

條例의 司法審查 主體

The Main Constituent of Judicial Judgement on Ordinances

金 聖 鎬

(韓國地方行政研究院 責任研究員)

<目 次>

I. 問題의 提起

III. 條例의 司法審查主體變更의 正當性

II. 條例의 本質

IV. 結 論

<ABSTRACT>

The legality of ordinances is studied from the view points of both the law and the constitution. There is a possibility of being against the constitution if the Supreme Court is the only body concerned with the legality of the law enacted by the National Assembly. According to the provision of Article 3, Chapter 159 in the Local Self-Government Law, the Supreme Court is the only institution to judge the legality of ordinances.

As ordinances are the law legislated by the local council these have the similar power to the law enacted by the National Assembly. Therefore a distinction should be drawn between the Local Council legislation and the subordinate legislation. This is the reason why the Supreme Court should not be in charge of judging the legality of ordinances.

As ordinances are the political legislation and it is the Constitutional Court that has a judicial power to solve the dispute between the central and local governments and between the local governments, it is proper that the Constitutional Court should take care of judicial judgement on ordinances.

I. 問題의 提起

지방자치단체는 직접 헌법에 의하여 自治權이 보장되어 있기 때문에 국가와는 별개의 公法人으로서 지역의 統治團體이며, 住民은 自治權의 인적 구성요소인 동시에 그 主動者의 地位에 있다. 이에 따라 우리 나라의 地方自治行政에 있어서는 원칙적으로 代表民主制가 채용되고 있기 때문에 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체상호간, 또는 지방자치단체의 집행기관과 의결기관 사이에 때때로 이해의 대립과 긴장관계가 생기고 있다. 이들 대립은 정치적 수단에 의해 조정되거나 소송제도에 의하여 해결되는 경우가 적지 않다. 예컨대, 지방자치행정과 관련하여 客觀訴訟 중에서 「機關訴訟」이 폭넓게 인정되고 있는 것은, 국가와 지방자치단체간의 관계를 행정조직 내부관계로 간주하여 이를 단순히 조직법상 상하관청간의 관계로 볼 수 없기 때문에 사법기관이 중재하도록 한 것이다.

이는 바로 지방자치단체에 대한 國家의 부당한 관여에 대해 法院이 自治權 보장 및 중재와 조정의 역할을 담당한다는 것을 의미한다.

특히 조례의 사법심사에 관해서는 「지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저하게 해한다고 판단될 때에는 재의결을 요구할 수 있고, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다(지방자치법 제159조 제1항과 제3항)고 규정하고 있다.

문제는 대법원에서 조례에 대한 규범통제권을 갖는 것이 타당한가 하는 것이다. 조례의 위법성에 관한 사법판단은 지방의회의 일반적 의결사항과 달리 규범통제에 해당되어 당해 법령의 適憲性이 전제되었을 경우에 타당하므로 위법성 뿐만 아니라 당해 법령이 헌법이 보장하고 있는 지방자치권의 본질을 침해하고 있는 지에 대한 여부가 동시에 판단되지 않으면 안된다. 그러나, 1991년 이후로 조례에 대한 사법심사는 위법성심사에 국한되어 1건을 제외한 모든 조례가 위법한 것으로 판결되었다. 따라서 조례의 위법성 판단은 법률의 適憲性을 동시에 고려하여야 하므로 조례의 사법심사를 위법성 심판에 국한시키고 대법원을 사법심사의 주체로 규정하고 있는 지방자치법 제159조 제3항은 논의의 여지가 있다.

II. 條例의 本質

1. 條例의 法的 性格

條例는 공법상의 高權的 權力(Hoheitsgewalt)의 성질을 가진 지방자치권에 근거하여 정립된 법이라는 점에서 私法上的의 조합 또는 법인의 규약이나 정관과 구별되고, 法規의 성질을 가진다는 점에서 행정규칙(Verwaltungsverordnung)과 구별되며, 지방자치단체의 자주법이라는 점에서 행정입법인 명령과 구별된다(室井 力 編, 1980: 98). 이러한 條例의 특질을 상론하면 다음과 같다.

첫째, 私法上的의 조합이나 법인은 행위의 자유와 규범정립의 자유를 내용으로 하는 私的自治(Privatautonomie)에 근거하여 그 구성원의 권리·의무를 규율하는 조합의 규약이나 정관 등의 규범(이하 사적 규약이라 한다)을 정립하는 권한을 가지고 있지만, 이러한 私的規約와 條例는 본질적으로 어떠한 점에서 구별되는지 규명해 볼 필요가 있다.

條例와 私的規約를 비교한다면 조례의 특징은 不特定多數人을 규율한다는 점에 있으나 이러한 특징은 대규모의 私的團體에서도 볼 수 있기 때문에 條例의 고유한 특징이라고 할 수는 없다. 반면 私的規約은 조합원의 자유의사에 의한 승락에 의해서만 구속력의 근거를 가지나, 條例는 지방자치단체의 高權的·官憲的 權限에 구속력의 근거를 가진다. 따라서 條例와 私的規約의 본질적 차이는 전자가 地方自治權에 근거하여 정립된 공법분야의 고권적 규범임에 대하여, 후자는 구성원의 私的 意思(Privatwillen) 및 법률행위(Rechtsgeschäft)에 근거하여 정립된 규범이라는 점에서 구별된다.

둘째, 條例는 불특정다수인에 대하여 일반적·추상적으로 권리·의무를 규율하며, 일반적인 구속력을 지닌 규범이기 때문에 法規의 성질을 가진다. 또한 條例의 구속력은 지방자치단체의 모든 주민·기관·감독청 그리고 법원에까지 미치지만 외부적 拘束效를 갖지 않는 條例도 있음은 물론이며, 독립적인 法源의 하나로 인정되어 있다(홍정선, 1991: 148; 이상규, 1991: 160). 다시 말하면, 條例로 정한 法規와 법률(Gesetz)로 정한 法規는 양자가 대외적인 구속력을 가진다는 점에서 다를 바가 없기 때문에 條例도 하나의 법률이며 해당 구역 안에서는 법률과 마찬가지로의 구속력을 가지고 있다(장지호, 1987: 43~44). 그러므로 條例란 지방자치단체가 그의 자주성에 근거하여 지방자치단체에 속하는 주민들에게 적용하기 위해 제정되는 법규범이다(室井 力 編, 1980: 99). 우리 나라에서도 대법원은 “條例는…… 그 지방자치단체의 주민전체에 효력을 미치는 일반적이고 추상적인 법적 규범이다” 라고 판시함으

로써(大判 1962年 9月 27日·62 추 1) 條例의 법규적 성질을 분명히 하였다(이상규, 1991: 160). 條例는 지방자치단체가 자기책임에 따라 임무를 수행하기 위한 전형적인 수단으로서 일반적·추상적인 법규범이지만, 규율내용의 일반성이 필수적인 특징이라고 볼 수는 없으며 구체적인 사항을 규정할 수도 있다. 즉, 지방의회의 條例立法權은 헌법 제117조 제1항에 근거한 권한으로서 헌법이 지방적 의미를 갖는 法規範 定立權限을 지방자치단체의 의결기관인 지방의회에 부여한 것은, 규범의 定立者와 受範者 사이의 간격을 줄임으로써 사회적 힘을 활성화하고 지역적인 특성을 고려하여 탄력적인 규율을 가능하게 하며 국회의 입법부담을 경감하려는 데 있다(홍정선, 1991: 150). 따라서 條例는 다음과 같은 규범적 특성을 지닌다.

