제1편

자치법규 입안의 기본원칙

제1장 자치법규 입안의 의의
제2장 입법의 필요성 판단과 입법 형식의 선택
제3장 자치법규 입안의 기본원칙

제1장 | 자치법규 입안의 의의

지방자치단체에는 자치권의 한 작용으로서 소관 사무에 대하여 일정한 규정을 정립할 수 있는 기능이 부여되어 있다. 이러한 기능을 국가의 입법권에 대비하여 '자치입법권'이라 한다. 이러한 자치입법권에 근거해서 특정 정책의 내용을 자치법규의 형식으로 구체화하는 작업을 자치법규의 입안이라고 한다. 자치법규의 입안은 지방자치단체가 미래의 일정한 상태를 실현하기 위해 행정적, 재정적 상황 등을 분석하고 다양한 의견 수렴을 거쳐 결정한 정책을 전제로 한다. 따라서 자치법규의 입안은 지방자치단체의 정책에 대한 법적 근거를 마련하는 동시에 그 정책을 실현하는 과정으로서의 의미를 가진다.

또한 자치법규안은 일련의 자치입법절차를 거쳐 공포되면 주민생활과 지방자치단체의 행정을 규율하는 규범이 된다. 특히 지방자치가 정착되고 자치입법권이 확대됨에 따라 자치법규의 주민생활과 자치행정에 미치는 영향력은 더욱 커졌다고 할 것이다.

자치입법 활동의 핵심은 자치법규가 적극적으로는 헌법이념을 실현하고, 소극적으로는 헌법이나 상위법령에 위반되지 않도록 함으로써 전체 국가법령체계 안에서 조화를 이루고 지방자치단체의 정책 내용을 정확하게 반영하여 차질 없이 시행되도록 하는 데에 있을 것이다.

자치법규가 헌법이나 상위법령에 위반되면 이론상으로는 당연히 무효가 되어야 할 것이나, 그러한 자치법규라 하더라도 유권적인 위헌 또는 상위법 위반 판정이 있을 때까지는 계속해서 집행되고 그에 따라 법률관계가 형성되기 때문에 그 자치법규의 시행 시점까지 거슬러 올라가 무효화시키게 되면 법적 안정성을 크게 해칠 수 있다.[1] 따라서 법체계에 어긋나는 등 자치법규의 내용과 형식에 문제가 있더라도 그 효력에 대해서는 권위 있는 기관의 명확한 확인이 필요하다.

또한 입법자는 자치법규의 체계나 내용이 상위법령 위반 등으로 위헌 · 위법 심사의 대상이 될 수 있다는 것을 늘 염두에 두어야 한다.

한편, 지방자치단체의 입장에서 보면 지방자치단체의 입법 활동은 지방자치단체 정책에 대한 근거를 마련하는 동시에 지방자치단체 정책을 실현하는 데에 필요한 수단을 확보하는 과정이기도 하다. 따라서 지방자치단체가 제정 · 개정하는 자치법규는 해당 지방자치단체의 정책의지를 정확하게 반영하는 것이어야 하고, 동시에 지방자치단체의 정책들이 그 취지대로 이루어지기 위해서는 각 지방자치단체의 정책들 간에 조화를 이룰 수 있도록 하는 것이 필요하다. 따라서 지방자치단체의 정책을 입법화하는 과정에서 헌법, 법률 등 상위법령을 위반하는지와 다른 현행 자치법규와의 조화를 상세하게 검토하여 법체계상 모순이 발생하지 않도록 해야 한다.

이하에서는 자치법규 입안의 필요성과 입법형식의 선택에 관한 사항을 먼저 살펴본 후 자치법규를 입안할 때에 유념해야 할 기본적인 원칙, 조문별 · 주제별 세부적인 입안 원칙, 자치법규의 체제 및 개정 · 폐지 방식, 문장 작성의 원칙 등과 함께 자치입법절차에 관한 사항을 살펴보도록 하겠다.

---

1) 「헌법재판소법」은 이러한 법적 안정성의 보호라는 관점에서 형벌에 관한 법률을 제외하고는 법률의 위헌결정은 그 결정이 있는 날부터 효력을 가지도록 하여 [장래효(將來效), 제47조제2항], 소급효를 인정하지 않고 있다.
제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

제2장 | 입법의 필요성 판단과 입법 형식의 선택

1. 자치법규 관계 법령

가. 「대한민국헌법」

「대한민국헌법」(이하 "헌법"이라 한다)은 지방자치제도를 헌법적으로 보장하기 위해 지방자치에 관한 규정을 두고 있다.

헌법 제117조에서는 지방자치단체의 사무로 주민의 복리에 관한 사무, 재산을 관리하는 사무, 자치에 관한 규정을 제정하는 사무를 규정하고 있다. 이는 자치행정권, 자치재정권, 자치입법권의 지방자치 3요소를 나타내는 것으로 볼 수 있을 것이다.

헌법 제118조제1항에서는 지방자치단체의 필수 조직으로 의회를 두도록 하면서, 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직 · 권한 · 의원선거, 지방자치단체의 장의 선임방법, 그 밖에 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 하고 있다(헌법 제117조제1항 및 제118조제2항). 헌법에서 지방의회를 두는 것만 의무로 하고 있을 뿐 그 밖에 지방자치단체의 종류, 조직, 선거 등에 대해서는 법률로 정할 수 있도록 하고 있으므로 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」, 「세종특별자치시 설치 등에 관한 특별법」과 같은 법률에서 광역지방자치단체에 기초지방자치단체를 두지 않고 광역지방자치단체가 기초지방자치단체의 역할을 수행하도록 하는 특수한 형태의 지방자치단체를 설치할 수 있는 것이다.

「헌법」

> **제117조** ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
> ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.
> **제118조** ① 지방자치단체에 의회를 둔다.
> ② 지방의회의 조직 · 권한 · 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

헌법은 자치입법의 형식을 명시하지 않고, 다만, "자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"(제117조제1항)라고만 규정하고 있다. 이에 따라 「지방자치법」 제28조는 지방자치단체의 '조례 제정권'을, 같은 법 제29조는 지방자치단체의 장의 '규칙 제정권'을 각각 인정하고 있고,[2] 「지방교육자치에 관한 법률」 제25조는 교육감의 '교육규칙 제정권'을 인정하고 있다.

나. 「행정기본법」

2021년에 제정된 「행정기본법」(법률 제17979호, 2021. 9. 24. 시행)에는 지방자치단체가 국회를 통과한 법률이나 그 하위법령에서 조례 등 자치법규로 정하도록 하거나 법령의 범위에서 필요한 사항을 자치법규로 정하는 입법활동에 관한 원칙과 기준을 제시하고 있다.

「행정기본법」 제38조제1항에 따르면 행정의 입법활동은 헌법과 상위법령을 위반해서는 안 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수해야 한다. 행정의 입법활동이 헌법에 위반되면 헌법재판소의 심판 대상이 되며, 하위법령은 법원의 명령 · 규칙심사 대상이 된다. 행정의 입법활동에 관련된 법령으로는 「행정기본법」 외에도 「법령등 공포에 관한 법률」, 「지방자치법」, 「행정절차법」, 「법제업무 운영규정」 등이 있다.

---

2) 「지방자치법」
제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.
제29조(규칙) 지방자치단체의 장은 법령 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

「행정기본법」

제38조(행정의 입법활동) ① 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정 · 개정 · 폐지하고자 하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함하며, 이하 이 장에서 "행정의 입법활동"이라 한다)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수해야 한다.

② 행정의 입법활동은 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

1. 일반 국민 및 이해관계자로부터 의견을 수렴하고 관계 기관과 충분한 협의를 거쳐 책임 있게 추진되어야 한다.
2. 법령등의 내용과 규정은 다른 법령등과 조화를 이루어야 하고, 법령등 상호 간에 중복되거나 상충되지 아니해야 한다.
3. 법령등은 일반 국민이 그 내용을 쉽고 명확하게 이해할 수 있도록 알기 쉽게 만들어져야 한다.

③ 정부는 매년 해당 연도에 추진할 법령안 입법계획(이하 "정부입법계획"이라 한다)을 수립해야 한다.

④ 행정의 입법활동의 절차 및 정부입법계획의 수립에 관하여 필요한 사항은 정부의 법제업무에 관한 사항을 규율하는 대통령령으로 정한다.

다. 「지방자치법」 및 「지방교육자치에 관한 법률」

「지방자치법」은 지방자치에 관한 기본적인 사항을 정하고 있는 법률로서 지방자치단체의 관할 구역(제1장제2절), 지방자치단체의 기능과 사무(제1장제3절), 주민(제2장), 조례와 규칙(제3장), 집행기관(제6장), 재무(제7장), 지방자치단체 상호 간의 관계(제8장), 국가와 지방자치단체 간의 관계(제9장) 및 특별지방자치단체(제12장) 등에 관한 사항을 정하고 있다.

「지방교육자치에 관한 법률」에서는 지방자치단체의 교육 · 과학 · 기술 · 체육 그 밖의 학예에 관한 사무를 관장하는 기관의 설치와 그 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고 있는데, 지방자치단체의 교육 · 학예에 관한 사무를 관장하는 기관의 설치와 그 조직 및 운영 등에 관하여 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 한 「지방자치법」의 관련 규정을 준용하도록 하고 있다(「지방교육자치에 관한 법률」 제3조). 또한 집행기관으로서 교육감을 두도록 하고 있고(「지방교육자치에 관한 법률」 제18조),

교육감은 법령 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 교육규칙을 제정할 수 있도록 하고 있다(「지방교육자치에 관한 법률」 제25조제1항).

헌법재판소에 따르면, 지방교육자치는 지방자치권 행사의 일환으로 보장되는 것으로서 중앙권력에 대한 지방적 자치로서의 속성을 지니고 있지만, 동시에 그것은 헌법 제31조제4항이 보장하고 있는 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성을 구현하기 위한 것이므로 정치권력에 대한 문화적 자치로서의 속성도 아울러 지니고 있다.[3)]

라. 그 밖의 지방자치에 관한 법령

그 밖에 지방자치에 관한 주요 법령으로는 「지방공무원법」, 「지방공기업법」, 「지방재정법」, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」, 「지방회계법」, 「지방세기본법」, 「지방세법」, 「지방세징수법」, 「지방교부세법」, 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 「지방자치단체 기금관리기본법」, 「지방자치단체 출자 · 출연 기관의 운영에 관한 법률」, 「공유재산 및 물품 관리법」 등이 있다.

그리고 지방자치단체와 관련되는 개별 법령으로 「서울특별시 행정특례에 관한 법률」, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」, 「세종특별자치시 설치 등에 관한 특별법」, 「강원특별자치도 설치 등에 관한 법률」 등이 있다.

「도로법」, 「하천법」, 「폐기물관리법」 등 개별 법령에서는 지방자치단체에서 처리하는 사무에 관한 규정을 두고 있고, 그 하위법령인 대통령령에서는 중앙행정기관의 권한을 지방자치단체의 장에게 위임하는 규정을 두고 있다.

그 밖에 헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규도 국내법과 같은 효력을 가지므로(헌법 제6조제1항) 국내법과 같은 효력을 가지는 조약 등도 자치법규와 관련된 법령이라고 할 수 있다.

3) 헌법재판소 2008. 6. 26. 결정 2007헌마1175 결정례 참조

2. 자치법규의 종류

자치법규는 자치법규를 정립하는 주체, 절차 및 형식에 따라 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 지방의회의 의결을 거쳐 제정하는 조례(「지방자치법」 제28조), 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 규칙(「지방자치법」 제29조) 및 교육감이 법령 또는 조례의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 교육규칙(「지방교육자치에 관한 법률」 제25조제1항)이 있다. 그 밖에 지방의회가 의회의 내부운영에 관하여 정하는 의회규칙(「지방자치법」 제52조)과 지방의회의 회의 운영에 관하여 정하는 회의규칙(「지방자치법」 제83조)이 있다.[4)]

조례는 법령의 위임에 따라 제정되는 위임조례와 법령의 위임 없이 제정되는 자치조례로 구분된다. 기관위임사무에 관한 조례나 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례 및 벌칙을 정하는 조례는 법률의 위임이 있어야 한다. 또한 조례는 지방의회가 임의로 제정할 수 있는 임의적 조례가 원칙이나, 법령의 규정에 따라 조례를 제정해야 하는 필수적 조례가 있다. 이렇게 볼 때 주민의 권리의무와 벌칙에 관한 조례는 거의 대부분이 '위임조례'나 '필수조례'에 해당하게 된다.

규칙은 조례와 마찬가지로 법령 또는 조례의 위임에 따라 제정되는 '위임규칙'과 내부의 교육훈련이나 조직과 관련된 소위 '직권규칙'으로 구분된다. 또한 법령 또는 조례의 위임이 없더라도 그 집행을 위하여 필요한 사항에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

4) 넓은 의미의 자치법규에는 지방자치단체의 장에게 위임하여 정하도록 하는 법규 보충적인 행정규칙(훈령, 예규 등)과 그 권한의 범위에서 직권으로 정하는 행정규칙도 포함되나, 「지방자치법」, 「지방교육자치에 관한 법률」에서는 조례와 규칙만을 자치법규의 형식으로 규정하고 있다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제23조 및 제24조에 따르면 지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다고 규정하고 있는바, 지방자치단체의 규칙은 법령 · 조례에서 위임한 사항에 대하여 당연히 규정할 수 있지만, 위임이 없더라도 법령 · 조례의 집행에 필요한 사항에 대하여 규정할 수 있고, 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무인 경우 자치사무 · 단체위임사무 · 기관위임사무 여부를 구분하지 아니하고 상위법령이나 당해 지방자치단체의 조례 또는 상급지방자치단체의 조례나 규칙을 위반하지 아니하는 범위 내에서 규칙을 제정할 수 있다고 할 것입니다(법제처 2011. 5. 20. 회신 11-0022 의견제시 사례).

자치법규인 조례와 규칙의 제정절차 및 효력발생 시기 등에 대해서는 「지방자치법」, 「지방교육자치에 관한 법률」, 「행정절차법」, 「법제업무 운영규정」, 각 지방자치단체의 자치법규 입법에 관한 조례 등에서 규정하고 있다.

3. 입법의 필요성 및 가능 여부 판단

지방자치단체에서 자치법규를 제정 · 개정하게 되는 계기는 상위 법령이 제정 · 개정된 경우와 지방자치단체에서 어떤 정책을 결정하고, 그 정책의 시행을 위한 경우로 구분할 수 있다.

법령의 제정 · 개정에 따라 자치법규를 제정 · 개정할 필요가 있는지를 판단하기 위해서는 상위법령에서 자치법규로 반드시 규정하도록 하고 있는지에 대한 법령 해석이 선행되어야 한다.

법령에서 지방자치단체의 사무처리 등에 관한 사항을 정하고 있는 경우에도 법령에서 규정한 내용을 단순히 확인 · 재기재하는 내용의 자치법규를 제정하는 경우가 있으나, 이러한 자치법규는 제정할 실익이 있다고 보기 어렵고, 입법경제상 바람직하지 않다. 또한 입법 체계적으로도 법령의 내용을 조례에 재기재한 경우, 그 재기재한 법령의 내용이 개정 · 폐지되는 경우에 조례의 내용이 함께 정비되지 아니하면 조례의 효력에 관한 다툼이 있을 수 있어 자치법규에 그러한 규정을 두지 않는 것이 좋을 것이다.

의견제시 사례

그러나 일반적으로 재기재한 법률이 개폐되었음에도 조례의 내용이 함께 정비되지 아니하는 경우 조례의 효력에 관한 다툼이 생길 수 있고 자치법규로서 대외적으로 법규성을 가지는 조례에 단순히 다른 법령에서 이미 규정하고 있는 사항을 확인하고 재기재하는 규정을 두는 것은 입법체계상 바람직하다고 할 수는 없습니다(법제처 2022. 4. 12. 회신 22-0102 의견제시 사례).

한편, 지방자치단체에서 어떤 정책을 결정한 경우에는 그 정책의 시행과 관련하여 자치법규를 마련할 필요가 있는지를 검토할 필요가 있다. 단순한 행정지도나 예산조치만으로 해당 정책의 시행이 가능한 경우에는 자치법규의 제정이 반드시 필요한 것은 아니나, 주민에 대한 급부의 안정성과 예측가능성을 높이기 위해 필요한 경우에는 조례 등 자치법규를 제정하게 된다.

지방자치단체에서 결정한 정책의 시행을 위해 자치법규가 필요하다고 판단되는 경우에도 자치법규 제정이 가능한지에 대한 검토가 필요하다. 지방자치단체의 소관에 속하지 않는 국가사무나 기관위임사무에 대한 조례 제정, 광역지방자치단체의 조례에 위임된 사항에 대한 기초지방자치단체 조례의 제정이나 그 반대의 경우, 교육감의 소관에 속하는 사항에 대한 시·도지사의 규칙의 제정 등은 법률에 특별한 위임이 없는 한 불가능하다. 또한, 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 사항인 경우에는 법률의 위임이 필요하므로(「지방자치법」 제28조제1항 단서) 관계 법령을 확인해 보아야 한다.

4. 입법형식의 선택

가. 입법형식 선택의 의의

상위법령의 위임에 따라 자치법규를 정립하게 되는 경우에는 대부분 상위법령에서 자치법규의 입법형식을 정해 놓고 있으므로 입법형식에 대한 별도의 검토가 필요 없다. 그러나 법령에 따라서는 지방자치단체의 장에게 법령의 구체적인 내용을 보충할 권한을 위임하면서 입법형식을 정하지 않은 경우도 있는데, 이 경우 그 권한을 위임받은 지방자치단체의 장은 적절한 입법형식을 선택할 수 있다.

따라서 입법형식을 선택할 때에는 우선적으로 사무의 성격과 「지방자치법」 등 관계 법령을 검토해야 한다. 「지방자치법」에서는 조례로 규정할 사항과 규칙으로 정할 사항을 정해놓고 있으므로 개별 법령에 특별한 규정이 없거나 지방자치단체의 정책에 따라 자치법규를 마련하는 경우에는 「지방자치법」에 따라 입법형식을 선택해야 한다.

다음의 표에서 예시되어 있는 바와 같이 「지방자치법」에서는 지방자치단체의 조직 및 정원, 사용료, 수수료 등 중요한 사항에 대해서는 대부분 조례로 정하도록 하고 있고, 개별 법령에서 자치법규에 위임하는 경우에도 대부분 조례에 위임하고 있다.

규칙은 법령 및 조례에서 위임한 사항과 그 시행을 위해 필요한 사항을 정하는 자치법규로서, 법령에서 규칙으로 정하도록 하고 있거나 자치법규 제정 대상사무가 기관위임사무인 경우 등에는 규칙으로 정해야 한다.

상위법령에서 지방자치단체의 장에게 입법형식을 선택할 수 있도록 규정하고 있더라도 훈령 등 행정규칙은 주민의 접근 가능성이 적고, 입법예고 등을 거치지 않으므로 주민의 권리 · 의무에 영향을 미치는 사항은 훈령 · 고시 등 행정규칙보다는 입법예고 등을 통해 주민의 의견을 수렴할 수 있는 지방자치단체의 장의 규칙으로 정하는 것이 적정할 것이다.

