

**제주특별자치도 조례 제정권의 범위**  
- 지방공휴일 지정 조례 재의요구에 대한 법적 평가를 중심으로 -  
**The Scope of Jeju Special Self-Governing Province's  
Right to Establishment of Regulation**  
- Focusing on legal appraisal on request for reconsideration of  
municipal holiday designation ordinance -

최 성 두\*  
Choi, Seong-Doo

목 차

- |                            |
|----------------------------|
| I. 머리말                     |
| II. 현행 “공휴일”의 공법적 쟁점       |
| III. 제주특별자치도 조례 제정권의 범위    |
| IV. 지방공휴일에 대한 조례 규율의 법적 쟁점 |
| V. 맺음말                     |

국문초록

현재 제주특별자치도에서는 한 조례의 제정을 놓고 논란이 뜨겁다. 제주특별자치도4·3희생자추념일의 지방공휴일 지정에 관한 조례안이 그것이다. 이 조례안에 대한 제주특별자치도의회 의결에 대하여 인사혁신처의 요구에 따라 제주특별자치도지사가 위법임을 이유로 재의 요구를 한 것이다. 이 조례안의 쟁점은 제주특별자치도의 조례 제정권을 가지고 과연 “지방공휴일” 지정에 관한 사

논문접수일 : 2018.01.29.

심사완료일 : 2018.02.21.

게재확정일 : 2018.02.21.

\* 제주대학교 대학원 박사과정 수료

항을 정할 수 있느냐이다.

이제껏 정부는 물론이고 제주특별자치도를 포함한 지방자치단체 스스로도 조례 제정권의 범위를 좁게 생각해 왔다. 헌법 및 「지방자치법」에 따른 법령의 범위를 너무 의식해 왔기 때문으로 생각한다. 이 논문에서는 현행 공휴일에 관한 법체계와 지방공휴일에 대한 조례 규율의 법적 쟁점에 대한 검토를 통하여 제주특별자치도 조례 제정권의 범위와 그 확장가능성을 확인하려고 한다.

「지방공무원법」 제59조에서는 지방공무원의 복무에 관하여 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 대통령령 또는 조례로 정하도록 하고 있다. 지방공무원의 휴무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능으로 지방공휴일을 정할 수 있다면 그에 관한 사항을 대통령령으로 정하여야 할 것이냐, 조례로 정하여야 할 것이냐가 당연히 이 사안의 쟁점이 될 것이다. 이 조항의 개정이유는 근무시간 등 전국 공통적으로 운영하려는 사항을 대통령령으로 정하겠다는 것인데, 현재의 문언은 전혀 그렇게 보이지 않을 뿐만 아니라, 지방자치단체의 지방공무원에 대한 복무 등 임면권에 관한 사항은 자치고권 중 인적고권에 해당하는 것으로 지방자치의 본질에 해당됨에도 불구하고 해석상 그 개정이유를 인정할 수 있는가와 현행 법체계상 「관공서의 공휴일에 관한 규정」의 취지가 과연 조례로 지방공휴일을 추가로 정하는 것을 제한하고 있는 지가 이 사안의 본질이다.

「지방자치법」 제22조 단서가 현재까지는 합헌임에 따라 조례 제정권의 범위가 어쩔 수 없이 제한된다면, 최소한 지방자치의 본질적인 부분에 해당하는 사항에 대하여는 해석론을 통하여 그 범위를 확장하는 것이 헌법이 보장한 지방자치를 실현하는 길일 것이다.

**주제어** : 공휴일, 지방공휴일, 조례, 조례 제정권의 범위, 법률유보, 「지방공무원법」 제59조, 초과조례·추가조례

## 1. 머리말

2017. 12. 21. 제주특별자치도의회에서는 제주특별자치도4·3희생자추념일의 지방

공휴일 지정에 관한 조례안(이하 “지방공휴일 조례안”이라 한다)을 의결하였다. 이 조례안에 대하여 지난 1. 10. 제주특별자치도지사는 「지방자치법」 제172조 제1항에 따라 재의 요구하였다. 이는 인사혁신처가 지방공휴일 조례안에 대하여 재의 요구를 요청한 것에 따른 것이기도 하다.

4·3희생자추념일을 지방공휴일로 지정하여 제주도민 모두가 함께하는 4·3희생자를 추념하여 도민화합과 통합을 도모하고, 인권·화해와 상생의 4·3정신과 역사적 의미를 고양·전승·실천함으로써, 「제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법」 제1조에 따른 국민화합에 이바지하고, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(이하 “제주특별법”이라 한다) 제 235조에 따른 세계평화의 섬 조성에 기여한다는 것이다.

지방공휴일 조례안은 지방공휴일을 “지방자치단체의 사무를 처리하는 기관이 공식적으로 쉬는 날을 말한다.”라고 정의한 가운데 적용 대상으로는 제주특별자치도의회, 제주특별자치도 본청 및 하부 행정기관, 직속기관, 사업소 합의를 행정기관 등을 명시하고 있다.

문제는 지방공휴일 조례안이 「지방자치법」과 「국경일에 관한 법률」 등 관련 법령의 위임이 없고, 현재의 공휴일 또한 법률이 아닌 대통령령인 「관공서의 공휴일에 관한 규정」으로 규율되고 있다는 것이다. 제주특별자치도지사와 인사혁신처장은 조례로 공휴일을 별도로 지정하기 위해서는 「지방자치법」 또는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 등 개별 법령에 법적 근거가 필요하나 그것이 없고, 공휴일 지정을 지방자치단체의 사무라고 보기 어려우므로 현행 법령에 위배된다고 보고 있다.

제주특별자치도의회는 이 재의 요구에 대하여 지난 3. 20. 지방공휴일 조례안을 재의결하였다. 정부는 전국에서 지방공휴일 지정 추진이 처음인 점 등을 감안할 때 조례의 적법성 여부를 판단하기 위해 대법원에 제소할 가능성도 배제할 수 없는 상태다.

이 글에서는 현재 공휴일에 관한 법체계상 제주특별자치도에서 지방공휴일 조례안을 제정할 수 있는지에 대한 검토를 통하여 제주특별자치도 조례 제정권의 범위에 대하여 살펴보고자 한다.

## II. 현행 “공휴일”의 공법적 쟁점

### 1. 공휴일의 개념

휴일이란 근로자가 사용자의 지휘 혹은 명령으로부터 완전히 벗어나는 날을 말한다.<sup>1)</sup> 공무원의 휴일은 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에 따른 공휴일을 말하고, 일반 국민의 휴일은 법에서 쉬도록 한 법정휴일과 노사간 체결하는 단체협약이나 취업규칙 등에서 정하여 쉬기로 한 날을 말한다. 그 구분과 유사개념은 아래의 표와 같다.

