

세부 입안기준

제1장 총칙규정

제2장 본칙규정

제3장 부칙규정

제1장 | 총칙규정

1. 개관

총칙규정(總則規定)은 그 자치법규 전반에 공통적으로 적용되는 사항을 규정한 것으로서 그 자치법규 전체의 원칙적·기본적·총괄적 사항을 내용으로 한다.

자치법규의 일반적 체계를 보면 대개 처음에 그 자치법규 전반에 공통적으로 적용되는 총칙규정을 두고, 그 다음에 본칙규정(실체규정, 보칙규정)을 두며, 마지막 부분에 부칙규정을 둔다. 이와 같이 총칙규정은 자치법규의 앞부분에 위치하여 그 자치법규에 공통적으로 적용되는 기본적이고 원칙적인 사항을 두는 것이 일반적이다.

자치법규의 총칙규정 부분에 반드시 어떠한 규정을 두어야 하는가에 대하여 일정한 원칙이 확립되어 있는 것은 아니다. 어떤 내용을 총칙규정에 둘 것인가는 특정한 자치법규를 제정하거나 개정할 때 그 자치법규의 입법취지, 내용, 조문 수 등을 고려하여 개별적으로 판단하여 정한다.

자치법규의 조문 수가 많은 경우 자치법규의 성질에 따라 몇 개의 장(章)으로 나누어 구분하는 것이 보통이다. 이 경우 총칙규정에 해당하는 부분은 제1장으로 하여 그 자치법규의 맨 앞에 둔다. 법령의 경우 조문이 수백 개에 이르면 편(編)을 두고, 편 아래에 장(章)을 두며, 장 아래에 절(節)을 두는 경우도 있는데 이 경우에는 제1편을 총칙으로 한다. 그 밖에 각 편마다 그 편에 적용되는 총칙을 별도로 두는 경우도 있다.

자치법규를 장으로 구분하고 있지 않으면 어느 조항까지가 총칙에 해당하는지 명확하지 않다. 일반적으로 목적규정, 정의규정, 기본이념 등의 규정과 그 밖에 그 자치법규를 해석하고 적용할 때 공통적인 사항을 규정하는 조항을 총칙규정으로 본다.

총칙규정에 두는 내용은 개개의 자치법규에 따라 다양하지만, 보통 자치법규의 목적 또는 취지를 정한 목적규정, 자치법규에서 사용되는 용어의 뜻을 정한 정의규정, 자치법규 해석의 지침을 규정한 해석규정, 자치법규가 적용되는 대상이나 범위에 관한 적용 범위규정, 그 자치법규와 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정 등을 두고 있는 경우가 많고, 기본이념, 지방자치단체의 장의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 사항을 총칙규정에 두는 경우도 있다.

각 규정을 어떤 순서로 규정할 것인지에 관하여 확립된 원칙이 있는 것은 아니므로 개별 자치법규에서 규정하려는 내용에 따라 적절한 순서를 정해 규정하면 될 것이나, 일반적으로 많이 사용되고 있는 순서는 ① 목적규정, ② 기본이념규정, ③ 정의규정, ④ 해석규정, ⑤ 지방자치단체의 장 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정, ⑥ 적용 범위규정, ⑦ 다른 자치법규(조례 또는 규칙)와의 관계에 관한 규정 순이므로 이에 따르는 것이 바람직할 것이다.

2. 목적규정

가. 의의

목적규정은 자치법규의 입법목적을 간결하고 명확하게 요약한 문장을 말한다.

목적규정은 그 자치법규가 달성하려는 목적 등을 밝혀 일반주민이 입법목적이나 입법취지를 쉽게 이해할 수 있도록 하기 위한 것이며 자치법규의 개별 조문에 대한 해석을 하는 경우 그 자치법규의 개별 조문의 구체적인 의미를 입법적으로 명확히 하는 입법적 해석의 기능을 한다.

목적규정은 이처럼 일반주민의 자치법규에 대한 이해도를 높이고, 자치법규 해석의 지침을 주는 역할을 하므로 원칙적으로 자치법규에는 목적규정을 두도록 한다.

나. 규정의 표현방식

목적규정은 제1조에 두고, 목적규정의 제목은 간명하게 “(목적)”으로 표현한다. “(이 조례의 목적)” 등으로 표현하지 않는다.

목적규정은 해당 자치법규의 해석 지침이 되므로 목적규정을 입안할 때에는 입법 취지나 목적이 종합적·포괄적으로 나타나도록 서술해야 한다.

목적규정은 하나의 조문으로 규정하며, 둘 이상의 조문으로 나누어 표현하지 않는다. 또한 목적규정은 항·호 또는 목으로 나누어 표현하지 않는다.

또한 목적규정은 그 조례나 규칙의 입법목적을 간결하고 명확하게 요약하여 주민이 입법목적이나 입법취지를 쉽게 이해할 수 있도록 하기 위한 것이므로 목적규정에서는 약칭이나 약칭된 용어를 사용하지 않도록 한다. 약칭은 법령문의 표현을 간결하게 하기 위하여 활용하는 입법기술로서 약칭을 할 필요가 있는 경우에는 목적규정 다음에 맨 처음 그 용어가 나오는 곳에서 하도록 한다.

목적규정의 표현방식은 상위법령과 관계없이 자치법규를 제정하는 경우와 상위법령 또는 조례의 위임이나 그 시행을 위하여 자치법규를 제정하는 경우로 구분할 수 있다.

1) 상위법령과 관계없이 자치법규를 제정하는 경우

목적규정을 규정하는 방식은 크게 다음 세 가지 방식으로 구분할 수 있으나, 목적규정에서 해당 조례나 규칙의 목적과 수단 및 입법의 동기까지 규정하는 등 다양한 표현방법을 사용할 수 있다.

가) 수단을 나열한 후 목적을 규정하는 방식

이 방식은 “...규정함으로써 ...함을 목적으로 한다”라고 하여 문장의 앞부분에서 목적달성에 필요한 수단을 나열하고, 뒷부분에서 목적을 규정하는 방식이다. 대다수의 법령이 목적규정을 표현하면서 이 방식을 취하고 있다.

입법례 ▶ 「김포시 김포아트빌리지 관리 및 운영 조례」

제1조(목적) 이 조례는 과거와 미래가 공존하는 전통 체험의 장으로 조성된 김포아트빌리지의 효율적인 관리와 운영을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 김포시민의 문화 체험과 예술 활동의 진흥에 이바지함을 목적으로 한다.

나) 목적을 명시한 후 수단을 규정하는 방식

이 방식은 “...하기 위하여 ...을 규정함을 목적으로 한다” 로 표현하여 문장의 앞부분에서 그 자치법규의 목적을 명시하고, 뒷부분에서 이를 위한 수단을 규정하는 방식이다.

입법례 ▶ 「강원도 비축무연탄관리기금 설치 및 운용 조례」

제1조(목적) 이 조례는 폐광지역 진흥지구로 지정된 시·군 주민의 복지증진 및 삶의 질 향상을 위하여 강원도 비축무연탄관리기금을 설치하고 그 운용 및 관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

다) 직접 목적만 규정하는 방식

이 방식은 “...을 규정함을 목적으로 한다”라고 하여 목적규정에서 직접 목적만을 규정하는 방식이다.

입법례 ▶ 「함안군 경량항공기 이착륙장 관리·운영 조례」

제1조(목적) 이 조례는 함안군 경량항공기 이착륙장의 관리·운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

2) 상위법령 또는 조례에서 위임한 사항이나 그 시행을 위하여 자치법규를 제정하는 경우

상위법령 또는 조례에서 위임한 사항이나 그 시행을 위하여 제정하는 자치법규는 그 자치법규가 상위법령 또는 조례에서 위임한 사항이나 그 시행을 위하여 필요한 사항을 규정하기 위한 것이라는 취지를 명확히 하기 위해 목적규정을 둔다.

목적규정에서 상위법령이나 조례에서 위임한 사항을 정하려는 것이라는 점을 명확히 하지 않는다면 해당 자치법규가 위임 자치법규인지 여부가 불분명하여 상위법령이나 조례의 위임 범위에 위배되는지를 판단하기 어려워지므로 상위법령 또는 조례의 위임을 받아 정하는 자치법규라면 위임 자치법규임을 목적규정에서 명확하게 표시해 주어야 한다.

이 경우 그 자치법규가 상위법령 또는 조례에서 위임한 사항을 모두 정하는 것인지 상위법령이나 조례에서 위임한 사항 중 일부 사항만 정하는 것인지를 밝혀 주는 것이 필요하다. 경우에 따라서는 목적조항에서는 상위법령이나 조례에서 위임한 사항을 모두 정하는 것으로 규정하면서 그 자치법규의 특정 조항에서 상위법령이나 조례에서 위임한 사항 중 일부 사항은 별도의 자치법규로 정한다는 점을 명시해주는 방법을 사용할 수도 있다.

자치법규의 목적규정에서 상위법령 또는 조례의 시행에 관한 사항을 정하는 표현을 할 때 여러 가지 표현방법이 있으나, 표현의 통일을 기하기 위해 “그 시행에 필요한”으로 하기로 한다.

입법례 ▶ 상위법령에서 위임한 사항을 모두 정하는 경우

서울특별시 강남구 구세 징수 조례

제1조(목적) 이 조례는 「지방세징수법」과 같은 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

입법례 ▶ 상위법령에서 위임한 사항을 일부 정하는 경우

보령시 무궁화수목원 운영 및 관리 조례

제1조(목적) 이 조례는 「수목원·정원의 조성 및 진흥에 관한 법률」 제5조·제11조 및 같은 법 시행령 제8조의2에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

입법례 ▶ 일반조례의 목적규정에서 개별 조례가 제정됨을 밝혀주는 경우

춘천시 옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 조례

제1조(목적) 이 조례는 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」(제6조의2에서 위임된 사항은 제외한다) 및 같은 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

☞ 목적규정에서는 법령에서 위임한 사항 중 개별 조례로 정하는 특정 사항을 제외한 나머지만 규정함을 밝혀주는 방식

입법예시 ▶ 일반조례의 개별규정에서 개별 조례가 제정됨을 밝혀주는 경우

제1조(목적) 이 조례는 「...법」 및 같은 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제○조(...) 「...법」 제○조부터 제○조까지에서 위임된 사항에 관하여 필요한 사항은 따로 조례로 정한다.

☞ 목적규정에서는 법령에서 위임한 사항을 모두 정하는 것으로 규정하되, 개별규정에서 따로 조례가 제정됨을 밝혀 주는 방식이다. 이 경우 개별규정의 제명은 법령에서 위임된 사항을 대표하는 용어를 선택한다.

입법례 ▶ 상위법령에서 위임한 사항과 상위법령에서 위임하지 않은 사항을 동시에 정하는 경우

인천광역시 미추홀구 국기 게양일 지정 및 국기 선양에 관한 조례

제1조(목적) 이 조례는 「대한민국국기법」에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정하고, 인천광역시 미추홀구 구민이 대한민국 국기에 대한 중요성을 깨닫고 나라 사랑하는 마음을 드높일 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.

3. 기본이념에 관한 규정

조례의 기본이념규정은 조례의 제정 이념이나 정신을 표현한 것으로 그 조례의 조문을 통해서 구현되어야 하는 이념에 관한 선언적 규정이다.

각종 기본법이나 기본법적 성격을 가진 법률에서는 제도의 이념이나 정책의 기본 방향을 제시하기 위하여 목적규정과 별도로 기본이념규정을 두고 있는 경우도

있는데, 기본이념규정은 법률의 기본원리를 제시하는 것으로서 법률 제정의 이념이나 방침을 특히 강조하려는 경우에 규정한다.

일반적으로 조례의 경우 목적규정에서 그 조례의 제정목적은 규정하고 있으므로 기본이념규정을 둘 필요가 없다. 다만, 조례 중 상위법령과 관계없이 제정되는 조례는 이념규정을 둘 필요가 있는 경우도 있을 수 있다.

기본이념규정을 두려는 경우에는 목적규정을 좀 더 구체적으로 보충하여 설명하는 기능을 하는 것으로서 목적규정과 밀접한 관계가 있는 규정이므로 목적규정 바로 다음 조문에 두도록 한다.

기본이념규정의 제목은 “(기본원칙)”, “(기본방향)”, “(교육이념)”, “(예우의 기본이념)”, “(국토관리의 기본이념)” 등 여러 가지로 표현하고 있으나, 그 표현의 통일을 기하기 위해 원칙적으로 “(기본이념)”으로 쓰기로 한다.

입법례 ▶ 「무주군 환경 기본 조례」

제1조(목적) 이 조례는 무주군 환경보전의 기본이 되는 사항과 「환경정책기본법」 제58조제5항에서 위임된 무주군 환경정책위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항을 정함으로써 환경시책을 종합적이고 계획적으로 추진하여 쾌적한 생활환경과 자연환경을 조성·보전함을 목적으로 한다.

제2조(기본이념) ① 무주군(이하 “군”이라 한다)의 환경보전은 무주군민(이하 “군민”이라 한다)이 건강하고 안전하게 생활하는 데 필요한 환경을 조성하여 미래의 세대에게 계승함을 기본이념으로 한다.

② 군의 환경보전은 인간과 자연이 조화롭게 공존하고 생태적으로 바람직한 도시를 만들어 나가도록 추진되어야 한다.

③ 군의 모든 시책 중 환경과 관련된 시책은 「환경정책기본법」(이하 “법”이라 한다) 제19조에 따른 무주군 환경보전계획을 기초로 하여 수립되고 시행되어야 한다.

기본이념규정의 표현을 규정할 때는 주요 방향, 정책 내용 등을 구체적으로 알 수 있도록 표현해야 한다. 그래야만 목적규정과는 별도로 기본이념규정을 두는 의의가 있기 때문이다.

기본이념규정의 표현 방식은 특별히 정형화된 것이 없다. 목적규정 외에 따로 기본이념규정을 두는 이유는 목적규정에서 나타내지 못한 제도의 이념이나 기본방향을 좀 더 구체적으로 표현하여 특히 강조하려는 것이므로 기본이념규정의 내용이 목적규정과 내용이 중복되거나 비슷하지 않도록 유의해야 한다.

4. 정의규정

가. 의의

정의규정은 해당 자치법규 중에 쓰이고 있는 용어의 뜻을 명확하게 정하는 규정을 말한다. 정의규정은 해당 자치법규에서 쓰고 있는 용어 중 개념상 중요한 용어이거나 일반적으로 쓰는 용어의 의미와 다른 의미로 사용되는 용어에 대하여 자치법규 자체에서 그 의미를 명확하게 함으로써, 자치법규를 해석하고 적용할 때 나타나는 의문점을 해소하고 법적 분쟁을 미리 예방함으로써 주민의 권리와 이익을 보호하기 위해 두는 것이다.

용어의 의미는 일반적으로 사전(辭典)에 설명된 내용대로 사용되거나 사회통념에 의하여 정해지는 것이지만 하나의 용어가 여러 뜻으로 쓰이는 경우가 많다. 이런 경우에 정의규정을 통해 그 자치법규에서 어떤 의미로 그 용어를 사용하는가를 명확히 해 둠으로써 자치법규의 해석과 적용상의 혼란을 막을 수 있다.

이와 같이 정의규정은 자치법규 해석상의 논란을 예방하고, 집행과정에서 발생할 수 있는 분쟁을 방지할 뿐 아니라, 여러 조문에서 자주 사용되는 용어를 미리 하나의 조문에서 설명하여 줌으로써 법령문을 간결하게 표현할 수 있게 한다.

나. 유의사항

정의규정에서는 헌법이나 「민법」·「형법」 등 기본법이나 상위법령에서 사용하는 용어와 표현을 존중하여 같은 용어는 가능한 한 정의가 같도록 표현하는 것이 바람직

하다. 법령 상호 간의 용어를 통일시킴으로써 법규정 내용에 대한 이해와 인식을 더 쉽게 할 수 있고 법령의 집행과정에서도 더 명확하게 해석할 수 있기 때문이다.

주의할 사항은 상위법령에서 위임한 사항을 정하거나 그 시행을 위한 자치법규의 경우에는 상위법령의 용어정의가 자치법규에도 당연히 그대로 적용되므로 법령에서 용어정의가 된 동일한 용어에 대하여 자치법규에서 다시 용어정의를 하지 않도록 한다. 이 경우 상위법령의 정의규정을 따른다는 규정도 불필요하다. 자치법규에 실익이 없는 규정을 두게 되어 입법경제상 타당하지 않고, 추후 법령이 개정되었음에도 자치법규가 그에 맞추어 개정되지 못한 경우 상위법령에 위반되거나 자치법규 해석상 혼란을 야기할 소지가 있기 때문이다.

의견제시 사례

일반적으로 상위법령의 위임에 따라 자치법규를 제정하는 경우, 상위법령의 용어정의는 자치법규에도 당연히 그대로 적용되므로 법률에서 용어정의가 된 동일한 용어에 대하여 자치법규에서 다시 용어정의를 하지 않도록 하여야 합니다. 왜냐하면, 자치법규에 실익이 없는 규정을 두게 되어 입법경제상 타당하지 않고, 향후 법령이 개정되었음에도 자치법규가 그에 맞추어 개정되지 못한 경우 상위법령에 위반되거나 자치법규 해석상 혼란을 야기할 소지가 있기 때문입니다. 따라서 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조제5호에서 정의하고 있는 “재난관리책임기관”에 대하여 재난안전관리조례안 제2조제9호에서 다시 정의를 하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2015. 6. 16. 회신 15-0136 의견제시 사례).

또한 위임 자치법규에서는 상위법령에서 정의한 용어의 정의와 다른 내용의 정의를 두면 안 되는데 그와 같은 정의규정을 두었다는 이유만으로 상위법령 위반으로 볼 수는 없겠지만, 실체규정과 결합하여 상위법령의 내용과 저촉되는 경우에는 상위법령 위반이 될 수 있고, 법적 혼란의 소지도 있기 때문이다.

또한, 사회통념상 확립된 의미와는 동떨어진 용어정의는 자치법규의 의미를 알기 어렵게 할 우려가 있으므로, 가능한 한 일반적으로 사용되는 용어의 용법에 맞게 용어정의를 해야 한다.

자치법규에서 사용되는 용어 가운데 어떤 용어를 정의할 필요가 있는가는 그 용어가 지니는 의미의 다양성과 그 용어가 자치법규에서 차지하는 법적 효력의 중요성 등에 따라 합리적으로 판단해야 할 것이다.

정의규정은 해당 자치법규 전체에 그 효력을 미친다. 자치법규의 특정한 조항에 대한 해석을 하는 경우에도 그 자치법규의 정의규정은 해석지침으로서 중요한 역할을 한다. 이런 의미에서 정의규정은 목적규정과 함께 자치법규의 규정 의미를 입법적으로 명확히 하는 입법적 해석의 기능을 한다고 할 수 있다.

모든 자치법규에 정의규정을 반드시 두어야 하는 것은 아니다. 사회통념상 일정한 의미가 있는 용어로서 정의규정이 없어도 충분히 의미를 알 수 있는 용어에 대해서는 따로 용어정의를 할 필요가 없다. 정의규정을 두지 않은 경우 용어의 구체적 의미는 법원의 판례나 헌법재판소의 결정례 등에 따르게 될 것이다. 정의규정된 용어를 그 자치법규의 한두 조문에서만 사용하는 데 그치는 경우에는 별도로 용어정의규정을 두지 않고 해당 조항에서 그 의미를 명확하게 규정하면 될 것이다. 조례에 별도로 용어정의를 하는 경우에는 건전한 상식에 따라 판단해야 할 것이다.

헌재결정례

「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특가법”이라 한다) 제4조제1항 소정의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는가에 관하여 특가법 자체에는 아무런 규정이 없고(중략) “정부관리기업체”라는 용어에 관한 아무런 정의규정이나 해설규정이 없으며 다른 법률에서도 그러한 규정을 찾아볼 수가 없다. 그렇다면 특가법 제4조제1항의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는 것인가는 우리의 건전한 상식에 따라 이를 판단할 수밖에 없다(헌법재판소 1995. 9. 28. 결정 93헌바50 결정례).

정의규정에서 정의된 용어에 대해서는 원칙적으로 다시 약칭하여 사용하지 않도록 한다. 왜냐하면, 용어정의는 그 용어를 그 자치법규에서 특정한 의미로 계속 사용하겠다는 의미인데, 정의된 용어를 다시 약칭하여 사용하는 것은 용어정의를 한 원래의 취지에 맞지 않기 때문이다. 또한 정의된 용어를 약칭하게 되면 그 정의된 용어는 정의규정에서만 사용되고 그 이후 조문에서는 약칭이 계속 사용되기 때문에 용어정의를 한 의미가 없어진다.

따라서 가능한 한 정의규정에서 정의된 용어는 그 자치법규에서 그대로 사용해야 한다. 정의된 용어를 다시 약칭할 필요가 있을 때에는 용어정의를 한 후 그 용어를 다시 약칭할 것이 아니라 처음부터 약칭하려는 용어 그 자체를 정의하여 사용하는

것이 타당하다. 부득이 정의된 용어를 다시 약칭하여 사용하는 경우에는 그 약칭은 용어를 정의한 후 최초로 그 용어가 나오는 조항에서 약칭하도록 한다.⁴⁸⁾

다. 규정의 표현 방식

정의규정은 일반적으로 목적규정 바로 다음에 둔다. 목적규정은 제1조에 두고, 정의규정은 제2조에 두는 것이 일반적이다. 그러나 기본이념규정을 두는 경우에는 제1조인 목적규정 다음인 제2조에 기본이념규정을 먼저 두고, 정의규정은 그 다음 제3조에 둔다. 정의규정의 제목은 “(정의)”라고 한다.

정의규정은 그 자체로서 정의하려는 용어의 의미가 최대한 명확하게 나타나도록 해야 한다. 용어정의를 하면서 그 내용에서 “등”, “그 밖에”, “...와 같은” 등의 불확정적인 단어는 될 수 있으면 사용하지 않도록 한다.

정의규정의 규정방식은 그 자치법규에서 정의되는 용어가 많은가 적은가 또는 그 용어가 그 자치법규에서 모두 적용되는가 또는 일정한 부분에서만 적용되는가 등 어떻게 사용되는가에 따라 달라진다. 정의하는 용어는 따옴표(“ ”)를 사용하여 표시한다.

1) 정의하는 용어가 하나인 경우의 표현방식

독립한 조(條)를 두어 ‘이 조례(규칙)에서 “○○”이란 ...을 말한다.’라고 표현한다.

입법례 ▶ 「용인시 태교도시 조성에 관한 조례」

제2조(정의) 이 조례에서 “태교도시”란 생명존중 정신을 바탕으로 한 올바른 태교를 통하여 건강한 시민을 육성하기 위한 기반시설 및 사회적 환경을 구축한 도시를 말한다.

48) 예외적으로 용어를 정의하는 조항 안에서 다시 약칭하는 입법례가 있으나, 입법기술상 불가피한 경우가 아니면 이러한 방식은 피하도록 한다.

2) 정의하는 용어가 둘 이상인 경우의 표현방식

정의하려는 용어가 둘 이상인 경우에는 독립한 조를 두어 본문을 “이 조례(규칙)에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다”라고 한다. “이 조례(규칙)에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다”, “이 조례(규칙)에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다” 등의 표현을 사용하는 경우도 있으나, 표현의 통일을 위해 “이 조례(규칙)에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다”라는 표현을 쓰기로 한다.

용어정의는 본문에 이어서 용어별로 호를 두어 각 용어에 대한 정의를 한다. 용어 정의는 항으로 구분하지 않고 바로 호로 구분하여 규정해야 하는 점을 유의한다.⁴⁹⁾

입법례 ◉ 「인천광역시 미추홀구 소셜미디어 관리 및 운영에 관한 조례」

제2조(정의) 이 조례에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “소셜미디어”란 정보통신망을 통해 의사소통을 하거나 정보를 공유하는 블로그, 트위터, 페이스북, 카카오톡, 인스타그램 등의 매체를 말한다.
2. “콘텐츠”란 정보통신망에서 부호, 문자, 도형, 색채, 음성, 음향, 이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자료 또는 정보를 말한다.

정의하려는 용어들이 체계상의 구분이 필요한 경우에는 호와 목 등을 결합하여 규정할 수 있다.

입법례 ◉ 「서울특별시 강남구 공공조형물 건립 및 관리 등에 관한 조례」

제2조(정의) 이 조례에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공공시설”이란 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제13호 및 같은 법 시행령 제4조에 따른 시설로서 서울특별시 강남구(이하 “강남구”라 한다)가 관리하는 시설을 말한다.
2. “공공조형물”이란 공유재산인 공공시설에 설치하는 다음 각 목의 시설을 말한다.
 - 가. 회화·조각·공예·사진·서예 등 조형시설물
 - 나. 벽화·분수대·폭포 등 환경시설물
 - 다. 상징탑·기념비·동상 등 상징조형물
3. “건립주체”란 공공조형물을 건립하고자 하는 법인, 단체 또는 개인을 말한다.

49) 종전에는 호를 사용하지 않고 항을 나열하여 여러 개의 용어를 정의하거나 항이나 호로 구분하지 않고 하나의 본문으로 둘 이상의 용어정의를 한 경우도 있었으나 이에 따르지 않도록 한다.

3) 정의규정 외에서 용어를 정의할 때 표현방식

용어의 정의는 정의규정에 두는 것이 일반적이다. 그러나 정의하려는 용어가 그 자치법규의 어느 일부분에만 사용되는 경우에는 정의규정에 두지 않고 그 용어가 실제로 사용되는 곳에서 정의하기도 한다.

입법례 ▶ 「경기도교육비특별회계 재무회계 규칙」

제155조(회계관계공무원) 이 장에서 “회계관계공무원”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

1. 제4조에 따라 지정된 회계관계공무원
2. 제1호에 따른 보조자로서 그 회계사무의 일부를 처리하는 자

4) 특정용어를 괄호를 사용하여 정의한 경우의 표현방식

보통 용어의 정의는 별개의 조문으로 규정하고 있으나, 비교적 간단한 용어는 해당 조문에서 괄호로 표시하여 정의할 수도 있다.

입법례 ▶ 「가평군 규제개혁위원회 설치 및 운영 조례 시행규칙」

제3조(안건제출) ① (생략)

② 제1항에 따라 심사를 받으려는 담당관, 과·소장은 법제사무 담당부서의 법제심사(조례·규칙 등에 대한 심사를 말한다)를 받기 전에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 위원회의 안건으로 제출하여야 한다.

1. ~ 4. (생략)

5) 자치조례에서 법령의 정의와 동일한 내용의 정의를 두는 경우의 표현방식

위임조례의 경우 상위법령의 용어정의를 당연히 그대로 적용되므로 해당 조례에서 다시 용어정의를 하지 않지만, 자치조례의 경우에는 유사한 법령에 있는 용어정의를 가져와 동일하게 정의하는 경우가 있다. 이 경우에는 법령의 용어정의 규정을 그대로 다시 규정할 것이 아니라 “이 조례에서 사용하는 용어의 뜻은 「○○법」 제○조에 따른다.”고 표현한다.

입법례 ▶ 「보령시 가족친화 사회환경의 조성 및 지원에 관한 조례」

제2조(정의) 이 조례에서 사용하는 용어의 뜻은 「가족친화 사회환경의 조성 촉진에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조에 따른다.

라. 정의규정과 약칭의 구별

약칭은 그 자치법규에서 반복하여 사용되는 일정한 긴 표현을 간결하게 표현하는 입법기술적인 표현 방법을 말한다. 어떠한 용어를 정의규정에 둘 것인지 약칭으로 처리할 것인지는 통상 그 용어가 자치법규 전반에 걸쳐 사용되는 기본적이고 중요한 용어인지 여부에 따라 판단해야 한다.

정의규정과 약칭의 차이는 다음 표와 같다. 약칭과 관련된 세부내용과 관련해서는 제3편 제3장 4. 약칭과 준용 등 특수한 표현을 참고하기 바란다.

■ 정의규정과 약칭의 차이

구분	정의규정	약칭
의의	• 자치법규 중에 쓰이고 있는 용어의 뜻을 명확하게 정하는 규정	• 자치법규에서 반복하여 사용되는 긴 표현을 간결하게 표현하는 규정
목적	• 자치법규에서 사용하는 용어의 의미 명확화, 해석상 혼란 방지	• 자치법규의 간결성, 입법경제
규정 위치	• 통상적으로 목적규정 다음에 위치 • 기본이념규정이 있는 경우에는 목적규정 및 기본이념규정 다음에 위치 ※ 경우에 따라서는 해당 장·절 또는 조문에서 정의하기도 함	• 약칭이 필요한 용어나 문장이 처음 나오는 조문에서 규정
적용 범위	• 법령에 둔 정의규정은 법령의 위임에 따라 만든 자치법규에 모두 적용 • 조례에서 특정 용어에 대하여 정의규정을 둔 경우 하위 규칙에서는 별도의 규정을 둘 필요가 없음	• 약칭을 한 해당 자치법규 형식 안에서만 적용 • 하위 규칙에서 필요하면 다시 약칭해야 함

Q&A | 질의·답변

Q1 위임조례나 집행조례가 아닌 경우에도 상위 법령에서 사용하고 있는 용어의 정의 규정을 그대로 규정해야 하는지?

A 법령 위임에 따라 제정되는 위임조례가 아니라 지방자치단체의 소관 사무에 대하여 규율하는 자치조례는 필요하다면 다른 법령에서 사용하는 용어와 다르게 용어를 정의할 수 있다고 할 것임. 다만, 법령에서 사용되는 용어의 의미와 조례에서 사용되는 용어의 의미가 다를 경우 실제 집행 과정에서 혼란이 발생할 수 있는 점을 고려하여 법령에서 정의된 용어의 의미가 일반적으로 통용되고 있다면 그와 달리 조례에서 정의하는 것은 바람직하지 않음.

Q2 조례에 정의한 용어를 다시 약칭하여 사용할 수 있는지?

A 자치법규에서 정의규정은 자치법규에 반복하여 쓰이는 용어의 뜻을 명확하게 하는 규정이고, 약칭은 자치법규에 반복하여 사용되는 긴 표현을 간결하게 표현하는 것으로 정의한 용어를 다시 약칭하는 것은 바람직하지 않음. 정의하는 용어가 긴 경우 예외적으로 용어를 정의하는 조항 안에서 다시 약칭하는 경우도 있으나 이러한 방식도 피해야 함.

5. 해석규정

가. 의의

해석규정은 자치법규 해석의 지침을 정한 규정이다. 목적규정이나 기본이념규정 또는 정의규정도 자치법규의 각 조문을 해석하고 집행하는 데 있어 지침을 제시하는 역할을 한다. 그러나 해석규정은 좀 더 직접적으로 그 자치법규의 해석을 위한 지침이나 태도를 규정함으로써 특정한 내용이나 사항에 대하여 자치법규를 해석하고 적용할 때 일어날 수 있는 법적 논란을 입법적으로 해결할 필요가 있을 때 둔다. 해석규정은 자치법규의 목적규정·기본이념규정 및 정의규정의 내용과 서로 모순되지 않아야 하며, 논리적 일관성을 갖추어야 한다.

자치법규에 그 자치법규의 개개 조문의 해석에 관한 방침을 명확히 제시하기 위하여 해석규정을 두는 것은 이른바 입법적 해석에 해당한다. 따라서 해석규정은 그 자치법규에 대하여 법원이 판결 시 사법적 해석을 하거나 행정기관이 행정적 해석을 할 때 구속을 받는 데에 그 의의가 있다.

나. 규정의 위치 및 표현방식

해석규정이 그 자치법규 전반에 걸쳐 해석지침으로 적용되는 경우에는 주로 총칙 규정에 둔다. 총칙규정에 해석규정을 두는 경우 보통 목적규정·기본이념규정 및 정의규정 다음에 둔다.

입법례 ▶ 「경기도 자유무역협정(FTA) 이행에 따른 산업지원 조례」

제3조(해석·적용상의 주의) 이 조례는 「세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정」에 규정된 내용을 수정 또는 제한하는 것으로 해석되지 아니한다.

입법예시 ▶

제○조(해석·적용상의 주의) 이 조례를 해석·적용할 때에는 주민의 권리가 부당하게 침해되지 않도록 해야 한다.

해석규정의 제목은 특별히 정형화된 것이 없다. 보통 “(해석·적용상의 주의)” 등으로 쓰는 경우가 많으나 해석규정의 구체적인 내용에 따라 그 내용에 알맞은 제목을 붙이도록 한다. 해석규정의 표현방식 또한 특별히 정형화된 것이 없다. 해석규정을 두는 목적을 잘 나타낼 수 있도록 표현하면 된다. 해석규정은 그 자치법규의 개별 조항을 해석·적용할 때에 보다 명확한 지침을 주기 위한 것이므로 해석규정 그 자체가 또 다른 해석상의 논란을 일으키지 않도록 유의해야 한다.

그리고 상위법령의 내용을 조례에서 해석하는 규정을 두는 경우가 있으나, 상위법령 규정은 상위법령의 해석으로 구체화되어야 하는 것이므로 조례에서 이러한 규정을 두게 되면 원래의 의미를 축소하거나 확대하는 위험이 있으므로 바람직하지 않다.

6. 시장 등의 책무·책임 등에 관한 규정

가. 의의

시장 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정은 그 자치법규의 목적 달성을 위하여 시장 등이 수행해야 할 책무 등을 정한 것이다. 이러한 규정은 시장 등이 담당해야 할 책무를 자치법규에서 명확히 정함으로써 자치법규의 입법목적은 좀 더 효과적으로 달성하기 위하여 두는 것이다.

나. 규정의 위치 및 표현방식

시장 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정을 두는 경우에는 원칙적으로 그 자치법규의 총칙에 둔다. 총칙 중 어느 위치에 둘 것인가는 그 규정이 그 자치법규에서 차지하는 비중에 비추어 적절하게 정한다. 일반적으로 목적규정·기본이념규정 및 정의규정 다음에 두며, 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정보다는 앞에 둔다.

시장 등의 책무·책임 또는 정책수립의무 등에 관한 규정의 제목은 정형화된 것이 없고, 그 자치법규의 내용에 비추어 가장 적합한 표현을 사용하도록 한다. “(시장의

책무)”, “(시장의 책임)” 등 다양한 표현을 사용하고 있고, 정책이나 시책에 관한 규정의 제목으로는 “(시책의 수립·시행)”, “(기본시책의 수립)” 등의 표현을 사용하고 있다.

시장 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정의 표현방식은 그 자치법규의 내용에 비추어 가장 적절한 표현을 사용하도록 한다. 다만, 다른 법령 또는 자치법규에 그 자치법규와 관련 있는 내용이 있는 경우에는 표현이나 내용이 서로 모순되지 않도록 해야 한다.

입법례 ▶ 「김제시 의류수거함 관리 및 헌옷 재활용 촉진 조례」

제2조(시장의 책무) 김제시장(이하 “시장”이라 한다)은 김제시의 특성을 고려하여 헌옷의 재활용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 사항이 포함된 시책을 수립·이행할 책무를 진다.

1. 재활용 가능한 헌옷의 분리수거체계 운영
2. 의류 수거함의 설치 및 관리
3. 헌옷 재활용사업 육성

입법례 ▶ 「강릉시 외국인주민 및 다문화가족 지원 조례」

제4조(시장의 책무) ① 강릉시장(이하 “시장”이라 한다)은 외국인주민 및 다문화가족의 안정적인 가정생활 영위와 지역사회 조기 정착을 위한 적절한 시책을 추진하여야 한다.

② 시장은 외국인주민 및 다문화가족이 지역공동체의 구성원으로서 시정에 참여할 수 있도록 노력하여야 한다.

③ 시장은 외국인주민 및 다문화가족의 지원정책을 전담하는 부서 설치를 위해 노력하여야 하며, 이에 따른 인력 및 재정 수요 보전방안을 마련하여야 한다.

시장 등의 책무·책임·정책수립의무 등과 관련하여 지방자치단체의 장에게 사업 추진에 필요한 예산을 확보하도록 의무를 부과하는 경우가 있는데, 「지방자치법」 제47조제1항제2호 및 제142조제1항에서는 예산편성권을 지방자치단체의 장에게, 예산의 심의·확정권을 지방의회에 각각 부여하여 예산에 관한 권한을 지방자치단체의 장과 지방의회에 배분하고 있다.⁵⁰⁾

50) 「지방자치법」

제47조(지방의회의 의결사항) ① 지방의회는 다음 사항을 의결한다.

1. (생략)
2. 예산의 심의·확정

「지방자치법」상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분립되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되는 것이므로, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결례 참조). 조례에 ‘지방자치단체의 장은 사업추진에 필요한 예산을 확보해야한다’고 의무를 부여하는 형식으로 규정하는 것은 지방의회가 견제의 범위를 넘어서서 「지방자치법」에서 지방자치단체의 장에게 부여한 예산편성권을 침해할 우려가 있으므로 바람직하지 않다.

의견제시 사례

화재, 재난·재해 및 그 밖의 위급한 상황에서 화재진압 및 인명구조 등을 위한 소방활동에 자발적으로 참여한 민간인에 대하여 지방자치단체의 장이 보상하도록 하면서 매년 보상에 필요한 예산을 확보해야 한다고 조례에 규정하는 것은 지방의회가 견제의 범위를 넘어서서 「지방자치법」에서 지방자치단체의 장에게 부여한 예산편성권을 침해할 우려가 있으므로 가능하지 않을 것으로 보입니다(법제처 2016. 12. 2. 회신 16-0332 의견제시 사례).

한편 법률에서는 국가나 지방자치단체 등의 책무·책임·정책수립의무 등에 관한 규정을 두면서 사업자의 의무나 국민의 의무도 함께 규정함으로써 법령의 실효성을 확보하기도 한다.⁵¹⁾ 하지만 자치법규의 경우 사업자나 주민의 의무 부과에 관한

3. ~ 11. (생략)

② (생략)

제142조(예산의 편성 및 의결) ① 지방자치단체의 장은 회계연도마다 예산안을 편성하여 시·도는 회계연도 시작 50일 전까지, 시·군 및 자치구는 회계연도 시작 40일 전까지 지방의회에 제출하여야 한다.

② ~ ④ (생략)

51) 「환경정책기본법」

제4조(국가 및 지방자치단체의 책무) ① 국가는 환경오염 및 환경훼손과 그 피해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위하여 환경계획을 수립하여 시행할 책무를 진다.

② 지방자치단체는 관할 구역의 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경계획에 따라 그 지방자치단체의 환경계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 진다.

③ 국가 및 지방자치단체는 지속가능한 국토환경 유지를 위하여 제1항에 따른 환경계획과 제2항에 따른 지방자치단체의 환경계획을 수립할 때에는 「국토기본법」에 따른 국토계획과의 연계방안 등을 강구하여야 한다.

④ 환경부장관은 제3항에 따른 환경계획과 국토계획의 연계를 위하여 필요한 경우에는 적용범위, 연계방법 및 절차 등을 국토교통부장관과 공동으로 정할 수 있다.

사항을 정하기 위해서는 「지방자치법」 제28조제1항 단서에 따라 법률의 위임이 있어야 한다. 따라서 법률의 위임이 없다면 사업자나 주민의 의무 부과에 관한 사항은 두지 않아야 한다. 다만, 자치법규의 실효성 확보를 위하여 사업자나 주민의 의무 부과에 관한 사항을 규정할 필요가 있는 경우에는 의무 부과가 아니라 “... 노력해야 한다”는 식의 선언적인 내용으로 규정해야 할 것이다.

입법례 ▶ 「인천광역시 미추홀구 공중화장실 등 설치 및 관리 조례」

제2조(공중화장실등 설치·관리자의 책무) 공중화장실, 개방화장실, 이동화장실, 간이화장실 및 유료화장실(이하 “공중화장실등”이라 한다)을 설치·관리하는 자는 공중화장실등을 항상 깨끗하고 위생적으로 유지·관리하고, 이용자의 편의를 도모하며, 최적의 시설 상태를 유지하도록 노력하여야 한다

7. 적용 범위에 관한 규정

가. 의의

적용 범위에 관한 규정은 해당 자치법규가 적용되는 대상이나 사항을 명백하게 하기 위해 두는 규정을 말한다. 그 자치법규의 전부 또는 일부가 적용되거나 적용되지 않는 대상범위를 명시하거나, 자치법규 중 일부 조항을 어떤 범위에 한정하여 적용하는 것을 내용으로 한다.

적용 범위에 관한 규정을 둘 때에는 그 자치법규의 적용대상으로 하려는 사항과 다른 법령이나 자치법규에서 이미 적용대상으로 하고 있는 사항이 서로 중복되거나 모순·충돌되지 않도록 각 자치법규의 적용 범위를 면밀히 비교·검토해야 한다.

제5조(사업자의 책무) 사업자는 그 사업활동으로부터 발생하는 환경오염 및 환경훼손을 스스로 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 하며, 국가 또는 지방자치단체의 환경보전시책에 참여하고 협력하여야 할 책무를 진다.

제6조(국민의 권리와 의무) ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다.

② 모든 국민은 국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하여야 한다.

③ 모든 국민은 일상생활에서 발생하는 환경오염과 환경훼손을 줄이고, 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다.

나. 규정의 위치

적용 범위에 관한 규정은 총칙부분 중 목적규정·기본이념규정·정의규정 등의 다음에 두되, 다른 조례 또는 규칙과의 관계규정보다는 앞에 두도록 한다. 적용 범위에 관한 규정의 제목은 “(적용 범위)”로 표현한다. 입법례를 보면 “(적용범위)”, “(적용 배제)”, “(적용제외)”, “(적용의 제외)”, “(적용의 특례)” 등 여러 가지 표현을 쓰고 있으나, 표현의 통일을 기하기 위해 “(적용 범위)”로 쓰기로 한다.

입법례 ▶ 「신안군 사회재난 구호 및 복구 지원에 관한 조례」

제2조(적용 범위) 이 조례는 「재난 및 안전관리 기본법」(이하 “법”이라 한다) 제3조제1호나목에 따른 사회재난(이하 “사회재난”이라 한다) 중 법 제60조제2항에 따라 특별재난지역으로 선포되지 아니한 지역의 재난에 대하여 적용한다.

다. 규정의 표현방식

적용 범위에 관한 규정의 표현방식은 그 자치법규의 적용대상을 적극적으로 규정하는 방식과 그 자치법규의 적용이 제외되는 대상을 규정하는 방식 등으로 나누어진다. 적용대상과 적용제외대상을 함께 규정하고 있는 방식도 있다. 입법기술상 필요에 따라 어느 방식에 의하든 관계없으나 그 자치법규가 적용되는 범위를 명확히 규정하여 자치법규를 해석하고 집행할 때 혼동이 생기지 않도록 해야 한다.

1) 자치법규의 적용대상을 적극적으로 규정하고 있는 방식

자치법규의 적용대상을 적극적으로 규정하는 경우에 두는 방식으로서 적용 범위규정을 둘 때 일반적으로 취하는 규정방식이다.

입법례 ▶ 「원주시 의용소방대 지원에 관한 조례」

제2조(적용 범위) 이 조례는 원주시에 설치된 다음 각 호의 의용소방대(이하 “의용소방대”라 한다)에 적용한다.

1. 원주시를 관할 구역으로 하는 의용소방대
2. 원주시 각 읍·면을 관할 구역으로 하는 의용소방대

2) 자치법규의 적용제외대상을 규정하고 있는 방식

자치법규의 적용에서 제외되는 대상의 범위를 명백히 규정함으로써 자치법규의 적용 여부에 관하여 의문의 여지를 없애기 위해 취하는 방식이다.

입법예시 ▶

제○조(적용 범위) ○○○에 대해서는 이 조례를 적용하지 않는다.

3) 자치법규의 적용대상과 적용제외대상을 함께 규정하고 있는 방식

적용대상을 먼저 정하되, 그 적용대상 중에서 일부 제외되는 범위를 명백하게 하기 위하여 적용제외대상도 함께 규정하는 방식이다.

입법례 ▶ 「서울특별시 보조금지원 표지판 설치에 관한 조례」

제3조(적용 범위) ① 이 조례는 서울특별시의 보조금을 지원받아 시설자금이나 운영비로 사용하는 법인 또는 단체(이하 “보조사업자”라 한다)에 대하여 적용한다. 다만, 보조금을 지원받아 건립된 지 10년이 경과한 경우에는 적용하지 아니한다.

② 보조금지원 표지판의 설치가 필요한 법인·단체 및 보조금액의 기준은 규칙으로 정한다.

Q&A | 질의·답변

Q 자치법규에 특별한 규정이 없는 경우 법령이 적용된다고 규정할 수 있는지?

A 법령이 적용되는 범위는 법령해석에 따라 결정됨. 자치법규에 특별한 규정이 없으면 법령이 적용된다고 규정하면 자치법규가 우선 적용되고 법령이 보충적으로 적용된다는 뜻이 되므로 상위법령에 위반될 소지가 있음. 따라서 자치법규에 “특별한 규정이 없으면 ~ 법령이 적용된다.”고 규정하면 안 됨.

8. 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정

가. 의의

하나의 조례 또는 규칙에서 규율하려는 대상이나 사항이 다른 조례 또는 규칙에서 규율하고 있는 것과 중복되거나 상호 연관되어 있는 경우가 많다. 이와 같이 조례 또는 규칙의 규정은 고립하여 존재하는 것이 아니라 조례 또는 규칙 상호 간에 유기적으로 결부되어 종합적인 체계를 구성하고 있다. 그러므로 각 조례·규칙 상호 간 또는 각 조례 또는 규칙의 개별 규정 간에 조화와 균형을 유지하려면 다른 조례 또는 규칙과의 관계를 명확하게 규정하여 다른 자치법규와의 상충을 피하고 조례 또는 규칙 상호 간의 조화를 도모해야 한다.

다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정은 총칙부분과 부칙부분에서 모두 사용되고 있는데 사용목적과 내용이 서로 다르다. 총칙부분에서는 그 조례 또는 규칙과 다른 조례 또는 규칙 간의 적용의 우선순위에 관한 사항을 정하기 위해 사용하고, 부칙부분에서는 그 조례 또는 규칙의 개정 등에 따라 다른 조례 또는 규칙의 관련 조문을 정리하기 위해 사용한다.

총칙에서 규정하는 “다른 조례 또는 규칙과의 관계”에 관한 규정은 다른 조례 또는 규칙의 적용 및 적용제외에 관한 사항을 내용으로 하고 있다. 일반적으로는 그 조례 또는 규칙에서 규정하지 않은 사항에 대해 다른 조례 또는 규칙을 따르도록 하거나, 그 조례 또는 규칙에서 규정한 사항에 대해서는 다른 조례 또는 규칙보다 그 조례 또는 규칙을 우선 적용 하도록 한다.

나. 적용 범위에 관한 규정과 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정의 구분

적용 범위에 관한 규정은 그 자치법규에서 규율하려는 대상이나 사항에 대하여 그 자치법규가 적용되는 범위를 명확하게 하려고 두는 것이다. 반면, 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정은 그 조례 또는 규칙과 다른 조례 또는 규칙 간의 관계에서 어느 조례 또는 규칙이 먼저 적용되는지 적용의 우선순위를 정하기 위해 두는 것이다.

적용 범위에 관한 규정과 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정은 그 규율하려는 내용이 서로 다른 것이므로 별도의 조문으로 구분하여 규정하는 것이 타당하다.

다. 유의사항

다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정에 상위법령의 위임에 따라 제정되는 조례 또는 규칙보다 우선하는 내용을 정하는 것은 법령 위반의 소지가 있을 수 있으므로 주의해야 한다.

라. 규정의 위치 및 표현방식

다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정은 일반적으로 그 조례의 총칙부분에 두되, 총칙규정의 마지막 부분에 둔다.

다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정의 제목은 원칙적으로 조례에서는 “(다른 조례와의 관계)”로 표현하고, 규칙에서는 “(다른 규칙과의 관계)”로 표현한다. 입법례를 보면 “(다른 조례의 준용)”, “(다른 조례의 적용)”, “(다른 조례의 배제)” 등의 제목을 다양하게 붙이고 있으나 표현의 통일을 위해 위 원칙에 따라 쓰기로 한다.

다른 조례 또는 규칙과의 관계를 규정하는 방식은 그 조례 또는 규칙과 다른 조례 또는 규칙과의 관계를 어떻게 설정하는가에 따라 여러 가지 방식이 있다. 그 조례 또는 규칙과 다른 조례 또는 규칙과의 관계를 어떤 방식으로 설정하는 것이 조례 또는 규칙 간의 관계를 명확히 하여 조례 또는 규칙을 해석하고 집행할 때 문제가 없을 것인지 관계 조례 또는 규칙을 종합적으로 검토한 후 표현방식을 정해야 한다. 이하에서는 조례를 중심으로 다른 조례 또는 규칙과의 관계의 규정 방식에 대해 알아보도록 하겠다.

1) 다른 조례를 우선 적용하고, 다른 조례에 특별한 규정이 없는 경우에만 그 조례의 규정을 적용하도록 하는 방식

그 조례에서 규율하려는 대상이나 사항에 대해 다른 조례에 특별한 규정이 있는 경우에는 다른 조례를 우선 적용하고, 다른 조례에 특별한 규정이 없는 경우에만 그 조례를 적용한다는 취지의 규정을 두는 방식이다. 조례가 기본조례의 성격이나 일반조례의 성격을 가지고 있어 특별조례에서 규정하고 있는 사항을 우선 적용하고 특별조례에서 정하고 있지 않는 사항에 대하여 일반적으로 그 조례를 적용하려는 경우에 두는 방식이다.

입법례 ▶ 「보령시 가족친화 사회환경의 조성 및 지원에 관한 조례」

제3조(다른 조례와의 관계) 가족친화 사회환경의 조성 및 지원에 관하여 다른 조례에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 조례에서 정하는 바에 따른다.

2) 그 조례를 다른 조례보다 우선 적용하도록 하는 방식

그 조례를 다른 조례보다 우선 적용하는 것이 그 조례의 제정목적상 필요하거나 정책목적상 또는 법체계상 합리적인 경우에는 그 조례의 규정을 다른 조례의 규정보다 우선 적용하는 규정을 둔다. 다만, 앞에서 설명한 바와 같이 법령의 위임에 따라 제정되는 위임조례보다 우선 적용하도록 하는 경우 상위법령 위반의 문제가 발생할 수 있으므로 해당 조례가 우선 적용하게 되는 다른 조례의 범위에서 위임조례를 배제하는 명시적인 규정을 두는 것이 필요하다.

입법례 ▶ 「광주광역시 도시재생 기본 조례」

제7조(다른 조례와의 관계) ① 이 조례는 도시재생활성화지역에 관하여 다른 조례보다 우선하여 적용한다.

②·③ (생략)

입법례 ▶ 「서울특별시교육청 업무추진비 집행기준 및 공개에 관한 조례」

제3조(다른 조례와의 관계) 교육청의 업무추진비 집행기준과 사용내역 공개 등에 관한 사항은 다른 조례에 우선하여 이 조례를 적용한다.

3) 일정사항에 대해서는 그 조례를 우선 적용하고, 다른 사항에 대해서는 다른 조례를 우선 적용하도록 하는 방식

입법례 ▶ 「안성시 농촌융복합산업 육성 및 지원 조례」

제11조(다른 조례와의 관계) 이 조례는 농촌융복합산업의 육성에 적용되는 지원사항 및 특례 사항 등에 관하여 다른 조례에 우선하여 적용한다. 다만, 이 조례의 규제에 관한 특례보다 완화된 규정이 있으면 그 조례에서 정하는 바에 따른다.

4) 다른 조례의 제정·개정 시 그 조례의 목적이나 이념에 맞도록 해야 한다는 규정을 두는 방식

그 조례에서 규율하려는 대상이나 사항에 대하여 다른 조례와의 적용상 선후관계를 구체적으로 명확하게 하지 않고 포괄적으로 그 조례의 제정목적이나 이념에 맞도록 다른 조례를 제정해야 한다는 내용으로 다른 조례와의 관계를 규정하는 방식이다.

이런 규정방식은 다른 조례 또는 규칙과의 관계를 지나치게 포괄적으로 규정한 것으로서 실제 법령 해석상 다른 조례와의 저촉문제 등 의문을 일으킬 소지가 많으므로 피하도록 한다.

제2장 | 본칙규정

1. 지방공무원

가. 지방공무원의 인사권

지방공무원이란 지방자치단체의 공무원을 말하며, 「지방공무원법」 제2조제1항에서는 지방자치단체가 경비를 부담하는 지방공무원을 말한다고 규정하고 있다. 종전에는 지방의회 사무직원을 의장의 추천에 따라 지방자치단체의 장이 임명하도록 하고, 사무직원 일부의 임용권만 지방의회에 위임되어 있어, 직원의 다수가 지방자치단체와의 순환보직 형식으로 인사이동이 이루어졌으나, 「지방자치법」이 2021년 1월 12일 법률 제17893호로 전부개정되면서 지방의회의 독립성·전문성 및 인력운영의 자율성을 제고하기 위해 지방의회 사무직원의 인사권한을 지방의회의 의장이 전면 행사할 수 있도록 지방의회의 권한이 강화되었다.

이에 따라 「지방공무원법」 제6조제1항에서는 지방자치단체의 장(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다) 및 지방의회의 의장(특별시·광역시·특별자치시·도 및 시·군·구 의회의 의장을 말한다)은 같은 법에서 정하는 바에 따라 그 소속 공무원의 임명·휴직·면직과 징계에 관한 권한을 가진다고 규정하고 있고, 「지방자치법」 제103조제2항에서는 지방의회의 의장은 지방의회 사무직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·의회규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육·훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리하도록 규정하고 있으며, 같은 법 제118조에서는 지방자치단체의 장은 소속 직원(지방의회의 사무직원은 제외)을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리하도록 규정하고 있다.

따라서 지방자치단체의 장과 지방의회의 의장은 그 소속 공무원의 임용·복무·징계 등에 대해서 전속적인 권한을 가지고 있어서 그 외에 다른 자가 임용권을 가지게 하거나, 누구를 임용할지에 대한 구체적 내용을 조례로 정하는 등 지방자치단체의 장 또는 지방의회의 의장의 임용권을 사전에 제한하는 사항을 조례로 규정할 수는 없다.

판례

이 사건 조례안 제11조제3항은 의회 의장이 5인 이내의 시의원을 민간투자위원회 위원으로 추천하여 시장이 임명 또는 위촉하도록 규정하고 있는바, 위 규정은 의장이 개인 자격으로 시장의 인사권에 사전에 적극적으로 개입할 수 있도록 하여 시장의 고유권한을 침해하고 있으므로 조례제정권의 한계를 일탈하여 위법하다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007추141 판결례 참조).

의견제시 사례

지방의회의 서류제출요구에 지방자치단체의 장이 정당한 이유 없이 불응하는 경우에는 행정사무감사 및 조사 등 지방의회의 견제·감시 권한을 발동하여 이에 대응하는 것이 합리적인 권한행사 방법이므로, 자료제출을 거부하는 집행부 관계자에 대한 징계요구 등 자료제출을 강제할 수 있는 규정을 조례로 제정하는 것은 지방의회가 법령에 따라 주어진 권한의 범위를 넘어 집행기관의 행정작용에 대하여 직접 간섭하는 것으로서 법령에 없는 새로운 견제장치를 만드는 것이 되어 지방자치법령의 취지에 맞지 않을 뿐 아니라 「지방자치법」 제22조에서 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 한 규정의 취지에도 위반된다고 할 것입니다(법제처 2014. 9. 29. 회신 14-0205 의견제시 사례).

또한, 「지방자치법」 제118조에서는 지방자치단체의 장은 소속 직원(지방의회의 사무직원은 제외)을 지휘·감독하도록 규정하고 있는데, 통상 ‘소속 직원’이란 법제상 또는 편제상 특정 조직에 소속되어 조직의 임용 및 지휘감독의 대상이 되는 인적 대상을 말하는 것이고,⁵²⁾ 이러한 ‘소속 직원’에는 지방공무원뿐만 아니라 근로자도 포함된다고 할 것이므로, 지방공무원 임용뿐만 아니라 계약직 근로자의 경우에도 지방자치단체의 장이 채용에 관한 전속적인 권한을 가진다고 할 것이다.

52) 법제처 2006. 12. 1. 회신 06-0298 해석례 참조

의견제시 사례

지방자치단체의 장이 무기계약근로자 채용 시 해당 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 강제하는 의무규정을 조례로 정하는 것은 「지방자치법」에서 인정하고 있는 소속 직원의 채용이라는 지방자치단체의 장의 전속적 권한을 침해하는 것으로 볼 여지가 있습니다(법제처 2013. 9. 6. 회신 13-0257 의견제시 사례).

한편 지방의회에는 사무를 처리하기 위해 조례로 정하는 바에 따라 사무처, 사무국이나 사무과를 둘 수 있다. 각 사무처, 사무국, 사무과에는 사무처장, 사무국장, 사무과장과 직원 등 사무직원을 둘 수 있고, 사무직원은 지방공무원으로 보하도록 하고 있으며, 지방의회의 의장은 지방의회 사무직원을 지휘·감독하고 그 임면·교육·훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리하고, 사무처장·사무국장 또는 사무과장은 지방의회의 의장을 명을 받아 의회의 사무를 처리한다.⁵³⁾

또한 지방의회에는 지방의회의원 정수의 2분의 1 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 지방의회의원의 의정활동을 지원하는 정책지원 전문인력을 둘 수 있다.⁵⁴⁾

53) 「지방자치법」

제102조(사무처 등의 설치) ① 시·도의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무처를 둘 수 있으며, 사무처에는 사무처장과 직원을 둔다.

② 시·군 및 자치구의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무국이나 사무과를 둘 수 있으며, 사무국·사무과에는 사무국장 또는 사무과장과 직원을 둘 수 있다.

③ 제1항과 제2항에 따른 사무처장·사무국장·사무과장 및 직원(이하 제103조, 제104조 및 제118조에서 “사무직원”이라 한다)은 지방공무원으로 보한다.

제103조(사무직원의 정원과 임면 등) ① 지방의회에 두는 사무직원의 수는 인건비 등 대통령령으로 정하는 기준에 따라 조례로 정한다.

② 지방의회의 의장은 지방의회 사무직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·의회규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육·훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다.

제104조(사무직원의 직무와 신분보장 등) ① 사무처장·사무국장 또는 사무과장은 지방의회의 의장의 명을 받아 의회의 사무를 처리한다.

② 사무직원의 임용·보수·복무·신분보장·징계 등에 관하여는 이 법에서 정한 것 외에는 「지방공무원법」을 적용한다.

54) 「지방자치법」

제41조(의원의 정책지원 전문인력) ① 지방의회의원의 의정활동을 지원하기 위하여 지방의회의원 정수의 2분의 1 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 지방의회에 정책지원 전문인력을 둘 수 있다.

② 정책지원 전문인력은 지방공무원으로 보하며, 직급·직무 및 임용절차 등 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 지방공무원의 보수

「지방공무원법」 제44조제1항에서는 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정하도록 하고, 같은 법 제45조제1항에서는 공무원의 보수에 관한 ① 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항, ② 수당에 관한 사항, ③ 보수 지급 방법, 보수 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 「지방공무원 보수규정」 제3조에서 “보수”는 봉급(연봉제 적용 대상 공무원은 연봉)과 그 밖의 각종 수당을 합산한 금액으로 정의⁵⁵⁾하고 있다.

“이 법이나 그 밖의 법령에서 정한 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는 어떠한 금전이나 유가물(有價物)도 공무원의 보수로 지급될 수 없다”고 규정한 「지방공무원법」 제44조제4항⁵⁶⁾ 등에 비추어 볼 때, 지방자치단체마다 재정상황, 근무여건 등이 다르지만, 소속 지방공무원의 보수를 조례제정이나 예산편성의 방법으로 달리 정할 수 없다.

55) 「지방공무원 보수규정」

제3조(용어의 정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “보수”라 함은 봉급과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다. 다만, 연봉제적용대상공무원은 연봉과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다.
2. “봉급”이라 함은 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 직책별로 지급되는 기본급여 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도와 재직기간등에 따라 계급(직위를 포함한다. 이하 같다)별·호봉별로 지급되는 기본급여를 말한다.
3. “수당”이라 함은 직무여건 및 생활여건등에 따라 지급되는 부가급여를 말한다.
4. ~ 10. (생략)

56) 「지방공무원법」

제44조(보수결정의 원칙) ① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

1. 직무의 곤란성과 책임도가 매우 특수하거나 결원을 보충하기 어려운 직무에 종사하는 공무원
2. 제4조제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분이나 직군 및 직렬의 분류를 적용하지 아니하는 공무원
3. 임기제공무원
- ② 공무원의 보수는 일반의 표준생계비, 물가수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력해야 한다.
- ③ 경력직공무원 간, 경력직공무원과 특수경력직공무원 간에 보수의 균형을 도모해야 한다.
- ④ 이 법이나 그 밖의 법령에서 정한 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는 어떠한 금전이나 유가물(有價物)도 공무원의 보수로 지급될 수 없다.

따라서 상위법령에서 이와 관련된 사항을 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있지 않은 이상 조례로 지방공무원의 보수에 관한 사항을 정할 수 없고, 설사 정한다 하더라도 이는 상위법령에 반하는 조례로서 위법한 조례가 될 것이므로 이와 관련된 사항은 조례로 규정하지 않도록 유의해야 한다.

판례

이 사건 조례안 제2조는 학비의 지급대상을 소속 공무원의 대학에 취학 중인 자녀를 그 대상으로 하고 있는바, 비록 그 학비를 보수(수당)로서 공무원에게 직접 지급하는 것은 아니라고 하더라도 그 자녀의 학비를 위 장학기금에서 대신 지급하여 줌으로써 공무원이 지출하여야 할 학비를 지출하지 않게 하여 그 실질에 있어서는 법령에서 규정하지 아니한 명목의 금전을 소속 공무원에게 변형된 보수로서 지급하는 것에 다름 아니고, 이는 결과적으로 위 관계 법령의 규정을 위반하는 것이라고 하지 않을 수 없다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96추107 판결례 참조).

판례

이 사건 조례안규정에 따라 지급하는 위로금은 비록 인천광역시 소속 소방공무원 일반에게 상시적으로 지급하는 것은 아니라 할지라도 공상소방공무원 중 선발된 자에 대하여는 공무상 병가, 공무상 질병휴직에 따른 요양기간 동안 계속적으로 지급하는 것일 뿐만 아니라, 그 지급방법도 요양기간 동안 계급별로 차등을 두어 높은 계급일수록 높은 일일단가로 계산한 금원을 지급하는 것이므로, 이러한 위로금은 그 명칭과 관계없이 실질에 있어서는 지방공무원인 공상소방공무원에게 법령에서 정하지 아니한 명목의 금전을 변형된 보수로 지급하는 것에 다름 아니어서 비록 공상소방공무원에 대한 지원의 필요성은 별론으로 하더라도 지방공무원법 제44조 제4항에 반한다고 할 것이다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011추117 판결례 참조).

2. 보조·출연

가. 보조금 일반

1) 보조금 의의

보조금은 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 공익적 사업을 지원하기 위해 반대급부 없이 교부하는 금전 급부를 말하는데, 출연, 출자와 같이 재정상 지원의

일종이다. 보조금의 교부 주체가 국가인 경우에는 「보조금 관리에 관한 법률」이 일반법이 되고, 지방자치단체가 주체인 경우에는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 일반법이 된다.

「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제2조에서는 “지방보조금”을 “지방자치단체가 법령 또는 조례에 따라 다른 지방자치단체, 법인·단체 또는 개인 등이 수행하는 사무 또는 사업 등을 조성하거나 이를 지원하기 위하여 교부하는 보조금”으로 정의하고 있다.

2) 지방보조금의 근거

보조금의 방만한 집행을 방지하기 위해 「지방재정법」 제17조57)에서 지방자치단체는 법률에 규정이 있는 경우 등 일정한 경우에 한정하여 개인 또는 법인·단체에 보조할 수 있도록 하고 있다.

지방자치단체가 교부하는 보조금에 대해서는 법률 제12687호로 일부개정된 「지방재정법」(2014. 5. 28. 공포, 2015. 1. 1. 시행)에서 지방보조금의 관리에 대한 일반규정(제32조의2부터 제32조의11까지)을 두고 있었는데, 2021. 1. 12. 법률 제17892호로 지방보조금의 관리·운영방안 등에 관한 사항을 규정하는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 제정되어 2021. 7. 13.부터 시행되고 있다.

「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제3조제1항에서는 보조금예산의 편성, 교부신청, 교부결정, 사용 등에 관한 기본적 사항을 규정하면서 지방보조금의 예산

57) 「지방재정법」

제17조(기부 또는 보조의 제한) ① 지방자치단체는 그 소관에 속하는 사무와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우와 공공기관에 지출하는 경우에만 개인 또는 법인·단체에 기부·보조, 그 밖의 공금 지출을 할 수 있다. 다만, 제4호에 따른 지출은 해당 사업의 지출근거가 조례에 직접 규정되어 있는 경우로 한정한다.

1. 법률에 규정이 있는 경우
2. 국고 보조 재원(財源)에 의한 것으로서 국가가 지정한 경우
3. 용도가 지정된 기부금의 경우
4. 보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우

② (생략)

의 편성·집행 등 그 관리에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따르도록 규정하고 있다.

3) 지방보조금의 규정 형식

지방보조금의 지급 근거에 관한 규정은 “지원해야 한다.”와 같이 의무부과 형식으로 하지 않고 “지원할 수 있다.”와 같이 권한부여 형식을 취하는 것이 일반적인데, 그 이유는 의무부과 형식으로 하면 보조금 지급에 관한 재량의 여지가 없어져 재정의 탄력적 운영이 어려워지고, 소요 예산의 편성 및 집행권은 지방자치단체의 장의 고유한 권한임에도 불구하고 조례에서 강행규정 방식으로 규정하게 되면 지방자치단체의 장의 권한을 침해할 우려가 있기 때문이다. “예산의 범위에서 …” 라는 표현을 사용하기도 하는데, 이는 방만한 보조금지출을 방지하고 합리적이고 탄력적인 예산 운용이 가능하도록 하기 위한 것이다.

의견제시 사례

… “예산의 범위에서”란 해당 경비의 지출을 위해 김제시 의회의 승인을 받은 김제시 회계의 세출예산에 실제 계상(計上)되어 있는 예산의 범위를 의미한다고 할 것이어서, 예산의 범위에서 사업 등을 추진해야 한다거나 보조금을 지원해야 한다고 규정하더라도 그 사업수행 등에 소요되는 경비를 반드시 책정하여 예산에 계상해야 할 의무까지를 시장에게 부과하는 것으로 볼 수는 없다 할 것입니다.(중략) “예산의 범위에서 ~을 추진(지원)해야 한다”라고 규정할 경우 지방자치단체의 장의 예산편성권 및 집행권을 침해할 우려가 있을 수 있으므로, 이러한 지방자치단체의 장의 권한 침해 소지를 없애기 위해서는 “예산의 범위에서 ~을 추진(지원)할 수 있다”와 같이 권한부여 형식으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 것입니다(법제처 2020. 1. 14. 회신 20-0002 의견제시 사례).

입법례 ▶ 「창녕군 저소득 중증장애인 태양열 온수기 설치 지원에 관한 조례」

제3조(태양열 온수기 설치 비용 지원) ① 창녕군수(이하 “군수”라 한다)는 저소득 중증장애인의 주거환경 개선을 위하여 태양열 온수기를 설치하는 데 필요한 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다.
② 제1항에 따른 지원한도액은 800만원으로 한다.

입법례 ▶ 「보령시 전통시장 및 상점가 육성을 위한 조례」

제4조(시장의 주요 시설물과 편의시설의 관리) ① ~ ③ (생략)

④ 제3항에 따라 상인조직등이 편의시설을 철거할 경우에는 소요비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다.

⑤·⑥ (생략)

지방보조금은 예산에 반영되어야 하고, 예산에 반영하는 것은 지방자치단체의 장이 단독으로 할 수 있는 것이 아니라 지방의회의 의결이 필요한 사항이므로 상위법령에서는 지방자치단체 보조금의 지급 주체를 “지방자치단체”로 규정하는 것이 일반적이다. 다만, 조례·규칙에서는 보조금을 지방자치단체의 장이 지급하는 것이 분명하므로 보조금의 지급 주체를 “○○시장”, “○○군수” 등으로 규정하는 것이 바람직하다.

입법례 ▶ 「울산광역시 농업·농촌 및 식품산업 육성에 관한 조례」

제4조(농업 및 농업인 등 육성) 시장은 농업의 경쟁력을 확보하고 우수한 농업인·농업법인·단체 등을 육성하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 사업에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다.

1. 식품산업의 육성 및 유망 브랜드 개발
2. 농업인 인력양성을 위한 국내외 연수 등 교육훈련
3. 농업 관련 민간단체의 활성화

4) 지방보조금의 상대방과 대상 사업

지방보조금의 지급근거를 조례에서 규정할 때에는 그 상대방과 대상 사업(또는 행위)을 적시하는 것이 일반적이다. 경우에 따라서는 상대방만을 적시하거나 대상 사업(또는 행위)만을 적시하기도 하지만, 지방보조금을 지급할 때에는 원칙적으로 그 대상 사업을 적시해야 한다.

지방보조금은 일정한 조건을 충족한 주민 일반을 대상으로 일정한 지원을 하겠다는 방식으로 규정해야 한다. 지방보조금의 상대방을 특정 개인이나 단체로 적시하는 것은 일반적으로 적용되어야 할 법규범을 특정한 대상 위주로 적용하게 되는 것처럼

보일 수 있어 평등원칙에 위배될 소지가 있고, 일반적·추상적 규율이라고 하는 법규로서의 성격에도 맞지 않다.

의견제시 사례

… 그 일부 단체를 명시하여 일반적으로 적용되어야 할 법규범을 특정한 대상 위주로 적용하게 하는 것처럼 보일 수 있으므로 평등원칙에 위배될 소지가 있고, 이는 일반적·추상적인 규율이라고 하는 법규로서의 성격에도 맞지 않는다고 할 것입니다. 따라서 어머니폴리스, 학부모폴리스, 녹색어머니회, 모범운전자회 등과 같이 조례에 특정단체를 명시하는 것은 고양시조례안의 제정 목적 등에 비추어 볼 때 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2015. 9. 16. 회신 15-0241 의견제시 사례).

