

조례제정의 법체계적 허용범위

Tolerance field to Systematic method of Power of Municipal Ordinance

안 효 섭*
Ahn, hyo-seop

목 차

- I. 서론
- II. 조례제정의 법체계적 지위
- III. 조례제정의 법체계적 허용기준
- IV. 결론

국문초록

헌법이 지방자치단체에게 조례제정권을 부여한 것은 보다 주민에 근접한 자가 그 지방의 사무에 관해 규정을 제정한다는 근거리 행정의 목적뿐만 아니라, 지방자치단체가 자신의 문제를 스스로 규율하여 국가가 간과할 수 있는 영역을 전문적인 입장에서 판단하고, 각 지방의 다양성을 고려한다는 것이다. 그런데 조례의 제정도 행정작용의 일종이므로 행정의 법률적합성의 원칙의 지배를 받는 바, 법체계적 한계를 준수하여야 한다. 문제가 되는 것은 '법령의 범위 안에서'가 의미하는 범위의 한계의 문제이다. 이것은 지방자치단체의 조례제정권의 범위이자 한계로서 중요한 의미를 가지고 있기 때문이다. 법체계

논문접수일 : 2014.07.15

심사완료일 : 2014.08.11

게재확정일 : 2014.08.12

* 법학박사·국립창원대학교 사회과학연구소 전임연구원

적 한계를 인정하는 것은 타당하지만 그 범위를 너무 넓게 하면 조례로 규정할 사항이 거의 없어져 결과적으로 조례제정권의 위상과 그 실질적 기능이 저하되어 지방자치제도를 유명무실하게 만드는 결과를 초래한다. 따라서 지방자치법 제22조의 단서는 삭제되어야 할 것이다. 다행히 판례와 학설은 조례제정범위를 넓게 인정하여 법률과 조례가 같은 목적을 규정하는 경우에 한해서 명백히 위반되는 경우를 제외하고는 조례 제정범위를 인정하고 있다. 이것은 결국 조례영역 확대의 기본초석이기도 하다.

주제어 : 법령의 범위 안에서, 법률우위, 조례제정권, 추가조례, 초과조례

1. 서론

인천 증구는 관내에 주민등록이 되어 있고 수도가 미설치된 지역에 실제 거주하는 주민에 대하여 예산의 범위 내에서 지하수 개발비와 전기료를 지원하고, 정선군은 관내에 거주하는 주민의 신생아 출산과 정착을 목적으로 관내로 전입하는 세대에 인구유입 증대촉진 보상을 출산장려금은 출생아 1인당 100,000원, 이주정착금은 1세대 당 300,000원을 12세까지 지급하였으며, 인천시는 공항고속도로 통행료를 지원하는 조례를 제정하였다. 그러나 일정한 동·식물을 보호하기 위하여 보호구역을 지정하여 제초제 사용을 금지하고 논밭 두렁 소각행위를 금지하는 것과 낚시 등의 금지 구역의 금지 행위에 대한 과태료를 부과하는 것은 조례제정이 부정되었다.¹⁾

그러면 최근 살인사건²⁾까지 문제가 되고 있는 층간소음을 제한하는 조례 제정이 가능한지가 문제된다. 정부는 금년에 공동주택 층간소음기준에 관한 규칙을 제정하여 공동주택에서 입주자의 과도한 생활행위로 인해 지속적으로

1) 법제처, 「자치법규 판례집」, 2013 참조.

2) 최근 명절을 맞아 부모님을 방문해 뒤풀이 주빈이 시끄럽게 했다는 이유로 다투다가 흥기를 휘둘러 살인한 사건과 위층 집이 쿵쿵대는 소리가 들린다는 이유로 항의하는 과정에서 흥기로 살인한 사건이 발생하였다(경향신문, "층간 소음" 또 이웃 살인", 2014.5.18, 12면).

발생하는 층간소음의 기준을 제시하여 층간 소음 문제를 해소할 예정이다.³⁾ 여기서 층간소음 문제를 법률과 조례로 규정했을 때의 차이점이 문제되는 데, 조례란 지방자치단체가 자신의 사무에 관하여 지방의회의 의결을 거쳐 제정하는 일반적·추상적 자치법규이다. 따라서 조례는 그 지역의 생활환경, 풍습, 지리적 여건 등을 고려하여 법률보다는 신속히 대처할 수 있으며 발생할 수 있는 법 제정의 오류를 지역적으로 대처할 수 있다는 장점을 가지고 있다.

그렇다면, 우리나라는 왜 조례로 규정하지 못했는지를 생각해 봐야 한다. 이것은 결국 지방자치단체의 조례제정의 범위와 한계를 규정하고 있는 헌법 제 117조 제1항과 지방자치법 제22조에서 규정하는 법률우위원칙 및 법률유보원칙의 적용범위에 대한 문제이다. 조례 제정의 허용범위를 너무 좁게 하면 조례로 규정할 사항이 거의 없어져 결과적으로 조례제정권의 위상과 그 실질적 기능이 저하되어 지방자치제도의 유명무실하게 만드는 결과를 초래하기 때문이다.

II. 조례제정의 법체계적 지위

1. 조례제정 의미

조례제정권이란 지방자치단체가 지방의회의 의결로 지역 주민을 위하여 제정하는 조례를 제정할 수 있는 권한인데, 넓게 보면 행정기관이 지방의회에서 제정되는 법이므로 행정입법이라 하겠다. 법적 근거로는 헌법 제117조 제1항에서 『지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다』고 규정하고 있다. 이는 국가기관인 국회의 입법권에 대응하여 자치기관인 지방자치단체의 입법권을 규정하는 것으로 지방자치단체의 입법권을 자치입법권이라고 한다. 자치입법권은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관

3) 국토부와 환경부는 공동으로 소음·진동관리법 및 주택법 개정에 따른 하위법령 위임사항을 5월 11일 입법예고 하였다. 층간소음 범위는 아이들이 뛰는 등 벽과 바닥에 직접 충격을 가해 발생하는 직접충격 소음과 텔레비전, 피아노 등의 악기 소음으로 정했다(자세한 것은 국토일보, "아파트 층간소음 법적 기준 나왔다", 2014.4.10, 1면 이하 참조).

하여 조례를 제정하는 권한과 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규정을 제정하는 권한을 말한다.⁴⁾

헌법이 개개의 법률이 없다고 하더라도 조례를 제정할 수 있도록 한 것은 풀뿌리 민주주의(grass-roots democracy)의 실현에 도움이 되기 때문이다.⁵⁾ 따라서 지방자치제도의 운영이 헌법제정권력의 의사에 반하는 경우에는 지방자치제도는 헌법제정권력의 의사에 맞도록 운영방법이 제한되어야 한다. 그렇지 않으면 형성된 국가는 붕괴될 수 밖에 없기 때문이다. 이런 점에서 주민의 자치권은 헌법제정권력의 의사에 복종하지만 풀뿌리 민주주의의 실현을 위하여 최대한 보장되어야 한다.

