碩士學位論文

濟州特別自治道議會의
條例制定限界와 對應方案

濟州大學校 行政大學院

行政學科 一般行政 專攻

康 萬 一

2008 年 2 月

濟州特別自治道議會의
條例制定限界와 對應方案

指導敎授 : 姜 東 植

康 萬 一

이 論文을 行政學 碩士學位 論文으로 提出함

2008年 2月

康萬一의 行政學科 一般行政 專攻 碩士學位 論文을
認准함

審査委員長 _____印___
委 員 _____印___
委 員_____印___

濟州大學校 行政大學院

2008年 2月

요 약

제주특별자치도의회의 조례제정한계와 대응방안

강 만 일

지도교수 : 강 동 식

지난 30여 년간 유보되었던 우리나라의 지방자치가 1991년 지방의회 구성에 이어 1995년 지방자치단체의 장을 선출함으로써 실질적인 지방자치의 원년을 맞게 되었으며 참여정부가 야심 차게 2006년 7월 1일부터 제주특별자치도를 출범시켰다. 그러나 제주특별자치도가 특별법에 따라 상당한 범위의 자치권을 보장받고 있다고는 하나 전국적 형평성 논리의 잣대로 판단하여 다른 지방자치단체와 다를 게 없는 너무나 많은 제약으로 '특별함이 없는 특별자치도'라는 비판을 받는 결과를 초래하고 있다.

본 연구는 자치권의 주요핵심인 조례제정권에 대하여 법·제도적 측면, 운영적인 측면의 분석틀로 접근하여 법이론 및 선행연구의 검토와 실제 조례제정과정에서의 사례들을 분석하고 운영적인측면에서 의원들과 의회직원들의 조례제정역량과 조례제정과정에서의 주민참여의 문제를 살펴 대응방안을 모색함으로써 합리적인 조례제정방안을 제시하고자 하였으며 연구의 결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 지방자치의 전권한성 측면에서 볼 때 헌법이 보장한 조례제정의 범위를 제한하고 있는 지방자치법 제15조 단서는 위헌이며 지방자치의 발전을 위하여 삭제되어야 한다.

둘째, 특별법과 같은 positive 입법방식은 법적안정성을 해할 수 있다는 것을 알 수 있으며 지방자치법 제15조 단서 규정은 단기적 해결이 어려우므로 특별법에 본 조항의 배제규정을 도입하여 특례를 두는 것이 좀더 효율적이라 하겠다.

셋째, 국가는 사무의 개별위임방식을 바꿔 위임이 아닌 이양하여야 하며 또한 포괄적 이양이어야 한다.

넷째, 의결기관과 집행기관 간 권한이 평형을 이루도록 하고 지방의회가 전문성을 갖출 수 있도록 인력과 재정이 보강되어야 하며 또한 지방의회의원의 입법역량과 의회사무처 직원들이 능력강화를 위한 자구 노력을 확대해야 한다.

다섯째, 조례제정과정에서의 주민참여는 매우 고무적인 일로써 적극적으로 참여의 기회를 늘리려는 노력을 강화해야 할 것이다.

자치입법권을 확립하기 까지는 여러 가지 한계가 많지만 피나는 노력과 시간을 투자하여야만 할 것이다. 중앙정부는 분권의지를 확실하게 보여 주어야 하며 지방정부 특히 지방의회는 분권된 자치입법권을 합리적으로 행사할 수 있는 역량의 축적이 필요하다고 할 것이다.

<제목 차례>

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 2

제2장 조례제정에 관한 일반이론 ····· 5

제1절 조례제정의 범위와 한계 ····· 5
제2절 제주특별자치도의회의 조례제정범위 ····· 9
제3절 연구의 분석틀 ····· 16

제3장 제주특별자치도의회의 조례제정 사례분석 ····· 18

제1절 제정사례 선정사유 ····· 18
제2절 유형별 제정사례 분석 ····· 18
[사례 1] 「제주특별자치도 학교시설의 실내공기질 관리를 위한 조례(안)」 · 18
[사례 2] 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례」 ····· 20
[사례 3] 「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례」 ····· 20
[사례 4] 「제주도 주요업무 자체평가에 관한 조례」 ····· 29
[사례 5] 「제주특별자치도 주민참여 기본조례」 ····· 36

