

2004년도 국가인권위원회
인권상황실태조사 연구용역보고서

지방자치단체 조례·규칙 인권상황 실태조사

국 가 인 권 위 원 회

본 보고서의 내용은 국가인권위원회의 의견과 다를 수 있습니다.

제 출 문

2004년도 지방자치단체 조례·규칙 인권상황 실태조사
연구용역보고서를 제출합니다.

2004년 12월

연구수행기관 한국공법학회

연구자 류 지 태(고려대학교 법학과 교수)

정 태 호(경희대학교 법학과 교수)

박 종 수(고려대학교 법학과 조교수)

목 차

제1편 연구의 기본방향	1
제1장 서론	1
제1절 연구목적	1
제2절 연구의 내용 및 연구 방법	3
1. 조사대상의 선정	3
(1) 조사대상 전체 지역명	3
(2) 침해 또는 차별 검토 조례·규칙 명	5
(3) 조례 및 규칙 총 수	5
2. 대상 조례 등의 수집	6
(1) 인터넷 확인 작업 등을 통한 자료수집	6
(2) 개별 지역방문 등을 통한 자료 수집	7
3. 인권침해 및 차별기준의 분류와 적용	7
4. 조례 중심의 분석 결과	7
제3절 연구의 검토기준	8
1. 인권침해와 차별의 구별	8
2. 인권침해적 사항에 대한 검토기준	8
(1) 인권침해의 유형(분류)	8
(2) 인권침해의 일반적 판단기준	9
(3) 조례·규칙 특성에 따른 구체적 검토기준	10
3. 차별적 사항에 대한 일반적 검토기준	12
(1) 차별의 유형	12

(2) 차별여부에 대한 일반적 검토기준	12
가. 일반적 기본권의 경우	13
나. 사회적 기본권의 경우	13
(3) 조례·규칙 특성에 따른 구체적 검토기준	17
(4) 조례나 규칙 상 차별기준의 특수성	17
4. 조례나 규칙의 법령위반 여부의 판단기준	18
제2장 행정영역별 조례검토	20
제1절 행정영역의 구별	20
1. 조례 등의 검토에 있어 행정영역에 따른 분류의 의미	20
2. 행정영역의 분류	21
제2절 행정영역별 차별 및 침해적 조례 검토	22
제3절 구체적 검토 순서	22
1. 개관	22
2. 구체적 작업체계	22
(1) 인권침해적 검토기준의 적용	22
(2) 차별검토 기준의 적용	23
제3장 제언	24
제1절 지방의회의 전문성 제고	24
제2절 자체 통제체제의 정비	24
제3절 주민 감시체제의 필요	25
제2편 구체적 검토 내용	27
제1장 경찰행정 영역	27

제1절	검토범위	27
제2절	구체적 검토 조례	28
제2장	공물행정영역	129
제1절	검토범위	129
제2절	구체적 검토 조례	129
	1. 공물사용에 관한 조례	129
	2. 비용징수등에 관한 조례	175
제3장	사회행정영역	273
제1절	검토범위	273
제2절	구체적 검토 조례	273
제4장	환경행정영역	303
제1절	검토범위	303
제2절	구체적 검토 조례	303
제5장	행정조직영역	329
제1절	검토범위	329
제2절	구체적 검토 조례	329
제6장	문화행정영역	443
제1절	검토범위	443
제2절	구체적 검토 조례	443
부록 1	: 검토 조례 및 규칙 수	469
참고문헌		497

<구체적 검토조례 세부목차>

제1장 경찰행정영역	27
1. 부산광역시영도구옥외광고물등관리조례	28
2. 경주시음반비디오물및게임물에관한수수료징수조례	30
3. 충주시주덕농공단지폐수종말처리장운영및비용부담조례	31
4. 제주시수도급수조례	37
5. 충북진천군오수분뇨및축산폐수의처리에관한조례	42
6. 군산시가축사육제한조례	44
7. 보성군국민건강증진법위반자에대한과태료부과징수조례	46
8. 옥천군공공발간물광고표시에따른사용료징수조례	49
9. 김천시도시계획조례	52
10. 서울특별시노원구산림법위반과태료부과징수규칙	54
11. 남원시폐기물관련과태료부과징수에관한조례	56
12. 제주도감귤생산및유통에관한조례	58
13. 예천군온천수급수조례	60
14. 서울특별시농산물잔류농약검사및이에따른손실보상등에관한조례 ..	64
15. 서천군도시계획조례	65
16. 서울특별시성북구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례	69
17. 철원군환경보전지역내지목이대인토지에식품접객업및위락· 숙박시설의설치에관한조례	75
18. 대구광역시달서구숙박시설건축허가심의에관한조례	76

19. 연기군 폐기물관리조례	78
20. 하남시 폐기물관리에 관한 조례	82
21. 김해시 숙박업소 지도에 관한 조례	86
22. 농특산물에 대한 나주시 상품질 인증 조례	91
23. 인천광역시 토지구획정리사업 시행 조례	97
24. 서울특별시 노원구 주택재개발사업 시행 조례	102
25. 광주광역시 북구 자문법무사 운영 조례	105
26. 광주광역시 북구 인쇄물 홍보매체 광고 게재에 관한 조례	109
27. 광주광역시 서구 공공발간물 이용에 따른 광고 게재 사용료 징수 조례	113
28. 남양주시 지방세 성실납세자 경품 지급 조례	114
29. 서울특별시 성북구 주택재개발사업 시행 조례	118
30. 영월군 세감면 조례	120
31. 용인시 건축 조례	124
제2장 공물 행정 영역	129
I. 공물 사용에 관한 조례	129
1. 대전광역시 주차장 조례	129
2. 보성군 주차장 조례	131
3. 밀양시 주차장 조례	137
4. 부산광역시 동래구 폐기물관리 및 수수료 등에 관한 조례	142
5. 의정부시 공설묘지 설치 및 운영 조례	144
6. 원주시 공설납골당 설치 및 사용 조례	145
7. 춘천시 공설묘원 설치 및 운영 조례	150
8. 제천시 자연발생 유원지 관리 조례	154

9. 부산광역시영락공원및공원묘지사용조례	156
10. 전라남도항만시설관리및사용료징수조례	159
11. 군산시상수도급수조례	163
12. 양구군주차장조례	165
13. 서울특별시성북구주차장설치및관리조례	167
14. 전라남도강진군주차장조례	170
15. 익산시립도서관운영관리조례	172
II. 비용징수 등에 관한 조례	175
1. 남원시도로무단점용자에대한과태료부과징수조례	175
2. 군위군도로무단점용자에대한과태료부과징수조례시행규칙	178
2. 서울특별시서대문구보도상영업시설물관리등에관한조례	180
3. 정읍시소하천점용료및사용료징수조례	183
4. 부천시하수도사용조례	186
5. 칠곡군하수도사용조례	190
6. 인천광역시하수도사용조례	195
7. 남원시시장사용및관리조례	198
8. 남원시시장사용및관리조례	200
9. 군산시시장사용및관리조례	203
10. 군산시폐기물매립장운영규칙	206
11. 진주시견인자동차운영에관한조례	208
12. 서울특별시양천구립회관사용료징수조례	210
13. 부산광역시해운대구자전거대여및대여료징수조례	212
14. 서울특별시동작구사당문화회관설치및운영에관한조례	214
15. 강원도양구군수도급수조례	217

16. 전주시립도서관운영조례	219
17. 청주시공유재산관리조례	221
18. 영주시주차장조례	227
19. 신안군도로복구원인자부담금및도로손해자부담징수조례	235
20. 서울특별시장사등에관한조례	240
21. 서울특별시성북구체육시설관리운영및사용료징수조례	245
22. 광주광역시노인회관설치운영조례	251
23. 경주시통일전관리및관람료징수조례	252
24. 여수시근로자복지회관설치및운영조례	254
25. 안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙	255
26. 서울특별시장사등에관한조례	257
27. 부산광역시동구주차장설치및관리조례	262
28. 강원도양구군수도급수조례	263
29. 대전광역시대덕구폐기물관리및수수료등의부과징수등에관한조례	265
30. 서울특별시동대문구주차장설치및관리조례	267
31. 인천광역시수도급수조례	268
제3장 사회행정 영역	273
1. 서울특별시여성발전기본조례	273
2. 서울특별시동작구립사회복지관직영및위탁운영에관한조례	278
3. 서울특별시종로구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용 자동판매기설치계약에관한조례	282
4. 구미시공공시설내매점사용및자동판매기설치허가에관한조례	285
5. 화순군공공시설내의자동판매기등설치허가에관한조례	288

6. 충청남도 공공시설내의매점및자동판매기등의설치에관한조례	290
7. 연기군경로·여성복지회관관리및운영에관한조례	294
8. 신안군공중화장실설치및관리조례	298
제4장 환경행정 영역	303
1. 서울특별시자동차공회전제한에관한조례	303
2. 용인시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례	306
3. 경기도식품위생법규위반업소공개에관한조례	310
4. 서울특별시송파구음식물류폐기물의수집·운반및재활용촉진에관한조례	313
5. 전라남도유기동물보호조례	319
6. 서울특별시중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례	324
제5장 행정조직 영역	329
1. 서울특별시지방공무원직장협의회설립운영에관한조례	329
2. 안양시지방고용직공무원의임용등에관한조례	332
3. 서울특별시종로구규제개혁위원회설치및운영조례	333
4. 서울특별시강남구세조례	337
5. 인제군세조례	341
6. 안양시인터넷홈페이지운영조례	344
7. 목포시의회에서의 증언·감정등에관한조례	352
8. 충주시주민자치센터설치및운영조례	355
9. 청주시행정정보공개조례	359
10. 청주시지방공무원직무발명보상조례	360
11. 남북강원도교류협력위원회조례	367

12. 당진군의회의원상해등보상금지급에관한조례	369
13. 밀양시지명위원회조례	373
14. 목포시지역보건의료심의위원회설치및운영조례	377
15. 목포시도시계획조례	380
16. 명예군민선정등에관한조례	382
17. 서울특별시강남구사회복지위원회설치및운영조례	386
18. 서울특별시관악구규제개혁위원회구성및운영조례	389
19. 서울시특별시강북구의회에서증인등비용지급에관한조례	393
20. 마산시통·반설치조례	397
21. 진해시도시계획조례	400
22. 평택시의회회의규칙	403
23. 서울특별시열린시정을위한행정정보공개조례	404
24. 전주시환경미화원운영규칙	405
24. 평택시의회회의규칙	408
25. 평택시의회의원공무국외여행규칙	409
26. 서울특별시중구의정회설치및육성지원조례	412
27. 평택시의회청원심사규칙	419
28. 서울특별시양천구통·반설치조례	421
29. 전라북도공무원복무조례 등	427
30. 제주시립예술단체설치조례	438
31. 서울특별시성북구환경미화원고용및근무규칙	440
제6장 문화행정 영역	443
1. 순천시종교유적발굴및성지조성관리에관한조례	443

2. 전라북도장수군비지정관광지관리조례	447
3. 충청남도지정문화재보호조례	451
4. 구례군이장자녀장학금지급조례	454
5. 서울특별시종로구새마을장학금지급조례	459
6. 전북장수군공립보육시설의설치및운영조례	463
7. 서울특별시성북구금연환경조성및지원에관한조례	465

요약문

제1장 서론

제1절 연구의 내용 및 연구방법

1. 연구의 목적

1990년 도입된 지방자치제의 실시에 따라 주민들은 국가의 법령보다는 지방자치단체의 법령인 조례나 규칙에 의하여 더 많은 이해관계를 맺게 된다. 인권침해문제가 발생할 수 있는 소지도 이에 따라서 지방자치단체의 조례 또는 규칙차원에서 구체화 되는 경우가 더욱 늘고 있다. 국가법령차원의 차별법령검토의 논의는, 이제 지방자치단체 법령인 조례 또는 규칙차원의 차별 또는 침해여부 검토로 그 중심위치를 변경하여야 할 상황을 맞고 있는 것이다.

그러나 조례 또는 규칙은 지방의회의 전문성 부족이나 자치입법에 대한 통제장치의 결여로 인하여 법치행정의 취지에 맞는 내용으로 제정되고 있지 못한 것이 현실이다.

그럼에도 불구하고 차별 또는 침해소지가 있는 자치입법을 체계적으로 검토한 작업은 그동안 우리나라에서는 드문 편이다. 국가법령의 차별 또는 침해여부에 대해서는 그동안 많은 논의가 있었으나, 자치입법의 차별 또는 침해여부에 대해서는 관심이 상대적으로 적었던 것이 사실이다. 그러나 국민들이 일상생활에서 의미를 갖는 규범은 지방자치차원에서의 법령들이므로, 법치행정의 관점에서 구체적인 자치입법의 문제점에 대해 관심을 가질 필요가 있을 것이다. 본 연구는 이러한 시대변화에 비추어 새로이 제기되고 있는 차별 및 침해조례 또는 규칙의 실상을 검토하여, 그 문제점을 지적하여 조례 또는 규칙개선작업의 참고가 되고자 하는데 그 연구목적이 있다.

2. 연구의 효과

일반적으로 법령의 문제점을 검토하는 목적은 공론화과정을 거쳐 법무부나 관련 주무부서의 구체적인 법령개정작업에 도움을 제공하는 것이 그 목적인 것이다. 지방자치제하의 인권문제의 실상을 파악하기 위해서는 자치입법의 문제점을 국가법령의 경우와 같은 기준 하에서 검토할 필요가 있다. 자치입법의 차별 또는 침해여부를 검토함으로써 지방자치행정 차원에서의 법제적 문제점을 공론화할 수 있으며, 이를 통하여 중국적으로는 지방자치행정 하에서의 주민의 인권문제를 개선하는 효과를 기대할 수 있게 될 것이다.

3. 연구대상 조례 및 규칙 총 수

본 연구에서 검토한 조례는 인터넷 확인작업을 통한 자료수집과 개별 지역방문 등을 통한 자료 수집에 의해 이루어졌다. 이 가운데 1차 선별을 통하여 문제가 될 것으로 판단되는 3000여건의 조례 규칙을 선별하였고, 다시 2차 작업을 거쳐 차별 또는 침해의 소지가 있는 200여건의(이를 위한 비교대상의 조례나 규칙을 합하면 440여건) 구체적으로 개선소지의 문제 있는 조례 규칙을 집중 검토하였다.

4. 인권침해 및 차별 기준의 분류와 적용

인권침해나 차별여부를 판단하기 위해서는 이미 국가법령을 대상으로 원용되는 일반적인 기준을 원칙적으로 적용하도록 하였다. 따라서 차별조례나 규칙에 대해서는 기본적으로는 국가인권위원회법에서 열거하고 있는 성별 등의 18개의 검토영역을 적용하여 검토하였다. 그리고 침해조례나 규칙에 대해서는 기본권의 일반적인 분류항목에 따라서 분류하였다.

제2절 연구의 검토기준

1. 인권침해와 차별의 구별

본 연구에서는 인권 침해와 차별을 구별하였다 먼저 인권이 실정화되어 법의 형식으로 전화된 기본권을 중심으로 논의를 전개하면 헌법상 보장된 기본권을 헌법내용이나 비례의 원칙 혹은 과잉금지원칙에 반하는 인권침해와 평등권의 심사에 있어서 통제규범적 기준에 위반하지 않더라도 행위규범적 기준을 충족하지 못하는 차별은 서로 구별되어야 하며, 이러한 구분에 따라서 연구 작업을 진행하였다. 일반적으로 인권 침해나 차별의 경우는 그 결과로서 위법성의 소지가 많이 나타나고 있다고 볼 수 있으나, 차별의 경우는 사안에 따라서 위법은 아니고 정책적으로 바람직하지 않은 경우에 그치는 것도 발견되었다.

본 연구에서는 침해나 차별의 결과로서 위법한 경우뿐 아니라 그 결과가 바람직하지 않은 경우에도 개선책을 제시하도록 하였다.

2. 인권침해적 사항에 대한 검토기준

(1) 인권침해의 일반적 판단 기준

국민의 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법권의 한계를 의미하는 과잉금지의 원칙이 존중되어야 하고 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안된다

일반적으로 기본권 침해는 기본권 제한의 한계를 넘는 국가작용의 경우를 지칭하는 개념이다. 이때의 기본권 제한은 견해에 따라서는 기본권 내재적 한계를 제시하기도 하며, 법령내용에 따른 한계 및 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)에 따른 한계 등의 방식을 들 수 있다. 물론 기본권에 대한 침해의 유형은 침해자와 침해형태에 따라 다양하게 나타나기 때문에 개별적 기본권의 침해판단 문제는 기본권의 유형에 따라서 구체적인 모습으로 나타나게 되므로 개별적으로 설명될 필요가 있다

(2) 조례·규칙 특성에 따른 구체적 검토기준

조례나 규칙의 인권침해여부는 기본적으로 법령에 의한 경우와 비교하여 큰 차이를 나타내지 않는다. 그러나 조례나 규칙의 경우는 일반 법령과 달리 상위 법령의 존재를 그 전제로 하는 개념이다. 즉, 법률은 헌법적 근거가 구체적으로 요구되는 경우가 많지 않으나, 조례나 규칙은 그 대상에 따라서 상위 법령의 위임을 필요로 하는 경우가 많이 나타난다. 이에 따라서 조례나 규칙의 인권침해 문제는 크게 두 가지 유형으

로 나누어 볼 수 있다.

첫째는 내용 자체가 인권을 침해하는 경우이다. 이는 대체로 보아 국가법령에 의한 인권침해의 경우와 유사한 형태로 나타나게 된다.

둘째는 위임의 한계를 위반하는 경우이다. 즉, 법률유보원칙상 주민의 권리를 제한하거나 의무의 부과 또는 벌칙 부과 시에는 상위 법령의 위임을 필요로 하는 것이지만(지방자치법 제15조 단서 참조), 이러한 한계를 위반하여 기본권을 침해하는 조례나 규칙이 많이 발견된다. 그러나 이러한 경우 외에도 위법성은 인정되면서 기본권침해는 논의하기 어려운 경우도 존재한다. 즉, 조례나 규칙내용이 사람의 기본권을 보호하기 위한 내용이 아닌 경우에, 상위 법령의 내용을 위반하는 조례나 규칙일 때에는 위법성은 인정되면서도 기본권 침해의 목록에서 일정 유형을 찾기가 어려운 경우도 존재하게 된다. 이때에는 불가피하게 기본권 침해의 이름이 아니라 다른 명칭, 예컨대 '조직권한 침해' 라는 표현 하에서 설명하였다.

3. 차별적 사항에 대한 일반적 검토기준

차별의 유형으로는 2001년 11월 시행된 국가인권위원회법 제30조 제2항은 기본권 차별여부의 대상영역으로서, 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)의 18개 영역을 규정하고 있다.

그리고 이러한 각각의 영역별로, 일정한 영역에서의 '우대', '배제', '구별' 및 '불리한 대우'의 판단기준을 규정함으로써 제반 분야의 차별에 대한 검토 및 처리장치를 마련하고 있다. 본 연구에서도 이러한 원칙적인 기준을 차별의 검토기준의 내용으로 참고하였다.

(1) 조례·규칙 특성에 따른 구체적 검토기준

조례나 규칙차원에서 차별문제는 발생한다. 그러나 국가법령과는 달리 규율대상이 폭넓지 않기 때문에, 법령에서 나타나는 차별영역이 다소 제한적인 범위에서만 나타나는 특색이 존재한다. 예컨대 출신국가, 인종, 정치적 신조, 피부색 등과 같은 다소 국제적 시각에서의 규율이 필요로 되는 대상영역은 아직은 조례나 규칙에서는 거의

발견되지 않는다. 그러나 주민의 복리와 관련된 사무를 주로 취급하는 지방자치단체의 특성상 거주지역별 차별이 많이 나타나며, 사회행정영역에서는 가족구성상의 차별이 발견되기도 한다.

(2) 조례나 규칙상 차별기준의 특수성

그러나 일정한 영역에서는 일반적 기준에 의한 차별검토뿐 아니라 세분화된 별도의 검토가 필요하다. 이는 일정한 영역에서의 행위가 정치적 또는 행정적 고려에 의하여 행하여지는 경우가 많기 때문에, 위의 일반적 기준만으로는 차별기준을 정립할 수 없고, 개별적 영역에 상응하는 별도의 차별기준을 정립할 필요가 있는 것이다 즉, 이때에는 규율되는 대상인 사람 자체에 대한 차별이 문제되는 것이 아니라, 행정기관 구성원의 지위별, 조직기관별 차별 또는 규범적용상의 차별 등이 문제 된다. 따라서 이에 따른 수정기준이 필요하게 된다.

지위별 차별이나 조직기관별 차별은 조례나 규칙을 적용받는 기관에 대해서 국가법령에 의하여 보장되는 내용보다 불리한 내용의 규율을 받는 경우가 주로 문제시된다. 이는 지방자치단체의 구성기관을 국가기관의 경우와 비교하여 합리적 이유 없이 더 우대 또는 배제하는 조례나 규칙의 경우들을 그 검토대상으로 하는 것이다.

규범적용상 차별은 지방자치단체가 경쟁적으로 자기 지방자치단체에게 유리(또는 불리)한 내용으로 조례 등을 제정함으로써, 결과적으로 조례나 규칙의 차별적 적용이 나타나는 경우를 설명하기 위한 것이다. 특히 법률의 경우는 그 자체로서 헌법상의 평등원칙을 비교대상으로 하여 차별유형을 구체화할 수 있지만, 조례나 규칙의 경우는 상위 법령의 취지를 제대로 구체화하지 못하여 결과적으로 차별적인 내용이 규율되는 경우가 많이 발견되었다. 규범적용상 차별의 구체적인 유형으로는 지방자치단체별로 조례나 규칙의 내용이 차이가 나기 때문에 결과적으로 특정 지방자치단체의 주민이 다른 지방자치단체의 주민과 법령적용상 차별적 대우가 나타나는 경우, 법률에 의할 때에는 보장되는 권리가 조례나 규칙차원에서는 제한되는 내용으로 나타나는 경우, 지방자치단체 장의 책임을 특별한 사유 없이 면책하거나 책임을 제한하는 조례나 규칙의 경우 등을 들 수 있다. 이러한 경우들은 국가인권위원회법상의 18개 유형에 포섭하기 어려운 점이 존재하므로, 규범적용상의 차별이라는 개념 하에서 새로이 설명하고자 하였다.

4. 조례나 규칙의 법령위반 여부의 판단기준

침해조례 또는 규칙은 구체적인 경우에 조례나 규칙이 상위 법령에 위반되는지 여부를 검토하는 것인데, 이 기준을 제대로 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이는 국법체계 전반에 비추어 판단할 문제이나, 그 일반적인 기준을 제시하면 다음과 같다.

- (1) 지방자치단체의 사무가 아닌 사무 또는 조례규정 대상사무가 아닌 사무에 관하여 규정한 경우
- (2) 명문의 법령에 위반한 경우
 - i) 법령으로 이미 규정하고 있는 규제기준보다 강한 규제내용을 규정한 경우
 - ii) 법령의 위임이 있는 경우 그 위임의 한계를 일탈하여 규정한 경우
 - iii) 법령으로 규정할 것을 명백히 하고 있거나 조례로 규정하는 것을 금지하고 있는 사항을 규정한 경우
 - iv) 조례로써 규정할 사항에 대하여 법령으로 조건 또는 제한기준을 정하고 있는 경우에 있어 그 조건 또는 제한기준을 위반한 경우
- (3) 법령의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과, 또는 벌칙을 부과하는 내용을 규정한 경우
- (4) 구체적 규정위반여부는 불명확하더라도 법령의 전체적 입법취지에 맞지 아니하거나, 법령의 전체적 입법취지에 비추어 볼 때 비록 주민의 권리의무나 벌칙과 직결되는 사항은 아니라 하더라도 입법의 소관원칙상 조례가 아닌 상위법령에 규정되어야 할 사항을 규정한 경우

본 연구에서도 일응 이러한 기준에 비추어 대상 조례들을 검토하였고, 이때에는 법률우위원칙과 법률유보원칙 위반문제가 검토기준으로 작용하였다.

제2장 행정영역별 조례검토

제1절 행정영역의 구별

1. 조례 등의 검토에 있어 행정영역에 따른 분류의 의미

많은 조례나 규칙을 검토하는 작업은 그 자체로도 어려운 것이지만 검토 후에 그 결과를 어떻게 분류할 것인가 하는 점도 쉬운 일이 아니다. 조례나 규칙은 그 대상영역이 한정되어 있지 않으며, 오히려 매우 다양한 영역을 포함하는 법령이므로, 단순히 개별 영역을 구별하지 않고 차별 또는 침해의 유형에 따라서 고찰하게 되는 경우에는, 전체적인 문제점의 개관이 다소 어려워지는 문제점이 나타나게 된다. 특히 앞에서 언급한 바와 같이 특정 행정영역마다 유사한 조례나 규칙이 제정되어 있다는 현실을 반영한다면, 오히려 행정영역별로 고찰하는 방식을 취하는 것이 더 나을 수 있을 것이다. 이에 따라 본 연구에서는 검토한 조례나 규칙들을 개별 행정영역별로 분류하는 것이 실효적이라는 결론을 내릴 수 있었다 이는 개별 지방자치단체의 조례나 규칙들이 행정영역별로 거의 유사한 내용을 담고 있어서, 문제점도 거의 공통적으로 지적될 수 있는 사항들이 많았다는 평가가 기초가 될 수 있다. 따라서 개별 지방자치단체마다 특정 행정영역별로 제정하고 있는 조례나 규칙을 검토하게 되면 그 개선책도 통일적으로 제시할 수 있게 되는 장점도 얻을 수 있게 된다.

2. 행정영역의 분류

행정영역을 어떻게 구별하는가는 다소 논의가 필요하다 일반적인 행정법교재는 개별 행정영역을, 행정조직, 지방자치, 경찰, 공물, 공기업, 급부행정, 공용부담, 토지행정, 환경행정, 경제행정, 재정행정, 문화행정 등으로 나누는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 분류에 따라서 검토하게 되면 문제로 되는 모든 조례나 규칙을 통일적으로 설명할 수 없는 문제점이 발견되어, 편의상 많이 제정되어 있는 조례나 규칙의 영역

을 찾아서 이를 다시 기존 분류방식에 쫓아 재편하는 방식을 취하였다. 이에 따라서 분류된 행정영역은 일반행정영역, 경찰행정영역, 공물관리영역, 사회행정영역, 환경행정영역, 행정영역, 문화행정영역 등이다. 이러한 개별 행정에 대한 설명에 대해서는 구체적인 행정영역의 조례나 규칙을 검토하면서 제시하도록 하였다.

제2절 행정영역별 차별 또는 침해적 조례 검토

또한 개별 행정영역별로 조례를 검토하면서도 침해조례와 차별조례를 나누어서 정리하였다. 실제로는 침해조례의 숫자가 월등히 많이 발견되었는데, 이는 지방자치단체가 가장 기본적인 문제인 행정입법의 한계에 대한 문제의식을 제대로 갖지 못한 원인에 기인하는 것으로 분석된다.

구체적 조례 검토 작업은 우선 (1) 대상 조례내용의 기재, (2) 상위 법령의 내용기재, (3) 유사 지방자치단체의 조례 (4) 차별 또는 침해적 사항여부 (5) 차별 또는 침해적 사항의 위법성여부, (6) 개선방안 순서로 검토하였다.

제3장 구체적인 검토 내용

제1절 경찰행정영역

경찰행정영역에서는 개념정의 그대로 소극적인 질서유지를 목적으로 공공의 위해를 방지하는 과업을 수행하는 행정영역을 그 검토범위로 하였다. 그 구체적인 범위는 주로 위생경찰, 보건경찰, 도로경찰, 영업경찰, 환경경찰 등의 영역을 모두 검토대상으로 하였다.

제2절 공물행정영역

공물행정영역의 대상인 공물이란 행정목적달성을 위하여 제공되는 물건을 말한다. 행정목적은 일반적으로 공무원이라는 인적 요소에 의하여 수행되는 것이 보통이지만 공물이라는 물적 요소에 의하여도 수행될 수 있다. 공물에는 행정주체가 직접 스스로 사용하는 공용물, 일반인의 이용에 제공되는데 중점이 있는 공공용물 및 보존 또는 관리를 통하여 행정목적에 제공되는 보존공물이 존재한다.

이러한 공물의 공적 제공목적에 기여하는 일련의 행위인 공물관리영역에서는 행정 목적을 위하여 사용하는 공물의 관리행위, 즉, 유지, 보수 및 관리비용징수 등에 관한 사항이 그 검토대상으로 된다. 이때에는 공물인 도로, 하천, 공원 등의 사항이 주요 검토대상이다.

제3절 사회행정영역

사회행정영역에서는 사회적 기본권의 적용대상영역을 검토하였다. 사회적 기본권에는 생존권, 근로의 권리, 혼인에 관한 권리, 환경권 등 다양한 권리목록이 포함되는 것이지만, 조례나 규칙에서 발견되는 문제점은 주로 여성, 장애인복지문제등이 주된 검토 대상이다.

제4절 환경행정영역

환경행정영역은 환경보호 및 환경이용과 관련한 행위를 규제하기 위한 영역이다. 따라서 개별 환경매개인자별로 규율되어 있는 영역 즉, 대기, 수질, 소음, 진동, 폐기물 등에 관한 경우가 검토대상이 된다. 지방자치단체 차원에서는 주로 폐기물관리영역이나 대기환경영역으로서 자동차환경문제등에 관한 조례나 규칙이 많이 발견되었다.

제5절 행정조직 영역

일반적으로 행정조직 영역은 행정작용을 하기 위한 인적 요소들을 규정하기 위한 목적을 갖는다. 따라서 공무원법, 지방의회법 및 정보공개법 등이 이에 해당하는 법체계이다. 이를 위한 구체적인 조례나 규칙 중에서, 지방공무원에 관한 사항, 지방의회 운영에 관한 사항 및 지방자치단체의 정보공개에 관한 사항들이 이에 포함되었다.

제6절 문화행정 영역

문화행정은 개념상 아직까지 완성된 개념은 아니다. 헌법상으로도 문화적 기본권은 인정되고 있지 않으며, 국가목적조항인 문화국가원리도 학자들간에 논란의 여지가 있는 만큼, 이를 구체화하는 것은 정형화된 논의라고 볼 수 없다. 따라서 문화행정영역에서는 학자들간에 큰 논란을 야기하지 않을 정도의 대상으로 분류하였고, 이때에는 예시적으로 종교행정, 문화시설, 장학행정 등의 조례 또는 규칙이 검토대상이다

제1편 연구의 기본방향

제1장 서론

제1절 연구목적: 차별·침해조례 또는 규칙검토의 중요성

1990년 도입된 지방자치제의 실시는 우리 사회에 많은 변화를 야기하고 있다. 민주 정치의 산실로 평가되는 지방자치제는 주민과 지방행정주체와의 관계를 긴밀하게 연결하여 주민의 복리증진을 위한 여러 다양한 정책들을 제시하는 등 긍정적인 측면을 야기하였다. 지방자치단체의 이러한 정책들은 구체적으로는 규범적 토대를 통하여서만 가능하며, 이를 위하여 지방자치단체는 조례나 규칙과 같은 자치법규제정을 위한 노력을 경주하여 왔다. 이로 인하여 법령의 중요성은 현재 국가차원의 법령에서 지방자치단체 차원의 법령으로 점차 그 중심을 이동하고 있다고 말할 수 있다.

따라서 현실적으로 주민들은 국가의 법령보다는 지방자치단체의 법령인 조례나 규칙에 의하여 더 많은 이해관계를 맞게 된다. 인권침해문제가 발생할 수 있는 소지도 이에 따라서 지방자치단체의 조례 또는 규칙차원에서 구체화되는 경우가 더욱 늘고 있다. 국가법령차원의 차별법령검토의 논의는, 이제 지방자치단체 법령인 조례 또는 규칙차원의 차별 또는 침해여부 검토로 그 중심위치를 변경하여야 할 상황을 맞고 있는 것이다.

그러나 조례 또는 규칙은 지방의회의 전문성 부족이나 자치입법에 대한 통제장치의 결여로 인하여 법치행정의 취지에 맞는 내용으로 제정되고 있지 못한 것이 현실이다. 특히 개별 지방자치단체의 특성을 강조한다는 명분으로 제정된 조례나 규칙들이 많으며, 주민의 권리보장보다는 지방자치단체의 행정편의를 이유로 상위 법령보다 불리

한 내용의 자치입법이 제정되는 경우도 많이 발견할 수 있다 특히 위임입법의 한계를 위반한 조례나 규칙들이 많은 실정이다 이와 같이 법치행정의 이념이 지방자치제의 실시로 인하여 오히려 훼손되고 있는 모습은 결코 바람직하지 않을 것이다

그러나 차별 또는 침해소지가 있는 자치입법을 체계적으로 검토한 작업은 그동안 우리나라에서는 드문 편이다. 국가법령의 차별 또는 침해여부에 대해서는 그동안 많은 논의가 있었으나 자치입법의 차별 또는 침해여부에 대해서는 관심이 상대적으로 적었던 것이 사실이다. 그러나 국민들이 일상생활에서 의미를 갖는 규범은 지방자치 차원에서의 법령들이므로, 법치행정의 관점에서 구체적인 자치입법의 문제점에 대해 관심을 가질 필요가 있을 것이다. 본 연구는 이러한 시대변화에 비추어 새로이 제기되고 있는 차별 및 침해조례 또는 규칙의 실상을 검토하여, 그 문제점을 지적하여 조례 또는 규칙개선작업의 참고가 되고자 하는데 그 연구목적이 있다.

일반적으로 법령의 문제점을 검토하는 목적은 문제 있는 법령 논의에 대한 사회적 공론화를 거치도록 함에 있다고 본다 즉, 공론화과정을 거쳐 법무부나 관련 주무부서의 구체적인 법령개정작업에 도움을 제공하는 것이 그 목적인 것이다 이러한 공론화의 과정은 사회적 다원화 과정을 겪고 있는 현재의 상황에서는 국가기관과 사회단체 모두 다 일정 역할을 수행할 수 있을 것이다 이러한 기관 중 하나인 국가인권위원회는 물론 그 주된 기능이 생활영역에서의 인권문제를 공론화하는데 있다 인권문제는 일상 생활영역에서 현실적으로 발생하는 경우에 구체적인 대응수단으로 대처하여야 하는 것이지만, 보다 효율적이기 위해서는 법제영역에서 존재하는 - 그러나 아직 공론화되지 않은 영역의 - 문제점들을 찾아서 이를 공론화하는 작업을 통하여도 해결될 수 있다. 따라서 인권 문제의 해결을 위하여 현실세계의 모습을 검토하려는 시도는 매우 중요하다고 볼 수 있다

지방자치제하의 인권문제의 실상을 파악하기 위해서는 자치입법의 문제점을 국가법령의 경우와 같은 기준 하에서 검토할 필요가 있다 자치입법의 차별 또는 침해여부를 검토함으로써 지방자치행정 차원에서의 법제적 문제점을 공론화할 수 있으며 이를 통하여 궁극적으로는 지방자치행정 하에서의 주민의 인권문제를 개선하는 효과를 기대할 수 있게 될 것이다

제2절 연구내용 및 연구방법

1. 조사대상의 선정

본 연구는 연구목적의 취지에 따라 가능한 한 많은 지방자치단체의 조례나 규칙을 조사대상으로 하였다.

(1) 조사대상 전체 지역명

현재 지방자치단체의 숫자는 광역지방자치단체의 경우 7개 광역시와 9개도가 있고 기초지방자치단체가 231개가 존재한다. 그리고 개별 지방자치단체의 숫자를 보면 서울특별시(25구), 부산광역시(15구, 1군), 대구광역시(7구, 1군), 인천광역시(8구, 2군), 광주광역시(5구), 대전광역시(5구), 울산광역시(4구, 1군)로 구성되어, 전체로서는 75시, 87군, 69구로 구성되고 있다.

본 연구의 조사 대상이 된 전체 자치단체 수는 광역지방자치단체와 기초지방자치단체를 합하여 171개로서, 그 자치단체의 명칭은 다음과 같다

1. 광역지방자치단체로는 서울특별시, 경기도, 강원도, 충청남도, 충청북도, 전라남도, 전라북도, 경상남도, 경상북도, 제주도, 부산광역시, 인천광역시, 대구광역시, 대전광역시, 울산광역시로 15개가 해당된다.
2. 기초지방자치단체로는 서울특별시의 경우에는 강남구, 강동구, 강북구, 강서구, 관악구, 광진구, 금천구, 노원구, 도봉구, 동대문구, 동작구, 마포구, 서대문구, 성동구, 성북구, 송파구, 양천구, 영등포구, 용산구, 은평구, 종로구, 중구, 중랑구의 24개가 해당한다.

3. 부산광역시의 경우는, 강서구, 남구, 동구, 동래구, 부산진구, 북구, 서구, 수영구, 영도구, 중구, 해운대구의 11개가 해당한다.
4. 인천광역시의 경우는, 남동구, 동구, 부평구, 서구, 연수구, 옹진군, 중구의 7개가 해당한다.
5. 대구광역시의 경우는, 달서구, 북구, 중구의 3개가 해당한다.
6. 광주광역시의 경우는, 광산구, 동구, 남구, 북구, 서구의 5개가 해당한다.
7. 대전광역시의 경우는, 대덕구, 서구, 유성구, 중구의 4개가 해당한다.
8. 울산광역시의 경우는, 동구, 중구, 울주군의 3개가 해당한다.
9. 경기도의 경우는, 가평군, 강화군, 과천시, 광명시, 구리시, 남양주시, 부천시, 성남시, 수원시, 안양시, 용인시, 여주군, 의왕시, 의정부시, 이천시, 파주시, 평택시, 포천군, 하남시, 화성군의 20개가 해당한다.
10. 강원도의 경우는, 강릉시, 양구군, 양양군, 영월군, 원주시, 인제군, 철원군, 춘천시, 태백시, 홍천군, 횡성군의 11개가 해당한다.
11. 충청남도의 경우는 공주시, 당진군, 부여군, 서천군, 연기군, 예천군, 청양군, 홍성군의 8개가 해당한다.
12. 충청북도의 경우는, 단양군, 보은군, 옥천군, 영동군, 제천시, 진천군, 청원군, 청주시, 충주시, 진천군의 10개가 해당한다.
13. 전라남도의 경우는, 강진군, 곡성군, 광양시, 구례군, 나주시, 목포시, 보성군, 순천시, 신안군, 완도군, 여수시, 진도군, 해남군, 화순군의 14개가 해당한다.
14. 전라북도의 경우는, 군산시, 남원시, 부안군, 순창군, 익산시, 장수군, 전주시, 정

읍시의 8개가 해당한다.

15. 경상남도의 경우는 김해시, 마산시, 밀양시, 사천시, 산청군, 진주시, 진해시, 통영시, 함양군의 9개가 해당한다.

16. 경상북도의 경우는 고령군, 군위군, 경산시, 경주시, 구미시, 김천시, 봉화군, 상주시, 안동시, 영주시, 영천시, 예천군, 울진군, 의령군, 칠곡군, 포항시의 16개가 해당한다.

17. 제주도의 경우는, 남제주군, 서귀포시, 제주시의 3개가 해당한다.

(2) 침해 또는 차별검토 조례·규칙명

이 가운데 침해 또는 차별 요소가 있다고 분석된 조례·규칙 수는 분석을 위하여 참고로 한 비교대상의 조례나 규칙을 포함하면 총 443개이다. 구체적인 명칭 및 검토조사 대상 조례나 규칙 수는 부록 1에 별도로 작성하였다.

(3) 조례 및 규칙 총 수

2003년말 현재 지방자치단체에서 제정된 조례 및 규칙의 전체 숫자는 59,148건으로, 2002년도 전년 대비 3,591건 증가 (6.4%증)하고 있다. 그리고 지방자치단체별 평균 보유건수는 광역지방자치단체의 경우가 332건, 기초지방자치단체가 230건으로 나타나고 있다).

본 연구에서는 이 가운데 1차 선별을 통하여 문제가 될 것으로 판단되는 3000여건의 조례 규칙을 선별하였고, 다시 2차 작업을 거쳐 차별 또는 침해의 소지가 있는 200여건의(이를 위한 비교대상의 조례나 규칙을 합하면 440여건) 구체적으로 개선소지의 문제 있는 조례 규칙을 집중 검토하였다.

1) 행정자치부 자료 참조

<표 1> 조례 및 규칙 총 수

구분	2002년말 보유	자치법규 운영				2003년말 보유	증감	
		계	제정	개정	폐지			
계	55,557	15,742	5,280	8,773	1,689	59,148	3,591	
시· 도	소계	5,037	1,783	425	1,262	152	5,310	273
	조례	3,258	1,110	195	790	120	3,333	75
	규칙	1,779	673	230	411	32	1,977	198
시 군 구	소계	50,520	13,959	4,855	7,567	1,537	53,838	3,318
	조례	33,207	9,718	2,682	5,628	1,408	34,481	1,274
	규칙	17,313	4,241	2,173	1,939	129	19,357	2,044

2. 대상 조례 등의 수집

(1) 인터넷 확인작업을 통한 자료수집

조례 또는 규칙은 국가법령과 같이 완벽하지는 않지만 비교적 전산화 작업이 잘 되어있는 것이 현실이다. 이는 행정정보 공개에 대한 지방자치단체의 마인드가 최근 들어 상당히 개선된 점에 기인한다. 그러나 조례나 규칙의 전체 숫자는 6만여건에 이르는 매우 방대한 편이므로, 모든 조례나 규칙이 인터넷으로 확인 가능한 것은 아니었다. 실제로 인터넷상에 올라있는 조례나 규칙들은 대표적인 경우에 한정되어 있는 경우가 많았다.

전체적으로 보아 본 연구에서 검토한 전체 조례나 규칙의 약 70%정도는 인터넷상의 지방자치단체의 홈페이지에 올라있는 조례나 규칙 등을 직접 확인하여 수집하였다. 이때에는 인터넷에 올라있는 조례나 규칙내용이 수시로 개정 또는 폐지되어 검토한 조례를 최종적으로 확인하는 과정에서 일부 조례 등이 변경되거나 폐지된 조례도 적지 않았다.

(2) 개별 지역방문 등을 통한 자료 수집

전체 검토한 조례나 규칙의 나머지 약 30% 정도는 연구원들이 직접 지방자치단체를 방문하여 지방자치단체의 조례집을 복사하거나 열람하여 수집하였다. 이는 연구에 투입된 연구원들이 편의상 자신의 출신지역을 중심으로 수집하였다.

3. 인권침해 및 차별 기준의 분류와 적용

인권침해나 차별여부를 판단하기 위해서는 이미 국가법령을 대상으로 원용되는 일반적인 기준을 원칙적으로 적용하도록 하였다. 따라서 차별조례나 규칙에 대해서는 기본적으로는 국가인권위원회법에서 열거하고 있는 성별 등의 18개의 검토영역을 적용하여 검토하였다. 그리고 침해조례나 규칙에 대해서는 기본권의 일반적인 분류항목에 따라서 분류하였다.

4. 조례 중심의 분석 결과

지방자치단체의 규범에는 조례와 규칙이 있다. 그러나 연구검토 과정 중에 현실적으로 문제가 많이 발생된 규범은 조례이었다. 규칙은 일반적으로 상위법령이나 조례의 위임을 받아서 제정되는 것이어서, 특별한 경우가 아니면 그 자체로서 지방자치단체의 주민의 기본권을 차별하거나 침해하는 내용이 포함되는 경우는 많지 않았다. 문제가 되는 경우는 오히려 이 경우에도 규칙의 위임 근거법령인 조례에서 더 많이 발견되었다. 그러나 물론 처음부터 조례나 규칙을 구별하여 검토하지는 않았으며, 연구를 진행하여 본 결과, 조례에서 문제가 많이 발견되어 조례가 중심이 되는 연구가 되었다.

제3절 연구의 검토기준

1. 인권침해와 차별의 구별

연구에서는 인권 침해와 차별²⁾을 구별하였다. 먼저 인권이 실정화되어 법의 형식으로 전화된 기본권을 중심으로 논의를 전개하면 헌법상 보장된 기본권을 헌법내용이나 비례의 원칙 혹은 과잉금지원칙에 반하는 인권침해와 평등권의 심사에 있어서 통제규범적 기준에 위반하지 않더라도 행위규범적 기준³⁾을 충족하지 못하는 차별은 서로 구별되어야 하며, 이러한 구분에 따라서 연구 작업을 진행하였다. 일반적으로 인권 침해나 차별의 경우는 그 결과로서 위법성의 소지가 많이 나타나고 있다고 볼 수 있으나, 차별의 경우는 사안에 따라서 위법은 아니고 정책적으로 바람직하지 않은 경우에 그치는 것도 발견되었다.

연구에서는 침해나 차별의 결과로서 위법한 경우뿐 아니라 그 결과가 바람직하지 않은 경우에도 개선책을 제시하도록 하였다.

2. 인권침해적 사항에 대한 검토기준

(1) 기본권의 분류(유형)

-
- 2) 여기서 사용하는 차별이라는 개념은 경우에 따라서는 제약 제한으로 불리는 개념과 유사한 것으로 볼 수 있다. 가장 중요한 차이점은 당해 행위로 인하여 위법한 경우가 되는가 아니면 위법할 수도 있으나 위법에 이르지 않는 경우가 발견되는가의 문제이다.
 - 3) 물론 행위규범적 기준과 통제규범적 기준은 정확히 설정되어 있는 것이 아니라 유동적으로 보아야 한다. 그러나 헌법재판소는 이를 확정적으로 설정된 것으로 본다. 헌재결 1997.5.29, 94헌마33 참조

기본권은 여러 가지 유형으로 분류 가능하며 학계에서는 이에 관한 다양한 분류방법이 제시되고 있다. 그중 대표적인 것으로는, 기본권의 체계적인 이해를 위해서는 기본권의 주체나 성질, 효력에 따른 분류보다는 내용에 따른 분류가 되어야 하며 특히 생활영역에 의하여 기본권을 분류하고자 하는 허영 교수의 견해와, 기본권의 내용에 따른 분류를 하면서 자유권적 기본권만을 생활영역으로 분류하는 계획열 교수의 견해가 주목된다. 허영 교수의 견해는 나름대로의 의미는 가지고 있으나 특히 자유권적 기본권과 사회적 기본권의 차이를 효과적으로 이해하기 어렵다는 점에서 본 연구에서는 내용에 따른 분류에 더하여 자유권적 기본권만 생활영역에 따라 분류한 계획열 교수의 견해에 기초하여 연구를 진행하였다).

(2) 인권침해의 일반적 판단 기준

헌법 제37조 제2항에 의거하여 기본권제한의 요건이 충족된 경우에도 비례의 원칙 등에 반하여 기본권을 제한한다면 그것은 헌법상 허용되지 아니한다 즉, 국민의 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법권의 한계를 의미하는 과잉금지의 원칙

-
- 4) 예를 들어, 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2004, 283-286면; 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, 306-307면 등을 참조
- 5) 허영, 『한국헌법론』, 제4판, 2004, 박영사 참조
- 6) 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004, 164면 이하의 분류는 다음과 같다
1. 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권
 2. 평등권
 3. 자유권적 기본권
 - (1) 인신에 관한 자유: 생명권, 신체를 훼손당하지 않을 권리, 신체의 자유
 - (2) 정신생활영역의 자유: 양심의 자유, 종교의 자유, 표현의 자유, 학문의 자유, 예술의 자유
 - (3) 사생활영역의 자유: 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 통신의 자유
 - (4) 정치생활영역의 자유: 언론 출판 집회 결사의 자유
 - (5) 사회 경제생활영역의 자유: 주거이전의 자유, 직업의 자유, 재산권, 소비자의 권리
 4. 정치적 기본권: 정치적 자유권, 참정권
 5. 청구권적 기본권: 청원권, 재판청구권, 국가배상청구권, 손실보상청구권, 형사보상청구권, 범죄피해자구조청구권
 6. 사회적 기본권: 인간다운 생활을 할 권리, 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로자의 노동3권, 환경권, 혼인과 가족 보전에 관한 권리

이 존중되어야 하고 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안된다⁸⁾.

일반적으로 기본권 침해는 기본권 제한의 한계를 넘는 국가작용의 경우를 지칭하는 개념이다. 이때의 기본권 제한은 견해에 따라서는 기본권 내재적 한계를 제시하기도 하며⁹⁾, 법령내용에 따른 한계 및 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)¹⁰⁾에 따른 한계 등의 방식을 들 수 있다¹¹⁾. 물론 기본권에 대한 침해의 유형은 침해자와 침해형태에 따라 다양하게 나타나기 때문에 개별적 기본권의 침해판단문제는 기본권의 유형에 따라서 구체적인 모습으로 나타나게 되므로 개별적으로 설명될 필요는 있다

(3) 조례·규칙 특성에 따른 구체적 검토기준

조례나 규칙의 인권침해여부는 기본적으로 법령에 의한 경우와 비교하여 큰 차이를

- 7) 과잉금지의 원칙이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 원칙으로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등을 그 내용으로 하며, 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다(권영성, 앞의 책, 352-353면 참조).
- 8) 일반적으로 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 기본권이 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다. 기본권의 본질적 내용에 대하여는 그 본질적 내용이 무엇인가에 대하여 이른바 절대설 상대설 및 절충설의 견해의 대립이 있으며 비례의 원칙 또는 실제적 조화의 원리에 따라 최적의 실효성을 나타내는 경계에서 본질적 내용을 찾는 상대설이 유력하다(계희열, 앞의 책, 161면). 한편, 헌법재판소도 본질적 내용과 비례성이라는 개념을 함께 사용하여 상대설에 입각한 태도를 보이고 있다(헌재결 1996.11.28, 95헌바1 참조).
- 9) 기본권의 내재적 한계를 긍정하는 견해로는 권영성, 앞의 책, 343-344면 참조.
- 10) 군사법원법의 적용대상 중에 특히 수사를 위하여 구속기간의 연장이 필요한 경우가 있음을 인정한다고 하더라도, 이 사건 법률규정과 같이 군사법원법의 적용대상이 되는 모든 범죄에 대하여 수사기관의 구속기간의 연장을 허용하는 것은 그 과도한 광범성으로 인하여 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수 있을 뿐만 아니라 국가안보와 직결되는 사건과 같이 수사를 위하여 구속기간의 연장이 정당화될 정도의 중요사건이라면 더 높은 법률적 소양이 제도적으로 보장된 군검찰관이 이를 수사하고 필요한 경우 그 구속기간의 연장을 허용하는 것이 더 적절하기 때문에, 군사법경찰관의 구속기간을 연장까지 하면서 이러한 목적을 달성하려는 것은 부적절한 방식에 의한 과도한 기본권의 제한으로서 과잉금지의 원칙에 위반하여 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다(헌재결 2003.11.27, 2002헌마193).
- 11) 이에 대해서는 계희열, 앞의 책, 112면 이하 참조.

나타내지 않는다. 즉, 조례나 규칙도 다양한 유형의 기본권을 규율대상으로 하고 있으며, 이에 따라서 기본권침해의 경우가 발생하게 된다.

그러나 조례나 규칙의 경우는 일반 법령과 달리 상위 법령의 존재를 그 전제로 하는 개념이다. 즉, 법률은 헌법적 근거가 구체적으로 요구되는 경우가 많지 않으나 조례나 규칙은 그 대상에 따라서 상위 법령의 위임을 필요로 하는 경우가 많이 나타난다. 이에 따라서 조례나 규칙의 인권침해문제는 크게 보아 두 가지 유형으로 나누어서 나타난다고 볼 수 있다.

첫째는 내용 자체가 인권을 침해하는 경우이다 이는 대체로 보아 국가법령에 의한 인권침해의 경우와 유사한 형태로 나타나게 된다. 즉, 조례나 규칙이 포함하는 기본권의 유형에 상응하여 일반적인 기본권 침해의 모습을 판단하게 된다. 자치입법에서는 기본권 중에서 특히 재산권의 침해문제가 두드러지게 나타나는 특색이 존재한다 이는 지방자치단체가 지방재정의 어려움을 이유로 재정확충을 위하여 무리한 내용의 규정을 통하여 규율하고 있기 때문이다. 주차장 시설이용과 같은 공물 사용료를 규율하는 조례나 규칙이 대표적인 경우로서 예시될 수 있다 또한 행복추구권의 침해도 발견되는 주된 유형에 속한다. 이는 지방자치단체가 행정편의만을 강조하여 주민의 일반적 행동의 자유의 권리를 제한하는 조례나 규칙을 제정하기 때문이다 이는 특히 환경행정이나 문화행정에서 자주 발견되는 기본권침해의 모습이다.

둘째는 위임의 한계를 위반하는 경우이다 즉, 법률유보원칙상 주민의 권리를 제한하거나 의무의 부과 또는 벌칙 부과 시에는 상위 법령의 위임을 필요로 하는 것이지만(지방자치법 제5조 단서 참조), 이러한 한계를 위반하여 기본권을 침해하는 조례나 규칙이 많이 발견된다. 법률유보원칙은 다소 전문적인 입법기술에 속하는 사항이어서 지방자치단체가 신중하게 제정할 필요가 있는 것이지만 전문성부족 등의 이유로 이러한 한계가 잘 준수되고 있지 못한 실정이다 특히 법률유보원칙은 상위 법령과의 관계를 고찰하여야 그 침해여부가 판단되므로 개별 조례나 규칙의 검토 시에는 불가피하게 상위법령의 내용을 직접 조사하여 판단하는 과정을 거쳐서 하였다. 개별 조례나 규칙에서는 상위 법령의 내용을 언급하고 있지 않으므로 먼저 상위 법령의 내용을 파악하는 작업부터 시작하였고, 이러한 작업을 통하여 문제되는 기본권의 내용 및 그 침해여부를 판단하였다. 이러한 작업이 국가법령의 기본권 침해 또는 차별여부와 구별되는 점이었다고 생각한다.

그러나 이러한 경우 외에도 위법성은 인정되면서 기본권침해는 논의하기 어려운 경우도 존재한다. 즉, 조례나 규칙내용이 사람의 기본권을 보호하기 위한 내용이 아닌 경우에, 상위 법령의 내용을 위반하는 조례나 규칙일 때에는 위법성은 인정되면서도 기본권 침해의 목록에서 일정 유형을 찾기가 어려운 경우도 존재하게 된다. 대표적인 경우가 상위 법령에서 지방자치단체 장의 임명권한으로 주어져 있는 위원 선임 또는 위촉권한을 조례에 의하여 제한하는 행위는 명백히 위법이지만 이를 기본권 침해의 목록에서 찾기가 어렵게 된다. 이때에는 불가피하게 기본권 침해의 이름이 아니라, '조직권한 침해' 라는 표현 하에서 설명하려고 시도하였다.

또한 이외에도 다른 기본권침해의 범주에서 찾기 어려운 것들은 별도의 이름 하에서 위법성 사유를 구체화하였다.

3. 차별적 사항에 대한 일반적 검토기준

(1) 차별의 유형

2001년 11월 시행된 국가인권위원회법 제40조 제2항은 기본권 차별여부의 대상영역으로서, 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)의 18개 영역을 규정하고 있다.

그리고 이러한 각각의 영역별로, '일정한 영역에서의 '우대', '배제', '구별' 및 '불리한 대우'의 판단기준을 규정함으로써 제반 분야의 차별에 대한 검토 및 처리장치를 마련하고 있다²⁾. 본 연구에서도 이러한 원칙적인 기준을 차별의 검토기준의 내용으로 참고하였다.

(2) 차별여부에 대한 일반적 판단 기준

12) 국가인권위원회 『차별 관련 법령 실태조사』, 2003년도 인권상황실태조사연구용역사업보고서, 2003.9, 3면.

가. 일반적 기본권의 경우

기본권은 평등한 행위에 대한 권리를 내포한다 차별은 평등원칙에 반하는 경우를 말하는 것이지만, 이를 판단하는 것은 용이하지 않은 문제이다 일반적으로 평등의 문제는 대체로 일정한 사람들이나 인적 집단에 대해 일정한 행동방식을 취하도록 의무를 부과하거나 또는 권리를 부여해주는 법규정의 효력이 그 대상이 된다 따라서 평등은 문제되는 비교의 대상들을 서로 비교하고 그에 대한 법적 효과로서의 평등대우 또는 불평등대우에 대하여 그것이 헌법적으로 허용되는가의 여부를 검토하게 된다¹³⁾. 이에 따라서 일반적으로는 위에서 언급한 18개 영역을 주된 영역으로 하여 검토하고, 개별적으로 우대, 배제 등의 판단결과를 기술하였다.

나. 사회적 기본권의 경우⁴⁾

사회적 기본권은 그 동안 일반적 기본권 특히 자유권적 기본권과는 다른 성격을 가지고 있다고 여겨져 왔다⁵⁾. 사회적 기본권의 급부권적 성격으로 인해 내용이나 효력에 있어서 일반적 기본권과 성격이 다르며 차별여부의 판단에 있어서도 심사기준이 다소 다르게 나타난다.

(가) 내용과 심사기준

적극적 행위를 요구하는 사회적 기본권에서 급부의 차별에 대한 일반적 심사기준은 다시 헌법상 평등원칙에 따르게 된다 헌법은 명시적으로 성별·종교 및 사회적 신분을 차별금지기준으로 제시하고 있지만 그렇다고 다른 기준에 의한 차별이 허용되는

13) 계획열, 앞의 책, 204면 참조,

14) 이하의 내용은 본 연구의 참여자인 전광석 사회적 기본권에 비추어 본 인권침해판단기준 보고서 내용을 참고하여 재구성한 것임

15) 김철수 교수는 사회적 기본권을 생존권적 기본권이라는 표제하에 구체적 권리설을 취하고 있으며(김철수, 앞의 책, 777-780면) 권영성 교수는 불완전한 구체적 기본권설을 주장한다(권영성, 앞의 책, 643-644면), 한편 장영수 교수는 사회적 기본권 규정을 잠정적 권리이나 헌법위임적 규정이라고 한다(장영수, 『헌법학 II-기본권론』, 525면) 계획열 교수는 (계획열 앞의 책, 696-699면) 사회적 기본권을 잠정적인 주관적 권리로 이해한다

것은 아니다. 다만 다른 기준에 의한 차별행위에 대한 평등권심사에 있어서는 심사의 기준으로 자의금지의 원칙이 적용되어 입법적 형성권이 다소 넓게 인정되며 그 결과 평등권침해로 판단될 가능성은 그만큼 줄어든다⁶⁾.

헌법심사에 있어서 나타나는 차별금지기준에 따른 심사의 밀도의 차이는 국가인권위원회에서의 심사에 있어서는 상대화된다. 국가인권위원회는 사법기관이 아니며 또 결정의 형식으로 법적 기속력이 없는 권고를 발한다. 헌법심사에 있어서는 해당 사안의 헌법에의 위반 여부에 대해서 결정하여야 하며, 이때 차등적인 심사기준이 적용된다. 그런데 해당 차별이 헌법에 위반되지는 않지만 정책적으로 바람직하지 않은 경우가 있다. 이때에는 헌법재판소는 합헌결정을 할 수밖에 없다. 헌법재판소의 위헌결정은 입법자를 기속하는데, 단순히 정책적으로 바람직하지 않은 경우에도 위헌결정을 한다면 이는 곧 입법권을 침해하는 결과가 되기 때문이다. 이에 비해서 국가인권위원회의 권고는 입법권을 기속하지는 않기 때문에 엄격한 심사기준이 적용되는 경우는 물론이고 일반적인 심사기준이 적용되어 입법적 형성권이 넓게 인정되는 경우에도 해당 차별행위가 바람직하지 않다면 이를 시정하기 위한 권고를 발할 수 있다. 이 점에서 위에서 설명한 차별기준에 따른 심사기준의 문제는 국가인권위원회에서 심사에 있어서는 상대화된다. 아래에서는 국가인권위원회법 제40조 제2항이 들고 있는 차별금지기준 18개 사항 중 사회적 기본권을 실현하는데 나타날 수 있는 평등권침해의 가능성을 예를 들어 살펴본다.

(나) 개별기본권에 비추어 본 차별금지 내용의 예

여기에서는 국가인권위원회법 제40조 제2항이 들고 있는 차별금지기준 18개 사항 중 헌법상 개별적인 사회적 기본권을 실현하는데 나타날 수 있는 평등권침해의 가능성을 살펴본다.

a) 교육의 권리

16) 그러나 이 경우에도 엄격한 심사척도, 즉, 비례의 원칙에 따라 심사되는 경우가 있음을 주의하여야 한다. 이는 독일연방헌법재판소에 의해 제시된 이른바 '최신의 정식(die neueste Formel)'을 따른 것으로 우리 헌법재판소도 학계의 지적을 수용하여 '최신의 정식'에 따라 판단하고 있다(헌재결 1999.12.23, 98헌마363). 이에 대하여는 계획열 앞의 책, 236-240면 참조

교육을 받을 권리에서 문제될 수 있는 것은 특히 인종의 문제와 관련하여 외국인 근로자의 아동이 우리나라 국민의 아동과 마찬가지로 교육을 받을 수 있는 기회를 보장하는 교육조치가 수반되어야 한다¹⁷⁾. 한편, 서비스업에 종사할 전문직을 양성하는 교육기관에서도 용모 등의 신체조건이 교육에의 접근에 있어서 조건이 될 수는 없으며 성적 지향 혹은 병력은 이러한 특성이 교육을 지속할 수 없거나 혹은 타인에게 피해를 주지 않는 한 교육에 있어서 차별의 기준이 될 수 없다.

b) 근로의 권리

마찬가지로 위의 18개 영역 중에서, 근로의 기회를 부여하는 기준으로 나이제한을 두는 것에 대해서 특히 법률에 명시적인 근거 없이 신규임용에 있어서 나이를 제한하는 조치가 헌법에 위반되는가 여부의 문제가 제기되는데 공공기관의 경우 평등권의 기속력이 사적 기관보다 강하다는 점에서 개별적인 검토가 필요하다

외국인의 근로의 권리와 관련하여 이 문제는 정책적 판단의 문제일 뿐 헌법적 필연성은 없지만 일단 수요에 부응하여 외국인 근로자에게 취업의 기회를 부여하였다면 이들을 우리 노동법상의 규율대상에 당연히 포함되어 우리 국민인 근로자와 동일한 조건하에 노동을 수행할 수 있어야 한다.

용모 등 신체조건에 따른 고용에 있어서의 차별은 원칙적으로 허용되지 않는다 임신, 출산 및 가족상황을 이유로 고용에 있어서 차별을 하는 것 또한 고용과 직접적인 관련이 없는 불합리한 차별일 뿐 아니라, 절대적으로 보면 혼인과 가족의 보호의 헌법적 요청에 반하는 것으로 허용되지 않는다. 성적 지향 혹은 병력을 이유로 한 차별도 해당 차별의 사유가 타인의 권리를 침해하거나 노동의 수행에 장애가 되는 경우를 제외하고는 허용되지 않는다.

c) 사회보장을 받을 권리

18개 영역 중 장애는 주로 적극적인 배려의 대상으로서 이는 이중적으로 이루어져야 한다. 첫째, 장애인이 정상적인 고용관계에 진입하여 사회보험에 의한 보호대상에

17) 이는 외국인의 국내법적 평가와는 관계없이 아동의 권리로서 보장되어야 한다 전광석, 『국제사회보장법론』, 법문사, 2002, 448면 참조.

포섭되어야 하며, 둘째, 장애인을 비장애인과 차별하지 않고 적극적으로 장애인의 주변 환경을 장애인에게 우호적으로 형성하여 자기결정권에 기초하여 정상적인 생활에 편입되어 사회통합을 이룰 수 있도록 하여야 한다 이를 위해서는 고용주, 시설주 등에게 비장애인과 함께 접근할 수 있도록 각종 시설배려의무가 부과되어야 한다 다만 이는 국가의 재정적 및 기술적인 지원이 없이는 실현될 수 없기 때문에 일시에 시설 배려의무를 강제할 수는 없다는 한계가 있다

최저생활보장을 위한 국가의 과제는 최저생활을 할 수 없는 상황에 처해 있다는 점이 보호의 계기이며, 그 원인은 중요한 요소가 아니어야 하기 때문에¹⁸⁾ 사회보장법적 보호에 있어서 연령은 소득활동 여부, 또 교육수요가 존재하는가의 여부에 대한 판단 기준이 될 수 있으나, 모든 국민에게 최저생활을 보장할 국가의 과제에 있어서 소극적인 기준은 될 수 없고 다만 적극적 기준으로 될 수 있다 이에 비해서 아동 혹은 노인 등과 같은 상황은 최저생활을 보장하는 정책의 형성에 있어서 이들이 특별한 수요가 있다는 점에 주목하여 보호의 기준을 완화하고 또 보호의 내용을 이들의 특성을 고려하여 적극적으로 배려하여야 한다는 점에서 중요한 기준으로 작용한다

출신지, 출신민족, 인종, 피부색 등의 기준은 그것이 직접 사회보장에 있어서 차별의 기준으로 적용되는 경우는 없고, 일반적으로 사회보장에 있어서 외국인에 대한 차별의 정당성 여부를 판단하는 기준으로 현실화된다 사회보험에 있어서 외국인이 우리의 사회경제적 질서에 편입되었다고 판단되는 경우 해당 외국인을 사회보험의 가입 대상으로 포함시키는 것이 체계적이다. 사회보험급여는 가입자가 납부한 보험료에 대한 반대급여로서, 이를 형성함에 있어서 국적은 본질적인 기준이 아니기 때문이다 이는 인간다운 최저생활을 보장받을 권리는 인권으로서의 성격을 갖는다 임신 및 출산, 그리고 가족상황 등은 사회보장에서 차별의 기준으로 문제되지 않으며, 혼인과 가족보호의 헌법적 요청을 실현하는 적극적인 배려의 요소이다

d) 혼인과 가족의 보호

양성의 평등과 인간의 존엄은 존중되어야 한다. 따라서 혼인과 가족을 형성하였다는 이유로 불이익한 처분을 받아서는 안된다. 출신지, 출신국가, 인종, 피부색의 기준은

18) 이 점이 1997년 국민기초생활보장법이 제정되기 전 적용되었던 생활보호법의 문제점으로 지적되었다. 생활보호법은 65세 이상의 노쇠자, 18세 미만의 아동을 보호의 대상으로 하여 연령을 보호의 결정적인 기준으로 적용하였다

혼인과 가족에 있어서도 외국인보호의 요청으로 구체화된다 외국인을 우리 사회에 편입시킬 것인가의 여부는 정책적 판단의 문제이나 일단 외국인을 우리 사회경제질서에 편입시키는 결정을 한 후에는 외국인은 가족형성에 있어서 불이익을 받아서는 안 된다¹⁹⁾.

헌법상의 개별적인 사회적 기본권은 위와 같이 국가인권회법에서 제시된 8개 영역과 관련하여 차별의 문제를 가져올 수 있다. 다음으로 이러한 가능성을 조례나 규칙차원에서 검토하는 문제가 있다.

(3) 조례·규칙 특성에 따른 구체적 검토기준

조례나 규칙차원에서도 차별문제는 발생한다. 그러나 국가법령과는 달리 규율대상이 폭넓지 않기 때문에, 법령에서 나타나는 차별영역이 다소 제한적인 범위에서만 나타나는 특색이 존재한다. 예컨대 출신국가, 인종, 정치적 신조, 피부색 등과 같은 다소 국제적 시각에서의 규율이 필요로 되는 대상영역은 조례나 규칙에서는 거의 발견되지 않는다. 주민의 복리와 관련된 사무를 주로 취급하는 지방자치단체의 특성상 거주지역별 차별이 많이 나타나며, 사회행정영역에서는 가족구성상의 차별이 발견되기도 한다.

(4) 조례나 규칙상 차별기준의 특수성

그러나 일정한 영역에서는 일반적 기준에 의한 차별검토뿐 아니라 세분화된 별도의 검토가 필요하다. 이는 일정한 영역에서의 행위가 정치적 또는 행정적 고려에 의하여 행하여지는 경우가 많기 때문에, 위의 일반적 기준만으로는 차별기준을 정립할 수 없고, 개별적 영역에 상응하는 별도의 차별기준을 정립할 필요가 있는 것이다. 즉, 이때

19) 이 점에 대해서는 예컨대 Rolf Schuler, "Der Einfluss des Europäischen Fürsorgeabkommens auf den sozialhilfe- und aufenthaltsrechtlichen Status der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer", Klaus Barwig/Klaus Lörcher/Christoph Schumacher(편), Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge(Nomos, 1985), 78면 이하 등 참조.

에는 규율되는 대상인 사람 자체에 대한 차별이 문제되는 것이 아니라 행정기관 구성원의 지위별 조직기관별 차별 또는 규범적용상의 차별 등이 문제 된다. 따라서 이에 따른 수정기준이 필요하게 된다.

지위별 차별이나 조직기관별 차별은 조례나 규칙을 적용받는 기관에 대해서 국가법령에 의하여 보장되는 내용보다 불리한 내용의 규율을 받는 경우가 주로 문제시된다. 이는 지방자치단체의 구성기관을 국가기관의 경우와 비교하여 합리적 이유 없이 더 우대 또는 배제하는 조례나 규칙의 경우들을 그 검토대상으로 하는 것이다.

규범적용상 차별은 지방자치단체가 경쟁적으로 자기 지방자치단체에게 유~~리~~는 불리한 내용으로 조례 등을 제정함으로써 결과적으로 조례나 규칙의 차별적 적용이 나타나는 경우를 설명하기 위한 것이다. 특히 법률의 경우는 그 자체로서 헌법상의 평등원칙을 비교대상으로 하여 차별유형을 구체화할 수 있지만 조례나 규칙의 경우는 상위 법령의 취지를 제대로 구체화하지 못하여 결과적으로 차별적인 내용이 규율되는 경우가 많이 발견되었다. 규범적용상 차별의 구체적인 유형으로는, 지방자치단체별로 조례나 규칙의 내용이 차이가 나기 때문에 결과적으로 특정 지방자치단체의 주민이 다른 지방자치단체의 주민과 법령적용상 차별적 대우가 나타나는 경우, 법률에 의할 때에는 보장되는 권리가 조례나 규칙차원에서는 제한되는 내용으로 나타나는 경우, 지방자치단체 장의 책임을 특별한 사유 없이 면책하거나 책임을 제한하는 조례나 규칙의 경우 등을 들 수 있다. 이러한 경우들은 국가인권위원회법상의 18개 유형에 포섭하기 어려운 점이 존재하므로, 규범적용상의 차별이라는 개념 하에서 새로이 설명하고자 하였다.

4. 조례나 규칙의 법령위반 여부의 판단기준

침해조례 또는 규칙은 구체적인 경우에 조례나 규칙이 상위 법령에 위반되는지 여부를 검토하는 것인데, 이 기준을 제대로 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이는 국법체계 전반에 비추어 판단할 문제이나 그 일반적인 기준을 제시하면 다음과

같다²⁰⁾.

- ① 지방자치단체의 사무가 아닌 사무 또는 조례규정 대상사무가 아닌 사무에 관하여 규정한 경우
- ② 명문의 법령에 위반한 경우
 - i) 법령으로 이미 규정하고 있는 규제기준보다 강한 규제내용을 규정한 경우
 - ii) 법령의 위임이 있는 경우 그 위임의 한계를 일탈하여 규정한 경우
 - iii) 법령으로 규정할 것을 명백히 하고 있거나 조례로 규정하는 것을 금지하고 있는 사항을 규정한 경우
 - iv) 조례로써 규정할 사항에 대하여 법령으로 조건 또는 제한기준을 정하고 있는 경우에 있어 그 조건 또는 제한기준을 위반한 경우
- ③ 법령의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과 또는 벌칙을 부과하는 내용을 규정한 경우
- ④ 구체적 규정위반여부는 불명확하더라도 법령의 전체적 입법취지에 맞지 아니하거나, 법령의 전체적 입법취지에 비추어 볼 때 비록 주민의 권리의무나 벌칙과 직결되는 사항은 아니라 하더라도 입법의 소관원칙상 조례가 아닌 상위법령에 규정되어야 할 사항을 규정한 경우

본 연구에서도 일응 이러한 기준에 비추어 대상 조례들을 검토하였고 이때에는 법률우위원칙과 법률유보원칙 위반문제가검토기준으로 작용하였다.

20) 조정찬, 『자치입법실무』, 법제처 행정법제국 27면.

제2장 행정영역별 조례검토

제1절 행정영역의 구별

1. 조례 등의 검토에 있어 행정영역에 따른 분류의 의미

많은 조례나 규칙을 검토하는 작업은 그 자체로도 어려운 것이지만 검토 후에 그 결과를 어떻게 분류할 것인가 하는 점도 쉬운 일이 아니다. 현행 조례나 규칙들을 검토하여 본 결과에 따르면, 서로 유사한 내용의 조례나 규칙들이 비교적 많이 제정되었음을 알 수 있었다. 이는 개별 지방자치단체마다 그 행정수요가 유사한 점도 원인이지만, 다른 측면에서는 다른 지방자치단체의 조례나 규칙을 그대로 원용하여 만드는 이른바 베끼기도 중요한 다른 원인으로 평가하여 볼 수 있다. 이러한 결과로 인하여 조사대상으로 검토한 조례나 규칙은 삼천여개가 넘지만 실제로 문제가 있다고 평가할 수 있는 조례나 규칙은 삼백여개 정도로 압축되는 결과가 발생하였다. 전체적인 평가로는 아직도 조례나 규칙이라는 법령제정 작업의 중요성이 제대로 지방자치단체 차원에서 정착되어 있지 못하다는 인상을 받았고 개별 행정영역의 특성이 반영되지 못하고 제정된 조례나 규칙들도 적지 않음을 알 수 있었다.

일반적인 연구 보고서의 체제를 보면 차별 또는 침해유형별로 검토하는 것이 대체적인 것으로 나타나고 있다. 이는 차별 또는 침해의 구체적 유형을 살펴봄으로써, 현행 법령의 문제점을 용이하게 개관하고 동시에 그 개선책을 효율적으로 마련할 수 있다는 점에 착안한 방식으로 보인다. 그러나 이러한 분류방식은 이미 연구대상영역이 한정되어 있는데서 그 정당성을 찾을 수 있어 보인다. 즉, '장애인 관련법 영역', '외국인 인권법 영역', '사회보장관련법 영역', '여성보호법 영역' 등의 이름에서 보여 주듯, 이미 검토영역이 확정되어 있으므로, 다시 영역을 세분화할 특별한 필요가 없으며, 이에 따라서 차별 또는 침해의 유형에 의하여 고찰하는 것이 훨씬 효율적인 것

이라고 평가할 수 있어 보인다

그러나 조례나 규칙은 그 대상영역이 한정되어 있지 않으며 오히려 매우 다양한 영역을 포함하는 법령이므로, 단순히 개별 영역을 구별하지 않고 차별 또는 침해의 유형에 따라서 고찰하게 되는 경우에는, 전체적인 문제점의 개관이 다소 어려워지는 문제점이 나타나게 된다. 특히 앞에서 언급한 바와 같이 특정 행정영역마다 유사한 조례나 규칙이 제정되어 있다는 현실을 반영한다면 오히려 행정영역별로 고찰하는 방식을 취하는 것이 더 나올 수 있을 것이다. 이에 따라 본 연구에서는 검토한 조례나 규칙들을 개별 행정영역별로 분류하는 것이 실효적이라는 결론을 내릴 수 있었다 이는 개별 지방자치단체의 조례나 규칙들이 행정영역별로 거의 유사한 내용을 담고 있어서, 문제점도 거의 공통적으로 지적될 수 있는 사항들이 많았다는 평가가 기초가 될 수 있다. 따라서 개별 지방자치단체마다 특정 행정영역별로 제정하고 있는 조례나 규칙을 검토하게 되면 그 개선책도 통일적으로 제시할 수 있게 되는 장점도 얻을 수 있게 된다.

2. 행정영역의 분류

행정영역을 어떻게 구별하는가는 다소 논의가 필요하다 일반적인 행정법교재는 개별 행정영역을, 행정조직, 지방자치, 경찰, 공물, 공기업, 급부행정, 공용부담, 토지행정, 환경행정, 경제행정, 재정행정, 문화행정 등으로 나누는 것이 일반적이다²¹⁾. 그러나 이러한 분류에 따라서 검토하게 되면 문제로 되는 모든 조례나 규칙을 통일적으로 설명할 수 없는 문제점이 발견되어 편의상 많이 제정되어 있는 조례나 규칙의 영역을 찾아서 이를 다시 기존 분류방식에 쫓아 재편하는 방식을 취하였다. 이에 따라서 분류된 행정영역은, 일반행정영역, 경찰행정영역, 공물관리영역, 사회행정영역, 환경행정영역, 행정영역, 문화행정영역 등이다. 이러한 개별 행정에 대한 설명에 대해서는 구체적인 행정영역의 조례나 규칙을 검토하면서 제시하도록 하였다.

21) 예컨대 류지태, 『행정법신론』, 제8판, 신영사, 2004 참조

제2절 행정영역별 차별 또는 침해적 조례 검토

또한 개별 행정영역별로 조례를 검토하면서는 침해조례와 차별조례를 나누어서 정리하였다. 실제로는 침해조례의 숫자가 월등히 많이 발견되었는데 이는 지방자치단체가 행정입법의 한계에 대한 문제의식을 제대로 갖지 못한 원인에 기인하는 것으로 분석된다.

제3절 구체적 검토 순서

1. 개관

조례 검토 작업은 우선 (1) 대상 조례내용의 기재 (2) 상위 법령의 내용기재 (3) 유사 지방자치단체의 조례 (4) 차별 또는 침해적 사항여부, (5) 차별 또는 침해적 사항의 위법성여부, (6) 개선방안 순서로 검토하였다.

2. 구체적 작업체계

(1) 인권침해적 검토기준의 적용

침해가 바로 위법으로 볼 수 있는 경우에는 이에 대한 자세한 논리를 제시하도록 하였고, 아울러 자치법규에서 발생될 수 있는 침해의 큰 특징을 설명하였으며, 자치법규 특성에 기인한 나름의 인권침해의 분석 기준을 구체적으로 제시하도록 시도하였다.

(2) 차별 검토기준의 적용

평등원칙에 비추어 본 여러 가지 차별양태를 분류하거나 종합하여 차별로 볼 수 있는 모습들을 설명하도록 시도하였다. 이때에는 조례·규칙의 차별여부의 판단에 있어서 사용될 수 있는 일반적 내용을 보다 자세히 언급하도록 하였다 또한 분류될 수 있는 유형에 따라, 특성에 맞는 구체적 기준을 제시하도록 하였고 유형 분류가 자치법규의 경우 적절치 못하다고 판단되는 경우에는 사유를 자세히 언급하였다 그리고 검토되는 조례·규칙에 대해 어떠한 기준이 있고 이에 따라 개선안의 제시가 이루어진다는 점을 구체적으로 언급하도록 하였다.

제3장 제언

지방자치단체의 위법한 조례나 규칙은 잠재적인 인권침해의 소지를 갖고 있는 법령들이다. 따라서 이러한 규범들은 개선되어야 한다. 이들 위한 방법으로는 여러 가지가 있으나 다음의 방법을 제언하고자 한다

제1절 지방의회의 전문성 제고

우선적으로 지방의회의 전문성이 지금보다 한층 강화되어야 한다 이를 위해서는 지방의회의원을 보조하는 법령지원시스템을 강화할 필요가 있다 국회에서는 최근 입법작업을 지원하기 위한 대책으로 입법지원팀을 구성하는 작업이 진행 중이어서 국회의 전문성은 한층 개선될 전망이다. 지방의회 차원에서도 이러한 개선노력이 필요하며, 이를 위하여 지방의회에도 입법지원대책이 마련되어야 한다 지방자치단체에서는 종전부터 입법보좌관제도의 도입을 주장하여 왔으나 이러한 주장은 국회차원에서 받아들여지고 있지 않다 그러나 이러한 국회의 태도는 타당하지 않다고 본다 법령정비는 국법 전체체계에서 빠짐없이 갖추어질 때에만 그 의미가 있는 것이므로 국회는 지방의회에 대한 막연한 우월논리에 근거하여 지방의회를 무시하는 태도를 전환할 필요가 있다. 현재와 같이 지방자치단체의 법령개선노력이 최종적으로는 국회의 입법조치에 의하여 이루어지는 체제에서는 국회의 의지여부가 문제 해결의 최종 관건이 될 전망이다.

제2절 자체 통제체제의 정비

지방의회에 법령지원체제를 마련하는 안에는 필히 지방의회의 조례 등을 통제하는

체제도 구축할 필요가 있다. 국가차원에서는 법제처 등이 존재하여 제정된 법령 등의 문제점을 통제하는 체제가 갖추어져 있으나 지방자치단체 차원에서는 이러한 자체 통제시스템이 마련되어 있지 않다. 지방의회의 조례제정 등을 통제하는 부서가 지방자치단체 차원에서도 마련되어 무리한 조례가 시행되지 않도록 할 필요가 있을 것이다.

제3절 주민의 감시체제 필요

지방의회의 조례 등은 또한 주민들에 의하여도 감시될 필요가 있다 이를 위하여 현행 지방자치법은 주민의 조례 제정 및 개폐청구권을 보장하고 있다 무리한 조례는 결국은 지방자치단체 주민들의 권익침해만 야기하게 되는 것이므로 이러한 주민의 권리가 적절히 행사될 필요가 있다 그러나 아직 지방자치제의 역사가 일천한 관계로 주민들이 이러한 권리를 행사한 선례는 많이 찾아보기 어려운 상황에 있다 지방자치제가 발전하는 과정에서 필히 발생하는 이러한 위법적인 조례의 통제에 대해서는 종합적인 측면에서 접근할 필요가 있으며 이때에는 주민들과의 협력체제 구축이 중요한 의미를 갖는다고 생각한다.

제2편 구체적인 검토내용

제1장 경찰행정영역

제1절 검토범위

경찰행정영역에서는 개념정의 그대로 소극적인 질서유지를 목적으로 공공의 위해를 방지하는 과업을 수행하는 행정영역을 그 검토범위로 하였다 따라서 위생경찰 보건경찰, 도로경찰, 영업경찰, 환경경찰 등의 영역이 모두 검토대상이 된다

제2절 구체적 검토조례

1. 부산광역시영도구옥외광고물등관리조례

(1) 대상 조례

제12조 6항 : 교육을 위탁받은 자는 구청장이 별도로 정하는 바에 의하여 교육을 수강하거나 그 종업원을 수강하게 하는 옥외광고업자에게 교육비용을 부담시킬 수 있다. 이 경우 교육을 위탁받은 자는 교육비용의 수납 및 집행내역을 구청장에게 지체 없이 보고하여야 한다.

(2) 관련법률

옥외광고물등관리법

제12조 (광고물등에관한교육) ① 시장 군수 구청장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 옥외광고업에 종사하는 자에 대하여 광고물등의 표시 설치에 관한 교육을 실시하여야 한다.

③ 시장 군수 구청장은 제1항에 규정에 의한 교육을 대통령령이 정하는 자에게 위탁하여 실시할 수 있다.

옥외광고물등관리법시행령

제43조 (교육의 위탁) ② 교육의 실시를 위탁받을 수 있는 자의 시설기준 등 교육의 위탁에 관한 사항과 교육실시방법, 수강절차, 교육비용의 징수등에 관하여 필요한 사항은 시·군·자치구 조례로 정한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 조례는 상위 법령의 위임의 취지에 반하여 조례로 규정하지 않고, 구청장이 정하는 내용에 의하여 옥외광고업에 종사하는 자의 교육내용이나 교육비용문제가 결정되는 결과를 야기하고 있다. 이러한 교육은 직업행사의 자유를 위한 전제조건으로서 의미를 갖는 것이므로, 구청장에 의한 교육내용 결정행위는 직업행사의 자유를 침해하는 문제점을 안고 있다.

(4) 침해의 위법성 검토

동 조례의 직접적인 근거가 되고 있는 상위법령은 옥외광고물등관리법 시행령 제33조 제2항이다. 일견 고찰하여 보면, ‘--교육비용의 징수 등에 관하여 필요한 사항은 조례로 정한다--’의 표현에 비추어 동 시행령에 의하여 조례상 행위인 위탁교육자의 교육에 관한 사항의 수권이 주어진 것처럼 보인다. 그러나 동 조례는 시행령으로부터 위임받은 사항인 위탁교육자의 교육 등에 관한 사항을 다시 지방자치단체의 장인 구청장에게 재위임하고 있다. 그러나 재위임의 경우에도 위임의 취지에 비추어 중요한 사항은 규정하고 세부적인 사항만 재위임하는 것이 위임입법의 한계에 비추어 타당할 것이다. 이는 재위임의 한계위반으로서 위법성의 문제를 제기한다. 따라서 결과적으로 동 조례는 옥외광고업에 종사하는 자에 대하여 교육내용에 관한 사항과 관련하여 불리한 법적 지위를 규정하고 있다고 보인다.

교육내용 등에 대하여 동 조례에서 그 내용이 골격에 관한 한 보다 명확히 언급될 필요가 있어 보인다.

(5) 개선방안

조례에 위임된 사항을 지방자치단체의 장이 최종적으로 구체화하는 것은 조례위임의 취지에 부합하지 못한다. 따라서 동 조례에서 시행령에 의하여 위임된 사항이 비교적 구체화될 수 있을 정도의 내용이 명시되는 것이 바람직하여 보인다.

2. 경주시음반비디오물및게임물에관한수수료징수조례

(1) 대상 조례

제2조 (수수료) 법 제27조 제1항의 규정에 의한 비디오물 시청제공업, 일반게임장업 또는 노래연습장업의 등록신청, 법 제28조의 규정에 의한 복합유통·제공업의 신고 또는 등록신청, 법 제31조 제1항의 규정에 의한 비디오물 시청제공업, 일반게임장업, 노래연습장업 또는 복합유통·제공업의 변경신고시 징수하는 수수료는 [별표] 와 같다.

제4조 (기납부 수수료의 불반환) 이미 납부한 수수료는 신청사항을 변경하거나 취소하여도 반환하지 아니한다.

(2) 관련법률

음반·비디오물및게임물에관한법률

제46조 (수수료) ② 다음 각호의 1에 해당하는 신청을 하거나 신고를 하는 자는 시·군·구(자치구를 말한다)의 조례가 정하는 바에 의하여 수수료를 납부하여야 한다.

(3) 유사조례

청주시지형공간정보제공에따른사용료및수수료징수조례

제8조 (납부한 사용료 등의 반환) 이미 납부한 사용료 등은 신청사항을 변경하거나 취소하여도 반환되지 아니하며 정보를 제공받은 자가 자료를 반납할 경우에도 납부한 사용료 등은 반환하지 아니한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 조례는, 이미 납부한 수수료는 신청사항을 변경하거나 취소하여도 반환하지 아니한다고 규정하여, 당사자의 수수료에 대한 재산권을 침해하고 있다고 보인다

(5) 침해의 위법성 평가

위 조례는 이미 납부한 수수료에 대해 신청사항을 변경하거나 취소하여도 반환하지 아니한다고 규정하고 있다. 본 조례의 문제점은 이미 징수된 수수료에 대해 이를 반환하지 않는다고 규정하고 있다는 점이다. 물론 조례의 규정 내용에서는 기 납부된 수수료를 반환할 수 있는 예외적인 경우를 전혀 예상하고 있지 않는 듯하다. 그리고 상위 법령인 음반·비디오물및게임물에관한법률에서는 제46조 제2항에서 일정한 자에 대하여 각 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 수수료를 납부하여야 한다고 규정하고 있으나, 수수료 반환에 대하여는 아무런 언급도 하고 있지 않다.

본 조례에서는, 특별한 이유 없이 납부된 수수료의 반환을 거부하고 있으므로 이는 주민의 권리 제한에 관한 문제로 보인다. 그러므로 이에 대한 명시적인 상위 법령의 위임이 필요하나, 사안의 상위법령인 음반·비디오물및게임물에관한법률은 이에 대해 아무런 언급을 하고 있지 않다. 따라서 사안의 조례는 상위 법령의 위임이 없으므로 위법한 조례로 보는 것이 일응 타당해 보인다.

(6) 개선방안

이미 납부한 수수료에 대해 신청사항을 변경하거나 취소하여도 반환하지 아니한다고 규정하기 위하여는 관련 법률의 위임근거를 마련할 필요가 있다.

3. 충주시주덕농공단지폐수종말처리장운영및비용부담조례

(1) 대상 조례

제15조 (유지관리비의 부담) ④ 입주업체의 부도 및 폐업 등의 여건 변화시 시장은 잔여 입주업체에게 연대보증 성격으로 유지관리비를 추가 부과할 수 있다.

제25조 (권리의무의 승계) 처리구역 내에서 폐수나 오수를 배출하는 시설 및 대지의 소유권 또는 관리권을 취득한 자는 이 규정에 의하여 취득전의 소유자나 관리자에게 발생한 권리의무를 승계한다.

(2) 관련법률

환경개선비용부담법

제17조 (권리의무의 승계) 방지사업부담금의 징수대상이 되는 공장 또는 사업장등을 양수한 자는 당사자간에 특별한 약정이 없는 한 양수전에 이 법에 의하여 양도자에게 발생한 방지사업비용부담에 관한 권리의무를 승계한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 조례는 상위 법령의 위임에 관한 근거없이 연대보증의무의 부과 및 권리의무의 승계에 관한 내용을 통하여 당사자의 재산권을 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 조례 제15조 4항의 위법성문제

본 조례는 제15조 제4항에서 '입주업체의 부도 및 폐업 등의 여건 변화시 시장은 잔여 입주업체에게 연대보증 성격으로 유지관리비를 추가 부과할 수 있다'고 규정함으로써 농공단지의 입주업체 사이에 유지관리비에 대해 연대보증의 의무를 지우고

있다. 문제는 이러한 연대보증의 의무가 입주업체의 권리제한 의무부과, 벌칙에 해당 하는지가 문제시된다. 그리고 해당된다면 적법한 위임에 의해 이 조항이 규정되었는 지 위임이 있다면 조항 그 자체에 입주업체의 권리를 과잉 침해하는 것은 없는지 문 제시되는 것이다.

(가) 유지관리비의 연대보증의 성격

입주업체중 부도나 폐업이 있을 경우 잔여 입주업체에게 유지관리비를 추가로 부과 하는 것은 일종의 의무부과라 할 수 있을 것이다 자신의 책임에 따라 그에 따른 벌 금 등을 부과받는 것이 아니기에 벌칙이라 할 수는 없을 것이고 단지 그러한 의무부 과로 인해 입주업체의 직업수행의 자유 재산권이라는 기본권에 제한을 가져올 수 있 기에 일종의 권리제한의 성격도 갖는다고 할 수 있다 따라서 이러한 의무부과, 권리 제한의 조례를 규정하기 위해서는 지방자치법 제15조 단서에 의해 법률의 위임이 있 어야 한다. 본 조례에서 이러한 위임이 있는지 살펴본다.

(나) 위임이 있는지의 여부

환경개선비용부담법 제2조는 지방자치단체가 환경오염방지사업을 실시할 수 있음 을 규정하고 있고 동법 제3조에서 그에 따른 부담금을 원인자(당해 지역에서 방지사 업의 원인이 되는 사업활동을 하거나 할 것이 확실하다고 인정되는 자)에게 환경오염 방지사업 비용 부담금을 부과 징수할 수 있음을 규정하고 있다 또한 동조 제5항에 서 '방지사업부담금의 산정방법 부과·징수의 방법·절차 기타 필요한 사항은 대통 령령으로 정한다'고 하고 있으며 제20조에서 강제징수를 허용하고 있다 한편 동법 시행령에서는 제19조에서 방지사업에 소요되는 경비의 산정 방법을 제20조에서 원인 자의 환경오염방지사업비용부담금의 총액을 제21조에서 원인자별 비용부담액 결정기 준을 각각 규정하고 있다. 그리고 원인자별 비용부담액 결정기준으로는 환경오염의 원인이 되는 시설의 종류 및 규모, 배출되는 오염물질의 양과 질, 오염물질처리비용, 사업의 종류, 자본금·종업원수·연간제품생산량 및 매출액 등을 감안한 사업규모를 들고 있다.

그런데 본 조례의 제15조 제4항의 연대보증의 규정을 통하여 입주업체 중 부도나 폐업이 있을 경우 기타 업체에게 부담금을 추가로 부가할 수 있다고 함으로써 원인

자별 비용부담액 결정기준의 하나로 입주업체의 부도나 폐업에 따른 연대보증을 추가함으로써 결과적으로 각 원인자가 부담해야 할 부담액을 증가시키고 있다

결과적으로 법률의 위임이 없이 새로운 부담을 입주자에게 부담하고 있으므로 이는 위법하다고 보아야 할 것이다

이에 대해 자치단체가 방지사업을 실시 할 수 있고 그에 따른 부담금을 징수할 수 있다고 한 동법 제2조, 제13조가 이 조항의 위임규정이라고 반론을 제기할 수 있다 지방자치법 제5조 단서에서의 위임은 법규명령과 달리 포괄위임으로도 가능하다는 것을 논거로 들 수 있다. 하지만 이는 단지 확일적으로 '조례로 정할 수 있다고 하여 어떠한 조항이든 규정할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니고 지방자치단체의 포괄적인 자치권을 존중하는 한도에서 구체적인 조항의 개별적인 사유 기본권의 침해정도에 따라 검토되어야 하는 것이다. 다음 항에서 기본권의 침해정도와 공익을 비교하여 이 조항의 위임의 한계일탈여부에 대해 검토하기로 한다.

(다) 기본권의 침해정도와 위임의 구체성

본 조항에서 문제시되는 기본권으로 재산권, 직업선택의 자유, 평등권을 언급했는데 평등권은 큰 문제가 되지 않는다 지방자치제도의 본질상 타 지방과의 어느 정도의 차별은 존재할 수밖에 없고 그것이 어느 한계를 넘지 않는 이상 용인하여야 할 것인바, 본 조항을 가지고 타 지방과의 평등권 침해를 문제 삼기는 힘들 것 같다 본 조항에서 가장 큰 문제가 되는 것은 법률의 위임을 받은 시행령에서 부담금의 기준으로 자신의 여러 관련사항을 언급하고 있는데 조례에서 자신의 책임과는 무관한 타업체의 부도 및 폐업으로 인해 자신의 부담금을 추가로 부담함으로써 재산권에 침해가 가해지고 결과적으로 자신의 직업수행의 자유에도 지장을 초래할 수 있다는 것이다. 입주업체 사이의 연대 보증을 인정해야만할 특별한 공동체관계가 형성되어 있는지도 의문시 될 뿐만 아니라 환경보호라는 공익을 실현하기 위해 그의 수단으로써 부담금의 효율적인 징수를 위해 연대보증 형식을 취한다고 할 수 있지만 그것은 다분히 행정 편의주의적인 발상에 지나지 않는다고 본다 입주업체의 부도나 폐업의 경우에도 원칙적으로 그 업체를 상대로 기존의 부담금 그리고 그 업체로 인한 환경오염예상 비용을 부담해야 하기 때문이고 행정주체의 노력으로 이는 가능하리라 본다 기본적으로 입주업체는 자신의 책임의 범주안에서 부담금을 징수할 의무를 부담할 뿐만 아니라 법률의 위임을 받은 시행령에서도 이를 전제로 규율하고 있으므로 설사

환경보호를 위한 부담금의 효율적인 징수를 더 우선시하여 이를 조례로 두기 위해서는 그 조항 자체의 위헌성 논란은 차치하고라도 법률에 최소한 그러한 형식의 부담금을 징수할 수 있다는 정도의 위임은 있어야 할 것이다

따라서 본 조례 제15조 제4항은 법률의 위임없이 제정된 무효의 조항이다

나. 조례 제25조의 위법성문제

(가) 문제점

본 조례는 제25조에서 ‘처리구역 내에서 폐수나 오수를 배출하는 시설 및 대지의 소유권 또는 관리권을 취득한 자는 이 규정에 의하여 취득전의 소유자나 관리자에게 발생한 권리의무를 승계한다.’고 함으로써 권리의무 승계에 대해 규정하고 있다 이 조항 역시 소유권 또는 관리권 취득자에게 이전의 소유자나 관리자에게 발생한 권리의무를 승계하게 함으로써 일종의 의무부과의 형태를 띠고 있으므로 법률의 위임이 필요함은 물론이다. 이에 환경개선비용부담법 제17조에서 이와 유사한 ‘방지사업부담금의 징수대상이 되는 공장 또는 사업장 등을 양수한 자는 당사자간에 특별한 약정이 없는 한 양수전에 이 법에 의하여 양도자에게 발생한 방지사업비용부담에 관한 권리의무를 승계한다.’는 권리의무 승계의 규정을 둬으로써 일견 적법한 위임에 의해 이루어진 것처럼 보인다. 하지만 양조문을 잘 비교해 보면 조례상에 허점이 드러남을 볼 수 있을 것이다. 양 조문을 차례로 분석, 비교하여 봄으로써 문제를 해결하고자 한다.

(나) 환경개선비용부담법 제17조의 분석을 통한 양자의 비교

본 조례와 비교하여 볼 때 두 규정 모두 권리의무의 승계에 관해 규정하고 있지만 법 제17조의 특징은 크게 두 가지로 나타난다.

- ‘당사자간에 특별한 약정이 없는 한

법 제17조는 방지사업부담금의 징수대상이 되는 공장 또는 사업장 등의 양수자의 권리의무의 승계를 규정하고 있으면서도 이 문구를 통해 일종의 제한을 두고 있다 즉, ‘당사자간에 특별한 약정이 없는 한 양도자에게 발생한 방지사업비용부담에 관한

권리의무를 승계한다고 함으로써 반대로 당사자간에 특별한 약정이 있으면 권리의무의 승계가 이루어지지 않을 수 있다는 해석이 가능케 되어 양수자가 양도인의 부담금의 의무에서 해방될 수 있는 여지를 남겨 놓았다 물론 그에 따른 권리(과다한 부담금의 반환 청구...)가 있을 경우 양도인 측면에서는 약정을 통해 승계하지 않게 할 수 있다. 하지만 본 조례의 제25조에는 이러한 제한 문구가 없다.

따라서 원칙적인 해석론상 당사자의 약정에도 불구하고 권리의무는 양수인에게 이전되고 따라서 약정의 당사자사이의 효력은 불문하고 공법관계상 권리의무는 양수인에게 이전되어, 양수인은 이전 양도인의 의무로부터 해방되는 길은 당사자 사이에서만 찾을 수 있고 양도인 또한 자신의 권리를 무조건 이전해야 되기에 그 권리를 주장하는 방법은 당사자 사이의 약정을 통해 양수인에게만 주장할 수 있다

-방지사업비용부담에 관한 권리의무

법 제17조는 권리의무의 승계에 관해 규정하면서도 그 범위를 한정하고 있다 즉, 동법에서 발생하는 다양한 권리의무 중에서도 방지사업비용부담금에 관한 권리의무로 특정하고 있는 것이다. 따라서 그 외의 권리의무는 이 조항의 해석상 원칙적으로 승계되지 않는다고 봄이 타당할 것이다.

이에 반해 본 조례의 제25조에는 이러한 범위에 관한 제한이 없다. 따라서 본 조례에서 방지사업비용부담이외의 권리의무에 대해서도 승계토록 함으로써 폭넓은 권리의무의 승계를 인정하고 있는 것이다

(다) 양자의 차이로 인한 본 조례 제25조의 법적 문제점

먼저 당사자 약정에 관해 규정을 두지 않음으로써 양수인 입장에서는 양도인의 권리를 무조건 승계 받는 이득은 있을 수 있으나 의무 또한 무조건 승계 받아야 하므로 일종의 권리제한 의무부과에 해당하므로 지방자치법 제5조 단서에 의해 위임이 필요하나, 법률에서는 당사자 사이의 약정에 의해 의무를 승계하지 않을 수 있다고 규정하고 있을 뿐만 아니라 이와 다른 규정을 조례로 제정할 수 있다는 조항도 법률에 없으므로 이러한 측면에서는 제15조 단서에 반해 위법한 것이고 반면 권리를 무조건 취득한다고 하는 것은 일종의 권리획득이므로 동법 제5조 단서가 아닌 본문의 규정이 적용되는데 본문에서는 '법령의 범위 안에서'라고 규정하고 있고 본 사안에서는 상위법령에는 권리취득의 일정제한이 이루어지는데 반해 조례에서 무조건 취득의

가능성을 열어놓아 결국 상위법령에 위반하여 지방자치법 제5조 본문에도 어긋나게 된다. 양도인 측면에서는 무조건적인 권리이전은 제15조 단서의 적용으로 인해 무효, 무조건적인 의무면제는 제15조 본문의 규정을 통해 무효가 될 것이다 그리고 이러한 해석은 권리의무의 승계규정의 차이에도 동일하게 적용되어 양수인 측면에서 부담금 이외의 의무를 승계받는 것은 제15조 단서에 의해, 부담금이외의 사유에 의한 권리도 승계받는 것은 제15조 본문에 의해 각각 무효이고 양도인 측면에서는 부담금이외의 사유에 의한 권리까지도 승계되는 것은 제15조 단서에 의해 부담금이외의 의무까지도 면제되는 것은 제15조 본문에 의해 각각 무효가 된다.

(라) 소결

본 조례 제25조는 지방자치법 제15조 본문과 단서에 각각 위반되어 무효인 조항이다.

(5) 개선사항

본 조례의 의무승계에 관한 규정은 삭제되어야 할 것이다.

4. 제주시수도급수조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 수도법(이하"법"이라 한다)의 규정에 의하여 제주시(이하 "시"라 한다)의 수도요금과 급수장치에 관한 공사비의 부담구분 및 기타 공급조건 등 급수의 적정관리를 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제22조 (권리의무의 승계) ① 급수장치에 관한 권리의무는 당해 급수장치가 설치된 건물 또는 토지 처분에 부수된다.

② 전항의 규정에 의하여 급수장치에 관한 소유 또는 권리권을 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취득전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다. 다만, 사용료에 대하여는 그러하지 아니한다.

(2) 관련법령

수도법

제17조 (수도시설의 관리) ① 일반수도의 수도시설관리권은 일반수도사업자가 이를 가진다. 다만, 급수장치의 수도시설관리권은 대통령령이 정하는 자가 이를 가진다.

② 일반수도사업자는 수도에 관한 기술적인 관리를 하기 위하여 대통령령이 정하는 기준에 적합한 자를 수도시설관리자로 임명하여야 한다.

③ 지방자치단체인 수도사업자는 수도사업을 효율적으로 운영하기 위하여 대통령령이 정하는 전문기관에 수도시설을 위탁하여 운영할 수 있다.

제58조 (권한의 위임 및 위탁) 이 법의 규정에 의한 환경부장관 또는 건설교통부장관의 권한은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 일부를 시·도지사 또는 지방환경관서의 장에게 위임하거나 한국수자원공사에 위탁할 수 있다.

(3) 유사조례

대구광역시수도급수조례

제24조 (권리의무의 승계) ① 급수장치에 관한 권리의무에는 당해 급수장치가 설치된 건물 또는 토지의 처분에 부수한다.

② 제1항의 규정에 의하여 급수장치에 관한 소유 또는 관리권을 취득한 자는 그 취득전에 발생한 권리의무를 승계한 것으로 본다.

인천광역시수도급수조례

제24조 (권리의무의 승계) ① 급수장치에 관한 권리의무는 당해 급수장치가 설치된 건물 또는 토지의 처분에 부수한다.

② 제1항의 규정에 의하여 급수장치에 관한 소유 또는 관리권을 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취득전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다. 다만, 체납요금은 승계하지 아니한다.

광주광역시수도급수조례

제22조 (권리의무의 승계) ① 급수장치에 관한 권리의무는 당해 급수장치가 설치된 건물 또는 토지의 처분에 부수한다.

② 제1항의 규정에 의하여 급수장치에 관한 소유 또는 관리권을 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취득전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다. 다만, 체납요금에 대하여는 그러하지 아니한다.

대전광역시수도급수조례

제22조 (권리의무의 승계) ① 급수장치에 관한 권리의무는 당해 급수장치가 설치된 건물 또는 토지의 처분에 부수한다.

② 제1항의 규정에 의하여 급수장치에 관한 소유 또는 관리권을 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취득전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다. 다만, 체납사용료에 대하여는 승계 하지 아니한다.

울산광역시수도급수조례

제28조 (권리·의무의 승계) ① 급수장치에 관한 권리와 의무는 당해 급수장치가 설치

된 건물 또는 토지의 처분에 부수한다.

② 제1항의 규정에 의하여 급수장치에 관한 소유 또는 권리를 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취득전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다. 다만, 수수료나 사용료는 제외한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 조례는 급수장치에 관한 권리와 의무승계 규정과 관련하여 상위 법령의 위임없이 제정된 문제가 존재하므로, 재산권 침해의 소지가 있다.

(5) 침해의 위법성 평가

가. 문제의 소재

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치사무와 단체위임사무에 관하여서만 조례를 제정할 수 있고, 또한 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법령의 위임이 있어야 한다.

동 조례에서 문제가 되는 것은 급수장치에 관한 소유 또는 관리권을 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취득 전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다는 규정이다. 우리 민법의 사적자치의 원칙상 사인은 원칙적으로 자신이 부담한 채무에 대해서만 책임을 지고 상대방과의 합의 내지 자신의 동의 없이는 타인의 채무를 인수하지 않는데 조례로서 강제적으로 의무의 승계를 규정할 수 있는지가 문제이다. 이것은 주민에 대한 의무부과로서 지방자치법 제15조 단서에 의해서 법률의 유보를 요한다.

나. 재산권법정주의 원칙의 준수 여부에 대한 판단

(가) 재산권 법정주의

헌법 제23조 제1항(모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다)과

제3항(공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되
정당한 보상을 지급하여야 한다)에서는 재산권법정주의를 채택하고 있다

법률유보원칙과 관련하여 재산권을 조례로 제한할 수 있을 것인가의 여부에 대해서는 견
해의 대립이 있다. 제1설은 헌법 제23조 제1항을 엄격하게 해석하여 재산에 관한 규제를 일
체 법률의 전속사항으로 보는 것이고 제2설은 지방의회의 민주적 정당성에 근거하여 조례
에 의한 재산권 규율이 가능하다고 해석하는 것이다. 제3설은 절충적 견해로서 조례를 통
한 재산권의 내용의 형성은 허용되지 않으나 재산권의 행사에 관하여는 조례로써 제한 할
수 있다고 보고 있다

조례는 법률의 하위 규범이지만 주민의 대표에 의하여 의결의 형식으로 제정되므로 공공
필요로 말미암아 부득이한 경우에는 그 사용권만을 일정한 범위 내에서 일시적으로 제한
하는 것은 허용된다고 본다. 그러나 재산권을 제한하는 경우에도 과잉금지의 원칙은 지켜
져야 한다.

(나) 사안에 대한 판단

- 제1설에 따른 경우

동 조례의 상위법이라 할 수 있는 수도법에서는 이러한 자동적인 의무의 승계에 관한 내용
을 정해놓지 않고 있다. 따라서 조례만으로 재산권을 제한 할 수 있을 것인가에 대한 문제
가 등장한다. 위 학설중 제1설에 따른다면 조례만으로는 재산권의 제한이 불가능하므로 이
는 법률유보의 원칙에 위배된다.

- 제3설에 따른 경우

또한 동 조례는 “급수장치에 관한 소유 또는 관리권을 취득한 자는 이 조례에 의하여 그 취
득 전에 발생한 의무에 대하여도 이를 승계한다.”고 규정하여 조례로서 강제적으로 의무의
승계를 정하고 있으므로 이는 재산권의 행사에 대한 규제에 그치는 것이 아니라 재산권의
본질을 제한하고 있는 것이라고 할 것이다. 그러므로 제3설의 견해에 따르는 경우에도 동
조례는 법률유보의 원칙에 위배되게 된다.

- 제2설에 따른 경우

따라서 제2설의 경우에만 위와 같은 조례가 법률유보의 원칙에 위배되지 않는다. 그러나
이 경우에도 비례성의 원칙(과잉금지원칙)은 검토해 보아야 한다. 동 조례의 목적은 급수시

설은 전체 주민의 이익에 공여하는 것이어서 공동으로 유지·관리해야 하고 그에 대한 적절한 유지·관리를 도모하기 위하여는 경비에 대한 채권은 이를 특히 보장할 필요가 있어 급수시설의 특별승계인에게 그 승계의사의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 그 입법의 목적은 정당하며 수단도 적절했다고 보인다고 그러나 특별승계인에 대하여 승계 전 소유자의 사용료를 제외한 모든 의무를 일률적으로 부담시키는 규정은 일면의 구체적 타당성에 치중한 나머지 비례성의 한계를 일탈한 위헌적인 것이며 법적인정성에도 악영향을 끼치게 된다고 할 수 있다 그러므로 제2설에 따르더라도 조례는 과잉금지원칙에 위배되어 위법하다

다. 결론

재산권법정주의에 관련한 세 학설에 따라 모두검토해 보아도 동조례는 법률유보원칙의 위반 혹은 과잉금지원칙에 위배되어 위법하다 따라서 동 조례는 그 부분에 한하여 무효이다.

(6) 개선사항

본 조례중 의무승계에 관한 부분은 삭제되어야 한다.

5. 충북진천군오수분뇨및축산폐수의처리에관한조례

(1) 대상 조례

제20조 (가축사육자의 제한방법) ① 군수는 제18조 제3항 및 제19조의 규정에 위반하여 가축을 사육하는 자에 대하여 가축의 사육금지과 축사의 이전 등 필요한 조치를 명할 수 있다.

② 가축을 사육하는 자가 제1항의 명령을 이행하지 아니할 때에는 군수는 행정대집행법의 절차에 따라 그 이행을 강제할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 행정대집행의 요건에 해당하지 않는 사항을 대집행의 요건으로 하고 있는 점 및 상위 법령의 위임없이 대집행의 가능성을 규정하고 있는 점 등이 가축사육자의 재산권을 침해할 소지가 있다

(3) 침해의 위법성 검토

본 조례에서 특히 문제가 되는 것은 조례 제20조 제2항의 규정이다. 동조는 ‘가축을 사육하는 자가 제1항의 명령을 이행하지 아니할 때에는 군수는 행정대집행법의 절차에 따라 그 이행을 강제할 수 있다고 규정하고 있는 바 이는 법률에는 규정되어 있지 않은 내용이다 따라서 행정대집행의 성격에 비추어 본 규정에 대한 별도의 검토가 필요하다.

행정작용이 일정한 명령을 부과하는 하명행위에 의하는 경우 당사자가 자발적으로 이에 따르지 않는 때에 이를 강제할 필요성이 생기게 되므로 이에 대한 실효성 확보 수단으로서 행정상 강제집행과 행정벌 행정조사 및 기타의 수단들이 마련되어 있다 이 중 “대집행”은 직접적 강제수단인 행정상 강제집행의 일종으로서 “대체적 작위의무”의 불이행의 경우에 당해 행정기관이 의무자가 행할 의무를 스스로 이행하거나 제3자로 하여금 이를 행하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다

본 조례에서는 명령의 이행을 강제하기 위해 행정대집행법의 절차에 따를 수 있음을 규정하고 있는데 이때 가장 문제가 되는 것이 본 조항이 규정하고 있는 의무의 내용이 과연 “대체적 작위의무”인가 하는 점이다.

