



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

자치입법 권한 확대방안 연구

A Study on the Method to Expand Legislative Authority of Local
Self-Government

제주대학교 대학원

법학과

조 시 중

2019년 7월

자치입법 권한 확대방안 연구

지도교수 강 주 영

조 시 중

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2019년 7월

조시중의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 권영호 (인)

위 원 표명환 (인)

위 원 김은주 (인)

위 원 고헌환 (인)

위 원 강귀애 (인)

제주대학교 대학원

법학과

2019년 7월

**A Study on the Method to Expand Legislative
Authority of Local Self-Government**

Si-Joong, Cho

Supervised by Professor Joo-young, Kang

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for
the degree of Doctor of Laws

July, 2019

Department of Law
Graduate School, Jeju National University

(Abstract)

A Study on the Method to Expand Legislative Authority of Local Self-Government

Local self-government is compared to “Grass-roots democracy” or “the best school of democracy”. Further, “the best guarantee for its success is the practice of local self-government.” Thus, local self-government can be said to coincide with the history of democracy due to its essentially inseparable relation therewith.

As modern local self-government in Korea was ensured in the Constitution enacted in 1948 and the Local Self-government Act was first enacted and implemented. However, local self-government has been stopped or distorted due to political upheaval such as suspension of constitution thereafter. As local self-government was reinstated with enforcement of the Constitution and the Local Self-government Act in 1987, which has relatively short history.

Notwithstanding, the significance of local self-government based on regional variety and peculiarity was disparaged and damaged, because the efficiency of national administration was recognized as the supreme value by excessive centralization. Although some 20 years have elapsed since the reinstatement of local self-government, this trends actually undergoes restriction depending on centralization culture in the past.

The article 117 of the Constitution and the article 22 of the Local Self-government Act ensure and restrict local legislative authorities simultaneously. The authorities of local self-government includes legislative authority, administration authority, and financial authority. Among them, local legislative authority is the most essential element. Especially, as the power by which local government may enact general and abstract laws under its own responsibilities within the limits of law in order to regulate and manage local affairs and national affairs delegated to them, the guaranty and expansion of local

legislative authority is indispensable element to perform public affairs of its own responsibility within its jurisdiction.

Local legislative authority is extensive, since it includes not only ordinances enacted by local council but rules and regulations determined by executive as well as decrees. etc. Among them, ordinances are the most essential and supreme decision making method enacted by the local council which has democratic legitimacy. Thus, the expansion of legislative authority can be said to be that of the self-determination principle.

However, local legislative authority has been recognized as subordinate guideline to enforce the national affairs. Such recognition is still unchanged and a lot of problems are embedded, although its significance as the most essential element is emphasized. Considerable efforts have been academically made on the problems of local legislative authority and its improvement method. However, they have been only discussed without any progress to date.

The center of discussion is problem on the nature and scope of the local self-government and local legislative authority. These can be said to be the confrontation between the doctrine of the Inherent Rights and the Delegation theory based on the Institutional Guaranty.

Local legislative authority is legally restricted by the principle of reserve to law; the principle of legal property right and principle of no taxation without law and principle of legal superiority in accordance with the legal suitability. It is not only restricted by actual national legal system, but only exposed to international environment without being limited to regional problem.

Although local legislative authority has been gradually expanded after reinstatement of local self-government, the portion of entrusted ordinances is overwhelmingly high to enforce delegated affairs as the national affairs is 67.7% and local affairs is 32.3% on the basis of ordinances and local legislative authority is restricted. Further, ordinances show many defects so that current local legislative authority has task to improve problem.

Meanwhile, the decentralization can be said to be the common idea for local

self-government of countries worldwide. Decentralization in Korea has been promoted by the Local Empowerment Act in 1999. However, the promotion of decentralization could not be constantly accelerated and its result is not positively evaluated. Thus, academic discussion is desperately required to embody the constitutional principle and the decentralization principle.

According to the traditional opinion of Korea, local legislative authority belongs to subordinate norm composed of ordinances and rules following law of formal meaning which is culminated by the Constitution, laws and presidential decrees and administrative rules. However, the necessity to correct such traditional opinion is presented due to the reinstatement of local self-government. Especially, this study think that ordinance regulating purely local affairs as independent and local law enacted by local council which has democratic legitimacy should have independent regulatory power, since it is the most significant and essential element of local self-government.

To argue the expansion of local legislative authority, the essence of local self-government should be first examined and the legal character of legislative authority inevitably varies depending on the essence.

With respect to the nature and scope of the local self-government of United Kingdom & United States is generally subject to the citizen autonomy based on the Doctrine of the Inherent Rights and local legislative authority is subject to so-called theory on the Ordinance as a law. Compared to them, it is explained that of Germany and Japan is subject to the Delegation Theory based on the Institutional Guaranty and local legislative authority is subject to the theory on Entrusted Legislation.

Citizen autonomy by the Doctrine of the Inherent Right is currently existing in the United Kingdom and the United States, instead of being separated only academically in Korea. Namely, it refers to the form where citizen intending to establish local self-government with legal guaranty of state enact the Charter. Thus, the discipline range of self-governing local affairs and local legislative authority as purely local affairs is inevitably different from that of the other

states. Local self-government in such form continues in United States as well and established by enacting so-called the Home-rule Charter is increasing. Notwithstanding, that theory in Korea has denied and such fallacy can be said to be the largest obstacle in the progress of local self-government academically and practically.

Local self-government is not stagnant in regular concept, but constantly changing and the center of nature and scope is moving from the theory on the Institutional Delegation to theory on the Inherent Right. The form of local self-government is moving from group self-government to citizen autonomy. Local self-government is the system where citizen independently determine the regional issue related to them. This is why local legislative authority should be recognized as independent determination and actual local self-government should be sought from citizen autonomy.

Notwithstanding, they criticize that citizen is still prevented from participating in local self-government due to the tendency of centralization and it is merely miniaturized transplanted by partially entrusting representative system in the unit of state and the bureaucracy of central government to local area. This criticism points out that local self-government as the essence of local self-government is still insufficient as that of center of citizen autonomy.

The ultimate purpose of local self-government is not only to escape from excessively centralized power, but also to escape from group self-government in order to embody actual citizen autonomy. As the ground of local legislative authority, the Constitution and the Act of Local self-government is quite restricted as uniform and fragmentary legislative authority which fails to enliven the diversity and originality of local area.

Although theory has discussed the expansion of the local legislative authority of mainly around this regulation, its center can be said to be the confrontation between the traditional theory on the Delegated Legislation and theory on ordinance law. Due to restriction by the principle of reservation to law, the expansion of local legislative authority has been only discussed without

progress.

Thus, the expansion of local legislative authority should drive forward new progress through decentralization. As the common idea required by local self-government of modern democratic state is decentralization. It is required to be harmonized with centralization and vertical separation of powers between state and local self-government is required to be mutually balanced.

Thus, positive theory needs to be spread in accordance with the requirement of change in new age which pursues decentralization. The power of local self-government should be ensured so that the essence and intent may be well realized. It can be said that the core lies in expanding and reinforcing local legislative authority. In that sense, this study presents improvement methods of the legislation policies to expand legislative authority. It can be summarized as follows;

First, it is to amend the Constitution to decentralization type. To amend the constitution, the recognition on local self-government and local legislative authority should be converted first. The principles of decentralization are subsidiarity principle, and it is to guaranty of the existence of local self-government, the own self-responsibility, the local financial authority, expansion of the local empowerment of central power. The range to enact ordinances should be expanded from “within the limits of law” to “within the limits not conflict with general laws”

Second, after amending the Constitution to decentralization type, the enactment of the basic act of local self-government(draft) is discussed. As the basic act as a superior position needs to be granted to it compared with the other laws with respect to local self-government so that systematic matching may be completed. This act should include specific discipline range and enactment standard of the legislative authority. The discipline range and enactment standard of entrusted ordinances for “self-governing ordinance” and “byelaws” entrusted delegated affairs should be clearly enacted respectively. The jurisdiction of the local legislation authority over agency delegation affairs should be changed from local

executives to local legislatures which has democratic legitimacy.

Finally, the Jeju Special Self-Government shall secure the Constitutional status itself in order to achieve high standard local autonomy and substantial decentralization, and special status should be defined more clearly. Further, self-determination authority to submit the petition of the Bill on the Jeju Special Act as well as the Exception Rule should be expanded. And systematic inconsistency over the Jeju Special Act have to be clearly defined by distinguishing the delegated affairs, transferred affairs, agency delegation affairs and the complexity of the articles rearranged.

It is expected that local self-government meeting the diversity and locality can be embodied if those methods of legislation policies to expand the local legislative authority is firmly concretized.

- 목 차 -

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위	3
제3절 연구의 방법	4
제2장 지방자치의 의미와 자치입법권한의 본질	5
제1절 지방자치의 개념	6
1. 지방자치의 의미	6
2. 지방자치의 본질	9
(1) 고유권설	9
(2) 전래권설	12
(3) 제도적 보장설	13
(4) 신고유권설	16
(5) 검토	16
3. 지방자치의 유형과 종류.....	18
(1) 지방자치의 유형	18
(2) 지방자치단체의 종류.....	23
제2절 자치입법권한의 의미와 본질	27
1. 자치입법권한의 개념	27
2. 자치입법권한의 종류	29
(1) 조례	29
(2) 규칙	38
3. 자치입법권한의 본질	40
(1) 조례자주입법설	40
(2) 전래설에 근거한 자치입법권한	43
(3) 조례위임입법설	43
(4) 신고유권설에 근거한 자치입법권한	44
(5) 검토	45

4. 자치입법권한의 규율 범위.....	47
(1) 소관사항의 원칙	47
(2) 「지방자치법」상 그 사무의 종류.....	48
제3절 지방자치 관념의 변화	71
1. 개념론	71
(1) 전통적 개념론	71
(2) 기능적 개념론	72
(3) 동적 개념론	73
(4) 검토	74
2. 지방분권과 지방자치	75
(1) 지방분권의 의의	75
(2) 보충성의 원칙의 의의	78
(3) 지방이양의 의의	80
(4) 우리나라의 지방분권 추진	81
제4절 소결	84
제3장 자치입법권한의 한계.....	88
제1절 법치주의와 자치입법권한의 한계	88
1. 법률유보의 원칙과 조례	88
(1) 법률유보의 원칙과 규제법정주의의 의의	88
(2) “법령의 범위 안에서”의 해석론	90
(3) “구체적으로 범위를 정하여”의 해석론	92
(4) 「지방자치법」 제22조(조례) 제1항 단서의 해석론	93
(5) 학설	93
(6) 판례	95
(7) 검토	96
2. 죄형법정주의와 조례	98
(1) 죄형법정주의의 의의	98
(2) 학설	99
(3) 판례	100

(4) 검토	101
3. 재산권법정주의와 조례	104
(1) 재산권법정주의의 의의	104
(2) 학설	105
(3) 판례	107
(4) 검토	108
4. 조세법률주의와 조례	109
(1) 조세법률주의의 의의	109
(2) 조세법률주의의 내용	110
(3) 조세법률주의의 예외	111
(4) 학설	112
(5) 판례	113
(6) 검토	113
5. 헌법의 일반원칙과 조례	115
(1) 평등의 원칙	115
(2) 이익 형량의 원칙	116
(3) 과잉금지의 원칙	117
6. 법률우위의 원칙과 조례	118
(1) 법률우위의 원칙의 의의	118
(2) 법률우위의 원칙의 예외	119
제2절 차등분권 지역-제주특별자치도에 있어서의 자치입법권한의 한계	126
1. ‘제주특별법’의 한계	126
(1) 제주특별자치도의 법률적 지위	127
(2) 특수한 지위의 불확실성	128
(3) 조문 구조의 복잡성	129
(4) 자기 결정권의 제한	131
(5) 법률체계의 부정합성	132
(6) 국가사무의 처리제한	138
2. 특별자치 입법권한의 한계	139

(1) 이양된 자치입법권한 미활용	139
(2) 위임근거의 실효성 부족	140
(3) 법률유보의 원칙에 의한 제한	143
(4) 초과조례·추가조례 근거 미활용	146
(5) 주민자치의 한계	147
제3절 소결	149
제4장 주요국에 있어서의 자치입법권한의 범위와 내용	152
제1절 영국	152
1. 전통적인 자치입법권한	153
2. 자치입법권한의 변화	155
(1) 조례의 정의	155
(2) 조례의 규율범위	156
(3) 조례 제정요건	157
(4) 조례 제정의 제한	158
3. 자치입법권한의 예외: 지역법률.....	159
4. 권한유위의 법칙	160
제2절 미국	161
1. '지방자치현장' 제정 권한	162
2. 조례 제정과 집행권한	165
(1) 경찰권한.....	165
(2) 자치사무의 범위와 논란	167
3. 최근의 자치입법 경향	168
(1) 히든 힐스 시티 규칙과 규정.....	168
(2) LA 카운티 공동체 표준구 규정	169
(3) 칼라바사스 시티 친환경 식품포장용기 사용조례	169
(4) 산 디에고 카운티 시민 법률집행 조사위원회 조례.....	170
(5) 칼라바사스 시티 간접흡연 통제조례	170

4. 법률선점주의	171
(1) 연방법률의 선점	171
(2) 주 법률 선점주의	171
(3) 법률선점의 형태	172
(4) 법률선점주의의 예외	173
(5) 판례	175
제3절 독일	179
1. 지방자치 고권	180
2. 자치입법권한	183
(1) 자치입법권한의 근거	183
(2) 자치입법권한의 규율범위	185
3. 연방법 우선주의	187
(1) 행정연방주의	187
(2) 원칙과 예외	188
4. 자치사무 구성방식(모델)	190
(1) 이원론(이원적 모델)	190
(2) 일원론(일원적 모델)	191
제4절 일본	195
1. 지방자치의 본지	195
2. 한 지방에 적용하는 특별법	196
3. 자치입법권한	197
(1) 자치입법권한의 근거	197
(2) 자치입법권한의 규율범위	198
4. 지방자치제도의 개혁	199
(1) 국가와 지방자치단체의 역할 분담	199
(2) 기관위임사무의 폐지	201
(3) 위임조례의 폐지	202
5. 국법선점이론	202
(1) 전통적인 국법선점이론	202

(2) 수정이론	204
제5절 시사점	205
1. 자치입법권한의 공통점과 특징	205
2. 지방자치 고유권설의 특징	206
3. 독일의 자치사무 구분체계	207
4. 일본의 지방자치제도 개혁	209
5. 법률선점주의의 예외	211
제5장 자치입법권한 확대방안	212
제1절 지방분권형 헌법 개정방향에 관한 논의	212
1. 자치입법권한의 본질 검토	212
2. 지방분권의 기본원칙과 추진방향	215
(1) 지방분권 원칙의 명문화	215
(2) 지방자치단체 존립의 보장	216
(3) 전권한성과 자기책임성의 보장	219
(4) 지방재정고권의 보장	220
(5) “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”	222
제2절 지방자치기본법(안) 검토	225
1. 논의의 필요성	225
2. 지방분권의 구체화 방안	227
(1) 기초자치단체 우선의 원칙 보장	227
(2) 실질적 주민자치 확대	228
(3) 자치사무의 이원성 보장	230
(4) 국가최저기준 설정	232
(5) 포괄적 위임 확대	234
(6) 자치사무의 범위 확대	235
3. 조례의 규율범위와 제정기준 설정 방안	237
(1) 자치사무와 자치조례	237
(2) 위임사무와 위임조례	238

(3) 기관위임사무에 대한 자치입법권한 변경	239
4. 자치입법권한의 실효성 확보	241
(1) 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 폐지	241
(2) 벌칙 제정 권한의 확대	243
제3절 제주특별자치도 입법권한 확대 방안	246
1. 제주특별자치도의 헌법적 지위 확보	246
2. ‘제주특별법’의 정비.....	248
(1) 종합적인 입법평가 필요성	248
(2) ‘제주특별법’ 법률안 입법청원권 확보	248
(3) 자기결정권의 확대	249
(4) 자치입법권한의 수용성 확대	251
(5) 자치입법권한의 특례 규정	253
3. 주민자치 활성화	255
제6장 결론 및 정리.....	257
참고문헌	260

표 목 차

〈표-1〉'제주특별법' 및 동법 시행령 개정방안	252
〈표-2〉'제주특별법' 개정방안	254

제1장 서론

제1절 연구의 목적

지방자치는 “풀뿌리 민주주의”¹⁾ 혹은 “민주주의의 학교”²⁾로 비유되며 “지방자치는 민주주의의 고향이며, 생동하는 지방자치는 민주정치의 성공적 운영에 절대 필요한 제도이다”³⁾ 따라서 지방자치는 본질적으로 민주주의와 불가분의 관계로써 민주주의의 역사와 같이 한다고 할 수 있다.

우리나라의 지방자치는 1948년에 제정된 제헌 헌법에서 보장되고 「지방자치법」이 최초로 제정되어 근대적인 지방자치를 실시하였다.⁴⁾ 그러나 이후 지방자치는 헌법의 정지와 같은 정치적 변화에 따라 중지되거나 왜곡되어 왔으며, 1987년에 개정된 헌법과 「지방자치법」의 본격적인 시행으로 부활되어 비교적 짧은 역사를 가지고 있다. 그러나 지방자치는 부활 이후 20여년이 경과되었음에도 과도한 중앙집권의 영향으로 실질적인 제약이 많으며, 국가 행정의 효율성이 최고의 가치로 인식되어 지역의 다양성과 특성을 기반으로 하는 지방자치의 중요성은 폄하되어 왔다.

지방자치 권한은 자치입법권·자치조직권·자치인사권·자치재정권 등이 포함된다.⁵⁾ 그 중에서 자치입법권은 가장 핵심적인 요소로써 “지방자치단체가 자치사무나 자신에게 위임된 사무를 처리하기 위하여 법령의 범위 내에서 자신의 책임 하에 일반적·추상적인 법규범을 제정할 수 있는 권한”으로,⁶⁾ 자치입법권의

1) 헌재 2004.12.16., 선고 2004헌마376 결정, 지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 그 지역의 주민이 그 지방에 관한 여러 가지 사무를 그들의 책임 하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 하는 제도로써 지방 시정에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리 민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있다.

2) Viscount James Bryce, *Modern Democracies*, The Macmillan Company, 1921. p.150. These examples justify the maximum that the best school of democracy and the best guarantee for its success is the practice of local self-government.

3) 이종수, “헌법적 의미에서의 지방자치와 민주주의”, 『지방자치법연구』, 통권제26호(제10권2호), 한국지방자치법학회, 2010, p.4.

4) 최초의 지방자치법 시행, 1949.7.4.

5) 헌재 2010.10.28. 선고 2007헌라4 결정, ‘헌법’ 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다. 이에 따라 지방자치단체에게는 법령의 범위 내에서 자신의 지역에 관련된 여러 사무를 자신의 책임 하에 수행할 수 있는 지방자치권이 보장되는데, 이러한 권한에는 자치입법권, 자치조직권, 자치인사권, 자치재정권 등이 포함된다.

보장과 확대는 실질적인 지방자치를 위한 필수 불가결한 요소이다.⁷⁾ 우리나라에서 자치입법권한은 지방의회에서 제정하는 조례와 지방자치단체의 장이 제정하는 규칙이 있으며, 조례는 민주적 정당성을 가진 지방의회가 제정하는 자치입법권한의 확대는 지방자치의 자기결정권을 확대하는 것이라고 할 수 있다.

그러함에도 자치입법권한은 지방자치 부활 이후 그 중요성이 더욱 강조되고 있음에도 많은 문제점이 내재되어 있는 실정이다. 이와 같은 문제점과 개선방안에 대하여는 학술적으로 적지 않는 노력이 있어왔으며, 그 논의의 중심은 지방자치와 자치입법권한의 본질에 관한 문제로 지방자치와 자치입법권을 고유권설과 이에 따른 조례법률설 그리고 제도적보장설에 따른 위임입법설의 대립이라 할 수 있다. 또한 현실적으로는 법률적합성의 원칙에 따라 법률유보의 원칙, 그리고 법률우위의 원칙에 의하여 구체적으로 법률적인 제한을 받게 된다.

지방자치 부활 이후 자치법규는 점차 증가되고 있다.⁸⁾ 그러함에도 조례를 기준으로 국가사무는 67.7%, 자치사무는 32.3%로 국가의 위임사무의 집행을 위한 위임조례의 비중이 압도적으로 많으며 자치입법권한을 제약하는 요인이 되고 있다. 이외에도 자치법규 자체는 많은 결함이 나타나고 있으며,⁹⁾ 심지어는 지역의 문제를 규율하였다 할지라도 국제환경에 의하여 좌우되기도 하는 실정이다.¹⁰⁾ 이와같은 문제점을 개선하여야 하는 과제를 안고 있다.

한편 지방분권은 전세계 국가의 지방자치를 위한 보편적인 기본이념이라 할 수 있다. 우리나라에서도 지방자치 부활 이후 지방분권을 지속적으로 추진하여 왔다. 그러함에도 지속적인 탄력을 얻을 수 없었으며 그 성과도 긍정적인 평가를

6) 김재호, “지방자치의 헌법적 보장과 조례 제정, 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제12호(제6권2호), 한국지방자치법학회, 2006, p.310.

7) 조성규, “조례의 제정과정에 대한 법적 검토”, 『지방자치법연구』, 통권제13호(제7권1호), 한국지방자치법학회, 2006, p.75.

8) 행정안전부, 2017년 지방자치단체 조례·규칙 현황

구분	조례	규칙	총계	평균
계	75,108	24,087	99,795	411
광역자치단체(17)	8,751	2,361	11,112	654
기초자치단체(226)	66,957	21,276	88,683	392

9) 국회입법조사처, “지방자치단체의 자치입법권 관련 주요쟁점과 향후과제”, 2016, 자치법규 정비과제 발굴실적(2015-2016) 26,655건; 상위법령 제개정 미반영 13,553, 상위법령위반 4,747, 법령 근거 없는 규제 2,945, 유명무실(시효만료) 958, 적용대상 없는 조례 802, 지차제 발굴 3,750.

10) 대판 2005.9.9. 선고 2004추10 판결, 전라북도학교급식조례안은 내국민우대의 원칙을 규정한 1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)에 위반되어 그 효력이 없다고 판결한 바 있다.

받지 못하는 실정이다. 따라서 지방분권의 원칙에 의한 헌법적 원리와 이념을 구체화하기 위하여 지방자치와 자치입법권한의 확대를 위한 지속적인 논의가 절실하게 요구되고 있다.

따라서 이 연구는 지방자치의 본질에 대하여 다시 검토하여 자치입법권한의 확대를 위한 방안을 모색하고자 하였다. 또한 자치입법권한의 규율범위와 한계를 고찰하여 법률체계에서 특징을 파악하여 문제점과 개선방안에 대하여 제시하고자 하며, 법률의 쟁점에 대하여 분석함으로써 자치입법권한을 확대하기 위한 근거를 도출하여 입법 정책적인 대안을 마련하는 데 그 목적이 있다.

제2절 연구의 범위

이 연구에서는 기존의 자치입법에 관한 국내외 문헌을 조사하여 다양한 학설과 사법부의 판결을 검토하고, 현재의 자치입법권한의 한계와 주요쟁점을 파악하여 자치입법권한 확대방안을 제시하고자 하는 것이다.

따라서 이 연구의 제2장은 지방자치와 자치입법권한의 본질과 기능, 그리고 자치입법권한의 규율범위로 소관사항에 대하여 검토하고 지방자치의 관념의 변화와 지방분권의 원칙을 고찰하였다.

제3장은 법치주의와 자치입법권한의 관계에서 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙에 의한 자치입법권한의 한계와 그 예외를 고찰하여 자치입법권한의 확대방안에 대하여 검토하였다. 특히 ‘제주특별법’의 한계와 자치입법권한의 한계에 대하여 경험적으로 나타나는 문제점에 대하여 실증적으로 검토하였다.

제4장은 지방자치의 발원지라 할 수 있는 영국과 독일을 비롯하여, 전통적인 지방자치에 비하여 다소 변화된 미국과 일본의 자치입법권한에 있어서 그 특징과 차이점을 고찰하여 시사점을 제시하였다.

제5장에서는 지방분권의 원칙에 의한 헌법 개정과 자치입법권한을 확대하고자 하는 방향을 제시하고, 제주특별자치 입법권한의 확대방안을 제시하였다.

제6장에서는 이 연구결과를 종합하여 정리하였다.

제3절 연구의 방법

이 연구는 우리나라의 현행 헌법과 관련 법률을 어떻게 이해하는가에 대한 해석론으로 접근하여, 입법정책적으로 헌법과 관련 법률의 제·개정을 통하여 새로운 차원의 변화를 모색하고자 하는 것이다. 따라서 주요국가의 헌법과 법률의 해석적 방법론에 의하여 문헌조사를 위주로 진행하였으며 국내외 교재와 학술 논문을 검토하였다. 국외의 문헌은 영국, 미국, 독일, 일본 그리고 유럽연합의 학술 논문을 비롯하여 각급 법원의 판결을 검토하여 중요자료로 참고하였다.

또한 자치입법권한의 쟁점이 되는 분야의 사법 판결을 비교 분석하고, 헌법과 법률 그리고 법규명령과 행정규칙 그리고 지방자치단체의 조례와 규칙을 검토하였다. 이 과정에서 주요쟁점에 대하여 각각 대립되는 학설을 비교하고 검토하였다. 이를 통하여 우리나라의 지방자치에서 현실적인 자치입법권한의 한계와 그 문제점을 파악하고 개선방안을 마련하기 위하여 지방분권의 원칙을 바탕으로 ‘헌법’ 개정안에 대하여 검토하고, 헌법 개정 이후 지방분권을 구체화하기 위한 지방자치기본법(안)에 대하여 자치입법권한을 확대하기 위한 입법정책을 제시하고자 한다. 이와 더불어서 ‘제주특별법’의 한계와 개선방안을 경험적·실증적으로 검토하여 자치입법권한의 확대방안을 모색하고자 한다.

제2장 지방자치의 의미와 자치입법권한의 본질

자치입법권한은 지방자치의 본질과 범위에 따라 달라진다. 즉, 지방자치의 법적 의의를 어떻게 파악하느냐의 문제로서 기본적인 개념을 파악하여야 한다. 지방자치는 “주민의 자신과 관련된 지역적 문제에 대한 자주적 결정을 통하여 자기 소의를 극복하고 지역문제의 자주적 해결 주체로서 등장하기 위한 제도적 장치이다”¹¹⁾ 그러므로 지방자치의 본질적인 부분이라 할 수 있다. 자치입법권한의 규율범위는 ‘헌법’ 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조 제1항이 규정하는 “그 사무”로서 지방자치단체의 소관사항이라 할 것이다.¹²⁾ 이와 같이 자치사무는 자치입법권한에 의하여 규율되고 관리되며 지방자치단체가 주민의 복리를 증진하기 위한 그 사무의 확대에 따라 규율범위가 달라지며 전권한성과 자기책임성이 보장되는가에 대하여 검토할 필요가 있다.¹³⁾

우리나라에서 자치입법권한의 본질에 대한 학설은 지방자치의 고유권설과 이에 근거한 조례자주입법설 그리고 제도보장설과 이에 근거한 위임입법설이 대립, 혹은 전래설과 이에 근거한 조례자주입법설이 대립되어 왔다.¹⁴⁾ 이 대립을 바탕으로 지방자치와 자치입법권한의 한계를 개선하고자 많은 논의가 있어 왔음에도 불구하고 법률상 장애로 인하여 제한되었다.

그러나 현실적으로 지방자치는 일정한 관념에 머무르지 않고 전통적인 개념으로부터 현대에 이르기까지 많은 변화가 있어왔으며 지방자치의 새로운 기본이념은 지방분권이라고 할 것이다. 따라서 지방분권의 원칙과 우리나라에서 지방분권의 추진에 대하여 검토하여 이를 근거로 자치입법권한의 확대방안을 고찰 할 필요가 있다.

11) 백종인, “지방분권강화를 위한 법적과제”, 『지방자치법연구』, 통권제5호(제3권1호), 한국지방자치법학회, 2003, p.9.

12) 김홍대, 『지방자치입법론』, 박영사, 2001, p.31. 지방자치단체는 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있기 때문에 원칙적으로 그 지방자치단체의 소관사무의 범위를 넘을 수 없다; 최우용, “자치입법권의 현실 및 과제, 자치입법권 확충방안을 중심으로”, 『국가법연구』, 제11집 제2호, 한국국가법학회, 2015, pp.29-60

13) 한수용, “지방자치단체의 자치권을 제한하는 입법적 규율의 헌법적 한계”, 『헌법재판연구』, 창간호, 헌법재판소, 2014, p.265. 자치권이란 이중적 의미에서 자치권, 즉 지방자치단체의 과제영역(전권능성)과 과제의 자주적인 이행방법(자기책임성)에 모두 연관된 것이다.

14) 최환용, “지방자치법제의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제34호, 법제처, 2011. p.4.

제1절 지방자치의 개념

1. 지방자치의 의미

우리나라에서 지방자치의 의미는 “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 자치 제도”라고 하는 등 학설은 각각 나름대로의 지방자치의 개념을 정의하고 있다.¹⁵⁾

또한 지방자치단체는 지방자치의 주체로서 “일정한 지역과 거기에 거주하는 주민을 구성요소로 하고, 그 지역에 관련되는 공공의 의무를 처리하는 지역공동체로서 그 지역의 주민에 대하여 포괄적인 지배권을 가지는 단체”이다.¹⁶⁾ ‘헌법’ 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 규정하여 지방자치를 보장하고 있다. 그러나 지방자치단체를 지방자치의 주체로 규정하고 있을 뿐 지방자치와 지방자치단체에 대하여는 법률적으로 정의되지는 않았다.

다만 헌법재판소는 “지방자치제도라 함은 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무, 재산 관리에 관한 사무, 기타 법령이 정하는 사무를 그들 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리케 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다”라고 판시한 바 있다.¹⁷⁾ 이 판결에 따르면 지방자치는 일정한 지역과 주민, 권리와 능력, 전권한성

15) 문상덕, “자치입법의 현황 및 문제점과 발전방향”, 『법제연구』, 제37호, 한국법제연구원, 2009, p.40 ; 김철수, 『헌법학개론(제19전정신판)』, 박영사, 2007, p.1500. 지방자치란 국가에 종속되어 있는 법적 능력을 가진 공공단체가 주민에 의하여 피선된 기관에 의하여 국가의 감시 하에 자기의 이름으로 지방공공의 과업을 독자적 책임으로 수행하는 것을 말한다; 윤양수, 『행정법개론(제3판)』, 제주대학교출판부, 2003, p.510. 지방자치란 지역의 공공적 사무를 지역주민의 의사에 기하여 독립된 법인격을 가진 지방자치단체가 법인으로서 자주적으로 처리하는 것을 말한다. 즉, 지방자치는 각 지역의 주민생활과 밀접한 관련을 가지는 공동사무를 지역주민의 의사와 책임에 기하여(주민자치적 요소), 지방자치단체가 자주적으로 처리하는(단체자치적 요소) 지방행정의 방식이라 할 수 있다; 김홍대, 『지방자치입법론』, 박영사, 2001, p.5. 일정한 지역의 주민들이 국가와는 별도의 독립된 공법인(지방자치단체)을 구성하여 국가와 일정한 관련을 맺으면서 그 지역의 모든 사무를 자기책임 아래에서 스스로 처리하는 것이라고 한다.

16) 이인재, “조례제정의 범위와 한계에 관한 연구”, 『박사학위논문』, 연세대학교 대학원, 2000, p.7.

17) 헌재 2009.3.26. 선고 2007헌마843 결정; 헌재 2003.1.30. 선고 2001헌가4 결정; 헌재 1998.4.30. 선고 96헌바

과 자기책임성 그리고 주민의 선거에 의한 대표기구의 구성을 포함한 기본요건을 선언한 것으로 보인다.

한편 ‘유럽연합 지방자치헌장’ 제3조 제1항은 “지방자치는 지방정부가 주민의 이익을 위하여 공공의 사무에 관한 실질적인 부분을 법률의 범위 안에서 규정하고 관리하며 자신들의 책임으로 처리할 수 있는 권리와 능력”으로 정의한 바 있다. 동 헌장 제3조 제2항은 “이러한 권리는 비밀, 직접, 평등, 보통선거에 의해 자유롭게 선출된 인사들로 구성되는 의회 등의 대표기구나 그에 책임을 지는 집행기구에 의하여 행사되어야 하며, 법령이 허용하는 범위 내에서 의회 등 주민총회나 주민투표 혹은 다른 형태의 직접 주민참여 권리를 제한하여서는 아니 된다”라고 규정한 바 있다.¹⁸⁾

그러한 점에서 이 헌장은 지방자치의 원칙을 천명하고 지방자치는 주민의 자기책임성, 헌법과 법률에 의한 보장, 주민의 선거에 의하여 구성된 대표기구의 구성 그리고 주민참여의 보장으로 직접 민주주의 확대를 기본요소로 규정하였고 볼 수 있다. 이어서 세계지방정부연합과 유엔 인간정주위원회의 ‘세계지방자치헌장선언(초안)’은 ‘유럽연합 지방자치헌장’과 같은 내용으로 지방자치를 정의하고 있다.¹⁹⁾

62 결정; 헌재 1991.3.11, 선고 91헌마21 결정; 지방자치는 민주주의의 요체이고, 현대의 복잡사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 지방의 공동 관심사를 자율적으로 처결함과 동시에 주민의 자치역량을 배양하여 국민주권주의와 자유민주주의의 이념구현에 이바지함을 목적으로 하는 제도이며, 이러한 지방자치제의 보장은 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민에 의하여 자기통치를 실현하는 것으로 요약 될 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적이고 핵심적인 내용은 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것이 헌법상의 요청이기도 하다.

18) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 3-Concept of local self-government.

1. Local self-government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population.
2. This right shall be exercised by councils or assemblies composed of members freely elected by secret ballot on the basis of direct, equal, universal suffrage, and which may possess executive organs responsible to them. This provision shall in no way affect recourse to assemblies of citizens, referendums or any other form of direct citizen participation where it is permitted by statute.

19) United Nations Centre for Human Settlements(HABITAT), Initial Draft Text of a World Charter of Local Self-Government, 1998, Article 3-Concept of local self-government.

1. Local Government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population.
2. This right shall be exercised by councils or assemblies composed of members freely elected by secret ballot on the basis of direct, equal, universal suffrage, and which may possess executive organs responsible.

한편 1882년에 제정된 영국 구 ‘지방자치법’ 제7조 제1항은 “지방자치단체(Municipal corporation)는 지역 주민들이 자치를 위하여 조직된 법인(body corporate)”으로 정의한 바 있다. 이어서 동법 제10조 제1항은 “지방자치단체는 지방의회(council)를 구성하도록 하여 지방자치단체에 부여된 모든 권한을 행사한다”고 규정하였다. 또한 제10조 제2항에 따라 “지방의회는 시장과 지방 의원으로 구성한다”라고 규정하여 지방자치단체와 이를 대표하는 지방정부로서 지방의회의 성격을 명확히 정의한 바 있다.²⁰⁾

미국 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장은 지방정부(Local Government)를 규정하여 지방자치를 보장하였으며 동 헌법 제11장 제3조는 지방자치단체로서 그 종류로 카운티(County)와 시티(City)를 규정하고 “그의 정부를 조직하기 위하여” 차터(Charter, 이하 ‘지방자치헌장’²¹⁾이라 한다)를 제정할 수 있도록 규정하고 있다.²²⁾ 이 주 헌법의 규정에 따라 ‘롱-비치 시티 지방자치헌장’ 제100조는 “시티는 지방자치단체”로서 동 헌장 제102조는 지방정부의 형태를 “의회-관리자형 지방정부(Municipal government)”라고 명시하고 있다.²³⁾

20) United Kingdom, Municipal Corporation Act of 1882, Article 7(1) Borough means, unless a contrary intention appears, a city or town to which this Act applies, “Municipal corporation” means the body corporate constituted by the incorporation of the inhabitants of a borough. Article. 10(1) The municipal corporation of a borough shall be capable of acting by the council of borough, and the council of shall exercise all powers vested in the corporation by this Act or otherwise, 10(2) The council shall consist of the mayor, alderman, and councilors. (제7조 제1항. 바리는 다른 규정이 없는 한 이 법이 적용되는 시티와 타운을 말한다. Municipal Corporation은 바리의 주민이 지방자치를 위하여 조직한 법익적인 지방자치단체이다. 제10조 제1항. 바리는 지방의회에 의하여 모든 권한을 행사한다. 제10조 제2항. 지방의회는 시장, 간선의원과 지방의원으로 구성한다; ‘Municipal Corporation Act’는 직역하면 ‘도시 지방자치단체법’이라 할 수 있으나 이 논문에서는 구 ‘지방자치법’이라 한다)

21) 차터(Charter)는 직역하면 군주가 신하에게 하사하는 칙허장 혹은 특허장이라 할 수 있으나 이 논문에서는 “지방자치헌장”이라 한다. 홈-룰(Home-rule)은 1800년 아일랜드가 영국에 통합되면서 아일랜드의 자치를 위한 법률안을 영국의회에 제출하면서 홈-룰 법안(Home-rule Bill)이라 불렸다. 이후 미국에서는 지방자치를 위한 차터(Charter) 혹은 홈-룰 차터(Home rule Charter)로 인용되고 있다.

22) United States of America, California State Constitution, Article 11, Sec 3(a) For its own government, a county or city may adopt a charter by majority vote of its electors voting on the question. The charter is effective when filed with the Secretary of State. A charter may be amended, revised, or repealed in the same manner. A charter, amendment, revision or repeal thereof shall be published in the official state statutes. County charters adopted pursuant to this section shall supersede any existing charter and all laws inconsistent therewith. The provisions of a charter are the law of the State and have the force and effect of legislative enactments.(그들의 정부 조직을 위하여, 카운티와 시티는 주민 투표에 의하여 ‘지방자치헌장’을 제정할 수 있다. ‘지방자치헌장’은 주 정부에 제출하면 효력이 발생한다. ‘지방자치헌장’의 개정, 수정과 폐지는 같은 방법에 의한다. ‘지방자치헌장’ 그리고 그 개정, 수정 혹은 폐지된 ‘지방자치헌장’은 주의 공식 법령집에 등재된다. 이 규정에 따라 제정된 카운티의 ‘지방자치헌장’은 현존하는 지방자치헌장과 이를 따르지 않는 모든 법률을 대신한다. 이 지방자치헌장의 규정은 주의 법률이며 입법으로써 집행력과 실행력을 가진다)

23) United States of America, Long Beach City Charter, Sec 100, The City of Long Beach, hereinafter

이에 비하여 우리나라에서는 지방자치단체와 지방정부를 법률적으로 명확히 정의하지 아니하였다. 다만 이를 통틀어 “지방자치단체”라 하며 국가(입법권)로부터 분리된 고유의 입법영역을 갖는 것도 아니고, 국가(사법권)로부터 독립된 사법체계를 갖는 것도 아니므로 지방자치단체는 국가라는 의미에서 지방정부에 해당하지 아니한다는 견해가 있다.²⁴⁾

그러나 지방의 정치적 실체로써 지방자치단체와 이를 대표하는 지방정부는 국가의 입법권이나 사법권으로부터의 독립성은 고려될 필요가 없다고 판단된다. 그러므로 우리나라의 지방자치에서 주민의 직접선거에 의하여 선출되는 지방자치단체의 장과 지방의회의 의원으로 각각 집행기관과 의결기관으로 구성된 법인격으로써 “지방자치단체”와 이를 대표하는 “지방정부”로 구분되어야 한다고 보여진다.

2. 지방자치의 본질

(1) 고유권설

지방자치 고유권설은 프랑스 대혁명의 산물로써 지방권(*le pouvoir municipal*) 사상에 기초하여 대두되었다. 이에 따라 “인간과 시민의 권리 선언(Declaration of the Rights of Man and of the Citizen)”의 영향으로 뚜레(Thouret)의 제창에 의하여 확립 되었으며, 지방자치권한은 국가로부터 전래된 것이 아니라 지방자치단체의 기본권으로 본래부터 향유하는 권리라는 인식에서 비롯되었다.²⁵⁾ 이어서

called city, shall continue to be a municipal corporation under its name, City of Long Beach, Sec 102(Form of Government), The municipal government shall continue to be known as the Council-manager form of government.(제100조. 롱 비치 시티는 ‘롱 비치 시티’의 이름으로 지방자치단체가 된다. 제102조(정부의 형태) 지방정부는 의회-관리자형 지방정부로 한다)

24) 홍정선, “지방자치단체 계층구조 개편의 공법적 문제”, 『지방자치법연구』, 통권제21호(제9권1호), 한국지방자치법학회, 2013, p.43. ‘헌법’은 3권 분립 원리에 입각하여 제3장 국회와 제5장 법원에 대비되는 개념으로, 제4장에서 정부라는 용어를 사용하고 있고, 지방자치를 규정하는 제8장에서 지방자치단체라는 용어를 사용하고 있을 뿐, 중앙정부라는 용어를 사용하는 경우도 볼 수 없고, 또한 지방자치단체를 지방정부라 부르는 경우도 찾아 볼 수 없기 때문이다.

25) 김동희, 『행정법Ⅱ(제11판)』, 박영사, 2005, p.80. 이 설은 지방자치단체의 자치권을 천부적 기본권과 같은 것으로 보는 것으로서, 본래 유럽의 중세도시의 자치권을 그 역사적 배경으로 하는 것이며, 프랑스의 혁명기에는 지방권으로서 논의 된 것이다. 그러나 프랑스에서는 이후 강력한 중앙집권제가 실시되어 이 이론은 발전을 보지 못하고, 오히려 벨기에나 독일에 일종의 자연법으로 계수되어, 프랑크푸르트 헌법에는 명문으로 규정된 바 있다. 그러나, 독일에서는 19세기에 법실증주의의 대두에 의하여 그 타당성이 부정되

기이르케(Gierke)의 조합이론에 따라 자연인의 천부·불가침 기본적 권리와 마찬가지로 지방자치도 고유한 권리가 있다고 주장되었다.²⁶⁾ 그러나 이 관념은 법실증주의자들에 의하여 독일에서는 그 타당성이 부정되어 졌다.²⁷⁾ 다만 이 설에 따르면 지방자치는 국가에 의해 부여된 것이 아니라 할지라도 국가성립 이후에는 자연적으로 귀속되며 국가에 의해 추인될 뿐으로 국가는 지방자치 권한을 침해하거나 제한 할 수 없게 된다는 관념이라 할 수 있다.

이에 비하여 미국의 지방자치 고유권설은 그 성립배경을 달리하며, 영국의 식민지였던 뉴 잉글랜드(New England) 지역에서 국가가 성립하기 이전부터 존재하였던 지역 공동체로써 주민 스스로 지방자치단체를 설립하고 지방정부를 조직하게 되면서 식민지 차터(colonial charter)를 대체하였다고 주장하게 된다.²⁸⁾

이와 같은 배경에 따라 미국 ‘펜실바니아 주 인권선언’ 제3장 제5조는 지역 공동체의 지방자치를 의심할 여지가 없는 불가침의 권리라고 선언한 바 있다.²⁹⁾ 이

게 된다.

26) Frederic William Maitland, *Otto Gierke - Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, 1922, p.37. The element of limitation which was thus immanent in the medieval idea of Monarchy began to receive theoretical development in the doctrine of the rights of the Community....it is distinctive trait of medieval doctrine that within every human group it decisively recognizes an aboriginal and active Right of the group taken as Whole.(제한적인 요소가 내재되어 있던 중세의 군주제의 관념은 공동체의 권리주의로 발전된 이론을 받아들이기 시작하였다...모든 인간의 단체는 단체로써 고유하고 적극적 권리라는 결정적인 이해는 중세 관념으로써 뚜렷한 특징이다)

27) 허 진, “국가와 지방자치단체 간의 갈등구조 및 그 해결시스템 모색”, 『헌법학연구』, 제20권제1호, 한국헌법학회, 2014. p.469. 고유권설의 기원은 유럽의 중세에 있어서 도시의 자치권에서 찾기도 하지만, 그 후 프랑스 혁명기에 있어서의 “지방권”이라는 이론이 유력하다. 독일에서는 1848년 3월 혁명을 계기로 하여 1949년 헌법제정회의가 가결한 독일제국의 프랑크푸르트 ‘헌법’ 제184조는 각 게마인데(Gemeinde)의 기본권으로써 지방자치단체 사무의 독립적인 집행을 보장하였다. 그 후 19세기 말 자연법의 법원성이 부정되고 법실증주의가 유력해 짐에 따라 고유권설은 그 힘을 상실하게 되었다.

28) Amasa M. Eaton, *The Right to Self-Government*, Harvard Law Review, Vol 13 No. 6, Harvard Law Review Association, 1990, pp.441-454. with powers wholly self-instituted, set up a joint government of their own that exercised these rights of sovereignty. The separate, independent towns were forefathers or procurors of the united colony, and the united colony was their offspring.(스스로 전체적으로 조직한 권한으로써, 고유한 권리를 행사하는 그들의 지방자치정부가 조직된다. 분리되고 독립된 타운은 식민지 연합의 조상이며 식민지 연합은 그들의 후손이다); Ray Raphael, *The First American Revolution; Before Lexington and Concord*, New Press, 2002, pp.218-219. New England’s role in leading the rest of the colonies toward independence from the British Empire is entirely attributable to the local habits and traditions of their self-governing communities. While elsewhere in the colonies, governing bodies to replace chartered colonial governments and municipal corporations, more inclusive and participatory local assemblies and town meetings were already well established in New England.(영국으로부터 독립하려는 나머지 식민지를 선도하는 뉴 잉글랜드의 역할은 그들의 공동체 자치에서 지역적인 관습과 전통을 새우는데 전체적으로 기여하였다. 식민지 전체 지역, 뉴 잉글랜드에서 식민지 차터에 의한 정부기구를 대체하는 자치기구와 지방자치단체로써, 포괄적으로 참여를 확대하는 지방의회 혹은 타운 미팅은 이미 잘 설립되고 있었다)

29) United States of America, *A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth and State of Pennsylvania*, 1776, Article III-V, That government is, or ought to be, instituted for the

어서 ‘펜실바니아 주 헌법’ 제1장 제2조는 인간의 고유한 권리로 언제든지 그 정부를 개혁하거나 폐지할 수 있는 불가침의 권리라고 선언 한 바 있다.³⁰⁾

또한 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제3(a)조의 규정에 따라 지방자치단체를 설립하고자 하는 지역 주민 스스로 ‘지방자치헌장’을 제정하여 주 정부에 제출하면 효력이 발생하며, 스스로 지방정부를 조직하는 형태로 존재한다.³¹⁾ 이 근거에 따라 자치입법권과 자치행정권 그리고 자치사법권³²⁾을 독자적으로 보유하며 자치사무도 국가사무와 근본적으로 구분되는 지방자치를 말한다. 이와 같이 지방자치를 고유권 혹은 자연권이라고 보는 견해는 법원의 판결에서 명시적으로 나타나며 헌법 밖의 문제가 아니라 헌법의 문언에 의하여 표현되어 있다고 본다.³³⁾ 그러나 고유권설에 의한 지방자치의 독립성은 국가로부터의 독립성을 말하는 것이 아니라 오직 지방의 관심사항 즉 국가의 위임사무를 제외한 순수한 자치사무에 대한 독립성을 말한다.³⁴⁾

common benefit, protection and security of the people, nation or community; and not for the particular emolument or advantage of any single man, family, or set of men, who are only part of that community; And that the community hath an indubitable, unalienable and indefeasible right to reform, alter, or abolish government in such manner as shall be by that community judged most conducive to the public weal.(정부는 공동의 이익, 국가와 공동체 그리고 주민의 보호와 안전을 위하여 조직되어야 하며, 공동체의 일부분인 개인이나 가족 혹은 소수의 단체의 이해관계나 이익을 위하여 조직되어서는 아니 된다. 그러므로 공동체는 공공의 의지를 실현하기 위하여 가장 공헌한다고 판단하는 바에 따라, 그와 같은 방법으로 정부를 개혁하거나 대체 혹은 폐지할 수 있는 의심의 여지가 없는 불가양·불가침의 권리를 가진다)

30) United States of America, Constitution of Pennsylvania, Article 1, § 2. Political powers, All power is inherent in the people, and all free governments are founded on their authority and instituted for their peace, safety and happiness. For the advancement of these ends they have at all times an inalienable and indefeasible right to alter, reform or abolish their government in such manner as they may think proper.(모든 권한은 국민의 고유한 권리이다. 모든 자유정부는 그들의 권한으로 설립되며 그들의 평화, 안전과 행복을 위하여 조직되어야 한다. 이 목적을 위하여 그들은 언제든지 적절하다고 생각하는 같은 방법으로 그들의 정부를 대체, 개혁하거나 폐지할 수 있는 불가양·불가침의 권리를 가진다)

31) United States of America, California State Constitution, Article XI. SEC. 3. (a), *Supra*.

32) United States of America, San Francisco City & County Charter, Sec. 7.100. Superior and Municipal Courts, The powers and duties of the Superior and Municipal courts are as prescribed by state law. (지방법원과 자치법원; 지방법원과 자치법원은 주의 법률로 규정한다); 미국 샌 프란시스코 시티&카운티 ‘지방자치헌장’은 제2장은 입법부(Legislative Branch), 제3장은 집행부(Executive Branch), 제7장은 사법부(Judicial Branch)를 규정하고 있다.

33) Walter F. Dodd, Extra-Constitutional Limitations upon Legislative, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1931, p.1197. The inherent right or natural rights here referred to are not extra-constitutional, but are found within the text of the constitution. 129 Wis. 190, 202, 108 N.W. 627, 630(1906), Davis v. Ballard, 1 J.J. Marsh 563(ky, 1829), and Young v. McKenzie, 3 Ga, 31(1847).(지방자치의 고유권 혹은 자연권은 헌법 밖의 문제가 아니라 헌법의 문언 범위 안에서 나타난다)

34) W.W. Willoughby, The Prussian Theory of Government, The American Journal of International Law, Vol.12, No.2, Cambridge University Press, 1918, p.274. We understand...by self-government, says the eminent Professor Gustav von Schmoller, the administration of the municipalities and other communal units by citizens themselves, with more or less independence as regards the state authorities and

한편 우리나라에서 고유권설에 대하여 헌법에 의한 지방자치의 보장이 결여된 구 제도에 있어서 지방자치권한을 확대하기 위한 유일한 이론적 근거로써 “법률의 해석·운용 이상으로 실질적으로 중요한 기능을 담당하였다” 라는 주장이 있다.³⁵⁾ 그러나 위와 같이 고유권설은 유일한 이론적 근거가 아니라 실질적으로 영국과 미국에서 존재하는 지방자치 이론의 하나이다.

(2) 전래권설

지방자치 전래권설은 엘리네크(G. Jellinek)와 같은 법실증주의자들이 고유권설을 비판하기 위하여 주장된 관념으로써 국가권력은 단일하며 주권은 국가에 통합되어 모든 권력은 국가에서 나온다는 근대국가 이론을 배경으로 한다. 특히 국가로부터 나오지 않는 고권은 있을 수 없으며 국가만이 배타적으로 권력을 독점함을 의미한다고 본다. 따라서 지방자치는 국가로부터 독립된 자치권은 존재할 수 없으며 국가의 통치권에 의하여 전래된 권능이라고 본다. 우리나라에서는 지방자치를 전래설로 보는 견해가 있다.³⁶⁾

이 설에 의하면 지방자치단체의 존립이 국가보다도 선행되었다는 사실을 인정하면서도 국가가 성립된 이후에는 국가의 내부통치 단위로 흡수되었으므로 지방자치단체도 국가의 통치구조에 있어 하부구조라고 인식하게 된다.³⁷⁾ 다만 이 설

officials. This independence, even if more rather than less, methods and administration, and has no relation to the general political policies of the State itself.(슈몰러 교수가 지적하듯이, 주민에 의한 자치행정은 국가로부터 다소 독립적이며, 이 독립성은 다소라 할지라도 그 방법과 행정은 국가의 일반적 정치적인 정책과는 관련이 없다)

- 35) 양승미, “자치입법권 신장의 과제: 국가와 지방자치단체 입법 분담에서의 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권제25호(제10권1호), 2010, p.183.
- 36) 권영성, 『헌법학원론(2010년판)』, 법문사, 2010, p.238. 오늘날의 주권국가에서 모든 공권력의 행사는 국가에 귀속되어야 하고 국가에 그 근거를 두고 있어야 한다. 국가권력의 통일성과 일원성을 주권의 본질적 특징으로 이해하는 민주적 법치국가에서 정치적 공동체의 모든 규율권한이 통일적인 국가권력으로부터 유래하여야 하고 국가 권력의 통제 하에 있어야 한다. 민주적 법치국가에서 국가의 의사로부터 독립된 자치권이란 존재할 수 없다. 자치행정권은 오로지 국가의 위임에 근거하여 그리고 위임의 범위 내에서만 존재한다. 따라서 자치전래권설이 타당하다; 한수웅, “지방자치단체의 자치권을 제한하는 입법적 규율의 헌법적 한계”, 『헌법재판연구』, 창간호, 2014, pp.245-246. 지방자치단체의 자치행정권이란 지역주민이나 지방자치단체의 고유한 권리가 아니라 국가로부터 위임받은 전래적 권한이다. 지방자치단체의 자치권은 국가가 일정한 범위 내에서 자치단체에 위임하였기 때문에 행사할 수 있는 것이다. 따라서, 자치권이란 법 질서에 의하여 형성되기 때문에 법 질서의 구속을 받는 권한으로서, 단지 국가의 법 질서의 범위 내에서 인정되는 것이다; 김동희, 『행정법Ⅱ』, 박영사, 2000, p.69. 우리나라의 지방자치제도상의 자치권은 국가의 통치권에서 전래된 것이면서 헌법에 의하여 보장되고 있는 것이라 할 수 있다.
- 37) 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 『서울대학교 법학』, 제50권 제1호, 2009, 서울대학교 법학연구소, pp.484-485. 전래설은 법실증주의자들에 의해 주장된 것으로 지방자치단체는 법의 창조물이며 자치권은 국

에 따른다면 지방자치는 단순히 국가의 통치권으로부터 전래된 권한을 의미하므로 국가에 의하여 부정될 수 있다는 지적이 있다.³⁸⁾ 그러나 전래권설은 이후 칼 슈미트(C. Schmitt)에 의하여 제시된 제도적보장설에 통합되었다 할 수 있다.

(3) 제도적보장설

제도적보장설은 전래설에 근거를 두어 지방자치단체는 국가에 의해 설립되고 국가에 의해 주어진 행정 단일체로서 지방자치는 자유가 아니라 권한으로 국가에서 부여된 한도 내에서만 행사할 수 있다는 견해이다.³⁹⁾ 이 설에 따르면 지방자치제도가 국가에 의하여 창설된다는 점에서 전래설과 같이하되 다만, 지방자치제도는 헌법에 의하여 보장된다고 설명된다. 이와 같은 헌법에 의한 구체적인 보장 내용은 지방자치단체 존립의 보장, 지방자치단체의 객관적 보장 그리고 지방자치단체의 주관적 법적 지위의 보장으로 이해된다.⁴⁰⁾ 그러므로 실질적인 지방자치제도를 폐지하거나 본질적인 내용을 훼손시키는 법률은 헌법에 위반된다고 한다.⁴¹⁾

그러한 점에서 현대의 민주국가에서 헌법이 지방자치제도를 규율하면서 제도적으로 보장하고 있다는 것이 일반적인 견해이다.⁴²⁾ 제도적보장설은 칼 슈미트에 의하여 제시되었으며,⁴³⁾ ‘바이마르 헌법’ 제127조에서 “게마인데와 게마인데 연합

가의 통치권으로부터 전래된 것에 불과하다고 본다. 전래설을 철저히 하면 지방자치단체는 국가로부터 허용된 권한을 행사하는 것이고 경우에 따라서는 지방자치권을 전혀 인정하지 않는다 하여도 그것은 지방자치의 본질에 반하는 것이 아니라는 결론에 이르게 된다.

38) 박정훈, “자치단체 기관구성 다양화를 위한 입법사례 연구”, 행정안전부, 2014, p.8. 다만 지방자치를 직접 헌법에서 보장하고 있는 체제 하에서 지방자치권을 일차적으로 헌법에 의하여 실정법적 근거가 주어지고 있으므로 전래설은 단순히 국가 통치권에 의한 전래가 아닌 헌법적 전래를 의미하는 것으로 보아야 한다.

39) 김동희, 앞의 책, p.80. 제도적 보장설은 현재 독일의 통설이며, 또한 우리나라에서도 통설적 지위에 있다. 다만, 독일에서 이 설에 따라 보장되는 지방자치의 본질적 내용은 독일에서의 게마인데 자치의 역사적 발전과정에서 창설된 것이지, 이론적·유형적인 것이 아니다.

40) 허 영, 『한국헌법론(전정10판)』, 박영사, 2017, p.836.

41) 박찬주, 앞의 논문, p.485. 지방자치권을 헌법상 보장한다는 것은 결국 국민주권과 인권보장이라고 하는 헌법적 원리의 요청이라고 보기 때문에, 이를 헌법적 제도보장설이라고 부를 수 있다.

42) Burneister, Joachim Verfassungs theoretische Neukonzeption der Kommunalen Selbstverwaltungs garantie. München: Vahlen, 1977, S.108 ff; 김재호, 앞의 논문 pp.304-305에서 재인용; 허 영, 『헌법이론과 헌법(제7판)』, 2015, 박영사, p.1020.

43) 한수웅, “오늘날의 헌법 국가에서 제도보장의 의미와 가능한 변화”, 『법학논문집』, 제41집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2017, p.11. 슈미트는 헌법적으로 보장되는 제도를 사유재산제, 혼인 가족제도와 같은 사법 영역에서의 제도보장(Institutsgarantie)과 국가존립의 기반이 되는 제도로써 선거제도, 정당제도, 지방자치제도, 교육제도 등 공법의 영역에서 제도적 보장(Institutionelle Garantie)으로 구분하였고, 입법자가 제도를 제한하고 형성할 수는 있으나 제거해서는 안된다고 하면서, 제도보장에 의하여 제도의 존속만이 보

은 법률의 범위 안에서 자치행정권을 갖는다”고 규정하는 바와 같이 지방자치제도는 공법상 제도로써 보장되고 입법자의 광범위한 형성의 자유에 맡겨지게 된다.⁴⁴⁾ 그러므로 헌법상 보장되는 지방자치제도라 할지라도 입법자의 법률 형성에 의존할 수밖에 없으며 그에 따라 좌우된다.

이어서 독일 ‘기본법’ 제28조 제2항은 “게마인데는 법률의 범위 안에서 그들의 책임으로 지역의 모든 사무를 규율하는 권한을 보장받는다” 라고 규정하여 지방자치의 제도적 보장을 수용하였다.⁴⁵⁾ 한편 독일제국 국사재판소는 “법률의 유보에도 불구하고 지방자치를 공허하게 하는 것 즉, 생동력 있는 활동의 기회를 상실시키고 다만, 외관상 겨우 연명시키는 정도로 지방자치를 제한하는 것은 허용되지 아니한다”고 판시하여 지방자치의 제도적 보장을 확인 한 바 있다.⁴⁶⁾

우리나라의 지방자치에서도 ‘헌법’ 제117조와 제118조에 의한 제도적 보장으로 해석되며 지방자치의 제도보장, 지방자치단체의 권리 주체성의 보장, 그리고 지방자치단체의 주관적 법적 지위의 보장을 의미한다.⁴⁷⁾ 이에 대하여 헌법재판소는

정되는 것이 아니라 제도의 역사적 발전과정에서 전형적이고 본질적인 것으로 형성된 특정한 특징도 유지되어야 한다고 저술하였다.

44) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 171. 한귀현·최봉석·최우용, “지방자치단체의 사무구분체계 및 국가 관여법제의 개선방안 연구”, 한국법제연구원, 2004, p.61에서 재인용. ‘바이마르 헌법’ 제127조에 의한 소위 제도적 보장론은 ‘지방자치단체는 역사적 전통적으로 형성된 공법상의 핵심적 제도로써 헌법에 의해 보장된 제도이므로 입법자라 할지라도 그 제도의 본질적인 내용 혹은 핵심적 영역을 변경하거나 그 제도를 폐지할 수 없다는 것을 골자로 한다.; Federal Republic of Germany, Weimar Reich Constitution, 1919, Article 127, Communities and association of communities are entitled to self-administrations within the limits set by law. Die Verfassung des Deutschen Reichs, Artikel 127, Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze.

45) Federal Republic of Germany, The Basic Law, 1949, Article 28-2, The Municipality shall be guaranteed the right to manage all the affairs of the local community on their own responsibility within the limits set by law. Within the framework of their statutory functions the associations of municipalities likewise have the right of self-government in accordance with the law. The right of self-government shall include responsibility for financial matters. The local governments have the power to levy trade taxes according to the rates for assessment determined by them.; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art.28, (2) Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.(게마인데는 법률의 범위 안에서 그들의 책임으로 지역의 모든 사무를 규율하는 권한을 보장받는다. 법률의 범위 안에서 게마인데 연합은 법률에 따라 자치행정의 권리를 갖는다. 게마인데의 자치행정권리는 재정에 대한 책임을 포함한다. 게마인데는 그들의 결정에 따라 평가한 세율에 따라 과세할 권한을 가진다)

46) der Staatgerichtshof für das Deutsche Reich, RGZ, Bd.126, Anh. § 22. 홍정선, 앞의 책 p.38에서 재인용.

47) 김재호, “지방자치의 헌법적 보장과 조례 제정-조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제12호(제6권2호), 한국지방자치법학회, 2006, pp.305-307. 오늘날 용어상에 있어서 ‘제도적 보장’의 개념과 ‘제도 보장’의 개념이 구별이 명확치 않고, 통일적으로 사용되고 있으나 C. Scmitt에 의하면 전자는 공법적 성격을 갖는 경우에 사용하고, 후자는 사법적 성격을 갖는 경우에 사용함으로써 양자를 구별

지방자치의 제도적 보장은 “지방자치단체에 대한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것일 뿐”이라고 판시한 바 있으며,⁴⁸⁾ 국민의 기본권에 대한 “최대한의 보장의 원칙”에 비하여 지방자치에 관하여 “최소한의 보장 원칙”을 선언하여 제도적 보장으로 이해하고 있다.⁴⁹⁾ 이와 같이 우리나라의 지방자치는 제도적 보장으로 보는 견해가 다수설이다.

그러나 현대에 와서 지방자치는 제도적 보장설에 의하여 보장된다는 소극적인 관념은 탈피되어야 하며,⁵⁰⁾ ‘바이마르 헌법’에 기초하는 “시대 낙후적인 제도 보장론적 시각”은 수정되어야 한다는 비판이 제기되고 있다.⁵¹⁾ 또한 지방자치는 헌법이 보장하는 국가의 제도로써 그 자체가 아니라, 국민주권주의와 자유민주주의와 같은 헌법의 전체적 이념에 따라 국민의 기본권과 조화를 이룰 것인가에 대하여 새로운 해석론이 필요하다는 지적이 있다.⁵²⁾ 그러므로 현대의 지방자치는 최소한의 보장에 머물러서는 아니 되고 단순한 제도 보장을 넘어서 국민의 권리를 보장하기 위하여 직접 헌법을 통한 지방자치의 규범적 보호와 강화의 필요성이 강조되어야 한다.

하고 양자를 총괄하는 개념으로 ‘제도 보장’이라는 용어를 사용하는데 오늘날은 양자의 개념을 구현하기 보다는 상위적 총괄개념인 ‘제도보장’으로 종합화하는 것이 현실적이라는 설명이 있다.

48) 헌재 2006.3.20, 선고 2003헌라2 결정, ‘헌법’ 제117조, 제118조가 제도적으로 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 조장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이라고 할 것이나, 지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 대한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것 뿐이고, 특정지방자치단체의 존속을 보장한다는 것은 아니다.

49) 헌재 1997.4.24, 선고 헌바48 결정, 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(제37조)고 규정하여 “최대한 보장의 원칙”이 적용되는 것임에 비하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 “최소한의 보장의 원칙”이 적용될 뿐이다.

50) 김재호, 앞의 논문, p.308. 지방자치의 본질, 법적 성질을 논의함에 있어 입법자에 의한 폐지나 공동화를 우려하고 이를 방지하고 최소한의 보장이라는 한계를 벗어나지 못하는 소극적 제도보장이론은 극복되어야 할 필요가 있다. 즉, 이제는 제도적 보장론이 헌법상 기본권 보장론에 대등한 개념구조 속에서 머물 것이 아니며, 헌법상으로 보장되는 내용도 전통적인 제도 보장론에 의하여 당연히 도출된다는 소극적 관념을 탈피하여야 할 것이다.

51) 오준근·정준현·김동건, “지방자치의 활성화를 위한 법과 제도의 개선방향 - 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제42호(제14권2호), 한국지방자치법학회, 2014, p.36. 헌법 이론상 지방자치는 민주주의의 풀뿌리로써 주민과 가장 가까운 거리에서 자기지배의 원리를 실현하고자 하는 제도로서 국가권력의 적극적인 분권이 필요하다. 이러한 의미에서 헌법상 최대보장을 내용으로 하는 기본권과 달리 지방자치제는 최소한의 보장을 내용으로 한다는 독일 바이마르 헌법에 연원을 둔 시대낙후적인 제도보장론적 시각은 수정되어야 할 것이다.

52) 김재호, 앞의 논문, p.317.

(4) 신고유권설

신고유권설은 제도적보장설의 한계에 대한 대안으로 폭넓은 자치권 확보를 위한 논리로써,⁵³⁾ 일본 ‘헌법’ 제92조가 규정하는 지방자치의 본지(本旨)에 따라 국민주권은 헌법 원리를 통하여 구체화되어야 한다는 견해이다.⁵⁴⁾ 그러므로 헌법이 넘은 “헌법이 보장하는 인권보장 원리는 권력의 목적과 존재이유를 규정하는 법 원리이며 국민주권의 원리는 수단으로써 권력의 모습과 구성의 방법을 그 근거에서 규정하는 법 원리”라는 주장에 따라 자치권의 범위를 확대하고 있다.⁵⁵⁾

특히 신고유권설은 개인이 자연권으로써 기본권을 향유하는 것처럼 지방자치단체도 유사한 권리를 갖는다는 견해로 국가의 통치권과 병립·공존하는 지방자치단체의 고유의 권리로 헌법적 보장을 받고 있는 것이라 한다. 그러므로 지방자치는 직접 헌법에 의하여 부여된 국가권력의 일부로써 국가와 대등한 통치권을 가진다고 보아 국가권력의 정당성을 근거로 국민주권으로부터 직접 전래된 것으로 보는 국민주권주의를 전제로 한다. 그러므로 직접 민주주의의 제도화나 보충성의 원칙에 따라 시민에 가장 가까운 정책결정을 보장하기 위한 지방 우선의 권한배분을 요구한다.⁵⁶⁾

(5) 검토

우리나라의 지방자치에서 고유권설과 전래권설 혹은 제도적보장설의 대립은 “지방자치단체는 국가보다 이전에 존재 하였는가 혹은 지방자치단체의 권능은

53) 松本英昭, 要説 地方自治法、ぎょうせい, 2003, p.10. 최환용, “일본 헌법의 지방자치특별법 규정에 대한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제49호(제16권1호), 한국지방자치법학회, 2016, p.203에서 재인용. 지방자치의 본지에 관해서는 일반적으로 주민자치와 단체자치 두가지를 의미하는 것으로 설명되고 있으며, 지방자치의 본지에 적합하지 않는 법률이란 지방자치제도의 실제적 내용을 파괴하고 그 실질적 요소를 박탈하는 법률이라는 설명이 부연되어 있다.

54) Japan, The Constitution of Japan, Article 92, Regulations concerning organization and operations of local public entities shall be fixed by law in accordance with the principle of local autonomy.; 日本國憲法 第九十二條【地方自治の基本原則】地方公共団体の組織及び運営に關する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律(地方自治法)でこれを定める。(지방공공단체의 조직과 운영은 지방자치의 본지에 따라 법률로 정한다); 이 논문에서는 “지방공공단체”를 “지방자치단체”라 한다.

55) 백운철, “일본 헌법상 지방자치의 본질에 관한 논의와 함의”, 『세계헌법연구』, 제22권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2016, pp.172-173.

56) 김철수, 『헌법학개론(제19전정신판)』, 박영사, 2007, p.1262.

국가적인 고권에서 나오는가에 대하여 존재(Sein)에서 당위(Sollen)를 추론하는가의 오류일 수도 있다”⁵⁷⁾ 그러함에도 지방자치는 국가의 통치권에 의하여 전래한 것이라고 보는 전래설에 따라 헌법에 의하여 제도적으로 보장된다는 제도적보장설이 다수설이라고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 그러나 제도적보장설은 독일 ‘바이마르 헌법’ 체제의 역사적 상황에 따라 논의 된 것으로 단지, 전근대적인 지방자치단체의 존립에 관한 문제로서 민주주의 혹은 주민자치의 이념은 단절되었다는 비판이 제기되고 있다.⁵⁹⁾

따라서 현대에 와서 헌법에 의한 지방자치의 보장은 지역주민의 자치권을 최대한 보장하여야 하며,⁶⁰⁾ 전통적인 제도적보장론에 의하여 “무늬만 지방자치”에 불과한 지방자치가 보장되는 소극적 관념은 탈피되어야 한다는 지적이 제기된다.⁶¹⁾ 그러한 점에서 지방자치는 헌법이 보장하는 국가의 제도로써 그 자체를 말하는 것이 아니다. 즉 국민주권과 민주주의 그리고 지방분권과 같은 헌법의 전체적 이념에 따라 국민의 기본권 보호와 조화를 이룰 수 있도록 새롭게 해석되어야 한다.

그러함에도 고유권설에 대하여 민주주의 헌법국가의 논리로 부적합하다는 지적이 있다.⁶²⁾ 또한 국가법 질서의 통일성이 요구되는 상황에서 국가의사로부터 완전히 독립된 고유권설은 상정하기 어렵다는 견해가 다수설로써 대체로 부정적으로 나타나고 있다.⁶³⁾ 그러나 고유권설을 근거로 하는 지방자치는 영국과 미국에서 발달되어 왔으며 현재에도 독립된 지역의 정치적 실체로서 실재한다는 사실을 부인할 수 없다.⁶⁴⁾

57) 홍정선, 앞의 책, p.10.

58) 박찬주, 앞의 논문, p.485. 지방자치권을 헌법상 보장한다는 것은 결국 국민주권과 인권보장이라고 하는 헌법적 원리의 요청이라고 보기 때문에, 이를 헌법적 제도보장설이라고 부를 수 있다.

59) 백종인, “지방분권 강화를 위한 법적 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제5호(제3권1호), 한국지방자치법학회, 2003, p.9.

60) 김철수, 앞의 책, p.1501.

61) 김해룡, “분권형 국가를 지향하는 헌법의 개정방향”, 『지방자치법연구』, 통권제36호(제12권4호), 한국지방자치법학회, 2012, p.5. 비록 서구라파에서 구축된 지방자치의 제도보장론(Institutionelle Garantie)을 빌어 우리 헌법상의 지방자치 보장내용을 해석함에도 불구하고, 지방자치의 실체에 있어서는 지방자치제도의 본질에 대한 오해, 법적 해석상의 오류 등으로 인하여 실질적인 지방자치가 구현되지 못하고 혹자들로부터 무늬만 지방자치라고 하는 비난에 직면해 있다.

62) 김홍대, 앞의 책, p.7. 근대국가의 지방자치 이론으로서의 합당하지 아니하다.; 홍정선, 앞의 책, p.11. 민주주의 헌법국가의 논리로 부적합하다.; 권영성, 앞의 책, p.239. 자치고유권설은 현대 민주국가에서 지방자치가 가지는 법적 성격을 올바르게 파악한 견해라고 할 수 없으므로 통설인 제도적 보장설이 타당하다고 본다.

63) 최환용, “자치입법체계 및 실태조사연구”, 한국법제연구원, 2008, p.17.

신고유권설에 대하여는 지방자치의 가치를 중시하는 측면에서 긍정적인 평가를 받고 있다. 그러함에도 지방자치를 고유한 권리로 파악하는 것은 무리라고 지적한다.⁶⁵⁾ 그러나 일본 ‘헌법’ 제92조는 지방자치의 기본원칙으로써 본지에 따라 제도적 보장설의 한계를 극복하고자 신고유권설에 의한 국민주권의 원리를 반영한 것이다. 그러므로 고유권설과 신고유권설은 현실적으로 헌법이 보장에 의하여 실재하는 지방자치제도라는 점에서,⁶⁶⁾ 지방자치의 본질을 이해하기 위하여도 고유권설과 신고유권설을 소홀히 할 수 없으며 학술적으로도 가치가 있다고 보여진다.⁶⁷⁾

3. 지방자치의 유형과 종류

(1) 지방자치의 유형

지방자치는 19세기 초부터 유럽을 중심으로 역사적·정치적 배경과 관련하여 민주주의 역사와 이념과 같이 생성되어 왔으며 지방자치의 유형은 대체로 그나이스트(Rudolf von Gneist)의 관념에 따라 “주민자치”와 “단체자치”의 계보로 나누어진다.⁶⁸⁾ 우리나라에서는 일반적으로 이 흐름에 따라 주민자치와 단체자치로 분류하여 영국과 미국은 주민자치, 독일과 프랑스는 단체자치에 해당한다고 설명되고 있다.⁶⁹⁾

1) 주민자치

64) Max Schoetz Jr., Home Rule and the Inherent Powers of a Municipal Corporation. Marquette Law Review, Volume 7 Issue 4. 1923, pp.192-200.

65) 최환용, “지방자치법제의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제34호, 한국법제연구원, 2008. p.116.

66) Howard Lee McBain, The Doctrine of an Inherent Right of Local Self-Government, Columbia Law Review, Vol. 16 No. 3, Columbia Law Review Association, 1916, p.190. Judge Eugene McQuillin gives repeated expression to the view that wholly in the absence of any constitutional provision expressly or impliedly in point municipal corporations in the United States may be protected from legislative encroachment by the application of the Doctrine of an inherent right of local self-government.(유진 맥 길린 판사는 미국에서 지방자치에 관하여 명시적 혹은 묵시적으로 전체적으로 결여된 헌법적 규정은 지방자치 고유권 주의를 적용하여 주의 침해로부터 보호되어야 한다는 견해를 반복적으로 표현하고 있다)

67) 박찬주, 앞의 논문, p.488. 주민의 자치권은 헌법 제정 권력의 의사에 복종하지만 풀뿌리 민주주의 실현을 위하여 최대한 보장되어야 하는 준기본권 내지 준고유권이라고 볼 수 있을 것이다.

68) Stober, Kommunalrecht, S.59. 홍정선, 앞의 책, p.3에서 재인용.

69) 홍정선, 앞의 책, p.5.

주민자치란 직업공무원이 아닌 일반 시민이 공적사무의 수행에 참여하는 것을 주된 특징을 가진다. 즉 행정에 참여하는 시민에게는 보수가 주어지지 않으며 지방주민으로 구성된 명예직 공무원이 공적사무를 수행한다는 점에서 “정치적 의미 지방자치”로 구분되고 있다. 또한 주민자치는 지역주민이 스스로 지방자치 단체를 설립하고 지방정부를 조직하는 형태로, 지방정부는 자신들 스스로 창출한 자치사무만을 처리하는 단일의 지위를 가진다. 일부 중앙사무를 처리하기도 하나 이는 계약관계이며 그 처리결과는 지방정부에 귀속된다.

한편 1835년에 제정된 영국 구 ‘지방자치법’은 지방자치단체가 설립되지 않은 “지역 주민이 원하면(if they so wished)” 스스로 지방자치단체(incorporation) 설립을 신청하고 지방정부를 구성 할 수 있도록 규정하였다.⁷⁰⁾ 이에 따라 주민의 고유한 권한으로써 지방자치단체를 스스로 창조하고 스스로 존재하는⁷¹⁾ 상향적(bottom-up)인 지방자치를 실시 한다는 점에서 “단체자치”와의 차이점과 특징을 보여주고 있다.

이어서 1882년에 개정된 구 ‘지방자치법’ 제210조는 지역 주민이 스스로 ‘지방자치현장’을 제정하여 군주로부터 추인을 받아 지방자치단체를 설립하고,⁷²⁾ 지역

70) United Kingdom, Municipal Corporation Act, 1835, An Act for the regulation of Municipal Corporation in England and Wales. ① All closed corporations were abolished ② Borough councils were to be elected by all male ratepayers who lived in the town for three years ③ Councilors were elected for three years at a time and one-third of the councils was to be elected annually ④ Councilors would choose the Mayor, who would hold office for one year ⑤ Councilors would choose a group of Alderman who would hold office for six years ⑥ Each borough was to have a paid town clerk and treasurer. Accountants were to be properly audits ⑦ Councilors were required to form a police force ⑧ Councils, if they so wished, could take over social improvements such as proper drainage and street cleaning ⑨ Towns and cities that had no council could apply for incorporation if they so wished. (① 모든 폐쇄된 자치단체는 폐지한다. ② 바리 의회 의원은 3년간 타운에서 거주한 모든 남성 납세자에 의하여 선출된다. ③ 지방의원은 3년의 임기로 선출되며, 매년 3분의 1의 의원이 선출된다. ④ 지방의회는 임기 1년의 시장을 선출할 수 있다. ⑤ 지방의회는 임기 6년의 간선의원단을 선출할 수 있다. ⑥ 각 바리는 유급 사무관과 회계책임자를 두어야 하며, 회계는 적절한 감사를 받아야 한다. ⑦ 지방의회는 경찰력을 구성하여야 한다. ⑧ 지방의회는, 원하면 배수시설과 가로청소와 같은 사회개선사업을 인수받을 수 있다. ⑨ 지방의회가 없는 타운과 시티는 지역주민이 원하면 지방자치단체 설립을 신청할 수 있다)

71) Sidney Webb and Beatrice Potter Webb, English Local Government from the Revolution to the Municipal Corporation Act; The Manor and the Borough, Longmans, Green and Co., 1908, pp.702-703. To the rising Radical party, from 1818 on wards, the very existence of Close Corporations, “self-creative” and “self-existing” and nevertheless exercising compulsory powers over the citizens, was a grievous offence, and a direct challenge to the Democratic faith.(1818년부터 진보 정당의 출현으로, 스스로 창조하고 스스로 존재하며 주민에게 전체적인 자치권한을 행사하는 폐쇄된 자치단체의 존재는 어두운 절망과 민주주의 신념에 직접적인 도전이었었다)

72) United Kingdom, Municipal Corporation Act, 1882, Part XI(Grant of Charters), Power to Crown in granting Charter to borough to extend to it the provisions of the Municipal Corporations Act.(군주가 지방자치법의 규정에 따라 바리에 ‘지방자치현장’을 수여하는 권한)

주민이 선거로 지방의원을 선출하여 지방정부를 조직하도록 규정하였으며 지방의회는 지방자치단체에 부여된 모든 권한을 행사하도록 규정하였다.⁷³⁾ 이후 1888년에 제정된 ‘지방자치법(Local Government Act)’에 따라 카운티(County)를 새로이 규정하면서,⁷⁴⁾ 여러 차례의 제·개정으로 현재에 이르고 있다.

그러나 강학상 말하는 주민자치는 지역의 공동체 중심의 “시티”와 “타운”을 의미하는 기초자치단체로 “뮤니시팔리티”에 한하여 적용한다는 점은 유의할 필요가 있다.⁷⁵⁾ 이에 비하여 광역자치단체인 “카운티”는 중앙정부의 사무를 처리하는 중앙정부의 일선기관인 동시에 지역의 자치사무를 처리하는 복수의 기능으로써 아래에서 설명하는 “단체자치”와 같다는 점을 명확히 하여야 할 필요가 있다.⁷⁶⁾

73) United Kingdom, Municipal Corporation Act, 1882, Part I(Constitution and Government of Borough) Article 10(1). The municipal corporation of a borough shall be capable of acting by the council of the borough, and the council shall exercise all powers vested in the corporation by this Act or otherwise. (바라 지방자치단체는 지방의회에 의하여 권한을 행사하며, 지방의회는 이 법에 따라 부여된 모든 권한을 행사한다)

74) United Kingdom, Local Government Act, 1888, Part I, County Council, 1. A council shall be established in every administrative county as define by this Act, and be entrusted with the management of the administrative and financial business of that county, and shall consist of the chairman, aldermen, and councilors.(이 법이 정의하는 바에 따라 모든 행정 카운티에는 지방의회를 설립하여 카운티의 행정과 재정의 관리를 위임받으며, 의장과 간선의원 그리고 지방의원으로 구성한다); 구 ‘지방자치법’은 기초자치단체인 “시티”와 “타운”을 “뮤니시팔리티(Municipality)”에 한하여 규정하였으나, 1888년 지방자치법(Local Government Act)을 제정하면서 광역자치단체인 카운티(County)를 최초로 규정하였다. 이를 직역하면 ‘지방정부조직법’이라 할 수 있으나 이 논문에서는 ‘지방자치법’이라 한다.

75) United States of America, Constitution of Pennsylvania, Article XI. Sec 14, Municipality means a county, city, borough, incorporated town, township or any similar general purpose unit of government which shall hereafter be created by the General Assembly.(뮤니시팔리티는 카운티, 시티, 바라, 타운과 타운십 혹은 유사한 목적의 정부조직을 말한다); 이광운, “우리나라 지방자치법 이론의 문제점”, 『법제』, 한국법제연구원, 2002, pp.3-4. 유럽의 주민생활은 교회와 장터를 공유하는 마을 공동체, 즉 Commune; Gemeinde; Municipality 등으로 불리우는 생활 공동체로서의 기초자치단체를 중심으로 이루어져 왔기 때문에 지방자치의 핵심은 마을 공동체의 자치에 있고 마을 공동체의 상급에 위치하는 지방단위는 국가와 마을 공동체 사이의 중간단계에 해당한다.

76) United States of America, National Association of Counties(Website), An overview of county administration, History of County Government- Serving a dual function, the shire acted as the administration arm of a national government as well as the citizens’ local government. A government created by states, counties provide essential public services including many mandated by Federal and states law and regulations, implement a broad array of federal, state and local programs. Under dillon rule, counties can only carry out duties and services specifically authorized by the State. Meanwhile homerule or charter counties have more flexibility and authority.(카운티 정부의 역사-카운티는 국가의 일선기관과 동시에 주민자치 복수의 역할을 수행하는 사이어이다. 카운티 정부는 주에 의하여 설립된 정부기관으로써 연방과 주의 법률이 규정하는 많은 의무사무를 포함하여 실질적인 공공사무를 수행하며, 광범위한 연방과 주 그리고 지방의 사무를 수행한다. 카운티는 딜런의 법칙에 따라 주에 의하여 부여된 권한으로써 의무와 공공채무를 수행하며, 다른 한편으로는 홈-룰 혹은 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 카운티는 좀 더 탄력적인 권한이 부여되었다)

2) 단체자치

단체자치란 “국가 내에서 일정한 지역을 기초로 독립된 법인격과 자율권을 갖는 단체에 의하여 행해지는 지방자치이며 법적 능력이 있는 지방자치단체에 의하여 공공업무를 수행 한다”는 점에서 “법적인 의미의 지방자치”라고 한다. 단체 자치는 대륙법계 국가인 독일과 프랑스 등 중앙집권 경향이 강한 국가에서 나타나며 지방자치단체는 중앙정부의 위임사무와 지역의 자치사무를 처리하는 복수의 지위를 가진다. 즉 중앙정부의 위임사무는 국가의 일선 행정기관의 자격으로 처리하는 사무이며 고유사무는 지방자치단체의 자치사무이다.

이와 같은 단체자치의 관념은 슈타인(Freiherrn von Stein)에 의하여 ‘도시법 (Preußische Städteordnung)’이 제정되면서 게마인데(Gemeinde)는 더 이상 국가의 부속물이 아니라 지방자치는 국가로부터 독립된 국가의 제3의 권력으로 개혁을 시도한 바 있다.⁷⁷⁾ 그러나 이 관념은 국가가 지방자치단체에 대한 통제를 강화하기 위하여 1831년 개정된 ‘도시법’에 의하여 개편되었다.⁷⁸⁾ 이후 ‘바이마르 헌법’ 제127조는 국가가 직접 개입하는 제도적인 원칙으로 “법률의 범위 안에서” 게마인데의 자치행정(Selbstverwaltung)을 보장하게 되었다.

이러한 단체자치의 특징은 “법률의 범위 안에서” 게마인데가 국가행정의 한 부분으로 “고권적 권력(Hoheitsgewalt)”을 란트(Land)로부터 위임을 받는 형태라고 할 수 있다.⁷⁹⁾ 따라서 지방자치의 영역은 그들의 책임 하에 처리하는 고유사무의

77) Martin Will, The Prussian Law on Municipal Government of 1808 and the Creation of the German Tradition of Participative Self-Government, Journal of Local Self-Government, Vol. 6 No. 3, Institute for Local Self-Government, 2008, Karl Freiherr vom und zum Stein(1757-1831)에 의하여 제정된 프리시아 지방자치법(the Prussian Local Government Code; Städteordnung)으로 1808년 제정, 1831년 개정되었다. 재산을 소유한 시민에 의하여 주민총회(Town Council Meeting)를 구성하고 집행부의 책임자(Magistrat)를 선출하였다. 이 법은 프리시아 지방자치법(The Prussian Local Government Code; Städteordnung)이라 할 수 있으나 이 논문에서는 “도시법”이라 한다; Martin Espenhorst, More than a Principle. The History of Savings Banks in the Course of Stein’s Städteordnung, 1808-1838, Bankhistorische Archiv, Jahrgang 36-Heft2-2010. p.107. The reform of the principles of municipal self-administration initiated by Baron von Stein(Stein’sche Städteordnung) introduced in 1808(지방자치의 개혁은 1808년 슈타인 “도시법”에 의하여 시작되었다)

78) German Law Archive(Website), Local Government Administration in Germany, Historical development of the municipalities. Institutionally, Stein’s Local Government Code, which was revised in 1831, made provision for a Town Council Meeting that elected a *Magistrat* as the head of the administration. Although the local authority policy of Stein’s Local Government Code could be designated civic local autonomy it was lacking a democratic component: only property-owning male citizens were permitted to participate.(1831년에 개정된 슈타인의 도시법은 지방행정을 담당하는 집행관을 선출하는 지방의회를 규정하였다. 슈타인의 도시법은 주민에 의한 자치를 규정하였다 할 수 있음에도 불구하고, 재산을 소유한 남성에게 한하여 참여되도록 하여 민주적인 요소는 결여 되었다)

79) B. Windera, Zur verfassungsrechtlichen, Gerwaltung Gemeindlicher planungshoheity, S. 20. 홍정선, 앞

영역과 위임사무의 영역으로 구분되어 지며 자치입법권과 자치행정권 그리고 자치재정권이 보장된 자치행정이 생겨나게 되었다. 즉 단체자치는 중앙의 권한을 지방으로 위임하는 지방분권의 원리라 할 수 있다.

3) 양 개념의 결합 필요성

주민자치와 단체자치의 차이점과 특징은 일반적으로 구분되어 설명되고 있다.⁸⁰⁾ 그러나 전통적인 그나이스트(Rudolf von Gneist)의 이론은 현대에 와서 그 의미가 상실되었다. 특히 지방자치는 각 국가별로 특수한 역사적·법률적 배경에 따라 형성되어 왔으므로 특정한 형태를 지방자치제도의 본질이라고 할 수 없으며, 그 차이점과 특징은 현대에 이르러 많은 의미가 변화되었다.⁸¹⁾ 또한 이러한 지방자치의 전통적인 분류에 대하여 포르스토프(Forsthoff)는 지방자치가 정치적 의미와 법적 의미를 동시에 가진다고 주장한 바 있으며,⁸²⁾ 영국이나 프랑스 그리고 미국에서도 이와 같이 분류하지 않는다.⁸³⁾

이에 비하여 우리나라 ‘헌법’ 제117조와 제118조는 단체자치를 위주로 주민자치의 요소를 가미하고 있다고 보아진다.⁸⁴⁾ 이때 단체자치는 국가와의 관계에 관한 것이고 주민자치는 지방자치단체 내부의 관계로 설명되고 있다.⁸⁵⁾ 또는 단체

의 책, p.4에서 재인용 ① 고유의 임무를 가지고, ② 고유의 책임으로 그 임무를 수행하고, ③ 공법적으로 구성되고, ④ 내용상 행정적 기능을 가지고, ⑤ 궁극적으로는 국가의 감독 하에 놓이는 단체에 의한 행정을 말한다.

80) 홍정선, 앞의 책, p.5.

구분	주민자치	단체자치
국가	영국, 미국	독일, 프랑스
기본원리	민주주의	지방분권
자치권의 성질	자연권으로서의 주민의 권리(고유권)	실정권으로서의 단체의 권리(전래권)
자치기관의 성격	국가의 지방행정청	독립기관으로서의 자치기관
자치의 중심	주민의 참여	국가로부터의 독립
지방정부의 형태	기관통합주의	기관대립주의
국가의 감독형식	입법적·사법적 감독 중심	행정적 감독 중심

81) 전영평, “한국 지방자치 재조정을 위한 시론: 미국과 일본이 주는 교훈과 시사점”, 『행정논총』, 제46권제2호, 대구대학교, 2007. pp.228-229.

82) Lehrbuch des Verwaltungsrechts S. 473 f. 홍정선, 앞의 책, p.5에서 재인용.

83) 최진혁, “21세기 지방자치의 현대적 경향: 영국과 프랑스의 지방자치의 진화”, 『한국지방자치학회보』, 제27권제3호, 한국지방자치학회, 2015, p.3, 영국이나 프랑스에서는 주민자치나 단체자치의 어휘사용은 없는 것으로 보아 아마 유럽(영국, 프랑스, 독일)의 지방자치를 공부한 일본학자들에 의해 형성된 용어가 아닌가 싶다. 이것이 우리나라의 1세대 학자들에게 자연스럽게 전달되고 인용된 것으로 추측할 수 있다.

84) 김동건, “주민투표의 의미와 문제점”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2006, p.104.

자치는 국가 권한의 지방분권에 기초를 두는 반면에 주민자치는 지역 주민 스스로 풀뿌리 민주주의에 그 기초를 둔다고 설명되고 있다.⁸⁶⁾ 이에 대하여 헌법재판소는 우리나라의 지방자치제도에 대하여 “단체자치”와 “주민자치”를 포함한다고 판시한 바 있다.⁸⁷⁾

그러함에도 강학상 “주민자치”는 헌법과 법률이 지역 주민 스스로 지방자치단체를 설립하여 지방정부를 조직하도록 보장되는 상향적인 지방자치제도를 말한다. 이와 대비하여 “단체자치”는 헌법과 법률에 정하는 바에 따라 보장되는 하향적인 지방자치 제도를 의미한다는 점에서 명확한 구분이 필요하다. 그렇다고 할 지라도 현대 지방자치의 공통점은 “법률의 범위 안에서(within the limits of law)”⁸⁸⁾ 국가의 헌법과 법률이 보장하는 제도로써 국가별로 법률적 배경에 따라 지방자치의 본질이 달라질 수 있다. 또한 전통적인 분류방식은 현대에 와서 많은 변화가 있다. 그러한 점에서 우리나라에서 “단체자치”와 “주민자치”는 하나의 개념으로 결합되어야 할 필요성이 있다.⁸⁹⁾ 다만 우리나라의 지방자치는 단체자치 위주로 형성되어 왔으며 지방자치의 본질은 주민자치에 있음에도 상대적으로 소홀하게 다루어져 왔으므로 “주민자치”를 강화하여야 할 필요성이 있다.

(2) 지방자치단체의 종류

1) 보통지방자치단체

보통지방자치단체는 일정한 구역과 주민, 그리고 지방정부와 자치권한을 기초

85) 백종인, 앞의 논문, p.11. 양자는 본질적으로 상호 보완적이라 할 수 있다. 단체자치는 국가와의 관계 즉 지방자치단체의 대외적 관계에 관한 것이고, 주민자치는 지방자치단체 내부적 관계에 관한 것이라 할 수 있다.

86) 손상식, “지방자치의 헌법적 보장의 의미”, 『서울법학』, 제24권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017, p.95. 지방자치가 그 지역의 사무를 주민 스스로 처리하는 것이라면, 단체자치는 지방자치의 형식(외형)을, 주민자치는 실질(본질)을 의미하는 것으로 이해 할 수 있다.

87) 헌재 2009.3.26, 선고 2007헌마843 결정, 지방자치는 지역 중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치하여 그 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임아래 처리하는 것을 말한다.....전통적으로 지방자치는 주민의 의사에 따라 지방행정을 처리하는 ‘주민자치’와 지방분권주의를 기초로 하여 국가 내의 일정한 지역을 토대로 독립된 단체가 존재하는 것을 전제로 하여 그 단체의 의회와 기관이 그 사무를 처리하는 ‘단체자치’를 포함하고, 이러한 지방자치는 국민의 기본권이 아닌 헌법상의 제도보장으로 이해되고 있다.

88) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 3, *Supra*

89) 조정환, 『행정법(하)제2판』, 진원사, 2002, p.78. 오늘날 영미와 유럽 대륙의 제도가 상호간 접근하는 경향을 보이고 있으며 그 밖의 여러 나라에서도 주민자치와 단체자치를 혼합하여 채택하고 있다.

로 지역적으로 포괄적인 자치사무를 수행하는 지방의 정치적 실체로써 그 목적·조직·권한이 일반적인 성격으로 전국에 보편적으로 존재하는 지방자치의 형태를 말한다.⁹⁰⁾ 보통지방자치단체는 각국의 법률적·문화적·역사적 배경에 따라 각각 그 형태가 다양하지만 대체로 일반적인 형태로 존재하고 있으며, 지방자치단체의 효시는 기초자치단체이다. 즉 지역공동체인 “뮤니시팔리티”⁹¹⁾는 1882년에 제정된 영국의 구 ‘지방자치법’ 제7조 제1항은 “시티”와 “타운”으로 규정하였고,⁹²⁾ 법인격인 지방정부(Corporation)로 전통적인 “바리(Borough)를 의미한다.⁹³⁾

독일 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제1조는 “게마인데”를 “전통적인 지방자치단체”로 정의하였으며 소규모의 지역 공동체를 중심으로 형성되어 온 기초자치단체를 의미한다.⁹⁴⁾ 이후 지방자치는 “시티”와 “타운” 그리고 “게마인데”와 같이 전통적인 지역 공동체 중심의 기초자치단체를 중심으로 진화되어 왔다. 그러나 영국에서는 1888년에 제정된 ‘지방자치법’에 의하여 국가의 일선기관으로써 위임사무와 자치사무를 수행하는 카운티(administrative county)가 설립되었다.⁹⁵⁾ 그리고 미국에서는 주의 법률적 하급기관(legal subdivision)으로써 연방과 주의 위임사무와 자치사무를 처리하는 복수의 지위를 가진 카운티가 설립되었다.⁹⁶⁾ 이와 같이

90) 헌법이나 법률이 규정하는 보통지방자치단체는 영국의 카운티(County)와 디스트릭트(District), 미국의 카운티(County)와 ‘시티(City)’, 프랑스의 코뮌(Commune), 데파르트망(Departments), 독일의 크라이제(Kreise)와 게마인데(Gemeinde), 일본의 도·도·부·현(都·道·府·縣)과 시·정·촌(市·町·村), 그리고 우리나라의 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도, 시·군·구를 의미한다.

91) 기초자치단체는 영국의 디스트릭트(district; 중전의 borough, town, city), 미국의 “시티”와 “타운”, 프랑스의 코뮌(Communes), 독일의 게마인데(Gemeinden), 일본의 시·정·촌(市·町·村), 그리고 우리나라의 시·읍면(市·邑面)과 같은 규모에 해당한다.

92) United Kingdom, Muncipal Corporation Act, 1882, Article 7(1). *Supra*.

93) Joan Williams, The Invention of the Municipal Corporation: A Case Study in Legal Change, UC Hastings Scholarship Repository, Faculty Scholarship, 1985, p.383, English corporation law encompasses two definitions of what was “corporation” The predominant definition was historical: the only local government units that were corporations were the closed set of approximately 200 chartered “ancient boroughs”.(영국 회사법은 “corporation”에 대하여 두 가지 정의를 포함한다. 역사적으로 지배적인 정의는 지방정부 단위로써 200여개의 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 구 ‘바리’와 가깝다)

94) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law, Article 1. The municipalities are original regional authorities that are entitled to organize and administrate local matters within the framework of legislation. They form the basis of the State and democratic life. Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Art.1. Begriff Die Gemeinden sind ursprüngliche Gebietskörperschaften mit dem Recht, die örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze zu ordnen und zu verwalten. Sie bilden die Grundlagen des Staates und des demokratischen Lebens.(게마인데는 법률의 범위 안에서 지방의 사무를 조직하고 관리하는 권한을 가진 전통적인 지방자치단체이다)

95) United Kingdom, Local Government Act, 1888, Article 1. *Supra*.

96) United States of America, California State Constitution, Article 11. Sec 1(a), The State is divided into counties which are legal subdivisions of the State.(주는 주의 법률적 하급기관으로 카운티로 구분된다); Los Angeles County Charter, Article 1. Section 1. The County of Los Angeles, as it now exists, is a

“카운티”의 법률적 지위는 국가와 주의 하급기관이라 할 수 있으나 “카운티” 정부는 주민의 선거로 선출된 지방의원과 집행기관의 장으로 구성되며 시대의 변화에 따라 위임사무 이외에 광역자치단체로서의 자치사무 영역이 확대되고 있다.

독일에서는 1919년에 제정된 ‘바이마르 헌법’ 제127조에서 기초자치단체인 게마인데와 게마인데 연합에 한하여 규정하였다. 이후 1949년 제정된 ‘기본법’ 제28조 제1항에서 광역자치단체인 크라이스와 기초자치단체인 게마인데가 구분되어 나타나게 되었다. 또한 이 규정에 의하여 지방자치단체는 주민의 선거에 의하여 조직된 기구에 의하여 대표되고 위임사무 이외에 자치사무가 확대되면서 지방자치의 새로운 전환점이 되었다고 볼 수 있다. 이와 같이 보통지방자치단체는 역사적 배경에 따라 변화되어 왔으며 대체로 “기초자치단체”와 “광역자치단체”의 구조로 현재까지 이어지고 있다.⁹⁷⁾

우리나라는 1949년에 제정된 「지방자치법」에 의하여 기초자치단체를 지역공동체인 “시·읍면”으로 구성하였으나, 1962년에 제정된 「지방자치법」에 의하여 “읍면” 자치제는 “군”으로 광역화하였다. 이와 같은 과정을 거쳐 현재는 기초자치단체인 “시·군·구”와 광역자치단체인 “시·도”로 편성되었다. 그러나 보통지방자치단체라 할지라도 국가별로 지역의 다양성과 특수성이 핵심적인 요소로써 일정한 형태로 정체되지 않고 각각 끊임없이 변화하고 있다.

예를 들면 미국 지방자치의 특징으로 기초자치단체에 속하지 않은 비자치 지역(unincorporated)이 있으며,⁹⁸⁾ 주민을 부정적인 생활환경으로부터 적절하게 보호하기 위한 목적으로 생활주거 단위를 적정한 규모로 유지하는 “공동체 표준구”를 설치하는 경향이 나타나고 있다.⁹⁹⁾ 또한 통합된 형태의 지방자치단체가 나타

body corporate and politic, and such has all the powers specified by the constitution and laws of the State of California, and by this Charter, and such other powers as are necessarily implied.(로스 엔젤레스 카운티는 현존하는 바와 같이, 지방자치단체와 행정집행기구이며, 주 헌법과 법률 그리고 이 ‘지방자치 현장’에 의하여 규정된 모든 권한과 필요하다고 추정되는 모든 다른 권한을 가진다)

97) 광역자치단체는 영국과 미국의 카운티(County), 프랑스의 데파르트망(Department), 독일의 크라이스(Kreise), 일본의 도·도·부·현(都·道·府·縣)과 우리나라의 시·도를 들 수 있다.

98) Unincorporated Area(비자치 지역)는 기초자치단체인 “시”에 포함되지 않은 지역으로서 광역자치체인 “카운티” 수퍼바이저 위원회(the Board of Supervisors)가 지방의회를 대신하고 각 수퍼바이저(Supervisor)는 시장 역할을 대신한다.

99) United States of America, LA County Zoning Code Title 22, Altadena Community Standards District(22.44.127). The Altadena Community Standards District is established to provide a means of reasonably protecting light, air, and privacy of existing single-family residences from the negative impacts on these resources caused by the construction on adjacent properties of uncharacteristically large and overwhelming residences. (알타데나 공동체 표준구는 개성이 없이 규모가 크고 인구가 많은 인

나고 있다.¹⁰⁰⁾ 이와 같이 지방자치는 새로운 형태로 끊임없이 변화되고 있다는 사실을 보여주고 있는 것이다.

2) 특별지방자치단체

특별지방자치단체는 복수의 지방자치단체가 공항과 항만, 교통시설, 전력과 가스 공급, 쓰레기 처리, 공설묘지, 환경보호 등 다양한 분야에 공동의 목적을 위하여 설립하는 지방자치단체를 말한다. 특별지방자치단체는 1532년 영국에서 제정된 ‘하수처리법(Statute of Sewers)’에 의하여 복수의 지방자치단체가 공동으로 하수처리시설을 설립한 것을 시초로 보고 있다.¹⁰¹⁾ 현대에 와서는 ‘유럽연합 지방자치현장’ 제10조가 규정하는 바와 같이 복수의 지방자치단체가 공동의 이익을 위하여 다른 지방자치단체와 함께 합작법인을 설립하는 권리가 있다는 점을 선언하고 있다.¹⁰²⁾

또한 미국에서의 특별지방자치단체는 주 법률이 정하는 바에 따라 지방정부의 대표자로 자치기구를 구성하며 법률적으로 독립된다.¹⁰³⁾ 이 경우에 특별히 공동의 목적을 가진 지방자치단체로 서비스와 시설을 제공하며 보통지방자치단체와

근의 특성으로부터 발생하는 부정적인 영향으로부터 일조, 대기와 개인의 사생활을 보호하기 위한 적절한 방법을 제공하기 위하여 설립되었다)

100) United States of America, California State Constitution, Article 11. Sec. 6(a). A county and all cities within it may consolidate as a charter city and county as provided by statute. (b) A charter city and county is a charter city and a charter county. Its charter city powers supersede conflicting charter county powers. ((a) 카운티와 ‘시티’는 법령의 규정에 따라 ‘차터 시티·카운티’로 통합할 수 있다. (b) 차터 시티의 권한은 저축되는 카운티 권한에 우선한다); 카운티와 시티가 통합한 지방자치단체의 사례는 샌 프란시스코 시티 & 카운티(San Francisco City & County)에서 볼 수 있다; 영국의 통합지방자치단체(Unitary Authority)는 1992년에 개정된 지방자치법에 따라 통합된 형태로 나타나고 있다.

101) Sidney Webb and Beatrice Potter Webb, English local government; Statutory authorities for special purposes, 1922. p.13. (Statute of Sewers of 1532); Timothy Endicott, Administrative Law, 2018. p.234. Parliament first established a permanent framework for Commissions of Sewers in the Statute of Sewers 1531.(의회는 1531년 처음으로 하수처리법에 의하여 영구적인 하수처리시설 관리기구를 설립하였다)

102) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 10- Local authorities’ right to associate, 1. Local authorities shall be entitled, in exercising their powers, to co-operate and, within the frame work of the law, to form consortia with other local authorities in order to carry out tasks of common interest.(지방자치단체는 그들의 권한을 수행하기 위하여 법률의 범위 안에서 다른 지방자치단체와 협력하거나 공동의 이해관계가 있는 사무를 수행하기 위하여 다른 지방자치단체와 합작법인을 설립할 권리가 있다)

103) United States of America, Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Local Government Autonomy, 1993. p.1. States have established five major types of local government either by constitutional provision or statute; (1) counties (2) cities (3) towns and townships (4) school districts and (5) special districts.(주는 헌법과 법률에 따라 다섯 가지 형태의 지방정부를 설립한다. (1) 카운티 (2) 시티 (3) 타운과 타운십 (4) 교육구 (5) 특별구)

는 별도로 독립된 관할권한을 가지는 특징이 있다. 이와 같은 특별자치단체의 형태에 대하여 캘리포니아 주 대법원은 “Madeira” 사건에서 “관개구는 지방자치단체로 분류된다”는 판결과 법률에 따라,¹⁰⁴⁾ 소방, 묘지, 수자원, 화장장, 자원보호, 위생, 공원과 같이 다양한 분야에 3,294개의 특별구가 존재하며, 별도의 교육 특별구와 복수의 지방자치단체가 공동의 목적을 달성하기 위한 조합 형태 등 다양한 방법으로 증가추세에 있다.¹⁰⁵⁾

이와 같은 추세는 보통지방자치단체의 형태가 지역 공동체를 중심으로 한 기초자치단체인 “뮤니시팔리티”로 상대적으로 소규모인 복수의 지방자치단체가 공동의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 별도의 지방자치단체를 설립하여야 할 필요성에 따른 것으로 보여 진다. 이에 비하여 우리나라에서는 기초자치단체라 할지라도 상대적으로 규모가 큰 “시·군·구”로 광역화되어 해당 지방자치단체의 소속기관으로 사업소를 조직하여 필요한 사무를 처리한다.¹⁰⁶⁾ 이와는 별도로 복수의 지방자치단체가 공동의 목적을 위하여 지방자치단체조합을 설립하여 운영하도록 보장되고 있으나,¹⁰⁷⁾ 특별목적 지방자치단체는 다른 주요국가에 비하여 많지 않은 원인이라 할 수 있다.

제2절 자치입법권한의 의미와 본질

1. 자치입법권한의 개념

자치입법권한은 헌법을 정점으로 국법체계에서 하나의 구성분자로서 가장 기본적인 “자치에 관한 규정을 제정하는 권한”이라 할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 이에 비하여 ‘유

104) In re Madeira Irrigation Districts, 92 Cal., 296. 28, 1891, Turlock Irrigation District under the Wright of Act, 1887

105) 특별지방자치단체 사례; 샌프란시스코 만(灣) 정부협회(Association of Bay Area Governments), 남부 캘리포니아 정부협회(Southern California Association of Governments), 대도시권 교통위원회(Metropolitan Transportation Commission).

106) 「지방자치법」 제114조(사업소), 지방자치단체는 특정업무를 효율적으로 수행하기 위하여 필요하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 지방자치단체의 조례로 사업소를 설치할 수 있다; (사례) 상하수도, 도로관리, 공원관리, 묘지 및 화장장 관리 등은 지방자치단체의 산하기관인 사업소 형태로 운영된다.

107) 「지방자치법」 제159조 내지 164조(지방자치단체 조합); (사례) 서울·경기·인천의 수도권 쓰레기 매립지운영관리 조합, 부산-거제간 연결도로 건설조합, 부산진해 경제자유구역청, 광양만권 경제자유구역청, 부산-김해 경량전철조합, 수도권 교통조합 등이 있다.

108) 이혜영, “자치조례의 범위와 한계”, 『지방자치법연구』, 통권제52호(제16권4호), 한국지방자치법학회,

립연합 지방자치현장’ 제3조 제1항은 지방자치단체가 그의 책임아래 실질적인 자치사무를 “규율하고 관리하는(to regulate and manage)” 권한으로 정의하고 있으며,¹⁰⁹⁾ 조례가 다른 법률에 개입하지 않는 한 자신의 사무를 처리하고 관리하기 위한 권능이라 할 수 있다.¹¹⁰⁾

다시 말하면 지방자치단체가 자신의 지역 내의 모든 자치사무를 처리하기 위하여 자기책임의 원칙에 따라 일반적·추상적 규율을 제정하는 권리와 능력이라 할 수 있다.¹¹¹⁾ 그러므로 지역 내에서 지역적 사무가 존재하는 한 지방자치단체의 존재의 이유로서 그 사무를 규율하는 자치입법권한이 보장되는 근거라고 할 수 있다. 따라서 자치입법권한은 지방자치의 가장 핵심적인 권한의 하나이며,¹¹²⁾ 지역 주민의 자기결정의 표현으로써 지방자치의 본질적 요소라고 할 수 있다.¹¹³⁾ 그러한 점에서 자치입법권한은 “자기결정권의 규범적 표현”으로,¹¹⁴⁾ 자치사무를 규율하고자 하는 “전권한성의 원칙”과 “자기책임성의 원칙”을 의미하며 지방자치의 목적달성과 실효성 확보를 위한 중요한 수단이 된다.¹¹⁵⁾

자치입법권한은 독일 ‘기본법’ 제28조 제2항이 보장하는 자치권함으로써 고권(Gemeindehoheit)의 하나에 해당된다 할 수 있으며, 우리나라 헌법은 이를 계수하여 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재

2016, p.129.

109) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 3, *Supra*

110) Salvador Parrado, Assigning Competences and Functions to Local Self-Government in Four EU Member States: A Comparative Review, UNED, 2005, p.23. This principle means that local authorities can manage services and have a ruling capacity that defines how services should be delivered by municipal or municipal external bodies, as long as municipal ordinances on the matter do not contravene other sectorial legislation.(이 원칙은 조례가 다른 입법 분야에 위반하지 않는 한, 지방자치단체와 그 기구에 의하여 수행되는 사무를 처리하는 방법을 정의하는 것으로써 지방자치단체가 자치사무를 관리하고 처리하는 권능이라고 할 수 있다)

111) 김홍대, 앞의 책, p.22.

112) 헌재 2007.12.27, 선고 2004헌바98 결정, 「도로법」 제43조 제2항 위헌소원(재판관 김종대의 반대의견) (다) 자치입법권, 지방의회는 지방자치단체의 필수적 기관이고 주민의 의사에 따라 선출된 주민의 대표들로 구성되므로(‘헌법’ 제118조 제1항, 제2항 참조) 지역적 단위에서 민주적 정당성을 보유하며, 그 지역의 사정에 정통한 사람들이 지역의 사무에 관해 규율하도록 하는 자치입법권의 보장은 국민주권의 지역적 실현과 기능적 권력분립의 관점에서 지방자치의 핵심적 내용 가운데 하나이다.

113) Schmidt-Abmann, Die kommunale Rechtsetzung im Gerfuge der administrativen Handlungs und Rechtsquellen, 1981. S.5. 조성규, 앞의 논문, p.2 에서 재인용. 자치입법권의 보장은 법적으로 독립된 자주적인 단체로서 지방자치단체의 자율적인 프로그래밍(Selbsprogrammierung)의 보장이며 자기표현(Selbst-darstellung)이 보장이 된다.

114) 문상덕, 앞의 논문, p.42.

115) 신봉기, “자치입법권한의 범위와 실효성 확보방안”, 『지방자치법연구』, 통권제1호(제1권1호), 한국지방자치법학회, 2001, p.2. ‘자치입법권’은 전권한성(Allzustdigkeit)과 자기 책임성(Selbstverantwortlichkeit)을 그 내용으로 하는 지방자치제도에 있어서 가장 핵심적인 권한 가운데 하나이다.

산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 규정하여 자치입법권한을 보장하고 있다.

