

인권 보장의 침병인 조례에 관한 입법적 평가

— 최근(2018~2020년) 제정된 광주광역시 조례를 중심으로 —

허 완 중*

목차

I. 머리말: 인권을 지키는 침병인 조례	V. 조례와 규칙의 관계
II. 지방자치의 의의	VI. 규정 내용상 문제점
III. 조례의 의의와 법적 지위	VII. 맺음말: 인권 보장에 철저히 하지 못한 조례
IV. 법령의 위임 필요성	

I 국문초록

조례는 지방의회가 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 제정하는 지방자치 단체의 자치법규이다. 인권은 헌법과 법률, 명령, 조례, 규칙과 같은 법규범에 근거하여 개인의 권리로서 보장받는다. 그런데 헌법을 정점으로 하는 법 단계설에 토대를 둔 헌법의 우위는 효력상 우위일 뿐이지 적용상 우위는 아니다. 즉 인권 보장과 관련하여 최고법이 아니라 최하위의 법규범이 먼저 적용된다. 이러한 점에서 법단계 중 가장 아래에 놓인 조례와 규칙이 인권을 지키는 침병이다. 그런데 조례 자체에 여러 문제점이 있어서 인권 보장에 철저히 하지 못하다.

최근에 제정된 광주광역시 조례를 살펴보면, 여러 가지 법리적 문제점이

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사(Dr. jur.).

논문접수일 : 2021. 1. 11., 심사개시일 : 2021. 1. 29., 게재확정일 : 2021. 2. 15.

있다. 먼저 조례는 상위법령에 어긋나서는 아니 된다. 그런데 상위법령에 어긋나는 조례가 있다. 그리고 인권을 침해하는 내용을 담은 조례도 있다. 또한, 지방자치법 제116조의2 제1항은 지방자치단체는 그 소관 사무 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치·운영할 수 있다고 규정한다. 그런데 법령이나 조례의 정함 없이 위원회를 규정하는 조례가 있다. 다음으로 조례가 규칙에 위임할 때는 구체적이고 개별적으로 하여야 한다. 그런데 관습적으로 구체적 범위를 정하지 않고 규칙에 위임하는 조례가 많다. 끝으로 규범적 내용 없는 조례, 실효성이 없는 내용을 담은 조례, 다른 법령에 따라 시행할 수 있는 내용을 담은 조례, 상위법령 내용을 그대로 반복하는 조례, 명확성원칙에 어긋나는 조례, 정확한 조문을 명시하지 않는 조례, 내용이 혼재한 조례도 찾을 수 있다.

이러한 법리적 문제점 이외에도 여러 문제점이 있다. 먼저 법령의 제·개정에 따른 조례 정비가 제대로 이루어지지 않아서 인용된 근거법령이 다르거나 상위법령과 내용이 다른 때가 잦다. 다음으로 조례는 규칙을 제외한 최하위법규범으로서 구체적인 내용을 담아야 하는데도 법령과 별반 다르지 않게 추상적인 내용을 담은 때를 쉽지 않게 찾을 수 있다. 특히 계획을 세우고 위원회 구성하는 데 치중하여 사실상 해당 내용을 담지 않은 조례가 많다. 그리고 비슷한 내용의 조례가 많아서 이를 기본 조례를 중심으로 통합할 필요가 있는 것도 보인다. 끝으로 개별 조례가 담고 있는 내용이 너무 적다. 특히 대상조례가 위임조례가 아닌 자치조례라는 점에서 이 문제는 심각하다. 법단계상 (규칙을 제외하고) 가장 아래에 위치한 조례의 법적 지위에 비추어 집행에 무리가 없도록 그리고 집행의 자의성을 제거할 수 있도록 개별 조례에 충분한 내용을 담아야 한다. 더하여 다른 법규범과 마찬가지로 조례에는 너무 어려운 한자어나 일본어투 혹은 번역어투의 용어나 표현이 자주 사용되고 맞춤법에 맞지 않는 부분도 많다.

주제어 : 조례, 지방자치, 법단계설, 법률우위원칙, 법률유보원칙

I. 머리말: 인권을 지키는 첨병인 조례

인권은 시민 혁명 이후 헌법 제정과 함께 국가의 보장을 받는 기본권으로 실정화하였다. 이에 따라 인권은 헌법을 기초로 형성되는 법질서의 보호 아래 있다. 즉 인권은 헌법과 법률, 명령, 조례, 규칙과 같은 법규범에 근거하여 개인의 권리로서 보장받는다. 그런데 헌법을 정점으로 하는 법단계설에 토대를 둔 헌법 우위는 효력상 우위일 뿐이지 적용상 우위는 아니다. 즉 인권 보장과 관련하여 최고법이 아니라 최하위의 법규범이 먼저 적용된다. 이러한 점에서 법단계 중 가장 아래에 놓인 조례와 규칙이 인권을 지키는 첨병이다. 특히 조례는 헌법에 수용되지 않아 기본권으로 인정받지 못한 인권도 법의 보호라는 우산 아래로 초대할 수 있다. 적용 범위가 좁고, 권리자와 밀접하게 접촉한다는 점에서 이러한 조례는 선도적 보호의 기능을 수행할 수 있고, 수행하여야 한다. 그런데 인권 논의에서 헌법과 법률 차원에서 그 보장 여부나 보장 범위를 살피는 연구는 적지 않게 찾아볼 수 있지만, 조례 차원에서 그 보장 여부나 보장 범위를 살피는 연구는 찾아보기 어렵다. 하지만 법적 측면에서 인권 보장이 문제 될 때 조례가 먼저 적용된다는 점을 고려하면 이러한 경향은 문제가 있다.

1987년 제9차 개정 헌법이 발효되고 나서 당시 여당과 야당의 끈질긴 협상 끝에 1991년 초 지방의회 의원선거가 시행되어 지방의회가 구성된 이후 30년이 지나면서 수없이 많은 조례가 만들어졌다. 하지만 조례에 관한 구체적인 평가는 제대로 이루어졌다고 보기 어렵다. 특히 일반론적 측면에서 조례를 살피는 연구는 여럿 있었지만, 제정된 조례를 대상으로 구체적으로 평가하는 연구는 그리 많지 않다. 특히 위법성이나 위헌성이라는 측면에서 자세히 살피는

연구는 거의 없는 듯하다. 법단계설에 따라 헌법-법률-명령-조례-규칙의 우열관계가 인정된다는 점에 관해서는 이론이 없다. 그러나 각 단계 법규범에 관한 정체성에 관한 연구는 찾아보기 어렵다. 당연히 조례의 법적 정체성에 관한 연구는 거의 없는 듯하다. 이에 따라 실제로 제정된 법률과 명령 그리고 조례, 규칙 사이에 내용상 차이가 없는 때가 잦다. 따라서 조례의 정체성을 확인하여 법률, 명령, 조례, 규칙 사이의 역할상 차이를 명확하게 밝힐 필요가 있다.

이 논문은 '광주광역시 조례 사후 입법평가 조례'에 따라 최근 2년 동안 광주광역시 지방의회가 제정한 조례를 개별적으로 검토함으로써 법적 문제점을 파악하는 데 목적이 있다. 검토 대상 조례는 2020년 4월 3일을 기준으로 광주광역시 현행 조례 666개에서 2018년 1월 1일 이후 제·개정된 조례 324개와 일괄개정 및 다른 조례에 따른 개정 조례 64개를 합친 388개 중 위임조례 144개와 단순 기술적 조례 82개를 뺀 162개이다. 위임조례는 법률을 집행하는 성격이 있어서 조례 자체의 문제점이 잘 드러나지 않으므로 검토 대상에서 제외한다. 이때 상위법령에 조례로 정하도록 위임하는 조례위임규정이 있어서 위임사항을 조례로 정하면 위임조례로 분류하였다. 다만, 조례로 정하는 내용이 구체적 사무가 아니고 조례에서 대부분 규정하는 일반적인 조례위임규정에 따라 조례로 규정되면 자치조례에 포함하였는데, 기금과 특별회계 설치·운영에 관한 사항은 조례로 정하도록 규정한 지방자치법 제142조와 지방재정법 제9조에 따라 정하면 위임조례로 보았다. 상위법령 위임사항을 한 개 이상 조문에서 규정하면 위임조례로 분류하였다. 시 하부기관 및 출자·출연기관, 시에서 공익상 필요로 지정하거나 설치한 공공시설 등을 기관·조직의 범위로 판단하였고, 조례 제·개정 취지가 기관·조직 설치·운영에 중점을 두면 단순 기술적 조례에 포함하였다. 다만,

1~2개 조문에만 기관 설치나 조직 운영에 관한 내용을 정하면 단순 기술적 조례에서 제외하였다. 조례 소관 부서가 시의회이면 시의회 내부운영에 관한 사항을 판단하여 단순 기술적 조례로 보았다. 그리고 2020년 12월 31일 현재 개정되어 문제점이 제거되거나 폐지된 조례는 검토 대상에서 뺐다.

본 논문은 전체 조례가 아니라 광주광역시 제정한 조례를 대상으로, 그것도 최근 2년 남짓 동안 제정된 조례를 대상으로 한다. 하지만 현재 조례가 법제처 지도로 비슷하게 제정되거나 어느 한 지방자치단체에서 조례가 제정되면 다른 지방자치단체도 따라서 비슷한 조례를 앞다투어 제정하는 경향이 있어서 규율 내용은 물론 특히 규율형식에서 큰 차이를 찾기 어렵다는 점에서 현재 조례의 문제점을 개괄적으로 파악하는 데 큰 문제는 없을 것이다.

Ⅱ. 지방자치의 의의

1. 지방자치의 개념

지방자치제도는 일정 지역을 기초로 하는 단체나 일정 지역의 주민이 지방적 사무를 국가기관의 간섭 없이 자기 책임 아래 자신이 선출한 독자적인 기관을 통해서 처리하는 제도이다.¹⁾ 지방자치는

1) 현재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557: “지방자치제도란 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다(헌법재판소 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 참조).”

민주주의의 요체이고, 현대의 복잡한 사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현하기 위한 제도적 장치로서, 지방의 공동 관심사를 자율적으로 처리함과 동시에 주민의 자치역량을 배양하여 국민주권 원칙과 자유민주주의의 이념 구현에 이바지함을 목적으로 하는 제도이다. 이러한 지방자치의 헌법적 보장은 국민주권원칙에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민의 자기 지배를 실현하려는 것이다.²⁾ 지방자치의 3요소는 인적 요건으로서 주민과 자치를 위한 권능으로서 ‘자치사무 처리, 재산 관리, 자치입법에서 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 독자적인 책임 아래 처리할 수 있는 권한’인 자치권한 그리고 ‘지방자치단체가 자치권한을 행사할 수 있는 장소적 범위’인 관할구역이다.³⁾ 지방자치단체의 관할구역은 적극적으로는 그 구역 안에 주소가 있는 주민을 구성원으로 하여 이를 지방자치단체 권한에 복종하게 하고, 소극적으로는 자치권한이 일반적으로 미치는 범위를 장소로 한정하는 효과가 있다.⁴⁾

2. 연혁

1948년 헌법부터 지방자치에 관한 규정이 있었다. 그러나 6·25 전쟁 때문에 1952년이 되어서야 지방의회가 최초로 구성되었다. 1960년 헌법 아래에서는 시·읍·면장까지 주민이 직접 선거하였다. 그러나 이는 1년도 채우지 못한 짧은 기간에 그쳤다. 1962년 헌법

2) 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843, 판례집 21-1상, 651, 666; 헌재 2019. 8. 29. 2018헌마129, 판례집 31-2상, 218, 224.

3) 헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2, 판례집 18-2, 356, 366; 헌재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 공보 286, 1058, 1063.

4) 헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2, 판례집 18-2, 356, 367.

은 부칙에서 지방의회 구성시기를 법률로 정하도록 하였으나, 지방자치는 실시되지 못하였다. 1972년 헌법은 조국의 평화통일 시까지 지방의회 구성을 미루어 사실상 지방자치를 폐지하였다. 1980년 헌법은 지방의회 구성을 지방자치단체의 재정자립도를 고려하여 차례대로 하되 그 구성시기는 법률로 정한다는 규정을 두었다. 그러나 지방의회는 구성되지 않았다. 1987년 헌법 아래에서 1991년 지방의회선거가 실시되어 지방의회가 구성되고, 1995년에 지방자치단체장 선거가 치러짐으로써 지방자치에 관한 헌법규정이 실제로 적용되어 지방자치 시대가 본격적으로 열렸다.

3. 본질

지방자치(행정)는 간접적인 국가행정이라는 견해(자치권위임설)⁵⁾는 지방자치행정도 궁극적으로는 국가행정에서 나오는 것이고 국가의 지배권력에서 빌려 온 것이라고 한다. 국가 이외의 권리능력 있는 주체가 처리하는 행정이라는 점에서 직접적인 국가행정과 차이가 있다고 한다. 지방자치(행정)는 직접·간접 국가행정 이외의 제3의 행정형식이라는 견해(자치고유권설)는 지방자치행정은 국가에서 도출되는 것이 아니라 시원적인 것이라고 한다. 즉 지방자치행정은 고유한 것으로서 자기 책임 아래 자기 사무를 처리한다는 점을 강조한다. 헌법이 지방자치제도를 보장할 때 지방주민의 자치권을 최대한으로 보장하여야 하므로, 특히 주민의 참정권은 기본권이

5) 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2010, 238면; 방승주, “헌법 제117조”, 헌법주석[법원, 경제질서 등], 경인문화사, 2018, 1388-1389면; 석인선, 헌법총론, 세창출판사, 2014, 226-227면; 정만희, 헌법학개론, 피앤씨미디어, 2020, 178면; 홍성방, 헌법학(하)(제3판), 박영사, 2014, 75면; 홍정선, 신지방자치법(제4판), 박영사, 2018, 11면.