조례 제20조를 다시 확인해 보면 제2항에 의해 행정대집행법의 절차에 따라 이행이 강제되는 명령의 내용은 '가축의 사육금지'와 '축사의 이전' 등 필요한 조치에 대한 명령이다. 여기서 '가축의 사육금지'는 일반적인 의미에서 생각해 볼 때 부작위의무로 파악될 수 있으며, '축사의 이전'의 경우도 비대체적인 작위의무로서 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다 할 것이다

따라서 이와 같은 의무 위반에 대하여 대집행을 할 수 있도록 규정한 진천군 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한조례의 내용은 행정대집행법의 내용을 위반한 것으로서 위법하다.

또한 본 규정을 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률과의 관계에서 검토해 보더라도, 이는 동 법률의 위임의 한계를 벗어난 위법한 조례 제정일 뿐 아니라 동법이 예정하고 있는 벌칙과 과태료의 부과에 더불어 해당 주민에게 이중의 불이익한 처분을 과하도록 하는 것으로서 지방자치법 제5조 단서에도 위반한 위법한 조례라고 생각한다.

(4) 개선방안

동 조례는 행정대집행법상의 일반적 요건인 대체적 작위의무가 아님에도 불구하고 행정대집행절차를 허용하고 있어 문제가 된다 물론 개별법률 차원에서는 대체적 작위의무가 아니어도 대집행이 허용되고 있는 경우도 존재한다(예컨대 지방재정법 제85조 참조). 그러나 조례차원에서 이와 같이 법률인 행정대집행의 요건상 예외를 규정하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 이를 위하여는 상위 법률인 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률에서 대집행을 위한 근거를 마련하는 것이 필요할 것이다

6. 군산시가축사육제한조례

(1) 대상 조례

제2조 (용어의 정의) 이 조례에서 가축이라 함은 소, 말, 돼지, 염소, 닭, 오리, 개를 말한다.

제4조 (가축사육 제한) ① 제한구역 안에서 가축사육으로 축산폐수를 발생하여 지역주민의 생활환경보전에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정되는 가축사육자에 대하여 축사의 이전 기타 위해의 제거 등 필요한 조치를 명할 수 있다.

② 전항의 경우 축사의 이전을 명하고자 할 때에는 6월 이상의 유예기간을 주어야 하며 이전에 따른 적절한 대책을 강구하여야 한다.

(2) 관련 법률

오수분뇨및축산폐수의처리에관한법률

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

11. "가축"이라 함은 환경부령이 정하는 사육동물을 말한다.

제34조 (가축사육의 제한 등) ① 시장·군수·구청장은 지역주민의 생활환경보전 또는 상수원의 수질보전을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 일정한 지역을 지정하여 그 지역안에서는 가축의 사육을 제한할 수 있다.

오수 분뇨 및 축산폐수의처리에관한법률시행규칙

제8조의 2 (사육동물) 법 제2조 제11호에서 "환경부령이 정하는 사육동물"이라 함은 소·돼지·젓소·말·닭·오리·양 및 사슴을 말한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 가축 사육이 제한되는 범위를 상위 법률보다 확대하여 사육할 수 없는 가축수가 늘어나고 있다 이는 당사자에 대한 재산권 침해의 소지가 존재한다.

(4) 침해의 위법성 평가

본 조례는 법률 제34조 제1항에 의해 지정된 구역 내 가축사육을 금지하기 위해 제정되었는데, 금지되는 가축은 본 법 제2조 제11호를 환경부령 제8조의2가 받아 소·돼지·젓소·말·닭·오리·양 및 사슴으로 제한하고 있는데 반하여, 조례 제2조에서는 소, 말, 닭, 돼지, 염소, 오리, 개로 열거하고 있는 바, 상위법령에 없는 염소와 개를 추가하고 있다. 이에 따라 사육자에게는 사육이 제한되는 가축범위가 늘어나게 되는 결과가 야기되는 바, 이는 법률우위원칙에 어긋나는 것이다. 본 규정들은 주민의 가축사육을 제한하기 위한 것이므로 제한되는 사항은 제한적으로 해석해야 한다. 나아가 제한 목적이 지역 주민의 생활환경보전 또는 상수원의 수질보전이라면 조례 제2조의 가축에서 또한 애완동물 등을 포함시켜 해석할 경우 주민에 대한 지나친 기본권제한이 될 가능성이 있다.

(5) 개선방안

본 조례는 상위 법령의 내용에 맞추어 사육이 제한되는 가축범위를 다시 개정하여야 할 것이다.

7. 보성군국민건강증진법위반자에대한과태료부과징수조례

(1) 대상 조례

제3조 (과태료 및 부과기준) ① 과태료의 부과기준은 별표와 같다.

② 군수가 과태료의 금액을 정함에 있어서는 당해 위반행위의 동기와 그 결과 등을 참작하여야 한다.

별표: 과태료부과기준

1. 일반기준

다. 영업권을 양도 또는 상속할 경우에는 양수인 또는 상속인이 위반행위를 승계한다.

(2) 관련법률

국민건강증진법

제35조 (과태료의 부과·징수절차) ① 제34조의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 보건복지부장관, 시도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 "부과권자"라 한다)이 부과·징수한다.

④ 제2항의 규정에 의한 기간내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분 또는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 담배자동판매기 또는 공중이 이용하는 시설의 영업권을 양수한 자라는 직업을 수행하는 자가, 상위 법령의 위임없이 양도인이 지정장소 이외의 곳에 담배자판기를 설치한 행위, 금연구역과 흡연구역을 구분하지 않은 행위의 결과를 승계하여 양도인이 부담해야 할 과태료를 승계하도록 하고 있어 재산권을 침해할 소지를 내재하고 있다.

(4) 침해의 위법성 평가

가. 문제점

이 조례는 전라남도 보성군에서 국민건강증진법 위반자에 대한 과태료를 부과하기 위해 제정한 것이다. 이 조례에서 문제되는 것은 과태료 부과기준의 일반기준 '다' 항목에 규정한 '영업권을 양도 또는 상속할 경우에는 양수인 또는 상속인이 위반행위를 승계한다.'는 조항의 위법성 여부이다. 이 조항의 법적 성질을 먼저 살펴보고 지방자치법 제15조 단서의 적용을 받을 경우 이의 적법한 위임이 있는지가 문제시된다

나. 위반행위 승계조항의 위법성 여부

본 조례는 국민건강증진법에 근거해 일정 행위에 대해 과태료를 부과하고 있다 즉, 법 제9조 제2항의 규정에 위반하여 담배자동판매기를 설치하여 담배를 판매한 자 법 제9조 제4항의 규정에 위반하여 공중이 이용하는 시설에 금연구역과 흡연구역을 구분 지정하지 아니한 자에 대해 과태료를 부과하면서 그 부과기준 중의 하나로 '영업권을 양도 또는 상속할 경우에는 양수인 또는 상속인이 위반행위를 승계한다'고 하고 있다.

문제는 이러한 위반행위의 승계가 주민의 권리제한 의무부과에 해당하는지가 문제 되고 해당하여 제15조 단서의 적용을 받을 경우 국민건강증진법에 이에 관한 위임이 있는지가 문제된다

(가) 위반행위 승계의 법적 성질

담배자동판매기 또는 공중이 이용하는 시설의 영업권을 양수한 자가 양도인이 지정 장소 이외의 곳에 담배자판기를 설치한 행위, 금연구역과 흡연구역을 구분하지 않은 행위를 승계하여 양도인이 부담해야 할 과태료를 승계하는 것은 자신의 책임이 없기 때문에 일종의 의무부과 권리제한에 해당한다 따라서 이러한 조항을 규정하기 위해서는 이에 관한 위임이 있어야 함은 물론이다.

(나) 위임의 여부

지방자치법 제15조 단서의 경우 포괄적 위임에 의해서도 법률의 위임은 가능하다 따라서 본 조례에서도 지방자치단체장의 과태료 부과 가능성을 제시한 국민건강증진법 제34조, 제35조가 본 조항의 위임근거임을 내세울 수 있다 이는 위반행위 승계를 부과절차, 부과방법상의 하나로 볼 경우이다 하지만 국민건강증진법은 부과대상을 명시적으로 위반한 자로 한정하고 있다 따라서 자신이 직접 위반한지 않은 행위에 대해 과태료를 부과하기 위해서는 그 자체의 위헌성의 논란은 차치하고라도 별도의 위임이 있어야 한다. 따라서 본 조항은 위임이 없으므로 무효의 가능성을 배제 못하는 것이다.

양수인에 대해서는 추가로 행정 명령 등을 통해 담배자판기를 철거할 것을 명령하거나 흡연구역과 금연연구역을 구분할 것을 명령하여 이에 응하지 않을 때 비로소 과태료를 부과할 수 있을 것이다 그렇지 않고 전 위반자의 위반행위를 승계하여 과태

료를 납부하게 하는 것은 전 위반자의 과태료를 쉽게 징수하기 위한 발상에 지나지 않을 것이다.

(5) 개선방안

본 조례와 같이 과태료 승계를 위해서는 관련법률에 위임의 근거가 마련될 필요가 있을 것이다.

8. 옥천군공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

(1) 대상 조례

제5조 (사용료의 고지 및 납부) ① 사용료는 계약시 광고주에게 납부하여야 할 금액, 기한, 장소 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.
② 사용료의 납부기간은 5일로 한다. 단, 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 광고원고 제출일을 납부기한으로 할 수 있다.
③ 광고주가 납부기한까지 사용료를 완납하지 아니한 때에는 계약은 무효를 무효로 한다.

(2) 유사조례

대전광역시서구공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

제5조 (사용료의 고지 및 납부) ① 사용료는 계약시 광고주에게 납부하여야 할 금액, 기한, 장소, 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.
② 사용료의 납부기간은 5일로 한다. 다만 납부기간 이전에 광고원고의 제출일이 도

래한 때에는 광고 원고 제출일을 납부기간으로 할 수 있다.

③ 광고주가 납부기간까지 사용료를 완납하지 아니한 때에는 그 계약은 무효로 하고 6월간 서구청에서 제작하는 발간물에 광고표시를 할 수 없다.

영동군공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

제5조 (사용료의 고지 및 납부) ① 사용료는 계약시 광고주에게 납부하여야 할 금액, 기한, 장소 기타 필요한 사항은 문서로 고지한다.

② 사용료의 납부기간은 고지일로부터 5일로 한다. 단 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 광고 원고 제출일을 납부 기한으로 할 수 있다.

③ 광고주가 납부기한까지 사용료를 완납하지 아니한 때에는 계약은 무효로 하고 6개월간 영동군에서 제작하는 발간물에 광고표시를 할 수 없다.

대전광역시유성구공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

제5조 (사용료의 고지 및 납부) ① 사용료는 계약시 광고주에게 납부하여야 할 금액, 기한, 장소 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.

② 사용료는 납입기한까지 광고주가 납입고지서(별지서식)에 의거 구 금고에 납입하여야 한다.

(3) 관련법률

지방자치법 제130조 제2항

사기 기타 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 액의 5배 이내의 과태료에, 공공시설을 부정 사용한 자에 대해서는 50만원 이하의 과태료에 처하는 규정을 조례로 정할 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 공공발간물 광고주에 대하여 사용료를 완납하지 않는 경우에 지나치게 불이익한 내용을 규정하여 다른 직업에 종사하여 지방자치단체와 계약을 하는 경우

와 비교하여 불리한 대우를 규정하고 있는 것으로 보인다

(5) 차별의 위법성 검토

지방자치법 제127조에 의하면 지방자치단체는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수할 수 있다 그러므로 당 조례에서 대전광역시 서구청장이나 영동군수가 발간하는 공공발간물 중 광고의 게재가 가능한 발간물에 대하여 사용료의 부과징수에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있음은 법률유보의 원칙을 충족시킨다

그러나 당 조례는 제5조 제3항에서 '광고주가 납부기한까지 사용료를 완납하지 아니한 때에는 계약은 무효로 하고 6개월간 서구청, 영동군에서 제작하는 발간물에 광고표시를 할 수 없다'고 규정하고 있다

법률이 조례에 위임한 범위는 지방자치법 제30조 제2항에 의하면, 사기 기타 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 액의 5배 이내의 과태료에, 공공시설을 부정 사용한 자에 대해서는 50만원 이하의 과태료에 처하는 규정을 조례로 정할 수 있다고 규정하고 있으나 대전 서구청이나 영동군 조례에서는 6개월간 발간물에 광고표시를 할 수 없다 하여 과태료와 별개의 제재를 부과하고 있으므로 이러한 내용이 법률이 유보한 범위 이내인지 문제가 된다.

지방자치단체가 광고주가 납부기한까지 사용료를 완납하지 아니한 때에는 민사 계약법의 법리상 계약을 무효로 하고 민법상의 구제를 받을 수 있음에도 이와 별개로 6개월간 서구청이나, 영동군에서 제작하는 발간물에 광고표시를 할 수 없다는 규정을 두는 것은, 주민의 권리를 지나치게 제약하는 규정이라 할 수 있다

(6) 개선 방안

광고가 게재가능한 발간물에 대한 사용료 부과 및 징수는 공법적 성격을 갖는다 이는 사용료 체납시에 과태료 부과나 체납처분이 가능함에서 확인할 수 있다 또한 이러한 사용료 미납시에 발간물에 광고를 표시할 수 없는 제제도 사법상 효과가 아니라 공법적 효과라고 보아야 하므로 이를 위한 별도의 수권규정이 필요하다고 보인다

다른 지방자치단체의 조례에서는 이러한 제재규정이 없음도 이러한 개선방향이 타당함을 보여주는 것으로 평가할 수 있다

9. 김천시도시계획조례

(1) 대상 조례

제19조 (개발행위의 취소등) ① 법 제56조의 규정에 의하여 허가를 받은 자가 다음 각호에 해당할 시 설계변경 및 시설보완을 명하거나 원상회복을 명할 수 있으며, 법 제133조의 규정에 의하여 개발행위허가를 취소할 수 있다.

1. 법 제133조 제1항 제1호 및 제2호
 2. 허가를 받은 자가 허가를 받은 날부터 1년 이내에 공사를 착수하지 아니하는 경우
 3. 허가를 받은 자가 공사를 중단한 날부터 1년 이상 정당한 사유없이 공사를 재개하지 아니하는 경우
 4. 허가를 받은 자가 정당한 사유없이 허가조건을 이행하지 아니하거나, 허가도서와 다르게 시공하는 경우
 5. 2차에 걸쳐 준공을 연기하고 준공하지 아니할 때
- ② 제1항 제2호의 사유로 인하여 개발행위 허가를 취소하고자 하는 경우 허가받은 자가 정당한 이유를 들어 기간연장을 요청하는 때에는 1회에 한하여 1년 이내의 범위안에서 그 기간을 연장할 수 있다.

(2) 관련법률

국토의계획및이용에관한법률

제133조 (법률 등의 위반자에 대한 처분) ① 건설교통부장관, 시·도지사, 시장·군

수 또는 구청장은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 이 법에 의한 허가·인가 등의 취소, 공사의 중지, 공작물 등의 개축 또는 이전 그밖에 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다.

1. 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 자
 2. 부정한 방법으로 이 법에 의한 허가·인가 등을 받은 자
 3. 사정의 변경으로 인하여 개발행위 또는 도시계획시설사업의 계속적인 시행이 현저히 공익을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우의 그 개발행위허가를 받은 자 또는 도시계획시설사업의 시행자
- ② 건설교통부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 제1항 제3호의 규정에 의하여 필요한 처분을 하거나 조치를 명한 때에는 이로 인하여 발생한 손실을 보상하여야 한다.
- ③ 제131조 제2항 내지 제4항의 규정은 제2항의 규정에 의한 손실보상에 관하여 이를 준용한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령에 비하여 개발행위의 허가취소사유를 확대하여 규정함으로써 개발행위자의 개발행위의 가능성을 불합리하게 제약하고 있다 따라서 직업행사의 자유 침해의 소지가 존재한다.

(4) 침해의 위법성 평가

국토의계획및이용에관한법률은 개발행위의 허가(제56조)와 그 허가의 취소(제133조)를 규정하고 있다 이는 다시 지방자치단체의 조례에 의해서 구체화되는데, 김천시도시계획조례 제19조에서는 그 개발허가의 취소를 규정하면서 모법에서 규정한 제133조의 취소사유보다 그 취소사유를 확대하여 규정하고 있다 이는 법령의 범위를 넘어선 조례로서 위법의 소지가 있다 따라서 헌법 제177조 제1항과 지방자치법 제5조 본문의 “법령의 범위 안에서”라고 규정한 한계를 벗어나는 것이다.

(5) 개선사항

본 조례는 모법인 국토의계획및이용에관한법률 제33조의 취지에 따라서 그 사유를 제한적으로 규정하여야 한다. 만일 본 조례를 그대로 유지하려면 허가의 취소사유를 확장할 수 있는 내용으로 법률의 수권근거규정이 필요할 것이다

10. 서울특별시노원구산림법위반과태료부과징수규칙

(1) 대상 규칙

제3조 (부과대상) 과태료의 부과 대상자는 다음 각호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 산림의 보호관리를 위하여 산림행정관서에서 설치한 표시를 이전·훼손 또는 손괴한 자
2. 신고없이 입산통제구역에 입산한 자
3. 정당한 사유없이 산지정화 보호구역내에 오물 또는 쓰레기를 버린 자
4. 산림안에서 불을 이용하여 음식을 짓는 자
5. 화기 및 인화물질 등을 소지하고 입산한 자
6. 산림안에 담배꽂초를 버린 자

(2) 관련법률

산림법

제100조의 3 (산지정화보호구역의 지정 등) ② 시장·군수 또는 지방산림관리청장은 제1항의 규정에 의하여 지정된 산림정화보호구역에 대하여는 산지오염방지 및 자연환경보전을 위하여 필요한 조치를 할 수 있다.

제125조 (과태료) ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 200만원 이하의 과태료에 처한

다.

3. 제100조의2 제1항의 규정에 위반하여 산림안에 오물 또는 쓰레기를 버린 자

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 규칙은 과태료부과 요건을 상위 법령의 범위를 넘어서 규정함으로써 당사자의 재산권을 침해할 소지가 있다

(4) 침해의 위법성 평가

서울특별시노원구산림법위반과태료부과·징수규칙은 제3조에 과태료 징수의 대상을 규정하고 있다. 그리고 모법인 산림법에도 과태료 부과에 대해 규정하고 있다. 그런데 이때 문제가 되는 것은 제3조 각호의 과태료 징수 대상 중3호의 '정당한 사유없이 산지정화 보호구역에 오물 또는 쓰레기를 버린 자이다.

모법에서 제3조 각호의 과태료 징수대상에 대해 규정하고 있지만 제호의 산지정화 보호구역내의 오물투기에 대해서는 규정하고 있지 않기 때문이다. 모법에서는 단지 '산림 안에서' 오물 또는 쓰레기를 버린 경우만 과태료의 대상이 되고 있다.

산림법 제100조의 3에서는 지방자치단체에서 산림정화 보호구역을 지정할 수 있도록 위임하고 있고, 제2항에서는 시장, 군수, 지방산림관리청장은 산림정화 보호구역의 산지오염방지와 자연보호를 위해 필요한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 이때 '필요한 조치'의 범위에 과태료를 부과하는 것도 포함되는지 문제가 된다. 과태료를 부과하는 것과 같이 국민의 기본권을 제한할 수 있는 경우 그 징수에 있어서 요건을 엄격하게 규정해야 한다. 이러한 경우 과태료 부과를 위해서는 상위법령에 위임이 있어야 하는데 이 경우는 그렇지 아니하다. 이 때 말하는 '필요한 조치'란 관리 또는 보존을 위한 소극적인 조치에 국한시켜야 하고 법률의 위임이 없는 한 과태료 부과는 불가능하다고 보아야 한다. 그러므로 산림 안에서 오물 또는 쓰레기를 버린 자에 한 해 과태료를 부과하게 한 산림법의 위임 범위를 벗어나 시장, 군수, 지방산림관리청장이 지정할 수 있는 산림정화보호구역에까지 확대시키는 것은 위법하다 하겠다.

(5) 개선사항

본 규칙은 과태료의 부과요건을 좀더 명확하게 하고, 과태료부과지역을 위임의 범위를 벗어나지 않는 범위 안에서 확정할 필요가 있다

11. 남원시폐기물관련과태료부과징수에관한조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 폐기물관리법 제63조 및 자원의절약과재활용촉진에관한법을 제42조의 규정에 의한 과태료(이하 "과태료"라 한다)의 부과·징수사무에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제6조 (이의제기 및 법원에의 통보) ① 시장의 과태료 처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 20일 이내에 별지 제6호 서식에 의하여 이의를 제기할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 이의가 제기된 때에는 시장은 이를 검토하여 과태료 처분이 정당하다고 인정한 때에는 지체없이 관할 법원에 별지 제7호 서식에 의하여 과태료 처분에 대한 이의가 제시되었음을 통보하여야 하며, 이의를 제기한 자에게도 이의신청에 대한 검토결과와 법원에 통보한 사실을 통지하여야 한다.

(2) 관련 법률

폐기물관리법

제63조 (과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원의 과태료에 처한다.

⑤ 제4항의 규정에 의한 과태료에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터

30일이내에 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 이의를 제기할 수 있다.

자원의절약과재활용촉진에관한법률

제42조 (과태료의 부과·징수) ① 제41조의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 환경부장관·주무부장관 또는 시장·군수·구청장(이하 "부과권자"라 한다)이 부과·징수한다.

② 제1항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 폐기물관련 과태료 부과대상자라는 사회적 신분을 가진 자에게 법률에 의하여 보장된 권리보다 그리고 다른 경우의 과태료고지에 대한 ~~이~~제기기간보다 불합리하게 짧게 규정함으로써 불리한 대우를 예정하고 있다

(4) 차별의 위법성 평가

본 법률의 상위 법률인 폐기물관리법 제63조 제5항과 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제42조 제2항에 의하면 당해 과태료 처분에 대한 이의제기는 처분자에게 30일 이내에 제기할 수 있도록 규정하고 있다 그러나 본 조례 남원시폐기물관련과태료 부과·징수에관한조례 제6조 제1항은 처분의 '고지를 받은 날부터 20일 이내에 ... 이의를 제기할 수 있다'라고 규정하고 있다 즉, 법률상 보장되어 있는 30일이내의 권리가 조례에서는 20일 이내로 축소되고 있는 것이다 이의제기는 당사자의 권리구제수단으로서 기능하는 것이므로, 조례차원에서 법률에 의한 내용보다 제약적일 수 없다. 따라서 본 조례는 법률우위원칙에 반한다.

(5) 개선방안

조례에서의 이의제기기간은 법률의 경우와 마찬가지로 30일 이내로 규정되어야 한다.

12. 제주도감귤생산및유통에관한조례

(1) 대상 조례

제17조 (출하신고) ① 상품용 감귤을 도외로 반출하는 경우에는 품질검사원의 검사를 받고 출하연합회장에게 신고 한 후 출하하여야 한다.
② 동일인이 1일 150kg미만의 감귤을 판매이외의 목적으로 도외에 반출하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.
③ 비상품 감귤을 유통하여서는 아니 된다. 다만 출하연합회장이 승인이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
④ 관광지 등 다중이용 장소, 식품위생법 및 공중위생관리법 규정에 의한 식품접객업이나 공중위생영업을 하는 각각의 사업자는 사업장 이용객에게 감귤의 품위를 떨어뜨리는 비상품 감귤을 제공하여서는 아니 된다
⑤ 출하신고의 절차등에 관한 사항은 규칙으로 정한다.

(2) 관련법령

제주국제자유도시특별법

제50조 (농·임·축·수산물의 수급안정) ① 도지사는 제주도 안에서 생산되는 농·임·축·수산물의 수급안정, 상품성 제고, 유통능률의 향상을 위하여 농·임·축·수산물의 생산조정·출하조정·품질검사 등에 관하여 필요한 조치를 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 '생산조정·출하조정·품질검사 등에 관한 대상품목·방법·절차·필요한 조치 등에 관하여 필요한 사항은 도조례로 정한다.'라고 규정하고 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위법령에 없는 이유를 들어, 감귤 재배업자에게 반출하여 판매하는 행위를 금지하는 규정으로서 직업행사의 자유를 침해할 소지가 존재한다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 문제의 소재

이 조례는 제주도 특산품인 감귤의 품질을 향상, 수급조절 등의 목적으로 제정된 조례이다. 그런데 이 조례 제3장에서는 감귤의 품질관리에 대하여 규정하고 있는데 제17조에서 감귤은 도외반출시 선발과정에서 비상품 감귤을 분류하고 품질관리원의 확인을 받은 후 상품용 감귤에 한하여 출하하여야 하며 감귤을 도외로 반출하고자 하는 자는 출하연합회장에게 신고하여야 하고 비상품용 감귤은 출하연합회장의 승인없이 판매목적으로 도외로 반출할 수 없다고 하고 있다 이는 제주감귤의 품질을 유지하기 위한 것이라고는 하지만 품질관리원에 의하여 상품감귤로 분류된 것만 판매할 수 있고 비상품용 감귤로 분리된 것은 반출하여 판매할 수 없게 하는 것은 지나친 권리제한이 아니냐는 문제와 함께 상위법령에 근거가 있는지가 문제된다

나. 조례 제17조의 위법성 검토

품질검사를 실시하는 것은 제주도 감귤의 품질을 제고하여 상품성을 높이기 위한 것이지만 이는 품질검사를 통과한 상품용 감귤에 대하여 품질인증의 표시를 하거나 우수제품으로 추천하여 판매할 수 있도록 하는 것으로도 충분하다 따라서 제17조는 기본권제한의 필요성의 원칙이 충족되지 않고 있다. 또한 제주국제자유도시특별법제

50조 제2항으로 도 조례에 위임한 사항은 품질검사 등의 절차와 그 과정에서의 조치에 관한 것일 뿐이므로 품질검사를 받지 않거나 품질검사에서 비상품용 골로 분류된 감귤의 판매목적 반출을 금지하고 있는 것을 허용하는 취지는 아니라고 보여진다 따라서 조례 제17조는 상위법령에 근거가 없는 위법한 조례이다

다. 소결

제주도감귤생산및유통에관한조례는 제3장 제11조 내지 제18조에서 품질검사를 받지 않거나 품질검사에서 비상품용 골로 분류된 감귤의 판매목적 반출을 금지하고 있는 규정이 상위법령에 근거가 없고 또한 과도한 수단으로 기본권을 제한하여 비례성의 원리 중 필요성의 요구를 충족시키지 못하므로 위법한 조례이다

(5) 개선사항

동 조례의 반출금지규정은 상위법령과 조화되기 어려우므로 삭제되어야 한다

13. 예천군온천수급수조례

(1) 대상조례

제22조 (관리의무의 승계) ① 온천수의 이용시설을 갖춘 자 또는 공동급수 이용 허가를 받은 자가 변경되었을 경우에는 변경되기 이전의 의무를 승계하는 것으로 본다.
② 전항의 사유가 발생한 경우에 의무승계 받은 자는 7일 이내에 군수에게 신고하여야 한다.

(2) 유사조례

대전광역시유성구온천수급수조례

제16조 (공사시행에 수반한 책임) ① 급수공사 시행에 관한 제3의 이해관계인 등의 이의에 대하여는 당해 공사 신청인의 책임으로 한다.

② 급수공사 시공자는 공사 준공후 2년 이내에 발생한 하자에 대하여는 시공자의 부담으로 이를 보수하여야 한다.

③ 하자보수를 위한 사용자 등의 이의신청, 하자확인 및 시공자의 보수에 관하여는 구청장이 따로 정한다.

④ 구청장이 급수공사를 시행하기 위하여 신청인 소유의 공작물에 손해를 가하였을 경우라도 구청장에게 명백한 귀책사유가 없는 한 그 책임을 지지 않는다.

⑤ 제2항의 하자보증 방법은 현금 또는 보증보험증권, 국·공채 등의 유가증권으로 하며 기타 하자보수에 관하여는 구청장이 따로 정한다.

제22조 (관리 의무의 승계) ① 온천수의 이용시설을 갖춘자 또는 공동급수 이용허가를 받은 자가 변경되었을 경우에는 변경되기 이전의 의무를 승계하는 것으로 본다.

② 전항의 사유가 발생한 경우에 의무승계 받은 자는 7일 이내에 구청장에게 신고하여야 한다.

마산시온천수관리조례

제16조 (공사시행에 수반한 책임) ① 급수공사 시행에 관한 제3의 이해관계인 등의 이의에 대하여는 당해 공사 신청인의 책임으로 한다.

② 급수공사 시공자는 공사 준공후 2년 이내에 발생한 하자에 대하여는 시공자의 부담으로 이를 보수하여야 한다.

③ 하자보수를 위한 사용자등의 이의신청, 하자 확인 및 시공자의 보수에 관하여는 시장이 따로 정한다.

④ 시장이 급수공사를 시행하기 위하여 신청인 소유의 공작물에 손해를 가하였을 경우라도 시장에게 명백한 귀책 사유가 없는 한 그 책임을 지지 않는다.

⑤ 제2항의 하자보증 방법은 현금 또는 보증보험증권, 국공채등의 유가증권으로 하며 기타 하자보수에 관하여는 시장이 따로 정한다.

제22조 (관리의무의 승계) ① 온천수의 이용시설을 갖춘자 또는 공동급수 이용허가를 받은 자가 변경 되었을 경우에는 변경되기 이전의 권리의무를 승계하는 것으로 본다.

② 전항에 의거 사유가 발생한 경우에 권리의무승계를 받은자는 7일 이내에 시장에게 신고하여야 한다.

(3) 관련법령

온천법

제16조 ① 시장·군수는 온천에 대한 적절한 보호와 온천의 효율적인 개발·이용을 도모하기 위하여 특히 필요하다고 인정하는 때에는 법인·단체 또는 개인으로 하여금 공동급수하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 공동급수를 할 수 있는 법인·단체 또는 개인의 자격요건, 공동급수에 따른 사용료 기타 공동급수의 실시에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 온천수의 이용시설을 갖춘 자 또는 공동급수 이용허가를 받은 자가 변경 되었을 경우에는 변경되기 이전의 의무를 승계하는 것으로 본다고 규정하고 있는 바 이는 이용자에게 원칙적으로 자신이 부담하지 않아야 할 금전의 납부 의무를 부과하는 것으로 재산권 침해의 소지가 존재한다.

(5) 침해의 위법성 검토

가. 문제의 소재

예천군온천수급수조례는 예천군이 굴착하여 제공하는 온천수에 대하여 온천수의 급

수 및 사용료 등을 규율하고 있다 이에 따르면 급수권자는 예천군수이고 온천수를 시용하고자 하는 자는 급수신청을 하여 예천군수가 허가한 수량의 범위에서 온천수를 공급받아 사용하여야 한다. 급수공사는 지방자치단체에서 대신해 줄 수 있으나 그에 따른 비용은 사용자가 부담하여야 하고 이 밖에 사용자는 사용료의 부담을 지며 온천수 사용시설에 대한 관리의무를 태만하여 손해가 발생하였을 시에는 이에 대해 책임을 지게 된다. 그런데 제22조는 온천수의 이용시설을 갖춘 자 또는 공동급수 이용허가를 받은 자가 변경되었을 경우에는 변경되기 이전의 의무를 승계하는 것으로 본다고 규정하고 있다 이는 변경 전 시설이용자의 공사비정산의무나 체납된 사용료의 납부의무를 변경된 이용자가 그대로 부담한다는 것인데 이는 이용자에게 원칙적으로 자신이 부담하지 않아야 할 금전의 납부의무를 부과하는 것으로 법령의 근거가 있는지 문제된다.

나. 조례 제22조의 법적 근거 여부

제22조는 관리의무의 승계를 규정하고 있다 이는 사용자 또는 급수허가자가 바뀔 경우에 이전 사용자의 의무를 승계한다는 것이다 물론 기존 시설에 대한 선량한 관리자의 주의의무 및 변경후의 사용료 납부의무 등은 당연히 변경된 이용자가 진다고 보아야 할 것이다. 그러나 이전 사용자가 부담했던 시설의 설치에 대한 정산비용이나 체납한 사용료 등에 대하여도 변경 후 사용자가 이를 부담한다고 보는 것은 중대한 의무부담이다.

그런데 상위법령인 온천법에서는 제6조에서 의무의 승계에 관한 위임규정은 보이지 않는다. 따라서 조례 제22조는 법령의 근거가 없다.

다. 소결

예천군온천수급수조례는 제22조가 상위법령의 위임없이 변경 사용자에게 재산상의 의무를 지게 하여 위법한 조례이다

(6) 개선사항

동 조례는 온천법상에서 위임근거를 찾기 전에는 그 효력을 유지하기 어려워 보인다. 삭제하는 것이 타당하다.

14. 서울특별시농산물잔류농약검사및이에따른손실보상등에관한조례

(1) 대상조례

제4조 (유통중지) ① 시장은 제3조 제2항의 규정에 의한 정밀검사결과가 나올 때까지 식품위생법 제56조 제1항에 의하여 당해 농산물을 유통중지하게 할 수 있다.

② 시장은 제1항의 규정에 의하여 유통 중지된 농산물의 품질이 유지될 수 있도록 소유자로 하여금 필요한 조치를 하게 하거나, 직접 필요한 조치를 할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령에 근거없는 농산물의 유통중지라는 수단을 규정하여 농산물 판매자의 직업행사의 자유를 침해할 소지가 있다

(3) 침해의 위법성 검토

가. 조례 제4조의 법률근거 여부

동 조례 제4조는 간이검사에서 양성반응을 보인 농산물에 대하여 시장이 유통중지를 명할 수 있다고 규정하고 있는데 이는 정밀검사가 나오기 전의 일종의 사전처분과 같은 성질을 가진다. 그런데 상위법인 식품위생법 제5조 제1항에서는 식품위생기

준에 적합하지 아니하게 영업을 하는 자와 기타 이 법을 지키지 아니하는 자에 대하여 필요한 시정을 명하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 위생기준에의 적합 판정여부가 나기 전의 사전 유통중지처분에 대하여는 규정하고 있지 않다 필요한 시정을 명령하는 경우에도 이는 당사자에게 불이익한 처분이므로 그 유형을 구체화하여야 하는 것이 필요하다. 유통중지는 그 자체로서 영업을 제한되는 효과를 발생하므로 이를 조례 차원에서 규율하기 위하여는 명확한 위임의 수권근거가 필요하다 따라서 조례 제4조는 상위법령에 규정이 없는 제재적 조례로서 위법하다

나. 소결

서울특별시농산물잔류농약검사및이에따른손실보상등에관한조례는 그 내용이 상위법령의 근거 없는 유통중지처분을 규정하고 있어 위법한 조례이다

(4) 개선사항

유통중지를 위하여는 별도의 수권근거가 필요하다 따라서 동 조례의 내용은 개정되어야 한다.

15. 서천군도시계획조례

(1) 대상조례

제38조 (공원 등에 인접한 대지에 대한 용적률의 완화) 영 제85조 제4항의 규정에 의하여 준주거지역 중심상업지역 일반상업지역 근린상업지역 전용공업지역 일반공업지역 또는 준공업지역안의 건축물로서 다음 각호의 1에 해당하는 경우 교통 방화 및 위생상 지장이 없다고 인정되는 때에는 그 용적률을 도시계획위원회의 심의를 거쳐 다음 각호의 규정에 의하여 산정한 비율 이하로 할 수 있다.

1. 공원 광장(교통광장을 제외한다) 하천 그 밖의 건축이 금지된 공지에 접한 도로를 전면도로로 하는 대지안의 건축물이 공원 광장 하천 그 밖에 건축이 금지된 공지에 20미터이상 접한 대지안의 건축물 : 제36조 각호의 규정에 의하여 정한 해당 용도지역안에서의 용적률에 130퍼센트를 곱한 금액

(2) 관련법령

국토의계획및이용에관한법률

제78조 (용도지역안에서의 용적률) ① 제36조의 규정에 의하여 지정된 용도지역안에서 용적률의 최대한도는 관할구역의 면적 및 인구규모, 용도지역의 특성 등을 감안하여 다음 각호의 범위안에서 대통령령이 정하는 기준에 따라 특별시·광역시·시 또는 군의 조례로 정한다.

1. 도시지역

- 가. 주거지역 : 500퍼센트 이하
- 나. 상업지역 : 1천500퍼센트 이하
- 다. 공업지역 : 400퍼센트 이하
- 라. 녹지지역 : 100퍼센트 이하

국토의계획및이용에관한법률시행령

제85조 (용도지역안에서의 용적률) ① 법 제78조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 용적률은 다음 각호의 범위안에서 관할구역의 면적, 인구규모 및 용도지역의 특성 등을 감안하여 특별시·광역시·시 또는 군의 도시계획조례가 정하는 비율을 초과하여서는 아니된다.

- 6. 준주거지역 : 200퍼센트 이상 500퍼센트 이하

④ 법 제78조제4항의 규정에 의하여 준주거지역·중심상업지역·일반상업지역·근린상업지역·전용공업지역·일반공업지역 또는 준공업지역안의 건축물로서 다음 각호의 1에 해당하는 건축물에 대한 용적률은 경관·교통·방화 및 위생상 지장이 없다고 인정되는 경우에는 제1항 각호의 규정에 의한 해당 용적률의 120퍼센트 이하의 범위안에서 특별시·광역시·시 또는 군의 도시계획조례가 정하는 비율로 할 수 있다.

1. 공원·광장(교통광장을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)·하천 그 밖에 건축이 금지된 공지에 접한 도로를 전면도로로 하는 대지안의 건축물이나 공원·광장·하천 그 밖에 건축이 금지된 공지에 20미터 이상 접한 대지안의 건축물

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 조례는 상위법령인 국토의계획및이용에관한법률 시행령상에서 규정하고 있는 용도지역안에서의 용적률 완화한도인 120%보다 완화하여 130%의 범위 안에서 건축할 수 있도록 하여, 결과적으로 다른 지역의 조례보다 우대하고 있다 이때의 차별사유는 국가인권위원회법상의 18개 항목을 적용하기는 어려우며, 따라서 규범적용상의 우대를 새로운 기준으로 사용하는 것이 필요하다고 보인다

(4) 차별의 위법성 평가

전체적으로 볼 때, 서울특별시도시계획조례(종로구, 광진구, 용산구, 도봉구, 서대문구, 마포구, 양천구, 금천구, 영등포구, 송파구, 강동구)의 경우 자세한 용적률에 대한 세부기준을 조례로 정하지는 않고 있다 반면에 대구광역시도시계획조례, 부산광역시도시계획조례, 광주광역시도시계획조례, 대전광역시도시계획조례, 울산광역시도시계획조례, 경기 부천시도시계획조례의 경우는 건폐율과 용적률의 경우 시행령의 범위안에서 세부적으로 규정하고 있다

가. 법률우위의 원칙과 조례의 관계

법률우위의 원칙은 조례에도 당연히 적용되는 바 법률에서 정함이 없는 사항에 대

해서는 조례로 제정할 수 있다는 법률선점이론도 법률의 우위의 원칙의 한 표현이다
법률선점 이론의 구체적 내용은 다음과 같다

① 법령에 명시적인 규정이 없는 사항(법령상 공백)을 조례로 정하는 경우에는 헌법
원칙과 기본권, 그리고 개별법령상의 법원칙을 위반하여서는 안된다

② 법령에 명시적인 규정이 있는 사항을 조례로 정하는 경우에는 구분하여 검토할
필요가 있든 바, (i) 입법목적이 상이하다면 ①의 기준이 적용되어야 한다. (ii) 입법
목적이 동일하다면 두가지로 구분할 필요가 있다 ㉠ 법령상 규정대상 이외의 사항을
규정하는 경우(추가조례) 수익적 행정의 경우에 재정법상 문제가 없으면 일반적으로
규율이 가능하지만 침익적 행정의 경우에는 당연히 지방자치법 제5조 단서의 적용
을 받는다. ㉡ 규제행정에서 법령상 요건을 넘어선 사항을 규정하는 조례(초과조례)는
인정할 수 없다. 다만 그 법령의 규정내용이 기준을 제시하고 있다면 그 기준에 따르
면 된다.

나. 법률우위원칙 위반여부

국토의계획및이용에관한법률시행령 제85조 제4항의 규정에 의하면 '법 제78조 제4
항의 규정에 의하여 준주거지역·중심상업지역·일반상업지역·근린상업지역·전용공업지
역·일반공업지역 또는 준공업지역안의 건축물로서 공원광장, 하천 그 밖에 건축이
금지된 공지에 접한 도로를 전면도로로 하는 대지안의 건축물이나 공원광장·하천 그
밖에 건축이 금지된 공지에 20미터 이상 접한 대지안의 건축물에 대한 용적률은 경
관·교통·방화 및 위생상 지장이 없다고 인정되는 경우에는 제항 각호의 규정에 의한
해당 용적률의 120퍼센트 이하의 범위안에서 특별시·광역시·시 또는 군의 도시계획조
례가 정하는 비율로 할 수 있다'고 정하고 있다 그러나 서천군 도시계획 조례 제38
조는 영 제85조 제4항에서는 해당 용도지역 안에서의 용적률에 130퍼센트를 곱한 금
액으로 하도록 규정함으로써 국토의계획및이용에관한법률 시행령 제85조 제4항 규정
에 위반되고 있다.

(5) 개선사항

동 조례는 상위법령인 국토의계획및이용에관한법률 시행령에 맞는 내용인 완화되는

용적률 120%의 범위안의 내용으로 다시 개정될 필요가 있다

16. 서울특별시성북구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례

(1) 대상조례

제2조 (지정기준 및 대상) 청소년통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음 각호의 1과 같다

1. 청소년통행금지구역

가. 윤락행위가 행해지거나, 행해질 우려가 있는 지역

나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정하는 지역

2. 청소년통행제한구역

가. 청소년 유해업소가 밀집된 구역

나. 청소년 유해매체물, 악물등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행하여지거나 행하여질 우려가 있는 구역

다. 관할지역 주민 1,000명이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역

라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정하는 지역

(2) 유사조례

서울특별시강서구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 및 대상) 청소년통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음 각호의 1과 같다.

1. 청소년통행금지구역

가. 윤락행위가 행해지거나 행해질 우려가 있는 지역

나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 강서구청장(이하 "구

청장"이라 함)이 인정하는 지역

2. 청소년통행제한구역

가. 청소년유해업소가 밀집된 구역

나. 청소년유해 매체물, 약물 등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행하여 지거나 행하여질 우려가 있는 구역

다. 관할지역 주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역

라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 구청장이 인정하는 지역

서울특별시영등포구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 및 대상) ① 청소년 통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음 각호와 같다.

1. 청소년 통행금지구역

가. 윤락행위가 행해지거나, 행해질 우려가 있는 지역

나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 영등포구청장(이하 "구청장"이라 한다)이 인정하는 지역

2. 청소년 통행제한구역

가. 청소년 유해업소가 밀집된 구역

나. 청소년 유해매체물, 약물 등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행하여 지거나 행하여질 우려가 있는 지역

다. 관할 지역주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역

라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 구청장이 인정 하는 지역

서울특별시종로구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 및 대상) 청소년통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음 각호의 1과 같다.

1. 청소년통행금지구역

가. 윤락행위가 행하여지거나, 행하여질 우려가 있는 지역

나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정되는 지역

2. 청소년통행제한구역

- 가. 청소년 유해업소가 밀집된 지역
- 나. 청소년 유해매체물, 약물 등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행하여지거나 행하여 질 우려가 있는 지역
- 다. 관할 지역 주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역
- 라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정되는 지역

서울특별시중구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 및 대상) 청소년통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음 각 호와 같다.

1. 청소년통행금지구역
 - 가. 윤락행위가 행해지거나, 행해질 우려가 있는 지역
 - 나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정하는 지역
2. 청소년통행제한구역
 - 가. 청소년 유해업소가 밀집된 지역
 - 나. 청소년 유해매체물, 약물 등의 판매·대여·유통·제공 행위가 빈번히 행하여지거나 행해질 우려가 있는 지역
 - 다. 관할동 지역주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역
 - 라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정하는 지역

(이하 용산구, 광진구, 동대문구, 마포구, 금천구의 조례도 그 내용이 동일함)

부산광역시서구청소년통행금지구역등의지정및운영에관한조례

부산광역시동구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 및 대상) 청소년통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음과 같다

1. 청소년통행금지구역
 - 가. 윤락행위가 행해지거나, 행해질 우려가 있는 지역
 - 나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정되는 지역
2. 청소년통행제한구역

- 가. 청소년 유해업소가 밀집된 구역
- 나. 청소년 유해매체물, 약물등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행해지거나 행해질 우려가 있는 구역
- 다. 관할 지역 주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역
- 라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정되는 지역

부산광역시해운대구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 대상) ① 청소년통행금지구역의 지정기준 대상은 다음 각호의 1과 같다.

- 1. 윤락행위가 행해지거나 행해질 우려가 있는 지역
- 2. 주변여건의 급격한 변화로 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정되는 지역

② 청소년통행제한구역의 지정기준 대상은 다음 각호의 1과 같다.

- 1. 청소년 유해업소가 밀집된 지역
- 2. 소년 유해매체물, 약물 등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행하여지거나 행하여질 우려가 있는 지역
- 3. 관할 지역 주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역
- 4. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정되는 지역

대구광역시중구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례

제2조 (지정기준 및 대상) 청소년통행금지구역 등의 지정기준 대상은 다음 각호의 1과 같다.

- 1. 청소년통행금지구역
 - 가. 윤락행위가 행해지거나 행해질 우려가 있는 지역
 - 나. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정하는 지역
- 2. 청소년통행제한구역
 - 가. 청소년 유해업소가 밀집된 구역
 - 나. 청소년 유해매체물, 약물 등의 판매·대여·유통·제공행위가 빈번히 행하여지거나 행하여질 우려가 있는 구역

다. 관할 지역 주민 1,000명 이상이 연명으로 통행제한구역으로 지정하여 줄 것을 요구하는 지역

라. 기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정하는 지역

(3) 관련법령

청소년보호법

제25조 (청소년통행금지·제한구역의 지정 등) ① 지방자치단체는 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 경우 청소년에게 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있는 구역을 청소년통행금지구역 또는 청소년통행제한구역으로 지정하여야 한다.

② 지방자치단체는 청소년범죄 또는 탈선의 예방등 특별한 이유가 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 특정시간을 정하여 제1항의 규정에 의해 지정된 구역에 청소년의 통행을 금지하거나 또는 제한할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 청소년통행금지·제한구역의 구체적인 지정기준과 선도 및 단속방법 등은 조례로 정하여야 하며, 이 경우 관할경찰관서 및 학교 등 해당지역내의 관계기관과 지역주민의 의견을 반영하여야 한다.

④ 지방자치단체 및 관할경찰서장은 청소년이 제2항의 규정에 위반하여 청소년통행금지·제한구역을 통행하고자 하는 때에는 그 통행을 저지할 수 있으며, 통행하고 있는 청소년에 대하여는 해당구역밖으로 퇴거시킬 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 조례는 청소년의 일반적 행동의 자유를 제한하는 내용을 포함하고 있으나 그 구체적인 제한요건이 불명확하여 청소년의 일반적 행동의 자유를 침해하는 문제점을 야기할 수 있다.

(5) 침해의 위법성 평가

가. 성북구청소년통행금지조례제정의 법적 근거

위 성북구 조례의 법적 근거는 청소년보호법 제25조에 근거하고 있다. 특히 동조 제3항은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 청소년통행금지·제한구역의 구체적인 지정기준과 선도 및 단속방법 등은 조례로 정하여야 하며 이 경우 관할경찰관서 및 학교 등 해당지역내의 관계기관과 지역주민의 의견을 반영하여야 한다고 규정하고 있다

나. 동 조례 제2조의 위법성 여부

위 조례의 제정자체는 그 목적의 정당성이나 수단의 적합성 등에 있어서는 타당하다고 생각한다. 하지만 지정대상 기준 중 제1호의 나목 '기타 청소년의 출입이 청소년에게 심각하게 유해하다고 인정하는 지역'과 제2호의 라목 '기타 청소년의 출입이 청소년에게 유해하다고 인정하는 지역'은 지나치게 개념이 넓고 명확하지 않아서 이를 확정할 기관인 성북구청에 너무 많은 재량여지를 주는 규정이다 이것은 모법의 위임 규정이 비록 포괄적이기는 하나 본 조례의 형성내용은 균형성을 상실한 규정이므로 중대한 기본권인 신체의 자유에 대한 과도한 제한이라고 판단된다 이는 신체의 자유의 구속을 위해서 필요한 법률상의 근거를 이탈한 것으로 법률유보원칙을 벗어난 위법한 조례라고 생각한다.

동 조례 제2조의 제1호 나목과 제2호 라목은 명확성원칙에 위배되어 위임입법의 한계를 이탈하였다. 따라서 신체의 자유에 대한 과도한 제한이 되고 법률유보원칙에 대한 중대한 침해로서 위법한 조례이다.

(6) 개선사항

동 조례에서 불명확하게 하고 있는 조항은 그 자체로서 당사자의 기본권을 제한할 가능성을 내포한다. 따라서 이 조항은 명확성을 담보할 수 있는 정도의 내용으로 개정될 필요가 있다.

17. 철원군환경보전지역내지목이대인토지에식품접객업및위락·숙박시설의 설치에관한조례

(1) 대상조례

제5조 (식품접객업·위락·숙박시설의 설치제한 특례) 군수는 제4조의 규정에도 불구하고 인근 지역의 미풍약속 및 주민정서 등을 고려하여 식품접객업·위락·숙박시설의 설치가 바람직하지 아니하다고 판단될 경우에는 설치를 제한할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 식품접객업 등의 설치를 '주민정서 등을 고려하여 등과 같은 불명확한 표현에 의하여 제한하여 직업행사의 자유를 침해하는 문제가 존재한다

(3) 침해의 위법성 평가

당 조례는 제4조에서 자연환경보전지역내 지목이 대인 토지에 식품접객업 위락·숙박시설을 설치할 수 있는 지역을 규정하고 있으나 제5조에서 군수는 제4조의 규정에도 불구하고 인근 지역의 미풍약속 및 주민정서 등을 고려하여 식품접객업·위락·숙박시설의 설치가 바람직하지 아니하다고 판단될 경우에는 설치를 제한할 수 있다고 하여 군수에게 식품접객업·위락·숙박시설의 설치를 제한할 권리를 주고 있다 이는 주민의 권리를 제한하는 규정이라 할 것인데 그 요건에 있어서 '인근 지역의 미풍약속 및 주민정서 등을 고려하여'라는 추상적이고 불명확한 기준을 설정함으로써 군수의 자의적인 권한 행사의 위험이 있다고 하겠다

(4) 개선사항

따라서 동 조항의 내용은 좀 더 명확한 내용으로 개정될 필요가 있다

18. 대구광역시달서구숙박시설건축허가심의에관한조례

(1) 대상조례

제2조 (심의대상) ① 구청장은 다음 각호의 1에 해당하는 숙박시설의 건축허가신청을 받은 때에는 대구광역시달서구건축위원회(이하 위원회라 한다)에 상정하여 건축 허가의 적정성 여부를 심의하도록 하여야 한다.

1. 공동주택(30세대이상인 아파트 연립주택을 말한다) 및 학원이 신청대지의 경계로부터 직선거리 100미터 이내에 있는 경우.

2. 숙박시설과 위락시설을 동일한 건축물에 건축하고자 하는 경우

3. 숙박시설의 형태가 다음 각목의 1에 해당하는 것으로서 주거환경이나 도시미관을 저해할 우려가 있다고 인정되는 경우

가. 지붕(옥상에 설치하는 시설물을 포함한다)의 형태가 성곽·첨탑·원뿔형 모양 또는 이와 유사한 모양인 것

나. 건물의 외부에 노출되는 시설물의 형태가 혐오감을 주는 모양 및 문양인 것

4. 숙박시설의 기준이 다음 각목의 요건을 갖추지 아니함으로써 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 경우

가. 이용객의 접근이 용이하도록 노출된 후론트데스크 및 휴게시설을 갖춘 현관 로비의 면적이 40㎡ 이상인 것

나. 객실(욕실을 포함한다)의 1실당 면적이 22㎡이상인 것

(2) 관련법령

건축법

제8조 (건축허가) ⑤ 허가권자는 위락시설 또는 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가 하는 경우 당해 대지에 건축하고자 하는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경을 감안할 때 부적합하다고 인정하는 경우에는 이 법 또는 다른 법률의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 건축허가의 불허가 사유로서 너무 불명확한 표현을 사용하여 숙박업자나 건설업자의 직업행사의 자유를 침해할 소지가 있다

(4) 침해의 위법성 평가

이 조례에서 문제되는 부분은 제2조 심의 대상 부분이다. 이 조례의 근거 법률인 건축법 제8조 제5항의 규정에 의하면, 허가권자인 구청장이 건축법 제8조 제5항의 규정 취지상 건축허가가 부적합하다고 인정되는 경우에 심의에 회부하고 나아가 건축허가도 않을 수 있게 하고 있다.

그러나 해당 조례 규정 내용을 살펴보면 제3호에서는 지붕의 형태가 성곽·첨탑·원뿔형 모양 또는 이와 유사한 것으로서 도시 미관을 저해할 우려가 있다고 인정되는 경우라 규정하고, 제4호에서는 숙박시설의 다음과 같은 요건 즉 이용객의 접근이 용이하도록 노출된 후론트데스크 및 휴게시설을 갖춘 현관로비 면적 40 제곱미터 이상일 것을 갖추지 않음으로서 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 경우로서 규정하고 있다 이는 조례로서, 노출된 데스크와 현관로비 면적의 요건을 선량한 풍속을 해할 우려가 있다는 주관적, 포괄적인 요건과 함께 묶어서 제시하고 있는 등 규제권한의 위임 없이 조례가 과도하게 권리를 제한하고 있는 것에 해당한다. 심의를 거쳐 건축허가를 하지 않게 될 경우도 생길 수 있는데 이 경우에는 해당 숙박 시설을 이용하여 숙박업을 하려는 숙박업자의 직업의 수행의 자유를 침해하게 되고, 또한 이러한 분쟁을 피하기 위해 규제 대상인 형태의 건축을 아예 피하게 될 수

도 있으므로 이 경우에는 넓게 건설업자의 직업수행의 자유 표현의 자유도 침해된다고 볼 수 있다.

이 조례는 법률에서 규정한 권한범위를 넘어서 주민의 권리를 제한하고 있으므로 법률위헌위반에 위반하여 기본권을 침해한 위법한 조례이다

(5) 개선사항

노출된 데스크와 현관로비 면적의 요건을 선량한 풍속을 해할 우려가 있다는 주관적, 포괄적인 요건과 함께 묶어서 제시하고 있는 부분은 운영상 자의적 소지의 위험을 내포한다 좀 더 명확한 표현으로 개정될 필요가 있다고 보인다

19. 연기군폐기물관리조례

(1) 대상조례

제9조 (폐기물처리업 허가등) 폐기물관리법 제26조 규정에 의한 폐기물처리업 허가를 받고자하는 자는 허가를 신청할 수 있다. 다만 폐기물처리사업의 원활을 기하기 위하여 사업장 주변의 여건, 도로교통 사항, 주변환경에 미치는 영향, 기존 업체와의 관계, 폐기물의 효율적 관리 등 종합적으로 고려하여 필요하다고 인정하는 경우에는 허가를 제한할 수 있다.

(2) 유사조례

용인시폐기물관리예관한조례

제17조 (폐기물처리업 허가) ① 폐기물관리법 제26조의 규정에 의한 폐기물처리업

허가를 받고자 하는 자는 허가를 신청할 수 있다. 다만, 시장은 폐기물처리 사업의 원활을 기하기 위하여 사업장 주변의 여건, 도로 교통사항, 주변 환경에 미치는 영향, 기존업체의 처리 능력등을 종합적으로 고려하여 필요하다고 인정하는 경우에는 허가를 제한할 수 있다.

② 시장은 폐기물 처리업무상 필요하다고 인정하는 경우에는 법 제26조의 규정에 의한 허가업자에게 폐기물의 수집·운반·처리에 필요한 인력, 장비, 시설등을 추가 확보하도록 명할 수 있다.

(3) 관련법령

폐기물관리법

제26조 (폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 "폐기물처리업"이라 한다)으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 폐기물처리사업계획서를 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 환경부장관에게 제출하고, 그밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

⑥ 환경부장관 또는 시·도지사는 제3항의 규정에 의하여 허가를 함에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 따라 필요한 조건을 붙일 수 있다. 다만, 영업구역의 제한은 생활폐기물의 수집·운반업에 한한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 일정한 단계의 신뢰보호를 구축한 폐기물처리업 허가 신청권자의 허가를 다시 제한할 수 있도록 하여, 실질적으로 허가 신청권자의 직업행사의 자유가 침해될 수 있는 가능성이 존재한다.

(5) 침해의 위법성 평가

가. 문제의 소재

연천군폐기물관리예관한조례는 폐기물처리업을 하고자 하는 자가 폐기물처리법 제26조 상의 허가신청을 한 경우“폐기물처리사업의 원활을 기하기 위하여 사업장 주변의 여건 도로교통 사항, 주변환경에 미치는 영향, 기존업체와의 관계, 폐기물의 효율적 관리 등 종합적으로 고려하여 필요하다고 인정하는 경우에는 허가를 제한 할 수 있다고 규정하고 있다.

폐기물처리법상의 허가에 재량이 인정된다면 조례를 통해 허가여부에 대한 제한을 가하는 것도 가능할 것이다. 그것이 가능한지를 판단하기 위해서는 ‘허가’의 의미에 관한 검토가 우선되어야 한다. 또한 허가여부에 대한 제한까지도 가능하다고 규정한 조례가 허가를 하면서 조건을 붙을 수 있다는 것만을 규정한 상위법령에 위배되는 것은 아닌지도 검토 대상이 될 것이다.

나. 허가의 의미

(가) 폐기물처리법상 허가의 의미

강학상 허가란 일반적 금지를 특정의 경우에 특정의 상대방에게 해제하여 적법하게 일정한 행위를 행할 수 있게 하여 주는 처분을 말한다

그러나 실정법상으로 사용되는 허가는 강학상 허가의 의미로 사용되기도 하는 반면, 강학상의 특허 또는 인가의 의미로 사용되는 경우도 많다

그 중에서 특히 강학상 특허는 특정인에 대하여 새로운 권리능력 또는 포괄적 법률관계를 설정하는 행정관청의 행위의 의미로서 도시가스사업허가의 경우가 이에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 도시가스 사업허가의 경우 허가를 신청하는자가 요건을 모두 갖춘 경우에도 허가권자가 가스의 수급상황사업자의 분포 등을 고려하여 허가를 거부할 수 있도록 되어 있어 그 법적 성격이 강학상 특허와 매우 가깝다고 할 수 있다

도시가스사업허가의 경우와 마찬가지로 폐기물처리업을 하고자 하는 자에게 요구되는 폐기물처리법 제26조 상의 허가도 강학상 특허의 개념으로 사용된 것으로 평가된다 따라서 폐기물처리업허가시에도 허가권자의 재량이 크게 작용할 수 있다고 할 것이다

(나) 재량적 허가에 대한 제한 가능성-신뢰보호의 원칙

행정법의 일반원칙인 신뢰보호의 원칙인 허가여부를 판단하는데 있어서도 지켜져야 할 원칙이다. 아무리 실정법상의 허가가 강학상의 특허의 개념으로 해석되어 허가권자의 많은 재량권이 인정된다고 하더라도 이러한 원칙은 변하지 않는다고 할 것이다

폐기물관리법 제26조를 자세히 살펴보면 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 그 허가신청을 하기 전에 일정한 절차를 거쳐야만 하도록 되어있다 즉, ① 폐기물관리법 제26조 제2항에 의한 적합통보를 받고 ② 폐기물관리법시행령이 정하는 기준에 의한 시설·장비 및 기술능력을 갖춘 후, ③ 시·도지사나 환경부장관의 허가를 받도록 하고 있는 것이다 결국 폐기물처리업 허가 신청자는 이미 그 허가신청 전에 허가권자에게 사전에 폐기물처리사업계획서를 제출하여 그 계획서에 대한 허가권자의 적합통보를 받은 자이다 또한 폐기물처리업 허가 신청자는 그러한 적합통보를 신뢰하여 폐기물관리법시행령에서 정한 기준에 의한 시설, 장비 및 기술능력을 갖추는 등의 최종적인 허가를 위한 노력을 행한 자이다 이와 같은 단계를 거친 자에게는 폐기물처리업 허가에 대한 매우 강한 신뢰가 형성되어 있으며 그것은 허가권자의 적합통보에 기한 것이므로 충분히 보호받을 가치가 있다고 보아야만 한다 하지만 연천군폐기물관리예관한조례에서는 이처럼 허가에 대해 보호받을 만한 신뢰를 형성하고 있는 자에게 최종 허가 단계에서 “폐기물처리사업의 원활을 기하기 위하여 사업장 주변의 여건, 도로교 통 사항, 주변환경에 미치는 영향, 기존업체와의 관계, 폐기물의 효율적관리 등 종합적으로 고려하여 필요하다고 인정하는 경우에는 허가를 제한할 수 있다고 규정하고 있는 것이다 이러한 조례의 내용은 폐기물처리업허가신청자에게 불측의 손해를 발생케 할 수 있는 것이라고 밖에 볼 수 없다

비록 조례제정에 관한 직접적인 판례는 아니지만 폐기물처리업허가에 관하여 유사한 취지의 판단을 한 판례가 있어 소개한다

“폐기물처리업에 대하여 사전에 관할 관청으로부터 적정 통보를 받고 막대한 비용을 들여 허가요건을 갖춘 다음 허가신청을 하였음에도 다수 청소업자의 난립으로 안정적이고 효율적인 청소업무의 수행에 지장이 있다는 이유로 한 불허가처분이 신뢰보호의 원칙 및 비례의 원칙에 반하는 것으로서 재량권을 남용한 위법한 처분이다” (대판1998. 5. 8, 98두4061)

다. 상위법령위반 여부

연천군폐기물관리예관한조례에서 나타난 위와 같은 허가제한 사항은 상위법령과도 저촉되는 것이라고 할 수 있다 폐기물관리법 제26조 제6항에 따르면 “환경부장관 또는 시·도지사는 제3항의 규정에 의하여 허가를 함에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 따라 필요한

조건을 붙일 수 있다.”고 하여 허가여부에 관해서 제한을 가할 수 있다고 규정한 것이 아니라, 허가는 하되 일정한 경우 필요한 조건을 붙일 수 있도록 규정하고 있기 때문이다 따라서 상위법령에서 허가조건을 달 수 있도록 한 위임을 확대하여 그 허가 여부까지도 일정한 경우에 제한할 수 있도록 규정한 연천군폐기물관리조례는 위법하다.

라. 결론

폐기물관리법상의 허가는 강학상 특허로 이해되어야 하므로 원칙적으로는 허가권자에게 많은 재량이 주어진다. 하지만 폐기물관리법에서는 허가신청 전에 폐기물처리사업계획서에 대한 허가권자의 적합통보가 이미 존재하게 되므로 허가신청자에게는 허가에 대한 보호받을 만한 신뢰가 형성된 경우라고 할 것이다. 따라서 이러한 신뢰에 반하여 최종허가 단계에서 제한요건을 두고 있는 조례는 행정법 일반원칙인 신뢰보호의 원칙에 반한다고 평가된다. 또한 상위법령에서도 당사자의 신뢰에 기한 허가는 이루어지되 일정한 경우 조건을 달 수 있도록 규정한 취지에 비추어 보더라도 허가여부에 대한 제한 자체가 가능하도록 규정한 조례의 내용은 상위법령의 위임범위를 넘어선 것으로 볼 수밖에 없다

(6) 개선사항

허가여부 자체를 제한할 수 있는 내용의 본 조례 제 조는 폐기물관리법의 취지에 맞게 개정되어야 한다. 이때에는 허가여부 자체가 아니라 허가를 발령하는 경우의 부관부과에 의한 제한측면으로 개정내용이 이루어질 필요가 있다

20. 하남시 폐기물관리예 관한조례

(1) 대상조례

하남시폐기물관리예관한조례

제14조 (폐기물처리업 허가) ① 법 제26조의 제3항의 규정에 의한 지정폐기물의 생활폐기물 및 사업장폐기물처리업(이하 폐기물처리업 이라 한다)허가를 받고자 하는 사람은 하남시의 관할 구역내에 주소를 두고 거주하는 사람으로 한다.

② 시장은 폐기물처리업의 허가를 함에 있어 현재 및 장래의 생활폐기물 발생량 및 기존폐기물 처리업자의 폐기물 수집·운반능력 또는 폐기물 처리 능력을 고려하여야 하며, 기타 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

하남시폐기물관리예관한조례시행규칙

제4조 (폐기물처리업 허가등) ① <삭제1999-6·8>

② 폐기물처리업 허가는 폐기물관리법시행규칙 제17조에 의한 시설·장비·기술·능력·자본금의 기준을 갖추어야 한다.

(2) 유사조례

과천시폐기물관리예관한조례

제11조 (폐기물의 수집·운반·처리업의 허가등) 시장은 폐기물의 수집·운반업 또는 처리업의 허가를 함에 있어 법 제26조 제4항의 규정에 의한 허가업자에게 시민생활의 편익, 주변환경보호 및 폐기물처리업의 효율적 관리 등을 위하여 필요한 사항을 정할 수 있으며, 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 폐기물처리업 허가를 받고자 하는 사람의 범위를 한정하여 하남시의 관할 구역 내에 주소를 두고 있는 사람으로 국한하고 있다 이러한 제한은 상위법령에 위반한 것으로서 출신지역에 대한 위법한 차별이다

(4) 차별에 대한 위법성 평가

가. 논점의 정리

하남시폐기물관리예관한조례에 따르면 폐기물관리법 제26조 제3항의 규정에 의하여 폐기물처리업 허가를 받고자 하는 사람은 하남시의 관할 구역 내에 주소를 두고 있는 사람에게 한정하고 있다 이러한 제한이 상위법령에 위반한 것이 아닌지에 대하여 검토가 필요하다.

나. 상위법령의 위반여부

폐기물관리법 제26조 제6항은 “환경부장관 또는 시·도지사는 제3항의 규정에 의하여 허가를 함에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 따라 필요한 조건을 붙일 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 위임에 따라 허가조건을 규정한 폐기물관리법시행령 제10조 제1항을 보면 “폐기물처리업의 허가권자가 주민생활의 편익, 주변 환경보호 및 폐기물처리업의 효율적 관리 등을 위하여 필요하다고 인정하는 사항을 그 조건이라고 규정하고 있다. 결국 폐기물처리업의 허가권자가 허가를 함에 있어서 붙일 수 있는 조건은 그 사항이 ① 주민생활의 편익을 도모하기 위한 것이거나, ② 주변 환경보호를 목적으로 한 경우, ③ 폐기물처리업의 효율적인 관리를 위하여 필요하다고 인정된 경우에 한한다.

폐기물관리법시행령 제10조 제1항에서 이러한 세 가지 사항을 열거하면서 마지막에 “등”이라는 문구를 넣어 비록 열거한 세 가지의 사항에 관한 것이 아니더라도 그 조건으로 부가될 수 있는 가능성을 열어두고 있으나 그러한 “등”에 포함될 수 있는 것은 앞에 열거된 사항과 동떨어진 성질의 것은 될 수 없을 것이다. 즉, “등”이라는 문구에 의해 조건으로 될 수 있는 것이 있다고 인정할 경우에도 그 조건사항은 앞의 세 가지의 것들과 유사하거나 비슷한 정도의 사항이어야 한다.

이와 같은 기준으로 해석해 볼 때 폐기물처리업 허가신청자의 주소를 조건 사항으로 한 것은 주민생활의 편익도모, 주변 환경보호, 폐기물처리업의 효율적인 관리와는 별다른 관련성이 없어 보인다. 폐기물처리업 허가신청을 한 자의 주소를 허가의 조건으로 명시한 하남시폐기물관리예관한조례는 상위법령에서 조건으로 부가할 수 있도록 허용한 범위의 사항을 초과한 내용을 조건으로 달고 있으므로 상위법령에 위반되어 위법한 조례라고 평가될 수 있을 것이다.

다. 폐기물관리법 제27조에 나열된 결격사유 따른 거주지 제한 가능성

폐기물관리법 제27조는 제1호부터 6호까지에 걸쳐 폐기물처리업 허가를 받을 수 없는 자를 열거하고 있다. 하지만 각호의 내용을 살펴보면 행위무능력자이거나 파산선고, 징역이상의 형을 선고 받은 자 중 일정한 자 등에 대해서 규정하고 있을 뿐 주소와 거주지에 따른 결격사유를 규정한 부분은 찾을 수가 없다 따라서 하남시폐기물관리예관한조례가 폐기물처리업 허가 신청자의 주소와 거주지에 따라 허가를 제한할 수 있다고 규정한 것은 폐기물관리법 제27조의 결격사유에 따른 것이라고도 할 수 없다

라. 영업구역제한은 생활폐기물의 경우만 가능하다는 폐기물관리법 제26조 제6항의 규정을 고려할 때

하남시폐기물관리예관한조례 제14조 제1항의 규정을 살펴보면 “법(폐기물관리법) 제26조의 제3항의 규정에 의한 지정폐기물의 생활폐기물 및 사업장폐기물처리업 허가를 받고자 하는 사람은 하남시의 관할 구역 내에 주소를 두고 거주하는 사람으로 한다”고 규정하고 있다. 폐기물관리법의 정의 규정에 따르면 생활폐기물이란 사업장폐기물 이외의 것을 말하고, 사업장폐기물 중 일정한 것을 지정폐기물이라 한다 따라서 “지정폐기물의 생활폐기물 및 사업장폐기물처리업 허가를 받고자”한다는 조례규정은 어떤 폐기물을 대상으로 하고 있는지를 정확히 말하고있지 못하는 것이 된다. 이것은 위법하다고는 평가될 수 없지만 개정 등의 방법으로 보다 명확한 문구로 바뀌어야 할 필요성이 인정된다고 하겠다. 하지만 현 조례안 대로 해석을 시도한다고 할지라도 지정폐기물을 포함하는 사업장폐기물을 처리하고자 하는 사람의 경우도 생활폐기물처리허가를 받고자 하는 사람과 마찬가지로 관할 구역 내에 주소를 두고 있어야 하는 것은 분명한 것으로 보인다. 하지만 이와 같이 지정폐기물을 포함하는 사업장폐기물의 처리업 허가신청자와 생활폐기물처리업 허가신청자 사이의 차이를 고려하지 않은 채 둘 모두에 대해서 신청자의 주소에 대해 제한을 가하는 것은 폐기물관리법 제26조 제6항에 비추어 볼 때 불합리한 것이다. 폐기물관리법 제26조 제6항 단서에 따르면 “다만, 영업구역의 제한은 생활폐기물의 수집·운반업에 한한다”고 되어 있다. 이는 곧 생활폐기물처리의 경우에만 거리적 요소를 고려하여 그것을 조건으로 붙일 수 있음을 의미하는 것이며, 폐기물처리업 신청자의 주소를 제한하는 조례의 제정 목적이 영업구역과 폐기물처리업자의 주소와의 일치를 위한 것이라고 한다면 생활폐기물처리업 허가신청자와 그 이외의 폐기물인 사업장폐기물처리업 허가신청자를 일괄하여 동일하

게 취급한 것이므로, 둘 사이의 구별을 요구하고 있는 상위법령에 정면으로 위반하는 것이라고 밖에 볼 수 없다.

마. 결론

폐기물처리업 허가여부를 판단함에 있어서 허가신청자의 주소를 요건사항으로 한 조례 내용은 상위법령에서 규정되지 않은 사항을 추가하여 허가요건으로 하고 있으므로 법률우위의 원칙에 반한다고 하겠다. 즉, 허가를 하면서 붙일 수 있는 일정한 요건을 규정한 폐기물관리법 제26조 제6항 및 폐기물관리법시행령 제10조 제1항에서도, 폐기물처리업자의 결격사유를 열거하고 있는 폐기물관리법 제27조에서도 거주지에 관한 사항을 찾을 수 없다. 그와 더불어, 거주지에 따른 제한을 적법한 것으로 본다 하더라도, 생활폐기물처리업 허가신청자와 그 이외의 폐기물인 사업장폐기물처리업 허가신청자에게 일괄적으로 요구되는 주소 및 거주지제한은 지정폐기물처리업 허가와 그 이외의 폐기물처리업 허가를 구분하여 실시하고 있는 상위법령의 취지에 반하는 것이다

(5) 개선사항

폐기물처리업 허가신청자의 주소를 조건 사항으로 한 것은 상위 법령의 내용에 반하므로 삭제되어야 한다.

21. 김해시숙박업소지도에 관한조례

(1) 대상 조례

제3조 (지도대상) 이 조례의 적용을 받는 지도대상의 범위는 공중위생관리법·풍속영업의규제에관한법률(이하 "풍속법"이라 한다)·옥외광고물등관리법에서 규정하고 있지 아니한 사항으로써 다음 각호와 같다.

1. 옥외광고물등관리법으로 제한하지 않는 광고물중 외양이 시민정서에 반하는 시설물을 응용한 도형광고물로서 문자나 도형을 표시할 경우
2. 건물외부에 만국기, 오색천등을 설치할 경우
3. 숙박업소내에 닉네온, 폭죽가로등과 같은 화려한 야간조명시설을 설치할 경우
4. 숙박업소 및 주차장 출입구에 천막등 차가리개를 설치할 경우
5. 정당한 사유없이 숙박거부행위를 할 경우

제4조 (준수사항) 숙박업을 영위하는 자(이하 "숙박업자"라 한다)는 제3조에서 규정한 지도대상이 되는 행위를 하여서는 아니된다.

(2) 관련법령

공중위생관리법

제4조 (공중위생영업자의 위생관리의무등) ① 공중위생영업자는 그 이용자에게 건강상 위해요인이 발생하지 아니하도록 영업관련 시설 및 설비를 위생적이고 안전하게 관리하여야 한다.

② 목욕장업을 하는 자는 목욕장의 욕수를 원수(욕조등에 주입되기 전의 물을 말한다) 및 욕조수로 구분하여 관리하되, 보건복지부령이 정하는 수질기준을 유지하여야 한다. 이 경우 욕수의 수질검사방법 기타 수질관리에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

③ 이용업을 하는 자는 다음 각호의 사항을 지켜야 한다.

1. 이용기구는 소독을 한 기구와 소독을 하지 아니한 기구로 분리하여 보관하고, 면도기는 1회용 면도날만을 손님 1인에 한하여 사용할 것. 이 경우 이용기구의 소독 기준 및 방법은 보건복지부령으로 정한다.

2. 이용사면허증을 영업소안에 게시할 것

④ 미이용업을 하는 자는 다음 각호의 사항을 지켜야 한다.

1. 의료기구와 의약품을 사용하지 아니하는 순수한 화장 또는 피부미용을 할 것
2. 미용기구는 소독을 한 기구와 소독을 하지 아니한 기구로 분리하여 보관하고, 면도기는 1회용 면도날만을 손님 1인에 한하여 사용할 것. 이 경우 미용기구의 소독 기준 및 방법은 보건복지부령으로 정한다.
3. 미용사면허증을 영업소안에 게시할 것
- ⑤ 세탁업을 하는 자는 세제를 사용함에 있어서 국민건강에 유해한 물질이 발생되지 아니하도록 기계 및 설비를 안전하게 관리하여야 한다. 이 경우 유해한 물질이 발생하는 세제의 종류와 기계 및 설비의 안전관리에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.
- ⑥ 위생관리용역업을 하는 자는 사용장비 또는 약제의 취급시 인체의 건강에 해를 끼치지 아니하도록 위생적이고 안전하게 관리하여야 한다.
- ⑦ 제1항 내지 제6항의 규정에 의하여 공중위생영업자가 준수하여야 할 위생관리기준 기타 위생관리서비스의 제공에 관하여 필요한 사항으로서 그 각항에 규정된 사항 외의 사항 및 전염병환자 기타 함께 입욕시켜서는 아니되는 자의 범위와 목욕장내에 둘 수 있는 종사자의 범위등 건전한 영업질서유지를 위하여 영업자가 준수하여야 할 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제5조 (공중이용시설의 위생관리) 공중이용시설의 소유자·점유자 또는 관리자(이하 "소유자등"이라 한다)는 시설이용자의 건강에 해가 없도록 다음 각호의 사항을 지켜야 한다. 다만, 위생관리에 관하여 다른 법령의 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 실내공기는 보건복지부령이 정하는 위생관리기준에 적합하도록 유지할 것
2. 영업소·화장실 기타 공중이용시설안에서 시설이용자의 건강을 해할 우려가 있는 오염물질이 발생되지 아니하도록 할 것. 이 경우 오염물질의 종류와 오염허용기준은 보건복지부령으로 정한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 일정한 법률의 규정을 받지 않는 영역을 규정하여 지도를 할 수 있는 내용을 규정하고 있다. 이러한 지도에 위반하는 경우에는 시정권고와 행정지도를 할 수 있다물론

시정권고와 행정지도는 당사자의 임의적 동의를 전제로 하므로 그 자체로 침해적 행위로 평가하기는 어려운 점도 존재하지만 실질적으로 당사자에 대한 임의적 의사를 제약한다는 점에서 문제가 있다고 보인다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 논점의 정리

조례는 원칙적으로 지방자치단체의 사무에 관한 사항이라면 상위법령의 범위 안에서 자율적으로 제정, 규율될 수 있다. 하지만 그 내용이 주민의 권리 의무에 관련된 것이라면 지방자치법 제5조 단서에 따라 법령의 위임이 있는 경우에만 적법한 조례를 제정할 수 있게 된다. 따라서 김해시숙박업소지도에관한조례의 경우, 법령의 위임이 필요한 조례인지 여부를 먼저 살펴보고, 그 위임이 필요한 경우라고 한다면 어떠한 법령이 그 위임근거가 될 수 있는지에 대하여 판단하여야 할 것이다 결국 이 사안은 법률유보원칙의 한계문제에 해당한다.

나. 법률유보원칙 위반 여부

(가) 숙박업소지도사무의 법적성질

* 적극해석 - 지방자치법 제9조 제2항은 지방자치단체의 사무를 예시하면서 동항 제4호에서 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치 관리에 관한 사무라 하여 도로나 주차장 등에 관하여 규정하고 있다. 위 조항에 각 열거된 사항 중에서 그것이 그나마 숙박업소지도사무와 가장 관련이 많은 것이라고 보여지기는 하지만 그것이 숙박업소에 대한 지도사무를 지방자치단체의 사무라고 직접적으로 명시하고 있는 규정이라고 해석되기는 어려울 것이다. 그러나 이러한 해석이 좌절된다고 할지라도 지방자치법 제9조 제2항 각호의 사무는 예시사무에 불과하므로 이에 따라 숙박업소지도사무가 지방자치단체의 사무가 아니라고 단정할 수는 없다

* 소극해석 - 숙박업소지도사무는 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무를 열거한 지방자치법 제11조 각호의 어느 것에도 해당하지 않는다. 따라서 지방자치단체의 사무가 된다

고 볼 수 있다.

(나) 숙박업소지도사무조례를 제정함에 있어 법률의 위임이 있어야 하는지 여부

김해시숙박업소지도에관한조례는 제3조에 지도대상을 열거해 놓고 그에 해당하는 행위를 할 경우 제5조와 제6조에 따라 시정권고와 행정지도를하도록 규정하고 있다. 결국 숙박업자로 하여금 조례안 제3조의 행위를 하지 못하도록 하고 있는 것이다. 숙박업은 공중위생관리법상 자유업에 해당하므로 이와 같이 일정한 영업행위에 대해서 제한을 가하는 것은 숙박업자에게는 그 영업권을 침해하는 불리한 규정이라 할 수 있다. 결국 김해시숙박업소지도에관한조례 제3조는 주민에 대한 권리제한이나 의무부과 또는 벌칙에 관한 사항을 조례로 제정할 때는 반드시 법률의 위임이 있어야 한다고 규정한 지방자치법 제5조 단서의 적용을 피할 수 없다.

다. 소결

지방자치제의 기본원칙은 지방자치단체에 자치권을 부여하여 지방정부가 중앙정부로부터 일일이 간섭받고 통제받는 것이 아니라 스스로 정책을 제안하고 실행할 수 있도록 함으로써 각 지역의 사정을 고려한 효율적인 행정이 이루어지도록 하고자 하는 것이다. 조례제정권이란 지방자치단체에 부여된 자치권의 가장 핵심적인 부분이라고 할 수 있으며, 따라서 조례 제정에 있어서의 자주성을 확보해 주는 것이야말로 온전한 지방자치를 이루는 지름길이라고 할 수 있다. 이에 따라 지방자치법 제5조 단서를 해석함에 있어서도 개별적이고 구체적인 법률의 위임을 요구한다고 볼 것이 아니라 포괄적이고 일반적인 위임 역시 조례의 법률유보원칙에 있어서는 허용된다고 풀이하는 것이 조례제정의 성질을 고려한 때 고려해 해석이 될 수 있을 것이라고 생각된다.

조례의 법률유보원칙에 있어서 포괄적이고 일반적인 위임만 있다고 하더라도 적법한 위임이 있는 것으로 볼 수 있다는 완화된 심사기준으로 판단해 본다고 하더라도 공중위생관리법은 김해시숙박업소지도에관한조례의 위임법령이 되지 못한다. 비록 공중위생관리법 또한 숙박업에 대한 규정을 두어 몇가지 의무사항을 명시하고 있기는 하나 동법 제1항 목적에서 설명된 것과 같이 공중위생관리법은 “공중이 이용하는 영업과 시설의 위생관리 등에 관한 사항을 규정함으로써 위생수준을 향상시켜 국민의 건강증진에 기여함을 목적으로 하고 있다. 따라서 공중위생관리법 규정의 전체의 취지를 고려한다고 하더라도 그것은

숙박업소 내·외부의 장식 및 그 광고물에 관해서만 규제하고 있는 사안의 조례안의 내용과는 일치되기 어렵기 때문이다.

김해시숙박업소지도에관한조례는 스스로 밝히고 있는 바와 같이 주거환경개선이라는 좋은 취지에서 제정된 것이긴 하나 그것은 상위법령에서 조례를 제정하도록 위임하지 않았음에도 불구하고 주민(숙박업자)의 권리에 일정한 제한을 가하는 규정을 담고 있다. 그러므로 김해시숙박업소지도에관한조례는 조례제정에 있어서 요구되는 원칙 중 하나인 법률유보의 원칙에 반하여 위법하다고 판단된다.

(5) 개선사항

본 조례는 이 조례의 적용을 받는 지도대상의 범위를 공중위생관리법풍속영업의규제에관한법률·옥외광고물등관리법에서 규정하고 있지 아니한 사항으로 하고 있다. 그러나 그 내용은 권리를 제한하는 내용을 담고 있다. 이는 결과적으로 법률의 위임없이 주민의 권리를 제한하는 문제와 관련 법령의 구속을 회피하게 되는 문제점을 안게 된다. 이러한 내용들을 조례에서 아무런 위임근거 없이 규율할 수는 없으므로 삭제되어야 한다.

22. 농특산물에대한나주시장품질인증조례

(1) 대상조례

농특산물에대한나주시장품질인증조례

제1조 (목적) 이 조례는 나주에서 생산되는 우수한 농특산물에 대하여 시장이 그 품질을 인증하고, 나주시장품질인증상표(이하 "인증상표" 라 한다)를 사용할 수 있도록 허가함으로써 소비자의 신뢰를 확보하고, 품질을 향상시켜 나주 농특산물의 경쟁력 강화를 도모하는데 있다.

제4조 (농특산물품질관리위원회) ① 제7조 및 제10조의 규정에 의한 인증상표 사용허가 및 취소에 관한 심의를 위하여 나주시농특산물품질관리위원회(이하 "위원회" 라 한다)를 둔다.

제7조 (사용허가) 시장은 제6조의 규정에 의한 인증상표의 사용신청을 받은 때에는 위원회의 심사를 거쳐 인증상표의 사용을 허가한다.

인증상표 사용을 허가함이 부적합한 경우에는 그 사유를 명기하여 신청인에게 반려 또는 보완을 요구하여야 한다.

제1항의 규정에 의한 세부심사기준은 규칙으로 따로 정한다.

제10조 (사용허가 취소 등) ① 시장은 인증상표 사용허가를 받은 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 위원회의 심사를 거쳐 사용허가를 취소할 수 있다.

1. 제2물책임법, 식품위생법 등 관련 법령을 위반하여 벌금 이상의 처벌을 받은 업체의 생산제품
2. 품질인증을 받은 기관으로부터 품질인증의 연장을 받지 못하였거나 회수당한 경우
3. 인증상표 사용품목에 대한 전문기관의 성분분석결과 기준치 또는 허용치 이상의 유해성분이 검출된 경우
4. 전업·폐업 등으로 인증상표 사용허가 품목을 더 이상 생산하지 아니 할 경우
5. 제9조 제1항의 규정에 의한 시장의 조치에 대하여 시정 또는 보완을 이행하지 아니한 경우

② 제1항의 규정에 의하여 사용권을 취소당한 자는 사용권을 취소당한 날부터 3년이내에는 다시 제6조의 규정에 의한 신청을 할 수 없다.

제11조(시행규칙) 이 조례의 시행에 관하여 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

농특산물에대한나주시장품질인증조례시행규칙

제7조 (신청제한) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제5조의 규정에 의한 허가 신청대상자의 자격을 제한한다.

1. 식품의약품안전청·국립농산물품질관리원·국립수산물검사소·보건환경 연구원 등에서 농약잔류검사 등 식품의 안전성과 관련된 검사 또는 조사 결과에 따라 부적합 판정을 받은 날부터 3년이 경과하지 아니한 자.
2. 인증상표의 사용을 위한 신청품목의 품질과 관련하여 이해관계인의 요구에 따라 교환·변상등의 사회적 물의(언론보도·확정판결 등을 말한다)를 일으킨 날로부터 3년이 경과하지 아니한 자.
3. 인증상표의 사용허가가 취소된 날로부터 3년이 경과하지 아니한 자.

(2) 관련법령

농산물품질관리법

제11조 (표시변경 등의 처분) 농림부장관은 제10조 제1항의 규정에 의한 조사 또는 시험의뢰를 한 결과 그 표시품이 표준규격, 품질인증의 기준, 지리적표시의 등록기준 또는 표시방법 등에 위반되거나 표시품의 생산이 곤란하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 표시의 변경·정지, 판매의 금지, 인증·등록의 취소 등 필요한 처분을 할 수 있다.

제34조 (권한의 위임·위탁등) ① 이 법의 규정에 의한 농림부장관의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 소속기관의 장, 산림청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 자치구의 구청장에게 위임할 수 있다.

농산물품질관리법 시행령

제19조 (표시변경 등의 처분기준) 법 제11조의 규정에 의한 표시의 변경·정지, 판매의 금지, 인증·등록의 취소 등의 처분에 관한 기준은 별표 1과 같다.

① 농림부장관은 법 제34조의 규정에 의하여 다음 각호의 사항에 관한 권한중 임산물 및 그 가공품에 관한 권한을 산림청장에게 위임한다.

1. 법 제4조 제1항의 규정에 의한 표준규격의 제·개정 또는 폐지

- 2. 법 제8조 제1항의 규정에 의한 지리적 표시의 등록
 - 3. 법 제10조 및 법 제11조의 규정에 의한 표준규격품·지리적 특산품의 사후관리 등과 표시변경 등의 처분
 - 4. 법 제29조의 규정에 의한 명예감시원의 위촉 및 운영
 - 5. 법 제31조 제1항의 규정에 의한 품질향상 및 표준규격화 촉진 등을 위한 자금 지원
 - 6. 법 제38조 제2항의 규정에 의한 과태료의 부과 및 징수(법 제10조제2항의 위반 행위에 한한다)
- ⑥ 산림청장 또는 국립농산물품질관리원장은 이 영의 규정에 의하여 위임받은 권한의 일부를 소속기관의 장에게, 시·도지사는 이 영의 규정에 의하여 위임받은 권한의 일부를 시장·군수 또는 자치구의 구청장에게 위임할 수 있다.

[별표 1]

표시변경 등의 처분기준(제19조 관련)

1. 일반기준

가. 위반행위가 2 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그중 중한 처분기준에 의하며, 2 이상의 처분기준이 동일한 표시정지인 경우에는 중한 처분기준의 2분의 1까지 가중할 수 있되, 각 처분기준을 합산한 기간을 초과할 수 없다.

나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 처분일을 기준으로 최근 1년간 같은 위반행위로 받은 행정처분을 받는 경우에 적용한다.

다. 생산자조직·생산자단체 또는 가공업자단체의 구성원의 위반행위에 대하여는 1차적으로 위반행위를 한 구성원에 대하여 행정처분을 하되, 동 구성원이 소속된 조직 또는 단체에 대하여는 당해 구성원의 위반의 정도를 감안하여 처분을 경감하거나 당해 구성원에 대한 처분기준보다 한단계 낮은 처분기준을 적용한다.

라. 위반사항의 내용으로 보아 그 위반의 정도가 경미하거나 기타 특별한 사유가 있다고 인정하는 경우에는 그 처분을 경감할 수 있다.

2. 개별기준

나. 품질인증품

[별표 1] 표시변경 등의 처분기준(제19조 관련)

행정처분대상	근거법령	행정처분기준		
		1차위반	2차위반	3차위반
(1) 의무표시 사항이 누락된 때	법 제11조	시정명령	표시정지1월	표시정지3월
(2) 내용물과 다르게 허위표시 또는 과장된 표시를 한 때	법 제11조	표시정지1월	표시정지3월	인증취소
(3) 품질인증기준에 위반한 때	법 제11조	표시정지3월	인증취소	-
(4) 품질인증을 받지 아니한 제품을 품질인증품으로 표시한 때	법 제11조	인증취소	-	-
(5) 품질인증품의 생산이 곤란한 사유가 발생한 때	법 제11조	인증취소	-	-

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령과는 달리 위반의 정도에 상응하여 차별적인 제재를 규정하지 않고, 일정한 위반사유인 경우에는 확실적인 제재만이 규정되어 있다 이는 당사자에 대해서 상위 법령과 비교하여 적용규범상 차별을 하는 경우로서 불리한 대우를 규율하는 것으로 평가된다.

(4) 차별의 위법성 평가

가. 문제의 소재 인증·허가 취소 및 허가신청 제한의 적법성

농산물품질관리법에서는 농산물의 품질에 관하여 표준규격·품질인증 및 지리적 표시를 표시 또는 등록할 수 있도록 규정하며 제11조에서 이에 위반되거나 표시품의 생산이 곤란하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는바에 따라 표시의 변경·정지, 판매의 금지, 인증·등록의 취소 등 필요한 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다 그리고 대통령령인 동법 시행령 제19조에서 별표를 통하여 취소 등에 관한 별도의 기준을 정하고 있다

이는 행정입법의 측면에서 살펴본다면 법규명령의 형식을 갖는 행정규칙으로서 그 견해의 대립 및 판례의 입장에 관계없이 내부적 구속력은 인정되므로 이 사무를 위임받은 지방자치단체의 장은 일단 별표의 기준에 따라서 처분하여야 할 것이다. 그 처분의 위법성 판단에 있어서 법원이 동 시행령의 기준에 구속되는지의 여부는 별개의 문제이다

대상조례는 당해 지방자치단체에서 생산되는 우수한 농특산물에 대하여 시장이 그 품질을 인증하고 그 표시로서 품질인증상표의 사용을 허가하고 그 허가의 취소를 할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 그 품질인증기관으로서 품질관리위원회를 별도로 두고 조례 제10조의 각호에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그 상표의 사용허가를 취소하며취소한 날로부터 3년 내에는 다시 품질인증상표 사용허가신청을할 수 없도록 규정하고 있다 동 조례의 시행규칙도 마찬가지이다

허가의 취소는 전형적인 제재적 처분으로서 주민의 권리를 제한하는 행정행위에 해당한다. 이와 관련된 내용을 조례로 제정한 것이 상위법령에서의제재에 비해 그 범위 내인지를 구체적인 비교를 통하여 살펴보기로 한다

나. 상위법령 시행령 별표 상의 처분기준과의 비교

농산물품질관리법 시행령 제19조에서는 동법 제11조에서의 허가 등의 취소와 관련한 기준을 제시하고 있다. 그 별표를 살펴보면 품질인증품에 대한 개별기준에 있어서 1, 2, 3차 위반으로 위반 횟수를 단계적으로 나누고 그 행정처분의 대상도 다섯 가지로 나누어 그 위반의 경중에 따라서 처분의 강도를 달리하고 있다

그러나 대상조례 제10조 제1항에서는 다섯 가지의 사유를 열거하고 이 경우 위원회의 심사를 거쳐 취소할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐상위법령에서 인정하는 취소보다 가벼운 어떠한 차등적인 처분도 인정하고 있지 않다

구체적으로 살펴보면 대상조례 제4호에 규정된 '전업·폐업 등으로 인증상표 사용허가 품목을 더 이상 생산하지 아니할 경우는 시행령 별표의 '5) 품질인증품의 생산이 곤란한 사유가 발생한 때'에 해당하여 인증취소를 할 수 있다고 하여 규정 내용이 동일하므로 큰 문제가 없다.

그러나 대상조례 제2호의 '품질인증을 받은 기관으로부터 품질인증의 연장을 받지 못하였거나 회수당한 경우와 제3호의 '인증상표 사용품목에 대한 전문기관의 성분분석결과 기준치 또는 허용치 이상의 유해성분이 검출된 경우는 시행령 별표의 '3) 품질인증기준에 위

배한 때'에 상응한다. 그런데 시행령 별표에서 1차 위반에 표시정지3월을 두고, 2차 위반 시에 비로소 인증취소를 할 수 있도록 함에 비하여, 대상조례에서는 이 경우도 시장이 품질 인증을 취소할 수 있도록 규정하고 있는 것이다

별표의 기준에 위반한 행정처분의 위법성을 검토함에 있어서의 행정규칙의 형식성 문제는 앞서도 언급하였듯이 구체적인 행정처분의 존재를 전제로 하는 검토이고, 내부적 구속력을 갖는 행정규칙에 대하여 그 위임사무에 관한 조례가 상위법령보다 더욱 권리 제한을 강하게 하고 있는 것은 그 자체로 내용상 적법성이 결여되었다고 보여진다

더군다나 조례 제10조 제2항 및 시행규칙 제7조에서는 이러한 사용허가 취소를 받은 경우에 이후 3년간 인증표시 사용허가신청을 제한하고 있다 이는 상위법령에서도 찾아볼 수 없는 추가적인 제한규정이다. 이는 앞서 살핀 취소 처분 자체의 위법성과 결합하여 당해 지방자치단체 주민의 권리를 심각하게 침해하는 것으로 평가할 수 있다

(5) 개선사항

대상 조례의 제재기준은 상위 법령의 내용 범위 안에서만 가능하다. 따라서 상위 법령에서 개별적 경우를 반영하여 차등적 제재를 가능하게 하고 있는 내용은 조례에서도 구체화되어야 한다. 따라서 이러한 개별적 사정을 반영하지 못하고 있는 조례의 부분은 개정되어야 한다.

23. 인천광역시토지구획정리사업시행조례

(1) 대상 조례

인천광역시토지구획정리사업시행조례

제10조 (청산금) ① 환지처분에 의한 징수 또는 교부할 청산금액은 권리면적과 환지면적과의 차에 환지의 평정가격을 승한 금액으로 한다.

② 환지처분시 다음 각호의 1에 해당하는 토지에 대하여는 징수청산금을 감면할 수 있다.

1. 토지구획정리사업시행인가 이전부터 건축물이 있었던 토지 및 집단주택지내에 택지로 조성된 나대지로서 증환지된 토지
 2. 토지구획정리사업시행인가 이전부터 건축물이 있었던 토지로서 공공시설계획에 저촉되어 비환지(飛換地)되고 증환지된 토지
 3. 법 제68조의 규정에 의하여 시장이 징수청산금을 분할 징수토록 정하였을 경우 납부기한 1년 이전에 토지소유자가 자진납부한 토지
- 제11조 (이자율)** ① 청산징수금을 납기일까지 완납하지 아니할 때에는 납기일을 경과한 날로부터 체납된 청산징수금에 대하여 연 100분의 100이상 100분의 25 이내 해당하는 이자를 징수한다.

인천광역시토지구획정리사업청산금사무처리규칙

제8조 (청산금의 징수 또는 교부) 청산금을 징수 또는 교부하고자 할 때에는 특별한 사유가 없는 한 환지처분 익일부터 징수 또는 교부한다.

제9조 (납부고지서의 발송) 납부고지서(별지 제6호 서식)는 청산금 징수조서에 의하여 징수대상자에게 송부하여야 하며 송달방법은 재산세고지서 송달요령을 준용한다.

제10조 (납부기한 등) 징수청산금의 납부기한은 납기개시일로부터 6개월이내로 한다. 다만, 인천광역시장 (이하 "시장"이라 한다)이 필요하다고 인정하는 경우에는 일정기간 징수유예하거나 납부할 기한, 방법, 장소등을 따로 정할 수 있다.

제12조 (이자율) ① 징수청산금을 납기내 납부하지 아니할 때에는 납기일을 경과한 날로부터 체납된 징수금의 연12%에 상당한 이자를 가산징수 할 수 있다.

② 납부고지서가 착오송달되거나 토지등기부등본상 토지소유자등이 확인되지 아니하는 토지에 대한 징수청산금 및 국.공유지와 시장이 인정하는 경우에는 이자를 징수하지 아니할 수 있다.

제13조 (독촉 및 체납처분 등) ① 징수청산금을 납기내에 납부하지 아니할 때에는 납기기한이 경과한 날로부터 20일이내에 독촉장 (별지 제8호 서식)을 발부하여야 한다.

② 제1항의 독촉장에는 30일 이내의 납기기한을 명시하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 납기기간내에도 납부하지 아니할 때에는 최고장(별지 제9호서식)을 발부하여야 한다.

④ 최고장을 받고서도 기일내에 납부하지 아니할 때에는 국세 및 지방세체납처분 절차에 의하여 체납처분할 수 있다.

(2) 관련법령

도시개발법

제40조 (청산금) ① 환지를 정하거나 그 대상에서 제외한 경우에 그 과부족분에 대하여는 종전의 토지 및 환지의 위치·지목·면적·토질·수리·이용상황·환경기타의 사항을 종합적으로 고려하여 금전으로 이를 청산하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 청산금은 환지처분을 하는 때에 이를 결정하여야 한다. 다만, 제29조 또는 제30조의 규정에 의하여 환지대상에서 제외된 토지등에 대하여는 청산금을 교부하는 때에 이를 결정할 수 있다.

제45조 (청산금의 징수·교부 등) ① 시행자는 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다. 다만, 제29조 및 제30조의 규정에 의하여 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여는 환지처분전이라도 청산금을 교부할 수 있다.

② 청산금은 대통령령이 정하는 바에 따라 이자를 붙여 분할징수하거나 분할교부할 수 있다.

③ 행정청인 시행자는 청산금을 납부하여야 할 자가 이를 납부하지 아니하는 때에는 국세체납처분 또는 지방세체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있으며, 행정청이 아닌 시행자는 시장·군수 또는 구청장에게 청산금의 징수를 위탁할 수 있다. 이 경우 제16조 제5항의 규정을 준용한다.

④ 청산금을 받을 자가 주소불명 등으로 이를 받을 수 없거나 수령을 거부한 때에는 당해 청산금을 공탁할 수 있다.

제46조 (청산금의 소멸시효) 청산금을 받을 권리 또는 징수할 권리는 5년간 이를 행사하지 아니하는 때에는 시효로 인하여 소멸한다.

(3) 유사조례

대구광역시토지구획정리사업환지청산금이자율에관한조례

제3조 (이자율) ① 환지청산금을 납부 마감일까지 완납하지 아니할 때에는 납부마감일을 경과한 날로부터 체납청산금에 대한 시중은행 일반대출자금 연체이자율에 따른

연체이자를 징수한다.

- ② 청산금을 교부 기간에 교부하지 아니할 때에는 교부하지 아니한 청산금액에 대하여 교부 청구일로부터 가산하여 제1항의 이자율에 의한 이자를 교부한다.
- ③ 납기가 경과한 청산금을 "분할징수" 또는 분할 교부하는 때에도 제1항의 이자율을 적용한다.

광주광역시도시계획토지구획정리사업청산금징수및교부사무처리규칙

제9조 (이자가산) 청산금을 납부마감일까지 완납하지 아니한 때에는 체납금액에 대하여 납부마감을 경과한 날로부터 체납된 청산금의 연12퍼센트 이자를 가산 징수한다.

대전광역시서구복수지구토지구획정리사업청산금처리규칙

- 제7조 (이자등의 징수) ① 청산징수금을 납기내에 납부치 않을 경우에는 납부기일까지 구 금고 은행 대출금리 이하로 이자를 가산징수할 수 있다.
- ② 납입 고지서가 착오 송달되었거나 등기부상 토지소유자 등이 확인되지 아니하는 토지에 대한 청산징수, 상계후 청산징수, 국공유지 및 기타 구청장이 필요하다고 인정한 경우에는 이자를 징수하지 아니할 수 있다.

<참고 예시 조례>

수원시도시계획국반정지구토지구획정리사업청산금취급규칙

- 제12조 (이자등의 징수) ① 징수청산금을 납기내에 납부치 않을 경우에는 수원시 금고대출금리 이하를 가산징수할 수 있다.
- ② 등기부상 토지소유자등이 확인되지 아니하는 토지에 대한 징수청산금, 상계대상 징수청산금, 국공유지 및 시장이 인정한 경우에는 이자를 징수하지 아니할 수 있다.

- 제13조 (독촉 및 체납처분 등) ① 징수청산금을 납기내에 납부하지 아니할 때에는 납부기한이 경과한 날부터 60일 이내에 납부기한을 정하여 독촉장을 발부하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 납부기한내에도 납부하지 아니할 때에는 최고장을 발부하여야 한다.
 - ③ 최고장을 받고서도 기일내에 납부하지 아니할 때에는 국세 및 지방세 체납처분

절차에 의하여 체납처분할 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 근거없이 청산금에 대한 연체이자를 12%로 규정하고 있고 다른 지방자치단체의 조례와 비교하여 볼 때 불리한 내용의 연체이자를 규정하고 있어 규범적용상 차별을 가하고 있다 이는 불리한 대우를 규정하고 있는 경우로 평가할 수 있다.

(5) 차별의 위법성 평가

환지처분은 개별적인 통지의 유무와는 관계없이 공고에 의하여 성립하고 그 익일 확정되는 것으로, 청산금의 납부의무는 환지처분 공고일의 익일에 발생하는 것이다. 도시개발법 규정에 의하면 청산금은 환지처분의 공고가 있는 날의 다음날에 확정될 뿐 청산금의 징수행위는 별도로 이를 하여야 하고 다만 청산금을 납부할 자가 이를 납부하지 아니할 때에는 국세 또는 지방세체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다고 되어 있다

인천광역시토지구획정리사업청산금사무처리규칙 제8조, 제9조, 제10조, 제12조 및 제13조의 각 규정에 의하면, 징수청산금의 경우 납기개시일로부터 6개월 이내의 납입기한을 정하여 납입고지를 한 후 납입기한 내에 당사자가 청산금을 납부하지 아니하는 경우에는 연 12%에 상당한 이자를 가산하고 30일 이내의 납입기한을 정하여 독촉을 한 후 1회의 최고절차를 거쳐 체납처분을 할 수 있도록 되어 있다 이때에 연 12%라고 하는 체납이자가 붙게 되는데, 도시개발법 제45조에서는 청산금은 대통령령이 정하는 바에 따라 이자를 붙여 분할징수하거나 분할 교부할 수 있다고 하여 상위법의 위임이 필요함을 밝혔다. 그리고 이자를 붙이는 경우도 분할 징수를 하는 경우 즉, 주민에게 이익이 되는 경우에 해당할 때임을 나타내고 있다. 이외에도 다른 조례와 비교하여 그 이자율이 비교적 고액이라고 평가된다. 따라서 당해 조례는 다른 조례와 상위 법률과 비교해 볼 때, 징수방법, 미납 혹은 체납의 경우에 있어서 처우 등의 여러 면에 걸쳐 주민에게 불이익한 처분이 가해질 상황이 많이 발생할 수 있을 것으로 보인다.

(6) 개선사항

본 조례의 내용중 연12%의 체납이자 부분은 직접적인 위임근거를 결하고 있다시행령의 개정이 없으면 그 효력을 인정하기 어려울 것이다

24. 서울특별시노원구주택재개발사업시행조례

(1) 대상 조례

제30조 (청산금의 결정) ① 제29조 제1항 제1호 및 제2호 규정에 의한 청산금은 분양 처분시 징수교부 면적의 공사착수전 가격에 영 제45조 제2항 각호의 비용을 가산한 가격으로 한다.

② 제29조 제1항 제3호 규정에 의한 청산금은 매매계약 약정에 따라 그 차액에 상당하는 금액으로 한다.

③ 제29조 제2항 규정에 의한 청산금은 제18조의 규정에 의한다.

④ 제1항의 공사착수전 가격이라함은 최초의 관리처분계획인가 고시일을 말한다.

제31조 (청산금의 징수등) ① 청산금은 일시에 전액 징수하거나 지급한다. 다만, 징수의 경우 일시에 전액을 징수하기가 곤란하다고 인정되는 경우에는 연 5%의 이자를 붙여 10년이내의 기간으로 분할 징수할 수 있으며, 그 기준은 다음 각호와 같다.

1. 200만원미만 : 일시불
2. 500만원미만 : 3년이내
3. 1,000만원미만 : 5년이내
4. 1,500만원미만 : 7년이내
5. 1,500만원이상 : 10년이내

② 청산금을 납부기간내 납부하지 아니하는 경우의 연체료율은 국민주택기금관리 규정에 의한 연체료율을 적용한다.

(2) 관련법령

도시및주거환경정비법시행령

제57조 (청산기준가격의 평가) ① 법 제57조 제3항의 규정에 의하여 대지 또는 건축물을 분양받은 자가 기존에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격은 다음 각호의 방법에 의하여 평가한다.

1. 주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 경우에는 법 제48조 제5항 제2호의 규정을 준용하여 평가할 것

2. 주택재건축사업의 경우에는 사업시행자가 정하는 바에 따라 평가할 것. 다만, 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가업자의 평가를 받고자 하는 경우에는 법 제48조 제5항 제2호의 규정을 준용할 수 있다.

② 법 제57조 제3항의 규정에 의하여 분양받은 대지 또는 건축물의 가격은 다음 각호의 방법에 의하여 평가한다.

1. 주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 경우에는 법 제48조 제5항 제1호의 규정을 준용하여 평가할 것

2. 주택재건축사업의 경우에는 사업시행자가 정하는 바에 따라 평가할 것. 다만, 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가업자의 평가를 받고자 하는 경우에는 법 제48조제5항제1호의 규정을 준용할 수 있다.

③ 제2항 각호의 규정에 의한 평가에 있어 다음 각호의 비용은 가산하여야 하며, 법 제63조의 규정에 의한 보조금은 이를 공제하여야 한다.

1. 정비사업의 조사·측량·설계 및 감리에 소요된 비용
2. 공사비
3. 정비사업의 관리에 소요된 등기비용·인건비·통신비·사무용품비·이자 그 밖에 필요한 경비
4. 법 제63조의 규정에 의한 융자금에 있는 경우에는 그 이자에 해당하는 금액
5. 정비기반시설 및 공동이용시설의 설치에 소요된 비용(법 제63조 제1항의 규정에 의하여 시장·군수가 부담한 비용을 제외한다)
6. 안전진단의 실시, 정비사업전문관리업자의 선정, 회계감사, 감정평가 그 밖에 정비사업추진과 관련하여 지출한 비용으로서 정관등에서 정한 비용

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 건축물의 가격평가에 있어서는 총별·위치별 가중치를 참작할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 청산금 산정방식을 상위 법령에서는 가격평가방식으로 하고 있는데 반하여면 적평가방식으로 규정하고 있어 사업시행지역내의 토지소유자들에 대해 불리한 내용으로 규정하고 있다 이는 결과적으로 재산권의 침해의 결과를 가져오게 될 것이다

(4) 침해의 위법성 평가

도시및주거환경정비법시행령 각 규정에 의하면 재개발사업에서 청산금의 산정은 그 사업시행의 방식 여하를 불문하고 종전토지의 가격은 사업시행 고시가 있는 날을 기준으로 산정하고, 분양대지의 가격은 그 종전토지의 가격에 일정한 항목의 재개발사업 비용을 가산하는 방식으로 산정하여 그 차액에 상당하는 금액을 청산금으로 하는 이른바 가격평가 방식에 의하게 되어있다. 그런데, 서울특별시노원구주택재개발사업시행조례는 이와 달리 종전토지에 대하여 가산면적과 감보율을 적용하여 산출한 권리면적과 분양대지의 면적 자체를 비교하여 그 과부족분의 가격을 관리처분계획 인가 당시를 기준시점으로 하여 산정하는 이른바 면적평가방식을 규정하고 있다

재개발사업지구 내의 토지는 재개발사업 시행의 결과 투입비용 이상의 가치 증가가 창출되는 것이 일반적인 현실이었음에 비추어 서울특별시노원구주택재개발사업시행조례상의 면적평가방식은 도시및주거환경정비법시행령 규정상의 가격평가방식과 비교할 때사업시행지역 내 토지 소유자들에 대한 분양대지의 면적을 축소시키게 되고또 가격평가방식에 의할 경우에는 분양대지의 가격에 가산되는 재개발사업비용 중 일부가 제외되기도 하는 점 등에 견주어 토지 소유자들에게 불리하다. 지방자치단체가 사업시행자가 되어 시행하는 도시재개발사업의 경우에 조례로 토지 건축물에 관한 권리의 가격평가방법 관리처분계획 및 청산에 관한 사항 등을 포함하는 시행규정을 둘 수는 있되 상위법령의 규정 취지에 어긋나지 않아야 한다.

(5) 개선사항

가격평가방식에 의하여 청산금을 산정하는 내용으로의 변경이 필요하다고 보인다

25. 광주광역시북구자문법무사운영조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 광주광역시 북구와 관련된 국공유재산권의 등기업무를 효율적으로 처리하고 구 소유 재산의 능률적인 관리를 위하여 자문법무사(이하 “법무사”라 한다)를 위촉하고 그 운영에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (위촉) ① 구청장은 개업중인 법무사중에서 2인이내의 법무사를 위촉할 수 있다.

② 자문법무사는 광주광역시 내에 사무소를 개설하고 구정 운영에 적극 참여할 수 있는 자라야 한다.

제3조 (직무) ① 법무사는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 구(소속기관 포함)에 관련된 재산권의 득실 변경 절차에 관한 사항
2. 구청장이 요구한 국공유재산에 대한 등기 및 이에 부수된 업무
3. 기타 구청장이 위임하는 재산권의 이전 절차등에 관한 사항

② 위촉된 법무사는 제1항 각호의 직무를 기피할 수 없다.

제4조 (사건 실적부 비치) 구청장은 제3조의 규정에 의한 위촉사무의 처리 실적을 “별지 제1호 서식”에 의한 사건실적부를 비치하고 월별로 정리하여야 한다.

제5조 (위촉기간) 법무사의 임기는 1년으로 한다. 다만, 구청장이 필요하다고 인정할 때에는 계속 연임케 하거나 임기중에도 해촉할 수 있다.

제6조 (수수료) ① 법무사가 구청장이 요구한 등기업무를 완료하고 등기필증을 첨부하여 구청장에게 등기 수수료를 청구할 때에는 이를 지급하여야 한다.

② 등기 수수료는 법무사법시행령으로 정한 법무사 보수 규정의 범위내에서 지급한다.

