

서울특별시의회 연구용역사업 결과보고서

서울시의회의 행정입법 통제 필요성과 강화방안에 대한 연구

2012. 8



서울특별시의회
SEOUL METROPOLITAN COUNCIL

提出文

서울특별시의회 의장 귀하

본 보고서를 「서울시의회의 행정입법 통제필요성과 강화방안에 대한 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2012년 8월

한국입법학회
연구진

연구진

책임연구원	배 병 호	성균관대학교 법학전문대학원 교수
-------	-------	----------------------

공동 연구원	고인석	부천대학교 행정학과 교수
	김성배	국민대학교 법학과 교수
연구보조원	임진석	성균관대학교 법학전문대학원 법학연구소 연구원
	정찬우	한국입법학연구소 선임연구원

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 필요성 및 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	2
1. 연구의 범위	2
2. 연구의 방법	3
제2장 지방자치와 행정입법	7
제1절 지방자치와 지방의회	7
1. 지방자치의의	7
2. 지방자치의 연혁	7
3. 지방의회 등장과 활동	17
4. 현행 지방자치관련 법체계	22
제2절 행정입법의 현황과 문제점	28
1. 행정국가와 행정입법	28
2. 지방자치단체(서울시)의 행정입법 갈등현황과 문제점	30
제3절 지방의회의 행정입법 통제의 필요성	40
1. 행정입법 통제의 의의	40
2. 행정입법 통제의 필요성	41
3. 지방의회와 자치단체간의 행정입법 갈등원인	41
4. 지방의회의 행정입법관련 통제의 방향	42
5. 지방의회의 행정입법 갈등에 대한 대응과 행정입법통제	42

제3장 지방자치에 관한 헌법재판소와 대법원의 판례분석 55

제1절 지방자치제도 56

- 1. 지방자치와 제도보장 56
- 2. 지방자치본질에 관한 헌법재판소 결정 분석 57
- 3. 소결 63

제2절 자치입법권의 한계 63

- 1. 자치입법권 63
- 2. 대법원 판결분석 69
- 3. 소결 72

제3절 지방의회와 지방자치단체장의 권한과 상호관계 72

- 1. 지방의회와 지방자치단체장의 고유권한 72
- 2. 지방의회와 지방자치단체장의 관계 74
- 3. 대법원 판결분석 75
- 4. 소결 88

제4절 결론 88

제4장 지방의회의 행정입법 통제강화 방안 93

제1절 현행 지방자치의 문제점과 지방자치법 해석의 한계 93

- 1. 지방의회 관련 현행 지방자치의 문제점 93
- 2. 지방의회와 집행기관 관련 지방자치법규정 95
- 3. 지방자치법규 해석론의 한계 99

제2절 지방자치제도의 이론적 검토 100

- 1. 지방자치의 본질과 기능 100
- 2. 권력분립과 지방자치 104

3. 사회변화에 따른 지방자치의 역할 변화	108
제3절 비교법적 고찰	110
1. 미국	110
2. 일본	112
3. 프랑스	114
4. 독일	117
5. 시사점	119
제4절 행정입법통제를 위한 지방자치제도의 개선방향	121
1. 서론	121
2. 지방자치법상 제도개선	122
3. 서울시 조례와 규칙상 제도개선	138
4. 바람직한 지방자치제도와 헌법	143
제5장 결론	149
현행 지방자치법과 개정안의 비교	159
참고문헌	171

제 1 장



서 론

제1절 연구의 필요성 및 목적

제2절 연구의 범위와 방법

제1장 서론

제1절 연구의 목적 및 필요성

법치주의와 민주주의는 법학에서 벗어날 수 없는 명제임. 국가의 기능이 강화되고 국민들도 당연한 것으로 받아들이는 현대 행정국가에서 행정입법의 역할이 의회입법을 능가하고 있음. 거기에다 세계화와 정보화의 영향으로 지방자치에 대한 관심도 급증하면서 행정입법을 둘러싼 갈등이 더욱 심화되고 있음

지방분권과 실질적인 지방자치가 시대의 흐름이 되면서 중앙정부의 행정입법에 대한 지방자치단체의 불편도 증가하고, 지방의회의 조례를 둘러싼 지방의회와 지방자치단체장 사이의 갈등도 증가하고 있음

이러한 지방자치법과 법적 환경변화에 대비하여 서울시의회는 입법과 입법정책에 대한 전문성 강화를 위한 법제도적 기반연구를 통하여 전국적으로 획일적인 행정입법의 문제를 개선하여 효율적인 행정입법실현을 도모 하고자하는 것이 본 연구의 목적임

장기적으로 보면, 서울시의회의 정책개발과 효율적 입법정책의 입안과 행정입법통제를 위한 전문성 강화와 장기적인 역량강화 계획이 필요함

또한 행정부 주도의 행정입법에 대해 입법기관인 지방의회의 입법관리능력과 자치입법 역량 강화를 위하여 지방의회의원과 보조자들의 능력 개발을 위한 장기적인 시의회의 발전 계획이 필요함

그러나 지방자치의 효율성 달성을 위한 시의회의 입법기구로서의 역량 강화, 행정입법과정에서의 전문성 확보와 정책을 실효적으로 관리할 수 있는 현행 법제도가 마련되어 있는지, 아니면 명시적 규정이 없다고 해도 해석상 가능한지를 법적으로 검토해야 함. 그리고 현행법제도와 해석상 시의회에 의한 행정입법의 통제가 불가능하다면, 제도개선 필요성과 지방자치법제의 개정안이 마련되어야 함

본 연구에서는 서울시의회의 행정입법정책에 있어서 입법기관으로서의 역량

강화에 필요한 관련 법제 및 판례와 학설에 대한 체계적인 검토를 통해서 서울시의회의 행정입법과정에서의 문제점을 찾아 개선방안을 도출하고, 나아가 시의회의 본연의 기능회복과 역할개선을 그 목적으로 함

또한 서울시의회의 행정입법체계와 입법과정의 비효율성을 극복하고 균형 있고 미래지향적인 행정입법체계를 구축하기 위해서는 지방의회의 기능과 역할의 개선이 적극적으로 필요하고, 이러한 행정입법의 통제와 관리를 위해서는 특별광역시방자치단체로서의 서울시의회의 기능과 역할에 대한 관련 법제 및 판례를 분석하여 개선책을 제시할 필요가 있음

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 연구는 서울시의회의 행정입법정책에 있어서 입법기관으로서의 기능 및 역할과 역량강화에 필요한 행정입법과정에서의 문제점과 개선방안을 도출하여 서울시의회의 본연의 기능회복과 역할개선을 목표로 함

이를 위해서는 제2장에서는 지방자치와 행정입법과 관련된 지방자치와 지방의회에 대한 고찰하면서, 행정입법의 현황분석을 통한 문제점을 고찰하고, 아울러 지방의회의 행정입법 통제의 필요성도 검토하였음

제3장에서는 지방자치에 관한 헌법재판소와 대법원 판례를 통하여 고찰하였고, 헌법재판소의 지방자치제도 전반적인 결정을 조사하여 검토하였음. 그리고 자치입법권의 한계에 대해서도 고찰하면서 대법원 판결들과 이론을 고찰하였고, 지방의회와 지방자치단체장의 권한과 지위 및 지방자치단체장과 지방의회와의 상호관계에 대한 이론적인 고찰과 함께 대법원 판결들을 검토하였음

제4장에서는 지방의회 행정입법 통제강화 방안으로 현행 지방자치의 문제점과 지방자치법 해석의 한계를 이론과 판례를 통하여 검토하였음. 또한 현재까지 논의를 바탕으로 지방자치제도의 이론적인 검토를 하면서, 지방의회의 행정입법 통제에 대한 비교법적인 고찰을 통해서 행정입법통제를 위한 지방자치제도의 개선방향을 제시하였음

마지막으로 제5장에서는 지금까지의 연구결과를 요약하고 서울시의회의 행정입법 통제필요성과 강화방안에 대한 방향성 및 향후 과제를 제시하였음

2. 연구의 방법

본 연구의 연구방법은 다음과 같음

첫째, 문헌적 방법에 기초하였음. 법이 현실에서 어떻게 적용될 것인가에 관한 문제에 접근하기 위해서는 현재 법규가 사실상 어떻게 해석되고 적용되고 있는가를 파악하는 것이 필요함

그러므로 본 연구에서는 문헌적 방법 즉 지방의회와 관련하여 한국의 단행본과 연구논문 등을 참고문헌으로 하여 서울시의회의 행정입법 통제 필요성과 강화방안에 대한 필요성을 파악하고자 하였음

둘째, 관련 법령 및 헌법재판소의 결정, 대법원의 판결을 분석방법에 입각하였음. 「헌법」 제117조 제1항, 제2항 및 「헌법」 제118조 제1항, 제2항 등과 「지방자치법」, 「지방재정법」, 「공직선거법」, 「주민소환에 관한 법률」 등과 판례들을 각각 검토·정리하고 비교하면서 상대적으로 적용 내지 응용의 가능성을 탐구해 보는 고찰방식을 주로 택하였음

셋째, 법정정책적 측면에 입각하였음. 법제도에 대한 연구는 궁극적으로 법제도를 바로 알고 그 문제점을 개선하고자 함을 목적으로 함

따라서 본 연구는 서울시의회의 행정입법 통제에 대한 분석을 통하여 그 의의와 가치를 파악하고 이에 근거하여 서울시의회의 행정입법 통제의 합리화·신뢰성을 구하고자 법정정책적 측면에서 접근을 시도하였음

넷째, 행정법적인 시각에서 접근하였음. 기존의 지방의회에 대한 연구는 지방행정학, 행정학, 통계학 등과 같이 법학적인 측면보다는 행정학이나 현황분석이나, 통계자료를 가지고 연구를 하였으나 헌법재판소와 대법원의 지방자치에 관한 판결의 분석과 법적 검토가 부족한 측면이 있다고 할 것임

따라서 서울시의회 즉 지방의회에 대한 행정법적 접근 내지 연구가 부족했던 감이 없지 않음. 그래서 본 연구는 행정법적인 접근을 시도하였음

제 2 장



지방자치와 행정입법

제1절 지방자치와 지방의회

제2절 행정입법의 현황과 문제점

제3절 지방의회의 행정입법 통제의 필요성

제2장 지방자치와 행정입법

제1절 지방자치와 지방의회

1. 지방자치의 의의

지방자치는 민주주의와 관련하여 헌법적 가치인 국민주권의 실현을 최대한 보장하는 장치로서 역할을 하며, 국민주권의 민주적 구현성·직접성·근거리성을 강화시키는 효과적 수단임

지방자치의 구체화를 위해서는 자치입법권의 보장이 필수적이며, 자치입법의 제정에 있어서는 기본권적 가치실현을 목적으로 민주적 의사형성과 결정과정이 보장되어야 함

지방자치는 일차적으로 지역공동체와 그 구성원들을 위한 것으로, 지역공동체 내에서 생활하는 외국인이나 무국적자에게도 생활 관련성 하에서 공동체 의사형성과 결정과정의 참여가 인정될 수 있음

2. 지방자치의 연혁

한국에서 지방자치의 연혁은 공동체문화의 특성이 강한 우리민족의 특성상 삼국시대 신라의 화백제도나 고려시대의 사심관제도, 향직단체를 비롯하여 조선시대의 유향소, 향약, 향회, 계제도 등 전근대시대 이전 오래전부터 이어져 온 유래를 발견할 수 있음

가. 건국이전의 지방자치제도

(1) 고려시대

(가) 사심관제도

고려의 사심관제도는 고려왕조의 초기에 건국공신들을 그들의 출신 지방에 부임시켜 그 지방을 통치하도록 하였던 제도임

중앙(국왕)으로부터 일정지역의 통치권을 위임받은 공신들이 그 지역을 통치하고 중앙에 대해서는 그 지역을 대표하였던 봉건적 지방호족들에 의한 자치제도라고 할 수 있음

이러한 사심관제도로 중앙집권적인 통치력이 강화되고, 지방행정관을 확보하게 됨으로써 왕조의 중기 이후부터는 점차 지방 관료로 대체되어 1318년에 폐지됨

사심관제도를 현대적 지방자치제도의 핵심요소인 중앙에 대한 지방의 상대적 독립, 주민의 정치행정참여, 주민에 대한 복지증진 등과 비교해볼 때 오늘날의 지방자치제도와는 거리가 너무 먼 제도라 할 수 있음

(나) 향직단체

향직단체란 고려왕조 초기 전국에 걸쳐 왕권의 확립이 미흡했던 시기에 중앙의 힘만으로 조공과 요역의 부과·징수가 어려웠기 때문에 지방토호의 일정한 직위를 주고 지방행정을 담당하도록 한 제도임

지방토호들로 하여금 일정한 조직을 갖고 지방을 통치할 수 있도록 하는 대신에 이들을 통해 중앙의 통치권을 행사하였던 일종의 지방행정기관이었으며, 州 또는 牧, 郡, 縣에 두었던 제도

향직단체는 지방 세력가들을 중심으로 한 지방자치라고 할 수 있음

사심관제도와는 달리 향직단체는 지방의 토호들에게 일정한 자치조직을 인정하고 그 지방의 통치를 위임했다는 점에서 사심관제도 보다는 더 자치적인 제도였다고 할 수 있음

(2) 조선시대

(가) 조선전기~조선중기

1) 향청제도(유향소, 향소)

향청제도란 유향소 또는 향소로 불리었던 지방문벌세력가들의 전통적 자율 조직으로 1467년 함경도에서 발생한 이시애의 난을 계기로 폐지시켰다가 1498년 '향청'이라는 이름으로 개칭하고 지방행정기관의 일부로 부설하게 된 것을 말함

조선초기의 유향소는 관직을 마치고 귀향한 자들, 또는 향리로 있는 세력가들의 재향단체였지만 지방행정에 관한 수령의 행정고문역할을 맡기도 했으며, 중앙에는 '경재소'라는 출장소를 두고 지방민의 요구와 부정 관리의 행패 등을 중앙에 전달하는 역할도 수행하였음

향청은 수령의 자문기구인 동시에 때로는 검찰기능까지 수행함으로써 수령을 보좌하였음

향청은 지방주민들의 이해와 요구를 행정에 반영하거나 지방수령들의 전횡을 견제했던 지방주민들의 대표체였음

향청의 근본적인 설립목적은 지방주민들의 권익보호와 복지증진 보다는 지방문벌과 세력가들이 그들 스스로의 지위와 권위를 지방수령들로부터 보호하자는 데 있었기 때문에 현대적 주민자치 사상과는 거리가 있었음

2) 향약제도

향약은 조선시대 향촌사회의 자치규약으로서 조선조 중기이후 지방의 양반, 토호, 유림등 주로 상류계급에 의하여 자발적으로 전개된 사회교화 운동이었음

향약의 기원은 송나라의 몸씨 향리를 교도하기 위하여 창안한 것에서 비롯하였으며 조선시대의 향약도 이 여씨향약의 4대 덕목인 덕업상권(德業相勸), 과실상규(過失相規), 예속상교(禮俗相交), 환난상휼(患難相恤)등을 기본으로 한 사회규약이었음

향약은 유교보급을 목적으로 설치된 향교가 중심이 되어 향청을 도와 민풍을 진작하려는 운동이었으며, 지역사회주민들이 일종의 조합을 만들어 행정구역내에서 여러 가지 지방교화활동을 수행함으로써 자치단체로서의 성격을 띠

게 됨

향약은 부분적으로 자치기능을 수행하지 않은 것은 아니었으나 그 역시 현대적 지방자치제도의 기본관념과는 본질을 달리하였던 제도임

향약은 주로 기존의 유교질서 안에서 요구되는 각종의 의례, 풍교, 습속을 스스로 지키도록 권장하고 강제하는 것이었으며 지방주민들의 복지후생이나 정치행정에 주민참여 등과 같은 것을 내용으로 하는 것이 아니었음

3) 조선시대 지방의 행정조직(面, 洞, 里, 統)

조선시대의 말단 행정단위였던 面과 洞·里 등은 관치 행정기관인 府, 郡, 縣의 首領에 의해 지배되고 있었지만 여러 측면에서 자치적 성격을 가지고 있었음

즉 面과 洞·里는 농촌의 자연발생적 부락으로서 국가의 정부조직체계에 의해 인위적으로 구성된 것이 아니고 국가에 대한 국민의 의무와 역할을 수행하기 위해 주민들 스스로가 구성한 행정단위라고 볼 수 있음

이들 面과 洞·里는 그 장을 선임함에 있어 주민의 의사를 다수 반영시켰고 面과 洞·里의 경비도 주민들이 각출하여 충당하였으며 동리의 주민들 간에는 연대책임제가 실시되었음

面長의 경우는 형식적으로 지방수령이 임명하는 것으로 되어 있었으나 대부분은 주민들의 추천, 또는 선거에 의해 임용되었음

面長의 직무는 수령의 명령을 面民에게 전달하고, 면민의 사망·출생·명부작성과 조세의 징수 등을 담당하였으며, 그 외에도 면내 면민의 질서유지 및 보호지도를 위한 분쟁의 재판, 태형의 집행 등을 담당하였음

조선시대 말단 행정단위에 있어서 지방주민들의 자치적 제도를 볼 때 面과 洞·里의 장의 선임방법이나 洞·里의 재산 보유 및 관리·운영방식 등에서 현대의 지방자치의 흔적을 찾아볼 수 있으며, 민주적인 요소도 찾아볼 수 있음

조선 전기와 중기의 향청제도와 향약제도 등 지방행정에 있어 자치제도적 요소를 가졌던 몇몇 자취를 찾아 볼 수 없었던 것은 아니지만 그것들은 모두가 현대적 지방자치제도와는 거리가 있었을 뿐만 아니라 국가에 의해 공인된 완전한 지방자치제는 아니었음

갑오경장 이전까지 조선의 지방제도는 지방자치에 대한 관념이 없었을 뿐만 아니라 특히 지방의 통치에 지방주민들이 스스로 참여하여 자기들의 의사와 책임 하에 지방의 사무를 처리한다는 이른바 주민자치사상은 그 흔적조차 찾기 힘들었음

(나) 조선후기

1) 조선후기 갑오경장이후의 향회제도

갑오경장이후 1895년 11월3일 의정부에서 발표한 ‘향회조규(鄉會條規)’와 ‘향약변무규정(鄉約辦務規程)’은 지방주민이 당해 지방행정단위의 공공사무 처리에 참여할 수 있도록 규정함으로써 우리나라 지방행정사상 근대적이고 민주적인 지방자치제도의 효시가 되었던 것임

향회는 그 조직과 성격 및 기능이 근대적 지방의회와 유사한 것으로서 그 조직으로는 대·중·소의 3가지 층이 있었으며, 대회는 郡會, 중회는 面會, 소회는 里會를 칭함

향회의 권한에 해당되는 사항으로는 향회조규 제5조에서 자세히 규정하고 있는데, 중요사항으로서 교육·호적 및 지적, 사회, 위생, 도로 및 교량, 殖産·興業, 공공산림과 제방·보·항, 제반 세목 및 납세, 흥년구제, 공공복무, 계약 등에 관한 총 12개 항목이 향회의 의결사항으로 되어 있었음

이 제도는 우리나라 지방자치역사에 있어서 커다란 역사적 의미를 지니는 훌륭한 제도로 평가되고 있으나 1910년 한일합병에 의해 제대로 시행도 못해 보고 그 효력을 상실하고 말았음

이전에도 우리나라에서 지방자치의 흔적을 찾아 볼 수 없었던 것은 아니었으나 향회제도와 같은 근대적 구조와 기능을 갖춘 제도는 없었으며, 그 형식에

있어서도 법제화까지 왔던 것은 우리 역사상 처음이었다는 점에서 제도적 의미가 있음

(3) 일제 강점기

한일합방과 함께 일제는 조선총독부관제와 지방 관제를 발표하고, 이어서 府·郡·縣을 통폐합 정리하여 전국을 13도, 12부, 220군, 2521면을 개편하였음

식민통치를 위한 일련의 지방행정제도를 처음 개편하면서 지방자치행정은 인정하지 않았음

1913년 이후 지방자치를 위한 준비형식으로 몇몇 지방제도를 개편함으로써 형식적으로 지방자치의 기초를 마련해 나감

1913년 이후 1920년대 말까지 지방자치의 준비조치로서 시행한 지방제도는 1930년에 와서 대대적인 개정을 단행했으며, 이는 일본의 지방자치제도를 모방한 관치적 제도의 도입·시행이었음

이 시기의 지방자치의 주요한 특징으로는 府에 종래의 자문기관 대신 의결기관인 부회를 설치하였으며, 도를 법인으로 하여 부와 동일한 권리능력을 인정하였으며 의결기관으로서의 도회를 설치하였음

일제 강점기의 지방제도는 그 실제와는 달리 외견상으로는 현대적 지방자치제도의 골격을 갖추었던 것으로 보임

즉, 道·府·군을 법인으로 하고 독자적인 사무와 권한을 인정하였으며, 道·府·군의 조직을 의결기관과 집행기관으로 나누었음

특히 임기4년의 공선된 명예직 의원으로 의결기관을 구성한 것 등을 볼 때 제도의 운영과는 달리 지방자치의 외형은 어느 정도 갖추고 있었다고 평가할 수 있음

(4) 미군정기의 지방제도

해방이후 우리나라에 진주한 미군은 1945년부터 1948년까지 약 2년 11개월 간 미군정을 실시하면서 서구식 자유민주주의 정치행정제도를 소개하고 지방제도를 고쳐나감

우리의 국민들의 기대와는 달리 정치행정제도의 개혁은 계획으로만 그쳤거나 필요최소한에 머물렀음

미군정으로서는 군정기간 중 중앙 및 지방제도의 정비와 지방자치제도의 시행에 관한한 한국현실을 모르는 상태에서 정치행정의 경험을 가지지 못한 군인들이 미국식 제도를 무비판적으로 받아들인 집권주의와 시행착오적 제도개혁으로 일관한 과도기적 행정이었음

나. 건국이후 지방자치제도

(1) 제헌헌법의 지방자치제도

대한민국에서 지방자치의 시작은 1948년 7월 17일 제정된 제헌헌법에서 그 근거를 찾을 수 있음

「제헌헌법」 제96조와 제97조에서 지방자치를 규정함으로써 지방자치에 대한 「헌법」상보장의 근간을 이룸

제헌헌법 제정이후 현재까지 9차례에 걸쳐 헌법이 개정되었지만 표현상의 차이를 제외하고는 지방자치제도에 있어서 근본적인 변화는 없음

「제헌헌법」 제96조는 “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정함

「제헌헌법」 제97조는 지방자치단체의 조직과 운영에 대해서 “지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. 지방자치단체에는 각각의 의회를 둔다. 지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다.”고 규정함

(2) 지방자치법의 제정과 지방선거의 실시

- 1949년 7월 4일 법률 제32호 지방자치법의 제정

헌법 제정 후 지방자치법이 제정되기까지 공백기의 지방제도를 정비하기 위하여 1948년 11월17일에 법률 제8호로 지방행정에 관한 임시조치법이 6개월 한시법으로 제정

- 우리나라 최초의 지방자치법(1949년 7월 4일 제정)

지방자치법상 지방자치단체의 종류로는 ① 도와 서울특별시 ② 시, 읍, 면의 2종류로 규정하였음(「지방자치법」 제2조)

기관의 구성방식으로 지방의회는 주민의 직접선거에 의한 지방의원으로 구성하도록 하였으나 지방자치단체의 장인 도지사와 서울시장의 경우는 대통령이 임명하고, 시·읍·면장은 각각 해당 지방의회에서 선출하도록 하였음(「지방자치법」 제98조)

광역 지방자치단체장을 임명제로 한 것은 완전한 자치가 아직 시기상조이며, 경찰 등 적극적인 통일성을 기할 필요가 크다는 점이 있었음

(3) 이승만정부하의 지방자치제도

- ① 1956년 2월 13일 개정 지방자치법

지방선거가 실시된 후 지방자치의 실시과정에서 다양한 문제점이 지적되어 당시 내무부가 중심이 되어 지방자치법개정을 주도함

지방의회의 지방자치단체장에 대한 불신임권의 빈번한 행사의 문제로 행정의 불안정이 제기됨

지방의회 성립 후 3년간 1,168명의 시·읍·면장이 사직

- ② 1958년 12월 26일 개정 지방자치법

1958년 지방자치법 개정은 지방자치법 조문 중에서 35개 조문에 걸치는 대표적인 개정을 통해 지방자치제도를 개악한 대표적인 사례

특히 시·읍·면장과 동·리장을 주민직선에서 임명제로 전환하여 지방자치의 민주적인 정당성을 결정적으로 약화시킴

이는 차기 정·부통령 선거를 앞두고 시·읍·면장과 동·리장을 집권당에 우호적인 인사로 임명하여 집권기반을 다지려는 의도였음

③ 4. 19혁명이후 지방자치제도 부활 시도

1960년 4. 19 이후 독재체제를 청산하기 위해 1960년 6월 15일 헌법 개정

개정된 헌법에서는 지방자치에 관한 헌법 조항에서 지방자치단체장의 선임 방식은 법률로 정하되 시·읍·면장에 대한 주민직선을 규정하였음(「헌법」 제 97조 제2항)

이는 자유당 하에서 부정적인 경험을 한 후 입법권의 남용으로부터 지방자치제도의 근간을 보장하려는 헌법 제정권자의 의지를 표명한 것으로 볼 수 있음

(4) 지방자치법 중단기

① 지방자치법에 관한 임시조치법과 지방자치의 중단

지방자치체도는 1961년 5월 16일 발생한 군사쿠데타에 의해 지방자치제도가 부활하는 1991년까지 중단

5. 16 이후 군사혁명위원회는 포고령 제4호(1961. 5. 16.)로 지방의회를 해산하고, 이어 5월 22일 국가재건최고회의는 포고 제8호를 통하여 지방의회의 의결을 요하는 사항은 읍·면에서는 군수, 시는 도지사, 서울특별시는 내무부장관의 승인을 얻어 시행하도록 하였음

또한 6월 6일 국가재건최고회의령 제42호는 도지사와 서울특별시장, 주민수 15만 이상의 시의 장은 국가재건최고회의의 승인을 얻어 내각이 임명하고, 다른 지방자치단체의 장은 도지사가 임명하도록 함

1961년 9월 1일 공포하여 10월 1일부터 시행된 지방자치에 관한 임시조치법은 지방자치법이 개정되면서 폐지되는 임시적인 성격의 법률(임시조치법 부칙 제5항)이었으나 1988년 4월 6일 개정된 지방자치법의 시행과 동시에 폐지될 때까지 효력을 유지하였음

② 지방자치법 중단기의 지방자치관련 헌법 규정상의 변화

1962년 12월 26일 개전된 헌법은 종전 헌법에 의하여 적어도 시·읍·면장을 주민이 직접 선출한 규정을 삭제하고 지방자치단체의 장의 선임방식을 법률에 위임하였음

또한 부칙 제7조는 “이 헌법에 의한 최초의 지방의회의 구성시기에 관하여는 법률로 정한다.”고 하였으나 이에 관한 법률을 제정하지 않았음

1972년 12월 27일 개정된 「유신헌법」에서는 부칙 제10조에서 “이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다.”고 규정하여 지방자치의 무기한 연기를 정당화하고 있음

1980년 10월 27일 개정된 제5공화국 헌법에서도 부칙 제10조에서 “이 헌법에 의한 지방의회는 지방자치단체의 재정자립도를 감안하여 순차적으로 구성하되, 그 구성시기는 법률로 정한다.”고 규정하여 지방자치의 실시를 유보하고 있음

(5) 현행 헌법하의 지방자치제도

1987년 헌법 개정과 지방자치

제6공화국 헌법은 제5공화국 헌법과는 달리 지방의회의 구성에 관한 헌법 부칙조항(지방자치제도의 실시기간을 유예했던 조항)을 삭제함으로써 가능한 빠른 기간 내에 지방자치제도를 실시할 수 있는 길을 열어놓았음

제6공화국 들어와 새로 구성된 제 13대 국회는 제7차 지방자치법 개정안을 통과시킴

1990년 12월 15일 여야합의로 다시 제9차 지방자치법을 개정함으로써 이후 제1차 지방의회의원선거법의 개정, 지방자치단체장의 선거법 제정이 이루어져 1991년 상반기부터 마침내 지방자치제도가 실시되게 되었음

이후 1995년 6월 29일 지방자치단체장의 선거가 실시됨으로써 전면적인 지방자치제도가 실시됨

3. 지방의회 등장과 활동

가. 지방의회의 등장

의회제도는 국가의 권력을 입법·행정·사법으로 분리시켜 국민의 권리자유를 보장하려는 18세기 자유주의사상과 함께 발전함

우리나라에서 근대적·민주적 지방의회가 구성된 것은 대한민국 수립 후 <지방자치법>이 제정되고, 1952년에 지방총선거가 실시되면서 구성되었는데, 이후 3기의 지방의회를 구성, 운영하다가 1961년 5월의 군사쿠데타 이후 <군사혁명위원회포고> 제4호로 해산됨

이후 1990년 12월 15일 제9차 지방자치법 개정과 제1차 지방의회의원선거법의 개정을 거쳐 1991년 상반기에 현재의 지방의회가 구성됨

「헌법」 제118조, 「지방자치법」 제26조 및 제39조의 규정에 따라 지방의회는 주민의 대표기관으로서의 권한, 지방자치단체의 주요한 정책과 주민의 분담과 관련된 사항, 지방자치단체운영에 관한 의사를 결정하는 의결기관임

즉 지방의회란 근대적 의미의 주민대표의 개념에 기초한 자치단체의 의사기관으로 원칙적으로 주민의 선거에 의해 선출된 의원을 그 구성원으로 하는 주민의 대표기관으로서 그 자치단체의 의사를 결정하고 집행기관을 감시하는 합의회 입법행정기관이라고 정의할 수 있음

결국 지방의회는 법에 따라 부여된 지방자치단체의 사무를 독자적으로 결정할 수 있는 권리와 법령의 테두리 안에서 자치단체의 의사를 독자적으로 결정할 수 있는 지방자치단체의 최고의사결정기관으로서의 지위와 권한을 누린다고 할 수 있음

주민의 대표로 구성되는 의회에 자치입법권을 부여하고 자치단체장을 관리·감시할 수 있는 정치적 기능을 가지게 하여 단체장의 독주와 권한남용을 방지하게 하여 주민의 자유와 권리를 보장하기 위해 지방의회를 구성하게 함

지방의회는 관할 지역주민들로 하여금 자신들을 대신하여 대표자를 선출하여 자치와 관련한 대의정치를 실현하게 함

지방의 자치행정을 중앙정부의 간섭 없이 자율적으로 시행하게 하여 여러 지방의 특색을 살림으로써 공동체의 분열 없이 다원적이고 효율적인 국가작용을 수행하게 함

지방의회는 복잡하고 다양한 주민의 의사를 결정해야 하며, 합의점이 도출되지 아니할 때에는 다수결로서 의사를 결정함

민주적 과정을 통해 행정의 능률성을 높이고, 전문성을 띤 업무를 수행함으로써 새로운 지방 환경에 대처하고, 행정서비스와 주민의 삶의 질을 높이기 위한 정치적 매커니즘이라 할 수 있음

나. 지방의회 의 기능

(1) 자치입법기능

· 「지방자치법」 제39조 제1항 제1호에 따른 지방자치단체의 조례를 제정하는 입법기관

지방의회는 법령의 범위라고 하는 제한을 받고 있기는 하지만 기본적으로 소관사무에 관해서 조례를 발의하고 의결할 수 있는 합법적인 권한을 가진 기관임

이러한 입법권에는 헌법과 지방자치법의 규정에 따라서 주민의 권리제한이나 의무부과에 대한 사항, 그리고 벌칙을 정하는 경우에 법률의 위임을 받도록 제한하고 있는 한계가 분명히 존재하고 있음

지방의회가 자치입법을 기능을 수행하는 방법은 주민의 의사를 수렴하여 의원 스스로가 직접 조례안을 발의하여 심의하는 방법과 자치단체장이 제출한 조례안을 심의하면서 주민의 의사에 맞게 수정의결을 통하여 수행하는 방법이 있음

지방자치단체의 각종 업무가 고도로 전문화, 복잡화되어 있어 의원이 조례안을 직접 발의하는 경우는 매우 미흡한 상황임

지방의원이 발의하는 안건의 비중은 약 10%를 차지하고, 대부분의 안건은 지방자치단체장이 제안한다는 사실을 반영함

지방의원의 입법 활동 소홀에 대한 비판이 제기되기도 하지만 전속적 지방자치단체장의 정책집행권에서 유래하는 결과의 영향이 더 크다고 할 것임

장기적으로 지방의회의 입법권의 확대와 입법기능회복으로 자율적 입법이 폭넓게 보장되어 헌법상 보장하는 지방자치제도의 가치를 실현하고 지방분권화를 통한 지역경쟁력의 강화가 요구되고 있음. 또한 정책과 법제도의 기능회복을 통한 지역경쟁력의 강화는 나아가 국가경쟁력의 강화로 귀결될 수 있음

(2) 예산심의기능

- 정책집행기능으로서의 예산심의기능

지방의회의 예산심의 및 의결활동은 집행부 통제의 중요한 수단으로 정책의 우선순위를 결정하는데 매우 중요함

예산은 예산결산특별위원회가 구성되어 이 위원회에서 심의·의결한 다음 본회의에서 최종적으로 의결되는 절차를 거침

지방의원들의 예산심의 활동 중에서 가장 적극적인 활동으로 볼 수 있는 것은 예산안에 반영된 사업을 면밀히 검토하여 사업의 폐지, 축소, 확장을 실질적으로 심의·결정하여 세입 및 세출 항목에 대한 증액 또는 삭감을 통하여 예산안을 효율적으로 심의하는 것임

(3) 주민대표기능

· 지방자치단체 주민의 대표기관

지방의회는 주민에 의해 선출된 의원으로 구성되어 민주적 정당성을 갖는 당해 지방자치단체 주민의 대표기관임

그러므로 의회는 유권자의 이익을 보호하고 대변하며 그들의 입장에 서서 행동하는 것이다. 또한 주민의 이익표출, 이익집약, 정부와 선거구민간의 연결 봉사 기능뿐만 아니라 다원화 사회에서의 주민과의 집단대립 및 갈등을 해소하고 더 나아가 주민의 통합기능을 수행함

지방자치가 주민대표들에 의해서 이루어지기 보다는 유권자인 주민들이 모두 한자리에 모여 의사를 심의·결정하는 주민총회가 이루어질 수만 있다면 가장 이상적이나, 현실적으로 불가능함

오늘날에는 중앙정부는 물론 지방자치단체도 대의민주제도가 일반화되어 있고, 이러한 제도 하에서 주민대표로 구성되는 대의기관인 지방의회는 지방자치의 필수적인 기관으로서의 역할을 담당하고 있음

지방자치의 본질은 지방자치단체의 정책결정 및 집행과정에 되도록 많은 주민참여의 기회를 확대시킴으로써 앞으로 결정 및 집행될 정책에 대한 저항감을 축소시키고, 한걸음 더 나아가서 지방자치단체의 지지기반을 확충함으로써 궁극적으로는 그 나라의 정치적·사회적 안정에 공헌하는 것이라 할 수 있음

이러한 주민참여를 간접적으로 지방의회 의원이 대표하고 그것이 지역주민에 대한 지방의회 기능으로 주민을 대표하는 기능이며, 주민의 의사를 조정·통합하는 기능, 주민의 의사를 정책과 집행에 전달하는 기능 등을 들 수 있음

결국 지방의회의 의원은 해당 지역의 주민이 선출한 의원으로 구성되고 자치단체의 중요 의사를 심의·결정하는 주민대표로서의 기능을 가짐

(4) 집행부 견제·감시기능

- 주민의 정치적 대표기관

지방의회는 주민의 정치적 대표기관으로서 정치적 합의제 의결기관으로서 집행부에 관한 감시감독 기관으로서의 기능을 가짐

지방의회의원은 자신들이 결정한 정책이나 의사가 주민의 복리증진을 위하여 정당하게 집행되고 있는가를 감시하여 할 권한과 의무를 부여받고 있음

즉, 지방의회는 자신의 결정사항이나 이상적인 행정업무가 집행기관에 의해 성실히 수행되고 있는지를 감시·감독·확인할 수 있는 권한을 가지는 바 집행기관에 대한 감사기관으로서의 지위를 가짐

「지방자치법」 제36조에 “지방의회는 그 지방자치단체의 사무를 감사하거나 그 사무 중 특정사안에 관하여 조사할 수 있으며, 감사 또는 조사를 위하여 필요한 때에는 현지 확인을 하거나 서류의 제출과 자치단체의 장 또는 보조기관의 출석 증언이나 의견진술을 요구할 수 있다”라고 규정하여 지방의회의 집행기관에 대한 감독·감시 등의 통제권을 부여하고 있음. 그리고 「지방자치법」 제37조 제2항에 “자치단체의 장 및 관계공무원의 출석·답변요구권”으로 구체화되어 있음

「지방자치법」 제125조 제1항에 지방의회에 주어져 있는 감시적 기능을 수행하기 위한 권한으로서는 감사권·조사권·답변요구권·서류제출요구권 등을 행사하는데, 이러한 감시 권한은 의결권을 보완하고 집행기관에 대한 감독권을 지방의회에 보장한 것임

또한 지방의회가 선임한 감사위원회에게 결산검사권을 보장하고 지방자치단체의 사무에 관한 서류 및 계산서 등의 검열과 지방의회의 승인이라는 두 가지 방법에 따라 집행기관에 대한 의회의 감시·감독기능이 있다고 할 수 있음

따라서 지방의회는 집행기관이 수행하는 행·재정에 대하여 비판하고 감독하는 기능을 가지고 있기에 지방의회에서 제정한 조례나 심의·의결한 예산이 집행기관에서 제대로 지켜지고 운영되며 처리되고 있는가 또는 적법하고 공평하게 시행되고 있는가를 감시·감독을 하여야 함

4. 현행 지방자치관련 법체계

가. 「헌법」 제7장 제117조와 제118조의 지방자치제도

(1) 「헌법」 제7장 제117조 제1항의 지방자치

□ 「헌법」

제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

- 지방의회의 자치사무와 자치입법권의 근거를 제시

「헌법」 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조(본문)는 각각 자치입법권의 한계로서 “법령의 범위 안에서”를 제시하고 있는데, 그 의미에 관하여 다수의 학설과 판례는 대체로 이를 ‘법령에 위반되지 않는 범위 내에서’의 의미로 해석하고 있음. 포괄위임과 수권도 가능하다고 해석함

이러한 해석에 대하여 동규정의 법령의 범위가 명백하지 않거나, 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 법률유보의 적용을 받아야 하고 그 외의 경우에는 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 법률의 위임 없이도 조례를 제정할 수 있는 것으로 보아야 할 것이라는 견해도 주장되고 있음

다수설과 판례에 의할 때, 조례는 국법인 법령 즉 헌법과 법률, 법규명령에 위반하지 않는 범위 안에서 제정될 수 있고, 이것은 법체계상 자치법규인 조례가 국법인 법령의 하위규범임을 의미하는 것으로서 법률(법령)우위의 원칙을 선언한 것이라 할 수 있음

□ 「헌법」 제117조 ② 자치단체의 종류는 법률로 정한다.

「헌법」 제117조 제2항은 「지방자치법」 제2조의 근거조항으로서 우리나라 지방자치단체를 ① 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도 ② 시, 군, 구로 지방자치단체를 구분하게 하고 있음

(2) 「헌법」 제118조의 지방자치

□ 「헌법」

제118조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다. ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

자치입법을 담당할 지방자치단체의 종류·조직과 운영, 지방자치단체에 두는 지방의회의 조직·권한에 관한 사항은 법률로 정하도록 하고 있음

(3) 「헌법」 제37조 제2항과 「지방자치법」 제22조(조례)

□ 「헌법」

제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

기본권제한의 일반적 법률유보원리와 관련하여 「헌법」 제37조 제2항의 일반적 해석상 기본권을 제한하는 조례를 제정하는 것은 적어도 법률의 위임이 있는 경우에만 가능하다는 것이 됨

헌법상 기본권제한의 일반적 법률유보원칙을 천명하였으나, 조례는 해당 지방자치단체의 관할구역 내에서만 효력을 갖는 지역적 자치법규로서, 지방자치차원에서 국민은 국민의 지위와 해당 지방자치단체의 주민으로서의 지위도 함께 가지게 되므로 지역의 고권주체인 지방자치단체가 공익적 목적의 실현을 위하여 불가피하게 자치입법권을 행사하여 자치적 사무와 관련된 권리를 제한하거나 의무를 부과하기 위해 주민의사의 총의로서 주민의 대표기관인 지방의

회의 결단(조례)으로 규정하는 것은 독자적 입법권의 행사로 인정여부에 관하여 문제가 제기됨

이러한 경우 「지방자치법」 제22조 단서인 “다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”라는 규정의 개정이 요구됨

- 「지방자치법」 제22조 단서와 「헌법」 제37조의 문제

□ 「지방자치법」

제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

「지방자치법」 제22조 단서 조항이 삭제된다면 「헌법」 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에도 불구하고 자치행정의 주체인 지방자치단체에 대하여 자치입법권을 부여하고 있는 이상 특정 조례가 자치사무의 성격이 강하고, 개별 지방자치단체의 자치사무의 수행과 관련하여 불가피하게 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하게 되는 자율적 입법권일 때에는 법령의 한도 안에서는 해당 지방자치단체가 자율적으로 행사할 수 있음을 보장하기 위한 것이라고 해석할 수 있음

「지방자치법」 제22조 단서 조항이 존치해도 자치사무의 성격이 강하면 권리 제한과 관련하여 자율적 자치입법권을 존중해서 조례로서 권리제한이 가능하다는 견해도 있음

협소한 자치입법권과 위임조례 위주의 왜곡된 자치입법의 현상을 향후 헌법 개정과 지방자치법의 개정으로 개선방안을 모색할 필요가 있음

나. 지방자치법 관련 법체계

□ 「지방자치법」

제1조(목적) 이 법은 지방자치단체의 종류와 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고,

국가와 지방자치단체 사이의 기본적인 관계를 정함으로써 지방자치행정을 민주적이고 능률적으로 수행하고, 지방을 균형 있게 발전시키며, 대한민국을 민주적으로 발전시키려는 것을 목적으로 한다.

