

법률우위와 인권조례*

노 현 수

영남대학교 법학연구소 연구원, 법학박사

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 법률우위 위반의 이론적 검토
- III. 법률우위 위반의 유형적 검토
- IV. 결론

I. 서설

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에게 ‘자치입법권’을 부여하고 있다. 이는 자신의 문제를 스스로 정함으로써 국가법령이 간과할 수 있는 지방의 문제를 해당 주민이 자기 책임으로 규율하도록 하고자 함에 있다.¹⁾ 자치입법은 법규범의 제정과 적용·집행에 있어서도 규범정립자와 규범수범자 사이의 간격을 줄임으로써 지방자치를 활성화하고 지역적 특성을 고려하여 법규범의 탄력적 규율을 가능하게 함과 동시에 국회의 입법부담을 경감시킨다는 점에서 의미가 있다.²⁾ 따라서 자치입법권은 자기 책임적 사무수행을 보장하기 위한 불가결한 요소이며, 자치입법권의 충실한 보장은 지방자치의 보장에 있어 핵심적 내용이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 최근 지방자치의 자리

* 투고일 : 2013.5.11, 완료일 : 2013.6.15, 게재확정일 : 2013.6.24

1) 홍정선, 신 지방자치법, 박영사, 2009, 288면.

2) 김재호, “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정: 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 지방자치법연구 제6권 제2호, 한국지방자치법연구회, 2006, 310-311면.

를 잡으면서 지방의회 및 조례의 역할이 증대되고 있으나, 이에 따른 조례와 관련된 법적분쟁도 적지 않게 발생하고 있다. 이러한 상황 하에서 조례의 제정 및 해석에 관한 문제는 단순히 정책적인 문제에 그치는 것이 아니라, 중요한 법적과제일 것이다.³⁾

현재 각 지방자치단체에서 지역의 특성을 반영하여 인권의 보편적 가치를 존중하고, 이를 실천하기 위한 인권조례 제정운동이 활발히 진행되고 있다. 인권조례에 대한 개념이 명확히 정립된 것은 아니지만, 일부 학자에 의하면 인권조례를 “인권의 보호 및 증진과 차별금지를 그 주된 내용으로 하는 지방자치단체의 규범”이라 정의내리고 있다.⁴⁾ 즉 인권조례는 지방자치단체 차원에서의 인권 보호와 증진을 위한 방안 중의 하나로서, 특히 인권의 정의와 정신, 보호방향, 보호를 위한 구체적인 내용 등을 조례에 규정함으로써 지방자치단체에서의 인권 보호와 증진에 대해 구체화하고 실체화하는 일련의 법적·제도적 장치라는 점에서 그 의의와 중요성이 인정된다. 따라서 인권조례를 통해 지역 구성원들의 인권의식을 고양시키고, 이를 인권실천의 기준으로 자리 잡게 한다면 지역공동체내에서 인권존중의 문화를 조성하는데 크게 기여할 수 있을 것이다.⁵⁾

그러나 조례자체의 사항적·효력적 한계와 지방의회의 전문성 부족, 그리고 보호영역이 개별인권에 한정되는 등의 이유로 조례의 내용이 너무 선언적·추상적인 문제점을 안고 있다. 특히 선결문제로서 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계에 대한 법리적인 고찰이 제대로 이루어지지 않아, 다수의 지방자치단체에서는 인권조례의 제정과정에서 혼란을 겪고 있는 실정이다. 그중 하나가 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조 본문의 “법령의 범위 안에서”라는 규정이 조례의 소관사무, 효력 등이 법령에 의하여 정하여 진다는 취지의 규정인지, 아니면 단순히 조례가 법령에 위반할 수 없다는 취지의 규정인지 혼동을 주고 있다. 만약 전자로 이해한다면 모든 조례의 제정에는 국가법령에 의한 수권이 있어야 하므로, 만약 관련 법령이 없다면 상위법 부재를 이유로 인권조례의 제정에 소극적일 수밖에 없는 문제점을 안게 된다. 일반적으로 조례제정은 상위법령이나 상급기관의 위임에 의하거나, 표준조례에 따라 제정되는 것이 관례였다. 또한 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조의 “법령의 범위 안”라는 규정을 “법령의 위임 하에서” 또는 “법령에 근거하여”로 잘못 해석함으로써 자치입법인 조례를 법령보다 하위에 위치한 행정입법으로 이해하고 있다. 특히, 지역사회의 인권

3) 조성규, “법치행정의 원리와 조례제정권의 관계: 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로”, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 372면.

4) 조소영, “인권조례 제정을 위한 제언”, 법학연구 제50권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2009, 5면.

5) 조소영, “인권조례의 지역별 현황과 제정방향”, 2009년도 부산대학교 법학연구소 춘계학술대회, 부산대학교 법학연구소, 2009.4.24, 4면.

보호와 증진을 핵심으로 하는 포괄적 인권조례의 제정은 상위법에 근거를 둔 것도 아니고, 상급기관이 제시한 표준조례안을 받아들인 것도 아니기 때문에 조례의 제정과정에 논란이 되는 것이다.⁶⁾ 그 사례로서 2010년 6월 16일 전라북도 도의회에 제출된 「전라북도 인권증진에 관한 조례안」에 대한 ‘전문위원의 심사보고서’를 살펴보면 “본 제정조례는 헌법·법률에서 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리라 할 수 있는 인권증진에 관한 사항을 조례로 발의하여, 도민의 권익을 증진하려는 취지는 공감하나 지방자치법 제22조 및 제9조에 지방자치단체는 ‘법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다’고 되어 있는데, 인권증진에 관한 사무가 지방자치사무에 해당되는지 여부는 논의가 필요하며...”라 하여, ‘법령의 범위 안에서’라는 규정을 ‘법령의 위임 하에서’ 또는 ‘법령에 근거하여’로 잘못 해석하고 있으며, 인권사무가 국가사무이자, 자치사무임에도 불구하고 국가의 전속적인 사무로 오인하고 있다. 이러한 사례는 포괄적 인권조례를 제정하는 과정에서 흔히 발생하는 문제들이다. 따라서 본 연구에서는 현재 많은 지방자치단체에서 추진 중인, 인권조례의 제정과정에서 논란이 되고 있는 ‘근거법령의 존재유무’에 따른 인권조례의 제정 가능성에 대해 살펴보고, 특히 상위법령을 근거로 제정된 ‘개별적 인권조례’의 경우 상위 법률에 위반하지 않는 범위는 어디까지인지를 유형별로 나누어 살펴보고자 한다.⁷⁾

6) 전라북도 도의회 의안정보(http://www.assemjeonbuk.kr/index.do?menuCd=DOM_0000010400600000) <접수일 201254>.

