

조례입법권의 실효성 확대 방안

2009. 12.



목 차

I. 서론	1
1. 연구의 필요성 및 연구 목적	1
2. 연구범위 및 방법	3
II. 이론적 배경	4
1. 자치입법권의 의의 및 근거	4
2. 자치입법의 범위와 한계	11
III. 선진외국 지방의회의 조례제정권	18
1. 미국 지방의회의 조례제정권	18
2. 영국 지방의회의 조례제정권	27
3. 일본 지방의회의 조례제정권	34
4. 독일 지방의회의 조례제정권	41
IV. 국내 자치단체의 조례 실태분석	51
1. 광역자치단체 조례 현황	51
2. 광역자치단체 자치입법권의 실태	57
3. 광역자치단체 자치입법권의 문제점	61
V. 자치단체 조례 관련 대법원 및 헌법재판소 판례	69
1. 대법원 판례	69
2. 헌법재판소 판례	71
VI. 결론	73

I. 서론

1. 연구의 필요성 및 연구 목적

□ 연구의 필요성

- 5·16에 의해 중단되었던 지방자치는 1980년대 후반 이후 개정된 헌법에서 지방자치에 관한 헌법의 규범력을 회복하고 1990년대 중반 이후, 지식정보사회의 도래, 세계화 및 시민사회의 성숙 등 시대적인 흐름 아래 지방자치가 정착되어 왔음
- 지방이 중심이 되는 분권형 선진국가는 이미 세계적인 추세이며, 분권형 선진국가의 건설을 위해서는 지방정부가 단순히 중앙정부에 의해 수립된 정책을 집행하는데 그쳐서는 안되며 지방의 특성과 여건을 고려한 다양한 정책을 기획하고 조정할 수 있어야 하고 중앙정부가 지역 설정과 주민수요에 적합한 서비스를 제공하지 못하여 시장실패를 거듭하고 있는 주민대응성이 높은 기능들도 지방정부가 담당할 필요성이 있음
- 특히 지역의 문제를 주민 스스로가 결정하고 책임지는 자기결정권과 자기책임성의 확대라는 측면에서 중앙정부 차원에서 지방분권정책이 추진되어 왔고 이를 계기로 지방자치단체들이 지역의 문제에 적극적으로 대응하고자 노력하고 있음
- 지방자치단체의 자치입법권은 근본적으로 지방자치단체가 행사할 수 있는 자치권의 핵심적 근간으로서, 자치입법권의 실효성 확보 문제는 지방자치권의 실효성과 직결되고 있음

- 지방자치단체들의 주민의 복리를 위한 노력은 자치입법 특히 조례를 통해서 제도화되고 정책구현을 뒷받침하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 조례가 지역주민의 일상생활에 미치는 영향 또한 매우 커지고 있다고 할 수 있음
- 지방자치단체의 자치입법권 특히 조례제정권의 범위와 한계에 대해서는 많은 논의들이 있어 왔으나 실제로 이러한 자치입법권의 적정범위에 대한 체계적인 연구는 아직 미흡한 실정임
- 또한, 지방자치단체의 조례의 법적위상과 그 제정의 범위와 한계에 관한 문제는 헌법 및 지방자치법을 불문하고 해결되어야 할 중요한 과제임

□ 연구의 목적

- 이러한 필요성 하에 현행 헌법과 지방자치법은 자치입법권을 제약하는 요인이 많아 지방정부의 창의성과 다양성을 충분히 발휘하는데 한계가 있으며 자치입법권 확대를 위하여 지속적으로 지방자치법의 개정요구가 있었음에도 반영되지 않고 있어 국민적 공감대를 바탕으로 헌법 및 관련법령 개정의 추진이 요구됨
- 지방자치의 이념에 맞게 지방의회의 입법활동을 활성화하기 위해서 지역의 책임과 권한에 상응하도록 자치입법권의 범위확대와 자치입법 역량강화에 중앙 및 지방자치단체의 적극적 관심과 협조가 필요함

2. 연구범위 및 방법

- 본 연구는 지방의회 조례제정권의 실효성 확보를 위한 대안을 모색하기 위한 연구목적 달성을 위해 지방의회 조례제정권을 연구대상으로 설정함
- 이와 같은 연구목적 달성을 위해 지방의회의 조례 및 조례제정권에 관한 문헌연구를 통해 이에 대한 이론적 배경을 살펴보고, 선진외국의 조례제정권에 대해 검토를 할 예정임
- 또한 기존의 조례관련 판례검토를 통해 자치입법권의 실태와 입법권의 바람직한 범위 등을 파악하고 나아가 지방의회 조례제정권이 효과성을 확보하기 위한 대안 등을 모색하고자 함
- 이를 통해 제도적 개선책 및 조례제정의 운영 차원의 정책적 대안을 제시하게 됨

Ⅱ. 이론적 배경

1. 자치입법권의 의의 및 근거

□ 자치입법제도의 연혁

- 지방자치법상 조례의 근거와 범위 및 한계에 대해서는 지방자치법이 제정된 이후 여러 차례 개정되었는데, 1949년 7월 4일 제정된 지방자치법 제7조는 “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”라고 규정하고 있고, 제9조는 “도 또는 서울특별시의 조례나 그 장의 규칙에는 법률의 특별한 위임이 있을 때에 한하여 형벌을 과하는 규정을 제정할 수 있다”라고 규정하였음
- 현재의 지방자치법과 비교해보면, 제15조 단서에 상응한 법률유보 조항이 없으며, 동법 제9조에서 형벌에 관해서만 시·도 조례에 허용하고 법률유보를 요구하고 있다는 점에서 차이가 있음
- 1949년 12월 15일 개정된 지방자치법 제9조는 “도 또는 서울특별시의 조례는 법률에 특별한 규정이 없는 한 3개월 이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처하는 규정을 제정할 수 있고, 도 또는 서울특별시의 장의 규칙에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 1천만원 이하의 과료에 처하는 규정을 제정할 수 있다”고 규정하여 시·도의 조례로 경미한 형벌을 부과할 수 있는 포괄적 위임을 하고 있음
- 1956년 2월 13일 개정된 지방자치법 제7조는 “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 단, 주민의 권리·의무에 관한 사항이나 벌칙을 규정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 규정하여 현재 지방자치법 제15조 단서에 해당하는 규정을 추

가하였으며, 또한 벌칙 등에 관한 제9조를 일부 개정하여 “도 또는 서울특별시의 조례는 3월 이하의 징역 또는 금고, 1만원 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 5만원 이하의 과태료의 벌칙을 규정할 수 있다”라고 규정하였음

- 1994년 3월 16일 개정된 지방자치법에서는 시·도 조례로 경미한 형벌을 부과할 수 있도록 포괄적인 위임을 하였던 것을 삭제하고, 대신에 동법 제20조 제1항에 “지방자치단체는 조례로써 조례위반 행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”라고 규정하여 조례의 형벌 위임 근거를 삭제하고 대신에 과태료 부과에 대한 위임 근거를 마련하였음
- 이와 같이 지방법규에 대한 법적기반의 변화를 거쳐 현재 지방자치법이 시행되고 있는데, 지방자치법 제15조 및 단서조항의 개정 에 관한 논란이 제기되고 있음

- 조례를 제정하기 위해 법률의 근거를 요하는 지방자치법 제15조의 단서를 삭제하자는 견해와 본문의 “법령의 범위 내”에서 조례를 제정할 수 있도록 하는 것을 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”혹은 “법령에 접촉되지 아니하는 범위 내에서”조례를 제정할 수 있도록 개정하자는 견해가 그것임 이러한 견해들은 현행 지방자치법 제15조 규정은 지나치게 자치입법권을 제약하고 있다는데 그 견해를 같이하고 있음

□ 자치입법권의 의의

- 자치입법권은 지방자치단체가 갖고 있는 자치권의 내용 중 가장 기본적인 권한으로 이는 근대국가의 정치, 행정의 사람이 의한 wlqok 아니라 법에 의한 지배이며, 지방자치 또한 법치주의이기 때문임(김동훈, 1997: 10-11)

- 자치입법권이라 함은 또한 지방자치단체가 자치행정에 관하여 법령의 수권 없이 자신의 사무에 대하여 자신의 책임 아래 일정한 법규를 제정하는 권한을 말하며 이는 지방자치의 핵심요소인 자기결정권의 규범적 표현이라고도 할 수 있음
- 자치입법권의 보장은 법적으로 독립된 자주적인 단체로서 지방자치단체의 자율적인 프로그래밍(Selbsprogrammierung)의 보장이며, 자기표현(Selbstellung)의 보장이 되기도 함
- 대표적인 자치입법원의 하나인 조례는 지방의회가 법령의 범위안에서 자치단체의 사무에 관하여 제정하는 자치규범으로, 조례는 실정에 맞춰서 규제와 시책을 가능하게 하여 지역진흥 수단이 되며, 자치행정의 방향성에 대하여 근거와 지침을 제시하고, 행정의 계속성이 유지될 수 있도록 하고 국가 법제의 종합, 보완, 선도적 기능, 호소 기능을 수행함

□ 자치입법권의 법적 근거

- 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 “법령의 범위 내에서 지방자치에 관한 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 있고, 지방자치법 제22조에서는 이러한 헌법규정을 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다. 다만 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하거나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 규정하여 지방자치단체의 자치입법권을 보장하고 있음
- 자치입법권에 의해서 정립되는 자치법규에는 조례 이외에도 지방자치법 제23조에 따라 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임하는 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 규칙이 있으며, 지방자치법 제24조에서는 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다”고 하여 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간 조례와 규칙의 입법한계를 정하고 있음

- 조례는 그 법적인 근거에 따라 법령에 근거한 조례와 법령의 근거가 없이 규정된 조례로 구분될 수 있는데 법령에 조례의 근거가 규정된 예는 지방자치법 뿐만 아니라 지방자치단체의 사무를 규정하는 개별법 상에도 적지 않음. 다음의 <표>는 지방자치법과 그 시행령에 규정된 근거를 예시한 것임

<표 2> 조례의 법적근거

법령구분	내용	근거법령
지방 자치법	<ul style="list-style-type: none"> -행정운영상 동·리 설치 -행정 동·리의 하부조직 -사무소 소재지 변경 및 설치 -지방의회 의결사항 지방의회, 위원회 출석·답변할 수 있는 공무원 -지방의회 위원회의 설치 -기타 위원회의 관한 사항 -의회사무기구의 설치 및 구성 -의회의 사무직원 징수 -사무의 위임·위탁 -소속직원의 임면권 -직속기관의 설치 -사업소의 설치 -출장소의 설치 -합의제 행정기관의 설치 -지방채무이행, 채권관리 -사용료·수수료·분담금 징수 -사용료, 분담금 포탈자에 대한 과태료 -재산의 보유, 자금의 적립 및 기금설치 -공공시설의 설치 -지방공사 등의 설립 및 운영 	<ul style="list-style-type: none"> 제4조 제5항 제4조 제6항 제6조 제1항 제35조 제2항 제37조 제2항 제50조 제1항 제54조 제1항 제82조 제83조 제11항 제95조 제96조 제104조 제105조 제106조 제107조 제115조 제4항, 제5항 제130조 제1항 제130조 제2항 제133조 제2항 제135조 제2항 제138조 제2항
지방 자치법 시행령	<ul style="list-style-type: none"> -조례·규칙의 공포에 관한 사항 -지방의회의원의 일비와 여비지급에 관한 사항 -자문기관의 설치 -검사위원의 실비변상에 관한 사항 	

* 출처 : 행정자치부·정부혁신지방분권위원회·한국지방행정연구원 (2005: 257)

□ 자치입법권의 범위

- 자치법규 중 조례는 지방자치단체가 그 권한에 속하는 사항을 처리하기 위해서 제정하는 자치법규이기 때문에 자치단체의 권한과 조례의 범위는 밀접한 관계를 갖고 있으며 지방자치법 제15조에서는 '지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다'라고 규정하고 있고 그 구체적인 범위는 다음과 같은 것들이 포함됨
 - 첫째, 고유사무 및 단체위임사무의 처리에 관한 사항
 - 둘째, 주민의 권리·의무에 관한 사항
 - 셋째, 지방자치단체의 권한을 확정하는 사항
 - 넷째, 지방의회의 의결을 거침으로써 민의를 반영하고 주민통제를 보장할 필요가 있는 사항
 - 다섯째, 결정에 있어서 공정성·신중성이 요구되는 사항
 - 여섯째, 기타 법령에 의해 조례의 규정사항으로 지정된 사항

- 자치법규 중 규칙이 규정할 수 있는 범위는 지방자치단체 장의 권한에 속하는 고유사무와 단체위임사무 뿐만 아니라 기관위임사무까지 포함되며 특히 자치단체의 장이 제정하는 행정규칙의 범위는 단체사무(고유사무·단체위임사무)에 관해서는 법령이 조례사항으로 지정한 것과 의회의 권한에 속하는 사항, 주민의 권리·의무에 관한 사항 등을 제외한 모든 사무를 포함함(박창순, 2008)
 - 그러나 국가나 상급자치단체가 위임하는 기관 위임사무는 규칙의 전권 사항이며 규칙은 조례가 위임한 사항이나 조례의 실시를 위하여 필요한 사항에 대해서도 규정할 수 있음

□ 자치법규(조례)의 유형

- 자치입법권에 근거하여 제정되는 자치법규에는 지방의회가 제정하는 조례와 법령 또는 조례의 위임에 따라 지방자치단체의 장이 제정하는 규칙이 존재함
- 조례는 법령의 위임여부에 위임조례와 자치조례로, 조례제정의 재량여부에 따라 필수조례와 임의조례로, 주민과의 관계여부에 따라 주민의 권리의무에 관한 조례와 지방자치단체의 내부조직이나 운영에 관한 조례로 분류될 수 있음(권정호, 2009)
 - 자치조례는 개별법령의 위임 없이 헌법 제117조와 지방자치법 제22조의 규정에 근거하여 지방자치단체의 고유의 사무에 대하여 의회의 의결을 거쳐 독립적으로 정하는 조례이며, 위임조례는 개별법령에서 대강의 범위를 정하여 조례로 정하도록 근거를 두고 있는 경우 즉 상위 법령에 조례제정의 근거를 두고 있는 경우를 의미함
 - 필수조례는 법령에 의하여 반드시 제정하여야 하는 조례를 의미하며, 임의조례는 법령의 규정여하에 불구하고 당해 지방자치단체의 사무에 관한 재량에 의하여 제정하는 조례를 말함

□ 자치법규(조례)의 제정절차

- 발의
조례제정의 발의는 자치단체장, 지방의회 재적의원 1/5이상, 지방의회 의원 10인이상의 연서로써 함
- 의결
조례제정의 의결은 재적의원 과반수 이상의 출석과 출석위원 과반수 이상의 찬성으로써 의결함

○ 공포

조례안이 의결되면 의장은 의결된 날로부터 5일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이송하여야 하고 조례안을 이송받은 자치단체장은 5일 이내에 감독기관에 보고하고 20일 이내에 공포하여야 함. 그러나 이송받은 조례안에 대하여 이의가 있을 경우 같은 기간 내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고 재의를 요구할 수 있지만, 이 경우 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없음

○ 효력발생

특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일이 경과함으로써 조례는 효력을 발생함. 그러나 조례제정 상에 문제가 발생한 경우 다음과 같은 절차를 거치게 됨

- 재의요구

자치단체장은 조례안이 법령에 위반되거나 공익저해시 20일 이내에 재의요구를 할 수 있으나 조례안을 수정하는 수정재의요구는 할 수 없음

- 재의결

자치단체장의 재의요구에 대하여 지방의회는 재의를 붙여 재적의원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상의 찬성으로 재의결 할 수 있음

- 소의 제기

자치단체장은 지방의회에서 재의결된 사안 역시, 법령에 위반된다고 판단 될 경우 소를 제기할 수 있음

2. 자치입법의 범위와 한계

□ 조례제정권의 범위

가. 지방자치단체의 소관 사무에 한정

- 지방자치법은 제9조에서 지방자치단체의 소관상의 예시로서 주민복지 증진 사무 등 6개 분야 57개 종류의 사무를 규정하고 있는데, 조례는 이러한 사무에 관하여 제정될 수 있음
- 따라서 지방자치단체의 조례는 지방자치법 제 11조가 규정하는 국가사무(외교, 국방, 사법, 국세에 관한 사무)를 규정할 수 없고, 기초자치단체의 조례는 동법 제10조에 의하여 광역 자치단체(시·도)에 배정된 사무를 규정할 수 없음
- 지방자치단체의 사무로서 지방자치법 제9조에 예시된 6개 분야 57개 종류의 사무가 모두 조례규정의 대상이 되느냐 하면 반드시 그렇지는 않다는 점에 유의하여야 함
- 동법 제9조 제2항의 단서가 “다만 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니한다고 규정하고 있기 때문에 지방자치법이 정한 57개 사무 중에서도 각 개별 법률에 의하여 국가 또는 상급 지방자치단체의 사무로 될 수도 있고, 반대로 그 57개 사무에 속하지 않은 사무가 개별 법률에 의하여 지방사무로 될 수도 있기 때문임