〈표〉 휴일 및 그 유사개념의 구분

구분	법적근거	내용
법정휴일	「근로기준법」 제55조	1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일
	「근로자의 날 제정에 관한 법률」	5월 1일 유급휴일
약정휴일	「근로기준법」 제5조 등	단체협약, 취업규칙 및 근로계약 등에 따른 날 휴무
주휴일	「근로기준법」 제55조 및 「근로기준법 시행령」 제30조	1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일
공휴일	「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조	관공서가 쉬는 날 <sup>2)</sup>
국경일	「국경일에 관한 법률」 제2조	국가의 경사로운 날로 3·1절, 제헌절, 광복절, 개천절, 한글날이며 이중 제헌절은 공휴일이 아님
각종 기념일	「각종 기념일 등에 관한 규정」 제2조 및 별표	정부가 주관하는 각종 기념일 <sup>3)</sup> 로 이중 5월 1일인 근로자의 날은 법정휴일이고, 5월 5일인 어린이의 날, 6월 6일은 공휴일이다.

1) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2014, 469면.

2) 서울민사지방법원 1990. 1. 23. 선고 89가합42113 판결

3) 기획재정부 주관의 납세자의 날부터 과학기술정보통신부·산업통상자원부 주관의 원자력 안전 및

## 2. 현행 공휴일의 법적 근거

현재 공휴일에 관하여 정의를 내린 것은 법률에서는 없고 대통령령인 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조에 따른 “관공서의 공휴일”이 유일하다.

그런데 실제 관공서에 근무하는 공무원뿐만 아니라 대부분의 근로자들은 이 관공서의 공휴일을 공휴일로 삼아 쉰다. 여기에서는 이와 관련한 법률 등을 통해서 공휴일과 어떻게 관계·적용되고 있는지 살펴보기로 한다.

### 가. 국경일에 관한 법률

「국경일에 관한 법률」 제2조에 따라 우리나라의 국경일로 3월 1일인 3·1절, 7월 17일인 제헌절, 8월 15일인 광복절, 10월 3일인 개천절, 10월 9일인 한글날<sup>4)</sup>이 있다. 하지만 국경일일 뿐 공휴일은 아니다. 심지어 관공서의 공휴일에도 들지 못하는 국경일도 있을 정도이다.<sup>5)</sup> 현행 공휴일에 관한 법령체계 상 국경일은 국가적으로 경사스런 날일뿐 그 이상 그 이하도 아니다. 즉 국가적으로 경사스런 날이기는 한데, 대통령령인 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에서 전 관공서가 쉬면서 경사스럽게 보내야할지 그냥 경사스럽게만 보내야할지 정하면 이에 따라 기업 등에서 근로자와 협약 등에 따라 공휴일로 정하는 구조이다. 국경일이 아닌 어린이의 날은 공휴일인데도 국경일인 제헌절은 공휴일이 못되는 아이러니컬한 일이 생기기도 한다.

### 나. 「국가공무원법」 및 「국가공무원 복무규정」

「국가공무원법」에서 공휴일에 관한 직접적인 규정은 없다. 다만, 「국가공무원법」 제67조가 실질적인 국가공무원의 복무에 관한 사항인데 이를 대통령령인 「국가공무원 복무규정」으로 위임하고 있으며, 「국가공무원 복무규정」 제9조에서 토요일

진흥의 날까지 총 47개의 각종 기념일이 있다. 이중 현재 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조에 따른 공휴일은 하나도 없다.

4) 법률 제7771호, 2005. 12. 29. 일부개정을 통해서 한글날이 국경일로 추가되었다.

5) 현재는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조에 따라 제헌절을 제외되어 있다.

휴무에 관한 사항이 규정되어 있다.

#### 다. 「지방자치법」, 「지방공무원법」 및 「지방공무원 복무규정」

「지방자치법」 제11조제4항에서는 지방공무원의 임용과 시험·복무·신분보장·징계·교육훈련 등에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하고 있다. 「지방공무원법」 제59조에서는 공무원의 복무에 필요한 사항은 이 법에서 규정하는 것 외에는 대통령령 또는 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있다.

이에 따른 대통령령인 「지방공무원 복무규정」 제2조에서 토요일 휴무에 관한 사항을 규정하고 있고, 조례에는<sup>6)</sup> 휴무에 관한 사항이 규정되어 있지 않다.<sup>7)</sup>

#### 라. 「각종 기념일 등에 관한 규정」

정부가 주관하는 각종 기념일 및 기념주간 등을 제정하고 그 기념일에 거행되는 전국적 또는 지역적 규모의 의식과 행사 등에 관한 사항을 규정하기 위한 「각종 기념일 등에 관한 규정」 제2조 및 별표 1에서는 각종 기념일<sup>8)</sup>을 규정하고 있다. 그 내용상 공휴일과는 직접적으로 관련은 없는 규정이다.

### 3. 공휴일 관련 입법 현황

그간 국회에서는 주로 의원입법의 형식으로 여러 차례 공휴일에 관한 사항을

6) 제주특별자치도의 조례를 기준으로 한다. 제주특별자치도의 경우 「지방공무원법」 제59조에 따른 조례는 제주특별자치도 지방공무원 복무 조례이다.

7) 현재 「지방공무원법」 제59조에 따른 위임 규정인 대통령령인 「지방공무원 복무규정」과 조례의 규정형식을 보면 대통령령에서 규정한 사항을 제외하고 그 외의 사항만 조례로 정하고 있는 바, 만약 조례에서 대통령령인 「지방공무원 복무규정」에도 불구하고 특정요일의 휴무에 관한 사항, 예컨대 「지방공무원 복무규정」 제2조의 토요일 휴무 원칙과 다른 사항을 조례로 정하였을 때의 효력의 우선순위에 관해서는 나중에 논하기로 한다.

8) 기획재정부 주관의 납세자의 날부터 과학기술정보통신부·산업통상자원부 주관의 원자력 안전 및 진흥의 날까지 총 47개의 각종 기념일이 있다. 이중 현재 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조에 따른 공휴일은 하나도 없다.

입법하려고 시도했으나, 모두 임기만으로 폐기되었고, 현재 제20대 국회에서도 공휴일과 관련된 입법안이 10개가 접수되어 있다.

입법안 모두 우리나라에서 공휴일에 관한 사항을 대통령령으로 정하고 있으나, 공휴일은 국민생활 전반에 커다란 영향을 미치고 헌법상 보장되는 국민의 휴식권의 한 내용이므로 이를 법률로 제정하자는 취지이다. 입법안을 형식면으로 분류해보면 단일 법안으로 공휴일만 정하는 입법안이 4건, 국경일에 관한 법률을 통합하는 입법안이 5건, 대통령령인 「각종 기념일 등에 관한 규정」의 내용을 함께 입법하는 입법안이 1건이다.

내용면으로 분류해보면 종전 「관공서의 공휴일에 관한 규정」상의 공휴일에 아버지의 날을 공휴일로 추가하는 입법안이 3개, 제헌절을 추가하는 입법안이 1개, 노인의 날을 추가하는 입법안이 1개, 변동이 없는 것이 5개이다.