7) 지방자치단체에서 제정할 수 있는 인권조례의 유형은 관련 쟁점의 구체성이나 내용의 특정성 등을 기준으로 두 가지로 구분해 볼 수 있다. 먼저 특정한 쟁점을 다룸으로서 관련된 구체적인 집단이나 사항의 인권상황을 개선하고자 하는 유형으로 ‘부문별 인권조례’ 또는 ‘개별적 인권조례’를 들 수 있다(이하 「개별적 인권조례」라 함). 이러한 유형의 인권조례는 특정 소수자나 사회적 약자 집단, 예를 들어 여성, 어린이 및 청소년, 노인, 장애인, 이주노동자, 다문화 가정의 결혼이주여성과 같은 주민들의 인권 보호와 증진을 목적으로 하거나, 보행권이나 환경권과 같은 특정적이고 구체적인 쟁점을 그 내용으로 한다. 그 예로서 2010년 10월 경기도에서 제정된 「학생인권조례」, 2009년 3월 27일 제정된 「안산시 외국인주민 인권증진에 관한 조례」, 2010년 5월 13일 제정된 「전라남도 장애인 차별금지 및 인권보장에 관한 조례」 등이 개별적 인권조례의 사례라 할 수 있다. 또 다른 유형은 지역사회 구성원 모두의 인권을 보호하고 증진시키기 위해 총체적인 방향성을 제시하고, 통일된 인권의식을 조성하고자 제정된 인권조례의 유형을 들 수 있다. 이러한 유형은 흔히 ‘포괄적 인권조례’ 또는 ‘인권기본조례’라 지칭할 수 있다(이하 「포괄적 인권조례」라 함). 즉, “인권의 보호 및 증진과 차별금지를 그 주된 내용으로 하는 지방자치단체의 규범”을 말하며, 지역의 인권실현을 위해 기본적인 방향성을 제시하고, 접근방법 및 적용범위, 그 실행방향 등을 규정한 조례를 말한다. 포괄적 인권조례는 구체적인 집단이나 사항 등의 인권상황을 개선하고자 제정된 개별적 인권조례와는 달리, 지역사회 모두의 인권 보호와 증진을 위한 종합적인 정책수립과 집행을 규정할 수 있는 장점이 있다. 또한 포괄적 인권조례의 제정은 개별적 인권조례제정의 당위성과 추진동력으로 작용할 수 있다는 점에서 큰 의의를 가진다고 할 수 있다. 이러한 포괄적 인권조례는 개별적 인권조례에 비해, 다소 선언적인 면이 강하여 실천적인 측면에서 즉각적인 효과를 기대할 수는 없지만, 지역공동체 구성원 모두를 위한 거시적인 인권

먼저 ‘II. 법률우위 위반의 이론적 검토’에서는 근거법률이 존재하지 않는 ‘포괄적 인권조례’의 경우는 논외로 하며, 상위법률을 근거로 제정된 ‘개별적 인권조례’에 대한 법률우위의 위반 여부를 검토한다. 법률과 조례의 관계에서 살펴보아야 할 것은 상위 법률에서 이미 선점하고 있는 사항에 대하여 어느 범위까지 ‘개별적 인권조례’를 정할 수 있는지가 문제가 된다. 이 문제를 판단하기 위해서는 일본의 ‘법률선점론’과 이를 비판하며 등장한 ‘수정 법률선점론’에 대한 이론적 검토가 필요할 것이며, 동 이론은 우리나라에서도 법률우위의 위반을 판단하기 위한 이론으로 소개되고 있다. 또한 ‘III. 법률우위 위반의 유형적 검토’에서는 ‘법률상 규정이 없는 경우’와 ‘법률상 규정이 있는 경우’로 나누어서 살펴보고, 후자의 경우는 ‘법률과 조례가 다른 목적을 규정하는 경우’와 ‘법률과 조례가 같은 목적으로 규율하는 경우’를 나누어 검토하여야 할 것이다. 그리고 ‘법률과 조례가 같은 목적으로 규율하는 경우’는 대상을 추가한 조례, 즉 ‘추가조례’와 내용(기준)을 초과한 경우, 즉 ‘초과조례’로 나누어 검토해야 할 것이다.

II. 법률우위 위반의 이론적 검토

1. 법률선점론

종래 조례와 법률과의 관계에서 조례의 제정가능성을 크게 제약하는 이론을 통해 지방자치단체의 자치사무에 속하는 사항이더라도, 법률이 이미 선점하고 있는 경우에는 조례제정권이 부인되어 왔다. 이러한 ‘법률선점론’(法律先占理論)은 “조례에 의한 규율대상이라고 하더라도 국가의 법률이 명시적 또는 묵시적으로 선점하고 있는 사항에 대해서는 법률의 명시적 위임이 없는 한 조례를 제정할 수 없다.”는 이론이다⁸⁾. 이를 ‘국법선점론’이라고도 하며, 내용적으로 조례에 대한 법률의 우위를 의미한다. 이 견해에 따르면 법률로서 인정하는 규정이 없다면, 아무리 지방자치단체의 자치사무에 속하는 사항이더라도 법률이 이미 선점하고 있어 조례제정권이 부인된다.⁹⁾ 즉 법률이 이미 규정하고 있는 영역에 대해서는 법률의 규정만으로도 충분하

보호와 증진에 대한 기준을 수립함으로써 지역사회의 인권개선을 위한 큰 틀을 구축할 수 있다는 점에서 긍정적인 의미를 갖는다고 하겠다(노현수, “지방자치단체의 인권조례에 관한 연구 : 국제인권레짐의 지역화를 중심으로”, 박사학위논문, 영남대학교 대학원, 2012, 92-93면).

8) 南川諡弘, “いわゆる法律先占論に関する一考察”, 大阪府立大學經濟研究 第28号, 大阪府立大學經濟學部, 1983, 3頁.

