

條例制定의 法的 問題

- 條例制定權의 範圍와 限界의 問題를 中心으로 -

金 南 辰*

차 례

I. 序 論

II. 條例의 二重의 性格

1. 法規로서의 條例
2. 行政의 형성적 수단으로서의 條例

III. 條例制定權 保障의 근거와 이유

1. 條例制定權의 근거
2. 條例制定權 保障의 이유

IV. 條例의 分類

1. 自治條例와 委任條例
2. 內容에 의한 分類

V. 條例制定權의 範圍와 限界

1. 自治條例의 경우
2. 委任條例의 경우

VI. 條例制定權의 活性化 方案과 前提

* 高麗大學校 法科大學 教授

I. 序 論

1948년의 憲法이래 地方自治가 명문으로 보장되어 왔다. 우리의 憲法이 근 50년의 역사를 가지므로, 地方自治 역시 같은 역사를 쌓았어야 했다. 그런데도 사실은 그러하지가 않다. 憲法史의 근 4분의 3에는 地方自治라는 것이 없었던 것이다. 나머지 4분의 1기간에 地方自治가 실시되기는 하였으나, 中斷의 기간이 너무 길었다. 주지하는 바와 같이, 약 9년간의 幼年期的 地方自治가 1961년의 5. 16.쿠데타로 중단되었으며, 30년만인 1991년에야 地方議會가 부활되었다. 그러나 명색 自治團體長으로 불리는 道知事·市長·郡守 등은 여전히 任命職이었으며, 주민에 의해 선출된 것은 불과 5개월에 지나지 않는 셈이다. 그리고 보면, 참으로 짧은 기간의 自治의 역사를 가지고 있는 셈이며, 모든 것을 이제부터 시작해야 하는구나 하는 느낌마저 갖게 할 정도이다.

그러나 1991년에 地方議會가 부활하면서부터는, 비록 任命職 自治團體長下에 서나마, 활발한 지방자치의 전개되었으며, 많은 研究의 素材가 제공되고 있는 바, 條例의 제정에 있어서도 그러하다. 條例의 제정과 관련된 機關訴訟이 10여건에 이르고 있으며, 관련 法條文(지방자치법 제20조, 제98조 등)에 있어서도 커다란 변화(개정)가 있었던 것이다. 이들 사건은, “과연 地方自治團體는 어느 범위에서 條例를 제정할 수 있는 것인가”에 대해 解答을 요구하고 있는 것으로 받아들여진다. 그러한 문제의식을 가지고 論題에 대해 접근해 보고자 한다.

II. 條例의 二重的 性格

條例가 지방의회의 의결을 거쳐 제정되는 自治立法으로서 法規의 성질을 가지는 것에 대해서는 異論이 없을 것이다. 그러나, 그 밖에 條例는 行政의 형성적 수단(Gestaltungsmittel der Verwaltung)이며, 그에 따라 행정작용(Verwaltungshandeln)의 성질을 아울러 가진다고 하겠으며, 그와 같은 이중적 성격(ambivalenter Charakter)을 가지는 점이 조례의 특징이라 할 수 있다.¹⁾

1. 法規로서의 條例

條例가 法規 내지 法規範, 또는 法源으로서의 성질을 가지는 점은 틀림없다.²⁾ 이점은, 憲法이 「地方自治團體는..... 自治에 관한 規定을 제정할 수 있다」(제 117조제1항)라고 규정하고 있으며, 이를 이어 받아 地方自治法이 「地方自治團體는 法令의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다」(제15조)라고 규정하고 있는 것에 잘 나타나 있다.

條例도 일종의 法規인 점에서 憲法, 法律, 法規命令과 同列에 선다. 그들 간의 공통점은, 일반적으로 一般性和 抽象성을 지니는 점이다. 즉 특정인이 아니라 불특정인에게 적용된다고 하는 점(일반성), 반복적으로, 계속적으로 적용된다고 하는 점(추상성)이 法規範 또는 法規의 하나의 공통점이라고 할 때, 條例 역시 그러한 의미의 法規로서의 성격을 가진다고 아니할 수 없다. 다만, 그의 制定主體, 效力 또는 拘束力에 있어서 다른 法規와 차이를 가지는 점은 설명을 요하지 않는다고 하겠다. 즉, 條例는 어디까지나 地方自治團體의 法規인 점에서 國家의 법규인 헌법이나 법률, 國家機關의 법규인 법규명령과 구별된다. 그리고, 憲法(제117조제1항)과 法律인 地方自治法(제15조)이 法令의 범위 내에서만 條例를 제정할 수 있다고 규정하고 있는 점에서, 條例가 憲法, 法律 및 命令(법규명령) 보다 그의 효력에 있어 下位에 있음은 분명하다고 말할 수 있다.

條例가 무엇보다도 法律보다 하위에 있으며, 그에 따라, 일단 條例에 대해서도 法律優位の 원칙, 法律留保의 원칙이 적용된다고 말할 수 있으나, 그의 구체적인 적용 범위에 관해서는 많은 논란이 있는 바, 이 점에 관해서는 뒤에서 별도로 논하기로 한다.

1) 이와 같은 점에 관하여는 vgl. 특히 Maurer, Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung, in: Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski(Hrsg), 1994, S. 59f; Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1992, S. 176f.

2) 法規, 法規範이 무엇을 의미하는가는 학자에 따라 상당한 차이가 있는 것이 사실이다. 그러나 이곳에서는, 그 문제에 관하여 더 이상 깊이 들어가지 않기로 한다.

2. 行政의 형성적 수단으로서의 조례

條例는 法規 또는 法源으로서의 성격을 가질 뿐 아니라 행정의 형성적 수단 또는 행정작용으로서의 성격을 아울러 가진다고 말할 수 있다.³⁾ 條例의 행정작용적 성격은 道(특별시, 광역시 포함), 市, 郡 등이 公共團體의 일종으로서 행정의 임무를 짊어지고 있는 데에 잘 나타나 있다. 憲法은 지방자치단체의 임무에 관하여, [지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며.....]라고 정하고 있으며, 地方自治法은 「지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다」라고 규정하는 동시에, 그들 사무를 구체적으로 예시하고 있는데(제9조), 그들 규정을 통해 행정적 과제가 지방자치단체의 주요 임무임을 알 수 있으며, 그들 임무를 수행하기 위해 자치단체의 행정 기구, 직속 기관, 사업소, 출장소, 합의회행정기관 등을 조례로 정하게 하고 있는 점(지방자치법 제102조 이하 참조), 취약지구의 개발계획 등 計劃의 일정 사항을 조례로 정할 수 있게 하고 있는 점(국토이용관리법시행령 제11조제5항, 제14조제1항제4호 등 참조) 등이 고려될 만하다.