제7조 (손해배상) ① 법무사가 수행한 등기업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 진다.

② 법무사는 제1항의 배상책임을 보증하기 위하여 광주광역시내에서 개업중인 다른 법무사 2인을 연대보증인으로 선임하여야 한다.

(2) 관련 법령

법무사법

제26조 (손해배상책임) ① 법무사가 업무를 수행함에 있어 고의 또는 과실로 위임인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② 법무사는 제1항의 규정에 의한 손해배상책임을 보장하기 위하여 대법원규칙이 정하는 바에 의하여 이행보증보험 또는 제67조의 규정에 의한 공제에 가입하여야 한다.

제67조 (공제사업) ① 대한법무사협회는 제26조의 규정에 의한 법무사의 손해배상책임을 보장하기 위하여 대한법무사협회회칙이 정하는 바에 의하여 공제사업을 할 수 있다.

② 대한법무사협회는 제1항의 규정에 의한 공제사업을 하고자 하는 때에는 공제규정을 제정하여 대법원장의 승인을 얻어야 한다. 공제규정을 변경하는 때에도 또한 같다.

③ 제2항의 규정에 의한 공제규정에는 공제사업의 범위, 공제계약의 내용, 공제금, 공제료등 공제사업의 운영에 관하여 필요한 사항을 정하여야 한다.

법무사법시행규칙

제38조 (보증보험등의 가입) ① 법무사(법무사합동사무소 및 법무사합동법인을 포함한다)는 법무사 업무를 개시한 날로부터 1월이내에 법 제26조 제2항의 규정에 의한 이행보증보험 또는 공제에 가입하고, 이행보증보험에 가입한 경우에는 그 가입을 증명하는 서류를 첨부하여 소속지방법무사회에 가입사실을 신고하여야 한다.

② 제1항의 경우 그 이행보증보험금액 또는 공제금액은 2억원 이상이어야 한다. 다만, 법무사합동사무소의 경우에는 구성원인 법무사 1인당 1억5천만원 이상으로 하며, 법무사합동법인의 경우에는 구성원 및 구성원이 아닌 법무사 1인당 1억5천만원 이상 또는 법무사합동법인당 10억원 이상으로 한다.

③ 법무사(법무사합동사무소 및 법무사합동법인을 포함한다)는 제1항의 규정에 의하여 가입한 이행보증보험 또는 공제가 보험기간만료등의 사유로 종료될 때에는 종료일 10일전까지 다시 제1항의 규정에 의하여 보험 또는 공제에 가입하고 그 가입사실을 신고하여야 한다.

(3) 유사 조례

광주광역시서구자문법무사운영조례

제7조 (손해배상) ① 법무사가 수행한 등기 업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 진다.

② 법무사는 제1항의 배상책임을 보증하기 위하여 광주광역시내에서 개업중인 다른 법무사 2인을 연대보증인으로 선임하여야 한다.

광주광역시남구자문법무사운영조례

제7조 (손해배상) ① 법무사가 수행한 등기 업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 진다.

② 법무사는 제1항의 배상책임을 보증하기 위하여 광주광역시내에서 개업중인 다른 법무사 2인을 연대보증인으로 선임하여야 한다.

대전광역시자문법무사운영조례

제7조 (손해배상) ① 법무사가 수행한 등기 업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 진다.

② 법무사는 제1항의 배상책임을 보증하기 위하여 대전광역시내에서 개업중인 다른 법무사 2인을 연대보증인으로 선임하여야 한다.

* 다르게 규정한 조례의 예

광주광역시동구자문법무사운영조례

제7조 (손해배상) ① 법무사가 수행한 등기 업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 진다.

광주광역시광산구자문법무사운영조례

제7조 (손해배상) 법무사가 수행한 등기 업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 진다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령에서 허용하고 있는 손해배상책임의 보장수단과는 달리 연대보증제를 요구함으로써 당사자의 재산권을 제한하고 있다

(5) 침해의 위법성 평가

광주광역시북구자문법무사운영조례는 광주광역시 북구와 관련된 국·공유재산권의 등기업무 효율적으로 처리하고 구 소유 재산의 능률적인 관리를 위하여 자문법무사를 위촉하고 그 운영에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다 이 조례에 따르면, 구청장은 개업 중인 법무사중에서 광주광역시내에 사무소를 개설하고 구정운영에 적극 참여할 수 있는 자로서 2인 이내에서 위촉할 수 있다 하지만 동 조례 제7조에서 법무사가 수행한 등기업무에 흠이 있거나 임무를 소홀히 함으로써 구가 손해를 입었을 때에는 법무사는 이에 대한 배상책임을 지도록 하고 있고 법무사는 이 배상책임을 보증하기 위하여 광주광역시내에서 개업 중인 다른 법무사2인을 연대보증인으로 선임하여야 한다고 규정하고 있는 바 이것이 현행 법무사법에서 규정한 법무사의 손해배상 담보에 관한 조항의 한계를 일탈하였는지 여부가 문제시 된다

현행 법무사법 제26조에 따르면 법무사가 업무를 수행함에 있어 고의 또는 과실로 위임인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상 책임이 있고 이 손해배상책임을 보장하기 위하여 대법원규칙이 정하는 바에 의한 이행보증보험 또는 제7조의 규정에 의한 공제가입을 의무화하도록 하고 있다. 따라서 광주광역시북구자문법무사운영조례 제7조 제2항이 규정하고 있는 법무사의 손해배상을 위하여 2인의 연대보증인을 세우도록 한 것은 법무사법이 예정하고 있는 위임인의 법무사의 손해배상채권을 담보하기 위하여 이행보증에 가입과 공제가입을 강제하고 있는 취지에 비추어 볼 때 법무사의 책임을 이중으로 가중하고 있다고 보여진다 따라서 이는 조례에 대한 법률우위의 원칙에 반하고 또한 법무사의 재산권을 제한하고 있다고 보여지므로 조례제정권의 한계를 일탈한 위법한 조례이다

(6) 개선사항

동 조례 제7조 제2항이 규정하고 있는 법무사의 손해배상을 위하여 2인의 연대보증인을 세우도록 한 것은 법무사법의 배상책임보장제도 내용과 조화하기 어렵다 따라서 연대보증의 방법이 아닌 보증보험 가입 또는 공제가입의 방법으로의 개정이 필요하다

26. 광주광역시북구인쇄물홍보매체광고게재에관한조례

(1) 대상 조례

제6조 (광고료의 고지 및 납부) ① 구청장은 광고료에 대하여 계약시 광고주가 납부하여야 할 금액, 기한, 장소 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.
② 광고료의 납부기한은 5일로 한다. 다만, 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 광고원고 제출일을 납부기한으로 할 수 있다.
③ 광고주가 납부기한까지 광고료를 완납하지 아니한 때에는 그 계약은 무효로 하고 당해 광고를 게재하지 아니한다.

(2) 유사 조례

부산광역시부산진구공공인쇄물과시설물이용광고료징수조례

제10조 (광고료 납부) ① 광고료는 계약시 광고주가 납부하여야 할 금액, 납부기한, 장소, 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.
② 광고료 납부기한은 7일로 한다. 다만, 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 제출일을 납부일로 한다.
③ 조례8조의 규정에 의하여 대행업자를 선정 운영할 경우에는 구청장과 대행업자와의 계약에 의한다.
④ 구청장은 광고주가 제2항의 납부기한까지 광고료를 납부하지 아니한 때에는 광고표시결정을 취소할 수 있다.
⑤ 광고료 징수는 인쇄물 또는 시설물을 제작 또는 관리하는 주관부서에서 하고 징

수 결정사항을 징수과장에게 통보하여야 한다.

인천광역시부평구공공인쇄물의광고게재및비용에관한조례

제6조 (광고료 고지 및 납부) ① 광고료는 계약시 광고주가 납부하여야 할 금액, 납부기한, 장소, 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.

② 광고료 납부기한은 7일로 한다. 다만, 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 제출일을 납부일로 할 수 있다.

③ 광고주가 납기일까지 특별한 사유없이 광고료를 완납하지 아니한 때에는 계약을 무효로 하고, 6월간 부평구청에서 발간하는 인쇄물에 광고게재를 제한할 수 있다.

④ 광고료의 부과징수는 인쇄물을 발간하는 주관부서에서 하여야 한다.

남원시발간인쇄물의광고게재에관한조례

제6조 (광고료 고지 및 납부) ① 광고료는 계약시 광고주가 납부하여야 할 금액, 납부기한, 장소 기타 필요한 사항을 문서로써 고지한다.

② 광고료 납부기간은 7일로 한다. 다만, 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 제출일을 납부일로 할 수 있다.

③ 광고주가 납기일까지 특별한 사유없이 광고료를 완납하지 아니한 때에는 계약을 무효로 하고, 6월간 남원시청에서 발간하는 인쇄물에 광고게재를 제한할 수 있다.

④ 광고료의 부과징수는 인쇄물을 발간하는 주관부서에서 하여야 한다.

* 다르게 규정한 조례의 예

의정부시공공인쇄물의광고게재및비용에관한조례

제7조 (광고료의 고지 및 납부) ① 시장은 광고게재에 따른 광고료를 징수하기 위해 광고주가 납부해야 할 금액, 납부기한 장소, 기타 필요한 사항을 기재한 납부서를 발부한다.

② 광고게재에 따른 광고료 납부기한은 고지일로부터 7일로 한다.

③ 광고주가 납기일까지 특별한 사유없이 광고료를 완납하지 아니한 때에는 계약을 무효로 한다.

④ 광고료의 부과·징수는 인쇄물을 발간하는 주관부서에서 하여야 한다.

공주시발간인쇄물의광고게재에관한조례

제6조 (광고료 부과·징수) ① 인쇄물의 광고료 부과기준은 별표와 같다.

② 광고료는 게재할 광고를 선정한 후 광고주에게 납부하여야 할 금액, 기한, 장소등 필요한 사항은 문서로써 고지한다.

③ 광고료의 납부기한은 인쇄물 발행일 3일 이전으로 한다.

④ 광고주가 납부기한까지 광고료를 완납하지 아니한 때에는 그 계약은 무효로 하고 계약금은 공주시 금고에 귀속한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 지방자치단체와 체결한 광고계약의 효력을 일정한 경우에 무효화하여 다른 계약과 비교하여 조례에 의하여 규율함으로써 당사자의 법적 지위를 차별하고 있다. 이는 불리한 대우를 규정하고 있는 경우로 보인다

(4) 차별의 위법성 평가

가. 문제의 소재

광주광역시북구인쇄물홍보매체광고게재에관한조례는 광주광역시 북구청장이 발간하는 인쇄물과 유선 전기통신시설을 이용한 음성·음향·영상중 광고가 가능한 인쇄물 및 홍보매체에 광고료를 납부하고 광고를 게재할 수 있도록 하는데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다.(동 조례 제1조) 따라서 동 조례 제5조에 의하여 광고료를 징수하면서 제6조에 의하여 광고료의 고지 및 납부에 대하여 세부사항을 규정하고 있다하지만 동 조례 제6조 제2항에 의하면 광고료의 납부기한을 5일로 정함에도 불구하고 단서에서 납부기한 이전에 광고원고의 제출일이 도래한 때에는 광고원고 제출일을 납부기한으로 하고 있고, 동조 제3항에 의하면 제2항에 의한 납부기한까지 광고료를 완납하지 아니한 때에는 그 계약을 무효로 한다고 규정하여 민법상 계약자유의 원칙 및 사적자유의 원칙을 중대하게 침해하였는지의 여부가 문제된다.

나. 계약자유의 원칙과 광고주의 이행지체책임

현행 민법은 개인의 자유로운 의사의 합치에 의한 계약자유의 원칙을 근간으로 하고 있다. 이러한 계약자유의 원칙은 체결의 자유, 상대방 선택의 자유, 내용 결정의 자유, 방식의 자유를 통하여 구체화되고 있다. 또한 민법 제387조에 의하면 채무이행의 확정기한이 있는 경우에는 기한이 도래한 때로부터 지체책임을 진다고 규정하고 있다. 또한 동법 제388조에 의해 기한의 이익 상실사유를 정하여 놓고 있는데 그것은 다음과 같다. 즉, 채무자가 담보를 손상, 감소, 멸실케 한 때 혹은 채무자가 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때 기한의 이익이 상실한다고 하고 있고, 파산법 제16조에 따라서 채무자가 파산선고를 받은 때에도 기한의 이익은 상실된다. 따라서 이러한 기한의 이익을 상실케 할 사유가 있으면 채무자는 기한의 이익을 주장하지 못한다. 따라서 채권자는 이행기 이전이라도 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 이행기의 도래를 기다려 이행을 청구할 수도 있다. 따라서 채무자로 하여금 기한의 이익의 상실로 지체책임을 부담시키지 않기 위해서는 채무자의 파산선고 시를 제외하고는 채권자의 이행청구가 있어야 한다.

또한 공주시발간인쇄물의광고게재에관한조례는 이 조례보다 더 나아가 납부기한을 인쇄발행일 3일전으로 하고, 광고주가 납부기한까지 광고료를 완납하지 아니한 때에는 그 계약은 무효로 하고 계약금은 공주시금고에 귀속한다(제6조) 라고 하여 한층 강화된 내용을 규정하고 있다.

다. 소결

광주광역시북구인쇄물홍보매체광고게재에관한조례 제6조 제2항은 납부기한을 5일로 정함에도 불구하고, 광고원고 제출일이 도래한 때에는 이를 납부기한으로 할 수 있다고 규정하여, 지방자치단체장과 광고주사이에 체결한 계약의 효력을 형해화시키고 있다. 민법상 계약의 자유가 보장되어 내용형성의 자유가 인정되는 한, 부당하게 당사자 일방에게 유리한 내용을 조례로써 규율하는 것은 조례제정권의 한계를 일탈하였다고 보지 않을 수 없다. 더구나 동 조례 제6조 제3항에 의하여 제2항에 의한 납부기한으로써 계약을 무효로 한 것은 광고주의 권리를 심히 제한하는 것으로서 역시 조례제정권의 한계를 일탈하였다고 본다. 이러한 사정은 위에서 언급한 다른 조례의 경우에도 해당할 것이다.

(5) 개선사항

행정청이 사인과 체결한 사법상 계약이라고 하더라도 조례의 규율대상이 될 수 있다. 그러나 조례라는 공권력작용에 사법상 계약의 효력을 무효로 하는 것은 신중할 필요가 있다. 계약의 하자문제는 사법상의 법리에 의하여 해결되도록 하는 것이 타당하다. 따라서 이 부분은 삭제되어야 할 것이다.

27. 광주광역시서구공공발간물이용에따른광고게재사용료징수조례

(1) 대상 조례

제5조 (사용료의 고지 및 납부) 제3항 광고주가 납부기한까지 사용료를 완납하지 아니한 때에는 그 계약은 무효로 하고, 6개월간 서구청에서 제작하는 발간물에 광고물을 게재할 수 없다.

(2) 관련법령

국가를당사자로하는계약에관한법률

제5조 (계약의 원칙) ① 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 사용료 미납을 이유로 하여 계약무효뿐만 아니라 이후 일정 기간동안 계약체결을 못하도록 하여 계약체결의 권리, 즉, 행복추구권을 침해하고 있다.

(4) 위법성 평가

동 조례의 상위 법률은 국가를당사자로하는계약에관한법률을 들 수 있다동법에 의하면, 국가가 대한국민 국민을 계약 상대방으로 하여 체결하는 계약의 경우에 적용되며 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다는 것을 계약의 기본원칙으로 명시하고 있다(제5조 1항). 당해 조례에서 규정하고 있는 공공 발간물에 광고게재를 신청하는 것은 동법에서 설명하고 있는 국가(지방자치단체)와 개인이 당사자가 되는 계약을 체결하는 경우이다. 광고주가 한번의 계약무효 이후에 6개월간 발간물에 광고물게재를 할 수 없게 되는 것은 새로 체결하고자 하는 계약과 크게 관계없는 이전의 계약무효로 인하여 계약을 체결할 권리마저 처음부터 원천봉쇄하는 것과 다르다. 상호대등한 입장에서 계약을 체결하는 것은 다른 불리한 사항 등을 매개하지 않고 평등한 입장에서 자유로이 계약을 체결할 수 있음을 말하는 것인데 이전의 계약불이행에 따른 계약무효가 있었다는 사실을 불리한 조건으로 하여 상대방에게 계약 체결권을 주지 않는 것은 처음부터 지방자치단체와 계약당사자인 개인을 동등한 지위에 놓는 것이 아니게 된다.

따라서 동 조례는 계약위반행위를 이유로 한 계약체결의 권리를 침해하는 조항으로 이해된다.

(5) 개선사항

사용료 미납에 대한 계약무효도 사실 문제가 있는 내용인데와 더불어 사후 일정 기간동안 계약체결권을 제한하는 것은 과잉금지원칙에도 반한다고 보인다 계약체결권을 제한하는 부분은 삭제될 필요가 있다

28. 남양주시지방세성실납세자경품지급조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 납세의무자의 성실납세 이행에 따른 경품을 지급함으로써 만족감을 유도하여 납세의무의 원활한 이행에 기여함을 그 목적으로 한다.

제2조 (성실납세자 경품지급) 시장은 징수율 제고를 위하여 성실 납세자에게 추첨을 통하여 경품을 지급할 수 있다.

제3조 (추첨대상) 경품추첨대상은 다음 각호와 같다.

1. 3월까지 승용자동차에 한하여 자동차세 연납한 자 : 납부기한 마감일부터 2월이내에 추첨

2. 정기분 고지세목 (주민세, 자동차세1·2기분, 재산세, 종합 토지세)을 납부기한내 납부한 자 : 납부기한 마감일부터 2월 이내에 추첨

3. 기타 경품추첨이 필요한 경우

제4조 (추첨방법) 추첨방법은 제3조의 추첨대상자의 납세고지서 번호를 지방세프로그램에서 추출한 후 지방세경품추천프로그램으로 조합하여 전산추첨한다.

제5조 (경품) 경품은 가전제품 등 생활용품으로 하되 등수별 차등지급하며, 예산범위안에서 조정할 수 있다.

제6조 (추첨자) 추첨은 각급 기관장, 사회단체장, 지방세관련위원회위원장 및 위원, 납세의무자 등이 추첨할 수 있다.

제7조 (시행규칙) 이 조례 시행에 관하여 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

(2) 유사 조례

의왕시와 파주시도 같은 취지의 조례가 있다

대전광역시유성구지방세성실납세자경품지급조례

제1조(목적) 이 조례는 대전광역시유성구에 납세의무가 있는 자 중 성실납세 이행에 따른 경품 등을 지급함으로써 납세에 대한 만족감을 유도하여 납세의무의 원활한 이행에 기여함을 목적으로한다.

제2조(경품지급) 구청장은 징수율 제고를 위하여 성실납세자에게 추첨을 통하여 경품지급 등을 위하여 예산을 지원할 수 있다.

제3조(추첨대상 및 시기) 경품추첨 대상은 다음 각 호와 같다.

1. 상반기 정기분 고지세목(면허세, 자동차세 1기분)을 납기한내 납부한 자중 체납

액이 없는 자 : 7월 25일한 추첨

2. 하반기 정기분 고지세목(주민세, 재산세, 종합토지세)을 납부기한내 납부한 자 중 체납액이 없는 자 : 12월 20일한 추첨

제4조(추첨방법) 제3조의 추첨대상자를 기준으로 무작위 추출방식인 경품 추첨프로그램을 사용 전산으로 추첨한다.

제5조(경품) 경품은 생활용품 또는 상품권으로 하되 등수별 차등 지급하며, 예산범위 안에서 조정 할 수 있다.

제6조(추첨자) 추첨은 추첨 당일 내방 민원인 중에서 2명을 선정한 후 유성구 감사담당 공무원 입회하에 추첨한다.

제7조(시행규칙) 이 조례 시행에 관하여 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 성실납세자에 대한 경품지급사항을 규율하는 규범으로서 비납세자에 대한 경우와 비교하여 차별을 하고 있다 특히 세금납부가 국민의 헌법상 의무라는 사실에 비추어 보아도 성실납세자라는 이유로 우대하는 것은 문제의 소지가 있어 보인다. 차별유형을 이때에 어떻게 확정하는가의 문제는 국가인권위원회법상의18개 유형에 포섭하기 어려우므로, 규범적용상의 영역으로 규정하고자 한다

(4) 차별의 위법성 평가

가. 문제의 소재

경기도 남양주시 지방세성실납세자경품지급조례는 납세의무를 지는 자가 조례에 정한 기준을 충족시킬 경우, 즉, 성실납세를 하였을 경우 그 중 추첨을 하여 경품을 지급하기 위해 만들어진 조례이다. 이 조례에서는 당해 조례 제정의 목적을 징수율 제고를 위한 것이라고 있다. 그러나 당해 조례의 경우, 몇 가지 문제가 있다. 우선 징수율 제고라는 목적을 위해 가장 적합한 방법이 추첨후 경품지급이라는 방법인지 여부가 문제된다또한 징수율 제고를 위해 비납세자를 규제하지 않고 성실납세자에게 혜택을 주는 방식의 입법이 가능한

지도 살펴보아야 할 것이다. 그리고 납세의무는 국민의 의무로서 성실납세에 대한 보상은 세금으로 인해 유지되는 행정상의 정책적 이익 즉, 행정 기능이 원활히 이루어짐으로서 국민이 받는 복지, 안전 등의 이익인데 이외에 추첨이라는 불확실한 방법을 통하여 경품을 지급할 수 있는지가 문제된다

나. 당해 조례가 입법목적에 적합한지 여부

(가) 당해 조례의 목적

당해 조례는 지방세 징수율을 높이기 위해 제정되었다고 밝히고 있다 따라서 당해 조례에서 규정한 내용이 지방세 징수율을 높일 수 있는 방법인지 살펴보아야 한다

(나) 합목적성의 문제

당해 조례는 성실납세자에 대해 추첨 후 경품지급이라는 방법으로 지방세의 징수율을 높이려고 하고 있다 그러나 전체 성실납세자에게 모두 돌아가는 혜택이 아닌 성실납세자 중 일부를 추첨하여 그들에게 가전제품 등의 경품을 지급하는 방식으로는 입법 목적을 달성할 수 없다. 불확실한 경품지급에 희망을 걸고 안내려던 세금을 착실하게 납부하는 사람은 없을 것이고, 고액체납자의 경우나 장기체납자의 경우도 불확실한 경품지급을 목적으로 안내려던 세금을 내려고 하지는 않을 것이다 설사 모두에게 경품을 지급한다고 해도 개인에게 필요한지 필요하지 않은지도 알 수 없는 경품을 받으려고 세금을 납부하지는 않을 것이다.

또한 문제되는 것은 세금체납자를 규제하지 않고 성실납세자를 우대하는 형식의 입법이 가능한가의 문제이다. 기본적으로 납세의무는 국민의 기본적 의무이고 이는 지방세라고 해서 다르지 않다. 그런데도 불구하고 기본적 의무를 다했다고 해서 혜택을 주는 것은 옳지 않다. 더군다나 세금체납자들을 규제하지도 않고 그러한 방식으로 세금징수율을 올리려고 하는 이벤트적인 발상은 옳지 않다고 생각한다

(다) 소결

경기도 남양주시 지방세성실납세자경품지급조례는 입법의 합목적성의 원칙에 위배되

므로 폐지되어야 한다.

다. 경품지급방식의 문제점

위에서 밝힌 바와 같이 경품을 지급함으로써 지방세 징수율을 올리겠다는 의도는 문제가 있다. 설사 그것이 인정된다고 하더라도 당해 조례와 같은 경품지급방식에는 문제가 있다. 이른바 “추첨”이라는 불확정적인 방법을 사용하기 때문이다. 게다가 추첨방식이나 추첨자, 경품의 종류와 가액 등도 조례에서 명확히 정하지 않고 광범위하게 지정하고 있어 수범자로 하여금 사행심을 조장할 가능성이 있고 부당하게 추첨이 행해질 여지도 많다.

추첨이 공정하게 진행된다고 하더라도 추첨을 하여 일부 소수에게만 경품을 지급할 경우 똑같이 성실납세를 했음에도 불구하고 어떤 사람은 경품지급이라는 혜택을 얻는데 반해 다른 대다수의 사람들은 그러한 혜택을 받지 못하게 된다 비록 수익적 내용이더라도 이러한 방식으로 혜택이 배분어진다면 문제가 있을 것이다

(5) 개선사항

경기도 남양주시 지방세성실납세자경품지급조례는 합목적성과 평등 원칙 위반 등의 문제로 폐지되어야 한다.

29. 서울특별시성북주택재개발사업시행조례

(1) 대상조례

제26조 (토지의 관리등) ① 구청장이 관리처분계획을 정하여 인가고시하였을 때에는 환지계획 또는 토지분할계획에 따른 토지소유자 및 연고자는 환지 또는 분양지를 유지·관리하여야 하며, 관리소홀로 인한 손해에 대하여는 시행자가 책임을 지지 아니한다.

② 타인의 환지 또는 분양지상 무허가건물 소유자가 타인의 토지사용에 지장이 없도록 무허가건물을 자진철거하지 아니할 때에는 이 조례에 의한 국·공유지의 분양해택을 부여하지 아니할 수 있다.

(2) 관련법령

도시개발법

제35조 (환지예정지 지정의 효과) ① 환지예정지가 지정된 경우에는 종전의 토지에 관한 토지소유자 및 임차권자등은 환지예정지의 지정의 효력발생일부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 환지예정지 또는 당해 부분에 대하여 종전과 동일한 내용의 권리를 행사할 수 있으며 종전의 토지에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없다.

제38조 (토지의 관리 등) ① 환지예정지의 지정이나 사용 또는 수익의 정지처분으로 인하여 이를 사용 또는 수익할 수 있는 자가 없게 된 토지 또는 당해 부분은 그날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 주택재개발사업에서 토지소유자의 책임을 가중시키면서 사업시행자인 구청장의 책임은 면책하여 사업시행자를 우대하고 있다 이는 상위 법령과 달리 조례적용을 통한 차별로서 규범적용을 통한 우대조치에 해당한다

(4) 차별의 위법성 평가

도시개발법 제35조 제1항에서 나와 있듯이 환지에정지의 지정으로 인하여 토지소유자는 종전의 토지에 대하여 더 이상 사용수익할 수 없으며, 그 외의 조항을 살펴 볼 때에도 사업 시행을 위하여 시행자는 토지에 대한 제반시설을 관리하여야 한다는 것을 알 수 있다. 그런데 서울특별시성북주택재개발사업시행조례 제26조 제1항에서는 토지에 대한 관리를 토지 소유자 및 연고자가 행하여야 한다고 하면서 이에 대하여 시행자를 면책시키고 있다

인가를 받은 관리처분계획이 고시되면 토지소유자는 종전의 토지에 대하여 소유자로서의 사용·수익을 제한받게 되며, 이에 반하여 시행자는 재개발사업이 진행되는 과정에서 토지에 관하여 가장 용이하게 접근할 수 있으며 또한 재개발에 관한 제 권리를 행사할 수 있는 지위에 서게 된다. 그러므로 토지에 대한 관리는 사용수익권을 제한받는 토지소유자가 아니라 시행자가 하여야 할 것이다. 도시개발법에서도 토지의 관리자는 토지소유자가 아니라 시행자이며 도시개발법과 도시재개발법의 유사한 논의체계에 비추어 볼 때 동조례 제26조 제1항은 토지소유자의 책임을 법에서 인정하는 한도를 넘어서 가중시키고 있으며 이에 반해 동 조례상의 시행자인 구청장의 책임을 근거 없이 면책하고 있으므로 위법하다고 하겠다.

(5) 개선사항

주택재개발사업에서 토지소유자의 책임을 가중시키는 부분 및 사업시행자인 구청장의 책임을 면책하는 부분은 개정될 필요가 있다

30. 영월균세감면조례

(1) 대상조례

제18조의3 (별장에 대한 감면) 지방세법 제112조 제2항의 규정에 의한 별장을 소유하는 경우에 적용하는 재산세 및 종합토지세의 세율은 지방세법 제188조 제1항 제2호2목 및 제234조의16 제3항 제2호의 규정에 불구하고 지방세법 제188조 제1항 제2호1목 및 제234조의16 제1항을 적용한다.

(2) 유사조례

홍천군세감면조례

제24조의4 (별장에 대한 감면) 홍천군내에서 소유하는 부동산이 지방세법 제112조 제2항의 규정에 의한 별장에 해당되어 적용하는 재산세 및 종합토지세의 세율은 지방세법 제188조 제1항 제2호 제2목 및 제234조의16 제3항 제2호 규정에 불구하고 지방세법 제188조 제1항 제2호 제1목 및 제234조의16 제1항을 적용한다.

횡성군세감면조례

제31조(강원도 횡성군별장에 대한 감면) 강원도 횡성군내에서 지방세법 제112조제2항의 규정에 의한 별장을 소유하는 경우에 적용하는 재산세 및 종합토지세의 세율은 지방세법 제188조제1항제2호제2목 및 제234조의16제3항제2호 규정에 불구하고 지방세법제188조제1항제2호제1목 및 제234조의16제1항을 적용한다.

양양군세감면조례

제14조(별장에 대한 감면) 양양군내에서 지방세법 제112조제2항의 규정에 의한 별장을 소유하는 경우에 적용하는 재산세 및 종합토지세의 세율은 지방세법 제188조제1항제2호제2목 및 제234조의16제3항제2호의 규정에 불구하고 지방세법 제188조제1항제2호제1목 및 제234조의16 제1항을 적용한다.

(3) 관련법령

지방세법

제3조 (지방세의 부과·징수에 관한 조례) ① 지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 이 법이 정하는 범위안에서 조례로써 하여야 한다.

③ 지방자치단체의 장은 제1항의 조례의 시행에 따르는 절차 기타 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규칙으로 정할 수 있다.

제7조 (공익등 사유로 인한 과세면제 및 불균일과세) ① 지방자치단체는 공익상 기

타의 사유로 인하여 과세를 부적당하다고 인정할 때에는 과세하지 아니할 수 있다.

② 지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 인하여 필요한 때에는 불균일과세를 할 수 있다.

제8조 (수익등 사유로 인한 불균일과세 및 일부과세) 지방자치단체는 그의 일부에 대하여 특히 이익이 있다고 인정되는 사건에 대하여서는 불균일과세를 하거나 또는 그의 일부에 대하여서만 과세할 수 있다.

제9조 (과세면제등을 위한 조례) 제7조 및 제8조의 규정에 의하여 지방자치단체가 과세면제 불균일과세 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 행정자치부장관의 허가를 얻어 당해지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다.

제112조 (세율) ② 다음 각호의 1에 해당하는 부동산 등을 취득하는 경우(별장 등을 구분하여 그 일부를 취득하는 경우를 포함한다)의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 50으로 한다. 이 경우 골프장은 그 시설을 갖추어 체육시설의설치·이용에관한법률의 규정에 의하여 체육시설업의 등록(시설을 증설하여 변경등록하는 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)을 하는 경우 뿐만 아니라 등록을 하지 아니하더라도 사실상 골프장으로 사용하는 경우에도 적용하며, 별장·고급오락장에 부속된 토지의 경계가 명확하지 아니한 때에는 그 건축물 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속토지로 본다

1. 별장 : 주거용 건축물로서 상시 주거용으로 사용하지 아니하고 휴양·피서·위락 등의 용도로 사용하는 건축물과 그 부속토지(지방자치법 제3조제3항 및 제4항의 규정에 의한 읍 또는 면에 소재하고 대통령령이 정하는 범위와 기준에 해당하는 농어촌주택과 그 부속토지를 제외한다). 이 경우 별장의 범위와 적용기준은 대통령령으로 정한다.

제291조 (사치성재산의 감면 제외) 이 장의 감면규정을 적용함에 있어 제112조제2항 각호에 규정된 부동산 등은 감면대상에서 제외한다. [적용 2001.1.1부터 2003.12.31 까지]

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 지방세법의 규정내용과 달리 별장에 대해 감면조치를 규정하고 있다 이는 특정 당사자에 대한 기본권침해문제가 아니므로 인권침해차원에서는 평가할 수 없다. 따라서 법령과 달리 조례차원에서 달리 규정하고 있다는 점 및 다른 지방자치단체의 조례에 비교하여 볼 때 달리 감면조치를 규정하고 있다는 점 등에 비추어 규범적용상의 차별로서 우대조치에 해당한다고 볼 수 있다

(5) 차별의 위법성 검토

이 조례의 규정을 보면 지방세법의 규정에도 불구하고 세율을 달리 정하고 있다 이는 세율을 달리하면서 사실상 감면조치를 취하고 있는 것으로서 문제는 첫째, 이 별장에 대한 감면규정이 지방세법의 감면규정에는 열거되지 아니한 것이라는 것과 둘째, 지방세법의 규정에도 불구하고 세율을 달리할수 있는 것인가 하는 것이다 결국 지방세의 부과와 감면에 대한 지방자치단체의 재량이 어느 정도로 인정될 것인가 하는 문제가 될 수 있을 것이다. 이에 대한 구체적인 논의는 생략하고 위법성에 대해서 따져보도록 한다

지방세법 제3조를 보면 「지방자치단체는 지방세의 세목 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 이 법이 정하는 범위 안에서 하여야 한다.」 고 해서 지방세에 대한 조례의 한계를 규정하고 있다 그런데 동법 제7조 내지 제9조를 보면 행정자치부장관의 승인을 얻어 공익 등을 이유로 과세면제와 불균일과세를 정할 수 있게 하고, 수익 등을 이유로 불균일과세와 일부과세를 할 수 있게 하고 있다 그렇다면 지방자치단체는 동법 제7조 내지 제9조에 해당한다면 법이 정하고 있는 표준세율과 다른 세율을 조례로 규정할 수 있는가 그리고 동법 제3조와의 관계는 어떻게 되는가가 문제로 된다.

생각건대, 지방세법 제3조의 규정은 지방자치단체의 과세의 한계를 정함으로써 각 지방자치단체의 자의적인 부당과세부과를 방지하고자 하는 목적이 있다고 보여진다 또한 제7조 내지 제9조의 규정은 공익과 수익 등의 사유로 조례로서 추상적 일반적으로 적용되는 표준세율을 바꿀 수 있다는 것이 아니라 개별적 구체적 사유에 있어 필요에 한해 부과의 유연성을 부여한 규정이라고 해석된다. 그렇지 않고 전자로 해석한다면 행정자치부장관의 허가만 있으면 얼마든지 공익수익 등의 사유로 세율을 달리 정할 수 있을 것이고 그리하면 행정자치부장관이 지방세법을 제정한 입법부의 권한을 넘어서는 결과가 되어서 부당하다 설사 조례로서 변경하는 것이 허용된다고 하더라도 사치성재산에 해당하는 별장에게 감면

혜택을 줘야할 어떠한 공익·수익 등의 사유가 있다고 보여지지 않으므로 당해조례규정은 위법하다고 아니할 수 없다 이것은 지방세법 제291조가 사치성재산인 별장 등의 감면대상 제외 규정의 취지에 비추어 보아도 추론될 수 있다

한편, 지방세법 제188조 제5항은 「시장·군수는 조례가 정하는 바에 의하여 재산세의 세율을 제1항의 표준세율의 100분의 50의 범위 안에서 가감 조정할 수 있다」고 하고 있고 제234조의 16은 이러한 조항이 없다. 그렇다면 별장에 대한 감면을 규정한 당해조례의 내용 중 지방세법 제188조에 관련한 사항은 적법한 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수도 있다 그러나 역시 이 조항에 의거하더라도 표준세율의 100분의 50의 범위 안에서만 조정할 수 있다고 하는데 당해 조례규정은 이 100분의 50의 범위를 넘어서서 규정하고 있다 따라서 역시 이 조항에 의해서도 위법성은 배제될 수 없다

결론적으로 지방세는 지방자치단체가 지방자치단체의 운영을 위해서 지역주민에게 거두는 세금으로서 그 부과와 징수 등의 사항은 엄격하게 법정되어야 한다고 생각한다 그리고 한편으로는 그 감면도 법률로서 엄격히 제한되어 지역주민들이 불평등한 대우를 받지 않도록 하여야 한다. 그런데 지방세법 제112조 제2항에 해당하는 별장의 경우에는 사치성재산으로서 이에 가중하여 세금을 부과하는 것이 일반법감정과 현실에 맞는 것이겠 오히려 감면의 대상으로 하고 있는 것은 위법·부당한 조례라고 생각한다.

강원도의 경우 대부분 군세감면조례로서 별장에 대한 감면 규정이 있는 반면에 충청북도의 경우에는 별장에 대한 감면규정을 찾아볼 수 없었다

(6) 개선사항

사치성재산에 해당하는 별장에 대해 감면 혜택을 주고 있는 규정은 삭제되어야 한다

31. 용인시건축조례

(1) 대상조례

제14조 (식재등 조경기준) ① 제13조의 규정에 의한 대지안의 조경은 다음 표에서 정하는 바에 따라 식수등 조경을 하여야 한다. 다만, 교목의 경우 심을 당시를 기준으로 하여 높이 3미터 이상의 교목을 60퍼센트이상 심어야 한다.

구 분	심는밀도(㎡)	상록수의 비율
교목(줄기가 곧고 굵으며 높이 자라는 나무)	0.4본 이상(다만, 흉고직경 12센티미터 이상으로서 수고 4미터 이상인 경우 0.1본 이상)	상록수 :50퍼센트 낙엽수: 50퍼센트
관목(줄기와 가지의 구분이 분명하지 않고 키가 작은 나무)	1본 이상	

- ② 제1항의 규정에 의해 심는 낙엽수는 30퍼센트 이상을 유실수로 하여야 한다.
- ③ 주택건설촉진법 제33조 규정에 의한 주택건설사업계획승인 대상의 공동주택인 경우에는 제1항 및 제2항의 기준 이외에 다음 각호의 기준에 적합하게 식재 하여야 한다.
1. 교목은 제1항 단서 규정의 50퍼센트 이상을 흉고직경 10cm 이상, 근경 12cm 이상으로 할 것.
 2. 관목의 식재밀도는 제곱미터당 2본 이상일 것.
 3. 교목중 5퍼센트 이상을 시목인 전나무로, 관목중 시화인 철쭉꽃나무를 10퍼센트 이상 식재 할 것

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 조경의 대상을 일방적으로 의무화하여 주민들의 환경권인 조경권을 침해하는 문제를 안고 있다 즉, 식재 등 조경기준을 정함에 있어 교목과 관목 등의 비율로만 규제하는 것이 아니라, 특정나무의 종류까지 의무적으로 식재하도록 규제하고 있어 주민들의 조경권을 과도하게 침해하고 있는 것으로 보인다

(3) 침해의 위법성 평가

가. 비례성 원칙(내지 과잉금지의 원칙)의 위반여부

(가) 대상조례의 입법목적의 정당성

대상조례의 입법목적은 난개발의 오명을 씻고 애향심을 키우기 위한 것이다. 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 포섭시킬 수 있으므로, 주민의 조경권이 라는 기본권을 제한하기 위한 목적이 될 수 있다

(나) 적합성의 원칙 위반여부

먼저 적합성의 원칙의 위반여부를 살펴보면 난개발의 오명을 씻고 애향심을 키우기 위한 것이라는 목적을 위하여 시목과 시화를 심도록 한 수단이 적합한 것인가의 여부를 가치중립적으로 검토할 때 시목과 시화의 식재를 통해 난개발에 따른 주거환경의 훼손이 어느 정도 회복될 수 있다는 점에서 난개발의 오명을 씻는다는 입법목적과 시목과 시화의 식재를 의무화하는 것 사이에는 수단의 적합성을 인정할 수 있다. 그러나 시목과 시화의 식재를 지방자치단체가 조례로써 강제한다고 하여도 해당지역 주민의 애향심이 키워질지는 의문이다. 애향심을 가지는지 여부는 개인의 내심의 자유에 해당하는 영역이므로 국가가 이에 간섭하는 것이 바람직하지 않을뿐더러 애향심의 존부를 확인할 수 없으므로 시목과 시화의 식재를 강제와 애향심 고취와의 인과관계가 막연하여 양자 사이에는 수단의 적합성을 인정할 수 없다고 생각한다

(다) 필요성의 원칙 위반여부

다음으로 필요성의 원칙의 위반여부를 살펴보면 다른 대안의 존부를 개별적·구체적으로 검토하여 볼 때 난개발의 오명을 씻기 위해서는 특정종류의 나무까지 식재를 강제할 필요는 없으며 조경기준으로서 일정비율의 교목과 관목 상록수와 유실수의 식재만을 사업승인의 요건으로 하면 족하므로 침해의 최소성 원칙에 반한다고 생각한다. 이러한 결론은 다른 대 다수의 지방자치단체가 특정종류의 나무까지 규제하지 않는 것에 의해 지지될 수 있다

(라) 협의의 비례성의 원칙 위반여부

설사 필요성의 원칙에 반하지는 않는다고 하더라도 협의의 비례성의 원칙에 반한다

고 생각한다. 즉, 특정나무의 종류까지 의무적으로 규제함으로써 침해되는 주민의 조경권은 예술 표현의 자유 또는 일반적 행동의 자유에 근거한 헌법상 기본권으로서 침해되는 사익과 난개발의 오명을 씻고 애향심을 키우겠다는 공익사이에 적절한 비례관계가 성립되지 않는다고 본다

대지 안의 조경시 사업승인 대상인 공동주택뿐만 아니라 건축법 제8조 및 제9조 규정에 의한 일반건축허가 부지에도 교목 5%이상을 시목인 전나무로, 관목 중 10% 이상을 시화인 철쭉 꽃나무로 식재토록 의무화 규정을 명시한 용인시장제출의 용인시 건축조례 중 개정조례안에 대하여 용인시의회(제3대-제82회-제2차-본회의-2003.10.31)는 시목인 전나무는 내음수종으로서 공중습도가 높고 비옥한 토양에 적합하며 시 주변 및 공해지역은 식재가 불가능한 수종으로서 획일적인 조경을 의무화하도록 규정하는 것보다 시민의 다양한 욕구를 충족할 수 있도록 제4조 제3항은 종전대로 주택건설 촉진법 제33조 규정에 의한 공동주택인 경우만 적용하고 건축법 제8조 및 제9조 규정에 의한 일반건축허가 신고부지는 제외하도록 수정 가결한 바 있다

이점은 비옥하지 않은 토양에 건축되는 공동주택의 주거환경 중 일부분의 조경은 식재가 불가능한 수종인 시목인 전나무를 획일적으로 식재할 수밖에 없으므로 하여 오히려 조경의 목적을 달성할 수 없고 따라서 거주주민의 조경권의 중대한 침해가 발생할 수 있음을 반증 시켜주는 것이라고 볼 수 있다 전나무가 생육할 만큼 비옥하지 않은 토양을 가진 부지에 건축되는 한 건축법상 건축허가 대상의 주택이든지 주택법상 사업승인 대상의 공동주택이든지 거주주민의 조경권의 중대한 침해가 발생함에는 차이가 없으며 이러한 경우에는 대상 조례의 입법목적에 오히려 배치되는 결과가 발생한다.

나. 소결

따라서 용인시건축조례 제14조 제3항 제3호가 식재 등 조경기준을 정함에 있어 교목과 관목 등의 비율로만 규제하는 것이 아니라 특정나무의 종류까지 의무적으로 식재하도록 규제하는 것은 주민의 조경권을 과도하게 침해하여 비례성 원칙또는 과잉금지의 원칙에 위반한다고 생각한다.

(4) 개선사항

용인시건축조례 제14조 제3항 제3호의 내용은 강제조항의 성격이 아닌 권고조항형식으로 개정하거나 또는 삭제하는 것이 필요하다.

제2장 공물행정영역

제1절 검토범위

공물이란 행정목적달성을 위하여 제공되는 물건을 말한다. 행정목적은 일반적으로 공무원이라는 인적 요소에 의하여 수행되는 것이 보통이지만 공물이라는 물적 요소에 의하여도 수행될 수 있다. 공물에는 행정주체가 직접 스스로 사용하는 공용물 일반인의 이용에 제공되는데 중점이 있는 공공용물 및 보존 또는 관리를 통하여 행정목적에 제공되는 보존공물이 존재한다.

이러한 공물의 공적 제공목적에 기여하는 일련의 행위인 공물관리영역에서는 행정 목적을 위하여 사용하는 공물의 관리행위, 즉, 유지, 보수 및 관리비용징수 등에 관한 사항이 그 검토대상으로 된다. 이때에는 공물인 도로, 하천, 공원 등의 사항이 주요 검토대상이 된다.

제2절 구체적 검토조례

I. 공물사용에 관한 조례

1. 대전광역시주차장조례

(1) 대상 조례

제9조 (이용제한) 노상주차장의 이용기간을 단축하거나 법 제10조의 규정에 의하여 이용을 제한하고자 할 때에는 제한기간·제한구역 및 제한 사유등을 정하여 이용제한 게시일 7일전부터 이용제한 기간 만료시까지 당해 주차장에 게시하여야 한다. 다만, 사전에 게시할 수 없는 긴급한 사태가 발생한 경우에는 그러하지 아니한다.

(2) 관련 법률

주차장법

제10조(노상주차장의 사용제한 등) ① 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장은 교통의 원활한 소통과 노상주차장의 효율적인 이용을 위하여 필요한 경우에는 다음 각호의 제한조치를 할 수 있다. 다만 도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차의 경우에는 제한조치에 관계없이 주차할 수 있다.

1. 노상주차장의 전부나 일부에 대한 일시적인 사용제한
 2. 자동차별 주차시간의 제한
 3. 노상주차장의 일부에 대하여 건설교통부령이 정하는 자동차와 경형자동차를 위한 전용주차구획의 설치
- ② 제1항의 규정에 의한 제한조치를 하고자 하는 경우에는 그 내용을 미리 공고하거나 게시하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 노상주차장의 이용을 위하여 제한조치를 하는 경우의 공고 또는 게시의무를 배제할 수 있도록 하여 주차장법에 없는 내용에 의하여 조례를 통하여 주민의 일반적 행동의 자유를 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

주차장법 제10조 (노상주차장의 사용제한등)를 살펴보면 제1항에서 '특별시장·광역시·시장·군수 또는 구청장은 교통의 원활한 소통과 노상주차장의 효율적인 이용을 위하여 필요한 경우에는 다음 각호의 제한조치를 할 수 있다고 규정하면서 제2항에서 '제1항의 규정에 의한 제한조치를 하고자 하는 경우에는 그 내용을 미리 공고하거나 게시하여야 한다'고 규정하고 있다

이에 관하여 대전광역시주차장조례 제9조 (이용제한)는 '노상주차장의 이용시간을 단축하거나 법 제10조의 규정에 의하여 이용을 제한하고자 할 때에는 제한기간·제한구역 및 제한사유등을 정하여 이용제한게시일 7일전부터 이용제한 기간 만료시까지 당해 주차장에 게시하여야 한다. 다만, 사전에 게시할 수 없는 긴급한 사태가 발생한 경우에는 그러하지 아니한다'라고 규정하고 있다

검토해 볼 때, 주차장법은 노상주차장의 사용제한 조치를 하는 경우 그내용을 미리 공고, 게시하여야 하다고만 규정하고 있는데 반해 대전광역시주차장조례의 경우 그내용을 구체화하면서 단서규정에서 사전에 게시할 수 없는 긴급한 사태가 발생한 경우에는 그러하지 아니해도 된다고 공고 게시에 대한 예외 규정을 두고 있다 사용제한조치에 대한 공고, 게시는 당해 이용 주민들에게 일정한 제한 내용을 공시함으로써 주민들의 편의를 도모하기 위한 규정으로 보인다 그럼에도 불구하고 조례에서 공고, 게시의 예외를 인정하는 규정을 두는 것은 상위법령에 해당하는 법률인 주차장법에는 규정되어 있지 아니한 내용을 조례가 규정하면서 주차장을 이용하는 주민들에게 더욱 불리하게 규정한 것으로서 이는 상위법령의 범위를 벗어나는 것으로 보인다 따라서 이는 법률우위원칙에 비추어 위법하다고 볼 수 있다

(5) 개선사항

조례에서 공고, 게시의 예외를 인정하는 규정을 두기 위하여는 상위법령의 명시적 위임이 필요하다.

2. 보성군주차장조례

(1) 대상 조례

제11조 (신고 노외주차장의 설치기준) ① 법 제12조 제2항의 단서의 규정에 의하여 신고만으로 설치 할 수 있는 노외주차장(이하 "신고노외주차장" 이라 한다)의 설치 기준은 다음 각호에 적합하여야 한다.

1. 주차대수 40대 미만을 수용할 수 있는 규모일 것
2. 대상토지는 지목여하에 불구하고 사실상 대지화되어 있을 것(단, 녹지지역 내에서는 지목이 대지 또는 잡종지인 경우에 한함)
3. 영 제4조, 제1호, 제2호, 제3호 기준에 적합할 것

② 법 제12조 제2항의 단서규정에 의한 신고노외주차장의 설치신고는 영 제3조 제4항에 규정한 노외주차장 설치신고서를 군수에게 제출하여야 한다.

제19조 (과징금 처분) ① 영 제11조의2 제2항의 규정에 의한 과징금 가감 기준은 별표 4와 같다.

⑤ 제1항의 규정에 의하여 부과된 과징금을 지정 기일에 납부치 않았을 때에는 지방세 징수의 예에 따라 징수한다.

제20조 (과태료처분) 법 제30조 제2항의 규정에 의하여 군수가 징수하는 과태료 부과기준은 별표 5와 같다.

(별표 5) 과 태 료 부 과 기 준 (제20조 관련)
(단위 : 만원)

위 반 행 위 별	구 분	과 태 료
1. 신고를 하지 아니하고 노외주차장을 설치한 자 (법 제12조 제2항 단서규정 관련)	바닥면적 500㎡미만	90
	바닥면적 500㎡이상	100
2. 신고를 하지 아니하고 노외주차장의 이용을 중지 또는 폐지한 자 (법 제16조 관련)	허 가 주 차 장	50
	신 고 주 차 장	40

* 비고 : 군수는 구체적인 위반행위의 동기와 그 결과 등을 참작하여 위 기준에서 정한 금액을 조정·부과할 수 있다.

(2) 관련 법률

주차장법

제12조 (노외주차장의 설치 등) ① 노외주차장을 설치 또는 폐지한 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수 또는 구청장에게 통보하여야 한다.

② 내지 ⑤ 삭제

⑥ 특별시장·광역시장 또는 시장은 노외주차장의 설치로 인하여 교통의 혼잡을 가중시킬 우려가 있는 지역에 대하여는 노외주차장의 설치를 제한할 수 있다. 이 경우 제한지역의 지정 및 설치제한의 기준은 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

제30조 (과태료) ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 50만원이하의 과태료에 처한다.

1. 삭제
2. 제17조 제2항(제19조의3에서 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 위반하여 주차장에 대한 일반의 이용을 거절한 자
3. 삭제
4. 제19조의7 제2항의 규정에 위반하여 안전도인정표지를 부착하지 아니한 자
5. 제19조의10 제2항의 규정에 위반하여 검사필증 또는 기계식주차장의 사용을 금지하는 표지를 부착하지 아니한 자
6. 제25조 제1항의 규정에 의한 검사를 거부·기피 또는 방해한 자

주차장법 시행령

제3조 삭제 [99-3-17]

제11조 삭제 [99-3-17]

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

조례는 근거 상위 법령이 삭제되면 더 이상 효력을 유지하지 못하게 된다 따라서 조례에 의하여 과태료나 과징금을 부과하는 내용이 그대로 존속하게 되면 재산권의 침해문제가 발생하게 된다.

(4) 침해의 위법성 평가

가. 문제점 : 근거법령의 개폐가 조례의 효력에 미치는 일반적 효과

보성군 주차장 조례의 가장 큰 핵심은 근거 법령이 개정 내지 폐지되었을 경우 그에 근거한 조례의 법적 효력의 문제이다. 신고 노외주차장의 근거 조항과 과태료의 근거조항이 삭제됨으로써 그것이 조례에 미치는 영향이 문제시되는 것이다. 이와 관련해 우선 신고에 의한 노외주차장과 과태료의 법적 성질이 문제시되고 그 결과 근거조항이 없음으로 인해 이러한 조항들도 무효가 되는지가 문제시된다

이와 관련해 대법원은 '일반적으로 법률의 위임에 의하여 효력을 갖는 법규명령의 경우, 구법에 위임의 근거가 없어 무효였다라도 사후에 법개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령이 되나, 반대로 구법의 위임에 의한 유효한 법규명령이 법개정으로 위임의 근거가 없어지게 되면 그 때부터 무효인 법규명령이 되므로, 어떤 법령의 위임 근거 유무에 따른 유효 여부를 심사하려면 법개정의 전·후에 걸쳐 모두 심사하여야만 그 법규명령의 시기에 따른 유효·무효를 판단할 수 있다(93 추 28판결)'고 판시함으로써 일반적으로 법규명령의 경우 위임의 근거가 법개정으로 없어지게 되면 그 효력을 잃는다고 하고 있다

이는 법률유보의 원칙상 타당한 것이고 이와 같은 원칙은 기본적으로 조례에도 적용이 될 것이다. 즉, 조례의 경우에도 법률위임을 필요로 하는 주민의 권리제한의 무부과, 벌칙의 경우 근거 조항이 삭제되면 그 조례도 당연히 효력을 잃는 것이다. 다만 그 이외의 지방자치법 제5조 본문의 적용을 받는 사항의 경우는 15조 본문의 일반적 제약(지방자치단체의 사무 법령의 범위안)하에서 상위법령의 개폐의 효과를 따져야 할 것이다.

나. 본 조례 제11조, 제12조의 위법성 여부

(가) 신고에 의한 노외 주차장 설치의 법적 성질

신고에 의한 노외주차장 설치의 주민의 권리제한 의무부과, 벌칙의 어느 항목에도 해당하지 않는다. 일정 요건이 갖추어진 상태에서 신고만으로 노외주차장 설치가 허용되므로 일종의 급부 행정으로 보아 제5조 단서가 아닌 제15조 본문의 적용을 받

는 것이다. 하지만 제15조 단서의 적용을 받지 않는다고 하여 그 조항이 무조건 효력을 발생하는 것은 아니다. 지방의회는 당해 지방자치단체의 사무에 한해서 조례를 제정할 수 있는 것이고 상위법령의 범위 내에서 또한 제정할 수 있으므로 상위법령과 배치되는 조항의 경우는 효력을 잃게 되는 것이다. 따라서 본 조항의 효력과 관련하여서는 상위법령인 주차장법 주차장법시행령의 개정으로 보성군 주차장조례의 신고노외 주차장 설치가 자치사무 단체위임의 사무의 성격을 벗어났는지 혹은 상위법과 배치하게 되는 결과를 가져왔는지가 문제시된다 이와 관련해서는 먼저 개정된 상위법령의 해석이 필요하겠다.

(나) 상위법령의 해석

종전에는 주차장법 제12조 제2항 단서에 의해 신고만으로 노외주차장을 설치할 수 있었으나, 그 조항이 삭제됨으로써 원칙적으로 노외주차장을 설치한 자는 관할 지방자치단체의 장에게 통보하도록 하고(제12조 제1항) 그 제한(제12조 제6항)을 할 수 있음이 새로이 규정되었다. 이러한 조항에 의해 원칙적으로 사인의 신고만으로 주차장을 설치할 수 없게 되었다. 문제는 이러한 조항들이 원칙적으로 신고만으로 노외주차장을 설치한 것을 금지하는 조항으로 해석될 수 있는지 해석된다면 그러한 해석에 기초할 때 신고만으로 노외주차장을 설치할 수 있도록 하고 있는 본 조례가 상위법령에 위반하여 무효가 되는지가 문제시된다

개인적으로는 이와 관련하여 다음과 같은 논거로 본 조항이 신고제에 의한 노외주차장은 더 이상 허용하고 있지 않다고 해석된다 먼저 주차장의 설치에 일정한 공익적 성격을 갖기는 하지만 규제완화차원에서 종전의 신고제 근거 조항을 의도적으로 삭제한 점, 노외 주차장을 설치한 것을 통보할 것을 요구하고 일정기준으로 제한할 수 있음을 밝힌 것 등을 통해서 볼 때 더 이상 신고제에 의한 노외주차장 설치를 원칙적으로 허용하지 않음을 규정한 것으로 해석할 수 있을 것이다

(다) 본 조례의 위법성 검토

본 조례의 제11조, 제12조는 여전히 신고만으로 노외주차장을 설치하는 것을 가능하도록 규정하고 있는데 그러한 방식의 주차장 설치를 허용하지 않도록 명시적은 아니나 해석을 통해) 근거법령이 개정된 것을 반영하지 아니한 채 방치하여 결과적으로

상위법령에 위반된 조항이 되어 그 효력을 상실하였다 할 것이다 따라서 보성군 주차장 조례 제11조, 제12조는 상위법령에 위반하여 지방자치법 제5조 본문에 의해 무효인 조항이다.

다. 본조례 제19조, 20조의 위법성 여부

(가) 문제점

본 조항은 과징금과 과태료 관련 조항으로서 일종의 벌칙에 해당하는 조항이다 따라서 그것이 유효한 조항이 되기 위해서는 지방자치법 제 15조 단서에 의해 법률의 위임이 필요한데 그 근거 법령인 주차장법 주차장법 시행령의 개정으로 그 근거 조항이 개정, 삭제되었다. 이에 그러한 개정, 삭제가 본 조항의 효력에 미치는 영향이 문제시되는 것이다.

(나) 위법성 검토

㉠ 제20조의 위법성 검토

본 조례는 제20조에서 ‘법 제30조 제2항의 규정에 의하여 군수가 징수하는 과태료 부과기준은 별표 5와 같다.’고 규정하고 있고 별표에서 법 제2조 제2항과 법 제16조 관련해서 과태료의 규정을 두고 있으나 법 제30조 제2항에서는 과태료 부과 사유 중에서 위 두 조항을 삭제했고 위 두 조항 역시(법 제12조 제2항, 법 제16조) 삭제되었다. 따라서 이러한 배경 하에서는 위 과태료의 부과 근거가 사라졌으므로 본 조례 제20조는 아무런 효력을 갖지 않음을 볼 수 있다 다만 다른 여타의 규정에서 이러한 근거 조항이 발견된다면 단지 근거 조항을 적시한 부분만이 다를 뿐 여전히 효력을 가질 수 있을 것이다.

㉡ 제19조의 위법성 검토

본 조례는 제19조 (과징금 처분) 제1항에서 ‘영 제11조의2 제2항의 규정에 의한 과징금 가감 기준은 별표 4와 같다.’고 규정하고 별표4에서 가감기준을 제시하고 있으며 제2항부터 제4항까지 구체적인 징수절차를 명시하고 있다 하지만 영 제11조의2는 삭제되었을 뿐만 아니라 시행령 제17조 제2항에서 ‘시장·군수 또는 구청장은 노외주

차장의 규모, 노외주차장 설치지역의 특수성 위반행위의 정도 및 횡수 기타 특별한 사유 등을 참작하여 제1항의 규정에 의한 과징금의 금액을 그 5분의 1의 범위안에서 당해 지방자치단체의 규칙이 정하는 바에 따라 가중 또는 감경할 수 있다(개정 99년3월 17일)고 규정하여 원칙적으로 과징금의 가감기준은 지방자치단체의 조례가 아닌 규칙으로 정할 수 있다고 하여 가감기준은 기관위임사무임을 명시하고 있다

따라서 본 조례의 제19조는 다음과 같은 두 가지 점에서 문제가 된다 즉, 우선 과징금을 가중하는 것은 일종의 벌칙으로서 법률의 위임이 필요한데 근거 조항이 삭제 되었으므로 무효가 되는 것이고, 또한 시행령에서 이러한 가감기준은 분명히 기관위임사무로 하고 있으므로 비록 과징금을 감경하는 것은 지방자치법 제5조 단서의 적용을 받지 않는다 하더라도 제5조 본문의 사무의 범위를 넘는 것이므로 무효가 되는 것이다.

◎ 소결

보성군 주차장조례 제19조, 제20조는 근거법령의 삭제, 기관위임의 위반 등의 이유로 여타의 사정이 존재하지 않는 한 지방자치법 제5조에 의해 무효로 볼 수 있다.

(5) 개선방안

본 조례는 상위 법령의 개정에 따른 변화를 제대로 반영하지 못하고 있는 문제점이 존재한다. 따라서 신고제 삭제에 따른 내용수정 및 과태료 부과사유의 개정 과징금 부과근거의 삭제 등을 반영한 내용으로 변경될 필요가 있다

3. 밀양시주차장조례

(1) 대상조례

제15조 (비용납부로 인한 설치의무면제) ① 시장은 주차장 설치비용을 납부한 자에게 당해건축물 준공과 동시에 별지 제3호 서식의 공영주차장 무상사용증을 교부하여야 한다.

② 영 제10조의 규정에 의한 주차장 설비비용 납부자의 공영주차장 무상 사용기간은 공영 주차장 무상사용권을 교부받은 날로부터 납부비용을 별표 1의 급지 구분에 따른 월정기 주차권(주·야간) 요금으로 나누어서 산정한 기간의 만료일까지로 한다. 다만, 공영주차장의 무상 사용기간은 20년 이내로 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 무상 사용기간 만료시 만료일 1월전에 재신청 하여야 한다.

④ 제3항에 의한 신고를 하지 아니하였을 시는 건축법 제42조 제1항에 의거 당해 건축물사용금지, 사용제한, 전기, 전화, 수도공급을 중단 할 수 있다.

(2) 관련법령

주차장법시행령

제10조 (주차장설치비용 납부자의 주차장무상사용 등) ① 시장·군수 또는 구청장은 제9조의 규정에 의하여 시설물의 소유자로부터 부설주차장의 설치에 필요한 비용을 납부받은 경우에는 시설물준공검사필증(건축물인 경우에는 건축법 제18조의 규정에 의한 사용승인서 또는 임시사용승인서를 말한다. 이하 같다)을 교부할 때에 특별시장·광역시장·시장·군수 또는 구청장이 설치한 노외주차장 중 당해 시설물의 소유자가 무상으로 사용할 수 있는 주차장을 지정하여야 한다. 다만, 제7조제2항의 규정에 의한 범위에 해당하는 시설물의 부지인근에 사용할 수 있는 노외주차장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 본문의 규정에 의하여 주차장을 무상으로 사용할 수 있는 기간은 납부된 주차장설치비용을 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 방법에 따라 시설물준공검사필증을 교부할 때의 당해 주차장의 주차요금 징수기준에 의한 징수요금으로 나누어 산정한다.

③ 시장·군수 또는 구청장은 제1항 본문의 규정에 의하여 시설물의 소유자가 무상으로 사용할 수 있는 노외주차장을 지정함에 있어 당해 시설물로부터 가장 가까운 거

리에 있는 주차장을 지정하여야 한다. 다만, 그 주차장이 주차난이 심하거나 기타 당해 주차장을 이용하게 하기 곤란한 사정이 있는 경우에는 시설물의 소유자의 동의를 얻어 그 주차장외의 다른 주차장을 지정할 수 있다

④ 구청장은 제1항 본문의 규정에 의하여 무상사용주차장으로 지정하고자 하는 노외주차장이 특별시장 또는 광역시장이 설치한 노외주차장인 경우에는 미리 당해 특별시장 또는 광역시장과 협의하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 무상기간의 만료 전 재산청의 의무를 불이행할시 일정한 제재내용을 규정하고 있는 바, 이는 부당결부금지원칙에 위반되는 문제가 존재한다 이는 재산권의 침해문제로 평가될 수 있다

(4) 침해의 위법성 검토

가. 주차장 설치 및 관리

주차장의 설치와 관리는 지방자치법 제9조 제2항 제4호 파에서 지방자치단체의 사무임을 예시하고 있다. 그러나 동조의 단서에서 “다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다 따라서 각 개별법을 보고 사무유형을 검토하여야 한다. 그러나 밀양시주차장조례의 개별법인 주차장법에서 특별한 위임조항이 없으므로 지방자치단체의 사무로 생각되며 따라서 조례제정권의 행사 영역에 포함된다. 밀양시주차장조례의 제15조 제1항은 주차장시행령의 제10조 제1항에서 부설주차장의 설치비용을 납부한 자에게 노외주차장을 무상사용할 수 있도록 한 규정을 확인하는 규정이며, 동 조례의 제2항은 시행령의 제10조 제2항의 위임을 받아 본 조례 징수기준과 방법을 정하고 있다 문제가 되는 조항은 동 조례의 제5조 제3항과 제4항이다. 상위법령의 위임없이 제정한 것으로 그 내용에 있어 조례제정권 남용이 아닌가 하는 의심이 들 수 있다

나. 위법성의 검토

(가) 밀양시주차장조례 제15조 제4항

이 조항의 내용은 제3항에서의 재신청의무를 하지 않은 자에게 건축법에 의거하여 건축물의 사용금지 및 제한 그리고 전기 전화, 수도공급을 중단할 수 있다고 하고 있다.

조례는 자치입법고권으로서의 성질상 원칙적으로 자율적인 규범이지만 그러나 그 내용면에서 무제한적인 것은 아니며 일정한 한계 하에서만 효력을 갖는 규범이다. 조례제정권의 한계로서 논의되는 대상은 법률우위의 원칙과 법률유보원칙이다

본조의 제4항은 상위법령에서 정하고 있는 내용이 아니므로 상위법령에 충돌하는 법률 우위원칙의 한계는 문제되지 않는 것으로 생각된다 그러나 이 조항의 내용이 지역주민의 기본권을 침해하는지 침해가 인정된다면 상위법령의 법적 근거 없이도 조례를 제정한 것이 타당한 것인지는 검토가 필요하다

(나) 기본권의 침해여부 - 부당결부금지의 원칙

제3항에서 재신청을 하지 않는 것은 어떻게 보면 주민의 자기 권리를 포기한다고도 생각할 수 있는데, 이를 위반하였을 때 주차장의 무상사용권의 재신청과는 전혀 상관 없는 건축물의 사용금지 및 제한 그리고 전기 전화, 수도공급을 중단할 수 있어 이는 현저하게 개인의 기본권을 침해하고 있다고 생각된다 이는 부당결부금지의 원칙에도 위반되는 것으로 생각되는데, 부당결부금지의 원칙이란 행정법적 원칙으로서 비교적 늦게 정립된 내용이다 이 원칙은 행정기관이 행정목적 달성의 이해관계만을 강조하여 서로 실적적인 관련성도 없는 의무이행을 강제하는 문제를 해결하기 위한 논의에서 비롯된 원칙이다. 즉, 당사자의 열악한 지위를 이용하여 다른 적법절차에 의한 해결이 예정되어 있는 행정작용을 실행하는 문제를 해소하여 우회적으로 법치행정원칙이 침해되는 부작용에 대처하는 의미이다

이 원칙은 구체적인 내용에 대하여 아직 논의가 충분히 이루어지지 않았지만 실무상 나타나고 있는 양상을 통하여 추론하여 보면 이러하다 수익적인 내용인 주된 행정행위와 불이익한 의무를 부과하는 부관 사이에 직접적인 인과관계가 있을 것을 요하는 것이다. 그리고 위에서 문제가 되는 조례의 내용처럼 재신청의 의무를 부과한

제3항의 위반 시에 건축법에 의거하여 건축물의 사용금지 및 제한하는 즉, 행정주체의 의무부과 시에 행정주체를 구속하는 내용이라면 이는 행정기관이 행정작용을 함에 있어서 목적적 관련성이 있을 것을 요한다. 다시 말해 행정작용을 함에 있어서 근거법률 및 당해 행정분야의 과업내용에 따라 허용되어지는 특정목적만을 수행하여야 한다는 것을 의미한다. 본 조례의 경우 행정기관이 건축법상의 제재를 가함에 있어서는 특정한 목적만을 수행하여야 하는데, 무상기간의 만료 전 재신청의 의무부과와 불이행시 제재하는 규정의 내용이 전혀 목적적 관련성이 없어 헌법해석상 도출되는 부당결부금지원칙에 위반되어 위법성이 인정된다 그리고 이 조항의 내용에 따라 행정행위가 이루어진다면 재신청 의무불이행의 내용과 전혀 상관이 없는 기본권이 침해가 된다.

(다) 법률유보원칙의 위반

이 조항은 헌법상 도출되는 부당결부금지원칙의 위반뿐만 아니라 이 조항 그대로 행정행위가 발령되었을 때 행정주체의 상대방이 현저한 기본권의 침해가 예상되는 것임에도 불구하고 상위법령의 위임이 없는 것으로 지방자치법 제5조 단서의 위반으로 법률유보원칙 위반이 인정되어 위법하다

다. 그 밖의 위법성 검토

밀양시주차장조례 제15조 제4항에서 재신청의 의무를 이행하지 아니할 때 건축법 제42조에 의거하여 건축물사용금지 및 제한 등을 할 수 있다고 규정하고 있다 그러나 건축법 제42조는 이미 1999년 2월 8일 삭제된 조항이었다. 이는 이미 폐지된 조항을 근거한 것으로 위법성이 인정된다

(5) 개선사항

동 조례의 일부 조항은 내용상 부당결부금지원칙에 반하거나 형식상 위임근거가 없는 문제가 존재한다. 따라서 개정되어야 한다.

4. 부산광역시동래구폐기물관리및수수료등에관한조례

(1) 대상조례

제8조의3 (청결유지조치) ① 구청장은 토지·건물의 소유자 등이 청결을 유지하지 아니하는 경우 1개월의 범위내에서 청결을 유지토록 필요한 조치를 명할 수 있다. 다만, 이행 기간의 연장이 필요하다고 인정되는 경우에는 1개월의 범위 내에서 그 기간을 연장할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 조치를 명하여야 하는 대상 행위는 다음 각 호와 같다.

1. 구청장이 정하는 계획에 따라 대청소를 실시하지 아니하여 청결을 유지하지 아니하는행위
2. 토지·건물에 쓰레기를 적치 또는 방치하여 주변환경을 훼손하는 행위
3. 토지·건물에서 기구·장치를 이용하여 쓰레기를 무단 소각하거나, 노천 소각하는 행위
4. 기타 구청장이 청결을 유지하지 아니하는 행위로 판단하여 정하는 행위

(2) 관련법령

폐기물관리법

제7조 (폐기물 투기금지등) ③ 시장·군수·구청장은 토지·건물의 소유자·점유자 또는 관리자가 제6조 제2항의 규정에 의한 청결을 유지하지 아니하는 경우에는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 필요한 조치를 명할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 과태료부과 대상인 행위요건에 대해 지나치게 불명확한 표현을 통하여

규율하고 있다. 이는 재산권 침해문제를 발생시킨다.

(4) 침해의 위법성 검토

부산광역시동래구폐기물관리및수수료등에관한조례 제8조의3은 청결유지 조치에 관한 규정을 두고 있다. 이는 상위 법률인 폐기물관리법 제7조 제3항의 위임에 따른 규정이다. 위임에 따라 구청장은 제8조의3 제2항 각호의 행위에 대해 청결유지 조치를 취할 수 있는데 제4호와 관련하여서는 명확성 원칙에 위배되는 것이 아닌지 문제가 된다.

제8조의3 제2항 제1호는 상위법률인 폐기물관리법 제6조 제2항에 따른 규정이기 때문에 폐기물관리법에서 위임한 청결유지의 대상행위는 제2호와 제3호, 제4호를 근거로 파악해야 하는데, 동 조례는 제4호에서 '기타 구청장이 청결을 유지하지 아니하는 행위로 판단하여 정하는 행위'라는 광범위한 규정을 두었다.

위 조례가 청결을 유지하는 자발적인 행위를 유도하는 규정이라면 명확성원칙을 엄격하게 적용하지 않아도 될 것이다 하지만 동 조례 제8조의4 제2항은 위 청결유지 조치를 위반하였을 때 과태료까지 부과하고 있다 그렇다면 청결유지 조치의 대상이 되는 행위는 보다 더 엄격한 구성요건을 갖추고 주민이 청결유지대상이 무엇인지 명확하게 알 수 있도록 규정했어야 했다

따라서 부산광역시동래구폐기물관리및수수료등에관한조례제8조의3 제2항 제4호는 과태료까지 부과가 가능한 청결유지조치의 대상을 불명확하게 규정하여 주민의 기본권을 침해할 여지가 있는 부당한 규정이다

(5) 개선사항

조례에서 공통적으로 발견되는 문제점은 지방자치단체 장의 임의적 판단권한 또는 임의적 판단사유가 비교적 넓게 퍼져있다는 점이다 법령차원이라면 명확성원칙 위반으로 위법사유가 되었을 내용이 아직도 조례에서 발견되고 있다는 점은 하루빨리 수정되어야 할 사항이다. 본 조례도 이러한 점에서 좀 더 명확한 내용으로 개정될 필요가 있다.

5. 의정부시공설묘지설치및운영조례

(1) 대상조례

제8조 (사용기간) ① 묘지의 사용기간은 20년 단위로 한다.
② 제1항의 규정에 의한 사용기간을 연장하고자 할 때에는 사용기간이 끝난 날로부터 1년 이내에 다시 사용허가를 받아야 하며 이 경우 사용료를 징수하지 아니한다.
③ 제2항의 규정에 의한 연장은 1회에 한하며 연장기간은 15년으로 하되 총 매장기간은 묘지의 최초 사용일로부터 35년을 초과할 수 없다.

(2) 관련법령

장사등에관한법률

제17조 (분묘의 설치기간) ① 제12조의 규정에 의한 공설묘지 및 제13조의 규정에 의한 사설묘지에 설치된 분묘의 설치기간은 15년으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 설치기간이 경과한 분묘의 연고자가 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 제13조 제3항의 규정에 의하여 법인묘지의 설치·관리를 허가받은 자에게 당해 설치기간의 연장을 신청하는 경우에는 15년씩 3회에 한하여 당해 설치기간을 연장하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령에서 규정하고 있는 공설묘지 사용기간보다 단기로 사용기간을 규정하고 있다. 따라서 결과적으로 규범의 잘못된 적용으로 인하여 공설묘지를 사용하여 인간의 존엄과 가치를 누릴 수 있는 권리가 침해되는 결과가 초래되고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

2000년 1월 12일에 ‘매장및묘지등에관한법률’의 범명을 바꾸며 새로 개정된 법이 ‘장사등에관한법률’이다. 장사등에관한법률 제17조에 의하면 공설묘지를 15년간 사용하다가 추가로 15년씩 3회에 한하여 설치기간을 연장할 수 있다. 그리하여 총 60년간 사용이 가능하다. 그러나 이를 구체화하고 있는 지방자치단체 조례인 의정부시의 의정부시공설묘지설치및운영조례에서는 기본사용기간 20년에 1회 15년 연장 가능함으로써 총 사용년수를 35년으로 제한하고 있다. 이것은 시민에게 법률보다 더 권리를 제한하고 있다.

이는 지방자치단체의 조례제정권의 한계인 법률우위의 원칙에 위배되는 것으로 평가할 수 있으며, 따라서 ‘의정부시공설묘지설치및운영조례 제8조 제3항은 위법한 조례라고 할 수 있다.

(5) 개선사항

동 조례는 상위 법률의 범위 안에서 그 가능한 설치기간의 내용을 다시 수정하여야 한다.

6. 원주시공설납골당설치및사용조례

(1) 대상조례

제11조 (유골봉안 기간) ① 납골당의 유골봉안 기간은 2년으로 한다. 다만, 사용자의 요구에 의하여 안치기간을 2년 단위로 연장할 수 있다. 이 경우 사용료는 제7조의 규정에 의한다.

② 납골당의 유골 봉안기간이 지난 유해에 대하여 안치기간의 연장 또는 사용권 반환신고가 없을 때에는 시장은 기간을 정하여 공고한 후 공설묘지에 합동매장할 수 있다.

제15조 (사용료 등의 반환) 기 납부된 사용료 등은 사용권이 취소 또는 개장으로 사용권이 귀속되었거나 반환한 경우에도 이를 환불하지 아니한다.

(2) 관련법령

장사등에관한법률

제17조 (분묘의 설치기간) ① 제12조의 규정에 의한 공설묘지 및 제13조의 규정에 의한 사설묘지에 설치된 분묘의 설치기간은 15년으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 설치기간이 경과한 분묘의 연고자가 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 제13조 제3항의 규정에 의하여 법인묘지의 설치·관리를 허가받은 자에게 당해 설치기간의 연장을 신청하는 경우에는 15년씩 3회에 한하여 당해 설치기간을 연장하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 설치기간을 산정함에 있어서 합장분묘의 경우에는 합장된 날을 기준으로 산정한다.

④ 제2항의 규정에 불구하고 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 관할 구역안의 묘지의 수급을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 조례가 정하는 바에 따라 5년이상 15년미만의 기간내에서 제2항의 규정에 의한 분묘 설치기간의 연장기간을 단축할 수 있다.

⑤ 제2항의 규정에 의한 분묘 설치기간의 연장신청에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 납골당의 유골봉안기간을 상위 법령의 유추적 내용보다 불리하게 규정하여, 조례에 의하여 당사자가 납골당의 유골봉안기간이 단기간이 되므로 인간의 존엄과 가치의 기본권이 침해되는 문제점을 안고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 조례 제11조의 위법성 검토

조례 제11조에서는 납골당의 유골봉안 기간을 최초 '2년'으로 하고, 그 후 사용자의 요구에 의해서만 '2년 단위로 연장할 수 있도록 하고 있다 상위법령인 장사등에관한법률과 시행령에서는 납골당의 유골봉안 기간을 규정하고 있지 않다 하지만 장사등에관한법률 제17조에서 분묘의 설치기간을 최초 '15년'으로 하고 있으며 연장을 신청하는 경우에 '15년 단위로 3회 연장이 가능하다고 하고 있다 장사등에관한법률에서 묘지와 납골당이 함께 규정되어 있는 점으로 미루어 볼 때 납골당의 유골봉안 기간도 분묘의 설치기간과 유추하여 적용하여야 할 것이다.

특히 '최초 2년'이 지난 후 유골봉안 기간의 연장신청이 없을 경우 일정기간 공고 후 유골을 공설매장에 합동매장하게 되므로 유골의 연고자 등 당사자에게 최초의 기간은 매우 중요하다고 할 수 있다 그리고 연장기간의 단위가 '2년'으로 매우 짧아 유골의 연고자 등은 유골을 계속 봉안하고자 할 때 자주연장을 신청해야 한다. 반면 분묘의 경우에는 연장없이 '최초 15년'동안 설치할 수 있고 그 후 1회 연장 시 '15년'씩 연장되므로 연고자들은 자주 연장을 신청해야 하는 불편함도 없다.

물론 상위법령인 장사등에관한법률 및 시행령에는 납골당의 유골봉안 기간에 대한 명시적인 규정은 없으나 장사등에관한법률 제17조 분묘의 설치기간과 비교해석 유추적용 해 보았을 때 원주시공설납골당설치및사용조례 제11조의 납골당의 유골봉안 기간은 현저하게 짧으므로, 당사자에게 매우 불리한 규정이고 따라서 이 조례는 상위법령에 비해 가혹하다고 할 수 있다

나. 조례 제15조의 위법성 검토

제15조 (사용료 등의 반환) 기 납부된 사용료 등은 사용권이 취소 또는 개장으로 사

용권이 귀속되었거나 반환한 경우에도 이를 환불하지 아니한다

납골당 사용자는 조례 제7조에 의해 사용료를 납부하여야 한다. 그런데 이렇게 이미 납부한 사용료는 후에 용권이 취소 또는 개장으로 용권이 귀속되었거나 반환한 경우에도 이를 환불하지 아니한다고 제5조에서 규정하고 있다.

제14조 (용권의 취소) 다음 각호의 1에 해당할 때에는 납골당 사용을 취소할 수 있다.

1. 사용승낙을 받고도 1개월 이상 봉안하지 아니할 때
2. 관계법령 또는 이 조례의 규정을 위반하였을 때
3. 제8조의 규정에 의한 사용제한 사유가 발생하였을 때
4. 기타 공익상 필요하다고 인정할 때

제8조 (사용제한) 시장은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 사용을 제한할 수 있다.

1. 제5조 제2항의 규정에 위반하여 위생상 위해한 때
2. 영안예의 여유가 없거나 수급조절상 제한이 필요한 때
3. 기타 운영 관리상 특별한 사정이 있을 때

제17조 (용권의 귀속) ① 제16조 제1항의 규정에 의하여 반환신고를 접수함과 동시에 용권은 시에 귀속한다

② 제14조 및 제16조의 규정에 의하여 용권이 취소된 경우에도 용권리 귀속에 관한 사항은 제1항의 규정을 준용한다.

제16조 (개장승인) ① 봉안된 유해의 개장승인을 받고자 하는 자는 별지 제2호 서식에 의한 개장신고서를 제출하여야 한다.

② 사용승낙을 받은 자가 봉안된 유해의 인도를 요구하거나 제10조의 규정에 의하여 정리된 무연고유해의 연고자의 유해의 인도가 있을 때에는 관계사실을 확인한 후 유해를 인도할 수 있다

* 비교조례)

마산시립장묘시설설치및관리등에관한조례

제15조 (사용권의 취소 및 소멸) ① 시장은 다음 각호의 경우에 장묘시설의 사용허가를 취소할 수 있다.

1. 관계법령 또는 이 조례의 규정을 위반하였을 경우
 2. 기타 공익상 필요하다고 인정될 경우
- ② 다음 각호의 1에 해당할 경우에는 사용권이 소멸된 것으로 본다.
1. 분묘의 개장 또는 사용자의 요구에 의거 봉안유골을 연고자에게 인도한 경우
 2. 제10조의 규정에 의한 사용허가 이행기간을 준수하지 않은 경우
 3. 제8조 제3항의 규정에 의한 사용허가기간 경과후 연장사용허가를 받지 아니한 경우

제16조 (사용료등의 반환) ① 제15조의 규정에 의거 사용권이 취소 또는 소멸된 경우 납부한 사용료는 환불하지 아니한다. 다만, 제15조 제1항 제2호의 규정에 의거 사용허가를 취소한 경우에는 그러하지 아니한다.

② 제1항의 단서규정에 의거 사용료를 반환 받고자 하는 자는 시장에게 영생원 사용료 반환신청을 하여야 하며, 반환사용료는 사용 잔여기간을 기준으로 월단위로 계산하되 1월 미만 일수는 계산하지 아니한다.

그런데 당사자에게 귀책사유가 없는 사용권의 취소로 인해 사용권이 시에 귀속 또는 반환된 경우까지 당사자가 이미 납부한 사용료를 반환하지 아니하는 것은 당사자에게 너무 가혹한 조치이다.

행정행위의 취소의 유형에는 재송취소와 직권취소가 있는데 전자는 당사자의 신청이 동기가 되고 후자는 행정기관의 직권이 동기가 된다. 그리고 각각 다시 행정행위의 내용에 따라 수익적 행정행위의 취소와 부담적 행정행위로 분류한다 이 조례의 제14조의 사용권 취소의 경우는 직권취소로서 수익적 행정행위의 취소에 해당한다 이렇게 취소의 대상이 수익적 행정행위일 경우에는 행정법일반 해석상 당사자의 귀책사유가 없는 때에는 취소권행사로 발생한 당사자의 재산적 손실(신뢰이익)을 보상하거나 원상회복 등의 조치를 하여야 한다.

하지만 이 조례에서는 사용권의 취소의 경우 그 취소권 행사의 원인이 무엇인지를 불문하

고 무조건 당사자가 이미 납부한 사용료를 반환하지 아니한다고 한다면 귀책사유가 없는 당사자가 행정편의에 의해서 피해를 볼 우려가 있으므로 이미 납부한 사용료를 반환하지 아니하는 경우를 당사자에게 귀책사유가 있는 경우로 한정해야 할 것이다

즉, 사용권의 취소에 의해 이미 납부한 사용료를 반환하지 아니하는 경우는 조례 제4조의 제1호와 제2호, 그리고 제3호 중 조례 제8조의 제1호에 해당하는 경우로 한정해야 하고 당사자에게 귀책사유가 없는 조례 제4조의 제3호 중 조례 제8조의 제2호와 제3호에 해당하는 경우 그리고 조례 제14조의 제4호의 경우에는 행정법일반 해석원리에 따라 원상회복을 위해 최소한 이미 납부한 사용료는 반환해 주어야 한다.

마산시립장묘시설설치및관리등에관한조례의 경우를 보면 사용권의 취소시 당사자에게 귀책사유가 없는 경우에는 이미 납부한 사용료를 반환해 주고 있다 그러므로 이 조례 제15조 규정은 법령의 범위 안에서 규정되지 않은 법률우위원칙에 비추어 볼 때 상위 법령에 위배되는 조례에 해당한다.

(5) 개선사항

조례 제11조에서 납골당의 유골봉안 기간을 최초 '2년'으로 하고, 그 후 사용자의 요구에 의해서만 '2년 단위로 연장할 수 있도록 하는 규정은 그 기간을 연장할 필요가 있다 또한 조례 제15조에서 당사자에게 귀책사유가 없는 사용권의 취소로 인해 사용권이 시에 귀속 또는 반환된 경우까지 당사자가 이미 납부한 사용료를 반환하지 아니하는 규정부분은 삭제되어야 한다.

7. 춘천시공설묘원설치및운영조례

(1) 대상조례

제4조(사용자) 묘지와 납골시설을 사용할 수 있는 자의 자격은 다음 각호와 같다.

1. 춘천시에 주민등록을 둔 자
2. 춘천시 관내에서 사망한 외국인 및 무연고 행려자
3. 공공의 목적으로 국가 및 지방자치단체가 시행하는 사업장의 분묘에서 발굴된 유골을 매장 보관할 경우
4. 기타 시장이 인정하는 관할구역외의 주소를 가진자

(2) 관련법령

장사등에관한법률

제1조 (목적) 이 법은 매장· 화장 및 개장에 관한 사항과 묘지· 화장장· 납골시설 및 장례식장의 설치· 관리 등에 관한 사항을 규정함으로써 보건위생상의 위해를 방지하고, 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

제4조 (국가 및 지방자치단체의 책무) 국가 및 지방자치단체는 묘지의 증가로 인한 국토의 훼손을 방지하기 위하여 화장 및 납골의 확산을 위한 시책을 강구· 시행하여야 한다.

제8조 (매장· 화장 및 개장의 신고) ① 매장을 한 자는 매장후 30일 이내에 매장지를 관할하는 시장· 군수· 구청장에게 신고하여야 한다.

② 화장을 하고자 하는 자는 화장장(제7조 제2항 단서의 경우에는 화장을 하는 시설 또는 장소를 말한다)을 관할하는 시장· 군수· 구청장에게 신고하여야 한다.

③ 개장을 하고자 하는 자는 다음 각호의 구분에 따라 시체 또는 유골의 현존지 또는 개장지를 관할하는 시장· 군수· 구청장에게 각각 신고하여야 한다.

1. 매장한 시체 또는 유골을 다른 분묘로 옮기거나 화장하는 경우 : 시체 또는 유골의 현존지 및 개장지

2. 매장한 시체 또는 유골을 납골하는 경우 : 시체 또는 유골의 현존지

3. 납골한 유골을 다른 분묘로 옮기거나 화장하는 경우 : 개장지

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 신고를 함에 있어서 제12조 제1항의 규정에 의한 공설묘지 또는 공설화장장을 이용하는 경우에는 당해 공설묘지 또는 공설화장장을 설치· 관리하는 시· 도지사 또는 시장· 군수· 구청장에게 신고하여야 한다.

- ⑤ 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항 내지 제4항의 규정에 의한 신고를 받은 때에는 신고필증을 교부하여야 한다.
- ⑥ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 신고 및 신고필증의 교부에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

(3) 유사조례

청원군공원묘지설치및운영조례

제4조 (사용자격) ① 공원묘지 사용은 사망일 현재 청원군에 본적을 가진 자 또는 계속하여 1년 이상 청원군에 거주한 자에 한하여 사용할 수 있다. 다만, 청원군에 주민등록이 되어있지 아니한 자와 외국인에 대하여는 규칙으로 정하는 사항에 해당하는 자에게 사용을 허가할 수 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 납골묘(탑)은 청원군민의 가족 및 공원묘지내 기 매장되어 안치된 자 가족의 유골을 안치할 수 있다. 다만, 납골당은 사망일 현재 청원군에 거주하는 자와 그 가족의 유골을 안치할 수 있다.

③ 청원군 관내에서 발생하는 유무연분묘의 유골은 제1항의 규정에 불구하고 납골당을 사용할 수 있다.

의정부시공설묘지설치및운영조례

제6조 (사용자의 자격) 묘지는 의정부시 관할 구역내에 주소를 가진자가 아니면 이를 사용할 수 없다. 다만, 시장이 필요하다고 인정할 때에는 규칙이 정하는 바에 따라 관할구역외의 주소를 가진자(상주<喪主>의 직계존속)와 외국인에게 사용을 허가할 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 공설묘지 이용자의 자격자와 관련하여 본적을 두고 있는 자의 자격을 제한함으로써, 출신지역별 차별을 하고 있는 경우로서 불리한 대우에 해당한다고 보인다

(5) 차별의 위법성 평가

지방자치단체에 설치된 공설묘원의 사용자를 어떠한 범위로 한정할 것인가의 문제는 개별 조례마다 차이를 두고 있다. 크게 보아, 당해 지방자치단체에 주민등록을 갖고 있는 자 실제 거주하고 있는 자 본적으로 되어 있는 자등으로 나눌 수 있다. 이 가운데에 주민등록을 갖고 있는 자 또는 실제 거주하고 있는 자의 경우는 지방자치단체와의 연고를 고려하여 볼 때에 그 자격을 인정하는 것이 당연하다고 할 수 있다. 그러나 청원군의 경우와 달리 당해 지방자치단체에 본적을 갖고 있는 자의 경우를 배제하는 것은 문제가 있어 보인다. 즉, 이 경우에 타지에 거주하고 있어도 실제로는 본적지에 실제 연고를 갖고 있는 경우가 많으며, 이러한 점에서는 단지 일정 기간 거주한 주민보다 지역과의 연고성은 더 높다고 보아야 한다. 따라서 이를 획일적으로 배제하는 것은 실제 정서상 부합하기 어려울 것이다.

문제가 되고 있는 춘천시공설묘원을 사용할 수 있는 자에 대하여 춘천시공설묘원설치 및 운영조례 제4조에서는 제1 호부터 제4호까지로 한정하고 있다. 그런데 각 호 중에서 문제되는 조항은 제4호의 '기타 시장이 인정하는 관할구역외의 주소를 가진 자이다.'

상위법령인 장사등에관한법률에서는 공설묘지 등의 사용권자에 대한 별다른 규제를 하고 있지 않고, 법 제8조에서 해당 묘지 또는 납골시설 등의 소재지의 시장, 군수 또는 구청장에게 적법하게 신고할 것만을 그 요건으로 하고 있다.

지방자치법 제9조 제2항 제2호 사목과 제5조에 의해 묘지·화장장 및 납골당의 운영·사무는 지방자치단체가 포괄적인조례제정권을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 법률우위의 원칙 등조례제정권의 한계는 준수하여야 한다. 장사등에관한법률이 공설묘지 등을 설치하여 운용하는 것은 매장·화장 및 개장에 관한 사항과 묘지·화장장·납골시설 및 장례식장의 설치·관리 등에 관한 사항을 규정함으로써, 보건위생상의 위해를 방지하고 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진에 이바지하기 위한 것이고, 공설묘원을 이용하고자 하는 사람들이 요건을 갖추는 한 되도록 이용할 수 있도록 해주는 것이 법의 입법취지라고 볼 수 있다. 본 조례는 공설묘원의 사용자 범위를 원칙적으로 주민등록을 기준으로 하는 한편, 춘천시 관내에서 사망한 외국인 및 무연고 행려자 공공의 목적으로 국가 및 지방자치단체가 시행하는 사업장의 분묘에서 발굴된 유골은 본 공설묘원을 사용할 수 있고 관할구역외의 주소를 가졌지만 시장이 인정하는 구역의 주소를 가진 자도 사용할 수 있도록 하고 있다.

하지만 공설묘원의 사용자 범위를 '시장'이 인정하는 자라고 하여 그 범위를 불확정하게 하는 것은 임의로 그 범위를 제한할 수 있어 문제라고 보인다. 물론 지방자치단체가 지역의

주민들에게 공설묘원 이용의 우선권을 주는 것은 지방자치단체가 포괄적인 조례제정권을 가지는 묘지 및 납골당의 운영 관리 사무의 범위에 포함된다고 할 수 있을 것이나 지방자치 단체에 주민등록이 되어 있지 않아 지역 주민이 아니더라도 본적을 두고 있는 자의 사용권을 사실상 박탈하는 것은 법의 취지에 반하는 것이라고 생각된다 따라서 '시장이 인정하는 자'라는 불명확한 표현보다는 구체적 타당성을 반영하여 본적을 두고 있으나 다른 지역의 주민인 당사자들의 춘천시 공설묘원의 사용을 보장하는 내용등으로 그 범위를 확정적으로 표현할 필요가 있을 것이다. 이러한 점에서 춘천시 조례 제4조는 위법은 아니라고 하더라도 문제점이 있어 보인다

(6) 개선사항

주민에게만 배타적으로 공공시설 이용권을 허용하는 조례규정들은 개선되어야 한다. 그러나 아직도 행정실무에서는 주민들을 우선시하는 조례들이 일반적이다. 이 부분에 대한 전면적인 재검토가 필요하다고 보인다

8. 제천시자연발생유원지관리조례

(1) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 개정에 따라 더 이상 그 효력을 유지할 수 없는 규범이지만 아직도 존속하고 있어 재산권을 침해하는 문제를 낳고 있다

(2) 침해의 위법성 평가

가. 폐기물관리법의 개정

폐기물관리법은 1995년 8월 4일의 개정을 통해 폐기물관리의 개념을 전면적으로 바꾸었다. 1995년의 개정 이전의 폐기물관리체계는 폐기물을 일반폐기물과 특정폐기물로 나누어 보고, 일반폐기물관리구역을 통해 일반폐기물을 수집·처리하던 것이었다. 이것을 폐기물을 생활폐기물·사업장폐기물·지정폐기물로 나누고 일반폐기물관리구역의 개념을 폐지하였다. 개정 이전의 “일반폐기물”과 개정 이후의 “생활폐기물”은 유사한 개념으로 일반 생활 폐기물을 의미한다. 개정 이전의 폐기물관리법 하에서는 전국이 일반폐기물 관리구역으로 폐기물관리법시행규칙 제6조에서의 제외구역 외에는 모든 지역이 일반폐기물관리구역이었다. 시장·군수·구청장은 일반폐기물관리구역에서 일반폐기물을 수집·처리해야 했다. 그러나 개정 이후의 폐기물관리법에서는 전국을 일반폐기물관리구역으로 보던 것을 폐지하고 시장·군수·구청장이 각자 관할구역 내에서 배출되는 생활 폐기물을 처리하도록 하였다.

나. 제천시자연발생유원지관리조례

자연발생유원지관리조례에서의 “자연발생유원지”란, 구 폐기물관리법의 일반폐기물 관리구역에서 제외되는 지역을 예외적으로 일반폐기물관리구역으로 지정하여 일반폐기물을 수집·운반·처리할 수 있도록 함으로써 그에 따른 수수료를 징수하고자 만든 개념이다 따라서 자연발생유원지관리조례는 95년 개정 이전의 폐기물관리법에서의 일반폐기물관리구역과 밀접한 연관성을 지니고 있다 일반폐기물관리구역의 개념의 토대 위에서 자연발생유원지관리조례가 만들어진 것이다. 그러나 폐기물관리법은 95년의 개정으로 그 체계를 바꾸었고 바뀐 체계 하에서는 자연발생유원지의 개념이 더 이상 유지될 수 없거나 새롭게 정립되어야 했다. 그럼에도 제천시자연발생유원지관리조례나 안동시자연발생유원지쓰레기수거수수료징수조례는 그대로 유지되었고 심지어 근거법령이 개정된지 9년여가 지났음에도 조례에 표기된 폐기물관리법의 조문번호까지 그대로인 상태이다 현재의 제천시자연발생유원지관리 조례나 안동시자연발생유원지쓰레기수거수수료징수조례는 근거법령의 개정으로 그 근거를 상실한 상태이며 당 조례에 의한 수수료 징수 역시 근거가 없는 수수료 징수이다.

해당 기관에 문의해 본 결과 제천시자연발생유원지관리조례에 의해 수수료가 징수되고 있는 곳은 8곳이었고, 안동시자연발생유원지쓰레기수거수수료징수조례에 의한 자연 발생 유원지는 현재는 없는 것으로 나타났다. 조례의 제정근거가 된 법령의 개정으로 근거를 잃은 자연발생유원지관리조례에 의해 수수료가 징수되고 있는 것은 큰 문제이고 현재 징수

되고 있지는 않으나 근거를 잃은 조례가 여전히 존속하고 있는 것 역시 문제가 된다

(3) 개선사항

제천시자연발생유원지관리조례나 안동시자연발생유원지쓰레기수거수수료징수조례 그 외 아직 정비되지 않은 채 유지되고 있는 자연발생유원지관리조례는 근거법령의 개정으로 폐지되거나 개정된 폐기물관리법에 의거하여 새롭게 제정되어야 할 것이다

9. 부산광역시영락공원및공원묘지사용조례

(1) 대상 조례

제12조 (화장유골의 처리) 화장된 유골은 영락원에 납골하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 매장(납골)허가를 득한자 또는 시장이 설치한 합동유골 처리장에 처리할 경우에는 예외로 한다.

제13조 (영락원의 사용) ① 영락원의 사용기간은 15년으로 하되, 15년 단위로 연장할 수 있다. 다만, 무연고자 유골은 10년으로 한다.

② 제1항의 사용기간을 연장하고자 할 때에는 사용기간 만료 60일 전까지 다시 사용허가를 받아야 하며 재사용허가시에는 사용료를 징수하지 아니한다.

③ 시장은 정당한 사유없이 제2항의 규정에 의거 재사용허가를 받지 아니한 때에는 법 제15조의2 제3항의 규정에 의하여 합장료에 매장할 수 있다.

④ 영락원에는 연고자, 무연고자 실을 두되 사용기준과 시설기준은 규칙으로 정한다.

⑤ 시장은 영락원 사용허가를 받은 자가 수장된 유골의 인도를 요구할 경우 정당한 이유가 있을때에 한하여 개장을 승인하여야 한다.

제14조 (영구차량의 진입로) 영구차량은 경부고속도로를 경유하여 영락공원 영구차량전용진입로를 이용 진입하여야 한다.

② 제1항 이외의 도로로 진입할 때에는 영락공원으로 진입을 거부할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 장례시설 이용과 관련하여 납골당인 영락원에 납골하는 것을 원칙으로 한다는 점에서 계약의 자유를 침해하고 있다 따라서 행복추구권 침해의 소지가 존재한다.

(3) 침해의 위법성 평가

부산 장례시설인 영락 공원 이용에 관해 규정한 위조례는 장사등에관한법률의 시행 사항을 규정한 것이다. 문제되는 조항은 조례 제12조 화장 유골의 처리 조항과 조례 제14조 영구차량의 진입로 부분이다.

조례 제2조에서 규정하듯이 "영락공원"이라 함은 화장장, 장례식장, 영락원 및 그 부대시

설과 부지를 총칭한다. 그런데 영락공원 화장장에서 화장한 유골을 영락공원의 납골당인 영락원에 납골하는 것을 원칙으로 하는 것은 영락원도 별표 기준에 따른 사용료를 내야 하는 만큼, 부당하게 권리를 제한하여 부산시와의 계약을 강요하게 되는 것으로 보인다. 실제로 다른 지방자치단체의 장례시설 운용 조례를 보면 이런 방식의 규정은 찾아볼 수 없다. 조례 제12조 제5항의 수장된 유골 인도에 대하여 정당한 이유가 있을 때에 한하여 개장을 승인케 하는 것도 같은 취지로서 부당하게 권리를 제한하는 것이다.

조례 제14조에서 규정하고 있는 영구차량의 진입로 부분은 영구차량은 영락공원 진입시 경부고속도로를 경유하여 영락공원 영구차량 전용진입로를 이용하여 진입하여야 하며 이외의 도로로 진입할 시는 진입을 거부할 수 있게 되어 있다. 영락 공원 내에서의 진행방향에 대하여는 기물의 배치 등에 따라 편리하게 이용하도록 조례로 규정할 수도 있는 것이지만, 영락공원에 들어서기 전까지의 진입로는 도로인 한에는 영구차를 포함한 차량이 다니는 것을 근거없이 제한할 수 없는 것이다.

이러한 당해 조례의 권리제한 및 의무부과에 대하여 장사 등에 관한 법률을 검토해 보면, 장사에 관하여 주변 위생 등을 주의하게 하고 소관 관청 지자체에 신고하게 하는 등의 의무를 부여하고 있는 것은 사실이나 이 법률의 규제의 취지를 본다 하여도 영락공원 이용에 관한 조례에서 규제하고 있는 화장장 및 납골당의 이용에 대한 강제나 진입도로의 규제에 대한 근거가 되기는 어렵다고 본다. 따라서 조례의 해당 조항들은 위임 근거없이 주민의 권리제한 및 의무부과를 하고 있으므로 법률유보 원칙을 위반하여 기본권을 침해한 조례라 하겠다.

(4) 개선사항

영락공원 화장장에서 화장한 유골을 영락공원의 납골당인 영락원에 납골하는 것을 원칙으로 하는 동 조례 제12조 규정은 계약자유를 제한하여 위법하므로 이 부분은 삭제되어야 한다. 또한 영구차량이 영락공원 영구차량 전용진입로를 이용하여 진입하여야 하며 이외의 도로로 진입할 시는 진입을 거부할 수 있게 되어 있는 제4조 부분도 삭제되어야 한다.

10. 전라남도항만시설관리및사용료징수조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 항만법(이하 "법"이라 한다) 제22조 및 동법시행령(이하 "령"이라 한다) 제43조제2항의 규정에 의한 지방항만과 연안항의 항만시설(이하 "항만시설"이라 한다)의 관리와 사용에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조 (적용범위) 법 제2조 제3호의 규정에 의하여 전라남도지사(이하 "도지사"라 한다)가 관리하는 지방항만과 영 제43조 제2항 규정에 의하여 도지사에게 위임된 연안항시설의 사용에 관하여 다른 법령에 규정한 것을 제외하고는 이 조례의 정하는 바에 의한다.

제12조 (사용료의 납부) ① 제4조 및 제7조 내지 제9조의 규정에 의하여 항만시설을 사용하거나, 항내 운항하는 자는 별표1에 의한 접안료 또는 화물 입·출항료를 납부하여야 한다. 사용기간을 연장하는 경우에도 또한 같다.

② 사용료는 허가증 또는 신고필증 교부전에 납부하여야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이를 후납할 수 있다.

1. 국가 또는 지방자치단체와의 공동단체
2. 항만운송사업법에 의하여 항만 하역사업면허를 받은 자, 해상운송사업법에 의하여 선박운항 사업 또는 해운대리점업의 면허를 받은 자 또는 수산업법에 의하여 원양 어업의 면허를 받은 자
3. 내항선의 항만시설 사용
4. 기타 도지사가 필요하다고 인정하는 자

③ 제2항 단서의 규정에 의하여 항만시설 사용료를 후납하는 자중 제1호 및 제4호의 규정에 해당하는 자는 사용종료일로부터 1월 이내에, 제2호의 규정에 해당하는 자는 10일이내에, 제3호의 규정에 해당하는 자는 입항하는 경우에는 10일이내에, 출항하는 경우에는 출항신고서를 납부하여야 한다.

④ 사용자(국가 및 지방자치단체는 제외한다)가 제2항 및 제3항의 규정에 의한 기일까지 사용료를 납부하지 아니할 때에는 지체하는 매1일에 대하여 해당 사용료의 1,000분의 5에 해당하는 연체료를 납부하여야 한다. 이 경우 연체료의 합계액은 사용료의 1,000분의 100을 초과하지 못한다.

(2) 관련법령

항만법

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. "지방항만"이라 함은 지정항만외의 항만으로서 특별시장·광역시장 또는 도지사 (이하 "시·도지사"라 한다)가 그 명칭·위치 및 구역을 지정·공고한 항만을 말한다.

제27조 (항만시설 및 사용료등) ① 항만시설(항로표식을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)을 사용하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관리청의 허가를 받거나 관리청 또는 관리청으로부터 항만시설의 운영을 위임 또는 위탁받은 자(이하 "항만시설운영자"라 한다)와 임대계약을 체결하거나 당해 임대계약을 체결한 자(이하 "임대계약자"라 한다)의 승낙을 얻어 이를 사용할 수 있다. 다만, 관리청이 정하는 항만시설을 사용하고자 하는 자는 관리청에 신고하여야 한다.

② 항만시설운영자 또는 임대계약자는 제1항의 규정에 의하여 항만시설을 사용하는 자로부터 사용료를 징수할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 자에 대하여는 그 사용료의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

③ 관리청은 해상화물운송사업자등 대통령령이 정하는 자가 여러 사람의 화물을 동시에 운송하는 경우 제1항 단서의 규정에 의하여 관리청에 신고를 하고 항만시설을 사용하는 자의 사용료를 일괄하여 대납한 때에는 해양수산부령이 정하는 바에 따라 당해 사업자에 대하여 사용료 대납업무에 소요된 경비를 지급할 수 있다.

④ 관리청이 아닌 항만시설운영자 또는 임대계약자는 제2항의 사용료의 요율 및 징수방법등에 관한 사항을 미리 관리청에 신고하여야 한다.

⑤ 항만시설의 사용방법 및 사용료에 관하여 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 규정된 것을 제외하고는 당해 항만시설운영자 또는 임대계약자가 정하는 바에 의한다.

제71조 (권한의 위임) 해양수산부장관은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 지방해양수산청장 또는 시·도지사에게 위임할 수 있다.

항만법시행령

제43조 (권한의 위임·위탁) ① 생략

② 해양수산부장관은 법 제71조의 규정에 의하여 연안항에 관한 다음 각호의 권한을 시·도지사에게 위임한다.

1. 제1항 제1호, 제10호, 제11호(국가에서 설치한 종합여객터미널 및 부대시설을

제외한다), 제12호, 제25호, 제26호, 제28호, 제30호 내지 제37호, 제39호 내지 제41호의 규정에 의한 권한

2. 법 제27조의 규정에 의한 항만시설의 사용료 및 임대료율의 결정에 관한 사항

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 위임없이 연체료에 관한 규정 및 사용료 미납부에 대한 제재수단을 규정하고 있어 이로 인한 당사자 재산권을 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 문제의 소재

전라남도항만시설관리및사용료징수조례(이하 “항만사용료조례”라 함)는 제1조에서 규정하는 바와 같이 항만법 및 동법시행령에 의한 지방항만과 연안항의 항만시설의 관리와 사용에 관해 필요한 사항을 정하고 있다 그리고 제3조의 적용범위에서는 “다른 법령에 규정한 것을 제외하고는” 이 조례의 정하는 바에 의하도록 하고 있다. 그런데 항만사용료조례의 상위법이라 할 수 있는 항만법에서 이에 관해 정하고 있는 내용과 비교하여 볼 때, 조례의 내용이 상위 법령에 위배되는지 여부가 문제된다 할 것이다.

그리고, 위 조례가 기관위임사무에 대해서 규정하고 있는 것인지와 관련하여 그 위법 여부가 문제된다.

나. 위법성 여부

항만법은 제71조에서 “해양수산부장관은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 지방해양수산청장 또는 시도지사에게 위임할 수 있다”고 규정하고 있고, 항만법 시행령에서는 제43조 제2항에서 해양수산부장관은 법 제71조의 규정에 의하여 연안항에 관한 “법 제27조의 규정에 의한 항만시설의 사용료 및 임대료율

의 결정에 관한 사항"에 대한 권한을 시도지사에게 위임하고 있다 이에 따라 항만 사용료조례는 제12조에서 항만시설을 사용한 자 등에 대한 사용료 징수에 관해 규정하고 있다.

조례 제12조는 제4항에서 "사용자(국가 및 지방자치단체는 제외한다)가 제2항 및 제3항의 규정에 의한 기일까지 사용료를 납부하지 아니할 때에는 지체하는 때일에 대하여 해당 사용료의 1,000분의 5에 해당하는 연체료를 납부하여야 한다. 이 경우 연체료의 합계액은 사용료의 1,000분의 100을 초과하지 못한다."고 규정하고 있다. 그런데 이와 관련된 항만법 제27조에서는 사용료를 징수할 수 있음을 정하고 있을 뿐 이러한 연체료에 대해서는 어떠한 규정도 하고 있지 않다. 나아가 시행령 제43조 제2항에서도 해양수산부장관은 항만시설의 "사용료 및 임대료율"의 결정에 관한 사항에 대해 그 권한을 위임하고 있을 뿐 사용료 미납부에 대한 제재수단까지 정할 수 있도록 위임하고 있다고는 볼 수 없다.

따라서, 항만사용료조례는 상위법의 내용을 벗어나는 것으로 헌법 제17조 제1항 및 지방자치법 제5조 본문의 "법령의 범위 안에서"가 의미하는 법률우위원칙에 위배되는 위법한 조례라 할 것이다.

그리고 본래 연안항에 관한 항만법 제27조의 규정에 의한 항만시설의 사용료 및 임대료율의 결정에 관한 사항은 해양수산부장관의 권한에 속하는 사무라 할 것이다. 즉, 이는 국가사무에 해당하게 되는 것이다. 그런데 이와 같은 국가사무가 항만법 및 동법시행령에 의해 시도지사에게 위임된 것이므로 이는 국가위임사무 그 중에서도 '기관위임사무'라 할 것이다. 이러한 기관위임사무는 지방자치단체의 기관이 수행하는 사무이기는 하지만, 이 때의 지방자치단체 기관의 지위는 실질상 국가의 확장된 기관에 불과하기 때문에 이에 대해서는 지방자치단체의 조례로 정할 수 없게 되는 것이다.

결국, 위 항만사용료 조례는 기관위임사무를 대상으로 하고 있으므로 이는 지방자치법 제9조 제1항 및 제15조의 위반에 해당하게 되며, 조례의 한계인 법률우위원칙에 위배되는 것이다.

(5) 개선사항

동 조례의 연체료부분 및 사용료 미납부에 대한 제재수단에 대한 규정은 상위법령에서 위임근거를 규정하기 전까지는 효력을 인정할 수 없을 것이다.

11. 군산시상수도급수조례

(1) 대상조례

제20조 (신고) ① 수도 사용자 등은 다음 각호의 1에 해당하는 사항이 있을 때에는 지체없이 시장에게 신고하여야 한다.

1. 급수장치의 사용을 개시하거나 중지코자 할 때
2. 급수장치의 파손, 누수 기타 급수에 이상이 있을 때
3. 전출, 사망, 부동산소유권이전, 폐업, 급수용도변경, 명의변경 기타
4. 화재로 인하여 시설 소화전을 사용하였을 때
5. 시설 소화전을 연습용으로 사용하고자 할 때
6. 기타 시장이 급수에 관하여 정하는 사항

② 전항에 의한 신고를 하지 아니할 때에는 시장은 수도관계 공무원으로 하여금 직접 조사케 하여 직권으로 급수 중단 등 필요한 처분을 할 수 있다.

제44조 (정수처분) ① 시장은 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 급수를 정지할 수 있다.