므로 최대한 보장하여야 하므로 실정헌법 해석상 자연권이라는 신고유권설도 있다.⁶⁾ 지방자치는 헌법과 법률의 범위 안에서 이루어지고, 국가와 절연된 지방자치를 생각할 수 없다. 따라서 자치권위임설이 타당하다. 그러나 양 학설의 대립은 이론적 성격이 있을 뿐이고, 실무상 결론의 차이가 없다. 즉 양 학설 다 지방자치행정을 국가가 규범적으로 통제할 수 있고 원칙적으로 국가 감독을 받는다는 점을 인정한다.

4. 이념과 기능

지방자치는 국가 차원에서 제공되지 않는 구체적인 정치적 참여가능성을 지역주민에게 부여한다. 정치적 공동체의 의사 형성 단위가 분화하면 구성원의 민주적 참여와 정치적 영향력을 향상하고, 지역주민은 지역행정의 고유한 상황과 지역공직자에 대한 직접적인 평가를 할 수 있다. 이에 따라 지방자치는 민주시민 양성과 풀뿌리 민주주의 실현에 큰 역할을 한다. 그리고 지방자치는 주민 복지를 실현하고, 지역주민의 결속과 연대를 통한 주민의 조정과 통합이라는 공동사회적 기능도 수행한다.⁷⁾

가. 민주적 정당성 보충

지방자치는 국민 전체의 의사를 형성할 때 지방의 이해와 관심을 반영하는 기능을 수행한다. 이를 통해서 지방자치는 적극적으로는 대의기관의 민주적 정당성을 지방 차원에서 높여 전국 차원에서 빈틈이 생길 수밖에 없는 국가기관의 민주적 정당성을 보충하는 기능

6) 김철수, 학설·판례 헌법학(전정신판)(중), 박영사, 2009, 724면.

7) 현재 2019. 8. 29. 2018헌마129, 판례집 31-2상, 218, 224.

을 수행한다.

나. 수직적 권력분립

지방자치는 권력 분산과 견제·균형의 중요한 수단이다. 지방자치를 통해서 지역의 고유한 사무를 사항적·지역적으로 근접한 지방행정이 수행되면서 중앙정부의 불합리한 정책 결정과 집행을 통제한다. 권력분립 관점에서 보면 지방자치는 중앙정부의 입법·집행과 사법 사이의 수평적 권력분립의 실효성을 수직적 권력분립을 통해서 보충·실효화하는 기능을 수행한다. 특히 오늘날 정당을 매개로 중앙정부의 수평적 권력분립이 약화하는 점을 고려하면 지방자치를 통한 수직적 권력분립 가능성은 헌법의 규범력을 높이는 중요한 계기가 된다.

다. 민주적 정치의식 제고

지방자치는 국민의 정치의식을 자극하고 책임의식을 높이는 기능을 수행한다.⁸⁾ 일반적으로 개별 주민이 전국적인 주제에 관해서 직접 의견을 형성하고 스스로 책임의식을 갖지는 못한다. 그러나 지방자치를 통해서 주민은 자기 주변의 작은 문제에 관해서 현실적인 일체감을 느끼고 결정 과정에 참여한다. 이러한 결정은 직접적으로 주민의 권리와 의무에 영향을 미치고, 정책 결정 효과를 주민 자신에게 귀속시킴으로써 주민의 책임의식을 기르는 데 이바지한다.

라. 국가의사 선도

특히 전국적 주제와 지역적 주제가 융합될 때 지방자치를 통해서 지역 주민의 의사를 형성하고, 이를 계기로 국민 전체의 의사를 선

8) 현재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 550-551 참조.

도할 수 있다. 그리고 이러한 과정을 거쳐서 국민 전체의 의사를 형성하면, 국가정책 결정 과정이 투명하게 되는 효과가 있다. 특히 새롭게 제기되는 인권을 수용하거나 인권의 법적 보호수준을 높이는 데 조례는 선도적 역할을 할 수 있다. 즉 조례는 헌법과 법률보다 먼저 새로운 인권을 규정하여 보장하거나 헌법과 법률에 수용된 인권의 보호수준을 높임으로써 이를 다른 지역이나 국가 전체로 확산시키는 역할을 할 수 있다.

Ⅲ. 조례의 의의와 법적 지위

1. 자치입법권의 의의

지방자치단체의 자치입법권은 지방자치단체가 법령 범위 안에서 지방자치에 관하여 일반·추상적인 규정을 제정하는 권한을 말한다. 헌법 제117조 제1항 후단은 “지방자치단체는 … 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”라고 규정하여 자치입법권을 명시한다. 그리고 지방자치법 제3장은 ‘자치에 관한 규정’을 조례와 규칙으로 구체화한다. 지방자치단체에 자치입법권을 부여함으로써 지방공동체의 능력을 활성화하고, 자기 자신과 관련이 있고 조망할 수 있는 범위에서 가장 잘 판단할 수 있는 지방사무 규율을 해당 지방자치단체의 자기 책임 아래 맡기고 그를 통해서 입법자와 수법자 사이의 거리를 줄일 뿐 아니라 상위입법자는 자신에게 종종 어렵게 인식되는, 사항적·장소적 다양성을 고려하여야 하고 그 변화에 재빠르게 반응하여야 할 부담을 줄일 수 있다.⁹⁾

9) BVerfGE 33, 125 (156 f.) 참조.

지방자치의 본질과 같은 맥락에서 자치입법권이 법률 위임 없이 자주적으로 규율할 수 있는 권한인지 혹은 법률 위임이 필요한 파생적인 권한인지가 다투어진다. 자치입법권은 일찍이 중세 도시법에서 비롯하는 지방자치단체의 권한으로서, 법률 위임 없이 자주적으로 규율할 수 있는 원시적인 권리로 보아야 한다. 따라서 자치입법권은 헌법이 지방자치제도를 제도보장으로 규정하면 그에 당연히 따르는 원시적인 권한으로 이해하여야 한다. 이러한 점에서 헌법 제117조 제1항은 지방자치제의 제도적 보장의 한 내용으로서 원시적인 권한인 자치입법권을 규정한 것이다.¹⁰⁾

2. 조례의 개념

조례는 지방의회가 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 제정하는 지방자치단체의 자치법규이다. 조례는 지방자치단체가 국가 입법을 대신하는 것이 아니라 자기 입법을 자기 의사에 따라 스스로 한다는 점에서 자율적 법규범이다.¹¹⁾ 조례 제정을 통해서 지방자치단체는 지역 상황에 적합하고 그 대의기관이 수렴한 의사에 들어맞는 지역사회의 법규범을 만들 수 있다.¹²⁾ 그리고 조례는 입법자와 수법자 사이의 거리를 좁히는 것은 물론 입법권을 나누어 국회의 입법 부담을 덜어준다.¹³⁾ 자치조례는 지방의회가 법령 범위 안에서 법령의 직접적이고 개별적인 위임 없이 자기 판단에 따라 제정하는 조례이다. 위임조례는 지방의회가 법령의 개별적 위임에 따라 제정

10) 류지태, “제15조(조례)”, 지방자치법주해, 박영사, 2004, 135쪽 참조.

11) 홍정선, 앞의 책(각주 5), 322면.

12) 이기우·하승수, 지방자치법, 대영문화사, 2007, 309면; 홍정선, 앞의 책(각주 5), 319면.

13) 이기우·하승수, 앞의 책(각주 12), 309면; 홍정선, 앞의 책(각주 5), 319면.

하는 조례이다. 이때 법령은 법률과 대통령령, 총리령, 부령을 아우르는 법규명령을 가리킨다. 하지만 법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적 사항을 정하면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로 기능한다.¹⁴⁾ 따라서 법규명령으로 기능하는 행정규칙도 위임조례의 근거가 될 수 있다.¹⁵⁾ 기관위임사무에 관한 규율을 위임할 때만 위임조례로 보기도 한다.¹⁶⁾ 그러나 개념상 법령의 위임이 있다면 사무의 성질과 관련 없이 위임조례로 보아야 할 것이다.

지방자치법 제22조 전단은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”라고 규정하고, 지방자치법 제9조 제1항은 “지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.”라고 규정하므로 결국 조례로 제정할 수 있는 사무는 고유사무인 자치사무와 개별 법령이 지방자치단체에 위임한 단체위임사무에 한정된다. 따라서 국가사무로서 지방자치단체의 장에 위임된 기관위임사무에 관해서는 조례 제정이 원칙적으로 허용되지 않는다.¹⁷⁾ 자치사무와 기관위임사무의 구별이 명확하지 않으면, 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 먼저 고려하되, 사무의 성질상 전국적으로 통일적 처리가 요구되는 것인지와 경비부담이나 최종적인 책임귀속의 주체는 누구인지 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다.¹⁸⁾ 그러나 개별 법령

14) 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449.

15) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌라1, 판례집 14-2, 362, 371.

16) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결(공2008상, 61).

17) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결(공2002상, 182).

18) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결(공2002상, 182); 대법원 2014. 2. 27.

에서 조례로 정하도록 위임하면 기관위임사무에 대해서도 조례를 제정할 수 있다(위임조례).¹⁹⁾ 법률이 명확히 국가사무로 유보하지 아니하여도 국가 전체를 통해서 획일적으로 규율하여야 할 사항과 그 영향이 미치는 범위가 특정 지역을 넘어 국토 전반이나 국민 전체에 걸친다고 생각되는 사항은 성질상 조례 제정이 허용되지 않는다(지방자치법 제11조 참조).

3. 조례의 법적 성질

행정입법설은 지방자치단체의 자치입법권은 입법권과 행정권 가운데서 행정권에 속한다고 한다. 따라서 조례는 법치국가 행정을 지배하는 원칙인 법률우위원칙과 법률유보원칙 아래에 있다고 본다. 이에 반해서 준법률설은 조례는 법규의 성질이 있는 자주권으로서 국회입법원칙의 예외로, 법률과 구별되는 독자적 범영역을 형성한다고 한다. 헌법 제117조 제1항에서 법령 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하여 법령 우위를 규정하지만, 조례는 법률과 명령의 성질을 공유하여서 법률의 성질과 유사하다는 견해도 있다.²⁰⁾ 조례는 헌법적 근거(헌법 제117조 제1항)가 있고 조례는 주민의 대표기관인 지방의회가 자치사무에 관해서 법규범을 제정하는 것인 이상, 국회입법원칙에 어긋나지 않고 헌법이 인정하는 것으로 보아야 한다. 지방자치단체의 자치입법은 행정의 한 부분이므로, 그것이 당연히 행정의 법률적합성 원칙을 적용받는 것이지만, 지방의회의 자치입법적 성질도 부정할 수 없어서 명령 등

선고 2012추145 판결(공2014상, 736).

19) 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결(공2000하, 1547).

20) 고현환, “조례의 사법적 통제와 주요쟁점에 관한 법리의 검토”, 『송실대 법학논총』 제33집, 2015, 33면.

의 행정작용과는 차이가 있다.

4. 조례제정권의 근거

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정한다. 이를 구체화한 지방자치법 제22조를 따르면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관해서 조례를 제정할 수 있지만, 주민의 권리 제한이나 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때는 법률의 위임이 있어야 한다. 따라서 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리 제한이나 의무 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아니면 국가의 사무와 성질에 비추어 전국적으로 통일되어야 할 사항을 제외한 모든 사무에 관해서 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다.²¹⁾

5. 조례의 제정절차

조례안이 지방의회에서 의결되면 의장은 의결된 날부터 5일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이를 이송하여야 한다(지방자치법 제26조 제1항). 지방자치단체의 장은 조례안을 이송받으면 20일 이내에 공포하여야 한다(지방자치법 제26조 제2항). 지방자치단체의 장은 이송받은 조례안에 대해서 이의가 있으면 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고, 재의를 요구할 수 있다. 이때 지방자치단체의 장은 조례안 일부에 대해서 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다(지방자치법 제26조 제3항). 재의요구를 받은 지방의회가 재의에 부쳐 재적의원 과반수 출석과 출석의원 3분의 2 이상 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 조례안은 조례로서 확정된다

21) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결(공1992, 2287).

(지방자치법 제26조 제4항). 지방자치단체의 장이 20일 이내에 공포하지 아니하거나 재의요구를 하지 아니할 때도 그 조례안은 조례로서 확정된다(지방자치법 제26조 제5항). 지방자치단체의 장은 확정된 조례를 즉시 공포하여야 한다. 20일 이내에 공포하지 아니하거나 재의요구를 하지 아니하여 조례가 확정되고 나서 또는 재의결로 확정된 조례가 지방자치단체의 장에게 이송되고 나서 5일 이내에 지방자치단체의 장이 공포하지 아니하면 지방의회 의장이 이를 공포한다(지방자치법 제26조 제6항). 지방자치단체의 장이 조례를 공포하면 즉시 해당 지방의회 의장에게 통지하여야 하고, 지방의회 의장이 조례를 공포하면 이를 즉시 해당 지방자치단체의 장에게 통지하여야 한다(지방자치법 제26조 제7항).

IV. 법령의 위임 필요성

1. 조례의 효력과 한계

조례는 헌법·법률·법규명령보다 하위의 효력이 있다(법단계설). 그러나 조례는 규칙보다 상위의 법적 효력이 있다.²²⁾ 그리고 해당 지방자치단체 안에서만 유효하다. 따라서 지방자치단체별로 다른 내용의 조례를 시행하더라도 평등권 침해 문제는 발생하지 않는다. 조례는 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 지나면 효력이 발생한다(지방자치법 제26조 제8항).

조례제정권도 제한 없는 권한이 아니라 일정한 한계가 있다. 먼저 조례 제정은 법령의 범위 안에서만 허용된다. 여기서 법령은 형

22) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체판결(집43-2, 495; 공1995하, 2633).

