

# 독일 지방자치단체 조례제정권의 범위와 한계

한명진 한성대학교 사회과학부 교수

I S S U E P A P E R

# 독일 지방자치단체 조례제정권의 범위와 한계

한명진 한성대학교 사회과학부 교수

I S S U E P A P E R

# Contents

| 자치법제 비교연구 |

23-22-①

## 독일 지방자치단체 조례제정권의 범위와 한계

4	I. 서설
6	II. 독일의 지방행정체계
6	1. 개관
7	2. 지방자치단체의 유형
10	III. 독일 기본법상 연방과 주의 입법권 배분
10	1. 개관
11	2. 연방의 전속적 입법
13	3. 연방과 주의 경합적 입법권
16	IV. 연방과 주 그리고 게마인데 간의 권한 배분
16	1. 연방과 주간의 행정권한 배분 원칙
18	2. 주와 게마인데 및 지방자치단체 영역에서의 입법 및 행정 관할권 배분
20	V. 독일 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계
20	1. 독일 기본법 제28조 제2항의 자치행정의 권리
21	2. 주 기본법 및 주 지방자치법
22	3. 지방자치단체의 조례제정권의 범위
28	4. 지방자치단체 조례제정권의 한계
37	VI. 결어
39	참고문헌



# 서설

우리 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”라고 하여 지방자치단체는 자치입법권을 가짐을 규정하고 있으며, 이때의 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 권한이 ‘조례제정권’이다.

여기서의 ‘법령의 범위안에서’와 관련하여 지방의회의 조례제정권의 범위를 둘러싸고 법률우위 및 법률유보와 관련한 이론적인 논쟁이 계속되고 있으며, 이는 나아가 위 헌법 규정에 근거를 두고 있는 「지방자치법」 제28조 제1항<sup>1</sup> 개정과 우리 지방입법권의 확대 문제와도 결부되어 계속 이슈가 이어오고 있다.<sup>2</sup>

이와 관련하여 독일의 입법례를 살펴봄으로써 우리나라로의 비교법적 시사점을 도출하는 것이 상당히 유의미 하겠다.

물론 연방제 국가인 독일의 경우 연방(Bund)와 주(州, Land) 이외에 하부구조로 광역 지방자치단체인 란트크라이스(Landkreis, 또는 크라이트(Kreis), 군, Kreis, Gemeindeverbände)와 기초 지방자치단체인 게마인데(Gemeinde)로 구성되어 있다는 점에서 우리의 경우와 평면비교하는 것은 자칫 지방자치제도를 이해함에 있어 왜곡의 우려가 있을 수도 있겠지만,

그럼에도 불구하고 독일의 주의 경우에도 국가로서의 성질을 가지는 것 이외에도 전체 연방을 구성하는 분절할 수 있는 지역사단이라는 점에서 독일의 주는 우리의 광역 지방자치단체에 준하여, 독일의 크라이스와 게마인데는 우리의 기초 지방자치단체에 준하여 비교할 수 있을 것이다.

1. 지방자치법 제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

2. 2021. 12. 29. 이원욱의원이 대표발의한 “지방의회법안”은 현행 「지방자치법」이 조례 제정 범위의 한정 등 지방의회와 관련된 문제점을 근본적으로 해소하기에 부족하다는 지적과 함께 지방의회의 기능과 역할에 걸맞은 법률의 필요성이 꾸준히 제기되어 왔으며, 지방의회는 날로 높아지는 위상과 역할에도 불구하고 독립된 법률이 부재한 상황인 것을 지적하며 지방의회의 조직·운영 등을 규정하는 법률을 제정함으로써 지방의회 위상 정립 및 지방의회 독립성 강화를 통해 지방자치와 민주주의 발전에 기여하려는 목적으로 지방의회법안을 발의하였으며 해당 법안 제6조에서는 “의회는 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 함”을 규정하고 있으며, 현재 해당 법안은 제21대 국회(2020~2024)에 계류중임([https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_Y2T1Y1R2L2D3A1S1S3W4O5I3S9W6G4](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y2T1Y1R2L2D3A1S1S3W4O5I3S9W6G4) 최종검색 2023. 8. 11).

연방제 국가인 독일의 입법권에 대해 기본법은 연방과 주에게 배분하고 있으며, 지방자치단체의 입법권은 주의 입법권 규정으로부터 도출되므로 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계에 대한 파악을 위하여 연방과 주 간의 입법권 배분에 대한 논의를 살펴보고 그 전에 독일의 지방행정체계에 대하여 지방자치단체의 유형을 중심으로 살펴볼 것이다.

이러한 논의는 결국 우리나라 헌법 제117조 제1항 및 「지방자치법」 제28조 제1항의 해석과 관련한 문제와 지방자치단체의 조례제정권의 확대 그리고 국회와 지방의회의 관계 재설정에 대한 해답을 제공해줄 것이다.



# 독일의 지방행정체계

## 1. 개관

독일의 행정체계는 연방행정 - 주 행정 - 지방행정 체계로 이루어져있다. 연방-주-지방행정은 각각 기본법 규정에 따라 역할을 배분받고 있는데, 연방행정은 독일 기본법 제86조 규정에 따라 연방에 속한 사무를 수행하며, 주정부는 제84조에 따라 주의 고유행정과 제85조에 따른 연방위탁사무를 수행한다.

우리나라와 가장 다른 점은 독일의 '주'는 입법부·사법부·행정부로 구성된 연방과 다른 또 다른 국가적 기능을 수행하므로<sup>3</sup> 단순한 행정적 구역이 아닌 고유한 국가권력을 갖는 국가이다.<sup>4</sup> 독일은 총 16개의 주가 있으며 이 중 도시주인 베를린, 브레멘, 함부르크를 제외한 13개주가 일반주이다.

한편, 주 정부 안에는 여러 가지의 지방자치단체가 존재한다. 독일의 지방행정체계는 연방정부-주정부-지방자치단체의 3층 구조 속에서 도심지역으로 이루어진 시(Stadt), 농촌지역으로 이루어진 란트크라이스, 도농복합지역으로 구성된 기초지방자치단체인 게마인데로 구성된다.

이때의 시는 게마인데 가운데 일정한 인구 이상을 가진 도시적 단체로서, 일정 인구(예컨대 4-8만) 이상인 경우 시가 자치시(kreisfreie Stadt)이다. 독일에는 106개의 자치시가 있으며 209개의 크라이스와 더불어 총 400개의 지역단체(Gebietskörperschaft)를 구성한다.<sup>5</sup>

게마인데와 란트크라이스 이외에 주는 세 번째 수준의 지방자치단체를 자유롭게 설치할 수 있는데, 예컨대 주민의 수가 1,300만 이상의 자유 주인 바이에른(Bayen) 주의 경우 이 세 번째 수준의 지방자치단체를 '베지르크(Bezirk, 구역)'이라고 하면서 7개의 베지르크에 대해서 베지르크규정(Bezirkordnung)을 통하여 규율하며, 71개의 란트크라이스 대해서는 란트크라이스규정(Landkreisordnung)을 통하여 규율하며, 약 2,000개의 게마인데에 대해서는 게마인

3. 신봉기·최용전, 자치법규 위임법령의 실태분석 및 자치입법권 내실화를 위한 입법적 개선방안에 관한 연구, 2018. 11., 법제처, 38쪽.

4. 김성수, 지방자치단체의 조례제정권 강화에 관한 연구, 부경대학교 박사학위논문, 2011, 71쪽.

5. [https://de.wikipedia.org/wiki/Kreisfreie\\_Stadt](https://de.wikipedia.org/wiki/Kreisfreie_Stadt)(최종검색 2023. 8. 25).

데규정(Gemeindeordnung)을 통하여 규율하고 있다.<sup>6</sup>

이러한 지방자치단체의 유형은 아래 그림과 같다.

### <독일 지방자치단체의 유형>



출처: (사) 지방의회발전연구원<sup>7</sup>

## 2. 지방자치단체의 유형

### (1) 개관

독일의 지방자치단체는 연방, 주와 함께 국가의 구성요소로서 상당한 의미를 가지고 있다. 앞서 살펴보았듯이 지방자치단체는 크게 게마인데의 연합인 란트크라이스와 게마인데로 대별할 수 있다. 후술하겠지만, 기초지방자치단체인 게마인데는 기본법상 규정에 따라 전권한성을 가지고 있는 것에 반하여, 광역자치단체인 란트크라이스는 이에 비하여 한정적 자치권만을 가지고 있다.

6. <https://www.bayern.de/der-freistaat/>(최종검색 2023. 8. 25).

7. [http://www.rilc.re.kr/local/foreign\\_german.php](http://www.rilc.re.kr/local/foreign_german.php)(최종검색 2023. 8. 25).



## (2) 란트크라이스 또는 크라이스(게마인데연합, Gemeindeverbände)

도시 주민 베를린, 브레멘, 함부르크를 제외한 모든 연방 주에서 란트크라이스가 존재하며 여러 도시나 게마인데가 함께 란트크라이스를 구성하기도 한다.

란트크라이스(게마인데연합)는 광역자치단체로서 주의 하위 행정기관으로서 중앙 주와 지방자치단체인 게마인데 사이에 위치한 중간 지방자치단체로서 위치하며 우리나라의 경우 광역지방자치와 견줄만 하다. 게마인데를 보완해주는 행정적 역할을 수행하는 한편, 국가의 하급 행정기관으로서의 지방자치단체이기 때문에 연방과 주의 위임사무도 역할로 수행한다.<sup>8</sup>

이러한 란트크라이스에는 의결기관인 의회(Kreistag), 합의회 행정기관으로서의 지위를 가지고 있는 크라이스위원회(Kreisausschuss)<sup>9</sup>, 집행기관인 장(Landrat) 또는 실질적인 집행기관인 관리인(Oberkreisdirektor) 등이 존재한다.

## (3) 게마인데(Gemeinde)

게마인데는 독일 지방자치행정에 있어서 가장 중요한 역할을 수행하고 있다. 지역의 기초지방자치단체로서 기본법 제28조 제2항 제1문에 따라 게마인데는 법률의 범위 내에서 지역 공동체 안의 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 수하는 바, 이에 따라 광범위한 자치권을 보장받고 있다.

게마인데는 지방행정체계의 가장 중요한 지위를 가진 것에 걸맞게, 가장 광범위한 기능을 수행하고 있다. 지역사회 대부분의 사항을 관할하고 있어 행정서비스의 제1차적 급부의 주체이기도 하다. 예컨대 주민의 교육, 사회, 교통·운수 등 행정적 서비스 영역뿐만 아니라 도로가로·공원 등 각종 시설 건설·유지 및 관리, 토지이용계획과 건축계획 등 도시계획을 다룰 뿐 만 아니라 연방주의 위임사무를 처리하기도 하는 등 국가적 통치기구로서의 역할도 수행하기도 한다.<sup>10</sup>

한편, 기본적으로 지방자치단체 조직인 게마인데는 주에 속한 단체이며 주가 연방법률을 집행하기 때문에, 법률의 집행을 위한 행정관청 및 관련 절차를 규율할 권한은 주에게 부여되며, 연방은 게마인데에 대하여 어떠한 권능도 행사하지 못하나 행정관청의 설치와 행정절차에 대한 법적 규율을 행할 수 있다.<sup>11</sup>

8. 김성수, 앞의 박사학위 논문, 73쪽.

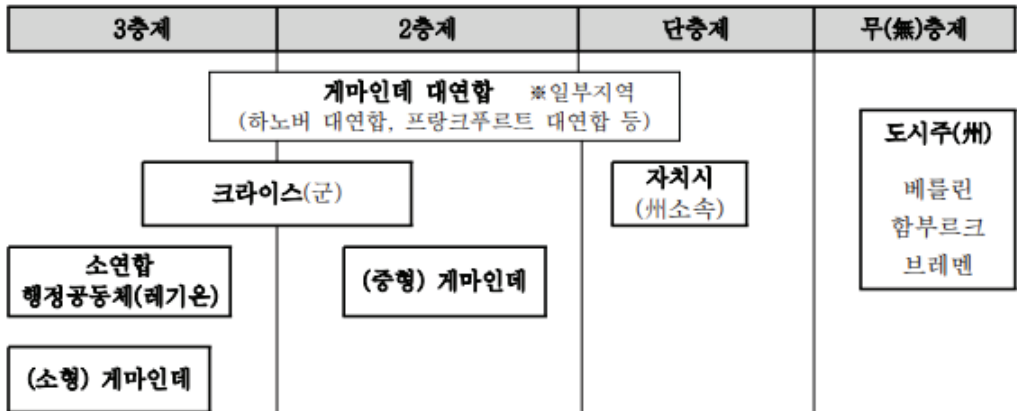
9. 예컨대 헤센 주의 호흐타우누스 크라이스(Hochtaunuskreis)의 크라이스위원회의 경우 의회의 준비 및 특별임무수행에 대한 위원회를 구성하며 12명의 명예위원과 3명의 상근위원으로 구성되어 있다 (<https://www.hochtaunuskreis.de/Politik/Kreisausschuss/>(최종검색 2023. 8. 25)).