「지방자치법」 상 입법형식에 관한 규정 예시

입법형식	입법내용
조례	• 자치구가 아닌 구와 읍 · 면 · 동 등의 명칭과 구역, 행정면 · 행정동 · 행정리의 설치, 행정동 · 리에 두는 하부조직(제7조) • 자치구가 아닌 구 및 읍 · 면 · 동의 사무소의 소재지(제9조) • 규칙의 제정과 개정 · 폐지 의견 제출과 관련된 방법 및 절차(제20조제4항) • 조례위반에 대한 과태료(제34조) • 의원의 의정활동비 등의 지급기준(제40조제2항) • 의원의 상해 · 사망 등의 보상금 지급기준(제42조제2항) • 다른 직을 가진 지방의회의원의 서면신고 방법과 절차(제43조제3항) • 지방의회의원의 영리행위 금지범위(제44조제5항) • 지방의회의원의 윤리강령과 윤리실천규범(제46조제1항) • 지방의회나 그 위원회에 출석하여 답변할 수 있는 관계 공무원(제51조제3항) • 정례회의 집회일, 그 밖에 정례회의 운영에 관하여 필요한 사항(제53조제2항)

입법형식	입법내용
	• 연간 회의 총일수와 정례회 및 임시회의 회기(제56조제2항) • 지방의회 위원회의 설치 등에 관한 사항(제64조제1항, 제71조) • 의안 시행에 필요한 비용의 추계 및 재원조달방안에 대한 자료의 작성 및 제출절차(제78조) • 시 · 도의회의 사무처 등 설치(제102조) • 지방의회에 두는 사무직원의 정수(제103조) • 지방자치단체의 장의 직 인수위원회의 구성 · 운영 및 인력 · 예산 지원 등에 필요한 사항(제105조) • 사무의 위임, 위탁(제117조) • 부단체장을 정무직과 별정직 지방공무원으로 보할 때의 자격기준(제123조제2항) • 행정기구의 설치와 지방공무원의 정원(제125조제2항) • 소방기관, 교육훈련기관, 보건진료기관, 시험연구기관 및 중소기업지도기관 등 직속기관의 설치(제126조) • 사업소, 출장소, 합의제행정기관, 자문기관, 자치구가 아닌 구와 읍 · 면 · 동의 하부행정기구의 설치(제127조부터 제130조까지, 제134조) • 특별회계의 설치(제141조제2항) • 사용료 · 수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항 및 과태료에 관한 사항(제156조) • 재산의 보유, 기금의 설치 · 운용(제159조) • 공공시설의 설치와 관리(제161조) • 지방분쟁조정위원회의 당연직 위원(제166조제6항)
규칙	• 사무의 위임, 위탁(제117조) • 조례 · 규칙심의회의 운영에 관한 사항(「지방자치법 시행령」 제28조제4항)
의회규칙 · 회의규칙	• 지방의회 내부운영에 필요한 사항(제52조) • 윤리심사자문위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항(제66조제3항) • 조례안 예고의 방법, 절차, 그 밖에 필요한 사항(제77조) • 지방의회 회의의 운영에 필요한 사항(제83조) • 방청인에 대한 단속에 필요한 사항(제97조) • 지방의원의 징계(제101조)

나. 상위법령에서 조례로 정하도록 한 경우

위 표에서 예시하고 있는 「지방자치법」 외에 다른 법령에서 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에도 조례로 정해야 할 것이다.

의견제시 사례

일반적으로 상위법령에서 조례로 정하도록 위임한 경우에는 그 위임취지를 존중하여 위임사항을 조례로 정하여야 하고, 그 하위의 규칙으로 정하지 않도록 하는 것이 원칙이라 할 것입니다. 다만, 조례로 정하도록 한 사항이 지나치게 전문적이고 기술적이거나 수시로 변경할 수밖에 없는 성질의 것인 경우에는 부득이하게 규칙 등 하위 자치법규로 재위임할 수 있을 것인바, 이 경우에도 이에 대한 구체적인 기준이나 범위를 정한 후 규칙으로 위임함으로써 조례만 보아도 규칙으로 위임하려는 사항의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것입니다(법제처 2014. 1. 15. 회신 13-0413 의견제시 사례).

다. 상위법령에서 규칙이나 지방자치단체의 장이 정하도록 한 경우

상위법령에서 지방자치단체의 규칙으로 정하도록 하고 있거나, 지방자치단체의 장이 정하도록 하고 있는 경우에는 해당 사안에 대해서 구체적으로 정할 수 있는 권한을 지방자치단체의 장에게 주고 있는 것이므로 이를 지방의회에서 정하는 조례로 정할 수 있도록 하는 것은 상위법령의 취지를 위반하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

의견제시 사례

상위법령에서는 '자율학교 지정 · 운영 권한'을 '교육감에게 전속적으로 부여'하고 있는 것으로 보이고, 그 지정 · 운영을 심의하기 위한 위원회도 '교육규칙'으로 정하도록 하고 있는바, 「서울특별시 혁신학교 조례안」은 교육감의 권한 침해나 상위법령 위배 문제를 야기할 수 있으므로 이러한 초 · 중등교육관련 법령의 체계에 부합하도록 수정하여야 할 것입니다(법제처 2013. 3. 15. 회신 13-0078 의견제시 사례).

의견제시 사례

「유통산업발전법」은 시장 · 군수 · 구청장에게 영업시간은 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서, 의무휴업일은 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 '건전한 유통질서 확립', '근로자의 건강권' 및 '대규모점포등과 중소유통업의 상생발전'을 위하여 영업시간을 제한하거나 의무휴업일을 지정할 수 있는 권한을 부여하고 있고, 조례에는 「유통산업발전법」 제12조의2제1항 각 호 외의 부분 단서에서 영업시간 제한 및 의무휴업일 명령의 대상에서 제외되는 대규모점포등의 범위를 위임하고 있고, 같은 조 제4항에서는 제12조의2제1항부터 제3항까지의 영업시간 제한 또는 의무휴업일 지정에 관한 사항으로서 세부기준과 절차 및 방법 등을 위임하고 있습니다.

따라서 조례에서 영업시간 제한 또는 의무휴업일을 구체적으로 규정하는 방법으로 범위를 지정하거나 시간, 일자를 구체적으로 지정하는 것은 가능하나, 시장 · 군수 · 구청장이 시간, 일자 등을 선택할 수 있는 집행재량을 가질 수 있도록 규정하여야 합니다(법제처 2012. 9. 11. 회신 12-0272 의견제시 사례).

Q&A | 질의 · 답변

Q1 **"이 조례의 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정한다"라고 조례에 규정해야 하는지?**

A "이 조례의 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정한다"라는 규정은 규칙으로 새로운 내용을 정할 수 있도록 위임하는 규정이 아니라 집행명령에 해당하는 규칙을 제정할 수 있도록 한 것이므로 보충적이거나 절차적인 사항 등 조례를 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐이고, 개인의 권리 · 의무에 관한 내용을 변경 · 보충하거나 조례에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없음. 따라서 조례에 "이 조례의 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정한다"라는 규정을 두지 않더라도 규칙을 제정할 수 있으므로 이와 같은 내용을 조례에 규정할 필요는 없음. 법률의 경우 "이 법의 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"와 같은 규정을 두지 않도록 하고 있음.

Q2 **법령에서 위임된 사항과 자치사무에 관한 사항을 한 조례에 같이 규정할 수 있는지?**

A 복수의 상위법령에서 위임하거나 또는 복수의 상위법령에 관계된 사항을 하나의 조례에서 함께 규율하거나 법령에 위임된 사항과 자치사무에 관한 사항을 하나의 조례에서 규율하는 것은 가능하다고 할 것임. 지방자치단체에서 조례를 제정함에 있어 복수의 규정대상을 하나의 조례에서 함께 규율할 것인지 각각의 별개의 조례에서 따로 규율할 것인지의 판단은 조례 제정대상 제도들 간의 상호 유사성, 조례 제정의 근거가 되는 법령 사이의 체계, 여러 법률이나 대상과 관련된 내용을 하나의 조례에 규정하는 경우에 예상되는 혼선의 정도와 입법경제성 · 이용편의성의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것임.

5. 개정 · 제정방식의 선택

자치법규를 정립하는 경우에도 기존의 자치법규를 개정할 것인지 아니면 독자적으로 새로운 자치법규를 제정할 것인지를 결정해야 한다. 이에 대해서는 명확한 기준이 정립되어 있는 것은 아니나, 기존의 제도를 보완하거나 새로운 사항을 규율하더라도 유사한 분야를 규율하는 자치법규가 있어 그 자치법규를 개정함으로써 쉽게 반영할 수 있는 경우라면 기존 자치법규를 개정하는 것이 일반적이고, 전혀 새로운 분야를 규율하거나 기존의 여러 자치법규에서 규율하고 있는 사항을 아울러서 체계적 · 종합적으로 규율할 필요성이 있다면 새로운 자치법규를 제정하는 것이 일반적이다.

요컨대 입법정책을 실현하는 데 어느 쪽이 유리한지, 어느 쪽이 입법 경제적인지, 어느 쪽이 법체계의 정합성을 유지하는 데 적합한지, 어느 쪽이 주민의 자치법규 이해에 도움이 되는지 등을 고려해서 결정해야 한다.

법령의 위임에 따라 제정되는 자치법규는 원칙적으로 하나의 자치법규로 제정하는 것이 법령과 자치법규의 통합성 및 주민의 이해 편의에서 바람직하나, 하나의 자치법규로 제정하면 자치법규의 체계나 내용이 너무 복잡해져 이해하기 어려운 경우 등은 해당 자치법규와 분리하여 별도의 자치법규를 제정하는 것도 가능할 것이다. 다만, 별도의 자치법규를 제정하는 경우에는 자치법규의 목적규정이나 개별규정에서 그 자치법규에서 규율하는 범위가 어디까지인지를 명확하게 밝혀줄 필요가 있다. 그 구체적인 규정방법에 대해서는 제2편 제1장 2. 목적규정을 참고하기 바란다.

6. 자치법규의 효력

가. 자치법규 상호 간의 효력

성문법 체계를 채택한 국가의 법체계는 헌법을 정점으로 하여 법규의 종류별로 효력의 우열이 있는 법규범의 체계로 이루어진다. 즉, 상위의 효력이 있는 법규범은 하위의 법규범보다 우월한 효력을 가지며, 하위 법규범은 상위 법규범에 위반되어서는

안 된다. 자치법규의 경우에도 조례의 위임이나 그 시행을 위하여 제정한 규칙은 조례보다 하위의 규범으로 보아야 하고 이들 사이에 서로 상충하는 사항이 있는 경우 조례가 우선한다고 보아야 한다.

나. 자치법규의 공간적 효력

자치법규는 해당 지방자치단체의 구역에 한정하여 효력이 있는 것이 원칙이다. 즉, 지방자치단체의 구역은 자치법규가 미칠 수 있는 지역적 한계이므로 지방자치단체의 구역에 속하지 않은 지역에 대해서는 법령에 특별한 규정이 없으면 조례를 제정할 수 없다고 할 것이다(예컨대 해당 지방자치단체의 관할에 속하지 않은 지역에 대한 취득세 감면 규정 등).

다만, 공공시설을 관계 지방자치단체의 동의를 받아 그 지방자치단체의 구역 밖에 설치하는 경우(「지방자치법」 제161조제3항[5]) 등의 사유가 있으면 예외적으로 자치법규가 그 지방자치단체의 구역 밖에서도 효력을 가질 수 있다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제4조 및 제5조에서는 지방자치단체의 구역과 구역변경절차를 엄격하게 정하고 있고, 같은 법 제12조에서는 그 구역 안에 주소를 가진 자가 지방자치단체의 주민이 되도록 규정하고 있는바, 지방자치단체의 자치권은 원칙적으로 그 지역적 관할과 인적 관할의 범위 내에서 미치는 것이 「지방자치법」의 기본 원리이므로, 지방자치단체는 다른 지방자치단체의 관할 범위에 속하는 사항에 대해서는 관여할 수 없다 할 것이고, 지방자치단체가 「지방자치법」 제22조에 따라 그 소관 사무에 관하여 제정하는 조례는 원칙적으로 해당 지방자치단체의 구역과 그 주민에 대하여 규율하는 것이어야 할 것입니다(법제처 2012. 2. 10. 회신 12-0035 의견제시 사례).

5) 「지방자치법」
제161조(공공시설) ① 지방자치단체는 주민의 복지를 증진하기 위하여 공공시설을 설치할 수 있다.
② 제1항의 공공시설의 설치와 관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없으면 조례로 정한다.
③ 제1항의 공공시설은 관계 지방자치단체의 동의를 받아 그 지방자치단체의 구역 밖에 설치할 수 있다.

다. 자치법규의 대인적 효력

자치법규는 해당 지방자치단체의 주민에 한정하여 효력이 있는 것이 원칙이다. 따라서 해당 지방자치단체의 주민에 대해서는 그 지방자치단체의 조례가 아닌 다른 지방자치단체의 조례로 규율할 수 없다고 할 것이다.

다만, 예외적으로 해당 지방자치단체의 구역에 있는 다른 지방자치단체의 주민이나 해당 지방자치단체와 특별한 관계를 가진 자(공공시설의 이용자 등)에 대하여 효력이 미치는 경우도 있다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제4조 및 제5조에서는 지방자치단체의 구역과 변경절차를 엄격하게 규정하고 있고, 같은 법 제12조에서는 그 구역 안에 주소를 가진 자가 지방자치단체의 주민이 되도록 규정하고 있는바, 지방자치단체의 자치권은 원칙적으로 그 지역적 관할과 인적 관할의 범위 내에서 미치는 것이 「지방자치법」의 기본원리이므로 지방자치단체가 「지방자치법」 제22조에 따라 그 소관 사무에 관하여 제정하는 조례는 원칙적으로 해당 지방자치단체의 구역과 그 주민에 대하여 규율하는 것이어야 할 것이나, 지방자치단체가 그 소관 사무를 수행하는 데 필요한 경우 그 소관 사무의 수행에 필요한 한도에서는 다른 지방자치단체의 관할을 침해하지 않는 범위내에서 관할구역의 주민이 아닌 자를 조례의 적용대상으로 삼을 수 있다고 할 것입니다(법제처 2020. 8. 26. 회신 20-0189 의견제시 사례).

라. 자치법규의 시간적 효력

자치법규는 법령과 마찬가지로 공포·시행되어 실효 또는 폐지될 때까지 효력을 가진다. 대부분의 자치법규는 부칙에 시행일에 관한 규정을 두고 있어 그 규정에 따른 시행일부터 효력을 발생하나 시행일을 정하지 않은 자치법규는 공포한 날부터 20일이 지나면 효력을 발생하게 된다.[6]

6) 「지방자치법」
제32조(조례와 규칙의 제정 절차 등) ⑧ 조례와 규칙은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 지나면 효력을 발생한다.

자치법규는 원칙적으로 자치법규가 시행된 이후에 발생한 사실에 대해서만 효력을 미치고, 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 자치법규의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 않는다.[7] 즉, 자치법규의 소급적용은 일반적으로는 법치주의의 원리에 반하고, 법 생활의 안정을 위협하는 것이어서 이를 인정하지 않는 것이 원칙이지만, 자치법규를 소급적용하더라도 일반 주민의 이해에 직접 관계가 없는 경우, 오히려 그 이익을 증진하는 경우, 불이익이나 고통을 제거하는 경우 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한정하여 예외적으로 소급적용이 허용된다고 할 것이고, 이러한 경우에도 부칙 등에 소급적용이 된다는 것을 명확히 규정하는 것이 바람직하다.

판 례

법령은 일반적으로 장래 발생하는 법률관계를 규율하고자 제정되는 것이므로 그 시행 후의 현상에 대하여 적용되는 것이 원칙이고, 다만, 예외적으로 법령이 그 시행 전에 생긴 현상에 대하여도 적용되는 경우가 있는바, 이것을 법령의 소급적용이라고 한다. 법령의 소급적용, 특히 행정법규의 소급적용은 일반적으로는 법치주의의 원리에 반하고, 개인의 권리 · 자유에 부당한 침해를 가하며, 법률생활의 안정을 위협하는 것이어서, 이를 인정하지 않는 것이 원칙이고(법률불소급의 원칙 또는 행정법규불소급의 원칙), 다만, 법령을 소급적용하더라도 일반 국민의 이해에 직접 관계가 없는 경우, 오히려 그 이익을 증진하는 경우, 불이익이나 고통을 제거하는 경우 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 법령의 소급적용이 허용된다고 할 것이다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다8630 판결례 참조).

7) 「행정기본법」
제14조(법 적용의 기준) ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.
② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다.
③ 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다. 다만, 법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용한다.

의견제시 사례

살피건대, 신법이 피적용자에게 유리한 경우에는 이른바 시혜적인 소급입법이 가능하지만, 그러한 소급입법의 여부는 그 일차적인 판단이 입법기관에 맡겨져 있으므로 입법자는 입법목적, 국민의 법감정 등을 참작하여 시혜적 소급입법을 할 것인가 여부를 결정할 수 있는바(헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 2000헌바69 결정례), 귀 청에서도 조례 개정일 이전에 사망한 참전유공자의 배우자 등에게도 수당을 지급하도록 시혜적인 소급입법을 하는 것이 불가능하지는 않은 것으로 보입니다. 다만, 영동군조례의 개정일을 기준으로 어느 시점부터 사망한 참전유공자의 배우자 등에게만 수당을 지급할 수 있는지에 대해서 명시적인 기준을 제시하기는 어렵고, 귀 청의 입법재량 범위 내에서 재정 부담 등을 고려하여 합리적인 기준 시점을 설정해서 법률관계의 혼란을 최소화할 필요는 있을 것으로 보입니다(법제처 2013. 3. 29. 회신 13-0090 의견제시 사례).

Q&A | 질의 · 답변

Q **해당 지방자치단체의 주민 외의 자에게 효력을 미치는 자치법규를 제정할 수 있는지?**

A 자치법규는 해당 지방자치단체의 주민에 한정하여 효력이 있는 것이 원칙이므로 다른 지방자치단체의 주민에 대한 사항에 대해 지방자치단체의 조례로 규율할 수 없는 것이 원칙임. 그러나 예외적으로 해당 지방자치단체의 구역에 있는 다른 지방자치단체의 주민이나 해당 지방자치단체와 특별한 관계를 가진 자(공공시설 이용자 등)에게 효력을 미치는 조례를 다른 지방자치단체의 권한을 침해하지 않는 범위에서 제정하는 것은 가능함.

예를 들면 일정 지방자치단체 출신으로 그 지방자치단체 외의 지역에 거주하고 있는 자를 그 지방자치단체에서 관리하고 있는 공공시설 이용료 감면 대상자로 규정하는 것은 가능함.

제3장 | 자치법규 입안의 기본원칙

1. 소관사무의 원칙

가. 의의

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있는 자치입법권을 가진다.[8] 지방자치단체는 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 지방자치단체의 장은 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다(「지방자치법」 제28조 및 제29조).

지방자치단체의 사무에는 ① 지방자치단체가 자신의 책임과 부담 하에 주민의 복리를 위하여 처리하는 사무와 자치단체의 존립목적을 위한 사무인 자치사무, ② 일정한 사무를 국가사무 또는 광역지방자치단체의 사무로 정한 후 그 사무를 광역지방자치단체나 기초지방자치단체에 위임한 단체위임사무,[9] ③ 일정한 사무를 국가사무 또는 광역지방자치단체의 사무로 정한 후 그 사무를 광역지방자치단체의 장이나 기초지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무로 구분된다.[10] 조례를 제정할 수

8) 헌법
제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
② (생 략)

9) 단체위임사무는 현행법령에서 별다른 예를 찾아볼 수 없어 아래에서는 별도로 기술하지 않는다.

10) 사무구분의 실익
지방자치단체의 사무는 그 사무의 종류에 따라 다음과 같이 조례의 제정 범위, 경비부담 등에서 차이를 가져오게 된다.

〈사무구분에 따른 법적 차이〉

구분	자치사무	단체위임사무	기관위임사무
법적 근거	「지방자치법」 제13조제1항 · 제2항	「지방자치법」 제13조제1항 · 제2항	「지방자치법」 제115조, 제117조, 「정부조직법」 제6조제1항

있는 사무란 원칙적으로 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 위임된 단체위임사무를 말하고, 지방자치단체의 장에 위임된 기관위임사무는 포함되지 않는다.[11]

「지방자치법」

제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

② 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위 법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다.

제29조(규칙) 지방자치단체의 장은 법령 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

판 례

헌법 제117조제1항과 지방자치법 제15조에 의하여 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있으나, 이 때 사무란 지방자치법 제9조제1항에서 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 사무일뿐 지방자치단체의 사무라고 할 수 없는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추47 판결례 참조).