식적 법률과 대통령령, 총리령, 부령을 아우르는 법규명령뿐 아니라 법규명령으로 기능하는 행정규칙까지 포함한다.²³⁾ 이는 성문법서로 간의 위계질서에서 도출되는 것으로 법령에 이러한 내용이 규정되었는지와 상관없이 인정된다. 따라서 지방자치단체는 상위법규범인 헌법·법률·법규명령에 어긋나는 조례를 제정할 수는 없다(상위법령 우위). 이를 통해서 헌법을 토대로 형성된 국가법질서는 통일성을 확보한다. 다만, 조례가 지방자치권 인정의 결과물이라는 점에서 조례는 지방별로 다른 규율 가능성을 인정한다. 조례가 규율하려는 사항을 규율하는 법령이 있고 조례 내용이 그와 다르다는 사실만으로 바로 조례의 법령 위반을 확정할 수는 없다. 조례가 법령에 어긋나는지는 법령과 조례 각각의 규정 취지, 규정의 목적과 내용, 효과 등을 비교하여 둘 사이에 모순·저촉이 있는지에 따라서 개별적·구체적으로 결정하여야 한다.²⁴⁾ 해당 사항을 규율하는 상위법령이 없는 옹근(완벽한) 법규범 공백 상태일 때 조례는 그 사항을 규율할 수 있다. 조례가 규율하는 특정 사항에 관해서 그것을 규율하는 국가 법령이 이미 있어도 조례가 법령과 별도의 목적으로 규율하려는 것으로서 그 적용을 통해서 법령 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때나 양자가 같은 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가 법령이 반드시 그 규정에 따라서 전국에 걸쳐 일률적으로 같은 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가 법령에 위반되는 것은 아니다.²⁵⁾ 그러나 ① 법령이 정한 기준보다 더 높은 기준을 설정하

23) 현재 2002. 10. 31. 2001헌라1, 판례집 14-2, 362, 371.

24) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002추16 판결; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결(공2009하, 1879).

는 조례와 ② 법령이 규율하는 사항을 법령과 같은 목적으로 더 엄격하게 규율하는 조례 그리고 ③ 법령의 위임 범위를 넘어 규율하는 조례는 허용되지 않는다.²⁶⁾ 시·군 및 자치구의 조례는 시·도의 조례를 위반할 수 없다(지방자치법 제24조). 그러나 이는 양자가 상하관계가 아니라 대등관계라는 점에서 위헌 의심이 있다. 특히 지방자치법 제10조 제3항은 시·도와 시·군 및 자치구 사무가 서로 결합하면 시·군 및 자치구에서 먼저 처리한다고 하여 기초자치단체 우선의 원칙을 분명히 밝힌다. 이러한 점에서 사무 처리에 관한 규정(조례와 규칙)도 기초자치단체 규정이 우선하여야 한다. 이러한 점에서 지방자치법 제24조는 중앙정부나 광역자치단체에서 위임한 사무에만 적용하고, 자치사무에는 적용되지 않는 것으로 새겨야 한다.²⁷⁾ 지방자치단체가 그 자치사무에 관하여 조례로 제정할 수 있더라도 특별한 규정이 없는 한 조례로 지방자치법이 규정하는 지방자치단체의 집행기관과 지방의회 고유권한을 침해할 수 없고, 나아가 지방의회가 지방자치단체장의 고유권한이 아닌 사항도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법 관련 규정에 어긋나서 허용되지 않는다.²⁸⁾

25) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결(집45-2, 460; 공1997상, 1626).

26) 김성호·김상미, 조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안, 한국지방행정연구원, 1995, 63면 참조.

27) 같은 견해: 김병록, “조례제정권의 문제점과 개선방향”, 「토지공법연구」 제43집 제2호, 2009, 446면.

28) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결(공2002상, 182).

2. 조례로 기본권을 제한할 때 국가법령 위임 필요 여부(법률유보원칙 적용 여부)

가. 법률의 위임이 필요하지 아니하다는 견해

조례의 성질을 준법률로 이해하는 견해에서는 헌법 제117조 제1항의 ‘법령의 범위 안에서’를 법률우위원칙을 규정한 것에 불과하고 법률유보는 조례를 제정할 때 요구되지 않는다고 한다. 이 견해는 헌법 제117조 제1항은 지방자치제를 제도적으로 보장하는 것으로, 헌법 제37조 제2항의 법률유보원칙이나 헌법 제10조의 기본권 보장 이념이 헌법 제117조 제1항에 우선하는 것이라고 보지 않는다. 이 견해를 따르면 조례는 지방자치단체가 제정한 자주법으로서 국회가 제정한 법률과는 구별되는 독자적인 법영역을 형성하는 준법률적 성질이 있으므로 이를 단순히 법률이나 명령의 하위에 두지 않는다. 이 견해를 따르면 지방자치법 제22조 단서는 위헌이 될 것이다.

나. 법률의 위임이 필요하다는 견해

이 견해는 조례의 성질을 행정입법으로 보며, 헌법 제117조 제1항의 ‘법령의 범위 안에서’를 법률 우위와 법률 유보의 원칙을 모두 규정한 것이라고 해석하여 지방자치단체의 조례 제정에도 법률의 위임이 있어야 한다고 한다.

다. 기본권 제한, 특히 조세 및 처벌 관련 사항에 법률의 위임이 필요하다는 견해

기본적으로 헌법 제117조 제1항의 ‘법령의 범위 안에서’를 법률 우위와 법률 유보를 모두 규정한 것이라는 견해를 따르되, 법률유보원칙이 적용되는 때는 기본권을 제한하는 때에 한정하자는 견해이다.²⁹⁾ 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한을 ‘법률로써’만 할 수 있

도록 규정하여 기본권 제한의 법률유보원칙을 규정한다. 법률유보원칙은 기본권을 제한할 때 법률의 수권이 있어야 한다는 것을 뜻하는 것으로, 명령·규칙·조례 등 형식적인 법률에 해당하지 아니한 것이라도 법률의 수권, 즉 위임이 있다면 그에 따른 기본권 제한은 허용된다.

라. 판례

(1) 대법원

대법원은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있되 주민의 권리제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이나, 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하므로 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다.”라고 하거나³⁰⁾ “지방자치법 제15조가 원칙적으로 헌법 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 국민의 권리 제한·의무 부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는 바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합한

29) 김학성·최희수, 헌법학원론(전정4판), 피앤씨미디어, 2020, 230면; 김하열, 헌법강의(제2판), 박영사, 2020, 160-161면; 성낙인, 헌법학(제21판), 법문사, 2021, 691면; 심경수, 헌법(제2판), 법문사, 2020, 138면; 양건, 헌법강의(제9판), 법문사, 2020, 1624-1625면; 이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사, 2019, 279면; 전광석, 한국헌법론(제15판), 집현재, 2020, 772면; 정종섭, 헌법학원론(제12판), 박영사, 2018, 1022면; 한수웅, 헌법학(제10판), 법문사, 2020, 1349면; 허영, 한국헌법론(전정16판), 박영사, 2020, 891면; 홍성방, 앞의 책(각주 5), 85면; 홍정선, 앞의 책(각주 5), 335-336면.

30) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결(공1992 2287).

다고 할 것이므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수는 없”다고 하여³¹⁾ 기본권을 제한하는 조례에만 법률의 위임이 필요하다는 견해이다.

(2) 헌법재판소

헌법재판소도 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조 단서를 그대로 적용하여, 주민의 권리·의무에 관한 사항을 규율하는 조례를 지방자치단체가 제정할 때 법률의 위임이 필요하다고 한다.³²⁾

마. 사건

조례에는 법률유보원칙 적용이 없다고 보는 견해는 지방자치를 최대한 보장하려는 견해로서, 지방자치단체가 제정한 조례나 국회가 제정한 법률과 차이가 없어서 조례만으로도 기본권을 제한할 수 있다는 견해이다. 그러나 헌법 제37조 제2항이 말하는 법률은 엄연히 국회가 제정한 형식적 법률을 상정하는 것이지 조례까지 포함하는 것이라고 할 수 없다. 그리고 국민의 전체의사인 법률과 지역주민의 의사인 조례의 차이를 인정하지 않을 수 없다. 지방자치단체의 모든 고유사무에 관한 조례를 제정할 때 법률의 위임이 필요하다는 견해는 헌법적 제도보장으로 규정되는 지방자치제를 형해화할 우려가 있다는 점에서 문제가 있다. 국가입법 미비를 이유로 조례 제정을 막아서는 곤란하기 때문이다. 따라서 기본권을 제한하는 조례를 제정할 때만 법률의 위임이 필요하다는 견해가 헌법 제10조, 제37조 제2항, 제117조 제1항의 조화로운 해석을 기할 수 있다는 점에서 타당하다. 따라서 조례를 통해서 형벌을 부과하는 것은

31) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결(공1995상, 2134).

32) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572.

지방자치법 제22조 단서와 제27조뿐 아니라 헌법 제12조에도 어긋난다.³³⁾

3. 법규명령의 조례에 대한 위임 정도

가. 구체적·개별적 위임이 필요하다는 견해

명령은 법률에서 구체적인 범위를 위임받은 사항에만 제정할 수 있다(헌법 제75조). 조례도 위임명령과 다를 바 없으므로 구체적·개별적 위임이 필요하다는 견해이다.³⁴⁾

나. 일반적·포괄적 위임으로 충분하다는 견해

집행부의 예외적인 입법작용인 명령·규칙과는 달리, (비록 행정입법 영역에 속하더라도) 조례는 지방자치단체의 입법으로서 헌법이 보장한 지방자치단체의 자치권을 보장한다는 측면에서 기본권을 제한할 때 법률의 일반적·포괄적 위임으로 조례 제정이 가능하다는 견해이다.³⁵⁾

33) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결(공1995하, 2613) 참조.

34) 권영성, 앞의 책(각주 5), 248면; 이준일, 앞의 책(각주 29), 279면. 헌법 제75조가 행정입법권 위임과 관련하여 의회유보원칙을 구체화한 헌법적 표현이라는 점을 고려하면, 조례에 입법권을 위임하는 법률의 명확성은 행정입법에 입법권을 위임하는 때와 비교하여 위임의 명확성을 다소 완화할 수 있으나, 포괄적인 위임은 허용되지 않는다는 견해도 있다(한수웅, 앞의 책(각주 29), 1349-1350면).

35) 김학성·최희수, 앞의 책(각주 29), 230면; 방승주, 앞의 논문(각주 5), 1406-1407면; 성낙인, 앞의 책(각주 29), 692면; 홍정선, 앞의 책(각주 5), 322, 349면. 지방의회는 합의체기관이며, 의원 사이의 자유로운 토론과 표결을 통해서 조례가 제정되므로 위임입법권이 남용될 소지가 작고, 지방의회는 헌법상 자치입법권이 보장되므로 위임의 구체성 정도를 어느 정도 완화하여야 한다는 견해도 있다(전광석, 앞의 책(각주 29), 772면).

다. 판례

헌법재판소는 ① 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성이 있는 주민의 대표기관이고,³⁶⁾ ② 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여야 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 충분하다고 한다.³⁷⁾

라. 사건

지방자치단체의 전권능성에 비추어 보면 일반적인 조례 제정에는 법률의 위임이 필요하지 않다. 그러나 포괄적인 자치권에 비추어 지방자치법 제22조 단서에 해당하면 일반적·포괄적 위임으로 충분하지만, 벌칙 규정에는 죄형법정원칙(주의)에 비추어 개별적·구체적 위임이 필요하다.

4. 상위법령에 어긋나는 조례

가. 법단계설에 따른 법규범 사이의 우열관계

헌법을 토대로 형성된 국가법질서는 법단계설을 따른다. 즉 헌법을 비롯한 모든 법규범은 효력상 우열관계가 있다. 이에 따라 상위법규범은 적극적으로는 모든 하위법규범을 구속하고, 소극적으로는 상위법규범에 어긋나는 모든 하위법규범은 효력을 잃는다. 따라서 상위법규범은 하위법규범의 효력 근거가 된다. 그리고 하위법규

36) 이러한 논리라면 대통령령에 대한 포괄위임도 허용되어야 하므로, 지방의회가 민주적 정당성이 있다는 사실은 위임의 구체성을 완화하는 이유가 되지 못한다는 비판이 있다(전광석, 앞의 책(각주 29), 772면).

37) 현재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572.

범은 상위법규범을 바꾸거나 폐지하지 못한다. 해당 법규범보다 상 위이거나 동등한 법규범만 해당 법규범을 바꾸거나 폐지할 수 있다. 이러한 상위법규범의 우위적 효력에 따라서 법질서의 통일은 달성될 수 있다. 법단계상 조례는 헌법과 법률, 법규명령보다 하위에 있다. 따라서 조례는 헌법과 법률, 법규명령과 모순되거나 충돌하는 내용을 담을 수 없다.

나. 상위법령과 직접 충돌하는 조례

(1) ‘광주광역시 건축물의 허가 등에 있어 장애인 등의 편의시설 설치사항 검사에 관한 조례’ 제6조

‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률’ 제22조 제1항은 보건복지부 장관과 시설주관기관은 시설주에게 편의시설의 설치와 운영에 관련된 자료 제출을 요구하거나 소속 공무원에게 설치된 편의시설이 편의시설 설치기준에 적합한지를 검사하게 할 수 있다고 규정한다. 그런데 ‘광주광역시 건축물의 허가 등에 있어 장애인등의 편의시설 설치사항 검사에 관한 조례’ 제6조는 이 조례에 따른 검사를 위해서 시설주관기관에 검사요원을 두도록 하면서 검사요원은 공무원 및 편의시설설치 시민촉진단원과 지체장애인편의 시설설치센터요원 중에서 시설주관기관의 장이 10명 이내로 임명 및 위촉하고 검사요원 중에서 책임자를 공무원으로 하며, 검사요원 임기는 2년으로 한다고 규정한다. 이를 따르면 공무원이 아닌 사람을 검사요원으로 위촉할 수 있는데, 이는 소속 공무원에게 검사하도록 한 ‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률’ 제22조 제1항에 어긋난다. 시설 설치 여부를 점검하기 위해서 사전검사를 할 때 이는 공권력 행사이다. 그런데 공무원이 아닌 사인이 법률상 근거 없이 검사하고, 사인이 한 검사 결과 내용을 시설주에게 반

영하도록 한다면 이는 법령에 없는 의무를 시설주에게 부과하는 것이다. 시설주는 법령상 기준에 맞게 시설을 설치하여야 할 의무가 있다. 그러나 그 밖의 법령에서 정하지 않은 다른 검사 결과를 반영하여야 할 의무까지 지는 것은 아니다. 사전검사에 관한 조례도 그 검사 기준이 법령을 벗어나서는 아니 되고, 이러한 점을 조례에 명시하여야 하여야 한다. 따라서 ‘광주광역시 건축물의 허가 등에 있어 장애인등의 편의시설 설치사항 검사에 관한 조례’ 제6조는 ‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률’ 제22조 제1항에 어긋난다.