1) 법규범

條例는 지방자치단체가 제정하는 자주적 法規範이다(이상규, 1991: 160; 김남진, 1989: 115). 條例는 헌법에서 보장된 자치에 관한 立法權(헌법 제117조 제1항)으로서 법의 성질을 가지고 있기 때문에 일반적으로 法規라고 설명되고 있으며, 이는 헌법상의 법을 의미한다(雄川一郎 外, 1984: 170).

지방자치단체의 법에는 지방의회가 제정하는 條例와 지방자치단체 집행기관의 長이 제정하는 규칙이 있다(雄川一郎 外, 1984: 171). 광의설은 헌법 제117조 제1항의 條例를 지방자치단체의 自主立法權을 보장하는 자주법의 일환으로 해석하여 지방의회와 집행기관의 長이 제정하는 조례와 규칙 양자를 條例로 간주하며, 지방의회의 각종 위원회의 규칙과 규정도 여기에 포함시킨다. 그러나 협의설은 지방의회의 의결로써 제정되는 法만을 헌법상의 條例로 해석한다(雄川一郎 外, 1984: 171).

광의설은 논리적으로 지방의회와 집행기관의 長이라고 하는 이원적 입법제를 전제로 함으로써 국가의 一元的 立法制(헌법 제40조)에 반하는 것으로 해석된다. 따라서 근대적인 입헌주의 원리에서 볼 때, 지방의회에서도 일원적 입법제가 원칙이 되어야 할 것이므로 지방의회에 의하여 제정되는 조례제정의 범위와 條例의 授權을 요하는 규칙의 제정범위가 헌법론으로 일치되는 협의설이 타당하다.

2) 자주법

條例는 지방자치단체의 自治立法權에 의거하여 제정된 법 즉 自主法을 의미한다는 점에 서, 위임입법과 다르다(雄川一郎 外, 1984: 172). 지방자치단체의 條例制定權은 헌법상 지방

자치단체에 보장된 立法權으로서 법령의 근거가 없다고 하더라도 자기의 사무에 관하여 「법령의 범위 안에서」 자주적으로 條例를 제정할 수 있기 때문에 自主法이라고 한다(室井力, 1978: 17). 형식적인 면에서 條例의 自治立法權은 헌법 제117조 제1항에 의하여 헌법 제40조의 예외로서 인정되고 있으며, 전체 국민의 간섭없이 지방의회의 자주적 意思에 근거하여 제정되고 지방자치단체와 거기에 소속된 주민들의 이익을 위하여 적용되는 법을 의미한다.

3) 지역법

條例는 지방의회의 의결로 제정되고 그 효력은 당해 지방자치단체의 구역에 한정되므로 국가법에 대한 地域法의 의미를 가진다. 복지국가의 실현을 위하여 현대국가는 매우 복잡하고 전문적인 행정을 수행하고 있으므로 중앙정부가 지방자치단체에 소속된 지역주민들의 행정수요에 일일이 관심을 가지고 해결방안을 만족스럽게 충족시켜 주는 것은 현실적으로 불가능하다.

따라서 각 지역의 경제적·사회적·문화적 욕구가 서로 다르기 때문에 지역적 복지수준의 지향목표가 다를 수밖에 없으므로, 개별 지역주민의 다양한 욕구를 적극적·창의적으로 충족시키기 위해서는 합법적인 입법절차를 거쳐 地域에 적용되는 法으로서의 條例를 제정함으로써 地方行政의 실효성과 민주적 정당성을 확보할 수 있다. 이러한 점에서 조례는 법률과 같은 효력을 가진다고 하더라도 특정지역에 적용되는 지역법규범이다.

4) 입법권

헌법 제117조 제1항은 條例制定權을 보장한 조항이며, 헌법 제40조에서 「立法權은 국회에 속한다」고 하는 國會立法主義에 중대한 예외 내지 제약을 명문화한 것으로서, 지방자치단체에 대한 중앙정부와 국민의 관여를 자제하고 그 부분의 보호와 권력분립 원리의 실현을 위하여 地方自治權을 승인한 결과이다.

헌법 제118조 제1항에서는 지방자치단체에 의회를 둔다고 규정하고 있으나, 국회와 지방의회는 기능과 권한에서 상당한 차이가 있는 것이 사실이다. 왜냐하면, 국회의 立法權에 비해 지방의회의 條例立法權은 헌법상 주민의 복리에 관한 사무에 대하여 포괄적인 권한이 인정되어 있음에도 불구하고, 「법령의 범위 안」에서 제정하도록 규정되어 있기 때문이다. 이러한 이유로 독일 地方議會의 立法權은 국가의 입법·행정·사법권 가운데 立法權에 속하는 것이 아니라 行政權에 속한다(Bethge, 1983: 572; Schmidt-Aßmann, 1982: 182; 김남진,

1991: 58~59)는 견해도 있다. 즉 지방자치단체의 自治立法權은 행정권의 일부를 형성한다는 것이다. 지방의회가 입법적 기능을 수행하기 때문에 입법기관(Legislativorgan)으로 지칭될 수도 있으나, 독일의 지방의회는 많은 행정적 권한을 가지기 때문에 行政權에 속한다(Püttner, 1991: 34). 따라서 헌법상 보장된 지방자치단체의 사무는 매우 포괄적이지만 그 구체적인 사무는 법률에 의하여 형성되거나 제한되므로 지방자치행정의 본질적 내용을 침해하지 않는 한, 특정 법률이 地方自治行政權을 일부 침해하여도 그것은 헌법위반이 아니라고 보는 것이 독일의 일치된 견해이다(Knemeyer, 1988: 32; 홍정선, 1991: 61~63).

독일은 19세기 후반에 통일국가를 형성하였기 때문에 역사적으로 州自治가 강한 것이 특징이므로 뿌리깊은 지방자치의 제도적 보장원리에 기초하여 地域法 즉 條例를 州의 立法(Gesetzgebungs-kompetenz)으로 분류하고 지방의회는 立法權으로서 인정하지 않고 있다. 이 때문에 독일의 지방의회는 입법권을 가진 진정한 의미의 의회(Parlament)가 아니라 주민에 의하여 선출되고 주민을 위하여 행위권한을 가진 주민의 대표(Volkvertretung)일 뿐이다(Püttner, 30).

연방국가인 독일 지방자치단체의 條例制定權의 범위에 관한 상세한 사항은 각 州의 지방자치법(Gemeindeordnung)에 위임되어 있으며 지방의회가 제정하는 條例는 법률보다 하위의 규범이기 때문에, 자치법규는 최종적으로 국가질서에 적합하여야 하며 법률에 저촉되어서는 안된다고 보고 聯邦法·州法의 우월적 지위를 인정하는 것이 통설이다(Pagenkopf, 1971: 148). 이에 따라 독일에서는 법치주의에 근거한 국법질서의 통일성을 유지하기 위하여 국법에 의한 선점영역의 범위가 엄격하게 해석되므로 법률의 개별 위임이 없는 한 條例의 制定이 허용되지 않으며, 국법이 이미 실제적으로 규율하고 있는 사항에 대해서는 條例制定權을 배제한다. 따라서 독일에서는 法律과 條例에 관한 이중기준의 문제가 발생될 여지가 없으며, 「연방법률은 州法律을 파한다」는 원칙이 관철되고 있다(박원영, 1985: 269, 295).

그러나, 우리 나라의 헌법은 독일의 연방헌법과는 달리 직접 헌법 제8장 제117조 제1항에서 自治立法權을 보장하고 법령의 범위안에서, 지방자치행정의 근거와 기준에 관하여 포괄적인 立法權을 자주적으로 행사할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 즉 주민의 대표기관인 지방의회가 민주적 정당성에 근거하여 합법적인 의결절차에 따라 입법한 法을 條例라고 한다면(김철수, 1989: 848; 권영성, 1990: 216), 지방의회는 條例制定權은 엄격한 법률의 授權에 의하여 행정청의 결재절차에 따라 제정되는 위임입법과 분명히 구별되는 議會立法權이다.

