

2006年 8月

碩士學位論文

自治立法過程에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法學科

朴圭煥

자치입법과정에 관한 연구

*- A Study on the Legislative Process of Local
Self-Government -*

2006 년 8 월 일

조선대학교 대학원

법 학 과

박 규 환

자치입법과정에 관한 연구

지도교수 金 炳 錄

이 논문을 석사학위 신청논문으로 제출함.

2006 년 8 월 일

조선대학교 대학원

법 학 과

박 규 환

박규환의 석사학위논문을 인준함

심사위원장 조선대학교 교 수 _____

심 사 위 원 조선대학교 교 수 _____

심 사 위 원 조선대학교 교 수 _____

2006 년 8 월 일

조 선 대 학 교 대 학 원

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위	4
제 2 장 자치입법과정 일반론	5
제 1 절 자치입법과정의 의의와 성격	5
I. 자치입법과정의 의의	5
1. 자치입법과정의 현황	5
2. 자치입법과정의 특징	6
3. 자치입법과정의 성격	8
4. 자치입법과정에 대한 새로운 분석의 틀	9
II. 자치입법권의 성격	10
제 2 절 자치법규의 종류	11
I. 조례	12
1. 의의	12
2. 조례제정권의 범위와 한계	12
II. 규칙	13
제 3 절 자치법규의 제정과정	14
I. 조례의 제정과정	14
1. 의의	14
2. 조례안의 입안	16
3. 조례안의 심의	26
4. 본회의 심의	29
5. 감독청에 대한 보고	31
6. 조례의 공포	32
7. 조례안의 재의요구	32
8. 재의요구에 대한 지방의회의 심사	37

9. 재의결된 사항에 대한 대법원 제소	38
10. 조례의 효력발생	39
11. 지방자치단체장의 선결처분	40
II. 규칙의 제정과정	40
1. 규칙안의 작성	41
2. 규칙안의 심사 및 조례규칙심의회 심의	41
3. 규칙안의 사전보고	41
4. 규칙안의 공포	42
제 3 장 자치입법화과정의 통제	42
I. 주민에 의한 통제	42
1. 조례의 제정 및 개폐청구권	42
2. 청원권 및 주민의 소청권	46
II. 입법적 통제	47
III. 행정적 통제	48
1. 재의요구	48
2. 표준조례안 또는 조례준칙안 시달	56
3. 승인·협의	57
4. 조례의 제정·개폐 보고	60
IV. 사법적 통제	61
1. 위법조례에 대한 대법원 제소	61
2. 위헌·위법 명령·규칙 심사권에 의한 통제	68
3. 헌법재판소에 의한 통제	68
제 4 장 자치입법과정의 문제점과 개선방안	71
제 1 절 서론	71
제 2 절 자치입법과정의 개선방안	72
I. 자치입법기능의 자주성 확보	72
II. 입법과정에 대한 지방자치단체의 참여확대	75
III. 조례의 사법심사주체의 변경과 권한쟁의대상기관 확대	77
IV. 재의요구제도의 정비	78
V. 자치입법 담당자의 법제능력 강화	79

제 3 절 자치입법기능의 활성화 방안	82
I. 제도적 측면	82
1. 조례 제·개정 범위 확대	82
2. 의원입법시 입법예고제 도입	84
3. 의원 입법활동 평가제도 도입	85
4. 전문위원제도 개선 및 범제화	85
5. 의원전문성 제고를 위한 제도 개선	87
II. 운영적 측면	88
1. 해당분야 전문가 활용	88
2. 의원입법 보좌조직 보강	89
3. 조례시행의 실효성 확보	89
4. 주민참여 확대방안 모색	90
III. 외부적 요인과의 관계개선	92
1. 중앙정부와의 관계	92
2. 지방자치단체 집행부와의 관계	93
제 5 장 결 론	94
참고문헌	97

ABSTRACT

A Study on the Legislative Process of Local Self-Government

Park, Gu-Whoan

Advisor : Prof. Kim, Byeong-Rok. Ph.D.

Department of Law

Graduate School, Chosun University

However, ten years have passed since local governments revived, but the understanding of local parliaments by the public is still insufficient. Excessive control and intervention of the central government in local governments are a great restraint to establishment of local government system and autonomous legislative rights. In addition, ordinances that deal with every setting of community people have been ignored because of lack of recognition of local public officers and the public. Few of the public or only a few people concerned participate in local parliaments that deal with the proposed bills of ordinances. As the people do not tend to approve that local parliaments could make special ordinances for the people, they themselves resist preciousness of autonomous legislative right.

In addition to problems involved in enactment and abolition of local parliament ordinances, the legislature have institutional and operational problems such as too narrow range of autonomous legislature, lack of specificity of committeemen, superficial discussion of ordinances, lack of efforts of committeemen to enact legislative ordinances, and insufficient legislative assistance function.

For activation of autonomous legislative function with such problems mentioned above, first, the range of too narrow autonomy should be expanded. In consideration that most of the business of local governments is entrusted by organs, entrusted business should be transferred to local business.

Second, the procedure of legislature announcement system should be legislated. When committeemen plan the legislature, opinions of the staff concerned or the people should be properly considered, which will contribute to reduction of problems in respect to validity of ordinances.

Third, performance of the legislative activities of the committeemen should be regularly evaluated. In the future, the evaluation system of institutional legislative activities should be introduced, through which performance of the local committeemen is regularly evaluated and the results are notified to the community people, the staff and organizations concerned. It may contribute to saving of tax expenditures.

Fourth, in respect to appointment of professional committeemen, appointment standards should be legislated so that the persons who are familiar with practical task of the legislature and have specified education on the legislature may be

appointed. For improvement of specificity of legislative activities of local parliaments and committeemen, the system of professional committeemen who assist legislative activities should be improved.

Fifth, professionals in various fields involved in legislative activities should participate in the process. For activation of autonomous legislative function, institutional systems that professionals in corresponding fields are used should be prepared, or various proposals or reports should include opinions of local professors or professionals in various fields or human resources poll may be introduced.

Sixth, the assistant organization for congressmen legislature should be reinforced. Assistant human resources who have experiences of judicial office may be employed or judicial curriculum for the staff in charge of congressmen assistance should be prepared.

Seventh, for validity of ordinance implementation, control and intervention of the central government should be reduced and the regulation of penalty which is imposed in violation of autonomous laws and regulations should be legislated. If penalty is not imposed on when the people violate the ordinances even though they are designed for them, the ordinances are reduced to invalid laws.

Eighth, for expanded participation of the public, the public proposal system should be introduced, which is very important for activation of autonomous legislative function. In respect to enactment, revision and abolition of ordinances of local parliaments, the community people are allowed to ask enactment of ordinances in Japan. So Korea need the introduction of the system.

This study presents suggestions on improvement of the legislative process—the legislative process of the parliament, and autonomous legislative process in that the constitutional standards that declare respect, values and basic rights of individuals are embodied in forms of laws through legislative process. For securement of democratic justification, the legislative process should be opened so that various opinions of the public are converged to the parliament. Also, for promotion of efficiency, legislative demand of the public should be properly satisfied.

For establishment of autonomous legislative right which reflects regional characteristics, the central governments and local governments should control legal and institutional intervention, share information and data with the local parliaments to prepare autonomous legislature for the public, and cooperate each other to encourage autonomous governments and activate autonomous legislative functions of local parliaments.

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

우리나라는 건국헌법부터 현행헌법에 이르기까지 지방자치를 헌법적으로 보장하고 지방자치단체의 자치입법권을 보장하고 있다. 1948년에 제정된 건국헌법 제96조·제97조 및 그에 입각한 최초의 지방자치법(1949. 7. 4)이 대의제적 주민자치를 보장하였고, 이에 따라 1952년 지방선거¹⁾를 실시함으로써 지방자치제가 시행되었다. 그러나, 1961년 5·16 군사쿠데타 후 군사혁명위원회 포고 제4호에 의하여 지방의회가 해산됨으로써 실질적인 지방자치제가 중단되었다. 1961년 「지방자치에관한임시조치법」에서 지방의회가 구성되지 않고 있는 동안의 과도기적 조치로서 조례의 제정 등 지방의회의 의결을 요하는 사항에 대하여는 국무총리(서울특별시), 내무부장관(직할시·도) 및 도지사(시·군)의 승인을 얻어 시행하도록 규정하여, 지방의회는 없고 단체장이 국가직 공무원인 명목적인 자치제가 시행되었다.

그 후 30여년 동안 조례를 제정할 때 지역주민의 의사를 반영할 수 있는 제도적 장치가 없었다. 또한 지방자치단체가 독자적인 법인격체가 아닌 중앙행정기관의 하부기관으로 인식되었을 뿐만 아니라 행정의 통일성 확보와 입법절차의 간소화 등 행정편의상 중앙행정기관이 표준조례안을 시달하여 조례가 제정되는 등 각 지방자치단체의 독자적인 자치법규는 없었다 해도 과언이 아니었다.

그러나, 민주화에 대한 국민들의 강렬한 여망과 민주국가에 있어서 지방자치제는

1) 지방선거가 실시되었으나, 전시중이라 모든 시·읍·면의회와 도의회를 구성하지는 못하였다. 당시의 행정구역은 1특별시, 9도, 134군, 75읍, 1448면이 있었다; 석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 2005, 96면.

필수 불가결한 제도라는 당위성과 시대적 요청에 의해 1991년 먼저 지방의회가 구성되고, 1995년 지방자치단체의 장을 주민들이 직접투표를 통하여 선출함으로써 지방자치제가 부활·재시행되게 되었다.

지방자치는 지역중심의 지방자치단체가 그 지역내의 공동 관심사를 단체의 자치기구에 의하여 스스로의 책임아래 처리함으로써 국가의 과제를 덜어주고, 지역주민의 자치역량을 길러 민주정치와 권력분립의 이념을 실현하는 자유민주적 통치기구의 중요한 조직원리이다.²⁾ 즉, 지방자치는 주민의 기본권 실현과 불가분의 관계에 있으며, 민주주의에 기여하고³⁾ 중앙정부와 지방자치단체간의 기능적 권력통제가 가능하고, 그 지역의 사무를 신속하고 지역실정에 적합하게 처리할 수 있는 제도적 장치이다.

우리 헌법은 제117조 제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고, 재산을 관리하며”라고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다. 따라서 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 모든 사무에 대하여 포괄적으로 관할하는 전권한성을 가져야 하며, 아울러 자치사무의 처리에 있어서 국가의 지시나 지침에 의하지 아니하고 자신의 고유한 책임으로 수행할 수 있는 자기책임성이 보장되어야 한다.

그러나 30년 동안 단절을 겪어야만 했던 지방자치제가 제대로 시행되기 위해서는 여전히 법적인 걸림돌은 물론이고, 기존의 관행적인 중앙정부 위주의 행정체계와 주민들의 지방자치에 대한 인식부족 등을 비롯하여 아직도 해결해야 할 과제가 너무 많이 쌓여 있다. 그 중에서도 지방자치의 핵심이 되는 자치입법, 즉 조례와 규칙은 과거 권위적인 중앙집권 시대의 것을 그대로 사용하고 있어 지방자치시대에 걸맞지 않을 뿐만 아니라, 대부분의 자치입법이 집행기관에 의하여 발의되고 의회는 이를

2) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006, 1019면.

3) 헌법재판소도 “지방자치제도라 함은, … 지방자치행정의 민주성과 효율성을 지고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다. 지방자치는 국민자치를 지방적 범위내에서 실현하는 것이므로 지방행정에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면, 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 「풀뿌리 민주주의」를 그 이념적 배경으로 하고 있는 것이다”라고 하였다(헌재결, 1991. 3. 11, 91헌마21).

통과시키는 역할만 하고 있어 의회기능이 약화되고 있는 실정이므로 「지방의 문제는 그 지역 주민이 스스로 처리한다」는 지방자치의 본질에도 크게 벗어나 지방자치의 조기 정착을 저해하고 있다.

지방의회는 기능 중 가장 기본적이고 핵심적인 기능은 입법에 관한 기능이다. 국회가 법률제정권을 고유권한으로 하고 있는 것과 같이, 지방의회는 자치법규인 조례를 제정하고 개·폐하는 권한을 가짐으로써 주민의 의사를 인식하고, 올바르게 주민의 의사를 대변해야 하는 책임이 있는 것이다. 이와 같이 지방의회의 가장 본질적인 기능이 입법활동임에도 불구하고 지방의회 조례제정상 의원발의 조례입안의 부재, 의원들의 조례심의의 형식화 및 전문성 부족, 의원들의 조례제정 노력 부족, 의원들의 입법활동에 대한 보좌기능의 열악, 주민의 인식 부족 및 중앙정부의 통제와 간섭, 조례시행의 실효성·입법예고제·입법활동 평가제도 등의 미비 등 의원들의 입법기능에 있어 제도적·운영적 측면에서 많은 문제점을 안고 있다. 따라서 지방의회의 자치입법과정상의 문제점을 살펴보고, 이를 통해 자치입법과정의 활성화방안을 모색하는 것은 매우 의미 있는 일이라 생각된다.

따라서 본 연구는 이러한 실체적 사항을 집중적으로 논의하고 현행 자치입법 과정을 조망하면서, 절차적인 측면에서는 자치법규의 제정을 헌법에 보장된 지방 자치단체의 취지대로 활성화하면서 자치입법권 행사에 있어 나타나는 구체적인 문제점은 어떠한 것이 있으며, 이를 보완하고 개선해 나가기 위한 실제적인 방안을 모색하여 지방자치발전에 일조하려고 하는데 목적이 있다.

제 2 절 연구의 범위

지방자치단체의 자치입법과 관련되는 사항으로써는 자치입법권의 근거에 관한 이론적 측면을 비롯하여 자치법규의 종류, 성질, 형식, 제정, 공포절차 및 그 한계, 효력, 기타 이에 대한 입법통제 등을 들 수 있다.

그리고 현행법상 자치법규 중에는 조례로써 일반적 지방행정분야에 관한 조례 외에 지방교육자치에 관한 법률의 규정에 의한 교육·학예에 관한 조례가 있고, 규칙으로서 일반적 지방행정분야에 관한 규칙 외에 교육감이 제정하는 교육규칙이 있다. 그 밖에도 지방자치단체의 의회가 지방자치법 제63조 및 제81조의 규정에 따라 의사진행, 의원의 자격, 심사와 징계 등에 관하여 정하는 회의 규칙이 있다.

그러나 본 연구에서는 지방의회가 제정하는 조례를 중심으로 하여 자치입법의 본질 및 법적 지위를 검토하고, 헌법이 보장하는 자치입법권을 전제로 우리나라 지방의회의 자치입법과정을 살펴본 후 지방자치의 정착과 발전을 위한 자치입법과정의 선진화 방안과 자치입법기능의 활성화방안을 모색해 보기로 한다.

이를 위해 제2장에서는 자치입법과정 일반론으로서 자치입법과정의 의의와 성격, 그리고 자치입법과정을 살펴본다.

제3장에서는 자치입법과정의 민주성과 효율성을 갖추기 위해 꼭 필요한 자치입법과정의 통제를 통제의 주체별로 입법적 통제, 행정적 통제, 사법적 통제 그리고 주민에 의한 통제로 나누어 살펴본다.

제4장에서는 우선, 현행 자치입법과정의 문제점을 지적하고 건전한 지방자치의 정착과 발전을 위한 개선방안 제시한 후 자치입법기능의 활성화를 위한 대안도 함께 제시한다.

마지막으로 제5장에서는 결론으로 지금까지의 논의를 정리하고 지방자치 본래의 기능을 충실히 수행할 수 있도록 자치입법과정의 선진화를 위한 입법정책적 대응을 촉구한다.

제 2 장 자치입법과정 일반론

제 1 절 자치입법과정의 의의와 성격

I. 자치입법과정의 의의

1. 자치입법과정의 현황

자치입법과정이란 지방자치단체가 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 자치입법권에 근거하여 자치법규를 제정하는 과정이다. 자치법규에는 지방의회의 의결을 거쳐 제정하는 조례와 지방 자치단체의 장 또는 교육감이 제정하는 규칙이 있다. 이러한 자치법규는 1991년의 지방의회구성과 1995년의 지방자치단체의 장의 주민직선 이후 지방자치가 본격화함에 따라서 그 입법수요가 급격히 증가하고 있으며 그 내용도 복잡해지는 추세에 있다. 지방자치단체의 조례 및 규칙의 보유 건수와 제정·개정 및 폐지현황을 살펴보면⁴⁾, 2005년 말을 기준으로 시행되고 있는 자치법규의 총수는 62,535건이며 그 중에서 시·도 자치법규는 5,498건이고, 시·군·구 자치법규는 57,037건이다. 이는 시·도별로 평균적으로 시행되고 있는 자치법규의 수는 344건이고, 시·군·구별로는 평균 244건임을 보여 준다. 따라서 시·도 자치법규가 전체적인 건수에서는 시·군·구 자치법규보다 훨씬 적은 반면에 각 자치단체별로 시행되는 평균적인 자치법규의 수는 시·군·구보다 많은 것을 알 수 있다.

4) 행정자치부 홈페이지(<http://www.mogaha.go.kr/>) 주요정책(지방분권) 통계 참고.

또한, 조례·규칙의 제·개정 및 폐지도 활발히 이루어졌는데, 2004년 등 전년과 달라진 점은 제정 및 폐지건수는 줄고 개정건수가 상당히 많아졌다는 것이다. 이는 지방자치단체의 새로운 입법수요가 어느 정도 충족되면서 기존의 자치법규를 정책 전환이나 상황변화에 따라 정비하는 것이 중요한 과제로 등장했음을 알 수 있게 한다.

이와 같이 활발한 자치입법활동으로 인한 눈부신 성과가 있었던 반면에 일부 자치입법과정에서 법제업무에 대한 전문성 부족과 지방의회의 월권 등으로 인하여 상위법령에 위반되거나 집행이 곤란한 조례안이 의결되어 재의가 요구⁵⁾되고 심지어는 대법원에 제소되어 무효가 된 사례도 발생하였다.⁶⁾

이와 같이 무효로 처리되는 조례가 발생하는 데에는 자치법규의 제정범위가 현행 법상 제약되어 있다는 점에도 적지 않은 원인이 있으므로, 이러한 사태의 해결을 위하여는 현행헌법 및 지방자치법 등 관계법령의 개정 여부에 대한 입법정책적인 검토가 병행되어야 할 것이다. 여기서는 이러한 실체적인 사항을 집중적으로 논의하기보다 현행 자치입법과정을 자세히 조망해 보고, 절차적인 측면에서 자치법규의 제정을 헌법에 보장된 지방자치제도의 취지대로 활성화하는 입법정책적인 개선방안을 도출하는 데 중점을 둘 것이다.

2. 자치입법과정의 특징

5·16 군사쿠데타에 의하여 제3공화국이 성립되면서 전국의 지방의회가 해산된⁷⁾ 이래, 1961년 9월 1일 제정되어 1988년 4월 5일 폐지될 때까지 시행된 지방자치에 관한임시조치법(법률 제707호)과 1988년 4월 6일 개정된 지방자치법(법률 제4004호)

5) 행정자치부 홈페이지(<http://www.mogaha.go.kr/>) 주요정책(지방분권) 통계자료에 따르면, 재의 요구건수는 2004년 대비(61건) 20건 증가한 81건으로 나타났다(연도별재의요구건수: '02년 22건 → '03년 40건 → '04년 61건 → '05년 81건).

6) 행정자치부 홈페이지(<http://www.mogaha.go.kr/>) 주요정책(지방분권) 통계자료에 따르면, 총 4건이 제소되어(시·도 조례 2건, 시·군·구 조례 2건), 시·도 조례 2건은 계류 중이고, 시·군·구 조례 2건은 무효판결을 받았다.

7) 군사혁명위 포고 제4호 (1961. 5. 16).

부칙에 의하여 조례를 포함하여 지방의회의 의결을 요하는 사항은 1991년 6월에 30일에 지방의회가 구성될 때까지 지방자치단체의 장이 상급감독기관의 승인을 얻어 제정하였다.

지방자치에관한임시조치법의 제정취지에 지방행정의 효율적 체계구축이 명시되어 있듯이, 당시의 자치입법과정은 지방자치단체의 다양한 입법수요가 입법과정에 투입되고 산출되기보다는 중앙의 의사를 통일적이고 능률적으로 시행키 위한 행정입법과정의 일부였다고 해도 과언이 아닐 것이다. 따라서 당시에 제정되었던 조례의 경우 자치입법과정에 해당 지방자치단체나 주민의 의견을 수렴하는 제도적 장치가 마련되지 않았고, 지방의회가 입법과정에서 배제됨으로써 조례의 제정과정에 관한 한 민주적 정당성은 찾아볼 수 없었다고 할 수 있다.

‘민주성’보다는 ‘능률성’에 의하여 지배되는 입법과정의 특징⁸⁾은 1991년 30여년 만에 지방의회가 구성되어 입법과정의 핵심적인 참여자로서 복귀한 이후에도 자치입법과정의 제 단계에서 발견할 수 있다. 우리나라의 자치입법은 지방자치단체의 입

8) 민주성과 능률성에 입각하여 자치입법과정의 특징을 규명하고자 할 때 일정 기간동안 지방자치제도를 규율한 지방자치관계법령의 목적규정을 분석해 보는 것은 매우 유용하다고 할 수 있다. 왜냐하면, 법령에서 목적규정은 그 법령이 달성하려고 하는 입법목적에 제시함과 동시에 법령 전체의 조문해석에 있어서 중요한 지침이 되기 때문에 특정 시기의 지방자치제도를 규정했던 법령의 목적규정은 국가법령에서 해당 시기의 지방자치제도를 어떻게 인식하고 있으며, 이러한 규율에 따라 지방자치가 실제로 어떻게 운영되었는가를 가늠하는 중요한 요소로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 1949년 7월 4일 최초로 지방자치법이 제정된 이후부터 1961년 9월 1일 지방자치에관한임시조치법이 제정될 때까지를 제1기로 하고, 1961년 9월 1일부터 1988년 4월 6일 지방자치법이 전문개정된 때까지를 제2기로 하며, 1988년 4월 6일 이후를 제3기로 하여 각 시기별로 지방자치제도를 우선적으로 규율한 법령의 목적규정을 살펴보면 다음과 같다.

제1기: “본 법은 지방행정을 국가의 감독하에 지방주민의 자치로 행하게 함으로써 대한민국의 민주적 발전을 기함을 목적으로 한다”(제정지방자치법, 법률 제 32호).

제2기: “본법은 혁명과업을 조속히 성취하기 위하여 지방자치행정을 더욱 능률화하고 정상화함으로써 지방자치행정의 건전한 토대를 마련함을 목적으로 한다”(지방자치에관한임시조치법, 법률 제707호).

제3기: “이 법은 지방자치단체의 종류와 그 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고 국가와 지방자치단체와의 기본적 관계를 정함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하여 지방자치의 건전한 발전을 기함을 목적으로 한다”(지방자치법개정법률, 법률 제 4004호).

이와 같이 지방자치법 제정 당시에는 지방자치의 실사가 대한민국의 ‘민주적’ 발전에 기여하는 것임을 강조하여 ‘민주성’이 자치입법과정을 포함한 지방자치 전반의 지배적인 이념이었으나, 지방자치에관한임시조치법이 제정된 1961년 이후에 지방자치의 ‘능률화’가 특히 강조되어 지방의회는 해산되고 지방자치단체의 장은 국가의 임명직으로 바뀌었으므로 27년의 기간 동안 지방자치의 민주적 절차를 완전히 압도하였다. 그러나 민주화 요구가 거셌던 1988년에 전문개정된 지방자치법에 의하여 지방자치에관한임시조치법이 폐지된 이후에는 그 목적규정에서 보듯이 ‘민주성’이 부활하여 능률성과 함께 규정되어 오늘에 이르고 있다.

법수요에 의하여 제안된다기보다는 국가법령이 그 시행을 위하여 위임한 사항을 정하기 위한 목적으로 제안되는 경우가 다반사이고, 조례를 입안하는 경우에도 중앙의 관련부처에서 시달된 소위 ‘조례준칙’에 입각하여 전국적으로 내용이 정형화된 조례가 제정되는 예가 많다. 또한 조례의 경우에는 지방의회에서 제정·개폐되면 지방자치단체의 장이 상급기관에 그 내용을 보고하도록 되어 있고, 일정한 조례의 경우에는 행정자치부장관(시·군·구의 경우는 시·도지사)의 사전승인⁹⁾을 얻어야 하며, 지방의회의결에 대한 재의요구지시권과 제소지시 및 제소권 등 조례에 대한 각종의 중앙통제장치가 마련되어 있다. 그리고 규칙의 경우에도 지방자치단체의 장의 상급기관 보고 및 국가기관의 취소·정지권이 규정되어 있다.

비록 현재의 지방자치단체의 행정능력이나 전문성이 취약한 상태이기 때문에 중앙의 관여 없이는 행정의 통일된 기준과 체계를 유지하기 곤란하다는 우려가 일응 타당한 측면도 있으나, 진정한 지방자치의 실현은 지방의회의원과 지방자치단체의 장을 주민이 직접 선출함으로써 완성되는 것이 아니라 자치입법권, 자치행정권, 자주재정권 등 헌법상의 자치권이 법·제도적으로 보장될 때 가능하다고 하겠다.

결론적으로 우리나라의 자치입법과정은 국가법령의 신속하고 통일적인 집행체계를 구축이라는 대전제에 함몰되어 민주성이 크게 결여된 능률지상주의 입법과정이었으며 ‘95년에 지방자치가 본격적으로 실시된 이후에도 그 잔재가 많이 남아 있다고 하겠다.

3. 자치입법과정의 성격

이번에는 자치입법과정을 행정과정으로 볼 것인가 또는 입법과정으로 볼 것인가의 문제에 대해서 살펴보고자 한다.

이 문제는 입법의 개념에 대한 실질설과 형식설의 논쟁¹⁰⁾이 어떠한 적어도 현행 헌법 제40조가 “입법권은 국회에 속한다”고 규정하고 있는 것과 관련하여 보면,

9) 지방자치법 제4조에는 자치구가 아닌 구와 읍·면·동의 명칭과 구역을 변경하거나 폐치·분합할 때에는 행정자치부장관의 승인을 얻어 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 되어 있다.

10) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 690-692면 참조; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 934-936면 참조.

입법의 개념을 국가기관이 일반적이고 추상적인 성문의 법규범을 정립하는 작용이라고 인식하는 실질설과 입법작용을 국회가 특수한 법형식인 형식적 의미의 법률을 제정하는 작용이라고 보는 형식설 중 어느 것을 취하더라도 그 결과는 같아진다. 즉, 실질설과 형식설 모두 헌법 제40조는 형식적 의미의 법률은 국회가 단독으로 입법하는 국회단독입법의 원칙과 그 내용은 달리하지만 국회중심입법의 원칙을 규정한 것으로 이해하고 조례제정 등 자치입법권은 국회중심입법의 원칙의 예외로서 지방자치단체에게 부여된 것으로 보고 있기 때문이다. 따라서 헌법 제40조를 국회중심입법의 원칙을 규정하는 것으로 이해한다면, 자치입법은 실질적인 입법작용이지만 그에 대한 입법권한이 헌법에 의하여 국회가 아닌 지방자치단체에게 부여된 것이기 때문에 결코 행정작용이라고 볼 수 없고 그 과정 역시 입법과정의 하나로 인식하여야 할 것이다.

4. 자치입법과정에 대한 새로운 분석의 틀

조례의 입법과정은 그 법적·형식적 측면에서는 법률의 입법과정과 유사한 형태로 진행되어 법률의 입법과정의 축소판이라 할 수 있다. 즉, 조례는 일정수 이상의 지방의회의원 또는 지방자치단체의장의 제안에 의하여 지방의회의 심의·의결을 거쳐 지방자치단체의장이 공포하게 되는바, 일정수 이상의 국회의원 또는 대통령이 제안하여 국회의 심의를 거친 후 대통령이 공포하는 법률의 입법과정과 그 절차상의 유사성을 갖고 있다. 그러나 조례의 입법과정을 헌법과 법률체계의 좁은 형식틀에서 분석하는 관점을 비판하면서, 입법을 가능케 하는 정책결정 또는 정치적 결정이 형성되는 사회적 기초를 중시하여 이로부터 규범이 형성되고, 이러한 규범의 형성과정과 형성된 규범으로 이루어진 새로운 사회적 기초가 다시 또 다른 입법을 가능하게 하는 하나의 사회과정으로 이해하는 견해¹¹⁾에 의하면 법적·형식적 분석에 따라 기계적으로 입법과정이 제안—심의—의결—공포—시행되는 것으로 이루어진다고 분석하는 것은 입법과정의 동태적인 측면과 사회학적 입법력을 간과하는 결과를 초래한다.

11) 이상영, 지방자치단체의 조례제정과정에 관한 연구, 법학연구 제6권, 충북대, 1994, 311면 참조.

이와 같이 자치입법과정을 사회과정으로 이해하는 견해에 따르면, 지방자치의 본질에 입각하여 자치입법과정을 이해하기 위해서는 조례제정의 실정법적인 근거로부터 조례제정이 출발한다는 사고방식과 결별해야 한다는 것이다.¹²⁾ 즉, 조례는 지방자치단체 내의 주민, 그 공동체 그리고 그 안에서 지속적으로 변화하며 만들어지는 사회 관계 등에서 아직은 규범화되지는 않았지만 그 사실의 힘이 규범화로 나아가기에 실질적인 조건이 형성되었을 때 지방의회의 제정과정을 통해 이루어진 결과물로 인식해야 한다는 것이다.¹³⁾

그러나 자치법규의 입법과정에 대한 법적·제도적 접근 또한 여전히 중요한 위치를 점하고 있는 것이 사실이다.

이하에서는 자치입법권의 성격, 자치법규인 조례와 규칙의 성격을 논한 후 현행법상 이루어지고 있는 자치입법과정에 대하여 상세하게 살펴보고 그 문제점과 개선방안을 언급하고자 한다.