(2) ‘광주광역시 장애물 없는 생활환경 인증 촉진 조례’ 제3조 제1항 제1호

‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률’ 제10조의2 제3항은 국가나 지방자치단체가 신축하는 청사, 문화시설 등의 공공건물 및 공중이용시설 중에서 대통령령으로 정하는 시설은 의무적으로 장애물 없는 생활환경 인증을 받아야 한다고 규정한다. 그런데 ‘광주광역시 장애물 없는 생활환경 인증 촉진 조례’ 제3조 제1항 제1호는 광주광역시가 건축주인 건축물과 그 밖에 시가 전부 또는 일부 재정을 지원하여 신축·개축하는 건축물도 장애물 없는 생활환경 인증을 받아야 한다고 규정한다. ‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률’ 제10조의2 제3항과 비교하면 광주광역시 시가 신축하는 건축물 이외에 재정을 지원하는 건축물, 그것도 신축뿐 아니라 개축까지 포함함으로써 적용 대상을 더 넓힌다. 광주광역시가 신축하는 건축물을 넘어 개축하는 건축물까지 포함하는 것은 광주광역시 자신에게 의무를 부과하는 것이어서 문제가 없다. 하지만 시가 전부 또는 일부 재정을 지원하여 신축·개축하는 건축

물까지 장애물 없는 생활환경 인증을 받도록 하는 것은 해당 건축주에게 법률상 근거가 없는 의무를 부과하는 것이다. 따라서 ‘광주광역시 장애물 없는 생활환경 인증 촉진 조례’ 제3조 제1항 제1호는 ‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률’ 제10조의2 제3항에 어긋난다.

(3) ‘광주광역시 박물관 및 미술관 진흥조례’ 제10조

‘박물관 및 미술관 진흥법’ 제19조는 지방자치단체의 장은 그 소유의 유휴 부동산이나 건물을 ‘공유재산 및 물품 관리법’으로 정하는 바에 따라 박물관, 미술관이나 문화의 집 등 지역 문화 공간으로 용도 변경하여 활용할 수 있고, 박물관, 미술관이나 문화의 집 등을 설립·운영하려는 사람이 유휴 부동산이나 건물을 대여할 것을 요청하면 유상 또는 무상으로 대여할 수 있으며, 다만, 유휴 부동산이나 건물 중 폐교시설에 관해서는 ‘폐교재산의 활용촉진을 위한 특별법’이 정하는 바에 따른다고 규정한다. ‘광주광역시 박물관 및 미술관 진흥조례’ 제10조는 시장은 시 소유의 유휴 공간을 지방재정법이 정하는 바에 따라 박물관, 미술관으로 용도 변경하여 활용할 수 있고, 박물관, 미술관을 설립·운영하려는 사람이 유휴공간을 대여할 것을 요청하면 무상으로 대여할 수 있다고 규정한다. 두 조항을 비교하면, 법률을 따르면 광주광역시장은 유휴공간을 박물관과 미술관을 설립·운영하려는 사람에게 유상 또는 무상으로 대여할 수 있는데, 조례를 따르면 광주광역시장은 유휴공간을 박물관과 미술관을 설립·운영하려는 사람에게 무상으로만 대여할 수 있고, 유상으로는 대여할 수 없다. 이것은 ‘광주광역시 박물관 및 미술관 진흥조례’ 제10조가 법률이 광주광역시장에 부여한 권한을 법률상 근거 없이 제한하는 것이다. 따라서 ‘광주광역시 박물관 및 미술관 진흥

조례’ 제10조는 ‘박물관 및 미술관 진흥법’ 제19조에 어긋난다.

(4) ‘광주광역시 옥외행사 안전관리에 관한 조례’ 제3조

‘광주광역시 옥외행사 안전관리에 관한 조례’ 제3조는 지역 안에서 500명 이상 3,000명 미만의 인원이 참여할 것으로 예상되는 옥외 행사에 적용하되, 다만 ‘공연법 시행령’ 제9조 제3항에 따른 1,000명 이상의 관람이 예상되는 공연은 제외한다고 한다. 이는 축제 기간에 순간 최대 관람객이 1,000명 이상이 될 것으로 예상되는 지역축제라고 규정한 ‘재난 및 안전관리 기본법 시행령’ 제73조의9 제1항 제1호보다 적용 범위를 넓힌다. 지방자치단체의 장이 개최하는 지역축제에 관련하여서는 사무 범위를 확장하는 것이어서 문제가 없다. 그러나 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장이 아닌 사람이 지역축제를 개최할 때는 법령상 근거 없이 의무를 부과하는 것이다. 따라서 ‘광주광역시 옥외행사 안전관리에 관한 조례’ 제3조는 ‘재난 및 안전관리 기본법 시행령’ 제73조의9 제1항 제1호에 어긋난다.

4. 인권을 침해하는 내용을 담은 조례

가. 지방자치법 제22조 단서에 따른 한계

지방자치단체는 법령 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한이나 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때는 법률 위임이 있어야 한다(지방자치법 제22조). 이것은 지방자치단체의 자치입법권이 헌법 제37조 제2항의 법률유보와 헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에 따른 죄형법정원칙(주의)으로 말미암아 제한되는 것이다. 이것은 인권 보장의 보편성에서 비롯한다. 인권은 지역에 상관없이 보장되어야 하고, 지역에 따라 보장 정도가 달라져서는 아니 된다. 물론 인권 수용 속

도가 지역마다 달라질 수 있어 인권 보장 수준이 다를 수는 있다. 그러나 이것은 해당 권리가 인권, 정확하게는 기본권으로 인정받는 과정에서 나타나는 과도기적 현상에 불과하다. 인권, 정확하게는 기본권을 보장하는 것에서 국회입법권과 자치입법권은 원칙적으로 달리 행사될 수 없다.

나. 지방자치법 제22조 단서에 어긋나는 조례

(1) ‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’

제12조 제2항

‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제12조 제2항은 시장은 컴퓨터에 대한 기술적 안전조치의 설치 및 삭제 현황 관리를 위해서 청소년 정보화역기능 예방 목적에 필요한 최소한의 정보를 수집할 수 있다고 규정한다. 다만, 이때 ① 컴퓨터별 접속·차단 사이트 주소 및 SNS 계정과 ② 청소년별 게임·인터넷의 이용 시간은 보관하여서는 아니 된다고 한다. 그러나 이러한 개인정보 수집 가능성의 근거가 명확하지 않아서 ‘개인정보 보호법’ 제15조 제1항 위반 가능성이 있다. 그리고 ‘개인정보 보호법’ 제16조 제1항은 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보라고 규정하나, 그 하위규범인 조례에서는 무엇이 필요한 최소한의 개인정보인지를 구체적으로 규정하여야 한다. 특히 ‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제12조 제2항에서 보관하여서는 아니 되는 사항을 열거한 점에 비추어 이러한 필요성은 매우 크다.

(2) ‘광주광역시 공공시설물 손괴자 신고포상금 조례’ 제8조

‘광주광역시 공공시설물 손괴자 신고포상금 조례’ 제8조는 시장은 신고인의 보호를 위하여 신고인의 동의 없이 그 개인정보를 누설하

여서는 안 된다고 규정한다. 하지만 손괴자가 신고자에게 해악을 가할 수 있다는 점을 고려하면, 신고자의 개인정보 보호에 관한 구체적 규정이 필요하다. 특히 손괴자가 위험한 인물이라면 반드시 보호규정이 있어야 한다.

(3) ‘광주광역시 공용차량 공유 조례’ 제7조 제1항 제4호와 제10조 제1항 제3호

먼저 ① ‘광주광역시 공용차량 공유 조례’ 제7조 제1항 제4호를 따르면 만 26세 이상인 사람이어야 공용차량 이용자를 위하여 운전할 사람이 될 수 있는데, 이는 만 19세부터 만 25세까지의 성인을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로 헌법 제11조 제1항 위반 소지가 있다. 따라서 ‘광주광역시 공용차량 공유 조례’ 제7조 제1항 제4호를 “이용하려는 날 현재 만 19세 이상인 사람일 것”으로 고쳐야 한다. 다음으로 ② ‘광주광역시 공용차량 공유 조례’ 제10조 제1항 제3호를 따르면 이용신청 취소를 3회 이상하면 3개월 이하의 이용 정지를 할 수 있다. 취소는 부득이한 사유가 있어야 할 수 있는데, 신청자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 이용신청을 취소한 때까지 불이익 근거로 삼는 것은 부당하다. 따라서 신청자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 취소한 때는 이용정지 사유에서 배제하는 단서를 추가할 필요가 있다.

(4) ‘광주광역시 대한적십자사 활동 지원 조례’ 제2조 제2항

‘광주광역시 대한적십자사 활동 지원 조례’ 제2조 제2항을 따라 적십자사 요청으로 성명, 주소 등의 개인정보를 제공하는 것은 헌법 제17조에 근거를 둔 당사자의 개인정보자기결정권을 침해할 우려가 있다. 이것이 ‘대한적십자사 조직법’ 제8조와 ‘대한적십자사 조

직법 시행령’ 제2조에 따른 것이더라도 침해 가능성이 사라지지 않는다. 따라서 당사자의 동의가 있을 때만 개인정보를 제공하거나 최소한 당사자가 개인정보 제공을 동의하지 않음을 명시적으로 표시하면 개인정보를 제공하지 않을 수 있도록 개정하여야 한다.

(5) ‘광주광역시 사회적경제활동 지원 조례’ 제31조

‘광주광역시 사회적경제활동 지원 조례’ 제31조를 따르면 시장은 사회적경제 조직이 ① 사회적경제 조직 본래의 설립목적과 사업이 법령을 위반한 때, ② 시장의 지원과 관련하여 임의로 사업계획을 변경하거나 계약을 위반한 때, ③ 그 밖에 사회적경제 조직이 사회적으로 물의를 일으킨 때는 그 시정을 요구하거나 필요한 지시를 할 수 있고, 사회적경제 조직이 이러한 시정요구를 15일 이내에 이행하지 않으면 지원을 중단하거나 지원금을 회수하여야 한다. 주민의 권리 제한 및 의무 부과는 지방자치법 제22조 단서에 따라 법률의 위임이 있어야만 조례로 규정할 수 있고, 보조사업자에 대한 시정 명령은 지방재정법 제32조의5 제3항, 제32조의6 제3항 등 법률 근거가 있을 때만 가능하여서 별도로 조례로 규정할 수 없다.

(6) ‘광주광역시 도로점용 공사장 교통소통대책에 관한 조례’ 제9조

‘광주광역시 도로점용 공사장 교통소통대책에 관한 조례’ 제9조는 시장은 공사시행자가 제출한 교통소통대책과 교통소통대책의 변경 요청내용을 정당한 사유 없이 이행하지 아니하면 이에 대해서 시정 명령을 하여야 한다고 규정한다. 시정명령은 공사시행자의 권리를 제한하므로 지방자치법 제22조 단서에 따라 상위법령에 근거가 필요하다. 그러나 도로법에는 시장의 공사시행자에 대한 시정명령 권한을 규정하지 않는다. 따라서 이는 지방자치법 제22조 단서 위반

소지가 있다.

(7) ‘광주광역시 공공시설물 손괴자 신고포상금 조례’ 제6조 제2항
‘광주광역시 공공시설물 손괴자 신고포상금 조례’ 제6조 제2항에서 포상금 지급 시점을 손괴자의 행위에 맡기는데, 이는 포상금 지급 여부나 시기를 불명확하게 한다. 특히 손괴자가 원상을 회복하지 않거나 비용을 납부하지 않으면 포상금을 받을 수 없다. 따라서 신고한 날이나 주요 공공시설물의 손괴를 확인할 때와 같이 명확한 기산점으로 고쳐야 한다.

(8) ‘광주광역시 감정 노동자 보호 조례’ 제2조 제2호

‘광주광역시 감정 노동자 보호 조례’ 제2조 제2호는 광주광역시와 그 소속 기관, 시 산하 지방공기업과 출자·출연기관, 사무 위탁기관, 시의 지원을 받는 각종 시설을 사업장으로 정의한다. ‘광주광역시 감정 노동자 보호 조례’ 제8조 제3항은 시장은 이러한 사업장의 장인 사용자에게서 매년 가이드라인 준수 여부에 대한 보고서를 제출받는다고 규정하고, 동 조례 제11조는 금지 행위가 발생하면 사용자는 감정 노동자의 상태와 상황에 따라 보호 조치를 단계별로 취하여야 한다고 규정하며, 동 조례 제12조는 사용자에게 보호 조치 내역과 상습 위반자를 감정노동자보호위원회에 보고하여야 한다고 규정한다. 이러한 의무 부과에 관한 사항은 지방자치법 제22조 단서에 따라 법률의 근거가 있어야 한다는 지방자치법 제22조 단서에 어긋난다.

