

# 자치입법의 현황 및 문제점과 발전방향

문 상 덕\*

## 차 례

- I. 서 론
  - 1. 지방자치의 의의와 필요성
  - 2. 지방자치와 자치입법의 상관성
- II. 자치입법제도와 자치법규의 현황
  - 1. 현행법상의 자치입법제도
  - 2. 자치법규의 현황
- III. 자치입법의 문제점
  - 1. 개설
  - 2. 자치입법의 한계와 관련하여 : 위임조례의 문제
  - 3. 자치입법의 대상사무와 관련한 문제
  - 4. 국법과 자치입법과의 관계 미정립으로 인한 문제
- IV. 자치입법의 발전방향 : 결론에 갈음하여
  - 1. 기본 입장
  - 2. 조례에 대한 법률유보론의 극복과 자치입법권의 확대
  - 3. 자치입법대상사무의 확대 : 지방분권의 확대강화
  - 4. 자치입법을 고려하는 국법입법원칙의 확립

\* 서울시립대 법학전문대학원 교수, 법학박사

## I. 서론

### 1. 지방자치의 의의와 필요성

오늘날 지방자치의 의의 및 그 이념적·실제적 필요성에 대하여는 새삼 언급할 필요조차 없을지 모르겠으나, 본고(本稿)에서 논의할 자치입법의 중요성과 그 확대 보장의 필요성을 고려할 때, 그 기본토대가 되는 지방자치의 의의와 필요성에 관하여 재삼 생각해 보고자 한다.

보통 지방자치(Local Autonomy)란, 일정한 지역을 기초로 하는 지방자치단체가 국가의 감독 아래서 자치권을 기초로 하여 자기의 사무를 그 지역 주민의 의사를 바탕으로 자기의 기관과 재원에 의하여 독자적으로 수행하고 그 결과에 대하여 책임을 지는 지역적 자치제도라고 정의할 수 있다. 이러한 지방자치에는 주민자치(住民自治)적 요소와 단체자치적 요소가 혼재되어 있는데, 지방자치는 원리적으로 자기결정의 원리로서의 민주주의를 지역적인 차원에서 실현하는 것으로서, 지역의 주권자인 주민들의 자기결정권에 기초한 정치조직원리이므로, 지방자치에서는 주민자치가 그 실제적·본질적 요소가 되고 단체자치는 지방자치를 법기술적으로 보장하는 수단이 되는 것이라고 할 수 있다. 현대의 이상적인 지방자치는 단체자치와 주민자치의 양 측면이 결합되어 조화를 이룰 것이 요망되는데, 그것은 대외적으로는 지방자치단체가 국가(중앙정부)로부터 가능한 독립하여 자신의 문제를 자주적으로 처리할 수 있는 자치권을 실질적으로 보장받고, 대내적으로는 그러한 자치권을 보유한 지방자치단체의 구성과 운영이 주민들의 의사에 따라 민주적·자율적으로 이루어질 수 있는 제도와 문화가 정착됨으로서 충족될 수 있을 것이다.

한편, 지방자치는 민주주의국가의 구성원리인 동시에 민주주의를 실천하는 기본요소이기도 하다(풀뿌리 민주주의). 따라서 현대국가와 시민사회의 민주주의적 발전에 있어서 지방자치는 핵심적인 기능을 수행하는 것이다. 주민들은 지방자치과정을 통하여 스스로 대표기관을 선출하거나 직접 지역의 정치·행정과정에 참여하고 협력함으로써, 민주주의의 기본원리인 자율과 참여, 자기책임의 원리를 지역단위에서 실천해 갈 수 있

다. 이와 같이 지방자치의 제도적 구조화는 주민의 민주적 정치교육에 기여할 뿐 아니라(민주주의의 학교), 전제 또는 독재체제의 출현을 막는 방파제 역할을 수행함과 동시에 지역적 인재의 발굴과 육성을 통하여 정치·행정적 경험과 높은 식견을 겸비한 전국적 수준의 인재를 확보하는 데에도 유용하다. 또한 지방자치의 보장을 통하여, 지역적 특수성과 주민요망을 반영하는 맞춤형행정이 가능하게 되고, 각 지역공동체의 유지·관리와 이해관계의 조정, 주민복리의 향상 등을 위한 탄력적 현장행정이 가능할 수 있다. 나아가 지방자치는 새로운 정책과 집행의 실험실이자 검증장치의 기능을 수행할 수도 있다.<sup>1)</sup> 새로운 정책과 제도를 부분사회인 지역차원에서의 사전 실험을 거쳐 검증함으로써, 일시적 확대 시행에 따르는 위험 부담이나 시행착오를 예방하거나 최소화할 수 있는 것이다. 일정한 지역에서 실시되어 그 유용성이 검증된 정책이나 제도는 주변 지방자치단체의 벤치마킹을 통하여 급속히 확산되는 경향이 있고, 이윽고 국가적 차원의 정책이나 제도로까지 발전될 가능성도 적지 않은 것이다.<sup>2)</sup>

마지막으로 지방자치는, 종래의 중앙집권적 효율성 중심으로 산업사회로부터 다양성과 다원성·창의성이 중시되는 분권적 지식정보문화사회로의 전환이 요구되는 시점에서, 종래의 수평적 권력분립(입법권·행정권·사법권)에다가 ‘수직적 권력분립’을 더함으로써, 정치·행정·사회·경제·교육·문화 등 사회 제반 분야에서의 다원적 분화와 그에 따른 고유성과 자율성·다양성의 증진에 기여하여, 현재와 미래의 국가발전에도 기여할 수 있다고 생각된다.<sup>3)</sup>

- 
- 1) 이러한 관점에서 볼 때 자치입법인 조례도 국법에 대하여 지역실험법의 의미를 갖는 것이라고 하겠다(松永邦男, “自治立法權の意義”, 猪野 積(著), □□條例と規則(1)□□(新地方自治法講座2), ぎょうせい, 1997, 9-10頁).
  - 2) 예컨대, 청주시에서 조례 제정을 통하여 전국 최초로 도입되었던 행정정보공개제도가 동 조례에 대한 대법원의 합법판결을 계기로 하여 전국의 다른 지방자치단체에게도 급속히 전파되었고, 이윽고 국가차원의 정보공개에 관한 법률의 제정에도 적지 않은 영향을 미쳤음은 주지의 사실이다.
  - 3) 헌법재판소도 그 결정(헌법재판소 1991. 3. 11 선고 91헌마21 결정)을 통하여, “지방자치는 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현하는 제도적 장치로서 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민에 의한 자기통치를 실현하는 것이다. 즉, 지방자치의 제도적 목적은 풀뿌리 민주주의를 이념적 배경으로 하여 각 지역의 실정을 잘 파악하고 있는 주민이 직접 또는

## 2. 지방자치와 자치입법의 상관성

이와 같은 지방자치의 현대적의 의의와 실제적 필요성을 감안할 때, 지방자치단체의 자기결정의 핵심요소라고 할 수 있는 자치입법의 문제를 검토하는 것은, 지방자치제도 자체의 개선을 위해서 뿐 아니라 주민의 복리 증진 및 국가사회의 현대적인 발전을 도모하기 위해서도 매우 가치 있고 중요한 의미를 갖는 것이 될 것이다. 그리고 자치입법의 문제도 이러한 지방자치의 의의와 필요성의 공감 위에서, 그 현상과 문제점이 진단 되고 발전방향이 모색되는 것이 바람직한 것이다.

자치입법은 지방자치단체가 자신의 사무에 대하여 스스로 일정한 법적 규율을 설정하는 행위 내지 그러한 행위에 의하여 형성된 자치적 법규 자체를 말하는 것으로, 자치입법권은 지방자치단체의 자치권의 핵심적 요소를 이룬다. 특히 자치입법이 지방자치단체의 자기결정의 표현이자 자기 규율의 중핵이라는 점에서, 그것은 지방자치의 본질적 요소를 이루는 것이라고도 할 수 있다. 이런 점에서, 어느 국가의 지방자치의 발달 수준은 자치입법권의 보장 정도에 의해 가늠될 수 있다고 보아도 지나치지 않을 것이다.

오늘날 지방자치의 확대 보장을 위한 지방분권 개혁은 전 세계적인 조류(潮流)가 되고 있다. 우리나라에 있어서도 1991년 지방자치의 전면 복원이 이루어진 이후 바야흐로 지방자치의 재도약기에 접어들고 있다. 사실 지방자치제도의 도입과 그 발전은 중앙정부 차원의 단순한 시혜나 국정개혁의 결과로서만 평가될 수 없는 것이다. 지방자치제도와 자치권의 보장은 우리 헌법의 규범적 명령이기 때문이다. 따라서 지방자치의 이념 내지 본질을 충실히 구현할 수 있는 지방자치법제를 설계하고 그 구체적인 발전방안을 강구하는 일은, 헌법적 당위의 실천이자 민주주의의 발전

---

그 대표자로 하여금 지역의 공동관심사를 지역의 실정에 맞게 자주적으로 결정하고 실현하도록 함으로서 국민주권주의와 민주주의이념을 구현하는 데 있다. 나아가 지방자치의 제도적 의의에 대해서는, 현대 입헌국가의 통치원리인 권력분립원리를 지방차원에서 실현하고 헌법이 보장하고 있는 선거권·공무담임권 등 국민의 기본권의 신장에도 크게 기여하는 제도이다.”라고 판시함으로써 지방자치의 의의를 높이 평가한 바 있다.

을 위한 시대적 과제를 수행하는 것이다. 자치입법의 문제도 바로 이러한 차원에서 더욱 진지하게 검토되고 그 발전방향이 모색될 필요가 있다고 본다.

