

● 제316회 ●
서울특별시의회(임시회)
제2차 운영위원회

서울특별시의회 기본 조례 일부개정조례안
검 토 보 고 서

2023. 3. 9.

운 영 위 원 회
수 석 전 문 위 원

[서울특별시의회 기본 조례 일부개정조례안]

I. 조례안 개요

1. 제안자 및 제안경과

- 가. 제안자 : 최재란 의원 대표발의(경기문 의원 등 24명 찬성)
- 나. 제안일 : 2022. 10. 17.
- 다. 회부일 : 2022. 10. 21.
- 라. 의안번호 : 316

2. 제안이유 및 주요내용

가. 제안이유

- 집행기관이 중앙정부에 제출하는 법령 제·개정 건의사항은 시민의 권리·의무 관계에 큰 영향을 미칠 수 있지만 이에 대한 통제나 정보의 공개가 미흡하므로 개선하고자 함.

나. 주요내용

- 시장 및 교육감이 국가기관에 시민의 권리·의무와 직접 관련된 법령의 제·개정을 건의하는 경우 미리 소관 상임위원회에 보고하고 부득이한 사유로 곤란한 경우 사후 지체 없이 보고하도록 함(안 제54조의2제1항).

- 시장 및 교육감이 법령 제·개정 의견을 제출하기 전에 시민의 의견을 수렴·반영하기 위해 노력하도록 함(안 제54조의2제2항).
- 지방공사·공단 및 출자·출연기관이 법령 제·개정을 건의하는 경우 의회가 보고를 요청할 수 있도록 함(안 제54조의2제3항).

3. 참고사항

가. 관계법령 : 「지방자치법」

나. 예산조치 : 해당 없음(비용추계 비대상사유서 참조).

다. 기 타 : 해당 없음.

II. 검토의견 (수석전문위원 이병수)

1 개정안의 개요 및 취지

- 개정안은 시장 및 교육감이 국가기관에 법령 제·개정 등을 건의하는 경우 소관 상임위원회에 미리 보고하도록 하되, 사전 보고가 곤란한 경우에는 지체없이 사후 보고토록 하는 한편,
- 지방공사·공단 및 출자·출연기관의 경우에도 소관 상임위원회에 사전 보고하거나 사전 보고가 곤란한 때에는 의회가 사후에 그 보고를 요청할 수 있도록 함으로써 집행기관에 대한 의회의 견제·감시 기능을 강화하고자 제안되었음.

2 시장·교육감, 지방공사·공단 및 출자·출연기관 등에 대한 보고 의무 신설(안 제54조의2 신설)

- 「헌법」 제117조 제1항과 「지방자치법」 제28조에 의하면, 지방자치단체는 법령의 범위 안, 즉 상위법령에 위반되지 않는 범위에서 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있음.
- 「지방자치법」은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 단체장의 사무집행을 감시·통제할 수 있고 단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있음.
- 따라서, 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로서 단체장의 고유권한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를

제정할 수 있다고 할 것이고(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012추22 판결 참조), 나아가 지방의회가 단체장의 고유권한이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 허용될 수 없다고 할 것임(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결 참조).

- 개정안은 시장 및 교육감이 시민의 권리·의무 또는 시민 생활과 직접 관련된 법령의 제정·개정 또는 폐지에 관해 국가기관에 건의사항을 제출하는 경우 미리 소관 상임위원회에 보고하되, 부득이한 사유로 사전 보고가 곤란한 경우에는 그 의견을 제출한 후 지체없이 보고하도록 규정하고, 지방공사·공단, 출자·출연기관에도 이와 유사한 보고 의무를 신설하고 있음.

제54조의2(법령 제·개정 건의사항의 보고) ① 시장 및 교육감은 시민의 권리·의무 또는 시민생활과 직접 관련된 법령(「행정기본법」 제2조 제1호가목에 따른 법령을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 제정·개정 또는 폐지에 관하여 국가기관에 건의사항을 제출하는 경우 미리 소관 상임위원회에 보고하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 사전 보고가 곤란한 경우에는 그 의견을 제출한 후 지체 없이 보고하여야 한다.

② 시장 및 교육감은 제1항에 따른 법령 제·개정 및 폐지에 관한 건의사항을 제출하기 전에 시민의 의견을 수렴·반영하도록 노력하여야 한다.