II. 자치입법권의 성격

12) 본고에서는 현행 입법원칙상의 문제점으로서 합헌성의 원칙이 간과되고 있으며, 상위법우선의 원칙이 오히려 위헌적 입법의 가능성을 초래하고 있고……(중략)……, 현실적으로는 국회와 정부의 법제실무담당자는 말할 것도 없고 법령심사담당자마저도 지방자치법 제9조 단서조항을 이유로 당해 법령의 헌법적합성 등 입법원칙을 엄격하게 적용하지 않고, 단순히 상위법우선원칙에 입각한 입법정책적 고려에 의하여 지방자치단체의 사무로 규정하는 것이 적합한 사무를 국가사무로 규정하여도 이를 수용하고 있다. 김성호, 지방자치시대의 입법원칙, 입법조사연구 제242호, 1996. 12 참조.

13) 이러한 관점의 정립은 현재 우리나라 지방자치현상과 문제점들을 조망하는 기준의 변동을 가져올 수 있다. 즉, 현행지방자치법상 국가사무와 자치사무 사이의 분배가 명확하지 않고, 자치사무라고 규정된 것이라고 하더라도 관련 조례를 제정하려면 각종 관련법령에 의해 이미 그 범위와 한계가 협소하게 제한된 것이 대부분이라는 점을 해결하는 기준이 될 수 있다는 것이다. 우선, 실정법체계의 사회적 기초와 실효성을 온전하게 유지하기 위해서 그 체계를 국민, 보다 정확히 말하면 지역주민들의 살아 있는 삶에 근거한 사회적 기초로부터 시작하도록 뒤집어야 할 것이다. 자치사무의 본질과 내용을 ‘헌법→지방자치법→각종 실정법령→지방행정작용→조례’라는 수순으로 결정한다면, 자치사무의 내용은 현실과는 전혀 관계없이 이 과정을 통해서 개념논리적인 방법으로 도출된 추상적 개념과 현실을 꿰맞추려는 해석조작만이 나타난다. 즉, 거꾸로 ‘지방주민들의 생활관계들에서 일정한 규범화의 요구와 기대를 가져오게 하는 사실들의 축적→조례→지방행정과의 조화→각종 실정법령에 의한 조정→지방자치법의 구체화’라는 수순을 정당하게 인정해야 한다는 것이다. 이를 통해서만 우리 헌법질서의 현실적인 확립이 가능하다는 것이다. 이상영, 앞의 글 참조.

지방자치권은 자치입법권, 자치행정권, 자치조직권, 자치재정권으로 구분할 수 있는데, 그 중심적 내용을 이루는 것이 자치입법권이다. 자치입법권은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 소관사무에 관하여 일정한 규정을 정립할 수 있는 권능을 말한다.

헌법 제40조는 입법권이 국회에 속한다고 규정하여 국회입법의 원칙을 규정하고 있다. 이것은 실질적 의미의 입법에 관한 권한은 헌법에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 ‘국회의 권한에 속한다’는 국회중심입법의 원칙을 규정한 것이다.

그러나 헌법은 국회입법의 원칙에 대한 예외¹⁴⁾를 여러 곳에서 규정하고 있는데, 자치입법권도 그 중의 하나이다. 자치입법권은 헌법에 의하여 직접 수권된 자치법규의 정립권능에 따라 국가와는 독립적인 권리·의무주체로서의 공법인인 지방자치단체가 스스로 소관사무에 대하여 법규범을 정립하는 것을 말한다. 따라서 지방자치단체가 행사하는 자치입법권은 헌법 제40조에 의하여 본래 국회에 귀속된 입법권을 대신하여 행사하는 것이 아니다.¹⁵⁾

한편 헌법 제117조 제1항 및 지방자치법 제15조는 자치입법권이 ‘법령의 범위 안에서’ 행사될 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 헌법의 위임에 따라 입법자는 입법재량에 의하여 법령의 범위 안에서 자치입법권의 내용을 형성할 수 있는 한편, 그 범위 내에서 자치입법권이 제한되는 것을 의미한다. 자치입법권도 헌법에 의하여 지방자치단체에게 부여된 것으로서 헌법과 법률 등 국법체계의 일환을 이루고 있기 때문에 법치주의의 법률우위의 원칙상 자치입법도 국법체계와 일관성을 가져야 하는 것은 당연한 것이다. 따라서 지방자치단체가 그 고유사무에 대하여 조례로써 규정하고자 하는 경우에도 무제한적인 입법재량을 행사하는 것이 아니라 법령의 범위 안에서 제한된다고 할 수 있다.

14) 헌법은 국회중심입법원칙에 대한 예외로 헌법개정, 명령제정(긴급명령·긴급재정경제명령·위임명령·집행명령), 자치법규제정(조례·규칙), 규칙제정(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·선관위규칙)을 규정하고 있다.

15) 만약 지방자치단체가 국회입법권의 일부를 분담하거나 대신하는 것으로 자치입법권의 성질을 규명하려 한다면 그것은 자치입법권이 법률의 위임하에서만 행사될 수 있다는 위임입법의 수준밖에는 미치지 못하는 결과를 초래할 것이다. 그러나 지방자치단체는 헌법 제117조에 의하여 직접 자치입법권을 부여받았으므로 그 범위 내에서는 별도의 위임근거 없이도 자치입법권을 행사할 수 있는 것이다. 이것이 법률의 구체적 위임에 의하여 행사되는 행정권의 위임입법과의 두드러진 차이점이다.

제 2 절 자치법규의 종류

I. 조례

1. 의의

자치법규는 헌법 제117조 제1항에 따라 ‘지방자치단체가 법령의 범위 안에서 제정한 자치에 관한 규정’으로 정의할 수 있고, 지방자치법에서는 자치법규를 다시 조례와 규칙으로 구분하고 있다.

그 중에서 특히 조례란 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 지방의회의 의결을 거쳐서 제정한 해당 지방자치단체의 사무에 관한 자치법규이다. 조례는 일반적으로 대외적 효력 즉, 주민에 대한 구속력을 가지는 것이 보통이나 지방자치단체의 조직 내부에서만 효력을 가지는 행정규칙적인 것도 있다. 따라서 조례를 규명하는 본질은 조례의 효력이 미치는 상대방이 누구냐가 아니라 지방자치단체의 대의기관인 지방의회의 의결절차를 반드시 거쳐야 한다는 점에 있는 것이다.¹⁶⁾

이러한 점은 조례가 지방자치단체의 집행기관인 지방자치단체의장이 제정하는 규칙, 공공조합의 규약이나 정관 등과 구별되는 중요한 의미를 부여하는 것으로서, 헌법상 일종의 지역통치단체로서의 지위를 보장받는 지방자치단체의 법규범으로서 원칙적으로 당해 지방자치단체에 속해 있는 모든 기관 및 주민에 대하여 구속력을 갖게 한다.

2. 조례제정권의 범위와 한계

16) 서울특별시, 지방자치단체의 법제이론과 실제, 1996, 197면.

현행법상 지방자치단체의 조례규정영역에 관한 규정을 살펴보면, 헌법 제117조 제1항에서는 “... 법령의 범위 안에서 ...”라고 규정하고 있으며, 지방자치법 제 15조에서는 “... 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 ... 다만 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”라고 규정하고 있다. 여기서 조례제정의 범위는 지방자치단체의 소관사무¹⁷⁾에 한정되며, 일반적으로 조례제정에 있어서는 ‘법령우위의 원칙’, ‘법률유보원칙’, ‘죄형법정주의’, ‘상급지방자치단체의 자치법규우위의 원칙’을 준수하여야 하는 한계가 있다. 조례제정에 있어서 그 제정의 범위를 일탈할 경우는 월권의 문제가 발생하고, 그 제정의 한계에 위반할 경우는 위법의 문제가 발생한다.

II. 규칙

규칙은 지방자치단체의 장이 법령 보는 조례가 위임한 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 정립하는 자치법규이다.

규칙 중에는 법규인 것도 있고 행정규칙인 것도 있다. 법규적인 것으로서는 조례의 위임에 따라 제정된 지방세·사용료·수수료 등의 징수에 관한 것이 있고, 행정규칙적인 것은 지방자치단체의 하부조직 및 사무분장 등에 관한 규칙이 있다.

규칙은 지방자치단체의 장이 정립하는 자치법규이다. 따라서 서울특별시규칙은 서울특별시장이, 자치구규칙은 구청장이 정립하는 것이다.

규칙은 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 정립되는 자치법규인데, 여기서 ‘법령 또는 조례가 위임한 범위 안’이란 광의로 해석하여 법령 또는 조례에 위반하지 아니하는 범위 내로 보아야 한다. 다만, 법령 또는 조례가 명문의 규정으로 위임한 범위 내에서 정립하는 위임규칙의 경우에는 그 위임받은 사항에 대해서만 규정할 수 있다. 이에 반하여 직권규칙은 명문규정의 위임이 없더라도 법령 또는 조례에

17) 지방자치법 제15조의 규정에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 ‘그 사무에 관하여’ 조례를 제정할 수 있다고 규정되어 있다. 여기서 ‘그 사무’즉 지방자치단체의 사무는 자치사무와 단체위임사무를 말하는데, 지방자치법 제9조 제1항은 이를 ‘그 관할구역 내의 자치사무’와 ‘법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무’로 표현하고 있다.

위반하지 아니하는 범위 내에서 정립할 수 있다. 여기서 조례는 상급지방자치단체의 조례뿐만 아니라 당해 지방자치단체의 조례도 포함되는 것이다.

규칙은 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무에 관하여 정립하는 자치법규이다. 여기서 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무라 함은 조례의 규정사항인 자치사무 및 단체 위임사무뿐만 아니라 당해 지방자치단체의 장에게 위임된 사무 즉, 기관위임사무까지를 포함한다. 이 점에서 규칙의 규정사항은 조례의 규정사항보다 넓다고 할 수 있다.

제 3 절 자치법규의 제정과정

I. 조례의 제정과정

1. 의의

조례는 법단체상 헌법, 법률 및 명령의 하위규범으로 분류되지만 현행헌법 및 지방자치법이 지방자치단체의 기관을 집행기관과 의결기관으로 분리·독립시키면서 지방자치단체의 집행기관과 의결기관이 함께 조례의 제정과정에 관여케 함으로써 법률의 제정과정에 대응되는 기본구조 및 권한의 설정으로 조례제정의 민주적 정당성을 확보할 수 있게 하고 있다. 즉, 행정부의 수반인 대통령과 입법부의 구성원인 국회의원에게 법률의 제안권이 있는 것과 같이 지방자치단체의 집행기관인 지방자치단체의 장과 의결기관인 지방의회의원에게 조례의 제안권이 있고 국회에 원칙적인 입법권이 있는 것처럼 지방의회에 조례의 제정·개폐에 관한 권한이 부여되어 있다.

그리고 지방의회에 제출된 조례안의 심사과정이 국회에서의 법률안 심사과정의

기본적 구조를 그대로 계승하고 있음과 동시에 대통령의 법률안에 대한 거부권 행사와 국회의 재의결절차를 원용하여 지방자치단체의 장의 재의요구권과 지방의회의 재의결절차를 규정함으로써 집행기관과 의결기관간에 상호견제가 가능하도록 하고 있으며, 법률에 대하여 헌법상의 독립기관인 헌법재판소가 그 위헌여부를 심사하는 것처럼 조례안에 대하여는 대법원이 그 위법 여부에 대한 최종적인 사법적 심사를 관장하여 상위법규와의 저촉 여부를 판단하게 하는 통제장치를 마련하고 있는 등 조례와 법률의 제정과정의 기본적 구조는 별다른 차이가 없다고 할 수 있다. 대통령이 긴급명령권과 같은 비상시의 입법권을 행사하여 법률을 대체할 수 있는 것처럼 지방자치단체의 장에게는 선결처분권을 인정하여 실질적으로 조례제정의 효과를 거둘 수 있게 한 점도 또한 같다. 조례제정과정은 그 제정주체와 기간 등만을 달리 할 뿐 헌법과 국회법이 정하는 법률의 제정과정과 크게 차이가 없는 점은 지방자치법 및 동법시행령뿐만 아니라 각 지방의회의 회의규칙에서 법률의 입법과정을 대부분 수용하고 있기 때문이다.

그러나 조례는 ‘법령의 범위 안에서’ 제정되어 국법체계에 합치되어야 하는 제약을 받고 있으며 이러한 제약을 담보하기 위하여 제정과정에 국가의 지도·감독이 개입되도록 되어 있다. 국법질서의 통일적인 유지를 위하여 이러한 국가의 지도·감독은 불가피하다고 할 수 있으나, 그 관여의 정도 여하에 따라서는 자치입법의 취지를 침해할 수도 있기 때문에¹⁸⁾ 양자간에 적절한 균형이 이루어질 수 있도록 하여야 한다.

현행 지방자치법상 조례제정과정에 대한 국가의 지도·감독은 지방자치법 제159조에 의하여 상급기관인 지방자치단체의 장에 대한 재의요구지시권 및 제소지시권과 대법원에 대한 직접제소권을 통하여서도 달성할 수 있고, 지방자치법 제155조에 의한 지방자치단체의 사무에 대한 일반적인 지도를 통하여도 행사할 수 있다.

한편, 교육·학예에 관한 조례는 지방자치법상의 일반적인 조례제정과정과는 다른 절차를 거쳐 제정된다. 즉, 지방교육자치에 관한 법률 제14조에 의하여 시·도 교육위원회에서 의결된 조례안을 교육감이 조례제출권은 형식적인 권한에 불과하다고

18) 1991년 6월 30일 지방의회가 구성되기 전에는 조례제정은 상급행정기관의 승인을 얻어야 가능했기 때문에 현행 조례제정과정과는 상당한 차이가 있었다. 당시의 조례제정과정은 지방의회의 관여가 배제된 것으로 행정입법의 제정과정과 그 성격이 비슷했다.

볼 수 있다. 이는 조례를 제출하기 위해서는 반드시 선심절차의 성격을 갖는 시·도 교육위원회의 의결절차를 거쳐야만 가능하며 교육감은 시·도 교육위원회의 의결을 받은 조례안을 그대로 의회에 제출하는 기능밖에 할 수 없기 때문이다.

2. 조례안의 입안

조례제정과정에서 조례의 제정에 기여한 중요도를 따져본다면 최초의 조례안을 입안하는 단계가 가장 중요한 비중을 차지한다고 볼 수 있다.¹⁹⁾

조례안을 입안하기 위해서는 먼저, 새로운 조례제정의 필요성이 제기되어야 한다. 그 다음으로는 새로 제기된 조례제정수요가 지방자치단체의 정책적·입법정책적 견지에서 타당한지를 검토해보아야 한다. 지방자치단체가 정책적·입법정책적 견지에서 수용할 수 없는 사항이거나 현행법령에 의하여 달성할 수 있는 사항이라면 굳이 새로운 입법을 추진할 필요가 없는 것이다.

새로운 입법의 필요성이 입증된 후에도 조례로 규정할 소관사항인지를 검토해 보아야 한다. 조례의 소관사항에 대한 판단은 사실적인 것들이 규범적인 것으로 전환되는 첫 번째 관문이라고 볼 수 있는데, 먼저 법령이 특히 조례로서 정할 것을 규정하고 있는 경우와 법령에 규정이 없더라도 국가의 전속적 권한에 속하지 아니하는 사무에 관하여 지방자치단체의 재량에 의하여 정할 수 있는 경우로 구분되고 있다. 전자의 경우를 위임조례라 하고, 후자의 경우를 자치조례라 한다. 자치조례의 소관사항은 헌법 제117조와 지방자치법 제15조에 의하여 지방자치단체의 권한에 속하는 사무 즉, 고유사무와 단체 위임사무를 대상으로 한다. 다만, 조례로 그 소관사항에 관하여 규정하는 경우에도 헌법 제117조와 지방자치법 제15조 및 제 17조의 규정에 의한 법적 한계를 준수하여야 한다. 반면에 위임조례의 경우는 국가사무 또는 광역 지방자치단체의 사무에 대하여도 정할 수 있으며 그 범위는 조례로 정하도록 위임한 개별법령에 의하여 결정된다.²⁰⁾

19) 임종훈 외 3인 공저, 입법과정론, 박영사, 2002, 325면 참조.

20) 개별법률에서 특정한 사항을 하위법령에 위임하는 경우에 그 하위법령의 형식을 대통령령으로 할 것인지, 부령이나 총리령으로 할 것인지, 조례로 할 것인지 또는 헌법상 독립기관의 규칙으로 할 것인지는 모

그런데 지금까지 법령에서 조례소관사항을 어떻게 판단해 왔는가를 살펴보면, 지방자치단체의 사무로서의 성격이 강한 사무인 경우에도 법률에서 국가의 사무로 규정하여 자치조례의 소관사항은 내용 및 양적인 면에서 미약했던 것이 상례였다. 현행지방자치법 제 9조 제 2항 단서에도 지방자치단체의 사무범위에 속하는 경우라 할지라도 법률의 규정에 의하여 국가사무로 전환될 수 있는 근거를 두고 있다.

따라서 중앙집권이 일반적이었던 시대에는 자치의 영역을 최대한 억제하면서 중앙에서 제정한 상위 법령의 틀 안에서 표준화된 내용과 협소한 제정범위로 조정되는 것이 조례의 소관사항 판단의 대체적인 결과였지만 이제는 상위법령들을 지방자치시대에 걸맞게 재조정하여야 한다는 입법론적인 논의가 제기되고 있으며, 본래 자치사무에 속했던 영역의 환원 및 국가사무의 지방사무로의 이양 등 조례 소관사항의 판단에 있어 획기적인 발상의 전환이 필요하다고 하겠다. 조례소관사항의 판단은 비록 조례안의 제안 이전에 진행되는 절차로서 가시적이지 않아서 그 중요성이 낮게 평가될 수도 있겠으나 조례 제정과정 중에서 가장 역동적인 과정이고, 이것이 전개과정 여하에 따라 제정되는 조례의 성격이 결정된다고 할 수 있다.²¹⁾

조례는 그 제안권자가 누구인가에 따라 그 입안자가 달라지게 된다.

즉, 지방의회의원(또는 교육위원)이 제안하는 조례안은 의원 본인이나 보조자²²⁾가 작성하는 경우가 많고, 지방자치단체의 장(또는 교육감)이 제출하는 조례안은 지방자치단체의 주무부서에서 기초하거나 관련연구기관·단체 등에 의뢰하거나 전문가들로 기초위원회를 구성하는 등의 방법으로 입안한다. 이 과정에서는 지역주민의 의견청취 및 수렴, 이익단체들의 입장청취, 언론과 여론의 분석, 그리고 관련전문가들의 충고와 의견접수 등으로 이루어지는 조례제정의 사회적 타당성을 검증하는 작업이 선행되어야 하나, 이러한 장치가 아직까지 제도적으로 확립되지 못하고 있는 것이 현실이라고 하겠다.

법의 소관 및 성격, 위임사항의 국가적 관심사 여부, 중요규제 해당 여부 및 세부적 사항 해당 여부, 자율적·지역적 규제의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 입법정책적 문제라고 할 수 있다.

21) 이상영, 앞의 글, 319면 참조.

22) 현행지방자치제도하에서는 유급 보좌관이나 비서관을 둘 수 없고 지방의회의원들이 사비를 들여 연구자 또는 보조자를 두는 것이 쉬운 일이 아니기 때문에 현실적으로는 주로 지방공무원인 지방의회의 전문위원이 조례안의 기초를 담당하고 있다.

특히, 주민의견수렴 등 조례제정의 사회적 타당성을 검증하는 작업은 주민자치의 요소를 보완하는 효과를 가질 뿐 아니라 제정된 조례의 실효성을 높이고 주민과 지방의회 및 지방정부의 공동책임의식을 제고하는 데 효과가 있을 것이다. 그리고 이러한 사전의견수렴제도가 활성화된다면 법률의 입법예고제도에 비해 조례의 입법예고제도는 확정된 조례안을 공개하는 정도의 보완적인 의미를 가질 수 있을 것이고 조례와 관련하여 의원의 자질을 비판하는 경우도 감소할 것이다.²³⁾ 조례안을 지방의회에 제출하는 권한은 지방의회의 의원 및 위원회와 지방자치단체의 장에게 부여되어 있다. 즉, 지방자치법 제68조 제1항 내지 제3항에 의하면 지방의회에서 의결할 의안은 지방자치단체의 장이나 재적의원 5분의 1이상 또는 의원 10인 이상의 연서로 발의하거나 위원회가 그 소관에 속하는 사항에 관하여 제출하되,²⁴⁾ 안을 갖추어 지방의회 의장에게 제출하도록 되어있다. 그리고 지방교육자치에 관한 법률 제13조에 의하면 교육·학예 사무에 관한 조례안은 시·도교육위원회의 심의·의결을 거쳐 교육감이 시·도의회에 제출한다. 다만, 교육감은 교육·학예에 관한 조례안으로서 주민의 재정부담이나 의무부과에 관한 조례안 등을 교육위원회에 제출하고자 할 때 시·도지사와의 협의하여야 한다(제13조 제3항).

여기서 교육·학예에 관한 조례제출권이 지방자치단체의 장 및 지방의회의원에게도 있는지 여부가 문제된다. 교육·학예에 관한 사무에 대하여는 교육감에게 조례안의 지방의회제출권·조례공포권 및 규칙제정권 등 실질적인 대표권을 인정하고 있고, 일정한 조례안의 경우 시·도지사가 교육감의 협의대상으로 규정된 점을 감안할 때 지방자치단체의 장의 제출권은 인정할 수 없다고 본다. 한편 시·도위원의 경우 그 제출권에 대한 법적인 제한은 규정되어 있지 않으나 각 시·도의회 회의

23) 이상영, 앞의 글, 321면 참조.

24) 1999년 8월 31일 공포된 지방자치법중개정법률(법률 제6002호)에 딸 지방의회의 위원회에 의안을 제출할 수 있게 되었다. 우리의 지방의회제도가 위원회중심주의를 채택하고 있음에 비추어 그 동안 위원회가 그 소관사항에 대하여 조례안을 제출할 수 없었다는 점은 제도적 흠결이라고 할 수 있으나, 각 지방의회에서는 이미 회의규칙에 이러한 사항을 규정하고 있었기 때문에 위원회의 조례안 제출은 실제적으로는 빈번하게 행하여져 왔다. 다만, 종전의 지방자치법 제 58조 제1항의 규정에는 의안제출권이 지방자치단체의 장과 지방의회의 의원에게만 부여되어 있어 위원회에 의안제출권을 부여한 각 지방의회의 회의규칙은 동법에 상충되는 위법성이 있었다는 측면에서 지난 지방자치법 개정은 그 근거를 법률에 명문화하여 이를 해소하였다는 데 큰 의의가 있다.

규칙 중 위원회의 제안규정에서 교육·학예에 관하여는 위원회안을 독자적으로 제출할 수 없도록 규정하고 있다.

생각건대, 교육·학예에 관한 조례안은 교육위원회의 전심절차를 걸쳐 교육감이 제출하도록 지방교육자치에 관한 법률에서 규정하고 있으므로 지방자치단체의 장이나 지방의회의원에게는 그 제출 권한이 없다고 보는 것이 입법취지상 타당할 것이다.²⁵⁾

조례의 제출권이 지방의회의 의원 및 위원회 또는 지방자치단체의 장 어느 한쪽에 전속되어 있는 경우도 있다. 의원 및 위원회에 제출권이 전속되어 있는 것은 ① 상임위원회 및 특별위원회의 설치·구성 및 운영에 관한 조례, ② 의회사무처(국)의 설치·구성 및 운영에 관한 조례 등이다. 그리고 지방자치단체의 장에게 전속되어 있는 것은 ① 전속기관의 설치에 관한 조례, ② 사무소의 설치에 관한 조례, ③ 출장소의 설치에 관한 조례, ④ 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례, ⑤ 특별회계설치에 관한 조례, ⑥ 지방자치단체의 내부조직에 관한 조례 등이다.

아래에서는 조례안을 지방자치단체의 장이 제출하는 경우, 지방의회의 의원이 제출하는 경우와 지방의회의 위원회가 제출하는 경우로 나누어 구체적인 입안절차를 살펴보고, 조례안의 입안 및 제출과정에서의 주민참여제도에 대하여도 알아본다.

(1) 지방자치단체의 장이 제출하는 경우

1) 관계기관의 사전승인 또는 사전협의

지방자치단체의 장이 조례안을 제출하는 경우 개별법령에서 주무부장관이나 행정자치부장관 또는 상급지방자치단체의 장의 사전승인이나 사전협의를 받도록 규정하고 있다면 지방자치단체의 장은 관계기관의 사전승인 또는 사전협의를 거쳐야 한다. 예를 들면 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체가 영위하는 사업의 요금을 결정할 때에는 물가안정에 관한 법률 제4조 제3항에 의하여 재정경제부장관과 협의하도록 되어있다.

25) 박봉국, 조례입법의 이론과 실제, 장원출판사, 1992, 105면.

2) 입법예고

입법과정에 주민참여나 주민의 의견을 수렴할 필요가 있는 중요한 조례안에 대하여는 공청회를 열거나 입법예고를 하여야 한다. 자치법규의 입법예고에 관하여는 대통령령인 법제업무운영규정에서 입법예고대상 조례안과 입법예고 결과 제출된 의견의 처리에 관하여 정하고 있고, 그 밖의 사항에 대하여는 각 지방자치단체의 조례나 규칙(조례가 위임한 경우)이 정하는 바에 의한다.

입법예고사항은 주민의 권리·의무관계에 밀접한 영향을 미치는 것뿐만 아니라 일상생활에 직접 관련 있는 사항²⁶⁾들이다. 예고방법은 시보·도보·군보 등 당해 지방자치단체에서 발간하는 기관지에 게재하거나 관보·일간신문에 게재할 수 있고, 예고기간은 특별한 사정이 없는 한 20일 이상으로 한다. 입법예고된 내용에 대하여 이해관계인은 누구든지 의견을 제출할 수 있다. 제출된 의견은 이를 검토하여 조례안에의 반영여부를 결정하고 그 처리 및 처리이유 등을 지체 없이 의견제출자에게 통지하여야 한다.

3) 법제담당부서의 심사

조례안에 대하여 다른 기관과의 협의와 관계중앙행정기관의 인가·승인·협의를 거친 후 입법예고절차 마치면 주무부서는 그 조례안을 법제담당부서에 제출하여 심사를 받는다.

4) 조례규칙심의회 의 심의

1995년 7월 1일 지방자치법시행령이 개정되어 제10조의 2에서 지방자치단체의 장이 지방의회에 조례안을 제출하거나, 지방의회에서 의결된 조례안을 공포하고자 하는 경우 및 규칙을 제정·개폐하고자 하는 경우 이를 심의·의결하기 위하여 지방자치단체의 장 소속하에 조례규칙심의회를 두도록 하였다. 이 심의회는 조례·규칙의 심의에 관한 한 정부의 국무회의에 대비되는 지방자치단체 집행부의 최고의사결정기관이다.

26) 공중위생, 환경보전, 도시계획, 건축, 도로교통, 시험교통, 시험제도, 토지 기타 농지제도 등에 사항이 그 예이다.

심의회 의 의장인 지방자치단체의 장이 필요하다고 인정하는 경우에는 직속기관장·사업소장 등 당해 안전과 관련된 공무원을 출석시켜 보충설명 등 발언을 하게 할 수 있다. 심의회 회의는 의장 및 부의장을 포함한 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

5) 부의안건의 공시

지방자치단체의 장이 지방의회에 부의할 안건은 지방자치단체의 장이 이를 미리 공고하여야 한다. 다만 지방의회 회의 중 긴급한 안건²⁷⁾을 부의할 때에는 그러하지 아니하다(지방자치법 제40조).

6) 지방의회 제출

조례안에 대하여 앞의 모든 절차를 거친 후에 지방자치단체의 장은 지방의회 의장에게 이를 제출하여야 한다.

(2) 지방의회의원이 발의하는 경우

1) 의원 또는 정당과의 협의

의원이 지방의회에 의안을 발의할 때에는 재적의원 5분의 1이상 또는 10인 이상의 연서로 해야하므로(지방자치법 제58조 제1항) 찬성의원과 충분한 협의가 있어야 하며, 시·도의원의 경우에는 소속 정당과도 협의하는 것이 일반적이다.

2) 의견청취

의원은 조례안에 대하여 주민의 여론을 듣거나 이해관계인·전문가의 의견을 들

²⁷⁾ 공고하지 아니하여도 되는 '긴급한 안건'은 다음과 같다.

1. 그 회기 중에 처리하지 아니하면 적정한 시행일을 경과할 우려가 있는 경우
2. 심사중인 안전과 관련이 있어 함께 처리할 필요가 있는 경우
3. 상위법령의 시행과 관련하여 조례의 시행이 시급히 요청되는 경우 등.

어 타당한 때에는 이를 조례안에 반영하도록 노력한다.

3) 조례안의 확정

조례안에 대한 각계의 의견을 반영하여 최종적으로 이를 확정한다. 이 때에는 지방의회에 제출할 수 있도록 그 제안형식에 맞추어 제안이유·주요골자 등도 정리한다.

4) 찬성위원의 서명 및 조례안의 제출

조례안이 제안형식에 맞추어 작성되면 찬성위원의 서명을 받아 지방의회의장에게 제출한다.

(3) 지방의회의 위원회가 제출하는 경우

지방자치법 제58조 제2항의 규정에 의하여 위원회는 그 소관사항에 관하여 입안한 조례안을 제출할 수 있다. 위원회에서 조례안을 제안하고자 할 때에는 이를 입안하기 위한 소위원회를 구성하여 여기서 기초한 내용을 위원회에서 보고 받고 질의·토론을 거쳐 위원회안으로 의결하거나 위원회에서 소속위원의 동의로 제안된 내용을 위원회에서 직접 심사하거나 소위원회를 구성하여 심사를 거친 후 위원회안으로 의결할 수 있다. 위원회안으로 제출되는 조례안의 제출자는 위원장이 된다.