다고 보았기 때문에 조례가 법률과 동일한 목적으로 당해 법률의 규제범위 이외의 사항을 규제하거나, 법률의 규제기준 이상의 엄격한 기준으로 규제하는 것은 법률에 특별한 규정이 없는 이상 허용될 수 없다고 보았다.¹⁰⁾ 우리 판례도 “법령의 범위 안에서”를 엄격히 해석하여, 법령에 명문으로 위반되지 아니한 조례만 그 효력을 인정하며, 명문에 위반된 내용의 조례는 그 효력을 부정해 왔다.¹¹⁾

그러나 법률이 선점영역을 지나치게 확장하게 되면 조례제정권을 포함한 지방자치단체의 권능은 국가의 법률로 정해지는 것이 되므로 자치입법권의 범위를 축소시키게 되어 헌법정신과 충돌하게 되는 문제점이 발생한다. 전술한 바와 같이, 본래 법률선점론이 형성될 당시에는 법률이 이미 실제적으로 규율하고 있는 사항에 대해서는 조례제정권이 배제되며, 그것을 보충하거나 강화하는 것은 법률의 개별규정이 없는 한 허용되지 아니하는 것으로 이해되고 있었다.¹²⁾ 이러한 엄격한 법률선점론은 과거 일본에서 주장되었지만, 현재는 자치입법권을 제약한다는 점에서 비판을 받아 이 견해를 수정하게 되었다.¹³⁾ 특히, 1970년대 들어서 일본에서 공해문제의 심각성의 대두됨에 따라 조례에 의한 공해규제의 필요성을 인식하게 되었고¹⁴⁾, 종래의 법률선점론에 문제점이 나타나게 되어 법률과 조례와의 관계에 있어서도 지방자치권을 보장하는 헌법규정에 저촉되는 법률은 인정될 수 없다는 헌법론이 대두되었다.¹⁵⁾ 법률에 의해서 일률적으로 공해규제를 한 결과, 공해가 심한 지역에 살고 있는 주민의 인권이 침해된다고 한다면, 지역주민의 기본적 인권을 보장해야 할 지방자치단체의 사명, 즉 헌법상의 원칙인 ‘지방자치의 본지(本旨)’를 법률로서 침해하게 된 것이다.¹⁶⁾

9) 原野翹, 現代行政法と地方自治, 法律文化史, 1999, 47-49頁.

10) 최환용, “자치입법의 현황과 과제”, 지방자치법연구 제8권 제4호, 한국지방자치법학회, 2008.12, 76면.

11) 차고지 확보 대상을 자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지로 정하여 자동차운수사업법령이 정한 기준보다 확대하고, 차고지확보 입증서류의 미제출을 자동차등록 거부사유로 정하여 자동차관리법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준을 부가하고 있는 차고지확보제도에 관련 조례안은 비록 그 법률적 위임근거는 있지만, 그 내용이 차고지 확보기준 및 자동차등록기준에 관한 상위법령의 제한범위를 초과하여 무효이다(대법원 1997.4.25. 선고 96추251 판결).

12) 최봉석, 지방자치의 기본법리, 한국법제연구원, 2007, 239면.

13) 高島穰, “條例制定權”: 地方自治法と自治行政, 成文堂, 2009, 150-151頁; 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2011, 175면.

14) 秋田周, 條例と規則, 現代地方自治全集6, きょうせい, 1977, 167-168頁.

15) 高田敏·村上武則, ファンダメンタル地方自治法, 法律文化社, 2009, 249-250頁.

16) 原田尙彦, “自治立法權の本質: 先占理論の再檢討”, 自治論文集, きょうせい, 1988, 449-451頁; 최우용, 지방자치법 강의, 동아대학교 출판부, 2008, 133면.

2. 수정 법률선점론

1) 명백성 이론

종전에 법률선점론이 법률의 선점영역을 지나치게 확장함에 따라 제기되는 역기능을 우려하여, 선점영역의 법령의 우위를 인정하는 바탕 위에서 국가법령의 취지가 조례의 규율을 허용하지 아니한다고 판단되는 경우, 그 범위를 한정하여 선점영역을 좁혀야 한다는 이론이다.¹⁷⁾ 즉 법률선점영역을 인정하는 경우에도 그 범위는 “해당 법령이 조례에 의한 규제를 명백히 인정하지 아니한다고 해석되는 경우에 한하여야 한다.”고 하여 법령과 저촉이 명백한 때에만 조례의 규제가 무효가 된다는 것이다. 이 견해의 경우도 여전히 법률선점론을 벗어나지 못하고 있다는 비판을 받았다.¹⁸⁾

2) 법령최저기준론

(1) 공해규제 최저기준론

환경문제가 갖고 있는 지역적 특성 및 주민의 생존권이 자유권 내지 재산권보다 우월하다는 인식하에 국가의 법령에 의한 규제는 지방자치단체의 조례에 의한 규제를 억제하는 것이 아니라, 전국적·전국민적 견지에서 행하는 최저기준을 설정한 것일 뿐이라는 견해이다.¹⁹⁾ 즉, 국가가 국민보건의 보장 의무, 생활환경의 보호의무를 지고 있는 점에 비추어 그 책무를 완전하게 수행하기 위해서는 국가법령에 의한 공해규제는 지방자치단체의 규제를 억제하는 것이 아닌, 전국적 견지에서 행하는 규제의 최저기준으로 보아야 한다는 이론이다.²⁰⁾

(2) 자치사무 최저기준론

자치행정의 핵심적 부분에 대하여는 지방자치권을 보장하는 헌법의 취지에 비추어, 그 제1차적 책임과 권한이 지방자치단체에 유보되어 있다는 전제하에 자치사무영역에 대해서 국가가 법률로서 규제하고 있더라도 그것은 전국에 일률적으로 적용되는 최저기준이라는 견해이다²¹⁾. 즉, 이는 전국적 최저기준에 관한 규정이라고 해석해야 하며,

17) 成田勝明, 法律と條例 憲法講座 IV, 有斐閣 1999, 215頁(김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 2001, 181면 재인용).

18) 최봉석, 앞의 책, 241면.

19) 조정환, “자치입법권, 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제”, 공법연구 제29권 제1호, 한국공법학회, 2000, 386면.

20) 최봉석, 앞의 책, 241면.

지방자치단체가 당해 법률의 규정이 불충분하다고 판단할 경우에는 조례에 의해 적용 범위를 확대하거나 규제수준을 강화하는 것이 가능하고,²²⁾ 이를 금지하는 법률은 위헌으로 보는 견해이다.²³⁾ 전술한 ‘공해규제 국가최저기준론’이 그 고찰대상이 ‘공해규제 영역’에 한정시킨 것에 반해, ‘자치사무영역의 규제법률 국가최저기준론’은 ‘자치사무영역’에까지 확대하였다.²⁴⁾

(3) 필요한 공해시책 금지법률 위헌론

지방자치단체에 있어서 공해로부터 주민의 건강을 보호하고 생활환경을 보전하는 것은 지방자치단체가 행하지 않을 수 없는 사무임을 전제로 지역의 자연적·사회적 조건에 비추어 주민의 건강을 보호하고 생활환경을 보전하기 위하여 국가의 법령보다 객관적으로 더 엄격한 규제를 할 필요가 인정되므로 법률이 그러한 필요에 의해 제정된 조례를 금지하는 것은 지방자치권을 보장하는 헌법 취지에 위반되는 것으로서 위헌이라는 견해이다.²⁵⁾ 즉 법률에 의해서 일률적으로 공해규제를 한 결과, 공해가 심한 지역의 주민들이 인권이 침해된다면, 지역주민의 기본적 인권을 보장해야 할 지방자치단체의 사명을 법률로서 침해하게 되어, 이는 헌법상 규정된 ‘지방자치의 본지(本旨)’ 위반하여 위헌이 된다는 것이다.²⁶⁾