제4장 제주특별자치도의회의 조례제정한계 ····· 38

제1절 법령우위의 원칙과 법률선점론 ····· 38
제2절 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조 단서 ····· 42
제3절 사무의 규율범위와 특별법에 따른 위임조례 ····· 44

제4절 기관구성형태와 권한배분의 원칙 ····· 50
제5절 주민참여의 보장 ····· 54

제5장 조례제정한계에 대한 제주특별자치도의회의 대응방안 ····· 57

제1절 제도의 개선 ····· 57
제2절 의원의 전문성 확보 ····· 60
제3절 의회사무처 직원의 전문성 확보 ····· 66

제6장 결 론 ····· 71

참고문헌 ····· 74

Abstract ····· 79

<표 차례>

<표 1> 제주도 행정계층구조 개편과정 ····· 11
<표 2> 특별법에서 고도의 자치권 보장과 관련한 주요내용 ····· 12
<표 3> 권한이양 및 도 조례 위임 사무목록 ····· 14
<표 4> 지방정부구성의 네 가지 유형 ····· 50
<표 5> 법률과 조례의 관계 ····· 57
<표 6> 제주특별자치도의회 정례의정포럼 추진실적 ····· 62
<표 7> 제주특별자치도의회 의원연구모임 현황 ····· 64
<표 8> 전국광역의회 입법정책담당부서 현황 ····· 69

<그림 차례>

<그림 1> 연구의 흐름도 ····· 4
<그림 2> 연구의 분석틀 ····· 17

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

지난 30여 년간 유보되었던 우리나라의 지방자치가 1991년 지방의회 구성에 이어 1995년 지방자치단체의 장을 선거함으로써 실질적인 지방자치의 원년을 맞게 되었다. 지방자치의 부활은 60년대에서 80년대에 이르기까지의 권위주의적 정치체제 속에서 억눌려 온 국민들의 참여 욕구가 분출되면서 권위주의 체제가 더 이상 지탱되지 못하고 중앙정치 뿐만 아니라 지방행정을 비롯한 우리 사회 전반에 민주주의적 제도와 가치가 확고히 뿌리내리게 되었음을 의미한다.

지방자치 부활의 의미를 단순히 정치적 민주주의의 측면에서만 보는 것보다 오히려 60~90년대를 거치면서 진행된 우리 사회의 급속한 산업화와 다원화·전문화, 그리고 정보화와 세계화의 추세에 부응하기 위하여 종래의 「중앙집권적 국가관리 체제」에서 「지방분권적 체제」로 전환하여 지방의 다양성과 창의성을 살려 지방의 활력을 극대화 시켜서 국가 전체의 경쟁력을 높인다는 국가 발전 전략적 측면에서 더 큰 의미가 있다.[1)]

우리나라는 제헌헌법부터 현행 헌법에 이르기까지 지방자치제도를 국가의 기본적 제도임을 명시하고 있다. 현행 헌법 제117조에서도 지방자치제도를 헌법적으로 보장하면서 자치권의 보장과 지방자치단체의 종류의 법정주의를 규정하고 있다.

그러나 오랜 기간 동안 정치·경제·사회·문화 등 모든 분야를 지배해 온 중앙집권주의의 영향은 그 뿌리가 깊어 지방자치단체는 그 책임과 권한으로 자치사무를 수행하는 것보다는 중앙행정기관의 국가사무를 위임받아 수행하는 국가의 일선행정기관으로서의 기능을 많이 하고 있는 것이 엄연한 현실이다.[2)]

---

1) 지방혁신인력개발원, 「지방자치제도」, 2007, p.7

2) 김기표, "지방분권의 실현과 법제 지원", 「지방분권을 위한 입법과제」, (서울: 법제처, 2003), p.3

그러나 참여정부가 지방분권을 핵심 정책과제로 내세우며 분권에 관한 관심과 의지를 보여 지방분권의 시험대라 할 수 있는 제주특별자치도(이하 “제주자치도”라 한다)를 2006년 7월 1일부터 출범시킴으로써 지방분권화가 가시적으로 추진되고 있다고 할 수 있다. 이러한 지방분권의 모델이 될 제주자치도는 자치조직과 인사권 및 자치재정권 등 자치권을 강화하며, 교육자치제도의 개선과 자치경찰제의 도입을 통하여 실질적인 지방자치를 보장함으로써 선진적인 지방분권모델을 구축하려는 것이다.[3)]