(9) ‘광주광역시 저소득시민 국민건강보험료 및 장기요양보험료 지원에 관한 조례’ 제6조 제2항

‘광주광역시 저소득시민 국민건강보험료 및 장기요양보험료 지원

에 관한 조례’ 제6조 제2항에서 규정한 시장의 체납처분은 공법상 금전급부의무를 불이행하면 의무자의 재산에 실력을 가하여 강제징수하는 것으로, 행정목적 달성을 위해서 체납자의 재산상 권익을 제약한다. 따라서 이 조항은 지방자치법 제22조 단서 위반 소지가 있다.

(10) ‘광주광역시 저소득층 아동 치과주치의 지원 조례’ 제11조 제2항
 ‘광주광역시 저소득층 아동 치과주치의 지원 조례’ 제11조 제2항에서 규정한 시장의 체납처분은 공법상 금전급부의무를 불이행하면 의무자의 재산에 실력을 가하여 강제징수하는 것으로, 행정목적 달성을 위해서 체납자의 재산상 권익을 제약한다. 따라서 이 조항은 지방자치법 제22조 단서 위반 소지가 있다.

(11) ‘광주광역시 입양가정 지원 조례’ 제9조 제1항
 ‘광주광역시 입양가정 지원 조례’ 제9조 제1항에서 규정한 시장의 체납처분은 공법상 금전급부의무를 불이행하면 의무자의 재산에 실력을 가하여 강제징수하는 것으로, 행정목적 달성을 위해서 체납자의 재산상 권익을 제약한다. 따라서 이 조항은 지방자치법 제22조 단서 위반 소지가 있다.

(12) ‘광주광역시 입양가정 지원 조례’ 제9조 제1항
 ‘광주광역시 입양가정 지원 조례’ 제9조 제1항은 지원금 환수와 관련하여 상위법 근거 없이 지방세 체납처분의 예에 따르도록 한다. 여기서 규정한 시장의 체납처분은 공법상 금전급부의무를 불이행하면 의무자의 재산에 실력을 가하여 강제징수하는 것으로, 행정목적 달성을 위하여 체납자의 재산상 권익을 제약한다. 따라서 이

조항은 법률 위임 없이 조례에 규정할 수 없다. 따라서 이는 지방자치법 제22조 단서 위반 소지가 있다.

5. 위원회 구성 문제

가. 지방자치법 제116조의2 제1항에 따른 한계

지방자치법 제116조의2 제1항은 지방자치단체는 그 소관 사무 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치·운영할 수 있다고 규정한다. 이는 지방자치단체에 유사·중복 기능을 수행하거나 불필요한 위원회가 많아 행정비용이 증가하여 이를 정비하려는 것이다. 따라서 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치하여 운영하려면 법령이나 조례에서 해당 자문기관의 구성과 사무 범위와 한계 등을 구체적으로 규정하여야 한다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’는 위원회에 관한 일반사항을 규율한다. 그러나 이 조례는 위원회에 관한 사항을 조례로 규정할 때 입법기준이 되고, 위원회에 관한 조례 규정을 해석할 때 기준이 되며, 위원회에 관한 조례 규정에 흠결이 있을 때 보충하거나 보완하는 기준이 된다. 하지만 이 조례는 위원회에 관한 구체적 조례 규정이 없을 때 이를 대신하지는 못한다. 따라서 ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’가 지방자치법 제116조의2 제1항에 따른 위법성을 제거하지 못한다.

나. 법령이나 조례의 정함 없이 위원회를 규정하는 조례

(1) ‘광주광역시 시민참여 기본조례’ 제8조

‘광주광역시 시민참여 기본조례’ 제8조에서 민관협의체를 운영하

도록 하는데, 그 구성에 관한 내용 없다. 따라서 ‘광주광역시 시민참여 기본조례’ 제8조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 시민참여 기본조례’ 제8조의 민관협의체 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(2) ‘광주광역시 제안제도 운영 조례’ 제10조 제3항과 제11조 제2항, 제12조 제3항

① 광주광역시제안심사위원회의 구성을 규정한 ‘광주광역시 제안제도 운영 조례’ 제10조 제3항에 위촉직 위원 선정인원, 임기, 자격요건, 선정기준, 연임 가능성에 관한 내용이 없거나 명확하지 않다. 따라서 ‘광주광역시 제안제도 운영 조례’ 제10조 제3항은 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 제안제도 운영 조례’ 제10조의 광주광역시제안심사위원회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다. ② ‘광주광역시 제안제도 운영 조례’ 제11조 제2항을 따르면 위원장과 부위원장이 모두 사고가 있으면 ‘광주광역시 권한대행 및 직무대리 규칙’에 따른 순서에 따라서 공무원이 대행한다. 이에 따라 위원이 아닌 공무원이 위원장 직무를 대리할 수 있다. 그러나 이것은 위원회 조직과 공무원 조직을 같은 것으로 혼동한 것이다. 위원장과 부위원장 모두 사고가 있으면, ‘광주광역시 권한대행 및 직무대리 규칙’에 따른 순서에 따라서 공무원 위원이 대행한다고 하거나 위원 중에서 임명일자순으로 대행하도록 개정하여야 한다. ③ ‘광주광역시 제안제도 운영 조례’ 제12조 제3항

을 따르면 공무원 위원이 위원회에 출석하지 못하면 직근 하급자가 대리출석할 수 있고, 이때 대리출석자는 안전에 대해서 표결할 수 있다. 이것도 위원회 조직과 공무원 조직을 같은 것으로 혼동한 것이다. 이를 따르면 공무원 위원과 외부 전문가인 위원을 차별하는 것이고, 위원이 아닌 사람이 표결하게 되어 적절하지 않다.

(3) ‘광주광역시정 조정위원회 조례’ 제2조

‘광주광역시정 조정위원회 조례’ 제2조에는 위촉직 위원의 임기와 연임 가능성에 관한 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시정 조정위원회 조례’ 제2조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시정 조정위원회 조례’ 제2조의 시정조정위원회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(4) ‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제7조

‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제7조에 청소년 정보화역기능 예방위원회 구성에 관한 내용 없다. 따라서 ‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제7조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제7조의 정보화역기능 예방위원회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(5) ‘광주광역시 5·18정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제8조

‘광주광역시 5·18정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제8조에서 지

원심사위원회에 관한 구체적 사항이 없다. 따라서 ‘광주광역시 5·18 정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제8조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 5·18정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제8조의 지원심사위원회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 응글게(완벽하게) 해결 되지 않는다.

(6) ‘광주광역시 시민대상 조례’ 제5조 제2항

‘광주광역시 시민대상 조례’ 제5조 제2항에서 시민대상 심사위원회와 시상종류별 분과위원회의 구성과 운영에 관해서 따로 정한다고 규정한다. 지방자치법 제116조의2 제1항에서는 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치·운영하도록 한다. 따라서 자문기관의 구성과 운영에 관한 중요사항은 조례로 정하여야 하고, 다만 위임받은 사항을 구체화하고 다시 더 세부적인 사항을 하위규범에 재위임하는 것은 가능하다. 그런데 ‘광주광역시 시민대상 조례’ 제5조 제2항은 시민대상 심사위원회와 시상종류별 분과위원회의 구성과 운영에 관해서 아무것도 규정하지 않고 그대로 재위임하여 법률위임원칙 위반으로 위헌이다.

(7) ‘광주광역시 시민장에 관한 조례’ 제3조 제1항

‘광주광역시 시민장에 관한 조례’ 제3조 제1항에서 광주광역시 시민장선정심의위원회 심의를 거친다고 하였는데, 동조 제2항에서 그 구성에 관해서만 규정하고, 그 밖의 구체적 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시 시민장에 관한 조례’ 제3조 제1항은 지방자치법 제116조

의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 시민장에 관한 조례’ 제3조의 광주광역시시민장선정심의위원회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(8) ‘광주광역시 청년 미취업자 중소기업 취업지원에 관한 조례’ 제8조
 ‘광주광역시 청년 미취업자 중소기업 취업지원에 관한 조례’ 제8조에서 심사위원회의 구성과 운영에 관한 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시 청년 미취업자 중소기업 취업지원에 관한 조례’ 제8조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 청년 미취업자 중소기업 취업지원에 관한 조례’ 제8조의 심사위원회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(9) ‘광주광역시 청년 창업 지원 조례’ 제10조
 ‘광주광역시 청년 창업 지원 조례’ 제10조에서 청년창업지원협회의 구성과 운영에 관한 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시 청년 창업 지원 조례’ 제10조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 청년 창업 지원 조례’ 제10조의 청년창업지원협의회 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 옹글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(10) ‘광주광역시 후계농업경영인 육성 및 지원 조례’ 제6조
 ‘광주광역시 후계농업경영인 육성 및 지원 조례’ 제6조에서 후계

농업경영인 육성 자문회의의 구성과 운영에 관한 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시 후계농업경영인 육성 및 지원 조례’ 제6조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 후계농업경영인 육성 및 지원 조례’ 제6조의 후계농업경영인 육성 자문회의 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 응글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(11) ‘광주광역시 LED조명 보급촉진 지원 조례’ 제8조

‘광주광역시 LED조명 보급촉진 지원 조례’ 제8조에서 추진협의체의 구성과 운영에 관한 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시 LED조명 보급촉진 지원 조례’ 제8조는 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 LED조명 보급촉진 지원 조례’ 제8조의 추진협의체 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 응글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

(12) ‘광주광역시 어린이 안전에 관한 조례’ 제8조 제2항

‘광주광역시 어린이 안전에 관한 조례’ 제8조 제2항에서 어린이안전추진협의회의 구성과 운영에 관한 내용이 없다. 따라서 ‘광주광역시 어린이 안전에 관한 조례’ 제8조 제2항은 지방자치법 제116조의2 제1항에 어긋난다. ‘광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례’ 제6조에 위원 구성에 관한 일반조항이 있지만, 이것만으로 ‘광주광역시 어린이 안전에 관한 조례’ 제8조 제2항의 어린이안전추진협의회의 구성을 구체화할 수 없어서 문제가 응글게(완벽하게) 해결되지 않는다.

V. 조례와 규칙의 관계

1. 규칙의 의의

규칙은 지방자치단체의 장이 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 제정하는 지방자치단체의 자치법규이다. 지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다(지방자치법 제23조). 기초자치단체의 규칙은 광역자치단체의 규칙을 위반하여서는 안 된다(지방자치법 제24조). 하지만 이것도 조례와 마찬가지로 위헌의 의심이 있다. 규칙은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 지나면 효력이 발생한다(지방자치법 제26조 제8항). 규칙을 제정하거나 개정하거나 폐지할 때 규칙은 공포예정 15일 전에 시·도지사는 행정안전부 장관에게, 시장·군수와 자치구의 구청장은 시·도지사에게 그 전문을 첨부하여 각각 보고하여야 하며, 보고를 받은 행정안전부 장관은 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다(지방자치법 제28조). 조례와 규칙이 같은 사항을 병립하여 규율하면 내용상 서로 모순되지 않으면 모두 유효하나, 서로 충돌하면 조례가 우선한다.

2. 규칙의 제정범위

규칙은 법령이나 조례의 개별적·구체적 위임이 있을 때만 제정할 수 있다.³⁸⁾ 이러한 점에서 규칙은 상위법령 수권이 필수적이지 않은 조례와 구별된다. 이것은 지방자치법이 헌법 제117조 제1항의 ‘자치에 관한 규정’을 조례를 주된 것으로 하면서 규칙을 부수적으

38) 류지태, 앞의 논문(각주 10), 137쪽; 류지태·박종수, 행정법 신론(제17판), 박영사, 2019, 980쪽; 홍준형, 행정법(제2판), 법문사, 2017, 1308면.

로 덧붙이는 식으로 구체화한 결과이다. 그리고 지방의회의 지방자치단체의 장에 대한 통제에 중점을 두면서 국회보다 적은 수의 의원으로 구성된 지방의회의 신속성을 신뢰한 결과로 볼 수 있다. 그러나 법령이나 조례의 명시적인 위임이 없어도 규칙을 제정할 수 있고, 규칙이 언제나 외부적 효력이 있는 것이 아니라서 내부적 효력만 있는 규칙도 있다는 견해가 있다.³⁹⁾ 이 견해는 규칙을 지방자치단체의 장이 법령이나 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 발하는 위임규칙과 법령이나 조례 시행을 위한 직권규칙으로 구분한다.⁴⁰⁾ 그러나 규칙을 제외한 다른 법률하위법규범은 근거 규정에서 직권으로 제정할 가능성을 명시하거나 최소한 위임 필요성을 명시하지 않는다는 점에서 이러한 견해는 타당하지 않다. 즉 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있고(헌법 제64조 제1항), 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있으며(헌법 제75조), 국무총리나 행정 각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(헌법 제95조). 그리고 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있고(헌법 제108조 제1항), 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있으며(제113조 제2항), 중앙선거관리위원회는 법령의 범위 안에서 선거관리·국민투표관리 또는

39) 정하중, 행정법개론(제14판), 법문사, 2020, 918-919면; 홍정선, 앞의 책(각주 5), 425면.

40) 홍정선, 앞의 책(각주 5), 424면.