여기에서 “자치에 관한 규정”이라 함은 “조례”와 “규칙”을 말한다. 이를 구체화하기 위하여 「지방자치법」 제22조는 지방의회의 조례 제정권한을 규정하고 동법 제23조는 지방자치단체의 장의 규칙 제정권한을 규정하였다. 이어서 「지방교육자치에 관한 법률」 제25조는 교육감의 교육규칙 제정권한을 규정하고 있다. 그러나 자치입법권한은 국가의 법률체계에 따라 민주주의와 법치주의라는 헌법 원리 내에서 수행되어야 하며,¹¹⁶⁾ 헌법과 「지방자치법」에 의하여 보장하고 있음에도 동시에 “법령의 범위 안에서” 제한된다.¹¹⁷⁾

이와 같은 제한에 따라 자치입법권한의 본질에 관한 다양한 해석론을 바탕으로 ‘헌법’과 「지방자치법」에 의한 조례의 규율범위와 한계 그리고 개선방안에 대하여 장기간 논의되어 왔다.¹¹⁸⁾ 그러나 다양하고 광범위한 자치입법 수요를 충족하지 못하고 있다 할 수 있으므로 자치입법권한의 확대를 위한 지속적인 논의가 필요하다.¹¹⁹⁾

2. 자치입법권한의 종류

(1) 조례

1) 조례의 개념

116) Schmidt-Aßmann, a.a.O.S. 66.(Rn. 95), 조성규, 앞의 논문, p.77에서 재인용. 자기책임성을 보장하기 위한 제도적 수단으로서의 본질을 가지는 자치입법권한을 포함한 지방자치단체의 고권 역시 무제한의 자유를 누리는 것이 아니라, 법치주의의 원칙에 의한 구속과 제한은 당연히 존재하게 된다. 지방의회는 국회(Parlamente)가 아니며 지방행정주체의 기관으로 본질상 행정권에 속한다. 즉 조례는 행정권에 의한 입법으로서 법규범이긴 하지만 형식상으로는 행정작용의 본질을 가지는 것이다; BVerfGE 78, 344. 방승주, “지방자치제도의 발전을 위한 헌법 개정의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제22호(제9권2호), 한국지방자치법학회, 2009, p.12에서 재인용. 독일연방헌법재판소는 “지방자치단체의 조례는 국가의 법질서 전체에서 살펴볼 경우 행정의 영역에 속하는 것이지 입법영역에 속하는 것은 아니다”라고 판시한 바 있다.

117) 최승원·양승미, “조례 정비 현황과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제50호(제16권2호), 한국지방자치법학회, 2016, p.88.

118) 김철용, “지방자치법 20년의 회고와 전망”, 『지방자치법연구』, 통권제29호(제11권1호), 한국지방자치법학회, 2011, p.125.

119) 박영도, 『자치입법의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 2004, p.70. 목적적, 체계적 해석론에 따르면라도 복잡다양하게 확대되어가는 지방자치행정에 대한 입법적 수요를 충족시키기 어렵다는 한계적 상황에 유의할 필요가 있다. 즉, 조례제정에 있어 지방의 다양성과 독자성을 살리지 못하는 획일적, 단편적 자치입법 상황에서 그 영역이 매우 제한적이다.

조례는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그의 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결로써 제정되는 일반적·추상적 규범이다.¹²⁰⁾ 조례는 불특정 다수를 구속하는 법규로써 지방자치단체와 주민, 기관, 감독청과 법원에 효력이 미치며 실질적 의미의 법률로써 일정한 구역에서 효력을 갖는 지역법·자주법으로써 법령에 따라 의무적으로 제정하는 조례를 제외하면 조례의 제정은 지방자치단체의 재량이라 할 수 있다.

또한 조례는 지방자치 조직 내에 한하여 구속력을 갖는 행정규칙 성질의 조례가 있으며 구체적으로 행정처분의 근거가 되는 조례가 있을 수 있다. 그러나 불특정 다수인을 구속하는 대외적 효력을 갖는 법규라고 할지라도 국회가 제정하는 형식적인 “법률”이 아니라 지방의회가 제정하는 실질적인 법률에 해당한다고 할 수 있다. 특히 조례는 “실질적 의미의 법률”로써 “자치법률 혹은 자주법”이라고 불리워 지고 있으며 “형식적 의미의 조례”는 국가의 법령과는 달리 “국가로부터 독립된 법인격을 인정받은 행정주체인 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결에 의하여 제정되는 법 형식”을 말한다.¹²¹⁾

조례의 제정 근거로써 「지방자치법」 제22조 제1항은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리의 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”라고 규정하여 조례제정 권한을 보장하고 있다.

그러나 이와 같이 “법령의 범위 안에서”와 “법률의 위임”의 범위에서 제한되어 한계가 나타나고 있으며, 현실적으로는 과도한 중앙집권 과정에서 국가의 법률이

120) 대판 2011.2.10, 선고 2010추11 판결, ‘헌법’ 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조에 의하면, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있다. 「지방자치법」은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의 요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있다. 따라서 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 위와 같은 지방자치단체장의 고유권한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다; 최승원, “조례와 규율 분담”, 『지방자치법연구』, 통권제15호(제7권3호), 한국지방자치법학회, 2007. p.2. 조례란 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결로써 제정하는 규범으로서 기본적으로 불특정 다수인에 대하여 구속력을 갖는 법규로 설명된다. 이처럼 조례제정권은 자치권의 한 내용으로써 지방자치의 본질이나 그 헌법적 보장의 의미와 밀접 불가분의 논의 틀에 놓이게 된다.

121) 성낙인, “지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제31호(제11권3호), 한국지방자치법학회, 2011, pp.133-135.

지방의 영역에 선점하여 중요한 사항을 우선 규율하고 조례는 그 부수적인 사항과 법령을 집행하는 수단에 불과한 실정이다.¹²²⁾ 이와 같은 법률적인 한계로 조례의 규율범위 그리고 법률적합성의 원칙(법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙)에 의하여 제한되는 실정이다. 따라서 자치입법권한의 확대를 위하여 핵심적인 조례의 규율영역과 제정기준을 논의할 필요가 있다.

2) 조례의 종류

조례는 형식적으로는 지방의회의 자치입법권한에 따라 법령에 정하는 절차에 따라 제정되며 고유사무인 자치사무는 물론 단체위임사무도 조례의 규율범위에 포함된다.¹²³⁾ 이를 다시 구체화 한다면 법령의 위임이 없이도 지방자치단체의 고유사무에 대하여 지방의회의 의결을 거쳐 독립적으로 정할 수 있는 “자치조례”와 국가의 법령의 위임에 따라 정하는 “위임조례”로 구분 할 수 있다.¹²⁴⁾

자치조례는 개별법령의 위임이 없이도 ‘헌법’ 제117조와 「지방자치법」 제22조에 근거하여 지방자치단체의 권한으로 자기책임에 따라 제정된다. 따라서 국가의 권한으로 제정되는 타율적인 법 정립으로써 위임조례인 행정입법과는 다르다.¹²⁵⁾ 또한 법령의 집행을 위한 수단으로써 반드시 제정하여야 하는 “필수조례”와 법령의 규정 여하에 불구하고 지방자치단체의 재량에 의하여 제정되는 “임의조례”로 구분할 수 있다. 반면에 주민의 권리와 의무의 부과 및 벌칙을 규정하는 조례는 법령의 위임을 요한다는 점에서 “위임조례·필수조례”의 규율범위에 해당된다.¹²⁶⁾ 그리고 주민과의 관계 여부에 따라 “주민의 권리의무에 관한 조례”와 “지방자치단체의 내부조직이나 운영에 관한 조례”로 분류될 수 있다.¹²⁷⁾

122) 김상태, “조례에 의한 벌칙제정권의 허용성”, 『지방자치법연구』, 통권제38호(제13권2호), 한국지방자치법학회, 2013, p.222. 법령상의 규율이 개별적인 사항에 대한 조례의 제정을 위임할 때 지역적 사정이 반영될 수 있는 여지를 남겨두는 경우가 미비하여, 실령 있다고 하여도 대체적으로 법령에서 중요한 사항을 모두 규율하고, 다만 그 시행을 위한 부수적인 내용들만 조례로 정할 것을 위임하여 조례는 법령에서 정하고 있는 사항을 시행하는 수단에 불과하다.

123) 대판 2000.5.30. 선고 99추85 판결; 대판 2007.12.13, 선고 2006추52 판결; 대판 2009.12.24. 선고 2007추141 판결.

124) 최승원, “지방자치법의 문제점과 개정방향”, 『지방자치법연구』, 통권제1호(제1권1호), 한국지방자치법학회, 2001, p.14. 자치사무가 아닌 단체위임사무와 기관위임사무를 조례와 규칙으로 정하도록 하는 것은 법체계상 비논리적이다.

125) 최환용, “자치입법체계 및 실태조사 연구”, 한국법제연구원, 2008, p.21.

126) 강수경, “지방자치단체의 조례 제정권의 한계”, 『법학연구』, 제24집, 한국법학회, 2006, p.39.

127) 이혜영, 앞의 논문, pp.117-119.

조례가 제정되는 근거로는 대체로 세가지 형태로 나누어 볼 수 있으며 ① 국회가 제정하는 형식적 법률에서 일정한 분야에 대하여 곧바로 조례를 제정하도록 규정하는 경우, ② 형식적 법률을 정한 후 일정사항을 대통령령 또는 부령에 위임하고, 다시 대통령령과 부령이 조례를 제정하도록 위임하는 경우 그리고 ③ 지방자치단체가 법령의 위임 근거가 없이 스스로 조례를 제정하는 경우를 들 수 있다. 이 경우 ①과 ②는 “위임조례·필수조례”의 형태로 제정되며 ③은 “자치조례·임의조례”의 형태가 된다.

이외에도 ④ 법령이 명시적으로 규정하지 않았으나 조례를 제정하도록 의무가 부과된 경우¹²⁸⁾ ⑤ 법령이 명시적으로 규정하고 있으나 조례의 제정을 지방자치단체의 재량에 따르도록 하는 경우가 있을 수 있다.¹²⁹⁾ 이 경우 ④는 “위임조례·필수조례”라 할 수 있으며 ⑤는 “위임조례·임의조례”의 형태로 나타날 수 있다. 이와 같이 현대의 지방자치에서 자치입법권함으로써 조례의 형태는 다양하게 나타나고 있으므로 보다 더 상세한 논의가 필요하다.

3) 조례의 특성

가. 민주적 정당성

주민에 의하여 선출되어 구성된 지방의회의 민주적 정당성에 대하여 토크빌(Alexis De Tocqueville)은 “지방의회는 자유국가를 강화하도록 구성된다”고 주장한 바 있다.¹³⁰⁾ 이와 같이 민주적 정당성을 가진 지방의회는 자치입법권한의 주체로서 주민을 대표한다.

‘헌법’ 제117조 제1항이 보장하는 “자치에 관한 규정”으로써 자치입법권한은 지방의회가 본질적으로 가지는 고유한 민주적 정당성으로 대의제에 기초를 둔 민주주의 원칙에 근거한다고 할 수 있다.¹³¹⁾ 그러므로 조례에 관한 논의는 민주주

128) 「보행안전 및 편의증진에 관한 법률」 제10조(보행환경개선사업의 시행) ① 특별시장 등은 제9조제1항에 따라 지정된 보행환경개선지구에 대하여는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 보행환경개선사업계획을 수립하고, 이에 따라 보행환경개선사업을 시행하여야 한다.

129) 「보행안전 및 편의증진에 관한 법률」 제28조(권한의 위임 및 위탁) ③ 특별시장 또는 광역시장은 이 법에 따른 권한의 일부를 조례로 정하는 바에 따라 자치구의 구청장 또는 광역시의 관할구역에 있는 군의 군수에게 위임할 수 있다.

130) Alexis De, Tocqueville, Democracy in America, Saunders and Ottery, London, 1835, p.57. Local assemblies of citizens constitute the strength of free nations.

131) 조성규, 앞의 논문, p.80. 조례는 민주적으로 선출된 지방의회에 의하여 제정되며, 지방의회는 자신의 지역단체의 영역에서 “입법자”의 역할을 수행한다. 조례 제정권의 부여를 통해서 지방자치단체에게는 고유한

의의 실현에 중점을 두어야 한다.¹³²⁾ 예를 들면 독일 ‘기본법’ 제28조 제1항은 란트와 크라이제 그리고 게마인데는 선거에 의하여 선출된 기구에 의하여 대표되도록 규정하고 있다.¹³³⁾ 이와 같이 지방자치의 대표기관으로 지역의 주민으로부터 선출되는 지방의원으로서 구성되는 지방의회는 유일한 조례 제정의 주체이다.¹³⁴⁾

따라서 지방의회의 대표성에 의한 “민주적 정당성”¹³⁵⁾의 근거에 따라 조례 제정권한은 다른 기관에 이전이 허용되지 않으며 지방의회 소속 위원회에 위임할 수 없으며 반드시 전체회의(총회)에서 제정되어야 한다. 또한 지방자치단체의 장 또한 조례 제정의 주체가 될 수 없다.

법제정권의 영역이 이전되는 것이며, 그러한 영역을 조례를 제정하는 기관의 민주적 기초를 통해서 그 자체로부터 정당화된다. 이러한 사실로부터 법규명령의 제정은 타율적인 것인데 반해, 조례의 제정은 자율적인 법의 제정이다.

132) 김동희, 앞의 책, p.78. 지방자치단체의 조례제정권은 ‘헌법’ 제117조 제1항에서 일반적으로 부여되어 있는 것으로서 이러한 조례는 민주적으로 구성된 지방의회에 의하여 제정되는 것이라는 점에서 행정입법(위임명령, 집행명령)과는 달리 오히려 법률에 가까운 성질을 가지는 점은 부인할 수가 없다고 본다. 그러나 국민의 전체의사의 표현으로서 법률과 지역단위 주민의 의사의 표현인 조례와의 사이에는 민주적 정당성에 있어서 차이를 인정할 수 밖에 없다.

133) Federal Republic of Germany, Basic Law, Article 28. 1. The constitutional order in the *Länder* must conform to the principles of a republican, democratic and social state governed by the rule of law, within the meaning of this Basic Law. In each *Land*, county and municipality the people shall be represented by a body chosen in general, direct, free, equal and secret elections. In county and municipal elections, persons who possess citizenship in any member state of the European Community are also eligible to vote and to be elected in accord with European Community law. In municipalities a local assembly may take the place of an elected body.; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 28(1) Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar. In Gemeinden kann an die Stelle einer gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten.(란트의 헌법적 질서는 기본법의 범위 안에서, 법치주의에 의한 공화주의, 민주주의와 사회국가주의 원칙에 따라야 한다. 각 란트, 크라이제와 게마인데에서 주민은 보통, 직접, 자유, 평등 그리고 비밀선거에 의하여 선출된 기구에 의하여 대표된다. 크라이제와 게마인데의 선거에서 유럽연합 회원국가의 시민권을 소유한 사람은 유럽연합 공동체법에 따라 선거권과 피선거권을 가진다. 게마인데에서 주민총회는 선거에 의한 기구를 대신할 수 있다)

134) 오준근·정준현·김동건, “지방자치 활성화를 위한 법과 제도의 개선방향”, 『지방자치법연구』, 통권제42호 (제14권2호), 한국지방자치법학회, 2014, p.41. 지방자치가 활성화 되려면 지방자치단체는 그 자치사무에 대하여 전권한성을 가져야 하며, 이 전권한성은 해당 지역주민의 대표로 구성되어 민주적 정당성을 가진 지방의회의 전권한적인 자치입법권을 전제로 한다.

135) 헌재 2004.9.2, 선고 2002헌바76 결정, 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권은 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.

나. 자주법

조례는 ‘헌법’ 제117조 제1항이 보장하는 자치입법권한에 의하여 제정되는 법이라는 점에서 지방자치단체의 자주적 법규범이다.¹³⁶⁾ 그러한 점에서 ‘헌법’ 제40조에 의하여 국가의 법률을 제정하는 국회의 입법권과 다르며, ‘헌법’ 제75조와 제95조에 의하여 제정되는 행정부의 위임입법과 다르다.

법원은 “조례도 주민대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법”이라고 판결한 바 있다.¹³⁷⁾ 이 판결은 지방의회의 민주적 정당성에 근거하는 자주법으로서의 조례를 인정하였다 볼 수 있다. 따라서 조례는 “법령의 근거가 없는 경우”와 법률이 주민의 권리와 의무에 관한 사항을 구체적으로 정하지 아니하고 “포괄적으로 위임”한 경우에도 자신의 사무에 관하여 제정할 수 있다는 점에서 자주법의 특징이라 할 수 있다.¹³⁸⁾

그러나 조례를 자주법이라 할지라도 법질서의 통일성이 요구되는 국가 법률체계의 한 구성요소라는 점에서 국가로부터 완전히 독립되는 고유한 권한으로서의 자주법은 여전히 제약을 받고 있는 것이 사실이다.

다. 지역법

조례는 지방자치단체의 관할구역 안에서 해당 지역의 주민들에게 한하여 효력을 갖는다는 점에서 국가 전체를 관할하는 국가의 일반적인 법률에 비하여 지역법이라 할 수 있다. 이러한 의미에서 조례는 지역의 특수성과 지방의 행정수요를 고려한 지역법률을 지방의회가 제정한다는 점에서 민주적 정당성이 충족된다.

이와 동시에 국회가 제정하는 형식적 법률과는 그 본질이 다르다 할 수 있으나 실질적인 법률로써 효력이 인정되는 “지역법”이라고 할 수 있다. 한편 헌법재판소는 “조례에 의한 규제가 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게

136) T. Maunz/R. Eippelius Deutsches Staatsrecht, 27, Aufle, 1988. S.324, 서원우, 『전환기의 행정법 이론』, 박영사, 1997, p.257 에서 재인용. 자주법(Satzung)은 국가의 일방적인 판단에 맡기기 보다는 지역의 다양성에 걸맞는 결정이 가능하게 되며, 입법자의 부담경감과 함께 시민의 의향에 따르는 행정을 수행할 수 있는데 있다고 할 것이다.

137) 대관 1991.8.27, 선고 90누6613 판결, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다.

138) 조성규, 앞의 논문, p.76.

나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 불가피한 결과”라고 판결한 바 있다.¹³⁹⁾ 이 판결은 조례의 지역법적 성격을 인정한 취지라고 보아진다.

라. 법규범

법규는 국가와 국민과의 사이에 법률관계를 규율하며 국민의 권리·의무와 관련이 있는 일반적인 규범이다. 따라서 조례는 자치권한에 근거하여 부여되는 고권에 의하여 창출되는 규범으로써 주민과의 관계를 규율한다는 점에서 법규범이라 할 수 있으며, ‘헌법’ 제117조 제1항이 보장하는 자치입법권에 의하여 제정되는 조례는 법의 성질을 가지고 있기 때문에 일반적으로 법규범이라고 설명된다.

또한 조례는 불특정 다수인에 대하여 일반 추상적인 권리와 의무를 규율하며, 일반적인 구속력을 가지는 규범으로써 법규의 성질을 가지며 지방자치단체와 모든 주민·기관·감독청은 물론 법원에까지 효력이 미치는 실질적 의미의 법률이다.¹⁴⁰⁾

4) 조례의 기능

가. 권력분립적 기능

권력분립은 근대국가 헌법의 핵심적 구조로써 국가권력은 수평적으로 입법권·행정권·사법권을 분리하여 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 민주주의를 구현하는 방식이다. 이에 비하여 수직적 권력분립은 중앙과 지방의 사무분배 구조로써 국가의 수평적 삼권분립을 보완하는 실질적인 법치국가의 요소이다.¹⁴¹⁾

따라서 지방분권을 통하여 집중된 국가의 권한을 지방에 이양함으로써 국가와 사회전체의 효율성을 신장시키고 국가의 민주주의 발전을 도모하게 된다.¹⁴²⁾ 즉

139) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264·279 결정, 조례에 의한 규제가 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 불가피한 결과이므로, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들이 다른 지역의 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다 하더라도 이를 두고 ‘헌법’ 제11조 제1항의 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다.

140) Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 1, S.90, Schwirzke/Sandfuchs, Allgemeine Niedersachsispches Kommunalrecht, S.149. 홍정선, 앞의 책, p.298 에서 재인용.

141) 신봉기, “지방분권특별법의 제정방향”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2003, p.55.

142) 옥무석·최승원, “국가와 지방자치단체와의 관계”, 『지방자치법연구』, 통권제4호(제2권2호), 한국지방자치법학회, 2003, p.55.

국가가 전체 국가단위에서 필요한 문제를 검토하는 반면에, 지방자치단체는 지역별로 다양한 문제에 맞도록 그들의 책임으로 규율하고 관리 할 수 있다. 그러므로 국가와 지방자치단체의 권한과 책임을 합리적으로 분배하여 기능이 서로 조화되도록 하고 지방분권을 통하여 민주주의 헌법의 보편적인 원리인 실질적인 권력분립을 실현하게 되는 것이다.¹⁴³⁾

나. 창조적 입법기능

켈젠(H. Kelsen)의 법단계설에 의하면 조례는 국가의 법령보다 하위에 위치한 법규범이다. 그렇다고 할지라도 조례는 살아있는 법으로써 주민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 분야에 법령이 불완전하고 미숙한 규범을 완전한 제정법으로 이끄는 입법기능을 할 수 있다.

그러한 점에서 조례는 법률의 실효성이 보장되지 않는 법령보다도 오히려 실효성이 강하며 형성력에 있어서는 형식적인 “법률”보다 우월한 측면이 있다. 그러므로 조례는 법규범의 구체적 타당성을 위한 새로운 법규범을 창조하는 기능이다. 즉 단순한 행정적 기능이 아니라 정치 형성적 기능을 가진다.¹⁴⁴⁾ 이와 같은 기능은 “법 창조의 최첨단 실험실”이라고 표현되며,¹⁴⁵⁾ 우리나라의 지방자치에서도 창조적인 조례 제정사례들이 나타나고 있다. 예를 들면 「경기도 인권보장 및 증진에 관한 조례」는 “도민이 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 보장”하기 위한 조례로써 법령의 위임이 없음에도 지역 주민의 인권보호를 위한 창조적인 자치입법을 제정하였다 할 수 있다.¹⁴⁶⁾

다. 법률선도적 기능

143) 헌재 2007.12.27, 선고 2004헌마98 결정, 현대 사회에서 고전적 의미의 삼권분립은 그 의미가 약화되고, 통치권을 행사하는 여러 권한과 기능들의 실질적인 분산과 상호간의 조화를 도모하는, 이른바 기능적 권력분립이 중요한 의미를 갖게 되었는데, 지방자치제도는 중앙정부와 지방자치단체 간에 권력을 기능적으로 나누어 가짐으로써 오늘날 민주주의 헌법이 통치기구의 구성 원리로 보편적으로 받아들이고 있는 권력분립의 실현에도 기여한다.

144) 헌재 2003.1.30, 선고 2001헌가4 결정, 지방자치가 단순히 주민 근거리 행정의 실현이라는 행정적 기능만이 아니라 정치형성적 기능도 아울러 가진다.

145) 北村喜宣, 自治環境行政法, 良書普及會, 1997, pp.2-3. 문상덕, “국가와 지방자치단체간 입법권 배분”, 『지방자치법연구』, 통권제36호(제12권4호), 한국지방자치법학회, 2012, p.150에서 재인용.

146) 「경기도 인권보장 및 증진에 관한 조례」, 2017.4.12 제정, 조례 제5563호, 제2조(정의) 1. “인권”이란 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

국가의 법률이 지역의 현실을 반영하여 규율하지 못하는 경우에, 조례는 지역의 행정수요에 따른 규율을 정하고 이를 통해 국가의 입법을 촉진하는 기능으로써 법률 제정을 선도하는 기능을 의미하게 된다.

이와 같은 기능은 각 국가마다 다양한 형태로 나타나고 있으며 우리나라의 경우에도 「청주시행정정보공개조례」는 국가의 「공공기관 정보공개에 관한 법률」 제정을 선도하였다는 평가를 받고 있다. 또한 일본의 경우 ‘동경도공해방지조례’는 국가의 환경기준보다 더 엄격한 기준을 정하여 국가의 법률 제정을 선도하였고, 미국 칼라바사스 시티 ‘간접흡연 금지조례’¹⁴⁷⁾와 같이 국가의 법률제정을 선도함은 물론 전 세계 각국의 법률제정을 선도하는 기능을 수행하기도 한다.

라. 현실적합적 기능

조례는 국가법령의 부재와 입법의 지연 혹은 법률의 결함과 한계 등에 의하여 나타나는 기존의 법령과 사회적 격차를 조례로 제정하여 보완토록 할 수 있으며, 조례는 지역법으로써 법률보다 더욱 현실에 적합성을 가지고 있다. 현실적으로 국가의 법령은 지역의 특성을 반영하지 못하는 경우가 많으며 이를 지방자치단체의 조례가 현실에 맞도록 조정하는 역할을 하기도 한다. 예를 들면 「수원시 화학사고 대응 및 지역사회 알권리 조례」는 지역 내에서 화학사고에 대비한 체계적 대응을 위하여 시민에게 현실적으로 필요한 알권리를 보장하고 건강과 재산을 보호하고자 하는 조례이다.

마. 기본적 인권보장 기능

국민의 기본적 인권보장과 지방자치는 불가분의 관계이다.¹⁴⁸⁾ 오늘날 지방자치에 있어서 조례는 자치사무에 관하여 법률과 대등한 법규범의 지위를 차지하며, 법률과 함께 주민의 생활과 환경에 관한 기본적 인권을 보장하는 기능을 수행하게 된다. 따라서 주민의 기본적 인권을 구체적으로 보장하고 지역의 도덕적 수준을 제고하여 지역 공동체의 안전을 유지하게 하는 기능을 가지게 된다.

특히 현대의 지방자치에서 조례의 기본적 인권보장 기능은 각 국가에서 다양

147) United States of America, The City of Calabasas, Comprehensive Second Hand Smoke Control Ordinance, Ordinance No 2006-217. *Infra*.

148) 허 영, 『헌법 이론과 헌법(제7판)』, 박영사, 2015, p.1156.

하게 나타나고 있다. 예를 들면 우리나라에서 「부산광역시 장애인 차별금지 및 인권보장 조례」는 장애인의 인권보장과 평등권을 실현하기 위한 조례로써 헌법이 보장하는 국민의 기본권을 지역에서 구체화하였다고 할 수 있다.¹⁴⁹⁾

(2) 규칙

1) 규칙의 의의

규칙은 지방자치단체의 장이 법령이나 조례가 위임한 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 법형식이다. 규칙은 조례와 같이 법규로써 외부적 효력을 가지며 내부적 효력을 가질 경우에는 행정규칙의 성질이 있다 할 것이다. 다만 국가가 법령의 시행을 위하여 제정하는 시행규칙(부령)과 달리 규칙은 지방자치단체의 장이 제정한다는 의미에서 자치입법권한의 하나이다.

‘헌법’ 제117조는 지방자치단체가 “자치에 관한 규정”을 제정할 수 있도록 자치입법권한을 보장하고 있으며, 「지방자치법」 제23조는 “지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다.

2) 규칙의 종류

규칙은 「지방자치법」 제23조에 따라 “법령이나 조례가 위임한 범위 내에서” 그 권한에 속하는 사무에 관한 위임규칙을 제정하는 것이다. 따라서 법령이 위임에 따라 제정하는 “법령위임규칙”과 조례가 위임하는 “조례위임규칙”으로 구분될 수 있다. 예를 들면 「경기도 공무원 인사규칙」은 「지방공무원 임용령」 제43조에 따라 제정되므로 “법령위임규칙”이라 할 수 있으며,¹⁵⁰⁾ 「경기도 물품관리조례 시행규칙」은 「경기도 물품관리조례」의 위임에 따라 제정되므로 “조례위임규칙”이라 할 것이다.¹⁵¹⁾

149) 「부산광역시 장애인 차별금지 및 인권보장 조례」, 2018.8.1 시행, 조례 제5793호.

150) 「경기도 공무원 인사규칙」 제1조(목적) 이 규칙은 「지방공무원 임용령」 제42조와 「지방 연구직 및 지도직 공무원의 임용 등에 관한 규정」에 따라 지방공무원의 임용 및 시험 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

151) 「경기도 물품관리 조례 시행규칙」 제1조(목적) 이 규칙은 「경기도 물품관리조례(이하 ‘조례’라 한다)」의 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

이를 다시 세부적으로 분류한다면 ① 규칙 제정의 의무를 부과하는 법령에 따라 제정되는 “의무규칙”과 지방자치단체의 재량에 해당되는 “임의규칙”이 있을 수 있다. ② 규칙이 외부적 효력을 가지는 경우 법규적인 규칙과 내부적인 효력을 가지는 경우 행정규칙의 성질의 규칙이 있을 수 있다. ③ 규율대상을 기준으로 한다면 지방자치단체의 조직과 사무처리를 위한 규칙과 주민을 대상으로 일반적으로 규율하는 규칙이 있을 수 있다. 그리고 ④ 규칙 제정의 주체로 구분한다면 지방자치단체의 장이 정하는 일반적인 규칙과 교육감이 정하는 교육과 학예에 관한 교육규칙으로 나눌 수 있다.

3) 규칙의 한계

규칙이 규율하는 범위는 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 모든 사항이라 할 것이나, 위임규칙은 법령이나 조례의 위임에 따라 제정하여야 한다는 한계가 있으므로 법률우위의 원칙이 적용된다 할 것이다. 따라서 조례와 규칙의 관계에서 조례는 규칙의 상위규범이다.¹⁵²⁾ 또한 「지방자치법」 제24조는 “시·군 및 자치구의 조례와 규칙은 시·도의 조례나 규칙을 위반하여서는 아니 된다”고 규정하고 있으므로 광역자치단체의 조례나 규칙은 기초자치단체의 조례나 규칙에 비하여 상위규범이라 할 것이다.

그러나 현실적으로 위임규칙은 법령이나 조례의 개별적·구체적인 위임에 따라 제정되며, 행정조직 내부의 사무처리기준을 정하는 등 대외적으로 구속력이 없으나 대체로 조직 내부를 규율하는 규범으로써 구속력이 있다.¹⁵³⁾ 다만 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항과 벌칙을 정하고자 한다면 법률유보의 원칙에 따라 개별법령의 명시적인 위임이 있어야 한다. 뿐만 아니라 「지방자치법」은 규칙에 대하여는 조례와 달리 벌칙의 근거를 규정하고 있지 않다.

이에 비하여 일본 ‘지방자치법’ 제15조 제2항이 정하는 바와 같이 규칙의 실효성 확보를 위하여 벌칙을 정할 수 있도록 근거를 규정하여야 한다는 견해가 있다.¹⁵⁴⁾ 그러나 우리나라에서 규칙은 대체로 지방자치단체 조직 내부의 사무를 규

152) 대판 1995.7.11, 선고 94누4615 판결, 지방자치단체의 사무에 관한 조례와 규칙은 조례가 보다 상위규범이다.

153) 이혜영, “지방의회 규칙의 법적성격과 입법방향”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009, pp.2-3.

154) 홍정선, 앞의 책, p.39. 일본 ‘지방자치법’ 제15조 제2항, 보통 공공단체의 장은 법령에 특별한 규정이 있

율하는 규정으로써 일반적으로 규율하는 조례와 달리 벌칙 제정은 실익이 없다고 보여 진다.

4) 재위임 규칙

「지방자치법」 제23조가 규정하는 “규칙” 이외에도 기관위임사무의 “재위임”을 규율하는 “규칙”이 있다. 「정부조직법」 제6조 제1항과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조는 위임자인 지방자치단체의 장이 규칙으로 정하는 바에 따라 다른 지방자치단체의 장에게 “재위임”하는 근거를 규정하고 있다.¹⁵⁵⁾

그러나 지방자치단체의 장의 사무를 기관위임하는 경우에는 조례로 정하는 반면에, 국가사무의 재위임에 대하여는 “규칙”으로 정하도록 규정하고 있다. 이로 인하여 조례를 정할 수 없어 민주적 정당성을 가진 지방의회라 할지라도 관여할 수 없으며 자치입법권한을 제한하고 있다. 이는 자치입법권한의 예외로써 논의할 실익이 있으며 기관위임사무에 대하여는 별도로 논한다.

3. 자치입법 권한의 본질

(1) 조례자주입법설

조례자주입법설은 지방자치 고유권설에 의한 시원적인 권리로써 조례의 제정은 국가의 위임을 요하지 않으며 지방자치단체의 고유사무를 규율하는 고유한 권리로써 전권사항이라고 보는 견해이다.¹⁵⁶⁾ 즉, 자치입법권한은 국가 성립 이전부터 지역 공동체가 보유하며 국가라 하여도 이 권한을 침해할 수 없는 자연권적 고유권한이라고 주장하게 된다.

는 경우를 제외하고, 보통 지방공공단체의 규칙으로써 규칙을 위반한 자에 대하여 5만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 둘 수 있다.

155) 대판 1995.11.14, 선고 94누13572 판결, 「도시재개발법」에 의한 사업시행인가, 관리처분계획 인가 및 각 고시에 관한 사무는 국가사무로써 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무로써 시도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임 할 수 없고, 「정부조직법」 제5조 제1항 및 이에 기한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.

156) 최승원, 앞의 논문, p.2. 조례자주입법설 중 고유권설에 입각한 시원적 자주입법설은 지방자치단체의 자치권은 자연권적 고유권이며 지방자치단체의 고유사무에 속하는 사항은 조례의 전권사항으로 본다.

이 경우 국가법령으로 규율할 영역과 지방자치단체가 규율하여야 할 영역으로 근본적으로 구분되며,¹⁵⁷⁾ 자치사무에 관하여 조례와 법률이 충돌하는 경우 조례가 우선한다.¹⁵⁸⁾ 그러한 점에서 지방자치단체의 고유사무에 대한 “자기책임성”에 따라 조례가 규율하는 전권사항이라고 한다.¹⁵⁹⁾ 따라서 지역 주민 스스로 지방자치단체의 설립과 지방정부의 조직은 물론 지방자치 고권을 당연히 보유하게 되며,¹⁶⁰⁾ 자치입법권·자치행정권과 자치사법권을 독자적으로 보유할 수도 있다.

미국의 지방자치에서 예를 든다면 지방자치 권한은 국가로부터 독립된 고유한 권한으로써 ① ‘지방자치헌장’에 명시적으로 열거된 권한 ② 명시적으로 열거된 권한을 수행하기 위하여 지방자치단체의 필요에 의하여 집행되는 권한 그리고 ③ 지방자치단체의 고유한 권한을 가진다고 주장하게 된다.¹⁶¹⁾

‘펜실바니아 주 헌법’ 제9장 제2조에서 지방자치단체의 고유한 권리로 “홈-룰 차터” 제정권한을 규정하였으며 ‘지방자치헌장’을 보유한 지방자치단체는 헌법에 의하여 제한되지 않는 모든 권한과 권능을 행사할 수 있다고 명시적으로 선언하면서 주 법률이 아니라 오직 헌법에 의하여만 제한된다고 규정하고 있다.¹⁶²⁾ 또

157) 김부찬, “제주특별자치도의 의의 및 자치입법권에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2006, p.30.

158) Brett A. Straud, Preserving Home-rule, the Text, purpose and political theory of California Municipal Affairs Clause, Pepperdine Law Review, 2014, 41(3), pp.588-631. Joseph R. Grodin, describing this doctrine as the heart of the concept of Home-rule. United States of America, California Constitution, Article XI. Sec 3(a), County Charters adopted to this Section shall supersede any existing charters and all laws inconsistent with.(고딘은 캘리포니아 주 헌법 제11장 제3조가 규정하는 “카운티 ‘지방자치헌장’이 모든 현존하는 ‘지방자치헌장’이나 이를 따르지 않는 다른 모든 법률에 우선 한다”는 규정을 홈-룰 개념의 핵심적인 관념이라고 표현하고 있다)

159) 김재광, “지방분권개혁과 조례제정권의 범위”, 『지방자치법연구』, 통권제10호(제5권2호), 한국지방자치법학회, 2005, p.101.

160) 정준현, “지방자치단체의 조직 및 인사에 관한 자치권의 개선방향”, 『지방자치법연구』, 통권제8호(제4권2호), 한국지방자치법학회, 2004, p.237.

161) Max Schoetz. Jr. *Supra*, pp.192-193. The early Wisconsin cases recognized that municipalities had certain inherent powers independent of the delegated powers. In other words, municipal corporations were said to possess the following powers. (a) Those expressly enumerated in the Charters, (b) Such as are necessary for their appropriate use and execution, (c) Such as are inherent in every municipal corporation

162) United States of America, Constitution of Pennsylvania, Article IX, § 2. Home rule, Municipalities shall have the right and power to frame and adopt home rule charters. Adoption, amendment or repeal of a home rule charter shall be by referendum. The General Assembly shall provide the procedure by which a home rule charter may be framed and its adoption, amendment or repeal presented to the electors. If the General Assembly does not so provide, a home rule charter or procedure for framing and presenting a home rule charter may be presented to the electors by initiative or by the governing charter may exercise any power or perform any function not denied by this Constitution or by the General Assembly at any time.(홈-룰에 의한 지방자치단체는 ‘지방자치헌장’을 제정하는 권리와 권한을 가진다. ‘지방자치헌장’의 제정, 개정과 폐지는 주민투표에 의한다. 주 의회는 ‘지방자치헌장’의 구성, 제정,

한 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제3(a)조는 “지방자치현장의 규정은 주의 법률로써 제정되었으며 집행력과 효력을 가진다”고 규정하여 법률이라는 점을 명시하고 있으며, 조례는 주 법률로 간주되며 ‘지방자치현장’은 이를 따르지 않는 다른 모든 법률에 우선하도록 규정하고 있다.¹⁶³⁾

이에 따라 ‘LA 시티 지방자치현장’ 제101조는 “가능한 모든 권한”을 “충분하고 완전하게” 보유한다고 스스로 선언하고 있다.¹⁶⁴⁾ 그러나 지방자치단체의 자치입법권한의 규율범위는 순수한 자치사무이며 그 한계는 주 법률이 아니라 오직 주 헌법과 ‘지방자치현장’에 의하여 스스로 제한된다. 이와 같이 ‘지방자치현장’은 지방자치에 관하여 최고규범성으로 인하여 지방자치의 헌법이라 불리워지며 자치사무에 관하여 전권한성과 자기책임성을 최대한 확대하였다고 보아진다.¹⁶⁵⁾

한편 우리나라 ‘헌법’ 제117조 제1항이 포괄적인 자치입법권한을 선언하였으므로 국가의 입법권을 규정한 ‘헌법’ 제40조와는 별도로 지방자치단체의 고유한 입법권한이라는 주장이 있다.¹⁶⁶⁾ 따라서 법령의 개별적인 위임이 없다고 하여도 조례를 제정할 수 있다는 견해이다.¹⁶⁷⁾ 그러나 이 경우에는 지방자치를 고유권이라는 전제가 있어야 가능하며 국가의 위임사무를 규율하는 위임조례를 설명할 수 없다.

개정과 폐지 절차를 규정하여야 한다. 주 의회가 이 절차를 규정하지 않는다면, ‘지방자치현장’ 혹은 이를 규정하기 위한 ‘지방자치현장’의 제안 절차는 발의에 의하여 유권자에게 제안될 수 있으며, 현재의 ‘지방자치현장’은 주 헌법 혹은 주 법률에 위반되지 않는 한 언제든지 모든 권한을 행사하고 모든 기능을 수행할 수 있다)

163) United States of America, California State Constitution, Article XI, Sec 3(a), *Supra*

164) United States of America, Charter of Los Angeles City, Sec 101. Powers of the City. The powers of Los Angeles shall have all powers possible for a charter city to have under the constitution, and laws of this state as fully and completely as though, they were specifically enumerated in the charter, subject only to the limitations contained on the charter.(로스 엔젤레스 시티의 권한은 주 헌법에 따라 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 ‘시티’로써 가능한 모든 권한을 가지며, 주의 법률로써 충분하고 완전한 권한으로 이 ‘지방자치현장’에 특별히 열거되며, 오직 이 ‘지방자치현장’에 의하여만 제한된다)

165) Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in:ders(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl, 1999, S.20(Rn.19), 최봉석, “국가와 지방자치단체간의 사무구분 및 사무조사 연구”, 행정자치부·한국지방행정연구원, 2015, p.43 에서 재인용. 고유한 정책적 관념에 따라 결정할 수 있는 능력을 말한다. 즉 자기책임성은 사무의 수행여부, 시기 및 방법과 관련되는 것이며 넓은 의미에서의 재량의 표현이다.

166) Alfons Gern, Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden, 1994, p.56. 김해룡, “지방자치단체의 조례”, 『법제연구』, 제21호, 한국법제연구원, 1999, pp.88-89에서 재인용. 지방자치권의 본질에 관한 고유권설은 서구 국가들에 있어서 지방자치단체는 국가의 성립 이전부터 생성 존재하였다는 역사적 연원성 내지 자연법적 연원성에 입각하여 제시되고 있는데, 이 설의 주장의 요체는 바로 국가와 지방자치단체의 이원적 입법권론에 있다.

167) Keller, Die Staatliche Genenchnmigun von Recht Sakten der Selbsverwaltungstrager, 1976. S. 54, Meyer, Kommunalrecht, 9. 16. 홍정선, 앞의 책, p.60 에서 재인용.

(2) 전래설에 근거한 자치입법권한

이 설은 전래설에 입각한 조례자주입법설이라고 하며, 자치입법권한은 시원적 권한이 아니라 국가권력으로부터 전래되었다는 견해이다.¹⁶⁸⁾ 즉, 지방자치단체의 권리와 능력은 국가가 창설하였다고 보는 견해이다.¹⁶⁹⁾ 이 견해에 따르면 국가의 헌법영역 즉, 국가로부터 나오지 않은 고권은 있을 수 없으며 국가만이 배타적으로 권력을 독점함을 의미한다.¹⁷⁰⁾

따라서 자치입법권한은 국가의 통치권의 일부로써 헌법에 의하여 법령의 범위 안에서 행사할 수 있도록 지방자치단체에 이양된 권한이라고 본다. 그러므로 조례는 자주법이라 할지라도 헌법을 정점으로 국가의 법률체계에 속한 것으로 보게 된다.¹⁷¹⁾ 이와 같이 자치입법권한은 ‘헌법’ 제117조 제1항에 따라 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 한 규정에 따라 국가로부터 전래되었다고 보아야 한다는 견해이다.¹⁷²⁾

다만 이 전래권에 입각한 자치입법권한으로써 조례자주입법설은 국가의 통치권에서 전래되었다 할지라도 자치사무에 관하여는 법령에 위반되지 않은 범위 내에서 법령의 위임 없이도 조례를 제정할 수 있다고 주장한다.¹⁷³⁾ 그러나 이 견해는 단지 자치사무를 규율하는 자주입법을 주장하고 있으므로, 국가의 위임사무를 규율하는 위임조례의 성격을 설명할 수 없다. 또한 국가로부터 자치입법권한이 전래되었다는 점에서 조례제정권이 스스로 시원되는 고유권설에 입각한 조례자주입법설과는 다를 수밖에 없다.

(3) 조례위임입법설

168) 조성규, 앞의 논문, p.78. 조례 제정권은 헌법상 보장된 지방자치권의 일환으로 보장되는 것임은 분명하지만 이는 시원적인 것이 아니며 전래적인 것으로 보아야 하는 결과, 이에 대해서도 법률우위의 원칙은 당연히 적용된다.

169) 정종섭, 『헌법학 원론』, 박영사, 2014, p.994. 입헌 민주국가에서 모든 국가 작용은 주권자인 국민이 정한 헌법에서 나오는 것이기 때문에 자치입법권도 헌법에서 나오는 규범 정립권이며, 그런 의미에서 자치입법권은 시원적인 것이 아니라 전래적인 법원이다.

170) 양승미, 앞의 논문, pp.183-184.

171) 문상덕, 앞의 논문, p.18.

172) Zippelius, Allgemeine Staatsrecht, Kapitel III, 1980, S. 60. 홍정선, 앞의 책, p.9. 재인용.

173) 최승원, 앞의 논문, pp.7-8. 지방자치권을 전래적인 것으로 보는 한, 자치입법은 국가입법으로부터 완전히 자유로울 수는 없다는 것이 ‘헌법’ 제37조 제2항의 규정취지이자 헌법원리의 하나인 법치주의의 요구이다.

자치입법권한은 국가의 성립 이전에 고유한 권한이 아니라 국가의 통치권에 의하여 전래되었다는 것으로 보는 전래설에 바탕을 둔다. 이 견해에 의하면 조례는 헌법을 정점으로 국가의 법률체계에 따라 하위에 위치하며 법령의 수권에 의한 위임입법이라고 인식하게 된다. 이와 같은 법률 체계에 따라 조례의 규율 범위는 ‘헌법’ 제117조 제1항이 규정하는 “법령의 범위 안에서”를 “법령의 위임에 의하여”라고 해석한다.

우리나라에서는 지방자치제도에 대하여 전통적인 제도적보장으로 이해하는 견해가 지배적이다.¹⁷⁴⁾ 그러므로 제도적보장설에 따라 자치입법권한은 위임입법설에 따를 수밖에 없다고 보아진다. 그러나 이 제도적보장설은 지방자치를 최저수준으로 유지하기 위한 소극적 성격으로써 자치입법권한은 또한 제한적일 수밖에 없다는 한계가 있다. 반면에 고유권설에서 볼 수 있는 “전권한성”과 “자기책임성”에 대한 확고한 이념적 근거가 불확실하다는 지적이 있다.¹⁷⁵⁾ 그러한 점에서 조례는 단지 국가의 위임입법으로써 국가의 사무를 집행하기 위한 하위규정이라는 점을 강조하게 되며 순수한 자치사무를 규율하는 자치조례에 대하여는 설명되지 아니한다.

(4) 신고유권설에 근거한 자치입법권한

신고유권설에 근거한 자치입법권한은 전통적인 위임입법설의 한계를 극복하기 위하여 고유권설을 인용하여 자치입법권한을 확대하고자 하는 견해이다. 이에 따르면 헌법상의 자치권은 국가의 통치권과 병립·공존하는 지방자치단체 고유한 권한으로써 자치입법권한은 헌법적 보장을 받고 있다고 주장한다.¹⁷⁶⁾

174) 헌재 1995.3.23. 선고 94헌마175 결정, 지방자치단체는 전권한성의 원칙에 따라 모든 지역적 사무를 활동의 대상으로 하며 자기책임성의 원칙에 따라 활동의 방식과 양식을 법령의 범위 내에서 스스로 결정하게 된다. 그리고 지방자치에 관한 구체적인 내용은 법률에 유보되어 있기 때문에, 입법자는 지방자치단체의 조직과 활동을 재량적으로 규율함으로써 지방자치제도를 구체화할 수 있는 한편, 다른 한편으로는 지방자치단체의 자치권을 제한 할 수도 있다. 그러나 입법자라고 해도 지방자치제도의 본질적 내용에 대하여는 그 내용을 왜곡시키거나 변질시킬 수 없다는 점에 제도적 보장의 의미가 있다.

175) 이인재, 앞의 논문, pp.18-19. 이 한계는 첫째, 국가통치의 기본원칙을 선언한 방침규정(프로그램적 규정)에 불과하며 구체적인 제도보장이나 법적권리로 볼 수 없고, 둘째, 이에 따라 헌법이 보장범위를 명시할 수 없기 때문에 법령유보와 관련한 위헌적 요소를 해결하는데 한계가 있으며, 셋째, 국가 전래설을 기초로 하므로서 광범위한 입법 형성권에 따라 지방자치의 본질이 침해될 수 있는 실정법 제정이 가능하므로, 위헌적 법령이 제정될 수 있는 가능성이 있다. 그리고 특히, 고유권설에서 볼 수 있는 “자기책임성”과 “전권한성의 원칙”에 대하여 확고한 이념적 근거가 불확실하다는 비판이 있다.

이 견해에 따라 현대의 헌법 원리에 적합한 새로운 논리와 이념을 기반으로 제창된 논의가 “국민주권설”이다. 즉, 국가의 최고의사결정권은 헌법이 국가주권 원리에 의하여 전체로서의 국민이 가지며 자치입법권한은 국가로부터 전래되거나 혹은 제도적 보장에 의하여 수권된 것이 아니라 헌법에 의하여 주민에게 직접 부여되었다고 할 수 있다는 것이다.

따라서 국가권력이 헌법에 의하여 국민의 대표기관인 입법부·행정부·사법부에 수권된 것과 같이 지방자치 권력도 지방자치단체에 직접 수권되었다고 보게 된다. 그러므로 일본 ‘헌법’ 제92조가 규정하는 지방자치의 본지는 국민주권에 근거하여 지방자치단체는 주민의 인권보장을 위하여 불가피한 경우에는 원칙적으로 어떠한 사항에 대하여도 자주적으로 법률의 근거에 관계없이 활동할 수 있다고 보는 견해이다. 이와 같은 경향에 따라 ‘동경도공해방지조례’와 같이 국가의 법령의 위임이 없음에도 불구하고 지방자치단체가 국민주권의 원리에 따라 직접 조례를 제정할 수 있다고 주장하게 된다.

이에 대하여 지방자치단체는 국가로부터 독립된 존재가 아니라 통치기구의 일부로서 일정한 제한을 받을 수 밖에 없다는 점에서 “오늘날에는 통설로 자리를 굳히지 못하고 있다”는 지적이 있다.¹⁷⁶⁾ 그렇다고 할지라도 지방자치의 본지를 침해하는 것을 허용하지 않으며 지역주민의 기본적 인권보장을 최우선으로 하는 국민주권을 추구하였다는 점에서 의미가 있다. 이에 비하여 우리나라 ‘헌법’ 제 117조와 제118조는 국민주권의 원칙에 따라 지방자치권한을 규정하였다고 볼 수 있다. 그러나 형식적으로 국민주권주의를 표방하였다 할 수 있으나 실질적으로는 제도적보장설에 따라 최소한의 보장에 머물고 있다고 보여 진다.

(5) 검토

자치입법권한은 지방자치의 본질에 따라 시원적인가 혹은 전래적인가로 이해하는가에 따라서 그 성격이 크게 달라질 수 밖에 없으며,¹⁷⁸⁾ 우리나라에서는 전

176) 정만희, “헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향”, 『지방자치법연구』, 통권제3호(제2권1호), 한국 지방자치법학회, 2001, p.11.

177) 양승미, 앞의 논문, pp.181-182.

178) 조성규, 앞의 논문, pp.71-72. 이는 지방자치단체의 본질과 관련되는 것으로, 지방자치권의 본질과 관련하여 고유권설과 전래설의 이론적 대립은 결국 지방자치단체와 국가와의 관계를 어떻게 볼 것인가의 문제인

통적인 견해로 지방자치의 제도적보장설에 근거하여 조례의 위임입법설이 지배적이다. 혹은 지방자치 전래설에 근거한 조례를 자주입법이라고 하기도 한다.¹⁷⁹⁾

그러나 위임입법설은 국가의 법령의 위임에 따라 제정되는 하위 규정으로써 위임조례를 설명하는 반면에 순수한 자치사무를 규율하는 자치조례를 설명하지 못하였다. 전래설에 의한 자주입법설은 위임조례에 대하여 설명하지 못하며 자치입법권한이 국가의 통치권으로부터 전래되었다는 점에서 자주입법이라고 할 수도 없다. 이와 같은 지방자치의 한계를 극복하기 위하여 설명되어 온 제도적 보장설과 이에 따른 위임입법설은 지방자치를 최소한 보장하기 위한 소극적인 관념으로써 자치입법권한의 확대를 위하여 인식 전환이 불가피하다.

그러한 점에서 우리나라에서 국가의 위임사무에 대한 “위임조례” 위주의 자치입법권한은 지방자치를 제약하는 가장 큰 원인이 될 수 밖에 없었다. 그러므로 자치입법권한의 확대를 위하여 자치사무를 규율하는 “자치조례”에 대하여 논의할 실익이 있으며, 자치입법권한의 본질에 대하여는 위임조례와 자치조례의 성격이 분명하게 구분이 되어야 한다. 예를 들면 독일 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제23조가 규정하는 바와 같이 고유사무를 규율하는 자치조례와 위임사무를 규율하는 위임조례로써 각각 특징과 차이점이 있다.¹⁸⁰⁾

그러함에도 우리나라에서 고유권설에 근거하는 조례자주입법설에 대하여는 부정적이다.¹⁸¹⁾ 이에 비하여 영국과 미국의 지방자치는 고유권설에 의한 자주입법으로써 ‘지방자치헌장’과 조례는 각각 주의 헌법과 법률이 보장하는 실질적인 지역 법률에 해당한다. 그러한 점에서 자치입법권한의 본질을 이해하고 확대를 검토하기 위하여 고유권설에 의한 조례자주입법설은 학술적으로도 가치가 있다.¹⁸²⁾

바, 오늘날 지방자치단체 상위의 행정단위들이 존재하는 동시에 국가를 중심으로 한 국가법 질서의 통일성이 요구되는 상황 하에서 국가의사로부터 완전히 독립된 고유권을 가진 지방자치단체를 상정하기는 어렵다고 할 것이다.

179) 조정환, 『행정법(하)(제2판)』, 진원사, 2010, p.176. 전래권설에 의한 조례자주입법설이 타당하다고 보며, 이 견해에 의하면 헌법이 “법령의 범위 안에서”라는 표현도 법률우위만을 의미하며 법률유보는 의미하지 않는다 할 것이다.

180) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayrn), Local Government Law, Article 23(Local Law) Bayerische Gemeindeordnung, Art. 23 Ortsrecht. *Infra*

181) 김홍대, 앞의 책, p.22. 고유권설을 주장하는 것은 자치입법권의 설명으로 설득력이 없다.; 양승미, 앞의 논문, pp.181-182. 오늘날 민주주의 헌법국가에서는 존재이유를 상실하였다.

182) 김재광, “지방분권 개헌 관련 일반자치제와 특별자치제의 관계-제주특별자치제의 법적 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017. pp.41-42. 조례의 한계를 엄격하게 보는 경우 자치입법에 기초한 지방자치권은 그만큼 축소될 수 밖에 없는데, 미국 등 선진국의 지방자치제도가 좁은 딜런의 원칙으로부터 자치권(Home rule)의 우월성을 인정하는 방향으로 발전한 점을 상

4. 자치입법권한의 규율범위

(1) 소관사항의 원칙

「지방자치법」 제8조 제1항은 “그 사무”를 처리할 때에는 주민의 편의와 복리증진을 위하여 노력하도록 하고, 제3항은 자치사무에 대하여 법령과 상급 지방자치단체의 조례의 범위 안에서 처리하도록 규정하고 있다. 이 규정은 자치입법권한의 규율범위로서 지방자치단체의 “소관사항의 원칙”을 정하였으며,¹⁸³⁾ 이는 국가의 법률체계 내에서 지방자치단체의 권한에 속하는 사무에 대한 자치입법권한의 규율범위와 한계를 정한 것이라 할 수 있다.¹⁸⁴⁾

또한 “그 사무”는 「지방자치법」 제9조 제1항에 따라 “관할 구역의 자치사무”와 “법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무”로써 위임사무이다. 이에 대하여 법원은 자치조례가 규율할 수 있는 사무란 “지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 되는 단체위임사무”라고 판시한 바 있다.¹⁸⁵⁾ 그러나 그 범위의 추상성으로 구체적인 범위에 대하여 논할 필요가 있다.

자치입법권한의 근거로서 「지방자치법」 제22조 제1항은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고, 동법 제23조는 “지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하여 각각 “조례”와 “규칙”

기하면 우리나라의 자치권 보장의 수준이 매우 미흡하다는 비판에 깊이 공감할 수 있다.

183) 김계홍, 『법령해석 실무』, 법제처, 2011. p.9. 법령 소관사항의 원칙은 법령 상호간의 모순 저축을 피하기 위하여 법령은 법령의 종류마다 각각의 법령에 따른 담당분야 즉, 소관사항을 정하고 서로 그 분야를 지키게 하여 다른 법령의 분야에 관여하지 않도록 함으로써 처음부터 충돌이 일어나지 않도록 하는 원칙이다. 이는 법형식(법률, 대통령령, 총리령, 부령 등) 별로 제정절차가 다르기 때문에 이 원칙을 벗어난 경우에는 그 효력이 부인된다; 김재호, 앞의 논문, p.311. 조례 제정권의 범위와 한계로 “법령의 범위 안에서”라는 법률 우위의 원칙, “그 사무에 관하여”라는 소관사항의 원칙이 문제된다; 대판 2003.5.27. 선고 2002두 7135 판결, 위 조례 제7항이 「지방자치법」 제15조가 정하는 “법령의 범위 안에서”이라는 자치조례의 사항적 한계 내의 규정이어서 무효라고 할 수 없다.

184) 헌재 2004.9.23. 선고 2002헌바76 결정, 지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.

185) 대판 2007.12.13. 선고 2006추52 판결, 자치조례를 제정할 수 있는 사무란 「지방자치법」 제9조 제1항에서 말하는 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 되는 단체위임사무에 한한다. 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는 것이 원칙이고, 다만 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 상황에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다.

제정의 근거를 규정하였다.

그러나 법령이 자치입법권한의 규율범위를 정하였다 할지라도 그 형태는 점차 다양하게 나타나고 있다. 즉, ① 법령의 위임에 따라 정하는 “위임조례” 혹은 법령의 위임에 의존하지 않는 “자치조례” ② 법령의 집행을 위하여 반드시 제정하여야 하는 “필수조례” 혹은 지방자치단체의 재량에 의한 “임의조례” ③ 지방자치단체 조직의 내부규율을 정하는 “내부효 조례” 혹은 주민과의 관계를 규율하는 대외적인 관계를 정하는 “외부효 조례” 그리고, ④ 지방의회가 제정하는 “조례” 혹은 지방자치단체의 장이 정하는 “규칙” 등이 존재한다.

(2) 「지방자치법」 상 “그 사무”의 종류

1) 자치사무

가. 자치사무의 의의

자치사무란 지방자치단체의 존립목적인 고유의 사무로써 자기의 책임과 경비로 주민의 복리를 처리하는 공공사무이다.¹⁸⁶⁾ 따라서 자치사무가 없으면 지방자치단체는 존재의 이유가 없다.¹⁸⁷⁾ 그러한 점에서 지방자치단체는 그 지역의 사무를 국가의 간섭이 없이 국가 또는 다른 지방자치단체에 전속하는 사무를 제외하고 그 지역 주민의 복리를 증진하기 위한 사무를 전권한성과 자기책임성의 원칙에 따라 처리한다.¹⁸⁸⁾

그러나 「지방자치법」 제9조 제1항은 지방자치단체의 “관할 구역의 자치사무”의 근거를 규정하고, 동조 제2항은 지방자치단체의 사무를 예시하였으나 자치사무와 단체위임사무에 대한 구체적인 범위를 정하지는 않았다. 그러함에도 이 규정은 자치사무의 근거로써,¹⁸⁹⁾ 법령에 다른 규정이 없는 한 주민의 복리를 위한

186) 김홍대, 앞의 책, p.81.

187) Kluber, Das Gemeinderecht. S. 37ff. Seewald, Kommunalrecht, In, Steiner(Hg.) Besonders, Verwaltungsrecht, Rn. 96. 홍정선, 앞의 책, p.450에서 재인용.

188) Vgl. Seewald, aa.O., S.27 f. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, pp.17-19에서 재인용.

189) 대관 2013.4.11, 선고 2012추22 판결, 수업료·입학금의 지원에 관한 사무는 학생자녀를 둔 주민의 수업료·입학금 등에 관한 부담을 경감시킴으로써 청소년에 대한 기본적인 여건을 형성함과 동시에 청소년이 평등하게 교육을 받을 수 있도록 하는 것이므로, 이와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무인 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호에서 정한 주민의 복지증진에 관한 사업(마목) 및 노인 아동 심신장애인 청

모든 사무가 지방자치단체의 고유한 영역에 해당한다고 해석된다.¹⁹⁰⁾

그렇다고 하여도 자치사무는 정확하게 구체적인 범위를 설정하여 확정될 수는 없으며,¹⁹¹⁾ 현실적으로도 국가의 위임사무로부터 자치사무를 구별하는 것은 용이하지도 않으며 그동안 이 사무배분의 기준을 마련하기 위한 노력에도 불구하고 아직도 학술 혹은 실무적으로 완성되지도 않았다.¹⁹²⁾

다만 법원은 자치사무의 판단기준에 대하여 “법령의 규정 형식과 취지, 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지, 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주제 등”을 고려하도록 판시한 바 있다.¹⁹³⁾ 이 판결은 자치사무에 대하여 조례로 규율할 수 있는 범위를 실시하였다 할 수 있다. 또한 “① 조례가 규율하는 특정사항을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도, 조례가 별도의 목적에 기초한 것으로써, ② 그 적용에 의하여 법령 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하지 않을 때, 그리고 ③ 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 법령이 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 법령에 위반되지 않는다”고 판시한 바 있다.¹⁹⁴⁾

더불어서 법원은 자치사무와 단체위임사무를 규율하는 자치조례에 있어서 “법령의 범위 안에서”라는 의미를 “법령에 위반되지 아니하는 범위 안”로 해석하여 사항적 한계를 적용할 뿐 위임조례와 같이 일반적인 위임입법의 한계를 적용될 여지가 없다고 판시한 바 있다.¹⁹⁵⁾ 이와 같은 판결로 볼 때 자치조례의 규율범위

소년 및 부녀의 보호와 복지증진(라목)에 해당하는 사무이다; 대판 2008.6.12, 선고 2007추42 판결, 지역주민에게 통행료를 지원하는 내용의 이 사건 사무는 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호 (가)목에 정한 주민복지에 관한 사업에 해당되며 지방자치단체의 고유의 사무라고 할 것이다.

190) 대판 2016.8.30, 선고 2015두60617 판결, 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호 마목은 ‘국민의 복지증진에 관한 사무의 하나로, 보건진료기관의 설치·운영을 지방자치단체의 사무로 예시하고 있다. 구 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」 제4조 제1항은 “지방자치단체는 지방의료원을 설립할 수 있다. 필요한 경우에는 지방의료원을 통합하거나 부원을 둘 수 있다”라고 규정하고, 제4조 제2항은 “지방자치단체가 지방의료원을 설립하려는 경우에는 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 그 설립 및 운영에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체의 조례로 정하여야 한다”라고 규정하였다.....진주의료원은 피고 경상남도가 설치 운영하는 지방의료원으로서 그 폐업은 피고 경상남도의 조례로 결정할 사항이다.

191) Klüber, Das Gemeindendrecht, S. 37ff; Seewald, Kommunlarrecht, in: Steiner(Hrg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Rn 96, 홍정선, 앞의 책, p.450에서 재인용.

192) 김철용, 앞의 논문, p.125.

193) 대판 1999.9.17, 선고 99추30 판결, 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무인지에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주제 등을 아울러 고려하여 판단하여야 한다.

194) 대판 2016.10.27, 선고 2014추514 판결

는 점차 확대되는 추세라 할 수 있다. 그러함에도 우리나라에서의 자치사무를 규율하는 “자치조례”의 비중은 매우 협소할 뿐만 아니라, 중앙집권 과정에서 국가의 법령이 자치사무의 규율 영역에 과도하게 선점하여 행정입법으로서의 “위임조례”가 지배적이며 “자치조례”의 규율 여지는 매우 제한적이라 할 수 있다.

나. 자치사무의 종류

① 임의적 자치사무(수의사무)

임의적 자치사무(수의사무)는 지방자치단체가 전권한성과 자기책임성에 따라 법률상 특별한 제한이 없는 한 사무의 수행여부(“Ob”)와 수행방법(“Wie”)을 스스로 결정하게 되는 사무를 말한다.¹⁹⁶⁾ 임의적 자치사무(수의사무)의 구체적인 범위는 지방자치단체 스스로 자치입법권한에 의하여 창설된다. 따라서 조례의 제정은 지방자치단체의 재량의 범위에 해당되며 법령이 직접적이고 개별적인 위임근거가 없이도 스스로의 판단에 의하여 제정된다.¹⁹⁷⁾ 이 경우는 “자치조례·임의조례”로써 자치입법권한의 기본적인 형식이라 할 수 있다.

예를 들면 「광주광역시 광주복지재단 설립 및 운영조례」는 “시민들의 보편적 복지실현과 사회복지 강화를 위한 정책을 개발하고, 공공과 민간의 복지전달체계를 지원하기 위한” 목적으로 제정되었다.¹⁹⁸⁾ 이와 같이 법령의 직접적인 위임에 의하지 아니하고 지방자치단체 스스로 판단에 의하여 임의적 자치사무(수의사무)로써 “자치조례·임의조례”에 의하여 창설되었다 하겠다. 그러나 임의적 자치사무(수의사무)를 규율한 “자치조례·임의조례”라 할지라도 동 조례 제9조에 따라 재정지원은 “관련 법령과 예산의 범위 안에서” 제한되며, 동 조례 제11조에 의하여 “관련 법령이 정하는 바에 따라” 공유재산의 사용·대부는 제한된다.

그러므로 지방자치단체의 임의적 자치사무(수의사무)라 할지라도 「지방자치법」 제22조 제1항에 의하여 “법령의 범위 안”에서 사항적 한계에 해당된다 할지라도 전권한성과 자기책임성이 제한된다. 특히 지방재정 자립도가 현저하게 낮은 현실에서 지방자치단체의 국고 의존도가 높아 법규명령은 물론 법령의 근거를

195) 대판 2000.11.24, 선고 2009추29 판결

196) Scholler/Brob, Kommunalrecht, S. 50, 홍정선, 앞의 책, p.452에서 재인용.

197) 홍정선, 앞의 책, p.297.

198) 광주광역시, 「광주복지재단 설립 및 운영조례」, 조례 제4501호, 2015.4.1. 시행.

갖는 법령 보충적인 행정규칙(예규)의 제한을 받을 수밖에 없다.¹⁹⁹⁾

② 의무적 자치사무(필요사무)

의무적 자치사무(필요사무)는 일반적으로 법령에 의하여 정해지며 이는 지방자치 본연의 최소한이라 할 수 있다. 즉 법령에 의하여 일반적으로 지방자치단체에 의무가 지워진 사무이나 국가의 지시는 허용되지 아니하며 그 사무수행 여부에 대한 결정의 자유(“Ob”)가 없이 그 수행방법(“Wie”)만이 지방자치단체의 선택 재량만 허용된다.²⁰⁰⁾

예를 들면 「노인복지법」 제4조 제1항에 의하여 국가와 지방자치단체에는 “노인의 보건 및 복지증진에 관한 책임과 필요한 시책을 강구하여 추진하는 책임”이 부여되었다. 이 법에 의하여 제정된 「경기도 노인 학대 예방 및 보호에 관한 조례」는 국가 법령의 개별적인 지시에 의하지 아니하고 단지 법령의 일반적인 근거에 따라 지방자치단체 스스로 재량에 의하여 그 방법을 선택한 것이다. 그러므로 지방자치단체는 법령에 의하여 일반적으로 부여된 사무에 대하여 필요한 정책 추진방법의 선택에 의한 조례를 제정하여 스스로 자치사무를 창출하였다. 이때 “위임조례”라 할 수 있으나 “임의조례”에 해당된다 할 것이다.

2) 단체위임사무

가. 단체위임사무의 의의

단체위임사무란 국가와 지방자치단체가 공동의 이해관계를 가지는 사무로써 법률이 국가나 지방자치단체의 사무로 정한 것을 이를 수행하도록 광역자치단체 또는 기초자치단체에 위임한 사무를 말한다.²⁰¹⁾ 이와 같이 법령에 따라 광역지방자치단체나 기초자치단체가 위임받아 처리하는 사무를 후술하는 기관위임사무와 구별되는 단체위임사무라 한다.²⁰²⁾

199) 행정자치부, 「지방자치단체 세출예산 집행기준」, 예규 제74호, 2016.12.27. 시행.

200) Schmidt/Jorteig, Kommunalrecht, S.180, 홍정선, 앞의 책, p.452에서 재인용.

201) 박찬주, 앞의 논문, pp.493 - 494.

202) Seewald, Kommunalrecht, in Steiner (Hrsg), Besonderes, Verwaltungsrecht, Rn.108, G.Lissack Bayerisches Kommunalecht, S. 45, 홍정선, 앞의 책, pp.479-480에서 재인용. 독일에서는 위임사무가 계속 증가하는데 오늘날 그것은 게마인테의 전체사무의 70% 내지 90%에 이른다고 한다. 이러한 위임사무의 과도한 현상은 임의적인 자치사무의 수행을 어렵게 만든다는 비판이 가해지고 있다.

「지방자치법」 제9조 제1항은 “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”로서 위임사무를 규정하였으며 국가의 법령에 따라 “그 사무”의 일부분을 지방자치단체에 위임하는 사무로 규정하고 있다.²⁰³⁾ 이 규정은 단체위임사무를 규정하였다 할 수 있으며 위임자인 국가 혹은 광역자치단체의 사무로써 광범위한 지시권을 행사하며 사무의 범위를 축소하거나 제한 할 수 있다.²⁰⁴⁾ 그러므로 해당 지방자치단체의 단체위임사무라 할지라도 자치입법권한은 물론 전권한성과 자기책임성은 제한될 수 밖에 없다.²⁰⁵⁾

그러나 현행 법령의 기준으로 볼 때 국가사무인지 자치사무인지 혹은 단체위임사무인지를 구분하는 것은 현실적으로 용이하지 않다.²⁰⁶⁾ 예를 들면 「사회보장기본법」 제5조 제1항은 국가와 지방자치단체는 모든 국민의 인간다운 생활을 유지·증진하는 책임과 역할을 동시에 규정하였다. 이 경우에 사회보장 사무는 국가와 지방자치단체가 공동의 이해관계를 가진 사무라 할 수 있다.

그러함에도, 동조 제3항은 국가와 지방자치단체는 지속가능한 사회보장제도의 확립과 필요한 자원 부담과 사무를 배분하도록 규정하고 있다. 또한 이 법에 의하여 국가와 지방자치단체의 사회보장 사무가 창설되고 재정 부담의무가 부과되며 “그 사무의 일부”를 지방자치단체에 위임하였다는 점에서 단체위임사무로 보아야 할 것이다. 뿐만 아니라, 동법 제19조 제1항은 지방자치단체의 장에게 사회보장에 관한 지역계획을 수립·시행하도록 규정하고 있다. 그러나 동조 제2항은 국가의 기본계획과 연계하도록 규정하였으며, 동조 제3항은 대통령령에 따라 평

203) 헌재 2008.6.2, 선고 2005헌라7 결정, 지방의회 의원과 지방자치단체의 장을 선출하는 지방선거는 지방자치단체의 기관을 구성하고, 그 기관의 각종 행위에 정당성을 부여하는 행위라 할 것이므로, 지방선거사무는 지방자치단체의 존립을 위한 “자치사무”에 해당되고, 따라서, 법률을 통하여 예비적으로 다른 행정주체에 위임되지 않는 한 원칙적으로 지방자치단체가 처리하고 그에 따른 비용도 지방자치단체가 부담하여야 한다. 다만, 국가적 통일성을 유지하기 위하여 국가의 관여가 필요하거나 특정 사안이 해당 지방자치단체의 문제에 그치지 아니하고, 국가 전체의 문제와 직결되는 등의 경우에는 지방자치단체의 독자성을 보장하는 범위 내에서 필요에 따라 국가가 관여할 수 있다.

204) 「사회보장기본법」 제26조(협의 및 조정) ② 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 신설 또는 변경의 타당성, 기존제도와와의 관계, 사회보장전달체계에 미치는 영향 및 운영방안 등에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보건복지부장관과 협의하여야 한다.

205) 성남시 「공공산후조리원의 설치 운영 및 산모지원에 관한 조례」 (안)(2015.3.12.)는 「사회보장기본법」 제26조에 따라 보건복지부에 “협의”요청하였으나 수용되지 않았다.(보건복지부 보도자료, 2015.6.22, 성남시 공공산후조리원 설치관련 대안 권고)

206) 김홍대, 앞의 책, p.32. 오랜 동안 지방의회의 권한을 지방자치단체의 장이나 내무부장관이 대행하여 왔던 사정 등으로 법령에서 이를 명확하게 구분할 실익이 없기 때문에 중앙행정기관에서 시·도에 위임하는 경우에도 그 위임성격이 불분명하고 시·도지사도 법령에서 규정한 경우에도 지방자치단체의 대표자의 지위에서 규정된 것인지 중앙의 일선기관으로서의 지위에서 규정된 것인지 불분명한 경우가 많다.

가를 받도록 규정하고 있어서 현실적으로 제한되고 있다.

다만 이때 지방자치단체의 장이 지역계획을 수립·시행하도록 규정하고 있음에도 불구하고 지방자치단체가 작성하는 지역계획으로 표명되고 있으므로,²⁰⁷⁾ 지방자치단체의 대표자로서 장이 수행하는 단체위임사무라 하여야 할 것이다. 그렇다고 할지라도 지방자치단체의 지역계획의 수립·시행은 국가의 기본계획에 따라야 하며 대통령령이 정한 기준에 따라 평가를 받게 된다.²⁰⁸⁾ 그러한 점에서 단체위임사무를 규율하는 자치입법권한의 범위는 현저하게 제한될 수밖에 없다.

나. 단체위임사무의 종류

① 국가의 단체위임사무

국가의 단체위임사무는 법률에 의하여 그 사무의 일부를 광역자치단체 혹은 기초자치단체에 위임하는 사무를 말한다. 단체위임사무는 현행 법률에 따라 국가는 사무를 창설하고 그 사무의 일부를 광역자치단체와 기초자치단체에 조례를 제정하도록 의무를 부과하는 “위임조례·필수조례”의 형태가 일반적이다.

예를 들면 「사회복지사업법」 제7조 제1항은 시·도에 사회복지위원회를 두도록 규정하고, 동조 제4항은 사회복지위원회의 조직·운영에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 해당 시·도의 조례로 제정하도록 위임하고 있다.²⁰⁹⁾ 그러므로 「부산광역시 사회복지위원회 조례」의 제정과 조직 및 운영은 보건복지부령이 정하는 바에 따라야 한다.²¹⁰⁾

더 나아가서 기초자치단체의 자치입법권한에 직접 개입하기도 한다. 예를 들면, 동법 제7조의2 제1항은 시·군·구에 지역사회복지협의체를 두도록 규정하고 제4항은 지역사회복지협의체의 조직·운영에 필요한 사항을 보건복지부령에 정

207) 경기도, 경기도 지역사회 복지계획(2015-2018), 2015. 표지.

208) 「사회보장기본법」 제19조(사회보장에 관한 지역계획의 수립·시행 등) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제11조 제1항에 따른 행정시장을 포함한다)·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 관계 법령으로 정하는 바에 따라 사회보장에 관한 지역계획(이하 “지역계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다. ② 지역계획은 기본계획과 연계되어야 한다. ③ 지역계획의 수립·시행 및 추진실적의 평가 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

209) 「사회복지사업법」 제7조(사회복지위원회) ① 사회복지사업에 관한 중요사항과 사회보장급여의 이용·제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률에 따른 지역사회보장계획을 심의하거나 건의하기 위하여 특별시·광역시·시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)에 사회복지위원회를 둔다. ② 사회복지위원회의 조직·운영에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 해당 시·도의 조례로 정한다.

210) 부산광역시, 「사회복지위원회 조례」, 조례 제5687호, 2018.1.10. 시행.

하는 바에 따라 시·군·구의 조례로 제정하도록 규정하고 있다. 또한 동법 제8조 제1항은 읍·면·동에 복지위원을 두도록 하고, 복지위원의 자격과 직무, 위촉절차 등에 필요한 사항을 보건복지부령에 따라 시·군·구의 조례로 정하도록 규정하고 있다.²¹¹⁾ 그러므로 「부산광역시 강서구 지역사회보장협의체 운영조례」는 지역사회보장협의체와 읍·면·동 복지위원의 조직·운영에 관한 사항을 보건복지부령이 정하는 범위 내에서 제정하게 된다.²¹²⁾

이와 같이 단체위임사무를 규율하는 조례라 할지라도 수행여부와 수행방법이 모두 법령에 의하여 제한되는 “위임조례·필수조례”가 일반적이다. 또한 법령에 정하는 바에 따라 사전 협의·조정을 의무화하는 등 중앙정부의 통제에 의하여 자치입법권한은 현저하게 제한될 수밖에 없다.²¹³⁾ 그 이유는 국가의 단체위임사무라 할지라도 그 권한은 여전히 국가에 있으며 국가의 입법에 의하여 그 사무를 창설하여 “그 사무의 일부”를 광역 또는 기초자치단체에 위임하기 때문이라 할 수 있다.²¹⁴⁾

② 지방자치단체의 단체위임사무

광역자치단체와 기초자치단체가 공동의 이해관계를 가진 사무로써, 광역자치단체의 사무를 조례로 정하고 다시 구체적으로 범위를 정하여 그 사무의 일부를 기초자치단체에 위임하는 사무를 말한다. 예를 들면 「서울특별시 폐기물관리 조례」 제5조 제2항은 구청장에게 생활 폐기물 처리대행자에게 수집·운반·보관·처리를 대행하도록 하는 경우 대행구역을 지정하도록 위임하고 있다.²¹⁵⁾

211) 「사회복지사업법」 제8조(복지위원) ① 시장·군수·구청장은 읍면동의 사회복지사업을 원활하게 수행하기 위하여 읍면동 단위로 복지위원을 위촉하여야 한다. ③ 복지위원의 자격·직무·위촉절차 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 시·군·구의 조례로 정한다.

212) 부산광역시 강서구, 「지역사회보장협의체 운영 조례」, 조례 제1021호, 2018.1.1. 시행.

213) 「지방교부세법 시행령」, 대통령령 제26697호, 2015.12.10. 개정, 2016.1.1. 시행.

(제·개정 이유) 지방자치단체의 장이 사회보장제도를 신설·변경하는 경우 사회보장제도에 관한 경비지출의 증대한 결정 절차로써 반드시 거치도록 되어있는 「사회보장기본법」 제26조 제2항 및 제3항을 위반하여 협의·조정을 거치지 아니하거나 협의 및 조정결과를 다르지 아니하고 사회보장제도를 신설·변경하여 경비를 지출한 경우에도 그 법령을 위반하여 지출한 금액 범위에서 지방교부세를 감액하거나 반환을 명할 수 있도록 함. 제12조(교부세의 반환 또는 감액) ① 법 제11조 제2항에 따른 지방자치단체가 법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출하였거나 수입확보를 위한 징수를 게을리 한 경우와 그에 다른 교부세의 감액 또는 반환금액의 범위는 다음 각 호에 따른다. 9. 「사회보장기본법」 제26조 제2항 및 제3항에 다른 협의·조정을 거치지 아니하고 사회보장제도를 신설 또는 변경하여 경비를 지출하거나 협의·조정 결과를 따르지 아니하고 경비를 지출한 경우 협의·조정을 거치지 아니하거나 협의·조정을 따르지 아니하고 지출한 금액 이내.

214) 홍정선, 앞의 책, p.413.

이 경우 법령에 의하여 광역자치단체에 부여된 사무를 기초자치단체에 다시 위임하는 단체위임사무라 할 것이다.²¹⁵⁾ 이에 비하여 광역자치단체의 장의 권한을 “사무위임조례”와 “사무위임규칙”이 정하는 바에 따라 기초자치단체의 장에게 각각 “위임” 또는 “재위임”하는 기관위임사무와는 다르므로 별도로 논한다.

다. 자치입법권한의 제한

단체위임사무는 위임자인 국가 또는 광역자치단체의 사무로써 국가 또는 광역자치단체는 수임자인 자치단체에 대하여 광범위한 지시권한에 따라 사무의 범위를 제한 할 수 있다. 따라서 해당 자치입법권한의 범위는 국가 또는 광역자치단체의 법령에 따른 지시에 의하여 제한 될 수 밖에 없다.²¹⁷⁾ 또한 수임 지방자치단체는 국가의 개별법령에 따라 법령을 수행할 의무만 있다.²¹⁸⁾

다만 「지방자치법」 제22조 제1항은 “법령의 범위 안에서” 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 자치입법권한을 규정하였으나 “자치조례” 혹은 “위임조례”의 범위를 명확히 구별하지 않았으며, 「지방자치법」 제9조 제1항에 의하여 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무는 위임조례의 영역이라 할 수 있다. 그러나 법령이 위임하는 경우에,²¹⁹⁾ 반드시 제정하도록 지방자치단체에 의무가 부여된 경우는 “의무조례·필수조례”로서 위임입법에 해당된다.²²⁰⁾

215) 「서울특별시 폐기물 관리조례」, 조례 제6652호, 2017.9.21 시행, 제5조(생활폐기물의 처리 등) ② 구청장은 법 제14조 제2항에 따라 관할구역 안에서 배출되는 생활폐기물과 이 조례 제6조제2항 제2호에 해당하는 사업장폐기물을 「폐기물관리법 시행령」 제8조의 생활폐기물 처리대행자에게 수집·운반·보관·처리를 대행하게 하는 경우 대행구역을 지정하여야 한다.

216) 「폐기물관리법」 제4조(국가와 지방자치단체의 책무) ② 특별시장·광역시장·도지사는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 책무를 충실하게 하도록 기술적·재정적 지원을 하고, 그 관할구역의 폐기물처리사업에 대한 조정을 하여야 한다.

217) Pagenkopf, Kommunalrecht. Bd. 1. S.172, 홍정선, 앞의 책, p.482에서 재인용.

218) Seewald, Kommunalrecht, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht. Rn. 108, 홍정선, 앞의 책, p.480에서 재인용.

219) 대판 1997.4.25, 선고 96추251 판결, 「도시교통정비촉진법」 제19조의 10 제3항에서 교통수요관리에 관하여 법에 정한 사항을 제외하고는 조례로 정하도록 규정하고 있고, 차고지 확보제도는 차고지를 확보하지 아니한 자동차 건설기계의 보유자로 하여금 그 자동차 건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것으로써 결과적으로 자동차 등의 통행량을 감소시키는 교통수요관리(그 중 주차수요관리) 방안의 하나에 해당되므로, 같은 법 제19조의 10 제3항의 규정은 비록 포괄적이고 일반적인 것이기는 하지만 차고지 확보 제도를 규정한 조례안의 법률적 위임근거가 된다.

220) 박찬주, 앞의 논문, p.495; 「지방자치법」 제91조(사무직원의 정원과 임명) ① 지방의회에 두는 사무직원의 정수는 조례로 정한다; 「대구광역시 서구의회 사무기구 설치 및 직원 정수 조례」 제1조(목적) 이 조례는 「지방자치법」 제90조 및 제91조의 규정에 의하여 대구광역시 서구의회(이하 “의회”라 한다)의 사무를 처리하기 위한 의회사무기구의 설치와 지방공무원인 사무직원의 정수(이하 “정원”이라 한다) 및 사무분장 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

이와 같이 “위임조례·의무조례”는 직접 법령에 구속되며 국가의 경비부담과 손해배상 책임 그리고 감독에 의하여 현저하게 제한된다. 또한 “자치조례·임의조례”라 할지라도 법령에 의하여 제한되며, 지방자치의 실제상 “자치조례”에 비하여 “위임조례”가 압도적으로 많아 자치입법권한을 제한하는 원인이 되고 있다.²²¹⁾ 이와 같이 자치입법권한은 헌법이 보장하고 있다 할지라도 법령에 의하여 현실적으로 제한되고 있으므로 전권한성과 자기책임성이 충분히 보장되었는가에 대하여 논할 필요가 있다. 또한 위임조례를 논하는 것은 위임입법이라 할지라도 그 구체적인 실현에 있어서 지역의 특수성과 다양성을 반영하여 실질적으로 자치입법권한을 확대하는 기회가 될 수 있기 때문이다.

3) 기관위임사무

가. 기관위임사무의 의의

기관위임사무란 지방자치단체에 위임되는 단체위임사무와는 달리 국가나 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하는 사무로써 그 권한과 책임 하에 집행하는 사무이다.²²²⁾ 이 경우에 수임자인 지방자치단체의 장은 연방과 주의 일선 행정기관(Administrative Arms; Als Verlängerter Arm des Staats)의 장으로서 국가의 사무를 직접 수행한다 할 수 있다.²²³⁾

기관위임사무는 법률적으로 정의되지 않았으며 강학상 설립된 개념이라 할 수 있다. 다만 「지방자치법」 제102조에 의한 국가사무를 지방자치단체의 장에게 위임하는 경우를 규정하고 있으며, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조 제1항은 “법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하

221) 조정찬, “위임조례 위주의 조례입법 극복방안”, 『지방자치법연구』, 통권제8호(제4권2호), 한국지방자치법학회. 2004, p.35.

222) 대판 1991.12.24, 선고 91다34907 판결, 자동차운전면허시험 관리업무는 국가행정사무이고, 지방자치단체의 장은 국가로부터 그 관리업무를 기관위임 받아 국가행정기관의 지위에서 그 업무를 집행하므로 국가는 면허시험장의 설치 및 보존의 하자로 인한 손해배상책임이 있다.

223) Yoshikai Yoshida, Authority of the National and Local Governments Under the Constitution, Meiji University, 1990, p.123. The national government tends to manage even matters of local concerns as national matters by delegating authority to the heads of the local communities through laws and government ordinances. In Japan, this procedure is called “agency delegation”(중앙정부는 지방의 문제라 할지라도 법령을 통하여 국가사무로 정하여 지방자치단체의 장에게 위임하는 경향이 있다. 이 절차를 일본에서는 기관위임이라 한다); Seewald, Kommunalrecht, In: Steiner(Hrsg.), Besonderes, Verwaltungsrecht, Rn. 117; Wolfsonstitution, /Bashop/Stober, Verwaltungsrecht II(5.Antl) §86. Rn.197. 홍정선, 앞의 책, p.485에서 재인용.

급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것”으로 이를 “행정권한”이라고 정의하고 있다. 행정권한의 위임범위는 ① 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무 ② 정책의 구체화에 따른 집행사무 ③ 일상적으로 반복되는 사무로써 위임기관의 장이 직접 처리하여야 할 사무를 제외한 일부의 권한에 한정된다.²²⁴⁾

기관위임의 방법은 국가가 개별 법률을 제정하면서 중앙행정기관의 장의 권한을 창설하고 대통령령에 그 권한을 위임하는 근거를 규정하게 된다. 이에 따라 대통령령은 법률의 위임근거를 명시하여 개별적·구체적으로 단위사무를 열거하여 지방자치단체의 장에게 위임하는 근거를 규정하게 된다.

이와는 별도로 일반적인 공통사무를 기관위임하는 방법으로 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 그 사무의 명칭을 열거하고 있다. 예를 들면 동 규정 제30조 제1항은 문화체육관광부장관 소관의 비영리법인 설립허가 및 그 취소, 정관변경허가, 해산신고의 수리, 그 밖의 지도·감독에 관한 권한을 시·도지사에게 위임한다고 규정하고 있다. 이와 같이 기관위임사무는 ① 개별 법령에 개별적·구체적으로 열거하거나 ② 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 개별적인 사무를 열거하게 된다.

나. 기관위임사무의 종류

① 국가사무의 기관위임

국가사무의 기관위임은 개별 법률이 중앙행정기관의 장의 사무를 창설하면서 권한의 위임 근거를 규정하고 대통령령이 정하는 바에 따라 그 사무의 일부를 광역자치단체의 장 혹은 기초자치단체의 장에게 권한을 위임하여 수행하도록 규정하는 경우를 말한다.²²⁵⁾ 그 근거로써 「지방자치법」 제102조,²²⁶⁾ 「정부조직법」 제6조 제1항,²²⁷⁾ 그리고 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조 제1항은

224) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조(위임 및 위탁의 기준 등) ① 행정기관의 장은 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무 및 일상적으로 반복되는 사무로써 그가 직접 시행하여야 할 사무를 제외한 일부의 권한(이하 “행정권한”이라 한다)을 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장, 다른 행정기관의 장, 지방자치단체의 장에게 위임 및 위탁한다.

225) Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes, Verwaltungsrecht. Rn. 211. 홍정선, 앞의 책, p.484에서 재인용.

226) 「지방자치법」 제102조(국가사무의 위임) 시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없으면 시·도지사와 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다.

227) 「정부조직법」 제6조(권한의 위임 및 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일

행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임하는 근거를 규정하고 있다.

예를 들면 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제49조에 따라 국토교통부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 장에게 위임하는 근거를 규정하였다. 이에 따라 동법 시행령 제49조가 규정한 국토교통부장관의 권한을 광역지방자치단체의 장인 시·도지사에게 위임하였다.²²⁸⁾

이와 같이 국가의 기관위임사무는 해당 지방자치단체의 사무가 아니라 본래 국가의 사무로써 조례 제정 대상에서는 제외되어 왔다. 그러함에도 지방자치단체의 장이 “규칙”으로 정하여야 한다고 하나 국가의 기관위임사무를 지방자치단체가 별도의 “기관위임규칙”으로 규정하는 사례는 거의 없다.²²⁹⁾ 특히 국가의 기관위임사무는 세밀하게 규정된 법령에 따라 지방자치단체의 장이 수행하게 됨으로써 별도의 “규칙” 제정을 논할 실익도 없다.

② 자치사무의 기관위임

지방자치단체 사무의 기관위임은 ① 법령이 정하는 광역자치단체의 장의 권한에 속하는 사무의 일부를 기초자치단체의 장에게 위임하는 것으로써 “조례”에 정하는 위임과 ② 광역자치단체의 장이 국가기관으로부터 기관위임 받은 사무를 기초자치단체의 장에게 재위임하는 “규칙”에 정하는 형태로 나눌 수 있다.²³⁰⁾ 「지방자치법」 제104조 제2항,²³¹⁾ 「정부조직법」 제6조 제1항, 그리고 「행정권한

부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

228) 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제49조(권한의 위임) 이 법에 따른 국토교통부장관 또는 해양수산부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 소속기관의 장에게 위임할 수 있다. 「산업입지 및 개발에 관한 법률 시행령」 제49조(권한의 위임) ① 국토교통부장관은 법 제49조에 따라 별표 3의 국가산업단지에 관한 다음 각 호의 권한(법 제2조제9호 바 목의 사업 중 항만건설사업에 관한 권한을 제외한다)을 시·도지사에게 위임한다.

229) 경기도, 지방자치법규 현황(2018.4.6. 현재)

계	조례	규칙		훈령	예규
		법령위임규칙	조례시행규칙		
1,281	761	31	165	132	142

230) 대판 1996.11.8, 선고 96다21331 판결, 지방자치단체 장 간의 기관위임인 경우에 위임받은 지방자치단체의 장은 상위 지방자치단체 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것이므로 사무귀속 주체가 달라진다고 할 수 없고, 따라서 하위 지방자치단체의 장을 보조하는 하위 지방자치단체 소속 공무원이 위임 사무 처리에 있어서 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였다더라도 상위 지방자치단체는 여전히 그 사무 귀속 주체로서 손해배상책임을 진다.

231) 「지방자치법」 제104조(사무의 위임 등) ② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에

의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조 제1항은 광역자치단체의 장이 “그 권한에 속하는 사무의 일부”를 기초자치단체의 장에게 위임하는 근거를 규정하고 있다.

이 규정에 따라 「경기도 사무위임 조례」 제2조 제1항은 ① 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무 ② 정책의 구체화에 따른 집행사무, 그리고 ③ 일상적으로 반복되는 사무로써 위임기관이 직접 처리하여야 할 사무를 제외한 사무를 위임 사무로 규정하고 있다. 이에 따라 개별 법령에 의하여 부여된 도지사의 권한 중 시장·군수에게 위임하는 단위사무의 목록을 “별표”에 열거하고 있다.²³²⁾ 따라서 이 사무를 처리하는 수임기관인 기초자치단체의 장은 그의 이름으로 그 권한을 행사하며 도지사는 수임기관에 대하여 사무처리를 지휘·감독하고 그 처리가 위법 또는 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.²³³⁾

이에 비하여 광역자치단체의 장이 국가로부터 위임받은 권한을 다시 기초자치단체에 “재위임”하는 경우에는 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 재위임할 수 있도록 규정하고 있다.²³⁴⁾ 이에 대하여 법원은 “재위임” 사무에 대하여 지방자치단체의 장이 제정하는 “규칙”으로 정하여 위임기관의 장의 사전 승인을 필수조건이라고 판시한 바 있다.²³⁵⁾

이에 따라 「경기도 사무위임 규칙」은 광역자치단체의 장인 도지사가 위임받은 중앙행정기관의 장의 권한을 기초자치단체의 장인 시장·군수에게 “재위임”하는 근거와 단위 사무의 목록을 “별표”에 열거하고 있다.²³⁶⁾ 이 경우에 수임자인

위임하거나 위탁할 수 있다.

232) 「경기도 사무위임조례」, 조례 제5817호(2018.1.11.), 별표 2, 시장·군수에게 위임하는 사무(제9조제2항 관련)

233) 「경기도 사무위임조례」, 조례 제5817호(2018.1.11.), 제5조(지휘·감독) 및 제7조(책임의 표시 및 명의표시)

234) 대판 2000.2.8, 선고 97누3767 판결, 구 「자동차운수사업법」 제69조 제1항은 “교통부장관은 이 법에서 규정하는 그 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 도지사 또는 소속기관의 장에게 위임할 수 있다”고, 제2항은 “도지사는 제1항의 규정에 의하여 교통부장관으로부터 위임받은 권한의 일부를 교통부장관의 승인을 얻어 시장·군수 또는 구청장에게 재위임 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 서울특별시장은 교통부장관의 승인을 얻은 후 “규칙”이 정하는 바에 따라 “재위임”하는 것이 가능하다.

235) 대판 1995.5.12, 선고 94추28 판결, 국가의 일선 행정기관의 지위에서 수행하는 기관위임사무의 관리 집행에 있어서는 집행기관인 당해 지방자치단체의 장의 규칙을 제정하여 이를 행하여야 하며 원칙적으로 조례가 개입할 수 없다.; 대판 1995.11.14, 선고 94누13572 판결, 「도시재개발법」에 의한 사업계획 시행변경인가, 관리처분 계획인가 및 각 고시에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시도지사가 지방자치단체의 “조례”에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임 할 수 없고, 「정부조직법」 제5조 제1항 및 이에 관한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 “규칙”이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다.

236) 「경기도 사무위임 규칙」, 규칙 제3775호(2017.11.13.), (별표 1) 시장·군수에게 위임하는 사무(제2조제1항 관련)

기초자치단체의 장은 자신의 명의로 사무를 처리하며, 위임자인 도지사는 재위임 사무에 대한 지휘·감독 권한 그리고 그 처리가 위법 또는 부당하다고 인정될 때에는 취소 혹은 정지시킬 수 있다. 그러나 「경기도 사무위임 조례」와 「경기도 사무위임 규칙」의 차이점은 단지 “위임”과 “재위임” 사무의 명칭(목록)을 각각 개별적으로 “별표”에 열거하여 달리 규정하고 있을 뿐, 수임기관 명의의 사무 처리, 위임기관의 지휘·감독 권한과 취소 혹은 정지 권한은 차이가 없다.

또한 「지방자치법」 제104조 제2항은 지방자치단체의 사무는 “조례나 규칙”으로 정하도록 규정하고 있으나 기관위임사무를 “규칙”으로 정하도록 하거나 “재위임” 사무를 “규칙”으로 정하도록 명시적으로 규정하지는 않았다. 단지 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 재위임 사무에 대하여 “규칙”으로 정하도록 별도로 규정한 바에 따르고 있다.

그러함에도 “재위임” 사무는 허가·인가·등록과 같은 민원사무로써 불특정 다수 주민을 구속하는 대외적인 사무임에도 불구하고 민주적 정당성을 가진 지방의회의 조례 규율범위에서 배제되었다. 그러나 지방자치단체의 장이 처리하는 국가사무라 할지라도 지방의회의 통제 범위 밖에 둔 것은 지방자치 부활 이전에 중앙집권의 영향에 따라 지방자치단체를 국가의 일선행정기관으로 인식하여 처리하도록 한 행정편의적인 조치에 불과한 것으로 보여 진다.

다. 기관위임사무의 판단기준

국가의 기관위임사무는 개별 법률이 정하는 바에 따라 중앙행정기관의 장의 권한을 대통령령으로 “구체적으로 범위를 정하여” 지방자치단체의 장에게 위임하는 경우는 명백하다. 그러나 실정법상 국가사무인지 혹은 단체위임사무인지 기관위임사무인지 구분이 분명하지 않은 경우가 많다.²³⁷⁾ 이에 대하여 ① 개별 법률이 개별적으로 직접 지방자치단체의 장에게 책임을 부여 하는 경우는 지방자치단체의 대표자라는 의미에서 단체위임사무라고 보아야 할 것이고, ② 개별 법령에 의하여 중앙행정기관의 장에게 부여된 권한을 대통령령이 정하는 바에 따라

237) 임승빈, “국가와 지방간의 사무구분 체계 개선방안”, (사)한국지방자치법학회, 2008. p.16. 구체적인 지방 사무가 자치사무인지 단체위임사무인지 기관위임사무인지에 따라 법적인 특성에 현저한 차이가 있음에도 불구하고 이를 구별하는 것이 명확하지가 않다면 국가와 지방자치단체 사이에 끊임없는 법률적인 분쟁에 빠질 우려도 있다. 그렇다면 독일의 전통적인 사무체계를 구태여 한국에서 유지할 필요가 있는지에 대하여 근본적인 의문이 제기된다.

지방자치단체의 장에게 구체적으로 위임하는 단위사무는 기관위임사무로 구분할 필요가 있다는 견해가 있다.²³⁸⁾

예를 들면 「환경정책기본법」 제18조 제1항은 시·도지사는 ‘국가환경종합계획 및 중기계획’에 따라 관할구역의 지역적 특성을 고려하여 해당 “시·도의 환경보전계획을 수립·시행하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 이 경우의 시·도지사는 지방자치단체의 대표자로서 장의 의미로 단체위임사무라 할 것이다. 이에 비하여 「폐기물 관리법」 제62조 제1항은 “환경부장관의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 그 일부를 시·도지사 또는 소속 기관의 장에게 위임할 수 있다”는 근거를 규정하고 있다. 이에 따라 동법 시행령 제37조 제1항의 규정에 의하여 시·도지사에게 위임한 환경부장관의 권한은 기관위임사무라 할 것이다.²³⁹⁾

법원은 기관위임사무의 판단기준에 대하여 “그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만, 그 밖에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임 귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야” 하고, “법률로 정하여 전국적으로 통일적인 규율이 필요한 것이고, 국가가 이를 위하여 상당한 경비를 부담하고 있으므로 이에 관한 사무는 국가사무로 보아야 할 것이다”라고 판시한 바 있다.²⁴⁰⁾ 그렇다고 할지라도 실정법상 단체위임사무인지 혹은 기관위임사무인지 여부는 개별적·구체적으로 판단되어야 한다.

라. 기관위임사무의 문제점

① 권한과 책임의 불일치

기관위임사무는 지방자치단체의 장이 국가 혹은 광역자치단체의 일선기관으로서의 지위에서 수행하는 사무이다.²⁴¹⁾ 따라서 수입 지방자치단체의 장은 수행의 무만을 부담하고, 해당 사무의 권한은 위임자인 국가 혹은 광역지방자치단체에

238) 홍정선, 앞의 책, p.443.

239) 「폐기물관리법」 제62조(권한이나 업무의 위임과 위탁) ① 이 법에 따른 환경부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 시·도지사 또는 소속 기관의 장에게 위임할 수 있다. 「폐기물관리법 시행령」 제37조(권한의 위임) ① 법 제62조제1항에 따라 환경부장관은 다음의 사항에 관한 권한을 시·도지사에게 위임한다(1-6호에 의한 단위사무)

240) 대판 1999.9.17, 선고 99추30 판결; 대판 2013.4.11, 선고 2011두12153 판결; 대판 2014.2.27, 선고 2012추145 판결

241) 김해룡, “지방자치단체의 조례”, 『법제연구』, 제21호, 한국법제연구원, 1999, p.109.

부여되어 있다.²⁴²⁾

따라서 기관위임사무는 권한과 책임의 불일치로 인하여 지방자치의 전권한성과 자기책임성을 저해하는 원인이 되며 자기결정권을 본질로 하는 자치입법권한의 관점에서조차 부적절하다.²⁴³⁾ 뿐만 아니라 수입자로서 지방자치단체의 장은 사무처리에 있어서 일반적으로 법령을 준수하고 성실히 수행하여야 할 의무와 책임이 부여되며 해당 법률과 시행령은 물론 법령보충적인 행정규칙에 이르기까지 광범위한 제한을 받을 수 밖에 없다.

② 자치입법권한의 제한

기관위임사무는 위임자인 국가 혹은 광역자치단체의 사무로써 수입자인 자치단체의 사무에 해당되지 않으므로 해당 자치단체의 “조례”와 “규칙”으로 정하는 것은 적절치는 않다. 또한 기관위임사무는 세부적으로 규정된 법률과 시행령 혹은 행정규칙에 따라 업무가 처리되어 별도의 “규칙”을 제정할 실익도 없으며 현실적으로 국가의 기관위임사무를 “규칙”으로 정하는 사례는 거의 없다.²⁴⁴⁾

그러나 「지방자치법」 제23조에 따라 “지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정” 하도록 규정하고 있으므로 이에 따를 수 밖에 없다.²⁴⁵⁾ 그러므로 민주적 정당성을 가진 지방의회는 “기관위임사무”에 대한 조례제정권한이 배제되고 있으므로 자치입법권한의 확대를 위한 논의가 필요하다.²⁴⁶⁾

242) Schmidt-Jotzig, Kommunalrecht, S.187. 홍정선, 앞의 책, p.487에서 재인용; 대판 1996.11.8, 선고 96다 21331 판결, 지방자치단체장 간의 기관위임의 경우에 위임받은 하위 지방자치단체장은 상위 지방자치단체 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것이므로 사무귀속의 주체가 달라진다고 할 수 없고, 따라서, 하위 지방자치단체장을 보조하는 하위 지방자치단체 소속 공무원이 위임사무 처리규칙에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였더라도 상위 지방자치단체는 여전히 그 사무귀속 주체로서 손해배상 책임을 진다.

243) 鹽野 宏, 法治主義諸相, 有變閣, 2001, p.403. 백종인, 앞의 책, pp.15-16에서 재인용.

244) 경기도 규칙사례를 보더라도 전체 196건 중 165건이 조례시행규칙이며, 31건은 법령위임에 따른 규칙이나 기관위임규칙이라 할 수 없으며 지방자치단체의 조직·운영에 관한 규칙이다.

245) 대판 2000.5.30, 선고 99추85 판결, 지방자치단체의 소관사무라 함은 고유사무인 자치사무와 단체위임사무를 말하고 기관위임사무는 여기에 포함되지 않는다고 할 것이므로.....국가사무로서 기관위임사무인 도시공원 조성계획의 결정 변경에 관한 사항을 조례로 정할 수 있도록 위임한 근거 법령으로 볼 수 없고, 달리 그 위임근거가 될 만한 법령을 찾아볼 수 없으므로, 지방자치단체는 도시계획 조성계획의 결정 변경에 관한 사항을 조례로 정할 수 없다.

246) 대판 1999.9.17, 선고 99추30 판결, 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 지방자치단체의 자치조례 제정권과 무관하게 이른바 위임조례를 정할 수 있다고 하겠으나 이때에도 그 내용은 개별 법령이 위임하고 있는 사항에 관한 것으로서 개별법령의 취지에 부합하는 것이라야만 하고, 그 범위를 벗어난 경우에는 위임조례로서의 효력도 인정할 수 없다.

이에 비하여 광역자치단체의 장의 사무를 기초자치단체의 장에게 위임하는 기관위임 사무는 “사무위임조례”로 규정하고 있다. 반면에 법원은 국가의 기관위임 사무의 “재위임”은 “사무위임규칙”으로 정하도록 판시한 바 있다.²⁴⁷⁾ 그러나 이 판결은 단지 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따른 형식적인 법률체계로 단지 법령우위의 원칙에 따르고 있을 뿐이라고 판단된다. 따라서 민주적 정당성을 가진 지방의회의 조례 제정권한을 고려하지 않은 판결로써, 지방자치단체의 위임사무의 대부분이 기관위임사무 형태로 존재하는 현실을 감안할 때 재고의 여지가 충분하다.²⁴⁸⁾

③ 위임기관의 지시·감독

기관위임사무는 국가 또는 광역지방자치단체의 장의 사무로써 수임자인 지방자치단체의 장에 대한 광범위한 감독권한이 국가에 부여되며,²⁴⁹⁾ 법령에 의한 감독은 물론 재량에 의한 지시권과 합목적성 감독 권한이 포함된다.²⁵⁰⁾

이 경우 수임자인 지방자치단체의 장이 위임사무를 처리하는 과정에서 국가와 지방자치단체 간에 상하관계·지배복종의 위치로 고착시켜 지방자치를 제약하는 원인으로써 자기결정권을 기본요소로 하는 자치입법권한을 제한하는 원인이 되고 있다.

마. 학설

247) 대판 1995.8.22, 선고 94누5694 판결, 서울특별시장이 건설교통부장관으로부터 위임받은 관리처분계획의 인가 등 처분권한을 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 의하여 규칙을 제정해서 구청장에 위임하지 아니하고, 「서울특별시 행정권한의 위임조례」(1990.10.8. 서울특별시 조례 제2654호) 제5조 제1항(별표)에 의하여 구청장에게 재위임 하였다면 「서울특별시 행정권한의 위임조례」 중 위 처분권한의 재위임에 관한 부분은 조례제정권의 범위를 벗어난 국가사무(기관위임사무)를 대상으로 한 것이어서 무효이다.

248) 정재황, “지방자치의 헌법적 보장-지방자치와 입법권의 한계”, 『헌법재판연구』, 제17권, 헌법재판소, 2006, p.27. 기관위임사무에 대하여 권한쟁의 심판을 인정하지 않은 것은 계층적 행정구조에 속해 있는 기관은 관할권 또는 조직 권리가 인정될 수 없다고 보는 것에 그 이유가 있는 것으로 생각된다. 그러나 이와 같은 헌법재판소의 판례는 개선될 필요가 있다.

249) 「지방자치법」 제167조(국가사무나 시·도 사무의 처리감독) ① 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관의, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사의, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다. ② 시·군 및 자치구나 그 장이 위임받아 처리하는 시·도의 사무에 관하여는 시·도지사의 지도·감독을 받는다.

250) 대판 2017.9.21, 선고 2016두55629 판결, 수입 및 수탁사무의 처리가 부당한지 여부의 판단은 위법성 판단과 달리 합목적성·정책적 고려도 포함되지만, 위임 및 위탁기관의 그 사무처리에 관하여 일반적인 지휘·감독을 하는 경우는 물론이고, 나아가 수입 및 수탁사무의 처리가 부당하다는 이유로 그 사무 처리를 취소하는 경우에는 광범위한 재량이 허용된다고 보아야 한다.

① 폐지론

기관위임사무는 그 유해성과 역기능으로 인하여 폐지되어야 한다는 주장이 제기된다.²⁵¹⁾ 특히 중앙정부에 의하여 기관위임이 편의적으로 남용되어 지방자치의 발전을 저해하고 중앙집권을 심화시켰다는 문제가 지적되고 있다.²⁵²⁾

② 존치론

이에 비하여 최근에는 기관위임사무를 존치하자는 주장이 있으며 기관위임사무는 행정의 경제성과 효율성의 제고에 기여할 뿐만 아니라 행정의 탄력성과 지역 친화성을 활용할 수 있게 한다는 주장이다. 그 장점으로 국가행정과 지방행정을 연계시켜 지역의 협력을 담보하는 순기능이 있으므로 기관위임사무의 폐기만이 능사가 아니라고 주장한다.²⁵³⁾

③ 검토

통설은 전권한성과 자기책임성이 강조되는 지방자치에서 지방자치단체를 국가의 하급 행정기관으로 설정하게 되어 지방자치에 반하게 되므로 기관위임사무를 폐지하여야 한다고 주장한다. 특히 지방자치단체의 장은 국가의 지방 일선행정기관의 장으로서 역할로 인하여 중앙과 지방자치단체의 관계를 상하관계로 고착시킨 원인이 되었다고 지적하며, 국가와 지방자치단체 사이에 책임이 불명확한 상태가 지속되는 등 그 유해성과 역기능으로 인하여 폐지하여야 한다는 주장이 제

251) 최봉석, “기관위임사무의 정체성과 그 폐지론에 대한 소고”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2003, p.195. 기관위임사무의 유해성-역기능; (법치국가적 범주); 행정조직 법정주의의 파기, 권한과 책임의 분리로 인한 책임소재의 불분명성, 법적 권한자와 실제 권한행사자의 분리로 인한 행정적 혼란, 지방자치단체에 대한 국가의 과도적 관여, 중앙행정부처와 자치단체장의 대립, (민주주의적 범주) 지방의 중앙에 대한 예측화 초래, 지방자치단체의 재정건전성 취약화, 지방행정의 자립성 저해, 지방의회의 관여와 주민참여의 제한, (행정실무영역) 기관위임사무의 이상 비대화, 수입자의 책임감 취약, 지방자치행정의 과도한 업무부담, 지방자치행정의 자기개발과 발전의 저해, 지방적 특수성 배제와 사무배분의 형평성 취약

252) 문상덕, “지방자치단체의 사무구분 체계”, 『지방자치법연구』, 통권제8호(제4권2호), 한국지방자치법학회, 2004, p.390.

253) 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.192. 기관위임사무의 유용성, ① 행정의 경제성과 효율성; 기관위임사무의 수행으로 인한 행정의 효율성 내지 경제성의 제고에서 찾을 수 있다. ② 행정의 탄력성과 지역 친화성; 국가사무는 국가의 일반이익 내지 보편성을 추구한다. 그러나 그 사무가 지방의 행정 일선에서 시행될 때에는 일정정도 행정의 탄력성 내지 유연성이 요구되게 된다. ③ 국가행정과 지방행정의 연계성; 기관위임사무는 이해관계와 통일적인 행정집행에 있어서 국가행정과 지방행정간의 연결고리로서의 기능을 수행한다. ④ 지역적 협력의 담보; 지방자치단체의 사무 중 고유사무 이외에 국가사무로서의 성격 내지 전국적 이해관계와 행정목적이 부여된 사무가 위임사무의 형식으로 지방행정의 최일선에서 시행되는 또 다른 이유가 국가와 지방의 협력의 필요성으로부터 발견될 수 있다.

기되어 왔다.

이와 같은 폐단에 따라 일본에서는 2000년에 ‘지방자치법’을 개정하여 단체위임사무와 기관위임사무를 폐지하여 법정수탁사무와 자치사무로 정립하고,²⁵⁴⁾ 자치사무는 지방자치단체가 처리하는 사무 중 법정수탁사무 이외의 사무라 정의하였다. 이에 따라 지방자치단체는 그 지역 실정에 맞는 독자적인 정책을 주체적이고 독창적으로 운영해 나갈 수 있도록 하였다.²⁵⁵⁾

“법정수탁사무”에 대하여 일본 ‘지방자치법’ 제2조 제9항은 국가사무를 지방자치단체가 처리하는 1호 법정수탁사무와 광역지방자치단체의 사무를 기초자치단체가 처리하는 2호 법정수탁사무로 정하였다.²⁵⁶⁾ 이로써 지방의회가 제정하는 조례의 규율범위로 포함되므로써 자치입법권한이 확대되었다고 볼 수 있다. 그러나 기관위임사무에 대한 비판적 시각을 수용하여 폐지하였다 할지라도 법률의 위임형태만 달리하였다는 지적이 있다.