(4) 조례안의 입안 및 제출과정에서의 주민참여제도

우리나라는 조례안이 제출되는 과정에 주민의 관여가 극히 제한되어 있었으나, 지난 '99년 8월의 지방자치법 개정²⁸⁾으로 주민의 조례제정·개폐청구제도가 도입되어 주민발안제도가 부분적으로 수용됨²⁹⁾으로써 지방자치시대의 주민참여제도가 크게

28) 1999년의 지방자치법 개정은 '96년 11월 20일과 '98년 11년 16일에 정부가 각각 제출하였으나 의견이 갈려 심사가 지연되고 있던 2건의 지방자치법중개정법률안을 폐기하고 그 내용을 하나의 개정법률안으로 입안하여 위원회대안으로서 의결처리된 것이다.

29) 미국의 경우와 같이 주민의 발안이 있으면 지방의회의 심의·의결절차를 경유할 필요 없이 바로 주민투

보완된 바 있다(동법 제13 조의 3).

새로이 도입된 주민의 조례제정·개폐청구제도는 20세 이상 주민 20분의 1이상(연서³⁰)하여 당해 지방자치단체의 장에게 조례의 제정이나 개폐를 청구하면, 청구인 명부에 문제가 없는 한 지방자치단체의 장³¹)은 이를 수리하여 60일 이내에 조례안을 작성, 지방의회에 부의³²)하고 그 결과를 청구인의 대표자에 통지하도록 하는 제도이다.

이 제도의 도입은 지방행정의 민주성제고라는 차원에서 그 동안 학계에서 꾸준히 제기되어 온 것이나, 지방자치의 현실적 여건에 비추어 부작용이 클 것이라는 일부 지방자치단체의 반대에 부딪쳐 상당기간 논의가 되지를 못하다가 1999년 8월에 전격적으로 이루어진 것이다.

한편, 이 제도의 도입으로 예상되는 문제점을 최소화하기 위하여 지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 감면에 관한 사항과 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 및 공공시설의 설치를 반대하는 사항은 청구대상에서 제외하고, 청구인명부의 열람과 이의신청제도를 규정함으로써 지방행정의 효율성저하를 예방하고 청구인명부의 투명성과 객관성제고를 기하였다.

이 제도는 그 시행준비를 위하여 6개월의 유예기간을 두고 2000년 3월 1일부터 시행되었기 때문에 아직까지 주민의 조례제정·개폐청구에 의한 조례의 제정 및 개

표에 의하여 그 내용이 확정되거나 독일의 경우처럼 주민이 조례안을 직접 작성하여 지방의회에 바로 제출하는 것이 보다 완전한 의미의 주민발안이라고 하겠다.

- 30) 일본의 경우 선거권자인 주민 총수의 50분의 1 이상의 연서를 조례제정·개폐청구의 요건으로 하고 있는 것과 비교해 볼 때, 우리 지방자치법에서 주민총수의 20분의 1을 그 하한으로 정한 것은 조직력이 없는 주민에게는 충족시키기가 쉽지 않은 요건이라고 할 수 있다.
- 31) 조례의 제정·개폐청구제도에 있어서 지방자치단체의 장의 역할은 청구된 사안에 대하여 청구인명부 등 형식적인 요건의 적법 여부를 판단하고, 청구내용을 안으로 작성하여 조례안의 체계를 갖추게 하는 등 주로 형식적인 측면에서 이루어진다. 청구내용의 심사는 지방의회의 몫이며 단지 지방자치단체의 장은 이를 지방의회에 부의할 수 있을 뿐이다.
- 32) 주민의 조례제정·개폐청구를 조례안으로 작성, 지방의회에 부의하는 경우 그 조례안의 제출자를 누구로 보아야 할 것인지 의문이 있다. 실질적인 조례의 규정내용은 주민으로부터 제시되어 온 것이 사실이지만, 주민의 청구에 의하여 지방자치단체의 장이 안을 갖추어 지방의회에 부의하는 것이고, 주민의 조례제정·개폐청구제도가 현행 지방자치법상 주민에게 조례안의 직접적인 지방의회 제출권을 인정하는 완전한 주민발안제도를 도입한 것도 아니므로 이 경우의 조례안의 제출자는 당연히 지방자치단체의 장이라고 하겠다. 다만, 지방자치단체의 장이 제출하는 다른 일반적인 조례안과는 구별되어 고려되어야 할 것이다.

폐건수는 없으나³³⁾, 주민의 의사가 입법화될 가능성이 주민청원보다 매우 높다는 점에서 상당히 활성화될 전망이다.

다만, 선출직인 지방자치단체의 장 및 지방의회 의원이 인기위주의 정책지향으로 흐를 경우 대표성이 결여되고 여과되지 않은 주민의사가 제한 없이 지방자치단체의 입법과정에 투입됨으로써 주민여론이 왜곡되고 지방행정에 과부하와 비능률을 초래할 우려도 있다고 하겠다.

외국의 주민발안제도를 살펴보면, 일본의 지방자치법 제74조(조례의 제정 또는 개폐의 청구와 그 조치)에서는 지방자치단체의 의원 및 장의 선거권을 가진 자는 법령이 정하는 바에 따라 그 총수의 50분의 1 이상의 연서를 받아 그 대표자가 지방자치단체의 장에 대하여 조례(지방세의 부과·징수 및 분담금, 사용료 및 수수료의 징수에 관한 것은 제외)의 제정 또는 개폐의 청구를 할 수 있다고 규정하고 있다.³⁴⁾ 동법에서는 지방의회가 주민이 청구한 안건을 수리하고 의회를 소집하여 이를 의회에서 심의한 다음 그 결과의 통지 및 공표의무를 지고 있으나 지방의회가 주민의 제안에 구속되는 것은 아니며 부결 혹은 수정가결할 수도 있게 되어 있다.

미국에서도 의회에 대한 불신에서 기인하여 지방의회가 주민에게 민감해지도록 하기 위해 주민발안을 채택하고 있다. 즉, 지방선거 유권자 일정수 이상의 연서에 의하여 지방자치단체의 자치현장이나 조례의 제정 또는 개폐에 관한 주민의 조례제정·개폐청구권을 인정하고 있다. 구체적인 제도의 내용은 각 주마다 약간의 차이는 있으나 워싱턴 D.C의 경우와 같이 조례의 제정·개폐에 관한 주민의 발안이 있으면 지방의회에 회부됨이 없이 일정기간 후에 직접 주민투표에 회부하는 것이 일반적이다.³⁵⁾

33) 일본의 경우 '93. 1- '95. 12 까지 전국적으로 6건의 조례가 주민청구에 의하여 제정된 바 있다.

34) 김성호, 조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안, 한국지방행정연구원, 1995, 245면.

35) 보다 구체적인 주민발안의 절차를 소개하면,

- ① 제안자는 개정안 및 소정의 금액을 주법무장관에게 제출
- ② 주법무장관은 개정안의 주요요강을 주무장관에게 송부
- ③ 서명수집기간 동안 서명접수 및 서명부의 카운티 제출
- ④ 카운티의 유자격선거인의 서명수결정 및 주문장관에게 확인·보고
- ⑤ 카운티의 서명의 유효성 심사, 서명수 확정 및 주민장관보고

독일의 일부 주에서는 동일한 사안이 지난 12개월 동안에 이미 발의되지 아니한 경우에 지방자치단체에 3개월 이상 거주하고 만 14세에 도달한 주민 지방의회에 지방의회의 권한에 속하는 특정사안에 대한 심의 및 의결의 발안을 일정비율 주민의 서명을 받아 제출할 수 있다.

일반적으로 주민발안제도는 주민이 지방의회로 하여금 일정한 기간 내에 특정한 안건을 심의하고 의결하도록 하는 제도이다. 주민발안은 지방의회에 심의·의결의무를 부여하지만 지방의회의 의결권을 침해하는 것은 아니라는 측면에서 대의제도에 모순되는 것은 아니라고 볼 수 있다. 주민발안제도는 주민참여를 확대하고 지방의회가 주민의 의사를 제대로 반영하고 있지 못하여 주민이 직접 조례안을 발의하고자 하는 경우 이를 허용하는 제도이므로 직접 민주주의를 이상으로 하는 지방자치제도의 취지에 부합된다.

한편, 조례의 제정·개폐청구제도가 도입되기 전부터 지방자치법 제65조 내지 제68조에 의하여 청원제도³⁶⁾가 시행되어 오고 있는바, 그 내용을 살펴보면, 조례의 제정·개폐에 대한 청원을 하고자 하는 자는 의원의 소개를 얻어 청원서를 지방의회에 제출하여야 하며, 청원서에는 청원자의 성명(법인인 경우에는 그 명칭과 대표자의 성명) 및 주소를 기재하고 서명·날인하여야 한다. 그러나 조례의 제정·개폐에 관한 청원의 내용이 법령에 위배되는 경우에는 그 청원은 수리되지 아니한다. 지방의회의 의장은 청원서를 접수한 때에는 이를 소관위원회 또는 본회의 회부하여 심사를 하게 된다. 한편, 청원을 소개한 위원은 소관위원회 또는 본회의의 요구가 있을 때에는 청원의 취지를 설명하여야 한다. 위원회가 청원을 심사하여 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정한 때에는 그 처리결과를 의장에게 보고하고, 의장은 청원

⑥ 주민투표에 회부

상세한 내용은 유희숙, 주민의 조례제정 개폐청구제도, 지방자치, 1996. 8, 41-44면 참조.

36) 지방자치법에 규정된 조례의 제정·개폐에 관한 청원제도와 조례제정·개폐청구제도를 비교하면, 일단 지방자치단체의 장이 청구내용을 수리하는 경우 그 이후부터는 지방의회에서 조례의 일반적인 제·개정 절차를 바로 거치게 되는 조례제정·개폐청구제도와는 달리 청원제도는 지방의회의 심사과정에서 청원 내용의 타당성이 우선적으로 인정된 후에야 별도의 조례입법절차가 진행될 수 있기 때문에 조례로서 성립되기까지의 단계가 많고 그에 따라 입법가능성도 높지 않다. 실제적으로도 주민 청원에 대한 지방의회회원의 관심도 그리 크지 않기 때문에 주민청원은 입법자에게 입법의견을 제시하는 정도의 기능을 하고 있을 뿐이며 입법화되는 비율 또한 상당히 미미한 실정이다.

인에게 이를 통지한다.

이와 같은 조례안의 입안 및 제출과정에서의 주민참여제도는 조례의 입법과정에 주민참여를 확대하고 소수자를 보호하기 위한 것으로서 입법과정의 민주성 제고 측면에서 바람직하다고 할 수 있다.

3. 조례안의 심의

지방의회에서의 조례안의 심의과정은 국회에서의 법률안 심의과정을 그대로 본받고 있다. 다만, 국회의 제86조에 규정된 법제사법위원회의 체계·자구심사와 같은 별도의 심사기능은 부여되어 있지 않으며, 이러한 기능은 해당 상임위원회의 법안검토시 포괄적으로 수행되고 있다. 조례안은 일반의안과 동일하게 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다(지방자치법 제56조).

지방의회의장은 의결에 있어 표결권을 가지며 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.

지방의회에 제출된 의안은 회기 중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다는 회기계속의 원칙을 채택하고 있다. 다만 지방의회의원의 임기가 만료되는 경우에는 그러하지 아니한다.

또한 지방의회에서 부결된 의안은 같은 회기 중에 다시 발의 또는 제출할 수 없다는 일사부재의의 원칙도 적용된다. 따라서 한 안건이 한 번 지방의회에서 부결되면 그 회기 중에는 다시 동일 안건에 대하여 심의를 하지 않게 된다.

의원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 조례안은 본회의에 부의할 수 없다. 다만, 의원회의 의결이 본회의에 보고된 날부터 폐회 또는 휴회중의 기간을 제외한 7일 이내에 지방의회의장 또는 재적의원 3분의 1 이상의 요구가 있을 때에는 그 조례안은 본회의에 부의하여야 한다.

지방자치법은 지방의회에서의 조례안에 대한 기본적인 심의절차에 대하여만 규정하고 있고, 구체적인 심의 절차는 위원회에 관한 조례(지방자치법 제54조), 회의규칙(동법 제63조)에 의하여 규정되고 있는바 이는 다음과 같다.³⁷⁾

37) 서울특별시, 앞의 책, 322-326면.

(1) 위원회 회부

지방의회의장은 조례안이 발의 또는 제출되면 소관위원회에 회부하되, 그 소관이 명백하지 아니한 때에는 운영위원회와 협의하여 그 조례안을 해당 상임위원회로 회부한다. 다만 협의가 이루어지지 아니할 때에는 지방의회의장이 소관상임위원회를 결정한다. 소관상임위원회 소속 위원들은 조례안이 회부되면 그 조례안의 정책적 분석 및 수정안 준비 등 산전검토작업을 한다.

지방의회는 특히 필요하다고 인정한 조례안을 심사하기 위하여 특별위원회를 둘 수 있으므로 지방의회의장은 특히 필요하다고 인정되는 조례안에 대하여는 본회의의 의결을 얻어 특별위원회에 회부할 수 있다. 현행 지방자치법 제50조에 의하면 상임위원회는 시·도의회와 대통령령이 정하는 설치기준에 해당하는 시·군·자치구의회에 둘 수 있지만 특별위원회는 모든 지방의회에 둘 수 있다.

지방의회의장은 위원회가 이유 없이 심사를 지연시킬 가능성이 있거나 기타 일정한 기간을 정하여 그 기간 내에 심사를 완료토록 할 필요가 있을 때에는 심사기간을 정하여 조례안을 위원회에 회부할 수 있다. 또한 위원회는 안건의 효율적 심사를 위하여 필요한 때에는 소위원회를 둘 수 있으며, 그 구성·절차는 위원회의 의사로 결정한다.

(2) 위원회 상정

조례안이 위원회에 회부되면 위원장은 이를 의사일정에 포함시켜 위원회의 회의시에 상정한다. 위원회의 의사일정은 위원장이 간사와 협의하여 작성한다. 조례안이 위원회에 상정되면 취지설명서·조례안·전문위원의 검토보고 기타 참고자료가 위원에게 배부된다.

(3) 제안자의 취지설명

위원회에 조례안이 상정되면 제안자는 위원회에 출석하여 제안 취지를 설명한다. 지방자치단체의 장이 제출한 조례안인 경우에는 지방자치단체의 장이 설명하고 의원이 발의한 조례안인 경우는 발의한 의원이 설명하되 발의자가 다수인 경우에는 그 중 1인이 대표하여 설명한다. 다만 발의자가 설명을 할 수 없는 사정이 있을 때에는 발의에 찬성한 의원이 대리하여 설명할 수도 있다. 위원회안을 제안하는 경우에는 위원의 동의로 성립한 안을 위원회에서 심사하고자 하는 때에는 동의한 위원이 그 취지를 설명하게 되고, 소위원회에서 안을 기초하거나 이를 심사한 때에는 소위원장이 제안설명이나 심사보고를 하게된다.

(4) 전문위원의 검토보고³⁸⁾

지방의회에는 전문위원을 두고 의사를 보좌하며 위원회의 의안을 심사를 심사하도록 하고 있다. 따라서 위원회는 제안자의 취지설명을 들은 후 조례안에 대한 전문위원의 검토보고를 들어야 한다. 전문위원의 검토보고는 조례안에 대한 정책적 검토와 함께 체계·자구 등의 검토결과를 포함한다. 전문위원이 조례안에 대하여 수정의견이 있을 때에는 조례안에 주소로 표시하거나 수정의견대비표를 작성하여 의원들이 그 내용을 쉽게 알아볼 수 있도록 하여 배부한다.

(5) 질의·토론

조례안에 대한 질의는 그 제안자를 대상으로 한다. 의원발의조례안인 경우에도 지방자치단체의 장 또는 관련공무원을 출석하게 하여 집행시 예상되는 문제점에 대하여 질의를 할 수 있다. 질의·답변을 종료한 후 찬성과 반대의견이 나누어질 때에는 찬·반토론을 한다. 토론은 안건에 대한 찬·반의 의견을 표명하는 것이다.

위원회의 위원은 조례안에 대한 수정동의를 할 수 있으며 동의는 위원 2인 이상이면 가능하다. 위원회에서 소위원회를 구성하여 심사하도록 한 경우 그 소위원회

38) 위원회안을 제안하는 경우에 전문위원의 검토보고는 생략되는 것이 일반적이다. 왜냐하면 전문위원은 이미 위원회안의 기초나 심사과정에 실질적으로 참여했기 때문이다.

도 조례안의 심사결과 수정안을 작성·보고할 수 있다.

(6) 표결

토론이 종결되면 바로 표결에 들어가며, 표결에는 조례안을 조문 별로 낭독하여 한 조항씩 표결해 나가는 축조심사방법을 채택할 수도 있으나 위원장은 이를 생략할 수 있다. 표결 결과 위원회를 통과하면 조례안은 본회의에 부의한다. 위원회는 조례안의 심사를 마친 때에는 심사경과와 결과 기타 필요한 사항을 의장에게 보고한다.

한편 위원회는 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건에 대하여는 공청회를 열어 이해관계자나 전문가 등으로부터 의견을 들을 수 있다. 위원회에서 공청회를 열 때에는 안건·일시·장소·진술인·경비 기타 참고사항을 기재한 문서로 지방의회 의장의 승인을 얻어야 한다.

4. 본회의 심의³⁹⁾

(1) 심사보고서의 배부·의사일정의 작성

지방의회의장은 위원장의 심사보고서가 제출된 때에는 본회의에서 의제가 되기 전에 인쇄하여 의원에게 배부한다. 또한 의장은 본회의에 부의된 조례안에 대하여 개의일시·부의안건과 그 순서를 기재한 의사일정을 작성한다. 의사일정의 작성은 의장이 의회운영위원회와 협의하되, 협의가 이루어지지 않을 때에는 의장이 이를 결정한다. 그러나 시·도의회인 경우 재적의원 1/5 이상 또는 의원 10인 이상의 연서에 의한 동의로 본회의의 의결이 있거나 의장이 의회운영위원회와 협의하여 필요하다고 인정할 때에는 의장은 의사일정의 순서를 변경하거나 다른 안건을 의사일정에 추가할 수 있다.

한편 시·군·구의회의 경우에는 재적의원 1/5 이상의 연서에 의한 동의로 본회의

39) 서울특별시, 앞의 책, 324-326면.

의 의결이 있거나 의장이 필요하다고 인정할 때 의사일정을 변경할 수 있다. 의장은 특히 긴급을 요한다고 인정할 때에는 회의의 일시만을 의원에게 통지하고 개의할 수 있다.

(2) 본회의 보고

의사일정이 정해지면 그에 따라 본회의를 개의하며, 본회의에 상정된 조례안이 위원회제안인 경우에는 조례안의 제안자가 제안이유, 주요골자 등 제안설명을 한다.

반면에, 소관위원회에서 심사를 마친 조례안이 본회의의 의제가 된 때에는 위원장이 위원회의 심사경과와 결과를 본회의에 구두로 보고한다. 동일 위원회에서 심사한 수개의 조례안이 일괄하여 의제로 상정된 때에는 위원장의 심사보고도 일괄하여 동시에 할 수 있다. 본회의는 위원장의 심사보고를 받은 후 필요하다고 인정할 때에는 의결로 다시 그 안건을 같은 위원회에 대화부하거나 다른 위원회에 회부할 수 있다.

(3) 질의·토론

질의는 제안자에게 하며, 의원이 조례안을 발의한 경우에도 본회의는 그 의결로 지방자치단체의 장 또는 관계공무원을 출석하게 하여 그 의결로 지방자치단체의 장 또는 관계공무원을 출석하게 하여 집행시 예상되는 문제점을 묻거나 의견을 들을 수 있다. 질의가 종료되면 의장은 그 종결을 선포할 수 있다. 의원이 질의종결을 동의하고자 할 때에는 의원 2인 이상의 질의가 종료된 후에 하여야 하며, 질의에 참가하지 아니한 의원은 이를 동의할 수 없다.

질의와 답변을 마친 후 조례안에 대한 찬·반의견이 엇갈릴 경우 찬반토론을 하며, 토론하고자 하는 의원은 미리 그 취지를 의장에게 통고하여야 한다.

의장은 토론이 끝났거나 토론종결의 동의를 의결된 경우에는 토론 종결을 선포한다. 한편 위원회의 심사를 거친 안건에 대하여는 질의와 토론 모두 또는 그 중의 하나를 생략할 수 있다.

(4) 표 결

토론이 종결되면 바로 표결에 들어가며, 표결절차·방법 등에 대하여는 지방자치법에 명문의 규정이 없고 시·군·구 의회의 규칙 또는 시·도 의회의 규칙에서 정하고 있다. 조례안을 의결하고자 할 때에는 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.

(5) 조례안의 확인

본회의에서 조례안이 의결되면 지방자치단체의 장에게 이송하기에 앞서 조례안의 조항·자구·숫자나 맞춤법 등에 오류·누락 등이 없도록 확인절차를 밟는다. 이러한 확인절차는 지방의회의 사무국에서 주관한다. 조례안에 대한 일반적 확인사항으로는 유인과정에서의 오자·탈자·누락 등 착오발생 유무, 소관위원회 수정사항의 조례안에서의 흡수 여부, 본회의 수정시 그 내용의 포함 여부, 띄어쓰기·부호·한글·한자표기·맞춤법 등이 기준에 적합한지 여부 및 기타 입법기준에 관한 사항 등이다.

사무국은 자구수정 부분의 날인 여부를 확인한 후 지방자치단체의 장에게 이송 유인물을 준비하는 등 조례안이송절차를 밟게 한다. 본회의에서 조례안이 의결되면 지방의회의장은 이를 20일 이내에 지방자치단체의 장에게 이송한다.

5. 감독청에 대한 보고

지방자치법은 지방의회로부터 조례가 지방자치단체의 장에게, 이송되면 상급감독청에 보고하는 절차를 규정하고 있다. 즉, 동법 제21조에 의하면, 조례가 제정 또는 개폐되는 경우, 지방의회에서 이송된 날부터 5일 이내에 시·도지사는 행정자치부장관에게, 시장·군수 및 구청장은 시·도지사에게 그 전문을 첨부하여 각각 보고하여야 하며, 보고를 받은 행정자치부장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다. 다만 시·도지사는 시장·군수 및 구청장으로부터 받은 보고 중 행정자치

부장관이 지정한 사항이 있을 때에는 지체 없이 이를 행정자치부장관에게 보고하여야 한다.

6. 조례의 공포

(1) 지방자치단체의 장의 공포

지방자치단체의 장은 조례안을 이송 받은 날부터 20일 이내에 공포하거나, 의의가 있을 경우 지방의회에 환부하여 재의를 요구할 수 있다. 조례안의 공포는 당해 지방자치단체의 공보나 일간신문에 게재 또는 게시판에 게시하게 된다.

(2) 지방의회의장의 공포

조례안에 대한 공포권은 지방자치단체의 장이 가진다. 그러나 지방자치단체의 장이 조례안을 이송 받은 날부터 20일 이내에 공포나 재의요구를 하지 않는 경우와 재의요구된 조례안이 다시 본회의에서 확정되어 이송된 후 5일 이내에 지방자치단체의 장이 공포하지 않을 경우에는 지방의회의장이 조례안을 공포한다.

7. 조례안의 재의요구

(1) 재의요구절차의 의의

지방자치단체의 장은 지방의회에서 이송되어 오면 이를 공포한 후 해당 조례를 집행해야 한다. 그러나 지방의회의 조례안에 대하여 지방자치단체의 장이 의의가 있는 경우에는 지방자치법 제19조 제3항에 따라 지방의회에 재심의를 요구할 수 있는 재의요구권을 가지고 있다. 또한 지방자치법은 제19조 외에 제98조, 제99조 및 제159조에서도 지방의회 의결사항에 대한 재의요구에 관하여 규정하고 있다.

따라서 조례안도 지방의회 의결사항에 포함되기 때문에 제19조와 제98조·제99조

및 제159조와 어떤 관계가 있는지 여부가 문제된다. 먼저, 제19조는 지방의회에서 심사하는 의안의 일반적인 재의 요구규정인 제98조에 대하여 특정한 의안인 조례안의 재의요구를 규정한 특례규정이라고 볼 수 있고, 제99조는 예산집행과 관련되는 의안의 경우에 한하여 재의를 요구할 수 있는 규정이라는 점에서 제19조와 구분되며, 제159조는 제19조·제98조 및 제99조와 달리 당해 지방자치단체의 장의 판단이 아닌 주무장관이나 시·도지사의 요구에 의한 재의요구이기 때문에 그 판단주체가 다른 경우이므로 구분이 가능하다고 하겠다.⁴⁰⁾ 또한 제98조와 제99조의 경우에는 지방자치단체의 장의 재의요구사유가 지방의회의결이 ‘월권 또는 법령에 위반되는 경우’와 ‘예산상 집행이 불가능한 경우’로 한정되는데 비하여 제19조의 경우는 ‘의의가 있을 때’로 넓게 규정하여 재의요구에 대한 판단을 전적으로 지방자치단체의 장의 재량에 맡기고 있다. 따라서 제19조에 의한 재의요구는 조례안이 ‘월권 또는 법령에 위반되는 경우’와 ‘예산상 집행이 불가능한 경우’에 해당하는 경우뿐만 아니라 지방자치단체의 장이 지방의회에서 의결된 조례안에 대하여 의견이나 주장을 달리하는 경우에도 할 수 있다.

재의요구제도는 지방의회의 무책임한 의결에 대하여 통제장치를 마련하여 지방의회와 집행기관 상호간의 견제와 균형을 도모하기 위한 제도라고 볼 수 있다.

그러나 제19조의 경우 재의요구 여부가 순전히 지방자치단체의 장의 재량에 맡겨져 있기 때문에 지방자치단체의 장이 이 제도를 악용하여 고의적으로 재의를 요구할 때에는 지방의회와의 갈등이 심화되고, 재의요구와 재의결이 상례적으로 반복되는 지방자치의 비능률이 초래될 위험성도 내포하고 있는 것이다. 또한 지방자치법 제98조 및 제99조에 의하면 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반된다고 인정되는 때, 예산상 집행할 수 없는 경비가 포함되어 있다고 인정되는 때에도 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있게 되어 있다.

더구나 지방자치법 제159조 제1항에 의하여 상급기관이 당해 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하게 할 수 있고 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의무적으로 재의요구를 하게 되어 있다.

40) 김철용, 주석 지방자치법, 한국사법행정학회, 1997, 127면.

후술하겠지만, 지방의회의 조례안 의결에 대하여 이와 같이 중첩적인 통제장치를 마련한 것은 지방자치단체의 자치입법권에 대한 과도한 제약으로 조례제정의 위축과 이로 인한 형식적 지방자치를 초래할 개연성이 높다고 하겠다.

(2) 재의요구요건 및 절차

조례안에 대하여 재의를 요구하는 경우에 그 요건은 다음에서 언급하는 지방자치법의 해당규정에 따라 차이는 있으나, 조례안이 이하에서 설명하는 바와 같은 문제점이 있다면 반드시 재의요구를 하여야 할 것이다. 먼저, 헌법과 지방자치법에 따라 조례는 ‘법령의 범위 안’에서 제정되어야 하는데, 이를 위반한 조례안에 대하여 재의를 요구하여야 할 것이다. 이는 법령의 명문의 규정에 위반하는 조례안뿐만 아니라 법령의 취지나 정신에 위배되는 조례안을 포함한다고 할 것이며 그 예를 들면 ①지방자치단체의 사무가 아닌 기관위임사무에 관하여 규정한 조례안, ②지방자치법 제15조 단서의 규정에 의한 법률의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례안, ③법령이 규정하고 있는 내용과 저촉되는 조례안, ④법령에서 금지한 사항을 규정한 조례안, ⑤광역지방자치단체의 조례에 위반하는 조례안⁴¹⁾ 등은 지방자치법 제15조와 제17조의 명문규정에 위반하는 조례안이고 지방자치단체의 장의 소속 지방공무원의 임명에 대하여 지방의회가 관여하도록 하는 조례안과 같은 경우는 지방자치법 및 지방공무원법의 취지에 맞지 아니하는 조례안⁴²⁾이라고 할 수 있

41) 지방자치법 제17조의 규정을 문자 그대로 해석하여 시·군·구의 조례가 모든 면에서 시·도의 조례에 위반하여서는 안 된다고 해석해서는 곤란하다. 즉, 제17조의 의미는 기초자치단체가 광역자치단체로부터 위임받은 사무(단체위임사무)와 양자가 공동으로 수행하는 사무 기타 특수한 사무에 관하여 기초자치단체가 조례를 제정하는 경우에 광역자치단체의 조례가 규정하는 내용에 저촉하여서는 안 된다는 뜻이므로, 이러한 경우 외에 양자간의 관련이 없는 사항에 관하여 서로 그 내용이 같지 않다고 하여도 그것은 위반이 아니라고 할 것이다. 예를 들면, 시·군·구가 지방자치법 제130조의 규정에 의하여 제정하는 사 용료 등의 징수에 관한 조례가 시·도 조례와 그 내용이 다르다고 하여도 시·도의 조례에 위반된다고 할 수 없는 것이다. 김철용, 앞의 책, 134면 참조.

42) 즉, 지방자치법 제92조 및 93조에 의하여 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 집행업무에 대한 책임을 지고 있고, 이러한 집행업무를 수행하기 위해서는 소속 공무원에 대한 인사권의 전속이 필수적이고 지방공무원법 제6조가 지방자치단체의 장에게 소속공무원의 인사권을 부여하고 있는데, 단체장의 소속공무원에 대한 임명절차에 지방의회의 동의를 받게 하는 것과 같은 지방의회의 관여절차를 규정하는 조례안을 제정하려 한다면 이는 법정신에 어긋난다고 할 수 있다. 김철용, 앞의 책, 136면 참조.

다.

1) 지방자치법 제19조 제3항에 의한 재의요구

① 재의요구의 요건

지방자치단체의 장은 이송 받은 조례안에 대하여 이의가 있을 때 지방의회에 재의를 요구할 수 있다.