2016. 5. 30. 경대수의원이 대표발의한 국경일 및 공휴일에 관한 법률안부터 2017. 9. 7. 주승용의원이 대표발의한 공휴일에 관한 법률안까지 단 한건도 관련 소관 상임위원회인 행정안전위원회에서 심의가 이루어지지 않은 것으로 미루어 보아, 이번 국회에서도 그 처리가 쉽지는 않을 것으로 보인다.

#### 4. 문제점 및 과제

##### 가. 입법상의 문제점

위에서 본바와 같이 공휴일은 국민생활 전반에 커다란 영향을 미치고 헌법상 보장되는 국민의 휴식권의 한 내용으로 입법이 필요하다는 이유 때문에 꾸준히 입법이 추진되어왔다. 공휴일 법제화를 통해 민간부문을 규율하는 것은 문제가 있다는 주장과<sup>9)</sup> 공휴일 확대의 경우 경제상황을 감안할 때 노동생산성 저하 등을 우려하는 시각을 감안, 보다 폭 넓은 의견수렴을 거쳐 결정되어야 한다는 의견<sup>10)</sup> 등 논란이 있어 현재까지 입법되지 않고 있다.

9) 최춘규, “『공휴일에 한 법률』 제정 및 대체공휴일 도입에 관한 법적 쟁점 연구”, 『서강법학 제 12권』, 서강대학교 법학연구소, 485면.

10) 2009. 11. 제18대 국회 박은수의원 대표발의 국경일 및 공휴일에 관한 법률안에 대한 국회행

공휴일 법제화를 통해 민간부문을 규율하는 것은 문제가 있다는 주장은 협약 자치 원칙의 제한과 「근로기준법」상 휴일제도와와의 충돌문제를 그 내용으로 하고 있다. 헌법 제32조제3항에 따른 「근로기준법」 제4조에서는 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다고 하여 근로에 관한 계약자유원칙을 보장하고 있다. 현행 법체계에서는 다른 법률로 이를 제한하는 것은 문제가 있어 보일 수도 있다.

근로기준법상 휴일제도와와의 충돌문제는 「근로기준법」 제55조에서 사용자는 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다고 하고 있음에 따라 이 주휴일이 반드시 일요일일 필요는 없다. 취업규칙으로 얼마든지 다른 요일을 주휴일로 약정할 수 있다. 일요일을 공휴일로 하고 있는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」을 모델로 한 입법안이 통과될 경우 이 규정과 충돌한다는 것이다. 일본과 호주를 제외한 대부분의 OECD 국가 역시 민간기업의 휴일을 기업과 근로자의 자율에 맡기고 있는 것<sup>11)</sup>도 그 근거로 제시되고 있다.

#### 나. 입법의 필요성

이렇게 공휴일이 국민간의 자율 즉 국민의 권리·의무와 직접 관계가 없는 것으로 보일수도 있지만 「관공서의 공휴일에 관한 규정」<sup>12)</sup>에 따른 공휴일은 관공서의 공휴일이 아닌 실질적인 전 국민의 공휴일로 여겨져 왔다.

모든 국민이 관공서의 공휴일은 쉬는 날이라고 보편타당하게 받아들여지는 현실에서 그 의미를 기리면서 쉬는 근거가 대통령령이고 관공서가 휴무하기 때문이라는 것은 대부분의 국민이 쉽게 받아들이기 어려운 문제이다. 휴식권은 포괄적 기본권인 행복추구권의 한 내용<sup>13)</sup>으로 공휴일에 관련된 사항을 법률의 근거 없이 대통령령으로 규정하는 것은 명백히 위임법리의 위배 소지가 있는 것이다.

정안전위원회 수석전문위원 검토보고서 p.7.

11) 최춘규, 전개논문, 486~487면.

12) 1949. 6. 4. 제정된 대통령령 제124호인 관공서의공휴일에관한건이 그 시초이다.

13) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159 결정



다. 「관공서의 공휴일에 관한 규정」의 효력 문제

「관공서의 공휴일에 관한 규정」 또한 그 효력에 대한 문제제기의 소지가 있을 수 있다. 「국가공무원법」 등에 따라 소속 공무원의 복무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능과, 중앙행정기관 및 그 소속기관, 지방자치단체의 기관 및 그 소속기관 자체를 휴무하게 하는 권능은 다른 것으로 보일 수 있기 때문이다. 대한민국의 모든 관공서 자체를 휴무하게 하는 권능은 어느 곳에도 명시적으로 부여되어 있지 않다. 다만 소속 공무원의 복무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능뿐인데, 이 권능의 입장에서 보더라도 관공서의 공휴일에 관한 사항을 정한다고 하면, 일시에 모든 공무원을 휴무하게 하여 소속 국가기관을 휴무하게 하는 것으로 이 또한 그 권한의 문제 발생 소지가 다분하다. 지방자치단체의 기관과 소속 지방공무원에 대하여도 그 복무 권한 등에 대한 문제가 있어 충분히 논란이 있을 수 있는 실정이다. 이 점은 뒤에서 자세히 살펴보기로 한다.

라. 소결

이와 같이 공휴일에 관하여 법률로 정하여지지 않은 상태이고 이를 규율<sup>14)</sup>한 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 또한 그 효력이 의심스러운 상태다. 이러한 혼란을 종식시키기 위해서라도 공휴일에 관한 사항은 법률로 규정하거나 적어도 「관공서의 공휴일에 관한 규정」의 위임근거를 명확히 하는 것이 법치주의와 국민의 기본권 보장에 부합하는 것이 될 것이다.

Ⅲ. 제주특별자치도 조례 제정권의 범위

1. 일반적인 조례 제정권의 범위

가. 근거

14) 모든 국민에 대한 공휴일 중 관공서의 공휴일에 관한 사항만 규율하고 있다.

헌법은 자치입법의 형식을 정하지 않고 “자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.(제117조제1항)”라고만 규정하고 있다. 이에 따라 「지방자치법」 제22조는 지방자치단체의 조례 제정권을 인정하고 있다.

#### 나. 소관 사항의 범위

지방자치단체는 「지방자치법」 제22조에 따라 “그 사무에 관하여” 조례를 제정할 수 있으므로, 원칙적으로 지방자치단체의 소관 사무 범위를 넘을 수 없다. 즉, 지방자치단체의 사무는 그 관할구역의 자치사무인 고유사무와 법령에 따라 자치단체에 속하는 사무인 단체위임사무를 처리하므로, 이들 사무에 대하여는 조례를 제정할 수 있으나, 기관위임사무는 국가사무이지 지방자치단체의 사무가 아니므로 위임이 없으면 조례를 제정할 수 없다.<sup>15)</sup>

#### 다. 법령의 범위 안에서

헌법 제117조제1항과 「지방자치법」 제22조에 따라 조례는 “법령의 범위 안”에서 그 사무에 관하여 규정할 수 있다. 여기에서 “법령”이란 헌법·법률·법규명령과 법규명령으로 기능하는 행정규칙을 포함한 것이고, 개별 법령의 특정 조항 뿐만 아니라 법령의 전체적인 입법 취지를 고려하여 이와 모순·저촉되지 않는 등 위반되지 않는 범위<sup>16)</sup>에서 제정해야 한다.

