

● 제295회 ●  
서울특별시의회(정례회)  
제2차 보건복지위원회

**서울특별시 장사 등에 관한 조례 일부개정조례안  
검 토 보 고 서**  
(의안번호 1567)

2020. 06. 17.

보 건 복 지 위 원 회  
수 석 전 문 위 원

## 【 서울특별시장 제출 】

의안번호 1567

### I. 조례안 개요

#### 1. 제안자 및 제안경과

- 가. 제 출 자 : 서울특별시장
- 나. 제 출 일 : 2020. 05. 25.
- 다. 회 부 일 : 2020. 05. 29.

### II. 제안이유 및 주요내용

#### 1. 제안이유

- 시립장사시설의 효율적 관리를 위하여 장사시설에 대한 관리 권한을 관할 자치구청장에게 위임할 수 있도록 근거를 마련하고자 함.

#### 2. 주요내용

- 시립장사시설의 설치 및 관리운영에 관한 업무를 시설의 관할 자치구청장에게 위임할 수 있도록 하고, 위임을 받은 관할구청

장은 시장의 승인을 받아 시설의 일부를 다시 위임 또는 위탁  
할 수 있도록 함.(안 제17조)

- 시장은 시설의 관리 권한을 위임한 경우 시설의 운영에 필요  
한 자재 또는 경비를 지원할 수 있도록 함.(안 제18조)

### 3. 참고사항

가. 관련 법령 : 「장사 등에 관한 법률」 및 같은 법 시행령

나 .예산 조치 : 비용추계 미첨부 사유서 참조

다. 기 타 :

- 1) 신·구조문 대비표
- 2) 입법예고('20. 1. 23.~2. 12.) 결과: 의견없음

### Ⅲ. 검토의견 (수석전문위원 이문성)

#### 1 개정안의 취지

- 개정안은 시립장사시설의 설치 및 관리운영에 관한 업무를 관할 자치구청장에게 위임할 수 있도록 하고, 위임받은 자치구청장은 시장의 승인을 받아 시설의 일부를 재위임 또는 재위탁할 수 있도록 하는 근거 규정을 마련함.
- 시장은 시립장사시설의 운영을 위임받은 자치구청장이나 위탁 받은 법인 또는 단체에 시설운영에 필요한 자재 또는 경비를 지원할 수 있는 근거를 마련함.

#### 2 주요사항 검토

##### □ 시립장사시설의 설치 및 관리운영 위임 또는 위탁조항(안 제17조제1항)

##### 가. 행정권한의 위임과 위탁 관련

- 개정안은 시립장사시설의 설치 및 관리운영에 관한 업무를 관할 자치구청장에게 위임할 수 있는 근거를 마련하고자 하는 것으로,
- 행정권한의 위임이나 위탁은 행정권한을 본 권한자에게 유보한 상태에서 수임이나 수탁 받은 자가 그의 명의로 책임 하에 행사하는 것을 의미하는 것으로 그 내용은 같으나 그 상대방에

따라 용어를 구분하여 사용함.

- 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제2조에서 “위임”은 일반적으로 행정기관이 법령에 근거하여 권한의 일부를 하급행정기관의 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체 장에 이전하고 수임기관이 위임받은 권한을 자기의 이름과 책임으로 행사할 수 있게 하는 것을 의미하는 것으로 행정권한의 행사가 주로 상하관계에서 발생함(권한기관의 변경)<sup>1)</sup>.
- “위탁”은 그 상대방이 다른 행정기관의 장인 경우로 법률에 규정된 어떠한 행정기관의 장의 권한 중 일부가 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 하에 행사하도록 하는 것으로 주로 수평적인 대등한 관계에서 일어나는 행정권한의 행사를 의미하는 것으로 해석함.

〈 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규칙」 〉

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "위임"이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
2. "위탁"이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
3. "민간위탁"이란 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
4. "위임기관"이란 자기의 권한을 위임한 해당 행정기관의 장을 말하고, "수임기관"이란 행정기관의 장의 권한을 위임받은 하급행정기관의 장 및 지방자치단체의 장을 말한다.
5. "위탁기관"이란 자기의 권한을 위탁한 해당 행정기관의 장을 말하고, "수탁기관"이란 행정기관의 권한을 위탁받은 다른 행정기관의 장과 사무를 위탁받은 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.