1. 사용요금 수수료, 공사비 기타 이 조례에 규정한 징수금을 2개월이상 납부하지 아니한 자
2. 급수를 도용한 자
3. 시장의 승인없이 급수공사를 시행한 자
4. 수도 계량기의 작동을 방해하거나 훼손 또는 무단 철거하여 사용요금의 포탈을 도모한 자
5. 허가를 받지 아니하고 급수에 관한 특수 가압시설을 설치 운영한 자
6. 시설 소화전을 무단 사용하거나 봉합을 파손한 자
7. 정수 처분된 급수전을 무단 개전한 자
8. 급수를 남용하거나 제21조의 규정을 위반하여 급수를 판매한 자
9. 제22조제2항의 규정을 위반한 자
10. 제20조의 규정에 의한 신고를 태만히 하였거나 허위로 신고한 자
11. 수도관계 공무원의 직무집행을 거부 또는 방해한 자
12. 기타 이 조례 또는 이 조례에 의한 규정 또는 지시명령을 위반하거나 불복한 자

(2) 관련법령

수도법

제23조 (공급규정) ① 일반수도사업자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 수돗물의 요금, 급수장치에 관한 공사의 비용부담 기타 수돗물의 공급조건에 관한 규정을 정하여 수돗물의 공급을 개시하기 전까지 인가관청(광역상수도의 경우에는 건설교통부장관을 말한다. 이하 제48조에서 같다)의 승인을 얻어야 한다. 승인받은 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 수도사업자가 지방자치단체인 경우에는 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

② 제1항 본문의 규정에 의한 일반수도사업자 및 인가관청은 수돗물의 공급조건에 관한 규정을 정하거나 승인함에 있어서 당해 수도의 설치에 소요된 비용을 전액 수돗물의 요금으로 회수할 수 있도록 하여야 한다.

제24조 (급수의무) ① 일반수도사업자는 정당한 이유없이 수돗물의 공급을 원하는 자에 대하여 그 공급을 거절하여서는 아니된다.

② 일반수도사업자가 부득이한 이유로 인하여 일시 수돗물을 공급할 수 없는 때에는 미리 그 구역 및 기간을 정하여 이를 공고하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 신고의무 위반자에 대하여 급수를 정지할 수 있도록 하여 사회적생존권적) 기본권 침해의 소지를 내포하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 급수의 중요성

지역의 주민은 지방자치단체에 대하여 여러 권리를 가지며 그 중에서도 기본적인 생존과 관련하여 급수는 매우 중요하다고 할 수 있다. 특히 지역 주민이 지방자치단체에 대하여 가

지는 공공시설이용권의 중요 내용 중 하나이며 이러한 급수에 대해 주민은 지방자치단체에 이의 제고를 청구할 수 있을 뿐만 아니라 지방자치단체가 이를 제고해야 할 의무도 진다고 할 수 있다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 주민의 생활에 있어서 물은 없어서는 안 되는 매우 중요한 것이며 따라서 급수는 다른 어떤 이용권보다도 중요한 권리라고 할 수 있다.

나. 정수(단수)의 문제점

해당 조례에서 문제되는 것은 일정한 내용의 신고를 하지 않은 경우에 해당 공무원에 의해 정수를 할 수 있도록 규정되어 있다는 점이다. 물론 일정한 경우에 있어서 신고를 하는 것이 매우 중요한 것일 수도 있고 따라서 이러한 신고를 강제하기 위하여 일정한 제한을 가하는 경우도 있을 수 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 급수가 가지는 중요성에 비추어 이에 대한 공급을 거부하는 경우에는 매우 신중하여야 한다. 특히 수도법 제24조 제1항에서 “일반수도사업자는 정당한 이유 없이 수도물의 공급을 원하는 자에 대하여 그 공급을 거절하여서는 아니된다”고 규정하고 있고 여기서 정당한 이유란 급수의 중요성에 비추어 매우 엄격하게 해석하여야 한다고 생각한다. 따라서 단순히 일정한 내용에 대해 신고하지 않았다고 하여 그에 대해 정수의 조치를 취하는 것은 문제가 있다고 보며 이는 법률의 규정을 벗어난 것으로서 문제가 있다고 생각된다.

(5) 개선사항

조례에서 정하고 있는 정수조치의 사유는 다시 검토되어야 한다. 특히 제44조 제1항 제10호, 제11호의 사유는 수도법의 취지와 부합하기 어려우므로 개정되어야 한다.

12. 양구군주차장조례

(1) 대상조례

제20조 (사전통지 및 의견제출) 법 제24조의2제1항의 규정에 의한 과징금 처분과 법 제30조의 규정에 의한 과태료 처분을 하고자 할 때에는 그 처분을 하기 전에 당사자등에게 행정절차법 제21조 및 제22조제3항의 규정에 의하여 처분의 사전 통지 및 의견제출의 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견진술이 없을 때에는 의견이 없는 것으로 본다.

(2) 유사조례

곡성군자원의절약과재활용촉진에관한과태료부과 징수조례

제3조 (의견진술기회의 부여) ① 군수는 과태료를 부과하고자 할 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 과태료 처분 대상자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견 진술이 없을 때에는 의견이 없는 것으로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 청문에 대하여는 영 제39조의 청문절차에 의한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령인 행정절차법과 달리 '정당한 이유' 유무를 표현에 담고 있지 않아, 법률상 인정된 행정절차인 의견제출을 제기할 권리 일반적 행동의 자유의 권리가 불리하게 침해되고 있다.

(4) 침해의 위법성 평가

가. 문제점

본 조례 제20조 후단은 '이 경우 지정된 기일까지 의견진술이 없을 때에는 의견이 없는 것으로 본다'고 규정하여, 행정절차법 제27조 제4항의 '당사자등이 정당한 이유없이 의견제

출기한내에 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본래와 다소 차이를 보이고 있다. 즉, '정당한 이유' 검토 가능성 여부와 관하여 차이를 보이고 있다

나. 행정절차법 제27조 제4항의 내용

행정절차법 제27조 이하에서는 의견제출 및 청문에 관하여 규정하여 행정절차를 통한 행정의 민주화와 법치주의의 확보를 통해 행정의 투명성과 예측가능성을 부여하여 행정권 발동의 남용을 방지하고자 한다 또한 공정성확보를 통한 행정의 적정성 공정성 및 능률성을 보장하여 국민의 정당한 권리구제 및 행정의 적법타당성을 확보하고자 한다 즉, 행정절차법의 이러한 규정들은 행정의 능률성 및 정당성확보와 국민의 행정절차참여를 통한 권리구제의 조화를 목적으로 하고 있다

다. 법률우위의 원칙의 위반여부

당 조례 제20조 후단은 의견제출 기회를 부여하되 불제출의 정당한 이유를 검토하지 않고 강력한 간주규정을 통해 국민의 행정절차참여권을 막고 있다 따라서 행정절차법 및 위임법률인 주차장법의 의견제출 기한의 규정을 넘는 과도한 제한으로서 법률우위원칙에 반하는 조항이라고 판단된다.

(5) 개선사항

본 조례 제20조 후단에서 의견제출 기회를 부여하고 있으면서 이를 제출하지 않을 때 정당한 이유를 검토하지 않고 의견 불제출을 의제하는 것은 행정절차법 제27조 제4항 및 주차장법 제30조 제6항을 넘는 법률우위원칙에 반하는 조례로 평가할 수 있다. 따라서 '정당한 이유'의 문구를 넣은 개정이 필요하다고 보인다

13. 서울특별시성북구주차장설치및관리조례

(1) 대상조례

제2조 (주차요금) 노상주차장 및 공영노외주차장의 주차요금은 별표1과 같다

<별표 1>

6. 구청장은 자동차관리법 제3조 및 동법시행규칙 제2조의 규정에 의한 경형자동차에 대하여 2, 3, 4, 5급지 주차장의 경우 주차요금의 100분의50을 할인 할 수 있다. 다만, 지하철환승주차장에 주차하는 경형자동차에 대해서는 주차요금의 100분의 80을 할인하되, 1회 주차의 경우에는 최초 3시간까지의 주차요금을 면제한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 일정한 주민, 즉, 경형자동차를 사용하는 주민의 주차요금을 감면할 수 있도록 규정하여, 경우에 따라서는 주차장법과는 달리 주차요금이 감면되지 않을 수 있는 가능성이 존재한다. 따라서 경형 자동차를 사용하는 주민의 주차요금에 관한 권리인 재산권이 조례적용으로 인하여 침해되는 문제점이 존재한다.

(3) 침해의 위법성 판단

가. 조례내용

성북구주차장설치및관리조례는 주차장법, 동법시행령 및 동법시행규칙에서 조례에 위임한 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있으며 노상주차장 및 공영노외주차장의 주차요금을 별표1에서 규정하고 있다. 한편, 주차장법 제9조 제1항에서는 노상주차장을 관리하는 구청장으로 하여금 주차요금을 받을 수 있도록 규정하고 있으며 다만 “경형자동차가 주차하는 경우에는 주차요금의 100분의 50 이상을 감면한다”고 단서에서 명시하고 있다

자동차관리법 및 자동차관리법시행규칙에서는 자동차를 크기·구조, 원동기의 종류, 총배기량 또는 정격출력 등 건설교통부령이 정하는 구분기준에 따라서 분류하고 있는데, 경형자동차의 경우는 10인 이하를 운송할 수 있는 승용자동차 중에서도 가장 크기와 배기량이 작다. 그렇기 때문에 다른 형태의 자동차와는 차별적으로 주차요금을 징수할 수 있도록 주차장법 제9조 제1항 단서에서 명시하고 있는 것이다.

나. 차별소지여부 검토

경형자동차의 경우 '주차요금의 100분의 50이상을 감면한다'는 주차장법 제9조는 주차요금의 감면을 '단순히 할 수 있다'는 의미가 아닌 '해야 한다.'는 의미를 고려하여 해석해야 한다. 주차요금의 '100분의 50이상'이라는 말은 최소한 100분의 50 만큼은 의무적으로 할인해야 한다는 의미이고 그 이상은 할인할 수 있다는 의미로 보아야 한다. 그것이 합리적인 해석일 것이다.

한편 성북구주차장설치및관리조례 제2조에 따른 별표1의 주차요금을 살펴보면, '구청장은 자동차관리법 제3조 및 동법시행규칙 제2조의 규정에 의한 경형자동차에 대하여 2, 3, 4, 5급지 주차장의 경우 주차요금의 100분의50을 할인할 수 있다'는 규정을 두고 있다.

여기서 문제가 되는 것은 1급지를 제외한 2, 3, 4, 5급지 주차장의 경우만 경형자동차의 주차요금을 반으로 할인할 수 있게 한 것과 그 주차요금을 '할인 한다'가 아닌 '할인할 수 있다'라는 형태로 규정하고 있는 것이다.

우선 별표의 주차요금에서는 1~5급지로 나누어 주차요금을 1급지로 갈수록 많이 징수하고 있는데 이는 1급지에 가까울수록 교통혼잡이 예상되는 곳이므로 혼잡을 불러오는 자동차 주차를 억제하기 위해서인 것으로 보인다. 그러나 2~5급지에서는 경형자동차에 대해서 주차요금을 반으로 할인하고 있는 반면 1급지에서는 경형자동차에서도 다른 자동차와 같은 주차요금을 내도록 하는 것은 아무리 주차억제 목적을 달성하기 위함이라 하더라도 경형자동차 사용자에게 공평하지 못한 처사이다. 주차장법 제9조에서 경형자동차의 경우 주차요금을 반 이상으로 할인하도록 규정하고 있는 것은 경형자동차의 배기량과 크기의 특수성에 기해 일종의 의무적인 혜택을 주는 것으로 보아야 한다. 따라서 1급지라 하더라도 경형자동차와 소형, 중형, 대형인 다른 승용자동차 사이의 형평성을 맞추기 위해서는 경형자동차의 경우 주차요금을 반으로 할인해 주어야 한다.

그리고 주차요금을 반으로 '할인한다'가 아닌 '할인 할 수 있다'라는 형태의 규정은 구청장의 의지에 따라서 요금을 반으로 할인하게도 할 수 있고 할인하지 않게 할 수 있으므로 이는 최소한 100분의 50을 할인하도록 의무지우고 있는 주차장법 제9조의 단서에 위배된다.

다. 소결

주차장법 제9조 단서에서 규정하고 있는 경형자동차에 대한 주차요금 할인의무는 경형자동차의 특수성에 따라 일종의 혜택을 주기 위한 규정으로 보아야 하고 이와는 다르게 2~5급지의 경우에만 경형자동차에 대하여 주차요금을 반으로 할인하여 부과할 수 있도록 정하고 있는 성북구주차장설치및관리조례 제2조 및 별표의 제6호는 경형자동차를 사용하는 주민의 권리를 차별적으로 침해할 소지가 다분한 위법한 조례이다.

(4) 개선사항

위 조례는 주차요금을 정함에 있어서 구청장으로 하여금 경형자동차에 대하여 1~5급지 모두의 주차장에서 100분의 50을 의무적으로 감면하게 하도록 개정하여야 한다.

14. 전라남도강진군주차장조례

(1) 대상조례

제4조 (주차요금 및 가산금) ① 공영주차장의 주차요금은 별표 1과 같이 하고, 민영주차장의 주차요금은 별표 1의 기준의 범위내에서 당해 주차장 관리자가 관리규정으로 정한다.

【별표 1】

공영주차장 주차요금표(제4조 관련)

(단위 :원)

급지구분		주차장요금 (30분마다)	1 일 주차요금	월 정 기 주 차 권		
				주 간	야 간	주·야간
1급 지	소형	500	8,000	60,000	50,000	80,000
	대형	600	9,000	80,000	70,000	110,000
2급 지	소형	500	5,000	50,000	40,000	70,000
	대형	600	6,000	70,000	60,000	100,000

7. 차량의 구분은 승용차, 15인 미만 승합자동차, 2.5톤 미만 화물자동차는 소형으로 보며 그 외의 차량은 대형으로 본다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 경형 자동차 사용자를 소형 자동차 사용자와 구별하지 않고 같이 취급하여, 결과적으로 요금감면이 배제되는 결과가 발생하고 있다 이는 경형자동차 사용자의 공영주차장 주차요금에 관한 권리인 재산권의 침해문제를 야기하게 된다

(3) 침해의 위법성 판단

강진군주차장조례 제4조와 그에 따른 별표1에 의한 주차장요금표를 살펴보면 제7호에서 차량의 구분을 단순히 소형(승용차, 5인 미만 승합자동차, 2.5톤 미만 화물자동차

차)과 대형으로 이분화하여 주차요금을 산정하고 있다

따라서 경형자동차의 경우 다른 승용차와 전혀 구별없이 '소형' 자동차에 포함되어 주차요금을 내야 한다. 그렇게 되면 경형자동차 사용자의 경우 다른 승용차의 사용자와 차별이 이루어지지 않아 주차장법 제9조에 따른 요금감면을 받지 못하게 된다. 이는 법률에서 명시하고 있는 주차요금 감면 규정에 위배되는 것으로 경형자동차의 사용자에게는 권리침해가 된다 이는 상위 법률에서 명시하고 있는 주차요금 감면규정에 위배되는 것으로서 경형 자동차의 사용자에게는 권리침해가 될 것이며 합리적 차별사유 없이 경형 자동차에 대한 배려를 배제하는 결과가 될 것이다

(4) 개선사항

따라서 강진군주차장조례 제4조와 그에 따른 공영주차장요금표는 주차장법 제9조 단서에 위배되며 당해 조례는 경형자동차의 경우를 따로 명시하여 원래 주차요금의 100분의 50을 의무적으로 감면하도록 규정하여야 한다.

15. 익산시립도서관운영관리조례

(1) 대상조례

제16조 (자료의 망실 및 훼손 등의 책임) ① 자료를 망실 또는 훼손하였을 때에는 동일 자료로 변상하여야 한다.
② 동일 자료로 변상이 불가할 시에는 내용상 유사도서로서 변상할 수 있다.
③ 제2항의 규정에 의한 유사도서로서도 변상할 수 없는 경우에는 시가의 2배액으로 배상하여야 한다.
④ 천재지변이나 불가피한 사유로 인하여 망실 또는 훼손하였다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니한다.

(2) 관련 법령

민법

제393조(손해배상의 범위) ① 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도액으로 한다.

② 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 책임이 있다.

(3) 유사조례

부안군립도서관설치운영조례

제12조 (손해배상책임) ③ 제2항의 규정에 의한 유사자료로도 변상할 수 없는 경우에는 시가의 2배액으로 배상하여야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 시립도서관 사용자가 도서를 망실하는 경우 등에 대하여 다른 손해배상의 경우와 구별하여 시가의 2배액으로 배상하도록 규정하고 있어 규범적용상 불리한 대우를 야기하고 있다

(5) 차별의 위법성 판단

손해라 함은 법익에 관하여 입은 불이익을 말한다. 그것은 위법행위(채무불이행 또는 불법행위)가 없었더라면 존재하였을 상태와 위법행위가 있는 현재의 이익상태와의 차이이다. 불이익이 생긴 법익은 재산·신체 기타 법적으로 보호하기에 상당한 것이면 무엇이든지 상관없다.

손해배상은 실제로 발생한 손해를 전보하여 손해가 없었던 것과 같게 만들어 공평을 기하려는 제도이다. 그러므로 손해배상의 범위는 실손해의 범위와 같다. 그리고

배상하여야 할 손해의 범위는 인과관계이론에 의하여 정해진다 인과관계라 함은 책임원인(채무불이행·불법행위)과 손해와의 사이에 원인과 결과의 관계가 있음을 말한다. 여기서 '상당인과관계설은 당해 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 하여 생기는 손해 중에서 일반적으로 생기리라고 인정되는 손해에만 국한하려고 한다 손해배상의 범위에 관한 민법의 규정은 오늘날의 통설이라고 할 수 있는 상당인과관계설에 근거를 두고 있다(민법 제393조 제1항). 다만 통상의 손해라고는 볼 수 없는 특별손해도 일정한 경우에는 손해배상의 범위에 들어가는 경우가 있다(민법 제393조 제2항).

손해배상에 있어서 민법 제393조 제1항은 통상의 손해를 그 한도로 하고 있는 데 반해, 익산시립도서관운영관리조례 제16조에서는 도서 망실이나 훼손시 동일 자료로 변상함을 원칙으로 하고 불가능 할 경우 유사한 내용의 자료로 변상함을 규정하고 있다. 이에 제3항은 유사내용의 자료의 변상마저 불가능할 경우 시가의 2배액을 변상하도록 규정하고 있는데 그 위법성이 있다 민법에서 통상의 한도액을 그 손해배상의 범위로 예정하고 있으나 조례에서 그 범위를 확대해 시가의 2배까지 손해배상의 범위를 확대시키는 것은 '법령의 범위 안에서 조례제정권을 인정된 취지에 반한다

또한 상위법령인 도서관및독서진흥법과 동법 시행령상에 아무런 규정도 두고 있지 않은 점도 위법성을 인정하는 근거로 작용할 수 있다

따라서 본 조례는 배상책임의 내용을 정함에 있어서 대상자를 차별하는 조례로서 평가될 수 있다

(6) 개선사항

손해배상책임의 내용을 민법의 내용으로 환원하여야 한다

II. 비용징수등에 관한 조례

이 유형의 조례에서는 공물이용의 대가인 비용징수의 근거 배상책임의 면제, 강제 징수절차에 관한 사항 등이 논의의 대상이 된다

1. 남원시도로무단점용자에대한과태료부과징수조례

(1) 대상 조례

제3조 (과태료) ① 시장은 정당한 사유없이 도로를 무단점용하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자에 대하여 20만원이하의 과태료를 부과·징수할 수 있다.

1. 도로상에 상품이나 물건을 적치하는 행위
2. 도로상에 시설물을 설치하거나 또는 공사를 목적으로 도로를 사용하는 행위
3. 도로를 점유하여 기계조립, 수리, 용접 등 작업을 하는 행위
4. 기타 도로 본래의 목적을 저해하는 행위

(2) 관련법률

도로법

제86조의2 (과태료) ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 50만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 삭제 <1995.12.6>
2. 제40조 제3항의 규정에 의한 도로점용 허가를 받지 아니하고 물건 등을 도로에 일시 적치한 자

- 3. 제40조 제3항의 규정에 의한 확인을 받지 아니한 자
- 4. 제45조의 규정에 의한 도로의 원상회복검사를 받지 아니한 자

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령상 규정되어 있는 과태료 부과사유보다 확대하여 과태료를 부과할 수 있도록 하여 재산권을 침해하는 문제가 존재한다

(4) 침해의 위법성 평가

본 조례는 도로무단점유자에 대한 과태료를 규정하였다 문제는 본 조례가 과태료부과의 근거를 도로법 제86조의2에서 찾은 것이 아니고 일반법의 지위를 가진 지방자치법 제130조에서 찾아, 그 과태료 부과 범위를 확대시키고 있다는 점에 있다 이 논리는 지방자치법 제5조 단서규정을 합헌적으로 해석하는 견해의 취지 하에서 출발한다.

지방자치법 제5조 단서에서 주민의 기본권을 제한하는 내용의 조례일 경우 법률의 위임을 요구하는 규정과 동법 제130조의 규정을 조화적으로 해석해 볼 때, 동법 제130조에서 규정한 공공시설을 부정사용한 자에 대한 과태료는 개별 법률의 위임이 있을 때에 한하여 부과할 수 있도록 규정한 것으로 제한적으로 해석해야 할 것이다.

따라서 과태료 부과에 대한 개별 법률이 있을 경우 그리고 과태료 부과 사유가 중복될 때, 지방자치법 제30조와 당해 개별 법령의 과태료 부과 규정은 일반법 대 특별법의 관계에 있다고 볼 수 있다 그렇다면 본 조례의 근거를 제1조에서 규정한 바와 같이 개별 법률인 도로법 제86조의2에서 찾지 않고, 지방자치법 제30조 제2항에서 찾은 것은 문제가 있어 보인다

단순히 조례의 근거 조항을 잘못 제시한 것만으로 위법한 조례라고 평가하기는 어렵지만, 본 조례의 근본적인 문제는 근거 법률을 오해하여 도로법 제86조의2보다 과태료 부과사유를 확장시키고 있다는 점에 있다 도로법 제86조의 2 제2항 제2호와 3호에서는 '도로법 제40조 제1항의 규정에 의한 도로점용 허가를 받지 아니하고 물건 등을 도로에 일시 적치한 행위, 제3항의 규정에 의한 확인을 받지 아니한 행위 만을 과태료 사유로 규정하고 있다 이에 반해 본 조례는 위와 같은 논의에 대한 인식 없

이, 지방자치법 제30조 제2항을 근거로 제3조 제1항 각호에서 '도로상에 상품이나 물건을 적치하는 행위, 도로상에 시설물을 설치하거나 또는 공사를 목적으로 도로를 사용하는 행위, 도로를 점유하여 기계조립, 수리, 용접 등 작업을 하는 행위, 나아가 기타 도로 본래의 목적을 저해하는 행위까지 과태료 사유로 삼아 이는 도로법 제86조의2의 위임범위를 벗어난 것으로 보아 위법하다고 할 수 있다

하지만 이에 반해, 본 조례 제3조 제1항 각호에서 나열한 무단점용사유가 도로법 제86조의2의 제2항에서 규정한 사유를 크게 벗어나지 않는다고 보아 결국은 조례의 과태료 부과도 법률에서 예정한 범위 내에서 규정된 것이어서 그 위법성을 구성하지는 않는다는 반대해석의 여지가 있다 이 논리는 지방자치법 제5조의 주민 기본권을 제한하는 조례 제정에 대한 '법령의 위임 하에서라는 규정을 위헌으로 보는 견해와 맞닿아 있다. 지방자치법 제5조 단서의 법령 위임을 헌법 제17조 제1항 위반으로 논리 구성하여, 조례에 대해 엄격한 법률유보원칙을 적용하지 않는다면 본조례는 적법하다고 볼 수는 있다

하지만 이런 식의 논리는 자칫 주민의 기본권을 과도하게 제한할 가능성이 있다 문제는 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제5조 단서를 어떻게 해석하느냐에 있다. 비록 헌법 제117조 제1항이 '지방자치단체는 ... 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다'라고 규정하고 있을지라도 본 규정이 조례제정권에 대한 법률유보원칙의 적용을 배제하는 취지로 이해하긴 어렵다고 생각한다 이 문제는 나아가 지방자치단체의 조례제정권과 의회주의원칙과의 형량문제로도 연결될 수 있다 기본적으로 지역의 주민이 지방자치단체를 직접 선출하면서 부여한 정당성이 국가에 부여한 정당성을 초과할 수는 없을 것이다. 따라서 당해 조례가 주민의 기본권을 제한하는 내용일 경우 조례제정권은 법률유보의 제한을 받는다고 보아야 한다 결국 후자의 논리보다 전자의 논리를 좇아 도로법에서 과태료에 대한 규정을 두고 있음에도 본 조례가 지방자치법 제30조의 내용만을 근거로 과태료를 부과하고 법률에 없는 사유를 추가하는 것은 위법하다²²⁾.

22) 군산시 도로무단점용자에 대한 과태료 부과 징수 조례에 같은 내용이 있다(1995년 1월 13일 조례 제112호).

제3조 (과태료) ① 시장은 정당한 사유없이 도로를 무단점용하여 다음 각호의1에 해당하는 행위를 한 자에 대하여 50만원 이하의 과태료를 부과 징수할 수 있다.

1. 도로상에 상품이나 물건을 적치하는 행위
2. 도로상에 시설물을 설치하거나 또는 공사를 목적으로 도로를 사용하는 행위
3. 도로를 점유하여 기계조립, 수리, 용접 등 작업을 하는 행위

(5) 개선방안

과태료부과는 지방자치단체가 자율적으로 부과할 수 있는 행정질서벌이די는 조례의 실효성을 확보하는 장점을 갖는 것이지만 다른 한편으로는 주민에게 경제적 불이익을 야기한다는 점에서 신중한 요건 및 부과가 요청된다. 따라서 그 근거법령인 도로법상의 요건에 비추어 과중한 부과요건이 조례에서 규정되는 것은 시정되어야 한다.

2. 군위군도로무단점용자에대한과태료부과징수조례시행규칙

(1) 대상규칙

제2조 (부과대상 및 시기) ① 부과대상은 조례 제3조 제1항의 규정에 해당하는 자로 한다.
② 부과시기는 2차계고에 의하여 부과하며 1차계고시에는 7일간, 2차계고시에는 5일간의 기간을 둔다.
③ 2차계고장 발부후에도 철거하지 않을 시에는 계고기간 종료후 제3조에 의한 청문을 실시하고 과태료를 부과한다.
④ 적치물은 과태료부과와 동시에 철거되어야하며 불응시에는 3일간의 계고후 2차 부과 기준에 의거 부과한다.
⑤ 2차기준에 의거 부과후에도 불응시는 3일간의 계고후 3차기준에 의거 부과한다.
⑥ 3차부과기준에 의거 부과후에도 계속 철거치 않을 시에는 도로법 제82조의 규정에 의거 조치한다.

4. 기타 도로 본래의 목적을 저해하는 행위

(2) 관련법령

도로법

제82조 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금에 처한다.

1. 제34조의 규정에 위반하여 허가없이 도로공사를 시행한 자
2. 부정한 수단으로 이 법 또는 이 법에 의하여 발하는 명령에 의한 허가를 받은 자
3. 삭제
4. 제40조제1항의 규정에 위반하여 허가없이 도로를 점용한 자(물건등을 도로에 일시 적치한 자를 제외한다)
5. 제47조의 규정에 위반한 자
6. 정당한 사유없이 제49조의 규정에 의한 관리청의 처분에 항거하거나 이를 방해한 자
7. 제50조제4항의 규정에 위반한 자
8. 제50조의4제3항의 규정에 위반한 자
- 8의2. 제53조의 규정에 의한 금지 또는 제한에 위반하여 도로를 통행한 자
- 8의3. 제54조의2제1항의 규정을 위반하여 적재량 측정을 방해한 자
- 8의4. 정당한 사유없이 제54조의2제2항의 규정에 의한 관리청의 재측정요구에 응하지 아니한 자
9. 제54조의4제1항의 규정에 위반하여 자동차전용도로에 자동차를 사용하는 이외의 방법으로 통행하거나 출입한 자
10. 제54조의4제3항의 규정에 의한 관리청의 명령에 위반한 자
11. 제54조의6제2항의 규정에 의한 허가없이 자동차전용도로 또는 대통령령이 정하는 도로에 다른 도로·통로 기타의 시설

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 규칙은 상위 규범인 조례의 위임없이 과태료이외의 벌칙인 징역형 또는 벌금형을 규정하여, 신체의 자유 또는 재산권의 침해소지가 있다

(4) 침해의 위법성 평가

군위군도로무단점용자에대한과태료부과징수조례시행규칙 제2조에서는 과태료 부과 대상과 시기에 대하여 상세하게 규정하고 있다

이에 따르면 조례 제3조에 해당하는 도로의 무단점용자에 대하여 지방자치단체는2차에 걸친 계고 후 과태료를 부과할 수 있다과태료 부과 횟수는 총3회까지 가능하며 이때까지 지방자치단체의 명령에 불응한 자에 대하여는“도로법 제82조의 규정에 의거 조치한다.” 이 때 “도로법 제82조의 규정에 의거 조치한다”는 규정의 의미가 모호하여(그러므로 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 있다) 이에 대한 해석이 필요하게 된다.

위에서 살펴본 바와 같이 지방자치단체는 상위법령의 명시적인 위임이 없는 경우에는 법률 유보의 원칙에 의해 과태료 이외의 벌칙에 대한 조례를 규정할 수 없다 위 조례의 경우에는 상위법령에서 과태료에 대한 부과징수권한을 위임하고 있지만그 외의 벌칙에 대한 부과 권한을 위임한다는 규정을 두고 있지 않다그러므로 위 법조문이 지방자치단체가 스스로 도로법 제82조에서 규정하고 있는“2년 이하의 징역 또는700만원 이하의 벌금”을 부과할 수 있다고 해석하는 한 법률유보원칙 위반으로서 위법한 조례에 해당한다

(5) 개선사항

동 조례 제2조 제6항은 삭제되어야 한다.

2. 서울특별시서대문구보도상영업시설물관리등에관한조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 시민보행 및 도시환경개선을 위하여 도로법 제40조·제75조, 같은법시행령 제24조 및 지방재정법 제74조의 규정에 의하여 보도상영업시설물(이하 시설물이라 한다)의 감축 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조 (점용허가) ① 시설물을 계속하여 운영하고자 하는 자는 별지 제1호 서식에 의한 도로점용허가신청서를 점용허가 기간의 만료일로부터 기산하여 30일전까지 구청장에게 제출하여야 한다.

② 구청장은 이 조례 시행전에 점용허가를 받은 운영자에 한하여 점용허가를 하고 별지 제2호 서식에 의한 도로점용허가증을 교부한다. 이 경우 점용허가기간은 1년이내로 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 점용허가 기간이 만료되어 갱신하고자 하는 경우에는 1년 이내로 점용허가를 하되, 제4조 제1항의 규정에서 정한 기한까지만 갱신 허가를 할 수 있다.

④ 운영자가 제1항 규정에 의한 허가를 신청하는 때에는 도로의 원상회복을 위하여 제소전 화해조서를 구청장에게 제출하여야 한다.

제4조 (점용허가 갱신의 제한) ① 이 조례에 의한 점용허가의 갱신 만료기한은 2007년 12월 31일까지로 한다.

② 구청장은 제3조제3항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 점용허가를 갱신하지 아니하여야 한다.

1. 운영자가 사망한 때(배우자승계시 제외)
2. 점용허가의 권리나 의무를 양도한 때
3. 제3조제4항 규정에 의한 제소전 화해조서를 제출하지 아니한 때

③ 구청장은 제1항의 규정에 의한 점용허가기한 경과 후 시설물을 제거하여 도로를 원상회복 하여야 한다. 다만, 시장이 공익목적상 계속 존치할 필요성이 있어 운영자를 선정한 때에는 그러하지 아니한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 도로점용허가 갱신을 위하여 상위 법령에 없는 의무인 제소전 화해조서를 제출하도록 규정하고 있다 이는 당사자에게 일정한 의무를 부과하여 결과적으로 일반적 행동

의 자유를 침해하고 있다

(3) 침해의 위법성 평가

동 조례 제3조 제4항에서는 운영자가 제1항 규정에 의한 허가를 신청하는 때에는 도로의 원상회복을 위하여 제소 전 회해조서를 시장에게 제출하여야 한다고 규정하고 있고 이를 제출하지 아니하면 시장은 제3조 제3항의 규정에 불구하고 점용허가를 갱신하지 아니하여야 한다고 하면서 2007년 12월 31일을 갱신만료기간으로 보고 그 기간 경과 후에는 시설물을 제거하여 도로를 원상회복 하여야 한다고 규정하고 있다

즉, 이는 법률에서 규정하지 아니한 허가시 제소 전 회해조서 제출의무를 부과하는 것으로서 제출하지 않으면 갱신허가를 내어주지 않고 2007년 12월 31일 이후에는 그 시설물을 무조건 제거하여 원상회복하겠다는 것으로서 새로운 의무부과 또는 벌칙부과에 관한 사항이므로 법 제15조 단서에 따라 법률의 위임이 있어야 한다 또한 법 제20조 제1항은 “지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”라고 규정하고 있으나 법 제15조 단서는 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있으므로 지방의회는 규율하고자 하는 내용이 벌칙이고 조례에 의한 부과가능성이 명문으로 인정되고 있지 않는 한 법률의 위임 없이는 스스로 벌칙을 정할 수 없다고 보아야 할 것이다. 즉, 법 제20조 제1항의 규정에 도 불구하고 지방자치단체는 지방자치법 제15조 단서에 의해 법률의 위임이 있는 한 과태료 이외의 벌칙제정권을 갖는다고 본다 그러나 상위법령인 도로법 도로법시행령, 지방재정법 어느 곳에서도 이러한 사항을 규정할 수 있도록 위임하고 있는 위임의 근거조항은 없으므로 동조례는 법 제15조 단서에 위배되는 위법한 조례규정이라고 할 것이다

(4) 개선방안

본 조례의 내용대로 일정한 불이익을 부과하기 위하여는 상위 법률에 위임근거를 마련할 것이 필요하다고 보인다

3. 정읍시소하천점용료및사용료징수조례

(1) 대상 조례

제2조 (점용료 등의 산정기준) ② 점용료등은 회계연도별로 년액으로 정하되, 당해연도의 점용기간이 1년 미만인 때 에는 월액으로 계산한다.
③ 제2항 후단의 규정에 의하여, 점용료 등을 월액으로 산정함에 있어서 점용개시일 또는 점용종료일이 속하는 달의 점용일수가 15일 이하인 경우에는 2분의 1 월로, 15일을 초과하는 경우에는 1월로 계산한다. 이 경우 점용개시일이 속하는 달과 점용종료일이 속하는 달의 점용일수의 합계가 1월 미만인 경우에도 또한 같다.

(2) 유사조례

경주시소하천점용료및사용료징수조례

제2조 (점용료 등의 산정기준) ② 점용료등은 회계연도별로 년액으로 정하되, 당해연도의 점용기간이 1년 미만인 때에는 월액으로 계산한다.

③ 제2항 후단의 규정에 의하여, 점용료 등을 월액으로 산정함에 있어서 점용개시일 또는 점용종료일이 속하는 달의 점용일수가 15일 이하인 경우에는 2분의 1월로, 15일을 초과하는 경우에는 1월로 계산한다. 이 경우 점용개시일이 속하는 달과 점용종료일이 속하는 달의 점용일수의 합계가 1월 미만인 경우에도 또한 같다.

성남시소하천점용료및사용료징수조례

제2조 (점용료 등의 산정기준) ② 점용료등은 회계연도별로 년액으로 정하되, 당해연도의 점용기간이 1년 미만인 때에는 월액으로 계산한다.

③ 제2항 후단의 규정에 의하여, 점용료 등을 월액으로 산정함에 있어서 점용개시일 또는 점용종료일이 속하는 달의 점용일수가 15일 이하인 경우에는 2분의 1월로, 15일을 초과하는 경우에는 1월로 계산한다. 이 경우 점용개시일이 속하는 달과 점용종

료일이 속하는 달의 점용일수의 합계가 1월 미만인 경우에도 또한 같다.

울진군소하천점용료및사용료징수조례

제2조 (점용료 등의 산정기준) ② 점용료등은 회계연도별로 년액으로 정하되, 당해연도의 점용기간이 1년 미만인 때에는 월액으로 계산한다.

③ 제2항 후단의 규정에 의하여, 점용료 등을 월액으로 산정함에 있어서 점용개시일 또는 점용종료일이 속하는 달의 점용일수가 15일 이하인 경우에는 2분의 1월로, 15일을 초과하는 경우에는 1월로 계산한다. 이 경우 점용개시일이 속하는 달과 점용종료일이 속하는 달의 점용일수의 합계가 1월 미만인 경우에도 또한 같다.

파주시소하천점용료및사용료징수조례

제2조 (점용료 등의 산정기준) ② 점용료등은 회계연도별로 년액으로 정하되, 당해연도의 점용기간이 1년 미만인 때에는 월액으로 계산한다.

③ 제2항 후단의 규정에 의하여, 점용료 등을 월액으로 산정함에 있어서 점용개시일 또는 점용종료일이 속하는 달의 점용일수가 15일 이하인 경우에는 2분의 1월로, 15일을 초과하는 경우에는 1월로 계산한다. 이 경우 점용개시일이 속하는 달과 점용종료일이 속하는 달의 점용일수의 합계가 1월 미만인 경우에도 또한 같다.

(3) 관련법률

소하천정비법

제22조 (점용료등의 징수) ⑤ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 점용료등과 부당이득금 및 허가수수료는 당해 지방자치단체의 수입으로 하며, 그 금액과 징수방법 및 제4항의 규정에 의한 점용료등과 허가수수료의 감면대상은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 점용료 산정방법에서 당사자에게 불리한 내용을 규정하고 있다 그러나

이는 상위 법령인 소하천정비법의 위임없이 규정하고 있는 것으로서 점용료에 관한 권리인 재산권이 침해되는 문제가 존재한다

(5) 침해의 위법성 검토

소하천정비법 제22조 제5항에 의해 점용료 등의 금액과 징수방법은 지방자치단체의 조례로 정한다고 하고 있고 이에 근거하여 지방자치단체는 조례를 통해 점용료의 징수방법을 규정하고 있다 그런데 위의 조례들은, '점용료등의 산정기준에 있어서 '점용료 등은 회계년도별로 연액으로 정하되 당해년도의 점용기간이 1년미만인 때에는 월액으로 계산한다.'고 규정하면서, '점용료 등을 월액으로 산정함에 있어서 점용개시일 또는 점용종료일이 속하는 달의 점용일수가 15일미만인 경우에는 2분의 1월로, 15일을 초과하는 경우에는 1월로 계산한다. 이 경우 점용개시일이 속하는 달과 점용종료일이 속하는 달의 점용일수 합계가 1월미만인 경우에도 또한 같다' 고 규정하여 점용일수가 15일미만일 경우에는 2분의 1월, 15일 초과인 경우에는 1월로 계산하고 있는바, 이러한 내용이 주민의 권리를 지나치게 제한하고 있지 않는지 문제된다

이러한 내용은 점용료의 징수와 관련되는바 주민에 대한 일종의 의무부과 또는 권리제한의 성격을 갖고 있다. 따라서 지방자치법 제15조 단서에 의해 법령의 위임이 필요하다. 그러나 이러한 규율내용에 대해 상위법령인 소하천정비법은 아무런 규정도 두고 있지 않아 그 위법성이 문제된다 그런데, 소하천정비법 제22조 제5항에 의해 점용료의 징수방법을 조례에 위임하고 있는바 위임이 있다고 할 수 있고따라서 위임의 한계일탈 여부만이 문제된다.

점용료계산에 있어서 가장 정확한 방법은 점용한 일수에 정비례한 액수를 곱하는 것이 될 것이다. 그러나 그 계산의 편의를 위해 일정정도의 가감법은 인정이 될 것이고, 그 허용여부는 그 정도의 문제가 될 것이다

하지만 공법관계에 있어서는 점용료의 계산과정에서의 점용일수의 가감에 있어서 주민에게만 일방적으로 불리한 방법으로 함은 비례원칙상 허용될 수 없을 것이다 그런데 본 조례에서는 15일 미만의 점용일수 일 경우 무조건 15일로, 15일 이상일 경우 무조건 1달로 계산함으로써 1일만 점용할 경우에도 15일치를, 15일만 점용할 경우에도 1달치를 무조건 부담해야하는 일방적인 불이익이 주민에게 가해진다

계산 편의를 위해서, 그리고 그 비용이 비록 소액이 될 지라도 주민편에서는 무조건 자신이 점용한 일 수 이상의 점용료를 부담해야 하는 불이익이 가해진다 15일 미만의 경우는 그 일수만큼의 점용료를 부담하지 않게 하는 등의 방법으로 주민에게도 일정정도의 이익이 있어야 그 조항의 형평성이 갖추어질 수 있을 것이다 근거법에서 징수방법을 위임한 것도 주민에게 일방적으로 불리한 방법으로 징수할 것을 허용한 것은 아닐 것이다.

따라서 본 조례의 내용들은 주민의 기본권(재산권)을 지나치게 제한하고 의무부과에 있어서 비례원칙을 위반하여 위임의 한계를 일탈하였는바 위법한 조례라 할 것이다

(6) 개선사항

본 조례들은 점용료계산방식에 대하여 상위 법령의 직접적인 수권근거를 마련하여야 할 것이다.

4. 부천시하수도사용조례

(1) 대상조례

제20조 (점용료) ① 시장은 법 제20조의 규정에 의한 공공하수도를 점용허가 할 때에는 (별표 4)의 기준에 따라 점용료를 징수한다.
④ 법 제20조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 점용하는 자에 대하여는 사실상 점용이 개시된 날로부터 점용료를 산정하여 징수한다.
⑤ 시장은 정당한 사유없이 점용료를 납부기한내에 납부하지 아니한 자에 대하여는 점용허가를 취소할 수 있다.

(2) 관련법령

하수도법

제38조 (강제징수) ① 이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 처분이나 조례로 인하여 그 의무로 된 사용료·점용료 기타의 부담금의 납부를 하지 아니한 자가 있을 때에는 공공하수도관리청은 납부할 기한을 정하여 독촉하여야 한다.

② 제1항의 경우에 공공하수도관리청은 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 체납된 금액의 100분의 5에 상당하는 가산금과 납부기한이 경과한 날부터 1월이 경과할 때마다 체납된 금액의 1천분의 12에 상당하는 증가산금을 징수할 수 있다. 이 경우 증가산금을 가산하여 징수하는 기간은 60월을 초과하지 못한다.

③ 제2항의 규정에 의한 증가산금은 체납된 금액이 10만원 미만인 경우에는 이를 징수하지 아니한다.

④ 제1항의 규정에 의한 독촉을 받은 자가 그 지정기한까지 납부하여야 할 금액을 납부하지 아니한 때에는 공공하수도관리청은 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 위임없이 점용허가의 취소사유를 규정함으로써 점용허가를 통하여 누리는 재산권 침해의 소지가 있다.

(4) 침해의 위법성평가

가. 문제점

부천시하수도사용조례에 따르면 제20조에서 '시장은 정당한 사유없이 점용료를 납부기한내에 납부하지 아니한 자에 대하여는 점용허가를 취소할 수 있다'라고 규정하고 있다. 이 조례는 국민의 권리제한·의무부과에 관한 조례로서 지방자치법 제5조 단서 규정에 따라 법령의 위임이 있을 시에 가능할 것이라 사료된다 따라서 이 조례는 하수도법, 동법 시행령, 시행규칙의 한도에서 그 주민의 권리제한·의무부과가 가능할 것이다. 그리하여 위 조례 제20조 제5항의 규정이 조례제정권의 한계를 벗어나

지 않았는지 여부를 그 상위법령과의 관계에서 논의할 필요가 있다

나. 평가 : 재산권의 침해여부

(가) 재산권의 의의

헌법 제23조 제1항에 따르면 모든 국민의 재산권은 보장되며 그 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정되고 있다 재산권이란 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다. 개인의 재산상 권리와 개인이 재산을 사유할 수 있는 법제도와 사유재산제도를 보장하는 이중적 의미로 보고 있는 것이 다수설과 헌법재판소의 태도이다.

재산권은 모든 종류의 물권을 포함하고 환매권 관행어업권 등이 재산권에서 보장하는 권리로 보는 것이 일반적인 견해이다 또한 공법상 권리도 요건을 갖춘 경우에 헌법상의 재산권보장의 보호를 받을 수 있게 된다

(나) 재산권의 제한

헌법 제23조 제3항에 의하면 '공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다'라고 규정하고 있다. 재산권을 제한함에 있어서 헌법 제23조 제3항은 물론 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권 제한 입법의 한계인 과잉금지원칙·본질적 내용침해금지원칙이 준수되어야 한다.

조례에 있어서는 재산권 사용만을 제한할 수 있다는 견해도 있으나 법률이 아닌 조례에 의한 재산권의 제한은 허용되지 않는다고 보는 견해가 옳을 것이다

(다) 조례의 기본권 침해 여부와 법률유보

위 조례에서는 제20조 제5항에서 '시장은 정당한 사유없이 점용료를 납부기한내에 납부하지 아니한 자에 대하여는 점용허가를 취소할 수 있다'고 규정하고 있다 그러나 이러한 주민의 권리제한이나 의무부과에 있어서는 그 법령의 위임된 사항에 있어서 조례를 제정할 수 있다는 것이 지방자치법 제5조에 규정된 사항이다. 위의 조례

는 정당한 사유없이 점용료를 납부기한내에 납부하지 아니한 자에 대하여는 점용허가를 취소할 수 있게 함에 따라 재산권의 침해가능성이 생길 수 있다 재산권을 제한하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따른 본질적 내용침해금지원칙에 반하여서는 안 될 것이다. 그리하여 위 조례가 상위법령의 위임받은 사항에 관하여 규정하고 있을 시에는 그 상위법령에 대하여 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한입법의 한계를 심사하기 위하여 과잉금지원칙에 따른 심사를 할 가능성이 있을 것이다

그러면 위 조례에서는 상위법령에 근거하였는지 여부가 문제가 될 터인데 하수도법의 강제징수에 관한 규정 제38조 제1항의 경우 '이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 처분이나 조례로 인하여 그 의무로 된 사용료·점용료 기타의 부담금의 납부를 하지 아니한 자가 있을 때에는 공공하수도관리청은 납부할 기한을 정하여 독촉하여야 한다.'이고 제4항에서는 '제1항의 규정에 의한 독촉을 받은 자가 그 지정기한까지 납부하여야 할 금액을 납부하지 아니한 때에는 공공하수도관리청은 지방채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다'라고 규정함으로써 어디에서도 조례의 납부기한내에 납부하지 않은 자에 대하여 점용허가를 취소할 수 있는 근거규정은 찾아볼 수 없다

다만 사용의 제한의 규정에 관한 제22조에 의하면 제1항에서는 '공공하수도관리청은 공공하수도에 관한 공사의 시행이나 기타 부득이한 사유가 있을 때에는 배수구역의 전부 또는 일부의 구역을 지정하여 당해 공공 하수도의 사용을 일시 제한하거나 금지할 수 있다'고 규정하고 있고 제2항에서는 '공공하수도관리청이 제1항의 규정에 의하여 그 사용을 제한하거나 금지하고자 할 때에는 그 구역 및 기간을 미리 공고하거나 이를 관리인에게 통지하여야 한다'라고 규정하고 있다 이 규정에서 '기타 부득이한 사유가 있을 때'의 의미는 공공하수도에 관한 공사의 시행에 준하여 생각하는 것이 옳을 것이다. 따라서 공공하수도의 사용이 불가피하게 제한되어야 되는 상황에서 사용을 제한할 수 있는 것이지 납부를 지정기한까지 하지 아니하였다고 하여 사용을 제한할 수 있는 것은 아니라고 보인다

위 조례는 법령의 규정보다 더 주민의 권리제한을 함으로써 법령의 위임을 현저히 일탈하였다고 밖에 보이지 않는다. 그리하여 지방자치법 제5조 단서의 규정에 어긋난다고 생각한다.

(5) 개선사항

점용허가취소부분은 다시 검토가 필요할 것이다 즉, 상위 법령과 관련하여 직접적인 위임근거를 발견할 수 없었다 위임근거를 마련하거나 마련하기 어려우면 사용료 체납으로 인한 점용허가 취소부분은 삭제될 필요도 있을 것이다

5. 칠곡군하수도사용조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 칠곡군(이하 "군"라 한다)의 하수도의 설치 및 관리에 관하여 하수도법(이하"법" 이라 한다)과 동법시행령(이하"령"이라 한다)및 동법시행규칙(이하 "규칙"이라 한다)에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제22조 (과태료) ① 군수는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 10만원 이하의 과태료에 처할수 있다.

1. 배수설비를 설치하지 아니한 자
2. 배수설비를 잘못 설치함으로써 공공하수도의 기능에 장애를 준자
3. 제5조제2항의 규정에 의한 배수설비의 관리를 태만히 함으로써 주위환경을 오염시키거나 공공하수도의 기능을 저해한자
4. 제6조1항의 규정에 의한 신고를 태만히 하거나 허위로 한자
5. 제7조의 규정의 의한 허가를 받지 아니하고 공공하수도를 사용한 자
6. 이 조례에 의한 군수의 명령이나 처분, 기타의 조치에 대하여 정당한 사유 없이 위반하거나 이행하지 아니한 자

② 군수는 사기, 기타 부정한 방법으로 사용료, 점용료, 기타 부담금을 면탈한자에 대하여는 이를 각각 추징하는 외에 면탈한 금액의 5배의 범위내에서 과태료에 처한다.

제23조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 대리인, 사용인, 기타의 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무에 관하여 제22조의 규정에 해당하는 행위를 한때는 행위자에 대한 책임외에 그 법인 또는 자연인에 대하여도 제22조의 과태료를 부과할 수 있다.

(2) 유사조례

상주시하수도사용조례

제24조 (과태료) ① 시장은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 5만원이하의 과태료에 처한다.

1. 제5조제2항의 규정에 의한 배수설비의 관리를 태만히 함으로 주위 환경을 오염시키거나 공공하수도의 기능을 저해한 자
2. 제6조의 규정에 의한 신고를 태만히 하거나 거짓으로 한 자
3. 제7조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 공공하수도를 사용한 자
4. 이 조례의 규정에 의한 시장의 명령이나 처분, 기타 조치를 정당한 사유없이 위반하거나 이행하지 아니한 자

② 시장은 사기 기타 부정한 방법으로 사용료, 점용료 기타 부담금을 면탈한 자에 대하여는 이를 각각 추징하는 외에 면탈한 금액의 5배의 범위내에서 과태료를 부과한다.

제25조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 자연인의 대리인, 사용인, 기타 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무에 관하여 제24조의 규정에 해당하는 행위를 한 때에는 행위자에 대한 책임외에 그 법인 또는 자연인에 대하여도 제24조의 과태료를 부과할 수 있다.

경산시하수도사용조례

제22조(과태료) ① 시장은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 5만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 배수설비를 설치하지 아니한 자.
2. 배수설비를 잘못 설치함으로써 공공하수도의 기능에 장애를 준 자.
3. 제5조제2항의 규정에 의한 배수설비의 관리를 태만히 함으로써 주위환경을 오염시키거나 공공하수도의 기능을 저해한 자.
4. 제6조의 규정에 의한 신고를 태만히 하거나 허위로 한 자.
5. 제7조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 공공하수도를 사용한 자.
6. 이 조례에 의한 시장의 명령이나 처분, 기타의 조치에 대하여 정당한 사유없이 위반하거나 이행하지 아니한 자.

② 시장은 사기 기타 부정한 방법으로 사용료, 정용료, 기타 부담금을 면탈한 자에 대하여는 이를 각각 추징하는 외에 면탈한 금액의 5배의 범위내에서 과태료에 처한다.

제23조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 대리인, 사용인, 기타의 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무에 관하여 제22조의 규정에 해당하는 행위를 한 때에는 행위자에 대한 책임외에 그 법인 또는 자연인에 대하여도 제22조의 과태료를 부과할 수 있다.

광양시하수도사용조례

제23조 (과태료 처분기준 및 통지) ① 법 제42조의 규정에 의한 과태료 처분기준은 [별표 5]와 같다.

② 시장은 전항의 규정에 의하여 처분된 내용을 통지하되 공동납부자가 있을 때에는 공동납부의무자 전원에게 개별통지하여야 한다.

제24조 (양벌규정) 법인의 대표자간 법인 또는 자연인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무에 관하여 제23조의 규정에 해당하는 행위를 한 때에는 행위자에 대한 책임외에 그 법인 또는 자연인에 대하여도 제23조의 과태료를 부과할 수 있다.

화성군하수도사용조례

제25조 (과태료) ① 군수는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 규칙 제12조의 기준을 위반하여 배수설비를 설치함으로써 공공하수도의 기능에 장애를 준 자
2. 제9조제2항의 규정에 의한 배수설비의 관리를 태만히 함으로써 주위 환경을 오염시키거나 공공하수도의 기능을 저해한 자
3. 제10조의 규정에 의한 신고를 태만히 하거나 허위로 한 자
4. 제11조의 규정에 의한 군수의 명령이나 처분, 기타 조치를 정당한 사유없이 위반 하거나 이행하지 아니한 자
5. 배수설비를 설치하지 아니하고 하수를 배제한자.

② 군수는 허위 기타 부정한 방법으로 사용료·정용료·기타 부담금을 면탈한 자에 대하여는 이를 각각 추징하는 외에 면탈한 금액의 5배의 범위안에서 과태료를 부과

다.

제26조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 자연인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무에 관하여 제28조의 규정에 해당하는 행위를 한 때에는 행위자에 대한 책임외에 그 법인 또는 자연인에 대하여도 제28조의 과태료를 부과할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 위임없이 양벌규정을 규정하고 있다 이러한 양벌규정으로 인하여 과태료를 부과받게 되므로 당사자의 재산권 침해의 소지가 있다.

(4) 침해의 위법성 검토

가. 사안의 쟁점

본 사안의 경우는 지방자치법 제5조 단서와 관련해서 주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하는데, 상위 법률에서 위임한 사항의 이상을 조례에서 정할 수가 있는가가 문제가 된다고와 함께 검토해야 할 것으로 상위법에서 정하고 있는 위임의 범위이다 이러한 범위의 해석여하에 따라서 해당 조례의 위법성 여부가 결정 될 것이다.

나. 법률우위의 원칙 위반여부

해당 조례를 살펴보면, 먼저 제1조 목적에서 칠곡군의 하수도 설치 및 관리에 관하여 하수도법과 동법시행령 및 동법시행규칙에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정한다고 밝히고 있다 여기서 짚고 넘어가야 할 사항은 '하수도법과 동법시행령 및 동법시행규칙에서 위임된 사항'이라는 부분이다. 즉, 해당 조례의 위임된 범위는 동법, 동법시행령, 동법시행규칙에 한정되는 것이다. 그러므로 해당 부분에서 위임하고 있는 규정의 내용만 위임받을 수 있다는 것을 알 수 있다.

다음으로 살펴볼 것은 하수도법과 그 시행령이다 먼저 동법 제4조에서는 권한의 위임을 규정하고 있다. 동 조항에서는 환경부장관의 권한을 대통령령이 정하는 바에 의해서 그 일부를 특별시장·광역시장·도지사 또는 지방환경관서의 장에게 위임할 수 있다 여기서 대통령령이 정하는 바에 의하므로 동법 시행령을 검토해야 하는데, 동법 제4조와 동법 시행령 제22조에서 규정한 권한을 각호에 의하고 있다 각호의 내용으로 제1호는 동법 제36조 제1항의 규정에 의한 공공하수도중 하수종말처리시설의 설치공사를 시행하는 자에 대한 공사의 중지, 변경 기타 필요한 조치의 명령을, 제2호에서는 동법 제36조 제2항의 규정에 의한 하수종말처리시설외의 공공하수도시설의 개선 기타 필요한 조치의 명령을 규정한다

지금까지의 해석을 종합해보면 해당 조례는 동법 제4조에서 규정된 권한만을 위임받을 수 있고 동조항에서는 동법 시행령 제22조에 의하므로 결국 해당 조례의 위임 범위는 동법 시행령 제22조에 한정된다고 볼 수 있다

그렇다면 이 사안의 문제를 풀기 위해서 필수적으로 검토해야 할 것이 바로 해당 조례에서 규정하는 제23조 양벌규정이 하수도법 시행령 제22조의 각호에서 말하는 공사의 중지, 변경 기타 필요한 조치의 명령 또는 하수종말처리시설외의 공공하수도시설의 개선 기타 필요한 조치의 명령에 포함되는가 하는 것이다.

양벌규정은 쌍벌규정(雙罰規定) 이라고 하는데 이는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 및 기타의 종업원이 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위법행위를 한 때에 행위자를 처벌하는 외에 그 법인 또는 개인도 처벌하는 규정을 말한다. 생각건대, 동법에서 위임한 사항에서 공사의 중지, 변경 기타 필요한 조치의 명령 또는 하수종말처리시설외의 공공하수도시설의 개선 기타 필요한 조치의 명령은 지방자치법 제5단서에서 말하는 주민의 권리 제한 및 의무 부과시에는 위임이 있어야 한다는 제한을 받는다 즉, 과태료와 양벌규정을 비교하여 볼 때, 후자가 전자보다 더 무거운 의무 부과를 하고 있으므로 이를 규정 시에는 이에 대한 위임이 있어야 한다. 그렇다면 동법에서 위임한 사항의 범위는 필요한 범위 내에서 이루어져야 하는 것을 의미하고 그 이상의 조치는 취할 수 없는 것이다 해당 조례는 그러한 필요한 조치에 있어서 과태료에 한정된 것이 아니라 동법에서 의미하는 위임 사항을 벗어난 양벌규정까지 규정하고 있는 것이 분명하다 조례는 상위의 법률의 범위를 벗어나는 것은 허용되지 않는데, 해당 조례는 그러한 한계선을 넘어서고 있다. 그리하여 주민에게 부당한 의무부과의 여지를 두고 있다 그러므로 해당 조례의 양벌 규정은 상위법령의 문언의 한계를 넘어서는 위임의 규정으로서 상위법령에 위배된다

(5) 개선사항

조사의 결과, 위에서 언급한 조례외에 다른 지역의 대부분의 하수도사용조례의 경우에는 양벌규정을 두고 있지 않았다 이러한 것은 양벌규정까지 규정하기 보다는 과태료로서 필요한 사항에 대해 대처하기에 충분하다고 생각되기 때문이라고 보인다 이것은 해석상 동법에서 밝히고 있는 위임범위 내에 부합한다고 볼 수 있다결론적으로 해당 조례인 칠곡군하수도사용조례와 그 외 관련 조례들은 상위법에서 제시하고 있는 위임의 범위를 일탈했다고 보여지며 이는 상위법령에 위반된다고 할 수 있을 것이다.

따라서 조례차원에서 규정하는 양벌규정은 삭제하는 것이 타당하다

6. 인천광역시하수도사용조례

(1) 대상조례

제18조 (원인자 부담금) ① 법 제32조의 규정에 의한 원인자부담금은 공공하수도 하수관거 및 펌프시설, 하수정말처리시설)의 신·증설에 필요한 기본 및 실시설계비, 환경평가비, 용지비(지장물 보상비포함), 공사비(부대공사비포함), 시공감리비, 기타 부대비로 한다. 다만, 하수관거는 개발지역에서 하수종말처리시설까지 유입시키기 위한 하수관거설치비로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 원인자부담금은 다음 각호의 기준에 따라 별표4와 같이 산정한다.

1. 법 제32조제1항의 규정에 의하여 다음과 같은 인·허가사항이 법 제32조 제4항에 해당되지 아니하고, 배수설비의 계획하수량이 당해 배수설비가 공공하수도에 접속되는 곳에서의 공공하수도 계획하수량의 10분의 1이상의 하수를 배제할 수 있는 배수설비를 설치함으로써 인하여 공공하수도(하수관거, 하수종말처리시설, 펌프장)의 개축이 필요하게 될 때에는 그 비용의 3분의 2이상을 배수설비 설치자가 부담하여야 한다.

가. 법 제24조의 규정에 의한 배수설비 신고량

나. 수질환경보전법 제10조의 규정에 의한 배출시설의 설치허가 및 신고량

다. 수질환경보전법 제13조의 규정에 의한 공동방지사설의 설치시 승인된 량

2. 법 제32조제2항의 규정에 의한 타공사 또는 타행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부를 당해 타공사의 시행자 또는 타행위자가 부담하여야 한다.

가. 타공사에 의한 공공하수도 공사 : 타공사로 인하여 공공하수도 공사가 필요하게 된 경우는 다음과 같다.

1) 상수도관, 가스관, 통신관, 전주등 설치공사로 인하여 공공하수도의 이설, 보수, 개수등이 필요한 경우

나. 타 행위에 의한 공공하수도공사 : 공공하수도 이외의 행위로 인하여 필요하게 된 경우는 다음과 같다.

1) 도시의 개발사업(도시계획법, 주택건설촉진법, 도시재개발법, 택지개발 촉진법, 도시공원법등)

2) 산업입지 및 공업단지조성사업(국가공업단지조성, 지방공업단지조성, 농공단지조성, 중소기업단지조성, 수출자유지역조성, 공장부지조성등)

3) 공항의 건설사업

4) 관광단지의 개발사업(관광지 및 관광단지조성, 온천단지, 공원집단지설지구등)

5) 기타 법 제5조의2 규정에 의한 하수도정비기본계획이나 도시계획상 하수처리구역으로 정하는 것이 불합리한 지역중 타행위자가 하수처리구역으로 포함시키도록 요청하여 공공하수도의 신·증설이 필요한 경우

3. 법 제32조제3항에 의한 공공하수도를 손괴시킬 행위를 하는 자가 있을 때에는 그로 인하여 필요하게된 공공하수도의 수선 또는 유지에 필요한 비용의 전부를 그 행위자가 부담하여야 한다.

가. 상수도관, 가스관, 통신관, 전주등의 매설 및 이설공사시 공공하수도를 파손 또는 훼손하는 경우

4. 법 제32조제4항에 의하여 하수종말처리시설의 사용개시 이후에 그 하수처리구역안에서 다음과 같은 사유로 인하여 오수처리시설 및 단독정화조를 설치하지 아니하는 자는 별표4에 의한 원인자부담금 산정액과 해당건축물의 오수처리시설 설치비용(합류식 하수관거 지역으로 단독정화조를 설치한 경우에는 오수처리시설 설치비용에서 단독정화조 설치비용을 제외한 비용) 또는 단독정화조 설치비용을 비교하여 적은 비용의 전액을 원인자부담금으로 납부하여야 한다. 다만, 배수설비의 계획하수량이 제2항제1호에 해당될 경우에는 관거 비용을 추가로 산정 합산하여 부담시켜야 한다.

가. 오수를 하수종말처리시설에 유입·처리하는 경우

나. 수세식변소에서 발생하는 오수를 우·오수 분류식 하수도를 통하여 하수종말처리시설에 유입·처리하는 경우

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 하수도법상 예정되어 있는 비용부담의 내용보다 불리하게 부담금의 내용을 규정하여 당사자의 재산권을 침해하고 있다

(3) 침해의 위법성 평가

하수도법 제B2조 제5항에 의하면 부담금에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규율하고 있는 바 이것은 위임받은 조례제정에 해당하므로, 형식적 하자는 없는 것으로 보인다. 그러므로 여기에서는 그 실질적인 내용상의 문제를 살펴보아야 할 것이다.

인천광역시하수도사용조례상의 원인자 부담금에서는‘하수도법 제B2조의 규정에 의한 원인자부담금은 공공 하수도 하수관거 및 펌프시설 하수종말처리시설)의 신·증설에 필요한 기본 및 실시설계비, 환경평가비, 용지비(지장물 보상비포함), 공사비(부대공사비포함), 시공감리비, 기타 부대비로 한다. 다만, 하수관거는 개발지역에서 하수종말처리시설까지 유입시키기 위한 하수관거설치비로 한다.’고 하여 이 점을 규정하고 있다

하수도법 제B2조 제2항의 규정에 의하면, 타공사 또는 타행위(공공하수도에 영향을 미치는 공사의외의 행위를 말한다. 이하 같다)로 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부 또는 일부를 당해 타공사의 시행자 또는 타행위자에게 부담시키거나 당해 공사를 시행하게 할 수 있다고 규정되어 있다. 그런데, 인천광역시하수도사용조례 제8조 제2항 제2호에서는 그 구체적인 사례와 함께 “타공사 또는 타행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부를당해 타공사의 시행자 또는 타행위자가 부담하여야 한다.”고 하여, 상위법에서 규정한 바 ‘전부 또는 일부’에 비해 그 부담을 가중시키고 있다.

또한, 하수도법 제B2조 제4항의 규정에 의하면, 공공하수도관리청은 하수종말처리시설의 사용개시 이후에 그 하수처리구역 안에서 오수분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조 제1항 또는 제10조 제1항의규정에 의하여 오수처리시설 또는 단독정화조를 설치하지 아니하는 자에게 그 시설을 설치하는데 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 공공하수도의 설치에 필요한 비용으로 부담시킬 수 있도록 하고 있다 하수도법 제B2조제5항의 규정에 의하면, 부담금에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고 있다

그런데, 인천광역시하수도사용조례 제18조 제2항 제2호의 규정에 의하면, 주택건설촉진법 등에 의한 도시의 개발사업 등 대규모의 건설사업으로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부를 당해 타공사의 시행자 또는 타행위자가 부담하여야 한다고 규정되어 있다. 이것은 상위법인 하수도법 제22조 제2항의 규정에 의하여 원인자부담금을 부과하기 위하여서는 타공사 또는 타행위가 있어야 할 뿐만 아니라 거기에 부과하여 이로 인해 새로이 공공하수도에 관한 공사가 필요하게 되어야 할 경우이다.

하수도 원인자부담금을 산정함에 있어서 인천광역시하수도사용조례 제18조 제2항 제2호 규정에 의하면, 원인자부담금 부과대상 하수발생량은 당해 사업의 기본 또는 실시설계보고서 상의 수량을 기준으로 하도록 하고 있다. 하수도 원인자부담금제도의 취지가 당해 사업으로 인하여 필요한 하수처리시설의 설치에 필요한 비용을 부과하는 것이라고 할 것인데, 이러한 원인자부담금의 산정기초가 되는 하수발생량을 계산함에 있어서는 당해 사업으로 인하여 직접 발생한 하수발생량을 근거로 할 것이지 그 부담기초에 관하여 불확정적인 장래 특정시점에서의 하수발생량을 근거로 하여서는 안 될 것으로 보인다.

(4) 개선사항

비용의 전부를 부담하도록 하고 있는 조례의 조항은 '전부 또는 일부'라는 표현으로 개정되어야 하며, 하수도 원인자부담금 산정기초가 되는 하수발생량을 계산함에 있어서는 당해 사업으로 인하여 직접 발생한 하수발생량을 근거로 하는 내용으로 개정되어야 한다.

7. 남원시시장사용및관리조례

(1) 대상 조례

제45조 (배상책임) 법령 또는 이 조례에 의한 처분으로 말미암아 발생한 손해에 대하여 남원시장은 그 배상의 책임을 지지 않는다.

(2) 관련법률

국가배상법 제8조 (타법과의 관계) 국가 또는 지방자치단체의 손해배상의 책임에 관하여는 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다. 다만, 민법 이외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 의한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 남원시장의 배상책임을 배제함으로써 민법에 의한 경우보다 배상책임의 내용을 차별하는 내용으로 규정하고 있다 이는 조례에 의하여 당사자를 우대하는 내용으로서, 규범적용상 우대에 해당한다.

(4) 차별의 위법성 평가

본 조례 제45조는 법령 또는 이 조례에 의한 처분으로 말미암아 발생한 손해에 대하여 남원시장의 배상책임의 조각을 규정하였는 바, 본 규정이 법률우위원칙에 반하는지 여부가 문제이다.

본 조례의 상위법령으로는 국가배상법을 들 수 있다 하지만 국가배상법은 제2조에서 공무원의 직무상 불법행위, 제5조에서 영조물의 설치·관리상의 하자에 의한 손해 배상책임으로 국가 또는 지방자치단체의 책임만 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 장의 책임에 대해서는 규정하고 있지 않다 하지만 본 법률 제8조에서 이외의 손해배상책임은 민법의 규정에 의하므로 상위 법령의 근거를 민법에서 찾아야 할 것이다 따라서 지방자치단체의 장은 민법 제750조 등에 의하여 일반적인 민사상 손해배상의 책임이 인정된다. 따라서 남원시장의 법률과 조례에 의한 처분이라도 그것이 고의 또는 과실에 의한 것이고, 위법성이 인정될 때에는 남원시장의 책임은 조각될 수 없다 본 조례는 민법 제750조 등의 위반으로 위법하다.

(5) 개선방안

본 조례의 배상책임 조각 부분은 민법규정에 반하는 위법한 조례이므로 삭제되어야 한다.

8. 남원시시장사용및관리조례

(1) 대상조례

제38조 (점포의 배열) 남원시장은 시장질서 유지를 위하여 시장안에 업종별 점포 배열을 지정한다.

(2) 관련법령

유통산업발전법

제14조 (임시시장의 개설) ① 임시시장을 개설하고자 하는 자는 당해 소재지 관할 시·군·구(자치구를 말한다. 이하 같다)의 조례가 정하는 바에 따라 개설하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 시·군·구의 조례에는 임시시장의 개설방법·시설기준 그 밖에 임시시장의 운영·관리에 관한 사항이 포함되어야 한다.

제46조 (권한의 위임·위탁) ① 산업자원부장관은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 중소기업청장에게 위임할 수 있다.

② 산업자원부장관 또는 중소기업청장은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 시·도지사에게 위임할 수 있다.

③ 산업자원부장관은 제24조의 규정에 의한 유통관리사 자격시험의 실시에 관한 권한을 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 대한상공회의소에 위탁할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 위임없이 시장내의 업종별 분포에 관한 사항까지 규율함으로써, 시장 상인의 직업행사의 자유를 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

남원시시장사용및관리조례는 시장의 사용과 관리에 필요한 사항을 규율함을 목적으로 제정된 것으로서 사용허가, 위생, 사용료, 화재예방, 개시·휴시, 거래물품, 감독 등으로 나누어 규정하고 있다. 먼저 유통산업발전법 제46조에서 산업자원부장관은 이 법에 의한 권한의 일부를 중소기업청장에게, 산업자원부장관 또는 중소기업청장은 시·도지사에게 대통령령이 정하는 바에 따라 위임할수 있다고 규정하고 있으므로 우선 제46조에서 규정한 사무가 지방자치단체의 조례로 정할 수 있는 사무인지 여부를 먼저 검토해 보아야 한다.

만약 지방자치단체의 사무로 정할 수 있는 사무라면 문제가 되는 조례 제38조의 위법성 여부를 조례제정권의 한계에 따른 원칙에 따라 위법성을 판단할 수 있다. 문제가 되는 제 38조는 시장 내의 점포의 배열에 관한 것으로 감독에 관한 부분에 위치하고 있다. 통상 시장 내의 점포의 배열은 상가번영회에서 정하는 점을 고려할 때 조례의 위법성이 문제되므로 조례제정권의 한계를 준수했는지 여부를 검토해 보아야 한다.

가. 기관위임사무 해당여부

기관위임사무란 국가나 광역지방자치단체가 법령에 의하여 지방자치단체의 기관에게 그 사무를 위임하는 것을 말한다. 이러한 사무를 처리함에 있어서 지방자치단체의 기관은 당해 지방자치단체의 기관으로서가 아니라 위임한 주체의 행정기관으로서의 지위를 갖게 되며, 그 사무는 위임한 주체의 직접적인 행정에 속하게 된다. 따라서 지방자치법 제9조 제1항에서는 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무, 즉, 단체위임사무만을 지방자치단체의 사무로 하고 있으며 자치사무와 단체위임사무만이 조례제정의 대상이 된다. 하지만 예외적으로 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 지방자치단체의 자치조례 제정권과 무관하게 이른바 위임조례를 정할 수 있다.

유통산업발전법 제46조 제1항에서는 산업자원부장관은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 중소기업청장에게 위임할 수 있다고 규정하고 제47항에서는 산업자원부장관 또는 중소기업청장은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 시·도지사에게 위임할 수 있다고 하여 기관위임사무임을 알 수 있다따라서 이는 원칙적으로 조례제정의 대상이 되지 아니하나 유통산업발전법 제44조 제1항에서 “임시시장을 개설하고자 하는 자는 당해 소재지 관할 사군·구(자치구를 말한다. 이하 같다)의 조례가 정하는 바에 따라 개설하여야 한다.”라고 규정하고 있으므로 이는 예외적으로 위임조례를 정할 수 있는 경우에 해당한다

나. 법률우위원칙 위반여부

남원시시장사용및관리조례에 적용될 수 있는 상위법령으로는 유통산업발전법을 들 수 있다. 유통산업발전법을 찾아보아도 시장 내의 점포배열에 관해 규정한 조항은 없고 유통산업발전법 제14조에서 제2항에서 “제1항의 규정에 의한 시·군·구의 조례에는 임시시장의 개설방법·시설기준 그 밖에 임시시장의 운영·관리에 관한 사항이 포함되어야 한다”고 규정되어 있기때문에 시장내의 점포의 배열에 관한 남원시시장사용및관리조례 제38조는 법률우위원칙에 위배되지 않는다

다. 법률유보원칙 위반여부

남원시시장사용및관리조례 제38조가 상위법령에 위반되지 않는다면 법률유보원칙이 적용될 수 있는지 여부를 검토해 보아야 한다. 이 조례는 남원시장(市長)이 시장질서 유지를 위해 시장(市場) 내의 업종별 점포 배열을 지정한다고 규정하고 있는데 이 조례에 따르면 시장 내에서 점포를 개설하려고 하는 자는 무조건 시장이 지정한 곳에서만 점포를 열어야 하는 제한을 받게 된다. 시장질서 유지를 위해서 업종별점포 배열을 지정한다고 하고 있는데, 시장질서 유지를 위해서는 시장 내 들어올 수 있는 점포의 업종만 정하든지 아니면 시장 내의 자치단체인 상가번영회에서 정하도록 하는 것과 같이 좀더 완화된 방법이 있음에도 업종별 점포 배열까지 시장이 지정하는 것은 시장 내에 점포를 열고자 하는 주민들의 직업선택의 자유, 특히 직업수행의 자유를 제한하게 된다 따라서 이러한 조례를 제정하기 위해서는 상위법령인 유통산업발전법의 위임이 필요하게 된다 하지만 유통산업발전법을 보면 제14조에서 시장의 운영·관리에 필요한 사항은 조례로 정한다고 하고 있을 뿐 시장

長)이 시장 내의 업종별 분포까지 정할 수 있는 권한을 위임하고 있지는 않다또한 유통산업발전법의 다른 조문을 찾아보아도 그러한 권한을 위임하고 있는 조문은 찾을 수 없었다 따라서 남원시시장사용및관리조례 제38조는 상위법령에서 위임의 근거가 없이 주민의 권리를 제한하고 있으므로 법률유보원칙에 위배되어 무효라고 볼 수 있다

(5) 개선사항

업종별 점포 배열을 지정할 수 있는 남원시장의 권한은 실질적으로 상인들에게 권리를 제한하는 효과를 발생한다. 그러나 상위 법령인 유통산업발전법에서 그 위임근거를 찾기 어렵다. 따라서 이 부분은 삭제되어야 한다.

9. 군산시시장사용및관리조례

(1) 대상 조례

제45조 (배상책임) 법령 또는 이 조례에 따른 처분으로 말미암아 발생한 손해에 대하여 시장은 그 배상의 책임을 지지 아니한다.

(2) 유사조례

경주시실내체육관사용조례

제14조 (허가의 취소 및 정지) 시장은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 사용허가를 취소하거나 정지를 명할 수 있다.

1. 사용허가의 목적에 위반할 때
2. 이 조례 또는 제13조의 허가조건을 위반하거나 시장의 지시에 따르지 아니한

때

3. 공공의 질서와 선량한 풍속을 해할 우려가 발생한 때
4. 시설 또는 설비의 관리상 막대한 지장이 있다고 인정할 때
5. 경기질서가 심히 소란할 때
6. 기타 시장이 특히 필요하다고 인정할 때

제15조 (면책) 시장은 제14조 각호의 규정에 의하여 사용자가 사용허가를 취소당하였거나 정지처분을 받았을 때에 사용자의 손해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다.

포항시종합경기장사용조례

제15조 (면책) 시장은 제14조 각호의 규정에 의하여 사용자가 사용허가를 취소당하였거나 정지처분을 받았을 때에 사용자의 손해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다.

(3) 관련법령

소방법

제7조 (손실보상) 시·도지사는 제6조의 규정에 의한 처분으로 인하여 손실을 받은 사람이 있는 경우에는 이를 보상하여야 한다. 다만, 법령에 위반하여 건축 또는 설비된 소방대상물에 대하여는 그러하지 아니한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 시장의 손해배상책임을 면책하는 규정을 둠으로써 민법의 내용과 달리 규범적용상 차별을 하고 있다 이는 규범적용을 통한 당사자에 대한 우대에 해당한다

(5) 차별의 위법성 여부 판단

가. 법률우위원칙 위반

군산시시장사용및관리조례의 제45조에서 “법령 또는 이 조례에 따른 처분으로 말미암아 발생한 손해에 대하여 시장은 그 배상의 책임을 지지 아니한다고 규정하고 있다. 이 조례는 동 조례에 따른 모든 처분이 포함되므로, 제14조에 따라 시장이 소방상 필요하다고 인정할 때에 사용자로 하여금 필요한 시설을 하게 한 경우에도 이에 따라 손해가 발생하여도 시장은 배상책임을 지지 않게 된다 반면에 현행 소방법 제6조에서는 소방본부장 또는 소방서장은 소방대상물의 위치·구조·설비 또는 관리의 상황에 관하여 화재예방상 필요하거나 또는 화재가 발생하면 인명에 위험이 미칠 것으로 인정되는 때에는 관계인에게 그 소방대상물의 개수·이전·제거·사용의 금지 또는 제한, 공사의 정지나 중지 그 밖의 필요한 조치를 명할 수 있도록 규정하고 있다. 여기서의 “소방대상물”은 소방법 제2조 제1호에 따라 군산시의 시장내의 모든 건물 등이 포함될 수 있으며, 당해 법률에서의 “필요한 조치”가 당해 조례 제14조의 “필요한 시설을 하게 한 경우”도 포함될 수 있을 것이다. 법률의 “화재예방상 필요한 경우”가 조례의 “소방상 필요”와 같이 해석될 수 있다. 다만, 주체가 조례에서는 시장이고, 법률에서는 소방본부장 또는 소방서장이지만, 이들은 소방법 제3조 제3항에 의해 시장의 감독을 받으므로, 배상책임의 주체는 결국 시장이 된다. 그러므로 결국 군산시시장사용및관리조례 제14조는 소방법 제6조에 포함되는 사항에 대해 규율하고 있는 것이다.

그런데 소방법 제7조는 시·도는 제6조의 규정에 의한 처분으로 인하여 손실을 받은 사람이 있는 경우에는 이를 보상하여야 한다고 규정하여 이에 대해 손실보상을 할 것을 규정하고 있다. 반면에 군산시시장사용및관리조례의 제45조는 법령 또는 이 조례에 따른 처분으로 말미암아 발생한 손해에 대하여 시장은 그 배상의 책임을 지지 아니한다고 규정하고 있다. 당해 조례의 제14조의 의해 당사자에게 손해를 입힌 경우에 이는 행정기관의 적법한 공권력행사로 인하여 개인에게 발생한 특별한 희생이므로, 이에 대한 배상은 실질적으로 손실보상을 의미하는 것이며 결국 이는 조례에서 같은 사항에 대하여 법률에서는 인정하고 있는 손실보상을 부정하고 있는 것이다. 이 때에 손실보상이 부정되는 조례가 더 불이익한 것임은 언급할 필요가 없다. 이러한 점에서 당해 조례는 실정법률과 배치되는 내용을 규정함으로써 법률우위원칙을 위반하고 있으며, 또한 결과적으로 규범적용상의 차별을 야기하고 있다고 볼 수 있다.

나. 법률유보의 원칙 위반여부

군산시시장사용및관리조례는 다른 측면에서 손실보상을 받을 수 없는 가능성을 포함하는 점에서 주민의 권리를 제한하는 경우에 해당되며, 법률유보원칙의 위반문제도 검토될 필요가 있다. 즉, 지방자치법 제5조 제1항 단서의 해석이 문제된다. 이에 대해 위헌설과 합헌설이 있는데 대법원의 판례에 따라 합헌설의 입장에서 볼 때에 법률의 위임없이 조례가 이러한 제한을 가한 점에서 지방자치법 제5조 제1항 단서에도 위배되어, 법률유보원칙에도 위반된다고 볼 수 있을 것이다

(6) 개선사항

동 조례 제45조는 규범적용상의 차별을 전제로 한 위법성이 인정되므로 삭제되어야 한다.

10. 군산시폐기물매립장운영규칙

(1) 대상 규칙

제15조 (손해배상) 본 규칙의 위반시나 작업시에 발생한 모든 사고 및 손해에 대해서는 운반업자의 책임으로 배상한다.

(2) 관련법률

국가배상법

제5조 (공공시설등의 하자로 인한 책임) ① 도로·하천 기타 공공의 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가 또는

지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우에는 제2조 제1항 단서, 제3조 및 제3조의2의 규정을 준용한다.

② 제1항의 경우에 손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있을 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 자에 대하여 구상할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 규칙은 폐기물처리업 수행상의 손해발생에 대해 모두 운반업자의 책임으로 하는 규정을 두어, 민법에 의하는 경우보다 규범적용상 차별 즉, 불리한 대우를 하고 있다

(4) 차별의 위법성 평가

본 규칙은 사업장 폐기물을 최종 처리하기 위하여 반입하는 폐기물 처리업자와 군 산시 폐기물 매립장 운영에 관한 규칙이다. 문제는 본 규칙 제15조상의 '본 규칙의 위반시나 작업시에 발생한 모든 사고 및 손해에 대해서는 운반업자의 책임으로 배상한다.' 규정을 두고 있는 바, 이 규정의 위법성이 문제 된다. 본 규칙의 수범대상은 폐기물관리법 제26조 제4항 제3호의 폐기물최종처리업자에 한정하고 적용대상도 법률 제2조 제3호의 사업장폐기물에 한하므로, 본 규칙과 관련한 손해의 대부분이 운반업자의 책임일 것이다. 하지만, 본 규칙 제15조처럼 유형을 불문하고 모든 사고 및 손해에 대해 운반업자의 책임을 규정하는 것은 과도하다. 예를 들어 사업장 폐기물의 최종처리작업에 있어서도 국가배상법 제2조가 규정하고 있는 영조물 책임 등이 성립하여 지방자치단체의 책임이 성립할 가능성도 존재한다 따라서 본 규칙 제15조는 규칙에 의하여 민법의 경우보다 운반업자를 차별하는 규정으로서 위법하다고 보인다

(5) 개선 방안

모든 사고 및 손해에 대해 획일적으로 운반업자의 배상책임으로 규정하고 있는 것은 배상책임의 지나친 부담이 되며, 이는 민법이나 국가배상법의 내용과 조화하기 어

렵다. 이 규칙은 발생하는 사고나 손해의 유형을 세분화하는 내용으로 다시 개정될 필요가 있다.

11. 진주시견인자동차운영에관한조례

(1) 대상조례

제5조 (사고책임한계) ① 피견인차량의 견인 및 보관시에는 파손 및 도난에 유의하여야 한다.
② 시장은 제2조 제3항의 규정에 의거 견인한 자동차의 파손 및 차내물품도난등에 대하여 근무자의 중대한 과실에 의하지 아니하고는 책임지지 아니한다.
③ 제2항의 규정에 의한 중대한 과실의 한계는 규칙으로 정한다.

(2) 관련법령

도로교통법

제31조 (정차·주차위반에 대한 조치) ① 제28조 내지 제30조의 규정을 위반하여 정차하거나 주차하고 있는 자가 교통에 위험하거나 방해될 염려가 있는 때에는 경찰공무원 또는 시장등이 대통령령이 정하는 바에 의하여 임명하는 공무원(이하 "시·군공무원"이라 한다)은 그 차의 운전자 또는 관리책임이 있는 사람에 대하여 정차나 주차방법의 변경 또는 그곳으로부터의 이동을 명할 수 있다.

② 제1항의 경우 그 차의 운전자 또는 관리책임이 있는 사람이 현장에 없는 때에는 경찰서장 또는 시장등은 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요한 한도안에서 그 차의 주차방법을 스스로 변경하거나 변경에 필요한 조치를 할 수 있으며, 부득이한 경우에는 관할경찰서 또는 경찰서장이나 시장등이 지정하는 곳으로 이동하게 할 수 있다.

③ 경찰서장 또는 시장등은 제2항의 규정에 의하여 주차위반차를 관할경찰서 또는 경찰서장이나 시장등이 지정하는 곳으로 이동시킨 경우에는 선량한 관리자의 주의로써 보관하여야 하며 그 사실을 차의 사용자(소유자 또는 그 소유자로부터 차의 관리에 관한 위탁을 받은 사람을 말한다. 이하 같다) 또는 운전자에게 신속히 알리는 등 반환에 필요한 조치를 하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 견인 근무자의 중과실에 한하여서만 시장이 배상책임을 지도록 하여 민법상의 경과실로 인한 배상책임의 경우보다 규범적용상 차별을 하고 있다이는 시장의 배상책임에 대해 규범적용상 합리적 사유없는 우대에 해당한다

(4) 차별의 위법성 평가

가. 법률우위원칙의 위반 여부

조례의 내용은 실정법령의 내용에 위배되어서는 안된다 따라서 이 원칙의 위반문제를 검토하기 위해서는 당해 조례에서 규율하고 있는 내용이 실정법령에서 어떻게 이미 규율되고 있는가를 살펴보아야 한다

여기서 진주시견인자동차운영에관한조례는 제5조 제2항에서 “시장은 견인한 자동차의 파손 및 차내물품도난등에 대하여 근무자의 중대한 과실에 의하지 아니하고는 책임지지 아니한다”라고 규정함으로써 견인한 자동차의 보관에 대해서 실질적으로 시장의 중과실책임을 인정하고 있다 그러나 이러한 규율 내용에 대해 도로교통법 제11조 제3항은 “경찰서장 또는 시장등은 제2항의 규정에 의하여 주차위반차를 관할경찰서 또는 경찰서장이나 시장등이 지정하는 곳으로 이동시킨 경우에는 선량한 관리자의 주의로써 보관하여야 하며... ”라고 규정하고 있다 즉, 시장은 주차위반차에 대해 견인하여 보관하는 경우에 선관주의의무를 지며 선관주의의무는 일반 해석 원리상, 경과실 책임이 인정된다

상위 법률은 견인한 자동차의 보관에 대하여 시장의 책임에 대해서 경과실책임을

문는데 반해서 조례는 시장의 중과실책임을 요구하는 바, 후자의 경우 시장은 중과실의 경우에만 책임을 지므로 자동차의 소유자 등의 당사자에게는 후자가 전자에 비해 더 불이익하다. 이러한 점에서 진주시견인자동차운영에관한조례는 도로교통법이 허용하고 있는 한계를 넘어서는 내용을 규율하고 있으며 이는 규범적용상 차별로서 평가되어야 한다.

나. 법률유보원칙의 위반 여부

진주시견인자동차운영에관한조례의 내용은 다른 측면에서 견인된 자동차가 과손 등이 된 경우에, 그 소유자는 근무자가 중과실인 경우 외에는 시장에게 책임을 물을 수 없다는 점에서 주민의 권리가 제한되므로, 법률유보원칙의 위반문제도 검토될 필요가 있다. 즉, 지방자치법 제5조 제1항 단서의 해석이 문제된다. 이에 대해 위헌설과 합헌설이 있는데 대법원의 판례에 따라 합헌설의 입장에서 볼 때에 법률의 위임없이 조례가 이러한 제한을 가한 점에서 지방자치법 제5조 단서에도 위배되어, 법률유보원칙에도 위반된다고 볼 수 있을 것이다

(5) 개선 사항

동 조례의 시장책임을 견인근무자의 중과실에 한정하고 있는 조항은 삭제되는 것이 타당하다. 조항이 삭제되면 일반법리에 의하여 해결되므로 자연스럽게 경과실의 경우도 책임을 인정하게 될 것이다.

12. 서울특별시양천구립회관사용료징수조례

(1) 대상조례

제4조 (대관승인 및 제한) ③ 다음 각호의 1 에 해당하는 경우에는 사용승인을 취소, 변경 또는 그 사용을 제한·정지시킬 수 있다. 이 경우에는 사용자에게 손해가 있을지라도 구청장은 그 배상책임을 지지 아니한다.

1. 이 조례 또는 이 조례에 의한 규칙이나 지시에 위반한 때
2. 재해 기타 불가항력의 사유로 인하여 회관의 사용이 불가능할 때
3. 사용목적에 위반하거나 사용료를 체납하였을 때
4. 양천구의 특별한 사정으로 인하여 사용이 취소 또는 정지된 때
5. 제2항 각호의 1에 해당하는 사유가 발생한 때

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 구립회관의 사용을 양천구의 일방적 사정에 의하여 제한 또는 정지시킬 수 있도록 하여, 국민의 구립회관 사용상 권리인 일반적 행동의 자유의 권리 침해를 야기하고 있다.

(3) 침해의 위법성 평가

양천구는 위 각호의1에 해당하는 사유가 발생한 경우 구립회관에 대한 사용승인을 취소·변경 또는 그 사용을 제한·정지시킬 수 있으며 이 경우 사용자에게 발생하는 손해에 대해 구청장은 배상책임을 지지 아니한다

지방자치단체의 배상책임을 규정한 국가배상법에서는 민법을 준용하고 있으며 민법상 채무불이행으로 인한 손해배상책임은 일반적으로 과실책임이 원칙이다 이에 따르면 위 조례의 제4조 제3항 제2호와 제4호의 해석상 문제가 생기게 된다

제2호에 규정된 '재해 기타 불가항력의 사유로 인하여 회관의 사용이 불가능할 때' 구청장의 손해배상을 제한하는 것은 과실책임의 원칙상 크게 문제될 것이 없을 것이다 우리나라의 법감정상 사용자도 천재지변 등 불가항력으로 인한 사용정지 등에 대하여 구청에 대한 손해배상을 제기하려 하지는 않을 것이다

그러나 제4호의 '양천구의 특별한 사정'은 구청의 자의적인 해석과 손해배상 탈피수단으

로 이용될 가능성이 높다. 대개 손해배상이 불가능한 사정이라 함은 제2호에서 규정한 '재해 기타 불가항력의 사유' 이외에 찾아보기가 힘들며, 그 이외의 사정은 결국 양천구청의 행정상 착오 또는 긴박한 필요 등에 의한 경우가 아니면 존재하지 않을 것이다.

결국 제4조 제3항 제4호의 신설은 '특별한 사정'이라는 불명확한 표현으로써 기존에 규정된 제2호로써 충분한 구의 손해배상제한에 더하여 행정상 과실에 의한 채무불이행 책임을 면탈하기 위한 수단으로 사용하기 위함인 것이다. 다시 말해 자의적 기준으로 지방자치법상 인정되는 주민의 공공시설이용권과 재산권을 제한할 여지를 부여함과 동시에 지방자치단체의 배상책임을 규정한 국가배상법 및 민법상 과실책임의 원칙에도 위반되는 조례라 할 것이다.

(4) 개선사항

본 조례 제4조 제3항 제4호 부분은 삭제되어야 한다.

13. 부산광역시 해운대구자전거대여및대여료징수조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 자전거 이용을 활성화하고 주민의 건강증진 및 건전여가 활동의 여건조성을 위한 자전거 대여 및 대여료 징수에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (놀이장소) ① 자전거 놀이장소는 자전거 타기에 여건이 좋은 부산광역시 해운대구 우동 1413번지 올림픽동산내 놀이광장내에서 하여야 한다.

② 자전거대여소에는 이용객이 쉽게 알아볼 수 있도록 표지판을 설치하여야 하며 표지판에는 운영 시간, 요금표, 안전사고주의, 변상책임, 선납요금 환불불가 등의 내용을 명기하여야 한다.

제3조 (관리자) ① 자전거대여소에 관리자를 두며, 관리자는 제2조의 재산을 관리하는 부서의 장이 되고, 부서장이 유고시는 소관업무담당주사가 대행한다.

제5조 (대여료) ① 부산광역시해운대구가 운영하는 자전거대여소의 자전거대여료는 다음과 같다.

제8조 (안전사고 주의) ① 자전거를 대여받는 자는 안전사고에 주의하여야 하며, 자전거 놀이 중 안전사고에 대한 모든 책임은 대여받은 자가 진다.

② 자전거대여소는 만약의 사고에 대비하여 구급약품을 비치하고, 인근병원, 보건소 등 구급차를 연락할 수 있는 전화번호부를 비치하여야 한다.

(2) 유사조례

서울특별시은평구자전거대여소운영조례

제9조 (안전사고) ② 자전거를 대여받은 자는 안전사고에 주의하여야 하며 본인 부주의에 의한 모든 사고는 대여받은 자가 책임진다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 지방자치단체가 대여하는 자전거 이용과 관련하여 발생하는 손해에 대한 배상책임을 배제하는 규정이다. 이는 민법상의 과실책임원칙에 의한 배상청구권과 차별을 하는 조례라고 보인다. 따라서 지방자치단체의 배상책임과 관련하여 규범적용상 우대에 해당한다.

(4) 차별의 위법성 평가

사법상의 기본원리인 사적 자치원칙의 하나인 과실책임의 원칙은 일반적으로 과실이 없는 자는 책임을 부담하지 않는다는 것으로 비단 사법상의 기본원리일뿐만 아니라 전체 법 질서를 아우르는 기본원리라고 해도 과언이 아니다. 결국 역으로 말하면 과실이 있는 자가 책임을 부담하지 않는다고 하면 과실책임주의원칙에 반한다고 할 것이다.

해운대구자치단체의 자전거대여료 및 대여료징수 조례 제1항은 자전거를 대여 받은 자에게 안전사고에 대한 주의의무를 부과한 뒤 안전사고에 대한 모든 책임은 대여 받은 자가 부담하는 것으로 규정하여 지방자치단체는 책임을 지지 않는다는 책임배제 조항을 두고 있다.

안전사고의 개념이 안전수칙위반이라는 과실을 전제로 한 것이므로 자전거를 대여 받은 자가 원칙적으로 책임을 부담하는 것은 당연하나 자전거 놀이광장내의 시설의 관리상의 하자나 자전거 자체의 관리상의 결함으로 인한 하자가 중복되어서 자전거를 대여 받은 자의 과실과 중첩되어 사고가 발생할 수 있는 경우가 있다즉, 자전거놀이 중의 안전사고에 대해 지방자치단체가 운영하는 자전거 대여소의 관리인의 시설 설비의 관리상의 주의의무 위반으로 인해 사고가 발생할 수 있는 경우를 염두에 두지 않고 안전사고에 대한 모든 책임을 자전거를 대여 받은 자가 부담하는 것으로 규정한 자전거대여및대여료징수조례 제1항은 위법성이 있는 조항이다

위의 조례는 기본적으로 지방자치단체가 자전거를 대여 받은 자에게 안전수칙위반을 이유로 모든 책임을 전가하는 것으로 해석될 수 있으므로 지방자치단체가 운영하는 자전거 대여소 측의 과실로 인한 부분까지도 자전거를 대여 받은 자에게 전가하는 경우 주민의 권리를 과도하게 침해하게 된다.

또한 지방자치단체가 운영하는 자전거 대여소의 관리인의 놀이광장 시설과 자전거의 관리, 안전점검 소홀로 안전사고가 발생하여 자전거를 대여 받은 주민에게 손해를 발생하게 한 경우, 재판을 통한 주민의 손해배상청구권을 가로막게 되므로 주민의 기본권인 재판청구권(헌법 제27조)의 침해도 발생할 수 있다. 그러므로 안전사고 발생시 모든 책임은 대여 받은 자가 부담한다는 조항은 지방자치단체의 관리소홀의 경우에도 모든 책임을 주민에게 전가하는 것이므로 위헌적인 조항이라고 판단된다

(5) 개선사항

본 조례의 면책조항은 삭제되어야 한다.

14. 서울특별시동작구사당문화회관설치및운영에관한조례

(1) 대상조례

제11조 (사용제한 및 취소 등) ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대관승인을 하지 아니할 수 있다.

1. 공공질서와 선량한 풍속을 해할 우려가 있다고 인정될 때
2. 시설 또는 설비를 훼손할 우려가 있다고 인정될 때
3. 정치단체 집회 및 정치단체와 관련된 집회 또는 행사

② 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대관승인을 취소·변경 또는 그 사용을 제한·정지시킬 수 있다. 이 경우 사용자에게 손해가 있더라도 구청장은 그 배상을 책임지지 아니한다.

1. 사용목적에 위반하거나 사용료를 지정기일까지 납부하지 아니한 때
2. 재해등 기타 불가항력의 사유로 인하여 사용이 불가능한 때
3. 시설의 안전관리상 현저한 위해 발생 시
4. 기타 제1항에 해당하는 사유가 발견된 때

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 공공시설의 이용 과정 중 발생한 손해에 대해 지방자치단체가 배상책임을 부담하지 않는다는 규정을 두어, 민법상 손해배상책임과 비교하여 차별적인 내용을 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체에 대해 규범적용상 우대조치에 해당한다

(3) 차별의 위법성 여부 판단

가. 문제점

공공시설의 이용과 관련하여 이용자가 손해를 입은 경우에 지방자치단체는 이에 대한 배상책임을 부담하는데, 이 때의 배상책임은 그 이용관계의 법적 성질에 따라 다르게 나타나게 된다. 여기서 사당문화회관은 민간위탁에 의한 사법적 관계로 구성된 공공시설이라고 볼 것이다. 따라서 이에 대한 지방자치단체의 책임은 민사상의 일반

원칙에 따라 논의되어야 한다.

나. 조례의 검토

조례 제11조에서는 사용제한 및 취소 등에 대해서 규정하고 있다 여기에서 제11조는 사용제한의 사유 그리고 제2항에서는 그에 대한 지방자치단체의 배상책임에 대해 논의하고 있다. 지방자치단체의 공공시설이용권은 무한정으로 인정되는 것이 아니라 일정한 한계를 갖게 된다. 따라서 그 한계를 넘는 사용일 경우에는 사용을 허가하지 않을 수 있으며, 이럴 경우에는 지방자치단체는 배상책임을 지지 않는다고 할 것이다

또한 사안에서의 사당문화회관이 사법적으로 구성되는 이용관계라는 점을 살펴보았을 때, 이용권의 한계 내의 사용이 제한되었다 하더라도 민사상 손해배상책임의 요건을 충족시켰을 때에만 지방자치단체는 배상책임을 지게 된다고 할 것이다

따라서 본 조례 제11조 제2항의 지방자치단체의 배상책임제한 사유의 타당성을 살펴 보기 위해서는, 첫째, 이것이 이용권 한계 내의 사용인지 둘째 이것이 민사상 사용자 책임이나 불법행위책임의 요건을 충족시키는 것인지의 두 가지 방향으로 검토가 이루어져야 할 것이다.

일반적으로 시설의 주민 사용을 제한하려면 일정한 한계를 벗어난 것이어야 하며 그리고 이용과 관련하여 배상책임을 지지 않으려면 주의의무 위반 등의 과실이 없어야 한다.

조례의 내용인 '시설의 안전관리상 현저한 위해가 발생한 경우에는 일종의 사실상의 한계라고 볼 수 있어 어쩔 수 없이 더 큰 손해를 예방하기 위해서 사용을 제한할 수도 있다고 보여진다 그러나 이에 대해서 배상책임까지 부담하지 않는다고 하는 것은 납득할 수 없다. 시설의 안전관리에 현저한 위해가 발생한 것과 지방자치단체의 주의의무 위반 여부와는 밀접한 관련이 있는 것이 아니기 때문이다. 위탁받아 사무를 처리하는 자를 지방자치단체 측의 과실에 의해 위해가 발생한 경우에도 있을 수 있는데, 이럴 경우 대관 승인을 해 놓은 후 사용이 가능한 것으로 신뢰하고 있던 주민에게 위해를 이유로 일방적으로 승인을 취소하면서 배상책임까지 지지 않는다는 것은 납득할 수 없다.

만약 지방자치단체 측의 과실이 아니고 지휘 감독 등을 소홀히 하지 않는 경우에 발생한 경우라면 굳이 이러한 사유를 넣지 않았더라도 제2호의 기타 불가항력의 사유로 인하여 사용이 불가능한 때로 포섭할 수도 있을 것이다

따라서 이 조항은 민법의 원리에 의해서 마땅히 지방자치단체가 그 손해를 배상해야 하는 경우임에도 불구하고 손해를 배상하지 않을 수 있는 가능성을 만들어준 것으로 주민의 공공시설이용청구권을 부당하게 침해한 것이라고 할 수 있다고 본다 따라서 이는 주민의 기본권을 법률에 위반해서 위법하게 제정된 조례라고 할 수 있으며, 주민을 배상책임의 적용에 있어서 차별하는 조례로 평가된다

(4) 개선사항

본 조례는 주민의 특정시설 사용과 관련된 배상책임 적용면에서 차별하고 있어 차별소지가 존재하므로 삭제되어야 한다.

15. 강원도양구군수도급수조례

(1) 대상조례

제30조 (급수정지 및 사용제한) ① 군수는 재해나 기타 부득이한 경우와 공익상 필요하다고 인정되는 경우에는 급수구역의 전부 또는 일부에 대하여 급수를 정지하거나 수도의 사용을 제한할 수 있다.
② 제1항의 급수정지 및 사용제한에 관한 사항은 미리 예고하여야 한다. 다만, 긴급 불가피한 경우에는 예외로 한다.
③ 급수정지 및 사용제한으로 인하여 수도를 사용하는 사람에게 손해가 발생할지라도 군수는 그 책임을 지지 않는다.

(2) 유사조례

경상북도고령군수도급수조례

제25조(급수장치및사용제한) ③ 제1항에 의한 급수정지 및 사용제한으로 인하여 수도를 사용한 사람에게 손해가 발생할지라도 군수는 그 책임을 지지 않는다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 양구군 수도를 이용하는 자에게 주민들의 국가배상청구권이나 손실보상청구권을 배제하는 규정イ어서, 지역주민들에 대한 규범적용상의 차별에 해당한다 이는 규범적용상 불리한 대우에 해당한다.

(4) 차별의 위법성여부 판단

사안에서 지방자치단체는 국가배상법에서 손해배상의 주체로 규정되고 있으며급수의 정지 및 사용제한에 군 공무원에 과실이 있다면 군은 그로 인한 주민의 손해를 배상할 책임을 져야하는 것이고 설령 급수의 정지 등이 다른 법률 등에 근거를 가지고 있으며, 공공필요에 의한 것이라 하더라도 수인한도를 넘는 경우에는 손실보상을 청구할 수 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 위 조례에서는 수도사용자에 대해서 군수는 책임을 지지 않는다고 하여 이러한 권리를 전혀 행사하지 못하게 하고 있다 이는 국가배상청구권을 본질적으로 제한하는 것으로 헌법 제7조의 본질적 내용 침해의 금지에 반한다. 공공필요에 의한 것으로 공무원에게 과실이 없었다 하더라도 헌법 제 23조 제3항에서의 정당한 보상을 결하였음에도 보상받을 권리를 청구할 수 없게 하여 손실보상청구권을 침해한다고 본다

결국 본 조례는 양구군 수도를 이용하는 자에게 주민들의 국가배상청구권이나 손실보상청구권을 배제하는 규정イ어서, 지역주민들에 대한 규범적용상의 차별에 해당한다고 볼 수 있다 또한 이러한 내용은 주민에게 권리를 제한하는 규정으로서 법률유보의 원칙상 상위 법령의 수권이 필요하지만 상위법령인 수도법에는 이러한 사항이 전혀 규정되어 있지 않다. 이러한 점에 비추어 보아 침해적 조례로서의 성질도 동시에 갖는 것으로 이해된다.

(5) 개선사항

본 조례의 내용 중 면책내용은 차별소지가 존재하므로 삭제되어야 한다

16. 전주시립도서관운영조례

(1) 대상조례

<p>제9조 (변상) ① 도서자료를 분실·오손 또는 훼손하였을 때에는 현품으로 변상하여야 한다.</p> <p>② 현품으로 변상할 수 없는 경우에는 내용상 유사도서(현품과 저자·내용·서명이 유사한 도서를 말한다)로 변상하여야 한다.</p> <p>③ 제2항의 규정에 의한 유사도서로도 변상할 수 없는 경우에는 시가의 2배액으로 변상하여야 한다.</p> <p>④ 제3항의 규정에 의한 시가산정은 시중판매 도서중 형태상 유사도서(현품과 지질 면수·인쇄방법이 유사한 도서를 말한다)를 3종이상 선정하여 평균한 가격으로 한다.</p> <p>제24조 (손해배상) ① 시설사용중 고의 또는 과실로 인하여 시설물을 훼손 또는 망실하였거나 기타 재산상 손해를 끼쳤을 때에는 사용자가 그 손해를 배상하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 배상액은 관장이 정하는 바에 의한다.</p>
--

(2) 유사조례

광주광역시노인회관설치운영조례

제7조 (위탁의 정지 및 취소) ①수탁자가 다음 각호에 해당하는 행위를 하였을 경우에는 시장은 그 위탁관리를 정지 또는 취소하거나 기타 필요한 조치를 취할 수 있다.

1. 조례에 규정된 사항을 위반하였을 때
 2. 시설의 관리를 소홀히 하거나 목적외 사용을 할 때
 3. 시설의 일부 또는 전부를 고의 및 과실로 훼손, 멸실하였을 때
 4. 기타 시장이 공익상 필요하다고 인정할 때
- ② 제1항의 규정에 따라 위탁의 정지 및 취소로 인하여 수탁자와 임차인의 제3자가 입은 피해 및 손해에 대해서는 시장은 그 책임을 지지 아니한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 다른 공립도서관 이용자의 경우와 달리 전주시립도서관 이용자의 변상규정과 손해배상규정에 대하여 불리한 대우를 규정하고 있다 이는 규범적용상 차별로서 불리한 대우에 해당한다.

(4) 차별의 위법성여부판단

전주시립도서관운영조례에서 문제가 되는 조항은 제9조 변상규정과 제24조 손해배상규정이다. 위 두 규정은 상위법령의 위임없이 당사자에게 손해배상의 의무를 부과하고 있는 것으로 문제가 된다고 할 수 있다 또한 상위법령의 위임이 있다고 가정하더라도, 전주시립도서관운영조례 제9조에서는 도서자료를 분실·오손 또는 훼손하였을 때에는 현품으로 배상하도록 하고 있고, 현품배상이 불가능할 때에는 유사도서로 배상하도록, 유사도서로도 배상이 불가능할 때에는 시가의2배액으로 배상하도록 하고 있다. 이는 민법의 불법행위의 손해배상액의 내용(민법 제393조, 제750조, 제736조)보다 가혹하게 당사자에게 의무를 부과하는 것이므로 실정법의 내용에 위반되는 것이라 평가할 수 있다. 또한 전주시립도서관운영조례 제24조에서는 '시설사용중 고의 또는 과실로 인하여 시설물을 훼손 또는 망실하였거나 기타 재산상 손해를 끼쳤을 때에는 사용자가 그 손해를 배상하여야 한다'라고 규정하면서 배상액은 관장이 정하는 바에 의한다고 하고 있다 이 역시 민법상의 손해배상액의 규정에도 불구하고 손해배상액을 지방자치단체 일방에서 정하도록 하고 있는 것이므로 문제가 된다고 할 수 있다.

참고로 국립중앙도서관이용규칙 제9조 변상조치에서도 일견 이와 유사한 규정을 두고 있는 것으로 보이나, 국립중앙도서관 열람봉사과에 문의하여 알아본 결과 도서관장이 정하는 변상기준은 민법상의 손해배상규정에 준하여 해결하도록 하고 있는 것으로 하고 있으며, 다른 지방자치단체의 공공도서관 운영에 관한 조례를 살펴봐도 역시 전주시립도서관운영조례 제9조와 제24조는 문제가 있는 조항이라고 평가할 수 있다.

이는 결과적으로 지방자치단체 도서관의 이용자를 다른 국립도서관의 경우와 비교하여 차별하는 조례로서 평가된다.

(5) 개선사항

본 조례는 배상책임의 내용과 관련하여 민법상의 일반내용으로 개정되어야 한다

17. 청주시공유재산관리조례

(1) 대상 조례

제7조 (시 공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산심의회에서 심의할 사항은 시정조정위원회에서 대행한다.

제22조 (매각대금의 분할납부등)

② 영 제100조 제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년이내의 기간으로 매각대금의 잔액을 연 8퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

③ 영 제100조 제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 5년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 8퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

(2) 유사조례

충청북도공유재산관리조례

제7조 (도 공유재산심의회) ① 법 제78조 규정에 의한 공유재산심의회에서 심의할 사항은 도정조정위원회에서 대행한다.

제22조 (매각대금의 분할납부 등)

② 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년 이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 5년 이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

부산광역시공유재산관리조례

제7조(시공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산 심의회에서 심의할 사항은 시정조정위원회에서 대행한다.

제22조 (매각대금의 분할납부등)

② 영 제100조 제1항의 단서의 규정에 의한 잡종재산의 매각대금을 5년 이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 대상 재산의 범위는 다음 각호의 1과 같다.

③ 영 제100조 제2항 제5호의 규정에 의하여 외국인투자기업의 사업목적상 잡종재산이 필요한 때에는 매각대금을 20년 이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 4퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있다.

대구광역시공유재산관리조례

제7조 (시공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산 심의회에서 심의할 사항은 시정조정위원회에서 대행한다(개정 1988. 05. 18).

제22조 (매각대금의 분할납부 등) ② 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 잡종재산의 매각대금 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 10년이내의 기간으로 분할납부하게 할 수 있다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 잡

종재산의 매각대금 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 5년이내의 기간으로 분할납부하게 할 수 있다

인천광역시공유재산관리조례

제7조 (시공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산심의회에서 심의할 사항은 조례규칙심의회에서 대행한다.

제22조(매각대금의 분할납부등)

② 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 제39조의2제5항제1호 및 제3호의 규정에 의하여 매각하는 때로 한다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 5년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

광주광역시공유재산관리조례

제7조 (시공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산심의회에서 심의할 사항은 시정조정위원회에서 대행한다.

제22조(매각대금의 분할납부등)

② 영 제100조1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년이내의 기간으로 매각대금의 액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 4년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

대전광역시공유재산관리조례

제7조 (시공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산심의회에서 심의할 사항은 시정조정위원회에서 대행한다.<개정 97.06.19 조례 제2685호>

제22조(매각대금의 분할납부등)

② 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는

다음 각호와 같다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 5년이내의 기간으로 매각 대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

울산광역시공유재산관리조례

제6조 (공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산심의회에서 심의할 사항은 시정조정위원회에서 대행한다.

제21조 (매각대금의 분할납부 등)

② 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년 이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호의 1과 같다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 5년 이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연 6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호의 1과 같다.

강화군공유재산관리조례

제7조 (군공유재산심의회) ① 법 제78조의 규정에 의한 공유재산 심의회에서 심의할 사항은 군정조정위원회에서 대행한다.