#### 라. 법의 일반원칙 준수

법의 일반원칙에 위반되는 조례는 위헌 또는 위법한 조례로서 무효가 될 수 있는데, 비례의 원칙, 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원칙, 체계정당성의 원칙, 포괄위임금지 원칙 등이 이에 해당한다.

15) 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결(기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별 법령의 취지에 부합하는 범위에서 이른 바, 위임조례를 정할 수 있다.)

16) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002추16 판결 등

마. 「지방자치법」 제22조 단서

「지방자치법」 제22조 단서는 지방자치단체가 자치사무에 관하여 조례를 제정하는 경우에도 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임을 요구하고 있다.<sup>17)</sup> 이는 법의 일반원칙 중에 하나인 법률유보의 원칙을 「지방자치법」에 반영한 것이다.

2. 제주특별자치도 조례 제정권의 범위

제주특별자치도는 2006. 7. 1. 제주도의 지역적·역사적·인문적 특성을 살리고 자율과 책임, 창의성과 다양성을 바탕으로 고도의 자치권이 보장되는 제주특별자치도를 설치하여 실질적인 지방분권을 보장하고 행정규제의 폭넓은 완화 및 국제적 기준의 적용 등을 통하여 국제자유도시를 조성함으로써 국가발전에 이바지할 목적으로 출범한 만큼, 다른 지방자치단체에 비하여 폭넓은 조례제정권을 갖고 있다. 이는 제주특별법에 따라 제주특별자치도를 설치하고 다양한 특례가 존재하기 때문이다.

제주특별자치도 조례 제정권의 범위는 일반적인 조례 제정권의 범위에 제주특별법에서 부여된 조례제정권이 더해진 형태로 형성된다. 제주특별자치도의 설치 목적 등 제주특별법의 목적 규정에 따라 부여될 수 있는 일반적·추상적인 조례 제정권<sup>18)19)</sup> 외에 제주특별법에서 부여된 구체적인 조례 제정권의 형식을

17) 이러한 「지방자치법」 제22조 단서 규정이 헌법 제117조제1항에서 법령의 범위에서 조례를 제정할 수 있도록 한 규정보다 강화하여 법률의 위임을 요구하고 있다는 점에서 헌법의 취지를 제약하고 있다는 주장도 있으나, 해당 규정은 국민의 기본권 제한과 관련하여 법률유보 원칙을 선언한 헌법 제37조제2항의 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있으며, 제한하는 경우도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”는 규정에 근거한 것으로 헌법 제117조도 이러한 헌법 제37조제2항의 원칙에 의하여 제한될 수밖에 없기 때문에 합헌으로 보는 것이 타당할 것이며 판례(대법원 1995. 5. 12. 선고, 94추28 판결)도 같은 입장이다.

18) 법제처, 「법령입안심사기준」, 2017. 47면(목적 규정은 그 법령의 입법취지를 명확히 밝혀 그 법령의 해석지침을 제시하는 역할을 한다.)

19) 구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2011. 3. 29. 법률 제10471호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국가유공자법’이라 한다)은 국가를 위하여 희생하거나 공헌한 국가유공자와 그

살펴보면, 크게 세 가지로 볼 수 있다. 첫째, 법률에도 불구하고 그에 관한 사항을 조례로 정하도록 하는 형식, 둘째, 다른 법률에 없는 사항을 제주특별법으로 규정하고 그에 관하여 조례로 위임하여 조례제정권이 생기는 형식, 마지막 각 법률에서 대통령령이나 부령으로 정하도록 한 사항을 조례로 정하도록 한 형식<sup>20)</sup>이 그것이다.

### 3. 공휴일에 관한 제주특별자치도 조례 제정권의 범위

공휴일에 관한 제주특별자치도의 조례 제정권의 범위는 공휴일에 관한 일반적인 조례 제정권의 범위에 제주특별법에 따라 부여된 조례 제정권의 범위를 더하는 형식으로 부여될 것이다. 제주특별법에서 공휴일에 관하여 조례 제정권을 인정한 조항은 없다. 따라서 형식적으로는 일반적인 조례 제정권의 범위와 다를 것이 없겠지만, 제주특별자치도는 제주특별법에 따라 지역적·역사적·인문적 특성을 살리고 자율과 책임, 창의성과 다양성을 바탕으로 고도의 자치권을 보장하려는 취지로 설치되었고,<sup>21)</sup> 조례의 제정이 가능한 자치사무와 그렇지 않은 기관위임사무의 구분이 쉽지 않은 점<sup>22)</sup> 등 조례 제정권의 범위가 명확하지 않은 현실을 감안한다면, 그 범위가 문제가 되는 경우에는 일반적인 조례 제정권의 범위보다 더 넓은 취지로 보아야 할 것이다.

공휴일에 관한 조례 제정권의 범위는 법률에서 위임이 있다고 하면 그 근거로 당연히 조례를 정할 수 있고, 그것이 없다면 법령의 범위 안에서 즉 법령을

유족에게 합당한 예우를 다하고자함을 입법 목적으로 하고 있고(제1조), 국가유공자의 희생과 공헌의 정도에 상응하여 국가유공자와 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상을 하는 것을 예우의 기본이념으로 삼고 있음(제2조) 에 비추어 보면, ‘교육훈련 또는 직무수행 중 사망’이라 함은 교육훈련 또는 직무수행과 사망 사이에 상당인과 관계가 있는 경우를 말한다고 하겠고, 이는 군인의 사망이 자해행위인 자살로 인한 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2012. 6. 18. 2010두27363).

20) 제주특별법 제44조, 제131조 및 제259조 각각 참조.

21) 제주특별법 제1조(목적) 이 법은 종전의 제주도의 지역적·역사적·인문적 특성을 살리고 자율과 책임, 창의성과 다양성을 바탕으로 고도의 자치권이 보장되는 제주특별자치도를 설치하여 실질적인 지방분권을 보장하고, 행정규제의 폭넓은 완화 및 국제적 기준의 적용 등을 통하여 국제자유도시를 조성함으로써 국가발전에 이바지함을 목적으로 한다.

22) 박영욱, 「사례로 보는 조례의 이해」, 한국학술정보(주), 2013, 67면.