이상에서 살펴본 견해들의 공통된 특징은 법률과 조례의 관계에 대한 논의에서 헌법상 주민의 인권보장이나 지방자치의 제도적 보장의 취지라는 헌법론을 등장시킴으로써 종래 법률해석론의 차원에서만 머물렀던 무제한적 법률선점론을 비판하고 있다. 이를 통해 조례의 활동영역을 확대시키는데 이바지하였다는데 큰 의미가 있으며, 그 영역을 공해규제분야에서 출발하여 자치사무 영역에까지 확대시켜 나아가고 있다.²⁷⁾ 따라서 상위법령을 근거로 제정된 ‘개별적 인권조례’의 경우는 법률과 인권조례의 관계에서 공해로부터 주민의 건강을 보호하고 지방자치단체가 행하지 않을 수 없는 사

21) 고유사무영역이 어떠한 사무를 의미하는지가 불명확하다는 과제가 있고, 다만 최소한 공해방지사무나 지역적 자연보호, 토지이용의 계획 등 주민생활의 안전과 복지에 관한 사무를 자치사무영역에 포함시켜도 좋을 것이다(위의 책, 242면).

22) 지방자치단체가 국가의 규제가 부족하다고 인정하는 경우에는 그 자체가 주민의 기본적 인권보장과 비례의 원칙에 위반되지 않는 한 조례로서 초과하여 규제하는 것이 허용된다는 것이다(위의 책, 242면).

23) 조정환, 앞의 논문, 386-387면; 강현호, 행정법각론, 박영사, 2005, 114면.

24) 최봉석, 앞의 책, 242면.

25) 조정환, 앞의 논문, 386면; 강현호, 앞의 책, 114면.

26) 최우용, 앞의 책, 133면.

27) 조정환, 앞의 논문, 387면.

무임을 전제로, 지역의 자연적·사회적 조건에 비추어 주민의 건강을 보호하고 생활 환경을 보전하기 위하여 국가의 법령보다 더 엄격한 규제를 할 수 있게 된다.²⁸⁾ 또한 지방자치권을 보장하는 헌법의 취지에 비추어 자치사무영역에 대해서 국가가 법률로서 규제하고 있더라도 그것이 전국에 일률적으로 적용되는 최저기준이고, 지방자치단체가 당해 법률의 규정이 불충분하다고 판단되는 경우에는 조례에 의해 적용범위를 확대하거나 규제수준을 강화하는 것이 가능하게 된다. 그러나 모든 법률이 전국적 최저 기준을 설정하는 것이 아니라는 점과 전국적 최저기준만 해석하는 경우 국가적 이익에 큰 영향을 줄 수 있을 수 있다는 점에서 비판의 여지가 있다.²⁹⁾

III. 법률우위 위반의 유형적 검토

1. 법률상 규정이 없는 경우

조례로 규율하려는 사항이 법률상 규정이 없는 경우, 과연 인권조례를 제정할 수 있는가의 문제를 살펴보도록 한다. 특히, 조례로 규율하려는 사항이 법률의 규정이 없는 경우, 즉 법률이 공백인 경우는 ‘법률이 폐지된 경우’와 ‘법률이 미비한 경우’로 나누어 보아야 한다.

‘법률이 폐지된 경우’는 사회환경의 변화로 인해, 법규범으로 이를 규율할 필요가 없어서 폐지한 것이므로 조례로서도 이를 규율할 수 없다고 할 것이지만, 국가전체의 입장에서 전국에 걸쳐 통일적으로 규율할 필요성이 없어서 폐지하였으나, 지역적 특수성으로 인한 규율까지 금지하는 취지로 법률을 폐지한 경우가 아니라면 조례로 다시 제정하여 규율할 수 있다고 본다.³⁰⁾ ‘법률이 미비한 경우’는 당해 사안의 성격을 살펴, 당해 지방자치단체의 지역적 특수한 사정을 고려하여, 조례를 제정하는 것이 합리적 일 때에는 규율할 수 있다고 해야 할 것이다.³¹⁾ 다만, 자연적 자유로 방치하여야 할 것으로 판단되는 경우에는 조례로서 규율할 수 없다는 견해가 있으나,³²⁾ 조례로 규율하려는 사항이 지방자치법 제22조 단서의 법률유보의 원칙에 반하지 않는 한 조례로서 규정할 수 있다고 보는 견해도 있다.³³⁾ 대법원 판례도 법률공백분야의 조례로서 1992

28) 최봉석, 앞의 책, 241면.

29) 조정환, 앞의 논문, 387면.

30) 최봉석, 앞의 책, 248-249면; 강현호, 앞의 책, 111-112면.

31) 조정환, 앞의 논문, 391면.

32) 강현호, 앞의 책, 112면.

년의 「청주시행정정보공개조례」 무효확인사건에서 “지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무 부과에 관한 사항이거나, 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다 할 것인데, 청주시의회에서 의결한 청주시행정정보공개조례안은 행정에 대한 주민의 알 권리의 실현을 그 근본내용으로 하면서도 이로 인한 개인의 권익침해 가능성을 배제하고 있으므로, 이를 들어 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례라고는 단정할 수 없다. 따라서 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다.”라고 판시³⁴⁾하여 주민의 권리제한, 의무부과가 아닌 것을 전제로 하여 해당분야에 있어서 지방자치단체의 조례제정이 허용된다는 것을 밝히고 있다. 이러한 정보공개제도를 법률에 의해 박탈하는 것은 지방자치의 본질을 훼손하는 것이라고 대법원은 판단하고 있다.

이를 종합하여 볼 때, 조례로 규율하려는 사항이 법률상 규정이 없는 경우에는 지역적 특수성으로 인한 규율까지 금지하는 취지로 법률을 폐지한 경우가 아닌 때는 규율이 허용된다. 그리고 법률의 미비의 경우에도 당해 지방자치단체의 지역적 특수한 사정을 고려하여 조례에 규율하는 것이 합리적인 때의 경우에는 ‘포괄적 인권조례’와 ‘개별적 인권조례’ 모두 제정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

2. 법률상 규정이 있는 경우

아래에서는 상위법률이 존재하지 않는 ‘포괄적 인권조례’는 논외로 하며, 상위법률을 근거로 하여 제정된 ‘개별적 인권조례’에 대한 제정가능 여부를 검토하고자 한다.