1) 김남진·김연태, 2019, 『행정법 2』, 23쪽 ; 박윤훈, 2009, 『행정법강의(상)』, 38쪽

- 「지방자치법」 제104조는 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다”고 규정하고 있으므로  
- 관할 자치구청은 엄밀히 말하면 하부행정기관으로 볼 수 있는 바, 시립장사시설에 관리운영에 대하여 서울시장이 관할 자치구청장에게 행정권한을 위임하는 개정안은 특별한 문제점은 없는 것으로 보임.

#### 〈 「지방자치법」 〉

- 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.

- 다만, 시립장사시설의 설치 및 관리운영을 관할 구청장에게 관리토록 하는 것은 단순히 기존의 유지 및 관리운영 업무에 한정한다하더라도 장사시설의 특수성이 존재하고, 오랫동안 해당 업무의 관리운영을 해 온 서울시시설관리공단에 축적된 전문성이 인정되므로 신중하게 접근할 필요성이 있음.

나. 「장사 등에 관한 법률 시행령」의 규정이 없는 위임 관련

- 개정안은 장사시설을 자치구청장에게 위임할 수 있도록 하는 안임.
- 「장사 등에 관한 법률」(제38조 제3항)은 공설묘지 등의 장사시설 운영을 조례에 근거하여 민간위탁대상으로 규정하고 있음. 이에 시장의 시립장사시설의 설치·관리운영 권한을 위임 대상이 아닌 위탁 대상으로 규정하고 있는 것으로 보임.

〈 「장사 등에 관한 법률」 〉

제38조(권한의 위임 등) ① 시·도지사는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법에 따른 권한의 전부 또는 일부를 시장·군수·구청장에게 위임할 수 있다.

② 중앙행정기관의 장은 제13조제3항에 따른 수목장림이나 그 밖의 자연장지의 조성·관리에 관한 업무의 전부 또는 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 중앙행정기관의 장이 지정하는 공공법인이나 그 밖의 비영리법인에 위탁할 수 있다.

③ 지방자치단체의 장은 제13조제1항에 따른 공설묘지·공설 화장시설·공설봉안시설·공설자연장지 및 제28조의2제1항에 따른 공설장례식장의 운영의 전부 또는 일부를 「지방자치법」 제104조에 따라 해당 지방자치단체의 조례 또는 규칙으로 정하는 공공법인이나 그 밖의 비영리법인 등에 위탁할 수 있다.

- 「지방자치법」(제9조제2항)은 ‘주민의 복지증진에 관한 사무’에서 “묘지·화장장(火葬場) 및 봉안당의 운영·관리”는 지방자치단체의 사무범위로 명시하고 있는 반면에 「장사 등에 관한 법률」(제38조제3항)은 기초자치단체장도 위탁의 대상에 포함될 수 있도록 밝히고 있음.
- 검토해 볼 때, ‘장사법’의 해당 조항은 “위탁”에 대한 근거 규정이고 기초자치단체장은 하급 행정기관의 지위에 있는 바,

위탁 대상이 아닌 행정권한 위임 대상으로 해석 가능하므로 개정안의 위임규정<sup>2)</sup>은 특별한 문제가 없다고 판단됨.

#### □ 재위임·재위탁 조항 관련(안 제17조제2항)

- 개정안은 시립장사시설의 설치 및 관리운영에 관한 업무를 위임 받은 관할 자치구청장이 시장의 승인 하에 관리운영에 관한 업무에 대하여 재위임 또는 재위탁할 수 있는 근거를 마련하고자 하는 것으로,
- 「지방자치법」 제104조제4항에서는 “지방자치단체의 장이 위임 받거나 위탁받은 사무의 일부를 같은 조 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임 하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다”고 규정하고 있음.
- 「지방자치법」 제104조제3항에 따라 조례로 수탁자가 다른 민간기관 등 재위탁에 의한 행정사무의 처리에 대하여 법 제처<sup>3)</sup>는 재위탁과 관련하여 지방자치단체가 처리하여야 할

---

2) 대법원 94누6575 판례 : 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사 할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다고 판시하였다(대판 1995. 11. 28. 94누 6475).