참여정부의 이상적 분권모델의 선도지역이라는 점에서 제주자치도는 그 설치만으로도 이미 우리나라 지방자치제도 역사에 크게 자리매김했다고 볼 수 있다. 앞으로 제주자치도의 일거수일투족이 다른 지방자치단체의 모델이 될 것이다. 이러한 막중한 책무를 띠고 출범한 제주자치도는 집행부 못지않게 제주특별자치도의회의 역할도 그 어느 때보다 중요하다. 본 논문에서는 분권실험의 한가운데에서 제주특별자치도의회가 담당하게 될 자치입법권의 행사에 관하여 현행 법령체계와 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(이하 “특별법”이라 한다) 아래에서 제주자치도의 자치입법권한이 실제로 어느 정도 확대되었는지, 제주자치도에서도 여전히 조례제정권의 한계가 있는지, 한계가 있다면 그 원인은 무엇이고 그에 따른 대응방안은 무엇인지에 관하여 논하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 연구는 지방의회가 합리적인 조례를 제정하는 방안을 제시하기 위한 것으로 지방분권의 선도모델인 제주특별자치도의회(이하 “도의회”라 한다)를 중심으로 살펴본다. 따라서 조례 안 중에서 제주자치도지사가 발의하는 조례 안은 제외하고 도의회의원과 위원회가 발의하는 조례 안을 중심으로 논하기로 한다.

우선 제2장에서는 조례의 의의와 기능을 규명하여 조례의 중요성을 고찰하고자 한다. 또한 조례제정범위와 한계와 관련하여 「지방자치법」(본 연구에서는 2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되고 2008. 1. 1 시행예정인 지방자치법 이전의 현행 지방자치법을 기준으로 한다) 제95조 제2항의 사무구분의 문제점, 제15조

3) 국회 행정자치위원회, “제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법안 심사보고서”, 2006. 2, p.2

단서의 문제점, 균형·배분원리에 따른 문제점을 판례를 중심으로 살펴보고 조례의 통제는 「지방자치법」 제159조에 주안점을 두고 살펴보고자 한다. 또한 지방분권의 필요성과 그에 따라 참여정부가 제주자치도를 설치하게 된 과정을 살펴보고, 그 결과물이라 할 수 있는 특별법의 주요내용을 고도의 자치권 보장에 따른 조례제정권의 확대에 주안점을 두고 설명하고자 한다.