1) 법률과 조례가 다른 목적을 규정하는 경우

조례와 법률이 규율대상(사항)이 동일하지만, 그 규율의 목적을 서로 달리하는 경우에 조례로 정할 수 있는지가 문제가 된다. 즉 법률이 동일한 대상(사항)에 대하여 A라는 목적(취지)로 이미 규제하고 있는데, 조례로서 같은 대상(사항)에 대하여 B라는 다른 목적(취지)로 규제할 수 있는지의 문제이다.

조례가 법률과 동일한 대상(사항)을 규정하고 있지만, 법률과 규율목적이 다를 경우에는 조례의 규정이 법률의 입법목적(취지)을 저해하지 않는 경우에는 조례가 당해 법률을 위반한 것으로 볼 수 없어 규율이 가능하다.³⁵⁾ 이러한 경우 ‘개별적 인권조례’가 법

33) 홍정선, 앞의 책, 298면.

34) 대법원 1992.6.23. 선고 92추17 판결.

35) 박근성, 앞의 책, 177면; 일본의 경우, 「德島市 公安條例」 상고심사사건에서도 최고재판소

를과 규율대상(사항)이 동일하지만, 규율목적은 달리하더라도 법률의 입법목적(취지)을 저해하지 않는 한 규율이 가능하게 된다. 또한 지방자치법 제22조 단서에 반하지 않는 한 규율할 수 있다는 견해도 있다.³⁶⁾

2) 법률과 조례가 같은 목적을 규율하는 경우

(1) 대상을 추가한 경우 : 추가조례

조례와 법률이 규율목적은 동일하지만, 그 규제대상(사항)만을 추가하여 규제함으로써 적용범위를 확대하여 규율한다는 점에서 ‘(대상)추가조례’라고 한다.³⁷⁾ 예를 들어, 법령이 이산화탄소에 대해서만 규제하고 있는데, 조례로서 이산화질소에 대해서도 규제를 가하는 경우이다.

조례가 법률과 동일한 목적 하에 법률의 규제범위 외에 있는 대상을 규율하는 조례는 국법체계의 통일적 운영이라는 측면에서 원칙적으로 허용될 수 없다. 따라서 법률보다 엄격한 규제를 가하는 ‘침익적 추가조례’의 경우는 법률의 위임규정이 없는 인정될 수 없는 것이라 할 수 있다. 즉 우리나라의 지방자치법은 일본의 지방자치법과 달리 권리를 제한하거나 의무를 부과하거나 벌칙을 정하는 조례는 법률의 근거가 반드시 있어야 하므로 조례가 주민의 권리제한·의무부과하거나 벌칙을 정하는 내용인 경우에는 법률의 위임이 없는 한 당해 조례는 법률에 대한 위반 여부를 판단할 필요도 없이 지방자치법 제22조 단서에 위반하여 위법하게 된다.³⁸⁾ 그러나 ‘수익적 추가조례’의 경우는 특히 급부행정 분야에서는 법률에 위반되지 않는 한 도 안에서 상당한 정도로 허용될 수 있다고 판단된다.³⁹⁾

따라서 법률보다 규제범위 외에 있는 대상을 추가한 ‘개별적 인권조례’ 중에서 법

는 “국가법령과 조례가 병존하는 경우에도 조례가 국가의 법령과 다른 목적에 기하여 규율하고 있으며, 당해 조례의 적용으로 인하여 국가의 법령이 의도하는 목적과 효과를 저해하지 아니하는 경우에는 국법과 조례 간에 모순·저촉이 없으며, 조례가 국법에 위반하는 문제는 생기지 아니 한다”고 판시하여 이를 긍정하고 있다(南川諱弘, 앞의 논문, 13-16頁); 즉 조례가 법령과 다른 목적으로 규율하는 경우에도 국가법령의 입법 목적을 저해하지 않는 경우에는 조례제정은 가능하다는 것이다(高田敏·村上武則, *ファンダメンタル地方自治法*, 法律文化社, 2009, 246頁).

36) “지방자치법 제22조 단서에 반하지 않는 한 조례를 제정할 수 있다. 즉, 주민의 권리제한·의무부과사항을 조례로 규정하기 위해서는 상위법령의 위임이 있어야 하고, 상위 법령의 내용에 반하지 않아야 한다.”고 한다(홍정선, 앞의 책, 298면).

37) 최봉석, 앞의 책, 244면; 조정환, 앞의 논문, 393면.

38) 박균성, 앞의 책, 176-177면.

39) 최봉석, 앞의 책, 244면.

률보다 엄격한 규제를 가하는 '침익적 추가조례'의 경우는 법률의 위임규정이 없이는 인정될 수 없지만, '수익적 추가조례'의 경우는 법률에 위반되지 않는 한도 안에서 상당한 정도로 허용될 수 있을 것이다.

(2) 내용(기준)을 초과한 경우 : 초과조례

조례와 법률이 규율목적(취지)과 규율대상(사항)은 동일하지만, 법률이 정한 기준보다 강화되거나, 약화된 기준을 정하는 조례를 '(내용)초과조례'라 한다.⁴⁰⁾ 즉, 법률과 규제목적(취지)과 규제대상(사항)이 모두 같지만, 규제내용만이 법률의 기준을 초과하는 조례라 하여 '(내용)초과조례'라고도 한다.⁴¹⁾ 초과조례에는 법률보다 강하게 주민의 권익을 보장하는 조례(수익적 초과조례)와 법률보다 강하게 주민의 권익을 제한하는 조례(침익적 초과조례)가 있고, 기타 침익도, 수익도 아닌 것⁴²⁾도 있다.⁴³⁾

침익적 초과조례의 예로서 법률에서는 오염물질의 배출허용기준을 10ppm으로 규정하고 있는 것을 조례로서 이보다 더 엄격한 기준인 5ppm으로 규정하고 있는 경우를 말한다. 수익적 초과조례의 사례로는 「광주광역시 동구 저소득주민 생계보호 지원조례안」에 대한 사건을 들 수 있다.⁴⁴⁾ 동 조례는 생활보호법과 그 목적 및 취

40) 박균성, 앞의 책, 177면.

41) 서원우, “조례제정권의 범위와 한계”, 고시계 제38권 제3호, 고시계사, 1993.3, 190면; 홍정선, 앞의 책, 298면; 조정환, 앞의 논문, 395면.

42) 예를 들어, 공유재산의 관리행위를 규율하는 조례를 들 수 있다(박균성, 앞의 책, 177면).

43) 최봉석, 앞의 책, 245면; 박균성, 앞의 책, 177면.