## II. 자치입법제도와 자치법규의 현황

### 1. 현행법상의 자치입법제도

자치입법의 실정법적 근거는 먼저 헌법 제117조 제1항에서 찾을 수 있는바, 동 조는 “**지방자치단체는** 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, **법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.**”고 규정하고 있다. 이렇게 헌법이 지방자치를 제도적으로 보장하면서 그 내용의 하나로 지방자치단체에게 자치법규의 정립권한을 부여한 것은, 법규범의 정립자(定立者)와 수범자(受範者) 사이의 거리를 좁힘으로써 지역적인 특성과 정책목적 등을 고려한 자율적인 법적 규율과 탄력적인 법형성을 가능하게 하기 위한 것이라고 할 것이다.<sup>4)</sup>

이러한 헌법조항에 기하여 그 구체화법인 지방자치법은 제22조를 통하여 자치입법의 핵심 법형식으로서 ‘조례’를 도입하고 그에 관하여 “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.”고 규정하고 있다. 그리고 제9조에서 지방자치단체의 사무범위에 “조례·규칙의 제정·개정·폐지 및 그 운영·관리”를 넣고 있고 제39조에서는 조례의 제정·개정 및 폐지를 지방의회의 의결사항으로 규정하고 있기도 하다. 또한 법 제23조는 하위 자치법규로서 “규칙”을 규정하고 “지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.”고 함으로써, 국가차원의 법률—행정입법의 법령체계에 대응하여 지방차원에서도 조례—규칙의 자치법규체계를 설정하고 있다. 한편 지방고

4) 줄고, “자치입법의 위상과 기능 재고”, 「행정법연구」 제7호, (사)행정법이론실무학회, 2001.9, 75쪽.

육자치에 관한 법률 제25조 제1항은 “교육감은 법령 또는 조례의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 교육규칙을 제정할 수 있다.”고 하여, 시·도 단위의 자치교육행정의 책임자인 교육감에게 자치입법으로서의 “교육규칙” 정립권을 부여하고 있다.

한편 지방자치단체 간 자치입법의 한계로서 법 제24조는 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙을 위반하여서는 아니 된다.”고 하여 자치입법의 체계상 광역지방자치단체의 자치법규를 그 관할 구역을 같이 하는 기초지방자치단체의 자치법규보다 상위의 것으로 설정하고 있다. 이것은 광역지방자치단체인 시·도가 기초지방자치단체인 시·군 및 자치구의 법적 상급단체는 아니지만, 그 구역과 주민이 중첩되는 관계로 자치법질서의 통일성과 자치법규간의 정합성의 확보를 위하여, 광역지방자치단체의 자치법규를 기초지방자치단체의 자치법규의 우위에 둔 것으로 볼 것이다.

그리고 자치입법의 제정 절차 등과 관련해서는, 지방의회가 의결한 조례안에 대하여 지방자치단체의 장이 이의가 있을 때 재의를 요구할 수 있게 하고, 재의요구에 대하여는 지방의회가 재의에 부쳐 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 가중된 정족수로 재의결하는 경우에만 조례로서 확정되며, 확정된 조례안에 대하여 지방자치단체의 장이 여전히 법령에 위반된다고 판단하는 경우에는 대법원에 소를 제기할 수 있고(단체장이 제소하지 않을 때에는 주무부장관의 제소 지시 또는 직접 제소 가능) 필요한 경우 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수도 있다는 점 등을 규정하고 있다.

마지막으로 지방자치단체는 조례 위반행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있고(법 제27조 제1항), 자치입법으로서의 조례나 규칙을 제·개정하거나 폐지할 경우, 조례는 지방의회에서 이송된 날부터 5일 이내 그리고 규칙은 공포예정 15일 전에, 시·도지사는 행정안전부장관에게, 시장·군수 및 자치구의 구청장은 시·도지사에게 그 전문(全文)을 첨부하여 각각 보고하게 하고 있고(법 제28조), 보고를 받은 행정안전부장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하도록 하여, 전국 각 지역에서 수시로 제·개정, 폐지되는 자치법규의 전체현황을 중앙

정부의 기관들이 상시적으로 파악할 수 있도록 하고 있다.

## 2. 자치법규의 현황

그동안 자치입법의 양적 증가와 함께 그 내용에 있어서도 지역적 실정을 반영하거나 주민의 입법수요에 대응하는 창의적이고 특색 있는 조례 등의 제정사례가 증가한 것은 사실이다. 우리나라에 있어서도 지방자치의 복원 전과 비교할 때, 지방행정의 준거법으로서 자치입법이 한층 중시되거나 그 활용빈도가 높아지고 있는 것이다. 이렇게 자치입법이 양적·질적으로 확대·심화되면, 행정측에서나 주민측에서나 자치법규가 행정활동 또는 일상생활에 있어서 중요한 규범적 척도(規範的 尺度)로서 자리 잡아가게 될 것이다. 그러면 먼저 최근의 자치법규에 관한 운영현황부터 살펴보자. 2008년 말 현재 전국의 246개 지방자치단체(광역 16, 기초 230)가 보유하고 있는 자치법규는 사상 처음으로 7만 건을 넘어서, 70,240건에 달하고 있다. 그 중 조례가 48,341건으로, 광역지방자치단체의 조례가 4,373건(시·도 평균 273건), 기초지방자치단체의 조례가 43,968건(시·군·구 평균 191건)이다. 또한 규칙의 경우에도 총 21,899건에 이르고 있는데 그 중 광역지방자치단체의 규칙이 2,011건(시·도 평균 126건), 기초지방자치단체의 규칙은 19,888건(시·군·구 평균 86건)이다.

2008년도 자치법규 운영현황<sup>5)</sup>

(단위:건)

구분		2007년말 보유①	운영총계 (②+③+④)	제정②	개정③	폐지④	증감 ②-④	2008년 보유⑤
총계		66,984	19,206	4,340	13,782	1,084	3,256	70,240
조례	소계	45,711	13,487	3,344	9,429	714	2,630	48,341
	광역	4,074	1,646	420	1,105	121	299	4,373
	기초	41,637	11,841	2,924	8,324	593	2,331	43,968
규칙	소계	21,273	5,719	996	4,353	370	626	21,899
	광역	1,950	781	136	570	75	61	2,011
	기초	19,323	4,938	860	3,783	295	565	19,888

5) 출처: 행정안전부홈페이지>실·국>지방행정국>자치법규: 2008년도 자치법규운영현황 (게시번호408)(<http://www.mopas.go.kr/gpms/ns/mogaha/user/userlayout/bulletin/bonbu/admi/>)

이러한 통계현황은, 민선 지방의회 출범(1991년) 직후인 1992년도와 현재로부터 약 10년 전인 1998년도 및 5년 전인 2003년도의 자치입법의 현황과 비교해 보면,<sup>6)</sup> 일정한 변화(증가)의 양상을 확인할 수 있다.

1992년 · 1998년 · 2003년 자치법규 운영현황<sup>7)</sup>

(단위 : 건)

연도별	계	조례			규칙		
		소계	광역시	기초	소계	광역시	기초
1992	49,726	33,856	2,888	30,968	15,870	1,663	14,207
1998	51,505	33,052	3,074	29,978	18,453	2,537	15,916
2003	59,148	37,814	3,333	34,481	21,334	1,977	19,357

전체적으로 자치법규의 총수는 당시에 비하여 현재 대략 2만 건 정도 증가한 것을 알 수 있다. 그리고 지방자치 복원 초기의 몇 년간은 자치법규의 양적 증가가 별로 이루어지 않은 것 역시 확인할 수 있다. 먼저 핵심적 자치법규인 조례의 경우를 살펴보면, 광역자치단체의 조례는 1998년 3,074건에서 2008년 4,373건으로 10년간 1,299건 늘어 시·도별 평균 81건 증가하였고, 기초자치단체의 조례는 1998년 29,978건에서 2008년 43,968건으로 13,990건 늘어 시·군·구별 평균 61건 증가하였음을 알 수 있다. 이것은 개별 지방자치단체를 기준으로 볼 때 지난 10년간 매년 평균, 광역자치단체 약 8건, 기초자치단체 약 6건 정도 조례가 증가한 결과가 된다.

다만 2003년 이후 최근 5년간의 변동 추이만을 살펴보면, 광역자치단체의 조례는 2003년 3,333건에서 2008년 4,373건으로 5년간 1,040건 늘어 시·도별 평균 65건 증가하였고, 기초자치단체의 조례는 2003년 34,481건에서 2008년 43,968건으로 9,487건 늘어 시·군·구별 평균 41건 증가하였

userBtView.action?userBtBean.bbsSeq=1014669&userBtBean.ctxCd=1147&userBtBean.ctxType=21010002&searchKey=1&searchVal=&currentPage=1)

- 6) 기간설정은 필자가 임의로 정한 것으로서, 1991년 지방의회가 출범하여 1년간의 성과를 확인할 수 있는 1992년과 최근의 2008년말과의 사이에 약 5-6년의 간격으로 기간을 나누어 조례 제정 등의 변화의 추이를 살펴보고자 한 것이다.
- 7) 출처: 행정안전부홈페이지>실·국>지방행정국>자치법규: 1992년 · 1998년(계시번호5 10년간 자치법규운영현황), 2003년 자치법규운영현황(계시번호4)를 참고로, 필자가 재구성하였음.



음을 알 수 있다. 이것은 개별 지방자치단체를 기준으로 볼 때 지난 5년간 매년 평균, 광역자치단체 약 13건, 기초자치단체 약 8건 정도 조례가 증가한 결과가 된다.<sup>8)</sup>

그동안 조례의 총수 증가는 있었지만, 지방자치의 복원 및 제도약기를 보낸 지난 10여년의 기간을 감안할 때, 의외로 단위 지방자치단체별 조례 수는 그다지 크게 증가한 것은 아님을 알 수 있다. 조례 수의 양적 증가가 전적으로 자치입법의 발전을 의미하는 것으로 평가될 수는 없을 지라도, 조례 수의 증가가 생각보다 크지 않았다는 것은, 지방자치단체에 대한 조례제정권의 보장이 충분하지 않았거나 혹은 지방자치단체 자체의 조례제정권의 행사가 그다지 활발하지는 않았다는 점을 추측케 하는 단초가 된다. 양 자의 원인이 상호 복합적으로 작용하였을 가능성도 적지 않다. 다만, 최근 10년간의 개별 지방자치단체 보유 조례 수의 평균 증가율보다 최근 5년간의 증가율이 상대적으로 높게 나타나고 있는 점은 그나마 다행인 것으로 보인다. 아무래도 근년 들어 자치입법의 수요가 점차 증가하고 국가사무의 지방이양이 지속적으로 늘어나면서, 그리고 지방자치단체의 자치입법 역량 또한 조금씩은 향상되면서 나타나는 긍정적 청신호가 아닌가 생각된다. 하지만 현 단계에 있어서도 자치입법의 전반적인 현황은 결코 적극적으로만 평가할 수 있는 모범적인 상황은 아닌 것으로 판단된다. 그것은 후술하듯이, 조례 수의 상대적 증가에도 불구하고, 증가하는 대부분의 조례가 법령의 위임에 의한 위임조례이거나, 이러한 위임조례들이 대체로 중앙정부의 관련 부처가 제시한 표준조례를 일률적·무비판적으로 모방한 입법의 형태를 보이고 있으며, 기타 그 이외의 조례들도 내용적으로 보면 선언적·훈시적 의미 내지 자치단체의 내부 조직규율적 의미를 가지고 있는 경우가 다수를 차지하기 때문이다.<sup>9)</sup>

8) 물론 이러한 평균치는 지방자치단체마다의 개별적 현황 차이까지를 명확하게 보이는 것은 아니다. 아무래도 인구규모가 크고 조례에 대한 입법수요가 큰 지방자치단체의 경우에 상대적으로 조례의 증가 정도가 크다는 점을 부인할 수 없기 때문이다.