나. 지방보조금 지급의 제한

1) 「지방재정법」 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 따른 보조금 지급의 제한

지방자치제도가 정착되고 활성화됨에 따라 각 지방자치단체에서는 소관 사무와 관련하여 개인이나 민간단체 등에 대하여 재정적 보조에 관한 규정을 두려는 경우가 점차 늘어나고 있다. 그런데 「지방재정법」 제17조는 지방자치단체의 재정 안정을 위해 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 법률에 규정이 있는 경우 등과 공공기관에 지출하는 경우에만 개인 또는 법인·단체에 기부·보조, 그 밖의 공금 지출을 할 수 있도록 엄격히 제한하고 있고, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항에서는 지방보조금은 법령에 명시적 근거가 있는 경우 외에는 운영비로 교부할 수 없도록 규정하고 있어, 각 지방자치단체가 조례를 통해 개인이나 단체 등에 재정적 지원을 할 수 있는지, 그 범위와 한계가 어디까지인지가 실무상 많이 문제되고 있다.

현행 「지방재정법」 제17조, 같은 법 시행령 제29조 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항의 내용은 다음과 같다.

▶ 「지방재정법」⁵⁸⁾

제17조(기부 또는 보조의 제한) ① 지방자치단체는 그 소관에 속하는 사무와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우와 공공기관에 지출하는 경우에만 개인 또는 법인·단체에 기부·보조, 그 밖의 공금 지출을 할 수 있다. 다만, 제4호에 따른 지출은 해당 사업에의 지출근거가 조례에 직접 규정되어 있는 경우로 한정한다.

1. 법률에 규정이 있는 경우
2. 국고 보조 재원(財源)에 의한 것으로서 국가가 지정한 경우
3. 용도가 지정된 기부금의 경우
4. 보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우

② 제1항 각 호 외의 부분 본문에서 “공공기관”이란 해당 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 지방자치단체가 권장하는 사업을 하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 말한다.

1. 그 목적과 설립이 법령 또는 법령의 근거에 따라 그 지방자치단체의 조례에 정하여진 기관
2. 지방자치단체를 회원으로 하는 공익법인

▶ 「지방재정법 시행령」

제29조(기부·보조의 제한) ① 삭제

② 법 제17조제1항 각 호 외의 부분 본문에 따른 그 밖의 공금 지출은 법 제18조에 따른 출자 및 출연을 제외한 해당 지방자치단체의 보조 등 모든 재정지출로 한다.

③ 법 제17조제1항제4호에서 “지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우”라 함은 당해 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는 사업으로서 보조금을 지출하지 아니하면 그 사업을 수행할 수 없는 경우를 말한다.

④ 삭제

⑤ 법 제17조제1항에 따른 지방자치단체의 보조금 또는 그 밖의 공금 지출에 대한 교부신청, 교부결정 및 사용 등에 관하여 필요한 사항은 행정안전부장관이 정하는 기준에 따라 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

58) 「지방재정법」 제17조제1항제4호에 따른 지출은 종전에는 별다른 제한이 없었으나, 해당 사업에의 지출 근거가 조례에 직접 규정되어 있는 경우에만 기부·보조 등을 할 수 있도록 개정(법률 제12687호, 2014. 5. 28. 공포, 11. 29. 시행)되었다.

▶ 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」

제6조(지방보조금의 예산 편성 및 운영) ① (생략)

② 지방자치단체의 장은 법령에 명시적 근거가 있는 경우 외에는 지방보조금을 운영비로 교부할 수 없다. 이 경우 운영비로 사용할 수 있는 경비의 종목은 대통령령으로 정한다.

③ (생략)

「지방재정법」 제17조제1항에서 각 호의 요건에 해당하는 경우에만 제한적으로 개인 또는 법인·단체에 대한 기부·보조 그 밖의 공금 지출을 할 수 있도록 규정하고 있는 것은, 지방재정이 열악한 현실에서 지방자치단체가 선심성 지출 등 방만한 재정 운영을 못하도록 하고 지방자치단체의 예산을 특정 개인이나 단체가 아닌 주민 일반에게 골고루 혜택이 돌아가도록 사용하게 함으로써 지방재정이 주민의 복리증진을 위해 건전하고 효율적으로 사용되게 하려는 데에 그 취지가 있다고 할 것이다.⁵⁹⁾

「지방재정법」 제17조제1항 각 호의 재정지출 인정사유 중 자치법규 입안 시 주로 문제가 되는 것은 제1호의 “법령에 규정이 있는 경우”와 제4호의 “보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우”를 어느 범위까지 인정하느냐에 대한 것이다. 이를 넓게 인정하는 경우에는 「지방재정법」 제17조에서 엄격하게 민간에 대한 보조를 제한하고 있는 취지에 어긋나게 되고, 이를 지나치게 좁게 인정하게 되면 지방자치단체의 재정 자율권을 침해한다는 문제점이 있을 수 있다.

그리고 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항에 따른 운영비 교부 제한의 경우에는 “법령에 명시적인 근거가 있는 경우”를 어느 범위까지 인정하느냐가 문제된다. 이 경우 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항은 지방재정의 건전성을 강화하기 위해 지방자치단체의 보조금의 관리체계를 강화하려는 취지의 규정이므로, 같은 조 제2항의 “법령에 명시적 근거가 있는 경우”를 해석할 때에는 이러한 입법취지를 고려할 필요가 있다.⁶⁰⁾

59) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2013추531 판결례 참조, 법제처 2015. 9. 21. 회신 15-0475 해석례 참조 및 법제처 2005. 12. 1. 회신 05-0109 해석례 참조

60) 법제처 2014 .11. 19. 회신 14-0685 해석례 참조

2) 「지방재정법」 제17조제1항제1호에 따른 지원

「지방재정법」 제17조제1항제1호에서는 ‘해당 지방자치단체의 소관에 속하는 사무’이고, ‘법률에 규정이 있는 경우’에는 개인 또는 법인·단체에 대한 기부·보조, 그 밖의 공금 지출이 가능하도록 인정하고 있다.

‘법률에 규정이 있는 경우’와 관련하여 「지방자치법」 제13조에서 열거하고 있는 사항을 ‘법률에 규정’이 있는 경우로 볼 수 있는지, 「지방자치법」 제13조의 근거만으로는 부족하고 지방자치단체의 재정적 지원에 대해 규정한 다른 법률이 필요한지, 만약 다른 법률의 근거가 필요하다면 어느 정도까지 명시적으로 재정 지원에 관한 내용을 규정한 것이 필요한지 등이 문제되고 있다.

과거 대법원은 「지방자치법」에 따른 자치사무에 해당된다는 것만으로 「지방재정법」 제17조제1항제1호의 ‘법률에 규정이 있는 경우’에 해당한 것으로 인정하기도 했으나,⁶¹⁾ 최근에는 「지방자치법」에 따른 자치사무에 해당되더라도 다른 법률상 근거를 찾을 수 없다는 이유로 「지방재정법」 제17조제1항제1호에 해당되지 않는다고 판단한 점에 비추어,⁶²⁾ 판례는 「지방자치법」 제13조에서 더 나아가 명시적인 법적 근거를 요구하고 있어, 그 기준을 더 엄격히 제한하는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

「지방자치법」 제13조에 규정된 자치사무의 범위가 매우 다양하고 포괄적이므로, 만약 「지방자치법」 제13조의 규정 사항을 「지방재정법」 제17조제1항제1호의 ‘법률에 규정이 있는 경우’로 본다면, 지방자치단체는 자치사무에 대해서는 조례 제정을 통해 사실상 제한 없이 재정적 지원을 할 수 있게 될 것이므로, 지방자치단체 재정의 건전성 및 효율성 확보를 위해 제한적으로 재정적 지원을 인정하는 「지방재정법」 제17조제1항의 입법취지를 달성하기 어렵게 될 우려가 있을 것으로 보인다.

또한 「지방재정법」 제17조제1항제1호의 당초 입법취지가 지방자치단체의 재정적 지원을 인정하는 다른 법률과의 충돌 및 모순을 피하기 위한 것이었고,⁶³⁾ 같은 조

61) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결례 참조

62) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011추117 판결례 참조

제1항제2호부터 제4호까지에 해당될 경우 자치사무에 대한 재정적 지원이 가능할 수 있으므로, 같은 항 제1호의 ‘법률에 규정’의 의미를 「지방자치법」 제13조에 따른 자치사무에 해당될 뿐만 아니라 더 나아가 다른 법률상 근거가 필요한 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

한편 다른 법률에 개인 또는 단체에 대한 공금 지출의 근거가 어느 정도까지 명시적이어야 하는지에 대해서는 일반적인 지원 시책 마련 의무 규정을 두는 정도로는 부족하고, 구체적으로 해당 개인 또는 단체에 대한 경비 지원 또는 보조가 가능하다는 정도의 규정이 있는 경우로 보아야 할 것이다.

가) 제1호에 해당한다고 인정된 사례

판례

구 지방재정법 제17조제1항은 “지방자치단체는 개인 또는 단체에 대한 기부·보조·출연, 그 밖의 공금 지출을 할 수 없다. 다만, 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우와 공공기관에 지출하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하면서, 제1호에서 ‘법률에 규정이 있는 경우’를 들고 있다.

이 사건 조례안에 규정된 수업료, 입학금 지원 사무가 시·군·자치구의 자치사무에 해당함은 앞서 본 바와 같고, 농어촌지역 특별법* 제23조는 “국가와 지방자치단체는 농어촌학교 학생의 교육기회를 보장하기 위하여 입학금, 수업료, 급식비 및 통학에 필요한 교통수단과 그 운영에 드는 경비를 지원할 수 있다.”고 규정하고 있어, 이 사건 조례안은 지방자치단체의 소관에 속하는 사무에 대한 공금 지출에 관하여 법률에 규정이 있는 경우에 해당하므로 구 지방재정법 제17조 제1항에 반하지 아니한다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012추22 판결례 참조).

* (구) 「농어업인 삶의 질 향상 및 농어촌지역 개발촉진에 관한 특별법」 (법률 제11696호)

제23조(농어촌학교 학생의 교육 지원) 국가와 지방자치단체는 농어촌학교 학생의 교육기회를 보장하기 위하여 입학금, 수업료, 급식비 및 통학에 필요한 교통수단과 그 운영에 드는 경비를 지원할 수 있다.

63) <1966년 「지방재정법」 일부개정법률안에 대한 국회 심사보고서>

- 개정이유

기부 보조제한규정에 있어서 재해구호법, 문화재보호법 등 타 법률에서는 공공기관이 아닌 사인에게 공금을 지급할 수 있게 하고 있음에도 불구하고 본 개정법률안에서는 이를 일률적으로 제한하고 있다는 모순점이 발견되어 이를 수정

- 주요골자

3. 기부 또는 보조제한에 있어서 법률이 정하는 것은 제외하도록 조문을 재정리함.

의견제시 사례

「지방재정법」 제17조제1항에서는 지방자치단체는 그 소관에 속하는 사무와 관련하여 법률에 규정이 있는 경우(제1호), 보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우(제4호) 등 특정한 경우에 한하여 개인 또는 법인·단체에 기부·보조할 수 있다고 규정하여 지방자치단체의 기부나 보조를 제한하고 있습니다.

그런데 물재이용법* 제23조제1항에서는 지방자치단체는 빗물이용시설 등을 설치하는 자에게 설치에 필요한 비용의 일부를 보조하거나 융자할 수 있다고 규정하여 빗물이용시설 설치자에 대한 비용 보조를 직접 규정하고 있고, 같은 법 제8조제1항에 따른 빗물이용시설 설치 의무 대상자에 한하여 비용 보조를 할 수 있다는 별도의 제한 규정이 없으므로 물재이용법령상 빗물이용시설 설치 의무 대상 외의 자에 대해 빗물이용시설 등의 설치 비용을 지원하는 것은 「지방재정법」 제17조제1항제1호에 해당되는 것으로 보입니다(법제처 2021. 2. 9. 회신 21-0033 의견제시 사례).

* 「물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률」

제23조(재정지원 등) ① 국가 및 지방자치단체는 빗물이용시설, 중수도, 하·폐수처리수 재이용 시설을 설치하는 자에게 설치에 필요한 비용의 일부를 보조하거나 융자할 수 있다.

나) 제1호에 해당하지 않는다고 인정된 사례

의견제시 사례

「지방재정법」 제17조제1항제1호의 “법률에 규정이 있는 경우”에 해당하기 위해서는 개별적인 법률상 근거가 필요한데, 학교밖청소년법* 제3조제1항에서는 국가와 지방자치단체는 학교 밖 청소년에 대한 사회적 차별 및 편견을 예방하고 학교 밖 청소년을 존중하고 이해할 수 있도록 조사·연구·교육 및 홍보 등 필요한 조치를 해야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 국가와 지방자치단체는 학교 밖 청소년 지원 프로그램을 마련하기 위하여 필요한 시책을 수립·시행해야 한다고 규정하고 있으며, 같은 조 제3항에서는 국가와 지방자치단체는 제1항 및 제2항에 따른 책무를 다하기 위하여 학교 밖 청소년 지원에 필요한 행정적·재정적 지원방안을 마련해야 한다고 규정하고 있으나, 이러한 책무 규정만으로는 경산시장이 대안교육기관에 대하여 학교 밖 청소년 지원 사업에 필요한 보조금을 지원할 수 있는 직접적인 근거 규정으로 볼 수는 없다고 할 것이므로, 「지방재정법」 제17조제1항제1호에 따른 “법률에 규정이 있는 경우”로 보기는 어렵고, 해당 사무가 「지방자치법」 제9조제2항에 따른 자치사무에 해당한다고 하더라도 「지방자치법」의 규정만으로는 “법률에 규정이 있는 경우”에 해당한다고 보기는 어렵습니다(법제처 2017. 6. 5. 회신 17-0007 의견제시 사례).

*** (구) 「학교 밖 청소년 지원에 관한 법률」 (법률 제14706호)**

제3조(국가와 지방자치단체의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 학교 밖 청소년에 대한 사회적 차별 및 편견을 예방하고 학교 밖 청소년을 존중하고 이해할 수 있도록 조사·연구·교육 및 홍보 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 국가와 지방자치단체는 학교 밖 청소년 지원 프로그램을 마련하기 위하여 필요한 시책을 수립·시행하여야 한다.

③ 국가와 지방자치단체는 제1항 및 제2항에 따른 책무를 다하기 위하여 학교 밖 청소년 지원에 필요한 행정적·재정적 지원방안을 마련하여야 한다.

의견제시 사례

「지방자치법」 및 장애인등편의법*에서 장애인등의 복지 증진을 위하여 필요한 사항을 지방자치단체에서도 추진하도록 규정하고 있고 장애물 없는 생활환경 인증(이하 “인증”이라 함)이 장애인등이 대상시설을 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 편의시설의 설치·운영을 유도하기 위한 것이라는 점을 고려하면, 비록 인증의 주체는 보건복지부장관과 국토교통부장관이지만 지방자치단체의 장이 인증에 대한 교육 및 홍보 사업을 추진하거나 이러한 사업을 추진하는 개인 또는 단체에게 예산의 범위에서 보조금을 지원하는 것은 장애물 없는 생활환경 조성 및 인증 활성화를 통해 결국 장애인등의 복지를 증진하려는 것으로서 진안군의 소관 사무에 해당하는 것으로 보입니다.

한편, 「지방재정법」 제17조제1항에서는 법률에 규정이 있는 경우(제1호), 보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우(제4호) 등에 한하여 개인 또는 법인·단체에 기부·보조, 그 밖의 공금 지출을 할 수 있다고 규정하고 있는바, 질의요지와 같은 내용을 조례에 규정할 수 있는지 판단하기 위해서는 「지방재정법」 제17조제1항제1호 또는 제4호에 해당하는지 여부를 살펴보아야 합니다.

먼저 「지방재정법」 제17조제1항제1호의 “법률에 규정이 있는 경우”에 해당하기 위해서는 개별 법률에 보조금 지급에 대한 구체적인 근거 규정이 있어야 할 것인데, 장애인등편의법 제6조의 책무규정만으로는 「지방재정법」 제17조제1항제1호의 법률에 규정이 있는 경우에 해당한다고 보기는 어려울 것으로 보입니다(법제처 2017. 6. 5. 회신 17-0007 의견제시 사례).

*** 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」**

제6조(국가와 지방자치단체의 의무) 국가와 지방자치단체는 장애인등이 일상생활에서 안전하고 편리하게 시설과 설비를 이용하고, 정보에 접근할 수 있도록 각종 시책을 마련해야 한다.

3) 「지방재정법」 제17조제1항제4호에 따른 지원

「지방재정법」 제17조제1항 각 호 외의 부분 단서 및 같은 항 제4호에 따르면 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 “보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우”로서 “해당 사업에의 지출근거가 조례에 직접 규정되어 있는 경우”에는 재정적 지원이 가능하다. 「지방재정법 시행령」 제29조제3항에서는 “지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우”란 “해당 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는 사업으로서 보조금을 지출하지 아니하면 그 사업을 수행할 수 없는 경우를 말한다”고 하고 있다.

“지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우”에 해당되는 지에 대해, 판례는 주민들이 일상생활을 영위하는 데 있어 필수불가결한 시설에 관한 사업(급수시설, 버스환승사업)에 대하여 재정적 지원이 가능한 것으로 인정하고 있다.

가) 제4호에 해당한다고 인정된 사례

판례

지하수 개발에는 상당한 비용이 소요될 것으로 예상되고, 그 비용을 주민 개인에게 부담시키게 된다면 경제적 부담으로 지하수 개발 사업은 사실상 어렵게 될 것이므로 주민들의 급수환경을 조속히 개선하기 위해 이 사건 조례안이 수도 미설치 지역의 주민들에게 지하수 개발비 등을 지원할 수 있도록 한 것은 「지방재정법」 제17조 제1항 제4호의 보조금을 지출하지 아니하면 사업의 수행이 불가능한 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 해당한다고 볼 수 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2008추87 판결례 참조).

판례

무료 환승 제도는 피고가 청주시내 대중교통 이용의 편의를 위해 실시한 제도로서 청주시내 구간을 운행하는 버스운송업체는 위 제도로 인하여 무료 환승에 따른 손실을 입게 되므로, 피고가 그 손실액을 보조해 주지 않는 한 원활하게 무료 환승 제도에 참여할 수 없다. 따라서 피고가 청주시내 노선을 운행하는 버스 운송업체에 무료 환승 손실에 대한 보조금을 지급하는 것은 위 법령에서 정하는 ‘보조금을 지출하지 않으면 시가 권장하는 사업을 수행할 수 없는 경우’에 해당한다고 볼 수 있다(2010. 2. 4. 선고 2009구합1285 판결례 참조).

나) 제4호에 해당하지 않는다고 인정된 사례

판례

장학기금의 형식을 통하여 소속 공무원 개인에게 기부·보조하는 등으로 공금을 지출하는 경우라고 할 것인데, 지방자치단체가 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 등의 명목으로 무분별하게 공금을 지출하는 것을 규제하기 위한 「지방재정법」 제14조 제1항의 규정취지와 같은 조 제2항, 같은 법 시행령 제24조 제2항의 규정내용 및 이 사건 조례안 제2조의 규정 「지방공무원법」 제44조 제3항 등 관계 법령의 규정에 저촉되고 형평성 및 공익에도 반하는 등 앞에서 본 바와 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 조례안 제3조는 예외적으로 지방자치단체가 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금을 지출할 수 있는 경우의 하나인 「지방재정법」 제14조 제1항 제4호 소정의 '지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우'에 해당하지 아니한다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96추107 판결례 참조).

판례

근본적으로 특정 사업의 수행을 위한 것이라기보다 구성원 간 친목 등을 주된 목적으로 하는 단체인 점, 이 사건 조례안은 서울시 시우회 등의 추진 사업으로 시정 일반에 관한 정책 개발·자문, 조사·연구, 모니터링, 홍보, 봉사활동 등 포괄적인 내용을 광범위하게 열거하고 있어 구체적인 사업전망이나 시행 효과가 어떠할지에 대한 예측 가능성이 없고, 이 사건 조례안에 정한 '시정과 밀접한 사업'이라는 추상적인 규정만으로는 실질적인 사업 범위를 제한하는 효과를 거두기 어려운 점, …… 등을 종합하면, 이 사건 조례안이 정한 사업이 서울시가 권장하는 사업에 해당한다고 볼 수는 없다(대법원 2013. 5. 23. 선고 2012추176 판결례 참조).

또한 「지방재정법」 제17조제1항제4호에서 지방자치단체가 '권장'하는 사업이라는 문언을 사용하고 있음에 비추어, 판례에서 실시한 바와 같이 결국 제4호에 해당되는지 여부는 해당 사업의 공익성과 필요성, 다른 법령과 충돌 또는 저촉이 있는지 여부, 해당 사업의 정책적 필요성, 사업비의 규모, 해당 사업으로 인해 주민들이 누리는 혜택의 정도와 범위, 사업비 지원이 없을 경우 그 사업의 수행가능성 및 효율성의 정도, 해당 지방자치단체의 재정상황 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다.

판례

「지방재정법」이 제17조에서 지방자치단체의 개인 또는 단체에 대한 보조금 등 공금 지출을 원칙적으로 금지하면서 제1항 단서 등에서 예외 사유를 허용하고 있는 취지는, 지방자치단체의

재정운용에 대한 자율적 권한 행사의 영역을 존중하되, 그 권한행사는 주민의 복리에 어긋나거나 재정의 건전성 및 효율성을 해치지 않아야 한다는 한계를 설정하려는 데 있다. 이러한 「지방재정법」 제17조의 규정 취지 및 ‘권장 사업’의 문언상 의미에 비추어 볼 때, 지방자치단체 보조금의 대상이 된 개인 또는 단체의 사업이 「지방재정법」 제17조 제1항 제4호 및 제2항에서 정한 ‘지방자치단체가 권장하는 사업’인지 여부는 보조금 지출 대상인 단체의 성격, 실제 보조금이 지출될 사업의 내용, 해당 사업이 지방 재정에 미치는 영향, 해당 사업에 대해 지방자치단체 주민이 갖는 일반적 인식 등 객관적 요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2013. 5. 23. 선고 2012추176 판결례 참조).

다음으로 “보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우”의 요건은 그 해당 여부 판단에 재량의 여지가 많을 것으로 보인다. 다만, 위 판결 및 법제처 의견제시 사례의 문언 및 취지에 비추어 보면, 반드시 사업수행이 절대적으로 불가능한 경우뿐만 아니라, 재정적 지원이 이루어지지 않으면 그 경제적 부담 등이 과중하여 사업의 원활한 수행을 기대하기 어려운 경우도 포함될 여지가 있을 것이다.⁶⁴⁾

“해당 사업에의 지출근거가 조례에 직접 규정되어 있는 경우”와 관련하여 지출근거를 규정해야 하는 조례는 해당 지방자치단체가 그 소관에 속하는 사무와 관련하여 규정하는 조례를 의미한다고 할 것이다. 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는데, 보조금을 지출하는 사무를 기초지방자치단체와 광역지방자치단체가 공동으로 수행하는 경우에는 보조금 지원사업의 지출근거가 광역지방자치단체 조례에 규정되어 있는 경우에도 기초지방자치단체의 조례에도 보조금을 지출하는 근거를 규정해야 할 것이다.⁶⁵⁾

4) 「지방재정법」 제17조제1항 본문 및 제2항에 따른 공공기관 지원

「지방재정법」 제17조제1항 각 호 외의 부분 본문 및 같은 조 제2항은 재정지원의 인정사유로 공공기관에 대해 지원이 가능한 경우를 규정하고 있는데, 그에 해당된다면 “지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는

64) 지하수 개발에는 상당한 비용이 소요될 것으로 예상되고, 그 비용을 주민 개인에게 부담시키게 된다면 경제적 부담으로 지하수 개발 사업은 사실상 어렵게 될 것이므로 …… (대법원 2009. 12. 24. 선고 2008추87 판결례 참조).

65) 법제처 2017. 11. 27. 회신 17-0514 해석례 참조

사업을 하는 ① 목적과 설립이 법령 또는 법령의 근거에 따라 그 지방자치단체의 조례에 정하여진 기관이거나 ② 지방자치단체를 회원으로 하는 공익법인”이어야 한다.

「지방재정법」 제17조제1항제4호의 경우와 공공기관의 경우를 비교해 보면, 같은 조 제2항 각 호에 해당하는 공공기관의 경우에는 제4호와 마찬가지로 “지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 지방자치단체가 권장하는 사업을 할 것”이라는 요건은 공통되나, 「지방재정법」 제17조제1항제4호의 규정과는 달리 “보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우”라는 요건은 요구되지 않는다.

따라서 「지방재정법」 제17조제2항의 요건 중 ‘지방자치단체의 소관사무 및 지방자치단체가 권장하는 사업’의 판단기준에 대해서는 「지방재정법」 제17조제1항제4호의 기준을 고려할 수 있을 것이다.

판례에서는 “서초구 의정회”가 표방하는 목적과 영위하는 사업이 지나치게 추상적이어서 예측하기 어렵고 지방자치단체의 장이 의정회의 설립이나 영위하려는 사업을 반대한다는 이유로 의정회는 지방자치단체가 기부·보조할 수 있는 「지방재정법」 상의 공공기관에 해당하지 않는다고 보았다.

판례

의정회가 표방하는 목적과 영위하려는 사업이 지나치게 추상적이고 포괄적이며 광범위하게 열거되어 있어 의정회의 주된 목적이 무엇인지, 그리고 그러한 주된 목적을 달성하기 위하여 어떠한 사업을 할 것인지가 구체적으로 특정되어 있지 아니하여, 앞으로 의정회가 실제로 그 목적대로 활동할 수 있을 것인지, 그리고 어떠한 활동과 사업을 하게 될 것인지도 예측하기 어려운 점, 특히 지방자치단체인 서초구의 대표로서 외부에 대하여 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통할하는 집행기관인 원고가 의정회의 설립이나 의정회가 영위하려는 사업에 반대하여 그 설립이나 사업수행의 근거가 되는 이 사건 조례안에 대하여 재의를 요구하고, 더 나아가 조례안에 대한 재의결의 무효확인을 구하고 있는 점까지 종합하여 보면, 의정회가 영위하려는 위와 같은 사업을 가지고 ‘지방자치단체인 서초구가 권장하는 사업’이라고 할 수 없고, 달리 이를 인정할 자료도 없으므로, 의정회는 다른 요건에 관하여 더 나아가 살펴볼 것도 없이 지방자치단체가 기부·보조할 수 있는 「지방재정법」 상의 공공기관에 해당하지 아니한다고 할 것이다(대법원 2004. 4. 23. 선고 2002추16 판결례 참조).

법제처 해석례에서는 「민법」에 따라 설립된 재단법인은 「지방재정법」 제17조제2항에 따른 공공기관에 해당하지 않는다고 본 사례가 있으나,⁶⁶⁾ 법제처 의견제시 사례에서는 「자원봉사활동 기본법」 제19조에 따라 지방자치단체가 설치할 수 있는 자원봉사센터의 경우에는 공공기관에 해당한다고 본 사례⁶⁷⁾도 있다.

「지방재정법」 제17조제2항제1호의 “그 지방자치단체의 조례”는 문언상 해당 지방자치단체의 조례를 뜻하는 것이 명확하고, 다른 지방자치단체의 조례가 「지방재정법」 제17조제1항 및 제2항에 따른 재정지출의 근거가 된다고 보기는 어렵다. 그것이 기초지방자치단체를 관할로 하고 있는 광역지방자치단체의 조례로 만든 공공기관이라고 하더라도 마찬가지로 보아야 할 것이다.⁶⁸⁾

5) 운영비에 대한 지방보조금 지급 제한

지방재정의 건전성을 강화하기 위해 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항에서는 법령에 명시적 근거가 있는 경우 외에는 지방보조금을 운영비로 교부할 수 없도록 규정하고 있다.

“운영비”란 일반적으로 조직이나 기구, 사업체 따위를 경영하는 데 드는 돈을 의미하므로 어떤 단체나 법인의 기본적인 업무 수행에 필요한 인건비, 장비 구입비, 시설 운영비 등이 해당된다고 할 것이다.⁶⁹⁾ 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항에서는 운영비로 사용할 수 있는 경비의 종목을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률 시행령」 제3조에서는 운영비로 사용할 수 있는 경비의 종목에 대해 인건비, 사무관리비, 임차료, 그 밖에 지방자

66) 법제처 2015. 9. 21. 회신 15-0475 해석례 참조

67) 법제처 2012. 12. 31. 회신 12-0419 의견제시 사례, 법제처 2013. 1. 23. 회신 13-0011 의견제시 사례 참조

68) 같은 조 제2항에서는 ‘공공기관’을 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 지방자치단체가 권장하는 사업을 하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 말한다고 하면서, 그 목적과 설립이 법령 또는 ‘그 지방자치단체의 조례에 정하여진’ 기관(제1호)과 지방자치단체를 회원으로 하는 공익법인(제2호)을 들고 있는바, 여기서 ‘그 지방자치단체의 조례’는 문언상 해당 지방자치단체의 조례를 뜻하는 것이 명확하므로 다른 지방자치단체의 조례가 「지방재정법」 제17조제1항 및 제2항에 따른 재정지출의 근거가 된다고 보기는 어렵습니다(법제처 2013. 2. 6. 회신 13-0034 의견제시 사례).

69) 법제처 2016. 2. 15. 회신 15-0808 해석례 참조

■ 제2편 세부 입안기준

치단체의 장이 다른 지방자치단체, 법인·단체 또는 개인 등이 수행하는 사무 또는 사업 등의 기본적인 운영을 위해 특별히 필요하다고 인정하는 경비로 규정하고 있다.

구체적인 사안에서 운영비에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 「지방자치단체 예산편성 운영기준」⁷⁰⁾ 등을 참고할 수 있다.

예를 들면, “의용소방대 사무실 집기류의 구입경비”는 장비구입비 또는 시설운영비 등으로서 운영비에 포함된다고 본 사례나,⁷¹⁾ 자율방범대의 “자율방범 활동을 위한 물품·장비 구입비 및 유지비, 피복비, 야식비”는 각 일반수용비, 피복비, 급량비로서 단체의 활동수행을 위해 기본적으로 필요한 경비인 일반운영비에 해당한다고 본 사례가 있다.⁷²⁾

“법령에 명시적 근거가 있는 경우”와 관련해서는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항은 지방재정의 건전성을 강화하기 위해 지방자치단체의 보조금의 관리체계를 강화하려는 취지의 규정이라는 점을 고려할 때, 법령에서 지방보조금을 운영비로 교부할 수 있도록 명시하고 있거나, 적어도 그에 상응하는 명문의 규정이 있어야 할 것이다.

가) 법령에 근거가 있다고 본 규정

▶ 법령에 명시적 근거가 있는 사례: 장애인복지단체의 운영비 교부⁷³⁾

장애인복지법

- 제63조(단체의 보호·육성)** ① 국가와 지방자치단체는 장애인의 복지를 향상하고 자립을 돕기 위하여 장애인복지단체를 보호·육성하도록 노력하여야 한다.
- ② 국가와 지방자치단체는 예산의 범위 안에서 제1항에 따른 단체의 사업·활동 또는 운영이나 그 시설에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

70) 「지방자치단체 예산편성 운영기준」(행정안전부훈령) 별표 10[세출예산 사업별 분류(정책·단위·세부사업)]와 별표 11[세출예산 성질별 분류(목그룹·편성목·통계목)]

71) 법제처 2019. 1. 23. 회신 19-0004 의견제시 사례 참조

72) 법제처 2015. 3. 11. 회신 15-0047 의견제시 사례 참조

73) 법제처 2020. 5. 28. 회신 20-0094 해석례 참조

▶ 법령에 명시적 근거가 있는 사례: 통합체육회 지회의 운영비 지원⁷⁴⁾

(구) 국민체육진흥법 (법률 제14202호)

제18조(지방자치단체와 학교 등에 대한 보조) ①·② (생략)

③ 지방자치단체는 통합체육회 및 대한장애인체육회의 지부·지회에 예산의 범위에서 운영비를 보조할 수 있다.

▶ 상응하는 명문의 규정이 있는 사례: 농어촌 응급의료기관의 운영비 교부⁷⁵⁾

농어촌주민의 보건복지 증진을 위한 특별법

제12조(응급의료체계의 구축) ① 국가와 지방자치단체는 「응급의료에 관한 법률」 제13조의2에 따른 응급의료기본계획 및 같은 법 제13조의3에 따른 지역응급의료시행계획에 다음 각 호의 사항을 반영하여야 한다.

1. 농어촌 응급의료 이용실태의 조사·분석
2. 농어촌 응급의료 취약지의 해소를 위한 응급의료기관의 설치·지정
3. 농어촌 응급의료기관의 인력·장비 및 시설 개선
4. 농어촌 응급환자 이송수단의 확보

② 국가와 지방자치단체는 제1항에 따른 응급의료기본계획 및 지역응급의료시행계획을 실천하기 위하여 농어촌의 응급의료기관 및 공공보건의료기관에 필요한 재정지원을 할 수 있다.

나) 법령에 근거가 없다고 본 규정

▶ 책무를 규정한 추상적·선언적 규정: 장학회 단체의 운영비 교부⁷⁶⁾

지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률

제3조(국가와 지방자치단체 등의 책무) ① 국가와 지방자치단체(수도권 이외의 지방자치단체를 말한다. 이하 같다)는 지방대학 및 지역인재의 육성을 지원하기 위하여 필요한 종합적인 시책을 수립·시행하여야 한다.

② 국가와 지방자치단체는 제1항에 따른 책무를 다하기 위하여 필요한 예산을 확보하는 등 재정적 지원방안을 마련하여야 한다.

③·④ (생략)

74) 법제처 2016. 11. 22. 회신 16-0287 의견제시 사례 참조

75) 법제처 2016. 2. 15. 회신 15-0808 해석례 참조

76) 법제처 2014. 11. 19. 회신 14-0685 해석례 참조

▶ 사업에 대한 예산지원 규정: 상인회의 사무실 임차료 등 운영비 지원⁷⁷⁾

전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법

제65조(상인회) ① 시장등에서 사업을 직접 경영하는 상인의 전부 또는 일부는 상인회를 자율적으로 설립할 수 있다.

②·③ (생략)

④ 상인회는 다음 각 호의 사업을 할 수 있다.

1. 시설 및 경영의 현대화를 위한 사업
2. 상인의 매출 증대 및 영업활성화를 위한 공동사업
3. 상인 교육 및 지역주민과의 협력사업
4. 상거래 질서유지 및 고객불만 처리에 관한 업무
5. 상업기반시설 관리업무(제67조에 따른 시장관리자의 역할을 겸하는 경우만 해당한다)
6. 화재예방과 화재안전관리를 위한 체계 구축·운영에 관한 업무

⑤·⑥ (생략)

⑦ 정부와 지방자치단체는 상인회가 제4항 각 호에 따른 사업을 수행할 때 필요한 비용을 예산의 범위에서 지원할 수 있다.

⑧ ~ ⑫ (생략)

다. 지방보조금의 환수

「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 따르면 지방보조금의 교부 결정을 한 후에 발생한 천재지변이나 그 밖의 사정 변경으로 인한 경우와 지방보조사업자가 법령 위반 등을 한 경우에는 지방보조금 교부 결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다.

지방자치단체의 장이 지방보조금의 교부 결정을 취소한 경우 그 취소된 부분의 지방보조사업에 대하여 이미 보조금이 교부되었을 때에는 기한을 정하여 그 취소된 부분에 해당하는 지방보조금과 이로 인해 발생한 이자의 반환을 명하도록 규정하고 있다.

77) 법제처 2022. 5. 31. 회신 22-0148 의견제시 사례 참조

또한, 지방자치단체의 장 및 지방보조사업자는 지방보조금수령자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지방보조금을 지급받은 경우 등에는 지급한 지방보조금의 전부 또는 일부를 기한을 정하여 반환을 명하도록 규정하고 있다.

▶ 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」

제11조(사정변경에 의한 교부 결정의 취소 등) ① 지방자치단체의 장은 지방보조금의 교부를 결정한 경우 그 후에 발생한 사정의 변경으로 특히 필요하다고 인정할 때에는 지방보조금의 교부 결정 내용을 변경하거나 그 교부 결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 다만, 이미 수행된 부분의 지방보조사업에 대해서는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따른 지방보조금의 교부 결정 취소 사유는 지방보조금의 교부 결정을 한 후에 발생한 천재지변이나 그 밖의 사정 변경으로 인하여 지방보조사업의 전부 또는 일부를 계속할 필요가 없어진 경우와 대통령령으로 정하는 경우로 한정한다.

③ 시·군·자치구의 장(이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)은 시·도의 지방보조금의 교부 결정 내용을 변경하거나 교부 결정 취소를 요청하려는 경우에는 다음 각 호의 사항을 적은 서류를 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 제출하여야 한다.

1. 교부 결정의 취소 등을 하여야 할 사유
2. 교부 결정의 취소 등에 대한 해당 지방보조사업자의 의견
3. 교부 결정의 취소로 인한 미교부 지방보조금의 향후 사용계획

④ 지방자치단체의 장은 제1항에 따라 지방보조금의 교부 결정을 취소한 경우 그 취소로 인하여 특히 필요하게 된 사무 또는 사업에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방보조금을 교부하여야 한다.

⑤ 제1항에 따라 지방보조금의 교부 결정 내용을 변경하거나 교부 결정을 취소할 경우에는 제10조를 준용한다.

제12조(법령 위반 등에 따른 교부 결정의 취소) ① 지방자치단체의 장은 지방보조사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지방보조금 교부 결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다.

1. 지방보조금을 다른 용도에 사용한 경우
2. 법령, 조례, 지방보조금 교부 결정의 내용 또는 법령에 따른 지방자치단체의 장의 처분을 위반한 경우
3. 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 지방보조금을 교부받은 경우
4. 그 밖에 지방보조사업의 수행이 곤란한 경우로서 조례로 정하는 사유에 해당하는 경우

② 제1항에 따라 교부 결정을 취소한 경우에는 제10조를 준용한다.

제31조(지방보조금의 반환) ① 지방자치단체의 장은 지방보조금의 교부 결정을 취소한 경우 그 취소된 부분의 지방보조사업에 대하여 이미 지방보조금이 교부되었을 때에는 기한을 정하여 그 취소된 부분에 해당하는 지방보조금과 이로 인하여 발생한 이자의 반환을 명하여야 한다.

② 지방자치단체의 장은 지방보조사업자에게 교부하여야 할 지방보조금의 금액을 제19조 제2항에 따라 확정된 경우 이미 교부된 지방보조금과 이로 인하여 발생한 이자를 더한 금액이 그 확정된 금액을 초과한 때에는 기한을 정하여 그 초과액의 반환을 명하여야 한다. 다만, 보조사업자가 지방자치단체의 장인 경우 지방보조금을 지급받은 후 대통령령으로 정하는 불가피한 사유로 발생한 이자는 그러하지 아니하다.

제34조(지방보조금수령자에 대한 지방보조금의 환수) ① 지방자치단체의 장 및 지방보조사업자는 지방보조금수령자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지급한 지방보조금의 전부 또는 일부를 기한을 정하여 반환하도록 명하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지방보조금을 지급받은 경우
2. 지방보조금의 지급 목적과 다른 용도에 사용한 경우
3. 지방보조금을 지급받기 위한 요건을 갖추지 못한 것으로 밝혀진 경우

② 지방보조사업자가 제1항에 따라 지방보조금의 반환을 명한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 해당 지방보조사업의 소관 지방자치단체의 장에게 통보하여야 한다.

③ 지방보조사업자는 지방보조금수령자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지방자치단체의 장이 정하는 기간 동안 지방보조금을 지급하지 아니할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 지방보조금수령자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 일정한 기간 동안 지방보조사업자에게 지방보조금수령자에 대한 지방보조금의 지급제한을 명할 수 있다.

지방보조금은 수익적 행정행위로서의 성격을 지니고 있는 점과 경제촉진을 위해 다양한 형태의 보조금행정을 유연하게 시행할 필요성도 있는 점 등을 종합하여 보면, 지방보조금의 환수에 조건을 붙일 수 있을 것이다.⁷⁸⁾ 따라서 보조사업자의 보조금 신청 내용과 재정상태, 지방자치단체의 예산상태, 공익상·시책상 필요성, 보조금의 교부목적 등을 고려하여 금융이자의 부담 없이 보조금을 사용하도록 하되, 일정 기한 내에 보조금을 반환하도록 하는 조건을 붙이는 것도 가능할 것이다.⁷⁹⁾

78) 「행정기본법」

제17조(부관) ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.

② ~ ④ (생략)

79) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다2951 판결례 참조

라. 지방자치단체의 출연

출연은 일반적으로 자기의 의사에 따라 금전을 지급하는 등 자신은 재산상 손실을 입고 상대방은 재산을 증가시키는 일을 말하는데 일상생활에서는 ‘기부행위’라는 말을 더 많이 사용한다. 「민법」에서는 비영리재단법인의 설립과 관련하여 출연에 대한 규정을 두고 있다. 행정법령에서는 행정주체가 법령 등에 따라 설치된 연구기관, 기금, 공단 등 출연 대상에 대하여 특정 목적을 위하여 포괄적으로 지원하는 금전급부를 말한다.

지방자치단체의 출연에 관한 일반적인 근거 규정은 「지방재정법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」⁸⁰⁾ 및 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 등이 있다.

지방자치단체는 법령에 근거가 있는 경우와 「지방재정법」 제17조제2항의 공공기관에 대하여 조례에 근거가 있는 경우에만 출연을 할 수 있다(「지방재정법」 제18조제2항).

지방자치단체출연 연구원에 관하여 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」에서 규정하고 있으므로 지방자치단체 출연 연구원에 관한 사항을 조례로 규정하려는 경우에는 법령에서 규정하고 있는 내용에 위반되지 않도록 주의해야 할 것이다.

80) 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」

제4조(지방자치단체의 출자·출연과 대상 사업 등) ① 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 자본금 또는 재산의 전액을 출자 또는 출연하거나 지방자치단체 외의 자(외국인 및 외국법인을 포함한다)와 공동으로 출자하거나 출연하여 「상법」에 따른 주식회사나 「민법」 또는 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 재단법인을 설립할 수 있다.

1. 문화, 예술, 장학(獎學), 체육, 의료 등의 분야에서 주민의 복지 증진에 이바지할 수 있는 사업
2. 지역주민의 소득을 증대시키고 지역경제를 발전시키며 지역개발을 활성화하고 촉진하는 데에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업

② 제1항에 따라 지방자치단체가 출자하거나 출연하는 비율을 산정할 때에 그 지방자치단체가 설립한 출자·출연 기관이 출자하거나 출연한 경우에는 그 지방자치단체가 출자하거나 출연한 것으로 본다.

③ 출자·출연 기관과 관련한 다음 각 호의 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

1. 설립 목적,
2. 주요 업무와 사업,
3. 출자 또는 출연의 근거와 방법
4. 그 밖에 기관의 운영 등에 관한 기본적인 사항

「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 제2조에서는 “지방자치단체출연 연구원”이란 지방자치단체 등이 출연(出捐)·보조하고, 연구를 주된 목적으로 수행하는 연구원을 말한다고 규정하고 있다.

「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따르면 지방자치단체출연 연구원은 법인으로 하고(제3조), 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도에 지방연구원을 둘 수 있고(제4조제1항), 인구(「주민등록법」에 따라 등록된 주민수) 100만 이상⁸¹⁾의 시에도 지방연구원을 둘 수 있다(제4조제2항). 지방연구원은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다(제4조제3항).

지방연구원에 이사장 1명 및 원장 1명을 포함한 30명 이내의 이사와 감사 2명을 두고, 원장을 제외한 임원은 비상근으로 한다(제6조). 이사장은 지방연구원의 정관으로 정하는 바에 따라 이사 중에서 선임하고, 원장 및 감사는 이사회 의결을 거쳐 이사장이 임명한다(제8조제1항 및 제2항). 이사장·원장·이사(당연직이사는 제외) 및 감사의 임기는 각각 3년으로 하며, 연임할 수 있도록 하고 있다(제9조제1항).

「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 제13조제3항에서 조례로 정하도록 위임하고 있는 지방연구원의 재산운영 및 관리에 필요한 사항을 제외하고, 지방연구원의 업무 및 그 집행에 관한 사항, 재산 및 회계에 관한 사항 및 임원·연구원 및 직원에 관한 사항 등 지방연구원의 운영과 관련한 사항은 지방연구원의 정관으로 정해야 할 것이다(제5조).

의견제시 사례

서울연구원은 지방연구원법*에 근거하여 서울특별시가 출연한 법인격을 가진 지방연구원의 하나로 그 운영과 관련하여서는 원칙적으로 정관에서 정하여야 하고, 법인인 지방연구원의 운영과 관련된 사항을 조례로 정하기 위해서는 법률에 위임이 있어야 할 것인바, 지방연구원법 제13조제3항에서는 재산 운영 및 관리에 관하여 조례로 정하도록 위임하고 있습니다. 그렇다면 서울연구원과 관련된 내용을 조례로 정할 수 있는 것은 재산 운영 및 관리로 한정된다 할 것이고, 지방연구원법 제5조제4호(업무 및 그 집행에 관한 사항) 및 제6호(임원·연구원 및 직원에 관한 사항)의 규정을 볼 때, 투자관리센터와 같은 부설 기관의 설치·운영은 ‘서울연구원의

81) 2022. 4. 26., 법률 제18850호로 일부개정되고 10. 27. 시행되는 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 제4조에 따르면 인구 50만 이상의 시에도 지방연구원을 둘 수 있도록 함.

정관'으로 정할 사항이라 할 수 있으며, 또한 같은 법 제12조제1항에서 지방연구원의 연구 및 경영에 있어서의 독립성과 자율성을 보장하도록 하고 있는 점 등을 고려하면 서울연구원의 부설 기관으로 설치되는 투자관리센터의 설치 및 운영과 관련한 내용은 조례로 규율할 사무가 아닌 것으로 보입니다(법제처 2013. 11. 27. 회신 13-0363 의견제시 사례).

* 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」

그리고 지방자치단체가 출연하여 설립한 기관에 대해서는 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에서 규정하고 있다. 이와 관련해서는 제2편 제2장 9. 출자·출연 기관 및 공기업에서 살펴보도록 하겠다.

Q&A | 질의·답변

Q1 지방자치단체에서 개인 또는 단체에 재정지원을 하려는 경우 상위 법령 규정보다 넓은 대상에게 지원하는 내용의 조례를 제정할 수 있는지?

A 상위 법령에 따른 개인 또는 단체에 대한 재정지원은 「지방재정법」 제17조제1항제1호에 해당할 것으로 보이고, 그보다 더 넓은 범위의 개인, 단체에 대한 지원은 같은 법 제17조제1항제4호에 해당한다면 가능하다고 할 것임.⁸²⁾

Q2 동일한 사항에 대하여 광역지자체 조례에서 보조금 규정이 있는 경우 기초지자체에서 별도의 조례를 제정하여 보조금을 지원할 수 있는지?

A 「지방재정법」 제17조제1항제1호에 해당하지 않는 경우라도 광역지자체의 보조금만으로는 사업 수행이 곤란하다는 등 같은 항 제4호에 따른 요건에 부합된다면 기초지방자치단체에서도 광역지자체와 별도로 동일한 사항에 대한 재정지원이 가능하다고 할 것임.

82) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2016추5186 판결례 참조

3. 공유재산의 관리·처분

가. 의의

공유재산이란 지방자치단체의 부담, 기부채납(寄附採納)이나 법령에 따라 지방자치단체 소유로 된 「공유재산 및 물품 관리법」 제4조제1항 각 호의 재산⁸³⁾을 말한다. 공유재산은 크게 행정재산과 일반재산으로 구분되고, 행정재산은 다시 공용재산, 공공용재산, 기업용재산 및 보존용재산으로 구분되며, 일반재산은 행정재산 외의 모든 재산을 말한다(「공유재산 및 물품 관리법」 제5조).

83) 「공유재산 및 물품 관리법」

제4조(공유재산의 범위) ① 공유재산의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 부동산과 그 종물(從物)
 2. 선박, 부잔교(浮棧橋), 부선거(浮船渠) 및 항공기와 그 종물
 3. 공영사업 또는 공영시설에 사용하는 중요한 기계와 기구
 4. 지상권·지역권·전세권·광업권과 그 밖에 이에 준하는 권리
 5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 권리(이하 “지식재산”이라 한다)
 - 가. 「특허법」·「실용신안법」·「디자인보호법」 및 「상표법」에 따라 등록된 특허권, 실용신안권, 디자인권 및 상표권
 - 나. 「저작권법」에 따른 저작권, 저작인접권 및 데이터베이스제작자의 권리 및 그 밖에 같은 법에서 보호되는 권리로서 같은 법 제53조 및 제112조제1항에 따라 한국저작권위원회에 등록된 권리(이하 “저작권등”이라 한다)
 - 다. 「식물신품종 보호법」 제2조제4호에 따른 품종보호권
 - 라. 가목부터 다목까지의 규정에 따른 지식재산 외에 「지식재산 기본법」 제3조제3호에 따른 지식재산권. 다만, 「저작권법」에 따라 등록되지 아니한 권리는 제외한다.
 6. 주식, 출자로 인한 권리, 사채권·지방채증권·국채증권과 그 밖에 이에 준하는 유가증권
 7. 부동산신탁의 수익권
 8. 제1호 및 제2호의 재산으로 건설 중인 재산
 9. 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 배출권
- ② (생략)

공유재산의 종류		정 의
행정재산	공용재산	지방자치단체가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 거주용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산
	공공용재산	지방자치단체가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산
	기업용재산	지방자치단체가 경영하는 기업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 거주용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산
	보존용재산	법령·조례·규칙에 따라 또는 필요에 의하여 지방자치단체가 보존하고 있거나 보존하기로 결정한 재산
일반재산		행정재산 외의 모든 공유재산

헌법 제117조제1항에서는 재산을 관리하는 사무를 자치단체의 사무로 규정하고 있고, 「지방자치법」에서도 공유재산의 관리사무를 자치사무의 하나로 규정하고 있다(「지방자치법」 제13조제2항제1호자목⁸⁴⁾).

나. 관계 법령

「공유재산 및 물품 관리법」은 지방자치단체의 공유재산의 관리 및 처분에 관한 일반법으로서 같은 법 제2조의2에서는 공유재산 및 물품의 관리·처분에 대해서는 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 이 법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다. 「공유재산 및 물품 관리법」의 규정을 보면, 공유재산 및 물품 관리·처분의 기본원칙 등을 정하고 있는 총칙(제1장), 공유재산의 범위, 기부채납, 사권설정 재산의 취득제한,

84) 「지방자치법」

제13조(지방자치단체의 사무범위) 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. ~ 아. (생략)
 - 자. 공유재산(公有財産) 관리

용도의 폐지 및 변경 등을 정하고 있는 공유재산 통칙(제2장), 행정재산의 사용허가, 사용료 및 관리위탁 등을 정하고 있는 행정재산(제3장), 일반재산의 대부, 대부료, 매각·교환·양여, 신탁 등을 정하고 있는 일반재산(제4장), 지식재산의 사용허가·대부, 사용료, 저작권의 귀속 등을 정하고 있는 지식재산의 관리·처분의 특례(제4장의2), 대장 및 실태조사 등을 정하고 있는 공유재산 대장과 보고(제5장)와 물품의 관리(제7장) 등으로 구성되어 있다.

그 밖에 지방자치단체의 재정 및 회계에 관한 기본적인 사항을 규정하는 「지방재정법」, 「지방회계법」과 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 일반법인 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」은 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정하고 있는 사항 외에 공유재산 및 물품의 계약, 부정당업자의 입찰 참가자격 제한 등에 대하여 적용된다. 또한 「지방공기업법」에서는 지방직영기업의 자산의 처분 방법⁸⁵⁾ 등에 관한 사항을 정하고 있다.

또한 「문화재보호법」, 「산림보호법」, 「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」, 「하천법」 등 공유재산의 관리에 관한 특례 규정을 두고 있는 개별 법률이 다수 있다.

다. 일반적 주의사항

1) 소관사무의 원칙

지방자치단체에서 그 재산의 관리 및 처분 등에 관한 사항을 정할 때에는 규율하려는 사항이 지방자치단체의 소관에 속하는 공유재산에 해당하는지 등을 먼저 검토해야 한다. 해당 재산의 관리사무가 국가사무인 경우에는 조례로 정하도록 법령에서 위임하고 있지 않는 한 조례로 이를 정할 수 없음을 유의해야 한다.

85) 「지방공기업법」

제40조(중요 자산의 취득·처분) ① 지방직영기업의 자산 중 대통령령으로 정하는 중요한 자산의 취득 및 처분은 예산에 계상하여 의회의 의결을 받아야 한다.

② 제1항에 따라 의회의 의결을 받았을 때에는 「공유재산 및 물품 관리법」 제10조제1항 및 「지방자치법」 제47조제1항제6호에 따라 의회의 의결을 받은 것으로 본다.

판례

‘인천광역시 경영수익사업용지의 매각 등에 관한 조례안’ 제4조, 제7조 제2항 제3호, 제6호, 제12조 제5항은 국가사무에 관하여 법령의 위임 없이 조례로 정한 것에 해당하거나 상위법령에 위배되고 …(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007추165 판결례 참조).

2) 법령 우위의 원칙

공유재산의 관리에 관한 사무는 대표적인 자치사무의 하나이므로 법령의 범위에서 자치법규를 정할 수 있다고 할 것이다(「지방자치법」 제13조제2항제1호자목 및 제28조제1항).

우선 공유재산의 적정한 관리를 도모하기 위해 법률에 자세한 규정을 두는 경우가 많다. 상위법령의 적용관계를 살펴보면 공유재산의 관리 및 처분에 관하여 개별 법령이 있는 경우에는 개별 법령이 적용되고, 개별 법령이 없는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」이 적용된다. 또한 「공유재산 및 물품 관리법」 제97조⁸⁶⁾에서는 공유재산 및 물품의 계약을 위한 입찰공고·계약서 작성 등 계약절차에 관하여 이 법에서 정한 사항 외에는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 준용한다고 규정하고 있으므로 공유재산의 계약절차에 관한 사항은 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이 준용된다고 할 것이다.

「공유재산 및 물품 관리법」 제29조제1항에서는 일반재산을 대부하거나 매각하는 계약을 체결할 때에는 일반입찰에 부쳐야 하고, 예외적인 경우에 한하여 수의계약으로 할 수 있으므로, 법령상의 수의계약 요건에 해당하지 않는 경우라면 수의계약이 가능하도록 조례로 규율할 수는 없을 것이다.

86) 「공유재산 및 물품 관리법」

제97조(「지방재정법」 등의 준용) ① 공유재산 및 물품의 계약을 위한 입찰공고·계약서 작성 등 계약절차, 금전채권과 채무의 소멸시효, 부정당업자의 입찰참가자격 제한 등에 대하여 이 법에서 정한 사항 외에는 「지방재정법」 및 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 준용한다.

② (생략)

의견제시 사례

「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제38조제1항제23호는 “재산의 위치·형태·용도 등으로 보아 경쟁입찰에 붙이기 곤란하거나 계약의 목적 또는 성질상 수의계약에 의하는 것이 불가피한 경우로서 지방자치단체의 조례로 그 내용 및 범위를 정한 때”를 규정하고 있는바, 이전기업 등이 군내에 제조업 또는 관광사업을 설립하기 위하여 공유재산을 필요로 하는 경우 고용창출, 지역경제 파급효과 등을 고려하여 임대하거나 매각할 수 있도록 하는 것이 위 시행령 제38조제1항제23호의 조례제정 전제조건인 경쟁입찰에 붙이기 곤란하거나 수의계약만이 가능한 불가피한 경우에 해당하는 것으로 확정하기는 어려운 것으로 보입니다(법제처 2011. 12. 2. 회신 11-0274 의견제시 사례).

▶ 공유재산 및 물품 관리법령

❖ 「공유재산 및 물품 관리법」

제29조(계약의 방법) ① 일반재산을 대부하거나 매각하는 계약을 체결할 때에는 일반입찰에 부쳐야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치거나 수의계약으로 할 수 있으며, 증권의 경우에는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제9조 제9항에 따른 증권매출의 방법으로 하며, 이 법 제4조제1항제2호 및 제3호의 일반재산을 매각하는 경우에는 제76조제3항을 준용한다.

- ② 제1항 단서에 따라 증권을 매각하는 경우 가격산정에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 제1항에 따라 대부를 받은 자는 그 일반재산을 다른 자에게 사용하게 하여서는 아니 된다.

❖ 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」

제29조(일반재산의 대부계약 등) ① 법 제29조제1항 단서에 따라 일반재산은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 수의계약으로 대부할 수 있다.

- 1. ~ 28. (생략)
- ② 제1항제3호에서 “재산의 성질상 또는 사회정책상 일반입찰로 매각하기가 곤란한 재산”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 재산을 말한다.
 - 1. ~ 6. (생략)
 - ③ ~ ⑧ (생략)

다음으로 「공유재산 및 물품 관리법」 및 같은 법 시행령의 규정내용을 살펴보면, 공유재산의 취득·유지·보존 및 운용과 처분에 관한 자세한 규정을 두면서, 공유재산심의회의 구성과 운영에 관한 사항(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제10조

의387)) 등을 조례에 위임하는 규정이 다수 있다. 또한, 공유재산 및 물품 운영기준(「공유재산 및 물품 관리법」 제94조의2⁸⁸⁾), 공유재산관리계획의 작성기준(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제7조제5항⁸⁹⁾), 행정재산 또는 일반재산의 교환(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제11조의2⁹⁰⁾, 제44조⁹¹⁾), 행정재산 사용허가의 방법(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제13조제1항⁹²⁾), 물품관리기준의 설정(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제58조⁹³⁾) 등에 관한 사항은 행정안전부장관이 정하도록 하고 있다.

-
- 87) 제10조의3(공유재산심의회의 구성 및 운영) ① 법 제16조에 따른 공유재산심의회(이하 “공유재산심의회”라 한다)의 민간위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 성별을 고려하여 위촉한다.
1. 변호사, 공인회계사, 세무사, 감정평가사 또는 법무사 자격을 취득한 후 해당 분야에서 3년 이상 활동한 경력이 있는 사람
 2. 국유·공유재산의 관리 또는 회계업무 담당 공무원으로 근무한 경력이 있는 사람
 3. 그 밖에 지방재정, 부동산, 건축 또는 도시계획에 관한 학식과 전문지식이 풍부한 사람으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정한 자격요건을 갖춘 사람
- ② 민간위원의 임기는 2년으로 하며, 한 차례만 연임할 수 있다.
- ③ 공유재산심의회의 민간위원에게는 예산의 범위에서 수당, 여비 또는 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다.
- ④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 공유재산심의회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.
- 88) 제94조의2(공유재산 및 물품 운영기준) ① 행정안전부장관은 지방자치단체가 공유재산과 물품의 관리·처분·수입 및 지출을 통일적으로 운영할 수 있게 하기 위하여 공유재산 및 물품의 운영기준을 정할 수 있다.
- ② 지방자치단체는 제1항에 따른 공유재산 및 물품의 운영기준에 따라 공유재산과 물품의 관리·처분·수입 및 지출에 관한 사항을 조례로 제정·운영할 수 있다.
- 89) 제7조(공유재산관리계획) ⑤ 공유재산관리계획의 작성기준은 행정안전부장관이 정하여 전년도 7월 31일까지 각 지방자치단체에 알려야 한다.
- 90) 제11조의2(교환하는 행정재산의 종류·가격 등) ① 법 제19조제1항제2호에 따라 행정재산을 교환할 때에는 국유재산 또는 다른 지방자치단체의 공유재산과 교환하는 경우를 제외하고는 서로 유사한 재산으로서 행정안전부장관이 정하는 기준에 맞는 재산과 교환해야 한다.
- 91) 제44조(교환) ① 법 제39조에 따라 일반재산을 교환할 때에는 국유재산 또는 다른 지방자치단체의 공유재산과 교환하는 경우를 제외하고는 서로 유사한 재산으로서 행정안전부장관이 정하는 기준에 맞는 재산과 교환해야 한다.
- 92) 제13조(사용허가의 방법) ① 법 제20조제2항에 따라 일반입찰, 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치는 경우에는 행정안전부장관이 지정·고시하는 정보처리장치(이하 “지정정보처리장치”라 한다)를 이용하여 입찰공고 및 개찰·낙찰 선언을 해야 한다. 이 경우 지방자치단체의 장은 필요하다고 인정되면 일간신문 등에 게재하는 방법을 병행할 수 있다.
- 93) 제58조(물품관리기준의 설정) ① 지방자치단체의 장은 법 제58조에 따라 주요 물품의 정수와 사용기준을 정할 때에는 행정안전부장관이 대상 물품의 선정, 정수의 책정 및 배정, 내용기간(耐用期間), 대체성 및 소모감모율 등에 관하여 정하는 바에 따라야 한다.

따라서 공유재산의 관리 등에 관한 자치법규를 정할 때에는 개별 법령상의 공유재산에 관한 규정, 「공유재산 및 물품 관리법」 및 행정안전부장관이 법령의 위임에 따라 정하는 기준 등에 위반되지 않도록 해야 한다.

예컨대 공유재산의 계약에 관한 사항은 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이 준용되므로 같은 법에서 정하고 있는 규정에 위반되지 않도록 하여야 하고, 지방자치단체 소유의 공공시설 중 공공용재산은 「공유재산 및 물품 관리법」이 적용되므로 공공시설의 재산적인 측면인 시설의 취득, 사용허가, 관리위탁 등에 대해서는 공유재산법령이 규정하고 있는 내용과 다르게 조례로 정해서는 안 된다.

판례

공유재산의 사용허가에 관한 사용료율을 정하는 것은 지방자치단체의 자치사무인 공유재산의 관리에 속하므로, 서울특별시공유재산관리조례(1991. 3. 29. 조례 제2745호로 개정된 것) 제23조가 제1항 내지 제6항에서 사용허가의 대상이 되는 공유재산의 특성을 감안하여 그 사용료율을 공유재산의 종류별로 규정하면서 따로 제7항에서 “시장이 특히 필요하다고 인정하는 재산에 대하여는 제1항 내지 제6항의 규정에 불구하고 연간 대부료율 또는 사용료율을 당해 재산평정가격의 1,000분의 50 이상으로 할 수 있다.”고 규정하고 있는 것은, 지방자치법 제15조가 정하는 ‘법령의 범위 안’에서 공유재산의 적절한 관리를 위하여 공유재산의 관리청인 지방자치단체의 장이 그 지방의 실정 및 공유재산의 특성을 감안하여 필요한 경우에 별도로 공유재산의 사용료율을 정하도록 한 것이고 지방재정법이나 지방재정법시행령 등의 관련 규정도 이를 용인하고 있다고 할 것이며, 위 조례 제7항이 지방자치법 제15조가 정하는 ‘법령의 범위 안’이라는 자치조례의 사항적 한계 내의 규정이어서 무효라고 할 수 없다(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두7135 판결례 참조).

한편 공공시설인 공공용재산(예: 지방자치단체가 설치한 수영장 등)에 대한 일반주민의 이용 관계는 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조의 사용허가에 따른 공유재산의 사용관계와는 그 성격이 다른 것이다.

이에 대해서는 「지방자치법」 제153조 및 제156조제1항에서 공공시설의 이용에 따른 사용료를 조례로 정할 수 있도록 하고 있는데, 이 경우의 사용료는 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조의 사용허가에 따른 사용료와는 다른 것으로, 그 산정 방법이나 요금의 결정 방법은 조례로 정할 수 있다.⁹⁴⁾

94) 법제처 2018. 3. 6. 회신 18-0005 의견제시 사례 참조

라. 개별적 주의사항 및 규정방식

1) 일반론

공유재산법령에서는 공유재산 관리에 관한 사항 중 각 개별 지방자치단체별로 달리 정할 필요가 있는 세부사항을 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있고, 그 밖에 공유재산과 물품의 관리와 처분에 관한 사항을 조례 또는 규칙으로 정할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 각 지방자치단체는 「공유재산 및 물품 관리법」에서 공유재산 및 물품 관리에 관하여 위임한 사항과 그 밖에 시행에 필요한 사항을 정하기 위해 ‘공유재산 및 물품 관리 조례’를 두고 있다. 공유재산 및 물품 관리 조례에서는 ① 공유재산의 사용허가, ② 공유재산의 불용처분, ③ 일반재산의 관리 등에 관한 사항과 그에 수반하는 사용료 또는 대부료율과 매각비용 등에 관하여 규정하고 있다.

「지방자치법」 제161조에서는 지방자치단체는 주민의 복지를 증진하기 위하여 공공시설을 설치할 수 있고, 그 설치와 관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없으면 조례로 정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 지방자치단체는 주민복지 증진을 위한 자치사무의 일환으로서 ‘○○시설 설치 및 운영에 관한 조례’, ‘○○시설 운영 및 관리 조례’ 등과 같은 조례를 제정하여 공공시설의 이용목적과 한계를 규정할 수 있다. 공공시설 설치·관리에 관한 기본조례를 제정하여 공공시설의 운영에 관한 기본적인 사항을 정하고 있는 경우도 있다.

한편 지방자치단체에서 공유재산의 운용과 관리 등에 대한 사항을 규정하려는 경우에는 그에 관한 사항을 조례 또는 규칙으로 정하도록 한 공유재산법의 위임 취지를 존중하여 그 입법형식을 조례 또는 규칙으로 하는 것이 원칙이라 할 것이나, 그 내용이 지나치게 전문적·기술적 사항이어서 수시로 변경할 수밖에 없는 경우 등 일정한 사유가 있는 때에는 구체적인 기준이나 범위 등 핵심적인 사항을 조례나 규칙에서 정하고 위임입법의 법리를 준수하는 범위에서 공유재산의 운용과 관리 등에 대한 사항 중 일부를 행정규칙에 위임하는 것은 가능하다.

의견제시 사례

용산구에서 훈령으로 정하려는 내용은 용산구 행정재산 중 공용재산에 속하는 3급 관사(「서울특별시 용산구 구유재산 및 물품관리 조례」(이하 “서울시용산구조례”라 함) 제47조제3호에 따른 3급 관사를 말하며, 이하 같음)의 관리·운영에 관한 세부적인 사항에 해당하는바, 이는 용산구 소속공무원들에 의한 용산구 공용재산의 내부적 사용에 관한 것으로서 주민의 권리·의무와 직접적인 관련성이 작아 보이는 점, 용산구에서 입안하려는 훈령의 내용 또한 서울시용산구조례 제8장 및 같은 조례 시행규칙 제5장의 범위 내라는 점 등을 고려하면, 서울시용산구조례 또는 같은 조례 시행규칙에서 3급 관사의 관리·운영에 관한 세부적인 사항을 용산구청장이 정할 수 있도록 위임하면서 그에 관한 사항을 용산구 훈령으로 정하는 것이 반드시 금지된다고 보기는 어렵다고 할 것입니다(법제처 2011. 12. 2. 회신 11-0274 의견제시 사례).

2) 행정재산의 사용허가

가) 의의

「공유재산 및 물품 관리법」에 따르면 행정재산은 지방자치단체의 행정업무 수행에 필요한 재산이므로 다른 용도나 목적으로 사용하는 것을 엄격히 제한하되, 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 않는 범위⁹⁵⁾에서만 사용허가를 할 수 있다. 구체적으로는 사용허가의 범위, 사용료의 요율과 산출방법, 그 감면, 허가기간, 허가의 취소와 철회 등을 규정하여 공유재산 사용에 대한 허가를 엄격히 규제하고 있다. 그러나 개별법에서는 특정 산업, 공익사업이나 취약 분야의 진흥·지원 등을 위하여 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 예외를 인정하여 그 개별법이 정하는 바에 따라 사용을 허가할 수 있도록 규정하고 있는 경우가 있다.⁹⁶⁾

판례는 공유재산의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익 허가에 대해 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위

95) 「공유재산 및 물품 관리법」

제20조(사용허가) ① 지방자치단체의 장은 행정재산에 대하여 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 아니하는 범위에서 사용허가를 할 수 있다.

「공유재산 및 물품 관리법 시행령」

제12조(사용허가) 법 제20조제1항에 따라 행정재산의 사용허가를 할 수 있는 경우는 다음 각 호와 같다.

1. 행정 목적 또는 보존 목적의 수행에 필요한 경우
2. 공무원의 후생 목적을 위하여 필요한 경우
3. 그 밖에 해당 재산의 용도 또는 목적에 장애가 되지 않는 경우로서 해당 지방자치단체의 장이 필요하다고 인정하는 경우

96) 「공공보건의료에 관한 법률」 제10조, 「국방과학연구소법」 제21조 등

에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정해주는 강학상 특허에 해당한다고 판시하고 있다.⁹⁷⁾

행정재산의 사용허가는 행정처분이지만, 허가 대상자 선정의 공정성을 확보하기 위해 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제2항⁹⁸⁾에서는 원칙적으로 일반입찰로 하도록 규정하고 있다.

판례

공유재산 및 물품관리법(이하 ‘공유재산법’이라 한다) 제2조 제1호, 제7조 제1항, 제20조 제1항, 제2항 제2호의 내용과 체계에 관련 법리를 종합하면, 지방자치단체의 장이 공유재산법에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 사업시행자를 지정하기 위한 전 단계에서 공모제안을 받아 일정한 심사를 거쳐 우선협상대상자를 선정하는 행위와 이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 민간투자사업의 세부내용에 관한 협상을 거쳐 공유재산법에 따른 공유재산의 사용·수익허가를 우선적으로 부여받을 수 있는 지위를 설정하거나 또는 이미 설정한 지위를 박탈하는 조치이므로 모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결례 참조).

