

지방자치단체의 사무와 조례제정권에 관한 고찰

윤 양 수*

目 次

- I. 머리말
- II. 지방자치단체의 事務
- III. 지방자치단체의 自治權
- IV. 지방자치단체의 條例制定權
- V. 맺는 말

I. 머리말

최근 우리나라의 중앙 및 지방행정에서는 地方分權이 중요한 과제의 하나가 되고 있다. 이는 지방분권을 통하여 국민에게 친근하며 지역의 실정에 맞는 행정을 확보하고 민주주의의 실질적 실현을 도모할 수 있기 때문이다. 그런데 중앙 및 지방의 행정은 법치행정원칙에 따라 이루어지는 것이므로, 지방분권의 추진과 중앙행정권한의 지방이양에는 관련 법령의 보완·개정이 필요하며, 그에 앞서 행정관련 현행 법령의 문제점을 면밀히 검토하는 것이 요구된다.

현행 우리나라의 법제상으로는 지방분권의 원활한 추진을 어렵게 만드는 문제점이 몇 가지 있다고 보아진다. 이러한 문제점들 중에는 現行 法制上 ① 지방자치단체가 자율적으로 처리할 수 있는 사무의 범위가 불명확한 점과, ② 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 과하는 조례는 법률의 위임이 있어야 제정할 수 있게 되어 있는 점도 포함된다.

本稿에서는 실질적 지방분권화의 제약요인 중 이 두 가지의 문제점에 관하여 살펴보고 그 해결방향을 모색해 보고자 한다. 그 첫째의 것은 지방자치단체의 사무의 문제로서 고찰하고, 둘째의 것은 지방자치단체의 조례제정권의 문제로서 살펴볼 것이다.

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

II. 지방자치단체의 事務

지방자치법은 제9조 1항에서 '지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다'라고 규정하고 있다. 이 규정에서 '그 관할구역의 자치사무'를 보통 自治事務라고 하며, '법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무'를 團體委任事務라고 한다. 따라서 지방자치단체의 사무에는 자치사무와 단체위임사무의 2종이 있다.

그런데 지방자치단체에서 사실상 처리되는 사무에는 이외에 국가 등이 지방자치단체의 장 등 기관에게 위임한 機關委任事務가 있는데, 이러한 기관위임사무는 지방자치단체의 사무가 아니며, 기관위임사무를 처리하는 범위 안에서는 지방자치단체의 장 등은 지방자치단체의 기관이 아니라, 그 사무를 위임한 국가 등의 기관의 지위에 서게 된다. 기관위임제도는 국가의 사무를 처리하기 위한 국가의 지방행정기관을 별도로 설치하는 대신에 지방자치단체의 기관을 이용하면 경비절감 등 편리한 점이 많고, 지방적 사무는 주민의 자치기구에 의하여 처리하는 것이 바람직하기 때문에 생겨난 것이라 하겠다.

1. 自治事務

지방자치단체의 자치사무란 지역주민의 생활에 밀접한 관계가 있는 사무로서 본래 지방자치단체가 자율적으로 처리할 수 있는 사무를 말하며, 지방자치단체의 固有事務라고도 한다. 지방자치단체는 지역의 公共事務를 자율적으로 처리하기 위하여 존재하는 것이므로, 자치사무는 지방자치단체의 존립 및 그 기능의 본질적 요소가 된다.

지방자치법은 지방자치단체의 자치사무에 관하여 그 범위를 구체적으로 명시하지 않고, 제9조 2항에서 ① 지방자치단체의 구역·조직·행정관리 등에 관한 사무, ② 주민의 복지증진에 관한 사무, ③ 농림·상공업 등 산업진흥에 관한 사무, ④ 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무, ⑤ 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무, ⑥ 지역민방위 및 소방에 관한 사무 등에 걸쳐 그 전형적인 것들(57종)을 지방자치단체의 자치사무로 예시하고 있다.¹⁾ 그러나 이들 사무는 지방자치단체

1) 지방자치법 제9조(지방자치단체의 사무범위) 제1항 : 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

同條 제2항 : 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 例示하면 다음 각호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

의 자치사무로 예시된 것에 불과하므로,²⁾ 여기에 예시되지 아니한 자치사무도 있을 수 있으며,³⁾ 예시되지 않은 사무일지라도 국가사무로 명시되지 아니한 지방의 公共的

1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무 : ① 관할구역 안 행정구역의 명칭·위치 및 구역의 조정, ② 조례·규칙의 제정·개폐 및 그 운영·관리, ③ 傘下 행정기관의 조직관리, ④ 산하 행정기관 및 단체의 지도·감독, ⑤ 소속 공무원의 人事·후생복지 및 교육, ⑥ 地方稅와 지방세외수입의 부과 및 징수, ⑦ 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리, ⑧ 행정장비관리, 행정전산화 및 행정관리개선, ⑨ 공유재산관리, ⑩ 호적 및 주민등록관리, ⑪ 지방자치단체가 필요로 하는 각종 조사 및 통계의 작성.
 2. 주민의 복지증진에 관한 사무 : ① 주민복지에 관한 사업, ② 사회복지시설의 설치·운영 및 관리, ③ 생활곤궁자의 보호 및 지원, ④ 노인·아동·심신장애자·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진, ⑤ 보건진료기관의 설치·운영, ⑥ 전염병 및 기타 질병의 예방과 방역, ⑦ 묘지·화장장 및 납골당의 운영·관리, ⑧ 공중접객업소의 위생개선을 위한 지도, ⑨ 청소, 오물의 수거 및 처리, ⑩ 지방공기업의 설치 및 운영.
 3. 농업·상공업 등 산업진흥에 관한 사무 : ① 소유지(小溜池)·보(淤) 등 農業用水시설의 설치 및 관리, ② 농업·축·수산물의 생산 및 유통지원, ③ 농업자재의 관리, ④ 복합영농의 운영·지도, ⑤ 농외소득사업의 육성·지도, ⑥ 농가부업의 장려, ⑦ 公有林관리, ⑧ 소규모축산개발 및 酪農진흥사업, ⑨ 가축전염병 예방, ⑩ 지역산업의 육성·지원, ⑪ 소비자보호 및 저축의 장려, ⑫ 중소기업의 육성, ⑬ 지역특화산업의 개발과 육성·지원, ⑭ 우수도산품개발과 관광민예품개발.
 4. 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사업 : ① 지역개발사업, ② 지방 토목·건설사업의 시행, ③ 도시계획사업의 시행, ④ 地方道, 市郡道의 新設·改修 및 유지, ⑤ 주거생활환경개선의 장려 및 지원, ⑥ 농촌주택개량 및 취락구조개선, ⑦ 자연보호활동, ⑧ 지방1급하천, 지방2급하천 및 小河川의 관리, ⑨ 상수도·하수도의 설치 및 관리, ⑩ 간이급수시설의 설치 및 관리, ⑪ 道立·郡立 및 도시공원, 녹지 등 관광·휴양시설의 설치 및 관리, ⑫ 地方軌道(軌道)사업의 경영, ⑬ 주차장·교통표지 등 교통편의시설의 설치 및 관리, ⑭ 재해대책의 수립 및 집행, ⑮ 지역경제의 육성 및 지원.
 5. 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무 : ① 유아원·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각급학교의 설치·운영·지도, ② 도서관·운동장·광장·체육관·박물관·공연장·미술관·음악당 등 공공교육·체육·문화시설의 설치 및 관리, ③ 지방문화재의 지정·보존 및 관리, ④ 지방문화·예술의 진흥, ⑤ 지방문화·예술단체의 육성.
 6. 지역민방위 및 消防에 관한 사무 : ① 지역 및 직장민방위조직(의용소방대를 포함한다)의 편성과 운영 및 지도·감독, ② 화재예방 및 소방.
- 2) 지방자치법 제9조 제2항은 '제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 예시'하는 것으로 되어 있고, 同條 제1항에는 지방자치단체의 사무로서 자치사무와 단체위임사무를 함께 규정하고 있기 때문에, 同條 제2항에 예시된 사무는 자치사무만이 아니고 단체위임사무도 포함하는 것으로 해석될 여지가 있으나, 단체위임사무는 법률의 규정에 의하여 비로소 지방자치단체에 속하게 되는 사무를 뜻하는 것이고 개별법의 규정에 앞서 단체위임사무를 예시하는 것은 의미가 없으므로, 同項은 지방자치단체의 자치사무만을 예시한 것으로 보는 것이 타당할 것이다.
- 3) 大判 1994.9.13. 94누3599. "의료법 제30조 제3항, 제51조 제1항에 의하면, 도지사에게 신고함으로써 개설하는 의료기관에 대한 의료업정지명령 등의 권한은 보건사회부장관이 아닌 도

사무는 자치사무로 보아 지방자치단체가 처리할 수 있다고 할 것이다.⁴⁾ 지방자치법은 제11조에서 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무를 명시하고 있다.⁵⁾

그런데 지방자치법 제9조 2항 但書에서 '법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정하고 있기 때문에, 同條에서 지방자치단체의 자치사무로 예시되고 있는 사무들도 어떤 경우에도 자치사무의 성질을 가지는 것은 아니며, 다른 개별법률에 의하여 국가의 사무로 규정될 수 있다.