2. 법적 근거

법체계적 한계는 조례는 법령에 위반되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 법치행정의 원칙상 기존의 국가법령에 위반되는 조례를 제정할 수 없다는 것으로 한계는 실정법의 명문의 규정과 관계없이 당연히 인정되는 것이다.⁶⁾ 법치주의의 이념하에서 국법질서의 통일성 유지와 국가통치권으로부터 전래되고 승인된 조례제정권은 국가의 전체 법률체계안에서 그 존재의의를 찾아야 하기 때문에 그 상부구조에 속해 있는 기존의 국가법령에 모순·저촉되어서는 안 된다는 것이다.

헌법 제117조 제1항은 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다』라고 규정하고 있다. 이것은 법률에 특별한 규정이 없다고 하더라도 지방자치단체는 조례를 제정할 수 있다는 것과, 국회가 지방자치단체의 입법권한 포괄위임하는 것도 허용하지 않겠다는 의미이다.⁷⁾ 또한 이것은 조례에 대한 법률의 우위를 선언하는 것이라고 하겠다.⁸⁾ 문제는 헌법

4) 지방교육자치에 관한 법률 제25조에서는 교육감의 교육규칙제정권도 인정하고 있다.

5) 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정.

6) 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 『서울대학교 법학』 제50권 제1호, 2009. 3, 151면.

7) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009, 241면.

8) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결.

제117조 제1항이 주민의 권리·의무나 벌칙에 관한 조례를 제정하는 경우에도 법률의 근거가 필요하지 않다는 취지인가라는 점이다.

헌법 제117조 제1항의 성질과 관련하여 창설규정설과 확인규정설이 대립한다. 창설규정설에서는 입법권은 국회에 속하기 때문에 국민의 자유와 권리를 제한하거나 벌칙을 제정하는 경우에는 반드시 법률의 근거를 필요로 하고 있으므로, 조례로서 법규사항을 규율하는 경우에는 개별적 법률의 수권이 있어야 한다고 본다.⁹⁾

이에 대해 확인규정설에서는 헌법의 규정은 국가의 입법권을 규정하는 것이지 지방자치단체의 입법권을 규정하는 것은 아니며, 국민의 자유와 권리는 법률에 의하지 아니하고는 제한할 수 없다는 것은 국민의 대표기관인 국회의 입법원칙으로서 대의민주주의원리에 기초하고 있는 바, 조례의 제정기관인 지방의회 또한 주민의 대표기관인 대의제의 원리에 비추어 문제될 것이 없다고 본다.¹⁰⁾ 다만, 확인규정설이라고 하더라도 지방자치법은 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항의 조례제정은 법률의 위임이 있어야 한다고 명시하기 때문에 법률유보 부분에서는 양설의 차이점은 없다.

3. 세부적 내용 검토

헌법과 지방자치법에서는 '법령의 범위안에서'를 구체화하여 명백하게 규정하지 아니한 채 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다』라고만 되어 있다. 따라서 '법령의 범위안에서'와 '사무'의 문언의 뜻이 무엇이나 하는 것이 조례제정권을 논할 때마다 기본적으로도 중요한 과제로 떠오른다.

9) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2012, 1181면.

10) 김남진·김연태, 「행정법Ⅱ」, 법문사, 2014, 74면 : 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2012, 1193면 : 임승빈, 「지방자치론」, 법문사, 2010, 111면 : 한수용, 「헌법학」, 법문사, 2014, 284-285면 : 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2011, 1004면 : 조성규, "법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 -조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로-", 「공법연구」 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 373면.

가. '법령'의 의미

법령의 범위안에서 법령이란 법률·대통령령·부령은 물론이고, 대법원규칙, 중앙선거관리위원회규칙 등 형식적 의미의 모든 법령을 포함한다.¹¹⁾ 여기는 문제가 되는 것이 조약 및 국제법규와 행정규칙이 포함되는지가 문제된다.

1) 조약과 국제법규

조약과 국제법규에 대해서 대법원은 전라북도학교급식조례제의결무효확인 사건에서 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 이하 'GATT'라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 같은 달 23. 대통령의 비준을 거쳐 같은 달 30. 공포되고 1995. 1. 1. 시행된 조약인 '세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정'(Agreement Establishing the WTO)(조약 1265호)의 부속 협정(다자간 무역협정)이고, '정부조달에 관한 협정'(Agreement on Government Procurement, 이하 'AGP'라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 1997. 1. 3. 공포시행된 조약(조약 1363호, 복수국가간 무역협정)으로서 각 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다. 특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품(이하 '우수농산물'이라고 한다)을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)에 위반되어 그 효력이 없다고 판시하여 법령의 범위에 조약과 국제법규가 포함된다.¹²⁾

11) 국회규칙, 헌법재판소규칙도 형식적 의미의 법령이나 지방자치단체의 사무와 거의 관련 사항이 없다(손진상·김훈, "조례제정권의 근거와 한계에 관한 고찰", 「사회과학논집」 제8호, 안동대학교 사회과학연구소, 1996, 86면).

2) 행정규칙

행정규칙이란 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 그 조직이나 업무처리와 절차·기준 등에 관하여 발하는 일반적·추상적 규율으로 훈령, 예규 등을 말하는 데 행정규칙은 법령에서 인정한 직무권한 내에서 발하는 것이므로 특별한 법령의 수권을 요하지 아니하며, 특정한 행정목적의 필요한 범위 내에서 그 당연한 권능으로 제정할 수 있다. 판례는 행정규칙의 법규성을 원칙적으로 부정하나,¹³⁾ 법령의 위임에 따라 발령되는 소위 '법령 보충적 행정규칙'에 대해서는 법규성을 인정하고 있는데, 헌법재판소는 강남구청과 대통령간의 권한쟁의 사건¹⁴⁾에서, "법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 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 판시¹⁵⁾ 한 바에 따라, 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 '법령'에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다. 비록 행정규칙¹⁶⁾이 법규형식은 아니지만 법규를 보충하는

12) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2004추72 판결 : 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결.

13) 대법원은 "훈령이란 행정조직 내부에 있어서 그 권한의 행사를 지도·감독하기 위하여 발하는 행정명령으로서, 훈령, 예규, 통첩, 지시, 고시 등 그 사용명칭 여하에 불구하고 공법상의 법률관계 내부에서 준거할 준칙 등을 정하는데 그치고 대외적으로는 아무런 구속력도 가지는 것이 아니다"라고 판시하였다(대법원 1983. 6. 14. 선고 83누54 판결).

14) 위 사건은 2001. 1. 29. 대통령령 제17113호로 "시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다"라는 내용의 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항을 신설, 제정하였는데 이로 말미암아 강남구청은 그 소속 지방공무원들의 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등을 정함에 있어서 '행정자치부장관이 정하는 범위'내에서 이를 하여야 하는 제약을 받게 되었다. 이에 따라 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 근거하여 설립된 지방자치단체로서 자치입법권, 인적고권 및 재정고권의 헌법상의 지방자치권한을 가지며 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목에 의하여 구청 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 절차, 방법 등을 구체화하는 규칙의 제정 및 시행에 관한 권한과 이에 관련된 예산의 편성 및 집행에 관한 권한을 가지는데, 강남구청이 위와 같은 규정을 제정하여 구청의 이 권한들을 침해하였다고 주장하면서 그 침해의 확인과 위 규정의 무효확인 또는 취소를 구하는 권한쟁의심판을 제기하였다.

15) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정.

16) 행정규칙의 법규성에 관한 자세한 것은 김명길, "행정입법의 법규성", 「법학연구」 제41권

기능을 가지는 경우에는 법규와 함께 전체로서 하나의 법률체계를 이루어 대외적 구속력을 가지므로 법령에 포함된다.

나. '법령의 범위 안'의 의미

'법령의 범위 안'이란 그 상위법령에 위반되지 않는 범위 내에서를 의미한다.¹⁷⁾ 그러나, 어떤 조례가 관련 법령에 위반되는지의 여부를 판단하는 것은 경우에 따라서 간단하지 않다.¹⁸⁾ 일반적으로 조례의 법령 위반 여부는 헌법에 의한 지방자치의 보장의 취지와 내용, 국가법질서의 통일성, 지방의회의 입법 능력, 조례의 침익성 여부 및 실효성, 조례가 법령의 규정 내지 그 입법 취지에 반하는지 여부 등 종합적으로 검토하여 구체적 사안에 따라 판단될 수 있는 것이다.¹⁹⁾ 조례가 규율하고자 하는 사항을 규율하는 법령이 단지 존재하고 조례의 내용이 그와 상이하다는 사실만으로 바로 조례의 법령 위반을 확정할 수는 없다.²⁰⁾

대법원도 “지방자치법 제22조 본문은 ‘지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다’고 규정하고 있으므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위배되는 경우에는 효력이 없는 것이고, 조례가 법령에 위배되는지 여부는 법령과 조례의 각각의 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 둘 사이에 모순·저촉이 있는지의 여부에 따라서 개별적·구체적으로 결정하여야 할 것이다”라고 판시하였다.²¹⁾

일반적으로 법령 위반여부에 대한 판단기준을 보면 첫째, 지방자치단체의 사무가 아닌 사무 또는 조례규정 대상사무가 아닌 사무에 관하여 규정한 경

제1호 통권 제49호, 부산대학교 법학연구소, 2000, 참조.

17) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추51 판결 : 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결.

18) 문상덕, “자치입법제도의 문제점과 개선방안”, 「서울법학」, 제16권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2008. 8. 68면.

19) 송종원, “처분적 조례와 집행적 조례”, 「법학논총」, 제25권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2012. 6. 20면.

20) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결 : 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결 : 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결.

21) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결.

우, 둘째, 명문의 법령에 위반하는 경우로서 법령으로 이미 규정하고 있는 규제기준보다 강한 규제내용을 규정한 경우와 법령에 위임이 있는 경우 그 위임의 한계를 일탈하여 규정한 경우, 법령으로 규정할 것을 명백히 하고 있거나 조례로 규정하는 것을 금지하고 있는 사항을 규정한 경우, 조례로써 규정할 사항에 대하여 법령으로 조건 또는 제한기준에 위반한 경우 셋째, 법령의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무 또는 벌칙을 부과하는 내용을 규정한 경우 넷째, 구체적 규정위반여부는 불명확하더라도 법령의 전체적 입법취지에 맞지 아니하거나 법령의 전체적 입법취지에 비추어 볼 때 비록 주민의 권리의무나 벌칙과 직결되는 사항이 아니라 하더라도 입법의 소관원칙상 조례가 아닌 상위법령에 규정되어야 할 사항을 규정한 경우라고 할 수 있다.²²⁾

다. 사무의 범위

지방자치단체의 사무 중 조례로 제정할 수 있는 사무는 자치사무와 단체위임사무이고 기관위임사무는 조례로 제정할 수 없다.²³⁾ 문제는 지방자치단체사무 중 어떤 사무가 자치사무이고, 단체위임사무이며, 기관위임사무인지 구별할 수 있는가인데, 대법원은 ‘헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있으나 이 때 사무란 지방자치법 제9조 제1항에서 말하는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 된 단체위임사무를 가리키므로 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 것은 원칙적으로 이러한 자치사무와 단체위임사무에 한하므로, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무와 같이 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에서 수행하는 사무일 뿐 지방자치단체 자체의 사무라고 할 수 없는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정 범위에 속하지 않는다. 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함

22) 법제처, 자치법규 기본과정 I, 법제전문교육훈련기관(법제교육팀), 2011, 33면.

23) 김춘환, “지방자치단체의 사무와 조례제정에 관한 판례검토”, 『법학논집』 제21집 제1호, 조선대 법학연구원, 2014, 195면.

에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다'라고 판시하였다.²⁴⁾

판례는 지방자치단체의 사무 중 조례로 제정할 수 있는 사무는 자치사무, 단체위임사무에 한하고, 예외적으로 기관위임사무라도 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 한하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 예외로 위임조례를 제정할 수 있다.²⁵⁾

Ⅲ. 조례제정의 법체계적 허용기준

1. 법의 일반원칙 적용

지방자치법과 개별 상위법령을 위반하는 경우가 아니더라도 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 신의성실의 원칙 등과 같은 법의 일반원칙을 위반하는 경우에도 조례를 제정할 수 없다. 대법원은 '조례안이 지방의회의 감사 또는 조사를 위하여 출석요구를 받은 증인이 5급 이상 공무원인지 여부, 기관(법인)의 대표나 임원인지 여부 등 증인의 사회적 신분에 따라 미리부터 과태료의 액수에 차등을 두고 있는 경우, 그와 같은 차별은 증인의 불출석이나 증언거부에 대하여 과태료를 부과하는 목적에 비추어 볼 때 그 합리성을 인정할 수 없고 지위의 높고 낮음만을 기준으로 한 부당한 차별대우라고 할 것이어서 헌법에 규정된 평등의 원칙에 위배되어 무효'라고 판시하였다.²⁶⁾

또한 '동행명령장제도는 증인의 신체의 자유를 억압하여 일정 장소에 인치하는 것으로서 헌법 제12조 제3항의 체포 또는 구속에 준하는 것이고 그것이

24) 대법원 2001.11.27. 선고 2001추57 판결.

25) 법제처, 2013년도 상반기 시도순회 법제교육 -자치입법 실무 및 사례연구-, 법제전문교육훈련기관(법제교육팀), 2013. 3. 350면.

26) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96추213 판결.

현행법 체포와 같이 긴박성이 있다고 볼 수도 없는 바, 동행명령장을 법관이 아닌 지방의회 의장이 발부함으로써 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위반된 것이라고 판시²⁷⁾하여 법의 일반원칙을 위반한 조례를 무효라고 하였다.

2. 조례에서 규율하려는 내용에 관한 법령이 없는 경우

조례에서 규율하려는 내용과 관련되는 법령이 없는 경우에는 법률공백영역과 법률폐지영역으로 구분할 수 있다. 다만, 이 경우에도 해당 사무가 지방자치단체의 자치사무나 단체위임사무인지를 확인하고,²⁸⁾ 조례로 규율할 수 있는 사무라면 지방자치법과 같은 법령에 위반되지 않는지 평등의 원칙, 비례의 원칙, 명확성의 원칙 등과 같은 법의 일반원칙에 위반되지 않아야 한다.