이에 비하여 우리나라 ‘지방분권법’ 제11조 제1항은 기관위임사무를 폐지하고 국가사무와 자치사무로 이원화를 추진하였다.²⁵⁷⁾ 이에 따라 2011년의 「지방자치법」 개정(안)은 지방자치단체의 사무를 “자치사무”와 “법정수임사무”로 구분하여 “기관위임사무”와 “단체위임사무”의 폐지를 추진하였으나,²⁵⁸⁾ 국회에서 폐기된

254) 문상덕, “일본의 지방자치사무의 일 유형으로서의 법정수탁사무제도에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2010, pp.205-207.

255) 北村喜宣, 法定受託事務 條例(上)(下), 自治研究 第75卷 第8號, 1999, 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.137에서 재인용. 종래의 기관위임사무들 중 대부분은 지방공공단체의 자치사무로 되고 약간의 사무는 국가의 직접집행사무로 되거나 혹은 사무자체가 폐지되었으며, 나머지는 법정수탁사무라는 새로운 카테고리가 창설되어 그것에 포함되게 되었다.

256) 일본 ‘지방자치법’ 제2조 ⑨ 1호 법정수탁사무 : 법률 또는 이에 근거한 정령에 의해 도·도·부·현, 시·정·촌 또는 특별구가 처리하는 사무 중에서 국가가 본래 행하여야만 하는 역할과 관계하는 것으로, 국가에 있어서 그 적정한 처리를 특히 확보할 필요로 인하여 법률 또는 이에 근거한 정령이 특히 정하고 있는 것, 2호 법정수탁사무 : 법률 또는 이에 근거한 정령에 의해 시·정·촌 또는 특별구가 처리하는 사무 중에서 도·도·부·현이 본래 행하여야만 하는 역할에 관계하는 것으로, 도·도·부·현에 있어서 그 적정한 처리를 특히 확보할 필요로 인하여 법률 또는 이에 근거한 정령이 특히 정하고 있는 것.

257) 최환용, “사무구분체계 개선을 위한 지방자치법 개정방안 연구”, 한국법제연구원, 2010, p.63.

258) 최우용, “지방자치사무 배분 개혁의 현황과 과제-‘법정수임사무’를 중심으로”, 『공법학연구』, 제12권제4호, 한국공법학회, 2011, pp.35-60; 행정자치부, “지방자치법 일부개정 법률안 입법예고(2011.7.8.)”, 국가와 지방간 사무처리 방식 개선. ① 자치단체의 사무범위를 ‘자치사무’와 ‘법정수임사무’로 이분화하기 위하여 ‘기관위임사무’와 ‘단체위임사무’는 폐지하고, ‘기관위임사무’중 국가사무의 성격을 유지하면서 지방에서 처리하는 것이 불가피한 경우 ‘법정수임사무’로 전환하도록 함(안 제9조, 안 제9조의 2, 안 제102조, 안 제103조, 안 제119조, 안 제137조, 안 제139조, 안 제141조) ② ‘법정수임사무’에 대해서는 조례 제정 및 지방의회의 행정사무감사 및 조사가 가능하도록 하고, 종전 ‘기관위임사무’에 대한 지도감독 규정을 ‘법정수임사무’에 대한 감독규정으로 개정하면서 국가의 관여범위 및 수단을 명확히 함(안 제41조, 안 제167조, 안 제170조, 안 제171조, 안 제171조의 2) ③ 자치단체의 사무를 위임·위탁 할 경우에 조례에 의해서만 가능하도록 하여 지방의회의 통제를 강화하고, 조례에 의한 ‘법정수임사무’가 신설되었으므로 시·도의 관찰

바 있다.²⁵⁹⁾

그렇다고 할지라도 “기관위임사무”를 폐지하여 이를 국가사무로 전환할 경우에는 국가의 일선기관을 별도로 설치하여야 하며 이는 지방분권 원칙에 반하게 된다. 반면에 이를 자치사무로 전환할 경우에는 입법 정책적으로 어려움이 예상된다. 예를 들면 「폐기물관리법시행령」 제37조에 의하여 환경부장관의 권한을 시·도지사에게 기관 위임한 4개 분야 37건의 개별사무를 자치사무로 전환하였을 경우는 해당 근거법률의 폐지와 동시에 “조례”를 제정하여야 한다. 이 경우 국가 법률체계의 통일성을 기하는 데 어려움과 장기간 소요가 예상된다.

또한 “법정수임사무”로 변경한다 할지라도 “기관위임사무”의 명칭만 달리 할 뿐 차이가 없으며, 자치사무의 개념과 종류를 정하면서 굳이 “법정수임사무”라는 용어의 사용은 실익이 없다는 지적이 있다.²⁶⁰⁾ 뿐만 아니라 “기관위임사무”는 법령에 의하여 창설된 전체의 일부인 개별 “단위사무”로써 포괄적인 위임을 요구할 수도 없다. 덧붙여 지방자치단체의 장은 세밀하게 규정된 상위법령에 따라 국가의 사무를 수행할 뿐 자치입법권한 확대에 대한 논의의 실익이 없다. 또한 관련 법률이 체계적으로 정비된다면 자치입법권한을 확대할 중요한 수단이 될 수도 있다.²⁶¹⁾

그러므로 기관위임은 “위로부터 아래로의 사무·권한의 이양이라는 경직된 방법론이 아니라, 아래로부터 쌓아올린 지방분권을 위한 각론적 차원에서 국가와 지방자치단체의 역할에 대한 검토가 필요하다”²⁶²⁾ 또한 기관위임사무는 지방자치단체의 장의 “규칙” 제정 사항이라는 완고한 중앙집권 사고일 뿐 다른 법률적 정당성은 없다고 보여 진다.²⁶³⁾

시·군·구에 대한 사무위임근거를 삭제하고 ‘재위임시 사전승인’ 절차를 폐지함(안 제104조) ④ 법정수임 사무 도입을 위한 동법 개정안은 ‘공포 후 1년이 지난 후 시행’하도록 경과규정을 신설하고, ‘기관위임사무’를 규정하고 있는 개별 법률은 이 기간 내에 개정하도록 의무를 부과함(부칙)

259) 이지은, “지방일괄이양법 제정과 관련된 공법적 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제56호(제17권4호), 한국지방자치법학회, 2017. p.25. ‘지방일괄이양법(안)’은 참여정부 시절에도 그 제정의 필요성이 인정되었으나 국회법상 소위 상임위 소관위주에 위배된다는 이유로 법안 제출에 대한 접수 자체가 거부되었다. 그 이후에도 여러 차례 법 제정을 시도하였으며, 2016년 20대 국회에서도 역시 3단계 사업 중 1단계 사업으로 지방자치발전위원회의 주도 아래 ‘지방일괄이양법(안)’ 제정을 시도하였으나, 상임위 소관주의 관행을 극복하지 못하였다. 다만 상임위 소관주의가 ‘지방일괄이양법(안)’ 과 같은 사안에서는 국회 입법권에 대한 역기능을 나타낼 수도 있다는 점에 대한 인식을 공유했다는 점에서는 의미가 있었다.

260) 최환용, 앞의 보고서, 한국법제연구원, 2010, p.63.

261) 최봉석, 앞의 논문, p.202.

262) 천병태·김민훈, 『지방자치법』, 삼영사, 2005, p.308.

263) 정재황, 앞의 보고서, p.27. 기관위임사무에 대하여 조례의 규율 가능성을 일률적으로 부인하는 판례의

그러한 점에서 지방의회는 중앙정부로부터 위임을 받는 사무와 지방자치단체의 장이 다른 단체에 위임하는 사무에 대하여 통제하여야 하며, 기관위임사무에 대한 자치입법권한은 지방의회가 제정하는 조례의 규율범위로 정하여 지방자치단체 스스로 구속하고 일반적인 구속력을 가진 법규범으로써 “조례”로 정하도록 하는 것이 바람직하다고 보여 진다.²⁶⁴⁾ 따라서 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 재위임 사무에 대하여 “규칙”으로 정하도록 한 규정은 “조례”로 정하도록 개정할 필요가 있다.

4) 공동사무

가. 논의의 필요성

‘지방분권법’ 제11조 제1항은 지방자치단체의 사무를 명확히 하기 위하여 ① 자치사무와 ② 국가사무로 이원화하고 있다. 그러나 현실적으로 국가와 지방자치단체 간 또는 복수의 지방자치단체가 공동으로 수행하는 사무가 실재한다. 이 경우에 국가와 지방자치단체의 공동 관심사인 경우 혹은 복수 지방자치단체의 공동의 관심사에 대한 “공동사무”의 범위를 정할 수 있는가 문제 될 수 있다.

무엇보다도 현대의 지방자치는 질적·양적으로 거듭 확대되고 환경과 복지에 대한 지방의 행정수요는 광역 혹은 전국적인 공동의 이해관계로 전환될 수 있다. 이는 복수의 지방자치단체 혹은 국가와 지방자치단체의 공동사무가 발생할 수 있음을 의미한다. 그러한 점에서 국가사무와 지방사무 이외에 공동사무가 성립할 수 있는가의 문제와 관련하여 자치입법권한의 범위를 검토하고자 하는 것이다.

나. 공동사무의 종류

① 국가와 지방자치단체의 공동사무

공동사무는 국가와 지방자치단체가 동일기능을 동시에 수행하는 사무로서 “공

입장은 조례의 민주적 정당성과 위임사무의 대부분이 기관위임사무의 형태로 존재하는 행정현실을 고려할 때 재고의 여지가 없지 않다.

264) 각 지방자치단체의 “사무위임조례”는 법령에 의하여 정하여진 지방자치단체의 장의 권한을 다른 지방자치단체의 장 혹은 행정기관의 장에게 “위임”하는 사무를 규정하고 있으며, “사무위임규칙”은 중앙행정기관의 장의 사무를 광역자치단체의 장의 권한으로 위임하는 권한을 다른 지방자치단체의 장 혹은 행정기관의 장에게 “재위임”하는 사무를 규정하는 차이가 있을 뿐이다.

관사무(Kondominium)”라 하며, 법령에 따라 국가와 지방자치단체의 공동사무 처리와 권한의 주체로서 행정의 실제상 국가와 지방자치단체는 여러 사무를 공동으로 수행하기도 한다.²⁶⁵⁾ 즉 각 기관이 함께 수행하지만 세부기능은 계층별로 분리하여 수행하는 “좁은 의미의 공동사무”로써,²⁶⁶⁾ 단일의 법률을 국가가 제정하여 그 사무를 창설하면서 국가와 지방자치단체의 공동의 책임을 규정하기도 한다. 다만 지방자치단체가 각각 독립적인 주체로써 수행하는 “공통사무”와는 구별된다.²⁶⁷⁾

예를 들면 「사회보장기본법」 제5조는 사회보장에 관한 국가와 지방자치단체의 책임과 역할을 합리적으로 분배하도록 규정하였다. 동법 제16조에 따라 보건복지부장관은 “사회보장기본계획”을 수립하며, 동법 제19조는 지방자치단체의 장은 “지역계획”을 수립하여 시행토록하고 있다. 그러나 이 “지역계획”은 “사회보장기본계획”과 연계되어야 하며 시행은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있어서 수직적으로 사무가 분장된 구조라 할 수 있다.

이 경우 문언상 국가와 지방자치단체의 공동사무라고 생각된다. 그러나 중앙정부가 정하는 법령의 우위성과 경비부담 그리고 감독 등의 성격을 감안하면 국가사무인지 아니면 자치사무인지 분명하지 않으며, “공통사무”인지 혹은 “공동사무”인지도 불명확하다. 그렇다고 할지라도 이를 공동사무라 한다면 중앙정부가 정하는 행정입법과 법령 보충적인 행정규칙의 범위 내에서 자치입법권한은 제한받을 수밖에 없다.

일부의 법률은 국가와 지방자치단체 혹은 복수의 지방자치단체 상호간에 “공동사무”의 근거를 직접 규정하고 있다. 예를 들면 「폐기물관리법」 제5조 제1항은 “환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 둘 이상의 시·도 또는 시·군·구에서 발생하는 폐기물을 광역적으로 처리할 필요가 있다고 인정되면 광역 폐기물처리시설(지정 폐기물 공공 처리시설을 포함한다)을 단독 또는 공동으로 설치·운영할 수 있다”라고 규정하고 있다.

이에 따르면 ① 국가와 광역자치단체 ② 국가와 기초자치단체 ③ 광역자치단

265) 홍정선, 앞의 책, p.492.

266) 최봉석, 앞의 보고서, p.31.

267) 「지방자치법」 제10조(지방자치단체의 종류별 사무배분기준) ① 제9조에 다른 지방자치단체의 사무를 지방자치단체의 종류별로 배분하는 기준은 다음 각 호와 같다. 다만, 제9조 제2항 제1호의 사무는 각 지방자치단체에 공통된 사무로 한다.

체와 기초자치단체 ④ 복수의 기초자치단체 혹은 ⑤ 국가와 광역자치단체, 기초자치단체가 공동사무의 주체로써 “공동사무”가 성립할 가능성을 규정하고 있다. 그러나 현실적으로는 국가는 법령을 제정하여 사무를 창설함으로써 사무의 주체가 되며 지방자치단체는 그 보조자가 된다.

이와 같은 입법형태로 인하여 그동안 중앙집권 과정에서 국가와 지방자치단체의 사무배분 기준이 불명확하여 공동사무를 양산하였다.²⁶⁸⁾ 그러므로 지방자치단체는 그 사무의 일부에 대한 집행을 위임받은 수입자가 될 수 밖에 없으며, 국가의 재정에 의존하는 경우 법령이 정하는 기준에 따라야 한다. 따라서 공동사무에 대하여 자기결정권이 없이 자치입법권한이 제한된다는 점에서 문제가 대두될 수 있다.

② 지방자치단체 상호간의 공동사무

「지방자치법」 제147조는 “지방자치단체는 다른 지방자치단체로부터 사무의 공동처리에 관한 요청이나 사무처리에 관한 협의 조정·승인 또는 지원의 요청을 받으면 법령의 범위에서 협력하여야 한다”라고 공동사무의 근거를 규정하고 있다. 또한 동법 제152조 제2항에 따라 “지방자치단체는 2개 이상의 지방자치단체에 관련된 사무의 일부를 공동으로 처리하기 위하여 관계 지방자치단체 간의 행정협의회(이하 “협의회”라 한다)를 구성할 수 있다”라고 “공동사무”의 근거를 규정하고 있다.

따라서 지방자치단체 상호간의 공동사무에 대하여는 이견이 있을 수 없다. 그러므로 본래의 지방자치단체와는 다른 행정협의회 혹은 지방자치단체 조합 형태로 별도의 공동사무의 주체가 설립되며 자치입법권한이 부여된다고 볼 수 있다.

다. 학설

공동사무의 법적 성격에 대하여는 독일 ‘기본법’ 제91(a)조가 규정한 바와 같이 지역경제구조 개선, 농업구조 개선 등 지역 주민의 생활조건 개선에 필요한 사무에 대하여 연방과 주의 공동협력이 예정된 사무이다.²⁶⁹⁾

268) 백종인, 앞의 논문, p.7.

269) Federal Republic of Germany, The Basic Law, Article 91a(Joint Tasks-Responsibility for Expenditures) (1) In the following areas the Federation shall participate in the discharge of

이에 대하여 행정의 복잡성과 지방자치단체의 재정 부담을 초래 할 수 있으므로 공동사무의 영역은 가능한 연방 혹은 주의 단독 관할로 이양하도록 개편을 요구된 바 있다.²⁷⁰⁾ 즉 국가와 지방자치단체간의 공동사무는 국가의 법령 제정과 재정 부담에 따라 현실적으로는 일방적인 사무주체이며, 지방자치단체는 단순한 협력자에 불과하다는 점에서 공동사무의 개념을 인정하기 어렵다고 지적된다. 따라서 사무배분의 명확화라는 관점에서 국가사무와 자치사무로만 구분하고 공동사무는 폐지되어야 한다고 주장한다.²⁷¹⁾

이와 같이 국가와 지방자치단체간의 공동사무를 인정하는 견해는 대부분 부정적으로 나타나며 긍정하는 견해가 없다. 다만 복수 지방자치단체간의 공동사무는 별도로 설립된 자치사무의 주체로서 특별지방자치단체 설립 혹은 조합 설립형태로 나타나고 있으며 이에 대하여는 별도의 의견이 없다.

라. 검토

‘지방분권법’ 제11조 제1항은 지방자치단체의 사무를 자치사무와 국가사무로 구분하여 공동사무를 인정하지 않는다. 그러나 현실적으로 공동사무가 존재하며 그동안 국가와 지방자치단체간의 사무배분 기준이 모호함으로 인하여 공동사무가 증가되었다고 판단되며,²⁷²⁾ 여기에서 말하는 “공동사무”는 중앙과 지방의 수직적인 사무분장으로 인하여 지배복종의 관계가 구조화되었음을 의미한다. 이와

responsibilities of the Lander, provided that such responsibilities are important to society as a whole and that federal participate in necessary for the improvement of living conditions(Joint Tasks)

1. Improvement of regional economic structure. 2. Improvement of the agrarian structure and of coast preservation

(2) Joint tasks as well as details of coordination are defined by a federal statute requiring the consent of the Bundesrat)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 91a, (1) Der Bund wirkt auf folgenden Gebieten bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder mit, wenn diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist (Gemeinschaftsaufgaben):

1. Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, 2. Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes.

(2) Durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates werden die Gemeinschaftsaufgaben sowie Einzelheiten der Koordinierung näher bestimmt.(제91a조 제1항(공동사무-비용부담 책임). 연방은 다음과 같은 영역에 있어서 전체 사회에서 책임이 중요하거나 생활조건을 개선을 위하여 연방이 참여가 필요할 경우에는 주의 사무 수행에 참여할 수 있다. 1. 지역경제구조 개선. 2. 농업구조개선과 해안보호 제2항. 상원의 동의를 얻은 연방 법률은 공동의 사무를 특정하고 세부조건을 정하여야 한다)

270) 이기우·홍준형·권영주, “공동사무의 법적 성격 및 운용실태에 관한 연구”, 한국지방행정연구원, 2013. p.8.

271) 김남철, “국가와 지방자치단체 간의 공동사무”, 『지방자치법연구』, 통권제54호(제17권2호), 한국지방자치법학회, 2017, p.91.

272) 이기우·홍준형·권영주, 앞의 보고서, p.3. 국가사무 30,240(72.7%), 지방사무 11,363(27.3%), 지방사무 중에는 국가·지방 공동사무 3,746, 시도·시군구 공동사무 3,095.

같이 단순한 형태의 공동사무는 지방자치단체에 대한 중앙정부의 관여를 증대시키는 근거가 되어 지방분권에 역행한다.

그러함에도 우리나라의 지방자치에서 국가와 지방자치단체의 공동사무에 대한 명확한 정의는 없다.²⁷³⁾ 다만 독일 ‘기본법’ 제91a조는 연방과 주의 공동사무(Gemeinschaftsaufgaben, Verwaltungszusammenarbeit)를 규정하였으며 공동사무와 구체적인 협력의 범위는 연방 법률로 정하도록 근거를 규정하고 있다.²⁷⁴⁾ 이와 같이 우리나라에서 국가와 지방자치단체 혹은 복수 지방자치단체간의 공동사무는 실재할 수밖에 없으며 또한 필요성도 충분하다고 생각된다. 따라서 공동사무의 범위를 명백하게 설정하여 그 여지를 규정하여 놓아야 한다.

다만 지방분권 추진과정에서 현재까지 중앙권한의 지방이양에도 불구하고 자치사무의 영역이라 할지라도 국가사무 혹은 공동사무로 남아있는 과도기적 상태라 할 수 있다. 따라서 국가와 지방자치단체 간의 공동사무는 자치권한이 확대되는 방향으로 검토되어야 하며 사무의 주체와 자치입법권한을 명확하게 정하여야 할 것이다.

제3절 지방자치 관념의 변화

1. 개념론

(1) 전통적 개념론

근대적인 지방자치로써 전통적인 개념은 1835년에 제정된 영국의 구 ‘지방자치

273) 백종인, 앞의 논문, p.6. 공동사무의 정의에 대한 명확한 규정은 없다. 일반적으로 어느 계층의 행정주체가 단독으로 자기완결적 사무처리를 할 수 없는 성질의 사무이기 때문에 계층간의 행정주체의 유기적 협력이 필요한 사무를 말하기도 하며, 한편으로는 사무처리의 주체가 복수로 규정된 경우를 지칭하는 경향이 있다. 즉, 동일한 사무가 국가와 지방자치단체에 중복적으로 배분되어 있기 때문에 행정주체간의 중첩적 사무처리가 행하여지는 경우이다. 이러한 경우의 공동사무는 사무배분에 있어 불경합의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 반면에 독일에서의 공동사무(Gemeinschaftsaufgabe)란 기본법에서 열거하는 사무영역에서 연방정부와 주정부의 협력이 예정된 사무를 말한다.

274) 최봉석, “독일 연방주의 개혁과 지방분권의 강화”, 『공법학연구』, 제17권 제1호, 한국비교공법학회, 2016, p.95. ‘기본법’ 제8a장 신설과 함께 확대개편을 통하여 연방과 지방의 공동사무가 행정협력 분야에서 사실상 연방과 지방이 대등한 관계에서 협정을 통해 법률을 대체할 수 있는 구속적 결정을 할 수 있게 되었다.

법'과 1808년에 제정된 독일의 '도시법'에 의하여 시작되었다 할 수 있다.²⁷⁵⁾ 이어서 1882년에 개정된 영국 구 '지방자치법' 제7조 제1항은 기초자치단체인 '바러'의 주민을 정의한 바 있으며, 동법 제228조 제1항은 현존하는 '바러'의 관할구역을 규정한 바 있다. 이와 같이 전통적인 지역공동체의 주민과 관할구역의 범위 안에서의 개념이라 할 수 있다.

따라서 지방자치단체가 자기책임으로 독자적으로 수행할 수 있는 자치사무를 지역주민과 관할구역에 기초하여 공간적인 요소와 결합하여 이해하게 된다. 그러나 이 개념은 오늘날 국가나 지방자치단체의 사무구분이 곤란하고 사회구조는 다양한 수평적·수직적 결합이 요구되며 산업화·기술화·광역화 추세와 동적인 경제 과정 등으로 인하여 과거와 같은 공간상의 문제는 퇴색되어 가고 있기 때문에 전통적인 개념론은 한계를 가진다.²⁷⁶⁾ 특히 지방자치단체를 국가로부터 독립적인 관계로 보았던 관념은 소멸되었으며 국가와 지방자치단체의 기본적인 관계는 각각 주민의 복리증진이라는 하나의 목적을 지향하는 협력적 관계이다.²⁷⁷⁾

(2) 기능적 개념론

기능적 개념론은 전통적인 기초자치단체인 게마인데 중심의 지방자치에 회의적이라는 판단에 따라 광역자치단체인 크라이스와 주의 기능을 중시하는 관념이다. 이와 같은 관념은 게마인데의 능력 결핍과 사무 광역화 등의 추세에 따라 1960년대 게마인데를 통·폐합하는 개혁을 추진하는 배경이 되었다.²⁷⁸⁾

이와 같이 기능을 중시하는 개념에 따라 전체 국가의 임무수행에는 협력을 요

275) Martin Espenhost, More Than a Principle. The History of Savings Banks in the Course of Steins's Städteordnung, 1808-1838. Bankhistorisches Archiv. Jahrgang 36·Heft 2·2010, p.107. Between 1808, the year when Stein's Städteordnung(municipal law) came into force, and 1838.(1808년부터 1838년까지 슈타인의 도시법이 시행되었다)

276) 홍정선, 앞의 책, p.449.

277) 김철용, "지방자치관계에 대한 국가의 관여", 『공법연구』, 제18집, 한국공법학회, 1990, p.82.

278) Blumel, Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen, Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36, 1978, S. 171 ff. 서원우, 『전환기의 행정법 이론』, 박영사, 1997, pp.211-212에서 재인용. 이러한 지방자치체의 행정능력의 결핍현상을 독일에서는 지방자치의 만성적인 공동화라고도 한다. 이런 만성적인 자치공동화 현상의 원인으로서의 계획 행정화 경향, 자치체의 재원결핍, 위임사무의 증가 등이 들어지기도 한다; 이광윤, "우리나라 지방자치법 이론의 문제점", 『법제』, 2002, p.3. 독일(통독 이전의 서독)에서도 1970년대에 지방자치단체의 숫자를 대폭 줄여 1960년대에 비하여 1980년대에는 크라이스는 425개에서 237개로, 게마인데(시·읍·면)는 24,386개에서 8,501로, 크라이스프라이슈타테(독립 시·읍·면)는 135개에서 88개로 줄이는 개혁을 단행하였다.

구된다는 전제하에, 지방자치단체는 포괄적인 상위의 의사결정과정에서 기능적으로 참여만이 보장된다고 한다. 그러나 이 견해는 지방자치단체는 법적으로 독립된 정치적 실체임에도 지방자치를 정책결정을 위한 단순한 협력으로 이해한다. 특히 지나친 기능 중심적 견해로 인하여 지방자치의 전권한성과 자기책임성을 부정한다.²⁷⁹⁾ 뿐만 아니라 기능적 개념론에서 말하는 “협력”은 국가와 지방자치단체 상호간에 보완하는 단순한 기능으로 한정하여 설명한다. 그러한 점에서 이를 지방자치로 대체할 수는 없으며 지방자치를 제도적으로 보장하는 헌법의 원칙에 반한다.²⁸⁰⁾

(3) 동적 개념론

동적 개념론은 지방자치단체의 사무를 그 지역의 모든 사무로 이해하여 국가 혹은 상급 지방자치단체가 해당 지방자치단체의 지역에서 시행하는 사무도 모두 포함되는 것으로 본다. 동시에 국가와 상급 지방자치단체의 범 지역적 사무의 정책결정 과정에 “협의”하는 작용까지 포함하는 것으로 이해한다.

‘유럽연합 지방자치헌장’ 제4조 제6항은 그 지역에 직접 관계되는 모든 문제에 대하여 정책결정과정에서 적시에 적절한 방법으로 지방자치단체와 “협의 하도록” 규정하고 있다.²⁸¹⁾ 이 경우에 “협의”는 국가의 전속관할 사무라 할지라도 개별법상 지방자치단체와 “협의”하여야 할 의무가 부과된다.²⁸²⁾ 또한 상위의 정책결정 과정에 지방자치단체의 개입의 보장으로 이해하면서 동시에 지방자치단체의 전권한성과 자기책임성이 보장되어야 한다는 입장이다.²⁸³⁾ 그러한 점에서 현대의 지방자치는 최소한의 상태를 넘어서 그 행동의 범위를 확장함으로써 지역주민의

279) Forsthoff, Die Verwaltung als Leitungsträger, S. 15 ff. 홍정선, 앞의 책, p.449에서 재인용.

280) 헌재 2006.3.30, 선고 2003헌라2 결정, ‘헌법’ 제117조, 제118조가 제도적으로 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이라고 할 것이다.

281) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 4(6), Local authorities shall be consulted, insofar as possible, in due time and in an appropriate way in the planning and decision-making processes for all matters which concern them directly.(지방자치단체는 지방에 직접 관련이 있는 모든 문제에 대하여 계획과 정책 결정절차에서 가능한 최대한도로 적절한 시기와 적합한 방법으로 협의를 받아야 한다)

282) 「항만법」 제5조(항만기본계획의 수립) ② 해양수산부장관은 제1항에 대하여는 항만기본계획을 수립하면 관계 중앙행정기관의 장 및 관계 특별시장, 광역시장, 도지사, 특별자치도지사(이하 “시도지사”라 한다.)와 협의 한 후 중앙심의회회의 심의를 거쳐야 한다.

283) 홍정선, 앞의 책, p.450.

복지를 증진하여야 한다.²⁸⁴⁾

(4) 검토

자치사무는 헌법과 법률이 “주민의 복리” 증진을 위하여 부여한 사무로써 지방자치단체가 존재하는 이유이다. 그러나 자치사무의 범위는 어느 시대에도 정확하게 확정될 수는 없다.²⁸⁵⁾ 그렇다고 하여도 현대 민주국가에서 국가와 지방자치단체의 관계는 “고전적인 완고한 지방자치 지상주의”에 의하여 규율될 수는 없다.²⁸⁶⁾

포르슈토프(Forsthoff)는 자치사무를 “생활배려(Daseinsvorsorge)”라는 의미에서 “주민의 복리”를 생활상 필요한 급부를 제공하는 것에 한정하려 하였으나 이 개념의 광범위한 발전으로 자치사무의 범위 설정을 포기했다고 한다.²⁸⁷⁾ 다만 독일 연방헌법재판소는 자치사무를 “지방자치단체에서 인간의 공동생활과 주민에게 공통적인 필요 또는 이해가 있는 사무”로 판결한 바 있다.²⁸⁸⁾ 그러나 자치사무의 명확한 기준을 제시하지는 못하였다.

쿨리(Cooley)는 “순수한 자치사무”에 대하여 “주민에게 직접 이해관계가 있으며 그들의 고유의 사무로써 가장 잘 이해하는 그들이 스스로 관리하기에 가장 적절한 사무”를 설명하고 있다.²⁸⁹⁾ 그리함에도 현대의 자치사무로써는 충분한 설

284) Peter, A. Watt, Principles and Theories of Local Government, Institute of Economic Affairs, Blackwell Publishing, Oxford, 2006, p.6. Government beyond the minimal state, The view that the government may be able to promote welfare by extending its activities beyond the minimal state outlined above requires a normative standpoint from which to make judgements on what constitutes a good arrangement of society.(정부는, 앞에서 설명하는 바와 같이 무엇이 사회를 위하여 더 나은 상태를 구성하는가의 판단으로부터 표준적 관점을 요구하는 최소한의 상태를 넘어서 그의 역할을 확대함으로써 복지를 증진시킬 수 있다)

285) 홍정선, 앞의 책, p.450.

286) 김철수, 앞의 책, p.150.

287) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungstrager, S.15 ff. 홍정선, 앞의 책, p.448에서 재인용.

288) BVerfGE 79, 128, 최승필, “지방자치단체의 재정과 사무에 대한 법적 검토-지방자치단체의 복지사무를 중심으로”, 『학술재회 자료집』, 한국지방자치법학회, 2012, p.12에서 재인용.

289) Thomas Cooley, The general principles of constitutional in the United States of America on Municipal Corporations, Little Brown Company, 1880, p.378. It is axiomatic that the management of purely local affairs belongs to the people concerned, not only because of being their own affairs, but because they will best understand, and be most competent to manage them. The continued and permanent existence of local government is, therefore, assumed in all the state constitutions, and is a matter of constitutional right, even when not in terms expressly provided for. It would not be competent to dispense with it by Statute.(순수한 자치사무의 관리는 관심있는 주민에게 귀속되며, 그들 스스로의 사무일 뿐만 아니라 그들 스스로 가장 잘 이해하며, 그들 스스로 관리하는 가장 중요한 권한이

명이 된다고 할 수 없다.²⁹⁰⁾

이에 비하여 우리나라 ‘헌법’ 제117조 제1항은 자치사무에 대하여 “주민의 복리에 관한 사무”로 포괄적으로 규정하였다. 그러나 현대의 지방자치는 문언상 “복리”에 한정될 수 없으며 질적·양적으로 확대되고 있으므로 엄격하게 범위를 설정하는 것은 가능하지도 않다. 따라서 현대의 지방자치 개념은 전통적인 지방자치를 보장하는 동시에 새로운 사회변화에 적합한 임무 수행을 보장하도록 확대하여 인식할 필요가 있다.²⁹¹⁾ 특히 우리나라에서는 과도한 중앙집권 경향에 따라 지방자치를 정적·소극적으로 이해하는 경향이 있었으나 복지와 환경 등 지방자치의 수요확대에 따라서 동적·적극적인 관념으로 변화가 필요하다.²⁹²⁾

2. 지방분권과 지방자치

(1) 지방분권의 의의

지방분권(Decentralization)은 현대 지방자치의 기본이념으로써 중앙정부의 행정·재정 그리고 입법권한을 지방으로 이전하는 것을 의미하여,²⁹³⁾ “보충성의 원칙에 따라 공공기관을 재구성하거나 재조직하여 중앙과 지방 상호간 협력체계를 갖추어 지방자치단체의 권한과 능력을 향상시키고 전체적인 질과 효율성을 증진하는 것”이라고 정의되고 있다.²⁹⁴⁾

라는 점은 자명한 사실이다. 그러므로 지속적이고 영구적인 지방자치단체의 존재는 모든 주의 헌법에 규정되며, 명시적으로 규정되지 않는다 할지라도 헌법적 권리이다. 법률로 배제할 수 없는 권리이다)

290) United States of America, Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Local Autonomy, 1993, p.14. Vague constitutional grants of power couched in terms like “municipal matters” or “local self-government” are unsparingly criticized in the legal literature.(애매하고 모호한 헌법적 권한으로 새겨진 자치사무 혹은 지방자치의 용어는 법률적 용어에서 결여되었다고 비판받고 있다.)

291) 홍정선, 앞의 책, p.450.

292) 헌재 2006.3.30, 선고 2003헌라2 결정, 지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무 재산관리에 관한 사무 기타 법령이 정하는 사무를 그들 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도라고 할 수 있다.

293) Serdar Yilmiz et el, Local Government Discretion and Accountability: A Diagnostic Framework for Local Governance, The World Bank, 2008, p.1. We use the term “decentralization” to refer to one of its form, devolution-central government’s transfer of administrative and financial decision-making authority to local governments that have clear and legally recognized jurisdictions within which they provide public services to constituents they are accountable.(지방분권의 개념은 지방이양의 한 형태로, 지방자치단체가 주민에게 공공의 책무를 수행하기 위한 책임을 명백하게 법률적으로 관할권한을 부여하기 위하여 중앙정부의 행정과 재정에 대한 정책결정 권한을 지방자치단체에 이전하는 것이다)

따라서 지방자치와의 관계에서 지방분권은 주민의 정치참여 기회확대와 능력을 개발하고, 지방정부의 책임성과 투명성을 증진하기 위한 주요수단이라 할 수 있다.²⁹⁵⁾ 이를 통하여 지역공동체 스스로 보다 나은 정책결정으로 다양한 주민의 욕구에 대응할 수 있도록 효율적인 협치를 가능하게 한다. 그러한 점에서 지방분권은 국가와 지방자치단체의 상호관계는 물론 지방자치단체와 주민의 상호관계라고 할 수 있다.

지방분권의 배경은 프랑스에서 1789년 시민혁명에 따라 코뮌(Communes)과 데파르트망(Department)은 지역 공동체의 대표자가 아닌 국가의 대리인(Préfet)에 의하여 지방을 통치하는 중앙집권국가로 회귀하였다.²⁹⁶⁾ 이에 대하여 토크빌은 “지방분권은 공공의 사무에 주민참여의 기회를 증진시키고, 자유의 사용에 더욱 익숙하게 함으로써 행정적 가치뿐만이 아니라 주민의 역량을 강화 한다”라고 지방분권의 중요성을 주창한 바 있다.²⁹⁷⁾

294) John M. Cohen and Stephan B. Peterson, Decentralization: A Sampling of Definitions, UNDP(United Nations Development Programme) and Government of Germany, 1999, p.2. Decentralization, or decentralising governance, refers to the restructuring or reorganisation of authority so that there is a system of co-responsibility between institutions of governance at the central, regional and local levels according to the principle of subsidiarity, thus increasing the overall quality and effectiveness of the system of governance, while increasing the authority and capacities of sub-national level(지방분권 혹은 지방의 협치는 보충성의 원칙에 따라 정부기관들을 재정비 혹은 재조직하여 중앙과 지방에서 기관간의 협력 체계를 구축함으로써 협치 체계의 질적 향상과 효율성을 증진하고, 하위 수준의 권한과 능력을 향상시키는 것이다)

295) European Union, Council of Europe(Website), The 12 Principles for Good Governance at local level, with tools for implementation. Principle 1- Fair conduct of elections, representation and participation, Principle 2- Responsiveness Principle 3- Efficiency and Effectiveness, Principle 4-Openness and Transparency Principle 5- Rule of Law, Principle 6-Ethical Conduct, Principle 7-Competence and Capacity, Principle 8- Innovation and Openness to Change Principle 9-Sustainability and Long-term Orientation Principle 10- Sound Financial Management Principle 11-Human rights, cultural diversity and social cohesion, Principle 12- Accountability.(지방에서 협치를 위한 수행수단으로써의 원칙; 원칙 1. 선거와 대표성, 참여의 공정성, 원칙 2. 책임성, 원칙 3. 효율성과 효과성, 원칙 4. 개방성과 투명성, 원칙 5. 법치주의, 원칙 6. 도덕성, 원칙 7. 경쟁력과 권능, 원칙 8. 혁신과 개방성, 원칙 9. 지속성과 장기 지향성, 원칙 10. 안정적인 재정관리, 원칙 11. 인권과 문화적 다양성 및 사회적 유대, 원칙 12. 책임성)

296) France, Institut National des etudes territoriales(Website), Administrateurs/Territoriaux, The French Experience of Decentralization, 1982. p.3. In the French experience, territorial decentralization is about giving territorial authorities in France separate and defined responsibilities and resources, and providing for the election of representatives by the citizens of those territories. This is different from “deconcentration”, which is when the central government aims to improve efficiency by delegating certain policies and powers to a centrally nominated representative: the Prefect(Préfet)(프랑스에서 지방분권은 주민의 선거로 선출된 대표에게 책임과 자원을 부여하는 것이다. 이 형태는 중앙정부가 효율성을 증진하기 위하여 임명한 대리인(Préfet)에게 정책과 권한을 위임하는 것과는 다르다)

297) Alexis de Tocquevilles, Democracy in America, Saunders Ottery, London, 1835, French revolution began with a push towards decentralization...in the end, an extension of decentralization “Decentralization has, not only an administrative value, but also a civic dimension, since it increases the opportunities for citizens to take interest in public affairs; it takes them get accustomed to using

이어서 1871년에 제정된 프랑스 '지방분권법(Decentralisation Law, droit de la Decentralisation)'에 따라 지방자치단체는 주민의 선거에 의하여 선출된 지방의 원으로 지방의회를 구성하게 되었고, 다시 1982년에 제정된 '지방자치단체의 권리와 자유에 관한 법률(loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions)'에 따라 중앙정부가 임명한 대리인의 감독 하에 있었던 자치권한은 지방자치단체에 이양되게 된 것이다.²⁹⁸⁾

이와 같은 지방분권의 원칙은 '프랑스 헌법' 제1조²⁹⁹⁾ '포르투갈 헌법' 제6(1)조,³⁰⁰⁾ '이탈리아 헌법' 제5조,³⁰¹⁾ '스위스 연방헌법' 제5(a)조³⁰²⁾ 등 각 국가의 헌법에 선언되었으며, 유럽연합의회는 '세계지방정부연합 선언'에서 보충성의 원칙에 근거한 지방분권의 원칙을 선언한 바 있다.³⁰³⁾ 이와 같은 배경에 따라 지방분권의 고전적인 의미는 국가의 권한을 주민의 선거에 의하여 구성된 지방자치단체에 이전하는 것이라 할 수 있다.

freedom. And from the accumulation of these local, active, persnickety freedoms, is born the most efficient counterweight against the claims of the central government, even if it were supported by an impersonal, collective will.”(프랑스 혁명은 결과적으로 지방분권을 촉진시키고 확대시켰다. 지방분권은 주민이 공공의 사무에 대한 관심을 증진하여 참여의 기회를 확대함으로써 행정의 가치 뿐 만이 아니라 주민의 역량을 강화시킨다. 또한 자유의 사용에 익숙하게 한다. 더 나아가서는 지방에서 활동적이며 소소한 자유를 축적함으로써, 비인간적이고 단체 의지적인 중앙정부에 비하여 보다 더 나은 효율적인 균형 역할을 타고 날 수 있다)

298) France, Institut National des etudes territoriales, *Administrateurs/Territoriuz, The French Experience of Decentralization*, pp.4-5. *Supra*

299) France Constitution, Article 1. France...It shall be organized on a decentralized basis.(프랑스는 지방분권을 기초로 하여 이루어 진다)

300) Portugal Constitution Article 6(1), The state is unitary and the way in which it is organized and functions shall respect the autonomous island system of self-government and the principles of subsidiarity, the autonomy of local authorities and the democratic decentralization of the public administration.(국가는 분리 될 수 없으며 조직과 기능은 도서지방의 자치체계와 보충성의 원칙, 지방자치 그리고 공공행정의 민주적인 지방분권을 존중하여야 한다)

301) Italy Constitution, Article 5. The Republic.....it reorganizes and promotes local autonomies, and implements the fullest measure of administrative decentralization in those services which depend on the State.(공화국은 지방자치를 재조직하고 증진하며, 국가의 사무는 최대한 충분하게 행정분권을 수행한다)

302) Federal Constitution of the Swiss Confederation, Art 5(a), The principle of subsidiarity must be observed in allocation and performance of State tasks.(국가의 사무는 보충성의 원칙에 따라 배분되고 수행 되어야 한다)

303) European Union, Local and Regional Authorities(Website), Decentralization and local democracy, this process should be based on general principles such as subsidiarity, accountability, transparency, predictability, and the rule of law, and should be accompanied by broad devolution of powers and adequate resources.(지방분권과 지방의 민주주의, 이 절차는 보충성, 책임성, 투명성, 예측성 그리고 법치주의의 원칙에 따라야 하며, 광범위한 권한의 이양과 적절한 자원의 배분이 따라져야 한다)

(2) 보충성의 원칙의 의의

보충성의 원칙은 사회의 중심으로 개인을 중시하는 서구의 사상으로 아리스토텔레스(Aristotle)와 토마스 아퀴나스(Thomas Aquinas)를 비롯하여 존 로크(Jhon Locke)의 자유주의와 이를 이어받은 후계자들로부터 정립되어 왔다.³⁰⁴⁾ 그리고 로마 가톨릭 교회의 전통으로 “사회적·정치적 문제는 그 해결책과 관련 있는 가장 가까운 지방단위에서 처리되어야 한다”는 원칙으로 “모든 사회기구는 개인을 위하여 존재하며 개인이 할 수 있는 일은 사회가 이를 할 수 없고 작은 사회가 할 수 있는 일은 큰 사회가 하여서는 아니 된다”는 사회적 이념이다.³⁰⁵⁾

이와 같이 보충성의 원칙은 유럽연합의 법률적 전통으로 “지역 공동체는 환경 문제와 관련된 행동을 수행하여야 하며 국가보다 지역공동체 단위에서 보다 더 효율적으로 할 수 있다”라고 소개된 바 있다. 이어서 마스트리히트 조약에서 선언되고 리스본 조약 제5조 제3항은 “보충성의 원칙”을 구체화 하였다.³⁰⁶⁾

이어서 ‘유럽연합 지방자치헌장’ 제4조 제3항은 “공적 책무는 주민에게 가장 가까운 공공단체가 우선적으로 집행하여야 한다”라고 선언함으로써,³⁰⁷⁾ 이를 보충성의 원칙으로 이해하고 있다. 또한 유엔 인간정주위원회와 세계지방정부협회가 마련한 ‘세계지방정부헌장(초안)’ 서문은 지방자치 기본원칙으로 “보충성의 원칙과 근접성의 원칙”을 선언하고,³⁰⁸⁾ 제4조 제3항은 “보충성의 원칙에 따라 공공

304) Alain Delcamp, et rel. Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity, Local and Regional Authorities in Europe, No. 55, 1994, pp.9-10.

305) Pope Pius XI, 1931, the 40th Anniversary of Rerum Novarum(Quadragesimo Anno), social and political issues should be dealt with at the most immediate(or local) level that is consistent with their resolution. A principle of social doctrine that all social bodies exist for the sake of the individual so that what individuals are able to do, society should not take over, and what small society can do, larger societies should not take over.

306) European Union, Treaty of Lisbon, 2009, Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.(보충성의 원칙에 따라, 독점적인 권한에 해당되지 않는 영역에서, 유럽연합은 회원 국가에 의하여 실질적으로 성취할 수 없는 행정의 목적에 해당되지 않는 한 국가와 지방의 수준에서 수행하며 행정의 규모와 효과의 이유로 유럽연합 수준에서 수행하는 것이 더 나은 경우에 한하여 수행한다)

307) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 4(3). Public responsibilities shall generally, in preference, by those authorities which are closest to the citizen.

308) United Nations, Centre for Human Settlements(UN-HABITAT), World Associations of Cities and Local Authorities Coordination(WACLAC) 1998, Towards A World Charter of Local Self-Government,the basic principles which should reside in the principles of subsidiarity and proximity, whereby

의 책무는 주민에게 가장 가까운 지방정부가 이를 집행하여야 한다”고 규정하였다.³⁰⁹⁾

위와 같이 보충성의 원칙에 따라 모든 공공책무는 기본적으로 지방정부가 담당하고 국가는 이를 보충하는 역할을 수행하여야 하며, ① 모든 의사결정은 가능한 개인 혹은 개개의 시민에게 가장 가까운 곳에서 행하여 져야 하고, ② 상위기관은 하위기관이 권능을 행사할 능력이 없는 경우에 하위기관을 보충하여야 하며, 이 경우 보충은 “의무”로 지워진다. 그리고 ③ 상위기관이 하위기관을 보충하는 경우에는 부족한 부분을 “보조” 내지 “보충”하는 한도 내에서 하여야 한다. 이와 같이 현대의 지방자치에서 보충성의 원칙에 근거한 지방분권의 원칙은 가장 중요한 기본이념으로써 인류보편의 원리이자 모든 국가의 중심적인 도전과제라 할 수 있다.³¹⁰⁾

그러므로 주민에 대한 직접적인 책임이 있는 지방자치단체가 공공의 사무를 담당하며 지역 공동체의 문제에 주민들이 직접적인 참여를 통하여 해결함으로써 자율적 통치를 의미하는 지방자치 정신에 가장 부합하게 된다. 따라서 보충성의 원칙은 실질적으로 지방분권의 근거로써 국가의 위임권력보다 지역주민의 선출에 의하여 구성된 지방자치단체에 권한을 부여하는 것으로 이해하여야 한다.³¹¹⁾

decisions should be taken at the level closest to the citizens(municipality and town) and that only tasks which the local level cannot effectively carry out alone should be referred to high levels.(보충성의 원칙과 근접성의 원칙에 의한 기본원칙은 주민에게 가장 가까운 지방자치단체에서 정책이 결정되어야 하며, 지방자치단체가 독자적으로 수행하기 어려운 문제에 한하여 상위 수준에서 보충되어야 한다)

309) UN-HABITAT, Initial Draft Text of a World Charter of Local Self-Government, Article 4(3). In accordance with the principle of subsidiarity, public responsibilities shall generally be exercised by those authorities which are closest to the citizen. In the same spirit, any allocation of responsibility to another authority must be based on the requirements of technical or economic efficiency. Article 4(4). Powers given to local authorities shall normally be full and exclusive. They should not be undermined, and may not be limited by another authority except to local conditions.(제4조 제3항. 보충성의 원칙에 따라, 공공의 책무는 주민에게 가장 가까운 기관이 수행하여야 한다. 같은 이유로 다른 기관에 대한 책임의 분배는 기술적 혹은 경제적효율성의 요구조건에 기반하여 배분되어야 한다. 제4조 제4항. 지방자치단체에 부여된 권한은 정상적으로 충분하고 독점적이어야 하며, 그 권한은 지방의 조건에 맞도록 다른 기관에 의하여 훼손되거나 제한되어서는 아니 된다)

310) 한귀현, “지방자치법상 보충성의 원칙에 관한 연구”, 『공법학연구』, 제13권제3호, 한국공법학회, 2012, p.247.

311) Alain Delcamp, et rel. *Supra*, p.7. The Community shall take action relating to the environment to the extent to which the objectives.....can be attained better at Community level than at the level of the individual member states.(지방 공동체는 환경과 관련된 목적의 달성을 위하여 행동하여야 하며.....각 회원국의 수준에서 공동체의 수준에서 보다 더 나은 성취를 할 수 있다)

(3) 지방이양의 의의

중앙권한의 지방이양은 지방분권의 목적으로써,³¹²⁾ 그 방향은 국가와 지방자치단체와의 관계 그리고 지방자치단체와 주민간의 관계를 증진하기 위한 목적으로 ① 권한 이양을 위한 법률을 재구성하여 ② 지방자치단체의 능력을 증진하고 ③ 지방자치단체의 책임과 투명성 그리고 대응성을 증진하고 ④ 시민사회의 역할을 증진하며 ⑤ 주민 삶의 질을 향상시키고자 하는 것이다.³¹³⁾

이를 위하여 지방이양은 정치적 분권과 재정적 분권 그리고 행정적 분권으로 이루어 진다. 그 중 가장 넓은 의미의 지방분권은 정치적 분권으로써 “중앙정부로부터 지역 주민의 선거에 의하여 구성된 지방정부에 정치적 권한을 이전하는 것”이라 할 것이다.³¹⁴⁾

312) Beth Walter Honadle, Theoretical and Practical Issues of Local Government Capacity in an Era of Devolution, *The Journal of Regional Analysis & Policy, JARP*, 2001, 31:1, p.78. One of the arguments supporting devolution is that devolution will actually help develop local capacity as opposed to just depend upon it: “By engaging in policy planning, local citizens further develop the skills, experience, connections, and the will to plan and implement local policies, projects and programs. Under this assumption, local leadership is developed and the structure of opportunity is changed so that both local institutions and individuals are better able to perform on their own behalf.”(Chaskin and Carg, 1997, p.634)(지방이양은 중앙에 의존하는 것에 비하여 지방의 역량을 강화시키는 실질적인 지원이 된다. 지방이양은 정책기획에 적용함으로써, 주민은 지방의 정책을 기획하고 수행하여 기술과 경험 그리고 주변 관계와 의지를 더욱 향상시킨다. 이 원칙에 따라, 지방의 리더십이 발전되고 기획의 구조가 변화되어 지방자치단체와 주민은 그들의 사무를 보다 더 나은 방법으로 수행할 수 있다)

313) Camille Cates Barnett, Henry P. Minis, Jerry VanSant, *Democratic Decentralization, United States for International Development, RTI International*, 1997, pp.1-2. The conceptual framework for democratic decentralization presented in this paper defines two key relationships of democratic decentralization: the relationship between the central government and local government and the relationship between local government and citizens. Five key characteristics of democratic decentralization are also identified: (1) implementing legal reforms to devolve power; (2) increasing local governments' ability to act; (3) increasing local government accountability, transparency, and responsiveness; (4) enhancing the role of civil society and (5) improving the quality of life.(민주적인 지방분권은 두가지 요소로써 중앙정부와 지방정부, 그리고 지방정부와 주민과의 관계이다. 민주적인 지방분권의 특징은 다섯 가지 주요요소로써 (1) 권한의 이양을 위한 법률의 개혁 (2) 지방정부의 능력 향상 (3) 지방정부의 책임성, 투명성, 대응성 증진 (4) 시민사회의 역할 증진 (5) 삶의 질 향상을 들 수 있다)

314) James Manor, *The Political Economy of Democratic Decentralization*, The World Bank, 1999, p.5. ① Deconcentration or Administrative Decentralization ② Fiscal Decentralization ③ Devolution or Democratic Decentralization.(① 좁은 의미의 지방분권 혹은 행정적 분권 ② 재정적 분권 ③ 지방이양 혹은 민주적 지방분권); John M. Cohen and Stephan B. Peterson, *Supra*, pp.6-7. ① Deconcentration is the transfer of authority over specific decision-making, financial and management functions by administrative means to different levels under the jurisdictional authority of the central government ② Delegation refers to the transfer of government decision-making and administrative authority and/or responsibility for carefully spelled out tasks to institutions and organizations that are either under its indirect control or independent. Most typically, delegation is by the central government to semi-autonomous organizations not wholly controlled by the government but legally accountable to it. Increasingly, central and local level governmental units are delegating tasks ③ Devolution - when

정치적 분권의 사례를 든다면 영국 의회가 1998년 ‘스코틀랜드 정부조직법 (Scotland Act)’을 제정하여 스코틀랜드의 의회와 정부조직을 규정하고, 특정한 법률의 유보사항을 제외한 모든 권한을 이양하였다.³¹⁵⁾ 이는 중앙권한의 포괄적·일괄적 이양으로써 법률이 부여한 모든 권리와 권한 그리고 공공의 책무는 물론 정책결정 권한과 관련되는 자원을 이전하는 것이다.

이어서 2011년에 제정된 영국 ‘지역우선법(Localism Act)’ 제1조 제1항은 “지방자치단체는 개인이 일반적으로 할 수 있는 모든 것을 수행 할 권한을 가진다”라고 규정하여 지방자치단체에 모든 권한을 부여하였으며,³¹⁶⁾ 2016년에 제정된 ‘지방자치단체 권한이양법(The Cities and Local Government Devolution Act)’ 제10조 제1항에 따라 잉글랜드 지역에서 주민의 직접 선거에 의하여 조직되는 지방정부에 ‘지역우선법’ 제1조 제1항에 따른 포괄적인 권한을 부여하였다.³¹⁷⁾ 이와 같이 이양은 국가의 권한을 지방의 정치적 실체인 지방자치단체에 그 권한을 포괄적으로 이전하는 것을 의미한다.

(4) 우리나라의 지방분권 추진

우리나라에서 지방분권의 개념은 “중앙행정기관이 법령에 규정한 권한을 지방자치단체에 이양함으로써 지방자치단체의 사무로 전환하고 자신의 권한과 책임

authority transferred by central governments to local-level governmental units holding corporate status granted under state legislation. Federal states are by definition devolved, though the extent of legally defined and shared powers devolved by the federal-government to lower-level governmental units can be quite limited(① 좁은 의미의 지방분권은 행정적 방법에 의하여 특정한 정책결정, 재정 및 행정기능에 관한 권한을 중앙정부의 관할권한으로 다른 수준으로 이전하는 것이다. ② 위임은 중앙정부의 직접 통제 하에 혹은 독립적으로 특정한 사무에 대한 정부의 정책결정과 행정권한, 그리고/혹은 그 책임을 다른 기관에 이전하는 것이다. 대체로 위임은 중앙정부가 준 자치조직에 전체적인 통제가 아닌 법률적인 책임을 이전하는 것이다. 점차적으로 중앙정부나 지방정부 단위에서는 위임이 증가하고 있다. ③ 이양은 법률에 따라 중앙정부가 지방자치단체의 지위를 가진 지방정부에 그 권한을 이전하는 것이다. 연방국가에서는 이양은 법률적으로 정의되고 분배된 권한이 지방정부 수준으로 그 권한이 이전되는 것으로 정의된다)

315) United Kingdom, Scotland Act of 1998, An Act to provide for the establishment of a Scottish Parliament and Administration and other changes in the government of Scotland(스코틀랜드 의회와 정부 설립 그리고 정부의 변경에 관한 사항을 규정하는 법률)

316) United Kingdom, The Localism Act 2011, 1. Local authority’s general power of competence, (1) A local authority has power to do anything that the individuals generally may do.

317) United Kingdom, The Cities and Local Government Devolution Act 2016, 10. General power of Competence, (1) The Secretary of State may by order provide for chapter 1 of Part 1 of the Localism Act 2011(which confers a general power of competence on local authorities) to have effect in relation to a combined authority specified in the order as it has effect in relation to a local authority.

으로 그 사무를 처리하도록 하는 것”을 의미한다.³¹⁸⁾ 이를 통하여 국가의 권한과 기능을 실질적으로 분산하여 상호간 조화를 통하여 국가의 권력분립에 기여하며,³¹⁹⁾ 지역 주민의 기본권을 보장하도록 하고 있다.³²⁰⁾

「지방자치분권 및 행정체제개편에 관한 특별법(이하 ‘지방분권법’이라 한다)」 제2조 제1항은 지방자치분권(이하 ‘자치분권’이라 한다)에 대하여 “국가 및 지방자치단체의 권한과 책임을 합리적으로 배분 함으로써 국가와 지방자치단체의 기능이 서로 조화를 이루도록 하고 지방자치단체의 정책결정 및 집행과정에 주민의 직접적인 참여를 확대하는 것을 말한다”라고 정의하고 있다.³²¹⁾ 그러나 우리나라 지방분권의 현실은 국가의 사무를 지방자치단체의 사무로 전환한다 할지라도 국가의 법령의 범위 안에서 자치입법권한은 제한을 받으며, “자신의 권한과 책임”이라 할지라도 전권한성과 자기책임성을 의미하지는 않는다는 점에서 한계가 있다. 또한 명확한 방향 제시는 어려울 뿐만 아니라 현실적인 한계가 나타나고 있다.³²²⁾

예를 들면 ‘지방분권법’ 제11조 제2항은 국가의 권한을 지방자치단체에 “포괄적·일괄적으로 이양하기 위하여 필요한 법적 조치를 마련하여야 한다”고 규정하고 제3항은 이양한 사무를 원활히 처리할 수 있도록 “행정적·재정적 지원을 병

318) 김홍대, 앞의 책, p.91.

319) 헌재 2007.12.27, 선고 2004헌바98 결정, 헌법이 지방자치를 중앙집권적 통치체제 내에서 중앙정부의 행정권을 지방에 관철시키는 수단으로 보거나, 하나의 위계질서 속에서 중앙정부의 행정작용의 하위에 두려고 한 것이 아님을 분명히 알 수 있으며, 각종 지방자치권의 실질적 내용까지 보장하려는 헌법의 의지를 규지할 수 있다. 우리 헌법은 국민주권주의와 자유민주주의, 그리고 기능적 권력분립 이념의 실현을 위해 지방자치를 독자적인 헌법 원리로 분명히 규정하고 있는 것이다.

320) 헌재 1998.4.30, 선고 96헌바62 결정, 이 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다.

321) 「지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법」은 「지방자치분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법」으로 그 명칭이 변경되어 2018.3.20. 부터 시행되고 있으며, “지방자치분권”의 정의에 대하여 종전에 “지방분권”과 같은 의미로 규정하였다.

322) 선정원, “도와 시군간 조례제정권의 배분기준에 관한 고찰”, 『지방자치입법론』, 통권제58호(제18권2호), 한국지방자치법학회, 2018, p.143. 이 법 제4조에서 “다른 법률과의 관계”라는 제목 하에 “자치분권과 지방행정체제 개편 등에 관하여 이 법에 규정이 있는 경우에는 다른 법률에 우선하여 적용한다”고 규정하여 사무배분에도 다른 법률에 우선하여 적용되는 것처럼 규정하고 있지만, 사무배분에 있어 특별법의 역할을 전혀 하지 못하고 있다; 문병호, “지방분권과 개헌”, 『토지공법연구』, 제79집, 2017, p.764. 지방분권은 중앙집권과 대비되는 개념일 뿐 개념만으로 분권의 수준이 결정되지는 않는다. 분권은 중앙권력과 지방권력의 관계를 나타내는 것일 뿐이다. 그러므로 지방분권이란 개념은 상대적으로 분권화되어 있음을 말할 수는 있으나 분권화만으로 중앙권력으로부터 완전한 독립과 자율을 누리는 것이라 단정 할 수는 없다.

행하여야 한다”고 규정하여 지방분권의 원칙을 정하고 있다. 그러나 ‘헌법’ 제37조 제2항에 해당하는 경우에는 포괄적인 위임도 불가능하며 국회가 형식적인 법률에 따라야 한다.³²³⁾ 이와 같은 연유로 현재까지 지방이양은 지속적으로 추진되어 왔음에도 불구하고 그 성과는 그다지 성공적이라 할 수 없으며,³²⁴⁾ 그 원인은 지방자치단체와 지역주민의 지지가 없이 중앙정부의 주도로 단순집행사무 혹은 이미 위임된 사무를 중심으로 추진되어 왔기 때문이라고 보여 진다.³²⁵⁾

즉 개별 법률이 중앙정부의 권한과 지방정부에 위임의 근거를 규정하고 대통령령에 “구체적·개별적”으로 단위사무를 열거하여 지방자치단체의 장에게 위임하는 기관위임 방식이라 할 수 있다. 이는 지방분권 차원에서 본다면 행정적 분권 중에서도 “이양”이나 “위임”이 아닌 가장 좁은 의미의 “행정권한의 위임”에 해당되며,³²⁶⁾ 넓은 의미의 이양은 물론 재정적 분권이나 정치적 분권에는 이르지 못하는 수준이라 할 것이다.

따라서 기관위임은 “행정권한”으로써 이를 이양이라 할지라도 지방자치단체가 그 사무를 수행함에 있어서 세부적으로 규정된 상위법령에 직접 구속된다는 점에서 “포괄적·일괄적 위임”을 의미하는 “이양”과 차이가 크다고 판단 된다.³²⁷⁾ 그러함에도 우리나라의 지방자치에 있어서 자치권한 중 기관위임사무의 비중이 지나치게 많고 중요한 업무를 차지하며 기관위임사무를 규율하는 규칙이 조례보다 훨씬 중요하게 취급되는 현실을 지적하는 견해가 있다.³²⁸⁾

323) 정종섭, 『헌법학 원론』, 박영사, 2014, p.996. 법률에서 조례에 위임하는 경우에도 국회의 입법기능을 완전히 지방자치단체에 위임할 수 없고, 백지 위임도 허용되지 않으며, ‘헌법’ 제37조 제2항에 해당하는 때에는 포괄적인 수권이 불가능하고, 중요사항은 국회가 법률에서 정하여야 한다(중요사항 유보설).

324) 백종인, 앞의 논문, p.5. 중앙행정기관은 이제까지의 중앙집권적 권력 체제 하에서 행정의 효율성과 일관성을 행정의 최고 가치로 인식하여 복합적 다원주의에 상응하는 지방분권화 시대에서의 지방자치를 통한 행정의 다양성의 가치를 깨닫지 못하고 있을 뿐만 아니라, 강한 부처 이기주의와 함께 권한 할거주의의 식 속에서 자치단체로의 권한이양에 대하여 강력하게 저항하였다. 이러한 자세는 이양대상사무를 발굴하거나 이양을 결정함에 있어 단순 집행적 사무나 기위임된 사무가 주요대상으로 되어 이양의 효과가 크지 않으며 자치단체의 역량을 재고시키는데 별로 기여하지 못하는 결과를 낳았다.

325) 이지은, 앞의 논문, pp.8-9, 지방자치발전위원회는 중앙권한 및 사무의 지방이양에 대하여 지방일괄이양법(안)을 제정하여 그동안 이양 확정 후 법률개정이 되지 않은 미이양사무(기관위임사무 중심)를 대상으로 일괄법제화를 추진하도록 되어 있다; 2015 행정자치부통계연보(2015년 12월 31일 기준)에 따르면 2000년부터 2012년까지 총 3,101개의 사무에 대한 지방이양이 확정되었으나 지방이양 작업이 완료된 것은 1,982건에 불과하다.

326) James Manor, *Supra*, p.5.

327) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조(위임 및 위탁의 기준 등) ① 행정기관의 장은 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무 및 일상적으로 반복되는 사무로서 그가 직접 시행하여야 할 사무를 제외한 일부권한(이하 “행정권한”이라 한다.)을 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장, 다른 행정기관의 장, 지방자치단체의 장에게 위임 및 위탁한다.

328) 정재황, 앞의 보고서, p.247.

그러하다고 할지라도 ‘지방분권법’ 제11조 제1항에서 말하는 “이양”의 개념에 대하여 “기관위임”은 물론 위임과 위탁, “포괄적·일괄적 위임” 등 다양한 개념을 포함하는 의미로 사용하는 것으로 보아진다. 그러므로 지방분권은 정치적 분권과 함께 재정적 분권을 지향하여야 하며 행정적 분권은 다양한 형태의 위임 그리고 궁극적으로는 이양이 이루어져야 한다. 그러나 과도한 중앙집권이나 절대적인 지방분권을 지향하여서는 아니 되며,³²⁹⁾ 지방분권은 국가와 지방자치단체 간에 서로 균형과 조화가 이루어져야 한다. 특히 중앙집권 경향이 강한 우리나라에서 지방분권을 추진하면서 지방자치의 본질이 훼손되어서는 아니 된다.

제4절 소 결

우리나라에서 지방자치는 헌법의 원리와 이념이 지방자치 현장에서 실질적으로 적용되고 있는지에 대하여 비판적인 검토가 필요하다.³³⁰⁾ 우선 우리나라의 지방자치에 대하여는 법률적으로 혹은 학술적으로도 일관되게 정의되지는 않았다. 따라서 현대에 와서는 지방의 정치적 실체로서 지방자치를 새롭게 인식하여야 할 필요가 있다. 또한 자치입법권한은 ‘헌법’ 제117조와 「지방자치법」 제22조가 보장하고 있음에도 동시에 제한하고 있다. 이를 중심으로 자치입법권한의 확대를 위한 해석론으로 논의가 진행되어 왔으나 현재까지도 진전이 없다. 그렇다고 할지라도 자치입법권한의 확대 방안에 대하여는 지속적인 논의가 필요하다.

지방자치의 본질에 대하여 고유권설과 제도적보장설이 대립되어 왔으나 제도 보장설이 다수설로써 위임입법설에 의하여 자치입법권한을 제한하는 근거로 활용되어 왔다. 이에 따라 우리나라의 지방자치는 민주국가의 중요한 수단이라 할

329) Jean Bonnal, A History of Decentralization, Food and Agriculture Organizations of the United Nations, Technical Consultation on Decentralization for Rural Development, 1999, p.1. There seems to be a consensus since the 1980s that too much centralization or absolute local autonomy are both harmful so that is necessary to put in place a better system of collaboration between the national, regional and local centers of decision-making.(1980년대 이후 과도한 중앙집권이나 절대적인 지방분권은 모두 해로우므로 국가와 지방의 정책 결정권한은 보다 나은 협력 체계를 구축할 필요가 있다는 의견의 일치가 있어왔다)

330) 김재호, 앞의 논문, p.303. 지방자치라 함은 상술한 헌법원리 이념을 근거로 하여 역사적, 경험적으로 성립된 관념으로써 일정지역 안에서의 공공적 과제를 국가가 아니라 그 지역 주민이 스스로의 책임 아래 처리함으로써 국가의 부담을 줄이고 주민의 자치역량을 배양하여 국민주권주의, 자유민주주의, 권력분립주의라는 헌법이념을 지역적 차원에서 구체적으로 실현함과 동시에 나아가 국민의 기본권을 신장시키는 조직 원리를 말한다.

지라도 소극적인 제도적보장설에 의하여 최소한의 보장에 머물러 있다.³³¹⁾ 따라서 조례는 민주적 정당성을 가진 지방의회가 제정한다 할지라도 법령의 집행을 위한 위임조례 위주의 하위지침으로 인식되어 왔으며 이와 같은 중앙집권적 인식을 전환할 필요가 있으며, 현대의 지방자치는 헌법이 보장하는 범위 내에서 광범위하게 보장되어야 한다.³³²⁾

또한 지방자치 고유권설은 부정되어 왔다.³³³⁾ 이와 같은 경향은 지방자치 초기에 당시 독일의 법실증주의자들에 의하여 부정되었던 제한된 인식에 의하여 비롯되어 우리나라에서 인용한 것으로 보여 진다. 그러함에도 지방자치 고유권은 영국과 미국에서 실재하는 실질적인 지방자치로써 천부 불가침의 기본적 인권과 같이 국가로부터 제한받지 않을 권리로써,³³⁴⁾ 국가의 모든 권한은 국민에게 있으며 지방자치는 국민주권주의를 기초로 한다.³³⁵⁾

지방자치단체의 소관사항은 자치사무와 위임사무로 자치입법권한은 이를 규율하는 자치조례와 위임조례로 구분할 수 있으며 자치사무는 “임의조례·자치조례”의 영역이라 할 것이다. 그러함에도 “법령의 범위 안에서” 제한되며 “단체자치” 위주의 지방자치에서 자치사무의 개념은 성립하기 어려울 수밖에 없다. 이에 비하여 “주민자치”에서 말하는 자치입법권한은 자치사무에 대하여 조례를 제정하여

331) 백종인, 앞의 논문, p.9. 칼 슈미트가 이해한 헌법상의 지방자치 보장은 전근대적 지방자치단체의 존립이 있을 뿐 지방자치의 방향키로서의 민주주의 혹은 그 내용으로서의 주민자치의 발전은 단념되었다.; 한수웅, 앞의 논문, p.250.

332) 현재 1998.8.27, 선고 96헌라1 결정, 중앙정부의 일원적 집중적인 광역행정 정책의 실현이라는 시대적 요청에도 불구하고 자기 것을 자기 스스로 다스리는 지방자치의 원리는 헌법에 의하여 보장되기 때문에 입법적 행정적인 수단에 대한 관여를 필요최소한으로 제한하지 않고서는 지방자치단체의 자주성 존중, 자립적 정책의 수립 집행이 제대로 되지 아니할 우려가 크기 때문이다.

333) 홍정선, 앞의 책, p.11. 고유권설은 민주주의 헌법국가의 논리로써 부적합하다.; 최환용, 앞의 책, p.115. 오늘날 국가를 중심으로 한 국가법 질서의 통일성이 요구되는 상황에서 국가 의사로부터 완전히 독립된 고유권을 가진 지방자치단체를 상징하기 어려운 바 기본적으로는 전래권설의 입장이 타당하다.

334) Max Schoetz Jr., *Supra*, p.192. If the Home Rule is necessary for the prosperity and well being of a city, how much more so is it necessary for the prosperity and well being of the individual, that are shall have the free exercise of his inherent rights to life, liberty, and pursuit of a happiness and unfettered and unsubordinated to government and centralized power.(홈-룰이 지방자치단체의 번영과 복지를 위하여 필요하다면, 생명과 자유의 고유한 권리 그리고 행복의 추구하고 중앙정부와 중앙집권으로부터 구속되지 않는 자유를 추구하는 것으로써, 어느 정도의 개인의 번영과 복지가 필요한가의 문제이다)

335) Amasa M. Eaton, *Supra*, p.442. At the adoption of the state constitution-all power was vested in the people of the state. The people still retain all power, except such as they expressly delegated to the several departments of the state government by the adoption of the constitution. In the first section, as first article of the constitution it is declared that "all powers is inherent in the people."(주 헌법의 적용에 있어서, 모든 권한은 주민에게 부여되어 있다. 주민은 헌법에 의하여 주 정부에 명시적으로 위임된 권한을 제외하고 모든 권한을 보유하며, 주 헌법 제1장 제1조는 "모든 권한은 주민의 고유한 권리이다"라고 선언되어 있다)

집행하는 권한으로써 오직 주 헌법과 ‘지방자치헌장’에 의하여 스스로 제한되며 모든 권리와 권한이 시원적으로 창설된다.³³⁶⁾

반면에 “위임조례·필수조례”는 법률은 물론 세부적으로 규정된 행정입법과 법령보충적인 행정규칙에 의하여 제한되고 있을 뿐만 아니라 현실적으로 국가의 법령이 자치사무의 영역에 과도하게 선점함으로써 자치입법권한을 제약하는 원인이 되고 있다. 따라서 중앙권한의 지방이양을 통하여 지방자치단체의 소관사항을 확대하여 자치입법권한 확대가 이루어 져야 하며, 지방의 실정에 맞도록 가능한 최대한도로 충분한 재량이 부여되어야 한다.³³⁷⁾

기관위임사무는 그 역기능으로 인하여 폐지를 추진하고 있다. 그러나 이를 국가사무 혹은 자치사무로 전환될 경우 국가의 법률 혹은 자치입법을 새로이 정하여야 하며 이때 입법기술적 난관이 예상되며 장기간이 소요될 것으로 보인다. 뿐만 아니라 위임사무를 국가사무로 전환하였을 경우에는 특별지방행정기관을 설립하게 되어 지방분권의 원칙에 반한다. 또한 기관위임사무는 지방자치단체의 장의 권한으로 “규칙” 제정사항이라는 완고한 중앙집권에 따른 경향일 뿐 다른 법률적 정당성은 없다. 따라서 기관위임사무에 대한 자치입법권한은 민주적 정당성을 가진 지방의회의 “조례” 제정사항으로 전환하여 실질적인 자치입법권한을 확대하여야 한다.

공동사무는 국가와 지방자치단체 혹은 복수의 지방자치단체 간에 공동의 이해관계가 있는 분야에 실재할 가능성이 있다. 그러나 국가의 법령의 우위성과 재정의 부담을 감안하면 수직적인 사무분장이라고 할 수 밖에 없다. 다만 복수 지방자치단체 간의 공동사무는 지방자치 수요가 점차 광역화되는 현실을 감안하여 이를 권장할 필요성이 있다. 이 때 본래의 지방자치단체와는 다른 지방행정 주체가 탄생하게 되며 자치입법권한의 확대를 위하여 지속적으로 논의할 필요성이

336) United States of America, The Charter of the City of Santa Monica, 400(Powers of City). The City shall have the power to make and enforce all laws and regulations in respect to municipal affairs, subject only to such restrictions and limitations as may be provided in this Charter and in the Constitution of the State of California.(시티는 자치사무와 관련된 모든 법률과 규칙을 제정하여 집행할 권한을 가지며, 오직 주 헌법과 이 ‘지방자치헌장’의 규정에 의하여만 제한된다)

337) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 4(Scope of Local Self - Government) 4. Where powers are delegated to them by a central or regional authority, local authorities shall, insofar as possible, be allowed discretion in adapting their exercise to local conditions. (지방자치단체에 위임한 중앙정부의 권한은 지방자치단체가 지방의 조건에 맞도록 행사하기 위하여 가능한 최대한 재량권한이 부여되어야 한다)

있다.

현대에 와서 지방자치 경향은 전통적인 관념에 머무르지 않고 질적·양적으로 확대되고 있으며 정책결정 권한은 가장 기초적인 지역 공동체 수준으로 이동하고 있다.³³⁸⁾ 또한 현대의 지방자치는 제도적 보장설에 의한 단체자치에서 고유권설에 의한 주민자치로 이동하면서 새로운 헌법적 인식이 변화되어 가고 있다.³³⁹⁾ 그러함에도 우리나라에서는 단체자치를 중심으로 형성되어 왔으며 주민자치에 대하여 매우 소홀하였다고 보여 지므로 개선이 필요하다.³⁴⁰⁾

자치입법권한은 지방의회의 민주적 정당성을 근거로 그 중요성이 더욱 강조되고 있으며 자치입법권한의 확대를 위하여 충분한 권한이 부여되어야 한다.³⁴¹⁾ 그러나 ‘헌법’과 「지방자치법」에 대한 현재의 해석론으로는 한계가 있을수 밖에 없으므로 새로운 변화가 필요하며 그 방법론은 지방분권에 있다 할 것이다.

지방분권은 현대 지방자치의 기본이념으로써 보충성의 원칙에 따라 집중된 국가의 권한은 과감하게 지방으로 이양되어야 하며,³⁴²⁾ 정치적 분권과 재정적 분권 그리고 행정적 분권으로 광범위하게 이루어져야 한다. 또한 중앙과 지방의 수직적 권력분립으로 국가의 수평적 권력분립을 보완하는 실질적인 법치국가의 요소로써 새삼 강조되어야 하며 지방분권의 목적과 방향은 물론 추진방식에 대하여도 재검토가 필요하다.³⁴³⁾

338) Michael Kaufmann and Harold Dilla Alfonso, Community Power and Grassroots Democracy, ZED Books, International Development Research Centre, 1997. Political Processes where as much decision-making authority as practical is shifted to the organization's lowest geographical or social level of organization.(많은 정책결정 권한은 실질적으로 정책결정과정에서 가장 하위의 조직 혹은 사회적 기구 단위로 이전되고 있다)

339) 최용진, 앞의 논문, pp.135-136.

340) 최봉석, 앞의 논문, pp.3-4. 오늘날에는 지방자치를 입법자로부터 보호하기 위한 헌법 해석론으로서 제도적 보장론이라는 버팀목은 더 이상 필요하지 않다.

341) Salvador Parrado, *Supra*, p.23.

342) 성낙인, 앞의 책, p.143.

343) 이광윤, 앞의 논문, p.3. 우리나라에는 이와 달리 맹목적인 분권화의 정치적 주장과 우리나라의 역사와 법질서에는 맞지 않는 무책임한 지방자치법 이론이 판치고 있어, 과연 분권화론자들의 논리적 근거가 타당한 것인지를 검토해 보고자 한다.

제3장 자치입법권한의 한계

자치입법권한은 소관사항의 원칙에 따라 지방자치단체가 주민의 복리를 증진하기 위한 그 사무의 범위에 따라 규율범위가 제한된다.³⁴⁴⁾ 뿐만 아니라 자치입법권한이라 할지라도 헌법을 정점으로 국가 법률체계의 한 부분으로써 법률적합성의 원칙에 따라야 하며 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙은 물론 헌법의 일반원칙에 의하여 제한될 수밖에 없다.

이와 같은 현실적인 한계를 극복하기 위한 많은 노력이 있어 왔음에도 불구하고 진전이 없으며 이를 엄격하게 따르다면 자치입법권한은 제한될 수밖에 없으므로 예외적인 부분에 대하여 검토할 필요가 있다. 이와 더불어 우리나라에서 고도의 자치권과 실질적인 지방분권을 선도할 목적으로 시행되는 ‘제주특별법’은 법률적합성의 원칙에 의한 한계는 물론 현실적으로 한계가 나타나고 있으므로 이를 개선하기 위하여 실증적인 논의가 필요하다.

제1절 법치주의와 자치입법권한의 한계

1. 법률유보의 원칙과 조례

(1) 법률유보의 원칙과 규제법정주의의 의의

법률유보의 원칙은 “합헌적 절차에 따라 제정된 법률은 헌법을 제외한 그 밖의 모든 국가의사에 우월하고 행정은 법률에 반할 수 없으며, 이 때 법률은 그 내용 또는 헌법에 합치되는 것이어야 한다”는 행정법의 일반원칙이다.³⁴⁵⁾ 또한 법치주의의 핵심적인 원리로써 국민의 기본권에 직접 영향을 미치는 본질적 사항에 대하여는 국회가 제정하는 법률에 근거를 두거나 적어도 법률의 위임에 의

344) 한수웅, 앞의 논문, p.265. 자치권이란 이중적 의미에서 자치권, 즉 지방자치단체의 과제영역(전권능성)과 과제의 자주적인 이행방법(자기책임성)에 모두 연관된 것이다.

345) 강주영, “조례 입법의 재정법적 문제”, 『지방자치법연구』, 통권제54호(제17권2호), 한국지방자치법학회, 2017, p.7; 홍정선, 『행정법원론(상)』, 제22판, 박영사, 2014, p.155; 홍정선, 앞의 책, p.316. 기본권 제한과 관련하는 한 고전적인 침해유보 또는 중요사항유보설은 자치입법에도 타당한 원리이다.

한 법규명령에 의하여야 한다는 원칙을 말한다.³⁴⁶⁾ 그러므로 법률유보의 원칙은 지방자치단체를 포함한 모든 국가기관의 행정권을 예외 없이 “법률”의 수권에 의하여야 한다는 법치국가의 원리이다.³⁴⁷⁾

그러나 법률유보의 원칙은 국가가 자치입법권한에 대한 자의적인 침해를 무제한 허용되는 것이 아니라,³⁴⁸⁾ 어느 정도 범위까지 법률의 근거가 요구되는가의 문제이다.³⁴⁹⁾ 따라서 ‘헌법’ 제117조 제1항의 “법령의 범위 안에서”와 관련하여 법률에 의한 조례의 위임은 어느 정도까지 인정할 수 있는가의 문제로서 국민의 자유와 권리의 침해인 경우 조례의 규율범위와 관련하여 견해가 대립된다.³⁵⁰⁾

즉 ‘헌법’ 제37조 제2항에 의하여 국민의 자유와 권리에 침해되는 경우로써,³⁵¹⁾ ‘헌법’ 제12조 제1항에 의한 죄형법정주의와 ‘헌법’ 제23조 제4항에 의한 재산권 법정주의 그리고 ‘헌법’ 제59조에 의한 조세법률주의에 대하여 논할 필요가 있다. ‘헌법’ 제37조 제2항은 “국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해 할 수 없다”고 규정하여 법률유보의 원칙을 선언하였다.³⁵²⁾ 그리고 「행정규제기본법」 제4조 제3항은 “법률에 근거하지 아니한 규제에 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다”고 규정하여 국가와 지방자치단체가 국민의 권리의 제한과 의무를 부과하는 경우는 반드시 국회가 제정하는 형식적인 “법률”에 근거하도록 규제법정주의를 채택하고 있

346) 김홍대, 앞의 책, p.98.

347) 김백유, 『행정법총론』, 박영사, 2016, p.1612.

348) 이기우·하승수, 『지방자치법』, 대영문화사, 2007, p.51.

349) 강현호, 『행정법총론(제2판)』, 박영사, 2007, pp.41-46. 법률유보의 원칙은 ‘기본법’에서 명시적으로 규정되어 있지 않으나 ‘기본법’ 제20조 제3항으로부터 도출된다. 입법자는 침해라는 특징을 불문하고 기본적인 규범영역에서 특히 기본권 행사의 영역에서 국가적인 규율이 가능한 범위 안에서 모든 본질적인 결정을 스스로 하여야 한다.

350) 김홍대, 앞의 책, p.102.

351) 조정환, 『행정법(하)(제2판)』, 진원사, 2010, p.190.

352) 헌재 2008.2.28, 선고 2006헌바70 결정, ‘헌법’은 법치주의를 그 기본원리로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보의 원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하여야 하는 것으로 이해하여야 한다. 그런데 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다.

다.³⁵³⁾ 이 규정은 헌법이 정하는 법률유보의 원칙을 다시 구체화한 것이다.

그러므로 법률유보의 원칙은 국민의 기본권에 직접 영향을 미치는 중요 사항에 대하여 엄격하게 적용되는 기준으로써 형식적인 “법률”을 의미하나, 법률 위임하는 지방자치단체의 조례라 할지라도 반드시 따라야 한다.³⁵⁴⁾ 그러한 점에서 조례는 주민의 기본권을 보호하는 측면과 자치입법권한이 제한된다는 양면성을 가진다.

이에 대하여 법원은 “법률의 위임 없이 조례로 국민의 권리제한과 의무부과에 관한 사항을 규정한 것은 무효”라는 점을 확인한 바 있다.³⁵⁵⁾ 이와 같이 법률유보의 원칙은 자치입법권한을 제한하며,³⁵⁶⁾ 조례는 국가의 법령 시행을 위한 하위 규정으로써 국가의 위임사무를 집행하기 위한 “위임조례” 밖에 존재할 수 없다. 따라서 자치단체의 고유사무에 대한 자치조례는 민주적 정당성에 의하여 제정되는 지역법·자주법으로써 법률유보의 원칙에 따라 법률의 수권이 반드시 필요한가에 대하여 논할 실익이 있다.³⁵⁷⁾

(2) “법령의 범위 안에서”의 해석론

‘헌법’ 제117조 제1항은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 「지방자치법」 제22조 제1항은 “지방자치단체는 그 사무에 관하여 법령의 범위 안에서” 조례를 제정할 수 있도록 규정하여

353) 「행정규제기본법」 제4조(규제법정주의) ① 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. ② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적 기술적 사항이나 경미한 사항으로써 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다. ③ 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다.

354) 정하중, 『행정법개론(제9판)』, 법문사, 2015, p.28.

355) 대판 2007.12.13, 선고 2006추52 판결, 「제주특별자치도가 여객자동차 운수사업에 관한 조례안」 제37조 제3항과 제4항은 (자동차 대여사업을 하고자 하는 사람의 영업활동을 제한하는) 그 수권규정인 ‘제주특별법’ 제324조 제2항이 조례로 정할 수 있도록 한 사항에 해당되지 아니하여 “법률의 위임없이” 국민의 권리 제한과 의무부과에 관한 사항을 규정한 것으로 무효이다.

356) 문상덕, 앞의 논문, pp.56-57. 헌법이 지방자치단체에게 직접 부여한 자치입법권을 국가가 침해적 법률유보의 고리를 매개로 근본적인 제약을 가하는 결과를 초래하고, 자치입법으로서의 조례에 대해 통상적으로 기대할 수 있는 기능마저 현저히 왜곡될 수 있다.

357) Seewald, Kommunalrecht, in Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., S. Rn. 75, 조성규, 앞의 논문, p.79에서 재인용. 법률우위의 원칙과 달리 조례제정의 경우에도 법률유보의 원칙이 적용되는가에 대해서는 의문이 있을 수 있는바, 기본적으로는 조례는 민주적 정당성에 근거한 자주법으로써 법률에 준하는 성질을 가지기 때문이다.

자치입법권한을 보장하고 있다. 이 경우에 조례는 법규명령과는 구별되는 지방자치단체의 자주법·지역법이라 할 수 있다. 그렇다 할지라도 조례는 국가 법률체계의 하부구조이며 독립된 배타적·폐쇄적인 법률구조라 할 수는 없다.³⁵⁸⁾

그러한 점에서 지방자치단체의 자치입법권한은 “법령의 범위 안에서” 제한되어 왔다. 즉 지방자치단체가 조례를 제정하고자 한다면 ① “법률” 혹은 “시행령과 시행규칙”이 정하는 조례의 규율범위에 따라야 하고 ② 지방자치단체에 그 특정한 권한을 위임하면 ③ 지방자치단체가 그 범위 안에서 조례를 제정하는 방식으로 활용되어 왔다. 이른바 국가가 지방자치단체에 사무를 위임하면서 국가의 법령 집행을 위한 하위규정의 하나로 “위임조례”로 인식되어 왔다.

헌법재판소는 “법령의 범위 안에서”의 “법령”에 의미에 대하여 “법률 이외에 ‘헌법’ 제75조 및 제95조에 의한 대통령령, 총리령 및 부령과 같은 법규명령”은 물론 “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 행정규칙도 포함 된다”고 판시하였다.³⁵⁹⁾ 또한 법규명령과 행정규칙이 법률의 범위 안에서 제정된 것이라면 법률과 일체가 되어 구속력을 발생하므로 조례보다 우위에 서는 것으로 판시한 바 있다.³⁶⁰⁾

다만 최근에 와서 법원은 “법령의 범위 안에서”라는 의미에 대하여 “법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서”라고 판단함으로써 자치입법권한의 규율 범위를 확장하여 해석하고 있다.³⁶¹⁾ 이 자치입법권한의 규율 범위로서 “법령의 범위 안에서”와 “법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서”의 차이점에 대하여는 별도로 논한다.

358) 김홍대, 앞의 책, p.100.

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

360) 박찬주, 앞의 논문, p.491.

361) 대관 2000.11.24, 선고 2000추29 판결, 「지방자치법」 제15조(현행법 제22조)에서 말하는 ‘법령의 범위 안’이라는 의미는 ‘법령에 위반되지 아니하는 범위 안’이라는 의미로 풀이 되는 것으로서, 특정사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라 할 수가 없다.

(3) “구체적으로 범위를 정하여”의 해석론

‘헌법’ 제75조는 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임하도록” 한 범위 내에서 대통령령을 정하도록 규정하고 있다. 따라서 법률에 대통령령으로 규정될 내용 및 범위는 구체적이고 명확하게 규정하여 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정하는 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하고자 하는 것이다.³⁶²⁾

법원은 “국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화 된다”고 판결한 바 있다.³⁶³⁾ 헌법재판소 또한 법률의 위임에 대하여 ‘헌법’ 제75조에 따라 법률은 “구체적으로 범위를 정하여” 대통령령에 위임하여야 한다고 판시한 바 있다.³⁶⁴⁾ 이 요건에 따라 법률에 의하여 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 대통령령으로부터 다시 위임되는 “위임조례·필수조례”의 규율범위는 또한 제한된다. 다만 헌법재판소와 대법원은 “조례에 위임할 사항은 ‘헌법’ 제75조 소정의 행정입법에 위임할 사항보다 더 포괄적이어도 헌법에 반하지 않는다”라고 판시한 바 있다.³⁶⁵⁾ 이 판결은 민주적 정당성

362) 헌재 1994.7.29, 선고 93헌가12 결정

363) 대판 1997.10.30, 선고 96헌바92 판결, 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석 및 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 ‘헌법’ 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단 하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적 개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라 질것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다.

364) 헌재 1997.9.25, 선고 96헌바18 결정, ‘헌법’ 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하므로, 법률조항 및 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것으로 판단된다.

365) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264,279 결정, 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 정하여야 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.

을 가진 지방의회의 대표성을 감안하여 법률의 구체적인 위임을 요하는 법규명령과는 달리 자치입법권한의 규율범위를 확장하고 있다.

따라서 지방자치단체가 국민의 자유와 권리를 제한하는 “규제조례”를 정하고자 한다면 “법률”에 의한 “포괄적 위임”의 근거를 반드시 필요로 한다.³⁶⁶⁾ 그러나 포괄적 위임은 입법 기술적으로 법률 제정에 제한적이다. 특히 해당 법률의 본질적 사항은 조례에 위임 할 수 없으며 전체의 사무 중 그 사무의 일부에 한하여 위임될 수밖에 없으므로 자치입법권한은 제한된 범위 내에서 허용된다.

(4) 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 해석론

「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 “법률의 위임”을 요구하고 있다. 이 때 “법률의 위임”은 ‘헌법’ 제37조 제2항에 의한 법률유보의 원칙에 근거한 것으로 설명되고 있다. 법원은 이 단서의 규정에 대하여 조례로 국민의 자유와 권리를 제한하고자 한다면 반드시 국회가 제정한 형식적인 “법률”의 위임을 요구하는 법률유보의 원칙에 따르도록 엄격한 적용을 요구하고 있다.³⁶⁷⁾

그러나 ‘헌법’ 제117조 제1항이 민주적 정당성을 지닌 지방의회가 제정하는 자치조례에 대하여 자치입법권한을 포괄적으로 부여하였음에도 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 규정이 자치입법권한을 과도하게 제한하여 위헌인가 혹은 합헌인가의 학설은 대립되어 있다. 이 논란에 대하여는 아래와 같다.

(5) 학설

1) 위헌설

366) 박찬주, 앞의 논문, p.512. 주의 할 것은 포괄적 위임이 가능하더라도 그 포괄적 위임이 이루어지고 있는 나의 여부는 「지방자치법」 제22조 단서가 아니라 위임을 하는 개별 법률이 위임규정을 통해 판단한다는 점이다.

367) 대관 1995.6.30, 선고 93추113 판결, 「지방자치법」 제15조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리의 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”라고 규정하고 있는바, 이는 국민의 자유와 권리를 제한 함에 있어 법률유보의 원칙을 선언한 ‘헌법’ 제37조 제2항에 근거한 것이다.

위헌설은 조례의 본질을 “준입법설”로 보는 입장이다. 따라서 ‘헌법’ 제117조 제1항은 “법령의 범위 안에서” 자치입법권한을 포괄적으로 보장하였다고 주장한다. 그러므로 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 헌법이 자치입법권한을 포괄적으로 보장하였음에도 불구하고 이보다도 더 제한하여 지방자치를 보장하는 헌법의 취지에 반한다는 견해이다.³⁶⁸⁾

이 견해에 따른다면 조례는 지방자치의 본질적 사항으로써 헌법에 의한 포괄적 보장에 의하여 국가의 법령과는 구별되는 자치입법권한이라는 점에서 법령의 위임이 없이도 주민의 권리제한과 의무부과에 관한 사항은 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되는 조례에 의해서 가능하다. 그러므로 이는 근본적으로 국가의 법령 규율사항이 아니라 지방자치단체의 조례 규율사항으로써 지방자치의 본질적 사항까지 법령에 유보하여 조례제정권을 제한하는 것은 명백한 자치입법권을 침해하는 것으로 위헌이라는 주장이다.³⁶⁹⁾

2) 합헌설

합헌설은 조례의 본질을 “위임입법설”로 보아 조례 제정은 국가로부터 권한이 위임되었다고 주장하는 견해이다. 따라서 ‘헌법’ 제37조 제2항에 따라 국민의 자유와 권리는 반드시 “법률”으로써 제한 할 수 있도록 요구하고 있으므로, 조례가 주민의 권리의무에 관한 사항이나 벌칙을 정하고자 한다면 반드시 법률의 위임이 있어야 한다고 본다. 이 경우에도 위임은 일반적·포괄적 위임을 요하는 것이 아니라 개별적·구체적 위임이 타당한 것으로 본다.³⁷⁰⁾

368) 박윤훈·정형근, 『최신 행정법 강의(하)』, 박영사, 2009, p.120; 김영천, “한국에 있어서 지방자치의 헌법적 기초”, 『지방자치법연구』, 통권제4호(제2권2호), 한국지방자치법학회, 2002, p.20; 정만희, “헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향”, 『지방자치법연구』, 통권제3호(제2권1호), 한국지방자치법학회, 2002, p.16.

369) 이기우·하승수, 앞의 책, pp.321-324; 홍정선, 앞의 책, p.293. 국회가 제정한 법률로써 지방의회가 제정한 조례는 포함되지 아니하며, 자치입법권은 지방자치제 보장의 핵심 보호영역에 속하며 자치행정의 표현이고 중앙집권이 아니라 분권의 표현이다; 김철수, 앞의 책, p.1843. ‘헌법’ 제37조 제2항은 국가의 입법권에 관하여 규정한 것이지 지방자치단체의 입법권에 관하여 규정한 것이 아니며, 또 국민의 권리 자유의 규제에 관하여 법률의 근거를 요하는 이유는 국민의 자기의 승인에 의하지 않고는 자기의 권리 자유를 침해받지 아니한다는 대표민주주의의 원리에 근거한 것으로, 이와 같은 요청은 조례가 주민의 대표기관인 지방의회의 의결에 의하여 제정되는 이상 충분히 충족된다고 본다; 박찬주, 앞의 논문, p.483. 「지방자치법」 제22조 단서가 위헌이라고 보는 경우에는 지방자치단체가 제정하는 조례가 법령의 범위 내에서 주민의 권리에 대한 제한과 의무의 부과 및 형벌에 관한 규정을 하더라도 법률에서 조례제정에 대해 포괄적 위임을 하였는가의 여부는 문제되지 아니한다고 보아야 할 것이다.

370) 권영성, 앞의 책, p.248. 주민의 자유와 재산을 침해나 제한하는 조례의 제정은 특별한 법률의 위임을 요한다. 이 때의 위임이 일반적·포괄적 위임을 의미하느냐 아니면 구체적·개별적 위임을 의미하느냐에 관

그러므로 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 자치입법권한을 본질적으로 제한하지 아니하였으며 국민의 권리 제한이나 의무 부과에 관한 사항을 법률이 위임하도록 규정하는 것은 입법정책에 속한다고 주장한다.³⁷¹⁾ 뿐만 아니라 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 삭제한다 하더라도 국민의 기본권을 제한하는 조례는 여전히 ‘헌법’ 제37조 제2항에 의한 법률유보의 원칙에 따라 구체적·개별적인 법률의 위임을 요할 수 밖에 없다고 주장한다.³⁷²⁾

또한 “법령의 범위 안에서”의 개념을 ① “법령에 반할 수 없다”는 의미와 ② 경우에 따라 “법령의 근거를 필요로 한다”는 의미로 본다. 그러므로 국민의 기본권을 최대한으로 보장하여야 하는 ‘헌법’ 제37조 제2항이 정하는 법률유보의 원칙에 따라 국민의 기본권을 제한하는 조례를 제정하고자 한다면 반드시 법률의 근거가 있어야 한다고 주장한다.³⁷³⁾

(6) 판례

법원은 이미 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 “위헌성이 있다고 할 수 없다”고 판단하여 법률유보의 원칙을 확인한 바 있다.³⁷⁴⁾ 이와 같이 법원의 판결은 주민의 권리제한이나 의무부과 또는 벌칙의 제정에 관하여 반드시 법률의 위임을 요구하는 입장이다.³⁷⁵⁾ 다만 최근에는 법규명령과 달리 조례에의 위임은 포괄적 위임으로 족하다는 판결,³⁷⁶⁾ 자주법으로써 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”

해서는 견해가 갈리고 있지만 후설이 타당하다.

371) 박근성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2013, p.169.

372) 박찬주, 앞의 논문, pp.495-496.

373) 김철용, 앞의 책, p.82-83; 홍정선, 『지방자치법학』, 박영사, 2000, p.213; 홍정선, 『행정법론(하)(제14판(2006년판))』, 박영사, 2006, p.126.

374) 대판 1995.5.12, 선고 94추28 판결, 「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 있는 바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 ‘헌법’ 제37조 제2항의 취지에 부합한다고 할 것이므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수는 없다.

375) 대판 2012.11.22, 선고 2010두19270 판결, 「지방자치법」 제22조, 「행정규제기본법」 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체가 조례를 제정함에 있어 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 하므로 법률의 위임없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 효력이 없다.

376) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264, 279 결정, 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 그 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여야 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다; 대판 1991.8.27, 선고 90누6613 판결, 법률이

주민의 권리의무를 조례로 제정할 수 있다는 판결,³⁷⁷⁾ 등 민주적 정당성을 지닌 지방의회의 포괄적인 자치입법권한을 인정하는 경향으로 변화하고 있다.

그러함에도 이 판결은 국가의 법령이 위임사무를 규율하면서 지방자치단체에 자치입법권한을 포괄적으로 위임한 경우에 한정되며, 자치입법권한을 모두 일반적으로 부여했다 할 수는 없다. 또한 자치사무를 규율하는 자치조례라 할지라도 법령이 정한 내용을 보충하거나 새로운 기준을 변경하는 조례를 위법이라고 보는 판결,³⁷⁸⁾ 그리고 법률이 정하는 기준보다 강화된 기준을 요구하는 조례를 무효라고 보는 판결,³⁷⁹⁾ 그리고 초과조례라고 할지라도 법률의 위임을 요구하는 판결³⁸⁰⁾ 등 여전히 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 의한 법률의 위임을 요구하고 있다. 이와 같이 법률의 위임이 없이 주민의 기본권을 조례로 제한하는 것은 여전히 위헌이라고 보고 있으며, 권리의 제한과 의무의 부과 그리고 벌칙의 부과 등 주민의 기본권을 제한하는 침익적 조례는 법률의 위임의 범위 안에서 엄격한 해석을 요하고 있다.

(7) 검토

헌법재판소와 법원의 판결은 이미 ‘헌법’ 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조 제1항에서 말하는 “법령의 범위 안에서”의 의미를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 적용하고 있다. 또한 ‘헌법’ 제117조 제1항은 포괄적인 자치입법권

주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례가 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다

377) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264·279 결정, 법률이 주민의 권리 의무에 관한 사항을 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였을 경우 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체이 자주법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리 의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다.

378) 대판 1994.2.8, 선고 93누8276 판결, 「학원의 설립 운영에 관한 법률」 제5조 제2항의 규정취지는.....아무런 위임근거 없이 지역별 교습수요의 기준이라는 새로운 인가기준을 설정한 다음, 지역별 교습 수요의 기준을 조례로 정할 수 있도록 규정한 것은 학원설립의 자유를 근거 없이 부당하게 제한하는 것으로 모법에 위반되어 무효이다.

379) 대판 1997.9.25, 선고 97추43 판결, 「수원시 자동차 차고지 확보 등에 관한 조례안」이 차고지를 확보하지 아니하면 자동차 건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다면, 이는 주민의 권리를 제한하고 주민에게 의무를 부과하는 것임에 분명하므로 「지방자치법」 제15조 단서의 규정에 따라 그에 관한 법률의 위임이 있어야만 적법하다.

380) 대판 1997.4.25, 선고 96추251 판결

을 보장하며 개별법령의 특별한 위임이 없어도 조례제정이 가능하고,³⁸¹⁾ 법규명령과 달리 법률의 “구체적인 범위”가 아닌 “포괄적 위임”³⁸²⁾인 경우 국가의 입법권과는 달리 포괄적인 자치입법권한을 허용하였다고 볼 수가 있다.³⁸³⁾

그러나 일반적으로 허용된다는 의미로 볼 수 없으며,³⁸⁴⁾ 위임사무를 규율하는 포괄적 위임에 대한 판단은 「지방자치법」 제22조 제1항 단서가 아니라 개별 법률의 위임에 따라 판단될 수밖에 없다. 반면에 자치사무에 대하여 자치조례로 규율하고자 한다면 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 따라 “주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항”에 대한 “법률의 위임”을 요구하는 법률유보의 원칙에 따라 여전히 제한된다.

그러함에도 우리나라의 지방자치에서 위임조례와 자치조례에 대한 명백한 구별이 없으며 위임조례의 비중이 지나치게 많고 법령의 시행을 위한 하부규정으로 밖에 기능 할 수 없다는 한계가 있다. 이로 인하여 자치조례는 행정조직·내부규율 혹은 선언적·시혜적인 조례로 제한될 수밖에 없으며 실질적인 조례로서 “규제조례”는 애초부터 근거를 정하지 않았다.

또한 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 합헌이라 할지라도 문제가 없다는 것을 의미하지는 않는다. 다만 “순수한 자치사무”에 대한 자치조례는 중앙정부의 위임입법 사항이 아니라,³⁸⁵⁾ 지방자치단체의 전권한성과 자기책임성의 원칙에 따라 스스로 법률의 위임이 없이도 주민의 권리제한과 의무부과 그리고 벌칙에 관한 규정을 제정할 수 있도록 실질적인 자치입법권한 확대가 필요하다. 그러한 점에서 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 대한 “위헌설”과 “합헌설”은 모두 타당

381) 박찬주, 앞의 논문, p.491.

382) 대판 2006.9.8, 선고 2004두947 판결, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리 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 제5893호로 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 포괄적 위임금지의 원칙에 반하는 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

383) 문상덕, 앞의 논문, p.56.

384) 조정찬, 앞의 논문, p.44. 위임조례의 경우 자치입법에는 포괄위임이 허용된다는 현재나 대법원의 견해도 별 의미를 갖지 못하는 바 어차피 법령에서 구체적인 범위를 정하여 위임을 하게 되고 그 위임범위를 벗어나거나 상위법령과 저촉되는 내용의 조례를 제정할 경우에는 재의요구 지시나 대법원 제소로 이어지기 때문이다.

385) 오준근·정준현·김동건, 앞의 논문, p.42.

하다고 보여 진다. 즉 조례를 하나의 개념으로 통합하지 않고 각각 자치조례와 위임조례로 명백하게 구분한다면 설명이 가능하다.

2. 죄형법정주의와 조례

(1) 죄형법정주의의 의의

죄형법정주의는 “법률이 없으면 범죄도 없고, 법률이 없으면 형벌도 없다”³⁸⁶⁾는 법치주의 기본원리로서 국민의 기본권 보장을 목적으로 하는 것이다. 이 원칙에 따라 범죄의 구성요건과 형벌은 국민의 대표인 국회가 제정하는 “법률”로 정해야 하는 형식적 요구와 명확성이 요구된다.³⁸⁷⁾ 또한 최소한의 위임입법은 불가피하다 할지라도 법률의 위임내용은 명확하여야 하며, 벌칙 규정은 일반적·포괄적 위임이 금지된다. 다만 모법에 처벌대상 행위의 구체적인 기준을 제시하고 형의 종류 및 상한을 명백히 정하여 행하는 구체적 위임은 가능하다.³⁸⁸⁾

‘헌법’ 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니 한다”고 규정하여 죄형법정주의와 적법절차의 원칙을 규정하고 있다.³⁸⁹⁾ 또한 헌법재판소는 죄형법정주의에 대하여 처벌하고자 하는 행위가 무엇이고 그에 대한 형벌과 구성요건을 형식적 “법률”에 명확히 규정할 것을 요구하며 있으며,³⁹⁰⁾ 이는 지방자치단체가 조례를 제정하는

386) 김상태, 앞의 논문, pp.229-230. 죄형법정주의는 ‘헌법’ 제12조 제1항에 의하여 보장된 헌법상 원칙이며, ‘법률이 없으면 범죄도 없고, 법률이 없으며 형벌도 없다(nullum crimen, sine lege nulla poena sine lege)’는 근대형법의 기본원리지만, 기본적으로는 인권의 보장을 목적으로 하는 것이다. 이러한 죄형법정주의는 법치국가 사상이 형법에 표현된 것이고, 이는 행정법에 있어서의 법치국가사상의 표현인 법치주의와 사상적으로 공통되는 부분이라고 할 수 있다.

387) 김철수, 앞의 책, p.628.

388) 성낙인, 『헌법학(제17판)』, 법문사, 2017, p.1117. 현재 1997.9.25, 선고 96헌가16 결정, 법률에 의한 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측 할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

389) 현재 2003.6.26, 선고 2002헌바3 결정, 죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙을 의미한다.

390) 현재 2001.1.18, 선고 99헌바112 결정, 범죄와 형벌이 법률로 정하여야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한

경우에도 당연히 적용되어야 한다.

그러나 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 대하여 법률의 위임이 필요한가에 대하여는 학설은 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하며 아래와 같이 논한다. 또한 동법 제27조 제1항과 제139조 제1항에 따라 과태료를 정할 수 있도록 한 규정에 대하여 죄형법정주의에 반하는가의 문제를 검토할 필요가 있다.

(2) 학설

1) 긍정설

조례의 본질을 법률에 준하는 성질을 가진 것으로 보는 견해이다. 즉 지방의회의 조례 제정은 ‘헌법’ 제117조 제1항에 의하여 포괄적으로 부여되었으므로 그 실효성의 확보를 위한 벌칙 제정권도 헌법에 의하여 직접 수권되었다고 본다. 따라서 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 규정은 국가사무를 규정한 것으로 보아야 하며 자치사무는 법률의 개별적 위임이 없더라도 자치조례로써 그 실효성을 담보하기 위한 벌칙을 정할 수 있다고 주장한다.³⁹¹⁾

그러므로 민주적 정당성을 가진 지방의회가 제정하는 조례는 법규명령과는 달리 일정 한도의 포괄적 위임이 허용되었으며, 자치사무를 처리하기 위한 자치조례의 실효성 확보를 위하여 권리의 제한과 의무의 부과 그리고 벌칙을 정할 수 있도록 하여야 한다는 주장으로 요약된다.

2) 부정설

조례의 본질은 위임입법이라는 견해이다. 그러므로 헌법에 의한 죄형법정주의 원칙에 따라 법률의 개별적·구체적 위임이 없이는 권리의 제한과 의무의 부과,

형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다. 범죄행위의 유형을 정하는 구성요건과 제재규정인 처벌규정을 별도의 조항에서 정하고 있는 이 사건 법률 조항은 처벌규정에서 범죄구성요건에 해당하는 당해 법률규정을 명시하지 아니하고 단지 ‘이 법과 이 법에 의한 명령에 위반하여’ 라고만 규정한 것은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다.

391) 김동희, 앞의 책, p.9. 조례는 법규명령과는 달리 주민의 선거에 의하여 구성된 지방의회가 제정하는 것으로 그것은 법률에 준하는 성질을 가지는 것이므로, 그에 대한 일정한도의 일반적 포괄적 위임은 허용되어야 할 것이다.; 홍정선, 앞의 책, p.298. 조례는 민주적 정당성을 가진 지방의회에 의하여 제정되는 것이므로 법령의 위임이 반드시 구체적이어야 하는 것은 아니고 추상적이어도 가능하다는 점을 유념할 필요가 있다.

벌칙을 조례로 정할 수 없다고 주장한다. 그러므로 조례가 벌칙에 관한 사항을 법률의 위임에 의해 제정하도록 할 것인지 여부는 입법정책에 속하는 것으로 보아야 한다는 주장이다.³⁹²⁾

따라서 ‘헌법’ 제117조 제1항은 자치입법권을 포괄적으로 보장한다 할지라도 그 구체적인 범위는 헌법과 법률의 범위 안에서 정하여 진다는 주장이다. 그러므로 우리나라 사법제도상 형벌권은 국가의 관할 사무이며 형사벌은 국회가 제정한 법률에 의하여 국가에 전속하는 것으로 해석한다.³⁹³⁾ 특히 이 견해는 기본권의 제한에 대하여 법률의 유보를 요구하는 ‘헌법’ 제37조 제2항, 죄형법정주의에 관한 ‘헌법’ 제13조, 조세법률주의에 관한 ‘헌법’ 제59조의 취지에 비추어 볼 때 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 이러한 헌법조항의 취지를 확인한 것에 불과하므로 ‘헌법’에 합치한다고 본다.

(3) 판례

1) 조례위반에 과해지는 형벌이 죄형법정주의 위반인지 여부

법원은 「경상북도 의회에서의 증언·감정 등에 관한 조례(안)」 판결에서 “「지방자치법」 제20조는 형벌권을 삭제하여 지방자치단체의 조례로써 조례위반에 대하여 1,000만원 이하의 과태료만을 부과할 수 있도록 규정하고 있으므로, 조례 위반에 형벌을 과할 수 있도록 규정한 위 조례안 규정들은 현행 「지방자치법」 제20조에도 위반 된다”고 지적한 바 있다.

그러므로 이 조례(안)은 “적법한 법률의 위임없이 제정한 것이 되어 「지방자치법」 제15조 단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 ‘헌법’ 제12조 제1항에도 위반된다”고 판시한 바 있다.³⁹⁴⁾ 이 판결에 따르면 조례에 범죄의 구성요건과 벌칙을 정하고자 한다면 죄형법정주의의 원칙에 따라 국회가 제정한 형식적인 법률의 위임을 요구하고 있는 것이다.

392) 최송화, 『법치행정과 공익』, 박영사, 2002, pp.573-575. 사법권이 국가에 전속하고 있는 이상, 지방자치권의 행사로서의 조례가 형사벌칙을 규정하더라도 그것이 법률의 일환으로써 형사사법권에 의해 담보되지 않는 한 현행법적 의미를 가질수 없는 것은 분명하다.

393) 최송화, 앞의 책, pp.573-575.

394) 대판 1995.6.30, 선고 93추83 판결

2) 조례위반에 대한 과태료 부과죄형법정주의 위반여부

「지방자치법」 제27조 제1항은 “지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 구 「지방자치법」 제20조에 의한 형벌규정이 죄형법정주의에 위배된다는 이유로 개정되었으나,³⁹⁵⁾ 범죄의 구성요건에 아무런 법률의 위임이 없이 별칙으로 과태료를 정하였으므로 죄형법정주의에 위반된다는 견해가 있다.³⁹⁶⁾

그러나 헌법재판소는 형사처벌과 과태료의 부과는 이중처벌에 해당하지 않는다고 판결함으로써,³⁹⁷⁾ 죄형법정주의는 국가의 형벌권 행사에 의한 형사처벌에 한하여 적용되고 과태료는 행정질서벌로서 죄형법정주의의 규율대상이 아니라는 점을 명확히 하고 있다.

이에 비하여 「지방자치법」 제139조 제2항은 “사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료를, 공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 조례로 제정할 수 있다”는 규정하고 있다. 이에 대하여 법원은 구체적인 행위의 구성요건을 특정하고 벌칙(과태료)을 정하였기 때문에 죄형법정주의에 저촉되지 않는다고 판시한 바 있다.³⁹⁸⁾ 이와 같이 형식적인 법률에 행위의 구성요건과 벌칙이 규정되어야 법률유보의 원칙이 요구하는 조건을 갖추 수 있다고 보여 진다.