자치사무는 그 처리 여부가 지방자치단체의 재량에 맡겨져 있는지에 따라 必要事務와 隨意事務로 구분될 수 있는데, 필요사무란 그 처리가 法令에 의하여 지방자치단체의 의무로 되어 있는 사무(예: 교육기본법 및 초·중등교육법에 의한 초등학교의 설치, 전염병예방법에 의한 예방접종, 소방법에 의한 소방사무 등)를 말하며, 수의사무란 그 처리가 지방자치단체의 재량에 맡겨진 사무를 말한다.

지방자치법은 광역자치단체와 기초자치단체의 사무의 중복·혼동을 막기 위하여 두 단체간의 사무배분의 기준을 정하고 있다. 즉 ① 행정처리결과가 2개 이상의 시·군·자치구에 미치는 광역적 사무, ② 특별시·광역시·도 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무, ③ 지역적 특성을 살리면서 특별시·광역시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무, ④ 국가와 시·군 및 자치구 간의 연락·조정 등의 사무, ⑤ 시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무, ⑥ 2개 이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설의 설치 및 관

지사에게 있고, 이러한 도지사의 의료기관감독에 관한 사무는 헌법 제117조, 지방자치법제9조 제1항, 제2항 등 관련법규와 그 사무의 성질 등에 비추어 볼 때, 주민의 복지에 관한 사업으로 지방자치단체의 사무에 속하고 국가사무에는 속한다고 할 수 없으므로, 도지사의 의료업정지명령의 권한은 지방자치법 제95조 제2항에 의하여 조례로써 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관에 위임 또는 위탁할 수 있다.”

- 4) 大判 1973.10.23. 73다1212. “국가 또는 상급지방자치단체가 지방자치단체에 대하여 그 사무를 위임하려면 반드시 법률 또는 법률의 위임을 받은 명령의 근거가 있어야 하고, 이러한 법령에 의한 위임사무를 제외하고는 지방자치단체는 널리 지방주민의 공공의 이익을 위한 사무를 그 고유사무로서 행할 수 있는 것이다.”
- 5) 지방자치법 제11조 : 지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ① 외교, 국방, 司法, 國稅 등 국가의 존립에 필요한 사무, ② 물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무, ③ 농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무, ④ 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, ⑤ 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무, ⑥ 우편, 철도 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, ⑦ 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무.

리에 관한 사무는 광역지방자치단체의 사무로 하고, 그 외의 것들은 기초지방자치단체의 사무로 하는데, 同法 제9조 제2항 제1호의 사무는 각 지방자치단체에 공통된 사무로 규정하고 있다(同法 10①). 이러한 기준에 따라 지방자치법시행령은 지방자치법 제9조 제2항에 예시된 사무에 대하여, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체의 공통사무인 지방자치단체의 구역·조직 및 행정관리 등에 관한 사무(同法 제9조 제2항 제1호의 사무)를 제외하고, 다시 광역지방자치단체의 사무로서 총 318개의 사무와 기초지방자치단체의 사무로서 총 355개의 사무를 구분하여 예시해 놓고 있다(同法시행령 8·별표1).⁶⁾ 그런데 同시행령에서 예시된 광역·기초지방자치단체별 사무도 다른 법령에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 他행정주체의 사무가 될 수 있게 되어 있다(同法시행령 8但書).

지방자치법은 인구 50만 이상의 市에 대하여는 道가 처리하는 사무의 일부를 직접 처리할 수 있도록 하고 있으며(同法 10① 2호但書, 同法시행령 10·별표3), 自治區의 자치권의 범위는 법령이 정하는 바에 의하여 시·군과 다르게 할 수 있도록 하여 그에 대한 특례도 인정하고 있다(同法 2②後段, 同法시행령 9·별표2).

지방자치법은 또한 광역지방자치단체와 기초지방자치단체가 그 사무를 처리함에 있어서 경합하지 아니하도록 하고(事務競合禁止의 원칙), '그 사무가 서로 경합되는 경우에는 시·군 및 자치구에서 우선적으로 처리한다'라고 하여 기초지방자치단체우선의 원칙(또는 現地性優先의 원칙)을 규정하고 있다(同法 10③). 이는 住民近距離行政을 실현하기 위한 것이다.

2. 團體委任事務

단체위임사무는 '法令에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무'(同法 9.1), 다시말하면 법령에 의하여 국가 또는 다른 공공단체로부터 당해 지방자치단체에게 위임된 사무를 말한다.

단체위임사무는 지방자치단체의 사무로 전환되어, 자치사무와 마찬가지로 조례의 제

6) 大判 1996.11.29. 96추84. "학교급식의 실시에 관한 사항은 고등학교 이하 각급 학교의 사무로서 지자체 중 특별시·광역시·도의 사무에 해당한다. 그러나 학교급식시설의 지원에 관한 사무는 고등학교 이하 각급 학교에서 학교급식의 실시에 필요한 경비의 일부를 보조하는 것이어서 그것이 곧 학교급식의 실시에 관한 사무에 해당한다고는 보기 어려울 뿐 아니라, 지방교육재정교부금법 제11조 5항은 시·군·자치구가 관할 구역 안에 있는 고등학교 이하 각급학교의 교육에 소요되는 경비의 일부를 보조할 수 있다고 규정하고 있으므로 학교급식시설의 지원에 관한 사무는 자치사무에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 被告(인천광역시 남동구의회)의 학교급식시설지원에 관한 조례안이 조례제정권의 범위를 넘어선 것은 아니다."

정대상이 된다. 즉, 지방자치법은 제15조에서 '지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다'라고 규정하고 있는데, 여기서의 '그 사무'는 同法 제9조 1항에서의 '관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무'를 뜻하므로, 단체위임사무는 자치사무와 마찬가지로 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자율적으로 제정할 수 있는 조례의 규율대상에 포함되는 것이다.

그러나 主務部長官(광역지방자치단체에 대한 경우) 또는 광역지방자치단체의 장(기초지방자치단체에 대한 경우)이 지방자치단체장의 명령·처분을 취소·정지함에 있어서, 자치사무에 대하여는 違法하게 처리된 경우에만 가능하다. 단체위임사무에 대하여는 違法뿐만 아니라 不當을 이유로 하여서도 가능하게 되어 있으므로(同法 157①),⁷⁾ 상대적이기는 하나 실정법상 단체위임사무와 자치사무 간에는 차이가 인정되고 있다.

그렇지만 현행법상 단체위임사무의 예는 매우 적은 실정이며, 국가가 서울특별시·광역시·도에 위임한 국가하천의 점용료·사용료의 징수사무(하천법 38②③), 道가市·郡에 위임한 道稅징수사무(지방세법 53), 지방자치단체가 다른 지방자치단체에 위탁한 義務教育學齡兒童의 일부에 대한 교육사무(초·중등교육법 12③) 등의 약간의 예가 있을 뿐이다.