위반하지 않는 범위<sup>23)</sup>에서 조례 제정이 가능하다 할 것이다. 현행 「관공서의 휴일에 관한 규정」은 법률의 명시의 위임이 없다. 앞서 본바와 같이 공무원에 대한 복무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능과 관공서 자체를 휴무하게 하는 권능은 다른 것으로 보여 그 효력이 의심되지만, 공무원의 복무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능으로 관공서의 공휴일을 정할 수 있다고 본다면 그것을 위임한 「국가공무원법」 제67조 및 「지방공무원법」 제59조가 법률의 근거로 추정할 수 있을 것이다. 국가공무원에 관한 사항은 조례의 규율 범위 밖이므로 제외하고 지방공무원에 관한 사항은 「지방공무원법」 제59조에서 지방공무원의 복무에 관하여 「지방공무원법」에서 정한 것을 제외하고는 대통령령 또는 조례로 정하도록 하고 있음에 따라 조례 제정권의 가능성이 보인다. 이에 대하여는 뒤에서 자세히 살펴보기로 한다.

#### Ⅳ. 지방공휴일에 대한 조례 규율의 법적 쟁점

위에서는 공휴일에 관한 법적 문제점 특히 법률로 규정되지 아니한 점과 「관공서의 공휴일에 관한 규정」의 효력에 대한 문제점과 제주특별자치도의 조례 제정권의 범위를 살펴보았다. 여기에서는 이러한 상황에서 제주특별자치도 조례 제정권을 가지고 지방공휴일 조례안이 가능한지 살펴보기로 하겠다.

##### 1. 지방공휴일의 개념

지방공휴일의 정의는 어느 법률에서도 규정되지 않았다. 「지방공무원법」 제59조에 따른 「지방공무원 복무규정」 제2조에 토요일 휴무를 정하고 있을 뿐이다.

“지방공휴일”을 직접 규정한 것은 지방공휴일 조례안 제2조의 “지방자치단체의 사무를 처리하는 기관이 공식적으로 쉬는 날”이 처음이고 유일하다.

23) 대법원 2003. 9. 23. 2003추23 판결

## 2. 지방공휴일을 정하는 경우의 제정형식

「관공서의 공휴일에 관한 규정」에 대하여 효력에 관한 문제 제기의 소지가 있는 상황이다. 「국가공무원법」 등에 따라 소속 공무원의 복무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능과 중앙행정기관 및 지방자치단체의 기관 등을 휴무하게 하는 권능은 다른 것이고 그러한 것을 대통령령 등으로 정할 수 있는 법적 근거가 없다면, 국가나 지방자치단체나 법률을 제외하고는 관공서의 공휴일에 관한 사항은 정할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 여기에서는 일단 「국가공무원법」 제67조 및 「지방공무원법」 제59조에 따라 각 공무원의 복무에 관한 사항을 정할 수 있는 권능으로 관공서의 공휴일에 관한 사항을 정할 수 있다는 것을 전제로 “지방공휴일”을 정할 경우 그 제정형식에 대해서 살펴보도록 한다.

「관공서의 공휴일에 관한 규정」은 다른 대통령령과 같은 명시적인 법률의 위임은 없다. 다만, 「국가공무원법」 제67조 및 「지방공무원법」 제59조에서 공무원의 복무에 관하여 각 법률에서 규정한 사항을 제외하고는 대통령령으로 정하고 있음에 따라 이를 근거로 볼 수 있는 가능성은 있다. 국가공무원의 경우에는 「국가공무원법」 제67조 즉 공무원의 복무에 관하여 필요한 사항은 이법에 규정한 것 외에는 대통령령으로 정하도록 하고 있음에 따라 대통령령인 「국가공무원 복무규정」으로 국가공무원의 토요일 휴무에 관한 사항을 정하고<sup>24)</sup> 다른 대통령령인 「관공서의 공휴일에 관한 규정」으로 관공서의 공휴일 즉 국가공무원의 공휴일 휴무를 정하는 체계<sup>25)</sup>가 되므로 크게 문제가 없어 보인다.<sup>26)</sup>

지방공무원은 그 경우가 좀 다르다고 할 수 있다. 「지방공무원법」 제59조에서 그 복무에 관한 사항을 대통령령 또는 조례로 정하도록 하고 있음에 따라 형식적으로는 국가공무원의 사례와 같이 「관공서의 공휴일에 관한 규정」으로도

24) 제9조(근무시간 등) ① 공무원의 1주간 근무시간은 점심시간을 제외하고 40시간으로 하며, 토요일은 휴무(休務)함을 원칙으로 한다.

25) 하나의 법률에 따른 대통령령이 하나일 필요는 없다 「국가공무원법」에 따른 대통령령의 경우에는 20개(전문직공무원 인사규정, 전문경력관 규정 등) 이상이다.

26) 앞서 본바와 같이 관공서의 공휴일이 실질적으로 전국민의 공휴일로 운영되고 있음에 따라 법치주의와 국민의 기본권 보장 차원에서 법률로 정하는 것이 타당하다.

정할 수 있을 것으로 보인다. 지방공휴일이란 지방자치단체의 사무를 처리하는 기관이 공식적으로 쉬는 날을 말하는 것으로, 각 지방자치단체의 사정에 따라 지방공휴일을 다르게 정할 것을 전제로 하고 있다.<sup>27)</sup> 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부 등<sup>28)</sup>을 고려하게 되어 있는 바, 「지방자치법」 제9조, 같은 법 제11조 제4항, 「지방공무원법」에 따라 각 지방공무원 그 복무 등 임면권이 각 지방자치단체에게 있고, 지방공휴일은 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무일 수는 없으며, 각 지방자치단체의 자율과 특성을 살려야 하는 사무이므로 대통령령보다는 조례로 정해야 하는 것이 타당하다.

## 2. 법률유보의 가능성

### 가. 법령위반 주장의 이유

2018. 1. 10. 지방공휴일 조례안에 대한 제주특별자치도지사의 재의요구서<sup>29)</sup>에 따르면 조례안 제4조로 매년 4월 3일일 지방공휴일로 지정할 수 있다고 규정하는 것은 「지방자치법」 제22조를 위반한 것이라고 하고 있으며 조례로 공휴일을 별도로 지정하기 위해서는 「지방자치법」 또는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 등 개별 법령에 법적 근거가 필요하나 그러한 사항이 없고, 지방자치단체에 속하는 사무라고 보기 어려우며, 「지방자치법」 및 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에 위배된다고 하고 있다.<sup>30)</sup>

27) 창원의 경우에는 3·15의거기념일, 광주의 경우에는 5·18민주화운동기념일을 지방공휴일로 지정할 수 있을 것이다.

28) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결

29) 「지방자치법」 제172조제1항에 근거한 인사혁신처장의 요구에 따른 것으로 재의요구의 내용도 인사혁신처장의 요구 내용과 거의 같다.