의회제도의 역사적 발달과정으로 보아 立法權은 국회의 가장 본질적이며 전통적인 권한

이므로 근대국가가 권력분립원리를 채택하고 국회를 입법기관으로 규정한 것은 보편적인 사실이다. 따라서 헌법 제40조에 의거하는 경우 법률의 제정은 반드시 국회의 의결을 거쳐야 함을 의미하며, 국민의 권리와 의무에 관한 사항(헌법 제37조), 헌법이 특히 법률에 의할 것을 요구하는 사항, 또는 다른 법률로 특히 법률에 의할 것을 규정한 사항 등은 반드시 법률에 의거하여야 하고 법률보다 하위의 규범으로는 이를 초과하는 규정을 할 수 없다(김철수, 1975: 499; 문홍주, 1983: 476~477).

그렇다고 하여 헌법은 국회에만 立法權을 독점적으로 授權한 것이 아니며 실질적 의미의 立法權을 다른 국가기관에도 인정한 예외가 있다. 즉 대통령의 비상조치에 따른 명령(헌법 제76조), 집행명령·위임명령(헌법 제75조), 국무총리령, 행정 각부 장관의 부령(헌법 제95조), 지방의회의 條例(헌법 제117조 제1항), 대법원의 사법사무규칙(헌법 제108조) 등이 이것이다. 그러나 이것은 헌법정신에 따라 정책상 인정한 예외이므로 국회는 법률로써 다른 기관의 입법을 언제든지 개폐할 수 있다. 다만 立法權者가 법률을 제정 또는 개폐할 때에는 헌법에 위반해서는 안되는 일정한 한계가 있는데 이것을 「법률의 適憲性(Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes)」이라 한다(김철수, 1975: 502). 그러므로 국회는 법률을 제정함에 있어서 헌법상 보장된 지방자치의 본질적 요소를 침해하지 않도록 법률의 適憲性에 유의하여야 한다.

국회의 입법부담을 경감해 주기 위한 예외적 立法權으로서 헌법에 보장된 條例制定權은 민주적 정당성에 바탕을 둔 지방의회의 立法權을 의미하므로 行政權에 의하여 授權된 법규범으로 볼 수는 없다.

헌법원리에 적합한 조례의 法的地位는 제 법규와의 관계를 고찰함으로써 법단계상의 법적 지위를 정립할 수 있다.

2. 條例와 諸法規과의 關係

1) 조례와 헌법

헌법은 국가의 조직 및 국민의 기본권 등을 규정하고 있는 국가의 기본법이며 최고의 법규이므로 그 條規에 반하는 법률, 조례·명령·규칙 및 행정행위는 무효이다. 헌법은 그 중요성에 비추어 법률보다 더 엄격한 개정요건을 규정하고 있다(헌법 제130조 제1항, 제2항).

지방자치와 관련하여 현행 헌법은 제8장에서 2개조의 규정을 두고 있다. 즉 제117조에서는 지방자치단체의 권한을 규정하고, 제118조에서는 지방의회의 조직, 권한, 의원 및 長의

선임방법, 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률에 유보하고 있다.

이 규정외에도 공무원임면권(헌법 제78조), 청원권(제26조), 손해배상의무(제29조) 등의 지방자치와 관련된 헌법 규정은 지방자치단체에의 적용을 예정하고 있는 것이며, 지방자치단체가 그 사무를 처리할 때에도 헌법 제2장에서 보장하는 국민의 기본적 인권을 침해하는 것은 허용되지 않는다. 조례는 국가의 법령의 범위 안에서 효력을 가지는 것이기 때문에 국법체계, 국법질서의 정점에 선 최고 법규인 헌법에 위반해서는 안된다는 것은 당연하다.

헌법 제40조는 국가의 입법기관인 국회에서 실질적 의미의 입법이 법률의 형식으로 제정되는 국회중심주의를 채택하고 있다. 아울러 헌법 제117조 제1항은 자치에 관한 포괄적인 규정제정권으로서 조례제정권을 보장하고 있기 때문에 원칙적으로 국가의 입법은 國會가, 지방자치단체의 입법은 地方議會가 담당하도록 규정함으로써 立法權의 기능적 配分을 전제하고 있다.

헌법이 조례제정권을 지방의회에 授權하고 있는 이유는 국가의 법률로써도 자치의 본질적 요소를 침해할 수 없음을 규정하고 이에 필요한 立法權을 지방자치단체의 권한으로 보장한 것이다. 따라서 헌법 제118조에 규정된 법률유보사항은 대강적인 근거규정으로서 기능하여야 하며 自治를 규제하는 규정이어서는 適憲性을 가질 수 없다. 그럼에도 불구하고 현행 지방자치법·공직선거 및 선거부정방지법 등에서 자치에 관한 중요사항 마저 상세하게 규정함으로써 조례제정권을 제약하는 것은 자치에 관한 조례제정권을 지방의회에 授權하고 있는 헌법취지에 적합하지 않다.

조례 가운데에는 주민의 권리제한, 의무의 부과를 그 내용으로 하는 것도 있는 바, 이는 헌법 제2장의 기본적 인권과 관련을 가진 경우가 많고 이러한 조례를 立案할 때에는 조례의 내용이 헌법의 기본적 인권에 위반하지 않도록 신중한 배려가 요구된다. 그렇다고 하여 주민의 권리와 의무에 관한 法規性을 가진 조례를 제정함에 있어서 지방자치법 제15조에서 엄격하게 法律留保하도록 규정한 것은 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질을 지나치게 침해하고 있다는 점에서 동법 단서조항의 적헌성여부와 관련하여 논의의 여지가 있다.

조례제정권은 확실히 형식적으로는 국회를 국가의 입법기관으로 규정하고 있는 헌법 제40조에 대하여 중대한 예외를 둔 것이지만, 실질적으로 보면 조례는 헌법규정에 따라 주민의 대표기관인 지방자치단체의 의회에서 제정된 것이므로 법률과 조례와는 동종의 민주적 정당성에 바탕을 둔 것이며, 다만, 입법소관사항을 달리하므로 조례 역시 議會立法이라는 점에서는 이른바 국회에 의한 법률에 준하는 것으로서 법률과 同位의 법규범이라고 하여도 지나친 말이 아니다.

결국 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에 自治에 관한 규정제정권을 포괄적으로 授權하고 법령에 위반되지 않는 범위안에서 제정하여야 할 것을 규정한 것이며, 아울러 법령 역시 地方自治의 본질적 요소를 침해할 수 없음을 보장한 규정이다. 따라서 동법 제118조 제2항의 법률유보사항은 어디까지나 지방자치의 본질적 요소를 보장하는 범위안에서 제정되어야 하므로 단지 지방자치의 근거규정으로 기능할 뿐이다. 왜냐하면 조례제정권은 헌법이 실질적으로 보장한 지방의회의 立法權이기 때문에 조례의 授權法規範은 헌법이다.

2) 조례와 법률

條例의 법적 지위는 지방의회가 제정하는 法(지방자치법 제15조, 제35조)이라는 것이 통설이지만, 모든 條例는 법률에 위배되어서는 안된다고 인식되어 왔기 때문에 뿌리깊은 法律先占論으로 인하여 국법체제 가운데 법률과 명령보다 하위에 위치함으로써, 그 효력과 입법범위가 상당히 제약을 받고 있다.