‘이의가 있을 때’라는 표현은 헌법 제53조 제2항의 대통령의 법률안에 대한 재의요구사유를 그대로 받은 것으로서 그 판단권은 전적으로 지방자치단체의 장에게 있으며 재의요구사유에 대한 제약은 없고 해석된다.

② 재의요구절차

지방자치단체의 장이 지방의회에서 이송되어 온 조례안을 재의요구하고자 할 때에는 이송받은 날부터 20일 이내에 어느 조, 어느 부분에 이의가 있는 것과 재의에 부치는 이유를 붙여 조례안 전체에 대하여 재의를 요구한다. 폐회 중에도 재의요구가 가능하다. 그러나 지방자치단체의 장은 조례안을 수정하여 재의요구를 할 수 없다.

지방자치단체의 장이 의회로부터 이송되어 온 날부터 20일 이내에 공포나 재의요구를 하지 아니할 때에는 그 조례안은 조례로서 확정되게 된다.

2) 지방자치법 제98조에 의한 재의요구

① 재의요구의 요건

지방자치법 제98조 제1항에 의하면 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 재의를 요구할 수 있다. 여기서 지방의회의 의결에는 법령·조례·규칙 등에 의하여 지방자치단체의 장이 구속되는 일체의 의결을 포함한다고 볼 수 있다.

그리고 지방의회의 의결에 대한 재의요구의 요건은 의결이 월권 또는 법령에 위반된다고 인정하는 경우인데 의결사항 중 무엇이, 어떤 부분이 월권 또는 법령에 위반되느냐의 판단권은 지방자치단체의장에게 속한다고 볼 수 있다.

② 재의요구절차

지방자치법 제98조에 의한 재의요구절차는 지방자치법 제19조에 규정된 재의요구절차와 동일하다.

3) 지방자치법 제99조에 의한 재의요구

① 재의요구의 요건

지방자치법 제99조 제1항 및 제2항에 의하면 지방자치단체의 장은 의회의 의결에 예산상 집행할 수 없는 경비가 포함되어 있다고 인정되는 때, 의회의 의결로 의무적 경비 등이 삭감된 때에는 재의를 요구할 수 있다.

② 재의요구절차

예산상 집행이 불가능한 의결에 대한 재의요구절차는 조례안의 재의요구절차와 같다. 다만 재의요구기간이 명시되어 있지 않으나 이송 받은 날부터 20일 이내에 재의요구하는 것이 바람직할 것이다.

4) 지방자치법 제159조에 의한 재의요구

① 재의요구의 요건

감독관청의 재의요구지시에 의하여 지방자치단체의 장이 재의요구하는 안건의 대상은 지방의회의 의결사항 중에서 의결내용이 지방자치단체의 장을 구속하는 의결을 말한다. 구체적인 재의요구요건은 지방의회의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때이다. 재의요구지시 여부는 주무장관(시·도에 대한 재의

요구지시) 또는 시·도지사(시·군·구에 대한 재의 요구지시)의 판단에 달려 있다.

② 재의요구절차

감독관청의 재의요구지시에 의하여 재의요구를 하는 경우라 하더라도 지방자치단체의 장이 직접 재의요구를 하는 것이므로 그 절차는 지방자치법 제19조의 경우와 같다고 보는 것이 다수설이다. 그러나 대법원은 동 재의요구기간에 대한 판단(대법 1992. 6.23. 92추17)에 있어 제159조의 재의요구는 지방자치법 제19조, 제98조 및 제99조의 규정에 의한 재의요구와는 그 요건과 대상을 달리 규정하고 있기 때문에 서로 별개의 것으로 보아야 할 것이므로 이들 조항에 규정된 재의요구기간을 적용하거나 준용할 수는 없다고 하면서, 지방자치법 제159조 제3항이 대법원에 제소하였을 때에는 집행정지결정에 의하여 지방의회의결의 효력이 정지된다고 규정하고 있음에 비추어 동조 제1항에 의한 재의요구는 언제라도 할 수 있는 것이 아니라 의결이 재의요구를 할 수 없는 상태로 확정될 때까지로 제한된다고 한 바 있다.

8. 재의요구에 대한 지방의회의 심사

지방자치단체의 장으로부터 재의요구가 있는 경우 지방의회는 부득이한 사유가 없는 한 재의요구서가 도착한 날로부터 10일 이내(단, 폐회 또는 휴회중인 기간은 제외)에 재의에 부쳐야 한다.⁴³⁾ 지방의회는 재의요구된 조례안을 재적의원 과반수 출석과 출석의원 2/3이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 당해 조례안은 확정되게 된다. 재의에 부친 결과 위와 같이 의결되지 않을 경우에는 그 조례안은 폐기된다. 재의시에 수정가결 할 수는 없다. 재의요구된 조례안의 내용을 수정하고자 하

43) “10일 이내에 재의에 부쳐야 한다”는 지방자치법시행령 제37조의 성격과 관련하여 동규정은 상위법인 지방자치법에서 구체적인 위임을 받아 규정된 위임명령이라기보다는 법률의 구체적 시행을 위한 집행명령으로서 새로운 법률사항을 창설할 수 없고 지방자치법 제59조에 ‘회기계속의 원칙’이 명시되어 있는 만큼 하나의 훈시적 규정으로 보아야 할 것이며, 10일을 넘겼다고 해서 별도의 제재규정 등을 갖고 있지 않기 때문에 법적 구속력은 없다 하겠다. 다만, 일반의안과 달리 재의안의 경우 집행기관과 의회간의 갈등관계 및 재의안의 불확정상태를 빠른 시일 내에 해소되어야 한다는 취지에서 10일의 처리기간을 별도로 두고 있는 만큼, 의회는 특별한 사유가 없는 한 동기간 내 처리해야 하는 정치적 책임을 지고 있다 하겠다. 서울특별시, 앞의 책, 340면 이하.

는 경우에는 일단 재의요구된 조례안을 부결시키고 새로운 조례안을 다시 제안하여 소관위원회의 심사와 본회의의 의결을 거치는 수밖에 없다.⁴⁴⁾

9. 재의결된 사항에 대한 대법원 제소

지방자치법 제159조에 의하여 지방자치단체의 장이 주무부장관 또는 시·도지사의 요구에 의하여 지방의회에 재의를 요구하여 지방의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 대법원에 제소할 수 있다고 규정하고, 제98조에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정될 때에도 지방자치단체의 장이 대법원에 제소할 수 있고 제소절차는 제159조를 준용하도록 규정하고 있으나, 제19조에 의한 재의요구에 따라 지방의회에서 재의결을 한 경우에 그 재의결된 조례안이 법령에 위반된다고 지방자치단체의 장이 판단 할 때에는 대법원 제소에 관한 규정을 두고 있지 않아서 제소 여부에 대한 의문의 여지가 있다. 그러나 제19조가 제98조에 대한 특례규정이기는 하지만 제소를 배제하는 특례를 두고 있지 않고 있으므로 일반규정인 제98조의 예에 따라 적용을 받는다고 하는 것이 논리상 타당하다고 판단된다. 다만, 입법론적으로는 제19조에 대법원제소에 관한 근거규정을 명확히 두는 것이 바람직하다고 본다.

(1) 제소요건

지방자치단체의 장은 지방의회에서 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되는 경우⁴⁵⁾에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 제소하는 지방자치단체의 장은 필요하다고

44) 재의요구에 의한 지방의회의 재의는 지방의회가 먼저 의결하였던 그 조례안에 대한 재의이다. 따라서 극히 일부 내용에 대하여라도 수정을 하고자 한다면 이는 재의가 아니라 새로운 조례안에 대한 의결이 되기 때문에 이를 위하여는 새로운 조례안을 제안하고 지방의회의 심의절차를 다시 거쳐야 할 것이다. 이 경우 의결정족수도 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2의 찬성이 아니라 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성에 의한 의결을 하게 된다. 김철용, 앞의 책, 129면.

45) 대법원에서 조례안이 법령에 위반된다고 판시한 몇 가지 사례를 살펴보면 다음과 같다.

① 광주직할시 서구주택건설사업계획입지심의회운영조례안이 규정하는 주택건설 촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 단체장인 원고에게 위임된 기관위임 사무이고, 지방자치단체에 위임된 단체위임사무가

인정되는 경우에 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다 (지방자치법 제159 제3항).

(2) 제소절차

지방자치단체의 장은 법령에 위반하는 재의결사항에 대해 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 그러나 재의결된 사항이 법령에 위반됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니할 때에는 주무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 날로부터 20일이 경과한 날부터 7일 이내에 지방자치단체의 장에게 제소의 지시를 할 수 있고, 이 경우 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.

감독관청의 제소지시에도 지방자치단체의 장이 7일 이내에 제소하지 않을 때에는 주무부장관 또는 시·도지사는 7일이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 제소하거나 집행정지결정을 신청할 수 있다(지방자치법 제159조 제4항 내지 제6항).

10. 조례의 효력발생

(1) 조례의 시행일

조례는 그 조례 부칙에서 정하고 있는 시행일에 효력을 발생한다. 그러나 특별한 규정이 없는 한, 공포한 날부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다(지방자치법

아님이 명백하므로 위 조례안은 조례로 정할 수 없는 사항을 규정한 것이어서 조례제정범위에 관한 지방자치법의 규정에 위배되어 위법하다(대판 1992. 7. 28, 92추31).

- ② 광주직할시 자문위원회조례중개정조례안에서 자문위원회를 구성하는 위원의 위촉과 해촉에 관한 권한을 장에게 부여하면서, 위촉과 해촉에 관한 권한을 장에게 부여하면서, 위촉과 해촉에 관하여 당해지역과 협의하도록 한 규정은 지방자치법이 정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 위반되는 위법한 규정이다(대판 1992. 7. 28, 92추31).
- ③ 양평군 묘지등설치허가시주민의견청취에관한조례안 제 3조는 위 법률이 정한 사실묘지 등의 허가요건에 대하여, 위 법률과 동일 또는 유사한 목적에서 법령의 근거없이 영향권 내 주민 3분의 2이상의 찬성이라는 새로운 허가요건을 가중하는 것이 되므로, 법령의 요건에만 해당하면 사실묘지 등의 설치허가를 하여야 한다고 규정한 매장및묘지등에관한법률 및 그 시행령에 위반되는 위법한 것이다(대판 1995.12.22, 95추32).

제 19조 제7항).

(2) 조례의 공포일

조례의 공포일은 그 조례를 게재한 공보나 신문이 발행된 날 또는 게시관에 게시된 날로 한다(지방자치법시행령 제13조). 판례는 ‘공포일’이란 “그 법령이 수록된 관보의 발행일자가 아니라 그 관보가 정부간행물판매센터에 배치되거나 관보취급소에 발송된 날이다”라고 판시한 바 있다(대판 1970. 7.21, 70누76). 따라서 조례의 경우에는 공보의 발행일자가 아니라 그 공보가 관보취급소에 발송된 날로 보아야 한다.

11. 지방자치단체장의 선결처분

지방자치단체의 장은 조례사항에 대하여 선결처분을 함으로써 일정한 요건하에서는 의회의 의결 없이 실질적으로 조례제정과 같은 효과를 얻을 수 있다. 이는 대통령이 법률의 효력을 가지는 긴급명령을 발할 수 있는 것(헌법 제76조)과 비견되는 권한이라고 할 수 있는데, 지방자치법 제100조에 의하면 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결사항 중 주민의 생명과 재산보호를 위하여 긴급하게 필요한 사항으로서 지방의회가 성립되지 아니한 때, 지방의회를 소집할 시간적 여유가 없는 때, 지방의회에서 의결이 지체되어 의결되지 아니한 때에는 선결처분을 할 수 있다. 선결처분을 한 후 지방자치단체의 장은 지체 없이 지방의회에 보고하여 승인을 얻어야 한다. 선결처분이 지방의회의 승인을 얻지 못하면 그 때부터 효력을 상실한다.

II. 규칙의 제정과정

규칙의 제정 및 개폐절차는 조례의 경우와 기본적으로 동일하나, 그 절차에 있어서 지방의회가 관여하지 않고 지방자치단체의 장에 의해서만 행해질 수 있다. 구체적인 절차는 다음과 같다.⁴⁶⁾

46) 서울특별시, 앞의 책, 238-240면.

1. 규칙안의 작성

규칙안의 작성은 지방자치단체 내의 소관업무를 주관하는 부서에서 작성한다. 이 경우 규칙으로 정할 사항인가 여부, 법령 또는 조례에 저촉되는지 여부, 규칙의 내용이 달성하고자 하는 목적에 적합한가 여부, 시·군·구의 규칙제정인 경우 시·도의 규칙에 저촉되는지 여부, 필요한 선행절차(합의, 승인 등)의 이행 여부 등을 검토하여야 한다.

2. 규칙안의 심사 및 조례규칙심의회 심의

소관부서에서 작성된 규칙안은 법제담당부서의 심사를 받아야 한다.

법제담당부서에서는 ① 형식심사로서 규칙으로 정할 사항인지 여부, 관계기관간의 합의·협의를 여부, ② 예비심사로서 상위법령 또는 조례와의 관계, 법체계상의 문제, 입법선례와의 비교, ③ 본심사로서의 조문의 축조 검토, 다른 법령·조례 및 규칙과의 관계 검토, 대안의 준비 등을 한 후 심사필의 날인을 한다. 법제담당부서의 심사가 끝난 규칙안에 대해서는 지방자치법시행령 제10조의 2의 규정에 따라 조례규칙심의회 심의·의결을 거쳐야 한다.

3. 규칙안의 사전보고

규칙은 공포예정일 15일 전에 시·도에 있어서는 행정자치부장관에게, 시·군·구에 있어서는 시·도지사에게 그 전문을 첨부하여 보고하여야 한다. 보고를 받은 행정자치부장관은 이를 관계중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다. 또한 시·도지사는 시장·군수·구청장으로부터 보고 받은 사항 중 행정자치부장관이 지정한 사항이 있을 경우에는 지체없이 이를 행정자치부장관에게 보고하여야 한다. 사전보고를 받은 감독관청에서는 규칙이 위법하다고 인정될 경우, 그 시행을 보류시키거나 별단의 지시를 내릴 수 있다.

4. 규칙안의 공포

공포예정일 15일 전에 상급기관에 사전보고한 후 상급기관으로부터 적법하다는 통보를 받으면 공포준비를 하되, 규칙의 경우 지방자치법 제19조의 조례의 경우처럼, 통보 받은 날부터 20일 이내에 공포하여야 한다는 공포시한이 없어 지방자치단체의 장이 판단하여 예정일에 공포하면 된다.

제 3 장 자치입법과정의 통제

I. 주민에 의한 통제

1. 조례의 제정 및 개폐청구권

(1) 의의

조례는 지방자치단체가 자치권에 기초하여 스스로 정립하는 법규범이므로 지역주민 전체가 참여하는 주민총회에서 제정하는 것이 민주주의의 요청에 적합하다 할 것이다. 그러나 오늘날과 같이 복잡다단한 사회 구조하에서는 다수의 주민이 한군데에 모인다는 것은 사실상 불가능하며, 현대 사회가 요구하는 전문성 등을 확보하기 어려우므로 주민들이 뽑은 대표기관을 통하여 조례를 제정할 수밖에 없다.

우리나라도 지방자치법에서 기관대립형의 대의제를 채택하고 제35조에서 조례는

반드시 지역주민의 대표기관인 지방의회의 의결을 거쳐 제정하도록 규정하고 있다.

그러나 주민의 대표기관인 지방의회가 주민이 원하는 조례를 만들지 아니하거나 원하지 않는 조례를 만들어 운영할 경우에는 주민이 직접관여할 필요가 있다. 지난 1999년 지방자치법을 개정하여 제13조의 3에 지방자치단체의 20세 이상의 주민은 20세 이상의 유권자인 주민총수의 20분의 1의 범위안에서 대통령령이 정하는 20세 이상의 유권자인 주민수 이상의 연서로 당해 지방자치단체의 장에게 조례제정 및 개폐를 청구 할 수 있는 제도를 도입하였다.⁴⁷⁾

주민의 조례제정 및 개폐의 청구가 있으면 지방자치단체의 장이 조례의 제정 및 개폐안을 작성하여 지방의회에 부의하여야 하기 때문에 실질적으로는 주민이 제안권을 갖는다고 해석된다.⁴⁸⁾ 조례안의 제정 또는 개폐청구가 있더라도 조례안에 대하여 제정 또는 개폐하여야 할 의무를 지는 것은 아니며, 다른 조례안과 마찬가지로 절차에 따라 제정 또는 개폐여부를 결정하게 된다.⁴⁹⁾ 그러나 이러한 주민의 조례제정 및 개폐 청구가 있으면 지방자치단체의 장은 반드시 지방의회에 부의하여야 하므로 지방자치단체의 조례제정권에 대하여 지역주민에 의한 직접적인 통제수단의 하나라 할 수 있다.

(2) 청구권의 내용

1) 청구의 주체

조례의 제정 및 개폐를 청구할 수 있는 주민의 수는 20세 이상으로서 유권자인

47) 일본은 우리나라와 비슷한 주민의 조례제정 및 개폐 청구권을 인정하고 있다. 선거권을 가진 자의 총수의 50분의 1이상의 연서로써 청구하되, 지방세의 부과·징수 및 분담금, 사용료, 수수료의 징수에 관한 사항은 청구할 수 없도록 하고 있다. 미국은 각 주마다 다르나, California주에서 1911년 주민발안제도를 도입하면서 주민들이 의회에 제출하고, 의회가 입법에 실패할 경우 주민투표에 부치는 간접주민발안제도를 채택하였으나 1966년 폐지되고, 현재는 County에서 조례나 규칙을 개정하기 위해서는 지난 주지사 선거시 투표한 유권자의 10%이상의 서명을 받아 다음 일반선거에서 과반수의 찬성을 얻어 시행하는 주민발안제도를 운영하고 있다. 독일은 시민이 지방의회가 일정한 사항을 결정해 줄 것을 신청하는 시민신청제도를 운영하고 있는 주가 많으며, 조례에 대해서는 시민결정이 허용되지 않는 것이 일반적이다.

48) 김갑섭, 조례에 관한 연구, 조선대학교 박사학위논문, 2001, 118면

49) 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2000., 112면.

주민총수의 20분의 1의 범위안에서 대통령령이 정하도록 되어 있으며, 지방자치법 시행령은 20세 이상 주민수가 15천명 미만인 경우에는 연서 주민 수를 370으로, 700만명 이상인 경우에는 14만명으로 하는 등 주민 수를 20단계로 구분하여 연서 주민 수를 규정하고 있다. 20세 이상의 주민 총수는 연도별로 산정하되, 지방자치법 제 13조의 3 제8항에 의하여 주민등록법의 규정에 의한 주민등록표에 의하여 조사한 전년도 12월 31일 인구통계에 의하도록 하고, 지방자치법 제10조의 2 제2항에 의하여 지방자치단체의 장은 매년 1월 10일까지 20세 이상의 주민 총수와 조례의 제정이나 개폐 청구를 위하여 연서하여야 할 20세 이상의 주민 수를 공표하여야 한다. 20세 미만인 자나 외국인은 조례의 제정·개폐 절차에 참여할 수 없다.⁵⁰⁾

2) 청구의 상대방

조례의 제정 및 개폐 청구의 상대방은 당해 지방자치단체의 의회가 아닌 지방자치단체의 장이다.

3) 청구의 대상

조례의 제정·개폐 청구의 대상은 지방자치단체의 조례제정권이 미치는 조례의 규정사항이며, 다만 i) 지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 감면에 관한 사항과 ii) 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 또는 공공시설의 설치를 반대하는 사항은 제외된다. 이러한 사항을 제외한 것은 건전한 지방재정의 확보, 행정기구의 설치·변경의 신중성, 혐오시설의 확보를 위한 것이라고 한다.

4) 청구의 절차

지방자치단체의 20세 이상의 주민의 조례의 제정이나 개폐를 청구하는 때에는 청구인의 대표자를 선정하여 이를 청구인 명부에 기재하여야 한다. 청구인의 대표자는 청구의 취지와 이유 등을 기재한 조례의 제정이나 개폐 청구서를 덧붙여 문서로 대표자 증명서의 교부를 신청하여야 하며, 당해 지방자치단체의 장은 대표자가 20세

50) 홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000, 111면.

이상의 주민에 해당하는 경우에 한하여 대표자 증명서를 교부하고 그 취지를 공표하여야 한다. 청구인의 대표자는 20세 이상의 주민에게 서명 요청권을 위임할 수 있으며, 이를 위임한 때에는 수임자의 성명 및 위임연월일을 당해 지방자치단체의 장에게 신고하여야 한다. 대표자와 수임자는 20세 이상의 주민에게 청구인 명부의 서명을 요청할 수 있으며, 공표가 있는 날부터 시·도는 6월 이내, 시·군·자치구는 3월이내에 서명을 요청하여야 하며, 누구든지 공직선거및선거부정방지법 제33조의 규정에 의한 선거기간 중에는 서명을 요청할 수 없다.⁵¹⁾ 청구인 명부에 서명하고자 하는 20세 이상의 주민은 청구인 명부에 성명, 주민등록번호, 주소 및 서명일자를 기재하고 서명·날인하며, 서명을 취소하고자 할 때에는 대표자가 지방자치단체의 장에게 청구인 명부를 제출하기 전에 취소하여야 한다. 지방자치법 시행령 제10조의 5 제1항 내지 3항에 따라 청구인 명부는 시·군·자치구에 있어서는 읍·면·동 별로 작성하고, 시·도에 있어서는 시·군·자치구별로 읍·면·동으로 구분하여 작성한다. 지방자치법 시행령 제10조의 6 제1항 및 제2항에 따라 대표자는 서명요청기간이 경과한 날부터 시·도에 있어서는 10일 이내에, 시·군·자치구에 있어서는 5일 이내에 당해 지방자치단체의 장에게 청구인 명부를 제출하여야 하며, 지방자치단체의 장은 대표자의 성명·주소·청구취지 및 이유, 연서 주민 수, 청구인 명부 열람기간·장소 및 이의신청 방법을 공표하여야 한다. 지방자치단체의 장은 7일간 당해 지방자치단체와 시·군·자치구(시·군·자치구는 읍·면·동)별로 청구인 명부 또는 그 사본을 공개된 장소에 비치하여 열람하게 하여야 한다. 청구인 명부의 서명에 관하여 이의가 있는 자는 청구를 접수한 날부터 7일 이내에 당해 지방자치단체의 장에게 서면으로 이의를 신청할 수 있다.

이러한 이의신청에 대하여 지방자치단체의 장은 청구를 접수한 날부터 7일의 기간이 종료된 날부터 14일 이내에 조례·규칙심의회 등의 심의를 거쳐 이를 심사·결정하되, 그 신청이 이유있다고 결정한 때에는 청구인 명부를 수정하고, 이를 이의신청을 한 자와 청구인의 대표자에게 통지하여야 하며, 그 이의신청이 이유 없다고 결정한

51) 지방자치법 시행령 제10조의 4, 제1항 내지 제5항, 공직선거및선거부정방지법 제33조는 선거기간을 대통령선거는 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 장 선거는 17일, 지방의회의원선거는 14일로 하고, 재선거 및 재투표의 기간은 각각 2일이 짧다.

때에는 그 뜻을 즉시 이의신청을 한 자에게 통지하여야 한다.

지방자치단체의 장은 이의신청이 없는 경우 또는 모든 이의신청에 대하여 결정이 완료된 경우에는 조례·규칙심의회 심의를 거쳐 요건에 갖춘 때에는 청구를 수리하고, 그러하지 아니한 때에는 청구를 각하하고 이를 청구인의 대표자에게 통지하여야 한다. 지방자치단체의 장의 심사는 요건심사(형식적 심사)에만 한정되고, 내용심사(실질심사)는 배제된다고 할 것이다.⁵²⁾

지방자치단체의 장은 조례제정 및 개폐의 청구를 수리하게 되면, 그 청구를 수리한 날부터 60일 이내에 청구의 내용에 따라 조례의 제정 또는 개폐안을 작성하여야 하며, 조례안에 대하여 의견이 있는 경우에는 조례안에 의견을 덧붙여 지방의회에 부의하여야 하고, 그 결과를 청구인의 대표자에게 통지하여야 한다.

2. 청원권 및 주민의 소청권

청원법 제26조는 「모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다. 국가는 청원에 대해서 심사할 의무를 진다」고 규정함으로써 청원권을 보장하고 있다. 현행 청원법 제9조 제4항은 국가기관으로 하여금 청원에 대해서 수리·심사는 물론 처리 및 통지의무까지 지도록 하고 있다.

청원을 할 수 있는 기관은 헌법에서는 국가기관으로 되어 있으나 지방자치단체에 대해서도 할 수 있다. 청원은 지역주민 뿐만 아니라 지역에 거주하는 외국인도 할 수 있다. 그리고 자연인 뿐만 아니라 법인도 청원할 수 있다.

지방자치법은 제65조 제1항에서 ‘주민은 지방의회에 청원할 수 있다’고 규정하여, 지방의회를 청원기관으로 하는 경우만 규정하고 있다.⁵³⁾

지방의회에 청원을 하려는 자는 지방의회 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하여야 한다. 그리고 청원을 소개한 의원은 소관위원회 또는 본의회의 요구가 있을 때에는 청원의 취지를 설명하여야 한다.

52) 홍정선, 앞의 책, 111면.

53) 따라서 지방자치단체의 집행기관에 대한 청원은 일반법인 청원법을 근거로 하여야 한다. (청원법 제2조 제1항).

청원의 내용은 피해의 구제 등 뿐만 아니라 입법에 관한 사항도 청원사항이므로 조례의 제정 및 개폐에 관한 청원도 가능하다. 따라서 주민들은 헌법, 청원법, 지방자치법에 따라 지방자치단체의 조례제정권의 행사에 관하여 청원할 수 있으며, 이를 통하여 조례에 대한 통제를 할 수 있다.

II. 입법적 통제

우리나라 헌법은 법치주의를 기본이념의 하나로 채택하고 있으며, 제40조에서 「입법권은 국회에 속한다」고 하며 형식적인 의미에서의 법률을 제정하는 권한이 국회에 전속됨을 규정하면서 그와 아울러 헌법 제117조 제1항에서 지방자치단체의 자치입법권을 부장하고 있다.

실질적 의미에서의 법률에 대한 제정권한까지 국회가 독점한다는 뜻은 아니며, 지방자치단체의 사무에 대한 입법권은 지방자치단체에 속한다. 다만, 지방자치의 지역적인 문제에 대하여 전체 국민이 아닌 지역주민이 스스로 결정하는 제도이지만, 그것이 국가전체에도 상당한 영향을 미치므로 국가에서 관여하지 않을 수 없다.

헌법은 제117조 제2항에서 「지방자치단체의 종류를 법률로 정한다」고 규정하고, 제118조 제2항에서 「지방의회의 조직, 권한, 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로 정한다」고 규정하여 국회가 지방자치의 형성자로서의 권한이 있음을 명백히 하고 있다.

헌법은 자치입법권과 관련하여 ‘법령의 범위안’에서 보장하고 있으므로 국회는 법률의 제정을 통하여 자치입법권을 보장하는 동시에 그에 대한 통제를 할 수 있다. 따라서 지방자치단체의 사무에 관한 지방자치단체의 입법권과 국회의 입법권이 서로 경합하게 되지만, 국회가 입법권을 행하는 범위내에서 제한된다고 볼 수 있다.⁵⁴⁾

법률에 의한 조례제정권의 통제수단으로 가장 직접적이고 강력한 것은 지방자치단체의 자치입법이 국가의 입법정책에 어긋난다고 판단하는 경우에 법률의 제정·개정·폐지를 통하여 조례가 상위법 위반으로 되어 적용될 수 없도록 하는 것이다.

54) 한국지방자치학회, 한국지방자치론, 삼영사, 1996, 544면.

그리고 조례제정권의 행사에 대한 행정적·사법적 통제수단 역시 법률에 의하여 결정된다. 조례는 법령의 범위 안에서 제정되어야 하므로 조례의 내용이 중앙정부의 정책에 어긋난다고 판단되는 경우에 대통령령, 총리령, 부령을 제정, 개정 및 폐지함으로써 그 조례가 상위법령에 위반되게 함으로써 조례제정권을 무력화시킬 수 있다. 다만, 이러한 행정입법에 의한 통제는 법률의 위임 범위안에서만 제정, 개정이 가능하다는 제약이 있다.

Ⅲ. 행정적 통제

1. 재의요구

지방자치법은 지방자치단체 내부에서 지방의회의 권한행사에 관한 집행기관의 견제수단 및 조례의 적법성 확보를 위하여 재의요구 제도를 도입하고 있는바, 조례제정권은 물론 더 나아가 지방의회 의결사항 전체를 재의요구 대상으로 삼고 있다.

재의요구제도는 원래 대통령제 국가에서 입법에 관한 국회의 독주를 견제하고 법령의 집행을 책임진 정부의 입법에 관한 의사를 반영하기 위한 수단으로 국회와 행정부간의 권력분립과 권한행사에 관한 견제와 균형을 유지하기 위한 제도이다.

지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장의 관계를 기관대립형을 채택하였기 때문에 지방의회의 권한 행사에 관한 집행기관의 견제수단이다.⁵⁵⁾ 지방자치단체의 장과 지방의회는 각자가 주민의 선거에 의하여 민주적 정당성을 갖기 때문에 이들 상호간에 정책대립이 있는 경우 합리적인 조정수단이 있어야 하며, 재의요구는 그 유력한 방안중의 하나이다.

또한 조례안을 포함한 지방의회의 의결내용이 월권이나 법령위반에 해당하는 경우 재의요구를 할 수 있도록 함으로써 조례의 적법성을 확보하기 위한 수단이기도

55) 대법원도 “지방의회는 행정사무의 감사와 조사권 등에 의하여 단체장의 사무집행을 감시·통제할 수 있게 하고 단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 지방의회의 의결권 행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있는바...” 라고 판시하였다(대판 1997. 4. 11. 96추138).