(4) 검토

395) 1994.3.16 개정 이전의 「지방자치법」 제20조, 시도는 지방자치단체의 조례로써 3월 이하의 징역 또는 금고, 10만원 이하의 과태료의 벌칙을 제정할 수 있다.

396) 김홍대, 앞의 책, p.139.

397) 헌재 1994.6.30, 선고 92헌바38 결정, ‘헌법’ 제13조 제1항이 정한 ‘이중처벌금지의 원칙’은 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로서, 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것으로, 그 처벌을 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 위미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익 처분은 모두 그에 포함된다고 할 수 없다...구 「건축법」 제54조 제1항에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 동법 제5조 제1항에 의한 과태료의 부과는 ‘헌법’ 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 볼 수 없다.

398) 대판 1989.12.12, 선고 89누5560 판결, 「지방자치법」 제130조 제2항 및 이에 근거하여 제정된 「서울특별시급수조례」 제34조 제1항 내지 제3항, 「서울특별시하수도사용조례」 제29조 제1, 2항의 각 규정취지에 의하면 과태료의 부과대상자는 사기(또는 허위) 기타 부정한 수단으로 사용료를 면한 부정행위자 본인과 그러한 자의 부정행위에 가담하거나 동조한 자에 한정된다고 보아야 할 것이므로 급수사용료 등의 납부의무가 있는 건물의 소유자라 하더라도 위와 같은 부정행위를 하지 아니한 경우에는 추정금이나 과태료를 부과할 수 없다.

우리나라에서 조례 위반에 대하여는 행정질서벌로 과태료를 부과할 수 있도록 하여 실효성 보장을 위한 수단으로 활용하고 있다. 그러나 이는 다른 나라에서 조례의 실효성 확보 수단과는 다른 특징이 있다.

예를 들면 1882년에 제정된 영국의 구 ‘지방자치법’ 제23조 제1항은 조례 위반에 대하여 경범죄로 5파운드 이하의 벌금을 조례로 정할 수 있도록 규정한 바 있다.³⁹⁹⁾ 현행 ‘지방자치법’ 제237조는 조례를 제정하는 권한이 부여된 범위 안에서 벌금을 정할 수 있으며, 누범에 대하여 20파운드 이하의 벌금 혹은 1일 5파운드 이하의 벌금을 규정할 수 있도록 허용하고 있다.⁴⁰⁰⁾

미국 ‘캘리포니아 주 정부조직법’ 제7조는 지방자치단체 조례 위반을 형벌규정이 없이 경범죄로 정하여 벌금(fines)의 부과와 민사소송(civil action)을 할 수 있는 근거를 규정하였으며,⁴⁰¹⁾ 독일 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제28조는 조례 위반에 대하여 “벌금과 현장 경고 벌금(Geldbußen und Verwarnungsgelder)”의 근거를 규정하였으나 행위의 구성요건과 벌칙의 구체적인 범위를 정하지 아니하였다.⁴⁰²⁾

399) United Kingdom, Municipal Corporation Act, 1882, Article 23(Bylaw) The council may from time to time, make bye-laws as to them seem meet for the good rule and governments of the borough, and for prevention and suppression of nuisances not already punishable in a summary manner by virtue of any Act in force throughout the borough, and may thereby appoint such fines not exceeding in any case five pounds, as they deem necessary for the prevention and suppression of offences against the same.(지방의회는 선정과 지방정부의 조직, 그리고 이미 처벌규정이 있는 사항을 제외하고 이 법에 따라 약식기소의 방법으로 생활안전방해의 예방과 제재에 맞는 조례를 제정할 수 있다. 그리고 생활안전방해의 예방과 제재에 위반하는 경우 5파운드를 넘지 않는 범위 내에서 벌금을 규정할 수 있다)

400) United Kingdom, Local Government Act 1972, Article 237(Offences against bylaws), Byelaws to which section 236 above applies and byelaws of a class prescribed by regulations under section 236A may provide that persons contravening the bylaws shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding such sum as may be fixed by the enactment conferring the power to make the byelaws, or if no sum is so fixed, the sum of £20, and in the case off a continuing offence a further not exceeding such sum as may be fixed as aforesaid, or if no sum is so fixed, the sum of £5 for each day during which the offences after conviction thereof.(이 법 제236조가 적용되는 조례와 제236A조에 의한 규칙이 규정하는 조례는 조례에 위반하는 자에게 조례를 제정하는 권한에 따라 정한 벌금의 범위를 초과하지 않는 범위에서 약식기소로 책임을 물을 수 있다. 또한 금액을 정하지 않았다면 20파운드의 범위 내에서, 누범의 경우에 앞에서 정한 범위를 넘지 않는 범위 내에서 정할 수 있다. 또는 금액을 정하지 않았다면, 혐의가 확정된 이후 일일 5파운드의 범위 내에서 정할 수 있다)

401) United States of America, California Government Code, Article 7(Ordinances) 25132(a) Violation of a county ordinance is a misdemeanor unless by ordinance it is made an infraction. The violation of a county ordinance may be prosecuted by county authority in the name of the people of the State of California, or redressed by civil action. 36900(a) Violation of a city ordinance is a misdemeanor unless by ordinance it is made an infraction. The violation of a city ordinance may be prosecuted by city authority in the name of the people of the State of California, or redressed by civil action.(제25132(a) 조. 카운티 조례 위반에 대하여는 경범죄로 한다. 카운티 조례 위반에 대하여는 캘리포니아 주민의 이름으로 카운티 당국에 의하여 기소된다. 혹은 민사소송에 의하여 회복된다. 제36900(a)조. ‘시티’ 조례 위반에 대하여는 경범죄로 한다. 카운티 조례 위반에 대하여는 캘리포니아 주민의 이름으로 ‘시티’ 당국에 의하여 기소된다. 혹은 민사소송에 의하여 회복된다)

이에 비하여 일본 ‘지방자치법’ 제14조 제3항은 “조례가 정하는 바에 의하여 조례 위반자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 금고, 1백만엔 이하의 벌금, 구류, 과료, 몰수의 형 또는 5만엔 이하의 과태료를 부과하는 규정을 정할 수 있도록” 형벌과 행정질서벌을 규정하고 있다. 이 규정에 대하여 일본 ‘헌법’ 제31조의 죄형법정주의에 비추어 위헌이라는 지적이 있다. 그러나 다수설은 합헌으로 “법률에 의해 조례에 벌칙을 위임할 경우에는 포괄적·일반적 위임까지 허용된다”고 보고 있다.⁴⁰³⁾

다만 일본 최고재판소는 오사카시매춘방지조례 사건 판결에서 구 ‘지방자치법’ 제14조 제5항(현행 제14조 제3항)은 ‘헌법’ 제31조에 의한 죄형법정주의에 위반되지 않았다고 판결한 바 있다. 그러나 이 판결은 “조례에 의한 형벌의 제정은 법률의 수권이 상당한 정도로 구체적이고 한정되어 있다면 가능하다고 해석하는 것이 정당하다”고 전제하고, ‘지방자치법’ 제2조 제3항 제7호를 구체적인 내용으로 규정된 한정된 범위라고 판단한 것이다.⁴⁰⁴⁾

위와 같이 일본의 조례 위반에 대한 형벌 규정은 영국과 미국의 조례위반에 대하여는 경범죄로 정한다는 점에 비추어 볼 때 과도하다고 볼 수 있다. 특히 우리나라의 헌법상 기본원칙인 죄형법정주의는 국민의 기본권을 보호하기 위하여 여전히 엄격한 적용이 요구되며,⁴⁰⁵⁾ 법률은 국회가 제정한 형식적인 “법률”을 요구한다.⁴⁰⁶⁾ 따라서 지방의회가 제정하는 “조례”가 “법률”에 포함된다고 해석하거

402) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law. Article 28(fines and on-the-spot cautionary fines) Fines and on the spot cautionary fines that are set on the basis of furnished by laws and ordinances shall be paid into the municipal funds. Byerche Gemeindeordnung, Art 28, Geldbußen und Verwarnungsgelder; Geldbußen und Verwarnungsgelder, die auf Grund bewehrter Satzungen und Verordnungen fastgesetzt werden, fließen die Geemidekasse.(법률과 조례 위반에 대한 벌금과 현장경고 벌금은 지방자치단체의 재정에 귀속된다.)

403) 宮本紅典, “國家刑罰權と條例 におはる罰則(試論)”, 法よ民主主義, 第336号, 1999, p.2; 南川諦弘, “地方自治の本旨, と條例制定權”. 法律文化史, 2012, p.92. 김상태, 앞의 논문, p.226에서 재인용

404) 最大判, 1962.5.30, 刑集 第16卷 第5号, p.577. 김상태, 앞의 논문, p.229에서 재인용, 조례의 적용범위가 ‘지방자치법’ 제2조 제2항의 사무에 한정되어 있어서 구성요건이 상당히 구체적이고 형벌 또한 한정되어 있으므로 백지위임이 아니라는 점 등의 이유로 구 ‘지방자치법’ 제14조 제5항(현행 제14조 제3항)은 죄형법정주의를 정하고 있는 ‘헌법’ 제31조를 위반하지 않았다고 판시하였다.

405) 헌재 1991.7.8, 선고 91헌가4 결정, 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로써 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측 가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법 질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 형법의 기본원리이다.

406) 헌재 2003.6.26, 선고 2002헌바3 결정, 우리 ‘헌법’은 제12조 제1항 후단과 제13조 제1항 전단에서 죄형법정주의의 원칙을 천명하고 있는데, 죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙을 의미한다.

나 혹은 법률의 위임이 없이도 조례로써 벌칙 제정이 가능하다고 해석하는 것은 무리라고 판단된다.

조례의 벌칙을 긍정하는 견해와 부정하는 견해는 각각 타당하다. 그러나 이는 ‘헌법’ 제117조와 「지방자치법」 제22조 제1항이 위임조례와 자치조례를 구분하지 아니하여 통합하여 관리하는 원인에 있으므로 위임조례와 자치조례는 그 성격과 규율범위를 명백하게 정의되어야 한다.⁴⁰⁷⁾

따라서 위임조례는 법률유보의 원칙에 따라 법령의 개별적·구체적 위임 혹은 포괄적 위임을 요구될 수밖에 없다. 그러나 자치조례는 그 범위를 명확히 설정하여 권리의 제한과 의무의 부과 그리고 벌칙이 부과가 가능하도록 하고 조례위반에 대한 벌칙이 적용되도록 하여 실효성을 확보할 필요가 있다. 그러한 점에서 자치조례는 민주적 정당성을 가진 지방의회가 제정하는 지역법·자주법이라는 점을 감안하여 “지방자치기본법(안)” 혹은 「지방자치법」을 제·개정하여 제정기준과 규율범위를 구체화 할 필요가 있으며 별도로 검토하였다.

3. 재산권 법정주의와 조례

(1) 재산권 법정주의의 의의

근대 국가에서 재산권은 천부적인 신성불가침의 권리로 재산권의 절대성은 근대자본주의 사회 또는 근대시민사회의 법률적 지주에 해당한다.⁴⁰⁸⁾ ‘프랑스 인권선언’ 제17조는 불가침 및 신성한 권리로 재산권의 절대성을 선언한 바 있다.⁴⁰⁹⁾ 그러나 현대에 들어와서 나타나기 시작한 자본주의의 모순과 병폐를 극복하기

407) 박찬주, 앞의 논문, p.504. 지방자치단체가 수행하는 사무에 대해 제정되는 조례의 경우에는 각 지역의 개별적 특수성 등을 반영하여 제정되는 것이므로 법률에 구체적으로 예측하여 규정하는 것은 매우 어렵다. 자치사무에 있어서 어느 정도 주민의 자유와 의무에 관련된 내용을 조례를 통해 규율하는 것은 피할 수 없는데, 이를 일률적으로 법률의 위임을 요하는 것으로 제한하는 것은 ‘헌법’ 제117조에서 예상하지 않았다고 보아야 한다.

408) 김철수, 앞의 책, p.740.

409) France, Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789, Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen. Article XVII. Property being an inviolable and sacred right, no one can be deprived of private usage, if it is not when the public necessity, legally noted, evidently requires it, and under the condition of a just and prior indemnity.(제17조. 불가침적이고 신성한 권리인 재산권은 어느 누구도 재산권의 사용을 박탈할 수 없다. 공공의 필요에 의한 경우는 법률에 따라 공지되어야 하고, 명시적으로 요구되어야 하며, 또한 정당한 사전보상이 따라야 한다); 김홍대, 앞의 책, p.155.

위하여 재산권의 관념도 수정되지 않을 수 없었고, 국가와 사회전체의 복리를 위하여 사회적 의무를 수반하는 상대적인 권리로 전환되었다. 독일 ‘바이마르 헌법’ 제153조는 재산권의 사회적·의무성·공공 복리성을 강조하고 그 제한은 구체적으로 헌법이나 법률에 명시하도록 하여 재산권법정주의를 강화하였다.⁴¹⁰⁾

우리나라 ‘헌법’ 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권을 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 규정하여 국민의 재산권을 보장하고 있으나 그 구체적인 내용은 법률에 유보하여 재산권 법정주의를 선언하고 있다. 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 재산권의 행사를 공공복리에 적합하도록 헌법적 의무로 규정하고 있다.⁴¹¹⁾ 이와 같이 재산권법정주의는 재산권의 행사를 공공의 복리를 위하여 법률에 유보하고 있으며 그 법률은 국회가 제정하는 형식적 “법률”을 말한다. 그러나 자치입법권한을 논하면서 이 형식적 의미의 “법률”에 “조례”가 포함되는가의 문제로써 재산권의 내용과 한계를 “조례”로 유보할 수 있는가에 대하여 학설은 대립하고 있다.

(2) 학설

410) Federal Republic of Germany, Weimar Reich Constitution, 1919, Article 153, Property is guaranteed by the constitution. Laws determine its content and limitation. Expropriation may only be decreed based on valid laws and for the purpose of public welfare. It has to be executed with appropriate compensation, unless specified otherwise by Reich law. Regarding the amount of the compensation, the course of law at general courts has to be kept open in case of a controversy, unless Reich laws specify otherwise. Expropriations by the Reich at the expense of the states, communities or charitable organizations may only be executed if accompanied by appropriate compensation. Property obliges. Its use shall simultaneously be service for the common best.; Weimar Verfassung, Art. 153. Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. (제153조. 재산권은 헌법에 의하여 보장되며 그 내용과 한계는 법률로 정한다. 공공수용은 유효한 법률의 근거에 의하여야 하며 공공의 복지 목적에 기하여서만 할 수 있다. 공공수용은 제국법률에 달리 정하지 않는한 합당한 보상을 하여야 한다. 보상금액에 대하여 쟁의가 있을 때에 제국법률이 달리 정하지 않는 한 법원에 해결 할 수 있도록 하여야 한다. 주와 지방자치단체 및 자선단체의 비용 충당을 위하여 제국이 공공수용을 하는 경우에는 합당한 보상을 하여야 한다. 소유권은 의무를 포함한다. 소유권의 행사는 동시에 공공의 복리에 적합하여야 한다)

411) 현재 1993.7.29, 선고 92헌바20 결정, 우리 헌법상의 재산권에 관한 규정은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있으므로, 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 의하여 형성되고, 그 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다.

1) 재산권 규제 불가능설

재산권법정주의는 국회가 제정하는 형식적 “법률”에 의해서만 재산권의 규제가 가능하다고 보는 견해이다. 특히 재산권은 전국적 거래의 대상으로 그 내용은 전국적·획일적으로 규정되어야 한다고 주장한다.⁴¹²⁾ 따라서 조례로써 재산권을 규제하는 것은 재산권법정주의의 요청에 위배되는 것으로 보아 부정한다. 특히 개인의 재산권을 적극적으로 제한하는 공용제한이나 공공수용은 이미 국가의 법률이 선점하였으므로 조례에 의한 규제는 적합하지 않다는 견해이다.

그러므로 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 따라 법령의 위임 없이 조례로 재산권의 내용과 한계를 규제할 수 없다.⁴¹³⁾ 그러한 점에서 헌법이 보장하는 재산권 제한의 구체적인 내용과 한계는 국회가 제정하는 형식적인 법률에 의하여 정하여야 하며, 여기에 긴급명령과 긴급재정명령은 당연히 포함되지만 조례를 포함할 수 없다고 주장한다.⁴¹⁴⁾

2) 재산권 규제 허용설

조례제정권은 ‘헌법’ 제117조 제1항에서 지방자치단체에 직접 수권하였으며, 조례는 민주적 정당성을 가진 지방의회에 의하여 제정되는 것으로 국회가 제정한 법률과 같이 재산권에 대한 규제는 조례로 가능하다고 보는 견해이다. 따라서 조례의 본질을 “준법률설”에 근거를 두어 “재산권조례주의”를 주장하며 명백하게 법령에 위반되지 않는 한 주민의 재산권을 조례에 의하여 제한할 수 있다고 한다.⁴¹⁵⁾ 다만 이 주장은 재산권의 내용이 아니라 재산권의 행사를 규제하는 것은 ‘헌법’ 제23조 제1항에서 말하는 재산권 법정주의보다 ‘헌법’ 제117조 제1항에서 지방자치단체에 포괄적으로 위임된 자치입법권한의 문제로 이해하여야 타당하다는 견해이다.⁴¹⁶⁾

412) 雄川一郎, “財産權の規制と條例”, シコリスト, 280號, p.14, 최철호, “일본 지방자치법상의 자치입법권의 해석 및 한계”, 『지방자치법연구』, 통권제15호(제7권3호), 한국지방자치법학회, 2007, p.8에서 재인용. 재산권은 전국적인 거래의 대상이 되는 것이어서 그 내용을 정하거나 제한하기 위해서는 전국 통일적으로 법률에 의하는 것이 타당하다는 논리를 근거로 하여 조례에 의한 재산권의 규제는 인정되지 않는다고 해석한다.

413) 김철수, 앞의 책, p.749.

414) 성낙인, 앞의 책, p.1337.

415) 최철호, 앞의 논문, p.7.

416) 이인재, 앞의 논문, p.70.

즉 재산권의 내용 형성은 개별 재산권의 본질적 사항으로 공익을 위한 재산권의 사용 및 수용 제한에 관하여는 “재산권법정주의”에 따라야 할 것이다. 그러나 재산권의 내용과 분리하여 조례로써 재산권의 행사에 대하여 일정한 범위 내에서 제한을 가하는 것은 규제가 가능하다고 보는 견해이다.⁴¹⁷⁾ 다만 이 경우에도 재산권의 규제에 대한 조례규율 범위는 공공의 안녕과 질서유지를 주목적으로 하는 경찰규제의 성질을 가지는 소극적 규제를 허용하여야 하나 공용제한을 내용으로 하는 적극적 규제는 배제하여야 한다고 주장한다.⁴¹⁸⁾

(3) 판례

1) 「부천시 담배자동판매기 설치금지조례」 제4조 등 위헌확인 판결

「부천시 담배자동판매기 설치금지조례」는 청소년의 보호를 위하여 담배자동판매기의 설치를 성인출입업소를 제외한 부천시 전역에 금지시키고, 조례 시행일 이전에 설치된 자판기는 그 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 규정하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 “법률의 위임에 의한 것이며, 이러한 경우에 위임의 한계를 벗어나지 않는 한 조례로도 재산권을 제한 할 수 있다”고 판결한 바 있다.⁴¹⁹⁾

그러나 이 판결은 「담배사업법 시행규칙」 제11조 제1항 (별표 2) 제조담배 소매인의 지정기준 중에서 “청소년의 보호를 위하여 지방자치단체가 조례로 정하는 장소에서는 자동판매기의 설치를 제한 할 수 있다”는 위임에 따라 조례가 재산권 행사를 제한 한 것으로 헌법상 보장된 기본권이 침해되었다 할 수 없다고 판단한 것이다. 그러한 점에서 이 판결은 재산권법정주의를 견지하여 법률의 위

417) 권영성, 앞의 책, p.553; 田中二郎, 國家法と自治立法, 法學協會雜誌, 第80卷4號, 1963, p.456. 최철호, 앞의 책, p.9에서 재인용.

418) 幸田雅治, 政策法務の基礎知識, 第一法規株式會社, 2004, p.97. 최철호, 앞의 논문, p.9에서 재인용.

419) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264, 279 결정, 「부천시 담배자동판매기 설치금지조례」 제4조 등 위헌확인, 이 사건 조례의 경우 법률의 위임에 의하여 제정된 것이며, 이러한 경우에는 위임의 한계를 벗어나지 아니하는 한 조례로도 재산권을 제한 할 수 있다고 할 것으로, 동 조례 부칙조항에서는 자판기의 계속적인 존치 사용을 허용하는 것은 미성년자 보호법의 취지를 무색하게 하여 청소년의 보호라는 공익상의 필요에 비추어서 바람직하지 않으므로 자판기를 철거하도록 하되, 3개월의 유예기간을 두어 자판기의 처분경로 모색 등 경제적 손실을 최소화 할 수 있도록 함으로써 이미 자판기를 사용하여 영업을 하고 있는 청구인들을 비롯한 담배소매인에 대하여도 어느 정도의 배려를 하고 있다고 할 것이므로, 위 부칙조항에서 이미 설치되어 있는 자판기를 조례의 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 하였다고 하여 청구인들의 신뢰보호와 법적 안정성을 위면하여 헌법상의 법치주의 원리에 어긋난 것이라고 볼 수 없다.

임에 따른 조례에 의한 재산권의 제한을 지지한 것이다. 이와 같이 조례에 의한 주민의 재산권의 제한은 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 의한 “법령 범위 안에서” 국회가 제정한 형식적인 “법률” 혹은 그 법률이 위임한 행정입법의 범위 내에서 가능하다.

(4) 검토

일본에서 조례에 의한 재산권의 규제는 특히 1960년대 이후 공공의 질서유지나 복리증진을 위하여 간접적으로 재산권을 제한하더라도 이를 수용하는 조례가 나타나고 있다.⁴²⁰⁾ 예를 들면 ‘나라현 호소지보전조례’는 저수지의 파손이나 붕괴를 미연에 방지하기 위하여 그 저수지의 제방에 죽림이나 농작물을 식재하거나 공작물의 설치를 금지하도록 규정하고 그 위반행위에 대하여 벌금을 부과하는 조례이다.

이에 대하여 일본 최고재판소는 이 조례에 대하여 “위헌 또는 위법하다고 인정되지 않는다고 판시한 바 있다.⁴²¹⁾ 이 판결은 일본 ‘지방자치법’ 제14조 제2항이 정하는 “보통 지방공공단체가 주민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한 할 때에는 법령에 특별한 정함이 없는 경우를 제외하고는 조례에 의하도록” 한 규정에 따라 법령에 특별한 규정이 미비하거나 혹은 국가의 법령이 정하지 않은 공백분야에 조례로 주민에게 의무의 부과 혹은 권리의 제한과 벌칙의 부과를 규정할 수 있도록 인정한 것이다.

이에 비하여 우리나라에서 조례로써 국민의 재산권을 규제하고자 한다면 엄격한 법률의 유보를 요구하는 재산권법정주의와는 달리 일본의 조례는 ‘지방자치법’ 제14조 제2항에 따라 공공의 질서유지나 복지의 증진을 위한 조례 제정이 가능하다는 점에서 차이가 있다. 따라서 재산권 법정주의에 따라 재산권의 행사는

420) 김홍대, 앞의 책, p.166. 경사지 토목공사규제조례, 저수지 보전조례, 공해방지 조례, 환경보호조례, 환경영향평가조례, 소비자보호조례, 소매점포 규제조례, 가축시장 규제조례 등이 있다.

421) 最大判 昭和(38.6.26) 形集 17卷5號(1963. 6.26.). 김홍대, 앞의 책, p.188에서 재인용. “호소지의 파손, 결레의 원인이 되는 호소지 제방의 사용행위는 헌법이나 민법에서도 적법한 재산권의 행사의 범위 밖에 있다고 할 것이므로, 이러한 행위를 조례로 금지, 처벌하더라도 헌법 및 법률에 저촉 또는 이를 일탈하는 것이라 할 수 없으며, 또한 위 조항에서 규정하는 것과 같은 사항은 이미 규정되어 있다고 인정할 만한 법령은 존재하지 않고 있으므로 이를 조례로 정하였다고 하여 위헌 또는 위법하다고 인정되지 않는다”

법률에 유보하고 있으며 “법률”은 형식적 의미의 국회 입법을 말하는 것으로 국민의 대표기관인 국회에 맡기는 것은 당연하다. 또한 형식적인 법률을 요구하고 있으므로 조례를 법률에 해당한다고 해석하기에는 무리라고 판단된다.

특히 적극적인 공공복리의 증진을 위한 목적으로 하는 공용제한이나 공용수용은 대부분의 경우 국가의 법률에 의하여 이미 선점된 영역으로써 조례가 개입할 여지가 없다. 또한 재산권을 “조례”의 규율대상으로 하는 것은 적합하지도 않으며 재산권의 규제를 “조례”에 유보하는 것도 바람직하지 않다. 다만 조례에 의한 재산권의 규제는 공공의 질서유지 혹은 복리증진을 위하여, 혹은 위험방지를 목적으로 국법이 미비한 분야 혹은 공백분야에 대하여 소극적 목적의 경찰적 규제는 허용되어야 한다.

4. 조세법률주의와 조례

(1) 조세법률주의의 의미

조세법률주의는 “대표 없는 곳에 과세 없다”는 원칙으로 행정부의 일방적이고 자의적인 조세부과를 금지하고 반드시 국회가 제정한 형식적 법률에 의하여만 조세를 부과할 수 있다는 원칙이다.⁴²²⁾ 그렇지 않으면 ‘헌법’ 제75조에 따라 법률이 “구체적으로 범위를 정하여 위임”한 대통령령·부령 등이 다시 위임하는 방법으로 정하여야 한다. ‘헌법’ 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하여 조세법률주의를 선언하였다.⁴²³⁾ 이 원칙은 조세의 종목과 세율, 납세의 무자, 과세물건, 과세표준 그리고 과세절차 등을 국민의 대표기관인 국회에서 제정된 법률에 의하여 규율함으로써 국민의 재산권에 대한 침해를 방지하고 국민생활의 법적안정성과 예측가능성을 보장하는 데 그 목적이 있다.⁴²⁴⁾

헌법재판소는 “조세법의 목적과 내용은 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다”고 판결한 바 있으며,⁴²⁵⁾ 법

422) 성낙인, 앞의 책, p.481.

423)金子 宏, 租稅法(第11版), 弘文堂, 2006, pp.80-87, 최철호, “조세법률주의와 지방세조례주의에 관한 연구”, 『한국조세연구포럼』, 제28차 학술발표자료집, 2007, p.171에서 재인용. 조세법률주의는 과세요건 법정주의, 과세요건 명확주의, 소급과세의 금지, 합법성의 원칙, 절차 보장의 원칙 등을 그 세부내용으로 한다.

424) 김홍대, 앞의 책, pp.149-150.

원은 “조세의 종목과 세율 등 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다”고 판결하여 조세법률주의 원칙을 엄격하게 견지하고 있다.⁴²⁶⁾ 다만 여기에서 말하는 조세법률주의는 지방자치단체가 고유의 업무를 수행하기 위하여 발생하는 비용을 충당하기 위하여 부과·징수하는 지방세의 세목과 과세표준·세율 등을 자율적으로 결정하는 “과세자주권”으로써 “조세조례주의”가 가능한지를 논하고자 한다.⁴²⁷⁾

(2) 조세법률주의의 내용

1) 과세요건 법정주의

과세요건 법정주의는 과세의 요건 즉, 납세의무를 발생케 하는 납세의무자, 과세물건과 과세표준, 세율 등 과세요건과 조세의 부과, 징수절차를 모두 국민의 대의기관인 국회가 제정한 형식적 “법률”에 정하여야 한다는 원칙이다.

그러나 과세요건은 전문기술적인 판단을 필요로 하는 경우가 많으며,⁴²⁸⁾ 조세부과에 관련된 모든 규정을 예외없이 형식적인 법률로 규정하는 것은 사실상 불가능하여 행정입법에 위임하는 것이 보다 바람직할 수도 있다.⁴²⁹⁾ 따라서 과세요건 법정주의와 관련하여 법령의 위임에 의한 자치입법권한의 허용범위와 한계가 문제가 될 수 있다.⁴³⁰⁾

425) 헌재 1997.7.16, 선고 96헌바36 결정, 조세법률주의는 조세행정에 있어서의 법치주의를 말하는 것인바, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리 의무에 관한 사항을 법률로써 정하여야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, ‘헌법’ 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고, 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제원칙에 합치되어야 하는 것이다.

426) 대판 2015.8.20, 선고 2012두23808 판결, 국민에게 납세의 의무를 부과하기 위해서는 조세의 종목과 세율 등 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 하고, 법률의 위임없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등 납세의무자에 관한 기본적 본질적 사항을 규정하는 것은 헌법이 정한 조세법률주의의 원칙에 반한다.

427) 최철호, “자치재정권 확보방안의 법적 고찰, 조세법률주의와 지방세조례주의를 중심으로”, 『지방자치법 연구』, 통권제52호(제16권4호), 한국지방자치법학회, 2016, p.62.

428) 헌재 2002.6.27, 선고 2000헌바88 결정, 과세요건은 극히 전문기술적인 판단을 필요로 하는 경우가 많으므로, 그러한 경우의 위임입법에 있어서는 기본적인 조세요건과 과세기준이 법률로 정하여지고, 그 세부적인 내용의 입법을 하위법규에 위임한 경우 일률적으로 헌법상 조세법률주의에 위반된다고 할 수 없다.

429) 헌재 1998.7.16, 선고 96헌바52 결정, 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달에 즉시 대응하여야 할 필요 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 허용된다.

430) 헌재 2001.11.29, 선고 2000헌바23 결정, ‘헌법’에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 “법률에서 구체적

2) 과세요건 명확주의

과세요건 명확주의는 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정 내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세 관청의 자의적인 해석과 집행은 초래할 수 있으므로 그 규정내용을 명확하게 규정하여야 한다는 원칙이다.⁴³¹⁾

헌법재판소는 “납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있을 것인가 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는가, 입법 기술적으로 보다 확정적인 문구를 선택할 것을 기대할 수 있을 것인가 여부 등의 기준에 따른 종합적인 판단을 요한다”고 판결하여 과세요건 명확주의에 대하여 보다 엄격한 자세를 견지하고 있다.⁴³²⁾

(3) 조세법률주의의 예외

조세법률주의 원칙에 의하여 조세의 부과와 징수는 국민의 대표기관인 국회가 제정하는 형식적인 “법률”에 의하여야 한다. 따라서 「지방자치법」 제135조는 “지방자치단체는 법률로 정하는 바에 따라 지방세를 부과·징수할 수 있다”라고 규정하여 조세법률주의의 원칙을 따르고 있다.

이에 따라 「지방세기본법」 제5조 제1항은 “지방자치단체는 지방세의 세목, 과세대상, 과세표준, 세율, 그밖에 지방세의 부과 징수에 필요한 사항을 정할 때에는 이 법 또는 지방세관계법에서 정하는 범위 내에서 조례로 정하여야 한다”고 규정하고 있다. 동법 제2항은 “지방자치단체의 장은 제1항의 조례 시행에 따르는 절차와 그 밖에 조례사항에 필요한 사항을 규칙으로 정할 수 있다”라고 “조례”와 “규칙”에 의한 지방세의 부과 징수 근거를 규정하고 있다.

그러나 이 경우에 “조례”와 “규칙”은 행정입법으로써 지방세 관계법에 의하여

으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정될 수 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 다만, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고, 관련법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.

431) 성낙인, 앞의 책, p.483.

432) 헌재 2001.5.30, 선고 2000헌바81 결정

위임된 사항을 정하는 위임조례 혹은 위임규칙이라 할 수 있으나 이를 “지방세 조례주의”라 할 수는 없다. 그러한 점에서 지방자치단체가 고유사무 처리비용을 스스로 충당하기 위하여 지방세의 부과와 징수에 대한 과세자율권에 따라 “지방세 조례주의”를 인정할 수 있는가 문제된다. 따라서 법률의 수권이 없이도 지방자치단체가 “조례”로 지방세의 세목, 세율, 과세표준 등을 정할 수 있는가에 관하여 학설은 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립한다.⁴³³⁾

(4) 학설

1) 긍정설

지방세조례주의를 긍정하는 견해는 조례의 본질을 자주입법설 혹은 준입법설에 따른다. 즉 ‘헌법’ 제117조 제1항이 지방자치단체의 포괄적인 자치입법권을 선언하고 있으므로 조례는 민주적 정당성을 가진 지방의회가 제정함으로써 국회가 제정하는 형식적인 법률과 같은 지위라고 주장한다.⁴³⁴⁾

따라서 ‘헌법’ 제59조에서 말하는 조세법률주의는 조세의 종목과 세율을 형식적인 “법률”로 정하도록 하고 있으나 이 경우에 “법률”에는 지방의회가 제정하는 “조례”도 당연히 포함되며,⁴³⁵⁾ 일정한 범위를 정하여 조례에 위임하는 것은 헌법에 반한다고 할 수 없다는 견해이다.⁴³⁶⁾

2) 부정설

지방세조례주의를 부정하는 견해는 조례의 본질을 위임입법설에 근거를 둔다. 즉, 법률의 개별적·구체적인 위임이 없이 지방자치단체의 조례로써 지방세의 세목을 창설할 수 없다는 견해이다. 따라서 「지방자치법」 제22조 제1항 단서가 요구하는 “법률의 위임”에 의하여 지방세의 세목 신설은 법률의 위임없이 불가능하며, 다만 법률이 하위법령에 위임할 사항은 대통령령 또는 부령에 위임하고 지역적 특성에 따라 조례에 위임하여야 할 사항이라고 주장한다.⁴³⁷⁾

433) 김성호, “헌법상 국가-지방자치단체간 제정권 비교 시론”, 『지방자치법연구』, 통권제30호(제11권2호), 한국지방자치법학회. 2011, pp.182-183.

434) 김해룡, 앞의 논문, p.88.

435) 김홍대, 앞의 책, pp.150-151.

436) 김철수, 앞의 책, pp.1375-1376.

또한 「지방세기본법」 제5조 제1항은 지방자치단체는 지방세의 세목, 과세대상, 과세표준, 세율, 그밖에 지방세의 부과 징수에 필요한 사항을 정할 때에는 이 법 또는 지방세관계법에서 정하는 범위에서 “조례”로 정하도록 규정하고 있으므로, 지방자치단체가 “조례”로써 지방세를 부과하고자 한다면 별도로 법률이 정하는 범위 내에서 위임이 요구된다고 주장한다.⁴³⁸⁾

(5) 판례

헌법재판소는 검인계약서로 아파트를 매입하고 등기할 경우 취득세와 등록세를 30% 면제하도록 불균일 과세를 적용하는 조례에 대하여⁴³⁹⁾ “「지방세법」 제7조 제2항이 조세법률주의에 반하여 위헌이라거나 포괄적 위임입법 금지의 원칙에 반하여 위헌이라고 볼 수 없으며, 이 사건 조례 역시 조세법률주의에 반한다거나 법률이 위임한 범위를 벗어나 헌법에 위반된다고 할 수 없다”라고 판시한 바 있다.⁴⁴⁰⁾

이 판결은 조세의 전문성, 기술성과 신축적 운영의 불가피성 등으로 인한 위임입법의 필요성이 증대되는 사정을 감안하여 위임의 개별성·구체성은 다소 완화하고, 상위법령인 지방세법의 위임에 따라 지방의회의 의결을 거친 “위임조례” 제정권한을 인정하였으므로 일정한 예외라고 볼 수 있다. 그러한 점에서 이 판결은 지방세에 대한 “조세법률주의”의 원칙을 견지하였으며 이 경우 법률의 위임에 의한 “위임조례”라 할 수 있다. 그러므로 지방자치단체가 자신의 사무처리비용 충당을 위하여 지방세를 부과·징수하는 과세자율권으로써 이른바 “지방세조세주의”를 지지하는 것으로 볼 수는 없다.

(6) 검토

우리 ‘헌법’ 제59조가 말하는 조세법률주의는 조세에 관한 입법권을 국회가 제

437) 김용진, “지방세와 조례”, 『회계와 세무』, 대한세무학회, 1993. p.66.

438) 김홍대, 앞의 책, p.151.

439) 「부산직할시 검인계약서 제도 실시에 따른 시세 불균일 과세에 관한 조례」, 1993.12.31, 조례 제3079호.

440) 헌재 1995.2.26, 선고 94헌마242 결정

정하는 형식적인 법률에 전속하도록 하는 취지이다. 그러므로 헌법의 취지로 볼 때 지방세 부과에 관한 조례에의 위임은 조세법률주의의 예외라 할 수 있다.⁴⁴¹⁾ 그러나 이 경우에도 지방세의 부과·징수를 조례에 포괄적으로 위임한 것이 아니라 법률에서 기본적인 사항을 정하고 그 세부적인 집행이나 범위를 정하여 조례에 위임한 위임입법으로써 “위임조례”라고 하여야 할 것이다.

그러므로 지방자치단체가 자신의 사무처리비용을 충당하기 위하여 새로운 세목을 창설하는 것은 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 따라 주민의 권리제한과 의무부과에 해당되며, 법령의 위임이 없이 지방세를 조례로 창설하는 것은 불가능하다. 즉 “지방세조례주의”는 인정되지 아니한다.

이에 비하여 일본의 경우 조례제정의 범위는 ‘지방자치법’ 제14조가 “법령에 위반하지 아니하는 한”이라고 규정하고, 동법 제9조제2항 제1호 바목은 “지방세의 부과·징수에 관한 사무를 지방자치단체의 사무” 즉 자치사무 또는 고유사무로 제한하고 있다. 이 점은 우리나라의 자치입법권한의 규율범위와는 달리 “지방세조례주의”가 허용되며 그 범위는 순수한 자치사무를 대상으로 한다. 이에 따라 “법정외세”가 채택 시행되고 있다.⁴⁴²⁾

독일 ‘기본법’ 제28조 제2항은 게마인테의 재정고권으로써 과세권한을 보장하였으며 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제22조 제2항은 게마인테의 과세자주권을 보장하고 있다.⁴⁴³⁾ 따라서 “조세조례주의”의 근거로써 조례가 규정하는 범위는 자치사무 즉, 고유사무로 제한된다고 보아야 할 것이다. 이와 같이 우리나라에서 “지방세조례주의”를 헌법에 명문화하자는 견해가 있으나 “조세법률주의”와 관련하여 조례가 형식적인 법률에 포함되는가에 대하여 충돌될 수 있다.⁴⁴⁴⁾ 그러한 점에서 “지방세조례주의”는 그 자체의 문제가 아니라 자치입법권한의 본질에 관한 문제로써 “자주입법설”과 “위임입법설”의 대립 문제라고 할 수 있으므로 우리나라에

441) 김철수, 앞의 책, p.1374.

442) 최철호, 앞의 논문, p.187. 일본의 법정외세는 지방세법에서 개별 구체적으로 정해져 있는 세목(이들을 법정세라고 한다.) 이외에 자치단체가 조례로써 창설하는 세목을 말한다. 즉, 자치단체 조례에 의해 지방세법에 정해진 세목(법정세) 이외에 세목을 신설할 수 있는 것을 말하며, 이 법정외세는 사용용도를 한정하지 않은 법정외보통세와 특정의 비용에 충당하기 위한 법정외 목적세로 나뉘어져 있다.

443) Federal Republic of Germany, The Basic Law, 1949, Article 28-2, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art.28, (2) „*Supra*

444) 방승주, 앞의 논문, p.8. 자치제정권의 강화를 곧바로 지방세 조례주의를 헌법에 채택하는 방법으로 해결하려 하는 것은 위에서도 지적하였듯이 모든 국민의 기본권의 제한을 위해서는 반드시 법률의 근거가 있어야 한다고 하는 법치국가의 정신, 특히 법률유보의 원칙에 반하기 때문에 문제가 될 수 있다.

서는 제한적으로 해석되어야 한다.

5. 헌법의 일반원칙과 조례

국가가 입법 활동을 함에 있어서 지켜야 하는 기본원칙으로써 국민의 기본권을 제한하려면 그 목적이 헌법과 법률에 정당성이 인정되어야 하며, 지방자치단체가 제정하는 조례도 불특정 다수인을 구속하는 법규로써 헌법의 일반원칙에 따라야 한다.⁴⁴⁵⁾ 그러므로 지방자치단체의 조례라 할지라도 헌법의 일반원칙으로써 평등의 원칙과 이익형량의 원칙 그리고 과잉금지의 원칙을 지켜야 하며,⁴⁴⁶⁾ 이 원칙을 따르지 않은 조례는 입법적 한계를 벗어나 헌법에 위배된다.⁴⁴⁷⁾

헌법재판소는 “위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인의무가 생겨나는 것으로, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 원칙”이라고 판시한 바 있다.⁴⁴⁸⁾ 따라서 지방자치단체의 조례는 이 헌법의 원칙에 따라 제정되어야 자신의 행위규범으로써 정당화될 수 있으며,⁴⁴⁹⁾ 자치사무를 규율하는 “자치조례”는 조례의 규율범위에 대하여 개별 법령의 위임이 아니라 단지 헌법의 일반원칙에 의하여 제한되어야 하므로 검토가 필요하다.

(1) 평등의 원칙

445) 헌재 1994.12.29, 선고 96헌마216 결정

446) 이세경, “조례의 법령·헌법 합치성 제고방안 연구”, 한국법제연구원, 2015, pp.39-42.

447) 헌재 1997.3.27, 선고 94헌마196 결정

448) 헌재 1990.9.3, 선고 89헌가95 결정, 과잉금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용이 입법 활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법 활동의 한계를 의미하는 것으로써 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(조세의 소급우선)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(담보물권의 기능상실과 그것에서 비롯되는 사유재산권의 침해)의 조치가 입법 목적 달성을 위하여 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다. 위와같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 원칙으로서 부동의 위치를 점유하고 있으며, ‘헌법’ 제37조 2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.

449) 조성규, “조례의 제정과정에 대한 법적 검토”, 『지방자치법연구』, 통권제13호(제7권1호), 한국지방자치법학회, 2007, p.89. 추상화되고 형식논리에 입각한 국가법 체계에 대하여, 구성원들이 현실적으로 자신들의 공동생활을 영위해 나가는 기준으로서의 규범, 즉, 자신들의 행위규범이 바로 ‘진정한 살아있는 법(lebendes Recht)’이라는 에들리히(Ehrlich)의 명제는 조례와 관련해서 중요한 단초를 제공해 주며, 이러한 관점의 정립은 현재 우리나라의 지방자치의 현상과 문제점들의 지양과 지향의 기준이 된다.

‘헌법’ 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다”고 규정하여 평등의 원칙을 선언하고 있다. 이 원칙은 우리 헌법의 최고원리로써 국가의 입법은 물론 지방자치단체의 조례에서도 존중되어야 한다.⁴⁵⁰⁾

다만 조례는 지역의 특수성을 반영하는 자치입법권에 의하여 제정되는 것으로 지역에 따라 상이하거나 혹은 다른 지역에 비하여 불평등하게 제정하는 것은 다양성을 추구하는 지방자치의 특성상 당연한 결과이다.⁴⁵¹⁾ 헌법재판소는 “조례는 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타날 수 있는 것은 불가피하다 할 것이며, 다른 지역의 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다 할지라도 이를 평등권의 침해라고 볼 수 없다”라고 판시한 바 있다.⁴⁵²⁾ 그러므로 조례는 각 지방자치단체마다 지역의 특성에 따라 다른 지역에 비하여 불평등한 조례를 제정할 수 있다. 그러나 이 경우에도 합리적인 기준에 의한 차별이 아니라 성별이나 신분 혹은 사회적 지위에 차이를 두어 불합리하게 규율하는 경우에는 평등원칙에 위배된다.

법원은 “증인의 불출석이나 증거거부에 대하여 과태료를 부과하는 목적에 비추어볼 때 그 합리성을 인정할 수 없고, 지위의 높고 낮음만을 기준으로 한 부당한 차별 대우라고 할 것이어서 헌법에 규정된 평등의 원칙에 위배되어 무효이다”라고 판단 한 바 있다.⁴⁵³⁾ 따라서 이 판결은 사회적 지위를 기준으로 부당한 차별은 불합리하게 규율하는 것으로써 헌법의 원칙에 반한다는 점을 지적한 것이라고 볼 수 있다.

(2) 이익 형량의 원칙

450) 허 영, 앞의 책, p.344. 평등권은 우선 기회균등을 그 내용으로 하기 때문에 기회균등의 요청에 반하는 어떠한 자의적인 공권력의 발동도 용납하지 않는다,

451) 권영성, 앞의 책, p.389.

452) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264·279 결정, 담배의 특수성과 이에 따른 청소년 보호의 필요성을 특히 고려하여 담배소매인들에게 다른 판매업자 종사자들에 비하여 자판기에 관한 특별한 규제를 하고 있다 하여도 이러한 제한은 합리성이 인정되어 자의적인 차별이라고 할 수 없으므로, 이러한 측면에서도 청구인들이 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.

453) 대판 1997.2.5, 선고 96추213 판결

조례의 제정은 보호하려는 공공의 이익과 사익을 비교형량하여 보호되는 공익이 더 커야 한다. 법원은 「인천광역시 공무원자녀 장학기금 설치 및 운용조례」에 대하여 “지역 주민 중 대학생 자녀를 둔 소속 공무원에 한정하여 특혜를 베푸는 조치는 형평에 반하고, 이는 결과적으로 공익에도 부합되지 않는다”라고 판시한 바 있다.⁴⁵⁴⁾ 이 판결은 지방자치단체가 지역 주민 중 대학생 자녀를 둔 소속 공무원에게 한정하여 특혜를 제공하는 것은 일반주민과 다른 공무원과 형평에 반할 뿐만 아니라 공익에도 부합되지 않는다고 판결한 것이다.

이에 비하여 법원은 「인천광역시 공항고속도로 통행료 지원조례」가 “그 내용이 현저하게 합리성을 결여하여 자의적인 기준을 설정한 것이 아니다”라고 판결한 바 있다. 이 판결은 공익과 사익을 비교형량하여 사익보다 공익이 더 크다는 점을 감안하여 판결한 것이다.

(3) 과잉금지의 원칙

과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법에 있어서 준수하여야 하는 입법의 한계로써 공권력의 행사로 법치주의의 실질적인 내용을 침해할 수 없다는 원칙이다. 따라서 지방자치단체의 조례라 할지라도 주민의 기본권을 제한하려면 반드시 지켜야 하는 원칙이다. 헌법재판소는 “기본권을 제한하는 입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다”고 판시한 바 있다.⁴⁵⁵⁾

또한 “성인 출입업소를 제외한 모든 장소에 담배 자동판매기 설치를 제외한 조례에 대하여 청소년 보호를 위하여 모든 장소에 그 설치를 제한하지 아니하고는 그 실효성을 확보할 수 없기 때문에 기본권 제한에 있어서 지켜야 할 과잉금지의 원칙에 위배되었다고 볼 수 없다”고 판시한 바 있다.⁴⁵⁶⁾ 따라서 이 판결은

454) 대판 1996.10.25, 선고 96추22 판결, 지역주민이 부담하는 지방세 등으로 구성된 지방자치단체의 수입 일부를 출연하여 소속 공무원의 대학생 자녀에 한정하여 학비를 지급한다면 이는 지역 주민 중 대학생 자녀를 둔 소속 공무원에 한정하여 특혜를 베푸는 조치로써 일반주민은 물론 대학생 자녀를 두지 아니한 다른 공무원과의 관계에서 형평에 반하고, 이는 결과적으로 공익에도 부합되지 아니한다고 할 것이므로, 이 사건 조례안은 「지방자치법」 제133조 제1항 소정의 기금 설립을 위한 요건을 구비하였다고 볼 수도 없다.

455) 헌재 1997.3.27, 선고 94헌마196 결정

해당 지방자치단체의 조례로 주민의 재산권을 규제함에 있어서 과잉금지의 원칙의 범위 내에서 제한되었음을 의미하는 것이다.

6. 법률우위의 원칙과 조례

(1) 법률우위의 원칙의 의의

자치입법권한은 국가의 법률에서 상부구조인 국가법령에 모순되거나 저촉되어서는 아니 되며 이는 법치주의 이념으로 국법질서의 통일성을 유지하기 위한 것이다.⁴⁵⁷⁾ 그러한 의미에서 법률우위의 원칙은 국가의 모든 행정행위는 헌법에 부합하는 법률에 위반되어서는 아니 된다는 원칙을 말한다. 따라서 지방자치단체가 제정하는 조례가 민주적 정당성을 가지는 자주법·지역법이라 할지라도 국가의 법률체계로써 법률우위의 원칙에 위반되어서는 아니 된다.⁴⁵⁸⁾

‘헌법’ 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조 제1항은 조례의 규율범위를 “법령의 범위 안에서” 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 이 경우에 “법령”은 법률의 단계에서 헌법을 정점으로 형식적인 “법률”은 물론 법규명령, 명시적으로 위임된 훈령과 예규, 일반적으로 국내법적 효력을 가진 조약과 국제법규를 포함한다.⁴⁵⁹⁾ 그러므로 조례는 법률은 물론 법규명령의 효력을 가지는 행정규칙보다 하위에 위치하게 되며 “규칙”은 “조례” 보다 하위에 위치하게 된다. 「지방자치법」 제8조 제3항은 “지방자치단체는 법령이나 상급지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다”고 규정하였으며, 동법 제24조는 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙을 위반하여서는 아니된다”라고 규정하였다. 이와 같이 자치입법권한의 규율 범위는 법률우위의 원칙에 의하여 형성되고 제한된다.⁴⁶⁰⁾

456) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264·279 결정

457) 최봉석, 『지방자치법론』, 삼원사, 2018, p.268.

458) 김성호, “조례 제정권의 범위에 관한 인식변화 추이연구”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009, p.80. 조례를 단순히 행정입법으로만 본다면 법령보다 하위에 위치하여 법률우위의 원칙 뿐만 아니라 법률유보의 원칙도 지켜야 한다.

459) 대관 2005.9.9, 선고 2004추10 판결

460) 헌재 2002.10.31, 선고 2001헌라1 결정

그러나 이 경우에는 “위임조례·필수조례”로써 위임사무를 집행하기 위하여 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 행정입법이라고 할 수 있다. 이에 비하여 자치조례는 법률우위의 원칙에 따라 헌법과 법률의 규정을 엄격하게 적용할 경우에는 매우 제한된 범위로 축소되며 전권한성과 자기책임성의 원칙을 핵심으로 하는 지방자치에 반한다고 할 수 밖에 없다.

한편 종전의 법원 판결은 “법령의 범위 안에서”를 엄격하게 적용하여 법령에 명문으로 위반되지 아니한 조례에 한하여 그 효력을 인정하여 명문 규정에 위반된 내용의 조례는 그 효력을 일관되게 부인하여 왔다.⁴⁶¹⁾ 그러나 최근에는 “법령의 범위 안에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”라고 판시 한 바와 같이 자치입법권한의 범위를 확대하고 있다.⁴⁶²⁾

법률우위의 원칙은 달리 표현하면 법률선점주의라고 할 수 있으며,⁴⁶³⁾ “국가의 법률로 규율하는 영역에 대하여 조례가 다시 동일한 목적으로 규율하는 것은 법률이 이미 선점한 영역을 침해하므로 법률에서 특별한 위임이 없는 한 이를 허용하지 않는다”는 원칙을 말한다.⁴⁶⁴⁾ 따라서 자치입법권한의 확대방안을 모색하고자 법령우위의 원칙 혹은 법률선점주의의 예외로써 국가의 법률이 공백인 경우와 법률이 폐지된 경우, 그리고 법률과 다른 목적의 조례 혹은 포괄적으로 위임하는 경우 그리고 초과조례와 추가조례를 검토할 필요가 있다.

(2) 법률우위의 원칙의 예외

1) 법률의 공백인 경우

지방자치단체가 조례로 규율하고자 하는 분야에 “법령의 규정이 없더라도 국가의 전권에 속하지 아니한 사무에 관하여 일반적으로 재량에 의하여 조례로써 정할 수 있다”는 견해가 있다.⁴⁶⁵⁾ 즉 법령이 미비한 경우에는 자치입법권한을 제

461) 대판 1983.3.22, 선고 82누348 판결

462) 대판 2000.11.24, 선고 2000추29 판결

463) 박찬주, 앞의 논문, p.515. 본래 법률선점이론이 형성될 당시에는 법률이 이미 실제적으로 규율하고 있는 사항에 대해서는 조례 제정이 배제되며, 그것을 보충하거나 강화하는 것은 법률의 개별규정이 없는 한 허용되지 아니하는 것으로 이해되고 있다.

464) 최철호, 앞의 논문, p.36.

465) 이인재, 앞의 논문, p.122.

한하는 실질적인 법령이 존재하지 아니한다. 따라서 국가의 법령과 조례가 충돌하지 않으므로 이른바 “자치조례·임의조례”로써 헌법의 일반원칙에 따라 조례의 제정은 허용될 수 있다.⁴⁶⁶⁾

그러나 이 경우는 수익적 행정으로써 지방재정법령상 문제가 없다면 조례 제정이 가능하다. 다만 수익적 행정에 관한 조례라 할지라도 법령이 정한 급부조건보다 강화하는 것은 침익적 조례가 되어 허용되지 않으며, 급부조건을 완화하는 조례는 법령의 최소기준에 따라 지방의 실정에 맞게 규율하는 취지라면 법률우위의 원칙에 위반되지 않는다.⁴⁶⁷⁾ 반면에 침익적 행정으로써 국가의 법률이 공백인 경우라 할지라도 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 의하여 법률의 위임이 없다면 조례를 제정할 수 없다.

법원은 「청주시행정정보공개조례」에 대하여 “국법의 미비를 들어 이러한 지방자치단체의 자주적인 조례 제정권을 막을 수 없다”고 판단한 바 있으며,⁴⁶⁸⁾ 「서울특별시 공유수면점용료 등 징수조례」는 “법령이 주민의 권리에 관한 사항에 대한 구체적인 범위 지정이 미비한 경우에 조례 제정권에 해당 한다”고 판결한 바 있다.⁴⁶⁹⁾ 이와 같이 민주적 정당성을 가진 지방의회는 국법의 미비한 분야 혹은 구체적인 범위 지정이 미비한 분야에 대하여 “헌법과 법령의 취지에 비추어 합리적인 범위 안에서” 조례를 제정할 수 있다.⁴⁷⁰⁾ 즉 국가의 법령이 미처 예상하지 못하여 규율하지 못하였던 경우로써 지방자치단체가 그 지역의 특수성에 근거하여 조례로써 보완하는 것이 합리적일 때 이를 규율하는 것은 허용된다고 보아야 할 것이다.

466) 김남진, “조례제정의 법적문제”, 『법제연구』, 한국법제연구원, 1995, p.23. 법령의 규정이 없더라도 국가의 전권에 속하지 아니하는 사무에 관하여 일반적으로 재량에 의하여 조례로써 정할 수 있는 것으로 보거나 입법자가 직접 규율하지 않아 법령에 의해 규정되지 아니한 영역에 대해서는 자치입법권이 원시적인 자주적 권리의 성질을 갖는 것이므로 법령이 없더라도 직접 스스로 규정하는 것은 합법적이다.

467) 대판 1997.4.25, 선고 96추244 판결

468) 대판 1992.6.23, 선고 92추17 판결, 정보공개조례가 국가위임사무가 아닌 자치사무 등에 관한 정보만을 공개대상으로 하고 있다고 풀이되는 이상, 반드시 전국적으로 통일된 기준에 따르게 할 것이 아니라 지방자치단체가 각 지역의 특성을 고려하여 독자적으로 규율할 수 있다고 보여지므로 구태여 국가의 입법미비를 들어 이러한 지방자치단체의 자주적인 조례제정권이 행사를 가로막을 수는 없다.

469) 대판 1991.8.27, 선고 90누6613 판결, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도 행정관청의 명령과는 달리 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다.

470) 성낙인, 앞의 논문, pp.123-147.

2) 법률이 폐지된 경우

침익적 행정에서 국가의 법령이 폐지된 분야 혹은 규제가 완화 또는 폐지된 분야에 대하여는 조례가 이를 규율할 수 없다고 하여야 할 것이다. 그 이유는 처벌법규가 폐지되었다면 국가의 법령이 이를 단순하게 침묵하는 것이 아니라, 국가가 그 범죄성을 부정한 것이라 볼 수 있기 때문이다. 따라서 국가가 부정한 범죄성을 지방자치단체의 조례로써 처벌 규정을 허용할 수 없다고 보기 때문이다. 또한 헌법상 보장되는 기본권과 자연권 영역이라고 판단되는 경우에도 이를 조례로 규제할 수 없다.⁴⁷¹⁾

다만 국가의 법률이 전국적인 규제를 할 필요가 없어서 폐지하였으나, 지역의 특수사정으로 그 지역의 규제를 금지하지 않을 목적으로 법령을 폐지하였다면 해당 지방자치단체의 조례로 이를 규율할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁷²⁾ 그러나 이 경우에도 침익적 행정으로써 규제를 목적으로 한다면 주민의 권리제한과 의무부과 그리고 벌칙의 부과에 해당되어 반드시 법률의 위임을 필요로 한다.

3) 법률의 목적과 다른 목적의 조례

법률의 목적과 다른 목적의 조례는 국가의 법률과 규제대상을 같이하고 있으나 조례의 규율 목적과 취지를 달리하는 경우로써, 규제의 법적내용이 다르므로 조례가 별도로 규제하는 것은 가능하다고 보아진다.⁴⁷³⁾

그러나 침익적 행정에 대하여는 법률우위의 원칙은 물론 법령우위의 원칙에 따라 엄격한 제한을 받을 수 밖에 없다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다. 다만 수익적 행정에 대하여 법령이 규정하는 대상과 목적을 달리하는 조례는 법령이 명시적으로 위반되지 않으면 제정이 가능하다고 할 것이다. 그렇다고 할지라도 헌법의 일반원칙을 비롯하여 국가 법령의 목적과 효과 등을 종합적으로 검토하여 이를 저해하는 경우는 허용되지 않는다고 할 것이다.

법원은 지방자치단체 공무원 정원을 규정하는 조례라 할지라도 행정규칙에 의

471) 김홍대, 앞의 책, p.126. 국가의 의사와 충돌하게 되어 있어 국민의 기본권 분야에서 법률유보의 원칙이 상당할 정도로 훼손할 가능성이 있으므로 찬성하기 어렵다. 1998년 규제개혁 차원에서 290여개의 법률에서 규제를 철폐하거나 완화된 바 있으나 이후에 이를 다시 조례로 규율한다면 조례가 기존의 국법질서를 침해하는 경우와 무엇이 다른지에 대한 의문이 있다; 김동희, 앞의 책, p.87.

472) 이인재, 앞의 논문, p.122.

473) 대관 2016.10.27, 선고 2014추514 판결

한 사전승인을 받지 아니한 조례는 “법령에 위반되어 무효”라고 판시한 바 있다. 이 판결은 국가 법령의 목적과 다를지라도 중앙정부의 행정규칙이 정한 목적에서 벗어날 수 없다고 판단 한 것이다.⁴⁷⁴⁾

그러나 최근 법원의 판결은 조례가 규율하는 특정사항에 대하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 “① 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로, 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 저해하는 바가 없을 때 ② 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방에서 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다”라고 판결한 바 있다.⁴⁷⁵⁾

이 판결은 법령의 명문 규정은 물론 국가의 전체적인 입법취지에 모순 또는 저촉되지 않는 범위 내에서 법령우위의 원칙을 엄격하게 견지해 왔던 전통적인 견해로 부터 벗어나 민주적 정당성을 가진 지방의회의 조례 제정 권한이 확대되고 있는 것으로 보여 진다.

4) 법률이 포괄적으로 위임하는 경우

법령이 지방자치단체에 포괄적으로 주민의 권리의 제한과 의무의 부과를 조례에 위임하는 경우는 규율범위가 보다 광범위하다. 특히 국가의 최저기준 혹은 규제의 상한선 규정을 제한하지 않고 세부적인 기준 제정을 조례에 위임하였을 경우에는 조례의 규율범위는 제한이 없다.

예를 들면 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제8조 제1항은 지방자치단체에 “지역주민의 생활환경보전 또는 상수원의 수질보전을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역 중 가축사육의 제한이 필요하다고 인정되는 지역에 대하여는 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 일정한 구역을 지정 고시

474) 대판 1997.4.11, 선고 96추138 판결, 지방자치단체에 두는 지방공무원의 정수를 정하는 내용의 조례는 「지방자치법」 제103조 제1항 「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」 제14조 제1항과 제21조 제1항, 지방공무원의 총 정원의 범위내에서 정원관리기관별로 지방공무원의 정수를 정하는 것일 경우에 한하여 유효하고, 내무부장관의 사전 승인을 얻지 아니하고 총정원을 늘리는 것을 내용으로 하는 조례는 위 법령에 위반되어 무효이다.

475) 대판 2007.12.13, 선고 2006추52 판결

하여 가축의 사육을 제한 할 수 있다”고 규정하여 포괄적으로 위임하였다.⁴⁷⁶⁾

이에 대하여 법원은 “법률은 ‘생활환경의 보호가 필요한 지역’ 그리고 ‘상수원 보호구역 등에 준하는 수질환경보전이 필요한 지역이라 하여 추상적·개방적 개념으로 규정하고 있다”고 판시 한 바 있다. 또한 “가축분뇨법의 입법목적 등에 비추어 볼 때, 위임조항이 그와 같은 규정형식을 취한 것은 가축사육 제한구역 지정으로 인한 지역주민의 재산권 제약 등을 고려하여 법률에서 지정기준의 대강과 한계를 설정하되, 구체적인 세부기준은 각 지방자치단체의 실정 등에 맞게 전문적·기술적 판단과 정책적 고려에 따라 합리적으로 정하도록 한 것이다”라고 판시하였다.⁴⁷⁷⁾ 따라서 이 법률이 정한 개략적인 기준에 따라 지방자치단체의 조례로 구체적인 세부기준을 정하도록 하는 포괄적인 위임에 따라 지방자치단체는 지역의 실정에 맞도록 다른 기준을 제정하여 시행하게 되는 것이다.⁴⁷⁸⁾

5) 초과조례

초과조례란 법률의 규율대상과 동일한 대상에 대하여 법률의 목적과 동일한 목적으로 법령에서 정한 기준보다 초과하여 더욱 엄격한 규제기준을 정하여 시행하는 조례를 말한다.⁴⁷⁹⁾ 초과조례는 국가의 법령이 정한 기준보다 유리하게 규

476) 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제8조(가축사육의 제한 등) ① 시장·군수·구청장은 지역주민의 생활환경보전 또는 상수원의 수질보전을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역 중 가축사육의 제한이 필요하다고 인정되는 지역에 대하여는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 일정한 구역을 지정·고시하여 가축의 사육을 제한할 수 있다. 다만, 지방자치단체 간 경계지역에서 인접 지방자치단체의 요청이 있으면 환경부령으로 정하는 바에 따라 해당 지방자치단체와 협의를 거쳐 일정한 구역을 지정·고시하여 가축의 사육을 제한할 수 있다.

1. 주거 밀집지역으로 생활환경의 보호가 필요한 지역
2. 「수도법」 제7조에 따른 상수원보호구역, 「환경정책기본법」 제38조에 따른 특별대책지역, 그 밖에 이에 준하는 수질환경보전이 필요한 지역
3. 「한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조제1항, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조제1항, 「금강수계 물 관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조제1항, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조제1항에 따라 지정·고시된 수변구역
4. 「환경정책기본법」 제12조에 따른 환경기준을 초과한 지역
5. 제2항에 따라 환경부장관 또는 시·도지사가 가축의 사육을 제한할 수 있는 구역으로 지정·고시하도록 요청한 지역

477) 대판 2017.4.7, 선고 2014두37122 판결

478) 「아산시 가축사육 제한조례」는 주거지역으로부터 돼지 2,000m, 소 1,000m, 소규모 환경영향평가 대상인 축사는 제한거리의 2배, 국가 하천에서 500m를 가축사육제한지역으로 규정하고 있다. 반면에, 「제주특별자치도 가축사육 제한조례」는 주거지역으로부터 돼지 1,000m를 가축사육제한지역으로 규정하는 등 각 지방자치단체마다 가축사육을 제한하는 다른 조례를 제정하고 있다.

479) 김홍대, 앞의 책, p.194. 일본에서는 상승조례(上昇條例) 또는 상회조례(上廻條例) 등의 용어를 사용하고 있다.

정하여 주민의 권익을 보장하는 “수익초과조례”와 국가의 법령이 정한 기준보다 불리하게 규정하여 주민의 권익을 침해하는 “침익초과조례”를 들 수 있다.⁴⁸⁰⁾

법원은 “전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만 실시하여야 한다는 취지가 아니라, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하라는 취지라면 조례가 법률에 위반되지 않는다”라고 판결하여 수익적 행정에서 이른바 “수익초과조례”를 지지하였다.⁴⁸¹⁾

반면에 침익적 행정에서는 조례가 “법령에 근거가 없으면 당연히 법령에 위반되어 무효”로 보며 법률이 전국에 걸쳐 일률적 기준을 두어 동일하게 규율하려는 규율입법이라면 법령이 규율하는 기준 이상으로 엄격하게 규율하는 것은 법령에 위반된다고 판결하여 “침익초과조례”는 허용하지 않는다. 다만 “침익초과조례”라 할지라도 “법령이 전국적으로 적용되는 최소한의 규율기준만을 정하고, 조례로 지역의 특수사정을 고려하여 법령의 기준을 초과하여 규율할 수 있도록 위임한 것으로 해석된다면 제한적으로 허용된다.⁴⁸²⁾

초과조례는 일본의 전통적인 국법선점이론에 대한 반성으로 산업의 고도화로 환경문제의 심각한 위협에 대하여 지방자치단체가 적절한 해결책을 찾을 수 밖에 없는 시대적 배경에 의한 것이다. 이에 따라 ‘동경도공해방지조례’는 “주민의 건강, 안전하고 쾌적한 환경에서 생활을 영위할 권리를 보장하여야 할 최종적인 책무를 지고 있는 자치단체로서는 공해방지에 관한 1차적인 법원은 조례일 수 밖에 없으며 국가의 법률은 오히려 보충적 수단에 불과하다”라고 선언하였다. 그러나 국가의 법률과는 달리 지방자치단체가 새로운 규제를 조례로 정하면서 국법선점이론에 대한 논란이 확대되자 의회는 ‘대기오염방지법’을 개정하여 조례로써 엄격한 규제를 허용하는 초과조례의 근거를 제정하여 위임하였다.⁴⁸³⁾

그렇다고 하여도 무한하게 초과조례를 인정하는 것이 아니라 필요 이상의 엄격한 규제를 한다면 비례의 원칙에 따라 위법무효가 될 수 있으며, 법령이 명시

480) 김재호, 앞의 논문, p.315.

481) 대판 1997.4.25, 선고 96주244 판결

482) 대판 2000.11.24, 선고 2000주29 판결

483) 일본 ‘대기오염방지법’ 제4조(배출허용기준) ① 사람의 건강을 보호하거나 생활환경을 보전 하는 것이 충분하지 아니하다고 인정되는 구역이 있을 때에는 그 구역의 매연발생 시설에 있어서 발생하는 이들의 물질에 대하여 정령이 정하는 바에 의하여 조례로서 동항의 배출기준으로 정하는 허용한도보다 엄격한 허용한도를 정하는 배출기준을 정할 수 있다.

적으로 초과조례를 금지할 경우와 법령의 목적을 저해하는 조례는 허용되지 않는다.

이와 같은 추세에 따라 우리나라에서도 「수질환경보전법」 제8조 제3항⁴⁸⁴⁾과 「대기환경보전법」 제8조 제3항은⁴⁸⁵⁾ “법률이 정한 기준보다 더 엄격한 기준을 조례로 정할 수 있도록” 허용하는 “초과조례”의 제정 근거를 규정한 바 있다. 이와 같이 국가의 기준보다 더 엄격한 기준을 정할 수 있도록 하는 “침익초과조례”는 반드시 법령의 위임이 있어야 하며, 법령이 국가최저기준을 정하여 초과조례 제정의 재량을 허용하였다면 가능하다고 할 것이다.

5) 추가조례

추가조례는 국가의 법령이 규제하는 동일한 목적으로 그 규제대상 만을 추가하여 법령의 적용범위를 확장하는 조례를 말한다.⁴⁸⁶⁾ 우리나라에서 추가조례는 국가의 법률과 동일한 목적이라 할지라도 국가의 법률이 규율하고 있지 않은 대상에 대한 규율은 일반적으로 허용된다. 다만 “수익추가조례”와 “침익추가조례”는 명백하게 구분된다. 법원은 「광주광역시 동구 저소득층 생활보호조례」에 대하여 “각 지방에 맞게 별도의 생활보호를 하는 것은 생활보호법의 규정과 모순·저촉되지 않는다”고 판시한 바 있다. 이 판결은 법률이 정하는 생활보호대상자 이외에 자활보호대상자를 보호대상자로 추가하는 별도의 “수익추가조례”를 지지한 것이다.⁴⁸⁷⁾

그러나 침익적 행정인 경우에는 법령의 개별적·구체적인 위임이 없이 추가하여 규제하는 추가조례의 제정은 제한될 수 밖에 없다. 법원은 「경기도 차고지확보조례」에 대하여 “자동차 운수사업법령에서 16인 이상의 승합자동차와 2.5톤

484) 「수질환경보전법」 제8조(배출허용기준) ③ 서울특별시·광역시 또는 도는 「환경정책기본법」 제10조 제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다.

485) 「대기환경보전법」 제8조(배출허용기준) ③ 서울특별시·광역시 또는 도는 「환경정책기본법」 제10조 제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정되거나 제8조 3의 규정에 의하여 대기환경규제 지역 안의 대기질의 개선을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다.

486) 김홍대, 앞의 책, p.204. 일본학자들은 横出條例라고 부른다.

487) 대판 1997.4.25, 선고 96추244 판결, 「생활보호법」이 자활보호대상자에게는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는 취지로 보이지 아니하고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 할 것이므로, 이 사건 조례안의 내용이 「생활보호법」의 규정과 모순·저촉되는 것이라 할 수 없다.

이상의 화물자동차의 경우에 차고지 확보의무를 부여하여 그 대상을 한정하고 있으나, 동 조례는 차고지 확보의 대상범위를 넓혀 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재적량 2.5톤 미만의 화물 자동차에까지 의무를 부여하고 있어 법령에 위반 된다”고 판시한 바 있다.⁴⁸⁸⁾ 이 판결은 법령이 정하는 기준보다 추가하여 규율한 “침익추가조례”를 허용하지 않는다는 점을 지적한 것이다.

제2절 차등분권 지역 - 제주특별자치도에 있어서의 자치입법권한의 한계

제주특별자치도(이하 ‘제주자치도’라 한다)는 다른 지역과는 달리 확대·강화된 특별한 자치권이 인정되어야 하며 ‘제주특별법’은 제1조가 규정하는 바와 같이 고도의 자치권과 실질적인 지방분권을 실현하여 국가발전을 선도하고자 하는 특별법이다. 그러나 이 법의 제정시행으로 국가의 지방분권을 선도하는 역할을 기대하였으나 이에 미치지 못한다는 지적이 제기되어 왔다.⁴⁸⁹⁾ 이 문제는 ‘제주특별법’의 그 자체와 그로 인한 자치입법권한의 한계에 의한 것으로 개선이 필요하다고 보여 진다.

그러나 ‘제주특별법’은 특별법이라 할지라도 헌법이 요구하는 “체계정당성의 원리”에 따라 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치 되거나 모순되어서는 아니 된다.⁴⁹⁰⁾ 따라서 체계적인 정당성의 위반에 대한 합리적인 사유가 존재하는지와 일반 법률과의 관계에서 모순되는 부분에 대하여 우선 구체적·실증적으로 검토하여 그 개선방안을 마련할 필요가 있다.

1. ‘제주특별법’의 한계

488) 대판 1997.4.25, 선고 96추251 판결

489) 최용진, “연방제 수준의 개헌을 위한 과제-제주특별법의 사례를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제 55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017, p.152. 제주특별법은 고도의 자치권의 보장을 목적으로 삼는 정도에 그쳤으며, 10여년이 경과하였지만 연방제 수준은 멀어지고 고도의 자치권의 달성에도 미치지 못하였다는 비판을 받고 있다.

490) 헌재 2004.11.25, 선고 2002헌바66 결정, 체계정당성의 원리는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청이며, 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는데, 이러한 체계정당성 위반은 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야만 비로소 위헌이 되며, 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법재량이 인정된다.

(1) ‘제주자치도’의 법률적 지위

‘제주자치도’는 ‘제주특별법’ 제1조가 규정한 바와 같이 특별한 지방자치단체를 설립하는 근거에 따른 것이다. 그러나 특별목적 지방자치단체를 말하는 것이 아니라 다른 지방자치단체와 차별이 없는 보통지방자치단체로서 광역자치단체이다. 학설은 ‘제주자치도’의 법률적 지위에 대하여 “그 지위·조직 및 행정 및 재정의 운영에 있어서 특별한 자치가 실시되고 있는 지역, 즉 행정체제의 특수성을 고려하여 법률이 정하는 바에 따라 그 지위·조직 및 행정 및 재정 등의 운영에 있어서 특례가 인정되는 광역지방자치단체”라고 정의하고 있다.⁴⁹¹⁾ 또는 “한 국가 내에서 특정한 지역에 대하여 다른 지역과 차별성이 있는 자치를 인정하는 제도”라고 정의되기도 한다.⁴⁹²⁾

그러함에도 ‘제주특별법’은 입법자에 의하여 제정된 법률로써,⁴⁹³⁾ 전권한성과 자기책임성의 원칙에 의하여 제정된 자주적인 법규범이 아니라는 점에서 고도의 자치권과 실질적인 지방분권은 ‘제주자치도’ 스스로 이룰 수 없다는 근본적인 한계가 있다. 그러므로 ‘제주자치도’의 자치입법권한은 입법자의 선택에 의하여 좌우되며 ‘제주특별법’에 의하여 위임되었다 할지라도 그 본질에 있어서 다른 지방자치단체와 다르지 않다는 점에서 논의가 필요하다.⁴⁹⁴⁾

491) 표명환, “지방자치법상 특별자치도의 의미와 그 문제, 제주특별자치도법을 중심으로”, 『공법학연구』, 제 10권제4호, 한국공법학회, 2009, pp.138-139.

492) 김재광, “지방분권 개헌 관련 일반자치제와 특별자치제의 관계-제주특별자치도의 법적 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017, p.44.

493) 헌재 2006.4.27, 선고 2005헌마1190 결정, 「제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제15조 제1항 등 위헌확인, ‘헌법’ 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. 헌법상 지방자치제도의 보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며, 지방자치단체에 의한 자치행정을 보장하는 것이므로, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할 지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다. 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 폐지하여 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것이다.

494) 권영호, “정부간 관계와 제주특별자치도”, 『유럽헌법연구』, 제18호, 유럽헌법학회, 2015, p.350. 제주특별자치도 출범에 관한 논의 당시 제주특별자치도의 자치입법권을 획기적으로 확대하고, 제주특별자치도에서의 지방세를 조례로 정할 수 있도록 규정하는 등의 구체적인 자치입법권 강화방안이 검토되었으나 헌법상의 기본권제한의 법률유보의 원칙, 죄형법정주의, 조세법률주의라는 헌법상 한계를 극복하지 못하였다.

(2) 특수한 지위의 불확실성

‘제주특별법’ 제7조 제3항은 “이 법에서 정하는 범위에서 특수한 지위를 가진다”라고 규정하는 바와 같이 “이 법(제주특별법)”이 규율하는 범위 내에서 제한된다. 그러나 이 “특수한 지위”의 본질에 대하여는 분명하게 정하지 않았다.⁴⁹⁵⁾ 다만 ‘제주특별법’은 중앙정부의 권한을 ‘제주자치도’에 이양하여 국가의 지방분권을 선도하고자 하는 목적이 있다고 할 수 있다. 이를 구체화하기 위하여 ① ‘제주특별법’ 제20조 제1항이 규정하는 바와 같이 중앙정부의 권한을 ‘제주자치도’에 “이양”하는 것 ② ‘제주특별법’ 제23조 제1항이 규정하는 바와 같이 국가의 일선 기관인 특별지방행정기관을 ‘제주자치도’에 “이관”하는 것을 특징으로 한다.

이에 따라 중앙권한의 이양은 5,189건을 추진하고 있으며,⁴⁹⁶⁾ 국토관리, 중소기업, 해양수산, 보훈, 환경, 노동에 관한 사무를 수행하는 특별지방행정기관을 “이관”하였다. 이외에도 ③ 다른 개별법령의 규정에도 불구하고 ‘제주특별법’에 특례를 규정하거나 ④ ‘제주자치도’의 지역 특성에 따른 권한을 부여하는 것을 중심으로 구성되었다 할 수 있다.

중앙권한의 이양방식은 ① ‘제주특별법’이 명시적으로 ‘제주자치도’의 권한으로 규정하거나 ② 다른 개별 법률을 준용하도록 규정하거나 ③ 대통령령이나 부령에 따르도록 규정하거나 ④ 대통령령이나 부령으로 정하도록 한 것을 조례로 규정하도록 하거나 또는 ⑤ ‘제주자치도’의 고유사무를 조례로 정하도록 규정하는 형태로 구분될 수 있다.⁴⁹⁷⁾ 따라서 위와 같이 ② ③ ④의 경우는 ‘제주자치도’의

495) 양승미, “제주특별자치도의 자치입법 강화를 위한 법적 쟁점 검토”, 『지방자치법연구』, 통권제33호(제12권1호), 한국지방자치법학회, 2012, p.38. 지방자치법이 개정되어 지방자치단체의 종류에 ‘특별자치도’가 추가되어 제주도가 다른 지방자치단체와는 다른 법적 지위를 가진 것으로 법적으로 확인되고 있으나, 자치권의 확립의 측면에서 정립될 필요가 있다.

496) 제주특별자치도, 제주특별법에 의한 권한위임 추진현황, 2016

구분	합계	1단계	2단계	3단계	4단계	5단계
계	5,189	2,090	441	504	2,104	50
법적특례	1,115	820	81	124	67	23
권한이양	1,568	858	149	134	417	10
조레이양	2,506	412	211	246	1,620	17

497) 권세훈, “제주특별법에 의한 권한위임의 현황과 문제점”, 제주특별자치도 출범 제10주년과 제주특별법의 의의, 제주특별자치도의 법적 지위 강화를 위한 공동 세미나, 제주특별자치도, 2016, p.45, 지방이양의 유형별로는 ① 일반법을 배제하고 조례로 규정한 102건, ② 일반법을 배제하여 제주특별법으로 규정한 189건, ③ 장관의 권한을 도지사의 권한으로 규정한 1,568건 ④ 시행령의 규정을 조례로 규정한 1,543건, 그리고 제주도에만 권한 또는 기관이나 제도를 창설한 822건으로 모두 4,224건으로 나타나고 있다.

자치입법권한은 여전히 국가의 법령에 따른 사무를 수행하는 “위임조례”를 제정하는 위치에서 국가의 일선기관로서의 지위에 해당한다. 그러므로 ① 과 ⑤ 에 한해서 자치입법권한의 규율범위로 자치사무에 대한 “자치조례”의 제정권한이 확대되었다 할 수 있다.

그러함에도 중앙권한의 이양은 ‘제주자치도’가 개별 법령이 규정하는 중앙정부의 권한을 구체적·개별적으로 사전에 협의가 되어야 가능하며 ‘제주자치도’가 “이양” 받은 사무를 수행하고자 한다면 ‘제주특별법’이 아니라 각 개별법령이 정한 기준에 따를 수밖에 없다는 점에서 여전히 제한적이다.⁴⁹⁸⁾ 이와 같이 ‘제주자치도’의 “특수한 지위”는 중앙 권한의 “이양”에 전적으로 의존하여야 하며 입법자의 자의적인 판단에 따라 좌우될 수밖에 없으므로 불확실하다고 할 수 밖에 없다.

(3) 조문 구조의 복잡성

현대 법치국가에서 국가의 법률에 의한 규제 대상이 확대되고 그 규제의 방식이 법률의 형태를 취하게 되면서 법률의 과잉화 그리고 일상생활의 법 제도화, 조문의 복잡화 등 법 규범이 양적으로 증가하고 있으나 질적으로 저하되는 등 현실과 거리가 먼 현상이 나타나고 있다.⁴⁹⁹⁾ 최근에는 특정한 정책에 대한 입법 목적을 달성하기 위한 각종 특별법이 제정되고 있으며 특히 정치적인 이유로 급히 입법되는 경우에는 합리성이 결여되거나,⁵⁰⁰⁾ 법률체계의 복잡성으로 인하여 법률 수요자인 국민의 입장에서는 법을 이해하기 어렵기 때문에 이에 대한 신뢰성이 낮아지고 수용성이 저하된다고 판단된다.

이와 같은 현상은 ‘제주특별법’에서도 나타나고 있으며 481개의 조문으로 제1편 총칙, 제2편 ‘제주자치도’ 설치 운영, 제3편 국제자유도시의 개발 및 기반조성,

498) 양승미, 앞의 논문, p.37. 동법이 특별행정기관의 사무이관에 대해서 ‘장관의 권한’을 ‘도지사의 권한’으로 규정하고 있는데, 특별행정기관의 사무를 위임 또는 위탁하면서 도지사가 ‘위임사무 또는 위탁사무’를 맡는 위임기관으로 남을 위험이 있다.

499) 홍준형, “입법평가 법제화 방안에 관한 연구”, 법제처, 2006, p.12.

500) 법제처, 『법령입안 심사기준』, 2017, p.11. 제명에 “특별법”, “특례법” 또는 “특례에 관한 법률” 등을 사용하고 있는 법률은 2017년 12월 현재 모두 171건(특별법 109건, 특례법 38건, 특별조치법 19건, 특례에 관한 법률 5건)으로 법제처 국가법령정보센터에 등록된 전체법률(1,413건)의 약 12퍼센트에 달한다.

제4편 산업발전 및 자치분권 강화, 제5편 보칙 그리고 제6편 부칙으로 구성된다. 또한 동법 시행령은 82개의 조문과 부칙 그리고 관련되는 법령 및 조례 등으로 복잡한 조문 구조와 광범위한 내용을 포함하고 있다.

또한 ‘제주특별법’의 “특례” 규정은 각 개별법이 정한 다양한 내용에 대하여 모두 일괄 규정하여 각각 규율목적과 범위가 다른 개별 법령에 의한 중앙권한의 일부를 단일의 ‘제주특별법’ 각 조에 복합적으로 수용한 원인에 따른 것이다. 특히 “특례”를 규정하면서 구체적인 개별법령에 의한 사무의 명칭을 열거하지 아니하고 관련되는 조문만 열거함으로써 투명하지 않다는 문제가 있다.⁵⁰¹⁾

예를 들면 ‘제주특별법’ 제372조가 규정하는 바와 같이 제1항은 「하수도법」에 의하여 3개의 환경부장관의 권한을 제주특별자치도지사(이하 ‘도지사’라 한다)의 권한으로 정하였다. 제2항은 「하수도법」과 「물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률」이 대통령령이나 환경부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정할 수 있도록 규정하였고, 각각 23개와 33개의 사무를 대통령령과 환경부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 동법 제372조는 「하수도법」과 「물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률」의 시행에 필요한 권한과 절차를 규정하였을 뿐만 아니라 “각 호 이외의 부분 본문” “단서”와 “00법에도 불구하고” 등과 같은 예외규정과 특별규정을 비롯하여 과태료 부과 징수를 위한 규정이 포함되어 있다. 이와 같은 방대한 내용을 단일 조항에 모두 포함하는 경우에는 법률 수요자인 일반 국민들이 법률에 대한 신뢰성과 수용성을 저하시키는 가장 큰 원인이라 하겠다.⁵⁰²⁾

501) 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제372조(하수처리시설 등의 관리에 관한 특례) ① 「하수도법」 제25조제2항(공공하수처리시설과 분뇨처리시설로 한정한다), 제67조제1항부터 제3항까지 및 제80조제6항(이양된 권한에 따른 과태료의 부과·징수에 한정한다)에 따른 환경부장관의 권한은 도지사의 권한으로 한다. ② 「하수도법」 제7조제1항 각 호 외의 부분 본문, 제8조제2항 단서, 같은 조 제6항, 제9조제3항, 제11조제2항 전단, 제15조제1항, 제16조제1항 단서, 같은 조 제2항, 제19조 제1항, 같은 조 제2항 각호 이외의 부분, 같은 조 제3항, 제23조제1항 각 호 이외의 부분, 제24조, 제25조제1항제3호, 제27조제3항, 제28조 각 호 외의 부분 후단, 같은 조 제3호, 제34조제1항제3호·제4호, 같은 조 제2항 전단, 같은 조 제3항·제4항, 제35조제1항 본문 단서, 제36조제1항, 제37조제3항, 제39조제2항부터 제4항까지, 같은 조제6항 전단, 같은 조 제9항 단서, 제40조제1항·제2항·제4항, 제41조제2항·제5항, 제43조제1항, 제44조제1항 본문, 같은 조 제2항부터 제4항까지, 제45조제1항·제2항·제5항·제6항, 제47조제2항, 제49조제2항, 제50조제3항(제50조제2항에 따른 사항에 한정한다), 제56조(분뇨수집·운반업자에 한정한다), 제65조제1항 후단, 제66조제1항 각호 이외의 부분 본문, 제67조제4항, 제69조제4항(도지사의 권한에 관한 증표에 한정한다) 및 제70조 각호 이외의 부분(도지사의 권한에 관한 수수료에 한정한다). 「물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률」 제9조제1항 각호 이외의 부분 본문, 같은 항 제7호, 같은 조 제3항 및 제10조제3항에서 대통령령 또는 환경부령으로 정하도록 한 사항은 도 조례로 정할 수 있다.

502) 이철송, “조세법률주의와 위임입법의 관계설정에 관한 연구”, 재정경제부, 2000, p.17. 법에 문외한 국민들

(4) 자기결정권한의 제한

자기결정권한은 방법과 수단을 스스로 결정하는 것을 말하며 지방자치단체의 설립과 지방정부의 조직은 중앙정부의 간섭에 의하여 제한되어서는 아니 된다.⁵⁰³⁾ 또한 지방자치단체의 전권한성과 자기책임성에 따라 지방정부의 조직형태를 자기 스스로 결정하여야 한다.

예를 들면 미국 ‘산타 모니카 시티 지방자치헌장’ 제500조는 “이 지방자치헌장에 규정된 지방정부는 의회-관리자형(Council-Manager form) 정부이다”라고 스스로 기관통합형 지방정부 구조를 선언하였으며,⁵⁰⁴⁾ 이 선언은 연방 혹은 주로부터의 간섭이나 제한이 없이 지방자치단체 스스로 정하였음을 의미한다. 독일 연방헌법재판소는 자기결정방식(Selbstentscheidungsformel)에 대하여 “법률의 입법자는 어떤 문제가 어떤 내용으로 규율되어야 하고 이러한 규율이 어떠한 목적(Ziel)에 기여하는지를 결정하여야 하며, 자기결정에 속하는 사항은 위임이 대상이 될 수 없다”고 판시한 바 있다.⁵⁰⁵⁾

이에 비하여 ‘제주특별법’ 제8조 제1항은 지방의회와 집행기관의 구성을 달리 할 수 있도록 규정하였다. 그러나 이를 “다른 법률로 정하는 바에 따라” 정하도록 규정하였다. 따라서 다른 지방정부의 형태를 정하고자 한다면 주민투표 혹은 도의회의 동의를 거쳤다고 할지라도 “다른 법률”로 따로 제정하여야 하며 입법자인 중앙정부의 간섭에서 여전히 벗어나지 못하도록 하였다. 그러므로 지방자치에 있어서 자기결정권은 주민투표 혹은 도의회의 동의가 최종적인 의사결정권을 말한다는 점에서 ‘제주특별법’ 제8조는 ‘제주자치도’의 자기결정 권한을 반영하지 아니하였고 오히려 제한하였다고 판단된다.

이 모든 인식 가능한 수단을 강구하여도 어떤 경우에 어떤 방향으로 위임된 입법권이 사용될는지, 어떤 내용으로 행정명령이 제정될는지 예측하는데 여전히 의심이 남아 있다면 그 위임입법은 명확성의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 한다; 권세훈, 앞의 보고서, p.47. 개별적 위임방식은 권한 및 사무이양을 매우 복잡하게 하고 체계적인 법률정비를 하는데 많은 장애를 가져온다. 중국적으로는 법령의 시행 및 해석상의 문제를 발생시킬 여지를 가지고 있다.

503) European Union, European Charter of Local Self Government, Preamble, *Supra*.

504) United States of America, The Charter of the City of Santa Monica, 500(Form of Government) The municipal government provided by this Charter shall be known as the Council-Manager form.(이 ‘지방자치헌장’이 규정하는 지방정부는 의회-관리자 형으로 한다)

505) BVerfGE 2.334,10.6.1953; BVerfGE 18.62; BverfGE 20.270. 이철송, 앞의 논문, pp.27-28에서 재인용.

(5) 법률체계의 부정합성

1) 체계적 정당성의 결여

‘제주특별법’ 제6조 제1항은 중앙행정기관의 장의 권한을 ‘도지사’의 권한으로 이전하는 경우를 이양이라 하고 있다.⁵⁰⁶⁾ 그러나 이 법에서 말하는 “이양”되는 권한은 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 “위임”하는 사무와 다르지 않다. 즉 지방분권에서 말하는 “이양”은 모든 권한을 포괄적으로 지방자치단체에 “이전”하는 것을 말한다. 이에 비하여 ‘제주특별법’이 말하는 “이양”은 개별 법률에 의한 전체 규정 중 일부 사무의 “위임” 혹은 “기관위임”을 의미한다. 이에 따라 ‘도지사’의 권한은 ① 이미 개별 법령에서 “위임”한 권한으로써 단체위임사무와 기관위임사무 그리고 ② ‘제주특별법’에 의하여 “이양”된 사무가 포함된다.

예를 들면 「토양환경보전법」 제28조, 제29조 및 제30조와 제31조는 「토양환경보전법」 각조 위반사항에 대한 벌칙을 각각 규정하였다. 동법 제19조 제1항은 지방자치단체의 장에게 제18조 제2항 제1호에 따른 오염토양 개선사업의 전부 또는 일부를 그 정화 책임자에게 명할 수 있도록 이미 위임되었고, 동법 제28조는 이 실시 명령을 이행하지 아니한 자 등에게는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.⁵⁰⁷⁾ 그러나 이 사무는 ‘제주특별법’ 제374조 제3항에 의하여 “이양”되지 않았으며 ‘도지사’가 「토양환경보전법」 제19조 제1항에 의한 실시명령을 위반한 경우에 「토양환경보전법」 제28조에 따라 처리하는 단체위임사무이다.

다만 「토양환경보전법」이 규정하는 환경부장관의 권한은 동법 시행령에 의하여 지방자치단체의 장에게 위임한 바 없으므로 “기관위임사무”는 없다. 그러함

506) 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성에 관한 법률」 제6조(다른 법률과의 관계) ① 이 법에서 중앙행정기관의 장 등의 권한을 제주특별자치도지사의 권한으로 한 경우(이양되는 권한과 의무 원칙 기준 및 절차 등을 포함한다. 이하 같다) 제주특별자치도지사의 권한은 해당 법령에서 정한 중앙행정기관의 장 등의 권한으로 보아 해당법령을 적용한다.

507) 「토양환경보전법」 제19조(토양오염 개선사업) ① 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제18조 제2항 제1호에 따른 오염토양 개선사업의 전부 또는 일부의 실시를 그 정화책임자에게 명할 수 있다. 이 경우 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 토양보전을 위하여 필요하다고 인정하면 환경부령으로 정하는 토양관련전문기관으로 하여금 오염토양 개선사업을 지도·감독하게 할 수 있다. 제28조(벌칙) 제19조 제1항에 따른 실시명령을 이행하지 아니한 자나 실시명령을 받고 같은 조 제2항에 따른 승인을 받지 아니하고 오염토양 개선사업을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

도 ‘제주특별법’ 제374조 제1항은 “「토양환경보전법」 제17조 제1항에도 불구하고.....도지사가 토양환경보전대책지역을 지정한 경우에는 같은 조 제2항·제4항 및 제22조 제1항에 따른 환경부장관의 권한은 도지사의 권한으로 한다”라고 규정하였다.

따라서 환경부장관의 “토양환경보전대책지역” 지정 권한을 다른 지방자치단체에 공통적으로 위임하지 아니하고 지방환경청장에게 위임하였음에도 ‘제주자치도’에 한하여 ‘도지사’에게 “이전”하였다는 점에서 “이양”이라 할 수는 있다. 그러나 이 경우 기관위임사무와 다르지 않으며 기관위임사무의 역기능에 대하여는 앞에서 설명한 바와 같다. 그러함에도 ‘제주자치도’는 「토양환경보전법」에 의한 단체위임사무와 ‘제주특별법’에 의한 “이양” 사무를 수행하며, 대통령령이나 부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정한다 할지라도 「토양환경보전법」 → ‘도 조례’를 시행한다는 점에서 “위임사무”의 집행을 위한 하위법령으로써 “위임조례”와 다르지 않다고 판단된다.

2) 위임근거의 중복

중앙정부의 권한을 ‘제주특별법’에 위임하고자 한다면 그 법령의 근거는 명확하고 구체적이어야 하며, 법령 상호간의 체계적 정당성은 입법자의 자의적인 해석을 방지하고 명확성과 예측가능성 그리고 법적 안정성을 확보하기 위한 것이다.⁵⁰⁸⁾ 그러함에도 같은 내용의 사무에 대하여 일반 법률과 ‘제주특별법’이 동시에 규정한다면 이는 체계적 정당성을 위한 합리적인 목적을 정하였다고 할 수 없다.

예를 들면 ‘제주특별법’ 제300조는 “「상공회의소법」 제6조, 제7조 제2항 및 제49조 제1항에 따른 산업통상자원부장관의 권한은 도지사의 권한으로 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 「상공회의소법」 제6조는 상공회의소의 설립인가를 의미하며, 제7조 제2항은 상공회의소의 정관변경 인가 그리고 제49조 제1항은 상공회의소의 임원에 대한 조치요구 사항으로 산업통상자원부 장관의 권한을 말하며, 이 권한은 동법 시행령 제17조에 의하여 이미 광역자치단체의 장에게 위임되었다.

이외에도 ‘제주특별법’ 제326조 제1항은 “「영유아보육법」 제23조 제1항에 따

508) 헌재 2004.11.25, 선고 2002헌바66 결정

른 보건복지부장관의 권한을 도지사의 권한으로 한다”고 규정하고 있다. 그러나 「영유아보육법」 제23조 제1항은 어린이집 원장의 보수교육에 관한 보건복지부장관의 권한으로 동법 시행령 제26조 제1항에 의하여 이미 시·도지사에게 위임되었다. 이와 같이 이미 개별 법률이 정한 중앙행정기관장의 권한을 하위법령인 대통령령이 “개별적·구체적”으로 지방자치단체의 장에게 위임한 “기관위임사무”임에도 “특별법”인 ‘제주특별법’이 수용한 것은 체계적인 정당성에 대한 합리적인 이유가 없다.⁵⁰⁹⁾

3) 수권 근거의 부존재

중앙행정기관의 장에게 부여된 권한이 없다면 ‘도지사’에게 이양할 권한도 없으며 근거 법령이 없다면 이를 위임 근거로 한 ‘제주특별법’의 규정은 권한이 없는 행위로 무효라고 할 수 있다.⁵¹⁰⁾

예를 들면 ‘제주특별법’ 제289조 제1항은 “「수산업법」 제41조에 따른 허가어업(육상해수양식어업) 및 같은 법 제47조에 따른 신고어업과 관련된 제48조 제1항부터 제3항까지의 해양수산부장관의 권한을 도지사의 권한으로 한다”고 규정하고 있다. 그러나 「수산업법」 제41조에 의한 허가어업(육상해수양식어업)과 동법 제47조에 의한 신고어업은 시장·군수·구청장에게 이미 위임되었다. 또한 「수산업법」 제48조 제1항부터 제3항까지의 권한은 해양수산부장관에게 전속된 권한을 규정한 것이 아니라 허가관청인 시장·군수·구청장에게 부여된 권한을 말한다. 그러므로 이 권한은 중앙행정기관의 장의 권한이 아니라 「수산업법」이 이미 시장·군수·구청장에게 위임한 단체위임사무로써 이양 대상사무라 할 수 없다.

그러함에도 이와 “관련된” 「수산업법」 제48조 제1항부터 제3항까지는 어업허가에 관한 허가관청의 변경허가 또는 변경신고에 관한 사항으로써,⁵¹¹⁾ 이 경우에

509) 헌재 1998.7.16, 선고 96헌바52 결정, 문제된 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고려할 때 합리적으로 그 대강을 예측할 수 없는 경우라면 위임입법의 한계를 일탈하였다고 보아야 할 것이다.

510) 이철송, 앞의 논문, pp.16-17. 위임을 위한 모법의 근거가 제시되어야 한다... 위임을 위한 헌법상의 요건을 충족하기 위하여는 수권 법률에서 ① 행정입법으로 정할 대상을 특정사항으로 한정하여야 하고(대상의 한정성), ② 그 대상에 대하여 행정입법을 행함에 있어 행정기관을 지도 또는 제약하기 위한 목표, 기준, 고려하여야 할 요소 등을 명확하게 제시하여야 한다.

511) 「수산업법」 제48조(허가어업과 신고어업의 변경·폐업 등) ① 제41조 제42조에 따라 어업허가를 받은 자가 그 허가받은 사항을 변경하려면 허가관청의 변경허가를 받거나 허가관청에 변경신고를 하여야 한다. ② 제47조에 따라 어업의 신고를 한 자가 신고사항을 변경하려면 신고관청에 변경신고를 하여야 한다. ③ 제41조 제42조 또는 제47조에 따라 해당 어업의 허가를 받은 자나 신고를 한 자가 그 어업을 폐업하거나

허가신청은 해양수산부 장관이 아니라 어업허가 혹은 신고를 수리하는 시장·군수·구청장을 말하며 각각의 행정관청이 공통적으로 이행하여야 할 변경허가와 신고에 따른 절차를 규정한 것이다. 이와같이 「수산업법」 제41조와 제47조에 “관련된” 해양수산부 장관의 권한이 없으므로 ‘도지사’에게 이전할 권한이 없다.

4) 권한이 아닌 절차를 이양

「행정절차법」에 의한 “청문”은 모든 행정관청에 일반적·공통적으로 적용되는 행정절차이다. 따라서 중앙행정기관의 장에게 전속되는 권한이 아니라 절차로써 ‘도지사’에게 이양할 대상이 아니다.

예를 들면 ‘제주특별법’ 제244조 제1항은 “「관광진흥법」제77조.....에 따른 문화체육부 장관의 권한은 도지사의 권한으로 한다”고 규정하고 있다. 그러나 「관광진흥법」 제77조는 “관할 등록기관의 장”이 관광등록의 취소나 혹은 사업계획 승인의 취소에 관한 처분을 하기 전에 실시하는 “청문” 대상을 의미한다. 그러함에도 이 규정은 문화체육부 장관에게 전속된 권한이 아니라 불이익한 행정처분을 하는 모든 행정관청에 공통적으로 적용되는 “관할 등록기관의 장의 권한”이다. 따라서 이를 문화체육부 장관의 권한이라 할 수 없으며 ‘도지사’에게 이양할 권한이 없다.⁵¹²⁾

5) 위임근거의 오류

각 개별법은 국가와 지방자치단체의 의무를 동시에 부여하며 중앙정부는 전국을 관할하는 국가 단위의 기본계획을 수립하고 지방자치단체는 지방을 관할하는 지역단위의 계획을 수립하도록 의무를 부여하고 있다. 이 경우에는 국가와 지방자치단체의 본질적 기능이라고 할 수 있으며, 지역단위의 계획 수립은 법률의 위임에 의한 “위임사무·필수사무”로써 자치입법권한의 규율 범위에 해당한다.

예를 들면 「환경정책기본법」 제14조에 따라 환경부장관은 “국가환경 종합계획”을 수립하며, 동법 제18조에 의하여 시·도지사는 국가의 계획에 따라 지역특

어업을 할 수 없게 된 경우에는 해당 행정관청에 신고하여야 한다.

512) 대판 1996.6.28, 선고 96누4374 판결, 행정기관의 권한에는 사무의 성질 및 내용에 따르는 제약이 있고, 지역적·대인적으로 한계가 있으므로 이러한 권한의 범위를 넘어서는 권한유월의 행위는 무권한의 행위로써 원칙적으로 무효이다.

성을 고려한 “환경보전 지역계획”을 수립하도록 의무를 부여하고 있다. 이와는 별도로 ‘제주특별법’ 제351조 제2항에 의하여 위임된 「제주특별자치도 환경기본조례」 제12조 제1항은 ‘제주자치도’의 “환경보전 기본계획” 수립과 시행 의무를 규정하고 있다.⁵¹³⁾

따라서 문언상 ‘제주자치도’는 ‘제주특별법’에 의한 “환경보전 기본계획”과 「환경정책기본법」에 의한 “환경보전계획”은 각각 별도로 마련하여야 한다. 그러함에도 ‘제주자치도’의 “환경보전 중기계획”은 단일 계획으로 작성되었으며 「환경정책기본법」 제14조와 ‘제주특별법’ 제351조에 근거 한다고 밝히고 있다. 결과적으로 “환경보전 기본계획”과 “환경보전계획”은 그 구성내용과 방식에 차이가 없으며 서로 중복되거나 혹은 특별성이 없다.⁵¹⁴⁾ 그러므로 ‘제주특별법’에 의한 “기본계획”은 개별 법률에 의한 지역단위 계획에 대하여 그 지위를 명확히 하여 더욱 확대·강화된 지역 특성을 반영하여야 한다. 그렇지 않다면 ‘제주특별법’ 제351조는 존재의 이유를 상실한다.

6) 국가에 전속하는 권한을 이양

국가의 “기본계획” 작성은 중앙행정기관에 전속하는 권한으로써 전국을 관할하는 사업을 추진하여야 하고 법률의 본질적인 부분으로써 지방자치단체에 이양하는 것은 적절하지 않으며, 특별자치라 할지라도 모든 권한을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 권한을 의미하지는 않는다.⁵¹⁵⁾

예를 들면 ‘제주특별법’ 제291조 제1항은 “「어장관리법」 제3조.....에 따른 해양수산부장관의 권한을 도지사의 권한으로 한다”고 규정하고 있다. 그러나 「어장관리법」 제3조는 해양수산부장관이 전국의 어장을 종합적이고 체계적으로 관리하기 위하여 5년마다 “어장관리 기본계획”을 수립하는 권한을 말한다.⁵¹⁶⁾ 동법

513) ‘제주특별법’ 제239조는 관광개발계획, 제257조는 향토문화예술진흥계획, 제267조는 농임축수산업 및 식품산업진흥종합계획, 제295조는 정보화촉진기본계획, 제306조는 보건의료 발전계획, 제378조는 수자원종합계획 등 도지사가 분야별 지역계획을 수립하도록 규정하고 있다.

514) 제주특별자치도, 제주특별자치도 환경보전중기기본계획, 2015, 이 계획은 「환경정책기본법」 제16조와 ‘제주특별법’ 제351조에 근거한다고 밝히고 있다.

515) 현재 2006.3.20, 선고 2003헌라2 결정, 지방자치는 마치 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적 배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되었다 할 수 없다.

516) 해양수산부, 제3차 어장관리 기본계획(2017-2021), 2017. pp.1-29. 전국의 어장에 정책목표와 기본방향을 정하고, 국비 1,000억원을 포함하여 1,724억원을 투자하는 등 전국단위 계획이다.

제4조 제1항에 따라 ‘도지사’는 이 기본계획에 의하여 5년마다 관할구역의 어장에 대한 “어장관리 시행계획”을 작성하도록 규정하고 있다.⁵¹⁷⁾ 그러함에도 현실적으로 해양수산부가 작성한 “어장관리 기본계획”과 ‘제주자치도’가 작성한 “어장관리 세부시행계획”이 각각 작성되고 있다.

이와 같은 사례는 ‘제주특별법’ 제292조 제1항은 “「수산업법」 제50조.....에 따른 해양수산부장관의 권한은 도지사의 권한으로 한다”고 규정한 바와 같이 나타나고 있다. 그러나 「수산업법」 제50조는 해양수산부장관이 5년마다 작성하는 “기르는 어업 발전 기본계획”을 말하며, 동법 제51조는 광역자치단체의 장이 국가계획에 따라 매년 지역의 실정에 맞는 “기르는 어업 발전 시행계획”을 작성하도록 규정하고 있다. 이 경우에도 해양수산부장관의 “기르는 어업 발전 기본계획” 작성 권한을 ‘도지사’에게 이양하는 것은 적절치 않다.

다른 예를 든다면 ‘제주특별법’ 제289조 제1항 후단은 “「수산업법」 ...제54조 제1항에 따른 해양수산부장관의 권한을 도지사의 권한으로 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 「수산업법」 제54조 제1항의 규정은 “기르는 어업과 관련된 기술의 개발·보급사업 지원”에 대한 해양수산부장관이 전국을 관할 권한으로 기르는 어업에 관련된 기술을 개발하여 보급하는 사업으로써 국가에 전속된 사무라 할 수 있다.

7) 특별한 예외 규정

‘제주특별법’이라 할지라도 헌법에 의한 체계적 정당성의 원리에 따라야 하고 비례의 원칙과 평등의 원칙을 위배하여서는 아니 되며 이 원칙을 따르지 않는다면 특별법이라 할지라도 헌법에 위반되어 무효의 사유가 발생한다.⁵¹⁸⁾

그러함에도 ‘제주특별법’ 제250조 제1항은 관광정책의 추진을 위하여 「지방공기업법」에 따른 지방공사를 설립하도록 규정하면서 동법 제2항은 「지방공기업법」 제49조 제3항에 의한 타당성 검토를 적용하지 않도록 규정하였다.⁵¹⁹⁾ 그러

517) 제주특별자치도, 어장관리 세부시행계획(2007-2011), 2007.5.17, 보도자료.

518) 헌재 2002.4.25, 선고 2001헌마614 결정, 방법의 적절성; 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나 만으로써 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 목적달성에 필요한 유일한 수단 선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없다.

519) 행정안전부, 지방공기업 현황(2018.6.30 기준)에 따르면 전국 지방자치단체에는 401개 지방공기업이 있으

나 ‘제주자치도’가 지방공사를 설립하면서 특정한 분야에 한하여 특별한 예외로 타당성 검토를 배제하는 것은 정당화할 합리적인 사유가 존재하지 않으며 헌법상 체계적인 정당성이 없다고 할 수 있다.⁵²⁰⁾ 특히 법률은 유사한 사건을 같이 취급하여야 한다는 일반성이 있어야 하며,⁵²¹⁾ 이와 같이 합리적인 사유가 존재하지 않는다면 법률 수요자로부터 신뢰를 잃을 수밖에 없다.

(6) 국가사무의 처리제한

「지방자치법」 제11조는 구체적으로 국가사무를 열거하여 지방자치단체의 국가사무 처리를 제한하고 있다.⁵²²⁾ 그러함에도 ‘제주특별법’ 제20조 제1항은 외교, 국방 그리고 사범 등에 관한 사무를 “국가존립사무”라 규정하여 이 사무의 처리를 제한하고 있다. 반면에 일본 ‘지방자치법’ 제1조의2는 국가와 지방자치단체의 사무를 모두 망라하여 열거하는 것은 불가능하다는 판단에 따라 국가의 전속사무는 열거방식이 아니라 개괄적인 역할분담에 관한 원칙을 정하고 있다.⁵²³⁾

며, 그 중 제주에는 6개로 제주특별자치도개발공사, 제주특별자치도관광공사, 제주특별자치도에너지공사를 비롯하여 상수도(직영), 하수도(직영), 공영버스(직영)가 있다. 지방자치단체 출자출연기관 현황(2018.4.30 기준)에 따르면 전국에는 693개로 제주에는 14개이다. 이와 같이 ‘제주특별법’에 의하여 지방공기업을 설립하면서 특정한 공기업에 한하여 타당성 검토를 배제하도록 하는 것은 특별한 예외를 규정한 것으로 합리적인 사유가 없다 할 것이다. 특히 이 규정을 존치한다면 관광분야에 다른 지방공기업을 설치하면서 타당성 검토를 적용하지 않게 되며 제주특별자치도의 자의적 판단에 의하여 설립할 수 있다.

520) 헌재 2004.11.25, 선고 2002헌마66 결정, 체계정당성의 원리는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청이며, 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는데, 이러한 체계정당성 위반은 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야만 비로소 위헌이 되며, 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법 재량이 인정된다.

521) 김용훈, “지방자치분권을 위한 헌법 개정 방향 소고”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국 지방자치법학회, 2017, p.113.

522) 헌재 2006.3.30, 선고 2003헌마837 결정, 지방자치단체 주민으로서의 자치권 또는 주민권은 헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권이 아니라, 그 침해 만을 이유로 하여 국가사무인 고속철도의 역의 명칭 결정의 취소를 구하는 헌법소원을 청구할 수 없다...마치 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로, 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토, 영해, 영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적, 배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다고 할 수 없다.

523) 백종인, 앞의 논문, pp.18-19. 일본 개정 ‘지방자치법’ 제1조의2, 제1항 지방자치단체는 주민의 복지증진을 도모함을 기본으로 하고, 지역에서의 행정을 자주적이며 종합적으로 실시하는 역할을 널리 담당한다. 제2항, 국가는 전항의 규정취지를 달성하기 위하여 국가는 국제사회에서 국가의 존립에 관한 사무, 전국적으로 통일적으로 규정취함이 요망되는 국민의 생활동 혹은 지방자치에 관한 기본적 준칙에 관한 사무 혹은 전국적 견지에서 행하지 않으면 아니되는 시책 및 사업의 실시 기타 국가가 본래 담당하여야 할 역할을 중심으로 담당하며, 주민에 밀접한 행정은 가능한 한 지방자치단체가 담당함을 기본으로 하고, 지방자치단체와의 사이에 적절히 역할을 분담함과 동시에 지방자치단체에 관한 제도의 책정 및 시책의 실시에 대하여 지방자치단체의 자주성 및 자립성이 충분히 달성되도록 하여야 한다.