10. 김성수, 앞의 박사학위 논문, 74쪽.

11. 김성수, 위의 박사학위 논문, 74쪽.

<독일 지방자치단체의 계층구조>

독일 지방자치단체의 계층구조



출처: 행정체계 개편과 지방자치법제 개선방안<sup>12</sup>

12. 최봉석·옥무석, 행정체계 개편과 지방자치법제 개선방안, 2009, 17쪽.



# 독일 기본법상 연방과 주의 입법권 배분

## 1. 개관

독일의 경우 입법권과 행정권의 배분이 서로 일치하지 않는 모습을 보이고 있다. 독일 기본법(Grundgesetz: GG) 제30조는 “국가의 권한행사와 임무 수행은 기본법이 다른 규정을 두고 있거나 허용하는 경우가 아닌 한 주의 소관사항이다”<sup>13</sup>라고 하면서 권한배분의 기본원칙을 규정하고 있다.

또한 기본법 제70조는 제1항에서 “주는 이 기본법이 연방에 대하여 입법권한을 부여하지 않는 범위 내에서 입법권을 가진다”라고 규정하면서 제2항에서 “연방과 주의 관할권의 범위는 전속적 입법과 경합적 입법에 관한 기본법 규정에 따라 이를 구분한다.”<sup>14</sup>라고 규정하고 있다.

즉 ‘입법권’은 연방정부와 주 정부가 서로 분담하여 행사하며 연방과 주 사이에는 전속적 입법과 경합적 입법이라는 원칙 하에 각각의 입법영역이 지정이 되어 있으며, ‘행정권’의 경우 일차적으로 주 정부가 행사하고 연방정부는 예외적인 경우에 한정하여 직접적으로 행정권을 행사하는 것이다.

이는 기본법상 연방국가원리의 기본원칙을 규정하고 있는 기본법 제30조의 내용이 입법권한 부분에도 그대로 반영된 것으로 이는 ‘원칙과 예외의 관계(Grundsatz – Ausnahme Verhältnis)’로서 연방에 배분되는 입법권한의 대상은 열거되고 그 외에 열거되지 않은 사항들은 주에게 부여된 것이다.<sup>15</sup>

13. 원문: Art 30 Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.

14. 원문: Art 70 (1) Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. (2) Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

15. 홍일선, “독일 기본법상 연방과 주의 입법권한 연구”, 『강원법학』 제45권, 2015, 36~37쪽.

## 2. 연방의 전속적 입법(Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes)

### (1) 기본법 제71조상의 연방의 전속적 입법권

연방의 전속적 입법이란, 연방만이 해당 사항에 대한 법률을 제정할 권한을 가지고 있다는 의미이다.<sup>16</sup> 이에 대해서는 기본법 제71조 및 제73조 등에서 규정하고 있다.

**기본법 제71조** 연방의 전속적 입법의 영역에 있어서 주는 연방법률에 명문으로 위임되어 있을 경우 및 그 범위 내에서만 입법의 권한을 가진다.  
(원문: Im Bereiche der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden.)

즉 기본법 제71조에 따라 주는 연방의 전속적 입법영역에 대해서는 원칙적으로 법률을 제정할 수 없으며 연방법률에 명문으로 주에게 입법을 개별적으로 위임한 경우에만 주법이 제정될 수 있다.

### (2) 기본법 제73조상의 연방의 전속적 입법권

기본법 제73조는 연방의 전속적 입법권의 영역으로서 대외적·국제적 관계에서 연방에 부여되는 임무, 국경을 초월하는 사항, 연방 전체의 안전에 관한 내용, 연방과 주의 협력, 연방의 통일적 규정에 관한 내용 등 연방차원의 국가 전체의 이익과 전체 국민을 위한 연방의 통일적 차원에서의 규정이 필요한 경우를 연방의 입법사항으로 정하고 있다.<sup>17</sup>

기본법 제73조 규정은 다음과 같다.

<sup>16</sup>. Philip Kunig, in: Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar: GG II, 2021, Art. 71 Rn. 1.

<sup>17</sup>. 홍일선, 앞의 논문, 40~41쪽.

### 기본법 제73조

(1) 다음 사항에 관한 입법권은 연방에 전속한다.

1. 외교사무 및 민간인 보호를 포함하는 국방
2. 연방차원의 국적
3. 거주이전의 자유, 여권제도, 등록 및 증명서 제도, 입국과 이민 및 범죄인 인도
4. 통화, 화폐 및 주화제도, 도량형과 표준시
5. 관세구역 및 통상구역의 통일, 통상 및 항해조약, 자유로운 상품거래, 관세 및 국경 보호를 포함한 외국과의 상품교역과 지불거래
- 5a. 독일 문화재의 국외 반출로부터의 보호
6. 항공교통
- 6a. 전부 또는 다수가 연방 재산에 속하는 철도교통(연방철도), 연방철도 철로의 개설, 유지 및 운영, 철로 이용료의 징수
7. 우편제도와 전신제도
8. 연방 및 연방 직속 공법상 단체에 근무하는 자의 법률관계
9. 영업상의 권리 보호, 저작권법 및 출판권
- 9a. 주를 초월하는 위험이 존재하고, 주 경찰청의 관할이 인정되지 않거나 주의 최상급 관청이 인수를 요청할 경우에 연방 형사 경찰청에 의한 국제테러리즘 위험의 방어
10. 다음 영역에서 연방과 주의 협력
  - a) 형사경찰
  - b) 자유민주적 기본질서, 연방 또는 주의 존립과 안전의 보호(헌법수호)
  - c) 폭력을 사용하거나 폭력을 목적으로 하는 준비행위로 독일연방공화국의 대외적 이익을 위협하는 연방영역에서의 기도의 방지, 연방 형사경찰청의 창설 및 국제적인 범죄 퇴치
11. 연방목적의 통계
12. 총포 및 화약법
13. 전상자 및 전사자 유족에 대한 부양 및 전쟁포로의 구호
14. 평화 목적 핵에너지의 생산 및 이용, 이 목적에 이바지하는 시설의 건립과 운영, 핵에너지 방출 시에 또는 전리 방사선에 의하여 일어나는 위험의 방지, 그리고 방사능 물질의 폐기

(2) 제1항 제9a호에 따른 법률은 연방참사원의 동의(Zustimmung des Bundesrates)를 요한다.

### (3) 기타 기본법 규정상의 연방의 전속적 입법권

기본법 제73조 이외에도 다수의 기본법 규정에서 연방의 입법권에 대해 규정하고 있다. 예컨대 연방은 관세(Zölle)와 재정전매(Finanzmonopole)에 관하여 전속적 입법권을 가지고 있다(기본법 제105조 제1항).

또한 기본내용에 대하여 규정하면서 '자세한 내용은 연방법률로 규정하는 형식'을 띠는 기본법 규정도 있다. 예를 들면 다음의 사항들이 있다.

- 양심적 징총거부권을 인정하면서 자세한 내용을 연방법률에 위임한 내용(기본법 제4조 제3항 제2문)
- 정당에 대한 권리의무에 대한 사항을 규정하면서 자세한 내용을 연방법률에 위임한 사항(기본법 제21조 제3항)
- 독일 연방공화국 수도를 베를린으로 규정하면서 자세한 사항은 연방법률에 위임한 사항(제22조 제1항 제3문)
- 유럽연합 입법에 대한 참여에 대한 자세한 사항은 법률로 규정하며(기본법 제23조 제3항) 연방참사원의 동의를 요구되는 법률로 규정되어야 한다는 내용(기본법 제23조 제7항)
- 전쟁수행 무기에 관하여 자세한 사항은 연방법률로 정한다는 내용(기본법 제26조 제2항)

- 국민투표를 통해 연방영역의 재편성을 규정하면서 자세한 내용은 연방법률에 위임한 사항(기본법 제29조 제6항)
- 연방의회의원 선거에 대한 내용을 규정하면서 자세한 것은 연방법률에 위임한 사항(기본법 제41조 제3항) 등이 이에 해당한다.

### 3. 연방과 주의 경합적 입법권(Konkurrirende Gesetzgebung)

연방과 주의 경합적 입법권은 기본법 제72조 및 제74조에서 규정하고 있다. 기본법 제72조는 경합적 입법영역에 있어서는 주는 연방이 법률을 통해 자신의 입법권을 행사하지 않는 한 그리고 그 범위 내에서 입법권을 갖는다고 규정하고 있다.

환언하면, 경합적 입법의 영역에서 연방과 주 모두 입법권을 기본적으로 가지고 있으나, 입법권은 연방이 우선하여 주는 연방이 입법권을 행사하지 않는 경우에만 입법권 행사가 가능한 것이다.

즉 연방법률은 주법률보다 우선적 지위(Vorranggesetzgebung)를 가지며, 주법률을 통해 내용적·시간적 차단효과(Sperrwirkung)를 발생시키는데, 이러한 내용적·시간적 차단효과에 의해 주의회가 입법권을 행사하여 연방의회의 결정과 다른 내용을 규율하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하며, 어느 영역이 이미 연방법률을 통해 규율되는 경우 주의 입법권을 허용되지 아니한다.<sup>18</sup>

기본법 제72조 및 제74조의 구체적인 규정은 다음과 같다.

<sup>18</sup>. P. Badura, Staatsrecht, 7 Aufl., München 2018, F Rn. 19; R. Sannwald, in: B Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H. -G. Henneke, Grundgesetz, 14 Aufl., Köln 2018, Art. 72 Rn. 14; BVerfGE 20, 239(319ff); 36(342(363)); 42, 312(314); 45, 297(345); 67, 299(329) (김동균, “독일 헌법상 입법권 배분의 매커니즘과 그 시사점”, 『지방자치법연구』, 2022, 39쪽에서 재인용).

### 기본법 제72조

- (1) 경합적 입법영역에 있어서 주는 연방이 법률을 통하여 입법권을 행사하고 있지 않은 때에 그 범위 내에서 입법권을 가진다.
- (2) 연방은 제74조 제1항 제4호, 제7호, 제11호, 제13호, 제15호, 제19a호, 제20호, 제22조, 제25호 및 제26호의 영역에서 연방영역에서의 균등한 생활관계의 형성이나 국가 전체의 이익에 있어서 법적 통일과 경제적 통일의 유지를 위하여 연방법률의 규율이 필요한 경우, 그 범위에서 입법권을 가진다.
- (3) 연방이 입법권을 행사한 경우에는 주는 다음 각 호에 관하여 이와 다른 규정을 법률로 정할 수 있다.
  1. 수렵(수렵허가증에 관한 법은 제외)
  2. 자연보호 및 자연 경관 보호(자연보호의 일반원칙, 종 보호 또는 해양 자연 보호법 제외)
  3. 토지분배
  4. 지역개발 계획
  5. 수자원 관리(자원 또는 시설에 관련된 규정 제외)
  6. 대학 입학허가 및 졸업

이러한 영역의 연방법률은 연방참사원의 동의를 얻어 별도로 규정하지 않는 한, 공포 후 6개월이 지나면 효력을 발생한다. 제1문의 영역에서는 연방법과 주 법의 관계는 신법이 구법에 우선한다.

- (4) 제2항에서의 필요성이 더 이상 존재하지 아니하는 연방법률의 규정을 주 법으로 대체할 수 있도록 연방법률로 정할 수 있다.