나) 사용허가의 범위

「공유재산 및 물품 관리법」은 사용허가를 받은 자는 원칙적으로 해당 재산을 타인으로 하여금 사용·수익하게 할 수 없도록 하고 있고(「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제3항), 시설물의 기부를 조건으로 축조하는 경우 등 일정한 경우를 제외하고는 허가받은 공유재산상에 영구시설물을 축조하지 못하도록 하고 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제13조). 이는 사용허가를 받은 자 외의 자에게 사용·수익하도록 하거나 영구시설물의 축조로 인해 공공목적 수행에 장애가 되는 것을 방지하기 위한 것이다.

97) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누1105, 2001. 6. 15. 선고 99두509 판결례 등 참조

98) 「공유재산 및 물품 관리법」

제20조(사용허가) ② 지방자치단체의 장은 제1항에 따라 사용허가를 하려면 일반입찰로 해야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치거나 수의(隨意)의 방법으로 허가할 수 있다.

1. 허가의 목적·성질 등을 고려하여 필요하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
2. 제7조제2항제1호에 따른 기부자와 그 상속인 또는 그 밖의 포괄승계인에게 무상으로 사용허가하는 경우

다) 공유재산의 사용료

「공유재산 및 물품 관리법」에서는 사용허가에 대하여 사용료를 받도록 하고, 기부채납된 재산의 기부자 등 일정 요건에 해당하는 경우에만 예외적으로 사용료를 감면할 수 있도록 하고 있다.⁹⁹⁾ 이 때 연간 사용료는 시가(時價)를 반영한 해당 재산 평정가격(評定價格)의 연 1천분의 10 이상의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있다(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제14조제1항).

따라서 조례에서 공유재산의 사용료에 관한 사항을 정할 때에는 이에 위반되지 않는 범위 내에서 ‘공유재산 및 물품 관리 조례’ 등으로 연간 사용료를 규정해야 한다. 사용료는 해당 재산을 사용·수익하는 목적이나 그 주체에 따라 차등적으로 정할 수 있으나, 사용허가 처분 시 조례에 따른 사용료율과 관련된 분쟁이 발생하지 않도록 그 요건을 구체적으로 명확하게 규정하는 것이 바람직하다. 예컨대, 특정 사용료율의 적용대상으로 ‘공용·공공용으로의 사용을 위한 경우’라고만 규정할 경우, 국가나 지방자치단체가 아닌 공기업, 공공단체 등이 사용하는 경우가 포함되는지 여부가 불명확할 수 있으므로 주체도 함께 규정하는 것이 바람직하다.

라) 공유재산 사용료의 감면

「공유재산 및 물품 관리법」 제24조제1항·제2항 및 같은 법 시행령 제17조에서 사용료의 면제사유와 감경사유를 규정하고 있다.

국가나 다른 지방자치단체가 직접 해당 행정재산을 공용·공공용 또는 비영리 공익사업용으로 사용하려는 경우나 천재지변이나 그 밖의 재해를 입은 지역주민에게 일정 기간 사용허가를 하는 경우로서 지방의회가 동의한 경우 등에는 그 사용료를 면제할 수 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제24조제1항, 같은 법 시행령 제17조제5항).

「지역 산업위기 대응 및 지역경제 회복을 위한 특별법」 제10조제1항에 따라 지정된 산업위기대응특별지역, 「고용정책 기본법」 제32조의2에 따라 선포된 고용재난지역 등에 있는 행정재산의 사용허가를 한 경우 등에는 사용료의 100분의 50 등 일정

99) 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조 및 제24조

한 범위에서 조례로 정하는 바에 따라 감경할 수 있도록 규정하고 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제24조제2항, 같은 법 시행령 제17조제6항).

법령에서 정한 감면사유 외에 조례로 새로운 감면사유를 추가하거나, 법령에서 정한 범위를 벗어나 사용료를 감경할 수 없는 점에 유의해야 한다.

마) 사용허가의 기간

「공유재산 및 물품 관리법」 제21조에 따르면, 행정재산의 사용허가 기간은 5년 이내로 하되, 5년을 초과하지 않는 범위에서 종전의 사용허가를 갱신할 수 있도록 하고 있다. 무상사용허가를 조건으로 기부채납한 재산의 경우에는 그 사용허가기간은 무상사용을 허가받은 날부터 사용료의 총액이 기부를 받은 재산의 가액에 이르는 기간 이내로 하되, 그 기간은 20년을 넘을 수 없으며, 총 사용가능기간 내에서 1회로 한정하여 10년의 범위에서 갱신할 수 있도록 하고 있다. 따라서 지방자치단체의 장이 기부채납 재산에 대하여 무상 사용허가 기간을 20년으로 정하여 사용허가를 한 후 허가기간이 만료되었을 때에는 무상 사용허가를 갱신할 수 없다.

법제처 해석례

공유재산법* 제21조제3항 단서에서는 같은 법 제7조제2항 각 호의 경우에는 총 사용가능기간 내에서 1회로 한정하여 10년의 범위에서 사용·수익허가를 갱신할 수 있다고 규정하고 있는데, 같은 법 제21조제1항 단서에 따르면 “총 사용가능기간”이란 20년을 의미하므로 같은 조 제3항 단서는 지방자치단체의 장은 10년의 범위에서 사용·수익허가를 갱신할 수 있지만, 갱신을 하는 경우에도 최초의 사용·수익허가기간과 갱신되는 기간을 합산한 기간이 20년을 넘을 수는 없다는 의미로 보아야 할 것입니다. … 따라서 지방자치단체의 장이 공유재산법 제7조제2항 각 호에 따른 기부채납 재산에 대하여 무상 사용·수익허가기간을 20년으로 정하여 사용·수익허가를 한 경우 같은 법 제21조제3항 단서에 따라 해당 무상 사용·수익허가를 갱신할 수는 없다고 할 것입니다(법제처 2018. 1. 16. 회신 17-0627 해석례).

* 「공유재산 및 물품 관리법」

3) 공공시설의 이용

가) 공공시설의 이용관계

공공시설의 설치 목적 범위 내에서 일반주민이 공공시설을 이용하는 관계에 대해서는 「지방자치법」에 따라 공공시설 설치와 관리에 관하여 조례로 정하고, 그 이용에 대한 사용료를 정할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 필요한 경우에는 이용 시 준수사항이나 이용제한에 관한 규정을 둘 수도 있다. 이 경우 준수사항 위반자에 대한 제재조치의 최고 한도는 해당 공공시설의 이용에서 배제하는 것이 되어야 할 것이다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제144조제1항에서는 지방자치단체는 주민의 복지를 증진하기 위하여 공공시설을 설치할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 공공시설의 설치와 관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없으면 조례로 정한다고 규정하고 있는바, 지방자치단체가 공공시설을 설치하는 목적은 공공의 편익이나 주민의 복지 증진을 위한 것이고 「지방자치법」에서 그 목적 달성을 위한 공공시설의 설치와 관리에 관하여 포괄적으로 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있으므로, 지방자치단체가 이와 같은 설치 목적에 맞게 공공시설의 기능이 정상적으로 유지되도록 하고 이용자가 불편함이 없이 이용할 수 있도록 관리하는 것은 해당 지방자치단체의 책무라고 할 것입니다. 따라서 지방자치단체는 공공시설의 적절한 관리를 위해서 필요한 사항을 조례로 규정함에 있어서 주민 일반의 공공시설 이용에 방해가 되는 행위를 제한하거나 배제하여 지역 주민이 해당 공공시설을 원활하게 이용하도록 함으로써 해당 공공시설을 통하여 행정목적이 달성되도록 할 책무가 있다고 할 것이고, 이에 따른 사항을 조례에 규정하는 것이 「지방자치법」 제144조제2항에서 조례로 위임한 범위를 벗어난다고 보기 어렵습니다(법제처 2017. 6. 7. 회신 17-0139 의견제시 사례).

나) 행정재산의 사용허가와 공공시설의 이용

「공유재산 및 물품 관리법」에서는 행정재산의 목적 외 사용허가에 대해 규정하고 있는바, 특정 공공시설의 사용관계가 이러한 행정재산의 목적 외 사용허가에 해당하는 경우에는 공유재산법령에 따른 사용허가에 관한 규정의 범위 내에서 조례로 정할 수 있다.

100) 「지방자치법」 제153조, 제156조 및 제161조

지방자치단체가 주민복리 증진을 위해 설치한 공공시설에 대해 공공시설의 사용 목적을 벗어나는 특별한 이용을 허가하는 경우에는 공유재산 및 물품 관리법령에 따라야 할 것이다.

하지만 실무적으로는 어디까지를 공공시설의 특별한 이용을 허가하는 것으로 보아야 하는지 명확하지 않은 경우가 많다. 판례는 이러한 이용관계를 판단할 때 행정재산 사용허가가 독점적·배타적 사용을 내용으로 하는 경우뿐만 아니라 골프장 이용과 같이 일시적·단속적으로 사용하는 것을 내용으로 하는 경우에도 일반인에게는 허용되지 않는 특별한 사용권을 특정인에게 창설하여 주는 것이라면 구 「국유재산법」 제27조제1항에 따른 사용수익허가기간이 적용된다고 판시한 바 있다.¹⁰¹⁾

따라서 조례를 입안할 때에는 위 판례의 취지를 고려하여 행정재산의 사용이 「지방자치법」에 따른 공공시설의 이용 관계인지 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 행정재산의 사용허가 관계인지를 명확히 밝히는 것이 중요하다. 행정재산의 사용허가는 일반입찰로 해야 하고, 매년 사용료를 징수해야 하며, 사용료의 감면과 사용허가의 취소 사유가 법령에 명시되어 있는 등 그 요건과 절차 등이 엄격하게 규정되어 있는 반면, 공공시설의 이용은 「지방자치법」에서 조례로 정하도록 포괄적으로 위임되어 있어 이러한 요건과 절차 등을 규정하는데 비교적 자유롭다.

4) 행정재산의 관리위탁

가) 의의 및 성격

지방자치단체의 장은 행정재산의 효율적인 관리를 위해 필요하면 지방자치단체 외의 자에게 그 재산의 관리를 위탁할 수 있는데(「공유재산 및 물품 관리법」 제27조), 이러한 “관리위탁”의 실질은 행정사무의 민간위탁이다. 즉 지방자치단체의 행정재산 관리사무 중 일부를 민간에 맡겨 그의 명의로 책임 하에 행사하도록 하는 것이라는 점에서 「지방자치법」에 따른 민간위탁에 해당한다.¹⁰²⁾

101) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두9383 판결례 참조

102) 「지방자치법」 제117조(사무의 위임 등) ①·② (생략)

행정재산을 관리위탁하는 경우에는 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 않는 사무를 위탁할 수 있고, 권력적 사무 또는 재량적인 가치 판단을 요하는 사무 등은 위탁의 대상으로 선정해서는 안 된다.

나) 관리위탁의 범위

「공유재산 및 물품 관리법」 제27조제4항 및 제5항에 따르면 행정재산의 관리를 위탁받은 자는 해당 행정재산의 사용허가를 받은 자로 간주되므로, 관리위탁 행정재산의 수탁자는 수탁재산의 일부를 사용할 수 있다. 또한, 관리위탁의 조건에 위반되지 않는 범위에서 해당 행정재산을 제3자에게 전대(轉貸)할 수 있는데, 이는 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제3항에서 행정재산 사용허가를 받은 자가 그 행정재산을 다른 자에게 사용·수익할 수 없도록 한 것과 구별된다.

한편, 해당 행정재산의 관리를 위해 특별한 기술과 능력이 필요한 경우에는 그 기술과 능력을 갖추는 등 해당 행정재산을 관리하기에 적합한 자에게 관리위탁을 하여야 하는데(「공유재산 및 물품관리법 시행령」 제19조제1항), 행정재산의 관리를 위탁할 수 있는 수탁기관 대상 중의 하나로 특정 기관을 추가해 조례에 규정하는 것이 공유재산 및 물품 관리법령 등 상위 법령에 위반된다고 보기 어렵다.

의견제시 사례

「화성시 보훈회관 설치 및 운영 조례」(이하 “보훈회관 조례”라 한다) 제6조에서 규정하고 있는 수탁기관의 자격을 시장이 필요하다고 인정하는 경우에 보훈회관의 운영목적에 적합한 비영리법인, 비영리단체 또는 「화성도시공사 설립 및 운영에 관한 조례」에 따른 화성도시공사에 운영을 위탁할 수 있도록 개정하려는 것은 공유재산법* 시행령 제19조제1항에서 규정한 해당 행정재산을 관리하기에 적합한 자의 대상을 규정하기 위한 것으로 보이고, 민간위탁조례 제9조제1항의 수탁 신청 자격을 앞에서 열거한 비영리법인, 비영리단체, 화성도시공사로 정한 것으로 보이는바, 수탁기관을 선정할 때 반드시 화성도시공사로 특정하려는 취지라기보다는 보훈회관 운영을 위탁받을 수 있는 자 중 하나로 화성도시공사를 추가한 것으로 볼 수 있습니다(법제처 2022. 5. 24. 회신 22-0115 의견제시 사례).

* 「공유재산 및 물품 관리법」

③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

다) 관리위탁의 경비 및 이용료

「공유재산 및 물품 관리법」 제27조제6항 및 제7항에 따르면 행정재산의 관리에 드는 경비는 지방자치단체에서 지원할 수 있고, 관리위탁을 받은 자가 미리 해당 지방자치단체의 장의 승인을 받은 경우에는 이용료를 행정재산의 관리에 드는 경비에 충당할 수 있다. 지방자치단체는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 조례로 정하는 바에 따라 사용료를 징수할 수 있고, 행정재산의 관리위탁을 받은 자는 지방자치단체와 관리위탁계약을 체결하면서 그 이용료 징수에 관한 내용을 정할 수 있으므로, 관리위탁을 받은 자가 관리위탁을 받은 행정재산의 이용자로부터 직접 이용료를 징수하여 경비에 충당할 수 있다. 또한 행정재산의 효율적 관리 등으로 인해 증대된 이용료 수입의 전부 또는 일부를 관리위탁을 받은 자의 수입으로 할 수 있다.

라) 관리위탁의 기간

행정재산의 관리위탁기간은 원칙적으로 5년 이내로 하되, 5년 이내의 범위에서 한 번만 갱신할 수 있다(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조제2항). 행정재산의 관리위탁기간 및 갱신 횟수에 관한 사항은 상위법령에 이미 규정되어 있으므로 조례에 다시 규정할 필요가 없고, 관리위탁기간을 법령에서 정한 기간과 달리 조례로 정하는 것은 바람직하지 않다.¹⁰³⁾

한편, 수의계약의 방법으로 관리위탁을 한 경우에는 갱신할 때마다 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 해당 관리위탁을 받은 자의 수행실적 및 관리능력 등을 평가한 후 그 기간을 두 번 이상 갱신할 수 있다(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조제6항).

따라서, ‘공유재산 및 물품 관리 조례’ 또는 개별 공유재산 관련 조례에는 수의계약 관리위탁의 기간을 갱신할 때 수탁자의 수행실적 및 관리능력 등을 평가하는 방법 등을 별도로 규정할 필요가 있다.

103) 행정재산의 관리위탁기간에 대해서는 원칙적으로 공유재산법 제27조제1항 및 같은 법 시행령 제19조제2항이 적용되는 것이므로 관리위탁기간을 조례로써 위 법령에 따른 5년 이내와는 달리 3년 이내로 규정하는 것은 바람직하지 않다(법제처 2015. 6. 12. 회신 15-0140 의견제시 사례).

입법예시

수익계약의 방법으로 관리위탁 시 관리위탁기간을 갱신하려는 경우

○○시(군) 공유재산 및 물품 관리 조례

제○조(관리위탁 기간의 갱신) ① 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조제3항에 따라 행정재산의 관리위탁 기간을 갱신하려는 수탁자는 그 기간의 만료일 2개월 전까지 별지 제○호 서식의 행정재산 관리위탁 기간 갱신 신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 시장에게 제출해야 한다.

1. ○○○○○○○○○○
2. ○○○○○○○○○○

② 제1항에 따른 신청을 받은 시장은 심의회의 심의를 거쳐 갱신 여부를 결정해야 한다. 이 경우 다음 각 호의 사항을 고려해야 한다.

1. 관리위탁 재산의 관리·운영 능력
2. 수탁자의 재무구조의 안정성
3. 위탁계약 또는 협약사항의 수행 실적
4. 지역사회에 대한 기여도
5. 그 밖에 행정재산의 관리위탁 기간 갱신을 위하여 시장이 필요하다고 인정하는 사항

제2편
제2장

본칙규정

마) 관리위탁의 절차

「공유재산 및 물품 관리법」 제27조제2항에서는 지방자치단체의 장은 행정재산을 관리위탁하는 경우에는 일반입찰로 하도록 하되, 계약의 목적·성질·규모 및 지역 특수성 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 수익계약 등을 할 수 있도록 했다. 수익계약의 대상범위 등 이에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조의2부터 제19조의5까지에서는 입찰의 참가자격, 자격 제한에 의한 계약, 지명입찰에 의한 계약, 수익계약에 의할 수 있는 경우 등을 제한적으로 열거하고 있으므로 이러한 요건에 맞게 행정재산을 관리위탁해야 할 것이다.

의견제시 사례

공유재산법* 제27조에 따라 행정재산을 관리위탁하는 경우에 그 관리위탁의 방법과 관련하여, 공유재산법 시행령 제19조의5에 따라 수익계약으로 관리위탁할 수 있는 경우에 해당하지 않은 경우에는, 지방계약법 제9조와 같은 법 시행령 제25조제1항 및 「지방자치법」 제104조제3항과

곡성군조례 제6조제2항 단서를 근거로 공개모집 방법에 따르지 아니하고 수익계약으로 관리위탁할 수 없는 것으로 보입니다(법제처 2017. 8. 2. 회신 17-0185 의견제시 사례).

* 「공유재산 및 물품 관리법」

바) 행정재산의 관리위탁과 사용허가

「공유재산 및 물품 관리법」 제27조제4항에서는 행정재산의 관리위탁을 받은 자는 해당 행정재산의 사용허가를 받은 자로 간주하는 규정을 두고 있다. 구체적인 경우에 있어서 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조에 따른 사용허가인지 또는 같은 법 제27조에 따른 관리위탁인지는 관리위탁계약 유무와 같은 외형이 아닌 그 실질 관계로 파악한다.

지방자치단체가 소속 공무원과 예산을 투입하여 직접 관리하던 행정재산인 공공시설을 수탁기관에 위탁하고 비용을 보조하며, 수탁자는 그 비용 등으로 재산의 유지관리를 대신하는 것은 순수한 관리위탁에 해당한다고 볼 수 있고, 이러한 경우의 관리는 지방자치단체를 대신하는 것이기 때문에 재산의 사용·수익 관계가 발생하지 않는다.

반면 공공시설 내에 설치된 매점, 식당, 주차장 등과 같은 재산, 즉 지방자치단체가 직접 관리하던 때에도 사용허가를 하여 사용료를 부과·징수한 재산이라면, 그 관리위탁 계약을 체결하고 관리위탁의 외형을 가지는 경우라도 실질은 사용허가에 해당한다.¹⁰⁴⁾

판례

공유재산 및 물품관리법(이하 '공유재산법'이라 한다) 제2조 제1호, 제7조 제1항, 제20조 제1항, 제2항 제2호의 내용과 체계에 관련 법리를 종합하면, 지방자치단체의 장이 공유재산법에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 과정에서 사업시행자를 지정하기 위한 전 단계에서 공모제안을 받아 일정한 심사를 거쳐 우선협상대상자를 선정하는 행위와 이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위는 민간투자사업의 세부내용에 관한 협상을 거쳐 공유재산법에 따른 공유재산의 사용·수익허가를 우선적으로 부여받을 수 있는 지위를 설정하거나 또는 이미 설정한 지위를 박탈하는 조치이므로 모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결례 참조).

104) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결례 참조

따라서 개별 조례에서 행정재산인 수익시설을 특정 단체나 법인에 위탁한다고 규정하는 경우에도 그 계약에 수탁자가 해당 행정재산의 일부를 사용·수익 하는 것으로 불만한 내용이 있다면, 그 실질은 사용·수익에 해당할 것이므로 공유재산 및 물품 관리법령에 따른 사용허가에 관한 규율과 다른 내용을 조례로 정할 수 없고, 같은 법령의 범위 내에서 위탁료를 산정 시 사용료를 고려해야 할 것이다.

사) 행정재산의 관리위탁과 자치사무의 민간위탁

「지방자치법」 제117조제3항에 따르면 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무를 민간위탁할 수 있는바, 각 지방자치단체에서는 민간위탁에 관한 일반조례로서 ‘민간위탁 조례’를 두고 있다.

행정재산의 관리위탁도 그 성질상 지방자치단체 사무의 민간위탁에 해당하는데, 이러한 행정재산의 관리위탁에 대해서는 「공유재산 및 물품 관리법」의 관련 규정이 「지방자치법」 제117조제3항에 대한 일종의 특례라고 볼 수 있으므로 공유재산 및 물품 관리법령의 관리위탁 관련 규정과 배치되는 규정을 둘 수 없다. 예를 들면, 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 특히 관리위탁은 한 번만 갱신할 수 있도록 일반적인 민간위탁보다 엄격히 규정하고 있는데(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조), 지방자치단체의 공유재산 및 물품 관리 조례나 개별 조례에서 공유재산의 관리위탁기간의 갱신을 자유롭게 할 수 있도록 규정한 경우 상위법령 위반의 소지가 있다. 따라서 행정재산의 관리위탁기간 및 갱신 횟수에 관한 사항은 조례에 별도로 규정하지 않고 상위법령에 따르도록 해야 할 것이다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾

105) 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조(사무의 위임 등) ① (생략)

② 행정재산의 관리위탁기간은 5년 이내로 하되, 한 번만 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 5년 이내로 한다.

③ 제2항에도 불구하고 제19조의5에 따라 수익계약의 방법으로 관리위탁을 한 경우에는 갱신할 때마다 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 해당 관리위탁을 받은 자의 수행실적 및 관리능력 등을 평가한 후 그 기간을 두 번 이상 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 갱신할 때마다 5년을 초과할 수 없다.

④·⑤ (생략)

106) 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조제3항에 따라 행정재산의 관리위탁을 갱신하는 경우 갱신 시 위탁기간은 3년으로 한다고 조례로 규정하는 것은, 지방자치단체의 장에게 부여한 갱신기간 설정권한을 “3년”이라는 특정기간으로 일률적으로 제한하는 것에 해당하여 상위법령에 따라 지방자치단체의 장에게 주어진 집행권을 본질적으로 침해할 소지가 있다(법제처 2018. 10. 10. 회신 18-0026 의견제시 사례).

■ 제2편 세부 입안기준

원칙적으로 행정재산의 관리위탁에 대하여는 「공유재산 및 물품 관리법」 제27조 및 같은 법 시행령 제19조가 우선 적용된다고 보아야 할 것이므로, 해당 지방자치단체의 민간위탁 조례에서 민간위탁 기간을 별도로 정했다더라도 「공유재산 및 물품관리법 시행령」 제19조제2항에서 정한 행정재산의 관리위탁기간과 다른 경우에는 위 시행령에서 정한 기간에 따라 행정재산을 관리위탁해야 할 것이다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제104조제3항 및 그 위임에 따른 조례 또는 규칙은 지방자치단체 ‘사무의 민간위탁’에 관한 사항을 규율하기 위한 것이고, 이를 지방자치단체의 행정재산 관리위탁에 관한 공유재산법* 제27조 및 같은 법 시행령 제19조의 적용을 배제할 수 있는 특별한 규정에 해당한다고 보기는 어렵다는 점 등을 고려하면 행정재산의 관리가 지방자치단체 사무의 성격을 갖는다고 하더라도 원칙적으로 행정재산의 관리위탁에 대하여는 공유재산법 제27조 및 같은 법 시행령 제19조가 적용된다고 보아야 할 것이므로, 「지방자치법」 제104조제3항에 따른 조례 또는 규칙에서 지방자치단체 사무의 민간위탁기간에 관하여 별도로 정한 기간이 공유재산법* 시행령 제19조제2항에서 정한 행정재산의 관리위탁기간과 다른 경우에도 공유재산법 시행령에서 정한 기간에 따라 행정재산을 관리위탁하는 것이 바람직하다고 할 것입니다(법제처 2017. 12. 8. 화신 17-0298 의견제시 사례).

* 「공유재산 및 물품 관리법」

▶ 공유재산 및 물품 관리법령

❖ 「공유재산 및 물품 관리법」

제21조(사용허가기간) ① 행정재산의 사용허가기간은 사용허가를 받은 날부터 5년 이내로 한다. 다만, 제7조제2항제1호의 경우에는 무상사용을 허가받은 날부터 사용료의 총액이 기부를 받은 재산의 가액에 이르는 기간 이내로 하되, 그 기간은 20년(이하 이 조에서 “총 사용가능기간”이라 한다)을 넘을 수 없다.

② 지방자치단체의 장은 제20조제2항제1호에 따라 수의의 방법으로 한 사용허가는 사용허가기간이 끝나기 전에 제1항 본문의 사용허가기간의 범위 내에서 사용허가를 갱신할 수 있다. 다만, 수의의 방법으로 사용·수익할 수 있는 경우가 아니면 한 차례만 갱신할 수 있다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항의 적용을 받지 아니하는 자에 대하여도 1회로 한정하여 5년의 범위에서 사용허가를 갱신할 수 있다. 다만, 제7조제2항제1호의 경우에는 총 사용가능기간 내에서 1회로 한정하여 10년의 범위에서 갱신할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 사용허가를 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사용허가기간을 연장할 수 있다. 이 경우 연장하는 사용허가기간은 다음 각 호의 사유로 사용·수익하지 못한 기간의 범위로 한다.

1. 천재지변이나 그 밖의 재난으로 피해를 본 경우
2. 해당 지방자치단체의 귀책사유로 그 재산의 사용에 제한을 받은 경우
- ⑤ 제2항 및 제3항에 따라 사용허가를 갱신받으려는 자 또는 제4항에 따라 사용허가기간을 연장받으려는 자는 사용허가기간이 끝나기 1개월 전에 지방자치단체의 장에게 사용허가의 갱신 또는 사용허가기간의 연장을 신청하여야 한다.

제27조(행정재산의 관리위탁) ① 지방자치단체의 장은 행정재산의 효율적인 관리를 위하여 필요하다고 인정하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체 외의 자에게 그 재산의 관리를 위탁(이하 "관리위탁"이라 한다)할 수 있다.

② 지방자치단체의 장은 제1항에 따라 행정재산을 관리위탁하는 경우에는 일반입찰로 하여야 한다. 다만, 계약의 목적·성질·규모 및 지역 특수성 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 입찰에 부치거나 수의계약을 할 수 있다.

③ 지방자치단체의 장은 제1항에 따라 행정재산을 관리위탁하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 위탁료를 산출하여 매년 징수할 수 있다.

④ 제1항에 따라 행정재산의 관리위탁을 받은 자는 제20조에 따라 해당 행정재산의 사용허가를 받은 자로 본다.

⑤ 제4항에 따라 행정재산의 사용허가를 받은 것으로 보는 자는 관리위탁의 조건에 위반되지 아니하는 범위에서 해당 행정재산을 제3자에게 전대(轉貸)할 수 있다.

⑥ 제1항에 따라 관리위탁을 받은 자가 미리 해당 지방자치단체의 장의 승인을 받은 경우에는 이용료를 관리위탁받은 행정재산의 관리에 드는 경비에 충당하거나, 그 행정재산의 효율적 관리 등으로 인하여 증대된 이용료 수입의 전부 또는 일부를 관리위탁을 받은 자의 수입으로 할 수 있다.

⑦·⑧ (생략)

❖ 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」

제19조(관리위탁 행정재산의 수탁 자격 및 기간) ① 법 제27조제1항에 따라 행정재산을 관리위탁할 때 해당 행정재산의 관리를 위하여 특별한 기술과 능력이 필요한 경우에는 그 기술과 능력을 갖추는 등 해당 행정재산을 관리하기에 적합한 자에게 관리위탁을 하여야 한다.

② 행정재산의 관리위탁기간은 5년 이내로 하되, 한 번만 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 5년 이내로 한다.

③ 제2항에도 불구하고 제19조의5에 따라 수의계약의 방법으로 관리위탁을 한 경우에는 갱신할 때마다 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 해당 관리위탁을 받은 자의 수행실적 및 관리능력 등을 평가한 후 그 기간을 두 번 이상 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 갱신할 때마다 5년을 초과할 수 없다.

④ 제2항 및 제3항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 관리위탁을 갱신할 수 없다.

1. 관리위탁한 행정재산을 국가나 다른 지방자치단체가 직접 공용이나 공공용으로 사용하기 위하여 필요한 경우
2. 법 제27조에 따라 관리위탁을 받은 자(이하 “관리수탁자”라 한다)가 제1항에 따른 관리위탁을 받을 자격을 갖추지 못하게 된 경우
3. 관리수탁자가 관리위탁 조건을 위반한 경우
4. 관리위탁이 필요하지 아니하게 된 경우
- ⑤ 관리수탁자가 수탁재산의 일부를 사용·수익하거나 다른 사람으로 하여금 사용·수익하게 하려는 경우에는 관리위탁기간 내에서 하여야 한다.

5) 행정재산의 처분

행정재산은 행정목적 수행에 직접 제공되는 재산이므로 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조에서는 행정재산은 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁 또는 대물변제나 출자의 대상이 되지 않으며, 이에 사권을 설정하지 못하도록 규정하고 있다. 다만, 행정재산의 용도와 성질을 유지하는 조건으로 대통령령¹⁰⁷⁾으로 정하는 바에 따라 국가 또는 다른 지방자치단체에 양여하는 경우와 해당 지방자치단체 외의 자가 소유한 재산을 행정재산으로 관리하기 위해 교환하는 경우 등에는 교환·양여 등이 허용되고 있다. 행정재산이 사실상 행정목적으로 사용되지 않게 된 경우에는 먼저 공유재산심의회의 심의를 거쳐 그 용도를 폐지한 후 처분해야 한다(「공유재산 및 물품 관리법」 제11조 및 제16조).¹⁰⁸⁾

107) 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」

제11조(처분 등의 제한) 법 제19조제1항제1호에 따라 행정재산의 용도와 성질을 유지하는 조건으로 국가 또는 다른 지방자치단체에 양여하는 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다.

1. 다른 법령에 따라 해당 지방자치단체의 사무가 국가나 다른 지방자치단체로 이관(移管)됨에 따라 행정재산의 소유권이 변동되는 경우
2. 기존 도로의 확장·축소로 인하여 「도로법」 제23조에 따른 도로 관리청 또는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제43조제3항에 따라 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 관리청이 지방자치단체 간에 변경되는 경우
3. 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」 제35조제1항에 따라 협의하거나 승인을 받은 지방자치단체가 같은 조 제2항 단서에 따라 다른 지방자치단체에 공유수면 매립에 관한 권리를 양도하는 경우

108) 법제처 2017 .7. 3. 회신 17-0291 해석례 참조

지방자치단체가 국유재산인 토지에 행정재산 용도의 건물을 축조하여 등기하고 이를 무상으로 사용허가하여 줄 것을 조건으로 국가에 기부채납(寄附採納)하는 것은 「공유재산및물품 관리법」 제19조제1항 및 같은 법 시행령 제11조에 따른 행정재산의 양여(讓與) 제한규정에 따라 가능하지 않다.¹⁰⁹⁾

6) 일반재산의 관리·처분

가) 개요

일반재산은 행정재산 외의 모든 공유재산을 말한다. 「공유재산 및 물품 관리법」 제28조제1항¹¹⁰⁾에 따르면 일반재산은 행정재산과 달리 대부 외에도 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 처분할 수 있고, 제한된 범위에서 사권(私權)도 설정할 수 있다.

「공유재산 및 물품 관리법」에서는 일반재산의 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁에 관한 사항과 대부기간, 대부료율과 대부재산의 평가, 대부료의 조정·감면, 대부계약의 해지·해제 등을 규정하고 있다.

행정재산의 경우에는 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 않는 범위에서 사용허가를 하도록 하고 있으나, 일반재산의 대부, 매각 등은 계약의 방법에 의하도록 하고 있다.

나) 관리·처분계약

「공유재산 및 물품 관리법」 제29조제1항에 따르면, 일반재산을 대부하거나 매각하는 계약을 체결할 때에는 일반입찰에 부쳐야 하고, 예외적으로 국가·지방자치

109) 법제처 2012. 11. 23. 회신 12-0567 해석례 참조

110) 「공유재산 및 물품 관리법」

제28조(관리·처분) ① 일반재산은 대부·매각·교환·양여·신탁하거나 다음 각 호에 따라 사권을 설정할 수 있으며, 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자 또는 대물변제를 할 수 있다.

1. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조에 따른 공익사업을 시행하기 위하여 공중 또는 지하에 구분지상권을 설정하는 경우
2. 지방자치단체의 조례로 정하는 「외국인투자 촉진법」 제2조제1항제6호에 따른 외국인투자기업이 사회간접자본시설을 설치하고 이를 그 지방자치단체가 매입하는 조건으로 투자협약을 체결한 후 그 이행을 담보하기 위하여 저당권을 설정하는 경우

② 일반재산의 현물출자 및 대물변제의 범위와 내용은 대통령령으로 정한다.

단체 등이 직접 사용하려는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치거나 수의계약으로 할 수 있다.

한편, 개별법에서는 수의계약에 의한 매각, 양도, 양여, 대부 등을 허용하는 특례를 두는 경우가 있다.

입법례 ▶ 일반재산 처분을 수의계약으로 할 수 있음을 규정한 사례

기업도시개발 특별법

제27조(국유지·공유지의 처분 제한 등) ① (생략)

② 개발구역에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 재산으로서 개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다) 또는 처분에 관하여는 국토교통부장관이 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③·④ (생략)

다) 관리·처분의 유형

(1) 일반재산의 대부

일반재산의 대부란 지방자치단체가 일반재산을 「공유재산 및 물품 관리법」에 따라 사용하게 하는 것을 말한다. 「공유재산 및 물품 관리법」은 유상대부를 원칙으로 하고 있으며(제32조), 그 대부료는 행정재산의 사용료와 마찬가지로 시가를 반영한 해당 재산 평정가격의 연 1천분의 10 이상의 범위에서 조례로 정하도록 규정했다(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제31조). 따라서 지방자치단체의 공유재산 및 물품 관리 조례에서는 대부료율에 대해 정하고 있다.

행정재산의 사용료와 마찬가지로 대부료율의 감면대상을 명확히 규정하고 있기 때문에, 조례로 위임된 사항을 정하거나 그 대상을 구체화하는 것 외에 새로운 감면대상을 조례로 정할 수는 없다.

(2) 일반재산의 매각

일반재산의 매각은 「민법」 상의 매매로서 「민법」의 규정을 따르는 것이 원칙이지만, 공유재산이라는 점에서 공법상의 제약도 받게 된다. 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 매각방법, 매각가격결정과 납부 등의 기준을 정하고 있다.

(3) 일반재산의 교환·양여 및 개발

교환은 지방자치단체의 행정목적 수행에 필요한 재산을 확보하기 위해 지방자치단체의 일반재산을 지방자치단체 외의 자의 재산과 교환하는 계약이다. 교환할 수 있는 재산은 일반재산으로 한정되며, 국유재산 또는 다른 지방자치단체의 공유재산과 교환하는 경우를 제외하고는 서로 유사한 재산으로서 행정안전부장관이 정하는 기준에 맞는 재산과 교환해야 한다(「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제44조제1항).

양여는 지방자치단체가 대가를 받지 않고 일반재산의 소유권을 지방자치단체 외의 자에게 이전하는 것으로서 「민법」 상의 증여에 해당된다.

「공유재산 및 물품 관리법」은 일반재산을 신탁 또는 위탁의 방법으로 개발하여 대부하거나 분양할 수 있도록 하고 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제42조 및 제43조의3).

(4) 처분

「공유재산 및 물품 관리법」에서는 일반재산은 행정재산에 비하여 상당히 자유롭게 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 또는 대물변제할 수 있다고 규정하고 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제28조제1항).

7) 기부채납

기부채납이란 지방자치단체 외의 자가 그에 속하는 재산을 지방자치단체에 무상으로 이전할 것을 표시하고 지방자치단체가 이를 승낙하여 성립하는 것으로서 「민법」 상의 증여에 해당하는 것이다. 「공유재산 및 물품 관리법」 제7조제2항에서는 기부대

상 재산에 대하여 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 않은 경우나 기부에 조건이 붙은 경우(행정재산으로 기부하는 재산에 대하여 무상으로 사용허가하여 줄 것을 조건으로 그 재산을 기부하는 경우 등은 제외함)에는 기부를 받을 수 없도록 하고 있으며, 같은 법 시행령 제5조에서는 “기부하려는 재산이 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 않은 것인 경우”¹¹¹⁾에 대해 상세히 규정하고 있다.

따라서 지방자치단체는 사인이 지방재정에 이익이 되는 재산을 조건 없이 기부하는 경우에만 이를 채납해야 할 것이며, 조례로 이와 다른 규정을 두거나 이에 반하여 공유재산을 취득할 수 없다. 예를 들면 지방자치단체 소관 행정재산인 토지의 무상사용 허가를 받아 해당 토지에 기부를 조건으로 건물을 건축하는 경우 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제9조제1항제1호 및 제2호에 따라 건물의 준공 직후 해당 지방자치단체에 기부해야 할 것이며, 기부를 목적으로 축조한 영구시설물을 사용하다가 사용허가 기간만료 시 기부하는 것은 조건이 수반된 기부로서 허용되지 않는다.¹¹²⁾

111) 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」

제5조(기부채납) ④ 법 제7조제2항 본문에서 “기부하려는 재산이 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 아니하는 것인 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 무상 사용허가기간이 지난 후에도 해당 지방자치단체가 직접 사용하기 곤란한 경우
2. 재산 가액(價額) 대비 유지·보수비용이 지나치게 많은 경우
3. 삭제
4. 그 밖에 지방재정에 이익이 없는 것으로 인정되는 경우

112) 법제처 2006. 6. 29. 회신 06-0142 해석례 참조

Q&A | 질의·답변

Q 행정재산 사용허가, 관리위탁 및 일반재산 대부를 수의계약으로 할 수 있도록 조례로 규정할 수 있는지?

A 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제2항, 제27조제2항 및 제29조제1항에서 행정 재산 사용·수익허가, 관리위탁 및 일반재산 대부를 원칙적으로 일반입찰로 해야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제13조제3항 등에서 수의 방법으로 할 수 있는 경우를 예외적으로 나열하고 있으므로, 법령의 근거나 위임 없이 조례로 사용·수익허가, 관리위탁 및 일반재산 대부를 수의계약으로 하도록 할 수 없음.¹¹³⁾

113) 법제처 2017. 8. 2. 의견제시 17-0185 참조

4. 재정·회계 제도

가. 의의

일반적으로 ‘재정’이라고 하면, ‘국가나 지방자치단체가 그 존립에 필요한 재원을 획득하기 위해 일반 통치권을 토대로 국민에게 명령하고 강제하는 작용과 그 재산을 관리하고 회계를 경리하는 작용’을 말한다. 여기서 ‘국민에게 명령하고 강제하는 작용’은 ‘재정권력작용’이라 할 수 있고, ‘재산을 관리하고 회계를 경리하는 작용’을 ‘재정관리작용’이라고 할 수 있다.

일반적으로 재정 법제라고 하는 것은 주로 재정관리작용에 속하는 법제도를 말한다. 재정관리작용은 권력행사를 내용으로 하지 않으므로 본질적으로 사인(私人)의 회계관리 등 재산관리와 차이가 없다. 그렇지만 국가나 지방자치단체의 재정은 어떻게 관리되느냐에 따라 국가나 지방자치단체의 경제나 국민생활에 큰 영향을 미치게 되므로, 특히 공정하게 관리되어야 한다는 요청이 높다. 그래서 엄정관리주의와 건전 재정주의 등을 기본 원리로 하여 많은 법률이 만들어져 있다.

나. 관계 법령

지방자치단체의 재정과 회계에 관한 사항은 「지방자치법」에 기본적인 사항을 정하고 있고, 「지방재정법」, 「지방회계법」¹¹⁴⁾ 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」¹¹⁵⁾에서 보다 상세히 규율하고 있다. 예산, 회계에 관한 부분은 「국가재정법」, 「국가회계법」 및 「보조금 관리에 관한 법률」 등 국가재정 관련 법령 체계와 유사하다.

다만, 지방재정건전주의 원칙을 보다 확실히 담보하기 위해 「지방자치법」에서는 건전재정주의 원칙을 명시하고 있고,¹¹⁶⁾ 「지방재정법」에서는 지방자치단체의 재정

114) 「지방회계법」은 2016. 5. 29. 법률 제14197호로 「지방재정법」에서 분법되었다.

115) 지방자치단체가 교부하는 보조금에 대해 법률 제12687호로 일부개정된 「지방재정법」(2014. 5. 28. 공포, 2015. 1. 1. 시행)에서 지방보조금의 관리에 대한 일반규정(제32조의2부터 제32조의11까지)을 두고 있다가, 2021. 1. 12. 법률 제17892호로 지방보조금의 관리·운영방안 등에 관한 사항을 규정하는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 제정되어 2021. 7. 13.부터 시행되고 있다.

지출을 제한하거나 재정위기단체, 긴급재정관리단체의 지정 등 지방재정을 감시·감독·제한하는 여러 규정을 두고 있다.

다. 재정·회계 제도

1) 일반회계의 원칙

예산은 일정한 기간 보통 1년간의 지방자치단체 재정 활동인 수입과 지출을 체계적으로 총괄한 재정계획서이다. 이러한 수입과 지출은 재정 상태를 명확히 하기 위해 원칙적으로 총수입과 총지출이 계상되어야 할 뿐만 아니라 단일 예산으로 편성되어야 한다. 단일 예산 원칙은 지방자치단체의 수입과 지출을 회계로 통일해 경리하도록 하는 것으로서 수입과 지출 간의 특별한 관계를 단절하고, 모든 수입을 일괄하여 여기에서 모든 경비를 지출하는 일반회계를 원칙으로 한다.

2) 특별회계 제도

예산 단일의 원칙은 재정의 통일을 기하고 의회의 재정감독권을 용이하게 할 수 있다는 장점이 있으나, 지방자치단체 사업의 다양성과 재정규모의 증가에 적절히 대처하기 어렵다는 단점이 있다. 이를 보완하기 위해 특별회계 제도를 인정하고 있는데, 이는 예산 단일의 원칙에 대한 예외로서 지방자치단체의 특별한 필요에 따라 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하게 하는 것이다.

지방자치단체의 특별회계는 ① 「지방공기업법」에 따른 지방직영기업을 운영할 때, ② 그 밖의 특정사업을 운영할 때, ③ 특정자금이나 특정세입·세출로서 일반세입·세출과 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때에만 법률이나 조례로 설치할 수 있다(「지방재정법」 제9조제2항). 또한 지방자치단체가 특별회계를 설치하려면 법률에 따라 의무적으로 설치·운영되는 특별회계를 제외하고는 5년 이내의 범위에서 특별회계의 존속기한을 해당 조례에 명시하도록 하고 있다(「지방재정법」 제9조제3항). 특별회계의 남설(濫設)은 예산을 복잡하게 하여 예산 규모나 예산 구조를 파악하는

116) 「지방자치법」 제137제3항에 따르면, 국가는 국가행정기관 등의 신설·확장·이전·운영과 관련된 비용을 지방자치단체에 부담시켜서는 안 되도록 규정하고 있다.

데에 어려움이 있고, 예산을 특정 사업에만 쓸 수 있도록 하여 예산의 경직성을 초래하기 때문이다.

입법례 ▶ 「거제시 먹거리통합지원센터 특별회계 설치 및 운용 조례」

제4조(존속기한) 특별회계의 존속기한은 2025년 12월 31일까지로 한다. 다만, 「지방재정법」 제9조제4항에 따라 존속기한을 연장할 수 있다.

3) 기금

지방자치단체는 특정한 자금을 운영할 필요가 있는 경우에 법률 또는 조례로써 세입·세출예산에 의하지 않고 기금을 운용할 수 있다(제2편 제2장 5. 기금 참조).

라. 재정·회계의 처리기관

「지방자치법」과 「지방재정법」은 지방자치단체의 장과 지방의회의 재정상의 권한과 책임을 구분하여 규정하고 있다. 다만, 「지방회계법」 제8조제1항에서 “지방자치단체의 장은 해당 지방자치단체의 회계에 관한 사무를 총괄·관리한다”고 규정하고 있어 “지방자치단체의 장”을 지방자치단체의 회계의 처리기관으로 볼 수 있다. 또한, 지방재정의 건전성 확보를 위해 행정안전부장관 또는 상급 지방자치단체의 장에게 상당한 재정 지출에 관한 통제·조정 권한을 부여하고 있다.¹¹⁷⁾

마. 일반회계에 대한 특례 규정

회계상 특별한 취급이 필요하다면 특별회계나 기금을 설치하게 되므로, 일반회계를 운용하는 경우에 「지방재정법」에 대한 특례를 규정한 것은 많지 않다. 특별회계나 기금을 설치할 정도에 이르지 않는 부분적 사항에 대한 좁은 범위의 특례가 필요한 경우가 대부분이다.

117) 「지방재정법」 제29조 및 제29조의2에 따른 조정교부금, 같은 법 제33조에 따른 중기지방재정계획의 수립, 같은 법 제38조에 따른 예산편성기준의 수립, 재정지출 기준의 통보 등 국가 또는 상급 지방자치단체의 통제·조정권한을 인정하고 있다.

1) 예산총계주의 원칙과 예외

「지방재정법」 제34조에서는 예산총계주의를 규정하고 있다. 즉 한 회계연도의 모든 수입을 세입으로 계상해야 하고, 모든 지출을 세출로 정리해야 한다. 행정기관이 수납한 수입을 세입조치하지 않고 바로 지출해 버리면 지방자치단체의 예산의 전체 규모를 알 수 없게 되어 버리기 때문이다. 예산총계주의 원칙은 지방자치단체 재정의 모든 수입과 지출을 예산에 반영함으로써 그 전체를 분명하게 함과 동시에 지방의회와 주민에 의한 재정상의 감독을 용이하게 하려는 데 그 의의가 있다.¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾

그러나 모든 행정운동을 사전에 모두 엄밀하게 예측할 수 없고 계속 반복되는 사업의 성격을 갖는 것도 많은데, 이를 모두 예산으로 처리할 수도 없는 것이기 때문에 「지방재정법」 제34조제3항에서는 지방자치단체가 현물로 출자하는 경우와 「지방자치단체 기금관리기본법」 제2조에 따른 기금을 운용하는 경우 등에는 세입·세출예산 외로 처리할 수 있다고 규정하고 있다.

「지방회계법」에서는 예산총계주의를 벗어나 세입·세출예산 외로 처리할 수 있는 일반적인 제도인 수입대체경비 제도를 두고 있지만, 그 적용 범위가 제한적이거나 불분명하여 개별법에서 사정에 따라 예산총계주의에 대한 예외를 두는 경우가 있다.¹²⁰⁾ 이러한 경우라도 예산총계주의 원칙의 본질적인 부분을 훼손하는 형태로 규정해서는 안 될 것이다.

118) 헌법재판소는 예산총계주의원칙을 헌법 제54조제1항에서 “국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.”는 국회의 예산심의·확정권에서 파생된 원칙으로 보고 있다. 국회는 예산심의를 통하여 예산의 전체 규모가 적정인지, 예산이 효율적으로 운용되는지, 예산편성이 국민의 담세능력과 형평성에 부합하는지 등을 감시하여야 하므로 모든 국가재정은 누락 없이 국회의 심의를 받아야 한다는 의미이다(헌법재판소 2004. 7. 15. 결정 2002헌바42 결정례 참조).

119) 법제처 2007. 5. 18. 회신 07-0121 해석례 등 참조

120) 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」

제8조(계약의 대행) ① 지방자치단체의 장은 그 관할 행정구역의 시설물 설치 및 유지·관리와 물품 구매 등을 위하여 그 지역 주민들의 대행 요구가 있는 등 특히 필요하다고 인정되면 그 지방자치단체 외의 자로부터 계약 대행을 요청받아 대행할 수 있다.

② 제1항에 따라 계약을 대행하는 지방자치단체의 장은 계약 이행에 드는 직접경비와 그 사무관리에 필요한 경비를 계약 이행 전에 대행을 요청한 자에게 청구하고 이를 사후정산(事後精算)해야 한다.

③ 제2항에 따라 지방자치단체의 장이 청구하여 지급받은 경비는 「지방재정법」에도 불구하고 세입·세출예산 외로 처리할 수 있다.

2) 예산안편성지침에 대한 특례

「지방재정법」 제36조제1항에서는 지방자치단체는 법령 및 조례로 정하는 범위에서 합리적인 기준에 따라 그 경비를 산정하여 예산에 계상하도록 하고, 같은 법 제38조제2항에서 지방재정의 건전한 운용과 지방자치단체 간 재정운용의 균형을 확보하기 위해 필요한 회계연도별 지방자치단체 예산편성기준은 행정안전부령으로 정하도록 하고 있다. 「지방교부세법 시행령」 제12조제1항제3호에서는 지방자치단체 예산편성기준을 위반하여 예산을 편성한 경비를 지출한 경우 이를 위법한 경비지출로 보아 교부세를 감액하거나 반환명령을 할 수 있도록 하고 있다.

3) 세출예산의 전용과 이월

「지방재정법」 제49조제1항에서는 지방자치단체의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 각 정책사업 내의 예산액 범위에서 각 단위사업 또는 목의 금액을 전용할 수 있도록 규정하고 있다.

「지방재정법」 제50조제1항에서는 세출예산 중 경비의 성질상 그 회계연도에 그 지출을 마치지 못할 것으로 예상되어 명시이월비로서 세입·세출예산에 그 취지를 분명하게 밝혀 미리 지방의회의 의결을 얻은 금액은 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있도록 하고 있다. 또한 같은 조 제2항에서는 사고이월비(事故移越費)로서 네 가지를 규정하여 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있도록 하고 있으며, 제3항에서는 계속비의 회계연도별 필요경비 중 해당 회계연도에 지출하지 못한 금액은 그 계속비의 사업완성 연도까지 차례로 이월하여 사용할 수 있도록 규정하고 있다.

4) 예산의 목적 외 사용금지에 대한 특례

「지방재정법」 제47조 및 제47조의2제1항에 따르면, 지방자치단체의 장은 세출 예산에서 정한 목적 외의 용도로 경비를 사용할 수 없고, 세출예산에서 정한 각 정책사업 간에 서로 이용할 수 없다. 다만, 예산 집행에 필요하여 미리 예산으로서 지방의회의 의결을 거쳤을 때에는 세출 예산에서 정한 각 정책사업 간에 이용할

수 있고, 지방자치단체의 기구·직제 또는 정원에 관한 법령이나 조례의 제정·개정 또는 폐지로 인해 관계 기관 사이에 직무권한이나 그 밖의 사항이 변동되었을 때에는 그 예산을 상호 이체(移替)할 수 있도록 예외를 허용하고 있다.

바. 특별회계의 입법 형식과 내용

「지방재정법」 제9조제1항에서는 지방자치단체의 회계는 일반회계와 특별회계로 구분한다고 규정하고 있다. 특별회계는 법률이나 조례로 설치할 수 있도록 하되, 목적세에 따른 세입·세출은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 특별회계를 설치·운영하도록 하고, 법률에 따라 의무적으로 설치·운영되는 특별회계 외에 특별회계를 설치하려면 5년 이내의 범위에서 특별회계의 존속기한을 해당 조례에 명시하도록 하고 있다.

특별회계에 관한 사항을 정하는 개별 법률이나 조례들은 그 특별회계의 지원을 받는 사업의 내용만 다를 뿐 그 입법 형식과 체계 및 입법 내용이 거의 유사하게 규정되고 있다. 특별회계를 설치하기 위한 조례는 특별회계만을 규정하는 조례를 만드는 경우와 행정작용을 규정하는 조례 가운데 그 행정작용을 뒷받침하는 특별회계를 설치하는 경우의 두 가지가 있다. 개별 특별회계 조례에서는 통상적으로 총칙 규정(특별회계의 목적·설치 규정, 특별회계의 관리 주체, 계정의 구분), 세입·세출 규정(일반적인 사항, 일반회계 등 다른 회계로부터의 전입, 차입금, 준비금의 설치), 결산 관련 규정(예산의 이월 등, 잉여금), 사무위탁과 감독, 존속기한 등의 체제와 순서로 되는 것이 일반적이다.

1) 총칙 규정

가) 목적·설치 규정

특별회계에 관한 조례도 다른 조례와 마찬가지로 제1조에는 해당 조례의 입법 목적을 규정하는 목적 규정을 두는데 그 목적이 특별회계를 설치하는 데에 있으므로 통상적으로 목적 규정에서 특별회계를 설치하는 내용을 포함하여 규정한다.¹²¹⁾

입법례 ▶ 「고양시 교통사업특별회계 설치 조례」

제1조(목적) 이 조례는 「도시교통정비 촉진법」 제49조에 따라 고양시 교통사업특별회계를 설치하고 관리운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

나) 특별회계의 관리 주체

특별회계의 관리 주체는 해당 특별회계가 설치되어 있는 지방자치단체의 장이 된다.

다) 계정의 구분

자금의 용도에 따라 그 세입·세출을 구분하여 회계처리할 필요가 있는 경우 등에는 계정의 구분에 관한 규정을 둔다. 이 경우에는 당연히 세입·세출 항목도 계정별로 구분하여 규정함으로써 각 계정별로 세입·세출이 회계처리될 수 있도록 한다.

입법례 ▶ 「서울특별시 주택사업특별회계 조례」

제2조(계정의 구분) 서울특별시 주택사업특별회계(이하 “특별회계”라 한다)는 국민주택사업계정과 도시·주거환경정비사업계정, 재정비촉진사업계정으로 구분하고 각각 별도의 계좌를 설치하여 운영한다.

2) 세입·세출 규정

가) 일반적인 사항

세입예산은 수입의 성질에 따라 지방자치단체가 자체적으로 재정활동을 통하여 징수 또는 수납하는 자체수입인 지방세수입, 세외수입과 국가로부터 지원받는 이전수입인 지방교부세(부동산교부세 포함), 보조금 및 외부로부터 차입하는 지방채 등으로 나뉜다(「지방자치단체 예산편성 운영기준」 제5조).¹²²⁾

121) 입법례에 따라서는 목적 규정에서 특별회계를 설치하고, 특정 세입으로 특정 세출에 충당하게 함을 목적으로 한다는 내용으로 표현하는 경우도 있는데, 이는 특별회계의 성질상 당연한 것이므로 이러한 규정은 둘 필요가 없다.

세출에 포함되는 항목은 재화와 용역의 구입, 이자 또는 보조금의 지급, 지방채 상환 등이 있다.

한편 세입과 세출은 서로 연계되도록 규정해야 한다. 차입금을 세입 재원으로 규정 하면서 차입금의 원리금 상환을 세출 대상에서 제외해서는 안 된다.

나) 일반회계 등 다른 회계로부터의 전입

특별회계의 설치목적은 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하기 위해 일반회계와 구분하기 위한 것이다. 따라서 이러한 특별회계에서는 일반회계나 다른 특별회계로부터의 전입은 바람직한 것은 아니다. 그러나 특별히 필요하여 수행하는 사업의 수행에 필요한 재원이 부족한 경우 등에는 불가피하게 일반회계 등 다른 회계로부터 전입 받아 사용할 수 있도록 규정을 두는 경우가 있다.

일반회계 등으로부터의 전입 규정을 둘 때에는 특별회계의 세입 재원을 열거한 각 호의 규정에서 “일반회계로부터의 전입금”으로 규정하면 된다. 그 외에 타 회계로부터의 전입을 의무화하거나, 전입의 규모를 확실히 하려는 경우에는 별도의 조항으로 규정해야 한다.

122) 법령의 위임에 따라 설치된 특별회계의 재원은 개별법령에서 정한 자원 외에 다른 재원을 조례로 규정할 수는 없다.

「지방재정법」 제9조제1항에서는 지방자치단체의 회계를 일반회계와 특별회계로 구분하면서, 제2항에서 특별회계는 「지방공기업법」에 따른 지방직영기업이나 그 밖의 특정사업을 운영할 때 또는 특정자금이나 특정세입·세출로서 일반세입·세출과 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때에만 법률이나 조례로 설치할 수 있다고 규정하고 있는바, 지방자치단체의 회계는 일반회계를 원칙으로 하면서 특별회계는 특정한 세입·세출을 구분하여 계리할 필요가 있는 때에 예외적으로 운용할 수 있도록 하고 있음을 알 수 있습니다. 그런데, 「주차장법」 제21조의2제3항에서는 “구청장이 설치하는 주차장특별회계는 다음 각 호의 재원으로 조성한다”고 규정하여 한정적으로 그 재원을 열거하고 있고, 이는 예외적으로 세입·세출을 구분하여 법률에서 직접 그 재원을 구체적으로 규정하고 있는 것이므로 「주차장법」 제21조의2제3항 각 호에서 정한 자원 외의 다른 재원을 조례로 규정할 수는 없는 것으로 보입니다(법제처 2014. 7. 22. 회신 14-0146 의견제시 사례).

입법례 ▶ 「부산광역시 강서구 폐기물처리시설 특별회계 설치 및 운용 조례」

제3조(세입) 부산광역시 강서구 폐기물처리시설 특별회계(이하 “특별회계”라 한다)의 세입은 다음 각 호와 같다.

1. 폐기물처리시설 부담금
2. 일반회계로부터의 전입금
3. 이자수입 등 그 밖의 수입금

입법례 ▶ 「세종특별자치시 자치분권특별회계 설치 및 운영 조례」

제5조(일반회계로부터의 전입) 시장은 매 회계연도마다 다음 각 호의 금액에 해당하는 세입에 산액을 일반회계로부터 이 회계에 전입하여야 한다.

1. 「지방세법」에 따른 주민세 중 해당 회계연도의 예산으로 정하는 금액
2. 읍·면·동장이 부과하는 과태료 중 해당 회계연도의 예산으로 정하는 금액
3. 제1호에서 정하는 주민세 전입금에 상당하는 금액

다) 차입금

「지방회계법」 제24조에서는 지방자치단체의 장은 예산에 계상(計上)된 범위의 지출을 위해 일시차입금이 필요할 때에는 그 한도액에 대하여 회계연도마다 회계별로 미리 지방의회의 의결을 얻도록 하고 있다. 또한 일시차입금은 해당 회계연도의 수입으로 상환해야 한다. 특별회계에도 「지방회계법」이 적용되므로 차입금에 관한 규정을 굳이 둘 필요는 없다.

라) 준비금의 설치

(1) 준비금 또는 적립금

특별회계의 결산상 잉여금을 전액 다음 회계연도의 세입에 옮겨 넣어 사용할 수 있도록 규정한다면 특별회계에서 필요한 특정 용도를 위한 자금의 확보에 어려움이 있을 수 있다. 따라서 개별 특별회계법이나 조례에서는 앞에서 말한 기금이 아닌 준비금이나 적립금 규정을 둬으로써 특정 용도를 위한 자금을 안정적으로 확보하도록 할 수 있다.

입법례에 따라서는 위와 같이 해당 연도에 사용되지 않은 금액은 준비금으로 적립하도록 하는 경우 외에 잉여금 중 이월손실금을 보전하고 그 잔여금을 적립하도록 한 경우도 있다.

입법례 ▶ 「강원도 의료급여기금 특별회계 설치 및 운용 조례」

제7조의2(기금의 적립) ① 도지사는 이 회계의 결산결과 잉여금이 발생될 때에는 그 일부를 기금확충을 위한 적립금으로 적립할 수 있다.
② 제1항에 따라 적립된 기금은 「의료급여법」 제26조에 따라 운용하되 그 관리에 관한 사항은 규칙으로 정한다.

(2) 예비비

예비비는 예산의 신축성을 유지하기 위한 장치로서 「지방재정법」 제43조에 따르면 예측할 수 없는 예산 외의 지출이나 예산 초과 지출에 충당하기 위해 용도를 정하지 않고 미리 예산에 계상해 두는 지출항목을 말한다. 「지방재정법」의 규정은 특별회계에도 적용되므로 특별회계에 예비비에 관한 규정을 반드시 둘 필요는 없으나 주의적 규정으로 두는 경우도 있다.

입법례 ▶ 「경기도 도시재생특별회계 조례」

제8조(예비비) 특별회계는 예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 예비비로서 적당하다고 인정되는 금액을 예산에 계상할 수 있다.

3) 결산 관련 규정

가) 예산의 이월 등

회계연도독립의 원칙에 따라 「지방재정법」 제7조제1항에서는 각 회계연도의 경비는 해당 연도의 세입으로 충당하도록 하고 있다. 이에 대해 「지방재정법」 제50조제2항에서는 세출예산 중 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있는 네 가지 경우¹²³⁾를 규정하고 있다.

123) 「지방재정법」

제50조(세출예산의 이월) ① 세출예산 중 경비의 성질상 그 회계연도에 그 지출을 마치지 못할 것으로

그런데 특별회계는 일반회계와 달리 그 회계 안에서만 운용하는 것이므로, 특별회계의 성질에 비추어 지출을 좀 더 탄력적으로 운용할 필요가 있으면 「지방재정법」에 따른 이월 제한 규정에 상관없이 해당 연도에 지출하지 않은 것은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 있도록 하는 규정을 두는 경우가 많다.

그리고 특별회계의 경우에도 「지방재정법」 제47조의2에 따라 예산을 이용하거나 제49조에 따라 전용할 수 있다. 그러나 이 한계를 벗어나 전용해야 할 경우에는 특례를 둔다. 특별회계의 경우에는 세출예산의 총액 범위에서 각 과목 간 이용과 전용을 허용하는 특례를 두기도 한다.

입법례 ▶ 「대구광역시 수질개선특별회계 설치 및 운용 조례」

제6조(세출예산의 이월 및 잉여금의 처리) 특별회계의 세출예산 중 해당 회계연도에 지출하지 아니한 예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 있으며, 결산상 잉여금은 다음 연도의 세입으로 이입한다.

나) 잉여금

잉여금은 결산상의 잉여금을 말하며, 1회계연도에 수납된 세입액에서 지출된 세출액을 차감한 금액을 말한다. 다시 말하면 수입예산초과 수입액과 불용액을 합한 금액이다. 여기서 불용액은 세출예산을 잘못 예측·편성하여 집행하지 못한 경우와 세출예산에 반영했으나 사정의 변경으로 이를 일부만 집행한 경우에 발생한다.

예상되어 명시이월비로서 세입·세출예산에 그 취지를 분명하게 밝혀 미리 지방의회의 의결을 얻은 금액은 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

② 세출예산 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 금액은 사고이월비(事故移越費)로서 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

1. 회계연도 내에 지출원인행위를 하고 불가피한 사유로 회계연도 내에 지출하지 못한 경비와 지출하지 아니한 그 부대 경비
2. 지출원인행위를 위하여 입찰공고를 한 경비 중 입찰공고 후 지출원인행위를 할 때까지 오랜 기간이 걸리는 경우로서 대통령령으로 정하는 경비
3. 공익·공공 사업의 시행에 필요한 손실보상비로서 대통령령으로 정하는 경비
4. 경상적 성격의 경비로서 대통령령으로 정하는 경비

③ 계속비의 회계연도별 필요경비 중 해당 회계연도에 지출하지 못한 금액은 그 계속비의 사업완성 연도까지 차례로 이월하여 사용할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 예산을 이월할 때에는 그 이월하는 과목별 금액은 이월 예산으로 배정된 것으로 본다.

「지방회계법」 제19조에 따르면 회계연도마다 세입·세출 결산상 잉여금이 있을 때에는 다른 법률에 따라 용도가 정해진 금액과 「지방재정법」 제50조에 따른 이월금을 뺀 잉여금을 그 잉여금이 생긴 회계연도의 다음 회계연도까지 세출예산에 관계없이 지방채의 원리금 상환에 사용할 수 있도록 하고 있다.

4) 사무위탁과 감독

특별회계의 관리와 운용의 주체는 지방자치단체의 장이나 관리와 운용을 일반 행정기관에서 하는 것보다는 전문기관이나 단체에 위탁하여 업무를 수행할 필요성이 있다면 관리와 운용 업무의 일부를 위탁하여 처리하도록 한다(예: 용자사업에서 금융 회사에 위탁하여 처리하도록 하는 경우). 위탁하려는 경우에는 위탁 근거와 함께 수탁기관의 회계기관 임명 근거를 두어야 한다.

개별 조례에서 수탁기관의 회계직원의 책임에 관해서는 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」을 준용한다는 규정을 두는 경우가 있으나 이는 불필요한 규정이다. 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」이 직접 적용되어 책임을 물을 수 있기 때문이다. 업무를 위탁하는 경우에는 감독 업무의 효율화를 위해 감독 규정을 두는 것이 바람직하다.

5) 존속기한 등

「지방재정법」 제9조제3항에서는 지방자치단체가 특별회계를 설치하려면 5년 이내의 범위에서 특별회계의 존속기한을 해당 조례에 명시하도록 하되, 법률에 따라 의무적으로 설치·운영되는 특별회계는 예외로 하고 있다. 따라서 특별회계를 설치하는 경우 존속기한을 두어야 하는지를 검토해야 하며, 존속기한을 두는 경우에는 존속기한 만료로 해당 규정이 실효되는 경우를 대비하여 해당 특별회계 소속 재산 및 채권·채무의 승계 등 그 처리에 관한 경과규정을 두는 것이 법률관계의 안정과 명확화를 위해 필요하다.

또한 「지방재정법」 제9조제4항에서는 지방자치단체의 장이 특별회계를 신설하거나 그 존속기한을 연장하려면 해당 조례안을 입법예고하기 전에 지방재정계획심의위원회의 심의를 거치도록 하되, 법률에 따라 의무적으로 설치·운영되는 특별회계는 예외로 하고 있다.

5. 기금

가. 기금의 의의와 법적 근거

1) 기금의 의의

지방자치단체의 재정 활동은 주로 일반회계와 특별회계 등 세입·세출 예산에 의하여 운용된다. 그러나 통제 위주의 경직된 예산제도만으로는 복잡다기한 행정수요에 능동적·탄력적·지속적으로 대응하기 어렵기 때문에 세입·세출예산 외로 운용되는 기금 제도를 두고 있다. 기금은 지방자치단체가 연구·개발 사업이나 그 밖의 특정 정책 사업 등 특정 부문의 육성과 개발을 촉진하기 위해 원활한 자금 지원을 하려고 하거나 지방자치단체가 직접 수행하는 사업에 수반되는 자금의 효율적인 운용과 관리를 위해 설치되는 것이다.

재정 활동의 일부분으로서 기금은 각각의 설치 근거 조례에 입각한 특수한 기능을 수행하므로 그 기능을 일률적으로 설명할 수 없으나, 자원의 배분 기능, 소득의 분배 기능, 경제 안정과 성장, 금융 기능 등의 다양한 기능을 수행한다.

2) 기금 설치·운용의 근거법

특정한 정책 목적을 달성하고 특정부분을 지원하기 위해 각종 기금이 적극적으로 활용되어 왔으나, 차츰 그 규모가 증대되어 국민경제에 미치는 영향이 점점증하고 기금이 방만하게 운용되는 경향이 나타남에 따라 기금의 운용과 재정 운용과의 연계성을 높이고 공공성과 효율성을 조화시킬 수 있도록 하기 위해 「지방자치단체 기금관리기본법」에서는 기금 제도 전반에 관한 기본 원칙과 기준을 제시하고 있다.

「지방자치단체 기금관리기본법」 제2조에서는 “기금”이란 “지방자치단체가 특정한 행정목적의 달성하기 위하여 「지방자치법」 제159조 또는 다른 법률에 따라 설치·운용하는 자금을 말한다”고 규정하고 있다. 「지방자치법」 제159조에서는 지방자치단체의 행정 목적의 달성을 위한 경우나 공익상 필요한 경우에는 특정한 자금을 운용하기 위한 기금을 설치할 수 있다고 규정하고 있고, 이 기금의 설치·운용에 필요한 사항은 조례로 정하도록 하고 있다.

「지방자치단체 기금관리기본법」 제3조제1항 및 제2항에서는 법률에 따라 지방자치단체에 재정적 부담이 되는 기금을 설치하려는 경우 소관 중앙행정기관의 장은 기금 신설의 타당성을 심사하기 위해 미리 행정안전부장관과 협의하도록 하고 있고, 행정안전부장관은 기금 설치에 관한 협의를 하는 경우에는 관련되는 지방자치단체의 의견을 들어야 하는 등 법률에 따른 기금 설치를 절차적으로 통제하도록 하고 있다. 「지방자치단체 기금관리기본법」 제3조제3항에서는 「지방자치법」 제159조에 따른 기금은 일반회계 또는 특별회계로 사업을 하는 것이 곤란한 경우에만 설치할 수 있도록 하고, 같은 법 제4조에서는 조례로 기금을 설치하는 경우 5년의 범위에서 존속기간을 정하도록 하여 지방자치단체 기금의 남설을 억제하고 있다.¹²⁴⁾

또한 지방자치단체는 기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하기 위해 기금별로 기금운용심의위원회를 설치·운영하도록 하고 있다. 다만, 기금을 효율적으로 운영하기 위해 필요한 경우에는 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있도록 하고 있다(「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조). 이 경우 기금운용심의위원회에는 기금운용 또는 기금 관련 분야에 관한 전문지식을 갖춘 민간전문가가 3분의 1 이상 참여하도록 해야 한다(「지방자치단체 기금관리기본법 시행령」 제7조).

124) 「지방자치단체 기금관리기본법」

제4조(기금의 존속기한) ① 지방자치단체가 기금을 신설하여 운용하려는 경우에는 기금의 존속기한을 해당 조례에 명시해야 한다. 다만, 법률에 따라 의무적으로 설치·운영되는 기금과 「지방공기업법」 제19조제2항에 따른 지역개발을 위한 기금은 존속기한을 명시하지 아니할 수 있다.