그러함에도 ‘외교’의 경우 현대의 지방자치단체는 다른 나라의 지방자치단체와 협력사업 등 실질적인 외교를 담당하고 있으며,⁵²⁴⁾ 환경보호와 같은 분야는 범세계적으로 각 국가의 지방자치단체와 협력이 필요한 사업이다.⁵²⁵⁾ 또한 지방자치단체의 국제기구 참여는 광범위하게 보장되고 있다.⁵²⁶⁾ 이와 같이 현대의 외교는 국가에 전속하는 사무라 할 수 없으며 실질적인 외교로써 지방자치단체의 외교는 보장되어야 한다.⁵²⁷⁾

국방은 헌법에 의한 전 국민의 의무로써 지방자치단체는 실질적으로 국방의 의무의 일부를 담당하고 있다.⁵²⁸⁾ 사법(司法)은 우리나라의 법률체계에서는 국가에 전속되는 권한이라 할 수 있다. 그러나 국가의 사법권 이외에 자치사법권은 영국과 미국의 보편적인 지방자치제도로써 우리나라에서 주민자치를 시행할 경우 확대 가능한 분야이므로 검토가 되어야 하는 분야이다.⁵²⁹⁾

또한 「지방자치법」 제11조 제4호의 규정에 의한 “국립공원”에 관한 사무는 국가에 전속되는 권한이라 할지라도 이미 ‘제주자치도’의 사무로 이양되어 있다. 이와 같이 지방자치단체의 사무의 범위가 확대되는 점을 감안한다면 ‘제주특별법’에 “국가존립사무”를 열거하여 제한하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다.

2. 특별자치 입법권한의 한계

(1) 이양된 자치입법권한의 미활용

524) 「세계평화의 섬 범도민 실천협의회 설치 및 운영조례」, 「제주국제평화센터 설치 및 운영조례」, 「남북교류협력에 관한 조례」, 「재외도민 지원조례」, 「통일교육 활성화 조례」, 「평화와 번영을 위한 제주포럼 육성 및 지원조례」, 「외국 도시간 교류협력에 관한 조례」

525) United Nations Sustainable Development, Rio Declaration on Environment and Development Local Authorities Initiative in Support of AGENDA 21, 1992.

526) European Union, European Charter of the Local Self-Governments, 1985, Article 10, 1. *Supra*.

527) 강제규, “지방외교의 법 이론적 근거”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2009, p.214.

528) 「제주특별자치도 통합방위협의회 등에 관한 조례」

529) Ethan J. Leib, Local Judges and Local Government, Fordham Law School Law Archive, Scholarship of History, Fordham Law School, 2015, p.710, In New York, local justices preside over a variety of matters of law and equity ranging from town ordinance violations, such as, the legality of raising chickens, dog bite cases, vehicle and traffic violations, to all manner of misdemeanor crimes from DWI to misdemeanor, sex offences, animal cruelty and drug possession cases.(뉴욕의 자치법원은 닭 사육, 반려견 사건, 자동차와 교통범죄와 같은 조례위반사건으로부터 음주운전, 성범죄, 동물학대와 마약 소유와 같은 모든 경범죄에 이르기까지 법률과 형평의 문제에 대한 다양한 사건을 주재한다)

‘제주특별법’의 위임에 의하여 ‘제주자치도’의 권한으로 이양된 권한 중 965건은 활용되지 않는 것으로 나타나고 있다. 여기에는 일반법을 배제하여 조례로 규정하도록 한 2건과 대통령령과 부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정하도록 규정한 963건이다. 활용되지 않는 이유는 ① 전국공통기준 적용이 바람직하여 조례 제정의 실익이 없는 경우 ② 법령에 규정되어 업무추진에 애로사항이 없는 경우 ③ 전국 통일사항으로 별도 기준제정이 불필요한 경우 ④ 형평성 차원에서 전국 공통기준이 필요한 경우 ⑤ 지역의 실정에 맞지 않은 경우 그리고 ⑦ 사례의 미발생 등에 의한 원인으로 파악되고 있다.⁵³⁰⁾

예를 들면 ‘제주특별법’ 제289조 제2항은 “「수산업법」.....제47조 제1항에서 대통령령 또는 해양수산부령으로 정하도록 한 사항은 도 조례로 정할 수 있다”라고 규정하여 이를 “이양”이라고 설명되고 있다. 그러나 「수산업법 시행령」 제29조 제1항은 “법 제47조 제1항에 따른 신고어업”을 이미 규정하고 “나잠어업”과 “맨손어업”과 같이 세밀하게 규정하고 있어서 별도의 ‘도 조례’로 규율할 여지가 없다고 보여 진다.⁵³¹⁾

이와 같이 법령의 규정에 의하여 국가 전체적으로 공통기준이 적용되는 것은 불가피하다고 판단된다. 그러나 별도로 ‘제주특별법’에 따라 중앙권한이 ‘제주자치도’에 이양되었음에도 불구하고 지역의 특수성을 반영하지 못한다면 ‘도 조례’의 제정은 실익이 없으며 ‘도 조례’를 제정하지 아니하였다면 “이양” 되었다 하기에는 무리가 있다.

(2) 위임근거의 실효성 부족

‘제주특별법’이 위임하는 조례는 ① 법률에 규정할 사항을 조례로 규정하거나 혹은 ② 법률이 대통령령 혹은 부령에 정하도록 한 사항을 조례로 규정하도록 하는 형태로 구분할 수 있다.⁵³²⁾ 즉 다른 지방자치단체의 경우 법률이 대통령령

530) 권세훈, 앞의 보고서, p.45.

531) 「수산업법 시행령」 제29조(신고어업) ① 법 제47조 제1항에 따른 신고어업의 종류는 다음과 같다.

1. 나잠어업 : 산소공급 장치 없이 잠수 한 후 낚·호미·칼 등을 사용하여 패류, 해조류, 그 밖의 정착성 수산동식물을 포획·채취하는 어업

2. 맨손어업 : 손으로 낚·호미·해조틀이 및 갈고기류 등을 사용하여 수산 동식물을 포획·채취하는 어업

532) 조정찬, “특별자치도 자치입법 기능의 한계와 개선방안”, 『지방자치법연구』, 제7권제3호, 한국지방자치

이나 부령의 위임에 따라 제정되는 조례를 ‘제주자치도’에 국한하여 ‘도 조례’에 정하도록 위임하는 특례의 규정에 따르도록 하는 경우이다.⁵³³⁾

그러나 ‘헌법’ 제75조에 따라 법률이 대통령령 혹은 부령에 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 모두 재위임 하는 것은 “위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다”는 포괄적 위임금지의 원칙 혹은 복위임 금지의 원칙에 위배될 수 있다.⁵³⁴⁾ 그러나 ‘제주특별법’이 대통령령이나 부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정할 수 있도록 규정한 것은 헌법상의 원칙에 대한 특별한 예외로서 이미 대통령령이나 부령이 시행되고 있음에도 ‘제주특별법’에 의한 자치입법권한을 확대하고자 허용한 것이라 할 수 있다.

예를 들면 ‘제주특별법’ 제374조 제3항은 “「토양환경보전법」 제4조의2.....에서 대통령령 또는 환경부령으로 정하도록 한 사항은 도 조례로 정할 수 있다”라고 규정하여 문언상 제주특별자치도에 자치입법권한을 포괄적으로 이전하였다 할 수는 있다. 그러나 「토양환경보전법」 제4조의2는 “사람의 건강·재산이나 동물·식물의 생육에 지장을 줄 우려가 있는 토양오염의 기준(이하 ‘우려기준’이라 한다.)은 환경부령으로 정한다”라고 규정하고 있다.

그렇다고 할지라도 ‘도 조례’가 환경부령이 정하는 ‘우려기준’보다 확대·강화된 ‘우려기준’을 정하려면 이른바 침익적 행정으로써 별도의 초과조례 혹은 추가조례의 근거가 요구된다.⁵³⁵⁾ 반면에 환경부령이 정하는 ‘우려기준’과 동일하거나 혹은 완화된다면 도 조례는 이미 실익이 없다.⁵³⁶⁾ 또한 조례를 제정한다 할지라

법학회, 2007, p.16.

533) 권세훈, 앞의 보고서, p.45.

534) 대판 2015.1.15, 선고 2013두14238 판결, 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임 하는 것은 복위임금지의 원칙에 반할 뿐 아니라 위임명령의 제정형식에 관한 수권법의 내용을 변경하는 것이 되므로 허용되지 않으나 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다. 이러한 법리는 조례가 「지방자치법」 제22조 단서에 따라 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 법률로부터 위임 받은 후, 이를 다시 지방자치단체의 장이 정하는 규칙이나 고시 등에 재위임하는 경우에도 마찬가지이다.

535) 최승원·양승미, “조례정비 현황과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제50호(제16권2호), 한국지방자치법학회, 2016, pp.92-93.

536) 「토양환경보전법」 제4조의2는 환경부령으로 토양오염의 기준(우려기준)을 정하도록 규정하고, 동법 제11조 제3항에 따라 지방자치단체의 장이 우려기준을 넘는 오염토양에 대하여 토양의 정화조치를 명할 수 있으며, 정화 조치명령을 이행하지 아니한 자에 대하여는 동법 제29조 제1호에 따라 2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 따라서 이 경우는 침익적 행정으로써 제주특별자치도가 조례로 환경부령이 정하는 우려기준보다 강화된 기준을 정하고자 한다면 반드시 초과조례 혹은 추가조례의 근거가 필요하다. 그러므로 이 법률의 근거가 없이는 도 조례로 강화된 우려기준을 정할 수 없으며, 우려기준을 완화하였다면 그 규정은 실효성이 없으며 또한 환경부령과 같은 우려기준을 정한다면 실익이 없다.

도 ‘제주자치도’는 ‘제주특별법’ → ‘도 조례’를 집행하는 것이 아니라 「토양환경보전법」 → 위임조례를 집행하게 되는 것이다. 그러므로 ‘제주자치도’는 「토양환경보전법」과 「토양환경보전법시행령」 그리고 「토양환경보전법시행규칙」을 집행하는 기관으로써 환경부령이 정하는 ‘우려기준’에 따를 수밖에 없으며 ‘도 조례’를 제정할 실익이 없다.

다른 예를 든다면 ‘제주특별법’ 제374조 제3항은 「토양환경보전법」 제14조 제1항 “각호 외의 부분”과 제15조 제3항 “각호 외의 부분”을 “대통령령 또는 환경부령으로 정하도록 한 사항은 도 조례로 정할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 「토양환경보전법」 제14조 제1항이 말하는 각 호는 “1. 토양오염방지시설을 설치하지 아니하거나 그 기준에 맞지 아니한 경우 2. 제13조 제3항에 따른 토양오염도 검사 결과 우려기준을 넘은 경우 3. 제13조 제3항에 따른 누출검사 결과 오염물질이 누출된 경우”에 설치자 등에 대하여 ‘대통령령’으로 정하는 바에 따라 명령하는 권한으로써 이미 지방자치단체에 위임된 사무이다.

동법 제15조 제3항이 규정하는 각 호는 “1. 토양오염 관리대상 시설의 개선 또는 이전 2. 해당 토양오염물질의 사용제한 또는 사용중지 3. 오염토양의 정화”를 말하며 ‘대통령령’으로 정하는 바에 따라 토양오염방지조치를 명령하는 권한으로써 이미 지방자치단체에 위임된 단체위임사무이다. 그러함에도 「토양환경보전법」 제14조 제1항의 “각호 이외의 부분”과 제15조 제3항이 말하는 “각 호 이외의 부분”에 대하여는 대통령령이나 환경부령으로 정하도록 위임한 바 없다. 따라서 ‘제주특별법’ 제374조 제3항은 ‘도 조례’를 제정하도록 위임할 사항이 없다.⁵³⁷⁾

특히 「토양환경보전법」 제14조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 대통령령으로 정하는 바에 따라”라고 규정하여 지방자치단체의 장이 특정토양오염관리대상시설에 대하여 정화조치를 명령하는 대상을 명시하였다. 동법 제15조 제3항은 “대통령령으로 정하는 바에 따라.....다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치”로써 지방자치단체의 장이 토양오염방지 조치를 명령하도록 규정하고 있다.

537) 현재 1996.9.26, 선고 94헌마213 결정, 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 복위임금지의 법리에 반할 뿐만 아니라 수권법의 내용 변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정, 개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때, 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 대하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.

따라서 동법은 “각 호 이외의 부분”에 대하여 정한 바 없으므로 대통령령은 또한 정할 것이 없다.⁵³⁸⁾ 그러므로 대통령령으로 정하도록 한 사항이 없으므로 ‘도 조례’로 정할 사항이 없다.

뿐만 아니라 이를 이행하지 아니한 자에 대하여는 동법 제29조에 의하여 형벌이 대상이 되는 침익적 행정으로써 구체적인 법률의 근거가 요구된다.⁵³⁹⁾ 따라서 ‘제주특별법’ 제14조 제1항 및 제15조 제3항이 규정한 “각 호 이외의 부분”은 그 위임의 내용과 한계를 ‘제주특별법’에 명시하지 않았다는 점에서 ‘헌법’ 제75조에 의한 포괄적위임금지의 원칙에도 위배된다.⁵⁴⁰⁾ 또한 “각 호 이외의 부분”에 대하여 ‘도 조례’를 제정할 수 있다 할지라도 이미 대통령령과 환경부령이 세밀하게 규율하여 지방자치단체에 그 사무가 상당부분 위임되었다는 점을 감안한다면 도 조례의 규율 여지는 부족하며,⁵⁴¹⁾ 다른 법률과 같이 법령이 구체적인 사항을 세밀하게 규율하여 공제한 “나머지” 사항을 ‘도 조례’로 정하도록 위임하는 방식과 다르지 않으며 이 경우에도 「토양환경보전법」 집행을 위한 “위임조례”이다.

(3) 법률유보의 원칙에 의한 제한

538) 「토양환경보전법」 제14조 제1항 각호는 특정오염토양 관리대상시설의 설치자에 대하여 지방자치단체의 장이 오염토양에 대한 정화 조치를 명령하는 대상으로 이를 이행하지 아니하면 동법 제29조 제1호제2호에 의한 형벌이 부과된다. 「토양환경보전법」 제15조 제3항 각호는 지방자치단체의 장이 ‘우려기준’을 넘는 오염토양에 대하여 정화책임자에게 명령하는 조치사항으로써 이를 이행하지 아니하면 동법 제29조 제3호에 의한 형벌이 부과된다. 그러한 점에서 침익적 행정에 해당된다.

539) 「토양환경보전법」 제29조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제11조제3항 또는 제14조제1항에 따른 정화 조치명령을 이행하지 아니한 자
2. 제14조제3항에 따른 특정오염토양 관리대상시설의 사용 중지명령을 이행하지 아니한 자
3. 제15조제3항에 따른 명령을 이행하지 아니한 자

540) 헌재 1991.2.11, 선고 90헌가27 결정, 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지화하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙을 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권 행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 그러기에 우리 ‘헌법’ 제75조도 위임의 범위와 한계에 관하여 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라고 한정하고 있다. 이는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용과 범위와 목적이 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 입법자가 의도한 목적과 구체적 계획 및 방법을 명확히 도출해 낼 수 있어야 함을 의미한다. 즉, 국회는 대통령에게 불명확하고 포괄적인 위임을 해서는 아니되고, 반드시 그 위임의 내용과 한계를 법률상에 명확히 구체적으로 특정하여야 한다.

541) 법제처, 앞의 책, p.24. 대통령령이나 부령에서 거의 대부분의 사항을 정함으로써 정작 조례에서는 정할 사항이 없게 되는 사례가 종종 발생한다. 따라서 법령에서 조례로 위임할 경우에는 실제로 조례에서 정해야 하거나 정할 수 있는 사항에 어떠한 것이 있는지 예측 확인하는 절차를 거쳐 위임 여부를 결정할 필요가 있다.

‘제주특별법’의 핵심은 “제주자치도의 자치사무에 대한 규율의 설정과 변경을 가능하게 하는 자치입법의 확대와 강화”에 있으나,⁵⁴²⁾ ‘제주특별법’은 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 적용을 배제하는 특례를 규정하지 못하였다. 따라서 “자치조례”라 할지라도 법률의 위임이 있어야 규제조례 제정이 가능하며,⁵⁴³⁾ ‘제주특별법’의 위임에 의한 조례라 할지라도 침익적 행정에 대하여는 법률유보의 원칙에 따라 위임이 있어야 한다.⁵⁴⁴⁾

법원은 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례(안)」 판결에서 “지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있지만, 그 경우라도 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임이 있어야 한다”⁵⁴⁵⁾고 판결한 바 있다. 이 판결에 따르면 ‘제주특별법’이 위임하는 조례라 할지라도 다른 지방자치단체의 조례와 마찬가지로 차별되지 않는다.

다른 예를 든다면 ‘제주특별법’ 제289조 제3항은 연안어업의 부속선에 관하여도 조례를 제정할 경우 「수산업법」과 그에 따른 관계법령으로 정하는 부속선의 정수 또는 규모를 초과할 때에는 미리 해양수산부장관의 협의를 요구하고 있다. 또한 ‘제주특별법’ 제289조 제2항에 의하여 “「수산업법」제27조 제5항”에 따라 해양수산부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정할 수 있도록 이양하였음에도 불구하고 ‘제주특별법’ 제289조 제3항은 “해양수산부령으로 정하는 범위에서” ‘도 조례’의 규율범위를 제한하고 있다.⁵⁴⁶⁾ 이와 같이 ‘도 조례’의 제정을 해양수산부령으로 정하는 범위 내에서 제한한다면 다른 조례와 차별성이 없다.⁵⁴⁷⁾

542) 양승미, 앞의 논문, p.22. ‘제주특별법’은 지방자치법상 지방자치단체에 부여되어 있는 일반적인 자치입법권에 관한 아무런 특례를 규정하고 있지 않다. 동법은 개별적인 자치사무의 영역에 관하여 일일이 ‘도 조례로 정한다’는 규정을 두어, 개별사무별로 조례 제정의 범위를 확대하는 방식을 택하고 있다. 「지방자치법」 제22조 단서의 규정과 관련된 법리상의 문제를 극복하지 못하여 자치입법권 확대를 위한 일반적인 특례 규정을 둘 수 없었다.

543) 문상덕, “제주특별자치도의 자치입법 가능 제고방안”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009, pp.27-28.

544) 문상덕, “자치입법의 현황 및 문제점과 발전방향”, 『법제연구』, 제37호, 한국법제연구원, 2009, pp.50-51.

545) 대판 2007.12.13, 선고 2006추52 판결

546) 「수산업법」 제27조(관리선의 사용과 그 제한 금지) ⑤ 제1항과 제3항에 따른 관리선의 규모와 수, 기관의 마력 및 그 사용의 지정 또는 승인, 그 밖에 관리선의 사용에 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다. 다만, 수산자원의 증식 보호와 어업조정을 위하여 필요한 때에는 해양수산부령으로 정하는 범위에서 관리선의 정수 및 사용기준 등에 관한 사항은 해당 시군구의 조례로 정할 수 있다.

법률유보의 원칙은 주민의 권리제한과 의무의 부과 그리고 벌칙을 부과하는 조례를 제정하고자 한다면 구체성·명확성이 요구되며 반드시 법률의 위임 근거를 요한다. 특히 법률유보의 원칙에 따라 위임사무에서 벌칙(과태료)은 법률에 구체적인 위반행위와 과태료의 상한선을 정하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 장이 부과·징수하도록 규정하고 있으며,⁵⁴⁸⁾ 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 의한 법률의 위임이 요구된다.

따라서 법률 근거의 미비 혹은 공백임에도 불구하고 조례를 제정하여 벌칙(과태료)을 부과한다면 그 행정행위에는 하자가 있다.⁵⁴⁹⁾ 예를 들면 ‘제주특별법’ 제374조 제3항은 “「토양환경보전법」제32조 제3항(이양된 권한에 따른 과태료의 부과·징수에 한정한다)”은 대통령령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정하도록 규정하고 있다. 그러나 「토양환경보전법」 제32조 제3항은 “제1항 및 제2항에 따른 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 부과 징수한다”라고 규정하고 있으며, 이 경우에 “제1항 및 제2항”은 이미 위임된 사무에 대하여 지방자치단체의 장이 과태료를 부과·징수하는 위임사무이다.

따라서 ‘제주특별법’ 제374조 제3항이 말하는 “이양된 권한”에 대하여 과태료의 부과근거를 정하지 않았으므로 과태료의 부과·징수를 위한 조례 제정의 근거가 될 수 없으며 “이양된 권한”은 일반적·추상적인 규정으로써 법률유보의 원칙에 위배되어 이를 근거로 과태료를 부과하는 ‘도 조례’를 제정할 수 없다.⁵⁵⁰⁾

547) 법제처, 앞의 책, p.24. 법률에서 어떠한 사항을 조례로 정하도록 위임할 때에는 “대통령령으로 정하는 바에 따라”, “부령으로 정하는 기준에 따라” 또는 “대통령령으로 정하는 범위에서” 조례로 정하도록 하는 방식을 취하는 경우가 많다. 이때에는 조례에서 정할 내용이 대통령령이나 부령에 의해 제한되는 것이고, 대통령령이나 부령에서는 조례로 정할 내용의 대강이나 기준이 제시될 것으로 예상되는데, 실제로는 대통령령이나 부령에서 거의 대부분의 사항을 정함으로써 정작 조례는 정할 사항이 없게 되는 사례가 종종 발생한다.

548) 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제53조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다. ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다. ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다. ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 부과 징수한다. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 시행령」 제27조(과태료의 부과기준) 법 제53조제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 과태료의 부과기준은 별표 9와 같다.

549) 현재 1994.6.30. 선고 93헌가15 결정, 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화 될 수 있을 것이다.

550) 현재 2002.6.27. 선고 99헌마480 결정, 범죄의 구성요건을 하위법령에 위임하려는 때에는 하위법령에서 정해질 구성요건의 대강을 예측 할 수 있도록 위임법률에 구체적이고 명확한 기준을 정하여야 하며 ‘공공

다른 측면에서 본다면 “이양”된 사무는 주민의 권리 제한과 의무부과를 규정한 사무가 아니므로 과태료 부과대상이 될 수 없다. 예를 들면 ‘제주특별법’ 제374조 제3항은 「토양환경보전법」 제4조의2에 의한 “우려기준”을 환경부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정할 수 있도록 하였으나 “우려기준”을 정하는 것은 주민의 권리제한이나 의무부과 혹은 과태료 부과대상이 되지 아니한다. 그러므로 “이양된 권한”에 대하여 과태료를 부과·징수하려면 법률유보의 원칙에 따라 ‘제주특별법’에 과태료의 상한선과 특정한 행위제한을 규정하고 ‘도 조례’에 과태료의 부과·징수를 위임하여야 가능하다.⁵⁵¹⁾

(4) 초과조례·추가조례 근거의 미활용

「환경정책기본법」 제12조 제3항은 국가의 환경기준보다 확대·강화된 지역환경기준을 조례에 의하여 설정 또는 변경 할 수 있도록 규정하고 있다.⁵⁵²⁾ 이 규정은 해당 지역의 환경적 특성을 고려한 지역 환경기준의 확대·강화를 허용하는 이른바 추가조례·초과조례의 제정 근거이다.⁵⁵³⁾

그러함에도 ‘제주특별법’ 제351조 제2항에 의하여 위임된 「제주특별자치도 환경기본조례」 제24조 제2항 단서는 “다만 「환경정책기본법」 제12조 제2항에 따른 환경기준이 별표의 제주특별자치도 지역환경기준보다 강화된 때에는 그 기준에 따른다”라고 규정하고, 동 조례 제26조 제1항은 “지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에” 환경부령이 정하는 기준보다 엄격한 배출허용 기준을 정하도록 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 「환경정책기본법」이 정한 국가기준보다

의 안녕질서’ ‘미풍양속’과 같은 추상적이거나 불명확한 개념을 사용하여서는 안된다.

551) 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제290조(수산물 품질관리 등에 대한 특례)

① 「농수산물 품질관리법」 제75조 제1항, 제76조 제2항, 같은 조 제4항부터 제6항까지(제2항에 따른 권한에 한정한다. 제78조, 제114조 제1항 제10호 및 제123조 제3항(이양된 권한에 따른 과태료의 부과·징수에 한정한다)에 따른 해양수산부장관의 권한은 도지사의 권한으로 한다.

「농수산물 품질관리법」 제123조(과태료) ③ 제1항 및 제2항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관, 해양수산부장관, 식품의약품안전처장 또는 시·도지사가 부과·징수한다.

552) 「환경정책기본법」 제12조(환경기준의 설정) ③ 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 “시도”라 한다)는 해당지역의 환경적 특수성을 고려하여 필요하다고 인정할 때에는 해당 시도의 조례로 제1항에 따른 환경기준보다 확대 강화된 별도의 환경기준(이하 “지역환경기준”이라 한다)을 설정 또는 변경할 수 있다.

553) 「경기도 환경기본조례」 제13조(도 환경기준의 설정) ① 도지사는 「환경정책기본법」 제12조제3항에 따라 도민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 도의 환경여건에 적합한 도 환경기준을 「환경정책기본법 시행령」에 따른 환경기준보다 엄격하게 설정하고 이의 유지를 위해 노력하여야 한다.

도 더욱 강화된 지역환경기준을 제정하도록 제시하였음에도 불구하고 “국가환경 기준” 보다도 미달되는 근거를 규정하고 있으므로 이미 실효성이 없다.

반면에 ‘제주특별법’ 제320조 제2항은 “도지사는 「국민건강증진법」 제9조 제4항에 따른 금연 구역외에 도 조례로 정하는 바에 따라 별도의 금연구역을 지정 운영할 수 있다”고 규정하였다. 이에 따라 「제주특별자치도 금연구역 지정 및 운영에 관한 조례」 제3조 제3항은 「국민건강증진법」 제9조가 규정하는 금연구역 이외에 「교육환경 보호에 관한 법률」 제8조에 따른 교육환경 보호구역 중 절대 보호구역 등 8개의 항을 추가하여 규정한 이른바 추가조례이다.

이와 같이 ‘제주특별법’은 침익적 행정에 대한 초과조례 혹은 추가조례의 근거를 명확히 할 필요가 있으며, ‘제주특별법’ 제351조 제2항에는 “「제주특별자치도 환경기본조례」는 「환경정책기본법」이 정하는 국가기준보다 엄격한 지역환경기준을 마련하여야 한다”라고 규정하고 국가의 기준보다 엄격한 지역환경기준을 마련하여 시행하여야 한다.

(5) 주민자치의 한계

지방자치의 본질은 단체자치보다 주민자치에 있으며 지방자치의 헌법적 보장은 국민주권 원리에 의하여 “주권의 지역적 주체인 주민에 의한 자기통치의 실현”이라고 할 수 있다.⁵⁵⁴⁾ 이 본질에 접근하기 위하여 ‘제주자치도’ 내에서의 자치 즉, 주민자치를 강화하여야 함에도 ‘제주특별법’은 주민자치에 매우 소홀하였다.⁵⁵⁵⁾

예를 들면 ‘제주특별법’ 제45조 제2항의 위임에 따라 「제주특별자치도 주민자치센터 설치·운영 조례」 제15조는 읍면동의 자치센터 운영에 관한 사항과 지역 내 중요사항을 심의하거나 결정하기 위한 주민자치위원회를 두도록 규정하고 있다. 주민자치위원회는 ‘제주자치도’에서 시·군의 폐지에 따라 풀뿌리 민주주의를 보완하기 위한 제도적 장치라고 할 수 있다. 그러나 상당히 많은 문제점과 시급

554) 헌재 2009.3.26, 선고 2007헌마843 결정

555) 문상덕, “현행 지방자치법의 한계와 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권 제58호(제18권2호), 한국지방자치법학회, 2018, pp.8-9. 우리나라의 지방자치는 연혁적 제도적으로 단체자치의 성향이 강한 데에 더하여, 소위 소통령으로도 불리는 지방자치단체의 장이 중심이 되다보니 지방의회 역시 일정한 보조적 역할을 수행하는데 머물러 있었다. - 지방자치의 현장에서는 ‘지방관치’의 경향마저 불식되지 않고 있다고 생각된다.

한 개선의 필요성이 지적되고 있으며,⁵⁵⁶⁾ 주민의 정치적 참여기회를 확대하기 위하여 준 지방자치단체로 확대할 필요성이 제기되고 있다.⁵⁵⁷⁾

그러함에도 우리나라에서 “주민자치”는 지방자치단체의 정책결정과정에 참여 수단으로 이해하고 있으나,⁵⁵⁸⁾ 지역주민이 지방자치단체의 정책결정과정에 다양한 방법으로 직접 또는 간접적으로 참여하는 “주민참여”와는 다르다.⁵⁵⁹⁾ 또한 “주민참여”는 공식적 정책결정이 아닌 주민에 의한 모든 행위라는 점에서 광의의 의미로써 이해되므로 “주민자치”와는 구분되어야 한다.

뿐만 아니라 강학상 “주민자치”는 지방자치를 원하는 주민이 스스로 ‘지방자치 현장’을 제정하여 지방자치단체를 설립하고 지방정부를 조직할 수 있도록 헌법과 법률이 보장하는 제도로써 영국과 미국에서 실재한다. “주민자치”의 사례는 영국의 주민교구(Civil Parishes)를 들 수 있으며,⁵⁶⁰⁾ 주민교구는 법률의 범위 내에서 주민의 선거에 의하여 지방정부를 조직하고, 권리와 능력을 갖추어 자치입법권한과 자치재정권한(precepting authority)을 갖춘 지방자치단체이다.⁵⁶¹⁾

이에 비하여 ‘제주특별법’에서 말하는 “주민자치위원회”는 지방자치단체의 장이 위촉하는 하향적 방식으로 조직되고, 법령과 조례가 규정한 바에 따라 운영되며,

556) 김필두·유영아, “읍면동 중심의 주민자치 강화방안”, 한국지방행정연구원, 2008, p.112. 주민자치회의의 문
제점으로 주민자치 개념에 대한 이해부족, 주민들의 관심부족, 제도의 운영능력 부족, 주민자치 조직 미흡
을 비롯하여, 주민자치위원회의 대표성, 민주성, 자치활동, 권한과 책임 등 전반적인 문제점이 지적되었다.

557) 하혜수·최영철·홍준현, “준 지방자치단체의 개념과 적용가능성”, 『지방자치학회보』, 제22권제3호, 한
국지방자치학회, 2010, pp.248-254.

558) 조성규, “제주행정체제 개편에 있어 자치권의 확대에 대한 법적 쟁점과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권
제37호(제13권1호), 한국지방자치법학회, 2013, pp.40-41.

559) 김태호, “지방자치 주민직접참여와 더 많은 민주주의-법 제도 개선의 쟁점과 방향성”, 『지방자치법연
구』, 통권제56호(제17권4호), 한국지방자치법학회, 2017, p.32. 우리나라 지방자치 차원으로는 직접민주주
의 또는 참여민주주의적인 요소가 이미 대폭 수용되어 있다. 조례제정 및 개폐청구제도, 주민감사청구 및
주민소송제도, 주민소환제도, 주민투표제도, 주민참여예산제도 등이 그것이다. 이들 제도가 지방자치 단위
에 도입된 것은 지방자치단위가 국가단위에 비해 주민의 참여를 직접민주주의의 형식으로 구현하기에 용이
한 규모라는 사실적 측면이 있을 것이다. 그리고 당위적 측면에서 주민의 직접참여 보장은 주민의 의사에
따라 지역의 사무를 처리해야 한다는 측면에서 주민의 직접 참여 보장은 주민의 의사에 따라 지역의 사무
를 처리해야 한다는 주민자치 이념을 구현하는 특별한 의미를 갖는다; 홍정선, 앞의 책, p.197. 현행 「지
방자치법」은 주민참여의 유형은 직접적인 참여방법으로 지방선거에 참여와 주민투표 참여, 간접적인 방
법으로는 조례의 제정과 개폐청구, 주민의 감사청구 등을 규정하고 있다; Andre Fischer-Hotzel,
Democratic Participation? The Involvement of Citizens in Policy-Making, Journal of Contemporary
European Research, European Commission, Volume 6, Issue 3, 2010, pp.335-352.

560) United Kingdom, Department for Communities and Local Government(Website), Parishes and charter
trustees in England 2001 to 2012, Local Government Act of 1894(56&57. Vict. c.73); 1894년 ‘지방자치법’
의 개정으로 종전의 교구를 종교교구(ecclesiastical parishes)와 주민교구(civil parishes)로 분리하여 구민
사무에 관한 모든 권한을 주민교구에 이양하도록 하였다. 그 명칭에도 불구하고 지역 공동체 중심의 지방
자치단체로써 2012년 현재 잉글랜드에 10,269개의 주민교구가 설치되었다.

561) United Kingdom, Hereford Parish Council(Website).

권리와 능력은 물론 자치입법권한을 갖추지 못하여 지방의 정치적 실체라고 할 수도 없다는 점에서 강학상 “주민자치”와는 크게 다르다. 뿐만 아니라 “주민자치” 조직은 「지방자치법」에서 말하는 “주민참여”의 주체가 아니라 “단체자치”를 보조·협력하는 위치이다.

이와 같이 우리나라에서 말하는 “주민자치”는 강학상 주민자치에 해당되지 않을 뿐만 아니라 또한 “주민참여”의 독점적 주체라 할 수도 없다. 그러한 점에서 ‘제주특별법’이 실질적 지방분권과 고도의 자치권을 추구한다면 “주민자치위원회”는 정치적 분권을 목적으로 확대 개선이 필요하다.

제3절 소결

자치입법권한은 국가의 법률체계에 따라 통일성이 유지되어야 하며 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙에 따라야 한다는 것은 법치국가의 요청이다. 그러나 「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 대한 위헌설과 합헌설, “벌칙”의 규정에 대한 긍정설과 부정설, 재산권법정주의에 대한 조례 규제 불가능설과 규제 가능설, 지방세조례주의의 긍정설과 부정설로 대립된다.⁵⁶²⁾ 이 대립은 궁극적으로 조례를 “조례자주입법설” 혹은 “위임입법설”을 따르는가의 문제로서 지방자치의 본질에 관하여 “고유권설” 아니면 “제도보장설”을 따르는가의 문제이다. 따라서 지방자치의 본질과 자치입법권한의 본질은 새롭게 인식되어야 한다.

「지방자치법」 제22조 제1항 단서에 따라 침익적 조례는 법률의 위임을 요구하게 된다. 이 단서에 대하여 법원은 합헌이라고 판결한 바 있으나 이를 정당화하여야 할 이유는 없으며 ‘헌법’ 제37조에 의하여 직접 제한될 수 있으므로 삭제하여야 한다. 이 규정을 폐지하여야 하는 근거는 자치입법권한의 본질에 관한 문제로써 “위임조례·필수조례”에 대하여는 “법령의 범위 안에서” 제한을 받는다 할지라도 자치조례에 대하여는 고유권설에 의한 조례자주입법설을 근거로 하는 것이다. 즉 자치입법권한의 이원성을 근거로 한다.⁵⁶³⁾

우리나라에서는 전통적인 법령우위의 원칙에 따라 법령의 명문규정이나 전체

562) 홍정선, 앞의 책, p.309.

563) 김홍대, 앞의 책, p.229.

적인 입법취지에 모순 또는 저촉되지 않는 범위 내에서 엄격하게 적용하여 자치 입법권한을 제한하여 왔다. 또한 지방의회가 제정한 조례라 할지라도 총리령과 부령보다도 하위에 위치하는 것이 민주주의 원칙에 반한지 않는다는 견해가 지배적이었다.⁵⁶⁴⁾

그러나 법원은 “법령의 범위 안에서”를 “법령을 위반하지 않는 범위 내”로 해석하면서 변화하였다.⁵⁶⁵⁾ 이에 따라 민주적 정당성을 가진 지방의회의 조례 제정을 포괄적으로 인정하는 경향으로 확대되고 있다. 따라서 법률우위의 원칙의 예외로써 법률이 공백인 경우, 법률과 다른 목적의 조례 혹은 법령이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우 혹은 포괄적으로 위임한 경우, 초과조례와 추가조례 등으로 자치입법권한은 다양화되는 경향을 보여주고 있다.

그럼에도 불구하고 “법령우위의 원칙”은 “위임조례·필수조례”의 문제로서 상위 법령과 결합하여 대외적인 구속력을 가지는 행정입법으로써 적용될 수밖에 없다고 보아진다. 이에 비하여 지방자치단체의 고유사무에 대한 “자치조례”는 실질적인 “법률”으로써 자치사무를 규율하는 특징으로 인하여 “법률”과 대등하여야 하며 헌법에 의하여만 제한을 받도록 하여야 할 것이다.⁵⁶⁶⁾

‘제주특별법’은 고도의 자치권과 실질적인 지방분권을 목적으로 하고 있음에도 ‘제주자치도’의 법률적 지위와 특수한 지위의 불확실성으로 인하여 본래의 목적 달성에 장애가 되고 있다. 특히 ‘제주자치도’라 할지라도 ‘제주특별법’은 자기결정권을 스스로 제한하고 있으며 ‘제주특별법’ 조문의 복잡화로 인하여 수용성이 저하되고 법률체계의 부정합성이 전반에 걸쳐 나타나고 있다.

자치입법권한은 다른 일반 지방자치단체의 자치입법권한이 제한되는 것과 다르지 않다. 또한 이양된 권한이라 할지라도 근본적인 한계로 인하여 미활용되거나 위임근거의 실효성 부족, 법률유보의 원칙에 의한 제한 그리고 초과조례·추가조례 근거의 미활용 등 전반적으로 자치입법권한이 활용되지 않는 실정이다.

564) 홍정선, 앞의 책, p.303.

565) 대판 2000.11.24, 선고 2000추29 판결; 대판 1997.4.25., 선고 96추244 판결, 「지방자치법」 제15조에서 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 규정을 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 것이라 할 수가 없다.

566) People et rel, Deukmejian v. County of Mendocino, 36 Cal. 3d 477, 1984. *Infra*.

뿐만 아니라 ‘제주특별법’이 대통령령이나 부령으로 정하도록 한 사항을 ‘도 조례’로 정할 수 있도록 “특례”를 규정하여 이를 “이양”이라 설명되고 있으나 이는 개별 법령을 집행하기 위한 수단이라는 점에서 “위임”과 다르지 않다. 따라서 ‘제주자치도’는 ‘제주특별법’을 집행하는 것이 아니라 개별 법률을 집행하는 것으로 조례를 제정한다 할지라도 “위임조례”의 범주에서 벗어날 수 없다.

특히 이 “특례” 규정은 위임근거의 실효성 부족과 법률유보의 원칙에 의한 제한 등으로 인하여 자치입법권한이 행사 되지 못하는 등 구조적인 결함과 체계적 정당성이 결여된 규정으로 인하여 전권한성과 자기책임성이 제한되는 현상이 나타나고 있다. 이와 같은 문제점들은 ‘제주특별법’에 전반적으로 나타나는 문제이므로 정치(精緻)한 입법평가가 필요하다.

제4장 주요국에 있어서의 자치입법권한의 범위와 내용

지방자치제도에 관하여 학설은 두 개의 흐름으로 영국과 미국의 주민자치 그리고 독일과 일본의 단체자치로 나누어 설명되어 왔다. 그러나 이와 같은 단순한 구분방식은 각 국가의 다양한 지방자치제도를 설명하기에는 부족하며 각국의 지방자치의 관념은 역사적·경험적으로 형성되어 국가별로 정치적 전통에 따라 헌법과 법률의 보장 규정도 다르게 나타날 수 밖에 없다.⁵⁶⁷⁾

따라서 우리나라에서 자치입법권한을 확대하기 위하여 외국의 제도는 참고로만 하여야 하고 직접 적용하고자 한다면 엄격한 검토가 필요하다.

제1절 영국

영국의 지방자치는 1835년 제정된 구 ‘지방자치법’의 규정에 따라 주민이 지방자치단체의 설립을 원하면 스스로 지방정부를 조직하고 지역 내의 환경개선사업을 실시하도록 하는 배경에 따른 것이다. 이는 주민 스스로 지방자치단체를 설립하고 존재하는 고유권설에 의한 지방자치의 기원이라고 판단된다.⁵⁶⁸⁾ 이와 같은 전통적인 방식에 따라 지역주민은 ‘지방자치현장’을 제정하여 지방자치단체를 설립하고 지방정부를 조직하며 생활안전방해를 예방하고 제재하는 조례를 제정하게 된다.

그러나 현대에 와서는 중앙정부의 통제에 의하여 제한되고 있으며 다른 나라에 비하여 두 가지 특징이 있다. 그 특징은 다양한 종류의 지방자치단체로 구성되어 많은 법령과 다양한 방법으로 통제되며, 헌법의 보장이 없이 중앙정부의 세밀한 규정에 의하여 규율된다는 점이다.⁵⁶⁹⁾

567) 고문현, “지방분권에 관한 비교 헌법적 분석”, 『토지공법연구』, 제51집, 한국토지공법학회, 2010. pp.419-446.

568) Sidney Webb and Beatrice Porter Webb, *Supra*. pp.202-203.

569) John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*(4th Edition), Macmillan, 2002, p.165, Local government in the UK is characterized by two main features. First it is fragmented with several different kinds of local body, functions conferred by many different statutes and diverse methods of control and accountability. Secondly it has no constitutional protection and is regulated in detail by the central government.

1. 전통적인 자치입법권한

영국에서의 초기 지방자치는 지방자치 고유권설에 의한 지방자치단체의 설립과 지방정부의 조직을 전제로 하는 자치입법권한이 스스로 창설되었다. 따라서 지방자치단체는 자치입법권과 자치행정권 그리고 자치사법권을 독자적으로 보유하며 지방자치단체 스스로 그 권한을 시원적으로 창출된다는 것을 의미한다.⁵⁷⁰⁾ 또한 자치입법권한의 규율범위는 국가법령으로 규율하여야 할 영역과 근본적으로 구분된다. 특히 지방자치단체의 고유사무는 조례에 전속되는 권한으로 이를 따르지 않는 국가의 법률에 대하여 조례가 우선하게 되는 특징이 있다.⁵⁷¹⁾

이어서 1882년에 개정된 구 ‘지방자치법’은 이를 구체화하여 제210조는 지방자치단체 설립을 원하는 주민이 ‘지방자치헌장’을 제정하여 군주에게 청원하여 추인을 받아 설립하고 지방정부를 조직하는 권한으로 “고유권설”에 의한 “주민자치”의 근거라 할 수 있다.⁵⁷²⁾ 동법 제23조 제1항은 지방자치단체의 조례 제정권한을 규정하였다. 이 권한은 급격한 산업화와 인구의 도시집중으로 인한 생활환경의 악화로 인하여 주민 스스로 이를 개선하기 위한 “조례를 제정하여 집행하는 권한”을 말한다.

이 규정에 의한 조례의 규율범위는 ① 선정과 지방정부 조직(the good rule and government of the Borough) 그리고 ② 생활안전방해의 예방과 제재(for prevention and suppression of the nuisances)이다.⁵⁷³⁾

이어서 1888년에 제정된 ‘지방자치법’은 구 ‘지방자치법’에 의한 “시티”와 “타운” 관할 구역 이외의 지역에서 카운티를 새로이 설립하여 위임사무를 처리하도

570) United Kingdom, Municipal Corporation Act, 1835, *Supra*.

571) 홍정선, 앞의 책, p.8.

572) United Kingdom, Municipal Corporation Act 1882, Article 210, *Supra*.

573) Albert Shaw, Municipal Government in Great Britain, Political Science Quarterly, The Academy of Political Science, 4(2), 1889, pp.197-229; United Kingdom, Municipal Corporation Act, 1882, Article 23(1), Borough were empowered to make bylaws as to them seem meet for the good rule and good government of the Borough, and for the prevention and suppression of nuisances not already punishable in a summary manner by virtue of any act in force throughout the Borough, and may thereby appoint such fines, not exceeding in any case £5, as they may deem necessary for prevention and suppression of offences against the same. (1882년에 제정된 구 ‘지방자치법’ 제23조 제1항은 선정과 지방정부 조직, 그리고 이미 처벌규정이 있는 경우를 제외하고 생활안전방해의 예방과 제재를 위한 조례 제정권한을 부여하였다 이 조례는 조례의 위반에 대하여 약식기소의 방법으로 5파운드를 넘지 않는 범위 내에서 벌금을 규정할 수 있다); “the good rule and good government”는 직역하면 좋은 통치와 좋은 정부라고 할 수 있으나 이 논문에서는 선정(善政)이라 한다.

록 규정하고, 동법 제16조 제1항은 구 ‘지방자치법’ 제23조 제1항이 규정하는 “생활안전방해의 예방과 제재”에 대한 조례 제정권한과 같은 권한을 가진다고 규정하여 자치사무 관할 권한이 부여되었으며,⁵⁷⁴⁾ 이후에도 자치입법권한의 규율범위는 현대에 이르기까지 큰 변화가 없이 지속되고 있다.⁵⁷⁵⁾

이후 1972년에 제정된 ‘지방자치법(Local Government Act)’에서도 제235조 제1항에서 지방자치단체의 조례 규율범위를 같은 내용으로 규정하여 “생활안전방해의 예방과 제재”는 현재까지도 영미법계 국가의 “주민자치”에서 지방자치단체의 고유한 사무로 조례의 규율범위에 해당되게 된 것이다.⁵⁷⁶⁾ 한편 “생활안전방해”에 대하여 ‘공중보건법(Public Health Act)’ 제91조는 “생활안전을 방해하거나 혹은 건강에 피해를 야기하는 모든 장소”에서 발생하는 행위로 정의한 바와 같이,⁵⁷⁷⁾ 개인의 재산을 사용하는 것을 방해하는 소음이나 악취와 같은 모든 조건이나 행위와 상태로써 지방자치단체가 “생활안전방해의 예방과 제재”를 규율하는 조례가 자치입법권한의 핵심이라 할 수 있다. 예를 든다면 공공장소에서 음주를 금지하는 장소를 조례로 정하여 행위를 제한하거나,⁵⁷⁸⁾ 유흥장과 공원, 목욕탕과 세탁장, 공유지와 같은 장소에서 생활안전방해를 예방하고 제재하기 위한 행위를 제한하는 조례를 들 수 있다.⁵⁷⁹⁾

574) United Kingdom, Local Government Act, 1888, Article 16(1), A county council shall have the same power of making byelaws in relation to their county, or to any specific part or parts thereof, as the council of a borough under section twenty-three of the Municipal Corporation Act, 1882, and section one hundred and eighty seven of the Public Health Act, 1875, shall apply to such byelaws.(카운티 의회는 1882년에 제정된 구 ‘지방자치법’ 제23조가 규정하는 특정한 분야와 1875년 ‘공중보건법’ 제1장 제187조가 규정하는 바와 같이 조례를 제정할 권한이 있다)

575) John Stanton, Public Law, Oxford University Press, 2018, p.360. The 1888 Act saw the establishment of county councils across the whole of Britain, while the 1894 Act created district councils and made further provision for parish councils, The local governmental arrangements set out by these three Acts then remained largely unchanged until 1960s.(1888년에 제정된 ‘지방자치법’은 영국 전체에 카운티를 설립하는 규정이다. 1894년에 제정된 지방자치법은 디스트릭트 설립과 교구가 추가로 규정하였으며, 지방자치는 이 세가지 법률에 의하여 1960년대까지 큰 변화가 없이 유지되었다)

576) United Kingdom, Local Government Act, 1972, Article 235(1), The council of a district and the council of London Borough may make byelaws for the good rule and government of the whole or any part of the district or borough, as the case may be, and for the prevention and suppression of nuisances therein.(디스트릭트와 런던 바리는 선정과 지방정부 조직, 그리고 생활안전방해의 예방과 제재를 위한 조례를 제정할 수 있다)

577) United Kingdom, Public Health Act, 1875, Article 91(Definition of nuisance), 1. Any premises in such a state as to be a nuisance or injurious to health:....shall be deemed to be nuisance liable to be dealt with summary in manner provided by this Act.(건강에 피해를 야기하거나 생활안전방해를 구성하는 모든 장소.....이 법이 규정하는 바에 따라 약식기소의 방법으로 책임을 묻는 생활안전방해로 간주된다)

578) United Kingdom, Hereford Shire Council(Website), Alcohol consumption in Public Places designation of Public Places in Hereford, 2004

이와 같이 자치입법권한은 지방자치단체가 주민의 생활안전방해를 예방하고 제재하는 조례를 제정하여 집행하기 위한 권한으로써 실행력 확보를 위하여 주민의 권리제한과 의무 부과, 그리고 그 위반에 대하여는 경범죄로 정하여 벌금이 부과될 수 있도록 규정하고 있다.⁵⁸⁰⁾

2. 자치입법권한의 변화

(1) 조례의 정의

현행 ‘지방자치법’ 제101조는 지방자치단체에 정책결정권한을 확대 위임한 바 있으며,⁵⁸¹⁾ 이 경우에 지방자치단체의 자치입법권한은 자기결정권의 확대에 따라 정책이 결정되고 법령으로써 조례와 의무이행명령 제정권한을 확대하여 부여하였다.

그러나 전통적인 자치입법권한은 현대에 이르기까지 변화가 있었으며 지방자치단체의 조례는 위임입법의 특별한 형태로 ① 지방자치단체에 의하여 제정되며 ② 시행 이전에 중앙정부의 승인을 요하며 ③ 관할구역에 일반적으로 적용하며 ④ 권한유월의 법칙에 따라 제한된다.⁵⁸²⁾ 특히 조례는 ① 지방의 문제에 대하여

579) United Kingdom, Hereford Parish(Website), Power to make bye-laws in regard to Pleasure grounds Cycle Parks, Baths and washhouses, Open spaces and Burial Grounds Mortuaries and post-mortem rooms(Public Conveniences public Act 1875.s.164, Road Traffic Regulation Act 1984.s.57(7), Public Health Act 1936.s.223, Open Space Act 1906, ss.15 and 12 Public Health Act 1936, s.198, Public Health Act 1936, s.87.(유회장, 자진거 공원, 목욕장과 세탁장, 공지와 묘지, 영안실과 관련되는 조례 제정권한)

580) United Kingdom, County Council of Humberside(Website), Bylaws made under section of the Public Libraries and Museum Act, 1964

581) Peter Leymond and Gordon Anthony, Textbook on Administrative Law(6th edition), Oxford University Press, 2009, p.56. It has already been stated that the main powers of local authorities are defined by legislation, and s 101 of the Local Government Act of 1972 provides that many decision-making powers can be delegated by an authority to council committees, subcommittees, or officers of the authority.(지방자치단체의 주요권한은 법률에 의하여 정의되며, 1972년에 제정된 ‘지방자치법’ 제101조는 많은 주요정책 결정권한을 지방의회의 위원회와 하급 위원회 그리고 관계 공무원에게 위임할 수 있도록 규정하였다)

582) B.L. Jones, Garner’s Administrative Law, 7th Edition, Butterworths, 1989, p.74. Bylaws are a special form of delegated legislation, which have several peculiar features which do not apply to other forms of delegated legislation. Thus: (i) they are made by some governmental agency, such as a local authority or independent statutory corporation, other than the central government. (ii) before becoming effective they need to be confirmed by some central government department, (iii) they are general in operation, although restricted to the locality or special area over which they are intended to apply, (iv)

지방의회가 제정하는 실질적인 지역법률로써 ② 특정한 행위를 “하도록” 혹은 “하지 말도록” 규제를 허용하는 권한의 범위 내에서 제정되며 ③ 조례의 불이행은 제재와 처벌이 따른다. 그리고 ④ 관할구역 안에서 집행력을 가지며 조례 위반은 치안법원(Magistrate Court)에 의하여 심판과 제재를 받는 특징이 있다.⁵⁸³⁾

여기에서 “허용하는 권한”이란 국가의 의회가 정한 모법(Parent Act) 혹은 권한이양법(Empowering Act)이 지방자치단체에 조례를 제정하는 권한을 부여하는 것을 의미한다. 또한 치안법원의 심판은 조례의 실행력과 집행력을 확보하기 위한 수단으로 지방자치단체가 자기결정권에 따라 제정한 조례위반에 대한 판단을 자기책임의 원칙에 따라 예방하고 제재하는 전통에 따른 것이라 할 수 있다. 따라서 형벌권이 국가에 전속하는 “단체자치”와는 다른 계보로써 “주민자치”의 전통에 의한 것이다.

(2) 조례의 규율범위

영국 지방자치에서 조례의 규율대상은 지방자치단체의 고유한 자치사무이다. 따라서 대륙법계 국가와는 달리 국가의 위임사무 혹은 기관위임사무는 존재하지 않으며 지방자치단체 스스로 자치입법권한에 의하여 창출된 고유사무만이 존재한다. 다만 법률적으로는 일종의 국가의 위임사무로써 법률에 의하여 지방자치단

as well as the ultra vires doctrine, their validity as law can be questioned in the courts on several additional grounds, as hereafter described.(조례는 다른 형태의 위임입법에 적용되지 않는 위임입법의 특별한 형태이다. 즉, (i) 중앙정부가 아닌 지방자치단체에서 제정된다. (ii) 시행 이전에 중앙정부의 승인을 요한다. (iii) 특정한 지방이나 적용하고자 하는 특별한 지역에 일반적으로 적용된다. (iv) 권한유위의 법칙에 따라 제한되며, 그 합법성은 이 법에 규정하는 다양한 근거에 의하여 법원이 판단한다)

583) United Kingdom, Ministry of Housing, Communities and Local Government(Website), Local Government Legislation: Byelaws, 2012, Byelaws are local laws made by a local council under an enabling power contained in a public general act or a local act requiring something to be done - or not done - in a specified area. They are accompanied by some sanction or penalty for their non-observance. If validly made, byelaws have the force of law within the areas to which they apply. Generally byelaws are overseen by the relevant government department or confirming authority who has policy responsibility for the subject matter. Byelaws are enforced by the local authority through the magistrates' court and contravening a byelaw can result in a fine upon successful conviction.(조례는 특정한 지역에서 일반 공법 혹은 지역법률이 하도록 혹은 하지 말도록 허용하는 권한에 따라 지방의회가 제정하는 지역의 법률이다. 조례위반에 대하여는 일정한 제재와 처벌이 따른다. 합법적으로 제정되었다면 적용하고자 하는 지역에서 법률로써 집행력이 있다. 일반적으로 조례는 관계 중앙정부와 실질적인 문제에 대하여 정책 책임이 있는 정부기관으로부터 감독을 받아야 한다. 조례는 지방자치단체가 집행하며 치안법원을 통하여 확정된 조례위반에 대하여는 벌금이 부과된다)

체가 수행하는 “의무적 사무”와 지방자치단체가 임의로 집행하는 “재량적 사무”로 분류되기도 한다. 그러나 의무적 사무라 할지라도 지방자치단체의 재량에 따라 처리된다는 점에서 “위임사무”와 차이가 있다. 예를 들면 1944년에 제정된 ‘교육법(Education Act)’ 제6조 제1항은 지방자치단체에는 지방의 교육에 관한 사무를 의무적으로 실시하도록 부과하였음에도 이는 중앙정부의 위임에 의한 것이 아니라 지방자치단체의 재량에 의하여 결정된다는 점에서 차이가 있다.⁵⁸⁴⁾ 또한 조례의 규율범위로써 다시 세분한다면 자치사무는 필요적 사무(Need Services)와 보호적 사무(Protective Services), 쾌적한 삶을 위한 사무(Amenity Services) 공공시설 사무(Facility Services)로 분류되고 있다.⁵⁸⁵⁾ 그러나 지방자치단체마다 각각 다른 형태로 나타나는 것이 특징이다.

이와 같이 지방자치단체별로는 부여된 소관 사무의 관할 권한으로써 의무사무는 광역자치단체인 카운티가 교육, 전략 토지이용계획, 쓰레기 처리, 고속도로, 개인 사회복지, 경찰, 소비자 보호와 교통사무를 담당하며, 기초자치단체인 디스트릭트(District)는 주택, 세부적인 토지이용계획, 공중보건, 농촌지역의 교통을 담당하며,⁵⁸⁶⁾ 주민교구(Civil Parishes)는 농촌지역에서 순수한 지역의 사무를 담당한다.⁵⁸⁷⁾

(3) 조례 제정요건

584) United Kingdom, Education Act 1944, Article 6(1), Subject to the provisions of Part I of the First schedule to this Act, the local education authority for each county shall be the council of the county and the local education authority for each county borough shall be the council of the county borough.

(카운티에서 지방의 교육기관은 카운티이며, 바리에서 지방의 교육기관은 바리이다); 이 경우 shall be는 의무가 부과되었음을 의미한다.

585) Hollis. G. et al., Alternatives to the Community Charge, York, Joseph Rowntree Trust/Coopers and Lybrand Deloitte, 1990, p.12

586) 1963년에 제정된 런던광역시 지방자치법(London Government Act)과 1972년 제정된 지방자치법(Local Government Act)에 의하여 종전의 “시티”와 “타운”은 “디스트릭트”로 변화 되었으며, 2019년 현재 317개의 “디스트릭트”가 설립되었다.

587) John Alder, General Principles of Constitutional and Administrative Law(4th edition), Macmillan, 2002, p.167. Within rural districts there are parishes. These have purely local functions such as footpaths and recreation ground and must be consulted on land use planning matters. The larger ones have elected councils, others operate through a parish meeting and parish trustees.(농촌지역에는 교구가 있다. 교구는 도로와 휴양지 관리와 같은 순수한 지방의 기능을 수행하여 토지이용계획에 대하여는 협의하는 권한이 있다. 규모가 큰 교구는 선거에 의하여 구성되는 의회를 두며, 다른 교구에서는 교구의회를 통하여 수행된다)

현대에 와서 조례의 제정요건은 국가의 법률에 의하여 더욱 엄격하게 제한되고 있으며 전통적인 자치입법권한에 비하여 많은 변화가 있다. 특히 ① 관련 법률이 요구하는 권한의 범위 내에서(*intra vires doctrine*) ② 일반 법률은 물론 현존하는 조례와 다른 지역법률과 중복되거나 충돌되지 않아야 하며 ③ 조례에 위반하는 처벌은 타당하여야 하며 ④ 직접적으로 순수하게 특정한 지방의 문제에 한정하여야 하고 ⑤ 국가의 문제에 대하여 제정할 수 없으며 중앙정부의 정책과 충돌하지 말아야 한다. 또한 ⑥ 조례는 다른 규제 수단이 없을 때 최후의 수단으로써 대안입법이 존재할 경우에는 제정될 수 없으며 조례 입법은 타당하고 적절하여야 하며 필요성이 없을 때는 폐지되어야 한다.⁵⁸⁸⁾

이와 같이 영국의 자치입법권한은 전통적인 고유한 권한이라 할지라도 현대에 와서는 중앙정부에 의한 직접 통제와 위임입법이 확대되는 추세에 있다.⁵⁸⁹⁾

(4) 조례 제정의 제한

조례를 제정하고자 하는 지방자치단체는 제정 이전에 조례(초안)를 중앙정부에 제출하여 엄격한 심사와 승인을 받아야 하며 중앙정부는 거부권(*veto power*)을 행사할 수 있다.⁵⁹⁰⁾ 또한 중앙정부는 지방자치단체가 조례제정에 따른 위험을 사전에 제거하기 위하여 조례 표준(*Model Bylaw*)을 제정하여 권장한다. 그러나 지방자치단체는 이를 따를 의무가 없음에도 전국적으로 통일성을 요구하는 조례의

588) United Kingdom, Ministry of Housing, Communities and Local Government(Website), Local Government Legislation: Byelaws, 2012, Byelaws are considered measures of last resort after a local council has tried to address the local issue the byelaw applies to through other means. A byelaw cannot be made where alternative legislative measures already exist that could be used to address the problem. Byelaws should always be proportionate and reasonable. Where a byelaw is no longer necessary, it should be revoked.(조례는 다른 방법으로 적용하기 어려운 지방의 문제를 관리하기 위한 최후의 수단으로 고려된다. 그 문제에 대하여 해결할 수 있는 다른 대안입법이 이미 존재하는 경우에는 제정할 수 없다. 조례는 적절하고 합당하여야 하며 조례가 더 이상 불필요할 경우에는 폐지되어야 한다)

589) 조례제정규정(Byelaw Regulations 2016) 별표는 조례가 규정할 수 있는 개별 법률의 위임근거를 규정하고 있다; ① 공중보건법(Public Health Act 1875) 제164조에 의한 공공 산책로와 유희장 ② 공지법(Open Space Act 1906) 제12조와 제15조에 의한 공지와 묘지, ③ 공중보건법(Public Health Act 1907) 제82조와 제83조에 의한 위험의 방지, 해안과 산책로를 사용하는 사람에 대한 방해행위, ④ 공중보건법(Public Health Act 1936) 제231조에 의한 공중 목욕장, ⑤ 공중보건법(Public Health Act 1961) 제75조에 의한 유원지와 롤러 스케이팅장, 이미용업소, ⑥ 지방자치법(Local Government Act 1972) 제235조에 의한 선정과 지방정부의 조직, 생활안전방해의 예방과 제제.

590) Neil Parpworth, Constitutional & Administrative Law(Tenth Edition), Oxford University Press, 2012, pp.197-198. United Kingdom, Byelaws(Alternative Procedure) Regulations(2016) Article 7(2)(c) Refuse to give leave the authority to make the byelaw.

표준화로 인하여 자치입법권한이 제한 될 수 있다고 보아진다.

또한 자치입법권한에 대한 제한은 형벌을 창설하는 조례의 제정을 중앙정부가 엄격하게 심사하고자 하는 것이며,⁵⁹¹⁾ “법의 지배” 원칙에 따라 법 질서의 통일을 위한 관례법의 발달로 입법부와 사법부(왕립재판소)의 추상적 규범통제(사법심사청구소송)를 위주로 하였으나,⁵⁹²⁾ 현대에 와서 국가(행정부)의 통제 강화에 따라 점차 변화되는 것으로 볼 수 있다. 그러함에도 지방자치단체의 고유사무로써 조례의 규율범위는 “생활안전방해의 예방과 제재”를 가장 중요한 책무로 정하여 왔으며 현재까지도 변함없이 지속되고 있다는 특징이 있다.

3. 자치입법권한의 예외: 지역법률

의회는 두 가지 형식에 따라 법률을 제정하는 오랜 전통에 따른다. 그중 하나는 공법(Public Acts) 영역으로 전국에 걸쳐 적용되는 일반 법률이며, 다른 하나는 “지역법률 혹은 개인법률(Local and Personal Acts)”로 알려진 사법(Private Acts) 영역으로 특정한 지방자치단체 혹은 개인에게 권한을 부여하는 법률을 말한다.⁵⁹³⁾

이 “지역법률(Local Acts)”은 의회에서 제정하는 국가의 법률이라 할지라도 특정한 지방자치단체의 관할권한 범위 내에서 특정한 사항에 한정하여 규율하는 법률로써 오랜 전통적인 입법 방식으로 1835년 구 ‘지방자치법’ 시행 이전으로부터 지방행정의 다양한 분야에 활용되어 왔다. 이에 따라 지방자치단체는 해당 지역에서 발생하는 문제를 관리하기 위한 예외적인 권한을 허용하는 법률을 제정하

591) United Kingdom, House of Commons, Local authority byelaws, 2016, p.4. The rationale for this is that byelaws create criminal offences and should therefore be subject to scrutiny by central government.

592) 최희수, “추상적 규범통제에 관한 고찰”, 「헌법재판연구」, 제22권, 헌법재판소, 2011. p.32. ‘기본법’ 제93조 제1항 제2호에 따른 규범통제절차가 갖는 가장 큰 특징은 그것이 추상적으로(abstrakt) 진행된다는 점에 있다. 물론 이 절차는 심판대상이 된 규범의 합헌성 여부에 대해 단순한 이론적 차원에 그치는 것이 아니라 구체적인 견해차나 의문이 존재함을 전제로 하는 것이기는 하다.

593) David Foulkers, Administrative Law(7th edition), Butterworths, 1990, p.36. In addition to powers conferred on them by public general statutes, individual local authorities have obtained private Acts of Parliaments conferring further powers on them. There are large number of such Acts on the likelihood of their existence must always be taken to account on any particular case.(일반 공법에 의하여 부여된 권한 이외에, 개별 지방자치단체는 의회가 추가로 부여하는 사법에 의한 권한을 부여받는다. 이와 같이 특정한 경우에 적용하는 수많은 형태의 법률이 존재한다)

여 주도록 의회에 청원할 수 있으며,⁵⁹⁴⁾ 이 경우에 청원은 권한(Powers)이 아니라 다른 사인과 같은 권리(Rights)로써 “지역 법률”이 제정되면 이 법률을 집행하는 권한이 부여된다.

예를 들면 의회는 “메드웨이 디스트릭트(Medway District)”의 도로에서 불법 상행위(Street Trading)를 효과적으로 규제할 수 있도록 해당 지방자치단체에 권한을 부여하는 ‘메드웨이 지방자치법(Medway Council Act)’을 제정하였으며, 동법 서문 제2항은 도로에서의 불법 상행위와 관련된 권한과 효과적인 집행을 지방자치단체에 허용한다고 규정하고 있다.⁵⁹⁵⁾ 이 법률에 따라 메드웨이 디스트릭트는 도로에서의 불법 상행위를 효과적으로 규제할 수 있도록 이 법률의 시행을 위한 세부규칙(Scheme)을 제정하여 집행하고 있다. 이와 같은 지역법률(Local Acts)은 지방의회가 전권한성과 자기책임성에 의하여 제정하는 지역의 법률(Local Laws)인 조례와는 달리, 의회가 해당 지방자치단체에 특정한 분야에 특정한 권한을 위임하는 특별한 법률을 제정하는 경우로써 다른 나라의 자치입법 권한에 비하여 예외적인 사례라 할 수 있다.

4. 권한유월의 법칙

권한유월의 법칙(Ultra Vires Doctrine)은 의회가 제정하는 “허용하는 법률”에 따라 정부기관에 부여한 권한의 범위 내에서 권한이 행사되어야 하며 그 권한의 범위를 벗어날 때에는 무효가 된다는 원칙을 말한다.⁵⁹⁶⁾ 그러므로 이 원칙에 따

594) United Kingdom, The House of Commons Information Office(Website), Tracing Acts of Parliament, 2010. p.4.

595) United Kingdom, Medway Council Act 2004, An Act to confer powers on Medway Council for the better control of street trading in the borough of Medway (2) Certain powers relating to street trading in the borough are exercisable by the council under the Local Government(Miscellaneous Provisions) Act 1982(c. 30) and for their better enforcement it is expedient to amend that Act in its application to Medway and supplement those powers(메드웨이 도로에서의 상행위에 대하여 보다 나은 관리를 위한 권한을 부여하는 법률. 제2항. 1982년에 제정된 지방자치법(기타 규정)에 따라 지방정부가 도로에서 상행위 관리를 위한 특정한 권한과 이 법이 적용에 있어서 보다 나은 관리와 보충을 위하여 제정된 법률)

596) H.W.R. Wade and C.F. Forsyth, Administrative Law(9th edition), Oxford University Press, 2004, p.35. The simple proposition that a public authority may not act outside its powers(ultra vires) might fitly be canceled the central principle of administration law. The juristic basis of judicial review is the doctrine of ultra vires. Any administrative act or order which is ultra vires or outside jurisdiction is void in law.(공공기관이 권한의 범위 밖에서 하는 행위는 취소된다는 행정법의 주요원칙이다. 사법심사의 기준으로 권한유월의 법칙이라 하며 모든 행정법률과 행위가 권한유월 혹은 관할권한 밖의 행위는 법률상 무효가 된다)

라 중앙정부로부터 부여받은 권한을 넘어서는 자치입법은 “관할권한 밖의 행위” 혹은 법률이 부여한 권한이 없이 그 권한을 넘어서는 행위가 되어 법률효과가 없으며,⁵⁹⁷⁾ 권한유월의 법칙은 실체적 권한유월의 법칙과 절차적 권한유월의 법칙으로 두가지 형태이다.

실체적 권한유월의 법칙에 대하여 최고법원은 “Hayes” 사건에서 “외설적인 노래와 언어를 공유재산은 물론 사유재산에서 사용을 금지한 조례가 너무 광범위하여 권한유월의 원칙에 위반되어 무효”라고 판시한 바 있다.⁵⁹⁸⁾”

절차적 권한유월의 법칙에 대하여는 “Aylesbury”사건에서 “법률안은 반드시 사전협의를 하도록 규정하였음에도, 관련 기관과의 적절한 사전협의를 이행하지 아니하며 권한유월의 법칙을 위반하였으며 효력이 없다”고 판시 한 바 있다⁵⁹⁹⁾. 이와 같이 자치입법권한은 실체적·절차적으로 “권한의 범위 안에서” 적법하게 수행하도록 명백하고 정확하게 규정할 것을 요구하고 있다.

제2절 미국

미국의 초기 지방자치는 국가의 성립 이전에 영국의 식민지였던 뉴 잉글랜드의 타운쉽에서 찾고 있으며, 지방자치는 개인의 생명과 자유 그리고 행복을 추구하는 것과 마찬가지로 고유한 권리라고 주장하게 된다.⁶⁰⁰⁾ 현대에 와서 지방자치

597) John Sharland, Local Government Act, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p.79. Local authorities owe their existence to statute. It follows from this that they owe their powers to statute as well. They are not sovereign powers. This means that they can do nothing outside the powers given to them by legislation.:(지방자치단체는 법률에 따라 존재한다. 따라서 그 권한은 법률에 의한 권한이다. 그 권한은 주권을 말하는 것이 아니다. 따라서 법률에 의하여 부여된 권한 밖에서는 아무것도 할 수 없다); Lutz-Christian Wolf, The Disappearance of the *Ultra Vires* Doctrine in Greater China: Harmonized Legislative Action or an Accident of History. Northwestern Journal of International Law & Business. Volume 23, 2003, p.633. In a broad sense, the Latin expression “*ultra vires*” is used by lawyers to describe acts which have been conducted “beyond the legal powers of those who have purported to undertake them” (넓은 의미로 라틴어 ‘권한 유월’은 부여된 법률적 권한을 넘어서 행사하는 행위라는 의미로 사용된다)

598) United Kingdom, Supreme Court, Strickland v. Hayes Borough Council, 1986, 1 Q.B.290,Div. Ct, where a bylaw prohibiting the singing or reciting of any obscene song or ballad and the use of obscene language generally was to be unreasonable and so ultra vires. since it would impact on those singing in private as well as in public.

599) United Kingdom, Supreme Court, Agricultural Training Board v. Aylesbury Mushrooms 1972, Delegated Legislation Supervision of the Courts- providing the statute stated that there must be consultation - there is no requirement otherwise. However, there is no requirement to do any more than ask for the consulted parties’ views - they can be ignored.

근거는 ‘연방 헌법’ 수정 조항 제10조에 따라 각 주에 전속하는 관할 권한으로 순수한 주의 사무이다.⁶⁰¹⁾

즉 지방자치는 각 주와 지방자치단체의 관계를 말하며 자치입법권한은 가장 핵심적인 권한으로써 ‘지방자치헌장’을 제정하는 권한(Charter making-authority)과 조례를 제정하는 권한(Ordinance making - authority)으로 구분될 수 있다.⁶⁰²⁾

1. ‘지방자치헌장’ 제정 권한

미국에서의 지방자치는 각 주마다 서로 대립하는 법률적 개념으로 “딜런의 법칙(Dillon’ Rule)” 혹은 “쿨리 독트린(Cooley Doctrine)”을 따르는가에 따라 그 형태를 달리한다.⁶⁰³⁾ 딜런의 법칙은 지방자치에 관하여 주가 절대적인 우위

600) Amasa M. Eaton, *Supra*, pp.441-454.

601) Gary L. McDowell, James Bryce - *The American Commonwealth*, Macmillan Company, London, 1888, p.529. It is a matter regulated by federal law but by the several states and Territories, each of which established such local authorities, rural and urban, as the people of the state or Territory desire, and invests them with the requisite powers.(연방 법률이 아니라 주에 의하여 규정되는 문제로써, 각 주는 도시와 농촌의 주민이 원하는 바에 따라 필요한 권한을 부여한 지방자치단체를 설립한다)

602) Howard Lee McBain, *The Delegation of Legislative Power to Cities*, *Political Science Quarterly*, Vol. 32, No.3, *The Academy of Political Science*, 1917, pp.391-392. It means, in other words, that since the distinction between that which is charter and that which is ordinance must be preserved, the local charter-making authority must be different from, and logically superior to, the local ordinance-making authority.(달리 표현한다면, ‘지방자치헌장’과 ‘조례’는 다르며 ‘지방자치헌장’ 제정권한은 ‘조례’ 제정권한에 비하여 상위의 개념으로 다를 수밖에 없다)

603) United States of America, *Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Local Government Autonomy*, 1993, p.5. There are two competing legal concepts of local government in the American federal system, which can be summed up by Dillon’s Rule(“Creatures of the state”) and the Cooley Doctrine(“Home rule”). (미국의 연방체제에서 두 개의 지방자치의 법률적 개념이 경합된다. 하나는 딜런의 법칙(주의 창조물)이며 다른 하나는 쿨리 독트린(홈-룰)이다); Frank Vram Zerunyan, *The Evolution of the Municipal Corporation and the Innovations of Local Governance in California to Preserve Home Rule and Local Control*, *Fordham Urban Law Journal*, Volume 44, Article 7, *The Fordham Law Archive of Scholarship and History*, 2017, p.220. Two separate rulings, one from Iowa and the other from Michigan, framed two diametrically opposed viewpoints. In 1868, Judge John F. Dillon of Iowa affirmed a narrow interpretation of a local government’s authority, holding that municipalities maintain a subordinate status within the state because, as a rule, they get their specific powers from the state. Therefore, in the absence of specific provisions increasing their power, municipalities are subject to state legislative control. This view became known as Dillon’s Rule. In contrast, in 1871, Judge Thomas Cooley of the Michigan Supreme Court challenged Dillon’s Rule, holding that municipalities possess inherent rights to local self-governance.(두개의 다른 판결로, 그 하나는 아이오와 주이며 다른 하나는 미시간 주로써 서로 다른 견해이다. 1868년 아이오와 주의 딜런 판사는 지방자치에 대하여 좁은 범위로 해석하여 지방자치단체는 주의 하급기관의 지위로서 일반적으로 주로부터 특정한 권한이 부여된다고 판결하였다. 그러한 점에서, 지방자치단체는 특별한 권한이 부여되지 않았으므로 주의 통제에 따라야 한다는 견해로 이를 딜런의 법칙이라 한다. 반면에 1871년 미시간 주 대법원의 쿨리 판사는 딜런의 법칙과는 반대로 지방자치단체는 고유한 권리를 가진다고 판결 한바 있다)

(Supremacy)로 지방자치는 주의 창조물으로써 주의 강력한 통제 하에 있어야 한다는 법률주의를 말하며,⁶⁰⁴⁾ 연방대법원은 “Trenton”사건 판결에서 “지방자치를 보호하는 주의 헌법적 규정이 없다면, 주의 입법통제를 벗어나며 지방자치의 고유한 권한이 없다”는 점을 확인한 바 있다.⁶⁰⁵⁾

이와 반대되는 견해로 쿨리 독트린은 지방자치는 “절대적인 권리(absolute rights)”로써 주는 이를 폐지할 수 없으며,⁶⁰⁶⁾ 지역 공동체는 스스로 지방자치단체를 설립하고 지방정부를 조직하는 고유한 권한을 가지며 국가설립 이전부터 주어진 천부적인 권리라고 주장하게 되었다.⁶⁰⁷⁾ 이 주장은 ‘지방자치현장’에 의한 지방자치로 이어지며 1875년 ‘미주리 주 헌법’에서 처음으로 보장된 이후 지방자치 고유권에 의한 개념으로 발전되어,⁶⁰⁸⁾ 지역 주민 스스로 지방자치단체를 설립

604) City of Clinton v. Cedar Rapids and Missouri River Rail Road Company. 24 Iowa 455, 1868, Municipal Corporations owe their origin to, and derive their powers and rights wholly from, the legislative. it breaths into them the breath of life, without which they cannot exist. As it creates, so it may destroy. If it may destroy, it may abridge and control.....It is a general and proposition of law that municipal corporation possesses, and can exercise, the following powers, and no other: First, those granted in express words; second, those necessarily of fairly implied in, or incident to, the powers expressly, but to the declared objects and purposes of the corporation not simply convenient, but indispensable. Any fair, reasonable doubt concerning the existence of power is resolved by the courts against the corporation, and power is denied.(지방자치단체는 주에 의하여 창조되고 권한과 권리가 부여 되었으며, 그 범위 안에서 살아 숨쉬며 그것이 없으면 지방자치단체는 존재할 수 없다. 이와 같이 창조된 것처럼 폐지될 수 있으며 지방자치단체가 폐지될 수 있다면 축소 혹은 통제할 수 있다....지방자치단체가 다음과 같이 보유하는 권한은 일반적이며 법률이 규정하는 것이다. 첫째, 명시적으로 부여된 권한 둘째, 명시적으로 부여된 권한을 수행하기 위한 필요한 권한, 그러나 권한의 존재와 관련하여 공정성 혹은 합당한 의심은 법원에 의하여 해결되며, 이 법률을 따르지 않는다면 그 권한은 부정된다)

605) City of Trenton v. State of New Jersey, 262 U.S. 182, 1923, In the absence of state constitutional provisions safeguarding it to them, municipalities have no inherent right of self-government which is beyond the legislative control of the state.(지방자치를 보호하는 주의 헌법적 규정이 없다면, 주의 입법통제를 벗어나면 지방자치의 고유한 권한이 없다)

606) People ex rel, Le Roy v. Hurlbut, 24 Mich. 44, 108, 1871, local government is a absolute right, and the state cannot take away; It would be boldest mochery to speak out of a city as possessing municipal liberty where the statute not only shaped its government but at discretion sent in its own agents to administer it; or to call the system one of constitutional freedom under which it should be equally admissible to allow the people full control in their local affairs, or no control at all.(지방자치는 절대적인 권리로 주는 이를 폐지할 수 없다. 법률이 그들의 지방정부를 구성하거나 그들의 자치를 위한 기관에 재량을 규정하는 지방자치의 자유가 없다고 말할 수 없다. 또한 그들의 사무를 충분히 관리할 수 있는 권한이 부여되는 헌법적 자유의 체계가 요구되며 전반적으로 통제하면 아니된다)

607) Dianne Lang, Dillon’s Rule and the Birth of Home rule, National Municipal Review, 1915. p.2. Led by Judge Thomas Cooley of the Michigan Supreme Court, they argued that municipalities possessed an “Inherent right of Self-Government”. They contended that such a power could be traced historically to colonial days when municipalities were created to govern their own affairs.(지방자치단체는 고유한 권리를 가진다. 그 권한은 역사적으로 그들의 사무를 창조하여 왔던 식민지 시대에서 찾을 수 있다)

608) John Williams, The Constitutional Vulnerability of American Local Government; The Principle of City Statutes in American Law, Wisconsin Law Review, 1986:83, 1986, p.88. Thomas M. Cooley, whose 1868 Treatise on Constitutional Limitations was the most influential legal treatise of the late nineteenth century developed a theory premised on the principle of inherent local government

하고 지방정부를 조직하는 법률이라 할 수 있다.⁶⁰⁹⁾ 또한 법률의 단계에서 ‘지방자치헌장’은 자치사무에 관한 최고의 법(supreme law)으로써 주 헌법에 의하여 직접 부여되는 권한이다.⁶¹⁰⁾ 그러한 점에서 ‘지방자치헌장’은 ① 지방의 관심사에 주의 개입을 최소화하여 ② 지역 주민이 원하는 지방정부의 형태를 구성하고 ③ 지방정부가 지방의 사무를 직접 처리하여 증가하는 수요를 충족하는 실질적인 권한을 부여하기 위한 것이다.⁶¹¹⁾

‘지방자치헌장’은 각 주의 헌법에 의하여 보장된다. 예를 들면 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제3조는 “지방정부의 설립을 위하여, 주민 과반수의 투표에 의하여 ‘지방자치헌장’을 채택할 수 있으며 주 정부에 제출하면 효력이 발생한다”라고 규정하여 ‘지방자치헌장’ 제정권한을 부여하고 있다.⁶¹²⁾ 따라서 ‘지방자치헌장’에 근거하여 지방자치단체가 설립 되었는가 혹은 일반 법률에 의하여 설립되었는가에 따라 “차터(chartered) 지방자치단체”와 “일반(general) 지방자치단체”로 분류된다.⁶¹³⁾ 그러므로 “차터 지방자치단체”는 ‘캘리포니아 주 정부조직법(California State Government Code)’ 제34500조의 적용을 받지 않으며,⁶¹⁴⁾ “일반 지방자치단

sovereignty.(콜리의 1868년 헌법적 제한에 관한 논문은 19세기 말 지방자치 고유권 원칙을 주제로 한 이 논문으로 발전되어 가장 영향력 있는 법률 논문이었다)

609) *People v. McAleer*, 33 Cal App, 1917, The charter may be called the organic law of the County. It is a legal subdivision of a state charged with governmental powers.(‘지방자치헌장’은 카운티 조직법이라 할 수 있으며, 카운티는 정부의 권한을 행사하는 법률적 하급기관이다)

610) *Smith v. City of Glendale Civ. No 1157*, 4th Appellate District, 1934, that right is the supreme law of the city on its municipal affairs.(이 권한은 자치사무에 관하여 지방자치단체의 최고의 법이다)

611) *Henri J. Schmandt, Municipal Home rule in Missouri*, *Washington University Law Review*, 1953(4): *Wash. U.L.Q.*, 385, 1953, pp.385-386. As incorporated in the constitution of 1875, the homerule privilege was extended only to St.Louis and such other cities as might attain a population of more than 100,000...The chief goals of home rule have therefore been: (1) to prevent or minimize legislative interference in matters that are primarily of local concern; (2) to permit the local communities to adopt the type and form of government they desire; (3) to provide the cities with sufficient powers to meet the increasing needs for local services without the necessity of repeatedly seeking new authority from the legislature as they are compelled to do when the charters are legislative enactments.(1875년 헌법에 규정된 바와 같이, 홈-룰의 특권은 오직 세인트 루이스와 인구 10만 이상의 도시에 한하여 인정되었다. 홈-룰의 주요 목적은 (1) 지방의 관심사에 대하여 주의 개입을 방지하거나 최소화하고 (2) 지역주민이 원하는 형태로 지방정부를 구성하며 (3) 지방정부가 지방의 사무를 직접 처리하며 증가하는 수요를 충족하기 위한 실질적인 권한을 부여하는 것이다)

612) *United States of America, California State Constitution, Article 11, Sec 3(a), Supra.*

613) 조시중, “지방자치 홈-룰 차터의 법률적 지위 검토: 미국 캘리포니아주 헌법과 사례를 중심으로”, 『지방행정연구』, 제30권제3호, 한국지방행정연구원, 2016, p.96. 주 헌법에 따른 지방정부의 유형별 분류.

카운티			시		
계	차터 카운티	일반 카운티	계	차터 시	일반 시
58	13	45	482	121	361

614) *United States of America, California State Government Code, §34500*, This provisions of this chapter do not apply to chartered cities.(이 규정은 차터에 의하여 설립된 ‘시’에는 적용되지 않는다)

체”는 이 법에 의하여 적용된다는 차이가 있다. 즉, 자치입법권한은 법률의 단계에서 “차터 지방자치단체”는 주 헌법 - ‘지방자치헌장’ - 조례 순으로 적용되며, “일반 지방자치단체”는 주 헌법 - ‘주 정부조직법’ - 조례로 적용되는 차이가 있다.

2. 조례 제정과 집행권한

(1) 경찰권한

경찰권한은 정부가 관할권한의 범위 내에서 공공의 건강과 안전 그리고 복지를 보호하기 위하여 필요하고 합당한 모든 법률을 제정하여 집행하는 권한으로써,⁶¹⁵⁾ ① 국가의 존재 유지 ② 권리의 유지, 그리고 ③ 공공의 복지를 증진하는 것을 말하며,⁶¹⁶⁾ 공공의 복지(*general welfare*)는 개별 법령의 위임이 없이도 지방자치단체가 주민의 복지를 증진하기 위한 포괄적인 권한의 근거이다.⁶¹⁷⁾

주의 경찰권한은 ‘연방 헌법’ 수정 조항 제10조에 의하여 관할구역 안에서 전방적인 문제에 대한 합당한 규정을 제정하여 집행하는 권한이며,⁶¹⁸⁾ 지방정부의

615) United States of America, Institute for Local Government(Website), This is commonly known as the “police power” and is the source of counties and cities regulatory authority to protect public health, safety and welfare. Santiago Legarre, The Historical Background of the Police Power, The Journal of Constitutional Law, Vol.9:3, Pennsylvania University Law School, 2007, p.748, Ever since Chief Justice John Marshall coined the term in *Brown v. Maryland* in 1827, the police power has been a pivot of American constitutional thinking. As recently as 1991 the Supreme Court spoke *Barnes v. Glen* of the traditional police power of the States as one which we have upheld as a basis for legislation; this plurality opinion of the Court defined it as “the authority to provide for the public health, safety, and morals.”....“police” - and its cognates “policy” and “polity”-come from the Latin *Politia*, which itself is a descendant of the Greek word “*politeia*” and, ultimately, of polis. *Politia* meant civil administration or government. 경찰권한(Police Power)은 행정 혹은 정부를 의미하는 그리스어 “*Politia*” 와 정책(policy) 혹은 통치(polity)를 의미하는 라틴어 “*Politia*”에서 유래되었다. 영국에서는 16세기부터 정책(policy)을 의미하는 경찰(police)이란 용어를 사용하였다. 미국에서는 1827년 연방대법원의 “Brown” 판결 이후 공공의 건강과 안전, 도덕을 보호하기 위한 권한으로 사용되어 왔으며, 지방정부에서는 “조례를 제정하여 집행하는 권한”을 의미한다. 따라서 지방정부에 소속된 경찰과는 다른 의미로 사용되며 이 논문에서는 “경찰권한”이라 한다.

616) Walter Wheeler Cook, What is the Police Power, Columbia Law Review, Vol.7, No.5, 1907. p.323. (1) the maintenance of national existence (2) the maintenance of right, or justice (3) the promotion of the public welfare.

617) Richard Briffault & Laura Reynolds, State and Local Government, 6ED, Thomson, 2004, pp.274-280.

618) *Jacopson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11. 1905, The police power of a State embraces such reasonable regulations relating to matters completely within its territory, and not affecting the people of other States, established directly by legislative enactment, as will protect the public health and safety.(주의 경찰권한은 주의 영토 범위 안에서 합당한 규정을 제정하는 것으로 다른 주에는 미치지 않으며, 주의 직접적인 입법에 의하여 창설되며 공공의 건강과 안전을 보호하기 위한 것이다)

경찰권한은 주 정부에서 지방정부로 토지이용계획(Land Use Planning)을 “허용하는 법률”에 따라 창설된다.⁶¹⁹⁾ 이에 대하여 연방대법원은 “Euclid” 사건에서 “지방정부의 토지수용조례는 경찰권한의 불합리한 확장이 아니며 자의적이 아니다. 따라서 헌법 위반이 아니다”라고 판결한 바 있다.⁶²⁰⁾

이와 같이 자치입법권한은 주의 위임에 의하여 “조례를 제정하여 집행하는 (make and enforce)” 경찰권한이 보장된다. 예를 들면 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제7조는 “시티와 카운티는 일반 법률에 저촉되지 않은 범위 내에서(not in conflict with general laws) 모든 지방, 경찰, 위생과 관련된 범위 안에서 조례와 규칙을 제정하고 집행할 권한을 가진다”라고 규정하여 모든 자치사무에 대한 경찰권한을 보장하고 있다.

이에 따라 조례는 지역법률로써⁶²¹⁾ “① 공공의 질서와 건강 그리고 도덕과 정의를 구현하기 위하여 필요하고 적절한 모든 법률을 제정하여 집행하는 고유한 우선권으로써 ② 실질적인 권한으로 다른 법률로 제한될 수 없으며 ③ 적법절차와 제한범위 내에서 제정하여 집행하는 권한으로써, 지방정부의 경찰권한은 정치적 주권에 따라 부여받은 고유한 권한으로 그 규율범위는 광범위하고 탄력적이다.⁶²²⁾ 뿐만 아니라 ‘지방자치헌장’에 의하여 설립된 지방자치단체의 경찰권한은 보다 광범위하며 ‘지방자치헌장’에 규정된 가능한 모든 권한을 충분하고 완전하게 보장되며,⁶²³⁾ 자치입법권한은 오직 주 헌법과 ‘지방자치헌장’에 의하여만 제한을 받는다.⁶²⁴⁾

619) Herbert Hoover. A Standard City Planning Enabling Act, Department of Commerce, 1928. Title 1. Section 1(Definitions). Municipalities or municipal includes or related to cities, towns, villages and other incorporated political subdivisions. Sec 2. Any municipalities is hereby authorized and empowered to make, adopt, amend, extend, add to or carry out a municipal plan as provided in this act and create by ordinance, a planning commission with the powers and duties herein set forth. 기초자치단체 표준도시계획 허용법(Enabling Act); 기초자치단체는 이 법률의 규정에 의하여 도시계획을 제정, 개정, 수정, 확대, 추가하고 수행할 권한을 부여받으며, 도시계획 위원회는 조례의 제정에 의하여 열거된 권한과 의무를 부여받는다.

620) Village of Euclid v. Amber Realty Co. 272 U.S. 365, 1926.

621) Leon Thomas David, California Cities and the Constitution of 1879: General Laws and Municipal Affairs, Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol 7:643, 1980, p.143. The extent of the powers conferred upon counties and cities by the Constitution of 1879 to enact legislation and to enforce it within its limits, and the degree of autonomy conferred upon chartered cities in municipal affairs are questions.(1879년 헌법에 의하여 카운티와 시티에 부여된 권한의 확대는, 지방자치헌장에 의하여 설립된 지방자치단체의 자치사무에 대하여 제한된 범위 안에서 자치입법의 제정과 집행, 그리고 자치의 수준의 문제이다)

622) Amusement Co. v. Board of Police Commissioners, 7 Cal 3d, 1982.

623) United States of America, LA City Charter, Article 101. *Supra*.

(2) 자치사무의 범위와 논란

“생활안전방해의 예방과 제재”는 미국 지방자치에서 가장 중요한 제일차적 책무로 인식되어져 왔다. 예를 들면 메사추세츠 주 ‘암허스트 타운 생활안전방해 방지조례’ 제40조는 “흡-를 권한에 따라 주민의 건강과 안전, 그리고 복지를 보호하기 위하여 소유자와 책임있는 개인 혹은 개인의 재산에서 소음과 무례한 회합으로 생활안전 피해를 야기하는 자에게 책임을 부과”토록 규정하고 있다.⁶²⁵⁾ 또한 칼라바사스 시티 ‘간접흡연금지조례’ 제8.12.070조 제(b)항은 “다른 사람에게 간접 흡연을 노출시키는 것은 생활안전방해를 구성한다”고 규정한 바 있다.⁶²⁶⁾

이와 같이 주민의 생활에 가장 밀접한 “생활안전방해의 예방과 제재”는 고유한 자치사무로써 자치입법권한의 가장 핵심적인 규율범위에 속한다. 그러나 자치입법권한이 포괄적으로 부여되었음에도 주 헌법이 자치사무를 명확하게 규정하지 않았고 지방의 문제가 주 전체의 문제로 종종 전환됨에 따라 자치사무의 범위에 대한 논란이 발생하고 있다. 이 논란은 최근에 확대되는 환경과 복지 등 주민 생활과 밀접한 분야에서 연방정부와 주 정부 혹은 주 정부와 지방정부가 충돌하는 경우 등 끊임없이 발생하며 시대적인 환경변화에 따라 불가피하다고 보인다.

한편 법원은 “Bishop” 사건에서 “지방자치현장’에 의하여 설립된 시티는 자치사무에 대한 독점적인 입법권한을 부여받는다”고 판결 한 바 있다.⁶²⁷⁾ 이에 대한

624) United States of America, Sacramento City Charter, Article 10(General Powers), The city shall have the right and powers to make and enforce all the laws and regulations in respect to municipal affairs, subject only to the restrictions and limitations provided in this Charter.(‘시티’는 자치사무와 관련한 모든 법률과 규칙을 제정하여 집행하는 권리와 권한을 가지며, 오직 이 지방자치현장이 규정하는 규제와 제한에 따른다)

625) United States of America, Town of Amherst, Nuisance House Bylaw, Article 40, In accordance with the Town of Amherst Home-Rule authority, and to protect the health, safety, and welfare of the inhabitants of this Town, this bylaw shall permit the Town to impose liabilities on owners and the responsible persons for the nuisances and harm caused by loud and unduly gathering on private property and shall discourage the consumption of alcoholic beverages by underage persons at such gatherings.(흡-를 권한에 따라, 그리고 주민의 건강과 안전 그리고 복지를 보호하기 위하여, 개인의 재산에서 소란스럽고 무례한 회합으로 발생하는 피해와 그 회합에서 미성년자들이 알코올 음료를 소비하는 것을 방지하기 위하여 생활안전방해를 야기하는 소유자와 책임이 있는 개인에게 책임을 물을 수 있다)

626) United States of America, Calabasas City, Ordinance No. 2006-217, Sec.8.12.070. Penalties and Enforcement, (b) The city council hereby declares that exposing other persons to second-hand smoke constitutes a public nuisance and may be remedied as such.(지방의회는 간접흡연을 다른 사람에게 노출하는 것은 공적 생활안전방해를 구성하며, 구제수단을 강구할 수 있다는 점을 선언한다)

627) Bishop v. City of San Jose, 1 Cal. 3d 56, 61-62, 81 Cal Rptr. 465, 460, 1969, P 2d 137, Chartered cities are granted exclusive power to legislate their municipal affairs....Under home rule, the state Legislature’s authority to intrude into matters of local concern is curtailed. The benefits of home rule

사법심사 기준은 ① 선의(good reason)인가? ② 주 전체의 관심사인가? ③ 주 법률이 조례에 선점하는가? ④ 특정한 분야에 주의 전반적인 통제가 필요한가의 기준에 따른다.⁶²⁸⁾ 이와 같은 자치사무의 범위에 대한 논란은 법률선점주의와 관련하여 별도로 논한다.

3. 최근의 자치입법 경향

(1) ‘히든 힐스 시티 규칙과 규정’⁶²⁹⁾

히든 힐스 시티(Hidden Hills City)는 일반 법률에 의하여 설립된 소규모의 지방자치단체이다. 그러나 ‘지방자치현장’이 제정되지 않았음에도 주민의 자치적 합의에 의하여 규칙과 규정을 제정하여 보다 높은 수준의 도덕 혹은 예절 등 일정한 행위를 규제하고 제한한다. 이 규정에 위반하는 행위는 민사소송에 따라 민사벌금이 부과되며 또는 명예시민 자격을 박탈하는 제재를 규정하고 있다.⁶³⁰⁾ 이는

are numerous, because cities are familiar with their own local problems and can often act more promptly to address problems than the state Legislature. Therefore, cities are only precluded from enacting laws on non-local matters if it is the intent of the Legislature to occupy the field to the exclusion of municipal regulation.....Whether a city ordinance is valid therefore requires a determination of whether ① the local regulation or ordinance is a municipal affairs upon which the municipality has the exclusive authority to regulate, or ② whether the subject is a matter of statewide concern such that state legislation preempts any municipal attempt at law making.(지방자치현장에 의하여 설립된 ‘시티’는 그들의 사무에 대하여 자치입법을 제정하는 독점적인 권한이 부여되었다. 홈-룰에 따라 주는 지방의 문제에 개입하는 것은 금지된다. 홈-룰의 이점은 지방자치단체가 주보다는 그 지방의 고유한 문제에 친밀하며 그 문제에 대하여 즉시 대응할 수 있다는 점에서 광범위하다. 그러므로 지방자치단체는 주가 점유한 분야 즉 자치사무에 해당하지 않는 분야에서는 자치입법이 금지된다..시티의 조례가 효력이 있는 가의 문제는 ① 자치입법 혹은 조례에 대하여 지방자치단체의 독점적인 권한이 있는 자치사무인가 혹은 ② 실질적인 문제가 주에 의하여 선점된 주 전체의 관심사인가의 문제이다)

628) United States of America, California State Government(Website).

629) United States of America, Hidden Hills City, Rules and Regulation(규칙과 규정) 건물의 외관을 변경할 경우에는 사전 승인을 요한다. 위성 안테나 설치의 사전 승인 또는 제한한다. 잔디와 조경수는 항상 일정한 간격으로 전정하여야 하며, 장미는 예외로 한다. 전정한 잔디와 나뭇가지는 일정한 장소에 버려야 하고, 배수구가 막히지 않도록 하여야 한다. 건축 공사는 일정한 시간에 한하고 공휴일에는 불가능 하다. 주차는 도로에서 안보이도록 차고 혹은 건물 뒤쪽에 하여야 한다. 차량 운행은 승마나 자전거 운행을 방해하여서는 아니 되며, 도로 중간에 주정차 함이 없이 목적지에 곧장 이동하여야 한다. 이웃 주민에게 말과 행동으로 위협을 해서는 아니 된다.

630) David M. Lawrence, Civil Penalties for Ordinance Violations-Specific or Variable, School of Government. The University of North Carolina, Local Government Law Bulletin No. 127. 2012, pp.1-2. The Basic Enabling Statutes, The basic statutory authorizations for cities and counties to select enforcement methods for their ordinances are G.S. 160A-175 (cities) and G.S. 153A-123 (counties). Subsection (c) of each statute, in almost identical language, permits the city or county’s governing board to impose civil penalties for violation of an ordinance. Here is the city statute, G.S.

지역 주민 스스로 생활안전방해에 대하여 일정한 행위를 제한하거나 벌칙을 부과하는 규정을 마련하는 특징으로 “고유권설”을 기초로 한 “주민자치”의 경우에만 가능하다고 판단된다.

(2) ‘LA 카운티 공동체 표준구 규정’⁶³¹⁾

공동체 표준구(Community Standard District) 규정은 일조와 대기 등 생활환경 조건과 사생활과 같은 주민들의 일상생활에 대하여 부정적인 환경영향으로부터 적절하게 보호하려는 목적으로 제정되었으며, 지역의 적정한 규모를 유지하려는 공동체 표준구를 설립하는 경향이 증가하고 있다. 이는 주민자치에 관한 고유사무로 생활안전방해에 대한 예방과 제재는 지방자치단체의 제일차적 책무로써 주민의 생활과 밀접한 문제를 해결하기 위한 방안이라고 생각 된다.

(3) ‘칼라바사스 시티 친환경 식품포장용기 사용조례’⁶³²⁾

이 조례에 의하여 식품점의 소유자와 운영자는 친환경 식품 포장용기 이외에 스티로폼 제품의 사용을 금지하고 이를 소비자에게 제공하거나 혹은 제공할 목적으로 보유하는 행위가 금지된다.

조례의 실효성 확보는 관계자가 검사를 위하여 모든 기록 제출을 요구할 수 있으며 식품점 소유자와 운영자는 관련 자료를 은닉하거나 제출을 거부할 수 없도록 규정하고, 이 규정에 위반할 경우와 허위로 진술할 경우 또는 정해진 기간

160-A-175(c) : An ordinance may provide that violation shall subject the offender to a civil penalty to be recovered by the city in a civil action in the nature of debt if the offender does not pay the penalty within a prescribed period of time after he has been cited for violation of the ordinance.....these suits were brought under the forms of the common law action of debt. Debt as a form of action was generally available when a contract had been breached and the appropriate relief was a specific sum of money.(조례 위반자에 대하여 규정된 기한 내에 벌금을 납부하지 아니한다면, ‘시티’는 채권에 의한 민사소송으로 회복될 수 있도록 규정할 수 있다. 이 소송은 채권을 확보하는 보통법 형식에 따라 수행되며, 채권은 계약위반과 적절한 구제수단이 따르는 특정한 금전이다) ; 영국과 미국의 지방자치에서 조례의 실행력 확보를 위한 수단은 민사소송(civil action)에 의한 민사처벌(civil penalty)로써 공법과 사법의 구별이 분명치 않은 영미법의 특징이라 볼 수 있으며, 조례의 위반에 대하여 민사벌금을 부과하던 오랜 전통에 따른 것이다.

631) United States of America, LA County Zoning Code Title 22.44.127, *Supra*.

632) United States of America, City of Calabassas, Code of Ordinance, Chapter, 8.17, Environmentally Acceptable Food Packaging.

내에 서류를 제출하지 않으면 경범죄로 처벌되도록 규정하고 있다. 이와 같은 행위제한 규정은 주 법률의 위임이 없이도 제정이 가능하다는 점에서 “고유권설”에 의한 자치입법권한으로 특징될 수 있다.

(4) ‘산 디에고 카운티 시민 법률집행 조사위원회 조례’⁶³³⁾

이 조례는 경찰의 권한남용 행위에 대하여 시민의 신고를 접수하여 심사와 조사를 담당하는 민간위원회 설치를 규정한 조례로써 경찰의 특정한 위법행위에 대하여 심사와 조사를 위하여 경찰관에 대한 소환을 규정한 조례이다. 이 조례의 경찰관 소환규정에 대하여 주 법원은 “Dibb”사건에서 시민법률조사위원회의 경찰관에 대한 소환장(subpoena) 발급은 주 헌법에 의하여 부여된 지방정부의 권한으로 헌법에 위반되지 않는다고 판결한 바 있다.⁶³⁴⁾ 이와 같이 경찰사무는 지방정부에 전속하는 사무로써 지역주민 스스로 지방정부의 권한을 제한하고자 하는 조례이다.

(5) ‘칼라바사스 시티 간접흡연 통제 조례’⁶³⁵⁾

이 조례는 흡연에 의하여 간접적으로 노출된 환경에 의하여 다른 사람에게 공중보건 그리고 안전과 복지를 보호하고 원하지 않는 간접흡연으로부터 거주자와 방문객의 권리를 보호하기 위하여 금연할 공공장소를 규정하고 행위를 규제하기 위한 조례이다. 이 조례의 위반에 대하여는 경범죄로 규정하여 제재하며 간접흡연이 다른 사람에게 노출될 경우에는 생활안전방해를 선언하여 구제수단을 강구하게 된다. 이와 같이 상위 법률의 위임이 없다고 할지라도 주민의 행위를 제한하고 벌칙을 규정한 조례로써 “고유권설”에 의한 “주민자치”에서 가능하다고 보

633) United States of America, San Diego County Charter Article 606, Ordinance, No 7880, Citizens Law Enforcement Review Board. 경찰이 법 집행 과정에서 과도한 강제력 행사(use of excessive force), 차별 및 성추행(discrimination or sexual harrasment), 부당한 무기사용(improper discharge of fire arms), 불법 수색과 압수(false search or seizure), 불법체포(false arrest), 허위보고(false report), 범죄행위(criminal conduct), 권한남용(misconduct)에 대하여 심사와 조사를 담당한다.

634) Randy Dibb v. County of San Diego, California Supreme Court, S03591, 1994.

635) United States of America, The City of Calabasas, Comprehensive Second Hand Smoke Control Ordinance, Ordinance No. 2006-217.

아진다.

4. 법률선점주의

(1) 연방 법률의 선점

연방법률 선점주의(Preemption Doctrine)는 미국 ‘연방 헌법’ 제6조(supremacy clause; supreme law of the land)에 따라 연방 헌법과 법률은 최고의 법원으로 써 모든 주의 법률은 이에 따라야 한다는 원칙으로, 연방 법률이 그 분야에 선점하는 경우에 합법적인 권한행사에 위반되는 주 법률은 그 효력을 상실하게 된다.⁶³⁶⁾

이 원칙에 따라 연방 법률이 명시적으로 선점한 분야에 주 법률 제정이 엄격하게 금지된다. 또한 묵시적 선점은 법률의 목적적 해석으로 연방의 최저기준 혹은 전국적 통일적인 기준이 필요한지의 판단에 따르게 된다.⁶³⁷⁾

(2) 주 법률 선점주의

‘연방 헌법’ 제10차 수정조항에 따라 미국의 지방자치는 주의 전속관할 권한에 속하며 주 법률 선점주의(State Preemption Doctrine)에 따라 주 법률이 명시적 혹은 묵시적으로 선점한 영역에 대하여는 자치법규 제정이 금지된다. 주 법률의 선점에 대하여 캘리포니아 주 법원은 “Valley” 사건에서 “지방정부는 주 법률이 이미 완전히 점유한 분야에 저촉되는 조례를 제정할 수 없다”고 판결하고,⁶³⁸⁾ “People” 사건에서는 “조례는 주 법률에 저촉되면 효력이 없다”고 판결한 바와 같이 주 법률선점주의를 지지하고 있다.⁶³⁹⁾ 이와 같은 판결은 딜런의 법칙에 따

636) S. Compare, Preemption Doctrine in the Environmental Context: A Unified Method of Analysis, University of Pennsylvania Law Review, Vol 127:197, 1978, p.197. The preemption doctrine invalidates state legislation when it conflicts or is incompatible with the legitimate exercise of federal authority. (법률선점주의는 연방의 합법적인 법률 행사에 저촉되거나 혹은 모순되는 주의 입법은 효력이 없게 되는 원칙을 말한다)

637) 조시중, “미국 법률선점주의의 쟁점과 시사점”, 『지방자치법연구』, 통권제53호(제17권1호), 한국지방자치법학회, 2017, pp.181-200.

638) Valley Vista Service Inc v. City of Monterey Park, 161 Cal. App. 4th 799, 2008.

라 오랫동안 지방자치단체를 주의 창조물로서 주 정부의 일선기관으로 인식하여 왔던 전통에 따른 것이다.

그러나 연방 법률과 주 법률이 지방의 특수성이 반영되지 않은 채로 제정되면서 도시화와 산업화로 인하여 지역주민의 건강과 재산에 심각한 위협에 직면하고 있음에도 지방자치단체는 주 법률선점주의에 따라 자치입법권한이 제한되어 적절한 대응을 할 수 없게 되었다. 그러함에도 지역 주민들은 주 법률의 요구하는 조건보다 더욱 강화된 조례를 요구하고 있으며 논란이 벌어지고 있다.

(3) 법률 선점의 형태

1) 명시적 선점

명시적 선점(express preemption)은 주 법률이 해당분야에 선점 목적과 범위를 명백하게 규정하는 경우이다. 즉 ① 주 전체의 문제로 충분하고 완전하게 점유되어 명백하게 표기된 경우 ② 부분적으로 점유되었으나 지방정부가 추가적인 규정을 허용하지 않는다는 의사표기를 명백히 하는 경우, 그리고 ③ 주 법률이 부분적으로 점유하였으나 조례가 주민에 대한 부정적인 영향이 지방정부의 이익을 초과하는 경우이다.⁶⁴⁰⁾ 예를 들면 ‘캘리포니아 주 자동차 등록법’ 제21조는 “이 법률이 명시적으로 규정하는 바에 따라 자동차 등록 규정은 조례에 우선 한다”⁶⁴¹⁾고 규정한 바와 같이 주 법률이 완전하게 선점하였다고 선언하여 조례의 제정을 명시적으로 금지할 경우에는 조례의 제정은 금지된다.

2) 묵시적 선점

639) People et rel Deukmejian v. County of Mendocino, 36 Cal. 3d, 1984.

640) Insight Center for Community Economic Development(Website), Local Power to Regulate Payday Lenders in Light of California State Preemption, 2009, ① the subject matter has been so fully and completely covered by general law as to clearly indicate that it has become exclusively a matter of state concern, ② the subject matter has been partially covered by general law couched in such terms as to indicate clearly that a paramount state concern will not tolerate further or additional local action, or ③ the subject matter has been partially covered by general law, and the subject is of such a nature that the adverse effect of a local ordinance on the transient citizens of the state outweighs the possible benefit to the municipality. Galvan v. Superior Court, 70 Cal. 2d 851, 859-860, Bell v. City of Mountain View, 1977. 66 Cal. App. 3d. 332,338(136) Cal. Rptr. 81.

641) United States of America, California State Vehicle Code §21. Except as otherwise expressly provided, the provisions of the Vehicle Code preempt ordinances on the matters covered by such Code.

묵시적 선점(implied preemption)은 주 법률이 명시적으로 선점할 의사표시가 없는 분야에서의 선점형태이다. 이에 대하여 캘리포니아 주 법원은 “Fisher” 사건에서 주 법률이 지방의 다양성에 대한 명백한 구분이 없이 “주 전체의 목적을 규정하는 분야에서 효력을 가진다”라고 판결하면서 주 법률의 묵시적 선점을 인정하였다.⁶⁴²⁾ 이에 비하여 “Gluck”사건에서는 “일개의 지방 법률이 다른 지방에 비하여 실질적인 이익이 있는 분야에는 주 법률은 선점할 수 없다”라고 판단하여 자치입법권한의 확대를 지지한 바 있다.⁶⁴³⁾ 이와 같이 묵시적 선점은 ① 지방 정부가 독점적으로 규정할 권한이 있는 자치사무인가 혹은 ② 주 법률이 주 전체의 관심사항을 규정하는가를 판단하여 결정하는 문제이다.⁶⁴⁴⁾

(4) 법률선점주의의 예외

1) ‘지방자치헌장’에 의한 자치입법권한

‘지방자치헌장’에 의한 자치입법권한은 다른 일반 법률에 의한 자치입법권한에 비하여 광범위하고 포괄적이다. 예를 들면 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제3(a)조는 “카운티 ‘지방자치헌장’은 이를 따르지 않는 다른 모든 현존하는 ‘지방자치헌장’과 모든 법률에 우선 한다”라고 규정하고, 제5(a)조는 “시티 ‘지방자치헌장’은 지방자치와 관련하여 이를 따르지 않는 모든 법률에 우선 한다”고 규정하여 가장 핵심적인 자치입법권한에 해당한다.⁶⁴⁵⁾

이와 같은 우선(supersede) 규정은 ‘지방자치헌장’에 의하여 설립된 지방자치단체로써 ‘카운티’와 ‘시티’의 자치입법권한으로 고유권설에 의한 특징이라고 설명될 수 있다.

이에 대하여 캘리포니아 주 법원은 “Jhonson” 사건에서 “주 전체의 관심사가 아닌 한 자치사무이며 주 전체의 사무라 할지라도 주 법률은 합당하여야 하고 좁은 의미로 해석되어야 한다”고 판결하여 자치입법권한의 규율범위를 제시한 바 있다.⁶⁴⁶⁾ 그러나 환경의 변화에 따라 주민의 생활환경에 밀접한 관련이 있는

642) Fisher v. City of Berkely, 37 Cal. 3d, 1984.

643) Gluck v. County of Los Angeles, 93 Cal. App.3d, 1979.

644) Bishop v. City of San Jose, 1 Cal. 3d 56, 61-62, 81 Cal Rptr. 465, 460 P 2d 137, 1969, *Supra*.

645) United States of America, California State Constitution, Article 11, Sec 5(a), *Supra*.

646) Johnson v. Bradley, 4 Cal. 4th, 14 Cal. Rptr. 2d, 1992.

분야에서 ‘지방자치현장’에 의한 자치입법권한과 주 법률이 충돌하는 사례가 발생한다. 이는 주 전체의 문제인가 혹은 순수한 자치사무인가에 대하여 논란이 야기된다.

2) 주 법률이 부여하는 자치입법 선점권한

이와 같은 형태의 선점은 주 법률이 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 지방자치단체에 자치법규가 선점하는 권한을 명백하게 부여하는 경우이다. 예를 들면 ‘캘리포니아 주 공공시설법’ 제6001.5, 6205.1조는 “원유와 그 부산물을 운송하는 파이프라인 시설 면허권한은 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 시티의 조례가 우선한다”라고 규정하여 자치입법권한이 선점하도록 명시적인 권한을 부여하였다.⁶⁴⁷⁾

이에 따라 ‘샌 디에고 시티 지방자치현장’ 제1장 제2.1조는 “지방정부는 샌 디에고 연안 100마일 이내에서 채굴하는 원유와 천연가스를 운송하는 어떠한 상업 혹은 산업목적의 파이프 라인의 건설, 운영과 유지를 위한 시설을 관할구역 내에서 직접 혹은 간접적으로 승인하는 어떠한 행위도 할 수 없다”고 규정하고 제3조는 “조례와 규칙을 제정하여 시행할 권리와 권한을 가진다”라고 선언하였다.⁶⁴⁸⁾ 이와 같이 주 법률이 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 지방자치단체에 구

647) United States of America, California State Public Utilities Code §§ 6001.5, 6205.1, Ordinances of chartered municipalities insofar as they govern the granting franchises to construct facilities which are part of a pipeline system transmitting oil or other products thereof are preempted.