그런데 지방자치법상 지방자치단체에 의한 국가사무의 처리는 단체위임사무 또는 기관위임사무의 어느 방식에 의하여도 가능한 것이며, 그 성질상 기관위임사무로서밖에 처리될 수 없는 것은 없다고 할 것이므로,⁸⁾ 실질적인 지방자치보장의 관점에서, 현행 법령상 지방자치단체의 자율적 처리권이 보장되지 아니하는 기관위임사무로 되어 있는 사항들을 지방자치단체의 자율적 처리권이 어느 정도 보장되는 단체위임사무로 대폭 전환시키는 작업이 이루어져야 할 것이다.

3. 機關委任事務

기관위임사무는 法令에 근거하여 국가 또는 다른 공공단체로부터 당해 지방자치단체의 長 등 기관에 위임된 사무를 말한다.⁹⁾

7) 지방자치법 제157조 제1항 : 지방자치단체의 사무에 관한 그 長의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.

8) 堀野 宏, 行政法Ⅲ, 有斐閣, 1995, 121면.

9) 大判 1995.5.12. 94추28. "주택의 공급조건·방법·절차 등에 관한 사항은 건설교통부장관의

지방자치법은 제93조에서 '시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 시·도지사와 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다'라고 규정하고, 제94조에서 '지방자치단체의 長은 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다'라고 규정하였으며, 제95조 1항에서 '지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 下部행정기관에 위임할 수 있다'라고 규정하여, 국가 및 지방자치단체의 사무의 기관위임에 관한 근거를 마련하고 있다.

또한 정부조직법 제6조 1항도 '행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 때에는 법령이 정하는 바에 의하여 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다'라고 하여 기관위임의 근거를 마련하고 있다.

이러한 규정들에 의하여 국가 또는 다른 지방자치단체 등으로부터 당해 지방자치단체의 長 등 기관에 위임된 사무를 기관위임사무라 한다.

기관위임사무는 원래 他행정주체의 사무로서, 그 처리의 효과가 국가 등 다른 행정주체에게 귀속되며, 이를 수입처리하는 지방자치단체의 기관은 그 수입사무를 처리하는 범위 안에서는 국가 등 다른 행정주체의 기관의 지위에 있는 것이므로, 그 수행에 있어서 자율성이 약하다고 하겠다.¹⁰⁾

법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려

고유업무인 국가사무이고 주택건설촉진법 제50조, 같은법시행령 제45조에 의한 권한위임의 경우라도 이는 기관위임사무라 할 것인바, 국가사무(기관위임사무)는 자치사무와 달리 헌법 제117조 제1항에 의하여 법령의 범위를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 조례로 제정할 수 있는 대상이라고 볼 수 없으므로, 법령에 의하여 국가사무가 지방자치단체에게 위임된 바 없음에도 주택건설 사업승인 대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택을 대상으로 하여 필요한 사항을 규정한 전라북도 공동주택입주자보호를위한조례안은 지방자치법 제15조 단서, 주택건설촉진법 제1조, 제4조, 제5조, 제32조를 위반한 것으로 그 구체적 조항이 법령에 위반된 여부를 나아가 살펴볼 필요 없이 전체적으로 무효이다."

- 10) 大判 1995.11.14. 94누13572. "도시재개발법에 의한 사업시행변경인가, 관리처분계획인가 및 각 告示에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 정부조직법 제5조 제1항 및 이에 基한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다."

하여야 할 것이지만, 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다(大判 1999.9.17. 99추30).

국가위임사무로서의 兵務, 대통령 및 국회의원선거, 地籍, 전국적 통계, 가족계획사업, 경제시책, 식품위생 등에 관한 사무는 기관위임사무의 예가 된다.¹¹⁾

4. 事務區分의 實益

현행 실정법의 운영상 지방자치단체에서 처리되는 사무를 자치사무·단체위임사무·기관위임사무로 구분하는 實益은 다음과 같다.

1) 사무처리효과의 귀속주체의 차이

지방자치단체의 자치사무 및 단체위임사무의 처리효과는 당해 지방자치단체에 귀속하며, 기관위임사무의 처리효과는 그 사무를 위임한 다른 행정주체에 귀속한다.

2) 자치권·감독권의 범위의 차이

지방자치단체의 자치사무에 대하여는 위법하게 처리된 경우에 한하여 主務部長관 또는 시·도지사(기초지방자치단체에 대한 경우)가 취소·정지할 수 있다(同法 157①後段). 그러나 단체위임사무와 기관위임사무에 대하여는 위법한 경우뿐만 아니라 부당하게 처리된 경우에도 주무부장관 또는 시·도지사가 취소·정지할 수 있으며(同法 156·157①前段), 기관위임사무에 대하여는 훈령·지시 등의 事前的 감독도 가능하다. 그러므로 자치사무의 처리에 있어서는 지방자치단체의 자치권이 많이 보장되지만, 기관위임사무의 경우에는 그것을 처리하는 지방자치단체의 자치권이 거의 보장되지 않는다.

3) 경비부담 및 손해배상책임의 차이

자치사무는 지방자치단체 자신의 사무이므로 그 처리비용은 당해 지방자치단체가

11) 大判 1995.3.28. 94다45654. “호적법 및 지방자치법의 제규정에 비추어보면 호적사무는 국가의 사무로서 국가의 기관위임에 의하여 수행되는 사무가 아니고 지방자치법 제9조가 정하는 지방자치단체의 사무라 할 것이고, 단지 일반 행정사무와는 달리 司法的 성질이 강하여 法院의 감독을 받게 하는데 지나지 아니한다.”

스스로 부담하고(지방재정법 17), 단체위임사무와 기관위임사무의 처리에 소요되는 경비는 위임주체가 부담하는 것이 원칙이다(同法 18②).¹²⁾

지방자치단체의 사무(자치사무·단체위임사무)를 집행함에 당하여 공무원이 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 경우 또는 지방자치단체가 관리주체가 되는 공공시설의 설치·관리상 흠으로 인하여 他人에게 손해가 발생한 경우에는 당해 지방자치단체가 그 손해배상책임을 진다. 그러나 기관위임사무의 위법한 처리로 인하여 발생한 손해나¹³⁾ 受任한 公物管理의 흠으로 인하여 발생한 손해에 대하여는 궁극적으로 委任主體가 배상책임을 지는 것이 원칙이다.¹⁴⁾ 다만, 受任기관이 속한 지방자치단체가 비용부담자인 경우 국가배상법 제6조의 규정에 의하여 비용부담자로서 손해배상책임을 질 수도 있다.

4) 지방의회의 통제의可否

자치사무 및 단체위임사무에 대하여는 지방의회가 의결·사무감사·행정조사·조례제정 등의 방법으로 그 사무처리를 통제할 수 있지만, 기관위임사무에 대하여는 원칙적으로 그것이 불가하며, 法令의 위임이 없는 한 기관위임사무에 대하여는 지방의회가 조례를 제정할 수 없다.¹⁵⁾ 그리고 단체위임사무 및 기관위임사무에 대하여는 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무 이외의 것에 대해서만 당해 지방의회가 감사를 행할 수 있다(同法 36③).¹⁶⁾

- 12) 지방재정법 제18조 제2항 : 국가가 스스로 행하여야 할 사무를 지방자치단체 또는 그 기관에 위임하여 수행하는 경우에 그 소요되는 경비는 국가가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 한다.
- 13) 大判 1980.10.14. 80다1647. "지방자치단체의 장이 국가로부터 국가행정사무를 위임받아 행하는 기관위임의 경우에는 지방자치단체의 장은 국가기관으로서 그 수임사무를 처리하는 것이므로 道가 국가로부터 위임받은 가족계획사업을 집행함에 있어 그 소속 직원의 과실로 국가가 손해를 입었다고 하더라도 국가는 국가배상법 소정의 타인에 속하지 아니한다."
- 14) 大判 1981.11.24. 80다2303. "지방자치단체의 장의 직무상 위법행위에 대한 손해배상책임은 다른 사정이 없는 이상 자치단체의 집행기관으로서의 직무에 대하여는 자치단체가 책임을 지나, 국가로부터 자치단체에 시행하는 국가행정사무를 위임받아 행하는, 국가의 보통지방행정기관으로서의 직무에 대하여는 국가가 그 책임을 진다. 따라서 경기도지사가 행하는 공유수면매립에 관한 사무는 국가행정기관으로서의 사무라고 할 것이니 경기도는 그 직무상의 위법행위에 대한 책임이 없다."
- 15) 大判 1992.7.28. 92추31. "광주직할시서구주택건설사업계획입지심의회운영조례안이 규정하는 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 단체장인 원고에게 위임된 기관위임사무이고, 지방자치단체에 위임된 단체위임사무가 아님이 명백하므로, 위 조례안은 조례로 정할 수 없는 사항을 규정한 것이어서 조례제정범위에 관한 지방자치법의 규정에 위배되어 위법하다."

