

안건번호	의견20-0315	요청기관	전라북도	회신일자	2021. 2. 24.
안건명	기초자치단체의 법령에 반하는 조례에 대해 시·도지사가 조례 개정을 권고할 수 있는지(「노인복지법」제37조 등 관련)				

· **질의요지**

기초자치단체의 법령에 반하는 조례에 대해 시·도지사가 조례 개정을 권고할 수 있는지 ?

· **의견**

이 사안의 경우 시·도지사가 기초자치단체의 법령에 반하는 조례를 개정하도록 권고할 수 있을 것으로 보입니다.

· **이유**

「지방자치법」 제2조에서는 지방자치단체를 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(제1호, 이하 “광역지방자치단체”라 한다)와 시, 군, 구(제2호, 이하 “기초지방자치단체”라 한다) 두 가지 종류로 구분하여 규정하고 있는바, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 간에는 원칙적으로 상하의 관계가 존재하지 않으나, 광역자치단체는 「지방자치법」 등 관련 법령에서 정한 범위 내에서 기초지방자치단체의 사무를 지도하거나 관리·감독할 수 있다고 할 것입니다.

이와 관련하여 「지방자치법」에서는 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있다고 규정하고 있고(제166조), 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사의, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받고, 시·군 및 자치구나 그 장이 위임받아 처리하는 시·도의 사무에 관하여는 시·도지사의 지도·감독을 받는다고 규정하여(제167조) 기초지방자치단체의 사무 처리에 대한 시·도지사의 일반적인 지도·지원과 단체위임사무에 대한 지도·감독에 대해 규정하고 있습니다.

그리고 권고는 “어떤 일을 하도록 권한다”는 것을 의미하는데, 어떤 일을 하도록 권하는 것은 상대방의 임의적인 결정에 달려 있는 것인바, 시·도지사의 권고에 지방자치단체가 반드시 구속된다고 보기는 어려울 것이고 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항으로 볼 수 없다 할 것이므로 「지방자치법」 제166조 및 제167조에 따라 개별 법률의 근거 없이도 가능할 것으로 보입니다.

한편 「지방자치법」 제28조에서는 조례를 제정하거나 개정·폐지할 경우 지방의회에서 이송된 날부터 5일 이내에 시장·군수 및 구청장은 시·도지사에게 그 전문(을)을 첨부하여 보고하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제172조에서는 시·군 및 자치구 지방의회 의결이 법령에 위반되는 경우 등에 대한 시·도지사의 재의 요구 지시와 제소 절차에 대해 규정하고 있는바, 이는 비록 간접적이긴 하지만 시·도지사의 시·군·구 지방의회에 대한 제도적인 통제수단을 규정하는 것으로 해당 규정이 시·군·구 지방의회 의결을 거친 조례에 대하여 시·도지사가 「지방자치법」에 근거하여 다른 지도·감독 등의 권한을 행사하는 것을 제한하는 것이라고 보기는 곤란할 것입니다.

그렇다면 지방자치단체의 사무에는 소관 사무에 대한 조례 제정 (제22조)이 포함된다고 할 것이므로 시·도지사는 기초지방자치단체의 조례가 법령에 반한다고 인정하는 경우에는 「지방자치법」 제166조, 제167조 등에 근거하여 해당 조례의 개정을 권고할 수 있다고 할 것입니다.

**【관계 법령 등】**

「지방자치법」

제166조(지방자치단체의 사무에 대한 지도와 지원) ① 중앙행정기관의 장이나 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요하면 지방자치단체에 자료의 제출을 요구할 수 있다.

② 국가나 시·도는 지방자치단체가 그 지방자치단체의 사무를 처리하는 데에 필요하다고 인정하면 재정지원이나 기술지원을 할 수 있다.

제167조(국가사무나 시·도사무 처리의 지도·감독) ① 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관의, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사의, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다.

② 시·군 및 자치구나 그 장이 위임받아 처리하는 시·도의 사무에 관하여는 시·도지사의 지도·감독을 받는다.

#### 「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 사업에의 지출근거가 조례에 직접 규정되어 있는 경우로 한정한다.

1. 법률에 규정이 있는 경우
2. 국고 보조 재원()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

제32조의2(지방보조금 예산의 편성 등) ① 지방보조금(제17조제1항 및 제23조제2항에 따른 보조금을 말한다. 이하 같다)은 해당 지방보조사업(제17조제1항 및 제23조제2항에 따라 보조금을 지출 또는 교부받는 사무 또는 사업을 말한다. 이하 같다)의 성격, 지방보조사업자(지방보조사업을 수행하는 자를 말한다. 이하 같다)의 비용부담능력 등에 따라 적정한 수준으로 책정되어야 한다.

② 지방보조금은 법령에 명시적 근거가 있는 경우 외에는 운영비로 교부(제17조제1항에 따른 지출을 포함한다. 이하 같다)할 수 없다.

#### 「노인복지법」

제37조(노인여가복지시설의 설치) ① 국가 또는 지방자치단체는 노인여가복지시설을 설치할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체외의 자가 노인여가복지시설을 설치하고자 하는 경우에는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

③ 시장·군수·구청장은 제2항에 따른 신고를 받은 경우 그 내용을 검토하여 이 법에 적합하면 신고를 수리하여야 한다.

④ 국가 또는 지방자치단체는 경로당의 활성화를 위하여 지역별·기능별 특성을 갖춘 표준 모델 및 프로그램을 개발·보급하여야 한다.

⑤ 노인여가복지시설의 시설, 인력 및 운영에 관한 기준과 설치신고 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제47조(비용의 보조) 국가 또는 지방자치단체는 대통령령이 정하는 바에 의하여 노인복지시설의 설치·운영에 필요한 비용을 보조할 수 있다.

제57조(별칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제33조제2항, 제35조제2항, 제37조제2항 또는 제39조제2항에 따른 신고를 하지 아니하고 양로시설·노인공동생활가정·노인복지주택·노인요양시설·노인요양공동생활가정·노인여가복지시설 또는 재가노인복지시설을 설치하거나 운영한 자