정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있고, 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다(제114조 제6항). 또한, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 다만 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때는 법률의 위임이 있어야 한다(지방자치법 제22조). 그러나 지방자치법 제23조는 지방자치단체의 장은 법령이나 조례가 위임한 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다고 하여 위임이 있어야 함을 명시한다. 따라서 지방자치단체의 장은 직권으로 규칙을 제정할 수 없다고 보아야 한다. 이러한 점에서 직권규칙은 있을 수 없다. 직권규칙이 규칙의 제정절차를 통해서 제정되더라도 이것은 행정규칙에 불과하다. 대법원도 위임하는 법령이 없는 규칙은 행정청 내부에서 그 권한 행사의 방법을 정한 지침에 불과하고 국민에 대한 법규적 성질이 없다고 한다.⁴¹⁾

광주광역시장이 제정한 규칙을 살펴보면, 법령이나 조례의 위임 없이 제정된 규칙을 찾을 수 있다. ‘광주광역시 계약심사업무 처리 규칙’, ‘광주광역시 공용차량관리 규칙’, ‘광주광역시 권한대행 및 직무대리 규칙’, ‘광주광역시 금권 등 관리 규칙’, ‘광주광역시 기록관 운영 규칙’, ‘광주광역시 소송사무처리 규칙’, ‘광주광역시 시립예술단체 운영 규칙’, ‘광주광역시 자율적 내부통제 운영에 관한 규칙’, ‘광주광역시 지방공무원 근무규칙’, ‘광주광역시 지방공무원 비위공직자의 의원면직 처리제한에 관한 규칙’, ‘광주광역시 지방세 세무조사 운영규칙’ 등이 그것이다. 이것들은 외부적 효력을 인정할 수 없는 내용을 담은 것으로 행정규칙으로 보아야 한다. 그리고 ‘광주

41) 대법원 1985. 12. 24. 선고 84누343 판결(집33-3, 502; 공1986, 331).

광역시 민원조정위원회 운영 규칙’, ‘광주광역시 재해영향평가심의위원회 구성 및 운영 규칙’, ‘광주광역시 제안서평가위원회 설치 및 운영규칙’, ‘광주광역시 투자심사위원회 운영 규칙’ 등은 법령이나 조례의 위임 없이 위원회에 관한 사항을 규정한다. 그러나 지방자치단체는 그 소관 사무 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치하여 운영할 수 있다(지방자치법 제116조의2 제1항). 따라서 이러한 규칙들은 위법하다.

3. 관습적인 규칙 위임

조례가 규칙에 위임할 때는 구체적이고 개별적으로 하여야 한다. 이것은 조례에 규칙에 규정될 내용과 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어서 누구라도 해당 조례 자체에서 규칙에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 뜻한다.⁴²⁾ 이를 포괄위임금지원칙이라고 한다. 따라서 구체적으로 범위를 정할 때만 조례는 규칙에 위임할 수 있다.

광주광역시 조례를 살펴보면, 관습적으로 구체적 범위를 정하지 않고 규칙에 위임하는 때가 잦다. 예를 들어 ‘광주광역시 국제화촉진 및 국제교류협력에 관한 조례’ 제35조, ‘광주광역시 영상정보처리기기 설치 및 운영에 관한 조례’ 제11조, ‘광주광역시 옥외행사 안전관리에 관한 조례’ 제12조, ‘광주광역시 국기사랑 지원 조례’ 제12조, ‘광주광역시 경제교육 활성화 및 지원에 관한 조례’ 제20조, ‘광주광역시 무등산수박보호 및 육성 조례’ 제12조, ‘광주광역시 우리밀 육성에 관한 조례’ 제14조, ‘광주광역시 향토음식 육성 및 지원에

42) 현재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조.

관한 조례’ 제23조, ‘광주광역시 지역먹을거리 육성 및 지원 조례’ 제12조, ‘광주광역시 전자산업육성지원 조례’ 제19조, ‘광주광역시 문화자원 발굴 및 활용 조례’ 제25조 등은 조례 시행에 관하여 필요한 사항은 규칙으로 정한다고 규정한다. 그리고 ‘광주광역시 새마을운동조직 지원 조례’ 제7조, ‘광주광역시 갈등 예방 및 조정에 관한 조례’ 제21조, ‘광주광역시 재능나눔 활성화 조례’ 제7조, ‘광주광역시 시민장에 관한 조례’ 제15조, ‘광주광역시 민주화운동 기념 및 정신계승에 관한 조례’ 제22조, ‘광주광역시 5·18민주화운동 기념사업 기본 조례’ 제26조, ‘광주광역시 5·18정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제14조, ‘광주광역시 저소득시민 국민건강보험료 및 장기요양보험료 지원에 관한 조례’ 제9조, ‘광주광역시 의로운 시민 등에 대한 예우 및 지원 조례’ 제11조, ‘광주광역시 노숙인 등의 복지 및 자립 지원에 관한 조례’ 제14조, ‘광주광역시 병역명문가 예우 및 지원 조례’ 제10조, ‘광주광역시 여성과학기술인 육성 및 지원 조례’ 제10조, ‘광주광역시 한국전쟁 전후 민간인 희생자 위령사업 지원 등에 관한 조례’ 제7조, ‘광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례’ 제19조, ‘광주광역시 장애인체육 진흥 조례’ 제10조, ‘광주광역시 사회적경제활동 지원 조례’ 제34조, ‘광주광역시 협동조합 지원 조례’ 제27조, ‘광주광역시 협동조합 지원 조례’ 제27조, ‘광주광역시 고등학교 졸업자 고용촉진 조례’ 제10조, ‘광주광역시 사회적경제기업 제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 조례’ 제13조, ‘광주광역시 사회적일자리 조례’ 제11조, ‘광주광역시 여성기업 지원에 관한 조례’ 제10조, ‘광주광역시 청년 창업 지원 조례’ 제14조, ‘광주광역시 공예 문화산업 육성 및 지원 조례’ 제14조, ‘광주광역시 농작물 재해보험료 지원 조례’ 제7조, ‘광주광역시 후계농업경영인 육성 및 지원 조례’ 제11조, ‘광주광역시 고령농업인 지원 조례’ 제14조, ‘광주광역시

며 재배농가 경영안정자금 지원 조례’ 제10조, ‘광주광역시 농업인 월급제 지원에 관한 조례’ 제10조, ‘광주광역시 신·재생에너지 보급 촉진 지원 조례’ 제19조, ‘광주광역시 LED조명 보급촉진 지원 조례’ 제15조, ‘광주광역시 뿌리산업 진흥 및 육성지원에 관한 조례’ 제19조, ‘광주광역시 자동차산업 육성 및 지원 조례’ 제22조, ‘광주광역시 고령친화산업 육성 및 지원에 관한 조례’ 제13조, ‘광주광역시 여성 농업인 육성 및 지원 조례’ 제11조, ‘광주광역시 친환경농업 육성 조례’ 제13조 등은 조례 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정한다고 규정한다. 또한, ‘광주광역시 시민참여 기본조례’ 제18조처럼 조례 시행에 관한 사항은 규칙으로 정한다고 규정하거나 ‘광주광역시 하도 급업체 보호 조례’ 제8조처럼 이 조례에 규정한 사항 이외에 필요한 사항은 규칙으로 정할 수 있다고 규정하거나 ‘광주광역시 물가대책 위원회설치 운영 조례’ 제15조처럼 이 조례에서 규정된 사항 이외에 필요한 사항은 규칙으로 정한다고 한 것도 있다.

그런데 이러한 조례 규정에 따른 시행규칙은 아직 제정되지 않았다. 만약 시행규칙 없이 해당 조례를 시행할 수 있다면 이러한 위임 규정은 불필요하다. 그리고 규칙이 아닌 행정규칙을 근거로 본 조례를 시행한다면 해당 조례 규정 위반이다. 하지만 더 근본적으로 이러한 조례 규정은 포괄위임금지원칙 위반이다. 이러한 조례 규정을 통해서는 규칙에서 어떠한 내용을 규정할 것인지를 예측할 수 없다. 특히 조례는 규칙을 제외하고는 헌법을 기초로 한 국가법질서에서 최하위에 위치한 법규범이라서 구체적인 내용을 담아야 한다. 따라서 조례는 지방자치와 관련하여 필요한 사항을 가능한 한 빠짐없이 규율하되 지방자치사무를 수행하는 데 어려움이 없도록 구체적으로 규정하여야 한다. 그런데 해당 조례 규정 중에서 조례 시행에 필요한 사항이나 조례 시행에 관한 사항은 직권규칙을 허용

하는 듯한 표현을 사용하여 위임규칙만 허용하는 지방자치법 제23조에 어긋날 뿐 아니라 그 자체로 어떠한 내용을 어떠한 범위에서 규율할 수 있는지를 전혀 가늠할 수 없다. 그리고 규정한 사항 이외에 필요한 사항이나 규정된 사항 이외에 필요한 사항이라는 표현도 필요한 사항이 남아 있다면 위임규칙을 허용하는 취지에 비추어 조례로 이러한 사항을 규율하여야 하고, 무엇이 필요한 사항이 무엇인지를 명확하게 파악할 수 없다면 이것은 위임의 구체성과 개별성에 어긋난다. 따라서 이러한 조례 규정은 모두 삭제하고 파악할 수 있는 필요한 사항은 조례로 구체적으로 규율하고, 이러한 사항 중에서 규율대상의 가변성이나 전문성 등으로 말미암아 조례로 규율하기 어렵거나 적절하지 않은 사항을 구체적으로 밝혀서 규칙으로 위임하는 규정을 두어야 한다.

VI. 규정 내용상 문제점

1. 규범적 내용 없는 선언적 조례

조례는 법규범이다. 따라서 조례는 당연히 규범적 내용이 있어야 한다. 규범적 내용이 없는 조례는 제정할 이유가 없다. 규범적 내용이 없는 조례는 조례제정절차를 통해서 만들어져 형식적 측면에서 조례로 볼 수 있더라도 실질적 측면에서는 조례로 볼 수 없고 고작해야 행정규칙으로 볼 수 있을 뿐이다. 규범적 내용이 없는 것은 행정규칙으로 만드는 것으로 충분하다. 그런데 ‘광주광역시 갑을 명칭 지양 조례’는 규범적 내용이 없는 선언적 조례에 불과하여 그 내용을 조례에 담을 것이 아니다. 따라서 이러한 조례는 폐지하여야 한다.

2. 실효성 없는 내용

조례는 지방자치 사무의 근거가 된다. 따라서 조례는 지방자치 사무에 관한 내용을 담아야 한다. 그리고 조례는 지방자치 사무 수행에 이바지하여야 한다. 이러한 점에서 지방자치 사무 수행에 아무런 영향을 미치지 못하는 내용을 담은 조례는 제정하여서는 아니 된다. 이러한 조례는 단순한 선언에 불과하다.

(1) ‘광주광역시 건전한 음주문화 조성 조례’의 제정 목적은 건전한 음주문화 조성을 위해 필요한 사항을 규정하고 청소년 음주예방과 시민의 건강한 삶의 영위에 이바지하기 위한 것이다. 그러나 제3조에 규정된 건전한 음주문화구역 지정이 현실적으로 지정된 바 없고, 음주문화 구역지정에 따른 실효성을 담보할 관련 사항(음주금지, 과태료 부과 등)을 규정하지 않아서 실효성이 없다. 그리고 ‘광주광역시 건전한 음주문화 조성 조례’와 관련된 사업과 비슷한 내용이 이미 보건복지부의 지역사회 통합건강증진사업 안 13개 분야 중 음주폐해, 절주사업으로 지방자치단체 현황에 맞춰 추진되고 있어서 ‘광주광역시 건전한 음주문화 조성 조례’의 존치 필요성이 없다.

(2) ‘광주광역시 어린이 안전에 관한 조례’는 제정 이후 관련 사업을 시행하지 않을 뿐 아니라 어린이 안전에 관해서는 분야별 각 부서에서 추진하고 있다. 그리고 어린이 안전에 관한 조례 범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 현 부서에서 추진하는 데 한계가 있다. 따라서 적용 범위를 재설정하여 독자적 의미를 확보하지 않는다면, ‘광주광역시 어린이 안전에 관한 조례’는 폐지하여야 한다.

3. 다른 법령에 따라 시행할 수 있는 내용

법규범이 여러 가지 종류로 나뉘어 제정되는 것은 규범별로 독자

적인 의미가 있기 때문이다. 즉 상위법규범이 있는데도 하위법규범을 제정하는 것은 하위법규범이 상위법규범의 내용을 구체화하거나 빠진 부분을 채우기 위해서이다. 따라서 상위법규범만으로도 해당 사무를 수행하는 데 충분하다면 하위법규범을 별도로 제정할 필요는 없다. 조례도 상위법령으로 시행하는 데 아무런 문제가 없는 내용을 규율할 필요는 없다. 그러한 조례는 사족에 불과하다.

(1) 국민건강증진법, 지역보건법, 정신보건법 등의 법령과 지침에 따라서 전 연령층을 포괄하여 건강증진사업을 시행하여서, ‘광주광역시 노인건강 증진 등에 관한 조례’를 통해서 노인의 건강증진을 목적으로 계획을 세분화하여 수립하고 추진하는 것은 실효성이 없다. ‘광주광역시 노인건강 증진 등에 관한 조례’는 제정 취지와 목적이 이미 시행되는 다른 사업으로 충족되므로 폐지하여야 한다.

(2) ‘광주광역시 하도급업체 보호 조례’에 규정된 하도급업체 보호를 위한 하도급대금 직불제 권장(제3조), 하도급대금의 직접 지급(제5조) 등은 건설산업기본법 제34조(하도급대금의 지급 등)와 제35조(하도급대금의 직접 지급), ‘지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준’(행정안전부 예규) 제13장(공사계약 일반조건) 제2절(공사계약의 체결) 등에 따라 시행이 가능하므로 조례 유지 필요성 없다.

4. 상위법령 내용을 그대로 반복

상위법규범을 제정하고 나서 하위법규범을 또 제정하는 이유는 적어도 하위법규범이 상위법규범과 다른 내용을 담기 때문이다. 따라서 하위법규범이 상위법규범의 내용을 그대로 반복한다면 하위법규범은 존재 이유가 없다. 하위법규범은 상위법규범의 내용을 구체화하거나 그 빈틈을 메워야 한다. 조례도 상위법령 내용을 그대로 옮겨서는 아니 된다.