30) 그 밖에도 공휴일을 조례로 지방자치단체마다 달리 정하는 경우 국민불편·혼란이 야기되고, 국가사무 처리의 어려움이 초래될 우려가 있어 국가와 지방자치단체의 공휴일을 하나의 법령인

## 나. 법령위반 주장에 대한 검토

### 1) 법령의 위임근거 가능성

「지방자치법」 제9조제2항제1호마목은 지방자치단체의 사무로 소속 공무원의 인사·후생복지 및 교육을 규정하고 있다. 「지방자치법」 제11조제4항은 지방공무원의 임용과 시험·복무·신분보장·징계·교육훈련 등에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하고 있다. 「지방공무원법」은 지방공무원의 복무에 관하여 제47조부터 제59조까지 규정하면서 제47조부터 제58조까지는 지방공무원의 각종 의무에 관한 사항을 정하고 있고, 제59조에서 공무원의 복무에 필요한 사항은 이 법에서 규정하는 것 외에는 대통령령 또는 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있다. 대통령령인 「지방공무원 복무규정」 제2조에서 토요일 휴무에 관한 사항을 규정하고 있고, 각 지방자치단체의 조례 중 휴무에 관한 사항을 정한 조례는 현재 없다. 여기서 일요일의 휴무에 관해서 별도의 규정이 없는 것은 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에서 일요일을 규정하고 있기 때문으로 보이고 관공서나 공무원에 대한 공휴일 및 휴무일에 대하여는 이 두 규정으로 운영하고 있다.

지방자치단체 입장에서는 「지방자치법」 제9조에 따라 그 소속 공무원의 인사·후생복지 및 교육에 관한 사항은 당연히 자치사무이다. 「지방공무원법」 제59조에 따라 지방공무원의 복무에 관한 사항은 대통령령 또는 조례로 정하도록 되어 있으므로 대통령령인 「지방공무원 복무규정」으로 토요일은 휴무일로 운영하고, 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에 따라 일요일을 포함 다른 국경일 등을 공휴일로 정하고 있는 것을 적용하고 추가로 조례에 따라 특정일을 휴무일로 지정이 가능하다면 지방공휴일에 대한 법적근거가 있는 것이고 지방자치단체의 사무에 속하는 것이 되는 것으로 재의요구의 주장은 설득력을 잃게 된다.

결국은 「지방공무원법」 제59조에서 지방공무원의 복무에 관한 사항을 대통령령 또는 조례로 정할 수 있다고 하고 있기 때문에 동일한 사항에 대하여 대통령령으로 정하였을 경우 조례로 그에 다른 사항이나 추가되는 사항을 정할 수

---

「관공서의 공휴일에 관한 규정」에서 규정함으로써 공휴일을 전국적으로 통일성 있게 운영하고 있다는 사유가 있으나 이는 직접적인 위법사유로 볼 수 없는 사항이므로 여기에서는 논하지 않도록 하겠다.



있는 지 즉 대통령령과 조례의 효력 순위에 있어서 대통령령이 조례에 대하여 배타적으로 우선하고 있는 지가 이 사항의 쟁점이 되는 것이다.

2) 「지방공무원법」 제59조의 개정이유

이 조항은 2005. 1. 27. 「지방공무원법」이 법률 제7360호로 개정될 당시 그 개정이유로 지방공무원의 복무에 관한 일부사항의 규정형식 상향조정 근거를 명시한다고 하여, 종전에 “지방공무원의 복무에 관한 사항은 이 법 또는 이 법에 의한 대통령령이 규정하는 것을 제외하고는 조례로 정하도록” 하였으나, 근무시간 등 전국적 통일이 필요한 사항은 대통령령에서 규정할 필요가 있어 그 위임근거를 명확히 규정한다는 취지로 “이법이 규정하는 것을 제외하고는 대통령령 또는 당해 지방자치단체의 조례”로 정하도록 하였는데, 이 취지에 따르면 근무시간 등 전국적 통일이 필요한 사항에 대하여는 대통령령이 우선하는 취지로 생각될 수도 있다.

3) 「지방공무원법」 제59조의 해석론

법문의 문언적 의미에 구속되지 않고 법령의 성립 및 변천과정과 입법이유서, 의사록 등 입법 자료를 기초로 입법 당시의 정치적, 사회적, 이념적, 경제적, 사회적 상황 등을 총체적으로 고려하여 입법자의 입법의도를 추론한다는 법령의 해석 방법의 하나로 논리해석 중 역사적·주관적 해석 방법을 적용하는 경우에는 대통령령이 배타적으로 우선한다는 것이 타당<sup>31)</sup> 할 수 있다.

법의 해석은 개정이유 하나만으로 판단되는 것이 아니고 여러 가지 종합적인 사항이 고려되어야 할 것이다. 법률의 문언자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고,<sup>32)</sup> 논리해석 중 역사적·주관적 해석 방법의 문제점<sup>33)</sup>을 감안하면 사정은

31) 법제처, 「명답을 위한 법령해석 매뉴얼」, 2009, 30면.

32) 대법원 2009. 4. 23. 2006다81035

33) 법제처, 전거서, 31면(입법자의 의도라는 것이 그 내용이 극히 다양하고 그 자체로 불확정적이며 해석자의 법이론, 정치철학 및 제반 가치관에 의해서 달라질 수 있으며, 게다가 입법준비 자료가 부실하거나 그러한 것들이 제대로 보존되지 못해서 활용될 수 없는 경우에는 입법자의 의도를 정확히 파악할 수 없다. 따라서 역사적·주관적 해석방법은 입법의 역사적 배경이나 입

다르다고 할 수 있다.

이 조항을 문언만으로 해석할 경우 대통령령 또는 조례로 정한다고 규정되어 있으므로 대통령령으로 정한 사항 외에 얼마든지 조례로 추가할 수 있다고 해석될 여지가 충분하다. 따라서 대통령령인 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에 따른 공휴일은 전국통일로 적용하고 각 지방자치단체별로 그 지역에 필요한 지방공휴일을 조례로 정하는 것이 가능하다고 볼 수 있다.

헌법 제117조제1항에서는 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 하고 있다. 이는 조례에서 규율하고자 하는 내용을 법령이 먼저 규정하고 있는 경우에 조례는 자치사무에 관한 내용이라도 먼저 규율하고 있는 법률이 정하는 범위 내에서만 제정할 수 있는 것을 의미한다. 이를 법률우위의 원칙이라고 한다. 이 이론이 형성될 당시에는 법률이 이미 실제적으로 규율하고 있는 사항에 대해서는 조례 제정권이 배제되며, 그것을 보충하거나 강화하는 것은 법률의 개별규정이 없는 한 허용되지 않는 것으로 이해되고 있었다.<sup>34)</sup> 그러나 법률의 상위영역을 지나치게 확장하게 되면 조례 제정권을 포함한 지방자치단체의 권능은 국가의 법률로 정해지는 것이 되어 지방자치제도를 제도적으로 보장하려는 헌법정신과 충돌하게 된다. 지방자치제도를 제도적으로 보장하기 위해서는 법률로 정할 수 있는 범위를 제한할 수밖에 없다.<sup>35)</sup> 이와 같이 법률제정이 제한되는 영역을 지방자치의 본질적 부분 내지 핵심적 부분이라고 한다.<sup>36)</sup>

지방공무원의 복무에 관한 사항은 지방자치의 본질적 부분 즉 자치고권 중 인적고권<sup>37)</sup>에 해당하는 사항이다. 법률이 그 인적 요소에 관한 사항을 정할 수 있다 하더라도 그 법률로의 선점에 있어 제한이 있어야 하는 것이 지방자치제

법과정이 비교적 분명한 경우 복합적 논거의 하나로서 주로 활용되는 것이고, 문리적 해석에 반하거나 헌법 합치성을 잃은 경우 한발 물러나야 할 것이라는 등 비판이 제기된다.)

