「지방정부연구」 제25권 제3호(2021 가을): 297-311
The Korean Journal of Local Government Studies, Vol.25 No.3 (2021 Autumn)
http://dx.doi.org/10.20484/klog.25.3.13

지방의회의 입법권한 강화방안에 관한 연구

전 광 섭

국문요약

지방자치는 자치의 근거, 자치의 범위와 내용 등을 정하는 법률적 의미의 자치를 담당하는 지방의회와 자치업무를 수행하는 제도적 의미의 자치를 담당하는 집행부가 각각 담당하고 있다. 지방분권의 강화는 지방자치의 주체인 지방의회와 집행부의 기능을 강화하는 것이다. 자치분권의 근거가 되는 조례를 제정하는 것이 지방의회의 주된 기능이라는 점에서 집행부 보다 지방의회의 기능 강화가 더욱 중요하다고 볼 수 있다. 32년 만인 2020년 12월 9일에 지방자치법 전면 개정안이 국회에서 의결되었다. 지방자치법 개정안의 핵심은 주민주권의 구현과 자치권의 확대이다. 따라서 이들 주민주권의 구현과 자치권 확대의 기본 틀을 마련하는 것이 지방의회의 역할이다. 본 논문에서는 주민주권의 실현을 위한 지방의회의 자치입법권 보장과 강화(제28조) 등 개정된 지방자치법을 중심으로 지방의회의 입법권한 강화 방안에 대하여 논의하였다.

주제어: 자치분권, 지방의회, 입법권한 강화

Ⅰ. 서론

미국의 유명한 정치학자인 벤자민 바버는 “뜨는 도시 지는 국가”라는 저서를 통하여 앞으로 정치, 경제, 사회, 문화 등의 주역은 국가가 아니라 지방이라고 역설하였다. 전 세계적으로 지방분권과 지방자치가 대세를 이루고 있다. 우리나라에서도 보수 혹은 진보 어느 정권을 막론하고 지방분권을 강조하지 않은 정권은 없었고, 중앙권한의 지방 이양을 위하여 다양한 정책들을 추진하여 왔다. 문재인 정부는 한 걸음 더 나아가서 “대한민국의 지방분권 국가다”라는 헌법 제1조 제3항을 신설하겠다는 것을 공약을 내세웠다.

일반적으로 지방자치는 단체자치와 주민자치로 구성된다고 한다. 단체자치는 제도적 의미의 자치 혹은 법률적 의미의 자치라고 하여 자치의 근거, 자치의 범위와 내용 등을 정하는 법률적 의미의 자치를 담당하는 지방의회와 자치업무를 수행하는 제도적 의미의 자치를 담당하는 집행부가 각각 담당하고 있다. 주민자치는 정치적 의미의 자치로서 주민의 직접적인 참여를 통하여 이루어진다. 지방분권의 강화라는 것은 지방자치의 주체인 지방의회와 집행부의 기능을 강화하고 주민참여를 보다 활성화시킨다는 의미를 가진다. 특히, 지방의회와 집행부의 권한과 책임을 강화하는

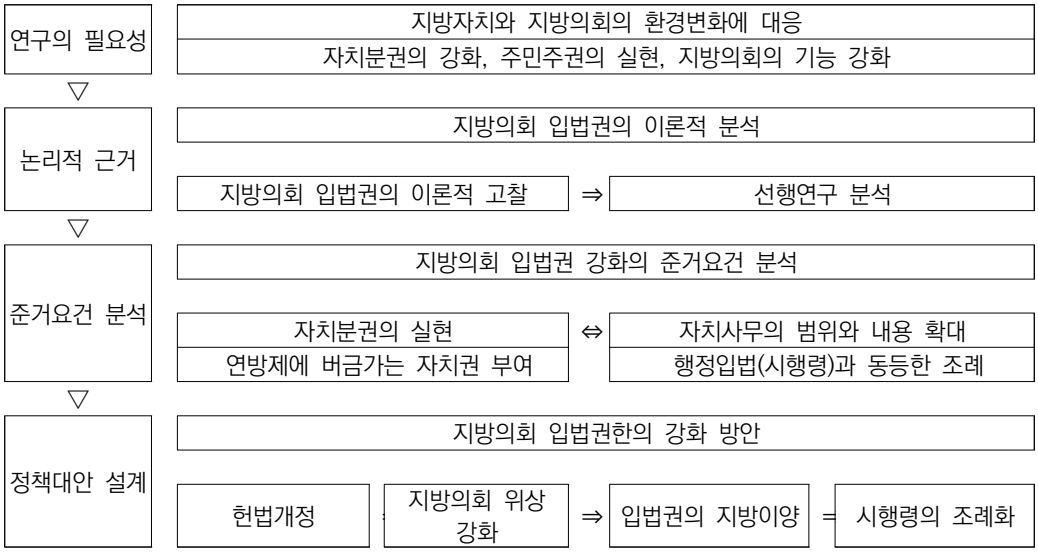
것이 지방분권의 핵심이라고 할 수 있다.

1949년 지방자치법이 제정되고, 민선 지방자치를 본격적으로 실시하는 기반이 된 '88년 전부개정 이후 32년 만인 2020년 12월 9일에 지방자치법 전면 개정안이 국회에서 의결되었다. 문재인 정부 출범시기에 논의된 「지방자치법」 개정안은 지방자치단체의 기능과 재정뿐만 아니라 지방의회와 주민자치에 관한 다양한 제도를 포괄하는 방향으로 논의되었다. 이 시기의 「지방자치법」 전부개정에 관한 논의는 지방재정에 관한 논의 외에 주민주권의 구현, 자치권확대, 지방자치단체 투명성·책임성 제고, 중앙-지방 간 관계정립의 차원에서 논의되었다. 2022년 1월 13일 시행을 앞두고 있는 「지방자치법」 전부개정의 주요 내용은 크게 ① 획기적인 주민주권의 구현, ② 자치단체 역량 강화 및 자치권 확대, ③ 자율성 강화에 상응하는 책임성과 투명성 제고, ④ 중앙-지방 협력관계 정립 및 행정 능률성 제고 등과 같이 4가지로 구분할 수 있다. 이들 중에서 지방의회와 직·간접적으로 관련이 있는 부분은 주민조례 발안제 도입(제19조), 자치입법권 보장 강화(제28조), 지방의회 인사권 독립(제103조), 정책지원 전문인력 도입(제41조), 지방의회 운영 자율화(제5장) 등이라고 할 수 있다.