5. 事務配分の 문제점

지방자치의 성공적 정착과 지방자치단체의 권한과 책임의 명확화, 지방행정조직·인력수요의 적정화, 지방재정부담 및 지방의회 행정사무감사·조사 등의 범위의 명확화나, 실질적인 지방분권화를 위하여는 지방자치단체에서 수행하는 사무를 명확히 하는 것이 중요한 과제가 된다. 그런데 지방자치단체의 사무배분에 관한 현행 우리나라의 법제에는 다음과 같은 몇가지 문제점이 있다.

첫째, 지방자치법 제9조 제2항이 지방자치단체의 사무를 예시하고 있으나 개별법률이 달리 규정한 경우에는 예외가 인정되는 상황에서(同法 9②但書), 현실적으로 개별법률들이 일정한 사무의 처리주체를 지방자치단체의 장으로 규정하고 있는 경우가 많은데, 이러한 경우 그 사무가 당해 지방자치단체의 사무인지, 아니면 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무인지가 분명치 못한 문제점이 있다. 이는 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 장의 지위만이 아니라 국가나 상급지방자치단체의 하부행정기관의 지위(기관위임사무를 처리하는 경우)를 아울러 가질 수 있기 때문이다.

둘째, 중앙집권적인 행정풍토에서 제정된 개별법령들이 많은 사무를 중앙부처 장관의 권한사항으로 규정하고 그 중 일부를 시·도지사에게 위임할 수 있도록 함으로써 실제로 지방자치단체에서 처리되는 사무 중에는 기관위임사무에 해당하는 것이 매우 많은 실정인데, 이러한 여건에서는 지방자치단체의 자치권이 제약될 수 없다.

셋째, 개별법령이 국가사무(기관위임사무 포함)에 대하여도 세부적·구체적 규율을 조례로 정하도록 위임하는 사례가 늘어나면서 그에 기반 위임조례가 증가하고 있다. 이러한 위임조례의 증가는 그 규율대상인 특정사무가 국가사무인지 지방자치단체의 사무인지를 판별하는데 혼란을 주고 있다.¹⁶⁾

6. 중앙행정권한의지방이양촉진등에관한법률의 제정

중앙행정기관이 관장하고 있는 권한의 지방자치단체에의 이양을 촉진하고 지방자치단체의 자치권을 강화하기 위하여 우리나라에서는 1999년 1월에 법률 제5710호로 중앙

16) 지방자치법 제36조 제3항 : 지방자치단체 및 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무와 시·도의 사무에 대하여 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 그 감사를 각각 당해 시·도의회와 시·군 및 자치구의회가 행할 수 있다. 이 경우 국회와 시·도의회는 그 감사결과에 대하여 당해 지방의회에 필요한 자료를 요구할 수 있다.

17) 金鐵容, 行政法Ⅱ, 박영사, 2003, 77면.

행정권한의 지방이양 촉진 등에 관한 법률이 공포되어 현재 시행되고 있다.¹⁸⁾

同法은 중앙행정권한의 지방이양 등의 기본원칙으로서, ① 지방자치법 제9조 제2항 각호에 예시된 사무를 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 할 것, ② 지방자치단체의 여건 및 능력을 고려하고 지방자치단체의 意思를 존중할 것, ③ 지방자치단체가 이양받은 사무를 자주적인 결정과 책임아래 처리할 수 있도록 이양되는 사무와 관련되는 일체의 사무를 가능한 한 동시에 이양할 것, ④ 지방자치법 제10조에 규정된 지방자치단체간 사무배분의 기준을 준수할 것, ⑤ 주민의 복리 및 생활편의와 직접 관련된 권한 내지 사무는 시·군·자치구에 우선적으로 배분할 것, ⑥ 시·군·자치구가 처리하는 사무 중 시·군·자치구의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 지방자치법 각目に 규정된 사무 등 그 업무의 성격상 시·도에서 처리함이 합리적인 사무는 시·도로 이양할 것 등을 정하고 있다(同法 3①).

또한 同法은 국가와 지방자치단체간에 사무를 배분함에 있어서는 지방자치법 제11조에 규정된 국가사무를 제외하고는 가능한 한 지방자치단체에 배분하여야 한다고 규정하고(同法 4①), 지방자치단체에서 처리하는 사무 중 지방자치단체의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 그 업무의 성격상 중앙행정기관에서 처리함이 합리적인 사무는 중앙행정기관으로 이양하여야 한다고 규정하고 있으며(同法 4②), 중앙행정기관의 長은 중앙행정권한의 지방이양을 함에 있어서 지방자치단체가 그 이양받은 사무를 원활히 처리할 수 있도록 행정적·재정적 지원을 병행하여야 한다고 규정하고 있다(同法 5①).

그러나 同法도 지방자치단체의 사무의 성질과 유형, 그에 따른 자치입법권의 행사범위 등에 관하여 정한 바 없고, 지방자치법과 지방자치단체에 사무를 부여하는 개별 법령의 입법방식에 새로운 진전을 제시하지 못하고 있다.¹⁹⁾

同法은 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분 등을 효율적으로 추진하기 위하여 대통령소속하에 지방이양추진위원회를 두도록 하고(同法 6), 同위원회에 지방이양추진실무위원회를 둘 수 있도록 하였으며(同法 10①), 지방이양기본계획 수립²⁰⁾ 등 지방이양추진위원회의 업무에 관하여서도 규정하고 있다(同法 13~18).

18) 일본에서는 1995년부터 地方分權推進法이 제정·시행되고 있다.

19) 金鐵容, 전거서, 78면.

20) 중앙행정권한의 지방이양 촉진 등에 관한 법률은 지방이양기본계획에 ① 법령에 규정된 사무의 全數조사에 관한 사항, ② 중앙행정권한의 지방이양 대상사무의 조사 및 선정에 관한 사항, ③ 지방자치단체간의 사무배분에 관한 사항, ④ 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분 대상의 확정과 그 事後管理에 관한 사항, ⑤ 기타 행정적·재정적 지원 등 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분을 효율적으로 추진하기 위하여 필요한 사항이 포함되어야 한다고 규정하고 있다(同法 13②).

Ⅲ. 지방자치단체의 自治權

지방자치단체가 자신이 관장하는 일정한 사무를 자율적으로 처리할 수 있는 권능 및 그에 부수하여 가지는 여러 권능을 지방자치단체의 자치권이라 한다.