나. 고유사무와 단체위임사무에 한정

- 조례는 지방자치단체 관할구역 안의 자치사무(고유사무)와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무(단체위임사무)에 관하여 규정할 수 있음

- 지방자치단체의 고유사무가 조례규정의 대상이 되는 것은 당연하고, 단체위임사무는 원래 지방자치단체의 고유한 사무는 아니지만 법령에 의해 지방자치단체에 위임되어 지방자치단체의 사무가 됨으로써 지방자치단체의 의결기관인 지방의회가 관여할 수 있으므로 지방의회가 제정하는 조례의 규정대상이 되는 것임
- 따라서 지방의회는 법령에 의하여 지방자치단체의 집행기관인 단체장에게 위임된 기관위임사무와, 단체장에게 전속되어 있는 이른바 단체장 전속사항에 관하여는 조례로 규정할 수 없음
- 첫째로 기관위임사무는 지방자치단체의 사무가 아니라 집행기관의 사무이기 때문에 의결기관의 관여사항이 아니라는 점에서 조례의 규정대상에서 제외됨
 - 기관위임사무가 전적으로 조례규정의 대상에서 제외되는 것이나 하면 반드시 그렇지는 않은데, 기관위임사무의 처리에 소요되는 경비는 전액 위임기관이 부담하는 것이 원칙(지방재정법 제21조 제2항)이나, 만약 기관위임사무의 처리에 해당 지방자치단체의 경비가 사용되는 경우가 있다면(지방비부담의 경우), 그러한 경우에는 그 지방자치단체가 경비 부담한 범위 안에서는 지방주민의 대표기관인 지방의회가 관여하는 것이 논리적으로 타당하기 때문임
- 둘째로, 지방자치단체장에게 전속되어 있는 사무, 예컨대 지방자치단체장의 취임, 대표, 지방의회의 소집 또는 소집요구, 직원의 임면 및 지휘, 감독, 규칙, 재정, 예산의 편성·집행, 의원 보궐선거일 공고 등에 대하여는 조례로 규정할 수 없음(박창순, 2008)

다. 법령의 범위 내에 한정

- 조례는 지방자치단체가 헌법 제117조와 지방자치법 제22조에 의거하여

제정하는 자치입법으로서 자치권의 실현수단이라는 점에서 본질적으로 지방자치단체가 향유하는 지방자치권의 범위 내에서 행사되어야 함

- 지방자치단체의 조례대상이나 범위 그리고 그와 관련된 여러 가지의 제도적·현실적 제약이나 문제점들은 근본적으로 현행 법제상 지방자치단체에게 부여된 자치권의 내용이 무엇이며 그 향유범위가 어떠한가 하는 점과 관련되어 있음
- 지방자치단체는 지방자치법 제15조에 의해 법령의 범위 안에서 “그 사무에 관하여” 조례를 제정할 수 있다고 규정하여 조례제정권의 범위에 “법령의 범위 안”과 함께 “사무의 범위 안”을 명시하고 있음
- 조례제정권의 범위와 관련하여 “법령의 범위 안”이라 함은 조례와 법령의 관계에서 법령우위의 원칙, 법률유보의 원칙, 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항, 벌칙 규정 등에 관한 일정한 입법관계, 자치법규 간에 있어서 상위 자치법규 우위의 원칙 등이 그 내용임
 - 법령우위의 원칙에서 법령은 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 물론이고 대법원 규칙·중앙선거관리위원회규칙 등 형식적 의미의 모든 법령을 의미하며 조례는 국가의 법 체계상 헌법, 법률, 기타 법령의 하위 체계에 있음
 - 법률유보의 원칙은 입법사항에 관한 규정은 반드시 법률에 그 근거가 있어야만 규정할 수 있다는 것으로 행정권의 발동은 법률의 수권 없이는 할 수 없으며 자치행정권 역시 법률의 수권이 있어야 발동하고 조례에 근거하여서는 발동할 수 없음을 의미함
 - 조례는 주민의 권리·의무에 관하여도 규정할 수 있지만 주민의 자유와 권리를 침해하는 공권력의 발동에 관한 것인 경우에는 반드시 법률의 근거가 있어야 함(침해유보의 원칙)
 - 지방자치법 제15조는 지방자치단체의 조례제정권을 규정하면서 동조 단서에서 이를 제한하여 조례로 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정함

- 지방자치법 제17조는 “시·군 및 자치구의 조례와 규칙은 시·도 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다”고 규정하여 상위 자치법규인 특별시·광역시·도의 조례 규칙은 하위 자치법규인 시·군 및 자치구의 조례·규칙에 우선한다는 점을 명백히 밝히고 있음
- 지방자치법 제9조 제1항에서 사무는 기본적으로 자치사무와 단체위임 사무이며 기관위임 사무는 원칙적으로 조례제정권의 범위에 포함되지 않음
- 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항 및 벌칙부과에 관한 조례 제정은 개별법률의 위임을 전제로 하고 있어 자치입법권의 범위를 한층 제약하고 있으며 또한 자치입법의 대상이 되는 자치사무 범위의 협소도 자치입법권의 범위를 좁게 하는 요인이 되고 있음
- 종합컨대, 이는 조례제정의 범위가 법령에 위배되어서는 아니된다는 것으로 즉 조례는 법률과 그것을 구체화 한 명령에 대한 저촉은 물론 주민에게 불리한 내용을 담아서도 아니되는 것으로 해석할 수 있어 그 범위가 매우 협소한 편임

□ 조례입법권의 한계

- 조례제정권의 범위에 속하는 사항에 대하여도 조례는 일정한 수준 안에서만 제정·개정될 수 있기 때문에 조례의 제정에 있어서 한계에 위반할 때에는 위법의 문제가 발생함(박창순, 2008)

가. 사항적 한계

- 조례는 당해 지방자치단체의 사무에 대하여만 제정할 수 있으며, 국가 사무 및 다른 지방자치단체에 대해서는 특별한 규정이 없는 한 조례를 제정할 수 없음

- 지방자치법은 제15조에서 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 규정할 수 있다고 규정하고 동법 제9조 제1항에서 지방자치단체가 관할구역 내의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다고 규정하고 있으므로 이에 조례제정권은 자치사무와 단체위임사무에 한정되며 기관위임사무는 그 대상에서 제외됨
- 그러나 국가가 지방자치단체의 집행기관에 위임한 기관위임사무의 경우 국가의 사무로 자치사무는 아니라 개별 법률에 특별 규정이 있으면 조례를 제정할 수 있음
- 또한 법령이 국가 사무가 아님을 명시적으로 규정하지 않는 경우라도 다음과 같은 사무에 대하여는 조례를 제정할 수 없다고 할 것임
 - 국가 전체에 대하여 통일적인 제도에 의하는 것이 바람직하다고 여겨지는 사항
 - 사법질서형성에 관한 사항
 - 이외 대상이 되는 사항이 한 지역의 이해에 그치지 않고 전 국민의 이해에 관계가 있는 것 내지 규제범위가 한 지방을 넘어 전국에 미치는 사항

나. 법적 한계

- 지방자치단체의 조례는 국가의 법령이나 상급 지방자치단체의 법규에 위반해서는 안 됨
- 첫째, 국가의 법령에 위반할 수 없음. 헌법 제117조에서 “법령의 범위 안에서 자치법규를 제정할 수 있다”고 규정 하고 있고, 지방자치법 제15조에서도 “법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 있음

- 이에 대하여 ① 조례의 소관사항, 효력 등이 법률에 의해 정하여 진다는 취지의 규정이라는 견해와 ② 단순히 조례가 법률에 위반할 수 없다는 취지의 규정이라는 견해가 있음
- 여기서는 “법령의 범위 안”이라고 하는 것은 지방자치단체가 정한 법규인 법규범의 형식, 소관사항, 효력, 제정절차가 법률에 규정되어야 한다는 취지와 동시에 그와 같은 지방자치단체가 정한 법규가 법률에 위반해서는 아니 된다는 취지도 포함하는 것으로 보아야 할 것임
- 둘째, 상급 지방자치단체의 조례·규칙에 위반 불가. 지방자치법 제24조에 “시·군·자치구의 조례...는 시·도의 조례나 규칙에 위반해서는 안 된다”고 규정하고 있고, 그 제8조 제3항에서는 지방자치단체는 상급 지방자치단체의 조례에 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다”고 규정한 것이 그것을 의미함(김해룡, 2001)
- 이것은 지방자치단체의 조례가 국가의 법령에 저촉되거나 모순되어서는 안 된다는 경우와 같은 취지이지만, 시·도와 시·군·자치구는 독립적인 법인으로서 상·하 관계에 있지 않으므로, 이 원칙은 시·군·자치구의 고유한 자치 사무가 아닌 시·도로부터 위임받은 단체위임사무에 특히 적용된다는 의미를 가지고 있다고 할 것임
- 셋째, 행정부 영(令)의 범위 내 제한. 지방자치법 제22조와 제23조에서 지방자치단체의 조례와 규칙이 법률뿐만 아니라 행정부에 의한 행정입법인 영(令)의 범위도 넘지 못하게 하고 있다. 실제로 행정부에 의해 제정된 영(令)들은 사무의 처리와 관련하여 각종의 상한선과 하한선을 설정하고, 처리의 절차를 규정하는 등 갖가지 제한을 가하고 있음

다. 지역적·인적 한계

- 조례는 지방자치단체라는 지역단체의 법이므로 그 효력이 屬地的으로 발생하며, 법률 또는 조례에 특별한 규정이 없는 한 당해 지방자치단체의 구역 내에 있는 모든 사람에게 효력을 가짐

라. 그 외의 한계

- 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 기능으로 “주민의 복리에 관한 사무”라고 규정하고 있으며 이를 지방자치의 기능을 포괄적으로 규정하는 전권한성의 원칙이라고 해석할 수 있음
- 전권한성의 원칙은 법률이 명시적으로 국가나 지방자치단체의 사무를 규정하지 않고 있는 경우에 지방자치단체의 관할을 추정하게 하는 법원칙 즉 입법자가 특정사무를 국가사무로 할 것인지 지방자치단체의 사무로 할 것인지를 결정함에 있어서의 지침을 제공해주지는 못하고 있음
- 지방자치단체의 사무처리방식에 관하여도 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고…”라고 규정하여 그 처리방식에 관하여도 구체적인 언급을 하고 있지 아니함
- 지방자치단체의 자치입법권 행사에 관하여도 동조는 “… 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”라고만 규정하고 구체적인 내용이 없어 지방자치단체의 자치권의 행사를 보장하기 보다는 오히려 제한하는 규정으로 기능하고 있음
- 지방자치단체의 입법권에 대하여, 국회가 지방자치사무에 대하여 세부적인 사항까지 획일적으로 규정하는 것은 지방자치를 형해화 할 우려가 있기 때문에 지방적 문제에 대하여는 지방의회가 조례로써 정책프로그램을 구체화할 수 있어야 함

Ⅲ. 선진외국 지방의회의 조례제정권

1. 미국 지방의회의 조례제정권

1) 지방자치제도 개관

- 미국은 식민지 시대 영국의 이민에 의해 개척된 뉴잉글랜드에서 교회를 중심으로 하는 타운을 형성하여 지역적 자치를 시작하게 되었고 이러한 타운의 자치는 노예를 제외한 모든 자유민이 모여 주민총회를 통하여 의사결정을 하는 직접 민주주의 방식이었음
- 뉴욕 주에서는 초기에 타운십이 생기고, 그 후 카운티가 창설되었으며, 펜실베이니아, 버지니아 등의 여러 주들도 독자적인 지방자치단체를 형성하여 지방자치를 각각 시작하게 되었음
- 1776년 독립전쟁 당시 헌장 또는 특허장에 의해 자격이 부여되는 시가 형성되는 등 각 지역의 특수한 성격에 적합한 형태로 지방자치단체가 발전하였음
- 따라서 미국의 지방제도는 연방정부가 아닌 50개의 주 정부가 각기 다른 자기의 역사와 필요에 의해 만들어 낸 것이라 할 수 있음
- 미국의 지방자치단체는 설립목적과 경위에 따라 주민의 의견에 의해 설치가 제기되고 주정부로부터 자치현장을 부여받아 설치되는 지방자치단체와 주민의 의사와 관계없이 주정부의 필요에 의해 자치권만 부여되는 준지방자치단체로 나누어 짐
- 준지방자치단체에는 카운티, 타운십, 타운, 특별구가 있으며, 시, 읍, 면 등은 지방자치단체에 해당함

- 지방자치단체는 그 취급사무에 따라 일반목적을 위한 지방자치단체와 특별목적을 위한 지방자치단체로 구분됨
 - 보통 특정되지 않은 다종다양한 사무를 담당하는 일반목적 지방자치단체는 군과 그 하부기관인 시 및 읍·면이 있음
 - 특정사무만을 취급하기 위하여 설치된 단체로서 특정 목적의 지방자치단체는 학교구를 비롯하여 각종의 특별구가 있음
- 연방국가인 미국은 연방정부와 주정부 그리고 지방정부가 상호연계를 맺으면서 각기 독립적인 정부체제를 이루고 있으며 미국의 지방정부는 미국 국민의 주권재민에 대한 열망을 반영하고 이에 상응하는 권한과 역할을 하고 있음

2) 조례의 법적 성질

□ 연방정부 및 주정부의 법적지위

- 미국의 연방 수정헌법 제10조는 “연방헌법에 의하여 연방정무에 위임되지 아니하였거나 주에 금지되지 아니한 권한들은 각 주 또는 국민에게 유보된다”고 규정하고 있음(강성남, 2000)
 - 연방헌법에는 지방자치에 대한 언급이 없기 때문에 지방자치는 연방정부가 아닌 주정부의 관할 사항인 것으로 해석할 수 있으며 법적 지위 면에서 미국의 지방정부가 주정부에 의해서 만들어지는 것일 뿐만 아니라 지방정부에 부여되는 권한의 범위 역시 주정부가 결정한다는 것을 의미함
- 이러한 미국의 특징은 주정부가 지방정부에 부여되는 자치권의 범위와 성격에 따라 지방의회가 제정하는 조례의 법적 지위와 조례제정권의

범위 역시 영향을 받는다는 것을 의미하나 현실적으로 미국의 지방정부는 상당한 자치권과 독립성을 누리고 있음

- 주정부에 의해 창조되는 지방자치단체의 자치권의 범위와 기관구성형태 등은 지방자치단체의 헌법이라 할 수 있는 헌장(charter)에 규정되어 있으며 주정부가 헌장을 부여하는 방식에는 특별법, 분류법, 선택법, Home Rule 등 네 가지가 있음(강성남, 2000)
- 특별법에 의한 방식은 개별적인 지방자치단체가 헌장을 제정하거나 수정할 때마다 주정부의 특별법 제정이 요구되는 것으로서 가장 오래된 헌장 부여 방식이나 최근 대부분의 주헌법에 이를 금지하는 규정을 두어 이를 활용하는 빈도는 낮음
- 분류법은 주정부가 인구규모 등 일정한 기준에 따라 몇 가지 유형의 헌장을 분류해 놓고 각 유형에 해당하는 자치단체에게 동일한 헌장을 부여하는 방식임
- 선택법은 주정부가 두 가지 이상의 헌장을 제시해 놓고 지방자치단체가 주민투표를 통해 선택할 수 있는 방식임
- Home Rule은 지방자치단체가 스스로 헌장을 기안·채택·수정할 수 있는 법적 권한을 부여하는 것으로 주정부의 헌법이나 법률에 의해 인정되는데 이러한 Home Rule에 의한 방식이 주헌법으로 규정되어 있는 경우에는 일반법에 의한 경우보다 지방자치단체의 법적 지위가 확고히 보장된다고 할 수 있음

□ 지방정부의 입법권

가. 딜런의 원칙(Dillon's Rule)

- 미국 지방자치단체가 주정부의 법적산물이라는 점에서 지방정부가 지니고 있는 권한은 주정부가 딜런의 원칙과 쿨리의 원칙 가운데 어느 원칙을 적용하느냐에 따라 많은 차이를 보이는데 현재까지로는 딜런의 원칙이 우세한 경향을 보이고 있음 (최환용, 2008)

- 딜런의 원칙은 지방정부나 지방공무원이 현장이나 기타 지방자치단체에 적용되는 법률에 근거하지 않으면 어떠한 행정행위나 계약의 체결도 할 수 없으며 어떠한 책임도 지지 않는다는 것으로 매우 엄격하게 지방자치단체의 권한을 해석하며 전통적인 법률유보원칙에 충실한 해석임

- 즉, 이에 따르면 지방정부가 아무리 크고 실제적으로 중요한 역할을 수행하고 있다 하더라도 지방정부가 주의 창조물인 이상 법률이 정하고 있지 않은 권한행사는 불가능하다는 것을 분명하게 밝히고 있는 것임