지방의회는 일반적으로 입법기능, 행정감시기능, 민원기능 등으로 나눌 수 있다. 지방의회가 법률적 의미의 자치를 주관한다는 점에서 이상의 3가지 기능 중 입법기능이 지방의회의 핵심 가능이라고 할 수 있다.

본 논문에서는 지방의회의 자치입법권 보장과 강화(제28조) 등 개정된 지방자치법을 중심으로 지방의회의 입법권한 강화 방안에 대하여 논의하겠다.

본 논문의 분석의 틀은 다음과 같다.



Ⅱ. 이론적 논의

1. 자치입법에 관한 이론적 고찰

일반적으로 입법권이라 함은 통치권에 의거하여 국가와 국민과의 관계에서 효력을 가지는 성문법규를 정립하는 국가작용을 의미한다. 성문법규는 기본적으로 국가적·사회적 배경을 바탕으로 주권자 또는 법령을 제정할 권한이 있는 자가 그 국가 또는 사회와 그 구성원에 대해 해당 법령의 준수를 강제하고, 스스로도 그러한 규범을 지킬 것을 전제로 일정한 목적 하에 구성한 성문(成文)의 규범체계라고 정의할 수 있을 것이다.

이러한 법령의 입안은 특정 정책의 내용을 법령의 형식으로 구체화하는 작업을 의미한다. 법령 입안의 대상이 되는 법령은 일정한 의식적 활동의 소산이고, 마땅히 준수해야 한다는 당위의 성격을 갖는 규범체계라고 할 수 있으며, 동시에 준수하지 아니하는 경우에는 일정한 제재가 따르는 규범체계를 의미한다.

따라서 법령 입안의 대상이 되는 법령은 관습(법)이나 조리(「민법」 제1조 참조)와 같이 사회적으로 자연스럽게 형성된 규범질서나 상식적으로 구체적인 사항에 대해 사물의 본질을 탐구하는 과정에서 준수의무가 발생하는 형태의 규범이 아니라 일정한 목적(입법 목적)을 달성하기 위해서 의식적으로 구체화(성문화)된 규범체계이고, 동시에 규범 준수에 국가적·사회적 권력이 개입한다는 점에서 종교·관습과 구분되는 규범체계이며, 규범이란 면에서 구체적인 행위와 구분된다.

그리고 법령 입안은 이와 같은 성문의 법령을 구체화하는 작업이라는 점에서 법규범을 정립하는 작용인 "입법"의 한 과정이라 할 수 있고, 정립된 법령을 집행하는 작용인 행정이나 법령을 해석하는 작용인 사법(司法)과는 구분된다.

입법은 법규범을 정립하는 활동으로서 하나의 단일한 과정이 아니라 일련의 과정으로 이루어진다. 일반적으로 입법의 필요성에 대한 판단과 입법을 통해 달성하려는 목적 및 입법 을 통해 달성하려는 목표의 달성 수준에 대한 결정 과정이 선행되어야 하고, 이를 구체화하여 법규범으로서의 형식을 갖추는 과정, 그리고 정당한 권한을 갖는 입법자가 입법절차를 밟아 법규범을 완성하여 실효성 있는 법규범을 정립하는 과정으로 구분해 볼 수 있다.

예를 들어 어떤 사회문제에 대한 규제의 필요성이 사회적으로 인정된다면 그 규제의 필요성과 규제의 정도에 대한 정치적·사회적 합의가 이루어지고, 그 규제를 어떤 형식으로 어떤 법령으로 실행할 것인가에 대한 검토가 이루어진 후 입법자가 이를 구체적으로 법령의 형식으로 만들어서 국회의 심의·의결 및 공포나 국무회의의 의결 및 공포 등 입법절차를 거쳐서 해당 법규범이 실효성을 갖고 존재하게 하는 일련의 과정이 입법과정이라고 할 수 있다. 이와 같은 입법과정은 정치적이면서 헌법과 법령(「국회법」 등 입법에 관한 법령)이 정하는 절차에 따라 이루어지는 과정이다. 또 이러한 입법과정이 순차적으로 진행될 수도 있지만 사안에 따라서는 동시에 진행되는 경우도 있다.

여기서 법규범은 국민이 준수해야 하는 강제규범이고, 현대 민주주의 국가에서 행정과 사법(司

法)이 법을 기초로 행해지므로 그 법규범을 누가 어떻게 정립하는가의 문제는 매우 중요하다.

우리나라 헌법에서는 “입법권은 국회에 속한다.”(제40조)고 규정하여 입법권을 국회의 권한으로 선언하고 있다. 즉 주권자인 국민의 대의기관인 국회에 입법권을 부여함으로써 국회로 하여금 입법 의사를 실현하도록 하는 것을 원칙으로 선언하고 있다. 그런데 국회가 입법권을 가진다고 하여 입법에 관련된 모든 권한을 국회가 독점적으로 행사해야 한다는 의미는 아니다. 헌법에 따르면 국회의원 외에 정부도 법률안을 제출할 수 있고(제52조), 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있으며(제75조), 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(제95조). 이와 같이 헌법은 국회의 입법권 외에 대통령, 국무총리 및 행정각부의 장이 헌법과 법률의 범위에서 일정한 규범을 정립할 수 있도록 규정하고 있고, 형식적 의미의 법률의 입법에 대해서도 정부의 법률안 제출권 등을 통해 관여의 여지를 두고 있다.

법령 입안은 이와 같은 입법의 과정에서 법령의 형식을 갖추어 일정한 정책적 목적이 법규의 형식으로 구체화하는 과정을 의미한다. 즉 법령 입안은 넓은 의미의 입법의 한 과정이며, 국회나 정부가 일정한 정책적 목적을 달성하기 위해 법규범의 정립을 추진하는 과정에서 정책 목적과 수단을 법규의 형식으로 구체화하는 과정이다.