우리 헌법은 제117조 1항에서 '지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다'라고 규정하고 있다. 이러한 헌법규정은 지방자치단체에 대하여 그의 지역적 사무에 대한 全權限性과 自己責任性을 핵심으로 하는 자치권을 보장한 것으로 새겨진다. 여기서 全權限性은 헌법이나 법률이 국가나 그밖의 공공단체의 사무로서 留保하지 않는 한, 지방자치단체가 지방적 公共事務에 대하여 포괄적인 자치권을 가짐을 의미하는 것이며, 自己責任性이란 자치사무에 관한 한 지방자치단체가 국가의 지시나 후견적 감독을 받음이 없이 法의 테두리 안에서 자주적으로 처리할 수 있음을 뜻하는 것이다.²¹⁾

지방자치단체의 자치권의 본질에 관하여는 과거부터 固有權說·傳來說·制度的 保障說의 견해의 대립이 있어왔다. ① 고유권설은 지방자치단체가 자생적 단체로서 고유의 인격과 지배권을 가지는 것이라 하고 지방자치권을 지방자치단체의 固有權으로 보는 견해인데, 지방자치권을 자연법적 권리로 파악하는 이러한 견해는 법치주의국가에서 수용되기 어려운 면이 있다. ② 전래설은 지방자치단체의 자치권을 국가의 통치권에서 전래된 것이고 국가에 의해 승인된 것으로 보는 견해인데, 이 견해에 따를 경우 국가가 모든 지방자치단체를 폐지하는 것도 가능하게 되는 점이 문제가 된다. ③ 제도적 보장설은, 독일의 헌법학자인 칼 슈미트(C. Schmitt)의 제도적 보장 이론에 입각한 것인데, 지방자치권 내지 지방자치제도는 국가체제 내에서 법적으로 승인된 것이기는 하지만, 그것은 헌법에 의해 제도적으로 보장된 것이므로,²²⁾ 그 자체를 없앨 수는 없으며 그를 부정·파괴하거나 본질을 상실케 하는 법률은 위헌·무효가 된다는 견해이다.²³⁾ 우리 헌법 제117조 1항은 지방자치단체의 존재와 그 자치권을 보장하고 있고,

21) 金南辰, 行政法Ⅱ, 법문사, 2000, 76면.

22) 憲裁 1997.4.24. 95헌바48. "제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방편과 범주를 미리 규율하려는 데 (그 취지가) 있다. 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만, 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다."

이러한 헌법취지에 위배되는 법률은 위헌이 될 것이므로, 우리나라에서의 지방자치(권)는 헌법에 의하여 인정되고 제도적으로 보장된 것이라고 할 수 있다.

지방자치단체의 자치권은 자치입법권·자치조직권·자치행정권·자치재정권 등으로 분류될 수 있다. 이 중 자치입법권은 지방자치단체가 法令의 범위 안에서 자치에 관한 법규(자치법규)를 정립할 수 있는 권한을 말한다. 지방자치단체의 자치입법권은 헌법 제 117조 제1항에 의하여 보장되고 있으며, 지방자치법은 자치입법으로 조례와 규칙을(同法 3장), 지방교육자치에 관한 법률은 자치입법으로 교육규칙을(同法 28) 인정하고 있다.

IV. 지방자치단체의 條例制定權

1. 조례의 意義와 성질

조례는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결로서 제정하는 자치법규이다.

조례 내지 조례제정권의 성질에 관하여는 條例自主立法說과 條例委任立法說이 있다. 이들 견해는 지방자치단체의 자치권의 성질을 固有權으로 보는지 또는 傳來權으로 보는지와 관련되고 있는데, 조례자주입법설은 固有權說 및 傳來權說과 결합하여 주장되고, 조례위임입법설은 傳來權說과 결합하여 주장되고 있다.

'固有權說에 입각한 條例自主立法說'은 지방자치단체의 자치권은 自然權的 固有權이며, 헌법규정이 없더라도 지방자치단체의 고유사무(자치사무)영역에 속하는 사항은 조례의 專管事項이라고 한다. 따라서 지방자치단체의 고유사무영역에 속하는 사항에 대하여 법률과 조례의 규율내용이 저촉되는 경우에는 조례가 우선한다고 한다.²³⁾

'傳來權說에 입각한 條例自主立法說'은 지방자치단체의 조례제정권을 국가의 통치권으로부터 傳來된 것으로 본다. 그리하여 조례는 지방자치단체의 自主法으로서 국가의 法令은 아니지만 國法體系로부터 완전히 독립된 배타적·폐쇄적인 지방법체계를 구성

23) 憲裁 2001.11.29. 2000헌바78. "지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는 가능한 것인바, 이 사건 법률조항(수도권정비계획법 제18조의 공장총량제 규정)에 의하여 지방자치단체는 총량을 초과하는 경우의 허가권 행사가 제한될 뿐 그 밖에는 여전히 주민의 복리에 관한 사무를 처리할 수 있는 것이므로, 이 사건 법률조항이 지방자치의 본질적 내용을 침해하여 지방자치에 관한 헌법 제117조 제1항에 위반된다고 할 수 없다."

24) 室井力, 公害行政における法律と條例, 法學セミナー, 177號(1970.9.17), 67面.

하는 것은 아니라고 한다. 조례는 자주법이지만 헌법의 승인에서 유래한 것이며, 넓은 의미에서의 國法秩序중에 포섭되어야 하며, 헌법 제117조 제1항에서 '法令의 범위안에서'라는 범위를 설정한 것은 바로 그것을 나타내는 것이라고 한다. 그러나 이 견해에서는 지방자치단체의 조례제정권은 헌법에 의하여 보장된 制度的 保障의 하나이며, 국가 행정기관의 위임입법권과는 다른 것으로 보고, 지방자치단체는 고유사무에 대하여 법령의 개별적 위임이 없어도 조례를 제정할 수 있다고 한다. 그리하여 일률적으로 '주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다'고 규정한 지방자치법 제15조 단서의 규정은 고유사무에 관하여도 개별적 위임이 있어야 조례를 제정할 수 있게 한 점에서 違憲의 소지가 있을 수 있다고 한다. 또한 조례는 '法令의 범위안에서' 제정할 수 있는 것이므로, 법령은 조례로 정할 수 있는 사항과 내용에 대하여 제한을 가할 수 있으나, 그 제한은 지방자치단체의 자치권의 本質을 침해하는 것이어서는 안된다고 한다.²⁵⁾

'條例委任立法說'은 지방자치단체의 모든 權能이 국가권력으로부터 分與된 것이며, 헌법에 基하여 법률이, 다시 법률의 授權에 의하여 命令·條例가 제정되는 것이므로, 조례도 그 기초는 법률에 있으며 법률의 授權에 의한 委任立法의 一種이라고 한다.²⁶⁾

생각건대 지방자치단체의 조례제정권도 국가권력에서 유래한다고 할 것이므로 '固有權說'에 입각한 條例自主立法說'은 타당하다고 보기 어렵고, 또한 헌법 제117조 제1항이 지방자치단체는 '법률의 위임에 의하여'가 아니라 '법령의 범위안에서' 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있기 때문에 '條例委任立法說'도 전폭 지지하기 어려운 면이 있으며, '傳來權說'에 입각한 條例自主立法說'이 타당하다 할 것이다.

2. 條例規定事項

지방자치법은 제15조 本文에서 '지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다'라고 규정하고 있는데, 여기서의 '그 사무'는 지방자치단체의 사무를 뜻하는 것이고, 지방자치단체의 사무는 지방자치법 제9조 1항에 의하여 '그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무'를 뜻한다. 따라서 조례로써 규정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 자치사무와 단체위임사무의 전반에 미치며, 이들 사무에 관하여 제정되는 조례를 자치조례라고 한다.

그러나 지방자치단체에서 처리되는 사무 중 기관위임사무는 본래 지방자치단체의

25) 朴鈞旿, 行政法講義(下), 박영사, 2001, 125면.

26) 綿貫芳源, 條例の性質と司法審査の基準, 日本公法研究 第35號, 1973, 169面.

사무가 아니므로, 법령이 조례로써 규정하도록 위임하고 있지 않은 한, 조례규정사항에서 원칙적으로 제외된다.²⁷⁾ 그런데 실제로는 건축법이 건축허가 수수료, 건축현장확인 업무대행자에 대한 수수료, 건축물의 높이제한 등을 법령의 범위 내에서 조례로 정하도록 위임하는 등(건축법 11②·23③·51), 여러 법률이 기관위임사무의 처리에 있어서 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 개별적·구체적으로 위임하고 있으며, 이에 근거하여 기관위임사무에 관한 조례가 많이 제정·시행되고 있다. 이와 같이 개별법령의 구체적 위임에 의하여 제정되는 조례를 위임조례라고 한다.