「지방자치법」 제1조 지방자치단체의 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, 국가와 지방자치단체 사이의 기본적인 관계를 설정과 지방의 균형발전과 대한민국의 민주적 발전을 목표로 하고 있음

□ 「지방자치법」

제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

국가가 개별 법률에 의하여 조례에 일정한 사항을 위임할 수 있다는 것과 규제적 조례의 경우에 일반적 법률유보를 선언하고 있음을 보여주고 있음

규제적 조례 일반에 대하여 반드시 법률의 위임이 있어야 된다는 것은 자치사무적인 성격이 강한 행정으로 주민의 권리를 제한 할 수 있는 상황의 경우에는 반드시 법률의 위임이 되어야 함으로써 자치입법권을 심하게 훼손하고 자치입법권을 보장하는 헌법적 취지에 위반할 수 있음

이러한 논란의 근거가 될 수 있는 「지방자치법」 제22조 단서인 “다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 자치단체의 고유한 자치사무의 성격이 강한 권리제한일 경우 법률의 위임이 없어도 가능하다.”라는 개정이 요구됨

다. 「지방재정법」

□ 「지방재정법」

제1조(목적) 이 법은 지방자치단체의 재정 및 회계에 관한 기본원칙을 정함으로써 지방재정의 건전하고 투명한 운용과 자율성을 보장함을 목적으로 한다.

지방자치단체의 재정 및 회계에 관한 기본원칙을 정한 것으로 국가의 예산

과 회계·물품에 관한 「예산회계법」과 「물품관리법」의 내용을 포괄함

국가에서 지방자치단체로 일정 규모의 재원을 이전하여 국가 전체 또는 지방자치단체 간 재정형평성을 제고하고 지방자치단체가 재정의 자율성을 가지고 합리적·효율적 지역정책을 수행하기 위한 것임

라. 「공직선거법」

□ 「공직선거법」

제1조(목적) 이 법은 「대한민국 헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다. <개정 2005.8.4.>

제2조(적용범위) 이 법은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용한다.

헌법의 수권에 의해 지방자치법에 의한 선거에서 지방의회의원과 지방자치단체장의 선거가 주민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정하게 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 하는 법률로 1994년 3월 16일 법률 제4739호로 제정함

마. 「주민소환에 관한 법률」

□ 「주민소환에 관한 법률」

제1조(목적) 이 법은 「지방자치법」 제20조의 규정에 의한 주민소환의 투표 청구권자·청구요건·절차 및 효력 등에 관하여 규정함으로써 지방자치에 관한 주민의 직접참여를 확대하고 지방행정의 민주성과 책임성을 제고함을 목적으로 한다. <개정 2007.5.11.>

제21조(권한행사의 정지 및 권한대행) ① 주민소환투표대상자는 관할선거관리위원회가 제12조 제2항의 규정에 의하여 주민소환투표안을 공고한 때부터 제22조제3항의 규정에 의하여 주민소환투표결과를 공표할 때까지 그 권한행사가 정지된다.

③ 제1항의 규정에 따라 권한행사가 정지된 지방의회의원은 그 정지 기간 동안 「공직선거법」 제111조의 규정에 의한 의정활동보고를 할 수 없다. 다만, 인터넷에 의정활동보고서를 게재할 수는 있다.

제23조(주민소환투표의 효력) ① 제22조제1항의 규정에 의하여 주민소환이 확정

된 때에는 주민소환투표대상자는 그 결과가 공표된 시점부터 그 직을 상실한다.

② 제1항의 규정에 의하여 그 직을 상실한 자는 그로 인하여 실시하는 이 법 또는 「공직선거법」에 의한 해당보궐선거에 후보자로 등록할 수 없다.

주민소환제도는 지방의회나 지방의원, 지방자치단체의 장, 지방자치단체의 공무원을 임기 전에 해산 또는 해직하도록 주민의 청구에 의하여 주민에 의한 투표로써 결정하는 직접 참여제도이며, 현재의 공적 신분과 권한으로부터 배제(퇴출)시키는 ‘법적지위의 면탈’을 의미하는 것으로서 민주주의 및 대표제(대의제)의 보호 장치라고 할 수 있음

대의기관에 대한 통제가 더 이상 실효적이지 못하고 나아가 대의기관과 주민간의 의사불일치의 간극이 해소될 가능성이 희박할 경우 다수의 주민의사에 의해 부여된 민주적 정당성을 다수의 주민의사에 의해 철회하는 것을 인정하지 않을 수 없게 됨

이는 주민의 지방행정에 참여를 확대하고 선출직 지방공직자에 대한 통제와 주민의 의사에 부합하는 민주적 지방행정의 구현을 위한 것임을 뜻하는 것으로, 대의제가 더 이상 제대로 작동하지 못하게 되는 비상적인 상황으로부터 대의제를 보호하기 위한 최후의 수단이 바로 주민소환제도와 주민투표제라 할 수 있음

본래 주민소환제도는 지방자치단체장과 지방의회의 정치적 행위에 대한 견제와 통제에 그 목적이 있다고 할 수 있으나, 다른 한편으로는 주민소환제도를 통하여 유권자들이 투표로서 ‘대의자로서의 입법권 행사자’(단체장과 지방의원)들이 사회적 합의와 여론을 충족하지 못하는 잘못된 입법을 발의하거나 제·개정할 때에 대의자로서의 단체장에 대한 주민소환과 입법자로서의 지방의회 의원에 대한 주민소환¹⁾ 등을 행사함으로써 행정입법을 통제할 수 있는 적극적 통제장치라고 할 수 있음

주민소환제도의 가장 중요한 의미는 주민에 의하여 선출된 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 등이 입법권과 집행권을 제대로 행사하고 있는지 끊임없이

1) 아직은 우리나라에서 도입되고 있지 않은 주민소환투표를 통한 지방의회해산제도는 향후 지방자치제도의 발전정도에 따라서 효율적인 입법기관에 대한 통제의 필요성에 비추어 볼 때, 지방의회 해산까지도 고려해 볼 여지는 있을 것이다.

감독하는 기능을 수행하고 있으며, 잘못된 입법권과 집행권에 대하여 주권자로서의 주민 스스로에 의한 행정통제·행정입법통제를 위한 자기치유의 성격을 지닌다고 할 수 있음

제2절 행정입법의 현황과 문제점

1. 행정국가와 행정입법

가. 현대 행정국가화 경향에 따른 자치입법의 현실

□ 현대 행정국가화 경향에 따른 지방의회 기능약화

- 정부주도의 행정국가화 경향으로 의회의 기능약화경향 있음
- 전속적 정책집행권을 가진 단체장에 의한 조례발의 영향력에 따른 의회기능의 약화시킴
- 의회와 정부의 대립과 갈등현상이 지방자치단체에도 크게 영향을 미침
- 지자체에서 단체장의 전시행정과 과시행정 현상이 재정악화로 치달게 하고 있음
- 점차 비대해지고 있는 단체장의 권한과 사무를 효율적으로 견제, 감시하기 위해서 지방의회의 단체장에 대한 체계적 견제와 감시 매커니즘을 구성할 필요가 있음

□ 행정국가화 경향에 따른 행정입법의 문제

- 집행권의 전속적 권한을 가진 자치단체장 주도의 인기영합적 행정입법으로 인하여 지방행정에서 상당한 행정기획비용의 손실과 재정상의 손실을 초래함
- 의회와 자치단체장의 행정입법에 대한 충돌과 갈등으로 인한 행정지연현

상은 국가경쟁력의 저하를 초래함

나. 행정입법의 현황

(1) 전국 16개 광역자치단체의 조례 수(2012.7.10 현재)²⁾

지역별	조례 수
서울	341
부산	354
대구	333
인천	420
광주	403
대전	338
울산	256
경기	399
강원	300
충북	272
충남	320
전북	305
전남	317
경북	297
경남	355
제주	469
계	5,479

- 지방의회의 안건처리건수 중에서 조례가 50.6%를 차지함
- 이는 지방의정활동의 절반이상을 조례제정활동이 차지한다는 것으로 조례 제정활동이 지방의정의 중심적인 활동이 됨을 의미함

(2) 서울시 행정입법의 현황

- 현행자치법규(2012년 7월 29일 현재)³⁾

현행 법규

2) 자치법규정부시스템 자료참고 정리(<http://www.elis.go.kr>-최종방문일 2012.7.10.일자).
3) 서울시법무행정서비스 자료참고 정리(<http://legal.seoul.go.kr>-최종방문일 2012.7.29일자).

조례	341
규칙	179
훈령	21
예규	6
기타	0

- 현행 자치입법의 현실은 지역적 특성을 고려하지 않는 전국적·통일적인 집행사무성격의 위임조례(필수조례)가 상당수에 이르는 결과 측면에서 지난 20년간의 지방자치제 운용과 자치입법의 한계를 찾아볼 수 있음

2. 지방자치단체(서울시)의 행정입법 갈등현황과 문제점

가. 서울시 행정입법의 갈등양태

(1) 행정입법을 둘러싼 지방의회와 자치단체장의 충돌

- 강시장 - 약의회형의 구도 하에서 자치입법을 둘러싼 입법갈등

최근 서울시 행정입법의 경우 단체장발의 조례안의 경우 의회 통과시 단체장의 강한 권한행사로 의회와 심한 갈등과 충돌을 야기하고 있음

우리나라의 강시장 - 약의회형의 구도로 의원발의 조례안의 경우 단체장에 대한 재의요구와 대법원에 조례제정무효확인소송이 제기되거나, 자치단체를 지휘·감독하는 정부의 요구에 따라 자치단체장이 재의요구와 대법원에 소송을 제기하는 경우가 다수 발생함

특히 자치단체장과 지방의회 다수당의 소속정당이 불일치할 때 자치입법을 둘러싼 갈등이 더욱 첨예하게 나타나고 있음

(2) 의회와 집행기관간의 정책갈등현상

- 의회와 집행기관 간 정책갈등이 입법갈등으로 나타남

지방의회는 ‘주민편의주의 입장’에서 기능을 수행한다면, 집행기관은 ‘행정편의주의의 입장’에서 기능을 수행함

따라서 양 기관간의 정책적·지향적 격차가 있을 수밖에 없고, 같은 정당소속의 정부와 시장, 의회의 다수파인가 정부와 다른 정당소속의 시장, 의회의 다수파인가 등에 따라서 입법갈등은 차이가 남

정부와 다른 정당소속의 시장 그리고 의회가 정부와 다른 정당소속의 의회의 다수파로 구성이 될 때 정책입법과 관련하여 어느 정부를 막론하고 충돌할 수밖에 없는 것이 현실임

이러한 측면에서 지방의회의원의 정당공천제폐지의 논의가 제기되고 있음

나. 서울시 자치입법제정에 있어서 단체장과 의회의 입법갈등 사례분석

서울시의 경우 제8대 의회 출범 후 「서울광장 사용조례」(약칭) 개정안이 재의요구된 것을 비롯해 2012.5.8. 「서울특별시의회 기본조례안」의 재의결무효확인소송이 대법원에 제출되기까지 2년도 동안 무려 12건(1건은 2011년도 예산안)의 재의 요구가 있음

• 조례관련 제소유형은 법률유보, 법령위반, 권한침해 등

1991~2010년 6월까지 제소유형은 전체124건의 제소 중 법률유보가 20건으로 16.1%였고, 법령위반이 37.1%인 46건, 그리고 권한침해가 46.8인 58건으로 나타나 권한침해, 법령위반, 법률유보의 순으로 나타남

시도조례의 경우 법령위반이 40.0%로 가장 많았지만, 시·군·구 자치단체조례의 경우 권한침해가 52.4%로 가장 많은 것으로 나타남

• 자치단체 유형별 제소이유⁴⁾

제소이유	합계	시도	시군구
------	----	----	-----

4) 행정안전부 선거의회과 자료참고 정리(2010. 12월).

법률유보	20 (16.1)	10 (25.0)	10 (11.9)
법령위반	46 (37.1)	16 (40.0)	30 (35.7)
권한침해	58 (46.8)	14 (35.0)	44 (52.4)
총계	124 (100.0)	40 (100.0)	84 (100.0)

(1) 서울시 친환경 무상급식조례

조례명	서울특별시 친환경 무상급식 등 지원에 관한 조례 [시행 2012. 1. 5] [서울특별시조례 제5228호, 2012. 1. 5, 일부개정]
경과	<ul style="list-style-type: none"> ○ 의원입법으로 발의되어 시의회에서 가결 ○ 시장의 재의요구와 시의회의 재의결 ○ 시장의 공포거부, 시의회의장이 대리공포한 조례 ○ 시장의 대법원제소에 이어 주민투표제의로 이어짐 ○ 서울시장의 재의결무효확인소송 취하
주요내용	<ul style="list-style-type: none"> ○ 서울시장에게 학교급식 지원계획 수립과 시행의무부과 ○ 서울시의 입장: 시장의 재량권 및 예산편성권 침해 ○ 학교급식법위반으로 제소 ○ 주민투표로 인한 주민간 갈등과 막대한 재정적 손실로 이어짐
법적쟁점	<ul style="list-style-type: none"> ○ 상위법률인 「학교급식법」 제8조(경비부담)와 제9조(급식경비지원)에서 시장은 특별시장은 식품비 및 시설·설비비 등 급식에 관한 경비를 지원할 수 있으며, 학부모가 부담하는 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다고 규정함 ○ 그런데 조례안은 학생에게 제공되는 급식비의 전액을 시장이 지원하고 시장 소속(구청장)하에 급식지원센터를 설치·운영하는 것을 시장이 직접 설치·운영하도록 규정하여 강제하고 있다는 점이 문제임 ○ 이러한 논거는 학교급식법보다 「헌법」 제31조 제3항의 ‘의무교육은 무상으로 한다’는 규정의 입법취지에 따르는 것임 ○ 상위법에는 급식비의 일부 또는 전부를 시장이 판단하여 지원하는 재량행위로 규정하는데 비해 ‘무상급식조례’는 조례 명칭과 내용에서는 지원자로 표현하면서 실제로는 교육감소관인 급식계획의 수립과 구청장이 운영하는 급식센터를 운영하게 하고 이에 더하여 급식비 전액의 지급을 강제하는 것은 문제임

	<ul style="list-style-type: none"> ○ 「지방자치법」 제132조(재정부담을 수반하는 조례제정 등)는 '지방의회는 새로운 재정부담을 수반하는 조례나 안건을 의결하려면 미리 지방자치단체의 장의 의견을 들어야 한다'라고 규정하고 있기 때문임 ○ 결국 시장의 사전동의를 받지 않고 재정부담을 수반하는 조례제정은 「지방자치법」에 위배된다고 보아야 할 것임
향후 개선과제	<ul style="list-style-type: none"> ○ 무상교육 급식비 일부를 지방자치단체의 예산으로 지원하는 내용을 조례로 정하려는 경우에는, 「학교급식법」은 원칙적으로는 초·중·고등학교 및 특수학교 학생들을 대상으로 하고 있다는 점에서는 입법수혜자의 대상목표에는 문제가 없으며 법제처의 법령해석도 학교급식의 무상지원에 관한 조례를 제정하는 것은 상위법령에 위배되지 않는다고 보고 있으나, 급식비 전액의 지급을 강제하는 것과 시장 소속(구청장)하에 급식지원센터를 설치·운영하는 것을 시장이 직접 설치·운영하도록 규정하여 강제하고 있다는 점이 가장 큰 입법갈등의 문제로 등장함 ○ 「학교급식법」 제8조 1~5항에서 규정하고 있는 입법취지는 학교급식경비에 대한 학교와 학부모의 부담원칙을 정하면서 지방자치단체가 학교급식경비를 지원할 수 있도록 규정하고, 학교급식경비에 대한 지방자치단체의 지원범위나 지원규모를 특별히 제한하고 있지 아니한 것은 지방자치단체가 그 재정적 여건이 허용하는 범위 내에서 학교급식경비의 전액 또는 일부를 지원할 수 있도록 허용하는 취지로 보아야 할 것임 ○ 이러한 입법취지에 비추어 볼 때 무상급식을 국가정책으로 도입할 필요가 있다면 상위법인 「학교급식법」과 「지방자치법」을 개정하여 입법적으로 해결하는 것이 입법갈등을 해소할 수 있는 최선의 방안이라 할 수 있음 ○ 현재 지방자치단체가 국회의 입법에 참여할 수 있는 제도가 미미하다보니 지방의회의 역할과 관련하여 상위법을 담당하는 국회의 역할과 관심이 오히려 더 필요할 수밖에 없음 ○ 국회는 입법에 있어서 다원화된 사회의 대립과 갈등을 합리적으로 해소함으로써 국가발전을 이루어 나가야 할 책무가 있음 ○ 향후 지방자치단체의 국회 입법참여제도의 도입이 필요함

(2) 서울시 광장조례

조례명	<p style="text-align: center;">서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 [시행 2010. 9. 27] [서울특별시조례 제5031호, 2010. 9. 27, 일부개정]</p>
경과	<ul style="list-style-type: none"> ○ 서울시의회 제8대 의회는 서울광장 사용을 신고제로 전환하는 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 일부개정 조례안 제출(의원발의안) ○ 본회의 가결, 서울시 이송 ○ 서울시장은 법령에 위반한다는 이유로 개정조례안 재의요구

	<ul style="list-style-type: none"> ○ 시의회의 재의결, 서울시의회 의장의 개정조례안 공포 ○ 서울시장은 대원에 조례무효확인소송을 제기, 현시장에 의해 소취하 						
<p>주요내용</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 서울광장의 사용목적 확대와 사용허가제를 신고제로 전환하면서 대립 ○ 시민의 자유로운 사용명목으로 표현의 자유보장에 근거한 집회장소로의 타당성 문제가 등장함 ○ 휴식공간으로의 사용이나 시민의 기본권인 집회, 시위의 자유와 표현의 자유를 실현하는 광장이나 문제 ○ 서울시와 시의회의 대립과 갈등은 오히려 시민의 권리가 아닌 서로간의 힘겨루기로 등장함 						
<p>법적쟁점</p>	<ul style="list-style-type: none"> □ 서울시측 <ul style="list-style-type: none"> ○ ‘집회와 시위’는 「집회와 시위에 관한 법률」(이하 ‘집시법’)에 따라 관할 경찰서장에게 신고하는 국가사무로 법률의 위임이 없는 한 조례로 정할 사항이 아님 ○ 광장사용은 「공유재산 및 물품관리법」 제20조(사용·수익 허가 및 전대)에 의한 허가대상이며 허가 여부는 시장의 재량행위로 신고의 대상이 아님 □ 시의회측 <ul style="list-style-type: none"> ○ 집회의 자유는 「헌법」 제21조에 기본권으로 명시한 ‘집회의 자유’와 ‘허가는 인정되지 않는다’ 규정에 따라 조례에 규정하여 집회의 장소 및 내용과 방법을 자유롭게 선택하기 위한 개정이다. 따라서 ‘허가제’를 ‘신고제’가 아닌 ‘신고수리제’로 전환하는 것임 ○ 주민은 자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리를 가지며 광장사용을 허가제로 규정하는 것은 주민의 시설이용권을 침해하는 것임 ○ 국가사무로 분류되는 ‘집회와 시위’사무를 조례로 정하는 것은 논란의 여지가 있음 □ 2008년 법무부장관 출신인 국회 천정배 의원과 전 민노당대표 이정희 의원은 각각 「집회와 시위에 관한 법률개정안」을 발의함 ○ 옥외집회와 시위를 경찰서장에게 신고하는 것을 자치단체장에게 신고하는 것으로 개정하는 내용이 포함 <table border="1" data-bbox="432 1771 1321 1984" style="width: 100%; border-collapse: collapse; text-align: center;"> <tr> <th colspan="2">집시법 개정안⁵⁾</th> </tr> <tr> <th>천정배 의원 개정안(2008.5.30)</th> <th>이정희 의원개정안(2008.12.9)</th> </tr> <tr> <td>제5조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하</td> <td>제5조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하</td> </tr> </table>	집시법 개정안 ⁵⁾		천정배 의원 개정안(2008.5.30)	이정희 의원개정안(2008.12.9)	제5조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하	제5조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하
집시법 개정안 ⁵⁾							
천정배 의원 개정안(2008.5.30)	이정희 의원개정안(2008.12.9)						
제5조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하	제5조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하						

	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>려는 자는 다음 각 호의 사항이 포함된 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 지방자치단체장에게 제출하여야 한다.</p> </div> <p>○ 서울시의회측이 알면서도 추진했다면 고의로 ‘상위법령의 범위 안에서’라는 입법의 원칙을 위반한 것으로 보아야 함</p> <p>○ 반대로 국회가 서울시의회 조례개정 추진내용을 알면서도 묵인했다면 이는 국회의 입법전속권이 지방의회에 의해 도전받거나 무력화되는 것을 방관한 것으로 볼 수 있음</p> <p>○ 헌법과 지방자치법은 기관위임사무일 경우 조례제정의 한계를 법령의 범위 안으로 정하고 있음 - 집회, 시위에 관한 내용을 조례로 규정하는 것은 위법사항이므로 - 서울시의회에서 정교한 법의 논리 구성이 필요함</p>
향후 개선과제	<p>○ 서울광장조례가 신고 후 허가제인가 신고 후 수리제인가 라는 애매한 해석의 문제에 치우쳐 논쟁이 되고 있는 현상은, 국가사무와 자치사무의 범위와 한계를 고려하지 않아서 발생하는 문제로서, 집시법에서 규정하는 바와 같이 위의 ‘집회와 시위’를 국가사무로 분류할 때 서울광장조례는 위법소지를 안고 있다고 할 수 있으므로 시행중인 서울시 광장조례의 재검토가 요구됨</p> <p>○ 다시 새로운 후임시장에 의해 제소된다면 대법원에서 법령위반 판결의 가능성을 배제할 수 없음</p> <p>○ 향후 현재 국가사무로 분류되는 ‘집회신고사무’에 대한 법리를 개발하여 자치사무로 전환하든지, 아니면 집시법을 개정하여 단순 신고제로 바꾸는 것이 타당함</p>

(3) 학생인권조례

조례명	서울특별시 학생인권조례 [공포일자 : 2012. 1. 26, 서울특별시조례 제5247호]
경과	<p>○ 「서울시학생인권조례」는 시민단체의 조례청구에 의해 교육감이 의회에 제출</p> <p>○ 시의회에서 의결되자 교육감의 재의요구와 철회요구</p> <p>○ 교육과학기술부장관은 조례무효확인소송을 대법원에 제소하고 학생인권</p>

5) 전기성 ‘조례는 법률의 씨앗이다.’ 한국행정DB센터, 2011, 52-56면/국회의안정보 중 계류중인 안건에서 인용함.

	<p>조례의 집행정지가처분도 함께 신청</p> <p>○ 학생인권조례와 관련하여 헌법재판소에 권한쟁의심판도 청구해 진행 중</p>
<p>주요내용</p>	<p>○ 국회는 「초·중등교육법」 제8조(학교규칙) 규정을 개정했는데 지금까지는 학교장이 학교규칙을 제·개정할 때 장관이나(국립학교의 경우) 교육감의 인가를 받도록 되어있는 ‘인가’ 부분을 삭제하여 학교장은 ‘인가’없이 재량으로 규칙을 제정해 시행할 수 있게 한 것임</p> <p>○ 교육감의 역할이 크게 축소됐다는 의미함</p> <p>○ 학생인권조례 제정을 추진하면서 조례가 제정되면 학교폭력이 없어질 것이라고 주장했으나 학교 내 왕따 문제나 집단폭력 발생과 학교 교사들의 교권문제가 발생함에 따라 조례제정으로 학교폭력이 근본적으로 없어진다는 주장은 사실과는 다른 것으로 확인함</p> <p>○ 교과부장관이 학생인권조례가 위법이라는 주장함</p>
<p>법적쟁점</p>	<p>□ 학생인권조례 제1조는 조례를 제정하는 근거로 ① 「대한민국헌법」, ② 「교육기본법」 제12조 및 제13조, ③ 「초·중등교육법」 제18조의4, ④ 「유엔 아동의 권리에 관한 협약」 등 4개를 근거법규로 들고 열거함</p> <p>○ 조례 제1조에는 「대한민국헌법」으로 표기하고 해당규정을 명시하지 않고 있음</p> <p>○ 「헌법」 제31조 제6항은 ‘학교교육에 관한 기본적인 사항은 법률로 정하도록 법률에 위임하고 있음</p> <p>○ 따라서 조례에 학생인권사항을 규정하려면 「헌법」의 위임을 받아 제정된 법률에 학생인권사항을 규정하고 그 법률에 조례로 정하도록 위임하는 규정을 두면 조례제정이 가능함</p> <p>○ 「교육기본법」 제12조(학습자)와 제13조(보호자) 규정은 선언적인 내용을 규정하고 있으며 자치단체가 조례로 정하도록 위임하는 내용은 없음</p> <p>○ 「초·중등교육법」 제18조의4(학생의 인권보장) 규정은 ‘학교의 설립자·경영자와 학교의 장’에게 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다는 선언적 규정을 두고 있을 뿐이며 역시 조례를 정하도록 위임한 규정은 없음</p> <p>○ 「유엔 아동의 권리에 관한 협약」은 협약에 가입하고 비준한 당사국인 ‘국가’가 필요한 경우 ‘모든 적절한 입법적, 행정적 조치를 취할 것’을 규정한 협약이며, 지방자치단체가 조례로 정한다는 내용과는 다름</p>
<p>향후 개선과제</p>	<p>○ 이러한 결과로 볼 때 「서울시학생인권조례」 제1조에 조례제정근거로 열거한 4개의 법률과 규정에는 조례로 정하도록 위임한 규정을 두고 있지</p>

	<p>않아서 논란이 있음</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 필요하다면 전국의 학교에서 공통적으로 적용할 내용을 법률로 정하고 그 법률에 조례로 정하도록 위임하는 규정을 두면 합법이 될 수 있음 ○ 그렇지 않고 헌법의 정신만을 주장하며 조례제정을 강행하는 것은 구체적인 시행수단이 부족하고 조례를 위반하는 경우에 제재수단 또한 마땅하지 않음 ○ 헌법은 정책수행의 기본방향을 정하는 법이며, 기본권관련사항은 법률로 규정하여 위임하고 있으므로, 향후 서울시학생인권조례의 근거법률의 제정이 요구됨
--	--

(4) 교권조례

- 교권조례에 대한 무효확인소송 및 효력정지 가처분 신청

조례명	서울특별시 교권보호와 교육활동 지원에 관한 조례 [공포일자 : 2012. 6. 25, 서울특별시조례 제5305호]
경과	<ul style="list-style-type: none"> ○ 서울시 교권조례 본회의 통과 ○ 교육과학기술부와 서울시교육청 재심의 요구 ○ 교육과학기술부가 서울시교육청에 ‘서울교권보호조례(교권조례)’ 대법원 제소를 지시 ○ ‘서울교권보호조례’(교권조례)에 대해 서울시교육감에게 대법원 제소를 지시한 상태 ○ 교과부는 ‘학생인권조례’ 사례처럼 대법원에 무효 확인 소송을 청구할 예정 ○ 교과부와 교육청 간 ‘조례 갈등’이 또다시 이어지고 있음
주요내용	<ul style="list-style-type: none"> □ 교권조례의 논란문제 ○ 전교조가 추진하고 있는 교권조례는 교사가 교육적 목적에 따라 학생들을 훈육하고 지도할 수 있는 권리나 권위를 높이기보다 교사가 학교운영에 참여한다든지 노조활동을 보장받는 등에 무게 중심을 둬으로써 정치적 논란을 낳고 있음 □ 조례포함내용 ○ 교재선택, 학생평가 등에 있어 교사의 자율성을 명시한 점 ○ 학생이 수업을 방해하거나 교사를 모욕하는 등 학칙에 어긋나는 행위를 할 경우 교사가 학교장에게 징계를 요청하거나 지도를 할 수 있다는 내용임 ○ 학부모가 교사의 수업이나 지도에 부당하게 간섭하고 모욕할 때에 학교

	<p>밖 퇴거를 요구할 수 있다는 내용임</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 서울교총 또한 교권보호조례가 “실효성 없이 선언적으로 이루어져 실질적인 교권을 보호하기에는 한계가 있고, 학교관리자나 교육행정기관을 교권침해의 주원인으로 규정하고 있다.”는 이유로 즉각 폐기를 요구함
<p>법적쟁점</p>	<ul style="list-style-type: none"> □ 법리문제 ○ 교원 지위에 관한 사항은 이미 ‘초중등교육법’이나 ‘교육공무원법’ 등 상위법으로 규정하고 있어서 조례로 규정될 수 없음 ○ 교원의 지위와 학교장의 권한·의무는 법률로 정하는 것이 원칙이며 ‘조례에 위임한다’는 조항도 없는 상황에서 해당 조례를 제정한 것은 법리적으로 입법원칙과 체계정당성의 원리에 위배됨 ○ 즉 국가공무원법과 초중등교육법에서의 법령의 위임이 없어서 위반될 소지가 있음 ○ 권리와 의무를 제한하는 경우는 법률이 위임하는 경우에만 하위규정인 조례를 규정할 수 있기 때문임 ○ 또한 학생인권조례와 교사인권조례가 충돌하는 상황이 빚어지고 있다는 것임 ○ 교권은 전국적 통일성을 유지하는 국가사무의 성격이 강하므로 법리적 문제가 발생임 ○ 대부분의 조례에 담겨져 있는 인권 조항들 대부분은 「헌법」을 비롯해 교육관련 법령, 청소년과 아동법령, 학교폭력방지법, 교원지위 관련 법령 등에 이미 상세히 규정돼 있기 때문에 굳이 상위법도 아닌 조례로 제정할 이유가 없다는 점임 ○ 이미 상위법에 명시돼 있는 인권관련 조항을 조례로 정한다는 것 자체가 논리적으로 맞지 않고, 관련법령에서 다뤄지고 있는 조항을 조례로 만든다는 것도 상식적으로 납득하기 어렵다는 것이 법률 전문가들의 판단함
<p>향후 개선과제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 19대 국회에서 교원들의 지위 향상과 ‘교권 보호와 관련한 법안’을 추진. 관련 법안이 통과될 경우 교과부와 마찰을 빚고 있는 일부 시·도 교육청에서 공포한 교권보호조례가 자연히 효력을 상실하게 될 것으로 예상됨 ○ 교권 보호에 대해서는 당연히 법적인 근거가 마련되어야 함 ○ 국회에서 관련 개정안이 통과되면 일부 시·도 교육청의 교권보호조례를 무력화 시킬 수 있음 ○ 교권보호조례는 추상적 표현이 많고, 해석하기에 따라서는 모순되는 내용이 포함돼 실제 학교에서 교사의 권리를 보호하는 데는 효과적이지 못하다는 지적함

	<ul style="list-style-type: none"> ○ “교원은 교육행정기관, 학교관리자로부터 법령에 근거하지 않는 부당한 지시를 받지 아니할 권리를 갖는다는 교권보호조례의 조항에서도 ‘부당한 지시’의 의미가 명확하지 않아 학교장과 교사가 갈등을 빚을 수 있다”고 지적함 ○ 학생 인권과 교권은 모두 존중받아야 하므로 향후 교권보호관련법이 개정되어 교권보호의 법적근거가 마련되어야 함 ○ ‘서울특별시 교권보호와 교육활동 지원에 관한 조례’와 관련해 ‘교원의 지위에 관한 내용을 법률의 위임 없이 조례로 규정할 수 없다’며 교과부가 대법원 제소를 한 상태이므로 향후 사법통제결과에 근거해서 조례의 명운이 달려있음 ○ 법률로 제정해야 할 부분과 조례로 제정해야 할 부분은 명확히 범위가 나누어지고 조례입법권의 범위가 좁아질 수밖에 없는 현상과 이유는, 현행 우리나라의 권력구조(정부형태)와 지방자치제도의 특성에 크게 기인하고 있으므로, 향후 지방분권 확대를 위한 제도강화를 통하여 지방의회의 위상정립, 자치입법권의 확대가 더욱 절실한 이유임
--	--

다. 자치입법제정과정에서의 문제점

• 지방의회와 지방자치단체장의 충돌

1995년 지방자치단체 출범한 이후 2010년까지 지방자치단체장이 대법원에 소를 제기하기에 앞서 지방의회에 재의를 요구한 건수는 총829건(지방자치단체장 발의 조례337건, 지방의원발의조례 492건, 계속적으로 그 수가 증가추세)임

지방의회의 재의결은 단체장의 뜻이 받아들여지지 않은 것이기에 결국 대법원의 제소로 연결될 가능성이 큼

조례의 내용이 중앙정부의 정책방향과 다른 방향일 때 상급기관의 지시에 의한 재의요구로 이어지거나 중앙정부가 직접 대법원 제소에 이르기도 함

1995년 ~ 2010년까지 15년간 재의요구에 대해 지방의회가 재의결한 조례의 대법원제소현황은 제소건수 총122건 중 장관이 제소한 경우가 6건, 시·도지사가 제소한 경우가 50건, 시·군·구청장이 제소한 경우가 66건이며, 제소결과 절반이상인 62건이 무효판결을 받음으로써 무리한 입법추진과 필요이상의

입법갈등이 있었음을 반영함(계속적으로 증가 추세임)

누구의 제출이나 발의이든 간에 인기영합적 조례안의 의결이 의회와 단체장과 의회와 교육감간의 자치입법을 둘러싼 갈등을 더욱 부추기는 경향임

제3절 지방의회의 행정입법 통제의 필요성

1. 행정입법통제의 의의

행정입법통제를 위해서는 입법과정에서 사전·사후에 심도 있는 분석·검토를 통하여 위법조례·위법규칙의 발생가능성을 사전에 예방하고 사후치유함으로써 불필요한 입법과 관련한 재정적 낭비를 줄이고 조례·규칙에 대한 신뢰성 확보에 기여한다는 것을 말함

지자체의 행정입법에 대한 통제를 통하여 분쟁의 사전적 예방을 통해서 사후적으로 발생하는 소송이 감소될 수 있음

상위법 위반 조례에 대한 중앙부처 등의 재의요구지시와 대법원 제소는 중앙과 지방간의 갈등을 고조시키고 지역주민들의 불신을 키울 수 있는데 효율적 행정입법통제를 통하여 이를 사전에 예방하는 것은 그 가치가 매우 높음

행정입법통제는 지방자치단체의 법제업무의 자생력을 향상하고 자치입법의 질적인 개선측면에서도 큰 의미가 있음

행정입법통제의 범위에는 법규명령과 행정규칙을 모두 포함하고 있음

여기서의 행정입법통제의 문제는 본 주제와 관련하여 서울시의회와 서울시장의 조례, 규칙에 한정된다고 볼 수 있음

시장제출 조례발의안과 규칙, 시의원 발의조례 등 양자에 모두 행정입법통제의 필요성이 제기됨

그동안 집행부에 의한 조례안제출이 주를 이루는 환경 속에서 자치입법에

있어서 집행부가 주도적 위치를 점하다가 최근 들어 시의회의 독자적 조례발의와 이익단체의 요구로 인한 조례발의 등에서 정책적·재정적·정치적 입장에 따른 충돌로 집행부와 시의회의 충돌현상은 입법의 실효성 측면에서 입법갈등의 문제로 등장함

2. 행정입법통제의 필요성

- 정책목적 달성을 위한 효율적 자치입법통제의 필요성

그동안 지방자치제 운영의 결과를 볼 때 자치입법이 법치주의를 형해화시키거나 공동화시키는 현상으로 상당한 부분 나타남

국가입법과 자치입법간의 규범적 모순을 방지하기 위한 규범관리시스템을 통하여 자치단체가 필요로 하는 자치입법사항에 대한 통제관리가 필요함

최근 들어 단체장들의 전시행정과 과시행정의 근거가 되는 자치입법의 문제로 지방자치단체의 재정적 어려움이 심화되어 재정 상황에 큰 문제가 발생하고 있으므로 조례제정안 입법 발의부터 합리적 통제와 관리가 요구됨

정책에 있어서 독주하는 단체장에 대한 감시와 주민의사의 적극적인 수렴과 반영을 위해서 의회의 적극적인 입법통제가 필요함

집행부의 행정입법을 통제하기 위해서 시의회는 조례제정의 최종적 결정권과 예산결정 그리고 행정감사권을 적극적으로 행사하여야 함

의회의 잘못된 행정입법의 문제는 주민의 입장에서 여론을 통한 통제와 사법기관을 통한 사후통제로 해결해야 할 것임

시의회의원 발의 조례 또한 법령의 범위와 차지사무의 영역 내에서 담아내지 못하여 입법갈등의 원인을 제공하고 있으므로 행정입법통제를 통하여 체계정당성을 확보한 입법이 요구되어지고 있음

3. 지방의회와 자치단체간의 행정입법 갈등원인

- 지방의회와 서울시의 행정입법 갈등원인
- 현재 우리나라는 자치단체장에게 폭넓은 행정집행권과 입법 및 정책발의를 할 수 있는 강시장 - 약의회형을 채택하고 있음

지방자치단체장과 지방의회의원을 주민들이 따로 독립적으로 선출하는 기관분립형이므로 양 기관의 충돌과 갈등이 불가피한 현상임

향후 지방의회와 단체장간의 권한배분과 권한의 설정에 관하여 조정이 필요함

- 합의제 의결기관인 의원의 권한 강화와 의회의 역할강화에 관한 법리적 구성이 필요함

4. 지방의회의 행정입법관련 통제의 방향

특정 행정입법에 관하여 자치단체장과 지방의회의 협의체 구성을 통한 입법공조에 대한 방안모색이 필요함

예산운영과 관련하여 지방의회의 감시감독과 주민참여제도를 통한 주민소환제와 주민발안제를 적극 활용하여 주민의 지방정치참여도를 높여나감

지방의회 조례발의안의 경우에 단체장에 의한 재의요구와 대법원제소로 이어지는 경우가 많으므로 자치입법의 실효성 측면에서 지방의회의원과 입법지원기구의 전문성강화가 필요함

단체장(집행기관)과 지방의회의 갈등 및 지방의회 소속의원의 정파간 갈등

- 지방의회에 정당공천제를 폐지하여 지방행정에 중앙정당이나 관련 정치집단으로부터의 정치적인 논리 개입을 원천 봉쇄할 필요가 있음

5. 지방의회의 행정입법 갈등에 대한 대응과 행정입법통제

가. 지방의회의 행정입법 갈등에 대한 대응

(1) 지방의회의 행정입법통제를 위한 정책적 대응

- 지방의회의 의결권과 권한의 강화로 집행부의 독단과 전횡을 방지함

지방의회가 실시하는 행정사무감사의 범위는 현행 「지방자치법」 제9조 1항, 2항에 의해 지방자치단체의 관할구역내의 자치사무와 단체위임사무에 한정되어 있으므로 감사결과의 실효성확보가 가장 중요함

지방의회의 행정사무에 관한 감사·조사권의 강화로 집행기관의 효율적 감시와 관리감독이 필요함

지방의회는 집행기관이 수행하는 행정·재정에 대하여 비판하고 감독하는 기능을 가지고 있음. 즉 지방의회에서 제정한 조례나 심의·의결한 예산이 집행기관에서 제대로 지켜지고 운영되며 처리되고 있는가 또는 적법하고 공정하게 시행되고 있는가를 꾸준히 감시·감독할 수 있는 권한을 가지고 있으므로, 감사·조사권의 범위의 대상인 자치사무와 단체위임사무의 분류작업과 문제의 소지가 있는 자치사무와 법령의 위임 없는 기관위임사무를 구분할 필요가 있음(법령의 위임 없는 기관위임사무에 해당하는 행정입법의 경우는 지방의회의 통제가 아니라 사법통제의 대상이 되므로 대법원제소로 이어지는 입법갈등으로 이어질 수 있음)

지방의회의 행정사무감사는 지방자치법에 의한 집행기관에 대한 지방의회의 관리감독권능의 일환으로 실시되므로 시행과정이나 시행 후 감사결과에 대한 실효성을 확보되는 것이 상당히 중요하다고 할 것이므로, 감사과정의 엄중성확보, 투명성확보, 감사결과 시정 및 처리사항에 대한 정확한 결과보고가 전제되어야 하며, 또한 「지방자치법」 제41조 (행정사무 감사권 및 조사권) 제5항~7항에서 규정한 감사위반행위에 대한 징계(제척사유) 및 처벌(불출석 및 증언거부, 위증 등)을 비롯하여 증인보호제도 등이 제대로 적용되어야 할 것임

이와 함께 주민자치와 생활 자치를 담아낼 수 있는 행정입법(자치입법)으로서 조례제정의 활성화를 위해서는 기본적으로 지방의회의 전문성과 더불어 자율성이 보장되어야 함은 필수적 전제이며, 자율성 보장의 중요한 요소의 하나가 인사권의 자율성을 들 수 있음

현행 법제 하에서도 지방자치단체장은 지방의회의 의장이 추천한 자에 대해

여 임명권을 형식적으로 행사하도록 함으로써 의회의 자율성을 보장하는 것이 필요할 것임

- 지방의회의원의 정당공천제 폐지로 지방의 자율성 범위확대

지방의회의원의 공천에 있어서 중앙정당의 역할이 가장 중요하게 작용하며, 이는 현재의 당선과 차후의 재선을 위한 공천의 영향력으로, 지방정치인은 중앙정당에 예속 될 수밖에 없는 결과를 초래하므로 소속당의 정강정책에 이끌려 갈 수밖에 없을 것임

그러므로 특정정책에 관한 자치입법의 제정에 있어서 중앙정당의 입장을 배제할 수 없는 결과, 지방자치제도에서의 가장 중요한 원칙이라고 할 수 있는 주민자치와 생활자치의 본래의 의미를 퇴색시키고 있다고 할 수 있음

향후 정당공천제 폐지로 지방의회의원의 의정활동의 독자성과 자율성을 보장함으로써 소속정당의 정강정책에 따른 행정입법 제정시의 입법예속현상과 입법을 둘러싼 갈등을 해소하고, 특정집단에 의한 독단적 합의방지와 단체장과 다른 당 소속의 의원들은 정당정책에 따른 무조건적 반대를 방지하여 입법의 효율성을 달성하여야 할 것임

지방자치는 국가기능의 일부로 행정권에 대한 수직적인 권력분립에 그치는 것이 아니라 입법권을 포함한 포괄적인 권력주체로서 국가와 수직적인 권력분립관계를 이루고 있으므로 향후 독자적인 행정주체로서 단순한 행정기관이 아니라 고유한 입법기능을 수행하는 기관으로서의 역할의 이론적인 정립이 필요함

(2) 행정입법통제를 위한 법리적 대응

국회나 정부의 부처가 지방자치단체의 입법수요를 충분히 파악하여 이를 모두 법률이나 명령으로 규정한다는 것은 불가능함

자치입법권의 확대를 통하여 지역적인 업무에 대하여는 지방자치단체가 입법권을 행사하도록 하는 입법권의 분권화를 통하여 국회의 입법 부담을 경감하고 법령의 사각지대를 보완하여 지방자치단체의 입법적인 수요를 스스로 충

족하게 함

서울시의 조례는 국가 전체로 볼 때 다른 지방자치단체에 대한 롤모델이 될 수 있으므로, 체계적 정당성과 절차적 정당성이 확보된 서울시의 모범조례는 다른 지방자치단체의 입법권행사에도 크게 영향을 미칠 수 있으며 지방자치단체끼리 서로 좋은 정책을 입법화하려는 경쟁을 유도할 수 있는 순기능을 가짐

(3) 행정입법통제 방법

(가) 의회통제

- 행정입법에 대한 법률상 보장된 지방의회의 직접적 통제장치는 없음

대의제 기관으로 의회의 정치적 조정역할로서 행정입법을 올바르게 유도하고 집행부의 자의가 개입되지 않도록 주민에게 여론을 환기시켜 집행부에 대한 감시감독을 철저히 수행해나가는 함

잘못된 행정입법에 대해 조례 개정을 통한 통제는 가능함

(나) 사법통제

□ 「헌법」

제107조 ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

「헌법」 제107조 제2항은 행정입법에 대한 법원의 사법통제의 근거조항임

행정입법에 대한 사법적 통제는 구체적 소송을 통해 행정입법이 헌법 또는 법률에 위반되었다고 인정되는 경우 법원이 위헌(위법)판결을 내려서 조례에 대한 효력을 무효화 시키는 것임

(다) 행정입법에 대한 절차적 통제

현재 시행되고 있는 행정입법에 대한 절차적 통제

- 현행입법통제제도

[입법통제의 내용]⁶⁾

사전적·사후적 입법관리요소	
위원회 검토보고서	법원판결(헌재판결 포함)
입법예고	국가위원회의 권고
법령입안심사	법령유권해석위원회의 의결
법안비용추계	자문위원회의의견
입법평가(규제, 부패, 성별, 갈등영향)	정책보고서, 학계의견
정책통계기반평가	주민참여

법제처의 자치법규에 대한 법령위반여부와 위임사무인지 고유사무인지를 ‘정부유권해석’을 활용한 절차적 통제를 통하여 조례의 정당성을 확보함

- 법제처 유권해석

법제처의 유권해석은 지방자치단체의 법령해석이나 하급행정기관의 법집행을 위한 질의에 대하여 「정부조직법」과 「법제업무운영규정」 등의 법령에 따라 법령을 집행하고 행정입법이 상위법의 위임을 벗어나는지 법령해석을 수행하고 있음

법제처와 같은 행정기관의 법령해석은 그와 다른 법원의 사법해석이 나올 경우에는 그 효력이 부인됨

법제처의 정부유권해석은 법집행과 관련해서 법체계의 통일성과 행정운영의 일관성을 위한 기준을 제시한다는 점에서 지방자치단체의 입법과정에서 절차적 통제역할을 수행하며, 법제처의 정부유권해석은 어느 정도의 구속력은 가진다고 할 수 있음

6) 윤계형, “사후적 입법관리방안으로서의 입법평가”, 제2회 아시아법제포럼 입법평가분과 자료집, 2012.6.27, 56면; 김성호, “행정입법 절차와 입법평가”, 제2회 아시아법제포럼 입법평가분과 자료집, 2012.6.27, 86~87면.