가. 법률공백영역

최근 급변하는 현대 산업사회의 다양화·세분화 등으로 인하여 규율대상 분야의 변화가 급속도로 진행되고 있기 때문에 국가의 입법이 사회현상에 부합하도록 즉시적인 규제를 한다는 것은 어려운 일이다. 따라서 급변하는 사회현상에 맞추어 법이 제정 내지 개정되기까지는 시간적 간격이 발생하게 된다. 이와 같이 법률에 의한 규제외사가 성숙되지 않고 규제여부에 대한 국민적 공감대의 존부를 확인하고 있는 동안 특정한 지역사회의 요청으로 조례로 먼저 규율할 필요성이 제기될 때 조례의 규율을 허용할 것인가의 문제가 발생

27) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결. 조례안의 주요내용은 경상북도의회에서는 행정사무감사나 조사시에 공무원 또는 공무원이었던 자 등이 지방의회로부터 증인으로의 출석을 요구받은 경우, 그 증인이 정당한 이유 없이 불출석하면, 감사·조사위원회의 의결로 해당 증인에 대하여 지정한 장소까지 동행할 것을 명령할 수 있으며, 이 동행명령을 함에는 의장이 동행명령장을 발부하도록 하였다.

28) 대법원은 '인천국제공항고속도로를 이용하는 지역주민에게 통행료를 지원하는 것을 주요 내용으로 하고 있는 바, 위와 같이 지역주민에게 통행료를 지원하는 내용의 이 사건 사무는 지방자치법 제9조제2항제2호(가)목에 정한 주민복지에 관한 사업에 해당하여 지방자치단체의 고유의 자치사무라고 할 것이므로, 위 사무가 국가사무임을 전제로 하는 원고의 주장은 이유 없다'라고 판시하였다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007추42 판결).

한다.²⁹⁾

일정분야에 있어서 법령이 규율하고 있지 아니하는 경우, 즉 국법상의 공백 분야에 대하여 조례가 이를 규율할 수 있는 것인가 하는 문제는 대체적으로 국가의 법령과의 저촉관계가 발생되지 아니하므로 조례제정이 가능한 것으로 본다.³⁰⁾ 이 경우 먼저 당해 영역이 헌법상 어떠한 기본권과 관련이 되며, 그 기본권이 헌법상 어떠한 형태로 보장되는가를 고찰하여야 한다. 법률의 공백이 자치사무와 관련하여 헌법상 기본권 보장과 관련하여 규율하여야 할 사항을 규정하지 않았거나 충분하지 않은 경우에는 그 공백과 미비를 조례가 규제·보완할 수 있어야 한다.³¹⁾ 다만, 헌법상의 기본권 보장정신에 비추어 당해 사항은 어떠한 규제도 행해서는 안 되며, 자연적 자유로 방치함이 타당하다고 판단되는 경우에는 조례로써도 이를 규제할 수 없다.

우리나라의 학설로서는 법령의 규정이 없더라도 국가의 전권에 속하지 아니하는 사무에 관하여 일반적으로 재량에 의하여 조례로서 정할 수 있는 것으로 보거나 입법자가 직접 규율하지 않아 법령에 의해 규정되지 아니한 영역에 대해서는 조례제정권이 원시적인 자주적 권리의 성질을 갖는 것이므로 법령이 없더라도 직접 스스로 규정하는 것은 합법적인 것이라고 설명한다.³²⁾ 판례의 경우도 주민의 권리제한에 관한 사항이 아닌 경우에는 국법의 미비를

29) 김성수, "지방자치단체의 조례제정권 강화에 관한 연구", 부경대 박사학위논문, 2011. 2. 134면.

30) 市橋克哉, "新地方自治法と條例制定の可能性(3)", 「市民と自治」, 自治体問題研究所, 2001. 2. 73面.

31) 이주희, "조례의 실효성 확보를 위한 입법정책에 관한 연구", 「한국지방자치학회보」 제12권 제3호 통권 제31호, 한국지방자치학회, 2000. 9. 51면 : 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 그의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는바, 지방자치단체의 세자녀 이상 세대양육비 등 지원에 관한 조례안은 저출산 문제와 국가적·사회적 심각성을 심분 감안하여 향후 지방자치단체의 출산을 적극 장려토록 하여 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진하고자 세자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 지방자치법 제9조제2항제2호라목에서 예시하고 있는 아동·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진에 해당되는 사무이고, 또한 위 조례안에는 주민의 편의 및 복지증진에 관한 내용을 담고 있어 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006후38 판결).

32) 김남진, "조례제정권의 법적문제", 「법제연구」 제9호, 한국법제연구원, 1995, 23면.

이유로 지방자치단체의 조례제정권의 행사를 가로막을 수 없다고 보고 있다.³³⁾ 결국 판례에 의하면 수익적 분야에 있어서는 재정상태 등을 감안하여 비교적 자유롭게 조례로 규제할 수 있다.³⁴⁾

반면 규율영역이 주민의 권리·의무와 관한 사항인 경우 자치사무라 하더라도 지방자치법 제22조 단서의 요청으로 조례의 규율이 제한될 것이며, 또한 비권력적 사무라 하더라도 그 사무의 성질상 국민 전체의 이해관계와 관련되어 어떤 특정지역에서만 시행될 수 없는 국가사무적 사항인 경우에도 조례로 규율할 수 없으므로 국법공백분야에서의 조례제정 범위가 매우 협소하다고 할 수 있다.³⁵⁾ 즉 현행 지방자치법 아래에서는 실효성을 확보할 수 없기 때문에 선언적이고 윤리적인 수 밖에 없다.³⁶⁾ 따라서 지방자치법 제22조 단서의 개정을 전제로 자치사무에 관한 한 국법미비분야의 경우 조례제정권을 인정하는 것이 지역적 특수성을 반영하고 새로운 사회현상에 대한 행정목적의 달성하면서 법치행정의 원리에 부합하는 것이다.³⁷⁾

33) 대법원은 법률의 명백한 근거없이 제정된 청주시행정정보공개조례를 적법한 것이라고 판시하면서 그 실시 이유로 자치사무에 관한 정보에 한정되고 있을 뿐 아니라 알 권리의 실현을 그 내용으로 하고 있으면서도 개인의 사생활침해의 가능성을 배제하고 있는 점 등을 들고 있어 진일보한 입장을 보여주고 있다. 즉 정보공개조례가 국가위임사무가 아닌 자치사무 등에 관한 정보만을 공개대상으로 하고 있다고 풀이되는 이상, 반드시 전국적으로 통일된 기준에 따르게 할 것이 아니라 지방자치단체가 각 지역의 특징을 고려하여 독자적으로 규율할 수 있다고 보여지므로 구대여 국가의 입법 미비를 들어 이러한 지방자치단체의 자주적인 조례제정권의 행사를 가로막을 수 없다. 정보공개제도가 행정에 대한 주민의 알 권리의 실현을 그 근본내용으로 하면서도 이로 인한 개인의 사생활침해의 우려가 있는 정보의 공개를 금지하는 등 권익침해의 가능성을 배제하고 있으므로 이를 들어 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례라고 단정할 수 없다. 따라서 그 제정에 있어 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추 17 결정).