Ⅲ. 條例制定權 保障의 근거와 이유

1. 條例制定權의 근거

국가의 기본법인 헌법(제117조제1항)과 지방자치법(제15조)이 각각 모든 지

3) 나아가서, 「조례의 제정에 있어서 지방의회는 행정조직의 일부를 이루는 것이지 입법자의 지위에서 권한을 행사하는 것이 아니다」라고 주장하는 입장도 있다(李琦雨, 地方自治行政法, 1991, 226면). 그와 같은 견해에 대하여, 필자는 「지방의회는 입법기관성은 부인하고 행정기관으로서의 지위만을 인정하는 견해에 대해서는 찬성하기 어렵다. 저자로서는 먼저 지방의회는 입법기관성을 긍정하고, 부수적으로 행정기관적 측면을 인정하는 것이 옳다고 생각한다」(졸저, 行政法 II, 1995, 143면)라는 견해를 표명한 바 있다.

방자치단체에 대하여 條例의 제정권을 보장하고 있음은 주지의 사실이며, 그 내용을 앞에서 살펴 본 바 있다. 그런데, 그 지방자치단체의 조례제정권과 관련하여서는, 그것이 자치단체 고유의 것인지 아니면 국가로부터 전래된 것인지의 문제가 제기되기도 한다. 條例自主立法說과 條例委任立法說의 구분 등이 그것을 말하여 준다.⁴⁾

(1) 條例自主立法說

條例自主立法說은 다시 固有權說에 입각한 입장과 傳來權說에 입각한 입장이 나누어지기도 한다. 前者는, 헌법규정이 없더라도 자치단체가 그의 고유사무(자치 사무)에 대해서는 조례제정권을 가진다고 하는 것이며, 後者는 條例가 자치단체의 自主法으로서의 성격을 가지지만 헌법으로부터 유래하는 것임을 인정한다. 다시 前者의 입장에서는, 만일에 조례와 법률이 저촉하는 경우에는 조례가 우선한다고 보는 데 대하여, 後者의 입장에서는 法律의 條例에 대한 우위를 인정하면서도, 자치권의 본질을 해치는 정도의 법률에 의한 조례제정권의 제약을 위헌시한다.

(2) 條例委任立法說

이 學說은, 條例를 행정기관의 命令과 같이, 법률의 수권에 근거한 委任立法의 일종으로 본다. 따라서, 주민의 권리·의무에 관하여 규정하는 경우에는, 命令에 있어서와 같이, 당연히 법률의 위임이 있어야 하는 것으로 본다.

일본의 學界에서 논해지고 있는 위와 같은 논쟁은 우리에게 별로 도움이 되는 것 같지 않다. 憲法이 자치단체의 自主立法權을 보장하고 있으므로, 條例制定權의 法律授權說은 물론, 이른바 固有權說에 입각한 自治立法說도 우리의 實定法과는 합치되지 않는다고 새겨지기 때문이다. 그 밖에 보다 구체적인 문제는 條例制定權의 범위와 관련하여 살펴 보기로 한다.

4) 이들 학설은 일본학계에서 주로 논해지고 있다. 상세는 예컨대 朴鈞炆, 最新行政法講義(下), 1995년 개정판, 130면 이하 참조.

2. 條例制定權 保障의 이유

憲法 및 地方自治法이 條例制定權을 보장하고 있음은 앞에서 거듭 살펴 본 바 있다. 그러면 이번에는, 그들 實定法이 地方自治團體에 대하여 條例制定權을 보장하고 있는 이유는 무엇인가에 관하여 살펴 보기로 한다. 아마도 그 이유는 實定法이 地方自治라는 제도를 보장하고 있는 이유에서 찾아야 할 것으로 생각된다. 즉 지방자치의 존재이유는, 간단히 말해서, 그 지역의 사정을 가장 잘 알고, 그 지역에 대해 가장 많은 애정과 관심을 가지는 주민들로 하여금, 그 지역의 문제를 자율적으로 처리하게 하는 데 있다고 하겠는 바, 條例의 제정권 역시 그러한데에서 그의 존재이유 내지 인정근거를 찾아야 할 것으로 생각된다. 아울러 지방자치 단체의 조례제정권이 國家, 특히 國會의 법률제정권의 부담을 덜어 주는 기능을 하는 점도 무시할 수 없다. 다른 학자가 「헌법이 지방적인 의미를 갖는 법규범의 정립 권한을 지방자치단체에 부여한 것은 규범의 정립자와 수범자와의 간격을 줄임으로써 사회적인 힘을 활성화하게 하고, 지역적인 특성을 고려하여 탄력적인 규율을 가능하게 하고, 國家立法機關의 거리를 경감하려 하는 데 있다」⁵⁾라고 기술하고 있음은 같은 취지인 것으로 새겨진다.

위에 적은 사항이 지방자치제 내지 조례제정권의 보장이유 또는 순기능이 되는 동시에, 그들 요소가 역기능으로 작용할 수도 있음을 인정해야 할 것이다. 예컨대, 지방자치체가 “지방이기주의”라는 폐단을 가져오기도 하는데, 條例制定權 역시 그러한 폐단을 조장하는 요인으로 작용할 수도 있는 것이다. 그럼에도 불구하고, 條例 역시 一般·抽象的 法規로서의 성질을 가짐으로 인하여, 法治主義의 실현에 크게 기여하는 점을 인식할 필요가 있다. 일반·추상적 원칙을 수립하여, 그러한 원칙에 따라 사무를 처리하게 함으로써, 恣意를 방지하는 기능을 수행한다고 보는 것이다.

5) 洪井善, 行政法原論, 제3판 1995, 60면.

IV. 條例의 分類

1. 自治條例와 委任條例

憲法은 「地方自治團體는..... 自治에 관한 規定을 제정할 수 있다」(제117조제1항)라고 규정하고 있으며, 地方自治法은 「地方自治團體는 法令의 범위안에서 그 事務에 관하여 條例를 제정할 수 있다」(제15조)라고 규정하고 있는 바, 이들 규정에 근거하여 제정되는 條例를 自治條例로 부를 수 있다.