② 기금의 존속기한은 기금의 설치목적의 달성하기 위하여 필요한 최소한의 기간으로 설정하여야 하며, 그 기간은 5년을 초과할 수 없다.

③ 존속기한을 넘어서까지 기금을 존치할 필요가 있을 때에는 조례를 개정하여 5년의 범위에서 기금의 존속기한을 연장할 수 있다. 이 경우 「지방재정법」 제33조제9항에 따른 지방재정계획심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

④ 지방자치단체의 장은 기금의 존속기한 및 통합·폐지에 관한 사항 등을 포함한 5년 단위의 기금정비계획을 매년 작성하여 이를 「지방재정법」 제33조제1항에 따른 중기지방재정계획에 반영해야 한다.

지방자치단체는 ① 기금 설치의 목적을 달성한 경우, ② 기금 설치의 목적 달성이 불가능하다고 판단될 경우, ③ 「지방재정법」에 따른 특별회계와 기금 간 또는 기금 상호 간에 유사하거나 중복되게 설치된 경우, ④ 그 밖에 재정운영의 효율성 및 투명성을 높이기 위해 일반회계에서 통합하여 운영하는 것이 바람직하다고 판단되는 경우에는 조례의 폐지 및 제정·개정 절차에 따라 기금을 폐지하거나 다른 기금과 통합하도록 하고 있다(「지방자치단체 기금관리기본법」 제15조).

나. 개별 기금 조례의 입법 형식과 내용

개별 기금 조례에서는 통상적으로 총칙 규정(기금의 목적·정의와 기금 설치 규정)¹²⁵⁾, 기금의 재원과 용도(재원, 외부차입, 용도, 목적 외 사용금지), 기금의 관리와 운용(기금관리 주체, 운용계획, 기금운용심의위원회, 자금운용, 기금사무의 위탁), 회계 및 결산(회계처리방식, 회계기관, 결산결과의 처리, 결산보고)의 체제와 순서로 규정하는 것이 일반적이다.

1) 기금 설치 규정

「지방자치법」 제159조제2항에서는 재산의 보유, 기금의 설치·운용에 필요한 사항은 조례로 정하도록 하고 있으므로 법률에 따라 설치된 기금이 아니라면, 지방자치단체의 기금은 조례로 설치한다. 기금 조례에서는 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 규정한 사항에 모순되거나 저촉되는 규정을 둘 수 없고, 법률에 따라 설치된 기금의 경우 그 법률에서 기금에 대해 규정한 사항에 모순되거나 저촉되는 규정을 두어서도 안 될 것이다.

「공유재산 및 물품관리법」 제18조의2에서는 지방자치단체의 장이 공유재산관리 기금을 설치할 수 있는 근거규정을 두고, 기금 재원의 조성, 기금의 용도 등을 규정하고 있으므로 이와 다른 내용을 조례에 규정할 수 없다.

125) 법률에 따라 설치된 기금의 경우 조례에서는 기금의 관리와 운용 등 위임사항을 규정한다.

또한 기금 설치 규정에서는 반드시 해당 기금을 설치하게 된 목적도 함께 규정한다. 설치목적은 규정할 때에는 “...을 지원하기 위하여”, “...에 필요한 재원을 확보하기 위하여”, “...재원을 확보하고 ...에 충당하기 위하여” 등 다양한 표현을 적절히 사용할 수 있다.

지방자치단체 기금 설치의 주체를 표현할 때 “○○시장” 등 지방자치단체의 장으로 규정하는 입법례도 있고, 기금 설치 주체를 규정하지 않은 입법례도 있다. 기금의 설치에는 정관 작성이나 등기, 등록 등의 설립행위가 필요한 것이 아니고 기금 조례의 규정에 따라 바로 설치되는 것이므로 기금설치주체를 표시하지 않아도 무방하다.

입법례 • 기금 설치 주체를 명시한 사례

가평군 장학기금 조성 및 운용 조례

제3조(기금의 설치) 가평군수(이하 “군수”라 한다)는 가평군(이하 “군”이라 한다)에 거주하는 우수한 학생의 교육기회 균등 및 지역사회 발전에 이바지할 인재양성을 위하여 가평군 장학기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치·운용한다.

입법례 • 기금 설치 주체를 명시하지 않은 사례

경상남도 중소기업투자기금 설치 및 운용 조례

제3조(기금의 설치) 중소기업의 육성에 필요한 투자자금을 확보·지원하기 위하여 경상남도 중소기업투자기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

2) 기금의 재원과 용도

가) 기금의 재원 조성

기금은 개별 기금별로 그 목적 수행에 필요한 자금을 조달하기 위하여 개별 기금 조례에 기금의 재원 조성 방법을 규정하고 있다. 통상적인 기금의 재원은 지방자치단체의 출연금, 기금의 운용으로 생기는 수익금, 차입금, 수입금 등으로 구성된다.

입법례 ▶ 「전라남도 녹색축산육성기금 조례」

제4조 (기금의 조성 및 출연) ① 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 전라남도(이하 “도”라 한다) 및 시·군 출연금
2. 기금의 운용수익금
3. 그 밖의 수입금

② 전라남도지사(이하 “도지사”라 한다) 및 시장·군수는 제1항제1호의 출연금을 회계연도 마다 세출예산에 반영하여 출연하여야 한다.

③ 기금의 존속기한은 2026년 12월 31일까지 한다. 다만, 존속기한이 지난 이후에도 기금의 존치 필요성이 있는 경우 연장할 수 있다.

나) 기금의 용도

기금은 지방자치단체가 특정 부문의 육성과 개발을 촉진하기 위해 원활한 자금 지원을 하거나 지방자치단체가 직접 수행하는 사업에 수반되는 자금의 효율적인 운용과 관리를 위해 설치된 것이다. 따라서 기금은 이러한 특정 부문 사업에 필요한 자금을 지출 또는 보조하거나, 해당 사업에 투자 또는 용자하거나, 그 기금의 관리·운용에 필요한 경비의 지출을 위하여 사용하게 된다. 「지방자치단체 기금관리기본법」 제12조에서는 기금 지출에 대해서 이월이 제한되어 있으므로, 이와 다른 내용의 규정을 조례에 둘 수 없다.

다) 기금운용심의위원회의 설치

「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조에서는 기금운용심의위원회의 설치를 의무화 하되, 기금을 효율적으로 운용하기 위하여 필요한 경우에는 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있도록 하고 있다. 또한 「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조제3항에서는 기금운용심의위원회의 구성과 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있다.

「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조제1항 단서에서는 기금을 효율적으로 운영하기 위해 필요한 경우에는 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있다

고 규정하고 있는데, 이는 서로 다른 기금들 간에 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있다는 의미이므로 통합 운영할 수 있는 대상은 기금별 심의위원회로 볼 것이다.

입법례 「거창군 사회복지기금 설치 및 운용 조례」

제9조(사회복지기금 운용심의위원회의 설치 및 구성) ① 기금의 관리·운영에 관한 중요한 사항을 심의하기 위하여 군수 소속으로 거창군 사회복지기금 운용심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

- ② 위원회는 위원장 1명과 부위원장 1명을 포함한 7명의 위원으로 구성한다.
- ③ 위원회의 위원장은 부군수가 되고, 부위원장은 복지정책과장이 된다.
- ④ 민간 위원은 다음 각 호의 사람 중에서 군수가 위촉한다.
 1. 노인 복지, 저소득주민의 복지증진사업에 관한 학식과 전문성을 가진 사람 2명
 2. 사회복지 관련 단체의 대표자 3명
- ⑤ 위촉 위원의 임기는 2년으로 한다.

제10조(위원의 위촉 해제) 군수는 위촉 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 위원의 위촉을 해제할 수 있다.

1. 심신장애 또는 그 밖의 사유로 직무를 수행하기 어려운 경우
2. 사회복지 관련 단체 대표자의 자격으로 위촉된 위원이 그 자격을 상실한 경우

제11조(위원장의 직무) ① 위원장은 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.

- ② 부위원장은 위원장을 보좌하며, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 직무를 대행한다.
- ③ 위원장과 부위원장이 모두 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다.

제12조(회의) ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고, 그 의장이 된다.

- ② 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원장은 회의를 소집하려면 회의 개최 7일 전까지 일시, 장소, 심의안건을 위원에게 알려야 한다. 다만, 회의를 긴급히 소집할 필요가 있거나 그 밖에 부득이한 사유가 있는 경우에는 회의 개최 3일 전까지 구두로 또는 그 밖의 방법으로 알릴 수 있다.

제13조(간사) 위원회에 위원회의 사무를 처리할 간사 1명을 두며, 간사는 사회복지 관련 업무를 담당하는 공무원 중에서 군수가 지명하는 사람이 된다.

제14조(운영세칙) 이 조례에서 규정한 사항 외에 위원회 운영에 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.

의견제시 사례

「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조제1항 단서에서 “기금을 효율적으로 운용하기 위하여 필요한 경우에는 심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있다”고 규정한 것은 서로 다른 기금들 간에 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있다는 의미로 보이고, 사안과 같이 합의제 행정기관이나, 행정기구가 아닌 단체가 기금운용심의위원회의 기능을 대신하여 수행하는 것까지 허용하는 취지로는 보기 어렵습니다. 따라서 부산광역시 북구 환경보전기금 심의위원회를 별도로 설치하지 않고, 북구 조례에 따라 설치된 북구협의회가 그 기능을 담당하게 하는 것은 「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조제1항에 위반되는 것으로 판단됩니다.

또한 협의회의 구성에 대해 정하고 있는 북구 조례 제4조에 비추어 볼 때, 기금운용 또는 기금 관련 분야에 관한 전문지식을 갖춘 민간전문가가 3분의 1 이상 참여할 것이 보장된다고 보기도 어려우므로, 북구협의회가 심의위원회의 기능을 담당하게 하는 것은 기금운용심의위원회의 인적 구성요건을 갖추지 못한 단체로 하여금 기금심의를 하게 하는 것으로 「지방자치단체 기금관리기본법 시행령」 제7조에도 위반되는 것으로 보입니다(법제처 2013. 12. 31. 회신 13-0389 의견제시 사례).

의견제시 사례

우선, 「지방기금법」* 제13조제1항에서는 “지방자치단체는 기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하기 위하여 기금별로 기금운용심의위원회(이하 “심의위원회”라 한다)를 설치·운영해야 한다. 다만, 기금을 효율적으로 운용하기 위하여 필요한 경우에는 “심의위원회”를 통합하여 설치·운영할 수 있다”고 규정하고 있는 바, 같은 항 단서의 “심의위원회”는 기금별로 설치·운영하고 있는 기금운용심의위원회의 의미라고 볼 수 있으므로, 통합 운영할 수 있는 대상은 기금별 심의위원회인 것으로 보입니다.

다음으로, 「지방자치법」 제116조의2제1항에 따르면 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관(이하 “자문기관”이라 한다)을 설치·운영할 수 있고, 제2항에서는 제1항에 따라 설치되는 자문기관은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영할 수 있도록 하고 있지만, 법령에 따라 설치된 자문기관의 경우 그 설치·운영을 지방자치단체가 임의적으로 변경할 수 없고, 또 조례를 통해 법령에서 정하고 있는 내용을 침해할 수도 없으므로(「지방자치법」 제22조 본문), 「지방자치법」 제116조의2제2항에 따라 지방자치단체가 어떠한 자문기관에 그 기능을 포함하여 운영할 수 있는 자문기관에는 개별 법령에 따라 설치된 지방자치단체의 자문기관은 제외된다고 보아야 할 것입니다(법제처 2010. 2. 1. 회신 해석09-0395 참고).

결론적으로 ‘경산시 지방재정계획심의위원회’에서 ‘경산시 주민센터 건립기금 운용심의위원회’의 기능을 대행하도록 하는 것은 바람직하지 아니한 것으로 보입니다(법제처 2015. 8. 20. 회신 15-0207 의견제시 사례).

* 「지방자치단체 기금관리기본법」

Q&A | 질의·답변

Q 기금의 존속기한이 경과한 경우 기금을 존속시키기 위해 존속기한 규정만 개정하면 되는지?

A 기금의 존속기한을 정하는 것은 그 기금을 설치하고 운용하기 위하여 마련된 조례 전체의 존속기한을 정한 것과 같다고 볼 것인바, 원칙적으로 법령의 유효기간이 종료된 후에는 이미 해당 규정이 효력을 잃는 것이므로, 비록 형식적으로 규정의 형태가 남아 있다고 하더라도 실질적으로 적용되지 않는다고 할 것임. 따라서 존속기한이 경과한 경우 특별회계나 기금을 존속시키기 위해 존속기한 규정만 개정하면 존속기한 경과 이후 개정될 때까지 소급하여 기금이 존속했다고 오해할 소지가 있으므로 존속기한이 경과한 후에는 기존 특별회계·기금을 설치한 조례 또는 그 규정을 폐지하거나 삭제하고 특별회계·기금에 관한 조례나 규정을 새로 만들어야 함¹²⁶⁾.

126) 법제처 2017. 5. 18. 의견제시 17-0101, 2014. 10. 27. 의견제시 14-0213 참조

6. 사용료 · 수수료

가. 의의

“수수료”란 주민이 행정기관의 서비스를 받거나 공공시설을 이용할 때에 부담하는 경비를 말한다. 이 중 행정의 서비스 제공에 대한 반대급부를 좁은 의미의 “수수료”라 하며, 시설의 이용에 대한 반대급부를 “사용료”라 한다. 따라서 넓은 의미의 수수료 개념에는 사용료가 포함된다.

수수료는 이익을 얻은 특정인에 대하여 부과·징수한다는 점에서 개별적·구체적인 대가성(代價性)이 있다. 이런 점에서 수익자(受益者) 부담금과 유사한 반면, 조세(租稅)와는 구별된다. 또한 수수료는 공익사업 자체에 수반하여 드는 경비의 분담으로서 그 사업에 특별한 이해관계가 있는 모든 자에게 부과되는 부담금¹²⁷⁾과도 구별된다.

지방자치단체의 서비스나 공공시설 이용에 관한 사용료·수수료의 징수 사무는 대표적인 자치사무라고 할 것이다.¹²⁸⁾

나. 관계 법령

「지방자치법」 제153조, 제154조 및 제156조제1항에 따르면, 지방자치단체는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수할 수 있고, 지방자치단체의 사무가 특정인을 위한 것인 경우에는 수수료를 징수할 수 있으며, 사용료 및 수수료의 징수에 관한 사항은 조례로 정하도록 하면서, 국가가 지방자치단체나 그 기관에 위임한 사무와 자치사무의 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료는 다른

127) 「지방자치법」

제155조(분담금) 지방자치단체는 그 재산 또는 공공시설의 설치로 주민의 일부가 특히 이익을 받으면 이익을 받는 자로부터 그 이익의 범위에서 분담금을 징수할 수 있다.

※ ‘분담금’이라는 용어를 사용하고 있으나, 법적 성격은 ‘부담금’에 해당함.

128) 도지사가 하천구역에서의 점용료나 부당이득금 등의 징수권을 행사하는 것은 국가기관의 지위에서 수행하는 사무가 아니라 지방자치단체 자체의 사무이므로, 구 지방자치법(2006. 1. 11. 법률 제7846호로 개정되기 전의 것) 제95조제2항에 따라 조례 또는 규칙에 의하여 시장·군수에게 그 권한의 위임이 가능하다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두947 판결례 참조).

법령의 규정에도 불구하고 대통령령¹²⁹⁾으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있도록 하고 있다.

또한 「지방자치법」 제156조제2항 및 제157조에서는 사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용자·수수료를 면한 자에 대해서는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있도록 하고 있고, 사용자·수수료를 납부기한까지 내지 않으면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있으며, 사용자·수수료의 부과나 징수에 이의가 있는 경우에는 이의를 신청할 수 있도록 하고 있다.

▶ 「지방자치법」

제153조(사용료) 지방자치단체는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수할 수 있다.

제154조(수수료) ① 지방자치단체는 그 지방자치단체의 사무가 특정인을 위한 것이면 그 사무에 대하여 수수료를 징수할 수 있다.

② 지방자치단체는 국가나 다른 지방자치단체의 위임사무가 특정인을 위한 것이면 그 사무에 대하여 수수료를 징수할 수 있다.

③ 제2항에 따른 수수료는 그 지방자치단체의 수입으로 한다. 다만, 법령에 달리 정하여진 경우에는 그러하지 아니하다.

제156조(사용료의 징수조례 등) ① 사용자·수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항은 조례로 정한다. 다만, 국가가 지방자치단체나 그 기관에 위임한 사무와 자치사무의 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료는 다른 법령의 규정에도 불구하고 대통령령으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있다.

② 사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용자·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에게는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료를, 공공시설을 부정사용한 자에게는 50만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있다.

③ 제2항에 따른 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 사항은 「질서위반행위규제법」에 따른다.

제157조(사용료 등의 부과·징수, 이의신청) ① 사용자·수수료 또는 분담금은 공평한 방법으로 부과하거나 징수해야 한다.

129) 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」 제2조 및 별표에서 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료의 표준금액을 규정하고 있다.

■ 제2편 세부 입안기준

- ② 사용료·수수료 또는 분담금의 부과나 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분을 통지 받은 날부터 90일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청할 수 있다.
- ③ 지방자치단체의 장은 제2항의 이의신청을 받은 날부터 60일 이내에 결정을 하여 알려야 한다.
- ④ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과나 징수에 대하여 행정소송을 제기하려면 제3항에 따른 결정을 통지받은 날부터 90일 이내에 처분청을 당사자로 하여 소를 제기해야 한다.
- ⑤ 제3항에 따른 결정기간에 결정의 통지를 받지 못하면 제4항에도 불구하고 그 결정기간이 지난 날부터 90일 이내에 소를 제기할 수 있다.
- ⑥ 제2항과 제3항에 따른 이의신청의 방법과 절차 등에 관하여는 「지방세기본법」 제90조와 제94조부터 제100조까지의 규정을 준용한다.
- ⑦ 지방자치단체의 장은 사용료·수수료 또는 분담금을 내야 할 자가 납부기한까지 그 사용료·수수료 또는 분담금을 내지 아니하면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다.

그 밖에 「하천법」 등 개별법에도 사용료 또는 수수료와 그 부과·징수 등에 관한 사항을 조례로 정하도록 한 경우가 있다.

▶ 「하천법」

- 제37조(점용료등의 징수 및 감면)** ① 하천관리청은 하천점용허가를 받은 자로부터 토지의 점용료, 그 밖의 하천사용료(이하 “점용료등”이라 한다)를 징수할 수 있다. 다만, 사유(私有)로 되어 있는 하천구역 안에서 제33조제1항제1호·제3호부터 제6호까지의 하천점용행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항에 따른 점용료등의 징수에 관하여 국가하천의 경우 제27조제5항 단서에 따라 시·도지사가 그 하천을 유지·보수하는 때에는 해당 시·도지사를 그 국가하천의 하천관리청으로 본다.
 - ③ 하천관리청은 하천점용허가를 받지 아니하고 하천을 점용 또는 사용한 자에 대하여는 그 점용료등의 100분의 120에 상당하는 금액을 변상금으로 징수할 수 있다.
 - ④ 제1항부터 제3항까지에 따른 점용료등과 변상금의 금액 및 징수방법 등은 대통령령으로 정하는 범위 안에서 그 하천관리청이 속하는 시·도의 조례로 정한다.
 - ⑤ 하천관리청은 하천점용허가를 하는 때에 제33조제1항 각 호에 따른 점용 또는 사용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 점용료등을 감면할 수 있다.
 - 1. 공용·공공용 그 밖의 공익을 목적으로 하는 비영리사업인 경우
 - 2. 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업으로서 대통령령으로 정하는 사업인 경우
 - 3. 재해나 그 밖의 특별한 사정으로 본래의 하천점용 목적을 달성할 수 없는 경우

▶ 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」

제40조(입장료 등의 징수) ① 공원관리청과 공원수탁관리자 및 제21조제1항에 따라 도시공원 또는 공원시설을 관리하는 자는 대통령령으로 정하는 기준 이상의 공원시설을 설치한 도시공원에 한정하여 입장료를 징수하거나 공원시설 사용료를 징수할 수 있다.

② 공원관리청과 공원수탁관리자가 제1항에 따라 징수하는 입장료 및 사용료의 금액과 그 징수방법에 관하여 필요한 사항은 그 공원관리청이 속하는 지방자치단체의 조례로 정한다. 다만, 공원관리청이 아닌 자가 설치한 도시공원 또는 공원시설을 공원관리청으로부터 위탁받아 관리하는 경우에는 해당 공원수탁관리자가 이를 정한다.

③ 제2항 단서 및 제21조제1항에 따라 도시공원 또는 공원시설을 관리하는 자는 입장료를 정하거나 변경하였을 때에는 그 내용을 공원관리청에 신고해야 한다.

다. 일반적 유의사항

1) 사용료 및 수수료 부과·징수의 가부

가) 법률 유보의 원칙

사용료와 수수료는 주민에게 금전납부의무를 부과하는 것이므로 서비스 이용이 강제되는 경우에는 법률에 근거가 있어야 한다. 이에 대해서는 「지방자치법」 제153조, 제154조 및 제156조에서 일반적인 근거를 두고 있다.

나) 사용료 및 수수료 부과·징수의 범위

「지방자치법」 제153조 및 제156조제1항에서는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수할 수 있고, 그 징수에 관한 사항은 조례로 정하도록 규정하고 있다. 여기에서 “공공시설”이란 경제적·사회적·문화적 영역에서 주민의 생활 배려 및 복리증진이라는 공익 목적에서 해당 지방자치단체의 주민에게 이용권이 부여되는 지방자치단체의 모든 인적·물적 시설의 집합체(서비스 또는 조직을 포괄)를 의미하는 것으로 반드시 지방자치단체가 소유권을 취득하여 제공해야 하는 것은 아니다.¹³⁰⁾ 실정법상으로는 영조물이라는 용어도 사용되고 있다. 공공시설의 이용에

130) 해당 주민들의 전용납골시설로 이용하도록 하게 하기 위하여 지방자치단체가 다른 지방자치단체의

는 주민이 공공시설로부터 받는 서비스도 포함되므로 사용료에는 공원 입장료, 공공묘지 사용료, 화장장 사용료, 공설운동장 사용료는 물론 공립학교 수업료, 공공병원 진료비, 지하철도의 운임, 수도요금도 모두 사용료의 범주에 포함된다. 한편 “재산”이란 지방자치단체가 행정목적의 달성이나 공익상의 필요에 의하여 보유하는 모든 재산적 가치가 있는 물건 및 권리를 말한다.

다음으로 「지방자치법」 제154조 및 제156조제1항에서는 지방자치단체는 그 지방자치단체의 사무가 특정인을 위한 것이면 수수료를 징수할 수 있고, 그 징수에 관한 사항은 조례로 정하도록 규정하고 있다. 또한 해당 지방자치단체가 위임받아서 수행하는 사무인 경우에도 조례로 수수료를 정할 수 있다. 다만, 국가가 지방자치단체나 그 기관에 위임한 사무와 자치사무의 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료에 관한 사항은 다른 법령의 규정에도 불구하고 대통령령으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있도록 규정하여 수수료에 관한 제한을 두고 있다. 수수료를 징수할 수 있는 ‘특정인을 위한 사무’에는 지방자치단체의 사무가 특정인만을 위한 사무인 경우와 특정인을 위한 사무인 동시에 지방자치단체 자신을 위한 사무로서의 성격을 가지는 경우도 포함된다.¹³¹⁾

구역 내에 설치된 사설납골시설의 설치자와의 사용계약에 의하여 확보한 납골시설은 그 실질상 「지방자치법」 제135조제1항의 규정에 의한 공공시설에 해당한다 할 것입니다(법제처 2005. 12. 19. 회신 05-0062 해석례 참조).

- 131) 지방자치법 제128조의 취지는 지방자치단체의 사무가 특정인을 위한 사무인 경우에 한정하여 수수료를 징수할 수 있도록 하는 것이 아니라 당해 사무가 특정인을 위한 사무인 동시에 지방자치단체 자신을 위한 사무인 경우에도 수수료를 징수할 수 있도록 하는데 있다고 할 것인바(대법원 1997. 10. 14. 선고 97다21253 판결례 참조), 지방자치단체가 사경제 주체로서 주민 등과 계약을 체결함에 있어서 그 계약 상대방을 결정하는 사무는 전체적으로 보아 지방자치단체 자신을 위한 사무라고 할 것이지만, 지방자치단체가 그 계약 상대방을 결정하기 위한 방법으로서 경쟁입찰의 경우에 입찰에 참가하고자 하는 자로부터 입찰참가신청을 수리하는 사무나 수의계약의 경우에 수의계약을 체결하고자 하는 자로부터 수의계약신청 또는 견적서를 제출받는 사무는 지방자치단체 자신을 위한 사무인 동시에 입찰에 참가하고자 하는 자 또는 수의계약을 체결하고자 하는 자를 위한 사무라고 할 것이므로 이 사건 개정조례안 중 수의계약신청 또는 견적서 제출에 대하여 건당 금 10,000원의 수수료를 징수하도록 하는 부분은 지방자치법 제128조제1항에 위반되지 아니한다(대법원 1998. 9. 8. 선고 98추26 판결례 참조).

▶ 지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정

제2조(수수료의 징수기준) 「지방자치법」 제156조제1항 단서에서 “대통령령으로 정하는 표준금액”이란 별표에서 정한 금액을 말한다.

[별표]

수수료의 종류 및 표준금액(제2조 관련)

종 류	표준금액
1. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제25조제1항에 따른 게임제작업 등록 신청 수수료	1건당 20,000원
2. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제25조제1항에 따른 게임배급업 등록 신청 수수료	1건당 20,000원
3. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제26조제1항에 따른 일반게임제공업 허가신청 수수료	1건당 20,000원
4. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제26조제2항에 따른 청소년게임제공업 등록신청 수수료	1건당 20,000원
.....

제2편
제2장

본칙규정

다) 사용료 및 수수료의 징수대상자

「지방자치법」 제153조 및 제154조는 사용료 및 수수료의 부과대상자를 ‘공공시설을 이용하거나 재산을 사용한 자’ 또는 ‘지방자치단체의 사무의 혜택을 받는 자’에게 사용료 및 수수료를 징수할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 이에 포함되지 않는 자는 법률의 위임이 없는 한 사용료 및 수수료의 징수대상자에 포함시킬 수 없다.

따라서 건물에 대한 소유권을 취득했다는 것만으로 기존 수도사용자의 체납 수도요금 납부의무를 승계하도록 하는 규정은 법률의 위임 범위를 벗어나 무효라고 할 것이다.

판례

수도법 제17조의 규정에 의하여 제정된 서울특별시급수조례 제5조(1992.7.22. 조례 제 2944호로써 개정되기 이전의 것)는 “급수장치는 그 설치된 건물 또는 토지의 처분에 부수하며 취득자는 이 조례에 의하여 그 취득 전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다”고 규정하고 있는바, 위 규정은 급수장치에 관한 권리의무의 승계에 관한 것으로서 원고가 이 사건 건물에 대한 소유권을 취득하였다는 것만으로 위 건물의 구 소유자인 소외인들의 체납수도요금 납부의 무까지 원고에게 승계된다고는 할 수 없고(당원 1992. 12. 24. 선고 92다16669 판결 참조), 따라서 피고의 원고에 대한 이 사건 처분은 법령상 근거 없는 처분으로서 위법하다고 할 것이므로 이 사건 처분이 위법하다고 하여 이를 취소한 원심의 판단은 결론에 있어 정당하고 논지는 결국 이유 없음에 돌아간다(대법원 1993. 5. 11. 선고 92누17211 판결례 참조).

조례에서 사용료의 징수 대상자로 규정되지 않은 자에게는 공공시설의 사용료를 징수할 수 없으므로 조례 입안 시 징수 대상자를 명확하게 규정하는 것이 필요하다.

의견제시 사례

대전광역시동구조례에서는 어른, 청소년, 어린이에 대한 사용료만 정하고 있고, 초등학교 입학 전 아동에 대한 사용료는 정하지 않고 있으므로, 초등학교 입학 전 아동이 체육시설을 이용하려는 경우 얼마의 사용료를 징수하여야 하는지, 또는 사용료를 면제하거나 경감하여야 하는지를 전혀 알 수가 없어 사용료 징수가 사실상 어려울 것으로 보이고, 설령 어린이의 사용료에 준하여 징수하는 방법 등으로 사용료를 징수한다고 하더라도 이는 조례로 정하지 않은 사용료를 징수하는 것이므로 사용료의 징수에 관한 사항을 조례로 정하도록 한 「지방자치법」 제139조 제1항 본문에 위배되는 것으로 보입니다. 따라서 대전광역시동구조례에서 정하고 있지 않은 초등학교 입학 전 아동에 대한 체육시설의 사용료는 징수할 수 없을 것으로 보입니다(법제처 2014. 5. 28. 회신 14-0111 의견제시 사례).

라) 사용료 및 수수료의 감면

「지방자치법」에서는 사용료·수수료 징수에 관한 사항은 해당 지방자치단체의 재량에 맡기고 있으므로, 공익상 필요가 있는 경우에는 감면에 관한 사항도 정할 수 있으나 사용료·수수료의 감액 또는 면제는 사용료·수수료의 납부에 대한 예외이므로 조례에서 직접 규정해야 하며, 감면요건도 해석상 논란이 없도록 명확하게 규정해야 한다. 구체적으로 감면대상 또는 요건을 정할 때에는 사용료·수수료의 납부를 규정하고 있는 조례의 취지, 공공시설의 목적, 제공하는 행정서비스의 성격 등을

고려하여 감면대상을 합리적으로 설정하고, 이용자 간 형평에 반하지 않도록 주의해야 한다.

의견제시 사례

체육시설이 소재하지 않는 지역 주민과 비교할 때 체육시설이 소재한 지역 주민에 대하여 특별히 사용료 면제라는 차별취급을 하여야 할 합리적 근거가 있다면 이 사안 조례안의 내용처럼 개정하는 것이 평등원칙에 위반되는 것은 아닐 것입니다. 예를 들면 체육시설 소재지 주민에게 체육시설로 인하여 수인하여야 할 피해나 다른 지역 주민에게는 없는 부담이 발생한다는 등의 이유가 있어서 이에 대하여 사용료 면제라는 혜택을 부여하지 않으면 해당 주민에게 가혹하다는 등의 사유가 합리적 근거가 될 수 있을 것입니다(법제처 2013. 4. 30. 회신 13-0125 의견제시 사례).

주민은 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가지고 있고, 「지방자치법」 제157조제1항에서도 사용료·수수료 또는 분담금은 공평한 방법으로 부과하거나 징수하도록 규정하고 있으나, 주민에게 혜택을 부여하는 내용의 조례 등은 주민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 것이고(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007추42 판결례 참조), 비록 혜택을 부여받는 대상과 비교하여 다소 불합리한 결과가 된다 하더라도 추가적인 입법 조치 등이 없는 한 그와 동일한 혜택을 부여할 것을 요구할 수는 없다고 할 것이다.¹³²⁾

마) 법령 우위의 원칙: 관계 법령의 고려

「지방자치법」에서 사용료 및 수수료에 관한 일반적인 근거를 두고 있다고 하더라도 「하천법」 등 개별 법령에서 사용료 및 수수료에 관한 기준이나 절차 등을 규정하고 있는 경우에는 해당 법령에 따라 조례를 제정하거나 사용료 및 수수료를 부과·징수해야 하며, 이에 위배되는 조례를 제정할 수 없으므로 조례를 제정할 때에는 신설하려는 사용료 및 수수료에 관한 개별 법령이 있는지를 먼저 살펴보아야 한다.

특히 개별 법령에서 사용료 및 수수료의 부과대상자를 열거하고 있는 경우에는 개별 법령에서 규정된 자만을 부과대상자로 하겠다는 취지의 규정으로 해석될 여지

132) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008두19239 판결례 참조

가 크므로 이에 대하여 개별적으로 조례로 위임하는 조항이 없는 한, 사용료 및 수수료에 관한 사항을 조례로 위임하는 일반적인 조항만으로는 부과대상자를 추가할 수 없고 그 기준이나 절차에 위배되는 조례를 제정할 수 없다고 보아야 할 것이다.

사용료 중 지방자치단체의 재산의 사용·수익허가에 대한 사용료는 「공유재산 및 물품 관리법」에서 징수근거, 사용료의 요율 등을 자세히 규정하고 있는데, 그 세부내용은 공유재산의 관리·처분에 관한 기준을 참고하기 바란다.

2) 사용료 및 수수료의 규정방식: 조례

「지방자치법」 제156조에서는 사용료와 수수료의 징수에 관한 사항은 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있으므로 사용료 및 수수료를 신설하려는 때에는 조례에 근거를 두어야 하고, 규칙이나 훈령으로 사용료 및 수수료를 신설할 수 없다.

지방자치단체에서는 사용료 징수의 대상이 되는 공공시설의 설치 및 관리에 관한 조례에서 사용료의 징수에 관한 사항도 같이 규정하고 있는 것이 일반적이다.

3) 사용료 및 수수료의 금액 및 중복 부과 문제

가) 사용료 및 수수료 금액의 형평성

「지방자치법」 제157조제1항에서는 사용료·수수료는 공평한 방법으로 부과하거나 징수해야 한다고 규정하고 있다. 따라서 사용료·수수료의 금액은 제공되는 서비스나 공공시설의 사용 정도 등에 비추어 적정하게 규정해야 하고, 부과대상자나 금액 또는 그 감면에 관한 기준 등을 정할 때에는 형평에 반하거나 자의적인 차별이 되지 않도록 주의해야 한다. 어느 정도의 사용료·수수료가 합리적인지는 제공되는 서비스의 난이도, 시설의 설치·관리 비용, 그 밖의 경제적 여건 등을 고려하여 정한다. 그러나 사용료·수수료의 금액이 반드시 사무수행에 소요되는 경비의 전액이어야 하는 것은 아니다.

판례

공유수면관리법 제7조와 같은법시행령 제12조의 규정에 의한 공유수면의 점용료 또는 사용료의 부과징수에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 제정된 서울특별시공유수면점용료등징수조례(1988.8.2. 조례 제2369호로 개정된 것)가 공유수면을 수면의 형태대로 이용하는 경우와 이와는 달리 토지의 형태로 점용사용하는 경우로 구분하여, 후자의 경우에는 인근유사지의 지방세법의 규정에 의한 과세시가표준액을 기준으로 점용료를 산정하도록 규정하였다면, 공유수면이라고 하더라도 그 용도, 기능, 지역여건, 위치, 환경 이용상황 등이 인근토지와 유사한 경우에는 인근유사지의 지방세법의 규정에 의한 과세시가표준액을 기준으로 그 점용료를 산정하게 하려는 취지로 해석되므로, 위 조례가 모법인 위 법이나 시행령에 위반되는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결례 참조).¹³³⁾

특히 공공시설의 사용 정도를 측정할 수 없는 경우에 대비하여 사용량을 측정하는 보충적인 규정을 둘 수 있으나, 그 측정기준이 형평에 반하거나 자의적인 경우에는 헌법 또는 상위법령 위반의 문제가 될 수 있으므로 주의해야 한다.

제2편
제2장

본칙규정

판례

급수량 산정 방법에 관한 구 서울특별시급수조례시행규칙 제13조 제3항 제2호 및 같은 규칙 [별표 2], [별표 3]의 각 규정은, 시장이 서울특별시급수조례 제25조 제7항의 규정에 의하여 사용수량을 인정함에 있어서 양수기의 미설치 등으로 인하여 실제로 사용된 수돗물의 양을 산정하기 어려운 경우를 대비하여 가능한 한 근접하게 사용된 수돗물의 양을 산정하기 위한 보충적인 방법을 규정한 것으로서 모법인 서울특별시급수조례의 규정에 저촉되거나 위임근거가 없는 무효의 규정이라고 볼 수 없으므로, 시간당 출수량이나 1일 급수시간이 명백하게 밝혀진 경우에는 위 규정에 의하여 사용량을 산정할 것이 아니라 밝혀진 내용에 따라 사용량을 산정하여야 할 것이나, 시간당 출수량이나 1일 급수시간이 명백히 밝혀지지 아니한 경우에는 위 규정에 의하여 사용량을 산정할 수 있다(대법원 1997. 8. 29. 선고 96누12283 판결례 참조).

나) 사용료 및 수수료 중복 부과

수수료나 사용료의 부과대상자를 정할 때에는 다른 법령이나 다른 조례에서 수수료나 사용료를 부과하고 있는지를 살펴 수수료나 사용료가 중복하여 부과되거나 과도하게 부과되지 않도록 해야 한다.

133) 원고는 개정조례가 헌법과 법률의 기본원리인 공평 또는 형평을 결여한 것으로 법령의 위임범위를 벗어난 위헌, 위법적인 규정이라고 주장하였으나, 대법원은 정당한 것으로 판단하였다.

헌재결정례

분담금과 도시계획세는 그 목적 또는 부과 대상이 달라지고, 기반시설부담금은 중복 부분이 공제되었다. 따라서 이 사건 법률조항은 재산권을 과도하게 제한하지 아니한다(헌법재판소 2011. 4. 28. 결정 2009헌바167 결정례).

4) 사용료 및 수수료의 부과·징수절차

「지방자치법」 제157조에서는 사용료·수수료는 공평한 방법으로 부과·징수해야 하고, 사용료·수수료의 부과나 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분을 통지받은 날부터 90일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청할 수 있도록 하고 있으며, 그 이의신청의 방법과 절차 등에 관하여는 「지방세기본법」 제90조와 제94조부터 제100조까지의 규정을 준용하도록 하고 있다.

수수료를 내야 할 자가 납부기한까지 수수료를 내지 않으면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있도록 규정하고 있으므로 사용료·수수료의 부과·징수절차에 관해서는 이와 다른 내용을 조례에 규정할 수 없다.

5) 사용료 및 수수료의 변경에 따른 적용례 등 고려

조례에서 규정하고 있는 사용료 또는 수수료를 개정하려는 경우에는 개정되는 조례의 적용 범위가 항상 문제되므로 개정되는 조례에 따라 사용료 또는 수수료를 납부해야 하는 자의 범위를 명확히 하기 위해 부칙에 적용례 또는 경과조치를 두어야 한다.

6) 과태료의 부과·징수의 문제

「지방자치법」 제156조제2항에서는 사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용료·수수료의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료(공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료)를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있고, 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 사항은 「질서위반행위규제법」에 따르도록 하고 있다.

라. 규정방식

1) 입법방식의 선택: 개별조례 또는 일반조례

지방자치단체는 일반적으로 ‘○○시 수수료징수 조례’와 같은 일반조례를 제정하여 수수료의 징수근거, 금액, 그 밖에 공통적으로 적용할 수 있는 납부방법, 징수시기, 감면대상 등을 규정하고 있다.

일반조례와 달리 정할 필요가 있거나, 개별 법령에 근거를 둔 수수료의 경우에는 개별 조례로 수수료의 징수에 관한 사항을 규정하는 경우도 있다. 수수료 징수 사무에 관한 통합관리를 위해 일반조례와 달리 정할 사항이 없는 경우에는 일반조례에 징수근거와 금액을 규정하는 것이 바람직하다.

2) 제목을 규정하는 경우

개별조례에서 사용료 또는 수수료의 근거규정을 두는 경우 조문의 제목은 ‘이용료’, ‘시설사용료’, ‘시설이용료’, ‘수수료’, ‘등록수수료’, ‘수수료의 징수’ 등 다양하게 규정하고 있으나, ‘사용료’ 또는 ‘수수료’로 통일하는 것이 적정하다. 다만, 공공시설의 사용료를 정하는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 특별사용에 대한 사용료 관련 규정과 구분하기 위해 ‘이용료’로 규정하여 일반적인 이용에 대한 사용료임을 나타내는 것도 가능하다.

3) 사용료·수수료의 근거규정에 관한 입법례

공공시설을 운영·관리하거나 사무를 제공하는 행정기관이 사용료·수수료를 징수할 수 있다고 규정하고 있는 조례가 많으나, 공공시설을 이용하거나 사무를 제공받는 주민 등을 주어로 규정하는 것이 적정하다.

입법례 ● 「강원도 동계스포츠경기장 운영 관리 조례」

제6조(사용료) ① 경기장을 사용하려는 자는 별표 2에 따른 사용료를 납부하여야 한다.
② ~ ④ (생략)

4) 수수료 금액의 입법방식

가) 일반론

조례에서 사용료·수수료를 규정하는 방법으로는 ① 확정 금액으로 규정하는 방법, ② 최고액을 정하고 구체적인 금액은 규칙으로 위임하는 방법, ③ 최고액과 최저액을 정하고 구체적인 금액은 규칙으로 위임하는 방법, ④ 사용료·수수료의 징수에 관한 근거만을 두고 구체적인 금액은 규칙에 위임하는 방법 등이 있을 수 있다.

「지방자치법」 제156조에서는 사용료 및 수수료의 징수에 대해 행정기관이 직접 조례로 정하도록 하고 있으므로 부과 금액 및 시기와 같이 그 징수와 관계된 사항은 조례에서 직접 정하는 것이 가장 바람직하다. 부득이 사용료·수수료의 금액을 규칙에 위임하는 경우에는 조례에서 사용료·수수료 금액이나 징수에 대하여 전혀 정하지 않고 규칙으로 백지위임하는 것은 포괄위임금지원칙에 위배될 소지가 있으므로, 사용료·수수료의 상한과 하한 또는 부과기준 등과 같은 사용료·수수료 부과에 관한 기본적인 사항을 조례에 규정한 후에 지방자치단체의 규칙으로 세부사항을 정할 수 있도록 위임한다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제136조에서는 지방자치단체는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제139조제1항 본문에서는 사용료·수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항은 조례로 정한다고 규정하고 있으므로, 보성군 소유 재산·공공시설의 사용료는 원칙적으로 조례에서 정해야 할 것이나 주변의 여건변화 등으로 인하여 신속하게 사용료를 조정해야 할 필요가 있는 때에는 규칙으로 위임하여 정할 수 있을 것입니다. 다만, 규칙으로 정하도록 위임하는 경우, 규칙으로 규정하는 내용을 주민들이 예측할 수 있도록 조례에서 사용료 징수대상 공공시설이나 재산의 범위, 사용료의 상한과 하한 또는 금액 산정기준의 대강을 정하는 것이 필요할 것입니다(법제처 2013. 10. 18. 회신 13-0283 의견제시 사례).

입법예시 ● 확정금액으로 규정하는 경우

제○조(사용료) ○○시설의 사용료 산정기준은 별표 1의 기준에 따른다.

입법예시 • 최고액을 정하고 구체적인 기준은 규칙으로 위임하는 경우

제○조(사용료) ○○시설의 사용료는 시간당 1만원을 초과하지 아니하는 범위에서 규칙으로 정한다.

나) 전국적으로 통일이 필요한 수수료의 입법방식

「지방자치법」 제156조제1항 단서에서는 지방자치단체가 징수하는 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료에 관한 사항은 다른 법령의 규정에도 불구하고 대통령령으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있도록 규정하고 있다.

종전에는 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료에 대해서는 대통령령으로 정하는 기준에 따라 조례로 정하도록 하였으나, 2012. 3. 21. 법률 제11399호로 「지방자치법」이 개정되면서 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」에 따른 표준금액대로 징수할 경우에는 별도의 조례 제정·개정이 없이도 징수할 수 있도록 하였다.

따라서 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」 별표에서 정하고 있는 표준금액을 지방자치단체가 가감·조정하여 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 수수료를 정해야 한다.

그러나 지방자치단체가 표준금액을 그대로 징수하려면 원칙적으로 조례 제정이 필요 없으나 주민들의 이해 편의를 위해 수수료 징수에 관한 일반조례에 이를 명시할 수도 있다. 이 경우 입법방식은 수수료의 징수대상사무만 규정하고 그 금액은 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」에 따른 표준금액을 따르도록 규정하는 방식을 취하거나, 표준금액과 같은 금액으로 직접 규정하는 방식 중 하나의 방식을 선택할 수 있는데, 표준금액을 직접 규정하는 방식을 선택한 경우에는 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일

이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」이 개정되어 표준금액이 변경되었으나 조례 개정이 지연되는 경우에는 위 규정에 따른 표준금액을 징수하려는 것인지 조례에 따른 수수료를 징수하려는 것인지 혼란이 있을 수 있으므로, 전자의 방식(표준금액을 따르도록 규정하는 방식)을 따르는 것이 더 바람직할 것이다.

의견제시 사례

자치법규로서 대외적으로 법규성을 가지는 조례에 단순히 다른 법령에서 이미 규정하고 있는 사항을 확인하고 재기재하는 규정을 두는 것이 바람직하다고 할 수는 없고, 입법 체계적으로도 법률의 내용을 조례에 재기재한 경우 재기재한 내용의 법률이 폐기되는 경우 조례의 내용이 함께 정비되지 아니하는 경우에는 조례의 효력에 관한 다툼이 있을 수 있기 때문에 적절한 자치입법은 아니라고 할 수 있습니다(법제처 2014. 2. 7. 회신 의견 14-0026 참조). 따라서 「지방자치법」 제139조제1항 단서에서 규정하고 있는 ‘대통령령으로 정하는 표준금액’과 동일하게 징수하는 수수료의 종류 및 표준금액을 서산시 조례에 다시 규정하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2015. 10. 5. 회신 15-0264 의견제시 사례).

5) 업무를 위탁하는 경우의 입법방식

지방자치단체가 그 사무를 제3자에게 위탁하는 경우 사용료 또는 수수료 납부에 대한 사항을 어떻게 규정할 것인지 문제가 될 수 있다.

「공유재산 및 물품 관리법」에서는 행정재산을 관리위탁한 경우에 수탁자가 지방자치단체의 장의 승인을 받아 이용료를 징수하여 이를 관리에 드는 경비에 충당할 수 있는 근거를 두고 있으므로, 공공시설 관련 조례에서 시설 관리업무의 수탁자가 시설이용료를 직접 징수하도록 하는 규정을 둘 수 있다.

구 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제21조제4항에서는 수탁자가 지방자치단체의 장의 승인을 받아 징수하는 이용료는 예상수익을 고려하여 지방자치단체의 장이 결정하도록 규정되어 있어 이용료를 조례에 명시하는 것은 지방자치단체의 장에게 부여된 결정 권한을 침해할 소지가 있어 바람직하지 않은 것으로 판단했으나,¹³⁴⁾ 2016. 7. 12. 공포된 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」에서는 이용료를 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 결정하도록 개정했다. 따라서 행정재산인 공공시설을

134) 법제처 2015. 12. 15. 회신 15-0333 의견제시 사례 등 참조

관리위탁하는 경우 그 공공시설의 관리위탁을 받은 자가 공공시설을 이용하는 자로부터 받는 이용료는 조례로 정해야 한다.¹³⁵⁾

한편 개별 법령에서도 수탁기관에 수수료를 직접 내도록 하는 규정을 두는 경우도 있다.¹³⁶⁾

6) 사용료·수수료 감면에 관한 입법방식

사용료·수수료의 감면을 정할 때에는 감면 대상 또는 범위에 대한 해석상 다툼이 없도록 명확하게 규정하도록 하되, 해당 규정이 사용료 또는 수수료를 면제하는 규정임을 명확하게 해야 한다.

지방자치단체의 수수료 징수 조례에서 해당 지방자치단체에서 부과하는 모든 수수료를 일률적으로 면제하도록 규정하는 경우가 있으나, 이런 규정을 두는 것은 주의해야 한다.

왜냐하면 해당 수수료가 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」에서 그 금액을 정하고 있는 수수료라면 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있으므로, 이를 조례로 면제시키는 것은 상위법령을 위반하는 것이 될 수 있다.

따라서 법령 등에서 정한 제증명 수수료를 조례에서 일괄적으로 감면할 수는 없고, 지방자치단체의 사무를 자치사무, 위임사무 등으로 구분하여 위임사무의 경우에는 상위법령에서 수수료에 관한 규정이 있는 경우에는 상위법령에 따르고, 「지방자치법 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」에 해당하여 표준금액이 있는 경우에는 「지방자치법」 제156조제1항에 따라 감경, 면제 여부를 판단해야 할 것이다.

135) 법제처 2017. 3. 23. 회신 17-0069 해석례 참조

136) 「화물자동차 운수사업법」

제65조(수수료) ① 이 법에 따라 허가·인가 등을 신청하거나 신고하려는 자는 국토교통부령 및 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 수수료를 내야 한다. 다만, 제64조제1항에 따라 권한이 위탁된 경우에는 해당 수탁기관이 정하는 수수료를 그 수탁기관에 내야 한다.

② 제1항 단서에 따른 수수료는 위탁업무의 종류별로 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 수탁기관이 자율적으로 정한다.

7) 사용료·수수료 반환에 관한 입법방식

공공시설을 예약하여 이용하는 경우나, 시험응시 수수료 같은 경우에는 그 사용료·수수료를 납부하고 나서 상당한 기간이 경과한 후에 시설을 이용하거나 서비스를 제공받기 때문에 그 동안 사정이 변경되는 경우가 적지 않다.

이와 같이 사용료·수수료 납부와 그 목적이 된 시설 이용, 서비스 시행 사이에 상당한 시간적 간격이 있는 경우에는 사전에 그 이용을 포기하면 수수료를 전부 또는 일부 반환받을 수 있는 규정을 두는 것이 바람직하다.

입법례 ▶ 「김포시 김포아트빌리지 관리 및 운영 조례」

제8조(이용료의 반환) ① 시장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 납부한 이용료의 전부 또는 일부를 반환하여야 한다.

1. 시장의 귀책사유로 인하여 시설을 사용할 수 없게 된 경우
 2. 천재지변이나 그 밖의 불가항력적인 사유로 시설을 사용할 수 없게 된 경우
 3. 시설의 이용을 예약한 자가 예약을 취소한 경우
- ② 제1항에 따른 시설이용료 반환기준은 별표 3과 같다.

Q&A | 질의 · 답변

Q1 공공시설의 사용료 또는 수수료를 정하는 경우 그 금액을 반드시 조례에서 정하여야 하는지?

A 「지방자치법」 제156조제1항에서는 사용료·수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항은 조례로 정한다고 규정하고 있으므로 사용료 및 수수료를 신설하려는 때에는 조례에 근거를 두어야 하고, 규칙이나 훈령으로 사용료 및 수수료를 신설할 수 없음. 다만, 일반적인 위임입법의 원칙에 따라 사용료 및 수수료 근거는 원칙적으로 조례에서 정하여야 할 것이나 주변의 여건변화 등으로 인하여 신속하게 사용료를 조정해야 할 필요가 있는 때에는 규칙으로 위임하여 정할 수 있을 것이고, 이 경우 규칙으로 규정하는 내용을 주민들이 예측할 수 있도록 조례에서 사용료 징수대상 공공시설이나 재산의 범위, 사용료의 상한과 하한 또는 금액 산정기준의 대강을 정하는 것이 필요할 것임.¹³⁷⁾

Q2 「지방자치법」 제156조제1항에 따라 수수료 징수에 관한 사항을 조례로 정하는 경우 수수료 감면에 관한 사항도 조례로 규정할 수 있는지?

A 수수료에 관한 사항을 「지방자치법」 제156조제1항 본문에서 포괄적으로 조례에 위임하고 있는바 수수료 감면에 관한 사항도 조례로 규정할 수 있음. 다만, 수수료 감면은 수수료 납부에 대한 예외이므로 「지방자치법」 제28조제1항에 반하지 않는 범위에서 조례로 직접 규정해야 하고, 이 경우 감면요건도 해석상 논란이 없도록 명확하게 규정해야 함. 또한, 「지방자치법」 제156조제1항 단서에 따라 전국적으로 통일할 필요가 있어 대통령령으로 표준수수료를 정한 경우에는 표준수수료의 50퍼센트 범위에서 감경할 수 있다는 제한이 있음.¹³⁸⁾

137) 법제처 2013. 10. 18. 의견제시 13-0283 참조

138) 법제처 2018. 7. 26. 의견제시 18-0146 및 법제처 2016. 12. 28. 의견제시 16-0310 참조

7. 위원회

가. 위원회의 의의와 종류

위원회는 의사결정 과정에 여러 사람이 참여하여 표결의 방법에 따라 하나의 의사를 결정하는 합의제 기관을 말한다. 위원회는 행정의 민주성·공정성의 확보, 전문지식의 활용, 이해의 조정이나 관계 행정기관 간의 의사의 종합·협의·조정 등을 위해 설치된다.

위원회에 관한 조례를 입법하는 경우에는 먼저 설치하려는 위원회의 성격과 기능을 분명히 하고, 그 법적 근거와 권한 및 책임의 한계를 명확히 해야 한다. 위원회의 명칭에는 위원회 외에 심의회, 심의위원회, 조정위원회, 협의회 등 다양한 표현이 사용되므로, 위원회의 성격과 기능은 그 명칭에 의해 파악할 것이 아니라 그 위원회가 하는 행정작용이나 소관 사무, 행정조직상의 지위 또는 관련되는 행정기관과의 관계 등을 고려하여 파악해야 한다.

위원회는 위원회의 법적 권한을 기준으로 ① 그 의사와 판단을 결정하여 외부에 표시하는 권한을 가지는 합의제행정기관인 위원회¹³⁹⁾와 ② 행정에 관한 의사와 판단을 결정하여 외부에 표시하는 권한은 없지만, 그 의사와 판단이 행정관청을 법적으로 구속하는 의결기관인 위원회¹⁴⁰⁾와 ③ 법적 구속력을 가지지 않는 자문기관인 위원회로 구분된다.¹⁴¹⁾

139) 「정부조직법」

제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」

제18조(시·도자치경찰위원회의 설치) ① 자치경찰사무를 관장하게 하기 위하여 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 소속으로 시·도자치경찰위원회를 둔다. 다만, 제13조 후단에 따라 시·도에 2개의 시·도경찰청을 두는 경우 시·도지사 소속으로 2개의 시·도자치경찰위원회를 둘 수 있다.

② 시·도자치경찰위원회는 합의제 행정기관으로서 그 권한에 속하는 업무를 독립적으로 수행한다.

③ (생략)

140) 「국가공무원법」에 따른 공무원징계위원회 및 「광업법」에 따른 광업조정위원회 등

141) 견해에 따라서는 자문기관인 위원회를 심의위원회와 자문위원회로 구분하면서 심의위원회는 행정관청이 의사를 결정하기 전에 반드시 거쳐야 하는 위원회를 말하고, 자문위원회는 행정관청이 의사를 결정하기 전에 임의로 거칠 수 있는 위원회를 말한다고 하기도 한다.

의견제시 사례

자문기관인 위원회와 의결기관인 위원회의 구분은 그 위원회의 결정에 구속력이 있는지를 기준으로 하는바, 자문기관인 위원회는 행정관청에 대하여 구속력이 없는 의사를 결정하는 위원회를 말하고, 의결기관인 위원회는 법령상 구속력이 있는 의사를 결정하는 위원회를 말하는 것입니다. 따라서 자문기관인 위원회의 의결내용은 조언의 성격을 가질 뿐이므로 행정관청은 실제 그 의결내용에 따를 의무가 없으며, 그 의사를 채택할 것인지의 여부는 행정관청이 결정하게 되는 반면에, 의결기관인 위원회의 의결내용은 구속력을 가지므로 행정관청은 그 의결내용에 따르도록 하고 있습니다(법제처 2014. 2. 24 회신 14-0032 의견제시 사례).

「지방자치법」 제129조에서는 합의제행정기관에 관한 사항을 규정하고 있고, 같은 법 제130조에서는 자문기관인 위원회를 규정하고 있는데, 판례는 같은 법 제129조(법률 제17893호로 개정되기 이전의 「지방자치법」은 제116조)에 따른 합의제행정기관에는 합의제 행정관청인 위원회뿐만 아니라 의결기관인 위원회도 포함된다고 보고 있다.

판례

지방자치법 제116조와 같은 법 시행령 제79조 및 제80조의 규정에 따르면, 지방자치단체는 그 소관사무의 범위 내에서 필요한 경우에는 심의 등을 목적으로 자문기관을 조례로 설치할 수 있는 외에, 그 소관 사무의 일부를 독립적으로 수행할 필요가 있을 경우에는 합의제 행정기관을 조례가 정하는 바에 의하여 설치할 수 있는바, 그러한 합의제 행정기관에는 그 의사와 판단을 결정하여 외부에 표시하는 권한을 가지는 합의제 행정관청뿐만 아니라 행정주체 내부에서 행정에 관한 의사 또는 판단을 결정할 수 있는 권한만을 가지는 의결기관도 포함되는 것이므로…(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결례 참조).

또한, 위원회는 설치 근거에 따라 법령에 따라 설치되는 위원회와 조례에 따라 설치되는 위원회로 구분할 수 있다.

나. 관계 법령

「지방자치법」 제129조제1항에서는 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있고, 같은 조 제2항에서 합의제행정기관의 설치·운영에 관하여

필요한 사항은 대통령령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있으며, 같은 법 시행령 제77조에서는 합의제행정기관의 설치 요건을 규정하고 있다.

그리고 같은 법 제130조에서는 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치·운영할 수 있고, 지방자치단체는 자문기관 운영의 효율성 향상을 위하여 해당 지방자치단체에 설치된 다른 자문기관과 성격·기능이 중복되는 자문기관을 설치·운영해서는 아니 되며, 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영할 수 있고, 같은 법 시행령 제78조부터 제80조까지에서는 자문기관의 설치요건, 구성 및 존속기한을 규정하고 있다.

▶ 「지방자치법 시행령」

제77조(합의제행정기관의 설치) 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제129조에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있다.

1. 고도의 전문지식이나 기술이 필요한 경우
2. 독립적이고 공정한 집행이 필요한 경우
3. 주민 의사의 반영과 이해관계의 조정이 필요한 경우

제78조(자문기관의 설치요건) 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 법 제130조제1항에 따른 자문기관을 설치할 수 있다.

1. 업무 특성상 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것
2. 업무의 성질상 다양한 이해관계의 조정 등 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것

제79조(자문기관의 구성) ① 법 제130조제1항에 따른 자문기관은 설치 목적을 효율적으로 달성하는 데 필요한 인원으로 구성한다.

② 법 제130조제1항에 따른 자문기관의 위원은 비상임으로 하고, 공무원이 아닌 위원의 임기는 3년을 넘지 않도록 해야 한다.

제80조(자문기관의 존속기한) ① 지방자치단체는 법 제130조제1항에 따른 자문기관을 설치할 때에 계속 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 경우에는 해당 자문기관의 존속기한을 조례에 분명히 밝혀야 한다.

② 제1항에 따른 존속기한은 5년의 범위에서 자문기관의 목적을 달성하는 데 필요한 최소한의 기간으로 한다.

다. 일반적 유의사항

1) 소관 사무의 원칙

「지방자치법」 제129조에서는 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 합의제행정기관을 설치할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제130조에서는 지방자치단체는 소관 사무의 범위에서 자문기관을 설치할 수 있다고 규정하고 있으므로 지방자치단체에서 조례로 설치할 수 있는 위원회는 소관 사무에 관한 위원회이다.

여기에서 소관 사무란 자치사무와 단체위임사무를 말하고 기관위임사무는 포함되지 않는다고 할 것이므로 기관위임사무에 관한 사항을 심의하는 위원회는 별도의 법적 근거가 없는 한 조례로 설치할 수 없다.

판례

지방자치법 시행령 제42조는 지방자치단체는 그 소관사무의 범위 안에서 자문기관을 조례로 설치할 수 있다고 규정하고 있으나, 여기에서의 지방자치단체의 소관사무라 함은 고유사무인 자치사무와 단체위임사무를 말하고, 기관위임사무는 여기에 포함되지 않는다고 할 것이므로… (대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결례 참조).¹⁴²⁾

의견제시 사례

「산지관리법」 제6조에 따른 보전산지의 변경 및 해제에 관한 업무 중 산지관리법령에 따라 3만제곱미터 미만의 보전산지 지정해제에 관한 권한에 해당하는 경우, 강화군수가 위임받은 권한 범위 내에 해당하고, 이러한 사무는 「산지관리법」 제6조에 따라 산림청장의 권한에 속하는 사무로서 강화군수에게 위임된 보전산지의 변경 및 해제에 관한 사무는 기관위임사무에 해당하

142) 이 건 재판 대상 조례에서는 도시공원에 관한 법 제4조의 규정에 의한 조성계획의 결정·변경결정에 관한 사항으로 원고에게 위임된 사항, 원고 또는 구청장이 입안한 조성계획에 관한 사항, 기타 공원에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 서울특별시에 서울특별시도시공원위원회를 둔다고 규정하고 있었고, 개정조례에서는 위원회의 부의안건은 의회의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있었으며, 위원회의 부의안건이라 함은 위원회의 심의사항으로 규정하고 있는 사항이었는데, 조성계획의 결정·변경결정에 관한 사항은 국가사무인 기관위임사무에 관한 것이므로 조례로 정할 수 없는 사항이고, 위 지방자치법 시행령 제42조는 조례로 정할 수 있다는 법률의 위임 근거로 보기 어렵다고 판시하여 해당 조례가 위법하다고 판시하였다.

는 것으로 보입니다. 「지방자치법」 제116조의2제1항에 따른 지방자치단체의 소관 사무는 고유 사무인 자치사무와 단체위임사무를 의미하고 기관위임사무는 여기에 포함되지 않는다고 할 것이므로(대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결), 기관위임사무의 처리와 관련하여 자문위원회 설치·운영하는 경우에는 「지방자치법」 제116조의2제1항이 적용되지 않은 것으로 보이는바, 보전산지의 변경 및 해제에 관한 권한을 행사하기 위하여 자문기관인 강화군위원회를 설치·운영하는 것은 기관위임사무인 보전산지의 변경 및 해제 사무의 처리에 관한 것으로, 이에 관하여 조례를 제정하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2017. 11. 6. 회신 17-0287 의견제시 사례).

판례는 「도시계획법」 제75조제1항, 같은 법 시행령 제60조의 규정에 비추어 지방 도시계획위원회의 사무 중 중앙도시계획위원회로부터 위임받은 사항을 심의하는 것은 지방자치단체의 자치사무나 이른바 단체위임사무에 해당한다고 할 수 없으므로 지방 도시계획위원회 위원장이 도의회에 심의할 안건과 그 회의결과를 사전, 사후에 보고하도록 하는 의무규정을 신설할 수 없고,¹⁴³⁾ 도지사 소속 위원회에서 교육감 소관 업무에 관한 사항도 관장하도록 하는 것은 소관 사무를 벗어나므로 위법한 조례로 보았으며,¹⁴⁴⁾ 지방자치단체의 일반집행기관인 지방자치단체의 장과 그 교육·학예에 관한 사무의 특별집행기관인 지방자치단체의 교육감은 「지방자치법」 제118조와 「지방 교육자치에 관한 법률」 제20조에 근거하여 각자의 고유한 인사권을 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 조례로 상호 그 인사권에 관여할 수 있도록 하는 것은 위법하다고 하였다.¹⁴⁵⁾

2) 위원회 설치요건 준수

「지방자치법」 제129조 및 같은 법 시행령 제77조에서는 합의제행정기관으로서 위원회를 설치하기 위해서는 ① 고도의 전문지식이나 기술이 요청되는 경우, ② 중립적이고 공정한 집행이 필요한 경우, ③ 주민 의사의 반영과 이해관계의 조정이 필요한 경우일 것을 요건으로 하고 있다.

143) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93추114 판결례 참조

144) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결례 참조

145) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결례 참조

「지방자치법」 제130조에서 지방자치단체는 자문기관 운영의 효율성 향상을 위해 해당 지방자치단체에 설치된 다른 자문기관과 성격·기능이 중복되는 자문기관을 설치·운영해서는 아니 되도록 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제78조에서는 자문기관으로서 위원회를 설치하기 위해서는 ① 업무 특성상 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것과 ② 업무의 성질상 다양한 이해관계의 조정 등 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것을 요건으로 하고 있다.

「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」에서는 행정기구의 조직과 운영에 관한 사항과 정원 등에 관한 사항을 정하고 있다. 따라서 조례로 위원회를 설치할 때에는 「지방자치법」, 같은 법 시행령에 따른 설치요건 및 「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」에 위배되지 않도록 주의해야 한다.

3) 위원회의 성격 및 상위법령 고려

위원회를 규정할 때에 먼저, 설치하려는 위원회가 합의제 행정관청으로서의 위원회인지, 의결의 구속력이 인정되는 위원회인지, 자문기관인 위원회인지 그 법적 성격을 분명히 하고, 위원회가 법령에 따라 설치되는 위원회인지 조례에 따라 창설되는 위원회인지 등 그 법적 근거와 권한 및 책임의 한계를 명확히 규정해야 한다.

특히 상위법령에서 위원회의 구성에 관한 사항, 회의록 공개 등 운영에 관한 사항이나 심의사항 등에 관한 규정이 있는 경우에는 해당 위원회가 자치사무에 관한 위원회라고 하더라도 「지방자치법」 제12조제3항 및 제28조에 비추어 조례에서 상위법령과 상충되는 규정을 둘 수 없다.

판례

도시계획법 제76조제2항, 같은 법 시행령 제58조의2제3항의 규정에 의하면, 시·도회의원을 도시계획위원회의 위원으로 참여하도록 하고 있는바, 그 취지는 의결기관으로서의 의회의 권한과 집행기관으로서의 지방자치단체의 장으로서의 권한을 분리하여 독립성을 보장하면서도 이러한 자문위원회에 당해 지역 주민의 이해와 관련된 도시계획사항에 관하여 주민대표인 시·도회의원이 직접 참여하여 주민의견을 반영함으로써 주민의 불이익이 되는 심의를 예방하여 균형을 유지함에 있으므로 경기도도시계획위원회조례 중 개정조례안에서 도의회의원을 도지사가 위촉할 수 있는 도시계획위원회의 위원의 대상에서 제외하도록 규정한 것은 도시계획법령의 규정과 취지에 위반되어 위법하다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93추144 판결례 참조).

판례에 따르면, 법률에서 인가·허가 등을 할 때 위원회의 심의를 거치도록 하는 사항을 정하고 있는 경우 조례에서 위원회의 심의를 거쳐야 하는 대상을 확대하는 것은 법령에 위배되어 위법한 조례로 판시하였고,¹⁴⁶⁾ 회의록을 제한 없이 공개하도록 하는 것도 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 위배되는 것으로 판시하였다.¹⁴⁷⁾

의견제시 사례

달서구조례안에서 규정하려고 하는 복지관의 위탁운영 사업은 지역 주민에 대한 복지사업으로 볼 수 있다고 하더라도, 「사회복지사업법」 제2조제1호 각 목에 열거된 법률 중 하나에 따라 설치·운영하는 것은 아닌 것으로 보이는데, 「사회복지사업법」에 따른 사회복지사업이라고 할 수는 없을 것으로 보이고, 이에 따라 조례안에서 「사회복지사업법 시행규칙」 제21조제2항에서 정한 바에 따라 수탁자선정심의회회의 심의를 거쳐 복지관의 위탁운영계약을 갱신한다고 규정하는 것은 「사회복지사업법 시행규칙」 제21조제2항에서 규정하고 있는 선정위원회의 심의대상 범위를 조례로 다르게 규정하는 결과를 초래하는바, 이와 같은 조례개정은 법령위반의 소지가 있어 바람직하지 않은 것으로 보입니다(법제처 2015. 9. 25. 회신 15-0254 의견제시 사례).

의견제시 사례

이 사안에서 의무적으로 공개하도록 하려는 ‘민간수탁기관 선정 심의위원회 회의록등’은 정보공개법 제7조제1항제1호부터 제3호까지의 정보에 해당하는 것으로 보이지는 아니하고, 또한 조례로 회의록등을 의무적으로 공개하도록 규정할 경우 정보공개법 제7조제1항제4호에서 “공공기관의 장” 즉 제천시장이 공개할 정보를 정하도록 한 취지에 어긋날 소지가 있어 보입니다(법제처 2014. 4. 7. 회신 14-0081 의견제시 사례).

또한, 「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」 제5조제3항에서는 「지방자치법 시행령」 제78조에 따라 설치되는 자문기관에는 상설의 사무처나 사무국·과·담당관을 둘 수 없도록 하고 있다. 따라서 조례로 자문위원회를 설치하는 경우에는 상설의 사무국 등을 두지 않도록 해야 한다.

의견제시 사례

자문기관은 지방자치단체의 사무를 직접 수행하는 것이 아니라 보통 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람들의 의견을 모아 자문에 응하기 위한 기관이므로 그 기관의 성격상 상설 사무국 등을 두어 행정기관화 되는 것이 바람직하지 않기 때문이라 할 것이며, 이러한 법령의 취지를

146) 대법원 2002. 5. 31. 선고 2001추88 판결례 참조

147) 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결례 참조

존중하여 자문기관의 성격을 띤 협의체에 별도의 상설의 사무국을 두기 보다는 가능한 한 협의체가 속하는 기성의 집행기관에서 사무를 처리하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것입니다(법제처 2017. 8. 23. 회신 17-0194 의견제시 사례).

4) 견제와 균형의 법리 고려

위원회의 설치, 구성 및 운영에 관한 사항을 정할 때에도 지방자치단체의 집행기관과 지방의회의 견제와 균형의 법리를 고려해야 하므로 지방의회가 집행기관의 고유권한에 속하는 위원 위촉권 등을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사하거나 권한행사에 관하여 소극적·사후적 개입의 범위를 넘어 사전에 적극적으로 개입하도록 하는 규정을 두는 경우 법령 위반으로 허용될 수 없다.¹⁴⁸⁾¹⁴⁹⁾

판례는 견제와 균형의 범위를 판단함에 있어서 상위법령에 따라 설치되는 위원회와 조례에 따라 설치되는 위원회를 달리 판단하고 있고, 위원회의 구성과 위원의 위촉에 있어 지방의회의 관여범위를 달리 판단하고 있다.