하다. 이에 따라 국법질서내에서의 자치입법권의 한계를 준수하도록 함과 아울러 지방자치단체 내부에서의 지방의회와 집행기관 사이의 권한배분이 지켜질 수 있게 된다.

다음으로 이러한 지방자치단체 내부에서의 재의요구 제도 외에 국가가 지방자치단체를 지도·감독하는 지위에서 지방의회 의결사항에 대하여 국가의 재의요구 지시를 할 수 있다. 지방자치단체는 집행기관과 지방의회 사이에 이견이 없더라도 국가의 재의요구 지시에 따라야 한다. 이러한 점이 대통령제 국가에서의 법률안 거부권과는 차이가 있다.

또한 지방자치법은 재의요구와 아울러 지방의회에서 재의결된 위법한 조례에 대하여 대법원에 제소하는 제도를 두고 있다. 지방자치법이 상위법령에 위반된 조례에 대하여 대법원 제소제도를 둔 것은 헌법재판소의 위헌법률심사제 및 대법원의 명령·처분·규칙의 위헌·위법 심사권과 같은 취지라 할 것이다. 현실적으로 지방자치단체장이 재의요구를 할 경우 지방의회에서는 여기서 반발하여 더욱 결속을 강화하여 재의결이 이루어지는 경우가 많은데, 재의결된 조례는 조례로서 확정되고, 지방자치단체장이 공시하지 않으면 지방의회 의장이 공시하여 효력이 발생하게 된다.

따라서 조례가 상위법령에 위반되더라도 집행기관은 이에 따라 행정을 수행하게 되고 이로 인하여 분쟁이 발생되고 주민들에게 많은 불편과 지장을 초래하기 전에 사법적 판단에 따라 그 효력유무를 명확히 하기 위한 제도이다.

(1) 재의요구권자

재의요구는 지방의회와 지방자치단체장 상호간의 권한분배 내지 조정에 관한 문제이므로 재의요구는 지방자치단체장의 권한사항이고 그의 명의로 행해져야 한다. 지방자치법 제19조 제3항 및 제98조 제1항과 제99조 제1항에서 지방자치단체의 장이 재의요구권자임을 명시하고 있으며 주무부장관 또는 상급 지방자치단체장의 지시에 의한 재의요구를 규정한 제159조에서도 이의요구는 당해 지방자치단체장이 행하도록 하고 있다. 제159조에 의한 재의요구에 있어 주무부장관의 재의요구 지시가

있는 경우 지방자치단체장은 반드시 재의요구를 하여야 하는 것으로 규정되어 있으나 이에 따르지 않는 경우에 지방자치단체장을 징계 등 문책할 수 없고 그 밖에 특별한 제재수단이 없어 선언적 의미밖에 없다고 할 것이다.⁵⁶⁾

대법원 제소의 경우 지방자치단체장에게 제소지시를 하였음에도 이에 따르지 않으면 주무부장관이 직접 제소하도록 규정한 것과 비교하면 재의요구와 마찬가지로 대법원 제소지시 역시 실효성 있게 보장할 수단이 없으므로 직접 제소할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다.

(2) 재의요구 사유

지방자치법 제19조의 재의요구 사유는 ‘조례안에 대하여 이의가 있는 때’이다. 헌법 제53조의 법률안 재의요구 사유가 ‘법률안에 이의가 있는 때’와 마찬가지로 특별한 제한을 두지 않고 있다. 이는 조례안 재의요구 제도가 지방의회와 집행기관 사이의 정책충돌이 있는 경우 이를 조정하기 위한 수단이기 때문이다. 제98조의 재의요구 사유는 ‘월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때’이며 제159조에서는 ‘법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때’에 재의요구를 지시할 수 있도록 하고 있는바, ‘공익’을 현저히 해한다는 추상적인 개념으로 규정하고 있어 실제에 있어 제19조와 큰 차이가 없다고 보아야 한다. 이는 대법원 제소사유가 법령에 위반되는 경우로 한정되어 있는 것과 대조를 이룬다. 제99조의 재의요구 사유는 지방의회의 의결이 ‘예산상 집행할 수 없는 경비가 포함되어 있다

56) 주무부장관 또는 시·도지사가 재의요구를 지시하였음에도 자치단체의 장이 이에 따르지 아니한 경우 주무부장관 또는 시·도지사는 지방의회의 의결의 효력을 다투는 소를 제기할 수 없다(대판 1999. 10. 22. 99추54). 대전광역시유성구세특례조례부존재확인소송에서 대법원은 “ 행정소송법 제3조 제4호와 제45조에 의하면 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 기관소송은 이른바 기관소송법정주의를 취하고 있는 바, 지방자치법 제159조는 시·도지사가 자치구의 장에게 그 자치구의 지방의회 의결에 대한 재의요구를 지시하였음에도 그 자치구의 장이 그에 따르지 아니하였다 하여, 바로 지방의회의 의결이나 그에 의한 조례의 효력을 다투는 소를 자치구의 장을 상대로 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있지는 아니하고, 달리 지방자치법상 이러한 소의 제기를 허용하고 있는 근거규정을 찾아볼 수 없으므로, 시·도지사가 바로 자치구의 장을 상대로 조례안의 의결의 효력 혹은 그에 의한 조례의 존재나 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 지방자치법상 허용되지 아니하는 것이라고 볼 수밖에 없다.”고 판시하였다.

고 인정되는 때와 재해복구비 등을 삭감하는 때'로 되어 있어 비교적 재의요구 사유가 엄격하고 객관적으로 되어 있다. 따라서 지방자치법 제19조, 제98조, 제159조의 재의요구 사유에 관한 법적인 제한은 크게 문제되지 아니하나, 지방자치단체장은 객관적이고 합리적인 사유가 있을 때 재의를 요구하여야 할 것이다.

1) 법률의 위임없이 주민의 권리제한·의무부과 또는 벌칙을 규정하는 경우

지방자치법 제15조 단서에 의하여 지방자치단체가 조례로서 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항 또는 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다. 그러나 조례제정권자인 지방의회는 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정할 필요는 없으며 포괄적인 것이면 된다.

2) 개별 상위법령의 규정내용 위배

헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조 본문에서 '법령의 범위안에서' 조례제제우권이 보장되고 있으므로 법령에 위반된 조례는 재의를 요구하여야 한다. 법령위반이라 함은 법령의 명문규정에 위반한 경우는 물론 법령의 취지에 어긋나는 경우까지를 포함하는 것으로 보아야 한다.

3) 당해 지방자치단체의 사무가 아닌 사항을 규정한 경우

지방자치법 제15조에서 지방자치단체는 '그 사무에 관하여' 조례를 제정할 수 있도록 하였으므로 당해 지방자치단체의 사무가 아닌 사무에 관하여 규정한 조례는 법령에 위반한 것이 된다. 국가사무, 기관위임사무는 개별법률에서 특별히 조례로 정하도록 위임하지 않는 한 조례의 규율대상이 될 수 없다. 현행법상 어떤 사무가 지방자치단체의 사무인지 국가사무 내지 기관위임사무인지가 애매한 경우가 많아 재의요구가 많이 이루어지고 있다. 시·도의회에서 시·군·자치구의 소관사무에 관하여 또는 시·군·자치구의회가 시·도의 사무에 관하여 조례로 제정할 수 없다.

4) 시·군·구의 조례가 시·도의 조례·규칙에 위반한 경우

지방자치법 제17조에서 시·군·자치구의 조례는 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 안된다고 규정하고 있으므로 시·도의 조례나 규칙에 위반한 시·군·자치구의 조례는 법령에 위반한 의결에 해당되어 재의요구 사유가 된다.

5) 지방의회와 집행기관의 권한배분 및 대표제 원리에 위배되는 경우

현행 지방자치법은 지방자치단체의 의사를 내부적으로 결정하는 최고의결기관으로 지방의회를, 외부에 대하여 지방자치단체를 대표하고 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통할하는 집행기관으로 단체장을 두고 지방의회와 단체장에게 각각의 권한을 부여하는 권한의 분리와 배분원칙에 입각해 있다. 따라서 지방자치단체의 조례에서 의회와 단체장 어느 한쪽이 다른 쪽의 권한을 침해하는 내용을 규정해서는 안된다. 또한 의회대표제를 채택하고 있으므로 지방의회 운영과 관련하여 대표제원리에 위배되는 내용을 규정해서는 안된다.

6) 상급기관의 승인 등 선행절차의 이행

개별법령에서 지방자치단체의 조례를 제정하면서 입법목적상 조례로 정할 사항 중 특정사항에 대하여는 사전에 소관중앙부처의 승인을 거치도록 규정하고 있는 경우가 있는바, 이 경우 지방자치단체는 해당 법령의 규정내용에 따라 사전에 상급기관의 승인 등 필요한 선행절차를 거친 후 조례를 제정하여야 하며 선행절차를 이행하지 않는 경우는 재의요구 사유가 된다.

7) 공익을 현저히 해하는 경우 등 조례안에 이의가 있는 경우

지방자치법 제98조와 제159조에 의한 재의요구 사유로 명시한 ‘공익’은 추상적·다의적인 개념으로 결국 헌법 제53조, 지방자치법 제19조의 ‘이의가 있는 때’와 같은 의미라 할 것이다.

8) 예산상 현행 불가능한 사항이 포함된 경우

지방자치법 제99조 제1항에 명시된 사항으로서 조례안도 지방의회의 의결사항이므로 예산상 집행 불가능한 사항을 담고 있는 조례안은 동 조항에 근거하여 재의를 요구할 수 있다. 예산편성권은 지방자치단체의 장에게 있고, 조례안은 지방의회 의원의 발의로 가능하므로 예산과 조례의 불일치 현상이 발생할 가능성이 있다. 지방자치법 제123조에서도 「지방의회가 새로운 재정부담을 수반하는 조례나 안건을 의결하고자 할 때에는 미리 지방자치단체의 장의 의견을 들어야 한다」고 규정하고 있다. 지방의회가 ‘예산상 집행할 수 없는 경비’의 지출을 포함한 조례안을 의결하는 행위는 지방자치법 제118조의 규정에 의한 지방자치단체장의 예산편성권을 침해하는 것이므로 위법행위에 포함된다고 볼 수 있다.

(3) 재의요구 방법 및 기한

지방자치법 제19조 제3항은 「지방자치단체의 장은 이송 받은 조례안에 대하여 이의가 있는 때에는 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고 그 재의를 요구할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다」고 규정하여 헌법 제53조의 법률안의 재의요구와 똑같은 내용을 규정하고 있다. 조례안의 재의요구를 하면서 일부거부나 수정거부를 금지하는 것은 지방자치단체의 장이 자신의 의사에 부합되는 내용은 받아들이고 불만을 가진 내용만을 재의에 부치도록 하는 것은 지방의회의 조례제정권 행사를 지나치게 제약하는 것이며, 지방의회에서 의결된 내용을 수정하여 재의요구를 하는 것은 재의결을 통한 원안관철의 기회를 박탈하는 결과를 가져오기 때문이다. 지방자치법 제98조 및 제99에서 이송 받은 날로부터 20일 이내에 재의요구를 하도록 하고 있으나 제159조에서는 시한이 설정되어 있지 않다. 조례안은 제19조 제5항에서 지방자치단체의 장이 이송 받은 날로부터 20일이 지나도록 공시나 재의요구를 하지 않을 경우 조례로서 확정되므로 그 20일 이내에 재의요구 지시와 재의요구가 모두 완료되어야 한다. 지방자치법시행령 제37조 제1항에서 「법 제19조, 법 제98조 또

는 법 제99조의 규정에 의한 재의요구는 지방의회가 폐회중인 때에도 할 수 있으며」라고 규정하고 있는바, 지방의회가 폐회직전에 조례안을 의결할 경우를 생각할 때 당연한 규정이라 할 것이다. 그리고 재의를 요구할 때 반드시 이유를 붙이도록 하고 있는바, 지방의회에서 재의결 또는 수정의결을 할 때 검토하여야 할 자료가 될 뿐 아니라 나중에 대법원 제소로 이어졌을 때 중요한 판단자료가 된다. 지방의회에서 조례안의 가부를 논의할 때 지방자치단체장의 재의요구 사유를 중심으로 판단하므로 대법원 제소 후에 새로운 사실을 들어 당해 조례의 무효를 주장하는 것은 지방의회의 재의결 결정과정에서 판단할 기회를 주지 못하였기 때문에 받아들이기 힘들 것이다.

(4) 조례안의 재의결

지방자치단체의 장 또는 교육감이 재의요구한 조례안에 대하여 지방의회가 재의에 부친 경우에는 지방의회 의장은 이를 지체없이 소관 위원회 등에 알리고, 본회의에 상정하여 재의요구권자로부터 재의요구사유 설명을 들은 후 질의·토론을 거쳐 표결한다. 재의에 부쳐진 조례안을 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 당해 조례안은 조례로서 확정된다. 따라서 당해 조례안에 대하여 지방자치단체장이 다시 재의에 부쳐 그 효과를 정지시킬 수 없다. 재의에 부친 결과 의결정족수에 미달되면 그 조례안은 폐기되며, 재의에 부친 이상 수정가결할 수는 없다. 재의에 부쳐 토론한 결과 재의요구가 타당하여 조례안을 수정할 필요가 있는 때에는 일단 재의요구된 조례안은 부결시키고 새로운 조례안을 다시 제안하여 소관 위원회의 심사와 본회의의 의결을 거쳐야 한다. 조례안이 재의요구 되면 일단 의결된 효과는 정지되는데, 이때 지방의회가 재의투표된 조례안을 반드시 재의에 부쳐야 하는가가 문제된다. 지방자치법 시행령 제37조 제1항은 「재의를 요구받은 지방의회는 부득이한 사유가 없는 한 재의요구서가 도착한 날로부터 10일 이내에 이를 재의에 붙여야 한다. 이 경우 폐회 또는 휴회중인 기간은 이를 산입하지 아니한다」고 규정하여 지방의회가 반드시 재의에 부칠 것을 요

구하고 그 시한까지 설정해 놓고 있다. 그러나 이는 법적 구속력이 없다고 한 것이다. 실제로 재의 요구한 조례안을 재의에 부치지 않고 방치한 사례도 있는 바, 긴급한 사안일 경우 당해 조항이 재의요구 대상이 아니면 지방자치단체장의 선결처분권을 활용할 수 있다. 그리고 법률안 재의와 같이 재의 요구된 원안을 방치하고 새로운 수정안을 마련할 경우, 재의요구 사유를 검토한 후 위원회 대안을 마련하여 대안의결을 행할 수 있으며, 이때에는 특별정족소가 아닌 일반정족수가 적용된다. 이것은 재의 요구된 조례안은 사실상 폐기되고, 수정의결된 조례안을 새로 의결된 조례로 보아야 한다. 수정된 조례안에 대하여 지방자치단체장이 이의가 있을 때에는 지방의회에 재의를 요구할 수 있다. 또한 지방자치단체장이 제안한 조례안을 원안대로 의결한 경우 재의요구가 가능한가가 문제된다. 이 경우 지방자치법 제19조 제3항의 규정에 의한 지방자치단체장의 직권에 의한 재의요구는 할 수 없으나 지방자치법 제159조 제1항의 규정에 의한 재의요구는 가능하다는 견해도 있으나, 지방자치단체장이 법령위반 사실을 뒤늦게 인식할 경우 위법한 조례를 공포, 시행하는 것보다는 재의요구를 하여 시정할 수 있는 기회를 주는 것이 타당하다고 본다.

(5) 재의요구의 실태

이러한 재의요구제도는 지방자치의 시행초기에 지방자치단체의 입법능력 부족을 보완하고 지방자치단체의 집행기관과 의결기관간의 적절한 관계설정 등에 크게 기여하였다. 지방의회가 구성된 1991년부터 2005년 말까지 15년간 지방자치단체의 장이 재의 요구한 조례는 총800여건에 이르는 바, 지방자치단체의 장이 직접 재의를 요구한 조례안은 300여건이고 감독관청의 지시에 의거 재의를 요구한 조례안은 600여건이고,⁵⁷⁾ 재의 요구한 800여건 중 부결이 60%인 500여건, 재의결이 28%인 200여건, 기타가 12%인 100여건으로 나타나고 있다. 이와 같이 감독기관의 지시에 의한 재의요구가 많은 이유는 지방자치단체의 집행기관이 지방의회와의 마찰을 우려하여

57) 행정자치부의 연도별 자치법규운영실적 통계에 따르면 91~96간 338건, 97년 61건, 98년 75건, 98년 44건 2000년 46건으로 나타나고 있다. 최근의 통계는 02년 22건, 03년 40건, 04년 61건, 05년 81건으로 나타났다.

소극적으로 대처한 것이 가장 큰 원인을 제공하였으며,⁵⁸⁾ 또한 조례제정에 관한 전문지식이 결여되었기 때문이다.

2. 표준조례안 또는 조례준칙안 시달

지방의회가 구성되기 전에는 지방자치에 고나한 임시조치법에 의하여 지방의회의 의결사항은 시·도의 경우에는 내무부장관(서울특별시의 경우에는 국무총리), 시·군의 경우에는 시·도지사의 승인을 얻어 시행하였는 바, 상급관청이 조례안의 심사편의를 도모하고 전국적인 통일을 선호하여 사전에 조례준칙을 작성하여 각 지방자치단체에 시달하고 자치단체장은 그 준칙을 토대로 자치단체의 명칭 기타 경미한 사항을 수정하여 상급관청의 승인을 얻어 공시·시행하는 경우가 많았다.

지방의회가 구성되고 지방자치제가 부활·재시행된 이후에도 아직까지 표준조례안 내지 조례준칙안을 작성하여 지방자치단체에 제공하는 실행이 여전히 남아 있다. 이와 같은 표준조례안의 제공은 지방자치법 제155조에 규정된 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사의 지방자치단체 사무에 관한 조언·권고·지도에 해당한다고 볼 수 있다. 조언·권고는 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사가 지방자치단체에 대하여 행하는 비구속적 성질의 지식이나 정보의 제공, 권장 내지 알선을 의미하고, 통상적으로 장래를 향하여 지방자치단체의 위법을 방지하고 원활한 사무수행을 보장하는 사전적 관여의 성격을 지닌다. 따라서 조언이나 권고는 사실행위로서의 성격을 가지며, 지방자치단체가 반드시 따라야 할 의무는 없다. 이러한 실행은 중앙정부가 자신의 능력을 과신하고 지방의회의 입법능력을 과소평가한 데서 비롯된 것으로서 자치입법의 본래적 의미를 퇴색시키고 있다. 표준조례안 내지 조례준칙안제도는 지방의회의 입법역량이 성숙될 때까지 자치입법에 상당한 도움을 준 것은 사실이나, 지방자치단체의 자치입법 역량의 제고를 위해서는 그 운영에 신중을 가하여야 할 것이다.

58) 이상규, 재의의 운영실태와 발전방향, 자치의정 제4권 제2호, 2001, 29면.

3. 승인·협의

(1) 의의

현행 법령중에는 조례를 제정·개정 또는 폐지하는 경우에 관계 중앙행정기관의 장 또는 상급지방자치단체의 장의 승인을 받거나 협의하도록 규정하고 있는 경우가 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 조례의 제정과정에서 그러한 협의나 승인절차를 거쳐야 하는데 이와 같이 국가기관 등으로부터 승인 등을 얻도록 하는 경우 이를 국가적 승인유보라 한다.

이러한 승인유보는 현행 지방자치법, 지방재정법, 지방세법 등 지방자치 관계법령 뿐만 아니라 개별법령에서도 규정하고 있다. 이러한 승인제도는 한편으로는 사전적인 권력적 관여 내지는 감독의 수단이라 할 것이나, 다른 한편으로는 협력적인 관여 수단이 된다. 승인이 협력적인 수단이 될 수 있는 것은 지역적 이해와 함께 국가적 이해가 있는 사항이 자치사무로 되어 있는 경우에 자치단체가 당해 사항을 처리함에 있어서 미리 감독청의 승인을 받도록 함으로써, 승인제도를 통하여 자치단체와 국가가 미리 협력할 수 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 승인은 일반적으로 타자의 법률적 행위에 동의를 부여하여 그 행위의 효력을 보충함으로써 법률상의 효력을 완성시키는 행위인 점에서 그 구조상 행정청이 사인에 대하여 행하는 승인과 동일하지만 자치사무에 대한 감독관청의 승인은 행정주체간의 관계에서 행하여지는 점에서 서로 다르다.

승인여부를 결정함에 있어서는 특별한 제한이 없는 한 적법성 여부뿐만 아니라 타당성 여부도 검토할 수 있다.⁶⁰⁾ 따라서 법령에 특별한 정함이 없는 한 승인이 거부된 경우에도 행정쟁송으로 다룰 수 없다. 승인을 받아야 함에도 승인없이 행한 경우는 무효사유가 된다 할 것이다.⁶¹⁾

59) 박윤훈, 앞의 책, 193면.

60) 박윤훈, 앞의 책, 193면 : 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 1992, 188면.

61) 대법원은 “지방자치법 제15조의 규정에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이므로, 지방자치단체가 내무부장관의 허가를 얻지 아니하고 지방세 과세면제 등에 관한 조례를 제정한 경우에는 지방자치법 제15조, 지방세법 제9조 위반으로 위법하여 효력이 없다”고

현행법령상에는 자치단체의 사무소의 소재지를 변경하거나, 농업기술센터의 폐지, 보건소의 추가 설치시에는 행정자치부 장관 또는 시·도지사의 협의를 받도록 규정하고 있는 바, 이러한 협의가 승인과는 어떻게 다른가를 살펴볼 필요가 있다.

원래 협의란 대등한 관계에서 상호 권한에 관련이 있을 때 의사의 통일을 이루기 위한 상호 협력수단의 일종이다. 그런데 자치단체의 사무소의 소재지 변경이나 직속기관의 설치·폐지는 자치사무이며, 이러한 자치사무에 대한 국가의 관여는 지도·감독 차원에서 행하여진다는 점, 그리고 법령상 요구되는 협의 없이 행한 행위는 승인없이 행한 행위와 마찬가지로 무효가 된다는 점에서 협의는 승인과 다를 바 없다고 생각된다.

승인유보는 지방자치단체의 자치입법권을 사전적으로 제약하는 것이지만 지방자치가 헌법상 보장되어 있다하더라도 법령에 의하여 구체화 될 수밖에 없으므로 법령에 근거를 두고 그로 하여금 지방자치제도의 본질을 침해하지 않는 한 허용된다 할 것이다.⁶²⁾ 그러나 승인유보는 사후적·교정적 감독이 아닌 사전적·예방적 감독수단으로서 지방자치단체의 자치입법권에 대한 중앙정부의 가장 강력한 통제수단인므로, 법률에 근거해서만 행사되어야 하며, 자치권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위안에서 또한 과잉금지의 원칙 아래서 신중하게 행사되어야 할 것이다.

(2) 현행법령상 승인·협의유보 조항

현행지방자치법, 동법 시행령, 지방세법, 지역보건법 등 법령에서 일정한 사항을 조례로 제정토록 하면서 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사의 승인·협의를 받도록 하고 있다.

먼저, 지방자치법, 동법 시행령에서는,

관시한 바 있다(대판 1996. 7. 12. 96추22).

62) 헌법재판소는 지방세법 제9조의 위헌소원에서 “지방자치법 제9조는 지방자치단체의 합리성 없는 과세면제의 남용을 억제하고 지방자치단체 상호간의 균형을 맞추게 함으로써 조세평등주의를 실천함과 아울러 건전한 지방세제를 확립하고 안정된 지방재정운영에 기여하게 하는데 그 목적이 있는 것으로서 지방자치단체의 조례제정권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다”고 하였다(헌재결 1998. 4. 30. 96헌바62).

i) 자치구가 아닌 구와 읍·면·동의 명칭과 구역을 변경하거나 폐지·분합할 때에는 행정자치부 장관의 승인(제4조 제3항)

ii) 시·도 또는 시·군·자치구의 사무소의 소재지를 변경하거나 새로 설정하는 경우에는 행정자치부 장관 또는 시·도지사 와 미리 협의(제6조 제1항)

iii) 지방자치단체의 장이 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 다시 위임 또는 위탁하는 경우에는 당해 사무를 위임 또는 위탁한 기관의 장의 승인(제95조 제4항)

iv) 시·군·자치구의 행정기구는 대통령령이 정하는 기준에 따라 시·도지사의 승인(제102조 제1항)

v) 자치구가 아닌 구, 읍·면·동의 행정기구의 설치에 시·도지사의 승인(이는 규칙제정사항, 제111조)

vi) 지방자치단체가 직속기관, 사업소, 합의회 행정기관, 상근 위원이나 사무직원을 두고 자문기관을 설치할 때에는 행정자치부 장관(시·군·자치구는 시·도지사 경유)의 승인(지방자치법 시행령 제39조의3 제1항, 제40조 제2항, 제41조, 제42조)

지방자치단체의 행정기구와 정원 기준등에 관한 규정(대통령령)에는

i) 한시기구를 설치하고자 할 때에는 시·도는 행정자치부 장관의 승인을, 시·군·자치구는 시·도지사의 승인(제6조 제3항)

ii) 지방자치단체의 장이 농업기술센터를 폐지하고자 하는 경우에는 미리 행정자치부 장관(시·군·자치구는 시·도지사 경유)과 협의

iii) 지방공립대학에 두는 교육공무원의 정원, 한시정원, 초과정원의 책정시에는 행정자치부 장관의 승인을 받아야 하며(제11조의 2 제5항, 제14조 제2항, 제19조 제2항)

지방세법에는 지방자치단체가 과세면제, 불균일과설 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 행정자치부 장관의 허가를 얻도록 하고 있으며(지방세법 제9조), 지역보건법 제7조에서는 보건소를 추가로 설치할 때에는 행정자치부장관과 미리 협의토록 하고, 지방소방기관 설치에 관한 규정(대통령령)에서는 조례로 지방소방학교의 설치(제5조 제1항), 소방서의 설치(제8조), 규칙으로 ?출소의 설치·통합(제?조)에 미리 행정자치부 장관의 승인을 얻도록 규정하고 있다.

4. 조례의 제정·개폐 보고

지방자치법 제21조에서는 자치법규의 제정 개폐시 보고에 관하여 규정하고 있다. 조례는 지방의회에서 이송된 날로부터 5일 이내에 시·도지사는 행정자치부 장관에게, 시장·군수·자치구청장은 시·도지사에게 그 전문을 첨부하여 보고하여야 하며, 보고를 받은 행정자치부 장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하도록 하였다. 그리고 시·도지사는 시장·군수 및 자치구청장으로부터 보고받은 조례중 행정자치부 장관이 지정한 사항이 있을 때에는 지체 없이 이를 행정자치부 장관에게 보고하여야 한다. 교육감이 제출한 조례안을 이송받은 경우에는 이와 같은 일반적인 법정 보고절차에 관한 규정이 없다. 다만, 지방교육자치에 관한 법률 제38조 제1항에서 교육감은 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육인적자원부장관에게 보고하도록 하고 있다.

일반적으로 보고의 징수는 다른 감독수단의 행사를 위한 필요성 판단과 그 적절한 행사를 위한 전제조건으로 작용한다. 지방자치법 제21조의 규정에 의한 조례의 제정·개폐시 보고제도를 활용하여 같은 법 제159조 제1항의 재의요구 지시를 하고 있다. 조례안의 제정·개폐시보고를 요구하느냐는 나라에 따라 다르다.

영국에서는 조례안에 대한 주무부장관의 인가제도를 도입하고 있으며, 독일에서도 조례안의 인가 또는 보고제도를 채택하고 있다. 또한 일본에서는 일반적인 보고의무를 과하고 있는 바, 지방자치법 제252조에 의하여 지방공공단체는 조례를 제정하거나 개폐한 때에는 도도부현은 공시한 날로부터 20일 이내에 자치대신에게, 시정촌은 공시한 날로부터 30일 이내에 도도부현지사에게 보고하도록 되어있다.

우리나라와 일본의 보고제도는 첫째, 보고기한을 우리나라는 지방의회로부터 이송된 날로부터 기산하고 있는데, 일본은 공시한 날로부터 기산한다. 둘째, 보고기한이 우리나라는 시·도나 시·군·자치구 동일하게 5일 이내인데 반하여 일본은 도도부현은 20일, 시정촌은 30일로 되어 있으며, 셋째 우리나라는 시·군·자치구의 조례안중 행정자치부장관이 지정한 사항은 시·도지사가 지체 없이 행정자치부 장관에

게 보고하도록 되어 있으나 일본은 없다는데 차이가 있다.

IV. 사법적 통제

1. 위법조례에 대한 대법원 제소

(1) 의의

조례는 지방자치단체의 의결기관인 지방의회의 의결을 거쳐 제정되는 자치법규이지만, 조례도 국법체계의 일부를 이루기 때문에 조례보다 상위의 법규범에 위배해서는 아니된다.

조례의 국법체계상 위계에 대해서는 여러 가지 학설이 있지만 현행법상의 해석으로는 헌법과 법률은 물론 대통령령, 총리령, 부령과 법령의 명시적 위임에 의하여 중앙행정기관의 장이 정하는 행정규칙, 그리고 국내법적 효력이 인정되는 국제법규보다 하위에 위치한다.⁶³⁾

조례도 법규범인 이상 상위법규범에 위반할 수 없으며 상위법규범에 위반한 조례는 무효이다. 그러나 지방자치단체의 장은 무효인 조례를 적용하여 시행할 가능성이 많고 이에 따라 지역주민이 막대한 피해를 입을 우려가 크기 때문에 우리 지방자치법 제159조 제3항 내지 제6항에서 위법한 조례안의 의결에 대한 대법원제소 제도를 규정하고 있다.

지방자치단체의 장은 재의 요구한 조례안이 재의결된 경우 그 재의결된 사항이 법령에 위반된다는 판단되는 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제소할 수 있고, 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지 결정을 신청할 수 있다.