44) 당해사건 조례안은 “지방의회가 2년 이상 당해 지방자치단체의 관내에 거주하는 자로서 법률상 부양의무를 이행할 수 없는 자로 인정되어 사실상 생활에 어려움이 있는 자(생활보호대상자 중 65세 이상의 노쇠자·18세 미만의 아동·임산부·폐질 또는 심신장애로 인하여, 근로능력이 없는 자를 보호대상자로 결정하여, 그들에게 생활보호법 소정의 생계비 수준에 준하여 당해 지방자치단체 예산의 범위 내에서 생계비를 지원하도록’하는 내용으로, ‘생활유지의 능력이 없거나, 생활이 어려운 자에게 보호를 행하여 이들의 최저생활을 보호하고 자활을 조성함으로써 구민의 사회복지의 행상에 기여함을 목적으로 하는 것으로서 생활보호법과 그 목적 및 취지를 같이 하는 것’이다. 그러나 ‘보호대상자 선정의 기준 및 방법, 보호의 내용을 생활보호법의 그것과는 다르게 규정함과 동시에 생활보호법 소정의 자활보호대상자 중에서 사실상 생계유지가 어려운 자에게 생활보호법과는 별도로 생계비를 지원하는 것을 그 내용으로 하는 것’이라는 점에서 생활보호법과는 다른 점이 있으며, 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율

지는 같으나, 보호대상자 선정의 기준 및 방법, 보호의 내용을 생활보호법과 다르게 규정한 경우로서, 생활곤궁자를 보다 더 보호하는 내용의 조례였다. 당해 사건에 대한 대법원 판결은 이러한 내용초과조례(특히 수익적 초과조례)의 가능성을 인정하고 있다. 초과조례에 대한 대법원의 인정논거는 첫째, 당해 조례가 법률이 의도하는 목적과 효과를 저해 할 우려가 없을 것, 둘째, 당해 법률이 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는 취지가 아닐 것, 셋째, 당해 법률이 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 규율을 실시하는 것을 용인하는 취지일 것 등이다.⁴⁵⁾ 또 다른 '수익적 초과조례'의 사례로 「경기도 학생인권조례」는 상위법령과의 관련성 측면에서 법적인계가 많이 논의되고 있다.⁴⁶⁾ 특히, 학생인권조례와 상위법위반의 문제를 제기하는 직접적 근거법률은 초·중·등교육법으로서 동법 제17조에서는 학생의 자치활동이 권장·보호되며, 그 조직과 운영에 관한 기본적인 사항은 학칙으로 정한다고 규정하고 있다. 제18조의 4에서는 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 헌법과 국제인권조약 등에 따라 인권보장의무를 지우고 관련규정을 마련하도록 하고 있다. 제18조에서는 학생의 징계와 관련하여 “학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다고 규정한다. 동법 시행령 제31조 제8항에서는 학교의 장은 동법 제18조 제1항 본문에 따라 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 상위법령을 근거로 제정된 「경기도 학생인권조례」의 경우는 상위법령인 초·중·등교육법보다 학생인권을 더욱 강화하는 규정을 두어 논란이 되기도 하였지만, 조례로서 체벌금지, 두발·복장규제금지 등을 규정하는 것은 학생들에게는 수익적 조치로서 '수익적 초과조례'라 할 수 있다. 물론 교권침해에 대한 논란의 소지도 있지만, 상위법령에 근거

하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.”라고 판시하고 있다(대법원 1997.4.25. 선고 96추244 판결).

45) 조정환, 앞의 논문, 394면.

46) 학생인권조례의 인권목록은 상위법령인 헌법상의 기본권조항(인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권 등)과 국가인권위원회법은 제2조 정의규정 중 '인권'과 '평등권 침해의 차별행위'를 규정하고 있다. 그밖에도 개별영역에서 인권보호를 목적으로 하고 있는 법률로는 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률, 장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률, 다문화가족지원법 등이 있다. 또한 교육기본법에서는 국민의 학습권, 교육기회의 균등, 학습자의 기본적 인권의 보호, 남녀평등교육의 증진, 학생정보보호의 원칙, 교육관련 정보공개 등에 관하여 규정하고 있다(조재현, “자치입법권의 한계와 학생인권조례”, 제주대학교 법과 정책연구소, 법과 정책 제18집 제2호, 2012.8.30, 588-589면).

47) 조재현, 위의 논문, 589면.

를 두고 하위법령(조례)에서 학생의 인권을 초과하여 보장하는 「경기도 학생인권조례」의 경우는 상위법령에 저촉되었다고 보기에는 무리가 있다.

따라서 ① ‘침익적 초과조례’의 경우는 지방자치법 제22조 단서로 인하여 법률에 근거가 없는 한 인정할 수 없다.⁴⁸⁾ 다만 법령이 전국적으로 일률적인 규율을 하려는 취지가 아니고, 법률이 규제의 최소기준만 정하고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규제를 강화하는 규율을 허용하고 있다고 해석되는 때에는 그 조례는 법률에 반하지 않는다고 본다.⁴⁹⁾ ② 법률이 최소한의 기준을 정하고 있고, 조례로 지방의 실정에 맞게 법률보다 더 강하게 주민의 권익을 보장하는 ‘수익적 초과조례’의 경우는 법률에 반하지 않는다고 보아야 할 것이다.⁵⁰⁾ ③ 초과조례 중 ‘침익도, 수익도 아닌 경우’에는 수익적 초과조례와 같이 당해 초과조례가 법령이 정한 기준을 초과하여 양자가 동일한 규율목적을 가지고 있는 경우에도 국가의 법령의 규정이 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하는 취지가 아니고, 각 지방자치단체가 그 지방자치단체가 그 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 경우에는 그 조례는 법령에 반하는 것이 아니라고 보아야 한다.⁵¹⁾ 52)