③ 의회는 「지방공기업법」에 따른 지방공사·공단 및 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제2조에 따른 출자·출연기관이 제1항과 같은 건의사항을 국가기관에 제출하는 경우 사전에 소관 상임위원회에 보고하거나 부득이한 사유로 사전 보고가 곤란한 경우 사후에 보고하도록 요청할 수 있다.

- 개정안과 같이 특정 사안에 대한 보고의무의 시기와 방법 등을 조례에 명시할 경우 보고체계 정례화를 통한 의회 차원의 대집행기관 견제·감시 기능이 제고될 것으로 기대되는 등 그 취지와 목적은 타당함.

- 나아가, 국가기관에 시민의 권리·의무 또는 시민생활과 직접 관련된 법령의 제정·개정 또는 폐지에 관해 건의사항을 제출하는 것은 단체장에게 전속되는 고유한 권한으로 보기는 어려워 보임.
- 또한 개정안은 집행기관에 대한 사전적으로 통제하는 것을 규정하고 있으나, 행정의 책임성을 담보할 필요가 있고 사전 보고의 경우라도 반드시 소관 상임위원회의 의결이나 의견에 따라야 하는 등 법적 구속이 있는 것은 아니라는 점에서 단체장의 집행권을 본질적으로 침해한다고 보기도 어렵다고 할 것임(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결).
- 다만, 개정안이 법령에 특별한 규정 없이 지방의회(상임위원회) 보고사항을 신설해 집행기관에 대한 새로운 견제 장치를 만드는 것에 해당되는지와 관련하여, 서울특별시의회 입법·법률고문 자문 결과, 상위법에 위배된다는 의견(1명)과 위배되지 않는다(2명)는 상반된 의견을 제시하고 있으며(붙임1 참조), 서울특별시(붙임2 참조)와 서울특별시교육청(붙임3 참조)에서는 상위법에 위배된다는 의견을 제시하고 있으므로 의회 차원의 정책적 판단이 필요함.¹⁾

1) 다만, 동 개정안과 같이 소극적·사후적 차원의 보고의무는 「서울특별시의회 기본 조례」(제50조제7항), 「서울특별시 행정사무의 민간위탁에 관한 조례」(제4조의3제4항), 「서울특별시 서울연구원 운영 및 지원 조례」(제2조제4항) 등 다른 조례에도 상당수 있다는 점을 참고할 필요가 있음.

[붙임1]

서울특별시의회 입법·법률고문 자문의견

구분	자문 의견	비고
A	<p>“시장과 교육감, 지방자치단체 소관기관인 공사·공단, 출자·출연기관이 법령의 제정·개정·폐지 등에 관하여 건의사항을 국가기관에 제출하는 경우 미리(또는 사전에) 소관 상임위원회에 보고하는 의무”는 (1) 이러한 ‘사전보고의무’를 부담지우는 것은 ‘사전규제’에 속하므로 ‘[지방자치법] 제13조 제2항 1. 라. 산하 행정기관 및 단체의 지도·감독’ 사무의 범위 내도 아닐 뿐만 아니라 그 외 지방자치단체의 사무의 범위에 속한다는 법적 근거도 없고, (2) 의무 부과에 관한 사항을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하는데 이와 같은 의무를 정할 법률의 위임도 없으므로, “시장과 교육감, 지방자치단체 소관기관인 공사·공단, 출자·출연기관이 법령의 제정·개정·폐지 등에 관하여 건의사항을 국가기관에 제출하는 경우 미리(또는 사전에) 소관 상임위원회에 보고하는 의무”를 조례로 제정하는 것은 특단의 사정이 없는 한 [지방자치법] 제28조를 위반하게 될 것으로 사료됩니다.</p>	위법
B	<p>① 시장 또는 교육감이 법령의 제정·개정과 관한 의견을 제시하는 행위에 관한 것인바, 이 의견 제시행위가 법령 등에 근거한 지자체장의 고유한 권한이라고 보기 어렵고, ② 위 조례안은 위행위의 행사 여부를 강제하거나 제한하는 것이 아니라, 행위의 사전 또는 사후 보고의 절차만을 규정하고 있기에 그 권한의 ‘침해’가 발생한다고 평가할 수도 없습니다. 따라서 이 사건 조례안 제54조의2 제1항이 “집행기관(단체장)과 의결기관(지방의회)의 권한 분리 및 배분에 따른 한계를 벗어나 위법하게 판단될 여지는 크지 않을 것으로 사료됩니다.</p>	적법
C	<p>시장 및 교육감 등의 소관 상임위원회에 대한 사전동의 또는 사후승인이 아니라 단지 보고의무를 규정하고 있는바, 이는 시민의 권리·의무 관계에 지대한 영향을 미칠 수 있는 사항에 대하여 시장 및 교육감 등의 재량권 일탈·남용 등을 방지하고 그 효율성과 공정성을 담보하기 위한 최소한의 장치로 볼 수 있을 것이고, 시장 및 교육감 등의 권한을 제한 또는 박탈하기 위한 것이 아닌 것으로 보이므로 시장 및 교육감 등의 집행 권한을 본질적으로 침해하는 것은 아니라고 판단됩니다. 따라서 해당 조례개정안은 집행기관과 의결기관을 분리하여 상호 견제와 균형의 유지를 천명한 헌법 및 지방자치법의 취지를 충분히 반영한 것으로 보이므로 상위법 위반의 소지는 없는 것으로 판단됩니다.</p>	적법