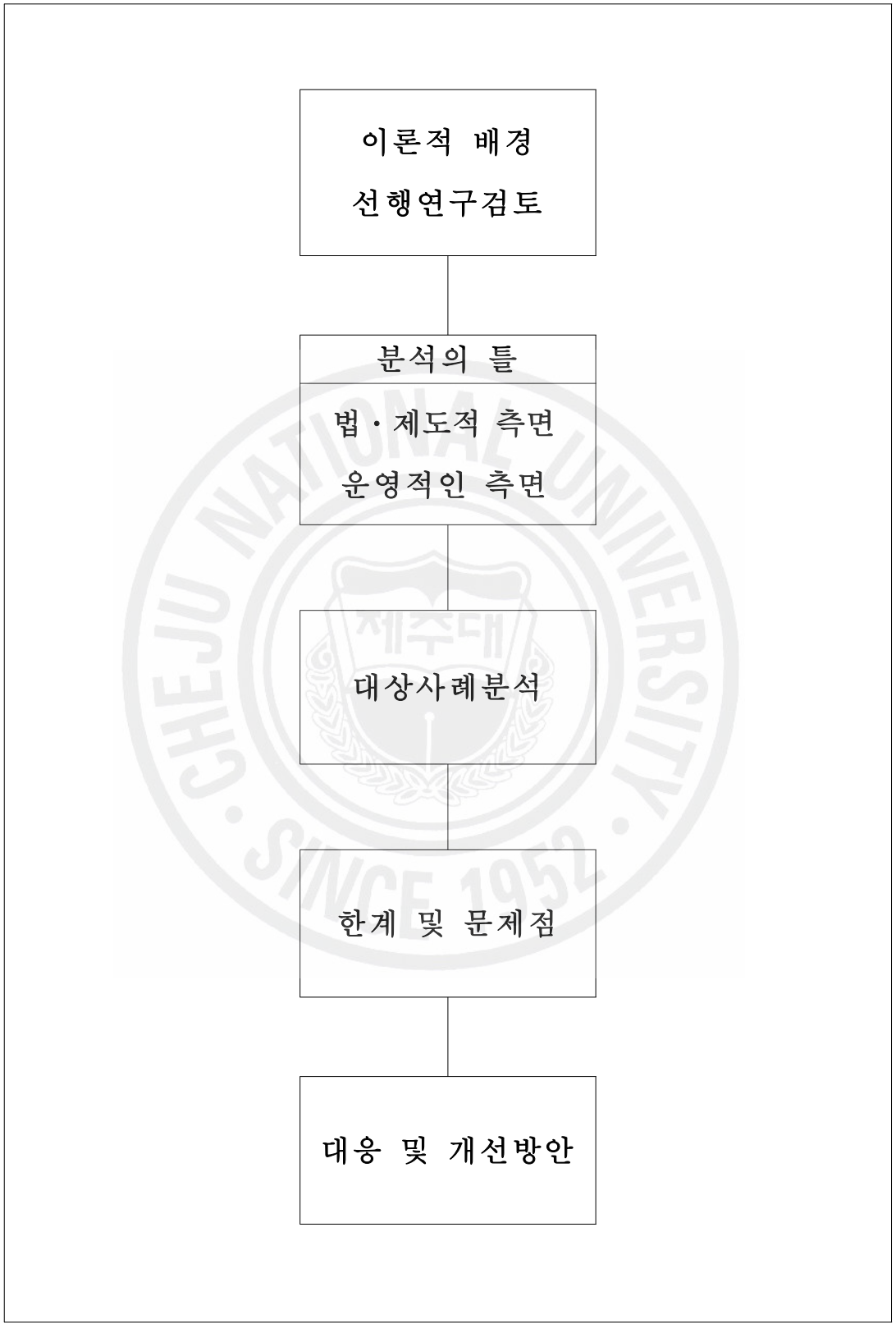
제3장에서는 조례제정과 관련하여 그간에 논의되어온 주제에 대하여 실제 제주특별자치도의회가 제정한 조례와 입법준비단계에 있는 조례(안)를 살펴봄으로써 이론에만 머물지 않고 실무에서 나타나는 문제점을 고찰하고자 한다.

제4장에서는 조례제정과 관련하여 제3장에서 드러난 문제점을 정리하고 제5장에서 그에 대한 개선방안을 제시하고자 한다. 그리고 제6장에서는 본 논문의 연구 결과를 정리하고자 한다.

본 연구는 문헌조사 방법을 기초로 실증사례를 분석하는 방법으로 이루어진다. 문헌조사는 조례제정과 관련된 저서, 논문, 각종 보고서, 관계법령을 수집하여 기존의 이론과 선행연구 등을 검토하고 실제 조례제정과정에서 나타나는 실증사례를 분석하여 그에 대한 해결 방안을 모색하는 방향으로 진행해 나가도록 하겠다.

본 연구의 흐름도는 <그림1>과 같다. 본 연구는 법·제도 측면, 운영 측면의 분석틀로 접근하여 법·제도 측면에서는 법이론 및 선행연구의 검토와 특별법에서의 조례제정권의 확대규정과 한계를 살펴보고. 이와 관련하여 실제 조례제정과정에서 조례제정의 한계를 잘 보여주고 있는 사례들을 법·제도 측면에서는 법령우위원칙과 초과조례의 문제, 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조 단서, 권한이양방식과 위임입법의 범위, 기관구성 형태와 권한배분의 원칙 등으로 나누어 분석하여 대응방안을 찾아보고 다음에 운영적인측면에서 의원들과 의회직원들의 조례제정역량을 살피는 한편 주민의 조례제정과정에의 참여와 문제점을 살펴 그에 대한 대응방안을 모색함으로써 합리적인 조례제정방안을 제시하고자 한다.