제22조(매각대금의 분할납부 등)

② 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 10년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

③ 영 제100조제1항 단서의 규정에 의하여 잡종재산의 매각대금을 5년이내의 기간으로 매각대금의 잔액에 연6퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

(3) 관련법령

지방재정법

제78조 (공유재산심의회) ① 공유재산의 취득·관리 및 처분에 관한 지방자치단체의 장의 자문에 응하게 하기 위하여 각 지방자치단체에 공유재산심의회를 둔다.

② 제1항의 공유재산심의회의 구성과 운영에 관하여는 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

지방재정법 시행령

제100조 (대금납부와 연납) ① 잡종재산의 매각대금과 교환차금은 일시에 전액을 납부 하여야 한다. 다만, 일시에 전액을 납부하기가 곤란하다고 인정되는 때에는 조례가 정하는 바에 의하여 연 4퍼센트 내지 6퍼센트의 이자를 붙여 10년이내의 기간으로 분할 납부하게 할 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 잡종재산의 매각대금의 이자율과 관련하여 상위 법령인 지방재정법 시행령이 정한 기준보다 더 엄격한 기준을 부과하여 재산권을 침해하고 있다.

(5) 침해의 위법성 평가

가. 법률우위의 원칙: 조례와 법률과의 관계

(가) 조례가 규정하려는 사항에 대하여 법령이 없는 경우에는

① 법령의 규정이 종래에도 없었고 현재에도 없는 경우에는 조례의 자주입법성과 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제5조의 규정의 취지를 고려하여 국민의 권리제한이나 의무부과와 무관한 특정사항에 관하여 조례로 이를 규율할 수 있다

② 법령의 규제가 종래에는 존재하였으나 현재에는 존재하지 아니한 경우에는 당해 법령을 폐지한 취지에 따라 조례제정의 가능여부가 결정된다.

(나) 조례가 규제하는 사항에 대하여 법령의 규정이 있는 경우에는

- ① 당해 조례가 법령과 동일한 대상에 대하여 목적과 취지를 달리하여 법령이 의도하는 목적과 효과를 저해하지 아니하는 경우에는 조례로 규정할 수 있다
- ② 당해 조례가 법령과 동일한 목적 취지를 갖더라도 대상을 달리하는 경우에는 법령의 취지에 따라 조례의 제정이 가능하다.
- ③ 법령의 규정은 있으나 그 규정이 불완전하여 그로 인해 행정상 현저한 지장이 초래될 우려가 있는 경우에는 조례를 통해 이를 보충할 수 있다
- ④ 당해 법령에 의한 규제가 전국적, 전국민적 견지에서 최소한도의 기준을 설정한 것으로 해석되는 경우에는 조례에 의한 보다 엄격한 규제도 허용된다 이는 주로 환경규제 관련 조례에서 문제된다. 예컨대 대기오염에 관해서 전국적 견지에서 최소한도의 기준으로 1ppm으로 법령에서 설정한 것으로 해석되는 경우 즉 전국적 최저기준법률인 경우에는 강원도의 청정지역과 울산공업지역에서의 대기오염은 같을 수 없기에 울산지역에서는 조례에 의한 보다 엄격한 규제도 허용된다고 본다
- ⑤ 당해 조례가 법령의 규정 자체와의 관계에 있어서는 문제가 없다고 하더라도 당해 법령의 취지에 반하는 경우에는 조례로서 규정할 수 없다 따라서 국가의 법령과 동일한 목적으로 동일사항에 법령보다 엄격한 요건이나 규제수단을 정하는 조례 예컨대 법령보다 엄격한 허가기준 또는 법령상의 신고제를 허가제로 하는 것 등은 법령에 위반되는 것으로 허용되지 않는다.

나. 당해 조례의 법률우위 원칙 위반여부

초과조례는 법률과 규제의 목적 및 규제대상이 동일하나, 법령에서 정한 기준을 초과하여 더 높은 엄격한 규제를 부과하는 조례를 의미하는 바, 초과조례의 적법성은 당해 법령의 취지, 목적, 내용, 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며 초과조례의 허용여부는 관계 국가의 법령이 규제의 정도 대상 한도를 정한 것인지 혹은 전국을 통하여 최저기준을 정한 것인지의 여부에 따라 결정되어야 한다

당해 조례의 근거 법령인 지방재정법 시행령 제100조는 연 4퍼센트 내지 6퍼센트의 이자를 붙여 10년이내의 기간으로 분할 납부하게 할 수 있도록 한 반면에 당해 조례 제22조 제2항은 잡종재산의 매각대금을 10년이내의 기간으로 매각대금의 잔액을 연 8퍼센트의 이자를 붙여 분할납부하게 할 수 있도록 규정하고 있다 따라서 당해 조례

는 근거 법령이 정한 기준보다 더 엄격한 기준을 부과하고 있는 이른바 초과조례로서 지방재정법 시행령에 위반 된다 또한 지방재정법 시행령의 취지가 전국적 전국민적 견지에서 최소한의 기준을 설정한 것으로 해석하기도 힘들기 때문에 조례에 의한 보다 엄격한 규제설정이 적법한 것으로 볼 수 없다 따라서 법률우위원칙에 위배된다.

지방재정법 제78조는 공유재산심의회를 각 지방자치단체의 반드시 설치하도록 기속행위로 규정하고 있는 바 당해 조례 제7조는 지방재정법 제78조의 취지에 반하여 시정조정위원회로 하여금 대행하도록 규정하여 공유재산심의회를 필수적 기관으로 설치하고 있지 않다 이는 당해 지방자치단체가 공유재산취득관리처분에 관한 전문가 등으로 구성된 공유재산심의회를 자문을 구할 수 있도록 함으로써 공유재산의 보존 및 관리업무를 체계화와 능률화를 기하도록 하는 법률의 취지에 반하는 것으로 볼 수 있다 따라서 당해 조례 제7조는 법률우위원칙에 위반된다

(6) 개선사항

매각대금에 대한 이자부분을 조례에서 법령보다 강화하고 있는 부분은 상위 법령의 기준범위안에서 다시 규정되어야 한다 그리고 공유재산심의회 규정부분도 지방재정법의 취지에 맞추어 필수적 기관으로 다시 규정되어야 한다

18. 영주시주차장조례

(1) 대상조례

제3조 (주차요금 및 가산금) ① 공영주차장의 주차요금은 [별표1]과 같다.

② 공영주차장에 주차하는 자동차중 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 주차요금을 면제할 수 있다.

1. 도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차
2. 국세 및 지방세 성실납세자증 (스티커) 부착자동차(부착일로부터 1년간)

③ 공영주차장에 주차하는 자동차중 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 주차요금의 100분의 50을 감면할 수 있다. 이 경우 감면대상자는 주차장관리자에게 감면대상자임을 증명하여야 한다.

1. 장애인복지법에 의한 장애인이 본인 소유의 비사업용 차량을 직접 운전하거나 장애 정도가 심하여 타인으로 하여금 대리 운전하게 하는 경우
2. 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제14조의 규정에 의한 상이등급 1급 내지 7급의 국가유공자가 본인 소유의 비사업용 차량을 직접 운전하거나 장애 정도가 심하여 타인으로 하여금 대리 운전하게 하는 경우
3. 자동차관리법시행규칙 제2조에 의한 경형자동차
4. 고엽제후유의증환자지원등에관한법률 제3조의 규정에 의한 고엽제후유증환자 등으로 결정·등록된 자가 본인 소유의 비사업용 차량을 직접 운전하거나 장애 정도가 심하여 타인으로 하여금 대리 운전하게 하는 경우

④ 노상주차장 이용자가 정해진 주차요금 납부방법에 의하지 아니하고 주차장을 이용한 때에는 시장은 법 제9조 제3항의 규정에 의하여 다음 각호와 같이 가산금을 부과한다.

1. 제8조 제1항의 방법에 의하지 아니한 경우 자동차를 발견한 때에 이미 1시간을 초과한 것으로 보고, 1시간에 해당하는 주차요금에 그 주차요금과 같은 금액의 가산금을 합산하여 부과한다.
2. 주차예정시간을 초과하였을 경우 30분 단위로 [별표1]의 구분에 따른 해당 주차요금에 그 주차요금과 같은 금액의 가산금을 합산하여 부과한다.

(2) 관련법령

주차장법

제9조 (노상주차장의 주차요금징수등) ① 제8조 제1항의 규정에 의하여 노상주차장

을 관리하는 특별시장·광역시장, 시장·군수·구청장 또는 노상주차장관리수탁자(이하 이들을 합하여 "노상주차장관리자"라 한다)는 주차장에 자동차를 주차하는 자로부터 주차요금을 받을 수 있다. 다만, 도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차가 주차하는 경우에는 그러하지 아니하고, 경형자동차가 주차하는 경우에는 주차요금의 100분의 50 이상을 감면한다.

② 제1항의 규정에 의한 주차요금의 요율 및 징수방법등은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다. 이 경우 노상주차장의 효율적인 이용을 위하여 필요한 경우에는 주차요금을 그 이용시간등에 따라 달리 정할 수 있다.

③ 노상주차장관리자는 제8조의2 제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제1항의 규정에 의한 주차요금외에 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 의하여 그 주차요금의 4배이내의 금액에 해당하는 가산금을 받을 수 있다.

④ 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장인 노상주차장관리자는 제1항의 규정에 의한 주차요금이나 제3항의 규정에 의한 가산금(이하 "주차요금등"이라 한다)을 납부하지 아니한 자에 대하여는 지방세체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다.

⑤ 노상주차장관리수탁자인 노상주차장관리자는 주차요금을 납부하지 아니한 자에 대한 주차요금등의 징수를 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장에게 위탁할 수 있으며, 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장은 이를 위탁받은 때에는 제4항의 규정에 준하여 징수할 수 있다.

제6조 (주차장설비기준등) ① 주차장의 구조·설비기준등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다. 이 경우 자동차관리법에 의한 배기량 800cc 미만의 자동차(이하 "경형자동차"라 한다)에 대하여는 전용주차구획을 일정비율 이상 정할 수 있다.

② 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장은 노상주차장 또는 노외주차장을 설치하는 경우에는 도시관리계획 및 도시교통정비촉진법에 의한 도시교통정비기본계획에 따라야 하며, 미리 관할경찰청장의 의견을 들어야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 경형자동차와 긴급자동차에 대한 주차요금 감면에 대해 상위 법령의 내용과는 달리 필수적 감면사유가 아닌 임의적 감면사유로 규정하여 이들 자동차 사용

자의 재산권을 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 논점의 정리

영주시주차장조례는 그 스스로 상위법령이라고 규정하고 있는 주차장법에서 필수적으로 주차요금을 면제 또는 감경하도록 규정한 긴급자동차와 경형자동차에 대해서 임의적으로 그 주차요금을 면제 또는 감경할 것을 규정하고 있다 따라서 이 부분에 대해 조례의 제정권의 한계 중 하나인 법령우위의 원칙에의 위반 여부가 검토될 수 있다. 그 구체적인 검토를 위해서는 우선 양 규정 사이에 동일한 용어로 사용된 긴급자동차와 경형자동차가 실질적으로도 같은 대상을 지칭하는 것인지 그리고 양 규정에서의 '주차'의 의미 또한 같은 것인지를 살펴보아야 한다 만일 동일한 용어를 사용하고 있다고 하더라도 실질적인 지칭 대상에서 차이가 나거나 혹은 주차 장소 등에서 차이가 나타난다면 영주시주차장조례는 상위법령의 적용범위 밖의 사항을 규정한 것으로서, 법령우위의 원칙에 부합할 가능성도 존재하기 때문이다

나. 긴급자동차 규정에 관한 상위법령 위반 여부

(가) 긴급자동차

영주시주차장조례 제3조 제2항에서는 각호의 규정을 나열하면서 그에 해당하는 자동차의 경우는 공영주차장에 주차시, 주차요금을 면제할 수 있다고 규정하고 있다 그 제1호에 규정된 자동차가 바로 도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차인데 이에 대해서는 영주시주차장조례의 상위법인 주차장법에서 이미 규정한 바가 있다 주차장법 제9조 제1항 단서에서는 “.....주차장에 자동차를 주차하는 자로부터 주차요금을 받을 수 있다 다만, 도로교통법 제2조제16호의 규정에 의한 긴급자동차가 주차하는 경우에는 그러하지 아니하고,”라 하여 도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차가 주차하는 때에는 주차요금을 받을 수 없다고 명시하고 있는 것이다 요컨대 영주시주차장조례는 그 상위법에서 주차요금을 면제하도록 한 도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차에 대

해 주차요금을 “면제할 수 있다.”고 하여 일정한 경우에는 그에 대한 주차요금을 받을 수도 있음을 암시하고 있다. 따라서 이러한 영주시주차장조례의 내용이 법령우위의 원칙에 위반되어 위법한 것은 아닌지에 대해 의문에 제시된다

이를 확인하기 위해서는 먼저 상위법령인 주차장법에서의 ‘긴급자동차’의 의미와 영주시 주차장조례에서의 ‘긴급자동차’의 의미가 같은 것인지를 검토해보아야 할 것이다. 그리고 양자의 의미가 같다고 할 경우라고 하더라도 주차 공간의 차이에 따른 양 규정 간의 차이가 나타날 수도 있으므로 그에 대해서도 살펴보아야 한다

(나) 긴급자동차의 의미

주차장법은 물론 영주시주차장조례에서도 ‘긴급자동차’라는 용어를 사용함에 있어서 “도로교통법 제2조 제16호의 규정에 의한 긴급자동차”라고 명확히 규정하고 있다. 따라서 주차장법에서의 긴급자동차와 영주시주차장조례에서의 긴급자동차는 모두 동일하게 “소방자동차·구급자동차 그밖의 대통령령²³⁾이 정하는 자동차로서 그 본래의 긴급한 용도로 사

23) 제2조 긴급자동차의 정의

법 제2조 제16호에서 “그 밖의 대통령령이 정하는 자동차”라 함은 긴급한 용도로 사용되는 다음 각호에 해당하는 자동차를 말한다. 다만, 제5호 내지 제8호의 자동차는 이를 사용하는 사람의 신청에 의하여 지방 경찰청장이 지정하는 경우에 한한다

1. 경찰용자동차중 범죄수사교통단속 그 밖에 긴급한 경찰임무수행에 사용되는 자동차
 2. 국군 및 주한국제연합군용 자동차중 군내부의 질서유지 및 부대의 질서있는 이동을 유도하는데 사용되는 자동차
 3. 수사기관의 자동차중 범죄수사를 위하여 사용되는 자동차
 4. 다음 각목의 1에 해당하는 시설 또는 기관의 자동차중 도주자의 체포 또는 피수용자피관찰자의 호송경비를 위하여 사용되는 자동차
 - 가 . 교도소·소년교도소·구치소 및 보호감호소
 - 나 . 소년원 및 소년분류심사원
 - 다 . 보호관찰소
 5. 전기사업·가스사업 그 밖의 공익사업기관에서 위험방지를 위한 응급작업에 사용되는 자동차
 6. 민방위업무를 수행하는 기관에서 긴급예방 또는 복구를 위한 출동에 사용되는 자동차
 7. 도로관리를 위하여 사용되는 자동차중 도로상의 위험을 방지하기 위한 응급작업에 사용되는 자동차
 8. 전신·전화의 수리공사등 응급작업에 사용하는 자동차와 우편물의 운송에 사용되는 자동차중 긴급배달 우편물의 운송에 사용되는 자동차 및 전파감시 업무에 사용되는 자동차
- ② 제1항의 규정에 의한 자동차외에 경찰용의 긴급자동차에 의하여 유도되고 있는 자동차 국군 및 주한국제연합군용의 긴급자동차에 의하여 유도되고 있는 국군 및 주한국제연합군의

용되고 있는 중인 자동차를 말한다.

(다) 주차 공간의 차이

앞서 살펴본 바와 같이 동일한 긴급자동차를 대상으로 한 것이지만 양 규정은 주차공간에서 차이가 난다. 영주시자동차조례의 경우는 공영주차장에 주차하는 긴급자동차를 면제가능 대상으로 하고 있지만 주차장법에서는 노상주차장에 주차하는 긴급자동차를 필수면제 대상으로 규정하고 있는 것이다

주차장법 제2조의 정의규정에 따르면 노상주차장이란“도로의 노면 또는 교통광장의 일정한 구역에 설치된 주차장으로서 일반의 이용에 제공되는 것”을 말한다. 한편, 영주시주차장조례안에서는 제2조 정의 조항에서 공영주차장이란 주차장법 제7조 제1항 및 동법 제12조 제1항의 규정에 의하여 시장이 설치하는 노상주차장 및 노외주차장을 일컫는 것이라고 설명하고 있다. 결국 주차장이 설치된 공간이 도로의 노면 또는 교통광장의 일정한 구역에 있느냐 아니냐에 따라 노상주차장과 노외주차장이 구별되며 그 노상주차장이든 노외주차장이든지 관계없이 그것을 설치한 주체가 시장이라면 공영주차장이 된다 따라서 공영주차장과 노상주차장은 전혀 별개의 것이라 할 수 없으며 시장이 도로의 노면 또는 교통광장의 일정한 구역에 주차장을 설치한다면 그것은 공영주차장인 동시에 노상주차장이 되므로 이 부분에 있어서는 주차장법의 제9조 제1항 단서와 영주시주차장조례 제3조 제2항이 동시에 적용되게 된다.

하지만 이와 같이 그 적용범위를 같이 하는 부분이 있음에도 상위법령에서는 긴급자동차에 대한 면제를 필수적인 것으로 규정한 반면 영주시주차장조례에서는 그것은 임의적인 면제라고 규정하고 있으므로 긴급자동차에 대해서 더욱 불리한 내용을 담고 있다는 분명 법률우위의 원칙에 위반되는 것이라 할 것이므로 영주시주차장조례는 위법하다고 평가된다.

다. 경형자동차 규정에 관한 상위법령 위반여부

주차장법과 영주시자동차조례는 경형자동차에 대해서도 긴급자동차와 같은 위법가능성을 안고 있다. 즉, 상위법령인 주차장법 제9조 제1항 단서에서는 경형자동차가 주차하는 경우에는 주차요금의 100분의 50이상을 감면한다고 규정하고 있는 것에 비하여 영주시자동차

자동차와 생명이 위급한 환자나 부상자를 운반중인 자동차는 긴급자동차로 본다

차조례 제3조 제3항에서는 공영주차장에 주차하는 자동차관리법시행규칙 제2조에 의한 경형자동차에 대해서는 주차요금의 100분의 50을 감면할 수 있다고 규정하고 있는 것이다 이 부분에 대해서도 긴급자동차의 경우와 마찬가지로의 검토가 필요하다

(가) 경형자동차의 의미

주차장법에서는 비록 제9조 제1항에서 '경형자동차라는 용어를 사용하고 있지만 정의 조항인 제2조에서는 경형자동차에 관한 정의를 하고 있지 않다 하지만 제6조에서 '자동차관리법에 의한 배기량800cc 미만의 자동차를 이하 규정에서 경형자동차라고 규정하고 있다 영주시주차장조례에서는 제3조 제3항 제3호에서 "자동차관리법시행규칙 제2조에 의한 경형자동차'라고 밝히고 있다 자동차관리법시행규칙 제2조 제1항 제2호 나목에서 별표1의 규정에 의한 경형자동차'라고 하고 있는 바, 별표124)의 규정을 확인해 본다면 경형자동차

24) [별표 1] 자동차의 종류(제2조 관련)
1. 규모별 세분기준

종 류	경 형	소 형	중 형	대 형
승용자 동차	배기량이 1,000cc미 만으로서 길이 3.6 미터·너비 1.6미터· 높이 2.0미터이하인 것	배기량이 1,500cc미 만인 것으로서 길 이 4.7미터, 너비 1.7미터, 높이2.0미 터 이하인 것	배기량이 1,500cc이상 2,000cc미만이거나 길 이·너비·높이 중 어느 하나라도 소형을 초 과하는 것	배기량이 2,000cc이 상이거나, 길이·너비· 높이모두가 소형을 초과하는 것
승합자 동차	배기량이 1,000cc미 만으로서 길이 3.6 미터·너비 1.6미터· 높이 2.0미터이하인 것	승차정원이 15인 이하인 것으로서 길이 4.7미터, 너비 1.7미터, 높이2.0미 터이하인 것	승차정원이 16인 이 상 35인이하이거나, 길이·너비·높이중 어 느 하나라도 소형을 초과하여 길이가 9미 터미만인 것	승차정원이 36인이상 이거나길이·너비·높 이 모두가 소형을 초 과하여 길이가 9미터 이상인 것
화물자 동차	배기량이 1,000cc미 만으로서 길이 3.6 미터·너비 1.6미터· 높이 2.0미터이하인 것	최대적재량이 1톤 이하인 것으로서,총 중량이 3톤이하인 것	최대적재량이 1톤초 과 5톤미만이거나, 총 중량이 3톤초과 10톤 미만인 것	최대적재량이 5톤이 상이거나, 총중량이 10톤 이상인 것
특수자 동차	배기량이 1,000cc미 만으로서 길이 3.6 미터·너비 1.6미터· 높이 2.0미터이하인 것	총중량이 3톤이하 인 것	총중량이 3톤초과 10 톤미만인 것	총중량이 10톤이상인 것

차는 자동차의 종류별로 나뉘어 규정되어 있으나 그 공통점은 배기량이 800 cc 미만의 자동차라는 점이다.

결국, 주차장법의 경형자동차와 영주시주차장조례에서의 경형자동차는 같은 의미로 사용되었음을 알 수 있다. 즉, 양 규정은 동일한 대상을 규정하고 있다고 할 것이다

(나) 주차 공간의 차이

주차 공간은 이미 앞의 항목에서 설명한 바와 같으므로 이 부분은 “(1) 긴급자동차의 2) 주차 공간의 차이”로 대신하기로 한다.

라. 결론

앞에서 살펴본 바와 같이 영주시주차장조례와 주차장법에서 사용된 ‘긴급자동차’ 그리고 ‘경형자동차’의 의미는 동일하다. 그리고 비록 영주시주차장조례에서는 공용주차장에 주차하는 긴급자동차와 경형자동차를 대상으로 하고 있기에 노상주차장에서의 주차요금을 면제 또는 감경하도록 한 주차장법에서의 규정범위와 일치하지는 않다고 하더라도 공용주차장이면서 노상주차장인 경우가 충분히 존재할 수 있으므로 그 부분에 있어서 양 규정은 그 적용대상 범위를 완전히 일치시키고 있다고 보여진다. 그러므로 동일한 대상에 대하여 상위법령보다 불리하게 주차요금을 부과할 수 있도록 규정한 영주시주차장조례는 법률우위원칙의 위반으로 위법하다고 보겠다

(5) 개선사항

	것			
이륜자동차		배기량이 100cc이하(정격출력 1킬로와트이하)인 것으로서, 최대적재량(기타형에 한한다)이 60킬로그램 이하인 것	배기량이 100cc초과 260cc이하(정격출력 1킬로와트초과 1.5킬로와트이하)인 것으로서, 최대적재량이 60킬로그램초과 100킬로그램이하인 것	배기량이 260cc(정격출력 1.5킬로와트)를 초과하는 것

긴급자동차와 경형자동차에 관한 임의적 감면규정은 필수적 감면규정으로 개정되어야 한다.

19. 신안군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담징수조례

(1) 대상조례

제7조 (과태료) 군수는 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 과태료 부과상한을 징수를 면한 금액의 3배로 규정함으로써 지방자치법상 예정된 전체금액인 1천만원을 초과할 가능성이 있다 따라서 재산권 침해의 소지가 존재한다.

(3) 침해의 위법성 검토

가. 사안의 쟁점

신안군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례의 경우, 해당조례의 제7조에서 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자에 대해서 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다고 규정하고 있다 이와 관련하여 조례의 위반에 대한 과태료를 규정하고 있는 지방자치법 제10조에 위반되는지 여부가

문제된다.

나. 법률우위원칙위반여부

본 사안에서는 해당조례 제1조에서 밝히듯이 도로법 제64조 및 제67조의 규정에 의한 도로 복구공사의 원인자와 손계자로부터의 부담금 징수에 관한 필요한 사항을 정함을 그 목적으로 한다고 규정하고 있다 도로법 해당 조항은 부담금 징수와 관련된 비용을 조례로써 정할 수 있도록 위임하고 있다 그런데 과태료에 관한 규정인 해당조례 제7조의 경우, 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자에 대해서 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다고 규정하고 있는데 지방자치법 제20조와 관련해 볼 때, 1천만원이라는 상한선에 대하여 명확하지 않게 규정한 점이 보인다.

다시 말하면, 해당 조례에서 단지 '그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료'라고 규정함으로써 지방자치법에서 규정하는 1천만원의 상한선을 넘길 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것이다. 통상 도로에 대한 손계예방이나 손계자로부터의 복구비용은 상당하다고 볼 수 있는데 그러한 경우에 단지 과태료를 그 부담금의 징수를 면한 금액에 3배라고만 규정한다면 조례위반의 경우에 대한 과태료를 규정하고 있는 지방자치법 제20조에 위반되게 될 것이다. 또한 지방자치법 제5조에서도 법령의 범위 안에서 그 사무에 관한 조례를 정할 수 있게 되어 있으므로 해당 조례는 상위 법령에 위배될 소지를 내포하고 있다.

(4) 관련 조례

해당 조례 외에도 다수의 조례가 위와 같은 소지를 내포하고 있다

가. 위와 같은 취지의 과태료 규정을 둔 경우

안양시도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

제1조 (목적) 이 조례는 도로법(이하 "법"이라 한다) 제64조 및 제67조의 규정에 의한 도로복구공사의 원인자와 손괴자로부터의 부담금(이하 "부담금"이라 한다)징수에

관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조 (부담금 징수) ① 시장은 타 공사 또는 타 행위로 도로를 굴착하거나 도로를 손괴하여 도로복구공사가 필요하게 될 때에는 도로법 제64조 및 제67조 규정에 의하여 그 행위자로부터 부담금을 징수한다. 다만, 사리도의 굴착복구는 원인자부담으로 직접 시공하고 그 부담금은 징수하지 아니한다.

② 부담금의 금액은 직접손괴부분 및 간접손괴부분에 대한 복구에 소요되는 비용으로 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 부담금의 금액을 산정함에 있어서의 굴착표준 최적구배와 복구비용의 산출기준은 별표1, 직접손괴부분 복구공사의 표준단면은 별표2, 도로굴착 및 복구공사시 이행사항은 별표3에 의하여 복구비용산출을 위한 단가는 시장이 정한다.

④ 부담금은 선납하여야 한다. 다만, 시장이 부득이한 사유가 있다고 인정되는 때에도 그 도로공사의 원인이 되는 행위가 종료되기전까지 징수할 수 있다.

⑤ 도로손괴자 부담금의 납기는 고지일로부터 30일로 한다.

⑥ 부담금의 징수에 관하여 이 조례에 규정되지 않은 사항은 지방세 징수의 방법과 절차에 준하여 처리한다.

제7조 (과태료) 시장은 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다.

하남시도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

제7조 (과태료) 시장은 사기 부실공사, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다.

화성군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

제7조 (과태료) 군수는 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다.

전주시도로복구원인자부담금징수조례

제10조 (과태료) 시장은 사기 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자 등에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배이내의 과태료를 징수할 수 있다.

군산시도로복구원인자부담금징수조례

제11조 (과태료) 시장은 사기, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자 등에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배이내의 과태료를 징수할 수 있다.

광양시도로복구원인자부담금징수조례

제7조 (과태료) 시장은 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자에 대하여 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다.

신안군도로복구원인자부담금및도로손계자부담금징수조례

제7조 (과태료) 군수는 사기, 부실시공, 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배의 과태료를 징수할 수 있다.

전주시도로복구원인자부담금징수조례

제10조 (과태료) 시장은 사기 기타 부정한 수단으로 부담금을 면한 원인자 등에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 3배이내의 과태료를 징수할 수 있다.

나. 위와 같은 규정을 두지 않은 경우 : 과태료 규정 없는 예

서울특별시종로구도로복구원인자부담금징수조례

서울특별시용산구도로복구원인자부담금징수조례

제정 1999. 6. 12 조례 제419호

개정 2003. 12. 30 조례 제571호

서울특별시성동구도로복구원인자부담금징수조례

제정 1999. 7. 15 조례 제451호

충청북도도로복구원인자부담금징수조례

제정 1995. 1. 20 조례 제2176호

청주시도로복구원인자부담금등징수조례

제정 1990. 7. 9 조례 제1552호

개정 1996. 5.16 조례 제1876호

2003. 3.14 조례 제2261호

함양군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

제정 1995. 6. 13 조례 제1329호

마산시도로복구원인자부담금징수조례

통영시도로복구원인자부담금징수조례

의령군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

산청군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

해남군도로복구원인자부담금징수조례

단양군도로복구원인자부담금징수조례

다. 조례의 개정으로 과태료 규정이 삭제된 예

남원시도로복구원인자부담금징수조례

제11조 삭제<1999. 11. 20>

이천시도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

제7조 삭제 <2000·5·8>

부산광역시도로복구원인자부담금징수조례

제10조 삭제<2000. 12. 28>

인천광역시도로복구원인자부담금등징수조례

제8조(삭제 2000. 6. 26 조례제3442호)

울산광역시도로복구원인자부담금징수조례

제10조 삭제 <2000·10·26>

진도군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

제7조 삭제(2000.1.17 조1665)

(5) 개선사항

주로 위와 같이 과태료의 상한선에 대한 아무 제한 없는 규정들을 현재까지도 존재하게 하는 지방자치단체의 경우 현행 지방자치법 제20조 제1항이 94년도에 개정되기 전에 개정 하거나 제정된 조례라는 점에서 비슷한 면을 보인다 이들은 그때의 규정으로 현재까지 개정하고 있지 않은 것이다 이외에도 94년 이후에 개정을 했으나 94년도의 법을 반영하지 않은 사례도 있었다 이는 해당조례에 대한 자세한 검토가 미비했던 것으로 짐작 되어진다. 한편, 과태료 규정을 두지 않거나 삭제한 경우를 보면 대부분 바뀐 법에 맞추어 개정이 되어 있었다 물론 과태료 규정의 존부여부는 법률의 위임 하에 재량에 따라 선택할 사항이라 하겠지만 위 해당조례 외에도 다른 조례를 검토해본 결과, 바뀐 법에 맞춰 개정하거나 과태료를 삭제하는 경향이 있다고 보인다.

따라서 위 사안의 조례는 지방자치법 제20조에서 규정한 과태료의 상한선인 1천만원에 위배될 소지를 내포하고 있다 그러므로 위 조례는 지방자치법 제15조와 제20조에 위반되므로, 다른 지방자치단체의 조례처럼 개정될 필요가 있을 것이다

20. 서울특별시시장사등에관한조례

(1) 대상 조례

서울특별시시장사등에관한조례

제7조 (사용료 징수 및 감면 등) ① 시립묘지등을 사용하고자 하는 자는 사용료 및 관리비를 납부하여야 한다.

② 시립묘지등의 사용료와 관리비는 원가수준을 고려하여 적정금액으로 결정한다.

③ 시장은 저소득시민과 국가유공자 등에 대하여 사용료·관리비를 감면할 수 있으며, 시장이 정한 지역의 주민을 제외한 타지역 주민에 대해서는 사용료·관리비를 다르게 정할 수 있다

④ 제2항의 사용료·관리비와 제3항의 감면대상과 사용료·관리비를 다르게 정하는 대상 및 납부방법 등은 규칙으로 정한다.

서울특별시시장사등에관한조례시행규칙

제9조 (사용료 징수 및 감면 등) ① 조례 제7조제4항의 규정에 의한 시립묘지등의 사용료·관리비의 징수기준은 별표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의한 사용료·관리비는 현금(신용카드등 포함)·수입증지 또는 수입증지요금계기를 이용하여 납부할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 다른 지방자치단체의 경우와 달리 지방자치단체가 부과하는 사용료 등의 징수에 관한 사항을 조례가 아닌 규칙차원으로 규정하여 규범적용에 있어서 차별을 하고 있다. 이는 그 유형상 구별에 해당하는 것으로 보인다.

(3) 차별의 위법성 평가

가. 사용료에 대한 내용을 시행규칙의 형식으로 만들 수 있는가에 대한 판단

지방자치법 제103조 제1항은 “사용료 수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항은 조례로 정한다”고 규정하고 있다 이는 사용료나 수수료 등이 시민생활과 밀접하고 부

담을 주는 사항은 시민 대표기구인 시의회의 동의를 필요한 조례로 만들어야 한다는 데 입법취지가 있다고 볼 수 있다 따라서 이를 자치단체의 집행기관에 재량권이 있는 하위의 규칙으로 규정한 것은 재량권 남발의 소지가 있음을 우려해서 만든 규정으로 판단할 수 있다. 따라서 이를 시행규칙에 위임하도록 한 위 조례안은 지방자치법 제103조 제1항을 위반한 위법한 조례이며, 법률우위의 원칙에 반한다.

나. 다른 지방자치단체의 사례

부산광역시장사등에관한조례

제12조 (사용료의 징수 및 감면) ① 공설장사시설의 종류별 사용료의 징수기준은 별표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의한 사용료는 사용허가시에 징수하고 사용료의 징수방법은 규칙으로 정한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 이미 납부한 사용료는 반환하지 아니한다. 다만, 제4항의 규정에 의한 감면대상자 또는 천재지변 등 불가피한 경우와 시장이 공익상 필요에 의하여 사용허가를 취소한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 시장은 다음 제1호·제2호 및 제5호에 해당하는 경우에는 공설장사시설의 사용료를 면제하고, 제3호 및 제4호에 해당하는 경우에는 사용료의 50퍼센트를 감액한다.

1. 국민기초생활보장법 제2조의 규정에 의한 수급자
2. 국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조의 규정에 의한 국가유공자
3. 참전유공자예우에관한법률 제2조의 규정에 의한 참전유공자
4. 공설장사시설이 설치된 지역으로서 시장이 정한 지역주민
5. 기타 시장이 사용료를 면제할 필요성이 있다고 인정하는 자

군산시장사등에관한조례

제16조 (사용료 및 관리료) 공원묘지 사용자는 [별표 1]의 공원묘지 사용료 및 관리료를 매장신고 신청시 납부하여야 한다. 다만, 시장이 필요하다고 인정할 때에는 사용료 및 관리료를 감면할 수 있다.

별표1

구 분	계	사 용 료	관 리 료
1묘당(단위:원)	360,000	315,000	45,000

대구광역시공원묘지설치및운영조례

제5조 (사용료 및 관리료) ① 공원묘지 사용자는 별표에 의한 공원묘지 사용료 및 관리료를 허가신청시에 납부하여야 한다. 다만, 시장이 특히 필요하다고 인정되는 자는 사용료 및 관리료를 감면할 수 있다.

② 분묘의 신조성과 부대시설은 사용자부담으로 설치하여야 한다.

청원군공원묘지설치및운영조례

제7조 (사용료등) ① 공원묘지의 사용료, 매장비, 관리비(이하 사용료 등 이라 한다)는 별표2와 같다.

② 제1항의 사용료 등은 최초 사용허가 신청시에 납부하고 기간연장허가 신청시에는 사용료와 관리비, 합장시에는 매장비를 추가 납부하여야 한다.

제주시공설공원묘지사용조례

제7조 (사용료 등) ① 공설묘지를 사용하고자 하는 자는 "별표 2"에 의한 사용료를 납부하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 사용료는 신고시 제주시 수입 증지로 납부하여야 한다.

③ 시장은 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 사실을 증명 할 수 있는 서류를 첨부할 경우 사용료를 감면 할 수 있다.

1. 국민기초생활보장법에 의한 수급자.
2. 국가유공자등예우및지원에관한법률에 의한 국가유공자.
3. 고엽제후유의증환자지원등에관한법률에 의한 적용 대상자.
4. 기타 시장이 특별한 사정이 있다고 인정하는 자.

광주광역시공설묘지등의설치및관리조례

제5조 (사용료등) ① 장묘시설의 사용허가를 받은 자는 종류별로 별표2에 의한 사용료, 수수대부료, 설치비, 관리비(이하 사용료등 이라 한다)등을 시장이 정하는 기간 내 납부하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 납부한 사용료등은 반환하지 아니한다. 다만, 시장이 공익상 필요로 하여 사용허가를 취소한 경우에는 그러하지 아니한다.

③ 납골당과 묘지공원의 사용기간을 연장 받은 경우에는 별표2의 장묘시설의 사용료

중 납골당은 대부료와 관리비를 묘지공원은 수수료, 토지사용료 및 관리비를 각각 납부한다

④ 시장은 장묘시설중 화장장 및 납골당에 안치되는자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 장묘시설의 사용료를 면제 한다.

1. 국민기초생활보장법에 의한 수급자
2. 국가유공자등예우및지원에관한법을 제4조 규정에 의한 국가유공자
3. 광주광역시의 시민대상 수상자

강화군공설묘지설치및운영조례

제10조 (사용료 및 수수료) ① 묘지의 사용허가를 받고자 하는 자는 별표에 의한 사용료 및 수수료를 납입하여야 한다.

② 이미 납입한 사용료 및 수수료는 이를 반환하지 아니한다. 다만, 군수가 특별한 사유가 있다고 인정할 때에는 이를 반환할 수 있다.

③ 묘지의 사용료 및 수수료는 묘원조성 및 관리사업에 사용하여야 한다.

남양주시공설묘지설치운영조례

제10조 (사용료 및 수수료) ① 묘지의 사용허가를 받고자 하는 자는 별표2에 의한 사용료 및 수수료를 납입하여야 한다.

② 이미 납입한 사용료 및 수수료는 이를 반환하지 아니한다. 다만, 시장이 특별한 사유가 있다고 인정한 때에는 이를 반환할 수 있다.

③ 묘지의 사용료 및 수수료는 묘원조성 및 관리사업에 사용하여야 한다.

(4) 개선사항

위에서 보는 바와 같이 다른 지방자치단체들은 모두 묘지 사용료에 대해 조례로서 별표에 구체적 사용료를 규정하고 있었다 이처럼 다른 지방자치단체의 조례를 확인해도 '시행규칙'으로 사용료를 정할 수 있도록 한 서울특별시의 조례는 문제가 있다는 것을 알 수 있다. 서울시 조례는 규칙으로 규정하여서는 안되며, 조례차원에서 사용료에 관한 내용을 규율하여야 할 것이다.

21. 서울특별시성북구체육시설관리운영및사용료징수조례

(1) 대상조례

제3조 (사용허가) ① 체육시설을 사용하고자 하는 경우에는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가된 내용을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

② 체육시설을 전용으로 사용하고자 하는 자는 사용자의 주소, 성명, 사용할 시설, 사용목적, 사용기간 및 시간등을 명시하여 신청하여야 한다.

③ 개인이 사용코자 할 때에는 사용료를 납부하고 이용권을 교부받음으로써 허가를 갈음한다.

④ (삭제)

제9조 (사용료) ① 구청장 또는 수탁자는 체육시설을 이용하는 자에 대하여 별표2에서 정한 범위 내에서 사용료등을 정하여 구보에 고시하고 이를 징수할 수 있다.

② 제1항의 사용료는 시설을 이용하는 자가 사용허가 신청시에 납부하여야 한다.

③ 사용료의 징수에 관하여 이 조례에서 정하지 않은 사항은 지방자치법과 지방재정법 및 서울특별시성북구유재산관리조례를 준용한다.

제17조 (위탁관리) ① 구청장은 필요하다고 인정할 때에는 체육시설의 관리·운영을 생활체육 활성화에 이바지할 수 있는 법인·단체 또는 개인에게 위탁할 수 있다.

② 체육시설의 위탁관리시는 위탁료를 징수하거나 필요한 경우 운영비의 일부를 지원 할 수 있다.

제21조 (시행규칙) 이 조례 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

서울특별시성북구체육시설관리운영및사용료징수조례시행규칙

제5조 (수입금의 처리) ① 사용료 수불은 현금 또는 금융기관발행 자기앞수표에 한한다.

② 각종 사용료는 받은 당일 징수 결정하며, 사용료 수입금의 처리는 다음 각호와 같다.

1. 전용사용료의 수입금은 납입고지서(별지 제9호 서식)를 발부하여 지정된 금융기관에 사용전 입금하도록 하여야 한다.

2. 당일 개인사용료의 총수입금은 납입고지서를 작성하여 익일까지 지정된 금융기관 입금 관리한다.

(2) 유사조례

서울특별시종로구체육시설관리·운영및사용료징수조례

제4조 (사용허가) ① 체육시설을 사용하고자 하는 자는 구청장의 허가를 받아야 하며, 허가된 내용을 변경 하고자 하는 경우에도 또한 같다.

② 구민이 사용하고자 할 때에는 사용료를 납부하고 이용권을 교부받음으로써 허가에 갈음한다.

③ 구청장은 체육시설을 개인이나 단체에서 2일이상 계속사용을 제한할 수 있다.

제11조 (사용료 징수) 구청장은 사용자로부터 사용료를 징수하며 사용료는 [별표2]와 같다.

제14조 (체육시설의 관리 운영) ① 체육시설은 구청장 책임아래 관리·운영하며 체육시설의 규모에 적절한 관리인원을 확보, 배치하여야 한다.

제17조 (시행규칙) 이 조례의 시행에 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

서울특별시종로구체육시설관리·운영및사용료징수조례시행규칙

제4조 (사용료의 징수) ① 조례 제11조의 규정에 의거 사용료 납부는 서울특별시종로구재무회계규칙 제37조의 규정에 따라 월회원권 사용료는 사용자가 전월 20일까지, 테니스교실 사용권은 신청자가 접수마감일 까지, 일일이용자의 사용료는 당일 이용시 납부하되 수입된 현금은 수입금 출납원이 [별첨 서식]에 의한 일일정산후 익일 오전까지 시중은행에 납부하여야 한다.

② 체육시설 사용료 수입금 출납원은 문화진흥과장이 지정하는 테니스장 관리 책임자로 한다.

③ 체육시설 전용사용자가 사용영수증을 요청할 때에는 [별지 제10호 서식]에 의거 교부하여야 한다.

(3) 관련법령

서울특별시성북구체육시설관리운영및사용료징수조례는 서울특별시 성북구 체육시설의 관리 운영 및 사용료 징수에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다(제1조). 상위 법령의 위임규정이 존재하지 않는 바 이는 대상조례가 서울특별시의 자치사무로서

주민의 복리증진에 관한 사항(지방자치법 제9조 제2항 제2호의 예시규정을 참조)을 규정한 것이기 때문이다.

여신전문금융업법

제19조 (가맹점의 준수사항) ① 신용카드가맹점은 신용카드에 의한 거래를 이유로 물품의 판매 또는 용역의 제공 등을 거절하거나 신용카드회원을 불리하게 대우하지 못한다.

③ 신용카드가맹점은 가맹점수수료를 신용카드회원등으로 하여금 부담하게 하여서는 아니된다.

제70조 (벌칙) ③ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제19조제1항의 규정에 위반하여 신용카드에 의한 거래를 이유로 물품의 판매 또는 용역의 제공 등을 거절하거나 신용카드회원을 불리하게 대우한 자

3. 제19조제3항의 규정에 위반하여 가맹점수수료를 신용카드회원등으로 하여금 부담하게 한 자

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 체육시설의 이용대금을 현금사용에만 한정하여 신용카드사용자와 현금사용자 사이에 차별을 하는 결과를 야기하고 있다 이는 지방자치단체라는 지위가 신용카드사용에 있어 일반사인인 영업자와 구별되도록 우대하는 규범으로 평가할 수 있다. 이러한 경우에 차별사유를 국가인권위원회법상의18개 사유에서 찾기는 어려워 보인다. 따라서 조직기관별 차별이라는 새로운 사유에 의하여 구별하도록 하였다.

(5) 차별의 위법성 평가

가. 법률우위의 원칙 위반인지 여부

사인이 운영하는 체육시설등 신용카드가맹점의 경우 신용카드사용자와 현금사용자

를 차별하지 못하도록 하는 여신전문금융업법의 취지에 비추어 현금사용만을 강제하는 것이 가능한가가 문제된다. 그런데 대상조례는 여신전문금융업법에 근거하는 것은 아니며, 여신전문금융업법의 규정은 일단 카드가맹점이 된 경우에 차후에 신용카드사용자와 현금사용자를 차별하지 말아야 하며 수수료를 전가시키지 말아야 할 의무를 부담지우는 것이지, 신용카드가맹점이 될 것인지 여부를 규제하는 것은 아니다. 따라서 대상조례가 법률우위의 원칙에 반한다고 보기는 어렵다. 그러나 여신전문금융업법의 취지는 평등원칙 위반여부를 판단함에 있어 하나의 기준이 될 수 있을 것이다.

나. 평등원칙 위반인지 여부

(가) 평등원칙의 의미 및 위반여부의 검토기준

헌법은 그 전문에 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고” 라고 규정하고, 제11조 제1항에 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”고 규정하여 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는바, 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다.

그런데 체육센터나 문화센터, 청소년 수련원 등 자치구가 운영하는 편의시설의 대부분이 카드결제를 외면하고 있으며, 카드 사용이 일반화되었고 정부 역시 이를 독려하고 있지만 자치구 위탁 운영기관은 “수수료 부담이 크다”며 난색을 보이고 있다. 비록 국가 또는 지방자치단체라고 하더라도 사인에 대하여는 신용카드 사용자와 현금 사용자 사이에 차별을 하지 못하게 하면서도 스스로는 합리적 이유없이 사용료를 현금으로만 납부하도록 강제하고 신용카드 사용자의 체육시설 등의 이용을 금지한다면 이는 평등원칙에 위반될 수 있다. 따라서 그 위반여부는 국가 또는 지방자치단체라는 지위가 신용카드 사용에 있어 일반사인인 영업자와 구별되어야 할 합리적 이유가 되는지 여부에 달려있다.

(나) 성북구 등 지방자치단체의 주장

현재 양천구를 제외한 서울시내 자치구 대부분은 카드 결제를 허용하지 않거나 일부 고액 강좌에 한해 부분적으로만 허용하고 있다. 카드 결제를 하지 않는 이유는 한결 같다. 수수료 부담과 업무량 증가다. 강북구 도시관리공단측은 “카드 수납을 하면 연 1,000만원 가량 수수료(결제 대금의 3%)가 지출되고 카드 사용에 따른 전표처리, 환전처리 등 업무량이 늘어 추가 인력이 필요하다”며 “이는 운영비 증가 요인이 돼 서비스 질 저하 등 부정적인 결과를 가져올 수 있다고 말하고 있다. 성북구 도시시설관리공단의 관계자도 “정부의 카드사용 장려는 세원의 투명성을 확보하기 위한 것이기 때문에 영리업체가 아닌 공공시설이 카드를 받지 않는 것은 문제가 안된다고 말하고 있다. 또한 동작구 관리팀장 000씨도 “신용카드를 받게 되면 최소 연간 6천만원 이상의 수수료를 부담을 해야 하기 때문에 그 돈은 다시 구민들을 위해서 써야 하는 돈인데 결국에는 카드회사로 들어가게 되는 셈이다”고 말하고 있다.

(다) 이용주민들의 주장

반면 성북구의 체육시설과 문화센터 등을 위탁운영하는 성북구 도시시설관리공단의 인터넷 홈페이지 게시판에는 카드결제를 요구하는 글들이 꾸준히 오르고 있다. 한 주민은 “회사에서 체력 단련비를 지원하고 있지만 반드시 카드를 사용토록 하고 있다”며 “그런데도 성북구 공단이 카드 수납을 거부해 가까운 구민체육시설 대신 멀리 있는 사설 체육시설을 이용하고 있다고 불만을 나타냈으며 동작구 사당문화회관에서 강좌를 듣는 김모씨도 동작구 도시시설관리공단 게시판에 “탈세를 막기 위해 정부가 권장하는 카드 사용을 이곳이 마다해도 되는 것이냐고 이의를 제기하고 있다. 자영업자 김모씨는 “카드 수납은 고객에 대한 배려와 서비스”라며 “수수료 지출도 수익을 감추려는 일부 몰지각한 상인들이 둘러대는 이유와 다를 바 없다”고 비판하고 있다.

다. 검토대상조례에 대한 평가

자치구 공단 등은 여러 이유로 ‘카드 결제 불가’의 이유를 설명하려 하지만 카드 결제 납부 방식을 도입한 양천구의 사례를 보면 타당성이 떨어진다고 카드 결제 대금이 전체강습료에서 차지하는 비중이 작아 수수료 부담이 크지 않는데다 편의성 확대에

따른 이용자 증가로 수수료 지출액을 상쇄할 수 있다고 양천구 관계자는 말한다대 상조례는 결국 성북구 등 지방자치단체가 수수료와 업무부담을 이유로 국가가 권장하는 카드사용을 거부하는 것으로서 주민의 편의를 위한 체육시설 등의 목적과는 배치되는 것이다.

주지한 바와 같이 지방자치단체의 체육시설 등의 이용관계는 사법관계이므로 지방자치단체라는 이유만으로 일반사인이 운영하는 체육시설 등보다 우대될 이유는 없다 헌법재판소는 소송촉진등에관한특례법 제6조의 위헌심판사건에서 「소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항 중 단서 부분은 재산권과 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 합리적 이유없이 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이므로 헌법 제11조 제1항에 위반된다」고 판시한 바 있다.

지방자치단체라는 특성상 세금을 부담하지 않으며 오히려 지방세 등 주민으로부터 납부 받는 세금 등으로 재정이 꾸려진다는 점에서 지방자치단체의 주장은 일응 설득력이 있다. 그러나 지방자치단체가 체육시설 등을 운영하는 것은 주민의 복리를 위한 자치사무라는 점에서 수수료 또는 업무의 부담보다는 주민의 편의라는 점에 더 큰 비중을 두어야 한다. 게다가 여신전문금융업법의 취지에 비추어 볼 때 신용사회를 구현하고 신용불량자가 아닌 한 신용카드 사용자와 현금 사용자를 차별하지 않아야 한다는 요청은 이미 사회 전 영역에 있어 사회통념으로 자리잡아가고 있다고 본다 지방자치단체가 체육시설 등의 운영과 같이 사법관계로 주민의 복리와 관련된 자치사무를 운영함에 있어 행정기관으로서의 지위를 앞세워 일반사인과 달리 카드가맹점이 되지 않는 것은 위와 같은 요청에 배치되는 것이다

따라서 형식적으로는 신용카드수수료의 부담은 결국 주민에게 지방세 등으로 부담되므로 성북구 등 지방자치단체가 체육시설 등을 운영함에 있어서 현금사용만을 강제하는 것이 위법한 것은 아닐지라도 주민의 편의를 증시해야 하는 점 그리고 사법관계에 있어 지방자치단체라는 이유만으로 일반사인과 달리 취급되는 것은 합리적 이유없이 지방자치단체를 우대하는 점에서 볼 때 대상조례는 평등원칙에 반한다고 본다. 적어도 부당한 조례로 평가되어야 할 것이다.

(6) 개선사항

성북구 등 지방자치단체가 수수료와 업무부담을 이유로 국가가 권장하는 카드사용

을 거부하는 것은 주민의 편의를 위한 체육시설 등의 목적과는 배치되는 것이고 여
 신전문금융업법의 취지에 비추어 볼 때 지방자치단체가 체육시설 등의 운영과 같이
 사법관계로 주민의 복리와 관련된 자치사무를 운영함에 있어 행정기관으로서의 지위
 를 앞세워 일반사인과 달리 카드가맹점이 되지 않는 것은 사법관계에 있어 지방자치
 단체라는 이유만으로 일반사인과 달리 취급되는 것으로서 합리적 이유없이 지방자치
 단체를 우대하는 점에서 대상조례는 평등원칙에 반한다고 본다. 따라서 개정되어야
 한다.

22. 광주광역시노인회관설치운영조례

(1) 대상 조례

제7조 (위탁의 정지 및 취소) ① 수탁자가 다음 각호에 해당하는 행위를 하였을
 경우에는 시장은 그 위탁관리를 정지 또는 취소하거나 기타 필요한 조치를 취할
 수 있다.

1. 조례에 규정된 사항을 위반하였을 때
2. 시설의 관리를 소홀히 하거나 목적외 사용을 할 때
3. 시설의 일부 또는 전부를 고의 및 과실로 훼손, 멸실하였을 때
4. 기타 시장이 공익상 필요하다고 인정할 때

② 제1항의 규정에 따라 위탁의 정지 및 취소로 인하여 수탁자와 임차인의 제3
 자가 입은 피해 및 손해에 대해서는 시장은 그 책임을 지지 아니한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례에서 시장의 책임을 면책하는 내용은 수탁자에게 일방적으로 불리한 내용으
 로서 재산권 침해의 소지가 존재한다. 또한 시장에 대해서 합리적 사유없이 차별 즉,

우대조치를 하고 있는 것으로서 조례 적용상의 차별 즉, 적용규범상의 차별로 분류할 수 있다.

(3) 위법성 검토

사례에서 문제된 사항은 광주광역시노인회관설치운영조례 제7조에서 노인회관의 '위탁의 정지 및 취소로 인하여 수탁자와 임차인의 재자가 입은 피해 및 손해에 대해서는 시장은 그 책임을 지지 아니한다'라고 규정한 점이다.

특히 그 사유가 제7조 제1항 제4호와 같은 경우에는 수탁자에게 아무런 귀책사유도 존재하지 않은 경우인데도 불구하고 그 불이익의 효과를 수탁자에게 일방적으로 귀속시키는 조치는 재산권 침해의 소지를 안게 된다.

이렇게 행정청의 상대방에게 불리한 처분이 될 수 있는데도 이의제기나 기타 권리구제수단 제기 등의 명시 규정도 없다 또한 근거법령인 노인복지법을 살펴보았을 때 만약 행정청의 상대방에 불리함을 줄 수 있다면 마땅히 상위법령에서 규정을 두고 있을 터인데, 그런 규정을 두지 않은 것으로 보인다 이처럼 주민의 권리제한·의무부과를 하는 규정이 상위법령에서 위임한 바가 없는 데도 조례에서 규정한 것은 법률우위의 원칙상 적법하지 않다고 평가된다

(4) 개선사항

본 조례의 시장의 면책조항은 삭제되어야 한다.

23. 경주시통일전관리및관람료징수조례

(1) 대상 조례

제2조 (통일전의 공개) ② 사적공원관리사무소장(이하 "소장"이라 한다)은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 관람을 제한할 수 있다.

1. 술에 취한 자
2. 복장이 단정하지 아니한 자
3. 법정 전염병 환자
4. 기타 관람질서를 문란하게 할 우려가 있다고 인정되는 자

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례의 내용 중 '복장이 단정하지 아니한 자의 공원 관람제한행위'는 '복장이 단정하지 아니한 자'라는 일정 행위자에 대한 합리적 사유없는 차별행위 즉, 불리한 대우의 행위로 볼 수 있다.

(3) 위법성 판단

경주시통일전관리및관람료징수조례 제2조 제2항 제2호는 '복장이 단정하지 아니한 자'의 관람을 제한할 수 있다고 규정하고 있다 이때 복장이 단정하지 아니한 자의 기준이 애매모호하다. 여기서 영조물의 이용자의 의무 중 이용질서유지의무를 검토할 필요가 있다. '복장이 단정하지 아니한 자의 관람제한이 이용질서유지에 필수적 요소인지 여부를 판단하여야 한다

경주시통일전관리및관람료징수조례 제2조 제2항 제4호는 '기타 관람질서를 문란하게 할 우려가 있다고 인정되는 자에 대해 관람을 제한할 수 있다고 한다 통일전의 호국영령의 뜻을 기리자는 그 이용 목적을 살펴볼 때 제2조 제2항 제4호의 규정은 타당해 보인다. 그러나 제2조 제2항 제2호의 '복장이 단정하지 아니한 자에 대한 기준이 애매모호하고, 제2조 제2항 제4호의 규정으로도 충분히 이 조례가 원하는 목적을 달성할 수 있으므로, 이는 침해유보의 원칙에 어긋난다. 즉, 통일전관리및관람료징수조례 제2조 제2항 제2호는 지방자치법 제5조 단서에 위반된다.

또한 애매모호한 표현인 '복장이 단정하지 아니한 자의 차별기준에 의하여 관람을 제한하도록 하고 있으므로, 평등원칙 위반의 소지가 크다

(4) 개선사항

본 조례의 내용중 '복장이 단정하지 아니한 자' 부분은 삭제될 필요가 있다.

24. 여수시근로자복지회관설치및운영조례

(1) 대상 조례

제10조 (사용허가 취소, 입장, 퇴장등) 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 사용허가 취소, 입장거부 또는 퇴장을 명할 수 있다.

1. 거동이 수상한 자
2. 전염성 질환자 및 만성질환자
3. 만취자
4. 타인에게 해를 끼칠 우려가 있는 자
5. 위험한 물건을 휴대한 자
6. 기타 관내질서를 문란케 하거나 사회의 건전한 기풍을 해칠 우려가 있다고 인정되는 자

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례의 내용 중 '거동이 수상한 자'라는 이유로 복지회관의 사용 등을 제한하는 행위는 합리적 사유없이 일정한 행위자라는 이유로 차별 즉, 불리한 대우를 규정하고 있는 것으로 평가할 수 있다

(3) 위법성 판단

여수시근로자복지회관설치및운영조례의 경우 제10조 제4호의 타인에게 해를 끼칠 우려가 있는 자나 특히 제6호의 기타 관내질서를 문란케 하거나 사회의 건전한 기풍을 해칠 우려가 있다고 인정되는 자라고 규정되어 있는 것은 지나치게 광범위하게 규정된 것이라 생각된다. 즉, 사용허가 취소, 입장거부 또는 퇴장을 명할 수 있는 사유가 구체적이지 않고 지나치게 관리자의 재량권에 위임되고 있어서 명확성의 원칙 및 법적 안정성에도 반한다고 생각된다 특히, 거동이 수상한 자의 경우는 그 검토기준이 주로 행위형태 및 용모에 의하여 판단될 소지가 크다 따라서 좀더 구체적인 다른 사유로 대체될 필요가 있다

(4) 개선사항

본 조례의 표현 중 불명확한 부분은 구체화할 필요가 있고 '거동이 수상한 자' 부분은 삭제될 필요가 있다

25. 안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙

(1) 대상 규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례(이하 "조례"라 한다)의 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (정의) 이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 관리운영자 : 시장의 명을 받아 휴양림을 직접 관리하는 담당과장 또는 시장으로부터 위탁받아 관리 운영 하는 자를 말한다.

2. 현장책임자 : 관리운영자의 명을 받아 이용안내 시설물관리 입장료 및 시설사용료징수 등 휴양림의 관리운영에 직접 종사하는 자를 말한다.

제4조 (입장제한) 휴양림 관리운영자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 휴양림 내 입장을 제한할 수 있다 .

1. 전염병질환자 및 정신병자
2. 타인에게 위험을 주거나 또는 방해가 되는 물품을 소지한 자
3. 미풍양속 및 공공시설을 해치거나 타인에 방해가 된다고 인정되는 자
4. 산불방지기간 및 병충해방제 등 휴양림관리를 위하여 필요한 때

(2) 유사 조례 규칙

이와 유사한 내용의 조례로는, 영주시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙과 군위군장곡자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙, 경주시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙 등을 들 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 규칙내용 중 '정신병자' 에 대한 이용제한행위는 휴양림 이용을 위한 합리적 차별로 보이지 않는다. 따라서 이는 일정한 병력신분을 가진 자에 대한 차별 즉, 불리한 대우행위로 이해된다.

(4) 위법성 평가

안동시가 조성하고 관리하는 자연휴양림에 대한 안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙에서는 제4조에서 휴양림의 입장제한 대상을 규정하고 있다 휴양림에 대해서는 산림법 제33조에 입장료 등의 징수에 관하여 법률규정이 있을 뿐 그 외의 사항에 대해서는 별다른 규정이 없다. 따라서 휴양림의 입장 등의 사항에 대해서는 휴양림의 관리·운영자가 재량을 갖는 것으로 볼 수 있다 휴양림의 관리·운영자는 사인일 수도 있고 국가나 지방자치단체일 수도 있으나 안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙

의 적용대상은 안동시가 조성하고 관리하는 휴양림에 한하므로 이 때의 관리운영자는 지방자치단체인 안동시가 될 것이다

관리·운영자로서 안동시는 휴양림의 관리·운영에 대하여 재량을 갖는다. 이때 휴양림은 체육시설 등과는 달리 법률에 의해 설치의무가 있는 시설은 아니지만 관리운영자인 안동시의 지위는 무시될 수 없다고 본다 따라서 안동시가 갖는 휴양림의 관리·운영에 대한 재량권은 주민의 휴양림 이용권리와 조화를 이뤄야 할 것이다

안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙 제4조에서는 휴양림내 입장제한 대상을 열거하고 있는데 제1호에 “전염병질환자 및 정신병자”의 입장을 제한할 수 있다고 규정하고 있다 휴양림은 불특정 다수가 이용하는 시설이므로 전염병질환자의 입장 제한은 공중위생상 합리적인 이유가 있는 제한이라 볼 수 있다문제가 되는 것은 “정신병자”라고 명시한 자에 대한 입장제한이다 제1호에서 정신병자의 입장 제한이 가능하다고 규정한 이유는 다른 이용자에게 피해를 끼칠 위험이 높기 때문인 것으로 보인다 그러나 정신질환은 전염병과는 달리 전염되는 것이 아니고 정신질환의 양태 역시 매우 다양하여 정신질환자라고 모두 소란을 일으켜 타인에게 피해를 주는 것은 아니다 또한 정신질환은 언뜻 보아 판단할 수 있는 성질의 질환이 아니므로 “정신병자”라는 단순한 명칭으로는 모호한 개념이 되어 기준이 명확하지 않다. 제1호에 “정신병자”를 명시한 이유가 타인에게 방해가 되는 경우를 고려한 것이라면 동조 제4호의 ‘미풍양속 및 공공시설을 해치거나 타인에 방해가 된다고 인정되는 자로 포섭이 가능 할 것이다.

(5) 개선사항

안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙 제4조 제1호의 “정신병자”에 대한 입장제한 규정은 개념의 모호함과 표현의 부적당함으로 기준을 명확히 할 수 없어 당사자의 휴양림에 대한 이용권리를 침해할 여지가 크다 따라서 삭제되거나 보다 명확한 기준을 제시할 수 있는 문언으로 바뀌어야 할 것이다.

26. 서울특별시시장사등에관한조례

(1) 대상 조례

제7조 (사용료 징수 및 감면 등) ① 시립묘지등을 사용하고자 하는 자는 사용료 및 관리비를 납부하여야 한다.

② 시립묘지등의 사용료와 관리비는 원가수준을 고려하여 적정금액으로 결정한다.

③ 시장은 저소득시민과 국가유공자 등에 대하여 사용료·관리비를 감면할 수 있으며, 시장이 정한 지역의 주민을 제외한 타지역 주민에 대해서는 사용료·관리비를 다르게 정할 수 있다.

④ 제2항의 사용료·관리비와 제3항의 감면대상과 사용료·관리비를 다르게 정하는 대상 및 납부방법 등은 규칙으로 정한다.

서울특별시시장사등에관한조례시행규칙

제9조 (사용료 징수 및 감면 등) ① 조례 제7조 제4항의 규정에 의한 시립묘지등의 사용료·관리비의 징수기준은 별표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의한 사용료·관리비는 현금(신용카드 등 포함)·수입증지 또는 수입증지요금계기를 이용하여 납부할 수 있다.

[별표 2] 시립장사시설 사용료 및 관리비 징수기준(제9조 관련)

(단위 : 원)

구 분	내 용	사 용 요 금	
		서울특별시민	기타지역주민
묘 지	◦ 조성묘지 사용료 (1제곱미터당)	140,000	280,000
	◦ 비조성묘지 사용료 (1제곱미터당)	17,800	35,600
	◦ 조성묘지 분묘관리비(1제곱미터당) (납골묘지 포함)	13,500 (매 3년마다)	13,500 (매 3년마다)
화장장	◦ 일반시민		
	- 대 인(만 13세 이상) 1구당	50,000	150,000
	- 소 인(만 12세 이하) 1구당	44,000	100,000
	- 사 산 아 1구당	20,000	50,000
	- 개장유골 1구당	26,000	60,000
◦ 국가유공자	무 료	무 료	
◦ 국민기초생활보장수급자	무 료	50,000	
납 골 시 설	◦ 일반시민		
	- 사용료 1위당(최초 15년 사용)	120,000	240,000
	- 재사용료 1위당(5년마다기간연장시)	60,000	120,000
	◦ 국가유공자		
	- 사용료 1위당(최초 15년 사용)	60,000	240,000
	- 재사용료 1위당(5년마다기간연장시)	30,000	120,000
◦ 국민기초생활보장수급자			
- 사용료 1위당(최초 15년 사용)	100,000	240,000	
- 재사용료 1위당(5년마다기간연장시)	50,000	120,000	

(2) 유사조례

부산광역시장사등에관한조례

제12조 (사용료의 징수 및 감면) ① 공설장사시설의 종류별 사용료의 징수기준은 별 표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의한 사용료는 사용허가시에 징수하고 사용료의 징수방법은 규칙 으로 정한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 이미 납부한 사용료는 반환하지 아니한다. 다만, 제4항의 규정에 의한 감면대상자 또는 천재지변 등 불가피한 경우와 시장이 공익상 필요에 의하여 사용허가를 취소한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 장은 다음 제1호·제2호 및 제5호에 해당하는 경우에는 공설장사시설의 사용료를 면제하고, 제3호 및 제4호에 해당하는 경우에는 사용료의 50퍼센트를 감액한다.

1. 국민기초생활보장법 제2조의 규정에 의한 수급자
2. 국가유공자등예우및지원에관한법을 제4조의 규정에 의한 국가유공자
3. 참전유공자예우에관한법을 제2조의 규정에 의한 참전유공자
4. 공설장사시설이 설치된 지역으로서 시장이 정한 지역주민
5. 기타 시장이 사용료를 면제할 필요성이 있다고 인정하는 자

부산광역시시장사등에관한조례시행규칙

제5조 사용료 징수방법 및 감면범위) ① 조례 제12조 제2항의 규정에 의한 사용료는 현금 신용카드 또는 부산광역시 수입증지에 의하여 징수할 수 있다.

② 조례 제12조 제4항 제4호의 규정에 의한 공설장사시설이 설치된 지역으로서 시장이 정한 지역주민의 범위는 금정구 남산동·청룡노포동·선두구동 주민으로 한다.

③ 조례 제12조 제4항 제5호의 규정에 의한 기타 시장이 사용료를 면제할 필요성이 있다고 인정하는 자라 함은 다음 각호의 자를 말한다.

1. 무의탁 사회복지시설 수용자
2. 연고자 없는 행려사망자
3. 기타 시장이 특별한 이유가 있다고 인정하는 자

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

비주민에 대한 화장장 사용료 액수는 주민과 비교하여 적정한 범위의 차등부과로 보이지 않는다. 일정한 액수 차이가 바로 차별로 볼 수는 없겠지만 적정한 범위의 액수로 다시 조정될 필요는 있을 것이다

(4) 차별의 구체적 검토

가. 규정의 내용

서울특별시시장사등에관한조례 제7조에서는 시립묘지 등을 이용할 때에는 사용료와 관리비를 납부하도록 규정하고 있다 제1항에서는 시립묘지 등을 사용하고자 하는 자에게 사용료 및 관리비의 납부에 대해 의무를 부과하고 있고 제2항에서는 시립묘지 등의 사용료와 관리비는 원가수준을 고려하여 적정금액으로 할 것을 규정하고 있다 제3항에서는 저소득시민과 국가유공자 등에 대하여 사용료관리비를 감면할 수 있으며, 시장이 정한 지역의 주민을 제외한 타지역 주민에 대해서는 사용료·관리비를 다르게 정할 수 있도록 규정하고 있다 그런데 제4항에서는 제2항의 사용료·관리비와 제3항의 감면대상과 사용료관리비를 다르게 정하는 대상 및 납부방법 등은 규칙으로 정하도록 하여 시행규칙에 사용료와 관리비의 징수에 대한 세부내용을 규정할 것을 위임하고 있다.

또한 서울특별시시장사등에관한조례시행규칙 제9조 제1항에서는 조례 제7조 제4항의 규정에서 위임한 바와 같이 시립묘지 등이 사용료 징수 및 감면 등에 대하여 세부적으로 정하고 있는데 제1항에서는 별표를 통해 징수기준을 마련하고 있다 별표에 따르면 묘지와 화장장, 그리고 납골시설에 따라 서울특별시민일 경우와 타 지역 주민일 경우 사용료와 관리비가 다르게 부과된다 묘지의 경우 조성묘지를 사용하는지 비조성묘지를 사용하는지에 따라 사용료가 다르게 부과되며 관리비 또한 부과된다. 화장장의 경우에는 일반시민을 대인, 소인, 사산아, 개장유골 등으로 나누어 사용요금을 다르게 부과하고 있으며 국가유공자나 국민기초생활보호자의 경우 요금이 감면된다 그리고 납골시설의 사용료는 일반시민과 국가유공자 국민기초생활보호자로 나누어 차등 징수된다. 이와 같이 본 시행규칙에서는 조례의 위임에 따라 시립묘지와 화장장, 그리고 납골시설 등의 시용에 대해 사용료와 관리비를 세부적으로 책정하여 징수하고 있다.

나. 판단

시립묘지 등의 사용료 징수 및 감면에 있어서 서울특별시민인 경우와 타지역 주민인 경우에 사용료와 관리비가 다르게 부과된다 즉, 서울시민은 5만원, 기타 지역주민은 15만원을 징수하도록 하고 있다

조례에서는 주민과 비주민을 차별하여 취급하는 경우가 많이 발견된다. 주민에게 특별한 혜택을 부여하는 것은 공공시설의 유지나 관리비용을 주민의 비용부담으로 하기에 타당한 면이 있다고 보인다. 그러나 이 경우에도 지방자치단체의 주민과 다른 지역의 주민을 차별하는 것이 정도가 지나치면 차별사유에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 어느 정도의 차이가 나면 차별인가의 여부는 확일적으로 답하기 어려운 문제이지만, 인구편차에 따른 선거구 획정문제에서 헌재가 취한 기준을 넘는 3배정도의 차이라면, 이는 거주지역을 이유로 한 차별로 볼 수 있다고 생각한다.

또한 이와 유사하게 주민에게는 무료이고, 비주민에게는 비용을 징수하는 것도 문제가 될 수 있어 보인다. 이에 해당하는 조례로는, 서귀포시립해양공원관리조례 제5조(입장료의 면제)규정과 서귀포시서북전시관 관람료징수조례 제4조 제5호의 경우를 들 수 있다.

(5) 개선사항

비주민에 대한 이용료부과는 주민과 비교하여 지나치지 않은 정도의 차등액수로 부과할 필요가 있다. 구체적인 액수는 적어도 3배의 차이가 나지 않도록 할 필요는 있다고 보인다.

27. 부산광역시동구주차장설치및관리조례

(1) 대상 조례

제3조 (주차요금 및 가산금) ② 제1항의 주차요금은 다음 각호에 의거 당해차량을 주차한 자에게 부과함을 원칙으로 하되, 주차한 자를 알 수 없거나 주차한 자가 주차요금을 납부하지 아니한 때에는 자동차 소유자에게 부과할 수 있다.

2. 요금을 납부하지 아니하고 출차한 경우에는 요금을 납부하지 않은 주차시간에 해당하는 주차요금을 적용하며 출차시간이 불분명한 경우에는 출차 발견시간을 출차시간으로 본다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례에서 출차시간이 불분명한 경우에 출차발견시간을 출차시간으로 보는 규정은 행정편의에 의하여 재산권을 침해할 소지가 있는 것으로 평가될 수 있다

(3) 위법성 평가

동 조례는 주차장법 제9조 2항에서, 주차요금의 요율 및 징수방법 등은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다는 규정에 근거한 것으로서 상위 법령의 위임을 받은 조례로 평가된다. 그리고 주차장법 제9조 3항에서는 정당한 사유없이 주차요금을 납부하지 아니하고 주차하는 경우에 대한 가산금 규정을 규정하고 있다 그러나 이러한 상위법령에서는 행위유형으로서, 요금을 납부하지 아니하고 출차한 경우에 출차시간이 불분명한 경우에는 어떻게 규율한다는 규정을 두고 있지 아니하다 따라서 동 조례처럼 출차발견시간을 출차시간으로 본다는 간주규정을 두어 규율하게 되면 당사자가 출차시간을 주장 입증하여도 여전히 출차시간이 불분명하다고 판단될 시에는 당사자의 주장내용에 구속되지 않고 출차발견시간을 출차시간으로 보고 요금을 징수할 수 있게 된다. 이는 출차시간이 불분명한 경우의 당사자에 대한 재산권침해의 소지가 있는 규정으로 평가된다.

(4) 개선사항

출차시간이 불분명한 경우에 출차발견시간을 출차시간으로 보는 규정은 당사자의 입증에 의하여 그 효력을 제한하는 식의 예외규정을 둘 필요가 있다

28. 강원도양구군수도급수조례

(1) 대상 조례

제48조 (정수처분) ① 군수는 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여 급수를 정지할 수 있다.

1.---

8. 급수를 남용하거나 제27조의 규정을 위반하여 급수를 판매한 사람

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례의 내용 중 '급수를 남용하거나의 표현은 불명확한 규정형식을 취하고 있어 그 요건이 남용될 소지가 있다 따라서 이로 인하여 정수가 되어 생존권적 기본권이 침해될 소지가 있다

(3) 위법성 평가

동 조례는 '급수남용행위'라는 모호한 행위유형을 설정하여 급수를 정지하도록 하고 있다. 정수처분은 지역주민이 기본적인 생활을 유지하기 위하여 반드시 필요한 물을 공급하는 것을 정지시키는 기본권제한성이 강한 부담적 처분임에도 불구하고 '급수를 남용할 때'라고 폭넓게 규정하여 군수가 이러한 행위유형에 따라 자의적으로 해석하여 차별할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다 따라서 이러한 당사자에 대한 생존권적 기본권을 침해하는 위법성이 존재한다

(4) 개선사항

정수처분을 하기 위해서는 급수를 남용하는 경우에 대한 보다 더 구체적인 내용의 요건규정이 마련될 필요가 있다

29. 대전광역시대덕구폐기물관리및수수료등의부과징수등에관한조례

(1) 대상조례

제6조 (자원재활용 미이행자에 대한 조치) 구청장은 법 제13조, 법 제15조 제2항 및 제5항과 법 제16조 제2항의 규정에 의한 조치사항을 이행하지 아니하는 자에 대하여는 과태료부과등 기타 필요한 조치를 할 수 있다.

제16조 (과태료 부과기준) ① 법 제63조의 규정에 의한 과태료 부과 기준은 별표 4와 같다.

② 과태료 징수절차와 방법은 법, 영, 규칙에서 규정된 것을 제외하고는 지방세 징수의 예에 의한다.

별표4 과 태 료 부 과 기 준(제16조 제1항 관련)

부 과 항 목	부과금액(천원)		
	1차위반	2차위반	3차위반 (이후)
1. 폐기물투기 금지지역에 정당한 사유없이 폐기물을 버린자(법 제7조)			
가. 별도기구 없이 휴대하고 있는 폐기물(담배꽂초, 휴지등)을 버리는 행위	50	50	50
나. 간이보관기구(비닐봉지, 천보자기등)를 이용하여 폐기물을 버리는 행위	100	150	200
다. 휴식 또는 행락 중 발생된 쓰레기를 수거하지 아니하는 행위	100	150	200
라. 차량, 손수레등 별도 운반장비를 이용하여 폐기물을 버리는 행위	200	300	500
마. 사업활동 과정등으로 발생하는 폐기물(건설 폐기물등)을 버리는 행위(법 제2조 제3호 사업장 폐기물 배출자 및 법 제26조 폐기물처리업자, 법 제44조의2 폐기물 재활용 신고를 한자는 제외)	500	700	1,000

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 담배꽁초, 휴지 등을 버리는 것에 대해 일률적인 과태료를 부과하도록 하여, 다른 행위유형과 비교하여 합리적 사유없이 차별적 규정을 두고 있다. 이는 행위 유형에 따른 차별, 즉, 우대조치로 보인다.

(3) 위법성 평가

폐기물관리법 제7조 (폐기물의 투기금지등)는 누구든지 시장·군수·구청장이나 공원·도로 등 시설의 관리자가 폐기물의 수집을 위하여 마련한 장소 또는 설비의 이곳에 폐기물을 버려서는 아니된다고 규정하면서 이를 위반한 자에게는 100만원 이하의 과태료에 처한다고 폐기물관리법 제63조 제3항에서 규정하고 있다. 이에 따라 대전광역시대덕구폐기물관리및수수료등의부과·징수에 관한조례는 제16조 (과태료 부과 기준)에서 이에 대한 과태료 부과기준을 별표에서 규정하고 있다. 여기에서 문제되는 부분은 그 구체적인 부과기준 가운데 폐기물투기 금지지역에 정당한 사유없이 별도기구 없이 휴대하고 있는 폐기물 예를 들어 담배꽁초나 휴지 등을 버린 것이라면 1차, 2차, 3차 위반시 모두 5만원의 과태료를 부과하고 있는 별표의 제1호 가목이다. 검토해 볼 때 폐기물투기 금지지역에 정당한 사유 없이 간이보관기구(비닐봉지, 천보자기 등)를 이용하여 폐기물을 버리는 경우(별표4의 제1호 나목)나 사업활동 과정 등으로 발생하는 폐기물(건설폐기물 등)을 버리는 경우(별표4의 제1호 마목)에는 1,2,3차 위반시마다 차등으로 과태료를 부과하고 있는데 반해 담배꽁초 등을 버린 경우(별표4의 제1호 가목)에는 각각의 위반시마다 동일한 금액의 과태료를 부과하고 있는 것은 비례원칙에 반하는 면이 있다고 본다. 담배꽁초, 휴지 등을 버리는 것에 대해 일률적인 과태료부과가 행정목적 달성에 적합하다고는 볼 수 있더라도 차등 부과함이 개인에게는 권익을 덜 침해받을 것이므로 필요성원칙에도 반한다고 보이고 상당성 또한 없다고 보인다. 더구나 담배꽁초, 휴지 등을 버린 행위는 사업활동 과정 등으로 발생하는 폐기물(건설폐기물 등)을 버리는 것보다 훨씬 의무 위반 정도가 작음에도 불구하고 1,2,3차 위반 모두 일률적으로 과태료를 부과함은 비례성원칙에 반한다고 보인다.

따라서 동 조례는 별도기구없이 휴대하고 있는 폐기물을 버리는 행위에 대해 다른

폐기물의 경우와 달리 차별하고 있는 것으로 평가된다

(4) 개선사항

담배꽂초, 휴지 등을 버리는 것에 대해 의무위반의 정도에 따른 차이를 인정하지 않고 일률적으로 과태료를 부과하는 것은 과잉금지원칙에 반한다 따라서 차등을 두는 규정으로의 개정이 필요하다고 보인다

30. 서울특별시동대문구주차장설치및관리조례

(1) 대상조례

제2조의2 ① 구청장은 공영주차장 사용자가 주차요금을 납부하도록 고지하였음에도 불구하고 3회 이상 체납하였거나, 10만원 이상의 주차요금을 정당한 사유없이 납부하지 아니한 자동차에 대하여 당해 주차요금 및 가산금을 납부할 때까지 당해 차량의 운행을 제한하는 장치를 설치할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

주차요금 등의 미납시에 차량의 운행을 제한하는 장치를 설치하는 제재는 상위 법령의 근거없이 재산권 행사를 침해하는 행위로 보인다 또한 사설주차장의 경우와 비교하여 차별적 우대조치로 보인다

(3) 위법성 평가

이 조례는 기본적으로 동 조례의 상위법률인 주차장법이나 동법 시행령 시행규칙에서 그 위반행위에 대하여 과태료 및 벌금 등에 대해서만 예상하고 있을 뿐 이동제한장치설치라는 제재는 규정하고 있지 않음에도 불구하고 이를 규정하고 있어 위법소지가 있다.

또한 민간인이 운영하는 주차장에 대해서는 민·형사상의 책임만을 물을 수 있도록 하는 현행법의 체계하에서, 지방자치단체에서 운영하는 공용주차장에 대해서만 행정상 즉시강제조치라고 볼 수 있는 '이동제한장치의 설치'를 인정하는 것이어서, 운영주체에 따른 차별적 조치라고 보아야 할 것이다.

특히 주차장이라는 시설이 현대 사회에서 공공의 필요에 의하여 설치 운영되는 점에 비추어 보아, 민간인이 운영하는 주차장과 크게 달리 취급하여야 할 것은 아니라고 생각된다.

(4) 개선사항

차량의 운행에 제한하는 장치를 설치하는 행위는 상위 법령의 명시적 수권이 없으면 불가능한 것으로 보아야 한다. 따라서 위임의 근거가 필요하다고 본다.

31. 인천광역시수도급수조례

(1) 대상조례

제29조 (업종의 구분) ① 효율적용을 위한 업종구분은 별표3에 의한다. 다만 업종구분이 불명료하거나 업종적용이 부적당하다고 인정되는 경우에는 시장이 따로 정할 수 있다.

② 업종을 달리하는 용도의 급수를 1개의 수도계량기로서 계량하는 경우에 있어서는 업종구분은 높은 효율의 업종을 적용한다. 다만, 높은 효율의 업종으로 적용함이 심히 불합리하다고 인정되는 경우에는 사용자의 신청에 의하여 보조계량을 목적으로 하는 보조계량기를 설치하거나 별도의 급배수관에서 급수장치를 설치한 후 따로 조정할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

업종구분을 전제로 한 요금부과는 다분히 행정편의적이며, 요금부과도 사용자에게 불리한 내용으로 높은 효율의 요금을 징수할 수 있도록 하고 있다 이는 재산권 침해의 소지가 있다.

(3) 위법성 평가

가. 자의적 기준에 의한 차별

동 조례는 별표에서 행정편의를 위하여 자의적 기준에 의하여 영업용과 업무용을 설정하고, 제29조 제2항에서 '업종을 달리하는 용도의 급수를 1개의 수도계량기로서 계량하는 경우에 있어서는 업종구분은 높은 효율의 업종을 적용한다고 규정함으로써, 주민들이 조례에 의하여 자신이 본래 부담하여야 할 요금보다 더 많은 액수의 요금을 부담할 수밖에 없도록 규정하였기 때문이다.

별표에서의 업종별 사용요금을 보면 업무용의 요금이 영업용의 요금보다 현저하게 비싸고, 이러한 구별이 인천광역시 행정청의 자의적인 기준에 의하여 결정됨으로써 행정청의 의사에 따라 어떤 업종은 높은 효율의 요금을 부담하고 어떤 업종은 낮은 효율의 요금을 부담하는 차별이 발생할 수 있다. 이외에 제29조 제2항의 문구는 특별

한 이유없이 높은 요율의 업종을 적용한다고 함으로써 부당하게 행정청의 수입만을 올리려고 하는 규정이라고 볼 수 있다 또한 높은 요율의 업종을 적용하는 것이 심히 부당하다고 인정되는 경우 따로 조정할 수 있다고 하여 재량사항으로 규정함으로써 심히 부당한 경우에도 조정하지 않아도 되는 여지를 남겨두고 있다 이러한 점에서 동 조례는 법적 문제점을 안고 있다

물론 동 조례의 상위법에는 이에 관한 명문규정을 두고 있지 않다 다만 수도법 제8조 제2항에서, '수도사업자는 수도가업을 경영함에 있어 합리적인 원가산정에 따른 수도요금체계를 확립하고라고 명시하여, 합리적인 기준에 의한 요금체계를 확립할 것을 유도하고 있는 바 이러한 상위법령의 취지에 비추어 보았을 때에도 자의적인 기준에 의한 요금징수의 차별은 배제되어야 한다.

나. 평등권 침해

동 조례가 부당하게 영업용과 업무용을 구별하여 수도요금을 다르게 징수하는 것은 업무용으로 구분된 업종의 종사자들과 영업용으로 구분된 업종의 종사자들을 차별하는 것이고, 이들의 평등권을 침해하는 것으로 평가되어야 한다. 특히 다른 지방자치단체의 조례의 경우와 비교하여 보면 이는 더 명확히 드러나게 된다. 예컨대 부천시 조례는 상수도요금을 업무용과 영업용으로 분리하여 징수하고 있는 현행 요금체계를 개선하라는 정부의 권고에 따라 '일반용'으로 통합하여 동일한 요금을 받도록 하고 있다. 이는 업무용과 영업용으로 각각 분류된 수도물을 사용하는 업종이 같은 건물에 입주하여 있을 때에 가격이 상대적으로 비싼 영업용 요금을 적용하도록 되어 있어 불합리하기 때문이다. 이와 같이 부천시의 경우는 기존에 업무용과 영업용으로 분리 하였던 것을 '일반용'이라는 통합적 기준으로 변경함으로써 업무용에 해당하는 직업종사자와 영업용에 해당하는 직업종사자 사이의 요금징수상의 차별문제를 해결하고 있다.

인천광역시도 2003년 10월 27일에 동 조례를 개정하면서도 정부의 권고에 따르지 않고 여전히 요금체계를 통합하지 않고 있다 물론 인천광역시가 정부의 권고를 받드시 따를 의무가 있는 것은 아니다 상수도의 관리업무는 자치사무이고 이에 대하여 정부는 적법성의 통제만을 할 수 있을 뿐 합목적성의 통제는 할 수 없기 때문이다. 그러나 조례도 주민인 국민을 대상으로 적용하는 이상 권리를 제한하거나 의무를 부과함에 있어서는 헌법에 규정된 한계를 준수하여야 한다 따라서 부천시와 같이 업무

용과 영업용을 통합하여 '일반용'으로 구분하고, 가정용과 옥탕용 외의 업종에 대하여는 모두 차별없이 요금을 부과하는 내용으로의 조례개정이 필요하다고 생각한다

(4) 개선사항

업무용과 영업용으로 나누어 요금을 징수하는 방식은 다른 지방자치단체의 경우와 같이 '일반용'으로 다시 전환될 필요가 있다

제3장 사회행정 영역

제1절 검토범위

사회행정영역에서는 사회적 기본권의 적용대상영역을 검토하였다. 사회적 기본권에는 생존권, 근로의 권리, 혼인에 관한 권리, 환경권 등 다양한 권리목록이 포함되는 것이지만, 조례나 규칙에서 발견되는 문제점은 주로 여성 장애인복지문제등이 주된 대상이었다.

제2절 구체적 검토조례

1. 서울특별시여성발전기본조례

(1) 대상 조례

제5조 ② 시장은 시행계획의 수립 시행을 위하여 필요한 때에는 자치구, 공공기관 및 기타 법인 또는 단체에 대하여 협조를 요청할 수 있다.

(2) 관련 법률

여성발전기본법

제9조 (계획 수립 및 시행의 협조) ① 여성부장관은 기본계획과 시행계획을 수립·시행하기 위하여 필요한 경우에 관계 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장에 대하여 협조를 요청할 수 있다.

② 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 시행계획을 수립·시행하기 위하여 필요한 경우에 관계 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장에 대하여 협조를 요청할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 협조요청을 받은 자는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 협조하여야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 모법인 여성발전기본법의 내용보다 한층 강화한 내용으로써 시행계획을 수립 시행하기 위하여 협조를 요청할 수 있는 기관을 사법적인 지위를 갖는 단체와 법인에 대해서까지 확대하고 있다 이로 인하여 이들 기관의 일반적 행동의 자유가 제약받고 있다.

(4) 침해의 위법성 평가

가. 여성발전기본법 위반

(가) 조례 제5조 제2항과 법 제9조 제3항의 내용 비교

본 서울특별시여성발전기본조례는 여성발전기본법을 구체화한 자치법규이다 여성발전기본법은 헌법의 남녀평등이념을 구현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 남녀평등을 촉진하고 여성의 발전을 도모함을 목적으로 한다. 그리고 개인의 존엄을

기초로 하여 남녀평등의 촉진, 모성의 보호, 선차별적 의식의 해소 및 여성의 능력개발을 통하여 건강한 가정의 구현과 국가 및 사회의 발전에 남녀가 공동으로 참여하고 책임을 분담할 수 있도록 함을 그 근본이념으로 한다 여성발전기본법은 제9조에서 여성부장관은 기본계획과 시행계획을 수립·시행하기 위하여 필요한 경우에 관계 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장에 대하여 협조를 요청할 수 있으며 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 시행계획을 수립·시행하기 위하여 필요한 경우에 관계 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장에 대하여 협조를 요청할 수 있다고 규정하고 있다 그리고 위의 협조요청을 받은 자는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 협조하여야 한다.

그런데 서울특별시여성발전기본조례는 제5조 제2항에서 시장은 시행계획의 수립·시행을 위하여 필요한 때에는 자치구·공공기관 및 기타 법인 또는 단체에 대하여 협조를 요청할 수 있다고 하고 있다 다시 말해서, 법은 협조를 요청할 수 있는 기관을 중앙행정기관, 지방자치단체 그리고 공공기관의 장으로만 제한한 것에 비하여 서울특별시의 조례는 이러한 시장의 권한을 기타 법인 또는 단체에게까지 확대시킨 것이다.

사람 또는 재산의 결합체로서 권리 의무의 주체가 될 수 있는 것을 법인이라고 한다. 국가나 자치단체 각종의 회사, 노동조합이나 학교의 대부분은 모두 법인인 것이다. 그리고 단체는 공동의 목적을 가지고 있는 다수인의 결합체를 말한다 이와 같은 인적 집단에는 사단법인과 법인격 없는 사단이 있으며 사단으로서의 실체를 갖추지 못한 조합도 있다 여성발전기본법은 중앙행정기관의 장 그리고 시·도지사가 시행계획을 수립·시행하기 위하여 협조를 요청할 수 있는 기관을 공적지위를 갖는 기관으로 제한하였다. 이에 반하여, 이를 구체화한 서울특별시의 조례는 이를 사법적인 지위를 갖는 단체와 법인에게까지 확대하여 규정한 것이다

(나) “기타 법인 또는 단체”에게 협조의무가 인정되는지의 여부

여성발전기본법은 제9조 제3항에서 협조요청을 받은 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장은 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 협조하여야 한다고 규정하고 있다 즉, 이러한 요청을 받은 자는 협조의무가 있는 것이다 그러나 이와는 달리 서울특별시여성발전기본조례에서는 기타 법인 또는 단체에 대하여도 협조를 요청할 수 있다고 규정했을 뿐 법 제9조 제3항과 같이 협조의무를 부과하고 있지

않아 해석상 문제가 있다 만약 기타 법인 또는 단체의 협조의무가 임의적인 것이라면 과도한 기본권제한의 문제는 생기지 않을 것이다 이를 판단하기 위해서는 먼저 법에서 협조의무를 명문으로 인정한 취지를 이해하여야 할 것이다

중앙행정기관의 장 또는 시·도지사에게는 시행계획을 수립·시행할 의무가 인정되는데 효과적인 의무수행을 위하여는 관계 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장에 대하여 협조가 필요하다. 그런데 이러한 협조의무를 관계 기관의 자발적인 의사에 맡긴다면 협조의무도 불분명해질 뿐만 아니라 중앙행정기관의 장과 시·도지사는 여성발전기본법시행령 제5조에 따라 매년 1월말까지 당해 연도의 소관 여성관련업무에 관한 시행계획안을 각각 여성부장관에게 제출하고, 여성부장관은 이 시행계획안을 종합하여 조정회의의 심의를 거쳐 확정된 후 이를 매년 4월말까지 중앙행정기관의 장 및 시·도지사에게 알려야 하는데 이를 위해서는 신속한 기관간의 소통이 필수적이다. 그리하여 법은 제9조 제3항에서 관계 기관의 협조의무를 인정하고 판단된다. 그러므로 중앙행정기관의 장 및 시·도지사의 협조요청 권한이 인정될 경우 반사적으로 상대방에게는 협조의무가 부과되는 것이다

이상 살펴 본 이유로, 조례 제5조 제2항에 의하여 서울특별시장이 자치구·공공기관 및 기타 법인 또는 단체에 대하여 협조를 요청할 경우 이러한 자치구·공공기관 및 기타 법인 또는 단체는 특별한 사정이 없는 한 이에 협조하여야 한다고 본다

(다) 기타 법인 또는 단체에게 협조의무를 부과한 것이 상위 법령에 위반되는지의 여부

이는 결국 기본권의 이익형량이론에 의하여 해결하여야 한다. 즉, 여성 보호 정책을 위한 협조의 필요성과 법인과 단체의 자유로운 활동 보호의 필요성을 이익형량하여야 할 것이다. 협조 요청의 상대방이 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장이라면 이들의 공법상의 지위로 인하여 시행계획의 수립·시행을 위한 협조의 필요성이 더욱 우월한 법익으로 평가될 수 있을 것이다 중앙행정기관·지방자치단체 또는 공공기관의 장의 협조의무를 규정한 여성발전기본법 제9조 제3항은 이를 입법화한 것이라 볼 수 있다. 그러나 서울특별시여성발전기본조례 제5조 제2항에서 협조요청 기관으로 규정한 법인 또는 단체는 사법 적용을 받는 법인과 단체를 포함하는 개념으로 이들의 기본권 보호의 필요성은 한층 강화될 수 밖에 없다 조례 제5조 제2항은 헌법상 보장되는 기본권인 재산권보장과 영업의 자유를 침해하는 것으로 위헌

이라고 판단된다. 또한 협조의무를 인정하는 대상을 구체적으로 열거하지 않고“ 기타 법인 또는 단체”로 포괄적으로 규정한 것은 헌법 일반 원칙인 비례성 원칙의 위반이라고 본다.

나. 기타 위법성 사유

다른 측면에서 조례 제5조 제2항은 기업활동규제완화에관한특별조치법의 취지와도 배치된다. 이 법은 기업활동에 관한 행정규제의 완화 및 특례에 관한 사항을 규정하여 원활한 기업활동을 도모하고 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 하는데, 여기서 행정규제란 동법 제2조 제2호에 의하여 국가, 지방자치단체 또는 법령에 의하여 행정권한을 행사하거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인 단체 또는 개인이 특정한 행정목적의 실현을 위하여 기업활동에 직접 또는 간접적으로 개입하는 것을 말한다. 그런데 서울특별시여성발전기본조례 제5조 제2항은 협조를 요청할 수 있는 대상을 포괄적으로 정하고 무조건적인 협조의무를 부과함으로써 비례성 원칙에 위반하여 지나치게 기업활동을 규제할 수 있는 위험을 내포하는 것이다

또한 여성과학기술인육성및지원에관한법률 제6조에서 실태조사를 하기 위하여 필요한 경우에 자료 또는 의견을 제출하도록 요청할 수 있는 대상을 중앙행정기관 지방자치단체·공공기관 그 밖의 국가 또는 지방자치단체의 지원을 받는 기관 또는 단체로 한정하고, 시행령 제8조에서는 이에 해당하는 단체를 구체적으로 열거한 것과는 대조적이다. 여성기업지원에관한법률 제7조 제3항에서도 실태조사를 실시하기 위하여 중소기업청장이 자료의 제출이나 의견의 진술 등을 요구할 경우 이에 응할 의무가 있는 대상에 공공기관 여성기업 또는 여성단체로 제한하였다. 기업활동규제완화에관한특별조치법 제8조에서 국가 및 지방자치단체는 공법적인 지위가 인정되지 않는 법인인 이공계대학 등에 대하여 재학생 중 여학생비율이 매우 낮은 경우에 해당 이공계대학 등에 대하여 매년 입학하는 여학생의 비율을 적정하게 유지하도록“권장”할 수 있다고 규정한 것은 서울특별시여성발전기본조례에서 서울시의 행정목적의 달성을 위한 협조“의무”를 규정한 것과는 대비된다

부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률은 제7조에서 영업비밀의 보호에 관하여 규정하고 있다. 즉, 영업비밀의 보유자는 영업비밀 침해행위를 하고자 하는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에는 법원

에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다(동법 제10조). 그리고 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상의 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다(제11조). 또한 법원은 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 영업비밀 보유자의 청구에 의하여 제11조의 규정에 의한 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다. 이렇듯 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률은 영업비밀의 침해의 사전예방과 영업비밀이 침해된 경우의 사후적인 보상에 관하여 상세하게 규정하고 있음에 반하여 서울특별시여성발전기본조례는 제5조 제2항의 협조로 인하여 영업비밀의 침해 위험이 있음에도 불구하고 이에 대하여 아무런 보호조치도 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 법인 또는 단체에게 협조의무를 인정하는 것은 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한법률에 위반하는 것이다.

(5) 개선사항

본 조례의 모법인 여성발전기본법 제9조 제3항의 내용보다 한층 강화한 내용으로서 시행계획을 수립 시행하기 위하여 협조를 요청할 수 있는 기관을 사법적인 지위를 갖는 단체와 법인에 대해서까지 확대하고 있다. 법률과의 조화를 위하여는 “기타 법인 또는 단체”를 삭제하는 것이 바람직하다고 보인다.

2. 서울특별시동작구립사회복지관직영및위탁운영에관한조례

(1) 대상조례

제19조 (사용제한 및 허가취소) 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 사용제한 또는 사용허가를 취소할 수 있다.

1. 전염성 환자
2. 정신질환자
3. 삭제 <00.10.30>
4. 기타 사용제한 및 허가취소할 사유가 있다고 인정되는 자

(2) 유사조례

제주민속관광타운관리운영조례

제5조 (사용제한) 다음 각호의 1에 해당할 때에는 민속관광타운 사용을 제한 할 수 있다.

1. 공공질서와 미풍양속을 해할 우려가 있을 때
2. 시설 또는 설비를 훼손할 우려가 있을 때
3. 기타 시장이 사용을 제한할 필요가 있다고 인정할 때

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 사회복지관을 이용할 수 있는 권리를 불명확한 요건규정에 의하여 제한하고 있다. 오늘날 주민들이 지방자치단체의 급부시설에 많이 의존하고 있는 현실에 비추어 생존권의 침해문제가 발생할 수 있다

(4) 침해의 위법성 검토

가. 문제되는 사안의 검토·사용의 제한 사유

조례 제19조는 일정한 사유가 있는 경우 사용허가를 취소하거나 그 사용을 제한 또

는 정지시킬 수 있도록 하고 있다 이것은 공공시설이용권의 한계에 관한 문제이므로 조례가 정하고 있는 사유가 이용권의 세 가지 한계 중 법령상의 한계, 공용지정의 목적에 의한 한계, 사실상의 한계 중 어디에 해당되는지를 판단해서 이것이 적법한 사용제한인지를 검토해야 할 것이다.

나. 논의의 방향

조례 제19조 제4호의 경우는 구체적인 사유를 명시하고 있지 않고 단지 사용제한 및 허가취소할 사유가 있다고 인정되는 자의 경우 사용을 제한하거나 허가를 취소할 수 있다고 규정하고 있다 이것은 위법한 것인지를 살펴보기 위해서는 우선 법령상 한계에 대한 체계적인 고찰을 필요로 한다

사안의 사회복지관 설립의 경우 사회복지사업법에의해서 적법하게 지방자치단체의 사무가 되고, 지방자치단체의 사무로 인정될 수 있으므로 지방자치단체법 제5조에 의하여 '법령의 범위 안에서 조례를 제정하여 이를 규율할 수 있는 것이다

'법령의 범위 안에서'를 어떻게 해석해야 하는가에 대해서는 반드시 법이 정하고 있는 사항에 대해서만 조례가 제정되어야 하는 것을 의미하는 것이 아니라 법령에 위반되지만 않는다면 그 위반되지 않는 범위 내에서는 조례를 제정할 수 있는 것으로 보아야 한다고 해석해야 할 것이다. 즉, '법령의 범위 안에서'란 '법령에 위반되지 않는 범위 내에서'를 가리킨다. 사회복지관을 설립하고 이에 대한 사용허가 및 기타 사용에 관한 구체적인 기준과 규정을 정하는 것은 사회복지사업법 그리고 지방자치법 제15조를 보았을 때, 그 자체는 적합한 것이라고 할 것이다 따라서 본 조례의 사용제한에 관한 내용은 지방자치법 제3조 제1항25)의 '법령이 정하는 바에 의하여'라는 구문 중 '법령'의 범위에 포함되어 일종의 법령상의 한계를 규정한다고 볼 것이다

다. 문제되는 조례의 판단

(가) 동작구 조례의 경우

주민은 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다 이 때의

25) 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 소속지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다

균등한 혜택은 평등원칙에 따른 혜택을 의미하므로 합리적 기준이 없는 행정혜택의 배제는 금지된다. 즉, 행정의 혜택의 배제에 관한 규정의 경우에는 반드시 합리적인 기준을 제시해야 하고, 그렇지 못하다면, 아무리 지방자치법 제13조에서 '법령이 정하는 바에 의하여'라고 법령상의 한계를 명백히 하고 있다고 하더라도 그 조례는 평등원칙이라는 대원칙을 위반한 조례이므로, 이에 의한 혜택의 불평등한 배제는 위법하다고 할 것이다.

위 조례의 경우에는 평등한 사용 배제에 대한 합리적인 기준을 제시하고 있지 못하는 것은 물론이고, 사용제한에 대한 최소한의 요건조차도 제시하고 있지 않은 채 사용제한할 수 있는 사유가 있는 때라고 추상적으로 규정되어 있다 이것은 판단을 자의적으로 할 가능성이 있으므로 문제가 있다고 생각한다 조례의 내용이 권리제한에 관한 것이니만큼 좀 더 구체적으로 사유를 규정했어야지 이렇게 추상적으로 판단하는 사람의 개별적이고 자의적인 판단에 제한여부를 맡기는 것은 타당하지 못하다고 생각한다.

(나) 제주조례의 경우

제주민속관광타운도 일종의 공공시설을 얼마 전부터 민간기관의 위탁에 의해 운영되고 있다. 공공시설이용관리권은 주민의 당연한 권리로서 인정받아야 하지만 일정한 한계에 의해 그 사용이 제한되는 경우가 있고 한계 사유 중 법령상의 한계에 대해서 살펴보아야 할 것이다. 조례에서 사용제한 사유로 규정하고 있는 경우에는 그것이 법령상의 한계를 구성하게 되므로 적절한 사용제한이 될 수 있는 것이 원칙이다 그러나 그런 경우에도 법령이 갖추어야 할 기본적인 원칙들이 갖추어야 할 것이다. 하지만, 이 조례의 경우에는 구체적인 사유가 아니라 시장이 필요하다고 인정할 때라고 함으로써, 명확성의 원칙에 위배되어 옳지 못한 조례제정이라고 생각한다. 사안의 경우 권리에 관한 사항이기 때문에 제한사유를 규정함에 있어 좀 더 구체적으로 그 사유를 제시할 필요가 있었음에도 불구하고 그러지 아니하였으므로, 올바른 조례라고 볼 수 없다고 생각한다

(5) 개선사항

문제의 조례에서 사용하고 있는 불명확한 표현은 삭제되거나 좀 더 구체적인 표현 내용으로 개정되는 것이 필요하다.

3. 서울특별시종로구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용자동판매기설치계약에관한조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 장애복지법 제38조, 노인복지법 제25조, 모자복지법 제15조, 독립유공자예우에관한법률 제16조에 의하여 종로구(이하 "구"라 한다)가 설치 관리하는 공공시설에 신문·복권판 매대,매점 및 식음료용자동판매기(이하 "신문판매대 등"이라 한다)를 설치·계약할 때에는 장애인(장애인복지법 제2조에서 규정한 자) 및 65세이상 노인인 생활보호대상자, 모자가정의 여성, 순국 선열유족(이하 "장애인"등 이라 한다)이 우선하여 사업을 할 수 있도록 하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용의 범위) ① 제2항에서 정한 공공시설에 신문판매대 등을 설치할 때에는 타 법령이 정한 것을 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다. 다만, 매점의 경우에는 그 규모가 10㎡이하인 시설에 한한다.

② 이 조례의 적용대상 공공시설의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 구 및 그 소속기관의 청사
2. 구 및 소속기관이 직접 관리하는 공공시설
3. 구 지방공기업이 직접 관리하는 공공시설

(2) 관련법령

장애인복지법

제38조 (생업지원) ① 국가와 지방자치단체 기타 공공단체는 소관 공공시설내에 식료품·사무용품·신문등 일상생활용품의 판매를 위한 매점이나 자동판매기의 설치를 허가 또는 위탁할 때에는 장애인의 신청이 있는 경우 이를 우선적으로 반영하도록 노력하여야 한다.

② 재정경제부장관 또는 한국담배인삼공사사장은 장애인이 담배사업법에 의하여 담배소매인 지정신청을 한 경우에는 당해 장애인을 담배소매인으로 우선 지정하도록 노력하여야 한다.

③ 장애인이 우편법령에 의하여 국내우표류 판매업 계약신청을 한 경우에는 우편관서는 당해 장애인이 국내우표류 판매업을 우선적으로 계약할 수 있도록 노력하여야 한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 허가, 위탁 또는 지정등을 받은 자는 특별한 사유가 없는 한 직접 그 사업에 종사하여야 한다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 설치 허가권자는 매점·자동판매기의 허가를 위하여 그 설치장소, 판매할 물건의 종류등을 조사하고 그 결과를 장애인에게 알리는 조치를 강구하여야 한다.

제22조 (생업지원) ① 국가와 지방자치단체 기타 공공단체(이하 "국가등"이라 한다)는 법 제38조제1항의 규정에 의하여 소관 공공시설내에 매점(15제곱미터이하의 경우에 한한다) 또는 자동판매기의 설치·운영을 장애인에게 허가하기 위하여 소관 행정재산 또는 보존재산의 사용·수익의 허가를 하고자 하는 경우에는 국유재산법시행령 제24조제2항 또는 지방재정법시행령 제85조의 규정에 의하여 수익계약의 방법으로 사용·수익자를 결정할 수 있다.

(3) 유사 조례

서울특별시용산구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용자동판매기설치계약에관한조례

제2조 (적용의 범위) ① 제2항에서 정한 공공시설에 신문판매대등을 설치할 때에는 타법령이 정한 것을 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다. 다만, 매점의 경우에는 그 규모가 10㎡이하인 시설에 한한다.

② 이 조례의 적용대상 공공시설의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 구 및 그 소속기관의 청사
2. 구 및 소속기관이 직접관리하는 공공시설
3. 구 지방공기업이 직접관리하는 공공시설

인천광역시서구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용자동판매기설치계약에관한조례

제2조 (적용의 범위) ① 제2항에서 정한 공공시설에 신문·복권판매대, 매점 및 식음료용 자동판매기를 설치할 때에는 타 법령에 정한 것을 제외하고는 이 조례가 정한 바에 의한다.(다만, 매점의 경우에는 그 규모가 10㎡ 이하인 시설에 한한다.)

② 장애인등에게 신문·복권판매대, 매점 및 식음료용 자동판매기의 설치 계약하는 공공시설의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 구 및 그 소속기관의 청사
2. 구 및 그 소속기관이 관리하는 공공시설
3. 구 투자기관이 관리하는 공공시설

이외에도 같은 취지의 조례로는 동대문구, 중랑구, 성북구, 강북구, 관악구, 도봉구, 은평구, 마포구, 금천구, 송파구, 강동구의 조례가 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 장애인이 주체가 되는 경우에 상위 법령인 장애인복지법 시행령의 내용과 달리 매점크기를 제한하여, 장애인의 직업행사의 자유를 침해하고 있다

(5) 침해의 위법성 평가

서울특별시공공시설내의신문·복권판매대, 매점및식음료용자동판매기설치계약에관한조례의 취지는 장애인, 노인, 독립유공자 등의 우선적인 생업지원을 위함이다 그런데 동 조례에서는 공공시설에 설치할 매점의 크기가 10 제곱미터 이하인 경우에 한한다고 규정하

고 있는데 반해, 장애인복지법시행령에서는 매점의 크기가 15제곱미터 이하인 경우에 한한다고 규정하고 있다 비록 그 차이는 경미하다고는 하나 조례에서는 법령에서 규정한 바에 비해 그 대상을 다소 제한하고 있다

해당조례의 취지가 사회적 약자인 장애인 노인, 독립유공자 등의 우선적인 생업지원을 위한 것으로 그 대상이 다소 제한적일 수밖에 없다는 것은 납득이 가나 굳이 법령에서 정한 바에 비해 그 대상을 엄격하게 규정하여 그만큼의 권리를 침해하는 조례를 제정한 것은 법령의 범위 밖의 규정이라고 하겠다.

(6) 개선사항

매점크기에 관한 규정은 상위 법령에 위반되는 내용이므로 장애인복지법 시행령 규정내용에 맞게 다시 개정되어야 한다

4. 구미시공공시설내매점사용및자동판매기설치허가에관한조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 장애인복지법 제38조의 규정에 의하여 구미시(이하 "시"라 한다)가 관리하는 공공 시설의 매점 사용 및 자동판매기 설치 허가 또는 위탁 관리할 때에는 장애인 (장애인복지법 제2조의 규정에 의한 자)의 신청이 있는 경우 이를 우선적으로 반영하여 장애인의 자활 도모와 복지를 증진하고자 그 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용의 범위) ① 장애인에 대해 매점 사용 및 자동판매기 설치 허가 또는 위탁 관리할 수 있는 공공 시설물의 범위는 다음과 같다.

1. 시 및 그 소속기관의 청사
2. 시 및 그 소속 기관이 직접 관리하는 공공 시설물

② 제 1항의 규정에 의한 공공시설의 매점 사용 및 자동판매기 설치 허가 또는 위탁 운용하고자 할 때에는 다른 법령에서 정한 경우를 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다. 다만 공공기관이 직영하는 경우와 매점의 경우 그 규모가 5㎡를 초과하는 시설은 제외한다.

(2) 유사조례

* 장애인복지법 시행령 제22의 규정에 맞게 제정한 조례

태백시공공시설내매점.자동판매기의장애인우선허가조례

제2조 (적용의 범위) ② 제1항에서 정한 공공시설에 매점 및 자동판매기를 설치할 때에는 타법령이 정한 것을 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다. 다만, 매점의 경우에는 그 규모가 15㎡이하인 시설에 한한다.

원주시공공시설내의매점및자동판매기설치허가에관한조례

제2조 (적용 범위) ② 제1항에서 정한 공공시설에 매점 및 자동판매기를 설치할 때에는 타 법령이 정한 것을 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다. 다만, 매점의 경우에는 그 규모가 15제곱미터 이하인 시설에 한한다.

의정부시공공시설내의매점및자동판매기설치계약에관한조례

제3조 (다른 법률과의 관계) 공공시설에 매점 및 자동판매기를 설치·계약하고자 할 때에는 타 법령이 정한 것을 제외하고는 이 조례가 정하는 바에 의한다. 다만, 매점의 경우에는 그 규모가 15제곱미터 이하인 시설에 한한다.

(3) 관련법령

장애인복지법

제38조 (생업지원) ① 국가와 지방자치단체 기타 공공단체는 소관 공공시설내에 식

료품·사무용품·신문등 일상생활용품의 판매를 위한 매점이나 자동판매기의 설치를 허가 또는 위탁할 때에는 장애인의 신청이 있는 경우 이를 우선적으로 반영하도록 노력하여야 한다.

장애인복지법시행령

제22조 (생업지원) ① 국가와 지방자치단체 기타 공공단체(이하 "국가등"이라 한다)는 법 제38조제1항의 규정에 의하여 소관 공공시설내에 매점(15제곱미터이하의 경우에 한한다) 또는 자동판매기의 설치·운영을 장애인에게 허가하기 위하여 소관 행정재산 또는 보존재산의 사용·수익의 허가를 하고자 하는 경우에는 국유재산법시행령 제24조제2항 또는 지방재정법시행령 제85조의 규정에 의하여 수익계약의 방법으로 사용·수익자를 결정할 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령 및 다른 지방자치단체의 조례와 비교하여 볼 때에 구미시의 장애인을 다른 지방자치단체의 장애인의 경우와 차별하는 내용으로 규정되어 있다 따라서 이는 규범적용상 차별, 불리한 대우로 이해된다.