【붙임2】

서울특별시(기획담당관) 검토의견

□ 검토의견 : **미상정 또는 보류**

- 본 조례 개정안은 서울시 및 산하기관이 중앙정부에 제출하는 법령 제·개정 건의사항에 대해 의회에 사전 보고하고 시민 의견 수렴·반영하도록 하는 것임
- 상기 개정사항은 조례로서 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것으로, 지방자치단체장의 권한을 사전에 적극적으로 개입하여 제한할 수 있으며, 시급한 법령 제·개정이 필요한 경우 즉각적인 대응 곤란함
- 또한, 법령 제·개정 등 건의는 우리시의 의견을 제출하는 것으로 강제할 수 있는 것이 아니기 때문에 실제 법령의 제·개정 여부를 예측하기 어려워 사전 상임위 보고는 실효성이 낮음
- 아울러, 입법예고를 통해 법령 제·개정시 시민 의견을 수렴·반영하고 있으며, 시의회는 서류제출 요구, 시의 행정사무처리상황 보고 등 기존 견제장치가 있어 조례 개정의 실익이 크지 않음

【붙임3】

서울특별시교육청(행정관리담당관) 검토의견

□ 검토의견 : 삭제

1. 지방자치법 위배 소지

- 지방자치법은 의결기관으로서의 의회의 권한과 집행기관으로서의 단체장의 권한을 분리하여 배분하고 있으며 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있음. 지방의회가 상호 견제와 균형의 범위를 넘어서 법령에 규정이 없는데도 새로운 견제장치를 만드는 것에 대해 다수의 판례에서는 지방의회는 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없다고 판시한 바 있음(대법원 2003. 9. 3. 선고 2003추13판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고, 2001추18 판결 등 참조).
- 또한 지방의회는 집행기관의 고유 권한에 속하는 사항에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐, 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였음(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64판결 등 참조).
- 따라서 금번 조례 개정을 통해 ‘국가기관에 건의사항을 제출하는 경우 미리 소관 상임위원회에 보고’ 하여야 한다는 등의 법령에 규정되어 있지 않은 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권

한을 침해하는 것이며, 지방의회가 집행기관에 대해 사전에 적극적으로 개입하는 것이므로 지방자치법 위배 소지가 있어 삭제되어야 함.

2. 지방교육자치 훼손 우려

- 「지방자치법」 제182조 및 「지방교육자치에 관한 법률」 제42조에서 법률안에 대한 의견을 교육감이 협의체를 통하여 제출할 수 있도록 보장하고 있음에도, 금번 조례 개정안은 집행기관이 법률안에 대한 의견을 국가기관에 제출하는 것에 대해 새로운 견제장치를 만들도록 하여 법률에서 보장하고 있는 교육감의 권한을 침해하는 결과를 초래하고 있음.

- 또한 교육감은 서울시 교육의 집행 주체임에도 불구하고 소극적이고 수동적인 지위에 놓이게 되어 교육의 자주성·전문성과 지방교육의 특수성을 보장하는 지방교육자치법의 입법목적에 위배될 소지가 있음.