### 기본법 제74조

- (1) 경합적 입법은 다음 분야를 대상으로 한다.
  1. 민법, 형법, 법원조직, 재판절차(규류집행법 제외), 변호사, 공증인 및 법률상담
  2. 가족관계증명제도
  3. 결사법
  4. 외국인의 체류법 및 정주법
  5. (삭제)
  6. 난민 및 추방자에 관한 사무
  7. 공적 구호(양로원법 제외)
  8. (삭제)
  9. 전쟁 피해 및 복구
  10. 전몰자 묘지와 다른 전쟁 희생자 및 독재정치의 희생자 묘지
  11. 폐점시간, 숙박시설, 오락장, 윤락, 박람회, 전시회, 시장에 관한 법을 제외한 경제(광업, 공업, 에너지산업, 수공업, 영업, 상업, 은행 및 증권거래소 제도 및 사법상의 보험제도)에 관한 법
  12. 기업조직, 노동자 보호 및 직업소개를 포함한 노동법 및 실험보험을 포함한 사회보험
  13. 직업훈련 보조의 규정과 학술적 연구의 진흥
  14. 제73조 및 제74조의 분야에서 문제되는 범위의 공용수용권에 관한 법
  15. 토지, 천연자원 및 생산수단의 공유재산 또는 기타 형태의 공동경제로의 전환
  16. 경제적 권력 지위의 남용예방
  17. 농업 및 임업 생산의 지원(경지정리법 제외), 식량의 확보, 농업 및 임업생산물의 수출입, 원양어업, 연안어업 및 해안보호
  18. 도시계획상의 토지거래, 토지법(도로접근 기여금법 제외) 및 주택보조금법, 구동독 발행채무보조법, 주택건설 보조금법, 광산노동자 주택건설법 및 광부 거주지법
  19. 인간 및 동물에게 공통으로 위험하고 전염성일 질병에 대한 조치, 의사 및 기타 진료 직업, 의료업의 허가 및 약국제도, 약품, 의료기재, 치료제, 마취제 및 독극물에 관한 법
  - 19a. 병원의 경제성 보장과 병원에서의 치료 수가에 관한 규정
  20. 식품의 제조에 이용되는 동물을 포함한 식품에 관한 법, 기호품법, 필수품, 사료, 농업 및 임업의 종자 및 묘목 거래의 보호, 식품의 병충해에 대한 보호 및 동물보호
  21. 원양 및 연안 항해 및 항로표식, 내륙항행, 기상관측소, 해로 및 일반인 통행에 사용되는 내륙수로

22. 도로교통, 자동차 제도, 장거리 교통용 지방도의 건설과 유지 그리고 교통차로 공용도로 이용에 대한 요금 또는 보상의 징수와 배분
23. 산악철도를 제외한 연방철도에 속하지 않는 궤도
24. 쓰레기 처리, 공기정화, 소음방지(행동과 관련된 소음에 대한 보호 제외)
25. 국가배상
26. 인간에 대한 인공수정, 유전정보의 검사와 인공적 변경 및 장기, 조직 및 세포의 이식에 관한 규정
27. 경력, 봉급, 부양을 제외한 주, 지방자치단체 및 기타 공법상의 사단의 공무원 및 법관의 지위에 따른 권리와 의무
28. 수렵제도
29. 자연보호 및 자연경관보호
30. 토지분배
31. 지역개발 계획
32. 수자원 관리
33. 대학 입학허가 및 대학 졸업

(2) 제1항 제25호 및 제26호에 따른 법률은 연방참사원의 동의를 요한다.



# IV

## 연방과 주 그리고 게마인데 간의 권한 배분

### 1. 연방과 주간의 행정권한 배분 원칙

앞서 살펴본 입법권 배분과는 달리, 연방과 주 사이의 행정권한 배분은 근본적으로 다른 양상을 띤다. 기본법 제70조(“제1항: 주는 기본법이 연방에 입법권한을 부여하지 않는 한 입법권을 갖는다. 제2항: 연방과 주 사이의 관할의 획정은 전속적 입법과 경합적 입법에 관한 기본법의 조항에 따라 정해진다”)의 규정에 따라 주가 원칙적으로 입법권을 가지고 있지만 실제 입법권한의 중심은 연방이 가지고 있는 것과는 달리, 행정의 집행에 있어서는 이와 정 반대로 법률의 집행은 주에게 달려있으며,

이는 기본법 제83조(“주는 기본법에서 달리 규정하고 있지 않거나 달리 규정하는 것을 허용하고 있지 아니한 경우에 연방법률을 자신의 고유사무로서 집행한다”<sup>19</sup>)에서 규정된 바와 같이 기본법이 다른 것을 규정하거나 허용하지 않는 한 주가 연방법을 자체사무로서 집행하는 것이다.<sup>20</sup>

즉 연방법의 행정적 구현은 주가 담당하며 또한 주는 자체사무로서의 주 법률의 집행에 대해서도 주가 관할권을 가지고 있게 되는 것인데, 이에 대해 기본법은 주에 의한 연방법률의 집행에 대해 두 가지 유형을 규율하고 있다. 먼저 ① 연방 감독 하에 주의 행정청에 의한 연방법률의 집행인 일반적인 경우의 소위 ‘주의 고유집행(Der landeseigene Vollzug)’과 ② 연방의 지시에 따른 주의 행정청에 의한 연방법률의 집행인 소위 ‘연방위임행정(Die Bundesauftragsverwaltung)’이 있다.

i) 주의 고유집행의 경우, 앞서 살펴본 기본법 제83조 및 제84조에서 보았듯이 연방주가 행하는 행정집행의 일반적인 경우로서 주의 행정청이 연방법의 집행에 책임을 지며 이를 포괄적으로 규제한다는 것을 의미하며, 주는 행정청

19. 원문: Art 83 Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt.

20. Brenner, Die Aufteilung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in der föderativ ausgestalteten Bundesrepublik Deutschland, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 23쪽.

의 설립 및 행정절차의 구성과 인력의 선발 및 교육과 재정집행에도 책임을 가지게 되며, 이에 대한 반대편의 선상에서 연방정부는 주가 연방법을 현행 법률에 따라 제대로 집행하고 있는지에 대한 합법성 감독권을 행사하게 된다.<sup>21</sup>

ii) 연방위임행정(① 기속적 연방위임행정(Die obligatorische Bundesauftragsverwaltung)과 ② 임의적 연방위임행정(Die fakultative Bundesauftragsverwaltung)으로 나뉜다.

① 기속적 연방위임행정의 경우, 전부 또는 일부가 연방에 귀속되는 조세를 주 재정관청이 관리하는 경우에만 행하여지며, 주는 연방의 지시에 따라 기속적으로 행위를 하게 된다(기본법 제108조 제3항 제1문).<sup>22</sup> ② 임의적 연방위임행정은 동의가 필요한 법률에 의해 지시되거나 주의 요청에 의해 인정될 수 있는데, 예컨대 기본법 제87b조 제2항 제1문의 방위와 관련된 연방법은 연방 의회의 승인을 얻어 연방의 지시에 따라 집행될 수 있고, 기본법 제87c조에 따라 핵에너지의 생산 및 사용은 연방이 위임행정을 통해 이루어질 수 있고 기본법 제87조 제2항에 따라 항공교통관리업무도 연방의 위임행정을 통해 이루어질 수 있으며 하나의 주나 다수의 주가 연방수로 관리를 연방위임행정을 통해 이루어질 수 있도록 할 수도 있다(기본법 제89조 제2항 제3문 및 제4문).

iii) 또한 기본법 제87조 제1항 제1문 및 제3항 제2문에 따라 연방은 고유한 행정구조를 갖춘 연방자기행정(Die bundeseigene Verwaltung)을 규율하고 있는데, 외교서비스, 연방재정행정 및 연방 수로 및 항해의 관리 등을 다룬다.

iv) 한편, 연방과 주의 공동사무(Gemeinschaftsaufgaben)가 있다. 주로 행정협력(Verwaltungszusammenarbeit)과도 관련되어 논의되는데, 연방과 주의 행정협력이 가능한 분야는 기본법 제91b조 (교육계획 및 연구진흥) 제1항 “연방과 주는 학문 · 연구 및 강의의 진흥에 있어서 초지 역적 중요성이 있는 경우 협정에 기하여 협조할 수 있다. 주로 대학과 관련된 협정은 모든 주의 동의를 요한다. 이는 대규모 장비를 비롯한 연구용 건물에 대해서는 적용되지 아니한다.”<sup>23</sup>, 기본법 제91c조 제1항 (정보기술적 시스템) “연방과 주는 과제수행에 필요한 정보기술적 시스템에 관한 계획수립 · 설치 및 운영에 있어서 협조할 수 있다.”<sup>24</sup>과 기본법 제91e조 구직자에 대한 기초보장 협력(“연방법률을 집행함에 있어서 연방과 주, 또는 주법상의 관할 구와 구연합은 통상적으로 공동의 시설에서 협조한다.”)<sup>25</sup>

21. Brenner, Die Aufteilung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in der föderativ ausgestalteten Bundesrepublik Deutschland, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 24쪽.

22. 원문: Art 108 Verwalten die Landesfinanzbehörden Steuern, die ganz oder zum Teil dem Bund zufließen, so werden sie im Auftrage des Bundes tätig. Artikel 85 Abs. 3 und 4 gilt mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Bundesregierung der Bundesminister der Finanzen tritt.

23. 원문: Art 91b (1) Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre zusammenwirken. Vereinbarungen, die im Schwerpunkt Hochschulen betreffen, bedürfen der Zustimmung aller Länder. Dies gilt nicht für Vereinbarungen über Forschungsbauten einschließlich Großgeräten.

24. 원문: Art 91c (1) Bund und Länder können bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken.

25. 원문: Art 91e (1) Bei der Ausführung von Bundesgesetzen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende wirken Bund und Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Gemeinden und Gemeindeverbände in der Regel in gemeinsamen Einrichtungen zusammen.

## 2. 주와 게마인데 및 지방자치단체 영역에서의 입법 및 행정 관할권 배분

### (1) 주와 게마인데와의 관계

독일의 지방자치에 있어서는 지역영역에서의 연방주의를 나타내고 있지는 않은데, 이는 국가성(Staatsqualität)을 가지고 있는 주와는 달리 게마인데나 크라이스의 경우 국가성을 가지고 있지 않기 때문에, 주와는 달리 게마인데와 크라이스는 스스로 법률을 제정할 수 없고 국가적 법률(연방과 주가 제정한 연방법이나 주법)의 범위 내에서만 스스로 행정을 집행할 수 있다.<sup>26</sup>

권력분립원칙에 따라 규범 정립은 본래 입법부(즉 연방의회 및 주의회)만이 가능한 바,<sup>27</sup> 행정부가 규범을 정립하는 행위는 법률의 위임행위에 근거하여 이루어질 수 있으며 이는 행정부의 일부에 해당하는 게마인데같은 지방자치단체의 경우에도 동일하게 적용된다.<sup>28</sup>

자치행정의 보장과 이와 결부되어 지역사무를 자체책임하에 수행할 수 있는 게마인데의 권리는 그러한 사무를 조례를 통하여, 즉 지역법(Ortsrecht)을 통하여 규율할 수 있는 권리를 포함하고 있는데, 이러한 활동은 본래적 의미에서의 입법이 아니며, 게마인데의 입법활동은 행정부의 영역에 속하는 권력분립체계에서 이루어지며,

또한 게마인데는 게마인데의 문제를 자율적으로 관리하며, 게마인데는 수행 의무가 있는 의무적인 사무(Pflichtaufgabe)나 자율적으로 수행할 수 있는 자유사무(Freiwillige Aufgabe)를 수행하며, 국가가 게마인데 수준에서의 국가기관을 운영하지 않기 때문에 국가의 임무(staatliche Aufgaben)도 게마인데가 수행하기도 하며, 이러한 경우 게마인데에 의한 행정으로 소위 '위임사무(Auftragsangelegenheiten)'라고 불린다.<sup>29</sup>

### (2) 지방자치단체 영역에서의 관계

란트크라이스와 게마인데, 베지르크 단위의 지방자치단체 영역 모두 일정 권한영역에서 자치규범정립권(Satzungsautonomie)을 가지고 있으며,<sup>30</sup> 모두 개별적으로 법규명령제정권한(Verordnungsermächtigung)을 위임받을 수 있다.<sup>31</sup>

26. Brenner, Die Aufteilung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in der föderativ ausgestalteten Bundesrepublik Deutschland, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 28쪽.

27. BVerfGE 95, 1/15.

28. Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 53쪽.