(5) 차별의 위법성 평가

구미시공공시설내매점사용및자동판매기설치허가에관한조례는 공공시설의 매점사용 및 자동판매기 설치 허가 또는 위탁 관리할 때 장애인(장애인복지법 제2조의 규정에 의한 자)의 신청이 있는 경우 이를 우선적으로 반영하여 장애인에게 소관 공공시설내에 매점 또는 자동판매기의 설치·운영을 허가해 주려는 것이다. 그리고 조례 제2조에서는 이 조례의 적용범위를 규정하고 있는데 공공기관이 직영하는 경우와 5제곱미터를 초과하는 매점은 제외함으로써, 장애인의 우선 허가 대상은 '공공기관이 직영하지 않는 공공시설의 자동판매기와 5제곱미터 이하의 매점' 으로 한정되었다.

즉, 5제곱미터를 초과하는 매점의 경우엔 장애인에게 우선적으로 허가하지 않는다는 것이다. 하지만 이 조례의 상위법령인 장애인복지법시행령 제22조를 보면 장애인의 우선 허가

대상으로서 매점의 경우 '15제곱미터이하의 매점'으로 하고 있다. 이 둘을 비교해 보면 시행령에 의해 장애인의 신청이 우선되는 경우가 '15제곱미터 이하의 매점'인데, 경상북도 구미시의 구미시공공시설내매점사용및자동판매기설치허가에관한조례에 의하면 '5제곱미터 이하의 매점'으로 축소제한 되어 구미시의 장애인들에게는 상위법령인 시행령보다 불리한 조항이다.

지방자치단체의 조례는 상위법령의 범위 안에서 규정이 가능한데 이는 조례가 성질상 법률 아래에 있는 하위법규로서 국가의 법령법률과 명령) 과 모순되거나 저촉되어서는 안된다는 의미이다. 즉, 조례는 법령에 위배되어서는 안된다. 그런데 구미시공공시설내매점사용및자동판매기설치허가에관한조례 중 제2조(적용의 범위)는 장애인복지법시행령(제22조)에 위배되는 조항으로서, 법률우위원칙을 무시한 조항이므로 조례제정권의 한계를 넘어선 자치입법에 해당한다.

(6) 개선사항

동 조례의 상위법령인 장애인복지법시행령 제22조에 의거하여, 장애인의 우선 허가 대상으로서 매점의 경우에는 '15제곱미터이하의 매점'으로 개정하여야 한다.

5. 화순군공공시설내의자동판매기등설치허가에관한조례

(1) 대상조례

제7조 (허가의 취소) ① 공공시설의 장은 다음 각호의 사유가 있을 때에는 허가를 취소할 수 있다.

1. 시설의 정상적 운영관리에 크게 해를 끼쳤을 때
2. 공공복지를 위한 시설의 합리적 운영관리를 하고자 할 때

② 제1항 각호의 사유로 계약을 취소당하였을 때는 그에 따른 일체의 손실부담을 공공시설의 장에게 청구할 수 없다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 자동판매기 등 설치허가시 행정청에 존재하는 사정으로 인하여 발생한 손실에 대해서도 손실보상의무를 배제하고 있다 이는 당사자에게 보장되어 있는 손실보상청구권을 침해하는 문제가 발생한다 즉, 청구권인 기본권이 침해될 수 있다

(3) 침해의 위법성 평가

화순군공공시설내의자동판매기등설치허가에관한조례 제7조의 규정에서는 당해 조례에 의해 허가를 받은 자에 대한 취소사유를 정하고 이에 따른 효과로서 재항에서는 손실부담을 청구할 수 없다고 하고 있다

그러나 장애인에게 우선적으로 자동판매기 등의 설치를 허가하는 것은 특히로서 수익적 행정행위에 해당한다. 취소사유로서의 제1호 “시설의 정상적 운영관리에 크게 해를 끼쳤을 때”는 당사자의 귀책사유로 인한 취소에 해당하므로 취소권행사로 발생한 당사자의 재산적 손실 즉, 신뢰이익을 보상할 의무가 없다. 그러나 취소사유로서의 제2호 “공공복지를 위한 시설의 합리적 운영관리를 하고자 할 때”는 당사자의 귀책사유로 인한 취소가 아니라 행정행위의 적법성 또는 합목적성을 위한 취소에 해당하므로, 취소권행사로 발생한 당사자의 손실에 대하여 보상을 하여야 한다 해당 조문은 이에 반하여 손실보상의 가능성을 원천적으로 봉쇄함으로써 당사자의 이익을 과도하게 침해하는 규정으로 위법하다

(4) 개선사항

조례 제7조 제2호 “공공복지를 위한 시설의 합리적 운영관리를 하고자 할 때”는 당사자의 귀책사유로 인한 취소가 아니므로 취소권행사로 발생한 당사자의 손실에 대한 보상이 지급되도록 개정되어야 한다.

6. 충청남도공공시설내의매점및자동판매기등의설치에관한조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 장애인복지법 제38조 및 같은법시행령 제22조에 의거 공공시설내의 매점 및 자동판매기 등을 설치하여 장애인의 자활·자립을 위하여 임대허가 하고자 할 경우에 그 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조 (신청자격) 공공시설내의 매점 및 자동판매기 등을 설치 계약을 하고자 하는 자는 충청남도에 2년이상 거주하고 주소를 둔 20세 이상의 세대주인 등록장애인으로서 한다.

제9조 (사용료등) 매점 및 자동판매기 등의 설치 계약에 따른 시설 사용료의 징수기준 및 방법에 관하여는 도 공유재산 관리 규정에 의한다.

(2) 관계법령

노인복지법

제25조 (생업지원) 국가 또는 지방자치단체 기타 공공단체가 설치·운영하는 공공시설안에 식료품·사무용품·신문 등 일상생활용품의 판매를 위한 매점이나 자동판매기의 설치를 허가 또는 위탁할 때에는 65세 이상의 자의 신청이 있는 경우 이를 우선적으로 반영하여야 한다.

모·부자복지법

제15조 (공공시설내 매점 및 시설설치) 국가 또는 지방자치단체가 운영하는 공공시설의 장은 그 공공시설안에 각종 매점 및 시설의 설치를 허가하는 경우 이를 모·부자가정 또는 모·부자복지단체에 우선적으로 허가할 수 있다.

장애인복지법시행령

제22조 (생업지원) ① 국가와 지방자치단체 기타 공공단체(이하 "국가등"이라 한다)

는 법 제38조제1항의 규정에 의하여 소관 공공시설내에 매점(15제곱미터이하의 경우에 한한다) 또는 자동판매기의 설치·운영을 장애인에게 허가하기 위하여 소관 행정재산 또는 보존재산의 사용·수익의 허가를 하고자 하는 경우에는 국유재산법시행령 제24조제2항 또는 지방재정법시행령 제85조의 규정에 의하여 수의계약의 방법으로 사용·수익자를 결정할 수 있다.

③ 국가등은 제1항의 규정에 의하여 사용·수익의 허가를 하고자 하는 경우에는 20세 이상으로서 세대주인 장애인 또는 그 배우자가 세대주인 장애인에 대하여 우선적으로 허가할 수 있다.

지방자치법

제130조 (사용료의 징수조례등) ① 사용료·수수료 또는 분담금의 징수에 관한 사항은 조례로 정한다.

(3) 유사조례

부산광역시공공시설내의매점·자동판매기등의설치허가에관한조례

제4조(신청자격 및 구비서류) 식료품등 일상생활용품의 판매를 위한 매점이나 자동판매기설치를 신청할 수 있는 자격은 장애인복지법 제29조에 의거 등록된 장애인으로 하며 다음 각호의 서류를 구비하여 설치자에게 신청하여야 한다.

1. 계약신청서
2. 삭제
3. 장애인등록증
4. 기초생활보장수급권자 증명서(해당 장애인에 한함)

제7조 (사용료등) 매점 및 자동판매기설치에 따른 사용료의 징수기준 및 방법에 관하여는 당해 기관의 재산관리 규정 및 계약조건에 따른다.

부산광역시수영구공공시설내의매점·자동판매기등의설치허가에관한조례

제4조 (신청자격 등) 식료품 등 일상 생활용품의 판매를 위한 매점이나 자동판매기설치를 신청할 수 있는 자격은 장애인복지법 제2조에 의거 등록된 장애인으로 수영구에 거주하는자로 하며 계약신청서를 설치자에게 제출하여야 한다.

제7조 (사용료등) 매점 및 자동판매기 설치에 따른 사용료의 징수기준 및 방법에 관하여는 당해 기관의 재산관리규정 및 계약조건에 따른다.

광주광역시공공시설내의매점및자동판매기설치허가에관한조례

제4조 (신청) 매점및자동판매기 설치허가를 신청할 수 있는 장애인은 20세 이상 세대주로 하며 다음 각호의 서류를 구비하여 광주광역시장(이하"시장"이라 한다)에게 신청하여야 한다.

1. 매점및자동판매기설치허가 신청서
2. 장애인등록증(장애인 복지카드)사본

제7조 (사용료등) 매점및자동판매기의 설치에 따른 시설사용료의 징수기준 및 방법에 관하여는 광주광역시 공유재산관리조례의 규정에 의하고, 전기사용료등은 실비만을 징수한다.

*** 비교조례**

대구광역시공공시설내의매점및자동판매기설치에관한조례

제4조 (신청자격 및 구비서류) 공공시설내의 매점 및 자동판매기 설치를 우선적으로 허가 또는 위탁 받고자 신청할 수 있는 자는 장애인복지법 제29조의 규정에 의하여 등록된 20세 이상 장애인 세대주, 65세 이상의 노인, 모자복지법 제4조 제2항의 규정에 의한 모자가정으로 하며, 신청시 구비서류는 시장 등이 정하여 제3조의 규정에 의한 사전공고시 공고하여야 한다.

제7조 (사용료 등) 매점 및 자동판매기의 설치 운영에 따른 사용료의 부과·징수의 절차와 방법 및 계약 등에 관하여는 당해 기관의 공유재산관리규정의 예에 의한다.

인천광역시공공시설내의매점및자동판매기등의설치계약에관한조례

제5조 (신청) 공공시설내의 매점 및 자동판매기 등의 설치계약을 하고자 하는 장애인 등은 다음 각호의 서류를 구비하여 기관의 장에게 신청하여야 한다.

1. 매점 및 자동판매기 등의 설치계약신청서(당해 시설을 관리하는 기관의 장이 정하는 소정양식)
2. 주민등록등본

3. 장애인등록증사본, 국민기초생활보장법에 의한 수급자, 모자가정 등 우선계약 대상자임을 증명할 수 있는 서류

4. 위임장(장애등급 2급이상인 자가 대리신청할 경우에 한함)

제9조 (사용료) 매점 및 자동판매기 등의 설치 계약에 따른 시설 사용료의 징수 기준 및 방법에 관하여는 당해 기관의 재산관리규정에 의한다.

대전광역시공공시설내의매점및자동판매기등설치에관한조례

제4조 (신청자격 및 구비조건) ① 공공시설에 매점 및 자동판매기 등의 설치를 우선적으로 허가 또는 위탁받고자 신청할 수 있는 자는 장애인복지법 제29조의 규정에 의하여 등록된 20세 이상 장애인 세대주, 65세 이상 노인, 모·부자복지법 제4조 제2항의 규정에 의한 모·부자가정으로 한다.

② 설치허가 또는 위탁신청을 원하는 자는 다음 각호의 서류를 구비하여 신청하여야 한다.

1. 매점 및 자동판매기등 설치 계약 신청서

2. 장애인, 국민기초생활보장법에 의한 수급자, 모·부자가정 등 우선 계약 대상자임을 증명할 수 있는 서류

제8조 (사용료등) 설치에 따른 시설 사용료의 징수기준 및 방법에 관하여는 대전광역시 공유재산관리조례의 예에 의한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 65세 이상의 자나 모·부자가정 또는 모·부자복지단체라는 가족적 상황을 이유로 하여, 이들을 일정한 사업으로부터 차별적으로 배제하여 평등의 원칙을 위반하고 있다 즉, 가족상황의 영역에서 차별을 하고 있다

(5) 차별의 위법성 평가

가. 평등권 침해

충청남도 공공시설내의매점및자동판매기등의설치에관한조례 제1조는 본 조례가 장애인 복지법 제38조 및 같은 법 시행령 제22조를 근거 조항으로 장애인이 우선사업을 하게 할 목적으로 제정된 것임을 밝히고 있다. 이러한 장애인복지법상의 내용은 노인복지법 제5조와 모·부자복지법 제15조에도 동일한 규정이 있으므로 이러한 규정내용에 따라서 장애인이 사업을 하는 경우의 자격요건이 검토되어야 한다. 그러나 본 조례는 제3조에서 '충청남도에 2년 이상 거주하고 주소를 둔 20세 이상의 세대주인 등록장애인으로 한다'라고 하여, 결과적으로 상위 법령상 인정되고 있는 자격요건인 65세 이상의 자나 모·부자가정 또는 모·부자복지단체를 배제함으로써 평등의 원칙을 위반하고 있다. 이러한 요건은 위에서 살펴본 다른 지방자치단체의 조례의 경우와 비교하여도 문제가 있다고 보인다.

나. 법률우위원칙 위반

장애인복지법시행령 제22조 제3항에 매점 등의 우선허가 대상자로 20세 이상으로서 세대주인 장애인 또는 그 배우자가 세대주인 장애인으로 규정되어 있는데 위 조례 제3조에서 충청남도에 2년 이상 거주한 것을 요건으로 한 점, 배우자가 세대주인 장애인을 배제한 점은 상위법령 위반으로 위법하다고 생각된다.

지방자치법 제130조 제1항에서 사용료 등에 관한 사항은 조례로 정하도록 되어 있는데 위 조례 제9조에서 사용료의 징수기준 및 방법에 관하여 도지사훈령인 재산관리규정에 의하게 한 것은 상위법령 위반으로 위법하다고 생각된다.

(6) 개선사항

동 조례 제3조의 요건은 장애인복지법 제29조의 규정에 의하여 등록된 20세 이상 장애인 세대주, 65세 이상 노인, 모·부자복지법 제4조 제2항의 규정에 의한 모·부자가정으로 개정되어야 한다.

7. 연기군경로·여성복지회관관리및운영에관한조례

(1) 대상조례

제13조 (운영·관리) ① 복지시설의 운영은 군 직영으로 한다. 다만, 운영의 전문성을 향상시키기 위하여 운영능력이 있는 사회복지법인·학교·종교단체·비영리법인·기타 단체에 위탁하여 운영·관리하게 할 수 있다.

② 복지시설은 노인 및 여성을 위한 각종 편의시설, 기타 노인 및 여성에 대한 종합적인 복지서비스를 제공함으로써 노인 및 여성복지를 향상시킬 수 있도록 운영한다.

③ 제1항의 단서 규정에 의하여 복지시설 운영을 위탁할 때에는 위탁업무의 한계, 시설관리 수탁자의 책임, 계약담보, 기타 위탁조건에 관하여 협약을 체결하여야 한다.

④ 제1항의 위탁계약 기간은 2년으로 한다. 다만, 군수가 필요하다고 인정할 때에는 기간을 단축 또는 연장할 수 있다.

(2) 관련법령

사회복지사업법 시행규칙

제23조 (시설의 위탁) ① 법 제34조제5항의 규정에 의하여 위탁기관이 시설을 위탁하여 운영하고자 하는 때에는 다음 각호의 내용이 포함된 계약을 체결하여야 한다.

1. 수탁자의 성명 및 주소
 2. 위탁계약기간
 3. 위탁대상시설 및 업무내용
 4. 수탁자의 의무 및 준수 사항
 5. 시설의 안전관리에 관한 사항
 - 5의2. 시설종사자의 고용승계에 관한 사항
 6. 계약의 해지에 관한 사항
 7. 기타 시설의 운영에 필요하다고 인정되는 사항
- ② 제1항 제2호의 규정에 의한 위탁계약기간은 5년이내로 한다. 다만, 위탁자가 필

요하다고 인정하는 때에는 제22조의2 제2항의 규정에 의한 선정위원회의 심의를 거쳐 그 계약기간을 갱신할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위법령에서 규정하고 있지 않은 위탁계약 기간 단축의 가능성을 규정함으로써, 위탁계약자로 하여금 위탁운영을 법령상 보장된 것보다 단기간으로 하는 직업행사의 자유침해의 문제를 야기하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

가. 문제의 소재

본 조례는 노인 및 여성의 복지증진과 저소득층 여성의 경제적 자립기반을 조성하기 위하여 연기군경로·여성복지회관의 설치 및 그 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

조례제정권의 한계인 법률우위원칙과 법률유보원칙의 준수여부 그리고 기본권의 보장여부를 검토하는 것은 본 조례의 경우에도 마찬가지일 것이다 그러나 본 조례의 경우 위탁계약의 기간에 있어서 상위법령인 사회복지사업법 시행칙의 경우보다 지역주민에게 가혹하게 규정하고 있음을 알 수 있다 이는 상위법령에 위배된 조항으로서 법률우위원칙 위반이며 더불어 이에 상응하는 헌법상 보장된 기본권의 침해도 문제될 수 있을 것이다.

나. 법률우위원칙 위반 여부

본 조례의 경우 제13조 제1항에서 운영의 전문성을 향상시키기 위하여 운영능력이 있는 사회복지법인·학교·종교단체·비영리법인·기타 단체에 위탁하여 운영·관리하게 할 수 있다고 규정하고 있다 이는 상위법령인 사회복지사업법 제4조 제5항의 규정을 그대로 따온 것으로서 문제될 것이 없다.

그러나 동법은 그 시행규칙 제23조 제2항에서 위탁계약기간을 5년 이내로 규정하면서, 위탁자가 필요하다고 인정하는 때에는 그 계약기간을 갱신할 수 있다고 하고 있다. 그러나 본 조례 제13조 제4항을 보면 그 위탁계약기간을 2년 이내로 정하면서, 군수가 필요하다고 인정할 때에는 기간을 단축 또는 연장할 수 있다고 하고 있다이는 일견 법률에 명시적인 규정이 존재하지 않는 사항을 규정한 것이므로 실정법 위반여부만을 검토하는 법률우위원칙에 반하지 않는다고 판단할 수 있다 그리고 앞서 검토했듯이 이러한 법률미비영역의 경우 지방자치단체가 직접 규율할 수 있다고 보는 것이 일반적이며, 판례의 확립된 견해이기도 하다. 따라서 1차적으로 본 조례는 법률우위원칙에는 위반되지 않는다고 할 수 있다

다. 법률유보원칙 위반 여부

앞에서 검토했듯이 1차적으로 법률미비영역의 경우에는 지방자치단체가 직접 스스로 규정하는 것을 인정할 수 있겠지만 이 경우 필수적으로 지방자치법 제5조 단서에 해당하는지를 검토해 보아야 할 것이다. 지방자치법 제5조 단서의 합헌설을 따를 경우 법률미비영역이면서 규율대상영역이 주민의 권리제한이나 의무부과와 관련된 사항인 경우에는 지방자치법 제5조 단서에 의하여 조례로 규율할 수 없다고 보는 것이 타당하기 때문이다. 따라서 본 조례 제13조 제4항의 경우 상위법령인 사회복지사업법에서 위탁계약기간 단축에 대한 규정을 두고 있지 않음에도 위탁계약기간 단축의 가능성을 조례에서 열어놓고 있는 것은 지역주민의 권리를 제한하는 경우이므로 허용되지 않는 규정이라 할 것이며, 법률유보원칙에 반한다고 할 것이다

라. 직업선택의 자유 침해 여부

본 조례 제13조 제4항의 경우는 법률유보원칙에 반하는 규정이며 이때 침해될 수 있는 기본권은 헌법 제15조가 명문으로 보장하고 있는 직업선택의 자유일 것이다 본 조례의 경우 상위법령에서는 규정하고 있지 않은 위탁계약 기간 단축의 가능성을 규정함으로써 위탁계약자로 하여금 위탁운업을 법령상 보장된 것보다 짧게 할 수밖에 없는 제한을 가하고 있으므로 이는 선택한 직업을 영위하면서 사회적경제적 생활관계를 형성해 나가는 직업행사의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 있을 것이다 물론 직업행사의 자유도 필요상 적합성·최소성의 요건을 고려하여 이를 제한할 수 있지만 본

조례의 경우 이러한 요건을 충족하고 있다고 보기는 어렵다

(5) 개선사항

조례 제13조 제4항에서 상위법령인 사회복지사업법과 달리 위탁계약기간을 단축하고 있는 규정은 상위법령의 내용에 맞추어 개정되어야 한다

8. 신안군공중화장실설치및관리조례

(1) 대상 조례

제6조 (기타 시설) 군수는 공중화장실에 제5조의 규정된 시설이외에 필요한 경우 신체 장애자용 변기를 설치하거나 주위환경과 조화되는 화단·휴식시설등의 시설을 설치하게 할수 있다.

(2) 관련 법령

공중화장실등에관한법률

제4조 (국가 및 지방자치단체의 책무) 국가 및 지방자치단체는 국민의 편익증진 및 위생향상을 도모하기 위하여 공중이 이용할 수 있는 공중화장실등의 설치·지정 및 관리에 필요한 시책을 강구하여야 한다.

제18조 (조례에의 위임) 이 법에 의한 명령에 규정된 것을 제외하고는 공중화장실등의 유지·관리에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

장애인복지법

제21조 (편의시설) 국가와 지방자치단체는 장애인이 공공시설 및 교통수단등을 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 편의시설의 설치와 운영에 관하여 필요한 시책을 강구하여야 한다.

(3) 유사조례

부산광역시북구공중화장실설치및관리조례

부산광역시해운대구공중화장실설치및관리조례

부산광역시강서구공중화장실설치및관리조례

부산광역시기장군공중화장실설치및관리조례

대전광역시서구공중화장실설치및관리조례

대전광역시유성구공중화장실설치및관리조례

울산광역시울주군공중화장실설치및관리조례

부천시공중화장실설치및관리조례

서울특별시성동구공중화장실설치및관리조례

서울특별시노원구공중화장실설치및관리조례

제6조(기타 시설) 구청장은 공중화장실에 제5조의 규정된 시설이외에 필요한 경우 신체장애자용 변기를 설치하거나 주위환경과 조화되는 화단·휴식시설등의 시설을 설치하게 할 수 있다.

대전광역시중구공중화장실설치및관리조례

제6조 (기타 시설) 구청장은 공중화장실에 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법을시행규칙 제35조의 규정된 시설이외에 필요한 경우 신체장애자용 변기를 설치하거나 주위환경과 조화되는 화단·휴식시설등의 시설을 설치하게 할 수 있다.

울산광역시중구공중화장실설치및관리조례

울산광역시동구공중화장실설치및관리조례

제5조 (기타 시설) 구청장은 법 시행규칙 제35조 제1항에 규정된 시설이외 필요한

경우 신체장애자용 변기를 설치하거나 주위환경과 조화되는 화단·휴식시설등의 시설을 설치하게 할 수 있다.

비교조례

서울특별시성북구공중화장실설치및관리조례

제5조 (기타 시설) 구청장은 장애인 노인 임산부등의편의증진보장에관한법을 시행규칙 제2조 제1항의 규정에 맞는 편의시설을 설치하거나 주위환경과 조화되는 화단휴식 시설 등의 시설을 설치하게 할 수 있다.

서울특별시중랑구공중화장실설치및관리조례

제6조 (편의 시설) 장애인·노인·임산부등의 편의증진보장에 관한 법률에서 규정한 편의시설을 설치하여야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 장애인용 화장실 건설을 임의적인 사항으로 규정하여 상위법령의 내용에 반하여, 사회적 기본권(생존권적 기본권)을 침해하고 있다고 보인다. 다른 측면에서는 지방자치 단체의 혜택을 받을 권리에서 장애인을 제외하는 차별 즉, 장애인 신분을 이유로 하는 불리한 대우의 규정으로도 이해될 수 있다

(5) 차별 또는 침해의 위법성 검토

가. 문제제기

조례는 법령에 위배되어서는 안된다. 이는 법률우위의 원칙에 의하여 이설 없이 인정되는 바이고 근거는 조례가 법령보다 하위의 규범이라는 점에서 찾을 수 있다. 신안군공중화장실설치및관련조례에서는 공중화장실 설치에 대해서 규정하는데 일반인을 위한 시설은 필

수적으로 설치하도록 하지만 신체장애이용 변기는 '필요한 경우'에 설치하도록 규정하고 있다. 이는 상위법령인 공중화장실등에관한법률에서는 국가 및 지방자치단체로 하여금 해당 지방자치단체의 행정구역 안에 공중화장실을 설치하도록 규정하고 있는 대신 안군에서는 법률의 위임범위를 독자적으로 해석하여 특정대상에 대해서는 복지편의시설을 필요적으로 설치할 의무를 배제하는 조례라고 보아 상위법률의 본질이나 목적을 해하는 조례인지의 여부를 살펴볼 필요성이 있다

나. 법률우위의 원칙의 위배여부

조례는 법령에 위배되어서는 안된다. 이는 성문법규로서의 조례가 갖는 가장 기본적인 한계로서 실정법의 명문규정에 관계없이 인정되는 것이다. 신안군공중화장실설치및관리조례에서는 상위법인 공중화장실등에관한법률의 제6조의 규정에 따라 해당 지방자치단체인 신안군 지자체 내에서 공중화장실을 설치하고 관리할 의무를 부담한다. 그러나 이에 대해서 본 조례 제6조에 의하면, 신체장애자용 변기 설치에 대해서는 '필요한 경우'에 설치하도록 규정한다. 이는 위임된 자치사무의 축소이자 법률규정으로 필요한 행정의무를 자치단체가 자의적으로 배제하는 것으로 보인다

의무의 범위에 대해서는 종합적인 검토가 이루어져야 하는데 공중화장실의 이용권을 갖는 모든 주민을 포섭하는 대상의 설정이 필요하다. 즉, 남녀노소 불문하고 신체적인 불편함이 있는 장애인도 당해 행정구역의 주민으로서 당연 공공시설의 이용권을 부여받는다

장애인을 보호하기 위한 특별 법률인 장애인복지법에서는 목적을 규정하여 장애인의 인간다운 삶과 권리 보장을 위한 국가와 지방자치단체 등의 책임을 명백히 하며 장애발생의 예방과 장애인의 의료, 교육, 직업재활, 생활환경개선 등에 관한 사업을 정함으로써 장애인 복지대책의 종합적 추진을 도모하며 장애인의 자립, 보호 및 수당의 지급 등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 장애인의 생활안정에 기여하는 등 장애인의 복지증진 및 사회활동 참여증진에 기여함을 목적으로 하고 있다. 본 조례의 상위법령인 장애인복지법 제11조에서는 장애인에 대한 공공시설과 편의시설의 설치 및 운영에 관한 시책을 강구할 의무(장애인복지법 제11조)의 주체를 국가나 지방자치단체라고 명백히 하고 있다. 그러므로 본 조례는 지방자치단체가 행정의무를 태만한 것으로 보여 위법성이 있다고 하겠다

다. 사회적 기본권의 침해

사회적 기본권이란 사회정의의 실현을 목적으로 하는 사회국가(복지국가)에서 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위해 국민에게 부여된 국가적 급부·배려에 관한 권리를 말한다. 국내 다수설인 추상적 권리설을 따를 때 사회적 기본권은 비록 추상적인 것일지라도 법적 권리임에는 틀림이 없으며, 또한 국가의 의무의 이행이 재판에 의해서 강제될 수 없을지라도 국가가 사회적 기본권을 보장할 의무는 헌법에 의거한 법적 의무라고 보고 있다.

장애인은 생활복지에 대해서 신체적 정신적 장애가 없는 일반인들과 동등하게 균등한 행정적인 혜택을 받을 권리가 인정되며 이러한 권리는 국가나 지방자치단체에 대하여 사회적인 기본권을 근거로 헌법 제35조에서 보장하는 환경권의 일종으로 이 내용에는 의무적으로 장애인 편의도 일반인의 편의와 복지증진의 의무의 범위에 포함된다고 보아야 하며 따라서 본 조례에서 장애인용 화장실설치에 대해서 개별상황에 맞추어 선택적인 사항으로 규정한 것은 장애인의 사회적 기본권을 침해한 것으로 본다.

라. 소결

결론적으로 신안군의 조례는 상위법령인 공중화장실등에관한법률이 각 지방자치단체에게 위임한 사무를 제대로 수행하지 않고 자체적으로 임무해태를 허용하는 조례를 규정한 것으로 판단되며, 특정집단(본 조례에서는 장애인)을 행정혜택의 대상자에서 배제하는 행위는 평등에 어긋나는 개념이며, 장애인의 사회적 기본권을 침해하는 행위이기도 하다. 장애인도 주민이고 동등하게 행정혜택을 요구할 수 있다. 그러므로 문제되는 신안군공중화장실설치및관리에관한조례는 위법한 조례라고 하겠다.

(6) 개선사항

본 조례의 내용은 상위 법령의 내용 취지에 맞게 장애인용 화장실을 의무적으로 설치하도록 개정될 필요가 있다.

제4장 환경행정 영역

제1절 검토범위

환경행정영역은 환경보호 및 환경이용과 관련한 행위를 규제하기 위한 영역이다. 따라서 개별 환경매개인자별로 규율되어 있는 영역 즉, 대기, 수질, 소음, 진동, 폐기물 등에 관한 경우가 검토대상이 된다. 지방자치단체 차원에서는 주로 폐기물관리영역이나 대기환경영역으로서 자동차환경문제등에 관한 조례나 규칙이 많이 발견되었다.

제2절 구체적 검토 조례·규칙

1. 서울특별시자동차공회전제한에관한조례

(1) 대상 조례

제3조 (제한장소 등) ① 공회전을 제한하는 장소는 다음 각호와 같다.

1. 터미널
2. 다음 각목의 차고지
 - 가. ---
 - 나. ---

3. 주차장법 제2조 제1호의 규정에 의한 노상주차장

4. 자동차 전용극장

5. ---

6. --

제4조 (제한시간) ① 자동차운전자는 제3조 제1항의 규정에 의한 제한장소에서 다음 각호의 시간을 초과하여 공회전을 하여서는 아니된다.

1. 휘발유 가스사용자동차: 3분

2. 경유 사용자동차: 5분

② 제1항의 규정에 불구하고 냉·난방을 위하여 공회전이 불가피한 자동차인 경우에는 대기의 온도가 영상 25도이상이거나 영상 5도미만인 때에 한하여 제한시간을 10분으로 한다.

(2) 관련법률

대기환경보전법

제36조의3 (공회전의 제한) 시·도지사는 자동차의 배출가스로 인한 대기오염을 줄이기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 터미널·차고지·주차장 등의 장소에서 자동차의 원동기를 가동한 상태로 주차 또는 정차하는 행위를 제한할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 자동차 공회전을 제한하는 시간을 자동차전용극장의 현실과 부합하지 못하는 단기의 시간을 규정하여, 주민의 일반적 행동의 자유를 제약하는 문제가 존재한다.

(4) 침해의 위법성 평가

동 조례는 공회전을 통하여 환경이 오염되는 것을 방지하기 위한 것이므로 이를 규제하기 위한 본 조례의 입법취지는 일단 인정된다 그러나 동 조례를 통하여 환경보호라는 명목아래 개인의 기본권을 부당하게 침해하는 일이 있어서는 안된다 즉, 상위법의 취지대로 조례를 제정한 것 자체에는 부당함이 없지만 이 조례가 환경보호라는 공익을 위해 사익을 제한하는 조례이니만큼 최소한의 범위 내에서 그 제한이 이루어져야 한다는 것이다. 환경오염을 방지할 의무는 국민들이 일상생활을 함에 있어서 언제나 상기해야 할 것이긴 하지만 모든 구체적인 경우에까지 입법적으로 규율함으로써 그를 규제하려고 하는 것은 공익과 사익을 비교형량 해야 하는 행정작용의 원칙에 비추어 보았을 때 부당하다고 본다

자동차전용극장은 심야에 운영되는 것이 보통이고 장소가 야외이기 때문에 온도의 변화에 민감하다. 특히 겨울에는 매우 춥기 때문에 히터를 틀고 영화를 감상하는 것이 보통이다. 보통 영화의 상영시간은 2시간 남짓이 되는데, 자동차공회전제한에 관한 조례 제3조에 의해서 공회전을 제한할 수 있고, 이때에 제4조 제2항에 의한 제한시간은 대기의 온도가 영상 25도 이상이거나 영상 5도 미만인 때에 한하여 10분으로 한다고 규정하고 있다 이에 따르면 2시간 동안 영화를 보는 도중에도 10분 이상 히터를 틀게 되면 5만원의 과태료를 내야하기 때문에 추위에 떨든지 아니면 영화료 외에 5만원을 더 내든지 선택해야 하는 부당한 결과에 이르게 된다 지극히 사적인 영역에 까지 대기오염방지라는 이유로 그 규제를 가하려는 입법은 타당하지 않을 뿐만 아니라, 그 제한시간도 지나치게 비현실적인 짧은 시간이기 때문에 수정되어야 한다고 본다.

따라서 서울특별시 자동차공회전제한에 관한 조례는 상위법이 포괄적으로 공회전제한에 대한 내용을 위임하고 있으며 명문으로 모순되는 내용이 발견되지 않기 때문에 법률유보원칙은 검토할 수 없다고 본다 그러나 법치행정원칙에 근거한 법률유보의 검토 여지는 남아 있다고 본다

지방자치법 제15조 단서에서는 권리의 제한과 의무부과 그리고 벌칙부과에 대하여는 위임이 필요하다고 보는데, 공회전제한조례는 권리의 제한 및 의무부과에 관한 사항이 그 대상이기 때문에 포괄적 위임이 있는 한은 법률유보원칙에 반하지 않는다 판례도 지방자치단체의 조례의 경우에는 다른 행정입법과는 달리 포괄적 위임으로 족하다고 보고 상위 법률이 있는 한은 위임이 있다고 보아 법률유보원칙에 반하지 않는다. 그러나 이러한 포괄적 위임이 있다고 하더라도, 자동차전용극장이라는 지극히 사적인 영역에까지 그 제한의 범위를 넓혀 개인의 사생활영역의 자유를 침해하는

것은 법률보다 더 가혹한 내용의 조례로서 정당성이 인정될 수 없다 또한 양보하여 자동차전용극장에서의 제한을 인정하라고 하더라도 현실을 무시한 10분이라는 짧은 제한시간은 개정되어야 할 것이라고 본다.

(5) 개선방안

본 조례의 내용은 위법성 차원에서는 큰 문제는 없어 보이지만 내용면에서 현실성을 다소 결여한 점이 존재한다. 자동차전용극장의 특성에 맞는 내용의 개정이 필요하다고 보인다.

2. 용인시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 대기 및 수질환경보전법규를 위반한 오염물질 배출업소의 위반내용을 주민에게 공개함으로써 위반사항에 대한 개선을 촉구하고, 쾌적한 생활환경을 조성하여 주민의 삶을 향상시키기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) ① 용인시장은 제2항 각호의 1에 해당하는 배출업소가 대기 및 수질환경 보전법규를 위반한 때에는 행정처분 또는 고발과 병행하여 사업장의 명칭과 위반사항을 공개할 수 있다.

(2) 유사조례

경기도대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

제1조 (목적) 이 조례는 대기 및 수질환경보전법규를 위반한 오염물질 배출업소와 위반내용을 주민에게 공개함으로써 위반사항에 대한 개선을 촉구하고, 쾌적한 생활환경을 조성하여 주민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) ① 도지사는 제2항 각호의 1에 해당하는 배출업소가 대기 및 수질환경보전법규를 위반한 때에는 행정처분 또는 고발과 병행하여 사업장의 명칭과 위반사항등을 공개할 수 있다.

성남시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

제1조 (목적) 이 조례는 대기및수질환경보전법규를 위반한 오염물질배출업소와 위반내용을 주민에게 공개함으로써 위반사항에 대한 개선을 촉구하고 쾌적한 생활환경을 조성하여 주민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) 시장은 다음 각호의 1에 해당하는 대기 및 수질환경보전법규위반 배출업소에 대하여는 행정처분 또는 고발과 병행하여 사업장의 명칭과 위반사항등을 공개하여야 한다.

의정부시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

제1조 (목적) 이 조례는 대기 및 수질환경보전법규를 위반한 오염물질 배출업소와 위반내용을 주민에게 공개함으로써 위반사항에 대한 개선을 촉구하고, 쾌적한 생활환경을 조성하여 주민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) ① 공개대상이 되는 업종은 다음 각호와 같다.

② 시장은 제1항 각호의 1에 해당하는 배출업소가 대기 및 수질환경보전법규를 위반한 때에는 행정처분 또는 고발과 병행하여 사업장의명칭과 위반사항등을 공개한다.

부천시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

제1조 (목적) 이 조례는 대기 및 수질환경보전법규를 위반한 오염물질배출업소와 위반내용을 주민에게 공개함으로써 위반사항에 대한 개선을 촉구하고, 배출업체의 사회적 도덕성 및 환경친화적 이미지 제고를 위한 관심 제고로 쾌적한 생활환경을 조성하여 주민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) ① 시장은 다음 각호의 1에 해당하는 배출업소가 대기 및 수질 환경보전법규를 위반한 때에는 행정처분 및 관련된 내용을 공개할 수 있다.

1. 대기환경보전법 제10조 및 동법 시행규칙 제5조 별표 3에서 정한 대기오염물질 배출 시설을 설치한 업소
2. 수질환경보전법 제10조 및 동법 시행규칙 제5조 별표 3에서 정한 수질오염물질 배출 시설을 설치한 업소
3. 허가 받지 아니하였거나 신고하지 아니한 대기배출업소 또는 폐수배출업소

② 제1항의 규정에 의한 공개대상 행정처분은 다음 각호와 같다.

1. 개선명령
2. 조업정지명령
3. 허가취소
4. 사용중지(금지)명령
5. 폐쇄명령
6. 경고(병과 고발시)

③ 제1항의 규정에 의한 공개대상 내용은 다음 각호와 같다.

1. 일반현황 : 업소명, 소재지, 대표자, 업종
2. 위반내용 및 행정조치 사항
3. 위반업소의 위치도 및 사진

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 근거없이 사업장의 명단 및 위반사항을 공개할 수 있도록 하고 있다. 이로 인하여 사업장의 직업행사의 자유가 침해되는 문제가 발생할 수 있다.

(4) 침해의 위법성 평가

용인시대기수질환경보전법규위반업소공개에관한조례는 용인시장이 해당 업소에 관

하여 위반시 행정처분 고발과 병행하여 사업장 명칭과 위반사항을 공개할 수 있게 되어 있다. 대기환경보전법 및 수질환경보전법 규정상은 법률 위반에 대하여 벌칙을 부과할 수 있으나, 위반사항에 대하여 위반 업소의 정보공개는 포함되어 있지 않다. 용인시가 벌칙부과의 한 방안으로서 위반업소 공개 조례를 만든 것이라면 상위법령에 위임근거가 있어야 한다.

공공기관의정보공개에관한법률을 참고하면 공공기관이 정보공개 요청에 의하여 정보공개를 할 수 있으나 비공개 대상으로 제한되는 경우가 있다. 정보공개에 관한 법률 제4조 적용범위의 제2항에서 지방자치단체는 그 소관사무에 관하여 법령의 범위 안에서 정보공개에 관한 조례를 정할 수 있다고 하여 지방자치단체에게 조례를 만들 권한을 주고 있다.

위 비공개대상 정보를 검토해보면 제6호의 경우는 공익에 의한 필요로서 정당화 될 수 있고, 제7호의 경우는 법인의 위법·부당한 사업활동으로서 국민의 생활을 보호하기 위한 목적으로서 공개한다고 할 경우 타당성을 수긍할 수도 있을 것이다. 그러나 문제되는 것은 제4호와 제5호인데 용인시대기수질환경보전법규위반업소공개에 관한 조례에서, 해당배출업소가 보전 법규 위반시 행정처분 또는 고발과 병행하여 공개할 수 있다고 규정하였으므로 만약 당사자가 불복시에 그 행정처분에 대한 불복절차 진행 중에 정보공개가 이루어져 공정한 재판에 어려움을 겪게 되는 등 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 소지가 있으며 조사에 관하여도 마찬가지로 또한 규정된 해당 업소의 위반 사항에 대하여만 위반업소를 공개하게 되어 있으므로 기타 규정되지 않은 업소나 개인의 위반에 대하여는 차별이 될 소지도 있다.

위 조례는 공공기관의정보공개에관한 법률의 규정에 위반하여 위반업소 공개라는 제재조치를 취하고 있으므로 법률우위원칙에 위반한 기본권을 침해하는 조례이다.

(5) 개선사항

명단공개조치의 근본적인 문제점은 법령에 의한 근거가 미약하다는 점이다. 다른 영역에서는 법령정비 등으로 인하여 점차 이러한 문제가 해소되고 있으나 조례차원에서는 아직 불충분한 실정이다. 본 조례는 상위 법령의 근거없이 명단공개를 통하여 권리를 제한하는 문제점을 안고 있으므로 위임근거가 존재하기 전까지는 규율하지 못하다고 보아야 한다. 삭제가 필요하다.

3. 경기도식품위생법규위반업소공개에관한조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 식품위생법규를 위반한 업소와 위반내용을 공개함으로써 주민의 안전을 확보하고, 위반사항에 대한 개선을 촉구하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) ① 도지사는 제2항 각호의 1에 해당하는 업소가 식품위생법규를 위반한 때에는 행정처분 또는 고발과 병행하여 명칭과 위반사항등을 공개할 수 있다.

공개대상이 되는 업종은 다음과 같다.

1. 식품위생법 제22조·식품위생법시행령 제7조제1호의 규정에 의한 도시락제조업소 및 제8호의 규정에 의한 식품접객업소
2. 허가를 받지 아니하였거나 신고하지 아니한 식품접객업소 및 식품제조·가공업소
3. 기타 이와 유사한 다중이용시설로서 도지사가 지정하는 업종

제3조 (공개 방법) 도지사는 인터넷·일간신문·도 및 시·군의 공보·지역신문·지역유선방송·반상회보등에 업소명·소재지·위반내용·처분내용·처분기간등을 게재할 수 있다.

제4조 (공개 시기) 도지사는 제3조의 규정에 의한 공개사항을 행정처분일 또는 고발 즉시 공개하여야 한다.

제5조 (사전통지) 도지사는 제2조의 규정에 의한 공개를 하고자 할 때에는 공개할 사항과 공개방법을 당해 업소의 대표자·지배인등 관계인에게 미리 알려야 한다.

제6조 (공개사항의 삭제) 도지사는 공개업소에 대한 행정처분기간이 만료되거나 제2조제2항제2호의 규정에 의한 업소가 허가 또는 신고업소로 전환되거나 공개되었던 업소가 폐쇄된 때에는 인터넷에 게재한 공개사항을 삭제하여야 한다.

제7조 (시행규칙) 이 조례의 시행에 관하여 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

(2) 유사조례

경기도소방법규위반업소공개에관한조례

제1조 (목적) 이 조례는 소방관계법규를 위반한 업소와 위반내용을 공개함으로써 주민의 안전을 확보하고, 위반사항에 대한 개선을 촉구시키기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (공개 대상) ① 소방서장은 제2항 각호의 1에 해당하는 업소가 소방관계법규를 위반한 때에는 개선명령과 병행하여 그 명칭과 위반사항을 공개할 수 있다.

② 공개대상이 되는 업종은 다음과 같다.

1. 소방법 제8조의2의 규정에 의한 업종
2. 기타 이와 유사한 다중이용시설로서 도지사가 지정하는 업종

제3조 (공개 방법) 소방서장은 인터넷 일간지 유선방송 반상회보등에 업소와 위반사항을 게재할 수 있다.

제4조 (공개사항의 삭제) 소방서장은 제2조제1항의 규정에 의한 개선명령이 이행되었다고 인정되는 때에는 인터넷이 게재한 공개사항을 삭제하여야 한다.

제5조 (사전통지) 소방서장은 제2조의 규정에 의한 공개를 하고자 할 때에는 공개할 사항과 공개방법을 당해 업소의 관계인에게 이미 알려야 한다.

제6조 (신고센터의 설치 운영) 소방서장은 소방관계법규를 위반한 업소를 주민이 신고할 수 있도록 신고센터를 설치 운영할 수 있다.

제7조 (시행규칙) 이 조례의 시행에 관하여 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 식품위생법규 위반행위에 대하여 상위 법령의 근거없이 명단공개를 할 수 있도록 하여 직업행사의 자유를 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 평가

경기도의 경우에는 대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례 식품위생법규위반업소공개에관한조례, 소방법규위반업소공개에관한조례를 두고 있으며 의정부시 부천시, 성남시의 경우 대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례를 두고 있다 이러한 조례들은 각각 그 해당법규를 위반한 업소와 그 위반내용을 주민에게 공개함으로써 위반사항에 대한 개선을 촉구하기 위하여 규정되었다 그러나 법령에서 이미 해당법규의 위반 시에 배출부과금 조업정지 또는 징역, 벌금 등을 규정하여 위반사항에 대한 처벌 및 개선을 촉구하고 있는데, 그에 대해 조례에서 그러한 법령상의 처벌과는 별도로 위반업소를 신문이나 인터넷 등에 공개함으로써 위반업소가 이중으로 처벌되고 있는 것으로 볼 여지가 있다

이 경우 위반업소를 공개함으로써 위반업소는 위반사항에 대한 법령상의 처벌과 함께 사회적인 영역에서의 처벌도 함께 받게 되며 위반업소의 공개를 통해 위반업소의 영업의 자유가 사실상 제한된다

또한 위반업소의 공개를 통해 위반사항에 대한 개선을 촉구한다고 하는데 물론 공개를 하게 되면 위반사항의 개선이 촉구되는 면은 없지 않겠지만 그 위반의 정도가 경미한 위반의 경우에도 해당 조례에 따르면 사실상 위반업소로써 공개될 수 있고 위반사항의 개선을 하고자 하나 조속한 개선이 불가피한 경우에도 계속 공개됨으로써 사실상 위반사항에 대한 개선을 촉구하는 것을 벗어나 과도하게 업자의 권리를 제한하는 결과를 가져온다. 그럼에도 불구하고 위반한 내용을 공개한다고만 규정하고 있을 뿐 어떠한 정도의 위반이라는 기준이 없이 그저 해당법규위반이라고 상당히 광범위하게 규정되어 있는 것이 문제가 된다

또한 결과적으로 해당 조례에 의해 영업의 자유 및 재산권의 침해, 명예훼손 등의 권리의 제한이 있음에도 불구하고 그에 대한 법령의 구체적인 위임 규정이 없다는 것도 문제이다.

(5) 개선사항

명단공개에 관한 상위법령의 위임이 없는 한 당해 조례는 효력을 갖지 못한다. 따라서 삭제가 필요하다.

4. 서울특별시송파구음식물류폐기물의수집·운반및재활용촉진에관한조례

(1) 대상 조례

제4조 (음식물류 폐기물 분리배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물 배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다.

1. 음식물류 폐기물은 배출하기 전에 자원화 또는 적정처리 할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 배출하여야 한다.
2. 음식물류 폐기물은 구청장이 정한 전용수거용기에 담아서 배출하되, 이를 지정된 날짜·시간 및 장소에 배출하여야 한다.

(2) 관련법령

폐기물관리법

제15조 (생활폐기물배출자의 처리협조등) ① 생활폐기물이 배출되는 토지·건물의 소유자·점유자 또는 관리자(이하 "생활폐기물배출자"라 한다)는 관할 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 생활환경보전상 지장이 없는 방법으로 당해 폐기물을 스스로 처리하거나 감량하여 배출하여야 한다.

② 생활폐기물배출자는 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 제1항의 규정에 의하여 스스로 처리할 수 없는 생활폐기물을 종류·성상별로 분리하여 보관하여야 한다.

③ 생활폐기물배출자중 환경부령이 정하는 음식물류 폐기물(농·수·축산물류 폐기물을 포함한다. 이하 같다) 배출자는 시장·군수·구청장에게 음식물류 폐기물의 배출감량계획 및 처리실적을 제출하고, 발생량·처리실적 등을 기록·보존하는 등 음식물류 폐기물의 배출감량을 위하여 관할 시·군·구의 조례가 정하는 사항을 지켜야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령의 위임내용과 달리 음식물류 폐기물을 지정된 '시간'에 맞추어 배출하도록 하고 있어 주민의 일반적 행동의 자유를 침해하고 있다

(4) 침해의 위법성 검토

가. 문제 제기

오늘날 환경문제가 심화됨에 따라 각 시도 및 자치구에서는 재활용에 관한 조례를 많이 제정하여 문제 해결에 이바지하고자 한다 서울특별시 송파구 역시 조례의 제5편 생활복지에서 제3장으로 재활용 항목을 정하여 관련 조례를 수 십 여개 제정 적용하고 있다. 이중 서울특별시송파구음식물류폐기물의수집·운반및재활용촉진에관한조례는 생활폐기물중 음식물류 폐기물의 수거체계 구축 및 재활용 촉진을 위하여 필요한 세부사항을 규정한 조례이다.

나. 검토

이 조례는 주민으로 하여금 음식물류 폐기물을 지정된 날짜, 장소뿐만 아니라 지정된 '시간'에 배출하도록 규정하고 있으나 이 부분은 국민의 기본권에 반하는 내용이라는 비판의 소지가 가능하다고 생각한다 헌법 제10조에 따라 행복추구권을 갖는다. 행복추구권은 헌법에 열거되지 않는 자유와 권리까지도 그 내용으로 하는 포괄적 기본권으로 이해된다. 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하기 위한 수단으로서의 권리를 의미하는 행복추구권에는 음식물 폐기물을 시간에 얽매어 버리지 않을 권리 또한 있다고 보아야 한다.

물론 공익을 위하여 이러한 개인의 사익은 비교형량 되어야 한다 폐기물을 지정된 날짜 및 지정된 장소에 버리는 것은 이 조례의 목적이 정한 바에 맞게 선택된 수단이 적합하며, 날짜나 장소를 지키도록 요구하는 것이 주민에게 엄청난 난제는 아니며, 행정목적달성을 위해 선택 가능한 많은 수단들 중 당사자의 권리나 자유를 가장 최소한으로 침해하는 수단을 선택하도록 하는 행정법상 필요성의 원칙에도 적합한 것으로 생각된다.

그러나 '시간'까지 지정하여 지정된 시간에만 폐기물을 버리도록 하는 것은 사익의 지나친 침해이며 국민의 기본권을 해하는 내용이다. 현대사회의 다변성 및 복잡성에 미루어 볼 때 주민에게 일정 시간을 요구하는 것은 정도를 벗어난 지나친 제한이다. 즉, 비례성원칙에 따라 판단할 때도 상당성의 원칙에서 어긋나는 것으로 기본권 침해의 수단으로 작용할 수 있다.

(5) 관련 조례 비교

서울특별시종로구음식물쓰레기수집·운반및재활용촉진을위한조례는 제4조 (음식물쓰레기 분리배출지역의 지정등)에서 “① 구청장은 음식물쓰레기의 재활용이 가능한 지역을 대상으로 음식물쓰레기 분리 배출지역을 정하고 배출방법과 배출요령은 분리수거 대상 재활용품의 범위 및 배출요령에 포함시켜 정하여야 한다 ② 구청장은 음식물쓰레기를 효율적으로 수집·운반·재활용하기 위하여 수거일·배출장소·배출용기·구체적 배출요령등을 따로 정할 수 있다”라고만 정하고 있고 송파구처럼 시간을 지정하고 있지는 않다.

그 외 용산구, 중구 등 서울시 다른 구의 동조례를 살펴봐도 각각 제4조에서 종로구와 같이 정하고 있다.

* 시간을 명시하지 않은 조례의 예

서울특별시성동구음식물쓰레기수집·운반및재활용촉진을위한조례

제4조 (음식물쓰레기 분리배출지역의 지정등) ① 구청장은 음식물쓰레기의 분리배출 지역과 배출방법 시행시기 등을 지정 고시로서 정할 수 있으며, 재활용가능 폐기물 품목과 배출요령은 별표 1과 같다.

② 구청장은 음식물쓰레기를 효율적으로 수집·운반·재활용하기 위하여 수거일·배출장소·배출용기·배출요령 등을 따로 정할 수 있다.

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물쓰레기의 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물쓰레기를 배출하여야 한다.

1. 음식물쓰레기는 배출하기 전에 감량화 또는 자원화할 수 있도록 물기를 제거하

여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 배출하여야 한다.

2. 음식물쓰레기 분리배출지역에서는 음식물쓰레기를 제4조제2항이 정하는 바에 따라 배출하여야 한다.

서울특별시광진구음식물쓰레기수집운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물쓰레기의 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물쓰레기를 배출하여야 한다.

1. 음식물 쓰레기는 배출하기 전에 감량화 또는 자원화할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 지정된 날짜에 지정된 장소 또는 용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물쓰레기 분리배출지역에서는 음식물쓰레기를 전용봉투에 담아 배출하거나 구청장이 정한 전용수거용기에 배출하여야 한다.

대구광역시중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

제4조 (음식물류 폐기물 분리배출지역의 지정 등) ① 구청장은 음식물류 폐기물의 재활용이 가능한 지역을 대상으로 음식물류 폐기물 분리배출지역을 정하고, 배출방법과 배출요령을 쓰레기수수료 종량제지침에 따른 재활용가능 폐기물의 품목 및 배출요령에 포함시켜 별표1과 같이 정하여야 한다.

② 구청장은 음식물류 폐기물을 효율적으로 수집·운반·재활용하기 위하여 수거일·배출장소·배출용기·배출요령 등을 따로 정할 수 있다.

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물의 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다.

1. 분리배출지역에서는 음식물류 폐기물 전용수거용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물류 폐기물은 재활용이 용이하도록 물기를 제거하여 배출하여야 한다.

*** 시간을 명시한 예**

서울특별시중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물의 배출방법등) ①법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물 배출방법은 다음 각호와 같다.

1. 음식물류 폐기물은 배출하기 전에 감량화 또는 자원화 할 수 있도록 물기를 최

대한 제거하여 배출하여야 하며, 배출시간, 배출용기 및 배출요령 등은 규칙으로 정한다.

2. 음식물류 폐기물을 전용수거용기에 배출자의 상호 또는 이름을 표기하여야 한다.

② 제1항의 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 분리배출 하여야 하는 대상은 구청장이 고시로 정한다.

부산광역시중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류폐기물 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다

1. 음식물류폐기물은 배출하기 전에 자원화 또는 적정처리할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 지정된 일시에 지정된 장소 또는 용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물류폐기물 분리배출지역에서는 음식물류폐기물을 전용봉투에 담아 배출하거나, 구청장이 정한 전용수거용기에 배출하여야 한다

부산광역시동래구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (음식물류 폐기물 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다.

1. 음식물류 폐기물은 배출하기 전에 자원화 또는 적정처리할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 지정된 일시 및 장소·용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물류 폐기물 분리배출지역에서는 음식물류 폐기물을 전용봉투에 담아 배출하거나, 구청장이 정한 전용수거용기에 배출하여야 한다.

서울특별시용산구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물의 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다.

1. 음식물류 폐기물은 배출하기 전에 자원화 또는 적정처리할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 지정된 일시에 지정된 장소 또는 용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물류 폐기물 분리·배출지역에서는 음식물류 폐기물을 전용봉투에 담아 배출하거나, 구청장이 정한 전용수거용기에 배출하여야 한다.

서울특별시서대문구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물의 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다.

1. 음식물류 폐기물을 배출하기 전에 자원화 또는 적정처리할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 지정된 일시에 지정된 장소 또는 용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물류 폐기물 분리배출지역에서는 음식물류 폐기물을 전용봉투에 담아 배출하거나 구청장이 정한 전용수거용기에 배출하여야 한다.

인천광역시연수구음식물류폐기물수집운반및재활용촉진을위한조례

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물의 배출방법) 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자는 다음 각 호의 방법으로 음식물류 폐기물을 배출하여야 한다.

1. 음식물류 폐기물은 배출하기 전에 자원화 또는 적정 처리할 수 있도록 물기를 제거하여 구청장이 정하는 배출방법에 따라 지정된 일시에 지정된 장소 또는 용기에 배출하여야 한다.

2. 음식물류 폐기물 분리배출지역에서는 음식물류 폐기물을 전용봉투에 담아 배출하거나, 구청장이 정한 전용수거용기에 배출하여야 한다.

(6) 개선사항

당해 조례처럼 음식물류 폐기물의 배출에 대해 특정 '시간'까지 지정하고 있는 것은 주민의 권리에 대한 지나친 제한으로 보인다 물론 다른 지방자치단체의 조례도 이러한 제한을 두고 있는 경우도 발견되지만 이는 비례성의 원칙에 비하여 과한 내용으로 평가된다. 이 부분에 대한 개정이 필요하다고 보인다

5. 전라남도유기동물보호조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 동물보호법 제7조제6항의 규정에 의하여 유기동물 등의 보호조치 방법 및 보호조치에 소요된 경비의 산출, 기타 보호조치에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조 (유기동물의 보호 등) ① 시장·군수는 도로, 공원 등의 공공장소에서 동물이 나돌아 다니거나 내버려진 동물을 발견한 경우에 이를 포획하여 동 조례 제4조의 규정에 의한 보호시설에 보호하거나 제6조의 규정에 의한 위탁보호를 하여야 한다.

② 시장·군수는 제1항의 규정에 의하여 보호조치를 한 경우에는 보호한 동물의 종류, 성별, 연령, 특징, 포획장소, 포획시간, 보호장소 등을 그 동물의 소유자 또는 관리자가 알 수 있도록 지체없이 공고하여야 한다.

③ 시장·군수는 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없는 경우에는 당해 동물을 다음 각호의 1에 의거 처리할 수 있다.

1. 동물원에 기증
2. 동물을 사랑하는 자, 동물사랑단체 또는 학술연구단체 등에 기증
3. 매각

④ 제3항 제3호에 의하여 동물을 매각한 경우 그 매각대금은 당해 시·군의 세입으로 한다.

⑤ 시장·군수는 유기동물이 질병에 걸렸거나 부상당하였을 경우에는 수의사법 제21조의 규정에 의한 공수의(이하 "공수의"라 한다)로 하여금 진료하게 할 수 있다.

(2) 유사조례

대구광역시유기동물보호조례

제2조(유기동물의 보호 등) ③ 구청장·군수는 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없을 경우에는 당해 동물을 다음 각호의 1에 의거 처리할 수 있다.

1. 동물원에 기증
2. 동물을 애호하는 사람, 동물애호단체 또는 학술연구단체 등에 기증
3. 매각

④ 제3항 제3호에 의하여 동물을 매각한 경우 그 매각 대금은 해당 구·군의 세입으로 한다.

부산광역시유기동물보호에관한조례

제2조(유기동물의 보호등) ③ 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날로부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없는 경우에는 당해 동물을 동물원, 동물을 애호하는 자, 동물애호단체등에 기증하거나 매각할 수 있다. 이 경우 매각대금은 구·군의 세입으로 한다.

인천광역시유기동물보호에관한조례

제2조(유기동물의 보호 등) ③ 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날로부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없는 경우에는 당해 동물을 동물원, 동물을 애호 하는 자, 동물애호단체 등에 기증하거나 매각할 수 있다. 이 경우 매각대금은 구·군의 세입으로 한다.

대전광역시유기동물보호조례

제2조(유기동물의 보호 등) ③ 구청장은 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없는 경우에는 당해 동물을 동물원, 동물을 애호하는 자, 동물애호단체 또는 학술연구단체 등에 기증하거나 매각할 수 있다. 이 경우 매각대금은 자치구의 세입으로 한다.

강원도유기동물보호에관한조례

제2조(유기동물보호 등) ③ 시장·군수는 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날부터 1

월이 경과하여도 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없을 경우에는 당해 동물을 동물원, 동물을 애호하는 자, 동물애호단체 등에 기증하거나 매각할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의하여 매각한 경우 그 매각대금은 당해 시·군의 세입으로 한다.

충청북도유기동물보호조치에관한조례

제2조(유기동물의 보호등) ③ 시장·군수는 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또는 관리자가 나타나지 않는 경우에는 당해 동물을 동물원, 동물을 애호하는 사람, 동물보호단체, 학술연구단체 등에 기증하거나 매각할 수 있다

④ 제3항에 의하여 동물을 매각한 경우 그 매각 대금은 해당 시·군의 세입으로 한다.

* 다른 조례

울산광역시유기동물보호에관한조례에서는 기증이나 매각에 대한 언급은 없다.

(3) 관련법령

동물보호법

제1조 (목적) 이 법은 동물에 대한 학대행위의 방지등 동물을 적정하게 보호·관리하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 동물의 생명과 그 안전을 보호하도록 하여, 생명의 존중등 국민의 정서함양에 이바지함을 목적으로 한다.

제7조 (유기동물등에 대한 조치)

① 시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 "시장·군수"라 한다)은 도로·공원등의 공공 장소에서 나돌아 다니거나 내버려진 동물을 발견한 경우에는 그 동물이 제5조의 규정에 의하여 보호·관리될 수 있도록 필요한 조치(이하 "보호조치"라 한다)를 하여야 한다.

② 시장·군수가 제1항의 규정에 의한 보호조치를 한 경우에는 그 동물의 소유자 또는 관리자가 보호조치의 사실을 알 수 있도록 지체없이 공고하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 공고가 있는 날부터 1월이 경과하여도 그 동물의 소유자 또

는 관리자를 알 수 없는 경우에는 유실물법 제12조 및 민법 제253조의 규정에 불구하고 해당 시·군 또는 자치구(이하 이 조에서 "시·군"이라 한다)가 그 동물의 소유권을 취득한다.

④ 시장·군수는 제3항의 규정에 의하여 해당 시·군에 소유권이 귀속된 동물을 동물원, 동물을 애호하는 자, 동물애호단체 또는 학술연구단체등에 기증할 수 있다.

⑤ 시장·군수는 그 동물의 소유자 또는 관리자에 대하여 보호조치에 소요된 경비에 상당하는 금액을 청구할 수 있다.

⑥ 제1항의 규정에 의한 보호조치의 방법 및 제5항의 규정에 의한 경비의 산출 기타 보호조치에 관하여는 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례의 상위 법령인 동물보호법에서는 동물원이나 동물 애호자 및 애호단체 또는 학술연구단체 등에 기증할 수 있도록 하고 있으나 본 조례에서는 상위 법령의 근거없이 이러한 취지를 몰각시킬 수 있는 '매각'을 규정하는 한편, 매각대금을 시·군의 세입으로 할 수 있도록 하고 있다 이는 동물보호를 목적으로 하는 환경권 침해의 소지가 존재한다고 보인다

(5) 침해의 위법성 검토

가. 문제의 소재

전라남도유기동물보호조례(이하 "동물보호조례"라 함)는 동물보호법 제7조 제6항의 규정에 의하여 유기동물 등의 보호조치 방법 및 보호조치에 소요된 경비의 산출 기타 보호조치에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있으며 이에 따라 제3조에서 유기동물 보호조치에 대해 규정하고 있다 그런데, 이러한 조례의 내용 중 일부분이 동물보호법의 취지를 벗어난 것으로 보이므로 이에 대한 위법성 여부를 살펴 보도록 하겠다.

나. 위법성 여부

동물보호조례는 동물보호법을 상위법으로 하고 있다 할 것인데 동물보호법의 목적을 살펴보면 동물에 대한 학대행위의 방지 등 동물을 적정하게 보호·관리하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 동물의 생명과 그 안전을 보호하도록 하여 생명의 존중 등 국민의 정서함양에 기여하고 있다고 할 것이다 따라서, 동물보호조례 역시 이러한 동물보호법의 취지에 맞게 규정되어야 할 것이고 특히 조례의 목적으로 하고 있는 유기동물 등의 보호조치 방법 등의 내용에 관해 규정해야 할 것이다

동물보호조례 제3조를 보면 그 내용과 형태 면에 있어서 동물보호법 제3조와 매우 흡사하다는 것을 쉽게 알 수 있다 그런데, 동물보호법 제7조에서는 “동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없는 경우 그 동물은 사군에 소유권이 귀속되고, 시·군은 당해 동물을 동물원, 동물을 애호하는 자, 동물애호단체 또는 학술연구단체등에 기증할 수 있다”라고만 규정 하고 있다 그럼에도 불구하고, 동물보호조례 제3조에서는 “시장·군수는 동물의 소유자 또는 관리자를 알 수 없는 경우에는 당해 동물을 동물원에 기증하거나 동물을 사랑하는 자, 동물 사랑단체 또는 학술연구단체 등에 기증하는 데에서 나아가 매각까지 할 수 있도록 규정하고 있다” 그리고 이러한 매각대금을 당해 시·군의 세입으로 하도록 규정하고 있다

이러한 조례의 매각조항은 상위법인 동물보호법의 취지나 규정 내용 그리고 조례의 제정 목적을 고려할 때 타당하지 못하다 할 것이다 즉, 조례에서는 매각을 할 수 있다고 규정함에 있어서 매수인이 어떠한 자격을 갖추어야 하는지 등에 대한 요건을 전혀 규정하고 있지 않음으로써 사실상 동물이 동물보호법의 제정 취지와는 맞지 않는 상황에 처하게 되는 상황을 초래하고 있기 때문이다 동물보호법에서 오로지 “동물원이나 동물 애호가 및 애호단체 또는 학술연구단체 뿐”에 “기증”할 수 있다고 규정한 것은 유기동물이 다시 학대를 받거나 하는 등의 상황을 피하고 그 동물의 보호가 보장될 수 있는 자에게만 동물의 소유권을 넘기기 위함인 것이다

그럼에도 불구하고 조례에서 이러한 취지를 몰각시킬 수 있는 ‘매각’을 규정하는 한편 매각대금을 시·군의 세입으로 하게 한 것은 상위법에 위배되는 것으로 법률우위원칙에 위배되는 것이라 할 것이다.

(6) 개선사항

본 조례의 내용 중 매각부분은 삭제되는 것이 상위법령인 동물보호법의 취지와 부합한다고 생각한다.

6. 서울특별시중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 생활폐기물중 음식물류 폐기물의 수거체계 구축 및 재활용촉진을 위하여 필요한 세부사항을 규정함을 목적으로 한다.

제5조 (생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물의 배출방법등) ① 법 제15조의 규정에 의한 생활폐기물배출자의 음식물류 폐기물 배출방법은 다음 각호와 같다.

1. 음식물류 폐기물은 배출하기 전에 감량화 또는 자원화 할 수 있도록 물기를 최대한 제거하여 배출하여야 하며, 배출시간, 배출용기 및 배출요령 등은 규칙으로 정한다.

2. 음식물류 폐기물을 전용수거용기에 배출자의 상호 또는 이름을 표기하여야 한다.

② 제1항의 각호의 방법으로 음식물류 폐기물을 분리배출 하여야 하는 대상은 구청장이 고시로 정한다.

(2) 관련법령

폐기물관리법

제4조 (국가 및 지방자치단체의 책무) ① 시장·군수·구청장(지방자치단체인 구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 관할구역안의 폐기물의 배출 및 처리상황을 파악하여 폐기물이 적정처리될 수 있도록 폐기물처리시설을 설치·운영하여야 하며, 폐기물의 수집·운반·처리방법의 개선 및 관계인의 자질향상으로 폐기물처리사업을 능률적으로

수행하는 한편, 주민과 사업자의 청소의식 함양과 폐기물발생억제를 위하여 노력하여야 한다.

제12조 (폐기물의 처리기준등) 누구든지 폐기물을 수집·운반·보관·처리하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 기준 및 방법에 의하여야 한다.

제13조 (생활폐기물의 처리등) ① 시장·군수·구청장은 관할구역안에서 배출되는 생활폐기물을 수집·운반·처리하여야 한다. 다만, 환경부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장이 지정하는 지역을 제외한다.

③ 시장·군수·구청장은 생활폐기물을 수집·운반·처리함에 있어서 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 수수료를 징수할 수 있다.

④ 환경부장관은 제3항의 규정에 의한 수수료를 정하고자 하는 지방자치단체에 대하여 폐기물배출량에 따라 수수료를 차등 징수하도록 권고할 수 있다.

제15조 (생활폐기물배출자의 처리협조등) ① 생활폐기물이 배출되는 토지·건물의 소유자·점유자 또는 관리자(이하 "생활폐기물배출자"라 한다)는 관할 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 생활환경보전상 지장이 없는 방법으로 당해 폐기물을 스스로 처리하거나 감량하여 배출하여야 한다.

② 생활폐기물배출자는 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 제1항의 규정에 의하여 스스로 처리할 수 없는 생활폐기물을 종류·성상별로 분리하여 보관하여야 한다.

③ 생활폐기물배출자중 환경부령이 정하는 음식물류 폐기물(농·수·축산물류 폐기물을 포함한다. 이하 같다) 배출자는 시장·군수·구청장에게 음식물류 폐기물의 배출감량계획 및 처리실적을 제출하고, 발생량·처리실적 등을 기록·보존하는 등 음식물류 폐기물의 배출감량을 위하여 관할 시·군·구의 조례가 정하는 사항을 지켜야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 폐기물 지정수거용기를 마련하고 이에 배출자의 상호 또는 이름을 적도록 하여, 상위 법령의 취지보다 과도한 내용의 권리제한을 가하고 있다이는 주민의 사생활의 비밀의 자유를 침해하고 있다고 평가할 수 있다

(4) 위법성 평가

가. 음식물류 폐기물 수집·운반 및 재활용 사무의 성격

지방자치법 제9조 제2항 제2호의 자목에 의하여 본 사무는 법률에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체의 사무에 속한다 그리고 폐기물관리법 제4조 및 제13조에서 기초 지방자치단체의 장인 시장·군수·구청장에게 이와 관련한 의무를 부과하고 있다 따라서 이는 자치사무 중에서도 지방자치사무가 의무적으로 수행하여야 하는 의무적 자치사무에 해당한다. 음식물 쓰레기의 처리는 주민의 생존·배려에 반드시 필요한 사무이므로 의무적 자치사무로 분류하는데 문제가 없다 이에 근거하여 서울특별시중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례에서는 그 수행방법에 대하여 규율하고 있다.

나. 문제의 소재 생활폐기물배출자 협조의무의 한계 설정

대상조례의 상위법령인 폐기물관리법에서는 국가 및 지방자치단체의 책무이외에도 제15조에서 주민의 처리협조의무를 규정하고 있다 이에 따르면 생활폐기물이 배출되는 토지·건물의 소유자·점유자 또는 관리자는 관할 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 생활환경 보전에 지장이 없는 방법으로 당해 폐기물을 스스로 처리하거나 감량하여 배출하여야 하며, 음식물류 폐기물의 배출감량계획 및 처리실적을 제출하고 발생량·처리실적 등을 기록·보존 하는 등 음식물류 폐기물의 배출감량을 위하여 관할 시·군·구의 조례가 정하는 사항을 지켜야 한다

그런데 대상조례에서는 이러한 협조의무의 구체적 내용의 하나로서 음식물류 폐기물의 배출방법에 있어 '전용수거용기에 배출자의 상호 또는 이름을 표기 하도록 하며, 이러한 방법으로 분리 배출하여야 하는 대상은 구청장이 고시로 정할 수 있게 하고 있다. 즉, 쓰레기를 버리면서 누구의 쓰레기인지를 용기에 표시해야 하는 것이다

과연 이것이 생활폐기물배출자의 사생활 보호와 관련하여 주민이 용인해야 하는 정도의 적법한 권리제한인지의 여부를 검토해 보아야 한다. 이는 상위법령인 폐기물관리법 제63조의 과태료부과 조항의 검토를 통하여 동법 제15조에서의 주민의 협조의무의 범위를 합리적으로 규정해 보고 현재 기초자치단체의 사무로 되어있는 쓰레기종량제 실시와 관련한 환경부의 주민 사생활 보호 의지를 살핌으로써 결정될 수 있

다.

다. 폐기물관리법상의 과태료 부과조항의 검토

폐기물관리법 제2조는 폐기물을 생활폐기물과 사업장폐기물로 나누고, 각각 그 배출 및 처리와 관련하여 별도로 규정을 두고 있다. 그리고 제63조에서는 동법에서 규정하고 있는 의무를 위반한 자에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 부과한다. 이 과태료 부과조항을 살피건대, 동조 각 호에서 규제하고 있는 행위는 사업장폐기물 일반과 그 중에서도 특히 각별한 주의를 요하는 지정폐기물과 감염성폐기물의 처리에 관한 의무에 관한 조항을 위반한 경우이다.

즉, 상위법령에서 과태료 부과로서 규제하고 있는 행위는 사업장폐기물에 한하며 직접적으로 제15조의 생활폐기물처리와 관련한 생활폐기물배출자의 의무위반은 이에 해당하지 않는 것이다. 이는 생활폐기물에 비해 그 위험성이 현저한 사업장폐기물에 대하여서만 공권력이 재산적 제재를 가하여서라도 규제하겠다는 의지를 천명한 것으로 볼 수 있으며, 상대적으로 생활폐기물을 배출하는 자에 대한 주의의무는 이보다 약하다고 볼 수 있다.

따라서 그 폐기물의 배출자를 알기 위한 목적으로 수거용기에 상호나 이름을 적게 하는 대상조례는 상위법령에서 부과하고 있는 생활폐기물을 배출하는 주민의 의무와 그 정도가 상응하지 않는다고 보여진다.

라. 쓰레기종량제와 권리보호

1995년 1월 1일부터 실시된 쓰레기 종량제는 폐기물관리법에서 시장·군수·구청장에게 부과한 폐기물의 처리의무와 관련하여 그 폐기물의 운반과 처리에 대한 수수료를 일정 부분 징수할 수 있게 한 것이다. 그리고 그 수수료 징수의 방법은 종량제 봉투의 구입을 통하여 이루어지며 봉투의 판매 등과 관련하여서는 각 지방자치단체의 장에게 그 권한이 있으며, 대상 지방자치단체인 서울특별시 중구에서도 대상조례 제13조 제4항에서 이를 규정하고 있다.

이 때 종량제 봉투의 두께 및 색상 재질에 관하여는 환경부가 주관하고 있고 이는 환경부 홈페이지의 종량제에 관한 정보를 제공하는 부분에서 자세히 알 수 있다. 여기서 종량제봉투는 과거의 쓰레기봉투가 안이 비치지 않는 것에서 그 안의 내용물을

전혀 알 수 없다는 단점을 보완하기 위하여 봉투 안이 보이도록 투명하게 제작하였으나, 이와 관련하여 배출자의 사생활 보호 문제가 제기되자 가까이서는 보이되 멀리서는 안이 보이지 않도록 반투명한 소재의 비닐을 사용하고 있다 이러한 개선에서 환경부가 쓰레기 배출자의 사생활 보호를 위하여 노력하고 있는 의지를 엿볼 수 있으며, 이를 폐기물의 수집·운반 및 처리에 관한 공권력 행사의 기본 방침이라고 보아도 좋을 것이다.

이에 비하면 대상조례는 그 폐기물 지정수거용기를 마련하고 이에 배출자의 상호 또는 이름을 적도록 하며, 게다가 이러한 규제를 받는 대상을 구청장의 고시로써 정하도록 하여 예측가능성마저 배제하고 있다 이는 환경부의 사생활보호의지와는 거리가 있는 것으로서 폐기물 배출자를 알기 위한 행정목적의 달성을 위하여 과도하게 주민의 권리를 제한하고 있다고 평가된다

마. 소결

이상의 분석에 근거할 때 생활폐기물배출자에게 지정수거용기에 그 상호 또는 이름을 표기하도록 하고 그 배출자의 대상을 구청장의 고시로써 정하도록 한 서울특별시 중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례 제5조에 대해 살펴보면 다음과 같다. 우선 사업장폐기물은 폐기물처리 관련 의무를 위반한 경우에만 과태료를 부과하고 있는 폐기물관리법 제65조를 고려하면 생활폐기물배출자의 배출 협조의무가 사업장폐기물의 경우보다는 적은 것으로 평가할 수 있다 그리고 폐기물 수수료 징수를 위한 쓰레기종량제 실시에 있어서의 환경부의 입장을 살피건대 폐기물배출자의 사생활보호를 그 배출자 및 내용물의 구별이라는 행정목적 달성에 비해 결코 가볍게 취급하지 않고 있다고 평가할 수 있다 또한 폐기물관리법 제15조의 주민의 협조의무를 상위법령이 예정하고 있는 것보다 엄격하게 적용하여 생활폐기물배출자로서의 주민의 의무를 부당하게 부과하고 있는 위법한 조례라고 평가할 수 있다

(5) 개선사항

생활폐기물배출자에게 지정수거용기에 그 상호 또는 이름을 표기하도록 하고 그 배출자의 대상을 구청장의 고시로써 정하도록 한 부분은 삭제되어야 한다

제5장 행정조직 영역

제1절 검토범위

일반적으로 행정조직 영역은 행정작용을 하기 위한 인적 요소들을 규정하기 위한 목적을 갖는다. 따라서 공무원법, 지방의회법 및 정보공개법 등이 이에 해당하는 법 체계이다. 이를 위한 구체적인 조례나 규칙 중에서 지방공무원에 관한 사항, 지방의회운영에 관한 사항 및 지방자치단체의 정보공개에 관한 사항들이 이에 포함될 수 있다.

제2절 구체적 검토조례

1. 서울특별시지방공무원직장협의회설립운영에관한조례

(1) 대상 조례

제12조 ② 협의회는 협의회 규정, 협의위원명부, 회원명부 및 회의록을 관리하여야 하고, 대표자, 협의위원 및 협의회 규정의 변경이 있는 경우에 그 변경된 날부터 3일 이내에 이를 기관장에게 통보하여야 하고, 회원의 변경사항에 대하여는 반기별로 이를 기관장에게 통보하여야 한다.

③ 설립기관의 장은 제2항의 규정에 의하여 통보받은 때에는 이를 검토하여 회원으로서의 부적격자가 있거나 협의회규정등이 법규에 위반되는 사항이 있는 때에는 협의회에 즉시 이의 시정을 요구할 수 있으며, 정당한 사유가 없는 한 협의회는 이에 응하여야 한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례의 내용 중, 설립기관의 장에게 조례 제12조 제3항에 의한 감독권을 인정하고 협의회에게 기관장의 시정 요구를 따를 의무를 부과하는 것은 문제가 있다고 보인다. 특히 직장협회가 노동조합의 전신조직으로서의 의미를 가짐에 비추어 이러한 시정요구 준수 의무 규정은 공무원직장협의회와 자주성 즉 단결권을 침해할 우려가 있다고 본다.

(3) 위법성 평가

노동조합및노동관계조정법 제2조 제4호에서 규정하고 있는 노동조합의 개념을 분설하면, 노동조합이라 함은 첫째, 근로자가 주체가 되어 둘째, 자주적으로, 셋째, 근로조건 유지, 개선 기타 근로자의 경제적, 사회적 지위향상을 도모함을 목적으로 넷째, 단결하여 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다 본 조례 제12조 제3항과 관련되는 요건이 바로 둘째 요건인 자주성이다. 이러한 자주성이라는 개념은 구체적으로 두가지의 의미를 포함하는데 하나는 사용자나 기타 다른 제3자의 지배·영향력을 받지 않을 자주성과 독립성을 갖추어야 한다는 것이고 다른 하나는 가입 또는 결성주체가 되는 근로자가 자주적으로 즉 타율적인 가입강제를 배제하는 자유로운 설립·가입을 전제로 한다는 의미이다.

노동조합과 사용자 간의 관계는 공무원직장협의회와 설립기관의 장 간의 관계와 유사하다. 근로자 각자는 자신의 사용자를 상대로 정당하고 적정한 자신의 지위와 권리를 주장할 수 있는 힘이 없기 때문에 단체의 힘을 빌어 이를 할 수 있도록 노동조합과 공무원직장협의회라는 단체를 인정하는 것이다. 이러한 노동조합과 공무원직장협의회가 설립되는 목적을 제대로 수행하기 위해서는 사용자 기타 제3자로부터의 자주성이 필수적이다. 특히, 사용자와 근로자간의 이해관계는 대립되기 때문에 대등한 관계를 유지하기 위해서는 이러한 자주성이 확보되어야 하는 것이다. 만약 보통 노동조합에게 인정되는 이러한 자주성이 공무원직장협의회에게 보장되지 않는다면 공무원직장협의회가 목적으로 하는 공무원의 근무환경 개선·업무능력 향상 및 고충처리는 달성될 수 없을 것이며, 이러한 공무원직장협의회 설립과 운영을 위하여 제정된 공무원직장협의회설립·운영에관한법률도 유명무실하게 될 것이다. 자주성의 개념 중 가입 또는 결성주체가 되는 근로자가 자주적으로 즉, 타율적인 가입강제를 배제하는 자유로운 설립·가입을 전제로 한다는 의미는 동 법률 제4조에서 공무원은 자유로이 협의회에 가입하거나 협의회를 탈퇴할 수 있다고 규정하여 원칙적으로 인정하고 있다. 제3조에서 협의회에 가입할 수 있는 공무원을 일정한 범위로 제한하고 있으나 이는 기본권 제한에 관한 규정이 헌법 제37조 제2항에 비추어 보아 합리적인 제한이라 판단된다.

문제되는 것은 자주성의 두 번째 의미이다. 사용자가 기타 다른 제3자의 지배·영향력을 받지 않을 자주성과 독립성을 갖추어야 한다는 자주성의 다른 의미는 조례 제12조 제3항에 의하여 공무원직장협의회에게 보장되고 있지 않다. 근무환경 개선·업무능력 향상 및 고충처리를 목적으로 하는 협의회는 설립기관의 장과의 이해관계가 충돌하는 경우가 많을 것이다. 그러므로 협의회 효과적 목적 달성을 위해서는 이러한 대립관계를 전제로 하는 대등관계가 확보되어야 한다. 따라서 설립기관의 장에게 조례 제12조 제3항에 의한 감독권을 인정하고 협의회에게 기관장의 시정 요구를 따를 의무를 부과하는 것은 문제가 있다고 본다. 물론 이러한 직장협의회가 노동조합의 명칭을 갖고 활동하는 조직이 아니라는 점에서는 노동조합과 다른 규율이 가능할 수도 있을 것이다. 이러한 점에서는 본 시정요구 준수 의무규정이 반드시 위법이라고는 할 수 없으나, 노동조합의 전신조직이라는 점에서는 노동조합에 준하는 보호가 필요하다는 점에서 바람직하지 못한 조항이라고 평가할 수 있다.

(4) 개선사항

조례 제12조 제3항에 의한 감독권 및 협의회 시정요구준수의무 규정은 공무원직장협의회 자주성을 침해할 우려가 있어 폐지되어야 한다.

2. 안양시지방고용직공무원의임용등에관한조례

(1) 대상조례

제3조 ③ 고용직공무원의 신규임용 연령은 14세 이상 20세까지 한다.

(2) 관련법령

근로기준법

제62조 (최저연령과 취직인허증) ① 15세미만인 자는 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 따라 노동부장관이 발급한 취직인허증을 소지한 자는 그러하지 아니하다.

헌법

제32조 ⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 근로기준법과 달리 14세인 자도 고용직공무원으로 임용될 수 있도록 하여, 나이를 이유로 한 차별, 즉, 불리한 대우를 규정하고 있다고 볼 수 있다 또한 이

로 인하여 헌법상 보장된 연소자의 근로의 권리를 침해하고 있다고 보인다

(4) 위법성 평가

안양시 조례는 제3조 제3항에서 고용직공무원의 신규임용 연령은 14세 이상 20세까지로 규정하고 있다. 그러나 이러한 규율 내용에 대해 현행 근로기준법 제62조 제1항은 15세 미만의 자는 근로자로 사용하지 못한다고 규정하고 있으며 예외적인 경우에 한해서 노동부장관이 발급한 취직인허증을 소지한 자는 가능하도록 하고 있다.

지방공무원법 제2조 제4항에 의해서 고용직공무원의 임용조건은 조례로 정할 수 있도록 되어 있다. 또한 근로기준법에 의해서도 제62조 단서에 의해서 취직인허증을 취득하였을 경우에 14세의 연소자도 고용직공무원으로 임용될 가능성은 있다. 그러나 공무원도 근로기준법상의 근로자의 개념에 포함되며 근로기준법의 근본적인 취지는 존중되어야 할 것이다. 특히 고용직공무원의 경우는 단순한 노무에 종사하는 공무원이라는 점에서 더욱 그러하다. 근로기준법은 연소자를 보호하는 취지에서 원칙적으로 15세 미만자의 근로를 허용하지 않고 있으며 예외적인 경우에만 취직인허증을 통해서만 인정하고 있다. 다만, 예외는 좁게 인정되어야 할 것이며, 이 경우에 연소자보호 규정을 침해하면서까지 14세 근로자의 근로를 허용해야 될 특별한 예외적인 이유도 발견되지 않는다. 결국 조례는 상위법령인 근로기준법 제62조에 위반되며, 더 나아가 연소자의 근로를 보호하도록 규정한 헌법 제2조 제5항에도 위반되어 법률우위원칙의 위반을 인정할 수 있을 것이다.

(5) 개선사항

당해 조례는 근로기준법의 기준에 맞는 내용으로 개정되어야 한다.

3. 서울특별시종로구규제개혁위원회설치및운영조례

(1) 대상조례

제7조 (간사) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1인을 둔다.
② 간사는 규제개혁 주무부서의 과장이 된다.

(2) 유사조례

서울특별시강남구규제개혁위원회설치및운영조례

제6조 (간사) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1인을 둔다.
② 간사는 기획감사담당관이 된다.

서울특별시성동구규제개혁위원회설치및운영조례

제6조 (간사) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1인을 둔다.
② 간사는 규제개혁 주무부서의 과장이 된다.

서울특별시용산구규제개혁위원회설치및운영조례

제7조 (간사) ① 위원회의 사무를 처리하게 위하여 위원회에 간사 1인을 둔다.
② 간사는 규제개혁 주무부서의 과장이 된다.

서울특별시송파구규제개혁위원회설치및운영조례

제2조 (구성 등) ③ 위원회에는 간사 1인을 두되, 기획예산과장이 된다.

부산광역시규제개혁위원회조례

제6조 (간사 등) ① 위원회에 간사와 서기 각 1인을 두되, 간사는 법무담당관이 되고, 서기는 법제담당이 된다
② 간사는 위원장의 명을 받아 위원회의 사무를 처리하고, 서기는 간사를 보좌한다.
③ 간사는 위원회에 출석하여 발언할 수 있다.

대구광역시규제개혁위원회설치및운영조례

제6조 (간사) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1인을 둔다.

② 간사는 규제개혁 주무부서의 실·과장이 된다.

인천광역시중구행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

제3조(구성) ⑥ 간사는 기획감사실장이 되고, 서기는 규제개혁업무 담당공무원으로 한다.

강화군행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

제4조 (구성) ⑥ 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사와 서기 각 1인을 두되, 간사는 기획담당이 되고, 서기는 규제개혁업무 실무담당자로 한다.

(3) 관련법령

행정규제기본법

제25조 (구성등) ① 위원회는 위원장 2인을 포함한 15인 이상 20인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 국무총리와 학식과 경험이 풍부한 자중에서 대통령이 위촉하는 자가 된다.

③ 위원은 학식과 경험이 풍부한 자중에서 대통령이 위촉하는 자와 대통령령으로 정하는 공무원이 된다. 이 경우 공무원이 아닌 위원은 전체위원의 과반수가 되어야 한다.

④ 위원회에 간사 1인을 두되, 공무원이 아닌 위원중에서 국무총리가 아닌 위원장이 지명하는 자가 된다.

⑤ 위원중 공무원이 아닌 위원의 임기는 2년으로 하되, 1차에 한하여 연임할 수 있다.

⑥ 위원장 모두가 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 국무총리가 지명한 위원이 그 직무를 대행한다.

제3조 (적용범위) ① 규제에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 따른다.

② 이 법은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회 및 감사원이 행하는 사무
2. 형사·행형 및 보안처분에 관한 사무
3. 국가안전보장, 국방, 외교, 통일, 조세등에 관한 사무중 이 법을 적용하기 곤란한 사무로서 대통령령이 정하는 사항

③ 지방자치단체는 이 법이 정하는 취지에 따라 조례·규칙에 규정된 규제의 등록 및 공표, 규제의 신설 또는 강화에 대한 심사, 기존규제의 정비, 규제심사기구의 설치등에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 규범인 행정규제기본법의 내용과 달리, 간사를 행정공무원중에서 임명하도록 하고 있다. 이는 그 자체로서 상위 법령위반이기는 하지만 특정 기본권의 침해로 포섭하기 어려운 점이 존재한다. 따라서 조례의 규정내용을 통하여 행정규제 사무처리에 관한 행정작용상 불리한 내용이 규정되는 결과가 야기되었고 이에 따라 이를 규범적용상 차별로 평가할 수 있다

(5) 위법성 평가

행정규제기본법은 중앙정부에 규제개혁위원회를 두면서 간사를 국무총리가 아닌 위원장이 공무원이 아닌 위원회 위원 중에서 지명한 자로 하여 규제개혁위원회의 사무처리가 행정기관에 예측되지 않고 자유롭게 이루어질 수 있도록 하고 있다. 그러나 법 제3조 제3항에 의해 만들어진 서울특별시의 조례에는 서울특별시 규제개혁위원회의 간사를 서울시의 규제개혁 주무부서 담당관으로 하도록 함으로써 일반 시민이 아닌 시 공무원이 사무처리를 담당하도록 하고 있다

단순히 살펴본다면 이는 규제개혁위원회의 사무처리에 있어서 전문가라고 할 수 있는 담당 부서 공무원이 이를 수행하는 것이 훨씬 효율적이라 할 수 있겠지만 위원회

의 성격상 공무원이 이를 전담하게 될 때에는 시장을 비롯한 고위 공무원들의 영향력에서 자유로울 수 없다. 이는 규제개혁이 시민들의 자유로운 시정활동에 대한 참여를 보장하는 동시에 행정관청에 의한 불필요한 규제를 완화 또는 철폐함으로써 시민들의 자유권을 최대한 보장하기 위해 필요한 것임을 감안해 보면 모순된 규정이라고 아니할 수 없다.

따라서 이러한 서울시의 조례규정은 검토되어야 할 필요가 있다고 생각한다. 이러한 사정은 위에서 언급한 다른 조례에서도 나타나고 있다.

(6) 개선사항

규제개혁위원회의 간사를 담당부서 공무원으로 하고 있는 본 조례 규정은 공무원이 아닌 위원으로 간사를 임명하도록 개정되어야 한다.

4. 서울특별시강남구세조례

(1) 대상조례

제14조의2 (과세전적부심사위원회) ① 시행규칙 제36조의3의 규정에 의하여 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 종로구과세전적부심사위원회(이하 "적부심사위원회"라 한다)를 둔다.
② 적부심사위원회는 위원장 1인과 6인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 부구청장이 되고, 위원은 지방세관련 5급 이상의 공무원과 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 구청장이 지명 또는 위촉 한다.
⑥ 적부심사위원회의 조직과 운영 등 기타 필요한 사항에 관하여는 규칙으로 정한다.

(2) 유사조례·규칙

서울특별시종로구세조례

제14조의2 (과세전적부심사위원회) ① 시행규칙 제36조의3의 규정에 의하여 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 종로구과세전적부심사위원회(이하 "적부심사위원회"라 한다)를 둔다.

② 적부심사위원회는 위원장 1인과 6인이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 부구청장이 되고, 위원은 지방세관련 5급이상의 공무원과 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 구청장이 지명 또는 위촉 한다.

⑥ 적부심사위원회의 조직과 운영 등 기타 필요한 사항에 관하여는 규칙으로 정한다.

인천광역시남동구구세조례

제8조 (과세전적부심사위원회) ① 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 구에 과세전적부심사위원회(이하 "적부심사위원회"라 한다)를 둔다.

② 적부심사위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인이하의 위원으로 구성하며, 위원장은 부구청장이 되고, 위원은 지방세에 관한 전문지식이 있는 공무원과 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 구청장이 지명 또는 위촉한다.

⑥ 적부심사위원회의 조직과 운영 등 기타 필요한 사항에 관하여는 규칙으로 정한다.

부산광역시동래구세조례

제14조의2(과세전적부심사위원회) ① 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 과세전적부심사위원회(이하 이조에서"위원회"라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성하며 위원장은 부구청장이 되고, 위원은 총무국장, 세무과장과 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖춘 외부인사로 하여 구청장이 지명 또는 위촉한다.

대구광역시중구구세조례

제8조 (과세전적부심사위원회) ① 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 과세전적부심사위원회(이하 "적부심사위원회"라 한다)를 둔다.

② 적부심사위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인 이하의 위원으로 구성하며, 위원장은 부구청장이 되고, 위원은 지방세관련 5급 이상의 공무원과 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 구청장이 지명 또는 위촉한다.

광주광역시남구세조례

제8조 (과세전적부심사위원회) ① 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 구에 과세전적부심사위원회(이하 적부심사위원회라 한다)를 둔다.

② 적부심사위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인 이하의 위원으로 구성하며, 위원장은 부구청장이 되고, 위원은 지방세에 관한 전문지식이 있는 5급 이상의 구 공무원과 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖춘 외부인사를 구청장이 지명 또는 위촉하며, 위원회의 회의는 위원장과 위원장이 매 회의마다 지정하는 6인의 위원으로 구성하되 외부인사가 4인 이상 포함되어야 한다.

부산광역시중구세조례

제14조의3 (과세전적부심사위원회) ① 구세에 관한 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 과세전적부심사위원회(이하 이 조에서"위원회"라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 부구청장이 되고 위원은 지방세에 관한 전문지식이 있는 부산광역시중구 소속 공무원과 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖춘 외부인사를 동수로 하여 구청장이 지명 또는 위촉한다.

대구광역시중구구세부과징수규칙

제142조 (회의소집) ③ 위원회의 회의는 위원장과 위원장이 매 회의마다 지정하는 6인의 위원으로 구성하되, 외부인사가 4인이상 포함되어야 한다.

(3) 관련법령

지방세법

제70조 (과세전적부심사) ① 납세자는 다음 각호의 1에 해당하는 통지를 받은 때에

는 당해 지방자치단체의 장에게 통지된 내용에 따른 과세가 적법한지의 여부에 관한 심사의 청구를 할 수 있다.

1. 세무조사결과에 대한 서면통지
 2. 과세예고전적부심사)
 3. 제1호 및 제2호와 유사한 사유가 있는 경우로서 행정자치부령으로 정하는 통지
- ② 제1항의 규정에 의한 심사(이하 "과세전적부심사"라 한다)의 청구절차 및 심사방법등에 관한 사항은 행정자치부령으로 정한다

지방세법시행규칙

제36조의3 (과세전적부심사의 청구절차등) ① 과세전적부심사 청구는 법 제70조제1항 각호의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 별지 제41호서식에 의하여 시·군세는 시·장·군수에게, 도세는 도지사에게 제출하여야 한다.

② 과세전적부심사청구를 심사하기 위하여 각 지방자치단체에 과세전적부심사위원회(이하 이 조에서 "위원회"라 한다)를 둔다.

③ 위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인 이하의 위원으로 구성하며, 위원장은 시·군의 경우 부시장 또는 부군수, 도의 경우 지방세 사무를 담당하는 국장으로 하고, 위원은 지방세에 관한 전문지식이 있는 지방자치단체의 공무원과 조례가 정하는 자격을 갖춘 외부인사로 하여 지방자치단체의 장이 지명 또는 위촉한다.

④~⑤ 생략

⑥ 이 규칙에서 정하는 사항외에 위원회의 운영에 관하여 필요한 사항은 각 지방자치단체의 조례로 정한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 그 구성에서 지방세법의 규정과 달리 위원회를 위원장 1인을 포함하여 10인이하로 구성하지 않고, 위원장 1인을 포함하여 6인이하로 하여 지방세법을 위반하고 있다. 이는 조례를 통하여, 위원회를 통한 과세전적부심사를 신중하게 받을 수 있는 지위가 차별받고 있다고 보인다 따라서 규범적용상 차별로, 즉, 불리한 대우로 평가할 수 있다

(5) 위법성 평가

과세전적부심사제도란 지방세 납세자가 세무조사결과에 대한 서면통지 또는 과세예고통지 등을 받은 때에, 통지된 내용이 적법한 것인지의 여부를 판단 받을 수 있는 기회를 제공하는 것이다. 이를 통해 지방세의 부당한 과세를 막고 이러한 통지를 받은 당사자가 불복할 수 있는 기회를 보장하기 위해 지방세법이 규정하고 있는 제도이다. 따라서 과세전적부심사위원회의 위원장 및 위원들은 지방세 제도에 관하여 전문성을 갖출 것이 요구된다. 그러나 이러한 요구와 더불어 당해 지방세 부과에 타당성을 객관적으로 판단할 수 있도록 제도적으로 보장할 필요가 있다.

이에 지방세법은 과세전적부심사위원회의 위원장을 부시장 등으로 하여 지방세 부과에 타당성에 대한 신중한 검토가 이루어지도록 하였고 위원회를 위원장 1인을 포함하여 10인 이하의 위원으로 구성하도록 규정하고 있다. 그러나 서울특별시 강남구와 종로구의 조례에서는 법률규정과 배치되어 위원회를 위원장 1인을 포함하여 6인 이하의 위원으로 구성하도록 규정하고 있다.

과세전적부심사제도의 취지를 제대로 살리기 위하여는 그 절차가 매우 신중할 필요가 있다. 따라서 보다 많은 전문가들의 의견을 반영할 수 있는 제도적 장치가 마련될 필요가 있다. 이에 비추어 볼 때 서울특별시 강남구와 종로구의 조례는 법률규정과 배치되는 문제점이 발생하고 있다. 이는 반드시 개정되어야 할 내용이라고 생각한다.

(6) 개선사항

과세전적부심사위원회의 위원회는 지방세법의 내용에 맞추어 위원장 1인을 포함하여 10인 이하의 위원으로 구성하도록 개정되어야 한다.

5. 인제군세조례

(1) 대상 조례

제2조 (지방세 법령의 적용) 군세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율, 기타 부과·징수에 관하여 이 조례에서 정하지 아니한 것은 지방세 법령이 정하는 바에 의한다.

(2) 유사조례

서울특별시강남구세조례

제1조 (과세의 근거) 구세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 징수에 관하여 법령 기타 따로 정하는 것을 제외하고는 이 조례의 정하는 바에 의한다.

(3) 관련법령

지방세법

제2조 (지방자치단체의 과세권) 지방자치단체는 이 법에 정하는 바에 의하여 지방세로서 보통세와 목적세를 부과징수 할 수 있다.

제3조 (지방세의 부과·징수에 관한 조례) ① 지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 이 법이 정하는 범위안에서 조례로써 하여야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 일반적인 법률과 조례와의 관계와 달리, 조례가 정하는 사항이 없는 경우에 한하여 지방세법이 효력을 갖는다고 하여 조례에서 정하는 사항이 지방세법보다 우선적인 효력을 갖는 규정으로 만들고 있다 이는 지방세법에 의하여 보호받아야 할 주민들이 조례에 의하여 불리한 대우를 받는 결과를 초래하고 있으며 이에 따라서 규범적용상 차별 즉, 불리한 대우로 이해할 수 있다.

(5) 위법성 평가

인제군세조례 제2조는 지방세 법령의 적용에 있어서 '군세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율, 기타 부과·징수에 관하여 이 조례에서 정하지 아니한 것은 지방세 법령이 정하는 바에 의한다'라고 규정하고 있다. 이는 조례의 효력을 근거법령인 지방세법의 효력보다 우위에 두는 취지의 조례라고 보여진다. 따라서 법률우위 원칙의 위배가 아닌가 문제가 될 수 있다.

인제군세조례에서 규율하는 부분은 지방세 징수에 관한 것으로서 이는 그 성질상 주민에게 지방세 납부의무에 관한 세목과 과세표준 기타 부과징수에 관한 것을 정하는 것으로서 법률에 수권규정이 있어야 제정할 수 있는 것으로 보인다. 그런데 지방세법 제2조와 제3조에서 이에 관한 수권규정이 있어 법률유보의 원칙에는 부합하는 것으로 보인다.

문제는 인제군세조례 제2조가 '이 조례에서 정하지 아니한 것은 지방세 법령이 정하는 바에 의한다'라고 한 규정이 법률우위원칙에 위반되는 것이 아닌가라는 점이다. 이 조문에 의하면 인제군세조례가 지방세에 관하여 정한 사항은 지방세법에 우선하여 그 효력이 있게 된다. 즉, 조례와 지방세법이 충돌할 경우 조례의 효력이 우선하여 적용된다고 할 수 밖에 없다. 그러나 지방세법은 자치단체가 지방세로서 보통세와 목적세를 부과징수할 수 있고 이에 필요한 사항은 지방세법이 정하는 범위 내에서 정할 수 있도록 규정하고 있다.

결국, 지방자치단체의 조례제정에 있어서 지방세법의 효력이 우선한다는 법률우위원칙을 명백히 하고 있다고 볼 수 있다. 이는 비교적으로 검토하여 볼 때, 서울특별시 강남구조례 제1조에서 '법령 기타 따로 정하는 것을 제외하고는 이 조례의 정하는 바에 의한다'라고 규정한 것과 대조적이다.

검토한 결과 인제군세조례 제2조는 법률유보원칙을 위배하지는 않으나 법률우위원칙에 위배되는 위법한 조례라고 보여진다. 지방세법은 명백하게 '지방세법이 정하는 범위 안에서 조례로써 정할 수 있다'고 규정하고 있으나 인제군세조례는 제2조에서 '조례에서 정하지 아니한 것은 지방세 법령이 정하는 바에 의한다'라고 하여 법률우위원칙에 정면으로 반한다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 비교법적으로 강남구 기타 자치단체의 규정과의 비교에 의해서도 이는 분명해진다고 할 수 있을 것이다.

(6) 개선사항

지방세법의 규정에 따라서 '지방세법이 정하는 범위 안에서만 조례는 규정할 수 있다. 따라서 본 조례의 '조례에서 정하지 아니한 것은 지방세 법령이 정하는 바에 의한다'고 규정한 부분은 지방세법의 표현으로 개정되어야 한다

6. 안양시인터넷홈페이지운영조례

(1) 대상 조례

제6조 (열린마당 홈페이지 게시자료 관리) ② 분야별 담당부서의 장은 열린마당 홈페이지의 건전한 운영을 위하여 이용자가 게시한 자료중 다음 각호의 1에 해당하는 자료를 안양시인터넷홈페이지정보심의위원회(이하 "심의위원회"라 한다)에 별지 제1호 서식에 의하여 심의 요청 하여야 하며, 결과에 따라 별지 제2호 서식에 기록 후 삭제 또는 관련 기능 게시항목으로 옮길 수 있다. 다만, 상습적 광고나 욕설, 음란물 등 명백히 불건전한 내용은 심의위원회 심의 없이도 별지 제2호 서식에 기록 후 삭제할 수 있다.

1. 국가안전이나 보안에 위배되는 경우
2. 정치적 목적이나 성향이 있는 경우
3. 특정기관, 단체, 부서를 근거없이 비난하는 경우
4. 특정인을 비방하거나 명예훼손의 우려가 있는 경우
5. 영리목적의 상업성 광고, 저작권을 침해할 수 있는 내용
6. 실명을 원칙으로 하는 경우에 실명을 사용하지 아니하였거나 실명이 아닌 것으로 판단된 경우
7. 동일인 또는 동일인이라고 인정되는 자가 똑같은 내용을 주 2회 이상 게시하거나 비슷한 내용을 1일 2회 이상 게시하는 경우 추가 게시자료
8. 각 게시판의 기능별 취지에 어긋나는 내용
9. 기타 연습, 오류, 장난성 내용 등

(2) 유사 조례

광명시인터넷홈페이지운영조례

제6조 (홈페이지 게시자료 관리) ② 관리부서의 장은 홈페이지의 건전한 운영을 위하여 이용자가 게시한 자료중 다음 각호의 1에 해당하는 자료는 삭제할 수 있다. 다만 이 경우 삭제한 이유를 해당 게시판에 공개하거나 게시한 자의 전화번호나 전자우편주소가 명확할 경우는 게시자에게 삭제한 이유를 통지하여야 한다.

1. 국가안전이나 보안에 위배되는 경우
2. 정치적 목적이나 성향이 있는 경우
3. 특정기관, 단체, 부서를 근거없이 비난하는 경우
4. 특정인을 비방하거나, 명예훼손의 우려가 있는 경우
5. 영리목적의 상업성 광고 또는 저작권을 침해할 수 있는 내용
6. 욕설, 음란물 등 불건전한 내용
7. 동일인 또는 동일인이라고 인정되는 자가 똑같은 내용을 주 2회 이상 게시하거나, 비슷한 내용을 1일 2회 이상 게시하는 경우
8. 기타 연습성, 오류, 장난성의 내용, 실명을 원칙으로 하는 경우에 실명을 사용하지 아니한 경우 등

구리시인터넷홈페이지서비스운영조례

제9조 (자료의 임의삭제) 임의의 사용자가 비정상적인 경로 또는 정상적인 경로를 통하여 자료(전자게시판 게시물 포함) 등록시 그 자료의 내용이 저작권을 침해할 수 있는 자료, 공익성을 해치는 자료, 상식적인 견해로 볼 때 불건전 자료로 판단될 경우 전산정보과장은 자료를 임의 삭제할 수 있다. 다만 이 경우에 등록한자의 연락처가 명확할 때에는 당사자에게 삭제한 이유를 통지하여야 한다.

수원시인터넷시스템설치및운영에관한조례

제11조(홈페이지 게시자료 관리) ② 관리부서의 장은 홈페이지의 건전한 운영을 위하여 이용자가 게시한 자료 중 다음 각호의 1에 해당하는 자료는 삭제할 수 있다.

1. 국가안전이나 보안에 위배되는 경우
2. 정치적 목적이나 성향이 있는 경우
3. 특정기관, 단체, 부서를 공개 사이트에 근거없이 비난하는 경우

4. 특정인에 대해 공개 사이트에 근거없이 비방하거나, 명예훼손의 우려가 있는 경우
 5. 게시판 운영목적에 반하는 영리목적의 상업성 광고 또는 저작권을 침해할 수 있는 내용
 6. 욕설, 음란물 등 불건전한 내용
 7. 동일인 또는 동일인이라고 인정되는 자가 똑같은 내용을 주 2회이상 게시하거나, 비슷한 내용을 1일 2회이상 게시하는 경우
 8. 기타 연습성, 오류, 장난성의 내용, 실명게시판에 비실명으로 게재한 경우 등
- ③ 관리부서의 장은 자료 삭제년월일, 삭제사유, 내용 등을 1년이상 관리하여야 하며, 삭제목록 및 삭제 이유를 분기별로 1주이상 인터넷에 공개하고, 게시한 자의 전화번호나 전자우편주소가 명확할 경우에는 당사자에게 삭제한 이유를 통지하여야 하며, 별도관리하는 내용에 대하여는 시민 누구나 열람할 수 있으며, 다만, 개인정보에 관한 사항은 제한할 수 있다.
- ④ 제2항 제3호 및 제4호에 해당하는 자료 삭제시에는 관리부서의 장은 반드시 감사담당부서의 의견서를 첨부하여 관리하여야 한다.

(3) 관련법령

전기통신사업법

제53조 (불법통신의 금지 등) ① 전기통신을 이용하는 자는 다음 각호의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시하는 내용의 전기통신
2. 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 전기통신
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 내용의 전기통신
4. 정당한 사유없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 전기통신
5. 청소년보호법에 의한 청소년유해매체물로서 상대방의 연령확인, 표시의무 등 법

령에 의한 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 전기통신

6. 법령에 의하여 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 전기통신
7. 법령에 의하여 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 전기통신
8. 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 전기통신
9. 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 전기통신

② 정보통신부장관은 제1항의 규정에 의한 전기통신에 대하여는 제53조의2의 규정에 의한 정보통신윤리위원회의 심의를 거쳐 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 전기통신의 경우에는 그러한 전기통신으로 인하여 피해를 받은 자의 명시한 의사에 반하여 이를 명할 수 없으며, 제1항 제7호 내지 제9호의 규정에 의한 전기통신의 경우에는 관계중앙행정기관의 장의 요청이 있는 경우에 한하여 이를 명할 수 있다.

③ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 명령의 대상이 되는 전기통신사업자 및 해당 이용자에게 사전에 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우
3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

인터넷 게시물에 대한 삭제권한이 조례차원에서 규정되어 있으나 그 위임근거가 없으며, 게시물을 삭제하는 사유의 표현내용이 매우 불명확하게 되어 있어 남용의 소지가 있다. 따라서 표현의 자유를 침해할 우려가 존재한다.

(5) 위법성 검토

가. 인터넷 게시물 삭제의 법적 성격

(가) 표현의 자유의 내용

헌법 제21조는 '① 모든 국민은 언론 출판의 자유를 가진다 ② 언론 출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하여 언론 출판의 자유를 보장하고 있다 언론 출판의 자유라 함은 사상 또는 의견을 담은 언어문자 등으로 불특정다수인에게 발표하는 자유를 말한다. 언론은 담화 토론 연설 방송 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 발표를 뜻하고, 출판은 문서 도화, 사진, 조각 등 문자와 형상에 의한 사상 또는 의견의 발표를 뜻한다.

언론 출판의 자유는 (1) 개개인의 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 자유로운 인격발현을 이루는데 불가결하고 (2) 민주시민으로서 국정에 참여하고 인간다운 생활을 영위하기 위해 필수적이며 (3) 특히 민주정치체제는 사상의 자유로운 형성과 전달에 의하여 비로소 가능하다는 점에서 민주적인 정치적 법적 질서를 형성하고 유지하는 근본적인 조건이 된다는 점에서 민주사회에서 반드시 인정되어야 하는 필수불가결한 권리이다.

(나) 인터넷에서 게시물 삭제의 법적 성격

동 조례 제6조에서 각호의 기준에 해당하는 경우에 인터넷 게시판의 게시물을 시장이 삭제할 수 있도록 한 것은 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다

(다) 법률에 근거규정이 있는지 여부

인터넷에 글을 올리는 표현의 자유에 대한 제한으로는 전기통신사업법이 규정하고 있다. 이에 따르면 인터넷 통신물에 대해서는 정보통신부 장관이 전기통신사업법 제53조 각호에 해당하는 경우에 한하여 정보통신윤리위원회의 심의를 거쳐서 게시물 취급을 거부(삭제)하도록 전기통신사업자에게 명할 수 있음을 규정하고 있다 그러나 지방자치단체의 담당부서의 장이 인터넷 게시물을 삭제할 수 있도록 하고 있는 법령은 보이지 않는다 따라서 이 조례 제6조의 규정은 상위법의 근거 규정 없이 주민의 권리를 제한하고 있는 것이다

나. 표현의 자유에 대한 제한과 조례 제6조 각호 사유의 문제점

한편 언론 출판의 자유 역시 헌법 제7조 제2항에 의한 제한이 가능한데, 언론 출판에 대한 제한은 사전제한과 사후제한으로 나누어진다. 이 중 사전제한은 상대방에게 사상이나 의견이 도달되기도 전에 표현을 억제하는 것으로 알 권리까지도 침해하는 것이 될 뿐 아니라 국민이 무엇을 읽고 무엇을 볼 것인가를 당국이 자의적으로 선별하고 결정하는 것이 되기 때문에 사후통제보다 한층 더 유해하다. 사전통제의 전형적인 예는 검열인데, 이에 따라 헌법 제21조 제2항은 언론 출판에 대한 허가제나 검열을 금지하는 규정을 두고 있다. 검열이라 함은 사상이나 의견이 발표되기 이전에 국가기관이 내용을 심사 선별하여 일정한 사상이나 의견의 표현을 사전에 억제하는 제도를 말한다.