다른 한편, 地方自治團體는 自治事務 및 “法令에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”(지방자치법 제9조제1항 참조)이외에 특별히 法令의 위임을 받아 條例를 제정하는 경우가 있는데, 이에 의해 제정되는 條例를 委任條例로 부를 수 있다. 예컨대, 建築法은 「都市計劃法에 의하여 지정된 지구안에서의 건축물의 건축에 관하여는 이 법 또는 다른 法律에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 大統領令이 정하는 기준에 의하여 市·郡·區의 條例로 정할 수 있다」(제45조제2항)라고 규정하고 있는데, 이에 의해 정하는 條例가 委任條例의 예에 해당한다. 지방자치단체에 자치조례이외에 위임조례를 제정하게 되는 이유는, 지방의 행정은 自治의 형태로 행하고, 그에 따라 지방에 국가의 지방행정 기관을 별도로 설치하지 않는 데 그 이유가 있다고 하겠다.

2. 內容에 의한 分類

(1) 對外的 拘束力있는 一般·抽象的 規律로서의 條例

條例 역시 法規이며, 法源의 일종이기에, 대외적 구속력 있는 一般·抽象的 規律로서의 성질을 가짐이 보통이다. 課稅免除 등을 위한 條例(지방세법 제9조)와 같은 租稅條例, 公共施設의 설치 및 관리에 관한 條例(지방자치법 제135조) 등이 이에 속하는 대표적 예이다. 그들 條例는 당해 지방자치단체에 거주하는 주민, 당해 자치단체에 재산을 가지는 자라고 하는 불특정다수인에게 되풀이 적용되는 효력을 가지기에, 그들 조례는 대외적 구속력을 가지는 일반·추상적 규율로서의

조례라고 말할 수 있는 것이다.

(2) 組織條例

지방자치단체의 행정사무를 분장하기 위하여 설치되는 행정 기구에 관한 條例(지방자치법 제102조), 지방자치단체의 직속기관, 사업소, 출장소 등의 설치에 관한 조례(동법 제104조 이하) 등을 組織條例로 부를 수 있다. 이들 條例는 주로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 점에서, 앞의 一般·抽象的 規律로서의 條例와는 類型을 달리한다고 할 수 있다.

(3) 計劃條例

독일에서는 도시계획의 일종인 건설상세계획(Bebaungsplan)을 지방자치단체(Gemeinde)가 條例(Satzung)로 정할 수 있게 하고 있는 바, 그와 같은 계획행위(Planungsakte)의 성질을 가지는 조례를 독특한 유형의 조례로서 분류하기도 한다.⁶⁾ 우리 나라에서는 도시계획을 건설 교통부장관의 결정으로써 정하도록 되어 있으며(도시계획법 제12조), 條例로 정하는 예는 없는 것으로 보인다. 그러나 계획행위로서의 조례가 전혀 없는 것은 아니다. 建築法은 도시계획으로서의 地域·地區내에서의 건축에 대하여, 일정한 범위에서 조례로 정할 수 있도록 하고 있다. [都市計劃法에 의하여 지정된 地區안에서의 건축물의 건축에 관하여는..... 市·郡·區의 條例로 정한다](건축법 제45조제2항)라는 규정이 그 일례이다(아울러 동법 제46조 이하 참조). 그 밖에 國土利用管理法施行令에 있어서의 [취락지구에 대하여는 지방자치단체의 조례로 개발계획의 수립기준을 정할 수 있다](제11조제5항)라는 규정, “지방자치단체가 정하는 지역”에 있어서의 “지방자치단체의 조례가 정하는 시설”의 설치를 금지하고 있는 조항(제13조제1항제4호)에서 발견되는 조례는 계획행위로서의 조례의 예로 볼 수 있다. 이들 “계획 행위로서의 조례”는 보통 “한정된 지역”내에서의 “구체적인 사항”에 관하여 규율하고 있는 점에서, 일반·추상적 규율로서의 조례나 조직 조례와는 다른 내용과 성질을 가진다고 할 수 있다.

6) Vgl. Maurer, a.a.O., S. 62.

V. 條例制定權의 範圍와 限界

1. 自治條例의 경우

(1) 法令優位の 원칙

지방자치단체의 조례(자치입법)의 재정권의 범위와 관련하여, 憲法(제117조 제1항)과 地方自治法(제15조)은 다 같이 “法令의 범위안에서” 제정할 수 있음을 규정하고 있다. 여기에서 “法令”이 法律과 法規命令(긴급명령·위임명령·집행명령)을 의미한다고 보는 점, 그리고 “법령의 범위안에서”에 최소한 상기한 의미의 法令優位の 원칙이 포함된다는 것에 대해서는 異議가 없다. 그러면서도, 구체적으로 살펴보면, 여기에도 고찰해야 할 사항은 많이 있다. 즉 어떤 사항에 관하여 이미 法令이 규정하고 있는 경우에도 條例가 다른 목적, 다른 모습의 규제를 하는 것이 허용되는 것인가 등의 문제가 있는 것이다. 일본에서 활발히 논해지고 있는 이 문제가 근래 우리나라에서도 점차 관심의 대상이 되어 가고 있는 바, 다음이 그 예이다.

「첫째, 법령이 어떤 대상에 대하여 전혀 규율하고 있지 아니한 “법령의 공백” 분야의 조례(예: 서울시 조례로 쓰레기 배출 시간대를 규제하는 것 등), 둘째, 법령이 규율하고는 있으나 그것과 목적을 달리하는 조례(예: 광견병 예방 목적의 광견 예방법이 있지만, 조례로 사육견관리조례를 별도로 만드는 것. 일본예)는 허용되지만, 반면에 국가의 법령과 동일한 대상에 대하여 동일한 목적의 조례를 제정하면서 법령보다 엄격한 요건의 규제 수단을 정하는 조례는 법령에 위반되므로 허용되지 아니한다고 하겠다(예: 신고제를 허가제로, 또는 허가요건을 더욱 엄격하게 하는 것)」.⁷⁾

(2) 廣域團體條例 優位の 원칙

地方自治法은 「市·郡·自治區의 조례나 규칙은 市·道의 條例나 規則에 위반

7) 劉尙炫, 韓國行政法(下), 1995, 101면.

하여서는 아니된다」(제17조)라고 규정하고 있다. 이에 의하여 기초자치단체인 시·군·자치구의 조례가 광역자치단체인 시·도의 조례에 위반할 수 없음을 명백하다. 다만, 유의해야 할 점은, 이 경우의 “시·군·자치구의 조례”는, 광역자치단체인 시·도가 그의 사무에 관하여 시·군·자치구로 하여금 정하도록 위임한 조례(위임조례)를 의미한다고 하는 점이다. 다시 말하면, 시·도의 사무에 관하여 시·도의 조례나 규칙으로 대강만 정하고 세부적인 사항에 대한 규율을 시·군·자치구의 조례에 위임하는 경우를 예상한 규정으로 새겨진다. 그리고, 적어도 市·道가 市·郡 또는 自治區의 자치사무에 관하여 대강 정하고, 그 세부적인 사항을 시·군·자치구에 위임하는 것과 같은 경우는 있을 수 없다고 새겨진다.⁸⁾ 그 이유는 市·道나 市·郡·自治區는 다 같이 독립한 인격체(법인)로서의 자치단체이기에, 그의 법적 지위는 대등하다고 보아야 하기 때문이다.