48) 자동차관리법 및 자동차등록령은 그 법 제5조에서 자동차등록원부에 등록된 후가 아니면 자동차(이륜자동차 제외)를 운행할 수 없도록 규정한 다음 그법 제9조, 제11조 제2항, 제12조 제6항과 그 영 제17조에서 자동차등록(신규·변경·이전)의 거부사유를 열거하면서 차고지를 확보하지 아니한 것(차고지확보 입증서류의 미제출)을 그 거부사유로 들고 있지 아니하고 달리 조례로 별도의 등록거부사유를 정할 수 있도록 위임하고 있지 아니하므로, 하위법령인 조례로서 위 법령이 정한 자동차 등록기준보다 더 높은 수준의 기준(차고지 확보)을 부가하고 있는 이 사건 조례안 제4조, 제5조는 자동차관리법령에 위반된다고 할 것이다. 또한 자동차운수사업법령 및 시행규칙은 그 법 제4조에서 사업자동차를 사용하여 여객과 화물을 유상으로 운송하는 자동차운송사업을 경영하고자 하는 자는 면허를 받도록 규정하고 그 법 제56조 제1항과 그 영 제8조에서 자가용자동차 중 승차정원 16인 이상의 승합자동차와 적재정량 2.5t 이상의 화물자동차를 사용하여 여객과 화물을 운송하려는 자는 사용신고를 하도록 규정한 다음 그 법 제6조 제1항 제3호, 그 시행규칙 제10조 제2항 제3호, 제13조[별표 1]의 3에서 자동차운송사업면허를 받으려는 자는 자동차의 종류에 따라 차량 1대당 10㎡ 내지 40㎡ 규모의 차고를 확보하여야 하도록 규정하고 그 시행규칙 제56조 제2항에서 위 자가용자동차의 사용신고를 하려는 자에게 차고지확보서류를 신청서에 첨부하여 제출하도록 규정하며 달리 조례로 차고지확보의 대상 및 기준을 정할 수 있도록 위임하고 있지도 아니하므로, 하위법령인 조례로서 차고지확보의 대상을 위 법령이 정한 것보다 확대하고(자가용자동차 중 승차정원 16인 미만의 승합자동차와 적재정량 2.5t 미만의 화물자동차까지) 또한 확보해야 할 차고지의 면적 등을 조례안 시행규칙이 정하는 바에 따라 위 법령이 정한 기준보다 확대 또는 감축할 수 있도록 하는 이 사건 조례안 제4조는 자동차운수사업법원에 위반된다(대법원 1997.4.25. 선고 96추251 판결).

49) 홍정선, 앞의 책, 298-299; 박균성, 앞의 책, 178면.

50) 박균성, 앞의 책, 178면; 조정환, 앞의 논문, 395면.

51) 박균성, 앞의 책, 179면.

이를 종합해 볼 때, 개별적 인권조례와 법률이 규율목적과 규율대상은 동일하지만, 조례가 법률이 정한 기준보다 강화되거나, 약화된 기준을 정하는 '초과조례'의 경우, '침익적 초과조례'는 원칙적으로 허용될 수 없으나, 법률이 최소기준만 정하여 지방의 실정을 고려하여 규제를 강화하는 것은 허용된다. 또 '수익적 초과조례'와 '침익도 수익도 아닌 초과조례'는 법률이 최소한의 기준을 정하고, 지방의 실정에 맞게 주민의 권익을 강화하는 것은 허용된다.

IV. 결론

헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조의 “법령의 범위 안”라는 규정을 “법령의 위임 하에서” 또는 “법령에 근거하여”로 해석함으로써 지방자치단체에서 인권조례를 제정하는데 어려움을 겪고 있는 실정이다. “법령의 범위 안에서”라는 표현은 “법령에 위반되지 않는 범위 안에서”로 해석하는 것이 지방자치를 제도로서 보장한 헌법정신에 합당하다. 왜냐하면 만약 이 표현을 “모든 조례의 제정에는 국가의 법령에 의한 수권이 있어야 한다.”고 해석하게 되면, 결국 ‘전면적인 법률유보’를 의미하게 되며, 지방자치법 제22조 단서에서 주민의 권리제한, 의무부과에 관한 사항 또는 벌칙을 정할 경우에만 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있는 취지에도 반하기 때문이다. 이러한 의미에서 상위법령을 근거로 하지 않는 ‘포괄적 인권조례’라 하더라도 “법령에 위반되지 않는 범위 안에서”는 얼마든지 제정이 가능하다. 따라서 지방자치법 제22조 본문의 “법령의 범위 안에서”라는 표현을 “법령에 위반되지 않는 범위 안에서”라는 명확한 표현으로 개정하여야 할 것이다.

한편 이러한 법률우위의 문제는, 특히 상위법령을 근거로 제정되는 ‘개별적 인권조

52) 이와 관련하여 대법원은 ‘단양군 공유재산관리조례 중 개정조례안에 대한 재의결’ 사건에서 “지방자치법과 지방재정법 등의 국가법령에서 위와 같이 중요재산의 취득과 처분에 관하여 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서 ‘공유재산의 관리행위’에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 아니하더라도 이는 공유재산의 관리행위를 지방의회의 의결사항으로 하는 것을 일률적으로 배제하고자 하는 취지는 아니고, 각각의 지방자치단체에서 그에 관하여 조례로서 별도로 정할 것을 용인하고 있는 것이라고 보아야 한다. 지방자치법 제9조 제2항 제1호(자)목 등의 규정에 의하면 조례안에서 규정하고 있는 공유재산의 관리는 지방자치단체의 자치사무에 해당하는 것임이 분명하고, 조례안에서 그 소정의 공유재산 관리행위를 지방의회 의결사항으로 규정하고 있는 것은 지방자치법 제35조 제2항의 규정에 기한 것으로서 동법 제15조(현행 제22조)에서 정하고 있는 법령의 범위 안이라는 자치조례의 사항적 한계 내의 규정이라고 할 것이므로, 이를 들어 법령에 위반된 조례규정이라고 할 수 없다.”고 판시하였다(대법원 2000.11.24. 선고 2000추29 판결).

례'의 경우는 그 유형적 검토를 통해 법률우위의 위반여부를 판단하여야 한다. 위반여부를 판단하기 위해서는 상위법령이 없는 경우와 상위법령이 있는 경우로 나누어서 살펴보아야 한다. 인권조례로 규율하려는 사항이 법률의 규정이 없는 경우 중 '법률이 폐지된 경우'는 국가전체의 입장에서 전국에 걸쳐 통일적으로 규율할 필요성이 없어서 폐지하였으나, 지역적 특수성으로 인한 규율까지 금지하는 취지로 법률을 폐지한 경우가 아니라면 조례로 다시 제정하여 규율할 수 있다고 본다. '법률이 미비한 경우'는 지방자치단체의 지역적 특수한 사정을 고려하여, 조례를 제정하는 것이 합리적일 때에는 규율할 수 있다고 해야 할 것이다.⁵³⁾ 다만, 자연적 자유로 방치하여야 할 것으로 판단되는 경우에는 조례로서 규율할 수 없다는 견해가 있으나,⁵⁴⁾ 조례로 규율하려는 사항이 지방자치법 제22조 단서의 법률유보의 원칙에 반하지 않는 한 조례로서 규정할 수 있다.