648) United States of America, San Diego City, Charter, Article 1. Sec 2.1: Prohibition on Construction, Operation or Maintenance of Facilities of Related to Offshore Drilling, Neither the City Council nor any officer or employee of the City shall take action, or permit any action to be taken, which directly or indirectly authorizes or permit the construction, operation or maintenance of any pipeline within the City for the transmission of any crude oil or natural gas taken or removed from any offshore crude oil or natural gas drilling or pumping operations within 100 nautical miles of the coastlines of the County of San Diego; nor shall the County Council or any officer or employee of the City take any action, or permit any action to be taken, which directly or indirectly authorizes or permits the construction, operation or maintenance of any commercial or industrial facility within the City, including but not necessarily limited to crude oil or natural gas storage facilities, which operated directly or indirectly in support of any offshore crude oil or natural gas drilling or pumping operations within 100 nautical miles of the coastline of the County of San Diego. Sec 3: Extent of Municipal Jurisdiction, The municipal jurisdiction of the City of San Diego shall extent to the limits and boundaries of said City and over the tidelands and waters of the Bay of San Diego, and into the Pacific Ocean to the extent of one Marine League. In addition thereto the City of San Diego shall have the right and power to prepare and adopt such rules and regulations as it may deem necessary for the regulation, use, and government of the water system of the City of San Diego, both within and without the territorial limites of said City, and such rules and regulations having been adopted by Ordinance, shall have force and effect of law.

체적인 사무를 정하여 선점하는 권한을 부여함에 따라 지방자치단체는 조례와 규칙을 제정하여 시행하게 된다. 그러한 점에서 주 법률의 시행을 위한 개별적·구체적인 사무의 위임이 아니라 포괄적인 위임으로 전권한성과 자기책임성을 부여하였다 할 수 있다.

3) 조례의 선점

조례가 선점하는 경우는 지방정부의 경찰권한에 따라 주민의 복지에 관한 규정을 제정하여 집행하는 권한이다. 예를 들면 ‘알라메다 시티 공공장소에서의 금연조례’는 상위법의 위임이 없음에도 적절한 경찰권한을 행사하기 위한 것임을 명시하고 연방 법률과 주 법률에 대하여 조례가 선점하는 범위를 규정하였다.⁶⁴⁹⁾ ‘칼라바사스 시티 친환경 식품포장용기 사용조례’ 또한 같다.⁶⁵⁰⁾ 이와 같은 지방정부의 경찰권한에 의하여 제정된 조례의 선점은 이른바 “고유권설”에 의한 “주민자치”에서 실질적으로 집행능력이 있는 “법률”로써 지역 주민 스스로 자치적 합의에 의하여 조례를 제정하여 집행하는 권한의 창설을 위한 근거라 하겠다.

(5) 판례

1) 주 법률의 선점을 인정한 판결 : “Craig” 사건

가. 농업권리법(Right-to-Farm Laws; Anti-Nuisance Law)과 조례의 충돌

최근 대부분의 주는 농업과 환경자원 보호 그리고 지역공동체의 발전을 위하여 농가가 표준 규정을 준수한다면 농업으로 인한 소음과 악취 그리고 경관 훼손이 발생한다 할지라도 생활안전방해의 소송을 부정하는 ‘농업권리법’을 제정하

649) United States of America, Alameda City, Secondhand Smoke Ordinance, 24-11.3(Prohibition of smoking in Unenclosed public places) Except as otherwise expressly authorized by state or federal law, smoking shall be prohibited in the following unenclosed public places within the city; Dining places, Recreational areas; Public events; Services lines; Commercial area sidewalks; and shopping malls.(연방 법률과 주 법률이 명시적으로 규정하는 것을 제외하고, ‘시티’의 개방된 공공장소에서 흡연이 금지된다; 만찬장소, 휴양구역, 공공 이벤트 장소, 서비스 라인, 상업용 통행로, 쇼핑 몰 등)

650) United States of America, Calabasas City, Ordinance No 2007-2003, Section 8.18.80(Construction; Preemption) This chapter and any provision thereof shall be null and void upon the adoption of any state or federal law or regulation the same or essentially the same limits on the use of prohibited products as set forth in this chapter.(이 규정은 다른 연방 법률과 주 법률이 같은 상품에 대하여 같은 제한을 한 경우는 무효이거나 효력이 없다)

게 되었다.

그러나 이 법률이 농촌지역의 지역공동체와 소규모 농가보호를 목적으로 제정되었음에도 가축집중사육시설에 의한 대량의 분뇨 배출, 지표수와 지하수의 오염 그리고 악취와 부동산 가치의 하락 등 지역 공동체에 심각한 부정적인 영향을 미치게 되었다. 이에 따라 연방과 주 법률은 가축사육으로 인한 부정적 영향에 대하여 더욱 엄격하게 규제하게 되었다. 그러함에도 일부 지방정부는 가축집중사육시설을 허가하면서 주의 법률보다 더욱 엄격한 조건을 추가로 부과하는 조례를 제정하면서 법률선점 논란으로 이어지고 있다.

나. 법원의 판단

노스 캐롤리나 주 대법원은 “Craig” 사건에서 “주 양돈법은 주 전체 기준에 따라 통합된 규정으로써 지방정부가 추가로 규제할 여지가 없으며 조례는 주 법률보다 엄격한 기준을 제정할 수 없다”고 판결하여 주 법률이 명시적으로 선점한 분야에 자치입법권한이 부인된다는 사실을 확인하였다.⁶⁵¹⁾ 이 판결로 인하여 주 법률에 비하여 엄격한 기준으로 가축사육 두수를 제한하는 “Chatham” 카운티의 조례는 그 효력을 상실하게 되었다.

위스콘신 주 대법원은 “Adams” 사건에서 “주 법률이 조례로 추가 조건을 규정하지 못하도록 명시적으로 규정하였기 때문에 조례는 무효”라고 판결한 바 있다. 이는 주 법률이 조례가 추가적인 조건을 규정하지 못하도록 명시적으로 선점하였기 때문에 해당 조례가 무효라고 판단한 것이다.⁶⁵²⁾ 이 판결로 인하여 주 법률이 정하는 조건보다 엄격한 조건으로 가축사육 두수를 제한하여 규정한 “Mangolia” 타운의 조례는 그 효력을 잃게 되었다.

이와 같은 판결로 인하여 가축집중사육시설이 지역공동체에 미치는 부정적인 영향이 심각함에도 불구하고 지방정부는 주민의 건강과 복지를 보호할 경찰권한을 행사할 수 없게 되었다. 뿐만 아니라 주 법률이 정한 조건보다 엄격한 조건을 규정한 조례는 모두 효력을 상실하게 되었다. 그러함에도 주민들은 가축집중사육시설로 인하여 지역 공동체에 미치는 부정적 영향에 대하여 주 법률보다 더욱

651) Craig v. County of Chatham 565 S.E.2d 172, 2002.

652) Adams v. Wisconsin Livestock Facilities Sitting Review Board, Supreme Court of Wisconsin No. 2009 AP608, 2012.

엄격한 기준을 갖춘 조례의 제정을 요구하고 있다. 이는 지방자치단체가 주민에게 부정적인 영향에 대하여 직접 경찰권한을 행사하여야 함에도 불구하고 연방과 주 법률의 선점에 의한 자치입법권의 한계로 그 권한의 행사가 제한되는 공통의 과제라고 보여 진다.

2) 주 법률의 선점을 부정한 판결 : “Mendocino” 사건

가. 사건의 배경

캘리포니아 주 멘도시노 카운티가 제정한 “다이옥신이 함유된 특정한 제초제 (phenoxy herbicide)를 항공기로 살포하는 행위를 금지하는 조례의 효력에 대하여 주 법률의 선점에 의하여 무효가 되는가?”라는 문제이다. 이 사건에서 주 정부는 ‘주식품·농업법’ 제12501조에 따라 카운티에 제초제의 사용을 제한하는 권한을 위임하였으며 이미 주 법률이 선점하였기 때문에 카운티가 이 규정 이외에 추가로 조례를 제정하는 것은 무효라고 주장하였다.⁶⁵³⁾

그러나 법원은 “주 법률은 명시적으로 다이옥신이 함유된 제초제의 항공기 살포금지를 특정하여 규정하지 않았으며, 이 특정행위를 금지토록 규정한 카운티의 조례는 주 법률과 중복되거나 반대되지 않았다”고 판결하면서 특정한 제초제 사용행위에 대하여 주 법률보다 엄격한 기준을 적용한 멘도시노 카운티의 조례를 지지하였다.

나. 법원의 판단

법원은 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제7조에 의한 지방정부의 경찰권한에 근거하여 모든 자치사무에 대하여 “일반 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서” 조례를 제정하여 집행하는 권한이 부여되었음을 확인하였다. 그러나 조례는 주 헌법과 일반 법률에 위반할 수 없으며 중복 혹은 저촉되거나 주 법률이 명시적 혹은 묵시적으로 완전히 선점한 분야에는 제정할 수 없다는 점을 선언하였다.⁶⁵⁴⁾

653) United States of America, California State, Food and Agricultural Code § 12501 미국 캘리포니아 주 식품 및 농업법 제12501조는 식품과 목재 생산을 위한 제초제의 적절하고 안전하고 효율적인 사용, 공공의 건강과 안전의 보호, 위험한 제초제의 규제와 사용의 통제로 환경을 보호하고, 농업인과 제초제 사용자의 안전한 작업조건 보장을 위한 사용 규정이다.

654) People ex rel. Deukmejian v. County of Mendocino, 1984, 36 Cal.3d 476, 204 Cal.Rptr, 897:683 P.2d

그러함에도 법원은 “법률”은 전통적인 의미로 지역 법률인 “조례”를 포함하며 카운티는 공공의 건강을 규율하여 왔다는 점을 강조한 바 있다.⁶⁵⁵⁾ 또한 지방자치의 오랜 전통에 따라 주민의 건강을 보호하는 지방정부의 경찰권한은 광범위하며 주 헌법과 법률에 저촉되지 않는 한 자치입법권한은 확대된다고 판시한 바 있다.⁶⁵⁶⁾

3) 판결에 대한 견해

일부의 주 법원 판결은 가축사육시설로 인한 생활안전방해로 지역 공동체의 삶의 질에 크게 부정적인 영향을 미치는 것으로 판단하였으며 제한된 범위 내에 한해서만 농업권리를 인정하는 추세로 전환되고 있다.⁶⁵⁷⁾ 따라서 주는 또한 자치

1150, (1) A county may make and enforce within its limits all local, police, sanitary, and other ordinances and regulations not in conflict with general laws. The authority to enact police ordinances for sanitation or health on the part of counties as well as chartered cities is just as broad, sweeping and inclusive as the powers with relation thereto which are vested in the legislature itself, except that they must not conflict with the Constitution or with general laws. (2) Local legislation in conflict with general law is void. Conflicts exist if the ordinance duplicates, contradicts or enters an fully occupied by general law, either expressly or by legislative implication (3) An ordinance is deemed to be a law in this state.....the absence of any express exclusion of county regulation, when viewed in the light of the historic role of county regulation, the duty imposed on counties to adopt ordinances to preserve and protect public health, and the enforcement role assigned to the county commissioners, requires that the word “law” as used in section 14007 be given its traditional meaning as including ordinances.; Local and regional authorities have the primary responsibility for the control of air pollution from all resources other than emissions from motor vehicles. Any local or regional authority is authorized to establish additional, stricter standards than those set forth by state law.(카운티는 일반법률에 저촉되지 않는 범위 내에서, 그 제한의 범위 안에서 모든 지방, 경찰, 위생 기타에 대한 조례와 규칙을 제정하여 집행 할 수 있다. 위생과 건강에 대하여 카운티와 ‘지방자치현장’에 의하여 설립된 ‘시티’가 경찰 조례를 제정하는 권한은, 주 헌법과 일반법률에 저촉되는 경우를 제외하고는 주의 법률과 같이 부여된 권한으로 광범위하며 독점적이다. (2) 자치입법은 일반법률에 저촉되면 효력이 없다. 저촉은 조례가 일반법률에 중복되거나, 부정하거나 혹은 충분히 점유되거나 주의 법률이 명시적으로 적용하는 경우에 제정되는 것을 말한다. (3) 조례는 주의 법률로 간주된다..카운티가 규율할 수 없다는 명시적인 규정이 없는 한, 카운티의 역사적인 역할로 본다면 카운티에 부여된 의무는 공공의 건강을 보호하고, 카운티 책임자에게 부여된 집행 권한을 부여하는 조례를 제정하는 것이다. 이것은 제14007조에서 사용하는 “법률”이라는 용어에 “조례”가 포함된다는 전통적인 의미를 포함한다. 지방자치단체는 자동차 매연 뿐만 아니라 모든 원천으로부터 대기 오염을 통제하는 우선적인 책임이 있다. 모든 지방자치단체는 주 법률이 규정에 비하여 추가 혹은 엄격한 기준을 제정하는 권한이 부여되었다)

655) *Huron Portland Cement Co. v. City of Detroit*, 362 U.S. 440, 1960, Traditionally, the cities and counties have adopted regulations for the protection and preservation of public health.(전통적으로 ‘시티’와 ‘카운티’는 주민의 건강을 보호하는 규정을 제정하여 왔다)

656) *Stanislaus Co. Deputy Sheriff’s Association v. County of Stanislaus* 8 Cal. 2d 93, 1937.

657) Kelly J. Donham et al, *Community Health and Socioeconomic Issues Surrounding Concentrated Animal Feedin Operations, Environmental Health Perspectives*, 115(2) 31-320. 2007, p.5. Courts in several states have ruled that right-to-farm laws give only limited protection from nuisance action. The Iowa Supreme Court in June 2004 found that CAFO immunity provisions written in Iowa statutes were unconstitutional(*Cacke v. Pork EXTRA* 2004). A district court in Illinois granted a temporary injunction stopping the construction of a nearby CAFO based on an anticipatory nuisance

입법 권한의 범위를 보다 명확하게 규정하여야 하며,⁶⁵⁸⁾ 주 법률이 규정하지 않은 분야에 대하여 환경위험을 규율하는 조례를 추가하여 제정할 수 있도록 탄력성이 부여되어야 한다고 주장하고 있다.⁶⁵⁹⁾

더 나아가서 법원은 지방자치단체는 모든 환경오염의 통제에 우선적인 책임이 있으며 “주 법률이 열거하는 기준보다 추가적으로 더욱 엄격한 기준을 제정할 권한이 있다”라고 강조하고 있다.⁶⁶⁰⁾ 이와 같이 지방자치단체는 지역 주민의 건강에 위험을 미치는 요소에 대하여 직접 대응할 의무가 있으며, 주 법률이 선점하지 않은 분야에서 우선적으로 대응할 수 있도록 조례의 선점 권한을 확대하는 것은 효율적이라 할 수 있다.

제3절 독일

독일의 지방자치는 1808년 제정된 슈타인의 ‘도시법(Städteordnung)’과 1831년에 개정된 ‘도시법’에 그 기원을 두고 법치국가(Rechtsstaatsprinzip)의 철저한 법제도의 적용을 통하여 안정된 “단체자치”를 구축하였다.⁶⁶¹⁾ 이어서 ‘바이마르 헌

premise(Nickels et al. vs. Burnett 2002) that such a facility would constitute reasonable interference with neighbors' quality of life.(여러 주의 법원은 생활안전방해 소송으로부터 농업권리법은 제한적으로 보호된다고 판결한 바 있다. 아이오와 주 대법원은 2004년 가축집중사육시설 면책 규정이 헌법에 반한다고 판결한 바 있으며, 일리노이 지방법원은 가축집중사육시설 건축이 이웃의 삶의 질에 영향을 미치게 된다고 판단하여 일시적으로 중지명령을 내린 바 있다)

658) Christy Noel, Preemption Hogwash: North Carolina's Judicial Repel of Local Authority to Regulate Hog Farms in Craig v. County of Chatham, North Carolina Law Review, Volume 80 Art 9, 2002, p.2130. The General Assembly should act decisively in its next session to clarify the law regarding the scope of local government authority concerning North Carolina's economic and environmental animal waste crisis. Hereinafter, state courts should apply preemption principles carefully and consistently, toward the goals of avoiding confusion and promoting sound public policy.(주 의회는 노스 캐롤리나의 경제와 가축 분뇨의 환경적 위기에 대하여 자치입법을 제정하는 지방정부의 권한의 범위에 대하여 명확히 할 수 있도록 차기 의회에서는 명확한 법률을 제정하여야 한다. 이후, 주 법원은 법률선점주의를 주의 깊고 지속적으로 적용이 가능하도록 판단하여야 하며, 착오를 피하고 안전정인 공공의 정책을 지향하여야 한다)

659) Terrence J. Centner & Jessica E. Alcorn, Preemption of Local Governmental Ordinances Regulating Concentrated Animal Feeding Operations in the United States, Environment and Pollution, Vol. 4 No.2, 2015, p.72. State have difficulties in enacting regulations that can deal with multiplicity of localized issues affecting persons residing near livestock facilities. Local governments are intended to provide for their citizens' well-being and have the flexibility to enact local ordinances to control harm. (주는 가축사육시설의 주변에 거주하는 사람들에게 영향을 미치는 지방의 특성을 관리하는 법률을 제정하기 어렵다. 따라서 지방정부는 주민의 복지를 제공하여야 하고 그 피해를 통제하는 지방의 조례를 제정하는 탄력성이 부여되어야 한다)

660) People ex rel. Deukmejian v. County of Mendocino, 1984, 36 Cal.3d 476, 204 Cal. Rptr, 897:683 P.2d 1150, *Supra*.

법’ 제127조가 제도적으로 보장한 이래 ‘기본법’ 제28조는 지방자치의 제도적인 권리주체성의 보장 그리고 객관적 제도의 보장과 주관적 법적 지위에 관한 규범적 보장을 그 내용으로 한다.⁶⁶²⁾

그러나 지방자치를 제도적 보장으로 이해하는 슈미트의 주장이 크게 호응을 얻게 되었음에도 불구하고 지방자치의 개별적인 보장이 아니라 제도적으로만 보장하는 것(nut institutionell, aber nicht individuell)을 말하며,⁶⁶³⁾ 주민자치의 이념으로부터 멀어지게 되었다는 지적이 있다.⁶⁶⁴⁾ 현재의 지방자치 개념은 볼프(Wolff)에 의하여 “국가 아래에 있는 공공행정의 주체가 자신의 이름으로 열거적 또는 포괄적으로 주어진 고유한 공공업무를 독립하여 전문적인 지시를 받음이 없이 수행하는 것”이라고 정립되었다.

1. 지방자치 고권

지방자치 고권은 법률의 범위 내에서 국가의 지시나 감독이 없이 자기 책임 하에 스스로 자신의 사무를 처리할 수 있는 권한으로,⁶⁶⁵⁾ 헌법의 제도적 보장에 의하여 실효적으로 보장되는 것이다.⁶⁶⁶⁾ 이에 따라 ‘기본법’이 기본요소를 핵심적으로 보장하고 주 헌법과 ‘지방자치법’이 반복 혹은 보충적으로 규정하여 제도적 보장에 따른 본질적 요소로써 “지방자치 고권(Gemeindehoheit)”을 보장한다 할 수 있다.⁶⁶⁷⁾

661) Vgl. von Gierke, Das deutsche Genossenschaftslehre Bd.II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin, 1873; Weber, Selbstverwaltung und Demokratie in den Gemeinden nach Gebietsreform, Siegburg 1982, S.179. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.55에서 재인용.

662) Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I. 1981, S.204-228(205); Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl, 1992, S. 33ff. 최봉석, 앞의 보고서, p.40에서 재인용, 첫째, 제도적인 권리주체성의 보장으로, 이는 ‘기본법’ 제28조 제1항 제2문, 제3문과 더불어 동시에 국가조직상의 구성원칙으로 나타난다. 둘째, 지방자치행정에 대한 객관적인 법제도의 보장을 의미한다. 셋째, 권리주체성의 보장 및 법제도의 보장에 대한 침해가 존재하는 경우, 그에 대한 보호를 위한 주관적인 법적 지위의 보장을 포함한다.

663) BVerfGE 50, 50:86, 이기우, “지방자치단체의 자치권”, 『법제연구』, 제21호, 한국법제연구원, 2001, p.120에서 재인용; Stern Bd. I.410. 김홍대, 앞의 책, p.14에서 재인용.

664) 장영수, 『헌법학(제5판)』, 홍문사, 2010, p.318.

665) Dazu Vgl. K. Stern, 8. 4134. 허영, 앞의 책, p.1160에서 재인용.

666) Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage, 1997, Art. 28 Rn.7(S.541). 조성규, “지방자치법제에 있어 분권개헌의 의의 및 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제35호(제12권3호), 2012, p.20에서 재인용.

667) Dols/Plate, Kommunalrechte. Bd. 1. 67ff: Schmidt- ABmann/(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 23ff: Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 60ff: Stober, Kommunalrecht. S.76ff, Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl, 1997, Art. 28 Rn. 7(S.541). 홍정선, 앞의 책, pp.51-52

‘기본법’ 제28조 제2항은 게마인데가 “그들의 책임에 의하여 법률의 범위 안에서 모든 자치사무를 규율하는 것”으로 규정하고,⁶⁶⁸⁾ 지역의 모든 자치사무에 관하여 “전권한성”과 “자기책임성”을 기본적인 권리로 규정하여 자치권한을 보장하고 있다. 이 경우에 전권한성은 지방자치단체의 자치권이 모든 공동체의 사무에 권한이 미친다는 것을 의미하며 자기책임성은 지방자치단체가 자기책임 하에 규율할 권리가 있다는 것을 의미한다.⁶⁶⁹⁾ 그러나 전권한성과 자기책임성은 자치사무에 한정되며 국가의 위임사무를 말하는 것이 아니다.

동법 제70조 제1항은 “기본법이 연방에 입법권을 부여하지 않는 분야에 각 주는 입법권을 가진다”⁶⁷⁰⁾라고 규정하고 있으며 지방자치는 ‘기본법’ 이외에 주 헌법과 지방자치법을 통하여 구체화된다. 그러나 게마인데가 사무를 수행하기 위한 자치입법권한의 규율범위는 각 주 별로 다양한 형태로 나타나고 있다.⁶⁷¹⁾ 다만 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제2항의 예를 든다면 게마인데는 전통적인 지방의 공공기관으로써 “법률의 범위 안에서 그 사무를 규율하고 관리하는 권한을 가진다”라고 규정하여 포괄적인 자치입법권한을 보장하고 있다.⁶⁷²⁾

에서 재인용.

668) Federal Republic of Germany, Basic Law, Article 28(2) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 28(2), *Supra*

669) Vgl. Seewald-Aßmann, Kommunalrecht, in: von Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986. S.40. 한귀현·최봉석·최우용, 앞에 보고서, p.63에서 재인용; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., 1999, Art. 28 Rn.10. S.640, 최봉석, 앞에 보고서, p.43에서 재인용. 게마인데의 전권 능력으로부터 주요한 본원적 권리가 도출되는 바, 게마인데는 법률에 특별한 규정이 없는 한 모든 지역적 사무를 특별한 권한명의 없이도 자신의 것으로 삼을 수 있는 권리를 가진다. Schmidt-Jorzig, Kommunalrecht, 1982. Rn. 480, 자치행정은 고유사무를 “자신의 책임” 하에서 규율 할 수 있어야 한다는 것을 본질로 한다. 자기책임성은 다른 고권주체, 특히 국가의 합목적성에 대한 지침으로부터의 자유를 의미한다.

670) Federal Republic of Germany, Basic Law, Article 70(1) The Lander shall have the right to legislate insofar as this Basic Law does not confer legislative power on the legislation; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 70(1) Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.(기본법이 연방에 입법권을 부여하지 않는 분야에 각 주는 입법권을 가진다)

671) Federal Republic of Germany, German Law Archive(Website), 독일의 지방자치단체 조직형태는 대체로 (1) Magistrat's Constitution(집행관형), (2) Mayoral Constitution(시장형), (3) Northern German Council Constitution(북부 독일 의회형), (4) Southern German Council Constitution(남부 독일 의회형)으로 구분되고 있다.

672) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Constitution, Article 11 (2). The municipalities are original administrative units under public law. They shall be entitled to order and manage their affairs themselves within the framework of the laws and in particular to elect their mayors and representative bodies.; Bayerische Landtags, Artikel 11(2) Die Gemeinden sind ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts. Sie haben das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten, insbesondere ihre Bürgermeister und Vertretungskörper zu wählen.(게마인데는 공법에 의한 전통적인 행정단위이다. 게마인데는 법률의 범위 안에서 그들의 사무를 규율하고 관리하며, 특

이에 따라 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제22조 제1항은 게마인데의 행정고권과 재정고권(Verwaltungs-und Finanzhoheit)을 명시적으로 보장하고 관할구역과 전체주민으로 구성한다고 규정하고 있다.⁶⁷³⁾ 또한 지방자치단체의 고권적 지배권은 법률의 범위 안에서 자치권을 행사하는 사단으로써 국가의 일부분을 그 관할 구역으로 그 구역 안에 모든 주민을 구성원으로 하여,⁶⁷⁴⁾ 지방자치의 권리와 능력이 부여되었으며 그 밖에 위임사무에 대한 집행권한으로 구성된다.⁶⁷⁵⁾

그러나 지방자치 고권은 지방자치 고유권을 말하는 것이 아니라 법령의 범위 내에서 인정되며,⁶⁷⁶⁾ 제도적 보장이라 할지라도 개별 게마인데의 존립 보장을 의미하는 것이 아니라 개별 법률에 의하여 해체되거나 또는 고유사무도 박탈되거나 새로이 부여될 수 있다.⁶⁷⁷⁾ 또한 지방자치 고권은 전권한성과 자기책임성이라 할 수는 있으나 국가의 주권과 같이 포괄적인 것으로 개별적인 고권의 단순한 집합을 말하는 것이 아니다.⁶⁷⁸⁾

다만 게마인데는 국가의 구성부분으로 주의 행정조직에 소속되며 위임사무와 자치사무를 수행하는 복수의 지위로써 국가 전체의 일반이익(Gemeinwohl)을 실현하는 장치로써 민주적 정당성에 의하여 지역의 고유한 사무의 처리를 행정의 기본구조라고 할 수 있다. 이에 대하여 독일 연방행정법원은 “Grabitz” 사건에서 “자치권과 국가전체의 이익보호라는 법익이 최대한 실효성을 가질 수 있도록 자치권의 한계와 법률의 범위 내에서의 한계가 설정되지 않으면 안된다”고 판결한

히 시장과 대표기구를 선출하는 권한을 가진다)

673) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law, Article 22, Administrative and financial sovereignty, (1) The sovereign power of the municipality shall comprise the municipality territory and the entire population Bayersche Gemeindeordnung, Art. 22, Verwaltungs-und Finanzhoheit, (1) Die Hoheitsgewalt der Gemeinde umfaßt das Gemeindegebiet und seine gesamte Bevölkerung (Gemeindehoheit).(지방자치 고권은 지방자치단체의 관할구역과 전체 주민으로 구성된다)

674) 조정환, 앞의 책, p.95.

675) Vgl. Seewald, Kommunalrecht, in: von Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl, 1985. S.986. S. 40, Vgl. Schmidt-Aßmann, a.a.O., s.35 f. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.63에서 재인용.

676) Stober, Kommunalrecht in der Bunderepublik, Duetschland, 2. Aufl, 1992.s.42. Schmidt-Aßmann, a.a. O.,s.22-24(Rn.23)에 의한 분류이다. 슈토버(Stober)는 지역고권, 조직고권, 인사고권, 재정고권, 계획고권, 법정립고권, 행정고권, 협력고권 및 정보고권의 형태로 분류하고 있다; 최봉석, 앞의 보고서, p.45에서 재인용. 게마인데의 고권은 열거될 수 있는 것은 아니다; German Law Archive, Municipal sovereignty; personnel, organizational, planning, legislative, finance and tax sovereignty.(지방자치 고권은 인적고권, 조직고권, 계획고권, 자치입법고권, 재정고권, 그리고 조세고권을 말한다)

677) Heinrich Sholler, 김해룡 역, 『독일 지방자치법 연구』, 도서출판 한울, 1994, pp.92-93.

678) Dols/Plate, Kommunalrecht, Rn. 30:Pagenkof, Kommunalrecht. Bd.1. 67ff.; Schmidt-Aßmann(Hrsg). Besonderes Verwaltungrecht. Rn. 23ff.; Seewald, Kommunalrecht, in: Steiner(Hrsg), Besonderes Verwaltungrecht, 60ff.; Stober, Kommunalrecht, S.76ff. 홍정선, 앞의 책, p.51에서 재인용, 국가는 지방자치행정의 주체에게 기능에 적합한 임무 수행을 위하여 일련의 자치고권을 보장한다.

바 있으며,⁶⁷⁹⁾ 이 판결은 지방자치 고권으로써 자치행정과 국가행정이 균형적으로 유지되어야 한다는 점을 지적한 것으로 볼 수 있다.

또한 지방자치 고권의 주체는 광역자치단체인 크라이스와 기초자치단체인 게마인데로 구성되며,⁶⁸⁰⁾ 게마인데는 크라이스에 소속된 게마인데 혹은 크라이스에 소속 되지 않은 게마인데로 구분된다. 게마인데의 자치사무는 고유한 영역으로 “지역 공동체에 뿌리를 두고 있거나 지역공동체와 특유한 관련을 가진 사무”로써 전권한성과 자기책임성의 원칙에 의하여 실현된다.⁶⁸¹⁾ 또한 크라이스에 소속하지 않은 게마인데는 크라이스가 수행하여야 할 사무를 처리하게 되며,⁶⁸²⁾ 국가의 일선기관으로써 연방과 주의 법률의 위임에 따라 시행하는 위임사무 이행의 의무가 부여되어 있다.

크라이스는 게마인데가 담당하기에 부적절하거나 능력을 벗어나는 사무를 담당하며 의무적 사무와 임의적 사무 그리고 연방과 주의 위임사무를 처리하는 복수의 지위를 가진다. 이와 같이 게마인데는 일반적으로 포괄적인 자치사무를 처리하는 반면에 크라이스는 한정적으로 자치사무를 처리하였으나 최근의 자치사무의 광역화로 인하여 점차 그 역할이 확대되고 있다.

2. 자치입법권한

(1) 자치입법권의 근거

자치입법권한은 가장 핵심적인 지방자치 고권으로써 “법률의 범위 내에서” 보장되는 “법률에 의한 형성과 구체화”를 말하며 “법률”에는 연방과 주 법률은 물론 법규명령과 다른 고권 주체의 자치법규가 포함된다.⁶⁸³⁾

자치입법권한의 근거로 ‘기본법’ 제28조 제2항은 “법률의 범위 내에서” 게마인

679) BVerfGE 25.1.17: 30, 292, 316:172, 187. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.66에서 재인용.

680) 정재황, 앞의 보고서, pp.33-34.

681) BVerfGE 79, 127(151); 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.68에서 재인용.

682) 최봉석, 앞의 보고서, pp.57-58.

683) BVerfGE 79,127(143), BVerfGE 26,228(237); 56, 298(309), Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in:ders. (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl, 1999. S. 21(Rn.20), 최봉석, 앞의 보고서, p.45에서 재인용.

데의 자치입법권한을 보장하였다.⁶⁸⁴⁾ 이어서 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제2항은 게마인데는 전통적인 행정단위로서 “법률체계의 범위 안에서 자치사무를 조직하고 관리하는 권한을 가진다”라고 규정하고 있다. 이는 일반권능 규정으로 지방자치단체는 법률의 범위 안에서 모든 자치사무에 관하여 그들 스스로 결정하는 권한이 부여되었으며, 법률이 부여한 책무를 충분히 행사할 수 있도록 촉진하게 되는 근거이다.⁶⁸⁵⁾

그러한 점에서 자치입법권한은 자신의 책임 하에 자치사무를 조례로 규율하고 관리하는 것으로써,⁶⁸⁶⁾ 이 권한은 그 자체와 다른 고권에도 크게 영향을 미친다. 그러나 조례는 지역법·자주법이라 할지라도 국가의 법률체계에 의하여 하위에 위치하며 법치국가의 이념에 따라 “법률의 범위 내”에서 법률우위(Vorrang des Gesetzes)의 원칙과 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes)의 원칙에 따라야 한다.⁶⁸⁷⁾

또한 지방자치단체가 조례를 제정하고자 한다면 법률의 범위 안에서 자치사무에 해당되어야 하며 일반적인 경우와 특별한 경우로 구분될 수 있다. 일반적인 경우는 각 지방자치단체의 보편적인 자치권에 속하는 사항이며,⁶⁸⁸⁾ 특별한 경우

684) BVerfGE 56, 208/309 f. 79, 127/143, Stober. a.a. O. S. 38 f. 강기홍, “지방분권 개헌의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018, p.170에서 재인용.

685) Salvador Parrado, Assigning Competences and Functions to Local Self-Government in Four Member States: A Comparative Review, UNED, 2015, p.15. the traditional “general competence clause” is applied so that local authorities take decisions on all affairs relevant to the community within the framework of legislation that emanates from higher levels of government.(전통적으로 일반권한 규정이 적용되며, 지방자치단체가 법률의 범위 안에서 공동체에 관한 모든 사항에 대하여 결정한다); Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Constitution, Article 11 (4). The self-administration of the municipalities shall serve the purpose of establishing a democracy in Bavaria from the bottom-up.; Byerschie Landtag, Artikel 11(4) Die Selbstverwaltung der Gemeinden dient dem Aufbau der Demokratie in Bayern von unten nach oben.(바이에른에서 게마인데의 자치행정은 상향적으로 민주주의를 위한 목적으로 수행한다.)

686) Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in ders.(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl, S. 20(Rn 19). 조성규, 앞의 논문, p.74에서 재인용. 지방자치의 헌법적 보장의 핵심적인 내용은 지방자치단체는 원칙적으로 자신의 지역 내의 모든 사무를(전권한성) 자기책임으로 처리할 수 있는 권한(자기책임성)을 가진다는데 있다.

687) Vgl. Bracker, Kommunalrecht, in:won Munch. Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl, 1988. S. 163 f.: Schmidt-Abmann, a.a.O, S. 289 f. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.65에서 재인용; BVerfGE 2,213: BVerfGE 0,137: Alfons Gem,a.a.O., S.178-179; 선정원, “침익적 위임조례에 있어 위임의 포괄성과 그 한계 - 과태료 조례를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제60호(제18권4호), 한국지방자치법학회, 2018. p.210에서 재인용. 조례로 기본권 관련사항을 규정할 때에는 관습법 등의 근거가 없는 한 개별적으로 법률의 위임이 있어야 하고, 법률의 규정이 상세한 경우 조례의 제정은 허용되지 않는다.

688) Heinrich Scholler, 김해룡 역, 앞의 책, p.116. 고유사무는 의무적 사무와 자발적 사무로 구분된다. 의무적 사무는 게마인테법이나 특별법에 규정되어 있는 사무로 법률에 의하여 의무적으로 수행되어야 하는 지역공동체의 사무로 공공안전 내지 공공질서의 영역, 도로건설과 유지, 공공복지와 공공보건의 영역, 건설 및 주거, 주택문제, 도시계획 등이 이에 해당한다. 자발적 사무는 전권한성의 원칙에 따라 자발적으로 수행하는 지역공동체의 사무로 화재예방, 복지후생시설의 설치유지, 공공교통, 청소년 복지과 보호, 성인 및

는 연방 또는 주의 위임사무를 법률의 개별적 위임에 따라 조례로 제정하는 경우와 고의 또는 과실로 명령 또는 금지 위반행위에 대하여 행정질서벌 또는 과태료 부과사무를 규정하는 경우이다.⁶⁸⁹⁾ 이 경우는 연방 혹은 주의 전속 관할에 속하는 경찰적·침해적 행정에 관한 사무를 지방자치단체에 위임하여 처리하며, 조례의 실효성 확보를 위하여 조례의 불이행에 대한 강제조치와 조례 위반에 대한 벌금이나 행정질서벌을 규정할 수 있다.⁶⁹⁰⁾

(2) 자치입법권한의 규율범위

게마인테의 자치행정을 제도적으로 보장하는 자치입법권한의 규율범위는 ‘기본법’ 제28조 제2항은 자치사무에 대하여 “지역 공동체의 사무”로써 전권한성과 자기책임성이 부여된 고권을 내용으로 한다. 연방헌법재판소는 게마인테의 “지역 공동체의 사무”에 대하여 대상을 특정하거나 혹은 특정될 수 없다 하더라도 혹은 특별한 권한명의 없이도 지역 공동체의 모든 사무를 처리하는 권한이 포함된다고 판시한 바 있다.⁶⁹¹⁾ 또한 연방행정법원은 연방 계획에 대하여 게마인테에 지속적으로 영향을 주는 조치에 참여하는 것을 “지역 공동체의 사무”에 포함한다고 판시한 바 있다.⁶⁹²⁾

이어서 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제2항은 게마인테의 자치사무를 이원화하여 자치사무를 그들의 책임 하에 스스로 규율하고 관리하는 권한을 규정하고, 동법 제3항은 주의 이름으로 시행하는 위임사무를 규정하고 있다.⁶⁹³⁾ 이에 따라 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제1조는 게마인테는 “법률의 범위 안에서 자치사무를 관리

청소년교육, 문화육성과 중요문서의 보존 등의 사무가 해당한다.

689) Vgl. Lämmle, Die Beteiligung der Gemeinden an der Gesetzgebung, Aufl. 1998, s. 916.4, Vgl. Brohm, Die Eigenständigkeit der Gemeinden, 1986, s. 397.16. 한귀현, “독일 지방자치법상의 조례론에 관한 소고”, 『독일학연구』, 제14호, 동아대학교 독일학연구소, 1998, p.191에서 재인용.

690) 김해룡, “지방자치권의 내용에 관한 법령제정의 한계에 관한 연구-독일에서의 논의를 중심으로”, 『토지공법연구』, 제11집, 한국토지공법학회, 2001, p.116.

691) BVerfGE 79, 127(146ff), 최봉석, 앞의 보고서, pp.41-42에서 재인용.

692) BVerfGE 77, 128(133); 77,134(138), 최봉석, 앞의 보고서, pp.41-42에서 재인용.

693) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Constitution, Article 11. (3) By law, further tasks may be assigned to the municipalities, which they must perform in the name of the State.; Byerischen Landtags, Artikel 11(3) Durch Gesetz können den Gemeinden Aufgaben übertragen werden, die sie namens des Staates zu erfüllen haben.(법률에 따라 지방자치단체에 위임된 사무는 주의 이름으로 수행하여야 한다)

하는 권한을 가진다”라고 규정하고,⁶⁹⁴⁾ 동법 제23조는 게마인데의 자치사무를 규율하는 자치조례(Satzungen)와 국가의 법률을 집행하기 위한 위임사무를 규율하는 시행조례(Verordnungen)로 구분하고 있다.⁶⁹⁵⁾

자치조례의 규율대상으로 자치사무는 임의적 자치사무와 의무적 자치사무로 구분된다. 임의적 자치사무는 “수의사무”로써 사무처리 방식을 지방자치단체의 재량에 맡겨져 있는 사무를 말하며, 의무적 자치사무는 “필요사무”로써 법령에 의하여 그 사무 수행이 강제되는 사무로 지방자치단체의 본연의 최소한으로써 의무가 부여된 사무를 말한다.⁶⁹⁶⁾

자치사무에 대하여 연방헌법재판소는 “지역 공동체의 사무”를 “지역 공동체에 뿌리를 두고 있거나 지역 공동체와 특유한 관련을 가진 그런 임무로 이해할 수 있다”고 판결한 바 있으며, “게마인데 내에서 인간의 공동생활 및 공동주거와 관련되는 사무는 게마인데 주민에게 직접 그 자체로써 공동적인 사무”를 의미한다고 판결한 바 있다.⁶⁹⁷⁾

국가의 위임사무를 처리하는 시행조례의 규율대상으로 위임사무는 본질적으로 국가의 사무이나 법령에 의하여 지방자치단체로 이전된 사무로써 단지 그 사무의 집행을 위임에 따른 것이다. 위임사무는 “의무적 사무”로 지방자치단체는 법령이 정하는 범위에 한정된 사무의 집행권한을 가진 것으로 볼 수 있다.⁶⁹⁸⁾ 따라서 위임사무는 지방자치단체가 자기책임성과 전권한성의 원칙에 따라 처리하는 고유사무와는 구분되며 위임사무는 개별 법령이 위임하는 범위 내에서 자치입법 권한이 부여된다.⁶⁹⁹⁾

694) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law, Article 1, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 1, *Supra*

695) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law, Article 23(Local Law) The municipalities can issue bylaws to regulate their own affairs. Bylaws to regulate transferred matters, “furnished” bylaws(Article 24 para 2) and ordinances shall only be permissible in the cases provided by law. The special legal basis shall be stated in such bylaws and in ordinances.; Bayerische Gemeindeordnung, Art. 23 Ortsrecht, Die Gemeinden können zur Regelung ihrer Angelegenheiten Satzungen erlassen. 2Satzungen zur Regelung übertragener Angelegenheiten, bewehrte Satzungen (Art. 24 Abs. 2) und Verordnungen sind nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig. 3In solchen Satzungen und in Verordnungen soll ihre besondere Rechtsgrundlage angegeben werden.(게마인데는 그들의 사무를 규율하는 조례를 제정할 수 있다. 조례는 이전된 사무를 규율하는 것으로 제24조 제2항에 의한 조례와 법률의 규정에 따라 허용하는 조례로 한다. 이 조례는 특별히 법률이 정하는 바에 따른다)

696) Vgl. Seewald, a.a.O., s.27 f. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, pp.6-8에서 재인용.

697) BVerfGE 79, 127(150)(151). 최봉석, 앞의 보고서, pp.41-42에서 재인용.

698) 홍정선, 앞의 책, p.296; Vgl. Scoller, Grundzuge des Kommunalrecht in der Bunderesrepublik Deut - schland, 1990, 4. Aufl. S.74f. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.69에서 재인용.

위와 같이 자치입법권한의 규율범위로써 자치사무와 위임사무로 사무체계를 구분하는 이원론은 국가와 지방을 대립적인 관계로 보던 전통적인 시각에 따른 것이다. 그러나 이원론은 이미 포괄적인 국가개념에 의하여 극복되었으며,⁷⁰⁰⁾ 현재에는 모든 공행정은 국가에 귀속되며 지방자치단체의 사무도 국가행정의 일부로 간주되고 있다. 이와 같은 이유로 사무체계 이원론은 무용론이 제기되어 이원론을 주장하는 논거가 되었으며 사무구분체계에 대하여는 별도로 논한다.⁷⁰¹⁾

3. 연방법 우선주의

(1) 행정연방주의

‘기본법’ 제31조는 “연방 법률은 주 법률에 우선한다(Bundesrecht bricht Landesrecht)”라고 규정하여 연방법률 우선의 원칙을 선언하였으며,⁷⁰²⁾ 아울러 “법률은 조례에 우선 한다”는 원칙에 따라 주의 법률은 지방자치단체의 조례에 우선한다.⁷⁰³⁾ 그러나 연방 법률과 주 법률이 완전히 구분되는 미국의 연방제도와는 달리 독일의 경우에는 연방과 주의 법률이 엄격하게 분리되지 않는 행정연방주의라 할 수 있다.⁷⁰⁴⁾

699) Vgl. Schmidt-Eischstaedt, Die Rechtsqualität der Kommunalaufgaben, in: von Puttner, HkWP, Bd. 3.S.28 f. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.69에서 재인용.

700) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928. S.171. 한귀현·최봉석·최우용, p.61에서 재인용.

701) Gern, Kommunalrecht Baden-Wuttenberg, 9. Aufl. Rn.110. 홍정신, 앞의 책, p.437에서 재인용; Vgl. Erichsenn Kommunalrecht des Nordrhein-Westfalen, 1997. S.69, 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.81에서 재인용.

702) Federal Republic of Germany, Basic Law, Article 31(Supremacy of federal law) Federal law shall take precedence over *Land* law.; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 31, Bundesrecht bricht Landesrecht.

703) 서원우, 앞의 책, p.259.

704) Gisela Fäber, Efficiency Problems of Administrative Federalism, Forschungsinstitut Für Öffentliche Verwaltung, Comparative Federalism and Federation Research, 2002. pp.1-35. Alle drei Systeme weisen empirisch nachweislich ähnlich gelagerte Effizienzprobleme auf, die sich in dieser Form in den sogenannten unverflochtenen föderativen Verfassungen nicht finden lassen.; Arthur B. Gunlicks, The Länder and German Federalism, Manchester University Press, 2003, pp.60-61. As we seen above, the federation in fact carries most of the responsibility for legislation, while Länder are primarily responsible for administration. German federalism is sometimes referred to as "administrative federalism" The division of responsibilities in German federalism is not one strict separation, however; rather, it is a system of cooperation, interconnections, and interrelationships.(연방은 사실상 대부분의 입법을 수행하며, 란트는 주로 행정집행의 책임이 있다. 독일연방은 종종 행정연방주의라고 인용되며 독일 연방주의에서 책임의 구분은 엄격하게 분리되는 것이 아니라 협력체계와 상호관계이다)

그러한 점에서 연방 법률과 주 법률은 상하관계로서의 특징이 있으며 연방은 입법 분야에 지배적이며 주는 연방 법률의 집행에 각각 지배적인 관계로 나타난다.⁷⁰⁵⁾ ‘기본법’ 제83조는 “주는 기본법이 규정하지 않는 한 그의 권리로 연방 법률을 집행한다”라고 규정하고 있다. 이에 따라 주는 연방 법률을 집행하는 기구로써 연방의 사무를 집행하기 위한 행정절차를 규정하는 권한이 부여된다.⁷⁰⁶⁾ 따라서 연방 사무의 행정 집행은 원칙적으로 주의 권한으로써 실질적인 집행기관이라 할 수 있다.⁷⁰⁷⁾

이와 같이 연방법우선주의는 법치국가주의에 바탕을 두어 국법질서의 통일성을 엄격히 유지하도록 요구되며 연방 법률이 이미 선점하는 영역에서 이를 엄격하게 해석하게 된다. 따라서 연방 법률이 실제적으로 규율하고 있는 사항에 대하여 지방자치단체의 조례 제정권은 배제되며 그 공백분야에 대하여 조례가 이를 보충하거나 혹은 국가의 법률보다 강화하는 것은 개별 법률의 특별한 위임이 없는 한 이를 허용하지 아니한다.⁷⁰⁸⁾

(2) 원칙과 예외

엄격한 법치국가의 원리와 연방법 우선주의 원칙에 대하여 예외적으로 ‘기본법’ 제28조 제2항은 기초자치단체인 게마인데의 고유한 자치사무의 특정한 핵심 기능을 보호하고 있다.⁷⁰⁹⁾ 이어서 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제4항은 게마인데의

705) Arthur B. Gunlicks, German Federalism and Recent Reform Efforts, German Law Journal, Vol .6, No. 10, University of Richmond, 2005, p.1283. In Germany, in contrast, dual federalism means that the federal government, the executive and legislative branches are responsible for most legislation, and that the Lander(states; singular, Land) generally administer the laws(in large part through their local governments) on their own responsibility.(독일과 달리, 복수 연방주의는 연방의 집행부와 입법부가 대부분의 입법을 책임지며, 란트(주)는 일반적으로 그들의 책임 아래 법률을 집행한다)

706) Federal Republic of Germany, Basic Law, Article 83(Execution by the Lander) The Lander shall execute Federal laws in their own right insofar as the Basic Law does not otherwise provide or permit; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 83, Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt.

707) 최용진, 앞의 논문, pp.161-162.

708) Connewein, Gemeindrecht, 1963, S.146; V. Magold/Klein, Das Banner Grundgesetzes, Bd, I.S. 769, BVerfGE, 6, 252. 김홍대, 앞의 책, pp.172-173에서 재인용.

709) Arthur B. Gunlicks, *Supra*, p.98. The exception to the general rule is found at the local level, where certain core functions are protected by Article 28, para 2, from any direction from above.(일반원칙의 예외는 기본법 제28조 제2항에 의하여 어떠한 방향에서든지 상향적으로 보호되는 핵심적인 기능으로써 지방의 수준에서 찾을 수 있다)

자치행정은 “상향적인 민주주의(die Demokratie in Bayern von unten nach oben)”를 실현하여야 한다는 원칙을 선언한 바 있다. 이에 따라 민주적 정당성을 바탕으로 자치입법권한은 국회의 수권을 요하지 아니하고 직접 게마인데에 부여한 것으로 주장하는 견해가 있다.⁷¹⁰⁾ 즉 게마인데의 자치사무에 대한 우선적 관할권으로 “원칙과 예외”의 관계를 발전시켜 지방분권의 원칙에 의한 실체적인 표현으로 보충성의 원칙에 따르고자 하는 것이다.⁷¹¹⁾

이 “원칙과 예외”는 게마인데의 본질적인 핵심영역을 보장하는 것으로서 연방헌법재판소는 “Rastede-Entscheidung” 판결에서 “지역 공동체의 사무가 주민에게 가장 가까운 게마인데에 의하여 수행될 수 있도록 지방자치의 의의를 충분히 고려하여야 한다”고 판시하고, 게마인데의 사무범위에 대하여 “지역 공동체의 모든 사무는 특별한 권한배분이 없이도 수행할 수 있는 권능으로 지방자치의 본질적 내용으로 보호되는 핵심영역에 속한다”라고 판시한 바 있다.⁷¹²⁾ 이 판결은 ‘기본법’ 제28조 제2항이 게마인데의 자치사무를 본질적으로 보호하는 핵심적인 영역으로써 “지역 공동체의 사무는 게마인데가 처리한다”는 사무배분 원칙을 선언하여 자치사무의 영역에 주의 법률이 개입할 수 없는 한계를 선언한 것으로 보여 진다. 그러한 점에서 지방자치의 본질로써 전권한성과 자기책임성을 재확인하는 중요한 판결로서 의미가 있다 하겠다.⁷¹³⁾

710) 김홍대, 앞의 책, p.173.

711) Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung “nach Rastede”, Festschrift für Sendlar, 1991, S.121-138(135 ff): BVerfGE 79, 127(153 F.) 최봉석, 앞의 보고서, p.48에서 재인용. 자치행정의 민주적 기능 및 아래로부터 위로의 민주적 구성원칙에 의하여, 이 조항은 분권화를 내용으로 한다. 이로부터 헌법재판소는 게마인데 우선적 관할권이라는 관점에서 원칙-예외를 발전시켰다.

712) BVerfGE, in: NVwZ 1989, 347 BVerwG, DVBl, 1983, 홍정선, 앞의 책, p.45에서 재인용. 이 판결은 기초자치단체인 라스테데 게마인데의 폐기물처리에 관한 사무권한을 광역자치단체인 란트 크라이스에 이전하는 것이 ‘기본법’ 제28조 제2항 제1문(게마인데는 모든 지역 공동체의 사무를 법률의 범위 안에서 자기 책임으로 처리할 권리를 갖는다)에 합치되는지 여부를 쟁점으로, 니더작센의 라스테데 게마인데 등 2개의 게마인데가 제기한 헌법소원에 이루어진 연방헌법재판소의 판결을 말한다. 판결요지는 다음과 같다. ① ‘기본법’ 제28조 제2항 제1문의 법률의 유보는 지역공동체의 사무의 종류와 처리방법 뿐만 아니라 이러한 사무에 대한 게마인데의 권한에도 적용된다. ② 특정할 수 있는 대상이거나, 또는 확정된 징표에 따라 정할 수 있는 사무의 목록이 게마인데 자치행정의 본질적 내용(핵심영역)에 속하는 것이 아니라, 법률로써 다른 공공 행정주체에 부여 된 것이 아닌 지역공동체의 모든 사무에 대하여 특별한 권한 배분이 없이도 수행할 수 있는 권능이 자치행정의 본질적 내용(핵심영역)에 속한다. ③ (a) ‘기본법’ 제28조 제2항 제1문은 보장의 핵심영역 밖에서 권한을 배분하는 입법자가 고려하여야 하는 “지역공동체의 사무는 게마인데가 처리한다”는 헌법상의 사무배분의 원칙을 내포한다. ③ (b) 입법자는 지역적 성질을 갖는 게마인데의 사무를 오로지 공익, 특히 질서에 적합한 사무의 수행이 보장되지 아니하고, 사무이전의 근거가 ‘기본법’ 제28조 제2항 제1문의 헌법적인 사무분배 원칙을 능가하는 경우에 게마인데로부터 크라이스에 이전할 수 있다.

713) Schmidt-Aßmann, a.a.O., Rn.19(S.20), 최봉석, 앞의 보고서, p.46에서 재인용. ‘기본법’ 제28조 제2항 제

4. 자치사무 구성방식(모델)

(1) 이원론(이원적 모델)

자치사무 이원론(이원적 모델)은 국가는 국가 전체와 관련되는 모든 사무를 수행하고, 지방자치단체는 지역공동체에 기초한 사무를 수행하도록 분리하는 것으로 국가와 지방자치단체를 각각 독립하는 대립적인 관계로 보는 견해이다.⁷¹⁴⁾ 이에 따라 지방자치단체의 사무체계는 자치사무와 국가의 위임사무로 구별되며,⁷¹⁵⁾ 자치사무(Selbstverwaltungsangelegenheiten)는 지방자치단체의 자기책임에 의하여 처리되는 자율적인 사무이며, 위임사무(Auftragsangelegenheiten)는 국가의 법률의 위임에 의하여 처리되는 타율적인 사무로 구분된다.⁷¹⁶⁾

자치사무 이원론(이원적 모델)의 근거는 개정 ‘도시법’ 제84조에 따라 게마인데에는 자치사무의 책임자이며 동시에 국가의 일선기관 책임자로서 복수의 지위를 가진 집행관(Magistrat)을 두도록 규정한 바 있다.⁷¹⁷⁾ 이와 같은 전통에 따라 일부 주에서 이원적 모델을 채택하고 있다.⁷¹⁸⁾ 예를 들면 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제2항은 자치사무와 제3항에 의하여 주의 이름으로 수행하는 위임사무를 규정하였으며, ‘바이에른 주 지방자치법’ 제6조 제2항은 자치사무를 규정하고 동법 제8조 제1항은 주의 이름으로 수행하는 위임사무를 규정하였다.⁷¹⁹⁾ 그러한 점에

1문이 규정하는 법률유보는 양면적인 이중기능을 가지고 있는 것으로 보아야 한다. 즉 보다 우월한 공익에 근거하여 적정한 범위에서 지역적 사무가 이전 될 수 있고, 지방자치상의 활동여지가 제한될 수 있지만 동시에 법률유보는 지방자치행정에 대한 행정적 침해에 대하여 보호를 최적화하여야 한다는 것이다.

714) 홍정선, 앞의 책, p.436.

715) Arthur B. Gunlicks, *Supra*, p.99. German municipalities are responsible for two kinds of administration matters of self- government(Selbstverwaltungsangelegenheiten); and delegated matters, also called “own area of responsibility); and delegated matters(Auftragsangelegenheiten), also called delegated area of responsibility(übertragenner Wirkungskreis). In matters of self-government, the principle of general powers(Allzuständigkeit) applies....Matters of self-government include voluntary (Freiwillige Aufgaben) and mandated tasks(Pflichtaufgaben)(독일의 지방자치는 두 종류의 행정사무를 집행하게 된다, 그 하나는 위임사무이며 다른 하나는 자치사무이다. 자치사무는 일반적인 권한으로 자발적인 사무와 의무적인 사무로 구분된다); Schmidt-Abmann, Kommunalrecht, in:ders.(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Rn.35(S.31) 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.61에서 재인용.

716) 이기우·하승수, 『지방자치법』, 대영문화사, 2007, p.155.

717) Federal Republic of Germany, German Law Archive(Website), *Supra*.

718) Scholler/Broß, S.48; Pagenkopf. Bd.1.s.168, 홍정선, 앞의 책, p.435에서 재인용. 지방자치단체의 사무와 관련하여 현시의 독일 각 란트의 입법은 이원주의와 일원주의로 양분되고 있다. 지방자치단체의 사무를 자치사무와 국가의 위임사무로 구분하는 이원주의는 Bayern, Niedersachsen, Rheinland - Pflaz, Sachsen - Anhalt, Thüringen에서 볼 수 있다.

719) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law, Article 6(2)

서 게마인테는 연방과 주의 위임사무를 처리하는 국가의 일선기관인 동시에 고유한 자치사무를 처리하는 복수의 지위를 가진다.⁷²⁰⁾ 이에 따라 조례의 규율범위는 위임사무를 규율하는 “위임조례”와 자치사무를 규율하는 “자치조례”로 구분된다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다.

(2) 일원론(일원적 모델)

1) 바인하이머 초안(Weinheimer Entwurf)⁷²¹⁾

자치사무 일원론은 특별히 법률의 규정이 없는 한 지방자치단체는 자기의 구역 안에서 모든 공적책무를 자신의 책임으로 수행하는 형태를 말한다.⁷²²⁾ 따라서 지방자치단체를 국가의 한 부분으로 보아 자치사무와 위임사무의 구별이 없이 모든 국가의 사무를 지방자치단체에서 처리한다는 통합된 사무체계를 말한다. 즉 게마인테는 자치사무의 주체이며 또한 게마인테 차원의 모든 국가사무의 주체로서 모든 공행정 업무를 수행하는 것을 말한다.⁷²³⁾

The municipality tasks are either their own matters or transferred matters, Article 7(1) The municipalities' own sphere of activity shall include all matters of the local community. Article 8(1) The transferred sphere of activity of the municipalities shall encompass all matters assigned by law to the municipalities for them to manage on behalf of the state or other institution under public law ; Bayersche Gemeindeordnung, Art. 6 Allseitiger Wirkungskreis (2) Die Gemeindeaufgaben sind eigene oder übertragene Angelegenheiten. Art. 7 Eigene Angelegenheiten (1) Der eigene Wirkungskreis der Gemeinden umfaßt alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 83 Abs. 1 der Verfassung). Art. 8 Übertragene Angelegenheiten (1) Der übertragene Wirkungskreis der Gemeinden umfaßt alle Angelegenheiten, die das Gesetz den Gemeinden zur Besorgung namens des Staates oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts zuweist. (제6조 제2항. 게마인테는 그들의 고유사무와 위임사무를 수행한다. 제7조 제1항. 게마인테의 고유사무는 지역 공동체의 모든 사무가 포함된다. 제8조 제1항. 게마인테의 위임사무는 공법에 따라 주를 대신하여 관리하도록 위임된 모든 사무를 포함한다)

720) Salvador Parrado, *Supra*, p.14. Local authorities perform a “dual role”, which is found in the German-Austrian constitutional and local government tradition.(지방자치단체는 독일-오스트리아 헌법과 지방자치 전통에서 볼 수 있듯이 복수의 역할을 수행한다)

721) Germ, *Deutsches Kommunalrecht*, 1. Aufl., 1994. S. 137, Rn. 228. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, pp.82-84에서 재인용. 독일 바인하이머 지방자치법 초안(1947. 5월 독일 도시회의에서 제안, 1948.6.2 최종 심의) 각 주(Land) 내무부장관과 지방자치단체 연합(Kommunale Spitzenverbände)이 마련한 법률안으로 국가사무와 자치사무의 이원론을 부정하고, 공적책무라는 단일의 개념을 사용하면서 지역의 모든 공적 책무는 지방자치단체만이 유일한 공행정의 주체가 되도록 규정하였다.

722) Germ, *Deutsches Kommunalrecht*, 1. Aufl., 1994. S. 137, Rn. 228. 홍정선, 앞의 책, p.436에서 재인용; 최봉석, 앞의 보고서, p.53에서 재인용. 사무일원론에 의하면 게마인테는 권능상으로는 게마인테 차원의 모든 공행정 업무를 수행한다. 즉 게마인테는 지방의 고유사무의 주체일 뿐만 아니라 게마인테 차원의 모든 국가사무의 주체이기도 한다.

723) Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, 2Auffl. S.137(Rn 229), 최봉석, 앞의 보고서, p.53에서 재인용. 이는 게마인테 차원에서의 행정의 기능적 단일성 원칙, 즉 전체성(Totalitätsprinzip)을 의미한다.

이와 같은 흐름은 위임사무와 자치사무를 엄격하게 구분하는 이원론을 극복하고 자치권한을 확대하기 위한 노력의 하나로 제2차 세계대전 후 제시된 ‘바인하이머 초안’에 따라 일부 주의 입법으로 채택되었다.⁷²⁴⁾ 이 법 초안 제2조 제1항은 “법률이 명시적으로 달리 정하지 아니하는 한 지방자치단체는 그 구역에서 배타적이고 자기책임적인 공공행정의 주체가 된다. 기존의 특별지방행정기관은 가능한 한 지방자치단체에 이양되어야 하며 새로운 특별지방행정기관은 원칙적으로 허용되지 아니한다”⁷²⁵⁾ 라고 규정하여 지역에서의 유일한 공공행정의 주체는 지방자치단체라는 점을 확인한 바 있다.

이에 따라 ‘노드 라인-웨스트팔렌 주 헌법’ 제78조 제1항은 “게마인데와 게마인데 연합은 선거로 선출된 기구에 의한 자치의 권리를 갖는 중심적인 지역과 지방의 기관이다”라고 규정하고, 제2항은 “게마인데와 게마인데 연합은 법률에 다른 규정이 없는 한 그 구역 내에서 유일한 공공 행정기구가 된다”라고 규정하여 자치사무 일원론(일원적 모델)을 채택하였다.⁷²⁶⁾ 이어서 ‘노드 라인-웨스트팔렌 주 지방자치법’ 제2조는 게마인데가 그 구역 내에서 유일한 공공행정의 주체임을 명확히 하고,⁷²⁷⁾ 동법 제3조에 따라 자치사무는 ① 임의적 사무 ② 필요적

724) 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.81. 사무체계 일원주의를 채택한 독일의 주는 Baden-Württemberg, Branden - berg, Hessen, Mecklenburg - Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Schleswig - Holstein 이다.

725) Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2Aufl. S.137(Rn 229) 최봉석, 앞의 보고서, p.53에서 재인용. 게마인데는 권능상으로는 게마인데 차원의 모든 공공행정 임무를 수행한다. 즉, 게마인데는 지방의 고유사무의 주체일 뿐만 아니라 게마인데 차원의 모든 국가 사무의 주체이기도 하다.

726) Federal Republic of Germany, the Land of North Rhine-Westphalia(Nordrhein-Westfalen), Constitution, Article 78(1), The municipalities and municipal associations are central, regional and local authorities with the right of self-administration by their own elected bodies, (2) The municipalities and municipal associations are the sole vehicles of public administration in their area, unless provided otherwise; Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Artikel 78, (1) Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe. Die Räte in den Gemeinden, die Bezirksvertretungen, die Kreistage und die Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr werden in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer, geheimer und freier Wahl gewählt. Wahlvorschläge, nach deren Ergebnis sich die Sitzanteile in den Räten der Gemeinden, den Bezirksvertretungen, den Kreistagen und der Verbandsversammlung des Regionalverbandes Ruhr bestimmen, werden nur berücksichtigt, wenn sie mindestens 2,5 vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben. Das Gesetz bestimmt das Nähere. (2) Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung, soweit die Gesetze nichts anderes vorschreiben.(제78조 제1항. 게마인데와 게마인데 연합은 그들의 선거에 의하여 구성된 기구의 자치행정권한에 의한 중앙과 지방의 기관이다. 제2항. 게마인데와 게마인데 연합은 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 지역에서 유일한 공공기관이다)

727) Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, § 2 GO NRW – WirkungsbereichDie Gemeinden sind in ihrem Gebiet, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung.(게마인데는 법률이 명시적으로 규정하지 않는 한 그 지역에서 유일한 공공기관이다)

사무 그리고 ③ 지시에 따른 필요적 사무(지시사무)로 구분하였다.⁷²⁸⁾

이에 따른 자치사무 일원론에 근거한 조례의 규율범위에 대하여 ‘노드 라인-웨스트팔렌 주 지방자치법’ 제7조 제1항은 “게마인데는 법률이 따로 정하지 아니하는 한 그들의 사무를 조례로 규율할 수 있다”고 규정하여 “위임조례”와 “자치조례”로 자치사무를 구분하는 바이에른 주와는 달리 자치사무 일원론에 따라 단일한 형태의 조례(Satzungen)를 정하도록 규정하였다.⁷²⁹⁾

2) 자치사무의 구분

가. 임의적 사무

임의적 사무(Freiwillige Aufgaben)는 자치사무의 수행여부(“Ob”)와 수행방법(“Wie”)에 대하여 아무런 제한이 없이 지방자치단체의 재량에 의하여 지역공동체의 모든 사무에 대하여 전권한성과 자기책임성이 보장되는 사무를 말한다. 이때 지방자치단체는 주민의 복리를 위하여 불가피한 경우는 “재량권의 영(零)으로의 수축이론”에 따라 그 “재량행위”는 “기속행위”로 전환되어 이를 반드시 수행하여야 하는 법적인 의무가 부여된다.⁷³⁰⁾

728) Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, § 3 GO NRW – Aufgaben der Gemeinden (1) Den Gemeinden können nur durch Gesetz Pflichtaufgaben auferlegt werden. (2) Pflichtaufgaben können den Gemeinden zur Erfüllung nach Weisung übertragen werden; das Gesetz bestimmt den Umfang des Weisungsrechts, das in der Regel zu begrenzen ist. Für die gemeinsame Wahrnehmung von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung ist der Anwendungsbereich des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit nur nach Maßgabe der Absätze 5 und 6 sowie des § 4 Abs. 8 eröffnet. (3) Eingriffe in die Rechte der Gemeinden sind nur durch Gesetz zulässig. Rechtsverordnungen zur Durchführung solcher Gesetze bedürfen der Zustimmung des für die kommunale Selbstverwaltung zuständigen Ausschusses des Landtags und, sofern nicht die Landesregierung oder das für Kommunales zuständige Ministerium sie erlassen, der Zustimmung des für Kommunales zuständigen Ministeriums. (4) Werden den Gemeinden neue Pflichten auferlegt oder werden Pflichten bei der Novellierung eines Gesetzes fortgeschrieben oder erweitert, ist gleichzeitig die Aufbringung der Mittel zu regeln. Führen diese neuen Pflichten zu einer Mehrbelastung der Gemeinden, ist ein entsprechender Ausgleich zu schaffen.((1) 게마인데는 오직 법률에 따라 그 사무를 수행한다. (2) 의무적 사무는 지시에 따라 게마인데에 위임된 사무를 처리한다. 지시권의 범위는 오직 법률에 의하여만 제한되며 법률 제5조와 6조 그리고 제4조 8항이 정하는 범위에서 지시에 따라 공동으로 수행한다. (3) 지방자치단체의 권한에 관여하는 것은 오직 법률에 의하여만 할 수 있다. 그와 같은 법률의 시행은 지방자치단체의 승인을 요한다. 주 정부가 자치사무에 책임이 있지 않는 한 장관의 승인을 요한다. (4) 지방자치단체에 새로운 의무의 부과 혹은 법률의 개정에 의하여 의무가 개정 또는 확대되는 경우에는 동시에 재정부담이 규정되어야 한다. 이와 같은 새로운 의무가 지방자치단체에 추가적으로 부담된다면 합당한 지원이 따라야 한다)

729) Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, § 7. Satzungen, (1) Die Gemeinden können ihre Angelegenheiten durch Satzung regeln, soweit Gesetze nichts anderes bestimmen. Satzungen bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde nur, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgeschrieben ist.(조례는 법률의 범위 안에서 그들의 사무를 규율하는 조례를 제정할 수 있으며, 조례의 제정은 법률이 명시적으로 요구하는 경우에 한하여 감독기관의 승인이 요구된다)

730) 김남진·김연태, 『행정법Ⅱ』, 법문사, 2013, p.220. 법률이 행정기관에 재량권을 인정하는 경우에도 그

또한 국가의 법률이 자치사무 수행여부와 수행방법을 규정하였다 할지라도 그 수행여부에 대한 결정의 재량 권한을 지방자치단체에 부여하고 있는 경우에는 임의적 사무로 분류될 수 있다. 이 경우에 임의적 사무에 대하여는 국가는 합법적 통제만 할 수 있으며 그 재정적인 부담은 지방자치단체에 귀속된다.⁷³¹⁾

나. 필요적 사무

필요적 사무(Pflichtaufgaben)는 법률에 의하여 지방자치단체에 특정한 사무의 수행 의무를 부여하는 경우를 말한다. 이 필요적 사무에 대하여 지방자치단체의 전권한성과 자기책임성은 그 사무의 수행여부와 관련하여 수행방법이 제한된다. 따라서 필요적 사무는 지방자치단체의 의사와는 무관하게 그 수행의무가 부과되므로 국가는 이를 규정하는 법률에 재정조달 방식을 규정하여야 하며, 국가가 필요적 사무에 관여하는 범위는 법률적 감독에 한정된다.⁷³²⁾

다. 지시사무

지시사무(Weisungsaufgabe)는 지시에 의한 필요적 사무로써 법률이 지방자치단체에 특정한 의무를 부여하며 국가의 법률이 지시권을 규정한 경우 지방자치단체의 전권한성과 자기책임성은 현저하게 제한된다.⁷³³⁾ 다만 지시사무와 위임사무와의 차이점은 ① 국가의 지시권은 법률의 범위 안에서 인정된다. ② 지시사무를 이행하는 지방자치단체는 국가기관의 지위가 아니라 독립된 법인격으로서 지시사무를 수행한다. ③ 지시사무에 대한 국가의 감독은 합법성 감독은 물론 합목적성 감독에까지 확대된다. ④ 국가는 그 사무에 필요한 재원을 조달할 의무가 있다. ⑤ 지시사무는 자치사무이므로 지방의회는 조례제정권한을 가진다는 차이가 있다.

재량권이 0으로 수축되어, 어느 하나만을 하지 않으면 안되는 경우에는 재량행위가 기속행위(의무로서의 행위)로 변하게 되며, 그럼에도 불구하고, 이러한 경우에는 그 기속행위를 하지 않으면 위법이 된다.

731) 최봉석, 앞의 보고서, p.62.

732) 최봉석, 앞의 보고서, p.63.

733) Smidt-Abmann, a.a.O., Rn. 38. S.32. 최봉석, 앞의 보고서, p.63에서 재인용, 지시사무(Weisungsaufgabe)는 법률상 규정된 국가의 지시권에 근거한 지시에 의하여 수행되어야 하는 의무사무를 말한다. 지시권은 실제 법률상으로는 개개의 업무영역에 대해 제한적으로 부여되기도 하고 무제한적으로 부여되기도 하는데, 지시사무는 통상 계마인테의 질서 행정청의 임무이고, 그 활동은 하위의 행정청의 자격으로서 행하는 것이라고 본다.

그러나 외형적으로 자치사무가 일원화 되었음에도 불구하고 이 지시사무의 법적 성질에 대하여는 ① 위임사무와 같다는 견해 ② 자치사무와 같다는 견해 그리고 ③ 절충설이 대립하고 있다.⁷³⁴⁾ 그러함에도 게마인테의 지시사무 처리는 국가의 질서 행정에 관한 사무로써 국가의 일선기관의 자격으로 처리한다는 점에서 논란이 되고 있다.

제4절 일본

일본 지방자치의 특징은 제2차 대전 후 제시된 헌법 초안에 따라 지방자치의 본지라는 기본원칙을 선언하였다는 점에서 찾을 수 있다. 이 원칙은 국민주권주의를 보다 구체화하여 국가에 의하여 지방자치의 본질을 침해할 수 없도록 실질적인 지방자치를 보장하였다는 점에서 다른 나라의 지방자치제도에 비하여 차이점이 있다. 이어서 지방자치제도를 전면적으로 개혁하여 국가와 지방자치단체의 관계를 수평적인 관계로 형성하고 지방자치권한을 확대하고 신장시켰다는 점에서 의미가 있다.

1. 지방자치의 본지

일본 ‘헌법’ 제92조는 지방자치의 총칙적 규정으로 “지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본지에 기하여 법률로 이를 정한다”라고 지방자치의 기본원칙을 선언하였으며, “지방자치의 본지”란 기본원칙으로써 “지방자치의 본래적 취지”를 의미한다.⁷³⁵⁾ 다시 말하면 “법률로써 지방공공단체의 조직 및

734) 임승빈, 앞의 보고서, pp.12-14.

735) 山崎政司, 地方自治法, 公職研, 2008, p.10, 大津浩, 地方自治法の憲法理論の新展開, 敬文堂, 2011, pp.15-16. 최봉석, 앞의 책, p.294에서 재인용. 지방자치의 본지를 “본래적 취지”로 설명하고 있다; 최환용, “일본 헌법의 지방자치특별법 규정에 대한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제49호(제16권1호), 한국지방자치법학회, 2016, p.203. 1946년 2월 점령군 사령부가 일본 정부에 제시한 헌법초안(이른바 맥아더 초안)은 주민의 헌장(charter) 제정권을 조례(regulation)로 바꾸고, 지방자치의 본지(Principle of Local Autonomy)를 총칙 규정을 두면서 마련된 헌법 초안으로 헌법제정회의를 통과하여 현행 헌법 규정체계를 갖추게 된다; 衫原泰雄, 地方自治の憲法論, 勁草書房, 2003, p.146. 최환용, “일본 지방분권 개혁의 성과와 시사점”, 『법제연구』, 제29호, 한국법제연구원, 2005, p.91에서 재인용. 지방자치의 본지의 구체적인 내용에 관해서는 ① 인권보장의 목적성 ② 주민자치와 단체자치 ③ 지방공공단체 우선의 사무배분원칙과 전권한성의 원칙 ④ 자주재원 배분의 원칙이라고 해석된다.

운영에 관한 사항을 정하는 경우 그 법률은 지방자치의 본지에 기초하여 결정되어야 한다는 원칙”으로 이 본지에 적합하지 않는 법률은 위헌이라는 것이다. 그러므로 “지방자치의 본지에 적합하지 않은 법률”이란 지방자치의 본질적 내용을 파괴하고 그 실질적인 요소를 박탈하는 법률이라고 설명되고 있다.⁷³⁶⁾

이어서 제93조는 지방자치의 본지에 의한 기본원칙을 구체화하여 지방의회에 의한 대의제를 원칙으로 규정하고 한편으로는 직접 민주주의로써 “주민자치의 원칙”을 선언하였다.⁷³⁷⁾ 또한 지방자치의 본지에 따라 제94조는 “지방공공단체는 그들의 재산과 사무를 관리하고 법률의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 권한이 있다”라고 규정하여 자치사무의 범위와 자치입법권한을 보장하였다.

그러나 지방자치의 본지는 그 자체로써 추상적인 개념으로 지방자치의 구체화는 입법자의 재량에 맡겨져 있다는 지적이 있음에도 불구하고, 국민주권을 우선하는 기본원칙을 선언하였다는 점에서 그 의미가 있다고 보여 진다.⁷³⁸⁾

2. 한 지방에 적용하는 특별법

일본 ‘헌법’ 제95조는 “한 지방의 공공단체에 적용하는 특별법은 지역주민의 대다수의 동의를 얻지 아니하면 제정될 수 없다”라고 규정하여 지방자치에 관한 국민주권주의를 규정한 것으로 이해되고 있다. 이 규정의 취지는 국가가 특별법을 제정하면서 지방자치를 침해하는 폐해를 방지하고 지방자치단체의 개성과 국민의 기본권을 존중하고자 하는 배경에 따른 것이다.⁷³⁹⁾

736) 甲鳥野幸雄, 地方自治編の動向 問題點, 公法研究, 第56号, 1994. p.5, 최환용, 앞의 논문, p.203에서 재인용. 지방자치의 원리를 국가가 아니라 지방자치의 현장에서 기본적 인권과 국민주권의 문제로 생각하여야 한다.

737) 최환용, 앞의 논문, p.203. 일본 ‘지방자치법’ 제94조에는 정·촌은 의회를 대신하여 선거권을 가진 자의 총회를 둘 수 있다는 규정을 두고 있는바, 이 규정은 보다 높은 차원의 주민자치를 실현하기 위한 규정으로 ‘헌법’ 제93조의 규정에 위반하지 않는다고 설명하고 있다.

738) 西尾 勝, 地方自治 ジェリット, 第1192号, 2001, p.206. 이상운, “주요 외국의 지방자치제도 연구(일본)”, 한국법제연구원, 2018. pp.42-43에서 재인용. “일본 헌법 제92조에서는 지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항을 법률로 정함에 있어서 지방자치의 본지에 기초하도록 규정하고 있지만, 이 지방자치의 본지는 불확정한 개념이므로 입법적 기준으로서의 역할을 제대로 수행하고 있지 못하다”는 평가를 받기도 한다.

739) 梶田信一郎, 憲法と地方自治法, p.120. 최환용, 앞의 논문, p.205에서 재인용. 이 제도는 미국의 많은 주에서 주의 입법부가 지방자치단체에 대하여 개별적인 특별입법을 통하여 자치권을 침해하는 폐해를 방지하기 위하여 주 헌법에 자치권을 침해하는 특별입법을 제한하는 규정을 두는 사례를 모델로 하여 도입된 것이라고 설명된다; 小林公夫, 地方自治特別法の制定手續について—法令の規定及 びその運用を中心に—, レファレンス2009, p.60. 재인용. ‘헌법’ 제95조에 따라 주민투표를 거쳐서 제정된 특별법은 1949년부터 1952년까지 총 16건의 법률에 불과하며 1952년 이후로는 제정된 바가 없다고 한다. 1949년 8월에 공포된 ‘히로

이 규정에 따라 “하나의 지방자치단체에만 적용되는 특별법”을 국회가 제정하려면 해당지역 주민 과반수의 동의를 요한다는 점에서 ‘헌법’ 제59조에 의한 양원(兩院)의 “입법권”을 제한하고 있다. 다만 이 경우에 제95조가 규정하는 “하나의”는 반드시 “하나”를 말하는 것이 아니라 “특정한”으로 해석된다.⁷⁴⁰⁾ 따라서 “특정한” 지방자치단체의 조직과 운영, 권리와 능력에 대한 특별한 법률을 의미하여 다른 특정한 지방자치단체에 법률의 “특례”는 이에 해당되지 않는다.

한편 이 규정은 다른 지방자치에서 찾아볼 수 없는 예외적인 사례로써 국가의 자의적 판단에 의하여 지방자치 본지에 대한 침해를 방지하고자 하는 목적으로써, 그 의미는 국가가 특별법을 제정하는 과정에서 해당 지역 주민의 동의를 기본요건으로 하여 국민주권주의의 취지를 살렸으며 특정 지방자치단체에 특정한 권한을 부여하는 목적으로 제정되었다는 점이라 할 것이다.⁷⁴¹⁾

3. 자치입법권한

(1) 자치입법권한의 근거

‘헌법’ 제94조는 지방자치단체의 자치입법권을 보장하였으며 ‘지방자치법’ 제1조의2 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복지증진을 도모함을 기본으로 지역에서 행정을 자주적이며 종합적으로 실시하는 역할을 널리 담당하는 것으로 한다”고 규정하여 지방자치의 원리를 명시하고 있다.⁷⁴²⁾

이어서 ‘지방자치법’ 제14조 제1항은 조례의 규율범위를 “보통지방공공단체는 법령을 위반하지 않는 한 제2조 제2항의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다” 규정하여 “법령을 위반하지 않는 한”으로 자치입법권을 확대하여 보장하고 있다. 또한 동법 제2항은 “의무를 부과하거나 권리를 제한하기 위해서는 법령에 특별

시마평화기념도시건설법’이 효시이며 모두 의원입법으로 추진되었다.

740) 최환용, 앞의 논문, p.208.

741) 杉源泰雄, 地方自治の憲法的基礎, 『지방자치법연구』, 통권제4호(제2권2호), 2002, pp.10-11. 방승주, 앞의 논문, p.18에서 재인용. 다만 학자에 따라서는 이러한 국민주권의 원리를 인민주권으로 이해하고, 이 국민주권이 ‘주민에 의한, 주민을 위한’ 정치를 실현할 수 있는 ‘충실한 지방자치’의 보장을 추구하는 것으로 해석하면서, ‘헌법’ 제95조 역시 이러한 이념의 구체화 규정으로 파악하는 입장도 있다.

742) 백종인, 앞의 논문, p.17; 최봉석, 앞의 보고서, p.103. “지역에서의 행정”에는 행정집행 뿐만 아니라 실시하는데 필요한 입법작업을 포함하는 것으로 해석된다.

한 규정이 있는 경우를 제외하고 조례에 의하도록” 보장하고 있으며,⁷⁴³⁾ “법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외”하여 조례를 규정하도록 보장함으로써 개별법령의 위임이 없다고 할지라도 법령이 규율하지 않은 분야에 대한 조례의 규율범위를 확대하고 있다.⁷⁴⁴⁾

더불어서 ‘지방자치법’ 제14조 제3항은 “법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고 조례에 위반한 자에 대해서 2년 이하의 징역 또는 금고, 100만원 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수의 형 또는 5만원 이하의 과료를 과하는 규정을 들 수 있다”고 규정하여 조례 위반에 대하여 형벌과 행정질서벌을 부과할 수 있도록 규정하여 조례의 실행력을 확보하고 있다.⁷⁴⁵⁾ 이와 같이 조례 위반에 대하여 형벌을 규정하는 것은 다른 나라의 조례에 비하여 실행력을 높이는 수단이 될 것으로 보여 진다.

(2) 자치입법권한의 규율범위

총전의 자치입법권한의 규율범위로서 자치사무는 구 ‘지방자치법’ 제2조 제2항에 따라 ① 고유사무로서 공공사무 ② 단체위임사무로서 법률 또는 정령에 따라 보통지방공공단체에 속하는 사무, 그리고 ③ 국가의 사무에 속하지 않는 사무로 분류되었으며 구 ‘지방자치법’ 제148조 제1항은 해당 지방자치단체의 사무 이외에 기관위임사무를 규정한 바 있다.

그러나 1990년대부터는 사회의 변화에 따른 제도의 피로 현상이 나타나게 되어 지방자치제도를 개혁하게 되었다.⁷⁴⁶⁾ 이 개혁의 목표는 분권형 사회의 창조로

743) 北村喜宣, 自治環境行政法, 良書普及會, 2001, pp.29-31. 최철호, 앞의 논문, p.2에서 재인용.

744) 松本英昭, 要設 地方自治法, ぎょうせい, 2004, p.181, 심소명, “자치입법권 강화에 관한 연구”, 『박사학위논문』, 충남대학교 대학원, 2014, p.35에서 재인용. ‘헌법’ 제94조의 ‘법률의 범위 내에서’는 법률이 개개의 사항에 있어 조례의 제정을 위임하여야 한다고 해석될 여지가 있으므로 ‘지방자치법’에서 이 점을 명확하게 하기 위하여 ‘법령에 위반하지 있는 한’이라고 규정하고 있는 것이다. 또한 ‘지방자치법’은 일본 ‘헌법’ 제94조에 따라 지방자치단체는 그 사무에 관한 한 폭 넓게 조례의 규정대상을 정할 수 있다는 원칙을 지방공공단체의 사무를 정한 ‘지방자치법’ 제2조 제2항을 인용함으로써 분명히 하고 있다.

745) 宮本弘典, 國家刑罰權と條例に於ける罰則(試論), 法と民主主義, 第336号, 1999. p.22. 김상태, 앞의 논문, p.226에서 재인용. 우리나라와 마찬가지로 동 조항이 ‘헌법’ 제31조의 죄형법정주의 등에 비추어 위헌이라는 비판이 있으나 다수설은 합헌으로 보고 있다.

746) 김명연, “지방분권 개혁에 대한 법적 고찰”, 한국법제연구원, 1998, p.40. 지방분권추진위원회는 현재 일본에서 지방분권개혁이 요구되는 배경과 이유로 ① 중앙집권형 행정체제의 제도 피로 ② 변동하는 국제사회에의 대응 ③ 동경일극집중(東京一極集中)의 시정 ④ 개성이 풍부한 지역사회의 형성 ⑤ 고령사회 핵가족 사회의 대응을 들고 있다.

써 국가와 지방자치단체의 관계를 대등한 협력관계로 설정하고, 지방자치에 국가의 관여를 축소하여 기관위임사무를 폐지하는 등 지방자치단체의 자기결정권을 확대 강화하는 것이다.⁷⁴⁷⁾ 이로 인하여 지방자치단체의 사무로써 자치입법권한의 규율범위가 변화되었다.

4. 지방자치제도의 개혁

(1) 국가와 지방자치단체의 역할 분담

‘지방분권일괄법’⁷⁴⁸⁾의 하나로 개정된 ‘지방자치법’ 제1조의2 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복지증진을 도모하는 것을 기본으로 지역에 있어서 행정을 자주적이고 종합적으로 실시하는 역할을 폭넓게 담당 한다”고 규정하였으며 지방자치의 범위가 포괄적으로 확대되었다는 점을 의미한다.

이어서 동조 제2항은 “주민에게 가장 가까운 행정은 가능한 지방자치단체에 맡기는 것을 기본으로 지방자치단체와의 사이에서 적절하게 역할을 분담하는 동시에, 지방자치단체의 자주성 및 자립성이 충분히 발휘되도록 한다”고 규정하면서 지방분권과 보충성의 원칙에 충실하였고 전권한성과 자기책임성을 다시 강조

747) 정재길, “일본 지방제도의 개혁”, 『지방자치법연구』, 통권제3호(제1권2호), 한국지방자치법학회, 2001, p.4.; 최환용. “일본 지방분권개혁의 성과와 시사점”, 『법제연구』, 제29호, 한국법제연구원, 2005, p.84. 1960년대 후반부터 몇몇 혁신적인 지방자치단체를 중심으로 “정책의 분권화”가 전개되었으나 제도적 뒷받침이 없는 정책 논의의 수준에 머물렀으며, 그 결과 해결이 유보된 전후 개혁의 유산이 되었다. 1960년대 들어 일본이 처한 국내외적 상황은 지방분권을 촉발시키는 계기가 되었다. 즉, 세계화에 따른 중앙정부의 역할 변화, 대내적으로는 정치 행정의 부패에 따른 정치행정개혁의 요구, 복지행정에 대한 국민적 요구, 노령화와 정보화에 따른 탈근대화의 요구로 인하여 어느 때보다 지방분권의 필요성을 인식하게 되었다.

748) ‘지방분권일괄법(地方分權一括法); 지방분권추진을 도모하기 위한 관계법률의 정리에 관한 법률(地方分權の推進を図るたあの関係法律の整理等にする法律)로 총14장 475개 조항으로 구성되고 이 법에 의하여 개정된 각 사항별 법률은 848개였다; Hiroshi Ikawa, 15 Years of Decentralization Reform in Japan, National Graduate Institute for Public Policy, 2008, p.13. The Omnibus Decentralization Law was enacted in July 1999, and was implemented on April 1, 2000. The major issues by this law were as follows: a) abolition of the Agency Delegated Functions System, b) a review of control and intervention by central government in the affairs of local governments, c) clarification of the roles that should be adopted by central government and local governments respectively, d) transfer of authority to local governments, and e) a review of obligatory regulations on organizations of local governments. In ways such as these, the law signaled a large-scale reform aimed at the expansion of local autonomy.(지방분권일괄법은 1999년 7월 제정되고 2000년 4월 시행되었다. 이 법의 주요 이슈는 a) 기관위임사무의 폐지 b) 자치사무에 대한 중앙정부의 관여제한 c) 중앙정부와 지방정부 역할의 명확한 구분 d) 중앙권한의 지방이양 e) 지방정부의 조직에 대한 의무규정 조정. 이와같이 이 법은 지방자치를 확대하기 위한 목표로 시작되었다)

함으로써 국가와 지방자치단체의 역할을 보다 분명하게 정하였다 할 수 있다.

또한 ‘지방자치법’ 제2조 제8항은 “자치사무”를 “지방공공단체가 처리하는 사무 중 법정수탁사무 이외 것”으로 정의하였으며,⁷⁴⁹⁾ 법정수탁사무는 다시 제1호 법정수탁사무와 제2호 법정수탁사무로 구분하여, 광역자치단체인 도·도·부·현은 자치사무와 제1호 법정수탁사무를 관장하고, 기초자치단체인 시·정·촌은 자치사무와 제1호 및 제2호 법정수탁사무를 관장하게 된다.⁷⁵⁰⁾

이에 비하여 국가의 사무는 “① 국제사회에 있어서의 국가로서의 존립과 관계되는 사무 ② 전국적으로 통일하여 정하는 것이 바람직한 국민 의제 혹은 지방자치에 관한 기본적인 준칙에 관한 사무, 또는 ③ 전국적인 규모 혹은 전국적인 시점에서 실시하지 않으면 아니 되는 시책 및 사업의 실시, 기타 국가가 원래 완수하여야 할 역할을 중점적으로 담당하는 것”으로 명확히 국가에 전속되는 관할사무의 근거를 정하였다 할 수 있다.⁷⁵¹⁾ 또한 지방자치단체에 대한 국가의 관여의 범위를 “국가는 가능하면 지방공공단체에 간섭하거나 개입하지 않아야 한다”는 “소극주의 원칙”을 선언하고 부득이 관여하는 경우에도 반드시 기본원칙을 지키도록 규정하였다.⁷⁵²⁾

이와 같이 지방자치제도의 개혁은 “국가사무”와 “자치사무”를 보다 명확하게 정의함으로써 국가와 지방자치단체의 사무의 범위와 역할분담 그리고 국가 관여의 범위를 보다 명확히 규정하여 자치권한이 확대되고 자치입법권한은 신장되는 근거가 되었다 할 수 있다.⁷⁵³⁾

749) 문상덕, 앞의 논문, p.210. 자치사무의 개념정의에 적극적 개념 방식이 아닌 공제개념의 형태로 규정한 것은 오히려 해당 정의에 들어맞지 않아서 자치사무가 아닌 것이 더불어 자치사무의 범위를 한정해 버릴 우려가 있어 자치사무의 범위가 상당히 폭넓은 것이라는 점을 나타내고, 법정위탁사무의 추가적 특성을 위해서는 국가 측이 국회에서의 법률심의회에 입증하도록 하는 조치를 통해 법정위탁사무의 증대를 억제할 필요가 있었기 때문이다. 다만, 자치사무에 대한 공제개념의 형태로의 규정은 국가가 제정하는 법령에 따라서 법정수탁사무의 범위가 정해지는 범위 만큼 종속적으로 자치사무의 범위도 확대 또는 추가될 수 있으므로 지방분권개혁의 본래 취지가 퇴색될 수 있다는 비판이 가능하다.

750) 최봉석, 앞의 보고서, p.106. “법정수탁사무”는 동법 제2조 제9항에 따라 제1호 법정수탁사무는 “국가가 본래 수행하여야 하는 역할에 관계된 것으로 국가에서 그 적정한 처리를 특히 확보할 필요가 있는 것으로 법률 또는 이것에 근거한 정령에서 특히 정한 것”을 말하며, 제2호 법정수탁사무는 “법률 또는 이것에 근거한 정령에 의하여 시·정·촌 또는 특별구가 처리하도록 되어 있는 사무 가운데 도·도·부·현이 본래 수행하여야 하는 역할에 관련되는 것으로 도·도·부·현에서 그 적정한 처리를 특히 확보할 필요가 있는 것으로 법률 또는 이것에 근거한 정령에서 특히 정하는 것”을 말한다.

751) 최환용, 앞의 논문, 2005, p.91.

752) 정재길, 앞의 논문, p.11. 지방자치단체에 대한 국가관여의 기본원칙으로 법정주의, 일반법주의, 비례주의, 본질존중주의, 공명투명주의, 제3자 분쟁해결주의를 말한다.

753) 최환용, 앞의 논문. p.91.

(2) 기관위임사무의 폐지

‘지방자치법’ 제2조 제8항은 종전에 지방자치단체의 사무를 자치사무·단체위임 사무·행정사무로 구분하던 것을 폐지하고, 동법 제2조 제9항에 따라 기관위임사무는 그 역기능으로 인하여 이를 폐지하여 국가가 직접 집행하는 사무로써 국가에 전속하는 사무와 지방자치단체의 법정수탁사무로 전환하였다. 이와 같이 지방자치단체의 사무는 “자치사무”와 종전의 기관위임사무는 “법정수탁사무”로 구분하였다.⁷⁵⁴⁾

이에 따라 종전의 “기관위임사무”는 자치입법권한이 부여되지 않았으나 “법정수탁사무”로 전환되어 지방의회의 조례의 규율대상으로 정하여 자치입법권한의 범위가 확대되었다.⁷⁵⁵⁾ 그러나 국가 혹은 광역자치단체는 지방자치단체가 “법정수탁사무”의 처리에 대하여 “자치사무”보다 관여의 범위를 넓게 정함으로써 “자치사무”와 “기관위임사무”에 비하여 법률적인 분류에 지나지 않는다는 지적이 있다.⁷⁵⁶⁾ 또한 법정수탁사무는 “국가에 있어서 적절한 처리를 특히 확보할 필요가 있는 사무”로 정의되어 국가의 일방적인 입장을 정하였고 어떤 사무를 법정수탁사무로 할 것인가의 판단은 여전히 개별 법률에 의존하게 되어 당초의 의도에서 크게 벗어났다는 견해가 있다.⁷⁵⁷⁾

754) Hiroshi Ikawa, *Supra*, p.13. the Agency Delegated Function System, which had been the target of much criticism, was abolished. As explained above, strong criticism was levied at the way in which this system muddled the division of role between central government and local governments, and as a result of the control and intervention carried out by means of communications from central government, acted as a major restriction on the autonomy of the policy formulation and implementation process of local government(많은 비판을 받아왔던 기관위임사무 체계는 폐지되었다. 앞에서 설명하는 바와 같이, 중앙정부와 지방정부간에 역할의 구분에 대하여 많은 비판이 있어 왔으며, 중앙정부에 의하여 통제의 방법으로 수행되면서 지방자치단체의 정책형성과 시행에 주요한 제약이 되어 왔다); 松本英昭, 逐條 地方自治法(第1次改訂版), 學陽書房, 2002, p.19. 北村喜宣, 法定受託事務と條例(上)(下), 自治研究, 第75号, 1999, 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.137에서 재인용. 종래의 기관위임사무들 중 대부분을 지방공공단체의 자치사무로 이전되고 약간의 사무는 국가의 직접대행사무로 되거나 혹은 사무자체가 폐지되었으며 나머지는 법정수탁사무로 새로운 가태고리가 창설되어 그것에 포함되게 되었다.

755) 김명연, “지방분권에 관한 비교법적 고찰”, 한국법제연구원, 1998, p.50. 법정수탁사무의 징표(2-1-1-2).

756) 최철호, 앞의 논문, p.5. 법정수탁사무도 “법률 또는 이것에 근거하는 정령에 의해 도·도·부·현, 시·정·촌 또는 특별구가 처리하는 것이기 때문에 지방자치단체의 사무에 속하는 것이나, 다만 국가가 본래 완수하여야 할 역할과 관련되는 것”이라는 전제요건이 있는 사무이다.

757) 室井力, 新地方自治法入門, 法律文化史, 2000, p.176.; 塩野宏, 行政法Ⅲ, 有變閣, 2002, p.128. 최환용, 앞의 논문, p.91에서 재인용. 지방공공단체나 학자들 사이에서는 법정수탁사무의 법적 성격을 둘러싸고 법정수탁사무의 범위를 축소하여야 한다는 의견이 다수를 차지하고 있다.

(3) 위임조례의 폐지

구 ‘지방자치법’은 지방자치단체에 위임된 사무에 대한 단체위임사무에 대하여 원래 국가의 사무로 규정하고 이를 규율하는 조례를 “위임조례”라고 하였다. 그러나 ‘지방자치법’의 개정으로 기관위임사무와 단체위임사무가 소멸되고 “자치사무”로 통합되므로 인하여 “위임조례”는 소멸되었다.

그러나 지방자치제도 개혁 이후에도 법률을 제정하면서 직접 조례에 위임하는 “○○법 시행조례”의 형태로 나타나고 있으며,⁷⁵⁸⁾ 이 경우에 종전의 “위임조례”에 비하여 자치입법권한이 확대되었다고 소개되고 있으나 이에 대하여는 비판적인 지적이 존재한다.⁷⁵⁹⁾ 즉 국가와 지방자치단체의 공통의 이해관계가 있는 분야에 대하여 국가가 법령제정과 재정부담의 주체로써 그 사무의 일부를 지방자치단체에 다시 위임할 수 밖에 없는 현실적인 문제로 인하여 “위임조례”는 명칭을 달리 한다 하여도 소멸되지 않을 것으로 보여 진다.

5. 국법선점이론

(1) 전통적인 국법선점이론

전통적인 국법선점이론은 “법률로 규율하는 영역에 대하여 조례가 다시 동일한 목적으로 규율하는 것은 법률이 이미 선점한 영역을 침해하는 것이므로 법률에서 특별한 위임이 없는 한 허용되지 않는다”는 원칙이다. 따라서 법령이 명시적으로 또는 묵시적으로 규율하는 사항에 관하여 법령의 명백한 위임이 없으면 조례가 이를 규율할 수 없으며 조례가 이를 규율한다면 법령의 선점 영역을 침해하여 위법하게 되는 것으로 보았다.⁷⁶⁰⁾

758) 山代義雄, 新地方自治法制度(改訂版), 北樹出版社, 2001, p.147. 최철호, 앞의 논문, p.7에서 재인용.

759) 최철호, “일본 지방자치법상의 자치입법권의 해석 및 한계”, 한국지방행정연구원, 2007, p.7. (김중권 토론문) 이러한 법률에서 직접 조례에 위임하는 법 시행 조례에 대하여 조례제정의 범위를 확대하기보다 지방의회를 지금보다 더 확실하게 국가의 하급 행정기관화할 우려가 있다.

760) 實井力, 新現代地方自治法入門, 法律文化社, 2003, p.203. 최철호, 앞의 논문, p.17에서 재인용. (1) 법령에 위반하지 않는 경우; ① 당해사항을 규율하는 국가의 법령이 없어서 공백상태에 있는 사항에 대해서 규제하는 조례, ② 국가의 법령이 규제하고 있는 사항(대상)과 동일한 사항(대상)에 대해서 당해 법령과는 다른 목적으로 규제하는 조례 ③ 국가의 법령이 규제하고 있는 목적과 동일한 목적이지만 국가의 법령의 규

그러나 1960년대 산업화와 도시화로 인한 공해문제가 심각해지자 ‘동경도공해방지조례’는 국가의 법령보다 더 엄격한 기준을 규율하게 되었고 이로 인하여 국가의 법령과 충돌하게 되었다.⁷⁶¹⁾ 이에 대하여 최고재판소는 “법률이 국가 전체적인 최대기준을 정하였다면 조례는 이 규정을 초과할 수 없으며, 법률이 최저기준을 정하였다면 지방자치단체는 국가의 기준보다 더 엄격한 규정을 제정할 수 있다”고 판시하고 “국가의 법률이 지역의 조건에 맞도록 엄격하게 규정하였다면 새로운 조례는 허용되지 않는다”라고 설명하고 있다.⁷⁶²⁾

이와 같은 판단은 ‘헌법’ 제94조에 의하여 지방자치단체가 제정하는 조례는 국가의 법률과 대등하며 지역법·자주법으로써 실질적인 법률로 보아, 법률의 위임이 없이도 국민의 기본권을 제한할 수 있다고 보는 신고유권설의 견해에 의한 것이다. 그러한 점에서 전통적인 국법선점이론에 따르면 해당 조례는 위법으로 무효가 된다.

그러나 국가의 입법이 환경수요의 변화를 수용하지 못하였고 이에 따라 부득이하게 지방자치단체가 주민의 생명과 건강을 보호하기 위한 자치입법을 선도적으로 시행하게 되므로 인하여 전통적인 국법선점론이 동요하게 되었다.⁷⁶³⁾ 이와 같이 전통적인 국법선점이론은 법치주의 원칙에 따라 당연한 원리라고 할 수 있으나 특별한 예외라는 점에서 자치입법권한의 확대를 위하여 논의할 필요성이 있다.

제의 범위 밖에 있는 사항을 규제하는 조례 등을 들 수 있다. (2) 법령에 위반하는 경우; ① 국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 사항(대상)에 대해서 국가의 법령과 동일한 목적으로 국가의 법령의 규제보다 강한 규제를 하는 조례 ② 법률의 특별한 위임이 있는 경우에 그 위임의 한계를 넘는 조례 등을 들 수 있다; 田中二郎, 國家法と自治立法, 法律學會雜誌, 第80卷第4號, p.458. 김홍대, 앞의 책, p.178에서 재인용

761) 김홍대, 앞의 책, p.203, 1960년대 복잡 다양한 공해에 대응하지 못하게 되자, 1969년 ‘동경도 공해방지조례’ 등에서 종합 체계적 규제허가제 등 법령상의 기준을 강화하는 내용의 조례제정이 일반화되기 시작하였다.

762) 최봉석, 앞의 책, p.293; Yoshiaki Yoshida, Authority of the National and Local Governments Under the Constitution, Law and Contemporary Problems, 1990, In 1975, the Supreme Court commented as follows on the relationship of the law and regulation: If the law aims at a nationwide standard (establishing a) maximum limits, the regulations will not go beyond the provisions; but if the law establishes a minimum standard, local public entities are able to strengthen the national regulations in accordance with the conditions of each district. A new regulations is not permitted, therefore, when the national law has strict provisions in accordance with the conditions of the local economy.(대법원은 법률이 국가의 기준으로 상한선을 제한하는 목표로 제정되었다면 규칙은 이 상한선을 벗어 날 수 없다. 그러나, 법률이 최저기준을 제정하였다면 지방자치단체는 각 지방의 조건에 맞도록 국가의 기준보다 강화된 규정을 제정할 수 있다. 국가의 법률이 지방의 경제 조건에 따라 엄격하게 규정하였다면 새로운 규정의 제정은 허락될 수 없다)

763) 이세정, 앞의 논문, p.33.

(2) 수정이론

1) 명백성 이론

전통적인 국법선점이론에 따르면 자치입법권은 국가의 법률에 따라 정하는 것이기 때문에 그 사무의 범위는 국가의 입법정책에 따라 임의로 정할 수 있다. 그러나 이는 지방자치의 본지에 역행하며 이러한 역기능을 해소하기 위하여 “법령의 선점영역을 인정한다고 하여도 그 범위는 당해법령이 조례에 의한 규제를 명확히 인정하고 있지 않는다고 해석되는 경우에 한하여야 할 것이다”라는 주장이 나타나게 되었다. 이와 같이 법령과의 저촉이 명백한 때에만 조례가 무효로 된다는 이른바 명백성 이론이 나타나게 되었다.⁷⁶⁴⁾

2) 법령 최저기준론

전통적인 국법선점이론은 법령의 선점범위를 지나치게 확대하여 자치입법권한을 제한하게 되므로써 이를 반성하는 차원에서 명백성 이론이 대두되었다. 그러나 명백성 이론은 궁극적으로 국법선점이론의 범위를 벗어나지 못하는 한계가 노출되어 이 한계를 벗어나려는 노력들이 전개되어 왔다.

이에 따라 지방자치단체가 지역특성에 맞추어 국가법령의 규제기준 보다 엄격한 기준을 설정하기 위한 조례 제정의 필요에 따라 법령 최저기준론이 나타나게 된 것이다.⁷⁶⁵⁾ 법령 최저기준론은 개별적으로 공해규제 최저기준론,⁷⁶⁶⁾ 자치사무 최저기준론,⁷⁶⁷⁾ 그리고 규제한도 법률론(최저기준 법률론)이 출현하게 되었다.⁷⁶⁸⁾

764) 成田頼明, 法律と規則, 憲法講座Ⅳ, 有斐閣, 1959, p.215. 김홍대, 앞의 책, p.181에서 재인용.

765) 田中二郎, 新版行政法(中卷), 弘文堂, 1976, p.135. 최우용, “지방자치단체의 법적지위 및 자치입법권의 보장”, 『동아법학』, 제29호, 동아대학교법학연구소, 2001, p.135에서 재인용.

766) 室井力, 公害行政における法律と條例, 法セミ, 177號, p.67. 김홍대, 앞의 책, p.184에서 재인용. 공해규제 최저기준론 ; 이 이론은 일본의 공해문제로 인한 지역적 특성과 주민의 생존권이 우선이라는 헌법적 요청과 지방자치의 본지에 따라, 기업의 재산권보다 우월하다는 인식으로, 국가의 법령에 의한 규제는 전국적인 입장에서 규제하는 최저기준(National Minimum Standard)이라고 주장하게 된다. 이에 따른 주장으로 국정공백분야, 초과조례와 추가조례도 허용되어야 한다고 주장하며, 법률의 규제보다 더 강화된 기준을 정하는 조례를 금지하는 법률은 무효라고 하며, 공해분야에 관한 한 “법률선점론”은 “조례선점론”으로 전환되어야 한다고 주장한다.

767) 原田尙彦, 地方自治の現代的 意義と條例の機能, p.245. 김홍대, 앞의 책, p.184에서 재인용. 자치사무 최저기준론 ; 이 이론은 전통적인 국법선점이론을 부정하면서, 자치사무에 대한 국가의 법률은 전국 일률적으로 적용하여야 하는 최저기준으로 해석하여야 하고, 자치단체는 국가의 최저기준이 불충분하다고 판단할 경우에는 그 자체가 기본권의 보장과 비례원칙에 위반되거나, 그 수단과 목적이 불합리하다면 자치입법권함으로써 조례는 확장 내지 초과 규제를 허용하여야 한다는 주장이다. 즉, 이와같은 자치입법권한은 국가가 금지하는 취지의 조항을 둔다고 한다면 법률이 지방자치의 본지에 반하게 되어 오히려 위헌의 소

제5절 시사점

1. 자치입법권한의 공통점과 특징

지방자치는 국가별로 헌법과 법률이 보장하며 “법률의 범위 안에서” 허용되는 점에서 공통점이 있다. 다만 자치입법권한은 “자치사무를 규율하고 관리하는 권한” 혹은 “조례를 제정하여 집행하는” 경찰권한으로써 우리나라에서 말하는 “자치에 관한 규정”의 제정에 비하여 다소 넓은 의미를 포함하고 있다.

또한 자치입법권한은 전권한성의 원칙과 자기책임성의 원칙에 따라 자신의 사무를 규율하고 집행한다는 점에서 공통점을 찾을 수 있으나 규율범위는 국가별로 헌법과 법률이 어느 정도까지 인정되는가에 따라 차이점이 있다. 이 특징은 역사적·법률적 배경에 따라 영국과 미국 ‘지방자치헌장’ 그리고 독일의 ‘지방자치고권’과 일본의 ‘지방자치의 본지’와 같이 나타나고 있다.

이와 같이 지방자치와 자치입법권한의 본질에 의한 차이점으로 영국과 미국의 “주민자치”는 상향적인 지방자치제도에 따른 것으로 자치입법권한의 규율범위가 광범위하며, ‘지방자치헌장’ 제정권한과 조례제정권한으로 나타나고 있다. 반면에 독일과 일본의 지방자치는 하향적인 “단체자치”로 위임사무와 자치사무를 구별하고 국가의 사무를 지방으로 위임하는 지방분권에 중점을 두게 된다. 그러한 점에서 지방자치단체는 국가의 일선기관이면서 동시에 자치기구으로써 복수의 지위이며 자치입법권한은 위임사무를 규율하는 “위임조례”와 자치사무를 규율하는 “자치조례”로 구분되어 진다.

지가 있다고 본다. 따라서, 자치사무 최저기준론을 적용할 영역은 “최소한 공해방지사무나 지역적 자연환경의 보호·토지이용의 계획화 등” 주민생활의 안전과 복지에 관한 사무를 자치사무의 영역에 포함시켜야 할 것이다.

768) 岩崎忠夫, 條例制定權の範圍と限界, 地方自治法講座, 2(條例 規則), 1990, p.62. 김홍대, 앞의 책, p.185에서 재인용. 규제한도법률론(최저기준법률론); 이 이론은 지방자치에 관련되는 국가법령의 대부분은 최저기준으로, 단순히 법률의 문언에 구속되어 문리해석을 하는 것은 지양되어야 하며, 헌법이 보장하는 지방자치의 본지에 따라 조리에 맞게 해석하여야 한다는 주장이다. 따라서, 자치사무의 실질상 행정수요의 지역차가 있는 규제사항은 그 규제가 지방자치사무에 부적합과 아울러 그에 관한 국가의 법령만으로는 충분히 행정수요에 부응할 수 없고 국가의 법령은 전국적인 최저기준을 정하는 데 그치는 것이라고 해석할 수 있다고 한다. 이 견해는 최고재판소의 덕도시공안조례(德島市公安條例) 사건 판결에서 “조례가 법령에 위반되는가의 여부는 양자의 대상사항과 규정문언을 대비하는 것이 아니라, 각각의 취지 목적 및 효과를 비교하여 양자 간의 모순 지축이 있는가의 여부에 의하여 결정하여야 한다.”고 판결하면서 법률보다 더 엄격하게 규제한 조례를 유효하다고 결정한 바 있다.

다만 영국과 미국 그리고 독일의 지방자치는 공통적으로 지역 공동체를 중심으로 형성되고 이론이 전개되어 왔으며, 우리나라에는 이와 같은 지역 공동체 중심의 지방자치는 존재하지 않으며 역사적·법률적 배경이 다르다는 점에서 주의가 필요하다.⁷⁶⁹⁾ 그러한 점에서 우리나라의 지방자치에서 주민자치와 단체자치는 보완되어야 한다. 다만 중앙집권 과정에서 위임조례 위주로 형성되었고 자치조례는 그 규율의 여지가 매우 좁다고 할 수 있으므로 자치입법권한의 확대를 논할 필요가 있다.

2. 지방자치 고유권설의 특징

영국과 미국의 지방자치의 본질은 “고유권설”에 근거하는 “주민자치” 방식으로 자치입법권한의 본질은 국가의 법령과 규율범위를 달리하는 “조례”의 제정에 있다고 할 것이다.⁷⁷⁰⁾ 따라서 조례는 실질적인 지역법률로써 순수한 자치사무를 대상으로 법률의 위임이 없이도 제정이 가능하며 자치사무에 대한 전권한성과 자기책임성이 명백하게 나타난다.