구분	자치사무	단체위임사무	기관위임사무
자치법규 형식	조례	조례	규칙
경비 부담	지방자치단체의 자체재원 + 국가의 장려적 보조금	지방자치단체의 자체재원 + 위임기관의 부담금	전액 위임기관 부담
사무처리기준	법령에만 구속	법령과 위임자 지시에 구속	법령과 위임자 지시에 구속
지방의회 관여	허용	허용	원칙적 불허
국가의 감독	위법성 감독	위법성 감독 + 합목적성 감독	위법성 감독 + 합목적성 감독
감독처분			시정, 취소, 정지 및 이행명령, 대집행 등
감독처분 제소	가능	불가능	원칙적 불가능

11) 지방자치단체의 장은 원칙적으로 해당 지방자치단체의 대표기관으로서의 지위를 가지게 되나(「지방자치법」 제114조), 기관위임사무를 처리하는 한도에서는 국가행정조직 또는 위임지방자치단체의 하부행정기관으로서의 지위를 갖게 된다.

따라서 지방자치단체의 소관에 속하지 아니한 국가사무, 기관위임사무 및 다른 지방자치단체의 소관에 속하는 사무(예컨대 기초지방자치단체의 소관에 속하는 사무에 대해 광역지방자치단체의 조례로 정하거나 광역지방자치단체의 소관에 속하는 사무에 대해 기초지방자치단체의 조례로 정하는 경우)에 대해서는 개별 법령에 특별한 규정이 없는 한 조례를 제정할 수 없다.[12)]

나. 자치사무 여부

1) 「지방자치법」 제13조제2항의 사무

「지방자치법」 제13조제1항에 따르면 지방자치단체는 관할 구역의 '자치사무'와 '법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무'를 처리한다.

「지방자치법」

제13조(지방자치단체의 사무 범위) ① 지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직, 행정관리 등
   가. 관할 구역 안 행정구역의 명칭 · 위치 및 구역의 조정
   나. 조례 · 규칙의 제정 · 개정 · 폐지 및 그 운영 · 관리
   다. 산하(傘下) 행정기관의 조직관리
   라. 산하 행정기관 및 단체의 지도 · 감독
   마. 소속 공무원의 인사 · 후생복지 및 교육
   바. 지방세 및 지방세 외 수입의 부과 및 징수
   사. 예산의 편성 · 집행 및 회계감사와 재산관리
   아. 행정장비관리, 행정전산화 및 행정관리개선
   자. 공유재산(公有財産) 관리
   차. 주민등록 관리
   카. 지방자치단체에 필요한 각종 조사 및 통계의 작성

12) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결례 참조, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007추141 판결례 등 참조

2. 주민의 복지증진
   가. 주민복지에 관한 사업
   나. 사회복지시설의 설치 · 운영 및 관리
   다. 생활이 어려운 사람의 보호 및 지원
   라. 노인 · 아동 · 장애인 · 청소년 및 여성의 보호와 복지증진
   마. 공공보건의료기관의 설립 · 운영
   바. 감염병과 그 밖의 질병의 예방과 방역
   사. 묘지 · 화장장(火葬場) 및 봉안당의 운영 · 관리
   아. 공중접객업소의 위생을 개선하기 위한 지도
   자. 청소, 생활폐기물의 수거 및 처리
   차. 지방공기업의 설치 및 운영
3. 농림 · 수산 · 상공업 등 산업 진흥
   가. 못 · 늪지 · 보(洑) 등 농업용수시설의 설치 및 관리
   나. 농산물 · 임산물 · 축산물 · 수산물의 생산 및 유통 지원
   다. 농업자재의 관리
   라. 복합영농의 운영 · 지도
   마. 농업 외 소득사업의 육성 · 지도
   바. 농가 부업의 장려
   사. 공유림 관리
   아. 소규모 축산 개발사업 및 낙농 진흥사업
   자. 가축전염병 예방
   차. 지역산업의 육성 · 지원
   카. 소비자 보호 및 저축 장려
   타. 중소기업의 육성
   파. 지역특화산업의 개발과 육성 · 지원
   하. 우수지역특산품 개발과 관광민예품 개발
4. 지역개발과 자연환경보전 및 생활환경시설의 설치 · 관리
   가. 지역개발사업
   나. 지방 토목 · 건설사업의 시행
   다. 도시 · 군계획사업의 시행
   라. 지방도(地方道), 시도(市道) · 군도(郡道) · 구도(區道)의 신설 · 개선 · 보수 및 유지
   마. 주거생활환경 개선의 장려 및 지원
   바. 농어촌주택 개량 및 취락구조 개선

사. 자연보호활동
아. 지방하천 및 소하천의 관리
자. 상수도 · 하수도의 설치 및 관리
차. 소규모급수시설의 설치 및 관리
카. 도립공원, 광역시립공원, 군립공원, 시립공원 및 구립공원 등의 지정 및 관리
타. 도시공원 및 공원시설, 녹지, 유원지 등과 그 휴양시설의 설치 및 관리
파. 관광지, 관광단지 및 관광시설의 설치 및 관리
하. 지방 궤도사업의 경영
거. 주차장 · 교통표지 등 교통편의시설의 설치 및 관리
너. 재해대책의 수립 및 집행
더. 지역경제의 육성 및 지원

5. 교육 · 체육 · 문화 · 예술의 진흥
가. 어린이집 · 유치원 · 초등학교 · 중학교 · 고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치 · 운영 · 지도
나. 도서관 · 운동장 · 광장 · 체육관 · 박물관 · 공연장 · 미술관 · 음악당 등 공공교육 · 체육 · 문화시설의 설치 및 관리
다. 지방문화재의 지정 · 등록 · 보존 및 관리
라. 지방문화 · 예술의 진흥
마. 지방문화 · 예술단체의 육성

6. 지역민방위 및 지방소방
가. 지역 및 직장 민방위조직(의용소방대를 포함한다)의 편성과 운영 및 지도 · 감독
나. 지역의 화재예방 · 경계 · 진압 · 조사 및 구조 · 구급

7. 국제교류 및 협력
가. 국제기구 · 행사 · 대회의 유치 · 지원
나. 외국 지방자치단체와의 교류 · 협력

「지방자치법」 제13조제2항 각 호의 업무는 어디까지나 자치사무의 예시에 불과하므로 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그에 따르게 된다. 위의 사무에 포함되어 있다고 하여 자치사무이고, 반대로 그렇지 아니하면 국가사무라고 단정할 수 있는 것은 아니다. 여기에 포함되어 있지 아니하는 사무도 그 성질상 지방자치단체에 속하는 사무일 수 있고, 반대로 여기에 포함된 사무도 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무에서 제외될 수 있다.

2) 자치사무와 국가사무의 구분

법령상 사무가 자치사무인지 국가사무인지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려해야 할 것이다. 개별 법령에서 국가 또는 중앙행정기관의 장을 권한 주체로 정하고 있는 경우에는 국가사무로 보아야 하고, 지방자치단체 또는 지방자치단체의 장을 권한 주체로 정하고 있는 경우에는 자치사무로 보아야 할 것이다.

다만, 개별 법령에서 지방자치단체의 장을 권한 주체로 정하고 있는 경우에도 법령의 규정 형식과 취지 외에 사무의 성질과 경비부담과 최종적인 책임귀속주체 등까지 고려하여 국가사무를 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무(법에서 직접 위임한 법정위임사무)로 보아야 하는 경우도 있는데, 사무의 성질을 판단함에 있어 「지방자치법」 제13조부터 제15조까지의 규정을 참고할 수 있을 것이다.

판 례

법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리를 요구하는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단해야 한다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결례 참조).

가) 법령에 지방자치단체의 장의 권한으로 규정하고 있는 경우

법령에 특정사무를 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하는 경우에는 원칙적으로 그 사무를 자치사무로 볼 여지가 크므로 조례 제정의 대상이 될 수 있을 것이다. 이 경우 해당 사무가 자치사무인지 여부를 가리는 기준으로는 「지방자치법」 제13조 제2항 각 호의 사무가 기준이 될 것이다. 공유재산의 관리, 학교용지부담금의 부과·징수 등이 이에 해당할 것이다.

판 례

「지방자치법」 제9조 제2항 제1호 (자)목 등의 규정에 의하면 조례안에서 규정하고 있는 공유재산의 관리는 지방자치단체의 자치사무에 해당하는 것임이 분명하다(대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결례 참조).

판 례

구 「학교용지확보에 관한 특례법」(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제1조에 의하면, "이 법은 공립의 초등학교 · 중학교 및 고등학교용 학교용지의 조성 · 개발 · 공급 및 관련 경비의 부담 등에 관한 특례를 규정함으로써 학교용지의 확보를 용이하게 함을 목적으로 한다."라고 규정하고 있고, 법 제5조 제1항은 시 · 도지사로 하여금 학교용지부담금(이하 '부담금'이라 한다)을 부과 · 징수할 수 있도록 하고 있으며, 법 제6조 제3호는 시 · 도는 학교용지의 확보를 위하여 시 · 도의 일반회계가 부담하는 경비를 법 제5조의 규정에 의하여 부과 · 징수하는 부담금을 재원으로 조달할 수 있도록 규정하고 있는 한편, 구 「지방자치법」 제9조 제2항 제5호 (가)목은 교육에 관한 사무로서 초등학교 · 중학교 · 고등학교의 설치사무를 지방자치단체의 사무로 예시하고 있으므로, 시 · 도지사가 부담금을 부과 · 징수하는 것은 국가기관의 지위에서 수행하는 사무가 아니라 지방자치단체의 고유사무인 자치사무라고 할 것이다(대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다59295 판결례 참조).

반면에, 지방자치단체의 장이 사무를 처리하도록 규정되어 있는 경우에도 사무의 성질이 전국적으로 통일적 처리를 요구하는 사무라는 이유로 해당 사무를 국가사무(기관위임사무)로 본 경우도 있다.

판 례

건설교통부장관은 산업자원부장관으로부터 통보받은 전국의 골재자원에 관한 기초조사와 골재자원에 관한 실지조사 등을 종합하여 관계 중앙행정기관의 장과 협의를 거쳐 골재의 장기수요전망 · 골재의 장기공급전망 · 골재자원의 개발방향 등이 포함된 골재수급기본계획을 매 5년마다 수립 · 시행하는 한편, 시 · 도지사로부터 다음 연도의 골재수급계획을 제출받고, 중앙행정기관의 장으로부터 골재가 소요되는 사업에 있어서의 사업계획서를 통보받아 이를 총괄 · 조정한 후 다음 연도의 골재수급계획을 수립하여 이를 관계 중앙행정기관의 장 및 시 · 도지사에게 통보하여야 하며, 또한, 건설교통부장관은 골재의 수급불균형으로 인하여 국민경제운용에 중대한 지장이 초래될 우려가 있다고 인정되는 때에는 골재의 집중개발 · 비축 · 수출입조정 기타 골재의 수급안정을 위하여 필요한 조치를 할 수 있도록 하고 있으므로, 골재채취업등록 및 골재채취허가사무는 전국적으로 통일적 처리가 요구되는 중앙행정기관인 건설교통부장관의 고유업무인 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 해당한다고 할 것이다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004추34 판결례 참조).

위임은 법률에 위임근거를 두고 대통령령에서 위임사무와 수임기관을 특정하는 방식으로 행해지는 것이 일반적이다. 이는 기관위임의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 법령에 따라서는 예외적으로 법률규정으로 바로 위임하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 기관위임임을 바로 알기 어렵다는 문제점이 있다.

「도로법」에서는 일반국도의 관리청을 국토교통부장관으로 하면서, 시 관할구역의 일반국도의 경우에는 예외적으로 시장을 관리청으로 하고 있다.[13] 이와 같이 법률에서 일반국도의 관리업무를 시장이 처리하도록 규정하고 있지만, 국가의 재산인 일반국도의 관리는 어디까지나 국가사무이지 자치사무는 아니라 할 것이다. 따라서 이는 법률에서 직접 국가사무를 (기관)위임한 것이다. 「하천법」 제27조제5항에서는 국가하천의 유지·보수는 원칙적으로 시·도지사가 시행하도록 하고 있는데,[14] 이 역시 국가사무인 국가하천의 유지·보수를 법률에서 직접 지방자치단체의 장에게 위임한 것으로 보아야 할 것이다.

---

13) 「도로법」
제23조(도로관리청) ① 도로관리청은 다음 각 호의 구분에 따른다.
1. 제11조 및 제12조에 따른 고속국도와 일반국도: 국토교통부장관
2. 제15조제2항에 따른 국가지원지방도(이하 "국가지원지방도"라 한다): 도지사·특별자치도지사(특별시, 광역시 또는 특별자치시 관할구역에 있는 구간은 해당 특별시장, 광역시장 또는 특별자치시장)
3. 그 밖의 도로: 해당 도로 노선을 지정한 행정청
② 제1항에도 불구하고 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도 또는 시의 관할구역에 있는 일반국도(우회국도 및 지정국도는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)와 지방도는 각각 다음 각 호의 구분에 따라 해당 시·도지사 또는 시장이 도로관리청이 된다.
1. 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도 관할구역의 동(洞) 지역에 있는 일반국도: 해당 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사
2. 특별자치시 관할구역의 동 지역에 있는 지방도: 해당 특별자치시장
3. 시 관할구역의 동 지역에 있는 일반국도 및 지방도: 해당 시장

14) 「하천법」
제27조(하천관리청의 하천공사 및 유지·보수) ① ~ ④ (생 략)
⑤ 하천공사와 하천의 유지·보수는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 하천관리청이 시행한다. 다만, 국가하천의 유지·보수는 홍수로 인한 재해의 방지와 수자원의 효율적인 운영을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 국토교통부장관이 고시하는 국가하천의 시설 및 구간을 제외하고 시·도지사가 시행한다.
1. 제방(호안 및 배수시설을 포함한다)
2. 저수로
3. 보
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 시설과 연계하여 관리할 필요가 있는 시설로서 대통령령으로 정하는 시설
⑥ ~ ⑩ (생 략)

판 례

이 사건 도로가 국도로서 「도로법」 제22조 제2항에 의하여 판시 무렵부터 서귀포시장이 관리청이 되었다 하더라도 이는 지방자치단체의 장인 서귀포시장이 피고 대한민국으로부터 그 관리업무를 위임받아 국가행정기관의 지위에서 집행하는 것이라 할 것이고 따라서 피고 대한민국은 이 사건 도로관리상의 하자로 인한 손해배상 책임을 면할 수 없다 할 것이므로 같은 취지의 원심판단은 정당하고 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다(대법원 1993. 1. 26. 선고 92다2684 판결례 참조).

나) 법령에 중앙행정기관의 장 권한으로 규정하고 있는 경우

법령에서 특정사무를 국가기관, 특히 중앙행정기관의 장이 처리하도록 규정하고 있는 경우 원칙적으로 그 사무는 국가사무이므로 조례제정의 대상이 되지 아니한다. 국가사무에 대해서는 조례를 규정할 수 없으므로 국가사무에 관한 사항을 규정한 조례는 위법·무효가 된다.

판 례

주택의 공급조건·방법·절차 등에 관한 사항은 건설교통부장관의 고유업무인 국가사무이고 「주택건설촉진법」 제50조, 같은 법 시행령 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 바가 없음에도 주택건설사업계획 승인대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택을 대상으로 하여 필요한 사항을 규정한 '전라북도 공동주택입주자보호를 위한 조례안'은 「지방자치법」 제15조 단서, 「주택건설촉진법」 제1조·제4조·제5조·제32조를 위반한 것으로 그 구체적 조항이 법령에 위반된 여부에 나아가 살펴볼 필요 없이 전체적으로 무효이다(대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결례 참조).

국가사무 여부를 판단함에 있어서 「지방자치법」 제15조[15]를 고려할 수 있다.

15) 「지방자치법」
제15조(국가사무의 처리 제한) 지방자치단체는 다음 각 호의 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다.
1. 외교, 국방, 사법(司法), 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무
2. 물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 할 필요가 있는 사무
3. 농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무

법령에서 특정사무를 중앙행정기관의 장이 처리하도록 규정하면서, 기관위임규정을 두고 있는 경우 그 사무는 국가사무임이 명백하므로 특별한 규정이 없으면 해당 사무에 대해서는 조례를 제정할 수 없고, 해당 사무에 관한 규율이 필요한 경우에는 해당 지방자치단체의 장이 규칙을 제정해야 한다.

판 례

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 제정범위에 속하지 않는다(대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결례 참조).

법령에서 일정한 사항을 '조례로 정한다'거나 '조례로 정할 수 있다'는 규정을 두고 있는 경우에는 그 사무가 국가사무나 자치사무의 어느 것에 해당되는지에 관계없이 조례를 제정할 수 있다.

「하천법」 제27조제5항에 따라 국가하천의 유지·보수 사무가 시·도지사에게 위임되어 있으나 같은 법 제37조제4항에 따르면 하천점용료의 금액 및 징수방법 등은 같은 법 시행령으로 정하는 범위 안에서 시·도의 조례로 정하도록 하고 있으므로[16] 해당 국가하천의 점용료에 관한 사항은 조례로 정하게 된다.

다) 법령에 국가와 지방자치단체의 사무로 규정하고 있는 경우

법령에서 사무 수행의 주체가 '지방자치단체'로 되어 있는 경우에는 원칙적으로 자치사무에 해당한다고 보아야 한다. 또한 개별 법령에서 일률적으로 지방자치단체

---

5. 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준을 통일하고 조정하여야 할 필요가 있는 사무
6. 우편, 철도 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무
7. 고도의 기술이 필요한 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술과 재정능력으로 감당하기 어려운 사무

16) 「하천법」
제37조(점용료등의 징수 및 감면) ① ~ ③ (생 략)
④ 제1항부터 제3항까지에 따른 점용료등과 변상금의 금액 및 징수방법 등은 대통령령으로 정하는 범위 안에서 그 하천관리청이 속하는 시·도의 조례로 정한다.
⑤ (생 략)

만을 사무 수행의 주체로 정하고 있는 경우는 많지 않고 '국가와 지방자치단체'를 사무 수행의 주체로 규정하는 경우가 많은데, 이렇게 법령에 국가와 지방자치단체를 사무 수행의 주체로 병렬적으로 규정하고 있는 경우에는 국가사무와 자치사무[17]의 두 성질을 모두 가진다고 볼 것이다. 이러한 경우 지방자치단체의 사무에 대해서는 조례로 규율할 수 있을 것이다.

법제처 해석례

어떤 사무가 자치사무인지 여부를 판단함에 있어서는 개별 법령의 규정형식을 우선적으로 고려하여야 할 것인바, 국가 또는 중앙행정기관의 장을 권한 주체로 정하고 있는 경우에는 원칙적으로 국가사무로 보고, 지방자치단체 또는 지방자치단체의 장을 권한 주체로 정하고 있는 경우에는 원칙적으로 자치사무로 보되, 그 외에도 해당 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리를 요구하는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 할 것입니다. 그런데, 이 사안의 경우 우선, 법령의 규정형식을 살펴보면, 지방대학인재법 제3조 및 제16조에서 지방대학 및 지역균형인재 육성지원과 관련된 책무와 지원의 주체로 국가와 지방자치단체를 병렬적으로 규정하고 있는바, 이러한 사무는 국가사무와 자치사무의 두 성질을 모두 갖는 사무에 해당하고, 이 경우 국가와 지방자치단체는 각자의 사무범위에 대해 고유한 권한을 갖는다고 할 것입니다(법제처 2015. 4. 30. 회신 15-0168 해석례).

법령에서 동일한 성질의 사무를 업종별·규모별로 일부는 중앙행정기관의 장이, 일부는 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 각각 국가사무와 자치사무로 보아야 할 것이다.

구 「도시가스사업법」에서는 가스도매사업허가는 산업통상자원부장관이 하고, 일반도시가스사업허가는 시·도지사가 하도록 하면서, 시·도지사로 하여금 지역별 가스공급시설의 공사계획을 수립·공고하고, 일반도시가스사업자의 가스공급규정을 승인하도록 하고 있는데,[18] 판례는 일반도시가스사업의 허가, 지역별 가스공급시설

17) 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무로서 단체위임사무로 볼 여지도 있어 보인다.

18) 구 「도시가스사업법」
제3조(사업의 허가) ①가스도매사업을 하고자 하는 자는 산업자원부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항중 산업자원부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.
② 일반도시가스사업을 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항중 산업자원부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

공사계획의 수립 · 공고, 일반도시가스사업자의 가스공급규정 승인은 자치사무로 보아야 한다고 판시했다.

