 있도록 하는 데서도 찾아볼 수 있다. 지방세법 제3조의 합헌성 여부에 관해서도 논란이 있으나, 이는 法理上 앞에서 언급한 기본권제한에서의 法律留保論에 관한 논의와 큰 차이가 없다는 점에서 여기서 생략하고자 한다.<sup>34)</sup>

이와 같은 견해는 학계에서도 다수 의견이고,<sup>35)</sup> 판례 역시 이러한 입장에서 있는 듯하다. 즉 대법원은 차고지확보조례안에 대한 판결에서 도시교통정비 촉진법이 교통수요관리에 관한 개별적 구체적 위임근거조항을 두지 않고 제19조의10제3항에서 교통수요관리에 관하여 법에 정한 사유를 제외하고 조례로 정할 수 있다고 포괄적으로 규정하고 있는데 대하여 조례제정에 있어서의 법률적 위임근거를 충족하는 것으로 인정하였다.<sup>36)</sup> 대법원의 이러한 입장은 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 정하지 아니한 채 조례가 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법<sup>37)</sup>이라는 인식을 바탕으로 한다. 헌법재판소도 지방의회는 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 지방자치권은 헌법에 포괄적으로 보장된 것이라는 논지 아래 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령의 경우와는 달리 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다는 입장을 보이고 있다.<sup>38)</sup> 지방자치단체는 법률상의 포괄적 위임규정만으로 주민의

34) 에 문제에 관하여는 김용진, “지방자치단체의 과세권과 조례”, 『월간조세』, 1997. 8. 22면 이하 참조.

35) 김남진, 『행정법 II』, 109면; 박윤훈, 『최신행정법강의(하)』, 132면; 신봉기, 전계논문, 10면.

36) 대판 1997. 4. 25. 96추251.

37) 대판 1991. 8. 27. 90누6613.

38) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264,279.

권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규제조례를 정할 수 있다는 판례는 전술한 바와 같이 規制行政에 있어서 지방자치단체가 차지하는 比重에 비추어 타당하다고 평가된다. 다만 이와 같은 법적 문제를 보다 근원적으로 해결하기 위해서는 지방자치법이나 개별법률에 주민의 권리제한이나 의무부과시에 포괄적 위임입법으로 족하다는 내용을 규정하는 것이 바람직 할 것이다.

## 2) 條例에 의한 罰則制定

지방자치법 제15조 단서에 의하면 조례로 벌칙을 제정하기 위해서는 주민의 권리제한이나 의무부과의 경우와 마찬가지로 법률에 위임근거를 요한다. 이는 바로 죄형법정주의 원칙이 적용되는 것으로 설명되고 있다. 조례를 지방자치단체의 고유한 입법권의 행사로 보는 입장(조례자주입법설 내지 조례법률설)에서는 이 단서조항을 위헌적인 것으로 보고 있다. 그 이유는 조례의 규정만으로 이미 垂範者에게 무엇이 罪가 되는가에 대하여 제시하고 있을 뿐만 아니라 조례 역시 법률과 대등한 것이라는 시각에서이다.<sup>39)</sup> 이 입장은 地域單位의 統治團體라고 할 지방자치단체가 헌법상 보장된 자치권력을 행사함에 있어서 자치사무를 授權하는 조례제정권에는 罰則의 制定權까지도 당연히 포함되어야 한다는 논지도 깔려있다.<sup>40)</sup>

그러나 지방자치단체의 자치입법권이 국가의 공권력으로부터 傳來되어 제도적으로 보장된 것으로 보는 입장에서는 憲法國家의 대원칙인 罪刑法定主義原則이 조례제정에 있어서도 적용된다는데 대하여는 별다른 異論이 없고, 이러한 점에서 지방자치법 제15조 단서규정에 대한 合憲性을 인정한다.