그리고 행정자치부장관 또는 시·도지사는 재의결된 조례안이 법령에 위반된다고

63) 법제처, 법률교육교재(Ⅰ), 1999. 24면. : 조정찬, 조례에 대한 규범통제제도에 관한 연구, 지방자치연구 창간호., 고려대학교 법무대학원 지방자치법학과 지방자치법학연구회, 2000. 10, 86면.

판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다. 제소의 지시는 재의결 후 20일이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날로부터 7일 이내에 제소하고, 행정자치부 장관 또는 시·도지사는 제소지시에 따른 제소기간이 경과한 날로부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.

지방자치법 제98조 제3항에서 지방자치단체의 장은 재의 요구한 조례안이 지방의회에서 재의결되었으나 그 조례안이 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있으며,⁶⁴⁾ 제소기한과 집행정지결정 신청에 관한 제159조 제3항을 준용하고 있다.

지방자치법 제19조 재의요구에 대해서는 대법원 제소제도를 규정하지 않고 있고 있으나 제19조에 의하여 재의를 요구한 조례안에 대해 지방의회에서 재의결할 경우 그 조례안이 법령에 위반된다고 인정된 때에는 제98조에 의하여 대법원에 제소를 할 수 있다고 본다.

대법원 제소대상은 조례가 법령에 위반된 경우에 한정되고, 공익침해를 이유로 대법원에 제소하는 것은 허용되지 않는다.

그리고 대법원에서는 지방자치단체의 장이 재의 요구시 이의사항으로 지적하여 재의결에서 심의대상이 된 사항에 대하여 심판할 뿐이고 사전에 재의 요구로 다룬 일이 없는 사항에 대해서는 판단하지 않는다.

재의결된 조례의 일부만이 위법한 경우에도 조례의 전부가 무효로 된다. 조례의 일부에 대한 효력배제는 결과적으로 조례전체의 내용을 변경하는 것으로 지방의회의 고유권한을 침해하고 또한 재의 요구시 일부에 대한 재의 요구나 수정 재의 요구가 허용되지 않기 때문이다.⁶⁵⁾

64) 대법원은 “지방자치단체의 재의요구에도 불구하고 지방의회가 조례안을 재의결하였을 경우, 지방자치단체의 장은 지방자치법 제98조 제3항에 따라 그 재의결이 법령 위반이 있음을 이유로 대법원에 제소할 수 있다”고 판시하였다(대판 1999. 4. 27. 99추23). 또한 대법원은 시의 출자금 등으로 마련한 기금으로 시 소속공무원의 대학생 자녀에게 장학금을 지급하도록 하는 인천광역시 공무원자녀 장학기금설치 및 운용에 관한 조례안에 대한 인천시의 회의 재의결은 무효라고 판시하였다(대판 1996. 10. 25. 96추107).

65) 대판 1994. 5. 10. 93추144에서 대법원은 “의결의 일부에 대한 효력의 배제는 결과적으로 전체적인 의결

(2) 대법원 제소 제도의 성격

지방의회의 의결사항에 대한 대법원 제소가 행하여진 경우 이에 관한 소송은 기관소송이라고 하는 설,⁶⁶⁾ 항고적 기관소송이라고 하는 설,⁶⁷⁾ 지방자치법 특유의 소송으로 규범통제의 일종이라는 설이 있다.

1) 기관소송설

위법조례에 대한 대법원제소제도는 행정소송법 제3조 제4호의 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 다툼이 있을 때에 제기하는 소송에 해당하므로 기관소송의 일종이라고 한다.⁶⁸⁾

따라서 소의 제기 및 당사자에 관하여서는 행정소송법 제45조의 규정에 의하여 해당 법률인 지방자치법에 의하게 된다고 한다. 그리고 여기에서의 소송에 대하여 준용할 법규정은 행정소송법 제46조의 규정에 의하여 정하여져야 한다. 지방의회의 조례안은 ‘구체적 사실에 관한 법집행’은 아니기 때문에 항고소송의 대상인 처분으로는 볼 수 없으며, 따라서 지방자치법 제159조의 소송은 항고소송과는 다른 당사자소송에 관한 규정을 준용하여야 할 것이다. 그리고 소송의 대상은 재의결이다.⁶⁹⁾ 조례는 공시에 의하여 그 효력이 발생하므로 아직 공시되지 아니하여 효력이 발생

의 내용을 변경하는 것에 다름 아니어서 의결기관인 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이 될 뿐 아니라, 그 일부만의 효력배제는 자칫 전체적인 의결내용을 지방의회의 당초의 의도와는 다른 내용으로 변질시킬 우려가 있으며, 또한 재의요구가 있는 때에는 재의요구에서 지적한 이의사항이 의결의 일부에 관한 것이라고 하여도 의결 전체가 실효되고 재의결만이 의결로서 효력을 발생하는 것이어서 의결의 일부에 대한 재의요구나 수정재의요구가 허용되지 않는 점에 비추어 보면, 재의결의 내용 전부가 아니라 그 일부만이 위법한 경우에도 그 재의결 전부의 효력을 부인하여야 한다”고 판시하였다.

66) 박윤훈, 앞의 책, 834면.

67) 구병삭, 주석 지방자치법, 박영사, 1995. 440면.

68) 한국사법행정학회, 주석 지방자치법, 1997. 551면 : 대법원은 대전광역시 유성구 구세특례조례 사건에서 “행정소송법 제3조 제4호와 제45조에 의하면 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 권한의 존부 또는 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 기관 소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정하여 이른바 기관소송법정주의를 취하고 있는 바”라고 하여 기관소송의 일종으로 보고 있다 (대판 1999. 10. 22. 99추54).

69) 박윤훈, 앞의 책. 195면.

하지 아니한 조례 자체의 유효나 무효를 소송의 대상으로 할 수 없다.⁷⁰⁾

2) 지방자치법에 특유한 규범통제의 일종이라는 설

지방자치법상의 대법원 제소제도는 지방자치법에 특유한 제소형태의 규범통제의 일종이라는 설이다.

규범통제는 헌법을 정점으로 하는 법규체계에 있어서 상·하위 법규상호간의 모순·저촉을 해소하기 위한 제도적 장치로서 헌법재판의 핵심적 영역을 이루고 있으나, 넓은 의미로는 헌법 제107조 제2항에 규정된 대법원의 위헌·위법 명령·규칙 심사까지 망라하는 개념으로 파악할 수 있으며, 또한 주관적인 권리보호보다는 객관적인 법질서 보호의 측면을 중요시 하는 일종의 기관적 소송이라는데 특징이 있고, 위법조례에 대한 대법원 제소 결과 그것이 위법한 것으로 판명되면 그 조례가 부효로 된다는 점에서 위헌에 위반된 법률을 무효로 하는 것과 유사하다고 볼 수 있으며, 그리고 조례도 법규에 해당함이 명백하고 상하위 법규 상호간의 효력관계에 관한 다툼이라는 점에서 규범통제의 일종으로 보아야 한다는 것이다.⁷¹⁾

3) 학설의 검토

먼저, 항고적 기관소송설을 검토해 보면 항고소송이란 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송으로서 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 취소소송, 그리고 행정청의 처분 등의 효력유무 또는 존재여부 등을 확인하는 무효등확인소송, 그리고 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 부작위위법확인소송으로 구분(행정소송법 제3조 제1호 및 제4조)되는바, 위법조례에 대한 대법원 제소를 항고소송으로 보는 것은 지방의회가 의결한 조례가 행정처분과 유사한 것으로 보고 그 의결된 조례의 무효를 구한다는 점에서 무효등확인소송에 가까운 것으로 보는 것은 타당하지 않다고 본다.

70) 백윤기, 지방자치법 제159조에 의한 소송과 지방의회의 조례제정권의 범위, 대법원 판례해설 통권 제18호, 587면.

71) 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 1999, 243-244면. : 조정찬, 앞의 글. 88-89면.

또한 조례에 대한 대법원 제소제도가 지방자치법에 특유한 규범통제의 일종이라는 데에도 찬동할 수 없다.

규범통제는 재판의 전제가 되느냐에 따라 추상적 규범통제⁷²⁾와 구체적 규범통제⁷³⁾로 나누어지고 우리나라는 구체적 규범통제만 인정하고 있다는 주장이 다수설이다.⁷⁴⁾

상위법에 위반된다고 판단되는 경우, 그 규범의 효력을 일반적으로 상실시키는 효력을 갖는 경우와 그 규범의 효력은 상실시키지 아니하고 당해 사건에 한하여 그 적용을 거부하는 경우로 나뉘어지는데, 추상적 규범통제는 법규의 효력유무를 판단하는 것이므로 그 법규의 효력을 상실시키며, 구체적 규범통제는 입법정책적 사항이다.

우리나라 헌법재판소법은 제47조와 제75조 제6항에 따라 위헌법률의 효력을 일반적으로 부인하고 있으며, 대법원에 의한 명령·규칙의 위헌·위법 결정에 대해서는 별도의 규정을 두지 않았으므로 일반적 소송원칙에 따라 당해 사건에 한하여 그 법규의 적용을 거부하고 소송을 제기하지 아니한 자들에게는 여전히 법규로서의 효력을 갖게 된다.

그런데 규범통제의 일종이라고 보는 설을 검토해 보면 첫째, 지방자치법 제159조 제3항에 의한 대법원 제소제도는 조례안이 아닌 지방의회에서 재의결된 모든 사항을 대상으로 하고 있는 제도라는 점에서 규범통제 조항으로 보기 어렵다고 본다.

지방자치법에는 조례의 제정 및 개폐뿐만 아니라 예산의 심의확정, 결산의 승인 등 지방자치단체의 중요한 사무에 대하여 지방의회의 의결을 거쳐야 하는 것으로 규정하고,⁷⁵⁾ 제159조 제3항의 대법원 제소사항은 조례뿐만 아니라 지방의회에서 재

72) 추상적 규범통제는 재판에 전제되지 아니하더라도 특정법규가 상위법규에 위반된다는 주장에 대하여 판단하는 것, 즉 구체적 소송사건을 매개로 하지 않고 일정한 조건을 구비한 제소권자에게 위헌 심판청구권을 부여하고 있는데 그 청구권자의 범위를 확대할수록 헌법침해를 감시하는 자의 범위가 확대되어 헌법수호가 강화되지만 남소의 폐단이 따르고 헌법재판소 등이 정쟁의 대상이 될 우려가 있다.

73) 구체적 규범통제는 특정법규가 상위법규에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된 경우에, 즉 구체적인 소송이 제기되었을 때 그 적용법규의 효력유무를 먼저 판단할 필요가 있을 경우에 행하는 규범통제를 말한다.

74) 김철수, 앞의 책, 797면 : 권영성, 앞의 책, 1159면 : 허영, 한국헌법론, 박영사, 2004, 308면.

75) 지방자치법 제35조 제1항에서는 지방의회는 1. 조례의 제정 및 개폐. 2. 예산의 심의·확정. 3. 결산의 승인 4. 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금 지방세 또는 가입금의 부과와 징수 5. 기금의

의결된 모든 사항을 대상으로 하고 있으며 이중 규범적 성격을 지니고 있는 것은 조례의 제정 및 개폐뿐이다.

둘째, 규범통제는 규범으로서 효력을 발생한 후 그 규범이 상위규범에 위배되는지 여부를 판단하여 효력을 상실케 하거나 당해 사건에 한하여 적용을 거부하는 것이나, 조례에 대한 대법원 제소는 반드시 공포하여 효력을 발생하느냐는 전제되지 않는다.

즉 지방자치법은 재의요구된 조례가 재의결되면 조례로서 확정되고 지방자치단체의 장은 지체 없이 공시하여야 하며, 지방자치단체의 장이 공포하지 않으면 지방의회의 장이 공포할 수 있다. 그러나 재의요구된 조례가 재의결 되어 조례로서 확정된 되었으나 지방자치단체의 장이나 지방의회의장이 이를 공포하지 않는 경우도 발생할 수 있다.

지방자치단체의 장이나 지방의회의 장이 공포하지 않으면 그 조례는 효력을 발생시킬 수 없게 되는데, 조례에 대한 대법원제소는 지방의회의 재의결만 있으면 가능하고 따라서 공포되지 않아 조례로서 확정된 되었으나 효력을 발생하지 않고 있는 조례는 아직까지 규범의 성격을 완전히 구비하지 못한 것이므로 규범통제의 일종으로 보는 것은 무리이다.

셋째, 규범통제라 할 경우 조례라는 동일규범에 대하여 2중적인 규범통제가 인정된다는 불합리한 결과를 초래하게 된다.

조례에 대한 대법원 제소를 규범통제의 일종이라고 볼 경우 결과적으로 우리 헌법이 인정하지 않고 있는 추상적 규범통제를 지방자치법에서 신설한 것으로 볼 수 있다. 아울러 규범통제의 일종이라고 보는 보는 설에 의해서도 ‘조례에 대한 대법원 제소제도가 규범통제로서의 성격을 갖는 지방자치법 특유의 제도이나 조례도 법규로서 재판의 전제가 되었을 때에는 헌법 제107조 제2항의 규정에 의하여 대법원이 이를 최종적으로 심사하게 될 것이고 이때 대법원이 당해 조례가 상위법에 위반되었다고 판단하면 그 조례는 당해 사건에 대하여 적용이 거부될 것임은 당연하다’

설치·운용 6. 대통령령으로 정하는 중요재산의 취득·처분 7. 대통령령으로 정하는 중요시설의 설치·처분 8. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산의 의무부담이나 권리의 포기 9. 청원의 수리와 처리 10. 외국 지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항 11. 기타 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항에 대하여 의결한다고 규정하고 있다.

고 하고 있는 바, 이는 조례에 대한 대법원의 위헌위법 명령·규칙 심사권에 조례도 포함되며 조례에 대한 구체적 규범통제의 대상이 된다는 것이다.

그렇다면 지방자치단체의 장이 재의요구하여 지방의회에서 재의결된 조례에 대해서는 추상적 규범통제와 구체적 규범통제의 이중적인 규범통제가 인정되는 결과를 가져오는데 우리 헌법이나 지방자치법 어느 규정에서도 조례규범에 대해서만 2중적 규범통제를 받도록 한 특례를 인정하는 규정을 찾아 볼 수 없을 뿐만 아니라 규범통제의 본래의 취지에서도 맞지 않는다 할 것이다.

넷째, 제소 결과 대법원에서 판단하는 것은 조례의 효력 유무가 아닌 지방의회의 의결의 유·무효라는 점에서 규범통제 조항으로 보기 어렵다.

지방자치법 제159조 제3항 내지 제6항에 따라 지방자치단체의 장이나 행정자치부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 위법할 경우 제소하고 이에 따라 대법원에서도 재의결의 유효·무효를 판단하게 되고, 재의결이 위법하여 무효라고 판단하면, 지방자치법 제35조 제1항 등에 지방의회의 의결이 무효이므로 결과적으로 조례가 무효가 되는 것이지, 조례 자체의 유효·무효를 직접 판단한 결과는 아니라 할 것이므로 규범통제의 일종으로 보기는 어렵다 할 것이다. 대법원에서 조례의 유효·무효가 아닌 지방의회 의결의 유·무효를 판단한다고 볼 때에만 지방의회 의결 일부에 대한 판단은 지방의회의 의결권을 침해하는 것이 된다하여 의결 전체에 대하여 판단하고 있는 것과 대법원에서 지방자치단체의 장이 재의요구시 이의사항으로 지적하여 재의결에서 심의대상으로 된 것은 국한하여 심판할 뿐이고, 사전에 재의요구로 다룬 일이 없는 사항에 대해서는 판단을 거부하는 것이 타당하다는 결론을 도출할 수 있게 된다.

따라서 기관소송이라고 보아야 할 것이다. 우리나라 행정소송법 제3조 제4호에 따라 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송이며, 행정소송법 제45조 「기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다」의 규정에 따라 지방자치법에서 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.⁷⁶⁾

76) 우리 헌법 제111조는 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한에 관한 심판을 헌법재판의 심판 사항으로 하고 있는 바, 여기에서의 권한 쟁의는 권한의 귀속에 관한 적극적·

규범통제의 일종이라고 보는 설에서는 위법조례에 대한 대법원 제소제도는 지방의회의 권한사항에 관한 것인가의 여부를 따지는 것이 아니라 상위법령에 위반되는가 여부에 대한 다툼이므로 기관소송으로 보기 어렵다고 하나,⁷⁷⁾ 기관소송은 법규의 적절한 적용을 확보하기 위하여 공법상의 기관이 당사자가 되어 그들간의 분쟁을 해결하기 위한 쟁송이므로⁷⁸⁾ 타당하지 않다고 본다.

2. 위헌·위법 명령·규칙 심사권에 의한 통제

우리헌법은 제107조 제2항에서 「명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」고 하여 법원의 명령·규칙 심사권을 규정하고 있다.

이러한 명령·규칙 심사권은 국법질서의 통일성을 유지하고 위헌·위법한 명령·규칙으로 인한 국민의 기본권 침해를 방지하기 위한 것이다. 헌법은 심사의 대상으로 명령과 규칙을 규정하고 있으나 조례도 그 대상이 됨은 당연하다. 조례도 국법질서의 한축을 담당하고 있으며 따라서 국법질서의 통일성을 유지할 필요가 있으며, 또한 위헌·위법의 조례로 인하여 국민의 기본권 침해 가능성이 있으므로 대법원의 위헌·위법 심사권의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

조례가 위헌이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되는 경우에 심사할 수 있고, 심사 결과 위반된다고 인정되는 경우에 법원은 그 조례를 당해 사건에 적용하는 것을 거부할 수 있을 뿐이며 그 무효를 선언할 수는 없으며 이러한 범위내에서 조례는 법원의 통제를 받는다.

3. 헌법재판소에 의한 통제

헌법소원이라 함은 헌법에 위반되는 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법

소극적 분쟁이므로 여기에는 해당되지 않는다.

77) 조정찬, 앞의 글, 88-94면.

78) 박윤훈, 앞의 책, 740-741면.

상 보장된 기본권이 직접 그리고 현실적으로 침해당한 자가 헌법재판소에 당해 공권력의 위헌여부의 심사를 청구하여 기본권을 구제 받는 제도를 말하며, 우리 헌법 제111조 제1항 제5호는 헌법재판소는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 관장하고 규정하고 있다.

헌법재판소법 제68조는 헌법소원을 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 자가 청구하는 권리구제형 헌법소원과 위헌법률심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 경우에 제청신청을 한 당사자가 청구하는 위헌심사형 헌법소원으로 구분하고 있다.

헌법 재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 공권력의 행사에는 입법권의 입법행위도 포함되며 지방자치단체에서 제정하는 조례도 불특정 다수인에 대해 구속력을 가지는 법규이므로 조례제정행위도 입법작용의 일종으로서 헌법소원의 대상이 된다.⁷⁹⁾

그러나 위헌심사형 헌법소원의 대상이 되는냐에 대해서는 헌법재판소법 제68조 제2항에서 「제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부의 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다」고 규정하고 있는 바, 심판의 대상이 ‘법률’이므로 지방자치단체의 조례는 그 대상이 될 수 없다.⁸⁰⁾

권리구제형의 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자는 조례로 말미암아 헌법상 보장된 기본권이 침해되었다고 주장하는 주민이다. 지방자치단체나 지방의회는 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없고 오히려 주민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이므로 헌법소원을 제기할 수 없다.⁸¹⁾

헌법소원심판을 청구하기 위해서는 i) 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상보장된 자신의 기본권이 직접적이고 현실적으로 침해되었을 것. ii) 다른 법률

79) 헌법재판소는 “조례는 지방자치단체가 그 자치 입법권에 근거하여 자주적인 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법이기 때문에 조례 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다”고 하였다(헌재결 1995. 4. 20. 92헌마264등 병합).

80) 헌재결 1998. 10. 15. 96헌바77.

81) 헌재결 1998. 3. 26. 96헌마345.

에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 마친 것일 것. iii) 권리보호의 필요성이 있어야 한다.⁸²⁾

따라서 조례 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우에는 그 조례를 대상으로 헌법소원을 청구할 수 있다.⁸³⁾ 이 경우 헌법소원의 전제 요건으로서 당해 조례가 구체적 집행절차를 매개로 하지 아니하고 직접적으로⁸⁴⁾ 180일 이내에 청구하여야 한다. 조례가 시행된 뒤에 비로소 그 조례에 해당하는 사유가 발생하여 기본권을 침해받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.⁸⁵⁾

헌법재판소는 심판결과 조례 또는 조례의 조항이 위헌임을 선고할 수 있으며, 헌법재판소의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

82) 조례에 대한 헌법소원에서는 침해의 직접성과 보충성이 문제된다. 이에 대하여 헌법재판소는 처분적 조례의 경우 침해의 직접성을 인정하고, 조례 자체의 효력은 다투는 소송이 없다하여 보충성에 반하지 않는다고 한다(헌재결 1995. 4. 20. 92헌마264등). 그러나 대법원은 폐교처분취소 사건에서 조례자체의 효력을 다투는 행정소송이 적법하다는 전제하에 본안심판을 하였다(대판 1996. 9. 20. 95누7994). 따라서 조례에 대해 행정소송을 제기할 수 있어 이제는 행정소송을 제기하지 않고 헌법소원을 제기하면 헌법소원의 보충성의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 또한 헌법재판소법 제68조 제1항이 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 취지상 재판수 원처분에 대한 헌법소원도 부적법하다는 것이 헌법재판소의 관례(헌재결 1998. 5. 28. 91헌마98등)이므로, 부적법하다는 판단을 받게 된다. 이 문제는 단기적으로 현재와 대법원간의 기관우호의 정신을 통하여, 장기적으로는 입법적으로 해결이 요구되는 사안이라고 생각된다.

83) 독일에서도 조례가 헌법소원의 대상이 된다는 점에 학설상 다툼이 없고, 연방헌법재판소도 이를 인정하고 있다.

84) 헌법재판소는 부산광역시세조례 부칙 제2조 및 목포시세조례 부칙 제2조의 위헌확인 헌법소원에 대한 결정에서 “ 주민세를 부과 징수하는 경우 동 조례를 적용하여 이루어지는 별도의 집행행위인 과세처분에 의하여 비로소 기본권 침해가 현실적으로 나타나는 것이므로 동 조례 부칙 제2조는 기본권 침해의 직접성이 없고 따라서 이 부칙 조항들을 직접 대상으로 삼은 이 사건심판청구는 헌법소원의 요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하다”고 하였다(헌재결 1998. 11. 26. 96헌마 55).

85) 헌재결 1994. 12. 29. 92헌마216.

제 4 장 자치입법과정의 문제점과 개선방안

제 1 절 서론

지금까지 자치입법 즉, 조례와 규칙의 제정과정을 살펴보았다. 지방자치제도의 본격적인 실시로 인하여 현재 각 지방자치단체에서 조례와 규칙 등 자치법규가 상당수 제정되어 시행되고 있다. 이러한 자치법규는 1995년의 지방선거 이후, 지방자치단체의 장이 주민에 의해 직접 선출되어 지방의회와 함께 민주적 정당성을 확보함에 따라, 그 동안의 관치입법 내지는 중앙의 지침시달에 의한 종속입법의 성격을 탈피하면서 그 입법수요가 크게 증가하고 있고 그 내용도 복잡·다기화되어 가고 있는 추세에 있다.

자치입법은 지방의회가 구성되지 아니하여 지방자치단체의 최고 규범인 조례가 상급기관의 승인을 얻어 제정되어, 모든 지방자치단체의 조례가 정형화되어 버렸던 지방의회구성 이전보다는 민주성과 다양성이 제고된 것이 사실이다. 그러나 자치입법과정의 현실적인 운영측면을 살펴보면, 법제업무에 대한 전문성 미흡과 조례의 제정한계 이탈로 인한 상위법령 위반 또는 집행불가능한 내용 등을 포함한 조례안이 의결되어 재의가 요구되고 대법원에 제소되는 사례도 적지 않았으며, 또한 행정수요가 광역화되어가고 있는 추세에서 지나치게 지역이익만을 추구하여 국가 중요시책의 추진에 지장을 초래하는 문제점도 노출되었다.

반면에, 조례의 제정이 각 지방자치단체의 창조적인 발의보다는 국가의 법령제정과 개폐라는 타율적인 요인에 의해 좌우되는 경우도 많았다.⁸⁶⁾ 또한 지방의회의원이

발의한 조례안보다는 지방자치단체의 장이 제출하는 조례안의 통과율이 아직도 높음을 감안할 때, 비록 지방자치단체의 장이 주민에 의해 직접 선출되므로 이전의 중앙 임명직 지방자치단체의 장보다는 독립성이 강하다고 볼 수 있지만, 국고 보조금 등 중앙의존의 연결고리가 있는 한 집행기관에 의한 법률시행규칙적인모델조례의 제출과 의회의 형식적인 승인절차로 인하여 조례제정절차가 도식화되는 문제점이 발생할 개연성이 높다고 하겠다.

이러한 도식화된 조례제정절차의 문제점은 조례제정에 국가의 후견적 감독이 지나쳐 지방자치의 존립조차 위태롭게 만드는 데 있다. 조례는 지역주민의 복리증진을 위하여 주민에게 적용되는 규범인 만큼 주민을 위하여 제정되어야 하는 것이다.

결론적으로 국법체계의 유지와 조례제정의 자주성확보간의 관계를 어떻게 조화시키는가 하는 것이 가장 중요한 문제라고 하겠다.

이하에서는 현행법상의 자치입법과정에서 제기되는 문제점과 이에 대한 개선방안을 항목별로 설명하기로 한다.

제 2 절 자치입법과정의 개선방안

I. 자치입법기능의 자주성 확보

조례의 제정과 폐폐는 지방의회의 전속적이고 고유한 권한이다. 그러나 조례안의

86) 지방의회와 입법권이 있어 조례를 자치법규로 만든다고 하지만 창조적으로 제정하는 경우는 드물고 중앙에서 준칙안을 내려보내면 그에 맞추어 통과시키는 경우가 많다. 창조적인 조례제정으로는 다양한 시민들의 의견을 수렴하고 각종 시민운동 단체들과 연대하여 조례안을 작성하는 것을 들 수 있다. 청주시 '행정정보공개조례'나 부천시 '자판기금지조례'는 좋은 사례가 될 것이다. 안세찬, 지방의원의 바람직한 의정 및 지역활동의 방식, 한국형 지방자치의 청사진, 길벗, 1995, 421면.

제안권은 지방의회의원뿐만 아니라 지방자치단체의 장에게도 부여되고 있으며, 실제로 조례안의 작성 및 제출은 집행부에 의하여 행해지는 경우가 대부분이다.⁸⁷⁾

지방자치단체의 장에 의한 조례안의 제안은 상위법령이 제정·개폐되면 그러한 국법질서의 변동에 조화하기 위하여 나타나는 경우가 많아, 중앙 주도의 자치입법이 남발되어 지방의회의 권한과 위상을 축소시키고 지역발전과 주민복지 등에 직결된 사안을 주민이 직접 참여하여 결정할 수 있는 기회를 제한하고 있다.

더구나 지방의회의원이 발의한 조례안의 경우 지방의회에서 심의·의결되더라도 해당 지방자치단체의 장에 대한 상급감독기관의 재의요구지시권 및 제소지시권에 의하여 상당한 제약을 받고 있다.

또한 지방자치단체의 장은 지방의회의결사항 중 주민의 생명과 재산보호를 위하여 긴급하게 필요한 사항에 대하여 지방자치법 제100조 제1항에 규정된 사유가 있으면 선결처분할 수 있는바, 비록 이것이 지방의회의 승인을 받지 아니하면 그 효력을 상실하지만 선결처분의 대상에 제한이 없고, 선결처분이 행해지면 일단 그 효력이 발생한다는 점에서 지방의회의 조례심사권을 침해할 가능성이 높다고 하겠다.

지방의회의 자주입법기능의 활성화를 위해서는 현행법상 제약되어 있는 조례제정권의 범위를 확대해야 한다. 현재 논란이 되고 있는 지방자치법 제15조 단서에 규정된 주민의 권리제한, 의무부과 또는 벌칙제정시의 법률의 위임이 있어야 한다는 규정은, 헌법 제37조 제2항에 의하여 국민의 기본권은 반드시 국회에서 제정된 형식적 의미의 법률에 의해서만 제한될 수 있다는 취지에 비추어 볼 때 일용 타당하다고 볼 수 있다.⁸⁸⁾

87) 1996년도 정기회기간 동안 지방자치단체에서 제·개정된 조례를 제안자별로 그 건수를 구분하여 보면, 지방자치단체의 장이 주도하는 자치입법활동의 양상을 쉽게 알 수 있다. 즉, 광역지방자치단체에서는 총 302건의 조례가 제·개정되었는데 지방 의회의원 발의가 44건인 반면에 단체장이 제안한 건수는 258건이었고, 기초지방자치단체의 경우에도 총 건수 2,796건 중 의원발의가 393건이고, 단체장 제안이 2,403건으로서 단체장이 제안하여 제·개정되는 조례의 건수가 의원이 발의하는 경우 보다 6-7배 많음을 알 수 있다.

88) 이에 대하여 지방자치법 제15조 단서의 위헌성을 제기하는 견해가 상당한바, “지방자치법 제15조 단서에 의하여 조례는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 정할 수 있다. 그것은 다른 조례의 경우에는 법령에 위반되지만 아니하면 제정할 수 있는데, 주민의 권리제한 등에 관한 사항을 정하는 경우에는 법령에 위반되지 않더라도 정할 수 없고 국가의 법령에서 개별적으로 위임을 하고 있는 사항에 대하여서만 제정할 수 있는 것이다. 그러나 이는 위헌적 요소

그러나 국가와는 다른 독립적인 법인으로서 지방자치단체가 주민을 대상으로 자치법규를 제정하면서 주민의 권리·의무에 관한 사항을 법률의 위임 없이는 규정할 수 없다면, 조례나 규칙 등은 상위 법령의 시행규칙으로서 국가법령과 별반 차이가 없는 것이다. 바로 이것이 지방의회의 입법기능이 크게 활성화되지 못하는 가장 큰 이유라고 할 수 있다. 이것은 현행법상의 법리상 해석과 지방자치단체의 현실적인 입법수요간의 괴리라고 할 수 있다.