34) 유상현, "조례제정권의 법적 한계에 관한 연구", 『자치입법실무』, 법제처, 1998, 21쪽. 그러나 주민에게 이익을 부여하는 조례라 하더라도 법령에 위반하지 않아야 한다는 제약이 따른다. 즉 조세를 감면하는 경우는 법이 정한 요건을 조례가 완화하여 결과적으로 주민에게 이익을 부여하는 결과를 초래하지만, 법령에 위배되는 조례로서 무효이다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96추46 판결).

35) 김성수, 앞의 논문, 135면.

36) 이주희, 앞의 논문, 51면.

37) 김태웅, "자치입법권에 관한 연구 - 조례제정권을 중심으로-", 조선대학교 박사학위 논문, 2008, 101면.

국법공백분야에서의 조례는 국가나 다른 지방자치단체에 대하여 입법을 선도하는 기능을 하게 될 것이다.³⁸⁾ 국법공백상태인 행정서비스 영역을 조례가 선점하였을 때 나중에 제정된 법률에 의하여 조례의 내용을 개폐할 수 있는가가 문제될 수 있다. 조례의 범위와 한계를 확정하는 근거법의 제정은 국가적인 통일성을 기하기 위한 목적에서 인정된다 하더라도 그 본질적인 내용은 침해할 수 없을 것이다.

나. 법률폐지영역

종전에는 법규범으로 규제할 필요성이 있어 규제되고 있던 분야에 대하여 그 필요성이 없어졌다고 보아 당해 법령을 폐지한 경우에는 국가법령의 의도가 당해 분야의 국법공백상태가 오히려 바람직하다고 보아 규율을 그만 둔 것이 분명하기 때문에 모든 사람들의 자유영역으로 남겨두어야 할 필요성을 조례도 인정하여야 할 것이므로 이를 조례로 규율하여서는 아니 될 것이다. 더구나 국민의 권리·의무에 관한 사항은 개별적 법률의 구체적 위임이 없으면 조례제정이 불가능하므로 국법폐지분야에 있어 조례의 규율이 가능한 경우는 거의 없다고 할 수 있다.

다만, 급부행정분야에서는 국법공백분야와 같이 허용될 수 있을 것이다. 이 문제와 관련하여 국가전체의 입장에서 당해 행위를 무릇 법규범으로써 규제할 필요가 없다고 인정되어 법령을 폐지한 경우에는 조례로써도 이를 규제할 수 없으나, 전국에 걸쳐 통일적인 규제를 할 필요까지는 없기 때문에 국법으로서 폐지하였으나, 지역의 특수사정으로 인한 규제까지를 금지하지는 아니 하겠다는 취지로 법령을 폐지한 경우에는 국법공백상태와 동일하므로 조례를 제정하여 이를 규제할 수 있는 것으로 보고 있다.³⁹⁾ 그러나 국법의 통일성이라는 입장에서 국법이 폐지된 경우에는 급부행정분야는 별론으로 하고 규제분야에서의 조례제정은 자제되어야 한다.

38) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결.

39) 조정환, “자치입법권 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제”, 「공법연구」 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000. 11, 391면.

3. 조례에서 규율하려는 내용에 관한 법령이 있는 경우

조례에 대한 법률우위의 원칙은 조례가 법률에 위반되지 않아야 한다는 것을 의미한다. 그러나 조례로 정하고자 하는 내용이나 목적이 기존에 상위 법령과 다른 경우 이를 허용할 수 있는지와 초과조례와 추가조례의 제정이 허용되는지가 문제된다. 이는 법률과 조례의 관계이자 일본에서 발전된 법률선점론에 관한 논의의 핵심적인 사항에 해당한다.⁴⁰⁾

가. 법률과 조례가 다른 목적을 규정하는 경우

국가 법령이 규제하고 있는 사항과 동일한 사항(대상)에 대하여 당해 국가 법령과 다른 목적으로 조례를 제정하는 것이 가능한가의 문제가 제기될 수 있다. 예를 들면 하나의 건축물에 대하여 건축법은 그 구조의 강도와 안전성을, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 전체적인 토지이용의 합리화를, 소방기본법에서는 화재의 예방을 목적 내지 취지로 하여 각 법률이 따로 규제하고 있듯이, 국법이 동일대상에 대하여 A라는 취지로 이미 규제하고 있는데 조례로 같은 대상에 대하여 B의 취지로 규제할 수 있는지의 문제이다.

일본에서는 국가의 법령의 목적과 다른 목적을 실현하기 위하여 국가법령의 규제상항과 동일한 사항을 규제하는 조례도 국가의 법령에 위반되지 않는다고 한다.⁴¹⁾ 즉 조례의 목적을 개별적·구체적인 목적으로 나누고 각각의 목

40) 김경원, “일본의 자치기본조례에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위 논문, 2011, 245면.

41) 짜짱꼬점이 청소년에게 악영향을 미치고 범죄의 온상이 된다는 주민의 반대운동을 계기로 제정되어진 宝塚市パチンコ店等ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する條例에 대하여 『風俗營業適正化法은 풍속환경의 보전, 청소년의 건전한 육성이라는 소극적 목적과 풍속영업의 건전화라는 적극적 목적이 있고, 이 조례는 좋은 주택 및 문화환경 등의 보전이라는 風俗營業適正化法 보다 넓고 다른 목적의 조례로 이 목적 달성을 위하여 風俗營業適正化法の 영업제한구역 보다 넓은 구역에 대하여 건축을 금지하는 것으로 목적을 달리하기 때문에 조례의 법령위반의 문제는 발생하지 않는다』라고 판시 하였다(大阪高判 平成 10. 6. 2. 1668号 37面). 그러나 宝塚市パチンコ店等ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する條例와 동일한 내용으로 제정된 伊丹市環境保全のための建築規制條例에 대하여는 『그 자체의 행정목적이 있지만 風俗營業適正化法和 이중규제로써 違憲違法이다』라고 하였다(神戸地判 平成 5. 1. 25. 817号 177面). 이는 넓게 설정된 조례의 목적은 좁게

적이 지방자치단체의 이익 실현을 위한 독자성이 있을 때에만 국가 법령과 다른 목적의 조례로 인정하고 있다.⁴²⁾

우리나라도 법령과 조례가 동일 사항에 대하여 서로 다른 목적을 위하여 규율하고 조례의 적용으로 인하여 법령 규정의 목적과 효과가 저해되지 아니하는 경우나 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규정하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 당해 조례가 위법하지 않으므로 조례로 규율할 수 있다.⁴³⁾ 다만, 지방자치법 제22조 단서와 관련하여 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하거나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하므로 법률유보의 원칙을 적용하지 않는 일본과는 달리 실제 우리나라에서 법령과 다른 목적의 조례를 제정함에는 일정한 한계가 있음에 유의하여야 한다.⁴⁴⁾ 즉 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 경우에는 법률의 위임이 필요하다는 점을 고려하면 허용되는 조례는 침익적 또는 규제적인 것이 아니라, 법령에 비하여 주민에게 보다 유리한 수익적 조치나 급부를 정하는 조례에 한정될 것이다.⁴⁵⁾ 따라서 법령과 같은 사항에 대하여 같은 목

설정된 국가 법령의 목적과 관련하여 국가 법령의 목적과는 다르다는 결론을 도출하고, 좁게 설정된 조례의 목적은 넓게 설정된 국가 법령과 동일하다는 결론을 도출하기 때문이다 (市橋克哉, “新地方自治法と條例制定の可能性(3)”, 75면).