(3) 法律留保의 원칙

自治事務에 관한 한, 지방자치단체는 개별적인 법률의 授權없이도 조례를 제정할 수 있다는 것이 통설적 견해이며, 판례도 같은 입장에 있다.

「그 내용이 주민의 권리·의무에 관한 사항이나 벌칙에 관한 것이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다」(대판 1970. 2. 10, 69다2121).

「정보공개조례안은..... 그 제정에 있어서 반듯이 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다」(대판 1992. 6. 23, 92추17).

(4) 住民의 權利制限·義務賦課에 관한 사항

憲法은 條例를 포함한 自治立法의 제정범위와 관련하여, “法令의 범위안에서”라는 제한만을 두고 있는 데 대하여, 地方自治法은 나아가서 “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항”을 정할 때에는 法律의 委任이 있어야 하는 것으로 규정하고 있다(제15조 단서). 舊法에서는 “주민의 권리, 의무에 관한 사항”에 관해 정할 때에 法律의 委任이 있어야 하는 것으로 규정되어 있었던 것인데, 現行法은 그 표현을 약간 변경하였다. 그러나, 舊法下에서와 마찬가지로, 現行法下에서

8) 同旨: 金亨培, 地方自治論, 1988, 189면.

도 위 但書規定이 지나치게 자치단체의 조례제정권을 제약하는 것이 아닌가, 헌법에 의하여 포괄적으로 수권된 조례제정권을 지나치게 제약하는 것으로 違憲이 아닌가의 문제를 둘러싸고 견해가 나뉘어져 있다.

1) 違憲論

지방자치법 제15조 단서의 위헌론을 인용해 보면 다음과 같다.

「주민의 권리제한 등에 관한 사항을 정하는 경우에는 法令에 위반되지 않더라도 정할 수 없고 국가의 법령에서 개별적으로 위임하고 있는 사항에 대해서만 제정할 수 있는 것이다. 그러나 이는 違憲的 要素가 있다고 할 것이다. 그것은 헌법 제117조제1항에서는 조례를 법령의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있는 국가 행정기관의 委任立法과는 구별하여, 自治事務에 관하여는 그 내용이 어떤 것이던 간에 “법령의 범위안에서” 제정할 수 있게 하였는데, 지방자치법 제15조 단서에서는 주민의 권리제한 등에 관한 사항은 “법령의 범위안에서도” 제정할 수 없게 하고 법령의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있게 하여 추가적 제한을 하고 있기 때문이다.

「헌법의 규정을 文理的으로 해석하여 헌법의 法治主義에 따라 국민의 자유와 권리 등에 관한 사항은 법률에서 개별적 위임을 받지 않으면 제정할 수 없다는 견해도 있다. 이러한 견해에서는 지방자치법 제15조 단서는 당연한 것을 정한 것이므로 문제가 없다고 한다. 그러나 이러한 입장에 선다면 條例制定權은 국가행정기관의 委任立法의 하나로 전락하게 되고 헌법 제117조에서 보장하고 있는 자치권 자체가 무의미하게 되고 말 것이다. 따라서 헌법 제117조에서 보장하고 있는 조례제정권이 의미를 갖게 하기 위하여서는 同조항을 國會에 立法權을 부여한 헌법 제40조에 대한 예외 규정 내지는 특례규정으로 보아, 國會가 위에서 든 사항에 관하여 법률로 정할 수 있는 것과 같이, 地方議會도 위에서 든 사항을 그것이 자치사무에 속하는 범위안에서 조례로 정할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁹⁾

「주민의 권리제한, 의무부과에 관한 사항을 개별적인 법률의 위임이 있는 경우에 한하여 조례로써 정할 수 있게 함은 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적인 자치권을 부여한 취지(全權限性的의 원칙 및 自己責任의 원칙)에 반하는 감이 없지

9) 이상, 박윤훈, 상거서, 134면에서 인용.

않다고 할 것이다.¹⁰⁾

「우리나라와 일본에서 憲法을 근거로 하여 지방자치단체의 통치단체로서의 성격이 일반적으로 승인되어 있어, 條例의 準法律性 = 委任立法으로부터의 탈락이 수용될 수 있는 것과는 대조적으로 독일에서는 조례의 정립을 포함하여 지방자치의 활동이 “행정” 활동으로 인식되어 있기 때문에, 비록 基本法 제28조제2항에 의거하여 지방자치가 헌법보장의 대상이 되고 있고, 그 내용으로서의 條例高權이 포함되어 있더라도 조례 정립에는 法律에 의한 行政의 원리가 타당하며, 분명한 것은 우리 나라에 있어서의 지방자치 제도의 건전한 발전을 도모하는데 있어 이상에서 보는 바와 같이 그 기능면에 있어 대체로 소극적인 평가밖에 받지 못하는 독일에서의 조례론에 의거하여 조례제정의 정치적·행정적 기능을 제한적으로 해석하려는 견해는 바람직하지 못한 것이 아닌가 생각되며, 우리 헌법 제37조제2항의 규정은 국민의 자치와 권리일반을 대상으로 하는 기본권제한의 일반적인계를 규정한 것이지 헌법에 의하여 별도로 보장하고 있는 지방자치단체의 조례제정에 있어서의 법률의 위임에 관하여 규정한 것은 아니며, 그것이 그나마 “본질적인 것”을 침해할 수 없는 立法形成權의 한계를 규정한 것으로 볼 때, 지방자치의 헌법적 보장의 本旨에 저촉되지 아니하는 한도 내에서의 기본권 보장 규정이라 해석해야 할 것이다.¹¹⁾

「법률유보의 적용론을 주장하는 학자들은 기본권 보장이라는 대명제에 너무 집착한 나머지 지방자치단체와 사인의 법적 지위의 차이에 따른 헌법 제37조제1항과의 본질적 차이점과 지방자치에 관한 제도보장이 기본권 보장에 이바지하고 있다는 점, 독일의 지방자치현실이 우리와는 거리가 멀다는 점 등을 간과하였다는 비판을 면키 어려운 것으로 보인다.