罪刑法定主義原則이 갖는 의미를 살펴보면 다음 두 가지의 요소를 지니고 있음을 알 수 있다 첫째는 인간의 어떠한 행위가 處罰의 對象인가에 관해 정하는 것은 국회가 만든 법률에서 정하거나 법률의 委任에 의해서 만이 다른 법규범으로 정할 수 있다는 원칙과 둘째는 처벌의 대상이 되는 구체적인 행위는 어떠한 것이고 그에 대한 벌칙은 어떠한 범위에서 이루어져야 한다는 점을 垂範者가 事前에 인식할 수 있도록 行爲規範으로 제정되어 공포되어 있어야 한다는 원칙이 그것이다.

39) 죄형법정주의의 의의가 행정권의 침해로부터 개인의 인권을 자유를 보장하기 위한 필요에서 제정법을 요구하는 것이라는 점에 근거하여.

40) 서원우, "조례제정권의 범위와 한계", 「고시계」, 1993. 3, 183면.

우선 법률에 의한 벌칙제정 권한의 위임에 있어서는 罰則賦課의 대상과 요건, 그리고 벌칙의 종류와 범위에 대하여 個別的이고 具體的 委任이 요구되는가 혹은 지방자치법 제20조제1항의 규정과 같이 지방자치단체는 조례로서 조례위반행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다하는 형태의 包括的 授權規定만으로 가능한가 하는 문제가 제기된다. 포괄적 수권규정만을 규정하는 입법태도에 대하여 違憲論을 주장하는 견해는 이와 같은 규정은 處罰의 上限을 정하고는 있으나 處罰의 대상이 되는 행위, 즉 罪의 構成要件을 구체적으로 정하지 아니하고 조례에 白紙委任하고 있는 것이기 때문에 처벌규정에 관하여는 오직 법률로 정할 수 있다는 우리 헌법 제12조제1항의 엄격한 罪刑法定主義原則에 위배된다는 입장이다.<sup>41)</sup> 이에 반하여 이에 대한 合憲論의 견해는 지방자치단체의 조례는 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되는 것이므로 법률에 준하는 것이고, 따라서 현행 지방자치법 제20조의 과태료부과는 물론이고 형벌 등의 벌칙제정권에 관해서도 조례에 포괄적으로 위임할 수 있다는 입장이다.<sup>42)</sup>

생각하건대 조례로 벌칙을 제정하는데 있어 법률의 포괄적 위임으로 족한 것이라는 점은 단순히 조례가 지방의회에서 제정되어 민주적 정당성을 갖는 準法律的인 것이라는 논거만으로는 충분하지 않다. 이 문제는 오히려 지방자치단체의 조례의 기능으로부터 찾는 것이 옳을 것이다. 즉 오늘날 지방행정은 지역주민의 복리를 위한 給付的 행정업무에 한하지 아니하고 수많은 규제적 행정의 주체로 그 役務가 확대되고 있다. 환경보호, 청소년보호, 식품위생업무 등에 있어서 지역실정에 맞는 적절한 규제행정의 수행으로 지역주민의 전반적 생활관계의 개선이 구현될 수 있기 때문이다. 지방자치단체가 지역실정에 대응하는 적절한 규제활동을 수행하는데 있어서의 법적 근거를 법률상의 개별적 위임으로부터 찾고자 하는 것은 입법론적으로나 실제적으로 기대 불가능하다. 이러한 점은 벌칙규정의 경우에도 마찬가지다. 지방자치단체가 주민생활의 안정과 향상을 위하여 조례에 근거하여 일정한 규제를 행하는 경우 당해 규제의 실효성확보를 위해서도 스스로 일정한 범위내에서 규제위반자에 대한 벌칙을 부과할 수 있어야 할 것이다. 이러한 점을 감안하면 조례로서 벌칙

41) 이상규, 「신행정법론(하)」, 179면.