42) 市橋克哉, “新地方自治法と條例制定の可能性(3)”, 76면.

43) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결 : 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결 : 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결

44) 최승원·양승미, “국가와 지방자치단체의 입법분담체계”, 『법학논집』 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009. 3, 86면.

45) 학원설립의운영에관한법률 제5조 제2항의 규정취지는 같은 법 제3조가 규정하는 시설 및 설비를 갖추어 인가요건으로 하여 그 시설기준에 적합한 자가 주무관청의 인가를 받기 위한 세부절차를 위 제5조 제2항의 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여’의 부분을 또 다시 인가요건에 관한 위임명령을 발한 근거가 되는 것으로 해석한다면, 이미 법 제3조에서 인가요건인 시설기준으로 필요한 시설 및 설비를 명확히 규정하였는데도 다시 대통령령에 이에 관한 법규사항을 위임하는 것이 되어 그 내용·목적 및 범위가 불명확하여 그 법규명령에 대한 예측이 불가능하게 되는 불합리에 빠질 것이므로 같은 법 시행령 제8조 제3항 및 제4항에 아무런 위임근거 없이 지역별 교습수요의 기준이라는 새로운 인가기준을 설정한 다음, 지역별 교습 수용의 기준을 조례로 정할 수 있도록 규정한 것은 학원설립의 자유를 근거없이 부당하게 제한하는 것으로 모법에 위반되어 무효이다(대법원 1994. 2. 8. 선고 93누

적으로 제정된 조례로써 관계법령보다 규제범위를 확대하거나 규제정도를 강화하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다.⁴⁶⁾ 그러나 법령에 의한 규율이 전국적 전지에서 최소한의 기준을 정한 것으로 해석될 경우에는 조례로써 법령상의 기준을 상회하는 기준을 정하는 것도 허용된다고 하여야 한다.⁴⁷⁾

나. 법률과 조례가 같은 목적을 규정하는 경우

법률과 조례가 같은 목적을 규정하는 경우에는 규제대상만을 추가하여 규제하여 적용범위를 확대하여 규율하는 추가조례와 법률이 정한 기준보다 강화하거나, 약화된 기준을 정하는 초과조례가 문제된다.⁴⁸⁾

초과조례의 허용 여부에 관한 판단은 관련 국법을 규제한도법률로 볼 것인지 최저기준법률로 볼 것인가에 달려있다. 규제한도법률이란 규제 사항의 성질과 인권보장을 감안하여 당면한 입법적 규제의 최대한까지를 규정하고 있다고 해석되는 법률을 말하며, 이 경우 법률의 규제한도를 초과하여 규제하는 조례는 위법이다. 최저기준법률이란 전국적인 규제의 최저기준만을 정하고 있다고 해석되는 법률로서, 그 이상의 규제는 각 지방의 행정수요에 응하여 지방자치단체에 맡겨둔다는 취지이기 때문에 법률보다 더 강한 규제를 가하는 조례도 법률에 위반되지 않는다.⁴⁹⁾

규제한도법률의 경우 법령초과규제조례의 제정이 불가능하나, 최저기준법률의 경우는 조례로서 최저기준을 감축하는 것은 위법이나 법령초과규제조례의 제정이 가능하다고 본다.⁵⁰⁾ 즉 규제한도법률은 주로 신체의 자유와 같은 전국적·통일적인 제약을 규율대상으로 하는 법령이라 할 수 있으며, 근로기준법

8276 판결).

46) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결.

47) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결.

48) 추가조례는 법령이 자동차만 규제하고 있는데, 자전거를 포함하여 규제하는 경우이고, 초과조례는 환경오염배출 허가기준을 10ppm에서 더 엄격한 5ppm으로 규정하는 경우이다.

49) 전경배, "조례제정권의 한계에 관한 연구", 경남대학교 박사학위논문, 2007. 6. 130면.

50) 兼子 仁, "自治體の自主性とその限界 -條例と法律の關係を中心として-", 「公法研究」, 有斐閣, 1978, 219面 ; 市橋克哉, "新地方自治法と條例制定の可能性(5)", 「市民と自治」, 自治体問題研究所, 2001. 4, 75面.

이나 생존권과 관련되는 복지행정 관련법령은 최저기준법률로 해석하여야 한다. 헌법 제34조에서 국가가 설정하는 사회보장 등 복지행정의 각종 기준은 최저기준을 의미하므로 지방자치단체는 지역적 특수성에 따라 법령의 기준을 초과하거나 대상을 확대하는 조례를 제정함으로써 복지적 급부행정의 내용을 충실하게 갖출 수 있다.⁵¹⁾

현행 법제상 명문의 규정을 두어 초과 또는 추가조례의 제정 근거를 부여하는 추세이다.⁵²⁾ 즉 지하생활공간 공기질관리법 제5조 제3항에서 『특별시·광역시·도는 지역환경의 특수성을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 지방자치단체의 조례로 제1항의 규정에 의한 지하공기질기준보다 엄격한 지하공기질기준을 정할 수 있다』고 규정하거나 대기환경보전법 제8조 제3항에서 『특별시·광역시 또는 도는 환경정책기본법 제10조 제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다』고 규정하고 있다. 따라서 건축,⁵³⁾ 환경 등의 분야에서는 지역적 특성에 따른 조례 제정의 가능성과 그 범위 등을 법률에서 위임하고 있는 것이 입법경향이라고 할 수 있다.

대법원도 1970년대를 전후해서 이미 국가의 법령이 규율하고 있는 분야에 대하여도 초과조례를 인정한 일본의 경우와 같이 법령의 목적과 다른 목적을 규율하는 경우, 법령과 동일한 목적으로 규율하고자 하는 경우에도 그 법령의 기준이 전국 최저의 기준이라고 인정되는 경우 등에는 초과조례를 허용하는 것이 기본 입장이다. 즉 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규제분야의 초과조례는 위법한 것으로 보나,⁵⁴⁾ 조장행정분야에서는 법령에서 정한 기

51) 山下建次, “地方自治”, 『現代憲法講義(上)』, 日本評論社, 1985, 255-296面 : 조례제정권이 지역 주민의 기본권 특히 생존권과 밀접한 관련이 있는 경우에는 헌법상의 기본권과 같은 맥락으로 보아 법령이 규정유무에 관계없이 보장된다는 견해도 있다. 김남욱, “조례제정권의 한계에 관한 소고”, 『법학논총』 제4집, 조선대학교 법학연구소, 1998, 824면.