29. BVerfGE 65, 283/289; 78, 344/348; 120, 82/112.

30. Art. 23 BayGO, Art. 17 BayLKrO, Art. 17 BayBezO.

31. Vgl. Art. 42 Abs. 1 BayLStVG.

다만 이는 모든 게마인데가 온전히 동일한 것은 아닌데, 소규모 게마인데의 경우 행정공동체(Verwaltungsgemeinschaften) 또는 게마인데연합 등을 구성하여 게마인데의 규범정립권한이 그러한 구성단체로 이양될 수도 있으며, 반대로 대도시의 경우 자치시(kreisfrei)가 되어 행정조직적으로 란트크라이스에 속하지는 않지만 그 지위를 부여받게 되며 이에 상응하게 더 광범위한 규범정립권을 보유하게 된다.<sup>32</sup>

32. Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 56쪽.



# 독일 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계

## 1. 독일 기본법 제28조 제2항의 자치행정의 권리

독일 지방자치단체 조례제정의 범위와 한계와 관련한 헌법적 근거는 독일 기본법 제28조 제2항에서 찾을 수 있다.

### 기본법 제28조

- (1) 각 주의 헌법질서는 기본법상의 공화제적, 민주적 및 사회적 법치국가의 원칙에 부합하여야 한다. 주, 크라이스(군), 게마인데(기초지방자치단체)에 있어서는 국민은 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀선거로 선출한 대표자를 가지고 있어야 한다. 크라이스 및 게마인데의 선거에 있어서는 유럽공동체 회원국의 국적을 가진 자도 유럽공동체 법이 정하는 바에 따라 선거권과 피선거권을 가진다. 게마인데에서는 주민총회 선출된 단체를 대리할 수 있다.<sup>33</sup>
- (2) 게마인데에 있어서는 법률의 범위 내에서 지역 공동체 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다. 게마인데연합도 법률상 직무의 범위 내에서 법률이 정하는 바에 따라 자치행정의 권리를 가진다. 자치행정의 보장은 재정적인 자기책임의 원칙도 포함한다. 이 원칙에는 일정한 세율에 대한 권리로서 게마인데에 귀속되는 경제력과 관련된 조세원이 속한다.<sup>34</sup>
- (3) 연방은 주의 헌법질서가 기본권과 제1항 및 제2항의 규정에 부합하도록 보장한다.<sup>35</sup>

33. 원문: Art 28 (1) Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar. In Gemeinden kann an die Stelle einer gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten.

34. 원문: Art 28 (2) Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.

35. 원문: Art 28 (3) Der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten und den

기본법 제28조 제2항 제1문은 “게마인데에 있어서 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 권리를 보장되어야 한다”는 ‘자치행정의 권리’ 보장을 그 내용으로 하고 있다.

한편, 바이마르 헌법 제127조(Artikel 127. ("Weimarer Reichsverfassung") 11. August 1919)는 게마인데와 게마인데조합의 법률의 제한 내에서의 자치권 보장을 규율하면서 <제2본칙부분 - 독일인의 기본권과 기본의무> 부분에서 제1절 개인 다음 부분인 <제2절 공동체생활(Gemeinschaftsleben)>부분에서 다음과 같이 규정하였다.

제127조 게마인데와 게마인데 연합은 법률의 한계 내에서 자치행정의 권리를 가진다(Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze(Die Verfassung des Deutschen Reiches)).

이와 달리 현 독일 기본법 제28조는 기본법 <제2장 연방과 주(Der Bund und die Länder)> 부분에서 규정되고 있다. 이는, 더 이상 지방자치단체가 19세기 입헌주의 헌법상의 지방자치단체의 공동체의 영역에서의 국가와의 대립적인 법적 지위성을 가지지 않는다는 점, 지방자치단체에 대한 자치권 보장이 기본적 인권에 속하지 않는다는 점과 각 주의 자치권 및 입법권이 강화된 것으로 이해된다.<sup>36</sup>

또한 지방자치단체의 헌법상 지위를 규정하고 있는 기본법 제28조 제2항은 제1항의 동일성명령과 달리 입법적 형성을 위한 단순 규범규정(Normative Bestimmung)이 아니라 지방자치단체에 대하여 직접 적용되는 헌법상의 조치 규범(Durchgriffsnorm)으로서, 즉 지방자치단체를 위하여 법적 내용이 없는 단순 프로그램 조항이 아니라 지방자치에 대한 제도적 보장을 규정하고 있는 것이며, 직접적인 효력을 가지는 규범으로서 연방과 주의 입법·행정·사법을 구속하는 효력이 있다.<sup>37</sup>

## 2. 주 기본법 및 주 지방자치법

### (1) 주 기본법

앞서 살펴본 기본법 제28조 제2항의 지방자치단체의 자치행정의 보장은 기본법 이외에도 다수의 주 헌법에서도 찾을 수 있다.<sup>38</sup> 이러한 주 헌법 가운데 도시 주인 베를린, 함부르크를 제외하고 14개 주 헌법이 ‘자치행정의 권리

Bestimmungen der Absätze 1 und 2 entspricht.

36. 김명연, “지방자치행정의 제도적 보장의 의의와 내용 - 독일 기본법 제28조 제2항에 관한 연방헌법재판소 판례의 분석-”, 『공법연구』 제32집 제5호, 2004. 678쪽.

37. 김명연, 위의 논문, 688쪽; 김성수, 위의 박사학위 논문, 75쪽.

38. 예컨대 바덴뷔르템베르크주 기본법(Verf. BW) 제71조-제76조; 바이에른 주 기본법(BayVerf) 제10조-12조, 제83조; 브란덴부르크주

(Rechts der Selbstverwaltung)’를 보장하는 규정을 두고 있다.<sup>39</sup>

특히 기본법 제28조는 이는 주 헌법에 의해 보완되고 확장될 수 있는 최소한의 보장으로 이해되어야 하며, 물론 이 때의 주 헌법은 기본법 제28조 제2항의 강제적 조치규범의 수준 이하의 내용을 규율해서는 아니된다.<sup>40</sup>

## (2) 주 지방자치법

주 기본법상의 지방자치단체에 관한 규정은 주 법률에서 구체화되어 있다. 독일 16개의 주 기본법 중 도시 주인 두 개의 주(베를린, 함부르크)를 제외한 14개 주 중 브레멘주를 제외하고 13개 주에서는 우리의 ‘지방자치법’에 대응하는 법률이 있다. 그러나, 그 입법형태는 우리나라가 취하고 있는 법률(Gesetz)이 아닌, 규칙(Ordnung)의 형태 즉, ‘게마인 데 규칙(Gemeindeordnung)’이나 ‘란트크라이스 규정(Landeskreisordnung)’ 등의 형태를 채택하고 있다.<sup>41</sup>

## 3. 지방자치단체의 조례제정권의 범위

### (1) 게마인데의 전권한성과 게마인데연합의 보충적 역할

앞서 살펴보았듯이 기본법 제28조 제2항은 ① 게마인데에 있어서는 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사무 를 자신의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 함을, 그리고 ② 게마인데연합의 경우에도 법률상 직무의 범위 내에서 법률이 정하는 바에 따라 자치행정의 권리가 있고 있음을 규율하고 있다.

즉 이는 지방자치단체의 종류에 따른 자치권한을 ① ‘법률의 범위 내에서’와 ② ‘법률상 직무의 범위 내에서 법률이 정하는 바에 따라’라고 하는 기준에 따라 구분하고 기초지방자치단체인 게마인데에게는 포괄적으로 객관적인 전권능 성 또는 전권한성(Allzuständigkeit)을, 상급지방자치단체인 게마인데연합에게는 이와는 다른 보충적 역할을 부여할 것임을 명시하고 있는 것이다.

기본법(BbgVerf) 제97조-제99조.; 브레멘 주기본법(BremVerf), 브레머하펜 기본법(Verf. Bremerhaven) 제143조-제149조; 헤센 주 기본법(HessVerf) 제137조 이하; 메클렌부르크포어포메른주 기본법(Verf. MV) 제72조-제75조; 니더작센 주 기본법(NdsVerf) 제57조, 제 58조; 노르트라인-베스트팔렌주(Verf. NW) 기본법 제1조, 제78조, 제79조; 라인란트팔츠 주 기본법(Verf. RP) 제49조, 제50조; 자란트기본법 (SaarlVerf) 제117조-제123조; 작센 주 기본법(SächsVerf) 제82조 제2항 및 제84조-제89조; 작센 안할트 주기본법(Verf. LSA) 제2조 제 3항, 제87조-제90조; 쉘레스비히-홀슈타인 주 기본법(Verf. SH) 제2조, 제46조-제49조; 튀링엔 기본법(ThürVerf.) 제91조-제95조 Art. 91-95 - 함부르크 기본법(HmbVerf) 제4조에 의거, 함부르크에서는 국가사무와 게마인데 사무가 분리되지 않으나, 법률에 따라 하위지역에 위임사무를 자체적으로 실행할 수 있는 행정단일체를 구성할 수 있음.

39. 베를린 헌법 제66조 제2항에서는 “구(Bezirk)sms 자치행정의 원칙에 따라 임무를 수행한다. 구는 규칙적으로 지역의 행정사무를 수행한다” 라고 규정하고 있지만 구는 베를린시의 일부이며 독립된 자치단체는 아님(신봉기·최용전, 자치법규 위임법령의 실태분석 및 자치입법권 내실화를 위한 입법적 개선방안에 관한 연구, 2018. 11., 법제처, 44쪽).

40. Peter J. Tettinger, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung. In: Mann, T.,Püttner, G. (eds) Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis. Springer, Berlin, Heidelberg, 2007, S. 188.

41. 신봉기·최용전, 앞의 보고서, 44쪽.

이러한 기본법 제28조 제2항 규정은 각 주의 지방자치법에서 더욱 구체화되고 있는데, 각 주의 지방자치법은 다른 법률의 규정이 없는 한 지역사무에 대해서는 게마인데가 전권한성을 가짐을 명시적으로 규정하여 지방자치단체의 전권한성과 사무의 범위를 확정하고 있다.<sup>42</sup>

이러한 전권한성은 자치입법권, 자치조직권, 자치행정권, 자치재정권 영역등에서 발현되며 이러한 영역에서의 자치사무에 대하여 지방자치단체는 국가로부터의 지시나 감독을 받지 않고 법률의 범위 내에서 자주적으로 처리하고 이에 대해 책임을 지는 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)를 가지게 된다.<sup>43</sup>

## (2) 지역공동체의 모든 ‘사무’의 범위

기본법 제28조 제2항 제1문에 따라 “게마인데에 있어서 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 권리를 보장되어야”하므로, 게마인데에게는 지역 공동체 영역을 포괄하는 업무영역이 원칙적으로 기본법상으로 주어지게 된다.

여기서의 지역 공동체 사무란 것이 어떤 사무를 말하는 것인지, 또 어디 범위까지 지역공동체 사무로 보아야 할 것인지 등에 대하여 입법자의 구체적인 심사가 이루어져야 할 것이며 이는 질서에 적합한 사무수행의 요청에 따른 객관적인 기준에 따라 행하여져야 하겠지만, 이와 관련하여 당해 사무의 지역 관련성과 그에 대한 중요성의 평가 등에 있어서 입법자에게는 판단의 여지가 주어지고 있다.<sup>44</sup>

이와 관련하여 니더작센 주의 두 게마인데 간의 쓰레기처리에 관한 임무권한이전과 관련하여 1988. 11. 23. 연방헌법재판소 결정을 눈여겨 볼 만 하다. 연방헌법재판소는 제28조 제2항 제1문에 대해 다음과 같이 판시하였다.<sup>45</sup>

42. 김성수, 앞의 학위 논문, 78쪽.

43. 정남철, “조례제정권의 대상 및 규율범위”, 행정판례연구 13집, 2008, 429쪽.

44. 김명연, 앞의 논문, 690쪽.