42) 박운흔, 「최신행정법강의(하)」, 133면; 김철용, 「행정법 Ⅱ」, 84면 이하; 홍정선, “조례와 침해유보”, 「고시계」, 1993. 4, 108면 이하.

에 관한 규정을 마련함에 있어 그 대상과 범위에 대하여 지역적 사정에 부합되도록 정할 수 있어야 만이 규제의 실효성이 있을 뿐만 아니라, 이와 같은 벌칙제정과 관련된 개별적이고 구체적인 위임 근거규정을 법률로 미리 규정할 것을 요구하는 것은 立法論上 비현실적이라 할 것이다. 이와 같은 이유에서 법률에서 조례로서 벌칙을 부과할 수 있다는 포괄적 수권조항을 두는 것을 인정하는 것이 事理에 부합된다고 할 것이다. 지방자치단체가 지역사무에 관하여 일정한 규제와 벌칙을 스스로 정하는 것은 헌법상 보장된 포괄적인 지방자치권의 범위에 속하는 것으로 보는 견해도 오늘날 지방자치단체가 수행하는 규제행정의 의미와 그 중요성을 나타내준다고 할 것이다.<sup>43)</sup>

죄형법정주의의 의의를 인간행동에 대한 행위규범의 예측성에 한정하여 찾을 경우에는 지역법인 조례로서 벌칙의 대상과 요건을 정하고 벌칙을 부과하는 것으로 죄형법정주의의 원칙이 준수되는 것이라고 주장할 수 있겠으나, 죄형법정주의원리를 그에 더 하여 국민의 대표인 국회의 입법자에 의한 법률유보까지 포괄하는 것으로 생각할 경우에는 당연히 법률에 의한 벌칙규정의 제정형식에 관한 논의는 필요하다고 할 것이다.

조례제정에 있어서 죄형법정주의 원칙의 적용과 관련하여 다른 한편으로 조례로 정할 처벌의 종류를 구분하여 형법에 규정된 종류의 형벌을 과할 경우에는 법률에 위임이 있어야 하고, 과태료라는 行政秩序罰을 과할 경우에는 법률의 위임을 요하지 아니한다는 주장이 있다.<sup>44)</sup> 구지방자치법 제20조가 시, 도는 조례로서 3개월이하의 징역 또는 금고, 10만원이하의 벌금, 구류, 과료 또는 50만원 이하의 과태료의 벌칙을 정할 수 있다고 규정하고 있었으나, 1994년 지방자치법의 개정에 의해 1000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있는 규정으로 개정되었는데, 이는 바로 형벌부과의 경우에는 법률에 의한 개별적이고 구체적인 벌칙제정권의 위임이 요구된다는 엄격한 죄형법정주의가 적용되고, 과태료의 경우에는 그와 같은 죄형법정주의원칙의 적용은 완화될 수 있다는 사고에 의한 것이었다. 이러한 입장은 형법상에 규정된 형벌만이 죄형법정주의원칙의 적용을 받는다는 전제하에 주장되는 것으로서, 과연 과태료가 행정질서벌이라고 해서 죄형법정주의원칙의 적용을 받지 않아도 되는지는 의문이다. 과태료의 부과 역시 벌칙의 하나라고 한다면 동 원칙의 적용을 받아야 하는 것으로

43) 서원우, “조례제정권의 헌법적 보장”, 「헌법논총」 제5집, 헌법재판소, 1994, 125면 이하.

44) 박윤훈, 「최신행정법강의(하)」, 1998, 132면 이하.

생각되고, 다만 지방자치제도의 특성에 비추어 조례의 특별한 법적 지위와 전술한 바와 같이 지방자치단체의 규제행정의 實效性確保를 위한 立法政策的 側面에서 과태료의 경우도 다른 형벌부과의 경우와 마찬가지로 포괄적인 벌칙부과 授權規定으로 족한 것이라는 法理를 구성하는 것이 타당할 것이다.