주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항은 법률의 개별적·구체적 위임이 있는 경우에만 조례로 정할 수 있다는 주장은 확실히 우리 헌법이 제도로서 보장하고 있는 지방자치의 취지, 즉 지방단체의 全權限性 및 자기 책임의 원칙을 보장하고 있는 것과도 배치된다고 할 것이며, 이는 조례도 주민의 직선으로 선출된 대표가 제정하는 것으로서 주민 스스로에 의한 자기 구속성의 원리에 충실한 것이므로 국회입법에 적용되는 자기 구속성의 원리와 차이가 없는 것이라는 조례의

10) 韓堅愚, 行政法 II, 1995, 532면.

11) 徐元宇, 地方自治의 憲法的 保障, 考試研究, 1993. 6, 18면 이하.

본질을 무시하거나 너무 과소평가한데서 기인한 결과라고 사료된다. 따라서 地方自治法 제15조 단서 규정은 조속히 삭제되어야 할 것이며, 그 때까지는 조례에 대한 법률유보원칙의 적용문제를 학설과 판례에 맡겨야 할 것이다.¹²⁾

2) 合憲論

지방자치법 제15조 단서의 合憲論의 論理는 다음과 같다.

「지방자치법 제15조는 그 자치 사무에 관한 자치단체의 일반적 조례제정권을 규정하고, 이어서 “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률위임이 있어야 한다”라고 하여, 이들 사항에 관한 조례제정에 있어서의 법률유보원칙을 규정하고 있다.

이에 대하여 헌법 제117조는 다만 지방자치단체는 “법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 하여, 이러한 제한규정을 두고 있지 아니하다. 그러나 이러한 상이한 규정방식으로 인한 지방자치법 제15조 단서의 違憲性의 문제는 없다고 본다. 그것은 법률유보의 원칙은 憲法的原理라 할 것으로서, 지방자치법 제15조 단서는 이러한 법률유보원칙의 최소한도를 규정한 것으로 볼 수 있는 것이기 때문이다.¹³⁾

「지방자치법 제15조 단서의 의미는, 지방자치단체가 갖는 조례제정권의 한계와 관련되는 규정으로서, 지방자치단체의 사무가 위임사무이든 자치사무(고유사무)이든 특정 지역에 대하여 법률유보의 원칙적용에 의해 법령이 직접 규율하고 있는 때에는, 조례가 독자적으로 규정하여 법령과 충돌되거나 경합되는 내용을 마련할 수 없다는 의미로 이해되어야 한다. 따라서 이때에는 이러한 법령의 위임을 받아서 대상 영역에 대해 조례가 규율할 수 있으며, 법령에 의한 규율이 없을 때에만 지방자치단체에 법령의 위임 없이도 직접 규율할 수 있다고 해석하여야 할 것이다. 이렇게 해석하는 경우에만 지방자치법 제15조 단서는 지방자치제도의 제도적 보장의 의미와 헌법 제117조제1항 규정과의 관계에 있어서 합목적적인 결과를 가져오게 될 것이다. 따라서 지방자치법 제15조 단서는 이러한 해석에 의하는 경우에 憲法合致的解釋이 가능하게 되므로, 위헌 문제는 제기되지 않는

12) 劉尙炫, 條例의 法的 限界에 관한 研究, 박사학위논문(경희대 대학원), 1995, 101면.

13) 金東熙, 行政法 II, 1994, 61면.

다고 보아야 할 것이다」.¹⁴⁾

「요컨대, 고전적인 침해 유보는 자치 입법에도 타당한 원리이다. 이것이 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”는 헌법 규정(제117조제1항)의 뜻이다」.¹⁵⁾

「條例의 내용에 따라 법률유보의 원칙의 적용여부가 달라지기 때문에 모든 조례제정에 있어서 반드시 法律의 授權을 요하는 것은 아니고, 다만 국민의 자유와 권리를 침해·제한하는 등의 침해 작용을 내용으로 하는 경우에는 법률유보 원칙이 적용된다고 할 수 있다」.¹⁶⁾

3) 判例의 경향

판례는 지방자치법 제15조 단서가 규정하고 있는 그대로, “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항”에는 법률의 위임이 있어야 하는 것으로 보고 있으며, 그의 근거로서의 지방자치법 제15조 단서를 합헌시하는 것으로 보인다. 다음의 판례가 그것을 나타내 준다.

「이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기설치를 제한하는 것을 내용으로 하는 것이므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리 의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체에 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다」(헌재 1995. 4. 20, 헌마 264, 279).

「지방자치법 제15조가 원칙적으로 헌법 제117조제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치 입법권을 보장하면서, 국민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는 바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조제2항의 취지에 부합한다고 할 것이므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수는 없으므로 피고의 위의 주장은 이유없다」(대판 1995. 5. 12, 94추28: 전라북도공동주택입주자보

14) 柳至泰, 行政法新論, 1995, 723~4면.

15) 洪井善, 行政法原論(下), 1995, 152면.

16) 鄭然宙, 條例制定權의 憲法的 限界와 統制, 公法學의 現代的地平(계희열박사 華甲記念論文集), 1995, 160면.

호를위한조례안무효확인 사건).

4) 小 結

條例와 法律留保와의 관계, 특히 地方自治法 제15조 단서와 관련하여, 필자는 「주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 개별적인 법률의 위임이 있는 경우에 한하여 조례로서 정할 수 있게 함은, 지방의회가 주민대표기관이라는 민주적 정당성을 지니고 있다는 점과 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적인 자치권을 부여한 취지(全權限性的의 원칙 및 自己責任의 원칙)에 반하는 감이 없지 않다. 조례제정에 침해유보의 원칙이 적용된다 하더라도 그에 관한 법률의 수권은 개괄적인 것으로 족하다고 보아야 할 것이다」라는 의견을 제시해 놓은 바 있다.¹⁷⁾ 그리고 현재에도 그러한 견해에는 변함이 없다. 다만, 위의 여러 학설·판례 등을 참고하여, 여기에서 위 “제15조 단서”의 문제와 관련하여, 필자의 소견을 다음과 같이 좀 더 구체적으로 정리해 보고자 한다.

가. 條例가 違憲·違法으로 되는 경우

(가) 조례의 규정이 적극적으로 법령의 규정에 모순, 저촉하는 경우

예컨대 행정심판 청구기간을 법률이 정한 것보다 짧게 정하는 조례와 같은 것이 이러한 유형에 해당한다. 다음의 판례가 이에 대한 좋은 자료를 제공해 준다.