9) 자치입법의 최근 현황에 관한 보다 자세한 연구로는, 최환용, “자치입법체계 및 실태 조사연구-광역지방자치단체의 자치입법을 중심으로”, 한국법제연구원 연구보고서, 2008.11; 및 동인의 “기초지방자치단체의 자치입법 실태와 법제 발전방안”, 한국지방자치법학회·한국법제연구원 공동학술대회 발표자료집, 2009.11.13, 3-24쪽을 참조 바

### Ⅲ. 자치입법의 문제점

#### 1. 개설

우리나라의 자치입법 특히 그 중에서도 조례의 경우를 대표로 그 문제점을 살펴보면, 지방자치의 본질 내지 이념과 헌법의 지방자치 보장의 정신에 비추어 볼 때 단적으로 조례입법권이 상당히 제약되어 있어서 제대로 된 자치입법권의 행사가 이루어지고 있지 못하다는 점을 문제로 지적하지 않을 수 없다. 현재와 같이 자치입법이 전반적으로 위축되어 충분히 전개하지 못하는 이유와 배경을 자치입법에 관한 제도(법제)와 운영의 측면을 중심으로 분석해 보면 다음과 같은 문제점들을 지적할 수 있다고 생각한다.

첫째, 무엇보다도 제정되는 조례 중에 위임조례의 비중이 지나치게 크다는 문제를 지적하고 싶다. 지방자치단체가 자주적인 입법정책에 입각하여 자율적으로 정립하는 자주조례도 일정 정도 제정되고 있는 것은 사실이지만, 이러한 자주조례들은 행정조직 내부에 대한 규율이나 내용적으로 주로 선언적·훈시적·절차적 규율 등을 담는 경우가 많고, 법규로서의 본질과 관련된 이른바 규제조례(規制條例)<sup>10)</sup>의 경우에는 지방자치법 제22조 단서의 규정에 따라 원칙적으로 법률의 위임에 의한 위임조례만이 존재하다는 것이다. 아래에서 다시 상세히 살펴보겠지만, 위임조례는 엄격히 말한다면 - 조례에 따라 차이는 있겠으나 - ‘자치(自治)’입법으로서의 자주성이 매우 제약되거나 훼손된 채 형성되는 자치법규임을 부인하기 어렵다. 국법의 시행규칙이라고도 폄하될 수 있는 이러한 위임조례는 결과적으로 자치입법이라기보다는 ‘타치(他治)’입법의 성격을 가지는 것이고, 이러한 위임조례가 중요 조례의 대부분을 차지하는 자치입법의 현실

---

람. 최박사의 경우에도 조례의 양적 증가에도 불구하고 그 입법양태 내지 내용의 면에서는 여러 가지 한계와 문제점이 노출되고 있는 것으로 분석하고 있다.

10) 규제조례란 지방자치법 제22조 단서(“다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”)에서 규정하는 바와 같은, 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙(형벌 제외) 등 주민에게 침익적 내용을 담는 조례를 의미하는 것으로 한다.

은 문제라고 진단하지 않을 수 없다는 것이다.<sup>11)</sup>

둘째, 조례는 기본적으로 극히 일부 존재하는 단체위임사무를 제외하고는<sup>12)</sup> 지방자치단체의 고유사무로서의 자치사무를 대상으로 제정될 수 있는 것인데(기관위임사무의 경우에도 법률의 위임이 있는 경우에는 조례 제정이 가능하나 이것은 어디까지나 예외적 현상으로 보아야 할 것이다), 그동안의 지방분권 개혁의 성과에 따라 자치사무의 범위가 일정 정도 확대되기는 하였지만, 종래의 과도한 중앙집권적 행정체제의 영향으로 여전히 자치사무의 범위는 상당히 한정되어 있고, 중앙정부가 법령을 통하여 어떠한 사무를 창설할 경우에 그 처리권한을 지방자치단체로 바로 이양하지 않고 국가의 행정청의 권한으로 설정한 다음에 이를 하위 시행령 등을 통하여 지방자치단체의 장에게로 기관위임하는 방식을 다용함으로써 자치사무의 범위는 상대적으로 더욱 위축될 수밖에 없었다. 이와 같이 조례의 제정대상 범위가 그다지 넓지 못하였다는 문제점은, 그동안의 지방이양과정을 통하여 어느 정도 해소되고는 있으나 중앙정부의 각 부처 이기주의의 영향도 있고 하여 여전히 근본적으로 해소되었다고는 하기 어려운 실정이다.

셋째, 국법인 법률과 그 시행령·시행규칙 등의 법규명령이 지방자치단체의 사무에 관하여 지나치게 세밀하게 규율하고 있어서, 그러한 법령에 위반하지 않는 한도에서 하위법규로서 조례 등을 제정하기에는 자치입법의 여지가 사실상 별로 많지 않다는 문제가 존재하고 있다. 국가의 법령은 원리상 자치사무를 포함하여 지방자치단체가 처리하는 모든 사무에 관하여 법적 규율을 설정할 수 있는 것이지만, 그렇다고 하여 자치사무에 까지 국가의 법령이 지나치게 세밀하게 규율하게 되면, 그 범위 안에서만 정립될 수 있는 조례의 실질적 형성여지가 거의 없게 되는 것이다. 일례

11) 위임조례 과다의 문제상황은, 광역자치단체보다는 기초자치단체에서, 기초자치단체 중에서는 시·군보다는 자치구에서 더욱 심각한 것으로 보고되고 있다(최환용, “기초지방자치단체의 자치입법 실태와 법제 발전방안”, 한국지방자치법학회·한국법제연구원 공동학술대회 발표자료집, 2009.11.13, 4-8쪽을 참조 바람.)

12) 단체위임사무는 현행 법령상 그 예가 거의 없는 상황이므로, 조례제정대상과 관련해서는 이 이상 특별히 언급하지 않는다. 향후 사무구분체계개선에 있어서는 유명무실한 단체위임사무를 이를 폐지하는 것이 바람직하다고 본다.

로 많은 생활관련 법령에서, 법령 위반 사업자에 대한 행정제재처분권을 시·도지사 내지 시장·군수 등에게 부여하여 이를 자치사무화하고 있으면서 그 위반행위의 유형과 그에 따른 제재처분의 기준은 구체적으로 대통령령이나 소관 행정각부의 장관의 부령으로 정하도록 하고 있으나, 이에 따라 제정된 시행령 내지 시행규칙에서의 제재처분의 기준은 매우 상세하고 구체적이라서 자치사무를 처리하는 지방자치단체의 장의 재량권을 상당정도 압박하고 있으며, 지역 차원에서 조례로 그 이상의 제재기준을 정하는 것이 사실상 불가능할 정도로 상세한 처분기준을 법령이 설정하고 있다.<sup>13)</sup>

넷째, 자치입법의 주체로서의 지방자치단체의 입법역량 부족의 문제가 크게 개선되지 않고 있다. 이러한 자치입법역량 부족의 문제는 진정한 자치입법의 역사가 일천하고 자주적인 입법경험이 많지 않은 우리나라의 지방자치단체에게는 불가피한 현상이겠으나, 지방자치 복원 이후에도 여전히 -앞에서 언급한 바와 같은 제도적 한계와 사실상의 제약의 원인도 크겠으나- 근본적인 개선이 이루어지고 있지는 못하다. 특히 중소 규모의 지방자치단체에서 이러한 현상은 더욱 심각한 것으로 보인다.

다음에서는 이러한 4가지를 현재의 우리나라의 자치입법의 핵심적 문제점으로 지적하면서 개별 문제상황별로 좀 더 구체적인 진단과 분석을 제시해 보고자 한다.

## 2. 자치입법의 한계와 관련하여 : 위임조례의 문제

### (1) 조례와 법률(법령)우위의 적용원칙

조례 역시 지방자치단체의 입법권 행사의 산물이라는 점에서, 그리고 주민들의 권리의무와 직결되는 법규적 효력을 갖는 것이라는 점에서, 현대 헌법체제의 핵심적 원리인 법치주의의 적용을 피할 수는 없다. 특히

---

13) 예컨대 식품위생법 제75조 ①③항, 공중위생관리법 제11조 ①②, 여객자동차운수사업법 제85조 ①③ 등 참조. 위 규정에 근거하여 같은 법 시행령 또는 시행규칙에서 위반행위의 유형과 정도 및 그에 상응하는 제재적 행정처분의 기준을 별표(別表)를 통하여 매우 상세하게 규정하고 있다.