- 그러나 딜런의 법칙을 지나치게 엄격하게 적용할 경우 지방정부로서의 불가결한 목적을 실현하기 위하여 필요로 하는 수단과 자기보존의 권한까지도 부정하는 것이 될 수 있다는 것임

- 이에 대하여 코네티컷 주의 처치 판사는 지방정부의 권한에 대한 법률의 엄격한 제약에 근거하여 주헌법과 지방정부헌장, 조례의 관계를 규율하는 딜런의 원칙이라 하더라도 지방정부의 존재목적 실현하기 위한 합리적인 범위 안에서의 권한 만큼은 인정하지 않을 수 없다고 함

- 딜런의 사상적 기초는 당시의 주정부 폐해와 낭비적 요소의 극복을 위한 엘리트들의 대안적인 생각이라고 할 수 있고 이러한 주정부의 문제

점을 극복하기 위해서 기존 지방전부 권한에 대한 자유주의적 해석에 반하는 엄격한 해석을 내세웠던 것임

- 그러나 역사의 순환에 따라서 Home Rule 제정 운동과 특별법 제정금지를 명문화하는 등 지방자치를 활성화하는 방향으로 다시 한번 큰 전환의 계기가 오게 되었고 1870년대부터 시작하여 20세기 초 확산된 Home Rule 운동은 오늘까지도 계속 상당한 힘을 지니고 있음
- Home Rule 원리는 지방정부의 권한이 지방정부에 대한 고유권으로 인식되는 것이 아니라 주헌법 혹은 법률에 부여되었다는 것을 뜻하며 Home Rule의 명문화는 시정부에게 권한을 부여하는 것과 함께 시정부에 대한 주의 통제를 제한하는 역할을 하고 있으며 또한 본래는 엄격하게 적용되던 딜런의 원칙도 요즘에 와서는 점점 더 관대하게 적용되고 있음

□ Home Rule 제도

- 지방정부에 대한 딜런의 제한적인 관점과는 반대로 주정부는 주권재민의 미국전통을 지키려는 방향에서 지방정부에 헌장을 부여하는, 즉 Home Rule 제도를 채택하게 된 것임 (최환용, 2008)
- 1875년 미주리 주를 시작으로 여러 주들이 지역 공동체 위한 Home Rule을 제공하기 위하여 주헌법을 개정하기 시작하였음
- Home Rule 제도는 지방 정부가 스스로 헌장을 기안·채택·수정할 수 있는 법적 권한을 부여하는 것으로 주정부의 헌법이나 법률에 의해 인정되며 이 제도는 주의회의 지방정부에 대한 지나친 간섭을 배제하고 지방정부에 대한 그 지역의 고유사무를 처리할 수 있는 권한을 보장한다는 점에서 의미가 있음

- 지방정부가 지방정부의 조직, 소관사무, 과세, 기채 등 자치정부로서 그 기능을 수행하기 위한 필요한 사항을 일정한 제약아래 재량으로 결정할 수 있도록 인정하는 제도라는 점에서 지방의회의 조례제정권과 밀접한 관련을 지님
- Home Rule제도의 특징은 자치사무에 관한 지방의회의 조례 제정시 법률의 수권을 반드시 요구하는 것은 아니고 지방의회에 광범위한 권한이 주어져 있다고 추정하는 것임
 - 이는 특별입법의 금지와 자치현장의 채택에서 나타나는 바, 지방자치에 대한 불신을 배제하고 주법률이 규정하고 있지 않은 사항에 대해서는 지방정부가 자주적인 계획과 정책을 광범위하게 집행할 수 있도록 권한을 부여하는 것임
- 따라서 지방정부마다 시의 크기나 지역의 실정에 맞추어 제도를 다양하게 선택적으로 채택, 변용할 수 있는 권한 등을 부여하는 것이 일반적임
- Home Rule 현장은 지방자치단체가 주의 지배권으로부터 완전히 독립하여 자유롭게 그 자치권을 행사하는 것이 아니라 주와 지방자치단체의 통치구조로부터 자치권이 도출된다는 데 그 한계가 있긴 하지만 자치사무에 대해서는 지방 의회에 전적인 조례제정권이 인정되고 있음
 - 이는 앞서 논의하였듯이 Home Rule현장의 목적이 주의회에 일정한 제한을 가함으로써 주의회에 의한 자치권 침해를 실질적으로 예방하는데 있기 때문이라 할 수 있으며 따라서 고유한 지방적인 행정사무에 관한 한 지방자치단체의 현장이나 조례가 주 법률에 대하여 우월하다는 견해가 일반적임

- 따라서 Home Rule 현장을 가진 지방정부는 주헌법과 주법률의 일정한 제약을 받는다 하더라도 자치입법의 관점에서 자주적 결정권을 가지게 되고 그 실질적 권한은 상당히 광범위 하며 Home Rule 제도는 지방정부 차원의 문제를 스스로의 책임으로 해결하려는 인식 아래 자치권을 광범위하게 수권하는 제도로서 지방정부는 주의 법률로써 제한되지 않는 한 모든 권한을 가진다고 할 수 있음

3) 조례제정권의 범위

- 미국 지방정부의 조례제정권과 관련된 가장 중요한 문제는 Home Rule 현장을 어느 범위까지 인정할 것인가 하는 점으로 이를 테면, 지방자치권은 주정부 통치권의 제약을 받는 통치구조의 일부분으로서 현행 각 주 헌법은 지방자치제도에 대한 규정을 두고 있는데 그 내용은 주에 따라 간단하게 규정한 경우도 있으나 비교적 상세한 규정을 둔 경우도 있음

- 미국 Home Rule현장은 주헌법 및 법률에 따라 각 지방자치단체가 제정하며 대체로 다음과 같은 사항을 내용으로 하되 보다 상세한 규정은 조례에 위임되어 있음 (최환용, 2008)

- 지방자치단체의 지역범위 및 경계
- 지방자치단체의 조직과 형태
- 지방자치단체 공무원의 임명 및 선거
- 예산 · 회계 · 재산취득 · 자산평가 · 재정관리 · 재정조직 · 재정절차 등의 재정사항
- 공무원의 자격 · 임용제도와 인사관리
- 현장의 개정 및 폐지, 경과조치
- 주민발안 · 주민투표 · 주민소환 · 계획 · 주택 · 재개발
- 공익사업재산보유사업 등

- 지방자치단체 사무의 범위는 해를 거듭하면서 크게 확대되어 왔으며 이에 따라 지방의회의 조례제정 범위도 상대적으로 넓어지게 되었음
 - 예컨대 건국 초기의 주민들은 자기보호와 자기방위를 목적으로 지역사회 안에서 단결할 수 밖에 없었으므로 경찰보호는 지방자치단체의 사무 가운데 가장 오래된 것이라 할 수 있음
 - 20세기 들어서는 이와 더불어 점차적으로 공공시설서비스, 병원경영과 건강보호시설, 사회복지프로그램 등 사회복지 행정 사무까지 담당하기에 이르렀음

- 미네아폴리스 시 현장에 나열된 조례제정권의 범위를 살펴보면 다음과 같으며 조례위반에 대하여 지방의회가 700달러 이하의 벌금과 90일 이내의 구류를 정할 수 있도록 함으로써 조례의 법적 구속력과 실효성을 보장하고 있음
 - 도박에 대한 제한 및 금지, 소동·소음, 질서문란 등의 방지
 - 시민의 보건위생, 쾌적·편리·안전을 위해 필요한 부적합시설에 대한 통제
 - 도로·인도·골목 등의 파손 또는 주차·도로통행 방해물 설치의 금지
 - 병원 설립 및 부지제공
 - 호적사무
 - 빵의 크기·무게 등의 규제
 - 음주난동의 방지
 - 운송 화물업체에 대한 허가 및 규제
 - 시 구역 내 모든 건축물에 대한 규제, 무기 소지허가 및 불법무기의 단속·규제·압수 등

- 지방의회의 조례제정권의 범위를 일반화시켜 보면, 지방정부가 주민의 안전과 복지를 위하여 필요하다고 생각되는 모든 권한 일반적으로 수권하고 있다는 점에서 주의 권한으로 규정되어 있지 않은 모든 적절한 사항이 포함됨

- 묘지, 공유지, 시장, 차, 화채, 전람회, 외등, 영업허가, 수도사업, 야경순찰, 지방세, 지방공무원, 보건, 불법방해 등에 관한 조례가 포함됨
- 주법률이 범죄를 일반적으로 정하여 타운이나 카운티 등 행해지는 장소에 관계없이 죄를 규정하고 있지만, 범죄행위가 시의 도로 혹은 공공장소에서 행하여진 경우, 예컨대 소동과 같은 것은 특별한 해악을 억제한다는 견지에서 지방정부가 이것을 조례로 규제할 수 있음

4) 조례의 한계

- 미국의 지방정부는 주정부에 의해 법적 지위와 권한이 결정되며, 따라서 지방자치단체의 기관 구성형태를 비롯하여 지방정부가 수행하는 기능, 과세, 기채, 지출권의 범위 등 자치권한의 폭도 주마다 차이를 나타내고 있으며 같은 주정부 내에서도 지방정부의 크기, 기관구성형태나 특정기능에 따라 실제 지방정부의 독립적 권한행사의 정도가 다양하게 나타나고 있음 (최환용, 2008)
- 종합컨대, 미국에서 입법권은 연방의회와 주의회의 것이지만, 이 입법권의 일부를 지방의회에 위임할 수 있음을 헌법상 확립된 원칙으로 지방정부의 임무수행을 위하여 지방의회에 조례제정권이 부여되고 있으며 조례는 지방의회에 의해 제정된 자치단체의 법규범으로서 지방의 자치사무는 연방 혹은 주법률의 소관사무에 포함될 수 없음
- 또한 조례는 주의회에 의하여 위임받은 권한의 범위 안에서 주의회에 의하여 통과된 법률과 같은 효력을 가지므로 일반적 사항에 대하여는 주법률을 위반할 수 없으나 지방적 사항에 대해서는 시 현장, 조례가 우월하다는 원칙이 확립되어 있음을 알 수 있음
- 다만, 지방적 관심사항과 자치사무에 대한 개념이 불확실하면, 법률에 위배되는 조례와 자치사무에 월권적으로 개입하는 법률을 구별하기 어려울 것임

- 법률은 공공복리와 질서유지 및 특별한 행정목적 달성을 위하여 이러한 자치사무를 묵시적으로 지방정부의 일반적인 부수권한으로 인정하고 주헌법 및 주법률에 위반하지 않는 한 합리적인 권한으로 추정하고 있음

2. 영국 지방의회 조례제정권

1) 지방자치제도 개관

- 영국은 잉글랜드, 웨일즈 및 스코틀랜드로 구성된 연합국으로 영국 헌정사의 전통속에서 지방자치는 역사적 헌법의 중심에 놓여 있으며 영국적 자유의 원칙이 되었고 지방자치의 전통은 고대 헌법 하에서 세금의 부과를 포함한 모든 지방적 사무의 처리에 대한 배타적인 책임이 타운의 모든 자유민의회의에 있다는 신념에 기초를 두고 있음
- 영국의 지방자치제도는 오랜 역사를 통하여 여러 차례 변화를 겪어 왔으며 최근의 지방자치제도 개혁은 1965년 대런던 특별시의 개혁과 1974년의 지방자치제도 개혁을 통하여 이루어졌음
- 잉글랜드에는 광역자치단체인 도와 기초자치단체인 군이 있는데 도는 대도시와 그 주변지역으로 구성되는 도시도와 농촌지역으로 구성되는 비도시도로 구분되며, 군 역시 대도시로 구성되는 도시군과 농촌지역으로 구성되는 비도시군으로 구분됨
 - 도시도의 수는 6개이며, 인구는 120만 내지 140만이고,
 - 도시군의 수는 36개 이며, 인구는 17만 내지 110만, 비도시군의 수는 296개, 인구는 6만 내지 10만 임

- 1972년 10월에 제정된 지방자치법(Local GOvernment Act)에 의하여 지방자치단체의 종류와 계층구조가 완전히 바뀌고 1985년에 개정된 지방자치법에 의해서는 1986년부터 런던과 6개의 도시도가 폐지됨으로써 대도시 지역에서는 단층제의 지방자치구조를 갖게 되었음. 이후 2000년 7월 런던은 GLA(Great London Authority)라는 광역단체로 부활하게 됨
- 최근 다양성 및 자율성을 확대하고 책임성을 강화하기 위한 조치는 지방자치단체의 수직적 구조를 다원화 시키는 방향으로 표출되고 있음
 - 수직적 계층으로는 광역자치단체인 카운티와 기초자치단체인 디스트릭트, 런던 지역의 고유한 형태인 구, 시, 그릭 단층제 자치단체가 있으며,
 - 수평적으로는 각 지방정부의 기관 구성형태로 지방의회제, 의회-내각제, 시장제의 세 가지 유형이 존재함

2) 조례의 법적 성질

- 영국은 입법의 권한이 전적으로 국회에 있고, 지방자치단체의 입법권은 국회가 성문법에 의하여 부여한 범위 내에서만 가능하며 어떠한 지방자치단체에도 고유의 입법권은 없고, 입법권은 국회가 독점하고 있음
- 지방자치단체의 입법권은 국회가 자신의 입법권을 위임하는 유일한 수단인 법률에서 유래하고 그에 종속한다는 점에서 영국 지방자치단체의 조례제정권은 의회주권하의 부수적 입법권임
- 의회 주권과의 관계에서 영국 지방자치단체의 조례는 다음과 같은 특수성을 가진다는 점에서 지방자치단체의 조례제정권은 고유의 권한이 아니며 의회에 의하여 제정된 개별 법률에 의해서만 인정되고 또 이 범위 내에서만 조례를 제정할 수 있음

- 첫째, 모든 지방자치단체는 법률, 즉 의회의 제정법에 따라야하고 자치단체는 그 제정법을 변경할 수 없음
 - 둘째, 지방자치단체는 법률에 의한 권한 내에서 조례를 제정함
 - 셋째, 법원은 이들 조례의 유효여부가 문제되는 경우 이를 판단하고 선언할 의무가 있음
- 영국의 조례제정권의 법적 근거는 1972년의 지방자치법으로 제235조는 “선한 지배와 통치를 위하여 그리고 생활 방해의 예방과 제거를 위하여” 지방의회가 조례제정의 일반적 권한을 갖는다고 규정하고 있었으며 별칙까지도 일정한 범위를 정하여 위임하고 있음

3) 조례제정권의 범위

가. 조례제정사항법정주의

- 영국의 지방자치단체가 조례로 제정할 수 있는 사항은 제도적으로는 “선한 지배와 통치”라 하여 매우 광범위한 것처럼 보이나 월권행위의 법리와 중앙정부에 의한 조례의 인가제도에 의해 제한되고 있음
- 지방자치단체가 법률상 명백히 인정되어 있지 않은 사무를 집행하려고 하는 경우에는 개별 법률안을 국회에 제출하여 당해 지방자치단체에만 적용되는 지역법의 제정을 요구할 수 있는 특별한 입법절차가 마련되어 있음
- 19세기 이래로 진보적인 지방자치단체는 수많은 개별 법률안을 제정함으로써 자치상의 범위를 확장하여 왔으며 영국의 지방의회는 국회와 지방자치단체 스스로가 주도적으로 국회에 제한하여 통과된 법률이 허용하는 범위 안에서 조례를 제정할 수 있음

나. 지방자치단체의 기능

- 영국의 지방자치는 의회주권의 원칙 아래 국회에서 법률로 위임된 사무를 주민이 선출한 지방자치단체의 기관에서 집행하는 것이므로 당초부터 지방자치단체의 고유사무 또는 국가위임사무 등의 개념은 존재하지 않았음
- 따라서 지방자치단체는 국가제정법의 수권범위 내에서만 활동해야 되는 엄격한 제약 아래 있으므로 어떤 사무를 처리할 것인가에 관하여 스스로 결정할 여지가 없음
- 즉 영국에서는 개별적 수권방식에 의하여 지방자치단체에 기능을 배분하며 필요할 때마다 해당 지방자치단체에만 적용되는 개별적 성문법을 제정하는 방식을 취하고 있음
- 따라서 지방자치단체의 기능은 국회의 입법적 통제 아래 있다고 할 수 있음

다. 지방자치단체의 사무분담

- 지방자치단체의 사무분담에 관해서는 개별법규에 명확하게 규정되어 있는데 사무분배 방식의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있음
- 국가와 지방자치단체의 사무배분이 명확하게 되어 있음
- 주민과 가까운 지방자치단체에게 우선적으로 사무가 배분되어 있음
- 최근에는 광역자치단체 또는 국가에 사무를 이관하는 경향이 있음