3) 법제처 11-005 해석례 : 「지방자치법」에서 자치단체 사무의 관리 및 집행권을 지방자치단체의 장에게 부여하고, 행정기구와 공무원 등을 갖추도록 하는 것은 지방자치단체의 사무를 지방자치단체가 스스로 처리하게 하기 위한 것이고, 해당 지방자치단체가 스스로



- 사무를 위탁하는 경우 예외적인 허용해야한다고 밝히고 있음.
- 이는 행정사무의 처리는 행정기관이 책임을 가지고 해야한다는 것으로 국민에 대하여 책임을 지지 아니하는 사인(私人)에 의하여 직접 행해질 경우에 책임성·공정성 및 공공성이 저하될 소지가 있다고 판단하는 것으로 보임.
  - 또한, 법령에 근거하여 수행되는 행정사무를 아무런 근거 없이 법령에 규정된 자 외의 자가 수행하는 것은 입법취지의 의도와 다르게 법령을 집행하는 것이 될 수 있다는 점과,
  - 그 법령의 적용을 받은 국민의 예측가능성을 저해하는 요소로 작용할 수 있으므로 특정 행정사무에 관한 법령상의 권한 주체를 변경하려면 그 근거를 법령에 두어야 한다고 해석하고 있음.
- 행정권한을 위임받은 관할 자치구청장이 위임·위탁받은 권한을 재위임·재위탁할 수 있도록 하는 경우에는 위임·위탁기관 장의 승인을 얻어 위임·위탁받은 사무의 일부를 보조기관이나 하급행정기관에 재위임·재위탁할 수 있다는 규정을 두어 명백히 하는 것이 바람직하나,
- 「정부조직법」 제6조제1항 후단에서 “위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 때에는 법령이 정하는 바에 의하여 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에게 재위임할 수 있다.”고 규정하여 재위임의 근거를 두고 있음.
- 따라서 시장의 시립장사시설의 설치·관리운영 권한을 관할

---

처리하여야 할 사무를 민간기관 등에 위탁이나 대행을 통하여 처리하게 하는 것은 예외적인 사항이라고 할 것임(법제처 2011. 2. 17. 회신, 11-0005 해석례 참조).

구청장에게 위임하고, 그 위임을 받은 구청장이 다시 위탁하는 것은 별다른 문제점은 없다고 판단됨.

- 다만, 사무를 위임할 시 내부지침을 수립하는 등의 보완책을 마련할 필요가 있음.

### 3 종합 의견

- 개정안은 시장의 시립장사시설의 설치·관리운영 권한을 관할 구청장에게 위임하고, 그 위임을 받은 구청장이 다시 위탁하는 법적 근거를 마련하는 것으로 「지방자치법」 제104조제2항에서 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 관할 지방자치단체에 위임할 수 있는 규정이 있으므로 서울특별시장이 시립장사시설에 대한 유지 및 관리 업무를 관련 조례에 따라 위임하는 것은 특별한 문제점이 없다 판단됨.
- 다만 행정권한을 위임받은 관할 자치구청장이 위임·위탁받은 권한을 재위임·재위탁할 수 있도록 하는 경우에는 위임·위탁기관 장의 승인을 얻어 위임·위탁받은 사무의 일부를 보조기관이나 하급행정기관에 재위임·재위탁할 수 있다는 규정을 두어 명백히 하거나 위임시 내부 지침을 마련할 필요성이 있다고 보임.
- 또한, 시립장사시설의 설치 및 관리운영을 관할 구청장에게 관리토록 하는 것이 단순히 기존의 유지 및 관리운영 업무에

한정한다 하더라도 서울특별시 시설관리공단인 장사시설이 가진 특수성, 관련업무의 전문성을 가지고 수행한 경험이 있어 사무의 위임을 통해 얻을 수 있는 실익에 대한 논의가 필요한 것으로 사료됨.