45. BVerfGE 79, 127.



1. 기본법 제28조 제2항 제1문의 법률유보는 지역 공동체 사안 실행의 종류나 방식 뿐만 아니라, 해당 사안에 대한 게마인데 관할도 포함한다.
2. 게마인데 자치행정의 본질에는 구체적으로 규정된 사무 목록이나 명확한 특성에 따라 결정되는 것은 포함되지 않지만, 법률로 이미 다른 공공행정 주체에게 위임된 사안을 제외한 모든 지역 공동체 사안을 별도의 권한 근거 없이 책임질 수 있는 권한이 포함된다.
3. a) 기본법 제28조 제2항 제1문은 (자치행정) 보장의 핵심 영역 이외에도 게마인데의 지역적 공동체 사안에 대한 헌법상의 분배 원칙을 제시하며, 이는 관할을 분배하는 입법자가 고려해야 할 사항이다. 이 원칙은 크라이스에 대한 크라이스 소속 게마인데에도 적용된다.  
b) 이에 따라 입법자는 게마인데에게 지역적으로 중요한 사안을 공공의 이익을 위한 이유로만 권한을 박탈할 수 있으며, 특히 사안의 정상적인 처리가 보장되지 않을 경우 및 헌법적 권한 분배 원칙인 기본법 제28조 제2항 제1문에 비해 우위를 갖는 사유가 있는 경우에 한하여 가능하다.
4. 기본법 제28조 제2항 제1문에서의 지역 공동체 사안(Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft)이란 사무처리의 필요성과 이익이 지역 공동체 내에서 기인하거나 지역 공동체와 특별한 관계가 있는 사무로서 당해 사무가 게마인데에 있어 인간의 공동생활 및 주거와 관련되어 있기 때문에 게마인데 주민들에게 그 자체로서 공통적인 모든 것이다; 이에 대하여는(지역 공동체의 사안) 게마인데의 행정 능력이 관계없이 적용된다.

즉, 기본법 제28조 제2항 제1문상의 자치행정의 권리에는 법률로 이미 다른 공공행정 주체에게 위임된 사안을 제외한 모든 지역 공동체 사안을 별도의 권한 근거 없이 책임질 수 있는 권한이 포함되며, 이때의 지역 공동체 사안에는 지역 공동체 내에서 기인하거나 지역 공동체의 특유한 유대를 가질 필요와 이익인 것이다.

한편, ‘지역 공동체의 사안’이란 자치법규(Satzungsrecht)로 규율되어야 하는 사항과 게마인데의 행정관할로 되어야 하는 사무로, 지역주민들이 가지고 있는 공통의 사안으로서 그 지역에서 주민들과 공동체적 삶과 관련된 문제로<sup>46</sup> 주로 ‘생존배려 사무(Aufgaben der Daseinsvorsorge)’의 영역으로 예컨대 건축 계획, 지역 대중교통, 에너지 및 수도공급, 하수처리, 교육 및 보육시설 유지, 공공주택건설, 건강 및 사회적 보호, 공공청결유지, 장례 업무 및 소방이 이에 포함된다.<sup>47</sup>

한편, 조례규정이 기본권을 침해하는 경우 법률유보원칙에 따라 특별한 법률적 위임이 필요하게 되는데, 특정 공공 시설의 이용이 기본권과 관련될 수 있는 경우 게마인데 규정 그 자체에서 특별한 조례위임(speziellen Satzungsermächtigung)에 관한 내용을 담고 있는 경우가 있다.<sup>48</sup> 예컨대 이는 지방세법상 지방자치단체의 공과와 지방세징수,<sup>49</sup> 건축법전상 도시건축조례,<sup>50</sup> 주 건축규정상 지역건축규정(특히 건축설계),<sup>51</sup> 도로법과 거리법상 도로법에 따른

46. BVerfGE 79, 127/151 f. Vgl. auch BVerfGE 8, 122/134; 50, 195/201; 52, 95/120; 110, 370/400; 137, 108, Rdnr. 163; 138, 1; Rdnr. 65.

47. Brenner, Die Aufteilung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in der föderativ ausgestalteten Bundesrepublik Deutschland, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 29쪽.

48. Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 56쪽.

49. Art. 2 BayKAG.

50. § 10 Abs. 1 BauGB.

51. Art. 81 BayBO.

특별이용허가,<sup>52</sup> 세법상 토지세 및 영업세의 세율<sup>53</sup> 등 다수의 특별법에서도 찾아볼 수 있다.

따라서 해당 사무가 게마인데에게 보장되는 지역공동체사무인가의 여부를 판단함에 있어 입법자는 지역적 성격이 강한 사무는 본래 게마인데에게 배분되어야 한다는 점을 고려하여야 하며, 게마인데에서 해당 사무를 박탈하는 것은 기본법에서 게마인데에게 부여한 우선의 실체적 사무배분의 원칙을 우월하는 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 허용된다.<sup>54</sup>

문제는 초지역적인 사무의 경우 그 규율주체로서 게마인데가 될 수 있겠느냐이다. 즉 기본적으로 지역적 사무에 대한 규율이 게마인데의 조례제정권의 범위인데, 이러한 지역적 한계를 넘는 초지역적 사무의 경우 게마인데의 권한으로 인정될 수 없느냐가 쟁점이 될 수 있다.

초지역적 사무가 게마인데의 본래의 사무와 충분히 객관적인 관계가 인정되고 그러한 관계가 구체적인 형성으로 발현되는 경우, 게마인데의 지역적 사무의 규율에 있어 초 지역적인 부수적 목적(überörtliche Nebenziele)을 추구하는 것이 허용되기도 한다.<sup>55</sup>

한편, 게마인데연합의 경우는 앞서 살펴보았듯이 게마인데의 경우처럼 전권한적으로 업무가 보장되는 것이 아니라 법률의 규정에 따라 배분되는 바, 헌법상 특정한 업무영역이 보장되지 않는다.

따라서 자기책임성의 보장과 관련하여, 게마인데연합은 일정한 업무를 자치행정사무로서 배분받아야하며 기본법 제28조 제1항 제1문에 따른 게마인데연합에 있어서의 민주주의의 정당성을 고려할 때 그 배분은 상당한 정도의 배분이어야 한다.<sup>56</sup>

### (3) '규율할 권리'

또한 기본법 제28조 제2항 제1문에 따라 게마인데는 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사무를 자신의 책임으로 '규율할 권리'가 보장되어야 한다고 규정하고 있는데, 이때의 '규율할 권리'에는 광의로 해석하여 행정작용도 포함된다고 이해되지만 대표적으로 입법작용으로서 '조례 제정권'을 의미한다.<sup>57</sup>

이때의 '규율할 권리'는 기본법 규정 문언대로 해석하자면, 주가 원칙적으로 규율을 할 것인지, 하지 않을 것인지, 한

52. Art. 22a BayStrWG.

53. § 16 GewStG, § 25 GrStG iVm Art. 2 KAG.

54. 김명연, 앞의 논문, 690쪽.

55. BayVGH BayVBl. 2022, 92; BVerwG BeckRS 2022, 16988 + Waldhoff JuS 2022, 983(Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 58쪽).

56. Harmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14 Aufl., 2002, S. 1307(1046)(김명연, 앞의 논문, 691쪽에서 재인용).

57. Maurer, 2011(구형근, "독일에서의 조례제정권의 한계에 관한 판례와 학설의 동향", 인문사회21, 제13권 제2호, 2022, 1271쪽에서 재인용).

다면 언제 어떻게 할 것인지 등을 자유롭게 결정할 수 있다고 이해될 수 있겠지만, 아래에서 살펴볼 지방자치단체 조례제정권의 한계와 관련하여 '법률의 범위 내에서'라는 문언의 제한을 받게 된다.<sup>58</sup>

#### (4) 조례의 범위

지방자치와 관련한 입법은 주의 전속적 입법사항으로 되어 있는 바, 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 관련된 내용은 모든 각 주의 게마인데 규정이나 크라이스 규정에 위임되어 있다.

이와 관련하여, 지방자치단체가 가지고 있는 자치행정권은 어느 지역에서나 동일한 과정을 거쳐 형성되었고 연방 법률에 기초를 두고 있기 때문에 게마인데의 조례제정권에 대한 각 주의 지방자치법의 규정들 실질적인 차이는 거의 없는 편이다.<sup>59</sup>

한편, 별도의 법률에서 관련 사항이 규정되어 있지 않는 한, 이때의 게마인데 규정이나 크라이스 규정이 모두 각각의 고유사무 처리에 관하여 조례에 의해 정할 수 있다는 내용의 개괄적인 조항을 가지고 있다.

이러한 일반적 개괄조항에 근거하여 지방자치단체의 조례는 이 지방자치단체의 고유사무, 지방적 사무나 또는 훈령에 구속되지 않는 사무만을 대상으로 하고 있는 바, 자치행정사무에 속하지 않는 국가의 사무의 위임사무에 관해서 법률의 특별한 위임이 없는 한 조례의 제정은 허용되지 않는다.<sup>60</sup>

즉 조례를 일반적 개괄조항에 근거하여 여러 사항에 대하여 규정하는 것은 허용되지 않고 연방 또는 주 법률의 특별한 위임이 있는 경우에 한하여 조례제정권이 인정되고 있는 바, 지방자치단체의 독자적인 공해방지조례나 자연환경 공해조례 같은 것은 독일에는 존재할 수 없다.<sup>61</sup>

반면, 법규명령제정권한(Verordnungsermächtigung)은 여러 종류로 존재하는데, 특히 지역적 위험의 방지를 위한 공공의 안전과 질서의 영역이나<sup>62</sup> 수목보호규정(Baumschutzverordnung)과 같은 자연보호법(Naturschutzrechts) 영역, 소음방지규정((Lärmschutzverordnung)같은 임미시음방지법(Immissionsschutzrecht)<sup>63</sup>이나 일요일영업에 대한 규정(Verordnung über verkaufsoffenen Sonntage)같은 경제법상의 영역 등이 그 예인데, 바이에른 주의 경우 이에 대한 일반 절차규정(allgemeine Verfahrensregeln)이 존재하며,<sup>64</sup> 해당 내용은 위임된 범위내에서 제정되고 국가

58. 신봉기·최용진, 앞의 보고서, 43쪽.

59. 김성수, 앞의 박사학위 논문, 76쪽.

60. 김성수, 위의 박사학위 논문, 78쪽.

61. 김성수, 위의 박사학위 논문, 79쪽.

62. Vgl. Art. 16 ff. BayLStVG, zu einer Verordnung zum Schutz vor Gefahren durch eine Menschenansammlung z.B. BayVerfGH vom 29.10.2018 – Vf. 21-VII-17.

63. Art. 42 ff. LStVG.

64. Art. 46, 49 LStVG.

의 합법성 감독만을 받기 때문에 결과적으로 지방자치단체는 상당한 범위의 규범제정권을 가지게 된다.<sup>65</sup>

예컨대 바이로이트 시(Stadt Bayreuth)의 지역법의 경우 인터넷 사이트에 일반행정, 공공안전, 학교, 문화, 복지, 보건 및 청소년 복지, 건설, 자연보호, 공공기관, 경제기업 뿐만 아니라 재정 및 조세분야에서 조례규정이나 법규명령 형식의 지역법이 열거되어 있어 게마인데의 입법사무의 다양성을 엿볼 수 있으며,<sup>66</sup> 이러한 양상은 란트크라이스의 경우에서도 상당히 유사한데, 예컨대 폐기물관리 영역에서의 조례(Satzungen im Bereich der Abfallwirtschaft)<sup>67</sup>나 경관보호규정(Landschaftschutzverordnung)<sup>68</sup>도 제정될 수 있다.<sup>69</sup>

또한 지방자치단체의 조례제정권은 민주적 정당성이 확보된 지방의회에 의해 행사되기 때문에, 의회에 비해 상대적으로 포괄적인 범위에서 행사된다.<sup>70</sup>

한편 지방자치단체에 위임할 사무에 관하여 주 입법부가 자유롭게 결정할 수는 있지만 위임사무의 범위는 주 입법부에 따라 반드시 일치하는 것은 아닌데, 예컨대 경찰(보안경찰, 지구경찰, 형사경찰) 사항에 대하여 몇몇 주에는 크라이스와 특별시 또는 몇 개의 큰 특별시에 위임되어 있는 반면에, 다른 주에서는 주의 직속으로 되어 있기도 하는 바,

독일에서는 지방자치단체의 경찰적·규제적·침해적 성질을 가진 행정사무에 대하여 모두 연방이나 주의 입법권한에 속하는 사항으로 보고, 연방 또는 주의 직속 행정관청이 아니면 지방자치단체에 위임하여 처리하고 있는 것을 원칙으로 하고 있다.<sup>71</sup>

한편, 지방자치단체가 조례로 규율할 수 있는 사항은 매우 다양하다. 이와 관련하여 게마인데 법에서도 명확하게 규정하고 있지는 않다. 앞서 살펴보았듯이 게마인데는 지역사회 서비스 급부 제공의 제1차적 주체이며 주민의 교육, 사회, 교통, 운수, 소방 등 광범위한 서비스 영역에서의 업무를 수행 및 토지이용·건축계획을 책정 및 집행하며 주의 위임사무를 다수 맡아 처리하기도 한다.