사전검열과는 달리 사후통제는 헌법 제7조 제2항에 근거를 두고 있지만 언론 출판의 자유는 경제적 기본권에 비하여 우월성을 가지므로 그 제한과 규제에 대해서는 경제적 기본권의 규제입법에 관한 합헌성 판단의 기준보다 엄격한 기준이 요구된다. 언론규제입법의 합헌성 판단기준으로 거론되는 원칙들로는 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 법익형량이론, 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등이 있다.

첫째, 표현의 자유를 규제하는 법령의 규정은 명확해야 한다. 불확정개념이나 막연한 용어를 사용하여 그 의미를 추정할 수 밖에 없는 경우에는 위헌무효가 된다. 막연하므로 무효(void for vagueness)가 된다. 헌법재판소의 결정에 의하면 법치주의에서 요구되는 명확성의 원칙은 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하며, 이로써 법률규정의 구성요건적 내용에 따라 국민이 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 명확해야 할 것을 의미하는 것이라고 한다. 따라서 표현행위 규제입법에는 최상의 입법기술이 요청된다고 할 것이고, 다소간이라도 명확히 할 여지를 남기는 한 위헌무효라고 하여야 한다(명확성의 원칙).

둘째, 위법한 표현행위를 규제하기에 충분한 보다 완곡한 제재방법이 따로 있음에도 불구하고 과도한 제재를 가하는 입법은 자유로운 표현을 질식시키는 사회적 효과(chilling effect)를 가져오기 때문에 위헌이다. 이것은 자유의 제한은 필요최소한이어

야 한다는 과잉금지의 원칙 또는 덜 제한적인 대체조치(less restrictive alternative)의 원칙을 표현의 자유에 적용한 것이다(과잉금지의 원칙).

셋째, 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의거하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등 공익을 보호할 필요가 있는 경우에만 허용되지만 표현의 자유를 제한함에는 표현의 자유라는 법익보다 더 큰 공익을 유지하기 위하여 필요한 경우라야 한다. 이는 구체적 사안의 평가에 있어서는 당해 규제입법이 그와 같은 중대한 공익의 보호를 위하여 필요하다는 입증책임이 규제당국에게 전가된다는 입증책임의 전환 문제가 된다(법익형량의 이론).

넷째, 언론 출판의 자유를 규제하는 입법의 합헌성을 판단하는 기준으로 가장 많이 거론되는 원칙이 명백하고 현존하는 위협(clear and present danger)의 원칙이다. 명백하고 현존하는 위협의 원칙은 표현행위를 규제하기 위해서는 표현이 법률상 금지된 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위협을 가지고 있음을 입증하여야 한다는 이론이지만, 위협발생 여부에 대한 사실인정의 기준이 되는 일종의 기술적인 증거법칙의 성격을 가지는 것이다. 여기서 명백이라 함은 표현과 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가 존재함을 말하고, 현존이라 함은 해악의 발생이 시간적으로 근접하고 있는 경우를 말하며, 위협이라 함은 공공의 이익에 대한 해악의 발생개연성을 말한다.

그러나 다른 한편 표현행위가 그와 같은 위협을 갖추었을 때에는 곧 이것을 규제 처벌의 대상으로 할 수 있게 함으로써 표현의 자유의 우월적 지위를 제약하는 방향으로 작용될 우려도 없지 않다. 따라서 여기에서 비교형량의 관점을 접목시켜 명백 현존의 위협이 존재함에도 불구하고 명백성, 현존성, 특히 위협성의 범위와 정도에 따라 표현의 사회적 가치가 그 위협성보다 우월할 때에는 당해 표현은 법적으로 시인될 여지가 있음을 인정하여야 한다.

다. 안양시인터넷홈페이지운영조례 제6조 제2항 각호의 문제점

조례안 중 제6조 제2항의 경우 제1호는 지방자치단체에서 '국가안전이나 보안에 위배되는 경우'라는 것은 통상적으로 볼 때 극히 미미한 경우이고 제2호의 '정치적 목적이나 성향이 있는 경우'에서도 이를 판단하는 근거가 무엇인가하는 점에서 볼 때

관리의 편의성만을 강조하는 경우로 볼 수 있으며 제3호의 '특정기관, 단체, 부서를 근거없이 비난하는 경우' 역시도 비난의 근거에 대한 적합성 여부의 판단 기준이 모호하며, 제4호의 '특정인을 비방하거나 명예훼손의 우려가 있는 경우는 당사자의 고발 등에 의한 법적 처리의 문제이며, 제6호의 '실명을 원칙으로 하는 경우에 실명을 사용하지 아니하였거나 실명이 아닌 것으로 판단된 경우 또한 판단의 근거나 주체가 누구인가 하는 문제가 있으며 제7호 동일인 또는 동일인이라고 인정되는 자가 똑같은 내용을 주 2회 이상 게시하거나 비슷한 내용을 1일 2회 이상 게시하는 경우 추가 게시자료'에서도 동일인의 인정에 있어서 자의적 판단기준이며 아울러 동일한 내용에 대한 민원의 제기가 불가하게 될 우려가 있다

이상으로 볼 때 '제6조 제2항의 게시물의 관리' 조항은 모호한 자의적 판단 기준으로 인하여 악용되거나 정당하게 올린 시민의 목소리를 사전에 차단하고 규제하는 방향으로 악용될 소지가 다분하다고 생각한다

라. 소결

문제된 안양시인터넷홈페이지운영조례는 동 조례 제6조의 게시관 관리에 관한 규정이 상위법령의 근거없이 주민의 표현의 자유를 제한하고 있으며 그 내용 또한 삭제 등의 기준이 모호하여 지방자치단체장 또는 관련부서 장의 자의적인 판단에 의해 표현의 자유를 침해하게 하는 것으로서 위법한 조례이다

(6) 개선사항

동 조례의 내용중, 게시관 관리에 관한 사항에 대해서는 상위 법령의 위임이 필요하며, 게시물 삭제사유에 대해서는 명확하게 표현을 변경할 것이 필요하고, 자의적 판단이 가능한 사유에 대해서는 삭제하는 것이 필요하다고 보인다

7. 목포시의회에서의 증언·감정등에관한조례

(1) 대상조례

제7조 (검증) 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

(2) 유사조례

부산광역시중구의회에서의증언·감정등에관한조례

제7조 (검증) 본회의 또는 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

부산광역시동래구의회에서의증언·감정등에 관한 조례

제7조 (검증) 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

부산광역시남구의회에서의증언·감정등에관한조례

제7조 (검증) 본회의 또는 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

대전광역시중구의회에서의증언·감정등에관한조례

제7조 (검증) 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

광주광역시서구의회에서의증언·감정등에관한조례

제7조 (검증) 본회의 또는 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

광주광역시남구의회에서의증언·감정등에관한조례

제7조 (검증) 본회의 또는 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 그 의결로 검증을 행할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

검증행위의 구체적 범위는 다양하게 나타날 수 있다 그러나 검증행위는 신체의 자유를 제한할 수 있는 가능성도 존재하므로 법률유보원칙이 적용될 여지가 있다 따라서 본 조례는 신체의 자유를 침해할 소지가 존재한다

(4) 위법성 평가

가. 법률우위원칙의 위반여부

(가) 검증의 법적 성질

당해 조례 제7조는 감사 또는 조사를 위하여 필요한 경우에는 위원회의 의결로 검증을 행할 수 있도록 규정하고 있다 이러한 검증은 사람·장소·물건의 존재와 상태를 오관의 작용에 의하여 직접 실험하고 인식하는 강제처분을 말한다

(나) 헌법상의 영장주의에 반하는지 여부

검증은 헌법 제12조 제3항의 '압수·수색'에 준하는 강제처분으로서 원칙적으로 영장주의의 원칙이 적용된다. 따라서 현행법 체포와 같이 사후에 영장을 발부받지 아니하면 목적을 달성할 수 없는 긴박성이 있다고 인정할 수 있는 경우가 아니라면 헌법 제12조 제3항에 의하여 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장의 제시가 있어야 한다. 따라서 지방의회의 의결로써 검증을 가능하도록 한 당해 조례는 주민의 신체의 자유를 침해한 규정으로서 영장주의의 원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반된다.

나. 법률유보원칙의 위반여부

지방자치법 제15조 단서에 의하면 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하는 바, 당해 조례는 주민의 신체의 자유를 제한하는 것이므로, 이에 관한 사항은 기본권보장을 위하여 법률에 의한 명문규정으로 규율되어야 한다. 그러나 당해 조례는 지방자치법 제15조 단서의 취지와는 달리 권리제한에 관한 사항을 규율하면서도 법률의 위임을 받고 있지 않다 따라서 법률유보원칙에 위반된다.

다. 관련 판례

대법원은 동행명령장을 규정하여 헌법상 영장주의를 위반한 조례에 대하여

“지방의회에서의 사무감사조사를 위한 증인의 동행명령장제도도 증인의 신체의 자유를 억압하여 일정 장소로 인치하는 것으로서 헌법 제2조 제3항의 “체포 또는 구속”에 준하는 사태로 보아야 하고, 거기에 현행법 체포와 같이 사후에 영장을 발부받지 아니하면 목적을 달성할 수 없는 긴박성이 있다고 인정할 수는 없으므로 헌법 제12조 제3항에 의하여 법관이 발부한 영장의제시가 있어야 함에도 불구하고 동행명령장을 법관이 아닌 지방의회 의장이 발부하고 이에 기하여 증인의 신체의 자유를 침해하여 증인을 일정 장소에 인치하도록 규정된 조례안은 영장주의원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반된 것이다.”(대판 1995.6.30, 93추83)라고 판시하였다.

(5) 개선사항

검증행위는 그 유형이 다양하여 반드시 신체적 자유를 제한하는 의미를 동반하는 것은 아니다. 그러나 그 구체적 유형에 따라서는 신체적 자유를 제한하는 경우도 가능하므로 이에 대한 대비가 적절한가하는 문제가 발생하는 것이다. 신체적 자유를 제한하는 유형을 구별짓는 검증의 세분화 규정을 두거나, 위임근거를 마련하는 것이 필요할 것이다.

8. 충주시주민자치센터설치및운영조례

(1) 대상조례

제17조 (구성 등) ① 위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인 또는 2인, 감사 2인을 포함하여 30인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며 이 경우 당해 읍·면·동에서 선출된 시의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

(2) 유사조례

청주시주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 시의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

서울특별시종로구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성 등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각 1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 상임고문이 되며, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있다.

서울특별시중구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성 등) ① 위원회는 위원장, 부위원장 각 1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

서울특별시은평구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성 등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각 1인을 포함하여 25인 이내로 구성

하되, 3인이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

서울특별시용산구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성 등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각 1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

부산광역시중구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각 1인을 포함하여 15인이상 25인 이내로 구성하되, 3인이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 시·구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직고문이 될수 있다.

부산광역시동래구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성 등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이경우 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

부산광역시해운대구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 두고, 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 된다.

대구광역시중구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각1인을 포함하여 25인 이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 구의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

대구광역시북구주민자치센터설치및운영조례

제17조(구성등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각1인을 포함하여 30인이내로 구성하되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 구의회 의원은

그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다

인천광역시중구주민자치센터설치및운영조례

제17조 (구성등) ① 위원은 위원장, 부위원장 각1인을 포함하여 25인 이내로 구성하 되, 3인 이내의 고문을 별도로 둘 수 있으며, 이 경우 당해 동에서 선출된 구의회 의 원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다.

다른 조례들을 검토해 본 결과 거의 모든 자치구에서 당연직 고문으로 규정하고 있 었다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

시의회의원이 주민자치센터라는 집행기관의 운영에 당연직으로 관여할 수 있도록 하고 있는 본 조례의 내용은 의결기관과 집행기관의 대립과 균형을 그 전제로 하고 있는 지방자치행정의 구조에 비추어 집행기관의 권한을 침해하고 있는 위법한 조례 라고 보인다. 그러나 이때에는 특정한 기본권의 침해여부를 확정짓기가 용이하지 않 다. 따라서 조직기관상 차별, 즉, 주민자치센터라는 행정조직을 조례차원에서 불리하 게 차별하고 있는 것으로 평가할 수 있다

(4) 차별의 위법성 평가

지방자치법 제9조 제1항, 제2항 제2호 (가)목, (나)목, 제108조 등 규정의 취지와 주 민자치센터설치및운영조례의 관련 규정 취지를 종합하여 보면 주민자치센터의 설치 와 운영은 지역주민의 복리증진을 위한 지방자치단체 고유의 자치사무에 속하고주 민자치센터운영위원회는 하부 행정기관인 동장의 주민자치센터의 설치와 운영에 관 한 집행사무를 심의하기 위한 보조기관에 해당된다고 해석된다

그리고 지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용된다. 그러나 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는

견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 않는다. 또한 집행기관을 비판·감시·견제하기 위한 의결권·승인권·동의권 등의 권한도 법상 의결기관인 지방의회에 있는 것이지 의원 개인에게 있는 것이 아니다.

따라서 주민자치센터설치·운영조례에서 “당해 동에서 선출된 시의회 의원은 그 직에 있는 동안 당연직 고문이 될 수 있다고 규정하고 있는 것은 지방의회 의원 개인이 하부 행정기관인 동장의 권한에 속하는 주민자치센터의 설치와 운영을 심의하는 보조기관인 운영위원회의 구성과 운영에 적극적·실질적으로 사전에 개입하여 관여할 수 있게 함을 내용으로 하는 것으로서, 지방의회의원의 법령상 권한 범위를 넘어 법령에 위반된다.

* 관련판례

대법원은 당해 의원 개인이 주민자치센터운영위원회의 당연직 위원장이 된다고 규정한 조례안에 대하여

“지방자치법은 의결기관으로서의 의회의 권한과 집행기관으로서의 단체장의 권한을 분리하여 배분하는 한편, 의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있게 하고 단체장은 의회의 의결에 대한 재요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있는 것인 바 위와 같은 의회의 의결권과 집행기관에 대한 행정감사 및 조사권은 의결기관인 의회 자체의 권한이고 의회를 구성하는 의원 개개인의 권한이 아닌바 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 의결과 안건의 심사 처리에 있어서 발의권 질문권, 토론권 및 표결권을 가지며 의회가 행하는 지방자치단체사무에 대한 행정감사 및 조사에서 직접 감사 및 조사를 담당하여 시행하는 권능이 있으나 이는 의회의 구성원으로서 의회의 권한행사를 담당하는 권능이지 의원 개인의 자격으로 가지는 권능이 아니므로 의원은 의회의 본회의 및 위원회의 활동과 아무런 관련 없이 의원 개인의 자격에서 집행기관의 사무집행에 간섭할 권한이 없으며, 이러한 권한은 법이 규정하는 의회의 권한 밖의 일로서 집행기관과의 권한한계를 침해하는 것이어서 허용될 수 없다.”(대판 1992.7.28, 92추31)고 판시하였다.

(5) 개선사항

지방의회 의원이 당연직 고문으로 되는 규정은 관례가 위법으로 인정한 위원장이 되는 경우와 마찬가지로 문제점을 안고 있다 따라서 고문으로 되는 규정은 삭제되어야 한다.

9. 청주시행정정보공개조례

(1) 대상조례

제13조 (조직) ① 위원회는 시장이 지명 또는 위촉한 7인 이내의 위원으로 하되 집행기관의 공무원 2인과 시의회의원 2인, 전문성을 가진 자 3인으로 구성한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 집행기관의 업무에 의결기관인 지방의회가 관여할 수 있도록 하고 있어 집행기관의 권한을 침해하고 있다. 이는 주민의 기본권은 아니지만 집행기관의 조직상 권리를 침해하고 있다고 보인다

(3) 침해의 위법성 평가

지방자치법은 지방자치단체의 조직을 기관대립형으로 구성하고 있다따라서 지방의회의 지방자치단체의 장에 대한 개입·통제는 기관대립형의 본질을 훼손하지 아니한 범위안에서만 가능하다. 그러나 당해 조례 제13조가 청주시행정정보공개심의위원회의 위원을 시장이 지명 또는 위촉한 7인 이내의 위원으로 하되 그 중 2인을 시의회의원

2인으로 구성하도록 한 것은 지방자치단체 장의 고유권한에 대한 중대한 침해로서 위법하다. 즉, 지방자치법은 제5장과 제6장의 각 규정 등에서 집행기관으로서의 지방자치단체 장과 지방의회에게 각각 독자적 권한을 부여함과 동시에 그 권한의 행사에 대한 다른 일방의 관여는 상호 견제와 균형의 확보를 위한 범위 내에서만 허용하고 있으므로 조례로서 그와 같은 범위를 넘어 다른 일방의 권한 행사에 대하여 적극적으로 관여할 수 있도록 하는 것은 허용되지 아니한다 따라서 지방의회가 상호견제의 범위를 넘어 적극적으로 관여하는 것은 결국 위와 같은 법령 규정에 위반한 것이다

(4) 개선사항

시의회의원을 정보공개심의위원회 위원으로 규정하고 있는 부분은 삭제되어야 한다

10. 청주시지방공무원직무발명보상조례

(1) 대상조례

제15조 (등록보상금) 지방자치단체에서 승계할 것으로 결정된 특허권에 대하여는 그 발명의 우수성 및 실용가치등을 참작하여 권리 매 1건마다 다음 각호의 보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

1. 특허권은 10만원이상 100만원이하
2. 실용신안권은 5만원이상 10만원이하
3. 의장권은 1만원이상 5만원이하

제21조 (퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에는 제15조 또는 제16조의 규정에 의한 보상금의 2분의 1에 해당하는 액을 지급한다. 다만, 직무발명과 동일성이 있는 직무로 전직한 경우에는 그러하지 아니한다.

(2) 유사조례

수원시발명보상조례

제14조 (등록보상금) ① 시장은 시유평특허권에 대하여 매 권리당 50만원을 등록보상금으로 발명자에게 지급하여야 한다. 다만, 자유발명에 대한 등록보상금은 매 권리당 100만원으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 등록보상금은 동일한 직무발명에 대하여 1회에 한하여 지급하여야 한다.

제16조(보상금등의 지급) ③ 등록보상금 및 처분보상금은 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 이를 지급하여야 하며, 발명자가 사망한 경우에는 그 상속인에게 지급하여야 한다.

서울특별시강동구공무원직무발명보상조례

제15조 (등록보상금) 구에서 승계할 것으로 결정한 특허권에 대하여는 권리 매1건마다 다음 각호의 보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

1. 특허권은 10만원
2. 실용신안권은 5만원
3. 의장권은 3만원

제18조 (퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제15조 또는 제16조의 규정에 의한 보상은 전액 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

서울특별시종로구공무원직무발명보상조례

제15조 (등록보상금) 구에서 승계할 것으로 결정한 특허권에 대하여는 권리 매1건마다 다음 각 호의 보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

1. 특허권은 10만원
2. 실용신안권은 5만원
3. 의장권은 3만원

제18조 (퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제15조 또는 제16조의 규정에 의한 보상은 전액 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

부산광역시지방공무원직무발명보상조례

제11조 (등록보상금) 시장은 시 명의로 등록한 특허권에 대하여는 권리 1건마다 100만원의 등록보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제14조 (전직·퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제11조와 제12조의 규정에 의한 보상금은 전액 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급 받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

대구광역시지방공무원직무발명보상조례

제11조 (등록보상금) 지방자치단체의 장은 지방자치단체명의로 등록한 특허권에 대하여는 권리 매1건에 100만원의 등록보상금을 지급하여야 한다.

제14조 (전직·퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제11조와 제12조의 규정에 의한 보상금은 전액을 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

인천광역시지방공무원직무발명보상조례

제11조 (등록보상금) 시장은 시 명의로 등록한 특허권에 대하여는 권리 매1건에 100만원의 등록보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제14조 (전직·퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제11조와 제12조의 규정에 의한 보상금은 전액을 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

광주광역시지방공무원직무발명보상조례

제11조 (등록보상금) 시장은 시 명의로 등록한 특허권에 대하여는 권리 매1건에 100만원의 등록 보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제14조 (전직, 퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제

11조와 제12조의 규정에 의한 보상금은 전액을 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

울산광역시지방공무원직무발명보상조례

제13조 (등록보상금) 시장은 시 명의로 등록한 특허권에 대하여는 권리 매 1건에 100만원의 등록보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제16조 (전직·퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제13조와 제14조의 규정에 의한 보상금은 전액을 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

강원도지방공무원직무발명보상조례

제11조 (등록보상금) 지방자치단체의 장은 지방자치단체 명의로 등록한 특허권에 대하여는 권리 매 1건에 100만원의 등록보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제14조 (전직, 퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에도 제11조와 제12조의 규정에 의한 보상금은 전액을 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

충주시지방공무원직무발명보상조례

제15조 (등록보상금) 시장은 지방자치단체의 명의로 등록한 특허권에 대하여서는 권리 매 1건에 100만원의 등록보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제21조 (퇴직 및 사망후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에는 제15조 또는 제16조의 규정에 의한 보상금의 전액을 지급한다. 다만, 직무발명과 동일성이 있는 직무로 전직한 경우는 그러하지 아니한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급 받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

충청남도지방공무원직무발명보상조례

제11조 (등록 보상금) 도지사는 도의 명의로 등록한 특허권에 대하여 권리 매1건에

매 100만원의 등록보상금을 발명자에게 지급하여야 한다.

제14조 (전직, 퇴직 및 사망 후의 보상) ① 발명자가 전직 또는 퇴직할 경우에는 제11조와 제12조의 규정에 의한 보상금의 전액을 지급한다.

② 발명자가 사망하였을 경우에는 그가 지급받을 수 있는 보상금을 상속인에게 지급한다.

(3) 관련법령

특허법

제40조 (직무발명에 대한 보상) ③ 공무원의 직무발명에 대하여 제39조 제2항의 규정에 의하여 국가, 지방자치단체 또는 전담조직이 이를 승계한 경우에는 정당한 보상금을 지급하여야 한다. 이 경우 보상금의 지급에 대하여 필요한 사항은 대통령령 또는 조례로 정한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우와 계속 직무에 종사하는 경우 또는 직무발명과 동일성이 있는 직무로 전직한 경우를 다르게 규정하고 있어 일정한 사회적 신분을 가진 자에 대한 차별 즉, 불리한 대우를 규정하고 있는 것으로 평가된다

(5) 차별의 위법성 평가

가. 법률우위법칙 위반

(가) 평등원칙 위반

헌법 제11조 제1항에서 '모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별

을 받지 아니한다'고 규정하여 평등의 원칙을 선언하고 있는 바 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적인 근거에 의한 차별을 허용하는 상대적 평등을 의미한다. 또한 형식적인 법의 적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니라 실질적인 법의 제정에 있어서의 평등까지 요구한다 이러한 평등의 원칙은 조례제정에 있어서도 적용되는 바 각 조례 상호간의 내용의 차이가 헌법상 평등의 원칙에 위배되는 경우에는 위헌의 문제가 발생할 수 있다 그러나 조례 제정권은 각 지방자치단체마다 사정이 동일하지 않으므로 일정사항과 관련하여 각각 상이한 규율을 할 수 있는 바, 이러한 경우 조례에 의한 규정이 지역에 따라 불평등한 가능성이 없지 않으나 이는 헌법이 지방자치제를 보장하고 있는 데서 오는 불가피한 결과이며 헌법위반이 아니라 할 것이다 지역에 따른 조례규정사항의 차이를 인정한 사례로서 대표적인 것이 부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인 사건인 바 헌법재판소는 “조례에 의한 규제가 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 불가피한 결과이므로 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들이 다른 지역의 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다하더라도 이를 두고 헌법 제11조 제1항의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.

따라서 당해 조례의 경우 다른 지방자치단체의 조례와는 달리 등록보상금액과 퇴직 또는 전직 후의 보상에 관하여 불리하게 규정하고 있는 바 이는 당해 지방자치단체의 특성을 반영하려는 지방자치단체의 취지상 단순히 다른 지방자치단체의 조례와 다르게 규정되어 있다는 이유만으로는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙 위반이라고 보기 어려울 것이다.

그러나 당해 조례 제21조 제1항에서 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에는 보상금의 2분의 1에 해당하는 액만을 지급하도록 규정하고 있는 바 발명자가 직무발명이후 전직 또는 퇴직한다고 하더라도 그의 발명이 창출하는 경제적 가치는 감소한다고 볼 수 없으며, 설사 다소의 경제적 가치의 감소가 있더라도 일률적으로 보상금의 2분의 1에 해당하는 금액만을 지급하도록 하는 것은 합리적인 이유가 없다 따라서 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우와 계속 직무에 종사하는 경우 또는 직무발명과 동일성이 있는 직무로 전직한 경우를 다르게 규정하는 것은 합리성이 없는 자의적인 차별로서 당해 조례는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다.

(나) 재산권 침해여부

당해 조례 제15조와 제21조의 규정이 특허법 제40조 제3항의 정당한 보상규정의 취지에 부합하는지 여부가 문제된다. 정당한 보상이라 함은 원칙적으로 객관적 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미하며 여기서의 객관적 가치는 그 물건의 성질에 정통한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 시장가격 즉, 시가에 의하여 산정되는 것이 보통이다.

당해 조례 제15조의 경우 특허권은 10만원 이상 100만원 이하, 실용신안권은 5만원 이상 10만원 이하, 의장권은 1만원 이상 5만원 이하의 범위에서 보상하도록 규정하고 있는 바, 이는 현재의 통상적인 거래가격에 비추어 충분하고 완전한 보상이라고 보기 어려우며 특히 실용신안권과 의장권에 대한 보상금액은 다른 지방자치단체의 조례와 비교해 보면 직무발명에 따른 재산적 가치를 부당하게 낮게 평가한 것으로 볼 수 있다. 또한 특허권은 보상금액의 범위가 10만원 이상 100만원 이하로 규정하여 상한과 하한의 폭이 매우 넓은 반면 객관적인 산정기준에 관하여 규칙 등에 의해서도 구체화되지 않아²⁶⁾ 당해 지방자치단체의 자의에 의해 그 보상범위가 정해질 우려가 있다. 따라서 조례 제15조는 직무발명자의 재산권을 제한함에 있어서 비례성을 결여하고 있으므로 헌법 제23조의 재산권을 침해하는 위헌적인 규정이라 볼 수 있다.

당해 조례 제21조는 발명자가 전직 또는 퇴직한 경우에는 제15조 또는 제16조의 규정에 의한 보상금의 2분의 1에 해당하는 액을 지급한다. 이는 발명의 재산적 가치를 객관적이고 합리적인 시장거래가격을 기준으로 하지 않고 이질적인 사유인 발명자의 전직 또는 퇴직여부를 고려하여 평가하고 이에 기해 일률적으로 보상금의 2분의 1에 해당하는 금액만을 지급하도록 하는 것으로서 직무발명자의 재산권을 합리적 이유없이 부당하게 침해하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 조례 제21조 또한 헌법 제23조의 재산권 조항에 위배된다.

나. 법률유보원칙의 위반

지방자치법 제15조 단서는 조례로써 주민의 권리제한에 관한 사항을 규정할 경우에

26) 당해 조례 제29조는 조례의 시행에 관하여 필요한 사항에 대하여 규칙으로 정하도록 하고 있으나 당해 지방자치단체는 공무원직무발명보상에 관한 규칙을 마련하고 있지 않다.

는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있는 바 직무발명자가 전직 또는 퇴직한 경우 보상금을 2분의 1로 감액하는 내용을 규정하고 있는 당해 조례 제21조의 경우 주민의 기본권을 제한하는 내용을 규율함에도 불구하고 법률의 위임을 받고 있지 않다. 따라서 법률유보원칙에 위반된다

(6) 개선사항

동 조례 제21조의 내용과는 달리 보상금을 감액하여서는 안된다고 보인다 따라서 동 조례는 전직 또는 퇴직한 경우에도 다른 지방자치단체의 조례와 마찬가지로 동일한 액수의 보상금이 지급되도록 개정되어야 한다

11. 남북강원도교류협력위원회조례

(1) 대상조례

남북강원도교류협력위원회조례

제1조 (목적) 이 조례는 남북강원도 교류협력기반을 구축하기 위하여 남북강원도 교류 협력위원회(이하 "위원회"라 한다)의 구성 및 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

강원도남북교류협력기금조례

제1조 (목적) 이 조례는 남북강원도간의 교류와 협력을 지원하기 위하여 강원도 남북교류협력기금(이하 "기금"이라 한다)을 설치하고, 그 운용·관리에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

(2) 관련법령

지방자치법

제11조 (국가사무의 처리제한) 지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 외교, 국방, 사법, 국세등 국가의 존립에 필요한 사무
2. 물가정책, 금융정책, 수출입정책등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무
3. 농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입등 전국적 규모의 사무
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무
5. 근로기준, 측량단위등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무
6. 우편, 철도등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무
7. 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 그 대상사무내용에 비추어 지방자치단체의 사무권한범위를 넘는다고 보인다. 따라서 조례의 규율범위를 침해하는 문제를 발생시킬 수 있다

(4) 침해의 위법성 평가

위의 두 조례에서는 각각 남북강원도 간의 협력위원회와 기금에 관한 사항을 규정하고 있다. 남북강원도의 협력에 관하여 규정한 것이므로 이를 강원도의 사무로 볼 수도 있으나 사무의 배분에 관하여 살펴보다라도 남북 강원도의 협력문제를 지방자치 사무로 보기는 어렵다. 이러한 사무는 지방자치단체차원보다는 국가차원에서 수행되는 것이 바람직하다고 생각한다.

또한 아무리 북한을 공식적으로 국가로 인정하는 것은 아니더라도 지방자치법 제1조의 규정 특히 제1호를 고려할 때, 남북의 문제를 외교적인 문제로 볼 수 있으므로

국가사무에 해당한다고 할 수 있다 북한이 국가로서 인정되는 것은 아니나 북한과 남한과의 관계를 그저 국가와 불법집단으로 본다는 것은 낡은 생각일 뿐이며 현재의 국제 정세나 여러 가지 여건을 살펴 볼 때 오히려 국가와 국가의 관계에 준하여 보는 것이 바람직할 것이다. 따라서 위의 조례는 국가사무를 자치사무로 규정한 것으로 반드시 위법한 조례라고 할 수는 없을지 몰라도 정책적으로 바람직하지 않다고 생각한다.

(5) 개선방안

동 조례는 조례의 규율대상인가에 관하여 근본적인 검토가 필요하다

12. 당진군의회의원상해등보상금지급에관한조례

(1) 대상조례

제6조 (보상금의 청구) ① 보상금의 청구자는 다음 각호와 같다.

1. 직무로 인한 사망, 직무상 상해·질병으로 인한 사망의 경우 : 사망 당시의 유족

2. 직무상 상해로 인한 장애의 경우, 기타 직무로 인한 상해의 경우 : 본인 또는 당해 의원이 지정한 대리인

② 제1항제1호의 경우는 사망일로 부터 6월이내, 제2호의 경우는 그 사실을 안 날로부터 30일 이내 또는 장애나 상해가 발생한 날로부터 6월 이내에 제1항 각호의 청구자가 별지 제1호 서식에 의하여 당진군 의회의장(이하 "의장"이라 한다)을 경유하여 당진군수에게 서면으로 청구하여야 한다.

(2) 관련법령

지방자치법

제32조의2 (상해·사망등의 보상) ① 지방의회의원이 회기중 직무(제53조 단서의 규정에 의하여 개최된 위원회의 직무와 본회의 또는 위원회의 의결이나 의장의 명에 의한 폐회중의 공무여행을 포함한다)로 인하여 신체에 상해를 입거나 사망한 때와 그 상해 또는 직무로 인한 질병으로 사망한 때에는 보상금을 지급할 수 있다.

② 제1항의 보상금의 지급기준은 대통령령이 정하는 범위안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

지방자치법 시행령

제15조의2 (지방의회의원의 직무상 상해등에 대한 보상금의 지급기준 및 절차) ① 법 제32조의 2제2항의 규정에 의한 보상금의 지급기준은 다음 각호에서 정하는 범위안에서 당해 지방자치단체의 재정능력을 감안하여 조례로 정한다. 이 경우 제2호 또는 제3호의 규정에 의한 보상금을 지급받은 의원이 제1호 또는 제2호에 해당하게 된 때에는 제1호 또는 제2호의 규정에 의한 보상금을 지급하되, 그 금액은 제2호 또는 제3호의 규정에 의하여 이미 지급한 금액을 공제한 금액으로 한다.

1. 직무로 인한 사망, 직무상 상해·질병으로 인한 사망의 경우 : 시·도의회의원회기수당의 2년분 상당액

2. 직무상 상해로 인한 장애의 경우 : 시·도의회의원 회기수당의 1년분 상당액

3. 기타 직무로 인한 상해의 경우 : 치료비 전액. 다만, 제2호의 규정에 의한 지급기준을 초과할 수 없다.

② 법 제32조의2 제1항의 규정에 의하여 직무로 인한 상해·사망등의 해당여부 및 보상금액등을 심의하기 위하여 지방자치단체에지방의회의원상해등보상심의회(이하 "보상심의회"라 한다)를 둔다.

③ 제2항의 보상심의회는 위원장을 포함하여 5인이내로 구성하되, 위원장은 시·도의 경우에는 부시장 또는 부지사, 시·군 및 자치구의 경우에는 부시장·부군수 또는 부구청장이 되고, 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 지방자치단체의 장이 임명 또는 위촉한다.

1. 당해 지방의회의원 1인

2. 당해 지방자치단체 소속공무원 1인

3. 의무직공무원 1인

4. 사회보장에 관한 학식과 경험이 있는 자 1인

④ 법 제32조의2의 규정에 의한 보상금은 보상금을 받을 권리가 있는 자의 신청에 의하여 보상심의회 심의를 거쳐 지방자치단체의 장이 결정하여 지급한다.

⑤ 보상심의회에 출석한 위원에 대하여는 예산의 범위안에서 수당을 지급할 수 있다. 다만, 당해 지방자치단체 소속공무원인 위원의 경우에는 그러하지 아니하다.

⑥ 이 영에 규정한 것외에 보상금의 지급기준과 절차등에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

(3) 비교조례

양양군의회의원상해등보상금지급에관한조례

제5조(보상금의 청구) ①보상금의 청구권자는 다음 각호와 같다.

1. 제3조제1항제1호 및 제2호의 경우 : 사망당시 유족

2. 제3조제1항제3호 및 제4호의 경우 : 본인 또는 당해 의원이 지정한 대리인

② 보상금은 제1항 제1호의 경우에는 사망일로부터 1년 이내에, 제2호의 경우에는 장애나 상해가 발생한 날로부터 1년 이내에 제1항 각호의 청구권자가 양양군의회의장(이하 "의장"이라 한다)을 경유하여 군수에게 서면으로 청구하여야 한다. 다만, 영 제15조의2제2항의 규정에 의한 양양군 의회의원상해등보상심의회(이하"보상심의회"라 한다)에서 기간내에 보상금을 청구할 수 없었던 사유가 타당하다고 인정하는 경우에는 1년이 지난 때에도 청구할 수 있다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 법률에서 보장되어 있는 청구권을 지나치게 제한하는 단기의 규정을 두고 있고, 일정한 예외적인 경우에 관한 조항을 두고 있지 않아 청구권을 제한하는 내용이 되고 있다.

(5) 위법성 평가

위 조례의 제6조 제2항에서는 “제1항 제1호의 경우는 사망일로부터 6월 이내, 제2호의 경우는 그 사실을 안 날로부터 30일 이내 또는 장애나 상해가 발생한 날로부터 6월 이내에 제1항 각호의 청구자가 별지 제호 서식에 의하여 당진군 의회의장(이하 “의장”이라 한다)을 경유하여 당진군수에게 서면으로 청구하여야 한다”고 규정하고 있다.

그런데 위 조례의 근거 법령인 지방자치법 제22조의2와 시행령 제15조의2에서는 보상금 청구권자에 대해서 자세한 규정을 두고 있고 절차와 방법에 관하여만 조례로 정할 수 있도록 위임하고 있다 즉, 당해 조례 제6조 제2항에서 그 청구기간에 제한을 둔 것은 상위법령의 위임 범위를 벗어난 것이라고 보여진다

또한 설령 상위 법령에서 정하고 있는 절차와 방법의 한 내용이 된다고 할지라도 그 기간이 지나치게 단기이며 상당한 이유가 있어 그 기간내에 청구할 수 없었을 경우는 예외로 한다는 규정조차도 없으므로 청구권자의 권리를 지나치게 제한하는 것으로 보여진다.

참고로 강원도 안양군 의회의원상해등보상금지급에관한조례 제2조 제2항은 당진군 조례에 비하여 그 청구기간이 2배정도 길 뿐만 아니라 상당한 이유로 인하여 기간내에 청구하지 못할 경우에는 예외로 한다는 규정을 두어 청구권자의 권리보호를 배려하고 있다. 즉, 같은 사항에 대해 다른 구역의 조례 내용을 비교해 볼 때에도 위 조례의 기간제한 규정은 상위법령의 위임 범위를 벗어났을 뿐만 아니라 의원의 권리를 제한하는 위법한 조례이다.

(6) 개선사항

보상금 청구기간을 지나치게 단기로 하고 있으므로 이 부분에 대한 개정이 필요하다. 또한 예외적인 경우에 대한 대비규정도 필요하다

13. 밀양시지명위원회조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 측량법 제58조 및 동법시행령 제35조의 규정에 의하여 밀양시지명위원회(이하 "위원회"라 한다)의 기능 및 운영등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) ⑤ 간사는 건설과장이 되며 서기는 소속직원 중에서 시장이 임명한다.

(2) 관련법령

측량법

제58조 (지명위원회) ④ 이 법에 규정된 것을 제외하고는 중앙지명위원회의 기능·구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 시·도지명위원회 및 시·군·구지명위원회의 기능·구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

측량법 시행령

제35조 (지방지명위원회의 구성) ① 법 제58조의 규정에 의한 시·도지명위원회는 위원장 및 부위원장 각 1인을 포함한 10인 이내의 위원으로 구성하고, 시·군·구지명위원회는 위원장 및 부위원장 각 1인을 포함한 7인 이내의 위원으로 구성한다.

② 시·도지명위원회의 위원장은 행정부지사(특별시 및 광역시의 경우에는 행정부시장을 말한다)가 되고, 위원은 관계공무원 및 지명에 관한 학식과 경험이 풍부한 자중에서 시·도지사가 임명 또는 위촉하는 자가 된다.

③ 시·군·구지명위원회의 위원장은 시장·군수 또는 자치구의 구청장이 되고, 위원은 관계공무원 및 지명에 관한 학식과 경험이 풍부한 자중에서 시장·군수 또는 자치구의 구청장이 임명 또는 위촉하는 자가 된다.

제37조 (회의) ① 지명위원회의 회의는 위원장이 소집하며, 위원장은 그 의장이 된다.

② 지명위원회의 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

제38조 (간사등) ① 지명위원회의 사무를 처리하게 하기 위하여 간사 1인과 서기 약간인을 둔다.

② 간사 및 서기는 중앙지명위원회에 있어서는 국토지리정보원소속 공무원중에서, 지방지명위원회에 있어서는 당해 시·도 또는 시·군·자치구소속 공무원중에서 위원장이 각각 위촉한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령에서 정하고 있는 위원장의 위촉권한을 위반하여 조직법상의 권한을 침해하는 내용이 되고 있다

(4) 위법성 검토

측량법 제58조 제4항은 필요한 사항은 대통령령이 정하는 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례에 따른다고 함으로써 조례의 위임한계를 대통령령으로 명확히 하였다. 그런데 시행령 제35조 제3항에 의하면 간사는 위원장이 위촉하게 되어 있는데 조례 제2조 제5항에서는 건설과장으로 정하고 있다 따라서 당해 조례의 이 조항은 법률유보의 한계를 위반한 것으로 보인다 특히, 한계를 일탈하여 제정함으로써 법률이 시장에 유보한 위원장인 시장의 고유한 임명위촉권을 조례로서 침해한 경우에 해당한다.

따라서 밀양시지명위원회조례 제2조 제5항은 상위법령인 측량법시행령 제8조 제2항에 명백히 어긋남으로써 위원장인 시장의 간사 임명위촉권한을 부당히 제한하는 결과가 되어 위법하다

(5) 유사조례

서울특별시종로구지명위원회조례

제5조 (회의 및 의사) ② 위원회의 의사는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부 동수일 때에는 위원장이 결정한다.

제6조 (간사 및 서기) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사와 서기를 두되, 간사는 자치행정과장이 되고 서기는 자치행정업무담당주사가 된다.

서울특별시중구지명위원회설치및운영조례

제5조 (위원회의 운영) ③ 위원회의 회의는 재적위원 과반수 출석으로 개의하고 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.

제7조 (간사) ① 위원회의 업무를 보조하기 위하여 간사 1인을 두며, 간사는 자치 행정과장이 된다.

② 간사는 다음 각 호의 1의 직무를 수행하고 심의결과를 구청장에게 보고하여야 한다.

1. 위원회의 운영에 관한 위원장의 보좌
2. 위원회 업무에 관한 사무처리
3. 위원에 대한 자료 협조
4. 위원회 회의록 작성·보존

서울특별시용산구지명위원회조례

제6조 (간사 및 서기) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사와 서기를 두되 간사는 주민자치과장이 되고 서기는 자치행정업무담당주사가 된다.

서울특별시광진구지명위원회조례

제6조 (간사 및 서기) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사와 서기를 두되, 간사는 총무과장이 되고 서기는 동행정업무담당 주사가 된다.

서울특별시동대문구지명위원회조례

제5조(회의 및 의사) ② 위원회의 의사는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다

만, 가부동수일 때에는 위원장이 결정한다.

제6조 (간사 및 서기) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사와 서기를 두되, 간사는 자치행정과장이 되고 서기는 자치행정업무담당 주사가 된다.

서울특별시중랑구지명위원회조례

제6조 (간사 및 서기) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사와 서기를 두되 간사는 자치행정과장이 되고 서기는 동행정업무 담당주사가 된다.

부산광역시지명위원회조례

제2조 (구성) ④ 간사는 지명위원회운영업무담당과장이 되고, 서기는 지명위원회 운영업무 담당사무관이 된다.

부산광역시중구지명위원회조례

제2조 (구성) ⑤ 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사는 건설과장이 되고, 서기는 소속직원중에서 구청장이 임명한다.

부산광역시서구지명위원회조례

제2조 (구성) ⑤ 위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사는 건설과장이 되고, 서기는 소속직원중에서 구청장이 임명한다.

이와 동일한 위법조례로서 위에서 열거하지는 않았지만 서울특별시 자치구의 경우 대부분이 간사와 서기를 지명하는 형태로 조례가 제정되어 있다 특히, 종로구, 동대문구 지명위원회조례는 이외에도 동 조례 「제5조(회의 및 의사) ② 위원회의 의사는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다 다만, 가부동수일 때에는 위원장이 결정한다.」 에서는 시행령 「제37조(회의) ② 지명위원회의 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다」 를 위반한 점도 추가로 확인되었다
부산광역시의 경우 위의 예시처럼 간사는 대부분 지명이 되고 서기는 구청장이 임명하는 형태 또는 간사, 서기를 지명하는 형태로 조례가 제정되어 있다

(6) 개선사항

위원회 구성에서의 지방자치단체 장의 권한과 조례에 의한 규정내용 사이에는 적지 않은 간극이 발생한다. 이는 동 조례의 경우처럼, 법률이 시장에게 유보한 시장의 고유한 임명·위촉권을 조례로서 침범한 경우로서 평가 될 수 있다 상위법령의 내용대로 지방자치단체 장의 임명권한이 인정되어야 한다

14. 목포시지역보건의료심의위원회설치및운영조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 지역보건법시행령 제2조의 규정에 의한 목포시지역보건의료심의위원회(이하 위원회라 한다)의 설치·운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (기능) 위원회는 다음 각호의 사항에 관하여 목포시장(이하 시장이라 한다)의 자문에 응한다.

1. 지역내 보건의료의 실태조사에 관한 사항
2. 지역보건의료계획의 수립에 관한 사항
3. 지역보건의료계획의 시행 및 시행결과의 평가에 관한 사항
4. 기타 지역보건의료시책의 추진을 위하여 시장이 필요하다고 인정하는 사항

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장, 부위원장 각 1인을 포함한 20인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원은 부시장, 경제사회국장, 보건소장과 다음 각호의 자 중에서 시장이 위촉하는 자가 된다.

1. 지역주민 중 보건의료에 관한 지식이 풍부한 자
2. 보건의료관련기관·단체의 임직원
3. 보건의료관련 전문가
4. 목포시의회 의장이 추천하는 시의원

③ 위원장은 부시장이 되고 부위원장은 위원중에서 호선한다.

(2) 유사 조례

서울특별시중구지역보건의료심의위원회설치및운영조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장과 부위원장 각 1인을 포함한 20인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 부구청장이 되고, 부위원장은 보건소장이 된다.

③ 위원은 다음 각 호의 1에 해당하는 자 중에서 구청장이 임명 또는 위촉하는 자로 한다.

1. 지역보건과장, 의약과장
2. 서울특별시 중구(이하 "중구"라 한다) 의회의장이 추천한 구의원 2명
3. 지역주민
4. 보건의료관련의 분야에 종사하는 자로서 당해 분야를 대표하거나 전문지식이 있는 자

(3) 비교 조례

서울특별시성동구지역보건의료심의위원회조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장 1인과 부위원장 1인을 포함한 20인이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 부구청장이 되며, 부위원장은 위원중에서 호선한다.

③ 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 구청장이 위촉 또는 임명하는 자가 된다.

1. 지역주민
2. 보건의료관련기관·단체의 임직원
3. 보건의료관련전문가 (대학교수 포함)
4. 관계공무원

서울특별시광진구지역보건의료심의위원회설치조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장 1인과 부위원장 2인을 포함한 20인이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 구청장이 되고, 부위원장은 위촉직 위원중 호선에 의한 수석 부위원장과 보건소장으로 한다.

③ 위원은 구청장이 임명 또는 위촉하는 다음 각호의 자가 된다.

1. 지역주민
2. 보건의료관련기관 임원
3. 보건의료관련단체 임원
4. 보건의료관련 전문가
5. 기타 관계공무원 관련인사

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 위원회 위원을 시장이 위촉할 시에 의회 의장이 추천하는 시의회 의원에게 위원자격을 주도록 하고 있어 집행기관의 위원구성에 의결기관이 개입하는 문제를 낳고 있다. 이는 조직권한의 침해로서 평가될 수 있다

(5) 위법성 평가

동 조례 조항은 위원회의 위원을 시장이 위촉할 시 제4호에서 목포시의회 의장이 추천하는 시의원에게 위원회의 위원자격을 주고 있다 이는 직접적으로 목포시 의회 의장이 추천하는 시의원을 임명하도록 규정한 것은 아니지만 시장이 지방자치단체의 장으로서 임명권한을 행사할 시 제약이 될 수 있다

상위법령인 지역보건법 시행령 제2조 제3항의 각호를 보면 동조례 조항에서 명시한 '시의회 의장이 추천한 시의원을 규정하고 있지 않고 있다 동시행령에서 위원회의 조직 및 운영에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 포괄적으로 위임하고는 있지만 이것은 지방자치법의 지방의회와 지방자치단체의 장의 권한 배분문제로서 상위법에서 권한배분한 취지를 살려서 엄격히 해석할 필요가 있다고 본다. 그러므로 상위법령인 지역보건법 시행령이 제2조 제3항에서 규정한 범위보다 넓게 규정한 동시에 권한배분의 범위를 초과한 내용은 상위법령위반인 동시에 의회와 집행기관의 권한분리 및 배분의 원칙에 어긋나는 것이다.

관례도 병원이사를 도의회의장이나 시·군의회회장이 추천하도록 규정한 것의 위법 여부에 대한 판결에서 다음과 같은 판결을 내린 바 있다 즉 “지방의회의 의결이 아닌 의장 개인이 추천한다는 것은, 지방의회회장은 조직적 의전적 의미의 의회대표권 등의 지위를 제외하고는 의원개인과 동일한 지위를 가진다고 할 바 지방의회회장과 의원 개인의 지위 및 권한에 비추어 볼 때 집행기관이나 지방공사임원의 인사권에 의장개인의 자격으로는 관여할 수 있는 권한이 없고 조례로써 이를 허용할 수 없다

(5) 개선사항

시장이 의회의장이 추천한 시의원을 위원회의 위원으로 임명하는 내용은 지방자치단체 장의 임명권한을 제약할 우려가 있다 따라서 다른 지방자치단체의 조례처럼 이 부분은 삭제할 필요가 있다

15. 목포시도시계획조례

(1) 대상조례

제56조 (구성) ③ 위원회의 당연직 위원은 위원장 및 경제사회국장, 도시건설국장, 목포시 교육청 교육장, 시의회에서 추천하는 의원3인으로 한다.

(2) 유사조례

보은군도시계획조례

제41조(구성) ② 위원회의 위원장은 군수가 되며, 부위원장은 부군수가 된다.

③ 위원회의 당연직 위원은 위원장, 부위원장 및 건설과장으로 한다.

성남시도시계획조례

제69조 (구성) ③ 위원회의 당연직 위원은 위원장, 도시계획 관련국장, 관할교육청의 학교시설 관련국장과 시의회 의원 2인으로 하고 시의원은 의회의 추천을 받아 시장이 위촉한다.

(3) 관련법령

국토의계획및이용에관한법률

제114조 (운영세칙) ① 중앙도시계획위원회 및 분과위원회의 설치 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 지방도시계획위원회 및 분과위원회의 설치 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 범위안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

국토의계획및이용에관한법률시행령

제112조 (시·군·구도시계획위원회의 구성 및 운영) ③ 시·군·구도시계획위원회의 위원은 다음 각호의 자중에서 시장·군수 또는 구청장이 임명 또는 위촉한다. 이 경우 제3호에 해당하는 위원의 수는 위원 총수의 50퍼센트 이상이어야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본조례는 시의회 의원을 당연직 위원으로 임명하도록 하여 상위 법령에서 집행기관인 지방자치단체의 장에게 부여되어 있는 위원 위촉권한을 침해하고 있다이는 조직법상의 권한 침해로서 평가된다

(5) 위법성 평가

국토의이용및계획에관한법률은 제14조 제2항에서 '지방도시계획위원회 및 분과위

원회의 설치 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고 동 시행령에서 제12조 제3항에서는 '시·군·구도시계획위원회의 위원은 다음 각호의 자중에서 시장군수 또는 구청장이 임명 또는 위촉한다.'고 규정하고 있다

그런데 목포시도시계획조례는 제56조 제3항에서 '위원회의 당연직 위원은 위원장 및 경제사회국장 도시건설국장 목포시 교육청 교육장, 시의회에서 추천하는 의원 3인으로 한다.'라고 규정하고 있다 그러므로 목포시도시계획조례의 경우 시의회에서 추천하는 3인은 자치단체장의 의사와 무관하게 무조건 위원이 되도록 하고 있다 이는 상위법령에서 지방자치단체장에게 부여된 임명위촉권을 하위법규인 조례로써 부당하게 제약하고 있다고 생각한다

또한 국토의이용및계획에관한법률시행령 제12조 제2항에서 '시·군·구도시계획위원회의 위원장은 당해 지방자치단체의 부시장부군수 (광역시의 관할 구역안에 있는 군의 부군수를 말한다) 또는 부구청장 (자치구의 부구청장을 말한다)이 되며, 부위원장은 위원중에서 호선한다'고 규정하고 있다

그런데 보은군도시계획조례 제41조 제2항은 '위원회의 위원장은 군수가 되며 부위원장은 부군수가 된다'고 규정하고 있다.

보은군의 경우 시행령에 따르면 명백히 부군수가 도시계획위원회 위원장이 되어야 함에도 불구하고 조례에서 군수를 위원장으로 한 것은 상위법령에 위반된다고 볼 수 있다.

(6) 개선사항

시의회 의원이 위원회의 당연 위원으로 되도록 하고 있는 규정이나 군수를 위원장으로 하고 있는 부분은 개정되어야 한다

16. 명예군민선정등에관한조례

(1) 대상조례

완도군명예군민선정등에관한조례

- 제3조 (추천)** ① 명예군민 후보자는 완도군의회위원장, 완도군의 실과소장 및 읍면장, 관내기관단체장 또는 완도군에 주소를 둔 주민 20인 이상의 연서로 추천한다.
- ② 명예군민 후보자 추천은 군민의 날 50일 전까지 별지 제3호 서식에 의하여 추천하여야 한다.
- ③ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 명예군민이 될 수 없다.
1. 금치산자 또는 한정치산의 선고를 받은 자
 2. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자
 3. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받지 않기로 확정되지 아니한 자
- ④ 명예군민 후보자는 완도군민의상조례 제2조 제2항이 정하는 각 부문에서 완도군 지역사회개발과 군민의 복리증진 등으로 완도군의 명예를 드높인 자이어야 한다.

완도군민의상조례

- 제2조 (수상대상)** ① 군민의 상은 문화, 예술, 교육, 사회복지, 체육진흥, 산업경제, 향토방위부문에서 지역사회개발과 군민의 복리증진 질서부분 및 안보에 공적이 있거나 명예를 선양한 자(외국인 포함한다. 이하 같다.) 또는 단체에 수여한다.
- ② 각 부분의 범위는 다음과 같다.
1. 교육 및 문화체육부문: 교육, 문화, 예술, 자연, 인문과학과 언론체육분야
 2. 사회복지 및 환경부문: 사회, 가정복지(효행자, 선행자), 노동후생, 환경분야
 3. 산업경제부문 : 농업, 임업, 수산업, 상공, 관광업 개발과 기술진흥 분야
 4. 향토방위 및 질서, 안보부문 : 향토, 직장방위 및 공안, 안보, 질서분야

(2) 관련법령

지방자치법

제12조 (주민의 자격) 지방자치단체의 구역안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다.

제13조 (주민의 권리) ① 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 소속지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다.

② 국민인 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거(이하 "지방선거"라 한다)에 참여할 권리를 가진다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례에서 명예군민의 자격중에서 일정한 공적을 가진 자로서 한정자산자나 금치산자를 배제하는 것은 일정한 신분을 가진 자에게 불리한 대우를 하는 차별적 조치로 보인다.

(4) 차별의 위법성 검토

가. 문제 제기

지방자치법 제2조는 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다고 한다. 동법 제13조에서는 주민의 자격을 갖는 자들이 갖는 권리로 “법령이 정하는 바에 의하여” 그 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리를 균등하게 부여하도록 규정하고 있다. 이러한 위임입법에 의거하여 완도군은 당해 지역자치단체의 명예군민 선정의 기준을 자치적으로 설정하였다. 명예군민은 즉, 주민의 자격요건을 사후적으로 갖춘 자에게 임의적으로 부여하는 것으로서 지역자치단체가 어느 정도의 재량을 행사할 수 있는지의 여부를 살펴본다. 완도군명예군민선정등에관한조례 제3조의 요건을 먼저 살펴보고 나서 동조 제3항의 제한사항의 위법성을 논의하기로 한다.

나. 완도군명예군민선정등에관한조례 제3조의 요건분석

(가) 조례 제3조 제1항 및 2항의 요건

“명예군민 후보자는 완도군의회 의장 완도군의 실과소장 및 읍면장 관내기관단체장 또는 완도군에 주소를 둔 주민 20인 이상의 연서로 추천한다”와 “명예군민 후보자 추천은 군민의날 50 일전까지 별지 제3호 서식에 의하여 추천하여야 한다”라는 두가지의 요구사항을 충족시키는 후보자는 명예군민으로의 추천을 받을 수 있도록 규정하고 있다. 이 조례가 완도군의 지역사회개발과 군정발전에 공로가 현저한 내외국인 및 재외동포를 완도군 명예군민으로 선정하는데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 함을 고려해볼 때, 추천요건으로 일정의 자치규범적인 절차를 규정한 것에 불과하고 추천의 요건이 지나치게 가혹하다고 볼 수 없으므로 추천을 받도록 요건화하는 것이 명예군민 후보자를 제한하는 규정이라고 보기 어렵다는 이유로 본조항 제항 및 제2항의 규정은 합법적이라고 본다

(나) 조례 제3조 제3항의 제한사항

제3항에서는 명예군민 적격자로서의 범위를 제한하고 있다 ① 금치산자 또는 한정치산의 선고 받은 자 ② 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자, ③ 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받지 않기로 확정되지 아니한 자의 세 부류에 해당사항이 있는 명예군민후보자는 명예군민이 될 수 없다고 규정하고 있다. 이 중에서 조례의 목적이나 본질을 종합적으로 평가해 보아 금치산자와 한정치산의 선고를 받은 자를 일체 명예군민선정의 대상자에서 배제되는 것은 다소 가혹하다고 보인다

즉, 자격제한으로서 제2호나 제3호(제2호 : 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자, 제3호 : 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받지 않기로 확정되지 아니한 자)가 규정하는 자격제한의 대상은 형사처벌을 받는 자를 제외하는 것으로 즉, 반국가적 또는 반사회적인 행위를 한 자라는 전제가 생긴다 이러한 자에게 해당 지방자치단체가 고유 지역의 보호필요성과 사회적인 안전 및 공공복리를 이유로 하여 명예군민의 대상적격을 배제하는 것은 합리적인 배제사유라고 보여진다 그러나 행위능력면에 다소 떨어지는 금치산자와 한정치산자를 획일적으로 배제할 필요가 있는가는 명예군민이라는 지위설정에서 재고할 필요가 있다고 보인다

(4) 개선사항

명예군민은 군민은 아니므로 상징적인 의미를 가질 뿐이다 따라서 일정한 공적을 수립한 이상 이러한 당사자를 금치산자나 한정치산자라는 이유로 배제하는 것은 그 자체가 위법성은 주장하기 어려울지 모르지만 합목적성을 주장하기 어려워 보인다.

17. 서울특별시강남구사회복지위원회설치및운영조례

(1) 대상조례

제4조 (위원의 임기와 직무) ① 위원회 위원 임기는 2년으로 하고 1회에 한하여 연임할 수 있으며, 보궐위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다. 다만, 공무원인 위원의 임기는 당해 직위에 재직하는 기간으로 한다.

(2) 관련법령

사회복지사업법

제7조 (사회복지위원회) ① 사회복지사업에 관한 중요사항과 제15조의3제2항의 규정에 의한 지역사회복지계획을 심의 또는 건의하기 위하여 특별시·광역시·도(이하 "시·도"라 한다)에 사회복지위원회를 둔다.

사회복지사업법시행규칙

제2조 (복지위원) ② 복지위원의 임기는 3년으로 한다.

(3) 유사조례

서울특별시광진구사회복지위원회설치및운영조례

제5조 (위원의 임기) 위촉위원의 임기는 2년 이내로 하되 연임할 수 있으며, 공무원인 위원 임기는 당해 직위에 재직하는 기간으로 한다.

서울특별시중구사회복지위원회설치및운영조례

제5조 (임기) 위원회 위원 중 중구 소속 공무원인 임명직 위원의 임기는 그 직위에 재직하는 기간으로 하고, 위촉직 위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다. 다만, 구의원이 그 직위를 상실한 경우에는 그 직위를 상실한 날에 해촉된 것으로 본다.

서울특별시사회복지위원회설치조례

제5조 (위원의 임기) 부위원장 및 위원의 임기는 각각 2년으로 하되, 연임할 수 있다. 다만, 공무원인 위원의 임기는 당해 직위에 재직하는 기간으로 한다.

서울특별시중랑구사회복지위원회설치및운영조례

제6조 (위원의 임기) 위촉위원의 임기는 2년 이내로 하되 연임할 수 있으며 공무원인 위원의 임기는 당해 직위에 재직하는 기간으로 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 위원의 임기를 2년으로 하여 상위 법령에서 정하고 있는 임기보다 단기로 하고 있어 상위 법령에서 보장된 권리를 침해하고 있다

또한 위원중 공무원의 경우는 법률에 아무런 규정이 없음에도 불구하고 공무원으로 재직하는 기간 동안을 위원의 임기로 하여 공무원과 일반 위원 간에 차별을 두고 있다. 이는 일정한 사회적 신분을 가진 자에 대한 불리한 대우를 규정하고 있는 차별로 보인다.

(5) 위법성 검토

가. 문제의 소재

관련 법률에 따라 강남구 의회는 사회복지위원회를 두고 그 운영에 관한 사항을 조례로 제정하였다. 그러나 보건복지부령의 사회복지사업법시행규칙에서 위원의 임기를 3년으로 규정한 것과 다르게, 강남구사회복지위원회설치및운영조례에서는 임기를 2년으로 하고 재임가능하게 하였으며, 위원 중 공무원에 대해서는 그 재직 기간 동안만 위원으로 활동할 수 있도록 하였다 이것이 상위법령인 사회복지사업법에 위반되는가가 문제된다.

자치사무의 영역이라 하더라도 성문법인 이상 상위법령에 위반되는 내용을 가져서는 아니 된다. 이는 해당 국민의 기본권을 법령보다 더 중하게 제한할 우려가 있어 더욱 문제가 된다. 위 강남구 조례에서 비록 재임을 가능하도록 하였지만 위원의 재임여부는 불확실한 것이고 재임이 되지 않을 경우 시행규칙에서 명시한 3년의 기간보다 임기가 짧아진다. 또한 공무원의 경우는 법률에 아무런 규정이 없음에도 불구하고 공무원으로 재직하는 기간 동안을 위원의 임기로 하여 공무원과 일반 위원 간에 차별을 두고 있다. 이것이 합리적인 차별인지도 살펴보아야 한다

나. 구체적 판단

위원의 임기에 대해서는 사회복지사업법에서 영으로 정하는 바에 따라 각 지방자치단체 조례로 정하도록 하고 있다 이에 대해서는 자치고권이 인정된다 하더라도 법령을 준수하여 함은 당연하다. 명시규정이 없더라도 위에서 살펴본 바에 따라 법령의 범위 내에서 조례는 제정되어야 할 것이다. 따라서 위원의 임기를 2년 재임가능으로 한 것은 최대 4년의 임기를 보장한 것처럼 보이지만 실질적 무조건적인 재임을 하지 않는 이상 법률에서 보장된 3년의 임기보다 짧아져 이를 더 제한한 것이 된다

(6) 개선사항

위원의 임기는 상위법령의 내용에 맞게 3년으로 맞추는 것이 필요하다.

18. 서울특별시관악구규제개혁위원회구성및운영조례

(1) 대상조례

제3조 (구성 등) ① 위원회는 위원장 2인을 포함하여 13인 이내로 구성하되, 공무원이 아닌 위원이 전체위원의 과반수가 되어야 한다.

(2) 관련법령

행정규제기본법

제3조 (적용범위) ③ 지방자치단체는 이 법이 정하는 취지에 따라 조례·규칙에 규정된 규제의 등록 및 공표, 규제의 신설 또는 강화에 대한 심사, 기존규제의 정비, 규제심사기구의 설치등에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다.

제5조 (규제의 원칙) ② 국가 또는 지방자치단체는 국민의 생명·보건과 환경등을 보호하기 위한 규제를 실효성 있게 정하여야 한다.

③ 규제의 대상과 수단은 규제의 목적을 실현하는데 필요한 최소한의 범위안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.

제25조 (구성등) ① 위원회는 위원장 2인을 포함한 15인 이상 20인 이내의 위원으로 구성한다.

(3) 유사조례

서울특별시종로구규제개혁위원회설치및운영조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장 2인을 포함한 12인 이내의 위원으로 구성하되, 공무원이 아닌 위원이 전체위원의 과반수가 되어야 한다.

서울특별시용산구규제개혁위원회설치및운영조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장 2인을 포함한 12인 이내의 위원으로 구성한다.

서울특별시성동구규제개혁위원회설치및운영조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장 2인을 포함하여 12인 이내로 구성하되 공무원이 아닌 위원이 전체위원의 과반수가 되어야 한다.

서울특별시광진구규제개혁위원회설치및운영조례

제3조 (구성) ① 위원회는 위원장 2인을 포함하여 13인 이내로 구성하되 공무원이 아닌 위원이 전체 위원의 과반수가 되어야 한다.

인천광역시중구행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

제3조(구성) ① 위원회는 위원장 및 부위원장 각 1인을 포함한 12인 이내의 위원으로 구성한다.

인천광역시동구행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

제4조 (구성) ① 위원회는 위원장 2인을 포함한 11인 이내의 위원으로 구성한다.

강화군행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

제4조 (구성) ① 위원회는 공동위원장 2인을 포함한 11인 이내의 위원으로 구성한다.

옹진군행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

제4조 (구성) ① 위원회는 위원장 2인을 포함한 10인 내외의 위원으로 구성한다.

* 비교조례

서울특별시중구규제개혁위원회설치및운영조례

제3조(구성) ①위원회는 위원장 2인을 포함하여 16인 이내로 구성하되 공무원이 아닌 위원이 전체위원의 과반수가 되어야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 규제개혁위원회의 위원수에 관한 내용이 문제가 된다 상위 법령에서는 15인이상 20인이하로 하도록 하고 있으나 본 조례는 다른 지방자치단체의 조례와 마찬가지로 그 인원 정원을 위반하는 내용으로 규정하여 상위법 위반의 문제가 존재한다. 이는 조직기관별 차별로 평가하여야 한다. 즉, 국가차원의 규제개혁위원회와 지방자치단체 차원의 규제개혁위원회간의 합리적 이유없는 차별 즉, 불리한 대우로 평가할 수 있다.

(5) 위법성 검토

가. 법령우위의 원칙 위반여부

(가) 행정규제기본법의 목적

행정규제기본법의 목적은 행정규제기본법 제1조에서 밝히고 있듯이 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력의 지속적인 향상이다 이는 지방자치단체 주민의 복리증진에 관한 사항이 아니므로, 지방자치단체는 이를 고유한 사무로 처리할 수 없다 그러므로 위 행정규제법의 규정은 임의적 자치사무 내지 의무적 자치사무에 있어서 그 수행여부 및 수행방법 등을 예시해 놓은 것에 불과한 규정이 아닌 위임규정이라고 보아야 할 것이다.

(나) 문제가 되는 영역

위 규제개혁위원회구성및운영조례는 행정규제기본법의 내용에 따라 규제개혁위원회를 구성하였다. 이때 문제가 되는 것은 행정규제기본법에서는 위원회를 위원장을 포함한 15인 이상 20인 이내로 구성하도록 하고 있는 반면 조례에서는 위원회의 구성을 13인 이내로 제한하고 있다는 점이다 이것이 상위법령에 위반한 것인지 살펴보도록 한다.

상위법령에 위반되었다고 말하기 위해서는 그 내용이 단지 법령과 다른 것만이 아니라 그 차이로 인하여 국민에게 불이익을 가져다 주어야 한다 더 이익이 되는 방향으로 제정한 조례는 법령과 내용이 다르더라도 법률우위의 원칙에 어긋나지 아니한다.

우선 행정규제는 이를 통해 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것이기 때문에 헌법의 원칙에 따라 공익을 목적으로 해야 하고 필요최소한에 그쳐야 한다. 불필요한 규제는 당연히 철폐 또는 완화되어야 하는데 이러한 목적으로 만들어진 것이 위의 행정규제기본법이다.

그렇다면 행정규제기본법에서 규제개혁위원회의 구성을 법률로 정한 것은 위의 불필요한 행정규제를 완화하여 국민의 삶의 질 향상에 도움을 주기위한 최저기준을 설정한 것이다. 즉, 국가가 이를 각 지방자치단체에게 필요한 조치를 다하도록 하면서 동시에 필요최소한도의 조치를 법문으로 규정해 놓은 것이다

그럼에도 규제개혁위원회에 관한 서울특별시 관악구 조례에서 법률로 정한 위원회의 인원을 법률보다 낮게 정한 것은 문제가 될 소지가 있다

나. 구체적 판단

행정규제란 경제질서 및 생활환경의 건전하고 조화된 발전을 도모함으로써 공공복리를 증진하기 위하여 개인의 사회 경제활동을 규율, 조정하는 행정작용을 말하며 이는 권력적 작용을 그 수단으로 하므로 법적 근거를 필요로 한다 이 근거로는 경제에 관한 규제와 조정을 규정하고 있는 헌법 제19조 제2항을 비롯하여 헌법상의 경제조항들을 들 수 있다.

그러나 이러한 행정규제는 사회국가적인 산물로서 규제가 지나치게 강화되면 자유경제를 해치거나 국민의 기본권을 오히려 제한하는 결과가 나타날 수 있다 이를 완화시키기 위해 등장한 것이 행정규제기본법이다.

행정규제기본법은 국민의 권익을 보호하기 위하여 제정된 법률인 바 당해 행정규제에 관한 필요한 조치를 조례로 위임하였다고 하더라도 조례에서의 보호가 법률보다 낮아져서는 아니될 것이다 .

위 서울시 관악구 조례는 행정규제개혁위원회의 인원을 법률에서 정한 것보다 적게 정함으로써 행정규제기본법 제5조의 실효성 있는 규제를 어렵게 하였다 동조 제3항에서는 '필요최소한도'라는 말을 사용하고 있으나 이는 규제개혁위원회의 인원이 법

률에서 정한 것보다 적어야 한다는 의미가 아니라 15인 이상 20인 이내의 범위에서 필요최소한도의 인원을 각 지방자치단체의 판단에 의하여 구성할 것을 요구한 규정이라 봄이 타당하다.

따라서 위 조례는 규제개혁위원회의 인원을 법률보다 적게 규정함으로써 행정규제 개혁의 목적을 달성하기 어렵게 만들었고, 이는 곧 국민이 불필요한 행정규제로부터 보호받을 수 있는 길을 좁게 만드는 결과가 된다 행정규제기본법의 내용에 위반한 위 조례는 법률우위원칙의 위반으로 위법하다

(6) 개선사항

조례는 국가차원과 달리 지방자치단체 차원이므로 규모가 차이가 날 수 있으나 이러한 경우에도 법령을 위반하여서는 안된다 따라서 규제개혁위원회의 인원은 법률에서 정한 범위안에서 확정되어야 한다. 15인 이상 20인 이내의 범위에서 필요최소한도의 인원이 규정될 필요가 있다

19. 서울시특별시장북구의회에서의증인등비용지급에관한조례

(1) 대상조례

제3조 (비용지급의 예외) 다음 각호의 1에 해당하는 자에게는 비용을 지급하지 아니한다.

1. 강북구의회 의원
2. 소속기관에서 따로 비용을 지급받는 공무원
3. 기타 소속단체 등으로부터 따로 비용을 지급받는 자

(2) 관련법령

지방자치법

제36조 (행정사무감사 및 조사권) ④ 제1항의 감사 또는 조사와 제3항의 감사를 위하여 필요한 때에는 현지확인을 하거나 서류제출을 요구할 수 있으며, 지방자치단체의 장 또는 관계공무원이나 그 사무에 관계되는 자를 출석하게 하여 증인으로서 선서한 후 증언하게 하거나 참고인으로서 의견의 진술을 요구할 수 있다.

지방자치법시행령

제17조의5 (증인의 보호 및 실비보상) ③ 법 제36조제4항의 규정에 의하여 서류의 제출이나 증언·진술을 하기 위하여 지방의회 또는 기타의 장소에 출석한 자에 대하여는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 의하여 여비등 실비를 지급한다.

(3) 유사조례

서울특별시중구의회에서의증인등비용지급에관한조례

제3조 (비용지급의 예외) 다음 각호의 1에 해당하는 자에게는 비용을 지급하지 아니한다.

1. 의회의원
2. 중구 소속 공무원
3. 소속기관에서 따로 비용을 지급받는 공무원

서울특별시용산구의회에서의증인등비용지급에관한규정

서울특별시성동구의회에서의증인등비용지급에관한규정

서울특별시동대문구의회에서의증인등비용지급에관한규정

서울특별시중랑구의회에서의증인등비용지급에관한규정

서울특별시성북구의회에서의증인등비용지급에관한규정

서울특별시송파구의회에서의증인등비용지급에관한규정

서울특별시관악구에서의증인등비용지급에관한조례

부산광역시해운대구의회에서의증인등비용지급에관한조례

부산광역시중구의회에서증인등비용지급에관한조례

부산광역시서구의회에서증인등비용지급에관한조례

경남 산청군의회에서증인등비용지급에관한조례

경북 영천시의회에서증인등비용지급에관한규정

전남 목포시의회에서증인등비용지급에관한규칙

전남 순천시의회에서증인등비용지급에관한규정

제3조(비용지급의 예외) 다음 각호의 1에 해당하는 자에게는 비용을 지급하지 아니한다.

1. 용산구의회 의원
2. 소속기관에서 따로 비용을 지급받는 공무원

조례는 제1호에서 단지 OO구만 다를 뿐이다.

경남 통영시의회에서증인의보호및비용지급에관한조례

경남 사천시의회에서증인등비용지급에관한조례

제4조 (비용지급의 예외) 다음 각호의 1에 해당하는 자에게는 비용을 지급하지 아니한다.

1. 통영시의회 의원
2. 소속기관에서 별도로 비용을 지급하는 공무원
3. 자기 이익과 직접 관계되는 증인

서울특별시강남구의회에서증인등비용지급에관한조례

경북 경주시의회에서증인등비용지급에관한조례

제3조 (비용지급의 예외) 다음 각호의 1에 해당하는 자에게는 비용을 지급하지 아니한다.

1. 강남구의회의원
2. 소속기관에서 따로 비용을 지급받은 공무원과 국영기업체 및 정부투자기관의 임직원

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 기타 소속단체 등으로부터 따로 비용을 지급받은 자라는 사회적 신분을 가진 자에게 합리적 사유없이 증인 등 비용을 지급하지 않도록 하여 차별 즉, 불리한 대우를 규정한 규정이다

(5) 위법성 검토

지방자치법 제6조 및 시행령 제17조의5에 의해 지방의회에 출석하여 증언을 한자는 위 서울시강북구의회에서증인등비용지급에관한조례와 같이 지방자치단체의 조례에 의해 그 비용을 지급받게 된다. 그러나 당해 조례 제3조 제3호에서는 '기타 소속단체 등으로부터 따로 비용을 지급받는 자에 대해서는 비용을 지급하지 아니한다고 되어 있어 문제시된다.

지방자치법 제6조에서 볼 수 있듯이 의회에 출석하게 하여 증언을 하게 하거나 참고인으로서 의견을 진술을 요구할 수 있는 자는 '지방자치단체의 장 또는 관계공무원이나 그 사무에 관계되는 자'로 되어 있다. 그러므로 그 대상자는 대개 공무원이 될 것이지만, 공무원이 아닐 수도 있을 것이다

따라서 공무원이 아니지만 '그 사무에 관계되는 자'가 의회에 출석하여 증언하게 되면 지방자치단체로부터 반드시 여비 등 실비를 지급받아야 할 것이다 자신의 사무와 관계되는 사안이라 하여 공무원도 아닌 자가 의회에 출석하여 증언을 하는 것은 분명 그 사인의 근무시간을 빼앗고 심적으로도 많은 부담을 주는 일일 것이다 그러므로 그 사람의 직업의 자유, 일반적 행동의 자유 등 여러 가지 기본권이 제한되는 것을 볼 수 있으나, 특히 이 조항은 그 비용을 지급하지 아니하겠다는 규정으므로 재산권의 침해와 관련이 있다. 사인이 지방의회에서 증언을 하였으나 소속단체에서 따로 비용을 지급받았다고 해서 지방자치단체에서 그 비용을 지급하지 않는 것은 부당하다. 그 소속단체는 공공기관일 수도 있으나 해당 사무와 관련이 있을 뿐 사기업 등일 수 있으므로 그러한 단체로부터 지급받는 비용과는 엄연히 다르기 때문이다 예를 들어 사기업의 직원이 지방의회에 출석하여 증언을 하고 온 경우 회사로부터 받은 비용은 출장비용과 같은 것으로 평가받을 수 있고 그 증언의 대가가 되는 비용은 지방

자치단체에서 따로 지급하여야 하는 것이다

이것은 위 타지방자치단체의 조례의 경우에서도 확인된다. 조사해 본 결과 서울특별시 강북구의 조례와 같은 경우는 다른 조례에서는 찾기 어려웠으며 나머지 지방자치단체들은 모두 의회의 의원이나 공무원의 신분을 가진 자 또는 국영기업체 및 정부투자기관의 임직원에 대해서만 그 비용을 면제한다고 규정하고 있다

이상을 통해 보았을 때, 서울시특별시강북구의회의에서의증인등비용지급에관한조례 제3조 제3호는 위법한 조항으로 무효이다 따라서 공무원이 아닌 사인이 강북구의회에 출석하여 증언을 하였을 시 소속단체로부터 따로 비용을 지급받았다고 해서 강북구에서 그 비용을 지급하지 않는 것은 부당하며 지방자치법시행령 제17조의5 제3항 등에 따라 여비 등 실비를 지급하여야 할 것이다.

(6) 개선사항

서울시특별시강북구의회의에서의증인등비용지급에관한조례 제3조 제3호는 무효이므로 삭제되어야 한다.

20. 마산시통·반설치조례

(1) 대상조례

제5조 (통·반장의 위촉) ① 통에는 통장을, 반에는 반장을 둔다.

② 통장은 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 30세이상 65세이하인 자 중 동장이 위촉한다. 다만, 해촉된 자를 재위촉하고자 할 때에는 해촉일로부터 2년이상 경과된 자라야 한다.

1. 봉사정신이 투철하고 책임감이 왕성한 자
2. 통 발전을 위하여 사명감이 강하고 시민의식이 투철한 자

③ 반장은 안보관이 투철하고 책임감이 확고한 자로서 이장 및 통장의 추천에 의하여 읍·면·동장이 위촉하며, 특별히 필요한 경우에는 명예반장을 둘 수 있다.

④ 통·반장의 임기는 2년으로 하되 통장은 1회에 한하여 연임할 수 있고, 반장은 연임할 수 있다.

⑤ 반장 및 명예반장의 자격요건과 그 임무 등에 관한 사항은 따로 규칙으로 정한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 통장 또는 반장의 자격요건이나 임기에 관하여 상위 법령의 근거없이 제한하고 있어 공무담임권 침해의 소지가 있으며 다른 공무원인 면장이나 이장과 비교하여 차별하고 있는 규정으로 일정한 사회적 신분을 가진 자에 대한 불리한 대우를 규정하고 있는 것으로 평가할 수 있다

(3) 위법성 평가

마산시의 통·반설치조례에 의하면 나이제한과 더불어 중임에 대한 제한이 가해지고 있다. 해촉일로부터 2년이 된 자에 대해 재위촉을 금지하고 있는데 이는 지방자치법 제15조에서 규정하고 있는 법률유보원칙을 위반할 소지가 있어 보인다 더구나 헌법상 보장되어 있는 공무담임권과 평등권까지 침해당할 소지가 있어 보인다

가. 마산시 통반설치조례의 법률유보원칙 위반 여부

위 조례에서 문제되는 것은 조례에 상위 법령의 근거규정이 없음에도 불구하고 통장의 중임에 대한 2년 연임을 금지하는 규정을 하고 있다는 점이다 통장의 지위에 대해선 논란이 일어날 수 있지만 반장의 경우와는 달리 통장은 그 직무가 좀 더 전문화되어 있고, 공무수행 역할이 크다는 점에서 광의의 공무원이라 볼 수 있을 것이다. 이렇게 본다면 통장의 2년 연임 금지조항은 일종의 공무담임권의 제한이 될 수 있고, 이는 지방자치법 15조 단서에서 언급하는 기본권의 제한 유형이라 볼 수 있다. 따라서 법률의 규정이 없는 것에 대해 이를 제한한다는 것은 법률유보원칙에 반하는 위법한 조례라고 할 수 있을 것이다.

나. 마산시 통·반설치조례의 위헌성

(가) 공무담임권 침해 가능성

공무담임권이란 선거직 공무원을 포함한 모든 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리이다. 따라서 공무담임권은 피선거권보다 넓은 개념이다 위에서 언급했듯이, 헌법 제37조에 의한 기본권의 제한이 아니라면 조례를 통해 기본권을 제한하는 것은 위헌이라 할 수 있을 것이다.

(나) 평등권 침해 가능성

평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고 원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행해야 할 경우 따라야 할 기준임과 동시에, 국가에 대하여 합리적인 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.

현재 마산 시내에는 이장 172명과 통장 554명·반장 3764명이 있으며, 일부 면 지역 이장은 사실상 임기제한이 없을 뿐만 아니라 나머지 읍 지역 이장이나 통장·반장 등은 2년의 임기에 1번(반장은 제한 없음)의 재임이 가능하다. 이는 같은 마산시 내의 통장과 이장, 면장을 다르게 대우하는 처사이다. 기능적으로 면장이나 이장은 거의 동일하다. 그런데도 이를 다르게 대우는 것은 헌법상 명시된 평등성의 원칙에 위배된 것이라 아니할 수 없다.

실무상 통장 후임자가 없는 경우에는 자신의 부인이나 남편의 이름을 빌어 규정 외

재임을 하는 사례도 있는 것으로 알려져 그 현실적 필요성에도 불구하고 통장에 대해서만 재임 제한에 관한 규정을 두어 통장의 공백상태를 유지하는 점에서 이 기본권 침해에 대한 합리적인 차별의 근거가 없다고 보여진다

(4) 개선사항

통장의 2년 연임 제한 임기규정은 개정되어야 한다

21. 진해시도시계획조례

(1) 대상조례

제7조 (주민의견 청취) ① 법 제28조제4항의 규정에 의하여 시장은 주민의견을 청취하기 위하여 영 제22조제2항의 규정에 의한 공고·열람에 추가하여 열람기간 동안 시청 또는 동사무소의 게시판 및 시흥페이지를 통하여 도시관리계획 입안사항을 공고하여야 한다.

② 단위도시계획시설 입안을 위하여 주민의견을 청취할 때에는 제1항의 규정에 의한 공고·열람에 추가하여 토지소유자 및 이해관계인들이 20인 이하인 경우에는 엽서 또는 서신으로 그 사실을 통지하여야 한다. 다만, 이해관계인이 시에 거주하지 아니하거나 주소지가 불명인 때에는 주민의견 청취를 위한 공고 또는 열람 기간동안 시흥페이지의 게재로 이에 갈음할 수 있다.

(2) 관련법령

국토의계획및이용에관한법률

제28조 (주민 및 지방의회의 의견청취) ① 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제25조의 규정에 의하여 도시관리계획을 입안하는 때에는 주민의 의견을 들어야 하며, 그 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 이를 도시관리계획안에 반영하여야 한다. 다만, 국방상 또는 국가안전보장상 기밀을 요하는 사항(관계중앙행정기관의 장의 요청이 있는 것에 한한다)이거나 대통령령이 정하는 경미한 사항인 경우에는 그러하지 아니하다.

② 건설교통부장관 또는 도지사는 제24조 제5항 및 동조 제6항의 규정에 의하여 도시관리계획을 입안하고자 하는 때에는 주민의 의견청취의 기한을 명시하여 도시관리계획안을 관계 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에게 송부하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 도시관리계획안을 송부받은 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 명시된 기한 이내에 당해 도시관리계획안에 대한 주민의 의견을 들어 그 결과를 건설교통부장관 또는 도지사에게 제출하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 주민의 의견청취에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

⑤ 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 도시관리계획을 입안하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 사항에 대하여 해당 지방의회의 의견을 들어야 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 진해시에 거주하지 아니한 이해관계인에 대해 홈페이지 게재로 의견청취를 갈음하도록 하여, 의견청취절차상의 차별을 야기하고 있다 이는 지역거주자인가의 여부에 따라서 차별을 하는 것으로 불리한 대우에 해당한다.

(4) 위법성 검토

가. 도시계획관리의 사무유형

지방자치법 제9조 제2항 제4호 지역개발 및 생활환경시설의 설치관리에 관한 사무

중 하나로서 지방자치단체의 자치사무로 예시하고 있으나 동조항의 단서에서 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 않다고 하고 있어 개별법을 보고 판단을 하여야 한다. 진해시도시계획조례의 개별법은 국토의계획및이용에관한법률로 동법상에는 특별한 다른 규정이 없는 것으로 보아 지방자치법에 따라 자치사무에 속한다

나. 진해시도시계획조례 제7조의 위법성 판단

본 조례는 국토의계획및이용에관한법률의 제28조 제4항의 위임규정으로서 도시관리 계획을 입안할 때 주민의 의견청취의무에 대하여 필요한 사항을 조례로서 정할 수 있게 위임하고 있다 하위법규인 진해시도시계획조례의 제7조 제2항에서 "...이해관계인이 시에 거주하지 아니하거나 주소지가 불명인 때에는 주민의견 청취를 위한 공고 또는 열람 기간동안 시홈페이지의 게재로 이에 갈음할 수 있다"라고 규정하고 있어 진해시 주민과 타주민의 불평등의 문제가 발생한다. 진해시 주민에 대하여는 공고·열람에 추가하여 토지소유자 및 이해관계인등이 20인 이하인 경우에는 엽서 또는 서신으로 그 사실을 통지하여야 한다고 하면서 시거주자가 아닌 타 지방자치단체의 주민인 경우에는 시홈페이지에 게재함으로써 갈음한다는 것은 문제가 있다

지방자치단체가 그 지역주민을 위한 것이기는 하나 진해시에 거주하지 않은 자는 진해시 홈페이지를 확인하지 않는 이상 의견청취의 과정에 참여하지 못하는 것이다 이해관계인인 타주민의 시홈페이지도 아닌 진해시홈페이지에 게재한다는 것은 실질적으로 이들을 주민의견수렴과정에서 배제시키겠다는 말과 다를 바 없다고 생각한다 타지역의 이해관계인의 경우에는 개별법인 국토의계획및이용에관한법률에서도 인정되는 주민의견청취과정의 참여권을 지방자치단체의 조례에 의해 제한되고 있으므로 조례제정권의 한계로서의 지방자치법 제15조 단서에 의해 위법성이 인정된다 즉, 법률유보원칙의 위반으로서 위법성이 인정된다

(5) 개선사항

주민의 의견청취의무를 조례로 구체화하는 경우에도 상위 법령의 내용에 반하여서는 안된다. 특히 의견청취는 행정절차상의 권리이므로 법령의 내용에 반하여 조례로 제한하는 것은 허용될 수 없다. 따라서 시거주자가 아닌 이해관계인에 대한 의견청취

절차를 시 홈페이지의 게재만으로 대체하는 것은 의견청취제도의 실효성을 침해하는 것이다. 홈페이지 이외에 시청 또는 동사무소의 게시판 등의 다른 대안을 모색하여야 할 것이다.

22. 평택시의회의회의규칙

(1) 대상규칙

제9조 ① 의장 선거일이 부의장 선거일보다 먼저인 경우 부의장의 임기는 의장의 임기와 같이 종료한다.

(2) 관련법령

지방자치법

제42조 (의장·부의장의 선거와 임기) ① 지방의회는 의원중에서 시·도의 경우 의장 1인과 부의장 2인을, 시·군 및 자치구의 경우 의장과 부의장 각 1인을 무기명투표로 선거하여야 한다.

② 의장과 부의장의 임기는 2년으로 한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

동 규칙은 의장과 부의장이 업무상 밀접한 관련을 갖고 서로 공동하여 지방의회를 이끄는 위치에 있기 때문에 실질적 권한을 갖고 있는 의장의 임기종료에 의하여 부의장의 임기가 결정되도록 한 것은 행정편의적인 이유가 존재한다고 보인다

그러나 기간의 장단에 관계없이 의장의 선거일이 부의장 선거일보다 먼저인 경우

부의장의 임기를 의장의 임기와 같이 종료하도록 한 것은 합리적 이유없는 차별행위로서 일정한 사회적 신분을 가진 자 즉, 부의장의 공무담임권 및 헌법상 평등권을 침해하고, 지방자치법 제42조에 명시된 2년의 임기에 위배된다.

(4) 개선사항

부의장의 임기는 의장의 임기와 무관하게 보장되어야 한다.

23. 서울특별시열린시정을위한행정정보공개조례

(1) 대상조례

제11조 ② 정보공개심의위원회의 설치 운영 심의회는 위원장 및 부위원장을 포함한 7인 이내로 하고, 이중 과반수를 행정정보공개에 관하여 전문지식과 경험이 풍부한 자 중 외부인사로 집행기관의 장이 위촉한 자로 구성한다.

제16조 (서울특별시 심의회) ① 위원장은 위촉직 위원중 호선하고 부위원장은 행정국장으로 한다.

② 당연직 위원은 행정국장, 대변인, 도시계획국장으로 한다.

(2) 관련법령

공공기관의정보공개에관한법률시행령

제12조 (정보공개심의회) ① 중앙행정기관, 지방자치단체, 정부투자기관과 제2조 각 호의 기관은 기관의 업무성격이나 업무량 등을 고려하여 법 제10조의 규정에 의한

정보공개심의회(이하 "심의회"라 한다)를 1개이상 당해 기관 또는 소속기관에 설치·운영하여야 한다. 다만, 당해 기관에 심의회와 유사한 기능을 수행하는 위원회 등이 있는 경우에는 당해 위원회 등으로 하여금 심의회의 기능을 수행하게 할 수 있다.

④ 심의회의 위원장 및 위원은 공공기관의 장이 소속 공무원 또는 임·직원중에서 지명하되, 필요한 경우에는 공무원이나 임·직원이었던 자 또는 외부전문가를 위촉할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

상위법인 공공기관의정보공개에관한법률 시행령 제2조 제4항의 규정에 따르면, '심의회의 위원장 및 위원은 공공기관의 장이 소속 공무원 또는 임·직원중에서 지명하되, 필요한 경우에는 공무원이나 임직원이었던 자 또는 외부전문가를 위촉할 수 있다.'고 규정하고 있다 이에 따라 공공기관의 장은 심의회 위원이 위촉직이든 당연직이든 그 필요성에 따라서 인사권을 행사할 수 있다고 보아야 한다

그러나 동 조례는 위촉직 위원에 대해서는 공공기관의 장의 임명권한을 인정하면서도, 당연직 위원에 대해서는 공공기관의 장의 임명권한을 무시하고, 지방의회가 일방적으로 특정 공무원을 지명하고 있다 이는 상위 법령내용에 위반되는 것은 물론이고 심의회 위원중 위촉직 위원과 당연직 위원을 그 지위에 따라 차별하는 것으로서 평가되어야 한다.

(4) 개선사항

동 조례는 지방자치단체 장의 인사권한을 침해하는 위법성을 가지며 동시에 이로 인하여 위촉직 위원과 당연직 위원 사이의 차별을 야기하고 있다 당연직 위원에 대해서도 지방자치단체 장이 위촉할 수 있는 권한이 인정되어야 한다

24. 전주시환경미화원운영규칙

(1) 대상규칙

제15조 (환경미화원의 책임과 의무) 환경미화원은 다음 각호의 책임과 의무를 가진다.

1. 환경미화원은 지정된 청소담당구역을 깨끗이 청소해야 할 의무를 갖는다.
2. 환경미화원은 시민의 봉사자로서 능률적이고 성실하게 근무하여야 한다.
3. 환경미화원은 업무수행으로 발생하는 일체의 사고에 대하여 민·형사상 책임을 진다.
4. 환경미화원은 본인이 관리하는 장비 및 비품을 성실히 관리하여야 한다.
5. 환경미화원은 지정된 청소담당구역 외에도 취약지 청소를 위하여 수시로 구역을 변경하여 청소를 할 수 있다.
6. 환경미화원은 관계 공무원과 감독 및 반장의 지시에 순응하여야 한다.
7. 환경미화원은 쓰레기를 수거함에 있어 시민에게 분리수거를 계도하고, 무단 투기자에 대하여 계고할 수 있다.

(2) 관련법률

국가배상법

제2조 (배상책임) ① 국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나, 자동차손해배상보장법의 규정에 의하여 손해배상의 책임이 있는 때에는 이 법에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다.

다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련·기타 직무집행과 관련하여 국방 또는 치안유지의 목적상 사용하는 시설 및 자동차·함선·항공기 기타 운반기구안에서 전사·순직 또는 공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다.

② 제1항 본문의 경우에 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 규칙은 환경미화원을 다른 공무원에 비하여 합리적 이유없이 배상책임에 한하여 차별한 규정으로 평가할 수 있다 이는 일정한 사회적 신분에 따라서 차별 즉, 불리한 대우를 하는 규정으로 평가할 수 있다

(4) 차별의 위법성 평가

본 전주시환경미화원운영규칙 제15조에서 '환경미화원은 업무수행으로 발생하는 일체의 사고에 대하여 민·형사상 책임을 진다'라고 하였는바, 이중, 환경미화원 자신에게 업무수행으로 발생하는 민사상 책임을 지우는 것이 국가 또는 지방자치단체에게 공무원이 직무를 집행함에 있어 발생한 손해의 배상을 인정하고 있는 국가배상법 제2조에 반하는 것이 아닌지가 문제된다. 따라서 환경미화원을 지방공무원법상의 공무원으로 인정할 수 있는지 아니면 적어도 국가배상법상의 공무원으로 인정할 수 있는지가 문제된다.

먼저 환경미화원을 지방공무원법 제2조 제3항 제4호의 단순한 노무에 종사하는 고용직공무원으로 볼 수 있다 지방공무원법 제59조에서 공무원의 복무에 관하여 필요한 사항은 이 법 또는 이 법에 의한 대통령령이 규정하는 것을 제외하고는 당해 지방자치단체의 조례로 정할 수 있도록 규정하였으므로 지방공무원법상의 공무원으로 인정할 여지는 충분히 있는 것이다 환경미화원을 지방공무원법상의 공무원으로 인정할 경우 이들은 당연히 국가배상법상의 공무원에도 포함될 것이다 국가배상법상의 공무원개념이 지방공무원법상의 공무원 개념보다 넓기 때문이다

만약 환경미화원을 지방공무원법상의 공무원으로 볼 수 없더라도 국가배상법상의 공무원으로는 인정할 여지는 있다 국가배상법상의 공무원은 외관상 공무를 수행하는 것으로 보여, 공무원으로 인식될 수 있는 모든 사람을 말하는 것으로 집행관, 조세원천징수자, 동원훈련 중에 있는 향토예비군, 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰, 지방자치단체가 인정한 교통할아버지 등이 이에 해당한다 판례는 의용소방대원은 제외하고 있으나 이는 문제가 있다 본 규칙의 제3조는 환경미화원을 구청장이 채용하고, 제3조에서 채용 시 지방자치법 제1조 제1호에서 제6호를 적용하는 점 규칙 제4조에서는 지방자치단체의 예산에서 환경미화원의 보수를 지급하는 점 규칙 제21

조 제2호에서 해고 사유로 지방자치법 제1조 제1호 내지 제6호를 적용하여 지방자치법 제61조 당연 퇴직과 연관되는 점 등을 통해 환경미화원은 국가배상법상의 공무원의 외관은 충분히 형성한다.

그리하여 환경미화원은 국가배상법 제2조의 적용대상이 된다. 따라서 업무수행 중에 발생한 모든 민사상 책임을 환경미화원이 부담하도록 하는 규칙 제5조 제3호의 규정은 국가배상법 제2조에 반하기 때문에, 업무수행중의 손해에 대해서는 일단 지방자치단체가 배상을 하고 이후에 환경미화원에게 고의 또는 중과실이 있을 경우 국가배상법 제2조 제2항에 의거 구상권을 행사함이 타당하다고 생각한다. 결과적으로 본 규칙은 환경미화원을 다른 공무원에 비하여 합리적 이유없이 배상책임에 한하여 차별한 규정으로 평가할 수 있다.

(5) 개선사항

환경미화원에 대한 책임은 일반 공무원의 경우와 구별하지 않고 동일하게 적용하는 것이 타당하다. 따라서 삭제하는 것이 필요하다.

24. 평택시의회의회의규칙

(1) 대상규칙

제15조 ② 의장은 제14조의 규정에 의한 개의시로부터 1시간이 경과할 때까지 지방자치법 제55조 제1항의 의사정족수에 달하지 못할 때에는 유회를 선포할 수 있다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 지방의회를 합리적 차별 사유없이 국회의 경우와 비교하여 차별하고 있어, 조직기관별 차별로 평가할 수 있다.

(3) 차별의 위법성여부 판단

지방자치법 제55조 제2항은 '회의중 제1항의 정족수에 달하지 못한 때에는 의장은 회의의 중지 또는 산회를 선포한다'라고 규정하고 있고, 국회법 제73조 제2항에 의하면 '의장은 제72조의 규정에 의한 개회시로부터 1시간이 경과할 때까지 제1항의 정족수에 달하지 못한 때에는 유회를 선포할 수 있다'라고 규정하고 있다.

이러한 규정상의 차이는, 지방자치법에서는 회의의 중지 또는 산회가 의무적인 데 반하여, 국회법에서는 의장의 재량사항으로 남겨두어 어느 정도의 회의진행에 있어서 신축성을 기할 수 있고, 행정의 능률성을 제고할 수 있어 보인다. 그러나 지방의회가 따라야 할 조문은 당연히 국회가 아니라 지방의회의 회의를 규율하는 법이어야 한다.

따라서 지방의회의 의사정족수는 지방의회와 국회의와의 차이를 고려하여 지방의회를 규율하는 법령체제에 부합하여야 한다. 본 규칙 내용은 국회와 동일한 규정을 둠으로써 결과적으로 지방의회와 국회를 차별취급하고 있다.

(4) 개선사항

조직기관의 차별은 지방자치법상 두드러진 차별 유형이다. 지방의회와 국회는 그 규모나 기능면에서 차이를 갖는 것이므로 합리적인 구별이 필요하다. 따라서 지방의회에는 지방자치법상의 규율이 우선되어야 한다. 본 규칙은 이러한 차이를 간과하여 오히려 지방의회를 불리하게 차별하고 있다. 지방자치법상의 규정에 따른 내용으로 개정되어야 한다.

25. 평택시의회의원공무국외여행규칙

(1) 대상규칙

제4조 (심사위원회의 설치) ② 심사위원회는 의원의 공무국외여행의 타당성에 대하여 다음 사항을 심사한다.

1. 여행의 필요성 및 여행자의 적합성
2. 여행국과 여행기관의 타당성
3. 여행기간의 타당성 및 여행경비의 적정성

③ 제2항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 심사를 하지 아니 할 수 있다

1. 예산편성 한도액 범위 안에서 10인 미만의 의원이 제2조 제1호 내지 제3호의 공무국외여행을 할 경우

(2) 비교 조례

경기도의회의원공무국외여행규칙

제4조 (심사위원회의 설치) ② 심사위원회는 의원의 공무국외여행의 타당성에 대하여 다음 각호의 사항을 심사한다.

1. 여행의 필요성 및 여행자의 적합성
2. 여행국과 여행기관의 타당성
3. 여행기간의 타당성 및 여행경비의 적정성

③ 제2항의 규정에 불구하고 예산편성한도액의 범위안에서 10인미만의 의원이 제2조제1호 내지 제3호의 공무국외여행을 할 경우에는 심사를 하지 아니할 수 있다.

광양시의회의원공무국외여행규칙

제4조 (심사위원회의 설치) ③ 제2항의 규정에 불구하고 예산편성 한도액 범위안에서 5인 미만의 의원이 제2조제1호 내지 제3호의 공무국외여행을 할 경우에는 심사를 하지 아니할 수 있다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 평택시의회의 의원수와 경기도의회의 의원수를 감안하지 않고 경기도의회의 규칙을 그대로 반영하여, 결과적으로 조직기관에 따른 차이를 반영하지 못한 차별을 하고 있다. 이는 평택시의회에 합리적 사유없이 유리한 대우를 규정하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

(4) 차별의 위법성 판단

당해 규칙은 경기도 의회 의원공무여행규칙을 참고한 것이지만 경기도 의회와 평택시의회는 그 숫자가 104명 대 21명으로 차이가 나는 점을 간과하고 있다. 절반에 육박하는 10명에 대해서 심사위원회의 심사를 받지 않도록 하는 것은 규모가 서로 다른 두 기관을 잘못 대비한 것으로서, 기관별 차별의 소지가 있다.

위 평택시의회의원 공무국외여행규칙은 2000년 11월 행정자치부가 시달한 '지방의회의원공무국외여행규정제정 권고준칙안을 따라서 경기도에서 규칙을 제정한 후, 이에 대해 평택시가 내용에 있어 경기도와 차이가 없도록 규정한 것이다. 이는 한때 지방의회의원들의 국외여행이 사치스럽고 별 사유도 없이 관광 등을 겸해 이루어지는 것이 사회문제가 되자, 철저한 통제를 위해 행정자치부에서 권고안을 마련하고 이를 각 지방자치단체에서 수렴하여 규칙으로 반영하게 된 것이다.

그러나 위와 같은 경우 역시 법률로서 제정하는 것이 통일적이고 적절한 통제를 할 수 있어 옳다고 볼 것이나, 이에 대한 입법이 미비하여 법률로서 통제를 할 수는 없다고 할 것이다.

위 규칙에 따르면 비교적 철저한 국외여행전의 절차가 규정되어 있어서 적절한 통제가 가능할 것처럼 보이지만, 이는 허점이 있다. 즉, 위 규칙 제4조 제3항에 따르면 예산편성 한도액내에서 10인 미만의 의원이 일정한 공무국외여행을 할 경우에 위 심사위원회에 의한 심사를 하지 않을 수 있다고 재량사항으로 규정하고 있는 것이다.

일단 위 규칙의 문제점을 제시하기 위해 인용할 상위규정으로는 지방자치법 제7조와 광양시의회의원공무국외여행규칙, 경기도의회의원공무국외여행규칙이 있다. 광양시 규칙은 상위법규는 아니나 비교대상으로 선정해 보았다.

경기도 규칙은 평택시 규칙과 같은 내용이고, 광양시 규칙은 모두 같으나, 5인 미만

의 의원으로 하고 있는 점이 다르다

이 경우 오히려 광양시 규칙이 지방자치법 제7조 및 경기도 규칙에 어긋나는 것처럼 보일지도 모른다. 그러나 경기도의회위원의 수는 104명인데 반해, 평택시의회의원의 수는 21인에 불과하다. 즉, 평택시는 전체의원의 절반에 육박하는 10명이 국외여행을 할 때에도 심사위원회의 심사를 받지 않을 수 있도록 한 것이다

이는 경기도의 상기 규칙이 규정하는 위 규정의 목적과는 상반된 하위법규라고 볼 수 밖에 없다. 따라서 위 평택시 동 규칙은 지방자치법 제7조 및 경기도 동 규칙에 반하는 위법한 규칙이라고 생각한다.

(5) 개선사항

평택시규정은 지방자치단체 규모에 맞게 경기도의회와 다른 내용으로 새로이 규정되어야 할 것이다. 이때에는 광양시의 규칙내용이 참고 될 수 있을 것이다

26. 서울특별시중구의정회설치및육성지원조례

(1) 대상조례

제3조 (사업과 보조금의 교부) ② 서울특별시 중구청장(이하 "구청장"이라 한다)은 의정회가 추진하는 사업과 의정회 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다.

(2) 유사조례

서울특별시중로구의정회설치및육성지원에관한조례

제3조 (사업과 보조금의 교부) ② 중로구청장은 의정회가 추진하는 사업과 의정회

활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다.

서울특별시은평구의정회설치및육성지원조례

제3조 (사업과 보조금의 교부) ② 은평구청장(이하 "구청장"이라 한다)은 의정회가 추진하는 사업과 의정회 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다.

서울특별시송파구의정회설치및육성지원조례

제3조 (사업의 보조금의 교부) ② 송파구청장은 의정회가 추진하는 사업과 의정회 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다.

서울특별시성북구의정회설치및육성지원조례

제3조 (사업과 보조금의 교부) 성북구청장은 의정회 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다

부산광역시의정회설치및육성지원조례

제5조 (보조금 지원) 시장은 의정회가 추진하는 사업과 의정회의 운영에 필요한 경비를 보조 할 수 있다.

대구광역시의정회설립및육성지원조례

제3조 (사업과 보조금의 교부) ② 대구광역시장(이하 "시장"이라 한다)은 의정회가 제1항 각호의 사업을 추진하기 위하여 활동에 필요한 자금과 운영경비를 보조할 수 있다.

인천광역시의정회설치및육성지원조례

제4조 (보조금의지원) 인천광역시장은 의정회에 대하여 그 운영에 필요한 자금과 비용 등에 총당하기 위하여 소요되는 경비를 보조 할 수 있다.

(3) 관련법률

지방재정법

제14조 (기부 또는 보조의 제한) ① 지방자치단체는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 없다.

1. 법률에 규정이 있는 경우
 2. 국고보조재원에 의한 것으로서 국가가 지정한 경우
 3. 용도를 지정한 기부금에 의한 경우
 4. 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우
- ② 제1항의 규정에 의한 공공기관과 지방자치단체가 권장하는 사업의 범위는 대통령령으로 정한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례의 내용은 상위법령인 지방재정법 제4조와 동법시행령 제24조에서 정한 범위를 위반하여 의정회를 재정 지원할 수 있도록 하고 있으며 동시에 의정회라는 특정조직에 대한 특혜를 규정한 조례로서 차별 즉, 우대조치를 규정하고 있는 법령으로 평가된다.

(5) 차별의 위법성 여부판단

가. 문제의 소재

서울특별시중구의회설치및육성지원조례는 제1조에서 제시하고 있듯이 서울특별시중구 의정회라는 조직의 보호·설립과 보호·육성지원에 관한 사항을 규정하기 위해 만들어졌다. 본 조례에서는 '의정회'라는 조직의 활동을 위한 여러 가지 사항을 규정하고 있는데 그 중에서도 특히 제3조에서의 의정회 활동의 사업과 보조금 교부에 대하여 규정하고 있다. 제3조에서 규정하고 있는 내용 중에서도 제2항의 "서울특별시중구청장(이하 "구청장"이라 한다)은 의정회가 추진하는 사업과 의정회 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다"는 내용은 상위 법령인 지방재정법 제4조에서 지방자치

단체에서 기부 또는 보조를 할 때 일정한 제한을 하고 있는 내용과 비교해 보아야 할 것이다.

지방재정법 제14조 제1항에서는 지방자치단체가 일정한 경우를 제외하고는 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금을 지출할 수 없도록 하고 있고, 제2항에서는 대통령령을 통해 제1항의 규정에 의한 공공기관과 지방자치단체가 권장하는 사업의 범위를 정하도록 하고 있다 만약 본 조례에서 규정하고 있는 중구 의정회가 공공기관에 속하거나 지방자치단체가 권장하는 사업에 속한다면 중구청장이 의정회가 추진하는 사업과 의정회의 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있지만 그 범위에 속하지 않는다면 중구청장이 의정회가 추진하는 사업과 의정회의 활동에 소요되는 경비를 보조하도록 하는 규정인 서울특별시중구의정회설치및육성지원조례 제3조 제2항은 위법한 조례라고 할 것이다

나. 상위 법령의 검토

지방자치단체가 교부하는 보조금은 지방자치단체의 재정과 관련된 사항이므로 서울특별시중구의정회설치및육성지원조례 제3조 제2항은 지방재정법을 상위법령으로 하고 있다고 할 수 있다 지방재정법 제14조에서는 지방자치단체가 기부 또는 보조할 수 있는 대상에 대해 제한을 가하고 있다

제1항에서는 ‘지방자치단체는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 없다’고 하면서 각 호에서 법률에 규정이 있는 경우, 국고보조재원에 의한 것으로서 국가가 지정한 경우, 용도를 지정한 기부금에 의한 경우 그리고 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우를 정하고 있다 제2항에서는 제1항의 규정에 의한 공공기관과 지방자치단체가 권장하는 사업의 범위는 대통령령으로 정하도록 하고 있다.

이에 따른 지방재정법 시행령 제24조에서는 지방재정법 제14조에서 위임하고 있는 사항인 공공기관의 범위 등에 관하여 규정하고 있다 제1항에서는 ‘공공기관에 대하여 당해지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 권장하는 사업을 영위하는 법인 또는 단체로서 그 목적과 설립이 법령 또는 그 지방자치단체의 조례로 정한 기관이라고 정의하고 있고 제2항에서는 ‘법 제14조 제1항 제4호에서 ‘지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 대하여 규정하고 있다

“지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우는 '당해 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는 사업으로서 보조금을 지출하지 아니하면 그 사업을 수행할 수 없는 경우를 말한다.

다. 조례의 위법성 평가

본 조례의 위법성에 대해 평가하기 위해서 가장 먼저 필요한 것은 '의정회'가 지방재정법 제44조에서 규정하는 기부 또는 보조가 제한되는 대상에 해당하는가 여부이다. 지방재정법 제44조 규정의 취지는 지방자치단체가 개인이나 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 없도록 제한하는 규정을 통해 지방자치단체의 제정과 근원인 주민들의 세금을 주민의 복지와 관계없는 용도로 함부로 사용할 수 없도록 하여 지방자치단체의 재정에 합리성을 부여하며 지역주민의 권리를 보호하기 위한 것이다. 지방재정법 제44조 제1항에서는 원칙적으로 개인이나 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 없도록 하면서 법률에 규정이 있는 경우, 국고보조재원에 의한 것으로서 국가가 지정한 경우 용도를 지정한 기부금에 의한 경우 그리고 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 예외적으로 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 있도록 한다. 따라서 의정회가 공공기관이나 지방재정법 제44조 제1항 각호에서 규정하는 예외에 해당하는지에 대해 알아보아야 할 것이다.

(가) 서울특별시 중구 의정회의 법적 성격

'의정회'는 지방재정법 제44조 제1항 제1호의 법률에 규정이 있는 단체가 아니며 제2호의 국고보조재원에 의한 것으로서 국가가 지정한 단체도 아니다 또한 포괄적으로 사업에 필요한 자금을 대한 보조금을 교부하는 것이기 때문에 제3호의 용도를 지정한 기부금에 의한 경우도 아니다. 그렇다면 '공공기관'이나 제4호의 '지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 단체에 해당하는지 여부에 대해 검토해야 할 것이다. 지방재정법 시행령 제24조에서 그에 대해 정하고 있는데 제1항에서 공공기관에 대해 정의하고 있다. 공공기관이란 당해지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 권장하는 사업을 영위하는 법인 또는 단체로서 그 목적과 설립이 법령 또는 그 지방자치단체의 조례로 정한 기관을 말한다.