독일에서는 지방자치단체의 모든 권한이 국가권력에서 유래된 것이라는 전래설의 입장에서 관치행정적 지방제도 아래 법률과 條例의 관계를 법단계설에 따라 엄격하게 적용하고 있으며, 「條例는 법률이므로 그 적용범위 안에서는 聯邦이나 州의 법률과 마찬가지로 구속력을 가지고 있으나 법률의 하위이다. 모든 自治法規는 최종적으로 국가의 법질서에 적합하여야 하고, 법률에 저촉하여서는 아니된다」(Pagenkopf, 1971: 81)고 하였다. 이처럼 독일의 條例는 엄격하게 法律先占의 지위를 인정하는 것이 통설이므로 법률보다 하위의 법규범이다.

그러나 미국의 條例는 州議會에 의해 위임받은 권한의 범위 안에서 법률과 같은 효력(effect of law) 즉 州議會에 의하여 통과된 법률(Statute)과 동등한 권한(force)을 갖는다(Black, 1979: 477).

條例는 일반적인 사항에 대해서는 州法律에 위반할 수 없으며 법률보다 劣位이지만, 지방적 사항에 대하여 지방자치단체의 전권한성이 인정되어 있기 때문에 법률과 조례가 상충되는 경우에는 법률보다 市憲章이나 條例가 우월하다는 원칙이 확립되어 있다. 미국은 이처럼 州의 立法權에 일정한 제한을 가함으로써 州立法府가 제정하는 법률에 의한 自治權의 침해를 실질적으로 예방하기 위하여 Home Rule 제도를 두고 있다(Osborn M. Reynold, 1987: 95~96).

우리 나라에서는 條例의 입법에 있어서 「법령의 범위 안에서(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제15조)», 「법령이 정한 바에 의하여(지방자치법 제13조 제1항, 제2항)」 등의 文言으로

條例의 입법범위를 제한하고 있기 때문에 상하관계로 계층화된 法律과 條例의 관계를 재정립하기 위해서는 條例의 법적 지위를 지방자치권의 본질에 대한 학설과 서로 관련지어 논할 수밖에 없다.

그러므로 法律과 條例의 관계는 법단계설에 의하여 전통적·기술적으로 해석하기 보다 주권이 실질적으로 보장하고 있는 헌법상 보장된 自治立法權의 본질에 근거한 條例의 효력과 한계를 면밀하게 분석·정리함으로써 지역주민의 기본권 보장을 강화시키기 위한 방법으로 재정립되어야 할 것이다. 이러한 점에서 條例와 法律은 입법대상과 적용지역·입법소관사항을 달리하므로 상하관계가 아니라 민주적 정당성을 가진 법규범이라는 점에서 독립적인 대등한 관계로 존재하며, 條例의 효력은 법률상 형식적 관계에 의하여 결정되는 것이 아니라 실질적인 법질서의 관점에서 결정된다. 즉 條例가 법률과는 다른 목적·대상·절차로 규제하여야 할 사회적 필요가 있고 그것이 법률규정에 명백하고도 중대하게 저촉되지 않는 한 合法이라는 것이다(高奇昇三, 1977: 38~39). 결국 法律과 條例는 법단계적으로 형성되어 있는 것이 아니라 헌법을 정점으로 수평적으로 구성되어 있으나, 다만 법적 안정성과 법질서를 확보하기 위한 법기술적 차원에서 법률과의 충돌을 피하기 위하여 「법률의 범위 안에서」라는 文言을 두고 있는데 불과하다고 할 수 있다.

특별히 문제가 되는 것은 법률의 규정을 초과하는 規制條例이다. 일본의 公害條例의 경우, 條例가 법률보다 높은 규제기준을 적용함으로써 환경보호에 기여한 반면, 법률은 오히려 환경의 파괴를 초래한다는 모순으로 인하여 대체로 法律超過規制條例를 인정하려는 입장이 유력하다. 그러나 전통적인 법률수권설의 해석론적 입장에서는 法律超過規制條例의 인정이 불가능하나, 현실적인 이유로 일본이 法律超過規制條例를 법해석적으로 시인하자 논리와 정책의 혼합이라고 비난을 받고 있다(高奇昇三, 1977: 39). 그러나, 법률이 일반적인 최소한도의 기준을 정하고 있는 경우, 자치사무에 관한 法律超過規制는 헌법원리에 따라 條例로써도 가능하다고 보아야 할 것이다.

그러므로 條例는 본질적으로 헌법상 보장된 지방의회의 立法權이며 민주적 정당성을 가진 법규범이라는 점에서 법률과 대등한 효력과 지위를 가진다. 다만, 입법범위와 대상이 제한된다는 점에서 법률과 차이가 있을 뿐이다.

3) 조례와 명령

의회의 제정법인 법률과 조례는 행정기관의 行政行爲를 규율하는 상세한 규범을 스스로 제정하지 아니하고 일정한 범위 안에서 그 제정을 행정기관에 위임한다. 또 행정기관은 법

률과 조례에 의하여 수권된 개별적 행위를 행하는데 필요한 기준이나 공백부분을 스스로 제정하는 바, 구체적 行政作用의 규범 내지 기준에 관한 行政立法의 양적 증대와 기능의 중요성은 현대행정이 주목해야 할 특징의 하나이다(천병태, 1993: 244).

行政立法은 전통적으로 대외적·일반적인 法規로서의 성질을 가지는 법규명령과 특별권력관계 또는 행정조직내부의 규율에 그치는 行政規則(Verwaltungsvorschrift)으로 나눌 수 있다(이상규, 1987: 227). 여기에서 법규명령은 행정기관에 의하여 제정되는 법형식으로서, ① 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 ② 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항 ③ 소관사무에 관한 사항을 대상으로 제정된다(헌법 제75조). 또한 命令으로는 국민의 자유와 권리를 제한할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 따라서 命令의 형식적 효력은 법률보다 劣位이며, 총리령·부령의 형식적 효력은 법률 및 대통령령보다 劣位이다.

그런데 우리 헌법 제117조 제2항은 法令의 범위안에서 자치에 관한 규정 즉 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 본조에서 규정한 법령이란 법률과 명령을 포함하는 개념인지 아니면 법률의 의미로 사용한 개념인지에 따라 조례의 법적 지위와 제정범위가 결정되므로 정확한 개념의 파악은 대단히 중요한 의미를 가진다.

우선 本條는 법률에 명령을 포함한 개념이라고 파악하고 조례는 당연히 法令의 하위규범이므로 행정입법이라고 보는 견해도 있다(김도창, 1976: 197). 이는 엄격한 法律留保에 의거하여 법률에 위반하는 행정입법이 제도상 존재하지 않는 것을 전제로 법률과 명령을 하나로 본 것이다.

그러나 法律과 命令은 뚜렷한 개념의 차이를 내포하고 있다. 현실적으로는 명령을 제정함에 있어서 법률의 취지와 전혀 다른 행정입법이 제정될 수도 있기 때문에 양자의 동일시는 위험하다. 이 때문에 행정청의 명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가지나 지방의회의 입법인 조례는 본 헌법규정에서 제외되어 있다. 그러나 議會立法인 法律의 違憲審判權은 헌법재판소의 소관사항이다. 따라서 조례 역시 민주적 정당성을 가진 의회입법이므로, 행정청이 법률의 授權에 의하여 제정하는 명령의 하위규범으로 단정할 수는 없다. 조례는 그 제정주체·입법범위·민주적 정당성에 있어서 命令보다 오히려 다음과 같은 점에서 法律의 요건에 타당하다는 데 유의하여야 한다.