자치입법권은 지방자치단체가 그 자치권에 기하여 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정하는 권한을 말한다. 헌법은 ‘지방자치단체는 ··· 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다’라고 하여, 자치입법권을 보장하고 있으며, 지방자치법은 자치법규로서 조례와 규칙을 인정하고 있다. 즉 자치입법권에는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정하는 권한과 또 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정하는 권한(지방자치법 제3장)이 있다(이병태, 2016).

자치입법권의 범위에 대해서는 지방자치권을 지방의 고유한 권리로 보는 고유권설 또는 국권으로부터 유래된 권리로 간주하는 전래설과 달리 제도적 보장설은 국가에 의해서 승인된 것이되 법적으로 반드시 보장된다는 제도적 보장설(최창호, 2005)에 입각하여 법령을 기준으로 제약여부에 대한 이견이 존재하는데, 자치입법권은 법령의 근거 없이 또는 법령에 위반되지 않은 범위에서 제정될 수 있는 입법적 권한(전기성, 2011; 전학선, 2015; 김현태, 2015)으로 접근하는 학설이 있다. 다른 한편으로는 현실적 법규를 전제로 법령의 범위 안에서 제정되는 입법적 권한(고인석, 2016; 이병렬·이종수, 2016)으로 규정하고 있다.

자치입법권의 내용에 대해서는 협의와 광의의 시각이 있다, 협의의 관점에서는 자치입법권의 내용은 지방의회가 제정하는 조례에 국한하고 있으나, 광의의 관점에서는 조례와 더불어 자치단체장과 교육감이 제정하는 규칙과 교육규칙까지 포괄하는 것으로 접근하고 있다(전학선, 2015; 고인석, 2016).

자치입법권은 지방자치단체가 자치운영에 관한 제반의 법규를 제정하는 능력을 의미한다. 다만, 제도적 보장설과 같이 국가에 의해 승인된 권한이라는 측면에서 법령의 범위 안에서 자치운영

에 관한 조례와 규칙 등의 제정권한을 의미하는 것이다.

2. 선행연구의 고찰

문병효(2013)는 지방자치단체의 자치입법권을 제대로 보장하기 위해서 조례고권을 보장하는 것이 필요하고, 그러기 위해서는 헌법 제117조와 지방자치법 제22조가 개정되어야 한다고 하였다. 특히 지방자치법 제22조 단서는 삭제되어야 한다고 주장하였다. 그리고 지방자치단체가 국가정책, 특히 국가입법에 참여할 수 있는 기회가 부여되어야 한다고 하였다. 이를 위해 독일식 연방참사원과 같은 상원제도의 도입을 검토하여야 한다고 하였다. 그리고 지방의회도 스스로 입법능력을 제고하기 위한 노력을 다 하여야 한다. 이를 위해서는 지방의회의 입법을 보좌하기 위한 인원과 조직을 확대하는 것이 필요하다고 하였다.

조성규(2015)는 우리나라의 지방자치의 현실이 다소 병리적이고 문제가 있는 것은 부인하기 어렵지만 그 원인은 지방자치에 있는 것이 아니라, 실질적이고 이상적인 지방자치가 실현되지 못한 데 있는 것이고, 이는 지방자치의 본격적 실시 20년에도 불구하고 실질적 지방자치를 위한 – 자치입법권을 포함하여 - 자치권의 확대를 위한 법적·제도적 개혁을 이루어내지 못한 입법, 행정, 사법의 책임이며, 그 근저에는 국민과 사회의 인식의 부족이 개입하고 있다. 그러한 점에서 볼 때, 자치입법권의 실질적 보장 및 확대를 위해서는 자치입법권에 대한 이론적 논의보다는 지방자치를 둘러싼 – 지방자치를 구체화하는 - 입법, 행정, 사법 등 국가권력은 물론 국민의 의식을 포함하여 지방자치에 대한 사회 전반의 인식 전환이 필수적이고 선결적으로 요구된다고 하였다.

심용재(2018)는 지방자치권의본질을 주민자치로 보면서 지방자치제도와 민주주의와의 관계, 지방자치의 기본권 관련성에 비추어 지방자치권은 최대한 보장되어야 한다고 보았다. 또한 주민의 대표기관, 지방자치단체의 입법 및 최고의사결정기관은 지방의회라는 관점에서 지방의회의 권한은 지금보다는 확대되어야 한다는 점에서 최근 선고된 지방의회 조례안 재의결 무효확인 사건(그 실질은 지방의회와 지방자치단체장간의 권한쟁의 사건)을 검토하였다. 추가로 국법질서의 통일성을 담보할 기관은 최종적으로 국가기관이지 지방자치단체의 기관은 아니라는 관점에서 조례안 재의결 제소권에 대한 대법원 전원합의체 판결도 함께 검토하고자 하였다.

고인석(2020)은 지방의회 입법기능회복을 위한 개선방안으로서 지방의회의 자치입법권과 자치조직권을 제한하는 원인에 대한 분석을 통하여 「헌법」과 지방자치관련 법률에 근거한 현 지방자치단체의 일부분으로서 기능하는 지방의회의 실질적 입법기능회복을 가능하게 하여 자치입법기관으로서 지방의회가 제기능을 수행할 수 있도록 보장함으로써 실질적 지방자치가 가능하게 하고자 하였다.