「도시계획법에 의하여 수익자부담금징수에 관하여 조례를 정하도록 위임되었다고 할지라도 그 불복절차를 訴願法에 의한 소원으로 한정된 도시계획법 제88조에 어긋나는 규정을 마련할 수 없다고 할 것이므로, 이와는 달리 부담금납입통지서를 받은 날로부터 10일 내에 이의신청을 하여야 한다고 정한 광주시도시계획사업부담금징수조례 제20조는 무효이다」(대판 1963. 3. 22, 82누348).

(나) 국가의 법령이 일정한 기준을 설정하여 규제하고 있는 경우, 국가의 법령과 동일한 목적으로 동일한 사항에 대하여 법령보다 높은 기준을 부가하는 조례

예컨대, 식품위생법의 적용을 받는 식품 또는 첨가물에 대해 보건복지부장관이 충분히 필요한 정도의 기준을 정하고 있음에도 불구하고 그것보다 더 높은 기준을 정하는 것과 같은 조례가 이에 해당한다.

17) 졸저, 行政法 11, 상계서, 124면.

(다) 국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 사항에 대하여, 국가의 법령에 정해진 목적에서, 국가의 법령이 정한 것 보다 강한 형식의 규제를 하는 조례

예컨대, 어떤 사항에 관하여 국가의 법령이 신고제로 하고 있는 사항에 대하여, 조례가 그것을 허가제로 하는 것과 같은 것이 이에 해당한다.

나. 條例가 合憲·合法인 경우

(가) 당해 사항을 규율하는 국가의 법령이 존재하지 않으며, 공백 상태에 있는 것에 관하여 규제하는 조례

이에 관한 적절한 예로서, 서울특별시일반폐기물관리예관조례 제22조를 들 수 있다. 즉 동 조례의 근거법인 廢棄物管理法 제6조제3항은 함부로 폐기물을 버린 자 등 범위반자에 대하여 100만원 이하의 過怠料에 처한다고만 규정하고 있을 뿐, 위임규정을 두고 있지 않음에도 불구하고, 위 서울시조례는, 1킬로그램 미만의 일반 폐기물을 버린 자는 4,000원의 과태료를 과하는 것으로 정하는 등, 위반행위의 경중과 태양별로 과태료를 상세히 규정하고 있는데, 이러한 조례는 합헌·합법적인 것으로 보아도 좋을 것이다. 한편, 지방자치법 제15조 단서를 合憲視하는 입장에서도, 「입법자가 직접 규율하지 않아 법령에 의해 규정되지 않은 영역에 대해서는, 조례제정권이 원시적인 자주적 권리의 성질을 갖는 것이므로 법령이 없더라도 직접 스스로 규정할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 당해 권리 제한이나 의무부과가 지역적 관련성을 강하게 갖는 경우에 특히 해당한다고 볼 수 있다」¹⁸⁾라고 기술하고 있는 바, 결과적으로 이 곳에서의 필자의 견해와 일치되는 것으로 보인다.

(나) 국가의 법령이 규제하고 있는 사항일지라도 그것과는 다른 목적으로 규제하는 조례

어떤 사항에 대하여 이미 국가의 법령이 규제하고 있는 경우, 조례로써는 그에 관하여 전혀 규제할 수 없는 것인가? 이 문제는 경우를 나누어 판단해야 할 것으로 생각된다.

첫째는, 법령의 규제가 최고 한도에 이르고 있다고 새겨지는 경우이다. 그러한 경우, 법령이 정한 이상으로 조례로 정하는 것은 허용되지 않는다고 하겠다. 다른

18) 류지태, 상계서, 723면.

학자가 「과잉금지원칙의 적용하에 특별히 입법자가 법령규정을 통하여 특정 영역에 대한 규율을 직접 행한 경우에는 (예컨대 주민의 권리제한이나 의무부과에 관해 법령에 의해 규율한 경우), 당해 영역에 대한 별도의 조례에 의한 규율은 불가능하며 이러한 법령의 위임이 있는 경우에만 가능하다고 보아야 할 것이다」¹⁹⁾ 라고 하는 것도 같은 취지인 것으로 새겨진다.

둘째는, 법령의 규제적 내용이 전국적 최저기준을 표시하고 있다고 새겨지는 경우이다. 이러한 경우는, 그 이상의 규제는 각 지방의 행정수요에 따라 자치단체가 자율적으로 규제할 것을 허용하는 것으로 새김으로써, 조례에 의한 그 이상의 첨가가 허용되는 것으로 새겨도 좋을 것이다. 日本의 문헌이 즐겨 인용하는 徳島市公安條例 사건에 관한 1975년 9월 10일의 일본최고재판소의 다음과 같은 판결은, 우리에게도 좋은 참고가 될 것으로 생각된다.

「條例가 국가의 법령에 위반하는가 아닌가는, 양자의 대상사항과 규정문언을 대비할 뿐 아니라, 각자의 취지, 목적, 내용 및 효과를 비교하고, 양자 사이에 모순·저촉이 있는가 아닌가에 따라 이를 결정하지 않으면 안된다. 어떤 사항에 관한 국가의 법령 중에 명문의 규정이 없는 경우에도, 당해 법령 전체의 취지에 비추어 보아 위 규정의 결여가 당해 사항에 관하여 아무런 규제도 하지 않고 방치하는 것으로 새겨지는 경우에는, 이에 관하여 규제를 설정하는 조례의 규정은 국가의 법령에 위반된다. 다음, 특정 사항에 관하여 이를 규율하는 국가의 법령과 조례가 병존하는 경우에도, 후자가 전자와는 다른 목적으로 규율하는 의도를 가지고 있으며, 그의 적용에 의하여 전자의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하지 않는 경우라든가, 양자가 동일한 목적을 가지고 있는 경우에도, 국가의 법령이 반드시 전국적으로 동일내용을 일률적으로 규율하려는 것이 아니고, 각 자치단체가 그 지방의 실정에 따라 별도의 규제를 하는 것을 용인하는 취지로 새겨지는 경우에는, 국가의 법령과 조례 사이에는 아무런 모순·저촉이 없으며, 조례가 국가의 법령에 위반하는 문제는 발생하지 않는 것이다」.

(다) 국가의 법령이 규제하는 목적과 조례의 그것이 같은 경우에도, 국가의 법령이 규제의 범위밖에 두고 있는 사항 또는 대상에 관해 규제하는 조례

법령의 취지가, 당해 규제으로써 충분하다고 판단되어 규제의 대상밖에 두고 있는 경우에는 조례로써 이에 관해 규제하는 것은 허용되지 않을 것이다. 반면에,

19) 상계서, 723면.