법제처의 법령해석활용시스템을 활용하여 자치법규에 대한 법령위반여부와 위임사무인지 고유사무인지 법령위임 여부의 의견제시를 요구함

- 주민참여

우리의 지방자치제도는 지역주민들로 하여금 자신들을 대리할 수 있는 대표를 선출하여 지방의 자치행정을 실현할 수 있는 대의제를 선택하고 있으나, 다원화 사회와 인터넷정보산업화로 인한 사회변화에 수반되어 주민들의 정책요구의 분출을 극대화 되고 있는 현실 속에 있음

주민참여예산제도가 울산광역시에서 시행된 이후 2012년 6월 서울시에서도 주민참여예산조례를 통과시킴으로서 주민의 예산참여제도가 시행되고 있음. 주민참여예산제도는 지방자치의 핵심인 주민참여를 통해 지방재정운영의 투명성과 공정성, 효율성을 모두 높임으로서 정책의 공정성을 담보할 수 있음

정책은 예산의 집행을 필요로 하고, 예산의 집행은 법률의 근거를 요하므로 주민예산참여제도는 주민의 행정입법과정에서의 참여로 이어짐. 나아가 조례제정의 적극적 참여시스템을 구성할 필요가 있음

소수의 전문가 시민의 참여지만 서울시의 「서울특별시 입법·법률고문 운영조례」(2012.7.30, 일부개정)와 서울시의회 「서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례」(개정 2011. 9. 29) 차원에서 조례를 제정하여 입법·법률고문제도를 운영하고 있음

[서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례(개정 2011. 9. 29)]

「서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례」

제7조(협의) 의회의 공보실장, 각 담당관, 각 전문위원이 제2조 제1항 및 제2항에 따라 자문을 구하고자 할 경우에는 입법담당관과 사전협의하여야 한다.<개정 2008.3.12, 2010.1.7, 2011.9.29.>

제8조(회의) 의장은 입법 및 법률문제와 쟁송사건의 소송수행을 협의하기 위하여 입법·법률고문이 참가하는 회의를 개최할 수 있다.

입법자문회의의 번거로움에 근거하여 「서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례」 제7조(협의)조항을 보면 특정입법의 자문에 있어서 입법담당관과 사전협의

규정을 두고 있음

「서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례」 제7조 규정은 자문의 사항에 해당하는지의 판단을 통한 자문회의 실시요건이 될 수 있고, 제8조는 비상설적 회의의 개최를 위한 요건이 될 수 있음

입법의 전문성을 보장하고 입법을 통한 정책목적과 효율성 달성을 위해서는 참석회의를 통한 자문뿐만 아니라 「서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례」의 해당규정에 서면을 통한 자문의 요건을 추가하여, 급한 자문을 필요로 하는 경우 번거로운 참석회의 자문보다 편리하게 접근할 수 있는 서면자문을 상시적으로 수행하게 할 필요가 있음. 또한 자문회의의 월간 상설화를 통하여 기간별 자치법규의 제·개정 등에 관한 입법사안·입법정책의 자문을 통하여 입법의 명확성과 효율성의 확보에 기여할 필요가 있음

점진적으로 서울특별시의회 입법·법률고문 운영조례를 더욱 체계적으로 정비하여 의회의 입법통제를 통한 행정입법의 효율성 및 신뢰성 달성에 크게 기여 필요가 있음

행정입법의 효율성 달성을 위해서는 정책보좌관제도의 도입에 대한 다수 국민의 부정적 여론을 고려할 때, 그동안 소수전문가시민의 참여로써 서울시와 시의회에서 개별적으로 소극적으로 시행되어온 입법·법률고문제도를 서울시와 시의회의 합의체차원에서 확대 적용하는 방안도 제시할 수 있음

주민의 적극적인 입법과정에서의 참여는 지역적 특성을 잘 반영하여 지방정치를 활성화함으로써 지역정책의 계속성을 유지하고 정책을 둘러싼 공감대를 형성함으로써 지방자치입법의 내용을 더욱 풍요롭게 하고, 주민의 권익보호에 더 크게 기여 할 수 있을 것임

- 입법평가

행정입법에 대한 평가는 사전·병행·사후가 입법부터 시행이후까지 지속되어 입법관리가 수행되어야 할 것임

자치입법의 활성화를 위해서는 입법내용에 대한 평가가 가장 먼저 선행되어

야 하고, 이후 입법과정이 얼마나 적법절차에 따라 잘 운영되었는가를 평가하며, 마지막으로 입법기관의 입법활동에 대한 평가가 진행되어야 함. 이와 같이 세 가지 측면에서 입법평가가 잘 수행된다면 입법의 양적·질적 수준을 한 단계 더 높일 수 있을 것임

자치단체의 행정입법에 있어서 입법평가제도를 구체적으로 제도화하기 위해서는 현실에 대한 보다 세심하고 면밀한 검토가 필요할 것이나, 시민통제의 방법을 통한 입법과정의 참여 확대나 입법기관(시의회)의 자체평가방식을 제도화하는 방안 등이 모색될 수 있을 것임(시의회에 입법평가를 수행하게하면 공정성이 떨어진다는 이유로 독립적인 지방행정연구원 또는 기타 기관 등에 입법평가위원회를 두자는 의견도 제기됨)

자치입법에 입법평가를 도입하는 것은 입법이 초래하는 모든 차원의 효과를 고려함으로써 법률의 질을 개선하는 것과 법률의 빈번한 개정에 따른 불안정성을 치유하는 것임

조례·규칙 제정시 입법평가총괄표의 첨부하여 최적의 입법대안을 선정하여 입법의 효율성과 실효성을 증가시켜야 함

[자치입법평가의 목적과 기능]

목적	기능
입법자의 의사결정 지원	입법의 합리화
입법의 품질 향상	정책의 타당성과 정당성 확보
입법의 정당성 강화	입법의 통제(관리·감독)

[자치입법평가의 내용]

사전평가	병행평가 1단계	병행평가 2단계	사후평가
입법심사 전단계 (평가방법)	입법심사단계 (평가내용)	입법심사단계 (평가내용)	법집행단계 (평가내용)
규제영향평가	입법의 필요성 (입법목표와 명확성)	법안비용추계	법령소관기관의 법령정비

부패영향평가	규율범위와 대안모색의 적정성	입법의 정책적 효과평가	갈등·부패·성별 영향평가
갈등영향평가	내용의 적법성 (규범의 체계정합성)	입법의 효과성평가	규제영향평가
정책통계 기반평가	입법절차의 타당성	입법의 효율성평가	체계적정당성평가 (법원심사)
법안비용추계	입법의 실효성 (법준수가능성)	입법의 체계자구심사	정책영향평가 (경제성평가)
<ul style="list-style-type: none"> ● 입법의 시점과 최적의 입법대안 의 선별 ● 입법하지 않는 방안도 고려 	<ul style="list-style-type: none"> ● 입법안의 초안 검토와 심사 ● 입법안의 타당 성확인, 보충 	<ul style="list-style-type: none"> ● 입법안 전부 또 는 일부의 개선 	<ul style="list-style-type: none"> ● 입법목표달성의 정도 평가 ● 입법의 수용성 평가 ● 입법의 위헌위 법심사

나. 헌법과 지방자치법 개정과 행정입법통제

(1) 합리적 행정입법통제 방향

항시 상존하는 입법갈등현상을 원천적으로 해결하기 위해서는 헌법과 지방자치법의 해석론만으로 한계가 있으므로 장기적으로 헌법 개정과 관련 법률의 개정 그리고 국가입법과 자치입법간의 규범적 모순을 방지하기 위한 규범관리시스템의 운용을 통한 입법적 개선과 입법통제·관리방안의 모색이 필요함

향후 합리적 행정입법통제시스템의 운용을 통한 행정입법의 정책목표의 달성을 위해서는 그동안 제한된 범위 하에서 지방의회의 입법기능이 유지되어 의정활동을 통한 정책기능의 달성이 쉽지 않았으므로 향후 법 개정을 통해서 지방의회의 적극적 입법기능을 통하여 정책달성에 필요한 역할수행이 요구됨

(가) 지방의회의 기능회복을 위한 헌법 개정의 방향

지방의회의 기능을 회복하여 자치입법권 확대강화를 위한 헌법 개정의 방향은 국회입법권에 대한 지방자치단체의 입법권의 위상을 존중하여 자치입법권

행사에 대한 자율성을 더 크게 확대하기 위해서는 기본권제한의 일반적 법률유보의 적용을 명시적으로 배제할 필요가 있음

(나) 「지방자치법」 개정의 방향

자치입법권의 확대를 위한 법률적 조치로서 조례에 대한 법률유보조항인 「지방자치법」 제22조 단서를 삭제하고, 즉 “지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 특히 고유한 자치사무에 속하는 주민의 권리제한 또는 의무부과, 벌칙에 관한 사항은 조례로 정한다.”고 규정하여 지방의 고유한 자치사무에 관한 자치입법권의 범위를 확대하여 지방자치의 자율성을 보장함이 타당함

제 3 장

지방자치에 관한 헌법재판소와 대법원의 판례분석

제1절 지방자치제도

제2절 자치입법권의 한계

제3절 지방의회와 지방자치단체장의 권한과 상호관계

제4절 결론

제3장 지방자치에 관한 헌법재판소와 대법원의 판례분석

여기서는 현행 지방자치제도에 관한 헌법재판소와 대법원의 해석을 판례를 통하여 살펴보고자 함

1941년 11월 25일의 대한민국임시정부의 대한민국건국강령 ‘제3장 건국’의 제5조에는 건국 시에 아래와 같은 원칙으로 중앙 및 지방의 정치기관을 둔다고 하였음. 즉 중앙정부와 중앙의회, 지방의 도(道)에 도정부와 도의회, 부(府), 군(郡),도(島)에 부, 군, 도 정부와 의회를 둔다는 것임⁷⁾

그러나 해방 이후 정국의 혼란과 미군정이 강요한 이데올로기적 지형과 좌·우익의 대립에 따른 치안의 불안정 등으로 정부가 단체장에 대한 임명제를 통하여 중앙통제를 강화함으로써 지방자치가 약화되고 실시연기 등으로 30여 년의 지방자치 공백이 있었음.⁸⁾ 지방자치가 본격적으로 시행되면서 부족한 부분을 개선하기 위하여 자치권보장을 위한 많은 연구가 있었고,⁹⁾ 2012. 6. 28.에도 분권형 국가로의 재구조화란 주제로 본격적인 지방자치를 해야 한다는 학술대회가 있었음¹⁰⁾

국회 입법과정에 지방자치단체가 적극적으로 참여하는 것도 검토해야 한다는 의견¹¹⁾도 제시되었음. 헌법을 개정하지 않고 현행 헌법상으로도 가능한 국회에서의 상설 지방분권특별위원회 설치와 지방자치단체의 법률안 제출제도 등을 도입하자는 것임¹²⁾

그럼에도 불구하고 헌법의 지방자치 규정과 지방자치법은 개정되지 않고 있음. 현행 법 해석에 관한 최고전문기관들의 지방자치에 대한 입장과 판례에 대

7) 김영수, 「한국헌법사」, 학문사, 2001, 896면.

8) 오동석, “지방자치의 형성과정”, 공법연구 제31집 제4호, 2003, 75면.

9) 그 중 하나로 전국시장·군수·구청장협의회, 지방자치단체의 자치권 보장 및 자율적·민주적 통제에 관한 연구보고서, 2003.7.를 들 수 있다. 위 연구보고서는 미국, 영국, 프랑스, 스위스, 일본 등 선진5개국의 사례를 비교하여 지방자치법 개정안을 제기하고 있다.

10) 한국공법학회가 주관하고 여러 학회가 참가한 제3회 공법학자대회가 2012. 6. 28. 일산 킨텍스에서 있었다. 한국지방자치법학회는 ‘분권형 국가로의 재구조화’란 주제로 13:00부터 18:00까지 208호에서 학회를 하였다. 발표주제는 “분권형 국가를 지향하는 헌법의 개정방안”, “지방자치단체의 국회입법과정 참여방안”, “국가와 지방자치단체 간 입법권 배분”, “지방재정의 자율성 강화방안” 등이다.

11) 김성호, “지방자치단체의 국회입법과정 참여방안”, 제3회 공법학자대회 제4분과 발표집, 2012. 6. 28, 35면.

12) 현재 제주특별자치도설치특별법 제9조는 법률안 제출 및 입법반영조항이 규정되어 있다. 「지방자치법」 제165조 제6항은 지방자치단체협의회가 지방자치와 관련된 법률의 제·개정 폐지가 필요한 경우 국회에 의견을 제출할 수 있다.

한 학설을 살펴보면 국회와 행정부 및 사법부의 관계, 그리고 국회와 지방의회의 위상 차이를 알 수 있음 그것을 바탕으로 현실적인 지방의회의 강화방안을 검토하고자 함 먼저 지방자치제도에 관한 입장을 살펴보고 지방의회의 자치입법권의 한계와 지방자치단체장과 지방의회의 관계에 관한 판례를 분석하고자 함

제1절 지방자치제도

1. 지방자치와 제도보장

가. 지방자치의 헌법적 보장

지방자치에 대한 헌법적 보장은 헌법상 기본원칙으로 지방자치제도의 보장 이외에 민주국가원리·법치국가원리·사회복지국가원리를 들 수 있음¹³⁾

지방자치의 헌법적 보장은 지방자치법의 존립의 직접적인 전제가 됨. 이러한 헌법적 보장에 대한 근거는 다음과 같음

「헌법」 제117조 이하에서 지방자치를 보장하고 있음. 이러한 헌법에 의한 지방자치의 보장을 제도적 보장으로 이해하는 것이 일반적인 견해임.¹⁴⁾

나. 실정법적 보장

지방자치는 헌법에 반하지 않는 한 국회의 입법권과 지방자치단체의 자치입법권에 의해서 보장됨. 국회는 지방자치법과 여러 개별 법률에 의해 지방자치제도를 구체적으로 형성함

지방자치에 관한 법률로는 지방자치에 관한 기본법인 「지방자치법」과 「지방공무원법」, 「지방교육자치에 관한 법률」, 「주민투표법」, 「주민소환에 관한 법

13) 홍정선, 앞의 책, 29면.

14) 박균성, 앞의 책, 64면; 홍정선, 「행정법원론」, 박영사, 2012, 65면.; 현재 1997.4.24. 선고 95헌바48결정 : 제도적 보장은 “최대한 보장의 원칙”이 적용되는 기본권 보장과 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 “최소한 보장의 원칙”이 적용된다.

를, 「지방재정법」, 「지방공기업법」, 「지방세법」, 「지방교부세법」, 「지방자치단체 기금관리기본법」, 「주민등록법」, 「서울특별시행정특례에 관한 법률」, 「지방분권촉진에 관한 특별법」, 「국가균형발전특별법」, 「지방행정체제 개편에 관한 특별법」 등이 있음. 이외에도 「도로법」, 「하천법」 등에서도 지방자치에 관한 규정이 있음

2. 지방자치본질에 관한 헌법재판소 결정 분석

헌법재판소는 헌법 규정에서 도출되는 국가에 대한 지방자치단체에 대한 종속적 관계를 전제로 하고 있는 것으로 평가됨

지방분권촉진에 관한 특별법이 국가와 지방자치단체의 기본적 관계를 협력적 관계로 규정하고 있지만¹⁵⁾, 헌법 규정을 전제로 한 전체 구도는 변함이 없다는 것임

가. 「수도권정비계획법」 제18조 관련 위헌소원¹⁶⁾

(1) 사실관계

청구인이 양주군수에게 공장증축신청을 하였으나, 양주군수가 수도권정비계획법 제18조의 공장건축물의 양주군 지역 총허용량을 이유로 불허하자, 서울행정법원 2000구 24647호로 양주군수의 위 건축불허가처분의 취소를 구하면서, 양주군수가 위 처분의 근거로 삼은 수도권정비계획법 제18조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였던 바, 위 법원(2000아824호)은 2000. 10. 14. 위 신청을 기각하였음. 그러자 청구인은 2000. 10. 20. 헌법소원심판청구를 하였음

(2) 쟁점사항

수도권지역에서 공장 신설 등의 총허용량을 정한 뒤 이를 초과하는 부분의 신설 등을 제한하는 공장총량제가 직업수행의 자유나 재산권을 침해하는지 여

15) 「지방분권촉진에 관한 특별법」 제16조 제1항은 “국가는 지방자치단체와의 상호협력관계를 공고히 하기 위하여 협의체의 운영을 적극 지원하여야 하며, 협의체와 관련 지방자치단체의 의견이 국정에 적극 반영될 수 있도록 한다.”고 규정하고 있다.

16) 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2000헌바78 결정

부, 공장총량제를 규정한 「수도권정비계획법」 제18조가 지방자치의 본질적 내용을 침해하는지 여부, 공장총량제를 규정한 「수도권정비계획법」 제18조가 포괄위임입법금지에 위반되는지 여부 등이 쟁점임

(3) 지방자치제도 위반에 관한 헌법재판소의 판단

지방자치의 본질상 자치행정에 대한 국가의 관여는 가능한 한 배제하는 것이 바람직하지만, 지방자치도 국가적 법질서의 테두리 안에서만 인정되는 것이고, 지방행정도 중앙행정과 마찬가지로 국가행정의 일부이므로 지방자치단체가 어느 정도 국가적 감독, 통제를 받는 것은 불가피함. 즉 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는 가능함

그런데, 이 사건 법률조항이 건설교통부장관으로 하여금 수도권지역에서의 공장의 신설 등에 관하여 총량을 정하도록 하고 지방자치단체의 장 등 관계 행정기관으로 하여금 이를 초과하는 허가 등을 하지 못하도록 하였다 하더라도, 지방자치단체는 총량을 초과하는 경우의 허가권 행사만이 제한될 뿐 그밖에는 여전히 주민의 복리에 관한 사무를 처리할 수 있는 것이므로, 이 사건 법률조항이 지방자치의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없음

그러므로 이 사건 법률조항이 지방자치에 관한 「헌법」 제117조 제1항에 위반된다고 할 수 없음

나. 강남구 등과 국회 간의 권한쟁의¹⁷⁾

(1) 사실관계

국회가 2007. 7. 3. 특별시 자치구 간의 심각한 재정불균형상태를 해소하기 위하여 특별시 관할구역 안에 있는 구의 경우에 '구세'인 재산세를 '특별시 및 구세'로 하고, 특별시장이 특별시분 재산세 전액을 관할구역 안의 자치구에 교부하는 것을 주요 내용으로 하는 「지방세법」 제6조의2 및 제6조의3을 신설하는 지방세법 개정 법률안을 본회의에서 가결하여 2008. 1. 1.부터 시행되었음. 강남구 등 청구인들은 피청구인인 국회가 위 법률조항들을 제정한 행위로 인

17) 헌법재판소 2010. 10. 28.선고 2007헌라4 결정.

하여 청구인들의 재산세 중 50% 이상이 특별시 재산세로 귀속되고, 청구인들의 세수 감소 및 특별시로의 종속가능성이 높아지므로, 위 법률조항들은 헌법이 보장하는 청구인들의 지방자치권 내지 지방재정권의 본질을 침해한다고 주장하며 2007. 8. 31. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였음. 이에 서울특별시도 보조참가를 하였음

(2) 쟁점사항

특별시의 관할구역 안에 있는 구(區)의 재산세를 ‘특별시 및 구세’로 하여 특별시와 자치구가 100분의 50씩 공동 과세하도록 하는 「지방세법」(2007. 7. 20. 법률 제8540호로 신설된 것) 제6조의2와 특별시분 재산세 전액을 관할구역 안의 자치구에 교부하도록 하는 같은 법 제6조의3 을 국회가 제정한 행위가 헌법상 보장된 청구인들의 지방자치권을 침해하는지 여부가 쟁점임

(3) 헌법재판소의 판단

(가) 지방자치권 침해 여부

「헌법」 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있음. 이에 따라 지방자치단체에게는 법령의 범위 내에서 자신의 지역에 관련된 여러 사무를 자신의 책임 하에 수행할 수 있는 지방자치권이 보장되는데, 이러한 권한에는 자치입법권, 자치조직권, 자치인사권, 자치재정권 등이 포함됨

그 중 자치재정권은 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 수입과 지출을 자신의 책임 하에 운영할 수 있는 권한으로서, 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 국가의 지시를 받지 않고 자기책임 하에 재정에 관한 사무를 스스로 관장할 수 있는 권한을 말함

자치재정권 중에서 자치수입권은 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 자기책임 하에 그에 허용된 수입원으로부터 수입정책을 결정할 수 있는 권한을 말하는데, 이에는 지방세, 분담금 등의 공과금을 부과 징수할 수 있는 권한 등이 포함됨. 그리고 자치지출권은 지방자치단체가 그의 재정 수단을 예산의 범위

내에서 그의 업무 수행을 위해 자기책임 하에 지출 사용할 수 있는 권한을 말함. 이러한 지방자치단체의 자치재정권은 절대적인 것은 아니고, 지방세법, 지방재정법, 지방공기업법 등 법률에 의하여 형성되고 제한을 받는 것임

(나) 헌법상 지방자치권의 침해 여부에 대한 심사 기준

앞서 본 바와 같이 「헌법」 제117조 제1항에 의해 지방자치단체에게 보장된 지방자치권은 절대적인 것이 아니고 법령에 의하여 형성되는 것이므로, 입법자는 지방자치에 관한 사항을 형성하면서 지방자치단체의 지방자치권을 제한할 수 있음. 그러나 법령에 의하여 지방자치단체의 지방자치권을 제한하는 것이 가능하다고 하더라도, 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 제한이 불합리하여 지방자치권의 본질적인 내용을 침해하여서는 아니 됨¹⁸⁾

따라서 국회의 입법에 의하여 지방자치권이 침해되었는지 여부를 심사함에 있어서는 지방자치권의 본질적 내용이 침해되었는지 여부만을 심사하면 족하고, 기본권침해를 심사하는 데 적용되는 과잉금지원칙이나 평등원칙 등을 적용할 것은 아님

(다) 이 사건 법률조항들을 제정한 행위가 청구인들의 헌법상 지방자치권을 침해하는지 여부

「헌법」 제117조 제1항에 의하여 보장된 지방자치단체의 자치재정권은 앞서 본 바와 같이 법률이 규정된 범위 내에서 보장된 것이므로, 지방자치단체에 자치재정권이 있다는 사실만으로 특정한 조세 등 수입원을 보장받을 권한이 생기는 것은 아니고 법률의 규정에 의해서 비로소 그러한 권한이 생기는 것임. 그리고 어떤 종류의 조세를 어떤 기관에 귀속시킬 것인가 하는 문제는 그 조세의 과세근거, 징수의 효율성, 조세의 귀속주체 간의 재정적 상태 등을 고려하여 국가 정책적으로 결정할 사항이지, 어떤 종류의 조세를 반드시 국세나 지방세로 하여야 한다는 헌법적 근거나 논리적 당위성은 없음. 따라서 입법자는 「헌법」 제59조에 근거하여 국가가 국민에게 어떠한 종류의 조세를 부과할 것인지, 그 조세를 국세나 지방세 중 어떤 것으로 할 것인지, 그리고 지방세로

18) 헌법재판소 2001. 11. 29. 2000헌바78, 판례집 13-2, 646면, 657-658면; 헌법재판소 2002. 10. 31. 2002헌라2, 판례집 14-2, 378면, 386-387면.

할 조세를 광역자치단체나 기초자치단체 중 어디에 귀속시킬 것인지 등을 결정할 권한이 있고, 이러한 입법자의 결단은 지나치게 자의적인 것이 아닌 한 존중되어야 함

이 사건 법률조항들은 종래 구(區)세였던 재산세를 구와 특별시의 공동세로 변경한 규정인데, 재산세를 반드시 기초자치단체에 귀속시켜야 할 헌법적 근거나 논리적 당위성이 있다고 할 수 없으므로 이와 같이 종래 기초자치단체에게 귀속되던 조세를 기초자치단체와 광역자치단체에게 공동으로 귀속시키도록 변경하는 것도 입법자의 권한에 속하는 것임. 따라서 이 사건 법률조항들에 의하여 청구인들의 수입이 감소함으로써 청구인들의 자치재정권에 제한이 가해진다고 하더라도, 그로 인하여 청구인의 자치재정권이 유명무실하게 될 정도로 지나친 제한이어서 자치재정권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없는 한 그러한 법률조항을 제정한 피청구인의 행위는 정당함. 따라서 이 사건 법률조항들을 제정한 행위는 헌법상 보장된 청구인들의 지방자치권의 본질적인 내용을 침해하였다고 할 수 없음

다. 행정자치부고시 제1999-58호 「지방자치단체표준정원」

2. 시·군·자치구중 ③ 자치구 부분 위헌확인¹⁹⁾

(1) 사실관계

인천 부평구의 지방공무원임용시험을 준비 중인 주민 1인, 부평구청장, 부평구 의회의원, 부평구 공무원 등이 주민과 공무원 신분으로 지방공무원의 정원을 규정한 행정자치부장관의 고시가 인구가 비슷한 서울특별시 자치구에 비하여 공무원 정원을 현저히 적게 정함으로써 자신들의 평등권, 공무담임권, 행복추구권 침해를 이유로 2000. 2. 29. 헌법소원심판청구를 하였음

(2) 쟁점사항

청구인들에게 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자기관련성이 있는지 여부와 위 고시의 수범자 여부가 문제됨

(3) 헌법재판소의 판단

19) 헌법재판소 2001.1.18.선고 2000헌마149 결정.

(가) 지방공무원임용시험을 준비 중인 청구인1과
주민으로서의 청구인들의 경우

이 사건 규정은 각 지방자치단체별로 정할 지방공무원의 정원을 규정한 것이므로 그 수범자(受範者)는 당해 지방자치단체이지 청구인들이 아니며, 청구인들은 그 직접적인 규율대상이 아니고 단지 간접적으로 관련될 뿐임. 한편, 이 사건 규정은 국민에게 의무를 부과하거나 행위를 금지하는 것과 같은 국민의 기본권에 직접 관련된 법률조항이 아니라 단지 지방공무원정원의 상한선을 정한 조직법규일 뿐인 바, 이로 인하여 청구인들의 법적 이익 또는 권리가 직접 침해되는 것으로 보기는 어려움

일반적으로 지방공무원의 정원 자체가 다른 지역에 비하여 적다면 상대적으로 행정서비스가 열악해져 주민들이 불편을 겪을 수 있고, 청구인1은 합격할 가능성이 상대적으로 줄어든다는 점에서, 이 사건 규정에 의하여 청구인들의 행복추구권과 청구인1의 공무담임권 등 기본권이 사실상 제한되는 결과가 초래될 수도 있음. 그러나 그러한 불편과 불이익은 단순히 간접적이고 사실적인 것으로 보일 뿐 아니라, 이 사건 규정의 입법목적, 규율대상, 청구인들에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 원칙적으로 권한쟁의 심판의 대상이 될 수 있다는 점 등을 종합 고려하면 청구인들의 자기관련성은 이를 인정하기 어려움

(나) 공무원들로서 청구인2, 3, 4의 경우

일반적으로 국가기관이나 그 일부에 의한 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다. 즉 헌법소원을 청구할 수 있는 자는 원칙으로 기본권의 주체로서의 국민에 한정되며 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 국가기관이나 그 일부는 헌법소원을 청구할 수 없음(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480-481; 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238, 242; 1995. 9. 28. 92헌마23등, 판례집 7-2, 343, 351)

이 사건에서 청구인2, 3, 4는 각 공무원으로서, 이 사건 규정에 대하여 헌법소원으로 다룰 자기관련성을 인정할 수 없으며, 달리 판단할만한 특별한 사정이 발견되지 않음

3. 소결

헌법재판소는 헌법 규정을 근거로 지방자치의 내용이 입법으로 규율된다는 입장임

즉 본질적 내용의 침해만 없으면 구체적인 내용은 국회에서 정하는 것을 존중해야 한다는 입장임

그러나 자치와 분권화가 국가경쟁력의 핵심이라는 주장에 따라 현행 헌법을 개정한다면 다양한 의견이 표출될 것이고, 국회미래헌법연구회가 편찬한 책에서도 지방자치의 중요한 내용을 헌법에서 규정하여 헌법이 적극적으로 지방자치를 보장해야 한다는 견해가 강함

그러나 헌법이 그렇게 개정되기 전에는 헌법재판소의 의견을 바꾸기가 쉽지 않을 것 같음

제2절 자치입법권의 한계

1. 자치입법권

가. 자치입법권의 성질

자치입법권은 자치행정의 전제 혹은 핵심적 내용이나 무한정 보장되는 것이 아님

헌법과 법률은 자치입법권에 대하여 일정한 제한을 하고 있고, 자치입법권에 따른 자치법규는 헌법에서 보장하고 있는 기본권에 합치되어야 함²⁰⁾

나. 자치입법권의 근거

(1) 「헌법」 제117조 제1항

20) 선정원, “자치법규기본조례와 자치입법의 보장”, 지방자치연구 제4권 제2호, 2004, 59면.

“지방자치단체는 … 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 하여 지방자치단체의 자치입법권의 근거와 함께 ‘법령의 범위 안’이란 한계를 규정하고 있음. 이것은 개별적 법률에 특별한 규정이 없다 하더라도 지방자치단체는 자치법규를 제정할 수 있다는 것²¹⁾과 국회는 지방자치단체에 대한 자치입법권을 지방자치단체에 모두 위임하는 것을 허용하지 않음을 의미함²²⁾

또한 「지방자치법」 제22조 단서의 규정에 대하여도 학설이 대립하고 있음. 즉 「헌법」 제117조 제1항은 조례의 제정은 “법령의 범위 안에서” 라고만 규정하고 있을 뿐 법률의 위임과 관련하여 규정하고 있지 않는 반면에 「지방자치법」 제22조 단서는 “법률의 위임이 있을 것”을 요구하고 있어, 「헌법」 제117조 제1항이 요구하지 아니하고 있는 것을 규정하였으므로 위헌여부에 관한 논쟁이 있음. 즉 「지방자치법」 제22조 단서는 법률유보원칙의 적용이라는 합헌설, 헌법이 부여한 자치입법권을 지나치게 제한한 것으로 지방자치의 본질적인 사항까지 법령을 유보한 것이라는 위헌설, 법령에 위한 위임이 없는 경우에는 직접 규율할 수 있다는 절충설이 있음.²³⁾ 아예 「지방자치법」 제22조를 삭제하거나 개정하자는 입법론도 있음.²⁴⁾ 또한 학자들 간에 학설이 정립되지 않고 기존 판례도 합헌설을 취하는 한 개정 여부는 보다 신중히 검토되어야 할 것이며 여건이 성숙된 후에 개정을 추진하는 것이 바람직하다는 견해²⁵⁾도 있음

헌법재판소²⁶⁾와 대법 판례²⁷⁾는 현행 「지방자치법」 제22조에 대하여 합헌설

21) 김철용, 「註釋지방자치법」, 한국사법행정학회, 1997, 112면; 강인태, 위의 논문, 95면.

22) 권영성, 「헌법학원론(보정판)」, 박영사, 2001, 240면.

23) 홍정선, 「신지방자치법」, 302-312면.

24) 김수연, “지방자치제의 헌법 개정의 필요성과 방향”, 헌법학연구, 제16권 제2호, 2010, 330면.; 김배원, “현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향”, 헌법학연구, 제16권 제3호, 2010, 188면.

25) 최환용, “자치입법체계 및 실태조사 연구”, 한국법제연구원, 2008, 29면.

26) 헌법재판소 1995.4.20. 선고 92헌마264,279(병합):이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 「지방자치법」 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다.

27) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결【조례안재의결무효확인】: 차고지확보제도 조례안이 자동차·건설기계의 보유자에게 차고지확보의무를 부과하는 한편 자동차관리법에 의한 자동차등록(신규·변경·이전) 및 건설기계관리법에 의한 건설기계등록·변경신고를 하려는 자동차·건설기계의 보유자에게 차고지확보 입증서류의 제출의무를 부과하고 그 입증서류의 미제출을 위 등록 및 신고수리의 거부사유로 정함으로써 결국 등록·변경신고를 하여 자동차·건설기계를 운행하려는 보유자로 하여금 차고지를 확보하지 아니하면 자동차·건설기계를 운행할 수 없도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다면, 이는 주민의 권리를 제한하고 주민에게 의무를 부과하는 것이 분명하므로 「지방자치법」 제15조 단서의 규정에 따라 그에 관한 법률의 위임이 있어야만 적법하다; 동지 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결【전라북도공동주택입주자보호를위한조례안무효확인】

을 취하고 있음

(2) 조례와 법률유보

(가) 법률우위의 원칙

「헌법」 제117조 제1항에서 “법령의 범위 안에서” 라는 규정은 개개의 법령에 특별한 규정이 없다고 하더라도 조례를 제정할 수 있다는 것을 뜻하며 이는 조례에 대한 법률의 우위를 의미한 것이라고 볼 수도 있음²⁸⁾

여기서 “법령의 범위 안에서”라는 뜻은 법령에 명문으로 위임하여야 조례를 제정할 수 있다는 뜻이 아니며, 전체적 입법 취지와 모순 또는 저촉되지 않는 범위 안에서 제정할 수 있다는 것을 의미함²⁹⁾

즉 지방자치단체는 ‘법령에 위반되지 않으면’ 조례를 제정할 수 있는 것으로 해석될 수도 있음. 그렇다면 ‘법령’의 구체적 범위가 문제임

헌법재판소는 기초자치단체와 대통령 사이의 권한쟁의 사건에서, 「헌법」 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에 법률 이외에 「헌법」 제75조 및 제95조 등에 의거한 대통령령, 총리령 및 부령과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론, “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 가능하게 된다고 보아야 한다.”고 판시하였음³⁰⁾

28) 대법원, 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결: 「지방자치법」 제15조 단서는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정하는 경우에 별칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야한다고 규정하고 있는데, 불출석 등의 죄, 의회모욕죄, 위증 등의 죄에 관하여 형벌을 규정한 조례안에 관하여 법률에 의한 위임이 없었을 뿐만 아니라, 구 「지방자치법」(1994.3.16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제20조가 조례에 의하여 3월 이하의 징역 등 형벌을 가할 수 있도록 규정하였으나 개정된 「지방자치법」 제20조는 형벌권을 삭제하여 지방자치단체는 조례로써 조례 위반에 대하여 1,000만 원 이하의 과태료만을 부과할 수 있도록 규정하고 있으므로, 조례 위반에 형벌을 가할 수 있도록 규정한 조례안 규정들은 현행 「지방자치법」 제20조에 위반되고, 적법한 법률의 위임 없이 제정된 것이 되어 「지방자치법」 제15조 단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 「헌법」 제12조 제1항에도 위반된다.

29) 강인태, 위의 논문, 97면.

30) 헌법재판소, 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정.

즉 「헌법」 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙도 포함이 됨. 이러한 헌법재판소 결정은 “법령의 범위 안에서”의 ‘법령’에 법규명령을 포함시킴으로써 법규명령과 조례 사이의 상하관계에 대하여 법규명령의 우위를 선언하고 있음³¹⁾

(나) 조례제정권이 허용되는 사무

지방자치단체가 처리하는 사무에는 위임사무와 자치사무가 있음. 자치사무란 해당 지방자치단체의 존립을 위한 사무 및 주민의 복리를 증진시키기 위하여 행하는 사무 등과 같이 지방자치단체의 본래 사무를 말하며, 고유사무라고도 함

자주적인 조례제정이 허용되는 것은 이러한 자치사무에 한정됨. 또한 「지방자치법」 제22조가 말하는 ‘그’ 사무는 해당 지방자치단체의 해당 사무를 말하는 것으로 해석할 수도 있음. 각 지방자치단체는 자기의 사무에 관해서만 조례를 제정할 수 있고, 다른 지방자치단체의 사무에 관하여는 제정할 수 없음

그리고 이러한 기준은 상하의 관계에 있는 지방자치단체 간에도 적용이 됨. 따라서 상급 지방자치단체 역시 하급 지방자치단체의 사무에 관한 조례를 제정할 수 없다고 볼 수 있음³²⁾

다음으로 위임사무에는 단체위임사무와 기관위임사무가 있음. 단체위임사무는 그 성격상 국가와 지방자치단체가 함께 관계가 되는 사무로서 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무이고, 기관위임사무는 국가의 사무이지만 국가 스스로 처리하지 않고 업무의 능률과 국민의 편의를 위하여 지방자치단체의 기관인 지방자치단체의 장에게 위임한 사무임

주로 국가적 이해관계가 있는 사무를 의미함. 문제가 되는 대부분의 위임사무는 기관위임사무인데, 국가사무이기 때문에 지방자치단체의 장에게 위임은 법률 또는 법률의 위임에 의한 법규명령의 개별적인 위임이 필요함

대법원은 이 점에 대해 「헌법」 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조에 의

31) 박찬주, 위의 논문, 499면 .

32) 강인태, 위의 논문, 98면.