우선, 위원회의 구성에 대해서는 법률에서 위원회의 구성·운영에 관한 사항을 조례에 모두 위임하고 있는 경우 전체 위원의 과반수를 지방의회의원으로 구성하도록 규정하더라도 견제와 균형의 범위 내로 보았으나,¹⁵⁰⁾ 상위법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원의 임명·위촉권한을 부여한 경우에는 임명·위촉권의 행사에 대한 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한 해당 법령에 의한 임명·위촉권은 지방자치단체의 장에게 전속적으로 부여된 것이므로 하위법규인 조례로써 지방자치단체의 장의 임명·위촉권을 제약할 수 없으며, 지방의회의 지방자치단체 사무에 대한 비판, 감시, 통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로도 위와 같은 제약을 규정할 수 없다고 하면서 지방자치단체의 장이 도시계획위원회 위원을 위촉하기 전에 지방의회 동의를 얻도록 규정한 조례가 위법하다고 하였다.

148) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64 판결례 참조

149) 자문기관을 의무적으로 두도록 하는 조례안을 지방의회의원이 발의하는 것은 제한되지 않고 견제와 균형의 법리에 반하지 않는다고 볼 것이다(법제처 2017. 8. 23. 회신 17-0194 의견제시 사례).

150) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결례 참조

판례

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·위촉권을 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 조례로서는 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).

같은 취지로 판례에서는 집행기관이 임명권을 행사할 때 청문회를 거치도록 하거나 법령에 따른 위원회의 구성원의 과반수를 외부전문가로 위촉하도록 하는 것은 위법하다고 본 경우도 있다.

판례

법령의 위와 같은 규정들의 취지를 종합할 때, 공개 청구된 정보의 공개 여부를 결정하는 법적인 의무와 권한을 가진 주체는 공공기관의 장이고, 심의회는 공공기관의 장이 정보의 공개 여부를 결정하기 곤란하다고 보아 의견을 요청한 사항의 자문에 응하여 심의하는 것이며, 그의 구성을 위하여 공공기관의 장이 소속 공무원 또는 임·직원 중에서 심의회의 위원을 지명하는 것이 원칙이나, 다만, 필요한 경우에는 공무원이나 임·직원이었던 자 또는 외부전문가를 위원으로 위촉할 수 있되, 그 필요성 여부나 외부전문가의 수 등에 관한 판단과 결정은 공공기관의 장이 그의 권한으로 할 수 있다는 것이 그 시행령 규정의 취지라고 할 것이다. 그런데 이 사건 조례안 제11조제1항은 위와 같이 공공기관의 장이 심의회 위원 7인 중 과반수 이상을 반드시 외부인사로 위촉하여야 하는 의무규정을 둔 것이고, 제2항은 제1항의 규정 즉 외부인사가 위원의 과반수를 차지하는 것을 전제로 한 것으로 부위원장을 시민복지국장으로 하고 위원장은 외부인사로 하기로 한 것이어서 제1항의 규정이 유효함을 전제로 둔 규정일 뿐 아니라 집행기관의 장이 원칙적으로 시민복지국장을 부위원장으로 지명하여야 되며 위원장이 일반위원으로 지명할 수 없도록 하고 있는 것인바, 따라서 이는 지방의회가 단순한 견제의 범위를 넘어 집행기관의 장의 인사권의 본질적 부분을 사전에 적극적으로 침해한 것으로 관련 법령의 규정 취지에 위배된다고 할 것이다(대법원 2002. 3. 15. 2001추95 판결례 참조).

한편, 지방자치단체의 장의 기관구성원 임명·위촉권한이 조례에 따라 비로소 부여되는 경우에는 조례에 따라 지방자치단체의 장의 임명권한에 견제나 제한을 가하는

규정을 둘 수 있으나, 지방의회¹⁵¹⁾ 또는 지방의회의 의장¹⁵²⁾이 추천한 자를 위촉하도록 하거나 지방의원이 위원장이 되도록 하는 규정을 두는 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것으로 위법하고, 집행기관이 위원장을 임명할 때 의회의 동의를 받도록 하는 것은 집행기관의 인사권에 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위에 드는 것으로 보았다. 또한, 판례는 지방의회 또는 지방의회의 의장이 추천한 자가 위촉할 수 있는 대상 중 하나에 불과할 뿐이어서 추천한 자를 반드시 위촉할 필요가 없는 경우에는 지방자치단체의 장의 고유한 인사권을 침해하지 않는다고 보았다.¹⁵³⁾

판례

지방의회는 집행기관의 고유 권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니하고, 또 집행기관을 비판·감시·견제하기 위한 의결권·승인권·동의권 등의 권한도 법상 의결기관

제2편
제2장

본칙규정

- 151) 이 사건 연구위원회는 원고에 소속된 합의회 행정기관으로 제주특별자치도의 사무에 속하는 제주특별자치도의 발전방안에 관한 연구업무를 수행하도록 되어 있으므로, 그 활동에 대한 궁극적인 책임을 지는 원고가 이 사건 연구위원회에 관한 인사권을 가짐은 분명하고, 따라서 이 사건 조례안 제3조 제2항에서 이 사건 연구위원회의 연구위원 11명 중 5명을 피고가 추천하는 자로 위촉하도록 규정한 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 위법하나, 이 사건 조례안 제3조 제1항에서 이 사건 연구위원회의 위원장 임명에 피고의 동의를 받도록 한 것은 피고(지방의회)가 원고의 인사권에 관하여 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위에 드는 적법한 규정이라고 볼 수 있다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결례 참조).
- 152) 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것은 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 배치되고, 또 집행기관의 인사권에 의장이 개인자격으로 관여할 수 있는 권한은 없고 조례로 이를 허용할 수 없다고 판시하면서 사회기반시설에 대한 민간투자법 제6조제4항 및 같은 법 시행령 제4조제9항에 의한 민간투자사업심의위원회의 구성과 관련하여 의회의장이 5인 이내의 시의원을 민간투자위원회의 위원으로 추천하여 시장이 임명 또는 위촉하도록 하고 있는 조례 규정에 대하여 의장이 개인자격으로 시장의 인사권에 사전에 적극적으로 개입할 수 있도록 하여 시장의 고유권한을 침해하고 있으므로 조례제정권의 한계를 일탈하여 위법하다(대법원 2009. 12. 14. 선고 2007추141 판결례 참조).
- 153) 이 사건 조례안 제4조 제4항은 원고가 도시계획위원회 위원으로 임명 또는 추천할 수 있는 구의원이 '서울특별시 서초구의회 의장이 추천하는 구의원 3명'으로 한정하여 원고의 도시계획위원회 위원 임명 권한을 사전적으로 통제하는 것이기는 하나, 이는 구 국토계획법 제114조에서 '도시계획위원의 자격 및 임명·위촉 기준'을 조례에서 정하도록 규정한 것에 따른 것이고, 원고가 서울특별시 서초구의회 의장이 추천하는 구의원을 반드시 도시계획위원회 위원으로 임명 또는 위촉할 필요가 없으므로 이 사건 조례안 제4조 제4항이 지방자치단체의 장인 원고의 도시계획위원 임명 또는 위촉에 관한 고유한 인사권을 침해한다고 볼 수 없다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013추50 판결례 참조).

인 지방의회에 있는 것이지 의원 개인에게 있는 것이 아닌바, 주민자치센터설치·운영조례안에서 당해 동 구의원 개인이 그 운영위원회의 당연직 위원장이 된다고 규정하고 있는 것은 지방의회 의원 개인이 하부 행정기관인 동장의 권한에 속하는 주민자치센터의 설치와 운영을 심의하는 보조기관인 운영위원회의 구성과 운영에 적극적·실질적으로 사전에 개입하여 관여할 수 있게 함을 내용으로 하는 것으로서 지방의회 의원의 법령상 권한 범위를 넘어 법령에 위반된다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64 판결례 참조).

판례

동정자치위원회를 구성하는 위원의 위촉과 해촉에 관한 권한을 동장에게 부여하면서 그 위촉과 해촉에 있어 당해 지역 구의원과 협의하도록 하는 것은 위법하다고 판시하였으나, 동정자치위원회의 자문 심의사항을 동장 외에 당해 지역 구의원도 심의를 요구할 수 있도록 한 규정은 구의원에게 하부집행기관인 동장의 사무집행에 관여하는 권능을 부여하고 이로써 동장의 권한 행사를 제약하는 것이라고는 보기 어려울 것이므로 위 규정이 법이 규정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한배분과 상호견제 및 균형의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 하였다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결례 참조).

한편, 판례는 더 나아가 지방자치법령은 지방자치단체의 장으로 하여금 자치사무와 법령에 위임된 사무를 집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하는 한편, 지방의회로 하여금 지방자치단체의 장의 행정기구 설치권한을 견제하기 위해 지방자치단체의 장이 조례안으로 제안한 행정기구를 축소·통폐합할 권한을 가지도록 하고 있고, 더 나아가 지방자치단체의 장이 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여 조직편성권을 가진다고 해석되므로 지방의회가 합의제행정기관의 설치에 관한 조례를 발의하여 그대로 의결하거나 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 관련 법령에 위반되어 허용되지 않으며, 지방의회의원이 지방자치단체의 장이 조례안으로서 제안한 행정기구를 종류 및 업무가 다른 행정기구로 전환하는 수정안을 발의하여 지방의회가 의결 및 재의결하는 것은 지방자치단체의 장의 고유 권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 허용되지 아니한다고 판시하였다.¹⁵⁴⁾

154) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005추48 판결례 참조

판례

지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유권한을 행사하되, 상호 견제의 범위에서 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 허용할 수 없으며, 「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 것이니 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, 지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정 제3조제1항의 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 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 판결례 참조).

5) 위원회의 기능 중복 방지

「지방자치법」 제130조제4항에 따라 지방자치단체는 해당 지방자치단체에서 설치된 다른 자문기관과 성격·기능이 중복되는 자문기관을 설치·운영하지 못하도록 하고 있으므로 자문기관인 위원회를 설치하는 경우에는 현재 운영 중인 위원회와 성격·기능이 중복되는지 여부를 신중히 검토해야 한다.

6) 위원회의 통합·운영

개별 법령에서 “... 위원회를 둔다”고 규정하고 있는 경우에는 구체적인 규정방식과 체제 및 관련 규정을 같이 고려해야 하지만 일반적으로 해당 위원회를 반드시 설치해야 하는 것으로 해석된다.

법제처 해석례

법률 규정의 해석에 있어서는 법률에 규정된 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이고, 법령의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다 할 것인데, 「청소년기본법」 제11조제1항에서 지방청소년육성위원회를 “둔다”고 규정한 것은 어느 지방자치단체에서나 청소년육성에 관한 주요시책을 심의하도록 법률에 따라 일률적으로 두도록 하는 의미이고, 또한 같은 법 제13조 및 제14조에 따라 지방자치단체가 수립·시행하여야 하는 청소년육성 관련 주요시책은 지방청소년육성위원회를 거쳐야 할 것이므로, 해당 지방자치단체의 장이 재량적 판단에 따라 그 설치 여부를 결정하도록 한 것이 아님이 분명하며, 따라서 이를 “둘 수 있다”로 해석한다면 이는 문언의 가능한 범위를 벗어난 해석이 될 것입니다(법제처 2012. 10. 17. 회신 12-0420 해석례).

그러나 지방자치단체의 경우 해당 분야의 전문가가 한정되어 있어 위원 구성이 어렵거나 여러 위원회에 위원이 중복 구성되는 등 운영상 어려움이 많은 상황이어서 위원회를 통합하여 운영할 필요성이 큰 것이 현실이다.

이런 이유 때문에 법령에 따라서는 지방자치단체에 특정 위원회를 두도록 하면서, 유사한 성격의 다른 위원회와 통합해서 운영할 수 있도록 하는 경우¹⁵⁵⁾가 있고, 「지방자치법」 제130조제4항에서도 자문기관은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영할 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 「지방자치법」 제130조제4항은 조례로 설치된 자문기관에 한정하여 적용될 뿐 법령에 의해 설치된 자문기관에도 적용되는 규정이 아니라는 점을 유의해야 한다. 지방자치단체의 경우 법령에 따라 설치되는 위원회를 성격이 유사한 다른 위원회와 통합하여 운영할 수 있도록 하기 위해서는 해당 법령에 위원회의 통합·운영에 관한 명시적인 근거를 두어야 한다. 이에 반해 조례로 설치된 자문기관의 구성, 운영 및 기능에 관해서는 지방자치법령 및 관계 법령에 어긋나지 아니하는 범위에서 자유롭게 정할 수 있다고 할 것이므로, 조례로 설치된 자문기관 상호 간에는 위원회의 통합·운영이 가능하다.

155) 「국민기초생활 보장법」 제20조제1항, 「지방재정법」 제37조의2제1항, 「긴급복지지원법」 제12조제4항 등

입법예시

제○조(○○시 ○○위원회의 설치 등) ① 시장은 ○○ 등을 위하여 ○○시 ○○위원회를 둔다.
 ② ○○시 ○○위원회의 기능은 「○○시 △△위원회의 설치 및 운영 조례」에 따른 ○○시 △△위원회가 대신한다.

법제처 해석례

법령에 따라 설치된 자문기관의 경우 그 설치·운영을 지방자치단체가 임의적으로 변경할 수 없고, 또 조례를 통해 법령에서 정하고 있는 내용을 침해할 수도 없으므로(「지방자치법」 제22조), 같은 법 제116조의2제2항에 따라 지방자치단체가 어떠한 자문기관에 그 기능을 포함하여 운영할 수 있는 자문기관에는 개별 법령에 따라 설치된 지방자치단체의 자문기관은 제외된다고 보아야 할 것입니다.

따라서 법령에서 자문기관의 명칭, 기능, 운영방법 등 세부적인 내용을 정하고 있는 지방자치단체의 자문기관은 지방자치단체의 조례로 해당 자문기관에 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영하거나 해당 자문기관의 기능을 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관에 포함하여 운영할 수 없습니다(법제처 2010. 2. 1. 회신 09-0395 해석례).

한편, 상위법령에서 지방자치단체에 위원회를 두도록 규정하면서 시·군·구에 두는 위원회의 경우에는 지방의 실정에 따라 임의적으로 둘 수 있도록 규정한 경우가 있는데, 이 경우 시·군·구에 두는 위원회가 자문기관이라면 위원회 통합·운영에 관한 「지방자치법」 제130조제4항이 적용될 수 있다.

라. 규정방식

일반적으로 위원회에 관한 규정은 위원회의 설치·소속·기능을 먼저 규정하고 위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 순차적으로 규정한다. 위원회의 구성과 관련해서는 위원의 수·자격·선임방법, 위원의 임기, 위원의 신분보장·해촉, 위원의 제척·기피·회피, 결격사유, 위원장의 직무와 그 대행, 존속기한 등의 순으로 규정한다. 위원회의 운영과 관련한 사항은 회의의 소집, 의사정족수 및 의결정족수, 간사 또는 사무기구 등의 순서로 규정한다. 필요한 경우 분과위원회 또는 소위원회 규정, 실무위원회 규정, 전문위원 규정, 관계 기관 등에의 협조요청 규정, 공청회 등의 개최 규정, 수당규정, 운영세칙 규정 등을 둔다. 다만, 별칙 적용 시의 공무원 의제에 관한 규정은 법률의 위임이 없는 한 조례로 신설할 수 없다.

1) 위원회의 설치

합의제 행정관청인 위원회와 의결의 구속력이 인정되는 위원회를 설치하는 경우에는 위원회의 기능과 위원회의 구성 및 운영에 관한 기본적인 사항은 반드시 조례로 규정하도록 한다. 이러한 위원회는 직접 정책을 결정·집행하는 점에 유의하여 그 기능을 단순히 “위원회의 기능”으로 규정할 것이 아니라, “위원회의 소관사무” 또는 “업무”로 규정하도록 한다. 위원회의 업무 범위를 규정하는 경우에는 업무의 내용과 한계를 명확히 규정하여 다른 기관의 업무와 중복되지 않도록 한다.

입법례 ▶ 합의제 행정관청인 위원회 사례

국가경찰과 자치경찰 조직 및 운영에 관한 법률

- 제18조(시·도자치경찰위원회의 설치)** ① 자치경찰사무를 관장하게 하기 위하여 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 소속으로 시·도자치경찰위원회를 둔다. 다만, 제13조 후단에 따라 시·도에 2개의 시·도경찰청을 두는 경우 시·도지사 소속으로 2개의 시·도자치경찰위원회를 둘 수 있다.
- ② 시·도자치경찰위원회는 합의제 행정기관으로서 그 권한에 속하는 업무를 독립적으로 수행한다.
- ③ 제1항 단서에 따라 2개의 시·도자치경찰위원회를 두는 경우 해당 시·도자치경찰위원회의 명칭, 관할구역, 사무분장, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

의결의 구속력이 인정되는 위원회의 기능을 표현할 때에는 “...을 심의·의결하기 위하여 ○○소속으로 △△위원회를 둔다.”라는 표현을 사용하되, 그 의결이 관계 행정기관을 구속하는 규정을 별도로 두어야 한다.

입법례 ▶ 위원회의 의결에 구속됨을 명시한 사례

공인노무사법

- 제20조(징계)** ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공인노무사징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.
1. 제6조를 위반하여 2개 이상의 사무소를 설치·운영한 경우
 2. ~ 15. (생략)
 - ② ~ ⑦ (생략)

제20조의2(공인노무사징계위원회) ① 공인노무사에 대한 징계를 심의·의결하기 위하여 고용노동부에 공인노무사징계위원회를 둔다.

② (생략)

자문기관 성격인 위원회에는 순수한 자문기관 외에 심의기관, 협의기관, 조정기관 등 다양한 형태가 있으므로 그 기능을 명확히 나타내도록 한다. 순수한 자문기관의 경우에는 “...에 관한 ○○의 자문에 응하기 위하여”라는 표현을, 심의기관·협의기관·조정기관 등의 경우에는 “...에 관한 사항을 심의하기 위하여”, “...에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여” 등의 표현을 사용한다.

위원회의 규정방식과 관련하여 “...에 관한 사항을 의결한다”는 규정이 있는 경우와 없는 경우의 법적 효과의 차이, “의결한다”, “심의한다” 및 “심의·의결한다”는 규정 간에 법적 효과의 차이가 있는지가 논란이 될 수 있으나, 위원회는 여러 사람이 참여하여 의사를 결정하는 조직체로서 “의결한다”는 규정은 위원회의 의사결정방식을 표현하는 것에 불과할 뿐, “의결한다”는 규정을 두더라도 위원회의 결정이 행정관청을 법적으로 구속하는 의결기관이 되는 것은 아니며,¹⁵⁶⁾ 의결기관으로 인정되려면 위원회의 결정에 법적 구속력을 부여하는 별도의 규정이 있어야 한다.

또한, “심의”의 국어적 의미는 “어떤 안전이나 일을 자세히 조사하고 논의하여 결정한다”는 뜻으로 “심의한다”는 규정만으로 해당 위원회의 결정에 법적 구속력이 있다거나 다른 법적 의미가 당연히 발생한다고 할 수 없을 것이다.

156) 자문위원회 중 특히 심의기관, 조정기관 등의 경우에는 위원회의 위상을 높이기 위하여 위원회의 기능을 “...사항을 심의한다.”라고 하지 않고 “심의·의결한다”거나 “심사·의결한다”는 식으로 “의결”이라는 용어를 표현하려고 하는 경우가 적지 않으나, 어떤 종류의 위원회든지 의결행위는 필요하므로 이 경우의 “의결”은 모든 위원회의 속성일 뿐이다. 위원회의 법적 성격은 그 설치 법령 전체를 평가하여 결정되는 것이며, 설치 근거 규정에서 “의결”이라는 용어를 사용하고 있다고 하여 해당 위원회가 법적인 구속력이 있는 의결기관이라고 볼 수는 없을 것입니다(법제처 2011. 3. 24. 회신 11-0070 의견제시 사례).

입법례 ▶ 심의위원회 규정사례

칠곡군 자활기금 설치 및 운용 조례

제13조(자활기금운용심의위원회의 설치 등) ① 기금의 관리·운용에 관한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 칠곡군 자활기금운용심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

1. 기금운용계획의 수립 및 결산보고서의 작성
 2. 기금 운용의 성과 분석
 3. 그 밖에 기금 관리·운용에 관한 중요 사항으로서 군수가 위원회의 회의에 부치는 사항
- ② (생략)

입법례 ▶ 자문위원회 규정사례

서울특별시 강남구 인성교육 진흥에 관한 조례

제5조(인성교육 자문위원회 설치 및 기능) 다음 각 호의 사항에 관하여 구청장의 자문에 응하기 위하여 구청장 소속으로 서울특별시 강남구 인성교육 자문위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

1. 인성교육 정책에 관한 사항
2. 제3조 각 호의 사업 추진에 관한 사항
3. 그 밖에 인성교육 발전을 위하여 구청장이 필요하다고 인정하는 사항

자문기관을 설치할 때에 계속 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 경우에는 해당 자문기관의 존속기한을 조례에 명시하도록 하되, 존속기한은 5년의 범위에서 자문기관의 목적을 달성하는 데 필요한 최소한의 기간으로 해야 한다.¹⁵⁷⁾

법령에서 시·도지사 또는 시장·군수·구청장 소속으로 위원회를 두도록 하면서 그 구성 및 운영 등에 관한 사항은 조례로 위임하는 경우가 있는데, 이 경우 대부분의 조례에서는 법령에서 규정하고 있는 위원회의 설치에 관한 규정을 재기재하는 경우가 많으나, 위원회는 법령에 따라 설치가 되는 것임에도 조례에서 위원회의 설치에 관한 규정을 두는 경우 위원회의 설치 근거에 대한 법적 혼란의 소지가 있으므로 조례에서는 위원회의 설치에 관한 규정을 두지 않고, 법령에서 위임한 구성 및 운영에 관한 사항만 두도록 한다.

157) 「지방자치법 시행령」 제80조

반면, 법령에서 시·도지사 또는 시장·군수·구청장 소속으로 위원회를 둘 수 있다고 규정하는 경우에는 위원회 설치의 조례에 의해서 설치되는 것이므로 위원회의 설치에 관한 규정을 두어야 한다. 이 경우 법령과의 관계를 명확하게 하기 위하여 근거 법령을 명시해야 하며, 조례에서 “위원회를 둘 수 있다”라고 규정하는 것은 바람직한 입법형식이 아니므로 “위원회를 둔다”라고 규정해야 한다.¹⁵⁸⁾

입법례 ▶ 법령에 따라 설치할 수 있는 자문위원회의 설치 규정사례

김제시 지하수 관리 조례

제3조(지하수관리위원회) 「지하수법 시행령」 제40조제3항 각 호의 사항에 대한 시장의 자문에 응하기 위하여 시장 소속으로 김제시 지하수관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

지하수법 시행령

제40조(지하수관리위원회) ① ~ ② (생략)

③ 다음 각 호의 사항에 관한 시장(특별자치시장은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)·군수·구청장의 자문에 응하기 위하여 시(특별자치시는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)·군·구에 지역지하수관리위원회를 둘 수 있다.

1. ~ 5. (생략)

④ (생략)

158) 재난안전법 제12조의2제2항 및 제3항에서는 자치구별로 안전관리민관협력위원회를 구성·운영할 것인지 여부에 관하여 입법재량을 부여하고 있는 점을 고려할 때, 지역위원회 위원장이 정책적으로 안전관리민관협력위원회의 구성·운영이 필요하다고 판단한 경우에는 안전관리민관협력위원회를 구성·운영한다는 것과 구성·운영에 필요한 세부적인 사항을 조례에 명확하게 규정하는 것이 바람직하고, 조례에 “안전관리민관협력위원회를 구성·운영할 수 있다”고 규정하는 것은 바람직한 입법형식이 아닌 것으로 보입니다(법제처 2017. 3. 6. 회신 17-0039 의견제시 사례).

2) 위원회의 구성

가) 위원회 구성의 기본원칙

위원회는 설치 목적을 효율적으로 달성하기 위해 필요한 인원의 위원으로 구성한다.¹⁵⁹⁾ 합의제 행정기관인 위원회의 경우 목적 달성에 필요한 최소한의 상임위원을 둘 수 있으나, 「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」에 적합해야 한다. 자문기관인 위원회의 위원은 비상임위원으로 한다.¹⁶⁰⁾

나) 위원회의 구성 규정

위원회의 구성에 관하여는 일반적으로 “○○○위원회는 위원장 1명(또는 위원장 및 부위원장 각 ○명)을 포함하여 ○명 이내의 위원으로 구성한다.”라고 규정하여 위원장(또는 위원장과 부위원장)도 위원에 포함되는 것을 명확히 한다.

위원 중 민간위원의 비율을 정할 필요가 있을 때에는 위의 위원정수 조항에 “이 경우 민간위원(또는 공무원이 아닌 위원)이 과반수가 되도록 해야 한다.”와 같은 규정을 둔다.

그리고 위원 중 특정 성별의 비율을 정할 때에는 「양성평등기본법」 제21조 제2항¹⁶¹⁾에 따라 조례에도 적용되므로 조례에 재기재하지 않도록 한다.

159) 「지방자치법 시행령」 제79조제1항

160) 「지방자치법 시행령」 제79조제2항

161) 「양성평등기본법」

제21조(정책결정과정 참여) ① (생략)

② 국가와 지방자치단체는 위원회(위원회, 심의회, 협의회 등 명칭을 불문하고 행정기관의 소관 사무에 관하여 자문에 응하거나 조정, 협의, 심의 또는 의결 등을 하기 위한 복수의 구성원으로 이루어진 합의제 기관을 말한다. 이하 같다)를 구성할 때 위촉직 위원의 경우에는 특정 성별이 위촉직 위원 수의 10분의 6을 초과하지 아니하도록 해야 한다. 다만, 해당 분야 특정 성별의 전문인력 부족 등 부득이한 사유가 있다고 인정되어 다음 각 호의 구분에 따른 위원회의 의결을 거친 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가 및 시·도가 구성하는 위원회: 실무위원회

2. 시·군·구가 구성하는 위원회: 시·도위원회

③ ~ ⑤ (생략)

입법례 • 민간위원의 비율을 규정한 사례

춘천시 학술연구용역 관리 조례

제4조(위원회의 구성) ① 춘천시장(이하 “시장”이라 한다)은 학술연구용역의 체계적 관리를 위하여 춘천시 학술연구용역심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장 1명을 포함하여 10명 이상 20명 이하의 위원으로 구성하되, 위촉직 위원수는 전체 위원수의 과반수가 되도록 구성하여야 한다.

③ ~ ⑤ (생략)

위원의 수는 위원회의 효율적인 활동을 고려해서 정하되, 표결 결과 가부동수(可否同數)가 되는 경우를 피하기 위해 가급적 홀수로 한다. 위원의 수를 나타내는 방법에는 “○명 이내의 위원”이나 “○명 이상 ○명 이내의 위원”과 같이 상한 또는 하한을 정하는 방법과 “○명의 위원”과 같이 위원 수를 확정하는 방법이 있다. 합의제 행정기관인 위원회의 경우에는 보통 후자의 방법을 택한다.

위원의 자격과 선임방법은 일반적으로 다음과 같이 표현한다.

- ① 민간위원으로만 구성하는 경우: 위원회의 위원은 ○○이 ...에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 위촉한다.
- ② 공무원으로만 구성하는 경우: 위원회의 위원장은 ...이 되고, 부위원장은 ...이 되며, 위원은 ...이 된다.
- ③ 민간위원과 공무원으로 구성하는 경우: 위원회의 위원은 ○○이 △△직에 있는 사람과 ...에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 임명하거나 위촉한다.¹⁶²⁾

위원 선정이 객관적이고 공정하게 이루어질 수 있도록 위원의 자격을 “○○업무를 수행하는 부서의 장”으로 규정하거나 지방자치단체에 두고 있는 행정기구조례에 따른 직위를 규정하는 등 가능하면 명확하게 규정하도록 한다.

민간위원의 선임권자를 지방자치단체의 장으로 할 것인지, 위원장으로 할 것인지와 관련하여 위원장이 해당 위원회가 소속된 지방자치단체의 장이 아닌 경우 위원장이

162) 종전에는 위원이 공무원이면 모두 “임명”으로 규정하였으나, 앞으로는 위원이 공무원이라고 하더라도 소속 공무원의 경우에는 “임명”으로, 소속 공무원이 아닌 경우에는 “위촉”으로 규정한다.

민간위원을 위촉하도록 규정한 입법례도 있으나, ① 위원회는 지방자치단체의 장 소속으로 설치되므로 위원회의 구성에 관한 권한은 소속 지방자치단체의 장이 갖는 점, ② 위원장은 위원회 구성 이후에 자격을 얻는 자임에도 위원회 구성 이전에 위원장에게 위원 구성을 위한 위원 위촉권한을 부여하는 것은 타당하지 않을 수 있다는 점 및 ③ 위원장도 위원 중 한 명에 해당하는데 같은 위원 중 한 명이 다른 위원을 위촉하는 것은 적절하지 않을 수 있는 점 등을 고려할 때, 지방자치단체의 장이 민간위원을 위촉하도록 규정하는 것이 바람직하다.

다) 위원의 임기 및 신분 규정

위원회의 전체적 구성에 관한 사항이 아닌 위원의 임기 등 위원 개개인에 관한 사항은 위원회의 구성에 관한 규정과 따로 규정하는 것이 좋다.

위원회의 운영이 타성에 빠지지 않도록 하기 위해 당연직인 위원을 제외한 위원의 임기에 관한 규정을 두되, 공무원이 아닌 비상임 위원의 임기는 3년을 넘지 않도록 해야 한다.¹⁶³⁾

위원의 연임을 제한하려는 경우에는 “연임할 수 없다.”라고 하거나 “한 차례만 연임할 수 있다.”고 규정한다. 계속하여 연임할 수 있게 하려면 연임에 관한 규정을 두지 않는다.

입법례 ▶ 위원의 연임 제한에 관한 규정사례

대전광역시 물순환 개선 조례

제12조(위원의 임기) ① 위촉위원의 임기는 2년으로 하고, 한 차례만 연임할 수 있다.
② (생략)

종전에 연임제한이 규정되어 있지 않던 위원에게 새로운 연임제한 규정을 두는 경우에는 연임제한이 현재 임기부터 적용되는 것인지, 종전 위원 경력이 연임제한 횟수에 산정되는 것인지가 불분명하여 해석상 논란이 발생하는 경우가 많으므로 정책적인 필요에 따라 적절한 경과조치나, 적용례를 부칙에 규정해 주는 것이 필요하다.

163) 「지방자치법 시행령」 제79조제2항

입법례 ▶ 임기 변경 시 종전 규정을 따르도록 한 사례

대학설립·운영 규정

부 칙

(대통령령 제27980호, 2017. 4. 11.)

제3조(위원의 임기에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 위촉된 위원들의 임기는 제3조제3항의 개정규정에 불구하고 종전의 제3조제2항에 따른다.

과학관의 설립·운영 및 육성에 관한 법률 시행령

부 칙

(대통령령 제27669호, 2016. 12. 13.)

제2조(국립과학관법인 임원의 임기에 관한 경과조치) 이 영 당시 국립과학관법인 임원의 임기에 대해서는 제7조의4제2항의 개정규정에 시행 전에 위촉된 임원의 임기는 제3조제3항의 개정규정에 불구하고 종전의 제3조제2항에 따른다.

제2편 제2장

본칙규정

입법례 ▶ 임기 신설 시 개정규정 시행 이후 연임되는 위원도 포함되도록 적용례를 둔 사례

관세법 시행령

부 칙

(대통령령 제27952호, 2017. 3. 27.)

제4조(관세체납정리위원회 위원 임기에 관한 적용례) 제42조제4항 본문의 개정규정은 이 영 시행 이후 위원을 위촉(연임을 포함한다)하는 경우부터 적용한다.

입법례 ▶ 연임제한 신설 시 개정규정 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 보도록 한 사례

부 칙

(법률 제15881호, 2018. 12. 11.)

제8조(등급판정위원회 위원 임기에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 등급판정위원회의 위원에 대하여 제52조제5항 본문의 개정규정을 적용할 때에는 이 법 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 본다.

입법례 ▶ 연임제한 신설 시 남은 임기 동안만 종전의 규정을 적용한 사례

전기사업법 시행령

부 칙

(법률 제27404호, 2016. 7. 28.)

제4조(위원의 연임에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 위촉된 전력정책심의회회의 위원에 대하여 제28조제3항의 개정규정을 적용하는 경우 이 영 시행 전에 최초로 위촉되어 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후 한 차례만 연임할 수 있고, 이 영 시행 전에 한 차례 이상 연임하여 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후에는 연임할 수 없다.

보궐위원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 정하는 입법례가 있으나, 모든 위원의 임기를 동일해야 할 특별한 사유가 없으면 보궐위원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 한다는 규정은 두지 않는다.

한편, 위원의 임기가 만료되었으나 후임자를 제때 위촉하지 못한 경우에는 위원회의 운영에 공백이 발생할 수 있다. 이러한 경우 위원회 업무의 연속성을 확보하기 위해서 위원의 임기가 만료된 경우에도 후임자가 위촉될 때까지는 계속 그 직무를 수행할 수 있다는 직무계속규정을 두기도 한다.

입법례 ▶ 직무계속에 관한 규정 사례

농어업·농어촌특별위원회 설치 및 운영에 관한 법률

제4조(위원의 임기) ① (생략)

② 위촉위원은 제1항에 따른 임기가 만료된 경우에도 후임위원이 위촉될 때까지 그 직무를 수행할 수 있다.

합의제 행정관청인 위원회나 의결에 구속력이 인정되는 위원회는 그 성격에 따라 위원의 신분보장, 위원의 제척·기피·회피, 결격사유 등에 관한 규정을 둔다.¹⁶⁴⁾

제척은 해당 사유가 있는 경우에는 그 사유의 존재 여부 또는 주장 여부를 불문하고 제척결정 유무에 관계없이 당연히 위원회의 의결에서 배제되며 제척사유가 있는 위원이 위원회의 의결에 관여한 경우에는 위원회의 의결에 하자가 발생할 수 있으므로

164) 위원회 심의·의결의 객관성 확보와 책임성 강화를 위해 각종 위원회 규정에 제척·기피·회피 제도의 도입과 해촉 사유를 명시하는 입법례가 늘어나고 있다.

제척사유는 최대한 객관적이고 명확하게 규정해야 한다. 기피사유는 해당 사유가 있는 경우 이해관계자가 해당 위원의 기피를 신청하고 위원회의 의결¹⁶⁵⁾ 또는 위원장의 결정으로 위원의 위원회 관여를 배척하는 것이며, 회피는 해당 위원이 스스로 위원회의 의결에 관여하지 않는 것이므로 그에 맞추어 요건을 규정해야 한다.

입법례 ● 위원의 신분보장에 관한 규정사례

부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률

제16조(직무상 독립과 신분보장) ①·② (생략).

③ 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 그 의사에 반하여 면직 또는 해촉되지 아니한다.

1. 제15조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 때
2. 심신상의 장애로 직무수행이 현저히 곤란하게 된 때
3. 제17조에 따른 겸직금지위무에 위반한 경우
- ④ (생략)

입법예시 ●

제○조(위원의 제척·기피·회피) ① ○○위원회 위원(이하 “위원”이라 한다)이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 ○○위원회의 심의·의결에서 제척(除斥)된다.

1. 위원이나 그 배우자 또는 배우자였던 사람이 해당 안건의 당사자이거나 그 안건의 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자인 경우
2. 위원이 해당 안건의 당사자와 친족이거나 친족이었던 경우
3. 위원이 해당 사건에 대하여 증언, 진술, 자문, 연구, 용역 또는 감정을 한 경우
4. 위원이나 위원이 속한 법인이 해당 안건의 당사자의 대리인이거나 대리인이었던 경우
※ 개별 위원회의 특성에 따라 제척 사유 추가 가능

② 당사자는 제1항에 따른 제척사유가 있거나 위원에게 공정한 심의·의결을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원회에 기피(忌避) 신청을 할 수 있고, 위원회는 의결로 기피 여부를 결정한다. 이 경우 기피 신청의 대상인 위원은 그 의결에 참여하지 못한다.

③ 위원이 제1항 각 호에 따른 제척 사유에 해당하는 경우에는 스스로 해당 안건의 심의·의결에서 회피(回避)해야 한다.

165) 기피신청에 대한 결정을 위원회가 할 것인지 위원장이 하도록 할 것인지와 관련하여, 위원회의 운영에 관하여는 원칙적으로 위원회가 권한을 가지므로 기피 여부를 위원회에서 결정하도록 하되, 특별한 사유가 있으면 위원장이 결정하도록 할 수 있다. 기피 여부를 결정하기 위한 회의에서 해당 위원은 당연히 제척되므로 의결에 참여하지 못한다는 확인적 규정을 둔다.

위원회 규정을 살펴보면 민간위원에 대해서만 해촉 규정을 두고 공무원위원에 대한 해임 규정은 두지 않은 경우가 많다. 이는 공무원위원의 경우에는 당연직 위원인 경우가 많고, 공무원위원의 임명 또는 지명은 일반적으로 개인의 특성이나 전문성에 따른 것이라기보다는 그 위원의 소속 기관, 직위 등 업무에 기인한 것으로서, 해당 위원은 자신이 속한 행정기관의 입장을 대변하는 역할을 하게 되기 때문이다.

공무원위원에 대해 해임 근거를 둘 것인지는 공무원위원의 직위가 특정되는 정도 또는 해당 위원의 해임 시 자격에 맞는 다른 공무원위원으로의 대체 가능 여부 등을 종합적으로 검토하여 결정해야 한다. 공무원위원의 직위가 일정한 직위로 특정되어 있어 해임 시 새로운 위원의 임명 또는 지명이 불가능한 경우에는 해임 규정을 두지 않도록 한다.

해임 또는 해촉 규정을 둘 때, 공무원위원을 “임명”하도록 하고 있는 경우에는 “해임”으로 표현하고, 공무원위원을 “지명”하도록 하고 있는 경우에는 “지명 철회” 또는 “해임”으로 표현한다. 민간위원에 대해서는 “위촉”에 상응하여 “해촉”으로 표현하며, 위촉에 의하지 않고 “추천”만으로 위원이 되는 경우에는 “추천 철회”라는 표현을 사용한다.

임명권자 또는 위촉권자가 별도로 규정되어 있지 않고 관련 행정기관의 장의 지명 또는 공공단체의 추천을 받은 사람이 위원이 되도록 규정되어 있는 경우에는 해당 지명권자 또는 추천권자를 위원직을 상실시킬 수 있는 권한이 있는 자로 규정한다.

입법예시

제○조(위원의 해촉) ○○시장은 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 위원을 해촉(解囑)할 수 있다.

1. 심신장애로 직무를 수행할 수 없게 된 경우
2. 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
3. 직무태만, 품위손상이나 그 밖의 사유로 위원으로 적합하지 않다고 인정되는 경우
4. 제○조제1항(제척 사유를 인용하는 조항임) 각 호의 어느 하나에 해당하는데도 불구하고 회피하지 않는 경우*

* 제척 사유가 있으면 위원 스스로 회피해야 한다는 규정이 있는 경우에 둠

5. 위원 스스로 직무를 수행하기 어렵다는 의사를 밝히는 경우

※ 개별 위원회 특성에 따라 해촉 사유 추가 가능

한편, 조례를 개정하여 새로이 제척·기피·회피에 관한 규정을 두는 경우에는 경과조치를 둘 필요 여부를 검토해야 하는데, ① 개정조례 시행 이전에 발생한 사유라 하더라도 그 사유가 개정조례 시행 당시에는 현재적인 문제로 남아있다면 위원회의 결의의 공정성 확보를 위하여 위원회의 의결에서 배제하는 것이 타당하고, ② 제척·기피·회피에 관한 규정으로 인하여 위원의 자격이 박탈되는 것이 아니라 해당 안건에 대한 의결에만 참여하지 못하게 하는 것이어서 종전 자치법규를 신뢰한 자를 보호할 필요성도 적으므로 경과조치를 규정하지 않는다.

라) 위원장

합의제 기관인 위원회를 대외적으로 대표하는 자가 위원장이다. 위원장의 직무를 규정할 때에는 일반적으로 “위원장은 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현한다.¹⁶⁶⁾

위원회에 두 명 이상의 공동위원장이 있는 경우에는 해당 위원회의 성격을 고려하여, 공동위원장이 위원회의 대표행위 등을 각자 해도 무방한 경우에는 “공동위원장은 각자 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현하고, 위원장의 대표행위 등을 공동으로 하도록 할 필요가 있는 경우에는 “공동위원장은 공동으로 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현한다.

위원장이 사고 등 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에 대비하여 부위원장이나 위원장이 미리 지명한 위원이 위원장의 직무를 대행하도록 하는 규정을 둔다. 위원장의 직무대행에 관한 사항은 일반적으로 “위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 (부위원장이 그 직무를 대행하고, 위원장과 부위원장이 모두 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없을 때에는) 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다.”라고 규정한다.¹⁶⁷⁾¹⁶⁸⁾

166) 기존의 입법례에는 “... 위원회의 사무를 통할한다”, “... 직무를 통할한다”, 등 다양한 표현이 사용되었다.

167) 공동위원장의 직무대행과 관련하여서는 다음과 같은 입법례가 있다.

「공직인사혁신위원회의 설치 및 운영에 관한 규정」

제4조(위원장의 직무) ① 위원장은 각자 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.

② 위원장이 모두 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원회가 미리 정한 위원이 그 직무를 대행한다.

마) 위원회의 존속기한

지방자치단체는 자문기관을 설치할 때에 계속하여 존치시켜야 할 명백한 사유가 없는 경우에는 존속기한을 정하여 조례에 명시해야 한다. 이 경우 존속기한은 5년의 범위에서 목적을 달성하는 데 필요한 최소한의 기간으로 한다.¹⁶⁹⁾

3) 위원회의 운영

가) 출석 회의의 원칙

다양한 의견을 제시할 기회를 부여하고 토론을 통해 합의를 도출한다는 위원회 제도의 취지를 고려하여 위원회는 출석하여 회의(화상회의를 포함한다)하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 안건의 내용이 경미하거나 긴급한 사유로 위원이 출석하는 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 그 예외를 인정하여 서면결의 등의 방법이 가능하도록 할 수 있다.

서면결의를 인정하려면 이는 회의 방식의 중요한 예외를 인정하는 것이므로 위원회 설치 근거가 되는 조례에서 이에 관한 규정을 두어야 한다. 이 경우 서면결의 사유를 지나치게 확대하게 되면 위원회의 운영이 형해화될 수 있으므로 그 사유는 가급적 예외적인 경우로 한정해야 한다.¹⁷⁰⁾

「통상조약 국내대책위원회 규정」

제4조(공동위원장 등) ① ~ ③ (생략)

④ 공동위원장 모두가 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 산업통상자원부장관인 공동위원장이 미리 지명한 위원이 공동위원장의 직무를 대행한다.

168) 행정기관의 권한을 부득이한 사유로 행사할 수 없는 경우에 보조기관이나 다른 행정기관으로 하여금 권한을 가진 본래의 행정기관을 위한 권한 행사라는 사실을 표시하고 대리기관 명의로 권한을 행사하는 것은 “직무대리”에 해당하나, 다수의 입법례는 “대행”으로 표현하고 있다.

169) 「지방자치법 시행령」 제80조

170) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제9조제2항 및 같은 법 시행령 제5조제2항에서는 1. 안건의 내용이 경미한 경우, 2. 긴급한 사유로 위원이 출석하는 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우, 3. 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 위원의 출석에 의한 의사정족수를 채우기 어려운 경우에 한정하여 서면결의를 할 수 있도록 규정하고 있다.

나) 회의의 소집권자에 관한 규정

위원회의 회의에 관하여 중요한 규정은 회의의 소집권자 및 절차와 회의의 의사정족수 및 의결정족수에 관한 규정이다.

위원회의 회의는 위원장이 소집하는 것이 원칙이고, 행정기관의 장이나 일정한 수 이상의 위원이 소집을 요구한 경우에 위원장이 소집하도록 하는 경우도 있다. 일반적으로 “위원장은 위원회의 회의를 소집하며, 그 의장이 된다.”, 또는 “위원회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정할 때(또는 위원 ○명 이상의 요구가 있을 때) 위원장이 소집한다.”고 규정한다.

위원장이 복수인 경우에는 공동위원장 중 누가 회의를 소집하고 그 의장이 되는지 불분명하므로, 해당 위원회의 성격을 고려하여 조례에 소집권자를 특정해 두거나 공동위원장이 협의하여 또는 공동으로 소집한다는 등의 소집방법에 관한 규정을 두고 소집된 회의에서 공동위원장 중 누가 의장이 되는지를 명확히 규정하도록 한다.¹⁷¹⁾

다) 정족수에 관한 규정

위원회의 의결에 관한 규정에는 다수결의 원칙이 반영되어야 한다. 일반적으로 의사정족수와 의결정족수를 함께 규정하고, 의결정족수는 특별한 사유가 없으면 과반수로 정한다. 일반적으로 “위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정한다. 의결정족수만 규정하는 경우에는 “위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정한다.

171) 공동위원장 중 소집권자를 특정한 입법례: 「국민 평생 직업능력 개발법 시행령」 제20조의4제7항
공동위원장이 협의하여 소집하도록 한 입법례: 「접경지역 지원 특별법 시행령」 제11조제2항
공동위원장 공동으로 소집하도록 한 입법례: 「기업 활력 제고를 위한 특별법 시행령」 제6조제1항

입법례 • 위원회의 소집 및 정족수에 관한 규정사례

보령시 향토문화유산 보호 및 관리 조례

제8조(위원회의 운영) ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고, 그 의장이 된다.

② 위원회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정하거나 재적위원 3분의 1 이상이 요구하는 경우에 위원장이 소집한다.

③ 위원회의 회의는 재적위원 과반수 출석으로 개의(開議)하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

④ (생략)

위원회에서 가부동수인 경우의 의사결정 방법과 관련하여 종전에는 “과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정하면서 가부동수이면 가결된 것으로 하거나, 위원장에게 결정권을 행사하도록 한 입법례가 있었다. 그러나 가부동수이면 과반수의 찬성이 아니므로 부결된 것으로 보는 것이 당연하고, 또한 위원장에게 표결권 외에 다시 결정권을 주는 것은 의사결정의 민주적 방식에 부합되지 않으므로 특별한 사유가 없으면 이러한 규정은 두지 않도록 한다.¹⁷²⁾

라) 분과위원회 등에 관한 규정

위원회의 효율적 운영을 위하여 필요하면 위원회에 분과위원회나 소위원회 등을 둘 수 있다. 분과위원회나 소위원회의 위원은 본 위원회의 위원으로 구성된다.¹⁷³⁾ 특히 분과위원회는 위원들을 전문분야별로 나누어 구성하며, 해당 분야의 안전에 대해 사전에 검토하게 하고 의견조정을 한다.

일반적으로 “위원회는 위원회의 업무를 효율적으로 수행하는 데에 필요하면 위원회에 분과위원회(또는 소위원회)를 둘 수 있다.”고 규정한다. 분과위원회 또는 소위원회에 관한 세부적 내용에 대해서는 “분과위원회(소위원회)의 설치·운영 등에 필요한

172) “가부동수인 경우 위원장이 결정권을 가진다.”는 규정이 처음에는 위원장이 표결에 참여하지 않고, 가부동수인 경우에만 위원장이 표결에 참여하여 결정권을 행사한다는 취지인 경우가 있었다. 이 경우 의사결정의 민주적 방식에는 어긋나지는 않으나, 위원장이 두 표를 행사할 수 있는 것으로 오인될 우려가 있으므로 이러한 표현을 두지 않도록 한다.

173) 본 위원회의 위원으로 구성하지 않는 경우에는 실무위원회나 전문위원회 같은 별도의 명칭을 붙여야 할 것이다.

사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.”고 규정하여 위원장에게 위임하는 것이 일반적이다.

분과위원회 또는 소위원회의 의결을 본 위원회의 의결로 간주하려면 본 위원회의 설치 근거가 되는 조례에 이를 규정해야 한다. 다만, 법령에서 위원회의 심의를 거치도록 하고 있는 경우에는 별도의 위임이 없는 한 조례에서 분과위원회 또는 소위원회의 의결을 본 위원회의 의결로 간주하는 규정을 둘 수 없다.

또한, 법령에서 위원회의 구성 및 운영에 관한 사항을 자세히 규정하고 있는 경우에는 조례로 분과위원회 또는 소위원회를 설치할 수 없는 것으로 해석될 여지가 있으므로 세부적인 검토가 필요하다.

분과위원회나 소위원회와는 달리 실무위원회나 전문위원회 등은 본 위원회 위원이 아닌 사람으로 구성되고, 그 기능 및 역할도 본 위원회에서 심의되는 안전에 대한 사전 조사·연구·검토·조정 등으로 제한적인 경우가 대부분이다. 따라서 실무위원회나 전문위원회 등은 본 위원회의 의사를 대표할 수 있는 요건을 갖추었다고 볼 수 없으며, 본 위원회와 구성원이 다른 실무위원회나 전문위원회 등의 심의·의결을 본 위원회의 심의·의결로 간주하는 경우 본 위원회의 기능을 형해화시킬 우려가 있으므로, 실무위원회나 전문위원회 등의 심의·의결을 본 위원회의 심의·의결로 간주하는 규정은 두지 않는 것이 바람직하다.

마) 간사

위원회에는 위원회의 실무를 담당하는 간사를 둘 수 있다. 간사를 두는 경우 별도의 인력이나 재원을 필요로 하지 않으므로 간사를 두는 데에 대한 제한은 없다. 다만, 간사가 구체적으로 누구인지 특정되지 않는 경우가 있을 수 있으므로, “△△ 관련 업무 담당 공무원 중에서 해당 ○○○이 지명하는 사람”으로 구체화하도록 한다. 또한 “○○국장 또는 △△과장”으로 규정하는 경우에는 해당 국이나 과가 행정기구 설치 조례에 명시적인 근거가 있어야 한다.¹⁷⁴⁾

174) “○○팀장” 또는 “○○계장”으로 규정하는 사례가 있으나, 통상적으로 “팀” 또는 “계”는 행정기구 설치 조례에 따른 조직이 아니므로 조례에 규정하지 않도록 한다.

입법예시

제○조(간사) ① 위원회에 위원회의 사무를 처리할 간사 1명을 둔다.

② 간사는 ○○ 관련 업무 담당 공무원 중에서 ○○지방자치단체의 장이 지명한다(또는 간사는 ○○국장(과장)이 된다).

바) 위원의 수당 등에 관한 규정

행정기관의 장은 위원회에 출석한 위원에게 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다. 다만, 공무원인 위원이 그 소관 업무와 직접적으로 관련되는 위원회에 출석하는 경우에는 수당을 지급하지 않는다.¹⁷⁵⁾

지방자치단체의 위원회 관련 조례¹⁷⁶⁾를 두고 있지 않는 경우에는 개별 위원회 조례에서 수당 지급에 관한 규정을 두어야 하나, 지방자치단체의 위원회 관련 조례에서 위원의 수당 지급에 관한 사항을 규정한 경우에는 위원회 관련 조례에 따라 수당 지급이 가능하므로 개별 위원회 조례에서 따로 수당 등에 관한 규정을 두지 않는다.

사) 그 밖의 규정

위원회의 업무를 처리하는 데에 필요하면 위원회의 심의에 앞서 실무자 간의 협의·조정을 위한 실무위원회 규정, 전문적인 조사·연구를 위한 전문위원 규정,¹⁷⁷⁾ 회의록 작성·보존에 관한 규정¹⁷⁸⁾, 자료의 수집을 위한 관계 기관에 대한 협조 요청

175) 지방자치단체 소속 위원회의 위원에 대한 수당 지급에 관하여 「지방자치단체 세출예산 집행기준」(행정안전부 예규)에서는, 공무원인 경우 직접 자기가 담당하는 사무뿐만 아니라 자기가 소속된 지방자치단체에 설치된 위원회에 당연직 위원으로 참여하는 경우에는 위원회 참석수당을 지급할 수 없도록 하고 있다.

176) 「○○시·군·구 각종 위원회 설치 및 운영 조례」 또는 「○○시·군·구 각종 위원회 실비변상 조례」 등

177) 위원회 규정에서 실무위원이나 전문위원 등에 관해서 규정하고 있는 경우가 있으나, 실무위원이나 전문위원은 위원회의 원활한 운영을 위해서 지원하는 자로 보아야 하며, 별다른 규정이 없다면 위원회의 위원의 신분을 가지는 것은 아니다.

178) 회의록 작성·보존과 관련하여 그 주체를 해당 위원회로 규정하거나 해당 위원회의 위원장 또는 간사로 규정한 입법례를 볼 수 있다. 회의록 작성·보존 의무는 간사, 위원장 등 개별 구성원의 의무가 아니라 위원회 자체의 의무로 볼 수 있고, 실질적으로 누가 회의록을 작성·보존할지에 관해서는 위원회 내부 규정 등을 통해 결정할 수 있으므로, 간사나 위원장이 아닌 위원회 자체를 회의록 작성·보존 권한의 주체로 명시하는 것이 바람직하다. 다만, 지방자치단체의 의사를 결정하고 이를 대외적으로 표시하는 권한이 있는 합의회행정기관인 위원회와 달리 지방자치단체의 의사결정에 보조적인 역할을 수행하는

규정, 이해관계인의 의견수렴을 위한 공청회·세미나의 개최에 관한 규정을 둘 수 있다.

그리고 위원회의 운영에 관한 구체적인 사항은 규칙에 위임하는 규정을 두거나, 보다 세부적인 사항은 위원장이 위원회의 의결을 거쳐 운영세칙으로 정하도록 하기도 한다.

위원회의 경우에는 위원회를 법령상 회의록의 작성·보존 주체로 규정하는 것은 적절하지 않고, 해당 위원회가 소속된 지방자치단체의 장을 회의록의 작성·보존 주체로 규정하는 것이 바람직하다. 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제13조제3항에서도 위원회의 회의록은 행정기관의 장이 작성하도록 규정하고 있다.

Q&A | 질의 · 답변

Q1 법령규정에 따라 조례로 위원회에 관해 규정하는 경우 법령에서 사용하고 있는 위원회 명칭을 그대로 사용해야 하는지?

A 법령에서 지방자치단체에 위원회를 설치하도록 정하고 있는 경우 이러한 법령의 규정은 위원회 명칭·심의사항·구성방법 등에 대하여 조례제정권한에 일정한 제한을 부과하고 있다고 보아야 하므로 해당 지방자치단체는 위원회를 법령에서 정한 명칭과 형태로 조직·운영할 의무가 있음.
따라서 법령에 규정된 위원회의 명칭을 조례에서 변경할 수 없음. 다만, 다른 지방자치단체에 설치되는 위원회와 구별하기 위해 해당 지방자치단체의 명칭을 위원회 명칭에 추가할 수는 있음.¹⁷⁹⁾

Q2 위원회 위원의 연임을 제한할 경우, 연임 후 일정 기간이 지난 후 다시 위촉할 수 있는지?

A 연임이란 “하나의 직위에 임기가 만료된 후 새로운 임기의 시작과 함께 연이어 취임하는 것”을 의미하고, 중임이란 “단임의 반대의미로 하나의 직위에 임기가 만료된 후 바로 이어서 또는 일정기간이 지난 후에 다시 취임하는 것”을 의미함. 연임은 계속 위임을 제한하는 것이므로 그 임기를 마친 위원이 일정 기간이 지난 후 다시 위촉되는 것을 금지하려는 중임 제한의 의미는 아니라고 할 것이므로, 연임 후 일정 기간이 지난 후 다시 위촉할 수 있음. 다만, 별도의 규정이 없더라도 위원의 임기에 비추어 지나치게 짧은 기간이 경과한 후 다시 위원으로 위촉하는 것은 연임 제한 규정을 둔 취지에 맞지 않으므로, 통상적인 관점에서 연임으로 볼 수 없을 만큼의 상당한기간이 경과한 후 다시 위원으로 위촉하는 것이 관련 규정에서 연임을 제한한 취지에 부합함.¹⁸⁰⁾

179) 법제처 2015. 5. 19. 회신 16-0125 의견제시 사례

180) 법제처 2017. 1. 12. 회신 17-0009 의견제시 사례

Q3

법령에 따라 설치된 자문기관과 조례에 따라 설치된 자문기관을 통합·운영할 수 있는지?

A

「지방자치법」 제130조에서는 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 자문기관(소관 사무에 대한 자문에 응하거나 협의, 심의 등을 목적으로 하는 심의회, 위원회 등을 말함)을 설치·운영할 수 있고(제1항), 이렇게 설치되는 자문기관은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영할 수 있도록 하고 있으나(제4항), 법령에 따라 설치된 자문기관은 그 명칭·심의사항·구성방법 등에 대하여 해당 법령에서 지방자치단체의 권한에 일정한 제한을 두고 있으므로 원칙적으로 이러한 자문기관 간 통합·운영이 제한된다고 할 것임.

그러나 예외적으로 법령에 따라 설치된 자문기관과의 명칭과 법령에서 규정한 심의사항 등을 유지하면서 다른 조례로 정한 자문기관의 심의사항을 추가하여 심의하도록 하는 것은 가능하다고 할 것임.

제2편
제2장본칙
규정

8. 행정절차

가. 입법예고

1) 입법예고의 의의

지방자치단체의 장이 자치법규를 제정·개정하기 위해서는 자치법규안을 확정된 후 입법예고를 해야 한다. 입법예고는 정부나 지방자치단체가 법령안이나 자치법규안을 마련하는 과정에서 국민의 의견을 수렴하여 그 민주적 정당성을 확보하기 위한 제도이다.

법령안 또는 자치법규안의 내용을 국민에게 미리 예고하고, 공개하여 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법 내용에 반영함으로써 입법과정에 대한 국민의 참여기회를 확대하고, 입법 내용의 민주화를 도모하며, 법령 또는 자치법규의 실효성을 높여 정책을 효율적으로 수행하기 위하여 1983년부터 실시되어 왔으며, 「행정절차법」과 「법제업무 운영규정」에 근거를 두고 시행하고 있다.

2) 입법예고 관련 법령 규정

「행정절차법」에서는 법령등(법령 또는 자치법규)을 제정, 개정 또는 폐지하려는 경우에는 해당 입법안을 예고하도록 규정하고 있다. 다만, ① 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우, ② 상위 법령등의 단순한 집행을 위한 경우, ③ 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우, ④ 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우, ⑤ 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 예외적으로 입법예고를 생략할 수 있도록 하고 있다. 그리고 입법안을 마련한 행정청은 입법예고 후 예고내용에 국민생활과 직접 관련된 내용이 추가되는 등 대통령령으로 정하는 중요한 변경이 발생하는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 하도록 하고 있다.

입법예고는 특별한 사정이 없으면 법령의 경우는 40일 이상, 자치법규의 경우에는 20일 이상 하도록 되어 있다. 이 경우 입법예고 기간은 「행정기본법」 제6조 및 「민법」에 따라 산정하면 되는데, 입법예고 사항을 공보 등에 게재한 날(초일)은 기간에 산입하지 않고(「민법」 제157조), 기간 말일의 종료로 기간이 만료하며(「민법」 제159조), 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 경우에는 그 다음 날에 만료하게 된다(「민법」 제161조).¹⁸¹⁾

▶ 「행정절차법」

제41조(행정상 입법예고) ① 법령등을 제정·개정 또는 폐지(이하 “입법”이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고해야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우
2. 상위 법령등의 단순한 집행을 위한 경우
3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우

② 삭제

③ 법제처장은 입법예고를 하지 아니한 법령안의 심사 요청을 받은 경우에 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는 해당 행정청에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있다.

④ 입법안을 마련한 행정청은 입법예고 후 예고내용에 국민생활과 직접 관련된 내용이 추가되는 등 대통령령으로 정하는 중요한 변경이 발생하는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 해야 한다. 다만, 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

⑤ 입법예고의 기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제43조(예고기간) 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일(자치법규는 20일) 이상으로 한다.

181) 예를 들어, 2월 1일에 조례안에 대해 입법예고를 하는 경우 초일은 기간에 산입하지 않으므로 2월 2일부터 기간을 계산한다. 따라서 20일 이상 입법예고를 하기 위해서는 2월 21일 이후로 입법예고 종료일을 정해야 한다. 다만, 2월 21일이 일요일인 경우에는 그 다음날인 2월 22일 이후로 입법예고 종료일을 정해야 한다.

■ 제2편 세부 입안기준

▶ 「행정절차법 시행령」

제23조(행정상 입법예고) 행정상 입법예고에 관하여는 법제업무운영규정이 정하는 바에 따른다.

▶ 「법제업무 운영규정」

제20조(자치법규안 입법예고) ① 지방자치단체의 장은 자치법규안에 대하여 입법예고를 하는 경우 공보 외에도 신문, 인터넷, 방송, 이해관계가 있는 단체 또는 기관의 간행물 등을 활용하여 입법할 내용을 널리 알리기 위하여 필요한 조치를 마련하여야 한다.

② 지방자치단체의 장은 자치법규안에 대하여 입법예고를 하는 경우 자치법규안의 주요 내용, 제출의견 접수기관, 의견제출 기간, 인터넷 홈페이지 주소 등을 명시하고, 인터넷 홈페이지에는 예고할 내용의 전문(신·구조문대비표를 포함한다)을 게재하여야 한다.

③ 자치법규안에 대한 입법예고 시 제출된 의견의 처리 및 그 처리 결과 등의 통지에 관하여는 제18조제1항을 준용한다.

④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 자치법규안의 입법예고에 관하여는 지방자치단체의 조례로 정한다.

「법제업무 운영규정」 제20조제4항에 따르면 같은 조 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 자치법규안의 입법예고에 관하여는 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체에서는 조례로 입법예고에 대한 구체적인 기준과 절차를 규정해야 할 것이다.

의견제시 사례

한편, 「법제업무 운영규정」 제20조제4항에서는 자치법규안의 입법예고의 방법 및 제출된 의견의 처리 등에 관한 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 자치법규안의 입법예고에 관하여는 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고 있습니다. 결국, 「행정절차법」 제43조와 「법제업무 운영규정」 제20조 등을 종합적으로 고려하면, 원칙적으로 자치법규의 입법예고 기간을 20일로 하고 있는 「행정절차법」 제43조의 입법취지를 벗어나지 않는 범위에서 지방자치단체는 입법예고 기간을 단축할 수 있는 “특별한 사정”을 조례에 규정할 수 있을 것입니다. 하지만, 입법예고 제도는 원칙적으로 국민의 권리 의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정·폐지하는 경우 입법안의 취지 및 주요내용을 미리 예고하여 입법내용에 대한 문제점을 검토하고 국민의 의사를 수렴·반영하여 국민의 입법 참여 기회를 확대해 입법의 민주화를 기하고, 법령의 실효성을 높여 국가정책 수행의 효율화를 도모하는 데 목적이 있는 제도라고 할 것인바, 이러한 입법예고 제도의 취지를 고려해볼 때, 입법예고의 생략 및 단축은 예외적으로 신중하게 허용되어야 할 것인 점(법제처 2012. 7. 17. 의견 12-0237 제시사례 참조), 법령안

의 입법예고와 관련하여 「법제업무 운영규정」 제14조제2항에서는 법령안 주관기관의 장은 특별한 사정이 있어 입법예고 기간을 「행정절차법」 제43조에서 정한 법령의 최단 입법예고 기간 미만으로 줄이려는 경우에는 법제처장과 협의해야 한다고 규정함으로써, 실제로 입법 예고기간을 단축시키려는 경우에 법령안 주관기관의 장의 독자적인 결정에 따르도록 하지 않고 법제처장과 협의를 거치도록 하고 있을 뿐만 아니라 이러한 협의 시 입법예고 기간을 단축할 수 있는 “특별한 사정”이 있는지 여부를 엄격하게 판단하고 있는 점 등을 고려할 때, 「00도 자치법규 입법예고에 관한 조례」 제7조 단서를 개정하여 “도지사가 특히 필요하다고 인정하는 경우”에 입법예고 기간을 20일 미만으로 단축할 수 있도록 규정하는 것은 바람직하지 않고, 현행 「00도 자치법규 입법예고에 관한 조례」 제7조제2항과 같이 입법예고 기간을 단축할 수 있는 “특별한 사정”을 구체적으로 규정하는 것이 바람직한 것으로 판단됩니다(법제처 2016. 7. 29. 회신 16-0152 의견제시 사례).

의견제시 사례

「지방자치법」 제22조 및 「법제업무 운영규정」 제20조제2항에 비추어 볼 때, 상위법령에 위반되지 않는 범위에서 조례로 자치법규안의 입법예고에 관하여 규정할 수 있을 것이고, 이러한 조례에 규정할 수 있는 내용에는 입법예고 시 이용할 수 있는 매체에 관한 것도 포함될 것입니다. 앞서 살펴 본 바와 같이 「행정절차법」 제42조제1항에서 입법예고 시 이용할 수 있는 매체의 종류에 제한을 가하고 있지 않은바, 이는 가급적 국민들에게 입법예고의 내용을 널리 알릴 수 있도록 다양한 수단을 이용할 수 있게 하려는 취지라 할 것이고, 지방자치단체의 장의 입법예고 시 지역신문을 통한 입법예고를 의무적으로 하도록 조례를 개정하더라도 이로 인해 지방자치단체의 장이 지방신문 외의 다른 수단을 이용하여 입법예고를 하는 것이 제한되는 것은 아니므로, 지방의회가 지방자치단체의 장의 입법예고 시 지역신문을 통한 입법예고를 의무적으로 하도록 조례를 개정하는 것이 「행정절차법」 등 상위법에 위반된다고 볼 수는 없을 것입니다(법제처 2013. 5. 14. 회신 13-0127 의견제시 사례).

3) 지방의회의원 발의 조례안에 대한 입법예고

「행정절차법」상 입법예고 의무는 지방자치단체의 장이 자치법규를 발의하는 경우에만 적용된다. 지방의회의원이 조례안을 발의하는 경우에는 입법예고 의무가 없다. 그러나 지방의회의원의 조례안 발의가 늘어나고 있고 그 중요성도 계속해서 증대됨에 따라 지방의회의원 발의 조례안에 대한 입법예고를 통하여 주민들의 의견을 듣는 절차가 필요하여 「지방자치법」 제77조제1항에서는 지방의회가 지방의회의원 발의 조례안에 대하여 5일 이상의 기간을 정하여 입법예고를 할 수 있도록 규정하고

있으나, 입법예고는 지방의회의 재량사항이어서 입법예고 의무를 부여하고 있는 것은 아니다.

▶ 「지방자치법」

제77조(조례안 예고) ① 지방의회는 심사대상인 조례안에 대하여 5일 이상의 기간을 정하여 그 취지, 주요 내용, 전문을 공보나 인터넷 홈페이지 등에 게재하는 방법으로 예고할 수 있다.
② 조례안 예고의 방법, 절차, 그 밖에 필요한 사항은 회의규칙으로 정한다.

나. 청문

1) 의의

“청문”이란 행정청이 어떠한 처분을 하기 전에 당사자들의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말한다(「행정절차법」 제2조제5호).

청문절차는 주민의 권익을 보장하기 위하여 행정청이 처분하려 할 때에 처분의 원인이 되는 사실 등을 당사자에게 사전에 통지하여 청문주재자의 주재 하에 당사자의 구술에 의한 주장을 청취하고, 행정청과 당사자 간 또는 당사자 상호 간에 반증을 허용하며, 증거조사를 함으로써 사실 규명과 법령의 해석·적용을 명확히 하려는 절차를 말한다.

2) 관계 법령

「행정절차법」은 행정절차에 관한 일반법으로서 다른 법률에 행정절차에 관하여 특별한 규정이 없으면 「행정절차법」에 따르도록 하고 있으며(「행정절차법」 제3조제1항), 행정청이 청문해야 하는 경우를 ① 다른 법령등¹⁸²⁾에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, ② 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, ③ 인허가 등의 취소에 관한 처분, 신분·자격의 박탈에 관한 처분, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소에 관한 처분을 하는 경우로 규정하고 있다¹⁸³⁾(「행정절차법」 제22조제1항).

182) 「행정절차법」 제2조제1호나목에서는 법령 또는 자치법규를 “법령등”으로 약칭하고 있으므로 지방자치단체의 조례 및 규칙은 법령등에 포함된다.

또한, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 「행정절차법」 제22조제3항에 따라 당사자들에게 의견제출의 기회를 주도록 하고 있다.

3) 청문규정을 두는 기준

「행정절차법」 제22조제1항에서는 청문은 개별 법령, 조례 또는 규칙에 근거가 있거나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, 인허가 등의 취소에 관한 처분, 신분·자격의 박탈에 관한 처분, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소에 관한 처분을 하는 경우 실시하도록 하고 있기 때문에 개별 법령, 조례 또는 규칙에 청문을 거치도록 하는 규정이 없다면 행정청은 청문을 거치지 않고 행정처분을 할 수 있게 된다.

따라서 행정처분을 하기 전에 청문의 기회를 보장하는 것이 필요한 경우 법령에 청문에 관한 규정이 없다면 조례 또는 규칙에 청문에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다. 다만, 개별 법령에 청문에 관한 규정이 있는 경우에는 해당 규정을 근거로 청문을 하면 되므로 조례·규칙에서 별도의 규정을 둘 필요는 없을 것이다.

청문의 실시방법·절차 등은 「행정절차법」상의 청문의 실시방법·절차 등의 규정에 따라 실시하여야 하고, 법령의 위임이 없는 경우에는 조례·규칙으로 이와 다른 규정을 둘 수 없으므로 이에 관한 규정을 두지 아니한다.

한편, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 조례·규칙에 규정이 없더라도 「행정절차법」 제22조제3항에 따라 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 하므로 의견제출에 대해서는 조례·규칙에 별도의 규정을 둘 필요가 없다.

183) 종전에는 ③에 해당하는 「행정절차법」 제22조제1항제3호 각 목의 처분 시 의견제출기한 내에 당사자들의 신청이 있는 경우 청문을 실시하도록 하였으나 개정된 「행정절차법」(법률 제18748호, 2022. 1. 11. 공포, 2022. 7. 12. 시행)에서 제22조제1항제3호 각 목의 처분 시 의무적으로 청문을 실시하도록 규정하고 있다.