법치주의가 크게 법률의 우위와 법률의 유보로 구성된다고 할 때, 전자인 법률의 우위의 원칙은 의문의 여지없이 조례 내지 자치입법권에도 그대로 적용된다. 자치입법권의 행사로서의 조례는, 당연히 국가 최고의사이면서 전국적으로 적용되는 국법인 법률과 그 시행법규에 위반되어서는 안 될 것이다. 실제 조례에 대한 법률 내지 법령 우위의 원리의 적용을 부정하는 견해는 찾아보기 어렵다. 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조 본문이 조례를 “법령의 범위 안”에서 제정할 수 있다고 하고 있는데, 이 법령의 범위 안에서의 의미를 ‘법령에 위반하지 않는 범위 내에서’로 해석하는 데에 거의 일치하고 있으며 판례도 일관되게 같은 입장을 견지해 오고 있다.<sup>14)</sup>

지방자치단체 자체가 국가에 의하여 설립되고 그 존립이 보장되는 존재이며, 그 자치입법 역시 국법체계의 일부를 구성하고 전체적으로 국가법질서의 유지에 기여하는 국내법규라면, 지역법규인 조례가 전국적으로 적용되는 법률과 법규명령에 위반되는 경우에도 이를 허용된다면, 국법질서의 혼란과 법체계간 모순이 발생할 수 있으며 이러한 결과는 부분적 지역사회법으로서의 자치입법의 허용 범위를 벗어나는 것이라고 할 수 있다. 따라서 조례의 자치입법적 성격을 강조하는 경우에도 그 법적 한계로서 법률(법령)우위의 적용을 부인하는 것은 불가하다.

그러나 지방자치법 제22조 단서에 표현된 조례에 대한 법률유보의 적용문제는, 종래 학계에서 위헌설과 합헌설 등 해석 논쟁<sup>15)</sup>을 초래하기도 하고 실제 조례입법의 가장 강력한 제약요소가 되는 등 적지 않은 문제점을 야기하였다.<sup>16)</sup>

14) 대법원 2000.11.24 선고 2000추29 판결 “지방자치법 제15조(현행법 제22조)에서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다.”

15) 학설의 자세한 소개는, 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2009, 302-304쪽, 306-309쪽을 참조하기 바람.

16) 위임조례의 법제실무상 문제상황에 관하여는 조정찬, “위임조례 위주의 조례입법 국

## (2) 조례와 법률유보(법률위임)의 적용문제

### 1) 문제의식

지역적 규범척도로서의 조례가 개별 지방자치단체의 ‘자치적’ 입법이라면, 무엇보다도 조례의 제·개정 및 폐지 등의 입법활동이 지방자치단체의 자주적 입법판단과 규범정립의사 및 창의적인 발상에 기초한 것이어야 할 것이다. 하지만 현재의 대부분의 중요 조례들이 국가의 법률이 위임함으로써 제정될 수 있거나 제정되어야만 하는 ‘위임’조례의 성질을 갖고 있다는 점에서, 자치적 입법으로서의 조례의 위상과 기능은 실제로는 그다지 구현되고 있지 못한 실정이다.

위임조례는 실제 법령에 의한 입법명령 내지 입법근거의 설정을 기초로 이루어지는 것이어서 법령의 시행법규적 성격을 갖기가 쉽고 따라서 법형식은 조례라고 하더라도 자주적 입법으로서의 성격은 매우 약한 경우가 많다. 문제는, 권리의무와 관련되는 규제를 설정하는 강행적 자치법규로서의 조례는 원칙적으로 위임조례로 밖에 존재할 수 없다는 것이다. 따라서 위임조례 이외의 이른바 자주조례들은 대부분이 선언적·훈시적·절차적, 내부 조직 규율적 성격의 것들로만 존재하게 된다. 따라서 이러한 현재의 조례법규가, 과연 진정한 의미의 자치입법이라고 할 수 있을 것인지에 대하여 의문이 들지 않을 수 없다.<sup>17)</sup>

---

복방안”, 지방자치법연구 통권 제8호, (사)한국지방자치법학회, 2004.12, 33쪽 이하 참조.

17) 비록 대법원이 다음과 같이 법령취지 해석을 통하여 조례의 제정가능성을 논리적으로 확장하고자 하고는 있지만, 이러한 경우에도 당해 조례 자체의 내용이 규제적 내용을 갖는 것이면 법률의 위임이 없는 한 조례와 법령간의 입법취지 해석만으로는 그 합법성이 최종 보장되지 않는다. 이것은 우리나라와 달리 법률의 위임 없이도 단지 입법취지에 관한 해석을 통하여 법령에 반하지만 않으면 조례가 허용될 수 있는 일본의 경우와 다른 점이다. “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.”(대법원 2007.12.13. 선고 2006추52 판결)

원래 이론적으로 조례의 법적 성질에 관하여는, 조례위임입법설과 조례 자주입법설이 주장되어 왔다. 조례위임입법설은 조례는 전래적 법원으로서 조례제정권은 국가로부터 부여된 것이며, 헌법으로부터 법률, 그리고 법률의 수권에 의하여 명령, 조례가 제정되므로, 조례도 위임입법의 일종이라고 한다. 이에 대하여 조례자주입법설은 고유권설에 입각한 시원적 자주입법설과 전래설에 입각한 전래적 자주입법설로 나눌 수 있는데, 시원적 조례자주입법설은 지방자치단체의 자치권이 자연권적 고유권이며 지방자치단체의 고유사무에 속하는 사항은 조례의 전권사항으로 본다. 이에 대해 전래적 조례자주입법설은 조례제정권은 국가의 통치권으로부터 전래된 것이고 통치권의 일부가 이양된 것이기는 하나, 조례는 일반적인 수권(포괄수권)으로도 제정될 수 있다거나, 적어도 자치사무에 관하여는 법령에 위반되지 않는 한 법령의 개별적인 위임 없이도 조례를 제정할 수 있다고 보는 입장이다.<sup>18)</sup>

조례는 널리 국가법체계의 일부를 이루면서도 동시에 일정한 자주입법성이 부여된 것으로서, 그 법적 성질은 기본적으로 전래적 조례자주입법설의 관점에서 보는 것이 타당하다고 본다. 조례를 ‘자치’입법이라고 하면서 동시에 조례의 제정에 반드시 타자법(他者法)인 법률의 위임이 있어야 한다는 것은 수용하기 어렵다고 보기 때문이다.

그런데 규제적 조례의 법률위임을 요구하고 있는 지방자치법 제22조 단서에 대하여는, 이를 합헌적인 것으로 해석하고 조례 제정권의 행사에 있어서도 법률유보의 원리가 당연히 적용된다고 보는 다수의 학설과 판례의 태도로 인해, 규제조례에 대한 법률유보원칙은 현실적으로 관철되고 있고 그로 인해 자치입법권의 제약은 상당히 심각하게 나타나고 있는 것으로 판단하고 있다.

## 2) 지방자치단체 · 지방의회 · 조례에 대한 성격 논쟁

조례를 위임입법으로 보는 입장은, 지방자치단체를 행정부의 일부를 구

18) 줄고, “조례와 법률유보 재론(再論)-지방자치법 제22조 단서를 중심으로”, 「행정법연구」 제19호, (사)행정법이론실무학회, 2007.12, 4쪽.

성하는 주체로 인식하고 그 의결기관인 지방의회를 행정기관의 일종으로 파악하며 그에 의하여 의결되는 조례 역시 행정입법의 성격을 가지는 것으로 보는 입장과 맥을 같이 하고 있다. 예컨대 “조례 제정도 넓은 의미에서 행정권 행사의 한 형식”이라고 인식하면서, 지방의회의 지위와 관련하여도 그 의회성(議會性)을 부인하고 행정기관성을 주장하는 견해<sup>19)</sup>는 그러한 입장을 대표하고 있다고 말할 수 있다. 규제조례의 제정에 법률의 위임이 반드시 요구된다고 하는 인식도 결과적으로는 이와 같이 지방자치단체를 행정부의 일부를 구성하는 존재로 인식하고 나아가 지방의회를 행정기관의 일종으로 그리고 조례를 행정입법의 일종으로 바라보는 사고와 맞닿아 있는 것이다.

그런데 지방자치단체가 지방행정을 담당하는 행정주체의 일종이긴 하지만 그렇다고 하여, 지방자치단체의 자치고권이 모두 행정권만을 내용으로 한다고 보는 것은 타당하지 않다.<sup>20)</sup> 헌법 규정에서도 지방자치단체와 지방의회를 행정기관으로 보고 그 자치입법도 행정입법으로 볼 수 있다는 근거를 찾기는 어려워 보인다.

오히려 헌법은 지방자치단체의 고권에 반드시 행정권만을 부여한 것이 아니라 입법권, 그것도 국법의 위임에 기한 입법권이 아니라 ‘자치적 입법권’을 직접 부여하고 있다. 물론 우리 헌법이 지방자치단체를 통치단체의 일종으로 규정한 것도 아니다. 하지만, 그렇다고 하여 단순한 행정권

---

19) 홍정선, 新지방자치법, 박영사, 2009, 이에 관한 홍교수님의 서술을 참고로 옮겨보면 다음과 같다. “지방의회가 국회와 유사한 방법으로 구성된다고 하여도 지방의회는 국회와 같은 소위 헌법상 의미의 의회는 아니다. 그것은 행정기관의 성질을 갖는다. 왜냐하면 ① 전체로서 지방자치단체는 집행부의 한 구성부분인데, 지방의회는 바로 이러한 지방자치단체의 한 구성부분인 것이고, 바꾸어 말하면, 체계상 지방자치단체는 합의제 의결기관으로서 지방행정권에 귀속되는 것이며, ② 또한 지방의회에 주어지는 실질적인 입법권능은 시원적인 입법권이 아니라 명시적으로 법령에 의한 자치권의 승인에 근거하여 나오는 것이기 때문이다(이상 220쪽). “지방의회는 국회가 아니고 자치행정기관이다. 조례를 제정하는 지방의회는 Montesquieu의 권력분립론에서의 입법부가 아니라 행정권에 속한다. 따라서 조례는 행정권(집행권)에 의한 입법이다. 조례는 법규범이지만, 국가의 입법영역에 속하지 않고 행정활동에 속한다. 조례는 행정입법에 해당한다는 견해도 본서와 같은 입장으로 보인다(이상 295쪽).”

20) 대표적인 행정주체인 국가의 경우에도, 그 통치권의 내용에는 행정권 뿐 아니라 입법권, 사법권도 부여되어 있다는 점에 유의하여야 할 것이다.