Ⅲ. 지방의회의 자치입법권한 실태

1. 지방의회의 지위

첫째, 주민대표기관으로서의 지위를 가진다. 지방의회는 주민의 직접선거에 의하여 선출된 의원으로 구성되므로, 지방의회는 주민대표기관으로서의 지위를 가진다. 이것은 국회를 국민대표기관으로 부르는 것과 같은 취지이다(김남진. 2007). 여기서 지방의회를 대표기관으로 보는 것은 지방의회가 주민의 정치적 대표기관이면서, 자치사무에 대한 결정과 집행에 있어서 지방의회의 행위는 주민의 행위와 동일시된다는 의미에서는 주민에 대한 법적 대표기관이기도 하다(유상현, 1984). 다만 지방자치단체 자체를 대표하는 기관은 지방자치단체의 장이므로(법 제92조), 지방의회는 주민의 대표기관으로서의 지위를 가질 뿐, 지방자치단체의 대표기관이 되는 것은 아니다. 이에 대하여 지방의회는 주민에 의해 선출되는 의원으로 구성되는 지방자치단체의 대표기관으로서의 지위를 갖는다고 보는 견해도 있다. 그러나 대표기관은 지방자치단체장도 해당하므로 전속적 지위에 해당하는 것은 아니라는 것이다(유지태, 2003). 지방의회가 대표기관으로서의 그 대표성을 획득하기 위하여서는 의원선거의 방식도 중요하게 되며, 이 경우 직접선거에 의해서만 구성되어야 하는 것이다. 지방의회는 선거를 통하여 구성된다는 점에서 정치적 의미의 대표성이 강하게 나타나는 것이고, 지방의회의 의사를 주민의 의사로 간주·의제하는 것으로 받아드린다는 점에서는 법적 대표기관의 성격을 가지기는 한다. 즉 지방의회는 반드시 주민의 정확한 의사만을 대표하여야 한다는 것은 아니다. 지방의회의원은 주민대표기관이기는 하지만 선거인인 특정주민의 의사에 기속되는 강제위임의 형태가 아니며 자신의 양심과 소신에 따라 전체주민의 의사에 따라 행동하는 자유위임관계에 있다고 보아야 한다(이기우, 1991). 따라서 지방의회가 자치행정조직의 의사를 결정하는 행정기관으로서의 성격이 있다 하더라도 지방자치단체 자체의 대표기관이라고 보기에는 난점이 있다고 할 것이다. 주민의 대표기관인 지방의회의원은 넓은 의미에서 공무원으로서, 헌법 제7조의 공무원에 해당한다는 것이다. 따라서 지방의회의원도 주민과 국민전체의 봉사자가 된다. 이러한 점에서 본다면 지방의회는 주민대표기관임과 동시에 지방의회의원으로서는 주민전체에 대한 봉사자가 되는 것이다.

둘째, 지방의회는 헌법기관으로서의 지위를 갖는다. 전술한 바와 같이 헌법 제118조 제1항은 “지방자치단체에 의회를 둔다”고 규정함으로써 지방의회의 설치의 법률적 근거는 헌법에 있다. 지방의회의 설치는 헌법에 근거하므로, 지방의회는 헌법기관으로서의 지위를 갖는다.

셋째, 지방의회는 입법기관이다. 지방의회의 법률적 지위는 의결기관이며, 지방의회가 의결할 수 있는 권한의 범위에는 조례를 제·개정 및 폐지를 포함한다. 현대사회의 대부분의 민주주의 국가가 채택하고 있는 대의 민주주의 체제에서는 의회를 구성하여 사회적 합의를 도출한다. 지방의회는 주민으로부터 대표성을 부여받아 지방자치단체의 조례를 제·개정 및 폐지할 수 있는 자치입법권을 직접 행사한다. 다만, 상위법령에 따라, 세목의 신설, 세율의 결정, 형사법규의 제정 등에 관한 의결은 제한된다. 헌법은 “조세의 종목과 세율을 법률로 정한다”(헌법 제59조)라고 규정함으

로써 세목의 신설과 세율의 결정은 지방의회가 갖는 입법권의 범위에서 제외하였다. 또, 헌법은 법률에 의해서만 형사처벌이 가능하도록 규정한다(헌법 제12조). 이에 따라, 지방의회의 입법의 범위에서 형사처벌에 관한 입법은 제외된다. 즉, 형사처벌에 관한 조례는 제정할 수 없으며, 제정하더라도 효력을 갖지 못한다.

넷째, 지방의회는 심의·의결기관이다. 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고, 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정함으로써, 자치입법권을 보장한다. 또, 지방자치법은 “지방자치단체에 주민의 대의기관인 의회를 둔다”고 규정한다(지방자치법 제30조). 지방의회는 그 권한의 범위가 법률에 의해 제한되고 있다하더라도, 지방자치단체의 경계범위 안에서의 최고 의사결정기관으로서 지위를 가진다. 조례의 제·개정 및 폐지 뿐만 아니라, 예산·결산의 심의·의결 등 주민의 직접적인 의사결정이 필요한 사항에 대해 대의기관으로서의 역할을 수행한다. 이 외에도, 지방의회의 의결권의 범위는 지방자치법(제39조)에서 규정하고 있다. 구체적으로, 지방자치법은 조례의 제정·개정 및 폐지, 예산의 심의·확정, 결산의 심의, 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 징수, 기금의 설치·운용, 대통령령으로 정하는 중요재산의 취득·처분, 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치·처분, 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산외의 의무부담이나 권리의 포기, 청원의 수리와 처리, 외국지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항, 그 밖의 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항 등으로 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 조례로 정하는 바에 따라 지방의회에서 의결되어야 할 사항 등으로 제시한다(지방자치법 제39조 제1항).

넷째, 지방의회는 집행기관의 견제기관으로서의 지위를 갖는다. 지방자치단체에 대해 집행기능과 의결기능을 분리하여 집행기관과 의결기관을 각각 설치하고 기관별로 권력을 분할하였다. 이와 같은 기관대립형 권력구조에서 지방의회는 의결기관으로서 지방자치단체의 집행기관의 행정행위에 대해 감시기능을 수행한다. 집행기관의 불편부당한 행정행위가 발생하지 않도록 상시 견제하는 기능을 수행한다.「지방자치법」은 “본회의나 위원회는 그 의결로 안건의 심의와 직접 관련된 서류의 제출을 해당 지방자치단체의 장에게 요구할 수 있다”(제40조 제1항), “제1항에도 불구하고 폐회 중에 의원으로부터 서류제출 요구가 있을 때에는 의장은 이를 요구할 수 있다”(제40조 제3항) 등의 규정을 두고 있다. 또,「지방자치법」제41조 제4항은 지방의회가 지방자치단체의 집행기관을 감사·조사할 수 있도록 한다. 결과적으로, 지방의회는 법률에 의해 지방자치단체 집행기관에 대한 감사권, 조사권을 보장받고, 권한의 행사를 통해 집행기관을 견제한다.