#### IV. 條例制定의 活性化方案

지방자치단체의 地域法人 조례의 제정이 활성화되어 보다 바람직한 지방자치제도의 구현을 바라는 목소리는 높다. 조례제정과 관련된 문제는 앞에서 고찰한 바와 같이 무엇보다도 그 제정의 범위와 한계에 관한 법적 문제가 관건이 되어 있다. 따라서 법령의 범위내에서 제정할 수 있다는 규정의 解釋과 주민의 權利制限이나 義務賦課 그리고 罰則制定에 있어서의 법률상의 위임형식 등에 관한 법적 제약의 여부가 조례제정의 활성화에 매우 중요한 관건이 아닐 수 없다. 이러한 점에서 학계와 실무계에서는 많은 사람들이 조례제정의 활성화를 위한 期待下에서 지방자치단체가 국가법령의 큰 제약 없이 조례를 제정할 수 있는 법적 영역의 확대를 의도하는 지방자치 관련 법규정의 해석론을 제시하고 있다. 그러나 법의 해석과 적용은 어디까지나 법체계 내지 법이론에 충실한 것이어야 하고 지방자치의 활성화를 위한 바램만으로 체계적이지 못한 法理의 주장은 별로 도움이 되지 못할 것이다. 제도의 변경은 어디까지나 현행 法制의 改正을 통해서 추진되지 않으면 안될 것이다. 우리나라에서의 地方分權制度의 획기적인 변화를 위해서는(만약 그것이 지방자치단체가 準國家的 수준의 地方自治權을 갖는 자치제도를 상정한다면) 住民의 公的 事務에 대한 法令에 의한 國家先占權(법령의 범위내라는 조항)을 규정하고 있는 헌법 제 117조제1항의 改正 문제도 제기될 것이다. 그러나 여기서의 논의 수준은 현행 헌법의 테두리내에 한정하고자 한다.

##### 1. 개별 法令의 管轄權規定 整備

현대국가에 있어서 국민생활 全般에 걸친 광범위한 法制化는 회피할 수 없는 현상이다.<sup>45)</sup> 국민생활 관계에 대한 국가의 법제화는 지방자치단체의 자치

45) 서원우, "국가기능과 자치단체기능의 재분배", 『고시연구』, 1987. 7, 85면 이하; 변재

권행사 영역의 축소를 수반할 가능성은 매우 크다.<sup>46)</sup> 그러나 필자는 지방자치단체의 조례제정활동에 있어 실질적인 제약은 입법자나 법실무자들이 다음과 같은 사고를 가지고 있는데 기인한다고 생각한다. 즉 지방자치단체는 법령의 범위내에서 자치입법권을 행사할 수 있다는 현행 법제에 근거하여 국가의 입법자는 필요할 경우에는 언제나 지역의 공적 사무에 관하여 법령으로 규율할 수 있다고 생각하고, 이를 전적으로 立法裁量으로 인식하고 있다는 점이 문제이다. 이와 같은 인식은 지방자치의 본질적으로 지역주민의 공적 사무는 지방자치단체가 스스로 조례를 정하여 처리할 수 있는 餘地를 부여하는 것이라는 지방자치제도의 취지를 간과하는 것이라고 아니할 수 없다. 지역주민의 공적 사무에 관한 법령의 제정은 가급적 자제되어야 한다.<sup>47)</sup> 이는 앞에서 소개한 독일 헌법재판소의 라스테데(Rastede)결정의 취지이다. 어떠한 업무가 범지역적으로나 국가 전반에 걸쳐 통일적으로 수행될 필요가 없는 한, 국가의 법령으로 이를 일률적으로 규율하는 입법태도는 단호히 지양되지 않으면 안된다. 이러한 인식은 사실상 지방자치법 제8조 이하에서 규정하고 있는 국가와 지방자치단체, 그리고 廣域地方自治團體와 基礎地方自治團體간의 사무배분기준에 관한 내용에서도 반영되어 있다. 그러나 동 규정상의 사무배분의 기준이 모호하고 중복적이어서 국가와 지방자치단체, 그리고 지방자치단체들간에 지역사무의 관할권을 구체적으로 정하는데 있어 차질이 있다는 지적이 있기는 하지만, 필자가 보기에는 동 규정의 내용이 갖는 이러한 문제점은 조례제정의 실제에 있어서는 결정적인 문제점은 되지 않고 있다. 오히려 보다 근원적이고 결정적인 문제점은 개별 법령들이 지방자치법 제8조 이하의 사무배분기준을 도외시하고 제정되고 있고, 그렇게 제정된 법령들은 지방자치단체의 조례가 법령에 위반될 수 없다는 헌법 제117조와 지방자치법 제15조의 규정에 의해 직접적으로 지방자치단체의 조례제정권 행사범위를 제약하고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 보다 더 심각한 문제는 과거 오랜 동안의 中央集權的 行政體制下에서 제정되었던 수많은 법령들이 본격적으로 개정되지 못하였기 때문에 많은