〈그림 1〉 연구의 흐름도



제2장 조례제정에 관한 일반이론

제1절 조례제정의 범위와 한계

1. 조례의 의의

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규[4]를 말하며 지방자치단체가 자기책임으로 임무를 수행하기 위한 전형적인 도구로서 주민에 대하여 발하는 일반·추상적인 규율이다. 조례제정권을 헌법이 보장하고 있는 이유는 지방마다 경제적·사회적·문화적 욕구가 서로 다르기 때문에 지역적 복지수준의 지향목표 역시 다를 수밖에 없고 개별 지역주민의 다양한 욕구를 적극적·창의적으로 충족시키기 위해서는 합법적인 입법절차를 거쳐 지역에 적용되는 법으로서의 조례를 제정하게 함으로써 지방행정의 실효성과 민주적 정당성을 확보하려는데 그 목적이 있다.[5]고 하겠으며 조례의 구속력은 당해 지방자치단체의 모든 주민과 지방자치단체 그리고 감독청과 법원에도 미친다. 조례는 일정구역에서만 효력을 갖는다는 의미에서 지역법이고 지방자치단체 스스로의 의사에 기한, 그리고 지방자치단체의 고유의 법이라는 의미에서 자주법이다.[6]

2. 조례의 기능

조례의 기능[7]으로는 불완전하고 미성숙한 행위규범을 완전하고 성숙한 제정법으로 이끄는 창조적 입법기능[8]과 법령의 하위체계를 이루지만 국민의 입법수요를 법률

---

4) 헌법재판소 1995.04.20, 92헌마264

5) 김성호·황아란, “조례제정권 범위확대에 관한 연구”, 한국지방행정연구원 연구보고서 1999-02, 1999, p.282

6) 홍정선, 「행정법특강」, (서울 : 박영사, 2004), pp. 795-796

7) 김혁, “조례에의 형법도입에 관한 연구”, 충남대학교 대학원 박사학위 논문, 2006, pp.9-13

입법으로 교량역할을 하는 법률 선도적 기능이 있으며 조례로 법률의 공백을 시정하고 법령을 보완하는 기능을 수행하는 법령 보완적 기능으로 특히 법령의 위임에 의한 조례의 경우 국가법의 일부로서 법령의 시행을 보완하는 기능이 강하다고 할 수 있다.[9] 그리고 법질서와 현실 간에 차이가 발생하는 경우에 입법의 부재, 입법의 지연, 법문의 결여 및 한계 등을 그대로 수용하여 기존의 법률과 사회적 사실 간의 차이를 제거·조정하는 기능을 하는 현실 적합적 조정기능을 들 수 있다.

3. 입법상의 제 원칙

자치법규도 법규에 해당하기 때문에 법규 제정 시 고려되어야 할 요소가 공통적으로 적용된다. 따라서 그 내용이 구체적 타당성을 가져야 할 뿐만 아니라 법적 안정성을 가져야 하고 헌법과 법령에 위반되어서는 안 된다. 또한 조례 상호간에 내용·체계가 상충·모순되지 아니하도록 조화·협조하여 질서를 유지하여야 한다.

4. 자치법규상의 원칙

1) 법령우위의 원칙

법령우위의 원칙이란 법령은 자치법규에 우선한다는 원칙으로 헌법 제117조와 지방자치법 제15조는 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서 '법령의 범위 안'이란 법령에 위반·저촉하여서는 아니 된다는 뜻[10]이고 법령이란 법률과 대통령령, 총리령, 부령 외에 법규명령으로서 기능하는 행정규칙까지를 포함하는 것이다.[11] 법령우위의 원칙과 관련하여 ⅰ)법령으로 이미

---

8) 이인재, "조례제정의 범위와 한계에 관한 연구", 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2001, p.11

9) 이주희, "조례의 실효성 확보를 위한 입법정책에 관한 연구", 「한국지방자치학회보」, 한국지방자치학회, 2000, p.49

10) 헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고 규정하고, 법 제15조 본문은 "지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다."고 규정하는바, 여기서 말하는 '법령의 범위 안에서'란 '법령에 위반되지 않는 범위 내에서'를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결, 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결 등 참조).