첫째, 조례는 지방의회가 제정하는 議會立法이나 명령은 행정기관에 의하여 제정되는 行政立法에 불과하며, 둘째, 조례의 제정범위는 헌법에서 포괄적으로 수권되어 있는 지방자치 단체의 自治를 위한 법규범이나 명령은 헌법에서 그 제정범위가 엄격하게 법률에 유보된

법규범이며, 셋째, 조례는 지방의회가 民主的 議決節次를 거쳐 제정하나, 명령은 법률의 수권에 따라 행정기관의 内部的 決裁節次를 거쳐 제정되는 법규범에 불과하므로 민주적 정당성에 있어서 상이한 법규범이다.

따라서 조례는 적용대상과 적용범위가 한정된다는 점을 제외하고는 지방의회에서 일반적·포괄적으로 제정되는 법규범이므로 법률과 유사한 민주적 정당성을 가지는 자주법규범이라는 점에서 행정입법과는 구별되며, 실질적으로는 법률과 같은 효력을 가진다.

그러므로 헌법 제117조에서 규정하고 있는 「법령의 범위 안」이란 조례제정권의 제약을 의미하나, 地方自治에 관한 한 법률이라 하더라도 지방자치의 本質的 要素를 침해할 수 없음을 의미하므로 법률에 종속적이고 법률을 보완하는 명령 즉 행정입법으로 의회입법인 조례제정권의 범위를 제약하는 것은 헌법이 예정하는 바가 아니기 때문에 行政命令은 지방자치단체의 권한에 관여하여 조례제정을 의무지우거나 이것을 인정하는 규정을 둘 수 없다고 보아야 한다(地方自治總合研究所 編著, 1985: 323). 그 이유는 헌법 제8장의 취지가 주민의 복리와 자치에 관한 한 지방자치단체를 중앙정부로부터 자립시키는데 있기 때문이다.

다만, 명령이 조례보다 우위라고 하는 원칙은 국가사무에 관한 한, 命令의 법규적 효력이 조례에 우선한다는 점에서 정당화될 수 있을 뿐이다.

이로써 헌법 제117조 제1항의 법령이란 법률과 그 授權에 따른 종속적인 命令을 포함하지만, 본질적으로 행정입법은 법률의 취지·목적에 적합하여야 하므로 조례와 명령의 법적 성격으로 볼 때, 규율대상을 달리하므로 자치사무에 관한 한 조례는 명령의 하위법규범이 아니라 법률과 동위의 법규범으로서 법률의 授權 혹은 委任에 의하여 행정청이 제정하는 命令과는 본질적으로 구별되는 자주법임을 헌법이 예정하고 있다.

4) 조례와 규칙

조례와 함께 자주법 가운데 중요한 지위를 차지하고 있는 규칙과의 관계는 일반적으로 다음과 같이 정리할 수 있다(秋田 周, 1977: 161).

먼저 條例와 規則은 서로 다른 두개의 자주법 형식이며 원칙적으로 각각의 효력에 우월은 없다. 다만 조례의 위임 혹은 조례를 집행하기 위한 규칙이 조례를 위반할 수 없다는 것은 당연하다.

조례는 제정절차에 있어서 의회의 의결을 요하는데 규칙은 長의 결재만으로 제정된다는 점에서 차이가 있기 때문에 이러한 점에서 條例의 우선적 效力을 인정하여야 할 것으로 해석된다. 그러므로 지방자치단체의 자치사무 및 조례로써 규정하여야 할 조례전관사항, 필요

적 조례사항 및 법정 규칙사항, 법령상 長의 권한에 유보되어 있는 사항 이외의 자치사무 및 단체위임사무가 조례 및 규칙의 共管事務이다. 즉 법령규정에 의하여 명확하게 지방의회 또는 지방자치단체 長의 권한에 속하는 사무는 각각 조례의 규정사항 또는 규칙의 규정사항이지만 이들 이외의 사항은 조례와 규칙의 경합적 소관사항임을 의미한다. 법리적으로는 이 견해에 따라 규정하여야 할 사항의 내용에 따라 범형식을 선택하여야 할 것이나, 실제 운용면에서는 지방의회와 지방자치단체 長의 법적 지위로 보아 長의 권한은 개별적·구체적 의사결정을 規則制定事項으로 하고, 지방자치행정의 일반적·기본적 규정은 원칙적으로 條例制定事項으로 하는 것이 바람직하다. 따라서 조례와 규칙은 별개의 범형식이므로 그 競合의 경우, 조례가 우선한다는 것이 타당하다. 반면 조례의 세부적 사항은 집행기관인 長의 규칙에 위임하는 것이 당연하다. 이 경우 규칙은 조례의 시행세칙적 역할을 수행하는 것이 되고, 법률과 명령과의 관계와 같은 입장에 서게 된다.

지금까지 조례의 본질을 규명하기 위하여 그 법적 성격과 다른 법규와의 관계를 고찰하였다. 조례는 법률에 준하는 법규범으로서 행정입법과 구별되므로 그 사법심사를 행정입법의 사법심사주체에 맡길 수 없음을 다음 章에서 논하기로 하겠다.

Ⅲ. 條例의 司法審査 主體 變更의 正當性

이상과 같이 조례는 단순히 법률과 조례의 하위규범이 아니라 헌법이 보장하고 있는 자주법규범이자 議會立法이라는 점에서 법단계상 법률과 같은 지위와 효력을 가지는 법규범이다. 다만, 제정주체, 적용대상, 적용범위 등에서 차이가 있을 뿐이다. 따라서 자주법인 조례를 법령수권설의 관점에서 법률의 위임에 의하여 제정되는 명령의 하위법규범으로 간주하는 것은 법리상 무리가 있다. 이러한 시각에서 본다면, 조례의 사법심사주체를 대법원으로 규정하고 그 違法性을 심사하는 것은 조례의 법단계상의 지위와 헌법상 보장된 자주입법의 법적 성격을 간과한 것으로 보인다. 권한쟁의의 관점에서는 의회입법의 규범통제기관이 조례의 사법심사주체가 되어야 한다는 점에서 그 사법심사주체의 변경이 요구되고 있다.

1. 政治的 法規範으로서의 條例

주민의 직접선거에 의하여 선출된 지방의회의원들이 제정한 조례는 지방의 정치적·행정적 선택과 통합의 산물이다. 지방의회의 통합된 政治的 意思는 조례형식으로 결실되고 이에 따라 주민의 권리와 의무가 결정되므로 조례는 주민자치의 실현을 위한 불가결의 법적 수단이다. 따라서 의회입법인 조례가 법률의 위임이나 수권에 따라 제정되는 명령·규칙의 사법심사기관인 대법원에서 그 違法性을 판단받는 것은 법논리상 문제가 있다.

그 이유는 위헌법률심사권은 헌법재판소에 있고, 명령규칙처분의 심사권은 대법원에 있기 때문에 조례의 위법성을 입증하기 위해서는 당해 법령의 合憲性이 전제되어야 하므로 현행 헌법규정상 의회입법인 법률의 합헌성은 헌법재판소에, 행정입법인 명령의 합헌성은 대법원에서 구하는 것이 타당하다. 따라서 조례는 위임입법이 아니라 자주입법으로서 의회에서 정치적 議決過程을 거쳐 제정되므로 행정입법과 구별되는 정치적 법규범이다. 헌법에서 대법원의 규범통제대상 법규범에서 조례를 제외한 이유도 바로 이 때문이라 여겨진다.

이러한 점에서 조례의 위법성 심사주체를 대법원으로 규정하고 있는 지방자치법 제159조 제2항은 의회입법과 행정입법의 사법심사주체를 달리 규정하고 있는 헌법취지에 적합하지 않으므로 법논리상 타당하지 않다.