하여 자치조례를 제정할 수 있는 사무로서 「지방자치법」 제9조 제1항에서 말하는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의한 지방자치단체에 속하는 단체위임사무에 한하며, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는 것이 원칙이라고 함

다만 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 위임조례를 정할 수 있음.³³⁾ 또한 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무에 해당하는 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 먼저 고려하여야 하지만 그 외에도 사무의 성질이 전국적으로 통일적 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 고려하여 판단하여야 함³⁴⁾

다만 기관위임사무는 이와 같이 위임이 가능하더라도 주민의 권리·의무에 영향을 미치지 아니하는 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 국한하여야 함

또한 기관위임사무는 자치단체의 고유사무가 아니므로 그에 대한 행정기관의 침해가 문제되더라도 권한쟁의심판청구의 대상이 되지 못함³⁵⁾

33) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007추141 판결【개정조례안재의결무효확인】; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결【조례안의결무효확인청구】; [1] 「지방자치법」 제22조, 제9조 제1항, 구 「지방자치법」(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되기 전의 것) 제9조 제1항, 제15조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있지만 그 경우라도 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙은 법률의 위임이 있어야 하며, 기관위임사무에 관하여 제정되는 이른바 위임조례는 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있으므로, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다.

[2] 지방자치단체의 조례는 그것이 자치조례에 해당하는 것이라도 법령에 위반되지 않는 범위 안에서만 제정할 수 있어서 법령에 위반되는 조례는 그 효력이 없지만(「지방자치법」 제22조 및 위 구 「지방자치법」(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조), 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 보아야 한다.

34) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004추34 판결; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결.

35) 헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 98헌라4 결정; 지방자치단체는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한, 즉 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 할 것인데, 도시계획사업실시계획인가사무는 건설교통부장관으로부터 시·도지사에게 위임되었고, 다시 시장·군수에게 재위임된 기관위임사무로서 국가사무라고 할 것임

다. 자치입법권의 범위

앞에서 살펴본 바와 같이 조례는 “법령에 위반되지 않으면” 제정이 가능하며, 반드시 법령의 위임이 있어야 조례를 제정할 수 있는 것은 아님

즉 근거법령이 없거나 법령에서 규율하고 있지 아니한 사항, 즉 법령의 공백 상태에 있는 사항이라도 법령에 위배되지 않는 조례는 제정할 수 있음³⁶⁾

이러한 조례제정권의 법령상 범위의 형태를 간략히 살펴보면 다음과 같음

- 모법이 조례제정범위를 정하고 있는 경우에는 그 범위 안에서 조례를 정해야 하고, 법률에서 직접 특별한 예외를 인정하면 법령의 범위를 초과할 수 있음
- 조례를 제정함에 있어서 상급기관의 승인을 받아 조례로 제정하도록 법령에서 정한 경우는 그 절차를 이행하여 조례를 제정하여 함
- 법령에서 자치단체장의 고유권한으로 정한 사항을 조례로 침해할 수 없음

자치단체장은 지방자치법이 정하는 지방공무원에 대한 임명권, 사무의 관리 집행권, 직원 및 소속행정기관 및 하급기관에 대한 지휘·감독권, 예산 편성 및 집행권, 규칙제정권 등 조례로서 이를 침해할 수 없음. 그러나 조례로 정한 자치단체장의 권한 제한은 가능함

- 조례가 법령의 위임을 받아 제정된 경우에 법령이 개정되거나 폐지되어 개정된 법령에 부합되지 않으면 그 근거가 없는 것이 되는 바 조례는 무효가 됨

따라서 개정법 부칙에서 충분하고 합리적인 경과규정을 두어야 함. 그러나 법령이 폐지되고 새로운 대체 법령이 제정되었을 경우에는 구법에 의한 조례는 새로운 대체 법령에 부합되면 그 때부터 효력을 가짐³⁷⁾

로, 청구인의 이 사건 심판청구 중 도시계획사업실시계획인가처분에 대한 부분은 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 것으로서 부적법하다고 할 것이다.

36) 이주희, 「지방자치법 이론과 운영」, 서강출판사, 2010, 218면.

2. 대법원 판결 분석

가. 전라북도 공동주택입주자보호를 위한 조례안 무효확인³⁸⁾

(1) 사실관계

전라북도의회가 1994. 9. 16. ‘전라북도 공동주택입주자보호를 위한 조례안’을 의결하여 같은 달 17. 전라북도지사에게 이송하였고, 원고(전라북도지사)는 위 조례안을 검토한 결과 법령에 위반을 이유로 같은 해 10. 7. 피고(전라북도의회)에게 재의를 요구하였는데, 피고는 같은 달 25. 동일하게 재의결을 하였음³⁹⁾

(2) 쟁점사항

주택건설 사업승인 대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택을 대상으로 하여 필요한 사항을 규정한 조례안이 「지방자치법」 제15조 단서, 「주택건설촉진법」 제1조, 제4조, 제5조, 제32조에 위반되는지 여부와 「지방자치법」 제15조 단서의 위헌 여부가 문제가 됨

(3) 대법원의 판단

주택의 공급조건·방법·절차 등에 관한 사항은 건설교통부장관의 고유업무인 국가사무이고 「주택건설촉진법」 제50조, 같은 법 시행령 제45조에 의한 권한

37) 강인태, 위의 논문, 103-104면; 이주희, 앞의 책, 219면 .

38) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결.

39) 재의결된 이 사건 조례안의 내용은, 제1조(목적)에 “이 조례는 공동주택 민원으로 야기되는 입주자의 피해를 방지하고 공동주택을 분양받고자 하는 주민의 권익보호 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”, 제2조(적용대상)에 “주택건설 사업승인 대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택(이하 “공동주택”이라 한다)을 대상으로 한다.”, 제3조(입주자 확보보고)에 “공동주택 건설사업자는 공동주택을 분양할 경우 입주자가 확정된 후 다음달 말일까지 당첨된 입주자의 명단을 시장·군수에게 보고 하여야 한다.”, 제4조(건본주택의 존치)에 “공동주택 건본주택을 설치하여 입주자를 모집하였을 경우 그 건본주택의 존치기간은 입주자가 입주를 완료한 때까지로 한다. 다만, 입주가 지연될 시는 사용검사 완료 후 3개월간으로 한다.”, 제5조(대지소유권 미확보 주택의 분양제한)에 “주택공급에 관한 규칙 제7조 제3항에 대지의 사용승락을 얻어 건설하는 주택의 경우 대지소유권을 확보하지 못한 주택의 ‘부득이한 사유는’ 사업주체와 토지소유자 간에 대지 매매계약이 성립되고, 계약금과 중도금은 지불되었으나 소유권이전절차상의 불가피한 사유가 있을 때로 한정한다. 단, 주택사업공제조합의 보증이 있을 때는 그러하지 아니한다.”, 제6조(과태료)에 “제3조 및 제4조를 위반한 공동주택 건설사업자에게는 1,000만원 이하의 과태료를 부과징수 한다.”는 것이다.

위임의 경우라도 이는 기관위임사무라 할 것인바, 국가사무(기관위임사무)는 자치사무와 달리 「헌법」 제117조 제1항에 의하여 법령의 범위를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 조례로 제정할 수 있는 대상이라고 볼 수 없으므로, 법령에 의하여 국가사무가 지방자치단체에게 위임된 바가 없음에도 주택건설 사업 승인 대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택을 대상으로 하여 필요한 사항을 규정한 전라북도 공동주택입주자보호를 위한 조례안은 「지방자치법」 제15조 단서, 「주택건설촉진법」 제1조, 제4조, 제5조, 제32조를 위반한 것으로 그 구체적 조항이 법령에 위반된 여부에 나아가 살펴볼 필요 없이 전체적으로 무효임

「지방자치법」 제15조는 원칙적으로 「헌법」 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 그 단서에서 국민의 권리제한·의무 부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률 유보원칙을 선언한 「헌법」 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없음

나. 순천시 지방공기업단지 조성 및 분양에 관한 조례 일부개정
조례안 등 재의결 무효확인⁴⁰⁾

(1) 사실관계

순천시장이 2009. 7. 10.자 순천시 지방공기업단지 조성 및 분양에 관한 조례 일부개정 조례안, 순천시 공립보육시설 운영 조례 일부개정 조례안, 순천시 건강가정지원 조례 일부개정 조례안, 순천시 유스호스텔 관리 및 운영 조례 일부개정 조례안, 순천시 청소년 수련소 시설사용료 징수 조례 일부개정 조례안, 순천시 체육시설 관리 운영 조례 일부개정 조례안에 대한 재의결을 요구하였으나 순천시 의회가 재의결하여 재의결 무효 확인소송을 제기하였음

(2) 쟁점사항

원고가 해당 사무를 민간에 위탁할 경우 피고의 사전 동의를 받도록 조례안

40) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121; 동지 대법원 2011.2.10. 선고 2010추11 판결.

을 개정하는 것이 지방자치단체장에게 부여된 집행권한을 침해하는 것으로서 법령에 위반되는지 여부가 문제임

(3) 대법원의 판단

「헌법」 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조에 의하면, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있고, 지방자치법은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있으므로, 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 위와 같은 지방자치단체장의 고유권한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있음.⁴¹⁾ 그런데 지방자치단체가 그들의 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 활용하는 한편, 국민생활과 직결되는 단순행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이라 할 것인바, 이러한 민간위탁은 한편으로 제도의 취지에 반하여, 보조금의 교부 등으로 비용이 더 드는 경우가 있고, 공평성의 저해 등에 의한 행정서비스의 질적 저하를 불러올 수 있으며, 위탁기관과 수탁자 간에 책임 한계가 불명확하게 될 우려도 있고, 행정의 민주화와 종합성이 손상될 가능성도 있으므로 지방자치단체장이 일정한 사무에 대해 민간위탁을 하는 경우 위와 같은 단점을 최대한 보완하여 민간위탁이 순기능적으로 작용하도록 할 필요가 있음

여기에 「지방자치법」 제104조 제3항에서 지방자치단체의 장은 그 권한에 속하는 사무 중 주민의 권리·의무와 직접 관련이 없는 사무에 대해서는 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 민간에게 위탁할 수 있다고 규정함으로써 지방자치단체 사무의 민간위탁과 관련하여 조례 등에 의한 한계 설정을 예정하고 있는 점을 아울러 고려하여 보면, 이 사건 조례안이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율

41) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결; 대법원 2000. 6. 13. 선고 99추92 판결.

성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁 권한을 지방자치단체 장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없음

3. 소결

법치주의와 민주주의 원리에 비추어 볼 때 지방자치단체의 자치입법권에 대한 근거와 한계는 간단한 문제가 아님. 지방자치가 본격적으로 시행된 이래로 그 결과에 대한 평가가 간단하지 않음

그러나, 좁은 국토와 전국적인 평등의식을 감안할 때 중앙집권적인 요소가 더 필요하다는 입장도 있음

앞에서 본 국회미래헌법연구회의 자료처럼 정보화와 세계화의 흐름 속에서 국가경쟁력 강화를 이유로 지방자치를 보다 강화하여야 한다는 주장도 강력하게 제기되고 있음

지방자치는 국민의 기본권을 보장하고 삶의 질을 높이려는 국가의 기능을 최대화하기 위한 것이므로 충분한 논의를 거친 후 현행 제도의 개선을 살펴보아야 할 것임

제3절 지방의회와 지방자치단체장의 권한과 상호관계

1. 지방의회와 지방자치단체장의 고유권한

가. 지방의회와 지방자치단체장의 지위

(1) 지방의회의 지위

지방의회는 「헌법」 제118조에서 규정한 기관이므로 법률에 의해 지방의회를 두지 않거나 이를 다른 조직으로 대체하는 것은 가능하지 않음⁴²⁾

42) 박균성, 앞의 책, 108면.

대표제 원리에 입각하여 주민의 선거에 의하여 선출된 의원으로 구성되는 의사 결정기관으로서 다수결의 원리에 의하여 주민의 의사를 형성 결정하는 회의제 기관임. 단순히 단체장의 자문이나 집행과정에 참여·감시하는 정도의 기능만을 가지고 있는 것은 아님.⁴³⁾ 헌법으로 보장된 지방의회는 법률로써 그 지위를 보장 받고 있음

이러한 지방의회는 주민을 대표하고 지방자치단체장의 행정집행 권한을 견제하면서 감시하고 지방자치단체의 행정을 민주적으로 능률적으로 공정하게 집행하도록 하는 지위를 가진다고 볼 수 있음⁴⁴⁾

지방의회는 주민대표기관, 해당 구역 내의 최고 의결기관, 지방자치단체 내부에서 집행기관의 행정을 통제하는 기관, 조례의 제정 및 개폐에 대한 의결권을 갖는 자치입법기관으로서의 지위를 가짐

지방의회에 대해 행정기관으로서의 지위를 갖는다는 견해가 있음.⁴⁵⁾ 그 이유로 지방의회가 집행부의 구성부분인 지방자치단체를 구성하고 있고 지방의회는 입법권도 시원적인 입법권이 아니라 명시적으로 법령에 의한 자치권의 승인에 근거하여 나오는 것을 들고 있음.⁴⁶⁾ 그러나 지방의회는 달리 보아야 할 것임. 우리나라 현실 정치 상황에 비추어 볼 때 국회의원의 지방의회의원과 지방자치단체장에 대한 공천권 행사나 실질적 영향력 등을 감안하더라도 지방의회는 자치입법권을 행사하므로 넓은 의미의 행정으로 보는 것은 문제가 있다고 할 것임

우리 헌법 속에서 지방자치단체와 지방의회를 행정부(집행부)에 속하는 행정기관의 일종으로 한정짓는 논거를 찾아보기 어렵다는 견해⁴⁷⁾도 같은 입장임. 지방의회는 헌법상 지방자치단체의 필수적 기관으로서 그 구성원인 의원을 선거하도록 되어 있으므로 행정기관으로 보는 것은 타당하지 않다고 할 것임

(2) 지방자치단체장의 지위

43) 김홍욱, “지방자치단체장과 의회와의 관계”, 지방자치논단 제1권 제1호, 2000, 164면.

44) 김진운·이정훈, “권력분립의 측면에서 본 지방의회와 지방자치단체장의 갈등과 협력”, 한국지방자치연구 제12권 제3호 통권32호, 2010, 72면.

45) 홍정선, 「신지방자치법」, 219-220면.

46) 홍정선, 「신지방자치법」, 219-220면.

47) 문상덕, “국가와 지방자치단체 간 입법권 배분”, 제3회 공법학자대회 제4분과 발표집, 2012.6.28., 52면.

지방자치단체의 장으로서 특별시에는 특별시장, 광역시에는 광역시장, 특별자치시에 특별자치시장, 도와 특별자치도에 도지사를 두고, 시에는 시장, 군에 군수, 자치구에는 구청장을 둠(「지방자치법」 제93조)

이러한 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 법적으로 대표하며, 지방자치단체의 최고 집행기관으로의 지위를 가짐. 또한 지방자치단체의 사무를 통할하고 관리·집행함(「지방자치법」 제101조, 제103조). 그리고 지방자치단체의 장은 국가 등의 권한을 기관위임 받아 처리하는 경우에는 국가 등의 기관으로 그 지위를 가짐⁴⁸⁾

나. 지방의회와 지방자치단체장의 권한

(1) 지방의회의 권한

조례 제·개정권과 재정·경제에 관한 의결권 및 대집행기관 통제에 관한 권한(행정감사권·조사권) 이외에 의회 자체의 구성과 운영을 위한 선거권·선임권과 자율권을 가지고 있음

(2) 지방자치단체장의 권한

지방자치단체장은 지방자치단체를 대표하는 대표권, 행정사무의 관리집행권, 소속 직원에 대한 인사권과 지휘감독권, 기관 및 시설의 설치권, 규칙 제정권 및 지방의회에 관한 권한(관여권)을 가지고 있음

2. 지방의회와 지방자치단체장의 관계

가. 지방자치단체장과 지방의회의 상호 관계

지방자치단체장과 지방의회의 관계는 상호 견제와 균형의 원리를 바탕으로 하고 있음. 지방자치의 성과를 극대화하여 주민복지 향상을 도모하고 국가발전에 기여하기 위하여 어느 한쪽이 책임을 완수하지 못했거나 양 기관 사이에 이견이 있을 때 행정운영에 지장이 없도록 상호 견제하는 권한을 부여함과 동

48) 박균성, 위의 책, 122면; 이기우, “지방자치단체장의 권한과 책임”, 한양법학 제22집, 2008, 55면.

시에 상호의견이 대립되는 경우에는 조정수단도 규정하고 있음⁴⁹⁾

나. 지방자치단체장과 지방의회 간의 권한

(1) 지방자치단체장의 권한

지방자치단체장은 의회소집 요구 및 의안제출권, 재의요구권, 선결처분권, 출석·답변권이 있음

(2) 지방의회의 권한

지방의회는 조례제정권, 예산의결권, 결산승인권, 행정사무 감사·조사권, 출석·답변 요구권 등을 가지고 있음

3. 대법원 판결 분석

가. 주요업무 자체평가에 관한 조례안재의결무효⁵⁰⁾

(1) 사실관계

제주특별자치도의회가 2006. 4. 21. 제주도 주요업무 자체평가에 관한 조례안을 의결하여 제주특별자치도지사에게 이송하였고, 제주특별자치도지사는 2006. 5. 12. 위 조례안이 「정부업무평가기본법」 제18조 제5항에 위반된다는 이유로 재의요구 하였으나, 제주특별자치도의회는 2006. 6. 20. 위 조례안을 원안대로 재의결함으로써 이 사건 조례안이 확정되었음

(2) 쟁점사항

「정부업무평가기본법」 제18조에서 지방자치단체의 장의 권한으로 정하고 있는 자체평가업무에 관한 사항에 대하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 내용의 조례를 제정하는 것이 허용되는지 여부가 문제되었음

49) 최민수, 「지방의회운영」, 서강출판사, 2006, 133면.

50) 대법원 2007. 2. 9. 선고 2006추45 판결.

(3) 대법원의 판단

「지방자치법」 제15조 본문은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하는바, 여기서 말하는 ‘법령의 범위 안에서’란 ‘법령에 위반되지 않는 범위 내에서’를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없음⁵¹⁾

또한 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 할 수 없고,⁵²⁾ 또한 개별적이고 중복적으로 실시되고 있는 각종 정책 등에 대한 평가를 통합·체계화하고 소관 정책을 스스로 평가하는 자체평가를 정부업무평가의 근간으로 하여 자율적인 평가역량을 강화하고, 지방자치단체와 공공기관을 포함한 정부업무 전반에 걸쳐 통합적인 성과관리체계를 구축하기 위하여 제정된 「정부업무평가기본법」 제18조에서는 지방자치단체의 장은 그 소속기관의 정책·사업·업무 등을 포함하여 자체평가를 실시하여야 하고(제1항), 지방자치단체의 장은 자체평가조직 및 자체평가위원회를 구성·운영하여야 하며, 이 경우 평가의 공정성과 객관성을 담보하기 위하여 자체평가위원의 3분의 2 이상은 민간위원으로 하여야 하고(제2항), 지방자치단체의 장은 정부업무평가시행계획에 기초하여 소관 정책 등의 성과를 높일 수 있도록 제15조 각 호의 사항이 포함된 자체평가계획을 매년 수립하여야 하며(제3항), 행정자치부장관은 평가의 객관성 및 공정성을 높이기 위하여 평가지표, 평가방법, 평가기반의 구축 등에 관하여 지방자치단체를 지원할 수 있고(제4항), 그 밖에 지방자치단체의 자체평가의 대상 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체의 장이 정하도록(제5항) 하고 있으므로, 정부업무평가기본법 소정의 자체평가업무는 지방자치단체의 장의 권한에 속한다고 할 것이고, 따라서 「정부업무평가기본법」 제18조에서 지방자치단체의 장의 권한으로 정하고 있는 자체평가업무에 관한 사항에 대하여 지방의회가 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입하는 정도가 아니라 사전에 적극적으로 개입하는 내용을 지방자치단체의 조례로 정하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것임. 그런데 이 사건 조례안 중 자체평가의 지침작성에 관한 제8조, 자체평가 계획의 수립에 관한 제9조, 정기평가에 관한 제10조, 자체평가결과의 처리에 관한 제11조 등은 법령의 근거 없이 지

51) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추51 판결.

52) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결; 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결.

방의회가 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입한 정도를 넘어서서 직접 자체평가의 대상 및 절차 등을 규정하는 것으로서 「정부업무평가기본법」 제18조에 위반된 규정이라고 할 것이고, 그 각 규정이 법령에 위반된 이상, 설사 다른 규정이 법령에 위반되지 아니한다고 하더라도 이 사건 조례안에 대한 재의결은 그 효력을 모두 부정할 수밖에 없으므로,⁵³⁾ 이 사건 조례안에 대한 재의결의 효력 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유가 있음

나. 행정사무감사 및 조사에 관한 개정조례안 재의결 무효확인⁵⁴⁾

(1) 사실관계

서초구의회가 2010. 10. 15. ‘서울특별시 서초구 행정사무감사 및 조사에 관한 조례 중 일부 개정 조례안을 의결하여 그 무렵 서초구청장에게 이송하였고, 서초구청장은 2010. 11. 8. 위 조례안이 법령에 없는 새로운 견제장치를 만들어 집행기관의 고유권한을 침해한다는 이유 등으로 재의를 요구하였으나, 서초구의회는 2010. 12. 20. 원안대로 재의결함으로써 위 조례안을 확정하였음. 위 조례안에 의하면, 서초구의회 의원이 행정사무의 감사 및 조사에 관한 의정활동에 필요하여 사무국장을 통해 관련 부서에 자료제출을 요구한 것에 대하여, 해당 공무원이 이를 성실히 이행하지 않았을 경우 의회의 의결로 그의 징계를 요청할 수 있다는 취지를 규정하고 있음

(2) 쟁점사항

지방의회가 법령에 규정이 없는데도 집행기관의 고유권한을 침해하는 새로운 견제장치를 만들 수 있는지 여부와 지방의회가 의결로 집행기관 소속 특정 공무원에 대하여 의원의 자료제출 요구에 성실히 이행하지 않았다는 구체적인 징계사유를 들어 징계를 요구할 수 있다는 취지의 ‘서울특별시 서초구 행정사무감사 및 조사에 관한 조례 중 일부 개정 조례안’의 위법여부가 쟁점임

(3) 대법원의 판단

지방자치법은 지방자치단체의 의사를 내부적으로 결정하는 최고의결기관으

53) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결; 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결.

54) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011추18 판결.

로 지방의회를, 외부에 대하여 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통할하는 집행기관으로 단체장을 독립한 기관으로 두고, 의회와 단체장에게 독자적인 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없음. 지방의회는 조례의 제정 및 개폐, 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 기타 「지방자치법」 제39조에 규정된 사항에 대한 의결권을 가지는 외에 「지방자치법」 제41조 등의 규정에 의하여 지방자치단체사무에 관한 행정사무감사 및 조사권 등을 가지므로, 이처럼 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없음⁵⁵⁾

그런데 이 사건 조례안규정에 따르면, 지방의회가 의결로 집행기관 소속 특정 공무원에 대하여 의원의 자료제출 요구에 성실히 이행하지 않았다는 구체적인 징계사유를 들어 징계를 요청할 수 있다는 것인바, 이 같은 징계요청은 집행기관에 정치적·심리적 압박으로 작용하여 견제수단으로서 실질적으로 기능할 수 있다고 보임. 이 같은 견제장치는 법령에 없는 새로운 것으로서 지방의회가 지방자치단체 장의 소속 직원에 대한 징계권 행사에 미리 적극적으로 개입하는 것을 허용하는 것이므로, 집행기관의 고유권한을 침해하여 위법하다고 할 것임. 따라서 이 사건 조례안에 관한 재의결 효력의 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있음

다. 건축조례 중 개정 조례안 재의결 무효확인⁵⁶⁾

(1) 사실관계

안양시의회가 1998. 11. 7. 안양시 건축조례 중 개정조례안을 의결하여 그 날 안양시장에게 이송하였고, 안양시장이 같은 달 27. 「지방자치법」 제19조 제3항에 따라 재의결을 요구하였으나, 안양시의회는 1999. 2. 6. 원안대로 개정 조례안을 재의결하였음. 개정 조례안은 종전 조례의 제26조의1 제2호 '2종 일반주거지역에 건축할 수 있는 건축물' 중 (나)목 '공동주택(다만, 아파트는 10층 이하로 할 수 있다)'을 '공동주택(다만, 아파트는 15층 이하로 할 수 있

55) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결.

56) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99추23 판결.

다)'로 개정하는 것임

(2) 쟁점사항

지방자치단체장의 재의요구에도 불구하고 지방의회가 조례안을 재의결하였을 경우, 지방자치단체장이 「지방자치법」 제98조 제3항에 따라 법령위반을 이유로 제소할 수 있는지 여부, 2종 일반주거지역에 고층아파트 건축을 허용하는 조례가 「도시계획법시행령」 제15조 제2항 제1호에 저촉되는지 여부가 문제되었음

(3) 대법원의 판단

「지방자치법」 제19조 제3항은 지방의회의 의결사항 중 하나인 조례안에 대하여 지방자치단체의 장에게 재의요구권을 폭넓게 인정한 것으로서 지방자치단체의 장의 재의요구권을 일반적으로 인정한 「지방자치법」 제98조 제1항에 대한 특별규정이라고 할 것이므로, 지방자치단체의 장의 재의요구에도 불구하고 조례안이 원안대로 재의결되었을 때에는 지방자치단체의 장은 「지방자치법」 제98조 제3항에 따라 그 재의결에 법령위반이 있음을 내세워 대법원에 제소할 수 있는 것임. 또한 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있지만, 지방의회가 일반주거지역 내의 건축물의 건축금지 및 제한에 관하여 조례를 제정함에 있어서는 일반주거지역을 1종·2종 및 3종으로 나누어 지정할 수 있게 한 「도시계획법」 제17조 제1항 제1호, 제2항, 같은법 시행령 제15조 제1항 제1호, 제2항의 취지를 따라야 하므로 2종 일반주거지역이 연립주택·저층아파트 중심의 주거환경을 조성하기 위하여 지정되는 곳이라는 범위를 벗어날 수 없음에도 불구하고, 2종 일반주거지역에도 15층 아파트의 건축이 가능하도록 제한의 범위를 넓힘으로써 2종 일반주거지역이 고층아파트 중심의 주거환경이 될 수도 있는 결과를 가져오도록 하는 조례는 주거환경을 보호하기 위하여 건축물의 규모를 제한한 「도시계획법시행령」 제15조 제2항 제1호에 저촉이 됨

라. 사무의 민간위탁에 관한 조례안 재의결 무효확인⁵⁷⁾

(1) 사실관계

57) 대법원 2011.2.10. 선고 2010추11 판결.

서울특별시 중구의회가 2009. 12. 18. “서울특별시 중구 사무의 민간위탁에 관한 조례안”을 의결하여 같은 달 23. 서울특별시 중구청장에게 이송하였고, 서울특별시 중구청장은 2010. 1. 9. 위 조례안이 중구청장의 권한을 침해하여 법령에 위배된다는 이유 등으로 재의를 요구하였으나, 중구의회는 2010. 2. 26. 원안대로 재의결함으로써 위 조례안을 확정하였음. 위 조례안에 의하면, 중구청장은 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), 위탁기간을 연장하여 재협약하고자 하는 경우 위탁기간 만료 30일 전까지 민간위탁 사무처리에 관한 평가를 실시하여 수탁기관의 적정 여부를 판단하여야 한다(제10조 제3항)고 규정하고 있음

(2) 쟁점사항

지방의회의 조례제정권의 범위와 한계, 지방자치단체가 권한에 속한 업무를 민간에 위탁할 수 있도록 한 제도의 취지 및 지방자치단체장이 일정한 사무에 관하여 민간위탁을 하는 경우 고려해야 할 사항과 ‘서울특별시 중구 사무의 민간위탁에 관한 조례안’ 제4조 제3항 등이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것 및 지방자치단체장이 동일 수탁자에게 위탁사무를 재위탁하거나 기간연장 등 기존 위탁계약의 중요한 사항을 변경하고자 할 때 지방의회의 동의를 받도록 한 것 등이 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것인지 여부가 쟁점임

(3) 대법원의 판단

「헌법」 제117조 제1항과 「지방자치법」 제22조에 의하면, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있음. 지방자치법은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있음. 따라서 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 위와 같은 지방자치단체장의 고유권

한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있음⁵⁸⁾

한편 「지방자치법」 제104조 제3항은 지방자치단체의 장은 그 권한에 속하는 사무 중 주민의 권리·의무와 직접 관련이 없는 사무는 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 민간에게 위탁할 수 있다고 규정하고 있음. 또한 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, 국민생활과 직결되는 단순 행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이라 할 것임. 그런데 민간 위탁은 다른 한편으로는 보조금의 교부 등으로 비용이 더 드는 경우가 있고, 공평성의 저해 등에 의한 행정서비스의 질적 저하를 불러 올 수 있으며, 위탁 기관과 수탁자 간에 책임 한계가 불명확하게 될 우려가 있고, 행정의 민주화와 종합성이 손상될 가능성도 있음. 따라서 지방자치단체장이 일정한 사무에 관하여 민간위탁을 하는 경우에는 위와 같은 단점을 최대한 보완하여 민간위탁이 순기능적으로 작용하도록 할 필요가 있음⁵⁹⁾

이러한 제반 사정을 고려하여 보면, 이 사건 조례안이 지방자치단체 사무의 민간위탁에 관하여 지방의회의 사전 동의를 받도록 한 것은 지방자치단체장의 민간위탁에 대한 일방적인 독주를 제어하여 민간위탁의 남용을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 장치에 불과하고, 민간위탁의 권한을 지방자치단체장으로부터 박탈하려는 것이 아니므로, 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없음. 또한 지방자치단체장이 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 하는 데 있으므로, 이에 관한 이 사건 조례안 역시 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없음. 나아가 재위탁 등에 관하여 지방의회의 동의를 받을 기한이나 수탁기관의 적정 여부를 판단할 기한의 설정이 다소 부적절하다는 점만으로 지방자치단체장의 집행권한을 본질적으로 침해한다고 단정할 수도 없음. 결국 원고의 주장은 모두 받아들일 수 없음

58) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결; 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결.

59) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결.

마. 지방의회의장의 위원추천 관련 개정조례안 재의결 무효확인 60)

(1) 사실관계

인천광역시의회가 2007. 9. 8. “인천광역시 민간투자사업 추진에 관한 조례안”을 의결하여 인천광역시시장에게 이송하였고, 인천광역시장은 위 조례안의 일부 내용이 법령에 위반된다는 사유로 재의결을 요구하였으나 인천광역시의회가 2007. 11. 1. 원안대로 재의결하였음

(2) 쟁점사항

지방의회의장이 5인 이내의 시의원을 민간투자위원회 위원으로 추천하여 시장이 임명 또는 위촉하도록 규정하는 것이 가능한지 여부가 쟁점임

(3) 대법원의 판단

지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것은 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 배치되고, 또 집행기관의 인사권에 의장이 개인 자격으로 관여할 수 있는 권한은 없고 조례로써 이를 허용할 수도 없음(대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결 등 참조)

이 사건 조례안 제11조 제3항은 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 위법함(이 조항을 의회의 의결로 피추천인을 결정하여 대표자인 의장 명의로 추천하도록 한 규정이라고 해석하여야 한다는 피고의 주장은 문언의 의미를 벗어난 해석으로서 허용될 수 없으므로 받아들일 수 없음)

바. 연구위원회 설치 및 운영에 관한 조례안 재의결 무효확인⁶¹⁾

60) 대법원 2009.12.24. 선고 2007추141 판결.

61) 대법원 2009.9.24. 선고 2009추53판결.

(1) 사실관계

제주특별자치도의회는 2008. 12. 24. 그 소속 의원이 발의한 ‘제주특별자치도 연구위원회 설치 및 운영에 관한 조례안’을 의결하여 제주특별자치도지사에게 이송하였고, 이에 제주특별자치도지사는 2009. 1. 9. 위 조례안이 법령에 위반된다는 이유로 제주특별자치도의회에게 그 재의를 요구하였으나, 제주특별자치도의회는 2009. 2. 25. 이 사건 조례안을 그대로 재의결하였음

(2) 쟁점사항

지방의회가 「지방자치법」 제116조에 따른 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의할 수 있는지 여부와 지방의회가 지방자치단체장의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수 있는지 여부가 쟁점임

(3) 대법원의 판단

지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되나, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니함(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64 판결 참조). 그리고 「지방자치법」 제101조, 제103조, 제112조, 제127조, 지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정(이하 ‘행정기구규정’이라 한다) 제5조, 제7조, 제36조 제2항의 각 규정을 종합하면, 지방자치법령은 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체의 대표자로서 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 위임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하는 반면 지방의회로 하여금 지방자치단체장의 행정기구 설치권한을 견제하도록 하기 위하여 지방자치단체의 장이 조례안으로써 제안한 행정기구를 축소·통폐합할 권한을 가지도록 하고 있음(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005추48 판결 참조)

이에 더하여, 「지방자치법」 제116조에 그 설치의 근거가 마련된 합의제 행정기관은 지방자치단체의 장이 통할하여 관리·집행하는 지방자치단체의 사무를

일부 분담하여 수행하는 기관으로서 그 사무를 독립하여 수행한다 할지라도 이는 어디까지나 집행기관에 속하는 것인지 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, 「행정기구규정」 제3조 제1항의 규정에 비추어 지방자치단체의 장은 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여 조직편성권을 가진다고 해석되는 점을 종합해 보면, 지방자치단체의 장은 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다고 봄이 상당하므로, 지방의회가 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 위 관련 법령에 위반되어 허용되지 아니함

위와 같은 법리와 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 피고가 「지방자치법」 제116조에 근거하여 원고 소속의 합의제 행정기관으로 이 사건 연구위원회를 설치하는 내용의 이 사건 조례안을 발의하여 의결하고 그에 대한 원고의 재의 요구에도 이를 그대로 재의결한 것은 원고의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하여 이를 침해한 것이므로 법령에 위반이 됨

지방의회가 집행기관의 인사권에 관하여 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입하는 것은 허용되나, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수는 없고, 그에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니함(대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결 등 참조). 이러한 법리와 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 연구위원회는 원고에 소속된 합의제 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 피고가 원고의 인사권에 관하여 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위에 드는 적법한 규정이라고 볼 수 있음

한편 지방자치단체의 일반집행기관인 지방자치단체의 장과 그 교육·학예에 관한 사무의 특별집행기관인 지방자치단체의 교육감은 각각 「지방자치법」 제 105조와 「지방교육자치에 관한 법률」 제20조에 근거하여 각자의 고유한 인사권을 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 조례로써 상호 그 인사권에 관여할 수 있도록 하는 것은 위법함. 따라서 이 사건 조례안 제3조 제2항에서 이 사건 연구위원회의 연구위원 중 2명을 제주특별자치도 교육감이 추천하는 자로 위촉하도록 규정한 것은 원고의 인사권을 사실상 교육감과 공동으로 행사하도록 하여 그에 관한 교육감의 관여를 허용하는 것이고 원고가 스스로 이 사건 연구위원회의 특성을 고려하여 그러한 관여를 허용한 것도 아니므로, 위 규정은 관련 법령에 위배되어 위법함

사. 공기업사장등의임명에관한인사청문회조례안 재의결 무효확인⁶²⁾

(1) 사실관계

전라북도의회가 2003. 7. 25. 전라북도공기업사장등의임명에관한인사청문회조례안을 의결하여 같은 해 7. 28. 전라북도지사에게 이송하였고, 이에 대하여 전라북도지사는 같은 해 8. 9. 위 조례안이 법령에 위반된다는 이유로 재의를 요구하였음. 그러나 전라북도의회는 같은 해 9. 4. 위 조례안을 원안대로 재의결하고 전라북도의회의장이 같은 해 9. 16. 위 조례안을 공포하였음

(2) 쟁점사항

지방자치단체가 설립한 지방공기업 및 출자·출연한 법인의 대표에 대하여 임명 이전에 인사청문회를 거치도록 하는 것이 가능한지 여부가 쟁점임

(3) 대법원 판단

상위법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명·위촉권한을 부여하면서도 임명·위촉권의 행사에 대한 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한 당해 법령에 의한 임명·위촉권은 지방자치단체의

62) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결.

장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 할 것이어서 하위법규인 조례로 쓰는 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 없다고 할 것임(대법원 1993. 2. 9. 선고 92추93 판결 참조)

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

아. 행정사무감사 및 조사에 관한 조례 개정안 재의결무효⁶³⁾

(1) 사실관계

구미시의회가 2003. 5. 9. ‘구미시의회행정사무감사 및 조사에 관한 조례 일부 개정안’을 의결하여 같은 달 13. 구미시장에게 이송하였고, 구미시장은 2003. 6. 2. 개정조례안이 법령에 위반된다는 이유로 재의 요구하였으나, 구미시의회가 2003. 6. 24. 원안대로 재의결함으로써 개정조례안이 확정되었음

(2) 쟁점사항

지방의회가 집행기관의 행정작용에 대하여 그 시정뿐만 아니라 관계자의 문책까지 요구할 수 있는지 여부가 쟁점사항임

(3) 대법원의 판단

「지방자치법」(이하 법이라 함)은 지방자치단체의 의사를 내부적으로 결정하

63) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결.

는 최고의결기관으로 지방의회를, 외부에 대하여 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통할하는 집행기관으로 단체장을 독립한 기관으로 두고, 의회와 단체장에게 독자적인 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없는 것인바, 지방의회는 조례의 제정 및 개폐, 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 기타 법 제35조에 규정된 사항에 대한 의결권을 가지는 외에 법 제36조 등의 규정에 의하여 지방자치단체사무에 관한 행정사무감사 및 조사권 등을 가지므로, 이처럼 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없음⁶⁴⁾

그런데 법 제36조 제7항은 행정사무 감사와 조사를 위하여 필요한 사항은 「국정감사 및 조사에 관한 법률」에 준하여 대통령령으로 정하도록 규정하고 있는바, 「국정감사 및 조사에 관한 법률」 제16조 제2항은 "감사 또는 조사결과 정부 또는 해당기관의 '시정(관계자의 문책 등을 포함)'을 필요로 하는 사유가 있을 때에는 국회는 그 시정을 요구하고, 정부 또는 해당기관에서 처리함이 타당하다고 인정되는 사항은 정부 또는 해당기관에 이송한다."라고 규정하고 있음에 반하여, 법시행령 제19조 제2항은 "감사 또는 조사결과 당해 지방자치단체 또는 해당기관의 '시정'을 필요로 하는 사유가 있는 때에는 지방의회는 그 시정을 요구하고, 당해 지방자치단체 또는 해당기관에서 처리함이 타당하다고 인정되는 사항은 당해 지방자치단체 또는 해당기관에 이송한다."라고만 규정하여 '시정'에서 '관계자의 문책 등을 포함한다.'는 문구를 배제하고 있음

한편, 법 제96조는 지방자치단체의 장에게 법령에 따라 소속 직원에 대한 임면이나 징계 등에 관한 권한이 있음을 규정하고, 「지방공무원법」 제69조, 제72조에 의하면 지방공무원에게 징계사유가 있을 때에는 인사위원회의 의결을 거쳐 임용권자가 행하도록 규정하고 있음

이러한 관련 법령의 규정에 비추어 살펴보면, 법시행령 제19조 제2항에서 '관계자의 문책 등을 포함한다.'라는 문구를 규정하지 않은 것은 법 제96조에서 지방자치단체의 장이 소속직원에 대한 임면·징계권을 가지도록 하고, 「지방공무원법」 제69조 및 제72조에서 지방공무원에 대한 징계는 인사위원회의

64) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결, 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결, 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결, 1997. 3. 28. 선고 96추60 판결 등 참조.