또한 조례의 실효성을 확보하기 위하여 지방자치단체가 게마인데법에 근거하여 조례규범의 불이행에 대한 일정한 강제적 조치를 행사할 수 있음을 조례에 규정할 수 있고, 위반사항에 대하여 행정질서벌로 다스리는 것으로 조례의 실

65. Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 69쪽.

66. <https://www.bayreuth.de/rathaus-buergerservice/online-service/verordnungen-satzungen/>(최종검색 2023. 8. 25).

67. <https://www.landkreis-muenchen.de/landratsamt/veroeffentlichungen/bekanntmachungen/satzungen/>(최종검색 2023. 8. 25).

68. <https://www.landkreis-muenchen.de/landratsamt/veroeffentlichungen/bekanntmachungen/verordnungen-und-allgemeinverfuegungen/>(최종검색 2023. 8. 25).

69. Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 58~58쪽.

70. 정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 2018, 한국법제연구원, 82쪽.

71. 김성수, 앞의 박사학위 논문, 79쪽.

효성을 일정부분 확보하고 있다.<sup>72</sup>

## 4. 지방자치단체 조례제정권의 한계

### (1) 조례와 법률과의 관계

조례는 지방자치단체에 의해 제정 및 공포되는 지방의 자주법으로 취급되어 왔다. 따라서 국법의 전체서열 중에서 국가법의 하위에 위치하며 모든 조례는 법률의 내용과 배치되는 것이 허용되지 않는다.<sup>73</sup>

한편, 연방법률이 실제적인 사항을 규율하고 있는 사항에 대하여는 지방자치단체의 조례제정권은 인정되지 않으며, 관련 내용을 보충하거나 강화하는 것 역시 법률의 별도의 위임이 없는 한 허용되지 않는 바, 국가의 법률보다 엄격한 내용으로 규제를 하는 조례 역시 법률상의 특별한 위임 없이는 역시 인정되지 아니한다.<sup>74</sup>

기본법 제31조 역시 “연방법은 주 법에 우선한다(Bundesrecht bricht Landesrecht)”라고 규정하고 있는바, 독일에서는 법률과 조례에 의한 이중기준의 문제가 발생할 여지가 없게 된다.

한편, 이와 관련하여 조례제정권의 민주적 정당성 확보 문제도 살펴볼 만 하다. 독일 기본법 제20조 제2항은 “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의하여 선거와 투표로, 그리고 입법, 행정 및 사법의 특별 기관을 통하여 행사된다”라고 규정하고 있는 바,<sup>75</sup>

국가권력의 주체 또는 주권자는 ‘국민’이라고 할 수 있다. 이에 상응하게 지방자치단체의 ‘주민’도 ‘부분 국민’으로서의 지위를 누리는 바, 지방자치단체는 집행부의 한 부분이므로 따라서 지방자치단체의 결정은 의회의 법률 뿐만 아니라 소속 주민들이 선출한 대표기관인 지방의회가 제정한 조례에도 구속되어야 한다.<sup>76</sup>

또한 집행부의 일부인 지방의회는 지방자치단체의 대표기관으로서, 지방의회의 법제정행위도 행정작용의 하나로 이해되기 때문에 법률유보원칙과 법률우위의 원칙을 준수해야 함은 당연하다.<sup>77</sup>

72. 김성수, 위의 박사학위 논문, 79쪽.

73. 김성수, 위의 박사학위 논문, 76쪽.

74. 김성수, 위의 박사학위 논문, 77쪽.

75. 원문: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

76. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116(119), S. 359(정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 2018, 한국법제연구원, 83쪽에서 재인용).

77. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116(119), S. 359(정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 2018, 한국법제연구원, 83쪽에서 재인용).

## (2) 기본법 제28조 제2항 제1문의 ‘법률의 범위 내에서’

주지하듯이 기본법 제28조 제2항 제1문에 따라 “게마인데에 있어서 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 권리를 보장되어야” 한다.

이때의 ‘법률의 범위 내에서’는, 지방자치단체의 조례제정권의 근거와 관련하여서 법률유보를 의미한다고 이해되고 있으며, 이때 ‘법률’은 의회가 제정한 형식적 의미의 법률 이외에도 법규명령이나 관습법, 기타 그 밖의 법률하위규범도 포함한다.<sup>78</sup>

조례제정권의 범위와 관련하여는 ‘법률의 범위 내에서’는 법률의 우위뿐만 아니라 법률유보의 원칙과도 관련되어 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>79</sup>

기본법 제28조 제2항 제1문의 ‘법률의 범위 내에서’에 관한 해석은 우리 헌법 제117조 제1항에서의 “법령의 범위 안에서”에 대한 해석과 관련하여, 상당히 유의미한 시사점을 제공해 줄 만 하다. 우리의 경우, 법률의 우위만이 인정된다고 보는 경향이 있으므로, 「지방자치법」 제22조 단서 규정의 위헌론과 관련하여 비교법적으로 고찰할만 하다.

독일 기본법의 ‘법률의 범위 내에서’라는 문구가 지방자치단체의 조례제정권의 한계를 지우는 역할을 한다고 해석될 수 있겠으나, 독일의 이론적 상황은 ‘법률의 제정을 통하여 국민의 인권을 국가권력으로부터 보호한다’는 근대입헌주의 원칙에 입각한 태도로 이해할 수 있다.<sup>80</sup>

## (3) 관련 주요 판례 소개

### 1) 개관

지방자치단체의 조례제정권은 법률에서 규정한 사무나 관할의 영역에 제한되는 사항적 한계를 가지며, 그 구성원이나 영조물의 이용자에 국한된다는 인적 한계를 지닌다.<sup>81</sup>

이와 더불어 지방자치단체의 조례제정권은 법률유보의 원칙이 적용이 된다. 즉 기본권을 제한하는 본질적인 사항에 대하여는 입법자가 스스로 결정해야 한다는 본질사항유보설의 제한을 받게된다.<sup>82</sup>

즉 독일 판례는 조례제정에는 법률유보(침해유보)원칙이 적용됨을 일관되게 유지하면서도 그 범위 안에서 다양한

78. Pieroth, Grundgesetz Kommentar, in: Jarass/Pieroth, 10.Aufl., München 2009, Art. 28 Rn. 20(정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 2018, 한국법제연구원, 82쪽에서 재인용).

79. Nierhaus, in: Sachs(Hg.), GG, Art. 28 Rn. 46(정남철, 위의 보고서, 82쪽에서 재인용).

80. 신봉기·최용전, 앞의 보고서, 42쪽.

81. Mauer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., § 4 Rn. 27(정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 2018, 한국법제연구원, 83쪽에서 재인용).

82. Mauer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., § 4 Rn. 27(정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 2018, 한국법제연구원, 83쪽에서 재인용).

이론구성을 채택하고 있는데, 전통적인 법률유보 원칙의 틀 안에서 기본법 제28조 제2항 제1문상의 지방자치단체의 ‘자치행정의 보장’이라는 원칙을 적용하여 보다 현실적으로 사안을 해결하고 있음을 알 수 있다.

아래에서는 이와 관련하여 대표적인 사례에 대해 살펴본다.

## 2) 1972. 5. 9. 전문의(Facharzt) 연방헌법재판소 결정

1972년 5월 9일 연방헌법재판소의 전문의 결정(Facharzt Bechluß)은 이사회(Ärtekammer)의 자치규범인 조례(Satzung)를 대상으로 한 것이긴 하나, 지방자치단체의 조례의 범위와 관련하여서도 상당히 중요한 판례로 이해되고 있다.<sup>83</sup>

노르트라인 이사회 규칙 제39조 제1항 제1문이 “전문의로서 개업하고 있는 자는 원칙적으로 일반의사활동나 또는 일반 신뢰의사활동 (vertrauensärztlichen Tätigkeit: 보험의사를 감독하는 의사로서의 활동)을 할 수 없다”라고 한 규정인,

기본법 제12조 제1항(“모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 직업의 행사는 법률에 의하거나 법률에 근거하여 제한될 수 있다”)에서 보장하고 있는 ‘직업선택의 자유’를 침해하는 것인지가 쟁점으로 다루어졌다.

재판부는 이사회 규칙인 ‘Satzung’에서 규율할 수 있는 사항의 범위와 한계에 대해 다음과 같이 판시하였다.

### <1972. 5. 9. 전문의(Facharzt) 결정><sup>84</sup>

기본법 제12조 제1항은 직업선택의 자유 제한이 직접, 법률에 의해 또는 법률에 근거한 행정명령에 의해서만 행하여져야 한다고 하는 것은 아니다. 그러한 규율은 ‘Satzung’에 의하여도 행사되는 것이 가능하기 때문이다. 단체의 자율(körperschaftliche Autonomie)이라는 사고방식은 기본법의 질서 구조에 일치하는 것이지만, 그의 기초로서 ‘Satzung’의 제정권을 주고, 이를 행사함에 있어서는 일정한 한계를 정하고 있다. 입법자는 입법권한을 온전히 넘겨주어서는 안 되고, 단체조직이 제정하는 규범의 내용을 온전히 포기해서는 아니된다. 이것이 특히 정확하게 들어맞는 것은 자치를 인정하는 것에 의해 단체에 기본권의 침해로 수권하는 것이다. 이러한 경우에 입법자에게는 공공의 이익이 중요하기 때문에, 개인의 자유권을 양보하여야만 하는 것일까에 대해서는 결정을 내려야만 한다. 그리고 입법자는 이 결정의 의무를 마음대로 면할 수 있는 것은 아니다.<sup>85</sup>

83. BVerfGE 33, 125.

84. 신봉기·최용전, 앞의 보고서, 47~49쪽.

85. BVerfGE 33, 125(159).

(중략) 기본법 제12조 제1항은 직업선택의 자유 제한이 직접, 법률에 의해 또는 법률에 “국민이 국가권력을 가장 직접적으로는 스스로가 투표한 국회를 통해서 행사하는 국가에 있어서는, 먼저 국회가 공개의 의사 형성과정에 있어서 다양한 상황에 의하여 대립하는 이익 중에서 헌법에 의해 결정되지 않고 있는 사회의 문제에 대해서 결정을 내리지 않으면 안되는 것이다”라고 하여 의회유보의 법리를 실시하고 있다.<sup>86</sup> 이 법리는, 직업단체에 의한 법제정에도 적용되는 것이지만, 그 이유로서 동 판결은 그것이 초래하는 독특한 위험(spezifische Gefahren), 즉 직업에 종사할 뿐인 자나 직업단체에 속하지 않는 자에게는 직업단체에 의한 법 제정이 단체조직의 과도한 중시 혹은 수축된 단체사상에 유리하게 작용하는 것에 의해, 경직화된 직업 제도에 필요한 개성이나 규제 완화를 할 때 방해가 될 수 있다는 점을 지적하고 있다. 이렇게 해서 “사회집단의 권력에 의해 개인의 자유가 위협되는 위험을 방지하고, 소수자, 그리고 동시에 공공의 이익을 지키는 것은 법률유보의 기능에 속한다.”<sup>87</sup>

(중략) “직업선택의 자유, 나아가서는 구성원이 아닌 자(취업준비생)의 보호에 가치 있는 이익에 영향을 미치는 규율, 즉 ‘독자적’인 사항의 범위를 넘는 규율은 입법자가 스스로 하여야만 한다. (중략) 이에 대하여, 단체의 구성원의 직업활동 자유에만 영향을 미치는 규율에 대해서는 단체의 규범제정을 수권하여도 원칙적으로 문제가 생기지 않는다”

연방헌법재판소는 “사회단체의 힘을 통해 개인의 자유를 위협하는 그러한 위험을 방지하고 소수자의 이익과 동시에 공익을 보호하는 것은 모두 법률유보의 기능에 속한다”고 결정하면서, 자치행정의 권리가 인정되는 단체에 의한 자치규범 정립과 관련하여, 그 규범이 단체의 내부인에게만 미치는지, 외부인에게도 그 영향을 끼치는지의 기준을 정립하고, 외부인에게도 그 영향이 미치는 경우에만 의회유보의 원칙의 적용을 받는다고 판시하였는바 이는 기본법상 인정되는 자치행정의 권리와 의회유보 적용과의 관계를 적절히 설정한 판례라고 할 수 있겠다.<sup>88</sup>

### 3) 뮌헨시 사업 폐기물 관리조례 사건

법률유보와 관련하여 지방자치단체의 조례의 적법성이 문제 된 대표적인 판례로 뮌헨시 사업폐기물 관리에 관한 조례사건이 있다. 해당 사건은 조례의 복수 규정에 대하여 같은 시에서 영업하는 소매업자가 제기한 규범통제소송이 있다.<sup>89</sup>

해당 조례는 폐기물 억제를 목적으로 하였으나 본 소송의 문제가 된 규정은 다음과 같은 내용을 담고 있었다.