□ 국가와 자치단체 간의 사무배분

- 국가의 사무를 지방자치단체에 위임하는 것 등은 원칙적으로 이루어지지 않고 있는데 주요 사무에 대하여 국가와 지방자치단체 간에 배분하고 있는 내용을 보면 다음과 같음

- 국방 및 해외부문 : 국가사무
- 경제부문(농림, 수산, 통상, 노동 등) : 대부분 국가사무
- 주택부문 : 지방자치단체사무. 다만 국가는 이에 대하여 보조금을 교부하고 있음
- 생활환경부문 : 대부분 지방자치단체사무
- 교육부문 : 대학교육은 국가사무, 초·중등 교육 및 교원연수 등은 지방자치단체사무
- 사회복지부문 : 연금 등 소득보장은 국가사무, 아동·신체장애자·노인 복지 등 대인복지서비스는 지방자치단체사무
- 보건교육부문 : 국가사무
- 도로·교통부문 : 대규모 도로관계를 제외하고는 지방자치단체사무
- 경찰·소방 : 지방자치단체사무. 다만 경찰사무 중 런던시 경찰은 역사적 전통에 의하여 국가경찰사무

□ 지방자치단체 간의 사무배분

- 영국에서 지방자치단체의 사무배분에 있어서는 주민과 가까이 있는 지방자치단체에 사무를 우선적으로 배분한다는 원칙이 있으나 현대 행정기능의 확대와 질적 고도화로 인하여 통일적·광역적 처리를 요하는 사무 등에 있어서 국가나 광역자치단체로 이관되는 경향이 있음
- 실제로 배분되는 사무의 실태를 보면 다음과 같음
 - 첫째, 광역에 걸치거나 규모의 경제를 발생하는 기능은 광역자치단체인 대도시 자치단체나 도가 담당하며 예컨대, 운수계획, 도로, 교통규칙, 경찰 및 소방업무 등은 도에 배분되어 있음
 - 둘째, 본질적으로 지방적 사무는 기초자치단체인 시·구 또는 군이 맡으며 예를 들어 환경, 보건, 주택, 대부분의 지방계획, 개발통제, 쓰레기수거, 공동묘지 및 화장장 관리 등이 해당됨

- 셋째, 광역과 기초자치단체의 어느 쪽이 처리해도 좋거나 분담이 필요한 사항은 양자의 소관으로 하되, 분배는 자치단체 간의 합의에 의하도록 하고 있음

4) 조례의 한계와 통제

- 영국에서 지방자치단체의 조례제정권은 월권행위의 법리와 중앙정부에 의한 조례의 인가제도에 의해 제한되고 있는 바, 지방자치의 모국이라는 영국에서도 지방자치권의 중요한 기능은 중앙정부의 제약 하에 있는 것이라 할 수 있음

가. 주무장관의 인가

- 지방자치단체에 있어서의 조례는 개별적인 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 당해 지방자치단체의 의회에서 의결한 후 조례의 효력발생 요건으로 소관 주무장관의 인가를 받아야 함
- 조례를 인가하는 주무장관은 조례의 근거법이 정하는 바에 의해 조례의 종류에 따라 달라지게 되는데, 주무장관은 조례를 인가함에 있어서 첫째, 당해 조례가 당해 자치단체의 권한의 범위 내의 것인가, 둘째, 재판상 다투어질 경우에 효력이 부정될 가능성은 없는가, 셋째, 당해 조례가 당해 지역에 필요한 것인가 여부의 관점에서 심사하고 조문마다 인가 여부를 결정함
- 중앙정부의 인가는 중앙정부의 풍부한 경험을 통해서 과오를 회피하게 함으로써 지방자치가 가장 효과적으로 이루어지게 하는데 제도적 의의가 있음
- 조례의 인가 여부는 중앙정부의 자유재량으로 인가를 하지 않는 경우에도 거기에 조건·이유를 붙이라는 법률상의 규정은 없음

- 이외의 조례 통제의 수단으로써 중앙정부가 모델조례를 만들어 지방 자치단체에 제시하는 방법이 있는데 모델조례의 채택이 자치단체에 강제되지는 않지만 자치단체가 모델조례와 다른 내용으로 조례를 제정하고자 하는 경우에는 예외적인 사정을 제시함으로써 모델조례에 따르지 않는 것을 정당화해야 하는데 반하여 모델조례를 채택하면 주무장관의 인가를 무난히 받을 수 있으므로 간접적으로 그 채택이 강제되고 있음

나. 사법심사

- 영국에서는 의회주권의 원리가 지배하는 결과 법률은 사법심사의 대상이 되지 않지만 조례는 보충적·종속적 입법으로서 사법심사의 대상이 되며 법원은 조례가 법률수권의 범위 내인지의 여부, 일반법과 합치되는지 여부, 용어가 명확한지의 여부, 타당성의 유무 등을 심사하게 됨
- 법률수권의 범위 내인지 여부를 심사하는 기준으로는 월권행위의 법리(자치단체는 법률이 직접·간접으로, 그리고 명시적·묵시적으로 인정된 권한만을 가지고 그 이외의 것은 모두 월권행위로서 무효화 됨)가 있음
- 일반법과의 합치 여부와 관련해서는 법률의 기준을 상회하는 조례, 법률의 규제대상 외의 행위·사항을 규제하는 조례 등이 문제되나 영국에서는 법률의 기준이 엄격하게 적용되므로 법률의 기준을 상회하거나 법률의 규제대상 외의 행위나 사항에 대한 조례제정은 거의 불가능함
- 용어의 명확성은 일반적인 법령의 요건으로 조례가 특히 사법심사의 대상이 되는 이유도 바로 여기에 있는데 조례의 용어는 명확해야 하며 애매하지 않아야 함

- 요건으로서의 타당성은 중요한 요소이기는 하나 요건 자체가 극히 넓은 개념이므로 그 적용에 있어서 탄력성이 있어야 하기 때문에 결국 타당성의 기준은 관례의 축적에 의하여 형성될 수 밖에 없으며 조례는 그 무효를 확인하는 판결이 있을 때까지 유효하므로 결국 소송을 통하여 타당성을 판단할 수 밖에 없음

3. 일본 지방의회의 조례제정권

1) 지방자치제도 개관

- 1946년 11월에 공포된 일본 헌법 제94r조는 “지방자치단체는 그 재산을 관리하고 사무를 처리하며 나아가 행정을 집행하는 권능을 갖고 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다”고 규정하여 조례제정권을 헌법상 보장하고 있으며, 이에 근거하여 1967년의 지방자치법 제1차 개정예 의해 지방자치단체에 별칙의 제정권을 포함하는 자치입법권이 부여되었음
- 이 후 5차에 걸친 지방분권추진위원회의 권고와 두 번의 정부에 의한 지방분권추진계획을 통해 구체화되어 온 지방자치관련 개혁 법안이 1999년 일본 국회에서 일괄적으로 통과되어 성립되었기 때문에 지방자치제도에는 큰 변화가 있었음
- 일본의 지방자치단체는 보통지방자치단체와 특별지방자치단체로 구분되는데 보통지방자치단체로는 도도부현과 시정촌이 있고, 특별지방자치단체에는 특별구, 지방자치단체조합, 재산구 및 지방개발사업단이 있음
 - 시정촌은 기초자치단체로 지방자치단체의 사무를 일반적으로 처리하고, 도도부현은 광역자치단체로 시정촌이 처리하는 것이 적당하지 않은 사무를 보완적으로 처리함으로써 서로 대등·협력관계를 구축하고 있음

- 도도부현과 시정촌의 사무배분의 일반적 기준은 일본 지방자치법 제2조 제4항 내지 제16항에서 규정하고 있음 (최환용, 2008)
- 도도부현은 지방의 종합개발계획이나 자원개발, 천연자원의 보전·개발과 같은 광역에 걸친 광역사무, 의무교육수준의 유지, 경찰관서운영, 사회보험사업의 기준유지 등과 같이 통일적인 처리를 필요로 하는 통일사무, 국가와 시정촌 간의 연락, 시정촌의 조직 및 운영의 합리화에 관한 조언·권고·지도, 시정촌 상호간의 연락 알선 등 시정촌에 대한 연락조정사무, 고등학교나 특수학교, 보건의료시설, 사회복지시설 등 시정촌이 처리하는 것이 부적당하다고 인정되는 보완사무 등을 처리함
- 시정촌은 기초지방자치단체로서 지방자치단체의 사무 중 도도부현의 사무 이외의 것을 포괄적으로 처리함

2) 조례의 법적 성질

가. 자치입법권의 근거

- 지방자치권은 일본 헌법에 명문으로 보장되어 있는데 일본 헌법 제92조는 “지방자치단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본지에 따라 법률로 정한다”고 하며 제94조는 “지방자치단체는 그 재산을 관리하고 사무를 처리하며 행정을 집행하는 기능을 가지고 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 있음 (최환용, 2008)
- 일본 지방자치법은 우리의 지방자치법 제15조 단서와 같은 규정을 두지 않고 “보통 지방자치단체는 법령에 위반하지 않는 한 제2조 제2항의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 하면서 그 조례 중에는 조례에 위반한 자에 대하여 2년 이하의 징역·금고, 100만엔 이하의 벌금·구류·과료 또는 몰수의 형을 과하는 규정을 둘 수 있도록 하고 있기 때문에(동법 제14조 제1항 및 제3항), 조례에 법률우위원칙은 적용되지만 법률유보원칙은 적용되지 아니함

- 지방자치법 제14조 내지 제16조 그리고 지방교육행정조직 및 운영에 관한 법률 제14조 등이 자치입법권에 관하여 규정하고 있지만, 자치입법권은 이들 법률의 규정에 의하여 창설된 것이 아니라 헌법에 의하여 직접 부여된 것이고, 지방자치법 등의 규정은 단지 자치입법의 명칭, 형식, 규정사항, 효력 등을 구체화·명문화 한 것에 불과한 것으로 이해되고 있음

나. 조례와 법률과의 관계

- 일본에서 조례와 법률과의 관계에 관한 논의는 헌법 제94조의 “법률의 범위 내에서”와 지방자치법 제14조 제1항의 “법령에 위반하지 않는 한”의 해석을 둘러싸고 전개되었음
- ‘법률선점론’은 법률과 조례와의 관계에 관한 학설 중 1960년대까지의 지배적인 견해로써, 그 후에도 많은 영향력을 발휘했던 이론으로, 이 이론의 기본적인 구조는 국가의 법령이 명시적으로 또는 묵시적으로 선점하고 있는 사항에 대해서는 법령의 위임이 없는 한 조례를 제정할 수 없다는 것임
- 그러나 무엇을 법률이 선점하고 있는 사항인가에 대해서는 명확하게 밝히고 있지 않은데, 법률이 선점하고 있다고 볼 것인지 여부가 문제되는 경우는 다음과 같이 유형화할 수 있음
 - 첫째, 법률과 조례가 규제하는 대상은 동일하지만 그 규제목적이 전혀 다른 경우로 예를 들면 광견병 예방법과는 별도의 견지에서 애완용 개를 단속하는 것이나, 형법·경범죄법·도로교통법 등과는 별도의 견지에서 폭력적 불량 행위자를 단속하는 것 등임
 - 둘째, 이른바 추가조례의 경우로서, 법률과 조례의 규제목적·취지는 기본적으로 동일하지만, 조례의 대상이 법률의 규제대상보다는 넓은 경우, 즉 횡적으로 돌출되어 있는 경우로 이는 다시 두 경우로 나누어 생각할 수 있음

- 법률의 입법과정·경과·취지·규정의 방법 등을 고려하여 그 규제대상은 한정적으로 열거되어 있다고 보는 경우로 예를 들면, 토지수용법은 “토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업”을 상세히 열거하고 있는데, 이 외의 사업을 조례로 추가지정해서 토지수용법의 적용을 피하는 것은 불가능하다는 것임
 - 법률의 입법과정·경과·취지 등을 고려하여 그 규제대상은 예시에 지나지 않는다고 하는 경우임
 - 셋째, 이른바 초과조례의 경우로서, 국가의 법령이 일정한 기준을 정하고 규제하고 있는 경우에 국가의 법령과 동일한 목적으로 국가의 법령보다도 엄격한 내용의 규제를 하는 조례를 말함
- 그러나 이에 대해서, 1960년대 경부터 법률과 조례의 관계를 헌법론에서 그 근거를 재검토하는 경향이 나타났는데 특히 공해를 조례로써 규제할 필요성이 인식되기 시작하여 초과조례의 법적문제가 논의의 대상이 되었음
- 이로써, 전통적 학설인 법률선점론을 비판하고, 법률과 조례의 관계를 헌법에 근거하여 재검토하고 특히 초과조례도 합법화하려는 새로운 이론구성이 제기되기 시작함
 - 대기오염방지법, 수질오염방지법은 조례에 의한 ‘초과’ 내지는 ‘추가’규정을 명문으로 인정하고 법률선점론을 반성하고 헌법론의 입장에서 자치입법권을 해석하려고 하는 학설이 등장하게 됨
- 위의 배경에서 등장한 1970년대 일본의 지방자치권에 관한 새로운 학설인 ‘신고유권설’ 등장은 공해문제와 직접 관련이 있음
- 일본은 공해문제를 해결하고 건강하고 쾌적한 생활을 지키기 위한 노력 속에서 신고유권설을 발전시키게 됨
 - 또한 중앙정부와 의회제 민주주의 병리현상 등은 지방자치제와 그 운용의 검토를 불가피하게 하였는데 즉 지방자치를 한편에서는 ‘인권보

장'을 그 목적으로 하는 것으로 이해하고 다른 한편에서는 '민주적 통치기구'로서의 의의를 재평가하는 형태로 그 검토가 진행되었음

- 그러나 위의 이론들은 이들이 제시하는 국가 층의 내셔널 미니멈 내지는 최저기준법률 및 그와 표리의 관계를 이루는 지방자치단체의 고유 자치사무영역 등이 그 자체로서 개괄성이 강해, 이러한 각 개념을 구체화하고 내실화함에 있어서의 방법에 지나지 않는다는 문제가 제기될 수 있음

3) 조례제정권의 범위

- 제2차 세계대전 후 일본은 국민복지의 증진을 위한 정책과 지방자치 본래의 취지를 실현하기 위하여 지방자치단체의 행정사무를 현저하게 증가시켜 왔음
- 일본의 지방자치법 제2조 제2항은 지방자치단체가 처리할 수 있는 사무를 폭넓게 예시적으로 열거하고 있으며, 동조 제10항에서는 보통 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가의 사무로서 사법에 관한 사무, 형법 및 국가의 징계에 관한 사무, 국가의 운수·통신에 관한 사무, 우편에 관한 사무, 국가의 항행·기상 및 수로시설에 관한 사무, 국립박물관 및 도서관에 관한 사무 등을 규정하고 있으므로 지방자치단체는 이를 제외한 분야의 행정사무를 처리할 수 있게 되었음
- 1999년에 개정된 지방자치법에서도 조례에 관한 규정인 지방자치법 제14조 제1항은 개정되지 않았는데 조례제정권의 헌법적 근거인 일본헌법 제94조가 변하지 않았으므로 '법령에 반하지 않는 한'이라는 법적 범위에는 변함이 없음
- 또한 새로 추가된 조항인 지방자치법 제2조 제13항은 자치사무인 경우 "국가는 지방자치단체가 지역의 특성에 응하여 당해 사무를 처리할 수 있도록 특히 배려하지 않으면 안 된다"고 하는 규정을 신설하였음

- 이는 장래의 법률제정이나 개정의 지침으로서 뿐만 아니라 기존 법률의 해석에 있어서도 존중되어야 하는 원칙이라 할 수 있으므로 지방자치단체는 법률에 반하지 않는 한 자치사무의 모든 사항에 대해서 조례를 제정할 수가 있다고 해석할 수 있을 것임
- 조례제정권이 미치지 않는다고 여겨져 왔던 기관위임사무제도가 폐지되고 이들 사무의 거의 전부가 지방자치단체의 사무(자치사무 또는 법정수탁사무)로 이양됨으로써 자치입법의 대상 영역은 그 만큼 넓어지게 되었음
- 그러나 이 경우에도 그 사무에 대한 국가의 법률이 존재하고 있는 것이 많고 또 국가기능의 확대나 과학기술의 진보, 사회의 복잡화·고도화와 함께 법률로써 지역의 사무에 관한 기준을 정하는 예도 증가하는 추세임
- 이와 같은 경우에는 국가의 법률과 자치제도의 본질이나 국가와 지방과의 적절한 역할분담에 근거하여야 할 필요가 있다고 하더라도 구체적인 조례의 제정이 법률에 위반할 것인지 아닌지에 대해서는 양자의 대상사항과 규정 문언을 단순 대비함에 그치지 않고 각각의 취지·목적·내용 및 효과를 비교하여 양자 사이에도 모순, 저촉이 있는지의 여부에 대해서 이를 결정하여야 함
- 법정수탁사무의 경우는 국가의 법률 또는 이에 근거한 법령에 의해 처리하는 것이 원칙으로 되어 있고, 그 내용, 기준, 수수료 등이 일반적으로 법령에 상세히 표현되어 있으므로 조례로 정할 사항은 자치사무에 비해서 좁음
- 이에 대해 지방분권추진위원회의 권고에서 “지방자치단체가 조례로 정할 수 있는 것은 법률 또는 이에 근거한 법령에 의해 명시적으로 위임된 경우에 한한다”고 하고 있지만 최종적으로는 자치사무와 같이 법령과의 관계에서 판단되어야 할 것임