징계의결을 거쳐 임용권자가 행하도록 하고 있기 때문에 집행기관의 소속직원
에 대한 인사나 징계에 관한 고유권한을 침해하지 않도록 하기 위하여 의도적
으로 배제한 것이지 단순히 착오로 이를 누락한 것이 아니라 할 것이므로, 지
방의회로 하여금 시정뿐만 아니라 관계자의 문책 등까지 요구할 수 있도록 한
개정조례안은 지방의회가 법령에 의하여 주어진 권한의 범위를 넘어 집행기관
의 행정작용에 대하여 직접 간섭하는 것으로서 법령에 없는 새로운 견제장치
를 만드는 것이 되어 결국 상위법령인 법시행령 제19조 제2항에 위반된다고
할 것임

4. 소결

대법원은 「지방자치법」이 의회와 단체장에게 독자적인 권한을 부여하여 상
호 견제와 균형을 이루도록 한 취지를 존중한다고 하지만, 법률에 특별한 규정
이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규
정을 제정할 수 없다는 입장을 고수하고 있음

지방의회는 조례의 제정 및 개폐, 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 기타 「지
방자치법」 제35조에 규정된 사항에 대한 의결권을 가지는 외에 「지방자치법」
제36조 등의 규정에 의하여 지방자치단체사무에 관한 행정사무감사 및 조사권
등을 가지므로, 이처럼 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을
견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은
집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없다고 함

지방자치단체장이 제·개정된 규칙의 내용이 지방의회의 조례를 위반하거나
상치될 때, 지방의회는 그 규칙을 폐기하는 내용의 조례를 제정할 수 있음. 또
한 사전에 규칙 즉 조례의 위반성을 지적하는 절차를 국회의 대통령령 통제방
법과 같이 강화할 필요성이 있음

제4절 결론

우리 헌법의 지방자치관련 규정은 지나치게 단순하고, 지방자치의 구체적 내
용의 대부분을 법률에 유보하고 있어 지방자치권의 적극적 보호를 위한 기본
결단으로는 부족하다고 아니할 수 없음

자치입법권과 관련하여 국회입법권에 대한 자치입법권의 배분문제, 「헌법」 제37조 제2항의 자치입법권에 대한 적용배제문제 등을 명확히 규정하여야 할 것임. 경우에 따라서는 헌법 개정 없이 지방자치법 등 법률적 차원의 개선이 요구가 됨. 또한 다른 접근 방법으로 국회 입법과정에 지방자치단체가 적극적으로 참여하는 것도 검토해야 함

현행 헌법에서 국회에 상설 지방분권특별위원회 신설과 지방자치단체의 법률안 제출제도 등을 도입하자는 것임

국가의 발전과 미래를 위하여 지방자치활성화가 필요하다는 공감대가 확장되고 있는 만큼 보다 적극적인 대응이 필요하다고 할 것임

지방자치본질에 대한 헌법재판소 결정을 분석하면 중앙정부와 지방자치단체의 수직 관계를 전제로 현행 지방자치법이 합헌임을 인정하고 있음. 오랜 기간 동안의 중앙집권체제 아래에서 제정된 법령에 따라 지방자치단체의 업무 중 국가사무 수행 비율이 상당히 높음

지방자치단체들의 행정역량 부족과 지역이기주의 형태에 따른 불신으로 법률로써 국가사무로 규율하는 경향에 기인하는 면이 있으나 앞으로는 지양되어야 할 것임

자치입법권의 한계에 대하여 대법원은 종래의 판례를 유지하고 있음. 논란이 되고 있는 「헌법」 제117조와 「지방자치법」 제22조 단서의 관계를 합헌이라고 판단하고 있음

지방자치단체의 자치재정권에 대해서도 국회의 입법으로 결정되는 것이 자치재정권의 본질을 침해하지 않는 한 문제가 없다고 판시하였음

지방의회와 지방자치단체장과의 상호관계를 견제와 균형원리에 입각하여 판단하고 있음 즉 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하는 것에 대해 믿음을 가

지고 있음

그러한 입장에서 서로의 고유권을 보호하고 상대방에 대한 권한 침해를 인정하지 않고 있음. 지방의회가 공익을 위하여 지방자치단체장의 인사권 침해하는 조례는 허용하지 않고 있음

하지만 지방자치단체장이 제·개정된 규칙이 조례를 위반하는 경우를 대비하여 국회의 대통령령 통제방법을 참고하여 지방의회의 행정입법 통제의 필요성이 있음

결국, 현행 헌법의 존재와 무흠결성을 전제로 하는 헌법재판소와 대법원의 지방자치와 관련된 판단에 대해 지방자치제도의 변화를 인정하자는 입장에서는 불만이 있을 수 있음

그러나 사법부의 이러한 해석은 국법질서 확립과 법적 안정성을 위하여 타당한 면이 있다고 할 것이므로 중요한 해결방안은 지방자치법과 헌법개정논의와 그 실천에 의해서 마련해야 할 것임

제 4 장



지방의회의 행정입법 통제강화 방안

제1절 현행 지방자치의 문제점과 「지방자치법」 해석의 한계

제2절 지방자치제도의 이론적 검토

제3절 비교법적 고찰

제4절 행정입법통제를 위한 지방자치제도의 개선방향

제4장 지방의회의 행정입법 통제강화 방안

제1절 현행 지방자치의 문제점과 지방자치법의 해석의 한계

1. 지방의회관련 현행 지방자치의 문제점

지방의회는 주민의 직접투표로 구성되어 민주적 정당성과 지역대표성을 지니고 있음

지방의회는 단순한 지방자치단체의 하부기관이나 행정기관이 아니라, 의결기관으로써 지방자치단체의 의사결정기관이며 집행기관을 감독하고 예산과 결산을 감독하는 지방재정 통제기관이자 자치입법을 재정하는 입법기관임

하지만 행정법학계의 학설은, 현재 지방의회의 조례제정권에 대하여 행정입법으로서의 속성을 가지며 지방의회는 입법기관이 아닌 특수한 행정입법기능을 수행하는 행정기관으로 해석하는 견해⁶⁵⁾와 「헌법」 제117조는 국회의 입법권(「헌법」 제40조)에 대응하여 지방의회에 대하여 지방행정기관과 구별되는 입법기관의 지위를 부여한 것으로 해석⁶⁶⁾하는 견해가 존재함

우리나라 헌법은 제8장 지방자치에 관한 장을 두고 있지만, 단 두 조문만을 두고 있음⁶⁷⁾ 다만 지방자치단체에 의회를 두는 것은 헌법사항이므로 지방의회 제도를 폐지할 수 없지만 지방의회의 조직·권한·의원선거는 법률사항으로 하고 있음

또한 헌법은 의원선거라는 표현을 쓰지만 지방자치단체장의 선거라는 표현을 사용하지 않고, 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 하고 있음

65) 현재는 지방의회를 지방행정기관의 일부로 보는 것이 다수설적인 견해로 보여진다(전훈, “지방의회 제도개선을 위한 법제정비 방안”, 공법학연구 제12권 제4호, 2011, 62면).

66) 이기우·하승수, 「지방자치법」, 대영문화사, 2007, 233면

67) 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

제118조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다. ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

그러므로 헌법수준에서는 지방자치의 올바른 정착과 발전을 위한 지방의회의 역할과 지방의회와 지방자치단체의 집행기관과의 관계에 대해 침묵하고 있어서, 중대한 문제를 가지고 있으며 지방자치관계법령의 해석에 있어서도 헌법적 한계가 있음

즉, 현행 헌법은 지방자치에 관하여 지방자치단체의 사무에 관한 규정과 자치입법권에 관한 규정 그리고 지방의회를 두도록 규정하고 있지만, 지방자치단체의 종류와 구성에 대해서는 법률에 위임하고 있을 뿐, 그 구체적인 내용과 본질적 한계 및 중요 사항을 직접 헌법에 규정하고 있지 않으며, 이러한 헌법의 태도는 지방분권이 헌법적 차원의 원칙으로 이해되기 이전에 제정된 역사적 배경⁶⁸⁾과 경제발전을 위해 중앙집권적으로 국가가 운영된 현실에 바탕을 두고 있음

「헌법」 제117조 제1항은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 자치입법권을 부여하고 있고, 그 자치입법에는 조례와 규칙이 있으나 법령에서 획일적으로 자치사무를 규정하고, 자치입법은 행정입법의 변화에 따라 영향을 받을 수밖에 없는 구조로 되어 있어서 지방의회의 입법권이 현실적으로 많은 제약을 받고 있음

지방자치단체의 자주재정권은 지방자치단체의 자기책임성을 보장하고 지방자치단체가 자율적으로 현실에 맞는 주민복지실현을 하는 수단이 되므로 당연히 보장되어야 하는 것으로 해석되지만 헌법은 이에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않음

지방자치와 분권이 특정이해집단 혹은 정권의 이해관계에 따라 그 실현 정도와 본질이 심각히 훼손될 위험성도 존재하고 또한 지방자치의 본질에 대한 학설의 견해도 일치하지 않음으로 지방자치가 정치적 이해관계에 따라 많은 영향을 받을 가능성이 상존함⁶⁹⁾ 또한 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있기에, 시·군·구와 같은 기초지방자치단체는 물론이고 시·도와 같은 광역자치단체도 헌법차원의 보호를 받지 못하고 있음

지방자치의회는 지방자치단체를 존재를 전제로 함으로, 입법자가 지방자치법

68) 전훈, “지방분권을 위한 헌법개정”, 부산분권혁신운동본부 주체 자료집, 2008. 7. 21, 26면 참조

69) 이기우, “지방자치 기반강화를 위한 헌법개정”, 한국지방자치학회보 제17권 제4호, 2005, 8면 참조

을 개정하여 지방자치단체의 종류와 수준을 변경할 가능성이 존재함으로써 지역주민의 대표기관인 지방의회가 영향을 받게 됨

그래서 주민의 대표기관인 지방의회에 대표성과 입법기관의 성격이 부각되고 헌법적으로 보장될 필요성이 제기됨

지방분권을 통해 국가경쟁력을 강화하고 지방자치의 이념실현을 통해서 지방자치를 강화하기 위해서는 지방자치에 있어서도 권력분립원리를 통하여 견제와 균형의 원리가 적절히 행사될 수 있는 법제도적 설계와 적용이 필요함

우리의 경우는 기관분리형으로 지방자치단체를 구성하고 있으나, 현실적으로 지방의회의 입법기능과 지방자치단체장에 대한 견제기능이 약한 것으로 평가되고 있음

주민복리에 직결되는 조례를 제정하는 지방의원에 대한 지원체제가 미약하고 전문적인 입법활동에 대한 보좌기구가 미약한 것으로 평가되고 있으며, 이로 인하여 지방의회위상에 대한 주민들과 공무원의 의식도 낮은 것으로 평가됨

지방자치단체장은 지방의회 소집을 요구할 수 있으며, 조례안을 비롯하여 각종 의안을 제출할 수 있고, 예산안의 편성 및 제출권, 재의요구권, 선결처분권, 경우에 따라 주민투표를 실시할 수 있는 권한으로 지방의회를 견제하고 있음

이에 반하여, 지방의회의 경우, 전문적이고 이해조정적 입법활동을 지원할 인력이 부족할 뿐만 아니라, 집행기관에 대한 감시·감독기관으로서 의회의 독립성을 유지할 수 있는 제도적 기반이 약하다고 평가됨. 예를 들면, 의회사무처공무원의 인사권과 임용권한이 지방의회에 부여된 것이 아니라, 지방자치단체의 장에 부여되어 있는 것은 지방의회와 집행기관이 상호 독립을 통해 견제와 균형을 추구하는 권력분립의 원칙에도 반함

2. 지방의회와 집행기관관련 지방자치법규정

가. 지방자치단체의 구성형태

지방자치단체는 지방자치단체의 의사를 결정하는 헌법기관인 지방의회와 단체의사를 집행하는 집행기관으로 구성되어 있으며, 현재는 입법기관으로서 지방의회가 있으며 집행기관으로서 일반 행정기관과 교육 행정기관이 있음

우리나라의 지방자치단체는 지방의회와 집행기관 모두 주민이 직접 선출하여 기관분립형을 채택하고 있지만 지방의회와 집행기관의 관계는 강시장-약의회라고 평가됨

나. 단체장의 일반권한과 의회에 대한 견제권한 (서울특별시의회 정책능력강화)

(1) 단체장의 일반적 권한

(가) 지방행정의 통할대표권 및 직원에 대한 임명권

지방자치단체의 장은 당해 자치단체를 대표하고 그 사무를 총괄하며⁷⁰⁾ 그 지방자치단체의 사무와 법령에 따라 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행하고⁷¹⁾, 소속 직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리함⁷²⁾

(나) 사무의 위임·위탁권

지방자치단체장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 따라 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속행정기관, 또는 하부 행정기관에 위임할 수 있고, 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관에 위임 또는 위탁할 수 있고, 조례와 규칙이 정하는 바에 따라 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 않는 사무를 법인·단체·기관이나 개인에게 위탁할 수 있음⁷³⁾

(다) 규칙제정권

지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는

70) 「지방자치법」 제101조

71) 「지방자치법」 제103조

72) 「지방자치법」 제105조

73) 「지방자치법」 제104조

사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있는 바⁷⁴⁾, 규칙의 제정에는 반드시 조례의 위임이 필요한 것이 아니라, 법령의 위임으로도 조례를 제정할 수 있음

(2) 지방자치단체장의 의회에 관한 권한

(가) 의안발의권 및 출석발언권

지방의회에서 의결할 의안은 지방자치단체의 장이나 재적의원 5분의 1이상 또는 의원 10명 이상의 연서로 발의함으로, 지방자치단체는 단독 발의할 수 있음⁷⁵⁾ 또한 지방자치단체장이나 관계 공무원은 행정사무의 처리사항을 보고 하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있음

(나) 조례공포의무 및 재의요구권

일반적으로 지방자치단체장의 조례공포권이라고 표현되지만, 지방자치법은 명시적으로 공포권을 부여한 것은 아니며(「지방자치법」 제101조 내지 제106조 참조), 지방자치단체장에게 조례안을 이송 받으면, 20일내에 공포할 의무를 부과하고 있음(동법 제26조 제2항). 그런데 지방자치단체장은 이송 받은 조례안에 이의가 있으며, 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고, 재의를 요구할 수 있음. 지방자치단체장은 조례안의 일부에 대해서 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없으나(동법 제26조 제3항) 재의요구의 사유에는 법률상 아무런 제한이 없음

재의를 요구한 안건에 대해 지방의회에서 재적 의원 과반수의 출석과 출석 의원 3분의 2의 찬성으로 재의결하면 조례안은 확정되지만, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 20일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있음(동법 제107조 제3항). 이 경우는 전형적인 기관소송에 해당함

(다) 예산편성제출의무 및 재의요구권

통상은 예산편성제출권이라고 표현되지만, 지방자치법은 지방자치단체장에게 회계연도마다 예산안을 편성하여 시·도는 회계연도 시작 50일전, 시·군 및 자

74) 「지방자치법」 제23조

75) 「지방자치법」 제66조

치구는 회계연도 시작 전 40일 전까지 의회에 제출할 의무를 부과하고 있음(동법 제127조)

지방의회는 지방자치단체장의 동의 없이 지출 예산 각 항의 금액을 증가하거나 새로운 비용항목을 설치할 수 없음(동법 제127조). 예산안은 시·도의회는 회계연도 시작 전 15일 전까지, 기초의회는 10일 전까지 의결해야 하는데, 새로운 회계연도가 시작될 때까지 예산안이 의결되지 못하면, 일정한 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있음(동법 제131조)

지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 예산상 집행할 수 없는 경비를 포함하고 있다고 인정되면, 그 의결을 이송 받은 날로부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있음. 또한 법령에 따라 지방자치단체가 의무적으로 부담해야 할 경비, 비상재해로 인한 시설의 응급복구를 위하여 필요한 경비를 줄이는 의결을 한 때에도 재의요구를 할 수 있음(동법 제108조)

(라) 임시회 소집요구권

지방자치단체장은 지방의회의 임시회 소집을 요구할 수 있음(동법 제45조)

(마) 선결처분권

지방자치단체의 장은 지방의회가 성립되지 아니한 때와 지방의회의 의결사항중 주민의 생명과 재산보호를 위해 긴급하게 필요한 사항으로 지방의회를 소집할 시간적 여유가 없거나 지방의회에서 의결이 지체되어 의결되지 아니할 때에는 선결처분을 할 수 있음(동법 제109조), 선결처분은 지체 없이 지방의회에 보고하여 승인을 받아야 하며, 승인을 받지 못하면 그 선결처분은 그때부터 효력이 상실됨(동법 제109조)

다. 지방의회의 권한

(1) 의결권

지방의회는 주민의 대표기관으로 지방사무의 수행을 위한 의결권을 행사하지만, 지방자치법은 지방의회의 의결사항을 제한적으로 열거하고 있음(동법 제

39조), 제한적 열거주의 하에서는 법령 또는 조례로 열거되거나 규정되지 않은 경우에는 의회의 의결권이 배제됨⁷⁶⁾

조례는 지방의회의 의결을 거쳐야 함으로 지방의회의 의결권중 가장 중요한 권한은 조례제정권임

(2) 행정사무의 감사·조사권

지방의회는 행정사무의 감사·조사를 통해 집행기관을 감시 견제할 수 있음. 지방의회는 매년 1회 그 지방자치단체의 사무에 대하여 시·도에서는 14일의 범위에서, 시·군 및 자치구에서는 9일의 범위에서 감사를 실시하고, 지방자치단체의 사무 중 특정 사안에 관하여 본회의 의결로 본회의나 위원회에서 조사할 수 있음(동법 제41조)

(3) 주민 청원의 심사 및 처리

주민은 지방의회에 청원할 권리를 가지고 있으며, 지방의회에 청원을 하려는 자는 지방의회의원의 소개를 받아 청원서를 제출함(동법 제73조). 지방의회의 의장은 청원서를 접수하면 소관 위원회나 본회의 회부하여 심사하게 하며, 지방의회가 채택한 청원으로서 그 지방자치단체의 장이 처리하는 것이 타당한 청원은 의견서를 첨부하여 지방자치단체의 장에게 이송함(동법 제76조)

3. 지방자치법규 해석론의 한계

현행 헌법은 지방자치의 중요성을 인정하여 독립된 장으로 지방자치를 규정하고 있음에도 불구하고 단 두 개의 조문을 두고 있음(대한민국 「헌법」 제8장 지방자치)

지방의회는 헌법기관으로 반드시 지방자치단체에는 의회를 두어야 하고, 지방의회의 조직·권한·의원선거는 법률로써 정하도록 하고 있음. 헌법은 지방의원선거라고 명시적으로 표현하고 있으나, 지방자치단체장의 경우는 선거라고 하지 않고 선임방법이란 표현을 사용하고 있음. (동법 제118조 제2항)

현행 헌법은 지방자치에 관하여 광범위한 입법형성의 자유를 인정하고 있고

76) 진두생, 「지방의회론」, 한국학술정보, 2010, 183면

자치입법권의 범위를 법령의 범위 안으로 한정지우고 있으며, 지방자치단체와 중앙정부의 관계에 대한 명시적 규정이 없을 뿐만 아니라, 지방자치단체의 입법기관과 집행기관의 관계에 대해서도 침묵하고 있음

헌법의 정신을 구현하기 위하여, 지방자치법을 두고 있음

제2절 지방자치제도의 이론적 검토

1. 지방자치의 본질과 기능

가. 지방자치의 본질

지방자치의 본질은 지방자치단체의 역할과 중앙정부와의 권한 배분에 있어서 이론적 기초를 제공하는데 행정법학계에서는 고유권설, 전래설 그리고 신고유권설이 주장되고 있음

(1) 고유권설

지방자치단체는 국가 이전부터 지역민들의 자연적인 결합체라는 시각에서 출발함. 즉 지방자치단체는 중앙정부이전에 형성되었고 따라서 지방자치단체는 국가에 의해 부여되었거나 창설된 것이 아니라 다만 국가에 의해서 확인되거나 추인된 것뿐이라는 입장임

그러므로 지방자치권은 지방의 고유한 권리라는 결론에 이르고, 지방자치단체 또한 기본권의 향유주체로서 지방자치권을 주장할 수 있으며 국가권력에 의해서도 침해될 수 없는 절대적 권력임

(2) 전래설

국가권력은 단일성을 바탕으로 하므로 국가로부터 나오지 않는 고권은 있을 수 없으며 국가만이 배타적으로 권력을 독점하고 있다는 전제에서 출발한 것이 전래설임. 즉 지방자치단체가 행사하는 권력인 지방자치권은 국가로부터 나오며 지방자치단체는 국가에 의해 설립되고 그 권리가 국가에 의해 주어짐

(3) 신고유권설

신고유권설은 자치권을 고유한 권리라는 결론에는 고유권설과 같은 입장이지만 그 근거를 자연권에서만 찾는 것이 아니라 헌법의 해석상 지방자치단체의 고유한 자치권을 도출할 수 있다는 견해임. 이 학설은 주로 일본에서 주장되고 있으며 현재 일본의 다수견해로 보임

신고유권설은 헌법의 기본권보장원리와 국민주권사상에 근거하여 지방자치단체의 본질을 찾고 있으며 헌법의 해석으로도 자치권은 자연권적 성격을 갖고 있는 것으로 봄. 신고유권설에 의하면 국가와 지방정부를 병립·대응한 지위에 있는 것으로 보고, 국가와 지방정부간 각각 고유한 사무영역을 인정하며, 주민의 기본권보장에 있어서 일차적인 기획·입안사무도 국가가 아닌 지방정부가 수행하는 것이 적절하다고 여김

신고유권설이 등장한 배경은 고유권설에 대한 전래설의 비판을 극복하고 지방자치단체에게 폭넓은 자치권을 보장하기 위해 등장하였음

(4) 소결

현재 공법학계의 다수설은 전래설의 입장으로 보지만 지방자치단체와 국가성립의 선후는 역사적으로 증명될 수도 있지만 한 국가의 역사범위를 어디까지 거슬러 올라가는가에 따라 다른 결론에 이를 수 있으며 또한 세계 모든 나라가 사회적·문화적·역사적으로 반드시 동일한 결론에 이른다고 할 수 없음

그러므로 마치 닭과 달걀 중에서 무엇이 먼저인가의 논쟁과 유사한 성격을 지니고 있음. 그러므로 지방자치와 국가의 관계에서 지방자치단체의 근거를 고유권설 혹은 전래설로 해결하려는 접근에는 한계가 있음

지방자치의 본질에 대한 출발점은 현행 헌법과 시대정신에서 찾아야 할 것이지만 우리 헌법은 지방자치단체와 관련해서는 조문이 너무나 포괄적이고 단순함. 그러므로 헌법규정만의 문헌적 해석만으로는 지방자치단체의 본질과 국가와 지방자치단체의 관계를 정립할 수 없음

헌법해석에 있어서 헌법의 기본원리, 헌법정신 그리고 시대적 요청에 의한 해석이 지방자치를 위치 지우는데 필요할 것임. 전문과 총10장 130개 조문으로 이루어진 우리 헌법에서 지방자치단체는 독립된 한 개 장을 구성하지만 단 2개의 조문으로 되어 있음. 지방자치와 관련하여 헌법정신 그리고 시대적 요청은 학자마다 상이한 견해가 있을 수 있지만 헌법의 기본원리로 거론되는 것들도 궁극적으로는 인간존엄과 행복추구를 보장하는 수단으로 채택된 것임

전문과 130개 조문으로 이루어진 헌법은 한마디로 현세대와 미래세대의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보하기 위해 존재하는 것이므로 헌법의 규정들은 목적에 맞게 해석되어야 할 것임. 그러므로 우리 헌법이 지방자치에 대해 단 2개의 조문을 두고 있음에도 불구하고, 지방자치를 제3장 정부편에 배치하지 않고, 독립된 제8장에 규정하고 있는 점, 시대의 변화와 세계화의 물결 속에서 국가와 지방의 개념이 변화하고, 지방분권강화가 세계적 추세이라는 점, 다양성과 창의성을 통하여 지방자치단체의 경쟁력을 강화하고 주민의 복지실현을 근접한 거리에서 이루기 위해서는 헌법정신에 따라 지방자치의 있어야 할 모습을 실현할 수 있도록 지방자치제도를 설계하고 해석해야함

지방자치를 실현하는데 있어서 국민의 또 다른 표현인 주민의 선거로써 선출되는 지방의회는 단순히 행정기관의 일부 혹은 변형된 형태의 행정기관으로 해석해서는 안되며, 우리 헌법에서도 행정기관에 대비되는 권력분립의 중요 축으로 입법기관으로써의 지방의회를 예정하고 있다고 사고를 전환해야 함

나. 지방자치의 기능

(1) 민주국가의 실현 방안

헌법재판소의 결정례⁷⁷⁾에서도 지적한 바와 같이 지방자치는 국민자치를 지방적 범위에서 실현하는 것으로 지방정치에 직접적인 이해관계가 있는 지역 주민으로 하여금 스스로 결정한다는 풀뿌리민주주의를 그 이념적 배경으로 하고 있음

지방자치는 지역적인 민주주의 표현이며, 법적 의미에서 지방자치는 헌법상

77) 헌법재판소 1991. 3. 11. 91헌마 21 등

민주주의 원리에 의해 지지되고, 분권화된 국가권력을 의미하며 복잡한 현대사회에서 민주주의를 실질적으로 실현할 수 있는 제도임

(2) 다원화사회와 특수성의 반영

지역적 사정과 정서가 다름에도 불구하고 동일한 기준에 의해 국가통치가 이루어진다면, 다원성이 훼손되며, 특수성을 살리지 못함. 중앙집권형국가의 획일적 기준은 결국 국가작용의 비효율성으로 이어지면, 국민통합에도 방해요소가 됨

지방자치는 지역주민에 의하여, 그 지역의 특수성을 감안하여 경제적·문화적·사회적 수요를 감안한 맞춤형 정책과 제도를 실현할 수 있는 수단이 됨. 따라서 지역주민과 지역주민의 대표에 의해서 지역의 특수성을 반영하여 적절하고 민주적인 방식으로 지역사무를 처리하게 됨

(3) 사회통합적 기능수행

지방자치는 지역정치와 정책실현에 당해 지역주민의 참여를 전제로 함으로써 그 지역의 결속과 연대를 강화하여 주민통합뿐만 아니라 나아가 국민통합의 기초를 제공함

다. 지방자치와 제도보장

(1) 지방자치와 기존의 제도보장논의

지방자치의 법적성격에 대해서는 헌법학계의 통설은 제도적 보장설을 바탕으로 지방자치를 규정하는 것으로 설명함. 제도적 보장설은 C. Schmitt에 의해 주창된 학설로서 기본권과 제도를 구별하여 전국가적인 기본권의 보장은 최대한의 보장이며 이에 비해 국가에 의해서 비로소 보장되는 제도보장은 최소한의 보장에 그치지만 그렇다고 해서 그 제도를 폐지할 수 없으며 실질적 내용을 침해하거나 그 본질적 부분을 박탈하는 것은 헌법에 위반한다는 학설임

(2) 제도보장의 의미와 해석

제도적 보장설은 지방자치의 본질과 관련하여 전래설을 바탕으로 하고 있지만 국가가 지방자치를 폐지하거나 말살할 수 없도록 지방자치의 본질적 내용은 법률로써 폐지할 수 없다는 것을 강조함. 제도적 보장은 독일의 특수한 역사상황과 시대 상황을 배경으로 탄생하였고, 지방자치단체의 본질이라도 보호하려던 시대적 사명을 수행하였음. 기본권을 확실히 보호하기 위해 기본권은 최대보장이고 제도적 보장은 최소보장이라고 하였던 접근에 대해 현대적으로는 많은 비판이 가능함. 또한 초기의 제도보장론이 진화하여 제도보장이 항상 최소한의 보장이 되는 것은 아니라 제도보장이 기본권과 관련 있으며 입법형성의 범위 내에서 최대한 보장으로 구체화되어야 한다고 설명되고 있음

이러한 해석은 헌법재판의 심사과정에서 기본권보장에는 과잉금지원칙과 본질적 내용의 침해금지원칙이 적용되고 제도적 보장의 심사에는 본질적 내용침해금지원칙만 적용된다는 공식에서 벗어나 제도적 보장심사에도 과잉금지원칙이 적용될 가능성을 열어 놓았고, 우리 헌법재판소도 지방자치제의 침해여부가 문제된 법률이 동시에 기본권침해와 직결되는 경우 비례의 원칙이나 과잉금지원칙을 적용하고 있음.⁷⁸⁾ 그러나 제도적 보장의 근본적 한계는 지방자치의 본질에 대한 근본의문에 해답을 주는 것이 아니라, 독일의 역사적 특수성에 기반하여 보장의 정도문제로 답하는 차원이 다른 접근법임. 즉, 기본권과 구별되지만 본질적 부분은 침해될 수 없고 박탈할 수 없다고 하지만, 무엇이 본질적 부분인지는 또 다른 논의에 맡기고 있음

2. 권력분립과 지방자치

가. 권력분립의 발전

우리 헌법은 3권력분립을 택하여 입법권은 의회, 행정권은 대통령을 수반으로 하는 행정부에 사법권은 법원에게 부여한 것으로 일반적으로 받아들여지고 있음. 우리가 택한 권력분립은 목적이 아니라, 인간의 존엄과 행복추구 그리고 기본권보호를 위하여 권력의 남용을 미연에 방지하기 위해 역사적으로 등장하여 발전하는 이론임. 그러므로 권력분립의 핵심은 권력에 대한 견제와 통제임

권력분립에 대한 다양한 이론이 존재하였으나, 존 로크와 몽테스키외에 의하

78) 헌법재판소 2006.4.27 선고, 2005헌마1190.

여 완성된 3권 분립의 원리가 오늘날 권력분립의 핵심적 내용을 받아들여짐. 권력분립의 기본원리는 ① 국가권력의 분할 ② 분할된 국가권력 간의 균형 ③ 국가작용의 기능적 배분 ④ 국가권력 간의 통제 등임. 즉, 권력분립의 주요한 의미는 권력분리와 구별 그리고 권력의 억제와 균형을 통한 개인의 자유와 권리보호임. 또한 국가의 조직과 작용의 원리로서 권력분립은 법치국가적 기능, 민주적으로 가장 적합한 국가기관에 기능배분을 통한 국가과제의 분할과 이를 통한 효과적 국가목적의 수행이라는 기능을 추구함

전통적으로 국가권력을 입법권·행정권·사법권으로 분류하고 이를 각각 의회·행정부·법원에 부여하여 이들 국가기관 상호간의 견제와 균형을 달성하는 원칙을 특히 3권 분립의 원칙이라고 함. 전통적인 권력분립은 수평적 권력분립만을 염두에 두고 있었음에도 불구하고, 오늘날에는 국가권력의 수직적인 분립이 또한 중요시됨. 또한 권력분립은 국가권력을 기계적으로 조직적으로 분리하여 실효성이 있는 권력통제를 통한 국민의 자유와 권리보장을 추가하는 초기목표에서 오늘날은 국가권력을 민주적 정당성에 따라 창설하고 그 권력행사의 절차적 정당성을 보장하기 위한 적극적 원리로서의 성격을 갖고 있음. 그러므로 지방자치와 지방분권은 권력분립의 현대적 발전이 수직적 권력분립의 한 형태로 이해할 수 있으며, 민주적 절차와 정당성을 토대로 성립되는 지방의회는 국가권력을 단순히 국민의 자유와 권리보장을 위하여 부여받은 것일 뿐만 아니라 국가권력행사의 절차적 정당성을 강화하고 적극적인 민주주의 실현 방식으로서 풀뿌리 민주주의이면서 권력분립의 실질적 실현에 해당함

나. 수직적 권력분립

지방자치에서 권력분립을 단순히 행정권을 국가와 지방자치단체 사이에 배분하는 것으로 이해하는 견해도 존재하지만, 수직적 권력분립이라는 것이 행정권에만 해당하는 것은 아님. 또한 이런 견해는 지방의회가 3권 분립에서 언급하는 입법권을 지역적으로 행사하는 기관인 의회라는 점을 간과하고 있으므로 재고의 필요성이 제기됨

즉 지방자치에서 권력분립은 국가권력을 지방자치단체와 국가사이에 분배하는 것임. 또한 분배의 기준은 지역성과 사무의 성질에 근거함. 이론적으로 지방자치의 권력분립은 사법권에도 적용될 수 있으나 우리의 경우는 사법권의 수직적·지역적 권력분립은 이루어져 있지 않으나 장차 고려해볼 필요성이 제기

됨

수직적 권력분립은 단순히 수평적 권력분립을 보완하는 것이 아니라, 유기적으로 연결되어 권력분립의 추구하는 목적을 실현하는 기능을 수행함. 그러므로 수직적 권력분립은 실질적 법치국가의 구성요소가 되며, 국가권력을 지역적·사무적 단위에서 분할하여 민주적 연결성의 밀도를 강화하여 국민의 지역적 단위인 주민을 통하여 국민주권과 민주주의 실현을 보장하고 강화하고 있음. 그러므로 지방자치를 강화하고 제도적 설계와 해석을 통하여 보강한다는 것은 국민주권과 민주주의를 충실히 구현한다는 의미를 지니고 있음

지방자치와 관련하여 수직적 권력분립에 대해서는 학계의 통일적 견해는 존재하지 않음. 세계최초의 성문헌법을 마련하고 권력분립을 최초로 실현한 미국의 경우, 연방국가 이면서 주정부가 원칙적으로 주권을 보유하고 있으며, 독자적인 입법권, 행정권, 사법권 등을 보유하고 있었음. 그래서 초기의 수직적 권력분립의 모습은 주의 권한이 우선되며 연방정부의 권한에 비하여 더욱 강한 모습을 띄고 있었음

수직적 권력분립에서 수직적이라는 의미가 반드시 권력의 우선순위나 중요성을 의미하지 않음, 수직적 권력분립이 동일한 중앙행정기관내부에서 사용될 때는 권력의 우선순위를 의미할 수 있으나, 지방자치에 대해 수직적 권력분립을 사용할 때는 반드시 중앙정부가 우선한다는 의미는 아님

지방자치에서 수직적 권력분립이라는 것은, 중앙정부와 지방자치단체에 각각의 그 고유의 권한이 존재한다는 것을 의미하며, 헌법과 헌법이 추구하는 가치를 실현하기 위하여 중앙정부와 지방자치단체에게 국가권력을 사무의 성질을 기준으로 분할하며, 이는 견제와 균형의 원리를 통해서 실질적 법치주의의 실현, 민주주의의 강화를 의미함

수직적 권력분립이라는 용어가 주는 착시현상을 막기 위해서는 수직적 권력분립보다는 지방분권으로서의 권력분립이 더 적절한 용어로 보임

다. 지방분권으로서 권력분립

지방자치단체와 중앙정부와의 관계를 단순히 선후의 문제나 권한의 근원문

제로 볼 것이 아니라, 국가권력을 수직적으로 분할하고 있음. 다만 수직적이라는 의미는 권한의 선후나 중요성이 혹은 우선순위를 의미하는 것은 아님. 지방자치단체와 중앙정부는 모두 국가를 구성하는 기관으로써, 국가권력을 사무영역에 따라 분할하고 있으며 이념 분할은 지방자치단체와 중앙정부가 견제와 균형을 통하여 건전한 긴장·견제관계를 유지하여 국민의 자유와 권리를 보장하는 1차적인 측면을 가짐과 동시에 민주적 절차와 정당성을 실현하는 방식을 다양화하여 국민의 국가의사형성과 실현에 참여를 도모하여 주민자치를 통한 민주주의 실현과 국가의사의 통합을 실현시킴

지방분권은 국가의 권력을 지역단위로 나누어 그 배분은 권력의 성질과 사무의 성격을 기준으로 분할하게 됨. 지방분권은 단순히 행정사무만을 중앙행정부와 지방자치단체가 분할하는 것을 의미하는 것이 아니라, 모든 국가권력을 국가 및 지방자치단체에게 합리적으로 배분함으로써 국가와 지방자치단체의 기능이 서로 조화를 이루는 것(「지방분권촉진에 관한 특별법」 제2조)을 의미함. 지방분권으로서의 권력분립은 지역에 적합하고, 주민(국민의 다른 표현)의 참여를 바탕으로 주민의 대표로 이루어진 지역 의회와 주민의 선거를 통해 당선된 지방자치단체의 장을 통해서 실질적 민주주의를 실현하는 원리임

역사발전과정에서 국가와 지방의 선후를 실증적으로 밝히는 것은 불가능할 수 있으며, 역사와 문화적 전통에 따라서는 지역을 중시하거나 중앙정부를 중시하는 경향이 나타나지만, 근대이후에는 지나치게 집중된 국가의 권한을 지방으로 분산하는 지방분권의 경향이 두드러지게 나타남. 지방분권화의 경향은 중국에는 국가와 사회의 효율성을 신장하며 민주주의 발전에 기여하는 효과가 있을 뿐만 아니라, 지역의 다양한 특성과 여건에 부합하는 정책수립과 집행을 통하여 지역사회의 질적 발전에 기여하며, 지방분권의 보장과 실현은 주민의 책임성을 강화하고 주민의 복리와 삶의 질을 향상시키는 기능을 수행함

단순히, 지방분권을 행정권의 지역배분으로 보는 견해도 존재하지만, 지방분권은 민주주의원칙을 실현하며, 국민의 지역적 표현인 주민에 의해서 선출된 지방의회가 구성된다는 점, 조례의 실질적 속성은 국민의 대표에 의한 법규의 제정이기에 형식적 의미의 법률이라고 볼 여지도 존재한다는 점, 지방분권의 실현을 단순히 현재와 같이 불안정한 입법권, 행정권의 분할뿐만 아니라, 사법권의 분권모델도 가능하다는 점으로 볼 때, 지방분권은 국가권력을 중앙과 지역이 분할하는 것으로 해석하는 것이 타당하며 이런 해석이 지방분권 실현과

지방분권정신에 합치되는 해석임

라. 지방의회와 지방자치단체장

지방자치를 행정권에 국한하여 해석하여 지방의회와 지방자치단체의 장의 관계를 단순히 행정권의 분할로 이해하는 견해도 존재함. 하지만, 우리 헌법은 지방자치를 제4장 정부에 규정한 것이 아니라, 비록 단 두 개의 조문만을 두고 있지만 제8장의 독립된 장으로 규정하고 있다는 점 그리고 지방자치단체에는 “의회”를 두도록 하여 지방자치단체의 의회를 헌법기관으로 한 점, 지방의회가 하는 의결사항 중 중요한 부분이 조례의 제정인 점 등을 비추어 보면, 지방의회는 입법부임

입법기능을 수행하는 지방의회는 권력분립에서 의미하는 입법부로서 실질적으로 주민에게 밀접히 연결되고 그 구성과 단위에 있어서 주민과 입법부의 관계는 국회와 국민의 관계보다도 밀접하고 직접적으로 구성되게 됨

지방분권으로써 권력분립, 수직적 권력분립으로써 지방자치단체를 위치 지우게 되면, 권력분립의 정신과 목적을 실현하기 위하여, 지방자치단체에 있어서도 지방입법부인 지방의회와 행정부인 지방자치단체의 장이 서로 견제와 균형을 통하여 주민의 권리와 자유를 보호하고 주민의 복지를 실현시킬 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 함. 또한 더 나아가서, 지금은 실현되지 않은 경찰제도, 소방제도 등 주민복지와 밀접한 모든 행정작용의 지방분권화뿐만 아니라, 장차 사법제도의 지방분권화모델도 도입을 검토하여야 할 것임

다만, 지방재정의 자립도와 지역불균형이 문제되는 현 시점에서는 분권과 재원의 조달이 반드시 함께 가야 하는 것은 아님. 즉 제도설계를 통하여 지방분권을 달성하면서 재원조달의 전체 국가적 차원의 형평성을 도모할 수 있는 방식으로 통하여 배분하되, 장기적 차원에서 지방자치단체의 책임성을 강화할 수 있는 제도적 보완이 필요함

3. 사회변화에 따른 지방자치의 역할 변화

현대 사회는 빠르게 변하고 있으며, 어떤 나라라도 국제적으로 고립되어 생존할 수는 없음. 더욱이 인터넷과 모바일 통신 등 각종 미디어매체와 전자기기가 눈부시게 발전 하고, 신자유주의물결하에서 세계무역질서가 재편되고 WTO

체제와 함께 FTA를 통하여 무역자유화를 통한 세계화가 진행되고 있음

국가의 역할뿐만 아니라 지방자치단체의 역할에도 변화가 필요함. 현재는 민간부분뿐만 아니라 국가의 무한경쟁의 시대이면서 동시에 국민의 복지의 균등한 향상과 자본주의의 고도화와 정보화로 인한 부의 편중현상을 바로 잡을 필요성이 제기됨

지방분권은 다양성을 존중하고, 결국에는 지방자치단체들도 자기 책임성과 창의성을 바탕으로 지방자치단체 상호간의 경쟁을 유발하게 됨. 국가의 경쟁력은 예전처럼 중앙집권적 의사결정과 집행을 통하여 근시안적 정책집행의 효율성을 통해서 달성될 수 있는 것이 아니라, 다양성과 창의성 그리고 실험정신을 통해서 구현되는 것이므로 지방분권을 강화하여, 자치단체의 창의성, 역동성, 실험성을 통하여 국제사회와 경쟁할 수 있는 국가내부의 경쟁력을 극대화 할 수 있음

지방자치단체의 역할과 책임의 중요성이 강조된다는 것은 또한 지방자치단체내의 권력분립이 더욱 중요하다는 것을 의미하게 됨. 그래서 현재의 헌법질서 하에서도 다양한 형태의 지방자치단체구성을 시도하는 것도 하나의 방안이 됨. 현행 헌법은 지방자치단체에는 의회를 반드시 두도록 하고 있고 선거를 통해서 구성하도록 하고 있지만, 지방자치단체의 장의 선임방법에 대해서는 '선거'라고 하고 있지 않고 '선임'이라고 표현하고 있어서, 지방자치법의 개정만으로도 지방의회에 의한 지방자치단체장의 선출제도 등을 통하여 지방자치의 다양성과 경쟁풍토를 강화할 수 있음

현재의 헌법과 지방자치법의 테두리 내에서는 지방의회와 지방자치단체의 장의 권한은 권력분립의 원칙에도 반하여, 민주주의원칙, 실질적 법치주의의 원칙, 지방의 책임성도 저해하는 모습을 취하고 있음. 그래서 국가권력을 중앙과 지역을 분할하고, 지역의 권력을 담당하는 지방자치단체의 경우에도 중앙과 마찬가지로 권력분립의 원칙을 충실히 적용하여 국민의 자유와 권리를 보장하고 민주주의를 실현하고 실질적 법치를 실현하며 국가경쟁력을 제고할 필요성이 강력히 제기됨, 즉 지방자치단체의 경우도 입법부인 지방의회와 집행기관인 지방자치단체의 장과 행정기관의 견제와 균형의 원리에 충실한 법제도설계와 법해석 및 적용이 절실히 필요함

제3절 비교법적 고찰

1. 미국

가. 연방국가와 주정부

미국은 연방국가로써 역사적으로 주정부가 독자적인 주권을 보유하고 있으며, 각주가 개별적 헌법을 제정하고 있고, 독립선언을 한 13개의 주의 입장에서 보면, 주정부가 연방정부를 창설하였음

연방헌법은 주정부와 지방자치단체의 관계에 대해 침묵하고 있으며, 이는 미국이 형성되는 과정의 역사적 특유성과 논쟁에 기반을 하고 있음.