이 배경은 지방자치단체 설립을 원하는 주민들이 스스로 지방자치단체를 설립하고 지방정부를 조직하는 ‘지방자치현장’으로 대표된다. 특히 ‘지방자치현장’은 지방자치 최고의 규범으로써 자치입법권한의 핵심으로 자치사무를 창설하고 조례의 규율범위를 스스로 정하게 된다. 따라서 법률 단계는 “주 헌법 - ‘지방자치현장’ - 조례”의 순으로 성립하게 되며, 자치입법권한은 “조례를 제정하여 집행하는” 경찰권한으로 조례의 규율범위는 전통적으로 “생활안전방해의 예방과 제재”로서 현재까지도 지방자치단체의 가장 중요한 고유사무로써 자치입법권한의 핵심적인 구조에 해당된다.⁷⁷¹⁾

769) 조정환, 앞의 책, p.79. 주민자치에 있어서도 주민 모두가 자치행정을 수행하는 것이 아니고 지방자치단체를 구성하여 그 단체로 하여금 자치행정을 수행하게 하는 것이며, 또한 단체자치에 있어서도 주민의 참여를 전제로 하는 경우에만 자치행정의 기본적인 이념이 실현 될 수 있기 때문에, 양자는 불가분의 관계에 있다. 오히려 주민자치를 지방자치의 실질적인 요소로, 그리고, 단체자치를 지방자치의 형식적 요소로 보는 것이 타당하다고 하겠다.

770) Howard Lee McBain, *Supra.p.* p.190.

771) William D. Valente, *Local Government Law, Cases and Materials*(Second Edition), West Publishing Co, 1979, p.450. A private nuisance is one affecting a single individual or a definite small number of persons in the enjoyment of private rights not common to the public, while public nuisance is one affecting the rights enjoyed by citizens a part of the public. To constitute a public nuisance, the

특히 최근의 자치입법 사례에서 볼 수 있듯이 칼라바사스 시티 ‘친환경 식품포장용기 사용조례’와 같이 주 법률의 위임이 없이도 주민 스스로 생활안전방해를 예방하고 제재하기 위한 자치사무가 시원적으로 창설된다. 그러나 고유권설에 의한 지방자치라 할지라도 기초자치단체인 지역 공동체를 중심으로 발전되어 왔다. 이에 비하여 광역자치단체인 카운티는 고유권설에 의한 주민자치라기보다 국가의 사무를 처리하는 일선기관이면서 동시에 자치사무를 처리하는 복수의 지위로서 독일의 크라이스와 다르지 않다는 점은 주의가 필요하다.⁷⁷²⁾

3. 독일의 자치사무 구분 체계

독일의 지방자치에서 사무체계 이원론은 오래 된 입헌군주정 아래에서 국가의 영역과 사회의 영역을 구별하는 국가와 사회의 이원론에 따라 고유사무와 위임사무를 구별하여 지방자치의 고유한 영역을 확대하고자 하는 논의에 따른 것이다.⁷⁷³⁾ 이에 비하여 사무체계의 이원론은 전통적인 이원적 체계를 극복하기 위한 방안으로 추진되었다.⁷⁷⁴⁾

그러나 사무체계 이원론을 따른다 할지라도 지방자치단체를 국가의 한 구성부분으로 보아 연방과 주의 위임사무는 여전히 존재하며,⁷⁷⁵⁾ 외형적으로는 단일한

nuisance must affect a considerable number of people or an entire community.(사적 생활안전방해는 개인의 권리 행사에 영향을 미치는 행위이며, 공적 생활안전방해는 공공의 주민의 권리에 영향을 미치는 행위이다. 공적 생활안전방해를 구성하기 위해서는 의미 있는 숫자의 주민 혹은 전체 공동체에 영향을 미쳐야 한다)

772) United States of America, California State Government Code, §23003, A county is a body corporate and politic, has the powers specified in this title and such other necessarily implied from these expressed. LA County Charter Article 1. Section 1. *Supra*. 미국 ‘캘리포니아 주 정부조직법’ 23003조 및 ‘LA 카운티 차터’ 제1장 제1조는 카운티의 지위에 대하여 지방자치단체(body corporate)이면서 정부기관(politic)으로 복수의 지위라는 점을 명시하여 규정하고 있다. 이 ‘politic’의 개념에 대하여 캘리포니아 주 대법원은 “Miller” 사건 판결에서 카운티는 지방자치단체가 아니라 주 정부의 권한을 행사하는 법률적 하위기관이라고 판결한 바 있다. Estate of Miller, 5 Cal. 2d 588, 55P. 2d, 491, 1936, The county is not a corporation, nor even a municipal corporation at all. It is a legal subdivision of a state charged with governmental powers.(카운티는 자치단체가 아니다. 정부의 권한을 행사하는 주의 법률적 하급기관이다)

773) 임승빈, 앞의 보고서, pp.17-18. 그럼에도 불구하고 독일에서 이원론적 사무체계는 여전히 상당한 한계를 가지고 있다. 지방자치단체가 처리하는 모든 사무를 자치사무라고 보고자 함에도 불구하고 종전에 위임사무에 속하던 사무는 여전히 존속시키고 있으며, 지방자치단체의 기관이 처리하는 사무는 기관차용이라고 하여 별개의 사무체계로 존속시키고 있다. 위임사무(단체위임사무)와 기관차용(기관위임사무)의 구별기준이 뚜렷하지 않고 법적인 성질에 있어서 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 이를 존속시킬 필요가 있는 지 의문의 여지가 있다. 이점에서 독일의 사무이원론은 사실상 변형된 사무이원론에 불과하다.

774) 홍정선, 앞의 책, p.435.

775) 홍정선, 앞의 책, p.436. 지시사무는 ① 법률에서 정한 지시권의 범위 내에서 한정된다. ② 법률에 의하여

사무체계라 할지라도 국가의 위임사무는 여전히 지시사무의 형태로 존재한다.⁷⁷⁶⁾ 이 지시사무에 대하여 위임사무와 차별이 없다는 비판이 제기되며 법적 성질에 대한 논란이 가중될 뿐 논의의 실익이 없다는 견해가 있다.⁷⁷⁷⁾

그러함에도 우리나라에서 “모든 사무를 지방사무로 하고 원칙적으로 지방자치단체가 자기책임 하에 처리하는 것이 바람직하다”는 견해와 “이원론은 시대적인 변화에 따라 타당성이 상실되었으므로 사무체계를 적극적으로 모색하는 것이 바람직하다”는 주장이 있다.⁷⁷⁸⁾ 또한 자치사무 이원론은 현대 지방행정의 광역화로 인하여 위협을 받고 있으므로 일원론으로 나아가야 한다고 주장한다.⁷⁷⁹⁾ 그러나 일원론 스스로의 한계를 지적하며 합리적인 방안을 모색하는 것이 바람직하다고 주장한다.⁷⁸⁰⁾ 그렇다고 할지라도 우리나라에서 일원론을 적용하고자 한다면 국가 법률의 우위성과 국가 재정의존 등 현실적인 여건을 감안하면 지방자치단체를 국가의 일선기관으로 전락시켜 지방자치를 소멸시킬 위험이 높다고 보여 진다.

뿐만 아니라 국가와 사회를 대립 관계로 보는 전통적인 이원론적 관념은 이미 협력 관계로 극복이 되었다.⁷⁸¹⁾ 따라서 지방자치는 상향적인 민주주의 원칙으로 보장되어야 하며 국가와 지방자치단체간의 이원적 구조에서 국가의 위임사무로

과된다. ③ 국가기관의 명령에 지방자치단체가 따라야 한다. ④ 국가의 특별한 감독이 있다. ⑤ 행정심판 절차에서 국가기관의 행정심판기관 특정이 있다.

776) Schmidt-Eichstaedt, Die Rechtsqualität der Kommunalaufgaben, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd,III, 2, Aufl., 1983, S. 9-30(20f), 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.59에서 재인용. “지시사무의 개념은 오히려 도대체 정의될 수 없는 것이라는 비판만 불러오고 있다”

777) 최봉석, 앞의 보고서, p.51. 일원론적 또는 이원론적인 사무모델로써 오늘 날 게마인데 영역에서 행해지는 공행정을 완전하게 포섭하는 것은 어렵다 할 것인바, 게마인데는 그 외에도 특별행정청으로써 사무를 수행하기도 하며 기관차용(Organleih)의 형태로 사무를 수행하기도 한다. 진자는 국가가 자신의 특별행정청을 통하여 현장에서 수행하는 사무로 노동행정, 국방행정 및 영업감독 등이 해당되며, 후자는 국가 행정의 특별한 형태로서, 법률을 통해 개개의 게마인데 기관에게 국가의 사무를 위탁하는 경우이다. 이 경우 당해 게마인데 기관은 국가의 행정으로 일체화되고 그 자체로서 모든 국가 심급의 감독에 복종하여야 한다; Reinhard Hender. Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Koln u.a. 1984. S. 274. 한귀현·최봉석·최우용, 앞의 보고서, p.59에서 재인용. 포르스트호프의 자치개념에 의하면 자치행정이 갖는 역사적 정치적 요소는 제거되고, 행정주체의 형식적인 요소인 법인격만이 중요시되었다. 그리하여 백년이 넘게 진행되어온 자치개념에 관한 논쟁은 그에 의하여 자치없는 자치론으로 극단화 되었다.

778) 백종인, 앞의 논문, p.15.

779) 조성규, “행정구역개편을 통한 통합형 지방자치단체의 사무개편을 위한 법적 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제25호(제10권1호), 한국지방자치법학회, 2010, p.14.

780) 최봉석, 앞의 논문, p.116, 다만 우리나라 지방자치법의 근간이 사무이원론을 전제로 하고 있다는 점에서 사무일원론이라는 방향성 제시에 그치며, 사무일원론의 구체적 도입에 대해서는 보다 신중하고 깊이 있는 연구가 필요하다; 홍정선, 앞의 책, p.438. 사무일원론 추진의 방법론에서는 단체위임사무와 기관위임사무의 개념을 폐지하고 자치사무의 개념만 존치시키고, 자치사무도 지방자치단체에 보장되는 자율성의 강도와 관련하여 제1종 자치사무와 제2종 자치사무로 구분하는 방식을 도입하는 것을 주장한다.

781) 허 영, 앞의 책, p.1150. 전통적으로 지방자치의 이념적 기초가 되어 온 국가와 사회의 대립적인 이원론의 입장은 오늘 날 그 이론적인 바탕을 상실했다고 보아야 할 것이다.

부터 자치사무가 구분되어야 한다. 이 경우에 자치사무는 전권한성과 자기책임성이 보장되는 지방자치의 고유한 영역으로 지방자치단체의 존재이유로써 타당한 근거이다.⁷⁸²⁾

그러나 국가와 지방자치단체는 그 구성원을 각각 국민과 주민으로 공유하고 있으므로 엄격하게 구분하는 기준설정은 현실적으로 어려우며 국가사무와 자치사무는 그 규율대상은 중첩될 수 밖에 없다. 그렇다고 할지라도 자치조례가 규율하는 자치사무의 영역이 확대되어야 하며 자치사무의 존재는 전권한성과 자기책임성에 따른 독립된 영역이라 할 수 있다. 다만 국가로부터 완전히 독립된 별개의 사무가 아니라 국가의 한 구성부분으로 오직 지방의 문제에 한정되는 고유사무라는 점은 이해되어야 할 필요가 있다.⁷⁸³⁾ 또한 지방자치단체가 국가의 위임사무를 수임하여 처리한다 할지라도 주민은 국가와 지방자치단체가 수행하는 복지의 수혜자로서 자치사무와 구별할 실익이 없으며 지방자치단체는 위임사무의 수행자로서 지방분권 차원에서도 이를 거부할 이유도 없다.

4. 일본의 지방자치제도 개혁

일본 지방자치제도의 개혁은 국가와 지방자치단체의 관계를 “상하·주종관계”에서 “대등·협력관계”로 설정하여 지속적으로 추진하는 목표를 설정하였다는 점은 의미가 있다.⁷⁸⁴⁾ 또한 ‘헌법’ 제92조가 규정하는 지방자치의 본지에 따라 국민주권론에 기초하여 지방자치권한을 확대하는 “지방분권일괄법”을 제정하여 전반적으로 추진되었다.⁷⁸⁵⁾ 이에 따라 국가와 지방자치단체의 역할을 명확히 분담하고, 기관위임사무는 이를 폐지하고 이를 법정수탁사무로 전환하여 지방자치단체의 사무는 “자치사무”와 “법정수탁사무”로 구분되었다. 이로 인하여 위임조례는 폐지되어 자치입법권한이 확대되었다는 평가를 받는다.⁷⁸⁶⁾

782) 정남철, 『행정법의 특수문제』, 법문사, 2018, p.27. 헌법이나 법률에서 국가나 다른 공공단체에서 사무로 유보하지 않는 한 지방자치단체는 지역공동체와 관련된 모든 사무에 대해 포괄적인 자치권을 가진다(전권한성의 원칙). 또한 자치사무에 대해서는 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법의 테두리 내에서 자주적으로 처리하고 책임을 진다.

783) W.W. Willoughby, *Supra*, p.274.

784) 정재길, 앞의 논문, pp.3-4.

785) 양승미, 앞의 논문, p.182.

786) 최환용, 앞의 논문, p.329. 우리나라는 지방분권의 초기 단계에서 “권한이양”이라는 관점에서 시작되었지

그러나 개혁의 주체는 내각 총리대신을 정점으로 하향적인 방식으로 추진되었으며 “미완의 분권개혁”으로 그 성과가 미미하다고 평가되고 있다.⁷⁸⁷⁾ 또한 그 법률 형식과 내용이 방대하여 복잡하고 법률과 조문 상호간 관련성에 대하여 일반 국민과 지방공무원들이 이해하기 어려우며,⁷⁸⁸⁾ 조례 제정의 범위는 종래에 비하여 변화가 없다는 지적이 있다.⁷⁸⁹⁾

그러한 점에서 우리나라에서 이와같은 방식으로 지방자치제도를 개혁하고자 한다면 주의가 필요하며,⁷⁹⁰⁾ 이와 관련하여 2011년 10월 국회에 제출되었던 「지방자치법」 개정(안)은 단체위임사무와 기관위임사무를 폐지하고 국가사무와 자치사무, 그리고 법정수임사무로 재편을 추진한 바 있다. 그러나 법정수임사무는 제3 유형의 사무를 창설하였다는 점에서 이원론의 범주를 벗어나지 못하였다는 견해가 있다.⁷⁹¹⁾

만 일본은 “국가와 지방의 대등 협력적 관계”라는 점에서 국가 관여의 법정주의나, 기관위임사무의 폐지와 법정수탁사무의 도입 등 지방분권의 기본방향과 철학에 맞추어서 중앙정부가 해야 할 역할과 지방자치단체가 하여야 할 역할을 구분하고, 이에 따른 권한의 이양을 추진한 결과가 ‘지방분권일괄법’이라는 법 형식을 생각하게 된 이유가 아닐까 하는 생각이 든다.

787) 한국지방자치법학회, 『지방자치법주해』, 박영사, 2004, p.825. 비공개로 밀실에서 이루어져 그 합의의 형성과정은 국민에게 투명하게 공개하지 않았다는 점, 이번 개혁이 주민자치 그 자체 보다는 주민자치의 기반구축에 초점이었다는 점으로 인하여 국민의 관심과 기대에 크게 부응했다고 보기 어렵다; 최철호, “한국의 지방분권 개혁의 성과와 과제, 『지방자치법연구』, 통권제35호(제12권3호), 한국지방자치법학회, 2012, p.45; 西尾 勝, 未完の分權改革, 岩波書店, 1999, 분권추진위원회 최종보고서 제1장, 박정훈, “자치단체 기관 구성 다양화를 위한 입법사례 연구”, 행정자치부, 2014, p.31에서 재인용.

788) 정재길, 앞의 논문, p.15 이번 개혁은 그 형식과 내용 및 규모 면에서 방대하고 복잡하다. 특히 관계 법률은 조문의 형식을 취하기 때문에, 입체적이지 못하고 평면적이어서 전문가가 아닌 일반 국민(주민)과 지방공무원들이 이해하기 어렵다는 점이 지적되고 있다. 또한, 워낙 많은 법률이 한꺼번에 개정되어 법률간, 조문간 상호 관련성과 저속성을 체계적, 유기적으로 이해하기가 상당히 어려운 점도 있다; 岩橋健定, 分權時大 條例制定權-現狀と課題, 自治体政策法務, 2011. p.353. 신정원, “침익적 위임조례에 있어 위임의 포괄성과 그 한계”, 『지방자치법연구』, 통권제60호(제18권4호), 한국지방자치법학회, 2018. p.209에서 재인용. 일본에서는 법정수탁사무와 자치사무로 분권개혁이 이루어진 후에도 법률에서 불명확한 부분이나 규정되지 않은 사항을 조례에서 구체화하거나 보충하여 부가할 수 있는지가 법해석론으로서 여전히 논의되고 있다, 이와 관련하여 우리나라에 널리 알려진 추가조례론과 초과조례론 이외에 법률에서 규정한 요건을 조례로 구체화하는 것이 허용된다는 구체화조례론, 법률에서 요건으로 규정하지 않은 사항도 조례에서 요건을 보충 부가하여 규정하는 것이 가능하다는 부가조례론 등이 논의되고 있다.

789) 北村喜宣, 自治体環境行政法, 良書普及會, 2001, pp.29-31. 최철호, “일본 지방자치법상의 자치입법권의 해석 및 한계”, 한국지방행정연구원, 실질적 조례제정권의 확대방안 연구 워크샵, 2007, p.6에서 재인용. 일본 ‘헌법’ 제94조가 규정하는 조례의 허용범위로서의 “법률의 범위 내에서”라는 조건과 ‘지방자치법’ 제14조의 “법령에 위반되지 않는 한에서”라고 하는 제약에 변화가 없는 이상 국가가 법률에 기준을 상세히 규정한 다든지 또는 통달을 정령으로 끌어 올린다면 하면 조례제정의 한계는 종래와 변화가 없는 것이 될 우려가 있다. 여기서 지방자치법이 규정하는 국가와 지방자치단체의 역할 분담에 맞는 입법의 원칙, 자치사무에 관한 입법원칙 및 법령의 해석 운용의 원칙을 헌법 제92조의 원칙과 조화롭게 해석하여 만약에 자치사무에 대해서 너무 상세하게 규정하는 법령이라면 하나의 표준을 나타낸 것이라고 해석해서 조례가 이와는 다른 상세한 기준 등을 정할 수 있다고 해야하고 그렇게 해석하지 않는다면 위헌적이라는 견해도 있다.

790) 최환용, 앞의 논문, p.102. 특히 법정수탁사무의 개념이 추상적으로 규정되고, 결국 어떤 사무를 법정수탁사무로 할 것인가의 여부가 개별법에 맡겨지게 됨으로써 법정수탁사무를 예외적으로 인정하고자 했던 본래의 의도에서 크게 벗어난 결과가 되었다는 지적은 우리에게도 참고할 만하다.

5. 법률선점주의의 예외

법률선점주의는 국가의 법률이 선점하는 영역에 대하여 자치입법권한이 제한되고 있으나 자치입법권한의 확대를 위하여 예외 부분을 검토할 필요가 있다.

영국은 권한유일의 법칙에 따라 자치입법권한은 엄격히 제한되며, 별도로 의회가 특정한 지방자치단체의 특정한 자치사무를 규율하는 지역 법률의 특징이 있으며, 조례가 아니라 국가의 법률에 의하여 지방자치가 직접 규율될 수 있다는 점을 보여주고 있다. 다만 이 경우는 오랜 법률적 전통에 따른 것이다.

미국의 경우 법률선점주의의 예외로써 ‘지방자치헌장’에 의하여 설립된 지방자치단체의 자치입법권한은 광범위하게 부여되는 경향을 보여 주고 있다. 그러나 근거는 지방자치 고유권에 따라 조례는 법률을 의미하며 규율범위는 단순한 자치사무라는 점에서 주의가 필요하다.

독일은 연방법우선주의에 의하여 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙을 엄격하게 적용하고 법치국가의 관념에 따라 국법질서의 통일성을 유지하고 있다. 다만 그 원칙에 대한 예외로 ‘기본법’ 제28조 제2항은 게마인데의 자치권을 직접 수권한 것으로 보고 있으며 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제4항은 게마인데의 상향적인 민주주의를 보장하고 있다.⁷⁹²⁾

일본의 경우 국법선점주의에 대한 수정으로 국가의 법률이 정한 기준보다 더욱 엄격한 기준을 정하는 초과조례와 추가조례 제정의 계기가 되었으며,⁷⁹³⁾ 법정수탁사무에서 국가최저기준의 근거를 제시하였다는 점에서 의미가 있다 할 것이다.⁷⁹⁴⁾ 다만 지방자치의 전반적인 분야가 아니라 환경과 복지 분야의 일부에 한정된다는 점은 주의가 필요하다.⁷⁹⁵⁾

791) 최철호, “한국의 지방분권 개혁의 성과와 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제35호(제12권3호), 한국지방자치법학회, 2012, p.14.

792) K-V, Meyn, Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinde, 1977, S.25, S.40, 김홍대, 앞의 책, p.173에서 재인용.

793) 신봉기, “자치입법권의 범위와 실효성 확보방안”, 『지방자치법연구』, 통권제2호(제1권2호), 한국지방자치법학회, 2001, p.11.

794) 김홍대, 앞의 책, p.194.

795) 박찬주, 앞의 논문, p.522. 주민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하고 있는 특정한 조례가 법률의 위임을 요한다는 제한을 충족하고 있는가를 판단하는 것은 비교적 용이하기 때문에, 우리 학계에서 무비판적으로 소개되고 있는 일본의 명백성이론이나 국가최저기준(national minimum) 이론 등은 현행 법체계하에서는 공허한 것이 될 수 밖에 없다는 소수의 비판이 있다.

제5장 자치입법권한 확대방안

자치입법권한은 그 자체의 규율범위와 한계를 검토할 경우 법률적합성의 원칙에 따라 그 확대방안을 마련하는 것은 매우 제한적이다. 이에 대하여 그동안 다양한 방안을 모색하여 왔으나 이를 극복하지 못하였으며 현재의 상태에서 법률의 해석론으로는 한계가 있다.⁷⁹⁶⁾ 따라서 자치입법권한의 본질은 물론 현대 지방자치의 기본이념으로 지방분권의 원칙 그리고 자치입법권한 확대와 관련되는 입법 환경이 개선과 같이 넓은 의미로 검토가 되어야 한다.

그러므로 우선 헌법은 지방분권형으로 개정하여 그 기본원칙과 방향을 제시함으로써 광범위한 정치적 분권과 재정적 분권 그리고 행정적 분권을 지향하여야 한다.⁷⁹⁷⁾ 또한 지방분권을 구체화하기 위한 “지방자치기본법(안)”이 제시되고 있으므로 자치입법권한의 확대를 위한 대안이 요구된다. 이와 더불어 ‘제주특별법’ 시행 이후에 실증적으로 나타나는 문제점을 개선하고 제주특별자치도 입법권한의 확대방안에 대하여 논의할 필요가 있다.

제1절 지방분권형 헌법 개정방향에 관한 논의

1. 자치입법권한의 본질 검토

헌법이 지향하는 최고의 이념은 국민주권주의를 보장하는 헌법 원리에 기초하며,⁷⁹⁸⁾ 지방자치는 헌법이 보장하는 국민주권으로 부터 비롯된 국가 권력의 일

796) 문상덕, 앞의 논문, pp.64-65. 정부는 행정자치부에 자치입법제도개선연구단을 발족하여 구 「지방자치법」 제15조(본문 및 단서)와 제20조의 개정방안 등 자치입법권의 확대방향을 제도적으로 모색하고자 하였지만 연구단 내에서조차도 조례에 대한 법률유보론의 적용을 끝내 극복하지 못함으로써 뚜렷한 성과 없이 활동을 종료하고 말았다. 아무튼, 현재와 같이 협소한 자치입법권과 위임조례 위주의 왜곡된 자치입법 현상을 근본적으로 해소하기 위해서는 다수의 학설과 판례의 입장이 바뀌고 있지 않은 현실에서 해석론만으로는 한계가 있고, 결국 헌법의 개정을 비롯한 입법적 개선방안을 모색하는 것이 불가피하다고 본다.

797) 최우용, “지방분권형 헌법 개정에 관한 연구”, 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017. p.8. 실질적인 지방분권의 실현을 위해서는 지방분권에 관한 단편적인 정책이나 법률의 제·개정만으로는 한계가 있는 만큼, 이들을 아우르는 헌법적 차원에서의 헌법 개정은 필요하다고 생각한다. 권력구조 개편 중심의 정부형태의 개헌 만으로는 새로운 시대의 변화, 새로운 시대상을 반영할 수 없다. 실질적인 분권과 자치의 강화가 수반되지 않는 개헌이나 그것에 의한 권력구조는 21세기의 대격변기를 헤쳐 나갈 새로운 국가 시스템을 구축하는데 근본적인 한계를 가질 수밖에 없다.

798) 조성규, 앞의 논문, p.11. 현재 1989.9.8. 선고 88헌가6 결정, ‘헌법’의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최

부로써 지방자치단체는 국가와 대등한 공권력의 주체가 되어야 이상적이라 할 수 있다.⁷⁹⁹⁾ 이와 같이 국가와 지방자치단체의 관계는 인식의 변화에 따라 지방자치와 자치입법권한의 본질은 시원적인가 혹은 전래적인가의 문제로 나타날 수 있다.⁸⁰⁰⁾

그러함에도 ‘헌법’ 제117조와 제118조는 지방자치를 제도적으로 보장하고 있으나 입법자에 의하여 좌우되어 왔으며 자치입법권한은 국가의 입법권에 의하여 자의적으로 제한될 수 있다.⁸⁰¹⁾ 이 배경에는 지방자치는 국가로부터 전래되어 이에 종속되어야 한다는 인식에 따라 여전히 최소한의 보장에 머물러 있으며 지방자치의 본질로써 “제도적보장설”과 자치입법권한의 “위임입법설”에 따라 국가의 법령이 위임하는 권한만을 행사하도록 하는 획일적인 관념에 따른 것이다.⁸⁰²⁾

따라서 현대의 지방자치는 본질의 침해를 금지하는 정도의 소극적인 제도적 보장으로 해석해서는 아니 되며,⁸⁰³⁾ 이와 같은 전통적인 관념에 의존한다면 오늘날 지방자치에서 요구되는 동적·적극적 기능과 주민자치를 본질적 요소로 하는 실질적인 지방자치 그리고 지방분권과 보충성의 원칙을 수용할 수 없다.⁸⁰⁴⁾

그러함에도 우리나라에서는 “고유권설”에 의한 “주민자치”에 대하여 부정적이

고이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다.

799) 김영천, “한국에 있어서의 지방자치의 헌법적 기초”, 『지방자치법연구』, 통권제4호(제2권2호), 한국지방자치법학회, 2002, p.10. 권력분립주의 이념 즉, 지방자치와 관련한 지방분권의 이념은 지방자치단체의 자치사무에 관한 중앙의 지시에 의한 획일적인 행정을 지양함으로써, 그 범위 내에서 지방적인 행정단위를 중앙정부와 대등한 독립된 의사결정체로써 형성하게 된다.

800) 정재길, 앞의 논문, p.3. 이번 지방자치제도의 개혁이 지향하는 목표는 한마디로 분권형 사회의 구조이다. 이를 위하여 국가와 지방공공단체의 관계는 상하·주종관계에서 협력·대등관계로 설정하고 기관위임사무 제도를 폐지하여, 국가의 관여를 축소 변경하여 지방공공단체의 자기결정권을 대폭 확대·강화하는 것이 주 요골자이다.

801) 헌재 1994.12.29, 선고 94헌마201 결정; 헌재 2006.4.27, 선고 2005헌마1190 결정, ‘헌법’ 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐, 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. 헌법상 지방자치제도의 보장의 핵심영역 내지 본질적 부분에 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며, 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이다.

802) 김재호, 앞의 논문, pp.306-307. 우리나라의 헌법의 해석론에 있어서 지방자치는 기본권으로서가 아니라 객관적인 제도로서 보장되고 있다.

803) 조성규, 앞의 논문, pp.71-72. 지방자치단체의 조례는 헌법을 정점으로 하는 국법체계의 일환을 이루는 것이나, 이는 지방자치단체가 자치권에 근거해서 제정하고 그 구역 내에서 시행되는 것으로, 각 지방자치단체의 법질서를 구성한다는 점에서 국가의 입법권에 의하여 정립되는 국법과는 일단 독자적인 자주적 법체계를 형성한다. 그러한 조례의 자주적 입법성은 지방자치의 헌법적 보장에서 비롯되는 것임은 물론이다.

804) 최용전, 앞의 논문, p.147. 제도적 보장설에 입각한 소극적 입장의 지방자치규정 만으로는 현대국가에 있어서의 민주주의적 권력분립적 기능을 소화할 수 없으며, 주민참여의 활성화와 보충성의 원칙 도입을 요구하는 민주적 정당성의 확대를 수용할 수 없다. 이러한 한계에 대한 자각이 지방자치단체의 분권요구와 지방분권형 개혁의 요구로 나타나고 있다.

다.⁸⁰⁵⁾ 그러나 “주민자치”는 학술적 논의만 되는 것이 아니라 영국과 미국에서 실재하고 있다는 사실은 앞에서 설명한 바 있다. 특히 ‘지방자치현장’에서 볼 수 있듯이 “고유권설”에 의한 “주민자치”는 자치사무에 관하여 충분하고 완전한 가능한 모든 권한이 부여되는 고유한 권리로써 전권한성과 자기책임성이 최대한 보장되는 지방자치를 의미한다.

이에 비하여 “신고유권설”은 국민주권에 근거한 지방자치 확대를 위하여 “제도적 보장설”의 한계를 극복하고 “고유권설”을 인용하려는 노력이다.⁸⁰⁶⁾ 이와 같이 지방자치의 본질은 “제도적보장설”에 의한 “단체자치”로부터 “고유권설”에 의한 “주민자치”로 이동하고 있으며,⁸⁰⁷⁾ 자치입법권한의 본질은 “위임입법설”에서 “조례자주입법설”로 이동하고 있다.⁸⁰⁸⁾ “조례자주입법설”을 따른다면 국가는 자치입법권한을 자의적으로 제한할 수 없으며,⁸⁰⁹⁾ 지방의회는 민주적 정당성을 근거로 지역법·자주법으로써 “자치조례”를 제정할 수 있도록 사무체계 이원론에 의한 이원적인 자치입법권한을 근거로 하여야 한다. 그러므로 지방자치는 자치사무에 대하여 전권한성과 자기책임성이 보장되어야 하며, 자치입법권한은 자치사무를 자신의 책임으로 “규율하고 관리” 하는 권한 혹은 “조례를 제정하여 집행하는” 권한으로 보다 넓게 이해하여야 할 필요가 있다.

805) 최환용, 앞의 보고서, p.18; 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, p.766. 우리나라의 지방자치는 역사 및 국민들의 인식을 고려해 보면 지방자치를 주민의 고유권으로 이해하기는 어렵다.

806) 宇賀克也, 地方自治法概説, 有變閣, 2013. p.3. 허 진, 앞의 논문, p.470에서 재인용. 신고유권설이라고 불리는 수정된 학설이 주장되는 바, 이는 단체자치의 근거를 자연법에서 찾는 것이 아니라, 헌법이 정하는 국민주권원리와 기본권 보장의 규정을 근거로 재구성하려는 것이다. 즉 지방자치단체는 근원적 기본권인 주민의 자기결정권을 내포한 고유의 단체 기본권을 가지며 또한 지방자치단체가 국가 보다도 국민주권원리의 실현에 적합하다는 것이 단체자치의 근거라는 것이다.

807) 헌재 2009.7.30, 선고 2007헌바75 결정 (재판관 이동흡의 반대의견) 우리 헌법상 지방자치제도의 본질적 내용 중의 하나인 주민자치제도는 주민의 지방의회 의원이나 지방자치단체의 장의 선거를 통하여 간접적으로 지방행정에 참여하는 간접민주제를 원칙으로 하되, 대표기관에 의한 지방행정의 운영이 민의를 제대로 반영하지 못하는 경우 예외적으로 지방행정에 직접 참여할 수 있는 직접민주제를 가미하고 있다.

808) 최용진, 앞의 논문, p.136. 현행 헌법의 시행 이후 제안된 각종 헌법개정안을 보면, 제도적 보장설과 자치위임설의 범위를 벗어나, 강화된 지방분권형 헌법을 지향하고 있으며, 특히 연방제 수준의 개헌과 주민의 자치권 신설 등을 포함하고 있다. 이러한 경향은 25년 남짓의 지방자치의 결과이며, 학술상 지방자치의 본질을 단체자치와 주민자치의 융합으로 설명하고 있음에도, 법령들은 단체자치와 자치위임설을 주요기반으로 구성되어 있는 점에 대한 개선의 의미도 있다. 즉, 지방자치의 본질에 대한 중심축이 민주적 정당성을 바탕으로 주민자치와 고유권설로 이동하고 있으며, 지방자치에 대한 새로운 헌법적 패러다임이 설정되어 가고 있음을 알 수 있다.

809) 박찬주, 앞의 논문, p.484. 고유권설은 프랑스 혁명기의 자연권 사상과 독일 지방자치단체의 고유권력론 및 자연법 이론에 바탕을 둔 것으로, 자치행정이란 국가 행정으로부터 연원된 것이 아니라 시원적이고 고유한 것이며, 자기의 고유사무를 자기책임 하에서 처리하는 것이라고 본다. 고유권설을 철저히 하면 국가의 법률이라 할지라도 자치단체의 권능을 함부로 제한하여서는 아니 된다.

그러한 점에서 현행 ‘헌법’과 지방분권을 구체화하기 위하여 제정된 ‘지방분권법’은 특별법으로써 지방분권에 관한 내용을 모두 포함하여 시행하였다. 그러나 다른 법률을 강제하지 못하는 현실적인 한계로 기능을 다하지 못하였으므로 헌법 개정을 통한 지방분권을 강력하게 추진하고 입법자의 자의에 의하여 좌우되지 못하도록 지방분권형 헌법으로 개정하여야 한다는 취지이다.⁸¹⁰⁾

2. 지방분권의 기본원칙과 추진방향

(1) 지방분권 원칙의 명문화

지방분권형 개헌은 현행 헌법이 소극적인 제도적 보장의 수준에서 벗어날 수 있도록 명문화하고자 하는 것이다.⁸¹¹⁾ 지방분권은 단순한 행정권한을 지방으로 이양하는 좁은 의미의 개념이 아니라 중앙과 지방의 관계를 새롭게 설정하여 지방자치를 실질적으로 보장하도록 하는 것이다.⁸¹²⁾ 그러한 점에서 지방분권은 중앙집권과 조화가 요구되고,⁸¹³⁾ 국가의 권력을 수직적으로 분립하여 합리적으로 배분함으로써 민주주의 원칙을 구현하고 그 추진 방향은 정치적 분권과 재정적 분권 그리고 행정적 분권이 균형적으로 이루어져야 한다.

지방분권형 헌법 개정의 논의에 있어 주권의 불가분성이 제시되고 있다.⁸¹⁴⁾ 그러나 지방분권은 실질적인 자치권한의 확대를 위한 고권을 말하는 것이지 국가의 주권 분할을 의미하지 않으며,⁸¹⁵⁾ 또한 지방자치는 연방 국가에서 연방과 주

810) 최우용, 앞의 논문, p.8.

811) 진학선, “지방분권을 위한 자치입법권의 개선방안”, 『세계헌법연구』, 제21권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2015, p.205. 지방분권을 강력하게 추진하기 위하여는 헌법에서 지방분권을 명시할 필요가 있다. 프랑스의 경우에도 지방분권을 추진하면서 2003년에는 헌법을 개정하여 직접적으로 지방분권을 규정하였다.

812) 최용진, 앞의 논문, p.147. 지방분권 개헌은 종래 없었거나 몰랐던 특별한 새로운 내용을 추가하는 것이 아니라 입법자의 몫에 맡겨 형성된 지방분권과 지방자치의 내용을 헌법에 옮겨 이제는 입법자들이 명심해야 할 한계로 분명히 하자는 것이라고 생각한다; 전 훈, “분권형 개헌과 지방자치”, 『법학논고』, 제 58집, 경북대학교 법학연구원, 2017. p.125.

813) 허 전, 앞의 논문, p.468.

814) 최용진, 앞의 논문, p.149. 지방분권이 가장 먼저 충돌을 일으키는 이론이 주권의 불가분성이다; 성낙인, 『헌법학(제17권)』, 법문사, 2017, p.639. 지방자치의 활성화는 연방국가와 단일국가의 경계선을 무너뜨리는 결과를 초래할 수 있다.

815) Dls/Plate, Kommunalrecht, Rn. 30: Pagekopf, Kommunalrecht. Bd. 1. 67ff; Schmidt-Aßmann/Köhl; Schmidt - Aßmann(Hrsg.), Besonderes, Verwaltungsrecht, Rn. 23ff.; Seewald, Kommunalrecht, in: Steiner(Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 60ff; Stober, Kommunalrecht. S. 76ff. 홍정선, 앞의 책, p.51에서 재인용. 국가는 지방자치 행정주체의 기능에 적합한 입무수행을 위하여 일련의 자치고권(Gemeindehoheit)을 보장한다.

의 문제가 아니라 주와 지방의 문제이다.⁸¹⁶⁾

예를 들면 독일 ‘기본법’ 제28조 제2항은 게마인테의 고권을 보장하고 다시 주 헌법과 법률이 반복하여 보장하며 국가의 주권 분할이 아닌 지방자치 고권을 의미한다. 미국 “연방 헌법” 수정 조항 제10조에 따라 지방자치에 관한 권한은 주의 전속관할에 속하여 각 주의 헌법과 법률이 보장하고 있다.⁸¹⁷⁾ 그렇다고 할지라도 연방 혹은 주로부터 독립된 주권을 의미하지 않는다. 또한 프랑스 ‘헌법’ 제1조는 국가의 조직원칙으로 지방분권의 원칙을 선언하였다고 할지라도 국가의 주권 분할을 의미하지 않는다.⁸¹⁸⁾ 이와 같이 우리나라에서 지방분권의 원칙에 의한 지방자치를 헌법에 확고하게 정착하고자 하는 목적으로 추진되어야 한다.

(2) 지방자치단체 존립의 보장

자치입법권한은 지방자치 그 자체로써 가장 기본적인 요소이다. 그러므로 지방자치단체의 통폐합으로 소멸된다면 자치입법권한인 “조례”와 “규칙”은 모두 소멸된다. 이에 대하여 헌법재판소는 “지방자치단체의 폐지·분합은 자치권의 침해와 더불어 그 주민들의 헌법상 보장된 기본권의 침해 문제도 발생할 수도 있다”고 판결한 바 있다. 그러나 “지방자치단체의 폐지·분합을 규정한 법률의 제정과정에서 주민투표를 실시하지 아니하였다 하여 적법절차 원칙을 위반하였다 할 수 없다”고 판시하였다.

이 판결은 지방자치단체의 폐지·분합 결정을 주민의사가 아니라 입법자의 자

816) 강기홍, 앞의 논문, p.170. 독일에서 주(Land)는 주지하는 바와 같이 법적 성격이 ‘국가’이다. 우리나라와 인구만을 두고 비교하면 우리의 광역지방자치단체보다 작은 주(Land)도 다수 존재한다. 주(Land)에게는 입법, 사법, 행정에 관한 입법권이 주어져 있다. 반면, 주(Land)에 속하는 게마인테(Gemeinde)와 크라이스(Kries)는 우리나라와 비교하면 ‘시와 군’에 비유되는 기초지방자치단체라 할 수 있는데 인구규모는 평균적으로 우리보다 작은 편이다.

817) 김용훈, 앞의 논문, p.110. ‘연방제도가 곧 자치제도이다’라는 등식을 전제로 지방자치제도 관련 논의를 연방제도와 연계하여 구체화 할 수는 없다.

818) France Constitution Article 1, France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs. It shall be organised on a decentralized basis; France Constitution, Article Premier. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.(프랑스는 분리될 수 없으며, 정치와 종교는 분리되고, 민주적 사회적 공화국이다. 프랑스는 모든 국민이 법 앞에서 출신지역과 인종 혹은 종교의 차별이 없이 평등이 보장되며, 모든 신념은 존중된다. 프랑스는 지방분권을 기초로 하여 이루어 진다)

의에 맡겨져 있다는 것을 의미하며,⁸¹⁹⁾ “단체자치”로써 지방자치를 소극적으로 보장하는 제도적 보장의 한계를 보여주었다. 그러한 점에서 “고유권설”에 의한 “주민자치”⁸²⁰⁾와 지방자치단체의 종류를 헌법에 명시하여 보장하는 다른 국가와 비교할 때에는 후퇴된 판단이라는 점은 앞에서 설명 한 바와 같다.⁸²¹⁾

그러함에도 우리나라 ‘헌법’ 제117조 제2항은 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다”라고 규정하여 지방자치단체의 종류를 입법자에게 정하도록 위임하였으며 지방자치단체는 스스로 존립 보장을 요구할 수 없다. 이와 같이 입법자는 자의적으로 혹은 효율성을 명분으로 지방행정 계층의 단계를 축소하거나 지방자치단체를 통·폐합하여 왔다.⁸²²⁾ 이와 같은 인식의 배경에는 지방자치단체를 “행정 영역으로만 파악하여 지방행정단체로 보는 독일의 지방자치를 우리나라에서도 동일하게 파악하려는 시도”로써 지방자치를 국가 내에서 한 지방행정의 유형으

819) 헌재 1995.3.23, 선고 94헌마175 결정, (재판관 조승형의 반대이견), 「지방자치법」 제4조 제2항과 제13조의2의 각 규정을 종합하여 볼 때, 국회로서는 이 사건 법률을 제정하기 이전에 최우선적으로 「지방자치법」 제13조의2 제2항 소정의 주민투표에 관한 법률을 제정하고 그 시행 후 지방자치단체의 장이 주민투표를 부치는지 여부를 지켜보고, 주민투표에 부쳤다면 그 투표결과를 확인한 후 주민의 의사와 지방자치단체의 의회의 찬성의결 내용을 참작하고, 그 의사나 의결내용이 상반하면 주민의사에 따라 입법 여부를 결정하고, 그 의사나 의결이 동일하면 그대로 입법 여부를 결정해야 할 것이며, 그 의사나 의결에 반하여 입법해야 할 정도로 극단의 사정이 있을 때 비로소 그 의사나 의결에 반하여 입법할 수 있을 것인데, 그와 같은 순차로 입법사전절차를 밟아야 함은 헌법상의 적법절차 원칙에 의하여 요구되는 것이다. 그런데 이 사건 법률의 경우를 살펴보면 국회는 우선 입법을 하여야 할 「주민투표법」을 제정하지 아니하고, 따라서 적법한 주민투표에 의한 주민의사를 확인하지 아니하였으므로 적법절차를 밟지 아니한 채 국회 임의로 제정한 것에 불과하여 위헌·무효이다.

820) Joan C. Williams, The Constitutional Vulnerability of American Local Government: The Principle of City Status, Wisconsin Law Review, 1986:83, 1986, p.148. The context of Hurlbut illustrate the Jacksonian roots of Cooley’s principle of inherent local sovereignty.(허버트 사건 판결문은 지방자치 고유의 쿨리의 법칙으로 잭슨 민주주의를 나타내고 있다)

821) 정재황, 앞예 보고서, p.358. 우리 헌법재판소는 지방자치단체의 폐지 분합에 있어서의 절차 요건에 대해 「지방자치법」이 개정되기 전에 내린 결정(경기도 남양주시 등 33개 도농복합형태의 설치 등에 관한 법률에 대한 헌법소원 결정)에서는 주민의 의견을 개진할 수 있는 기회인 주민의견조사 정도로도 적법한 절차를 거친 것으로 보았다. 이후 주민투표를 통해 지방자치단체의 폐지분합에 대한 의견개진을 한 경우 지방의회의 의견을 필요로 하지 않으며, 이 주민투표의 결과가 입법에 있어 구속력을 갖지 않는다는 취지로 개정이 된 후에는 헌법재판소 결정은 단순하게 그 절차 만을 확인하는 듯 한 경향을 보여주고 있다. 주민투표의 결과가 법적으로는 입법자를 구속하지 않을 수는 있겠으나 주민투표의 결과를 무시 할 경우 입법자는 그 입법의 정당성 확보를 입증하여야 할 것이다. 이것이 문제가 될 경우에 헌법재판소는 단순히 주민투표가 있었고, 주민투표법에 의해 그것이 단순히 양케이트적 성격만을 가지고 있다고 판시하는 데는 부족함이 없다.

822) 헌재 2006.4.27, 선고 2005헌마1190 결정, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로써 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다. 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택에 들어가는 것이다; 방승주, “지방자치제도의 발전을 위한 헌법 개정의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제22호(제9권2호), 한국지방자치법학회, 2009, p.6; 백종인, “지방자치제도 개혁 25년의 평가와 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제51호(제16권3호), 한국지방자치법학회, 2016. p.93.

로 보는 획일적인 인식에 따른 것으로 변화가 필요하다.⁸²³⁾

또한 ‘유럽연합 지방자치헌장’ 서문은 “실질적인 책임을 지는 지방자치단체의 존재는 효율성과 보충성의 원칙에 따른 행정을 제공한다”고 정치적 분권을 강조한 바 있다.⁸²⁴⁾ 이와 같이 효율성과 보충성의 원칙은 선거에 의하여 조직된 주민에게 가장 가까운 지방정부에 중앙의 권한을 이양하는 것으로써 지방자치단체의 존재 그 자체를 의미하며, 행정의 효율성과는 그 의미가 다르다.⁸²⁵⁾ 뿐만 아니라 지방자치단체의 통합은 오히려 효율을 저하시키며 주민생활의 질과 경쟁력을 저하시킨다.⁸²⁶⁾

그러함에도 우리나라의 지방자치에서 지방자치단체의 존립은 주민이 아니라 입법자의 재량에 맡겨져 있으며 자치권한을 근본적으로 훼손하는 요인이라고 할 것이다. 그러한 점에서 입법권의 남용으로부터 지방자치의 존립을 보호하여야 하며,⁸²⁷⁾ 헌법에 지방자치단체의 종류를 명시하여 지방자치를 안정적으로 존속될 수 있도록 보장되어야 하며,⁸²⁸⁾ 지방자치단체의 존폐는 입법자의 자의적 판단이

823) 김명연, “지방자치행정의 제도적 보장의 의미와 내용-독일 기본법 제28조 제2항에 관한 헌법재판소 판례의 분석”, 『공법연구』, 제32집 제5호, 한국공법학회, 2004, pp.1-26.

824) European Union, European Charter of Local Self-Government, Preamble, Convinced that the existence of local authorities with real responsibilities can provide an administration which is both effective and close to the citizen.(실질적인 책임을 가진 지방자치단체의 존재는 효율적이며 주민에게 가까운 행정을 제공한다)

825) 박찬주, 앞의 논문, p.488. “행정능률”이란 지방자치의 본질과는 무관하고 전래설에 의한 지방자치제도 운영의 한 두드러진 긍정적 특성을 강조한 것에 지나지 아니하고, 고유권설에 의하더라도 “행정능률”이 무시되는 것이 아니다.

826) United States of America, The Association of Towns of the State of New York(Website), Government Efficiency-the case for local control, Conclusion #1. Government consolidation does not improve government efficiency, Conclusion # 2. Nationally, states with larger governments are not improve not more efficient, Conclusion # 3, There is a strong association between smaller units of local government and greater government efficiency in New York, Conclusion #4. There is a strong association between regional planning smart growth and the loss of housing affordability. Imposition of regional planning and smart growth would be likely to raise the cost of living, making New York less competitive. Conclusion # 5. Claims that local government consolidation would improve New York’s competitiveness are not supported by the experience. Conclusion # 6. New York’s system of smaller local governments are principal competitive assets.(결론 1. 정부의 통합은 정부의 효율성을 개선하지 못한다. 결론 2. 국가적으로 규모가 큰 주는 더 나은 효율성을 개선하지 못하였다. 결론 3. 뉴욕에서 작은 규모의 지방정부와 정부의 더 나은 효율성은 강력한 연관관계가 있다. 결론 4. 지역의 고도 성장과 적합한 주거의 상실은 강력한 연관관계가 있다. 지역의 고도 성장은 생활비용 상승을 초래 할 수 있다. 결론 5. 지방정부의 통합이 뉴욕의 경쟁력을 증진한다는 주장은 경험적으로 증명하지 못하였다. 결론 6. 뉴욕의 작은 정부 체계는 주요한 경쟁력 있는 자산이다)

827) 이기우·하승수, 앞의 책, p.60.

828) 김해룡, 앞의 논문, p.7. 독일에서의 경우만 보더라도 기본법(Grundgesets) 제28조 제2항에서 기초자치단체로서 게마인테(Gemeinde)와 그 상급단체로써 게마인데연합(Gemeindeverbaende)을 규정하고 있는바, 이러한 기본법의 태도는 지방자치단체의 종류와 지방정부의 계층구조를 헌법에서 직접 규율함으로써 국가의 수직적 분권체제의 확고성을 담보하기 위한 것으로 이해된다; 방승주, 앞의 논문, p.23.

아니라 주민의 자기결정권에 따를 수 있도록 보장되어야 한다.

(3) 전권한성과 자기책임성의 보장

지방자치는 자치사무에 대한 전권한성과 자기책임성이 보장되어야 하며,⁸²⁹⁾ 국가 혹은 다른 공공단체의 사무를 제외한 “지역 공동체의 모든 사무”에 대하여 포괄적인 자치권이 부여되어야 한다.⁸³⁰⁾ 또한 지방자치단체의 존재이유와 자치조례의 규율범위로서 고유한 자치사무는 국가사무와 위임사무와의 균형과 조화가 유지되어야 하며,⁸³¹⁾ 주민의 복리 증진은 상호간 부족한 부분을 보충할 때 그 효과가 극대화된다는 인식 전환이 필요하다. 그러나 “단체자치”와 “위임사무”를 위주로 형성된 우리나라의 지방자치에서 “자치사무”에 대한 전권한성과 자치책임성의 보장은 현실적으로 명백하게 설정하기 어렵다는 한계가 있다.

그렇다고 할지라도 자치입법권한은 “지방자치단체가 자치사무를 처리하기 위하여 자기책임 하에 자치에 관한 일반적·추상적 규율을 제정할 수 있는 권능”이라는 점에서,⁸³²⁾ 민주적으로 구성된 정책결정기구와 그들의 책임에 광범위한 자치권한을 가진 지방정부에 의하여 “자신이 선택한 수단과 방법”으로 충실하게 이행하기 위한 권한을 의미한다.⁸³³⁾ 따라서 지방자치단체가 스스로 조직한 자치기구를 통하여 고유한 사무를 국가의 간섭 없이 스스로의 책임아래 처리하여야

829) 최봉석, “실질적 자치권 보장을 위한 헌법 개정의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제24호(제9권4호), 한국지방자치법학회, 2009, p.130. ‘헌법’ 제117조 제1항은 지방자치단체의 기능 내지 과업으로 주민의 복리에 관한 사무로 규정하여 지방자치단체의 기능을 포괄적으로 규정하고 있는데, 이는 전권한성의 원칙(Prinzip der Allzuständigkeit)을 선언한 것으로 해석될 수 있다. 이러한 전권한성의 원칙은 명시적인 법률로써 국가사무나 지방자치단체의 사무로 규정되지 않은 경우에 지방자치단체의 관할을 추정하게 하는 법적 기초로 이해될 수 있다.

830) 정남철, 앞의 책, p.27. 헌법이나 법률에서 국가나 다른 공공단체의 사무로 유보하지 않는 한 지방자치단체는 지역공동체와 관련된 모든 사무에 대해 포괄적인 자치권을 가진다(전권한성의 원칙). 또한 자치사무에 대해서는 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법의 테두리 내에서 적극적으로 처리하고 책임을 진다.

831) 강기홍, 앞의 논문, p.166. 국가사무와 위임사무 외에 지방자치단체가 그 지역의 생활 복리를 충족시키기 위해 국가가 위임하지 않은 사항에 대해서 자발적으로 업무를 추진하게 되는 데 이를 일컬어 자치사무 또는 고유사무라고 함은 주지하는 바이다.

832) 김홍대, 앞의 책, p.22.

833) European Union, European Charter of Local Self-Government, Preamble, Asserting that this entails the existence of local authorities endowed with democratically constituted decision-making bodies and possessing a wide degree of autonomy with regard to their responsibilities, the way and means by which those responsibilities are exercised and the resources required for their fulfillment(민주적으로 구성된 정책결정기구에 의하여 헌신하고 그들의 책임에 대한 광범위한 권한을 보유한 지방자치단체의 존재와 그들의 책임에 맞는 방법과 수단으로 수행되며 그들이 조건을 충족에 필요한 자원을 수반한다)

한다.⁸³⁴⁾

이에 비하여 일본 ‘지방자치법’ 제1조의2 제1항은 “지역에서의 행정”을 자주적이며 종합적인 역할을 널리 보장하여 광범위하게 자치사무의 범위를 확대하고 있다.⁸³⁵⁾ 반면에 우리나라 ‘헌법’ 제117조 제1항은 지방자치단체의 사무를 “주민의 복리에 관한 사무”로 일반적으로 규정하고 있으나 전권한성과 자치책임성의 원칙에 대한 명시적인 선언이 없이 단지 해석에 의존하고 있다.⁸³⁶⁾ 그러나 해석을 통하여 인정한다는 것은 입법자의 자의에 의하여 “자치사무”라 할지라도 전권한성과 자기책임성은 제한될 수밖에 없다.⁸³⁷⁾

따라서 ‘헌법’ 제117조 제1항은 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 그들의 사무를 “자기 책임 하에” 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 규정하여 전권한성과 자기책임성을 명시적으로 보장하여야 한다.⁸³⁸⁾ 이에 비하여 위임사무를 규율하는 “위임조례”는 세밀하게 규정된 법규명령과 행정규칙에 따라 자치입법권한이 현저하게 제한되고 있으므로 지방의 특수성을 반영할 수 있도록 가능한 최대한 충분한 재량이 부여되어야 한다.⁸³⁹⁾

(4) 지방재정고권의 보장

지방재정고권은 지방자치단체 스스로 필요한 재원을 충당하기 위한 과세권한으로 보장되어야 한다. 법원은 지방자치단체의 건전한 운영에 막대한 지장을 초

834) 헌재 2016.10.27, 선고 2014헌마797 결정, ‘헌법’에서 지방자치제를 제도적으로 보장하고 있고, 지방자치는 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것이라는 점에서, 지방자치단체의 대표인 단체장은 지방의회 의원과 마찬가지로 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거를 통해 선출되어야 한다.

835) 백종인, 앞의 논문, p.17.

836) 정재황, 앞의 보고서, p.352. 주민의 복리에 관한 사무라는 것은 너무나 막연해서 각 지방자치단체의 핵심적 사무의 한계를 파악하기 어렵다. 법률과 법규명령이 규율할 수 있는 한계로써 기능하지도 못한다.

837) 김해룡, 앞의 논문, p.4. ‘헌법’은 지방자치권의 실현 내용자체를 모호하게 규정하고 있다. 즉 헌법 제11조 제1항에서 지방자치단체가 수행해야할 사무의 실체를 명확히 규정하고 있지 않고, 단지 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며”라고 언급하고 있을 뿐으로써 국가와 지방자치단체간의 지역적 사무배분의 기본원리인 지방자치단체의 전권한성의 원리나 자기책임성의 원리, 그리고 보충성의 원리가 천명되어 있지 못하다.

838) 이기우, “지방자치와 민주주의 및 법치주의의 원칙”, 『공법연구』, 제29집 제4호, 한국공법학회, 2001, p.146.

839) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 4, (5). *Supra*.

래하는 경우를 제외하고는 국가가 조례의 제정을 제한할 수 없도록 판결한 바 있다.⁸⁴⁰⁾ 이와 같이 지방자치단체의 자치사무로써 급부행정과 관련된 조례는 전권한성과 자기책임성에 따라 자주재원을 스스로 확보하여 복지 수요를 해결할 수 있도록 자치재정권이 강화되어야 한다.⁸⁴¹⁾ 예를 들면 독일 ‘바이에른 주 헌법’ 제11조 제2항과 ‘바이에른 주 지방자치법’ 제22조 제2항은 “게마인데는 법률의 범위 안에서 재정을 규율할 권리와 특히 세입이 충분하지 않을 경우에는 사무의 수행을 위하여 요구되는 재원을 마련하기 위하여 법률의 범위 안에서 과세권한이 부여 된다”고 규정하여 지방재정고권을 명시적으로 보장하였다.⁸⁴²⁾

이에 비하여 우리나라에서 자치입법권한을 제약하는 큰 요인은 지방자치단체의 지방재정고권이 부여되지 않았다는 점을 들 수 있다. 그러함에도 지방자치단체가 자치사무의 처리를 위한 필요재원을 확보하기 위하여 스스로 지방세를 부과·징수하는 조세고권은 ‘헌법’ 제59조에 의한 “조세법률주의”에 따라 제한된다.⁸⁴³⁾ 따라서 조세의 부과는 국회가 제정한 형식적 “법률”로써 엄격하게 해석하여 확장해석이나 우추적용은 허용되지 않으며 국세는 물론 지방세라고 하여도 예외를 들 수 없다. 그러한 점에서 “지방세조례주의”를 헌법에 규정하여야 한다는 견해가 있으며,⁸⁴⁴⁾ 자치사무는 조례의 전속관할 사항으로 지방세의 부과·징수는 독일 ‘기본법’ 제28조 제2항이 규정하는 바와 같이 주민의 대표기관인 지방의회가 제정하는 조례에 의한 지방재정고권을 보장하여야 한다는 견해가 있다.⁸⁴⁵⁾

840) 대판 2016.5.12, 선고 2013추531 판결, 지방자치단체의 건전한 운영에 막대한 지장을 초래하는 경우를 제외하고는 국가가 조례의 제정을 제한할 수 없다.

841) 정남철, 앞의 책, p.12. 급부행정과 관련된 조례 제정의 자율성 확보를 위해서는 근원적으로 ‘자주재원’을 통해 자치재정권을 강화하여야 한다.

842) Federal Republic of Germany, Free State of Bavaria(Bayern), Local Government Law, Article 22(Administrative and financial sovereignty) (2) Bayerische Gemeindeordnung, Art. 22, Verwaltungs- und Finanzhoheit, (2) . *Supra*

843) 대판 2000.3.16, 선고 98두11731 판결, ‘헌법’ 제38조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다고 규정하고, 제59조는 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다고 규정함으로써 조세법률주의를 채택하고 있는바, 이러한 조세법률주의의 원칙은 과세요건 등은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 하고, 그 법률의 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석 적용하여야 하며, 행정편의적인 확장해석이나 우추적용은 허용되지 않음을 의미하며, 법률의 위임이 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추, 확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의의 원칙에 위배된다.

844) 최철호, 앞의 논문, p.77. 일본의 법정외세는 “지방세법에서 개별 구체적으로 정해져 있는 세목(이들을 법정세라 한다) 이외에 자치단체가 조례로서 창설하는 세목”을 말한다. 즉, 자치단체 조례에 의해 지방세법에 정해진 세목(법정세) 이외에 세목을 신설하는 것을 말하며, 이 법정외세는 사용용도를 한정하지 않은 법정외보통세와 특정의 비용에 충당하기 위한 법정외목적세로 나뉘어져 있다.

845) Federal Republic of Germany, Basic Law, Article 28(2), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art 28, (2) . *Supra*

그러나 일본의 사례에서 볼 수 있듯이 ‘지방세법’이 규정하는 “법정세” 이외에 “법정외세”를 도입하여 지방자치단체의 조세고권을 확대하였다 할 수는 있다. 반면에 “법정외세”의 세목은 국세와 지방세가 이미 선점한 영역 이외의 틈새를 과세대상으로 하고 있어 높은 세수는 기대할 수 없으며 지방재정의 기본적인 세원이 될 수도 없다는 지적이 있다.⁸⁴⁶⁾ 그렇다고 할지라도 지방분권에서 말하는 재정적 분권은 지방재정에 관한 권한을 지방으로 이전 하는 것으로,⁸⁴⁷⁾ 지방자치단체가 자치사무를 수행하는데 필요한 재원을 확보하여 예산을 편성하고 집행하며 재산을 관리하는 포괄적인 권한으로써 보장되어야 한다.⁸⁴⁸⁾ 다만 헌법에 “지방세 조례주의”가 보장되기 위하여는 우선 자치입법권한의 본질에 대한 인식이 전환되어야 하며, 우리나라의 경우 또한 국세와 지방세가 이미 선점한 이외에 틈새를 세목으로 하여야 한다는 점에서 제한된 의미로 해석되어야 한다.

(5) “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”

자치입법권한은 ‘헌법’ 제117조 제1항에 따라 “법령의 범위 안에서” 보장되고 있으나 조례는 법규명령은 물론 법령을 보충하는 행정규칙보다 하위에 위치하며 법령의 집행을 위한 하부지침으로 인식되어 왔다. 또한 국가의 법령이 지방자치의 영역을 과도하게 선점하여 법령의 위임에 따라 제정되는 “위임조례·필수조례”가 지나치게 많으며 세밀하게 규정된 법규명령과 행정규칙으로 인하여 “위임조례·필수조례”에 대한 자치입법권한의 재량의 여지는 거의 없다.⁸⁴⁹⁾

뿐만 아니라 ‘헌법’ 제75조에 따라 법률은 “구체적으로 범위를 정하여” 대통령령에 위임하여야 한다.⁸⁵⁰⁾ 이로 인하여 “위임조례·필수조례”는 이미 법률이 구

846) 紙谷夏樹, 法定外税は自治体は財政, 自律の切りれとなるか, SRI, 2010. No. 101 p.299. 최철호, 앞의 논문, pp.81-82에서 재인용. 법정외세의 매년 신설 건수를 보면, 광역자치단체인 도·도·부·현의 경우 2005년 한해에 10건이 신설되었으나 2009년에는 한건도 신설되지 않았고, 기초자치단체인 시·정·촌의 경우 2003년 한해에 4건이 신설된 것을 피크로 그 이후에는 1건 아니면 아예 한건도 실시되지 않았다.

847) 김수연, “자주재정권 강화를 위한 개헌안 쟁점”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018, p.255.

848) 방승주, 앞의 논문, p.8.

849) 김해룡, 앞의 논문, p.5. 현행 ‘헌법’은 지방자치단체의 자치권을 보장하면서도 ‘헌법’ 제37조 제3항의 법률유보원칙과의 관계를 해결하지 못함으로써 자치입법권의 근본적인 한계를 잉태하고 있다. 그로 인하여 지방자치단체의 조례위반에 대한 제재수단도 갖지 못하게 되는 현상을 초래하고 있다. 문상덕, 앞의 논문, p.39.

850) 대판 1995.12.8, 선고 95카기16 결정, ‘헌법’ 제75조는 대통령령은 법률에서 구체적 범위를 정하여 위임받

체적으로 범위를 정하여 위임된 대통령령에 의하여 다시 조례의 제정을 위임할 경우에는 자치입법권한은 사실상 제한될 수 밖에 없다.

그러한 점에서 ‘헌법’ 제117조 제1항은 “법령의 범위 안에서”를 “법률에 위반되지 아니하는 범위 내에서”⁸⁵¹⁾ 혹은 “법률의 범위 안에서”라고 개정하여야 한다는 견해가 있다.⁸⁵²⁾ 그러나 “위임조례·필수조례”는 현실적으로 현행 법령의 범위에서 벗어날 수 없음에도 “법률에 위반되지 아니하는 범위”로 정할 경우에는 현행 법령과 충돌이 예상되며,⁸⁵³⁾ 국가의 법률 체계에 많은 문제가 야기될 수 있다.⁸⁵⁴⁾

예를 들면 「건축법」 제4조 제1항은 지방자치단체에 건축위원회를 설치하도록 규정하고 동조 제5항은 “대통령령”이 정하는 바에 따라 필요한 사항을 지방자치단체의 “조례”에 위임하는 사항은 “개별적·구체적”으로 열거된다. 이에 따라 「건축법시행령」 제5조의5 제1항은 지방건축위원회의 심의사항을 규정하고 제5조의7 제1항은 법 제4조의2 제1항에서 “대통령령으로 정하는 건축물”을 규정하고 있다. 또한 「건축법시행규칙」 제2조의5는 영 제6조 제2항 제2호 나목에 의한

은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하고 있으므로, 법률의 위임은 반드시 구체적으로 한정된 사항에 관하여 행하여져야 할 것이고, 여기서 구체적이라는 것은 일반적·추상적이어서는 안된다는 것을, 범위를 정한다는 것은 포괄적·전면적이어서는 아니된다는 것을 각 의미하고, 이러한 구체성의 요구와 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라진다고 할 것이므로 보건위생 등 급부행정 영역에서는 기본권 침해 영역보다는 구체성의 요구가 다소 약화되어도 무방하다.

851) 최우용, 앞의 논문, p.23. 현행 헌법과 지방자치법상의 ‘법령의 범위내에서’를 최소한 관례에서 밝히고 있는 것처럼 “법률에 위반되지 아니하는 범위 내에서” 정도로는 개정되어야 한다. 일본의 헌법 규정에서도 ‘법령’이 아닌 ‘법률’의 범위내로 한다고 하여 행정입법에 의한 조례제정의 제한을 헌법이 방지하고 있음을 주목하여야 한다.

852) 동아시아연구소, “국가-지방정부 관계 재정립을 위한 헌법 개정안 연구”, 『EAI분권화프로젝트 최종보고서』, EAI분권화센터, 2006. pp.339-341. ‘헌법’ 제117조 제3항에 “지방자치단체는 법률에 위반되지 않는 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관한 조례를 제정할 수 있다. ‘헌법’ 제37조 제2항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제23조 제1항, 제24조 내지 제26조 제1항, 제59조의 법률에는 지방자치단체의 사무와 관련된 경우에는 조례를 포함하는 것으로 본다”

853) 대판 2015.1.15. 선고 2013두14238 판결, 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이며, 일률적 기준을 정할 수 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.

854) 최봉석, “지방분권형 개헌과 지방자치법제 발전방안”, 『지방자치법연구』, 통권제60호(제18권4호), 한국지방자치법학회, 2018. p.21. 거듭 강조하건데 개헌안을 제출한 정부의 취지와는 달리 개헌안 제123조는 자치입법권을 결코 강화하지 못할 것이며, 오히려 현재와 같은 자치입법의 한계를 오히려 헌법적으로 고착화시키는 무지의 산물이라 아니할 수 없다.; 김해룡, 앞의 논문, p.13. 이와 같은 방안은 지방자치단체의 자치입법권이 법률 이하의 하위법령에 의해 제약되는 것을 방지하기 위한 것으로써 국가의 법규범체계로 보면 적지 아니한 문제점이 초래될 수도 있을 것이다. 법규명령은 법률의 위임에 의하여 법률의 내용을 구체화하는 것으로써 법률과 일체를 이루는 국가의 통일적 규범이라는 점에서, 법률과 법규명령의 중간에 특정한 지방자치단체의 지역 내에서만 효력을 지닌 지역법인 조례가 제정된다면 국가 전체의 통일적인 법규범 체계는 구축되기 어려울 것이기 때문이다.

“국토교통부령으로 정하는 규모 및 범위”를 규정하고 있다.⁸⁵⁵⁾ 그러므로 조례는 「건축법시행령」과 「건축법시행규칙」의 위임하는 범위에 따라야 한다.

이와 같이 “위임조례·필수조례”의 규율범위는 법률은 물론 대통령령과 부령에 의하여 구체적·개별적으로 제한되는 실정이다. 따라서 조례가 “법률에 위반되지 않는 범위 내에서”에 따르되 대통령령과 부령을 따르지 않을 경우에는 충돌이 불가피하다. 그러함에도 대통령령과 부령이 “조례”에 위임하는 사항을 일괄 폐지하여 형식적 “법률”이 조례에 위임할 사항을 열거하는 것은 입법 기술적으로 불가능하다. 그렇다고 할지라도 대통령령과 부령이 규정하는 조례위임 사항을 “법률”에 규정한다면 국가의 법률체계로써 대통령령과 부령이 무력화되며 지방자치단체는 행정부가 아닌 입법부에 종속되게 된다. 뿐만 아니라 “법률에 위반되지 않는 범위 내에서” 대통령령과 부령의 규정과 달리하는 조례가 제정되었을 경우에는 사법 판단에서도 혼란이 예상된다.⁸⁵⁶⁾

이와 같이 “법률에 위반되지 않는 범위 내에서”로 헌법을 개정할 경우 국가 법률체계의 급속한 변화와 법률유보의 원칙과 죄형법정주의 그리고 재산권법정주의와 조세법률주의에 대하여 국가의 입법권과 행정권에 중대한 예외가 될 수 있으며 조례라 할지라도 국가 법률체계는 유지되어야 하므로 신중 할 필요가 있다.

이에 비하여 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 변경하는 방안이 제시된 바 있으며 헌법재판소와 법원은 이미 조례의 규율범위를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 해석하고 있다. 그러나 침익적 행정에서는 법령의 구체적인 위임을 요구하며 예외적으로 포괄적으로 위임한 경우와 수익적 행정에 한하여 확대

855) 「건축법」 제4조(건축위원회) ① 국토부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 사항을 심의 조정 또는 제정하기 위하여 각각 건축위원회를 두어야 한다. ⑤ 제1항에 따른 각 건축위원회의 조직 운영 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부령이나 지방자치단체의 조례로 정한다. 「건축법시행령」 제5조의5(지방건축위원회) ① 법 제4조 제1항에 따라 특별시·광역시·특별자치도·도·특별자치도 및 시·군·구에 두는 다음 각 호의 사항에 대한 심의 등을 한다. 제5조의7(지방건축위원회의 심의) ① 법 제4조의 2 제1항에서 “대통령령으로 정하는 건축물”이란 제5조의5 제1항 제5호부터 제8호까지의 규정에 따른 심의대상 건축물을 말한다. 「건축법시행규칙」 제2조의5(적용의 완화) 영 제6조 제2항 제2호 나목에서 “국토교통부령으로 정하는 규모 및 범위”란 다음 각 호의 구분에 따른 증축을 말한다.

856) 법원은 대통령령(시행령)의 규정한 별표의 기준을 판단의 근거로 하고 있다; 대판 2017.3.15, 선고 2016두55490 판결, 「건축법」 제11조 제1항, 제5항 제3호, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조 제1항 제1호, 제2호, 제58조 제1항 제4호, 제3항, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제56조 제1항 (별표 1의2) “개발행위허가기준” 제1호 (라)목 등의 각 규정에 의하면 국토계획법이 정한 용도지역 안에서 개발행위를 수반하는 건축허가는 「건축법」 제11조 제1항에 의한 건축허가와 「국토계획법」 제56조 제1항의 개발행위의 허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것인데, 개발행위 허가는 허가기준 및 금지조건이 불확정 개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다.

적용된다. 따라서 실효성 있는 자치입법권한은 여전히 제한적이다.

또한 “법률에 저촉되지 않는 범위 내에서”로 하여야 한다는 견해가 있으나,⁸⁵⁷⁾ 이 경우에도 국가의 위임사무를 규율하는 “위임조례·필수조례”와는 충돌이 예상된다.⁸⁵⁸⁾ 이에 비하여 ‘유럽연합 지방자치헌장’ 제3조 제1항은 “법률에 제한되는 범위 내에서(within the limits of the laws)” 혹은 “법률에 따라(in accordance with law)”로 제한되며,⁸⁵⁹⁾ 미국 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제8조는 “일반 법률에 저촉되지 않는(not in conflict with general laws)” 범위 내에서 제한하고 있다. 그러나 “일반 법률(general laws)”이라 할지라도 우리나라에서 표현하는 “법령”과 다르지 않다.

반면에 우리나라 ‘헌법’ 제64조 제1항은 국회의 내부규율에 관한 규칙을 “법률에 저촉되지 않는 범위 내에서” 제정할 수 있도록 규정하고 있으며 성문화된 법률에서 명시적으로 규율하지 않는 한 국회 규칙으로 정할 수 있다는 것을 의미한다.⁸⁶⁰⁾ 그러나 이 경우는 조직 내부의 규율이라는 점에서 지역의 다양성을 규율하는 조례와 다를 수 밖에 없다. 그러한 점에서 자치입법권한을 확대하기 위한 방안은 “법령의 범위 안에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 명문화하는 것이 바람직하다고 판단된다.⁸⁶¹⁾

제2절 지방자치기본법(안) 검토

1. 논의의 필요성

지방분권형으로 헌법이 개정된다 할지라도 지방자치의 구체적인 내용을 모두 포함하기에는 한계가 있다. 따라서 헌법이 정하는 기본원칙과 이념에 따라 그 내용을 구체화하기 위하여 후속법률 제·개정은 필수적이다. 그러한 점에서 “지방

857) 김용훈, 앞의 논문, p.119.

858) United States of America, California State Constitution, Article 11, Sec 7. *Supra*. 미국 ‘캘리포니아 주 헌법’ 제11장 제7조는 조례의 규율 범위를 “일반 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서(not in conflict with general laws)”로 규정하고 있으나 자치사무의 범위로 제한되고 있다는 점을 주의할 필요가 있다.

859) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 3(1), *Supra*.

860) 조정찬, 앞의 논문, p.37.

861) 성낙인, 앞의 논문, pp.133-134.

자치기본법(안)”을 제정하여야 한다는 견해가 있으며, “기본법”으로써 지방자치의 기본원칙을 정하여 지방자치에 관한 모든 법령의 통일성을 기하고 “지방분권형 헌법 - 지방자치기본법(안) - 지방자치법 - 조례”로 법령의 체계를 구축하고자 하는 것이다.⁸⁶²⁾

지방자치기본법(안)의 입법형식은 “기본법”으로써 헌법의 이념을 구체화하며 개별 법률을 연결하는 “매개 법률”으로써 다른 법률에 “우선 한다” 혹은 관련되는 다른 법률을 제·개정하는 경우에 기본원칙에 맞도록 규정하여 “우월적 지위”를 부여하는 것이다.⁸⁶³⁾ 따라서 다른 지방자치 관련 법률은 “지방자치기본법(안)”이 정하는 기본원칙에 따르도록 상호간 체계적 정합성을 이루도록 하여야 한다.⁸⁶⁴⁾

“지방자치기본법(안)”에 포함되는 내용은 ‘헌법’이 보장하는 자치권한에 대하여 구체적으로 규정하여야 한다. 즉 지방분권과 보충성의 원칙을 기본이념으로 지방자치단체의 존립, 전권한성과 자기책임성의 원칙, 지방재정고권의 보장은 물론 중앙권한의 지방이양에 대한 방안이 구체적으로 제시되어야 한다.⁸⁶⁵⁾ 그리고 자치입법권한에 대하여는 “조례”와 “규칙” 그리고 “위임조례”와 “자치조례”의 규율하고 “위임조례”는 국가의 위임사무를 규율하고 “자치조례”는 자치사무를 규율하도록 정하여 각각 그 규율범위와 제정기준을 달리하여야 바람직하다.⁸⁶⁶⁾

이와 관련하여 “조례”의 명칭을 “지역법률” 또는 “자치법률”로 변경하여야 한다는 주장이 있다.⁸⁶⁷⁾ 그러나 “조례”는 국가의 입법권에 의하여 제정되는 “법률”과 차별되어야 하고 지방자치의 정체성을 유지하여야 하므로 명칭을 변경하여서는 아니 된다. 특히 “조례”는 영국과 미국의 지방자치에서도 단지 사법판결 혹은

862) 최우용·정순관, “지방분권형 헌법 개정의 후속 법률로서의 지방자치기본법의 구상”, 『유럽헌법연구』, 제25호, 유럽헌법학회, 2017, pp.423-424.

863) 「물류정책기본법」 제6조(다른 법률과의 관계) ① 물류에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 물류정책의 기본이념에 맞도록 하여야 한다.

864) 윤준병, “주민자치의 규범적 실험, 서울시 관악구 주민자치 기본조례”, 『지방자치법연구』, 통권제32호 (제11권4호), 한국지방자치법학회, 2011, pp.245-246.

865) 문상덕, 앞의 논문, p.27. 지방자치기본법에서는 지방분권의 이념과 지방자치의 기본정신, 국가와 지방자치단체의 관계, 주민자치 내지 주민의 참여나 권리, 지방자치단체의 주요 조직 등의 내용과 함께 현재의 「지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법」 등 관련법상의 일부 내용들도 수용하여 지방자치체제의 기본적인 중요한 사항들을 담아낼 필요가 있다고 본다.

866) 최승원, 앞의 논문, p.14. 현행법상 조례와 규칙이 자치입법 형식이라고 할 때, 자치사무가 아닌 단체위임사무와 기관위임사무를 조례와 규칙으로 정하는 것은 논리적이라 할 수 없다. 국가사무와 자치사무, 단체위임사무와 기관위임사무의 구별이 명확하지 않은 입법상황을 감안하면 일선 지방자치단체에서 조례제정사항과 규칙제정사항을 제대로 구분하기 어렵다.

867) 문상덕, 앞의 논문, p.20. 일부 학자들이 주장하는 자치법규의 명칭 변경, 예컨대 “지역법률”, “지방정부의 법률”, “자치법률” 등의 명칭 변경은 굳이 도모하지 않아도 될 것으로 본다.

학술적으로 지역의 법률(Local Laws)이라 활용되나 주 헌법과 법률은 “조례(Ordinance 혹은 Bye Law)”로 명시적으로 규정하고 있다. 또한 영국에서는 자치입법권한의 예외로 의회가 별도로 제정하는 “지역법률(Local Acts)”이 존재한다는 사실은 앞에서 설명한 바와 같다. 그러한 점에서 ‘제주특별법’은 “지역법률(Local Acts)”라고 할 수 있으나 조례를 의미하는 지역의 법률(Local Laws)과는 다르다는 사실을 감안하여야 한다.

2. 지방분권의 구체화 방안

(1) 기초자치단체 우선의 원칙 보장

우리나라의 지방자치에서 보충성의 원칙은 “기초자치단체 우선의 원칙”으로 표현되며, ‘지방분권법’ 제9조 제2항은 “지역주민 생활과 밀접한 사무”는 기초자치단체에 우선 배분하고 기초자치단체가 처리하기 어려운 사무에 대하여는 광역자치단체와 국가가 보충 내지는 지원하도록 규정하고 있다. 기초자치단체는 광역자치단체에 비하여 주민과 근접하여 보충성의 원칙 실현에 가장 적합하다고 할 수 있다. 그러한 점에서 자치입법권한의 본질로써 지역의 문제를 주민 스스로 결정하는 자기결정권의 보장을 위하여 적합하다.⁸⁶⁸⁾

그러나 우리나라의 기초자치단체는 다른 나라에 비하여 광역화된 “시·군·구”로 편성되어 광역화된 기초자치단체에서는 이른바 “주민자치”는 제한적이라 할 수 있으나 보충성의 원칙에 따라야 한다.⁸⁶⁹⁾ 이에 비하여 다른 국가의 기초자치단체는 지역 공동체 중심으로 보충성의 원칙에 적합하도록 구성되었으며 뮤니시팔리티의 개념은 앞에서 설명한 바와 같다.

뿐만 아니라 ‘지방자치법’ 제24조에 따라서 기초자치단체의 조례나 규칙은 광역자치단체의 조례나 규칙을 위반하여서는 아니 되므로 기초자치단체의 자치입법권한은 “법령”은 물론 광역자치단체의 “조례”와 “규칙”에 의하여 제한되며 여

868) 최환용, “기초지방자치단체의 자치입법 실태와 법제 발전방안”, 『지방자치법연구』, 통권제24호(제9권4호), 한국지방자치법학회, 2009, p.4. 지방자치제도의 본질적 측면에서 주민자치의 실현이라는 기초자치단체의 중요성은 강조하기에 지나침이 없을 것이다.

869) 이종수, 앞의 논문, p.12.

전히 기초자치단체에 비하여 광역자치단체는 우월적인 지위에 있다.⁸⁷⁰⁾

이와 같은 기초자치단체의 자치입법권한의 한계를 개선하기 위하여 광역자치단체와 기초자치단체는 실질적으로 대등한 관계로 설정되어야 한다. 그러한 점에서 기초자치단체의 자치입법권한은 자치사무에 관하여 이를 따르지 않는 국가의 법령이나 광역자치단체의 자치입법권에 대하여 우선하도록 보장하여야 한다.⁸⁷¹⁾ 다만 이 경우에 주민의 복리 증진을 위한 순수한 자치사무에 한하여 적용되어야 하며 국가의 위임사무에 대해서는 대등한 관계설정이 불가능하다. 따라서 국가와 광역자치단체의 사무 중에서 주민의 생활과 밀접한 사무는 “보충성의 원칙”에 따라 우선 기초자치단체에 이양하여 소관사무를 확대함으로써 자치입법권한의 확대가 이루어지도록 하여야 한다.

(2) 실질적 주민자치 확대

위와 같이 기초자치단체 우선의 원칙에 따라 사무를 이양할지라도 지역 공동체 중심으로 하는 보충성의 원칙 실현은 근본적으로 한계가 있으므로 실질적인 주민자치를 확대하여 단체자치를 보완하여야 한다. 즉, ‘헌법’ 제117조 제1항이 보장하는 바와 같이 지방자치는 주민의 복리에 있으며 궁극적인 목표이다.⁸⁷²⁾ 다만 우리나라의 지방자치는 대륙법계의 전통에 근거하여 단체자치에 입각하고 있으며 내용적으로 주민자치의 요소를 가미하고 있다는 견해가 다수설로써,⁸⁷³⁾ 지역 주민들이 자신들이 선출한 지방자치단체의 장과 지방의회를 통하여 사무를 처리하는 대의제를 위주로 한다.⁸⁷⁴⁾

870) 장영수, 앞의 책, p.352. 양자의 관계는 지방자치의 본질이라는 관점에서 생각하면 지역주민의 자율성과 직접적 관련성을 가질 수 있는 기초자치단체가 보다 본질적이고 광역자치단체는 기초자치단체들 사이에 이해관계를 조정하고, 제한된 범위 내에서 통일적 사무처리 기준을 마련하는 등 보충적 역할을 수행하는 것이 합리적이다.

871) United States of America, California State Constitution, Article 11, Sec 5(a), *Supra*.

872) 강기홍, 앞의 논문, p.168. 지방자치단체의 장과 지방의회, 또 자치권을 부여하여 지방자치를 실시하는 근본 목적은 주민의 복리를 위해서이다. 이 개념은 매우 폭 넓은 포괄적인 것까지 포함될 수 있기 때문에 그 범위를 단순히 한정하기에 불가능한 면이 있다. 그럼에도 불구하고 지방자치를 실시하는 궁극적 목적인 주민의 복리 향상은 지방분권 개헌의 목표이자 최종 결론이 되어야 한다.

873) 홍정선, 앞의 책, p.5. 우리의 자치행정(특히, 지방자치)을 정치적 의미의 자치인 주민자치와 법적 의미의 자치인 단체자치가 결합된 형태라 설명하기도 한다. 그러나 보다 엄밀히 말한다면, ‘헌법’ 제117조 및 제118조와 관련하여 볼 때 우리의 제도는 대륙법계 전통에 근거하여 단체자치에 입각하고 있으며, 내용상으로 주민자치의 요소(예: 주민소환·주민투표)를 가미하고 있다고 하겠다.

874) 현재 2001.6.28, 선고 2000헌마735 결정, ‘헌법’ 제117조 및 제118조가 보장하고 있는 본질적인 내용은 자

그러나 주민자치를 통한 자치입법의 활성화는 진정한 지방자치의 실현을 위한 수단이라 할 수 있으며,⁸⁷⁵⁾ “단체자치”와 “주민자치” 의미를 모두 포괄할 수 있어야 한다.⁸⁷⁶⁾ 그러한 점에서 지방자치의 본질은 지역적 주체로서 주민에 의한 자치 즉 “주민자치”를 의미한다는 점은 새삼 강조할 필요가 있다.⁸⁷⁷⁾ 또한 헌법 재판소는 지방자치는 주민에 의한 자기통치를 실현하는 것이라 판시한 바 있으며,⁸⁷⁸⁾ “주민자치”의 확대는 지방자치의 본질을 추구하는 것으로 당연하다.⁸⁷⁹⁾

이에 비하여 강화상 “주민자치”란 주민에 의한 지방자치단체 설립과 지방정부 조직을 보장하는 이른바 상향적인 지방자치체도로써 영국과 미국에 실재한다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다. 그러므로 우리나라에서 “주민자치”를 전면 실시할 수는 없다 할지라도 지방자치의 본질에 접근하기 위하여 실질적인 주민자치가 보장되어야 한다. “실질적인 주민자치”란 지방자치단체가 수행하는 모든 정책 결정 과정에 주민이 참가하는 지방자치로써 전권한성과 자기책임성 그리고 주민 참여는 핵심적인 이념이라 할 수 있다.⁸⁸⁰⁾ 즉 지역의 문제를 주민 스스로 결정하기 위한 민주주의의 지역적 실현으로써 “실질적인 주민자치”를 통하여 자치입법 권한을 확대하여야 한다.⁸⁸¹⁾

예를 들면 일본 ‘니세코정 마을 만들기 조례’는 지방자치의 기본이념과 규범을 정하였다는 점에서 기초자치단체의 “헌법”이라 하며 최고의 규범으로써 모든 자치사무의 영역을 포함하는 기본조례이다.⁸⁸²⁾ 그러나 일본의 기초자치단체인 “정·

자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장으로 어디까지나 지방자치단체의 자치권으로 헌법은 지역 주민들이 자신들이 선출한 자치단체의 장과 지방의회를 통하여 자치사무를 처리할 수 있는 대의제 또는 대표제 지방자치를 보장하고 있을 뿐이지 주민투표에 대하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다.

875) 임 현, 앞의 논문, pp.148-149.

876) 양승미, 앞의 논문, pp.40-41.

877) 백종인, 앞의 논문, p.11. 주민자치는 지방의 정치와 행정이 주민의 자주적 의사에 따라 그 책임으로 행하여지는 것 즉, 지방자치단체의 조직과 운영에 주민이 참가하고 주민에 의한 통제가 이루어지는 자치를 말한다; 문상덕, 앞의 논문, p.3.

878) 헌재 2014.1.28, 선고 2012헌마216 결정, 지방자치제도의 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역(자치단체·자치기능·자치사무의 보장)은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 중앙정부의 권력과 지방자치단체 간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다

879) 백종인, 앞의 논문, pp.11-12.

880) 정재길, 앞의 논문, p.4.

881) 兼子 仁, 新地方自治法における解釋問題, ジェリスト. No. 1181, 2000, pp.40-41. 백종인, 앞의 논문, p.1에서 재인용. 일본 지방자치법 제1조의2 제1항 후단은 “지역에서의 행정”이라는 표현을 통하여 “지역자치의 원리”를 명시하고 있다.

882) 강재규, “일본지방자치단체의 자치기본조례”, 『지방자치법연구』, 통권제24호(제9권4호), 한국지방자치법

촌”은 “주민자치” 로써 조례의 규율범위는 순수한 자치사무라는 점은 주의할 필요가 있다. 이에 비하여 우리나라의 기초자치단체는 “단체자치”로써 지방자치 “기본조례”를 제정하여 “헌법”이라 주장할지라도 이는 선언적 의미에 불과하다. 예를 들면 「서울특별시 관악구 주민자치 기본조례」⁸⁸³⁾는 법률 체계상 지방자치의 최고규범성을 주장할 수도 없다. 또한 「제주특별자치도 마을 만들기 지원조례」가 “주민자치”를 추구한다 할지라도,⁸⁸⁴⁾ 이는 “단체자치”에 의하여 지원되는 “타치조례”로서 “주민자치”와는 거리가 멀다.

이에 비하여 ‘지방분권법’ 제27조는 “주민자치”를 강화하여 풀뿌리 자치를 활성화하고자 읍면동에 주민자치회를 둘 수 있도록 규정하고,⁸⁸⁵⁾ 동법 제29조 제3항은 주민자치회의 설치 및 운영에 관한 사항을 따로 “법률”로 정하도록 국가의 위임사무로 규정하였다. 다만 「지방자치법」 개정(안) 제13조의3 제9항은 주민자치회의 구성과 운영에 필요한 사항을 “조례”로 정하도록 규정하고 「주민자치회의 조직과 운영에 관한 표준 조례안」이 제정되었으므로 ‘지방분권법’ 제27조는 그 의미를 상실하였다.⁸⁸⁶⁾ 그렇다고 할지라도 소규모의 지역 공동체를 국가의 “법률”이 직접 조직하는 것은 “주민자치”를 훼손한다. 그러므로 “주민자치” 조직과 운영은 “단체자치”의 주체인 기초자치단체에 전속되도록 “조례”의 규율 범위로 정하여 지역공동체에서 상향적으로 국민주권에 의하여 나오는 권한이 되어야 한다.⁸⁸⁷⁾

(3) 자치사무의 이원성 보장

제헌 ‘헌법’과 제2공화국 ‘헌법’은 지방자치단체의 소관사항으로써 “그 자치에

학회, 2009, pp.146-147.

883) 윤준병, 앞의 논문, pp.245-247.

884) 「제주특별자치도 특별자치 마을 만들기 지원조례」, 2009.1.7, 조례 제445호, 제1조(목적) 이 조례는 주민자치 실현과 마을 공동체 활성화를 위하여 지역주민이 주도하는 특별자치마을 만들기 지원에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

885) 「지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법」, 제정·개정 이유, 2018.3.20, 법률 제15501호.

886) 행정안전부, 「주민자치회 시범 실시 및 설치 운영에 관한 표준조례」 개정안, 2019.1.28.

887) 최용진, 앞의 논문, p.150. 주권자인 국민이 스스로 자신의 주권을 지방자치단체에 나누어 줄 수 있다는 주권의 절대성과 주권은 국가 구성원인 국민에 의하여 밀로부터 발생한 것이라는 국민주권론과 민주주의의 접점에서 주권의 불가분성을 부정하지 않더라도 최소한 연방제 수준의 지방분권에 적합한 주권론의 헌법적 재해석이 필요하다.

관한 행정사무”로써 자치사무와 “국가가 위임한 행정사무”인 위임사무로써 이원성을 보장하였다. 그러나 제3공화국 ‘헌법’에 의하여 자치사무는 “주민의 복리에 관한 사무”로 통합되어 근거가 소멸되었다. 이어서 제5공화국 ‘헌법’에 의하여 지방자치의 부활하였음에도 자치사무로써 “그 자치에 관한 행정사무”는 여전히 회복되지 않은 채 현재에 이르고 있다.⁸⁸⁸⁾

다만 「지방자치법」 제9조 제1항은 자치사무와 위임사무를 구분하고 ‘지방분권법’ 제11조 제1항은 자치사무와 국가사무를 구분하도록 규정하고 있으나 “주민의 복리에 관한 사무”는 추상적·일반적인 개념으로 자치사무의 한계를 판단하기가 어렵다.⁸⁸⁹⁾ 그러므로 “지방자치기본법(안)”은 자치사무와 자치입법권한은 위임사무를 규율하는 위임조례는 국가 법률질서의 통일을 유지하기 위하여 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 하되 지방자치단체가 그 지역의 특성을 반영하도록 충분한 재량권한이 보장되어야 한다.

이에 비하여 자치사무를 규율하는 “자치조례”는 오직 ‘헌법’에 의하여만 제한받도록 하여야 한다.⁸⁹⁰⁾ 그 근거로써 지방자치 “고유권설”과 “조례법률설”을 따른다면 법령의 위임이 없이도 민주적 정당성을 가진 지방의회가 제정하는 “자치조례”를 제정할 수 있도록 하여야 한다. 다만 침익적 행정에 대한 조례의 규율범위는 소극적인 경찰목적의 규제에 제한하고, 국가의 법률과 조례의 규율영역을 달리하여야 하며 자치사무를 규율하는 자치조례는 이를 따르지 않는 다른 모든 법률에 우선하도록 보장하여야 한다.

예를 들면 일본 ‘지방자치법’ 제1조의2 제1항은 “지역에서의 행정을 자주적이며 종합적으로 실시”하는 역할을 규정하여 자치사무의 범위를 구체화하고, 동법 제2조 제8항은 “자치사무”를 “법정수탁사무 이외의 것”으로 정의한 바와 같이 지방자치단체의 고유사무의 범위를 설정하여 자치권한을 보장하고 있다.⁸⁹¹⁾

888) 제헌 ‘헌법’ (1948.7.17, 헌법 제1호), 제96조 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.; 제3공화국 ‘헌법’(1962.12.26, 헌법 제6호), 제109조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.; 제5공화국 ‘헌법’(1980.10.27., 헌법 제9호), 제118조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

889) 강기홍, 앞의 논문, pp.181-184.

890) United States of America, LA City Charter, Article 101. *Supra*.

891) 백종인, 앞의 논문, pp.16-17.

이에 비하여 우리나라 ‘지방분권법’ 제9조는 국가와 지방자치단체간의 사무배분 원칙을 규정하였다.⁸⁹²⁾ 그러나 지방자치단체가 시행하는 “주민의 복리에 관한 사무”와 국가 혹은 광역자치단체가 시행하는 “주민의 복리에 관한 사무”는 그 유효영역이 중복되는 범위가 보다 더 넓어지고 있으며 국가의 행정입법은 더 세분화되는 추세이다. 그러므로 국가사무와 위임사무 그리고 자치사무의 구별기준은 입법 정책적 관점에서 명확하게 설정하여야 할 필요가 있다.

(4) 국가최저기준 설정

국가최저기준(National Minimum Standard)은 상위 법률이 정한 기준보다 하위법령이 더욱 엄격한 기준을 정하도록 허용하는 것을 말한다. 이는 국가기준보다 더욱 강화된 하위법령 제정을 의무화하여 완화된 기준을 허용하지 않는 것을 말한다.⁸⁹³⁾ 따라서 국가최저기준은 환경 분야에서는 규제행정으로 “침익초과조례”의 근거가 될 수 있으며 사회복지 분야에서는 복지행정으로 “수익초과조례”의 근거가 될 수 있다.

규제 행정에서 국가최저기준의 예를 들면 미국 ‘연방 수질보호법(the Federal Clean Water Act)’ 제510조는 연방의 기준보다 주 법률이 수질보호를 위하여 더욱 엄격한 기준을 마련할 것을 요구하고 있다.⁸⁹⁴⁾ 이에 비하여 우리나라 「수질환경보전법」 제8조 제3항은 법령이 정한 기준보다 “조례로 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다”고 규정하고 있으나 지방자치단체의 재량에 맡기는 것과는 다르다. 즉 국가의 법률이 정한 기준보다 조례에서 보다 더 엄격한 기준을 적용하

892) 양승미, 앞의 논문, pp.38-39.

893) 김용득, “영국 사회복지 서비스의 구조와 서비스 질 관리 체제”, 『보건복지포럼』, 통권제125호, 한국보건사회연구원, 2017, p.76. 중앙정부의 역할은 서비스의 골격, 자격기준, 공급방식, 이용자의 참여와 선택보장, 서비스의 최소한의 표준(minimum standards), 이용자의 요금부담, 서비스의 제공절차 등의 광범위한 영역에 대한 서비스 지침(guidance)을 개발하고 이를 지방정부에 지속적으로 제시하는 기능을 수행한다. 지방정부의 사회복지 서비스는 사회서비스국(Social Service Department)에서 담당하며 각 지방정부는 중앙정부의 지침의 범위 내에서 구체적인 재량권한을 행사하며 서비스 제공의 전 과정을 관장한다.

894) United States of America, Environmental Law Institute, State Constraints(Website), The Federal Clean Water Act establishes national minimum standards - essentially, a stringency “floor”-beneath which states are not allowed to fall in their protection of water quality. States are then free to protect their waters more rigorously if they so choose. 33 U.S.C. § 1370, CWA § 510(State authority)(연방 수질보호법은 국가최저기준을 마련하였다. 실질적으로 엄격한 최저기준으로 주는 수질보호를 위하여 국가기준보다 완화된 기준을 허용하지 않는다. 주의 법률이 연방법률 보다 엄격하게 수질을 보호하는 기준을 마련하는 것은 그들의 자유이다)

여 더욱 향상시키도록 하는 것을 “국가최저기준”이라 한다.

복지 행정에서 국가최저기준의 예를 든다면 일본 ‘지방자치법’ 제2조 제9항이 정하는 “법정수탁사무”는 전국에 일률적으로 적용하는 사무로써 “생존에 관련된 국가최저기준을 확보하기 위하여 전국 일률적으로 공정·평등하게 지급하는 급부금 등에 관한 사무”로 국가최저기준의 근거를 규정한 바 있으며,⁸⁹⁵⁾ 미국의 사법 판결은 일반적으로 연방의 최저기준보다 강화된 주의 기준을 요구하고 있다.⁸⁹⁶⁾ 이에 비하여 우리나라의 「사회보장기본법」 제10조 제2항은 최저보장수준과 최저임금을 매년 공표하고, 동법 제3항은 국가와 지방자치단체는 제2항을 고려하여 사회보장급여의 수준을 결정하도록 정하고 있으나 재량에 맡겨져 있다.

또한 법원은 이미 “법령이 전국적으로 적용되는 ‘최소한의 규율기준’ 만을 정하고 있고, 조례로 지역의 특수사정을 고려하여 법령의 기준에 초과하여 규율할 수 있도록 위임한 것으로 해석된다면 법령에 위반되는 것이 아니”라고 판시하여 국가최저기준의 근거를 제시하고 있다.⁸⁹⁷⁾ 이어서 “법령이 ‘최소한의 기준’을 정하고 조례로 상대방에게 유리한 조건으로 급부내용을 규율한 것으로 해석된다면 당해 조례는 법령에 위반되지 않는다”고 판시한 바 있다.⁸⁹⁸⁾

이와 같이 국가는 개별 법률에 대하여 전국적·일률적으로 적용하는 “필요 최소한도의 입법원칙”으로 “국가최저기준”을 정하고 지방자치단체는 조례로써 지역의 실정에 맞게 법령의 기준보다 확대된 기준을 제정할 수 있도록 허용하여야 한다.⁸⁹⁹⁾ 특히 급부행정은 기본권 형성적 법률유보의 입장에서 급부의 최저한도를 규정하는 국가 법령의 근거가 필요하며,⁹⁰⁰⁾ 다만 침익적 행정에서 국가의 법률이 초과규제를 허용하지 않는다면 “침익초과조례”는 허용되지 않는다 할 것이다.⁹⁰¹⁾

895) 정재길, 앞의 논문, p.10. 법정수탁사무의 징표(2-1-1-2) (3) 전국 단일의 제도 또는 전국일률의 기준에 따라 행하는 급부금의 지급 등에 관한 사무로 다음의 것, ① 생존에 관련된 내셔널 미니멈을 확보하기 위하여 전국 일률적으로 공평 평등하게 행하는 급부금이 지급에 관한 사무

896) William F. Swindler, Minimum Standards of Constitutional Justice; Federal Floor and State Ceiling, Scholarship Repository, Faculty Publications, William & Mary Law School, 1984, p.15. The Missouri Courts in the seventies appear to have followed the general trend of state courts in treating the Federal doctrines as minimum standards upon which broader state doctrines may be based.(70년대 미 주리 주 대법원은 연방 최저기준주의에 대하여 광범위한 주의 기준을 정하는 것으로 처리하는 경향이 나타났다)

897) 대판 2000.11.24, 선고 2000추29 판결

898) 김재호, 앞의 논문, p.315; 대판 1997.4.25, 선고 96추244 판결

899) 문상덕, 앞의 논문, p.21. 자치사무에 대한 법률 내지 명령에 의한 규율에 있어서 “필요 최소한도의 입법 원칙”을 명시하자는 것이다.

900) 류지태·박중수, 『행정법신론(제15판)』, 박영사, 2011, p.6.

(5) 포괄적 위임 확대

포괄적 위임은 지방자치단체가 관할구역 내의 모든 자치사무에 대하여 전권한 성과 자기책임성의 원칙에 부합하도록 모든 권한이 부여되어야 하며 보충성의 원칙에 따라 지방이 할 수 없는 사무와 전국적으로 통일성이 필요한 사무를 중앙이 보충하는 구조가 되어야 한다.⁹⁰²⁾

그러나 ‘지방분권법’ 제3조 제1항은 지방분권은 “포괄적·일괄적”으로 하도록 규정하였으나 다른 법률을 강제할 수 없다는 점이 지적되고 있다. 반면에 헌법재판소는 구체적으로 범위를 정하여 위임을 요하는 대통령령과 부령과는 달리 조례에 위임하는 경우 법률의 위임은 포괄적으로 족하다고 판시한 바 있다.⁹⁰³⁾ 이와 같이 사법 판단에서 적극적으로 수용되고 있음에도 불구하고 입법부와 행정부는 “포괄적 위임”의 근거를 마련하는데 소극적이며, 침익적 행정에 대하여는 “포괄적 위임”이라 할지라도 형식적인 “법률”의 위임이 필요하다는 점에서 한계가 있다.⁹⁰⁴⁾

포괄적 위임 사례는 일본 ‘동경도 도민의 건강과 안전을 확보하는 환경에 대한 조례(환경확보조례)’에서 볼 수 있다.⁹⁰⁵⁾ 이 조례는 동경도가 “온실효과 가스 배출총량 삭감 의무와 배출량 거래제도”를 마련하여 전세계 공통의 문제인 지구온난화에 대응하기 할 수 있도록 자주적인 공해대책을 마련하기 위하여 포괄적으로 환경을 규제하여 대응할 수 있도록 스스로 정한 것이다.

901) 조정환, 앞의 책, p.183. 규제한도 법률이란 규제상황의 성질과 인권보장을 대조하여 당연한 입법적 규제 의 최대한까지를 규정하고 있다고 해석되는 법률을 말한다. 국가의 규제가 지역의 실정을 고려한 것으로 써 필요 충분하기 때문에 더 이상 초과규제의 여지가 없는 경우이다. 이 경우 법률이 규제한도를 초과하여 규제하는 조례는 위법으로 본다.

902) 최봉석, 앞의 논문, p.134. 보충성의 원칙은 국가와 지방자치단체 간의 사무배분의 원리 뿐만 아니라 지방분권적 권력 체계수립의 헌법적 기초이다. 그리하여 국가의 기능은 지방자치단체의 기능을 뒷받침하는데 그치고 지방자치단체의 기능을 흡수해서는 안된다. 따라서 보충성의 원칙은 주민에게 가까운 지방자치단체에 일차적으로 사무관할권을 부여함으로써 주민 근접적인 문제 해결을 도모하는 원칙으로써 국가와 지방자치단체 간, 광역자치단체와 기초자치단체 간 사무를 배분함에 있어서 매우 유용한 지침을 제공할 수 있을 것이다.

903) 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264·279 결정

904) 대판 1991.8.27, 선고 90누6613 판결, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다.

905) 최우용, “일본 동경도의 탄소배출권 거래제도의 내용과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제30호(제11권2호), 한국지방자치법학회, 2012, p.282. 동경도는 도내의 이산화탄소 총량의 삭감을 실현하기 위하여 도는 2008년 7월 환경확보조례를 개정하고, 온실효과가스 배출총량 삭감의무와 배출량거래제도를 도입하였다.

이에 비하여 우리나라에서 법령이 조례에 위임하는 사례를 든다면 「도시교통정비촉진법」 제33조 제3항은 “교통수요관리에 관하여는 이 법으로 정하는 사항을 제외하고는 조례로 정하는 바에 따른다”고 규정하고 있다. 그러나 동법 제33조 제1항이 이미 “이 법으로 정하는” 사항은 도시교통 소통원활, 대기오염 개선과 교통시설의 효율적 이용을 위하여 세부적으로 규정한 “교통수요관리” 항목 이외에 “그 밖에” 부수적인 사항을 제한적으로 위임한 것으로 이와 같은 형태의 위임은 포괄적인 위임이라 할 수 없다. 따라서 포괄적인 위임은 더욱 확대하여야 하며 지방의 조건에 맞도록 충분한 재량권한을 보장하여야 한다.⁹⁰⁶⁾

(6) 자치사무의 범위 확대

지방자치를 통하여 달성하고자 하는 목표는 ‘헌법’ 제117조 제1항에 의한 “주민의 복리” 실현이라 할 것이나 국가사무와 위임사무와의 관계로부터 고유사무를 특정하기 어려운 실정이다. 이에 비하여 영국과 미국의 자치사무는 “생활안전의 예방과 제재”로 특정되었으며, 일본 ‘지방자치법’ 제2조 제8항은 “자치사무”를 지방공공단체가 처리하는 사무 중 “법정수탁사무 이외의 것”으로 설정하였다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다. 이에 비하여 우리나라에서 “생활안전”에 대하여 학설은 각각 정의하고 있으나 이를 종합하면 “일상생활 중에서 발생하는 다양한 위험요인으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하는 것”으로 이른바 주민자치에서 말하는 “생활안전방해의 예방과 제재”와 유사하다.⁹⁰⁷⁾

특히 우리나라에서도 일상생활을 중심으로 빈번하게 발생하는 범죄와 화재 그리고 교통사고와 각종 안전사고 등이 “생활안전” 분야로 확대되고 있다. 그러나 그 유형이 다양하고 광범위하며 지역마다 위험요인이 다르다. 이로 인하여 중앙정부에 의한 통합관리보다 접근성이 용이한 지방자치단체의 역할이 더욱 중요하다. 다만 우리나라의 “단체자치”에서 “생활안전방해”의 범위를 설정하는데 어려움이 있으나 “생활안전 사고의 예방-대비-대응”⁹⁰⁸⁾과 관련된 분야에 “자치사무”

906) European Union, European Charter of Local Self-Government, Article 4(5). *Supra*.

907) 홍의표·원소연, “지방자치단체의 생활안전관리 강화를 위한 법적 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권제45호(제15권1호), 한국지방자치법학회, 2015, pp.146-147.

908) 강기홍, “생활안전을 위한 법령과 조례의 입법 거버넌스”, 『지방자치법연구』, 통권제42호(제14권2호), 한국지방자치법학회, 2014, pp.95-97.

의 영역으로 자치조례의 규율범위를 설정할 필요가 있다.

그러함에도 “생활안전” 분야는 국가의 법령이 이미 자치입법권한의 영역을 선점하고 있다. 예를 들면 ① 법률이 조례의 제정을 의무화하는 경우⁹⁰⁹⁾ ② 법률이 조례 제정의 재량을 부여하는 경우⁹¹⁰⁾ ③ 법률이 명시적으로 위임하지는 않았으나 조례 제정이 필수적으로 요구되는 경우⁹¹¹⁾를 들 수 있다. 이와 같이 주민의 생활과 직접 밀접한 분야로 지방자치단체의 고유사무의 영역이라 할 수 있음에도 국가의 법령은 “위임조례·필수조례”로 위임한 것이다. 그러나 법령이 자치사무의 영역을 선점하였음에도 불구하고 자치입법권한을 제한하였을 뿐만 아니라 지역의 특수성을 반영하지 못한 공백이 나타나고 있다고 할 수 있다.

따라서 자치입법권한의 영역에 해당되는 자치사무는 궁극적으로 지방자치단체로 이전되어야 하고 “생활안전”과 관련하여 새로운 입법방식이 요구된다. 그러므로 국가의 법령이 이미 자치입법 권한의 영역을 선점하였음에도 “생활안전”에 대한 현장성을 반영하지 못한 분야에 “입법 거버넌스”⁹¹²⁾를 구축하여 그 영역을 설정하고 “생활안전”은 주민의 생활과 밀접한 분야로써 보충성의 원칙에 따라 기초자치단체의 고유사무로 편성할 필요가 있다. 이를 통하여 “생활안전” 입법은 국가의 법령과 자치입법 상호간 협력과 보완으로 각각의 지방자치단체는 “독자적인 생활안전 관리체계를 확립”하여야 하며,⁹¹³⁾ 생활안전의 법적개념을 명확히 하고 지방자치단체가 전권한성과 자기책임성에 따라 우선적으로 책무를 다할 수

909) 「교통약자의 이동편의 증진법」 제16조(특별교통수단의 운행 등) ⑧ 특별교통수단과 이동지원센터의 운영 등에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

910) 「보행안전 및 편의증진에 관한 법률」 제14조(불법시설물의 우선 정비 등) ④ 지방자치단체는 제3항의 권고에 따라 보행자의 안전과 피해 예방에 필요한 조치를 하는 자에게 조례로 정하는 바에 따라 그 비용의 일부를 지원할 수 있다.

911) 「보행안전 및 편의증진에 관한 법률」 제6조(보행안전 및 편의증진 실태조사) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(광역시의 관할구역에 있는 군의 군수는 제외한다. 이하 “특별시장 등”이라 한다.)는 보행자의 안전 확보 및 편의증진 정책을 수립 시행하기 위하여 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간마다 관할 지역의 보행자길에 대하여 다음 각 호의 사항에 대한 실태조사를 하여야 한다.

912) 강기홍, 앞의 논문, pp.97-98. 입법 거버넌스(Legislative Governance)란 입법 과정상 권한 있는 기관들이 적합한 형태의 법규와 법리를 활용하여 입법되어지는 법령이 현실에서 최적의 상태로 그 기능을 발휘할 수 있게하는 상호 보완적 노력 정도로 조작적으로 정의하고자 한다. 입법의 도구로 사용되는 법규(Rechtvorschriften)에는 그 종류가 법률처럼 하나만 존재하는 것이 아니라 여러 형태의 규범들이 존재하고, 이들 각 규범은 각자만이 가진 고유한 기능과 효력이 있는 반면, 하나의 개별규범만으로 입안할 수 없는 사항에 대해서는 상위나 하위의 다른 규범의 협조가 불가피하기 때문이다.

913) 홍의표·원소연, 앞의 논문, p.159. 재난 관리는 중앙정부 보다는 해당 지역의 지방자치단체의 안전관리 체계가 효과적일 뿐 아니라 효율적이다. 이러한 관점에서 각각의 지방자치단체는 해당 지역의 위험요인을 파악하고 이에 대한 독자적인 생활안전 관리체계를 확립하고 생활안전 활동을 추진할 필요가 있다.

있도록 지역의 특수성을 반영한 포괄적인 자치입법권한이 부여되어야 한다.

3. 조례의 규율범위와 제정기준 설정방안

(1) 자치사무와 자치조례

지방자치단체의 존재는 자치사무와 이를 규율하는 자치조례의 우위성에서 찾아야 하며 현행 ‘헌법’ 제117조 제1항의 “법령의 범위 내에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 개정된다면 그 규율범위가 확대 될 수 있다. 이에 따라 지방자치의 본질에 부합되도록 법령의 개별 위임이 없이도 자치사무를 규율하는 “자치조례”가 허용되어야 한다. 그러나 중앙집권 과정에서 법령이 자치사무의 영역을 과도하게 선점하여 자치조례의 규율여지가 많지 않을 것으로 보여 진다.

이에 비하여 일본 ‘지방자치법’ 제2조 제8항이 규정하는 “자치사무”에 대하여 제13항은 “자치사무의 경우에는 국가는 지방자치단체가 지역의 특성에 따라 해당사무를 처리할 수 있도록 특히 배려하여야 한다”고 보장하였다.⁹¹⁴⁾ 이와 같이 자치사무를 배려하여야 할 필요가 있으며 자치사무를 규율하는 “자치조례”는 “고유권설”에 의한 “조례법률설”에 따르도록 하여야 한다.⁹¹⁵⁾ 이 경우에 자치조례는 실질적인 지역법·자주법으로써 국가의 법률과 대등하여야 하며 국가사무와 위임사무를 제외하고 지방자치단체가 수행하는 모든 자치사무를 “규율하고 관리하는” 권한 혹은 “조례를 제정하여 집행하는” 권한으로 보장되어야 한다.