- 지방분권추진계획에 있어서 지방자치단체의 조례에 위임해야 할 필요가 있는 경우에는 법률 또는 정령에 의해 명시적으로 위임해야 한다고 하는 사고도 나타나고 있음
- 따라서 지방자치단체의 사무에 대해 법률과의 관계에서 조례의 제정이 가능한지 아닌지는 개별 법률의 규정에 의하는 외에 지방자치 본질과 목적 등의 해석에 의해서 판단하여야 함

4) 조례제정권의 한계

- 일본의 조례제정권의 한계는 법률과의 관계에서 명백히 드러나고 있으며 그 내용은 다음과 같음
- 첫째, 법률과 규제의 대상은 동일하나 목적(입법취지)이 다른 경우는 조례의 제정이 가능하며 예를 들어 수자원보호를 목적으로 신설골프장을 규제하는 경우가 이에 해당함
- 둘째, 목적은 동일하나 그 규제의 내용(대상)이 다른 경우로 이때 문제가 되는 것은 법령이 그 대상으로 하고 있지 않는 내용(대상)까지도 자치입법으로 규제할 수 있는가의 문제인데, 이 경우 “법령이 명백히 입법의 내용(대상)을 한정하고 있지 않는 한” 자치입법의 제정은 가능하다는 것이 통설적인 입장이며 추가조례의 경우가 이에 해당함
- 셋째, 법령과 입법목적이 동일하며 동일대상에 대하여 입법의 규제보다도 더 엄격한 규제를 하는 경우 즉 초과조례의 경우임
- 이 경우에는 원칙적으로는 불가하지만 해석 여하에 따라서는 가능하기도 한데, 법률이 국가적 최저기준을 정한 것으로 해석되는 경우에는 그것보다 강화된 규제를 하는 조례의 제정도 가능하다고 보는 것임

- 또한 난해한 법 해석상의 문제를 해결하기 위하여 입법적으로 해결하고 있는 경우도 있는데 이는 환경행정에 관한 법령에서 두드러지게 나타나는 현상으로 예컨대, 일본 대기오염방지법 제4조는 “도도부현은 그 사회적, 자연적 조건으로부터 판단하여 정령에서 정하는 배출기준 보다도 엄격한 배출기준을 정할 수 있다고 하고 있음

4. 독일 지방의회 의 조례제정권

1) 지방자치제도 개관

- 연방국가로서의 독일은 지방인 주를 구성단위로 이루어지는데, 주는 단순한 연방국가의 행정구역이 아니라 자체의 헌법을 가지고 국가권력을 행사하는 또 하나의 국가와 유사한 형태이므로 지방자치제도의 형성도 기본적으로 주의 관할사항이며 각 주마다 독자적인 지방자치법을 제정·시행하고 있음
- 독일의 지방자치는 지방분권의 원리에 따라 지방자치법이 지역의 다양성을 존중하고 자율성을 중시하면서 발전하였음
- 독일의 지방자치단체는 연방, 주와 함께 국가구조의 중요한 부분을 차지하고 있으며, 지방자치단체는 크라이스와 게마인데로 크게 분류할 수 있음
- 크라이스는 게마인데의 연합체로서 게마인데에 대한 보완적 성격을 지녔기 때문에 기초자치단체인 게마인데는 거의 모든 권한을 가지고 있는데 비하여 광역자치단체인 크라이스는 한정된 자치권만을 가짐
- 최근에는 행정수요의 다양화와 대규모화, 그리고 게마인데의 행정 및 재정력의 한계 때문에 크라이스의 역할이 확대되고 있음

2) 조례의 법적 성질

가. 조례제정권의 근거

- 독일에서는 도이 등 지역단체의 법 제정권은 근대적인 지방자치가 완성되기 이전부터 존재하였으며 이미 12세기 경부터 지역단체나 영주도시에 있어서는 "Statut", "Einung", "Willkür" 등 형식에 의한 많은 법규범이 자주입법으로 제정되어 도시법 내지 지방법으로서 특별한 범영역을 형성하였음
- 1808년의 슈타인시제에서 비롯되는 지방자치행정의 개혁과 근대화되어서는 지방자치단체의 고유한 자주법 제정권이라는 입장을 버리고 오히려 그와 반대로 조례제정권은 국법의 수권에 의하여 비로소 승인된다는 원칙을 취하였으며 금세기에 들어서야 비로소 각 주의 지방자치단체에 지방조례라는 용어로 조례를 제정할 수 있는 일반적 권한이 인정되었고 게마인데(Gemeinde) 자치의 개념은 게마인데의 조례제정권을 포함하는 개념으로 이해되었음
- 기본법 제28조 제2항은 "게마인데는 법률의 범위 내에서 지역적 공동체의 모든 사항을 자기책임 하에 규율하는 권리를 보장받는다. 게마인데 조합도 그 법률의 임무의 범위 내에서 법률에 따라 자치권을 가진다"라고 규정하여 게마인데의 조례제정권을 헌법적으로 보장하고 있으며 구체적인 조례제정권은 주의 입법권에 의하여 부여됨
- 게마인데의 조례제정권에 대한 각 주 지방자치법의 규정들 간에는 부분적인 경우를 제외하고는 실질적 차이가 없음. 즉 조례로서 제정될 수 있는 내용의 범위는 모든 주가 거의 동일한데, 그 이유는 지방자치단체가 누리는 자치행정권은 그 어떤 지역에 있어서나 동일한 전통 하에 형성되었을 뿐만 아니라 연방법에 의거한 헌법적 보장에 기초하기 때문임

- 독일에서는 일반적으로 전국가적·본원적인 지방자치단체의 권능은 인정되지 않는다고 보고 지방자치단체의 모든 권능은 국가권력으로부터 나오는 것이므로 지방자치단체의 조례도 시원적인 것이 아니라 전래적 법원의 성질을 갖는 것이라고 보고 있음
- 지방자치제도에 관한 사항을 주의 전속적 입법사항으로 하고 있으므로 조례제정권의 범위 등의 자세한 사항은 모든 각 주의 게마인테법(Cemeindeordnung)과 크라이스법(Kreisordnung)에 의하여 결정됨
 - 이들 법은 거의 모두 게마인테나 크라이스의 고유사무의 처리에 있어서는 법률이 별도로 규정하고 있지 않는 한 조례로 정할 수 있다는 취지의 개괄조항을 두고 있음
 - 이와 같은 개괄조항에 의한 일반적 수권이 허용되는가 여부의 문제에 관해서는 조례제정권의 위임은 주민대표기관에 대한 입법권의 위임이고 집행부에 대한 위임과는 본질적으로 다르므로 권력분립의 원칙에 위반되는 것은 아니며 기본법 제80조의 위임입법 제한조항은 적용되지 않는다고 보고 있음
- 따라서 위임의 범위의 명확성에 관해서는 조례가 어떠한 대상사항에 대해서 제정되어 있는가가 인식되는 정도의 위임으로 충분하며 또한 이와 같은 일반적인 개괄조항 외에 연방 또는 주의 개별법 중에 세목의 규정을 조례에 위임하는 개별수권규정이 제정되어 있는 경우가 적지 않음
 - 이와 같은 개별법의 위임에 기초로 하는 조례는 연방법 및 주법의 보충규범의 의미를 가지며 연방의 대강적 법률을 보완하는 각주의 실정법과 유사한 관계에 있음

나. 조례의 분류

- 독일 지방자치단체의 조례는 다음과 같은 여러 가지 기준에 따라 분류할 수 있는데 첫째, 법률에 의한 위임양태에 따라서, 일반적 위임에 근거한 자치행정 사무조례와 특별한 위임에 근거한 위임사무조례로 구분됨
- 둘째, 법규의 성질을 가지는지 여부에 따라 임의적 조례와 의무적 조례로 구분할 수 있음
 - 임의적 조례는 대외적 효력을 갖지 않으며 따라서 개인의 자유를 침해하지 않고 또한 누구에 대해서도 작위, 부작위, 수인의무를 부과하는 규정을 갖지 않는 조례로서, 기본조례, 지방자치단체의 내부조직에 관한 조직 조례, 공영사업조례 등이 이에 속함
 - 의무적 조례는 주민의 권리와 자유를 제한하며 새로운 부담을 과하는 법규범의 성질을 가지는 조례로서 부담금 조례, 공적시설의 이용강제·가입강제를 규정하는 조례, 건축계획에 관한 조례 등이 이에 속함
- 셋째, 지방자치단체에 제정의무가 부과되어 있는가의 여부에 따라 의무적 조례와 임의적 조례로 구분되며 의무적 조례는 다시 일반적 의무적 조례와 조건부 의무적 조례로 나눌 수 있음
 - 일반적 의무적 조례의 대표적 예로서는 게마인테의 구성·조직에 관한 기본적 사항을 정하는 기본조례, 예산조례 등이 있음
 - 조건부 의무적 조례의 예로서는 공영사업조례, 저축금고조례, 개발부담금조례, 건축계획에 관한 조례, 공공시설의 이용강제·가입강제를 정하는 조례 등을 들 수 있음
- 임의적 조례는 이들과는 달리 당해 조례를 제정할 것인지 여부 및 대상을 어떻게 규정할 것인가라는 두 가지 점에 있어서 지방자치단체가 자주적인 자기책임으로 결정할 여지가 있는 조례로서 고유사무조례가 여기에 해당됨

다. 조례제정절차

- 조례안의 발의는 원칙적으로 지방자치단체의 장에 의해서 이루어지지만 지방의회 위원에게도 제안권이 있음
 - 조례의 제정이 법률에 의해서 지방자치단체에 의무화되어 있는 경우의 제안은 언제나 지방자치단체의 장 등의 전속적 권한에 속함
 - 주민에 의한 조례의 제정·개폐 청구제도는 존재하지 않지만, 행정 절차적 배려에 따른 사전절차로서 일정한 종류의 조례안에 대해서 일장기간 이를 주민 등에게 공람하도록 함으로써 주민들에게 이의신청의 기회를 주고 게마인데 의회가 이를 결정하는 제도를 취하고 있는 주도 있음

- 조례의 제정·개폐는 지방자치단체의 중요한 사무로서 지방의회 자체에 의해서 의결되지 않으면 안됨
 - 의결권을 다른 지방자치단체 또는 지방자치단체의 다른 기관(예컨대, 참사회 기타 기관)에 위임하는 것은 법으로 금지되어 있음
 - 의결은 원칙적으로 출석의원의 과반수로써 이루어지나 기본조례에 따라서는 의원 총수의 과반수를 요구하는 경우도 있음

- 조례는 공포에 의해서 효력을 발생하는 바, 공보를 간행하는 지방자치단체에 있어서는 그 공보에 의하여, 기타 지방자치단체에 있어서는 일정한 일간지에 공고하거나, 청사 앞의 게시판에 게시함으로써 공포됨
- 바이마르 시대까지 조례는 감독관청의 인가를 받아야 하는 것이 원칙이었으나 1935년의 게마인데법에 의해서 전통적인 일반적 인가제도는 폐지되었고, 현재 독일 각 주의 게마인데법도 인가불요의 원칙을 채택하고 있음

- 다만, 약간의 주에 있어서는 보고의무를 부과하는 예가 있으며, 또한 개별 법률의 규정에 의해서 예외적으로 인가를 받아야 하는 경우도 있음
- 인가제는 규율대상 사항이 하나의 지방자치단체만의 이해의 범위를 넘는 것과 특별히 중요한 사항이나 법률 문제를 포함하는 경우 등에 볼 수 있음
- 개별규정에 따른 인가는 독일의 지방자치제도 고유한 지방자치감독에 속한 감독 수단이며, 지방자치감독은 법규 감독에 해당하므로 당해 조례의 법률적합성 등이 심사대상이 되고 합목적성은 심사의 대상에서 제외됨

3) 조례제정권의 범위

- 지방자치단체가 조례로 규율할 수 있는 사무는 매우 다양하고 광범위한데 그 사무의 구체적인 범위는 다음과 같음
 - 행정서비스의 일차적 급부주체인 게마인데는 주민의 교육, 사회, 교통, 운수, 소방 등 광범위한 서비스 업무를 수행하고, 도로·가로·공원 등 각종 시설을 건설·유지·관리하며, 토지이용계획·건축계획을 책정하고 집행함
 - 주로부터 위임사무를 받아 처리하는 경우도 많은데 지방자치단체에 위임하는 사무는 주 입법부가 자유로이 결정할 수 있는 사항으로 그 범위는 주에 따라 다른데, 경찰적·규제적·침해적 성질을 갖는 사무는 거의 연방 또는 주의 입법권한에 속하는 사항으로 연방 또는 주가 직접 또는 지방자치단체에 위임하여 위임사무로 처리하고 있음
- 조례는 지방법에 속하며 조직법적 규정, 명령, 금지, 기타 형성규정 등 다양한 내용을 가지므로 지역적으로 한정된 효력범위를 가지는 실질적 의미의 법률에 해당하는 바, 조례제정권이 실질적으로 부여되기 위해서는 법률의 근거를 필요로 함

- 지방자치단체는 고유사무와 지방적 사무에 대해서만 조례를 제정할 수 있으며 국가의 위임사무에 대해서는 법률에 특별한 위임규정이 없는 한 조례를 제정할 수 없음
 - 일반적 개괄조항에 따라 위임사무에 대하여 조례로 정하는 것은 허용되지 않고 연방 또는 주의 법률의 개별적 위임이 있는 경우에 한하여 조례로 제정하는 것만 인정하고 있음
- 조례는 법규명령과는 달라서 지방자치단체에 의하여 제정·공포되는 특수한 지방적 자주법으로 취급되고 있으나 국법체계 전체의 서열 중에서 국가법의 하위에 위치하며 모든 조례는 법률에 저촉하는 것은 허용되지 않음
 - 법률과 조례와의 관계에 대해서 조례의 규율범위는 근본적으로 법률유보 하에 있어 국가법이 이미 실제적인 규율을 행하고 있는 사항에 대해서는 지방자치단체의 조례제정권은 배제되어 이것을 보충하거나 강화하는 것은 법률의 개별위임에 없는 한 허용되지 않고 있음
 - 조례제정권이 비록 법령의 범위 내에서 인정된다고 하더라도 지방자치권의 본질적 부분에 속하는 것에 대하여는 법령에 의한 침해 역시 인정되지 않음
- 독일에서는 입법에 의한 지방자치권의 침해에 대항하는 수단으로 지방자치단체의 헌법소원이 제도화되어 있으므로 게마인테 및 게마인제 도합은 기본법 제93조 제4b호 및 연방헌법재판소법 제91조에 따라 입법자에 의한 자치권침해에 대항하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있음

4) 조례제정권의 한계

가. 조례제정권의 사항적 한계

- 지방자치단체의 조례제정권의 사항적 한계로서 일반적 개괄조하에 따른 조례는 지방자치단체의 고유사무 내지 지방적 사무만을 대상으로 한다는 점을 들 수 있기 때문에 이와 같은 종류의 자치행정사무에 속하지 않는 국가의 위임사무에 관해서는 법률에 특별한 위임규정이 없는 한 조례의 제정은 허용되지 않음

- 어떠한 사무를 지방자치단체에 위임할 것인가는 주 입법부가 자유로이 결정할 수 있는 사항으로 되어 있어서 위임사무의 범위는 주에 따라서 조금씩 다름

- 예를 들어, 몇몇 주에 있어서는 경찰(보안경찰, 지구경찰, 형사경찰)은 크라이스와 특별시 또는 몇 개의 규모가 큰 계마인테에 위임되어 있는데 비하여, 바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 헤센 등의 주에서는 주가 직접 관할하는 사무로 되어 있음

나. 조례와 법률의 관계

- 조례는 법규명령과 달라서 지방자치단체에 의하여 제정·공포되는 지방적 자주법으로 취급되어 왔으나 국법체계 전체의 서열 중에서는 국가법의 하위에 위치하며 모든 조례는 법률에 저촉하는 것이 허용되지 않음

- 각 주의 계마인테법이나 크라이스법은 조례제정권에 관한 일반개괄조항 중에서 “법률이 별도로 정하여져 있지 않는 한”이라든가 “법률에 어떤 규정도 정하여져 있지 않는 한”이라는 조건을 붙이고 있음