의 구성부분으로만 위치지운 것도 아니라고 생각된다. 비록 - 사법권은 배제되고 있지만 - 지방자치단체는 헌법상 입법권과 행정권을 포함하는 국가통치권의 일부를 지역적으로 분점하는 특수한 공법주체로 상정되고 있는 것으로 보인다.<sup>21)</sup> 따라서 조례는 행정입법과 같은 단순한 국가위임법의 성격만을 가진 것이 아니며, 지역의 민선 주민대표로 구성되는 지방의회의 의결로써 정립되는 지역 자주법의 성격을 강하게 갖는 것이라고 하여야 할 것이다. 이러한 관점에 서게 되면, 규제적 조례에 대한 법률유보의 적용문제, 즉 법률위임의 요구는 반드시 타당하거나 필요한 것만은 아니라는 생각에 미치게 된다.

### 3) 헌법의 자치입법권 보장과 조례에 대한 법률위임

물론 법률은 헌법 아래의 최고 국가의사로서, 지방자치단체의 자치사무에 대한 직접적 규율은 물론, 일정한 입법사항을 조례에 위임할 수도 있다. 그리고 조례는 법률과 그 시행령 등의 법규명령에 위반되어서도 안 된다. 그렇지만 이러한 점을 인정한다고 하여, 어느 경우에도 규제적 조례의 제정에 법률의 위임이 필요하다는 것으로 연결되어서는 안 된다고 본다. 국가가 법률을 통하여 일정한 사항을 조례에 위임할 수 있다는 것과, 지방자치법 제22조 단서와 같이 조례의 제정에 반드시 법률의 위임이 있어야 한다는 것은 다른 것이다. 그동안 지방자치법 제22조 단서를 지방자치권 내지 자치입법권을 직접 보장하고 있는 헌법 제117조 제1항의 입법취지에 반하는 위헌적 조항으로 보아온 견해들 역시 바로 이러한 문제의식에서 출발하고 있다고 본다.

비록 헌법재판소와 대법원의 판례들이 조례에 대한 법률의 위임 정도는 포괄적 위임도 허용된다고 하여 일반 행정입법에 비하여 조례이 경우 그 입법의 가능성을 다소 전향적으로 보고 있지만<sup>22)</sup>, 적어도 지방자치법

21) 同旨, 이기우, “부담적 조례와 법률유보”, 자치행정 2007. 9월호, 41쪽.

22) 먼저 헌법재판소는 “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(헌법재판소 1995.4.20 선고 92헌마264,279 전원재판부)”고 판시한 바

제22조 단서가 존재하는 한 지방자치단체가 규제적 조례를 제정하려면 예외 없이 법률의 위임(근거)이 전제되어야 한다는 것은 변함없는 것이고, 이러한 결과는 앞에서 본 바와 같이 헌법이 직접 보장한 ‘자치’입법으로서의 조례를 ‘타치(他治)’입법적 성격의 규범으로 변질시키는 요인이 된다는 점에서 문제 상황은 해소되지 않고 있는 것이다.

생각건대 사건(私見)으로는, 헌법 제117조 제1항은, 지방자치단체가 “법령의 범위 안에서” 자치에 관한 규정을 정할 수 있다고 하여 지방자치단체의 자치입법권을 직접 보장하고 있는바, 이것은 행정입법인 대통령령(헌법 제75조)이나 총리령·부령(헌법 제95조)을 법률이 “구체적인 범위를 정하여 위임”한 경우에 한하여 인정하고 있는 것과 분명히 대비되는 것이라고 본다. 이 규정만 문리적으로 비교해 보더라도 헌법은 행정입법과는 그 성질을 달리하는 입법권을 지방자치단체에 부여하였다고 볼 여지가 있다.<sup>23)</sup>

있다.

대법원도 “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 있으므로, 구 하천법(1999. 2. 8. 법률 제 5893호로 전문 개정되기 전의 것) 제33조 제4항이 부당이득금의 금액과 징수방법 등에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 포괄적으로 조례에 위임하고 있고, 위 법률규정에 따라 지방자치단체의 하천·공유수면 점용료 및 사용료 징수조례가 부당이득금의 금액과 징수방법 등에 관하여 필요한 사항을 구체적으로 정하였다 하여, 위 법률규정이 포괄위임금지의 원칙에 반하는 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.(대법원 2006.9.8. 선고 2004두947 판결)”고 하여 같은 취지의 판결을 낸 바 있다. 이러한 헌법재판소와 대법원의 입장은 현재까지도 그대로 견지되고 있다고 할 수 있다.

- 23) 건국헌법의 기초위원으로서 헌법 제정에 결정적인 기여를 하신 유진오 선생께서도 자치입법권에 관한 건국 헌법(1948.7.17 헌법 제1호) 제96조의 “법령의 범위 내에서”의 의미를 법률우위의 원칙을 규정한 것으로 해석하신다(유진오, 新稿 憲法解義, 일조각, 1954, 280-281쪽 참조). 선생의 건국 헌법을 해설서인 앞의 책에서는 “본 조 제2항은 지방자치단체의 자치입법권을 규정하였는데, 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치입법권을 가지고 있는 것이므로 그 사무에 관하여 필요한 입법을 할 수 있지만, 지방자치단체가 제정한 조례 또는 지방자치단체의 장이 발한 규칙은 국가나 상급지방단체의 법령에는 위반할 수 없으며(지방자치법 제7조, 제8조 참조) 그에 위반한 것은 무효이다. 또 조례와 규칙에는 법률의 위임이 없는 한 처벌에 관한 규정을 설치할 수 없는데(지방자치법 제9조) 그것은 국민은 법률에 의하지 아니하고는

한편 자치입법권의 헌법적 보장은, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 일반적 법률유보 규정의 적용과도 조화적으로 해석되어야 한다고 본다. 즉 동 조항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한”할 수 있다고 하고 있는데, 만일 기본권 제한의 법률유보원칙을 선언한 위 규정을 지방자치단체에 자치입법권을 보장한 헌법 제117조 제1항보다 일방적으로 우월한 조항으로 본다면 규제조례에 대한 법률위임의 필요성을 선언한 지방자치법 제22조 단서를 긍정적으로 볼 수도 있겠으나,<sup>24)</sup> 우리 헌법은 국민의 기본권 제한에 관한 법률유보와 해당 지역의 주민의 지위를 가지는 자에 대하여 일반적 효력을 갖는 자치입법권을 헌법 안에서 병렬적으로 규정하고 있고, 법률의 구체적 위임범위 안에서만 인정하고 있는 행정입

---

처벌을 받지 아니하기 때문이다.”고 서술하고 계신다. 건국 헌법에 있어서도 현행 헌법 제37조 제2항과 같은 기본권 제한의 일반적 법률유보 조항(건국 헌법 제28조)이 존재하고 있었으나, 유진오 선생은 이 조항을 자치입법권의 제한조항으로 들고 있지도 않으셨다. 건국 헌법에 기하여 제정된 최초의 지방자치법 제7조는 “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정할 뿐 지금의 제22조 단서와 같은 규정은 두고 있지 않았다. 다만 오히려 조례에 의한 형벌 부과에 관해서는 제9조에서 “도 또는 서울특별시의 조례나 그 장의 규칙에는 법률의 특별한 위임이 있을 때에 한하여 형벌을 과하는 규정을 제정할 수 있다.”고 하여 형벌조례에 한해서만 법률의 위임을 요구하고 있어, 그 이외의 일반적 규제조례의 정립에는 법률의 위임이 굳이 필요하지 않다는 것을 간접적으로 말해주고 있는 것으로 보인다(줄고, “조례와 법률유보 재론(再論)-지방자치법 제22조 단서를 중심으로.” 10-11쪽에서 요약 인용).

- 24) 우리 대법원은 이와 같은 입장에서 동 조 단서의 규정을 합헌적인 것으로 판단하고 있다. “(피고는) 조례제정권은 헌법 제117조 제1항에서 직접 보장하는 지방자치단체의 자치입법권을 바탕으로 하는 것이므로 지방자치단체는 법률의 수권이나 위임이 없을지라도 법령에 위배되지 않는 한 그의 사무에 관하여 조례로 규정할 수 있다 할 것임에도 불구하고, 지방자치법 제15조 단서는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하여 헌법이 보장한 자치입법권의 본질적 내용을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하나, 지방자치법 제15조가 원칙적으로 헌법 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 국민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합한다고 할 것이므로, 조례 제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수는 없으므로 피고의 위 주장은 이유 없다.”(대법원 1995.5.12 선고 94추28 판결 ; 동지 대법원 1995.5.12 선고 95쿠4 결정)

법(법규명령)들과는 달리, 그 위임의 필요성을 언급하지 않은 채 법령의 범위 안에서 자치입법권을 부여하고 있으며, 현대 헌법에 있어서는 지방자치의 제도적 보장이라고 하는 것도 지방자치의 소극적 제도 보장을 넘어서서 지방자치단체의 법적 지위 내지 자치권에 대한 적극적 보장의 의미를 갖는 것으로 새롭게 조명되고 있다는 점까지 고려하면, 헌법 제37조 제2항이 제117조 1항에 대하여 당연히 우월한 조항이라고 쉽게 단정할 수는 없다고 생각된다. 이러한 관점에서, 필자는 헌법 제117조 제1항은, 국회입법권을 규정한 헌법 제40조나 국민의 기본권 제한의 법률유보원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 대하여, ‘헌법 스스로가 설정한 헌법적 예외’로서 자리매김할 수 있으며,<sup>25)</sup> 따라서 위의 규정들은 다수설과 판례의 입장과는 달리 상호 조화적 관점에서 재해석되어야 한다고 생각한다.

일반적으로 지방자치단체가 자치사무를 처리하는 활동은 공익목적 실현작용이고 공익 목적의 달성을 위해서는 필요최소한의 범위에서 주민의 권리 제한이나 의무의 부과 등이 불가피한 경우도 발생할 수 있을 것인데, 자치입법은 바로 지역 범위 안에서 일어나는 이러한 규제상황을 염두에 두고, 주민의 민주적 대표기관인 지방의회의 의결을 통하여 일정한 규제적 지역법규를 주민의 신탁에 기하여 지방자치단체가 자율적으로 정립할 수 있도록 한 것으로 보아야 한다. 따라서 지방자치단체는 국가의 실정법령이나 일반법원칙을 위반하지 않는 범위 내에서는, 자율적으로 공익 실현을 위한 필요최소한의 규제를 설정할 수 있다고 보아야 할 것이다. 헌법의 자치입법 보장정신을 이렇게 해석할 때에만, 조례가 비로소 ‘법규’로서의 지위를 회복할 수 있고 그러한 법규를 입법주체인 지방자치단체가 자율적으로 설계하고 창설할 수 있어야만 비로소 ‘자치’적 입법으로서의 실질이 담보되는 것이라고 생각하는 것이다. 현실적으로도 246개의 개별 지방자치단체마다 다양한 정책목적과 행정수요에 따라 자율적으로 자치법규를 설정하거나 행정권 행사의 근거를 확보할 필요가 얼마든지 있을 수 있는데, 이러한 경우에 대하여 하나의 기관으로 존재하는 국회가 그러한 개별사항에 대하여 일일이 법률의 제·개정을 통하여 그 위임근

25) 동지, 김성호, “조례제정권의 범위와 한계”, 『법과 정책연구』 제4집 제1호, 2004, 118쪽 참조.