법령이 규제하지 않는 취지가, 국가의 무관심에 있다든가, 국가가 전국적인 규제를 할 필요성을 인정하지 않을 뿐, 지방의 실정에 따라 특별한 규제를 가하는 것을 금지하지 않는 것으로 새겨지는 경우에는, 이에 대한 조례에 의한 규제는 가능하다고 보아야 할 것이다.

(5) 罰則에 관한 사항

구 지방자치법에서는 「시·도는 당해 지방자치단체의 조례로서 3월 이하의 징역 또는 금고, 10만원 이하의 벌금·구류 또는 50만원 이하의 벌칙을 정할 수 있다」(제20조)라고 규정하였다. 그러나 동조는 1994. 3. 16의 법개정을 통해 「지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다」(제20조제1항)라는 내용으로 개정되었다. 구법상의 벌칙조항이 현재의 내용으로 개정된 이유는, 조례로써 징역 등 벌칙을 두는 것은 헌법 제12조상의 罪刑法定主義에 반한다는 주장이 우세한 때문인 것으로 보인다.

생각건대, 司法에 관한 사항은 전국적 통일을 요하는 것으로 생각되며, 따라서 그것은 국가적인 사항으로서, 일반적으로 법률로써 정함이 바람직하다고 여겨진다. 그러나, 구법에 있어서와 같이, 지방자치단체에 정할 수 있는 벌칙의 최고 한도를 법률로써 정해 놓고서, 그 한도의 이내에서 자치단체로 하여금 조례로 벌칙을 정하는 것이 반드시 헌법에 위반되는 것으로는 생각되지 않는다. 이 점은, 命令에 대한 법칙의 위임도, 법률이 그의 上限을 두고 있는 경우라면 허용되는 것으로 보는 것이 통설적인 것에 비추어 보더라도²⁰⁾ 더욱 그러하다.

(6) 사무적 한계

헌법은, 지방자치단체는 “自治”에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고 있으며(제117조제1항), 지방자치법은 지방자치단체는 “그 사무”에 관하여 조례를 정할 수 있다고 규정하고 있는 바(제15조), 自治條例의 경우 이 범위를 넘어설 수 없음은 당연하다. 그 내용을 분석하면 다음과 같다.

20) 졸저, 行政法 I, 상계서, 169면.

1) 지방자치단체의 사무에 관하여 규정할 것

지방자치법은 “그 관할구역의 자치사무”와 “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”를 지방자치단체의 사무로서 규정하고 있다. 그리고 동법 제15조에 규정되어 있는 “그 사무”란 바로 이를 의미하는 것으로 새겨진다. 결국 “자치사무” 이외에 “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”란 흔히 “단체위임사무”로 불려지고 있는 바, 이는 실질적으로 자치사무와 같은 것으로 취급되므로, 그 양자를 합하여 “자치사무”로 부르고, 그에 관하여 규율하는 조례를 전부 “자치조례”로 부르더라도 상관이 없을 것으로 새겨진다. 문제는 무엇이 “지방자치단체의 사무”에 해당하는가에 있다고 하겠는 바, 지방자치법 제19조제2항에 예시되어 있는 사무의 목록은 그것을 판단하는데 있어서의 하나의 기준이 된다고 하겠다.

과거에는 “호적”에 관한 사무는 일반적으로 국가사무로 간주하는 경향이 있었다. 그런데, 현행 지방자치법은 그 호적에 관한 사무를 지방자치단체의 사무로서 규정하고 있으며(제9조제2항제1호의 차 참조), 이에 의하여 관례도 그 호적 사무를 지방자치단체의 사무로 보고 있음은 주목할 만한 일이다.

「지방자치법 제9조제1항은 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다고 규정하고, 같은 조 제2항은 각 호에서 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 열거하면서 제1호 차목으로 호적 및 주민등록관리를 예시하되, 그 단서에서 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는 바, 이와 같은 호적법 및 지방자치법의 제규정에 비추어 보면, 호적사무는 국가의 사무로서 국가의 기관위임에 의하여 수행되는 사무가 아니고 지방자치법 제9조가 정하는 지방자치단체의 사무라고 할 것이고, 단지 일반 행정사무와는 달리 사법적 성질이 강하여 법원의 감독을 받게 하는데 지나지 아니한다고 할 것이다」(대판 1995. 3. 28, 94다45654).

2) 국가의 사무가 아닐 것

지방자치법은 제11조에서 「지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다」라고 하면서, 국가사무를 열거하고 있는 바, 법률에 특별한 규정이 없는 한, 조례는 그들 국가사무에 관하여서는 규율할 수 없다고 보지 않을 수 없다.

3) 타 기관의 사무에 관한 것이 아닐 것

1991년에 지방의회가 구성된 이후, 대법원에서의 機關訴訟이 많이 제기되고 있거니와, 그 중의 상당수는 지방의회가 자치단체의 장의 권한을 침범하는 내용인바, 다음이 그 예이다.

「지방의회가 집행기관의 인사권에 관하여 소극적 사후적으로 개입하는 것은 그것이 견제의 범위안에 드는 경우 허용된다고 할 것이나, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수 없고, 사전에 적극적으로 개입하는 것도 허용되지 아니하므로 지방의회의 장에게 인사추천권을 부여한 조례는 무효이다」(대판 1993. 3. 9, 92추116).

위와 같은 사정에 비추어, 특히 의원이 조례안을 발의하는 경우, 자치단체장의 권한 등 타 기관의 권한을 침범하는 내용의 조례안을 발의하지 않는 등의 세심한 배려가 요청된다고 하지 않을 수 없다.

2. 委任條例의 경우

지방자치단체는 그 자치단체의 사무에 대하여서만 조례제정권을 가진다고 보지 않으면 안된다. 그 점은, 지방자치단체는 “그 사무”에 관하여 조례를 제정할 수 있음을 명기한 동법 제15조에 비추어 명백하다. 또한 그 점은 판례 또한 인정하는 바이다.

「지방자치단체에 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 자치단체에 위임된 이른바 단체위임사무에 한하고, 국가사무로서 지방자치단체의 장에 위임된 이른바 기관위임사무에 관한 사항은 조례제정의 범위 밖이라고 할 것이다」(대판 1992. 7. 28, 92추31).

그러나 그럼에도 불구하고, 현실적으로는 법령이 그 기관위임사무에 관하여도 조례를 제정하도록 위임하는 경우가 있음은 앞의 條例의 분류에서 본 바와 같다. 다른 학자에 의한 다음과 같은 記述도 이를 뒷받침해 준다.