조례로써 규정할 수 있는 사항은, ① 법령이 조례로써 정할 것을 규정하고 있는 사항(필수조례규정사항)과, ② 법령에 규정이 없더라도 당해 지방자치단체의 권한에 속하는 사무에 관하여 재량에 의하여 조례로써 정할 수 있는 사항(임의조례규정사항)으로 나눌 수 있다.

3. 條例와 法令과의 關係

1) 조례에 대한 法令優位の 원칙

지방자치단체는 '법령의 범위 안에서' 조례를 제정하여야 한다.²⁸⁾ 여기서 '법령의 범위 안'이라는 것은 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미이다. 따라서 법령에 위반되는 조례는 무효라 할 것이다.²⁹⁾³⁰⁾³¹⁾

27) 大判 2000.5.30. 99추85. "지방자치법 제15조·제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의長에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다."

28) 大判 1999.4.27. 99추23. "지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있지만, 지방의회가 일반주거지역 내의 건축물의 건축금지 및 제한에 관하여 조례를 제정함에 있어서는 일반주거지역을 1종·2종 및 3종으로 나누어 지정할 수 있게 한 도시계획법령의 취지를 따라야 하므로, 2종 일반주거지역이 연립주택·저층아파트 중심의 주거환경을 조성하기 위하여 지정되는 곳이라는 범위를 벗어날 수 없음에도 불구하고, 2종 일반주거지역에도 15층아파트의 건축이 가능하도록 제한의 범위를 넓힘으로써 2종 일반주거지역이 고층아파트 중심의 주거환경이 될 수도 있는 결과를 가져오도록 하는 조례는 주거환경을 보호하기 위하여 건축물의 규모를 제한한 도시계획법시행령 제15조 제2항 제1호에 저촉된다."

29) 大判 1997.3.28. 96추60. "지방자치단체의 주민을 상대로 한 모든 행정기관의 행정처분에 대

그런데, 조례가 법령에 위반되는지의 여부가 항상 명확한 것은 아니며, 오늘날에는 조례제정권의 확대경향에 따라 그 판단기준을 완화하여 가는 것이 일반적인 추세라고 할 수 있다.

조례가 법령에 위반되지 않아야 한다는 法令優位原則과 관련하여, ① 법령이 전혀 규정하고 있지 아니한 어떤 사항에 대하여 조례를 제정하여 규율할 수 있는지의 문제, ② 법령이 이미 규정하고 있는 어떤 사항에 대하여 법령과 다른 목적의 조례를 제정하여 규율할 수 있는지의 문제, ③ 동일 사항에 대하여 법령과 목적은 같지만 규율범위를 확대하거나 규율의 정도를 강화하는 내용의 조례를 제정할 수 있는지의 문제가 제기될 수 있다.

위 ①의 문제에 관하여는, 법령에 규정이 없더라도 국가의 專權에 속하지 아니하는 사무로서 지방자치단체의 사무에 속하는 사항이라면 그에 대하여 조례를 제정하는 것이 가능할 것이다.³²⁾

한 행정심판청구를 지원하는 것을 내용으로 하는 조례안은 지방자치단체의 사무에 관한 조례제정권의 범위를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 그 지원 여부를 결정하기 위한 전제로서 당해 행정처분의 정당성 여부를 지방의회에서 판단하도록 규정하고 있다면 이는 결국 지방의회가 스스로 행정처분의 정당성 판단을 함으로써 자치단체의 장을 견제하려는 것으로서 이는 법률에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것이 되어 지방자치단체의 장의 고유권한을 침해하는 것이 되어 효력이 없다.”

- 30) 大判 1997.9.9. 97추36. “광역시 區議會가 같은 區豫算이 확정된 직후에 종래 주차장 특별회계에서 지출되던 불법주차장 단속경비를 일반회계에서 지출하도록 개정조례안을 의결한 것은 지방자치단체장의 예산편성권 등에 대하여 규정하고 있는 지방자치법 제118조, 지방재정법 제30조 등에 위배된다.”
- 31) 大判 2000.11.10. 2000추36. “동장이 주민자치센터의 운영을 다시 민간에 위탁하는 것은 그 수입사무의 재위탁에 해당하는 것이므로 그에 관하여는 별도의 법령상 근거가 필요하다고 할 것인데, 지방자치법 제95조 제3항은 소정 사무의 민간위탁은 지방자치단체의 장이 할 수 있는 것으로 규정하고 있을 뿐 동장과 같은 하부행정기관이 할 수 있는 것으로는 규정하고 있지 아니하고, 행정권한의 위임및위탁에 관한 규정 제4조 역시 동장이 자치사무에 관한 수입권한을 재위임 또는 재위탁할 수 있는 근거가 될 수 없음은 그 규정내용상 분명하며, 달리 동장이 그 수입권한을 재위임 또는 재위탁할 수 있도록 규정하고 있는 근거 법령이 없으므로, 지방의회가 재의결한 조례안에서 동장이 주민자치센터의 운영을 다시 민간에 위탁할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것은 결국 법령상의 근거 없이 동장이 그 수입사무를 재위탁할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것이어서 법령에 위반된 규정이다.”
- 32) 大判 1992.6.23. 92추17. “지방자치법 제15조에 의하면, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있되 주민의 권리제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있으므로, 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다 할 것인데, 청주시의회에서 의결한 청주시행정정보공개조례안은 행정에 대한 주민의 알권리의 실현을 그 근본내용으로 하면서

위 ②의 문제에 관하여, 大法院은 법령과 조례가 동일 사항에 대하여 서로 다른 목적을 위하여 규율하고 조례의 적용으로 인하여 법령규정의 목적과 효과가 저해되지 아니하는 경우에는 당해 조례가 위법이 되지 아니한다고 판시한바 있다.³³⁾

위 ③의 문제에 관하여, 대법원은 법령과 조례가 같은 목적으로 동일 사항을 규율하고 있지만 법령의 취지가 전국에 걸쳐 일률적으로 규율하려는 것이 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 경우에는 당해 조례가 위법이 되지 아니한다고 판시한바 있다.³⁴⁾ 그런데 이러한 경우에도 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 경우에는 법률의 위임이 필요한(지방자치법 15 但書) 점을 고려하면, 허용되는 조례는 침익적 또는 규제적인 것이 아니라, 법령에 비하여 주민에게 보다 유리한 授益的 조치나 급부를 정하고 있는 조례에 한정될 것이다. 그리하여 법령과 같은 사항에 대하여 같은 목적으로 제정된 조례로서 관계법령보다 규제범위를 확대하거나 규제정도를 강화하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이다.³⁵⁾ 그러나 법령에 의한 규율이 전국적 견지에서 최소

도 이로 인한 개인의 권익침해 가능성을 배제하고 있으므로 이를 들어 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례라고 단정할 수 없고, 따라서 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다. 청주시행정정보공개조례안이 국가위임사무가 아닌 자치사무 등에 관한 정보만을 공개대상으로 하고 있다고 풀이되는 이상, 반드시 전국적으로 통일된 기준에 따르게 할 것이 아니라 지방자치단체가 각 지역의 특성을 고려하여 자기 고유사무와 관련된 행정정보의 공개사무에 관하여 독자적으로 규율할 수 있다.”

- 33) 大判 1997.4.25. 96추244. “지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.”
- 34) 大判 1997.4.25. 96추244. “조례와 국가의 법령이 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도, 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 조례안에 의하여 생활보호법 소정의 자활보호대상자 중 일부에 대하여 생계비를 지원한다고 하여 생활보호법이 의도하는 목적과 효과를 저해할 우려는 없다고 보여지며, 비록 생활보호법이 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 아니하도록 규정하고 있다고 할지라도 그 규정에 의한 자활보호대상자에게는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는 취지로는 보이지 아니하고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 할 것이므로, 당해 조례안의 내용이 생활보호법보다 생활보호의 대상과 방법을 확대하여도 그 조례안의 내용이 생활보호법의 규정과 모순·저촉되는 것이라고는 할 수 없다.”
- 35) 大判 1997.4.25. 96추251. “차고지확보대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자

한의 기준을 정한 것으로 해석될 경우에는 조례로써 법령상의 기준을 上廻하는 기준을 정하는 것이 허용된다고 하겠다.³⁶⁾

지방자치법은 또한 '시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다'라고 규정하여(同法 17), 광역지방자치단체와 기초지방자치단체의 자치입법 간에 통일적 법질서를 확립하도록 하고 있다.