거를 설정한다는 것은, 우리의 국회운영의 현실이나 그 실현가능성의 측면에서 볼 때 거의 기대하기 어려운 것으로 판단되고, 그 결과 지역에서 요구되는 필요적 입법수요에 대하여 법령에 위반하지 않는 범위 내에서조차도 자율적으로 검토하거나 규범적 근거를 설정할 수 없는 결과로 이어져, 헌법이 지방자치를 제도적으로 보장하고 이를 전면 실시하고 있는 이념과 가치를 무색하게 만드는 상황이 초래되고 있다고 본다.

### 3. 자치입법의 대상사무와 관련한 문제

설령 조례제정권 등 자치입법권이 제도적으로 폭넓게 보장되어 있다 하더라도, 조례로 규율할 수 있는 대상범위는 원칙적으로 자치사무와 단체위임사무에 한정되므로, 지방자치단체가 처리하는 사무 가운데 위 사무들의 비중이 적으면, 자치입법권의 보장이라는 것도 실질적인 의미를 갖지 못할 수 있다. 자치입법의 문제는 단순한 입법권능의 강화만으로는 해결되지 않고, 입법대상의 충분한 확보 역시 수반되어야 한다는 점을 알 수 있다.

그런데, 종전에 지방자치단체가 처리하는 사무 중에는 자치사무와 단체위임사무의 절대적 양과 상대적 비율이 모두 높지 않았다. 즉 과거와 같은 과도한 중앙집권적 구조 하에서는 대부분의 사무가 국가직접수행사무로 분류되었거나, 지방자치단체가 처리하게 하는 경우에도 그것을 이양의 방식으로 자치사무화하지 않고 국가사무로서의 성질을 유지한 채 지방자치단체의 장에게 위임하여 대신 처리하게 하는 이른바 ‘기관위임사무’가 적극 활용되어 왔다. 기관위임사무체제에서는 법리적으로 당해 수임기관인 단체장은 그 사무 처리의 한도에서 위임주체인 국가기관의 하급행정기관의 지위에 놓이게 되어, 지방에서 처리하는 사무임에도 불구하고 이에 관한 국가의 사전사후적·포괄적 지휘감독을 받을 뿐 아니라, 사무자체가 여전히 국가사무의 성질을 유지하고 있기 때문에 지방의회의 감시통제권도 제한되고 법률의 특별한 위임이 없는 한 그에 관한 조례 역시 설정할 수 없었다.

게다가 지방자치단체가 처리하는 사무가 자치사무인지 기관위임사무인

지에 관한 구별기준도 명확하지 않아서, 지방의회가 의결한 조례가 그 대상사무가 자치사무나 단체위임사무가 아니라 기관위임사무이어서, 규율 대상에 해당하지 않는다는 이유로 무효판결이 난 조례안도 적지 않았다.<sup>26)</sup>

요컨대 지금까지의 중앙집권적 구조에서는 지방자치단체의 조례제정권은 그 입법한계 뿐 아니라 입법대상의 측면에서도 매우 제약되고 불완전하여, 자치입법의 가능성은 그만큼 한정되어 있었다는 것을 확인할 수 있었다.

#### 4. 국법과 자치입법과의 관계 미정립으로 인한 문제

지방자치가 복원되기 전까지 오랜 동안 우리나라에 있어서의 행정에 있어서는 국가행정단일성의 원칙이 실질적으로 지배하여 왔다. 따라서 국가의 법령 역시 국가 내에서 이루어지는 모든 공적 사무에 관하여 일일이 그것도 상당히 구체적인 수준까지 규율하여야 하였다. 그리고 이러한 양상의 입법관행은 적어도 지방자치 복원 이전에는 그 나름의 필요성과 유효성이 있었다고 할 것이다.

그러나 행정주체로서의 국가와 지방자치단체, 입법기관으로서의 국회와 지방의회, 법규로서의 국가법령과 자치법규, 국가의 행정과 지방의 행정이 엄연히 제도적으로 구별되고 실질적으로도 구분되어야 하는 현재에 있어서는, 종전과 같이 국가행정단일성을 전제한 국법의 입법관행은 자치

---

26) 예컨대 다음과 같은 전형적인 판례 참조. [대법원 2008.1.17. 선고 2007다59295 판결] “구 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 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 (대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결 등 참조). 그리고 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 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 한다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결 등 참조).

입법권에 대한 실질적 제약으로 기능할 수 있어 문제가 된다.

지금까지는 중앙에서 법령을 제·개정하려고 할 때에 그 내용이 지방 자치단체의 자치사무에 관한 것일지라도 법령에 대응하는 조례와의 관계 등에 대하여 그다지 주의를 기울이지 않은 채 입안되거나 심의·의결되는 경우가 많았다. 이렇다 보니 당해 법령의 취지가 조례 등과의 관계에 있어서 어떤 의미를 갖는지가 명확하지 않아 상위법령에 위반하지 않는 조례를 제정한다는 것이 쉽지 않은 경우가 많았고, 경우에 따라서는 법률 자체 또는 그 시행법규에서 지나치게 상세한 규율내용(법적 요건이나 기준)을 설정함으로써 법령의 범위 내에서 제정되어야 할 조례의 입법여지를 거의 찾기 어려운 경우도 많았던 것이다.

그럼에도 불구하고, 지방자치단체의 입장에서는 자기에게 직접 적용될 법령의 제·개정과정에서 공식적인 의견 제출의 기회를 갖는 일 또한 쉽지 않았다. 현재 2008년 2월 개정된 지방자치법 제165조 제4항에 의하여 이른바 지방4대 협의체나 모든 협의체의 연합체에 대하여는 지방자치에 직접적인 영향을 미치는 법령 등에 관하여 행정안전부장관을 거쳐 정부에 의견을 제출할 수 있도록 되어 일부 제도 개선이 있기는 하였으나, 이러한 의견은 어디까지나 전국의 지방자치단체 전체가 공동의 이해관계에 기한 통일된 입법의견이 수립·정리될 때에만 제출 가능한 것이고, 개별 지방자치단체 또는 일부의 지역적 이해관계를 같이 하는 지방자치단체만으로는 입법의견을 공식 제출할 절차는 존재하지 않는 상황이다.<sup>27)</sup>

지방자치단체에 제도적으로 자치입법의 권능이 충분히 보장되고 자치입법의 대상 역시 폭넓게 확보된다고 하더라도, 적어도 지방자치 내지 지방행정을 규율하는 상위 법령(국법)에서 자치법규와의 관계를 명확히 규정하지 않거나 반대로 지나치게 구체적이고 세밀하게 규정하여 자치입법

27) 다만 예외적으로 개별 지방자치단체 차원에서는 제주특별자치도만이 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(이하 제주특별법으로 약칭함) 제9조 제1항에 따라 제주특별자치도와 관련하여 법률에 반영할 필요가 있는 사항에 대한 의견을 제주특별자치도지원위원회에 제출하여 중앙행정기관의 장에게 통보하는 절차가 마련되어 있을 뿐이다. 이 경우 제주특별자치도지원위원회에 의견을 제출하기 위해서는 제주특별자치도지사가 제주특별자치도의회 재적의원 3분의 2이상의 동의를 얻어야만 한다.

권의 사실상의 행사가능성을 제약하는 경우, 그리고 지방자치에 직결되는 법령을 제정함에 있어서 지방자치단체들에게 충분한 의견제출의 기회를 보장하지 않는 것은, 향후의 선진적 지방자치시대를 열어나감에 있어서 바람직한 입법관행 내지 문화라고 하기 어렵다고 본다.

#### IV. 자치입법의 발전방향 : 결론에 갈음하여

##### 1. 기본 입장

지방분권촉진에 관한 특별법은 제13조 제1항에서 “국가는 지방자치단체의 자치입법권을 강화하기 위하여 조례제정범위가 확대되도록 하는 등 필요한 법적 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 참여정부 시절의 지방분권특별법 제12조 제1항에서도 동일한 내용을 담고 있었는데, 위 규정들에도 불구하고 법제적 관점에서 볼 때, 적지 않은 시간이 흘렀음에도 지방자치단체의 자치입법권을 확대하기 위한 법제 개혁 등 정부 차원의 공식적인 조치 등은 특별히 이루어진 것이 없는 상황이다. 지방자치의 다른 분야에 비하여, 자치입법의 영역이 상대적으로 발전이 느리거나 제도적 대안을 제대로 찾지 못하고 있는 실정인 것이다.

이 문제들을 단계적으로 해결해 가기 위해서 자치입법 개선의 관점에서, 앞에서 지적한 몇 가지 문제점들에 대한 대응방안들을 하나씩 살펴보면, 본 논문의 문제의식들을 조금이나마 정리해 보고자 한다.

##### 2. 조례에 대한 법률유보론의 극복과 자치입법권의 확대

###### (1) 지방자치법 제22조의 개정과 위헌론의 불식(拂拭)

자치입법, 특히 그 중심에 있는 조례를 지방자치의 본질과 이념에 부합하게 활성화시키기 위해서는 무엇보다도 개별 지방자치단체 차원의 규제 조례의 제정에 있어서 족쇄로 작용하고 있는 법률위임의 고리를 벗겨낼 필요가 있다고 본다. 위임조례 중심의 자치입법체제만으로는 자치입법의



기능 제고와 이를 통한 자기결정권의 강화, 나아가 지방자치의 근본적 발전을 기대하기 어렵다고 보기 때문이다. 물론 다수의 학설과 판례가 조례에 대한 법률유보(위임)원칙을 적용한 지방자치법 제22조 단서를 합헌으로 판단하고 있는 상황에서, 그러한 족쇄를 벗겨내는 일이 해석적으로나 입법적으로 쉬운 일이라고는 생각지 않는다. 적지 않은 시간이 흘렀음에도 자치입법의 제도적 개선이나 활성화가 이루어지지 못한 이유가 거기에 있기 때문이다.