「기관위임사무는 지방자치단체 자체의 사무라고 할 수 없으므로 조례를 제정할 수 없다. 그러나, 건축법·부동산중개업·폐기물관리법 등 많은 법률은 기관위임사무의 처리에 있어서 건폐율·부동산중개수수료·폐기물처리방법·수수료

등을 그 지역의 실정에 맞게 법률의 범위내에서 條例로써 정하도록 개별적으로 위임하고 있으며, 이를 처리하는 자치단체의 장은 국가의 하급 행정기관의 지위에 서게 되고 이에 근거하여 建築條例 등이 제정되고 있으나, 이러한 위임조례는 국가법인 행정입법과 마찬가지로 취급되며 委任立法의 한계에 관한 원리가 그대로 적용되므로 자치 조례와는 성질상 구별되어야 할 것이다.²¹⁾

생각건대, 憲法(제117조) 및 地方自治法(제15조)이 지방자치단체에 대하여, 그의 사무에 대하여서만 조례를 제정할 권한을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 지방자치단체의 사무가 아닌 기관위임사무에 대하여 條例로 정함은 모순이라 하지 않을 수 없다. 따라서, 일차적으로는 그러한 모순을 정비·제거하는 일부터 착수해야 할 것이다. 그러나, 그와 같은 조례가 현실적으로 존재하는 한, 그의 법적 성격은 행정입법으로서의 명령과 같은 성질을 가진다고 볼 수 밖에 없으며, 따라서, 법령의 그에 대한 위임도 구체적이어야 한다고 생각된다. 다시 말하면, 그 위임조례(기관위임사무에 관한 조례)의 제정권의 범위 및 한계에 관해서는, 구법 명령에 대한 법리가 그대로 타당하다고 생각된다.²²⁾

VI. 條例制定權의 活性化 方案과 前提

憲法은 「지방자치단체는 法令의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다」(제117조제1항)라고 규정하고 있다. 따라서 위 헌법규정만 보게 되면, 헌법에 정면으로 저촉만 되지 않는 한 자치단체는 폭넓게 조례제정권을 가지는 것으로 새겨진다. 무엇보다도 언제나 法律의 授權이 있어야만 조례를 제정할 수 있는 것은 결코 아니다. 그러나 헌법에 의해 보장되고 있는, 위와 같은 내용의 자치단체의 조례제정권은 法律인 地方自治法에 의해 크게 제약받고 있다. 同法(제15조 단서)이 “주민의 권리제한 또는 의무부과”에 관한 사항에는 개별적인 법률의 위임이 있어야만 조례를 제정할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다. 오늘날 權利의 개념과 내포가 확대되는 경향에 있고, 그 權利에는 제3자의 법률상의 이익도 포

21) 同旨 : 劉尙炫, 상계서, 104면.

22) 異說 : 박윤훈, 상계서, 133면.

함된다고 새겨지고 있으므로,²³⁾ 위 지방자치법 제15조 단서는 헌법에 의해 보장되고 있는 자치단체의 자치입법권(조례제정권 포함)을 심대하게 제약하는 결과를 가져오고 있다. 필자 등이 위 지방자치법 제15조 단서의 위헌성(위헌의 우려)을 지적하는 이유는 그 점에 있다. 그럼에도 불구하고, 그와 같은 주장은 아직 소수설에 머무는 듯 하며, 判例 역시 그러한 주장을 받아 주지 않고 있다. 따라서, 그 문제는 입법(법률의 개정)적으로 해결하는 수밖에 없는 것으로 보이며, 하루 속히 그러한 방향으로 추진되기를 바라고 싶다.

다른 한편, 종래 우리나라에서는, 法律優位の 문제와 관련하여, 조례와 같은 자치입법이 법령에 위반되어서는 안된다는 점만 강조되고, 법령이 존재함에도 불구하고 조례로써 정할 수 있는 사항 내지 범위에 관한 문제는 도외시한 감이 없지 않다. 다행이 근년에 이르러, 日本에서의 이론과 실무의 예를 참고하여 우리나라에서도 그 문제에 대한 논의가 시작되고 있으며, 필자 역시 이 글을 통해 그 문제에 대한 탐구를 시도해 보았는 바, 당장에는 그러한 연구와 시도를 통해 조례제정권의 범위를 확대해 감이 필요할 것으로 생각된다.

지방자치단체에 대해 어느 정도의 자치권 내지 자치 입법권을 보장할 것인가? 그 문제는 지방자치단체의 법적 성격 내지 지위를 어떻게 볼 것인가의 문제와 직결된다.

주지하는 바와 같이, 우리나라에서는 지방자치단체 역시 公共組合 등과 함께 公共團體의 일종인 점이 강조되고, 지방자치단체를 地方政府로 보는 관념은, 특히 法學의 분야에서, 별로 인식되고 있지 않은 것으로 보인다. 그러나, 주민의 수가 千萬을 넘는 서울특별시도 말할 것도 없고, 대부분의 광역자치단체(시·도)는 “공공단체” 보다는 “지방정부”의 호칭이 어울린다고 여겨진다. 따라서, 조례제정권의 범위 등에 있어서, 그들을 기초 자치단체와 똑같이 다루는 것 또한 모순이라 여겨진다. 최소한, 그 광역 자치단체에 대해서만이라도 지방자치법 제15조 단서의 굴레를 벗겨줄 필요가 있다고 여겨진다.

시대는 바야흐로 地方化時代로 일컬어진다. 權力이 중앙에서 지방으로 이동하고, 각 지방이 독자성과 창의성을 발휘하여 世界化의 물결을 이겨내야 하는 것이다. 그러기에 바로 “地方化가 世界化다”라는 구호가 설득력을 가지는 것이다. 지방의 일까지 일일이 중앙에서 지시하고 간섭하는 식으로는 더이상 살아가기 어려

23) 상세는 졸저, 行政法 I, 691면 이하 참조.

은 세상인 것이다. 최근에 내한한 미래학자 앨빈 토플러도 앞으로의 세계를 다양성의 시대로 규정하고, 다양한 소단위의 이해집단이 정치, 경제, 문화 등 사회 각 분야를 이끌어 나갈 것으로 전망했다. 그리고 우리들 모두가 그와 같은 전망에 동감을 표시할 때, 自治立法과 관련하여서도 같은 현상이 전개되도록 노력해야 할 것이며, 그 전제로서 우선, 지방자치법 제15조 단서의 골대를 벗겨줄 필요가 있음을 다시 한번 강조해 두고 싶다.