- 법률과 조례의 관계에 관하여 독일에서는 법치국가주의에 따른 국법질서의 통일성을 엄격히 유지하여야 한다는 입장에서 국가법 선점영역이 넓게 인정되고 있으며, 학설상에서도 이 점에 관한 이론은 거의 존재하지 않음
- 국가법의 선점영역을 엄격하게 적용하는 이와 같은 입장에서는 국가의 법률이 일정한 사항에 따라서 일정한 기준을 정해서 규제하고 있는 경우라든가 일정한 대상사항만을 취급해서 규제하고 있는 경우에는 이와 같은 기준 이하의 행위 또는 규제대상 외의 사항은 만인의 자유에 방임되어 있다고 하는 의미에서 묵시적으로 국가의 법률이 선점하고 있는 것이라고 해석되며 따라서 이와 같은 공백 분야를 조례로서 규제하는 것은 법률에 그것을 허용하는 특별한 위임규정이 없는 한 허용되지 않는다고 하는 결론이 도출되게 됨 (김해룡, 2001)
- 독일에서는 법률과 조례에 의한 이중기준의 문제가 발생하는 여지가 없으며 “연방법은 주법을 깨뜨린다”(Bundesrecht bricht Landesrecht)라고 하는 원칙(기본법 제31조)과 마찬가지로 “법률은 조례를 깨뜨린다”라는 원칙이 통용됨

다. 조례의 실효적 확보방안

- 근대법의 일반적 법리에 의하면 게마인데는 자치권으로부터 형벌권을 도출할 수 없으며 형벌권은 국가의 전속적 기능에 속하는 사항으로서의 지방자치권의 범위에는 포함되지 않는다고 해석되고 있기 때문에 조례로써 형벌을 정하는 것은 허용되지 않음
- 법률이 조례에 형벌규정을 위임하는 것은 법적으로 가능하기는 하지만 이와 같은 위임규정은 예외적인 경우에만 존재하며 오히려 위임사무에 관하여 주법에 따라 지방자치단체가 발하는 경찰명령에 형벌의 규정을 위임하고 있는 경우가 있음 (김해룡, 2001)

- 따라서 조례의 실효성을 담보하는 수단으로서 행정상의 금전벌, 대집행, 강제금 등이 형벌 대신에 쓰이고 있으나 이와 같은 종류의 강제수단을 조례로 규정하기 위해서는 법률의 특별한 수권을 필요로 하며 다만 주에 따라서는 이와 같은 강제수단을 조례로 규정할 수 있도록 일반적 수권조항을 둔 경우도 있음

IV. 국내 자치단체의 조례 실태분석

- 이 상에서 살펴본 해외사례와 별도로 국내 자치단체 특히 광역자치단체의 자치입법 체계 및 실태는 다음과 같음

1. 광역자치단체 조례 현황

□ 자치법규의 운영현황

- 2007년도를 기준으로 광역자치단체의 자치법규운영건수는 조례의 경우 제정이 36건, 개정이 996건이며, 폐지된 건수가 125건으로 총계 4,119건으로 평균보유건수는 257건으로 2006년 말과 비교해서 조례 총 보유건수는 244건 증가하였으며, 자치단체별 평균 15건이 증가하였음
- 10년 전인 1997년과 비교하면 광역자치단체의 총 조례보유건수는 984건이 증가하였으며, 자치단체별 평균보유건수는 62건이 증가하였음. 분석결과 10년 전에 비해서는 큰 변화가 보이지 않았으며 조례제정권의 범위가 확대되지 않음을 알 수 있음

<표 3> 광역지방자치단체 자치입법 운영현황(2007.1.1~2007.12.31)

(단위 : 건)

구분	1997년 말 보유(평균)	2006년 말 보유①	운영총계 (②+③+④)	제정 ②	개정 ③	폐지 ④	증감 ②-④	2007년 말 보유⑤(평균)
조례	3,135(195)	3,875(242)	1,490	369	996	125	244	4,119(257)

(최환용, 2008 재인용)

□ 조례의 제정 및 개·폐 현황

- 조례제정건수의 비교를 통해서 지방자치단체 자체적으로 지역별 특성에 맞는 정책을 개발하기 위한 노력의 정도와 지방의회의 의정활동 수준을 파악해 볼 수 있음
- 특별법에 의하여 단기간 동안 조례의 수요가 급증한 제주특별자치도의 경우를 제외하면 인천광역시가 조례제정건수가 32건으로 가장 적은 전라남도의 11건에 비해 21건이 많게 나타나고 있음
- 특별시·광역시와 도를 비교해보면 대체적으로 도의 경우 제주특별자치도를 제외하면 조례제정건수는 평균 19.7건으로 특·광역시의 평균 22건에 비해서 적게 나타나고 있음
- 전체적인 맥락에서 살펴보자면 2007년 1년간 광역지방자치단체에서 처리된 조례는 총 1,490건으로 자치단체별 평균 처리건수는 93.1건으로 여전히 지방의회의 입법활동이 매우 미비한 것으로 생각해 볼 수 있음, 지역별로 나누어 본다면 일반적으로 수도권에 속해 있는 지자체의 경우 정책개발과 자치입법개발에 적극적인 경향을 보이고 있으며, 비수도권 지자체의 경우 상대적으로 자치입법개발에 소극적으로 대응하고 있는 것으로 나타나고 있음

<표 4> 조례 제정 및 개·폐 현황(2007.1.1~2007.12.31)

(단위 : 건)

구분	2006년말 보유①	운영총계 (②+③+④)	제정 ②	개정 ③	폐지 ④	증감 ②-④	2007년말 보유⑤
계	3,875	1,490	369	996	125	244	4,119
서울특별시	251	141	25	11	4	21	272
부산광역시	272	72	14	48	10	4	276
대구광역시	260	69	17	48	4	13	273
인천광역시	309	224	32	180	12	20	329
광주광역시	267	67	24	43	-	24	291
대전광역시	257	134	26	103	5	21	278
울산광역시	205	97	16	71	10	6	211
경기도	251	127	27	95	5	22	273
강원도	215	50	14	33	3	11	226
충청북도	205	63	16	44	3	13	218
충청남도	216	57	19	35	3	16	232
전라북도	218	57	17	40	-	17	235
전라남도	213	52	11	40	1	10	223
경상북도	207	43	18	24	1	17	224
경상남도	210	76	16	58	2	14	224
제주특별 자치도	319	161	77	22	62	15	334

(최환용, 2008 재인용)

□ 조례 재의요구 및 대법원 제소 현황

- 2007년 한해 조례재의요구 현황을 살펴보면 인천광역시가 8건으로 가장 많고, 광주광역시가 1건, 강원도가 1건으로 총 10건으로 보고되는데, 인천광역시의 2007년 조례제정건수가 다른 자치단체보다 많았다는 점을 고려하면 재의요구건수가 상대적으로 많이 나타난 점 또한 납득할만한 것으로 보여짐
- 조례발의권자별로 살펴보면 단체장 발의는 1건이며, 의원발의가 9건으로 의원발의조례가 재의요구되는 경우가 많은 것으로 나타남, 이를 통해 지방의원의 조례제정능력을 지원하는 체계구축이 필요한 것으로 보임
- 재의요구사유별로 보면 법령위반이 9건, 단체장의 이의에 따른 재의요구가 1건으로 보고되는데, 재의요구권자에 따라서는 자체재의요구가 7건, 상급기관의 지시에 따른 재의요구가 3건으로 자체적인 조례의 적법성 심사가 이루어지고 있는 것으로 생각됨

<표 5> 조례 재의요구 현황(2007.1.1~2007.12.31)

(단위 : 건)

구분	제안자			재의요구 유형 및 사유								비고
	총계	단체장 발의	의원 발의	자체재의요구			상급 기관 지시					
							시·도지 사		장관			
				이의	법령 위반	공 의 위 반	법령 위반	공 의 위 반	법령 위반	공 의 위 반		
계	10	1	9	1	6	-	-	-	3	-		
서울특별시	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
부산광역시	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
대구광역시	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
인천광역시	8	-	8	-	6	-	-	-	2	-		
광주광역시	1	-	1	1	-	-	-	-	-	-		
대전광역시	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
울산광역시	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
경기도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
강원도	1	1	-	-	-	-	-	-	1	-		
충청북도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
충청남도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
전라북도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
전라남도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
경상북도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
경상남도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		
제주특별 자치도	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-		

□ 법령에 의한 조례위임 현황

- 위임조례는 법령에서 위임을 받아서 제정되는 것이라고 정의할 수 있으며, 법적 근거는 헌법 제117조 제1항에서 “법령의 범위안”에서 자치입법권을 행사하라는 규정에서 찾을 수 있음

- 실제 개별법령의 위임에 따라 제정되는 위임조례는 대부분 행정입법인 대통령령과 마찬가지로 법률의 내용을 보충하는 기능을 수행하여 법률의 하위에 놓인 법규로서의 성질을 가진 것이 많은데 이는 조례가 자치입법권에 기초하여 제정된 것이라고 하기 보다는 국법체계의 일부를 이루면서 국법의 단계구조에 있어 명령보다 하위에 노호인 법규로서의 성격을 갖는 것이라는 것을 보여줌
- 지방자치단체에 위임된 조례를 제정할 경우에는 해당 지방자치단체에 자치입법의 전문가라고 할 수 있는 인력이 완비가 되어 있지 않은 경우가 대부분이어서 적시에 적합한 내용으로 위임조례를 제정하지 것이 쉽지 않은 문제가 발생하게 됨. 이러한 점을 보완하기 위하여 각 부처는 소관법령상의 조례위임사항을 법규화시켜서 지침으로 내려보낼 필요성이 있게 되는데, 위임조례의 작성시 참고로 하는 지침적인 조례를 표준조례라고 함
- 표준조례는 구속력이 없는 문건이지만 지방의회에서는 표준조례에 기재된 사항을 그대로 조례에 반영하기 때문에 각 지방자치단체의 조례들이 모두千篇일률적인 내용을 갖고 있는 것이 문제로 지적되는데 이러한 현상은 지방자치단체에 독자적인 자치입법권을 행사할 능력이 모자라기 때문인 것으로 파악됨
- 표준조례와 관련하여 문제점으로 지적되는 사항은 표준조례를 각 부처 등이 임의로 만들어서 시달하기 때문에 표준조례 자체가 상위법규위반, 관련법령저촉, 자구체계상의 정합성 미비 등의 문제점이 갖고 있는 것으로 지적되고 있음

□ 현행 법령의 조례위임방식 검토

- 공공시설의 운영·관리사무의 위임방식을 채택하고 있는 조례위임방식은 대부분 수수료, 점·사용료의 징수 등에 관한 집행사무를 위임하거나 인·허가권 또는 도시공원 등 공공시설의 운영·관리사무를 위임하고 있는 것이 대부분임

- 포괄적 사무위임방식, 즉 일정한 사무에 대해서 포괄적으로 조례제정권을 인정하는 방식은 매우 드물게 나타나고 있으며, 사무의 성격상 지방자치단체 고유사무에 밀접한 경우에 한정되어 있음
- 부분적 행정권한 행사를 위한 조례위임방식은 관할구역내에서 일정한 구역이나 문화재의 지정권한이나 협약체결 등을 조례로 정하도록 위임하는 경우는 조례제정권의 한계를 인정하여 규정을 입법화시키도록 요구를 받고 있었음

2. 광역자치단체 자치입법권의 실태

□ 특별시·광역시의 자치입법 실태

- 기존의 자치법규는 지역적 특성에 맞는 다양성이나 독자성을 갖춘 것은 찾아보기 힘들었음. 의회에 관한 자치입법의 변화 가운데 특징적인 것은 지방의회 의원들의 의정활동을 지원하기 위한 조례가 눈에 띄게 증가한 것을 알 수 있음
 - 서울특별시의회정책연구위원회를 통해 알 수 있듯이 광역자치단체에서 이러한 의원들의 의정활동 특히 입법안에 대한 자체심의 및 정책연구를 전담하는 위원회 조직을 두고 있다는 점은 지방의회 의원들의 의정활동이 매우 미흡했던 점에 비추어보면 바람직한 현상이라고 생각됨
- 언론·홍보에 관한 자치입법체계는 기존의 입법체계와 비교하였을 때, 변화한 점을 찾아보기 힘들. 다만, 서울특별시에만 있던 “간행물 심의 및 보급에 관한 조례”를 대구광역시와 인천광역시가 제정한 점이 특징적이라 할 수 있음
- 지방자치단체의 감사에 관한 자치입법은 기존의 조사결과와 비교했을 때, 큰 변화양상을 나타내고 있음. 1998년 8월 지방자치법의 개정으로

주민감사청구제도가 도입됨에 따라 조례에 위임한 연서주민의 수 등에 대한 규율필요성이 제기됨에 따라 관련 조례가 급격히 증가한 점을 찾아볼 수 있음

- 주민감사청구제도가 도입되기 이전부터 몇몇 광역자치단체에서 자율적으로 제정하여 운영해 오던 시민옴부즈만조례를 주민감사청구제도와 연계하여 규율하는 점이 특징적임. 다만, 지방자치법의 내용을 실체적·절차적으로 구체화하고 있지 못하다는 한계가 지적될 수 있음
- 경영기획과 관련된 분야에서는 각종 법령의 제·개정에 따른 조례의 제정이 두드러진 변화양상을 보이고 있음. 이러한 경향은 미흡하지만 한국의 입법정책에서 지방분권적 관점을 반영한 결과로서 해석할 수 있음
- 2005년에는 “지방자치단체 기금관리기본법”이 제정됨에 따라 각 지방자치단체에서도 이를 “기금관리기본조례”로 구체화하고 있음. “기금관리기본조례”는 대체적으로 해당 지방자치단체의 개별 조례에 의하여 설치된 기금의 운용·관리에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 하고 있으며, 기금설치의 제한, 주식 또는 부동산 매입금지의 원칙 등 기금운용에 관한 일반적인 원칙, 기금운용계획의 수립·변경 등에 관한 사항을 규율하고 있음
- 1996년에 행정절차법이 제정되고 법령의 입법예고제도가 도입됨에 따라 관련 규정을 자치법규에 적용하기 위한 “자치법규의 입법예고에 관한 조례”를 제정·시행하고 있는 점도 주목할 만한 변화라고 찾을 수 있음
- 지방자치별 특색 있는 조례를 찾아본다면 “갈등관리 및 조정에 관한 조례”가 존재함. 광주광역시의 “갈등관리 및 조정에 관한 조례”는 중앙정부가 제정하려고 하는 “갈등관리기본법”보다 앞선 것으로 동 조례에서는 갈등영향분석의 실시의무, 정보공개 및 공유에 관한 노력의무, 갈등관리심의위원회의 설치 및 시장의 심의결과 반영 의무, 참여적 의사결정방법의 활용에 관한 규정과 갈등조정협의회의 설치 및 시장의 심의결과 반영 의무, 참여적 의사결정방법의 활용에 관한 규정과 갈등조정협의회의 설치 등 다양한 행정수법들을 활용하고 있음

- 위의 조례규정에 비추어보면 일반적인 조례의 내용이 10개조를 넘지 않고, 대부분 위원회 설치에 관한 규정에 그치고 있다는 점에 비추어 보면 “갈등관리 및 조정에 관한 조례”는 실제적인 측면에서 매우 충실한 것으로 평가할 수 있음
- “정책토론에 관한 조례”는 대구광역시에만 존재하는 것으로 대구광역시 시의 시정에 대한 주민 참여를 활성화하기 위하여 대구광역시의 주요 정책에 대한 정책토론청구와 그 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정되었음
- 지방자치단체의 조직관리·운영에 관련된 자치입법은 지방자치법·지방공무원법 등 이른바 지방자치의 조직·운영에 관한 기본법에 따른 것으로 주로 행정사무나 공무원 복무관계에 관한 사항이 대부분을 차지하고 있음. 행정안전관리 분야의 자치입법은 특별시·광역시 뿐 아니라 기초자치단체에도 공통하는 것이 대부분으로 지역 특성에 맞는 독자성·다양성을 기대하기 어렵다는 점이 특징적임
- 광역자치단체에서는 민원처리 등과 관련하여 지역실정에 맞게 제도운영의 다양화를 꾀하고자 하는 경향이 나타나고 있는 변화양상을 찾을 수 있음
- 조례가 법률 제정으로 연결된 사례는 “자원봉사활동 지원 조례”에서 찾을 수 있음. 동 조례는 지방자치단체의 자주적 입법으로서 대체적으로 시민의 자율성과 자발성을 바탕으로 한 자원봉사활동을 통하여 지역사회문제를 해결하고 더불어 사는 공동체를 건설하며 나아가 지방자치의 정착·발전에 이바지함을 목적으로 제정되었음
- 표준조례안에 따른 조례제정을 찾아보면 “주민투표조례”이 존재하는데 이는 자원봉사활동 지원조례와 반대로 법령의 제정에 따라 모든 지방자치단체가 제정한 사례로 평가받고 있음
- 지방자치단체의 재무관리와 관련한 조례는 지방세나 사용료·수수료·분담금·부담금 등에 관해서는 관련 법령에 특별히 규정된 사항 이외에는 조례로 정해야 하는 특징을 가지고 있음