하지만 이제부터는 자치입법에 관한 법해석과 새로운 법제 개혁에 있어서, 한층 적극적이고 전향적인 태도를 취할 필요가 있다고 본다. 지금까지와 같이 법적으로 의미 있는 조례들이 예외 없이 위임조례의 형태로만 만들어지게 두어서는, 자치입법의 미래와 우리나라의 지방자치의 전망은 밝지만은 않을 것이기 때문이다. 필자로서는 지방자치법 제22조 단서의 의미에 관해서, 이미 앞에서 헌법 제40조, 제37조 제2항, 제117조 제1항 등의 상호 관계에 관한 재해석을 통하여 나름대로 새로운 주장을 펼친 바 있었는데, 상호 이율배반적 요청으로 볼 수 있는 국가적 요청과 지방자치적 요청을 함께 고려하기 위해서는, 국가법인 법령과 자치법규인 조례를 상호 대립적 혹은 엄격한 형식적 위계구조 속에서만 파악할 것이 아니라, 동일한 법질서와 법기반 위에 기초하고 있는 ‘기능과 역할의 차이’의 관점에서 파악할 필요가 있다고 본다.<sup>28)</sup> 그리하여 법령과 조례가 동일한 선상(線上)의 계열로서 그 지위와 기능에 상응하여 상호 역할을 분담하는 관계, 다시 말하여 법령은 주로 전국적으로 통일적·일반적인 사항을 규율하게 하고, 조례는 지역적 특성을 반영한 다원적이고 특수한 규율을 가능하게 하여, 양자의 역할 분담에 기초한 전체로서 조화로운 국가법체계를 형성해 가는 것이 필요하다고 본다. 매우 중대한 국가정책과 거대한 정치담론들이 논의되는 국회에서, 시·군 단위 등의 수많은 지방자치단체에서 수시로 발생하는 구체적이고 특수한 입법수요들을 사전에 모두 간파하여 그에 대하여 일일이 입법적으로 대응하거나 개별법에 조례의 위임 근거를 창설해 간다는 것은 실제에 있어서는 거의 기대하기

28) 박영도, □□自治立法의 理論과 實際□□(연구보고 98-2), 한국법제연구원, 1998, 18-19쪽.

어렵거나 적어도 상당히 비효율적인 일이 아닐 수 없다. 현 체제에서는, 국회에 의한 지방자치 경시적 입법, 지역의 특수입법수요에 부응하지 못하는 입법 지연 혹은 입법 부작위, 일부 또는 개별 지방자치단체에 국한되는 문제에 대한 사실상의 입법 불능 등으로, 조례에의 적시적절(適時適切)한 위임이 이루어지기 곤란하고, 이로 인하여 헌법이 지방자치와 자치입법권을 보장하고 있음에도 불구하고 개별 지방자치단체들이 지역 차원의 긴급한 정책과제나 입법수요에 자율적·탄력적으로 대응하는 것이 어렵거나 매우 곤란한 상황이 지속적으로 초래되고 있다. 자치사무의 이양이 확대되고 지방자치단체의 자치역량이 강화될 가까운 미래에는 이로 인한 문제상황이 더욱 심각해질 것으로 예측된다. 따라서 과연 이러한 자치상황을 앞으로도 계속 지속시켜 갈 것인지, 이대로 이 체제를 변함 없이 유지해 가는 것이 정말 바람직한 것인지는 국가발전전략의 차원에서도 한번 다시 깊이 재고해 볼 일이다.

요컨대, 진정한 지방자치의 시대를 열어나가기 위해서는 규제적 조례의 정립에 있어 예외 없이 법률위임의 족쇄를 채우고 있는 지방자치법 제22조 단서를 삭제하는 것이 바람직하다고 본다. 동 조항을 합헌으로 해석한다고 하여 그것을 계속 존치시켜야 할 이유가 되지는 않으며, 동조를 삭제한다고 하여 합헌론자들이 우려하는 바와 같은 위헌적 상황이 바로 초래될 지도 의문이다. 15년 전에 동 조 단서의 규정을 합헌적으로 해석하였던 대법원도 막상 입법자가 법률 개정을 통하여 동 조 단서를 삭제하였을 경우에, 법률의 명시적 위임이 없는 상태에서 -법령을 위반하지 않은 범위에서 -제정될 모든 조례에 대하여 일률적으로 위헌 판정을 내릴지는 확실하지 않다고 본다. 위 판결 당시와 비교할 때, 객관적으로 지방자치에 대한 의의나 필요성에 공감하는 분위기가 훨씬 확산되어 있을 뿐 아니라, 현재의 헌법재판관이나 대법관들의 지방자치에 대한 관심과 의식수준도 당시와는 사뭇 달라져 있는 것은 아닌가 생각되기 때문이다.

한편 지방자치법 제22조 본문의 “법령의 범위 안”의 표현에 대해서는 이를 “법령에 위반되지 않는 범위 안에서”로 개정하는 것이 바람직하다고 본다. 이 문구의 해석에 대하여는 이미 학설 뿐 아니라 판례상으로도 거의 귀일(歸一)되어 있다고 볼 수 있으므로, 지금의 “법령의 범위 안에

서”를 상징적 차원에서라도 “법령에 위반되지 않는 범위 안에서”로 개정하는 입법적 시도가 필요하다고 본다.<sup>29)</sup>

## (2) 자치입법권 확대를 위한 헌법개정 방안

지방자치법 제22조 단서의 합헌론을 주장하는 입장에서는 위 단서조항이 삭제되더라도 헌법 제37조 제2항의 효력에 의하여 여전히 법률의 위임에 기하지 않은 규제조례의 위헌성이 문제될 것이라고 주장한다. 실제로 법원이 동 단서의 삭제 후에도 여전히 동일한 입장을 택할 것인지는 분명하지만은 않은 것도 사실이다. 따라서 장차 본 단서조항을 둘러싼 해석논쟁을 마감하고 자치입법의 가능성을 결정적으로 개선시키기 위해서는 향후 전개될 수 있는 헌법 개정의 논의 시에 자치입법에 관한 헌법규정을 개정하는 시도도 필요한 것으로 보인다. 지방자치에 관한 헌법규정들이 양적으로나 질적으로 상당히 미흡하다는 것이 학계의 중론이므로, 헌법 개정 시에는 지방자치에 관한 전체를 대폭적으로 손질하여 보장하는 개정시도가 필요한 것으로 보지만, 우선 자치입법권과 관련된 문제에서는 일단 그 핵심내용으로서 자치에 관한 규정을 “법령의 범위 안에서”가 아니라 “법령 또는 법률에 위반하지 않는 범위 안에서” 제정할 수 있도록 개정하면서, 단서에 지방의회의 의결을 통하여 정립되는 조례의 경우에는 헌법 제40조의 국회입법의 원칙의 예외가 된다는 점과, 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보원칙이 적용되지 않는다는 점 등을 명시하는 방안이 진지하게 검토되었으면 한다.

## 3. 자치입법대상사무의 확대 : 지방분권의 확대강화

조례의 규율대상은 지방자치단체가 처리하는 자치사무와 단체위임사무

29) 이러한 개정과 관련하여, 이미 학설·판례가 거의 일치하여 해석하고 있으므로 굳이 개정할 필요가 없다는 주장이 있을 수 있으나, 다수의 학설과 판례는 그와 같이 해석하지만, 일부 견해는 여전히 법령의 범위 내의 의미를 법률의 위임도 아울러 포함하는 개념으로 해석하고 있고, 나아가 법령에 위반하지 않는 범위 내로 개정하여야만 국법에서 굳이 규정하고 있지 않은 사항에 대하여도 법령의 범위 내에 한정되지 않고 조례의 제정이 가능할 수 있기 때문에, 현재의 법령의 범위 내에서도 법령에 위반하지 않는 범위 내로 개정할 실익은 분명히 있다고 판단된다.

이다. 다만 단체위임사무의 실례가 거의 없는 상황이므로, 실질적인 조례 입법권의 확대는 자치사무의 범위 확대를 통하여 촉진될 수 있다. 자치사무의 확대는 지방자치단체의 자치권 확대로 바로 직결될 수 있는 것인데, 이것은 종전의 국가사무(국가직접수행사무 또는 국가기관위임사무)를 지방분권 개혁의 차원에서 자치사무로 대폭 전환하는 이양결정을 통해 실현될 수 있는 것이다. 지방분권촉진에 관한 특별법은 제10조 (권한이양 및 사무구분체계의 정비 등)에서는 “① 국가는 제6조에 따른 사무배분의 원칙에 따라 그 권한 및 사무를 적극적으로 지방자치단체에 이양하여야 하며, 그 과정에서 국가사무 또는 시·도의 사무로서 시·도 또는 시·군·구의 장에게 위임된 사무는 원칙적으로 폐지하고 자치사무와 국가사무로 이분화하여야 한다.”고 규정하여, 지방자치단체가 수임하여 처리하던 기관위임사무에 대하여 이를 원칙적으로 폐지하도록 하고 적극적으로 자치사무로 전환할 것을 명하고 있다.

이러한 규정을 실현하기 위하여, 현재 대통령 소속 지방분권촉진위원회에서는 종래의 국가사무 특히 기관위임사무를 원칙적으로 폐지하는 것으로 하고, 그 사무들을 가능한 한 지방자치단체의 자치사무로 전환하기 위한 심의와 의결이 계속되고 있다.<sup>30)</sup> 물론 모든 국가기관위임사무를 자치사무로 전환하기는 곤란할 것이다. 따라서 자치사무화하기 극히 곤란한 기관위임사무는 이를 국가직접수행사무로 환원하거나, 또는 일정 정도의 국가의 관여가 불가피한 경우라면 적절한 새 사무유형<sup>31)</sup>을 창설하여 중간적·혼합적 성격의 사무들에 한해서는 이를 예외적으로 재분류하는 방안도 현실성이 있다. 향후 지방분권촉진위원회에서의 이양결정 대상사무들이 중앙정부 관련부처들의 협조와 국회에서의 전향적인 입법과정을 통하여, 지속적·대폭적으로 자치사무의 범위가 확대될 수 있기를 기대해 본다.