지방자치단체는 그 자치사무와 단체위임사무에 대하여는 법령의 범위안에서 원칙적으로 자주적으로 조례를 제정할 수 있으며, 그에 대한 법령의 위임이 있어야 하는 것은 아니다(다만, 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 조례는 법률의 위임이 있어야 한다). 그러한 점에서 조례는 행정입법으로서의 위임명령과 달리 법률에 준하는 지방자치단체의 자주법으로서의 성질을 가진다. 그러나 자치사무나 단체위임사무에 속하는 것일지라도 지방자치단체장의 專屬的 권한은 조례로써 제약할 수 없으며,³⁷⁾ 지방자치단체장의 고유권한을 침해하는 조례는 위법한 것이 된다.³⁸⁾

동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록 거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관한 조례안은 비록 그 법률적 위임근거는 있지만, 그 내용이 차고지확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효이다.”

36) 大判 2000.11.24, 2000추29. “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 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다.”

37) 大判 1993.2.9, 92추93. “지방자치단체장의 기관구성원 임명·위촉권한이 조례에 의하여 비로소 부여되는 경우는 조례에 의하여 단체장의 임명권한에 견제나 제한을 가하는 규정을 둘 수 있다고 할 것이나, 상위법령에서 단체장에게 기관구성원 임명·위촉권한을 부여하면서 임명·위촉권의 행사에 대한 의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한, 당해 법령에 의하여 임명·위촉권은 단체장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 할 것이어서, 하위 법규인 조례로써는 단체장의 임명·위촉권을 제약할 수 없다 할 것이고, 지방의회의 지방자치단체사무에 대한 비판·감시·통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로 위와 같은 제약을 규정하는 조례를 제정할 수도 없다.”

38) 大判 1994.4.26, 93추175. “지방의회가 집행기관의 인사권에 관하여 소극적 사후적으로 개입하는 것은 그것이 견제의 범위 안에 드는 경우에는 허용되나, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수는 없으며, 사전에 적극적으로 개입하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니하므로, 조례안에 규정된 행정불만처리조정위원회 위원의 위촉·해촉에 지방의회의 동의를 받도록 한 것은 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위에 드는 적법한 규정이라고 보아야 될 것

2) 조례와 法律留保의 원칙

지방자치법은 제15조 本文에서 지방자치단체의 일반적 조례제정권을 규정하고, 同條 但書에서 '다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다'라고 규정하고 있다. 이는 다른 조례는 법령에 위반되지만 않으면, 법률의 위임이 없어도 제정할 수 있는데, 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 조례는 既存의 법령에 위반되어서는 아니 될 뿐만 아니라, 법률의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있게 하는 것이다.

그런데 이 규정에 의하여 조례는 법령에 위반되지만 아니하면, 법률의 위임없이도 자치사무에 관하여 자율적으로 제정할 수 있다는 조례의 自主立法性이 사실상 의미를 잃게 되었다고 할 것이다. 즉, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 제외한 지방자치단체의 비권력적인 작용에 한하여서만 조례를 자주적으로 제정할 수 있게 하고, 권력적인 작용에 대하여는 법규명령이나 마찬가지로 법률의 위임이 있는 경우에만 조례를 제정할 수 있게 한 것은, 결국 지방자치단체의 조례를 사실상 국가의 법규명령과 동일하게 만들어 버린 것이라고 할 수 있다. 그리하여 헌법 제117조 1항이 지방자치단체의 자치사무에 관하여 그 내용이 어떤 것이던 간에 '법령의 범위 안에서' 조례를 제정할 수 있게 하였는데, 지방자치법 제15조 단서규정은 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 조례는 '법령의 범위 안에서'도 제정할 수 없게 하고, 법률의 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있게 하여 추가적인 제한을 가하고 있기 때문에, 이를 위헌적인 규정으로 보는 견해가 있다.³⁹⁾ 또한 지방자치법 제15조 단서규정을 지방의회가 주민대표기관이라는 민주적 정당성을 지니고 있는 점과 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적 자치권을 부여한 취지(全權限性的 원칙 및 自己責任의 원칙)에 반하는 감이 있어 위헌의 소지가 있는 것으로 보는 견해도 있다.⁴⁰⁾

이러한 違憲論과 다르게, 지방자치법 제15조 단서규정을 合憲으로 보는 견해에서는, 첫째 국민의 全體意思의 표현으로서의 법률과 제한적 지역단체 주민의 意思의 표현인 조례와의 사이에는 그 민주적 正當性에 있어서 차이를 인정할 수밖에 없고, 둘째 헌법

이나, 그 일부를 지방의회 의장이 위촉하도록 한 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 지방자치법이 정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한 분리 및 배분의 취지에 배치되는 위법한 규정이며, 또 집행기관의 인사권에 의장 개인의 자격으로는 관여할 수 있는 권한이 없고 조례로써 이를 허용할 수도 없으며, 따라서 의장 개인이 위원의 일부를 위촉하도록 한 조례안의 규정은 그 점에서도 위법하다."

39) 朴銳旿, 전거서, 130~131면.

40) 金南辰, 전거서, 109면.

제37조 2항이 '국민의 모든 자유와 권리는...법률로써 제한할 수 있으며'라고 규정하여 기본권의 제한에 관한 법률유보원칙을 명시하고 있어서, 기본권 기타 국민의 자유나 권리는 법률로써만 제한할 수 있는 것이기 때문에, 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 조례를 법률의 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있도록 한 것이 위헌이 되지는 않는다고 본다.⁴¹⁾

우리 大法院 판례는 지방자치법 제15조 단서규정에 대하여 合憲성을 인정하였으며,⁴²⁾ 헌법재판소도 이를 合憲으로 보았다.⁴³⁾

따라서 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 조례의 제정에 있어서는 법률의 위임이 있어야 할 것이다. 다만, 조례는 위임명령과는 달리 지방자치단체의 의회가 제정하는 自主法으로서의 성질을 가지는 것이므로, 법률의 위임에 있어서는 일정 한도의 포괄적 위임이 허용된다고 할 것이다.⁴⁴⁾ 이는 조례를 제정하는 지방의회가 주민에 의하여 선출된 주민의 대표기관이기 때문이다.⁴⁵⁾

또한 조례로써 과태료 등 벌칙을 정할 수 있는지에 관하여, 지방자치법은 지방자치단체가 ① 조례의 실효성을 확보하기 위하여 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 과할 것을 정할 수 있도록 하고(同法 20①), ② 사기 기타 부정한 방법으로 사용료·수수료·분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료에, 공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료에

41) 金東熙, 行政法 II, 박영사, 2003, 76면. 洪井善, 行政法原論(下), 박영사, 2003, 118면.

42) 大判 1995.5.12. 94추28. "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 요한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권제한에 대하여 法律留保原則을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어 위와 같은 경우에 법률의 근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다."

43) 憲裁 1995.4.20. 92헌마264·279. "이 사건의 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기설치를 제한하는 것을 내용으로 하는 것이므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리 의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다."

44) 大判 1991.8.27. 90누6613. "공유수면관리법 제7조가 점용료의 산정기준, 방법 등에 관하여 구체적 범위를 정하지 아니한 채 포괄적으로 조례에 위임하였다라고, 조례는 위임명령과는 달리 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다."

45) 憲裁 1995.4.20. 92헌마264·279. "조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다."

처하는 규정을 조례로 정할 수 있도록 하고 있다(同法 130②).