2. 憲法上 大法院의 規範統制對象에서 제외된 條例

「입법권은 국회에 있다」(헌법 제40조)는 규정은 행정부의 법률안제출권(헌법 제52조)과 위임입법권(제75조), 대통령의 법률안공포권·거부권(헌법 제53조 제1, 2항)과 긴급명령권·긴급재정·경제처분명령권(제76조), 헌법기관의 규칙제정권(헌법 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항), 지방자치단체의 자치입법권(헌법 제117조 제1항) 등이 헌법상 보장되어 있음을 볼 때, 국회가 立法權을 독점적으로 행사한다는 의미가 아니라 국회는 우리 헌법질서 안에서 가장 중심적인 입법기관으로서 법률형식의 입법권을 행사할 수 있으며, 헌법상 규정된 법률사항 즉 국민의 권리·의무에 관한 사항과 통치기관의 조직과 권한 등에 관한 사항은 반드시 법률로서 정하여야 함을 의미한다.

아울러 지방의회는 주민에 의하여 선출된 대의기관으로서 민주적 정당성을 가진 자치단체의 立法機關이자 豫算審議機關으로서 지방행정을 감시·견제·비판함으로써 지역통치단체의 철차적 정당성을 보장하는 통제기관이며 유일한 지역의 합의체 의결기관으로서 지역의 의사결정기관이다.

따라서 지방의회가 제정하는 조례는 법령의 범위안에서 자치에 관한 포괄적인 입법범위

를 보장받고 있기 때문에(헌법 제117조 제1항) 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받는 사항과 법률의 집행을 위하여 필요한 사항에 관하여 제정되는 대통령령(헌법 제75조)이나 법률 혹은 대통령령의 위임 또는 직권에 의하여 제정되는 총리령이나 부령(헌법 제95조)과는 제정주체나 제정범위·그 민주적 정당성에 있어서 확연히 구별되는 법규범이라는 점에서 행정입법이라기 보다는 오히려 議會立法인 법률과 같은 성격을 가진다. 다만 법률과 다른 점은 규율대상과 범위에서 차이가 있을 뿐이다. 이러한 점에서 조례를 위임입법과 동일시하여 그 규범통제권을 대법원에 맡긴 것은 논의의 여지가 있다.

명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우, 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다(헌법 제107조 제2항)고 규정되어 있음을 보아 대법원의 규범통제대상은 현행 헌법상 행정부가 제정한 명령·규칙과 그 처분행위이다. 국회가 제정한 법률과 행정부가 제정한 명령·규칙에 대한 규범통제기관을 헌법이 구분하고 있는 것은 본질적으로 당해 법규범 제정주체의 民主的 正當性에 차이가 있음을 전제한 것이다. 이는 규범의 단계구조에 입각하여 대의민주주의 원칙도 존중하면서 삼권분립이 요구하는 권력간의 견제와 균형의 정신도 충분히 살리려는 취지이다(허영, 1994: 965).

그렇다면 법률 이외의 모든 명령·규칙과 의회입법인 조례까지 대법원의 사법심사에 포함한다고 보는 해석은 헌법의 취지를 확대해석한 것이다. 이를 헌법의 法文에 맞도록 충실하게 해석한다면, 대법원의 규범통제대상은 행정입법에 한정된다고 보아야 한다.

규범통제제도는 당해 법규범의 위헌 혹은 위법여부를 심사하여 위헌법규범의 효력을 상실시킴으로써 헌법의 최고규범성을 지키는 헌법재판의 가장 핵심적인 제도이다. 규범통제가 객관적 법질서보호를 중요시 하는 이상, 헌법이 행정입법에 대한 사법심사주체를 대법원으로 규정하고, 대의민주주의의 원칙에 입각하여 지방의회에서 제정되는 조례를 그 대상에서 제외한 것은 조례를 행정입법과 구별하고 의회입법인 법률이 준하는 법규범으로 간주한 것으로 볼 수 있다.

조례는 민주적 정당성을 가진 법률에 준하는 의회입법이므로 입법취지상 조례의 위법성 심판은 당해 조례의 위법성을 규정하고 있는 법령이 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질을 침해하고 있는 지에 대한 여부가 동시에 판단되어야 하나 유감스럽게도 1991년 이후의 조례에 대한 대법원의 사법심사는 법령의 적헌성을 전제하고 違法性 판단에 국한되어 왔음을 볼 때(지방자치법 제159조 제3항), 조례가 법률에 준하는 민주적 정당성을 가진 법규범으로서 의회입법임을 고려한다면 사법심사주체는 헌법정신에 따라 법률에 대한 규범통제권을 가진 헌법재판소이어야 함이 마땅하다.

헌법 제107조 제2항과 헌법 제111조 제1항의 규범통제 대상을 형식적인 범규범으로 간주한다면, 조례의 사법심사주체는 누락되는 결과를 초래하므로 헌법에 규정된 위헌심사의 대상인 법률에는 동일한 의회입법인 조례를 포함한다고 보는 것이 법논리상 타당하다.

3. 權限爭議와 條例의 司法審査主體의 一致

권한쟁의라 함은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 있어서 피청구기관의 處分 또는 不作爲가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 그 권한의 存否 또는 범위에 관하여 최종적인 심판을 구하는 제도이다(헌재법 제61조 제2항). 이는 둘 이상의 기관이 특정사항을 각각 자기의 권한이라고 주장하거나(적극적 권한쟁의) 또는 자기의 관할에 속하지 않는다고 주장(소극적 권한쟁의)하는 경우에 헌법재판소가 최종적으로 유권적 권한 선언을 하는 것을 말한다.

법에서 인정한 권한쟁의로는 ① 국가기관 상호간, 즉 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의 심판, ② 국가기관과 지방자치단체간, 즉 중앙정부와 특별시·광역시·도간의 권한쟁의 심판, ③ 지방자치단체상호간, 즉 특별시·광역시·도 상호간의 권한쟁의 심판과 시·군·자치구간의 권한쟁의 심판 등이 있으며(헌법 제111조 1항 제4호, 헌재법 제62조 제1항), 교육위원회도 당해지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무에 권한쟁의가 발생한 경우에는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

유의하여야 할 사항은 피청구인의 處分 또는 不作爲가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한해서만 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 그 청구사유를 제한하고 있다(헌재법 제61조). 그리고 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 경우에는 헌법재판소는 직권으로 또는 청구인의 신청에 의하여 최종결정의 선고가 있을 때까지 심판대상이 된 피청구기관의 효력을 정지하는 가처분결정을 할 수 있도록 함으로써 잠정적인 권리구제를 보장하고 있다(헌재법 제65조). 헌법재판소는 피청구기관의 處分 또는 不作爲가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인하는 결정을 할 수도 있다(헌재법 제66조). 그러나 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 헌법재판소의 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 않도록 함으로써 법적 안정성을 보다 강조하고 있다(헌재법 제67조).

헌행 지방자치법에는 조례 및 자치단체의 機關訴訟의 사법심사주체를 대법원으로 규정하고 있다. 여기에는 다음과 같은 법리상의 문제를 내포하고 있다.

첫째, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체상호간 권한쟁의의 사법심사주체는 헌법 재판소라고 규정하고 있음(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호)에도 불구하고 조례의 사법심사주체를 대법원으로 규정하고 있는 지방자치법 제159조 제3항은 지방자치제도를 보장하고 있는 헌법정신과 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판권을 헌법재판소에 부여하고 있는 헌법규정을 위반한 법규정이다.