34) 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 「서울대학교 법학 제50권 제1호」, 서울대학교 법학연구회, 2009, 515면.

35) 조홍석 “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정권의 한계”, 「현대헌법학이론: 우재 이명구박사 화갑기념논문집 1」, 우재 이명구박사 화갑기념논문집 간행위원회, 1996, 504면

36) 박찬주, 전제논문, 515면.

37) 홍정선, 「신지방자치법」, 박영사, 2009, 57면.

도를 제도적으로 보장하려는 헌법정신과 부합하게 될 것이다. 위임법령에서도 마찬가지로 적용되어 법률의 위임에 따라 대통령령으로 정해진 사항에 도 영향을 미치므로 「지방자치법」 제59조에 따른 대통령령과 조례에 대한 효력의 우선 순위는 조례가 우위에 있거나 적어도 대등하다고 보는 타당할 것이다.

개정이유 대로 근무시간 등 전국적 통일이 필요한 사항을 대통령령으로 정하려는 경우, 오히려 종전의 규정을 활용하는 것이 더 명확하게 규정할 수 있었을 것으로 보인다. 대통령령으로 전국적 통일이 필요한 사항을 규정할 필요가 있다면 그 사항을 정하되 다시 조례로 추가 등을 할 수 없도록 규정한다면 조례에서는 “이 법 또는 이 법에 의한 대통령령으로 규정한 것을 제외”라는 제한 때문에 그와 관련된 사항에 대하여 추가 등을 할 수 없기 때문에 전국 통일적 사항을 더욱 명확히 운영할 수 있었을 것이다.<sup>38)</sup> 실제로 우리 정부의 법제를 관장하는 법제처의 한 관계관의 저서에는 이 입법형식에 대해서는 효력의 우선 순위에 대하여 문제를 제기하면서 각각 규정할 수 있는 범위를 정하여 위임할 것을 제안하고 있기도 하다.<sup>39)</sup> 이점 또한 이 문제에 관한 대통령령과 조례의 효력 우선순위에 관하여 참고할 만한 사항이 될 것이다.

#### 4) 「관공서의 공휴일에 관한 규정」의 취지

한편 「관공서의 공휴일에 관한 규정」이 중앙행정기관을 비롯한 지방자치단체의 기관에 대한 공휴일을 일률적으로 정하고 지방공휴일을 관한 사항을 제한 제한하려는 취지인지 또한 명백하지 않다. 헌법 제117조제1항에 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 하고 있고 「지방자치법」 제22조에 따르면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 하면서 그 단서로 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임<sup>40)</sup>이 있도록 규정하고 있다. 여기서 “법령

38) 이러한 조항의 경우에도 지방자치의 본질적 부분 즉 자치고권 중 인적고권에 해당하는 사항으로 법률에 따라 그 그의 인적 요소에 관한 사항을 정할 수 있다 하더라도 그 법률로의 선점에 있어 제한이 있어야 하는 것으로 위임입법에 있어서도 영향을 미치므로 타당한 입법이라고는 볼 수 없을 것이다.

39) 박영욱, 전거서, 185면.

40) 지방공휴일에 관한 사항은 직접적으로 주민의 권리 제한이나 의무 부과에 관한 사항은 아니다

의 범위 안에서”란 “법령을 위반하지 않는 범위 내에서”를 의미한다.<sup>41)</sup>

조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 따라 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없을 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 따라 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 위반되지 않는다.<sup>42)</sup>

각 지역의 지역적, 역사적, 인문적 특성을 살리고 자율과 책임을 근간으로 하는 지방자치제도를 보장하는 헌법정신에 비추어 본다면 오히려 지역적 특성에 맞게 공휴일을 정하는 것이 타당할 것이고 「관공서의 공휴일에 관한 규정」 또한 이에 기속될 수밖에 없으므로 「관공서의 공휴일에 관한 규정」은 지방공휴일을 제한하는 취지로 볼 수 없으며 따라서 이를 정한 지방공휴일 조례안은 위법하지 않다고 할 것이다.<sup>43)</sup>

### 5) 소결

위의 사항들을 종합하여 보았을 때 지방공휴일 조례안은 「지방공무원법」 제 59조에 따른 조례로의 위임과 「관공서의 공휴일에 관한 규정」의 취지에 따른 법령의 범위에 해당하므로 제주특별자치도지사의 재의요구서에 따른 주장은 설득력을 잃게 된다.

## 3. 초과조례 또는 추가조례의 문제

법률과 조례는 자치사무와 관련하여 경합하여 제정될 수밖에 없고, 조례가

---

로 이 부분에 대한 설명은 생략한다.

41) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결

42) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결

43) 다만, 지방공휴일의 지정으로 지방공무원 및 이에 영향을 받는 사람들의 휴일이 많아짐으로써 발생하는 문제에 대하여 비판이 있을 수 있으나 이것 또한 지방자치단체가 자율과 책임으로 해결해야 할 문제인 것이다.

법률과 동일한 내용이 아니라면 조례의 내용은 필연적으로 추가조례와 초과조례의 형식을 가질 수밖에 없다.<sup>44)</sup>

초과조례란 법률의 규율대상과 동일한 대상에 대하여 법률의 목적과 동일한 목적으로 법령에서 정한 기준을 초과하여 더 높은 규제기준을 정하여 시행하는 조례를, 추가조례란 국가의 법령이 규제하고 있는 목적과 동일한 목적으로 규제하는 조례로서 그 규제대상만을 추가하여 규율하는 조례를 말한다.<sup>45)</sup>

「관공서의 공휴일에 관한 규정」을 적용하는 상태에서 지방공휴일에 관한 사항을 조례로 정한다면 이는 추가조례의 형식을 띠게 된다.

추가조례의 경우 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에만 용인된다.<sup>46)</sup>

「지방공무원법」 제59조에 따른 효력순위가 조례가 우위에 있거나 적어도 동등하다고 볼 경우에는 조례로 정할 수 있다는 의미 자체가 그 제정권에 대한 위임과 더불어 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 규율을 용인하는 취지이기 때문에 적법한 추가조례로서 위법논란을 피해 갈 수 있다 하겠다.