2. 지방의회의 입법기능

지방의회의 입법기능은 조례의 제·개정 및 폐지에 관해 의결하는 기능이다. 지방의회는 조례를 의결하는 과정에서 동의, 승인, 의견청취 등의 기능을 수행한다. 헌법 제 117조 제 1항에서 지방자치단체는 "법령의 범위" 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였다. 지방자치법 제22조에서 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의

권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있다. 지방자치법 제 23조는 자치단체장의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 규칙을 제정할 수 있다고 하였다.

지방자치단체는 '그 사무'에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있기 때문에(법 제15조) 조례제정권의 범위는 각 지방자치단체가 가지는 사무의 범위와 일치한다고 말할 수 있다. 현행법상 지방자치단체의 사무는 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 단체위임사무로 분류되는데, 지방자치법 제9조 제2항에 지방자치단체의 사무를 다음과 같이 예시하고 있고, 동법 제10조 제2항에 의거, 지방자치법 시행령으로 시·도와 시·군 및 자치체간의 사무 배분에 의하여 사무를 분류하고 있다. 그런데 지방자치단체의 사무 중 어떠한 사무가 자치사무에 속하는가 아닌가를 판단하기 곤란한 경우가 많지만, 일반적으로 지방자치의 존중과 주민의 자주재원의 확보를 전제로 하여, 지방자치단체는 광범한 권한으로서 자치사무를 많이 가질 수 있다. 대부분 행정 수요는 국가 전반을 통하여 일제히 발생한다기보다는 특정구역에 한정되어 발생하고 있고, 그것이 점차 전국적으로 확대되기 때문에 지역에 필요한 행정을 행하고, 최종적으로 전국적인 수준에서 조정 및 통합되고 있다. 시대의 흐름에 따라 새로운 행정 수요가 발생되고 있는 분야는 지방자치단체가 조례를 가지고 처리해 나가는 것이 필요하다. 이러한 것이 지방자치의 본래의 취지에 일치되며 국가정책의 입장에서도 각 지방자치단체의 정책적인 시책을 발굴할 필요가 있다.

조례를 제정하는 것은 지방의회의 전권적인 권한이나 조례의 발의권은 지방의회의 전속이 아니다. 조례의 발의권은 지방의회와 지방자치단체의 장 양쪽이 갖고 있다. 지방의회가 30년 만에 다시 구성되기 때문에 당분간 조례제정권의 행사에 있어서 조례의 발의는 대부분 지방자치단체의 장이 하고 지방의회는 그것을 심의하는 정도로 발전할 것으로 본다. 이것은 무엇보다도 지방행정이 전문화, 고도화, 기술화되어가고 있는 것은 물론 조례 제정을 위한 행정 수요의 파악, 조례 효과의 예측 등 상당한 자치입법에 대한 기술이 필요하고 이러한 조례 제정을 위한 조사·기획·입안하는 전문 직원이 지방자치단체의 집행기관에 있기 때문이다. 조례안이 지방의회에서 의결된 때는 의장은 의결된 달로부터 5일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이를 이송하는데(지방자치법 제19조 제1항), 지방자치단체의 장은 이송 받은 조례안에 대해 이의가 있을 경우에는 20일 이내에 지방의회로 환부하고 재의를 요구할 수 있다(법 제19조 제3항).

조례는 지방의회의 의결에 의해서 확정되지만 현실적인 효력을 발생하기 위해서는 20일 이내에 공포해야 된다. 지방자치단체의 장도 조례의 이송을 받은 경우 재의 또는 기타의 조치를 위한 필요가 없다고 인정되면 이것을 공포해야 하고, 그 조례안은 조례로서 확정된다(법 제19조 제5항).

조례는 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력이 발생한다(법 제19조 제7항). 조례의 효력은 시간적·지역적·인적으로 제한이 있다. 시간적 제한이라는 것은 조례는 원칙적으로 공포 날짜 이전으로 소급해서 효력을 가지지 않는다. 다만 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 등의 불이익을 주는 이외의 조례는 필요에 따라서 소급 적용도 허용해 주는 경우가 있을 수 있겠지만, 이 경우는 반드시 그 취지를 조례에 명기할 필요가 있다. 지역적인 제한에 대해서는 조례가 지방자치단체의 자주입법이기 때문에 당연히 당해 지방 지역단체의 구역에 한하여

효력을 가진다. 인적 제한으로서는 당해 지방자치단체의 주민에 한하여 조례의 효력이 있다는 것이다.

3. 지방자치법상 지방의회의 입법기능의 제약

지방자치법에 의한 조례제정권의 제약은 이를 크게 세 가지 범주로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 지방자치법은 지방자치단체의 사무범위를 통하여 자치입법권을 제한하고 있다. 지방자치법 제15조 본문의 규정에 따르면 지방자치단체는 "그 사무에 관하여" 조례를 제정할 수 있도록 되어 있다. 이처럼 "지방자치법 제15조, 제9조의 규정에 의하면 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 자치단체에 위임된 이른바 단체위임사무에 한한다"는 것은 학계의 지배적 견해이자 대법원의 확립된 판례이다. 따라서 지방자치단체는 그 사무의 범위를 넘어서는 사항에 관하여 조례를 제정할 수 없으며, 기관위임사무에 대한 조례의 제정은 허용되지 않는다는 결론이다. 이 점은 비단 국가와 지방자치단체간의 기관위임뿐만 아니라 상급 지방자치단체와 하급 지방자치단체 사이의 기관위임에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 대법원은 "지방자치법 제15조 본문에 의하여 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된, 이른바 단체위임사무에 한하고, 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무로서 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 관한 사항은 조례제정의 범위 밖"이라고 판단함으로써 도지사로부터 시장·군수에게 기관위임된 묘지 등 허가사무를 규율하기 위해 제정된 군 조례가 무효라고 판시하였다. 또한 지방자치법은 지방자치단체로 하여금 제11조에 열거된 국가사무를 처리할 수 없도록 하고 있으므로, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우 외에는 이에 관한 조례를 제정할 수 없다.