- 위의 특징과 관련한 사례로는 “수수료징수조례”를 들 수 있는데, 모든 특·광역시에 공통적으로 존재하고 있다는 점으로 설명이 가능함
- 지방자치단체의 복지 및 여성분야와 관련한 조례는 지방자치법 제9조 2항의 주민의 복리증진에 관한 사무가 자치사무임을 가지고 지원근거를 찾을 수 있음
 - 헌법 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고”라고 규정함으로써 지방자치단체의 기본적인 사무범위를 주민의 복리에 관한 사무로 명시하고 있음
 - 최근 복지 및 여성분야와 관련한 조례가 다양한 형태로 증가하는 괄목할만한 성장세를 보이고 있음, 특히 저출산·고령화사회에 접어들면서 출산장려나 노인복지시설의 설치 등 노인복지정책에 관한 조례를 다수 찾아볼 수 있음
- 지방자치단체의 산업진흥 분야와 관련한 조례는 지역적 특성을 반영하여 최대한의 효과를 기대할 수 있다는 점에도 불구하고 종전의 법규제는 전국적으로 획일적으로 시행되어 왔다는 비판을 받고 있음
 - 최근 지방자치단체가 자율적으로 지역적 특성을 반영한 산업분야를 진흥·지원하기 위한 조례들을 제정하고 있음은 고무적인 현상이라고 할 수 있음
 - 특정 산업분야를 지원하기 위한 조례로는 광주의 “관광산업육성지원조례”, 인천의 “산업디자인의 육성 및 지원조례” 등 같은 지역산업의 육성 및 지방중소기업을 지원하기 위한 각종 조례들이 다수 제정 및 시행되고 있는 상황임
- 지방자치단체의 환경관리 분야와 관련한 조례는 “초과조례”가 법령에 의해서 허용되어 왔다는 점에서 조례제정권의 범위를 확대해 왔다는 평가를 받고 있음. 대부분의 특·광역시에는 “환경기본조례”가 제정되어있으며, “환경분쟁조정위원회조례”는 모든 특·광역시에 공통적으로 제정되어 있음

- 지방자치단체의 교통 분야와 관련한 조례는 대부분 법령이 선점하고 있는 분야로 위임조례의 비중이 상대적으로 높은 편을 기록하고 있고, 자율적인 조례제정현황을 찾아보기 힘든 특징을 가지고 있기에 지자체 나름의 정책개발 노력이 요구되고 있음
- 지방자치단체의 도시계획/건설/주택 분야와 관련한 조례는 전통적으로 경찰규제가 이루어져 왔으며, 법령에 구체적으로 규율되어 왔다는 점에 비추어 여전히 자치행정의 불모지로 평가받고 있음. 또한, 도시계획의 수립과정에 있어서 지방의회의 역할을 제고할 필요성이 강하게 제기되고 있음

3. 광역자치단체 자치입법권의 문제점

□ 지방의원들의 전문성 부족

- 내부 효율성의 측면에서 볼 때, 자치입법권을 효율적으로 행사하기 위하여 가장 요구되는 것이 지방의원들의 관련 사안에 대한 전문적 지식이라고 할 수 있으나 지방자치단체는 제도적으로 부여된 자치입법권을 효율적으로 행사하지 못하고 있는 현 실정임
- 지방의원들의 전문성에 대한 평가는 그리 높지 않은 것으로 나타나고 있는데 이를 뒷받침하는 자료로서 행정자치부와 정부혁신지방분권위원회, 한국지방행정연구원(2005)이 국가공무원, 지방공무원, 교수, NGO집단을 대상으로 실시한 설문조사에 의하면 지방의회의 조례 제·제정 활동에 대하여 부정적인 평가가 우세하였는데 그 내용은 다음의 <표>와 같음

<표 6> 지방의회의 조례 제·개정 활동 평가

평가항목	만족	보통	불만족
조례 제·개정 활동	17.8%	58.8%	23.4%

*출처 : 행정자치부·정부혁신지방위원회·한국지방행정연구원(2005: 388).

- 응답자 가운데 만족한다는 비율이 17.8%, 보통이라는 비율이 58.8%, 불만족이라는 비율이 23.4%로 나타나 지방의회의 활동에 대해서 평균 이하로 평가되고 있다는 것을 알 수 있음

- 이와 같이 지방의원들의 정책심의 및 평가능력의 부족은 효율적인 자치입법권의 수행을 어렵게 하고 있으며 또한 지방의원들의 자치입법권의 행사를 조연하기 위하여 운영하고 있는 전문위원제도 역시 전문위원의 전문성 부족으로 실효를 거두지 못하고 있음

□ 조례제정권 범위의 문제

- 한편, 국가나 지방자치단체가 각각 자기사무를 효과적으로 처리하기 위해 필요로 하는 사무처리규정인 법률과 조례는 자치단체의 경우 평균 조례건수(2007년 말 기준)는 시·도의 경우 256건, 시·군·구의 경우 182건으로 국가의 법령이 4,300여건인 것에 비추어보면 너무나 왜소한 규모라고 할 수 있음
- 지방자치단체의 조례 건수가 국가의 법령에 비해 이토록 적은 이유는 지방자치단체가 정할 일들을 중앙정부가 대통령령이나 부령으로 모두 규정하여 지방자치단체의 자치입법권을 과도하게 제한하거나 침해하고 있기 때문임

- 지방자치단체가 정해야 할 자치사무의 처리절차를 중앙정부의 명령으로 정하고 있는 이런 상황 하에서는 지역의 특성과 의원의 전문성에 의한 자치법규의 입법이 제약을 받을 수밖에 없음
 - 하나의 사무에 대하여 이미 중앙정부가 만든 관련 법규가 제정되어 있는데, 그 사무에 대하여 또 다른 법규를 만들 수 없고, 보다 효율적인 사무처리를 위해 개선을 해보려 해도 중앙정부가 장악하고 있는 관련 법령이 개정되지 않는 이상 함부로 개정할 수도 없으며 법령의 범위를 일탈하지 않은 조례안이라 하더라도 단체장에 의해 공익에 배치된다는 판단이 나오면 심증판구 재의요구의 대상이 되고 있는 것이 현실임
- 이는 지방자치를 허용하고 있는 헌법이, 동시에 지방자치단체의 입법권을 제한하고 있고, 지방자치의 방법을 정하고 있는 지방자치법에서까지 조례입법권을 제약하고 있는 것이라 판단되므로 이하에서는 헌법과 지방자치법이 지방자치단체의 조례입법권을 어떻게 제한하고 있는지를 구체적으로 살펴보도록 하겠음
- 우리나라의 헌법 제117조¹⁾에서는 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다’고 정하고 있는데 이 규정은 지방의 자치권을 허용하면서도 동시에 규제하는 규정이라고 판단됨
- ‘법률의 범위 안’으로 정해야 할 것을 ‘법률’은 물론 ‘대통령령’, 중앙행정기관의 장이 발령하는 ‘규칙(부령)’에서까지 조례제정의 범위를 통제할 수 있도록 하여 법령에 명시적 규정이 없으면 벌칙 하나 제대로 정할 수 없도록 규정되어 있기 때문임
 - 자치단체가 만든 조례가 아닌 대통령령과 중앙행정기관의 장관이 발령하는 규칙이 자치사무의 처리절차와 방법을 규정한다면 그것은 중앙집권이 지방자치가 아니라고 할 수 있음

1) 헌법 第117條 ①地方自治團體는 住民의 福利에 관한 事務를 처리하고 財産을 관리하며, 法律의 범위안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다.

- 특히 문제가 되는 것은 이러한 헌법규정에 따라 각 부 장관이 발령하는 ‘부령’에는 중앙정부의 관리들이 자치단체와 자치사무를 보다 효과적으로 감독하고, 집행하기에 편하도록 세부적인 사항까지 규정함으로써 자치단체의 조례입법권을 제약하면서 중앙통제의 빌미로 삼고 있다는 점임
- 그리고 이러한 중앙정부의 자치단체에 대한 통제는 조례의 영역을 그만큼 좁아질 수밖에 없도록 하고 있으며, 이에 표준 조례(조례준칙)까지 내려 보내면 범위는 더욱 좁아지기 때문에 조례제정과 관련된 재의 사유 가운데 가장 많은 부분은 이들 대통령령이나 부령에 저촉되는 사항임
- 따라서 지방의회의 조례입법권을 현실적으로 강화하기 위해서는 현행 헌법 제117조의 규정을 일본 헌법의 경우와 같이 ‘법령’에서 ‘법률’로 개정하는 방법을 고려할 필요가 있다고 생각됨
- 참고로 일본 헌법은 제92조에서 지방자치단체의 자치규정 제정범위를 ‘법률의 범위 내’로 정하고 있음
- 우리나라 지방자치법에서는 자치단체의 조례를 ‘법령의 범위 안’에서만 만들 수 있다고 규정²⁾함으로써 자치사무를 보다 효과적으로 추진하기 위한 별칙은 법률의 위임이 없는 한 불가능한 것이 현실임
- 조례를 제정하거나, 개정할 경우 재정부담을 수반하거나 공익에 반하는 내용까지 철저히 제한³⁾하고 있으며 공익에 대한 위반여부도 앞서

2) 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.

3) 지방자치법 제107조 (지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소) ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

지적인 바와 같이 법원이 결정하는 것이 아니고, 자치단체의 장이 자의로 결정하도록 되어 있음

- 지방자치법에서 '법령의 범위 내'에서만 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있고 거의 모든 자치사무의 시행절차를 대통령령과 부령에서 정하고 있어 달리 정할 소재가 없기 때문에 우리나라 지방의회의원들이 자기 자치단체의 사무를 효과적으로 처리하기 위한 조례입법을 한다는 것은 쉬운 일이 아님
- 지방자치법 제22조는 문제는 조례유보 근거를 '법률'이 아닌 '법령'으로 규정하고 있다는 것이므로 지방자치단체의 조례입법권을 강화하고, 중앙정부의 간섭과 통제를 벗어나기 위해 이 조항의 조례유보 근거를 '법령'이 아닌 '법률'로 개정해야 할 필요성이 있음
- 그러나 우리 헌법 제117조는 앞서 지적한 대로 '법률'이 아닌 '법령'의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있어 헌법 개정이 선행되지 않고는 이 조항의 개정은 현실적으로 불가능한 실정임⁴⁾

□ 입법기관의 오도된 입법관행과 문제점

- 헌법과 지방자치법의 제한규정 뿐만 아니라 국회의 잘못된 입법관행도 자치법규의 제정을 상당부분 제약하고 있음
- 국회가 법률을 제·개정하면서 자치사무의 시행에 관한 사항 중 자치현장에서나 주민생활에 밀접한 세부규정까지도 조례에 위임하지 않고 대통령령(시행령)에 위임해버렸기 때문임

4) 권순복, 자치단체의 자치입법권과 잘못된 입법관행. 월간 자치행정 2006년 11월호, 사단법인 지방행정연구소.

- 즉, 국회의 입법과정에서 마땅히 조례에 위임해야 할 자치사무 처리규정을 대통령령에 넘기고, 대통령령에서도 조례보다는 장관의 명령인 부령에 넘기고 있음
- 이러한 잘못된 국회의 입법관행은 자치입법권의 영역을 좁히고 있을 뿐 아니라 중앙정부의 개입과 통제를 확대하는 직접적 요인이 되고 있음

□ 조례입법권의 운영의 문제

- 자치행정의 주요 입법범위가 법률유보로 제한되어 조례의 입법사항이 법령에 의해 제한받고 있고 행정실무에서도 지방자치법 제22조 단서조항에 의한 조례의 법령위반의 가능성 때문에 법령 공백상태에 대해서도 소극적으로 대처하는 경향이 있음
- 지방자치단체는 지역의 질서유지를 위한 행정경찰적 규제사무에 대해 법령과 조례에 의한 단속업무를 수행하나 실효성을 확보할 수 있는 수단이 미흡한 실정임

□ 조례입법권의 실효성 문제

- 조례가 주민을 위한 자치법규라 해도 조례를 위반했을 때 강제할 수 있도록 벌칙이 부과되지 않을 경우 그것은 형식적인 법규에 지나지 않게 되므로 조례의 실효성을 확보할 수 있는 수단이 필요함
- (현행법규의 문제) 당초 지방자치법 제15조 단서규정에 근거하여 규정된 구법 제20조에서는 조례로서 3월 이하의 징역 또는 금고, 10만원 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 50만원 이하의 과태료인 벌금을 정할 수 있도록 벌칙조항을 정해 두어 조례의 실질적인 실효성이 확보되었으나

개정된 지방자치법 제20조에서는 조례위반행위에 대해 1천만원 이하의 과태료만을 정하도록 하여 벌칙조항을 크게 약화시켜 조례시행의 실효성이 떨어짐

- 지방자치단체장이 주민의 일상생활과 직접 관련이 있는 자치법규를 정비하고자 할 때에는 주민에게 입법예고를 하도록 규정하여 행하고 있으나 지방의회에서 조례안을 발의할 때에는 입법예고 등 절차를 거치지 않고 있어 조례와 관련된 이해당사자나 지역주민의 의견이 반영되지 않은 조례가 만들어져 실효성이 떨어지는 원인이 됨
- 지방의회 의원들의 입법평가를 할 수 있는 제도적인 장치가 미흡하여 의원들은 대부분 대중언론 매체들이 보도를 잘해주는 시정질문이나 행정사무감사 등에 많은 비중을 두어 상대적으로 언론보도가 잘 되지 않는 법안심의에는 무관심해짐

□ 조례의 실제적 내용 불비

- 조례의 내용을 보게 되면, 정책수단의 한계로 인하여 대부분이 선언적 내용에 그치고 있음을 발견할 수 있음, 그렇기에 정책수단으로 조례의 규범력과 실효성을 담보하기에는 불충분하다고 생각되어짐
- 형식적으로 지난 10여년간 조례제정 건수가 증가하고 지방자치단체별로 지역특성을 반영한 독자적인 조례개발 노력들의 결실이 이른바 “법령의 범위안”이라는 조례제정권의 범위에 갇혀있다는 평가를 받을 수 있는 문제점을 가지게 됨

□ 자치입법권의 사항적 제약

- 독자적인 조례를 제정할 수 있는 분야가 대부분 문화관광이나 복지에 한정되어 있다는 점에서 이를 통한 지역경제의 활성화나 지방재정의 충실화를 기대하기에 어렵다는 문제점이 제기됨
- 복지분야는 재정과 직접적으로 연계되는 분야로서 현재의 지방재정 자립도 상태를 감안한다면 자체적인 복지정책을 기대하기가 힘들다고 판단되어짐
- 지역적 특성을 고려하지 않는 전국통일적인 집행사무성격의 위임조례가 상당수 조사결과에 나타나고 있다는 한계점을 가지고 있음

V. 자치단체 조례 관련 대법원 및 헌법재판소 판례

1. 대법원 판례

○ 대법원의 입장은 (구) 지방자치법부터 유지해 오던 제한적인 입장을 현행 지방자치법이 개정된 후에도 변경하지 않고 있음

- 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결-헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있으나 이 때 사무란 지방자치법 제9조 제1항에서 말하는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 된 단체위임사무를 가리키므로 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 것은 원칙적으로 이러한 자치사무와 단체위임사무에 한하므로, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무와 같이 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에서 수행하는 사무일 뿐 지방자치단체 자체의 사무라고 할 수 없는 것은 원칙적으로 자치조례의 제정 범위에 속하지 않는다.

- 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결-"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 없다."

○ 다만, 과거의 판례에서는 조례가 "법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다"고 하여 조례가 명령에 위반되는 경우에도 무효로 보았으나, 최근의 판례에서는 "법령"이 아닌 "법률"이라고만 하여 '명령'을 제외하는 듯한 표현을 하고 있음

- 대법원 2007.2.9. 선고 2006추45 판결-“지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 지방의회는 법률에 특별한 규정이 없는 한 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 내용의 조례를 제정할 수 없다.”

○ 일부 판례에서는 지방자치단체가 기관위임사무에 관하여 예외적으로 조례를 제정할 수 있다는 의미로 해석하고 있음.

- 대법원 2008.1.17. 선고 2007다59295 판결-지방자치단체가 기관위임사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

- 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결-지방자치법 제15조, 제9조에 의하면, 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다.

○ 그러나 지방자치단체가 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정하는 경우에는 법률의 위임이 필요하며, 그러한 위임 없이 제정된 조례가 무효라는 입장에는 최근의 판례에서도 변함이 없음

- 대법원 2007.12.13. 선고 2006추52 판결-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 제

정할 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.

○ 또한 조례로 규율하고자 하는 특정사항(사안의 내용은 '제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례안'임)에 관하여 국가의 법령이 이미 존재하는 경우, 조례의 적법요건을 완화하는 입장을 보이고 있음

- 대법원 2007.12.13. 선고 2006추52 판결-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.