옥, “지방자치의 의의, 필요성 및 위기”, 『월간고시』, 1991. 1, 85면 이하 참조.

46) BVerfG, B. v. 7.10. 1980, BVerfGE 56, 298; K. Stern, Staatsrecht, Bd. 1, p. 415.

47) 지방자치권의 제약하는 조례제정의 한계에 관하여는 W. Blümel, Das Selbstverwaltungsrecht der Städte und Gemeinden, in : Blümel/Quaritsch (Hrsg.), FS für Ule, 1987, p. 19 이하.

현행 법령들에는 새로운 지방자치제도의 도입에 부합되지 아니하는 事務 管轄 權規定들이 대다수 그대로 남아 있다는 점이다.<sup>48)</sup> 즉 대부분의 행정사무의 경우는 개별적인 법령에 그 처리의 관할권이 규정되어 있고, 지방자치법 제9조 및 제10조의 配分基準과 부합되지 아니하는 것이 적지 아니하다.<sup>49)</sup> 예를 들어 지방자치법 제9조에는 교육에 관한 사무가 지방자치단체의 사무로 규정되어 있음에도 불구하고, 현행 지방교육자치에관한법률 제13조 및 제27조는 教育, 學藝에 관한 사무를 광역지방자치단체의 사무로 규정하여 基礎地方自治團體에 대하여는 教育에 관한 權限 자체를 근본적으로 否認하고 있는 점이 그것이다.<sup>50)</sup> 과연 그렇게 규정할 이유가 있는지 하는 점에 비추어 볼 때, 이는 위헌적인 법률이라는 주장이 제기될 만하다.<sup>51)</sup> 都市計劃의 樹立과 決定에 관한 사무도 마찬가지이다. 지방자치법 제9조는 지역의 균형발전을 위한 지역계획의 수립과 관련된 업무는 지방자치단체의 자치사무로 규정하고 있으나, 도시계획법상 일정한 규모 이상의 도시계획 결정권은 건설교통부장관에게 속해 있다. 다만 도시계획법과 동 법 시행령 등에서 그러한 도시계획 수립권한을 지방자치단체장에게 위임할 수 있는 근거조항을 두고 있다. 이러한 점은 住民의 公的 事務에 대한 관할권의 배분이 우선 國家의 立法權의 行使 如何에 달려있다는 데 기인한다.<sup>52)</sup>

48) 이러한 사무배분에 관한 基準은 법령의 制定時에 참고하거나, 또는 어떤 사무에 관한 법령상의 관할권규정이 없을 경우에 참고할 수 있는 것일 뿐이다.