판 례

「도시가스사업법」 제3조, 제9조, 제10조, 제11조, 제18조, 제18조의3, 제20조 등 관련 규정을 종합하면, 시 · 도지사의 지역별 가스공급시설의 공사계획 수립 · 공고나 도시가스의 요금 및 기타 공급조건에 관한 공급규정의 승인에 관한 사항은 「지방자치법」 제9조, 제35조 제1항 제11호에 의하여 법령에 의하여 지방자치단체의 사무에 속한 사항으로 조례로 제정할 수 있고, 일정한 경우 지방의회의 의결사항으로 할 수도 있다고 할 것이지 국가사무로 시 · 도지사에게 기관위임된 사무라고 할 것은 아니고, 같은 법 제18조의2, 제18조의4 제1항, 제20조 제3항, 제24조 제1항, 제2항, 제40조, 제40조의3, 제41조 제1항, 같은 법 시행령 제10조, 제11조, 제12조 등의 규정만으로 시 · 도지사가 가지는 지역별 가스공급시설의 공사계획 수립 · 공고나 도시가스의 요금 및 기타 공급조건에 관한 공급규정의 승인에 관한 업무의 성질이 달라지는 것은 아니다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결례 참조).

다. 광역 · 기초 지방자치단체 사무

「지방자치법」 제14조에서는 지방자치단체의 종류별 사무배분기준을 정하면서 시 · 도와 시 · 군 및 자치구는 사무를 처리할 때 서로 겹치지 않도록 하되, 사무가 서로 겹치면 시 · 군 및 자치구에서 먼저 처리하도록 하고 있으며, 같은 법 시행령 별표 1에서는 사무배분기준에 따른 지방자치단체의 종류별 사무를 예시하면서 다른 법령에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 다른 법령을 적용하도록 하고 있다.

제18조의3(가스공급시설 공사계획) ①시 · 도지사는 제18조제1항의 규정에 의하여 일반도시가스사업자가 제출한 가스공급계획을 기초로 하여 매년 3월말일까지 당해연도를 포함한 2년간의 지역별 가스공급시설의 공사계획을 수립하여 이를 공고해야 한다. 공고한 계획을 변경한 때에도 또한 같다.

제20조(가스의 공급규정) ①도시가스사업자는 가스의 요금 기타 공급조건에 관한 공급규정(이하 "공급규정"이라 한다)을 정하여 산업자원부장관 또는 시 · 도지사의 승인을 얻어야 한다. 승인을 얻은 사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

「지방자치법」

제14조(지방자치단체의 종류별 사무배분기준) ① 제13조에 따른 지방자치단체의 사무를 지방자치단체의 종류별로 배분하는 기준은 다음 각 호와 같다. 다만, 제13조제2항제1호의 사무는 각 지방자치단체에 공통된 사무로 한다.

1. 시·도
   가. 행정처리 결과가 2개 이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무
   나. 시·도 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무
   다. 지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무
   라. 국가와 시·군 및 자치구 사이의 연락·조정 등의 사무
   마. 시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기 어려운 사무
   바. 2개 이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설을 설치하고 관리하는 사무
2. 시·군 및 자치구 제1호에서 시·도가 처리하는 것으로 되어 있는 사무를 제외한 사무. 다만, 인구 50만 이상의 시에 대해서는 도가 처리하는 사무의 일부를 직접 처리하게 할 수 있다.

② 제1항의 배분기준에 따른 지방자치단체의 종류별 사무는 대통령령으로 정한다.

③ 시·도와 시·군 및 자치구는 사무를 처리할 때 서로 겹치지 아니하도록 하여야 하며, 사무가 서로 겹치면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.

기초지방자치단체가 광역지방자치단체의 사무에 대해서 조례를 규율한다면 기초지방자치단체의 소관 사무에 해당하지 않는 사무에 대해서 조례를 규율하는 것이므로 효력이 없다고 할 것이다. 광역지방자치단체가 기초지방자치단체의 사무에 대해서 조례를 규율하는 경우도 마찬가지다.

의견제시 사례

「건축법」 제80조제1항 단서 및 같은 조 제5항 단서에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임한 사항은 자치구의 경우에도 특별시나 광역시의 조례로 정하도록 한 것으로 보이므로, 부산광역시 조례로 정할 수 있을 뿐, 부산광역시 동구 조례로 정할 수 없는 것으로 보입니다(법제처 2017. 1. 26. 회신 17-0013 의견제시 사례).

의견제시 사례

「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 제23조제1항에서는 유해야생동물을 포획하려는 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 시장 · 군수 · 구청장의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제23조의2제1항에서는 시장 · 군수 · 구청장은 제23조제1항에 따라 유해야생동물의 포획허가를 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소할 수 있다고 규정하고 있는 바, 유해야생동물 포획에 관하여 허가를 비롯한 전반적인 정책 사항은 시장 · 군수 · 구청장의 소관사무인 것으로 보이고, 달리 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 등 관련 법령에서 경상남도조례안 제3조제2항과 같은 내용의 조례를 정할 수 있도록 정하거나 위임한 바도 없으므로 경상남도조례안 제3조제2항의 내용은 소관사무의 원칙에 위배되는 것으로 보입니다(법제처 2016. 3. 8. 회신 16-0038 의견제시 사례).

한편, 아래의 판례에 따르면 「지방자치법 시행령」 별표 1에는 시 · 군의 사무로 되어 있으나, 다른 법률에서 도의 사무로 되어 있는 경우 「지방자치법」 제13조제2항 단서에 따른 "법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다"는 규정에 따라 이는 도의 사무에 해당한다고 보았다.

판 례

재단법인이 운영하는 묘지 등의 허가는 도의 사무에 속한다는 점에서는 일치하지만, 종중 등이 설치하는 묘지 등의 허가 사무는 매장및묘지등에관한법률에 의하면 도의 사무에 속하고, 지방자치법 및 같은법시행령에 의하면 시 · 군의 사무에 속하는 것으로 서로 다르게 규정되어 있다. 그런데, 지방자치법시행령 제8조 단서는 "다른 법령에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있는바, 묘지 등의 설치허가에 관하여는 지방자치법과는 다르게 매장및묘지등에관한법률이 특별히 규정한 것으로 볼 수 있고, 매장및묘지등에관한법률이 지방자치법시행령보다 상위의 법규라는 점 등에 비추어 볼 때 종중 등이 설치하는 묘지 등의 허가사무도 매장및묘지등에관한법률 제8조에 의하여 도의 고유사무인 자치사무라고 해석할 것이다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95추32 판결례 참조).

또한, 광역지방자치단체의 사무가 기초지방자치단체의 장에게 위임된 경우 그 위임사무에 대하여 조례를 제정할 수 있다는 근거가 없는 이상 기초지방자치단체가 그 사무를 규율하는 조례를 제정할 수는 없을 것이다.

판 례

이 사건에서 경기도지사로부터 묘지 등 허가사무를 위임받은 주체는 지방자치단체인 양평군이 아니라 도의 하위 행정기관인 양평군수이고, 매장및묘지등에관한법률이나 위 경기도사무위임조례에 특별히 위임받은 기관인 시장 · 군수가 소속된 시 · 군의 조례로 사무처리에 관한 규정을 정할 수 있다는 위임근거 규정도 없기 때문에 양평군의회가 그 사무를 규율하는 조례를 제정할 수 없다고 할 것이다. 그러므로, 이 사건 조례안 제3조는 지방자치법 제15조 본문에 위반된다고 할 것이다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95추32 판결례 참조).

라. 교육감의 사무

「지방교육자치에 관한 법률」 제2조[19]에서는 지방자치단체의 교육 · 학예에 관한 사무를 광역지방자치단체의 사무로 규정하고 있다. 교육행정사무에 관한 의결기관은 지방의회[20]이고, 집행기관으로는 교육감이 설치되어 있다. 따라서 기초지방자치단체에서 조례로 교육 · 학예에 관한 사무 그 자체를 규율하는 것은 위법하다.

그러나 기초지방자치단체에서 교육 · 학예에 관한 사무 그 자체가 아닌 주민이나 학생의 복지 차원의 시책을 강구하는 것은 가능하다. 예를 들면, 중 · 고등학교 학생의 수업료 및 입학금 그 자체에 관한 사무는 광역지방자치단체(교육감)의 사무이지만, 주민들의 자녀의 수업료 및 입학금에 대한 지원을 통하여 부담을 경감시키는 것은 주민복지 및 청소년보호에 관한 사항으로서 각 지방자치단체의 사무로 볼 수 있다. 따라서 기초지방자치단체의 조례로 정할 수 있을 것이다.

19) 「지방교육자치에 관한 법률」
제2조(교육 · 학예사무의 관장) 지방자치단체의 교육 · 과학 · 기술 · 체육 그 밖의 학예(이하 "교육 · 학예"라 한다)에 관한 사무는 특별시 · 광역시 및 도(이하 "시 · 도"라 한다)의 사무로 한다.

20) 「지방교육자치에 관한 법률」이 개정(법률 제10046호, 2010. 2. 26. 공포 · 시행)되어 2014년 7월 1일부터 교육위원회와 교육의원 선거제도를 폐지하여 지방교육 자치사무의 의결기관을 지방의회의 상임위 차원으로 운영하도록 하였다. 다만, 제주특별자치도는 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따라 교육의원을 선출하고 있다.

판 례

수업료 · 입학금 그 자체에 관한 사무는 교육 · 학예에 관한 사무로서 지방자치단체 중 특별시 · 광역시 · 도의 사무에 해당하나, 수업료 · 입학금의 지원에 관한 사무는 학생 자녀를 둔 주민의 수업료 · 입학금 등에 관한 부담을 경감시킴으로써 청소년에 대한 기본적인 교육여건을 형성함과 동시에 청소년이 평등하게 교육을 받을 수 있도록 하는 것이므로, 이와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무인 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호에서 정한 주민의 복지증진에 관한 사무 중 주민복지에 관한 사업[(가)목] 및 노인 · 아동 · 심신장애인 · 청소년 및 부녀의 보호와 복지증진[(라)목]에 해당되는 사무이다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012추22 판결례 참조).

한편 판례는 교원의 지위에 관한 사항에 관한 사무를 국가사무로 보았다.

판 례

교원의 지위에 관한 사항은 법률로 정하여 전국적으로 통일적인 규율이 필요한 것이고 국가가 이를 위하여 상당한 경비를 부담하고 있으므로, 이에 관한 사무는 국가사무로 보아야 할 것이다. (중 략) 이 사건 조례안 제9조가 교원인사에 관한 사항을 심의하기 위하여 학교에 교원인사자문위원회를 두도록 하고 자문위원회의 자문결과에 대하여 학교의 장은 특별한 이유가 없는 한 이를 수용한다고 규정한 것은 국가사무에 관하여 법령의 위임 없이 조례로 정한 것으로 조례제정권의 한계를 벗어나 위법하다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016추5018 판결례 참조).

지방자치단체의 장도 그 권한에 속하지 않은 사무에 대해서는 규칙을 제정할 수 없다. 따라서 지방자치단체의 장은 교육감의 관할에 속하는 사항[21]에 대해서는 규칙을

21) 「지방교육자치에 관한 법률」
제20조(관장사무) 교육감은 교육 · 학예에 관한 다음 각 호의 사항에 관한 사무를 관장한다.
1. 조례안의 작성 및 제출에 관한 사항
2. 예산안의 편성 및 제출에 관한 사항
3. 결산서의 작성 및 제출에 관한 사항
4. 교육규칙의 제정에 관한 사항
5. 학교, 그 밖의 교육기관의 설치 · 이전 및 폐지에 관한 사항
6. 교육과정의 운영에 관한 사항
7. 과학 · 기술교육의 진흥에 관한 사항
8. 평생교육, 그 밖의 교육 · 학예진흥에 관한 사항
9. 학교체육 · 보건 및 학교환경정화에 관한 사항
10. 학생통학구역에 관한 사항
11. 교육 · 학예의 시설 · 설비 및 교구(敎具)에 관한 사항
12. 재산의 취득 · 처분에 관한 사항
13. 특별부과금 · 사용료 · 수수료 · 분담금 및 가입금에 관한 사항
14. 기채(起債) · 차입금 또는 예산 외의 의무부담에 관한 사항

발령할 수 없고, 교육감도 지방자치단체의 장의 관할에 속하는 사항에 대해서는 교육규칙을 제정할 수 없다. 다만, 해당 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 그 권한에 속하는 사무에 포함되므로 상위법령 또는 상위조례의 범위에서 규칙을 제정할 수 있다.

그리고 교육감은 교육·학예에 관한 행정사무를 독자적으로 관장하므로 지방자치단체의 일반 집행기관인 시·도지사가 교육감의 고유업무까지 관장하도록 하는 것은 교육감의 고유권한을 침해하는 것이어서 위법하다.

판 례

교육감은 도의 교육, 학예에 관한 사무를 고유적으로 분장하게 하기 위하여 설치한 특별지방행정기관인 집행기관으로서 교육, 학예에 관한 도의 사무 및 국가에서 위임한 교육, 학예에 관한 행정사무를 독자적으로 관장하도록 하고 있으므로, 지방자치단체의 일반 집행기관인 도지사가 위와 같은 교육감의 고유업무에 대한 행정불만처리사무까지 관장하도록 한 것은 위 법률 등에 규정된 교육감의 고유권한을 침해하는 것으로서 위법하다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결례 참조).

의견제시 사례

학교교과과정으로서의 문화예술교육 진흥과 무관한 문화예술단체에 대해서까지 사업비를 지원할 수 있도록 하는 것은, '문화예술분야 일반'에 대한 진흥에 관한 것으로서 교육감이 아닌 지방자치단체의 장의 권한에 속한다 할 것인바, 사안 조례안 제15조 역시 교육감의 권한 범위를 넘는 사항을 규정한 것이어서 위법하다고 판단됩니다(법제처 2013. 11. 21. 회신 13-0338 의견제시 사례).

15. 기금의 설치·운용에 관한 사항
16. 소속 국가공무원 및 지방공무원의 인사관리에 관한 사항
17. 그 밖에 당해 시·도의 교육·학예에 관한 사항과 위임된 사항

Q&A | 질의 · 답변

Q **광역지방자치단체 조례에서 규정하고 있는 사항과 관련하여 기초지방자치단체의 조례로 그 내용을 다르게 정하는 경우 「지방자치법」 제30조에 위반하는 것인지?**

A 「지방자치법」 제30조는 광역지방자치단체 자치법규의 기초지방자치단체 자치법규에 대한 효력우위의 원칙을 명시하고 있는데, 이는 기초지방자치단체의 모든 사무에 적용되는 것이 아니라 다음의 경우에 적용됨.

❶ 광역지방자치단체로부터 위임받은 사무
❷ 광역지방자치단체와 기초지방자치단체가 공동으로 수행하는 사무
❸ 법령에서 광역지방자치단체의 자치법규로 정하도록 규정한 사무와 관련된 기초지방자치단체의 사무

위와 같은 경우가 아니라면 기초지방자치단체의 자치법규는 광역지방자치단체의 자치법규와는 적용범위가 서로 다른 별개의 자치법규이므로 상하관계에 있다고 볼 수는 없으므로 이와 관련하여 광역지방자치단체 조례에서 규정하고 있는 사항과 관련하여 기초지방자치단체의 조례로 그 내용을 다르게 정하고 있다고 하여 「지방자치법」 제30조에 위반한다고 볼 수는 없음.

2. 법령 우위의 원칙

가. 의의

지방자치단체는 그 사무에 대하여 조례를 제정하는 경우에는 법령의 범위에서 제정해야 하고, 지방자치단체의 장이 그 권한에 속하는 사항에 대하여 규칙을 제정하는 경우에는 법령이나 조례의 범위에서 제정해야 한다(「지방자치법」 제28조 및 제29조, 「행정기본법」 제38조제1항).

나. '법령'의 범위

1) 일반론

"법령"이란 헌법, 법률, 대통령령, 총리령·부령뿐만 아니라 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규도 포함된다. 따라서 자치법규에서 한·미 FTA와 같은 조약을 위반하는 내용을 규정할 수는 없다.

판 례

'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(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결례 참조).

2) 행정규칙의 문제

가) 의의

중앙행정기관이 정립하는 규범 중에는 훈령 · 예규 등 소위, 행정규칙이 있다. 행정규칙은 일반적으로 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 그 조직이나 업무처리와 절차 · 기준 등에 관하여 발하는 일반적 · 추상적 규율이라고 정의되고 있다.[22]

행정규칙은 법령에서 인정한 직무권한 내에서 발하는 것이므로 특별한 법령의 수권(授權)을 요하지 아니하며, 특정한 행정목적의 필요한 범위 내에서 그 당연한 권능으로 제정할 수 있다.

훈령 · 예규 등 행정규칙의 발령절차는 법령과 달리 「행정절차법」 및 「지방자치법」에 따른 입법예고나 공포 등을 할 필요가 없고, 경우에 따라 「행정절차법」에 따른 행정예고의 대상이 될 수 있을 뿐이다.[23]

한편, 훈령 · 예규 등 행정규칙의 효력발생시기에 대하여 살펴보면, 훈령 · 지시 · 예규 등에 관한 문서는 결재권자가 해당 문서에 서명의 방식으로 결재함으로써 성립하고, 수신자에게 도달(전자문서의 경우는 수신자가 관리하거나 지정한 전자적 시스템 등에 입력되는 것을 말한다)됨으로써 효력을 발생하며, 공고문서는 그 문서에서 효력발생 시기를 구체적으로 밝히고 있지 않으면 그 고시 또는 공고 등이 있은 날부터 5일이 경과한 때에 효력이 발생한다(「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제6조).

---

22) 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제4조에서는 법규문서는 헌법 · 법률 · 대통령령 · 총리령 · 부령 · 조례 · 규칙 등에 관한 문서로, 지시문서는 훈령 · 지시 · 예규 · 일일명령 등 행정기관이 그 하급기관이나 소속 공무원에 대하여 일정한 사항을 지시하는 문서로, 공고문서는 고시 · 공고 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리는 문서로 정의하고 있다.

23) 「행정절차법」
제46조(행정예고) ① 행정청은 정책, 제도 및 계획(이하 "정책등"이라 한다)을 수립 · 시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고해야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다. 〈개정 2019. 12. 10.〉
1. 신속하게 국민의 권리를 보호하여야 하거나 예측이 어려운 특별한 사정이 발생하는 등 긴급한 사유로 예고가 현저히 곤란한 경우
2. 법령등의 단순한 집행을 위한 경우
3. 정책등의 내용이 국민의 권리 · 의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 정책등의 예고가 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 상당한 경우
② ~ ④ (생 략)

나) 행정규칙의 법규성 여부 및 법령에 포함 여부

판례는 행정규칙의 법규성을 원칙적으로 부정하나, 법령의 위임에 따라 발령되는 소위 '법령 보충적 행정규칙'에 대해서는 법규성을 인정하고 있다.

판 례

훈령이란 행정조직 내부에 있어서 그 권한의 행사를 지휘감독하기 위하여 발하는 행정명령으로서 훈련, 예규, 통첩, 지시, 고시, 각서등 그 사용명칭 여하에 불구하고 공법상의 법률관계 내부에서 준거할 준칙 등을 정하는데 그치고 대외적으로는 아무런 구속력도 가지는 것이 아니다(대법원 1983. 6. 14. 선고 83누54 판결례 참조).

헌재결정례

지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항에서 말하는 '행정자치부장관이 정하는 범위'라는 것은 '법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위'를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 이 조항 자체는 헌법 제117조 제1항에 위반되는 것이 아니다. 나아가 위 수당조항의 위임을 받아 만들어진 이 사건 지침부분은 비록 그 제정형식은 법규명령이 아닌 행정규칙이지만 그 내용으로 볼 때 그것이 상위법령의 위임한계, 즉 지급기준과 지급방법 등의 범위를 설정하도록 한 한계를 벗어난 것은 아니라고 인정되므로 이는 상위법령인 위 수당규정과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다(헌법재판소 2002. 10. 31. 결정 2002헌라2 결정례).