먼저 상위법령이 정의한 용어를 조례가 다시 정의할 이유는 없다. 상위법령이 정의한 용어를 다시 정의할 때 그 범위를 좁히거나 넓히면 상위법령 위반일 뿐이다. 그리고 그 표현이 달라지면 해석상 혼란이 발생할 수 있다. 즉 그 용어의 뜻이 무엇인지가 불명확하게 된다. 조례가 상위법령의 표현을 그대로 옮긴 것에 불과하면 해당 조례는 불필요하다. 예를 들어 ① ‘광주광역시 영상정보처리기기 설치 및 운영에 관한 조례’ 제2조에서 제1호는 ‘개인정보 보호법’ 제2조 제7호를, 제2호와 제3호는 ‘개인정보 보호법 시행령’ 제3조를, 제5호는 ‘개인정보 보호법’ 제2조 제3호를 그대로 옮겼다. 그리고 ② ‘광주광역시 하도급업체 보호 조례’ 제2조에서 제1호부터 제4호는 건설산업기본법 제2조 제10호, 제12호, 제13호, 제14호를 그대로 옮겼다. 따라서 ‘광주광역시 하도급업체 보호 조례’ 제2조 제1호부터 제4호는 상위법령 내용을 반복하는 것에 불과하다. 또한, ③ ‘광주광역시 노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 조례’ 제2조에서 제1호와 제2호는 ‘노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률’ 제2조 제1호와 제3호를 그대로 옮겼다. 따라서 ‘광주광역시 노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 조례’ 제2조 제1호와 제2호는 상위법령 내용을 반복하는 것에 불과하다. 더하여 ④ ‘광주광역시 협동조합 지원 조례’ 제2조에서 제2호는 ‘협동조합 기본법’ 제2조 제3호를 그대로 옮겼다. 따라서 ‘광주광역시 협동조합 지원 조례’ 제2조 제2호는 상위법령 내용을 반복하는 것에 불과하다. 그 밖에 ⑤ ‘광주광역시 장애인 문화예술 활동 지원 조례’ 제2조 제2호는 문화예술진흥법 제2조 제1항 제1호를 거의 그대로 옮겼다. 따라서 ‘광주광역시 장애인 문화예술 활동 지원 조례’ 제2조 제2호는 상위법령 내용을 반복하는 것에 불과하다.

다음으로 조례는 상위법령에 근거한다. 따라서 상위법령이 위헌

이거나 위법이면 그에 근거한 조례도 위헌이거나 위법이다. 이러한 점에서 조례는 상위법령의 위헌성이나 위법성을 살피지 않고 맹목적으로 상위법령의 내용을 따라서는 아니 된다. 상위법령의 위헌성이나 위법성을 확인하면 조례는 그 내용을 따르지 말거나 적어도 위헌성이나 위법성을 제거하는 방향으로 조례 내용을 다듬어야 한다. 그런데 조례에서는 이러한 노력을 찾기 어렵다. 예를 들어 ‘광주광역시 국기사랑 지원 조례’는 권위주의 시대의 흔적이 많이 남은 상위법령의 용어와 내용을 그대로 반복한다. 상위법령의 위헌적 내용을 그대로 옮긴다고 하여 해당 조례가 합헌이나 합법이 되는 것은 아니다. 먼저 ① 제3조 제2항에서 ‘국기의 존엄성’이라는 표현은 국가의 절대성을 강조하는 것으로 비치거나 국가주의의 잔재로 볼 여지가 있다. 국기는 국가상징으로 대하는 것으로 충분하다. 따라서 ‘국기의 존엄성’을 ‘국기의 상징성’으로 고칠 필요가 있다. 다음으로 ② 제4조에서 국기가 존중 대상인지는 의문이다. ‘존중’이라는 표현도 국가의 절대성을 강조하거나 국가주의를 표현하는 것으로 볼 여지가 있다. 따라서 ‘존중’이라는 용어를 빼고, ‘국기에 대한 사랑’으로 바꾸는 것이 바람직하다. 끝으로 ③ 제5조에서 국기가 존중 대상인지는 의문이다. ‘존중’이라는 표현은 국가의 절대성을 강조하거나 국가주의를 표현하는 것으로 볼 여지가 있다. 따라서 ‘존중’이라는 용어를 빼고, ‘모든 시민은 국기를 애호하여야 한다.’로 수정할 필요가 있다.

5. 명확성원칙 위반

조례는 규칙을 제외하면 가장 하위에 위치한 법규범이다. 게다가 규칙은 법령이나 조례의 위임이 있을 때만 제정할 수 있다. 조례의 의미내용이 명확하지 않으면 법적 안정성과 예측 가능성을 확보할

수 없게 되고, 법집행 당국의 자의적 집행이 가능하게 된다. 특히 조례는 그 내용을 밝혀줄 하위법규범이 없어서 이러한 위험성이 더 크다. 이러한 점 때문에 조례에는 법치국가원리에서 도출되는 명확성원칙 준수가 강하게 요구된다. 그러나 제정된 조례들을 살펴보면 명확성원칙에 어긋나는 것을 적지 않게 찾을 수 있다.

(1) ‘광주광역시 시민장에 관한 조례’ 제13조에서 시에서 비용 일부를 부담할 수 있다고만 규정하여 시민장에 필요한 비용을 어떻게 조달할 것인지에 관한 사항이 명확하지 않다. 위원회 구성(제5조), 간사와 서기(제11조) 등을 살펴보면 시에서 비용 전부를 부담하는 것이 바람직하다.

(2) ‘광주광역시 국기사랑 지원 조례’ 제9조 제2항에서 세부 사항은 시장이 따로 정한다는 것이 무슨 의미인지 명확하지 않다. 자칫 이러한 표현은 시장의 자유재량에 맡기는 것으로 오해할 염려 있다. 행정규칙으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

(3) ‘광주광역시 5·18정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제9조에서 세부적인 사항은 시장이 따로 정함이 무엇인지 명확하지 않다. 자칫 이러한 표현은 시장의 자유재량에 맡기는 것으로 오해할 염려 있다. 행정규칙으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

(4) ‘광주광역시 5·18정신 국제화 실천활동 지원 조례’ 제9조는 국제화 실천활동 지원의 절차 및 방법 등은 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따르되, 세부적인 사항은 시장이 따로 정하는데, 시장이 따로 정함이 무엇인지 명확하지 않다. 자칫 이러한 표현은 시장

의 자유재량에 아래 두는 것으로 오해할 염려가 있다. 내부지침으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

(5) ‘광주광역시 협동조합 지원 조례’ 제8조 제2항은 협동조합 등에 대한 지원의 절차 및 방법 등은 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따르되, 세부적인 사항은 시장이 따로 정한다고 규정한다. 이때 시장이 따로 정함이 무엇인지 명확하지 않다. 자칫 이러한 표현은 시장의 자유재량에 맡기는 것으로 오해할 염려가 있다. 행정규칙으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

(6) ‘광주광역시 청년 미취업자 중소기업 취업지원에 관한 조례’ 제9조 제2항은 지원에 관한 세부적인 사항은 시장이 따로 정한다고 규정한다. 이때 시장이 따로 정함이 무엇인지 명확하지 않다. 자칫 이러한 표현은 시장의 자유재량에 맡기는 것으로 오해할 염려가 있다. 행정규칙으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

(7) ‘광주광역시 자동차산업 육성 및 지원 조례’ 제10조는 입주자격 등 구체적인 사항은 시장이 따로 정한다고 규정한다. 이때 시장이 따로 정함이 무엇인지 명확하지 않다. 자칫 이러한 표현은 시장의 자유재량에 맡기는 것으로 오해할 염려가 있다. 행정규칙으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

(8) ‘광주광역시 예술인 복지 증진에 관한 조례’ 제10조 제2항은 실태조사의 대상·방법 등에 관하여 필요한 사항은 시장이 따로 정한다고 한다. 이때 시장이 따로 정함이 무엇인지 명확하지 않다. 자

첫 이러한 표현은 시장의 자유재량에 아래 두는 것으로 오해할 염려가 있다. 행정규칙으로 정할 수 있다면 본 조항을 둘 필요가 없다. 어차피 규칙은 시장이 정하는 것이므로 규칙으로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

6. 정확한 조문 명시가 없음

조례에서 특정 법규범을 명시할 때는 해당 조문을 명확하게 밝혀야 한다. 관련되는 특정 조문이 있는데도 단순히 법규범명만 언급하면 해석상 혼란이 발생할 수 있기 때문이다. 조례에서 특정 법규범을 명시한다는 것은 해당 내용의 근거를 적시하는 것이다. 그런데 그 근거가 명확하지 않으면 해당 내용도 명확하지 않게 된다. 특히 해당 내용과 관련될 수 있는 조문이 해당 조문 이외에 또 있다면 명확한 조문을 찾는 데 불필요한 노력과 시간을 써야 할 뿐 아니라 해석자에 따라 다른 조문을 근거로 삼을 위험도 있다. 그리고 해당 내용에 영향을 미칠 내용이 해당 법규범에 여럿 있다면 해석을 복잡하게 할 수도 있다. 이러한 점에 비추어 법규범을 명시할 때는 해당 조문을 정확하게 적시하여야 한다. 그런데 조례를 살펴보면 단순히 법규범명만 언급하는 때가 잦다. 때로는 한쪽에서는 조문까지 명시하면서도 다른 쪽에서는 법규범만 언급하는 때도 있다.

(1) 광주광역시 청소년 정보화역기능 청정지역 조성 조례 제6조는 “시장은 청소년 정보화역기능의 체계적인 예방을 위한 다음 각 호의 사항을 「광주광역시 정보화 기본 조례」에 따른 광주광역시 정보화기본계획 및 시행계획에 반영하여야 한다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시장은 청소년 정보화역기능의 체계적인 예방을 위한 다음 각 호의 사항을 「광주광역시 정보화 기본 조례」 제4조와 제5조에 따른 광주광역시 정보화

기본계획 및 시행계획에 반영하여야 한다.”로 개정하여야 한다.

(2) 광주광역시 장애인체육 진흥 조례 제4조 제2항에서 “장애인 체육 시설의 관리·운영에 필요한 사항은 「광주광역시 체육시설 관리운영에 관한 조례」에서 정하는 바에 따른다.”라고 규정하여 조례 명칭이 잘못되었을 뿐 아니라 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “장애인체육 시설의 관리·운영에 필요한 사항은 「광주광역시 체육시설 관리운영 조례」 제4장에서 정하는 바에 따른다.”

(3) 광주광역시 사회적경제활동 지원 조례 제2조 제2호 다목은 “다. 「협동조합기본법」에 따라 설립 등기를 마친 협동조합, 협동조합연합회, 사회적협동조합, 사회적협동조합연합회”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “다. 「협동조합기본법」 제61조에 따라 설립 등기를 마친 협동조합, 협동조합연합회, 사회적협동조합, 사회적협동조합연합회”로 개정하여야 한다.

(4) 광주광역시 신·재생에너지 보급 촉진 지원 조례 제11조 제2항은 “시장은 공유재산을 신·재생에너지 기술개발 및 이용·보급에 관한 사업(이하 “관련 사업”이라 한다)을 하는 자에게 대부계약의 체결 또는 사용허가(이하 “임대”라 한다)를 하거나 처분할 수 있다. 이 경우 시장은 관련 사업을 위하여 필요하다고 인정하면 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 수의계약으로 공유재산을 임대 또는 처분할 수 있다.”라고, 같은 조 제3항은 “시장은 제2항에 따라 공유재산을 임대하는 경우 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 자진철거 및 철거비용의 공탁을 조건으로 영구시설물을 축조하게 할 수 있다. 다만, 공유재산에 영구시설물을 축조하려면 사전에 동의안을 광주광역시의회에 제출하고 그 의결을 받아야 한다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 제11조

제2항은 “시장은 공유재산을 신·재생에너지 기술개발 및 이용·보급에 관한 사업(이하 “관련 사업”이라 한다)을 하는 자에게 대부계약의 체결 또는 사용허가(이하 “임대”라 한다)를 하거나 처분할 수 있다. 이 경우 시장은 관련 사업을 위하여 필요하다고 인정하면 「공유재산 및 물품 관리법」 제29조에도 불구하고 수의계약으로 공유재산을 임대 또는 처분할 수 있다.”로, 같은 조 제3항은 “시장은 제2항에 따라 공유재산을 임대하는 경우 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조에도 불구하고 자진철거 및 철거비용의 공탁을 조건으로 영구시설물을 축조하게 할 수 있다. 다만, 공유재산에 영구시설물을 축조하려면 사전에 동의안을 광주광역시의회에 제출하고 그 의결을 받아야 한다.”로 개정하여야 한다.

(5) 광주광역시정 조정위원회 조례 제8조는 “위촉위원회에 대하여는 예산의 범위 안에서 「광주광역시 각종 위원회구성 및 운영에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위촉위원회에 대하여는 예산의 범위 안에서 「광주광역시 각종 위원회구성 및 운영에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(6) 광주광역시 국제화촉진 및 국제교류협력에 관한 조례 제33조는 “협의회에 참석한 위원과 공청회·세미나 등에 출석한 위원 등에 대하여는 「광주광역시 각종 위원회의 구성 및 운영에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “협의회에 참석한 위원과 공청회·세미나 등에 출석한 위원 등에 대하여는 「광주광역시 각종 위원회의 구성 및 운영에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(7) 광주광역시 갈등 예방 및 조정에 관한 조례 제20조는 “제8조에 따라 설치된 위원회 또는 제12조에 따라 설치된 협의회는 운영과정에서 발생하는 비용이나 제15조의 전문가, 전문기관의 활동 등에 소요되는 비용에 대해 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 조례」에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “제8조에 따라 설치된 위원회 또는 제12조에 따라 설치된 협의회는 운영과정에서 발생하는 비용이나 제15조의 전문가, 전문기관의 활동 등에 소요되는 비용에 대해 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 조례」 제11조에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(8) 광주광역시 민주화운동 기념 및 정신계승에 관한 조례 제21조는 “시 소속공무원이 아닌 위원이 위원회에 출석하거나 공무로 출장할 때에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시 소속공무원이 아닌 위원이 위원회에 출석하거나 공무로 출장할 때에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(9) 광주광역시 5·18민주화운동 기념사업 기본 조례 제13조는 “시 소속공무원이 아닌 위원이 위원회에 출석하거나 공무로 출장할 때에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시 소속공무원이 아닌 위원이 위원회에 출석하거나 공무로 출장할 때에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”

(10) 광주광역시 공예문화산업 육성 및 지원 조례 제7조는 “위원회 회의에 참석한 위원에게는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」에 따라 참석수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위원회 회의에 참석한 위원에게는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조에 따라 참석수당과 여비를 지급할 수 있다.”