국민의 기본권 제한은 반드시 법률에 의하도록 하는 제37조 제2항과의 관계상 현재 논란이 되고 있는 조례제정의 범위확대문제는 헌법개정사항이라고 할 수 있다. 그러나 기본권제한적 조례에 대한 법률유보가 기본권보호의 기능과 기본권제한에 관한 최소한의 평등을 보장하는 기능을 담당하고 있는 점을 감안한다면 그러한 방향의 헌법개정은 반드시 타당하다고는 말할 수 없다.

따라서 다음으로 고려할 수 있는 것은 현행헌법상의 골격을 유지하되 입법자가 지방자치단체의 수요를 고려하여 법률로써 조례제정권을 수권하는 입법기능의 재배분방안이다.

즉, 법령에서는 전국적인 통일이나 공익을 위하여 불가피한 것만을 규정하고 지방자치단체의 정치적인 결정에 맡겨 지역적인 특성을 반영한 다양한 해결책을 모색할 수 있는 것은 조례에 과감하게 위임하는 것이 바람직하다.⁸⁹⁾ 어쨌든 현행헌법과 지방자치법하의 조례제정범위는 극히 협소하고 실효성 있는 조례제정이 곤란하므로 그 범위확대를 위한 법리적 검토가 있어야 할 것으로 본다.⁹⁰⁾

가 있다고 할 것이다. 그것은 헌법 제117조 제1항에서는 조례를 법령의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있는 국가행정기관의 위임입법과는 구별하여, 자치사무에 관하여는 그 내용이 어떠한 것이든 간에 '법령의 범위 안에서' 제정할 수 있게 하였는데, 지방자치법 제15조 단서에서는 주민의 권리제한 등에 관한 사항은 '법령의 범위 안에서'도 제정할 수 없게 하고 법령의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있게 하여 추가적인 제한을 가하고 있기 때문이다." 박윤훈, 앞의 책, 126면-127면.

89) 경제정의실천시민연합, 바람직한 지방자치발전을 위한 경실련의 제언 참조.

90) '국회와 지방의회입법권의 배분기준'에 대하여는 "지방자치법 제11조의 국가사무를 국회의 전속적 입법소관사항으로 한정하되 국가사무 이외의 행정사무에 대하여는 지방자치의 본질적 요소를 침해하지 않는 범위 안에서 법률을 제정하여야 할 것이다. 다만 국가사무와 자치사무 이외의 행정사무에 대해서는 국회와 지방의회의 경합적 입법소관사항으로 보아야 할 것이다. 지방의회는 상기 국회의 전속적 입법소관사항 이외의 광범위한 사무 중 자치사무를 전속적 입법소관사항으로 하고 자치사무에 관하여 법률과 조례가 상충되는 경우에는 조례우선의 원칙을 확립하며……(중략)……자치사무에 관한 한 법령의 선점이

한편, 지방자치단체의 자치사무로 예시된 지방자치법 제9조 제2항의 사무가 개별법의 규정에 의하여 국가사무로 변동될 가능성이 높다. 제도적으로는 국가사무의 지방이양화를 확대함으로써 자치사무의 영역을 넓힘과 동시에 지방자치법 제9조 제2항 단서를 삭제하여 자치사무가 국가의 일방적인 판단에 따라 국가사무로 규정되는 소위 법률선점논리를 배제해야 할 것이다.

II. 입법과정에 대한 지방자치단체의 참여확대

현행법상 조례가 법령의 범위 안에서 제정되어야 하는 하향적인 입법방식은 형성되어 있지만, 지방자치단체가 그 연해를 국가의 입법과정에 반영할 수 있는 상향적인 제도적 장치는 전혀 마련되어 있지 못하다.

단일국가인 영국의 경우에서도 지방자치단체가 직접국회에 개별 법률안(Private Bill)을 제안할 수 있는 제도를 두고 있다. 그리고 독일도 지방자치단체에 중요한 이해관계가 있는 법률안이 위원회에서 심의되는 경우에는 지방자치단체의연합회에 의결 전 의견진술권을 주고 있다.⁹¹⁾

국회 및 정부가 국가 또는 지방행정의 실효성·현실적합성을 높이고 행정에 활력을 주기 위한 법률을 제정하기 위해서는 지역사정에 정통한 지방자치단체(의회)의 제안을 입법에 반영할 필요가 있다.⁹²⁾ 국가의 입법과정에 지방자치단체의 참여가 필요한 이론적 근거를 살펴보면 다음과 같다.⁹³⁾

첫째, 민주주의원칙으로부터 지방의 국가의사결정과정에서의 참여가 요구된다. 민주주의는 ‘밑에서 위로의’의사결정을 가능하게 하는 제도적 장치이며, 이를 통하여 지방의 형식적인 아이디어와 경험 및 지방적인 이익을 국가의 의사결정과정에 반영

론을 배제하기 위하여 지방자치법 제9조 제2항의 단서를 삭제하여야 한다.” 김성호, 주(31), 221면 이하.

91) 독일연방헌법의사규칙 제69조 제5항에서는 독일의 지방자치단체연합회(Kommunale Spitzenverbände)에게 법률제정절차에 있어서 정부가 제출하는 지방자치에 관련되는 법률에 대하여 우선적으로 통고를 받으면 의견을 제시할 권리를 보장하고 있다. 김성호, 지방의회의 의정효율성 제고방안, 한국지방행정연구원, 1995, 135면.

92) 동지 : 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1997, 505면 이하.

93) 경제정의실천연합, 앞의 글 참조.

할 수 있다.

둘째, 법치국가적인 요청이다. 수직적인 권력분립을 통한 권력남용의 방지를 실현하기 위하여는 권력의 배분과 독립성을 보장하여 상호견제를 하여야 하는데, 지방자치단체의 국회입법과정에 대한 참여를 통하여 이러한 효과가 나타날 수 있다.

셋째, 국가의 실질적인 통합을 위하여 지방자치단체의 참여가 요구된다. 지방자치단체의 참여에 의한 공동체의 의사형성은 밑에서 위로의 자발적인 통합이므로, 지방자치단체의 국가입법에 대한 자발적인 협력과 국가와 지방자치단체간의 이견조정이 원활해져서 양자간 대립과 갈등관계는 상당부분 해소될 수 있다.

넷째, 지방자치단체의 자치입법권을 수호하고 지방분권적인 정치체제를 존속시키기 위하여 지방의 참여가 요구된다. 지방의 이해와 밀접한 관련이 있는 입법이 지방의 참여가 배제된 채 일방적·하향적으로 결정된다면, 자치입법권의 존립근거가 위협을 받는다. 이것은 헌법이 지방자치제도를 보장하여 국가와 지방자치단체라는 이원적 권력구조를 상정하고 있음에도 불구하고, 지방자치를 실질화 시키는 입법적인 제도화된 장치를 마련하고 있지 못하여 자치입법권을 형해화시키는 결과가 된다.

이와 같이 국가의 입법과정에 지방자치단체가 참여하는 방안으로서 먼저 고려될 수 있는 것은, 지방자치법에 근거규정을 마련하여 지방자치단체연합체(가칭)를 설치하고 여기에 지방에 관련된 법률안에 대하여 의견제안권을 부여하는 방식이다. 국회 혹은 정부의 입법 과정에 모든 지방자치단체가 개별적으로 참여하여 의견을 개진하는 것은 불가능하며 효과적이지도 않기 때문에, 지방자치단체(의회)의 이익을 대표할 수 있는 이 단체가 본 역할을 수행하는 것이 타당하다고 본다. 국회 입법과정에서 지방자치단체연합체에 의견제안권을 부여하기 위하여는 국회법의 개정도 고려해 볼 필요성이 있다.⁹⁴⁾

다음으로는 보다 획기적인 방안으로서 독일의 연방참의원과 같이 지방정부의 대표들로 구성된 입법기관을 설치하여 지방세법 등 일정한 법률안에 절대적 거부권을

94) 상임위원회의 직무를 규정한 현행법 제58조(위원회의 심사) 다음에 지방자치단체(의회)의 의견제안권에 관한 조항을 신설하여, 소관상임위원회에서 지방자치단체와 그 연합체의 이해관계에 영향을 주는 중요한 사항에 관한 의안을 심의하는 경우, 전국적 대표성을 가진 지방자치단체나 그 연합체에 위원회의 의결 전에 의견을 제안할 수 있는 기회를 부여할 수 있도록 하여야 한다. 또한 특히 법률안에 대하여 그러한 제안을 할 수 있는 범위 및 요건을 규정해야 할 것이다. 김성호, 주(31), 233면 이하.

부여하는 방안을 생각해 볼 수 있으나, 이것은 헌법개정을 전제로 하지 않고는 불가능한 것으로서 조례의 범위 안에서 법령이 제정되는 결과를 초래하는 등 ‘상위법우선의 원칙’에 저촉되며, 국가 전체적으로 통일적이고 능률적인 정책수행이 필요한 경우에도 지방정부의 반대에 의하여 입법과정이 지면 내지 철회되는 등 우리 현실에는 그 도입에 무리한 면이 있다고 본다.

이밖에 정부 내 입법과정에 대한 참여를 통하여 구체적인 입법정책이 형성되는 과정에 지방자치단체의 이익을 투입·조절하는 절차적인 보장방안도 고려해 볼 수 있다. 여기에는 현재 합리적인 근거 없이 서울특별시장만 참석하고 있는 국무회의에 다른 지방자치단체의 장의 참여를 보장하여 지방관련 법률안에 대하여 의견을 제시하도록 하는 방안과 지방행정관련 시행령이나 시행규칙 등 행정입법의 제정·개정·폐지시에 미리 지방자치단체의 의견을 듣도록 하는 방안 등이 제시되고 있다.

Ⅲ. 조례의 사법심사주체의 변경과 권한쟁의대상기관 확대

조례의 성격상 단순히 법률과 명령의 하위규범이 아니라 헌법이 보장하고 있는 자주법규범이자 의회입법이라는 점에서, 자주법입조례를 명령 등 행정입법과 동류로 취급하여 조례에 대한 사법심사권을 명령, 규칙과 같이 대법원에 부여하고 있는 현행 제도는 헌법상 보장된 자주입법으로서의 조례의 법적 성격을 간과한 면이 있다.

이와 관련하여 조례의 사법심사기관은 당해 조례의 위헌 또는 위법성심사에 국한된 대법원보다는 수권법령의 적헌성 심사를 동시에 고려할 수 있는 헌법재판소가 적합하다는 주장⁹⁵⁾이 제기되고 있다. 즉, 조례는 민주적 정당성을 가진 법률에 준하는 의회입법이므로, 입법취지상 조례의 입법성심판은 당해 조례의 입법을 규정하고 있는 법령이 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 본질을 침해하고 있는지 여부가 동시에 판단되어야 하므로, 조례의 사법심사주체는 헌법 정신에 따라 법률에 대한 규범통제권을 가진 헌법재판소이어야 함이 마땅하다는 것이다.

그리고 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁

95) 김성호, 주(88), 139면 이하.

의심판에 있어서 국가기관을 행정부에 한정하고 있어,⁹⁶⁾ 입법권의 범위와 대상에 대하여 국회와 지방의회간 권한쟁의가 예상됨에도 이를 제한하고 있다.⁹⁷⁾ 따라서 국가기관을 행정부에 한정하고 있는 법규정을 개정하여 입법부 등 국가기관을 포함하도록 개정하여야 할 필요가 있다고 본다.

한편, 헌법소원과 관련하여 독일에서는 헌법상 보장되는 지방자치권이 법률에 의하여 침해되면, 지방자치단체는 헌법재판소에 헌법소원의 제기를 통하여 구제를 받을 수 있으나, 우리의 경우는 헌법재판소법상 기본권이 침해된 자만이 헌법소원을 제기할 수 있는바, 기본권의 주체성이 부인되는 지방자치단체는 헌법소원을 제기할 수 없게 되어 있다. 입법정책에 따라서는 변화할 수 있는 문제라고 본다.⁹⁸⁾

IV. 재의요구제도의 정비

입법기관이 의결하는 조례안을 집행하는 지방자치단체의 장의 이의제기수단인 재의요구제도는 대통령의 거부권행사와 유사한 성격을 가지고 있으나, 지방자치단체의 장의 재의요구가 상급기관의 요구나 지시에 의하여 이루어질 수 있다는 문제점이 있다. 즉, 행정자치부장관이나 시·도지사가 일방적으로 지방의회의결의 위법성과 공익성침해 여부를 판단하도록 한 것은 지방자치단체에 대한 통제로서 지나친 측면이 있다.⁹⁹⁾

즉, 지방자치단체의 장이 재의를 요구할 의사가 없음에도 지방사정을 제대로 모르는 행정자치부장관이나 상급자치단체의 장이 지방자치단체의 장으로 하여금 재의를 요구하게 한 것은 지방자치제도의 본질을 침해할 여지가 있다.¹⁰⁰⁾ 왜냐하면 지방자

96) 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호

2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판

가. 정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판

나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하'자치구'라 한다)간의 권한쟁의심판

97) 이것은 국회가 지방자치와 관련된 특정법률을 제정하는 경우에 지방자치단체가 국회를 상대로 국회에는 그러한 법률의 제정권한이 없다는 것을 다툴 수 없음을 의미한다. 홍정선, 앞의 책, 66면.

98) 홍정선, 앞의 책, 66면.

99) 동지 : 안세찬, 앞의 글, 409면.

치단체의 장의 의사와 무관하게 “이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다”는 강제규정에 의해 지방자치단체의 장은 재의를 요구하여야 하고 이에 따라 지방의회는 이를 다시 심의하여야 하므로 지방주민의 대표기관인 의결기관과 집행기관의 의사를 전적으로 무시하기 때문이다.

한편 상급기관에 의한 재의요구지시는 지방자치단체의 장의 대법원 제소권, 상급기관의 대법원 제소지시 및 직접제소 등 중첩적인 통제장치와 맞물려 지방의회의 입법기능을 심대히 제약하고 있다. 뿐만 아니라 지방의회에서 법령에 위반되는 의결을 했을 경우 상위법령을 개정해야 할 필요성도 예견되나 철저히 중앙통제로 일관하고 있다. 지방자치단체의 장의 상급기관에 대한 심사청구나 결정요구에 의해 상급기관이 2차적으로 지방의회의결을 견제하는 일본과 달리, 우리나라는 행정자치부장관이나 시·도지사가 독립적으로 법령위반 여부를 판단하여 재의요구지시·제소지시 및 직접제소를 가능케 함으로써 자치권에 상당한 통제를 가하고 있으므로 이의 시정이 필요하다. 즉, 행정자치부장관이나 시·도지사의 지방자치단체의 장에 대한 강제적 재의요구지시조항을 삭제하고, 대법원에 대한 제소지시권도 삭제하여 감독기관이 직접적으로 제소하도록 개정하는 것이 타당하다고 본다.

V. 자치입법 담당자의 법제능력 강화

자치입법안의 발안·심의 등 일련의 입법과정에서 해당공무원 및 지방의회의원의 법령에 대한 전문지식의 부족, 입법관련 보좌기구의 미흡, 의회운영의 미숙 등으로 인하여 조례안의 재의요구 및 제소사례가 빈번하는 등 많은 문제점이 있었던 점은 앞에서 수차례 언급한 바 있다.

따라서 이러한 문제점을 극복하고 자치법규가 적법·타당하게 적시에 제정될 수 있도록 하기 위해서는 다음과 같은 방안이 검토될 수 있을 것이다.¹⁰¹⁾

100) “지방자치는 언제나 지방자치단체 안에서 집행기관과 의결기관간의 상호견제를 통한 균형을 유지하자는 것인데, 수평적 관계가 아닌 상급기관이 지방자치단체 내의 현안을 지나치게 간섭하는 것은 결코 바람직하지 못하다.” 조창현, 지방의회의 운영과 성과, 지방자치특강, 경향신문사, 1994, 161면.

101) 박영도, 입법과정의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1994, 322-325면.

먼저, 지방자치단체에서 자치입법실무를 담당하는 공무원은 입법과정에 있어서 실제적인 영향력을 행사하므로, 이들의 법제능력을 향상시키는 것이 필요하다. 이를 위해서는 지방자치에 있어서 자치입법권 및 법제업무의 중요성에 대한 지방자치단체의 장 등 최고책임자의 인식의 제고, 법제업무담당자에 대한 인사·보수상의 배려, 법제업무전담기구의 확대 강화와 체계적이고 전문적인 법률교육의 실시 등이 요구된다.

한편, 중앙부처 차원에서도 법제실무 담당공무원의 전문성을 높이기 위하여 다양한 지원을 하고 있는데, 그 중 법제처에서는 ① 법제관이 지방자치단체의 자치입법전담요원에 대하여 법률교육은 매년 정기적으로 실시하고, ② 자치입법의 효율성 제고 및 중앙·지방간, 지방자치단체의 장·의회간 갈등예방을 위하여 지방자치관련법제정의 문제점을 연구하는 ‘자치법제개선연구반’을 행정법제국 소속하에 구성하여 운영하며, ③ 자치법규의 입안 및 심사기준 등 자치입법관련자료를 발간·배포하여 자치입법실무에 지침이 되도록 하고, ④ 법제관이 현지에 출장하여 자치법규의 입안 지원 및 법운영과정에서의 문제점에 대한 상담을 하는 등 다양한 업무를 수행하고 있다.¹⁰²⁾

이러한 법제처의 지원업무는 지방자치단체와의 협조관계의 토대 하에서 체계적이고 유기적으로 이루어지고, 그 내용도 실무적인 법제이론 및 기술적인 사항에 중점을 두어 행해짐으로써 자치입법권을 실질적으로 확대·발전시킬 수 있도록 하여야 할 것이다.

다음으로, 지방의원의 전문성제고가 필요하다. 91년 지방의회의 성립 이후 그 활동에 대한 비판적 평가에 있어서 일차적으로 지적되고 있는 문제 중의 하나가 지방의원들의 전문성 부족에 관한 것이다. 대부분의 지방의원들이 지방행정의 규모확대와 전문화추세에 부응할 만큼 각 분야에 대한 전문적 지식이나 행정업무에 대한 경험 등을 구비하지 못하고 있는 것이 현실이다. 따라서 지방의회에 제출되는 조례안의 거의 대부분이 집행기관인 지방자치단체의 장에 의해 제안이 되고 있으며, 지방의원이 제안한 조례안의 많은 부분이 전문지식의 부족으로 상위법이나 적법한 절

102) 법제처, 업무현황(제184회 임시국회), 1997. 7. 8 참조.

차를 일탈한 조례안으로서 지방자치단체의 장의 재의요구에 의해 대부분 부결되는 결과를 낳고 있다.

궁극적으로 이 문제는 지역사회에 대한 봉사정신과 함께 전문지식과 능력을 갖춘 각 분야의 전문인들이 지방의회에 진출할 수 있는 사회적 환경과 제도적 장치를 마련하여 해결할 문제이나 지방의원들의 전문성과 능력제고를 위한 체계적이고 광범위한 연수교육의 개발,¹⁰³⁾ 조례안에 대한 지방자치단체 상호간의 정보교류체제의 확립 등이 정착되어야 할 것이다.

그리고 의원이 전문성 부족을 보완하기 위한 전문보좌기구를 강화하는 방안이 강구되어야 한다. 현재 각 지방의회에서는 의회의 업무를 보좌하는 사무처(국·과)가 설치되어 있고, 특히 조례안의 심의 및 지방의회의 운영과정에서 전문성을 확보하기 위하여 전문위원을 두어 입법활동을 보좌하게 하고 있다. 그러나 전문위원 등 의회사무국의 인사권을 실질적으로 지방자치단체의 장이 장악하고 있어 업무의 독립성과 소신이 떨어지고 있으며, 의회사무처(국·과) 직원들이 집행기관의 입장을 대변하는 경향이 강한 것이 사실이다. 더구나 전문위원은 실제로 시·도의 과장을 거친 지방서기관 등이 임용되어 지방자치단체 소속 일반직공무원을 이름만 바꾸어 놓은 것이거나, 원내 다수당이나 지방자치단체의 장의 엽관주의적 인사정책의 결과 전문지식과는 무관한 인사들이 임용되는 경우도 있다.

장기적으로 지방의회직렬의 신설을 통한 업무의 전문성과 독립성제고를 이루는 것이 타당하지만, 최소한 전문위원의 선임에 지방의회가 관여하는 절차를 추가하여 현행제도를 보완해야 할 필요가 있다.

기타 지방의회운영에 있어서 개선의 필요성이 있는 점을 살펴보면, 지방자치법상의 회기일수제한규정에 예외규정을 마련하여 본회의의 의결로써 지역사회의 문제에 신속하게 대응하기 위하여 필요한 경우에 언제든지 본회의를 개의할 수 있도록 하며, 상임위원회에 대해서는 언제든지 소집하여 현안을 토론할 수 있는 장치가 마련되어야 하고, 아울러 위원회의 조직·인적 구성의 합리화와 전문화가 뒷받침되어야 할 것이다.

103) 1995년부터 국회의정연수원(현 국회사무처 연수국)은 지방의회의원들에 대한 회의운영 등 연수프로그램을 개발하여 운영하고 있다.

제 3 절 자치입법기능의 활성화 방안

I. 제도적측면

1. 조례 제·개정 범위 확대

조례의 입법범위가 지나치게 협소하다는 것은 지방의원들의 입법활동을 위축시키고 의원입법 활동에 큰 부담이 된다. 입법 소권사항은 법률과 조례의 제정범위를 한정할 뿐만 아니라 중앙정부와 자치단체간 권한 및 역할 분담의 주요한 기준이 된다.

현재와 같이 조례의 입법소권이 너무 좁다는 지방의회의 자주적 입법범위를 법령으로 폭넓게 제한하고 있는 것으로써 창의적이고 지역발전을 위한 조례제정을 중앙정부와 국회가 막고 있는 것이나 다름없는 것이다.

조례란 지방자치단체의 의회가 제정하는 법규로서 헌법 제117조에 의하여 포괄적으로 부여된 자치입법권이므로 법령유보사항을 제외하고는 조례제정을 위하여 개별적인 법률의 위임이나 수권을 필요로 하지 않는다. 조례의 입법권한은 지방의회의 전속적 권한이며 의결이 필수적이다. 지방자치단체가 자치사무에 속하는 행정을 추진하는데 새로운 법규범이 필요하다고 인정될 때에는 법령에 위반되지 않는 범위안에서 지방적 이해에 관련된 사항에 대하여 자주적으로 제정할 수 있다.

헌법 제117조와 지방자치법 제15조 규정에 의하면 헌법에서는 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 하고, 지방자치법에서는 “법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 하여 조례 제정권의 범위와 한계를 규정하고 있다. 이 규정에 의한 조례제정권의 구체적인 범위와 한계는¹⁰⁴⁾ ① 지방자치단체의 소관사무의 범위를 넘을 수 없고 ② 지방자치단체의

고유사무와 단체위임사무에 한정하며 ③ 국가의 법률과 명령은 물론 상급 자치단체의 조례나 규칙에 위반해서도 안되고 ④ 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에도 개별법률의 위임이 있어야 한다는 것이다. 이렇게 자치입법권의 범위와 한계를 지나치게 제한하고 있어 지방의원들의 의원입법 활성화에 큰 부담이 되고 있는 것이다.

또한 지방자치법 제15조 단서에는 주민의 권리와 의무에 관계되는 규정은 법률의 유보 없이는 조례로 정하지 못하도록 하고 있어 조례제정상에 큰 제약이 되고 있다. 무엇보다도 우선적으로 해야 할 일은 조례제정의 범위를 한정하는 사무의 범위를 확대해야 한다. 지방자치단체의 사무 가운데 기관위임사무가 대부분을 차지하고 있는 사실을 감안하면 조례제정 대상을 고유 사무와 단체위임사무로 한정된 것은 지방의회의 조례제정권을 인정은 하되 제대로 권한은 넘겨주지 않겠다는 것과 다름없다.

세계화·지방화·지식정보화시대의 변화에 효과적으로 대처하고 국가의 경쟁력을 높이며 완전한 지방자치를 실시하기 위해서는 정부와 국회는 국가적·전국적인 업무에 관여하고, 지방적·지역적인 업무에 대해서는 지방의회에 넘겨 입법활동의 폭을 넓혀 주는 것이 바람직하다.

이를 위해서는 먼저 국가사무로 되어있는 기관위임사무를 대폭 정리하여 지방사무로 이양해야 한다. 아울러 지방자치법 제9조 제2항의 단서 조항인 「다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다」는 삭제되어야 한다고 본다.

또한, 자치사무에 관해서도 법령선점론 대신 조례선점론 내지 조례우위론을 인정해 주는 것이 지방자치 이념에 부합되며 이렇게 함으로써 정부와 국회는 국가적·전국적인 입법활동에 전념할 수 있고, 지방자치단체와 지방의회는 국가입법권외에 지방의 특색을 살려 자주적이고 창의적인 자치입법 권한을 행사함으로써 중앙과 지방간의 합리적인 입법권 배분관계가 이루어지게 되는 것이다.

그리고 지방자치법 제15조의 「법령의 범위안에서」를 지나치게 제한적으로 해석함으로써 조례의 제정범위가 좁아져 헌법에서 보장된 자치입법권의 본질을 흐리고 있다. 이는 지방의회의 조례제정권을 크게 제약하는 결과를 낳고 있다.

104) 김양수, 지방의회의 자치입법기능 실태와 그 활성화 방안, 강원대학교 석사학위논문, 2001, 43면 이하 참조..

요즘과 같이 급변하는 세계정세 속에 정부가 만든 법령은 복잡·다양한 지역적인 환경수요에 시의 적절하게 대응하지 못하고 경직성을 보일 때가 많다. 이러한 법령의 경직성은 지방의회의 자치사무 제정권을 폭넓게 인정함으로써 보완할 수 있는 것이다.

지방의회의 자치사무에 대해서는 지방자치법 제15조의 「법령의 범위안에서」를 법률의 위임이 없더라도 법령에 위반하지 아니하는 한 조례를 제정할 수 있도록 「법령에 위반되지 않는 한」으로 차후에 입법개정이 되어야 할 것이다. 그리고 또한 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에도 법률의 위임이 있어야 하는 제15조 단서규정의 제한도 헌법에서 보장하고 있는 지방자치단체의 권한을 침해하는 것으로서 역시 개정되어야 할 필요성을 가진다. 지방의회의 조례제정권에 단서규정을 두면서까지 제한하고 있는 것은 아직까지도 지방의회에 대한 중앙정부의 강한 불신이 내재되어있기 때문이다. 지방자치가 실시된 지 10년이다 되어 가는데 아직도 중앙정부가 불신과 우려만 하여 지방의 계속 통제하려 든다면 바람직한 지방자치는 뿌리 내리기 어려울 것이다.

이제는 중앙정부와 국회가 우려와 불신에서 벗어나 건전한 지방자치의 정착을 위해서 법적으로 조례제정권 범위를 크게 확대하는 노력을 기울여야 할 것이며, 지방자치단체와 지방의회는 중앙정부의 오랜 불신을 해소시키려는 노력과 지역특성을 살린 자치입법활동에 보다 적극성을 주어야 할 것이다.

2. 의원입법시 입법예고제 도입

지방자치단체장의장이 주민의 일상생활과 직접 관련이 있는 자치법규를 정비하고자 할 때에는 주민에게 입법예고를 하도록 규정하고 있어 실시하고 있으나 의원이 조례안을 발의할 때에는 입법예고 절차를 거치지 않고 있어 조례에 대한 이해당사자나 관련주민의 의견반영이 되지 않고 있어 조례의 실효성이 문제가 되고 있는 실정이다.

집행부에서 조례안을 제·개정할 때에는 이해당사자나 시보 등에 게재하여 입법예고를 거치지 않고 있다. 주민이 선출하고 주민의 의사를 대표한다는 것은 주민에

대한 도의가 아니다.

앞으로 의원발의 조례안에 대해서도 입법예고 절차를 거치도록 하여 집행부와 같이 주민의 적절한 의견은 반영하도록 해야 할 것이다. 또한 의원입법 결과에 대해서는 지역신문, 반회보, 유선 등 다양한 홍보매체를 적극 이용하여 주민에 대한 홍보를 강화함으로써 의원입법의 활성화를 위한 방안을 모색하도록 해야 할 것이다.

3. 의원 입법활동 평가제도 도입

의원들은 대부분 대중언론매체들이 보도를 잘 해주는 시정질문이나 행정사무 감사 등에 신경을 씀으로써 자신들의 의정활동이 소속정당 지도부나 자신의 지역 주민들에게 잘 전달되기를 바라며 상대적으로 언론보도가 잘 되지 않는 법안심의에는 노력을 기울이지 않고 있다. 즉 의원 스스로도 입법활동의 중요성에 대한 인식의 부족함을 잘 나타내 주고 있는 것이다.

무엇보다도 입법기능이 활성화 되려면 의원입법의 중요성에 대한 의원들의 인식의 대전환이 이루어져야 할 것이다. 이를 위하여는 지방자치제도에 대한 국내외 전문가를 초빙하여 세미나, 공청회 등을 보다 활성화 할 필요가 있다.

또 의원들이 매년초 전년도 의정활동 성과를 의정활동보고회의 형식을 빌려 지역주민들에게 홍보하고 있지만 이는 공정성 내지 객관적인 측면에서 의정활동 평가라 볼 수 없다.

의정활동 성과를 평가하는데 가장 근원적인 요소는 의원들의 입법활동 실적이 되어야 함을 감안한다면, 앞으로 지역의원들의 입법활동실적을 정기적으로 평가하여 지역주민은 물론 이해관계인, 관련기관 등에 통보하도록 평가장치를 마련해야 한다고 본다. 물론 평가의 객관성·공정성을 위해서 시민단체, 학계, 관련전문가 등이 광범위하게 참여토록 해야 할 것이다. 이렇게 함으로써 위원들로 하여금 의원입법의 중요성을 인식하고 보다 적극적으로 의정활동에 임하리라고 본다.