#### IV. 맺음말

현 정부 들어 지방분권에 대한 관심과 의지가 뜨겁다. 문재인 정부의 10대 국정과제에 “자치분권”과 “재정분권”이 포함되어 추진될 예정이고 자치분권을 선도할 제주특별자치도의 모델을 정립하기 위해 “제주특별자치도 자치분권모델

44) 박찬주, 전계논문, 518면

45) 박찬주, 전계논문, 518면

46) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결 등

의 완성” 또한 국정과제로 추진될 예정이다. 2006. 7. 1. 고도의 자치권을 보장한다며 제주특별자치도를 출범시키고, 11년이나 되어 그간 4,500여건의 중앙권한을 제주특별자치도로 이양되었다고 하나, 제주특별자치도의 소속기관 및 그 소속 공무원만을 휴무하게 하는 지방공휴일 마저도 조례로 정할 수 없는 상황이다. 그간 제주특별자치도민들을 허탈하게 만들며, 수도 없이 되새기던 “무늬만 제주특별자치도”란 말이 다시 실감날 지경이다.

자치분권의 핵심사항 중의 하나가 자치입법권이고 자치입법을 통해 풀뿌리 민주주의를 실현해 나가는 것이 자치분권이 나아가야할 방향일 것이다. 현행 헌법체계에서 포괄적 자치입법권<sup>47)</sup>은 가능하지 않다. 현재의 개헌 추진 추이로 볼 때는 그렇게 개헌될 가능성도 희박하다. 따라서 각 법률을 통한 개별적인 자치입법권을 확대할 수밖에 없는 상황이므로 지방공휴일 조례안과 같은 상황은 끊임없이 발생할 것이다. 따라서 법률에 의한 자치입법권의 확대도 중요하지만 해석론을 통한 자치입법권의 확대 또한 중요한 사항이 될 것이다. 특히나 자치분권을 선도하는 제주특별자치도의 경우는 더욱 그렇다.

## 참고문헌

### [단행본]

- 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2009.  
\_\_\_\_\_, 행정법특강, 박영사, 2011  
김형배, 「노동법」, 박영사, 2014.  
박영욱, 사례로 보는 조례의 이해, 한국학술정보(주), 2013.  
\_\_\_\_\_, 쟁점으로 보는 제주특별자치도법, 한국학술정보(주), 2011.  
법제처, 명답을 위한 법령해석 매뉴얼, 2009.  
\_\_\_\_\_, 법령입안심사기준, 2017.  
제주특별자치도, 알기 쉬운 자치법규 입안 실무, 2012.

47) 헌법 제40조 입법권은 국회에 속한다.

[논문]

- 홍정선, “조례의 법리”, 이화여대 법학논집 제2집, 이화여자대학교 법학연구소, 1997
- 박운흔, “법령과 조례와의 관계” 경희법학 제27권 제1호, 경희법학연구소, 1992.
- 김순태, “조례상의 형벌규정과 죄형법정주의”, 입법조사연구 통권 제234호, 입법조사분석실, 1995
- 최춘규, “『공휴일에 한 법률』 제정 및 대체공휴일 도입에 관한 법적 쟁점 연구”, 서강법학 제12권, 2010. 6.
- 조홍석 “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정권의 한계”, 현대헌법학이론; 우재 이명구박사 화갑기념논문집 I, 우재 이명구박사 화갑기념논문집 간행위원회, 1996.
- 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009. 3.

[입법자료]

- 행정안전위원회 수석전문위원, “국경일에 관한 법률 일부개정법률안【박선영의원 대표발의】, 국경일 및 공휴일에 관한 법률안【박은수의원 대표발의】 검토보고서” 제18대 국회, 2009. 11.
- 주승용(대표발의) 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2009172, 2017. 9. 7.
- 김해영(대표발의) 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2007872, 2017. 7. 10.
- 윤영석(대표발의) 국경일 및 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2007726. 2017. 6. 30.
- 이명수(대표발의) 국가기념일 및 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2007621, 2017. 6. 27.
- 심재권(대표발의) 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2002300, 2016. 09. 13.
- 장제원(대표발의) 국경일 및 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2002267, 2016. 9. 12.
- 한정애(대표발의) 국경일 및 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2000205, 2016. 6. 14.

양승조(대표발의) 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2000174, 2016. 6. 10.

이찬열(대표발의) 국경일 및 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2000093, 2016.  
6. 3.

경대수(대표발의) 국경일 및 공휴일에 관한 법률안, 의안번호 2000023, 2016.  
5. 30.

[Abstract]

**The Scope of Jeju Special Self-Governing Province's  
Right to Establishment of Regulation**

- Focusing on legal appraisal on request for reconsideration of  
municipal holiday designation ordinance -

Choi, Seong-Doo

*Completion of doctoral program at Cheju National University*

Currently in Jeju Special Self-Governing Province, there is a fierce controversy on the establishment of a regulation. It is about municipal holiday designation ordinance of a memorial day for the Jeju April Third Uprising and Grand Massacre victims. The governor of Jeju Special Self-Governing Province raised request for reconsideration on the decision of this ordinance by provincial assembly of Jeju Special Self-Governing Province for the reason that it is illegal according to the request of Ministry of Personnel Management. The issue of this ordinance is whether the enactment power of municipal ordinance of Jeju Special Self-Governing Province can decide the matter of 'municipal holiday' designation.

So far, the central government and local governments including Jeju Special



Self-Governing Province have viewed the scope of enactment power of municipal ordinance as narrow. This study is intended to confirm the scope of the enactment power of municipal ordinance of Jeju Special Self-Governing Province and its extensibility through the review on the current legal system on holidays and the legal issue of ordinance regulation about municipal holiday.

According to Article 59 of the Local Officials Act, services of local officials shall be decided by a Presidential decree or ordinance except for matters decided in this law. If municipal holidays can be decided by the authority that can decide matters about local officials' holidays, the issue of this matter would be whether this matter should be decided by a Presidential decree or ordinance. The reason for the revision of this article is that a Presidential decree would decide commonly operated nationwide matters such as working hours. However, the current literal description doesn't seem like it, and the matters about the power to appoint and to dismiss such as services of local officials are applied to personal sovereignty among autonomy sovereignties, which is applied to the essence of local self-government. Nevertheless, the nature of this issue is whether the reason for the revision can be admitted in an interpretative problem, and whether the intent of the regulation about public offices' holidays in the current legal system restricts additional designation of municipal holidays by ordinance.

If the scope of the enactment power of municipal ordinance has to be restricted as the provisory clause of Article 22 of the Local Government Act is still constitutional, it is necessary to expand the scope of the intrinsic part of local self-government through interpretation in order to realize local self-government guaranteed by the constitution.

**Key words** : holiday, municipal holiday, ordinance, the scope of the enactment power of municipal ordinance, statutory reservation, Article 59 of the Local Officials Act, additional ordinance