49) 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무배분의 기준을 정하고 있는 지방자치법 제10조제1항과 관련하여 볼 때, 현행의 개별 법률에서 廣域市와 道의 사무로 규정하고 있는 것들 중에서, 군, 자치구의 주민 일상생활에 밀접한 관계가 있고 이를 광역시와 도의 배타적 관할로 하는 것이 불합리한 것으로 보이는 경우는 적지 않다. 예를 들어 소방사무와 교육사무가 그 대표적인 것이다.

50) 지방자치단체의 학교급식시설시원을 위한 조례제정(대전시 남동구)은 현행법상 교육, 학예에 관한 사무가 광역자치단체의 사무라는 점에서 위법한 것이라는 대전광역시와 내무부의 주장이 나왔고, 대법원에 소송이 제기된 바 있다. 대법원은 지방자치단체의 주민복지사업의 내용과 관련하여 "기초지방자치단체가 학교급식을 지원하는 것은 주민의 복리를 증진하는 의도에서 교육사무를 직접 수행하는 것이 아니라 지원하는 것에 불과하므로 임의적 사무에 속하고 이에 따라 기초지방자치단체의 조례제정이 가능하다"고 판시한 바 있다.

51) 이기우, "지방자치의 그늘, 지방교육행정", 「자치행정」, 1996. 5, 63면 참조.

52) 지방자치단체는 '법령의 범위안에서 자치권을 행사할 수 있다'는 것을 형식논리로 말하면 국가와 지방자치단체간의 사무배분에 있어서 국가의 입법자가 아무런 제한 없이 법령으로 정하여 국가사무로 하는 한 지방자치단체의 사무관할권은 그러한 범위 안에서 무제한적으로 제약될 수 있다는 결론에 이른다. 그러나 거기에는 내재적 한계가 있고, 그 한계가 바로 지방자치권의 본질부분에 대한 침해불가라는 점이다.

여하튼 우리나라에서 개별 법령들에 의하여 지방자치단체의 自治權의 內容은 크게 제약되어 있다는데 대하여는 異論이 없을 것이다. 개별 법령들이 본격적으로 정비되지 않는 한 지방자치단체의 조례제정의 活性化는 기대하기 어려울 것이다. 지방자치제도가 새로이 도입되어 시행된 이래 지방의회의원들의 발의에 의해 통과된 적지 아니한 조례안들이 상위법령에 위반된다는 이유로 대법원에 제소되었고, 그 중에서 대부분(1998년 6월 현재 약 86%)이 법령에 위반하는 것으로 무효판정을 받았다.<sup>53)</sup> 대부분의 사건에서 대법원은 과거 中央集權的 行政體制下에서 만들어진 법령의 규정, 특히 관할권규정에 위배된다는 이유로 제소대상이 되었던 조례안의 무효판결을 내리고 있다. 조례가 상위 법령에 어긋난다는 이유로 대법원에서 무효판결을 받은 사례로서는 최근 경기도의회가 제정한 경기도의회사무처설치조례중개정조례안에 관한 쟁송사건이 대표적이다.<sup>54)</sup> 물론 사법부의 입장에서는 쟁점이 된 사안에 대해서 일차적으로 관심을 가질 것이라는 점에서 일단 당해 판결들을 이해할 수 있으나, 사법부는 많은 경우에 있어서 당해 조례가 단순히 現行 法令의 管轄權規定 등에 부합되지 않는다는 이유만으로 條例의 無效를 선언할 것이 아니라, 提訴對象이 되었던 조례와 相衝되는 법령의 규정이 지방자치제도를 보장한 憲法規定에 違背되지 아니한가 하는 점을 보다 적극적으로 판단하여 憲法에의 合致性 여부를 심사할 수 있도록 해야 할 것으로 생각된다.

53) 지방자치의 조직 및 인사에 관한 조례제정이 법령에 위반된다는 사유로 대법원에서 무효로 판시된 사례와 헌법재판소에서 다루어진 사례에 대한 평석은 김해룡, “지방자치단체의 조직 및 인사고권”, 『저스티스』 2001, 8월호 참조.