11) 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 '법령'에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조등에 의거한 '대통

규정하고 있는 규제기준보다 강한 규제내용을 규정한 경우, ⅱ)법령의 위임이 있는 경우 그 위임의 한계를 일탈하여 규정한 경우, ⅲ)법령으로 규정한 것을 명백히 하고 있거나 조례로 규정하는 것을 금지하고 있는 사항을 규정한 경우, ⅳ)조례로써 규정할 사항에 대하여 법령으로 조건 또는 제한기준을 정하고 있는 경우에 있어서 그 조건 또는 제한기준을 위반한 경우는 '법령의 범위'를 벗어난 것이라고 보는 것이 일반적 견해이다.[12)]

2) 법률유보의 원칙

지방자치법 제15조 단서에서는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 명시하고 있다. 따라서 지방자치단체는 개별적인 법률의 위임이 없더라도 상위법령에 위배되지 않는 범위 안에서는 주민의 권리제한이나 의무부과, 벌칙을 규정하는 경우가 아닌 한 조례의 제정이 가능하나, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 규정하는 내용이 포함된 조례는 법률의 위임 없이 제정할 수 없다. 이를 통상 법률유보의 원칙이라 한다.[13)]

지방자치법 제15조 단서조항에 대하여 헌법 제117조 제1항에서 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있도록 한 규정보다 강화하여 법률의 위임을 요구함으로써 헌법의 취지를 제약하고 자치입법권을 침해하는 위헌적인 법률이라는 주장[14)]이 줄기차게 제기되고 있으나 기본권을 제한하기 위해서는 법률유보의 원칙에 따라야 한다는 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 합헌이라는 것이 대법원의 확고한 입장이다.[15)]

령령', '총리령' 및 '부령'과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, 헌법재판소의 "법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다"고 판시 한 바에 따라, 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 '법령'에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다(헌법재판소 2002. 10. 31. 2001헌라1 참조).

12) 법제처, 「시·도 법률 교육교재Ⅱ」, (서울: 법제처, 2007), p.157

13) 지방혁신인력개발원, 「자치법규」, 2007, p.25

14) 신봉기, "자치입법권의 범위와 실효성 확보방안", 창립총회학술발표논문, 한국지방자치법학회, 2001, p.16; 김성호·황아란, "조례제정권 범위확대에 관한 연구", 한국지방행정연구원, 1999, pp.252-253; 김남진, "조례제정과 관련된 법적 문제", 사회과학연구 제11집(2004. 8), 경원대 사회과학연구소, pp.142-144

3) 지방자치단체의 사무와 조례제정권

헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에 그 사무에 관하여 자치조례를 제정할 수 있으나 이 때 사무란 지방자치법 제9조 제1항에서 말하는 지방자치단체의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하게 된 단체위임사무를 가리키므로 지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 것은 원칙적으로 이러한 자치사무와 단체위임사무에 한한다. 그러므로 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다. 그리고 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 할 것이다.[16]

4) 권한 분리·배분 및 대표제원리

헌법 제118조는 지방자치단체에 의회를 두고 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 지방자치법은 의결기관으로 지방의회, 집행기관으로 지방자치단체의 장을 두도록 규정함으로써 지방의회와 집행부 사이의 견제와 균형을 유지하도록 하고 있다. 우리나라 지방자치단체장은 국가기관, 지방자치단체기관, 종합행정기관으로서의 법적 지위를 가지고 있으며, 이러한 지위에서 고유사무, 단체위임사무, 기관위임사무를 처리하는 행정기능을 수행한다. 지방자치단체장은 통할대표권·관리집행권·지휘감독권·규칙제정권·소속공무원 임면권 등의 중요한 법적 권한을 부여받고 있다. 이는 집행기관의 고유영역에 속하는 권한인 까닭에 지방의회는 이들 권한과 관련된 사무가 행정사무감사·조사

15) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 참조

16) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결 참조

또는 질문·질의의 대상이 될 때 간접적으로 그 시정을 요구할 수 있을 뿐 직접적인 의결을 할 수 없다. 다만 행정감시권에 의하여 그 시정·처리·문책을 요구할 수는 있다. 지방의회와 직접적인 관계가 있는 지방자치단체장의 권한은 의안제출권·임시회소집 및 위원회개회 요구권·재의요구권·선결처분권 등이다(지방자치법 제58조·제39조·제53조·제98조·제99조·제100조 등).[17] 따라서 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 고유권한을 침해하는 규정을 할 수 없고, 일방의 고유권한을 타방이 행사하게 하는 내용의 조례는 지방자치법에 위배된다.[18]

또한 헌법 제118조와 지방자치법의 규정을 볼 때 우리나라는 지방자치에 있어서 주민총회제가 아닌 의회대표제를 채택하고 있다. 이러한 의회대표제하에서는 정치적·법적으로 아무런 책임을 지지 아니하는 주민이 본회의 또는 위원회의 안건심의 도중 안건에 관하여 발언한다는 것은 현행법상 선거제도를 통한 대표제원리에 정면으로 위반되는 것으로서 허용될 수 없다. 따라서 간접민주제를 보완하기 위하여 의회대표제의 본질을 해하지 않고 의회의 기능수행을 저해하지 않는 범위 내에서 주민이 의회의 기능수행에 참여하는 공청회에서의 발언 또는 본회의·위원회에서 참고인·증인·청원인 등의 자격으로 발언하는 것은 허용되나 의안에 관하여 일반 주민에게 발언권을 부여하는 조례는 위법하여 그 효력이 없다.[19]

제2절 제주특별자치도의회의 조례제정범위

1. 제주특별자치도 설치

17) 박천오·서우선, "한국 지방의회와 집행기관간의 대립·갈등에 관한 실증적 조사연구", 행정논총(제41권 제1호), 서울대학교 행정대학원 한국행정연구소, 75-76면

18) 대법원 2003.9.23. 선고, 2003추13 판결, 대법원 2002.12.11. 선고, 2001추64 판결, 대법원 2001.2.23. 선고, 2000추67 판결, 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결, 대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결, 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결 등 참조

19) 대법원 1993.2.26. 선고 92추109 판결 참조

1) 제주도 행정계층구조 개편에 대한 약사

제주도는 지정학적 위치와 지역적, 인문적 특성을 고려하여 국제자유도시를 구상하게 되었다. 이에 따라 국제기준에 맞는 각종 규제의 시행을 위해서는 무엇보다 제주도 전역에 통일된 규범이 일관된 해석을 통해 적용될 것이 요구되고, 각종 개발사업 역시 균형 있고 효율적인 시행을 위해서는 제주도 전체를 포괄하는 통합계획에 따라 이루어져야 하나 도·2시·2군의 기존 제주도 행정체계로는 이와 같은 새로운 행정수요를 충족시키기 어려웠다. 지방자치단체 간 재정력 격차로 인한 지역 간 불균형이 발생하기 쉽고, 기초자치단체와 광역자치단체의 중층 행정계층에 따른 결재단계 등으로 의사결정비용이 크며, 업무상 갈등으로 말미암아 일관된 행정이 이루어지지 않을 가능성이 상존하기 때문이다. 따라서 새로운 행정수요에 따른 지방행정구조개편이 필요하게 되었다.[20][21] 제주도지사에 의하여 설치되어 운영 중이던 제주도행정개혁추진위원회는 기존의 자치단체들을 유지하면서 상호 기능과 역할 및 구역을 개편·조정하는 점진적 방안과 단일광역자치구역을 설정하여 단층구조의 지방자치제를 구현하는 혁신적 방안의 두 가지 안을 제시하였고 주민투표를 통하여 혁신안이 채택되었다.[22]

그 후 주민투표 결과를 뒷받침하기 위하여 「제주도 행정체제 등에 관한 특별법」, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 제정되었고 2006년 7월 1일 제주특별자치도가 출범하였다. 이 과정을 요약하면 <표1>과 같다.