입법론적으로 본다면 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의는 헌법과 헌법재판소법이 정하는 권한쟁의심판제도에 따르는 것이 원칙이다. 그럼에도 불구하고 지방자치법이 지방자치단체에 대한 중앙정부의 통제권을 강화하면서 대법원의 기관소송관할권을 확대한 것은 지방자치의 본질 내지 지방자치의 현대적 기능과 조화되기 어렵다. 왜냐하면 지방자치는 지방행정의 한 형태가 아니고 국가의 정치형성적·기능적 권력통제수단에 속하기 때문이다. 따라서 중앙정부와 지방자치단체는 일방적 지시·감독관계가 아니라 기능적 상호통제관계라는 점을 인식해야 한다(허영, 1994: 783). 그러므로 지방의회가 제정하는 조례와 관련된 권한쟁의는 행정기관 상호간에 제기되는 행정상의 쟁송과 구별하여 헌법재판소가 규범통제의 일환으로써 담당하는 것이 헌법의 취지이다.

둘째, 헌법재판소법 제62조에 규정된 권한쟁의심판의 종류 가운데 제1항 제2호에서 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의심판대상을 중앙정부와 광역 및 기초자치단체간의 권한쟁의에 한정된 것은 헌법상 권한쟁의심판범위를 지나치게 제한한 것으로 보인다.

헌법재판소의 소관사항은 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 그 심판의 대상이다(헌법 제111조 제1항 제4호). 여기에서 말하는 국가기관이란 행정부·국회·대법원 등을 포함하는 개념이다.

헌법에서 지방자치를 국회·행정부·법원 등 국가의 통치구조와 나란히 하나의 曄으로 규정하고 있는 이유는 정치적 다원주의와 자유주의적 통치구조가 요구하는 기능적 권력통제를 실현시키기 위하여 국가의 통치구조상 불가피한 제도적 장치로 인식되고 있기 때문이다(허영, 1988: 336). 이를 위하여 헌법은 지방자치단체에 지방자치권 즉 자치행정권과 자치입법권 등을 수권하였다(헌법 제117조 제1항). 그렇다면 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 단순히 정부와의 권한쟁의에 국한된 것이라고 볼 수 없다. 왜냐하면 지방자치단체의 정부에 대한 권한쟁의는 지방자치권을 침해하는 정부의 처분 또는 부작위를 그 대상으로 할 뿐만 아니라 조례의 제정범위와 관련하여 국회의 입법 혹은 입법부작위도 권한쟁의

의 대상이 될 수 있기 때문이다. 그러므로 自主立法權을 가지고 있는 지방의회가 조례의 제정범위 및 입법권의 배분문제와 관련하여 권한쟁의가 발생하였을 때, 권한쟁의의 대상은 정부에 국한되지 않고 국회도 그 대상이 될 수 있으므로 헌법재판소법 제61조 제1항 제2호에서 지방자치단체와 권한쟁의심판의 대상이 되는 國家機關의 범위를 정부로 한정된 것은 헌법취지를 축소해석한 조항이므로 헌법상의 취지대로 정부라는 용어 대신에 국가기관으로 입법개선향이 타당하다.

셋째, 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 권한쟁의가 생겼을 때, 그 사법심사의 주체는 헌법재판소이다. 그렇다면 권한쟁의심판이 헌법재판소의 소관사항인 이상, 국회의 입법 또는 입법부작위에 관한 권한쟁의심판을 포괄한다면, 조례의 사법심사도 대법원이 아닌 헌법재판소에서 관할하는 것이 헌법의 취지나 법리상 타당하다고 본다.

4. 條例의 司法審査主體에 관한 設問調査¹⁾ 結果

한편, 지방의회에서 제정한 조례와 법률이 상충될때 이를 어느 기관에서 조정하는 것이 바람직하겠는가에 대하여 알아 보았다.

아래의 <표 1>에서 보여지는 바와 같이 조례와 법률이 상충될때 바람직한 조정기관에 대해 전체의 33.7%가 대법원이 바람직하다고 응답하였으며, 헌법재판소에 의한 조정에 대해서도 29.6%의 응답자들이 바람직하다고 응답하고 있으며, 대통령에 의한 정치적 조정이 바람직하다고 응답한 사람은 2.9%, 국무총리나 내무부에 의한 조정이 바람직하다는 응답자는 각각 10.5%와 23.4%로 나타났다.

한편 이를 집단별로 나누어 구체적으로 살펴보면, 집행부공무원의 경우는 25.5%의 응답자들이 내무부에 의한 조정이 바람직하다고 응답하여 다른 집단에 비하여 내무부의 조정을 가장 많이 선택하고 있었으며, 13.5%는 국무총리에 의한 조정이 바람직하다고 응답하였고, 대통령에 의한 정치적인 조정은 2.5%의 응답자들만이 원하고 있었다. 그러나 사법적인 측면에서 대법원에 의한 조정은 33.7%, 헌법재판소에 의한 조정은 24.8%로 나타나 그 비율이

1) 본 조사는 인천광역시와 강원도 그리고 충청북도의 지방의원과 지방의회사무처(국)에서 근무하는 공무원 그리고 집행부소속의 공무원과 해당 지역주민들을 대상으로 하였다.

조사기간은 1995년 4월 25일부터 5월12일까지 실시되었는 바, 조사방법은 각 집단별로 표준화된 설문지조사방법을 이용하였으며, 광역의원의 경우에는 우편조사방법을 이용하였고, 기초의원은 의회사무국을 통하여 배부하고 회수하였다.

그리고 집행부 공무원은 각 자치단체에게 설문응답을 의뢰하는 방법을 이용하였다. 끝으로 지역주민에 대한 설문조사는 해당 지역의 행정기관과 민원실을 방문하는 지역주민들을 대상으로 설문조사를 실시하였다.

매우 높은 것으로 분석되었다. 이는 법규범 상호간의 충돌에 대한 문제해결은 행정내부적 처리절차보다 제3자적 사법심사에 맡기는 것이 타당한 것으로 보고 있음을 의미한다. 예상 대로 자치단체 집행기관의 공무원들은 사법심사기관 중 대법원을 헌법재판소보다 선호하고 있다. 그 이유는 지난 4년간 조례의 사법심사가 대법원에 의하여 대부분 집행기관의 승소로 결정되었다는 것이 작용한 것으로 보인다.

<表 1> 조례와 법률이 상충될때 바람직한 조정기관

구 분	집행부 공무원	의회 사무처	지방의원	지역주민	계
내무부	260	20	42	112	434
	25.5	17.9	20.8	21.5	23.4
국무총리	138	4	21	32	195
	13.5	3.6	10.4	6.1	10.5
대통령	25	5	8	15	53
	2.5	4.5	4.0	2.9	2.9
대법원	343	35	61	185	624
	33.7	31.3	30.2	35.5	33.7
헌법재판소	253	48	70	177	548
	24.8	42.9	34.7	34.0	29.6
계	1019	112	202	521	1854
	55.0	6.0	10.9	28.1	100.0

($\chi^2=51.82076$, $df=12$, $p<0.001$)

반면, 의회사무처 직원들의 경우 각각 17.9%와 3.6%의 응답자만이 내무부와 국무총리에 의한 조정이 바람직하다고 응답하고, 대통령에 의한 조정이 바람직하다는 응답자가 4.5%에 불과했다. 그리고 대법원에 의한 조정과 헌법재판소에 의한 조정에 대해서는 각각 31.3%, 42.9%의 응답자들이 바람직하다고 응답하고 있는 바, 집행부측 공무원과는 달리 헌법재판소를 제일순위의 조정기관으로 선호하고 있다.