따라서 법률의 위임 없이 조례로써 과대표 이외의 형벌 등 벌칙을 제정할 수는 없다.⁴⁶⁾

3) 委任條例의 범위와 한계

성질상 기관위임사무임에도 불구하고 특별히 법령의 위임을 받아 제정되는, 이른바 위임조례의 범위와 한계 문제에 관하여는 法規命令同位說과 條例同位說의 서로 다른 견해가 있다. 前者는 헌법(제117조) 및 지방자치법(제15조)이 지방자치단체에 대하여 그의 사무에 대하여서만 조례를 제정할 권한을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 지방자치단체의 사무가 아닌 기관위임사무에 대하여 조례를 정함은 모순이므로 그 모순을 정비·제거하는 일부터 착수하여야 할 것이지만, 현실적으로 그와 같은 조례가 존재하는 한 그의 법적 성격은 법규명령과 같은 것이며 따라서 법령의 그에 대한 위임도 구체적이어야 한다는 견해, 즉 위임조례에 대하여는 법규명령에 관한 법리가 적용되어야 한다는 견해이다.⁴⁷⁾ 이에 대하여 後者는 위임조례가 국가의 행정입법의 일부로서 그에 대하여 기본적으로 위임입법의 한계에 관한 원칙(구체적 위임의 원칙)이 적용되어야 할 것이지만, 위임조례에 대한 법률의 위임은 각 지방의 특수성을 고려하도록 하는 것으로서, 위임조례를 국가행정기관이 제정하는 법규명령과 동일하게 보는 것은 타당하지 않으며, 위임조례에 있어서 법률에 의한 授權의 범위는 넓고, 따라서 지방자치단체의 立法裁量의 폭도 보통의 행정입법의 경우보다 넓다는 견해이다.⁴⁸⁾ 판례는 위임조례를 개별법령에서 특별히 위임한 범위 내에서 제정할 수 있다고 하여, 위임조례에 있어서는 국가의 행정입법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계원리가 적용된다는 입장이다.⁴⁹⁾

46) 大判 1995.6.30. 93추83. “조례 위반에 형벌을 가할 수 있도록 규정한 조례안 규정들은 현행 지방자치법 제20조에 위반되고, 적법한 법률의 위임 없이 제정된 것이 되어 지방자치법 제15조 단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 헌법 제12조 제1항에도 위반된다.”

47) 金鐵容, 전제서, 87면. 劉尙炫, 行政法Ⅱ, 형설출판사, 2002, 137면.

48) 朴鉉旿, 전제서, 126면.

49) 大判 2000.11.24. 2000추29. “지방자치법 제9조 제1항과 제15조 등의 관련 규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별 법령에서 특별히 위임하고 있을 경우에는 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거 법령 등에 비추어 볼 때 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 제15조가 규정하고 있는 ‘법령의 범위 안’이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지가 없다.”

V. 맺는 말

실질적인 지방분권을 이루기 위하여는 우선 지방자치단체가 자율적으로 처리할 수 있는 사무의 범위를 명확히 하여야 하고, 자치사무의 범위를 확대하여야 한다. 그런데 현행 중앙 및 지방행정 관련 법제상 지방자치단체에서 처리되는 지역적 사무들 중에는 국가사무로서 지방자치단체장에게 기관위임된 사무인지 아니면 지방자치단체의 사무인지가 분명하지 못한 것들이 많다. 이 점은 지방자치단체의 자치영역이나 자치권의 범위를 불명확하게 만들고 조례의 事項的 制限범위를 불분명하게 만드는 요인이 된다.

이러한 문제점을 해소하기 위하여 현행 법제상 인정되고 있는 기관위임(사무)제도를 특별법을 통하여 一時에 폐지하는 방안도 고려될 수 있으나, 그러한 방안을 채택함에 있어서는 지방에서 국가사무를 합리적으로 처리하고, 광역지방자치단체의 사무를 시·군·구 지역에서 효율적으로 처리할 수 있는 새로운 방법이 먼저 강구되어야 할 것이다. 그러한 방법이 마련되지 아니한 상황에서는, 지방자치권의 강화를 위하여, 현행 모든 행정관계법령상의 사무를 全數 조사하고, 그 중 지방적 사무로서 국가중앙행정기관이나 국가의 특별지방행정기관에 의하여 처리되고 있는 사무를 일정한 기준에 따라 지방자치단체의 자치사무로 이관시키고, 현행 법제상의 기관위임사무를 대폭 자치사무나 단체위임사무로 전환시키는 관계 법령의 보완·개정작업이 이루어져야 할 것이다. 이 경우 보완·개정 대상이 되는 것은 지방자치법뿐만 아니라 모든 중앙·지방행정 관련 법령이 될 것이다.

기관위임사무를 축소하여 지방자치단체의 사무를 늘리고 지방자치권을 강화함에 있어서는 마땅히 地方財源도 확충시켜야 할 것이다. 그런데 지방재원의 확충이나 지방재정자립도의 提高를 위하여 國稅의 일부를 地方稅로 전환하는 방법이 흔히 논의되고 있으나, 이 방법의 시행에 있어서는 지방자치단체 상호간에 야기될 재정력의 불균형을 조정할 수 있는 보완제도를 함께 강구하여야 할 것이다.

기관위임사무가 축소되고 지방자치단체의 사무가 증대되면 그에 따라 지방자치단체가 조례로써 자율적으로 규율할 수 있는 사무범위도 量的으로 늘어날 것이다. 그러나 법률의 위임이 있는 경우에만 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 조례를 제정할 수 있도록 하고 있는 현행 지방자치법 제15조 但書규정이 存置하는 한, 지방자치단체의 조례는 실질적인 면에서 지방자치단체의 自主法으로서 기능하기가 여전히 어렵게 될 것이다. 따라서 현행 지방자치법 제15조 但書 규정은, 그 규정이 違憲의 소지가 있다는 이유 때문이 아니라(대법원과 헌법재판소가 同규정을 위헌이 아니라고 판시하였으므로), 조례가 지방자치단체의 自主法的 성격을 지니고 있는 점을 고

려하고, 실질적인 지방분권과 지방자치단체의 자치입법권의 강화를 위하여 그 폐지를 적극 검토해 나가야 할 것이다.

《追錄 : 이 原稿를 다 쓴 후에 행정자치부가 成案하여 각 시·도 등의 의견수렴절차에 들어간 地方分權特別法案이 공개되었다(제주일보 2003. 7. 28. 7면). 同法案의 내용 중 주목되는 것은 ① 지방분권추진을 위한 종합적인 정책을 수립·시행하고 이에 필요한 행정상·재정상의 조치를 강구할 국가의 책무를 규정하고(同法案 4), ② 국가는 기관위임사무의 정비 등을 포함한 사무구분체계를 재조정하여야 하며 포괄적이고 일괄적인 지방이양을 위해 필요한 법적 조치를 강구하도록 하였으며(同法案 8), ③ 특별행정기관의 정비 및 자치경찰제의 도입 등을 규정하고 있는 점이다(同法案 9). 다른 조항들은 현재 시행 중인 중앙행정권한의지방이양촉진등에관한법률 등의 내용과 유사한 것들이 많다. ④ 그리고 同特別法案은 5년간 시행할 限時法으로 제정할 예정이다(同法案 부칙2).

이러한 내용의 특별법안은 현행 중앙행정권한의지방이양촉진등에관한법률의 개정법률 또는 代替法律로 입법추진하는 것이 바람직하며, 그러기 위하여는 同法の 시행과 동시에 중앙행정권한의지방이양촉진등에관한법률은 폐지한다는 규정을 부칙에 명기해 놓아야 한다. 그렇지 않을 경우 同一事案에 관한 두 개의 법률로 인한 혼란이 야기될 수 있다.

그리고 同特別法(案)을 기존 법률의 개정법률 또는 代替法律로 제정할 경우 5년간 시행할 限時法으로 해서는 안될 것이다. 이는 지방분권이 일시에 완료되기 어려운 지속적·장기적 과제가 될 수 있기 때문이다. 同特別法案에서도 중앙행정권한의 포괄적이고 일괄적인 지방이양을 위한 법적 조치를 구체적으로 강구하지 못하고, 기관위임사무의 정비 등을 포함한 사무구분체계의 재조정을 앞으로의 과제로 남겨두고 있는 데, 同특별법(안)의 시행기간을 미리 5년간으로만 한정하는 것은 합리적이라 할 수 없다.》