둘째, 지방자치법은 제15조 단서에서 "주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다."고 규정함으로써 자치입법권을 제한하고 있다. 이에 따라 주민에 대한 권리제한·의무부과·벌칙을 내용으로 하는 조례는 관계 법률에서 명시적인 위임근거를 마련하지 않는 이상 제정될 수 없다는 결과가 된다. 이에 따라 다수의 조례들이 대법원에 의하여 무효화되는 운명을 맞았다. 물론 지방자치법이 요구하는 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요는 없고 포괄적인 것이어도 무방하다.

셋째, 지방자치법 제15조 본문의 규정에 따르면 지방자치단체는 '법령의 범위 안에서'만 조례를 제정할 수 있다. 이것은 '법률의 우위' 및 '상위법 우선의 원칙'에 따른 제한으로서 이에 따라 지방자치법은 물론 각종 법률이나 법규명령의 규정에 위반하는 내용의 조례를 제정할 수 없게 되어 있다. 이에 따라 상위법령에 위반하였다는 이유로 무효판정을 받은 조례안들이 속출했다. 의회대표제가 아닌 주민총회제 원리에 따라 방청인에게 발언권을 줄 수 있도록 한 지방의회 회의규칙의 위법성을 확인한 사례, 지방의회의 인사권을 침해했다는 이유로 위법판정을 받은 사례, 지방자치단

체간 관할범위를 위반하여 위법으로 판정된 사례 등도 이와 동일한 맥락에서 나온 판례들이다.

4. 외국의 사례

1) 독일

독일기본법 제70조 제1항은 “주는 이 기본법이 연방에 입법권한을 부여하지 않는 경우에는 입법권을 갖는다.”라고 하여 주의 포괄적 입법권을 보장하고 있다. 첫째, 독일은 경합적 입법영역에 있어서는 연방이 법률로써 입법권을 행사하고 있지 않을 때 그 범위 내에서 주가 입법권을 갖는다. 둘째, 이 영역에서 연방은 연방영역에서의 동등한 생활관계의 확립 또는 국가전체의 이해에서 법적 동일성의 유지를 위하여 연방법으로 규율할 필요가 있는 경우에 그 범위 내에서 입법권을 갖는다. 셋째, 제2항의 필요성이 존재하지 아니하는 한 연방법은 연방법상의 규정을 주법으로 대체할 수 있음을 규정할 수 있다.

독일의 연방은 법 제정 시에 해당 규정이 모든 주에 통일적으로 적용될 것인지, 또는 규정 제정을 각 주에 맡겨야 하는지를 고려하도록 하고 있으며, 연방상원은 주의 대표들로 구성되어 주의 이익을 대변하여 입법에 대응하도록 하고 있다. 즉 연방 차원의 법은 주의 개별적 상황을 고려하여 제정하고 이 과정에서 연방상원이 그 조정자 내지 중재자의 역할을 하고 그 밖의 입법은 주가 행사할 수 있도록 하고 있다(EAI분권화센터, 2006).

2) 일본

일본 헌법 제94조에 “지방공공단체는…, 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다”는 규정을 두고 있다. 이는 자치입법인 조례가 법률에 위반하지 않고 자치권의 범위 내에서는 개개의 법률의 위임 없이 지방의회의 의결을 거쳐 제정될 수 있다것을 의미한다. 일본의 경우 조례 제정의 가능범위를 우리 헌법상의 “법령의 범위 안에서”와는 달리 “법률의 범위 내에서” 라고 규정함으로써 행정입법에 의한 조례입법권의 형해화에 대처하고 있다(EAI분권화센터, 2006).

3) 미국

미국은 연방의회가 할 수 있는 권한과 할 수 없는 권한을 헌법에 규정하고 있다. 주의 입법권은 연방헌법이 규정한 사항 이외의 것에 대하여 전속적으로 행사할 수 있음이 인정되고 있다(EAI분권화센터, 2006).