그러므로 자치조례는 ① 지방의회가 제정하는 실질적인 자주법·지역법으로써 ② “지방자치기본법(안)”에서 범위를 정하여 허용하는 권한의 범위 내에서 ③ “하도록” 혹은 “하지 말도록” 규율하는 규정으로써 ④ 조례위반에 대한 예방과 제재수단과 이에 대한 심판권한이 부여되어야 실질적인 조례라 할 수 있다.⁹¹⁶⁾

다만 자치조례의 규율 범위는 ① 국가의 법령과 중복되어서는 아니 되고 ② 국가의 법령이 허용하는 사항을 조례가 금지하여서는 아니 되며 ③ 국가의 법령

914) 문상덕, 앞의 논문, p.22. 자치입법에 대한 법령우위의 원칙을 유지하면서도 국가법령과 자치입법의 역할 분담에 기초하여 조화롭게 전체로서의 국법체계를 형성해 갈 수 있도록 하여야 할 것이다.

915) United States of America, California State Constitution Article 11, Sec 3(a). *Supra*.

916) United Kingdom, Ministry of Housing, Communities & Local Government. Local Government Act 1989. *Supra*.

이 금지한 사항을 조례가 허용하도록 하여서는 아니 된다. 또한 ④ 명시적 혹은 묵시적으로 국가의 법률이 선점한 분야에 대하여는 규율할 수 없도록 하여야 한다.⁹¹⁷⁾ 그리고 ④ 주민의 권리의 제한과 의무부과는 소극적인 경찰목적에 한하여 허용하여야 하며 ⑤ 조례 위반에 대한 예방과 제제수단으로 벌칙은 행정질서벌로써 과태료를 부과할 수 있도록 허용되어야 한다.

(2) 위임사무와 위임조례

위임조례는 국가 법령의 집행을 위한 위임입법으로써 법률적합성의 원칙이 적용으로 인하여 제한을 받을 수 있으며 자치조례와 구별될 수 밖에 없다.⁹¹⁸⁾ 위임조례는 “법률→조례” 혹은 “법률→시행령 및 시행규칙→조례”의 방식으로 제정되어 왔으며 그 근거는 「지방자치법」 제22조에 따른 “법령의 범위 내에서” 제정되는 “필수조례·위임조례” 위주로 형성되어 왔다. 그러나 “필수조례·위임조례”⁹¹⁹⁾는 지방의회가 제정한다 할지라도 국가의 법률체계의 일부로써 법률단계에서 하위법규이다.⁹²⁰⁾ 이 경우에 개별 법령에서 국가의 권한을 열거하고 그 중 일부의 권한을 “개별적·구체적”으로 위임하거나 혹은 “그 밖의” 부수적인 사항을 위임하는 경우가 대부분이다.⁹²¹⁾

따라서 위임사무에 대한 자치입법권한은 중앙정부가 법령에서 정한 권한을 조례에 위임할 경우 포괄적으로 위임하여 “조례”의 재량의 범위를 넓혀 줄 것인가 아니면 행정입법을 세밀하게 규정하여 자치입법권한을 제약할 것인가의 문제이다. 다만 헌법재판소와 대법원은 행정입법에 비하여 조례에의 위임은 상대적으로 “포괄적 위임”을 허용하고 “법령의 범위 안에서”를 “법령에 위반되지 않은 범위

917) *People et rel, Deukmejian v. County of Mendocino*, 36 Cal, 3d 477, 1984, *Supra.*; 조정환, 앞의 책, p.168.

918) 최봉석, 앞의 책, p.277.

919) 강기홍, “필수위임조례의 법령 적합성”, 『공법학연구』, 제14권제4호, 한국비교공법학회, 2013, pp.248-249.

920) 홍정선, 앞의 책, p.81. 조례는 자치사무에 관한 규율형식을 의미하기 때문에, 본질상 지방자치단체의 사무가 아니라 국가의 사무인 단체위임사무를 조례의 규율대상이라 할 수는 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 단체위임사무에 대해서는 적합한 실정법 형식이 없을뿐더러, 실정법상으로도 「지방자치법」 제15조는 자치사무와 위임사무를 구별하지 않고 지방자치단체의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 하고 있는 점에서, 단체위임사무 역시 조례의 제정대상이 된다고 할 것이다.

921) 조정찬, 앞의 논문, p.35. 법률의 위임 없이 제정되는 조례는 그 수가 많지 않고 위임조례가 압도적인 현실을 보여준다.

내에서”로 조례의 규율범위를 넓게 해석하여 판결한 바 있다. 그러나 이를 일반적이라 할 수는 없으며 이마저도 포괄적인 법령의 위임근거가 요구되며 현실적으로 법령의 포괄적인 위임은 제한적이다.

그러한 점에서 “필수조례·위임조례”에서는 “법령의 범위 안에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”라고 규정한다면 규율범위가 확대된다 할지라도 자치조례가 아닌 이른바 “타치조례”로써 국가 법령의 시행을 위한 하위규정으로 자주성이 제약되는 자치입법이라고 할 수 밖에 없다.⁹²²⁾ 다만 위임사무라 할지라도 지방자치단체의 자치입법권한을 가능한 최대한도로 확대할 수 있도록 법률우위의 원칙의 예외로 초과조례와 추가조례 그리고 국가최저기준 설정을 통하여 위임조례의 규율범위를 확대하여야 한다.⁹²³⁾ 또한 지방분권과 보충성의 원칙에 따라 국가사무를 지방자치단체에 “이양”하여 자치입법권한의 규율범위를 확대하여야 하며 “위임”과 달리 전권한성과 자기책임성이 보장되는 포괄적 위임으로써 자치입법권한이 지방자치단체에 전속되는 경우를 말한다.

(3) 기관위임사무에 대한 자치입법권한 변경

기관위임사무는 그 역기능으로 인하여 폐지하여야 한다는 주장이 지배적이며, ‘지방분권법’ 제11조 제1항은 기관위임사무를 폐지하여 국가사무 또는 자치사무로 이원화하도록 규정하고 있다.⁹²⁴⁾ 이에 따라 기관위임사무를 ‘법정수임사무’로 변경하여 조례의 규율범위로 하도록 추진되고 있으므로 명칭 변경 여부에 관계 없이 민주적 정당성을 가진 지방의회가 이를 통제하도록 하여야 한다. 그러나 기관위임사무에 대하여 법률의 체계를 잘 정비한다면 지방행정의 효율성이 높아질 수 있다는 견해가 있으며,⁹²⁵⁾ 국가의 법령과 자치입법 제·개정에 입법기술적 난

922) 문상덕, 앞의 논문, p.48.

923) 김홍대, 앞의 책, p.224. 「지방자치법」 제15조 단서의 위헌론을 접어두고 이를 받아들이는 전제하에 국가 법령 최저기준론이나 고유사무 영역을 최저기준론에 초점을 맞추어 조례의 이론을 발전시켜 나가는 방향이다.

924) 「지방자치분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법」 제11조(권한 이양 및 사무구분체계의 정비 등)
① 국가는 제9조에 따른 사무배분의 원칙에 따라 그 권한과 사무를 적극적으로 지방자치단체에 이양하여
며 하며 국가사무 또는 시도의 사무로서 시·도 또는 시·군·구의 장에게 위임된 사무는 원칙적으로 폐지하
고 자치사무와 국가사무로 이원화하여야 한다.

925) 최봉석, 앞의 책, p.263.

관으로 장기간 소요된다는 점은 앞에서 설명한 바 있다.

또한 일본에서는 “기관위임사무”의 역기능으로 인하여 ‘지방분권일괄법’에 따라 이를 폐지하고 “법정수탁사무”로 변경하여 종전의 “기관위임사무”는 조례제정 권한의 밖에 있었으나 “법정수탁사무”는 자치사무와 마찬가지로 “법령에 위반하지 아니하는 한” 조례를 제정하는 권한이 부여되었다. 그러나 ‘지방분권일괄법’은 많은 법률이 한꺼번에 재정되어 법률과 조문간 복잡성으로 인하여 이해가 어렵다는 문제점이 제기되고 있다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다.⁹²⁶⁾

그렇다고 할지라도 우리나라에서 국가의 기관위임사무는 법규명령과 행정규칙이 사무처리의 범위를 세밀하게 규정하고 있어서 자치입법권한은 재량의 여지가 없으므로 논의의 실익이 없다. 다만 광역자치단체의 기관위임사무는 「지방자치법」 제104조 제1항 그리고 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 지방자치단체의 장이 제정하는 “규칙”으로 정하도록 규정하고 있다. 예를 든다면 “사무위임규칙”에 의하여 중앙행정기관의 장의 권한을 위임받은 광역자치단체의 장의 권한을 다시 시장·군수·구청장에게 “재위임”하는 형태로 존재한다.⁹²⁷⁾ 그리함에도 이 “규칙”은 광역자치단체의 장의 권한을 시장·군수·구청장에게 “위임”하는 광역자치단체의 “사무위임조례” 형태와 다르지 않다. 즉 「경기도 사무위임 조례」와 「경기도 사무위임 규칙」에서 볼 수 있듯이 “위임” 혹은 “재위임” 하는 사무를 각각 “별표”에 열거하는 차이에 불과하다.

또한 “위임” 혹은 “재위임” 사무는 법령에 따라 세분화된 개별사무로써 별도의 규칙을 제정할 실익도 없다. 이와 같이 단지 기관위임사무라는 이유로 “규칙”으로 정하는 차이가 있을 뿐으로 지방의회의 조례제정 권한을 제약하고 있으므로 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 “재위임” 사무를 “규칙”으로 정하도록 한 사항은 “조례”로 정하도록 개정하여 지방의회에 의한 민주적 통제가 이루어지도록 하여야 한다.

926) 정재길, 앞의 논문, p.15. 1999년 7월 국회를 통과하고 2000년 4월 시행되고 있다. 이 법률의 본명은 “지방분권을 도모하기 위한 관계 법률의 정비 등에 관한 법률”로서, 통상의 법률 개정과는 달리 일괄법이라는 형식을 취하고, 475건의 개정 법률을 한꺼번에 정리하여 하나의 법률로 입안 한 것이 특징이다.

927) 경기도의 규칙 196건 중 조례시행규칙은 165건이며, 다른 31건은 개별법령이 규칙으로 정하도록 위임하거나 자율적으로 판단하여 정한 규칙이다. 기관위임규칙은 “경기도 사무위임규칙” 하나 뿐이다.

4. 자치입법권한의 실효성 확보

(1) 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 폐지

지방자치의 가장 중요한 요소로써 자치입법권한은 실질적인 규범 정립권을 확보하여 실효성을 보장하는 것이다.⁹²⁸⁾ 그러나 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 ‘헌법’ 제117조 제1항이 정한 “법령의 범위 안에서”보다 오히려 더 자치입법권한을 제한하여 헌법의 취지에 반한다는 견해가 있다.⁹²⁹⁾

그렇다고 할지라도 이 단서의 규정은 지방자치단체가 침익적 사항에 대하여 조례를 제정하고자 한다면 법률유보의 원칙에 따르게 하려는 목적으로 법원은 이미 위헌성이 없다고 판시한 바 있다.⁹³⁰⁾ 그러나 이 판결은 법률유보의 원칙을 적용한 문언적인 해석으로 단지 헌법에 위배되지 않는다는 판단일 뿐으로 입법정책적으로 정당화 될 수 없으며 다른 어느 나라에도 이와 같은 사례는 없다.⁹³¹⁾

이에 대하여 “형벌을 정하는 조례에 한하여 법률의 근거를 요하도록 규정하는 것이 바람직하다”는 견해가 있다.⁹³²⁾ 그러나 죄형법정주의는 조례라 할지라도 따라야 하며 헌법상 명문으로 형식적인 “법률”을 요구하고 있음에도 이를 “조례”를 포함하도록 하는 것은 해석상 무리이다. 그렇다고 할지라도 위임사무는 범죄의 구성요건과 벌칙은 이미 법률과 대통령령에 유보되어 지방자치단체에 집행이 위임되고 있으므로 “위임조례”에 대하여는 죄형법정주의를 논할 실익이 없다.⁹³³⁾

928) 백종인, 앞의 논문, p.26.

929) 문상덕, 앞의 논문, p.57. ‘헌법’이 지방자치단체에 직접 부여한 “자치입법권”을 국가가 침해적 법률유보의 고리를 매개로 근본적인 제약을 가하는 결과를 초래하고, 자치입법으로서의 조례에 대해 통상적으로 기대할 수 있는 기능마저 현저히 왜곡될 수 있다.

930) 대판 1995.5.12, 선고 94추28 판결, 「지방자치법」 제15조는 원칙적으로 ‘헌법’ 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 그 단서에서 국민의 권리제한 의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보의 원칙을 선언한 ‘헌법’ 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다.

931) 김성호, 앞의 논문, p.95.

932) 박근성, 앞의 책, p.120.

933) 「산림보호법」 제53조(벌칙) ① 산림보호구역 또는 보호수에 불을 지른 자는 7년 이상 15년 이하의 징역에 처한다. ② 타인 소유의 산림에 불을 지른 자는 5년 이상 15년 이하의 징역에 처한다. ③ 자기 소유의 산림에 불을 지른 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ④ 제3항의 경우 불이 타인의 산림에 까지 번져 피해를 입혔을 때에는 2년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ⑤ 과실로 인하여 타인의 산림을 태운 자나 과실로 인하여 자기 산림을 불에 태워 공공의 위험에 빠뜨린 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 「가축전염병예방법 시행령」 (별표 3)은 과태료의 일반기준을 정하였으며, 개별기준은 각 위반행위별로 근거법조문과 과태료 부과금액을 정하고 있다. 예를 들면, 가축의 소유자 등이 법

또한 개별법령이 조례에 벌칙을 제정하도록 위임하는 사례가 거의 없으며 과태료의 부과인 경우에도 법률과 대통령령이 정하는 바에 따라 위임되고 있으므로 또한 논의의 실익이 없다.⁹³⁴⁾ 뿐만 아니라 행정질서벌인 과태료와는 달리 행정 형벌의 부과는 국가에 전속되는 사무로 이해되어야 하며 형벌의 창설은 신중하여야 하고 죄형법정주의 원칙은 엄격하게 적용하여야 한다는 견해가 있다.⁹³⁵⁾

그러므로 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 “자치조례”에 한하여 논의되어야 하며 “조례법률설”에 근거하여 지역법·자주법으로써 실효성이 확보할 수 있도록 ‘헌법’ 제117조가 보장하는 지방자치의 본질에 맞게 허용되어야 한다.⁹³⁶⁾ 또한 “자치조례”는 지방의회의 민주적 정당성으로 충족될 수 있으므로 법률유보의 원칙은 보다 완화하여 적용되어야 한다.⁹³⁷⁾

그러한 점에서 “자치사무”에 대하여 주민의 권리제한과 의무부과 그리고 벌칙에 대하여 “자치조례”가 규율할 수 있도록 유보가 허용되어야 하며,⁹³⁸⁾ 다만 이 경우에 자치조례의 규율범위는 소극적인 경찰목적의 규제에 제한되어야 한다.⁹³⁹⁾ 따라서 “지방자치기본법(안)”에 자치조례의 규율범위와 제정기준을 명확하게 정하여야 하고,⁹⁴⁰⁾ ‘헌법’에 의하여 조례의 제정은 제한 받을 수 있으므로 「지방자

제5조의2 제1항에 따른 방역관리 책임자를 두지 않은 경우, 법 제60조 제1항제3호의3 위반행위로 1회 위반은 200만원, 2회 위반은 400만원, 3회 이상은 1,000만원으로 정하고 있다.

934) 김상태, 앞의 논문, p.221. 실제로 현행법상 개별법에서 조례에 벌칙을 위임하고 있는 규정은 거의 없으므로 제22조 단서는 벌칙과 관련하여 실효성이 없다고 할 것이다. 따라서 현행법상 조례위반에 대한 주요한 제재수단이 과태료 밖에 없다는 것은 조례의 규범력을 충분히 보장할 수 없다는 것을 의미한 다는 점에서 재고할 필요가 있다.

935) 문상덕, 앞의 논문, p.69.

936) 조성규, 앞의 논문, p.80. 조례는 국가로부터 파생된 법원이긴 하지만, 지방자치의 헌법적 보장에 근거한 자주적 법원으로 - 일반적 법규명령과 달리 - 특별한 개별적인 법률상의 수권을 필요로 하지 않는다. 즉 조례는 민주적으로 선출된 지방의회에 의하여 제정되며, 지방의회는 자신의 지역단체의 영역에서 “입법자” 역할을 수행한다. 조례 제정권의 부여를 통해서 지방자치단체에게는 고유한 법제정권의 영역이 이전되는 것이며, 그러한 영역은 조례를 제정하는 기관의 민주적 기초를 통해서 그 자체로부터 정당화된다.

937) 조성규, “지방자치의 헌법적 보장과 헌법개정”, 『공법연구』, 제34집제1호, 한국공법학회, 2005, pp.16-17. 조례제정권과 법률유보의 관계는 결국 국가법질서 전반에 대한 헌법 규범의 일반적 원리와 지방자치에 대한 헌법규범의 특수한 원리 사이의 충돌에서 비롯된 것으로 보고 헌법적 결단이 필요한 것이며, 지방자치권을 강화하고 조례의 준법률성을 존중하는 관점에서 법률유보를 요구하는 위 헌법규정들의 의미와 내용에 대한 검토와 개정이 필요하다.

938) 백종인, 앞의 논문, p.25.

939) 장영수, 앞의 책, p.342. 지방자치단체의 조례에 의하여 기본권을 제한하는 문제는 매우 조심스럽게 접근할 수 밖에 없다. 비록 위법한 조례에 의한 기본권의 침해에 대하여 사법적 구제를 받을 가능성이 있지만, 역시 기본권을 침해하는 조례 제정이 없는 것이 가장 바람직하기 때문이다.

940) 박찬주, 앞의 논문, p.504. 국가가 자치사무의 수행과 관련하여 권리제한과 의무부과에 대해 개입할 수 있는 최대한도는 권리제한과 의무부과의 내용과 그 상한 정도이다. 이런 점에서 「지방자치법」 제22조 단서는 위헌이고, 동조 단서는 국가가 지방자치단체의 자치사무에 개입할 수 있는 것은 권리제한과 의무부과의 내용과 벌칙 규정의 상한 정도로 개정되어야 할 것이다.

치법」 제22조 제1항 단서는 폐지하여도 무방하다고 보여 진다.

(2) 벌칙 제정권한의 확대

법규범은 실효성을 갖추어야 하며 실효성이 없다면 실질적으로 한계를 가져올 수 밖에 없으므로 조례에 의한 예방과 제재수단으로써 벌칙 제정권한이 허용되어야 한다.⁹⁴¹⁾ 다만 구 「지방자치법」 제20조가 규정한 조례의 형벌 제정권을 폐지한 것은 자치입법권한의 실효성을 약화시켰다 할 수 있으나 범죄의 구성요건을 조례에 백지위임함으로써 죄형법정주의 원칙에 반할 수 밖에 없다.⁹⁴²⁾ 그러함에도 단일의 「지방자치법」에 다양한 형태의 조례위반 행위에 대한 구성요건과 처벌을 규정하는 것은 입법 기술적으로 불가능하다.

이에 비하여 일본 ‘지방자치법’ 제14조 제3항은 조례로써 형벌을 정할 수 있다고 할지라도 법원은 “법률이 수권이 불특정한 일반적인 백지위임이 허용되지 않는다”는 죄형법정주의를 요구하고 있으며,⁹⁴³⁾ “형벌을 부과하는 경우에는 법률이 수권은 상당한 정도로 구체적으로 한정”을 요구하고 있다.⁹⁴⁴⁾ 반면에 미국의 지방자치에서 조례는 주의 형법 위반을 처벌하기 위한 것이 아니라 지방자치의 범위 내에서 질서와 안정을 유지하기 위한 순수한 경찰적 규제으로써 주 형법과 이중 처벌에 해당되지 않는다.⁹⁴⁵⁾ 뿐만 아니라 영국과 미국의 지방자치에서 조례

941) 백종인, 앞의 논문, pp.25-26.; 홍정선, 앞의 책, p.317. ‘헌법’ 제37조 제2항이 존재하는 가운데 다만 「지방자치법」 제22조의 단서의 삭제 만으로 자치입법권의 범위가 넓어진다고 말하기는 어렵지만, 새로운 해석을 가져다주는 계기가 될 수 있을 것이다. 물론 조례제정 범위를 둘러싼 논란에 대한 근본적인 해결책은 헌법을 개정하여 조례 제정권의 범위를 확대하는 방법론일 것이다.

942) 헌재 2001.1.18, 선고 99헌바112 결정, 범죄행위의 유형을 정하는 구성요건 규정과 제재규정을 별도의 조항에서 정하고 있는 법규인 경우, 처벌규정에서 범죄의 구성요건에 해당하는 당해 법률규정을 명시하는 것이 통상의 예이고, 법규 수범자는 처벌규정에서 정한 당해 법조에 의해 자신의 어떠한 행위가 처벌받는지 예측할 수 있게 되지만, 이 규정의 경우는 ‘이 법과 이 법에 의한 명령’이라고만 되어 있을 뿐 처벌규정에서 범죄 구성요건을 정하지 아니하여 금지하고자 하는 행위 유형의 실질을 파악할 수 없도록 하고 있으므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다.

943) 김상태, 앞의 논문, p.229. 일본 오사카매춘방지조례(大阪市賣春防止條例)에 의하여 벌금형이 부과된 사건에서 조례는 ① 형벌은 법률의 수권에 의해 하위법령에 의해서도 제정될 수 있다는 점, ② 형벌은 민주적 제정 절차에 의해 제정되므로 법률과 유사한 성격을 가진다는 점, ③ 조례의 적용범위가 ‘지방자치법’ 제2조 제2항의 사무에 한정되어 있어서 구성요건이 상당히 구체적이고 형벌 또한 한정되어 있으므로 백지위임이 아니라는 점 등의 이유로 구 ‘지방자치법’ 제14조제5항(현행 제14조제3항)은 죄형법정주의를 정하고 있는 헌법 제31조를 위반하지 않았다고 판시하고 있다.

944) 日本 最高裁判所 昭和 37.5.30, 박찬주, 앞의 논문, p.502에서 재인용. 조례는 법률에 유사한 것이기 때문에 조례에 의하여 형벌을 부과하는 경우에는 법률이 수권이 상당한 정도로 구체적이고 한정되어 있는 것으로 족하다.

945) Charles M. Kneier, Prosecution Under State Law and Municipal Ordinance as Double Jeopardy,

위반을 “경범죄”로 정하여 벌금을 부과한다는 점을 감안한다면 조례 위반에 대한 형벌의 부과는 과도하다고 판단된다.⁹⁴⁶⁾ 또한 국가 혹은 주의 형벌권과는 별도로 지방자치단체의 기소와 자치법원의 심판능력이 확보되며 지방의회 - 집행기관-자치법원으로 권력분립의 원칙이 적용된다는 점에서 우리나라와는 다른 법률체계라 할 수 있다.⁹⁴⁷⁾

그러나 우리나라의 「경범죄처벌법」 제3조가 규정하는 경범죄의 종류는 영국과 미국의 조례가 규정하는 “생활안전방해의 예방과 제재”로서 제한되는 행위와 유사하다. 그러한 점에서 우리나라의 경범죄는 국가에 전속되는 사무로 조례 위반을 경범죄로 정할 경우에는 자치사무의 위반여부에 대한 판단을 국가에 의존하여야 하는 문제가 있을 수 있다.

또한 우리나라의 조례에서 벌칙을 제정하고자 한다면 법률의 유보가 요구되며, 헌법재판소와 대법원은 구체적인 위임이 아니라 포괄적인 위임에 따라 조례로 벌칙을 제정할 수 있다고 판시한 바 있으나 이 경우는 법령의 위임을 받아야 한다는 점에서 위임조례를 말하는 것이다.⁹⁴⁸⁾ 그러나 “자치조례”를 제정하면서 주

Cornell Law Review, Volume 16 Article 3, 1931, p.203. The municipal ordinance is held to be for the preservation of the good government, order and security of the city, and the state law for the maintenance of the public peace and dignity of the state. The Supreme Court of Alameda is not to punish for an offense against the criminal justice of the state but to provide a mere police regulation for the enforcement of good order and quiet within the limits of the corporation....The Supreme Court of Minnesota has also taken the view that though the municipal ordinances are given the force of law by the charter, yet they relate solely to the proposes of the municipal government, as a general rule, to the administration of criminal justice by the state.(지방자치단체의 조례는 선경과 ‘시티’의 질서와 안전을 보호하며, 주 법률은 공공의 안전을 유지하고 주의 권위를 보장하기 위한 것이다. 알라메다 주 대법원은 주의 형벌위반에 대하여 처벌하는 것이 아니라 지방자치의 제한범위 내에서 질서의 유지와 평온을 유지하기 위한 순수한 경찰적 규제를 규율하는 것이라고 판시한 바 있으며, 미네소타 주 대법원 또한 지방자치단체의 조례는 ‘지방자치현장’에 의한 법률의 집행 권한을 부여하였으며, 지방자치단체의 목적과 관계하며, 일반적으로 주의 형사처벌을 위한 것이 아니라고 판시한 바 있다)

946) 미국 ‘캘리포니아 주 정부조직법’ 제36900조는 (1) 조례 위반에 대하여 1차 위반은 100달러 이하, 2차 위반은 200달러 이하, 1년 이내에 같은 조례를 위반할 경우에는 행위마다 500달러 이하를 정할 수 있으며 (2) 건축 및 보안규정 위반에 대하여는 1차 위반은 130달러 이하, 2차 위반은 700달러 이하, 1년 이내에 같은 조례 위반은 1,300달러, 2년 이내에 같은 조례 위반은 2,500달러를 부과할 수 있도록 규정하였다.

947) 미국의 자치법원(municipal court)과는 달리 영국은 1980년 치안법원법(Magistrate Courts’ Act)이 전면 개정되었으며 동법 제1조는 모든 약식범죄(all summary offence)의 심판을 담당한다고 규정하여 모든 질서의 유지(justice of the peace)를 비롯하여 지방자치단체의 조례위반 사건을 관할하며, 전국에 약 330개의 치안법원이 존재한다.

948) 대판 1991.8.27, 선고 90누6613 판결; 대판 1995.6.30, 선고 93추83 판결; 대판 2006.7.8, 선고 2004두947 판결; 대판 2014.12.24, 선고 2013추81 판결; 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자치법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다.

민의 권리를 제한하고 의무를 부과하거나 벌칙을 부과하고자 할 때 법률의 위임이 요구된다면 “위임조례”의 범주에서 벗어 날 수 없다.

위와 같이 우리나라에서 조례 위반에 대한 벌칙을 위임조례와 자치조례를 각각 구분하여 논하여야 함에도 ‘헌법’ 제117조는 이를 예상하지 않은 것으로 보여진다.⁹⁴⁹⁾ 그러므로 조례의 벌칙 규정은 “자치조례”에 대하여 논의되어야 하며 이는 개별 법률의 위임이 없다 하더라도 전권한성과 자기책임성에 따라 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과 그리고 벌칙의 부과를 정할 수 있는가의 문제로서 “국가가 자치사무를 수행하는데 권리의 제한과 의무 부과에 개입할 수 있는 최대한도는 권리제한과 의무부과 내용과 그 상한 정도”라고 보아야 한다.⁹⁵⁰⁾

그런데도 불구하고 「지방자치법」상 조례 위반에 대한 제제수단으로 과태료를 규정하고 있으며 과태료의 근거는 행정질서벌로써 「질서위반행위규제법」 제2조 제1호는 질서위반행위로써 사회의 질서유지와 공익의 보호를 위하여 주민에게 부과한 의무를 위반하는 행위에 대하여 과하는 금전적 제제이다.⁹⁵¹⁾ 그러나 동법 제6조는 “법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다”고 규정하여 법률의 유보를 요구하고 있다. 따라서 지방자치단체가 과태료를 부과·징수하는 조례를 제정하고자 한다면 침익적 행위로써 반드시 법률의 위임을 요하며 다만 포괄적 위임이 가능하다고 할 것이다.

이에 비하여 「지방자치법」 제27조 제1항이 “지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”는 규정은 문언상 법령의 위임이 없이도 조례에 의하여 과태료를 부과할 수 있도록 규정하였다 할지라도 침익적 행정으로써 개별 법률의 위임이 반드시 필요하다.⁹⁵²⁾

949) 김상태, 앞의 논문, p.233. 자치사무에 있어서 어느 정도 주민의 자유와 의무에 관련된 내용을 조례를 통해 규율하는 것은 피할 수 없는데, 이를 일률적으로 법률의 위임을 요하는 것으로 제한하는 것은 ‘헌법’ 제117조에서 예상하지 않았다고 보아야 한다.

950) 박찬주, 앞의 논문, p.504. 그렇다면 자치사무의 수행에 있어서 어느 정도 주민의 자유와 의무에 관련되는 내용을 조례를 통해 규율하는 것은 피할 수 없는데, 이를 일률적으로 법률의 위임을 요하는 것으로 제한하는 것은 ‘헌법’ 제117조에서 예상하지 않았다고 보아야 한다. 국가가 자치사무의 수행과 관련하여 권리제한과 의무부과에 대하여 개입할 수 있는 최대한도는 권리제한과 의무부과의 내용과 그 상한 정도이다. 이런 점에서 「지방자치법」 제22조 단서는 위헌이라고 본다.

951) 선정원, 앞의 논문, p.219; 「질서위반행위규제법」 제2조(정의) 1. “질서위반행위”란 법률(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다) 상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 말한다. 제6조(질서위반행위 법정주의) 법률에 따르지 아니하고는 어떠한 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다.

952) 다만 법원은 「지방자치법」 제139조 제2항에 대하여 “사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료를, 공공시설을 부당 사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있다”라고 과태료의 부

그러한 점에서 자치조례에 의한 법률유보의 근거를 충족하자면 “지방자치기본법(안)”에 우선 “자치사무”를 “위임사무 이외의 것”으로 설정하고 소극적 경찰목적의 규제에 이를 위반하면 과태료를 부과할 수 있도록 정한다면 법률유보의 원칙이 요구하는 조건을 갖출 수 있다. 다만 조례의 위반을 경범죄로 정하여 다양한 제재 수단을 확보하여 실효성을 확보하는 방안을 검토할 수 있으나 영국과 미국의 “주민자치” 방식으로 확대되어야 하므로 시기상조라고 판단된다.

제3절 제주특별자치도 입법권한 확대방안

1. 제주특별자치도의 헌법적 지위 확보

중앙정부는 지방분권을 선도할 ‘제주자치도’의 고도의 자치권과 실질적인 지방분권을 선언하였음에도 자기결정권이 제한으로 인하여 궁극적인 목표를 이룰 수 없으며 “특수한 지위”라 할지라도 중앙권한의 “이양” 혹은 “위임”에 의존할 수 밖에 없다는 근본적인 한계가 있다. 이로 인하여 지방분권에 대한 형식상 한계와 내용상 한계가 나타나고 있으며 “이양”이라 할지라도 이른 바 “행정권한의 위임”으로 전권한성과 자기책임성을 기본요소로 하는 지방자치의 취지와는 거리가 멀다. 또한 내용은 ‘제주자치도’ 설치를 목적으로 하는 법률이라 할지라도 역내에서의 자치제도는 많은 한계가 있다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다.⁹⁵³⁾

이와 같은 한계를 개선하기 위하여 많은 노력이 있어 왔으나 현행 법률체계에 따른 많은 제약이 있어왔다. 그러므로 ‘제주특별법’과 자치입법권한은 헌법적 근거를 달리하는 독자적인 규범으로써 새로운 법리가 필요하다.⁹⁵⁴⁾ 이에 대하여 ‘제주자치도’의 지위는 “한 국가 안에서 일정 지역이 다른 지역과는 달리 강화된 특

과·징수 규정을 정하고 있다. 법원은 이 규정에 의하여 제정된 조례는 구체적인 행위의 구성요건을 정하였으므로 법률유보의 원칙에 위반되지 않는다고 판결한 바 있다.(대판 1989.12.12, 선고 89누5560 판결)

953) 김광수, “국가와 지방자치단체 간의 관계: 제주특별자치도는 얼마나 특별한 道 일수 있는가?”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009, p.15.

954) 헌재 2007.12.27, 선고 2004헌바98 결정, 「도로법」 제43조제2항 위헌소원(재판관 김종대의 반대의견) 지방자치단체의 자치입법은 행정입법의 하나이거나 그 하위규범이 아닌, 그와는 헌법적 근거를 전혀 달리하는 독자적인 규범으로서 상호간에 수직적 우열관계는 존재하지 않으며, 다만, 국법질서인 법률 및 행정입법의 내용과 상충하지 않는 범위 내에서 자치입법이 허용된다는 의미로 ‘헌법’ 제117조 제1항이 자치입법권한의 한계를 법령의 범위 안에서 제한한 것이다.

별한 자치권을 인정받는 것”으로써,⁹⁵⁵⁾ “지방자치의 헌법적 보장의 규범적 내용과 한계, 즉 지방행정체제에 관한 입법상 형성의 자유의 범위와 한계를 규범적으로 구체화”하기 위한 적극적인 입법정책이 필요하다.⁹⁵⁶⁾

그러함에도 ‘제주특별법’ 그 자체의 그 한계로 인하여 헌법적 보장을 구체화하였다 할 수 없으며 “특수한 지위”는 ‘제주특별법’이 “정하는 범위”로 제한되며 ‘제주자치도’는 다른 일반 지방자치단체와 다를 바 없다. 그러한 점에서 지방분권에 관한 단편적인 입법정책으로는 한계가 있으며 이들을 모두 포괄하여 그 목적을 달성할 수 있도록 헌법적 지위가 보장되어야 한다.⁹⁵⁷⁾

따라서 소극적으로 제도를 보장하는 ‘제주특별법’의 한계를 넘어야 하며 ‘제주자치도’는 헌법적 지위로 선언되어야 한다. 이를 통하여 지방분권을 선도하기 위한 국가적인 과제로써 정치적 분권과 재정적 분권 그리고 행정적 분권에 대한 광범위한 목표를 설정하여야 한다. 특히 지방분권의 선구인 프랑스에서도 ‘헌법’ 제72조는 특별한 지위를 가진 지방자치단체(Special - Status Communities)를 명시적으로 규정하고 있으며,⁹⁵⁸⁾ 우리나라 ‘헌법’에도 지방분권을 선도할 특별한 지위를 가진 ‘제주자치도’를 규정하지 않을 이유가 없다.

955) 권영호, “제주특별자치도의 헌법적 근거 마련에 관한 소고”, 『헌법학 연구』, 제15권제1호, 한국헌법학회, 2009, p.63. 제주특별자치도가 지역적·역사적·인문적 특성과 섬지역이라는 지리적 특성은 더욱 특별자치를 인정하는데 적합하다고 보며, 제주특별자치도의 헌법적 지위 보장, 자치권의 헌법적 근거 마련, 제주특별자치도의 국회로의 법률안 제출권 보장, 중앙정부로부터 이양된 법률동위적 효력 인정을 주장하였으며, 특히 제주도의 법률안 제출절차를 정부의 법률안 제출처럼 의결방법, 부서방법 등을 법률로 정할 것을 주장하였다; 김재광, 앞의 논문, p.44. 특별자치제란 한 국가 내에서 특정한 지역에 대하여 다른 지역성과 차별성이 있는 자치를 인정하는 제도를 말한다. 즉 한 국가의 헌법에서 지방자치에 관한 규정을 두어 지방자치를 헌법적으로 보장하는 경우에 있어서도 특정한 지역에 대하여는 다른 지역과 차별성이 인정되는 자치를 보장하는 제도를 두는 경우가 이에 해당한다.

956) 조성규, 앞의 논문, p.35.

957) 권영호, “제주특별자치도의 헌법적 지위확보 방안”, 제주특별자치도, 2017. p.72. 헌법에 제주특별자치도의 근거를 마련하는 것이 제주특별자치도의 법적 지위를 안정화하고 국가와 제주 지역 간의 신뢰관계를 공고히 한다는 점에는 이견이 없으며, 또한 제주특별자치도의 성공에 대한 국민적 합의를 포함한다는 의미도 들어 있다.

958) France, Constitution, 1958, Article 72, The territorial communities of the Republic shall be the communes, the Departments, the Regions, the Special-Status Communities and the Overseas territorial communities to which article 74 applies.; Constitution de la Republique Franqise, Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74.(공화국의 지방자치단체는 꼬뮌, 데파르트망, 리종, 특별지방자치단체, 제74조의 적용을 받는 해외 지방자치단체로 한다); 특별한 지방자치단체(Special-Status Communities)는 파리(Paris), 리옹(Ryon), 마르세이유(Marseilles)를 말한다.

2. '제주특별법'의 정비

(1) 종합적인 입법평가 필요성

'제주특별법'에서 나타나는 문제는 '제주자치도'의 법률적 지위와 특수한 지위의 불확실성, 조문 구조의 복잡성, 자기결정권한의 제한 그리고 법률체계의 부정합성은 개선이 시급하다 할 것이나 특정 부분에 한정되지 않고 전반적으로 나타나고 있다. 특히 '제주특별법'은 많은 개별 법령을 포괄하여 인용하고 있으므로 국가 전체의 법률체계에 영향을 미치는 문제로서 전반적으로 정치한 분석과 입법평가가 필요하다.⁹⁵⁹⁾

따라서 법률 수요자인 국민의 입장에서 충분히 이해 할 수 있도록 '제주특별법'은 우선 간소화하여 투명성을 제고하여야 한다. 뿐만 아니라 이양된 자치입법권한의 활용도를 높이는 방안을 마련하여야 하고 위임의 근거와 법률유보의 원칙에 의한 한계는 개선되어야 한다. 그러한 점에서 '제주특별법'은 도민의 이익과 국가의 정책목표를 조화롭게 실현되도록 개선하여 “보다 나은 법(better law)”이 되어야 한다.⁹⁶⁰⁾

(2) '제주특별법' 법률안 입법청원권 확보

'제주특별법'은 '제주자치도'에 한정하여 적용되는 “지역 법률(Local Acts)”로서 제주도민에게 직접 이해관계가 있는 특별법이라 할지라도 입법자의 의도에 의하여 좌우될 수 밖에 없다. 이를 개선하기 위하여 '제주특별법' 제19조 제1항은 도지사가 “도의회 재적위원 3분의 2 이상의 동의를 받아 '제주자치도'와 관련하여 법률에 반영할 필요가 있는 사항”에 대하여 지원위원회에 의견을 제출할 수 있도록 “법률안 의견 제출권”을 규정하고 있으며, 이 규정은 '제주특별법'의 한계를 극복하고자 한 것이다.⁹⁶¹⁾ 그러함에도 입법자는 '제주자치도'의 “법률안 의견 제

959) 박영도, “입법평가제도에 관한 연구”, 『입법학연구』, 제2집, 한국입법학회, 2002, pp.55-80.

960) 전 훈, “보다 나은 법 제정을 위한 과제와 방안”, 『공법연구』, 제36집 제1호, 한국공법학회, 2007, pp. 699-724.

961) 양승미, 앞의 논문, pp.33-34. 헌법에 근거가 없이 직접적인 법률안 제출권을 인정하기 어렵지만, 제주특별법에서 규정된 제주특별자치도지사에게 인정된 법률안 의견 제출권은 자치입법의 확장을 위해서 일정한

출권”에 구속되지 않는다는 점에서 실질적인 권한이라 할 수는 없으며 ‘제주특별법’의 문제 해결에는 제한적이다.

이와 같은 ‘제주특별법’ 그 자체의 한계를 극복하기 위하여 ‘제주특별법’에 한하여 법률안 입법청원 권한을 부여하여 국회와 정부에 제·개정을 촉구할 수 있도록 ‘제주특별법’에 이를 명시할 필요가 있다.⁹⁶²⁾ 이를 통하여 제주지역의 실정에 맞는 입법정책을 스스로 결정하는 권한과 입법과정에 직접 참여하는 권한을 부여하여야 하며 ‘제주특별법’의 한계를 넘을 수 있는 중요한 수단이라고 할 수 있다.⁹⁶³⁾

(3) 자기결정권의 확대

지방정부 조직 형태의 결정은 지방의회의 의결 혹은 주민투표에 의한 결정이 최종적인 정책결정이라는 점에서 최적의 방안이라 할 수 있으며, 지방자치단체의 조직고권은 조직형태의 구성 또한 고유한 권한으로 국가의 간섭을 받지 않아야 한다.⁹⁶⁴⁾ 그러나 「지방자치법」 개정(안) 제2조의2는 현행 “기관 대립형”을 유지하면서 기관구성을 달리하고자 하는 경우 주민투표로 변경이 가능하도록 하고

의미를 가지고 있다 할 것이다; 김광수, 앞의 논문, p.11. 법률안 제출권을 입법한 이유는 현재 지방자치법에서 규정하고 있는 지방자치입법권의 한계를 극복하고 제주도의 현안을 법률에 반영하기 위한 것이다.

962) 김해룡, 앞의 논문, p.15. 지방자치단체들이 지역적 이해관계를 지닌 것이거나 혹은 지역적 이해관계를 넘어서 국가 발전에 중요한 법률안을 구상하는 경우에 이를 입법과정에 투입할 수 있는 제도를 도입하는 것이 진정한 지방분권국가로 발전할 수 있는 길이다; 김홍대, 앞의 책, p.231, 지방자치의 현장에서 다양한 주민의 수요에 부응하여 다채롭고 이색적으로 규율하여야 할 필요성이 인정되는 분야에서는 지방자치단체 간의 공동처리를 위하여 구성된 행정협의회 등에서 논의를 거쳐 국회에 입법청원을 하할 수 있는 제도가 마련되어야 할 것이며, 특별한 사유가 없는 한 국회에서는 이를 수용하는 제도로 발전시켜 나가는 것이 바람직스럽다.

963) 김광수, 앞의 논문, p.19; 최용진, 앞의 논문, p.169. 사무의 배분 즉 권한의 배분이 이루어 져야 하며 최소한의 입법권의 분배를 예상할 수 있다. 입법권의 분배는 지방정부에게 법률안 제출권 혹은 조례제정권을 부여 받는 것이며, 아울러 국가 존립에 관한 사항을 제외한 모든 사항을 적정한 범주로 구별하여 배분하여야 할 것이다.

964) 手島孝, 憲法學の開拓線, 三聖堂, 1985, p.261. 허 전, “국가와 지방자치단체 간의 갈등구조 및 그 해결 시스템 모색”, 『헌법학연구』, 제20권제1호, 한국헌법학회, 2014, p.471에서 재인용. 사회의 각 단체는 각각 독자적 고유의 임무와 이를 수행할 권리와 의무를 본래적으로 즉 그 존립에 본질필연적으로 가지게 되며, 이러한 관계 중에서 국가 이전에 자연발생적으로 성립하는 지방단체는 자기결정권이라는 기본권과 국민주권원리에 기초한 주민자치권을 내포하는 고유의 단체자치권을 가진다고 할 수 있으며, 지방자치권에는 ① 지방자치단체의 존립권 ② 주민의 직접민주적 참정권 ③ 주민의 지방자치단체 기관 구성권 ④ 지방자치단체의 고유사무수행에 있어서의 대국가적 전권(조직권, 인사권, 입법권, 재정권, 행정권, 사법권을 포함) ⑤ 국가적 성격과 지역적 성격을 함께 가지는 사무의 처리에 있어서의 지방자치단체 협동권이라는 고유의 사무가 있다고 한다.

별도의 법률 제정이 예정되어 있으므로 ‘제주특별법’ 제8조는 이미 그 특별성을 상실하였다.⁹⁶⁵⁾

그러함에도 현실적으로 “기관 대립형”과 “기관 통합형”에 대한 장단점의 불투명성으로 인하여 입법자에 의하여 자의적으로 선택 될 가능성이 높다. 또한 지방정부의 조직형태는 다양한 형태로 구성되나 영국의 지방자치에서도 최근에는 “기관 통합형”에서 “기관 대립형”으로 전환을 권장하고 있으며,⁹⁶⁶⁾ 미국의 지방자치에서도 19세기에는 “기관 통합형”을 위주로 하였으나 20세기에 들어와서는 위원회형 지방정부가 출현하였으나 권력분립원칙은 적용되지 아니하였다. 현대에 와서는 지방정부에서도 권력분립 중요성이 부각되면서 규모가 큰 대도시는 “기관대립형” 지방정부로 전환되었으며 소규모의 지역공동체에서는 “기관 통합형”을 채택한다는 현실적인 문제를 감안 할 필요가 있다.⁹⁶⁷⁾

따라서 ‘제주자치도’의 기관구성 형태의 결정은 신중하여야 하며 현대의 지방

965) 행정안전부, 공고 제2018-676호, 2018.11.13, 「지방자치법」 전부개정법률(안) 입법예고, 제2조의2(지방자치단체의 지방의회와 집행기관의 구성) ① 지방자치단체의 지방의회와 집행기관의 구성은 이 법에서 정하는 방식에 따르되, 지방자치단체의 지방의회와 집행기관의 구성을 달리하고자 하는 경우에는 해당 지방자치단체의 주민투표로 정할 수 있다. ② 제1항의 시행에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

966) United Kingdom, Local Government Act 2000, 9H(1), In this part “elected mayor” in relation to a local authority, means an individual elected as mayor of the authority by the local government electors for the all of the area in accordance with the provisions made by or order this Part.(지방정부의 선출직 시장은 이 법률의 규정에 따라 해당 지역에서 선출된 지방자치단체의 시장을 말한다)

967) Bradely E. Moris, Separation of Powers; Division of Executive and Legislative Authority, Brigham Young University Law Review, Vol 1978 Issue 4, 1978, p.963-964, During the nineteenth century, the weak-mayor form of city government predominated in the United States, although some strengthening of the mayor’s power took place by the latter part of the century. The commission form emerged early in the twentieth century, followed by the emergence of the commission-manager or council manager form. All of these forms involved extensive mingling of functions, with little or no concern for the separation of powers.....A new trend toward more divided governmental authority has emerged as cities have increased the power and responsibility of the mayor in order to improve administrative efficiency. Consequently, the greatest separation of powers today is found in the mayor-council form of municipal government, and the role of the mayor is also expanding in council-manager forms in large cities. (19세기 미국에는 약시장형 지방정부가 지배적이었으나, 세기 말에는 시장의 권한이 강화된 지방정부가 나타났다. 20세기에는 위원회형 지방정부가 출현하였으며, 이어서 위원회-관리자형 혹은 위원회-관리자형 지방정부가 출현하였다. 이와같은 형태는 기능의 통합된 형태이며 권력의 분립에는 관심이 없거나 적었다....이후 행정의 효율성을 위하여 시장의 권한과 책임이 강화된 ‘시티’가 새로운 추세로 나타났다. 결과적으로 현대에는 지방정부에서 권력의 분립된 시장-의회형으로 시장의 역할이 확대되는 형태로 나타났다, 시장의 역할은 대도시에서 의회-관리자형으로 나타나고 있다); 미국 LA ‘시티’ 지방정부 구조는 기관대립형으로 지방의원(Member of City Council)과 시장(Mayor), 검찰관(City Attorney) 감사관(Controllor)을 주민이 직접 선거에 의하여 선출한다. United States of America, Los Angeles City Charter, Sec. 202. Election of officers at Large. The following officers of the City shall be elected by the electors of the City, at large; Mayor, City Attorney, Controllor,(H. Hallman, G. Washnis & E. Crawford, In 1973, the mayor-council form was used in the majority of the 32 cities with population over 400,000)(1973년 현재 인구 40만명 이상의 32개 대都市는 기관대립형(mayor-council form) 지방정부 구조이다)

자치에서 권력분립은 더욱 중요하다는 점을 인식하여야 한다.⁹⁶⁸⁾ 그러므로 ‘제주 자치도’의 기관구성에 대한 최종 결정은 주민의 자기결정권을 반영할 수 있도록 ‘제주특별법’ 제8조는 “다른 법률에 따라”를 “이 법에 정하는 바에 따라”로 개정되어야 한다.

(4) 자치입법권한의 수용성 확대

조문의 복잡성은 ‘제주특별법’ 각 조의 “특례” 규정은 중앙행정기관의 장의 권한을 “이양” 하면서 관련 사무를 명시하지 아니하였고, 다른 개별 법률을 총망라하여 포함하면서 “이양”과 “위임” 그리고 “이관”이 혼합적으로 규정되어 법률 수요자인 국민의 입장에서는 수용하기 어려운 문제이다. 따라서 “이양사무”와 “위임사무” 그리고 “이관사무”는 각각 구별하여 “별표”에 관련 조문과 사무 명칭을 열거하고 해당 조문을 정리하여 ‘제주특별법’을 간소화하고 투명성을 재고할 필요가 있다.⁹⁶⁹⁾

그러므로 “이양사무”는 ‘제주특별법’에 따라 1. 중앙행정기관의 장의 권한을 도지사의 권한으로 이전한 권한 2. 대통령령으로 정하도록 한 사항을 도 조례로 정할 수 있도록 한 권한 3. 부령으로 정하도록 한 사항을 도 조례로 정하도록 한 권한 4. 특별지방행정기관의 사무를 이관한 권한으로써 ‘제주특별법’ “별표”에 열거하여 규정하도록 하여야 한다.

이에 비하여 개별법령이 “위임”한 사무는 전국 공통사항으로써 1. 다른 법률이 지방자치단체의 장에게 위임된 권한 2. 다른 법률의 권한의 위임에 의하여 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한 3. 「행정권한의 위임 및 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에

968) 헌재 2014.1.28, 선고 2012헌바216 결정, 헌법상 권력분립의 원리는 지방의회와 지방자치단체의 장 사이에서도 상호견제와 균형의 원리로서 실현되고 있다. 다만 지방자치단체의 장과 지방의회는 정치적 권력기관이긴 하지만 지방자치제도가 본질적으로 훼손되지 않는다면, 중앙·지방간 권력의 수직적 분배라고 하는 지방자치제의 권력분립적 속성상 중앙정부와 국회 사이의 구성 및 관여와는 다른 방법으로 국민주권·민주주의원리가 구현될 수 있다. 따라서 지방의회와 지방자치단체의 장 사이에서의 권력분립제도에 따른 상호견제와 균형은 현재 우리 사회 내 지방자치의 수준과 특성을 감안하여 국민주권·민주주의원리가 최대한 구현될 수 있도록 하는 효율적이고도 발전적인 방식이 되어야 한다.

969) 행정적 분권의 원칙에 따라 구분하여 이양사무, 위임사무와 기관위임사무로 분류하여 각각 개별 법률의 근거와 권한의 내용이 제시되어야 한다. 개별사무를 분류하는 과정에서 중복과 오류 등을 삭제하고 해당 조문을 정리하여 ‘제주특별법’을 간소화 할 수 있다.

의하여 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한으로 ‘제주특별법’ 시행령에 “별표”에 열거하여 규정하도록 하여야 한다. 아래에서 제시하는 바와 같이 ‘제주특별법’이 “이양”한 사무와 개별법령이 “위임”한 사무를 명시하여 구분된다면 그 사무와 자치입법권한은 보다 명확해 질 수 있다.

〈표-1〉 ‘제주특별법’ 및 동법 시행령 개정방안

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시조성을 위한 특별법(개정 방안 예시)		
제00조(중앙권한의 이양) ① “이 법”에 따라 중앙행정기관의 장의 권한을 제주특별자치도에 이양하는 권한은 다음 각 호에 따라 정하는 사무로 한다.		
1. 중앙행정기관의 장의 권한을 도지사의 권한으로 이전한 권한은 “별표 1”과 같다.		
2. 대통령령으로 정하도록 한 사항을 도 조례로 정할 수 있도록 한 권한은 “별표 2”와 같다.		
3. 부령으로 정하도록 한 사항을 도 조례로 정할 수 있도록 한 권한은 “별표 3”과 같다.		
4. 특별지방행정기관의 사무를 이관한 권한은 “별표 4”와 같다.		
② 다른 법령에 의하여 지방자치단체의 장에게 위임한 사무는 다음 각 호의 규정에 따르며 대통령령이 정하는 바에 따른다.		
1. 다른 법률에 의하여 지방자치단체의 장에게 위임된 권한		
2. 다른 법률의 권한의 위임에 의하여 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한		
3. 「행정권한의 위임 및 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 의하여 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한		
(별표 1) 중앙행정기관의 장의 권한을 제주특별자치도지사의 권한으로 이전한 권한		
위임기관	사무의 명칭	수임기관
환경부	1) 「하수도법」 제25조 제2항에 의한 공공하수처리시설 .분뇨처리시설의 개선이나 그 밖의 필요한 조치명령 권한	제주특별자치도
(별표 2) 대통령령이 정하도록 한 사항을 제주특별자치도 조례로 정할 수 있도록 한 권한		
위임기관	사무의 명칭	수임기관
환경부	1) 「토양환경보전법」 제10조의2에 의한 토양환경평가의 실시에 관한 구체적인 사항과 그 밖에 필요한 사항	제주특별자치도
(별표 3) 부령으로 정하도록 한 사항을 제주특별자치도 조례로 정할 수 있도록 한 권한		
위임기관	사무의 명칭	수임기관
환경부	1) 「토양환경보전법」 제4조의2에 의한 토양오염의 우려기준 제정에 관한 사항	제주특별자치도
(별표 4) 특별지방행정기관의 사무를 이관한 권한		
위임기관	사무의 명칭	수임기관
해양수산부	1) 「항만법」 제4조 제1항에 따른 중앙항만정책심의회회의 소관사항 중 위임된 사항	제주특별자치도

「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 시행령」(개정 방안 예시)

제00조(행정권한의 위임) ① 법 제00조 제2항에서 다른 법률에 의하여 지방자치단체의 장에게 위임한 권한은 “별표 1”과 같다.

② 다른 법률의 권한의 위임에 의하여 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한은 “별표 2”와 같다.

③ 「행정권한의 위임 및 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 의하여 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 사무는 “별표 3”과 같다.

(별표 1) 다른 법률에 의하여 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한

위임기관	사무의 명칭	수임기관
해양수산부	1) 「수산업법」 제41조에 허가어업(육상해수양식어업) 및 제47조에 의한 신고어업	시장

(별표 2) 다른 법률의 행정권한의 위임에 의하여 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한

위임기관	사무의 명칭	수임기관
산업통상자원부	1) 「상공회의소법」 제6조, 제7조제2항 및 제49조제1항, 동법 시행령 제17조에 의한 상공회의소의 설립인가, 상공회의소의 정관변경인가 및 임원에 대한 조치요구 권한	도지사

(별표 3) 「행정권한의 위임 및 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 의하여 중앙행정기관의 장의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임한 권한

위임기관	사무의 명칭	수임기관
문화관광체육부	1) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제30조제1항에 의한 비영리 법인의 설립허가 및 그 취소, 정관변경의 허가, 해산신고의 수리, 그 밖의 지도 감독에 관한 사항	도지사

(5) 자치입법권한의 특례 규정

‘제주특별법’의 위임에 의한 자치입법권한은 기본목적에 부응할 수 있도록 법률 수요자인 주민의 입장에서 “공익성과 필요성, 합리성”을 추구하여야 한다.⁹⁷⁰⁾ 그러나 ‘제주특별법’은 “특례”를 규정하였으나 다른 개별법을 집행하기 위한 수단

970) 헌재 2007.12.27, 선고 2004헌바98 결정, 「도로법」 제43조제2항 위헌소원, 지방자치를 제한하는 입법에 대한 심사기준, 우리 재판소는 지방자치단체의 조례제정권을 제한하는 법률이 지방자치를 규정한 헌법조항에 위배되는지 여부가 문제가 된 사건에서, 지방자치의 이념에 기초를 둔 합헌심사의 요건인 “공익성과 필요성, 합리성”이라고 언급하므로써(헌재 1998.4.30, 96헌바62), “공익성, 필요성, 합리성”이 지방자치를 제한하는 법률의 위헌여부에 대한 심사기준이 될 수 있음을 밝힌 바 있다.

으로써 엄밀한 의미에서는 “자치조례”가 아닌 “위임조례”의 규율 범위를 정하였다고 할 수 있다.

그러므로 가장 핵심적인 권한으로써 자치사무에 대한 자치입법권한의 “특례” 규정이 필요하다. 즉 조례의 규율범위는 “법령의 범위 안에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 확대하고, 자치조례의 규율범위와 제정기준, 포괄적 위임의 범위와 국가최저기준 그리고 초과조례·추가조례의 근거를 규정하여 자치입법권한을 확대하는 근거를 규정하여야 한다. 그 근거의 예를 들면 「하수도법」 제7조는 “「환경정책기본법」 제12조 제3항에 따른 환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 경우에는 해당 시·도의 조례”로 국가의 기준보다 엄격한 방류수질기준을 정할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 환경과 관련한 규제에 대하여는 ‘제주특별법’ 제00조 제0항은 국가의 기준보다 더 엄격한 기준을 도 조례로 정할 수 있도록 “침익초과조례”의 근거를 규정하여야 한다. 또한 동법 제0항은 「사회보장기본법」 제10조 제2항이 정하는 국가의 최저보장수준보다 강화된 기준을 도 조례로 정할 수 있도록 “수익초과조례”의 근거를 규정 하여야 한다.

또한 조례의 실효성을 확보할 수 있도록 동법 제00조 제0항은 “자치사무”를 ‘제주특별법’ 이외에 “다른 법령이 위임한 사무 이외의 것”으로 특정하여야 하며, 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 규정에도 불구하고 조례는 ‘제주특별법’이 위임하는 범위 내에서 과태료를 정할 수 있도록 한다면 포괄적 위임의 요구조건을 갖출 수 있다.⁹⁷¹⁾ 또한 “규제조례”의 규율범위는 경찰 목적의 소극적 규제를 대상으로 허용규정을 정할 필요가 있다는 점은 앞에서 설명한 바와 같다.

‘제주특별법’이 자치입법권한의 특례 규정 방안은 다음과 같다.

〈표-2〉 ‘제주특별법’ 개정 방안

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(개정 방안 예시)
제00조(자치입법권한의 특례) ① 제00조 제1항에 따라 “이 법”에 의하여 이양된 권한, 대통령령으로 정하도록 한 사항, 부령으로 정하도록 한 사항, 행정권한이 이관된 사항에 대하여는 법령

971) 문상덕, 앞의 논문, p.29. 제주특별자치도의 경우에는 「지방자치법」 제22조 단서의 규정을 삭제하기 전이라도 제주특별법상 특칙을 두어 동 단서의 규정을 적용하지 않고 법률의 위임이 없더라도 법률에 위반하지 않는 범위 내에서 주민의 권리의 제한과 의무부과에 관한 사항을 정할 수 있다는 규정을 두는 것이 바람직하다.

- 에 위반되지 않는 범위 내에서 도 조례를 제정할 수 있다.
- ② 제주특별자치도의 자치사무는 “이 법” 이외에 다른 법령에서 위임한 사무 이외의 것을 말하며, 자치사무는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 도 조례를 제정할 수 있다. 이 경우에 조례는 이를 따르지 않는 다른 법령에 우선한다. 다만, 해당 조례는 다른 법령과 중복 혹은 저촉되어서는 아니 되고, 법령이 금지한 사항을 허가하거나 혹은 허가한 사항을 금지하는 규정을 할 수 없다.
 - ③ 제1항·제2항에 의한 조례에 위반한 자는 「지방자치법」 제22조 제1항 단서의 규정에도 불구하고 1,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.
 - ④ 제1항·제2항에 따라 조례를 제정할 경우에는 「환경정책기본법」 제12조 제3항에 의한 지역환경기준과 관련된 조례는 국가의 기준보다 엄격한 기준을 제정하여 시행할 수 있다.
 - ⑤ 제1항·제2항에 따라 조례를 제정할 경우에는 「사회보장기본법」 제10조 제2항에 의한 사회보장기준과 관련된 조례는 국가의 기준보다 강화하여 시행할 수 있다.

3. 주민자치 활성화

지방자치단체의 정책 집행과정에 참여하는 주민의 권리는 민주주의 원칙의 하나로써 특별히 강조되어야 한다.⁹⁷²⁾ 그러한 점에서 ‘제주특별법’ 제45조 제2항 및 「제주특별자치도 주민센터 설치·운영에 관한 조례」 제15조에 의하여 주민자치위원회가 설립되었다. 그러나 주민자치위원회는 행정시장이 위촉하는 등 하향적 방식으로 조직되고 운영된다는 점에서 강학상 정치적 분권을 의미하는 “주민자치”라고 할 수는 없다.

또한 조례 제정 및 개폐 청구와 같은 자치입법권한에 독점적인 주체라고 할 수도 없다는 점에서 “주민참여”의 역할도 제한적이다. 뿐만 아니라 기관대립형 지방자치에서 권력분립의 원칙에 따라 지방자치단체의 장에 대한 견제와 균형을 위한 장치가 요구됨에도 주민자치위원회는 “단체자치”를 보조·협력하는 지위에 지나지 않는다. 뿐만 아니라 주민자치위원회의 대표성과 권한 등에 대하여 나타나는 많은 문제점에 대하여는 앞에서 설명한 바 있으며 이를 보완하여 장기적으로는 정치적 분권을 추구하여야 한다.

그러함에도 단기적으로는 정치적 분권을 의미하는 “주민자치”를 실시하기에는 현실적으로 실행이 어렵다는 점에서 “실질적인 주민자치”를 추구하여야 한다고

972) European Union, European Charter of Local Self Government, Preamble, Considering that the right of citizens to participate in the conduct of public affairs is one of the democratic principles that are shared by all member states of the Council of Europe.(공공사무의 수행에 주민의 참여권리는 유럽 연합의 모든 국가에서 민주주의 원칙의 하나로 고려되어야 한다)

보아지며 주민발안과 자치입법의 제·개정 등 자치입법권한의 확대에 적극적으로 참여하는 주체로서 역할이 확대되어야 한다.

이와 같은 실질적인 권리와 능력의 확대를 위하여는 주민자치위원회는 “단체 자치”로부터 독립된 정치적 실체로서 전권한성과 자기책임성에 따라 스스로 조직과 운영을 결정할 수 있도록 법인격이 부여되어야 하며,⁹⁷³⁾ ‘제주특별법’ 제 45조 제0항은 “행정시 주민자치협의회는 법인격으로 한다”고 규정하여 공법상 사단으로서 지위로 향상되어야 한다.

973) 김수연, “주민자치회에 관한 입법의 주요쟁점”, 『지방자치법연구』, 통권제61호(제19권1호), 한국지방자치법학회, 2019, p.15.

제6장 결론 및 정리

지방자치에서 자치입법권한은 가장 중요한 권한임에도 국가의 법률체계에 따라 헌법을 정점으로 법률 그리고 법규명령과 행정규칙에 이어 조례와 규칙으로 이루어지는 하위규범으로 인식되어 왔다. 그러나 지방자치의 부활로 이와 같은 전통적인 견해는 수정되어야 한다는 필요성이 꾸준히 제기되어 왔다. 특히 조례는 민주적 정당성을 가지는 지방의회가 제정하는 자주법·지역법으로써 지방자치의 가장 중요한 핵심적인 요소라는 점에서 독자적인 규범력을 가져야 한다.

자치입법권한의 확대는 지방자치의 본질에 따라 법률적 성격은 달라질 수 밖에 없다. 지방자치의 본질에 대하여는 영국과 미국의 지방자치는 “고유권설”에 근거하는 “주민자치”로 자치입법권한은 이른바 “조례법률설”에 따른다 할 것이다. 이에 비하여 독일과 일본의 지방자치는 “제도보장설”에 근거하는 “단체자치”로 자치입법권한은 “위임입법설”을 따르는 것으로 설명된다.

그러함에도 “고유권설”에 의한 “주민자치”는 헌법과 법률의 보장에 의하여 지방자치단체를 설립하고자 하는 주민이 ‘지방자치헌장’을 제정하여 지방정부를 조직하는 상향적 지방자치 형태를 말한다. 그러나 우리나라에서는 ‘주민자치’의 본질을 부정하여 왔으며 이와 같은 오류는 지방자치의 진전에 가장 큰 장애 요소라 할 수 있다. 그렇다고 할지라도 지방자치의 관념은 정체되지 않고 지속적으로 변화되고 있으며 지방자치의 본질은 “제도적보장설”에서 “고유권설”로, “단체자치”에서 “주민자치”로 이동하고 있다. 자치입법권한의 본질은 “위임입법설”에서 “조례법률설”로 이동하고 있으며 실질적인 지방자치는 주민이 자신과 관련된 지역의 문제를 자주적으로 결정하는 주민자치에서 찾아야 하는 이유이다.

그러나 우리나라에서 중앙집권 경향에 따라 여전히 주민자치는 제한되고 단지 국가의 대의제와 중앙정부의 관료제를 지방으로 일부 위임하여 이식한 것에 불과하다는 비판이 제기되고 있다.⁹⁷⁴⁾ 이 비판은 아직도 지방자치의 본질로써 실질적인 주민자치는 여전히 미흡하다는 지적이라 할 수 있다. 그러한 점에서 지방자치의 궁극적인 목적은 집중된 중앙권한으로부터 탈피하는 것은 물론 “단체자치”

974) 이종수, 앞의 논문, p.9.

로부터 “실질적인 주민자치”를 구현하는 것이다.

자치입법권한의 근거로써 ‘헌법’ 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조 제1항으로는 현대의 복잡하고 다양한 수요를 충족하기 어렵다. 특히 지방의 다양성을 살리지 못하는 획일적이고 단편적인 입법정책으로는 매우 제한적이라 할 수 밖에 없다. 그 동안 이 규정을 중심으로 법률적합성의 원칙에 따라 운용되어 왔으며 자치입법권한은 현행 법률체계에 의한 해석론으로는 한계가 있을 수 밖에 없다. 그러므로 지방분권을 통하여 새로운 진전을 추구하여야 하며 현대 민주국가에서 지방자치의 기본이념은 지방분권으로 지역의 다양성과 전국의 통일성이 균형이 유지될 수 있도록 서로 조화가 요청된다.⁹⁷⁵⁾

따라서 시대의 변화의 요구에 따라 적극적인 이론의 전개가 요구되며 헌법이 보장하는 지방자치의 본질과 취지가 잘 실현 될 수 있어야 한다. 그러한 점에서 지방자치제도는 제도적보장 이론의 구속이 아니라 “분권적 과제 이행의 우위 원칙”⁹⁷⁶⁾에 따라야 한다. 이에 따라 자치입법권한의 확대는 지방분권의 핵심적인 내용으로써 지방자치단체가 전권한성과 자기책임성에 의하여 다양한 정책형성이 가능하도록 하여야 하며,⁹⁷⁷⁾ 이 연구는 자치입법권한을 확대하기 위한 입법 정책적 개선방안을 제시하였으며 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, 지방분권형으로 헌법을 개정하는 것이다. 헌법의 개정은 우선 지방자치와 자치입법권한의 본질에 대하여 인식이 전환되어야 하며, 지방분권의 원칙으로 보충성의 원칙, 지방자치단체 존립의 보장, 전권한성과 자기책임성의 보장, 지방

975) Peter A. Watt, Principles and Theories of Local Government, Institute of Economic Affairs, Blackwell Publishing, Oxford, 2006, p.8. The major advantage of local government is that it allows the local public goods and services is provides to be adjusted to suit the tastes and the preferences of local residents, As pointed out by Alex de Tocqueville, this variation in local provision contrasts with the uniformity likely to arise from centralized provision. In great centralized nations the legislator is obliged to give a character of uniformity to the laws, which does not always suit the diversity of customs and of districts'(Tocqueville, (1838) 1945, Vol. 1.p.263, cited in Oates, 1972, p.31.(지방자치의 주요 이점은 지방의 사무를 지역주민의 선호에 맞도록 제공하는 것이다. 토크빌이 지적하듯이, 지방의 다양성은 중앙집권에서 나오는 단일성과 대조된다. 중앙집권이 확대된 국가에서는 입법자가 법률에 따라 단일성을 요구하는 특징이 있으며 지방의 관습과 다양성에 적합하지 않다)

976) Vgl BVerfGE 79,127, 148 f.; Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlage der Kommunalen Selbstverwaltung, DVBl 1995, S1040; Püttner, Kommunale Selbstverwaltung, in: Issensee/Kirchhof(Hg.), HbStR BD, IV, 2, Aufl.,1999, §107 Rn.6ff. 한수웅, 앞의 논문, p.43에서 재인용.

977) 成田頼明 外4人 編著, 註釋 地方自治法(全訂), 2000, p.37.백종인, 앞의 논문, p.24에서 재인용. 민주주의 본질을 자기결정의 원리라 할 때, 어떤 조직체의 자기결정의 유무를 판단 함에 있어 가장 중요한 요소는 바로 규범정립권의 유무라 할 수 있다. 지방자치단체는 이러한 자치입법권을 통하여 자기결정에 의한 자주적 행정의 다양한 형성이 가능하기 때문에, 자치입법권 보장의 충실화는 지방분권의 핵심적 내용인 것이다

재정고권의 보장, 중앙권한의 지방이양 확대 등이 선언되어야 한다. 자치입법권한의 규율범위는 “법령의 범위 내에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”로 명시적으로 규정하여 확대되도록 하여야 한다.

둘째, 지방분권형 헌법 개정에서 이어 「지방자치기본법(안)」 제정이 논의되고 있으며 지방자치에 관한 기본법으로 다른 지방자치 법률에 비하여 우월적 지위를 부여하여 체계적 정합성이 이루어지도록 하여야 한다. 이 법률(안)에는 자치사무에 대한 자치조례와 위임사무에 대한 위임조례의 규율범위와 제정기준을 각각 명확히 규정하여야 한다. 또한 지방분권의 원칙에 따라 중앙권한을 지방으로 이양을 확대하고 포괄적 위임을 확대하여 자치입법권한의 확대가 이루어지도록 하여야 한다. 특히 자치입법권한의 실효성을 확보하기 위하여 「지방자치법」 제22조 제1항 단서는 폐지하고 조례에 의한 벌칙제정 권한을 확대하여야 한다.

마지막으로 ‘제주자치도’는 고도의 자치권과 실질적인 지방분권을 달성하기 위하여 헌법적 지위를 확보하여야 하고 특수한 지위는 보다 명확하게 정하여야 한다. 또한 체계적 부정합성에 대하여 전반적인 입법평가가 필요하며, ‘제주자치도’의 자기결정권을 확보하기 위하여 ‘제주특별법’안 입법청원권을 비롯하여 특히 자치입법권한의 “특례”를 정하여 권한을 확대하고, ‘제주특별법’의 복잡성은 “이양사무”와 “위임사무” 그리고 “이관사무”등을 구분하여 자치입법권한의 근거를 명확하게 정하여 조문을 정리하고 수용성을 확대하여야 한다.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 강현호, 『행정법총론(제2판)』, 박영사, 2007
- 김계홍, 『법령해석 실무』, 법제처, 2011
- 김남진·김연태, 『행정법Ⅱ』, 법문사, 2013
- 김동희, 『행정법 Ⅱ(제11판)』, 박영사, 2005
- 김백유, 『행정법총론』, 박영사, 2016
- 김철수, 『헌법학개론(제19전정신판)』, 박영사, 2007
- 김홍대, 『지방자치입법론』, 박영사, 2001
- 권영성, 『헌법학원론(2010년판)』, 법문사, 2010
- 류지태, 『지방자치법주해』, 박영사, 2004
- 류지태·박종수, 『행정법신론(제15판)』, 박영사, 2011
- 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2013
- 박영도, 『자치입법의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 2004
- 박윤훈·정형근, 『최신 행정법강의(하)』, 박영사, 2009
- 법제처, 『법령입안 심사기준』, 2017,
- 서원우, 『전환기의 행정법 이론』, 박영사, 1997
- 성낙인, 『헌법학(제17판)』, 법문사, 2017
- 윤양수, 『행정법개론(제3판)』, 제주대학교 출판부, 2003
- 이기우·하승수, 『지방자치법』, 대영문화사, 2007
- 이상규, 『신행정법론(하)』, 법문사, 1997
- 장영수, 『헌법학(제5판)』, 홍문사, 2010
- 정남철, 『행정법의 특수문제』, 법문사, 2018
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014
- 정하중, 『행정법개론(제9판)』, 법문사, 2015
- 조정환, 『행정법(하)(제2판)』, 진원사, 2010

- 천병태·김민훈, 『지방자치법』, 삼영사, 2005
- 최봉석, 『지방자치법론』, 삼원사, 2018
- 최송화, 『법치행정과 공익』, 박영사, 2002
- 한국지방자치법학회, 『지방자치법주해』, 박영사, 2004
- 허영, 『한국헌법론(전정10판)』, 박영사, 2017
- 『헌법이론과 헌법(제7판)』, 박영사, 2015
- 홍정선, 『신지방자치법』, 박영사, 2013
- 『지방자치법학』, 법령사, 2000
- 『행정법원론(하)』, 박영사, 2006
- Heinrich Scholler, 김해룡 역, 『독일 지방자치법 연구』, 도서출판 한울, 1994

(2) 논문

- 강기홍, “생활안전을 위한 법령과 조례의 입법 거버넌스”, 『지방자치법연구』, 통권제42호(제14권2호), 한국지방자치법학회, 2014
- “지방분권 개헌의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018
- “필수위임조례의 법령 적합성”, 『공법학연구』, 제14권제4호, 한국비교공법학회, 2013
- 강수경, “지방자치단체의 조례 제정권의 한계”, 『법학연구』, 제24집, 한국법학회, 2006
- 강주영, “조례 입법의 재정법적 문제”, 『지방자치법연구』, 통권제54호(제17권2호), 한국지방자치법학회, 2017
- 강재규, “일본지방자치단체의 자치기본조례”, 『지방자치법연구』, 통권제24호(제9권4호), 한국지방자치법학회, 2009
- “지방외교의 법 이론적 근거”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2009
- 고문현, “지방분권에 관한 비교 헌법적 분석”, 『토지공법연구』, 제51호, 한국토지공법학회, 2010
- 김기진, “제주특별자치도의 위헌성”, 『지방자치법연구』, 통권제19호(제8권3호),

- 한국지방자치법학회, 2014
- 김광수, “국가와 지방자치단체와의 관계- 제주특별자치도는 얼마나 특별한 道일 수 있는가?”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009
- 김남진, “조례제정의 법적문제”, 『법제연구』, 한국법제연구원, 1995
- 김남철, “국가와 지방자치단체 간의 공동사무”, 『지방자치법연구』, 통권제54호(제17권2호), 한국지방자치법학회, 2017
- 김동건, “주민투표의 의미와 문제점”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2006
- 김명연, “지방분권 개혁에 대한 비교법적 고찰”, 한국법제연구원, 1998
- “지방자치행정의 제도적 보장의 의미와 내용-독일 기본법 제28조 제2항에 관한 헌법재판소 판례의 분석”, 『공법연구』, 제32집 제5호, 한국공법학회, 2004
- 김민훈, “법정외세 도입을 위한 일본의 최근동향”, 『지방자치법연구』, 통권제29호(제11권1호), 한국지방자치법학회, 2011
- 김부찬, “제주특별자치도의 의의 및 자치입법권에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2006
- 김상태, “조례에 의한 벌칙제정권의 허용성”, 『지방자치법연구』, 통권제38호(제13권2호), 한국지방자치법학회, 2013
- 김성호, “국가권력의 수직적 분립을 위한 헌법개정안 연구”, 『한국지방자치학회보』, 제19권제4호, 한국지방자치학회, 2007
- “조례 제정권의 범위와 한계”, 『법과 정책연구』, 제4집제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2004
- “조례 제정권의 범위에 관한 인식변화 추이 연구”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009
- “헌법상 국가-지방자치단체간 재정권 비교 시론”, 『지방자치법연구』, 통권제30호(제11권2호), 한국지방자치법학회, 2011
- 김수연, “자주재정권 강화를 위한 개헌안 쟁점”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018

- “주민자치회에 관한 입법의 주요쟁점”, 『지방자치법연구』, 통권제61호 (제19권1호), 한국지방자치법학회, 2019,
- 김영천, “한국에 있어서의 지방자치의 헌법적 기초”, 『지방자치법연구』, 통권제 4호(제2권2호), 한국지방자치법학회, 2002
- 김용득, “영국 사회복지 서비스의 구조와 서비스 질 관리체계”, 『보건복지포럼』, 통권제125호, 한국보건복지연구원, 2017
- 김용진, “지방세와 조례”, 『회계와 세무』, 대한세무학회, 1993
- 김용훈, “지방자치 분권을 위한 헌법 개정방안에 대한 소고” 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018
- 김윤환, “지방자치단체의 행정사무에 대한 감사체계”, 『지방자치법연구』, 통권 제2호(제1권2호), 한국지방자치법학회, 2001
- 김재광, “지방분권 개혁과 조례제정권의 범위”, 『지방자치법연구』, 통권제10호 (제5권2호), 한국지방자치법학회, 2005
- “지방분권 개헌 관련 일반자치제도와 특별자치제의 관계-제주특별자치 제의 법적 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3 호), 2017
- 김재호, “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정 - 조례 제정권의 범위와 한계를 중 심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제12호(제6권2호), 한국지방자치법학 회, 2006
- 김철용, “지방자치단체에 대한 국가의 관여”, 『공법연구』, 제18집, 한국공법학 회, 1990
- “지방자치법 20년의 회고와 전망”, 『지방자치법연구』, 통권제29호(제11 권1호), 한국지방자치법학회, 2011
- 김태호, “지방자치 주민직접참여와 더 많은 민주주의- 법 제도 개선의 쟁점과 방 향성”, 『지방자치법연구』, 통권제56호(제17권4호), 한국지방자치법학회, 2017
- 김필두·유영아, “읍면동 중심의 주민자치 강화방안”, 한국지방행정연구원, 2008
- 김해룡, “분권형 국가를 지향하는 헌법의 개정방향”, 『지방자치법연구』, 통권제 36호(제12권4호), 한국지방자치법학회, 2012

- “지방자치단체의 조례”, 『법제연구』, 제21호, 한국법제연구원, 1999
- “지방자치권의 내용에 관한 법령제정의 한계에 관한 연구-독일에서의 논의를 중심으로”, 『토지공법연구』, 제11집, 한국토지공법학회, 2001
- 권세훈, “제주특별법에 의한 권한위임의 현황과 문제점”, 제주특별자치도, 2016
- 권영호, “정부간 관계와 제주특별자치도”, 『유럽헌법연구』, 제18호, 유럽헌법학회, 2015
- “제주특별자치도의 헌법적 근거마련에 관한 소고”, 『헌법학연구』, 제15권제1호, 한국헌법학회, 2009
- “제주특별자치도의 헌법적 지위 확보방안”, 제주특별자치도, 2007
- 동아시아연구소 분권화센터, “국가-지방정부 관계재정립을 위한 헌법개정안 연구”, 『분권화 프로젝트 최종보고서』, 동아시아연구소, 2006
- 문병호, “지방분권과 개헌”, 『토지공법연구』, 제79집, 한국토지공법학회, 2017
- 문상덕, “국가와 지방자치단체 간 입법권 배분”, 『지방자치법연구』, 통권36호(제12권4호), 한국지방자치법학회, 2012
- “일본의 지방자치사무의 일 유형으로서의 법정수탁사무에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2003
- “자치입법의 현황 및 문제점과 발전방향”, 『법제연구』, 제37호, 한국법제연구원, 2009
- “제주특별자치도의 자치입법 기능제고 방안”, 『지방자치법연구』, 통권제23호(제9권3호), 한국지방자치법학회, 2009
- “지방자치단체의 사무구분 체계”, 『지방자치법연구』, 통권제8호(제4권2호), 한국지방자치법학회, 2004
- “현행 지방자치법의 한계와 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권제58호(제18권2호), 한국지방자치법학회, 2018
- 박영도, “입법평가제도에 관한 연구”, 『입법학연구』, 제2집, 한국입법학회, 2002
- “자치입법의 이론과 실제”, 한국법제연구원, 1998
- 박정훈, “자치단체 기관구성 다양화를 위한 입법사례 연구”, 행정안전부, 2014,
- 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 『서울대학교 법학』, 제50권제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009

- 방승주, “지방자치법제의 헌법적 검토”, 『지방자치법연구』, 통권제 호(제15권1호), 한국지방자치법학회, 2006
- “지방자치제도의 발전을 위한 헌법 개정의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제22호(제9권2호), 한국지방자치법학회, 2009
- 백윤철, “일본 헌법상 지방자치의 본질에 관한 논의와 함의”, 『세계헌법연구』, 제22권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2016
- 백종인, “지방분권강화를 위한 법적과제”, 『지방자치법연구』, 통권제5호(제3권1호), 한국지방자치법학회, 2003
- “지방자치제도 개혁 25년의 평가와 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제51호(제16권3호), 한국지방자치법학회, 2016
- 선정원, “도와 시군간 조례제정권의 배분기준에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제58호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018
- “침익적 위임조례에 있어 위임의 포괄성과 그 한계”, 『지방자치법연구』, 통권제60호(제18권4호), 한국지방자치법학회, 2018
- 성낙인, “지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제31호(제11권3호), 한국지방자치법학회, 2011
- 손상식, “지방자치의 헌법적 보장의 의미”, 『서울법학』, 제24권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017
- 신봉기, “자치입법권의 범위와 실효성 확보방안”, 『지방자치법연구』, 통권제1호(제1권1호), 한국지방자치법학회, 2001
- “지방분권특별법의 제정방향”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2003
- 심소명, “자치입법권 강화에 관한 연구”, 『박사학위논문』, 충남대학교 대학원, 2014
- 양승미, “자치입법권 신장의 과제-국가와 지방자치단체 입법분담에서의 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권제25호(제10권1호), 한국지방자치법학회, 2010
- “제주특별자치도의 자치입법 강화를 위한 법적 쟁점검토”, 『지방자치법연구』, 통권제33호(제12권1호), 한국지방자치법학회, 2012

- 오동석, “지방자치의 제도적 보장론 비판”, 『공법연구』, 제29집제1호, 한국비교공법학회, 2000
- 오준균·정준현·김동건, “지방자치 활성화를 위한 법과 제도의 개선방향”, 『지방자치법연구』, 통권제42호(제14권2호), 한국지방자치법학회, 2014
- 옥무석·최승원, “국가와 지방자치단체의 관계”, 『지방자치법연구』, 통권제4호(제2권2호), 한국지방자치법학회, 2003
- 윤준병, “주민자치의 규범적 실험-서울시 관악구 주민자치기본조례”, 『지방자치법연구』, 통권제32호(제11권4호), 한국지방자치법학회, 2011
- 이광윤, “우리나라 지방자치 이론의 문제점”, 『법제』, 한국법제연구원, 2002
- 이기우, “지방분권에 관한 헌법개정의 과제”, 『공법연구』, 제46집제4호, 한국공법학회, 2018
- “지방자치단체의 자치권”, 『법제연구』, 제21호, 한국법제연구원, 2001
- “지방자치와 민주주의 및 법치주의의 원칙”, 『공법연구』, 제29집제4호, 한국공법학회, 2001
- 이기우·홍준형·권용주, “공동사무의 법적성격 및 운용실태에 관한 연구”, 한국지방행정연구원, 2013
- 이승환, “지방자치단체 자치권의 본질과 범위”, 『지방자치법연구』, 통권제31호(제11권3호), 한국지방자치법학회, 2011
- 이세정, “조례의 법령 헌법 합치성 제고방안 연구”, 한국법제연구원, 2015
- 이인재, “조례제정의 범위와 한계에 관한 연구”, 『박사학위논문』, 연세대학교 대학원, 2000
- 이중수, “헌법적 의미에서의 지방자치와 민주주의”, 『지방자치법연구』, 통권제26호(제10권2호), 한국지방자치법학회, 2010
- 이지은, “지방일괄이양법 제정과 관련된 공법적 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제56호(제17권4호), 한국지방자치법학회, 2017
- 이철송, “조세법률주의와 위임입법의 관계 설정에 관한 연구”, 재정경제부, 2000
- 이혜영, “자치조례의 범위와 한계”, 『지방자치법연구』, 통권제52호(제16권4호), 한국지방자치법학회, 2016
- “지방의회 규칙의 법적 성격과 입법방향”, 『지방자치법연구』, 통권제23

- 호(제9권3호), 2009
- 임승빈, “국가와 지방간의 사무구분 체계 개선방안 연구”, (사)지방자치법학회, 2008
- 임 현, “자치입법의 활성화를 위한 주민의 역할”, 『지방자치법연구』, 통권제20호(제8권4호), 한국지방자치법학회, 2008
- 조성규, “국가와 지방자치단체간 입법, 사무배분 및 재원의 배분”, 『공법연구』, 제36집 제2호, 한국공법학회, 2007
- “조례의 제정과정에 대한 법적 검토”, 『지방자치법연구』, 통권제13호(제7권1호), 한국지방자치법학회, 2007
- “지방분권특별법안의 검토”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2003
- “지방자치단체의 자주재정권의 보장과 헌법개정”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018
- “지방자치법제에 있어 분권 개헌의 의의 및 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제35호(제12권3호), 한국지방자치법학회, 2012
- “지방자치의 헌법적 보장과 헌법개정”, 『공법연구』, 제34집제1호, 한국공법학회, 2005
- “제주행정체제 개편에 있어 자치권의 확대에 대한 법적 쟁점과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제37호(제13권1호), 한국지방자치법학회, 2013
- “행정구역개편을 통한 통합형 지방자치단체의 사무개편을 위한 법적 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제25호(제19권1호), 한국지방자치법학회, 2010
- 조시중, “미국 법률선점주의의 쟁점과 시사점”, 『지방자치법연구』, 통권제53호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017
- “지방자치 홈룰 차터의 법률적 지위 검토; 미국 캘리포니아주 헌법과 사례를 중심으로”, 『지방행정연구』, 제30권제3호, 한국지방행정연구원, 2016
- 조정찬, “위임조례 위주의 조례입법 극복방안”, 『지방자치법연구』, 통권제8호(제4권2호), 한국지방자치법학회, 2004

- “특별자치도 자치입법 기능의 한계와 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권제 호(제7권3호), 한국지방자치법학회, 2007
- 전영평, “한국 지방자치 재조명을 위한 시론: 미국과 일본이 주는 교훈과 시사점”, 『행정논총』, 제46권 제2호, 대구대학교, 2007
- 전학선, “지방분권을 위한 자치 입법권의 개선방안”, 『세계헌법연구』, 제21권제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2015
- 전 훈, “보다 나은 법 제정을 위한 과제와 방안”, 『공법연구』, 제36집 제1호, 한국공법학회, 2007
- “분권형 개헌과 지방자치”, 『법학논고』, 제58집, 경북대학교 법학연구원, 2017
- 정만희, “헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향”, 『지방자치법연구』, 통권제3호(제2권1호), 한국지방자치법학회, 2002
- 정상우, “지방분권형 헌법개정”, 『공법학연구』, 제17권 제4호, 한국비교공법학회, 2016
- 정준현, “지방자치단체의 조직 및 인사에 관한 자치권의 개선방향”, 『지방자치법연구』, 통권제8호(제4권2호), 한국지방자치법학회, 2004
- 정재길, “일본 지방제도의 개혁”, 『지방자치법연구』, 통권제3호(제1권2호), 한국지방자치법학회, 2001
- 정재황, “지방자치와 헌법적 보장 - 지방자치와 입법권의 한계”, 『헌법재판연구』, 제17권, 헌법재판소, 2006
- 최봉석, “국가와 지방자치단체 간의 사무구분 및 사무조사 연구”, 행정자치부·한국지방행정연구원, 2015
- “기관위임사무의 정체성과 그 폐지론에 대한 소고”, 『지방자치법연구』, 통권제6호(제3권2호), 한국지방자치법학회, 2003
- “독일 연방주의 개혁과 지방분권 강화”, 『공법학연구』, 제17권제1호, 한국비교공법학회, 2016
- “분권 헌법으로서의 전환을 위한 개헌과제-지방의회 민주주의 강화를 위한 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제35호(제10권3호), 한국지방자치법학회, 2010

- “실질적 자치권 보장을 위한 헌법 개정의 방향”, 『지방자치법연구』, 통권제24호(제9권4호), 한국지방자치법학회, 2009
- 최승원, “조례와 규율 분담”, 『지방자치법연구』, 통권제15호(제7권3호), 한국지방자치법학회, 2007
- “조례의 본질”, 『지방자치법연구』, 통권제11호(제6권1호), 한국지방자치법학회, 2006
- “지방자치법의 문제점과 개선방향”, 『지방자치법연구』, 통권제1호(제1권제1호), 한국지방자치법학회, 2001
- 최승원·양승미, “조례정비 현황과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제50호(제16권2호), 한국지방자치법학회, 2016
- 최승필, “지방자치단체의 재정과 사무에 관한 법적 검토-지방자치단체의 복지사무를 중심으로”, 『학술대회 자료집』, 한국지방자치법학회, 2012
- 최용전, “연방제 수준의 개헌을 위한 과제, 제주특별법의 사례를 중심으로,” 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017
- “최근 헌법개정안에 나타난 지방분권형 개헌의 방향과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제57호(제18권1호), 한국지방자치법학회, 2018
- 최우용, “일본 동경도의 탄소 배출권 거래제도의 내용과 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제30호(제11권2호), 한국지방자치법학회, 2012
- “지방분권형 헌법 개정에 관한 연구”, 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017
- “자치입법권의 현실 및 과제, 자치입법권 확충방안을 중심으로”, 『국가법연구』, 제11집 제2호, 한국국가법학회, 2015
- “지방자치단체의 법적 지위 및 자치입법권의 보장”, 『동아법학』, 제29호, 동아대학교법학연구소, 2001
- “지방자치사무 배분 개혁의 현황과 과제-법정수임사무를 중심으로”, 『공법학연구』, 제12권4호, 한국비교공법학회, 2011
- “지방분권형 헌법 개정에 관한 연구”, 『지방자치법연구』, 통권제55호(제17권3호), 한국지방자치법학회, 2017
- 최우용·정순관, “지방분권형 헌법개정의 후속법률로서의 지방자치기본법의 구상”,

- 『유럽헌법연구』, 제25호, 유럽헌법학회, 2017
- 최진혁, “21세기 지방자치의 현대적 경향; 영국과 프랑스의 지방자치의 진화”, 『한국지방자치학회보』, 제27권 제3호, 한국지방자치학회, 2015
- 최철호, “실질적 조례 제정권의 확대방안 연구”, 한국지방행정연구원, 2007
- “일본 지방자치법상의 자치입법권의 해석 및 한계”, 『지방자치법연구』, 통권제15호(제7권3호), 한국지방자치법학회, 2007
- “자치제정권의 확보방안의 법적 고찰, 조세법률주의와 조세조례주의를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 통권제52호(제16권4호), 한국지방자치법학회, 2016
- “조세법률주의와 지방세 조례주의에 관한 연구”, 제28차 학술발표자료, 한국조세포럼, 2007
- “한국의 지방분권개혁의 성과와 과제”, 『지방자치법연구』, 통권제35호(제12권3호), 한국지방자치법학회, 2012
- 최희수, “추상적 규범통제에 관한 고찰”, 『헌법재판연구』, 제22권, 헌법재판소, 2011
- 최환용, “기초지방자치단체의 자치입법실태와 법제 발전방안”, 『지방자치법연구』, 통권제24호(제9권4호), 한국지방자치법학회, 2009
- “사무구분체계 개선을 위한 지방자치법 개정방안 연구”, 한국법제연구원, 2010
- “일본 지방분권일괄법의 제정경위와 추진성과”, 『지방자치법연구』, 통권제56호(제17권4호), 한국지방자치법학회, 2017
- “일본 지방분권 개혁의 성과와 시사점”, 『법제연구』, 제29호, 한국법제연구원, 2005
- “일본 헌법의 지방자치특별법 규정에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 통권제49호(제16권1호), 한국지방자치법학회, 2016
- “자치입법체계 및 실태조사 연구”, 한국법제연구원, 2008
- “지방자치법제에의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제34호, 한국법제연구원, 2008
- 표명환, “지방자치법상 특별자치도의 의미와 그 문제, 제주특별자치도법을 중심

- 으로”, 『공법학연구』, 제10권 제4호, 한국비교공법학회, 2009
- 하혜수·최영출·홍준현, “준 지방자치단체의 개념과 적용가능성”, 『지방자치학회보』, 제22권 제3호, 한국지방자치학회, 2010
- 한귀현, “독일 지방자치법상의 조례론에 관한 소고”, 『독일학연구』, 제14호, 동아대학교독일학연구소, 1998
- “지방자치법상 보충성의 원칙에 관한 연구”, 『공법학연구』, 제13권제3호, 한국공법학회, 2012
- 한귀현·최봉석·최우용, “지방자치단체의 사무구분체계 및 국가관여법제의 개선방안연구”, 한국법제연구원, 2004
- 한수웅, “오늘날의 헌법국가에서 제도보장의 의미와 기능의 변화”, 『법학논문집』, 제41집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2017
- “지방자치단체의 자치권을 제한하는 입법적 규율의 헌법적 한계”, 『헌법재판연구』, 창간호, 2014
- 허 전, “국가와 지방자치단체 간의 갈등구조 및 그 해결 시스템의 모색”, 『헌법학연구』, 제20권 제1호, 한국헌법학회, 2014
- 홍의표·원소연, “지방자치단체의 생활안전관리 강화를 위한 법적 개선방안”, 『지방자치법연구』, 통권제45호(제15권1호), 한국지방자치법학회, 2015
- 홍정선, “조례의 법리”, 『법학논집』, 제2권제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 1997
- “지방자치단체 계층구조 개편의 공법적 문제”, 『지방자치법연구』, 통권제21호(제9권1호), 한국지방자치법학회, 2009
- 홍준형, “입법평가 법제화 방안에 관한 연구”, 법제처, 2006

(3) 판례

(대법원)

- 대판 1962.6.23, 선고 62추31 판결
- 대판 1983.3.22, 선고 82누348 판결
- 대판 1989.12.12, 선고 89누5560 판결
- 대판 1991.8.27, 선고 90누6613 판결

대판 1994.2.8, 선고 93누8276 판결
대판 1995.5.12, 선고 94추28 판결
대판 1995.6.30, 선고 93추83 판결
대판 1995.6.30, 선고 93추113 판결
대판 1995.7.11, 선고 94누4615 판결
대판 1995.8.22, 선고 94누5694 판결
대판 1995.11.14, 선고 94누13572 판결
대판 1995.12.8, 선고 95카기16 결정
대판 1996.6.28, 선고 96누4374 판결
대판 1996.10.25, 선고 96추22 판결
대판 1996.11.8, 선고 96다21331 판결
대판 1997.2.5, 선고 96추213 판결
대판 1997.4.11, 선고 96추138 판결
대판 1997.4.25, 선고 96추244 판결
대판 1997.4.25, 선고 96추251 판결
대판 1997.9.25, 선고 97추43 판결
대판 1997.10.30, 선고 96헌바92 판결
대판 1999.9.17, 선고 99추30 판결
대판 2000.2.8, 선고 97누3767 판결
대판 2000.3.16, 선고 98두11731 판결
대판 2000.5.30, 선고 99추85 판결
대판 2000.11.24, 선고 2000추29 판결
대판 2000.12.9, 선고 2008다71575 판결
대판 2003.5.27, 선고 2002두7135 판결
대판 2005.9.9, 선고 2004추10 판결
대판 2006.9.8, 선고 2004두947 판결
대판 2007.12.13, 선고 2006추52 판결
대판 2008.6.12, 선고 2007추42 판결
대판 2009.12.24, 선고 2007추141 판결

대판 2011.2.10, 선고 2010추11 판결
 대판 2013.4.11, 선고 2012추22 판결
 대판 2013.4.11, 선고 2011두12153 판결
 대판 2014.2.27, 선고 2012추145 판결
 대판 2015.1.15, 선고 2013두14238 판결
 대판 2015.8.20, 선고 2012두23808 판결
 대판 2016.5.12, 선고 2013추531 판결
 대판 2016.8.30, 선고 2015두60617 판결
 대판 2016.10.27, 선고 2014추514 판결
 대판 2017.4.7, 선고 2014두37122 판결
 대판 2017.9.21, 선고 2016두55629 판결
 (헌법재판소)
 헌재 1990.9.3, 선고 89헌가95 결정
 헌재 1991.2.11, 선고 90헌가27 결정
 헌재 1991.3.11, 선고 91헌마21 결정
 헌재 1991.7.8, 선고 91헌가4 결정
 헌재 1993.7.29, 선고 92헌마20 결정
 헌재 1994.6.30, 선고 92헌마38 결정
 헌재 1994.6.30, 선고 93헌가15 결정
 헌재 1994.12.29, 선고 94헌마201 결정
 헌재 1995.2.26, 선고 94헌마242 결정
 헌재 1995.3.23, 선고 94헌마175 결정
 헌재 1995.4.20, 선고 92헌마264·279 결정
 헌재 1995.10.26, 선고 94헌마24 결정
 헌재 1996.9.26, 선고 94헌마213 결정
 헌재 1997.3.27, 선고 94헌마196 결정
 헌재 1997.4.24, 선고 95헌바48 결정
 헌재 1997.7.16, 선고 96헌바36 결정
 헌재 1997.9.25, 선고 96헌바18 결정

헌재 1998.4.30, 선고 96헌바62 결정
헌재 1998.7.16, 선고 96헌바52 결정
헌재 1998.8.27, 선고 96헌라1 결정
헌재 2001.1.18, 선고 99헌바112 결정
헌재 2001.6.28, 선고 2000헌바735 결정
헌재 2001.11.29, 선고 2000헌바23 결정
헌재 2002.4.25, 선고 2001헌마614 결정
헌재 2002.5.30, 선고 2000헌바81 결정
헌재 2002.6.27, 선고 2000헌바88 결정
헌재 2002.10.31, 선고 2001헌라1 결정
헌재 2003.1.30, 선고 2001헌가4 결정
헌재 2003.6.26, 선고 2002헌바3 결정
헌재 2004.9.32, 선고 2002헌바76 결정
헌재 2004.11.25, 선고 2002헌바66 결정
헌재 2004.12.16, 선고 2004헌마376 결정
헌재 2006.3.20, 선고 2003헌라2 결정
헌재 2006.3.30, 선고 2003헌마837 결정
헌재 2006.4.27, 선고 2005헌마1190 결정
헌재 2007.12.27, 선고 2004헌마98 결정
헌재 2008.2.28, 선고 2006헌바70 결정
헌재 2008.5.29, 선고 2005헌라3 결정
헌재 2008.6.2, 선고 2005헌라7 결정
헌재 2009.3.26, 선고 2007헌마843 결정
헌재 2009.7.30, 선고 2007헌바75 결정
헌재 2010.10.28, 선고 2007헌라4 결정
헌재 2012.10.31, 선고 2001헌라1 결정
헌재 2016.10.27, 선고 2014헌마797 결정

(4) 자료

경기도, 지방자치 법규현황, 2018
국회 입법조사처, 지방자치단체의 자치입법권 관련 주요쟁점과 향후과제, 2016
대통령 소속 지방이양추진위원회, 지방이양 사무현황, 2018
제주특별자치도, 제주특별법에 의한 권한위임 추진현황, 2016
행정자치부, 지방공기업현황, 2018
----- 지방자치단체 조례·규칙현황, 2017

2. 외국문헌

(1) 단행본

Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Saunders and Ottery, London, 1835
Arthur B. Gunlicks, *The Länder and German Federalism*, Manchester University Press, 2003
B.L. Jones, *Garner's Administrative Law*, 7th Edition, Butterworths, 1989
David Foulkers, *Administrative Law*(7th Edition), Butterworths, 1990
Frederic William Maitland, *Otto Gierke - Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, 1922
Gary L. McDowell, *James Bryce - The American Commonwealth*, Macmillan Company, London, 1888
Herbert Hoover, *A Standard City Planning Enabling Act*, Department of Commerce, 1928
H.W.R. Wade and C.F. Forsythe, *Administrative Law*(9th edition), Oxford University Press, 2004
John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*(4th Edition), Macmillan, 2002
John Sharland, *Local Government Law*(Second Edition), Oxford University Press, 2007
John Stanton, *Public Law*, Oxford University Press, 2018

- Michael Kaufman and Harold Dilla Alfonso, Community Power and Grassroots Democracy, ZED Books, International Development Center, 1997
- Neil Parpworth, Constitutional & Administrative Law(Tenth Edition), Oxford University Press, 2012
- Pedro P. Martin, Virtual Environment for Citizen; Principal Basis for Design(6th Edition), European Conference, Marburg Germany, 2006
- Peter A. Watt, Principles and Theories of Local Government, Institute for Economic Affairs, Blackwell Publishing, Oxford, 2006
- Peter Leyland and Gordon Anthony, Textbook on Administrative Law(6th edition), Oxford University Press, 2009
- Richard Briffault & Laurie Reynolds, Cases and Materials, State and Local Government, 6th ED, 2004
- Sidney Webb and Beatrice Potter Webb, English Local Government from the Revolution to the Municipal Corporation Act. The Manor and the Borough, Longmans, Green & Co, 1908
- Thomas M. Cooley, The General Principles of Constitutional Law in the United States of America on Municipal Corporation, Mass Little Brown and Company, 1880
- Timothy Endicott, Administrative Law, Oxford University Press, 2018
- Viscount James Bryce, Modern Democracies, The MacMillan Company, 1921
- William D. Valente, Local Government Law, Cases and Materials(2nd edition), West Publishing Co, 2010
- W.W. Willoughby, The Prussian Theory of Government, The American Journal of International Law, Cambridge University Press, 1918

(2) 논문

- Alain Delcamp et rel, Definitions and Limits of the Principle of Subsidiarity; Local and Regional Authorities in Europe, No. 55, 1994
- Albert Show, Municipal Government in Great Britain, Political Science

- Quarterly, *The Academy of Political Science*, 4(2), 1889
- Alden Ames, *The Origin and Jurisdiction of the Municipal Courts in California*, *California Law Review*, Volume 21 Issue 2, Berkeley Law Scholarship Repository, 1933
- Amasa M. Eaton, *The Right to Self-Government*, *Harvard Law Review*, Vol. 3 No. 6, Harvard Law Review Association, 1900
- Andre Fischer-Hotzel, *Democratic Participation? The Involvement of Citizens in Policy-Making*, *Journal of Contemporary European Research*, Volume 6 Issue 3, European Commission, 2010
- Arthur B. Winter, *Municipal Home Rule, A Progress Report*, *Nebraska Law Review*, Volume 36 Issue 3, Nebraska University, 1957
- Arthur B. Gunlicks, *German Federalism and Recent Reform Efforts*, *German Law Journal*, Vol. 16 No. 10, University of Richmond, 2005
- Beth Walter Honadle, *Theoretical and Practical Issues of Local Government Capacity in the Era of Devolution*, *The Journal of Regional Analysis & Policy*, JARP, 2001
- Bradely E. Moris, *Separation of Powers; Division of Executive and Legislative Authority*, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1978 Issue 4. 1978
- Brett A. Straud, *Preserving Home-rule. The Text, Purpose and Political Theory of California, Municipal Affairs Clause*, *Pepperdine Law Review*, 2014
- Camille Cares Barnet, Henry P. Minis, Jerry Vansent, *Democratic Decentralization*, United States for International Development, RTI International, 1997
- Charles M. Kneier, *Prosecution Under State Law and Municipal Ordinance as Double Jeopardy*, *Cornel Law Review*, Volume 16 Article 3, 1931
- Christy Noel, *Preemption Hogwash; North Carolina's Judicial Repel of Local Authority to Regulate Hog Farms in Craig v. County of Chatham*,

- North Carolina Law Review, Volume 80 Art. 9, 2002
- Dianne Lang, Dillon's Rule and the Birth of Home rule, National Municipal Review, 1915
- Dieter Grunow, Constitutional Reform of Local Government in Germany; The Case of North Rhine Westphalia, Local Government Studies, 181:1, 2008
- Ethans F. Leib, Local Judges and Local Government, Fordham Law School, Law Archive of Scholarship and History, Fordham Law School, 2005
- Frank Vram Zerunyan, The Evolution of the Municipal Corporation and the Innovations of Local Governance in California to Preserve Home Rule and Local Control, Fordham Urban Law Journal, Volume 44 Article 7, The Fordham Law Archive of Scholarship and History, 2017
- Gisela Fäber, Efficiency Problems of Administrative Federalism, Forschungsinstitut Für Öffentlize Veraltung, Comparative Federation and Federation Research, 2002
- Henri J. Schmandt, Municipl Home Rule in Missouri, Washington University Law Review, 1953(4), Wash. U.L.Q, 385, 1953
- Hiroshi Ikawa, 15 Years of Decentralization Reform in Japan, National Graduate Institute for Policy Studies. 2008
- Hollis, G. et rel, Alternatives to the Community Charge, York, Joseph Trust, Coopers and Lybrand Deloitte, 1990
- Howard Lee McBain, The Doctrine of an Inherent Right of Local Self-Government, Columbia Law Review, Vol. 16 No. 3, Columbia Law Review Association, 1916
- The Delegation of Legislative Power to Cities, Political Science Quarterly, Vol. 32 No. 3, The Academy of Political Science, 1917
- James Manor, The Political Economy of Democratic Decentralization, The World Bank, 1999

- Jean Bonnal, A History of Decentralization, Food and Agriculture Organizations of the United Nations, 1999
- John M. Cohen and Stephan B. Peterson, Decentralisation: A Sampling of Definitions, UNDP and Government of Germany, 1999
- Joan C. Williams, The Invention of the Municipal Corporation: A Case Study in Legal Change, UC Hastings Scholarship Repository, Faculty Scholarship, 1985
- The Constitutional Vulnerability of American Local Government; The Principle of City Statutes in American Law. Wisconsin Law Review, 1986:83, 1986
- Kelly J. Donham et al, Community Health and Socioeconomic Issues Surrounding Concentrated Animal Feeding Operations, Environmental Health Perspectives, 115(2), 2007
- Leon Thomas David, California Cities and the Constitution of 1879; General Laws and Municipal Affairs, Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol. 7:643, 1980
- Lutz-Christian Wolf, The Disappearance of the Ultra Vires Doctrine in Greater China: Harmonized Legislative Action or an Accident of History, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 23, 2003,
- Martin Espenhost, More Than a Principle, The History of the Saving Banks in the course of Steins Städteordnung 108-1838, Bankhistotisches Archive, 2010
- Martin Will, The Prussian Law on Municipal Government of 1808 and the Creation of the German Tradition of Participative Self-Government, Journal of Local Self-Government, Vol.6 No.3, Institute for Local Self - Government, 2008
- Mattew J. Parlow, Progressive Policy Making on the Local Level: Rethinking Traditional Notions of Federalism, Marquette Law Scholarly

- Commons, Faculty Publications, 2008
- Max Schoetz Jr., Home Rull and the Inherent Powers of a Municipal Corporation, *Marquette Law Review*, Volume 7 Issue 4, 1923
- Ray Raphael, *The First American Revolution: Before Lexington and Concord*, New Press, 2002
- Santiago Regarrie, The Historical Background of the Police Power, *The Journal of Constitutional Law*, Vol. 9:3, Pennsylvania University Law School, 2007
- Salvador Parrado, Assigning Competences and Functions to Local Government in Four EU Member States, *A Comparative Review*, UNED, 2005
- S. Compare, Preemption Doctrine in the Environmental Context: A Unified Method of Analysis, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127:197, 1978
- Sedar Yilmiz et el, *Local Government Discretion and Accountability: A Diagnostic Framework for Local Governance*, The World Bank, 2008
- Sidney Webb and Beatrice Potter Webb, *English Local Government, Statutory Authorities for Special Purposes*, 1922
- Terrence J. Centner & Jessica E. Alcorn, Preemption of Local Governmental Ordinances Regulating Concentrated Animal Feeding Operations in the United States, *Environment and Pollution*, Vol.4 No.2, 2015
- Thomas Cooley, *The General Principles of Constitutional in the United States of America on Municipal Corporations*, Little Brown Company, 1880
- Yoshiaki Yoshida, *Authority of the National and Local Governments under the Constitution, Law and Contemporary Problems*, Meiji University, 1990
- Walter F. Dodd, *Extra-Constitutional Limitations upon Legislative*, Yale Law School, Legal Scholarship Repository, 1931
- Walter Wheeler Cook, *What is the Police Power?*, *Columbia Law Review*, Vol.

7 No. 5, Columbia Law Association, 1907

William F. Swindler, Minimum Standards of Constitutional Justice; Federal Floor and State Ceiling, Scholarship Repository, William & Mary Law School, Faculty Publications, 1984

(3) 판례

Adams v. Wisconsin Livestock Facilities Sitting Review Board, Supreme Court of Wisconsin No. 2009 AP 608, 2012

Agricultural Training Board v. Alyesbury Mushrooms, 1972

Amusement Co. v. Board of Police Commissioners, 7 Cal 3d, 1982

Bishop v. City of San Jose, 1 Cal. 3d 56, 61-62, 81 Cal Rptr 465, 466, 1969

City of Clinton v. Cedar Rapids and Missouri River Rail Road Company, 24 Iowa 455, 1868

City of Trenton v. State of New Jersey, 262 U.S. 182, 1923

Craig v. County of Chatham, 565 S.E.2d 172, 2002

Fisher v. City of Berkely, 37 Cal. 3D, 1984

Gluck v. County of Los Angeles, 93 Cal. App, 3d, 1979

Huron Portland Cement v. City of Detroit, 362 U.S. 440, 1960

In re Madeira Irrigation Districts, 92 Cal, 296. 28, 1891

Jacopson v. Massachusetts, 197 U.S. 11. 1905

Johnson v. Bradely, 4 Cal. 4th, 14 Cal Rptr. 2d, 1992

People et rel, Deukmejian v. County of Mendocino, 36 Cal. 3d 477, 1984

People ex rel, Le Roy v. Hurlbut, 24 Mich. 44,108, 1871

People v. McAleer, 33 Cal App. 1917

Randy Dibb v. County of San Diego, S03591, 1994

Smith v. City of Glendale Civ. No 1157, 4th Appellate District, 1934

Stainslaus Co. Deputy Sheriff's Association v. County of Stainslaus 8 Cal, 2d 93, 1937

Strickland v. Hayes Borough Council, 1986, 1 Q.B.290. Div. Ct

Sunset Amusement Co. v. Board of Commissioners, 7 Cal. 3d, 1982
Valley Vista Service Inc v. City of Monterey Park, 161 Cal. App. 4th 799,
2008
Village of Euclid v. Amber Realty Co. 272 U.S. 365, 1926

(4) 자료

European Union, Council of Europe, Local and Regional Authorities(Website)
Federal Republic of Germany, German Law Archive(Website)
France, Institut National des etudes Territoriales(Website), Administrateurs/
Territoriuz, French Experience of Decentralization, 1982
United Kingdom, County Council of Humberside(Website)
----- Hereford Parish Council(Website)
----- House of Commons Information Office(Website)
----- Ministry of Housing, Communities and Local Government(Website)
United States of America,
----- Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Local
Government Autonomy, 1993
----- Advisory Commission on Intergovernmental Relations, State Laws
Governing Local Government Structure and Administration, 1993
----- California State Government(Website)
----- Environmental Law Institute(Website)
----- Institute for Local Government(Website)
----- National Association of Counties(Website)
----- The Association of Towns of the State of New York(Website)