(11) 광주광역시 지역서점 활성화 조례는 “시장은 회의에 참석한 위원 등에게 예산의 범위에서 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」에서 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원인 위원이 회의에 출석하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시장은 회의에 참석한 위원 등에게 예산의 범위에서 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조에서 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원인 위원이 회의에 출석하는 경우에는 그러하지 아니하다.”로 개정하여야 한다.

(12) 광주광역시 경제교육 활성화 및 지원에 관한 조례 제18조는 “협의회 또는 실무협의회에 참석한 위원에 대하여는 「광주광역시 각종 위원회의 구성 및 운영에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “협의회 또는 실무협의회에 참석한 위원에 대하여는 「광주광역시 각종 위원회의 구성 및 운영에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(13) 광주광역시 협동조합 지원 조례 제25조는 “위원이 위원회에

참석하거나 위원회의 업무 추진을 위하여 출장할 때에는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회의 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위원이 위원회에 참석하거나 위원회의 업무 추진을 위하여 출장할 때에는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회의 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(14) 광주광역시 기술장 조례 제11조는 “시 소속공무원이 아닌 위원에게는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종 위원회의 설치 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시 소속공무원이 아닌 위원에게는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종 위원회의 설치 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(15) 광주광역시 우수중소기업인상 조례 제8조는 “위원회의 위원 등에게 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위원회의 위원 등에게 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(16) 광주광역시 물가대책위원회설치 운영 조례 제14조는 “시 소속 공무원이 아닌 위원회 및 소위원회·실무위원회에 참석한 위원 및 관계인에 대하여는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종 위원회의 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를

지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시 소속 공무원이 아닌 위원회 및 소위원회·실무위원회에 참석한 위원 및 관계인에 대하여는 예산의 범위에서 「광주광역시 각종 위원회의 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(17) 광주광역시 고령농업인 지원 조례 제12조는 “위촉직 위원에게는 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영등에 관한 조례」에서 정하는 바에 따라 예산의 범위에서 수당·여비 등의 실비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위촉직 위원에게는 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조에서 정하는 바에 따라 예산의 범위에서 수당·여비 등의 실비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(18) 광주광역시 우리밀 육성에 관한 조례 제13조는 “위원이 회의에 참석하거나 공무상 출장을 가는 경우에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당 및 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위원이 회의에 참석하거나 공무상 출장을 가는 경우에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당 및 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(19) 광주광역시 향토음식 육성 및 지원에 관한 조례 제22조는 “시 소속공무원이 아닌 위원이 위원회에 출석하거나 공무로 출장할 때에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “시 소속공무원

이 아닌 위원이 위원회에 출석하거나 공무로 출장할 때에는 「광주광역시 각종 위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

(20) 광주광역시 문화자원 발굴 및 활용 조례 제16조는 “위원회에 참석한 위원 또는 관계전문가 등에게 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원이 그 직무와 직접 관련하여 참석하는 경우에는 그러하지 아니한다.”라고 규정하여 구체적인 개별 조문을 지적하지 않는다. 따라서 이를 “위원회에 참석한 위원 또는 관계전문가 등에게 예산의 범위에서 「광주광역시 각종위원회 구성 및 운영 등에 관한 조례」 제11조가 정하는 바에 따라 수당과 여비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원이 그 직무와 직접 관련하여 참석하는 경우에는 그러하지 아니한다.”로 개정하여야 한다.

7. 내용 혼재

조례를 만들 때는 그 안에서도 통일성과 체계성을 갖추어야 한다. 통일성과 체계성을 갖추지 못하면 그 내용이 불명확해질 수 있다. 심지어 그 내용이 다르게 이해될 수도 있다. 그리고 이러한 혼란 속에서 불필요한 오해와 과도한 해석이 유발될 수도 있다. 이러한 점에서 조례 내용의 혼재는 명확성원칙 위반이 될 여지가 크다.

(1) ‘광주광역시 장애인보조기구 서비스 지원 조례’ 제5조와 제6조 제1항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 집행한다고 규정한 제6조 제2항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

(2) ‘광주광역시 장애인고용촉진 및 직업재활 지원 조례’ 제11조 제1항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 지원한다고 규정한 제11조 제2항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

(3) ‘광주광역시 뷰티산업 육성에 관한 조례’ 제13조 제1항과 제2항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 보조금을 지원할 수 있다고 규정한 제13조 제3항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

(4) ‘광주광역시 미디어아트 창의도시 육성 및 지원 조례’ 제7조 제1항과 제2항, 제3항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 지원한다고 규정한 제7조 제4항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

(5) ‘광주광역시 건축물의 허가등에 있어 장애인등의 편의시설 설치사항 검사에 관한 조례’ 제5조와 제6조 제1항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 집행한다고 규정한 제6조 제2항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

(6) ‘광주광역시 장애인고용촉진 및 직업재활 지원 조례’ 제11조 제1항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 지원한다고 규정한 제11조 제2항은 위수탁사업과 보조금지원사업이 혼용하여 규정한다.

(7) ‘광주광역시 뷰티산업 육성에 관한 조례’ 제13조 제1항과 제2항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행

비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 보조금을 지원할 수 있다고 규정한 제13조 제3항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

(8) ‘광주광역시 미디어아트 창의도시 육성 및 지원 조례’ 제7조 제1항은 사무 위탁에 관한 사항을 규정한다. 그런데 수탁자 업무수행 비용을 ‘광주광역시 지방보조금 관리 조례’에 따라 지원한다고 규정한 제7조 제4항은 위수탁사업과 보조금지원사업을 혼용하여 규정한다.

VII. 맺음말: 인권 보장에 철저히 하지 못한 조례

조례가 인권에 관해서 규율할 때 그 성격상 그 내용은 가장 구체적인 수밖에 없고 구체적이어야 한다. 따라서 조례가 인권 보장에 철저히 하지 못하면 상위법령의 추상성에 의지하여 인권 보장을 꺾을 수밖에 없다. 그러나 이러한 인권 보장은 그 자체로 불확실할 뿐 아니라 세밀하게 보장하기 어렵다. 이러한 점에서 조례는 인권 보장에 철저히 할 필요가 있다. 그러나 조례는 인권 보장에 큰 관심을 두는 것으로 보이지도 않고, 그 자체로 법리적 문제점이 있어서 인권 보장에 직·간접적으로 많은 문제를 낳는다. 이미 살펴본 것처럼 최근에 제·개정된 광주광역시 조례는 다양한 법리적 문제점이 있다.

그러나 살펴본 법리적 문제점 이외에도 문제점은 더 있다. 먼저 법령의 제·개정에 따른 조례 정비가 제대로 이루어지지 않아서 인용된 근거법령이 다르거나 상위법령과 내용이 다른 때가 잦다. 이것은 관련 부서에서 그때그때 법령의 제·개정이나 폐지 상황을 확인하여야 할 기본적인 의무를 제대로 이행하지 않음을 보여준다.

다음으로 조례는 규칙을 제외한 최하위법규범으로서 구체적인 내용을 담아야 하는데도 법령과 별반 다르지 않게 추상적인 내용을 담은 때를 쉽게 찾을 수 있다. 특히 계획을 세우고 위원회를 구성하는 데 치중하여 사실상 의미 있는 구체적 내용을 담지 않은 조례가 많다. 그리고 비슷한 내용의 조례가 많아서 이를 기본 조례를 중심으로 통합할 필요가 있는 것도 있다. 끝으로 개별 조례가 담고 있는 내용이 너무 적다. 특히 대상 조례가 위임조례가 아닌 자치조례라는 점에서 이 문제는 심각하다. 법단계상 (규칙을 제외하고) 가장 아래에 있는 조례의 법적 지위에 비추어 집행에 무리가 없도록 그리고 집행의 자의성을 제거할 수 있도록 개별 조례에 충분한 구체적 내용을 담아야 한다. 더하여 다른 법규범과 마찬가지로 조례에는 너무 어려운 한자어나 일본어 투 혹은 번역어 투의 용어나 표현이 자주 사용되고 맞춤법에 맞지 않는 부분도 많다. 더하여 인권 보장의 침병인 조례에 인권에 관한 내용이 많지 않다. 이것은 조례 자체가 인권 보장에 큰 관심이 없음을 드러내는 것 같다. 이러한 문제점이 모두 해결되고 정비될 뿐 아니라 인권 보장에 관한 진지한 관심이 담길 때 조례는 인권 보장의 침병으로서 자기 역할을 충실히 이행할 수 있고, 대한민국의 인권 보장은 제대로 길을 찾을 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

- 고현환, “조례의 사법적 통제와 주요쟁점에 관한 법리의 검토”, 『승실대 법학논총』 제33집, 2015.
- 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2010.
- 김병록, “조례제정권의 문제점과 개선방향”, 『토지공법연구』 제43집 제2호, 2009.
- 김성호·김상미, 조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안, 한국지방행정연구원, 1995.
- 김철수, 학설·판례 헌법학(전정신판)(중), 박영사, 2009.
- 김하열, 헌법강의(제2판), 박영사, 2020.
- 김학성·최희수, 헌법학원론(전정4판), 피앤씨미디어, 2020.
- 류지태, “제15조(조례)”, 지방자치법주해, 박영사, 2004.
- 류지태·박종수, 행정법 신론(제17판), 박영사, 2019.
- 방승주, “헌법 제117조”, 헌법주석[법원, 경제질서 등], 경인문화사, 2018.
- 석인선, 헌법총론, 세창출판사, 2014.
- 성낙인, 헌법학(제21판), 법문사, 2021.
- 심경수, 헌법(제2판), 법문사, 2020.
- 양 건, 헌법강의(제9판), 법문사, 2020.
- 이기우·하승수, 지방자치법, 대영문화사, 2007.
- 이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사, 2019.
- 전광석, 한국헌법론(제15판), 집현재, 2020.
- 정만희, 헌법학개론, 피앤씨미디어, 2020.
- 정종섭, 헌법학원론(제12판), 박영사, 2018.
- 정하중, 행정법개론(제14판), 법문사, 2020.
- 한수웅, 헌법학(제10판), 법문사, 2020.
- 허 영, 한국헌법론(전정16판), 박영사, 2020.
- 홍성방, 헌법학(하)(제3판), 박영사, 2014.
- 홍준형, 행정법(제2판), 법문사, 2017.
- 홍정선, 신지방자치법(제4판), 박영사, 2018.

<Abstract>

Rechtliche Probleme der Satzung, der Pionier des Menschenrechtsschutzes

Heo, Wan-Jung*

Satzungen sind Selbstverwaltungsrechte lokaler Regierungen, die von lokalen Räten in Übereinstimmung mit der Verfassung und den gesetzlich festgelegten Verfahren festgelegt wurden. Menschenrechte werden als individuelle Rechte garantiert, die auf der Verfassung und den gesetzlichen Normen wie Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen und Regeln beruhen. Das Vorrang der Verfassung auf der Grundlage der Rechtsstufe mit der Verfassung als Höhepunkt ist jedoch effektiv ein wirksamer Vorrang, kein Anwendungsvorrang. Mit anderen Worten, in Bezug auf den Schutz der Menschenrechte werden zuerst die niedrigsten Rechtsnormen angewendet, nicht die höchste Rechtsnorm. In dieser Hinsicht sind Satzung, die niedrigste der Rechtsstufe, und die Regeln der Pionier des Menschenrechtsschutzes. Satzung selbst hat jedoch mehrere Probleme, so dass die Menschenrechte nicht vollständig garantiert werden.

Mit Blick auf die kürzlich gegründete Satzung der Metropole Gwangju gibt es verschiedene rechtliche Probleme. Erstens darf Satzung nicht gegen höhere Rechtsnormen verstoßen. Es gibt jedoch Satzung, was gegen die obere Rechtsnorm verstößt. Es gibt auch Satzung, die Inhalte enthält, die die Menschenrechte verletzen. Darüber hinaus sieht Art. 116-2 Abs. 1 des Kommunalgesetzes vor, dass Kommunalverwaltungen im Rahmen ihrer Zuständigkeit Beratungsstellen wie Räte und Ausschüsse einrichten und betreiben dürfen, wie dies durch Gesetze und Rechtsverordnungen oder

* Associate Professor, Law School of Chonnam National University.

Satzungen vorgeschrieben ist. Es gibt jedoch eine Satzung, die ein Komitee ohne Mandat der Gesetze und Rechtsverordnungen oder Satzungen vorschreibt. Wenn Satzung an die Regel delegiert, muss sie spezifisch und individuell sein. Es gibt jedoch viele Sätze, die üblicherweise an die Regeln delegieren, ohne einen bestimmten Bereich anzugeben. Schließlich Satzung ohne normativen Inhalt, Satzung mit unwirksamem Inhalt, Satzung mit Inhalt, der gemäß anderen Gesetzen und Vorschriften durchgesetzt werden kann, Satzung, der den Inhalt höherer Gesetze wiederholt, Satzung, der gegen den Grundsatz der Klarheit verstößt und keine genauen Bestimmungen festlegt Satzung, Satzung mit gemischtem Inhalt kann ebenfalls gefunden werden.

Stichwörter : Satzung, Kommunalverwaltung, Rechtsstufe, Grundsatz des Gesetzesvorrangs, Grundsatz des Gesetzesvorbehalts