지방의원들의 경우는 20.8%가 내무부에 의한 조정이 바람직하다는 응답을 나타냈고, 10.4%가 국무총리에 의한 조정이 바람직하다고 응답하였으며, 대법원이 30.2%, 헌법재판소 34.7%로 나타나 지방의회공무원과 마찬가지로 대법원 보다는 헌법재판소를 보다 바람직한 조정기관으로 선호하고 있다. 이는 조례의 법적 성격에 적합한 사법심사기관은 위법성심사에 국한된 대법원 보다는 적헌성심사를 동시에 고려할 수 있는 헌법재판소가 더욱 적합하

다고 본 것이다. 조례제정을 직접 담당하고 있는 지방의원과 실무를 맡고 있는 지방의회사무처(국, 과)공무원들은 조례의 사법심사와 관련하여 그 사법심사를 헌법적 기준으로 판단하는 것을 바람직한 것으로 간주하고 있는 것으로 해석되며, 이러한 주장은 법리적으로나 논리적으로 설득력을 가진다. 조례의 사법심사주체에 대한 상세한 설명없이 설문조사한 것만을 전제한다면, 조례의 준법률적 성격과 헌법상 보장된 지방자치권의 본질을 감안하여 볼 때, 조례의 사법심사는 헌법재판소가 담당하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.

IV. 結 論

조례는 대의민주주의의 원칙에 따라 지방의회에서 제정되는 법규범이므로 법률에 준하는 의회입법이다. 따라서 행정입법에 대한 규범통제권이 대법원에 부여되어 있고, 법률에 대한 규범통제권이 헌법재판소에 부여되어 있는 이상 의회입법인 조례를 행정입법에 포함시키지 않고 있는 헌법취지로 볼 때, 단순히 조례를 행정입법으로 간주하여 그 규범통제권을 대법원에 부여한 것은 의회입법과 행정입법의 사법심사주체를 달리 규정하고 있는 헌법취지에 반하는 것이다.

현실적으로 조례의 위법성 심사는 법령이 지방자치의 본질을 침해하고 있는지의 여부에 대한 適憲性 심사와 동시에 판단되지 않으면 규범통제의 실익을 얻기 어렵다. 그러므로 조례의 위법성 심사를 대법원에, 법률의 위헌성 심사를 헌법재판소에 부과하는 한, 법령으로써 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질적 요소가 광범위하게 제한될 우려가 크다. 더우기 조례의 제정범위가 법률과 명령의 범위안으로 한정되어 있으므로 법률과 명령의 사법심사주체가 2원화되어 있는 현실에서는 법규범 상호간의 위반여부를 포괄적으로 심사할 수 있는 사법심사주체가 이를 담당하여야 한다.

또한 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판권은 헌법재판소의 고유권한임에도 불구하고 이에 관하여 대법원의 기관소송범위를 확대한 것은 지방자치의 본질과 기능에 부적합할 뿐만 아니라 지방자치권을 보장하고 있는 헌법의 취지에도 어긋난 것이다. 국가기관과 자치단체간의 권한쟁의에는 행정부의 명령·규칙·처분 및 부작위가 지방자치단체의 자치권을 침해한 경우와 국회의 입법이나 입법부작위에 의하여 지방의회의 입법권을 침해할 경우도 포함된다고 보아야 하므로, 조례의 사법심사를 위법성 판단에 한정하여 행정입법과 함께 대법원에 맡기는 것은 헌법이 보장하고 있는 조례의 법적 성격이나 헌법취지에 맞지 않기 때문에 헌법재판소가 담당하는 것이 타당하다. 따라서 조례의 사

법심사 주체를 대법원으로 규정하고 있는 지방자치법 제159조 제2항과 정부와 지방자치단체의 권한쟁의만 권한쟁의심판의 대상으로 규정하고 국회와 지방의회간의 입법 혹은 입법부작위와 관련하여 권한쟁의를 대상에서 제외한 헌법재판소법 제61조 제1항 등의 입법개선이 조속히 요구된다. 이는 헌법상 보장된 지방자치의 본질을 구현하기 위한 필수적 과제이다.

參 考 文 獻

- 權寧星, 「憲法學原論」, 서울: 法文社, 1990.
- 金南辰, “自治團體事務에 대한 地方議會의 關與”, 「考試研究」, 第18卷 第9號, 서울: 考試研究社, 1991. 9.
- 金南辰, 「行政法Ⅱ」, 서울: 法文社, 1990.
- 金道利, 「一般行政法論(上)」, 서울: 靑雲社, 1976.
- _____, 「一般行政法論(下)」, 서울: 靑雲社, 1986.
- 金哲洙, 「憲法學概論」, 서울: 博英社, 1989.
- 文鴻柱, 「韓國憲法」, 서울: 海巖社, 1983.
- 朴源永, “條例의 法理에 관한 研究”, 「東亞法學」, 創刊號, 釜山: 東亞大學校, 1985.
- 朴鉞圻, “法令과 條例와의 關係”, 「考試界」, 第37卷 第11號, 서울: 國家考試學會, 1992. 11.
- 徐元宇, “地方自治의 憲法的 保障”, 「考試研究」, 第20卷 第6號, 서울: 考試研究社, 1993. 6.
- 李尙圭, 「新行政法論(上)(下)」, 서울: 法文社, 1991.
- 張志浩, 「西獨地方自治論」, 서울: 大旺社, 1987.
- 千柄泰, 「行政法(Ⅰ)」, 서울: 형설출판사, 1993.
- 許 營, “地方自治에 관한 憲法理論的 照明”, 「公法研究」, 第13輯, 서울: 公法學會, 1985.
- 許 營, 「韓國憲法論」, 서울: 博英社, 1990.
- 洪井善, 「地方自治法論」, 서울: 法英社, 1991.
- 兼子 仁, 「條例をめぐる 法律問題」, 東京: 學陽書房, 1978.
- 高寄昇三, 「地方主權의 論理」, 東京: 勁草書房, 1977.
- 高部正男, 「自治行政講座4」, 東京: 第一法規, 1986.
- 南川諦弘, “條例의 法律適合性에 關する 諸見解”, 「自治研究」, 第62卷 第5號, 東京: 良書普及會, 1986. 5.
- 綿貫芳源, “條例의 性質とその 司法審査의 基準”, 「公法研究」, 第35號, 東京: 有斐閣, 1973.
- 室井 力, “條例의 本質とその 展開”, 「法律時報」, 第50卷 第1號, 東京: 日本評論社, 1978.

室井 力 編, 「地方自治」, 東京: 三省堂, 1980.

雄川一郎 外, 「現代行政法大系 8卷」, 東京: 有斐閣, 1984.

原野翹, “法律と條例, 都市問題”, 第75卷 第1號, 東京: 東京市政調査會, 1984. 1.

中浜時浩, “條例制定權の範圍について”, 「地方自治」, 東京: 地方自治制度研究會, 第478號, 1987. 9.

地方自治總合研究所, 「地方自治逐條研究」, 東京: 日本評論社, 1985.

秋田 周, 「條例と規則」, 東京: きょうせい, 1977.

Bethge, 「Parlamentsvorbehalt und Rechtsvorbehalt für die Kommunalverwaltung」, NWZ, 1983.

Hans Pagenkopf, 「Kommunalrecht」, 1971.

Knemeyer, Franz-Ludwig, 「Bayerisches Kommunalrecht」, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart München, Hannover, 1988.

Knemeyer, Franz-Ludwig, “Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland”, in: Joseph H. Kaiser (Hrsg.), Verwaltung, 1983, S.78.

Mandelker, Daniel R., Dawn Clark Netsch, Peter W. Salisich, JR. Judith Welch Wegner, 「State & Local Government in a Fedral System」, 3rd., the Michie Co., 1990.

Püttner Günter, “Rechtsstellung des Gemeinde rates nach Deutschem Kommunalrecht”, 「自治研究」, 第1卷 第4號, 釜山: 韓國地方自治研究所, 1991.

Reynolds, Osborne M., 「Local Government Law」, West Publishing Co., 1987.

Wagener, Frido, 「Gemeindeverbandsrecht in Nordrhein-Westfalen」, Kommentar, Köln. 1967.