2. 헌법재판소 판례

○ 최근, 지방자치단체의 자치입법권의 구체적인 내용에 대하여 법률이 아닌 명령(사안의 경우 대통령령)에 위임하는 것은 헌법 제117조 제1항에 명백히 반하는 것이라는 주장이 헌법재판소 판결에서 등장함. 비록 소수 의견이기는 하지만, 이는 자치입법권의 확대를 논의하는 과정에서 중요한 근거로 될 수 있음

- 헌법재판소 2007.12.27. 선고 2004헌바98 전원재판부-(반대의견) 이 사건 법률조항은 지방도의 점용료 징수에 관한 지방자치단체의 자치입법권(조례제정권)을 대통령령이라는 행정입법이 정하는 바에 따라 제한될 수 있도록 규정함으로써 자치입법권을 제한하는 것이 지방자치를 실질적으로 보장하는 헌법원리에 위반되는지 여부가 문제가 되는 것이므로, 위임입법의 한계에 관한 일반적인 심사기준과 헌법이론만으로 위헌 여부를 심사할 수는 없고, 우리 재판소가 이전에 지방자치단체의 조례제정권을 제한하는 법률이 지방자치를 규정한 헌법조항에 위반되는지 여부가 문제된 사건(헌재 1998. 4. 30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 391)에서 밝힌 바와 같이, ‘공익성, 필요성, 합리성’이라는 심사기준에 의하여 판단하여야 할 것인바, 이 사건 법률조항이 만약 점용료 징수에 관해 지방자치단체별로 그 기준이 제각각이어서 발생할 수 있는 지역별 주민들 사이의 불평등을 해소하기 위해 전국적으로 통일된 기준을 마련하려는 것이라면, 그와 같은 지역적 차별성이야말로 지방자치의 당연한 결과이자 그 자체로 지방자치의 목적이기도 하므로, 그러한 목적은 지방자치를 제한하는 정당한 목적으로서의 공익성을 인정하기 어렵고, 자치입법권의 제한을 정당화하는 다른 헌법적 가치가 무엇인지, 그 헌법적 가치의 실현을 위해 지방자치단체의 자치입법권을 제한하는 것이 불가피한 것인지 여부도 파악하기 어려우며, 또한 이 사건 법률조항은 자치입법권의 구체적인 내용에 관하여 법률이 아무런 규정을 두지 않은 채 그 제한의 내용을 전적으로 대통령령에 위임하고 있는바, 이는 법률 및 행정입법(대통령령 등)과는 별도로 독자적인 규범체계로서 법률의 위임 없이도 얼마든지 허용되는 지방자치단체의 자치입법권을 보장하며, 특히 지방자치단체의 자치입법을 행정입법과는 독자적인 규범체계로 보고 상호간의 상하관계를 인정하지 않는 헌법 제117조 제1항에 명백히 반하는 방법으로서 그 합리성을 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 지방자치를 제한하여야 할 뚜렷한 공익성과 필요성을 찾기 어렵고 헌법이 규정한 규범체계에 반하여 그 합리성도 인정할 수 없는 방법에 의해 지방자치단체의 자치입법권을 제한함으로써 헌법이 보장한 지방자치의 원리 및 지방자치권을 보장한 헌법 제117조 제1항에 반한다.

VI. 결론

○ 조례의 실효성 확보를 위한 정책적 · 제도적 개선사항은 다음과 같음

□ 입법의 분권화 및 관련법의 개정

- 앞에서 살펴본 바와 같이 현행법 체계 내에서 조례제정권은 헌법 제 117조 제1항 단서에 법률유보사항으로만 구성되어 있고, 지방자치법 제15조의 본문과 단서 규정에 의해 자치입법의 범위가 매우 제한되고 있는 실정이므로 국회의 입법부담 축소와 자치법규의 자율성 확보를 위해서 조례제정권의 확대를 도모하고 법률유보사항을 조례유보사항으로 전환할 필요가 있음
- 이를 위하여 헌법 제117조 제1항 단서를 ‘다만, 이법에서 규정하는 법률에는 지방자치단체의 사무처리에 관해서는 법령의 범위 안에서 제정된 조례를 포함한다’ 라고 개정하는 방안을 강구해 볼 수 있으며 구체적으로는 다음과 같이 두 가지 방안으로 정리해 볼 수 있겠음(행정자치부·정부혁신비장분권위원회·한국지방행정연구원, 2005:50-51)
- 첫째, 포괄적이고 배타적인 시·도의 입법권을 헌법에 규정하는 방안으로, 연방국가에 준하는 입법권을 지방의회에 부여하는 방법을 생각해 볼 수 있음
 - 예컨대 지방자치법 제9조 제2항의 각호에 규정된 사무에 대한 입법권을 지방자치단체의 조례로 행사하도록 헌법에 규정하는 방식임
 - 이러한 방안은 입법권의 일부를 시·도 조례에 유보함으로써 지역적인 입법수요에 대응하고 다양한 입법의 구현을 가져올 수 있다는 장점이 있음

- 다만 이러한 방안은 지방의회의원의 전문성이 뒷받침 되어야 할 것이므로 지방의회의원의 전문성이 뒷받침 되어야 할 것이므로 지방의회의원의 자질과 역량을 강화할 수 있는 검증장치와 통제제도가 보완되어야 할 것임
- 둘째, 지방사무에 관해 법률과 경합적으로 조례의 입법권을 인정하는 방안을 들 수 있음
 - 이에 대해서는, 처음부터 시·도에 배타적인 입법권을 부여하기 어려운 측면이 있으므로 우선 법률에서 규정하지 않은 입법의 사각지대에 대해서 조례로써 규정할 수 있도록 경합적인 입법권을 부여하는 방안이 무난할 것으로 보임
 - 또한 이를 위하여 헌법 제117에 ‘지방자치단체는 법률에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관한 조례를 제정할 수 있다’라고 개정하고, 헌법 제37조 제2항(기본권 제한), 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항(최형법정주의), 제23조 제1항(재산권 제한), 제24조 내지 제26조(선거권, 피선거권, 공무담임권), 제59조(조세법률주의)에는 지방자치단체의 사무와 관련되는 경우에 조례를 포함하는 것으로 본다라고 규정하게 된다면 조례의 법률유보로 인한 한계는 충분히 극복할 수 있으며, 또한 법률에 의한 전국적인 통일성도 동시에 확보할 수 있을 것임
 - 이와 함께 지나치게 자치입법권을 제약하고 있는 현행 지방자치법 제15조의 단서는 불필요하므로 이를 삭제하는 방향으로의 개정이 이루어 질 필요가 있음

□ 조례근거의 명시 및 위임조례의 확대

- 정부는 지방정부의 자율성을 보장하여야 하고, 국회는 지방자치단체의 자치사무를 완벽하게 규율하려는 법률만능주의로부터 벗어나야 할 것

이므로 지방자치단체의 자치사무에 대하여는 지방자치단체가 입법권과 행정권을 모두 행사하도록 하는 것을 원칙으로 하고 불가피할 경우에만 법령으로 규정하여야 함

- 국회가 세부적으로 정하기 어렵거나 정하는 것이 부적합한 경우에는 시행령이나 시행규칙에 위임하기 보다는 조례에 위임하는 것이 보다 타당할 것인데, 이러한 위임조례의 확대는 지역의 자율성을 보장하고 지역적 실정에 보다 부합한 입법을 할 수 있다는 장점이 있기 때문임
- 또한 중앙행정기관은 국회에 의하여 법령제정권을 위임받은 경우에도 지방자치의 활동영역을 현저하게 좁히는 행정입법에 의한 지방자치의 규제를 자제하고 지방의회의 입법권을 침해해서는 안 될 것임

□ 지방자치단체의 법률안 제출 요구권 인정

- 지방자치단체의 자치입법권 역량 강화를 위하여 지방자치단체가 국회의 입법과정에 참여하여 조례제정권의 근거규정을 미련해 줄 것을 청구할 수 있는 공식적인 통로를 제도화할 필요가 있음
 - 지방자치단체가 중앙정부의 관할부서에 조례제정근거를 미련해 줄 것을 청구하고 그 청구를 받은 중앙정부가 일정한 기간에 법률안을 국회에 제출하도록 하는 의무를 부과하는 규정을 지방자치법에 규정하는 방식임
 - 다만 법률안 제출요구권의 남용을 방지하기 위해서 당해 지방의회의 재적의원 2/3이상의 찬성을 얻어 관할 중앙부처에 요구하도록 해야 할 것임
- 모든 중요한 결정에 법률적인 근거를 요한다고 한다면 지방자치단체는 입법자들이 권한을 부여하는 법률을 제정하지 않는 한 그 업무를 수행

할 수 없게 되므로 지방자치단체의 업무영역에서 자율성을 보장하기 위해서는 국회가 권리제한에 필요한 근거조항을 마련할 의무가 지방자치단체의 전권한성의 원칙으로부터 도출되므로 지방자치단체는 국회에 대하여 근거규정을 마련해 줄 것을 청구할 수 있다고 판단됨

□ 조례영향평가의 실시

- 조례와 같은 자치법규는 전국적인 획일적 규제보다는 지역적인 특성에 부합하는 다양한 입법이 필요한 경우에 적합한 입법수단이라고 볼 수 있으므로 조례의 합목적성은 지역의 공공문제 해결하는데 얼마나 기여하는지가 그 평가의 기준이 될 수 있으나, 현재 특수한 지역실정이 있음에도 불구하고 이를 조례제정 과정에 반영하지 못하고 '조례준칙' 등에 따르기만 하는 경우가 많음
- 따라서 조례의 합목적성을 제고시키기 위하여 지방의회가 조례안을 심의하는 과정에서 조례가 제정되는 경우에 주민에게 미치는 영향, 당해 지방정부 및 타지방정부와 국가 등에 미치는 영향에 대한 평가를 거치도록 해야 할 것임

□ 조례입법권의 확대 방안

- 조례제정의 범위를 한정하는 사무의 범위를 확대하고 세계화·지방화·지식정보화 시대에 효과적으로 대처하고 국가경쟁력을 높이기 위해 정부와 국회는 국가적·전국적인 업무에 관여하고 지방적·지역적인 업무에 대해서는 지방의회에 넘겨 입법활동의 폭을 넓혀 주어야 함
- 국가사무로 되어있는 기관위임사무를 대폭 지방정부로 이양하고 아울러 지방자치법 제9조 제2항의 단서조항인 “다만, 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”는 삭제될 필요가 있음

- 지방자치법 제15조의 “법령의 범위 안에서”를 지나치게 제한적으로 해석함으로써 조례의 제정범위가 좁아지는 것을 경계할 필요가 있으므로 법령에 위반하지 아니하는 한 조례를 제정할 수 있도록 “법령에 위반되지 않는 한”으로 개정될 필요가 있음
 - 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에도 법률의 위임이 있어야 하는 제15조의 단서규정의 제한도 헌법에서 보장하고 있는 지방자치단체의 권한을 침해하는 것으로서 역시 개정의 필요성이 있음
- 중앙행정기관에서 법령을 입안할 때 조례로 일정한 사무를 제정하도록 위임하는 경우에 법령에서는 최소한의 기준을 설정하도록 하고, 그 밖의 사항에 관해서는 지방자치단체의 표준조례로 정할 수 있도록 하는 포괄위임규정을 채택하도록 법제처 법령입안심사기준을 정비할 필요가 있음

□ 조례입법권의 실효성 확보 방안

- 조례는 행정법규와는 달리 국가의 헌법체계 안에 있는 준 법률적 성격을 띠고 있는 지방의 자치법이므로 조례로서 벌칙조항을 규정할 수 있도록 보완 내지 구법 제20조를 부활시킬 필요가 있음
- 외국의 사례를 보면, 영국과 미국 및 일본의 지방자치법에서는 주민의 권리와 의무에 관한 사항은 물론 벌칙에 관한 규정도 원칙적으로 정할 수 있도록 하고 있으므로 이에 대한 검토도 필요할 것임
- 조례의 실제적 내용을 보면 일부 인·허가권이나 사용료·수수료 등의 비용징수를 제외하고는 포상제도, 보조금 등의 재정지원, 위원회의 설치 등 관련정책을 실효성 있게 집행할 수 있는 정책수단이 미흡하므로 지방자치단체의 정책수단 개발 노력이 강화되어야 할 필요가 있음

- 법령에서 위임된 사항이라 하더라도 조례 제정이 지연되는 사례가 많이 발생하고 있으므로 지방의회의원들의 의정활동을 지원하기 위하여 연수프로그램의 개발이나 조례제정에 관한 입법기술교육 프로그램 등의 도입도 필요함
- 지방자치법상 조례입법권의 범위를 “법령의 범위 안”에서 “법령에 위반되지 아니하는 범위”로 개정하고, 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙제정 등의 법률유보사항 삭제
- 조례의 법적 실효성 확보 규정 신설
 - 조례위반행위에 대하여 “1년 이하의 징역, 금고, 1,000만원 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 500만원 이하의 과태료”의 벌칙에 처할 수 있도록 하는 규정을 신설하며,
 - 범칙금채납자에 대하여 국가 또는 지방자치단체가 제공하는 용자·보조금의 신청, 공공기관의 기타 행정서비스의 수혜를 제한할 수 있도록 하는 규정을 신설하여 조례의 법적 실효성 확보
- 엄격한 조세법률주의 하에서 과세권한과 조세수익권한을 중앙정부가 독점하고 있어, 지방자치단체의 자율성과 책임성 확보 곤란
 - 지방자치단체 여건에 따라 세목을 조례로 제정할 수 있도록 하는 법정외세제도의 도입 추진

<참고문헌>

(1) 국내문헌

- 강수경, 지방자치단체의 조례제정권의 한계, 법학연구제24집(2006)
- 권정호, 한국지방의회제도의 발전방안에 관한 연구, 한양대학교 행정자치대학원 석사학위 논문, 2009
- 김병기, 조례에 대한 재의요구사유와 대법원 제소, 행정법연구 1999 하반기
- 김양수, 지방의회의 자치입법기능 실태와 그 활성화 방안, 강원대학교 석사학위 논문, 2001
- 김영천, 한국에 있어서의 지방자치의 헌법적 기초, 지방자치법연구 제2권 제2호, 한국지방자치법학회(2002. 12)
- 김철용, 행정법Ⅱ(제5판), 박영사, 2005
- 김해룡, 자치입법권의 확대와 실효성 제고, Seminar Series 제4권, 한양대학교 지방자치연구소, 2001
- 김희곤, 지방의회의 위원회제도에 관한 연구, 공법연구 제30집 제5호, 2002
- 박균성, 행정법강의(제5판), 박영사, 2007, 918쪽
- 박영도, 자치입법의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1998. 8
- 백종인, 지방분권강화를 위한 법적 과제, 지방자치법학 제3권 제1호, 한국지방자치법학회, 2003. 6
- 이혜영, 지방의원발의활성화를 위한 입법고찰, 외법논집 제22집, 2006. 5
- 조성규, 자치입법의 활성화를 위한 지방자치단체장의 역할, 한국지방자치법학회 2008년 추계학술대회자료집
- 조정찬, 위임조례 위주의 조례입법 극복방안, 지방자치법학회 학술발표회, 2005
- 최민호, 일본의 지방분권추진일괄법의 내용과 시사점, 지방행정, 2003. 9
- 최봉석, 지방자치의 기본법리, 한국법제연구원, 2007
- 최환용, 입법평가의 실험과 조례에 대한 입법평가의 필요성, 입법동향과 평가, 한국법제연구원 입법평가연구센터, 2008년 여름호

- 최환용, 일본 지방분권개혁의 성과와 시사점, 법제연구(한국법제연구원) 통권 제29호
- 최환용, 지방자치법제의 쟁점과 전망, 법제연구 통권 제34호, 한국법제연구원, 2008
- 하세현, 지방의회의 입법기능의 발휘와 그 확충방안, 한국정당학회보, 제4권 제2호, 2005

(2) 외국문헌

- Bruce C. Daniels(ed.), *Town and County : Essays on the Structure of Local Government in the American Colonies*, Wesleyan University Press, Middletown, Connecticut, 1978
- Chauncey C. Binney, *Restriction upon Local and Special Legislation in State Constitutions*, Kay & Brother, Philadelphia, 1894
- David J. McCarthy, Jr., *Local Government Law in a Nutshell*(Fourth Edition), West Group, St. Paul, Minnesota, 1995
- Ernest S. Griffith, *The American System of Government*(Third Edition), Methuen & Co. Ltd, London, 1976
- Jack C. Plano & Milton Greenberg, *The American Political Dictionary*(Eleventh Edition), Harcourt College Publishers, Fortworth, Texas, 2002
- James Bryce, *The American Commonwealth*, Macmillan & Co., London, 1888. ; A Liberty Classics Edition, Liberty Fund, Inc., Indianapolis, Indiana, 1995
- Thomas C. Marks, Jr. & John F. Cooper, *State Constitutional Law in a Nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1998