공공기관의 요건으로서는, 첫째 당해 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는 사업을 영위하는 법인 또는 단체일 것 둘째 목적과 설립이 법령 또는 지방자치단체의 단체로 정하는 것이 필요하다 '의정회'의 경우 두 번째 요건은 갖추고 있다 그러나 첫 번째 요건의 경우 의정회가 당해 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는 사업을 하는지에 대해서는 의문이다 '서울특별시중구의정회설치및육성지원조례 제3조 제1항'에서는 의정회가 수행하는 사업에 대하여 정하고 있다

의정회는 지방자치제도 발전을 위한 개선과제 및 구의회 발전방안에 관한 조사연구, 종로구 구정발전에 기여할 수 있는 정책의 연구개발과 구정홍보 종로구 사회복지 문제, 환경문제 연구, 지방자치 의정회보 발행 기타 위 각호에 부대되는 사업과 의정회의 목적달성을 위하여 필요한 사업을 수행한다 이와 같은 의정회가 수행하는 사업은 공공기관으로 보기에 는 무리가 있다고 본다 위와 같은 의정회의 사업은 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행에서 권장하는 사업이 아니라고 할 것이다

지방재정법 시행령 제24조 제2항에서는 '지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우는 당해 지방자치단체의 소관에 속하는 사무의 수행과 관련하여 그 지방자치단체가 권장하는 사업으로서 보조금을 지출하지 아니하면 그 사업을 수행할 수 없는 경우를 말한다'고 규정하고 있다 의정회는 그 구성 및 설립운영에 관한 조례 제2조에 의하면 서울특별시중구의회의 전임의원으로 구성되는데, 위에서 살펴본 이 전임의원들의 모임인 의정회의 수행사업 내용을 본 경우 '지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 해당한다고 보기 어려울 것이다. 의정회는 지방자치단체가 권장하는 사업을 수행하는 특별한 목적을 가진 단체라기보다는 전임의원으로 터득한 일종의 노하우를 통해 지역발전에 이바지하고자 하는 목적을 가니 단체라고 할 수 있기 때문에 지방재정법에서 제시하고 있는 기부나 보조가 가능한 공공기관이나 각호의 예외규정에 해당하지 않는다고 할 것이다

(나) 조례의 위법성

위에서 살펴본 바와 같이 서울특별시중구의정회는 지방재정법 제44조에서 규정하고 있는 기부 또는 보조가 제한되는 공공기관이 아닌 단체이다. 각호에서 정한 예외에도 해당하지 않기 때문에 지방자치단체로부터 보조금을 교부받을 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 서울특별시중구의정회설치및육성지원조례 제3조 제2항에서 '서울특별시

중구청장은 의정회가 추진하는 사업과 의정회 활동에 소요되는 경비를 보조할 수 있다.'고 규정하고 있어 상위법령에 반하는 내용을 조례로 규정하고 있다

이에 대해서 경비를 '보조할 수 있다'고 규정했기 때문에 재량에 맡기고 있는 의미이므로 강제규정이 아니라 하여 상위법령에 반하는 내용이 아니라고 할 수도 있다. 그러나 지방재정법 제4조 제1항에서는 '지출을 할 수 없다고 하여 보조의 가능성을 차단하고 있기 때문에 '보조할 수 있다'고 가능성을 열어두는 것은 위법이라고 할 수 있다. 주민이 지방자치단체에 낸 세금은 주민생활의 편의와 복지를 위하여 사용되어야 함에도 불구하고 법령에서 정하고 있지 않은 퇴임의원으로 구성된 단체에 대하여 범위를 넘어서 예산을 지원하도록 규정하고 있는 조례는 상위법령에 반하는 위법한 조례라고 할 수 있다. 즉, 본 조례 제3조 제2항의 규정은 상위법령인 지방재정법 제4조와 동법시행령 제24조에서 정한 범위를 벗어난 규정으로서 법률우위원칙에 반하며, 동시에 의정회에 대한 특혜를 규정한 조례로서 차별소지 있는 법령으로 평가된다

이 조례와 유사한 조례들이 다른 몇몇 지방자치단체의 조례에도 규정되어 있는데 이는 지방재정법에서 기부 또는 보조를 제한하고 있는 단체에 속한다고 할 수 있는 퇴직한 의원들로 구성된 단체에 국민들의 세금을 지급하도록 하는 규정으로써 재고되어야 한다고 본다.

(6) 개선사항

의정회는 서초구 의회의 전임의원으로 구성되는 사교적 친목단체임에도 지방재정법 제14조 제1항 규정에 반하여, 지방자치단체의 권장 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우로 분류하여 재정지원을 하도록 하고 있다 이는 다른 단체와 비교하여 특정 조직기관을 우대하고 있는 형평성을 잃은 차별지원으로 평가된다 지방자치단체의 재정의 근원이 되는 주민들의 세금을 주민의 복지와 관계없는 용도로 함부로 사용할 수 없도록 할 필요가 있다

27. 평택시의회청원심사규칙

(1) 대상 규칙

제4조 (불수리 사항의 통지) 의장은 청원이 다음 각호의 1에 해당될 때에는 이를 접수하지 아니한다. 이 경우 그 사유를 명시하여 소개의원과 청원인에게 통지하여야 한다.

1. 재판에 간섭하는 것
2. 국가기관을 모독하는 것
3. 동일 기관에 2개이상 또는 2개기관 이상에 제출된 것
4. 법령에 위배된 것

(2) 관련법령

청원법

제8조 (이중청원의 금지) ① 누구든지 동일내용의 청원서를 동일기관에 2개이상 또는 2개 기관이상에 제출할 수 없다.

② 청원서를 접수한 관서가 전항의 규정에 위반한 사실을 발견한 때에는 후에 접수한 청원서는 이를 취급하지 아니한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령인 청원법에 반하여 2개 이상 또는 2개 기관 이상에 제출한 청원에 대해 불수리하도록 하고 있다 이는 헌법상 기본권인 청원권을 침해하고 있다고 평가된다.

(4) 침해사항의 위법성여부판단

위 규칙 제4조에 의하면 시민들이 의회에 절차에 맞게 제출한 청원서가 동일기관에 2개 이상 또는 2개 기관 이상에 제출되었거나 법령에 위배된 것으로 판단되면 이를 접수조차 하지 않게 된다.

청원권은 국민의 기본권으로 헌법 제26조에 의하면 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가지며 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.

즉, 국민의 기본권이므로 이에 대한 제한에는 헌법 제37조 제2항이 적용되어, 국가안보, 질서유지, 공공복리를 위해 비례원칙을 준수하여 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로서만 제한할 수 있는 것이다

우선 상위 규정을 살펴보면 청원법에서는 청원의 불수리 사항으로서 재판의 간섭과 국가원수 모독만을 들고 있으며 이중 청원은 불수리 사항이 아닌 금지사항으로서 후에 접수된 청원을 취급하지 않는다고 규정하고 있다

지방자치법 제66조에 따르면 재판간섭과 법령위반을 청원의 불수리 요건으로 하고 있다. 즉, 위 조례 제4조 제3호의 이중청원은 어디에도 불수리 사항으로 규정하고 있지 않다. 이는 법률이 아닌 조례로서 국민의 기본권을 제한한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반되어 위헌이라고 생각한다.

청원권이 기본권이라면 기본권에 대한 제한은 최소한이 되어야 할 것이다 이것이 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙으로 구현되고 있는데 이중청원인지 여부는 현실적으로 쉽게 확정할 수 있는 것이 아니므로 이를 접수조차 하지 않고 불수리 처분을 하는 것은 국민의 기본권을 과잉침해하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에도 반하여 위헌이라고 생각한다.

또한 위 조례 제4조 제4호의 법령 위반은 지방자치법 제66조에서 규정하고 있는 내용으로 일단 형식적으로 위헌으로 볼 수는 없다 그러나, 청원이 법령위배인지 여부를 확정하는 것은 결코 쉬운일이 아니므로 이를 불수리사항으로 하는 것은 국민의 청원권을 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 밖에 없다 즉, 기본권에 대한 과잉제한으로써 내용적으로 헌법 제37조 제2항의 비례원칙을 위반하여 위헌이라고 생각한다 이 경우는 상위법규인 지방자치법 제66조도 역시 위헌이라고 보아야 할 것이다

(5) 개선사항

동 규칙은 청원내용이 동일기관에 2개 이상 또는 2개 기관 이상에 제출된 것 등에 대해 다른 청원내용과 달리 불수리하도록 하여 청원법을 위반하고 있다따라서 삭제되어야 한다.

28. 서울특별시양천구통·반설치조례

(1) 대상 조례

제5조 (통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장과 반에 반장을 둔다.
② 통장은 다음 각호에 해당하는 자 중에서 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다.
1. 당해 통의 관할 구역내에 거주하는 30세이상 50세이하의 예비군 또는 재향군인중 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자
2. 민방위대에 편성된 60세이하의 지도능력이 있다고 인정되는 자
3. 제1호 및 제2호 이외의 자 중에서 특별히 구청장이 필요하다고 인정하는 자

(2) 유사조례

서울특별시종로구통·반설치조례

제5조(통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장과 반에 반장을 둔다.
② 통장은 당해 통의 관할구역내에 거주하는 30세이상 65세이하의 자로서 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자를 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다.

서울특별시중구통·반설치조례

제5조 (통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장과 반에 반장을 둔다.
② 통장은 당해 통의 관할구역 내에 거주하는 30세이상 65세이하의 자로서 주민으

로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자를 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다.

서울특별시은평구통·반설치조례

제5조(통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장과 반에 반장을 둔다.

② 통장은 다음 각호에 해당하는 자중에서 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다.

1. 당해 통의 관할구역내에 거주하는 30세이상 65세이하의 자로서 주민으로부터 덕망과 신임이 있고 활동적이며 지도능력이 있는 자

서울특별시성동구통·반설치조례

제5조 (통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장과 반에 반장을 둔다.

② 통장은 당해 통의 관할구역내에 거주하는 30세이상 60세이하의 자로서 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자를 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다.

서울특별시송파구통·반설치조례

5조 (통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장과 반에 반장을 둔다.

② 통장은 다음 각 호에 해당하는 자 중에서 동장이 위촉한다.

1. 당해 통의 관할구역 내에 거주하는 30세이상 50세이하의 예비군 또는 재향군인 중 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자.

2. 민방위대에 편성된 60세이하의 지도능력이 있다고 인정되는 자.

3. 제1호 및 제2호 이외의 자 중에서 특별히 동장이 필요하다고 인정하는 자.

③ 반장은 당해 반의 관할구역 내에 거주하고 있는 자 중에서 동장이 위촉한다.

서울특별시용산구통·반설치조례

제5조 (통·반장의 위·해촉) ① 통에 통장, 반에 반장을 둔다.

② 통장은 다음 각호에 해당하는 자중에서 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉한다.

1. 당해 통 관할구역 내에 거주하는 30세 이상 자중 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자

2. 민방위대에 편성된 62세 이하의 지도력이 있다고 인정되는 자

③ 반장은 당해반의 관할구역내에 거주하고 있는 자 중에서 동장이 위촉한다.

서울특별시강남구통·반설치조례

제5조 (통장 및 반장의 위·해촉) ① 통에 통장, 반에 반장을 둔다.

② 통장은 다음 각호에 해당하는 자중에서 동장이 위촉한다.

1. 당해 통의 관할구역내에 거주하는 30세이상 50세이하의 주민중 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자

2. 민방위대에 편성된 60세이하의 지도 능력이 있다고 인정되는 자

3. 제1호 및 제2호 이외의 자중에서 해당 통 주민 1/3가구이상의 추천을 받은 자

③ 반장은 당해반의 관할구역내에 거주하고 있는 자 중에서 동장이 위촉한다.

서울특별시관악구통·반설치조례

제4조 (통장의 선출 및 위촉) ① 통에 통장을 둔다.

② 통장의 임기는 2년으로 하되 2회에 한하여 연임할 수 있다.

③ 통장은 제6조의 자격을 가진 자 중에서 동장이 위촉하며 통장의 선출방법 및 절차는 지역실정에 맞게 주민의 의견을 반영하여 동장이 정한다.

④ 통장의 일시사고가 있을 때에는 선임반장이 그 직무를 대행한다.

제5조 (반장의 선출방법 및 등록) ① 반에 반장을 둔다.

② 반장의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.

③ 반장은 제6조의 규정에 의하여 해당되는 자중 반상회에서 가구를 대표하는 주민 10인 이상이 추천한 자를 통장의 확인을 받아 동장이 위촉한다.

④ 반장의 일시사고가 있을 때에는 가족중에서 그 직무를 대행한다.

제6조 (통·반장의 자격) ① 통·반장은 책임감이 투철하고 주민의 신망이 두터우며 활동력이 있는 자로 한다.

② 통·반장은 당해 통에 2년 이상 거주하고 있는 25세 이상 60세 이하의 자로 한다.

③ 제8조제3호 내지 제6호의 규정에 해당되어 해촉된 자는 해촉일로부터 5년 이내에 다시 그 직에 위촉할 수 없다.

(3) 차별 또는 침해사항의 여부

양천구등의 조례는 남녀의 성별차이를 이유로 하여 통장과 반장자격을 제한하고 있다. 이는 여성에 대한 불리한 대우로서 평가된다.

(4) 차별의 위법성 검토

가. 문제의 소재

위에서 언급한 조례들은 통장선출에 관한 서울특별시의 자치구조례규정들이다. 조문 내용에서 보듯이 개별 조례들은 약간의 차이를 나타내고 있다 대표적으로 서울특별시 양천구, 송파구 등의 통·반설치조례에 따르면, 통장과 반장은 제5조 제2항에서 제1호 및 제3호에 해당하는 자 중에서 동장의 추천에 의하여 구청장이 위촉하도록 되어 있다. 제1호의 내용은 우선적으로 예비군 또는 재향군인 중 주민으로부터 덕망과 신임이 있는 활동적인 자이고 제2항에서는 민방위대에 편성된 60세이하의 지도능력이 있다고 인정되는 자이다

대한민국 헌법 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다”고 규정함으로써 평등권을 보장하고 있다 이에 따라 국가 및 지방자치단체의 공권력 행사는 평등권의 범위를 일탈하여서는 안될 것이다 그러나 위에서 언급된 조례는 예비군, 재향군인 또는 민방위에 편성된 자 중 통장을 위촉하는 것을 원칙으로 하고 있다는 점에서 여성을 차별하고 따라서 위 평등원칙에 반할 소지가 있다 이 경우 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제5조 본문은 ‘법령의 범위 안에서’ 조례를 제정할 수 있다고 규정하여 법률우위를 명백히 하고 있기에 평등원칙에 반할 경우 조례의 법률우위 원칙을 위반할 가능성이 생기게 된다

나. 심사기준

(가) 자의금지 원칙

자의금지 원칙이 적용되는 영역에서는 입법자에게 광범위한 입법재량권이 부여되고

있다 그러므로 입법자의 자유로운 규율이 외부적이 한계를 준수하고 있는지 여부만을 판단하게 된다. 자의금지 원칙에 따르면 차별취급이 합리적인 사유가 있어서 자의적으로 볼 수 없는 경우에는 헌법적 정당성을 가지므로 평등원칙에 위배되지 아니한다. 이때 차별취급의 자의성이 명백해야만 평등원칙에 반하게 된다.

(나) 비례원칙

평등원칙 침해여부를 판단하는 비례의 원칙심사에서는 기본권제한의 비례성이 아니라 차별취급의 비례성이 존재하는지 여부가 판단된다. 우선 차별취급을 통하여 얻고자 하는 입법목적은 헌법 제7조 제2항에서 열거된 기본권제한의 목적(국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리)에 위배되어서는 안된다. 그리고 입법자가 추구하는 목적을 달성하기 위해서 선택한 차별취급(수단)이 자유권적 기본권의 비례성심사에서와 같이 비례의 원칙에 부합되어야 한다. 우선 차별취급이 추구하는 목적달성에 적합해야 한다. 다음으로 최소침해성 원칙하에서 차별취급이 입법목적 달성을 위한 최소한의 한도에 그쳐야 한다. 즉, 차별취급을 통해서 야기하는 기본권자의 부담이 차별취급을 정당화하는 목적이 허용하는 수준 이상이 되어서는 안된다. 마지막으로 법익균형성 원칙이 지켜져야 한다.

비례원칙을 적용하는 경우로는 첫째 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우, 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우이다.

다. 문제의 조례의 경우

문제의 조례의 경우에는 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우이고, 이 차별적 취급으로 인하여 일반행동의 자유, 평등권 등을 침해하므로 비례의 원칙에 따라 엄격한 심사가 이루어져야 할 것이다

(가) 목적의 정당성

이 조례는 행정시책을 주민에게 원활하게 전달하고 동 행정 및 주민 자조의 지역방위를 효율적으로 수행하기 위하여 설치하는 동의 하부조직인 통·반의 조직과 운영에 관한 사항을 규정함을 그 목적으로 한다. 그에 따라 통·반장의 위촉을 함에 있어 통·반장의 기초적인 자격을 두고 있음으로써 행정능률의 효율성을 도모하기 위하여 어느 정도 적합한 주민을 뽑고자 하는데 그 목적이 있으므로 그 입법목적은 정당하다고 보인다

(나) 수단의 적합성

그러한 목적을 달성하기 위하여 두 자치구의 조례 조항은 원칙적으로 제1호, 제2호에서 예비군, 재향군인 또는 민방위에 편성된 자 중 통장이 위촉하는 것을 원칙으로 하고 있어 그 수단이 적합하다고 보이지 않는다 물론 제3호에서 제1호 및 제2호 이외의 자 중에서 특별히 구청장이 필요하다고 인정하는 자라는 조항을 두르고 있으나 통·반장을 위촉함에 있어서 제1호 제2호의 자들이 우선적으로 통·반장에 위촉되는 것이 당연하다고 보인다

동의 하부조직인 통·반의 조직과 운영에 있어서 여성을 차별하지 않고서도 행정능률을 제고할 방법이 얼마든지 있을 수 있을 것이다 따로 여성을 차별하여야 할 이유는 보이지 않는다. 그에 따라 수단이 적합하여 보이지 않는다

(다) 법익균형성

위 조례를 시행함으로써 인하여 얻을 수 있는 공익은 행정능률의 효율성을 도모하는데 있을 것이며, 이것은 행정능률의 법익에 불과하다 그러나 통·반 조례로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 정치적·사회적 영역에 있어서 남녀평등 즉, 여성에 대한 차별금지라는 헌법적 가치이다 그러므로 법익의 일반적, 추상적 비교의 차원에서 보거나 차별취급 및 이로 인한 부작용의 결과가 위와 같이 심각한 점을 볼 때 위 조례 규정은 법익균형성을 현저히 잃은 것이라 할 수 있다

(라) 최소침해성

헌법적 가치로서의 남녀 차별금지를 침해함으로써 가능한 수단 가운데 최소 침해하

였다고 볼 수 없다.

라. 조례의 평가

따라서 위 조례에서는 조례의 입법목적은 정당하다고 할 수 있으나 수단이 적합하지 못하고 법익균형성을 현저히 일탈하였다고 할 수 있어 위 조례 조항은 헌법 제1조 평등권에 위배된다고 할 수 있다 또한 통·반장에 위촉됨으로써 개인이 사회생활을 영위하면서 자신의 인격을 자유로이 발현하여 나갈 일반적 행동의 자유, 인격의 자유 등이 침해될 소지가 있다고 보인다 통·반장의 위촉은 지방 행정사무의 시작이며 지방자치에 있어 주민의 실제 지역사회에서의 활동을 하는 가장 밑바탕이 되는 직책이라고 볼 수 있다 따라서 앞의 논리를 종합하여 볼 때 위 조례는 상위법인 헌법의 제정취지에 심히 일탈하였다고 볼 수 있고 법률우위의 원칙에 따라 이 조항을 무효화 할 수 있을 소지가 있다고 보인다

(5) 개선책

위에서 언급한 다른 조례와 같이 남성위주로 통장이 선발되도록 하는 규정을 삭제하여, 성을 불문하고 능력 있는 주민들이 통장에 선임될 수 있는 내용으로 개정되어야 한다.

29. 전라북도공무원복무조례 등

(1) 대상 조례 및 규칙

전라북도공무원복무조례

제23조 (특별휴가) ① 공무원은 본인이 결혼하거나 기타 경조사가 있을 경우에는 “별표 3”의 기준에 의한 경조사 휴가를 얻을 수 있다.

[별표 3] 경 조 사 별 휴 가 일 계 표

구 분	대 상	일 수
결혼	본인	7
	자녀	1
	본인 및 배우자의 형제·자매	1
회갑	본인 및 배우자	5
	본인 및 배우자의 직계존속	1
출산	배우자	3
사망	배우자.본인 및 배우자의 부모	7
	본인 및 배우자의 증조부모.조부모.외증조부모.외조부모	5
	자녀와 그 자녀의 배우자	3
	본인 및 배우자의 형제자매와 그 형제자매의 배우자	3
	본인 및 배우자의 부모의 형제자매와 그 형제자매의 배우자	3
탈상	배우자.본인 및 배우자의 부모	2
	본인 및 배우자의 증조부모.조부모.외증조부모.외조부모	1
	본인 및 배우자의 형제자매와 그 형제자매의 배우자	1

비고 : 휴가를 실시함에 있어서 원격지일 경우에는 실제 필요한 왕복 소요일수를 가산 할 수 있다.

서울특별시중구지방공무원인사규칙

제16조 (면접시험 기준) ① 면접시험은 15점으로 하되, 다음 평정요소마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 용모, 예의, 품행 및 성실성
5. 창의력, 의지력, 기타 발전가능성

② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 "중"(10점) 이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처의 장 의견서 등을 수집하여 제공할 수 있다.

(2) 유사 조례

서울특별시강남구지방공무원인사규칙

제16조 (면접시험 기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정요소마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 용모, 예의, 품행 및 성실성
5. 창의성, 의지력, 기타 발전가능성

② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 "중"(10점) 이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처 장의 의견서 등을 수집하여 제공할 수 있다.

서울특별시송파구지방공무원인사규칙

제15조 (면접시험 기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정요소 마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 용모, 예의, 품행 및 성실성
5. 창의력, 의지력, 기타 발전가능성

② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 "중" (10점) 이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처의 장의 의견서 등을 수집하여 제공할 수 있다.

부산광역시지방공무원인사규칙

제13조 (면접시험 기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정요소마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 용모·예의·품행 및 성실성
5. 창의력·의지력·기타 발전가능성

② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 중(10점) 이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처의 장의 의견서등을 수집하여 제공할 수 있다.

대구광역시지방공무원인사규칙

제13조 (면접시험기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정 요소마다 각

각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 예의·품행 및 성실성(개정 2001. 12. 10)
5. 창의력·의지력 기타 발전가능성

② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 중(10점)이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처의 장의 의견서 등을 수집하여 제공할 수 있다.

인천광역시지방공무원인사규칙

제13조 (면접시험기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되 다음 평정 요소마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 용모, 예의, 품행 및 성실성
5. 창의력, 의지력 기타 발전가능성

② 면접시험의 합격 결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 중(10점)이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고 자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처의 장의 의견서 등을 수집하여 제공할 수 있다.

광주광역시지방공무원인사규칙

제13조 (면접시험기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정요소마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신 자세
2. 전문지식과 그 응용능력

3. 의사발표의 정확성과 논리성
 4. 용모·예의·품행 및 성실성
 5. 창의력·의지력·기타 발전 가능성
- ② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각위원이 채점한 평정의 평균이 중(10점) 이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 “하”로 평정한 때에는 불합격으로 한다.
- ③ 시험실시 기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신학교 또는 근무처의 장의 의견서등을 수집하여 제공할 수 있다.

진천군지방공무원인사규칙

제13조 (면접시험기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정요소마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
 2. 전문지식과 그 응용능력
 3. 의사발표의 정확성과 논리성
 4. 용모 예의 품행 및 성실성
 5. 창의력 의지력 기타 발전가능성
- ② 면접시험의 합격결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 중(10점)이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정 요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.
- ③ 시험실시기관의 장은 제1항의 평정을 위한 참고자료로서 응시자에 관한 출신 학교 또는 근무처의 장의 의견서등을 수집하여 제공할 수 있다.

제19조 (신규임용후보자 명부의 작성) ① 영 제12조의 규정에 의한 신규임용후보자 명부는 별지 제5호 서식에 의하고, 시험성적순위에 의하여 작성하되 필요하다고 인정할 때에는 직류별 근무희망기관별 근무희망지역별로 구분하여 작성할 수 있다.

② 신규임용후보자명부에 등재된 자가 공무원으로 임용되거나 공무원 임용결격사유가 있을 때에는 그 명부에서 삭제한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신규임용후보자명부를 작성함에 있어 시험성적이 같을 때에는 다음 각호의 경력에 따라 순위를 결정한다.

1. 임용예정직위에 관련된 직무에 장기근무한 경력이 있는 자

2. 행정경력이 있는 자
3. 병역을 필한 자

제천시지방공무원인사규칙

제14조 (면접시험기준) ① 면접시험은 15점 만점으로 하되, 다음 평정요소 마다 각각 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 평정한다.

1. 공무원으로서의 정신자세
2. 전문지식과 그 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 용모, 예의, 품행 및 성실성
5. 창의력, 의지력, 기타 발전가능성

② 면접시험의 합격 결정에 있어서는 각 위원이 채점한 평정의 평균이 중(10점)이상인 자를 합격으로 한다. 다만, 위원의 과반수가 어느 하나의 동일한 평정요소에 대하여 "하"로 평정한 때에는 불합격으로 한다.

제21조 (신규임용후보자명부의 작성) ① 영 제12조의 규정에 의한 신규임용후보자명부는 별지 제5호 서식에 의하고, 시험성적순위에 의하여 작성하되 필요하다고 인정할 때에는 직류별, 근무희망기관별, 근무희망 지역별로 구분하여 작성할 수 있다.

② 신규임용후보자명부에 등재된 자가 공무원으로 임용되거나 공무원임용결격사유가 있을 때에는 그 명부에서 삭제한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신규임용후보자명부를 작성함에 있어 시험성적이 같을 때에는 다음 각호의 경력에 따라 순위를 결정한다.

1. 임용예정직위에 관련된 직무에 장기근무한 경력이 있는 자
2. 행정경력이 많은 자
3. 병역을 필한 자

(3) 관련 법령

남녀차별금지및구제에관한법률

제1조 (목적) 이 법은 헌법의 남녀평등이념에 따라 고용, 교육, 재화, 시설, 용역등의

제공 및 이용, 법과 정책의 집행에 있어서 남녀차별을 금지하고, 이로 인한 피해자의 권익을 구제함으로써 사회의 모든 영역에서 남녀평등을 실현함을 목적으로 한다.

제3조 (고용에서의 차별금지) 공공기관 및 사용자는 고용분야에 있어서 남녀의 평등한 기회와 대우가 보장되도록 하여야 하며, 채용, 승진, 전보, 해고, 정년등에 있어서 남녀차별을 하여서는 아니된다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

인사규칙의 내용중 용모부분이 포함되어 있는 것은 여성후보자를 대상으로 한 차별의 소지를 포함한다. 또한 조례의 내용중 경조사에 관한 휴가사항에서 일정한 친척을 제외한 것도 차별의 소지가 있다. 이외에도 병역필을 공무원의 요건으로 하고 있는 부분도 차별의 소지가 있다. 이러한 사항들은 남녀간의 성별에 관한 차별 즉, 불리한 대우로 평가될 수 있다

(5) 위법성 평가

가. 법률우위원칙과 헌법상 요구되는 평등원칙

조례는 상위법인 헌법이나 법령에 위배되어서는 안된다 또한 전체적 국법질서와 모순 되어서는 안되며, 하급단체의 조례 역시 상급단체조례에 반해서는 안된다.

그리고 헌법 제11조에서 명시적으로 규정하는 바와 같이 평등원칙은 헌법상 인정되는 당연한 사항이며, 조례를 제정할 시에도 이에 위반되어서는 아니된다

(가) 평등원칙의 의의

평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든

국민의 권리로서 국민의 기본권중의 기본권이다 또한 평등원칙은 입법자에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉, 통제규범을 의미한다.

(나) 합리적 차별의 판단기준

평등을 상대적 평등으로 이해한다 하더라도 상대적 평등여부를 판단하는 기준이 어려운 문제로서 제기된다. 이 문제와 관련해서 영미법상의 합리성의 원칙이나 대륙법상의 자의금지의 원칙 등이 그 판단기준으로 제시되긴 하지만 이 역시 또 다른 가치 판단을 필요로 하는 문제이다. 이에 합리적 차별, 즉, 비자의적인 차별의 판단 기준이 무엇인지에 대하여 학설이 대립하고 있다

차별이 인간의 존엄과 가치라는 인격주의의 이념에 반하는가 그렇지 않는가를 합리적 차별 여부의 판단기준으로 하여야 한다고 하는 인간존엄성설 차별이 정당한 입법 목적을 달성하기 위하여 불가피하고 또 그것이 사회통념상 적정한 것인가 아닌가를 합리적 차별여부의 판단기준으로 하여야 한다는 입법목적설 합리적 차별여부의 판단은 인간의 존엄성존중이라는 헌법의 최고원리와 정당한 입법목적(공공복리)의 달성, 수단의 적정성이라는 세 가지 복합적 요소를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 보는 절충설 등의 견해의 대립이 있다.

헌법재판소는 “자의금지원칙”, “비례성 원칙”, “인간의 존엄성 존중 및 정당한 입법 목적” 등의 다양한 기준으로 차별이 헌법상 정당화 되는 것인지 여부를 판단하여 왔다.

최근 헌법재판소는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인사건에서 평등 위반여부를 심사함에 있어 ‘엄격한 심사척도에 의할 것인지 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화 된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다’라고 하여 이중심사기준을 제시하

고 있고, 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사 즉, 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다고 하여 각 심사기준의 구체적 내용을 밝히고 있다

나. 평가

검토 결과 광역시와 충청도의 경우의 성 차별적 요소를 담은 조례나 규칙이 아직까지 상당수에 이르는 것으로 평가되어 남녀차별금지및구제에관한법률의 시행에 따른 조례의 정비가 미흡한 것으로 드러났다. 도의 경우에는 그러한 조례를 삭제하거나 개정된 경우가 많았으나, 도의 조례의 형식 및 내용을 그대로 이어받아 사용하고 있는 시, 군의 경우에는 조례 및 규칙에 남녀차별적인 요소가 많이 발견되었다.

위에서 예를 든 전라북도도 공무원 복무조례(제23조 특별휴가에 관한 규정)는 경·조사별 휴가조항에 본인 및 배우자의 백숙부모로만 되어있어 동일한 촌수인 고모와 이모가 빠져 있었는데 이는 삭제되었는 바, 남녀 차별적 조례의 시정을 위한 노력이 엿보였으나, 광역시지방공무원인사규칙 제3조 (면접시험기준 제1항 제4호의 “용모”에 관한 것)와 동일한 규칙의 내용인 충청북도 진천군 제천시 지방공무원인사규칙 각각 제13조 및 제14조의 면접시험기준에도 그리고 여타의 다른 시, 군의 채용기준에 여성의 용모가 그 기준이 된다는 차별적 내용을 찾을 수 있었다

또한 전라북도지방공무원인사규칙에는 삭제되었으나 충청북도의 진천군 제천시의 지방공무원인사규칙 각각 제9조 제3항 제3호의 내용 및 제21조 제3항 제3호의 내용을 살펴보면 신규임용 시험성적이 같을 때 ‘병역을 필한 자에게 우선권을 주도록 되어 있는바 관련 법률의 취지에 맞도록 개정돼야 할 필요성이 제기된다

이는 명백히 헌법 제117조와 지방자치법 제5조의 법률우위의 원칙에 반하는 것이라고 아니할 수 없다. 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는데 위에서 언급한 남녀 차별적인 성질을 갖는 조례의 경우에는 남녀차별금지및구제에관한법률이라는 상위법률에 명백히 반하는 내용인 것이다. 이 법 제1조를 보면 “이 법은 헌법의 남녀평등이념에 따라 고용, 교육, 재화, 시설, 용역등의 제공 및 이용, 법과 정책의 집행에 있어서 남녀차별을 금지하고 이로 인한 피해자의 권익을 구제함으로써 사회의 모든 영역에서 남녀평등을 실현함을 목적으로 한다”는 내용의 목적규정을 두고 있으며 또한 제3조에서 “공공기관 및 사용자는 고용분야에 있어서 남녀의 평등한 기회와 대우가 보장되도록 하여야 하며 채용, 승진, 전보, 해

고, 정년 등에 있어서 남녀차별을 하여서는 아니된다” 고 규정하여 고용에서의 차별 금지를 명백히 하고 있다

즉, 헌법 제117조와 지방자치법 제5조의 법률우위원칙에 위반하는 흠결뿐만 아니라 헌법 제11조가 보장하고 있는 평등의 원칙에도 반하는지의 여부를 살펴보기에 앞서 과연 위의 조례에서의 차별이 합리적 차별인지를 판단하는 기준으로 위에서 살펴본 다양한 학설의 견해를 따르는 것이 아니라 헌법재판소의 심사기준을 따를 것을 미리 상기한다.

현재는 평등위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지 완화된 심사 척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래 하는 경우에 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이라 하고 하여 이중심사기준을 제시하고 있다

이 사건의 고용에 있어서의 차별금지는 엄격한 심사 척도를 적용하여야 하는 위 두 경우에 모두 해당된다. 헌법 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용, 임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”고 규정하여 근로 내지 고용의 영역에 있어서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는데 위 경우는 바로 이 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 경우로 파악되며, 또한 헌법 제125조에 의하여 보장된 공무담임권 또는 직업선택의 자유라는 기본권의 행사에도 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는 바 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사 즉, 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다고 하여 각 심사기준의 구체적 내용을 밝히고 있다.

이에 따라 판단해 보건데 위 조례는 헌법재판소의 기준에 따르더라도 합리적 차별의 범주를 벗어나, 여성의 공무담임권 및 직업선택의 자유라는 기본권을 현저히 침해한다고 하지 않을 수 없다

(6) 개선사항

공무원 임용시의 용모기준은 여성에 대한 차별적 임용배제사유로 작용할 여지가 있다. 또한 병역을 필한 자에게 임용시 우선 순위를 부여하는 것도 성별에 근거한 차별 소지가 있다. 이러한 부분은 삭제되어야 한다.

30. 제주시립예술단체설치조례

(1) 대상 조례

제20조 (징계의 종류 및 효력) 징계는 해촉, 감봉, 출연정지, 견책으로 구분한다.

1. ---

4. 징계에 의하여 해촉되는 자는 이후 제주시립예술단체 회원이 될 수 없다.

(2) 관련 법령

지방공무원법

제31조 (결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

1. 금치산자 및 한정치산자

2. 파산자로서 복권되지 아니한 자

3. 금고이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나, 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자

4. 금고이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자

5. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자

6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자

7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 날로부터 5년을 경과하지 아니한 자

8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 날로부터 3년을 경과하지 아니한 자

제71조 (징계의 효력)

- ① 정직은 1월이상 3월이하의 기간으로 하고, 정직처분을 받은 자는 그 기간중 공무원의 신분은 보유하나 직무에 종사하지 못하며 보수의 3분의 2를 감한다.
- ② 감봉은 1월이상 3월이하의 기간 보수의 3분의 1을 감한다.
- ③ 삭제
- ④ 견책은 전과에 대하여 훈계하고 회개하게 한다.
- ⑤ 공무원으로서 징계처분을 받은 자에 대하여는 그 처분을 받은 날 또는 그 집행이 종료된 날로부터 대통령령으로 정하는 기간 승진임용 또는 승급할 수 없다. 다만, 징계처분을 받은 후 직무수행상의 공적으로 포상등을 받은 공무원에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 승진임용이나 승급의 제한기간을 단축하거나 면제할 수 있다.
- ⑥ 징계에 관하여 다른 법률의 적용을 받는 공무원이 이 법의 징계에 관한 규정의 적용을 받는 공무원이 된 경우에는 다른 법률에 의하여 받은 징계처분은 그 처분일로부터 이 법에 의한 징계처분을 받은 것으로 본다. 다만, 제70조에서 정한 징계의 종류 이외의 징계처분의 효력에 관하여는 대통령령으로 정한다.
- ⑦ 특수경력직공무원이 경력직공무원으로 임용된 경우에 당해 특수경력직공무원의 징계를 규율하는 법령에 의하여 받은 징계처분은 그 처분일로부터 이 법에 의한 징계처분을 받은 것으로 본다. 다만, 제70조에서 정한 징계의 종류외의 징계처분의 효력에 관하여는 대통령령으로 정한다.
- ⑧ 경력직공무원이 특수경력직공무원으로 임용된 경우에 당해 경력직공무원의 징계를 규율하는 법령에 의하여 받은 징계처분은 그 처분일로부터 특수경력직공무원의 징계를 규율하는 법령상의 징계처분을 받은 것으로 본다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 지방공무원법의 내용을 위반하여 징계전력자의 기본권인 공무담임권을 침해하고 있다.

(4) 위법성 판단

동 조례의 내용은 일단 상위법인 지방공무원법 제1조에서 규정하고 있는 공무원
결격사유를 벗어난 규정이다 즉, 징계에 의하여 파면 또는 해임되더라도 향
후 3년 또는 5년의 재임용유예기간이 설정되는 것이 보통이며(지방공무원법 참조), 다
시 임용을 거부하는 것은 상위법의 내용보다 과도하게 공무담임권을 침해한 행위로
평가할 수 있다

또한 동 조례의 내용은 '징계받은 전력'을 이유로 별정직 공무원이 될 수 없게 차별
하는 것으로서 그 합리성을 인정하기가 어렵다

(5) 개선 사항

본 조례의 내용은 지방공무원법의 내용에 맞게 개정되어야 한다

31. 서울특별시성북구환경미화원고용및근무규칙

(1) 대상 조례

제7조 (자격기준) ① 구청장이 환경미화원으로 고용할 수 있는 자는 만 20세이상
의 신체건강한 자(남자는 병역필 또는 면제자)로서 다음 각호의 1에 해당하지 아
니하는 자로 한다.

1. --

7. 정신질환자

(2) 관련 법령

지방공무원법

제31조 (결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

1. 금치산자 및 한정치산자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
3. 금고이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나, 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자
4. 금고이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자
5. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자
7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 날로부터 5년을 경과하지 아니한 자
8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 날로부터 3년을 경과하지 아니한 자

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 규칙은 지방공무원법 규정에 위반하여 정신질환자에 관하여 공무원 담임권을 부정하고 있다. 이는 정신질환자라는 경력을 이유로 한 차별 즉, 불리한 대우에 해당하며, 동시에 기본권인 공무원담임권을 침해하고 있다고 보인다.

(4) 위법성 판단

당해 규칙은 정신질환자를 환경미화원의 결격사유로 규정하고 있으나 이는 상위법률인 국가공무원법이나 지방공무원법에서 공무원의 결격사유로 규정하고 있는 범위보다 넓은 것으로서, 상위법령에 근거가 없는 결격사유로 규정하고 있는 점에서 일단 법률우위원칙 및 법률유보원칙에 반하는 것으로 평가된다.

이는 또한 '병력'을 이유로 한 차별규칙으로서도 평가된다. 즉, 정신질환자를 국가공무원법 등에서 공무원의 결격사유로 규정하지 않은 것은 이 병력이 공무원으로서의 공무수행에 크게 영향을 미치지 않는 것이라는 판단이 작용한 것으로 보인다. 따라서 규칙차원에서 이를 환경미화원이라는 공직의 결격사유로 규정한 것은 위법한 차별행

위로 평가될 수 있다

(5) 개선 사항

당해 규칙에서 정신질환자에 관한 결격사유규정은 삭제되어야 한다

제6장 문화행정 영역

제1절 검토범위

문화행정은 개념상 아직까지 완성된 개념은 아니다 헌법상으로도 문화적 기본권은 인정되고 있지 않으며 국가목적조항인 문화국가원리도 학자들간에 논란의 여지가 있는 만큼, 이를 구체화하는 것은 정형화된 논의라고 볼 수 없다 따라서 문화행정영역에서는 학자들간에 큰 논란을 야기하지 않을 정도의 대상으로 분류하였고 이때에는 예시적으로 종교행정, 문화시설, 장학행정 등의 조례 또는 규칙이 검토대상이 될 것이다.

제2절 구체적 검토조례·규칙

1. 순천시종교유적발굴및성지조성관리에관한조례

(1) 대상 조례

제11조 (성지관리) ① 성지관리자(이하 "관리자"라 한다)는 성지의 원형이 훼손되지 않도록 성실하게 관리하고 보존·보호하여야 한다.

② 성지조성 및 보호를 위하여 건물 및 토지 소유자가 매수를 요구하거나 시에서 매입할 필요가 있다고 인정될 경우에는 시장이 이를 매입하여 관리할 수 있다.

③ 시장은 성지 주변과 진입로의 환경을 정비하고 관리자를 기재한 안내판 등을 주변환경을 검토하여 설치할 수 있다.

④ 관리자는 친절한 안내와 여행상담 등으로 관광객이 불편이 없도록 해야 한다.

⑤ 시장은 성지 관리를 위하여 소유자와 관리자에게 소요경비의 일부를 보조할 수 있다.

제12조 (관리자 지정) ① 시장은 성지보호 구역에 대하여 건물 및 토지 소유자, 성지의 보존과 보호에 관심이 있는 자를 관리자로 지정할 수 있다. 다만 관리자를 지정할 대상이 없는 경우에는 읍·면·동장을 지정할 수 있다.

② 제1항에 의하여 관리자로 지정된 자에게는 지정서를 교부하여야 한다.

(2) 유사조례

광양시종교유적발굴및성지조성관리에관한조례

제11조 (성지관리) ① 성지관리는 건물 및 토지소유자 또는 성지관련 종교단체(이하 관리자라 한다)가 성지의 원형이 훼손되지 않도록 성실하게 관리하고 보존·보호하여야 한다.

② 성지조성 및 보호를 위하여 건물 및 토지 소유자가 매수를 요구하거나 시장이 매입 할 필요가 있다고 인정되는 경우에 이를 매입하여 관리할 수 있다.

③ 시장은 성지 주변과 진입로의 환경을 정비하고 주변환경을 검토하여 관리자를 기재한 안내판을 설치할 수 있다.

④ 관리자는 친절한 안내와 여행상담 등으로 방문객이 불편하지 않도록 해야 한다.

제12조 (관리자 지정) ① 시장은 성지보호구역에 대하여 건물 및 토지소유자 등 관리자가 없는 경우에 한하여 성지의 보존과 보호에 관심이 있는 자를 따로 관리자로

지정 할 수 있다. 다만, 관리자를 지정할 대상이 없는 경우에는 읍·면·동장을 지정할 수 있다.

② 관리자로 지정된 자에게는 별지 제1호서식의 지정서를 교부하여야 한다.

(3) 관련법령

헌법

제20조 ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.

② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 종교시설에 대한 관리자를 시장이 임명하도록 함으로써 헌법상 보장된 종교의 자유가 관리자의 관리권 내용여하에 따라서 제한될 소지가 있다

(5) 위법성 검토

가. 문제의 제기

위 순천시(또는 광양시) 종교유적발굴및성지조성관리에관한조례는 종교 시설물과 순교지 등을 순천시가 성지로 조성 관광자원으로 만들어 각종 관공사업을 직접 시행하거나 위탁할 수 있도록 규정되어 있다 사찰 등 종교 관련시설을 관광상품이나 세수 목적으로 전락시킬 수 있으며, 지방자치단체의 종교권을 장악할 수 있으므로 정교분리의 원칙에 어긋날 가능성이 있다.

또한 각 분말사 사찰주지를 관리자로 뽑아해 순천시장이 임명토록 하는 등 조항을 포함하고 있는데다 순천시가 전통사찰을 직접 관리토록 함으로써 각종 부작용이 우려된다.

나. 조례의 위법성 : 종교의 자유 제한 여부

(가) 종교의 자유

종교의 자유란 자신이 믿는 종교를 자신이 원하는 방법으로 신봉하는 자유를 뜻한다. 그 법적성격은 우선 주관적 공권으로서의 가치를 가지게 되고 객관적 가치질서로서 종교의 자유는 국가의 종교적 중립성의 근거가 된다고 볼 수 있다. 종교의 자유는 신앙의 자유와 종교적 행사의 자유를 그 내용으로 한다고 볼 수 있다.

(나) 사안의 경우

사안의 경우에는 위 조례 규정으로 말미암아 지방자치단체에서 종교를 믿고 안 믿게 하거나 그 종교를 믿음으로서 특별한 불이익을 받는다고도 볼 수 없다. 단순히 종교 시설에 관한 그 관리에 규정의 초점이 맞추어져 있기 때문에 어떠한 종교의 자유에 대한 직접적인 침해가 있다고 할 수 없을 것이다. 또한 그 종교적 행사에 관련하여서도 어떠한 제한이 있다고 볼 수 없다.

(다) 정교분리 원칙 위배 여부

헌법 제20조 제2항에 따라 국가는 특정종교를 국교로 지정할 수 없게 되며 종교와 정치는 분리되기 때문에 특정종교를 우대하거나 차별하는 것은 금지된다. 그리하여 종교와 국가는 엄격히 분리되어야 할 것이다. 이를 정교분리 원칙이라 한다.

(라) 사안의 경우

이 사안의 경우에 있어서는 순천시종교유적발굴및성지조성관리에관한조례 제2조 순천시(이하 "시"라 한다)의 종교문화유적을 성지로 조성하고 순례지 및 관광자원화하여 지역경제 발전에 기여함을 목적으로 한다하고 규정하고 있다. 이에 따라 그 목적에 정당하다고 볼 수 있다. 그러나 제12조 규정에 따라 시장이 성지의 관리자를 지정할 수 있게 함에 따라 종교 유적 등에 있어서 시장의 자의적인 경영이 가능하도록 하였다. 그리고 위 조례를 제정함에 따라 시장의 종교에 대한 권한 개입을 가능하게

하였다고 볼 수 있다

또한 위 조례에 따르면 순천시내 종교 시설을 관광상품이나 세수 목적으로 전락시킴에 따라 위 종교를 믿는 자에게 심리적 박탈감을 줄 수 있게 되었고 또한 종교수행을 위한 수행자들에게 관광의 대상으로 만든다는데 이 조례는 부적법할 가능성이 있다.

다. 조례의 평가

위 조례에서는 단지 종교 유적 등에 대한 관리만을 규정하고 있기에 종교의 자유에 대한 침해 가능성은 보이지 않는다. 단지 헌법 제20조 제2항의 정교분리의 원칙에 반하여 종교 단체에 대하여 공권력 개입의 여지가 있을 수 있다. 이 사안에서는 전체적 조문 구조상으로 시장이 성지의 관리자를 지정할 수 있게 함에 따라 종교 단체에 대한 관리를 가능토록 하였으며, 또한 종교는 신앙의 대상으로서 그 역할의 중심이 있는데 이 조례는 순천시내 종교 시설을 관광상품이나 세수 목적으로 전락시킬 위험이 있다고 하지 아니할 수 없다. 따라서 여기에서 헌법 제20조 제2항의 정교분리 원칙에 반할 소지가 있다고 보인다. 그에 따라 상위법인 헌법에 위반되는 소지가 있어 법률우위의 원칙에 반할 소지가 크다고 보인다.

(6) 개선사항

엄격히 논한다면 성지관리자를 시장이 지정하는 것만으로 위법성을 논하기는 다소 어려운 점도 존재한다. 그러나 운영여하에 따라서는 문제의 소지를 안고 있으므로 개선책을 마련하는 것이 필요하다고 보인다. 즉, 사찰의 추천을 받아 임명하거나 협의를 거치도록 하는 방안 등을 생각할 수 있다.

2. 전라북도장수군비지정관광지관리조례

(1) 대상조례

제6조 (행위의 허가 및 제한) ① 비지정관광지안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 군수의 허가를 받아야 한다. 다만, 타인의 토지인 경우에는 소유자의 동의를 받아야 한다.

1. 부지의 사용
2. 공작물의 설치
3. 물품 판매 및 상행위
4. 기타 군수가 필요하다고 인정할 때

(2) 유사조례

전북군산시비지정관광지관리조례

제6조 (행위의 허가 및 제한) ① 비지정관광지안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 시장의 허가를 받아야 한다. 다만, 타인의 토지인 경우에는 소유자의 동의를 받아야 한다.

1. 부지의 사용
2. 공작물의 설치
3. 물품판매 및 상행위
4. 기타 시장이 필요하다고 인정할 때

전북순창군비지정관광지관리조례

제6조 (행위허가) ① 비지정관광지안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 군수의 허가를 받아야 한다. 다만, 타인의 토지인 경우에는 소유자의 동의를 받아야 한다.

1. 부지의 사용
2. 공작물의 설치
3. 물품 판매 및 상행위
4. 기타 군수가 필요하다고 인정하는 행위

충남청양군비지정관광지관리조례

제6조 (행위의 허가 및 제한) ① 비지정관광지 안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 군수의 허가를 받아야 한다. 다만, 타인의 토지인 경우에는 소유자의 동의를 받아야 한다.

1. 부지의 사용
2. 공작물의 설치
3. 물품 판매 및 상행위
4. 기타 군수가 필요하다고 인정할 때

충남홍성군비지정관광지관리조례

제6조 (행위의 허가 및 제한) ① 비지정관광지 안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 군수의 허가를 받아야 한다. 다만, 타인의 토지인 경우에는 소유자의 동의를 받아야 한다.

1. 부지의 사용
2. 공작물의 설치
3. 물품판매 및 상행위
4. 기타 군수가 필요하다고 인정할 때

경북봉화군비지정관광지관리조례

제6조 (행위의 허가 및 제한) ① 비지정관광지안에서 다음 각호에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 군수의 허가를 받아야 한다. 다만, 타인의 토지인 경우에는 소유자의 동의를 받아야 한다.

1. 부지의 사용
2. 공작물의 설치
3. 물품판매 및 상행위

(3) 관련법령

관광진흥법

제65조 (관광지등에서의 금지행위) 누구든지 관광지등에서는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 유해물 또는 오물을 버리는 행위
2. 확성기를 사용하는 등 소음으로 타인에게 불쾌감을 주는 행위
3. 과도한 대금을 받는 등의 부당한 상행위

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령에 반하여 '군수가 필요한 때'라는 다소 불명확한 표현을 두어 주민의 재산권행사가 침해될 소지가 있다

(5) 침해의 위법성 평가

관광지라함은 관광진흥법 제2조 6호에 따라, 자연적 또는 문화적 관광자원을 갖추고 관광객을 위한 기본적인 편의시설을 설치하는 지역으로서 관광진흥법에 의하여 지정된 곳을 말한다. 그러나 본 조례의 규율대상과 같이 비지정관광지에 대해서는 별도의 실정법이 마련되어 있지 않은 실정이다 따라서 이 부분에 대해서는 관광진흥법상의 내용이 참조되어 논의될 수 있을 것이다 관광진흥법은 제65조에서 관광지에서의 금지행위에 대해 비교적 명확한 유형을 규정하고 있다 따라서 비지정관광지에서의 금지행위에 대해서도 이 관광진흥법에 준하여 논의할 수 있다 그러나 실질적으로 주민의 기본권을 제한하는 사항인 토지이용행위의 제한을 정함에 있어 막연히 '기타 군수가 필요하다고 인정할 때'라고 규정한 것은, 그 내용이 불명확하여 기본권제한법령에 기본적으로 요청되는 구체성이 없어 합리적인 사고를 가진 주민들이라도 위 지역에서 위 규정에 의하여 어떠한 제한이 내려질지를 사전에 전혀 예측할 수 없다

또한 그에 따른 처분이 있을 경우 그에 대한 구체적인 불복의 사유를 주장할 수도 없게 되며, 군수의 판단 여하에 따라서 주민의 기본권에 대한 제한이 아무런 합리적인 기준이 없이 이루어질 수 있는 위험이 있다 이는 기본권 제한입법의 원리에 관한 헌법 제34조와 국민의 재산권 보장에 관한 헌법 제23조에 정면으로 배치되는 것이라

할 것이다. 따라서 조례에서 구체적인 행위제한의 기준을 설정함이 없이 단지 군수가 제한이 필요하다고 인정하기만 하면 그 지역에서의 주민의 토지이용행위를 규제할 수 있도록 하는 것은 문제가 있다고 보인다 반면에 경북 봉화군비지정관광지관리조례에서는 문제가 되는 조항이 규정되어 있지 않다 즉, 경북 봉화군비지정관광지관리조례를 제외한 다른 조례는 불명확한 표현을 통하여 재산권을 침해할 소지가 있다고 하겠다.

(6) 개선사항

동 조례에서 군수가 제한이 필요하다고 인정하기만 하면 그 지역에서의 주민의 토지이용행위를 규제할 수 있도록 하고 있는 부분은 헌법상 재산권보장의 취지에 비추어 재산권침해의 문제를 야기할 수 있다 따라서 명확한 내용의 규정으로 개정이 필요하다.

3. 충청남도지정문화재보호조례

(1) 대상 조례

<p>제16조 : 도지사는 제1항의 규정에 의하여 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 지정일로부터 매10년마다 그 지정의 적정성 여부를 검토하여 시행하여야 한다.</p>

(2) 관련법령

문화재보호법

제8조 ② 문화재청장은 제1항의 규정에 의하여 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다.

(3) 유사 조례

전라남도지정문화재보호조례

제13조 도지사는 제1항의 규정에 의하여 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 상위 법령인 문화재보호법에 반하여 문화재보호구역의 지정행위의 적정성여부 심사기간을 매10년으로 하여, 문화재보호구역 지정의 행정목적에 침해할 소지가 있다.

(5) 위법성 평가

가. 문제제기

전국 각 지방의 도마다 도지정문화재보호조례가 있다 도지정문화재보호조례는 도 지정 문화재 및 문화재 자료를 보존하여 활용할 수 있도록 함으로써 도민의 문화적 향상을 도모하고 향토문화발전에 기여함을 그 목적으로 한다 이러한 조례는 상위법인 문화재 보호법에 따라 내용이 정하여 져야 한다 각 도의 문화재보호조례는 제1장 총칙, 제2장 문화재위원회, 제3장 도지정문화재 및 문화재자료 등으로 제정되어 있는데, 제3장에서 하나의 절로 문화재 지정에 관한 사항을 다루고 있다

충청남도지정문화재보호조례 역시 이에 따라 제5조에서 제42조까지 도지정문화재 및 문화재자료에 대해 정하고 있고 특별히 제1절 지정에 있어 제16조에서 보호물 또

는 보호구역지정에 대해 정하고 있다 이 조문은 제1항으로 “도지사는 제15조의 규정에 의하여 지정된 문화재의 보호를 위하여 특별히 필요한 경우에는 이를 위한 보호물 또는 보호구역을 지정할 수 있다고 하고 제1항에 “도지사는 제1항의 규정에 의하여 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 지정일로부터 매10년마다 그 지정의 적정성 여부를 검토하여 시행하여야 한다”고 정하여 10년이라는 기한을 설정하고 있다. 그러나 이 10년이라는 기한이 문화재보호법과 문화재보호조례의 목적에 부합한 기한인지에 의문을 제기할 수 있다고 생각된다

나. 검토

문화재보호법은 제8조 제2항에서 “문화재청장은 제1항의 규정에 의하여 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다”고 정하고 있다

여기서 ‘일정한 기간’이라 함은 문화재가 손상될 염려 아래 문화재가 충분히 보존 및 관리 될 수 있는 기간이어야 한다. 그러나 오늘날과 같이 무분별한 계획이 지속적이며 동시다발적으로 이루어지고 있는 사정에 있어 충청남도지정문화재보호조례가 해당 사항에 대하여 정하고 있는 ‘10년’이란 기간은 보호물 또는 보호구역 지정의 적정성 검토를 위해 긴 기간이라고 생각된다

비교 조례로서, 전라남도지정문화재보호조례 제3조는 [보호구역 또는 보호물의 지정]에 제2항에서 “도지사는 제1항의 규정에 의하여 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다”고 정하고 있으며 그 밖의 지역 역시 다만 ‘일정한 기간’이라고 정하여 놓고 있을 뿐 충청남도 와 같이 특정기간을 조례로 정해 놓은 곳은 없다

물론 문화재보호법 상 지방자치단체의 조례가 정할 기한에 대한 규정이 없으므로 충청남도문화재보호법이 명백히 상위법에 위반한다고 볼 수는 없다 그러나 우리나라 문화재 관리 실태의 심각성은 이미 여러 차례 언론에서 보도된 바 있고 실제로 지방행정이 문화재에 얼마나 관심을 갖고 있는지 역시 회의적이다 여기에 충청남도는 ‘10년’에 한 번 보호물이나 보호구역을 검토하겠다는 것은 10년 동안 한번 지정된 문화재는 방치해 놓겠다는 뜻으로까지 해석된다. 물론 문화재관리위원회 및 관리청을 따로 설정하여 관리하겠지만 가히 강산도 변한다는 10년이란 기간을 두고 지정의 적정성을 검토하겠다는 것은 그러한 관리조차 무색케하는 조항이 아닐 수 없다.

따라서 위법이라는 명백한 근거는 제시할 수 없을지 몰라도 충청남도문화재보호조례 제16조가 부당하다는 점은 지적되어야 할 것이다

(6) 개선사항

10년의 기간을 정하여 문화재지정의 적정성을 검토하는 내용의조례는 구체적인 경우에 따라서는 합목적성을 잃을 우려가 있으므로, 10년의 기간부분은 삭제하는 것이 필요하다고 보인다

4. 구례군이장자녀장학금지급조례

(1) 대상 조례

제1조 (목적) 이 조례는 이장의 자녀에게 지급하는 이장자녀장학금(이하 "장학금"이라 한다)에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 1년이상 근속한 자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 전학기의 학과성적을 비교하여 성적이 우수한 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

(2) 관련법령

헌법

제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에

의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

지방자치법

제13조 ① 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다.

(3) 유사 조례

부산광역시기장군이장장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 1년이상 근속하고 있는 자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 학과성적이 재적학년 정원의 100분의 60 이내에 해당하는 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

강화군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 해당 학교장의 추천이 있는 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

포천군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 재직하고 있는 자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 학과성적이 재적학년 정원의 100분의 500이내에 해당하는 자.
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자로 군단위대회 이상에서 입상경력이 있는 자이거나 학교에서 특기생으로 선발하여 육성하고 있는 자

여주군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 2년 이상 근속한자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 학업성적이 양호한 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

가평군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 2년이상 근속한 자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 학과성적이 총이수 과목의 평균점이 65점 이상인 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재질이 뛰어난 자

강릉시통·이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 통·이장으로 2년이상 근속한자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 학과성취도 평균평점이 3.0점 이상인 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

신안군이장자녀장학금지급규칙

제5조 (지원자격) 장학생을 지원하고자 하는자는 다음 각호의 자격에 해당하는 자이어야 한다.

1. 지방공무원법 제31조의 규정에 의한 공무원 결격사유에 해당하지 아니한다.
2. 고등학교 및 전문대학의 신입생 또는 재학생 및 대학 2학년생 이상 재학생 다만, 신입생을 계열별로 모집하지 아니하는 대학의 경우는 신입생도 포함한다.
3. 지원자가 신입생인 경우에는 입학성적이, 재학생의 경우에는 장학생 지원일의 전학기 학업성적이 (별표)의 기준에 해당하는 자

제7조 (자격) 군수가 장학생을 선발 규정에 의한 지원자격 여부와 지원자의 학업성적, 적성 및 품행등을 고려하여 적격자를 선발하되 특별한 사정이 없는 한 국·공립학교 신입생 또는 재학생을 우선 선발하고 선발과정에서 경합자가 생길 경우에는 공무

원, 새마을지도자 및 생활보호대상자 가족의 자녀순으로 선발순위를 정한다.

보은군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 1년이상 근속한 이장의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 중·고등학생은 입학성적이 입학정원의 100분의 50이내에 해당하는 자 또는 별표의 기준에 의거 산정한 재학 중 과목별 평균 환산점이 3.0 이상인 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능과 소질과 재능이 뛰어난 자
3. 대상학교가 의무교육 등으로 면제혜택 범위에 해당되지 않는 학교 및 구역에 한한다.
4. 대학생은 입학성적이 입학정원의 100분의 50이내에 해당하는 자 또는 재학중 전 과목의 평점평균이 3.0 이상인 자

진천군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 1년 이상 근속한 자의 자녀로서 재학생중 품행이 단정한 자 또는 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자이어야 한다.

단양군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의자격) 장학생은 이장으로 2년이상 근속한 자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 학과성적이 재적학년 정원의 100분의 50이내에 해당하는자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

부여군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장으로 2년이상 근속한 자의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 학과성적은 과목별 성적중 "미"이상의 평점이 50퍼센트이상에 해당하는 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

서천군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의 자격) 장학생은 이장의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 입학 또는 재학중 학습성취도가 '미' 이상인 과목이 전체 과목수의 50퍼센트 이상인 자. 단, 중학교 입학생은 출신초등학교 최종학년의 학습성취도로 한다.
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

철곡군이장자녀장학금지급조례

제2조 (장학생의자격) 장학생은 다음 각 호의 1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 고등학생 : 품행이 단정한 자로서 학교장의 추천을 받은 자
2. 대 학 생 : 학과성적이 평점2.5이상으로 품행이 단정한자(신입생은 전원)

예산군이장자녀장학금지급조례

제2 조(장학생의 자격) 장학생은 추천일 현재 이장으로 재직중인 자의 자녀로서 다음 각호의1에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 품행이 단정하고 타의 모범이 되어 학교장이 추천한 자
2. 품행이 단정하고 기능, 체육, 예능에 소질과 재능이 뛰어난 자

남제주군이장자녀학자금지급조례

제2조 (지급대상자) 이장자녀로서 고등학교에 재학중인 자를 학자금 지급 대상으로 한다.

(4) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 이장 자녀에게만 장학금을 지급하도록 하여 특정 신분을 가진 자의 자녀에 대한 차별조치, 즉, 우대조치를 규정하고 있다

(5) 차별의 위법성 검토

위 조례는 특정 신분인 이장 자녀들에게만 장학금을 지급하도록 하고 있다 이는 합리적 기준이라고 볼 수 없으며, 헌법상의 평등권 조항과 지방자치법 제3조 제1항 상의 균등한 혜택을 받을 권리 또는 그 밖의 권리에 위배된다. 비록 장학생의 정원은 연간 군 이장 정수의 100분의 15에서 20 이내로 하고 있지만 이것은 주민의 균등한 혜택을 받을 권리를 법령 즉 조례에 의하여 제한하는 경우라 할 수 있겠으나 그 제한이 합리적이고 타당한 기준에 의한 것으로 보이지 않는다. 판례는 법률의 포괄적 위임이 있는 경우 그 조례는 상위법에 위배되지 않는다고 하고 있으나 법령의 포괄적 위임이 있다고 하기는 어렵다.

이장이 공무원 신분이 아니므로 자치단체 업무보조에 대한 혜택의 일환으로 자녀에 대한 장학금을 지급하는 것이겠지만 엄연히 이장은 활동비가 지급되고 사임할 수 있음에 비추어 이장 자녀들에게만 장학금을 주는 특혜를 줄 수는 없다고 생각된다. 오히려 농어촌 자녀들의 교육향상이라는 목적을 고려한다면 농어촌 영세주민의 자녀 중에서 장학금을 지급하는 것이 공평하다.

결국 이장 자녀에게만 장학금을 지급하는 조례는 헌법 제11조 상의 평등권과 지방자치법 제3조 상의 주민의 균등한 행정혜택을 받을 권리에 위배되어 위법한 것이다. 그 이외에도 강원도 군에 6개, 충남에 3개, 경남군에 22개의 조례가 있다.

(6) 개선사항

특정 신분인 이장 또는 통장자녀에 대해서만 장학금을 지급하도록 하고 있는 규정은 신분에 따른 차별소지를 안고 있다 따라서 이러한 조례 등에 대한 전면적인 재검토가 필요하다.

5. 서울특별시종로구새마을장학금지급조례

(1) 대상조례

제1조 (목적) 이 조례는 지역새마을지도자(새마을 부녀회원 및 문고지도자를 포함한다. 이하 같다.)의 자녀 및 유자녀로서 학교성과 재능이 우수한 중·고등학교의 학생들에게 새마을운동의 항구적 발전을 위하여 지급하는 새마을장학금(이하 "장학금"이라 한다)의 지급에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조 (장학금의 지급대상) ① 장학금의 지급은 새마을운동에 1년 이상 봉사하고 있는 남·여 새마을 지도자(구 새마을지도자 명부에 등재된 자, 이하 "지도자"라 한다.)의 자녀로서 다음 각호의 1에 해당하는 자를 대상으로 한다. 다만, 유공자는 지도자경력 1년 이상일 것을 요하지 아니한다.

1. 유공자 장학생은 새마을 사업에 특별히 공이 있는 현직 지도자와 부부지도자의 자녀 및 지도자로서 새마을사업 수행중 사망 또는 부상을 입은 전, 현직 지도자의 자녀

제11조 (장학기금 확보) 장학금 지급업무를 효율적이고 항구적으로 운영하기 위하여 매년 정규예산에 계상 한다.

(2) 관련법령

청소년기본법

제8조 (국가 및 지방자치단체의 책임) ① 국가 및 지방자치단체는 청소년활동의 지원, 청소년복지의 증진 및 청소년보호의 수행에 필요한 법적·제도적 장치를 마련하여 시행하여야 한다.

② 국가 및 지방자치단체는 제6조 및 제7조의 규정에 의한 국민의 책임수행에 필요한 여건을 조성하여야 한다.

③ 국가 및 지방자치단체는 제1항 및 제2항의 업무를 수행하는데 필요한 재원을 안정적으로 확보하기 위한 시책을 수립·실시하여야 한다.

지방재정법

제14조 (기부 또는 보조의 제한) ① 지방자치단체는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 없다.

1. 법률에 규정이 있는 경우

- 2. 국고보조재원에 의한 것으로서 국가가 지정한 경우
 - 3. 용도를 지정한 기부금에 의한 경우
 - 4. 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우
- ② 제1항의 규정에 의한 공공기관과 지방자치단체가 권장하는 사업의 범위는 대통령령으로 정한다.

지방자치법

제133조 (재산 및 기금의 설치) ① 지방자치단체는 행정목적의 달성을 위하여 또는 공익상 필요한 경우에는 재산을 보유하거나, 특정한 자금의 운용을 위한 기금을 설치할 수 있다.

- ② 제1항의 재산의 보유, 기금의 설치·운용에 관하여 필요한 사항은 조례로 정한다.
- ③ 제1항에서 "재산"이라 함은 현금외의 모든 재산적 가치가 있는 물건 및 권리를 말한다.

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 일정한 사회적 신분을 가진 자 즉, 지역 새마을지도자의 자녀에게 대해서만 장학금을 지급하도록 하여 차별조치 즉, 우대조치를 규정하고 있다

(4) 차별의 위법성 검토

가. 법률우위의 원칙 위반여부

(가) 지방재정법의 취지

지방자치단체는 지방재정법에 의하여 재산 및 기금을 설치할 수 있다 그리고 지방재정법에서 이러한 재산의 사용에 관하여 지방재정법 제4조에서 제한을 가하고 있다. 이에 해당하지 않는 분야에 대해서는 개인이나 공공단체가 아닌 기관에 공금을 지출할 수 없게 한 것이다. 지방재정이란 지방공공단체가 활동에 필요한 수입의 획득

및 지출을 위해서 행하는 행위를 총칭한 것이며 지방자치의 물질적 기초가 된다 지방자치단체의 사정이 다른 만큼 지방재정 역사 그 지역적 특색에 따라 상이하며대 부분은 국가재정의 보조금에 의존하는 양상을 보이고 있다 지방재정은 주로 지방세 및 지방자치단체가 부과하는 과태료 등과 자체적으로 운영하는 사업에 의해 형성되므로 그 이용 역시 지방자치단체 주민 전체의 이익을 위해서 사용되어야 하고 이를 보장하기 위해 지방재정법의 규정을 둔 것이다

(나) 문제가 되는 영역

청소년기본법에서는 국가와 지방자치단체에 청소년의 활동을 장려하고 복지를 증진하기 위한 기금을 마련할 책임을 두고 있다 이에 따라 서울특별시 종로구 새마을장학금지급조례에서는 경제적 사정이 어려운 지역 새마을 지도자의 자녀에게 장학금을 지급하는 조례를 두고 있다 그러나 이 조례는 청소년기본법에서 정한 청소년을 위한 기금에 해당하지는 하나 청소년기본법의 청소년이 지역 새마을 지도자 자녀에 한하여 기금을 마련, 지출하는 것을 인정하고 있는지 살펴보아야 할 것이다 장학금을 지급하는 행위는 지방재정법의 지출제한 규정 중 제호의 법률에 규정이 있는 경우에 해당할 것인데, 여기서 청소년기본법이 그러한 내용을 규정하지 않고 있다고 보면 지역 새마을 지도자 자녀에 대한 장학금 지급은 상위법률에 위반한 위법한 것이기 때문이다.

나. 구체적 판단

청소년기본법은 제1조 목적규정에서 정하고 있듯이 청소년의 권리 및 책임과 가정 사회, 국가 및 지방자치단체의 청소년에 대한 책임을 정하고 청소년육성정책에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 하는 것이다 이때의 청소년이란 일반적으로 연령을 기준으로 보통 13세에서 19세 사이를 말한다. 청소년기본법 제8조에서 말하는 청소년도 이와 동일한 의미이다. 서울시 종로구 새마을장학금지급조례가 위법하지 않기 위해서는 청소년기본법에서 새마을지도자 자녀에 대한 장학금 지급을 규정하고 있어야 하는데, 여기서는 청소년에 대한 복지정책만을 규정하고 있을 뿐이다 이외에 지방재정법 제1항 제4호의 지방자치단체가 장려하는 사업에 새마을지도자가 규정될 수도 있으나 그렇다면 새마을지도자가 수행하는 일 자체에 기금을 보조하여야지 그

자녀에 대한 장학금 규정을 따로 두는 것은 그 사업과 관련이 있다고 보기가 어렵다. 법에서 정하고 있지 않음에도 일반 청소년과 새마을지도자의 자녀인 청소년을 차별한다면 이는 평등권 침해가 되며 이를 정당화시키기 위해서는 비례의 원칙을 검토해 보아야 하는데 새마을지도자의 자녀에게 장학금의 특혜를 인정함으로써 얻어지는 공익이 있다고 보기는 어렵다. 새마을 사업의 활성화는 위에서 말했듯이 그 사업자체에 대한 지원으로 육성되어야 할 것이므로 이는 공익이 없는 차별일 뿐이다. 따라서 위 새마을장학금지급조례는 법률에 위반한 위법한 조례가 된다.

(5) 개선사항

새마을지도자의 자녀에 한정된 장학금지급조례는 합리적 사유없는 특혜로서, 시정되어야 한다.

6. 전북장수군공립보육시설의설치및운영조례

(1) 대상 조례

제7조 (보육대상) 장수군 관내 거주하는 취학전 어린이의 보육을 원칙으로 하며, 다음 각호의 순위에 의한다.

1. 국민기초생활보장수급자의 자녀
2. 모자복지법 제5조 및 동법 시행규칙 제3조의 규정에 의거 보호대상자로 선정된 모자가정의 자녀와 이에 준하는 부자가정의 자녀
3. 기타 저소득층 아동
4. 편부모 가정등 기타 결손가정의 자녀
5. 맞벌이 가정의 자녀
6. 기타 일반가정의 자녀

(2) 관련법령

영유아보육법 시행규칙

제22조 (보육시설의 운영기준) 법 제15조 제2항의 규정에 의한 보육시설의 운영기준은 별표 8과 같다.

별표 8

영 제21조의 규정에 의한 보육시설의 입소순위는 다음 각호의 순서와 같다.

1. 국민기초생활보장수급자의 자녀
2. 저소득층의 자녀
3. 맞벌이 가정 및 편부모 가정 등 기타 결손가정의 자녀
4. 기타 일반주민의 자녀

(3) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 맞벌이 가정의 보육시설 입소순위를 상위 법령의 내용에 반하여 후순위로 규정함으로써 보육시설을 이용할 권리 즉, 사회적(생존권적) 기본권을 침해하고 있다고 보인다

(4) 침해의 위법성 판단

동 조례는 제7조에서 보육대상의 순위를 정하고 있는데 이는 상위법인 영유아보육법 및 시행규칙 별표 8의 내용과 모순된다. 즉, 별표 8에서는 보육대상의 순위에 있어 맞벌이 가정 및 편부모가정 기타 결손가정의 자녀를 같은 순위에 두고 있는데 장수군의 조례에서는 이를 부당하게 세분하여 맞벌이 가정 자녀를 편부모 가정 기타 결손가정의 자녀보다 더 하위에 두고 있는 것이다

영유아보육법 제7조에서는 국공립보육시설은 저소득층 밀집지역 농어촌지역 등 취약지역에 우선적으로 설치하여야 한다고 규정하고 있으며 동법시행령 제21조에서 저소득층 자녀를 우선적으로 입소시켜야 한다고 하는 점 등에 비추어 보았을 때 국공

립보육시설에 관한 내용을 규정한 입법취지는 국민들 중에서도 상대적으로 사회적 약자의 지위를 가지고 있는 자들에게 혜택을 주기 위한 것이라 볼 수 있다. 그런데 동법 시행규칙에 의하면 순위가 같게 되는 맞벌이 가정과 편부모 가정 기타 결손가정의 자녀를, 장수군에서만 특히 세분하는 것은 맞벌이 가정의 자녀가 편부모 가정 기타 결손가정의 자녀와 같은 정도로 혜택을 받을 수 있는 권리를 부당하게 침해한 것이 된다. 만약 보육시설의 정원이 일정하게 정해져 있고 정원에 비해 보육시설을 이용하고자 하는 수요가 많아 부득이 하게 조례에 정해진 순위에 의하여 보육대상을 선정하고 있다면 상위법인 시행규칙에서는 동순위의 자격인 맞벌이 가정 자녀가 장수군 조례에 의하여 편부모 가정 기타 결손가정의 자녀보다 후순위로 밀려 보육시설을 이용할 수 없게 되는 현상이 발생할 수도 있는 것이다. 이것은 결국 '보호자가 근로 또는 질병 기타 사정으로 인하여 보호하기 어려운 영아 및 유아를 심신의 보호와 건전한 교육을 통하여 건강한 사회성원으로 육성함과 아울러 보호자의 경제적 사회적 활동을 원활하게 하여 가정복지증진에 기여함을 목적으로 하는 영유아보호법의 입법목적에도 반하는 결과라고 하겠다.

(5) 개선사항

영유아보호법의 내용과 같이 맞벌이 가정 자녀를 편부모 가정 기타 결손가정의 자녀와 같은 순위로 규정할 필요가 있다.

7. 서울특별시성북구금연환경조성및지원에관한조례

(1) 대상 조례

제9조 (금연홍보거리 등) ① 구청장은 올바른 금연문화의 성숙과 흡연에 대한 경각심을 고취시키기 위하여 적절한 장소에 금연홍보거리 또는 자율금연거리 등을 지정할 수 있으며 이의 시행에 필요한 예산을 확보하여야 한다.

(2) 차별 또는 침해적 사항의 여부

본 조례는 거리자체를 금연홍보거리로 지정할 수 있게 하여 흡연자라는 사회적 신분을 가진 자를 지나치게 차별할 소지가 있다

(3) 위법성 판단

서울특별시성북구금연환경조성및지원에관한조례는 국민건강증진법과 동법 시행령 및 시행규칙에서 위임한 사항 외에 금연을 촉진할 수 있는 여러 가지 방안을 규정하고 있다. 본 조례에서 위법성을 검토해야 할 사항은 국민건강증진법과 동법 시행령 및 시행규칙에서 위임한 내용 외의 것을 규정한 조항이다 물론 지방자치법 제5조 본문에서는 '지방자치단체에서 지방자치를 위하여 필요한 사항에 대하여는 자율적으로 조례를 제정할 수 있도록 권리를 부여하고 있다 그러나 그러한 권리가 무제한으로 허용되는 것은 아니며 단서에서 규정하고 있는 바와 같이'주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하기 때문에 본 조례에서 상위법령의 위임을 받지 않고 제정한 조항 중에서 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항 또는 벌칙에 대해 정한 내용이 있다면 그것은 지방자치법 제5조에 반하는 위법한 조례로서 법률유보원칙을 위반하였다고 할 수 있을 것이다

본 조례에서 특히 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 내용으로서 눈에 띄는 것은, 제9조에서 '구청장은 올바른 금연문화의 성숙과 흡연에 대한 경각심을 고취시키기 위하여 적절한 장소에 금연홍보거리 또는 자율금연거리 등을 지정할 수 있으며 이의 시행에 필요한 예산을 확보하여야 한다'고 하여 금연홍보거리나 자율금연거리에서 흡연을 방지하여 주민들에게 길거리에서 흡연을 자제할 것을 요청하는 내용을 제정하고 있다 이 규정이 부당하게 주민의 권리를 제한하고 있는지가 문제되는 것이다.

개인의 기본권은 존중되어야 한다. 그러나 많은 사람들이 함께 어울려 살아가고 있는 사회인만큼 많은 갈등이 있을 수 있고 그러한 갈등을 해결하기 위해서는 필요한 한도에서 어쩔 수 없이 서로 기본권을 제한할 수 밖에 없다 따라서 공공의 필요에 의해서는 기본권을 제한할 수도 있는 것이다 그러나 그 제한은 법령의 규정에 의하여 필요한 범위 내에서 최소한에 그쳐야 한다. 이러한 이유에서 지방자치법 제5조

단서에서도 법률의 위임이 있어야 지방자치단체에서도 주민에게 불리한 사항에 대하여 정할 수 있도록 하는 것이다

본 조례에서는 제1조에서 제시하고 있듯이 조례에서 규정하고 있는 여러 가지 내용들의 시행을 통해 궁극적으로 주민의 흡연으로 인한 건강위험요인을 감소시키는 데에 그 목적이 있다. 따라서 본 조례에서는 주민의 건강을 위하여 흡연자들의 권리를 제한하고 있는 것이다. 본 조례 제9조에서는 건강한 환경 속에서 살아가기를 바라는 주민들의 권리와 거리에서 자유롭게 흡연하며 걷기를 바라는 흡연자들의 권리 중에서 흡연자를 제외한 주민들의 권리를 더욱 보호하고 있다. 그러나 국민건강증진법과 시행규칙에서 이미 공공건물과 각종 스포츠 경기장을 포함한 공중이 이용하는 시설인 건물들을 모두 금연건물로 설정하여 대다수의 흡연자들은 담배를 피우기 위해서는 건물 밖으로 나와야 하는 실정이다. 이러한 상황에서 금연거리를 조성하고자 하는 것은 흡연자들의 권리를 지나치게 제한하는 조항이라고 할 수 있을 것이다. 특히 성북구에서 지정하는 금연거리는 다중밀집지역인 돈암동 성신여대 입구의 '하나로 거리'로 그 일대는 술집과 상점이 몰려있는 유흥지역이기 때문에 흡연자들이 자유로운 흡연을 할 권리를 제한한다는 것은 주변 환경적인 특성상 더욱 지나친 권리제한이 될 수 있다. 담배는 합법적으로 국가가 허용하는 기호제품이고 이를 애용하는 흡연자는 그러한 기호제품의 소비자이다. 그런데 법령의 위임을 받지 않은 조례로써 이러한 합법적인 소비자의 권리를 공공의 필요를 위한 정도를 넘어서 지나치게 제한하는 것은 위법하다고 할 수 있을 것이다. 물론 담배연기를 맡는 것을 달갑지 않게 생각하는 주민들의 권리도 존중되어야 할 것이지만 국민건강증진법과 그 시행규칙의 규정으로 인해 건물 내에서는 담배를 필 수 없게 된 많은 흡연자들은 담배를 피우기 위해서는 거리로 나올 수 밖에 없고, 건물 내에서 담배를 필 수 없도록 규제한 한도에서 담배를 피우지 않는 국민과 흡연자들의 이익형량이 이루어졌다고 본다. 따라서 법령의 위임없이 주민의 건강증진을 이유로 거리에 금연구역을 만드는 것은 또 다른 주민인 흡연자들의 권리를 제한하는 법률유보원칙에 반하는 위법한 조례라고 할 것이다.

결국 조례는 흡연행위를 이유로 한 흡연자의 권리를 차별하는 조항이다.

이미 국민건강증진법과 시행규칙 등에서 공공건물과 각종 스포츠경기장을 포함한 공중이 이용하는 시설인 건물들을 모두 금연건물로 설정하여 대다수의 흡연자들은 담배를 피우기 위하여는 건물밖으로 나와야 하는 실정이다. 이러한 상황에서 금연거리를 조성하는 것은 흡연자들의 권리를 지나치게 차별하는 것이 된다.

(4) 개선사항

흡연자의 흡연행위를 지나치게 제한하는 본 조례는 상위 법령의 명시적 위임의 근거를 갖추어야 할 것이다.

부록 1 : 검토 조례 및 규칙 수

1. 서울특별시) 총 검토 조례 및 규칙 수 117건

서울특별시) 8건

- 서울특별시 농산물잔류농약검사및이에따른손실보상등에관한조례
- 서울특별시 사회복지위원회설치조례
- 서울특별시 여성발전기본조례
- 서울특별시 열린시정을위한행정정보공개조례
- 서울특별시 자동차공회전 제한에 관한 조례
- 서울특별시 장사등에관한 조례
- 서울특별시 장사등에관한조례시행규칙
- 서울특별시 지방공무원직장협의회설립 운영에관한 조례

서울특별시 강남구) 6건

- 서울특별시 강남구규제개혁위원회설치및운영조례
- 서울특별시 강남구사회복지위원회설치및운영조례
- 서울특별시 강남구세조례
- 서울특별시 강남구의회에서증인등비용지급에관한조례
- 서울특별시 강남구지방공무원인사규칙
- 서울특별시 강남구통·반설치조례

강동구) 2건

- 서울특별시 강동구공무원직무발명보상조례
- 서울특별시 강동구도시계획조례

강북구) 1건

- 서울특별시 강북구의회에서증인등비용지급에관한조례

강서구) 1건

서울특별시강서구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

관악구) 3건

서울특별시 관악구규제개혁위원회구성및운영조례

서울특별시 관악구에서의증인등비용지급에관한조례

서울특별시 관악구통·반설치조례

광진구) 7건

서울특별시 광진구규제개혁위원회설치 및운영조례

서울특별시 광진구도시계획조례

서울특별시 광진구사회복지위원회설치및운영조례

서울특별시 광진구음식물쓰레기수집운반및재활용촉진을위한조례

서울특별시 광진구지명위원회조례

서울특별시 광진구지역보건의료심의위원회설치조례

서울특별시 광진구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

금천구)2건

서울특별시 금천구도시계획조례

서울특별시 금천구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

노원구) 3건

서울특별시 노원구공중화장실설치및관리조례

서울특별시 노원구산림법위반과태료부과징수규칙

서울특별시 노원구주택재개발사업시행조례

도봉구) 1건

서울특별시 도봉구도시계획조례

동대문구) 4건

서울특별시 동대문구의회에서증인등비용지급에관한규정

서울특별시 동대문구 주차장설치 및 관리조례
서울특별시 동대문구지명위원회조례
서울특별시 동대문구청소년통행금지구역통행제한구역지정및운영에관한조례

동작구) 2건

서울특별시 동작구립사회복지관직영및위탁운영에관한조례
서울특별시 동작구사당문화회관설치및운영에관한조례

마포구) 2건

서울특별시 마포구 도시계획조례
서울특별시 마포구청소년통행금지구역·통행제한구역지정 및운영에관한조례

서대문구) 3건

서울특별시 서대문구 도시계획조례
서울특별시 서대문구보도상영업시설물관리등에관한조례
서울특별시 서대문구음식물쓰레기수집·운반및재활용촉진을위한조례

성동구) 7건

서울특별시 성동구공중화장실설치및관리조례
서울특별시 성동구규제개혁위원회설치및운영조례
서울특별시 성동구도로복구원인자부담금징수조례
서울특별시 성동구음식물쓰레기수집·운반및재활용촉진을위한조례
서울특별시 성동구의회에서증인등비용지급에관한규정
서울특별시 성동구지역보건의료심의위원회조례
서울특별시 성동구통·반설치조례

성북구) 9건

서울특별시 성북구공중화장실설치및관리조례
서울특별시 성북구금연환경조성및지원에관한조례
서울특별시 성북구의정회설치및육성지원조례
서울특별시 성북구의회에서증인등비용지급에관한규정

서울특별시 성북구주차장 설치 및 관리조례
서울특별시 성북주택재개발사업시행조례
서울특별시 성북구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례
서울특별시 성북구체육시설관리운영및사용료징수조례
서울특별시 성북구환경미화원고용및근무규칙

송파구) 7건

서울특별시 송파구규제개혁위원회설치및운영조례
서울특별시 송파구도시계획조례
서울특별시 송파구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진에관한조례
서울특별시 송파구의정회설치및육성지원조례
서울특별시 송파구의회에서증인등비용지급에관한규정
서울특별시 송파구지방공무원인사규칙
서울특별시 송파구통·반설치조례

양천구) 3건

서울특별시 양천구립회관사용료징수조례
서울특별시 양천구 도시계획조례
서울특별시 양천구통·반설치조례

영등포구) 2건

서울특별시 영등포구 도시계획조례
서울특별시영등포구청소년통행금지구역·통행제한구역지정및운영에관한조례

용산구) 10건

서울특별시 용산구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용자동판매기설치계약에
관한조례
서울특별시 용산구규제개혁위원회설치및운영조례
서울특별시 용산구도로복구원인자부담금징수조례
서울특별시 용산구도시계획조례
서울특별시 용산구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

서울특별시 용산구의회에서증인등비용지급에관한규정
서울특별시 용산구주민자치센터설치및운영조례
서울특별시 용산구지명위원회조례
서울특별시 용산구청소년통행금지구역·통행제한구역지정 및운영에관한조례
서울특별시 용산구통·반설치조례

은평구) 4건

서울특별시 은평구의정회설치및육성지원조례
서울특별시 은평구자전거대여소운영조례
서울특별시 은평구주민자치센터설치및운영조례
서울특별시 은평구통·반설치조례

종로구) 15건

서울특별시 종로구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용자동판매기설치계약에
관한조례
서울특별시 종로구공무원직무발명보상조례
서울특별시 종로구규제개혁위원회설치및운영조례
서울특별시 종로구도로복구원인자부담금징수조례
서울특별시 종로구도시계획조례
서울특별시 종로구새마을장학금지급조례
서울특별시 종로구세조례
서울특별시 종로구음식물쓰레기수집·운반및재활용촉진을위한조례
서울특별시 종로구의정회설치및육성지원에관한조례
서울특별시 종로구주민자치센터설치및운영조례
서울특별시 종로구지명위원회조례
서울특별시 종로구청소년통행금지구역·통행제한구역지정 및운영에관한조례
서울특별시 종로구체육시설관리·운영및사용료징수조례
서울특별시 종로구체육시설관리·운영및사용료징수조례시행규칙
서울특별시 종로구통·반설치조례

중구) 11건

- 서울특별시 중구규제개혁위원회설치및운영조례
- 서울특별시 중구사회복지위원회설치및운영조례
- 서울특별시 중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례
- 서울특별시 중구의정회설치및육성지원조례
- 서울특별시 중구의회에서의원등인등비용지급에관한조례
- 서울특별시 중구주민자치센터설치및운영조례
- 서울특별시 중구지명위원회설치및운영조례
- 서울특별시 중구지방공무원인사규칙
- 서울특별시 중구지역보건의료심의위원회설치및운영조례
- 서울특별시 중구청소년통행금지·제한구역지정및운영에관한조례
- 서울특별시 중구통·반설치조례

중랑구) 4건

- 서울특별시 중랑구공중화장실설치및관리조례
- 서울특별시 중랑구사회복지위원회설치및운영조례
- 서울특별시 중랑구의회에서의원등인등비용지급에관한규정
- 서울특별시 중랑구지명위원회조례

2. 부산광역시) 총 검토 조례 및 규칙 수 43건

부산광역시) 15건

- 부산광역시 기장군공중화장실설치및관리조례
- 부산광역시 기장군이장장학금지급조례
- 부산광역시 공공시설내의매점·자동판매기등의설치허가에관한조례
- 부산광역시 공유재산관리조례
- 부산광역시 규제개혁위원회조례
- 부산광역시 도로복구원인자부담금징수조례
- 부산광역시 도시계획조례

부산광역시 영락공원및공원묘지사용조례
부산광역시 유기동물보호에관한조례
부산광역시 의정회설치및육성지원조례
부산광역시 장사등에관한조례
부산광역시 장사등에관한조례시행규칙
부산광역시 지명위원회조례
부산광역시 지방공무원인사규칙
부산광역시 지방공무원 직무발명보상조례

부산광역시 강서구) 1건
부산광역시 강서구공중화장실설치및관리조례

남구) 1건
부산광역시 남구의회에서의원증언감정등에관한조례

동구) 2건
부산광역시 동구주차장설치 및 관리조례
부산광역시 동구청소년통행금지구역통행제한구역지정및운영에관한조례

동래구) 5건
부산광역시 동래구세조례
부산광역시 동래구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례
부산광역시 동래구의회에서의원·감정등에 관한 조례
부산광역시 동래구주민자치센터설치및운영조례
부산광역시 동래구폐기물관리및수수료등에관한조례

부산진구) 1건
부산광역시 부산진구공공인쇄물과시설물이용광고료징수조례

북구) 1건
부산광역시 북구공중화장실설치및관리조례

서구) 3건

부산광역시 서구의회에서의회증인등비용지급에관한조례

부산광역시 서구지명위원회조례

부산광역시 서구청소년통행금지구역등의지정및운영에관한조례

수영구) 1건

부산광역시 수영구공공시설내의매점·자동판매기등의설치허가에관한조례

영도구) 2건

부산광역시 영도구 옥외광고물등 관리조례

부산광역시 영도구주차장설치및관리조례

중구) 6건

부산광역시 중구세조례

부산광역시 중구음식물류폐기물수집·운반및재활용촉진을위한조례

부산광역시 중구의회에서의회증인감정등에관한조례

부산광역시 중구의회에서의회증인등비용지급에관한조례

부산광역시 중구주민자치센터설치및운영조례

부산광역시 중구지명위원회조례

해운대구) 5건

부산광역시 해운대구공중화장실설치및관리조례

부산광역시 해운대구의회에서의회증인등비용지급에관한조례

부산광역시 해운대구자전거대여및대여료징수조례

부산광역시 해운대구주민자치센터설치및운영조례

부산광역시 해운대구청소년통행금지제한구역지정및운영에관한조례

3. 강원도) 총 검토 조례 및 규칙 수 18건

강원도) 4건

강원도남북교류협력기금조례
강원도유기동물보호에관한조례
강원도지방공무원직무발명보상조례
남북강원도교류협력위원회조례

강릉시) 1건

강릉시통·이장자녀장학금지급조례

양구군) 2건

양구군주차장조례
양구군수도급수조례

양양군) 2건

양양군세감면조례
양양군의회의원상해등보상금지급에관한조례

영월군) 1건

영월군세감면조례

원주시) 2건

원주시공공시설내의매점및자동판매기설치허가에관한조례
원주시공설납골당설치및사용조례

인제군) 1건

인제군세조례

철원군) 1건

철원군환경보전지역내지목이대인토지에식품접객업및위락 숙박시설의설치에관한조례

춘천시) 1건
춘천시공설묘원설치 및 운영조례

태백시) 1건
태백시공공시설내매점자동판매기의장애인우선허가조례

홍천군) 1건
홍천군세감면조례

횡성군) 1건
횡성군세감면조례

4. 충청북도) 총 검토 조례 및 규칙 수 24건

충청북도) 3건
충청북도도로복구원인자부담금징수조례
충청북도공유재산관리조례
충청북도유기동물보호조치에관한조례

단양군) 2건
단양군도로복구원인자부담금징수조례
단양군이장자녀장학금지급조례

보은군) 2건
보은군도시계획조례
보은군이장자녀장학금지급조례

옥천군) 1건
옥천군 공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

영동군) 1건

영동군공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

제천시) 2건

제천시자연발생유원지관리조례

제천시지방공무원인사규칙

진천군) 2건

진천군이장자녀장학금지급조례

진천군지방공무원인사규칙

청원군) 1건

청원군공원묘지설치및운영조례

청주시) 6건

청주시공유재산관리조례

청주시도로복구원인자부담금등징수조례

청주시정보공개조례

청주시주민자치센터설치및운영조례

청주시지방공무원 직무발명보상조례

청주시지형공간정보제공에따른사용료및수수료징수조례

충주시) 3건

충주시 주덕농공단지폐수종말처리장운영및비용부담조례

충주시주민자치센터설치및운영조례

충주시지방공무원 직무발명보상조례

진천군) 1건

진천군오수분뇨및축산폐수의처리에관한조례

5. 제주도) 총 검토 조례 및 규칙 수 8건

제주도) 2건

제주도감귤생산및유통에관한조례

제주민속관광타운관리운영조례

남제주군) 1건

남제주군이장자녀학자금지급조례

서귀포시) 2건

서귀포시립해양공원관리조례

서귀포시서북전시관 관람료징수조례

제주시) 3건

제주시공설공원묘지사용조례

제주시수도급수조례

제주시립예술단체설치조례

6. 대구광역시) 총 검토 조례 및 규칙 수 18건

대구광역시) 11건

대구광역시공공시설내의매점및자동판매기설치에관한조례

대구광역시공유재산관리조례

대구광역시공원묘지설치및운영조례

대구광역시규제개혁위원회설치및운영조례

대구광역시도시계획조례

대구광역시수도급수조례

대구광역시유기동물보호조례

대구광역시의정회설립및육성지원조례
대구광역시지방공무원인사규칙
대구광역시지방공무원직무발명보상조례
대구광역시토지구획정리사업환지청산금이자율에관한조례

달서구) 1건
대구광역시 달서구숙박시설건축허가심의에관한조례

북구) 1건
대구광역시 북구주민자치센터설치및운영조례

중구) 5건
대구광역시 중구구세조례
대구광역시 중구구세부과징수규칙
대구광역시 중구주민자치센터설치및운영조례
대구광역시 중구음식물류폐기물수집운반및재활용촉진을위한조례
대구광역시 중구청소년통행금지제한구역지정및운영에관한조례

7. 인천광역시) 총 검토 조례 및 규칙 수 20건

인천광역시) 12건
인천광역시공공시설내의매점및자동판매기등의설치계약에관한조례
인천광역시공유재산관리조례
인천광역시도로복구원인자부담금등징수조례
인천광역시수도급수조례
인천광역시수도급수조례시행규칙
인천광역시유기동물보호에관한조례
인천광역시의정회설치및육성지원조례
인천광역시지방공무원인사규칙

인천광역시지방공무원직무발명보상조례
인천광역시토지구획정리사업시행조례
인천광역시토지구획정리사업청산금사무처리규칙
인천광역시하수도사용조례

남동구) 1건
인천광역시남동구구세조례

동구) 1건
인천광역시동구행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

부평구) 1건
인천광역시부평구공공인쇄물의광고게재및비용에관한조례

서구) 1건
인천광역시서구공공시설내의신문·복권판매대,매점및식음료용자동판매기설치계약에관
한조례

연수구) 1건
인천광역시연수구음식물류폐기물수집운반및재활용촉진을위한조례

옹진군) 1건
옹진군행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

중구) 2건
인천광역시중구주민자치센터설치및운영조례
인천광역시중구행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

8. 광주광역시) 총 검토 조례 및 규칙 수 19건

광주광역시) 9건

광주광역시공공시설내의매점및자동판매기설치허가에관한조례

광주광역시공설묘지등의설치및관리조례

광주광역시공유재산관리조례

광주광역시노인회관설치운영조례

광주광역시도시계획조례

광주광역시도시계획토지구획정리사업청산금징수및교부사무처리규칙

광주광역시수도급수조례

광주광역시지방공무원인사규칙

광주광역시지방공무원직무발명보상조례

광산구) 1건

광주광역시광산구자문법무사운영조례

동구) 1건

광주광역시동구자문법무사운영조례

남구) 3건

광주광역시 남구세조례

광주광역시 남구의회에서증언감정등에관한조례

광주광역시 남구자문법무사운영조례

북구) 2건

광주광역시 북구인쇄물홍보매체광고게재에관한조례

광주광역시 북구자문법무사운영조례

서구) 3건

광주광역시 서구공공발간물이용에 따른 광고게재 사용료 징수조례

광주광역시 서구의회에서증언·감정등에관한조례

광주광역시 서구자문법무사운영조례

9. 대전광역시) 총 검토 조례 및 규칙 수 16건

대전광역시) 6건

대전광역시공공시설내의매점및자동판매기등설치에관한조례

대전광역시공유재산관리조례

대전광역시도시계획조례

대전광역시수도급수조례

대전광역시유기동물보호조례

대전광역시주차장조례

대덕구) 1건

대전광역시대덕구폐기물관리및수수료등의부과징수등에관한조례

서구) 3건

대전광역시서구공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

대전광역시서구공중화장실설치및관리조례

대전광역시서구복수지구토지구획정리사업청산금처리규칙

유성구) 4건

대전광역시유성구공공발간물광고표시에따른사용료징수조례

대전광역시유성구공중화장실설치및관리조례

대전광역시유성구온천수급수조례

대전광역시유성구지방세성실납세자경품지급조례

중구) 2건

대전광역시중구공중화장실설치및관리조례

대전광역시중구의회에서의원.감정등에관한조례

10. 울산광역시) 총 검토 조례 및 규칙 수 9건

울산광역시) 6건

울산광역시공유재산관리조례

울산광역시도로복구원인자부담금징수조례

울산광역시도시계획조례

울산광역시수도급수조례

울산광역시유기동물보호에관한조례

울산광역시지방공무원 직무발명보상조례

동구) 1건

울산광역시동구공중화장실설치및관리조례

중구) 1건

울산광역시중구공중화장실설치및관리조례

울주군) 1건

울산광역시울주군공중화장실설치및관리조례

11. 전라북도) 총 검토 조례 및 규칙 수 23건

전라북도) 2건

전라북도 공무원복무조례

전라북도 지방공무원인사규칙

군산시) 7건

군산시가축사육제한조례

군산시도로복구원인자부담금등징수조례
군산시상수도급수조례
군산시비지정관광지관리조례
군산시시장사용및관리조례
군산시장사등에관한조례
군산시폐기물매립장운영규칙

남원시) 5건
남원시도로무단점용자에대한과태료부과징수조례
남원시도로복구원인자부담금징수조례
남원시발간인쇄물의광고게재에관한조례
남원시시장사용및관리조례
남원시폐기물관련과태료부과징수에관한 조례

부안군) 1건
부안군립도서관설치운영조례

순창군) 1건
순창군비지정관광지관리조례

익산시) 1건
익산시립도서관운영관리조례

장수군) 2건
장수군 공립보육시설의 설치 및 운영조례
장수군비지정관광지관리조례

전주시) 3건
전주시도로복구원인자부담금징수조례
전주시립도서관운영조례
전주시환경미화원운영규칙

정읍시) 1건
정읍시 소하천점용료및사용료징수조례

12. 전라남도) 총 검토 조례 및 규칙 수 29건

전라남도) 3건
전라남도유기동물보호조례
전라남도지정문화재보호조례
전라남도항만시설관리및사용료징수조례

강진군) 1건
강진군 주차장조례

곡성군) 1건
곡성군자원의절약과재활용촉진에관한과태료부과 징수조례

광양시) 4건
광양시도로복구원인자부담금징수조례
광양시의회의원공무국외여행규칙
광양시종교유적발굴및성지조성관리에관한조례
광양시하수도사용조례

구례군) 1건
구례군이장자녀장학금지급조례

나주시) 2건
농특산물에대한나주시장품질인증조례
농특산물에대한나주시장품질인증조례시행규칙

목포시) 4건

목포시도시계획조례

목포시의회에서증인등비용지급에관한규칙

목포시의회에서 증언·감정등에관한조례

목포시지역보건의료심의위원회설치및운영조례

보성군) 2건

보성군 국민건강증진법위반자에대한과태료부과징수조례

보성군주차장조례

순천시) 2건

순천시의회에서증인등비용지급에관한규정

순천시종교유적발굴및성지조성관리에관한조례

신안군) 3건

신안군도로복구원인자부담금및도로손해자부담금징수조례

신안군이장자녀장학금지급규칙

신안군공중화장실설치및관리조례

완도군) 2건

완도군명예군민선정등에관한조례

완도군민의상조례

여수시) 1건

여수시근로자 복지회관설치 및 운영조례

진도군) 1건

진도군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

해남군) 1건

해남군도로복구원인자부담금징수조례

화순군) 1건

화순군공공시설내의자동판매기등설치허가에관한조례

13. 경상북도) 총 검토 조례 및 규칙 수 25건

고령군) 1건

경상북도고령군수도급수조례

군위군) 2건

군위군도로무단점용자에대한과태료부과징수조례시행규칙

군위군장곡자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙

경산시) 1건

경산시하수도사용조례

경주시) 6건

경주시 소하천점용료및사용료징수조례

경주시 실내체육관 사용조례

경주시음반비디오물및게임물에관한수수료징수조례

경주시의회에서의증인등비용지급에관한조례

경주시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙

경주시 통일전 관리 및 관람료 징수조례

구미시) 1건

구미시공공시설내매점사용및자동판매기설치허가에관한조례

김천시) 1건

김천시도시계획조례

봉화군) 1건

봉화군비지정관광지관리조례

상주시) 1건

상주시하수도사용조례

안동시) 2건

안동시자연발생유원지쓰레기수거수수료징수조례

안동시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙

영주시) 2건

영주시자연휴양림입장료및시설사용료징수조례시행규칙

영주시주차장조례

영천시) 1건

영천시의회에서증인등비용지급에관한규정

예천군) 1건

예천군이장자녀장학금지급조례

울진군) 1건

울진군소하천점용료및사용료징수조례

의령군) 1건

의령군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

칠곡군) 2건

칠곡군하수도사용조례

칠곡군이장자녀장학금지급조례

포항시) 1건
포항시 종합경기장 사용조례

14. 경상남도) 총 검토 조례 및 규칙 수 15건

김해시) 1건
김해시숙박업소지도에관한조례

마산시) 4건
마산시도로복구원인자부담금징수조례
마산시립장묘시설설치및관리등에관한조례
마산시통·반설치조례
마산시온천수관리조례

밀양시) 2건
밀양시주차장조례
밀양시지명위원회조례

사천시) 1건
경남 사천시의회에서의증인등비용지급에관한조례

산청군) 2건
산청군도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례
경남 산청군의회에서의증인등비용지급에관한조례

진주시) 1건
진주시견인자동차운영에관한조례

진해시) 1건
진해시 도시계획조례

통영시) 2건
통영시도로복구원인자부담금징수조례
경남 통영시의회에서증인의보호및비용지급에관한조례

함양군) 1건
함양군도로복구원인자부담금및도로손해자부담금징수조례

15. 충청남도) 총 검토 조례 및 규칙 수 13건

충청남도) 3건
충청남도공공시설내의매점및자동판매기등의설치에관한조례
충청남도지방공무원 직무발명보상조례
충청남도지정문화재보호조례

공주시) 1건
공주시발간인쇄물의광고게재에관한조례

당진군) 1건
당진군의회의원상해등보상금지급에관한조례

부여군) 1건
부여군이장자녀장학금지급조례

서천군) 2건
서천군도시계획조례
서천군이장자녀장학금지급조례

연기군) 2건

연기군경로·여성복지회관관리및운영에관한조례

연기군폐기물관리조례

예천군) 1건

예천군온천수급수조례

청양군) 1건

충남 청양군비지정관광지관리조례

홍성군) 1건

충남 홍성군비지정관광지관리조례

16. 경기도) 총 검토 조례 및 규칙 수 46건

경기도) 4건

경기도대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

경기도식품위생법규위반업소공개에관한조례

경기도소방법규위반업소공개에관한조례

경기도의회의원공무국외여행규칙

가평군) 1건

가평군이장자녀장학금지급조례

강화군) 4건

강화군공설묘지설치및운영조례

강화군공유재산관리조례

강화군이장자녀장학금지급조례

강화군행정규제개혁위원회구성및운영에관한조례

과천시) 1건

과천시폐기물관리에관한조례

광명시) 1건

광명시인터넷홈페이지운영조례

구리시) 1건

구리시인터넷홈페이지서비스운영조례

남양주시) 2건

남양주시공설묘지설치운영조례

남양주시지방세성실납세자경품지급조례

부천시) 4건

부천시공중화장실설치및관리조례

부천시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

부천시도시계획조례성남시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

부천시하수도사용조례

성남시) 2건

성남시도시계획조례

성남시소하천점용료및사용료징수조례

수원시) 3건

수원시도시계획곡반정지구토지구획정리사업청산금취급규칙

수원시발명보상조례

수원시인터넷시스템설치및운영에관한조례

안양시) 3건

안양시도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례
안양시인터넷홈페이지운영조례
안양시지방고용직공무원의 임용등에관한 조례

용인시) 3건
용인시건축조례
용인시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례
용인시폐기물관리에관한조례

여주군) 1건
여주군이장자녀장학금지급조례

의왕시) 1건
의왕시지방세성실납세자경품지급조례

의정부시) 4건
의정부시공공시설내의매점및자동판매기설치계약에관한조례
의정부시공공인쇄물의광고게재및비용에관한조례
의정부시공설묘지설치및운영조례
의정부시대기및수질환경보전법규위반업소공개에관한조례

이천시) 1건
이천시도로복구원인자부담금및도로손괴자부담금징수조례

파주시) 2건
파주시소하천점용료및사용료징수조례
파주시지방세성실납세자경품지급조례

평택시) 3건
평택시 의회의원 공무국의 여행규칙
평택시 의회청원 심사규칙

평택시 의회 회의규칙

포천군) 1건

포천군이장자녀장학금지급조례

하남시) 2건

하남시도로복구원인자부담금및도로손해자부담금징수조례

하남시폐기물관리예관한조례

화성군) 2건

화성군도로복구원인자부담금및도로손해자부담금징수조례

화성군하수도사용조례

<참고문헌>

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004
국가인권위원회 『차별 관련 법령 실태조사』, 2003. 9
권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004
김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2004
류지태, 『행정법신론』, 제8판, 신영사, 2004
박일경, 『제5공화국헌법』, 1980
손한기 외, 『사학분쟁조정제도 설치방안에 관한 연구』, 교육인적자원부, 2004
이상돈, 『법철학』, 법문사, 2003
전광석, 『국제사회보장법론』, 법문사, 2002
전광석, 『한국사회보장법론』, 법문사, 2003
전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2004
전광석 외, 『장애인차별금지법 제정연구』, 보건복지부, 2004
조정찬, 『자치입법실무』, 법제처 행정법제국
허영, 『한국헌법론』, 제4판, 박영사, 2004

(2) 논문

- 권영성, 「사회적 기본권의 헌법규범성 -헌법소송적 실현을 위한 시론」, 헌법재판소, 『헌법논총 제2권』, 1991
김선택, 「인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성 -생계보호기준결정 : 헌법재판소 1997.5.29.선고, 94헌마33결정」, 고대법학연구원 『판례연구 제9집』, 1998.2
방승주, 「직업선택의 자유-헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로」, 『헌법논총 제9집』, 1998

- 이덕연, 「우리는 왜 '인간다운 생활을 할 권리'를 헌법에 규정하고 있는가」 헌법판례연구회, 『헌법판례연구(I)』, 1999
- 이준일, 「(원칙)으로서의 기본권과 비례성 (명령)」, 한국공법학회 『공법연구 제28집 제1호』, 1999. 10
- 장영수, 「인간다운 생활을 할 권리의 보호범위와 실현구조」, 미봉 김운용 교수 화갑기념논문집, 『현대공법의 연구』, 1997
- 전광석, 「사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 실현」, 『공법연구 제31집 제1호』, 2002
- 전광석, 「국가와 노동조합: 헌법적 접근」, 『한림법학FORUM 제5권』, 1996
- 전광석, 「사회보장재정에 대한 재정헌법적 분석」, 『강원법학 제11권』, 1999
- 전광석, 「국가배상법상 이른바 이중배상금지원칙의 위헌성」, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000,
- 전광석, 「국민건강보험의 법률관계헌법적 접근의 가능성」, 『의료법학 제2권 제1호』 2001,
- 전광석, 「정보화사회의 헌법구조」, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000
- 전광석, 「군인연금법 제21조 제5항에 대한 한정위헌결정」, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000,
- 전광석, 「요양기관의 지정취소에 대한 위헌결정」, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000
- 전광석, 「혼인과 가족의 보호와 남녀평등권」, 한림대출판부 『사회보장법학』, 1993
- 전광석, 「사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계」, 한국공법학회 『공법연구 제32집 제1호』, 2003
- 전광석, 「동성동본금혼제도의 헌법문제헌법재판소의 결정을 중심으로」, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000
- 전광석, 「노동의 권리의 실현구조 -헌법의 변천과 이론의 형성 및 전개」, 허영박사 화갑기념논문집, 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』
- 정태호, 「원리로서의 사회적 기본권 -알렉시의 원리모델을 중심으로-」, 정경식박사 화갑기념논문집, 『법과 인간의 존엄』, 1997
- 정태호, 「사회적 기본권과 헌법재판소의 판례」, 『헌법논총 제9집』
- 한동섭, 「사회적 기본권의 법적 성격」, 『법정』 1962. 3
- 한상범, 「시민적 기본권과 사회적 기본권」, 『고시계』 1983
- 한수용, 「헌법소송을 통한 사회적 기본권실현의 한계 -법적 권리설로부터의 결별」, 『인권과 정의』 1997. 1

한태연, 「사회적 기본권의 헌법적 과제」, 『헌법과 국민』, 1995
홍성방, 「사회권이란 무엇인가」, 『고시연구』 1994. 2

2. 외국문헌

(1) 단행본

- Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986
Bertram Schulin, *Die Freiheit des Berufs im Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit*, 1989
C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970
C. Schmitt, Nehmen/Teilen/Weiden, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954*, 2. Aufl. 1973
D. Murswiek, § 112 *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in: (Hrsg.) Isensee/Kirchhof, *HdbSR* Bd. V, 1992
D. Suhr, *Überlegungen zur Modifikation eines Grundrechts auf Gesundheit*, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm, *Soziale Grundrechte*, 1981
E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1973
E. Stein, *Staatsrecht*, 15. Aufl., 1995
E.-W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976
E.-W. Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm (Hrsg.). 1981
G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905
Hans-Jürgen Papier, *Zulassungsbeschränkung für Ärzte aus verfassungsrechtlicher Sicht (Verband der privaten Krankenversicherung)*, 1985
H. Huber, *Soziale Verfassungsrechte in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968
H.P. Ipsen, *Über das Grundgesetz*, 1950
J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung*
J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der*

- europäischen Sozialcharta und den UNO-Menschenrechtspakten*, Böckenförde/Jekewitz/Ramm, Soziale Grundrechte, 1981
- Klaus Barwig/Klaus Lörcher/Christoph Schumacher, *Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge*, Nomos, 1985
- K. Lange, *Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen*, in: (Hrsg.) Böckenförde/Jekewitz/Ramm, Soziale Grundrechte, 1981
- K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, 2. Aufl., 1984
- L. Wildhaber, *Soziale Grundrechte*
- M. Kriele, *Freiheit und Gleichheit*, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, 1983
- R. Breuer, *Grundrechte als Anspruchsnorm*, in: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, hg. v. Bachof/Heigl/Redecker
- Rolf Schuler, *Der Einfluss des Europäischen Fürsorgeabkommens auf den sozialhilfe- und aufenthaltsrechtlichen Status der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer*
- R. Scholz, *Das Recht auf Arbeit*, in: hg. v. Böckenförde/Jekewitz/Ramm, Soziale Grundrechte, 1981
- T. Ramm, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm(Hrsg.), Soziale Grundrechte, 1981
- U. Scheuner, *Staatszielbestimmungen*, in: *Festschrift für E.Forsthoff*, 1972
- U. Scheuner, *Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext*, in: FS f. Scupin

(2) 논문

- Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, Der Staat, 1990
- Hans-Jürgen Papier, *Art.12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1984
- H. J. Wipfelder, *Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte*, ZRP 1986

- J. Isensee, *Verfassung ohne soziale Grundrechte*, Der Staat 1980
- J. Lücke, *Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge*, AöR 107, 1982
- P. Badura, *Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Der Staat 1975

ISBN 89 - 90475 - 63 - 5 93360