30) 지방분권촉진위원회 홈페이지(<http://www.pcd.go.kr/section/board/list.html?BKid=21>): 알림마당>지방분권 추진현황 참조.

31) 현재 동 위원회 내부에서는 이를 가칭 ‘법정수임사무’로 설정하여, 종전의 기관위임사무의 일부를 이러한 새로운 사무유형에 담기 위한 준비작업을 진행하고 있는 것으로 파악된다.

#### 4. 자치입법을 고려하는 국법입법원칙의 확립

조례가 법령에 위반되지 않으려면 그 제·개정 시에 관련 법령의 규정의 의미 또는 그 입법취지를 명확히 파악하여야 한다. 하지만 법취지 해석이라는 것이 그리 간단하지만은 않고 경우에 따라서는 해석자별로 그 입장과 의도에 따라 해석의 결과가 상이하게 나타날 수도 있기 때문에, 지방자치에 영향을 미치는 국가의 법령을 입안·심의·의결하는 입법자는 항상 당해 법령의 규정과 조례와의 관계 등을 사전에 명확히 하려는 입법태도가 필요한 것으로 보인다. 구체적으로는, 특히 개별법령의 규정이 전국적 획일기준이고 추가 또는 초과조례를 인정하지 않는 취지일 때에는 국법선점의 취지를 명시적으로 규정하고, 조례에 의한 새로운 입법사항의 설정을 허용하되 법령의 기준을 상회하거나 법령의 규율범위를 벗어나는 조례도 허용하고자 할 때는 그러한 취지를 명시하며,<sup>32)</sup> 반대로 조례에 위임하되 그 범위를 일정한 한도에서 제한하고자 하는 경우에는 조례의 입법한계를 역시 명확히 설정하여 위임하도록 하고, 마지막으로 이와 같은 법령선점 또는 위임의 취지가 명시적으로 규정되어 있지 않은 경우에는, 당해 법령은 전국적 최저기준 내지 표준물(rule)을 정한 것으로 추정하여, 지방자치단체가 당해 법령의 취지를 기초로 관련 자치사무에

32) 예컨대 옥외광고물등관리법시행령 제12조 1항에서 “법 제4조의 규정에 의하여 시장·군수 또는 구청장은 제13조 내지 제31조의 규정에 불구하고 다음 지역 중 특정구역을 지정하여 광고물 등의 표시를 금지하거나 제한할 수 있다. 1. 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』에 의하여 지정된 미관지구 및 시설보호지구, 2. 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』에 의하여 지정된 지구단위계획구역, 3. 폭 30미터 이상의 도로변, 4. 그 밖에 시장·군수 또는 구청장이 특히 필요하다고 인정하여 고시한 구역 ② 제1항의 규정에 의한 특정구역의 지정 및 광고물 등의 표시 제한내용에 관하여는 시·군·구조례로 정한다.”고 하여 특정지역에 대하여 법률보다 강화된 표시제한을 조례로 정할 수 있다고 규정한 것, 환경정책기본법 제10조 제3항에서 “특별시·광역시·도(이하 “시·도”라 한다)는 지역환경의 특수성을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 시·도의 조례로 제1항의 규정에 의한 환경기준보다 확대·강화된 별도의 환경기준(이하 “지역환경기준”이라 한다)을 설정할 수 있다.”고 규정한 예, 수질환경보전법 제32조 제3항에서 “시·도는 『환경정책기본법』 제10조제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다.”고 하여 환경부령의 기준보다 엄격한 기준을 시·도의 조례로써 정할 수 있도록 한 사례 등이다.

관하여 비교적 자유로운 입법을 할 수 있도록 허용하는 입법방식이 바람직한 것으로 생각된다.

그리고 종래 지나치게 세밀하게 규율하였던 법령의 경우에도, 앞으로 자치입법의 가능성을 확대한다는 차원에서 이들 규정의 규율밀도를 보다 완화하여 자치입법의 실질적 여지를 보장하는 방향으로 입법을 추진할 필요가 있다고 본다.

또한 국가기관들이 지방자치와 직결되는 법령을 제·개정하려 한다가나 지방자치단체측의 입법수요가 발생하여 법령의 제정이 필요한 경우에는, 개별 지방자치단체의 경우에도 직접 또는 당해 지역구 의원 등을 통하여 충분한 의견제출의 기회를 사전에 보장하는 것이 바람직한 것이다.

그리고 이와 같은 국법 제·개정에 있어서의 입법태도 내지 입법방식을, 하나의 일반적인 입법원칙으로 정립하여, 지방자치법과 같은 일반적 성격의 법률에 국법입법의 원칙으로서 명시해 두는 것이 필요한 것으로 보인다.

향후 이러한 입법방식을 원칙으로도 관행으로도 확립·정착시킴으로써, 국가와 지방자치단체, 국법과 자치법규가 상호 적절한 기능과 역할분담에 기초하여 전체적으로 조화롭고 한층 성숙한 국법질서를 형성하고 발전시켜 가는 데 일조하였으면 한다.

**주제어** : 지방자치단체, 자치입법, 조례, 규칙, 법률위임

## 참 고 문 헌

- 강동식·강영훈·강만일, 제주특별자치도 의회의 조례제정 한계와 대응방안, 정부학연구 제14권 제2호, 2008,
- 강수경, 지방자치단체의 조례제정권의 한계, 법학연구 제24집, 2006.11
- 김부찬, 제주특별자치도의 의의 및 자치입법권에 관한 고찰, 지방자치법연구 제6권 1호, 한국지방자치법학회, 2006.6.25
- 김성호, 조례제정권의 범위와 한계, 법과 정책연구 제4집 제1호, 2004
- 김순은, 특별자치도의 법적 지위와 향후 전망, 2007년 국회 공동토론회 자료집
- 문상덕, 자치입법의 위상 및 기능 재고, 행정법연구 제7호, 2001
- 문상덕, 조례와 법률유보 재론, 행정법연구 제19호, 2007.12
- 박영도, 자치입법의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1998
- 유진오, 新稿 憲法解義, 일조각, 1954
- 윤철수, 제주특별자치도의회 입법정책기능 강화방안, 의회보 21호, 제주도의회, 2006
- 이기우, 부담적 조례와 법률유보, 자치행정 No.234, 2007.9
- 이기우, 조례활성화를 위한 지방의회의 역할 강화, 지방자치법연구 8권 4호, 2008.12.20
- 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 한계, 공법연구 제33집 제3호, 2005.5
- 조정찬, 특별자치도 자치입법기능의 한계와 극복방안, 지방자치법연구 제7권 제3호, 2007.9.30
- 조정찬, 위임조례 위주의 조례입법 극복방안, 지방자치법연구 통권 제8호, (사)한국지방자치법학회, 2004.12
- 지방자치법학회, 학술발표회자료집 □□자치행정과 국가행정의 조화□□, 2007.12.14
- 최승원, 조례와 규율분담, 지방자치법연구 제7권 제3호(통권 제15호), 2007.9.20

- 최승원, 조례의 본질, 지방자치법연구 제6권 제1호(통권 11호), 2006.6.25
- 최우용, 자치입법권과 헌법 제117조 제1항의 개정, 월간 자치행정 No. 247, 2008.10
- 최우용, 지방자치단체의 법적 지위 및 자치입법권 재론, 동아법학 제29호, 2001.6
- 최환용, 자치입법체계 및 실태조사연구-광역지방자치단체의 자치입법을 중심으로, 한국법제연구원 연구보고서, 2008.11
- 최환용, 기초지방자치단체의 자치입법 실태와 법제 발전방안, 한국지방자치법학회·한국법제연구원 공동학술대회 발표자료집, 2009.11.13
- 하승수, 자치입법권 확대와 국회의와의 협력방안, 2007년 국회 공동토론회 자료집
- 홍정선, 조례의 법리, 법학논집 제2권 1호, 1997
- 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2009
- 磯部力, 自治体行政の特質と現代法治主義の課題, □□公法研究□□ 57号, 日本公法學會, 1995
- 木佐茂男, 自治立法の理論と手法, ぎょうせい, 1998
- 門山泰明, 最新 地方自治法講座2 『條例と規則』, ぎょうせい, 2003
- 福士 明, 2.政策法務のなかの自治立法, 木佐茂男 編著, □□自治立法の理論と手法□□, ぎょうせい, 1998
- 北村喜宣 外 2人, 政策法務研修テキスト, 第一法規, 2005.3
- 横田眞二, 自治立法權と條例の上書き, 自治行政 No.237, 2007.12
- 田口一博, 自治体政策法務の本, 學陽書房, 2005.10
- 川崎政司, 地方自治法基本解説(第3版), 法學書院, 2008.9
- 松永邦男, 自治立法權の意義, 猪野 積(著), □□條例と規則(1)□□, ぎょうせい, 1997



## The Study on the Problems and the Improvement of Autonomous Legislation of Local Government

Mun, Sang-Deok\*

Constitutional law and Local government law give a guarantee of the power of autonomous legislation of local governments, but the possibility of autonomous legislation of local government are confined to narrow limits.

Especially, the Principle of Legal grounds to local legislation by the interpretation of Constitutional law(especially §37 ②) and the provisory clause of Local government law §22 require the legal grounds of the regulatory local ordinances. Therefore, local ordinances of local governments as autonomous laws have been distorted into heteronomous laws. And it is another problem that the statutes of central government give detailed provisions on the autonomous office work(affairs) of local governments, so the possibility of local legislation are very restricted.

In order to settle these problems, above all, I think that the revision of Local government law §22 is needed. The expression "inside of the statutes bound" of Local government law §22 should be changed into "inside of not against the statutes" and the provisory clause of Local government law §22 should be deleted. As the result, the local ordinances also should be made without the delegation of national statutes.

**Key Words** : Local Government, Autonomous Legislation, Local Ordinances, Local Rules, Legal Delegation

---

\* Professor, Law School, University of Seoul