54) 경기도의회는 1995년 6월 15일 경기도의 공무원 총정원을 초과하여 의회사무처 소속 공무원의 정원을 증원하는 것(112명에서 117명으로 증원)을 내용으로 하는 경기도의회 사무처설치조례중개정조례안을 제정하였다. 이에 대하여 경기도지사는 대법원에 동조례안의 재의결무효확인을 구하는 소를 제기하였다. 이 사건에서 대법원은 “이 사건 조례안의 내용은... 총정원의 범위 내에서 의회사무처의 직원 정수만 증원하는 것이 아니라, 지방자치단체에 두는 지방공무원의 정원을 결과적으로 늘리는 것을 내용으로 하는 것으로 보아야 할 것인 바, 이는 법 제103조제1항, 시행령 제14조제2항의 규정에 따라 미리 내무부장관의 승인을 받아야 할 것인데, ... 이 절차를 거치지 아니한 채 개정 조례안을 재의결한 것은 법 제103조, 시행령 제14조제2항에 위반된다.”, “헌법은 지방자치와 관련하여, ... 명시적으로 법령의 범위 내에서의 조례제정권을 인정하고 있으므로 대통령령으로 지방자치단체의 공무원, 특히 지방의회의 사무직원의 정원에 관하여 규정하는 것이 지방의회에 의한 지방자치단체의 정원조정에 관한 조례제정권의 자율성을 침해한다거나 지방의회제도의 본질에 반하여 헌법에 위배된다고 할 수 없다.”고 판결하였다(대판 1996. 10. 15. 95추56판결).

## 2. 機關委任事務의 止揚과 縮小

지방자치제도에 부합되지 아니하는 현행법령상의 사무관할권 문제를 해결하기 위하여 정부는 국가사무의 지방자치단체에로의 委任에 관한 규정을 통하여 많은 국가사무를 지방자치단체에 위임하고 있다. 그러나 이와 같은 국가사무위임 형식으로는 지방자치제도의 實質을 찾기 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면 주요한 政策 및 決定機能은 중앙행정기관에서 그대로 장악하고 사소한 執行機能만을 위임하고 있는 경우가 많기 때문이다. 이는 오히려 지방자치단체에게 부담이 된다.<sup>55)</sup> 특히 지방자치단체가 처리하는 국가위임사무가 地方議會의 統制 밖에 있는 機關委任事務로 이루어지고 있는 점도 적지 않은 문제이다.<sup>56)</sup> 이는 법규상 사무위임규정이 대체적으로 地方自治團體長의 이름으로 委任되고 있다는 위임규정의 形式 때문이라고 생각된다. 이는 종래부터 우리나라에서의 행정관할권 규정이 거의 獨任型조직 형태의 규범으로 되어 있는 점이 그 緣由라고 할 것인데, 필자는 國家委任事務들의 내용을 파악하여 단체위임사무와 기관위임사무로 재분류하고, 그에 맞도록 법규정상의 위임형식을 새로이 조정하거나 비록 형식적으로는 지방자치단체장의 이름으로 기관위임된 사항이라도 그 내용에 따라 團體委任 사무로 해석해야 할 것으로 생각된다.<sup>57)</sup> 기관위임사무는 지방자치단체의 장이 국가행정기관의 연장된 팔의 지위에서 수행하는 사무이기 때문에 지방자치회의의 조례제정권의 대상이 되지 아니한다. 현재 지방자치단체가 수행하는 사무 중 약 75%에 달하는 사무가 기관위임사무로 파악되고 있고, 그 대부분은 의미적으로는 지방자치단체 사무이어야 할 것들이 과거 중앙집권적 행정체제하에서 국가행정기관의 사무로 정해져 있는 것들을 국가사무의 지방이양에 관한 법령들에 의해 대폭 지방자치단체의 기관위임사무로 정하여 수행해 오기 때문이다. 이와 같은 기관위임사무와 그에 관한 법령들을 정비하는 것이 무엇보다도 중요한

55) 이러한 사정은 광역지방자치단체 사무의 기초지방자치단체로의 위임에 있어서도 마찬가지이다(김순은, “광역시와 자치구간의 제문제와 개선방안”, 한국지방자치학회보 제9권 제2호, 1997. 6, 55면 참조).