'법령 보충적 행정규칙'의 경우 그 법규성이 인정되고, 「지방자치법」 제28조제1항 본문에서의 법령에는 이러한 '법령 보충적 행정규칙'도 포함되는 것으로 볼 것이다. 따라서 중앙행정기관의 장이 발령하는 행정규칙 중 법령의 위임을 받아 발령되는 행정규칙에 위반되는 조례를 제정할 수 없다.

헌재결정례

법령의 직접적인 위임에 따라 위임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예고 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다(헌법재판소 1992. 6. 26. 결정 91헌마25 결정례).

다. '법령의 범위'의 의미

"법령의 범위"란 '그 상위법령에 위반되지 않는 범위'를 의미하며,[24] 조례가 법령에 위반되는지 여부는 법령과 조례의 각각의 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 양자 사이에 모순, 저촉이 있는지 여부에 따라서 개별적, 구체적으로 결정해야 한다.[25]

「지방자치법」

제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

② 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위 법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다.

제29조(규칙) 지방자치단체의 장은 법령 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

판 례

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(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결례 참조).

1) 조례에서 규율하려는 내용에 관한 법령이 없는 경우

조례에서 규율하려는 내용과 관련되는 법령이 없는 경우에는 우선 해당 사무가 지방자치단체의 자치사무나 단체위임사무인지를 확인해 보아야 할 것이다. 조례로 규율할 수 있는 사무라면 「지방자치법」과 같은 법령에 위반되지는 않는지, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 명확성의 원칙 등과 같은 법의 일반원칙에 위반되지는 않는지를 검토해 보아야 할 것이다.

24) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결례 참조, 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추51 판결례 등 참조
25) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002추16 판결례 참조, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결례 등 참조

조례에서 규율하려는 내용이 자치사무에 관한 것이라고 하더라도 인허가 제도 신설, 영업 취소·정지 등과 같은 침익적 행정분야와 각종 지원에 관한 급부행정분야를 구분해서 판단해야 할 것이다. 침익적 행정의 경우 법률에서 별도의 위임규정이 없다면 조례로 규율할 수 없을 것이나, 급부행정의 경우 상위법령에서 별다른 규정이 없다고 하더라도 자치사무의 경우라면 이에 관한 규정을 둘 수 있을 것이다.

의견제시 사례

해당 규정이 비록 권고의 형식이어서 이행 여부를 커피전문점이나 패스트푸드점 사업주의 의사에 맡겨둔 것과 같이 규정하고 있지만, 커피전문점이나 패스트푸드점의 영업신고 수리, 행정제재 등 영업 관련 권한을 가진 구청장이 모니터단을 구성·운영하여 그 모니터단을 통하여 권고사항을 지도·점검한다면 이러한 구청장의 의사표시는 공권력을 배경으로 하여 사실상의 강제력을 수반할 수 있으므로 이를 순수한 의미의 행정지도로 보아 허용되는 것으로 보기에는 무리가 있어 보입니다(법제처 2013. 7. 22. 회신 13-0213 의견제시 사례).

판 례

이 사건 조례안은 인천국제공항고속도로를 이용하는 지역주민에게 통행료를 지원하는 것을 주요 내용으로 하고 있는바, 위와 같이 지역주민에게 통행료를 지원하는 내용의 이 사건 사무는 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (가)목에 정한 주민복지에 관한 사업에 해당하여 지방자치단체의 고유의 자치사무라고 할 것이므로, 위 사무가 국가사무임을 전제로 하는 원고의 주장은 이유 없다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007추42 판결례 참조).

2) 조례에서 규율하려는 내용에 관한 법령이 있는 경우

조례에서 규율하려는 내용에 관한 법령이 있는 경우에는 법령과 조례 각각의 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 양자 사이에 모순, 저촉이 있는지의 여부를 검토해야 한다.

먼저, 조례에서 규율하려는 내용에 관한 법령이 있는 경우라도 법령과 조례의 목적이 다를 수 있으므로 조례와 법령의 목적이 다르고, 조례의 내용이 법령의 입법목적을 저해하지 않은 경우라면 조례에서 법령과 다른 별도의 규정을 두더라도 법령에 위반하는 것으로 볼 수는 없을 것이다.

다음으로, 조례의 목적과 취지가 법령의 목적과 취지와 같은 경우에도 법령 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는, 조례에서 대상자 선정의 기준·방법, 지원의 내용 등을 국가 법령에서 정하고 있는 사항과 다르게 규정하고 있다고 하더라도 법령에서 명시적으로 금지하고 있는 사항이 아니라면 이러한 조례 규정이 법령에 위반되는 것이라고 할 수는 없다.[26]

판 례

조례안의 내용은 생활유지의 능력이 없거나 생활이 어려운 자에게 보호를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성함으로써 구민의 사회복지의 향상에 기여함을 목적으로 하는 것으로서 생활보호법과 그 목적 및 취지를 같이 하는 것이나, 보호대상자 선정의 기준 및 방법, 보호의 내용을 생활보호법의 그것과는 다르게 규정함과 동시에 생활보호법 소정의 자활보호대상자 중에서 사실상 생계유지가 어려운 자에게 생활보호법과는 별도로 생계비를 지원하는 것을 그 내용으로 하는 것이라는 점에서 생활보호법과는 다른 점이 있고, 당해 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 실시해야 한다는 취지로는 보이지 아니하고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 할 것이므로, 당해 조례안의 내용이 생활보호법의 규정과 모순·저촉되는 것이라고 할 수 없다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결례 참조).

의견제시 사례

국가에서는 「세계무역기구협정의 이행에 관한 특별법」 제11조제2항과 「농산물의 생산자를 위한 직접지불제도 시행규정」에 근거하여 축산농가에 친환경안전축산직불금을 지급하고 있는데, 이 법령은 세계무역기구협정에서 허용되는 직불금에 관하여 그 내용을 규정한 것으로서 전국적으로 일률적으로 같은 명목으로 같은 액수의 직불금을 지급하도록 하기 위한 것이라거나 지방자치단체가 같은 명목의 직불금을 지급하는 것을 금지하기 위한 규정으로는 보이지 아니합니다. 따라서 지방자치단체가 관내 축산농가에 친환경안전축산직불금을 지급하는 것이 법령에 위반되는 것으로 보이지는 아니합니다(법제처 2013. 3. 29. 회신 13-0085 의견제시 사례).

26) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결례 참조

라. 광역지방자치단체 조례 · 규칙 우위의 원칙

「지방자치법」 제30조에서는 시 · 군 및 자치구의 조례나 규칙은 시 · 도의 조례나 규칙에 위반해서는 안 된다고 규정하여 광역지방자치단체 자치법규의 기초지방자치단체 자치법규에 대한 효력우위의 원칙을 명시하고 있다.

그러나 이는 기초지방자치단체의 모든 사무에 적용되는 것이 아니라 ① 광역지방자치단체로부터 위임받은 사무, ② 광역지방자치단체와 기초지방자치단체가 공동으로 수행하는 사무, ③ 법령에서 광역지방자치단체의 자치법규로 정하도록 규정한 사무와 관련된 기초지방자치단체의 자치법규는 각각 상급 지방자치단체의 자치법규를 위반해서는 안 된다는 의미로 보아야 하므로 이러한 경우가 아니라면 기초지방자치단체의 자치법규는 광역지방자치단체의 자치법규와는 적용범위가 서로 다른 별개의 자치법규이므로 상하관계에 있다고 볼 수는 없을 것이다.

의견제시 사례

그렇다면, 「지진재해대책법」 제21조제3항에서 시 · 군 · 구 지진 피해시설물 위험도 평가단 구성 · 운영에 관하여 조례로 정하도록 위임하면서 그 상한이나 기준 등에 대하여 정한 바가 없고, 시 · 군 · 구 지진 피해시설물 위험도 평가단 구성 · 운영은 자치구의 소관 사무로서 구조례로 정할 사항에 해당하는바, 지역본부장의 지위를 갖는 구청장이 지진 피해시설물 위험도 평가단 구성 · 운영에 관한 사항에 대하여 관악구의 조례로 지역실정을 반영한 합리적인 기준에 따라 자율적으로 정할 수 있다 할 것입니다(법제처 2013. 10. 10. 회신 13-0282 의견제시 사례).

의견제시 사례

「구강보건법」 및 「경상남도 노인 구강보건사업 지원 조례」에 따라 경상남도 도비지원사업으로 실시하는 어르신 틀니보급사업에 대하여 진주시가 노인의 틀니보급을 위한 세부계획을 수립하여 예산의 범위에서 틀니보급에 소요되는 비용(자부담포함)의 전부 또는 일부를 지원하는 것이 경상남도의 세부계획에 반한다거나 「경상남도 노인 구강보건사업 지원 조례」 제10조 및 「경상남도 보조금 관리조례」 제8조 등에서 규정한 기준보조율을 변경시키는 것이라면 「구강보건법」 제5조, 「지방자치법」 제24조 등에 위배되므로 이러한 내용을 조례로 제정할 수 없다고 할 것입니다(법제처 2011. 6. 3. 회신 11-0098 의견제시 사례).

Q&A | 질의 · 답변

Q **특정 내용에 대해 법령과 다르게 조례에 규정할 수 있는지?**

A 조례가 법령에 위반되는지 여부는 법령과 조례의 각각의 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 양자 사이에 모순 · 저촉이 있는지의 여부에 따라서 개별적 · 구체적으로 결정해야 함. 수익적 내용이면 법령에 근거가 없어도 조례로 정할 수 있으므로 법령에서 조례로 다르게 정할 수 없다고 규정하지 않으면 법령과 다르게 조례에 규정할 수 있는 여지가 많음. 침익적 내용이면 법률에서 위임받은 범위에서만 조례로 정할 수 있으므로 법령과 다르게 조례에 규정할 수 있는 여지가 거의 없음.[27]

27) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추51 판결례 참조, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결례 참조, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결례 참조

3. 법률 유보의 원칙

가. 의의

지방자치단체가 자치사무에 관하여 조례를 제정하는 경우에도 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다(「지방자치법」 제28조제1항 단서). 이러한 「지방자치법」 제28조제1항 단서 규정이 헌법 제117조제1항에서 법령의 범위 안에서 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 따라 제한될 수밖에 없기 때문에 합헌으로 보는 것이 타당할 것이며 판례도 같은 입장을 취하고 있다.

판 례

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 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다(대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결례 참조).

따라서 조례로 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하려는 경우 또는 벌칙을 정하려는 경우에는 법률의 위임이 있는지를 살펴보아야 하고, 법률의 위임이 없는 경우에는 필요성이 있다고 하더라도 조례로 인 · 허가, 등록, 신고 등을 신설하거나 정년제한, 의무사항 신설 등과 같은 주민의 권리 제한 및 의무 부과에 관한 사항을 규정해서는 안 된다. 다만, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 위임과는 달리 포괄적인 위임도 허용된다.

헌재결정례

조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다(헌법재판소 1995. 4. 20. 결정 92헌마264 결정례).

1) 법률 유보의 원칙을 위반한 것으로 본 사례

판 례

영유아보육법 제24조 제2항, 제4항은 지방자치단체가 설립한 공립보육시설은 법인 · 단체 또는 개인에게 위탁하여 운영할 수 있는바, 보육시설위탁 등에 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정하도록 하고 있고, 이에 따른 영유아보육법 시행규칙 제24조 제8항은 보육시설의 운영위탁에 관한 구체적인 사항은 공립보육시설의 경우 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있을 뿐이며, 영유아보육법이 보육시설종사자에 대하여 결격사유(제20조), 자격(제21조)에 대해서는 규정하고 있지만, 정년 등 연령에 관한 조항을 두고 있지 않으며 이를 지방자치단체의 조례에 위임하는 규정을 두고 있지 않다. 결국 이 사건 조례안 제17조 제3항은 법률의 위임 없이 권리 제한에 관한 사항을 규정하였다고 할 것이어서 그 효력을 인정할 수 없다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007추134 판결례 참조).

판 례

이 사건 자료제출 조례규정은 비록 도지사가 인사검증 대상자의 인사검증과 관련한 자료 등을 소관 위원회에 제출하도록 명시하고 있으나, 이는 사실상 인사검증 대상자인 출연기관 등의 장에 대하여 자료를 제출할 의무를 부과하고 있는 것으로 볼 수 있다. 나아가 이 사건 조례안 전체를 살펴보더라도 법률의 위임 없이 인사검증 대상자로 하여금 소관위원회에 출석하여 진술하도록 의무를 부과하고 있고(제7조 제3항), 필요한 경우 증인 또는 참고인도 소관위원회에 출석하는 것을 전제로 증언 · 진술을 하도록 의무를 정하고 있다(제7조 제4항). 그렇다면 이 사건 자료제출 조례규정은 법률의 위임 없이 주민의 의무부과에 관한 사항을 조례로 규정한 것이므로, 지방자치법 제22조 단서에 위반되어 허용되지 않는다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2014추644 판결례 참조).

의견제시 사례

「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 및 같은 법 시행령에서 규정하고 있는 배출시설의 설치허가 요건에 추가하여, 배출시설 설치허가 대상자를 1년 이상의 기간 동안 보은군에 주민등록이 되어 있는 자로 한정하고, 지역주민들을 대상으로 하는 사업설명회를 실시하고 주민 60퍼센트 이상의 동의를 받은 경우에만 배출시설을 설치할 수 있도록 조례에 규정하는 경우, 이는 법률의 위임 없이 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항을 정하는 것으로 「지방자치법」 제22조에 위배될 수 있으므로 조례 개정에 신중을 기하시기 바랍니다(법제처 2017. 4. 17. 회신 17-0070 의견제시 사례).

의견제시 사례

… 경기도에 주소를 둔 사업장을 운영하는 사업주는 산업재해 예방 및 노동안전보건을 위해 현장 안전관리책임자를 지정하도록 하고, 유해환경 작업 전 노동자 사전교육을 하도록 하며, 개인 안전관리 장비 지급 및 사고발생대비 보험을 가입하도록 하는 조치를 취하도록 노력해야 한다고 규정한 경기도조례안 제5조의 내용이 「산업안전보건법」에서 사업주의 의무로 규정한 사업주의 조치사항과 관계없는 별개의 사항이라면, 비록 그 내용이 "노력해야 한다"고 하여 선언적 · 권고적 형식으로 규정되어 있더라도 사실상 사업주로 하여금 조례에 따른 구체적인 조치를 취하도록 강제하는 것이 되어 법령의 위임 없이 조례로 주민의 의무를 규정하는 것이 될 수 있습니다. 따라서 경기도에 주소를 둔 사업장을 운영하는 사업주는 현장 안전관리책임자를 지정하도록 노력해야 한다는 등의 내용을 경기도조례안에 규정하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2017. 12. 8. 회신 17-0317 의견제시 사례).

2) 법률 유보의 원칙을 위반하지 않았다고 본 사례

판 례

살피건대, 법 제11조 제6항은 법 제11조 제1항에 의한 허가 등의 세부기준을 영으로 정하도록 하였고, 그 위임을 받은 영 제22조 [별표 2]에서 행위허가의 세부기준을 정하고 있는바, 위 세부기준에 의하더라도 '이해관계인의 보호 여부'를 허가 여부의 기준으로 들고 있지는 아니하다. 그러나 개발제한구역에서의 행위허가 여부는 행정청의 재량행위라 할 것이므로, 조례로 행정청의 재량행사의 준칙이 되는 기준을 정할 수 있다 할 것이고, 위 조례안 규정은 행위허가를 받는 자의 이익과 그로 인하여 피해를 입는 자의 손해를 비교 형량하여 이러한 사정도 행위허가 재량행사에 있어서 참작하여야 할 사유의 하나로 삼도록 하겠다는 취지에서 '이해관계인의 보호 여부'를 규정한 것으로 이해할 수 있으므로, 이를 가지고 법령에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2001추88 판결례 참조).

의견제시 사례

… 거창군 목재문화체험장의 체험료 할인이라는 혜택을 주기 위하여 할인대상자임을 확인할 목적으로 신분증 또는 증명서류를 제시하도록 하더라도, 할인대상자는 언제든지 그 할인의 혜택을 포기하고 원래의 체험료를 납부한 후 목재문화체험장을 이용할 수 있으므로, 거창군조례안에 따라 체험료 할인을 위하여 신분증 또는 증명서류를 제시하도록 하는 것이 「지방자치법」 제22조 단서에 따라 법률의 위임이 필요한 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항에 해당하는 것으로 보이지 않습니다. 따라서 「전자정부법」 제8조에도 불구하고, 거창군조례안에 목재문화체험장의 체험료 할인을 위하여 「장애인복지법」에 따라 등록된 장애인 등 할인대상자에게 신분증 또는 증명서류를 제시하도록 규정할 수 있는 것으로 보입니다(법제처 2017. 6. 22. 회신 17-0148 의견제시 사례).

법률에서 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있도록 위임하는 경우에는 권리·의무 관련 사항을 규율할 수 있을 것이나, 이 경우에도 법률의 위임범위를 넘어서는 아니 되므로 법률과의 관계를 신중히 검토해 보아야 할 것이다.

의견제시 사례

도시철도건설사업을 위한 토지의 지하부분 사용으로 인하여 해당 토지의 가격이 하락한 경우, 이를 추가로 보상하기 위해 「인천광역시 지하부분 토지사용에 관한 보상 조례」에 별도의 보상기준을 정하는 것은 도시철도법령 등에서 조례로 정하도록 위임한 범위를 벗어난 것으로 위법의 소지가 있으므로, 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2016. 9. 7. 회신 16-0237 의견제시 사례).

Q&A | 질의 · 답변

Q **조례로 주민 권리를 제한하거나 의무를 부과하려면 반드시 법률에 위임규정이 있어야 하는지?**

A 「지방자치법」 제28조제1항 단서에서는 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있음. 따라서 법률에 조례로 위임하는 규정이 있거나 법률에서 위임을 받은 하위법령에 조례로 재위임하는 규정이 있어야 조례에 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 내용을 규정할 수 있음. 주민에게 추상적인 노력의무나 책무를 부과하는 경우도 해당 내용을 사실상 강제하는 것이 될 수 있으므로 바람직하지 않음.[28)]

28) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2014추644 판결례 참조

4. 집행기관과 의결기관 간 견제와 균형의 원리

가. 의의

「지방자치법」은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체의 장의 사무집행을 감시 통제할 수 있고 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 지방의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있다.

따라서 법령에서 인정하고 있는 범위 내에서의 견제장치를 만드는 것은 가능하나, 법령에서 인정하고 있는 범위를 넘어 새로운 견제장치를 만들거나 법령에서 인정하고 있는 견제장치를 변경하는 것은 법령 위반으로서 허용될 수 없다.

집행기관과 의결기관 간 견제와 균형의 원리에 관한 판례를 정리해보면, ① 지방의회와 지방자치단체의 장은 각각 상대방이 침해할 수 없는 고유권한을 갖는다. ② 상대방의 고유권한에 대해서는 상호 견제의 범위 내에서만 관여할 수 있다. ③ 소극적 · 사후적 개입은 허용되지만 적극적 · 사전적 개입은 허용되지 않는다. ④ 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 허용되지 않는다는 입장을 가지고 있는 것으로 보인다.

나. 인사에 관한 권한

집행기관의 인사권은 판례가 대표적으로 집행기관의 고유권한에 속한다고 보는 권한으로 이러한 인사권은 매우 포괄적인 개념이다. 기본적으로 임면이나 위촉 · 해촉처럼 공무원이나 위원 신분의 발생 · 소멸에 관한 권한은 당연히 여기에 포함된다. 뿐만 아니라 신분 · 직위의 변경에 관한 권한, 예컨대 파견이나 징계에 관한 권한도 인사권의 범위에 포함된다고 볼 수 있다.

1) 임명 · 위촉 권한

고유권한 침해인지를 판단함에 있어서 대법원이 고려하는 요소로는 ① 지방의회의원의 개인 자격에서 관여하는지, ② 상위법령에서 부여한 권한을 제약하는지, ③ 사전적 · 적극적으로 개입하는지 등이 있다.