시는 일정한 조건 하에서 재사용되지 않는 용기포장을 영업에 사용하는 것을 제한 내지 금지할 수 있다(제3조 제2항)  
 영업자에 대해서는 자신의 비용으로 고객에게 폐기물 처리에 관한 시의 정보를 판매소에 알리는 것을 의무화할 수 있다(제3조 제3항)  
 영업자에 대해서는 포장용기 및 일정한 폐기물을 위한 수집용기를 설치할 것을 의무화할 수 있다(제3조 제4항)

이에 대해 제1심을 담당한 바이에른 행정법원은 1992년 1월 22일 판결에서 원고의 주장을 대부분 인용하고 본 건

86. BVerfGE 33, 125(159 f).

87. BVerfGE 33, 125(159 f).

88. 신봉기·최용전, 앞의 보고서, 49쪽.

89. 신봉기·최용전, 앞의 보고서, 51~52쪽.



조례 규정을 무효로 선언하였다.<sup>90</sup> 이 판결은 본 건 조례의 규정이 기본법 제12조(직업의 자유)를 제한하는 것이며, 기본권의 제한은 그 범위와 한계를 인식할 수 있는 법률의 수권이 있어야만 가능하다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

“기본법 제12조에 대한 제한은 반드시 직업의 자유를 규율하는 법률만으로 행해지는 것은 아니며 이러한 규율은 자치를 인정받는 지방자치단체가 제정한 조례의 형태를 취하는 것도 일정한 범위 내에서 가능하다. 하지만 기본법상 요구되는 것은 조례에 의한 기본권 제한을 가능하게 하는 충분한 법률상 수권의 근거가 존재하여야 하며, 이때 수권의 명확성에 대한 요구는 자유로운 직업활동의 영향을 받는 정도와 당해 활동의 바람직한 모습에 따라 공공의 이익이 영향을 받는 정도에 따라 높아진다. 왜냐하면 어떠한 공공의 이익이 중요하며 이에 따라 개인의 기본권이 양보해야 하는지에 관한 결정은 오로지 국가의 입법자의 책임일 수 밖에 없기 때문이다. 따라서 기본법 제28조 제2항에서 게마인데의 조례제정권에 대한 자치권 보장만으로는 충분하지 않으며, 바이에른주 게마인데 규칙 제23조에서 기본법상 자치행정의 보장을 선언적 의미에서 반복하고 있는 일반적인 조례제정의 자치보장규정 또는 해당 조례의 근거로 볼 수 없다”<sup>91</sup>

제2심 연방행정법원 1992년 9월 7일 확정판결에서도 1심과 마찬가지로 본 건 조례가 무효라는 결론에 도달하였다.<sup>92</sup> 본 건 조례가 기본법 제12조에서 규정하고 있는 직업의 자유를 제약하고 있고, 그 제약은 범위와 한계를 인식할 수 있는 법률에 의해서만 가능한데, 본 건 조례에는 조례를 제정하기 위한 충분한 법률상의 수권 근거가 존재하지 않는다고 본 것이다.

이 사건은 지방자치단체의 일반적인 조례제정권은 개별적인 법적 근거 없이 사인의 기본권, 특히 개인의 자유와 재산을 침해하는 것을 허용하지 않는다는 독일 판례의 전통적 입장으로 인용되고 있는 대표적인 사례 중 하나이다.

#### 4) 로트바이르 카운티 폐기물 관리 조례 사건

바덴뷔르템베르크 행정법원(VGH Baden-Württemberg)은 1992년 12월 15일 판결에서 주의 자치단체인 로트바이르 카운티 란트크라이스(군)의 폐기물관리 조례의 규정을 주거의 불가침을 보장된 기본법 제13조에 위반한다고 해서 무효라고 선언하는 판결을 내린 바 있다.<sup>93</sup>

판시사항은 다음과 같다.

기본법 제13조 제1항의 보호영역에 침범하는 란트크라이스의 폐기물담당자에 대한 출입권은 란트크라이스의 일반적인 조례제정권(규정정립권, allgemeine Satzungsautonomie)만으로는 보호되지 않으며, 명시적인 법적 근거가 필요하다.

원고는 바덴뷔르템베르크 주의 자치단체에 있는 주택의 임차인으로, 동 조례 제7조 제3항의 규정에 대한 규범통제

90. BayVGH 95, 159.

91. 구형근, 앞의 논문, 1273~1274쪽.

92. BVerwGE 90, 359(362).

93. VGH Baden-Württemberg, 15.12.1992 - 10 S 305/92, in: DVBl 1993, 779.

소송을 제기하였다. 동 폐기물 조례(AWS: Abfallwirtschaftssatzung)의 규정은 다음과 같다.

폐기물조례 제7조: 게마인데의 위탁을 받은 자는 본 조례의 규정이 준수되고 있는지 여부를 검사하기 위하여 폐기물이 놓인 토지의 출입을 방해받지 않는다. 그리고 사무소 및 사업소에 대해서도 통상의 영업시간 내지 운영시간에는 동일하다

재판부는 이 판결에서 해당 조례 규정은 기본법 제13조의 주거의 불가침 기본권을 침해하는 것으로서 게마인데의 일반적인 규범정립권(조례제정권 자치)만을 근거로 하여 제정될 수 없고, 법치국가적인 이유로 개별·구체적인 법적 근거를 요하는데, 현재 이와 같은 법률상의 근거는 존재하지 않는 바, 해당 조례 규정을 무효라고 선언하면서 다음과 같은 설명을 부연하였다.<sup>94</sup>

바덴뷔르템베르크 주 게마인데 규칙 제3조 제1항에서 규정하고 있는 일반적인 조례제정권(규범정립권)의 보장은 조례에 의하여 주민의 기본권을 제한하는 수권 규범의 존재만으로 충분하지 않다. 그리고 기본법 제28조 제2항 규정에서도 게마인데가 법률의 근거 없이 기본권을 침해하는 일반적인 권한을 가지는 것을 도출할 수 없다. 더욱이 기본법상의 기본권으로부터 도출된 법률유보의 원칙 하에서는 이러한 경우에도 조례는 기본권 침해의 요건을 명확하게 규정한 법률의 근거를 필요로 한다.<sup>95</sup>

본 판결을 앞서 살펴보았던 뮌헨시 사업 폐기물 관리 조례 사건과 마찬가지로 해당 조례의 내용이 기본권을 제한하는 내용을 포함하고 있는 경우, 기본권 제한과 관련되는 개별적인 법률의 근거가 존재하지 않는다는 이유로 위법하다고 판단하고 있으며, 조례의 제정 근거로서 기본법 제28조 제2항상의 규정이나 각 주의 게마인데 규칙에서의 일반적·개괄적인 조례제정 자치보장 규정만이 존재한다고 명확히 지적하고 있지만,

뮌헨시 사업 폐기물 관리 조례사건에서는 ‘법률에 의한 수권의 명확성은 기본권 및 공공의 이익이 영향을 받는 정도에 따라 높아진다’라는 점을 강조하는 반면에, 로트바이르 카운티 폐기물 관리 조례사건에서는 이러한 점에 대한 지적 없이 원칙적으로 법률적 수권 없이는 단순히 기본권 제한을 포함하는 내용이 있다는 이유로 조례를 무효선언하고 있는 것으로 보인다.<sup>96</sup>

즉 기본권 및 공공의 이익이 영향을 받는 정도에 따라 법률에 의한 수권의 명확성(필요성)의 요구정도가 달라지는 가 그렇지 않은가에 대해서는 일관적인 태도를 보이고 있지 않다고 볼 수도 있겠지만, 게마인데의 조례가 기본권을 제한 내지 침해하는 내용을 규정하고 있는 경우 기본법 제28조 제2항 상의 자치행정의 권리의 보장이나 개별 조례 규정만으로는 이에 대한 기본권 제한 내지 침해는 정당화될 수 없다고 보는 시각은 일관성 있게 보이고 있는 것이다.

94. BadenVG 1959, 019.

95. 구형근, 앞의 논문, 1274~1275쪽.

96. 신봉기·최용진, 앞의 보고서, 54쪽.

## 5) 뉘른베르크시 매장 및 묘지조례사건

뉘른베르크 시가 2009년 4월에 제정·공포한 「매장 및 묘지 조례」 제 28조 제2항은, 설치하는 것이 허용되는 묘지 표지판은 전 공정에 있어서 2000년 11월 19일에 시행된 「최악의 노동 형태의 아동 노동의 금지 및 철폐를 위한 즉각적인 행동에 관한 조약(ILO 조약 제182조)」 착취적인 아동노동을 통해 채석하지 않았음을 증명할 수 있는 묘비만 세울 수 있도록 규율하였다.

원고는 뉘른베르크 시에서 묘지 표지판 조각업자로서, 본 건 조례의 규정이 무효라며 뮌헨 행정재판소에 규범통제 소송을 제기하였고 이에 대해 재판부는 인용판결을 한 후 동 규정을 무효판결하였다. 이후, 2013년 10월 16일 연방 행정법원의 확정판결에서 동 규정이 무효라는 원심의 판단은 그대로 유지되었다.<sup>97</sup>

연방행정법원은 첫째, 본 건 조례의 규정은 기본법 제20조 제3항(“입법은 헌법적 질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다”<sup>98</sup>)의 법치국가원칙으로부터 도출되는 규범의 명확성 및 특정성(Klarheit und Bestimmtheit)의 요청을 침해하고 있다고 지적하면서, 여기서의 규범의 명확성 및 특정성이란 “해석의 여지가 없는 것까지를 요구하는 것은 아니지만, 최소한 당사자가 객관적인 기준에 의해 법 상황을 인식할 수 있으며, 그것에 의해 자신의 행동을 정할 수 있으면 그것으로 충분하다”고 보는 것으로서, 이러한 기준에 의한다면 본 건 조례의 규정은 이러한 명확성 및 특정성의 요청을 충족하고 있지 않은데,

이러한 이유로는 본 건 조례의 규정에 따라 지방자치단체는 묘지 표지판 조각업자가 제출한 증명서류를 가지고 묘지 표지판이 ILO 조약 제182조에 위반하는지 여부를 객관적으로 판단해야하는데 이러한 위반여부는 결국 지방자치단체의 자의적인 판단에 달려있을 수 밖에 없음을 지적하면서, 즉 어떠한 증명서류가 필요한지는 규범의 수신인이 용이하게 인식할 수 있는 경우에만 그러한 명확성 및 특정성의 요구가 충족될 수 있다고 보나, 그러한 요구를 충족시키는 규정은 본 건 존재하지 않는다고 하면서,

둘째, 본 건 조례의 규정이 기본법 제12조 제1항(“모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 갖는다. 직업행사는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다”<sup>99</sup>)의 직업의 자유가 충분히 보장하지 못함을 지적하면서, 본 건 조례규정에 의해 묘지 표지판 조각업자는 ILO 조약 제182호 위반이 없다는 것을 증명할 서류가 필요하지만, 그 조달비용이나 노고는 결국 직업활동의 자유를 제약하는 결과가 되어 기본법 제12조 제1항의 기본권이 제한되는 것이며,

앞서 상술한 뮌헨시 사업 폐기물 관리 조례 사건과 비슷한 맥락에서 이해하여, 기본권이 제약되는 정도에 따라 법률

97. BVerwG Urteil vom 16. 10. 2013, 8 CN 1.12(BVerwG 112, 101).

98. 원문: Art 20 (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

99. 원문: Art 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

에서 조례의 내용·목적·범위에 대해 어느 정도의 명확성과 특정성이 결정이 되어야 하기 때문에, 법률이 조례에 직업의 자유에 대한 제한을 규정할 것을 수권한 경우, 기본적으로 자치조례의 대상과 조례제정의 목적이 의문의 여지없이 이해되어야 하는 등의 명확성이 요구되는 것인 바, 이에 따르면 기본법 제28조 제2항이나 각 주의 게마인데 규칙의 조례제정권을 일반적·개괄적으로 인정하는 규정 등은 명확성과 특정성의 요구를 충족시킨다 할 수 없다고 보았다.<sup>100</sup>

이와 관련한 판시사항은 다음과 같다.