나. 지방자치단체의 법적 지위

미국의 연방헌법은 지방자치단체에 대하여 침묵하고 있으므로, 지방자치단체를 전혀 보장하고 있지 않은 것으로 해석할 수도 있지만 연방헌법이 지방자치에 대해 침묵한 것은 지방자치가 미국 내에서 역사적으로 차지한 위치와 비중 때문에 연방헌법이 언급할 필요성이 없었다는 해석과 함께, 연방헌법이 제정될 당시에는 주정부와 연방정부의 관계에 중점을 두었을 뿐만 아니라 전제정치의 출현을 방지하기 위하여 연방정부의 권한을 제한하려는 사상적 배경을 가지고 있었다는 해석도 있음

미국 「수정헌법」 제10조에 의해 지방자치단체의 통제는 주정부의 권한으로 해석되고 있음. 즉 주정부는 단일국가체제로 보고 지방자치단체는 주의 창조물로서 그 권한과 범위는 주헌법과 법률에 의존하지만 주정부는 지방자치단체의 권한을 안전히 무력화할 수는 없다는 내용으로 발전함

다. 미국 지방자치단체의 유형

미국의 지방자치단체에는 계층제도가 없음. 그러므로 지방자치단체는 자신의 권한을 수권한 주정의 감독을 받을 뿐, 이른바 상급지방자치단체의 감독을 받지 않음

미국에서 지방자치단체의 단위는 지방자치단체와 준지방자치단체로 구분됨. 지방자치단체는 법인격을 가지고 지방행정에 관하여 폭넓은 권한을 행사함. 지방자치단체는 주입법주에서 부여한 헌장(Charter)을 가지고 있고 헌장에서는 법인격을 가지는 자치단체의 창설, 그 조직과 권한을 명확히 하고 있음. 통상 법인격을 가지는 지방자치단체는 시티, 타운, 빌리지와 같은 명칭을 사용하며 인구가 상대적으로 밀집한 한정된 구역을 가지고 있음

이에 반하여, 준지방자치단체는 주입법부에 의해 창설되지만 헌장을 가지고 있지 않고 주정부의 일선지방행정기관으로서의 성격이 강함. 준지방자치단체는 도외지에 주로 발견되는데, 통상 카운티, 타운십 등으로 불리며, 필요에 따라 설치되는 교육구와 같은 특수한 기능을 위한 특별구와 특별행정기관도 여기에 해당함. 준지방자치단체는 주정부의 도구적 성격이 강하지만, 지방자치단체의 경우는 주정부를 위하여 존재하는 것이 아니라, 일정한 지역적 경계를 가진 지역 공동체를 위해 존재함. 지방자치단체의 권한은 주정부에 의해 제한되는 것은 물론이나, 주민을 위해 수권 받은 권한을 행사함

라. 지방자치단체의 입법권

주헌법이나 주법률 또는 자치헌장에 별다른 제한이 명시되어 있지 않으며, 지방자치단체의 결정은 특정한 형식에 의해 의결을 해야 하는 것은 아님. 지방자치단체는 조례(ordinance), 의결(resolution), 제안(motion), 명령(order) 등 다양한 형태로 지방자치단체의 의사를 결정할 수 있으나, 중요한 형식은 조례임

조례와 의결의 차이에 대한 판례의 태도를 분석하면, ① 조례는 입법행위의 성격을 지니고 있음에 반하여 의결은 지방입법부의 의사를 단순히 표현한 것에 불과하고 ② 조례는 일반적·추상적 규범의 정립으로서 일반적·계속적 적용을 예상하는데 반하여, 의결은 한시적인 사안과 같은 특정한 사항을 처리하기 위해 사용되며 ③ 조례는 주민의 권리와 의무와 관련된 입법사항을 내용으로 하지만 의결은 지방입법기구 자신의 내부절과 같은 행정적 사항을 내용으로 함. 하지만 주법률과 자치헌장이 달리 규정하지 않는 이상, 지방의회는 의결을 조례에 대신하여 사용할 수 있으며, 이 경우 의결은 조례와 동일한 효력을 가짐

지방자치헌장 혹은 지방자치단체를 설립하는 주법이 명시적으로 지방자치단체의 조례사항을 규정하기도 하지만, 조례제정권을 명시적으로 규정하지 않았다고 해도 묵시적으로 조례제정권이 인정되고 있음

조례는 일반적 사항에 대하여 주법에 위반할 수 없고, 주법보다 하위에 있으나 지방적 사항에 대해서는 시의 헌장과 조례가 우월하다는 것도 확립된 원칙임. 그러나 지방적 사항의 해석에 대해서는 명확한 기준이 제시되고 있지 않음

2. 일본

가. 지방자치의 변화

일본의 지방자치는 국가의 감독과 일반적 관여에서 양자의 대등·협력관계로 발전하고 있음. 예를 들면, 1952년 일본 지방자치법 제10장은 지방자치단체에 대한 감독으로 표현하였으나, 현행 지방자치법은 제11장에서 국가와 지방자치단체와의 관계 및 지방자치단체간의 관계라는 중립적 표현을 사용하고 있음

일본에서 1999년의 지방분권의 목표는 분권형 상회의 창조이면, 이를 달성하기 위해서 국가와 지방자치단체의 관계를 상하·주종관계에서 대등·협력관계로 설정하고 지방위임사무제도를 폐지하며, 국가의 간섭을 축소하고 변경하여 지방자치단체의 자기결정권을 대폭 확대·강화함

또한 기관위임사무의 폐지에 따른 국가의 지방자치단체에 대한 감독 내지 관여에 관해서는 사전의 권력적인 관여를 필요최소한으로 축소하고 법률에 의한 행정의 원리를 철저히 도모해서 국가에 의한 지방자치단체의 통제는 국회에 의한 사전적·입법적 통제와 재판제도를 통한 사후적·사법적 통제로 전환하여 세부적인 행정통제는 가능한 축소한 것이 지방분권 추진의 목적·이념과 개혁방향으로 설정함

나. 지방자치단체의 구조와 유형

일본의 지방자치제도는 시정촌과 도도부현으로 2층 구조로 되어 있음. 헌법상 시정촌은 헌법이 보장하는 지방자치단체 해당하는 점에는 다름이 없지만,

도도부현이 헌법상 보장되는 지방자치단체인지에 관해서는 학설이 대립되고 있음

일본 헌법의 제8장에서는 지방자치를 규정하고 있으며, 각 조문에서 지방공공단체라는 용어를 사용하고 있지만 헌법상의 지방공공단체의 구체적 범위와 정의는 두고 있지 않음. 다만, 일본 「지방자치법」 제1조의 3은 지방공공단체를 보통지방공공단체와 특별지방공공단체로 나누어 시정촌과 도도부현을 보통지방공공단체로, 특별구, 지방자치단체의 조합·재산구·지방개발사업단을 특별지방자치단체로 하고 있음

일본의 지방자치단체는 광역지방자치단체로서의 도도부현과 기초자치단체로서의 시정촌으로 되어 있는바, 시정촌은 메이지 시대에 제도가 도입된 이래 사회경제발전과 함께 그 규모를 확대해온 것임

다. 지방자치단체의 조례제정권

일본에서 조례란 일본 「헌법」 제94조에서 규정한 자치입법권에 근거하여 지방공공단체의 의회가 자주적으로 제정한 법규를 의미함.

우리와 달리 일본 「헌법」 제94조는 “지방공공단체는 그 재산을 관리하고 사무를 처리하며 행정을 집행하는 권능을 가지며, 법률의 범위내에서 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 「지방자치법」 제14조 제1항은 “보통지방공공단체는 법령에 위반하지 아니하는 한에 있어서 조례를 제정할 수 있다.”규정함

또한, 「지방자치법」 제14조 제2항은 “보통지방공공단체는 의무를 과하거나 권리리를 제한함에는 법령에 특별한 규정을 제외하는 외에 조례에 의하지 않으면 안된다.”고 규정하고 있고, 동조 제3항은 징역, 금고, 벌금, 구류, 과료 또는 몰수 형을 과하는 규정을 둘 수 있도록 하여, 조례에 대해 법률우위의 원칙이 적용되지만 좁은 의미의 법률유보원칙은 적용되지 않음

일본의 조례제정권은 법률상의 권한이 아니라 헌법이 직접 규정한 것으로 「지방자치법」 제14조의 규정도 조례규정권을 창설한 것이 아니라 조례의 법형식을 명확히 하고, 그 규정사항의 범위를 명확화 하였음. 즉, 「헌법」 제94조에 의하여 조례제정에 관해서는 개별적인 법률의 위임을 필요로 하지 않음.

지방공공단체가 그 자치사무에 속하는 행정을 추진하기 위해 필요한 새로운 법규범의 정립이 필요하다고 인정될 때에는 법령에 반하지 않는 범위 내에서 「지방자치법」 제2조 제2항의 사무에 관하여 자주적으로 조례를 제정할 수 있음

일본에서는 기관위임사무의 문제점이 학계를 중심으로 논의되었고, 「지방자치관련개혁법안」이 1999년 7월 8일 일괄통고되고 2000년 4월부터 기관위임사무는 폐지되어, 공공사무·단체위임사무·행정사무는 자치사무가 되고 기관위임사무는 국가가 직접 집행하는 사무인 국가직접집행사무 및 자치사무와 법정수탁사무로 배분되고 일부는 폐지됨. 자치사무뿐만 아니라 법정수탁사무도 모두 조례의 대상이 됨.

일본의 법정수탁사무는 국가의 사무를 지방자치단체가 수탁해서 행하는 사무가 아니라 법률 또는 법률에 근거하는 정령에 의해 도도부현, 시정촌 또는 특별구가 처리하는 사무로서 그 사무처리는 지방공공단체의 책임으로 행해지는 지방공공단체의 사무에 해당하고, 다만 법령으로 사무처리에 관하여 상세하게 규율된 것이라는 의미를 갖는데 불과함. 즉, 종래의 기관위임사무처럼 국가의 수탁에 기초하거나 국가로부터 위임받아 집행하는 사무라는 개념은 아님

또한 우리법과 달리 일본의 개정 지방자치법은 자치사무의 개념을 지방공공단체가 처리하는 사무 중 법정 수탁사무를 제외한 것이라는 소극적 규정형식을 취하고 있지만 범위에 있어서는 포괄적 개념을 두고 있음. 그래서 지방자치단체의 조례제정권의 범위가 우리보다 넓은

3. 프랑스

가. 국가와 지방자치단체의 관계변화

프랑스 「헌법」 제1조 제1항은 “프랑스는 단일의 중립적 사회민주주의 공화국”이라고 명시함. 즉 프랑스는 단일국가로서 대표적인 중앙 집권형 국가로 분류되며, 지방자치단체는 연방국가의 주와 다른 지위를 가짐

프랑스에서 지방자치단체의 자치는 자치행정권의 실행으로 이해함. 즉, 지방

의 이익을 위한 지방사무를 중앙의 행정상 후견 없이 자유로이 행사한다는 것을 의미함. 그리하여, 1980년대 이전에는 프랑스는 다른 유럽국가에 비해 강한 중한 집권적 지방행정체제와 상대적으로 지방자치단체의 권한이 약한 나라로 분류됨

그러나, 1980년대 이후 지속적으로 지방분권을 추진하여 지방자치단체와 국가의 관계를 수정하기 시작함. 프랑스의 1차 지방분권개혁은 1982년 레지옹, 데파르트망, 코뮌의 권리와 자유에 관한 법률과 1983년 1월 7일과 7월22일의 코뮌, 데파르트망, 레지옹과 국가 간의 권한배분에 관한 법률로부터 시작하여 중앙과 지방, 지방과 지방간의 권한배분을 개혁하여 프랑스를 단일국가 형태의 대표적 지방분권 체제를 운영하는 국가로 변모하게 함. 또한 2003년 이후의 2차 지방분권 개혁은 헌법 개정을 통하여 지방분권을 국가의 조직원칙으로 천명하고, 보충성원칙(le principe de subsidiarité)과 지방재정권의 강화를 보장하는 구체적 조치를 법률을 통해 실현할 것을 명시하는데 이룸

즉, 기존의 프랑스 「헌법」 제1조는 “프랑스는 단일의 중립적 사회민주주의 공화국”이었지만, 프랑스의 조직은 분권화된다는 문구가 추가되어 지방분권이 국가권력배분의 근간임을 분명히 함

나. 프랑스 헌법상의 지방자치단체조항의 개정과 특징

- 프랑스는 「헌법」 제12장의 지방자치단체관련 조항을 전면 개정함

제72조 제2항은 “지방자치단체는 지방차원에서 최대한 실행 할 수 있는 권한전반에 관한 결정권을 가진다.”고 규정함

제72조 제5항 제1문의 신설로 모든 지방자치단체는 자신의 권한행사과정에서 다른 지방자치단체에 대해 후견을 하지 못하도록 함. 그래서 각 지방자치단체의 자치는 존중되어야 하며 권한의 공동실행에 관한 정상적 절차는 제도상의 협력 내지 협약을 통해서 이루어짐

제72조-1조의 신설로 “법률이 정하는 요건에 따라 유권자들이 각 지방 자치단체의 권한에 속하는 문제에 관하여 그 의결기관의 의사일정에 기록하도록 요구할 수 있다”고 규정하고 있음, 또한 조직 법률이 정하는 조건에 따라 지방

자치단체의 권한에 속하는 의결이나 행위에 관한 제안에 대해 주민투표를 통해 결정할 수 있도록 하여 종래에는 자문적 성격을 지닌 주민투표에 대해 의결성을 부여함

제72-2조의 신설로, 법률이 정하는 바에 따라 지방자치단체에게 과세표준과 세율을 정할 수 있도록 규정하여 재정자치권을 대폭 강화함. 프랑스 「헌법」 제 72-2조 제3항은 “각각의 지방자치단체는 세입과 다른 고유한 재원은 지방자치단체의 전체 재원의 중요한 부분을 대표하고 조직 법률을 통해 이러한 규정의 실행을 위한 요건을 정한다.”고 규정함. 동규정은 1983년 분권의 기본원칙인 권한이양에는 재원이양이 반드시 수반한다는 원칙을 확인 한 것임

다. 프랑스지방자치단체의 구조와 유형

프랑스의 지방자치단체는 일반지방자치단체, 특별지방자치단체, 해외지방자치단체로 구성되어 있으며, 일반지방자치단체는 3층제 구조로 코뮌, 데파르트망, 레지옹으로 구성되어 있음. 예전에는 레지옹은 헌법적 지위를 가지 못하여 코뮌과 데파르트망에 비해 상대적으로 불안한 지위를 가지고 있었다고 할 수 있으나, 2003년 레지옹에 대해서 헌법적 지위를 부여하여 모든 3층 구조의 지방자치단체는 헌법적 보장을 받게 됨

레지옹은 지방자치단체 중 가장 규모가 크며, 경제개발 분야의 중심역할을 담당하면서 코뮌과 데파르트망에 대하여 보완적 기능을 수행함

데파르트망은 1789년 대혁명 이후의 혁명의회가 인위적으로 구역을 설정한 행정구역에서 출발함. 데파르트망은 주로 사회복지 지원업무, 중등교육, 관내의 도로유지 및 관리, 건설교통, 지역개발 등의 업무를 함

코뮌은 역사적 전통을 가진 자연발생적 취락에서 기원하며 오래전부터 존재했던 지방행정구역임. 코뮌에 관한 근거규정은 1884년에 제정되어 현재까지 프랑스 지방자치의 기본적인 바탕을 유지함. 코뮌은 주민의 실생활과 직접 관련되는 청소, 도로관리, 공원관리, 위생·소독, 문화생활, 탁아소 등의 업무를 수행함

라. 지방자치단체의 조례제정권

프랑스는 2003년 3월 28일 헌법 개정을 통해서 지방자치단체의 조례제정권을 명시함. 개정된 헌법 제72조 제3항은 지방자치단체가 자신의 권한의 행사를 위하여 조례제정권을 보유함을 규정하고 있음. 2002년 프랑스의 헌법위원회는 지방자치단체의 자유로운 행정을 규정한 구 「헌법」 제72조 제2항을 근거로 지방자치단체가 자신의 권한행사에 관하여 조례를 제정할 권한을 가진다고 판결함

프랑스의 조례제정권의 그 제정대상이 지방자치단체의 사무에 속하여 하며, 법률에 의해 규정된 조건의 범위 내에서 제정되어야 함. 지방자치단체의 조례는 중앙정부의 행정입법을 침해할 수 없으며, 지방자치단체의 조례제정권은 국가의 법률과 행정입법을 제외한 부분에 인정된다고 평가됨. 하지만, 2003년 프랑스 헌법의 분권국가의 천명 후, 기존 이론과 판례의 변화를 기대하고 있음

4. 독일

가. 유럽연합과 지방자치

유럽연합이 출범한 이후에도 유럽연합의 지방자치법은 존재하지 않지만, 유럽연합국가와 지방자치단체에는 유럽연합법이 적용됨. 또한 유럽연합의 출범으로 인하여, 국가주권사항 중 일부가 유럽연합의 권한으로 이전됨으로써 독일의 국가주권에는 변화가 수반됨

독일도 미국과 연방국가의 형태를 취하고 있지만 그 형성과 실현에는 상당한 차이를 보임. 하지만 독일의 주도 단순한 연방국가의 행정구역이 아니라, 자체의 헌법을 가지고 국가권력을 구성하는 유사한 형태를 취함. 독일의 지방자치제는 연방제도라는 통일성 속에서 주의 지방화를 실현함

독일은 16개의 연방주로 구성되어 있고, 16개의 주는 국가권력을 갖고 있음. 즉, 독일의 주정부도 입법권, 사법권, 행정권을 보유하고 있으며, 주정부도 자체 헌법을 제정할 수 있음. 다만, 주헌법이 연방법에 반하는 경우에서 효력이 없음

나. 지방자치단체의 지위와 종류

독일의 지방자치단체는 크라이스(Kreis)와 게마인데(Gemeinde)로 분류할 수 있으며, 기초자치단체인 게마인데는 거의 모든 권한을 가지고 있는 반하여, 광역자치단체인 크라이스는 한정적 자치권만을 갖고 있음. 이는 크라이스가 게마인데의 연합체로서 게마인데에 대한 보완적 성격을 지닌 역사적 배경에 유래함

독일의 지방자치제도는 「기본법」 제28조 제1항과 제2항의 규정에 근거하여 헌법상 보장을 받음, 우리와 달리 광역지자체와 기초지자체 모두 헌법상의 보장을 받으며, 의회의 선거는 국민에 한정된 것이 아니라 유럽연합 회원국의 국적을 보유한 주민에게 선거권과 피선거권이 부여됨

크라이스는 광역지방자치단체로서 게마인데의 연합체이자 그 자체가 지방자치단체임. 독일 기본법은 게마인데에는 지역사무에 대한 전권성과 책임성을 규정하고 있지만 크라이스에 대해서는 이런 규정이 없음. 하지만 크라이스에도 일반적으로 주민대표기관으로서 의결기관인 의회(Kreistag), 합의제 행정기관인 크라이스위원회(Kreisausschuß), 집행기관으로서 국가의 행정관청도 되는 장(Landrat) 또는 실질적 집행기관인 관리인(Oberkereichsdirector) 등이 있음

게마인데는 독일 기본법이 정하는 기초지방자치단체로서 광범위한 자치권을 보장 받고 있으며, 독일 지방자치행의 중요한 주체임. 즉, 독일의 게마인데는 지역에 기초한 단체로서, 자신의 지역에서 법률의 범위 안에서 자신의 고유한 책임으로 공공의 모든 지역적 사무를 관장하는 주체임

다. 독일의 조례제정권

독일의 지방자치단체의 조례제정권은 비교적 늦게 됨. 지방자치단체의 조례제정권은 20세기에 들어와서 게마인데에 지방조례(Ortstatut)라는 용어가 도입됨으로써 시작되었으며, 게마인데의 자치의 관념에는 조례제정권이 포함되는 것으로 이해함

「독일 기본법」 제28조 제2항은 “지방자치단체는 법률의 범위 내에서 그 지역 사회의 모든 사무를 자기의 책임으로 규율할 권리가 보장되지 않으면 안 된다. 또한 지방자치단체연합도 그의 법률상의 사무영역의 범위 내에서 법률상

의 기준에 따라 자치권을 가진다”고 규정하는 바, 게마인데와 게마인데 연합의 조례제정권의 기초를 마련하고 있음. 연방행정법원과 연방헌법재판소도 지방자치단체의 조례제정권도 독일 기본법에 의해 보장되는 것으로 해석함. 다만 독일에서는 일반적으로 전국가적인 지방자치단체의 권한은 인정하지 않고 국가권력으로부터 지방자치단체의 권한이 도출되는 것으로 보고 있어서, 지방자치단체의 조례제정권도 국가권력이 부유한 것으로 이해함

독일에서 조례는 전제 법체계에 있어서 모든 국가법령의 하위에 위치하고 조례는 법령에 위반해서는 안 됨. 또한 추가조례나 강화조례는 법률의 특별한 위임이 없이는 불가능함. 독일의 조례제정권의 범위는 일본과 달리 형벌에 관하여 위임한 조항이 없음. 따라서 개별법의 구체적 위임 없이 조례에서 형벌을 부과하는 것은 불가능함

「기본법」 제28조 제2항은 지방자치단체의 종류에 따른 자치권한을 구분함. 즉 법률의 범위 내와 법률의 근거에 따라 주어진 법적인 사무영역의 범위 내에서라는 구분에 의해 기초지방자치단체인 게마인데의 개괄적인 전권성이 부여되지만 게마인데 연합에는 보충적 역할을 명시함

게마인데는 지역사회의 대부분의 사무를 관장하여 행정서비스를 제공함. 주민의 교육, 사회, 교통, 운수, 소방 등 광범위한 서비스 업무를 수행하고, 도로, 가로, 공원 등 각종 시설을 건설, 유지, 관리하며 토지이용계획, 건축계획을 책정하고 집행함과 동시에 주의 많은 위임사무를 위임받아 처리함

5. 시사점

각 국가의 제도는 그 나라의 역사와 문화를 바탕으로 하고 있으며, 그 문화와 사회상황과 역사적 변화의 과정으로 이해하지 않으면, 법제도 자체를 오해할 소지가 상존함. 특히, 지방자치는 각 나라의 역사적 발전과 문화에 영향을 많이 받아서 발전함

미국의 주정부와 지방자치단체의 관계는 지방자치단체는 주정부체제하에 존재하여, 주법을 위배할 수 없지만 광범위한 지방자치단체의 자율권이 현실적으로 보장되고 실현되고 있으며 주민의 이해관계가 있는 사항에 대해서는 시의 현장과 조례가 우월하며, 조례로써 벌금을 부과하고 주민생활과 관련된 중요한

규제를 주정부의 명시적 위임 없이도 주정부의 정책방향과 다르다고 하더라도, 지방자치의회의 조례로써 형성해 나가는 모습을 볼 수 있음

전통적인 중앙집권국가로 분류되는 일본과 프랑스의 일련 변화움직임은 기존의 중앙 집권형 단일국가형태가 계속 유지되어야 국가가 효율적으로 운영되고 발전한다고 사상에 큰 반향을 일으킬 수 있는 외국의 변화임. 즉 세계의 변화모습은 지방의 자율성을 강화하고 경쟁하게 하여 국가의 경쟁력을 높이고 주민의 통합을 통해 국민의 통합과 자율을 달성하고자 하는 큰 흐름을 보이고 있음

국가와 지방자치단체를 상하관계에서 대등협력관계로 인식 전환의 시작은 지방자치단체 내에서도 진정한 권력분립을 실현할 수 있도록 지방의회의 입법 기능강화와 행정기관에 대한 견제·균형수단을 현실화해야 함

일본의 경우를 보면, 지방자치강화를 위해 단체위임사무를 자치사무로 하고, 기관위임사무를 지방사무 분류하는 작업을 통해 지방자치단체의 역할과 기능을 증대시킬 수 있지만, 그 전제 조건은 지방의회와 지방행정기관의 역할분담과 기능을 회복시키는 것이 필요함. 또한 법정수탁사무라는 것도 단순히 국가의 수탁에 의해서 처리하거나 국가로 위임받아서 집행하는 사무가 아니라, 다만 법령에 의해 사무처리에 관하여 상세히 규율됨을 의미함. 그래서 다른 지방사무의 경우는 조례제정권의 범위가 확대 강화됨

프랑스와 일본의 경우는, 사무이전은 반드시 재원이양을 수반하는 원칙을 택하고 있음도 중요한 지방분권실현의 전제기반임

독일의 경우는 연방국가 이면서, 주정부도 독자적인 헌법을 보유하고 있지만, 미국과 달리 연방 기본법에 의해 광역지방자치단체와 기초지방자치단체가 헌법상의 보장을 받고 있으며, 지방의회의 선거는 국민의 범위를 넘어서 유럽 회원국의 국적을 보유한 주민으로 확대된 특징을 보여줌

독일의 공법이론이 우리나라의 근대이후 법학발전에도 직접적 영향을 미친 것은 부정할 수 없지만, 독일의 지방자치단체의 이론이 우리에게 아직도 반드시 영향을 미쳐야 한다는 당위성은 전혀 존재하지 않음. 조례제정권에 대한 관념이 비교적 늦게 시작된 독일에서도 조례제정권은 헌법상 보장되는 것으로 해

석하고 있음

외국에서는 한 국가 혹은 주정부내에서도 다양한 형태의 지방자치단체의 구성을 보이는 특징을 발견할 수 있음. 의원내각제형 지방자치단체, 기관대립형 지방자치단체, 위원회형 지방자치단체 등이 있음. 현재 우리 헌법도 헌법의 개정 없이도 지방자치단체의 기관구성에 대해서는 지방자치법의 개정만으로도 가능한 것임을 조명해야 할 시기임

즉, 지방자치차원에서 현재 일부 정치적으로 논의되는 의원내각제형 국가 등의 정치적 실험을 풀뿌리 민주주의와 민주주의의 실험의 장인 지방자치에서 다양한 형태를 조례와 주민투표에 의해서 실현할 수 있도록 하는 방안도 전향적으로 검토해볼 필요가 있음

제4절 행정입법통제를 위한 지방자치제도 개선방향

1. 서론

지방의회의 가장 중요한 기능은 조례제정을 통한 주민의 의사의 실현에 있음. 즉 국민의 부분적 집단인 주민이 밀접한 민주적 정당성과 이해관계를 표출하여 구성한 지방의회가 주민복지에 관한 사무에 대한 우선적인 규범을 제정할 수 있어야 함.

또한, 지방자치단체가 지방정부로 불리고 위상이 강화된다고 하더라도, 국가 질서 내에서 존재하며, 국가의 하부기관은 아니지만, 국가의 유지와 전제국민의 행복과 인간존엄을 실현하고 국가발전에 이바지 하는 한계 내에서 국가와 대등·협력하는 관계를 설정해야 함

현재의 법제도내에서 해석론으로도 지방분권의 당위성과 합헌성을 학설로 주장하는 것이 가능하지만, 현재의 정치현실과 사법부의 유권해석의 방향을 본다면, 해석론으로는 한계가 있음

현재 행정입법을 통제할 수 있는 지방의회의 수단과 가능성은 사실상 존재하지 않음 또한 여기서 행정입법의 범위를 모든 대통령령, 총리령, 부령 등으

로까지 확대하는 것은 가능하지도 않으며, 바람직하지도 않음

다만, 행정입법 중에서 지방자치단체의 장이 제정하는 규칙에 대한 지방의회의 통제권강화는 법이론적으로 해석의 도출 가능성이 존재하고, 주민의 복리증진과 국민의 행복과 인간다움을 회복하고 실현하기 위해서 지방분권화에서 권력분립의 원칙을 실현할 필요성이 강력이 제기되고, 국민주권의 지역적 발현인 주민주권실현을 위한 지방의회의 입법위상 강화는 필요함

즉 국회는 입법을 통해서 행정입법을 통제할 수 있는 권한뿐만 아니라 현실적으로 사용하고 있음. 즉, 지방자치단체 내에도, 지방자치단체의 장의 권한이 되어 있더라도 하더라도 조례가 범위를 정하여 위임한 범위 내에서 지방자치단체장이 규칙을 제정하도록 하는 방안이 가능함

또한 중앙행정기관과의 관계에서도 모든 국가행정입법이 조례에 우선하거나 조례를 침범할 수 있다는 해석에는 다른 접근방법이 필요함

특히 내부적 효력을 지는 것에 불과하던 행정규칙이 법령과 결합하여, 법규명령으로써 효력을 인정받는 현실사항이 증가하는 시점에서, 지방자치에 관해서는 사무의 성질과 영역별로 법령과 결합하는 고시, 훈령, 지침에 대한 면밀한 이론적 검토와 반성이 필요함

법률우위의 원칙은 국민의 대표로 구성된 의회가 제정된 법률이 행정권 및 행정입법권에 대해서 우선하는 원칙임. 지방의회는 국민의 한 부분을 이루는 주민, 적은 단위로 쪼개진 국민인 주민에 의해서 구성된 의회라는 점에 방점을 둘 필요가 있음. 즉 해석상 법률우위의 원칙의 “법률”에는 단순히 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률뿐만 아니라, 법률우위의 원칙이 태동한 사상적 배경과 헌법 현실과 세계적 흐름의 변화를 감안하면, 주민이 제정한 조례도 법률우위의 원칙에서 의미하는 “법률”에 해당한다고 해석이 가능하지만, 법이론의 한계뿐만 아니라 소수설이라는 현실을 벗어나긴 사실상 불가능함. 그러므로 지방의회가 지방자치단체장의 규칙제정권을 통제하고 지방의회의 입법기관성을 회복하고 권력분립의 원칙에 충실한 견제와 균형을 통한 지방과 국가의 발전을 이끌려면, 지방자치법의 개정이 시급하며 나아가서 헌법 개정이 필요함

2. 지방자치법상 제도개선

지방의회의 행정입법통제를 위한 필요적 전제는 지방자치법의 개정이며, 개정하면 전면개정을 해야 하겠지만, 지방자치법의 전면개정의 문제는 헌법 개정 수준정도의 정치력과 숙고가 필요한 부분이므로, 본 장에서는 지방의회의 행정입법통제를 달성할 수 있는 기반조성을 위한 최소한의 지방자치법 개정을 제한하고자 함

가. 총강

(1) 제1조 목적조항

(가) 「지방자치법」 제1조

이 법은 지방자치단체의 종류와 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, 국가와 지방자치단체 사이의 기본적인 관계를 정함으로써 지방자치행정을 민주적이고 능률적으로 수행하고, 지방을 균형 있게 발전시키며, 대한민국을 민주적으로 발전시키려는 것을 목적으로 한다.

(나) 개정안

본 법은 「헌법」이 정한 바와 같이 지방자치단체의 종류와 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, 기본적으로 국가와 지방자치단체 사이의 대등하고 협력적인 관계를 구체화함으로써 지방분권을 민주적이고 혁신적으로 수행하고, 지방정부가 균형 있게 발전하며, 그 창의성과 다양성을 자주적으로 발전시킬 수 있는 여건을 마련하여 주민의 복지를 향상하고 국민을 통합하여 대한민국의 발전과 국민의 행복을 달성하는 것을 목적으로 한다.

(다) 개정안의 의미

지방자치는 헌법이 독자적인 제8장에서 규정한 것으로, 지방자치법에 의해서 비로소 지방자치와 분권이 보장되는 것이 아니라, 헌법의 정한 바에 의해 지방자치를 구체화하는 것을 명시하며, 국가와 지방자치단체(혹은 지방정부)의 관계가 대등하고 협력적 관계라는 점을 명시하고 지방분권을 민주적이고 혁신적으로 수행하며, 지방분권강화가 국론의 분열이 아니라, 주민의 복지향상을

통한 국민의 통합과 대한민국의 발전과 국민의 행복달성이라는 한계 아래서 이루어져야 함을 명시함

(2) 제3조 지방자치단체의 법인격과 관할

(가) 현행 법률

제3조(지방자치단체의 법인격과 관할) ① 지방자치단체는 법인으로 한다.
② 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)는 정부의 직할(直轄)로 두고, 시는 도의 관할 구역 안에, 군은 광역시, 특별자치시나 도의 관할 구역 안에 두며, 자치구는 특별시와 광역시, 특별자치시의 관할 구역 안에 둔다.

(나) 개정안

제3조(지방자치단체의 법인격과 구조)
① 지방자치단체는 법인으로 한다.
② 지방자치단체에는 광역지방자치단체인 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)를 두고, 광역지방자치단체에는 기초지방자치단체는 시, 군, 자치구를 둔다.
③ 지방자치단체에는 주민의 직접선거에 의해 구성되는 지방의회를 두며, 집행기관의 구성과 집행기관의 장의 선임은 각 지방자치단체의 조례와 그 지역 주민투표로 정한다.

(다) 개정안의 의미

현행법에서는 정부의 직할(直轄)로 지방자치단체를 둔다는 구시대적 표현을 답습하고 있음. 직할의 사전적 의미는 국립국어원 사전에 의하면 직할은 “중간에 다른 기구나 조직을 통하지 아니하고 직접 관할함”이라고 함으로 정의하고 있고, 또한 관할은 “일정한 권한을 가지고 통제하거나 지배함. 또는 그런 지배가 미치는 범위”로 정의하고 있음. 즉 지방자치법의 직할은 국가가 지방자치단체를 일정한 권한을 가지고 통제하거나 지배한다고 규정하고 있는 독소조항을 두고 있었음. 그러므로 “직할”을 삭제하는 것 하나만으로도 큰 의미가 존재함. 개정안에서는 지방자치단체의 구조라는 중립적 표현을 사용하여 현재 지방자치단체의 계층을 서술함

지방분권이 자율적이며, 창의적 역동적으로 진행되기 위해서, 다양한 형태의 지방자치단체구성을 주민의 의사에 따라 허용할 수 있도록 함. 예컨대, 의원내각제형(기관통합형) 지방자치단체, 기관대립형 지방자치단체, 위원회형 지방자치단체 등등이 조례와 주민투표에 의해 자율적으로 정할 수 있도록 하여, 다양한 정치형태의 실험이 풀뿌리 민주주의 실현을 통해서 각 정치형태가 경쟁하고 지방분권과 국가조직이 생동력 있게 움직여 국민통합과 효율성을 살릴 수 있도록 함

(3) 지방자치단체의 사무

(가) 현행조문

제8조(사무처리의 기본원칙) ① 지방자치단체는 그 사무를 처리할 때 주민의 편의와 복리증진을 위하여 노력하여야 한다.
 ② 지방자치단체는 조직과 운영을 합리적으로 하고 그 규모를 적정하게 유지하여야 한다.
 ③ 지방자치단체는 법령이나 상급 지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다

제9조(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.

제10조(지방자치단체의 종류별 사무배분기준) ① 제9조에 따른 지방자치단체의 사무를 지방자치단체의 종류별로 배분하는 기준은 다음 각 호와 같다. 다만, 제9조 제2항 제1호의 사무는 각 지방자치단체에 공통된 사무로 한다.
 ② 제1항의 배분기준에 따른 지방자치단체의 종류별 사무는 대통령령으로 정한다.
 ③ 시·도와 시·군 및 자치구는 사무를 처리할 때 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 사무가 서로 경합하면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다.

제11조(국가사무의 처리제한) 지방자치단체는 다음 각 호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다.

(나) 개정안

제8조 (지방자치와 국가사무의 구별기본원칙)

- ① 국가사무를 제외한 사무는 원칙적으로 지방사무로 한다. 지방사무는 자치사무와 법정위탁사무로 구분한다.
- ② 국가사무의 경우는 아래와 같다.
 - 1. 외교, 국방, 사법(司法), 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무
 - 2. 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무
 - 3. 농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무
 - 4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무
 - 5. 측량단위 등 전국적으로 기준을 통일하고 조정하여야 할 필요가 있는 사무
 - 6. 우편, 철도 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무
 - 7. 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술과 재정능력으로 감당하기 어려운 사무

제9조 (자치사무)

- ① 지방자치단체의 자치사무는 다음과 같다.
(현행규정정리후 배열 + 지역물가정책, 근로기준, 등등 추가)
- ② 지방자치단체는 자치사무를 자기책임하에서 자율적으로 수행한다.
- ③ 지방자치단체가 처리하는 사무에 대한 비용부담은 국세와 지방세의 균형과 지방의 형평성을 고려한 분배제도를 통해 적절히 배분되어야 한다.
- ④ 지방자치단체가 담당하는 사무 중 그 사무구분이 명확하지 않은 사무는 기본적으로 자치사무로 본다.

제10조 (법정수탁사무)

- ① 국가사무중 지방자치단체가 처리하는 사무는 법정위탁사무로써, 지방자치단체가 그 수탁사무를 처리하는 기준을 법률에 위배되지 않는 범위 내에서 조례로써 마련할 수 있다.
- ② 법정수탁사무처리 비용은 국가가 그 처리비용을 부담한다.
- ③ 법정수탁사무의 처리와 관련하여 지방의회는 감사와 조사를 실시 할 수 있다.

(다) 개정의 의미

지방자치사무의 범위를 넓히는 것으로 지방분권을 달성할 수 있다는 견해도 존재하지만, 사무처리 부담만 전가되며 그 사무처리의 권한과 자율성이 보장되지 않으면 국가의 하도급형 공법인으로써 업무과중에 시달리게 됨

그래서, 자치사무의 범위를 명확히 하고, 자치사무에 대해서는 국가의 간섭을 원칙적으로 금지하고, 그 사무처리의 비용을 국세와 지방세조정 그리고 지역격차를 고려한 형평적 배분제도를 통해 비용을 부담하도록 명시함.

현재의 지방자치단체가 처리하는 사무 중, 자치사무, 기관위임사무, 단체위임사무체계를 자치사무와 법정수탁사무로 단순히 구분하고 단체위임사무는 기본적으로 자치사무로 흡수하며, 기존의 기관위임사무 중 국가사무로 존치시켜야 할 필요성이 강한 사무에 대해서만 법정수탁사무로 전환함. 법정수탁사무라고 개칭한 이유는 우선 국가와 지방의 상하관계를 탈피하고, 사무가 법률에서 정해져서 지방자치단체가 처리한다는 의미에서 “법정”이란 용어를 사용하고, 지방자치단체입장에서 “부탁”받은 사무라는 의미에서 “수탁”이며 또한 국가의 위임을 받아 국가의 감독 하에서 처리하는 것이 아니라, 국가의 부탁으로 인하여 지방자치단체가 “법률의 규정”과 국가적 목표수행의 거시적 측면에서 국가의 사무처리 기준을 충실히 따는 것을 의미하지만, 지방의회에 의한 간섭을 통해 견제와 균형이 작동할 수 있도록 규정함. 또한 지방의회가 법률에 위배되지 않는 범위에서 법정수탁사무에 대해서도 조례제정권을 행사할 여지를 확보함

나. 조례와 규칙

(1) 제22조 (조례)

(가) 현행 조문

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

(나) 개정안

지방자치단체는 법령에 위배되지 않는 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.

(다) 개정의미

현행 「지방자치법」 제22조의 위헌에 대한 학설과 해석론이 다양하게 진행되고 있지만, 대법원과 헌법재판소의 유권해석도 법령의 범위 안에서를 법령에 위배되지 않는 범위내로 해석하고 있음. 즉 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 규정함. 여기서 ‘법령의 범위 안에서’란 ‘법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서’를 말하고, 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위배되는 경우에는 효력이 없다.”고 판결함(대법원 2009.4.9, 선고, 2007추103). 그래서 판례의 변화를 수용하여 명시적으로 법령에 위반되지 아니하는 범위로 변경하고, 현재 문제가 되는 단서부분을 삭제하여 민주적 정당성과 대표성을 지닌 지방의회가 제정한 조례로도 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과할 수 있는 가능성을 마련함

(2) 제23조 (규칙)

(가) 현행 규정

지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

(나) 개정안

지방자치단체의 장은 법령과 조례에서 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항과 법령과 조례의 집행을 위하여 필요한 사항에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

(다) 개정의미

지방자치단체의 장의 규칙과 지방의회의 조례의 상하관계를 확실히 하여, 민주적 정당성과 대표성을 지닌 주민의 대표가 제정한 조례에 의해 수권을 받은 사항과 법령에 의해 위임받은 사항에 대하여 규칙을 제정할 수 있으며, 주민의 권리와 의무와 관련 없는 단순한 내부 사무처리에 관해서는 법령과 조례의 위임 없이도 집행조례를 제정할 수 있도록 함. 이러한 규정으로 인하여, 입법기관이 지방의회에 의한 지방자치단체장이 마련하는 행정입법에 대해 통제가 가능하게 됨

(3) 제27조 조례위반에 대한 과태료

(가) 현행규정

① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다.

(나) 개정안

제27조 (조례위반에 대한 처벌) ① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 징역, 금고, 벌금, 구류, 과료, 몰수, 과태료 등을 정할 수 있다.

(다) 개정의미

조례는 단순히 행정기관에 의해 제정되는 규범이 아님. 즉 국민과 동떨어진 통제 대상과 의혹의 대상인 권력기관에 의해서 제정되는 행정입법에 의해 형벌을 부과하게 한다면, 죄형법정주의에 위배될 가능성이 상존함. 그러나 조례는 민주적 정당성과 대표성을 지닌 직접 선출된 대표에 의해 마련되는 규범이라는 점에서 실질적인 의미의 법률이므로, 조례로써도 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하고 형벌을 부과할 수 있도록 가능성을 열어둠. 일본의 경우도 이미 형벌을 조례로 부과하고 있으며, 합헌이라고 판결하였음

(4) 제28조 보고

(가) 현행규정

제28조(보고) 조례나 규칙을 제정하거나 개정하거나 폐지할 경우 조례는 지방의회에서 이송된 날부터 5일 이내에, 규칙은 공포예정 15일 전에 시·도지사는 행정안전부장관에게, 시장·군수 및 자치구의 구청장은 시·도지사에게 그 전문(全文)을 첨부하여 각각 보고하여야 하며, 보고를 받은 행정안전부장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다.