인권조례로 규율하려는 사항이 법률의 규정이 있는 경우는 '법률과 조례가 다른 목적을 규율하는 경우'와 '법률과 조례가 같은 목적으로 규율하는 경우'를 나누어 검토하여야 할 것이다. 그리고 '법률과 조례가 같은 목적으로 규율하는 경우'는 또다시 대상을 추가한 경우, 즉 '추가조례'와 내용(기준)을 초과한 경우, 즉 '초과조례'로 나누어 검토해야 할 것이다. 첫째, '법률과 조례가 다른 목적을 규정하는 경우', 즉 조례와 법률이 규율대상(사항)이 동일하지만, 규율의 목적을 서로 달리하는 경우에 '개별적 인권조례'는 법률의 입법목적(취지)을 저해하지 않고, 지방자치법 제22조 단서에 반하지 않는다면 제정이 가능하게 된다. 둘째, '법률과 조례가 같은 목적을 규정하는 경우'에는 대상을 추가(추가조례)하는 경우와 내용(기준)을 초과한 경우(초과조례)로 나누어서 보아야 한다. ① '대상을 추가한 경우'는 법률보다 규제범위 외에 있는 대상을 추가한 '개별적 인권조례' 중에서 국가의 법률보다 엄격한 규제를 가하는 '침익적 추가조례'의 경우는 특별한 법률의 위임규정이 없이는 인정될 수 없지만, '수익적 추가조례'의 경우는 급부행정 분야에서는 국가법률에 위반되지 않는 한도 안에서 허용될 수 있다. ② '내용(기준)을 초과한 경우'는 개별적 인권조례가 '침익적 초과조례'의 경우, 지방자치법 제22조 단서에 따라 법률의 근거가 없이는 인정될 수 없지만, 법률이 전국적으로 일률적인 규율을 하려는 취지가 아니고, 법률이 규제의 최소기준만 정하여 지방의 실정에 맞게 규제를 강화하는 것이 허용된다. 또 개별적 인권조례가 '수익적 초과조례'와 '침익도 수익도 아닌 초과조례'의 경우에는 법률이 최소한의 기준을 정하고 있고, 지방의 실정에 맞게 급부 또는 주민의 권익을 강화하는 것이 허용된다고 해석되는 경우에는 당해 조례는 법률에 반하 것이 아니하므로 제정이 가능할 것이다.

53) 조정환, 앞의 논문, 391면.

54) 강현호, 앞의 책, 112면.

이상에서 살펴 본 ‘법률우위와 인권조례’에 대한 문제 외에도 많은 문제들이 상존하고 있지만, 인권조례의 제정은 향후 지방자치제도의 정착과 국가사무의 자치사무로의 이관 등과 더불어 점차 가속화될 것으로 예상된다. 지방자치단체에서 인권 보호와 증진을 위해 인권조례를 제정한다는 것은 지역공동체 차원에서의 인권의 구체화를 실현하고 인권보장을 위한 법적·제도적 기반을 구축한다는 점에서 그 의의와 중요성을 간과해서는 안 될 것이다. 이것은 최상위 법규범인 헌법의 인권보호 정신과 취지가 자치법규인 조례에 제대로 반영될 때, 인권의 실질화·저변화를 실현시킬 수 있으므로 이를 위해 인권조례를 적극 활용할 필요가 있을 것이다.⁵⁵⁾

55) 조상균, “인권조례의 지역별 현황과 제정방향”: 2009년도 부산대학교 법학연구소 춘계학술대회, 부산대학교 법학연구소, 2009.4.24, 15면.

참 고 문 헌

- 강현호, 행정법각론, 박영사, 2005.
- 김재호, 지방자치의 헌법적 보장과 조례제정: 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로, 지방자치법연구 제6권 제2호, 한국지방자치법연구회, 2006.
- 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 2001.
- 노현수, 지방자치단체의 인권조례에 관한 연구: 국제인권레짐의 지역화를 중심으로, 박사학위논문, 영남대학교 대학원, 2012.
- 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2011.
- 서원우, 조례제정권의 범위와 한계, 고시계 제38권 제3호, 고시계사, 1993.3.
- 조상균, 인권조례의 지역별 현황과 제정방향: 2009년도 부산대학교 법학연구소 춘계 학술대회, 부산대학교 법학연구소, 2009.4.24.
- 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 관계: 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005.
- 조소영, 인권조례 제정을 위한 제언, 법학연구 제50권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- , 인권조례의 지역별 현황과 제정방향, 2009년도 부산대학교 법학연구소 춘계 학술대회, 부산대학교 법학연구소, 2009.4.24.
- 조재현, “자치입법권의 한계와 학생인권조례”, 제주대학교 법과 정책연구소, 법과 정책 제18집 제2호, 2012.8.30
- 조정환, 자치입법권, 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제, 공법연구 제29권 제1호, 한국공법학회, 2000.
- 최봉석, 지방자치의 기본법리, 한국법제연구원, 2007.
- 최우용, 지방자치법 강의, 동아대학교 출판부, 2008.
- 최환용, 자치입법의 현황과 과제, 지방자치법연구 제8권 제4호, 한국지방자치법학회, 2008.12.
- 홍정선, 신 지방자치법, 박영사, 2009.
- 高島穰, 條例制定權: 地方自治法と自治行政, 成文堂, 2009.
- 高田敏・村上武則, ファンダメンタル地方自治法, 法律文化社, 2009.
- 南川諦弘, いわゆる法律先占論に關する一考察, 大阪府立大學經濟研究 第28号, 大阪府立大學經濟學部, 1983.

成田頼明, 法律と條例, 憲法講座 IV, 有斐閣, 1959.

原野翹, 現代行政法と地方自治, 法律文化史, 1999.

原田尚彦, 自治立法權の本質: 先占理論の再検討, 自治論文集, ぎょうせい, 1988.

秋田周, 條例と規則, 現代地方自治全集6, ぎょうせい, 1977.

[Abstract]

The Law Predominance and Human Rights Ordinance

Roh, Hyun-Su

Law Research Institute Researcher, Doctor of Laws

In 'Chapter II. Theoretical Examination into the Violations of Law Predominance', this study didn't cover any 'comprehensive human rights ordinance' that is not based on governing laws, but examined whether there is any violation of law predominance over 'individual human rights ordinance' established on the basis of superior laws. With regard to associations between law and ordinance, the question is possible extent to which 'individual human rights ordinance' may be determined for the matters preoccupied by superior laws. In order to judge this question, it would be necessary to examine Japanese 'law predominance theory' and its rival (critical) theory called 'modified law predominance theory.' These theories are also introduced as model theories to judge potential violations of law predominance in South Korea. In addition, 'Chapter III. Categorical Examination into the Violations of Law Predominance' addresses two cases, i.e. 'a case of no legal provision available' and 'a case of legal provisions available.' Here, it is advisable that the latter case should be examined in two further cases, i.e. 'a case that law and ordinance have provisions for different goals' and 'a case that law and ordinance has provisions for same goals.' And it is recommended that 'the case that law and ordinance has provisions for same goals' should be examined in two further cases, i.e. 'extra ordinance' (ordinance about additional subjects) and 'excessive ordinance' (ordinance about excess of content (criteria)).