4) 규정방법

조례에서 규정하고 있는 특정 행정처분에 대해서만 청문규정을 두려는 경우에는 해당 행정처분에 관한 절차를 규정하는 조문에서 한 항으로 청문을 규정하는 것이 이해의 편의를 위하여 더 나을 수 있다.

입법례 ▶ 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」

제30조(법령 등의 위반자에 대한 행정처분) ① 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 적발한 경우에는 그 허가를 취소할 수 있으며, 해당 행위자(위반행위에 이용된 건축물·공작물·토지의 소유자·관리자 또는 점유자를 포함한다. 이하 “위반행위자 등”이라 한다)에 대하여 공사의 중지 또는 상당한 기간을 정하여 건축물·공작물 등의 철거·폐쇄·개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 조치를 명(이하 “시정명령”이라 한다)할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)
- ② ~ ⑥ (생략)
- ⑦ 제1항 및 제4항에 따라 허가를 취소하려면 청문을 하여야 한다.

이런 특별한 경우가 아니라면 청문 규정을 보칙 장에 규정하는 것이 통일성을 기하고 검색의 편의를 제고하기 위하여 바람직하다. 특히 행정처분의 근거 규정이 둘 이상의 조문으로 되어 있으면 보칙의 장에서 일괄하여 청문규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직할 것이다.

입법례 ▶ 「계량에 관한 법률」

제66조(청문) ① 산업통상자원부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.

1. 제18조제1항에 따른 형식승인기관 지정의 취소 및 업무의 정지
2. 제19조제1항에 따른 형식승인의 취소
3. 제28조제1항에 따른 검정기관 또는 자체검정사업자 지정의 취소 및 업무의 정지
4. 제46조제1항에 따른 적합성확인기관 지정의 취소 및 업무의 정지
5. 제16조제2항, 제26조제2항·제3항 또는 제44조제2항에 따른 형식승인기관, 검정기관, 자체검정사업자 또는 적합성확인기관 지정신청의 거부

② 시·도지사는 제13조 및 제33조제1항에 따른 등록·지정을 취소하거나 영업소의 폐쇄를 명하려면 청문을 하여야 한다.

인허가 취소, 철거·폐쇄 명령 등 행정처분 권한을 하급행정기관 등에 위임하는 경우 해당 행정처분을 하기에 앞서 하는 청문도 행정처분 권한을 위임받은 기관이 하는 것이 타당하므로 권한 위임 관련 조항에 청문에 관한 권한 위임도 명시적으로 규정해야 한다.

▶ 「잔류성오염물질 관리법 시행령」

제24조(권한의 위임) 환경부장관은 법 제31조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 유역환경청장 또는 지방환경청장(이하 “지방환경관서의 장”이라 한다)에게 위임한다.

1. (생략)
2. 법 제16조 및 제30조에 따른 개선명령, 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
- 2의2. ~ 5. (생략)
6. 법 제19조제4항 및 제30조에 따른 배출사업자에 대한 배출시설의 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
7. · 8. (생략)
- 8의2. 법 제23조제3항 및 제30조에 따른 잔류성오염물질함유폐기물을 재활용하려는 자에 대한 해당 시설의 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
9. · 10. (생략)

9. 출자·출연 기관 및 공기업

가. 출자·출연 기관

1) 적용 대상 등

지방자치단체가 출자·출연 기관을 무분별하게 설립하는 것을 막고, 출자·출연 기관의 운영 과정에서 나타나는 비효율성과 중복성을 바로잡기 위하여 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」(법률 제12507호)이 제정되어 2014. 9. 25. 시행되었다.

「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따르면 지방자치단체는
① 문화, 예술, 장학, 체육, 의료 등의 분야에서 주민의 복리 증진에 이바지할 수

있는 사업, ② 지역주민의 소득을 증대시키고 지역경제를 발전시키며 지역개발을 활성화하고 촉진하는 데에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 자본금 또는 재산의 전액을 출자 또는 출연하거나 지방자치단체 외의 자와 공동으로 출자하거나 출연하여 「상법」에 따른 주식회사나 「민법」 또는 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 재단법인을 설립할 수 있고(제4조제1항), 행정안전부장관은 매 회계연도 개시 후 1개월 이내에 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장과 협의하여 해당 법의 적용 대상이 되는 출자·출연 기관을 지정·고시할 수 있도록 하고 있다(제5조).

지방자치단체의 장 외에 교육감이 출연하여 설립한 재단법인이 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제2조제1항에 따른 “지방자치단체가 설립한 재단법인”에 해당하는지 논란이 있을 수 있는데, 「지방교육자치에 관한 법률」 제3조에서 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 하면서, 이 경우 “지방자치단체의 장” 또는 “시·도지사”는 “교육감”으로 보도록 하고 있는 점 등을 고려할 때 교육감이 출연하여 설립한 재단법인도 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제2조제1항에 따른 “지방자치단체가 설립한 재단법인”에 해당한다고 보아야 할 것이다.

법제처 해석례

지방출자출연법*에서는 협의, 감독, 평가 등을 하는 기관으로 “지방자치단체의 장”만을 규정하고, “교육감”에 관해서는 명시적인 규정을 두고 있지는 않으나, 「지방교육자치에 관한 법률」 제3조에서 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 하면서, 이 경우 “지방자치단체의 장” 또는 “시·도지사”는 “교육감”으로 보도록 하고 있는 점, 광역지방자치단체는 일반사무에 “지방자치단체의 장”, 교육·학예 사무에 “교육감”이라는 두 개의 집행기관을 두고 있는 점에 비추어 볼 때, 교육·학예에 관한 사무와 관련하여 출자한 재단법인에 대해 지방출자출연법을 적용하는 경우에는 교육감이 “지방자치단체의 장”의 지위를 가진다고 보아야 할 것입니다. 이상과 같은 점을 종합해 볼 때, 교육감이 교육비특별회계에서 출연하여 설립한 재단법인은 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제2조제1항에서의 “지방자치단체가 설립한 재단법인”에 해당한다고 할 것입니다(법제처 2015. 9. 24. 회신 15-0499 해석례).

* 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」

또한, 국가와 지방자치단체가 공동으로 출연하여 설립한 기관이 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제2조제1항에 따른 “지방자치단체가 설립한 기관”에 해당하는지와 관련해서는 국가와 지방자치단체가 해당 기관의 기본재산을 공동으로 출연하고 정관작성 등의 설립행위를 공동으로 한 경우에는 국가와 지방자치단체가 모두 해당 기관을 “설립”한 것으로 보아야 할 것이고, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제4조제1항에서는 지방자치단체가 “지방자치단체 외의 자”와 공동으로 출자·출연하여 「상법」에 따른 주식회사나 「민법」에 따른 재단법인 등을 설립할 수 있도록 규정하고 있는데, “지방자치단체 외의 자”의 범위에서 국가 또는 국가기관을 제외하고 있지 않을 뿐만 아니라 그 범위에서 국가 또는 국가기관이 제외된다고 볼 만한 사정도 없다. 이와 같은 점을 종합해 볼 때, 국가와 지방자치단체가 공동으로 출연하여 설립한 기관은 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제2조제1항에 따른 지방자치단체가 설립한 기관에 해당한다고 할 것이다.¹⁸⁴⁾

2) 설립 및 운영

「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따른 출자·출연 기관을 설립하려는 지방자치단체는 출자·출연 기관 운영심의위원회의 심의·의결을 거쳐 출자·출연 기관의 설립·운영의 타당성 등에 대해 미리 검토해야 하고(제7조 제1항), 출자·출연 기관의 설립 목적, 주요 업무와 사업, 출자 또는 출연의 근거와 방법 등에 관한 사항을 포함한 조례안을 입법예고하기 전에 시·도지사는 행정안전부장관과, 시장·군수·구청장은 관할 시·도지사와 협의해야 한다(제7조제2항). 이 경우 시·도지사나 시장·군수·구청장은 행정안전부장관이나 관할 시·도지사와의 협의 결과를 존중해야 할 것이나 그 협의 결과에 법적으로 기속되지 않는다고 할 것이다.¹⁸⁵⁾

출자·출연 기관은 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따라 출자·출연 기관으로 지정된 후 3개월 이내에 목적, 명칭, 주된 사무소가 있는 곳

184) 법제처 2015. 10. 15. 회신 15-0435 해석례 참조

185) 법제처 2017. 3. 13. 회신 16-0602 해석례 참조

등이 기재된 정관을 작성하여 미리 지방자치단체의 장과 협의해야 하고, 이를 변경하는 경우에도 동일하다(제8조). 정관 변경 시 지방자치단체의 장과 협의 후 지방의회의 승인을 받도록 하는 경우가 있는데, 상위법령인 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제8조제2항, 「민법」 제45조제3항 및 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률 시행령」 제10조를 종합하여 보면 출자·출연 기관의 정관을 변경하려는 경우 미리 지방자치단체의 장과 협의하여 주무관청의 허가를 받도록 규정하고 있을 뿐, 지방의회가 직접 출자·출연 기관에 대하여 견제할 수 있도록 법령에 근거를 두거나 조례로 정하도록 위임한 사항이 없으므로 정관 변경 시 지방자치단체의 장과 협의 후 지방의회의 승인을 받도록 하는 것은 상위법령에 위반될 소지가 있어 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

의견제시 사례

이 사안 오산시 애향장학재단의 정관변경과 관련한 상위법령 규정인 지방출자출연법 제8조 제2항, 「민법」 제45조제3항 및 공익법인법 시행령 제10조를 종합하여 보면, 공익법인이 정관을 변경하려는 경우에는 미리 지방자치단체의 장과 협의하여 주무관청의 허가를 받도록 규정하고 있을 뿐, 지방의회가 직접 출자·출연기관에 대하여 견제할 수 있도록 법령에 근거를 두거나 조례로 정하도록 위임한 사항은 없는 것으로 보입니다. 또한, 오산시 조례안의 내용이 지방의회 승인을 정관변경의 필수적 절차로 두고 지방자치단체의 장과 협의가 되었다 하더라도 지방의회의 사전 승인이 없이는 주무관청에 대해 정관변경 허가 신청을 할 수 없도록 하는 취지라면, 이는 법령에서 인정하고 있는 범위를 넘어 새로운 정관변경 허가 절차를 추가하게 되는 것으로 결국 조례가 상위법령의 효력을 좌우하게 되는 결과를 가져오게 되는 바, 이는 상위법령에 위반될 소지가 있습니다(법제처 2016. 4. 27. 회신 16-0071 의견제시 사례).

「지방자치법」 제51조에서는 지방자치단체의 장이나 관계 공무원은 지방의회나 그 위원회에 출석하여 행정사무의 처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 답변할 수 있고(제1항), 지방자치단체의 장이나 관계 공무원은 지방의회나 그 위원회가 요구하면 출석·답변하도록 규정하고 있다. 다만, 특별한 이유가 있으면 지방자치단체의 장은 관계 공무원에게 출석·답변하게 할 수 있으며(제2항). 지방의회나 그 위원회에 출석하여 답변할 수 있는 관계 공무원은 조례로 정하도록 규정(제3항)하고 있는데, 여기에서 “관계 공무원”의 범위에 출자·출연기관의 임원은 포함되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제42조에서 규정하고 있는 관계 공무원이란 그 지방자치단체의 공무원 중 해당 행정사무의 처리와 관계있는 공무원을 의미하는 것으로, 지방자치단체의 공무원이란 개별 법령에서 그 범위를 달리 정하지 않는 한 「지방공무원법」 제2조에 따른 공무원을 말한다고 할 것이므로, 수원시가 출자·출연하여 설립한 공사·공단·법인의 임원의 경우에는 「지방자치법」 제42조에 따른 “관계 공무원의 범위”에 포함되지 않는 것으로 보입니다(법제처 2019. 11. 11. 회신 19-0355 의견제시 사례).

출자·출연 기관은 매 회계연도의 사업계획 등을 작성하고, 그에 따른 예산을 회계연도 개시 전까지 편성해야 하고, 예산이 성립되거나 변경되었을 때에는 지체 없이 지방자치단체의 장에게 보고해야 한다(제18조제1항 및 제2항). 그리고 매 회계연도가 끝난 후 2개월 이내에 결산을 완료하고 지체 없이 결산서를 작성하여 지방자치단체의 장에게 제출해야 한다(제19조).

3) 조례 위임 사항

「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에서는 출자·출연 기관의 설립 목적, 주요 업무와 사업, 출자 또는 출연의 근거와 방법, 그 밖에 기관의 운영 등에 관한 기본적인 사항(제4조제3항), 출자·출연 기관의 장과 체결하는 성과계약과 성과계약서의 작성과 평가 등에 관한 구체적인 사항(제11조), 국가 또는 지방자치단체의 사업을 대행하는 경우 비용의 부담 중 지방자치단체 사무에 관한 경비의 범위, 비용부담의 방법·절차, 그 밖에 필요한 사항(제21조), 경영실적 평가와 경영진단 실시의 대상, 방법 및 절차 등에 관한 구체적인 사항(제31조)에 대하여 조례로 정하도록 위임하고 있다.

따라서 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따른 출자·출연 기관과 관련된 조례 입안 시 해당 법률에서 조례로 위임한 사항을 누락하지 않도록 주의해야 할 것이다.

특히, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제정(2014. 9. 25. 시행) 당시 부칙 제5조에서는 이 법 시행 전에 지방자치단체가 출자 또는 출연하여

설립된 기관 중 같은 법 제4조제3항에 따른 조례(① 설립 목적, ② 주요 업무와 사업, ③ 출자 또는 출연의 근거와 방법, ④ 그 밖에 기관의 운영 등에 관한 기본적인 사항)를 제정하지 아니한 지방자치단체는 이 법 시행 후 6개월 이내에 같은 항에 따른 조례를 제정하도록 규정하고 있다. 따라서 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」이 제정되기 전에 지방자치단체가 출자 또는 출연하여 설립된 기관 중 같은 법 제4조제3항에 따른 조례를 제정하지 아니한 지방자치단체는 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」의 시행 후 6개월인 2015년 3월 25일까지는 같은 항에 따른 조례를 제정해야 하며, 그 기간이 지난 후 조례를 제정할 때에도 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 부칙 제5조의 조례 제정 의무가 이행되고 있지 않은 위법상태를 신속하게 해소하기 위하여 같은 법 제4조제3항에서 반드시 조례로 규정하도록 한 사항을 규정하는 것이 바람직할 것이다.

의견제시 사례

... 만약 그 기한 내에 조례를 제정하지 못한 경우 지방자치단체의 조례 제정 의무가 소멸되는 것인지를 살펴보면, 지방출자출연법 제4조제3항을 둔 취지는 지방자치단체가 출자하거나 출연하여 설립한 기관의 운영상 비효율성과 중복성 등 문제점을 해소하기 위해 출자·출연 기관의 설립 목적, 주요 업무와 사업, 출자 또는 출연의 근거와 방법, 그 밖에 기관의 운영 등에 관한 기본적인 사항을 조례에 규정함으로써 무분별한 기관 신설을 방지하고 지방자치단체의 재정이 보다 건전하게 운영될 수 있도록 하려는 것(2014. 3. 24. 법률 제12507호로 제정되어 2014. 9. 25. 시행된 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제정이유서 참조)이므로 이러한 취지는 지방출자출연법의 시행 후 6개월이 지났다고 하더라도 계속 유효하다고 할 것이고, 또한, 만일 이러한 경우에 조례 제정 의무가 소멸되는 것으로 본다면 구 지방출자출연법 부칙 제5조의 규정이 형해화되는 결과가 초래될 것이므로, 이 사안에서의 수원시는 여전히 구 지방출자출연법 부칙 제5조에 따른 조례 제정 의무가 이행되고 있지 않은 위법상태를 신속하게 해소할 필요가 있다고 보입니다(법제처 2016. 2. 16. 회신 16-0032 의견제시 사례).

나. 공기업

1) 지방공사·지방공단 설립

지방자치단체는 수도사업(마을상수도사업은 제외한다), 공업용수도사업, 궤도사업(도시철도사업을 포함한다), 자동차운송사업, 지방도로사업(유료도로사업만 해당

한다), 하수도사업, 주택사업, 토지개발사업에 따른 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 지방공사나 지방공단을 설치할 수 있다(「지방공기업법」 제2조). 지방자치단체는 공사나 공단을 설립하는 경우 그 설립, 업무 및 운영에 관한 기본적인 사항을 조례로 정해야 한다(「지방공기업법」 제49조 및 제76조).

지방공사나 지방공단은 법인으로 하고, 주된 사무소의 위치는 정관으로 정한다(「지방공기업법」 제51조, 제52조 및 제76조).

2) 지방공사·지방공단의 사업

지방공사·지방공단은 지방자치단체의 정책 수행 또는 공익을 목적으로 설립되는 특수법인이므로 그 설립 조례에서 해당 지방공사 또는 지방공단이 수행하는 사업 또는 업무를 열거하고 있다. 지방공사·지방공단은 지방자치단체가 수행하는 것이 적합한 사업 또는 업무 중에서 그 수행상의 경제성 또는 효율성이나 전문성 확보의 필요에 의해서 법인을 설립하여 특정 사업 또는 업무를 수행하게 하는 것이므로 어느 정도의 독점적 지위를 인정하는 경우가 많다.

3) 대표자 등 임원 규정

지방공사·지방공단은 법인으로서 대외적으로 기관을 대표하는 대표기관을 정하게 된다. 지방공사나 지방공단의 임원은 사장이나 이사장을 포함한 이사(상임이사와 비상임이사로 구분한다) 및 감사로 하며, 그 수는 정관으로 정한다(「지방공기업법」 제58조제1항 및 제76조제2항). 사장이나 이사장과 감사는 지방공기업의 경영에 관한 전문적인 식견과 능력이 있는 사람 중에서 지방자치단체의 장이 임면(任免)하고(「지방공기업법」 제58조제2항 및 제76조제2항), 사장이나 이사장과 이사 및 감사의 임기는 3년으로 하되, 1년 단위로 연임할 수 있다(「지방공기업법」 제59조제1항, 제2항 및 제76조제2항).

지방자치단체의 장은 사장이나 이사장과 감사(조례 또는 정관으로 정하는 바에 따라 당연히 감사로 선임되는 사람은 제외한다)를 임명할 경우 임원추천위원회가

추천한 사람 중에서 임명한다(「지방공기업법」 제58조제3항 및 제76조제2항). 이사(조례 또는 정관으로 정하는 바에 따라 당연히 이사로 선임되는 사람은 제외한다)는 임원추천위원회가 추천한 사람 중에서 임명하되, 상임이사는 사장이나 이사장이 임면하고 비상임이사는 지방자치단체의 장이 임면한다(「지방공기업법」 제58조제7항 및 제76조제2항).

4) 임원추천위원회

임원을 추천하기 위하여 지방공사·지방공단에는 임원추천위원회를 구성한다(「지방공기업법 시행령」 제56조의3제1항 및 제66조). 임원추천위원회는 ① 그 지방자치단체의 장이 추천하는 사람 2명, ② 그 지방의회가 추천하는 사람 3명, ③ 그 지방공사·지방공단의 이사회가 추천하는 사람 2명으로 구성되며, 다만, 지방공사·지방공단을 설립하는 때에는 그 지방자치단체의 장이 추천하는 사람 4명과 그 지방의회에서 추천하는 사람 3명으로 구성한다.

지방공사·지방공단의 임직원(비상임이사는 제외한다) 및 그 지방자치단체의 공무원(지방의회위원을 포함한다)은 임원추천위원회의 위원이 될 수 없고, 임원추천위원회는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 임원추천위원회의 위원장은 위원 중에서 호선한다(「지방공기업법 시행령」 제56조의3제3항부터 제9항까지 및 제66조).

Q&A | 질의 · 답변

Q 조례에 출연 근거를 규정할 수 있는지?

A 「지방재정법」 제18조제2항에서 “지방자치단체는 법령에 근거가 있는 경우와 제17조제2항의 공공기관에 대하여 조례에 근거가 있는 경우에만 출연을 할 수 있다”라고 규정하고 있음. 따라서 법령에 근거가 없거나 공공기관이 아니면 조례에 출연 근거를 규정할 수 없음.

여기서 “공공기관”이란 해당 지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여 지방자치단체가 권장하는 사업을 하는 기관으로서 ① 그 목적과 설립이 법령 또는 법령의 근거에 따라 그 지방자치단체의 조례에 정하여진 기관이거나 ② 지방자치단체를 회원으로 하는 공익법인을 말함. 지방자치단체가 출연할 수 있는 근거를 규정하고 있는 법률은 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 및 「지방자치단체 출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 등임.

10. 권한의 위임 및 위탁

가. 의의

1) 개념

권한의 위임 및 위탁은 법령에 따라 권한을 부여받은 행정기관이 그 권한의 일부를 다른 행정기관 등에 맡겨 수임기관·수탁기관의 명의로 책임으로 그 권한을 행사하도록 하는 것을 말한다.

권한의 “위임”이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말하고, “위탁”이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말하며, “민간위탁”이란 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.

권한이 위임되거나 위탁 또는 민간위탁된 경우에는 행정관청의 권한은 대외적으로 수임기관 또는 수탁기관에 이전되고, 186) 위임 또는 위탁을 한 관청은 그 사무처리의 권한을 잃게 되며, 수임관청이 그 명의로 책임으로 그 권한을 행사하며, 행정상 소송의 경우에도 수임기관 또는 수탁기관이 피고가 된다.

한편, 권한을 위임하거나 위탁한 경우 위임기관 또는 위탁기관은 수임기관 또는 수탁기관에 대한 감독권을 행사할 수 있고, 그 범위는 합법성뿐만 아니라 합목적성까지 미친다.

186) 「지방자치법」 제95조제1항에 따른 권한의 위임은 내부적으로 집행사무만을 위임한 것이라기보다는 이른바 외부적 권한 위임에 해당한다(대법원 1994. 5. 27. 선고 93누18754 판결례 참조).

187) 도로법 제15조, 제22조제1항, 제24조에 의하면, 관할 도지사가 노선을 인정한 지방도에 대한 도로의 관리유지책임은 그 관할 도지사에게 있으나, 한편, 지방자치법 제95조 제2항은 지방자치단체의 장은 조례가 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관에 위임할 수 있도록 되어 있으므로, 도지사가 그 노선을 인정한 지방도이지만 도의 사무위임조례로써 도로의 관리유지사무를 관할 군수에게 위임하였다면 관할 군수가 도로에 대한 관리유지사무에 관한 관리청이 된다(대법원 1993. 10. 8. 선고 93다13490 판결례 참조).

판례

도로의 유지·관리에 관한 상위 지방자치단체의 행정권한이 행정권한 위임조례에 의하여 하위 지방자치단체의 장에게 위임되었다면 그것은 기관위임이지 단순한 내부위임이 아니고 권한을 위임받은 하위 지방자치단체의 장은 도로의 관리청이 되며 위임 관청은 사무처리의 권한을 잃는다(대법원 1996. 11. 8. 선고 96다21331 판결례 참조).

판례

도로의 유지·관리에 관한 상위 지방자치단체의 장의 행정권한이 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 경우, 그 하위 지방자치단체의 장이 속하는 하위 지방자치단체가 그 도로 부지 소유자에게 점유·사용으로 인한 부당이득을 반환할 의무를 부담한다(대법원 1999. 4. 23. 선고 98다61562 판결례 참조).

2) 내부위임, 권한대행 및 권한의 이양과 구분

내부위임은 대외적으로 권한의 이전효과를 가져오지 않고 수임관청은 위임관청의 명의로 권한을 행사하는 것으로, 대외적으로 권한이 이전되는 위임·위탁과 구별된다.

판례

행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률의 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것(이다)(대법원 1994. 5. 27. 선고 93누18754 판결례 참조).

권한대행은 지방자치단체의 장이 궐위되는 등의 경우 부시장·부지사 등의 부단체장이 「지방자치법」 제124조 및 같은 법 시행령 제72조에 따라 도지사 등의 권한에 속하는 사무를 처리하는 것으로 위임·위탁과 구별된다.

권한의 이양은 권한의 소재 자체가 이전되는 것으로 위임·위탁관청이 감독권을 행사할 수 있는 위임·위탁과 구분된다.

나. 관계 법령

「지방자치법」 제117조에 따르면, 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있고(제1항), 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있으며(제2항), 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있고(제3항), 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받도록 하고 있다(제4항).¹⁸⁸⁾

「지방자치법」 제168조에서는 지방자치단체나 그 장은 소관 사무의 일부를 다른 지방자치단체나 그 장에게 위탁하여 처리하게 할 수 있다고 규정하고 있고(제1항), 그 사무를 위탁하려면 관계 지방자치단체와의 협의에 따라 규약을 정하여 고시하도록 하고 있다(제2항).

「지방자치법」 제185조에서는 권한의 위임에 따른 지도·감독과 관련하여 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받고(제1항), 시·군 및 자치구나 그 장이 위임받아 처리하는 시·도의 사무에 관하여는 시·도지사의 지도·감독을 받는다고 규정하고 있으며(제2항), 같은 법 제189조에서는 국가위임사무와 시·도위임사무의 집행과 관련하여 직무이행명령을 규정하고 있다.

188) 구 「지방자치법」 제95조에서는 지방자치단체의 장은 조례가 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 위임하거나 위탁하거나 민간위탁할 수 있다고 규정하고 있었고, 법인 또는 단체에 위탁하는 사무가 주민의 권리·의무와 직접 관계되는 때에는 법령의 근거가 있는 경우에 한한다고 규정하고 있었는데, 1994년도 12월 20일 일부개정된 지방자치법(법률 제4789호로 개정된 것)에서는 종래에 위임·위탁의 방식으로 규정되어 있던 “조례”를 “조례 또는 규칙”으로 각각 개정하고, 법인 또는 단체에 위탁하는 사무가 주민의 권리·의무와 직접 관계되는 때에는 법령의 근거가 있는 경우에 한한다는 규정을 삭제하며, 종전의 제4항 중 “위임받은 지방자치단체의 장”을 “위임받거나 위탁받은 지방자치단체의 장”으로, “다시 위임”을 “다시 위임 또는 위탁하려는 경우”로 개정하여 현재에 이르고 있다.

한편, 국가사무의 위임 및 위탁에 관해서는 「정부조직법」 제6조¹⁸⁹⁾ 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조부터 제16조까지에서 이에 관한 규정을 두고 있다.

그 밖에 「건축법」¹⁹⁰⁾ 등 개별 법령에서 지방자치단체에서의 권한의 위임 및 위탁과 관계되는 규정을 두고 있다.

다. 일반적 유의사항

1) 위임 및 위탁의 근거 및 법률 우위의 원칙

권한의 위임이나 위탁, 재위임 등은 권한의 법적 소재를 대외적으로 변경하는 것이므로 법률에서 위임이나 위탁을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다.¹⁹¹⁾

위에서 살펴본바와 같이 「지방자치법」, 국가사무의 기관위임과 관련하여 「정부조직법」 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서 권한의 위임 및 위탁에 관한 일반적 근거규정을 두고 있다.

189) 「정부조직법」

제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

190) 「건축법」

제82조(권한의 위임과 위탁) ① (생략)

② 시·도지사는 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장(행정시의 시장을 포함하며, 이하 이 조에서 같다)·군수·구청장에게 위임할 수 있다.

③ 시장·군수·구청장은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 구청장(자치구가 아닌 구의 구청장을 말한다)·동장·읍장 또는 면장에게 위임할 수 있다.

④ 국토교통부장관은 제31조제1항과 제32조제1항에 따라 건축허가 업무 등을 효율적으로 처리하기 위하여 구축하는 전자정보처리 시스템의 운영을 대통령령으로 정하는 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다.

191) 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수입관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률에서 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결례 참조).

그러나 「영유아보육법」, 「하수도법」¹⁹²⁾ 「폐기물관리법」¹⁹³⁾ 등 개별 법률에서 지방자치단체의 권한의 위임이나 위탁에 관한 규정을 두고 있는 경우도 있다. 이와 같은 규정은 「지방자치법」에 따른 권한의 위임이나 위탁에 관한 규정의 특별규정의 의미가 있으므로 민간위탁에 관한 조례 등을 입안할 때 위 상위법령에 위반되지 않도록 해야 한다.

예컨대 「영유아보육법」 제24조에서는 사업주(지방자치단체의 장 포함)는 공립어린이집을 법인·단체 또는 개인에게 위탁하여 운영할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 시행규칙 제24조, 제24조의2 및 별표 8의2 등에서는 위탁을 하는 경우 지방보육정책위원회의 심의를 거치도록 하는 등 위탁자선정 절차 및 기준 등에 대하여 상세히 규정하고 있다. 따라서 공립어린이집 위탁에 대해서는 위 법률에서 정하고 있는 절차 및 기준 등과 다른 내용의 조례를 제정할 수 없다.

「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률」 등에서는 지방자치단체의 사무를 법률에서 직접 위임하여 처리하도록 하거나 대통령령에서 하부 행정기관에 위임하도록 하는 경우가 있다. 이 경우 별도의 위임조례가 필요한지는 법령 해석의 문제이나, 별도의 위임조례가 필요하지 않다는 법제처 해석례가 있다. 조례에서 상위법령과 달리 원 행정기관이 그 권한을 행사하도록 하는 것은 상위법령 위반의 문제가 생긴다.

법제처 해석례

행정기구는 「지방자치법」 제104조제1항에 따른 시·도지사 소속 행정기관이라고 할 수 있는데, 같은 법에 따르면 시·도지사는 조례 또는 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 그 소속기관에 위임할 수 있도록 하고 있는바, 이는 개별법에서 특정 사무를 처리할 행정기관에 대하여 규정하고 있지 않은 경우에 그 사무에 대해서 조례 또는 규칙에 따라 위임할 수 있다는 의미이고, 경제자유구역법 제27조 및 제27조의2제1항과 같이 개별법에서

192) 「하수도법」

제74조(권한 또는 업무의 위임·위탁 등) ①·② (생략)

③ 지방자치단체의 장은 공공하수도에 관한 공사 업무를 대통령령이 정하는 관계전문기관에 위탁할 수 있다.

④ ~ ⑦ (생략)

193) 「폐기물관리법」

제5조(폐기물의 광역관리) ① (생략)

② 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 광역 폐기물처리시설의 설치 또는 운영을 환경부령으로 정하는 자에게 위탁할 수 있다.

소속 행정기관이 특정 사무를 처리하도록 규정하고 있는 경우에는 조례 또는 규칙에 의한 위임과는 무관하게 그 사무는 해당 행정기관의 사무로 보아야 할 것입니다. 따라서 행정기구는 조례 또는 규칙에 의한 사무위임이 없어도 경제자유구역법 제27조 각 호에 규정된 사무를 처리할 수 있습니다(법제처 2011. 1. 13. 회신 10-0479 해석례).

2) 위임 및 위탁의 형식

가) 일반론

「지방자치법」 제117조에서는 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사항을 위임하거나 위탁할 수 있다고 규정하여 위임이나 위탁의 형식을 조례나 규칙으로 한정하고 있고, 기관위임사무에 대해서는 조례를 제정할 수 없다는 「지방자치법」 제28조의 해석¹⁹⁴⁾에 비추어 자치사무 또는 단체위임사무의 경우에는 조례의 형식으로 위임해야 하고, 기관위임사무의 경우에는 규칙의 형식으로 위임해야 하므로 개별 법령에서 다른 규정이 없는 한 훈령 등 그 형식에 맞지 않는 방식으로 위임하거나 위탁할 수 없다.

의견제시 사례

「지방자치법」 제104조제1항에 따르면, 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제4항에서는 지방자치단체의 장이 위임받은 사무의 일부를 다시 위임하려면 그 사무를 위임한 기관의 장의 승인을 받도록 하고 있는 바, 천안시장이 위임하려는 「주택법」 제59조의 ‘공동주택관리에 관한 감독’ 사무가 자치사무인 경우에는 법령에서 규칙으로 정하도록 위임하는 특별한 규정이 없는 한 「지방자치법」 제22조에 따라 조례의 형식으로 위임하여야 하고, 국가사무가 위임된 기관위임사무를 재위임 하려는 경우에는 위임한 기관의 장의 승인을 받아 규칙의 형식으로 위임하여야 할 것입니다(법제처 2015. 9. 8. 회신 15-0188 의견제시 사례).

194) 지방자치법 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만, 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다(대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결례 참조).

판례

도지사가 하천구역에서의 점용료나 부당이득금 등의 징수권을 행사하는 것은 국가기관의 지위에서 수행하는 사무가 아니라 지방자치단체 자체의 사무이므로, 구 지방자치법(2006. 1. 11. 법률 제7846호로 개정되기 전의 것) 제95조제2항에 따라 조례 또는 규칙에 의하여 시장·군수에게 그 권한의 위임이 가능하다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두947 판결례 참조).

판례는 도지사가 조례에 따라 석유판매업의 허가취소에 관한 권한을 그 산하 시장, 군수에게 위임하지 아니하고 단지 권한위임업무처리지침에 의하여 그 권한을 내부위임하였음에 불과할 뿐이라면 군수로서는 다만, 위 지침에 따라 도지사의 이름으로 석유판매업의 허가취소에 관한 권한을 사실상 대행하여 행사하는 것은 별론으로 하고 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수는 없다고 하였다.¹⁹⁵⁾

판례는 조례로 권한을 위임해야 할 사항을 규칙으로 위임한 경우 또는 규칙으로 권한을 위임해야 할 사항을 조례로 위임한 경우에 그 규칙 또는 조례는 무효이나, 이를 근거로 한 처분은 그 하자가 비록 중대하다고 할지라도 객관적으로 명백하다고 할 수는 없으므로 당연무효사유는 아니라고 판시하고 있다.¹⁹⁶⁾ 그러나 판례가 위와 같더라도 조례·규칙을 입안할 때에는 상위 법령을 정확히 검토하여 조례로 권한을 위임해야 하는지, 규칙으로 위임해야 하는지를 판단하여 적법한 권한 위임이 되도록 주의해야 한다.

나) 재위임 또는 재위탁의 가부

「지방자치법」 제117조제4항에서는 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다고 규정하고 있다. 따라서 승인을 받지 않고 재위임하거나 재위탁한 경우에는 하자 있는 재위임이나 재위탁이 된다.

195) 대법원 1989. 9. 12. 선고 89누671 판결례 참조

대법원 1989. 2. 14. 선고 88누4645 판결례에서도 권한위임은 조례로서 규정하여야 하는 것이므로 매장및묘지등에관한법률에서 도지사의 권한으로 규정되어 있는 사설묘지설치허가사무를 경기도지사가 경기도사무위임규칙에 따라 시장, 군수에게 위임하였다 하더라도 조례가 아닌 위 사무위임규칙은 내부 위임의 근거규정은 될 수 있으나 소위 권한위임의 근거는 될 수 없다고 판시하였다.

196) 대법원 1997. 6. 19. 선고 95누8669 판결례 참조, 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결례 등 참조

판례는 재위임 또는 재위탁을 할 때 받아야 하는 승인을 재위임 또는 재위탁의 유효요건으로 판시하고 있다.

판례

도지사 등은 위 정부조직법 규정에 기하여 제정된 행정권한의위임및위탁에관한규정에 정한 바에 의하여 위임기관의 장의 승인이 있으면 그 규칙이 정하는 바에 의하여 그 수임된 권한을 시장, 군수 등 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다 할 것이고 위 경기도사무처리규칙에 관하여 교통부장관의승인이 있었는지의 여부는 규칙의 유효요건이므로 원심으로서는 이를 직권으로 조사하여 그 유효여부를 판단하여야 함에도 불구하고 …(대법원 1990. 6. 26. 선고 88누12158 판결례 참조).

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에서는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다)나 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다)은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 수임사무의 일부를 그 위임기관의 장의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장(교육장을 포함한다) 또는 읍·면·그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다고 규정하고 있으므로 국가위임사무를 재위임하려는 경우에는 위임기관의 장의 승인을 받아 재위임할 수 있다.¹⁹⁷⁾

판례

영업정지 등 처분에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결례 참조).

197) 도시재개발법에 의한 사업시행변경인가, 관리처분계획인가 및 각 고시에 관한 사무는 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 해당하므로, 시·도지사가 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 구청장 등에게 재위임할 수는 없고, 정부조직법 제5조 제1항 및 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임하는 것만이 가능하다(대법원 1995. 11. 14. 선고 94누13572 판결례 참조).

한편, 지방자치단체의 장이 조례로 민간기관 등에 위탁한 사무의 일부를 조례로 수탁자가 다시 다른 민간기관 등에 재위탁하게 할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

법제처 해석례

민간위탁에 의한 행정사무의 처리는 그것이 법적으로 국민에 대하여 책임을 지지 아니하는 사인(私人)에 의하여 직접 행해진다는 점에서 행정사무처리의 책임성·공정성 및 공공성이 저하될 소지가 크고, 법령에 근거하여 수행되는 행정사무를 아무런 근거 없이 법령에 규정된 자외의 자가 수행한다면 이는 입법자의 의도와 다르게 법령을 집행하는 것이 되며 그 법령의 적용을 받은 국민의 예측가능성을 저해하는 것이므로, 특정 행정사무에 관한 법령상의 권한주체를 변경하려면 그 근거를 법령에 두어야 하며(법제처 2011. 2. 17. 회신, 11-0005 해석례 참조), 수탁사무를 다시 재위탁하는 경우에도 별도의 법령상 근거가 있어야 합니다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결례 참조). …(중략)… 「지방자치법」 제104조제3항에서는 지방자치단체의 장이 그 사무를 민간기관 등에 위탁하는 경우에 대해서만 규정하고 있고, 이미 민간기관 등에 위탁한 사무를 수탁 받은 자가 다시 다른 민간기관 등에 재위탁할 수 있는지에 대해서는 규정하고 있지 않은바, 「지방자치법」 제104조제3항의 규정을 수탁자가 다시 다른 민간기관 등에 재위탁하게 할 수 있는 근거로 볼 수는 없다고 할 것입니다(법제처 2016. 5. 20. 회신 16-0131 해석례).

다) 법령에 규정이 없는 재재위임 등의 가부

시장·군수·구청장 등 재위임을 받은 행정기관이 재위임받은 행정권한을 면장·동장 등 하부 행정기관에 재재위임하거나 지방자치단체의 장이 아닌 면장·동장 등이 재위임할 수 있는지에 대해서는 명문의 규정이 없으므로 허용 여부가 문제된다.

권한의 위임은 권한의 법적 소재를 대외적으로 변경하는 것이므로 법률에서 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정되고,¹⁹⁸⁾ 재위임에 관한 규정을 유추적용하여 재재위임을 허용한다면 무제한의 재위임의 근거가 되며, 결과적으로 권한의 위임이 끊임없이 행해지는 것을 막을 수 없게 되는 등의 문제가 있으므로 재재위임은 허용되지 않는다고 볼 것이고 이를 조례나 규칙으로도 허용할 수 없다고 보아야 할 것이다.

198) 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수입관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률에서 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결례 참조).

또한 판례도 법령상 근거가 없는 경우 지방자치단체의 장이 아닌 동장이 주민자치센터의 운영을 다시 민간에 위탁할 수 있는 것으로 한 조례안의 규정이 법령에 위반된다고 보았다.

판례

동장이 주민자치센터의 운영을 다시 민간에 위탁하는 것은 그 수임사무의 재위탁에 해당하는 것이므로 그에 관하여는 별도의 법령상 근거가 필요하다고 할 것인데, 지방자치법 제95조제3항은 소정 사무의 민간위탁은 지방자치단체의 장이 할 수 있는 것으로 규정하고 있을 뿐 동장과 같은 하부행정기관이 할 수 있는 것으로는 규정하고 있지 아니하고, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조 역시 동장이 자치사무에 관한 수임권한을 재위임 또는 재위탁할 수 있는 근거가 될 수 없음은 그 규정 내용상 분명하며, 달리 동장이 그 수임권한을 재위임 또는 재위탁할 수 있도록 규정하고 있는 근거 법령이 없으므로, 지방의회가 재의결한 조례안에서 동장이 주민자치센터의 운영을 다시 민간에 위탁할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것은 결국 법령상의 근거 없이 동장이 그 수임사무를 재위탁할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것이어서 법령에 위반된 규정이다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결례 참조).

3) 위임 및 위탁 사무의 대상 및 범위

가) 법령의 규정 및 취지 고려

지방자치단체가 그 권한에 속하는 사무를 「지방자치법」 제117조에 따라 위임하거나 위탁하려는 경우에도 개별 법령에서 명문으로 또는 그 취지상 위임, 위탁 또는 민간위탁을 금지하고 그 권한이나 사무를 직접 행사하거나 수행하도록 하고 있다면 그 권한이나 사무를 위임하거나 위탁할 수 없다.

예컨대 법령에서 일정 범위의 권한이나 사무에 대해서만 위임하거나 위탁할 수 있다는 규정을 두었고, 그 규정이 「지방자치법」 제117조에 대한 특별규정으로서 그 취지상 그 범위에 포함되지 않는 권한이나 사무에 대한 위임이나 위탁을 금지하는 것으로 해석된다면, 그 범위에 포함되지 않는 권한이나 사무는 위임하거나 위탁할 수 없다.

법령에서 위임이나 위탁을 금지하는 명문의 규정이 없다고 하더라도 그 권한이나 사무를 규정하고 있는 법령의 취지나 그 성질에 비추어 권한의 위임이나 위탁 또는 민간위탁이 허용되지 않는 경우가 있다. 예컨대, 행정심판과 같이 법률에서 합의제

행정관청 또는 의결위원회의 소관사항으로 정하고 있는 권한을 지방자치단체의 장에게 위임하는 것은 법령에서 명시적인 규정이 없더라도 위임하거나 위탁할 수 없다고 할 것이다. 또한, 규칙을 발령할 권한, 조례 공포권 등은 그 성질상 위임이나 위탁을 할 수 없다고 보는 것이 일반적이다.

또한 위임이나 위탁은 그 권한의 일부에 한정하여 위임하거나 위탁해야 하고, 그 전부를 위임하거나 위탁하는 것은 법률 위반 소지가 있으므로 주의해야 한다.

나) 민간위탁의 대상

「지방자치법」 제117조제3항에서 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다고 되어 있다.

우선 지방자치단체가 그 권한에 속한 업무를 민간에 위탁하는 이유는, 그 업무를 민간으로 하여금 대신 수행하도록 함으로써 행정조직의 방대화를 억제하고, 위탁되는 사무와 동일한 업무를 수행하는 자에게 이를 담당하도록 하여 행정사무의 능률성을 높이고 비용도 절감하며, 민간의 특수한 전문기술을 활용함과 아울러, 주민생활과 직결되는 단순 행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이라 할 것이다. 그러나 민간위탁은 다른 한편으로는 보조금의 교부 등으로 비용이 더 드는 경우가 있고, 공평성의 저해 등에 의한 행정서비스의 질적 저하를 불러 올 수 있으며, 위탁기관과 수탁자간에 책임 한계가 불명확하게 될 우려가 있고, 행정의 민주화와 종합성이 손상될 가능성도 있다. 따라서 지방자치단체의 장이 일정한 사무에 관하여 민간위탁을 하는 경우에는 위와 같은 단점을 최대한 보완하여 민간위탁이 순기능적으로 작용하도록 할 필요가 있다.¹⁹⁹⁾

「지방자치법」 제117조제3항을 고려할 경우 주민의 권리·의무에 관한 사무를 민간위탁의 대상에서 제외하고 있는데, 이는 주민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는

199) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010추11 판결례 참조, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결례 등 참조

사무는 책임성과 공정성을 띠므로 지방의회와 주민에 의하여 직접 통제될 수 있는 행정기관과 그 공무원에 의하여 행해져야 한다는 것으로 민간위탁의 입법적 한계를 정한 것이다. 따라서 민간위탁을 할 때 그 사무가 주민의 권리·의무에 관계되는 사무인지 및 수탁기관의 설립목적과 업무의 성질 등 공공성의 정도 등을 고려해야 할 것이다.

판례

지방자치법 제104조 제3항에서는 ‘지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다’고 규정하고 있는바, 이 사건 조례안 규정이 정하고 있는 위와 같은 혁신·기업도시 주민고용센터 설립사업 등은 지방자치단체의 사무로서, 주민의 권리·의무와 직접 관련되는 사무로는 볼 수 없다고 할 것이고, 그 위탁에 있어서도 주민생계회사가 법령에서 정하는 자격요건을 충족할 경우에 한하여 재량으로서 할 수 있도록 하고 있으므로, 이 사건 조례안 규정에서 이를 주민생계회사에 위탁할 수 있다고 규정한다 하여 법령에 의한 위임의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결례 참조).

4) 위임·위탁하려는 권한이나 사무의 명확화

권한을 위임하거나 사무를 위탁하는 경우에는 그 권한이나 사무의 근거가 되는 규정을 구체적으로 적시하는 등 위임하거나 위탁하려는 권한이나 사무를 명확하게 규정해야 한다.

위임·위탁규정이 위임하거나 위탁하려는 권한을 구체적으로 명시하지 않거나 불명확하게 규정한 경우에는 위임·위탁과 관련한 법적 혼란 및 분쟁이 발생할 소지가 있다. 아래에서는 권한의 위임 여부 등이 문제된 판례를 예시해 두었으나, 문제된 사안에서 아래와 같이 판시될 수 있는지는 분명하지 않으므로 위임조례에서는 가급적 구체적이고 명확하게 규정해야 할 것이다.

판례 위임하거나 위탁한 권한에 해당하는지 여부

- ❖ 무허가 건축물에 대한 철거대집행사무를 하부 행정기관인 읍·면에 위임한 경우에 읍·면장에게 관할구역 내의 무허가 건축물에 대하여 그 철거대집행을 위한 계고처분을 할 권한이 있다고 본 사안(대법원 1994. 5. 27. 선고 93누18754 판결례 참조)

- ❖ 공원 관리에 관한 상위 지방자치단체의 장의 행정권한이 하위 지방자치단체의 장 등에게 위임된 경우 그 공원의 관리청은 하위 지방자치단체의 장이라고 본 사안(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다22897 판결례 참조)
- ❖ 서울특별시시장으로부터 도로점용료 징수권한을 위임받은 구청장이 한 도로 사용료 부과처분에 대하여 서울특별시시장에게 한 이의신청은 부적법하다고 본 사안(대법원 1991. 11. 26. 선고 91누4775 판결례 참조)
- ❖ 서울특별시 도로수익자부담금징수조례 제19조, 동 조례 시행규칙 제10조에 의하여 서울특별시장의 도로수익자 부담금의 부과 및 징수사무 전부가 관할 구청장에게 위임되었고, 구청장에게 위임된 권한 중에는 부담금 부과처분에 대한 이의신청을 수리하고 결정하는 권한도 포함되어 있다고 본 사안(대법원 1982. 3. 9. 선고 80누334 판결례 참조)

또한, 어느 권한이나 사무를 위임하거나 위탁할 때에는 위임·위탁하려는 권한이나 사무와 관련되는 권한이나 사무를 같이 위임·위탁하여 위임·위탁사무가 효율적으로 처리되는 등 위임·위탁의 본래목적 달성할 수 있도록 해야 할 것이다. 예컨대 지원조례에서 ① 지원신청 접수, ② 관계 행정기관에 대한 자료 제출 요청, ③ 지원결정, ④ 지원금의 부담사용에 대한 환수, ⑤ 청문 등에 관한 조문이 각각 규정되어 있는 경우 위임조례에서 ③ 지원결정에 관한 권한만 위임하는 규정을 두게 되면 ① 지원신청의 접수권한이 위임관청에 있는지 아니면 수임관청에 있는지가 불분명하고, 그 밖에 ② 관계 행정기관에 대한 자료 제출 요청 등의 권한은 위임관청이 행사하고, ③ 지원결정에 관한 사항은 수임관청이 행사하게 되어 효율적인 위임사무의 처리가 어렵게 되므로 경우에 따라서는 불필요한 주민불편을 초래할 소지도 있다. 따라서 위임하려는 권한이나 사무 중 특정한 권한이나 사무를 위임관청에 유보해야 할 특별한 이유가 없다면 관련 권한이나 사무는 같이 수임관청이나 수탁기관에 위임하거나 위탁해야 할 것이다.

5) 견제와 균형의 법리 고려: 위임 및 위탁에 대한 지방의회의 관여

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 조례를 제정할 때에도 집행기관과 지방의회 간의 견제와 균형의 법리를 고려하여 법령에 위반되지 않도록 해야 한다.

판례는 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 조례에 대하여 지방자치단체의 장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여

민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁의 권한을 지방자치단체의 장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다고 하였다.

판례

지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체의 장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁 권한을 지방자치단체의 장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결례 참조).

또한 지방자치단체의 장이 동일 수탁자에게 위탁사무를 재위탁하거나 기간연장 등 기존 위탁계약의 중요한 사항을 변경하고자 할 때 지방의회의 동의를 받도록 한 목적은 민간위탁에 관한 지방의회의 적절한 견제기능이 최초의 민간위탁 시뿐만 아니라 그 이후에도 지속적으로 이루어질 수 있도록 하는데 있으므로, 이에 관한 조례안 역시 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

판례

이 사건 조례안이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체의 장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁의 권한을 지방자치단체의 장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다. 또한 지방자치단체의 장이 동일 수탁자에게 위탁사무를 재위탁하거나 기간연장 등 기존 위탁계약의 중요한 사항을 변경하고자 할 때 지방의회의 동의를 받도록 한 목적은 민간위탁에 관한 지방의회의 적절한 견제기능이 최초의 민간위탁 시뿐만 아니라 그 이후에도 지속적으로 이루어질 수 있도록 하는데 있으므로, 이에 관한 이 사건 조례안 역시 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010추11 판결례 참조).

나아가 재위탁 등에 관하여 지방의회의 동의를 받을 기한이나 수탁기관의 적정 여부를 판단할 기한의 설정이 다소 부적절하다는 점만으로 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해한다고 단정할 수도 없다고 판시하였다.²⁰⁰⁾

하지만 민간위탁을 해지하는 경우에 있어서도 민간위탁을 할 때와 동일하게 지방의회의 사전 동의를 요하는 것은 지방자치단체의 장의 집행권을 지나치게 제한하는 것으로 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 내용이라고 볼 소지가 있다.²⁰¹⁾

민간위탁 기본조례에서 민간위탁을 할 때에는 지방의회의 동의를 받도록 규정하면서 “다른 법령이나 조례에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는 경우 개별 조례가 기본조례에서 규정하고 있는 특별한 규정에 해당하는지 아니면 이에 해당하지 아니하므로 지방의회의 동의를 받아야 하는지가 불분명한 경우가 있다. 예컨대 개별 조례에서 “…… 사무는 …에게 위탁한다”와 같이 규정한 경우에도 별도로 지방의회의 동의를 받아야 하는지 등이 문제될 수 있다.

이는 민간위탁 기본조례 및 개별 조례 또는 법령의 해석의 문제로서 문제될 수 있는 사례가 다양하므로 일의적으로 판단할 수 없으나, 개별 조례나 법령의 문언 및 체계를 종합적으로 해석해 볼 때, 개별 조례에 따른 민간위탁에 지방의회가 동의한 것으로 해석되거나 개별 법령이 지방의회의 동의 등의 견제를 허용하고 있지 않은 것으로 해석될 수 있는 경우에는 해당 조례나 법령을 민간위탁 기본조례상의 “다른 법령이나 다른 조례”에 해당한다고 볼 수 있으므로 지방의회의 동의를 받을 필요가 없을 것이다.

반면, 민간위탁 기본 조례에서 지방자치단체 사무의 민간위탁에 대하여 지방의회의 동의를 받도록 하는 것은 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기

200) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010추11 판결례 참조

이 사건 조례안에 따르면, 원고는 자치사무를 민간에 위탁하고자 할 때에는 의회의 동의를 받아야 하고, 이 경우 동일한 수탁자에게 재위탁하거나 기간연장 등 당초 동의 받은 내용 중 중요한 사항을 변경할 때에는 위탁기간 만료 3월 전에 의회의 동의를 받아야 하며(제4조 제3항), 원고는 민간위탁의 위탁기간을 연장하여 재협약하고자 하는 경우 위탁기간 만료 30일 전까지 민간위탁 사무처리에 관한 평가를 실시하여 수탁기관의 적정 여부를 판단해야 한다(제10조 제3항)고 규정하고 있었는데, 지방자치단체의 장은 민간위탁의 위탁기간은 6개월부터 3년까지 다양한데, 일률적으로 위탁기간 만료 3개월 전까지 재위탁 등에 관하여 피고의 동의를 받도록 규정하고, 원고가 위탁기간을 연장하고자 하는 경우 위탁기간 만료 30일 전까지 수탁기관의 적정 여부를 판단하도록 규정한 것은 부당하게 원고의 집행권한을 제약하여 위법하다고 주장하였다.

201) 법제처 2012. 8. 1. 회신 12-0212 의견제시 사례

위한 것인바, 개별 조례에서 위탁 관련 사항을 정하고 있더라도 그 내용이 민간위탁 기본 조례의 “특별한 규정”에 해당하지 않는다면 지방의회의 동의를 받도록 한 기본 조례 규정의 적용이 배제될 수 없다.

가) 지방의회 동의를 받아야 한다고 본 사례

의견제시 사례

이 사안의 민간위탁조례 및 장애인복지관조례에 사무를 재위탁하는 경우에 의회의 동의를 얻어야 한다는 명시적인 규정이 없다 하더라도, ‘재위탁’ 또한 위탁으로서 일반적인 위탁과 달리 지방의회의 견제기능을 배제할 특별한 이유가 없다는 점, 일반적인 위탁에 대해 지방의회의 동의를 얻도록 한 것은 수탁자 선정에 대한 동의가 아닌 위탁 여부에 대한 동의를 얻도록 한 것으로 보이는바 재위탁 여부를 결정할 때에도 여전히 위탁 여부에 대해서는 의회의 견제를 받을 필요가 있다는 점 등을 고려하면, 장애인복지관의 운영을 재위탁하는 경우에도 민간위탁조례 제4조제3항에 따라 의회의 동의를 얻어야 하는 것으로 보입니다(법제처 2013. 12. 5. 회신 13-0369 의견제시 사례).

의견제시 사례

그런데 「성북구 다문화가족 조례」 제17조에서 위탁의 절차와 기간에 대한 일반적인 사항을 정하고 있으나, 이를 사무의 특수성에 맞추어 해당 조례에서 특별히 규정을 두고 있는 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 성북구 민간위탁 조례의 절차를 배제하고 있는 것으로 보이지도 않습니다. 그렇다면 성북구 다문화가족 조례의 규정이 성북구 민간위탁 조례 제3조의 “특별한 규정”에 해당한다고 보기 어려울 것입니다.

결론적으로, 「다문화가족지원법」 제12조²⁰²⁾에 따른 성북구 다문화가족지원센터의 설치·운영 사무는 자치사무에 해당하고, 성북구 다문화가족 조례 제17조의 규정이 성북구 민간위탁 조례 제4조제3항의 적용을 배제할 수 있는 근거가 되는 “특별한 규정”에 해당하는 것으로 보기도 어려우므로, 성북구청장이 다문화가족지원센터의 운영을 민간위탁하는 경우에는 성북구 민간위탁 조례 제4조제3항에 따라 성북구의회 동의를 받아야 할 것으로 보입니다(법제처 2016. 9. 22. 회신 16-0205 의견제시 사례).

202) 「다문화가족지원법」

제12조(다문화가족지원센터의 설치·운영 등) ① 국가와 지방자치단체는 다문화가족지원센터(이하 “지원센터”라 한다)를 설치·운영할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체는 지원센터의 설치·운영을 대통령령으로 정하는 법인이나 단체에 위탁할 수 있다.

③ ~ ⑦ (생략)

의견제시 사례

행정업무의 대행은 행정기관의 권한을 공공단체 또는 사인에게 법적으로 이전하여 행정권한을 수탁받은 공무수탁자가 그의 이름으로 행정권한을 행사할 수 있고 그 행정권 행사의 법적 효과 또한 공무수탁자에게 귀속되는 민간위탁과는 차이가 있으나, 「지방공기업법 시행령」 제63조에서는 지방자치단체의 장이 지방공사에 지방자치단체의 사업을 대행하도록 하는 경우에는 지방자치단체가 지방공사와의 위탁계약에 따라(제1항) 사업실시에 따른 계획의 수립, 집행, 종료에 따른 경비와 대행수수료 등을 부담하도록 하고(제2항) 있으므로, 위탁을 하는 경우와 마찬가지로 지방공사에 사무를 대행하게 하려는 경우에도 제도의 취지에 반하여 비용의 추가 부담 등으로 비용이 더 드는 경우가 있고, 공평성의 저해 등에 의한 행정서비스의 질적 저하를 불러올 수 있으며, 행정의 민주화와 종합성이 손상될 가능성도 있다는 점에서 위와 같은 단점을 보완할 수 있는 장치를 둘 필요가 있다고 할 것입니다. 그리고 지방자치단체의 장이 지방공사에 사무를 대행하도록 하는 경우 지방의회의 사전동의를 받도록 하는 것은 대행의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치로서 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수는 없을 것입니다(법제처 2021. 4. 1. 회신 21-0055 의견제시 사례).

의견제시 사례

「지방자치법」 제104조제2항에서는 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 공공단체 등에 위탁할 수 있다고 규정하고 있고, 「지방공기업법」 제76조제2항 및 제49조제2항에서는 지방공단 설립 시 그 설립, 업무 및 운영에 관한 기본적인 사항을 조례로 정하도록 하고 있으므로 지방공단의 설치·운영에 관한 사항을 규정하는 조례에서 지방자치단체의 장이 위탁하는 사무를 해당 지방공단의 수행 사무의 범위에 포함하여 규정하는 것은 가능하다고 할 것이고, 이처럼 지방공단이 수행하는 사업의 구체적인 내용을 조례로 정할 필요가 있다는 점을 고려하면 지방공단의 사업 내용 변동의 필요성 등에 탄력적으로 대응할 현실적인 필요성 등을 고려하여 지방공단의 설치·운영에 관한 사항을 규정하는 조례에서 지방자치단체의 장이 위탁하는 사무를 해당 지방공단의 사무 범위에 포함하여 규정하는 경우 사업의 구체적 타당성 등에 대한 지방의회의 검토를 보완하기 위하여 실제 지방자치단체의 장이 지방공단에 소관 사무를 위탁할 때 사전에 지방의회의 동의를 얻도록 하는 규정을 두는 것이 지방공단의 업무에 대해 조례로 규정하도록 한 「지방공기업법」의 규정 취지에 반한다고 보기는 어려울 것입니다(법제처 2020. 11. 12. 회신 20-0228 의견제시 사례).

나) 지방의회 동의를 받을 필요가 없다고 본 사례

의견제시 사례

「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제48조제1항²⁰³⁾에서는 국가·지방자치단체 및 한국환경공단은 폐수종말처리시설을 설치·운영할 수 있고, 국가와 지방자치단체는 산업단지개발사업의 시행자 등 각 호의 자에게 그 시설을 설치하거나 운영하게 할 수 있다고 규정하고 있는데, 진주시가 이 규정에 따라 폐수종말처리시설의 운영을 민간에 위탁하려 한다면 법령상 근거 규정에 따라 위탁을 한 것이고, 이 경우 조례 제4조제4항 단서 중 '개별법령에 민간위탁의 근거가 있는 경우'에 해당하여 같은 항 본문이 적용되지 않는다 할 것입니다. 따라서 진주시에서 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」에 따라 폐수종말처리시설의 운영을 민간위탁하는 경우 조례 제4조제4항에 따른 시의회의 동의를 얻지 않아도 될 것으로 보입니다(법제처 2015. 12. 11. 회신 15-0324 의견제시 사례).

6) 민간위탁과 행정재산의 관리위탁과의 관계

민간위탁이 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 행정재산의 관리위탁에 해당되거나 민간위탁과 행정재산의 관리위탁이 혼용되는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」 등이 우선 적용²⁰⁴⁾된다고 할 것이므로 개별 조례에서 행정재산의 관리위탁에 대해 민간위탁 조례에 따르도록 하는 규정을 두지 않도록 한다.

203) 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」(법률 제14532호로 제명이 「물환경보전법」으로 변경) 제48조(공공폐수처리시설의 설치) ① 국가·지방자치단체 및 한국환경공단은 수질오염이 악화되어 환경기준을 유지하기 곤란하거나 수질 및 수생태계 보전에 필요하다고 인정되는 지역의 각 사업장에서 배출되는 수질오염물질을 공동으로 처리하여 배출하기 위하여 공공폐수처리시설을 설치·운영할 수 있으며, 국가와 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 공공폐수처리시설을 설치하거나 운영하게 할 수 있다. 이 경우 사업자 또는 그 밖에 수질오염의 원인을 직접 야기한 자(이하 "원인자"라 한다)는 공공폐수처리시설의 설치·운영에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담하여야 한다.

1. 한국환경공단
 2. 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제16조제1항(제5호와 제6호는 제외한다)에 따른 산업단지개발사업의 시행자
 3. 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제2조제7호에 따른 사업시행자
 4. 제1호부터 제3호까지의 자에 준하는 공공폐수처리시설의 설치·운영 능력을 가진 자로서 대통령령으로 정하는 자
- ② (생략)

204) 제2편 제2장 3. 공유재산관계 참조

7) 그 밖의 고려사항

권한의 위임 및 위탁은 수임관청의 명리와 책임으로 그 위임권한을 행사하도록 하되 위임관청은 감독권을 보유하는 것이 본질이므로 그 본질에 반하는 규정을 두지 않도록 한다.²⁰⁵⁾

국가사무에 관한 것이기는 하나 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」²⁰⁶⁾에서는 지휘·감독 및 사전승인 등의 제한에 관한 규정을 두고 있다.

라. 규정방식

1) 개관

국가법령에서는 권한의 위임 및 위탁에 관한 규정은 개별 대통령령에 두는 것을 원칙으로 하되, 상위 법률에서 권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이 없는 예외적인 경우에 한하여 일반법적인 성격을 가지고 있는 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 권한의 위임·위탁 및 민간위탁에 관한 규정을 두도록 하고 있다. 그러나 지방자치단체에서는 권한의 위임 등에 관한 일반조례에서 권한의 위임 및 위탁에 관한 규정을 두는 경우²⁰⁷⁾가 일반적인 것 같다. 이는 중앙행정기관의 경우 권한의

205) 하급 행정관청으로서 군수의 일반적 지휘·감독을 받는 읍·면장의 위임사무 처리에 관한 위법한 처분에 대하여만 군수에게 취소·정지권을 부여하고 부당한 처분에 대하여는 이를 배제한 조례안은 「지방자치법」에 위배되어 허용되지 않으므로 그 효력이 없다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96추114 판결례 참조).

206) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제5조(위임 및 위탁사무의 처리) 수임 및 수탁기관은 수임 및 수탁사무를 처리할 때 법령을 준수하고, 수임 및 수탁사무를 성실히 수행하여야 한다.

제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

제7조(사전승인 등의 제한) 수임 및 수탁사무의 처리에 관하여 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다.

제8조(책임의 소재 및 명의 표시) ① 수임 및 수탁사무의 처리에 관한 책임은 수임 및 수탁기관에 있으며, 위임 및 위탁기관의 장은 그에 대한 감독책임을 진다.

② 수임 및 수탁사무에 관한 권한을 행사할 때에는 수임 및 수탁기관의 명의로 하여야 한다.

제9조(권한의 위임 및 위탁에 따른 감사) 위임 및 위탁기관은 위임 및 위탁사무 처리의 적정성을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리 상황을 수시로 감사할 수 있다.

위임 및 위탁에 관한 위임근거가 개별 법률에 있는 반면, 지방자치단체의 경우에는 「지방자치법」 제117조에 일반적인 위임근거가 있다는 점과 함께 관리의 편의 등을 위하여 단일의 일반조례를 운영하는 것이 아닌가 한다.

지방자치단체에 따라서는 권한의 위임 등에 관한 일반조례의 별표에서 권한의 위임 및 위탁에 관한 사항을 규정하면서도 개별 조례에서 그 일반조례에서 위임하거나 위탁하지 않는 사항을 위임하거나 위탁하는 규정을 두는 경우가 있다. 이는 개별 조례를 제정·개정하여 위임 또는 위탁의 대상이 되는 사무를 창설하고 개별 조례에서 창설된 사무를 위임하거나 위탁하기 위하여 일반조례를 추가로 개정하는 것이 번거롭기 때문에 입법의 편의를 위하여 개별 조례에 이와 같은 규정을 두게 된 것으로 보인다.

일반적으로 권한의 위임 및 위탁에 관한 사항을 일반조례에서 모두 규정할 것인지 아니면 개별 조례에서 규정하도록 할 것인지에 대해서는 일정한 원칙이 정립되어 있는 것은 아니고, 지방자치단체에서 주민의 자치법규 이해의 편의 등을 고려하여 결정하면 될 것이어서 위임사무를 개별조례에 규율할 수도 있으나, 일반조례에서 권한의 위임 또는 위탁 등에 관한 사항을 규율하면서도 개별 조례에 위임 및 위탁에 관한 규정을 두게 되면 위임이나 위탁관계를 체계적으로 이해하기 어렵게 될 수 있으므로 위임이나 위탁에 관한 일반조례가 있다면 그 일반조례에서 위임이나 위탁에 관한 규정을 두는 것이 적절해 보인다.

의견제시 사례

위임사무에 관한 통합관리를 위하여 「포항시 사무위임조례」에서 위임하는 것이 바람직한 점은 있으나, 「지방자치법」 제104조제1항에 따른 조례는 특정조례를 한정하는 것이 아니고, 「포항시 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 조례」에서 사무의 위임을 한다고 하여 법적 효력에 차이가 있는 것도 아니므로, 개별조례에 의해 위임할 수 있습니다(법제처 2012. 2. 10. 회신 12-0034 의견제시 사례).

207) 위임에 관한 조례와 위탁에 관한 조례를 각각 두는 경우도 있다.

2) 위탁 관련 규정의 표현방식

위탁 관련 규정은 “권한의 위탁”, “업무의 위탁”, “사무의 위탁” 등 다양하게 표현하고 있다. 그러나 민간위탁에 관한 사항인 경우에는 “국민의 권리·의무와 직접 관련 없는 사무의 위탁”과 관련되는 것이 보통이므로 “권한의 위탁”보다는 “업무의 위탁” 또는 “사무의 위탁”으로 표현하도록 한다.

3) 대상 업무와 수탁기관 규정 방법

민간위탁의 경우에는 해당 업무가 민간위탁 대상이 되는지 여부와 수탁자가 해당 업무를 수행할 수 있는 자격이 있는지 여부를 조례 입안 단계에서 미리 검토하여 수탁기관이 공단 등이면 위탁할 업무와 해당기관을 조례에서 명시하도록 하되, 수탁기관을 명시할 수 없으면 수탁자가 갖추어야 할 인적·물적 기준을 지방자치단체의 규칙으로 위임할 수 있다. 위탁할 업무나 수탁기관을 조례 제정·개정 당시에 예측할 수 없거나 사정에 따라 변경될 수 있으면 수탁업무 및 수탁기관을 지방자치단체의 규칙으로 정하도록 할 수도 있다.

4) 민간위탁에 관한 조례의 규정방식

일반적으로 민간위탁에 관한 조례는 민간위탁의 목적·정의, 다른 조례 또는 규칙과의 관계, 민간위탁 대상사무의 기준, 수탁기관의 선정기준, 수탁기관 선정, 수탁기관 선정심의위원회, 수탁사무의 처리, 책임의 소재 및 명의표시, 협약체결, 지휘·감독, 사무편람, 이의신청, 처리상황의 감사 등의 순서로 규정한다. 그 밖에 필요한 때에는 민간위탁 사무내용, 재계약, 운영지원, 사용료 징수, 경영평가 등을 추가로 규정할 수 있다.

Q&A | 질의·답변

Q 조례에서 민간위탁의 대상을 포괄적으로 규정할 수 있는지?

A 행정권한은 법령에 따라 정해지는 것이고, 위탁하려는 권한을 구체적으로 명시하지 않거나 불명확하게 규정한 경우에는 위탁과 관련한 법적 혼란 및 분쟁이 발생할 소지가 있기 때문에 지방자치단체가 사무를 위탁하는 경우에 그 사무의 근거가 되는 규정을 구체적으로 적시하는 등 위탁하려는 사무를 명확하게 규정해야 함.

11. 과태료

가. 의의

행정질서별인 과태료는 행정법규 위반 정도가 비교적 경미하여 간접적으로 행정 목적 달성에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대해 부과하는 일종의 금전벌이다.²⁰⁸⁾

행정형벌은 직접적으로 행정 목적이나 사회법익을 침해하는 경우에 부과한다는 점에서 과태료와 차이가 있다. 과태료는 형벌이 아니므로 「형법」 총칙의 규정이 적용되지는 않는다. 또한 과태료를 부과 받더라도 전과로 되지 않으며 다른 형벌과 누범 관계가 생기지 않는다.

나. 관계 법령

1) 「질서위반행위규제법」

과태료의 부과·징수 및 재판 등에 관한 사항을 규율하는 법으로 「질서위반행위규제법」(법률 제8725호, 2007. 12. 21. 제정, 2008. 6. 22. 시행)²⁰⁹⁾이 있다.

208) 대법원 1969. 7. 29. 선고 69마400 판결례 참조

209) 「질서위반행위규제법」의 주요 내용

1. 과태료에 관한 일반원칙, 부과, 불복, 집행 절차 등을 규정
 - 법률상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위(대통령령으로 정하는 사법상·소송법상 의무위반, 징계에 따른 과태료 제외)를 '질서위반행위'로 정의(법 제2조).
 - 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따르도록 함(법 제5조).
2. 질서위반행위의 성립 요건
 - 고의·과실을 질서위반행위의 성립 요건으로 규정(법 제7조)
 - 위법성 착오에 정당한 이유가 있는 경우, 14세 미만자 또는 심신장애인의 질서위반행위는 면책(법 제8조부터 제10조까지)
 - 확정된 과태료의 소멸시효를 5년으로 규정(법 제15조)
3. 과태료 부과·징수절차
 - 과태료 부과 시 사전 통지 및 10일 이상 의견 제출 기회 부여(제16조)
 - 과태료부과의 제척기간: 질서위반행위가 종료한 날부터 5년(제19조)
 - 당사자가 60일 이내에 이의를 제기한 경우 과태료 재판이 진행되고, 그 재판절차에 관하여 상세히 규정하며, 「비송사건절차법」은 일부규정(대리, 비용, 관할)만을 준용(제4장)
 - 행정청은 법원의 허가를 받아 재판에 참여 가능(제32조)

「질서위반행위규제법」은 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따르도록 하고 있다(제5조).