52) 일본의 경우도 악취방지법 제22조, 소음규제법 제27조, 진동규제법 제24조, 대기오염방지법 제4조, 수질오염방지법 제3조, 호수수질보전특별조치법 제32조, 건축기본법 제40조, 도시계획법 제33조, 소방법 제17조 등에 초과조례나 추가조례의 제정 근거를 명시하여 입법적으로 해결하는 경향이 있다. 門山泰明, 『條例と規則』, ぎょうせい, 2003, 47-48面.

53) 건축법시행령 제27조, 제81조, 제86조 참조.

54) 자동차의 운행을 위하여는 자동차관리법이나 그 하위법령에서 자동차의 등록을 그 전제요

준을 초과하여 주민들에게 보다 많은 혜택을 주는 조례의 제정을 허용하는 사례⁵⁵⁾가 나타나고 있다.⁵⁶⁾

일반적으로 추가조례의 허용여부는 해당 법령이 배타적·포괄적으로 규제하고 있어 해당 법령의 규제대상사항 이외에 규제를 부정하는 취지인지, 아니면 당해 법령이 내셔널·미니범 규제로서 지방자치단체의 필요에 따라 규제항목을 추가하는 것을 허용하는 취지인지에 따라 판단된다.⁵⁷⁾ 이러한 추가조례는 국법관계의 통일적 운영이라는 측면에서 원칙적으로 허용되어서는 아니 될 것이다. 그러나 국법의 취지가 자유영역으로 방치하려는 취지라고 해석되

전으로 하고 있는데, 이 등로서 국가법령이 정하고 있는 자동차 등록기준보다 더 강화된 기준(차고지확보기준)을 규정한 조례는 국가법령에 위반되며, 사업용 자동차의 경우에도 자동차운수사업법령의 기준보다 더 높은 기준이나 면적을 요구하고 있는 조례는 상위법에 위반된다 즉 자동차운수사업법령에서 16인 이상의 승합자동차와 2.5t 이상의 화물자동차의 경우에 차고지확보의무를 부여하여 그 대상을 한정하고 있으나, 동 조례에서는 차고지확보의 대상범위를 넓혀 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적체적량 2.5t 미만의 화물자동차에까지 의무를 부여하고 있어 법령에 위반되는 것이다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결) : 국가법령과 동일한 목적으로 제정된 조례로서 사설묘지의 허가요건을 법령보다 강화하여 법령상 위임도 없이 지역주민의 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야만 허가할 수 있도록 규정한 조례는 국가법령에 위반된다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누32 판결).

55) 유사한 대법원 판례로는 단양군 공유재산관리조례 판결(대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추 29 판결), 정선군 세자녀 이상 세대 양육비 지원조례 판결(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006 추38) 등이 있다.

56) 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위안에서 이미 국가의 법령이 특정사항에 관하여 규율하고 있는 경우에도 그 국가법령의 목적이나 효과를 저해하지 아니하거나 그 국가법령이 전국일률적으로 규율하는 취지가 아니라고 판단되는 분야에서 조례로 규율하는 것은 국가법령에 위반되는 것은 아니라고 보면서 국가법령인 생활보호법 제3조, 제6조 및 동법 시행령 제6조 제3호에 의하면 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 아니하도록 규정하고 있음에도 불구하고 이를 전국적 최저기준의 규정취지로 해석하고 각 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 하는 것을 용인하는 취지로 보아 국가법령에 모순·저촉되지 아니한다(대법원 1997. 4. 24. 선고 96추244 판결). 즉 대법원은 국민의 권리제한이나 의무를 부과하는 경우 또는 벌칙을 정하는 경우를 제외하고 법률선점분야에 대한 자치조례의 제정을 어느 정도 허용하고 있다고 할 수 있다. 다만 이러한 판례의 경향은 지방자치법 제 22조 단서의 규정을 규제분야의 조례에 한정시켜 적용하여도 된다는 것이지만, 조장분야 역시 규제분야와 동전의 양면과 같은 관계에 놓여 있다고 볼 때 이론구성이 미흡하다고 할 수 있다(조정찬, "지방분권과 자치입법권 신장을 위한 제언", 「지방분권을 위한 입법과제」, 법제처, 2003, 56면 ; 최승원, "조례의 본질", 「지방자치법연구」 제6권 제1호 통권 제11호, 한국지방자치법학회, 2006. 6. 386면).

57) 정원창, "조례의 법률적합성에 관한 논점", 「자치행정」 통권 247호, 지방행정연구소, 2008, 10, 54면.

는 경우 조례로 제정할 수 없지만 국가가 무관심하거나 전국 일률적인 규제를 할 필요성이 없거나 각 지방의 실정에 따라 특별한 필요성이 있는 경우에는 조례로 규율할 수도 있을 것이다.⁵⁸⁾ 대법원도 기본적으로 추가조례를 제한적으로 허용하고 있다.⁵⁹⁾

추가조례는 조례와 법률의 취지 목적은 기본적으로 같지만 조례의 대상이 법률의 규제대상보다 넓은 경우로서 횡적으로 돌출되어 있는 경우이며 두 가지로 나타난다. 첫째, 법률의 입법과정, 경과, 취지, 규정의 방법 등을 고려하여 그 규제대상은 한정적으로 열거되어 있다고 보는 경우이다. 예를 들면 토지수용법은 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업을 상세히 열거하고 있는데, 이외의 사업을 조례로 추가지정해서 토지수용법의 적용을 피하는 것은 불가능하다는 것이다. 둘째, 법률의 입법과정, 경과, 취지 등을 고려하여 그 규제대상은 예시에 지나지 않는다고 하는 경우이다. 예를 들면 수도법의 적용을 받는 수도사업외에 수도법의 적용을 받지 않는 수도의 시설관리와 같은 사항에 대해 조례가 규제하는 경우이다. 이에 관한 조례의 제정권은 정당화될 것이다.⁶⁰⁾

IV. 결론

지방의회가 제정하는 조례는 주민의 대표기관에 의해 제정되어 민주적 정당성을 가진다. 법령 내용이 지역 특수성을 고려하지 못하고 획일적으로 규정되어 있다면, 오히려 주민의 인권과 복지를 제한하는 부작용을 유발할 수 있

58) 노현수, “법률우위와 인권조례”, 『영남법학』 제36호, 영남대학교 법학연구소, 2013. 6. 60-61면.

59) 대법원은 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결에서 생활보호법과 그 목적 및 취지를 같이 하면서도 보호대상자 선정의 기준 및 방법, 보호의 내용을 생활보호법의 그것과는 다르게 규정한 것이 생활보호법 위반인지 여부에 대한 판결에서 추가조례를 인정하였으나, 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결에서는 자동차운수사업법과 동법 시행규칙에 의한 차고지 확보대상이 아닌 자동차에 대하여도 차고지 확보의무를 부과한 수원시 자동차 차고지 확보 등에 관한 조례안 제4조는 자동차운수사업법령에 위반된다고 판시하였다.

60) 김경원, 앞의 논문, 29면.

다. 따라서 조례는 일정 지역을 기초로 일정 지역주민에게 적용되는 규율로서 자기책임하에 결정되는 의사표현으로 이해하여, 국회의 입법과정을 거쳐 만들어지는 법률과는 별도로 지방의회에서 제정되는 조례의 독립적 지위를 인정할 필요가 있다.