56) 기관위임사무는 地方議會의 조례제정의 대상이 되지 아니하고, 감사 및 조사권발동의 대상으로서도 매우 제한되어 있는 점에서 그러하다.

57) 현행법규정상 단체위임사무규정은 河川法 제33조제3항의 직할하천의 징용료징수권위임, 지방세법 제53조에 의한 道稅의 징수를 시, 군에 위임한 것 등 몇가지 예에 불과하다. 이에 관하여는 박윤훈, 「최신행정법강의(하)」, 박영사, 1998, 112면 참조.

지방자치단체의 조례제정활성화의 방안이 될 것이다.

현재의 개별법령상의 관할권규정의 대폭적인 개정작업이 어려울 것임은 물론이다. 이 문제를 해결함에 있어서 정부가 행하고 있는 국가사무의 地方移讓의 手段은 위임사무의 형태로 행하지 말고 조례로 정하여 수행할 수 있도록 특별입법을 마련하는 방법이 바람직할 것이다. 즉 지방자치단체의 장에게 기관위임하고 있는 국가행정기관의 사무들에 대하여 지방자치단체가 조례를 정하여 수행할 수 있도록 하는 법률을 제정하는 방법이다. 이와 같은 방법은 그 대상 사무가 사실상 法定事務 내지 法定된 團體委任事務化되어 地方議會의 조례제정권의 대상에 속하게되어 조례제정의 활성화에 크게 기여할 것으로 생각된다.

### 3. 地方自治團體의 條例制定 實務能力 擴充

지방의회가 조례를 제정함에 있어서 지방의회 의원들의 立法能力 向上과 立法專門人力의 양성, 그리고 條例案의 發議와 개발과정에서의 지역주민의 參與 活性方案 등은 지방자치단체의 조례제정의 활성화에 중요한 의미를 갖는다. 지방의회에서의 專門人力의 보강을 위해서는 지방의회 의원들의 有給補佐官制度의 導入도 필요할 것이다. 지역주민의 條例案 發議는 지방자치제도에 있어서 주민의 法的 地位에 비추어 그 도입에 晩時之歎의 感이 있으나, 조례안 발의와 관련된 요건이나 절차가 보다 간소화될 수 있기를 기대하며, 더 나아가서 공익목적의 활동을 하는 市民團體(Non-Government Organisation)들이 지방자치단체의 조례제정에 있어서 실질적으로 기여할 수 있는 방안도 강구될 필요가 있다. 많은 전문지식을 가진 사람들이 참여하고 있고, 환경보호나 청소년보호등 지역의 공적 사무에 체계적인 조사업무도 벌이고 있는 시민단체들이 조례안의 개발과정에 참여하는 것은 큰 의미가 있을 것이다.

끝으로 一部 지방자치단체 議員들의 資質問題나 一部 地方自治團體장들의 腐敗問題, 그리고 지방자치단체들의 地域的 利己主義的 行態들에 근거하여 地方自治權 行使範圍의 縮小論이나 기초지방자치단체장의 直選制 廢止論이 오늘날 제기되고 있으나, 本考에서 지방자치단체의 條例를 다룸에 있어서 이러한 論議點은 도외시하였다. 그 이유는 그와 같은 문제점들은 地方自治法制를 고찰함에 있어 고려될 필요는 있다고 하겠으나, 지방자치제도의 定着과 發展에 있어서 나타날 수 있는 部分的인 現象으로서 지방자치제도의 발전에 있어서 본질적인 문제는 아니라고 보고 싶기 때문이다.