Ⅳ. 지방의회의 자치입법권한 강화방안

첫째, 지방자치단체의 자치입법권 강화를 위해서 헌법을 개정하여야 한다. 입법권의 배분 정도에 대하여 실질적인 지방분권화의 실현을 위하여 행정권 뿐만 아니라 입법권을 배분하고, 이 때 법률에 위반되지 않는 범위에서 입법권을 인정하며, 지방자치단체의 사무범위 내에서는 자치입법의 효력체계상의 지위를 법률과 같은 정도까지 높이려는 취지의 개정 방안이 필요하다. 자치입법권 보장을 위해서는 헌법의 적극적 해석이 요구되지만, 자치입법권의 확대를 명확하게 하기 위해서는 자치입법권을 확대하는 방향으로 헌법 규정을 일부 개정할 필요가 있다. 국가의 입법권을 배타적 입법권과 지방정부와의 경합적 입법권으로 구분하여 각각의 입법권을 재배분하고, 지방정부의 법률제정권은 시·도를 중심으로 배분하되, 시·군·자치구는 현재와 같이 조례제정권을 통해 입법권을 행사하게 하는 방안을 모색하여야 한다. 자치입법기관으로서의 지방의회의 위상을 제고하기 위하여 자치입법의 핵심인 조례 제정권을 보유한 지방의회의 위상을 보다 명확히 하는 헌법개정이 필요하다. 헌법은 제118조에서 지방자치단체에 의회를 둔다고 하면서도 국회의 구성과는 달리 지방의회에 관하여는 전적으로 법률에 유보하고 있는데, 이러한 입법태도는 민주적 정당성의 관점에서는 바람직하지 않다. 따라서 지방의회의 대표성을 보다 명확히 하기 위하여 헌법 자체에서 주민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의한 지방의회의 구성을 명문으로 규정하는 것이 필요하다. 또한, 자치법규 형식의 명시와 자치기본조례의 근거를 헌법에 설정하여야 한다. 자치법규형식인 조례나 규칙(교육규칙 포함)이 대통령령, 총리령, 부령이나 규칙과는 달리 헌법에 그 법형식이 규정되어 있지 않고 지방자치법 내지 지방교육 자치에 관한 법률에 가서야 비로소 나타나고 있는데, 이에 관해서는 헌법상 지방자치단체에 자치입법권을 보장하는 데 그칠 뿐 아니라 그 자치법규의 형식을 명확히 하는 것이 바람직하다. 헌법은 자치입법권과 관련하여 그 제117조에서 "지방자치단체는…(중략)… 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고만 규정하고 있다. 그런데 이러한 규정은 그 의미가 명확하지 않아 해석상으로 헌법 제37조나 제40조, 제59조 등과 관련하여 그 관계가 불분명하다. 따라서 지방자치단체의 자치권의 범위가 불명료하고 특히 자치입법권이 법률유보의 엄격한 적용대상이 되는 것으로 해석되므로 향후 자치입법권을 근본적으로 확대・보장하기 위해서는 헌법 개정을 통하여 조례의 한계와 범위를 명확히 할 필요가 있다. 그 핵심적 내용으로는 먼저 자치법규를 '법률에 반하는 않는 범위 안에서'제정할 수 있는 것으로 하고, 조례를 법률에 준하는 자주법으로서 헌법 제40조의 국회입법의 원칙의 중대한 예외가 되고, 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보원칙의 적용대상에서 제외되며, 제13조 제1항의 죄형법정주의, 제59조의 조세법률주의 등의 적용에서도 일정한 예외가 될 수 있다는 점을 명시하는 방안이 검토될 필요가 있음. 이러한 방향으로 헌법 개정이 이루어진다면 현행 지방자치법 제22조 단서의 삭제 또는 개정의 추진, 제27조의 개정, 지방세법 제3조의 개정 등이 보다 용이해질 수 있다. 지방자치의 본질은 각 지역이 자기의 현실에 적합하게 자기 문제에 대하여 자율적으로 결정하고 이를 수행하도록 하는 것이다. 지방자치의 수행을 위해 자기규율로서의 입법권의 행사는 필수적임. 전통적 견해에서는 현행의 법체계가 지방자치단체에 대하여 행정권의 일환으로서의 행정입법권을

제한된 범위에서 부여하는 것으로 이해하고 있다. 그러나 지방자치단체의 조례입법권은 제정 주체가 주민 직선으로 구성되는 지방의회라는 점, 그 장소적 적용범위가 해당지방자치단체의 구역에 국한된다는 점을 고려할 때 국가의 행정입법권과는 질적인 차이가 있다. 여기에서 조례입법권이 단순히 행정권이라기보다는 주민의 권리·의무에 관한 일정한 규제를 행하고 위반 시에 일정한 제재를 과함으로써 그 실효성을 확보하게 하여 입법권에 접근하도록 할 필요가 있다.

둘째, 자치입법권 확대를 위한 입법권의 지방이양이 필요하다. 현행 헌법 규정만으로는 자치입법의 범위를 헌법을 기준으로 정하기 어렵고 이에 따라 자치입법권이 국가입법권(국회 법률과 행정입법)에 의하여 제약될 수 있다. 따라서 헌법에 국가입법권과 자치입법권의 배분의 기준을 어느 정도 정해 놓을 필요가 있다. 배분 방식으로는 크게 (ⅰ) 헌법에 국가입법사항이나 자치입법사항의 기준을 보다 명확하게 규정하는 방식과 (ⅱ) 국가입법사항 및 자치입법사항의 구체적인 내용을 나열하는 방식, (ⅲ) 국가의 입법사항을 열거하고, 그 외에는 지방자치단체의 입법사항으로 하는 방식 등이 있다. 이러한 입법권한 배분을 헌법에 정하여 두더라도 법률과의 관계에 있어서 법률 선점에 의한 사실상의 자치입법권한 축소 현상을 방지하기 위하여 국가입법의 한계를 예컨대, 자치입법사항에 대하여는 국가 입법의 밀도를 느슨하게 하여야 한다거나 또는 자치입법사항의 일정한 부분에 대하여는 국가의 입법에 의한 선점을 어렵게 하는 등의 한계를 설정하는 것이 필요하다. 현행 입법권의 배분 형식은 헌법 – 법률 – 시행령/시행규칙 – 조례 등의 순으로 이루어지고 있다. 지방의 자치권을 인정한다면, 지방의 입법권도 법률 수준으로 인정하여야 한다. 현재 정부는 연방제에 버금가는 자치분권을 강조하고 있다. 미국의 주 정부는 주 헌법을 비롯한 법률제정권을 가진다. 자치권의 확대라는 측면에서 자치사무의 범위와 내용 등이 확대되어감에 따라서 미국의 주정부 수준의 법률제정권을 가지지는 못하더라도 정부의 행정입법에 해당되는 시행령이나 시행규칙과 동일한 위상과 지위를 가진 조례제정권한을 지방에 부여하는 것이 필요하다. 따라서 시행령을 통하여 조례의 제정범위를 제약해서는 안된다. 2022년에 시행되는 지방자치법 제28조 개정안에서는 조례의 제정범위의 침해를 방지하기 위하여 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항에 대해 법령의 하위법령에서 위임내용·범위를 제한하거나 직접 규정하지 못하도록 하고 있다. 이 보다 한걸음 더 나아가서 시행령을 조례와 동등 혹은 하위 지위로 지정하여야 한다. 따라서 시행령에 규정되는 사항은 조례로 규정하는 것이 필요하고, 가능하다면 시행령은 제정하지 않는 것이 바람직하다.

Ⅴ. 결론

지방의회는 단체장과 함께 지방자치를 이끄는 핵심적인 기관이다. 또한, 지방의 입법기관인 지방의회는 국가의 입법기관인 국회와 같은 헌법기관이다. 따라서 지방의회의 권위를 인정해 주는 제도적인 장치가 필요하다. 따라서 지방의회의 가장 중요한 기능인 입법기능을 강화하는 것은 당연한 조치이다.