외국의 경우 자치사무에 관한 한 지방자치단체가 전권을 행사하는 것이 일반적이지만, 우리나라의 경우는 지방자치법 제22조 단서 조항으로 인해 조례 제정의 범위가 엄격히 제한되고 있다. 따라서 국법공백분야와 법률선점영역에 있어서 국민의 권리제한이나 의무부과와 관계없는 급부행정영역과 국법공백분야에 있어서만 조례의 제정범위가 확대되어가고 있는 실정이라고 할 수 있다.

지방자치단체의 법체계적 범위에서는 수익적 사항 뿐만 아니라, 침익적 사항에 대한 고려도 포함되어야 한다. 법률에의 저촉여부에 대한 판단기준도 어떤 경우에 안되는가의 관점보다는 어떤 경우에 조례로 규정할 수 있는가의 관점에서 접근하는 것이 필요하다.

현재 침해행정의 경우 법률적 근거가 필요하다고 되어 있어서 지방자치의 재량이 축소되어 있어 문제이다. 향후 지방제정권의 독립과 자치행정의 확대를 위해 조례제정권을 급부행정에서 침해행정으로 확장해 나가는 노력이 요구된다고 본다. 이를 위해서는 지방자치법 제22조 단서는 삭제되어야 한다. 특히 외국의 사례처럼 지방자치법규를 통해 형벌까지도 부과할 수 있는 근거가 있어서 중앙과 독자적인 자치권을 행사할 수 있고 이를 통해 지방자치의 운영의 효율성과 강제력을 지닐 수 있다.

참고문헌

〈국내문헌〉

김남진·김연태, 행정법 II, 법문사, 2014.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.

법제처, 2013년도 상반기 시도순회 법제교육 -자치입법 실무 및 사례연구-, 법제전문교육훈련기관(법제교육팀), 2013.

- 법제처, 「자치법규 판례집」, 2013.
- 법제처, 자치법규 기본과정 I, 법제전문교육훈련기관(법제교육팀), 2011.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2012.
- 양 건, 헌법강의, 법문사, 2012.
- 임승빈, 지방자치론, 법문사, 2010.
- 장태주, 행정법개론, 법문사, 2011.
- 지방자치 편집부, “조례 제정 동향, 해외는 지금?”, 「지방자치」 통권 제289호, 2012. 12월.
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2014.
- 홍정선, 신 지방자치법, 박영사, 2009.
- 김경원, 일본의 자치기본조례에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위 논문, 2011.
- 김남욱, “조례제정권의 한계에 관한 소고”, 「법학논총」 제4집, 조선대학교 법학연구소, 1998.
- 김남진, “조례제정권의 법적문제”, 「법제연구」 제9호, 한국법제연구원, 1995.
- 김명길, “행정입법의 법규성”, 「법학연구」 제41권 제1호 통권 제49호, 부산대학교 법학연구소, 2000.
- 김성수, “지방자치단체의 조례제정권 강화에 관한 연구”, 부경대 박사학위논문, 2011. 2.
- 김춘환, “지방자치단체의 사무와 조례제정에 관한 판례검토”, 「법학논집」 제21집 제1호, 조선대 법학연구원, 2014.
- 김태웅, “자치입법권에 관한 연구 - 조례제정권을 중심으로-”, 조선대학교 박사학위 논문, 2008.
- 노현수, “법률우위와 인권조례”, 「영남법학」 제36호, 영남대학교 법학연구소, 2013. 6.
- 문상덕, “자치입법제도의 문제점과 개선방안”, 「서울법학」 제16권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2008. 8.
- 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 「서울대학교 법학」 제50권 제1호, 2009. 3.
- 손진상·김훈, “조례제정권의 근거와 한계에 관한 고찰”, 「사회과학논집」 제8호, 안동대학교 사회과학연구소, 1996.

- 송종원, “처분적 조례와 집행적 조례”, 『법학논총』 제25권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2012. 6.
- 유상현, “조례제정권의 법적 한계에 관한 연구”, 『자치입법실무』, 법제처, 1998.
- 이주희, “조례의 실효성 확보를 위한 입법정책에 관한 연구”, 『한국지방자치학회보』 제12권 제3호 통권 제31호, 한국지방자치학회, 2000. 9.
- 전경배, “조례제정권의 한계에 관한 연구”, 경남대학교 박사학위논문, 2007. 6.
- 정원창, “조례의 법률적합성에 관한 논점”, 『자치행정』, 통권 247호, 지방행정 연구소, 2008. 10.
- 조성규, “법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 -조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로-”, 『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005.
- 조정찬, “지방분권과 자치입법권 신장을 위한 제언”, 『지방분권을 위한 입법과제』, 법제처, 2003.
- 조정환, “자치입법권 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제”, 『공법연구』 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000. 11.
- 최승원, “조례의 본질”, 『지방자치법연구』 제6권 제1호 통권 제11호, 한국지방자치법학회, 2006. 6.
- 최승원 · 양승미, “국가와 지방자치단체의 입법분담체계”, 『법학논집』 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009. 3.

〈외국문헌〉

- 市橋克哉, “新地方自治法と條例制定の可能性(3)”, 『市民と自治』, 自治体問題研究所, 2001. 2.
- _____, “新地方自治法と條例制定の可能性(5)”, 『市民と自治』, 自治体問題研究所, 2001. 4.
- 兼子 仁, “自治體の自主性とその限界 -條例と法律の關係お中心として-”, 『公法研究』, 有斐閣, 1978.
- 山下建次, “地方自治”, 『現代憲法講義(上)』, 日本評論社, 1985.
- 門山泰明, 『條例と規則』, きょうせい, 2003.

[Abstract]

Tolerance field to Systematic method of Power of Municipal Ordinance

Ahn, hyo-seop

Ph.D. in Law/A full-time researcher,

Changwon National University Institute of Social Sciences

Enactment power of municipal Ordinance granted to local governments from Constitution is more close to residents about the affairs of the local self-regulation that establishes local area, as well as the purpose of administration, local government and state govern their own problems that can be overlooked position in the area of professional judgment, and that it considers the diversity of each region. However, the enactment power of municipal ordinance is also a kind of administrative action because of the principle of administrative law subject to suitability bar, law predominance should be the lead. Problem is that the "within the limit of Acts" means the limit of the range of problems.

The limit or scope of the regulations as enactment power of municipal ordinance since it's important. It is fair to recognize that the principle law predominance, but if the range is too wide for this almost lost to the regulations prescribed by the regulations as a result of enactment power of municipal ordinance deteriorated substantially in phase with those of the local government system to make nominal consequences. Fortunately, case law and doctrine is widely recognized that the scope of enactment power of municipal ordinance and regulations that have the same purpose, only if they clearly violate the regulations, except to acknowledge the scope of the

ordinance. This results in the basic foundation of the enactment power of municipal ordinance also expand the area.

Key words : Within the limit of Acts, law predominance, enactment power of municipal ordinance, additional municipal ordinance, excessive municipal ordinance