4. 전문위원제도 개선 및 법제화

지방의회의 전문성을 제고시키기 위해서는 해당 주체인 지방의원의 전문성 보강이 우선되어야 하나, 의원은 매번 선거 때마다 교차될 가능성이 있는 등 이러한 한계가 있기 때문에 보완과 지원이 필요하다. 지방의회의 전문위원제도는 이러한 의안의 입법활동의 전문성을 확보하기 위해 국회의 전문위원제도를 모방하여 만든 제도이다.¹⁰⁵⁾

현행 지방자치법은 지방의회 사무기구와 직원에 관한 규정을 두고 있으나 입법보좌를 위한 전문위원에 관한 사항은 각 지방자치단체의 사무처직제나 조례 등에서 규정하고 있는 바, 위원회의 의안을 심사하고 의사진행을 보좌하도록 하고 있다.

현재 의회에 회부된 대부분의 안건은 상임위원회의 심의에 부처지기 전에 전문위원의 검토를 거치고 있다. 따라서 전문위원은 조사연구업무를 수행하고 청원이나 조례안 등의 법률적 검토와 위원회 운영과 관련된 조정의 역할을 수행할 수 있는 정책분석과 정책개발의 능력을 갖추고 있어야 한다. 그러나 문제는 이러한 전문성이 요구되는 전문위원 자리를 현행 제도 하에서는 집행부에서 갓 승진하면서 잠시 거쳐 가는 자리로 이용되고 있는 실정으로 전문성이 전혀 고려되지 않고 있다. 현실이 그렇다 보니 입법활동을 보좌 내지 지원할 만한 법률적 소양이 부족한 사람들이 전문위원으로 임용되어 의원들에 대한 입법보좌와 의정지원 역할은 미약할 수밖에 없다.

따라서 지방의회 운영의 활성화와 의정활동 및 입법활동 보좌를 위해서는 앞으로는 일정한 수준의 전문성 내지 자격을 갖춘 사람을 전문위원으로 임명하는 것이 반드시 필요하다. 즉 각 상임위원회의 전문분야는 물론 의정활동과 법제실무에 능통하거나 일정기간 동안 이와 관련된 전문교육 혹은 연수를 받은 자 등을 전문위원으로 임명하도록 임용기준을 법제화 한다. 이렇게 함으로써 전문성을 갖추지 못한 자들이 임용되는 길을 막을 수 있고 지방의회의 의정활동과 입법활동의 질을 높일 수 있을 것이다. 그리고 전문위원 임용 후에도 지속적인 연수와 장기근무를 통해 전문직화 할 수 있도록 해야 할 것이다.¹⁰⁶⁾

105) 김양수, 앞의 글, 47면.

106) 김양수, 앞의 글, 50면.

5. 의원전문성 제고를 위한 제도 개선

오늘날 지방행정은 날로 복잡하고 다양화·전문화 되어 가고 있는 추세를 감안할 때 이에 대응하여 주민을 위한 의정활동을 수행하려면 의원들의 전문성은 필연적으로 자격을 갖춘 의원들로 구성되어야 할 것이다. 하지만 앞의 연구에서 보았듯이 지방의원들의 입법활동과 관련된 문제점으로 나타나고 있는 전문성 부족으로 의원발의 조례입안 부재 및 조례심의를 있어 형식화 경향, 법률지식 부족으로 인하여 무리한 입법 강행으로 재의 요구 되거나 대법원에 ? 당하고 있는 것이 현실이다.

그러나 현행 지방선거에서 선출된 의원들이 사회 각 분야에 종사하는 전문가들이 아니라 지역의 상공업, 건설업자 등이 많으며, 이들은 지역의 토호세력 내지 지역유지, 정당인들로서 전문성이 떨어질 수밖에 없는 현실을 안고 있다.

이렇게 볼 때, 지방의원의 전문성 결여는 의원 개개인의 자질에 관한 문제이기도 하지만 자질이 부족한 자들이 입후보할 수밖에 없는 현행 제도적인 문제이기도 한 것이다. 따라서 지방의원의 전문성 확보를 위해서는 어느 정도 전문성을 갖춘 사람들이 입후보 할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다.

이와 관련하여 지방자치법상 겸직금지 조항을 개정할 필요가 있다.¹⁰⁷⁾ 겸직의 공정성 담보와 정치적 중립성 확보를 목적으로 현행 겸직금지 규정을 지방자치법 제 33조에서 두고 있는 바, 겸직금지 범위가 너무 광범위하기 때문에 전문성이 뛰어난 지역인사들의 지방의회 진출을 가로 막고 있기 때문이다. 겸직금지에는 장·단점이 논의 되고 있으나 사회 각계의 다양한 자질과 전문성을 높일 수 있다는 장점을 고려해 볼 때 겸직금지 조항은 빠른 시일 내에 완화 내지 제도보완이 되어야 한다고 본다.

또한, 의회활동이 거의 각종 위원회 중심으로 운영되고 있어 위원회 배치는 중요한 사항으로서 위원회는 전문화되어야 하며 전문지식을 갖추 자로 구성되어야 한다.

107) 겸직금지 문제에 대하여는 허용할 경우 직능대표 등 사회각계의 유능한 인사를 참여시킬 수 있어 의원의 전문성과 자질을 높일 수 있는 반면에 주민의 대표로서 공정성 유지와 의원으로서 직무수행에 문제가 생길 소지가 있음.

그러기 위해서는 상임위원회 배정은 의원들의 사회경력과 전문분야 등을 고려하여 우선 배치토록 하고, 그리고 위원회 교체를 제도적으로 규정을 정해 놓고 잦은 교체를 막도록 하고 재선의원은 같은 위원회에 소속되도록 하여야 할 것이다.

이와 함께 의원들의 의정활동에 필요한 전문성을 높이기 위한 지방자치 전문대학원의 설립이 필요하다. 이 곳에서는 대상집단의 특성을 고려하여 강연위주의 교육보다는 참여자중심의 실제적인 지방자치프로그램을 개발하여 초선의원을 위한 2주간 기본 교육 과정을 만들어 등원 전에 의정활동에 필요한 기본 교양과 상식 그리고 의회운영에 관한 기본교육을 개별 정책중심으로 운영하는 1주일 과정교육, 입법 기술 및 정책입안 6개월 과정교육, 지방자치관련법 및 주민여론 수렴방법 3개월 과정교육 등 다양하게 운영함으로써 지방의원들의 의정활동에 실제로 돕도록 제도적 장치가 필요할 것이다. 그러나 무엇보다도 의원들의 전문성 강화를 위해서는 의원들의 의식과 자발적인 참여가 있어야 할 것이다.

II. 운영적 측면

1. 해당분야 전문가 활용

날로 복잡화·정보화·세계화 되어가고 있는 현대행정은 고도의 전문성을 요구하고 있다. 그러나 지방의원 뿐만 아니라 이들을 보좌하는 전문위원이나 관계 공무원들 모두가 지방의회 발전을 위한 전문가는 아니다.

따라서, 의정활동에 해당분야 전문가들을 활용하는 것도 지방의회의 전문성을 높이는 데 한 방안이 될 수 있을 것이다. 이들을 활용한 제도적 장치를 마련해서 의정활동 및 입법활동에 있어서 각종 의안이나 검토보고서에 교수나 사회 각 분야 전문가들의 의견을 첨부토록 하거나 전문가들을 인력풀(Pool)의 형태로 구성하여 의원들과 전문위원들의 자문에 응하도록 하는 방법을 고려할 필요가 있다. 그리고 의원발의 각종 조례를 제정할 때라든지 지역의 특정사안을 공회를 개최하여 해당 전문가들의 의견과 주민들의 요구를 반영시키는 방법도 있다.

또한, 의정활동을 위한 정보수집을 사회 각 분야의 전문가의 의견을 청취하고 외부 전문가의 자문을 받음으로서 정보의 질을 높일 수 있도록 해야 한다.

2. 의원입법 보좌조직 보강

성공적인 입법을 추진하기 위해서는 이를 담당할 유능한 인적 자원의 확보가 필요 하나 현실은 그렇지 못한 것이 사실이다. 따라서 위원회별 인력을 법무담당관실 경험이 있는 직원으로 보강하거나 별도의 조직을 독립시켜 전문화하고 위원회별 담당자를 지정하여 소관업무와 관련된 의원들의 입법업무를 전담하여 보좌할 수 있도록 해야 하며, 입법보좌 업무를 담당할 직원과 전문위원실 직원에 대한 법률교육 과정을 신설하여 의원들의 입법보좌 능력을 제고하도록 해야 한다. 입법보좌 직원에 대한 법률교육도 지속적으로 체계적으로 이루어지도록 해야 한다. 현재 이들에 대한 교육은 나름대로 이루어지고는 있으나 현재로서는 많이 부족할 뿐만 아니라 형식이나 내용 면에서 만족할만한 수준이 되지 못하고 있다. 지금까지의 교육은 중앙의 지방행정 연수원 내지 지방자치단체의 공무원교육원에서 주관해 실시해 왔으나, 앞으로는 집행기관을 견제와 감시하는 지방의회 관련 사무직원들에 대한 교육이란 측면에서 공무원교육원이나 법제처 등에 위탁교육 등 방법을 통하여 별도의 교육을 실시하는 방법도 바람직하다고 볼 수 있을 것이다.

3. 조례시행의 실효성 확보

조례의 실효성을 확보하기 위해서는 중앙의 통제와 간섭을 대폭 줄이고 무엇보다도 조례시행을 실효성을 보장할 수 있어야 하며, 어느 정도의 벌칙을 제정할 수 있도록 해야 한다. 조례가 주민들을 위한 자치법규라 하더라도 그것을 위반했을 때 강제할 수 있을 정도의 벌칙이 부과되지 않는다면 이는 형식적인 것에 지나고 말 것이다.

실제로 조례가 주민들의 생활에 밀접해 있는데도 실효성이 떨어지고 조례제정의 범위와 한계가 많아서 그 효력이나 영향력이 제한적인 상태가 되어 조례는 주민들

과 의원들로부터 경시되고 있는 것이 현실이다. 지방자치의 핵심인 조례가 지역특색을 살리지 못하고 주민들의 관심으로부터 밀려나 있는 상태에서 지방의회의 조례 제정은 본래의 의미를 찾을 수 없고 자치입법권 자체를 약화시키는 결과를 가져다 주었다.

당초 지방자치법 제15조 단서규정에 근거하여 규정된 구법 제20조에서는 시도에 조례로써 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 제20조 제1항에서는 「지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다」로 정함으로써 시·도의 벌칙조항을 크게 약화시켰다.

이처럼 국회와 중앙정부는 벌칙에 관한 자치입법권을 강화하기는커녕 그나마 있던 권한마저도 개정을 통해 크게 약화시킨 것은 지방자치시대의 변화에 역행하는 것으로 지방자치입법권한을 약화하려는 중앙집권적 발상에서 나온 것이라 아니라 할 수 없다.

조례의 원활한 시행을 위해서는 조례시행의 실효성을 보장할 수 있을 정도의 벌칙을 조례로 정할 수 있어야 한다. 지금과 같이 자치단체가 법률의 개별적인 위임 없이는 전혀 벌칙을 제정할 권한을 갖지 못한다면, 현행과 같이 지방자치단체의 조례는 실효성이 없는 자치법규로 전락하고 마는 것이다. 외국의 경우를 보면, 영국과 미국 및 일본의 지방자치법에서 주민의 권리와 의무에 관한 사항은 물론 벌칙에 관한 규정도 원칙적으로 정할 수 있도록 하고 있다. 여기서 살펴볼 수 있듯이 조례는 행정법규와는 달리 국가의 헌법체계 안에 있는 준 법률적 성격을 띠고 있는 지방의 자치법으로써 헌법에서 보장된 자치법인 이상 조례로써 벌칙조항을 규정할 수 있도록 보완내지 구법 제20조를 부활시켜 조례의 실효성을 확보토록 개선하여야 한다.

4. 주민참여 확대방안 모색

실효성 있는 조례가 되도록 하기 위해서는 조례안의 제·개정 과정에서 주민들의 참여가 확대될 수 있도록 해야 한다. 주민들을 위한 자치법인 조례가 주민들로부터

외면당하고 관심 밖에 밀려나 있다면 그것은 조례로써 가치를 발휘할 수 없을 뿐만 아니라 존립의의도 잃게 된다. 현재 대다수의 주민들은 조례에 대하여 관심이 매우 낮은 실정이다. 이와 같은 원인은 물론 조례를 제정하는 지방의회나 지방정부가 자치입법권을 행사 하면서 주민의견 수렴이나 여론 수렴에 소극적이고 절차 등을 형식적으로 운영해온 데서 비롯된 것이기도 하지만 주민들의 관심이나 인식 또한 많이 부족한 실정이다.

지방자치의 뿌리인 자치법인 조례가 경시되고 주민들의 관심으로부터 밀려나 있는 상태에서 지방의회의 조례 제·개정은 지방자치의 진정한 의미를 찾을 수 없으며 자치입법권 자체를 약화시키는 결과는 가져다주었다.

따라서 앞으로는 조례 제·개정을 할 때에는 사전절차로서 반드시 주민의견이나 여론을 충분히 수렴하는 절차를 거치도록 제도를 체계화하고 엄격히 시행토록 해야 할 것이다. 또한 의원발의안도 입법예고 과정이 실질적으로 이루어지도록 제도적 장치를 마련하고, 주민이나 단체들의 의견과 여론을 모아서 실제로 반영토록 해야 한다.

이와 관련하여 주민이나 관련 있는 기관단체들도 조례 제·개정시에는 공청회나 토론회, 입법예고 등의 과정에 적극 참여하고 의회나 해당 상임위원회에 여러 가지 요구사항이나 의견들을 다양하게 제시하는 성의와 노력이 있어야 한다. 다행히 지방의회 시행초기보다는 의회운영 중 상임위나 본회의에 방청하는 주민이나 시민단체들이 증가하고는 있지만 아직도 소수에 불과하고 일부만이 의견을 제시하거나 관심을 갖는 것을 감안하면 자치입법권 확립을 위해서는 주민참여의 확대방안 모색은 매우 중요한 것이다. 따라서 보다 지방자치를 활성화시키기 위해서는 주민참여제를 활성화 시켜야 한다. 지방의회에 조례 제·개정에 있어 이제는 주민들의 조례제정 요구도 제도화해서 주민발안제도를 도입해야 한다.

현행 지방자치법상 조례의 발의권자로는 지방의회 의원과 자치단체장의 장으로 한정하고 있어 이들이 조례 제·개정에 있어 소극적인 경우에 주민들이 직접 조례안을 발의할 수 있도록 할 필요가 있다. 주민발안제도란 일정수 이상의 주민이 공동으로 지방의회에 조례안을 발의하면 지방의회에서 이를 심의하여 의결할 의무를

부담하도록 하는 제도이다. 주민발안제도는 주민들의 지방자치에 대한 참여를 제도적으로 보장하고 주민의 공동체의식을 함양하는데 기여하는 제도이다.

일본의 경우 주민발안으로서 조례 제정이나 개폐 청구를 인정하고 있다. 우리는 조례 제정이나 개폐에 주민들의 발안을 인정하지 않고 있어 일부에서는 이러한 주민들의 조례제정 요구가 증가하고 있는데 얼마 전 대구지역 시민단체들의 의회에 조례제정을 촉구하기 위해 모임을 결성하고 시민감사청구조례 제정을 요구하며 집회를 갖기도 했다. 이처럼 조례 제정이나 개폐 과정에 참여하거나 적극적으로 추진하고 요구하는 주민들의 주장이 증가하고 있어, 정부와 국회는 주민들의 의견이나 여론을 적극 반영하는 구체적 방안을 강구해야 할 것이며 더 나아가서는 주민발안을 포함한 주민참여제를 활성화하는 방안 적극 모색해야 할 것이다.

Ⅲ. 외부적 요인과의 관계개선

1. 중앙정부와의 관계

조례가 지방자치단체의 자주법인 이상 중앙의 지나친 간섭을 배제하고 지방의회의 책임하에 제정되고 개폐될 수 있도록 해야 한다. 하지만 현행법에서는 중앙정부가 지방의회의 의결에 대해 자치단체장에게 재의를 요구하도록 되어 있고, 또한 대법원에 소를 제기할 수 있도록 하고 있어 이것은 지방의회에 대한 지나친 통제와 간섭인 것이다.

날로 사회가 복잡화·다양화·세계화되어 가고 있는 이 시점에 국가는 무한경쟁력을 높여 가야 하는 부담을 안고 있으며, 아울러 지방자치단체는 자치사무를 지금보다 더욱 확대해야 하는 마당에 중앙정부가 언제까지나 지방적이고 지역적인 자치단체의 조례에 매달려 자치단체장에게 재의 요구를 지시하고 대법원에 소를 제기하도록 간섭하고 있을 것인가 하는 것이다.

지방화시대 지역특색이 반영된 지방자치가 성숙하기 위해서는 중앙이 지방의회에 대한 통제와 간섭을 과감히 떨쳐 버려야 한다. 중앙이 아니면 안된다는 사고방식에

서 이제는 벗어나야 하고 앞으로는 지방자치법을 고쳐서라도 지방에 더 많은 권한과 책임을 이양해야 한다. 그럼에도 불구하고 현재의 조례와 관련해서 중앙정부의 간섭과 통제가 너무 많다. 이점에 대해서 의원들의 불평이 많은 것이다.

자치입법권의 확립을 위해서는 중앙정부와 집행부는 법적·제도적 간섭이나 통제를 배제하고 주민을 위한 자치입법을 마련한다는 차원에서 지방의회와 각종 정보나 자료 등을 공유하여 지방의회 입법활동의 활성화에 적극 협조해 나가야 할 것이다.

2. 지방자치단체 집행부와의 관계

의원입법의 활성화를 위해서는 집행부와의 유기적인 협력관계가 필수적이다.

그러나 아직도 과거 권위주의 정권 때의 중앙집권적 관행이 잔재하고 있는 실정에서 의원들의 의정활동 수행과 관련하여 집행부와 의회간의 원만한 협조관계를 기대한다는 것은 아직은 시기상조이기는 하나 지방자치의 성공적인 정착과 발전을 위해서는 지방자치를 이끌어 가는 양대 축으로서 유기적인 협력체계를 구축해야 한다는 것은 부인할 수 없는 것이다.

그러나 오늘날의 행정은 점차 전문화·정보화되고 있으며, 이에 따른 행정국가화 현상이 만연되어 지방자치 입법이나 정책형성과정에서 집행부의 독주가 예상되고 있는 현실을 생각해 볼 때 작금의 현실은 그렇지 못한 실정이다. 의원과 단체장, 의회와 집행부 양 기관이 갖는 법적 지위나 성격상 견제와 균형이라는 이질적이고 상호 배타적이라는 것을 부인할 수는 없다. 하지만 풀뿌리 민주주의인 지방자치를 이끌어 가는 수레의 양 바퀴로서 상호 유기적인 관계를 유지해야 하는 것은 필연적인 것이다. 특히 전문지식과 입법정보가 부족한 의원들의 입법활동을 성공적으로 수행하는데 있어서 집행부의 협조 없이는 거의 불가능하다고 해도 과언은 아니다. 사실 오늘날 자치, 환경, 복지, 개발, 문화적인 문제의 대부분은 광범위하고 복잡한 전문적인 입법사항이기 때문에 전문지식과 정보가 부족한 의원들의 입법활동에 관료의 재량권이 개입하고 입법과정에서 집행부의 주도력이 발휘되어 사실상 입법기능의 많은 부문이 집행부에 의해 이루어지고 있는 것이 보편적인 추세이다.

그러나 자치입법 추진에 있어 집행부와 의회의 상호협조는 제도적인 보장만으로

이루어 진다기 보다는 각자의 역할과 기능을 적절하게 수행하려는 꾸준한 노력이 필요하다. 집행부는 전문적인 지식과 입법정보를 의원들과 협조하겠다는 의지를 가지고 수시로 의원들과 협조하고 의견교환에 힘써야 한다. 또한 의원들도 집행부의 입법이나 정책에 대해서 힘겨루기를 위한 반대보다는 주민을 위한 집행부의 동반자로서 협조하는 자세와 협력이 필요하다고 할 것이다.

제 5 장 결 론

30년간 중단되었던 지방자치제도가 지난 1991년 부활·시행되면서 국정의 전 분야에서 엄청난 변화를 가져왔다. 특히 지방자치단체들은 나름대로 목표와 계획을 통해 지역발전에 최선을 다하고 있다. 그러나 현재의 지방자치제도는 지방자치단체가 지역을 위해 일할 수 있는 충분한 권한과 자원이 부여되어 있지 않다.

전 세계가 지방화 되고 지방화를 통한 세계화가 진행중임에도 불구하고 우리나라는 중앙정부가 지방자치단체의 자치권을 통제하고 있다. 예를 들면 여러 지방자치단체의 의회에서 제정했던 정보공개조례, 동정자문위원회설치조례, 의원보좌관조례, 도시계획위원회조례, 담배자판기설치금지조례, 증언및감정에관한조례, 지방공사설치조례 등 중앙정부는 물론 집행기관과의 관계에서도 재의요구를 받거나 법원에 제소되는 등의 문제를 일으켰다.

지방화의 물결이 커다란 국제적인 흐름으로서 거역할 수 없는 시대적 사명이라고 한다면, 이 지방화에 알맞도록 국가 시스템을 재구축하여야 할 것이다. 이처럼 지방자치의 강화를 통하여 무한 경쟁 사회에서 이겨 나가고, 아울러 국민(주민)의 복리증진을 제고하고자 한다면, 다음과 같이 자치입법권이 강화 내지는 보장되어야 한다.

첫째, 우리나라 실정법상 사용되고 있는 조례를 ‘지방법’으로 바꾸고, 여기에 알맞

는 사고의 전환이 있어야 한다. 조례는 본래 행정법상의 용어로서 자치시대의 입법 용어로서는 적합하지 않다. 또한 조례는 관치적 반자치시대의 행정법적인 개념이지 오늘날의 자치입법적 개념은 아닌 것이다. 따라서 자치입법으로서의 기본성격이 그대로 표현될 수 있도록 지방법(Local law)으로 그 용어가 바뀌어야 한다.

둘째, 근대 주권국가하에서 자치입법은 법률에 위반되어서는 아니된다. 그렇지만 자치입법권이 전적으로 법률유보사항에 속하는 것은 아니다. 인간에게 천부적으로 기본권이 있는 것처럼 지방자치단체에게도 국가 이전의 지방권이 있고, 이 지방권은 기본적인 인권과 동일하게 국가가 할지라도 침해할 수 없다는 주장에서 알 수 있는 바와 같이, 국가의 법률이 자치권을 언제든지 제약할 수 있다는 주장은 과도한 국가지상주의 견해라고 하지 않을 수 없다. 특히 우리나라 실정법과 같이 ‘습’에 의해서도 자치권이 제약될 수 있도록 하였다는 것은 지방자치 본래의 정신을 정면으로 침해한다고 할 수 있다. 따라서 헌법이나 지방자치법이 지방자치단체의 자치입법권을 확대·보장하는 방향으로 개정되어야 하며, 이 경우 ‘습’은 반드시 삭제되어야 한다.

셋째, 주민의 대표기관인 지방의회가 지역사회의 공공이익을 위하여 자율적으로 주민의 권리제한과 의무부과, 혹은 형벌을 부과할 수 있도록 일정한 재량권을 가져야 한다. 자치입법으로서의 조례가 당해 주민들에 대한 권리·의무를 일정한 한도 내에서 규율할 수 있다는 것은 세계적인 경향이다. 따라서 지방의회에서 제정된 조례가 실효성을 가질 수 있도록, 일정한 범위 내에서의 주민에 대한 권리제한이나 의무부과, 그리고 형벌권을 행사할 수 있도록 조례의 효력을 강화시키는 방향으로의 제도적 개선이 필요하다.

넷째, 기초자치단체의 조례나 규칙은 광역자치단체의 조례 및 규칙과의 상하관계에 있어서는 아니된다. 기초자치단체나 광역자치단체 모두 헌법과 법률에 의하여 법인격을 획득한 지역단위의 통치단체이다. 따라서 양자 사이에는 우열적인 관계가 원칙적으로 성립되지 않는다. 그러나 우리나라 지방자치법 제16조는 시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 안된다고 규정함으로써, 양자간의 관계를 상하관계로 해석할 여지를 주고 있다. 따라서 기초자치단체든

광역자치단체든 이들의 관계를 대등한 차원에서 접근하여야 하며, 그러한 차원에서 지방자치법 제16조는 폐지되어야 한다.

다섯째, 정부간 사무를 보다 명확하고 합리적으로 재배분하고, 국가사무를 지방으로 대폭 이양하여야 한다. 국민의 정부가 들어선 이래 국가사무의 지방이양을 위한 제도적 개선이 이루어진 것은 사실이지만, 오랜 동안의 중앙집권적 정치·행정문화로 인하여 국가사무의 지방이양에 대한 중앙 관료의 저항은 매우 거세다. 따라서 분권화 정책에 대한 중앙관료의 저항을 극복하기 위해서는 시민적 감시체계의 수립과 대통령의 리더십이 매우 중요하다. 아울러 국가사무의 지방이양으로 인하여 지방자치단체가 과부담이 되지 않도록 인적·물적 이양도 동시에 이루어 져야 한다.

여섯째, 지방의회의 입법능력을 제고시킴과 동시에 자율적 운영권을 확대시켜 나가야 한다. 현대 대중 사회에서는 간접민주주의를 실시할 수밖에 없고, 간접민주주의하에서는 의회정치가 활성화 되어야 한다. 따라서 주민의 대표기관으로서의 의회가 제기능을 다할 수 있도록 지방의회의 입법능력을 제고시키는 차원에서의 제도적 개선이 요망된다. 이를 위해서 무엇보다 중요한 것은 의원들의 입법활동을 보좌하는 전문위원이 진정으로 의회에 봉사할 수 있는 방향으로의 제도적 개선이 요망된다, 아울러 지방자치단체의 규모나 특성에 알맞은 의회 운영이 될 수 있도록 의회 운영의 자율성을 신장시켜 나가야 할 것이다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 구병삭, 주석 지방자치법, 박영사, 1995.
- 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2004.
- 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 1992.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004.
- 김철용, 주석 지방자치법, 한국사법행정학회, 1997.
- 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 1999.
- 박봉국, 조례입법의 이론과 실제, 장원출판사, 1992.
- 박영도, 입법과정의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1994.
- 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2000.
- 법제처, 법률교육교재(I), 1999.
- 서울특별시, 지방자치단체의 법제이론과 실제, 1996.
- 석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 2001.
- 안세찬, 지방의원의 바람직한 의정 및 지역활동의 방식, 한국형 지방자치의 청사진, 길벗, 1995.
- 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1997.
- 임종훈 외 3인 공저, 입법과정론, 박영사, 2002.
- 한국사법행정학회, 주석 지방자치법, 1997.
- 한국지방자치학회, 한국지방자치론, 삼영사, 1996.

허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2002.

----, 한국헌법론, 박영사, 2004.

홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000.

2. 논 문

경제정의실천시민연합, 바람직한 지방자치발전을 위한 경실련의 제언.

김갑섭, 조례에 관한 연구, 조선대학교 박사학위논문, 2001.

김성호, 조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안, 한국지방행정연구원, 1995.

----, 지방의회의 의정효율성 제고방안, 한국지방행정연구원, 1995.

----, 지방자치시대의 입법원칙, 입법조사연구 제242호, 1996.

김양수, 지방의회의 자치입법기능 실태와 그 활성화 방안, 강원대학교 석사학위논문, 2001.

백윤기, 지방자치법 제159조에 의한 소송과 지방의회의 조례제정권의 범위, 대법원 판례해설 통권 제18호.

유희숙, 주민의 조례제정 개폐청구제도, 지방자치, 1996.

이상규, 재의의 운영실태와 발전방향, 자치의정 제4권 제2호, 2001.

이상영, 지방자치단체의 조례제정과정에 관한 연구, 법학연구 제6권, 충북대, 1994.

조정찬, 조례에 대한 규범통제제도에 관한 연구, 지방자치연구 창간호, 고려대학교 법무대학원 지방자치법학과 지방자치법학연구회, 2000.

조창현, 지방의회의 운영과 성과, 지방자치특강, 경향신문사, 1994.

II. 외국문헌

Aldrich, John H, Why Parties?, The University of Chicago Press, 1995

Beyme, Klaus von : The legislator ; German parliament as a center of political decision-making, Ashgate, 1998

Charles Jones O. : Congress and the Constitution Balance of Power, in Christopher J. Deering. ed. Congressional Politics, Chicago ; The Dorsey press, 1989

Conseil Constitutionnel, Le Conseil Constitutionnel, 1998

Daalder Hans, Government and Opposition in the New States, International Political Sciences Association, 1965

Foley, Michael / Owens, John E. : Congress and the Presidency, Manchester University Press, 1996

Fuller, Lon L. : The Morality of Law, New Haven : Yale University Press, 1969

Herring, Pendleton : Presidential Leadership ; the Political Relations of Congress and the chief Executive, Greenwood, 1998

Jack, Brand : British Parliamentary Parties, Oxford Clarendon Press, 1992

Jewell, Malcolm E. / Whicker, Marcia Lynn : Legislative Leadership on the American States, The University of Michigan Press, 1994

Keefe, William J. / Ogul, Morris S. : The American Legislative Process ; Congress and States, 10th edition, University of Pittsburgh, 2001

Koshner, Andrew Jay : Solving the Puzzle of Interest Group Litigation, Greenwood Press, 1998

Krehbiel, Keith : Pivotal Politics ; A Theory of U.S Lawmaking, The University of Chicago Press, 1998

Lijphart, Arend : Patterns of Democracy ; Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, Yale University Press, 1999

Michael Zander, The Law-Making Process, 5th edition, Butterworths, 1999

Michalowski, Sabine / Woods, Lorna : German constitutional law ; the protection of civil liberties, Ashgate, 1999