판 례

의회의 의결권과 집행기관에 대한 행정감사 및 조사권은 의결기관인 의회 자체의 권한이고 의회를 구성하는 의원 개개인의 권한이 아닌바, 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 의결과 안건의 심사 처리에 있어서 발의권, 질문권, 토론권 및 표결권을 가지며 의회가 행하는 지방자치단체사무에 대한 행정감사 및 조사에서 직접 감사 및 조사를 담당하여 시행하는 권능이 있으나, 이는 의회의 구성원으로서 의회의 권한행사를 담당하는 권능이지 의원 개인의 자격으로 가지는 권능이 아니므로 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 활동과 아무런 관련 없이 의원 개인의 자격에서 집행기관의 사무집행에 간섭할 권한이 없으며, 이러한 권한은 법이 규정하는 의회의 권한 밖의 일로서 집행기관과의 권한한계를 침해하는 것이어서 허용될 수 없다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결례 참조).

판 례

상위 법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명 · 위촉권한을 부여하면서도 임명 · 위촉권의 행사에 대한 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한, 당해 법령에 의한 임명 · 위촉권은 지방자치단체의 장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 한다. 따라서 하위 법규인 조례로써는 지방자치단체의 장의 임명 · 위촉권을 제약할 수 없고, 지방의회의 지방자치단체 사무에 대한 비판, 감시, 통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로 위와 같은 제약을 규정하는 조례를 제정할 수도 없다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2014추644 판결례 참조).

판 례

지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분립되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되나, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적 · 사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2013추111 판결례 참조).

가) 의원 개인 자격

지방의회의원의 개인 자격으로 집행기관의 인사권 행사에 관여하는 것은 허용되지 않는다. 의회의 의결권과 집행기관에 대한 행정감사 및 조사권은 의결기관인 의회 자체의 권한이고 의회를 구성하는 의원 개개인의 권한이 아닌바, 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 의결과 안건의 심사 처리에 있어서 발의권, 질문권, 토론권 및 표결권을 가지며 의회가 행하는 지방자치단체사무에 대한 행정감사 및 조사에서 직접 감사 및 조사를 담당하여 시행하는 권능이 있으나, 이는 의회의 구성원으로서 의회의 권한 행사를 담당하는 권능이지 의원 개인의 자격으로 가지는 권능이 아니기 때문이다.[29]

이는 지방의회의 의장의 경우에도 마찬가지이다. 지방의회의 의장은 의회를 대표하고 의사(意思)를 정리하며, 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하는 직무를 가진다. 여기에서 의회를 대표한다 함은 조직적, 의전적인 의미에서 의회를 대표한다는 것이지, 지방의회의 의사를 대표할 수 있다는 것은 아니고, 지방의회의 의장은 위와 같은 지위를 제외하고는 의원 개인과 동일한 지위를 가진다. 따라서 집행기관의 인사권에 의장 개인의 자격으로는 관여할 수 있는 권한이 없다.

판 례

이 사건 조례안 제9조 제1항은 도의회 의장에게 위원 일부의 위촉권을 주고 있는 바, 지방의회의원은 지방자치법상 지방의회의 구성원으로서의 지위를 가지고, 정치적으로는 자치구역 주민 대표자로서의 지위를 가지며, 지방의회의원 개인으로서는 발의권, 질문권, 토론권, 표결권, 원구성선거권등을 가진다고 할 것이고, 집행기관을 비판, 감시, 견제하기 위한 의결권, 승인권, 동의권등은 의결기관인 지방의회에 있는 것이고 의원개인에게 있는 것이 아니고, 지방의회 의장은 의회를 대표하고 의사를 정리하며, 회의장내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독하는 직무를 가지는 것이나(지방자치법 제43조), 여기에서 의회를 대표한다 함은 조직적, 의전적인 의미에서 의회를 대표한다는 것이지, 지방의회의 의사를 대표할 수 있다는 것은 아니다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결례 참조).

이처럼 지방의회의 의장 또는 의원의 개인 자격에서 집행기관의 인사권에 관여하는 것은 허용되지 않는다. 이 때 적극적으로 개입하는지, 소극적으로 개입하는지에

29) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결례 참조

따라 달라지는 것은 아니다. 애당초 지방의회의 구성원이 아닌 개인의 지위에서는 권한을 행사할 수 없기 때문이다.

판례도 특별한 규정이 없는 한 「지방자치법」이 규정하고 있는 지방자치단체의 집행기관과 지방의회의 고유권한을 조례로 침해할 수 없고, 나아가 지방의회가 지방자치단체의 장의 고유권한이 아닌 사항에 대해 그 사무집행에 관한 권한을 본질적으로 침해하는 것은 「지방자치법」의 관련 규정에 위반되어 허용될 수 없다고 판시하고 있다.[30]

또한, 판례는 조례에 의해 설치된 행정조직(기관)이고 일정한 독립성을 갖는다고 하더라도, 조직구성원의 인사권은 지방자치단체의 장에게 속한다고 판단하고 있다. 왜냐하면, 그 구성원은 집행기관 소속으로 볼 수밖에 없고 그 활동에 대한 책임도 집행기관의 장이 질 수밖에 없기 때문이다.[31] 따라서 조례에 의해 비로소 창설된 임명·위촉권한에 대해서도 지방의회의원 개인 자격에서 관여하는 것은 허용되지 않을 것이다.

나) 지방의회의원 중에서 위원 위촉

자문위원회 위원을 지방의회의원 중에서 위촉하도록 하는 조례는 지방의회의 의장 또는 의원이 개인 자격에서 인사권한에 개입하는 것과는 구별되는 문제이다.

자문위원회 위원 대상자의 자격을 지방의회의원으로 제한하는 경우에는 대상자의 자격이 제한된다는 점에서만 일반적·추상적으로 지방자치단체의 장의 위촉권한이 제한될 뿐 ① 의장이나 특정한 의원이 지방자치단체의 장의 개별적·구체적인 위촉권 행사 시 관여하지 않고, ② 지방의회의원 중 누구를 자문위원회 위원으로 위촉할지에 관해서는 지방자치단체의 장에게 결정권한이 있기 때문이다. 즉, 지방자치단체의 장이 지방의회의원 중에서 자문위원회 위원을 위촉하도록 하여, 그 결과 지방자치단체의 장이 위촉한 지방의회의원이 위원회에 참여하는 것은, 개인 자격에서 지방자치단체의 장의 고유권한 행사에 관여하는 것이 아니다.[32]

---

30) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결례 참조

31) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결례 참조, 법제처 2015. 3. 25. 회신 15-0069 의견제시 사례

따라서 지방자치단체의 장이 위원으로 위촉할 수 있는 여러 대상의 하나로서 지방의회의원을 자치법규에 규정하는 것은 지방의회의원 개인 자격에서 지방자치단체의 장의 인사권 행사에 개입하는 것이 아니라면 가능할 것이다.

판 례

집행기관 구성원의 전부 또는 일부를 지방의회가 임면하도록 하는 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것이어서 원칙적으로 허용되지 아니하지만, 이 사건 조례안 규정에서 민간위탁적격자심사위원회의 위원장과 부위원장 각 1인을 포함한 6 내지 9명의 위원 중 2명을 시의원 중에서 위촉하도록 정한 것은 상호 견제와 균형의 원칙에 입각한 집행기관과 의결기관과의 권한 분리 및 배분의 범위 등에 비추어 볼 때, 집행기관의 인사권에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방자치법이 정하고 있는 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위 안에 포함되어 허용된다고 봄이 타당하다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2011추87 판결례 참조).

다) 지방의회의 위원 추천

자문위원회 위원 일부를 지방의회가 추천한 사람 중에서 위촉할 수 있도록 하는 것은 지방자치단체 장의 자문위원회 위원 위촉에 관한 고유권한을 침해하는 것이 아니므로 가능할 것이다. 다만, 이 경우에도 지방의회의 의장이 지방의회의 의사를 대표하는 것은 아니므로 지방의회의 의장이 아니라 지방의회에서 자문위원회 위원이 될 의원을 추천하도록 하는 것이 적절할 것이다.

의견제시 사례

위촉위원 모두에 대해 청주시의회의 관여를 규정하고 있는 것은 아니며, 시의회에서 추천하는 시의원은 시장이 위원으로 위촉할 수 있는 대상 중에 하나일 뿐으로 시장이 시의회가 추천하는 시의원을 반드시 위원회 위원으로 위촉할 필요는 없는 것으로 보이므로, 청주시조례안 제11조 제3항제1호가 지방자치단체의 장인 시장의 위원회위원 위촉에 관한 고유 권한을 침해하는 것으로 보기 어렵습니다(법제처 2022. 4. 27. 회신 22-0104 의견제시 사례).

32) 다만, 지방자치단체 사무에 대하여 지방의회에서 감사권 및 조사권 등을 갖고 있음을 고려해보면, 사무의 집행단계에서 지방의회의원이 위원회 위원으로서 심의에 참여할 필요가 있는지에 대해서는 신중한 검토가 필요하다.

라) 전속적 권한에 대한 제한

상위법령에 의하여 지방자치단체의 장에게 전속적으로 임명·위촉권한이 부여되었다면 이를 제약하는 조례는 제정할 수 없다. 여기에서 핵심적인 부분은 '전속적으로' 권한이 부여되어야 한다는 점이다. 판례에 따르면, 상위법령에서 ① 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명·위촉권한을 부여하면서도, ② 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있지 않고, ③ 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 않으면, 전속적으로 임명·위촉권이 지방자치단체의 장에게 부여된 것이다. 그러므로 조례가 아니라 상위법령에서 임명·위촉권한을 지방자치단체의 장에게 부여했더라도, 상위법령에서 임명·위촉권의 견제나 제약을 규정하거나 이에 관한 사항을 조례에 위임했다면 전속적인 권한이라고 할 수 없다.

판 례

지방자치단체의 장의 기관구성원 임명·위촉권한이 조례에 의하여 비로소 부여되는 경우는 조례에 의하여 지방자치단체의 장의 임명권한에 견제나 제한을 가하는 규정을 둘 수 있다고 할 것이나 상위법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명·위촉권한을 부여하면서도 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 지방자치단체의 장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 할 것이어서 하위 법규인 조례로써는 지방자치단체의 장의 임명·위촉권을 제약할 수 없다 할 것이고 지방의회의 지방자치단체 사무에 대한 비판, 감시, 통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로 위와 같은 제약을 규정하는 조례를 제정할 수도 없다(대법원 1993. 2. 9. 선고 92추93 판결례 참조).

이러한 법리는 법령과 조례 사이의 상하관계로 설명될 수 있다. 상위법령에 근거해 지방자치단체의 장이 전속적으로 임명·위촉권한을 갖게 되었다면, 하위법규인 조례로 이를 제약하는 것은 결국 법령위반이다. 따라서 이 경우에는 지방의회의 동의를 요구하는 것과 같이 지방의회가 임명·위촉권한 행사를 견제할 수 있도록 하는 장치를 조례로 만들 수 없다.

지방의회의 동의를 요구하는 것뿐만 아니라, 인사청문회 등을 통해 인사권 행사에 관한 지방의회의 의견을 제시하는 것도 허용되지 않는다.[33] 그러므로 상위법령에서 임명·위촉권한을 부여했다면 전속적 권한이 아니어야 적극적이든 소극적이든 지방

의회의 견제장치를 조례로 창설할 수 있다. 그리고 전속적 권한이 아니라고 해도 조례로 지방의회의 견제장치를 창설하는 데에 대한 근거가 법령에 있어야 한다. 따라서 임명·위촉권한의 근거가 상위법령에 있는 경우에는 지방의회 개입의 근거도 상위법령에 있어야만 조례로 견제장치를 도입하는 것이 가능하다.

판 례

원고의 전속적 권한인 지방공기업 사장인 전북개발공사 사장과 지방공사 전라북도의료원(군산, 남원) 각 원장에 대한 임명권의 행사에 앞서 미리 피고의 인사청문회를 거치도록 한 이 사건 조례안의 관계 규정은 비록 원고가 인사청문회를 실시하고 제시한 피고의 후보자들에 대한 의견에 기속되는 것은 아니라고 하더라도 위 사장과 위 각 원장에 대한 행정적 감독책임을 궁극적으로 원고가 지게 되는 것임에 비추어 볼 때 원고의 위 사장과 위 각 원장에 대한 임명권에 대한 견제나 제약에 해당한다고 할 것이어서 지방공기업법 제58조 제2항 본문, 지방공기업법시행령 제56조 제1항에 위반되고, 따라서 지방자치법 제15조에도 위반된다고 할 것이다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결례 참조).

한편, 지방의회가 집행기관의 인사권에 "사전에 적극적으로" 개입하는 것은 허용되지 않지만, "사후에 소극적으로" 개입하는 것은 적법한 견제권한 내의 것으로 허용된다. 다만, 주의할 것은 이 경우는 어디까지나 상위법령에서 전속적으로 집행기관에 인사권을 부여하지 않은 때에만 허용된다는 것이다. 따라서 상위법령에서 전속적으로 권한을 위임한 경우에는 소극적인 개입도 허용되지 않는다고 보아야 한다.

33) 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체가 설립한 지방공기업 등의 대표에 대한 임명권의 행사에 앞서 지방의회의 인사청문회를 거치도록 한 조례안이 지방자치단체의 장의 임명권에 대한 견제나 제약에 해당한다는 이유로 법령에 위반된다고 본 사례(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결례 참조), 또한 비록 사후적 인사검증 절차를 규정하고 있기는 하나, 그 제도의 취지와 목적이 원고가 임명하는 출연기관 등의 장에 대한 문제점을 지적하려는 데 있으므로, 그 효과 측면에서는 법령의 위임 없이 허용되지 않는 사전(事前) 인사청문 절차를 거치도록 한 것과 실질적으로 동일하다고 볼 수 있다고 본 사례(대법원 2017. 12. 13. 선고 2014추644 판결례 참조)가 있다.

판 례

이 사건 조례안 제57조는 원고가 산하 기관장을 임명하고 난 후에 소관 상임위원회에서 그 산하기관장의 경영능력 등에 관한 검증보고서를 작성하여 원고에게 제출하도록 하고 있을 뿐 원고가 검증보고서의 내용에 기속되거나 그에 따라 어떠한 조치를 취해야 하는 것도 아니므로, 원고의 인사권에 관하여 견제의 범위 내에서 소극적 · 사후적으로 개입하는 것에 불과하여 집행기관의 인사권을 침해한다고 볼 수 없다(대법원 2012. 12. 26. 선고 2012추91 판결례 참조).

판례에 따르면, 지방의회에서 추천한 사람을 반드시 위촉하도록 하는 경우에는 인사권에 대한 적극적인 개입으로서 허용되지 않지만, 동의는 소극적인 개입으로서 허용된다. 결국 적극적 개입인지 소극적 개입인지 여부는 인사권 행사의 주도권을 누가 갖느냐의 문제이다. 지방의회에 추천권을 부여하면, 지방자치단체의 장의 임명 · 위촉권한은 실질적으로는 지방의회가 추천한 인사에 대한 거부권에 불과한 것이 되고, 인사의 주도권은 지방의회가 갖게 된다.

2) 파견, 징계에 관한 권한

「지방자치법」 및 「지방공무원법」에 따라 지방의회의 사무직원을 제외한 지방공무원의 파견에 관한 권한은 임용권자인 지방자치단체의 장에게 부여되어 있고(「지방자치법」 제118조 및 「지방공무원법」 제6조 · 제30조의4), 이는 임용권의 일부를 이룬다.[34] 대법원은 지방자치단체 소속 지방공무원의 파견에 관한 권한 역시 지방자치단체의 장의 고유권한이라고 판시하였다.[35]

그리고 대법원은 지방의회가 징계나 문책에 관여하는 것은 그 태양(態樣)이나 정도가 사실상의 압력에 불과할지라도 허용되지 않는 것으로 판단하고 있다. 지방의회의 징계나 문책 요구는 다른 종류의 인사권과 비교하면 지방자치단체의 장에 대한 견제장치로서의 성격을 강하게 가지고 있기 때문으로 보인다. 지방자치단체의 장의 지휘 · 감독 하에 있는 공무원의 과오에 대하여 책임을 묻고자 하는 것이고, 이는 결국 임용권자인 지방자치단체의 장의 책임으로 귀결되기 때문이다. 따라서 법령에 의해 주어

34) 임용권은 임명, 휴직, 면직, 징계를 하는 권한을 포괄하는 개념이다(「지방공무원법」 제6조제1항 참조).
35) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000추67 판결례 참조

진 범위 내에서만 집행기관을 견제할 수 있고 새로운 견제장치를 만들 수 없다는 법리에 따르면, 지방의회가 징계나 문책에 관여하는 수단을 만드는 것은 새로운 견제장치로서 허용될 수 없는 것이다.

판 례

조례안에서 지방자치단체의 장이 재단법인 광주비엔날레의 업무수행을 지원하기 위하여 소속 지방공무원을 위 재단법인에 파견함에 있어 그 파견기관과 인원을 정하여 지방의회의 동의를 얻도록 하고, 이미 위 재단법인에 파견된 소속 지방공무원에 대하여는 조례안이 조례로서 시행된 후 최초로 개회되는 지방의회에서 동의를 얻도록 규정하고 있는 경우, 그 조례안 규정은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 소속 지방공무원에 대한 임용권 행사에 대하여 지방의회가 동의 절차를 통하여 단순한 견제의 범위를 넘어 적극적으로 관여하는 것을 허용하고 있다는 이유로 법령에 위반된다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000추67 판결례 참조).

판 례

지방의회로 하여금 시정뿐만 아니라 관계자의 문책 등까지 요구할 수 있도록 한 개정조례안은 지방의회가 법령에 의하여 주어진 권한의 범위를 넘어 집행기관의 행정작용에 대하여 직접 간섭하는 것으로서 법령에 없는 새로운 견제장치를 만드는 것이 되어 결국 상위법령인 지방자치법시행령 제19조 제2항에 위반된다(대법원 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결례 참조).

다. 예산편성 · 집행권

「지방자치법」 제47조제1항제2호 및 제142조제1항에서는 예산편성권을 지방자치단체의 장에게, 예산의 심의 · 확정권을 지방의회에 각각 부여하여 예산에 관한 권한을 지방자치단체의 장과 지방의회에 배분하고 있다. 지방의회는 지방자치단체의 장의 동의 없이는 지출예산 각 항의 금액을 증가하거나 새로운 비용항목을 설치할 수 없다(「지방자치법」 제142조제3항).

따라서 예산편성을 강제하는 것과 같이 예산편성권을 실체적으로 제약하는 자치법규의 경우에는 지방자치단체의 장의 전속적인 권한을 침해하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 다만, 판례는 예산낭비 사례 등을 공개하도록 하고 예산성과금의 지급한도를 제한하는 자치법규의 경우에는 지방자치단체의 장의 예산집행 등에 관한 권한을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다고 판시했다.

판 례

법령상 지방자치단체의 장에게 예산안 편성 또는 국 · 시비보조금의 예산계상 신청 등의 사무에 관한 집행권한을 부여하면서도 그 권한행사에 대한 의회의 사전 의결 또는 사후 승인을 받도록 하는 등의 권한행사를 견제 · 제한하는 규정을 두거나 그러한 내용의 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한, 하위법규인 조례로써는 지방자치단체의 장의 예산안 편성권 또는 국 · 시비보조금의 예산계상 신청권을 본질적으로 제약하는 내용의 규정을 할 수 없고, 이러한 내용의 조례가 제정되었다면 이는 지방자치법에 위배된다(대법원 1996. 5. 10. 선고 95추87 판결례 참조).

의견제시 사례

군수가 학교급식 지원계획에 따라 학교급식 경비를 지원할지 여부는 「학교급식법」 제8조제4항에 따라 지방자치단체의 장에게 부여된 재량이라고 할 것이고, 「지방자치법」 제39조제1항제2호 및 제127조제1항에서는 예산편성권을 지방자치단체의 장에게, 예산의 심의 · 확정권을 지방의회에 각각 부여하여 예산에 관한 권한을 지방자치단체의 장과 지방의회에 배분하고 있으며, 「학교급식법」에서도 지방자치단체의 장의 예산안 편성권에 대한 견제나 제약을 할 수 있는 규정을 두고 있지 않은 점에 비추어 볼 때, "군수는 학교급식 지원계획에 따른 필요경비를 다음 연도 예산에 반영해야 한다"는 규정은 지방자치단체의 장의 전속적인 권한인 예산 편성권을 사전적으로 제한하는 것으로 보인다 할 것이어서 위법한 것으로 보입니다(법제처 2015. 6. 26. 회신 15-0159 의견제시 사례).