“기본권 제한의 강도에 의해, 법률로써 조례의 내용, 목적, 범위에 대해서 어느 정도의 명확성을 갖추지 않으면 안 되는지가 결정되지만, 조례에는 자치성이 인정되므로 법규명령에 대한 명확성을 요구한 기본법 제80조 제1항 제2문이나 같은 주 헌법의 규정은 적용되지 않는다. 따라서 법률이 조례에 직업의 자유를 제한하는 규정을 하는 것을 수권하는 경우, 연방 기본법상 기본적으로는 자치조례의 대상 및 조례제정의 목적이 의문의 여지 없이 밝혀지지 않으면 안 된다는 범위 내에서만 명확성이 요구되고, 더욱이 직업 활동의 전체상을 중요하게 규정하는 규정도 법률에 유보된다. 이러한 기준을 적용하면, 기본법 제28조 제2항이나 게마인데 규칙의 조례제정권을 개괄적으로 정하고 있는 규정은 명확성의 요구를 충족한다고 볼 수 없다. (중략)

그리고 게마인데의 재산 및 공공시설의 이용 규율에서 인정된 공공시설의 이용을 규율하는 권한, 동 규정 제8조 및 제9조에서 '상세한 것은 조례로써 규정한다'라는 취지의 규정을 두고 있지만, 해당 규정도 명확성의 요건을 충족하고 있다고 보기 어려운데, 이는 이 규정에서는 침해의 요건이나 그 범위나 한계가 분명하지 않기 때문이다. 따라서 기본법 제12조 제1항의 제한을 위한 틀을 주는 것이라고 볼 수 없다.”<sup>101</sup>

셋째, 이 판결은 본 건 조례규정이 기본법 제12조 제1항을 침해함을 지적하면서 이는 비례원칙의 위반이 된다고 판시하였는데, 구체적으로 보면 ILO 조약 제182호에서의 아동 착취적 노동금지라는 본 건 조례의 목적은 정당한 것이라고 할 수 있겠으나, 그러나 본 건 조례에 의한 규율은 직업활동의 중요한 부분을 아동 착취적 노동이 없다는 사실과 결부하여 증명하기를 요구한다는 점에서 묘지 표지판 조각업자에게 과잉 부담을 부과하는 것인바,

예컨대 해외에서 수입한 묘지 표지판의 경우 묘지 표지판 조각업자는 해외에서의 제조과정을 상세히 증명할 수 없을 터인데, 본 건 조례에서 규정하고 있는 것처럼 이에 대한 충분한 증거가 이루어지지 않으면 제출한 증명서가 인정되지 않을 수 있는 위험이 발생할 수 있게 되는 바, 본 판결에서는 법치국가 원칙, 비례의 원칙, 법률수권임여부 등을 기준으로 하여 조례의 위법성에 대한 평가를 하였지만, 이외에도 이에 더하여 직업의 자유에 대한 제한을 조례에 수권하는 법률에 조례의 대상 및 제정의 목적 등이 바로 도출되어야 등의 명확성도 요구하고 있다.<sup>102</sup>

생각건대 앞서 살펴보았듯이 게마인데를 비롯한 지방자치단체의 조례제정권의 범위는 일차적으로 지역적 사무에 한정된다. 그러한 '지역'에 방점을 두어 생각한다면, 국제법상 아동노동을 금지하는 IL협약의 실행은 본래의 지방자치단체의 지역적 사무의 범위를 벗어나는 것으로 볼 수 있겠으나, 묘지 표지판 등 묘비 디자인을 포함한 묘지(Totenbes-

100. 구형근, 앞의 논문, 1276쪽.

101. 신봉기·최용진, 앞의 보고서, 56쪽.

102. 구형근, 앞의 논문, 1276쪽.

tattung)에 관한 규정은 전형적인 자치행정의 영역에 속하므로<sup>103</sup> 아동 노동 착취를 통한 묘비설치를 금지하는 것은 그러한 자치사무를 구체적으로 집행하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.<sup>104</sup>

**103.** 예컨대 바이에른 주 규정 제83조 제1항에서는 게마인데의 효력이 미치는 범위에 대해서 규율하면서 구체적으로 묘지를 비롯하여 여러 영역을 열거하고 있다(구체적으로는 지역 교통 및 도로 및 길 건설; 물, 전기, 가스 및 전기력 공급; 식량 보장 시설; 지역 계획, 주택 건설 및 주택 감독; 지방 경찰; 소방; 지역 문화 보호; 대중 및 직업 교육 및 성인 교육; 후견 제도 및 복지 사업; 지역 보건; 결혼 및 모성 상담 및 유아 보호; 학교 위생 및 청소년 신체 강화; 공공 목욕탕; 묘지; 지역 역사적 기념물 및 건물 보존 등) Art. 83 Abs. 1 BV (Totenbestattung).

**104.** Möstl., Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30, 발제문 59쪽).



## 결어

이상으로 독일 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계에 대해서 독일 기본법 제28조 제2항 제1문을 중심으로 살펴보았다.

독일 기본법 제28조 제2항 제1문은 “게마인데에 있어서는 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사무를 자신의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다.”라고 규정하고 있는데, 이는 독일 기본법의 전통적인 ‘자치행정의 권리’를 보장한 규정이다.

독일 지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계는 한편으로는 자치행정의 보장과 다른한편으로는 규범정립은 본래 전적으로 입법부가 해야한다는 법치주의(권력분립원칙)의 의해 결정지워지게 된다.

지방자치단체의 조례제정권과 관련하여 살펴본 독일 판례들을 검토하면, 지방자치단체의 조례제정에는 법률유보(침해유보)원칙이 적용됨을 일관되게 유지하면서도 그 범위 안에서 다양한 이론구성을 채택하고 있다. 즉 독일 판례는 전통적인 법률유보 원칙의 틀 안에서 기본법 제28조 제2항 제1문상의 지방자치단체의 ‘자치행정의 보장’이라는 원칙을 적용하여 보다 현실적으로 사안을 해결하고 있음을 알 수 있다.

또한 독일 지방자치단체의 조례제정권은 ‘지역 공동체의 모든 사안’을 그 범위로 한다. 그러한 지역공동체의 사안에 대해 연방헌법재판소는 “사무처리의 필요성과 이익이 지역 공동체 내에서 기인하거나 지역 공동체와 특별한 관계가 있는 사무로서 당해 사무가 게마인데에 있어 인간의 공동생활 및 주거와 관련되어 있기 때문에 게마인데 주민들에게 그 자체로서 공통적인 모든 것이다”라고 보았다.

이러한 지방자치단체의 조례제정권은 또한 일정한 한계를 가지고 있는데 이 한계는 행정작용과 같이 행정의 법률적합성, 즉 법률유보와 법률우위의 원칙을 준수하여야 한다는 것이며, 조례의 내용이 기본권을 침해하는 것을 포함하는 경우 단순히 기본법상의 자치행정의 보장 원칙만으로는 부족하고 특별한 법적인 위임이 필요하며 이때 침해의 정도가 강할수록 법률유보(본질성이론)의 법적 위임은 더욱 명확해야 한다는 것이다.

독일 기본법 제28조 제2항 제1문 문언상의 ‘법률의 범위 내에서’의 부분에 대한 검토는, 우리 지방자치법 제28조 제1항(“지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무

부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”)를 둘러싼 위헌성 논란 등의 해결에 있어 유의미한 시사점을 제시할 수 있다.

다만, 독일 기본법 제28조 제2항의 ‘자치행정의 권리’가 여러 공적단체 일반의 자치를 의미하며 독일의 경우 지방자치단체의 조례제정권에 대한 논의 전제로서 조례제정의 성질이 ‘행정’이라고 본다는 점에서, 이러한 검토를 통해 우리나라의 경우에 평면적으로 대입하여 검토하기에는 다소 무리일 수도 있겠다.<sup>105</sup>

그럼에도 불구하고 조례의 수권에 대한 명확성, 즉 조례가 자유와 재산을 침해하거나 침해를 수권하는 경우에도 법률의 근거는 필요하며 이때 기본법 제28조 제2항 제1문의 게마인데의 일반적 조례조항으로는 불충분하다는 점이나 법률이 실제적인 규율을 행하고 있는 사항에 대해서는 지방자치단체의 조례제정권이 배제되며 법률의 개별적 위임없이는 불가능하다는 점 등 조례와 법률과의 관계에 대한 비교법적 시사점은 우리 지방자치단체의 자치입법권이나 조례제정권의 확대 등의 논의에 상당히 유의미하다.

105. 신봉기·최용진, 앞의 보고서, 41쪽.

## 참고문헌

---

- 구형근, “독일에서의 조례제정권의 한계에 관한 판례와 학설의 동향”, 인문사회21, 제13권 제2호, 2022.
- 김동균, “독일 헌법상 입법권 배분의 매커니즘과 그 시사점”, 「지방자치법연구」, 2022.
- 김명연, “지방자치행정의 제도적 보장의 의의와 내용 – 독일 기본법 제28조 제2항에 관한 연방헌법재판소 판례의 분석-”, 「공법연구」 제32집 제5호, 2004.
- 김성수, 지방자치단체의 조례제정권 강화에 관한 연구, 부경대학교 박사학위논문, 2011.
- 신봉기·최용전, 자치법규 위입법령의 실태분석 및 자치입법권 내실화를 위한 입법적 개선방안에 관한 연구, 법제처, 2018.
- 정남철, “조례제정권의 대상 및 규율범위”, 행정판례연구 13집, 2008.
- 정남철, 「주요 외국의 지방자치제도 연구」, 한국법제연구원, 2018.
- 최봉석·옥무석, 행정체계 개편과 지방자치법제 개선방안, (사)한국지방자치법학회, 2009.
- 홍일선, “독일 기본법상 연방과 주의 입법권한 연구”, 「강원법학」 제45권, 2015.
- Harmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14 Aufl., 2002.
- Mauer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl.
- Markus Möstl, Kommunale Normsetzungskompetenzen in Deutschland und ihr Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung in Bund und Ländern, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회, 2023. 05.30.
- P. Badura, Staatsrecht, 7 Aufl, München 2018.
- Peter J. Tettinger, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung. In: Mann, T.,Püttner, G. (eds) Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis. Springer, Berlin, Heidelberg, 2007.
- Philip Kunig, in: Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar: GG II. 2021.
- Pieroth, Grundgesetz Kommentar, in: Jarass/Pieroth, 10.Aufl., München 2009.
- R. Sannwald, in: B Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H. -G. Henneke, Grundgesetz, 14 Aufl., Köln 2018.
- Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116
- Michael Brenner,, Die Aufteilung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in der föderativ ausgestalteten Bundesrepublik Deutschland, 한국법제연구원-행정법과 법치주의 학회 공동국제학술대회 발제문, 2023. 05. 30



[http://www.rilc.re.kr/local/foreign\\_german.php](http://www.rilc.re.kr/local/foreign_german.php)

[https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_Y2T1Y1R2L2D3A1S1S3W4O5I3S9W6G4](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y2T1Y1R2L2D3A1S1S3W4O5I3S9W6G4)

<https://www.hochtaunuskreis.de/Politik/Kreisausschuss>

[https://www.bayreuth.de/rathaus-buergerservice/online-service/verordnungen-satzungen/.](https://www.bayreuth.de/rathaus-buergerservice/online-service/verordnungen-satzungen/)

<https://www.landkreis-muenchen.de/landratsamt/veroeffentlichungen/bekanntmachungen/satzungen/>

<https://www.landkreis-muenchen.de/landratsamt/veroeffentlichungen/bekanntmachungen/verordnungen-und-allgemeinverfuegungen>



자치법제 비교연구 | 23-22-①

## 독일 지방자치단체 조례제정권의 범위와 한계

발행일 2023년 9월 11일

발행인 한영수

발행처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15 (반곡동, 한국법제연구원)

T. 044-961-0300 | F. 044-868-9913

등록번호 1981. 8. 11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

- 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載을 禁함.
- 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

# 독일 지방자치단체 조례제정권의 범위와 한계



발행일 2023년 9월 11일 | 발행인 한영수 | 발행처 한국법제연구원(www.klri.re.kr)  
주소 30147 세종특별자치시 국책연구원로15 한국법제연구원 자치·재정법제팀  
TEL (044) 861-0300 FAX (044) 868-9915



ISBN 979-11-92875-82-8