(나) 개정안

제28조(제출)

- ① 지방자치단체의 장이 법률과 조례에서 위임한 사항이나 그 집행을 위하여 필요한 사항을 규정한 규칙을 제정·개정 또는 폐지할 때에는 공포예정일 15일 이내에 지방의회 소관 상임위원회에 제출해야 한다.
- ② 지방자치단체의 조례나 규칙을 제정·개정 또는 폐지할 때에는 공포예정일 15일 전에 조례는 지방의회의장이 규칙의 경우 집행기관의 장이 상급지방자치단체와 행정안전부장관에게 제출한다. 조례와 규칙을 제출받은 행정안전부장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장과 국회사무처장에게 통보하여야 한다.

(다) 개정안의 의미

지방자치단체와 국가의 관계가 상명하복의 상하관계가 아니라 대등하고 협력하는 관계가 기본이라는 점에 착안하여, 보고라는 용어에서 제출이라는 중립적 용어를 사용

지방의회의 지방자치단체장의 행정입법에 대한 통제권의 실효성을 담보하기 위해, 규칙을 지방의회 소관 상임위원회에 제출하는 제도를 신설하여야 함(국회법 제98조2 참조)

지방자치단체의 조례와 규칙은 국가법 질서 속에 존재하기에, 상호조화를 이루어야 하므로, 조례와 규칙을 업무협력차원에서 행정안전부장관에게 제출하고 관련 행정기관장뿐만 아니라 국회에도 통보될 수 있도록 함

다. 지방의회

(1) 제30조(의회의 설치)

(가) 현행조문

제30조(의회의 설치) 지방자치단체에 의회를 둔다.

(나) 개정안

제30조(의회의 설치) 지방자치단체에 입법기관인 지방의회를 둔다.

(다) 개정의미

지방의회는 위상이 단순한 행정기관의 일부가 아닌, 입법기관의 지위를 명시하여 지방자치단계에서도 권력분립의 이상을 실현하여 주민의 권리를 보호하고 재산권을 수호할 수 있는 지방의회 기능과 목적을 간접적으로 표현함

(2) 제60조(위원회에서 방청)

(가) 현행규정

- ① 위원회에서는 해당 지방의회의원이 아닌 자는 위원장의 허가를 받아 방청할 수 있다.
- ② 위원장은 질서를 유지하기 위하여 필요할 때에는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다.

(나) 개정의견

- ① 위원회의 회의는 공개한다. 다만, 소속위원회 3분의 1이 발의하고 출석위원의 3분의 2가 찬성하며 위원장은 방청을 불허할 수 있다.
- ② 위원장은 질서를 유지하기 위하여 필요할 때에는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다.

(다) 개정의미

지방의회는 가장 근접한 거리에서 민주주의에 참여하고 실험하는 무대이므로, 본회의뿐만 아니라, 위원회도 공개해서 주민의 참여와 감시가 상시 이루어지도록 하여 지방의회회의의 투명성, 효율성, 주민참여성을 제공할 제도적 장치를 마련함

(3) 제66조의2(조례안예고)

(가) 현행규정

- 제66조의2(조례안예고) ① 지방의회는 심사대상인 조례안에 대하여 5일 이상의 기간을 정하여 그 취지, 주요 내용, 전문을 공보나 인터넷 홈페이지 등에 게재하는

방법으로 예고할 수 있다.

② 조례안예고의 방법, 절차, 그 밖에 필요한 사항은 회의규칙으로 정한다.

(나) 개정안

제66조의2(조례안예고) ① 지방의회의장은 심사대상인 조례안에 대하여 10일 이상의 기간을 정하여 그 취지, 주요 내용, 전문을 공보나 인터넷 홈페이지 등에 게재하는 방법으로 입법예고를 하여야 한다. 다만, 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지방의회의장과 소관위원장이 협의하여 입법예고를 하지 않을 수 있다.

1. 조례의 입법이 긴급을 요하는 경우

2. 입법내용의 성질 또는 그 밖의 사유로 입법예고를 할 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우

3. 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례의 경우에는 예고기간을 반드시 10일 이상으로 한다.

② 지방자치단체의 주민은 누구나 입법 예고된 사항에 대하여 의견을 제시할 수 있으며, 지방의의장과 위원장은 제출된 의견이 적절히 반영될 수 있도록 조치를 취하여 하며, 의견수렴결과를 통지 및 공지하여야 한다.

③ 조례안예고의 방법, 절차, 그 밖에 필요한 사항은 의회규칙으로 정한다.

(다) 개정의미

조례의 지위가 단순한 행정입법이 아니, 주민의 권리와 의무를 제한할 수 있는 규범으로 작용하는 입법기능이 회복된다면, 그에 상응하는 책임성담보장치가 필요한바, 조례의 입법예고는 필수적 장치임. 또한 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례의 경우에는 입법예고기간을 반드시 10일 이상 하도록 함. 단순히 요식행위로서 입법예고에 지나는 것이 아니라, 주민들이 의견 제출과 그 반영과정을 투명하게 알 수 있는 장치를 둬

(4) 지방의회의 사무지원 임명관련

(가) 현행관련 조항

제90조(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 자치구의의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사

무국이나 사무과를 둘 수 있으며, 사무국·사무과에는 사무국장 또는 사무과장과 직원을 둘 수 있다.

③ 제1항과 제2항에 따른 사무처장·사무국장·사무과장 및 직원(이하 이 절에서 "사무직원"이라 한다)은 지방공무원으로 보한다.

제91조(사무직원의 정원과 임명) ① 지방의회에 두는 사무직원의 정수는 조례로 정한다.

② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 따라 그 지방자치단체의 장이 임명한다. 다만, 지방자치단체의 장은 사무직원 중 별정직·기능직·계약직 공무원에 대한 임용권은 지방의회 사무처장·사무국장·사무과장에게 위임하여야 한다.

(나) 개정안

제90조(사무처 등의 설치) ① 시·도의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무처, 입법지원처 등을 둘 수 있으며, 각 처에는 처장과 직원을 둔다.

② 시·군 및 자치구의회의에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무국·입법지원국 등 국이나 사무과·입법지원과 등과를 둘 수 있으며, 각국·각과에는 국장 또는 과장과 직원을 둘 수 있다.

③ 제1항과 제2항에 따른 처장·국장·과장 및 직원(이하 이 절에서 "사무직원"이라 한다)은 지방공무원으로 보한다.

④ 지방자치단체의 집행기관에 소속된 공무원 혹은 집행기관에서 퇴직 한 공무원은 조례에 정한 바에 따라 지방의회 소속 공무원이 될 수 없다.

제91조(사무직원의 정원과 임명) ① 지방의회에 두는 사무기구와 사무직원의 정수는 지방자치단체의 크기, 주민수, 사무의 종류 등을 고려하여 조례로 정한다.

② 사무처장은 지방의회의장이 의회의 동의를 얻어 임명하고 사무직원은 공개시험과 선발과정을 통해 사무처장이 임명한다.

③ 지방의회에 두는 전문직·연구직 직원의 경우에는 의회규칙으로써 그 선발과 채용을 따로 정할 수 있다. 다만, 그 보수·신분보장·징계에 관하여는 지방공무원법을 적용한다.

(다) 개정의미

지방자치단체라는 하나의 행정기관내의 다른 역할을 수행하는 특수한 행정기관인 지방의회가 아닌, 독자적인 입법기능을 수행하는 지방입법기관의 기능과 지위를 회복한 지방의회의 독자적 기관구성권을 보장하고, 직원임명권을 통하여 지방의회의 독자성을 확고히 하고, 지방자치단체 내에서 집행기관과 입법

기관간의 상호 견제와 균형을 통하여 적절히 긴장과 조화를 이룰 수 있도록 함

즉 지방의회의 독립성을 보장하기 위해서는 지방의원의 독립성·전문성제고가 필수이지만, 지방의회의 독립성과 전문성은 지방의원의 독립성·전문성만으로 달성되지 않으며, 지방의회의 기관의 독립성·전문성 그리고 기관의 구성원인 지방의회공무원의 독립성과 전문성을 담보할 수 있는 제도적 장치도 필요로 함. 광역지방자치단체의 사정에 따라 의회 내에 둘 수 있는 처를 다양화함. 또한 견제와 균형이 잘 이루어지기 위해 집행기관의 공무원이 입법기관인 지방의회직원을 겸하지 못하도록 함

라. 집행기관

(1) 제93조(지방자치단체의 장) 및 제94조(지방자치단체의 장의 선거)

(가) 현행규정

제93조(지방자치단체의 장) 특별시에 특별시장, 광역시에 광역시장, 특별자치시에 특별자치시장, 도와 특별자치도에 도지사를 두고, 시에 시장, 군에 군수, 자치구에 구청장을 둔다.
제94조(지방자치단체의 장의 선거) 지방자치단체의 장은 주민이 보통·평등·직접·비밀선거에 따라 선출한다.

(나) 개정안

제93조(지방자치단체의 장) 특별시에 특별시장, 광역시에 광역시장, 특별자치시에 특별자치시장, 도와 특별자치도에 도지사를 두고, 시에 시장, 군에 군수, 자치구에 구청장을 둔다.
제94조(지방자치단체의 장의 선임) 지방자치단체의 장의 선임방법은 조례와 주민투표로 정한다. 지방자치단체의 선임방법을 변경하는 조례의 경우는 재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 의결된 조례는 주민투표를 거쳐야 확정된다.

(다) 개정의미

지방자치단체의 자율성을 보장하고 다양성을 고양하기 위해, 지방자치단체내

의 기관구성을 각 지방자치단체가 조례로 정할 수 있도록 함. 각 지방자치단체의 문화와 경제적 상태, 주민의식 등을 반영하여 위원회형 지방정부, 의원내각제형 지방정부, 수장형 지방정부 등 다양한 형태의 지방자치단체구조가 출현할 수 있고, 또한 각 지방자치단체가 선의의 경쟁을 통하여 보다 우수하고 적합한 모델을 개발 적용할 수 있도록 함

(2) 제96조(겸임 등의 제한)

(가) 현행규정

제96조(겸임 등의 제한) ① 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직을 겸임할 수 없다. <개정 2009.4.1>

1. 대통령, 국회의원, 「헌법」재판소재판관, 각급 선거관리위원회 위원, 지방의회의원
2. 「국가공무원법」 제2조에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조에 규정된 지방공무원
3. 다른 법령의 규정에 따라 공무원의 신분을 가지는 직
4. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관(한국방송공사, 한국교육방송공사 및 한국은행을 포함한다)의 임직원
5. 농업협동조합, 수산업협동조합, 산림조합, 염연초생산협동조합, 신용협동조합 및 새마을금고(이들 조합·금고의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 임직원
6. 교원
7. 「지방공기업법」 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임직원
8. 그 밖에 다른 법률이 겸임할 수 없도록 정하는 직

② 지방자치단체의 장은 재임(在任) 중 그 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 거래를 하거나 그 지방자치단체와 관계있는 영리사업에 종사할 수 없다.

(나) 개정의견

제96조(겸임 등의 제한) ① 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직을 겸임할 수 없다. <개정 2009.4.1>

1. 대통령, 헌법재판소재판관, 각급 선거관리위원회 위원
2. 「국가공무원법」 제2조에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조에 규정된 지방공무원
3. 「지방공기업법」 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임직원

4. 그 밖에 다른 법률이 검임할 수 없도록 정하는 직
- ② 지방자치단체의 장은 재임(在任) 중 그 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 거래를 하거나 그 지방자치단체와 관계있는 영리사업에 종사할 수 없다.
 - ③ 각 지방자치단체는 조례로써 지방자치단체의 장의 겸직범위와 한계를 본법에 위배되지 않는 범위에서 따로 정할 수 있다.

(다) 개정의미

다양한 형태의 지방자치단체구조의 출현을 허용하기 위해서는 우선 지방자치단체의 겸직가능성을 허용해야 함. 위원회형 지방자치단체의 출현을 위해 지방의원을 겸직할 수 있도록 하고, 더 나아가 지역사정에 따라서 국회의원도 지방자치단체의 장을 겸직할 수 있도록 함. 지방자치단체의 재무사정, 크기, 주민수 등에 따라 그 직무의 복잡성과 난이도의 차가 있을 수 있으므로, 겸직하여서도 지방자치단체의 장의 업무를 충분히 수행할 수 있다고 판단하면 조례로써 허용할 수 있도록 함. 종국에는 무급의 봉사직 형태의 지방자치단체의 장도 존재할 수 있도록 함. 또한 엄격화 되고 형식화된 권력분립이론에 입각하여, 모든 형태의 겸임을 제한하는 것은 오히려 권력분립이 목적하고 있는 국민의 권리보호와 행복추구를 달성하는데 저해되는 경우도 있을 수 있음. 또한 헌법개정론에서 등장하는 의원내각제형태의 정부형태에 대해 국가적 수준에서 전면적으로 시행하기 보다는 지방자치수준에서 주민의 선택에 의해 의원내각제형 지방정부를 실시할 수 있도록 하고, 다양한 형태의 지방정부형태의 출현과 경쟁으로 인하여 우리나라 실정에 맞는 정부형태가 무엇인지를 큰 시행착오 없이 찾아서 발전시킬 수 있는 원동력이 될 수 있음. 즉 민주주의의 실험의 장이며 풀뿌리 민주주의 현장인 지방에서 주민의 선택을 기반으로 한 다양한 형태의 정치실험이 가능하게 하여, 지방의 창의성과 다양성을 바탕으로 전체 국가의 정치발전과 통합으로 연결될 수 있는 장치를 둬

(3) 제104조(사무의 위임)

(가) 현행규정

제104조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.

- ② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.
- 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.
- ④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

(나) 개정안

- 제104조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.
- ② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.
 - ③ 지방자치단체의 장은 조례나 조례에 위임에 따라 제정된 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.
 - ④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.
 - ⑤ 지방자치단체의 장에게 위임된 사무라도, 사무의 성질상 기초지방단체에서 처리하는 것이 적당한 사무는 수임기관의 장의 승인을 받아 당해지방의회의 조례로써 소속 지방자치단체 등에 재위임할 수 있다.

(다) 개정의미와 타법률과의 관계

조례와 규칙의 상하관계를 분명히 설정하면서도 일반적 내부적 사무처리 기준과 절차에 관한 사항은 집행규칙으로도 보조기관, 소속행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있도록 함. 하지만 외부기관이나 개인에게 위탁하는 경우는 조례나 조례에 구체적 위임인 있는 경우에만 규칙으로 위탁을 정할 수 있도록 함

지방자치단체장에게 위임된 사무라도, 그 사무를 재위임하는 것은 지방의회의 조례로써 하도록 규정하여, 지방의회의 기능을 강화하고 지방자치단체장이 행사하는 행정입법권에 대한 통제권한을 강화함. 타법과 관계에서 행정권한위임 및 위탁에 관한 규정은 대통령령이므로 법조문에 의해서 해결할 수 있음. 현재 동규정 제4조(재위임) “특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 같다)나 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)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·동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.”고 규정하여, 반드시 규칙으로 재위임하도록 하고 있음

3. 서울시 조례와 규칙상 제도개선

조례와 규칙의 관계에 대한 면밀한 법제도적 설계와 해석이 부족한 것이 현실임

주민의 대표에 의해 제정되는 조례는 그 발현의 과정과 의결결정구조 및 대표성에서 집행기관의 규칙과 같은 수준에서 논할 수 없음

즉, 지방자치단체내의 주민의 권리와 의무와 관련된 사항은 규칙이 아닌, 조례의 형태에 의해서 마련되어야 함. 그러나 현재 법이론상 지방자치단체의 장의 권한사항은 조례가 아니라 규칙으로 정하게 되어 있음. 대부분의 법령에서 지방자치단체에게 권한을 위임하고 있는 현실을 감안하면, 조례의 기능이 심각히 침해되고 있음

조례와 규칙 간에 제정절차의 차이만이 있는 것이 아니라, 효력에서 조례가 우선한다는 원칙에 충실할 필요가 제기되며, 이를 위한 기반조성이 필요함

전체 사무의 재분배에서 자치사무를 넓히고 확정하면, 조례의 가능성이 높아짐, 또한 기존에 조례로써 정하는 것에 대해 부정적 견해도 있던 단체위임사무는 물론이며, 조례의 대상이 되지 않는다고 본 기관위임사무에 대해서도 이론적 검토와 반성이 필요함

현재 서울시는 기관분립형 지방자치단체로 강시장-약의회로 평가됨. 의회와 시장은 모두 민주적 정당성과 대표성을 지니고 있으므로, 양 기관의 충돌과 갈등은 대의와 주민이익의 추구라는 구호를 통해 평행선을 달릴 가능성이 상존함

예를 들면, 지방의회와 시장의 갈등사항인 조례관련 제소유형을 보면, 1991년 ~ 2010년 6월까지 제소유형은 전체124건의 제소 중 법률유보가 20건으로 16.1%였고, 법령위반이 37.1%인 46건, 그리고 권한침해가 46.8인 58건으로 나타나 권한침해, 법령위반, 법률유보의 순으로 나타남

(1) 자치단체장 발의조례와 지방의회발의조례의 입법통제

현재의 지방자치제도하의 기관분립형구도하에서 지방의회와 단체장의 정파에 따른 충돌 그리고 지방의회의 '주민편의주의 입장'과 집행기관의 '행정편의주의 입장'의 반영은 정책조례와 관련해서 첨예한 대립과 갈등으로 나타날 수밖에 없음. 따라서 이러한 입법갈등을 해결하고 행정입법을 통제하기 위한 해결책 모색이 필요함

(가) 정파에 따른 정책노선에 따른 충돌의 방지

정당공천제폐지로 정파에 따른 충돌을 막고자 함

(나) 지방의회와 단체장의 견제와 균형

그동안의 집행부 독주에 대한 지방의회의 단체장에 대한 견제와 관리·감독권의 강화로 단체장이 의회와 함께 포용적 리더십을 기지고 견제와 협력을 통한 조화를 모색함(여기서 더욱 지방의회의 입법기능의 확대에 의회와 단체장의 조화·균형을 조정함이 필요함)

현재 법현실과 법이론적으로도 기관위임사무 등을 지방자치단체장에게 위임된 사무에 관한 사항과 법령에서 규칙으로 정하도록 한 사항에 대한 지방의회의 실효적 통제장치는 없음. 다만, 행정감사와 조사를 통해서 간접적으로 영향을 미칠 수 있음

현재의 법제도상으로는 서울시내부에서만 자체의 조례와 규칙의 관계를 재정립하려고 해도 별 효과가 없음

앞에서 언급한 의회통제(정치적 통제), 사법통제, 절차적 통제 중에서 현행 법체계하에서 지방의회가 취할 수 있는 가장 합리적인 대안은 절차적 통제라고 할 수 있음

(다) 시의회의 정책기능의 강화

최적의 입법을 성안하기 위한 의회의 정책기능의 강화가 필요함. 현재 발생하고 있는 입법갈등과 충돌사항에 대해 의회가 행정입법(규칙·훈령)을 통제하여 갈등을 발생을 방지하고, 견제하려고 조례를 제정하면 자치단체장의 권한을 침해하거나 법령에 반하여 위법한 조례가 됨

그러므로 이러한 문제에 대한 해결책으로 거대도시 서울의 규모를 감안할 때 오히려 지방의회도 정책개발에 초점을 맞추어 실효성·효율성 있는 입법으로 단체장에 대한 견제와 대응이 필요함. 의회 내에 기존의 위원회 중심의 전문위원중심의 조직 외에 정책개발부서의 확대에 따른 시대상황의 변화에 따른 행정수요의 다양성에 부응하도록 정책을 개발하여 효율적으로 입법에 기여할 필요가 있음(기존의 다양한 행정관련 연구기관에서 많은 연구 성과를 내고 있으나 집행부의 측면에서의 연구결과물이 많은 만큼, 입법기관의 측면에서의 정책적 연구도 상당부분 중요한 시점임)

(라) 지방의회와 지방자치단체의 입법역량과 전문성의 강화

지방의회와 지방자치단체의 입법역량과 전문성의 강화가 절실함. 그동안 지방자치단체와 지방의회의 업무수행에서 상당히 많은 발전을 이루어 왔으나 여전히 지방자치제 실시의 역사가 짧은 만큼 정책과 입법공조가 부족한 상황임

그동안 입법보좌관제 등에 대하여 많은 논의가 있어왔으나 현실 여론에서는 상당히 부정적 임. 오히려 입법자문위원회, 입법고문위원회를 통하여 각 위원회별로 분석한 조례안을 체계화 할 필요가 있음

(마) 지방의회의 입법권의 확대와 입법기능의 강화필요

최근 서울시의회 기본조례가 제정되었듯이 지방의회 스스로도 독자성과 자율성의 고양에 필요하며, 다양한 입법과정에 주민과 전문가들을 참여시킴으로써 입법권 확대와 입법기능 강화를 위한 단초를 형성하고, 향후 지방자치법 개정을 통하여 자치사무의 범위를 확대함으로써 자치입법의 영역을 확장할 필요가 있음. 이러한 자치입법의 확장은 바로 의회의 입법기능회복으로 연결될 것임

서울시의 조례와 규칙의 조문과 체계를 개선한다는 것은 단순히 조문을 문구를 순화하는 차원의 작업이며, 상위법령의 모순을 일차적으로 점검한다는 의미밖에 존재하지 않음. 그러므로 지방의회를 통한 행정입법통제를 하려는 차원에서는 조례와 규칙을 정비하는 것은 아무런 소득 없는 작업임

(2) 합리적 행정입법통제를 위한 제도개선방안

(가) 지방자치단체의 국회입법참여

현재 지방자치단체가 국회의 입법에 참여할 수 있는 제도는 일반개인과 차이가 없을 정도로 미미하므로, 특정 행정입법의 제정시에 상위법을 담당하는 국회의 조력을 끌어내기 위해 지방의회 차원에서 그나마 현존하는 입법예고제, 입법공청회, 입법청문회 등을 적극적으로 참여할 필요가 있음

(나) 국가사무와 자치사무의 범위설정

서울시 무상급식조례사례에서 보았듯이 기관분립형하에서 지방의회와 지방자치단체간의 충돌과 대립으로 인한 장기간의 입법갈등으로 엄청난 시간적·경제적 소모전이 발생한 결과로 볼 때 현재의 법제 하에서 기관위임사무와 자치단체고유사무의 체계적 정립이 필요한 시점임

향후 헌법 개정과 「지방자치법」 제9조의 개정으로 국가사무와 지방자치단체사무영역의 명확한 범위설정이 필요함

(다) 조례입법권의 범위확장

정보산업화와 다원화사회로의 급변하는 시대적 현실 속에서 지방의회 조례 제정의 중요성과 조례제정 범위의 확장이 매우 중요한 시점임

우리나라의 중앙집권적 권력 구조하에서 조례입법권의 범위가 좁아질 수밖에 없는 현상과 이유로 현행 우리나라의 권력구조(정부형태)와 지방자치제도의 특성에 크게 기인하고 있으므로, 향후 지방분권 확대를 위한 제도강화를 통하여 지방의회의 위상정립, 자치입법권의 확대를 통하여 지방의 지역적 특성을 반영한 입법을 통하여 정책적 효과를 달성할 필요가 있음

고유한 지방정책의 활성화를 위하여 법률유보조항인 「지방자치법」 제22조 단서를 삭제하여, 즉, “지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 특히 고유한 자치사무에 속하는 주민의 권리제한 또는 의무부과, 벌칙에 관한 사항은 조례로 정한다.”고 규정하여 자치입법의 범위확장이 필요함

상위법령의 위임 없이 긴급한사유로 조례가 제정된 경우의 해외사례로서 중국의 입법(제64조)을 들 수 있음. 중국의 경우 상해경제특구, 황금평경제특구 같이 긴급한 사유로 조례제정이 필요한 경우(즉 상위법령 미제정 등 하자에 의한 조례제정)에 중국의 경우 상위법령의 근거 없이 자치성단위에서 자치입법을 먼저 제정하고 이후 중앙정부의 상위입법이 제정되어 법령의 근거와 일치할 경우는 자치입법이 존속하고 상위법령의 근거와 배치될 경우 자치입법이 소멸하는 경우가 있음

우리나라의 경우에는 법이론적으로 일치할 수는 없으나 장기적 관점에서 입법수요에 대한 탄력적 대응이라는 측면에서 긍정적인 측면이 있음

(라) 자치입법의 개선을 위한 행정입법통제방안

행정입법통제를 통하여 조례·규칙에 대한 입법을 통제·관리할 때 오히려 법제업무의 자생력 강화와 질적 개선에 기여할 수 있음

지방의회와 자치단체장과의 입법협의체구성을 통한 행정입법통제시스템이 필요함. 지방의회의 독자적 자율성 인정해야 됨(인사권의 자율성과 의회예산책

정의 자율성보장)

국가사무와 지방사무의 관계에서 지방이양사무는 종전처럼 국가가 기피하는 업무를 지방에 미루는 식의 이양이 아니라 자치단체의 특성과 현실을 고려한 사무이양이 필요함(여기에는 지방자치단체의 경쟁력, 재정자립도, 인구수, 연령 분포 등 다양한 현실적 고려가 필요함)

4. 바람직한 지방자치제도와 헌법

현행 「헌법」은 제8장에 지방자치를 배치하고 제117조와 제118조의 두 개의 조문을 두고 있음. 비록 2개 조문만을 지방자치에 할애하고 있기에, 개헌에 있어서 지방자치에 관한 기본적 사항과 내용을 보강할 필요가 제기됨

그럼에도 불구하고 우리 헌법의 태도는 주목 받을 만한 점이 있음. 그것은 바로 2개의 조문에도 불구하고 독립된 장으로 지방자치를 배정하였음

우리는 권력분립을 헌법의 기본원칙으로 수용하고 있으나, 현행 헌법 어디에도 권력분립 혹은 3권 분립을 명시적으로 규정하고 있지 않음. 그럼에도 불구하고, 우리 헌법의 편제가 전문, 제1장 총강, 제2장 국민의 권리와 의무, 제3장 국회, 제4장 정부, 제5장 법원, 제6장 헌법재판소 등으로 구분하고 있음은 중요한 의미를 지님

단개의 조문을 가지지만, 제117조와 제118조를 제4장 정부장에 두고 있지 않음을 주목할 필요가 있음. 즉 기존에 지방자치단체를 중앙행정기관의 하부기관으로 해석하거나 행정기관의 성격으로 지방의회를 해석하는 것은 더 이상 우리 헌법 질서와 헌법 발전에 맞는 태도가 아님. 단순히 지방자치를 행정권한을 분산한 것이 되려면, 지방자치는 2개의 조문만을 두고 있으므로 제4장 “정부”장에 두었어야 함

다만, 개헌논의에 있어서 헌법의 장편제에 있어서 제8장의 지방자치를 제7장으로 편경하여 제1장 총강, 제2장 국민의 권리와 의무, 제3장 경제와 형평, 제4장 국회, 제5장 정부, 제6장 법원, 제7장 헌법재판소 (제6장 법원과 헌법재판소로 통합검토) 제8장 지방자치, 제9장 선거관리 제10장 헌법 개정으로 개편하는 것이 헌법 편제와 흐름에 맞는 배열임

헌법 내용적으로는 지방자치를 제도적 보장이나, 단순한 수직적 권력분립으로 이해할 것이 아니라, 국가와 지방이 협력과 조화를 통해 나아갈 동반자적 기능을 확인하고, 지방의 자율성과 창의성을 통하여 국가전체의 통합과 발전을 지향하는 방향의 헌법 개정이 필요함

지방자치의 실질화의 중심은 지방의회에 있음. 지방의회는 보다 적은 단위에서 보다 더 엄밀하고 실제에 가까운 주권실현의 가능성이 있음. 다원화사회, 세계화 시대에 있어서 민주주의의 형해화가 문제되는데, 이를 극복하나는 방안으로 국민(인민)주권의 다른 표현인 주민주권을 강화하는 것임

지방의회는 주민의 직접선거에 의해 구성되는 지역의 대표인 지방의원이 핵심이며, 지방의원은 조례라는 형태로 규범력 있는 법규를 주민의 대표성과 민주성 그리고 정당성을 바탕으로 형성하게 됨. 즉, 형식적인 의미의 법률과 조례는 그 형성과정의 대표성과 민주성, 정당성, 합의와 표결이라는 표지에서 대통령령, 총리령, 부령 등 행정입법과 완전히 다른 속성을 지니고 있음. 그러므로 조례를 행정입법의 일종으로 이해하는 기존의 학설은 시대적 사명을 다했다고 볼 수 있음

□ 개별조문에는 우선, 제1장 총강에 제1조 “대한민국은 지방분권형 민주공화국이다.”로 개정하여, 지방분권을 헌법차원에 명시함

- “지방자치”장에서는 먼저 지방자치단체와 국가의 관계조항을 신설함.
- 예컨대 ① 주민복리에 관한 사무는 지방자치단체에 속한다.
- ② 국가와 지방자치단체는 대등·협력의 관계를 통하여 주민의 행복과 국가발전을 추구해야 한다.
- ③ 국가는 지방자치단체의 자율성과 창의성을 존중하고 향상시켜야 하며, 지방자치단체는 책임성을 바탕으로 주민의 행복진증과 국가전체의 이익을 균형적으로 추구해야 한다.

- 지방자치단체의 법인격과 종류조항 신설 :
- ① 지방자치단체는 공공법인으로 한다.
- ② 지방자치단체는 광역지방자치단체와 기초지방자치단체로 한다. 광역지방자치단체와 기초지방자치단체의 종류와 형태는 법률로써 정한다.

③ 특수한 지방자치단체의 설립과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다.

□ 지방자치단체의 역할과 기능조항 신설 :

① 지방자치단체는 소관 지역의 주민의 복리에 관한 사무에 대하여 우선적 책임과 권한을 가지고 처리하며, 재산을 관리한다.

② 지방자치단체는 「헌법」과 법률의 내용에 반하지 않는 범위에서 소관사무를 처리하기 위하여 조례를 제정할 수 있다(기관위임사무에 관하여 제정된 조례의 효력: 대법원 2009.12.24. 선고 2007추141 판결).

③ 주민복리와 관련된 사무는 원칙적으로 자치사무로 본다(공장총량제를 규정한 수도권정비계획법의 포괄위임입법금지사건, 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2000헌바78 결정).

□ 지방자치단체의 구조관련조항: 지방자치단체별로 조례로써 개별적인 지방자치기관을 구성할 수 있도록 헌법적으로 보장함

예 : ① 지방자치단체는 그 소관사무를 처리하기 위해서 자율적으로 기관을 구성하고 집행기관의 장의 선임방법을 조례로써 정할 수 있다.

② 국가는 다양한 형태의 지방자치단체구조를 보장하고, 각 지방자치단체가 자율성과 선의의 경쟁을 통하여 지역에 적합한 단체구성을 하여 국익을 최대화 하도록 지원한다.

□ 지방재정의 확보와 형평성조항 : 자치사무를 늘이면, 지방자치단체의 권한이 강화된 것처럼 보일 수 있지만, 재정적·현실적 토대가 마련되지 않은 지방사무의 확장은 지방자치의 중앙재정권의 예속으로 이어짐. 그러므로 지방재정을 투명하고, 전체 국민의 형평성을 달성할 수 있으면서도 중앙의 자의적 재정부분을 차단할 수 있는 헌법조항이 필요함. 또한 수도권과 낙후지역 등의 지역경제의 차가 심각히 벌어져, 경제적·재정적 형평성을 당해 지방자치단체내의 세수만으로 해결할 수 없는 현실을 감안해서 조화적·형평적·책임적 재정제도를 설계해야 함(재정불균형조치에 대한 헌법소원사건, 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌라4 결정)

□ 개정안:

① 국가는 국세와 지방세의 균형을 통하여, 지방자치단체의 사무처리에 있어서 재정의 안전성과 책임성을 확보하여야 한다.

② 지방자치단체는 소관사무와 지역에 있어서 법률의 반하지 않는 범위 내

에서 조례를 통하여 지방세제를 자율적으로 마련할 수 있다.

③ 지방자치단체는 낙후된 다른 지방자치단체가 국가 전체적 차원에서 균형적으로 발전하고 공생할 수 있도록 배려하여야 한다.

□ 주민투표·주민소환제규정: 지방의회가 입법기관으로써 위상을 누리고, 지역의 최고 의사결정기관으로써 소명을 다하기 위해서는 지방의회에 대한 견제 장치도 마련되어야 함. 또한 간접민주제를 보강하는 주민투표는 지방자치에 더 적합하며 권장되어야 할 제도보안장치임

① 지방자치단체내의 기관구성과 지방자치단체장의 선임방법은 조례로써 정하고, 주민투표를 실시하여야 한다.

② 지방자치단체의 해체, 변경, 통합과 주민에게 중대한 재정 부담을 부과하는 중요한 사항에 대해서는 반드시 주민투표를 거쳐야 한다. 주민투표사항과 기준 및 실시방법은 법률과 법률의 위임을 통해 조례로써 정한다.

③ 주민들은 주민소환제를 통하여, 지방의원, 지방자치단체의 장, 및 기관의 장을 소환할 수 있다. 주민소환사항과 기준 및 실시방법은 법률과 법률의 위임을 통해 조례로써 정한다.

□ 지방자치의 한계: 지방분권을 확대·강화한다고 하더라도, 분명한 것은 국가라는 하나의 법체계 안에서 이루어져야 함은 자명함. 그래서 국가를 파괴하거나 분열시키는 지방분권은 지방자치를 부정하는 결과를 가져오게 됨

개정안: ① 지방자치는 전체 국민의 행복과 국가의 발전을 추구한다.

② 지방자치단체는 지방자치를 통해서 국가의 통합과 균형적 발전을 추구해야 한다.

③ 지방자치는 국가존립과 직결되는 상황이 발생하는 등 위급한 사항에 있어서는 보류될 수 있다.

헌법의 개정은 이상적인 단계이며, 모든 국민의 중지와 속고가 필요한 작업임이 틀림없음. 또한 학자간의 문제인식과 시대적 판단이 다르며, 쟁점별로 다양한 의견이 제기 될 수 있음

제 5 장



결론

제5장 결 론

본 연구의 내용을 전반적으로 정리하면 다음과 같음

제1절 지방자치와 행정입법

집행권의 전속적 권한을 가진 자치단체장 주도의 인기영합적 행정입법으로 인하여 지방행정에서 상당한 행정기회비용의 발생과 재정상의 손실을 초래함

우리나라의 강시장 - 약의회형의 구도로 의원발의 조례안의 경우 단체장에 대한 재의요구와 대법원에 조례제정무효확인소송이 제기되거나, 자치단체를 지휘·감독하는 정부의 요구에 따라 자치단체장이 재의요구와 대법원에 소송을 제기하는 경우가 다수 발생함

의회와 자치단체장의 행정입법을 둘러싼 충돌과 갈등으로 인한 행정지연현상은 국가경쟁력의 저하를 초래함

행정입법통제를 위해서는 입법과정에서 사전·사후에 심도 있는 분석·검토를 통하여 위법조례·위법규칙의 발생가능성을 사전에 예방하고 사후치유함으로써 불필요한 입법과 관련한 재정적 낭비를 줄이고 조례·규칙에 대한 신뢰성 확보에 기여한다는 것을 말함

또한 국가입법과 자치입법간의 규범적 모순을 방지하기 위한 규범관리시스템을 통하여 자치단체가 필요로 하는 자치입법사항에 대한 통제관리가 필요함

- 지방의회의 의결권과 권한의 강화로 집행부의 독단과 전횡을 방지함

지방의회의 행정사무에 관한 감사·조사권의 강화로 감사·조사이후의 결과에 대한 실효성을 확보함으로써 집행기관의 효율적 감시와 관리감독이 필요함

- 행정입법(자치입법)으로서 조례제정의 활성화

행정입법(자치입법)으로서 조례제정의 활성화를 위해서는 기본적으로 지방의

회의 전문성과 더불어 자율성이 보장되어야 함은 필수적 전제이므로, 현행 법제 하에서도 지방자치단체장은 지방의회의 의장이 추천한 자에 대하여 임명권을 형식적으로 행사하도록 함으로써 의회의 자율성을 보장하는 것이 필요할 것임

- 지방의회의원의 정당공천제 폐지로 지방 자율성의 범위확대

향후 정당공천제 폐지로 지방의회의원의 의정활동의 독자성과 자율성을 보장함으로써 소속정당의 정당정책에 따른 행정입법 제정시의 입법예속현상과 입법을 둘러싼 갈등을 해소하고, 특정집단에 의한 독단적 합의방지와 단체장과 다른 당 소속의 의원들의 정당정강 정책에 따른 무조건적 반대를 방지하여 입법의 효율성을 달성하여야 할 것임

지방의회가 독자적인 행정주체로서 단순한 행정기관이 아니라 고유한 입법 기능을 수행하는 기관으로서의 역할의 정립이 필요하며, 자치입법권의 확대를 통하여 지역적인 업무에 대하여는 지방자치단체가 자율적인 입법권을 행사하도록 하는 입법권의 분권화를 통하여 국회의 입법 부담을 경감하고 법령의 사각지대를 보완하여 지방자치단체의 입법적인 수요를 스스로 충족하게 함

법리적으로 체계화되어 준비된 서울시의 모범조례는 다른 지방자치단체의 입법권행사에도 영향을 미칠 수 있으며 지방자치단체끼리 서로 좋은 정책을 입법화하려는 경쟁을 유도할 수 있음

- 행정입법에 대한 법률상 보장된 지방의회의 직접적 통제장치는 없음

대의제 기관으로서 의회의 정치적 조정역할로서 행정입법을 올바르게 유도하고 집행부의 자의가 개입되지 않도록 주민에게 여론을 환기시켜 집행부에 대한 감시·감독을 철저히 수행해나가야 함

- 잘못된 행정입법에 대해 조례 개정을 통한 통제는 가능함
- 「헌법」 제107조 제2항은 행정입법에 대한 법원의 사법통제의 근거조항

행정입법에 대한 사법적 통제는 구체적 소송을 통해 행정입법이 헌법 또는

법률에 위반되었다고 인정되는 경우 법원이 위헌(위법)판결을 내려서 조례에 대한 효력을 무효화 시키는 것임

- 행정입법에 대한 절차적 통제는 가능

법제처의 자치법규에 대한 법령위반여부와 위임사무인지 고유사무인지 ‘정부유권해석’을 활용한 절차적 통제를 통하여 조례의 정당성을 확보함

주민예산참여제도와 입법·법률고문제도 그리고 입법평가제도를 통하여 주민의 행정입법과정에서의 절차적 통제가 필요함

지방자치단체장과 지방의회의 입법갈등 사례들을 살펴보면 다음과 같은 결론이 도출됨

- 서울시 친환경 무상급식조례의 경우는 무상급식을 국가정책으로 도입할 필요가 있다면 상위법인 학교급식법과 지방자치법을 개정하여 입법적으로 해결하는 것이 입법갈등을 해소할 수 있는 최선의 방안이라고 할 수 있음
- 서울시 광장조례의 경우는 현재 국가사무로 분류되는 ‘국회신고사무’에 대한 법리를 개발하여 자치사무로 전환하든지, 아니면 집시법을 개정하여 ‘단순 신고제’로 바꾸는 것이 타당함
- 서울시 학생인권조례와 교권조례의 경우는 법률적 근거의 유무에 대한 분쟁이므로 해당 근거법률을 충분히 검토할 필요성이 제기됨

이와 같이 항시 상존하는 입법갈등현상을 원천적으로 해결하기 위해서는 헌법과 지방자치법의 해석론만으로 한계가 있으므로 장기적으로 헌법 개정과 관련 법률의 개정 그리고 국가입법과 자치입법간의 규범적 모순을 방지하기 위한 규범관리시스템의 운용을 통한 입법적 개선과 입법통제·관리방안의 모색이 필요함

향후 합리적 행정입법통제시스템의 운용을 통한 행정입법의 정책목표의 달성을 위해서는 그동안 제한된 범위 하에서 지방의회의 입법기능이 유지되어 의정활동을 통한 정책기능의 달성이 쉽지 않았으므로 향후 법 개정을 통해서

지방의회의 적극적 입법기능수행을 통한 정책달성을 위한 역할의 수행이 요구됨

지방의회의 의회기능회복과 자치입법권 확대강화를 위한 헌법 개정의 방향은 국회입법권에 대한 지방자치단체의 입법권의 위상을 존중하여 자치입법권 행사에 대한 자율성을 더 크게 확대하기 위해서 기본권제한의 일반적 법률유보의 적용을 명시적으로 배제할 필요가 있음

자치입법권의 확대를 위한 법률적 조치로는 조례에 대한 법률유보 조항인 「지방자치법」 제22조 단서를 삭제하고, 즉 “고유한 자치사무에 속하는 주민의 권리제한 또는 의무부과, 벌칙에 관한 사항은 조례로 정한다.”고 규정하여 지방의 고유한 자치사무에 관한 자치입법권의 범위를 확대하여 지방자치의 자율성을 보장함이 타당함

제2절 지방자치에 관한 헌법재판소와 대법원의 판례분석

우리 헌법의 지방자치관련 규정은 지나치게 단순하고, 지방자치의 구체적 내용의 대부분을 법률에 유보하고 있어 지방자치권의 적극적 보호를 위한 기본결단으로는 부족하다고 아니할 수 없음

자치입법권과 관련하여 국회입법권에 대한 자치입법권의 배분문제, 「헌법」 제37조 제2항의 자치입법권에 대한 적용배제문제 등을 명확히 규정하여야 할 것임. 경우에 따라서는 헌법 개정 없이 지방자치법 등 법률적 차원의 개선이 요구됨. 또한 다른 접근 방법으로 국회 입법과정에 지방자치단체가 적극적으로 참여하는 것도 검토해야 함

현행 헌법상으로 국회에 상설 지방분권특별위원회 신설과 지방자치단체의 법률안 제출제도 등을 도입하자는 것임

국가의 발전과 미래를 위하여 지방자치활성화가 필요하다는 공감대가 확장되고 있는 만큼 보다 적극적인 대응이 필요하다고 할 것임

지방자치본질에 대한 헌법재판소 결정을 분석하면 중앙정부와 지방자치단체

의 수직 관계를 전제로 현행 지방자치법이 합헌임을 인정하고 있음. 오랜 기간 동안의 중앙집권체제 아래에서 제정된 법령에 따라 지방자치단체의 업무 중 국가사무 수행 비율이 상당히 높음