판 례

예산낭비 사례 등을 공개하도록 하고 예산성과금의 지급 한도를 제한하는 내용의 '서울특별시 서초구 예산절감 및 낭비사례 공개에 관한 조례안'에 대하여 구청장이 지방자치법에 위배된다는 이유 등으로 재의를 요구하였으나 구의회가 원안대로 재의결한 사안에서, 위 조례안 제2조 제3호에서 정한 예산낭비에 관한 정의가 불명확하다거나 예산낭비의 해당성 여부가 전적으로 지방의회의 추상적 가치판단에 따라 정해진다고 보기 어렵고, 예산낭비사례 공개 부분 조례안은 관계 법령에서 부여한 지방자치단체의 예산집행 등에 관한 지방의회의 감시 통제권의 일환으로 예산낭비사례를 공개하라는 것에 불과하여 지방자치법 제22조에서 정하고 있는 법령의 범위 내의 규정이므로 지방자치단체의 장의 예산집행 등에 관한 권한을 본질적으로 침해한다고 할 수 없으며, 지방의회는 지방자체단체 예산의 수입과 집행에 대하여 폭넓은 견제 권한을 가지는 점 등에 비추어 예산성과금 지급 부분 조례안이 비록 지방재정법령에서 정한 공무원에 대한 지출절약에 따른 예산성과금의 상한액을 제한하였다고 하여 지방재정법령에 위배된다거나 지방자치단체의 장의 예산성과금 지급에 관한 권한을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013추67 판결례 참조).

라. 지방자치단체의 장의 전속적 권한에 대한 지방의회의 발의권

현행 법률에서는 조례안의 제안권이 ① 지방자치단체의 장과 ② 조례로 정하는 수 이상의 지방의회의원에게 있다(「지방자치법」 제76조제1항)고 규정하고 있어 발의 대상에 대해서 제한하는 규정을 두고 있지는 않다. 그런데 대법원은 행정기구 설치를 위한 조례안 제안권은 오로지 지방자치단체의 장에게만 있다고 판시하고 있다. 이에 따르면, 지방자치단체의 장은 "지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 위임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유한 권한과 이를 위한 조례안의 제안권"을 가지는 반면, 지방의회는 "지방자치단체의 장의 행정기구의 설치권한을 견제하도록 하기 위하여 지방자치단체의 장이 조례안으로서 제안한 행정기구의 축소, 통폐합의 권한"을 가진다고 한다. 행정기구 설치에 관한 권한 그 자체뿐만 아니라 이를 위한 조례안 제안권도 지방자치단체 장의 고유권한이라고 이해하는 것이다.

판 례

지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분립되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되나, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니한다. (중 략) 이에 더하여, 지방자치법 제116조에 그 설치의 근거가 마련된 합의제 행정기관은 지방자치단체의 장이 통할하여 관리·집행하는 지방자치단체의 사무를 일부 분담하여 수행하는 기관으로서 그 사무를 독립하여 수행한다 할지라도 이는 어디까지나 집행기관에 속하는 것이지 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, 행정기구규정 제3조 제1항의 규정에 비추어 지방자치단체의 장은 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여 조직편성권을 가진다고 해석되는 점을 종합해 보면, 지방자치단체의 장은 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다고 봄이 타당하므로, 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 위 관련 법령에 위반되어 허용되지 아니한다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2013추111 판결례 참조).

그러므로 행정기구를 설치하는 조례를 제정하고자 할 때에는 지방자치단체의 장만이 조례안 발의권을 가질 뿐만 아니라, 지방의회의 수정조례안 의결은 지방자치단체의 장이 조례안으로서 제안한 행정기구의 축소, 통폐합에 한해서만 가능하다.

지방자치단체의 장에게 행정기구 설치에 관한 조례안 제안권을 배타적으로 인정하는 위와 같은 법리는 지방자치단체의 장의 고유권한에 관한 일반론으로부터 바로 도출되는 것이 아니라 별도의 법령상 근거에 의해 뒷받침된다. 판례는 구「지방자치법」제101조, 제103조, 제112조, 제127조,「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」제5조,[36] 제7조, 제36조제2항을 근거로 제시하고 있다.「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」제36조제2항에서는 "지방의회는 지방자치단체의 장이 제안한 기구와 정원에 관한 조례안을 의결할 때 지방행정조직의 합리적 운용과 건전한 재정운영을 위하여 기구를 축소하거나 기구를 하나로 묶어서 합치거나 폐지하여 합치는 것, 정원을 감축하는 것을 의결할 수 있다."고 규정하고 있다.

판례에서 지방자치단체의 장의 전속적인 권한으로 인정하고 있는 것은 인사, 행정기구 설치, 예산편성권한 등에 관한 것들이다. 판례는 행정기구 설치에 대해서는 지방의회의 발의권이 제한된다고 판시하고 있으나, 인사나 예산편성에 관한 조례를 지방의회에서 발의할 수 없는지에 대하여는 명확한 판례가 존재하는 것은 아니다. 다만, 판례는 "지방자치단체의 장은 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다"(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결례 참조)고 하여 지방자치단체의 장의 고유권한에는 관련되는 조례안의 제안권도 포함되는 것으로 보고 있으므로, 인사나 예산편성과 같이 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 내용에 대해서는 지방자치단체의 장이 조례안을 발의하도록 하는 것이 더 바람직하다.

---

36)「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」
제5조(기구의 설치시 고려사항) ① 지방자치단체의 장이 기구를 설치하거나 개편하려는 때에는 다음 각 호의 사항을 고려해야 한다.
1. 기구의 목적과 기능의 명확성 · 독자성 · 계속성
2. 기구가 수행하여야 할 사무 또는 사업의 성질과 양에 따른 규모의 적정성
3. 규모와 기능이 유사한 다른 기관과의 균형성
4. 주민편의, 행정능률 등을 고려한 효율성
5. 통솔범위, 기능의 중복유무 등 기구의 능률성
6. 사무의 위탁가능성
② 지방자치단체는 위탁이 가능한 사무나 지방공사 · 지방공단 · 지방자치단체조합이나 행정협의회의 설립을 통하여 보다 효율적으로 추진할 수 있는 사무에 대하여는 기구를 설치하여서는 아니 된다.
③「지방자치법 시행령」제78조에 따라 설치되는 자문기관에는 상설의 사무처나 사무국, 과, 담당관을 둘 수 없다.

의견제시 사례

판례에서는 행정기관을 설치할 권한을 지방자치단체의 장의 고유한 권한으로 보면서 지방자치단체의 장은 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다고 봄이 상당하므로, 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 관련 법령에 위반되어 허용되지 않는다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결)고 판시하고 있는 취지를 고려해 볼 때, 남동구 조례안처럼 무기계약근로자의 채용과 같은 지방자치단체의 장의 전속적인 권한과 관련되는 내용을 규정하는 조례안의 경우라면 지방자치단체의 장이 발의하는 것이 더 바람직하다 할 것입니다(법제처 2013. 9. 6. 회신 13-0257 의견제시 사례).

5. 법의 일반원칙

지방자치단체에서 자치법규를 입안할 때 소관사무에 대하여 법령에 위배되지 않아야 할 뿐만 아니라 헌법이나 법의 일반원칙도 준수해야 한다. 법의 일반원칙에 위반되는 자치법규는 위헌 또는 위법한 자치법규로서 무효가 될 수 있기 때문이다.

가. 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)

헌법 제37조제2항에서는 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."라고 규정하고 있다. 이는 국민의 기본권을 제한하는 입법은 반드시 법률의 형식으로 정해야 한다는 수권(授權) 규정이자 법률로 국민의 기본권을 제한하더라도 국가가 반드시 준수해야 할 한계를 선언한 것이다.[37] 이러한 비례의 원칙은 법령의 위임을 받아 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례를 제정할 때 특히 고려해야 할 원칙이다.

37) 헌법 원리인 비례의 원칙이 모든 행정 영역에 적용된다는 것을 다음과 같이 「행정기본법」 제10조에서 명시하고 있다.
「행정기본법」
제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.
1. 행정목적을 달성하는 데 유효하고 적절할 것
2. 행정목적을 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것
3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것

헌법 제37조제2항에서 도출되는 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)에 따라 국민의 기본권을 제한하는 법률이 헌법적으로 정당화되려면 다음 네 가지 요건을 모두 갖추어야 한다.

(1) **입법목적의 정당성:** 국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적은 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 한다는 원칙으로서, 입법으로 규율하려는 사항이 헌법 제37조제2항의 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 해당되는 사항이어야 한다는 것을 의미한다.

(2) **방법의 적정성(적절성):** 국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적 달성을 위한 방법은 효과적이고 적절해야 한다는 것을 의미한다.

(3) **피해의 최소성:** 기본권 제한의 조치가 입법 목적 달성을 위해 적절한 것이라도 보다 완화된 다른 수단이나 방법(대안)은 없는지를 모색함으로써 그 제한이 필요 최소한의 것이 되도록 해야 한다는 것을 의미한다.

(4) **법익의 균형성:** 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익(私益)을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 크거나 적어도 양자 간 균형이 유지되어야 한다는 것을 의미한다.

대법원은 독서실 열람실 내 좌석을 남녀로 구분해 배열하지 않으면 교습 정지처분을 하도록 한 조례에 대하여 "목적의 정당성" 및 "방법의 적정성"을 인정할 수 없다고 판단한 바 있다.

판 례

열람실의 남녀 좌석을 구분하여 면학분위기를 조성하고 학습효과를 높인다는 것은 독서실 운영자와 이용자의 자율이 보장되어야 하는 사적 영역에 지방자치단체가 지나치게 후견적으로 개입하는 것으로서 목적의 정당성을 인정하기 어렵다. 사람들은 저마다 학습습관과 학습방식에 대한 선호를 가지고 있고 이를 수행하는 모습도 다양하다. 남녀가 옆자리에 나란히 앉아 학습할 것인지, 어느 정도 떨어진 자리에서 학습할 것인지 등 사적 공간에서 학습방법을 선택하는 것은 타인의 법익과 특별한 관련이 없는 지극히 개인적인 것이므로 이용자 각자의 자율적 판단에 맡기는 것이 바람직하다. 미성년 학생이라도 학교 밖의 교육영역에 속하는 경우에는 부모가

> 자녀의 의사를 존중하여 우선적으로 결정할 것이지 국가 또는 지방자치단체가 먼저 개입할 것은 아니다. (생 략) 의견을 달리하여 면학분위기 조성이나 성범죄 예방이라는 목적의 정당성을 수긍한다고 하더라도, 같은 열람실 내에서 남녀 좌석을 구별하는 것이 그 목적 달성을 위한 적합한 수단인지는 여전히 의문이다. 열람실 자체를 분리하지 않으면서 동일한 열람실에서 남녀의 좌석 배열만 구별하는 경우, 남녀가 바로 옆 자리에 앉을 수 없을 뿐 앞뒤의 다른 열 책상에는 앉을 수 있고, 동일한 출입문을 사용하므로 계속 마주칠 수밖에 없어 이성간 접촉 차단에 실질적 도움이 되지 않는다. 그뿐만 아니라 도서관이나 스터디카페 등 남녀 혼석이 허용되는 다른 형태의 사적인 학습공간이 많은 상황에서 학원법의 적용을 받는 독서실만을 대상으로 남녀 혼석을 금지한다고 하여 사적 학습공간에서 이성간의 접촉을 차단하는 효과가 생긴다고 볼 수도 없다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2019두59851 판결례 참조).

주민의 권리가 침해되더라도 의도하는 입법 목적이 정당하면 이를 쉽게 수긍하는 경우가 적지 않은데, 입법 목적이 정당하더라도 권리 침해가 최소화되는 다른 방안은 없는지를 고민해야 한다.

상위 법령의 위임을 받아 주민의 권리를 제한하는 규정을 두려는 경우에는 같은 상황에 있는 다른 경우와 비교하여 그 제한이 다른 경우와 균형을 잃지 않도록 유념해야 하고, 해당 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아닌지 세심한 주의를 기울여야 한다. 예컨대, 영업정지나 과태료와 같은 불이익 처분 기준을 정하는 경우에는 위반행위의 경중 등에 비추어 지나치게 가혹하거나 다른 조례와의 체계에서 현저하게 균형을 잃지 않도록 해야 한다.

헌법재판소는 경비업자에 대하여 일률적으로 모든 겸업을 금지하는 규정에 대해서 과잉금지의 원칙에 위반한다고 결정했다(헌법재판소 2002. 4. 25. 결정 2001헌마614 결정례). 헌법재판소는 이 결정에서 청구인들과 같이 경비업을 경영하고 있는 자들이나 다른 업종을 경영하면서 새로 경비업에 진출하려는 자들로 하여금 경비업을 전문으로 하는 별개의 법인을 설립하지 않으면 경비업과 그 밖의 업종 간에 택일하도록 법으로 강제하고 있는 이 사건 법률 조항은 과잉금지 원칙을 준수하지 못하고 있다고 판단했다.[38]

38) 헌법재판소는 이 결정에서 다음과 같은 기준을 제시하고 있다.
① 목적의 정당성: 비전문적인 영세경비업체의 난립을 막고 전문경비업체를 양성하며, 경비원의 자질을 높이고 무자격자를 차단하여 불법적인 노사분규 개입을 막고자 하는 입법목적 자체는 정당하다고 보여 진다.

이 결정 이후 「경비업법」은 특수경비업자에 한정하여 경비업과 관련 없는 영업에 대한 겸업을 제한하는 내용으로 개정되었다.[39]

헌재결정례

심판대상조항은 악화된 연금재정을 개선하여 공무원연금제도의 건실한 유지 · 존속을 도모하고 연금과 보수의 이중수혜를 방지하기 위한 것이다. 퇴직공무원의 적정한 생계 보장이라는 공무원연금제도의 취지에 비추어, 연금 지급을 정지하기 위해서는 '연금을 대체할 만한 소득'이 전제되어야 한다. 지방의회의원이 받는 의정비 중 의정활동비는 의정활동 경비 보전을 위한 것이므로, 연금을 대체할 만한 소득이 있는지 여부는 월정수당을 기준으로 판단하여야 하는데, 월정수당은 지방자치단체에 따라 편차가 크고 안정성이 낮음에도 불구하고 심판대상조항은 연금을 대체할 만한 적정한 소득이 있다고 할 수 없는 경우에도 일률적으로 연금전액의 지급을 정지하여 지급정지제도의 본질 및 취지와 어긋나는 결과를 초래한다. 심판대상조항과 같이 재취업소득액에 대한 고려 없이 퇴직연금 전액의 지급을 정지할 경우 재취업 유인을 제공하지 못하여 정책목적 달성에 실패할 가능성이 크다. 연금과 보수 중 일부를 감액하는 방식으로 선출직에 취임하여 보수를 받는 것이 생활보장에 더 유리하도록 하는 등 기본권을 덜 제한하면서 입법목적을 달성할 수 있는 다양한 방법이 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해한다(헌법재판소 2022. 1. 27. 결정 2019헌바161 결정례).

---

② 방법의 적절성: 먼저 '경비업체의 전문화'라는 관점에서 보면, 현대의 첨단기술을 바탕으로 한 소위 디지털시대에 있어서 경비장비의 제조 · 설비 · 판매업이나 네트워크를 통한 정보산업, 시설물 유지관리, 나아가 경비원교육업 등을 포함하는 '토탈서비스(total service)'를 절실히 요구하고 있는 추세이므로, 좁은 의미의 경비업만을 영위하도록 해서는 오히려 영세한 경비업체의 난립을 방치하는 역효과를 가져올 수도 있다.

③ 피해의 최소성: 입법목적인 경비원의 자질향상과 같은 공익은 이 법의 다른 조항에 의하여도 충분히 달성할 수 있음에도 불구하고 노사분규 개입을 예방한다는 이유로 경비업자의 겸업을 일체 금지하는 접근은 기본권침해의 최소성 원칙에 어긋나는 과도하고 무리한 방법이다.

④ 법익의 균형성: 이 사건 법률조항으로 달성하려는 공익인 경비업체의 전문화, 경비원의 불법적인 노사분규 개입 방지 등은 그 실현 여부가 분명하지 않은데 반하여, 경비업자인 청구인들이나 새로 경비업에 진출하려는 자들이 짊어져야 할 직업의 자유에 대한 기본권침해의 강도는 지나치게 크다고 할 수 있어 법익의 균형성을 잃고 있다.

39) 「경비업법」 제7조제9항

제7조(경비업자의 의무) ① ~ ⑧ (생 략)

⑨ 특수경비업자는 이 법에 의한 경비업과 경비장비의 제조 · 설비 · 판매업, 네트워크를 활용한 정보산업, 시설물 유지관리업 및 경비원 교육업 등 대통령령이 정하는 경비관련업외의 영업을 하여서는 아니된다.

의견제시 사례

「대한민국헌법」은 제8조제1항에서 정당활동의 자유(헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2004헌마456 결정 참조), 제20조제1항 및 제2항에서 집회 · 결사의 자유, 제21조제1항에서 선교의 자유를 포함한 종교의 자유(대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246 판결 참조)를 국민의 기본권으로 보장하고 있습니다. 그런데 선교활동 · 정당행사 등에 대한 일률적인 허가거부를 통해 공원에서의 이와 같은 행위를 원천적으로 금지하는 것은, 행사 자체는 허가하고 행사과정에서의 수단 · 방식에 대한 제한을 가함으로서 공원관리 상의 장해를 배제할 수도 있다는 점에서 비례의 원칙에 반하여, 헌법상 보장된 이러한 기본권들을 침해할 여지도 있어 보입니다(법제처 2013. 3. 15. 회신 13-0053 의견제시 사례).

반면 헌법재판소는 담배자동판매기를 성인이 출입하는 업소 안에만 설치할 수 있도록 제한한 규정에 대해서는 과잉금지의 원칙을 위반하지 않았다고 결정했다(헌법재판소 1995. 4. 20. 결정 92헌마264 결정례). 헌법재판소는 청소년의 보호를 위하여 담배자동판매기의 설치 제한은 반드시 필요한 것이고, 이로 인하여 담배소매인의 직업수행의 자유가 다소 제한되더라도 법익형량의 원리상 감수되어야 한다고 판단했다.

나. 평등의 원칙

'평등의 원칙'은 법 적용과 법 내용에 있어 합리적인 이유가 없는 자의적인 차별을 해서는 안 된다는 것으로 헌법 제11조제1항에서 도출되는 원칙이다. 헌법 제11조는 "법 적용의 평등"뿐만 아니라 "법(내용)의 평등"도 함께 보장하고 있다고 보아야 한다. 물론 실질적 의미에서의 평등은 모든 사람을 모든 면에서 항상 평등(절대적 평등)하게 취급해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 합리적인 근거나 정당한 이유에 따라 차별하는 것이 인정된다는 것을 뜻한다.[40] 여기서 '합리적'이란 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 것이어야 하고, 차별의 기준이 목적의 실현을 위해 실질적인 관계에 있어야 하며, 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 함을 뜻한다(헌법재판소 1996. 8. 29. 결정 93헌바57 결정례).

40) 헌법 원리인 평등의 원칙이 모든 행정 영역에 적용된다는 것을 다음과 같이 「행정기본법」 제9조에서 명시하고 있다.
「행정기본법」
제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.

평등 원칙의 위반여부에 대한 판단은 첫째, 본질적으로 동일한 것을 달리 취급하고 있는가 혹은 본질적으로 다른 것을 동등하게 취급하는가 하는 차별취급의 확인과, 둘째, 이러한 차별취급이 자의적인가하는 차별취급의 자의성 확인의 2단계로 이루어진다.

「지방자치법」에서도 주민의 균등한 행정의 혜택을 받을 권리(제17조제2항) 및 사용료 · 수수료 또는 분담금의 공평한 부과 · 징수(제157조제1항)를 규정하고 있다.

따라서 지방자치단체는 자치법규를 마련할 때 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 또는 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하지 않아야 할 의무를 진다.