지방의회의 입법권한을 강화하기 위해서는 지방의회가 제정하는 조례의 권위를 높여 주는 것이 필요하다. 국회가 제정하는 법률과 동등한 지위를 부여하는 것이 어렵다면, 적어도 법률과 시행령의 중간적인 위치를 가지는 것이 바람직할 것이다. 다시 말하자면, 시행령 보다 높은 지위를 부여하는 것이다. 또한, 향후 새로운 법을 제정할 때는 시행령에서 규정하여야 할 사항들을 과감하게 조례에 위임하는 것이 바람직할 것이다.

조례의 권위를 높이기 위해서는 조례의 품질을 높이는 것이 필요하다. 조례의 품질을 높이기 위해서는 첫째로 조례제정의 주체인 지방의원의 전문성과 역량을 높이는 것이 필요하다. 그러기 위해서는 지방의회 단위 별로 정기적인 워크숍이나 연찬회 등을 실시하는 것이 필요하다. 둘째로 지방의회의 입법활동을 전문적으로 지원할 수 있는 전문위원과 의정활동을 지원하는 정책지원관의 역량을 높이는 것이 필요하다. 따라서 이들 전문위원과 의정활동을 지원하는 정책지원관을 대상으로 정기적인 역량강화교육을 실시하는 것이 필요하다. 또한, 개정되는 지방자치법에 의해서 새롭게 신설되는 정책지원관의 역할을 의원들의 입법활동 지원에 특화될 수 있도록 일반 행정업무를 줄이는 조치들이 필요할 것이다. 셋째로 주민과의 소통 창구를 넓히고 주민을 단순한 민원인이 아닌 입법활동의 동반자로 인식하여야 할 것이다. 새롭게 개정되는 지방자치법에 의해서 주민도 단체장을 경유하지 않고 직접 지방의회에 조례를 제안할 수 있는 권한을 부여받게 되었다. 따라서 의회와 주민이 지역사회발전이나 주민복리증진과 밀접하게 관련된 조례의 제정과 개정에 관하여 심도 깊은 아이디어 교환이나 의견교환이 필요하게 될 것이다.

참고문헌

고인석(2016). 자치입법의 질적 개선과 실효성 확보방안.「법학연구」. 통권 제63호

고인석(2020). 지방의회 입법기능 제한원인과 개선방안에 관한 연구, 유럽헌법연구, 유럽헌법학회

김남진(2007), 조례제정의 절차적 요건과 하자,「자치발전」2007권 11호

문병효(2016), 지방의회의 자치입법제도 운영현황 및 문제점, 강원법학, 강원대학교 비교법학연구소

심용재(2018), 지방의회의 조례제정권의 범위- 대법원 판례를 중심으로 -, 법학논총, 단국대학교 법학연구소

이병태(2016), [네이버 지식백과] 자치입법권 (법률용어사전, 2016. 01. 20)

유상현(1984), 입법의 한계, 월간 법제, 법제처

유지태(2003), 행정법신론

이기우(2005), 지방자치 기반강화를 위한 헌법개정,「한국지방자치학회보」제17권 제4호, 한국지방자치학회

이병렬 외(2016). 민선 지방자치 20년의 자치입법권 평가: 자치입법권을 중심으로.「한국자치행정학보」. 제30권 제1호

전기성(2011). 지방의회의 자치입법권.「입법학연구」. 제8집. 제6장 자치입법권 개선방안

전학선(2015). 지방분권을 위한 자치입법권의 개선방안.「세계헌법연구」. 제21권 제3호.

정재황·선정원·김명연·김수진·전훈(2006), 지방자치의 헌법적 보장 - 지방자치와 입법권의 한계, 「헌법재판연구」 제17권, 헌법재판소

조성규(2015), 지방자치 20년을 통한 자치입법권 보장의 평가와 과제, 지방자치법연구, 한국지방자치법학회

홍정선(2000), 지방자치법학, 법영사

EAI분권화센터(2006), 국가-지방정부 관계 재정립을 위한 헌법개정안 연구, EAI분권화프로젝트 최종보고서

전광섭(全光燮): 한국외국어대학교에서 박사학위를 취득하고 호남대학교 행정학과 교수로 재직중이다. 주요 관심분야는 도시행정, 주택정책, 공기업 등이며, 관련되는 저서와 " 공공기관 안전문화 강조와 성과에 대한 연구(2020)"등 다수의 논문을 발표하였다(2005134@honam.ac.kr).

〈논문접수일: 2021. 10. 30 / 심사개시일: 2021. 11. 3 / 심사완료일: 2021. 11. 9〉

Abstract

A study on measures to strengthen the legislative authority of local councils

Jeon, Gwangseop

The local council is a key institution that leads local autonomy along with the head of the group. In addition, the local legislative body, the local council, is a constitutional body like the national legislative body, the National Assembly. Therefore, there is a need for an institutional device that recognizes the authority of local councils. Therefore, it is a natural measure to strengthen the legislative function, which is the most important function of the local council. In order to strengthen the legislative authority of the local council, it is necessary to increase the authority of the ordinance enacted by the local council. If it is difficult to grant an equal status to a law enacted by the National Assembly, it would be desirable to at least have an intermediate position between the law and the enforcement ordinance. In other words, it is to grant a higher status than the enforcement ordinance. In addition, when enacting new laws in the future, it would be desirable to boldly delegate the matters to be stipulated in the Enforcement Decree to the ordinance. To increase the authority of the ordinance, it is necessary to improve the quality of the ordinance. In order to improve the quality of ordinances, it is first necessary to increase the professionalism and competence of local councilors, who are the main agents of ordinance enactment. To this end, it is necessary to hold regular workshops or banquets for each local council unit. Second, it is necessary to enhance the capacity of expert committee members who can professionally support the legislative activities of local councils and policy support officers who support the legislative activities.

Key Words: autonomy, local council, Strengthening legislative powers