지방자치단체들의 행정역량 부족과 지역이기주의 형태에 따른 불신으로 법률로서 국가사무로 규율하는 경향에 기인하는 면이 있으나 앞으로는 지양되어야 할 것임

자치입법권의 한계에 대하여 대법원은 종래의 판례를 유지하고 있음. 논란이 되고 있는 「헌법」 제117조와 「지방자치법」 제22조 단서의 관계를 합헌이라고 판단하고 있음

지방자치단체의 자치재정권에 대해서도 국회의 입법으로 결정되는 것이 자치재정권의 본질을 침해하지 않는 한 문제가 없다고 판시하였음

지방의회와 지방자치단체장과의 상호관계를 견제와 균형원리에 입각하여 판단하고 있음. 즉 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시·통제할 수 있고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하는 것에 대해 믿음을 가지고 있음

그러한 입장에서 서로의 고유권을 보호하고 상대방에 대한 권한 침해를 인정하지 않고 있음. 지방의회가 공익을 위하여 지방자치단체장의 인사권 침해하는 조례는 허용하지 않고 있음

지방자치단체장이 제·개정된 규칙이 조례를 위반하는 경우를 대비하여 국회의 대통령령 통제 방법을 참고하여 지방의회의 행정입법 통제의 필요성이 있음

결국, 현행 헌법의 존재와 무효결성을 전제로 하는 헌법재판소와 대법원의 지방자치와 관련된 판단에 대해 지방자치제도의 변화를 인정하자는 입장에서는 불만이 있을 수 있음

그러나 국법질서 확립과 법적 안정성을 위하여 타당하다고 할 것이므로 중요한 해결방법은 국회에서 마련해야 할 것임

제3절 지방의회의 행정입법 통제강화 방안

지방자치의 강화와 국가와 지방자치단체의 올바른 위치정립의 필요성이 강하게 제기됨

대등하고 협력적 관계를 바탕으로 국민의 행복과 국가의 발전을 추구할 수 있는 법제도의 설계와 시대변화를 반영할 수 있는 살아있는 법해석이 필요함

왕조시대를 거치고 외세에 의한 역사단절과 함께, 같은 민족끼리 전쟁을 경험한 우리나라는 지방자치가 헌법에 규정되어 있었지만, 전통적으로 중앙 집권형으로 국가를 운영할 수밖에 없던 현실과 대륙법계위주의 법해석이론이 지배적 현상으로 자리 잡아 지방자치에 대해 보수적으로 접근하는 경향이 강한 것이 현실임

지방의회는 지방자치의 시작이며 헌법상의 기관인 지방의회와 지방자치단체장의 관계를 주민의 행복추구와 인간존엄회복을 위한 도구개념으로 인식하여, 권력분립을 통해 주민의 공리를 최대화하며 개인의 자율성과 지방자치단체의 창의성을 다양해야 함

지방의회의 조례와 형식적 의미의 법률의 공통점인 민주성, 대표성, 절차성, 과정성에 초점을 맞추어 조례와 법률의 실질적 동일성에 대한 검토와 전향적 해석이 필요함

자치단체장의 권한이 되는 부분에 대한 조례의 통제가능성은 현재 존재하지 않음. 또한 자치사무를 제외한 위임사무에 대해 제정되는 규칙에 대해서도 조례가 통제할 수단은 존재하지 않음. 더구나 자치사무라고 하더라도 상위 법령에서 지방자치단체의 규칙으로 정하도록 한 부분에 대해서도 의회의 개입가능성은 차단됨

개입과 견제가능성의 차단은 정치적 투쟁과 소요적 논쟁으로 이어질 가능성이 상존하며, 민주적 정당성과 선거를 통해 구성된 양 지방자치단체의 기관이 충돌하는 경우 지역의 분열과 단절로 인하여 중국에는 주민의 이익이 침해되고 정치회의로 이어져 민주주의의 형해화로 이어질 가능성이 존재함

그러므로 지방의회의 기본적 기능인 조례제정권을 회복하고 조례를 통해서 규칙을 현실적으로 통제할 수 있도록 하고, 전문적·기술적 측면의 행정권한 행사를 존중할 수 있는 방향으로 조례제정권과 규칙제정권을 조정해야 함

이런 지방자치의 방향을 달성하기 위해서는 현행 헌법 하에서도 지방자치법만의 개정으로도 달성될 수 있지만, 가장 이상적인 것은 헌법 개정을 통한 지방자치의 강화와 지방자치단체와 국가의 관계정립을 명확히 하는 것임

분명한 것은 지방분권이 더 이상 행정권의 분산이거나, 지방의회는 행정기관이라는 견해는 수정되어야 할 것임

건국 헌법에서부터 지방자치규정이 단 2개에 불과하지만 독립된 장에서 지방자치를 규정하고 있다는 것은 중요한 의미를 지니고 있음. 명문으로 권력분립을 규정하지 않았지만 3권 분립이 우리 헌법상의 기본원칙이며 헌법 정신을 실현하는 도구임은 누구도 부인하지 않음

헌법이 추구하는 이상은 “국민의 행복”과 “국민의 존엄”이며, 이를 안전적으로 달성하기 위해서 우리 헌법은 권력분립을 통해서 권력을 분산하고 견제하면서 균형을 달성하고자 하였음

헌법은 죽은 법이 아니라, 살아서 숨 쉬어야 할 법이며 살아 있는 헌법을 형성하는 것은 기본적으로 국민의 시대정신이지만, 이 시대정신을 이끄는 요소에는 헌법학자와 행정법학자 뿐만 아니라 모든 연구자와 실무자들이 있음. 다만, 최종적으로 헌법을 살아있게 하는 기능을 담당하는 국가기관은 헌법재판소임. 헌법재판소가 헌법을 시대정신을 반영하여 살아있게 해야 함에도 불구하고, 그 임무를 해태하고 있다면, 국민의 열망이 헌법 개정을 통해서 표출되어 헌법을 개정하게 됨

헌법 개정이 전문가의 영역에서 준비되고 마련될 수 있지만, 그 원동력과 발

현은 국민이며, 그 국민이 지방자치를 어떻게 보고 있으며, 어떻게 발전시키길 진정으로 소망하는지 살펴보아야 할 시기가 왔음

국가사무와 지방사무의 관계에서 지방이양사무는 종전처럼 국가가 기피하는 업무를 지방에 미루는 식의 이양이 아니라 자치단체의 특성과 현실을 고려한 사무이양이 필요함

향후 지속적인 지방자치법이론 연구와 대법원·헌법재판소의 판결의 법리적 근거 하에 지방자치사무의 고유영역과 기관위임사무에 있어서 범위와 한계의 명확한 설정을 기반하여 수평적·수직적 권력분립의 틀 내에서 지방의회의 행정입법의 통제가 효율적으로 수행될 필요가 있음

국회의 경우 「국회법」 제98조의 2(대통령령 등의 제출 등)의 규정에서 정부가 제정한 행정입법(법규명령) 등에 대하여 해당 상임위원회에 보고를 받을 수 있도록 하여 각 상임위원회에 의한 행정입법의 검토제도를 두고 있음. 지방의회의 차원에서도 서울시의회의 경우 행정입법(조례)에 대한 연간 조례제정계획에 대하여 통보를 받고 있으나 이를 규칙 기타 사항으로 확대하는 것이 행정입법의 절차적 통제의 측면에서 유효할 것임

또한 자치입법의 체계적 정당성의 확보와 질적 개선을 위하여 입법통제가 필수적이라 할 수 있음. 의회에 의한 행정입법의 통제는 입법의 민주적 정당성, 합목적성과 입법의 경제성, 효율성을 확보할 수 있는 수단이라 할 수 있으므로 지방의회 차원에서도 각 상임위원회에서 조례에 대한 검토뿐만 아니라 자치사무 영역범위 내에서 규칙에 대한 검토권을 가지는 것이 타당할 것임

앞의 연구를 최종적으로 요약한다면 지방자치의 정책적인 목표달성과 행정입법의 효율적인 달성을 위해서는 행정입법의 통제·관리를 통하여 조례·규칙에 대한 입법통제·관리를 체계적으로 수행할 때 오히려 법제업무의 자생력 강화와 행정입법(조례·규칙)의 질적 개선에 크게 기여할 수 있을 것임

별첨자료



현행 지방자치법과 개정안의 비교표

※ 현행 지방자치법과 개정안의 비교표

현행 지방자치법	개정안	개정안 설명
<p>제1조 (목적) 이 법은 지방자치단체의 종류와 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, 국가와 지방자치단체 사이의 기본적인 관계를 정함으로써 지방자치행정을 민주적이고 능률적으로 수행하고, 지방을 균형있게 발전시키며, 대한민국을 민주적으로 발전시키려는 것을 목적으로 한다.</p>	<p>제1조 본 법은 「<u>헌법</u>」이 <u>정한 바와 같이</u> 지방자치단체의 종류와 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, <u>기본적으로</u> 국가와 지방자치단체 사이의 <u>대등하고 협력적인 관계</u>를 구체화함으로써 <u>지방분권</u>을 민주적이고 혁신적으로 수행하고, <u>지방정부가 균형있게 발전하며, 그 창의성과 다양성을 자주적으로 발전시킬 수 있는 여건을 마련하여 주민의 복지를 향상하고 국민을 통합하여 대한민국의 발전과 국민의 행복을 달성하는 것을 목적으로 한다.</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 지방자치가 헌법차원의 원리임을 분명히 함 ▶ 국가와 지방자치단체의 관계가 대등하고 협력적 관계임을 분명히 함 ▶ 지방정부는 표현을 사용하여 중앙정부(국회, 정부, 사법부)에 대비시킴 ▶ 지방자치의 정신을 구체화함 (균형발전, 창의성, 다양성, 자주성, 주민복지, 국민통합, 국민행복)
<p>제3조(지방자치단체의 법인격과 관할) ① 지방자치단체는 법인으로 한다. ② 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)는 정부의 직할(直轄)로 두고, 시는 도의 관할 구역 안에, 군은 광역시, 특별자치시나 도의 관할 구역 안에 두며, 자치구는 특별시와</p>	<p>제3조(지방자치단체의 법인격과 구조) ① 지방자치단체는 법인으로 한다. ② <u>지방자치단체에는 광역 지방자치단체인 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)를 두고, 광역지방자치단체에는 기초지방자치단체는 시, 군, 자치구를</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 현 지방자치법의 직할은 국가가 지방자치단체를 일정한 권한을 가지고 통제하거나 지배한다고 규정하고 있는 독소조항을 두고 있었음. 그러므로 “직할”을 삭제하는 것 하나만으로도 큰 의미가 존재함 ▶ 개정안에서는 지방자치단체의 구조라는 중립적

<p>광역시, 특별자치시의 관할 구역 안에 둔다.</p>	<p><u>둔다.</u> <u>③ 지방자치단체에는 주민의 직접선거에 의해 구성되는 지방의회를 두며, 집행기관의 구성과 집행기관의 장의 선임은 각 지방자치단체의 조례와 그 지역 주민투표로 정한다.</u></p>	<p>표현을 사용하여 현재 지방자치단체의 계층을 서술함</p> <p>▶ 지방분권이 자율적이며, 창의적 역동적으로 진행되기 위해서, 다양한 형태의 지방자치단체구성을 주민의 의사에 따라 허용할 수 있도록 함</p>
<p>제8조(사무처리의 기본원칙) ① 지방자치단체는 그 사무를 처리할 때 주민의 편의와 복리증진을 위하여 노력하여야 한다. ② 지방자치단체는 조직과 운영을 합리적으로 하고 그 규모를 적정하게 유지하여야 한다. ③ 지방자치단체는 법령이나 상급 지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다</p>	<p>제8조 (지방사무와 국가사무의 구별기본원칙) ① 국가사무를 제외한 사무는 원칙적으로 지방사무로 한다. 지방사무는 자치사무와 법정수탁사무로 구분한다. ② 국가사무의 경우는 아래와 같다. 1. 외교, 국방, 사법(司法), 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무 2. 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무 3. 농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무 4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무 5. 측량단위 등 전국적으로 기준을 통일하고 조정</p>	<p>▶ 지방자치사무의 범위를 넓히는 것으로 지방분권을 달성할 수 있다는 견해도 존재하지만, 사무처리부담만 전가되며 그 사무처리의 권한과 자율성이 보장되지 않으면 국가의 하도급형 공법인으로써 업무과중에 시달리게 됨</p> <p>▶ 개정안은 자치사무의 범위를 명확히 하고, 자치사무에 대해서는 국가의 간섭을 원칙적으로 금지하고, 그 사무처리의 비용을 국세와 지방세조정 그리고 지역격차를 고려한 형평적 배분제도를 통해 비용을 부담하도록 명시함</p>

	<p>하여야 할 필요가 있는 사무</p> <p>6. 우편, 철도 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무</p> <p>7. 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술과 재정능력으로 감당하기 어려운 사무</p>	
<p>제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.</p> <p>② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다.</p>	<p>제9조 (자치사무)</p> <p>① 지방자치단체의 자치사무는 다음과 같다. (현행규정정리후 배열 + 지역물가정책, 근로기준, 등등 추가)</p> <p>② 지방자치단체는 자치사무를 자기책임하에서 자율적으로 수행한다.</p> <p>③ 지방자치단체가 처리하는 사무에 대한 비용부담은 국세와 지방세의 균형과 지방의 형평성을 고려한 분배제도를 통해 적절히 배분되어야 한다.</p> <p>④ 지방자치단체가 담당하는 사무 중 그 사무구분이 명확하지 않은 사무는 기본적으로 자치사무로 본다.</p>	<p>▶ 자치사무의 범위를 명확히 함</p> <p>▶ 지역물가정책, 근로기준은 자치사무로 배열함</p> <p>▶ 자치사무에 대해서는 국가의 간섭을 원칙적으로 금지</p> <p>▶ 자치사무처리의 비용을 국세와 지방세조정 그리고 지역격차를 고려한 형평적 배분제도를 통해 비용을 부담하도록 명시함</p>
	<p>제10조 법정수탁사무</p> <p>① 국가사무중 지방자치단체가 처리하는 사무는 법정위탁사무로써, 지방자치단체가 그 수탁사무를 처리하는 기준을 법률에 위</p>	<p>▶ 현재의 지방자치단체가 처리하는 사무 중, 자치사무, 기관위임사무, 단체위임사무체계를 자치사무와 법정수탁사무로 단순히 구분하고 단체위임사무는 기</p>

	<p>배되지 않는 범위 내에서 조례로써 마련할 수 있다.</p> <p>② 법정수탁사무처리 비용은 국가가 그 처리비용을 부담한다.</p> <p>③ 법정수탁사무의 처리와 관련하여 지방의회는 감사와 조사를 실시할 수 있다.</p>	<p>본적으로 자치사무로 흡수함</p> <p>▶ 기존의 기관위임사무 중 국가사무로 존치시켜야 할 필요성이 강한 사무에 대해서만 법정수탁사무로 전환함</p> <p>▶ 법정수탁사무에 대해서도 지방의회가 견제하게 균형을 이룰 수 있도록 함</p> <p>▶ 지방의회가 법률에 위배되지 않는 범위에서 법정수탁사무에 대해서도 조례제정권을 행사할 여지를 확보함</p>
<p>제22조 (조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.</p>	<p>제22조 (조례) 지방자치단체는 <u>법령에 위배되지 않는 범위 안에서</u> 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.</p>	<p>▶ 판례의 변화를 수용하여 명시적으로 법령에 위반되지 아니하는 범위로 변경함</p> <p>▶ 현재 문제가 되는 단서부분을 삭제하여 민주적 정당성과 대표성을 지닌 지방의회가 제정한 조례로도 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과할 수 있는 가능성을 마련함</p>
<p>제23조 (규칙) 지방자치단체의 장은 <u>법령이나 조례가 위임한 범위에서</u> 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.</p>	<p>제23조 지방자치단체의 장은 <u>법령과 조례에서 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항과 법령과 조례의 집행을 위하여 필요한 사항에 관하여</u> 규칙을 제정할 수 있다.</p>	<p>▶ 지방자치단체의 장의 규칙과 지방의회의 조례의 상하관계를 확실히 함</p> <p>▶ 민주적 정당성과 대표성을 지닌 주민의 대표가 제정한 조례에 의해 수권</p>

		<p>을 받은 사항과 법령에 의해 위임받은 사항에 대하여 규칙을 제정할 수 있도록 함</p> <p>▶ 주민의 권리와 의무와 관련 없는 단순한 내부 사무처리에 관해서는 법령과 조례의 위임 없이도 집행기관의 장이 집행조례를 제정할 수 있도록 함</p>
<p>제27조 (조례위반에 대한 과태료) ① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다.</p>	<p>제27조 (조례위반에 대한 처벌) ① 지방자치단체는 조례를 위반한 행위에 대하여 조례로써 징역, 금고, 벌금, 구류, 과료, 몰수, 과태료 등을 정할 수 있다.</p>	<p>▶ 조례는 민주적 정당성과 대표성을 지닌 직접 선출된 대표에 의해 마련되는 규범이라는 점에서 실질적인 의미의 법률임</p> <p>▶ 조례로써도 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하고 형벌을 부과할 수 있도록 가능성을 열어둠</p> <p>▶ 일본의 경우도 이미 형벌을 조례로 부과하고 있으며, 합헌이라고 판결하였음</p>
<p>제28조(보고) 조례나 규칙을 제정하거나 개정하거나 폐지할 경우 조례는 지방의회에서 이송된 날부터 5일 이내에, 규칙은 공포예정 15일 전에 시·도지사는 행정안전부장관에게, 시장·군수 및 자치구의 구청장은 시·도지사에게 그 전문(全文)을 첨부하여 각각 보고하여야 하며, 보고를</p>	<p>제28조(제출)</p> <p>① 지방자치단체의 장이 법률과 조례에서 위임한 사항이나 그 집행을 위하여 필요한 사항을 규정한 규칙을 제정·개정 또는 폐지할 때에는 공포예정일 15일 이내에 지방의회 소관 상임위원회에 제출해야 한다.</p> <p>② 지방자치단체의 조례나</p>	<p>▶ 지방자치단체와 국가의 관계가 상명하복의 상하관계가 아니라 대등하고 협력하는 관계가 기본이라는 점에 착안하여, 보고라는 용어에서 제출이라는 중립적 용어를 사용</p> <p>▶ 지방의회의 지방자치단체장의 행정입법에 대한 통제권의 실효성을 담보하</p>

<p>받은 행정안전부장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다.</p>	<p>규칙을 제정·개정 또는 폐지할 때에는 공포예정일 15일 전에 조례는 지방의회의장이 규칙의 경우 집행기관의 장이 상급지방자치단체와 행정안전부장관에게 제출한다. 조례와 규칙을 제출받은 행정안전부장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장과 국회사무처장에게 통보하여야 한다.</p>	<p>기 위해, 규칙을 지방의회 소관상임위원회에 제출하는 제도를 신설(국회법 제 98조2 참조)</p> <p>▶ 지방자치단체의 조례와 규칙은 국가법 질서 속에 존재하기에, 상호조화를 이루어야 하므로, 조례와 규칙을 업무협력차원에서 행정안전부장관에게 제출하고 관련 행정기관장뿐만 아니라 국회에도 통보될 수 있도록 함</p>
<p>제30조(의회의 설치) 지방자치단체에 의회를 둔다.</p>	<p>제30조(의회의 설치) 지방자치단체에 <u>입법기관인 지방의회</u>를 둔다.</p>	<p>▶ 지방의회의 위상이 단순한 행정기관의 일부가 아닌, 입법기관의 지위를 명시함</p>
<p>제60조 (위원회에서 방청) ① 위원회에서는 해당 지방의회의원이 아닌 자는 위원장의 허가를 받아 방청할 수 있다. ② 위원장은 질서를 유지하기 위하여 필요할 때에는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다.</p>	<p>제60조(위원회에서 방청) ① 위원회의 회의는 공개한다. 다만, 소속위원회 3분의 1이 발의하고 출석위원의 3분의 2가 찬성하며 위원장은 방청을 불허할 수 있다. ② 위원장은 질서를 유지하기 위하여 필요할 때에는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다.</p>	<p>▶ 지방의회는 가장 근접한 거리에서 민주주의에 참여하고 실험하는 무대이므로, 본회의뿐만 아니라, 위원회도 공개하도록 함</p> <p>▶ 주민의 참여와 감시가 상시 이루어지도록 하여 지방의회회의 투명성, 효율성, 주민참여성을 제공할 제도적 장치를 마련함</p>
<p>제66조의2(조례안예고) ① 지방의회는 심사대상인 조례안에 대하여 5일 이상의 기간을 정하여 그 취지, 주요 내용, 전문을 공보나 인터넷 홈페이지 등에 게재하는 방법으로 예고할 수 있다.</p>	<p>제66조의2(조례안예고) ① 지방의회의장은 심사대상인 조례안에 대하여 10일 이상의 기간을 정하여 그 취지, 주요 내용, 전문을 공보나 인터넷 홈페이지 등에 게재하는 방법으로 <u>입법예고</u>를 하여야 한다.</p>	<p>▶ 조례의 지위가 단순한 행정입법이 아닌, 주민의 권리와 의무를 제한할 수 있는 규범으로 작용하는 입법기능이 회복된다면, 그에 상응하는 책임성담보장치가 필요한 바, 조례의 입법예고는 필수적 장치임</p>

<p>② 조례안예고의 방법, 절차, 그 밖에 필요한 사항은 회의규칙으로 정한다</p>	<p>다만, 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지방의회의장과 소관위원장이 협의하여 입법예고를 하지 않을 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 조례의 입법이 긴급을 요하는 경우 2. 입법내용의 성질 또는 그 밖의 사유로 입법예고를 할 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우 3. 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례의 경우에는 예고기간을 반드시 10일 이상으로 한다. <p>② 지방자치단체의 주민은 누구나 입법예고된 사항에 대하여 의견을 제시할 수 있으며, 지방의회의장과 위원장은 제출된 의견이 적절히 반영될 수 있도록 조치를 취하여 하며, 의견수렴결과를 통지 및 공지하여야 한다.</p> <p>② 조례안예고의 방법, 절차, 그 밖에 필요한 사항은 <u>의회규칙</u>으로 정한다.</p>	<p>▶ 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 조례의 경우에는 입법예고기간을 반드시 10일 이상하도록 함</p> <p>▶ 단순히 요식행위로써 입법예고에 지나는 것이 아니라, 주민들이 의견제출과 그 반영과정을 투명하게 알 수 있는 장치를 둬</p>
<p>제90조(사무처 등의 설치)</p> <p>① 시·도의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무처를 둘 수 있으며, 사무처에는 사무처장과 직원을 둔다.</p> <p>② 시·군 및 자치구의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따</p>	<p>제90조(사무처 등의 설치)</p> <p>① 시·도의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무처, <u>입법지원처</u> 등을 둘 수 있으며, <u>각 처에는 처장과 직원을</u> 둔다.</p> <p>② 시·군 및 자치구의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따</p>	<p>▶ 지방의회의 독립성을 보장하기 위해서는 지방의회의 독립성·전문성제고가 필수이지만, 지방의회의 독립성과 전문성은 지방의회의 독립성·전문성만으로 달성되지 않으며, 지방의회의 기관의 독립성·전문성 그리고 기관의 구성원인 지방의회공무원의 독립</p>

<p>라 사무국이나 사무과를 둘 수 있으며, 사무국·사무과에는 사무국장 또는 사무과장과 직원을 둘 수 있다.</p> <p>③ 제1항과 제2항에 따른 사무처장·사무국장·사무과장 및 직원(이하 이 절에서 "사무직원"이라 한다)은 지방공무원으로 보한다.</p>	<p>라 <u>사무국·입법지원국 등 국이나 사무과·입법지원과 등 과를 둘 수 있으며, 각 국·각과에는 국장 또는 과장과 직원을 둘 수 있다.</u></p> <p>③ 제1항과 제2항에 따른 <u>처장·국장·과장 및 직원(이하 이 절에서 "사무직원"이라 한다)은 지방공무원으로 보한다.</u></p> <p>④ <u>지방자치단체의 집행기관에 소속된 공무원 혹은 집행기관에서 퇴직 한 공무원은 조례에 정한 바에 따라 지방의회 소속 공무원이 될 수 없다.</u></p>	<p>성과 전문성을 담보할 수 있는 제도적 장치도 필요로 함</p> <p>▶ 광역지방자치단체의 사정에 따라 의회 내에 둘 수 있는 처를 다양화함. 또한 견제와 균형이 잘 이루어지기 위해 집행기관의 공무원이 입법기관인 지방의회직원을 겸하지 못하도록 함</p>
<p>제91조(사무직원의 정원과 임명) ① 지방의회에 두는 사무직원의 정수는 조례로 정한다.</p> <p>② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 따라 그 지방자치단체의 장이 임명한다. 다만, 지방자치단체의 장은 사무직원 중 별정직·기능직·계약직 공무원에 대한 임용권은 지방의회 사무처장·사무국장·사무과장에게 위임하여야 한다.</p>	<p>제91조(사무직원의 정원과 임명) ① 지방의회에 두는 <u>사무기구와 사무직원의 정수는 지방자치단체의 크기, 주민수, 사무의 종류 등을 고려</u>하여 조례로 정한다.</p> <p>② 사무처장은 지방의회의 장이 의회의 동의를 얻어 임명하고 사무직원은 공개 시험과 선발과정을 통해 사무처장이 임명한다.</p> <p>③ 지방의회에 두는 전문직·연구직 직원의 경우에는 의회규칙으로써 그 선발과 채용을 <u>따로</u> 정할 수 있다. 다만, 그 보수·신분보장·징계에 관하여는 지방공무원법을 적용한다.</p>	<p>▶ 지방자치단체 내에서 독자적인 입법기능을 수행하는 지방입법기관의 기능과 지위를 회복한 지방의회의 독자적 기관구성권을 보장하고, 직원임명권을 통하여 지방의회의 독자성을 확고히 함</p>
<p>제93조(지방자치단체의</p>	<p>제93조(지방자치단체의</p>	<p>▶ 지방자치단체의 자율성</p>

<p>장) 특별시에 특별시장, 광역시에 광역시장, 특별자치시에 특별자치시장, 도와 특별자치도에 도지사를 두고, 시에 시장, 군에 군수, 자치구에 구청장을 둔다.</p>	<p>장) 특별시에 특별시장, 광역시에 광역시장, 특별자치시에 특별자치시장, 도와 특별자치도에 도지사를 두고, 시에 시장, 군에 군수, 자치구에 구청장을 둔다.</p> <p>제94조(지방자치단체의 장의 선임) 지방자치단체의 장의 선임방법은 조례와 주민투표로 정한다. 지방자치단체의 선임방법을 변경하는 조례의 경우는 재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 의결된 조례는 주민투표를 거쳐야 확정된다.</p>	<p>을 보장하고 다양성을 고양하기 위해, 지방자치단체내의 기관구성을 각 지방자치단체가 조례로 정할 수 있도록 함</p> <p>▶ 각 지방자치단체의 문화와 경제적 상태, 주민의식 등을 반영하여 위원회형 지방정부, 의원내각제형 지방정부, 수장형 지방정부 등 다양한 형태의 지방자치단체구조가 출현할 수 있음</p> <p>▶ 각 지방자치단체가 선의의 경쟁을 통하여 보다 우수하고 적합한 모델을 개발 적용할 수 있도록 함</p>
<p>제96조(겸임 등의 제한) ① 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직을 겸임할 수 없다. <개정 2009.4.1></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 대통령, 국회의원, 헌법재판소재판관, 각급 선거관리위원회 위원, <u>지방의회의원</u> 2. 「국가공무원법」 제2조에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조에 규정된 지방공무원 3. 다른 법령의 규정에 따라 공무원의 신분을 가지는 직 4. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공 	<p>제96조(겸임 등의 제한) ① 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직을 겸임할 수 없다. <개정 2009.4.1></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 대통령, 헌법재판소재판관, 각급 선거관리위원회 위원 2. 「국가공무원법」 제2조에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조에 규정된 지방공무원 3. 「지방공기업법」 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임직원 4. 그 밖에 다른 법률이 겸임할 수 없도록 정하는 직 	<p>▶ 다양한 형태의 지방자치단체구조의 출현을 허용하기 위해서는 우선 지방자치단체의 겸직가능성을 허용해야 함</p> <p>▶ 위원회형 지방자치단체의 출현을 위해 지방의원을 겸직할 수 있도록 하고, 더 나아가 지역사정에 따라서 국회의원도 지방자치단체의 장을 겸직할 수 있도록 함</p> <p>▶ 지방자치단체의 재무사정, 크기, 주민수에 따라 그 직무의 복잡성과 난이도의 차가 있을 수 있으므로</p>

<p>공기관(한국방송공사, 한국교육방송공사 및 한국은행을 포함한다)의 임직원</p> <p>5. 농업협동조합, 수산업협동조합, 산림조합, 영업초생산협동조합, 신용협동조합 및 새마을금고(이들 조합·금고의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 임직원</p> <p>6. 교원</p> <p>7. 「지방공기업법」 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임직원</p> <p>8. 그 밖에 다른 법률이 겸임할 수 없도록 정하는 직</p> <p>② 지방자치단체의 장은 재임(在任) 중 그 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 거래를 하거나 그 지방자치단체와 관계있는 영리사업에 종사할 수 없다.</p>	<p>② 지방자치단체의 장은 재임(在任) 중 그 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 거래를 하거나 그 지방자치단체와 관계있는 영리사업에 종사할 수 없다.</p> <p>③ 각 지방자치단체는 조례로써 지방자치단체의 장의 겸직범위와 한계를 본법에 위배되지 않는 범위에서 따로 정할 수 있다.</p>	<p>로, 겸직하여서도 지방자치단체의 장의 업무를 충분히 수행할 수 있다고 판단하면 조례로써 허용할 수 있도록 함</p> <p>▶ 중국에는 무급의 봉사직 형태의 지방자치단체의 장도 존재할 수 있도록 함</p> <p>▶ 민주주의의 실험의 장이며 풀뿌리민주주의 현장인 지방에서 주민의 선택을 기반으로 한 다양한 형태의 정치실험이 가능하게 하여, 지방의 창의성과 다양성을 바탕으로 전체 국가의 정치발전과 통합으로 연결될 수 있는 장치를 둠</p>
<p>제104조(사무의 위임 등)</p> <p>① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.</p> <p>② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소</p>	<p>제104조(사무의 위임 등)</p> <p>① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.</p> <p>② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소</p>	<p>▶ 조례와 규칙의 상하관계를 분명히 설정하면서도 일반적 내부적 사무처리기준과 절차에 관한 사항은 집행규칙으로도 보조기관, 소속행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있도록 함</p> <p>▶ 하지만, 외부기관이나 개인에게 위탁하는 경우는 조례나 조례에 구체적 위임인 있는 경우에만 규칙으로 위탁을 정할 수 있도록</p>

<p>를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.</p> <p>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.</p> <p>④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.</p>	<p>를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.</p> <p>③ 지방자치단체의 장은 조례나 <u>조례에 위임에 따라 제정된 규칙으로</u> 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.</p> <p>④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.</p> <p>⑤ 지방자치단체의 장에게 위임된 사무라도, 사무의 성질상 기초지방단체에서 처리하는 것이 적당한 사무는 수임기관의 장의 승인을 받아 당해지방의회의 조례로써 소속 지방자치단체 등에 재위임할 수 있다.</p>	<p>록 함</p> <p>▶ 지방자치단체장에게 위임된 사무라도, 그 사무를 재위임하는 것은 지방의회의 조례로써 하도록 규정하여, 지방의회의 기능을 강화하고 지방자치단체장이 행사하는 행정입법권에 대한 통제권한을 강화함</p>
--	---	--

※ 참고문헌

■ 단행본

- 권영성, 「헌법」학원론(보정판), 박영사, 2001
- 김동희, 「행정법Ⅱ」, 박영사, 2009
- 김영수, 「한국헌법사」, 학문사, 2001
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005
- 김철용, 「註釋지방자치법」, 한국사법행정학회, 1997
- 국회미래한국「헌법」연구회, 「국민과 함께 하는 개헌 이야기 2권」, 2010
- 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2007
- _____, 「행정법론(하)」, 박영사, 2012
- 이기우·하승수, 「지방자치법」, 대영문화사, 2007
- 이주희, 「지방자치법」 이론과 운영, 서강출판사, 2010
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2008
- 진두생, 「지방의회론」, 한국학술정보, 2010
- 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2006
- 최민수, 「지방의회운영」, 서강출판사, 2006
- 홍정선, 「신지방자치법」, 박영사, 2009
- _____, 「행정법원론」, 박영사, 2012
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2002
- _____, 「헌법학(하)」, 박영사, 2010

■ 연구논문

- 강기홍, “지방자치법의 기능적 한계 극복방안”, 한국지방행정연구원, 2009
- 강인태, “지방자치단체의 자치입법권의 범위와 한계”, 서강법률논총 제1권 제1호, 2012. 2
- 강수경, “지방자치단체의 조례제정권의 한계”, 법학연구 제24집, 2006
- 김동복, “지방재정분권강화를 위한 지방세 입법권”, 한국콘텐츠학회

2009년 춘계종합학술대회 자료집, 2009

- 김병기, “조례에 대한 재의요구사유와 대법원 제소”, 행정법연구 1999
- 김배원, “헌법적 관점에서의 지방자치의 본질”, 공법학연구 제9권 제1호
- 김수연, “지방자치제의 헌법 개정의 필요성과 방향”, 헌법학연구, 제16권 제2호, 2010
- 김성호, “조례입법권 범위 확대, 절실하다”, 월간자치발전 제7월호, 2011
- _____, “지방자치단체의 국회입법과정 참여방안”, 제3회 공법학자대회 제4분과 발표집, 2012.6.28
- _____, “행정입법 절차와 입법평가”, 제2회 아시아법제포럼 입법평가분과 자료집, 2012.6. 27
- 김진윤·이정훈, “권력분립의 측면에서 본 지방의회와 지방자치단체장의 갈등과 협력”, 한국지방자치연구 제12권 제3호 통권32호, 2010
- 김현준, “주민소환제의 의미와 과제”, 공법학연구 제7권 제3호, 2006.8
- 김홍욱, “지방자치단체장과 의회와의 관계”, 지방자치논단 제1권 제1호, 2000
- 문상덕, “국가와 지방자치단체 간 입법권 배분”, 제3회 공법학자대회 제4분과 발표집, 2012. 6. 28
- _____, “조례와 법률유보 재론, 행정법연구 제19호, 행정법이론실무학회, 2007
- 박명흠, “의회주도형 지방분권운도의 전개방안, 부산발전연구원, 2002
- 박영강, “지방의회의 활성화를 위한 제도적 개선방안”, 한국지방정부학회 2010 동계학술대회자료집, 2010
- 박영도, “자치입법의 이론과 실제”, 한국법제연구원, 1998
- 박윤희, “지방의회 조례분석을 통한 입법내용에 관한 연구”, 동국대 사회과학연구소 사회과학논집 제42집 제1호, 2011
- 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 서울대학교 법학 제50권 제1호 통권 제150호, 서울대학교 법학연구소, 2009
- 백윤철, “헌법상 지방자치의 본질-일본을 중심으로-”, 공법연구 제28집 제3호, 2000
- 이기우, “지방의회의 권한 제고 방안”, 경기논단, 2001
- _____, “지방자치 기반강화를 위한 헌법 개정”, 한국지방자치학회보 제17권 제4호, 2005

- _____, “지방자치단체장의 권한과 책임”, 한양법학 제22집, 2008
- _____, “지방자치법 60년 회고와 과제”, 지방행정연구 제23권 제3호, 2009
- 오동석, “지방자치의 형성과정”, 공법연구 제31집 제4호, 2003
- 윤계형, “사후적 입법관리방안으로서의 입법평가”, 제2회 아시아법제포럼 입법
평가분과 자료집, 2012. 6. 27
- 윤명선, “민주주의와 지방자치-지방자치에 관한 헌법적 접근-”,
헌법학연구 제1집, 1995
- 신도철, “지방분권강화를 위한 「헌법」개정 방향”, 국민과 함께 하는 개헌 이야기
2권, 2010
- 서원우, “헌법과 지방자치”, 자치연구 제3권 제3호, 1993
- 선정원, “자치법규기본조례와 자치입법의 보장”, 지방자치연구 제4권
제2호 통권 제8호, 2004
- 전 훈, “지방의회 제도개선을 위한 법제정비 방안”, 공법학연구
제12권 제4호, 2011
- _____, “지방분권을 위한 헌법 개정”, 부산분권혁신운동본부 주제 자료집,
2008. 7. 21
- 조규범, “헌법상 지방자치조항의 개정방향”, 공법학연구 제11권 제1호, 2009
- 조성규, “지방자치제의 헌법적 보장의 의미”, 공법연구 제30집 제2호, 2001
- _____, “법치행정의 원리와 조례제정권의 한계”, 공법연구 제33집
제3권, 2005
- _____, “자치입법의 활성화를 위한 지방자치단체장의 역할”,
한국지방자치법학회, 2008
- 조정찬, “위임조례 위주의 조례입법 극복방안”,
지방자치법학회 학술대회, 2005
- 전기성, “지방의회의 자치입법권”, 입법학연구 제8집, 2011
- _____, “조례는 법률의 씨앗이다”, 한국행정DB센터, 2011
- 진두생, “지방의회론”, 한국학술정보, 2010
- 차상봉, “지방재정분권강화를 위한 지방세 입법권”, 한국콘텐츠학회
2009년 춘계종합학술대회 자료집, 2009
- 최봉기, “지방의회 행정사무감사의 실태와 효율적 수행방안”, 사회과학논총 제
26권 1호, 2007

- _____, “한국지방의회 20년의 회고와 의정 선진화를 위한 지방의원의 역할과 제” 한국행정논집 제23권 제4호, 2011
- 최봉석, “지방자치의 기본법리”, 한국법제연구원, 2007
- _____, “분권헌법으로의 전환을 위한 개헌과제”, 지방자치법연구 제10권 제3호, 2010. 9
- 최승원, “지방분권제도의 실질적 구현방안”, 제6회 지방분권워크숍 자료집, 2006
- 최창수, “지방자치단체 조례제정범위의 한계에 관한 실증적 연구”, 한국행정학회 2011동계학술대회자료집, 2011
- 최환용, “지방자치법제의 쟁점과 전망”, 법제연구, 통권 제34호, 한국법제연구원, 2008
- _____, “자치입법체계 및 실태조사 연구”, 한국법제연구원, 2008
- 홍정선, “현행 지방자치법제의 진단과 개선방향”, 한림법학 포럼 제11권, 2002
- EAI분권화센터, “국가-지방정부 관계 재정립을 위한 헌법개정안 연구 요약문”, 2006

■ 서울시의회 보고서

- 서울시의회, “서울시 친환경무상급식 실현 로드맵 연구”, 2010
- 서울시의회, “서울특별시의회 자치법규제정에 관한 연구”, 2011
- 서울시의회, “서울특별시의회 정책능력강화를 위한 의회시스템과 제도적 장치 방안 연구”, 2011
- 서울시의회, “지방의회 발전을 위한 연구과제”, 제3권, 2009
- 서울시의회, “지방의회의 위상제고를 위한 법제도 분석”, 제1권, 2010
- 서울시의회, “지방의회와 집행기관간의 효율적 갈등관리에 관한 연구”, 2011

■ 외국문헌 및 판례

■ 미국

Bruce C. Daniels(ed.), Town and County : Essays on the Structure of

Local Government in the American Colonies, Wesleyan University Press, Middletown, Connecticut, 1978

Ernest S. Griffith, The American System of Government(Third Edition), Menthuen & Co. Ltd, London, 1976

Thomas C. Marks, Jr. & John F. Cooper, State Constitutional Law in a Nutshell, West Publishing Co., St.Paul, Minnesota, 1998

■ 일본

(財) 日本都市センター, 分権型社会における自治体法務, 2002

大森政輔・鎌田 薫 編, 立法學講義, 商事法務, 2006

鈴木庸夫編, 自治体法務改革の理論, 勁草書房, 2007

木佐茂男 編, 自治立法の理論と手法, ぎょうせい, 1998

田中孝男, 分権時代の法制評価を考える-政策法務を下支えする自治体の法制管理, 地方自治職員研修32巻3号, 1999. 3

田村達久, 地方分権改革の法学分析, 敬文堂, 2007

鈴木庸夫編, 自治体法務改革の理論, 勁草書房, 2007

村上順, 日本の地方分権, 弘文堂, 2003

関 哲夫, 条例制定権の限界, 行政法の争点, 有斐閣, 1990

■ 기타자료

<http://www.elis.go.kr>-최종방문일 2012.7.10.일자

<http://legal.seoul.go.kr>-최종방문일 2012.7.29.일자

행정안전부 선거의회과 자료참고 정리 2010.12.

서 명(書名) : 서울시의회의 행정입법 통제필요성과
강화방안에 대한 연구(최종본)

출 판 : 2012년 8월 6일

연 구 진 : 책임연구원 : 배 병 호
공동연구원 : 고인석, 김성배
연구보조원 : 임진석, 정찬우

발 행 인 : 서울특별시의회의장

발 행 처 : 서울특별시의회 입법담당관

연 락 사 항 : 서울특별시의회

주소 : 서울특별시 중구 태평로 1가 서울특별시의회
전화 02-3702-1550 전송 02-3702-1560

한국입법학회

주소 : 서울특별시 종로구 율곡로 82-0(운니동, 삼환기업(주))
전 화 : 02-760-0593

『본 학술연구용역보고서의 저작권은 서울특별시의회에 있음을
알려드립니다.』