주민에 대한 지원 등을 정하는 급부적 조례는 주민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 조례안과는 달리 조례입안자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다. 조례입안자는 그 조례제정의 목적, 수혜자의 상황, 예산 등 여러 사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 조례를 제정할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 조례의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 평등의 원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

판 례

이 사건 조례안은 영종도 등 주민에게 혜택을 부여하는 것으로서, 주민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 조례안과는 달리 조례입안자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 것이므로 조례입안자는 그 조례제정의 목적, 수혜자의 상황, 예산 등 여러 사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 조례를 제정할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 조례의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없다. … 영종 · 용유지역 등 주민이 인천국제공항고속도로의 북인천 IC(북인천영업소)를 통과하여 인천(서울 포함)을 왕래하는 때에 납부하는 통행요금을 지원하되, 지원액은 예산의 범위 안에서 1가구에 차량 2대 이내로 지원하고, 감면횟수는 감면대상차량 1대당 1일 왕복 1회로 하며, 감면횟수를 초과한 차량은 정상요금을 납부하도록 되어 있는바, 이 사건 조례안 제정의 목적, 수혜자의 상황, 예산 등 여러 상황을 고려할 때, 이 사건 조례안의 시행으로 인하여 다른 지역에 거주하는 주민과의 사이에 다소 규율의 차이가 발생하기는 하나, 이 사건 조례안은 그에 정한 일정한 조건에 해당하는 경우에는 아무런 차별 없이 지원하겠다는 것으로서, 위와 같이 통행요금 지원대상의 조건으로 정한 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 자의적인 기준을 설정한 것이라고 볼 수 없으므로 이 사건 조례안이 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007추42 판결례 참조).

또한 급부적 조례에서는 대부분 지방자치단체의 재정상황 등을 고려하여 지원대상을 일정한 범위의 주민으로 한정하게 되는데, 그 지원범위를 정하는 기준이 합리적이라면 일정한 범위의 주민만을 지원대상으로 한정하고 있다는 이유만으로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다. 결국 그러한 지원에 정책적인 합리성이 있는가의 문제일 것이다. 다만, 이 경우에도 특정한 지원 단체나 개별 상품명 등을 조례에 명시하는 것은 일반적·추상적인 규율이라고 하는 법규로서의 성격에도 맞지 않고 평등의 원칙에 위배될 소지가 있으므로 바람직하지 않다.

의견제시 사례

조례는 일반적·추상적 규율인 법규로서의 성격을 갖고 있는바, 특정한 개별 상품명을 조례에 명시하는 것은, 일반적으로 적용되어야 할 법규범을 특정한 상품 위주로 적용하게 하는 것처럼 보일 수 있어 법규로서의 성격에 맞지 않을 뿐 아니라 다른 유사상품과의 합리적 이유 없는 차별로 인해 평등원칙에도 위배될 소지가 있으므로, 조례안에 지역특산품과 지역생산제품 중 특정한 개별 상품명을 명시하는 것은 바람직하지 아니할 것으로 보입니다(법제처 2016. 12. 28. 회신 16-0311 의견제시 사례).

판 례

국가나 지방자치단체가 국민이나 주민을 수혜 대상자로 하여 재정적 지원을 하는 정책을 실행하는 경우 그 정책은 재정 상태에 따라 영향을 받을 수밖에 없다고 할 것인바, 국가나 지방자치단체가 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 없다면, 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치에도 어긋난다. 따라서 '원주 혁신도시 및 기업도시 편입지역 주민지원 조례안'이 원주시 내에 건설되는 혁신도시, 기업도시의 주민 등에게만 일정한 지원을 하도록 하고 있더라도 그것만으로 위 조례안이 평등원칙을 위반하고 있다고 보기는 어렵다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결례 참조).

지원의 경우와는 다르게 영업정지, 과태료 등과 같은 불이익 처분에 있어서는 좀 더 엄격하게 평등의 원칙을 판단해야 한다.

판 례

이 사건 조례안은 증인이 5급 이상 공무원인지 여부, 기관(법인)의 대표나 임원인지 여부 등 증인의 사회적 신분에 따라 미리부터 과태료의 액수에 차등을 두고 있는바, 위와 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 위배된다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다(대법원 1997. 2. 25. 선고 96추213 판결례 참조).

다. 신뢰보호의 원칙

일반적으로 행정법에서 '신뢰보호의 원칙'이란 행정기관의 일정한 명시적·묵시적 언동(言動)의 정당성 또는 존속성에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰는 보호해 주어야 한다는 원칙을 말한다(「행정기본법」 제12조[41]).

그러나 자치법규 입안과 관련한 위헌심사기준으로서 '신뢰보호의 원칙'이란, 자치법규 적용의 문제가 아니라 자치법규의 제정·개정과 관련하여 구법(舊法) 상태의 존속을 신뢰한 국민에 대한 보호의 문제로서 소급효(遡及效)를 가지는 자치법규에 관한 문제이고, 이는 소급입법의 내용이 침해적인지 아니면 수익적(授益的)인지에 따라 그 내용이 다르다(「행정기본법」 제14조제1항[42]).

침해적인 성격의 소급입법은 법적 안정성과 예측 가능성을 이념으로 하는 법치국가의 원리에 위배되는 것이므로 원칙적으로 금지된다. 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 행위로 소추되지 않고, 소급입법에 의하여 재산권을

41) 「행정기본법」
제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호해야 한다.
② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

42) 「행정기본법」
제14조(법 적용의 기준) ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.
② ~ ③ (생 략)

박탈당하지 않으며 참정권의 제한을 받지 않는다. 또한, 조세납부 의무가 성립한 소득·수익·재산 또는 거래에 대하여 그 성립 이후의 새로운 세법(稅法)에 의해 소급하여 과세해서는 안 될 것이다.

그러나 침해적이라는 이유로 소급입법이 무조건 금지된다면 사회 환경의 변화에 대응하기 위한 입법을 할 수 없으므로, 일정한 경우 이를 허용해야 하는 경우도 있는데, 그 허용 여부는 '진정 소급입법'과 '부진정 소급입법'으로 구분하여 살펴볼 수 있다.[43]

진정 소급입법은 과거에 이미 완성된 법률관계나 사실관계에 대하여 제정·개정된 자치법규를 소급하여 적용하는 입법을 의미하는데, 법치국가 원리에서 도출되는 신뢰보호 원칙과 법적 안정성을 위하여 원칙적으로 인정될 수 없다.

반면에 부진정 소급입법은 과거에 시작되었으나 현재 종결되지 않고 진행 중인 법률관계나 사실관계에 적용하는 입법을 의미하는데, 이는 입법자의 입법형성권을 존중하여 원칙적으로 허용될 수 있다.

의견제시 사례

강화된 원룸형 주택의 주차장 설치 기준의 시행일을 소급하는 것은 가능하지 않고, 개정 조례 시행 당시 종결되지 않고 진행 중인 사항에 대해서만 부진정소급입법을 통해 개정조례를 적용하는 것은 가능한 것으로 보입니다(법제처 2013. 4. 5. 회신 13-0084 의견제시 사례).

헌재결정례

진정소급효는 원칙적으로 허용되지 않지만 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하거나 혼란스러워 보호할만한 신뢰이익이 적은 경우, 소급에 따른 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등 특단의 사정이 있는 경우에는 예외적으로 허용된다. 반면에 부진정소급효는 원칙적으로 허용되나 단지 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가할 뿐이다(헌법재판소 1996. 2. 16. 결정 96헌가2 결정례 등).

43) 헌법재판소 1995. 10. 6. 결정 94헌바12 결정례 등 참조

진정 소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이므로, 특단의 사정이 있는 경우가 아니라면 이를 인정해서는 안 된다. 반면에 부진정 소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 간에 신중한 비교형량이 필요하다. 이 경우에도 적용 대상자의 법적 권리·지위를 존중하고 보호하기 위하여 경과조치를 둘 필요는 없는지 잘 검토해 보아야 한다.[44]

수익적인 성격의 소급입법은 주민의 권리를 제한하는 침해적인 소급입법과 달리, 입법의 목적, 수혜자의 상황, 자치단체의 예산 등 여러 가지 사항을 고려하여 입법형성의 자유가 비교적 넓게 인정된다. 다만, 평등의 원칙과의 관계상 차별의 근거가 현저하게 합리성이 결여되어서는 안 된다는 점에 유의해야 한다.

의견제시 사례

소급입법이 가능한지는 소급입법의 내용이 침해적인지 수익적인지에 따라 달라진다고 할 것인데 침해적인 성격의 소급입법은 법적 안정성과 예측 가능성을 이념으로 하는 법치국가의 원리에 위배되어 원칙적으로 금지된다고 할 것이나, 수익적인 성격의 소급입법은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 여러 가지 사항을 고려하여 광범위한 입법형성의 자유가 인정되고,(각주: 헌법재판소 1998. 11. 26.자 97헌바67 결정 참조) 이러한 법리는 조례의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것입니다.

그런데 질의요지와 같은 경우에 하수도 사용료를 감면하는 규정은 그 내용이 수익적인 경우에 해당한다고 할 것이므로, 해당 지방자치단체에서 조례에 위와 같은 하수도 사용료 감면 규정을 신설하려는 목적, 해당 규정에 따른 수혜대상자의 상황, 하수도 사용료의 감면과 관련된 해당 지방자치단체 예산 사정 등을 고려하여 필요하다고 판단하는 경우라면 그 감면대상을 2017년 1월분 사용료를 고지 받은 사람부터 소급하여 적용하는 내용을 규정하는 것도 가능하다고 할 것입니다(법제처 2020. 12. 16. 회신 20-0269 의견제시 사례).

44) 판례는 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 변경하는 내용의 「변리사법 시행령」 개정 조항을 즉시 시행하도록 한 부칙 규정에 대해서 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당함에도 입법자가 법적 안정성과 당사자의 신뢰 보호를 위해 경과조치를 두는 등 적절한 조치를 취하지 않은 것은 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 보았다(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 판결례 참조).

라. 적법절차의 원칙

일반적으로 '적법절차'란 입법 · 사법 · 행정 등 모든 국가작용은 정당한 법률을 근거로 해야 정당한 절차에 따라 발동되어야 한다는 헌법원칙을 말한다.

헌법 제12조제1항에서는 "법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."고 하고, 같은 조 제3항에서 "체포 · 구금 · 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다."고 하여, 적법절차의 원칙을 규정하고 있다.

헌법재판소의 결정에 따르면, 여기서의 처벌 · 보안처분 또는 강제노역과 영장은 적법절차의 원칙의 적용대상을 한정적으로 열거한 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것이다. 즉 적법절차의 원칙은 신체의 자유에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 신체적 · 정신적 그리고 재산상 불이익이 되는 모든 제재에 대해 적용되는 것이다. 또 적법절차의 원칙은 형식적인 절차뿐 아니라 실체적인 법률의 내용이 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 실질적 의미(실질적 적법절차)까지를 포함하는 있는 것으로 보고 있다.[45]

따라서 자치법규를 입안하는 경우에는 행정절차에 있어서 필요한 적법절차를 보장하고 있는지, 「지방자치법」에서 정하고 있는 조례 · 규칙의 개정절차를 준수하고 있는지 등을 검토하는 것이 필요하다.

의견제시 사례

사전점검 조례안 제2조제1항에서는 "사전점검"이란 편의시설의 사용예정자인 장애인 등이 직접 해당시설물을 점검하여 적법하지 아니한 사항의 수정 및 보완을 요구하게 하는 것을 말한다고 정의하고 있어 사전점검의 주체로 대상 시설의 이용자인 장애인을 규정하고 있는바, 대상 시설에 대한 사전점검은 부담적 행정작용에 해당할 수 있고, 사전점검에 따라 시정명령이나 설치명령 등 강제처분도 가능하므로 편의시설 등의 적법한 설치 여부를 확인하기 위한 사전점검은 「장애인 · 노인 · 임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」 제22조제1항 및 「교통약자의 이동편의 증진법」 제28조제2항에 따라 공무원이 주체가 되어서 해야 할 것입니다. 따라서 대상 시설의 이용자인

45) 헌법재판소 1992. 12. 24. 결정 92헌가8 결정례 참조

장애인의 의견을 참고하기 위해서 사전점검에 장애인을 참여시켜 의견을 듣는 것은 별론으로 하고, 사전점검 조례안에서 사전점검의 주체를 장애인 등으로 하고 해당 시설물에 대해 수정 및 보완을 요구할 수도 있도록 규정하는 것은 「장애인 · 노인 · 임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」 및 「교통약자의 이동편의 증진법」 등의 상위법령에 위배될 뿐만 아니라 적법절차의 원칙에 위배될 소지도 있어 보입니다(법제처 2013. 6. 7. 회신 13-0163 의견제시 사례).

마. 체계정당성의 원칙

'체계정당성의 원칙'이란 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 원칙을 말한다. 자치법규 상호 간에 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의(恣意)를 금지하여 규범의 명확성과 예측 가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위함이다.

물론 이와 같은 체계정당성 원칙을 위반하여 입법이 이루어졌다고 하여 해당 자치법규가 위헌이나 위법한 자치법규가 되는 것은 아니다. 일반적으로 체계정당성의 원칙을 위반한 경우에도 결과적으로 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 위반되어야 비로소 위헌이나 위법의 문제가 발생하며, 또 체계정당성의 원칙 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대해서는 입법자의 입법 재량이 인정된다고 한다(헌법재판소 2004. 11. 25. 결정 2002헌바66 결정례).

따라서 입법자는 입법과정에서 법체계의 통일과 조화를 위해 체계정당성의 원칙을 준수해야 하고, 특히 새로운 자치법규를 제정하는 등 새로운 법제도를 창설할 때에는 당연히 기존 법제도와의 조화를 늘 염두에 두어야 한다.

의견제시 사례

가칭 「종로구 기본 조례」와 같은 경우 특정 분야에 대하여 규율하고 있는 개별 조례와 관계 형성에 있어 위와 같은 체계정당성의 원리를 유의하여야 할 것인바, 가칭 「종로구 기본 조례」에 개별 조례와 중복 또는 상호 배치되거나 모순되는 구체적인 내용을 규율하는 경우 조례의 명확성, 예측가능성 및 조례의 신뢰와 법적 안정성을 해하게 된다고 할 것이므로, 그 제정의 필요성이

있다고 판단한 경우에도 해당 지방자치단체의 자치입법에 있어서의 기본 규범적 성격을 고려할 때 가칭 「종로구 기본 조례」에는 해당 지방자치단체의 정책형성 및 집행 등에 있어 지향하여야 할 이념과 기본방향을 중심으로 규정하거나, 개별 조례의 제정 · 개정 시 고려되는 지향점의 역할을 하는 것이 바람직하고, 개별 조례와 중복되거나 충돌되지 않도록 하여야 할 것입니다(법제처 2011. 3. 8. 회신 11-0007 의견제시 사례).

특정한 입법정책의 수행에 효과적으로 대응하고, 주민의 관심을 불러일으켜 입법목적을 원활하게 달성하기 위하여 기존의 조례를 개정하는 것보다는 특별조례를 제정하는 경우가 있다.

특별조례는 새로운 분야의 입법 수요를 조례에 반영하기 위하여 기존 법제도에 대한 예외적인 상황이나 내용을 규정해야 할 필요성이 있는 경우에 만들어지고 있으나, 특별조례가 많이 양산되면 법체계가 혼란스러워져 법규범 상호 간의 충돌과 모순으로 체계정당성을 침해할 여지가 커진다. 또한, 복잡한 법체계로 주민의 법 이해를 어렵게 하고 법에 대한 신뢰성을 저하시킬 수 있으므로 특별조례 제정에 신중을 기하는 것이 필요하다.

따라서 새로운 입법 수요를 위하여 특별조례가 반드시 필요한지를 철저히 검토해 보아야 하고, 특별조례의 제정 필요성, 특별조례의 실효성과 적합성, 기존 자치법규와의 조화 등을 종합적으로 판단하는 것이 필요하다. 특히 특별조례에 따른 특례를 규정함에 있어 헌법상 평등원칙, 과잉금지 원칙 등을 위반하는 것이 아닌지에 대한 체계적인 검토가 필요하다.

의견제시 사례

이와 같이, '문화재자료'와 '향토유산'은 지정주체 및 지정절차가 동일하고 그 지정요건 또한 제주특별자치도지사의 재량판단 기준에 유의미한 차이를 발견할 수 없는바, 이처럼 '문화재자료'와 '향토유산' 개념 사이의 경계가 모호한 경우 제주특별자치도지사가 「문화재보호법」 및 문화재조례만으로 규율 가능한 문화재자료를 임의적으로 향토유산으로 지정하여 운영할 우려가 있는바, 둘 사이의 명확한 구분기준을 설정하여 불필요한 개념을 창설한다거나 법체계상 혼란을 야기하는 일은 없도록 해야 할 것입니다(법제처 2013. 3. 19. 회신 13-0077 의견제시 사례).

바. 포괄위임금지의 원칙

「지방자치법」에서 조례로 정하도록 하고 있거나 상위법령에서 조례에 위임하고 있는 사항에 대해서는 위임법령의 취지에 따라 조례로 정해야 하고, 규칙에 재위임하는 경우에도 조례에 중요사항은 정하고, 규칙으로 정할 사항에 관한 기준을 조례로 정하거나 위임 범위를 한정하여 위임해야 한다.

왜냐하면 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항을 규칙에 포괄적으로 재위임하는 경우, 상위법령의 위임사항을 실질적으로는 규칙으로 정하는 결과가 되어 법령 위반의 문제가 발생하기 때문이다.

따라서 조례에서 규칙으로 위임할 사항을 정할 때에는 조례로 정하도록 하는 법령의 취지에 비추어 주민에게 중요한 의미를 가지거나 제도의 핵심이 되는 사항은 조례에 직접 규정하고, 나머지 사항에 대해서만 규칙에 위임하여야 하나, 이 경우에도 규칙에 정할 사항에 관한 구체적인 기준이나 그 범위의 대강이라도 조례에서 정한 후 규칙으로 위임함으로써 조례만 보아도 규칙으로 위임하려는 사항의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것이다.

판 례

위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다. 하지만 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지 및 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적 · 체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적 · 개별적으로 검토함을 요한다. 이러한 법리는 조례가 법률로부터 위임받은 사항을 다시 지방자치단체의 장이 정하는 '규칙' 등에 재위임하는 경우에도 적용된다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020추5169 판결례 참조).

조례에서 규칙이나 행정규칙으로 위임할 때에 규칙 등 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있게 하는 방법으로 하위법규에서 정할 수 있는 범위의 상한 또는 하한을 조례에 규정하거나, 조례에서 일정 부분을 규정하고 나서 하위법규에서는 그 밖에 그에 준하는 내용을 규정하도록 위임하거나, 하위법규에서 규정할 때 지침이 되는 일정한 기준을 제시하는 방법 등을 고려할 수 있다.

가장 일반적인 위임의 규정방식은 특정의 실체적 내용을 정하면서 해당 조항에서 바로 일부 사항에 대하여 위임하는 방식, 예를 들어 "규칙으로 정하는 △△에 대해서는 ~~ 할 수 없다" 또는 "규칙으로 정하는 바에 따라 신고해야 한다" 등으로 규정하는 방식이다. 그 밖에 별개의 조항으로 위임의 범위와 대상을 특정하면서 "…에 관하여는 (…관하여 필요한 사항은) 규칙으로 정한다"와 같이 규정하는 방식도 많이 사용된다.

이 경우 단순히 "규칙으로 정하는 경우"로 규정하여 결과적으로 포괄위임이 되지 않도록 하는 것이 필요하다. 가급적 어떠한 유형의 경우가 해당되는지 조례에서 예측할 수 있도록 "…한 경우로서 규칙으로 정하는 경우" 또는 "…한 자와 그 밖에 규칙으로 정하는 자" 등으로 규정하도록 한다.

위임에 따라 하위법규에 규정하는 경우에는 상위법령의 근거를 명시해 주도록 한다. 상위 법령의 위임에 따라 제정한 규칙이 아닌 경우라도 상위법령의 근거 규정이 명백하다면 그 근거 규정을 명시해 주는 것이 바람직하다. 이 경우 "조례 제○조에 따라 ~~~하는 경우에는", "조례 제○조에서 "규칙으로 정하는 경우"란 ~~~" 등과 같이 표현한다.