또한 같은 법 제16조부터 제24조의4까지 과태료의 부과·징수에 관한 사항을 정하고 있고, 같은 법 시행령 제8조에서는 과태료의 징수 절차는 법 또는 이 영에 반하지 아니하는 범위에서 국고금관리법령 또는 지방재정·회계법령을 준용하되, 과태료의 징수 절차를 국고금관리법령 또는 지방재정·회계법령과 달리 정할 필요가 있는 경우에는 따로 총리령 또는 부령으로 정하도록 하고 있다.

2) 과태료의 부과에 관한 개별법

개별 질서위반행위에 대한 과태료 부과에 관하여는 개별 법률에서 부과요건·부과권자 등을 규정하고 있다. 또한 법률에서 과태료 부과기준 등을 대통령령 또는 조례에 위임하고,²¹⁰⁾ 이에 따라 대통령령, 조례 등에서 별표 등으로 과태료의 부과기준을 정하고 있다.

상위법령인 대통령령에서 과태료는 10만원의 범위에서 조례로 정하도록 규정하고 있는데 해당 조례에서는 과태료 금액을 정액으로 명시하지 않고 그 상한 또는 범위만을 설정하고 있다면, 대통령령에서 위임한 것은 과태료의 구체적인 금액이지 과태료 금액의 범위라고는 보기 어려우므로 조례에서는 과태료 금액을 정액으로 명시하여 규정하는 것이 바람직하다. 또한 과태료 금액이 실체적이고 본질적인 사항인 점에 비추어 과태료 금액을 조례 시행규칙에 이르러서야 명시하는 것은 조례 제정의 중심이 되는 내용을 조례 시행규칙으로 위임하는 구조가 되어 바람직하지 않다.²¹¹⁾

- 과태료 재판은 검사의 명령으로 집행하되 그 집행을 행정청에 위탁할 수 있고, 지방자치단체의 장이 위탁받는 경우에는 집행한 과태료를 지방자치단체의 수입이 되도록 함(제42조, 제43조).

4. 과태료의 실효성 제고

- 당사자가 과태료를 자진 납부 시 감경(법 제18조)
- 행정청에 질서위반행위에 대한 조사권과 공공기관에 대한 자료제공요청권 부여(제22조, 제23조)
- 과태료 체납 시 불이익: 가산금 부과, 관허사업 제한, 고액·상습체납자의 경우 신용정보기관에 관련 정보 제공, 30일의 범위 내 감치(제24조, 제52조, 제53조, 제54조)

210) 입법방식은 “제○항에 따른 과태료는 대통령령/조례로 정하는 바에 따라 ○○○장관(또는 지방자치단체의 장)이 부과·징수한다” 또는 “제○항에 따른 과태료의 부과기준에 대해서는 대통령령/조례로 정한다”와 같이 규정하고 있다.

다만, 과태료 부과기준 등에 관한 위임이 없는 경우로서 자치사무나 단체위임사무인 경우에는 조례로 이를 정할 수 있을 것이나, 기관위임사무인 경우에는 조례로 이를 정할 수 없고 규칙이나 훈령 등으로 정할 수 있을 것이다.

의견제시 사례

법령의 규정을 통하여 살펴보면, 과태료 부과징수권을 위임받은 지방자치단체의 장은 법률의 범위 내에서 재량으로 이를 집행할 수 있으므로 과태료 관련 사항을 집행하기 위해 별도로 조례나 규칙 등을 제정해야 하는 것은 아닙니다. 그리고 지방자치단체의 장의 과태료 부과기준 마련이 전혀 불가능한 것은 아니나, 과태료 부과·징수권한은 국가사무로서 조례로 정할 수 있다는 특별한 규정이 없는 한 과태료 부과기준을 조례로 정할 수 없습니다.

그렇다면, 법률의 범위에서 과태료 부과·징수권자인 지방자치단체의 장은 과태료 집행에 관한 재량권을 가지고 있으므로 통일적인 과태료 부과기준 정립이나 재량행위 투명화를 위하여 훈령이나 자치법규인 규칙으로 집행기준을 구체화할 수 있습니다(법제처 2012. 2. 8. 회신 12-0030 의견제시 사례).

다. 과태료에 관한 조례 제정 가능성

「질서위반행위규제법」 제6조에서는 법률에 따르지 아니하고는 어떤 행위도 질서위반행위로 과태료를 부과하지 아니한다고 규정하고 있고, 「지방자치법」 제28조 제1항 단서에서도 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있으므로 법률의 위임이 없는 경우에는 원칙적으로 과태료를 부과하는 질서위반행위를 신설하는 조례를 제정할 수 없다.

「지방자치법」 제28조제1항 단서에서 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 조례로 정하려면 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있으므로 과태료를 규정하기 전에 조례에서 어떠한 위반행위의 요건을 정해야 하는데 그러한 위반행위는 의무의 부과를 전제로 하고 이는 법률의 위임이 있어야 하는 것이다.

따라서 의무 부과를 위한 법률의 위임조항을 두면서 그에 대한 벌칙을 규정하지 않는 법률이 있는 경우에는 법률의 위임 없이 과태료를 조례에서 규정할 여지가

211) 법제처 2011. 12. 27. 회신 11-0302 의견제시 사례

있을 것이나, 그런 사례는 거의 찾아보기 힘들기 때문에 독립적인 과태료 부과근거로서의 「지방자치법」 제34조는 그 의미를 거의 찾기 어렵게 된다.²¹²⁾

의견제시 사례

이와 같이 「환경영향평가법」 제42조에 따라 조례에 위임된 사항이 그 과태료 부과원인과 관련된 사항만이고 명시적으로 과태료에 대한 사항은 포함되어 있지 않다고 하더라도 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로서 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다고 규정하고 있는 「지방자치법」 제27조의 취지와 주민의 권리 제한 등에 관한 조례에 대한 법률의 위임은 포괄적인 것으로 충분하다는 점[헌법재판소 1995. 4. 20. 결정 92헌마264,279(병합)], 자치입법인 조례 역시 자기완결성을 갖추기 위하여 과태료와 같은 실효성 확보수단이 필요하다는 점에 비추어 볼 때, 법률에서 별도로 과태료에 관한 사항을 조례에 위임한 경우뿐만 아니라, 법률에서 과태료 부과원인이 되는 의무의 부과를 조례로 위임한 경우에도 그 의무를 위반한 경우의 과태료를 조례로 정할 수 있다고 할 것이므로, 「환경영향평가법」 제42조제1항에 따른 부산시조례안에서 해당 조례안을 위반한 행위에 대해 과태료를 정하는 것은 가능하다고 할 것으로 보입니다(법제처 2015. 2. 24. 회신 15-0031 의견제시 사례).

또한 상위법령에서 과태료를 지방자치단체의 장이 부과·징수하도록 규정하고 있다면 이는 법에서 정한 부과권자인 지방자치단체의 장이 규칙으로 정해야 하며, 상위법령의 위임 없이 조례로 과태료의 부과·징수에 관한 사항을 정할 수는 없을 것이다.

의견제시 사례

따라서 별도의 위임규정 없이 조례로 공중화장실법 위반행위에 대해 사천시장이 부과하는 과태료의 기준을 확정적·일률적으로 정하여 공중화장실법에 따라 과태료를 부과·징수하는 사천시장이 판단재량을 행사할 수 없게 된다면 이는 과태료 부과에 대한 재량권을 부여받은 집행기관의 권한을 침해할 소지가 있는 것으로 보이므로 「공중화장실법」 제21조제4항의 과태료 부과 방법 및 부과 기준을 확정적·일률적으로 정하는 것이라면 규칙으로 규정하는 것이 바람직하다고 판단됩니다(법제처 2020. 7. 31. 회신 20-0140 의견제시 사례).

212) 「지방자치법」

제34조(조례위반에 대한 과태료) ① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로서 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다.

② 제1항에 따른 과태료는 해당 지방자치단체의 장이나 그 관할 구역 안의 지방자치단체의 장이 부과·징수한다.

라. 과태료의 부과·징수절차를 둘 필요가 있는지

「질서위반행위규제법」 제5조에서 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따르도록 하고 있으므로, 개별 법률 또는 조례에서 이러한 사항들을 두는 것은 불필요하게 되었고, 현행법에 규정되어 있는 이런 규정은 해석상 혼란을 줄 수 있으므로 국가법령의 경우 개정 시에 이를 삭제하고 있다.

따라서 조례에서도 과태료의 부과·징수 등에 관한 규정은 생략하고 부과요건과 부과권자 등에 관한 규정만 둔다. 이 경우 부과절차 등이 「질서위반행위규제법」에 따른다는 별도의 규정을 두지 않는다.

마. 과태료 부과기준의 규정방식

법률에서 과태료 부과에 관하여 조례에 위임하거나 과태료의 구체적 부과기준을 조례로 위임한 경우에는 통일적인 집행기준을 마련하기 위하여 과태료 부과기준을 구체적으로 정할 필요가 있게 된다. 이 경우 과태료 가중·감경과 관련된 내용을 별표 대신 본문에서 규정한 경우도 있으나, 과태료 관련 가중·감경 기준이 복잡한 경우에는 과태료 가중·감경 사유의 일반기준과 개별기준을 별표에서 규정하고 「질서위반행위규제법 시행령」 제2조의2에 따른 감액사유는 개별 자치법규에서 중복하여 규정할 필요가 없다.

또한 조례에서 과태료 부과금액을 정할 때에는 법률에서 정한 과태료 상한액과 지나친 편차가 발생하지 않도록 해야 한다.²¹³⁾ 법률에서 과태료 상한액을 복수로 설정한 경우에는 법률적 판단을 존중하여 조례에서도 과태료 부과금액도 위반행위 간 순서를 유지할 필요가 있다.²¹⁴⁾

213) 「과태료 금액지침」(2019. 2.)상 부과금액(위반 횟수별 가중처분의 경우 1차 위반 기준)은 법률상 과태료 상한액의 50% 이상에서 설정하며, 특별한 사유가 있는 경우에도 가급적 30% 이상에서 설정하도록 한다.

214) 법률에서 과태료 상한액이 a행위에 대해 1천만원 이하, b행위에 대해 5백만원 이하로 설정되었으나, 조례에서 과태료 부과금액이 a행위에 대해 50만원, b행위에 대해 3백만원으로 규정된 경우는 위반행위 간 순서가 유지되지 않은 경우이다.

입법예시 • 과태료 부과기준

[별표 ○]

과태료의 부과기준(제○조제○항 관련)

1. 일반기준

가. 부과권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호의 개별기준에 따른 과태료 금액의 2분의 1의 범위에서 그 금액을 감경할 수 있다. 다만, 과태료를 체납하고 있는 위반행위자의 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1) 위반행위가 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우
- 2) 위반행위자가 법 위반상태를 시정하거나 해소하기 위하여 노력한 사실이 인정되는 경우
- 3) 그 밖에 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 감경할 필요가 있다고 인정되는 경우

나. 부과권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제2호의 개별기준에 따른 과태료 금액의 2분의 1의 범위에서 늘려 그 금액을 부과할 수 있다. 다만, 늘려 부과하는 경우에도 법 제□□조제△△항에 따른 과태료의 상한을 넘을 수 없다.

- 1) 위반의 내용·정도가 중대하여 소비자 등에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우
- 2) 법 위반상태의 기간이 6개월 이상인 경우
- 3) 그 밖에 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 가중할 필요가 있다고 인정되는 경우

2. 개별기준

위반행위	근거 법조문	과태료 금액
1. 법 제○조제●항을 위반하여 -----하는 경우	법 제□□조제△△항	3천만원
2. 사업자가 법 제○조제●항을 위반하여 -----하는 경우	법 제□□조제○○항	2천만원

바. 위반 횟수별 과태료 가중처분 규정

위반 횟수별 과태료 가중처분 제도는 과태료를 받은 전력이 있음에도 불구하고 또다시 같은 위반행위를 한 자에 대해 그 위반 횟수에 따라 보다 무거운 제재를 가하려는 것으로, 종전 처분의 경고적 기능을 무시하고 같은 위반행위를 반복한 경우 보다 비난 가능성이 크다는 점을 근거로 한다. 다만, 위반 횟수별 과태료 가중처분 제도를 규정할 때에는 위반 횟수, 가중처분의 기준이 되는 기간과 가중처분이 적용되는 기간의 계산에 대해 명확히 규정하여 집행상 혼란이 없도록 해야 한다.

먼저, 위반 횟수는 3회 이상으로 하는 입법례가 많다. 다만, 가중 필요성이 높으면 위반 횟수를 줄일 수 있다.

다음으로 가중처분의 기준이 되는 기간은 1년 또는 2년인 경우가 일반적이지만 반복 가능성이 높고, 가중 필요성이 높으면 3년 이상²¹⁵⁾으로도 설정할 수도 있는데, 비례의 원칙 등을 고려하여 지나치게 장기가 되지 않도록 주의한다.

마지막으로, 가중처분의 적용 대상이 되는 위반행위는 과태료 부과처분 후에 행해진 위반행위만 해당한다는 것이 판례²¹⁶⁾ 및 해석례²¹⁷⁾의 확립된 견해이므로 가중처분의 적용 대상과 관련해서는 “과태료 부과처분 후 다시 같은 위반행위를 한 것”에 한정함을 명확히 하도록 한다.

가중처분이 적용되는 기간 계산에서 만료점을 설정할 때에 ① 위반행위일로 하는 경우, ② 적발일로 하는 경우, ③ 행정처분일로 하는 경우를 상정할 수 있으나, 행정처분일은 행정청의 자의적인 집행에 따라 가중처분 여부가 결정되는 문제가 있고, 위반행위일은 객관적인 기준이 될 수 있지만 그 위반행위에 대한 적발이 장기간 경과하여

215) 「학교급식법 시행령」 별표 등

216) ‘처분기준의 적용은 (중략) 행정처분일과 처분 후 재적발일을 기준으로 한다’에서 ‘재적발일’은 종전의 같은 위반행위에 대한 행정처분 후에 영업자가 같은 위반행위를 한 경우로 새김이 타당하다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두2157 판결례 참조).

217) 가중된 행정처분을 부과하는 취지는 종전 행정처분의 경고적 기능을 무시하고 다시 위법한 행위를 하였다는 점에서 비난 가능성이 더 크기 때문이라고 할 것인바, (중략) 해당 위반행위는 그 처분일 이후에 발생한 것으로 한정함이 상당하다고 할 것입니다(법제처 2013. 11. 13. 회신 13-0381 해석례 참조).

이루어진 경우에도 가중처분을 해야 하는 불합리한 점이 있으므로, 적발일로 하는 것이 적절하다.

별도의 규정이 없다면 가중처분의 적용 차수를 계산할 때 가중처분 적용 기간에 부과된 처분의 차수를 기준으로 해야 하므로 이를 명확히 하기 위해 “가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수의 다음 차수로 한다”라고 규정한다.²¹⁸⁾

입법예시

- 가. 위반행위의 횟수에 따른 과태료의 가중된 부과기준은 최근 ○년간 같은 위반행위로 과태료 부과처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대하여 과태료 부과처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.
- 나. 가목에 따라 가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수(가목에 따른 기간 내에 과태료 부과처분이 둘 이상 있었던 경우에는 높은 차수를 말한다)²¹⁹⁾의 다음 차수로 한다.

218) ‘최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 다시 개별기준 동일호 또는 동일목의 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우’라 함은 그 문언상 하나의 위반행위가 있어 행정처분을 받고 그로부터 1년 이내에 다시 그와 같은 위반행위를 하는 경우 앞의 행정처분보다 가중된 처분을 해야 한다는 뜻으로 보아야 할 것이지, 최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 해당 차수의 가중처분을 함에 있어서 요구되는 위반행위가 모두 발생할 것을 요하는 것으로 볼 것은 아니라 할 것입니다(법제처 2005. 10. 5. 회신 05-0039 해석례 참조).

219) 괄호의 규정은 2차 처분 후 그 전의 위반행위가 적발되어 1차 처분을 한 경우와 같이 가중처분 적용기간에 처분이 둘 이상인 경우 1차 처분이 최근의 처분이더라도 가중처분 적용 기간 중의 처분 중 가장 높은 차수인 2차 처분의 다음 차수인 3차 처분을 해야 한다는 의미이다.

제3장 | 부칙규정

1. 개관

가. 의의

“부칙”이란 본칙에서 규정하는 사항의 시행일과 본칙의 시행에 따른 과도적 조치인 시행을 위한 준비행위, 적용례, 특례, 경과조치, 기존 조례·규칙의 폐지, 그리고 본칙의 시행에 따라 필요한 다른 조례·규칙의 개정, 개정된 본칙과 다른 조례·규칙 등과의 관계 등을 규정한 부분을 말한다.

이러한 규정들은 본칙과 달리 잠정적 성격을 띠거나 일시적 조치의 성격을 띠는 것들이다. 이와 같은 규정들은 본칙을 모두 규정한 다음에 부칙이라는 표제 아래 따로 모아둔다.

부칙은 이번 개정규정과 관련해서 규정하는 것이므로 종전에 개정한 내용에 대해서는 규정할 수는 없다. 따라서 이번 개정과 관련 없는 종전 부칙 내용을 수정하거나 보완할 필요가 있다면 종전의 부칙을 개정하는 형태를 취하는 것이 적절하다.

나. 규정 방법 및 순서

1) 일반적으로 부칙은 다음과 같은 방식으로 규정한다.

- ① 부칙은 장(章)의 하나가 아니므로, 장 번호를 붙이지 아니하고 “부칙”이란 표제 아래 모아서 규정한다.

- ② 부칙도 본칙과 마찬가지로 조로 구분하고 조에 제목을 붙이되, 조 번호는 제1조 부터 새로 시작하도록 한다. 다만, 부칙에서 시행일만을 규정하는 경우에는 조와 조의 제목을 표시하지 않는다.²²⁰⁾

2) 제○조의 개정규정으로 표현

부칙에서 개정된 본칙의 조문을 인용하는 경우 해당 개정되는 자치법규가 전부개정이든 일부개정이든 “제○조의 개정규정”으로 표현한다. 특히 본칙에서 신설되거나 삭제된 규정을 인용하는 경우에도 “제○조의 신설규정”이나 “제○조의 삭제규정” 등의 표현은 하지 않도록 한다. 다만, 본칙에서 삭제된 조문을 부칙에서 “제○조의 개정규정”으로 인용할 경우 경과조치 등을 이해하는 데에 어려움이 있을 수 있으므로, 내용을 풀어 쓸 수 있으면 “제○조의 개정규정”이라고 표현하지 않고 삭제 전의 종전 규정을 인용하여 알기 쉽게 풀어 쓰도록 노력해야 한다.

입법예시 • 삭제된 규정에 관한 경과조치를 알기 쉽게 풀어쓴 사례

제5조(…에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전에 발생한 …로서 종전의 제○조의 규정에 따른 …에 대한 …은 종전의 제○조에 따른다.

제2편
제3장

부칙
규정

3) 규정 순서

가) 부칙에 규정하는 사항과 그것들을 배열하는 일반적인 순서는 다음과 같다.

- (1) 조례·규칙의 시행일에 관한 규정
- (2) 조례·규칙의 유효기간에 관한 규정
- (3) 기존 조례·규칙의 폐지에 관한 규정
- (4) 조례·규칙의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정
- (5) 조례·규칙의 시행에 따른 적용례에 관한 규정

220) 과거에는 부칙이 2개 이상 5개 이하이면 항으로 구분하였으나, 항을 내용별로 묶을 필요가 있는 경우도 있고, 항에 제목을 붙이는 것도 어색하므로 조문의 개수와 관계없이 부칙도 조로 구분하도록 한다.

■ 제2편 세부 입안기준

- (6) 조례·규칙의 시행에 따른 특례에 관한 규정
- (7) 조례·규칙의 시행에 따른 경과조치에 관한 규정
- (8) 조례·규칙과 관련된 다른 조례·규칙의 개정에 관한 규정
- (9) 다른 조례·규칙과의 관계에 관한 규정

나) 적용례·특례에 관한 규정이 둘 이상인 경우에는 그 대상이 되는 본칙규정의 순서에 따라 배열한다.

다) 다른 조례·규칙의 개정이나 폐지에 따라 경과조치가 필요하면 그 개정 또는 폐지에 관한 규정 바로 뒤에 경과조치를 둔다.

입법예시 ● 폐지에 관한 규정 다음에 경과조치를 규정한 사례

제2조(다른 조례의 폐지) 「…조례」는 폐지한다.

제3조(지원에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전에 종전의 「…조례」에 따라 지원을 신청한 자는 제○조에 따라 지원을 신청한 것으로 본다.

2. 시행일에 관한 규정

가. 의의

조례·규칙의 “시행”이란 조례·규칙이 그 자체로서 효력을 가지고 존재하게 되는 상태에 이르는 것을 말하고, 조례·규칙의 “시행일”이란 조례·규칙에서 규정한 법률효과가 발생하는 날을 말한다. 조례·규칙의 시행일은 「지방자치법 시행령」 제31조에 따른 공포일과 구분된다.

조례·규칙의 시행일은 조례·규칙이 효력을 발하는 시기에 관한 규정이므로 그 시기에 관한 다른 해석의 여지가 없도록 명확하게 규정해야 한다. 특히 여러 조례·규칙이 동시에 시행되어야 하는 경우 또는 다른 법령이나 조례·규칙의 시행을 전제로 해서 조례·규칙이 만들어지는 경우에는 조례·규칙의 시행관계를 적절히 조정해야 한다.

나. 관계 법령: 「지방자치법」 제32조

「지방자치법」 제32조제8항에서는 조례와 규칙은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 지나면 효력을 발생한다고 규정하고 있다. 따라서 조례·규칙에 시행일에 관한 규정이 없는 경우에는 「지방자치법」 제32조제8항에 따라 공포한 날부터 20일이 지난 날부터 시행된다.

다. 시행일을 규정하는 방법

시행일을 정하는 방식에는 ① 공포한 날부터 시행하게 하는 방식, ② 공포일부터 일정기간이 경과한 날부터 시행하게 하는 방식, ③ 특정한 날부터 시행하게 하는 방식, ④ 특정한 사실의 발생과 연계하여 시행하게 하는 방식이 있다.

입법예시 ① 공포한 날부터 시행하게 하는 경우

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 공포한 날부터 시행한다.

입법예시 ② 공포한 날부터 일정한 기간이 경과한 날부터 시행하도록 하는 경우²²¹⁾

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 공포 후 ○○년/개월/일이 경과한 날부터 시행한다.

221) 법령등(자치법규 포함)의 시행일의 기간 계산에 대하여 규정하고 있는 「행정기본법」 제7조제2호 및 제3호에 따르면 법령등을 공포한 날부터 일정 기간이 경과한 날부터 시행하는 경우는 그 공포한 날을 첫날에 산입하지 아니하도록 하고(제2호), 그 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일인 때에는 그 말일로 기간이 만료하도록(제3호) 규정하고 있다.

[적용 예시]

「행정기본법」 부칙<법률 제17979호, 2021. 3. 23.>

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제22조, 제29조, 제38조부터 제40조까지는 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고, 제23조부터 제26조까지, 제30조부터 제34조까지, 제36조 및 제37조는 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행한다.

① 법 시행일 → 2021. 3. 23.(공포일과 동일)

② 제22조, 제29조, 제38조부터 제40조까지의 시행일 → 2021. 9. 24.(공포일은 첫날에 산입하지 않고, 3월 24일부터 기산하여 6개월의 기간 만료일은 9월 23일이 되고, 시행일은 그 다음날인 9월 24일이 된다.)

③ 제23조부터 제26조까지, 제30조부터 제34조까지, 제36조 및 제37조의 시행일 → 2023. 3. 24.(공포일은 첫날에 산입하지 않고, 3월 24일부터 기산하여 2년의 기간 만료일은 2023년 3월 23일이 되고, 시행일은 그 다음날인 2023년 3월 24일이 된다.)

입법예시 • 특정한 날부터 시행하도록 하는 경우

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 0000년 00월 00일부터 시행한다.

입법예시 • 특정한 사실이나 제도(조약 등)와 연계하여 시행하도록 하는 경우

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 「... 서한교환」이 발효되는 날부터 시행한다.

일부 조항의 시행일을 다른 조항과 달리하는 경우에는 다음과 같이 단서를 두는 방식에 따른다. 이 경우 원칙적으로 시행되는 조항의 수가 많은 쪽을 본문에, 수가 적은 쪽을 단서에서 규정하도록 한다. 비록 단서에 규정되는 조항의 시행일이 본문의 시행일보다 앞선다고 하더라도 같은 방식에 따른다.

입법예시 • 일부 조항의 시행일을 다르게 정한 사례

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제11조, 제16조제1항의 개정규정은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행하고, 제8조 및 제9조제1항제7호의 개정규정은 2024년 1월 1일부터 시행한다.

조문별로 다른 시행일을 문장 하나로 표현하면 알아보기 어려운 경우에는 시행일을 각 호로 열거하는 방식도 사용할 수 있다.

입법예시 • 시행일을 달리하는 조항을 각 호로 열거한 사례

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 다음 각 호의 사항은 각 호의 구분에 따른 날부터 시행한다.

1. 제2조제7항, 제33조제1항(민방위·재난관리 제도에 관한 사항에 한정한다)·제6항 및 제7항의 개정규정과 부칙 제2조제1항(민방위·재난관리 및 소방에 관한 사항에 한정한다)·제2항, 부칙 제4조(제9항은 제외한다) 및 부칙 제5조제2항의 규정은 이 조례·규칙 공포 후 3개월 이내에 제33조제6항의 개정규정에 따른 ...에 관한 규칙이 시행되는 날
2. 제33조제1항(복무 및 연금관리에 관한 사항에 한정한다), 제39조제1항 및 제42조의 개정규정과 부칙 제2조제1항(영유아 보육, 공무원의 인사관리 및 후생복지에 관한 사항에 한정한다)·제3항, 부칙 제4조제9항 및 부칙 제5조제1항의 규정은 이 조례·규칙 공포 후 3개월이 경과한 날

또한 어느 한 조항이 아니라 그 조항 중의 일부 내용에 대해서만 시행일을 달리 정해야 할 필요가 있는 경우도 있는데 이런 경우에는 다음 입법례와 같이 “제○조 제○항의 개정규정 중 ~ (관련) 부분은 ~ 부터 시행한다.”는 방식으로 그 부분을 최대한 구체적으로 명시하도록 한다.

입법예시 ▶ 조항 중의 일부 내용에 대하여 시행일을 달리한 사례

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제4조제4항 및 제28조제3항의 개정규정 중 특별자치시장 관련 부분은 2012년 7월 1일부터 시행하고, 부칙 제2조는 공포한 날부터 시행한다.

라. 시행일을 정할 때 주의사항

1) 시행 유예기간의 적정한 설정

조례·규칙의 시행을 위한 시행일을 정할 때 그 시행을 위하여 규칙이나 고시 등 하위규정을 마련할 필요가 있는 경우에는 그에 소요되는 기간과 함께 주민이 조례·규칙의 내용을 숙지하고 필요한 준비를 할 시간적 여유를 가질 수 있도록 적절한 시행유예기간을 주어야 한다.²²²⁾ 다만, 하위규정 마련이 필요한 경우임에도 불구하고 부득이하게 조례·규칙을 긴급히 시행할 필요가 있어 공포일부터 시행하는 경우에는 미리 하위규정을 마련하여 조례·규칙과 동시에 공포하거나 고시하는 등 하위규정이 마련되지 않아 조례·규칙이 사실상 시행되지 못하는 경우가 없도록 해야 하며, 부득이하게 이런 경우가 발생했으면 적절한 적용례나 경과조치를 두어 주민이 받게 되는 불이익을 최소화할 수 있도록 해야 한다.

2) 공포일 이후의 날로 설정

조례·규칙의 시행일을 특정일로 정하여 입안한 경우에는 조례·규칙의 공포가 예상보다 늦어져서 공포일이 시행일보다 늦게 되는 경우에는 시행일이 무효가 되고,

222) 판례는 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 환원하는 내용의 변리사법 시행령 개정조항을 즉시 시행하도록 정한 부칙 부분이 수험생들의 신뢰이익을 침해하였다고 보았다(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 판결례 참조).

「지방자치법」 제32조제8항에 따라 공포한 날부터 20일이 지난날부터 시행하게 될 수 있으므로 유의해야 한다.

만약 조례가 시행일로 규정한 날보다 늦게 공포된 경우 그 하위규정인 규칙의 시행일은 조례에서 시행일로 정한 날이 아니라 조례가 공포된 날부터 20일이 지난날을 시행일로 규정해야 한다.

3) 공포 후 시행 전 조례·규칙을 개정하는 경우 시행 혼란 방지

공포 후 시행 전 조례·규칙을 개정하는 경우에는 그 개정조례·규칙의 시행일을 공포 후 시행 전 조례·규칙의 시행일과 맞추어 규정하는 등 조례·규칙의 시행에 혼란이 없도록 해야 한다.

4) 위임법령의 시행일 및 관계 법령 등의 시행일 고려

법령의 위임에 따라 제정·개정되는 조례의 경우에는 조례의 시행일을 위임법령에서 정한 시행일로 정해야 한다. 다만, 위임법령의 시행일보다 조례가 늦게 공포된 경우에는 조례의 시행일을 조례의 공포일 이후의 날로 정해야 한다.²²³⁾ 또한, 해당 조례·규칙이 법령이나 다른 조례·규칙의 시행을 전제로 하면 그 법령이나 다른 조례·규칙의 시행일을 잘 파악하여 시행일을 일치시키거나 그보다 늦춰야 한다.

판례

- ① 2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정되어 2006. 1. 1.부터 시행된 구 지방세법 제253조는 대통령령이 정하는 원자력발전용 지역개발세의 과세대상으로 추가하였는데, 구 지방세법 제258조제1항에는 지역개발세를 부과할 지역과 부과징수에 관하여 필요한 사항은 도조례가 정하는 바에 의한다고 규정되어 있으므로 원자력발전에 대한 지역개발세는 부과요건의 하나인 부과지역에 관한 조례가 정해져야만 비로소 부과지역이 대외적으로 확정되어 이를 부과할 수 있다.
- ② 2006. 1. 1.부터 시행된 구 지방세법 제258조제1항 위임에 따라 경상북도는 2006. 3. 16. 구 경상북도세조례로, 전라남도는 2006. 4. 24. 구 전라남도세조례로 각각 원자력발전용

223) 법령에서 위임한 사항을 조례에서 정하지 않고 있고 해당 사항이 법령 집행을 위해서 필수적인 내용이라면 해당 조례를 제정·개정하지 않은 이상 법령을 집행하기는 어려울 것이다.

지역개발세 과세대상으로 하고 부과대상지역을 해당 도내 전지역으로 하는 내용으로 조례를 개정하였고, 개정과 동시에 또는 개정 이후 부칙에서 그 부과시기를 구 지방세법 시행 후 발전하는 분부터 적용한다고 규정하였는데, 이에 따라 각 과세관청이 원자력발전사업을 영위하는 갑 주식회사에 구 지방세법 시행일인 2006. 1. 1.부터 소급하여 원자력발전에 대한 지역개발세 부과처분을 한 사안에서 원자력발전에 대한 지역개발세는 조례로 부과지역이 확정된 2006. 3. 16.(경상북도의 경우) 또는 2006. 4. 24.(전라남도의 경우) 이후에 부과할 수 있는데도, 위 각 부칙은 지역개발세 부과요건에 관한 규정을 그 시행시기 이전에 이미 종결한 과세요건사실에 소급하여 적용하도록 하였으므로 헌법 제38조, 제59조의 취지에 반하여 무효라는 이유로 과세관청이 2006. 1. 1.부터 2006. 3. 15.(경상북도의 경우)까지 또는 2006. 4. 23.(전라남도의 경우)까지의 원자력발전에 대하여 한 지역개발세 부과처분은 위법하다(대법원 2001. 9. 2. 선고 2008두17363 판결례 참조).

3. 유효기간에 관한 규정

가. 의의

자치법규는 원칙적으로 계속 적용된다는 것을 전제로 만들어진다. 그리고 자치법규를 더 이상 적용할 필요가 없으면 자치법규의 폐지를 통해서 정리해 주는 것이 원칙이다.

그러나 지역경제 활성화 등을 위하여 일정기간 동안만 일정범위의 주민에게 특별한 지원을 하는 등 자치법규를 일정한 기간만 시행하도록 미리 예정해서 한시조례나 한시규칙의 형태로 만드는 것이 필요한 경우도 있다.²²⁴⁾

한시조례나 한시규칙을 둘 때에는 유효기간에 관한 규정을 두도록 한다. 조례 전체에 대하여 유효기간을 규정하게 되는 경우도 있고 일부 조문에 대해서만 유효기간을 규정하게 되는 경우도 있다.

224) 이런 경우에도 한시조례 또는 한시규칙을 만들지 않고 일정 기간이 지나면 조례나 규칙을 폐지하는 방식으로 할 수도 있으나, 정책의 효과를 높인다는 측면에서 보면 정책이 한시적으로 시행된다는 것을 미리 밝히는 것이 더 낫기 때문에 한시조례 또는 한시규칙을 제정하게 된다.

나. 규정방식

1) 자치법규 전체의 유효기간을 규정하는 방식

유효기간은 일반적으로 부칙에서 규정한다. 조례 전체의 유효기간을 규정하는 경우에는 부칙에 “유효기간”이라는 제목으로 규정을 둔다. 유효기간을 규정하는 조의 제목으로 “적용기간”과 “유효기간”이 혼용되어 사용된 적이 있었으나, “적용기간”이라고 하면 적용기간이 끝난 후 조례가 실효되는지 아니면 적용만 되지 않는 상태로 유지되는지 논란의 소지가 있으므로, 그 기간이 끝나면 실효된다는 것이 분명히 나타날 수 있도록 “유효기간”으로 통일하도록 한다.

부칙이 시행일 규정과 유효기간 규정뿐이면 유효기간 규정을 위한 조항을 따로 두지 않고 시행일 규정에 붙여서 쓰거나 시행일 규정의 단서로 처리하는 경우가 있는데 유효기간을 밝힌 규정을 반드시 따로 두도록 한다.

입법예시 • 유효기간을 정하는 방식

제2조(유효기간) 이 조례/규칙은 2025년 12월 31일까지 효력을 가진다.

2) 특정 조항에 대한 유효기간을 규정하는 방식

특정 조항에 대해 유효기간을 규정하는 경우에는 부칙에 둘 수도 있으나, 한시규정을 둔 조문에서 유효기간을 함께 규정해 두는 것이 자치법규를 더 쉽게 이해할 수 있다고 생각되면 본칙에 유효기간 규정을 둘 수도 있다.

입법예시 • 특정 조항의 유효기간을 부칙에서 규정한 사례

제4조(유효기간) 제29조, 제30조, 제35조제1호, 제40조제1항제2호 및 제41조제2호·제3호의 규정은 2006년 12월 31일까지 그 효력을 가지며, 제32조제1항 중 “고유업종 외의 사업”을 2007년 1월 1일부터 “사업”으로 한다.

입법예시 • 특정 조항의 유효기간을 본칙에서 규정한 사례

제5조의2(… 지원사업에 대한 특례) 시장/군수/구청장/도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제○조에도 불구하고 …에 대하여 지원할 수 있다.

1. …
2. … (0000년 00월 00일까지 지원을 신청하는 경우만 해당한다)

3) 유효기간을 연장하는 경우의 규정 방식

유효기간을 연장하려면 유효기간이 만료하기 전에 유효기간을 규정한 조항을 개정하면 된다.

입법예시 • 유효기간을 연장하는 방식

… 조례 일부개정조례

조례 제…호 …조례 일부개정조례 부칙 제○조 중 “0000년 00월 00일”을 “0000년 00월 00일”로 한다.

부 칙

이 조례는 공포한 날부터 시행한다.

그러나 유효기간이 종료된 후에는 이미 해당 규정이나 조례 전체가 효력을 잃었으므로, 비록 규정의 형태는 남아 있다고 하더라도 사실상 존재하지 않으므로 유효기간을 규정한 조항을 개정하는 방식으로 유효기간을 연장할 수 없다. 따라서 조례 전체의 유효기간이 만료된 때에는 새로운 조례를 제정하여 제정조례의 부칙에 규정하려는 조례의 유효기간을 정한다.

반면에, 개별 조항의 유효기간이 만료된 경우에는 유효기간이 만료된 조항을 다시 신설하는 방식을 취하게 되면 형태만 남아 있는 규정이 있어 이를 삭제하고, 다시 신설해야 하는데 똑같은 내용을 삭제하고 다시 신설하는 것은 어색하므로 해당 조항을 전부 개정하는 방식이나 기존 규정을 삭제하고 새로운 규정은 가지번호를 사용하여 다른 조문으로 신설하는 방식을 사용할 수 있다. 특히, 유효기간이 만료된 조문의

중전 부칙을 개정조문의 부칙으로 오해하여 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 기존 규정을 삭제하고 새로운 규정은 가지번호를 사용하여 다른 조문으로 신설하는 방식을 사용하도록 한다.

입법예시 **기간이 만료된 경우 유효기간 연장방식**

… 조례 일부개정조례

제○조를 다음과 같이 한다.

제○조(…) …………….

부 칙

제1조(시행일) 이 조례는 공포한 날부터 시행한다.

제2조(유효기간) 제○조는 0000년 00월 00일까지 효력을 가진다.

조례 부칙에 따른 유효기간이 경과한 경우, 해당 조례는 폐지 등 별도의 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 조례는 실효된 것으로 보아야 한다. 다만, 해당 조례가 사실상 효력을 상실하였음에도 불구하고 형식적인 조례로 남아 있어 주민에게 혼란을 줄 여지가 있다면 조례정비 차원에서 해당 조례의 폐지 절차를 거칠 수도 있을 것이다.

의견제시 사례

이처럼 조례 전체에 대하여 유효기간을 규정한 한시조례로 입법이 된 경우에는 그 유효기간이 지나면 해당 조례는 실제로는 조례로서 존재한다고 보기 어렵고, 이러한 조례의 폐지는 정리적 차원에서 폐지 절차를 밟는 것으로 보아야 할 것인바(법제처 2017. 6. 21. 의견제시 17-0142 참조), 마포구조례의 유효기간이 경과한 후에 해당 조례의 실효를 위한 목적으로는 반드시 형식적인 폐지 절차를 거쳐야 할 필요는 없지만, 같은 조례가 사실상 효력을 상실하였음에도 불구하고 형식적인 조례로 남아있어 주민에게 혼란을 줄 여지가 있으므로 조례정비 차원에서 마포구조례의 폐지 절차를 거치는 것이 바람직할 것으로 보입니다(법제처 2017. 5. 18. 의견제시 17-0101 참조). 따라서 마포구조례 부칙에 따른 유효기간이 경과한 경우, 같은 조례는 폐지 등 별도의 조치를 취하지 아니하는 경우에도 그 조례는 실효된 것으로 보입니다. 다만, 같은 조례가 사실상 효력을 상실하였음에도 불구하고 형식적인 조례로 남아 있어 주민에게 혼란을 줄 여지가 있으므로 조례정비 차원에서 해당 조례의 폐지 절차를 거치는 것이 바람직한 것으로 보입니다(법제처 2017. 12. 22. 회신 17-0315 의견제시 사례).

4) 법령의 위임에 따라 제정되는 조례 또는 규칙에 유효기간 규정 필요성

상위법령의 유효기간이 경과하면 그 법령은 효력을 상실하기 때문에 비록 하위법령에 유효기간 규정을 두지 않더라도 하위법령도 자연히 실효된다고 본다. 다만, 상위법령에 유효기간에 관한 규정을 두고 하위법령인 자치법규에는 상위법령에서 위임된 사항에 관한 규정 등을 두는 경우 자치법규의 해당 규정도 유효기간에 관한 별도의 규정을 두지 않더라도 상위법령에 따라 유효기간이 있는 규정이 되나, 자치법규만으로 이를 확인하기 어려운 문제점이 있다. 이 경우 자치법규의 효력에는 차이가 없더라도 확인적, 안내적 차원에서 유효기간을 명시해 줄 수도 있을 것이다.

다. 유효기간 종료 후 남은 문제의 처리를 위한 경과규정

1) 한시조례 시행 중에 행한 처분에 대한 경과규정

유효기간이 경과하고 나면 실효된 상태가 되기 때문에 조례나 특정 조문을 폐지하거나 삭제하는 경우와 같이 경과규정 등을 두어야 할 필요가 생긴다.

입법예시 • 유효기간 이후를 대비하여 경과조치를 규정한 사례

제2조(유효기간) 이 조례는 2015년 12월 31일까지 효력을 가진다.

제3조(자금지원에 관한 경과조치) 제4조부터 제8조까지의 규정에 따른 자금지원은 이 조례의 유효기간이 지난 후에도 ...까지 그 효력을 가지며 그 효력을 가지는 동안에는 제10조부터 제15조까지를 적용한다.

제4조(유효기간 이후 자금지원금액 변경에 관한 경과조치) 제4조부터 제8조까지의 규정에 따라 자금 지원을 받은 자가 이 조례의 유효기간이 지난 후에 그 자금지원금액의 변경을 신청할 할 경우에는 ...조를 적용한다.

2) 한시조례 실효 후 남은 업무를 처리하기 위한 경과규정

조례 또는 규칙의 유효기간이 끝나도 그 조례 또는 규칙에 따라 진행되던 사무는 계속 처리하게 할 필요가 있는 경우가 적지 않다. 이와 같은 경우 남은 업무처리를 위하여 제한적으로 종전 조례 또는 규칙이 계속 적용되도록 하는 규정을 둔다. 이러

한 남은 업무처리를 위한 규정은 유효기간에 대한 예외라는 성격이 있으므로, 유효기간을 규정하는 조항에서 단서의 형식으로 규정할 수도 있고, 내용이 다소 길면 별도의 조항으로 할 수도 있다.

입법예시 ● 유효기간 경과 후 잔무처리에 관한 경과조치를 규정한 사례

제2조(유효기간) 이 조례는 0000년 00월 00일까지 효력을 가진다. 다만, 이 조례 시행 중에 제○조에 따른 지원을 받은 자에 대한 확인서의 발급에 대하여는 유효기간 경과 후 6개월까지는 이 조례에 따른 확인서의 발급을 신청할 수 있다

4. 다른 조례 또는 규칙을 폐지하는 규정

가. 의의

어느 조례 또는 규칙을 폐지하는 방식에는 새로 제정하거나 개정하는 조례 또는 규칙의 부칙에 폐지규정을 두는 방법과 폐지를 위한 조례 또는 규칙을 따로 제정하는 방법이 있다. 시행하고 있던 조례 또는 규칙을 더 이상 시행할 필요가 없어서 폐지하는 경우에는 그 조례 또는 규칙의 폐지를 위한 조례나 규칙을 따로 제정하여 폐지하는 것이 원칙이다.

그러나 어떤 조례 또는 규칙을 개정하게 되는 경우에 전부개정을 하지 아니하고 구 조례 또는 규칙을 폐지하고 신 조례 또는 규칙을 제정하는 형식을 취하거나 두 조례 또는 규칙을 통합하는 경우와 같이 시행되고 있는 조례 또는 규칙을 다른 조례 또는 규칙으로 대체하는 경우에는 대체하는 조례·규칙의 부칙에서 기존의 조례 또는 규칙을 폐지하는 규정을 두어 1건으로 만들어 입법을 추진해야 한다. 만약 기존 조례 또는 규칙을 폐지하는 조례안이나 규칙안과 기존 조례 또는 규칙을 대체하는 조례안이나 규칙안을 따로 만들어 입법을 추진하다가 기존 조례 또는 규칙을 대체하는 조례 또는 규칙만 입법되고 기존의 조례 또는 규칙이 그대로 남게 되면 서로 상충하는 두 개의 조례 또는 규칙이 존재하게 될 수 있기 때문이다.

또한 폐지되는 조례 또는 규칙과 새로운 조례 또는 규칙을 연결하는 경과조치 등을 규정할 때 관련되는 내용을 같은 부칙에서 규정할 수 있으므로, 부칙에서 다른 조례 또는 규칙을 폐지하는 방식이 내용상으로도 이해하기 쉽고 입법경제상으로도 유리한 점이 있다.

그러나 부칙에서 규정할 수 있는 사항은 본칙과 제도적으로 관련성을 가지는 내용에 제한되므로, 부칙에서 다른 조례 또는 규칙을 폐지하는 방식은 조례 또는 규칙을 제정·개정·폐지함에 따라 다른 조례 또는 규칙을 폐지할 필요가 발생하는 경우에 인정될 수 있는 것이다. 조례 또는 규칙의 제정·개정과는 관계없이 그 부칙에서 다른 조례 또는 규칙을 폐지하게 되면 이는 부칙에서 규정할 수 있는 사항의 범위를 벗어나는 것이므로 허용되지 않는다. 이런 경우에는 폐지를 위한 조례 또는 규칙을 따로 제정하는 방식을 취해야 한다.

나. 규정방식

다른 조례 또는 규칙을 폐지하는 조의 제목은 “다른 조례의 폐지”(규칙의 경우는 “다른 규칙의 폐지”)로 통일하도록 한다.

폐지되는 조례 또는 규칙의 공포번호는 혼동의 우려가 없으면 인용하지 않는 것으로 한다. 혼동할 우려가 있어 공포번호를 인용하려면 폐지되는 조례 또는 규칙의 제정 당시의 공포번호(전부개정 된 적이 있으면 전부개정 조례 또는 규칙의 공포번호)를 인용한다.

입법예시 ● 부칙에서 다른 조례를 폐지한 사례

부 칙

제2조(다른 조례의 폐지) 다음 각 호의 조례는 각각 폐지한다.

1. …조례
2. …조례

다. 조례 또는 규칙의 폐지에 따른 사전 준비행위 및 경과조치

관련 사무가 끝나고 조례 또는 규칙을 폐지하는 경우라면 폐지만으로 충분할 수 있으나, 폐지 전에 무엇인가 필요한 조치를 해야 할 필요가 있는 경우도 있다. 이런 경우에는 사전 준비행위를 규정해 둔다.

입법예시 ◉ 조례를 폐지하기 전에 사전준비 행위를 규정한 사례

…조례 폐지조례

부 칙

제1조(시행일) 이 조례는 0000년 00월 00일부터 시행한다. 다만, 부칙 제2조는 공포한 날부터 시행한다.

제2조(법인의 설립) 시장은 이 조례에 따라 폐지되는 …공단의 업무를 계속 수행하기 위하여 「지방공기업법」에 따른 법인(이하 “법인”이라 한다)을 0000년 00월 00일까지 설립해야 한다.

또한 다른 조례·규칙의 개정이나 폐지에 따라 경과조치가 필요하면 그 개정 또는 폐지에 관한 규정 바로 뒤에 경과조치를 둔다.

입법예시 ◉ 다른 조례의 폐지에 따른 경과조치를 규정한 사례

부 칙

제2조(다른 조례의 폐지) …조례는 폐지한다.

제3조(지원에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전에 종전의 「…조례」에 따라 지원을 신청한 자는 제○조에 따라 지원을 신청한 것으로 본다.

5. 조례 또는 규칙의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정

가. 의의

조례 또는 규칙을 시행하기 위해서는 준비행위가 필요하다. 가장 대표적인 것이 하위규정을 마련해야 하는 것이다. 그래서 조례 또는 규칙의 시행일을 정할 때에는 그 조례 또는 규칙의 시행 준비를 하기 위하여 필요한 기간을 예상하여 시행유예기간을 두는 것이 일반적이다.

준비행위가 사실행위로 충분하다면 조례 또는 규칙에 따로 준비행위를 할 수 있도록 하는 규정을 두지 않아도 준비행위를 하는데 문제가 없다. 그러나 준비행위로 법적인 행위를 해야 한다면 그 행위를 유효하게 하기 위한 조치가 필요하다. 이와 같은 경우에는 준비행위에 관한 규정을 두지 않으면 자치법규의 시행일이 되어야 비로소 시행을 위한 준비행위를 할 수 있고(미리 준비행위를 하더라도 법적 효력은 그때 가서야 생기게 된다), 사실상 자치법규의 시행이 늦춰지게 되는 문제가 발생하게 된다.²²⁵⁾

나. 규정방식

조례 또는 규칙이 시행되기 전이라도 필요한 준비를 할 수 있도록 하는 근거 규정은 부칙에 둔다. 준비행위는 조례의 내용에 따라 다를 수 있으므로, 사안에 따라 적절한 준비행위를 할 수 있도록 규정하되, 막연히 “이 조례/규칙의 시행을 위하여 필요한 준비행위를 할 수 있다”고 규정하지 말고 가능한 한 구체적으로 규정하도록 한다.

입법예시 ◉ 사무를 하기 위한 준비행위를 규정한 사례

제1조(시행일) 이 조례/규칙은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(조례/규칙 시행을 위한 준비행위) ① 시장/군수/구청장/도지사는 조례/규칙의 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우는 이 조례/규칙 시행 전에 제○조제○항의 개정규정에 따른 동의 서면을 제출하게 할 수 있다.

② 시장/군수/구청장/도지사는 조례/규칙의 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우는 이 조례/규칙 시행 이전에 제7조의2제1항의 개정규정에 따른 ...을 ...에게 요청할 수 있다.

③ 제2항에 따른 요청을 받은 ...은 특별한 사유가 없는 한 ...을 제공해야 한다.

④ 시장/군수/구청장/도지사는 조례/규칙 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우는 이 조례/규칙 시행 전에 제20조의2의 개정규정에 따른 ...시스템의 구축 및 운영에 필요한 조치를 할 수 있다.

225) 예컨대, 1987년 10월 29일 공포된 현행 헌법에서는 대통령직선제를 실시하도록 했는데 이 헌법은 1988년 2월 25일부터 시행하도록 하였다. 1988년 2월 25일에는 국민이 직접 선출한 대통령이 취임을 해야 하고 그러려면 그 전에 대통령선거를 해야 하는데 그 대통령선거를 실시하는 시점에서 효력을 가지는 헌법은 1980년에 개정된 헌법인데 이 헌법에서는 대통령은 대통령선거인단이 선출하도록 하고 있다. 그렇다고 해서 1987년 개정 헌법을 공포 시점인 1987년 10월 29일부터 시행하게 되면 그 당시 재임 중인 대통령선거인단에서 선출된 대통령의 자격이 문제가 된다. 이런 경우에 개정 헌법을 바로 실시 하면서 경과규정을 두어 문제를 해결할 수도 있고, 개정 헌법을 당시 재임 중인 대통령의 임기가 만료하고 난 후부터 시행하도록 하면서 후임 대통령의 선거 등을 사전에 할 수 있도록 준비행위에 관한 규정을 두어 해결하는 두 가지 방안이 있을 수 있다. 후자의 방식을 택하는 경우에는 당시 헌법의 규정과 신헌법의 준비행위 규정이 서로 저촉되게 되지만 신헌법의 준비행위 규정이 신법이므로, 우선하게 된다.

6. 적용례, 특례 및 경과조치에 관한 규정

가. 개관

자치법규의 제정·개정 시 신·구의 규정에 따른 법률관계를 명확히 규정해 주는 것은 반드시 필요하다. 따라서 제정·개정 시 신설되거나 변경되는 내용 하나 하나마다 그 적용관계를 어떻게 할 것인지를 반드시 검토해야 한다.

나. 적용례에 관한 규정

1) 의의

자치법규 자체가 효력을 발휘하는 것을 “시행”이라고 한다. 자치법규의 부칙에서 시행일을 정하는 것은 기본적으로 자치법규의 효력이 발생하는 시점(始點)을 정한다는 의미가 있다. 제정 또는 개정된 자치법규는 시행일부터 효력을 발휘하게 되는데, 시행일 이후에 최초로 발생하는 사실관계나 법률관계뿐만 아니라, 과거에 발생하여 제정 또는 개정된 자치법규의 시행 당시에도 여전히 진행 중인 사실관계나 법률관계에도 원칙적으로 효력이 미친다.²²⁶⁾ 그러한 사실관계나 법률관계가 일련의 절차나 단계를 거쳐 진행되는 경우 단순히 시행일을 정하는 것만으로는 구체적으로 제정 또는 개정된 자치법규의 적용 대상과 시기가 명확하지 않는 경우가 있다. 이러한 경우에 해당 자치법규의 부칙에서 새로 시행되는 규정의 구체적 적용관계를 명확히 하기 위해 시행일 규정 외에 필요한 규정을 두게 되는데, 이를 “적용례”라고 한다.

2) 자치법규 적용의 시간적 범위에 관한 기준과 부칙 필요성

종전에는 법령이 개정되어 신법·구법 중 어떤 법이 적용되어야 하는지에 관하여 법령 자체에서 아무런 규정을 두지 않은 경우에 학설과 판례는 사안에 따라 다른 기준이 적용된다고 보았다. 일반적인 행정처분의 경우에는 처분시법주의에 따라 행

226) 따라서 제재규정이 제정되거나 개정되기 전부터 위반행위가 계속되는 경우 제정되거나 개정된 제재규정이 적용된다.

정처분 당시의 법령을 기준으로 하나, 행정처분의 내용이 제재처분인 경우에는 행위 시법주의에 따라 위반행위 시의 법령을 적용해야 한다는 것이 판례의 입장이다. 그리고 권리의 발생 여부에 대해서는 권리가 발생한 시점 등 과거의 특정 시점에서 적용되던 법령에 따라 판단하게 된다.

이러한 신법과 구법과의 적용관계에 대해 「행정기본법」 제14조제1항에서는 진정 소급적용금지의 원칙을, 같은 조 제2항에서는 신청에 따른 처분 당시의 신법이 적용되는 처분시법주의를, 같은 조 제3항 본문에서는 위반행위 당시의 구법이 적용되는 행위시법주의를, 같은 조 제3항 단서에서는 행위시법주의의 예외를 각각 규정²²⁷⁾하였다. 이러한 「행정기본법」에 따른 법 적용기준은 개별 법령에 특별한 규정이 없는 경우에 적용되므로, 공익과 사익을 비교형량하여 「행정기본법」상의 적용기준과 달리 정할 필요가 있을 때에는 부칙에 적용례나 경과조치를 둘 필요가 있다.

적용례 등이 없는 경우에 대한 주요 분야별 관련 판례를 보면 다음과 같다.

판례 1 개정법령 시행 전에 신청된 인허가 신청의 처리

인허가는 처분 당시에 시행중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고 인허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 적법하다.²²⁸⁾

다만, 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다.²²⁹⁾

227) 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.

228) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96누19772 판결례 참조, 대법원 1998. 11. 10. 선고 98두13812 판결례 참조

판례 2 개정법령 시행 전에 인허가를 받은 자에 대한 처리

종전에 허가 또는 등록을 받은 자에 대한 처리와 관련하여서는 면허 또는 등록 당시 그 면허 또는 등록기준에 아무런 하자가 없었으나 그 뒤 조례나 규칙의 개정에 의하여 위 기준에 적합하지 않게 되어 그 허가 또는 등록을 취소하였다면 이는 종래의 허가 또는 등록을 소급적으로 취소한 것이 아니라 공익상의 요구에 의한 법령개정에 따라 그 허가 또는 등록요건이 변경됨으로써 장래에 향하여 그 허가 또는 등록을 적법히 취소(철회)한 것일 뿐이므로 위 등록취소처분이 소급입법에 의하여 재산권을 박탈한 것이라고 볼 수 없다.²³⁰⁾

판례 3 인허가 및 신고대상자가 변경된 경우

법률에서 일정한 시설을 설치하려는 자 등은 허가 또는 신고를 하도록 하면서 그 구체적인 범위를 조례에 위임한 경우로서 조례에서 그 범위를 변경하여 대상자가 확대된 경우 그 설치당시에 신고대상자가 아니었다면 그 후 법령의 개정에 따라 그 시설이 허가 또는 신고대상 규모에 해당하게 되었다고 하더라도, 이에 관한 아무런 경과 규정을 두고 있지 아니한 이상 허가 또는 신고 대상자에 해당한다고 볼 수는 없다.²³¹⁾

판례 4 인허가 등의 존속기간이 변경된 경우

개정 법령 시행 이전에 권리를 취득한 경우에도 존속기간이 개정 법령 시행 이후이고, 존속기간의 연장신청 역시 그 시행 이후에 이루어진 경우에는 개정 법령을 적용하는 것이 이미 완성되거나 종결된 사실 또는 법률관계에 대하여 개정 시행령을 소급 적용하는 것이라고 할 수 없고, 개정 전 법령의 존속에 대하여 신뢰를 가졌다고 하더라도 그것이 국가에 의하여 유도된 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 개정 법령에서 정한 예외사유는 예외적으로 유리한 효과를 부여하는 것이었던 점 등에 비추어 보면, 그 신뢰가 개정 시행령 규정의 적용에 관한 공익상의 요구와 비교·형량하더라도 더 보호가치가 있는 것이라고 할 수 없으므로, 개정 법령 등의 부칙 규정에서 그 각 시행일 이후에 연장허가 신청이 이루어진 경우에 대하여도 개정 전 시행령 규정을 적용한다는 경과규정을 두고 있지 아니한 것이 명백한 이상, 존속기간 연장허가 신청에 대하여는 개정 법령이 적용된다.²³²⁾

229) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003두3550 판결례 참조, 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005두8092 판결례 참조

230) 대법원 1986. 7. 22. 선고 85누273 판결례 참조

231) 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000도5895 판결례 참조

232) 대법원 2000. 3. 10. 선고 97누13818 판결례 참조

판례 5 권리발생 여부, 의무 면제 또는 결격요건 등이 변경된 경우

행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 해당 법령상의 요건사실을 충족할 당시의 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다.²³³⁾²³⁴⁾

판례 6 지방세 등 금전납부요건 또는 면제요건이 변경된 경우

지방세 등의 과세 또는 면제에 관한 조례가 납세의무자에게 불리하게 개정된 경우에 있어서 납세의무자의 기득권 내지 신뢰보호를 위하여 특별히 경과규정을 두어 납세의무자에게 유리한 종전 조례를 적용하도록 하고 있는 경우에는 종전 조례를 적용해야 하지만, 개정 조례 부칙에서 종전의 규정을 개정 조례 시행 후에도 계속 적용한다는 경과규정을 두지 아니한 이상, 다른 특별한 사정이 없는 한 법률불소급의 원칙상 개정 전후의 조례 중에서 납세의무가 성립한 당시에 시행되는 조례를 적용해야 한다.²³⁵⁾²³⁶⁾

233) 대법원2002. 6. 25. 선고 2001두5125 판결례 참조, 대법원 1997. 8. 22. 선고 97누6544 판결례 참조

234) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결례 참조, 파산선고에 대한 결격사유가 임의적 취소에서 필요적 취소로 변경된 사안임.

235) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다45734 판결례 참조, 대법원 2001. 3. 15. 선고 99두4594 전원합의체 판결례 참조

236) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003두13083 판결례에서는 조세법령이 개정되면서 그 부칙에서 개정조문과 관련하여 별도의 경과규정을 두지 아니한 경우에는 납세의무가 성립한 당시에 시행되는 법령을 적용하여야 할 것이고, 한편, 제2차 납세의무가 성립하기 위하여는 주된 납세의무자의 체납 등 그 요건에 해당하는 사실이 발생하여야 하는 것이므로, 그 성립시기는 적어도 '주된 납세의무의 납부기한' 이후라고 판시하였다.

판례 7 위헌적 요소를 해소하려는 반성적 고려로 유리하게 개정된 경우

이 사건 개정 시행령은 외모의 흉터 장해에 대한 장해등급의 결정에 관하여 단순한 정책변경에 따라 개정된 것이 아니라, 개정 전 시행령이 동일한 외모의 흉터에 대하여 남녀를 불합리하게 차별하는 위헌적인 요소가 있어서 이를 해소하려는 반성적 고려에서 개정된 것이고, 그 개정을 통하여 개정 전 시행령보다 근로자에게 유리하게 장해등급을 결정하도록 하여 근로자의 균등한 복지증진을 도모하고자 하는 데 그 취지가 있으며, 피고의 원고에 대한 장해등급 결정 전에 개정 시행령의 시행일이 도래한 점 등에 비추어 보면, 이 사건에서 원고의 외모 흉터 장해에 대하여는 예외적으로 개정 시행령을 적용하여 그 장해등급을 결정함이 상당하다 할 것이다.²³⁷⁾

판례 8 위반행위에 대한 제재처분

법령이 변경된 경우 신 법령이 피적용자에게 유리하여 이를 적용하도록 하는 경과규정을 두는 등의 특별한 규정이 없는 한 헌법 제13조 등의 규정에 비추어 볼 때 그 변경 전에 발생한 사항에 대하여는 변경 후의 신 법령이 아니라 변경 전의 구 법령이 적용되어야 하므로 과징금 부과처분 등 제재처분을 하는 경우에는 구체적인 부과기준에 대하여 처분시의 법령이 위반행위 시의 법령보다 불리하게 개정되었고 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없다면 위반행위 시 또는 위반행위가 계속되는 경우에는 위반행위가 종료되는 때에 시행되는 법령을 적용해야 한다.²³⁸⁾

3) 적용례와 경과조치의 구별

적용례는 “새로이 제정 또는 개정된 자치법규”의 적용관계를 밝히기 위한 것이며, 경과조치는 새로 제정되거나 개정된 자치법규에 의한 기득권 침해 방지 등의 정책적 필요에 따라 특정한 사안이나 사람에 대해 “구 자치법규”를 적용하기 위한 것이라는 점에서 구분된다. 적용례를 두지 않은 경우 해당 행정청은 이에 갈음하는 합리적인 기준을 설정하여 업무를 수행할 수 있지만, 경과조치를 두지 않은 경우에는 해당 행정청은 이에 갈음하는 조치를 할 수 없다. 왜냐하면, 개정 자치법규가 시행되는 순간 종전의 자치법규는 사라져 조치의 근거를 찾을 수 없기 때문이다.

237) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2004두12957 판결례 참조

238) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두3228 판결례 참조, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두7872 판결례 참조

그러므로 어떤 사람이나 사항에 대해 구 자치법규를 적용해야 한다면 반드시 그 사람이나 사항에 대해 종전의 규정을 적용하도록 하는 명문의 경과조치를 두어야 한다. 원칙적으로 적용례를 두었다고 하여 적용례에 포섭되지 않는 사람이나 사물에 대해 구 자치법규가 적용되는 것은 아니기 때문이다.

자치법규가 개정된 경우에 기득권의 보호를 위하여 “이 조례 시행 당시 종전의 규정에 따라 ~~~ 한 것은 ○○의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다”라는 경과조치를 두는 대신 실무에서는 “----- 이후 ○○하는 것부터 적용한다”는 적용례를 두는 경우가 있다. 이러한 현상이 나타나는 이유는 적용례에 해당되지 않으면 자동적으로 구 자치법규가 적용된다고 보기 때문인데, 사라진 구 자치법규를 계속 적용하려면 명확한 근거가 필요할 뿐만 아니라 신·구 자치법규 중 어느 자치법규가 적용되는지 명확하지 아니하여 상대방이 민원을 제기하는 등 분쟁이 발생할 소지도 있으므로, 구 자치법규의 적용을 받던 경우를 신 자치법규의 적용 대상에서 제외하려는 의도가 명백하다면 경과조치를 두도록 한다.

입법예시

제11조(처분 등에 관한 일반적 경과조치) 이 조례 시행 당시 종전의 규정에 따른 행정기관의 행위나 행정기관에 대한 행위는 그에 해당하는 이 조례에 따른 행정기관의 행위나 행정기관에 대한 행위로 본다.

제12조(과태료에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전의 행위에 대하여 과태료 규정을 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다.

경과조치를 두는 경우 “...한 경우에는 종전의 규정에 따른다.”라고 규정하는데, 구법을 “적용”하게 되어 의미상 “적용례”에 해당하지만 신법 기준으로는 경과된 사항에 대해 종전의 법을 적용하는 조치에 해당하므로, “적용례”라는 제목보다는 “경과조치”를 사용하는 것이 더 적절하다. 부칙의 배열 순서에서 적용례를 경과조치보다 앞에 두는 이유도 현재 시행되는 자치법규의 적용에 관련되는 사항이 더 본질적인 내용이라고 보아 먼저 규정하고 제도의 변경에 따른 과도적 조치는 부수적인 것으로 보아 나중에 규정하는 것으로 이해할 수 있다.

4) 적용례의 규정 순서, 규정 방식 및 유의 사항

가) 규정 순서

적용례는 원칙적으로 다음과 같은 순서로 배열한다.

- ① 일반적 적용례가 있으면 앞에 두고, 개별 조문에 대한 적용례는 그 다음에 둔다.
- ② 개별 조문에 대한 적용례는 조문의 순서에 따라 배열한다.
- ③ 다른 조례·규칙의 개정에 따라 적용례가 필요하다면 그 개정규정 바로 뒤에 그에 따른 적용례를 둔다.

나) 규정 방식

(1) 일반적 규정 방식

적용례를 규정하게 되는 조문의 적용대상이 사람이나 법인이면 사람이나 법인을 기준으로, 사항(사물)이면 사항(사물)을 기준으로 적용례를 작성한다. 적용례를 규정하는 기본 형식은 “제○조제○항의 개정규정은 이 조례(규칙) 시행 이후 ~~하는 경우 (하는 것, 하는 자)부터 적용한다.”로 표현한다.

입법예시 ● 사람을 기준으로 규정한 사례

제2조(재정지원에 관한 적용례) 제13조의2제1항제17호의 개정규정은 이 조례 시행 이후²³⁹⁾²⁴⁰⁾ 최초로 지원을 신청하는 자부터 적용한다.

입법예시 ● 사항(사물)을 기준으로 규정한 사례

제2조(... 설치 금지에 관한 적용례) 제10조의 개정규정은 이 조례 시행 이후 설치되는 것부터 적용한다.

239) 시행일이 여러 개인 경우로서 시행일 단서에 해당하는 개정규정의 시행과 관련된 적용례를 규정하는 경우에는 “제○조의 개정규정은 부칙 제1조 단서에 따른 제○조의 개정규정 시행 이후”와 같은 방식으로 표현한다.

240) “이 조례 시행 후”라고 표현한 경우도 있으나 시행일이 포함됨을 명확하게 하기 위해 “이 조례 시행 이후”라고 표현한다.

(2) 절차가 진행 중인 사항을 규정하는 방식

이미 행정절차가 진행 중인 사안에 대해서는 신 자치법규가 적용되는 것이 원칙이나, 적용 관계를 명확하게 하기 위해 적용례를 규정하기도 한다. 이 경우 인허가 요건 등이 강화된 경우 등에는 소급입법에 따른 문제점이 발생하지 않는지를 검토해야 한다.

입법예시 ▶ 절차가 진행 중인 사항을 규정한 사례

제2조(부담금의 납부에 관한 적용례) 제25조의 개정규정은 이 조례 시행 당시 부담금을 부과 받았으나 납부기한이 지나지 아니한 경우에도 적용한다.

다) 유의 사항

(1) 적용기준을 명확하게 규정

적용례는 신 자치법규의 적용 범위를 정하는 것으로 적용례를 정할 때 신 자치법규가 적용되는 기준을 명확하게 규정해야 한다. 즉 변경되는 제도가 일정한 절차를 거치는 경우에는 진행되는 절차 중 어느 단계의 절차를 기준으로 할 것인지를 명확하게 규정해야 하고, 인적·물적 기준을 활용하는 경우에도 가급적 그 근거 자치법규 또는 조문을 명시하여 적용기준을 명확히 해야 한다. 자치법규 입법과정에서는 적용기준으로 삼는 것이 의미가 없거나 불명확한 기준을 규정하여 집행과정에서 문제가 되는 경우가 있으므로 주의해야 한다.

(2) 소급적용의 문제

신 자치법규를 소급적용한다는 취지의 적용례를 두는 경우에는 소급입법의 문제를 미리 검토해야 한다. 헌법상 소급입법이 명시적으로 금지된, 참정권 제한과 재산권 박탈(헌법 제13조제2항), 형벌이나 조세 부과를 비롯하여 국민에 대해 불리한 진정 소급입법은 원칙적으로 허용되지 않는다.²⁴¹⁾ 부진정소급입법²⁴²⁾의 경우에도 신 자

241) 헌법재판소 2014. 7. 24. 2012헌바105 결정례 참조

242) '소급입법'은 신법이 이미 종료된 사실관계나 법률관계에 적용되는지, 아니면 현재 진행 중인 사실관계나

치법규로 인해 침해가 예상되는 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰의 손상 정도 및 새로운 입법을 통하여 실현하려는 공익 목적 등을 종합적으로 형량하여 판단해야 할 것이다.²⁴³⁾

(3) 적용시점을 일정 시점으로 정하는 문제

자치법규의 적용시점을 사람이나 사물을 기준으로 하지 않고 자치법규 시행 이후 일정한 시점으로 정하는 경우가 있는데 이는 시행일을 늦추는 결과밖에 없는 것이고 적용시점에 가면 또다시 어떤 사람이나 사물에 대하여 적용해야 하는지의 문제가 발생하므로 아무런 의미가 없다. 따라서 적용시점을 규정하는 적용례는 사용하지 않도록 한다.

(4) 상위법령의 적용관계 고려

상위법령의 위임이 없는 한 하위법령에서 상위법령에서 정한 적용관계와 다른 규정을 둘 수 없고, 상위법령에서 적용례나 경과조치를 규정하고 있는 경우에는 하위법령에서 상위법령과 다른 적용례나 경과조치를 규정할 수 없다.

또한, 상위법령에서 적용례나 경과조치를 규정하지 않더라도 상위법령의 해석상 그 적용관계가 정해진 경우에는 하위법령에서 이와 다른 적용례나 경과조치를 규정하는 것은 상위법령 위반으로 무효가 될 수 있으므로 주의해야 한다.²⁴⁴⁾

법률관계에 적용되는지에 따라 '진정소급입법'과 '부진정소급입법'으로 구분되는데, 전자는 헌법상 원칙적으로 허용되지 않고 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용되는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호 요청 사이의 교량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 입법형성권에 일정한 제한을 가하게 된다(헌법재판소 2021. 10. 28. 2019헌마106 결정례 등 참조).

243) 부진정소급입법을 합헌으로 결정한 사례: 헌법재판소 2001. 2. 22. 98헌바19 결정례 참조

부진정소급입법을 위헌으로 결정한 사례: 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바28 결정례 참조

244) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2000다16893 판결례에서는 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정된 것)의 해석상 법 제5조제1항의 개정 규정은 이에 관한 시행령 규정이 신설되기 전이라도 바로 매립으로 인하여 피해가 발생할 것으로 예상되는 인근 구역의 권리자에 대하여 적용된다고 해석함이 상당하다 할 것이고, 비록 위 시행령(1987. 10. 13. 대통령령 제12257호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 부칙 제2조가 그 시행 전에 이미 매립면허를 받은 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다고 규정하고 있다고 하더라도, 이는 위 시행령의 적용에 관하여만 효력이 있을 뿐이고, 그 모법인 위 공유수면매립법 규정까지 그 적용대상으로 하는 것이라고 할 수는 없다고 판시하였다.

다. 특례에 관한 규정

1) 의의

자치법규를 제정하거나 개정할 때 정책적인 관점이나 특수한 상황을 전제로 하여 한정된 기간이나 한정된 대상 등에 대하여 구 자치법규에 의하기도 곤란하고 바로 신 자치법규를 적용하기도 곤란하여 잠정적으로 본칙의 내용과 다른 제도를 도입하여 운용할 필요가 있을 때에 두는 것을 “특례”라고 한다.

2) 특례와 적용례·경과조치의 구별

특례는 구 자치법규에 따르는 것도 아니면서 신 자치법규에 대한 예외를 잠정적으로 인정하는 경우를 가리키고,²⁴⁵⁾ 적용례는 제정 또는 개정된 자치법규의 적용 대상과 시기를 명확히 하는 경우에 사용되는 것이며,²⁴⁶⁾ 경과조치는 종전의 규정을 신 자치법규 시행 이후에도 계속 적용시키는 것을 명확히 하는 경우에 사용되는 것이므로²⁴⁷⁾ 구 자치법규에 따르는 것도 아니면서 신 자치법규에 대해 내용상 예외를 인정하는 경우에는 특례로 규정해야 한다.

245) 「공무원연금법 시행령」

부칙 〈대통령령 제29181호, 2018. 9. 18.〉

제7조(기본계획 또는 시행계획 등의 수립·시행에 관한 특례) ① (생략)

② 이 영 시행 이후 최초의 시행계획은 제85조제3항의 개정규정에도 불구하고 2019년 4월 30일까지 수립·시행해야 한다.

③·④ (생략)

246) 「무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률 시행령」

부칙 〈대통령령 제27056호, 2016. 3. 25.〉

제2조(시행계획의 수립에 관한 적용례) 제3조는 2017년도에 수립하는 시행계획부터 적용한다.

247) 「개인정보 보호법 시행령」

부칙 〈대통령령 제27370호, 2016. 7. 22.〉

제2조(기본계획 및 시행계획의 수립에 관한 경과조치) ① (생략)

② 종전의 제12조에 따라 수립된 2016년 및 2017년에 대한 시행계획은 각각 제12조의 개정규정에 따라 수립된 시행계획으로 본다.

■ 특례·적용례·경과조치 비교

구분	특례	적용례	경과조치
필요성	구 자치법규와 신 자치법규를 적용하기 어려운 경우	신 자치법규를 적용하는 대상과 시기가 불명확한 경우	구 자치법규를 적용하려는 경우
내용 및 효과	신 자치법규에 대한 예외 인정	신 자치법규의 적용 대상 및 시기 명시	구 자치법규 적용
규정방식 예시	제○조의 개정규정에도 불구하고 ~해야 한다 (할 수 있다).	제○조의 개정규정은 ~하는 경우부터 적용한다.	제○조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다(~로 본다).

다음의 입법예시에서 보는 바와 같이 특수법인의 설립 시 부칙에 사업계획서 등의 제출에 관한 특별한 규정을 두는 취지는 특수법인이 본칙 규정에 따라 사업계획서 등을 제출할 수 없는 특수한 사정을 고려한 것이고, 특수법인이 설립된 다음 해부터는 새로 신설되는 본칙 규정에 따라 사업계획서를 제출하도록 하려는 것으로 볼 수 있다. 이 경우 사업계획서 등의 제출에 관한 부칙 규정은 특수법인이 설립된 해에만 잠정적으로 규율을 함으로써 본칙 규정에 대한 예외를 인정하려는 것이므로 “특례”로 규정한다.

따라서 ①의 입법예시를 참고하여 ②의 입법예시는 조 제목에 “특례”를 붙이는 것이 바람직하고, ③의 입법예시는 조 제목을 “경과조치” 대신 “특례”로 변경하는 것이 바람직하다.

입법예시 ① 조 제목에 “특례”라는 표현을 쓴 사례

제6조(사업계획서 등의 제출에 관한 특례) 법 제6조에 따라 한국장학재단이 교육과학기술부장관에게 제출해야 하는 2010년도 사업계획서 및 예산서는 제3조제1항에도 불구하고 2010년 2월 5일까지 제출한다.

입법예시 ② 조 제목에 “특례”라는 표현을 쓰지 않은 사례

제6조(사업계획서 등의 제출) 이 법 시행일이 속하는 회계연도의 사업계획서 및 예산서의 제출은 제17조에도 불구하고 이 법 시행일로부터 2개월 이내에 제출해야 한다.

입법예시

③ 조 제목에 “경과조치”라는 표현을 쓴 사례

② (사업계획서 및 예산서의 제출에 관한 경과조치) 이 영 시행 후 최초의 사업연도의 사업계획서 및 예산서는 제5조의 규정에 불구하고 교육정보원 원장이 이사회의 의결을 거쳐 이 영 시행일부 30일 이내에 교육부장관에게 제출해야 한다.

3) 특례의 규정 방식 및 유의 사항

가) 규정 방식

특례는 잠정적 규율이 필요한 사항에 대하여 모두 규정할 수 있으나, 특례조치가 끝나면 법률관계가 신 자치법규로 규율된다는 점을 고려하여 특례의 정도를 적절히 해야 한다.

입법예시

제2조(…에 관한 특례) 시장은 제○조의 개정규정에도 불구하고 제○조의 개정규정에 따른 …사업이 시행되는 지역 외의 지역에서 발생하는 것에 대하여는 2002년 1월 1일부터 2005년 12월 31일까지 … 사업은 …을 하지 아니한다.

입법예시

채용시험에 관한 특례를 인정한 경우

제3조(기능10급 폐지에 따른 기능직공무원 채용시험에 관한 특례) ① 기능10급 관련 개정규정 시행 당시 진행 중인 기능10급 공무원의 채용시험 합격자는 기능9급 공무원의 채용시험 합격자로 본다.

② 기능10급 관련 개정규정 시행 전에 기능10급 공무원의 채용시험에 합격하였으나 기능10급 관련 개정규정 시행 당시 아직 임용되지 않은 사람은 기능9급 공무원의 채용시험에 합격한 것으로 본다.

그리고 특례 자체의 적용대상 등을 판단하기에 어려움이 예상되면 그 특례에 따른 적용례를 두도록 한다.

입법예시 • 특례규정에 따른 적용례를 둔 경우

제3조(… 사업장에 대한 …의 감경에 관한 특례) ① …사업자에 대하여 …을 부과함에 있어서 별표 1의 개정규정에 의한 1종 및 2종사업장의 사업자에 대하여는 2000년에는 부과금액의 50퍼센트를, 2001년에는 부과금액의 30퍼센트를, 2002년에는 부과금액의 10퍼센트를 각각 감면하고, 3종 및 4종사업장의 사업자에 대하여는 2000년에는 부과금액의 70퍼센트를, 2001년에는 부과금액의 50퍼센트를, 2002년에는 부과금액의 30퍼센트를 각각 감경한다.
② 제1항은 이 조례 시행 이후 최초로 부과하는 …부터 적용한다.
※ 제2항에서 제1항에 따른 특례에 따른 적용례를 두고 있다.

나) 유의 사항

(1) 특례규정의 제목

특례규정의 제목을 붙일 때에는 “특례”라는 표현을 사용한다. 가끔 내용상 특례인지 경과조치인지 불분명한 경우도 없지 않으나, 구 자치법규에 의하는 것도 아니면서 신 자치법규에 대한 내용상 예외를 인정하는 경우에는 특례로 규정하도록 한다.

(2) 부칙의 특례와 본칙의 특례

특례는 원칙적 규정에 대해 특수하고 예외적인 내용을 규정하는 것이므로 본칙과 부칙 어디에도 둘 수 있다. 부칙의 시행일 규정에 따라 시행일이 도래하면 개정된 규정이 적용되는 것이 원칙이나, 특정 사안에 대해 “잠정적·임시적”으로 다르게 적용하려면 부칙에 특례를 둔다. 반면에, 특정한 경우에 지속적으로 적용되는 특례라면 본칙에서 이를 규정하여 일반 규정과의 관계를 명확히 할 수 있다.

입법예시 • 특례를 본칙에 규정한 경우

제○조(…에 관한 특례) ① 제○조에도 불구하고 제○조제○항, 종전의 제○조제○항(조례 제○호 …조례 일부개정조례에 따라 개정된 규정을 말한다)에 따라 지원금을 청구할 수 있는 자가 제○조제○항에 해당하게 된 때에는 …을 지급받을 수 있다.
② (생략)

(3) 본칙에 대한 예외표시 등

특례는 본칙의 규정에 대해 예외가 되는 것이므로 “제○조제△항 본문에 따른 □□에도 불구하고”라는 표현 방식과 같이 구체적으로 특례의 대상이 규정된 조문(항, 호, 본문, 단서, 전단, 후단까지 특정)과 함께 특례의 대상이 되는 내용까지도 특정하여 명시하는 것이 입법 명확성을 위해 바람직하다.²⁴⁸⁾

입법예시 • 본칙에 대한 예외를 규정한 경우

제2조(○○○ 등의 적용대상 규모에 관한 특례) ① 제2조제2항제8호의 개정규정에도 불구하고 ○○○에 대해서는 2012년 12월 31일까지는 제2조제2항제8호의 개정규정 중 “연면적 1천 제곱미터 이상”을 “연면적 2천제곱미터 이상”으로 한다.

② 제2조제2항제10호의 개정규정에도 불구하고 ○○○시설에 대해서는 2013년 12월 31일까지는 제2조제2항제10호의 개정규정 중 “연면적이 300제곱미터 이상”을 “연면적이 500 제곱미터 이상”으로 한다.

라. 경과조치에 관한 규정

1) 의의

자치법규를 제정 또는 개정하여 법질서를 변경하는 경우 어떤 시점부터 새로운 자치법규를 무조건 적용해서 기존의 법률관계를 새로운 법률관계로 전환시키는 것은 여러 가지 문제를 야기한다. 물리적으로 그렇게 할 수 없는 경우도 있고, 상당한 혼란이 야기되는 경우도 있다. 특히 기득권을 침해함으로써 위헌 또는 위법의 문제를 발생시키는 경우도 있다.

그래서 새로운 법질서로 전환하는 과정이 부드럽고 순조롭게 진행될 수 있도록 과도적 조치를 강구할 필요가 생긴다. 이러한 과도적 조치를 법령에서는 “경과조치”

248) 특례를 규정하려는 자치법규에서 특례의 대상이 되는 조문과 함께 그 내용까지 특정하여 명시할 경우 향후 특례의 대상이 규정된 자치법규 조문이 개정되어 해당 조문에 다른 내용이 추가되는 등 그 내용이 변경되더라도 특례의 범위를 당초 특례의 대상이 된 내용으로 한정하여 해석할 수 있는 근거가 될 수 있다.

라고 부르고, 경과조치를 담은 규정을 “경과규정”이라고 부른다. 부칙의 대부분은 이 경과조치가 차지하고 있다.

경과조치는 신규 양 법질서 사이에서 제도의 변화(발전)와 법적 안정성의 요구를 적절히 조화시키는 구실을 할 뿐만 아니라 신 자치법규·구 자치법규 사이의 적용관계를 명확히 하도록 하는 것이므로 부칙 중에서 가장 중요한 부분²⁴⁹⁾으로 다루어지는데, 입법기술상으로도 가장 어려운 부분의 하나이다. 실제 입법을 할 때에 새로운 제도를 도입하거나 기존 제도를 변경하는 경우 본칙 규정에 대해서는 다방면에 걸쳐 상세한 검토가 이루어지지만, 새로운 제도 도입 등으로 기득권이 침해되는지에 대한 검토가 불충분한 경우가 적지 않다. 이러한 경우에는 기득권자의 즉각적이고 강력한 반발에 직면하게 될 뿐만 아니라, 자치법규의 적용에 혼선이 야기되는데, 행정쟁송이나 법령해석의 대상이 되는 사안에는 경과조치의 불비로 인한 것이 적지 않다.

따라서 자치법규를 제정하거나 개정하는 경우 각 조문별로 법적 안정성의 확보, 기득권의 보호 등을 위하여 어떤 과도적 조치가 필요한지를 세심히 검토해야 한다. 굳이 경과조치를 두지 않아도 될 것으로 여겨지는 경우에도 자치법규 적용의 혼선이 야기될 우려가 조금이라도 예상된다면 확인적 차원에서라도 경과조치를 두도록 해야 한다.

249) 법령의 개정에 있어 신뢰보호원칙이 적용되어야 하는 이유는 어떤 법령이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 신뢰를 바탕으로 국민이 그 법령에 상응하는 구체적 행위로 나아가 일정한 법적 지위나 생활관계를 형성하여 왔음에도 국가가 이를 전혀 보호하지 않는다면, 법질서에 대한 국민의 신뢰는 무너지고 현재의 행위에 대한 장래의 법적 효과를 예견할 수 없게 되어 법적 안정성이 크게 저해되기 때문이라 할 것이나, 이러한 신뢰보호는 절대적이거나 어느 생활영역에서나 균일한 것은 아니고 개개의 사안마다 관련된 자유나 권리, 이익 등에 따라 보호의 정도와 방법이 다를 수 있으며, 새로운 법령을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적이 우월한 때에는 이를 고려하여 제한될 수 있다고 할 것이므로 이러한 신뢰보호원칙의 위배여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받는 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량해야 한다(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두 12899 판결례 참조, 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005두8092 판결례 참조).

2) 경과조치의 규정 순서, 규정 방법 및 유의 사항

가) 규정 순서

경과조치는 원칙적으로 다음과 같은 순서로 배열한다.

- ① 일반적 경과조치는 맨 앞에 두고, 개별 조문에 대한 경과조치는 그 다음에 둔다.
- ② 개별 조문에 대한 경과조치는 조문의 순서에 따라 배열한다.
- ③ 경과조치 위반에 대한 행정처분을 규정해야 하는 경우에는 그 경과조치의 실체 규정 뒤에 둔다.
- ④ 다른 조례·규칙의 개정에 따라 경과조치가 필요하면 그 개정규정 바로 뒤에 그에 따른 경과조치를 둔다.

나) 규정 방식

(1) 자치법규가 개정된 경우 특정한 사람이나 사항(사물)에 대하여 구법의 효력을 유지하기 위한 경과조치

자치법규가 개정되는 경우 사안에 따라 신 자치법규와 구 자치법규 중 어떤 것을 적용해야 하는지를 판단하는 것은 쉽기 않기 때문에 이에 관하여 아무런 규정을 두지 않으면 자치법규 적용상 혼란이 생길 소지가 있다. 이 경우 반드시 적용되는 자치법규를 명시하는 규정을 두도록 한다. 우선 신 자치법규가 적용되는 경우를 분명히 해야 하는 경우에는 앞에서 설명한 바와 같이 적용례를 두도록 한다. 자치법규가 폐지되거나 개정되어 구 자치법규가 효력을 상실하여도 특정 사람이나 사항(사항)에 대하여 구 자치법규를 적용하려면 명시적으로 구 자치법규의 효력을 인정하는 규정을 두어야 한다. 이와 같이 구 자치법규의 효력을 여전히 인정하고 특정한 경우에 그 적용을 규정하는 것은 “경과조치”라는 제목 아래 규정하도록 한다. 특히, 경과조치를 규정할 경우에는 집행상 논란이 발생하지 않도록 어떤 사람이나 사항 등 적용 대상이 종전의 규정에 따르는지 구체적인 자치법규 집행과정을 면밀히 검토하여 최대한 명확하고 구체적으로 적시해 줄 필요가 있다.²⁵⁰⁾

입법예시

제2조(…위원회의 심의·의결에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 이 조례의 적용을 받기 위하여 등록을 신청한 자 중 종전의 제○조에 따라 …위원회에서 심의·의결이 진행 중인 자에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.

(2) 기득의 권리나 법적 지위를 존중·보호하기 위한 경과조치

이미 어떤 권리나 법적인 지위를 확보한 사람이나 사항(사물)에 대하여 일단 그 권리나 지위를 인정하면서 새로운 법질서에 맞추어 나가도록 하기 위해서 두는 경과조치이다. 이와 같은 경과조치는 헌법상 법치국가의 원리와 「행정기본법」 제12조에 따른 신뢰보호의 원칙과 밀접한 관련이 있고, 구 자치법규에 대한 신뢰이익을 보호할 가치가 있으면 구 자치법규에 대한 개인의 신뢰이익을 적절히 보호할 수 있도록 경과조치를 규정해야 한다.²⁵¹⁾

(가) 지원 요건 등의 변경

지원 요건 등의 내용을 변경하는 경우에는 구 자치법규에 따라 지원 자격을 받은 자에 대하여 신 자치법규에서도 그 지위를 잠정적 또는 항구적으로 유효한 것으로 인정하거나 일정한 유예기간을 두어 신 자치법규에 따른 지원 요건을 갖추도록 하는 규정을 둘 필요가 있는 경우가 있다.

입법예시 종전의 지위를 인정한 사례

제6조(…지원 등에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 종전의 규정에 따라 지원통보를 받은 자는 제○조의 개정규정에 따른 지원통보를 받은 것으로 본다.

250) 종전 기준에 따르도록 경과조치에서 “건축허가 신청 등”으로만 표현하여 건축허가를 위한 일련의 행정절차 중 어디까지 경과조치의 적용대상이 되는지 문제된 사안에서 건축허가 전 건축위원회의 건축심의 신청이 있는 경우도 부칙의 적용대상으로 본 해석례 사례가 있다(법제처 2018. 12. 7. 18-0553 해석례 참조). 반면, “건축허가·건축신고 절차가 진행 중인 자”에 건축허가 전 경관위원회 심의를 거친 자는 해당하지 않는다는 해석례 사례도 있다(법제처 2019. 8. 30. 19-0260 해석례 참조).

251) 신뢰보호원칙은 헌법상 법치국가 원칙으로부터 도출되는데, 그 내용은 법률의 제정이나 개정 시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합법적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 허용될 수 없음을 의미한다(헌법재판소 2015. 10. 21. 2013헌바248 결정례 참조).

우선 지원 등을 계속 받을 수 있도록 하면서 일정한 기간 내에 신 자치법규에 따른 지원 요건 등을 갖추도록 하는 것도 기존의 자치법규를 신뢰한 자를 보호하면서도 새로운 제도로 이행해 나갈 수 있는 좋은 방법의 하나이다. 다만, 일정한 기간 내에 새로운 요건을 갖추도록 규정하는 경우에는 요건을 갖추지 않으면 실효되는지 다툼이 있을 수 있으므로²⁵²⁾ 일정한 기간 내에 새로운 요건을 갖추지 못하면 “지원(등록)을 취소해야 한다” 또는 “지원(등록)을 취소할 수 있다”와 같이 명확하게 규정할 필요가 있다.

입법예시 • 일정한 유예기간을 두어 새로운 요건을 갖추도록 한 사례

제5조(…의 지원에 관한 경과조치) ① 이 조례 시행 전에 지원을 받은 자로 등록한 자로서 제○조의 개정규정에 따른 지원 요건을 갖추지 못한 자는 ○○○○년 ○○월 ○○일까지 제○조의 개정규정에 따른 지원 요건을 갖추어야 한다.

② 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 기한까지 제○조의 개정규정에 따른 지원 요건을 갖추지 못한 자에 대해서는 제△조에 따라 지원(등록)을 취소해야 한다(취소할 수 있다).

(나) 위원·임원의 연임 제한 신설에 따른 경과조치

위원회의 위원 등에 대한 연임 제한 규정을 신설하는 경우에 종전 위원 등에 대하여 연임 제한규정을 어떻게 적용할 것인지에 대해서 명확하게 규정을 둘 필요가 있다.

특히 연임 제한에 관한 적용례를 “이 조례 시행 이후 최초로 선임되는 대표자부터 적용된다”와 같이 규정하는 경우에는²⁵³⁾ 새롭게 선출되는 대표자부터 연임제한이 적용되는 것이어서 종전 대표자가 계속해서 연임하는 경우에는 연임제한 적용을 적용받지 않는다고 해석될 여지가 있다. 따라서 해당 자치법규 시행 당시의 임기를 기준으로 규정해 주거나 연임 여부가 포함되는지를 명확히 해주는 것이 필요하다.

252) 법률 제16556호로 제정된 「첨단재생의료 및 첨단바이오의약품 안전 및 지원에 관한 법률」 부칙 제2조 제2항에 대하여 유예기간이 지나 허가를 받지 않은 경우라도 당연 실효된다고 볼 수 없다고 보았다(법제처 2021. 5. 21. 화신 21-0166 해석례 참조).

253) 법률 제8485호 새마을금고법 일부개정법률 부칙 제4조(종전 법률의 개정에 따른 이사장의 연임에 관한 적용례) 법률 제7658호 새마을금고법 일부개정 법률에 따른 제19조제1항의 개정규정은 같은 법의 시행일인 2005년 11월 5일 이후에 최초로 선임되는 이사장부터 적용한다.

입법예시 • 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 보게 한 사례

제3조(…위원회 위원의 연임에 관한 적용례) 이 조례 시행 당시의 …위원회의 위원에 대하여 제○조제○항의 개정규정을 적용할 때에는 이 조례 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 본다.

입법예시 • 개정규정 시행 이후 연임하는 경우도 포함하는 것으로 명시한 사례

제2조(…위원회의 구성에 대한 적용례) 제○조제○항의 개정규정은 이 조례 시행 이후 제○조 제○항에 따라 새로 위원을 임명 또는 위촉(연임을 포함한다)하는 경우부터 적용한다.

입법예시 • 종전의 임기를 연임에 포함시킨 사례

제2조(…위원회 위원의 임기에 관한 적용례) ① 제○조제○항의 개정규정은 이 조례 시행 이후 …위원회의 위원으로 위촉(연임을 포함한다)되는 사람부터 적용한다.
② 제1항에 따라 제○조제○항의 개정규정을 적용하는 경우에 이 조례 시행 전에 최초로 위촉되어 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후 한 차례 연임할 수 있고, 이 조례 시행 전에 한 차례 이상 연임되어 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후에는 연임할 수 없다.

입법예시 • 잔여임기 동안만 종전의 규정을 적용한 사례

제4조(…위원회의 위원의 연임*에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 …위원회의 위원인 자에 대하여는 잔여임기동안 제○조제○항의 개정규정도 불구하고 종전의 규정을 적용한다.
* 연임제한 규정이 없다가 연임을 2회로 한정하는 제한규정이 신설된 경우

(다) 인허가 제도의 내용 변경

종래부터 있던 인허가 제도의 내용을 변경하는 경우에는 구 자치법규에 따라 인허가를 받은 자에 대해 신 자치법규에서도 그 지위를 잠정적 또는 항구적으로 유효한 것으로 인정하거나 일정한 유예기간을 두어 신 자치법규에 따른 요건을 갖추도록 하는 규정을 둘 필요가 있다.

입법예시 • 종전의 지위를 신법 하에서도 항구적으로 인정한 사례

제3조(…업의 등록에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 종전의 규정에 따라 … 신고를 한 자는 제○조의 개정규정에 따라 …신고를 한 것으로 본다.

기존의 업무를 계속할 수 있도록 하면서 일정한 기간 내에 신 자치법규에 따른 시설 등의 요건을 갖추도록 하는 것도 기존의 사업자 등을 보호하면서도 새로운 제도로 이행해 나갈 수 있는 좋은 방법의 하나이다. 이 경우 그 기간 내에 시설 등의 요건을 갖추지 못하면 시설 등의 요건이 미달되었다는 이유로 인허가가 취소된다.

입법예시 ● **일정한 유예기간을 두어 새로운 요건을 갖추도록 한 사례**

제2조(…업자의 허가기준 및 …업의 등록기준에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 종전의 규정에 따라 …업 허가를 받거나 …업을 등록한 자는 이 조례 시행 이후 6개월 이내에 별표 ○ 및 별표 ○의 개정규정에 따른 ○○○를 갖추어야 한다.

(3) 처분청 변경에 따른 경과조치

처분청·처분절차 등 개정된 부분이 다수인 경우에는 다음과 같이 한다.²⁵⁴⁾

입법예시 ● **개정부분이 다수인 경우 경과조치 규정사례**

제14조(종전의 조례/규칙에 따른 고시·처분 및 계속 중인 행위에 관한 경과조치) 이 조례/규칙 시행 전에 종전의 「…조례/규칙」에 따라 행정기관이 행한 …와 관련된 고시·행정처분 및 그 밖의 행위와 행정기관에 대하여 행한 신청·신고 및 그 밖의 행위는 그에 해당하는 이 조례/규칙에 따라 행한 행정기관의 행위 또는 행정기관에 대한 행위로 본다.

(4) 위원회 명칭 변경 등에 따른 경과조치

(가) 위원회의 명칭이 변경되는 경우

위원회의 명칭이 변경된 경우에는 명칭 및 위원에 관한 경과조치와 다른 조례·규칙의 개정에 관한 규정을 둔다.

입법예시 ● **위원회의 명칭 변경에 따른 경과조치**

제2조(△△위원회의 명칭 변경에 관한 경과조치) ① 이 조례 시행 당시 종전의 제○조에 따른 △△위원회는 제○조의 개정규정에 따른 □□위원회로 본다.
 ② 이 조례 시행 당시 종전의 제○조에 따라 (임명되거나) 위촉된 △△위원회의 위원은 제○조의 개정규정에 따라 □□위원회의 위원으로 (임명되거나) 위촉된 것으로 본다.

254) 법령을 폐지·제정을 하는 대부분의 경우에는 이런 경과조치가 필요하다.

(나) 위원회의 소관 사무 또는 기능이 변경되는 경우

소관 사무 또는 기능이 추가되는 경우에는 개정되는 조례나 규칙의 시행일부터 새로운 사무 또는 기능을 수행하면 되므로 별도의 부칙은 필요 없다. 소관 사무 또는 기능을 삭제하거나 변경하는 경우에는 진행 중인 사무나 기능이 완료될 때까지 계속 수행하도록 할 필요가 있다면 그에 관한 경과조치를 두도록 한다.

입법예시 ● 위원회의 소관사무 변경에 따른 경과조치

제2조(△△위원회의 소관사무(기능) 변경에 관한 경과조치) 이 조례/규칙 시행 당시 종전의 제○조에 따른 절차(위원회의 심의/의결)가 진행 중인 경우에는 제○조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

(다) 민간 위원이나 여성 위원의 비율 등 위원회의 구성이 변경되는 경우

위원의 수를 늘리는 경우에는 개정조례나 규칙의 시행 이후 위원회 회의 개최 전까지 신규 위원을 위촉하여 위원회를 운영하면 되므로, 별도의 부칙은 필요 없다.

위원의 수를 줄이거나 구성 비율 등이 변경되는 경우에는 기존 위원의 임기가 끝나지 않은 상태에서 위원 구성을 변경하는 것은 곤란하므로, 개정조례·규칙의 시행일 전까지 개정규정에 따른 위원정수 비율을 맞출 수 있도록 시행일을 충분히 유예하거나, 새로 임명하거나 위촉하는 위원부터 개정규정을 적용하도록 한다는 등의 부칙을 두도록 한다. 다만, 새로 임명하거나 위촉하는 경우에도 일정 기간 개정규정에 따른 변경 사항을 충족하기 어려운 경우에는 그 기간 동안 종전의 규정에 따르도록 유예를 둔다.

입법예시 ● 위원회 구성 변경에 따른 경과조치

제4조(위원회의 위원 구성에 관한 경과조치 등) ① 이 조례 시행 이후 위원을 선출·지명하거나 임명할 당시 제○조제○항의 개정규정을 충족하지 못하는 경우(연임하는 경우는 제외한다)에는 해당 개정규정의 요건이 충족될 때까지는 특정 성(性)의 위원을 선출·지명하거나 임명해야 한다.

② 위원회의 위원 구성에 관하여는 제1항에 따라 제○조제○항의 개정규정을 충족할 때까지는 종전의 제○조제○항에 따른다.

(라) 위원의 임기가 신설·변경되거나 연임제한이 신설되는 경우

위원의 임기가 없었다가 신설되거나 임기가 변경되는 경우에는 신설 또는 변경된 임기를 현재 위원에게도 적용할지를 결정해야 하며, 현재 위원에게도 적용하는 경우에는 그 임기의 기산일을 위촉된 날로 할지 시행일로 할지를 정책적으로 판단하여 적용례²⁵⁵⁾를 둔다. 신설 또는 변경된 임기를 현재 위원에게는 적용되지 않도록 하는 경우에는 종전의 규정에 따르도록 하는 경과조치를 둔다.

또한 위원회의 위원에 대한 연임제한 규정을 신설하는 경우에도 현재 위원에 대해 연임제한 규정을 어떻게 적용할 것인지에 대해서 명확하게 규정을 둘 필요가 있다.

특히 연임제한에 관한 적용례를 “이 조례(규칙) 시행 이후 위촉하는 위원부터 적용한다.”와 같이 규정하는 경우 새롭게 위촉되는 위원부터 연임제한이 적용되는 것이어서 종전의 위원이 계속해서 연임하는 경우에는 연임제한을 적용받지 않는다고 해석될 여지가 있다. 따라서 해당 조례나 규칙의 시행 당시의 임기를 기준으로 규정해 주거나 연임 여부가 포함되는지를 명확히 해주는 것이 필요하다.

입법예시 • 임기 신설 시 개정규정 시행 이후 연임되는 위원도 포함하도록 적용례를 둔 사례

제3조(△△위원회 위원의 임기에 관한 적용례) 제○조제○항의 개정규정은 이 조례 시행 이후 위원을 위촉(연임을 포함한다)하는 경우부터 적용한다.

입법예시 • 임기 변경 시 현재 위원에게도 적용하게 한 사례

제3조(위촉위원의 임기에 관한 적용례) 제○조제○항 및 제○조제○항의 개정규정은 이 조례 시행 당시 … 위원회 위원으로 위촉되어 있는 위원에 대해서도 각각 적용한다. 이 경우 임기의 기산일은 그 위촉된 날을 기준으로 한다.

255) 기존 위촉위원의 임기를 어떻게 할 것인가에 관한 문제로 보아 경과조치로 규정하는 것이 타당하다는 의견이 있을 수 있으나, 입법 의도는 기존 위촉위원에 대해 구 법령을 적용하거나 개정규정과 다르게 적용하려는 것이 아니라 개정규정을 적용하려는 것으로서, 이는 위원의 임기가 일정 기간 지속되는 특징을 고려하여 신법을 적용할 때 어느 단계(현재 임기 진행 중에 있는 위원 또는 법령 개정 이후 위촉되는 위원)부터 적용할 것인지를 정해주려는 것이므로, 적용례로 규정하도록 한다.

입법예시 ● 임기 변경 시 종전 규정을 따르도록 한 사례

제3조(위원의 임기에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전에 위촉된 위원들의 임기는 제○조제○항의 개정규정에도 불구하고 종전의 제○조제○항에 따른다.

입법예시 ● 연임제한 신설 시 개정규정 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 보도록 규정한 사례

제3조(△△위원회 위원들의 임기에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 △△위원회의 위원에 대하여 제○조제○항의 개정규정을 적용할 때에는 이 조례 시행 당시의 임기를 최초의 임기로 본다.

입법예시 ● 연임제한 신설 시 남은 임기 동안만 종전의 규정을 적용한 사례

제4조(위원의 임기에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전에 위촉된 △△위원회의 위원에 대하여 제○조제○항의 개정규정을 적용하는 경우 이 조례 시행 전에 최초로 위촉되어 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후 한 차례만 연임할 수 있고, 이 영 시행 전에 한 차례 이상 연임하여 임기 중에 있는 위원은 그 임기 만료 후에는 연임할 수 없다.

입법예시 ● 임기 및 연임제한 신설 시 위원 임기의 기산일을 따로 설정하고 그 임기부터 첫 번째 임기로 계산한 사례

제2조(종전 위촉위원의 임기 및 연임에 관한 경과조치) ① 이 조례 시행 전에 종전의 제○조 및 제△조에 따라 위촉된 위원들의 임기는 제○조제○항의 개정규정(제△조제△항의 개정규정에 따라 준용 되는 경우를 포함한다)에 따른 기산일로 하며, 임기의 기산일은 이 조례 시행일을 기준으로 한다.

② 제○조제○항의 개정규정(제△조제△항의 개정규정에 따라 준용 되는 경우를 포함한다)에 따른 연임 제한은 제1항에 따른 위원에 대해서도 적용하되, 이 조례 시행일에 시작하는 임기를 첫 번째 임기로 보아 연임 횟수를 계산한다.

(5) 제재처분으로서의 행정처분에 관한 경과조치

「행정기본법」 제14조제3항에서는 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따르되, 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 적용하도록 규정하고 있다. 따라서 제재처분의 적용기준을 「행정기본법」과 같이 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 개별 법령등에 별도의 경과조치나 적용례를 둘 필요가 없다. 제재처분의 적용기준을 「행정기본법」과 달리 하려는 경우에만 개별 법령등에 그 내용에 따라 필요한 경과조치나 적용례를 두면 된다.

여기서 “법령등의 변경”은 해당 제재처분 기준의 변경만을 의미하는 것이 아니라 의무규정의 변경도 포함하므로, 제재처분 기준의 적용 원인이 되는 의무규정 변경 시에도 동일한 기준에 따라 “이 조례 시행 전에 종전의 제○조제○항을 위반한 행위에 대해 제×조제×항에 따른 처분을 할 때에는 종전의 규정에 따른다”와 같은 경과조치를 규정할지를 검토해야 한다.

한편, 행위 당시는 위반행위 종료 시를 의미하므로 법령등 개정 전에 종결되거나 완성되지 못하고 법령등 개정 전후에 걸쳐 위반행위가 계속되는 경우에는 하나의 위반행위로서 제재처분의 경중과 관계없이 개정 법령이 적용된다(「행정기본법」 제14조제1항 및 제3항 본문). 따라서 일정기간 운영 실적이 없거나 보험가입 의무를 불이행한다는 이유 등으로 제재처분을 하는 경우와 같이 개정 전후에 걸쳐 계속되는 위반행위에 대해 개정 법령을 바로 적용하기 곤란한 경우에는 경과조치를 두는 방안을 검토할 필요가 있다.

(가) 제재처분 기준을 완화 또는 폐지하는 경우

제재처분 기준을 완화하면서 제재처분과 관련하여 아무런 경과조치를 두지 않는 경우에는 「행정기본법」 제14조제3항 단서가 적용된다. 즉, 위반행위 당시에 시행되는 법령등이 아니라 제재처분 기준이 완화된 법령등에 따라 제재해야 한다.

만약 개정규정 시행 전 위반행위에 대해 완화된 개정규정을 적용하지 않고, 종전 기준에 따라 제재처분을 하려면 아래의 입법예시처럼 종전의 규정에 따르도록 하는 경과조치를 두도록 한다.

입법예시 • 행위시법을 적용하도록 한 사례

제4조(행정처분기준에 관한 경과조치) 이 조례/규칙 시행 전의 위반행위에 대한 행정처분(과징금 부과처분을 포함한다)에 관하여는 종전의 제○조에 따른다.

(나) 제재처분 기준의 강화 및 완화가 혼재된 경우

제재처분 기준이 강화되기도 하고 완화되기도 한 경우에는 「행정기본법」 제14조 제3항에 따라 완화된 것에는 신 자치법규를 적용하고, 강화된 것에는 구 자치법규를 적용한다. 특별한 사정이 없으면 이에 대한 경과조치를 둘 필요는 없다. 다만, 이와 달리 적용하려는 경우에만 경과조치를 두도록 한다.

(다) 제재처분 기준을 강화하는 경우

영업정지기간을 늘리거나 임의적 취소사유를 필요적 취소사유로 변경하는 경우 등과 같이 제재처분 기준을 강화하는 것은 국민(주민)에게 불리한 내용의 개정이다.

한편, 「행정기본법」 제14조제3항 본문에서 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다고 규정하고 있으므로, 개정 전 위반행위에 강화된 제재처분 기준은 적용되지 않는 것이 원칙이다.

따라서 개정 전 위반행위에 대해 강화된 기준을 적용할 특별한 사정²⁵⁶⁾이 없다면 강화된 제재처분 기준이 개정 이후 위반행위에만 적용되므로 경과조치를 규정할 필요가 없다.

256) 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이며, 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등을 들 수 있다(헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2, 1998. 9. 30. 97헌바38, 1999. 7. 22. 97헌바76, 2011. 3. 31. 2008헌바141, 2021. 1. 28. 2018헌바88 결정례 참조).

(6) 서식 등의 변경에 따른 경과조치

서식에 관한 내용을 바꾸려면 현재 제작되어 있는 양식 등을 어떻게 처리할 것인지를 검토해야 한다. 서식의 경우 ① 새로운 서식만 사용하게 하는 경우, ② 종전 서식을 수정하여 사용하게 하는 경우, ③ 신·구 서식을 병행 사용하게 하는 경우, ④ 일정기간 구 서식을 계속 사용하도록 하는 경우 등 네 가지가 있다.

서식의 재고량을 파악한 결과 무시할 정도에 불과하면 아무런 경과조치를 두지 않고 새로운 서식을 사용하도록 한다. 재고량이 많아 이를 소모하는 데에 어느 정도 시간이 걸릴 것으로 판단되는 경우에는 기존 재고가 소모될 수 있을 정도의 일정한 기간을 정하여 기존 서식을 계속하여 사용하도록 하는 경과조치를 강구해야 한다. 이때 새로운 서식에서 추가되거나 삭제된 부분을 어떻게 할 것인가를 아울러 생각해야 한다. 보통 종전의 서식을 새로운 서식과 병행하여 사용할 수 있도록 하면서 새로운 서식에서 추가된 부분은 추가하고 삭제된 부분은 삭제하여 사용할 수 있으면 그런 취지의 경과조치를 두는 것이 일반적이다.

입법예시 ● 일정기간 종전 서식을 계속 사용하도록 한 사례

제5조(서식변경에 관한 경과조치) ○○○○년 ○월 ○일부터 ○○○○년 ○월 ○일까지의 기간에 대한 별지 제○호서식의 ○○○은 별지 제○호서식의 개정규정에도 불구하고 종전의 서식에 따른다.

입법예시 ● 일정기간 신규 서식을 함께 사용하게 한 사례

제2조(서식에 관한 경과조치) 이 조례/규칙 시행 당시 종전의 규정에 따른 서식은 ○○○○년 ○월 ○일까지 이 조례/규칙에 따른 서식과 함께 사용할 수 있다.

입법예시 ● 신규 서식을 함께 사용하게 하면서 개정내용에 따라 수정하도록 한 사례

제2조(서식에 관한 경과조치) 이 조례/규칙 시행 당시 종전의 규정에 따라 사용 중인 서식은 계속하여 사용하되, 이 규칙에 따라 “주민등록번호”가 “생년월일”로 개정된 부분은 수정하여 사용한다.

이미 발행한 증명서 등의 서식이 개정된 경우에는 개정된 부분이 수정된 것으로 보도록 간주할 수 있으면 그러한 간주규정을 두되, 필요하면 구체적인 바꿔 읽기 규정을 두기도 한다.

입법예시 ● 서식의 내용에 대하여 바꿔 읽기를 규정한 사례

제2조(서식에 관한 경과조치) 이 조례/규칙 시행 당시 종전의 규정에 따라 발행된 ○○○은 이 조례/규칙에 따라 발급된 것으로 보며, ○○○ 기재사항 중 “…”는 “…”로, “…”는 “…”으로 본다.

(7) 과태료에 관한 경과조치

과태료에 관한 일반법인 「질서위반행위규제법」 제3조257)에서 「형법」 제1조와 같은 취지의 내용을 두고 있으므로, 과태료 규정이 신설되거나 과태료 금액이 높아진 경우에는 행위시법주의에 따라 당연히 행위 시의 규정이 적용되고, 과태료 규정이 삭제되거나 과태료 금액이 낮아진 경우에는 형벌과 같이 새로운 규정이 적용된다. 따라서 과태료 금액이 삭제되거나 낮아진 경우에는 종전의 규정에 따라 처벌할 필요가 있는 경우라면 경과조치를 두어야 한다.

입법예시 ● 행위당시의 과태료처분 기준에 따르도록 한 사례

제3조(과태료에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전의 행위에 대하여 과태료를 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다.

(8) 자치법규의 유효기간 만료에 따른 경과조치

한시조례의 유효기간이 만료되어 그 조례가 실효되는 경우 유효기간 동안에 행해진 행정관청의 행위 및 과태료 등 제재를 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 발생한다.

257) 「질서위반행위 규제법」

제3조(법 적용의 시간적 범위) ① 질서위반행위의 성립과 과태료 처분은 행위 시의 법률에 따른다.

② 질서위반행위 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 되거나 과태료가 변경되기 전의 법률보다 가볍게 된 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 변경된 법률을 적용한다.

③ 행정청의 과태료 처분이나 법원의 과태료 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 질서위반행위에 해당하지 아니하게 된 때에는 변경된 법률에 특별한 규정이 없는 한 과태료의 징수 또는 집행을 면제한다.

유효기간 동안 행해진 행정관청의 행위는 아무런 경과조치 없이 한시조례가 실효 되면 그 처분은 당연히 효력을 상실하게 된다. 만일 유효기간 만료 후에도 그 행위의 효력을 유지시킬 필요가 있는 경우에는 반드시 이에 관한 경과조치를 두어야 한다.

입법예시 • 유효기간 만료에 따른 경과조치 규정사례

제○조(과태료에 관한 경과조치) 이 조례 유효기간이 지난 경우라도 이 조례 유효기간 만료 전의 행위에 대한 과태료의 적용은 종전의 규정에 따른다.

(9) 폐지·제정 또는 전부개정 시의 일반적 경과조치

자치법규를 폐지·제정하거나 전부개정하는 경우에는 변경된 내용에 대하여 개별적인 경과조치를 둘 뿐만 아니라 종전 법령의 집행 전반과 관련되는 일반적인 경과조치를 두는 것이 필요할 경우가 있다.

입법예시 • 일반적 경과조치 규정사례

제2조(다른 조례의 폐지) …조례는 폐지한다.

제4조(일반적 경과조치) 이 조례 시행 전에 종전의 「…조례」의 규정에 따라 행한 처분·절차 그 밖의 행위는 그에 해당하는 이 조례의 규정에 따라 행한 것으로 본다.²⁵⁸⁾

자치법규의 폐지방식으로는 아예 자치법규를 폐지하는 방식(폐지)과 기존 자치법규를 대체하는 새로운 자치법규를 제정하면서 해당 조례의 부칙에서 기존 조례를 폐지하는 방식(폐지·제정)이 있는데, 어떤 방식에 따르든 종전 부칙의 효력은 소멸된다.

자치법규의 개정방식으로는 일부개정과 전부개정이 있다. 일부개정의 경우에는 기존의 부칙에 잇달아 새로운 부칙이 추가되는데, 이 경우 기존의 부칙은 그 효력을 유지한다는 데 대해서는 아무런 논란이 없다. 반면에, 전부개정의 경우에는 종전의

258) 입법례 중에는 일반적 경과조치를 규정하면서 “이 법에 저촉되지 아니하는 한 이 법의 규정에 의하여 행하여진 것으로 본다.”는 표현을 쓰는 것도 있으나, 이와 같은 표현을 사용하게 되면 종전의 법령에 의한 처분이나 절차 등이 새로운 법령에 저촉되는지 여부에 대한 객관적인 판단이 어려워 법집행과정에서 담당공무원이 저촉 여부에 대한 자의적 판단을 하게 되는 문제가 발생할 소지가 있으므로, 이와 같은 표현을 사용하지 않고 가능한 한 개별사안별로 구체적인 경과조치를 두도록 한다.

자치법규가 새로운 자치법규로 대체되는데, 이 경우 종전 부칙이 계속 효력을 유지하는지에 대해서는 논란이 있다.

대법원 판례는 전부개정은 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하므로 “특별한 사정”이 없으면, 종전의 부칙도 모두 실효된다고 보고 있다.²⁵⁹⁾ 또한, 여기에서 말하는 “특별한 사정”은 전부개정된 법률에서 종전 법률의 부칙의 경과규정에 관하여 계속 적용한다는 별도의 규정을 둔 경우뿐만 아니라, 그러한 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 예외적인 사정이 있는 경우도 포함하며, 이 경우 예외적인 “특별한 사정”이 있는지는 종전 경과규정의 입법 경위·취지, 전부 개정된 법령의 입법취지 및 전반적인 체계, 종전 경과규정이 실효된다고 볼 경우 법률상 공백상태가 발생하는지 여부, 기타 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적으로 판단해야 한다고 설명하고 있다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두74320 판결례).²⁶⁰⁾

이에 대하여 헌법재판소는 “입법자의 실수 기타의 이유로 이 사건 부칙 조항이 이 사건 전문개정법에 반영되지 못한 이상, 위 전문개정법 시행 이후에는 전문개정법률의 일반적 효력에 의하여 더 이상 유효하지 않게 된 것으로 보아야 한다고 보고, (중략) 당사자가 공평에 반하는 이익을 얻을 가능성이 있다 하여 이미 실효된 법률조항은 유효한 것으로 해석하여 과세의 근거로 삼는 것은 과세근거의 창설을 국회가

259) 법률의 개정 시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두 27919 판결례 참조).

260) 법제처 법령해석에서 “특별한 사정”이 있다고 보아 종전 부칙의 효력을 인정한 사례가 있다. 종전에는 공유수면매립면허를 받은 자는 매립지 전부를 취득하였으나, 1986년 공유수면매립법이 개정되면서 그 범위가 사업비에 상당하는 매립지로 제한되었다. 이 때 이미 매립면허를 받은 자는 종전의 규정에 의한다는 경과규정을 두었다. 1999년 공유수면매립법을 전부 개정하였는데, 이 법에서는 종전에 매립면허를 받은 자의 취득할 수 있는 매립지의 범위에 관해 아무런 경과규정을 두지 않았다. 이 사례에서 법제처는 매립지의 취득 범위와 관해서 정책적인 판단에 변화가 있었던 것으로 보이지 아니하고, 한글화를 주된 목적으로 했었고 종전의 경과규정은 개정대상에 포함되지 않았다는 이유로 종전 부칙의 효력을 인정했다(법제처 2010. 7. 26. 회신 10-0208 해석례 참조).

제정하는 법률에 맡기고 있는 헌법상 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 반한다.”(헌법재판소 2012. 5. 31. 2009헌바123 결정례)고 판단하고 있다.

대법원 판례의 “특별한 사정”은 어디까지나 예외적인 사항을 말하는 것이고, 헌법재판소는 이러한 “특별한 사정”에 따른 해석도 인정하고 있지 않으므로 자치법규를 전부개정할 때에는 반드시 종전 부칙을 상세히 검토하여 현재까지 유효한 부칙을 모두 개정 자치법규에 규정해야 한다.

전부개정자치법규에서 수용하는 종전 부칙의 표현방식에 관해서는 종전 부칙은 전부개정에 따라 필요한 부칙이 아니라 종전 부칙을 전부개정된 자치법규에 다시 규정하는 것이고, 종전 부칙의 내용은 종전 부칙 당시의 규정을 기준으로 판단해야 하므로 종전 부칙의 공포번호, 시행일과 당시의 규정을 그대로 써 주어야 한다.²⁶¹⁾ 특히, 종전 부칙과 전부개정된 규정을 연계하여 부칙을 둘 경우 종전 부칙의 내용에 전부개정된 규정이 혼재함으로써 해석상 혼란을 가져올 우려가 있다. 이 경우 종전 부칙의 경과조치는 필요시 전부개정자치법규 부칙에서 경과조치로 수용하면 무방하나, 종전 부칙의 적용례나 특례는 전부개정자치법규의 입장에서 보면 구 자치법규의 시행에 관한 규정이므로 “경과조치”로 전환시켜 규정해야 한다.²⁶²⁾

261) 「도시 및 주거환경정비법」

부칙 〈법률 제14567호, 2017. 2. 8.〉

제28조(공공시설 등의 설치·제공을 대체하는 현금납부에 관한 경과조치) 법률 제13912호 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률의 시행일인 2016년 7월 28일 전에 관리처분계획인가(변경인가를 포함한다)를 받았거나 신청한 정비사업의 경우에는 같은 개정법률 제4조제10항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

262) 「군인연금법」

부칙 〈법률 제16760호, 2019. 12. 10.〉

제9조(평균기준소득월액 적용 특례에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전의 평균기준소득월액 적용 특례에 관하여는 제3조제1항제2호의 개정규정에도 불구하고 종전의 제3조제1항제2호에 따른다.

② 제1항에도 불구하고 법률 제6327호 군인연금법중개정법률 제3조제1항제2호의 개정규정에 따른 평균보수월액은 같은 법 시행일인 2001년 1월 1일 이후의 복무기간 및 같은 법 시행일인 2001년 1월 1일 이후에 같은 법 제16조제6항에 따라 통산된 복무기간 또는 재직기간을 기초로 산정한다.

③ 제1항에도 불구하고 법률 제11632호 군인연금법 일부개정법률 시행일인 2013년 7월 1일 이후의 복무기간에 대한 같은 법 제3조제1항제2호의 개정규정에 따른 급여액 산정을 위한 평균기준소득월액은 같은 법 제3조제1항제2호의 개정규정에도 불구하고 복무기간별로 급여액의 과도한 차이를 조정하기 위하여 같은 법 부칙 제6조제3항에 따라 산정한 평균기준소득월액에 복무기간별로 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 금액으로 한다.

한편, 자치법규가 전부개정되기 전에 오랫동안 많은 개정이 이루어진 경우 실무상으로 종전 부칙 중 어떤 부칙이 아직까지 유효하여 다시 규정할 필요가 있는지 결정하는 것은 상당히 어려운 문제이다. 이 경우 최대한 종전 부칙을 모두 검토하여 현재까지 유효한 부칙에 대해 개별적인 경과조치 규정을 두되, 누락될 수 있는 종전 부칙의 효력을 인정하기 위해 보충적으로 “종전 부칙의 적용범위에 관한 경과조치”를 두는 방식도 고려할 수 있다.²⁶³⁾

(10) 분법 또는 조문 이관 시의 경과조치

특정 자치법규의 조문을 이관하여 다른 자치법규에 규정하는 경우 이관되는 조문과 관련된 경과조치는 종전 자치법규가 아니라 해당 조문이 새로 규정되는 자치법규의 부칙에 두는 것을 원칙으로 한다. 어떤 자치법규에 규정된 내용을 분리하여 별도의 자치법규로 제정하는 분법의 경우 종전 자치법규의 개정을 필히 수반하게 되는데, 이 경우에도 조문 이관에 따른 경과조치를 새로운 자치법규 부칙에 규정할 필요가 있다.

조문 이관(분법에 따른 이관 포함) 시 경과조치는 신·구 자치법규 중 어디에 규정하든 그 효력에는 차이가 없다.²⁶⁴⁾ 하지만, 대부분의 입법례는 신 자치법규에서 경과조치를 두고 있는 입법관행을 고려하고, 이관되는 조문과 관련하여 향후 계속 유효하게 적용될 자치법규는 구 자치법규가 아니라 종전 규정을 새로 규정하려는 자치법규이므로 주민의 자치법규 이해 및 조문 검색의 편의를 위해 이관되는 내용과 관련된 경과조치는 신 자치법규에 규정하는 것이 더 합리적이고 바람직한 것으로 보인다.²⁶⁵⁾

263) 「국제조세조정에 관한 법률 시행령」

부칙 〈대통령령 제31448호, 2021. 2. 17.〉

제34조(종전 부칙의 적용범위에 관한 경과조치) 이 영 시행 전의 「국제조세조정에 관한 법률 시행령」의 개정에 따른 부칙의 규정은 기간의 경과 등으로 이미 그 효력이 상실된 규정을 제외하고는 이 영 시행 이후에도 계속하여 효력을 가진다.

264) 이와 관련하여 종전 규정의 효력이 상실해도 특정 사람이나 사물에 종전 규정을 계속해서 적용하기 위해 종전 규정의 효력을 인정해주는 경과조치의 기능을 고려하는 입장에서는 당초 구법령에 경과조치를 두는 것이 타당하다고 본다. 반면, 이관에 따른 경과조치는 같은 법령에서 특정 규정의 내용이 변경됨에 따라 두는 일반적 경과조치와는 달리 신규법령의 연결을 위해 두는 것이고 신법령 시행 이후에는 하나의 법령으로부터 통일적 규율을 받을 필요가 있다는 입장에서는 신법령에 종전 규정의 내용이 그대로 이관되어 신설됨에 따라 필요한 경과조치라는 점을 부각시키기 위해서는 신법령에 종전 규정과 관련된 경과조치를 두는 것이 더 적절하다고 본다. 또한, 개정되는 신규법령 모두에 경과조치를 두어야 한다는 견해도 있다.

입법예시 ④ 다른 자치법규로의 내용 이관 시 경과조치

제4조(… 등의 … 에 관한 경과조치) 이 조례 시행 전에 종전의 「…조례」 제○조제○항에 따라 …를 한 경우에는 제○조제○항의 개정규정에도 불구하고 종전의 「…조례」 제○조 제○항에 따른다.

입법예시 ⑤ 제정되는 신 자치법규로의 내용 이관 시 경과조치

제4조(… 등의 출원에 관한 경과조치) 이 조례 시행 당시 종전의 …조례 제○조에 따라 …를 출원한 자는 제○조에 따라 …를 출원한 것으로 본다.

7. 다른 조례 또는 규칙의 개정에 관한 규정

가. 의의

제정·개정되거나 폐지되는 조례나 규칙의 부칙에서 그 조례나 규칙과 관련성이 있는 다른 조례나 규칙을 개정할 수 있다.

부칙으로 다른 조례나 규칙의 일부를 개정하는 것은 관련 자치법규를 동시에 정비함으로써 법체계의 통일을 기할 수 있고, 관련 자치법규를 별도로 입법·심의하는 번잡과 비능률을 피할 수 있으며, 자치법규 개정의 시차(時差)에 따른 법집행상의 혼란을 방지할 수 있으므로 통상적으로 많이 사용하고 있다.

나. 규정방식

하나의 조례나 규칙을 개정하는 경우 아래의 입법예시에 따라 개정문을 만들고, 두 개 이상의 조례나 규칙을 개정하는 경우에는 각 항마다 개정문을 만든다.

265) 특히, 폐지·제정의 경우에는 종전 법령이 없어지기 때문에 종전 법령에 벌칙에 관한 경과조치를 둘 경우 국민 입장에서는 관련 경과조치를 확인하기가 곤란할 수 있다.

입법예시 • 하나의 조례나 규칙을 개정하는 방식

제3조(다른 조례/규칙의 개정) …조례/규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.
제○조제○항 중 “…”을 “…”으로 한다.

입법예시 • 두 개 이상의 조례나 규칙을 개정하는 방식

제4조(다른 조례/규칙의 개정) ① …조례/규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.
제○조제○항 중 “…”을 “…”로 한다.
② …조례/규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.
제○조제○항 중 “…”을 “…”로 한다.
(이하 생략)

다. 유의사항

- 1) 개정조례 부칙에서는 같은 입법형식인 조례만을 개정할 수 있으며, 다른 입법형식인 규칙이나 고시 등은 개정할 수 없다. 또한, 개정규칙 부칙에서는 같은 입법형식인 규칙만을 개정할 수 있으며, 다른 입법형식인 조례나 고시 등은 개정할 수 없다.
- 2) 부칙으로 다른 조례나 규칙을 개정하는 입법형식은 어느 조례나 규칙의 제정·개정·폐지에 따라 부수적으로 다른 조례나 규칙을 개정할 필요가 발생한 경우에 예외적으로 인정되는 것이므로, 다음과 같은 자구수정 또는 경미한 사항의 개정 등 정리적인 개정만 한정된다고 할 것이다.

- ① 조례나 규칙의 개정으로 단순히 조항의 번호가 바뀐 경우 바뀐 사항을 인용하고 있는 다른 조례나 규칙의 해당 인용조문의 정리를 위한 개정과 정리 차원의 경미한 사항의 추가
- ② 조례나 규칙의 제명이나 용어가 바뀐 경우 그를 인용하고 있는 다른 조례나 규칙의 해당 부분의 정리를 위한 개정
- ③ 다른 조례나 규칙에서 규율하고 있던 사항 중 일부 사항을 해당 조례나 규칙에서 규율하도록 하기 위하여 해당 사항을 추가하는 개정을 하는 경우에 그 다른 조례나 규칙의 정리를 위한 개정

- ④ 기구신설을 위하여 조례나 규칙을 개정하는 경우 신설된 기구의 소관업무와 관련하여 다른 조례나 규칙 중 관련 기관의 업무의 변경을 위한 개정
- ⑤ 하나의 조례나 규칙에 통합 규정되어야 할 사항이 여러 조례나 규칙에 분산 규정되어 있는 경우 관련 조례나 규칙의 체계화를 위하여 기본이 되는 조례나 규칙에 통합 규정하면서 관련 조례나 규칙의 해당사항을 정리하기 위한 개정
- ⑥ 제도의 신설을 위한 조례나 규칙의 제정·개정에 따라 이와 관련된 사항을 정리하기 위한 기존 조례나 규칙의 개정
- ⑦ 기본이 되는 조례나 규칙에서 제도가 신설·변경되는 경우 관련 조례나 규칙을 기본이 되는 조례나 규칙에 맞도록 하기 위한 개정

3) 다른 조례나 규칙의 부칙을 개정하는 경우에는 그 조례나 규칙의 공포번호를 명기하여 개정되는 부칙이 특정될 수 있도록 한다.

입법예시 • 다른 조례의 부칙을 개정한 사례

제2조(다른 조례의 개정) 조례 제0000호 … 조례 일부를 다음과 같이 개정한다.
부칙 제○조제○항을 다음과 같이 한다.

- 4) “다른 조례나 규칙의 개정”에 따라 삭제되거나 개정된 조문을 인용하고 있는 다른 법령이 있는지(예: 조례 A의 “다른 조례의 개정” 규정으로 조례 B 제○조가 삭제된 경우, “조례 B 제○조”를 인용하고 있는 “조례 C 제△조”를 개정할 필요가 있음) 등 다른 조례나 규칙의 개정으로 다시 다른 조례나 규칙을 개정해야 할 사항이 있는지 살펴 이를 누락하지 않도록 한다.
- 5) 부칙에서 다른 조례나 규칙을 개정함에 따라 불가피하게 그에 따른 별도의 경과조치 등 부칙을 둘 수도 있다.

입법예시 • 다른 조례의 개정에 따라 별도의 경과조치를 둔 사례

제3조(다른 조례의 개정에 따른 경과조치) 이 조례 시행 당시 종전의 「○○○ 조례」 제○조 제○항에 따른 ○○○은 부칙 제○조제○항에 따라 개정되는 「○○○ 조례」의 개정규정에도 불구하고 이 조례에 따라 ○○○할 때까지는 ○○○으로 본다.

8. 다른 조례 또는 규칙과의 관계에 관한 규정

가. 의의

조례나 규칙을 전부개정하는 경우에는 변경된 내용에 대하여 경과조치를 둘 뿐만 아니라 전부개정되는 조례·규칙 또는 그 조항을 인용하는 조례나 규칙이 있으면 부칙에서 그 조례나 규칙을 개정해주는데, 보통 현행 자치법규 데이터베이스를 이용하여 관련 자치법규의 조항을 찾아내어 개정하게 되지만, 데이터베이스를 이용한 검색 작업이 완벽하다고 보기 어렵다. 따라서 부칙에서 다른 조례나 규칙을 개정해 주더라도 그에 덧붙여 구 조례나 규칙을 인용하는 조례나 규칙은 신 조례나 규칙의 제명이나 해당 조항을 인용하는 것으로 보도록 하는 규정을 두어 해석상의 혼란을 방지하도록 한다.

이 경우 그 규정의 제목은 조례의 경우에는 “다른 조례 또는 규칙과의 관계”로, 규칙의 경우에는 “다른 규칙과의 관계”로 표현한다. 이러한 경우에 속하는 것으로 ① 인용되는 조례나 규칙의 제명이 달라진 경우(조례나 규칙의 제명을 개정하는 경우도 있고 조례나 규칙을 폐지하고 대체 조례나 규칙을 제정하여 인용된 제명이 달라지는 경우도 있다)와 ② 인용되는 조례나 규칙의 제명에 변경이 없는 경우 등 두 가지 유형을 생각할 수 있다.

그 밖에 법인의 명칭을 변경하는 경우에도 같은 취지로 “다른 조례 또는 규칙과의 관계” 규정을 두도록 한다.

나. 규정방식

1) 인용되는 조례나 규칙의 제명이 변경되는 경우

조의 제목은 해당 조례의 제명을 조례뿐만 아니라 규칙 등 하위규정에서 인용하고 있는 경우도 있으므로, 전체를 포괄할 수 있도록 위의 입법예시와 같이 “다른 조례 또는 규칙과의 관계”, “다른 조례 또는 규칙에서”라는 표현을 사용하도록 한다.

입법예시 ● 조례의 경우

제○조(다른 조례 또는 규칙과의 관계) 이 조례 시행 당시 다른 조례 또는 규칙에서 종전의 「…조례」 또는 그 규정을 인용한 경우 이 조례 중 그에 해당하는 규정이 있는 때에는 종전의 「…조례」 또는 그 규정을 갈음하여 이 조례 또는 이 조례의 해당 조항을 인용한 것으로 본다.

입법예시 ● 규칙의 경우

제○조(다른 규칙과의 관계) 이 규칙 시행 당시 다른 규칙에서 종전의 「…규칙」 또는 그 규정을 인용한 경우 이 규칙 중 그에 해당하는 규정이 있는 때에는 종전의 「…규칙」 또는 그 규정을 갈음하여 이 규칙 또는 이 규칙의 해당 조항을 인용한 것으로 본다.

다만, 제명이 변경되기는 하였으나 내용 변경 없이 알기 쉬운 법령 만들기 차원에서 띄어쓰기만 개정된 경우에는 해당 조례/규칙의 제명에 실질적인 변경이 있는 것이 아니어서 다른 조례/규칙에서 해당 조례/규칙의 제명에 대해 띄어쓰기를 다르게 인용하고 있다 하더라도 동일한 조례/규칙을 인용하는 것으로 인정된다 할 것이고, 집행상 혼란이 발생할 여지도 없으므로 부칙에 다른 조례/규칙과의 관계 규정을 둘 필요는 없을 것이다.

2) 인용되는 조례나 규칙의 제명 변경이 없는 경우

제명의 변경이 없으면 인용된 조례 또는 규칙 조항에 대해서만 규정하여도 충분하다.

입법예시 ● 조례의 경우

제○조(다른 조례 또는 규칙과의 관계) 이 조례 시행 당시 다른 조례 또는 규칙에서 종전의 「…조례」의 규정을 인용하고 있는 경우에는 이 조례 중 그에 해당하는 규정이 있을 때에는 종전의 규정을 갈음하여 이 조례의 해당 규정을 인용한 것으로 본다.

입법예시 ● 규칙의 경우

제○조(다른 규칙과의 관계) 이 규칙 시행 당시 다른 규칙에서 종전의 「…규칙」의 규정을 인용하고 있는 경우에는 이 규칙 중 그에 해당하는 규정이 있을 때에는 종전의 규정을 갈음하여 이 규칙의 해당 규정을 인용한 것으로 본다.

3) 법인의 명칭 등이 변경된 경우

법인의 명칭 등이 변경된 경우에도 다른 조례 또는 규칙을 부칙에서 개정해주면서 아래와 같은 “다른 조례 또는 규칙과의 관계” 규정을 덧붙여 해석상의 혼란을 방지하도록 한다.

입법예시 ● 조례의 경우

제○조(다른 조례 또는 규칙과의 관계) 이 조례 시행 당시 다른 조례 또는 규칙에서 …(법인의 명칭)를 인용하고 있는 경우에는 그에 같음하여 이 조례에 따른 …(법인의 명칭)을 인용한 것으로 본다.

입법예시 ● 규칙의 경우

제○조(다른 규칙과의 관계) 이 규칙 시행 당시 다른 규칙에서 …(법인의 명칭)를 인용하고 있는 경우에는 그에 같음하여 이 규칙에 따른 …(법인의 명칭)을 인용한 것으로 본다.

나. 유의사항

다른 조례 또는 규칙과의 관계를 규정하는 것은 실제 그 조례나 규칙이 개정되는 것은 아니고, 그 조례나 규칙의 내용을 지시된 대로 바꾸어 적용하는 것이다. 이는 어디까지나 판단의 여지가 없이 자동적으로 이루어지도록 해야 한다.

만약 다른 조례 또는 규칙과의 관계에서 지시된 대로 해야 할지 아닌지를 판단해야 하는 경우, 일의적으로 집행되지 않으면 조례나 규칙이 집행하는 사람마다 서로 다르게 집행하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 즉, 다른 조례나 규칙과의 관계에서 “~~관계 조례나 규칙에서 ○○을 인용한 경우에는 △△를 인용한 것으로 본다”라고 규정한 경우에는 “~~관계 조례나 규칙”이 무엇인지가 사람에 따라 다른 판단을 할 여지가 있고, 이렇게 되면 조례나 규칙이 일의적으로 집행되기 어려워진다.

따라서 이러한 혼란을 피할 수 있도록 다른 조례 또는 규칙과의 관계를 규정하면서 불확정적인 제한을 두지 않도록 해야 한다.

Q&A | 질의 · 답변

Q1 조례에서 시행일을 장래 발생할 수 있는 사실로 규정할 수 있는지?

- A 법령이 발령되어 그 규율하려는 대상에 대하여 효력이 발생하게 되는 시점을 나타내는 법령의 '시행일'은 누구나 알 수 있도록 명확하게 규정하여야 하므로 대부분의 법령에서 해당 법령의 공포일이나 공포일부터 일정기간이 지난 특정일로 정하는 것이 일반적이나, 법령을 특정한 사실의 발생과 연계하여 시행할 필요가 있고 그 사실의 발생 일자가 불분명한 경우에는 법령의 시행일 자체를 특정사실의 발생과 연계하여 규정할 수는 있음.
- 다만, 이 경우에도 법령의 시행일을 장래에 발생 여부가 불확실한 사실이나 장래 발생이 확실하더라도 그 발생일을 특정하기 어려운 경우를 시행일과 연계하는 것은 적절하지 않음.

Q2 자치법규의 부칙도 개정할 수 있는지?

- A 자치법규의 부칙 중 현재 효력이 있는 규정은 본칙을 개정하는 것과 동일한 방식으로 개정할 수 있음. 따라서 자치법규의 유효기간이나 경과조치 등의 적용시한을 연장해야 할 필요가 있는 등의 사유로 부칙을 개정할 필요가 있을 때에는 부칙이 아닌 본칙에서 개정문을 붙여 개정하고, 개정문에서는 개정 대상이 되는 조항 앞에 "부칙"이라는 자구를 붙이고, 일부개정 자치법규의 부칙을 개정할 때에는 자치법규 공포번호와 해당 개정 자치법규의 제명을 병기해서 개정하면 됨.²⁶⁶⁾

266) <개정 예시>

○○시·도(시·군·구) 조례 제○호 ○○○조례 일부개정조례 부칙 제○조 중 "-----"을 "-----"으로 한다.

Q3

의회에서 집행부로 이송된 조례의 시행일을 공포일과 맞출 수 없어 시행일 이후에 공포한 경우 해당 조례는 무효인지?

A

시행일이 특정한 날로 정해지는 경우 시행일 전이나 최소한 시행일에는 공포되어야 하나, 공포일이 시행일보다 늦더라도 조례 전체가 무효가 되는 것은 아니고 해당 시행일만 무효가 되어 시행일이 없는 것이 되므로, 해당 조례는 「지방자치법」 제32조 제8항에 따라 공포한 날부터 20일이 지난 날부터 시행하게 됨.

따라서 조례의 제·개정 과정에서 조례규칙심의회 의 상정, 공보발간 시기 등으로 공포일이 촉박하다면 해당 부서에서는 의회와 조율하여 조례의 시행일을 공포일 이후가 되도록 조정할 필요가 있음.

Q4

자치법규 시행일 전에 발생한 사실관계에도 해당 자치법규를 적용하려는 경우 규정 방식은?

A

시행일은 자치법규가 효력이 발생하는 날이고 자치법규는 공포되어야 시행될 수 있음. 따라서 공포일이 시행일보다 늦어지면 시행일 규정이 무효가 됨.

그런데 공포하기 전 특정일로 소급하여 시행한다고 규정하면 공포하지도 않은 자치법규가 효력을 발생한다는 뜻이 되므로, 소급입법 규정을 두는 경우 시행일 조문에 규정하면 안 되고, 부칙에 적용례 규정을 따로 규정해야 함.