<표 1> 제주도 행정계층구조 개편 과정

1946. 8. 1.	전라남도에서 분리, 道制 실시(2군 1읍 12면)
1955. 9. 1.	북제주군에서 제주시 분리(1시 2군)
1981. 7. 1.	남제주군에서 서귀포시 분리

20) 국무총리실 제주특별자치도추진기획단, 「제주특별자치도 추진경위와 자치분권 주요내용」보고서, 청와대, 2006 참조

21) 헌법재판소 2006. 4. 26. 2005헌마 1190 참조

22) 투표 결과 선거인수 402,003명 중 147,656명이 투표하여(투표율 36.8%) 혁신안 57% 대 점진안 43%으로 혁신안이 채택되었다. 이에 대하여는 양영철, "제주도 주민투표 사례에 관한 연구", 「한국사회와 행정연구」제16권 제3호, 2005. 11, pp. 302-318

1985	북제주군, 남제주군 대신 동군, 서군으로 개편 논의
1991	지방자치제도 실시
2000	제주도가 중앙정부에 국제자유도시 지정 요구[23]
2002. 1. 26.	「제주도개발특별법」을 「제주국제자유도시특별법」으로 전문개정 (2002. 4. 1. 시행)
2005. 6. 21.	제주도지사가 점진안과 혁신안에 대한 주민투표 실시를 행정자치부장관에 건의
2005. 7. 27.	주민투표 실시하여 혁신안 채택
2006. 1. 11.	「제주도 행정체제 등에 관한 특별법」(2006. 7. 1. 시행) 제정
2006. 2. 21.	「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(2006. 7. 1. 시행) 제정
2006. 7. 1.	제주특별자치도 출범(2 행정시 7 읍 5 면 31 개동)

자료 : 양영철 "제주도 주민투표 사례에 관한 연구" pp.187-189 재구성

2) 특별법에 따른 자치입법권 강화

「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」은 크게 고도의 자치권 부여와 국제자유도시 토대조성을 주요내용으로 하고 있다. 이중 자치권을 획기적으로 확대하기 위한 조치로 ⅰ)자치입법권을 강화하고, ⅱ)자치 조직·인사의 자율성을 강화하며, ⅲ)의정활동 역량을 강화하고, ⅳ)주민참여를 확대하며, ⅴ)재정 자주권을 강화하고, ⅵ)교육자치제를 선도적으로 실시하며, ⅶ)제주형 자치경찰제를 시범 실시하고, ⅷ)특별지방행정기관을 이관하도록 하였다. 도의회의 입장에서 보면 ⅱ)에서 ⅷ)까지의 내용은 ⅰ)자치입법권 강화를 지원하기 위한 간접적 수단에 해당하는 것으로 사항별로 구체적인 내용을 살펴보면 <표2>와 같다.

23) 2000년에 제주도가 국제자유도시 지정을 중앙정부에 요구하면서 호주의 존스랑 라살이라는 컨설팅 회사에 의뢰한 결과 국내 다른 지역과 차별화된 특별행정구역으로서의 지위부여를 받아야 하며, 시·군을 폐지하여 행정시로 하는 단일계층 안을 제시하였다

<표2> 특별법에서 고도의 자치권 보장과 관련한 주요내용

분 야 별	주 요 내 용
자치입법권의 강화	조례 제정 범위를 실질적으로 확대 국무총리실 산하에 『제주특별자치도 지원위원회』를 설치하여 법령규정 사항 중 조례로 위임할 사항 및 이양사무를 지속적으로 발굴·심사 제주특별자치도지사에게 법률안 제출 요청권을 부여
자치조직·인사의 자율성 강화	지방의회 및 집행기관의 구성의 자율권 부여 행정기구 설치 및 정원 자율적 책정 직군·직렬 통합, 직위분류제의 단계적 실시 성과관리시스템과 적격심사제도 등을 도입 별정직으로 보하는 부지사 및 감사위원회 위원장 등 주요 직위에 대하여 임용 전에 인사청문회를 실시 2분의 1이상을 민간인 위촉직으로 보하는 인사위원회를 설치·운영
의정활동역량 강화	지방의회 지급경비 및 회기운영을 조례로 자율적 결정 의회사무처 직원 임용 및 절차를 조례로 위임하고 전문위원, 별정·기능직에 대한 인사권을 의장에게 부여 지방의원 의정활동 지원기능을 강화하기 위하여 정책자문위원 제도를 도입
주민참여의 확대	주민소환제를 도입 주민조례 제·개폐 청구요건을 완화 도 조례가 정하는 대규모 재정소요사업에 대하여 주민투표를 실시 읍·면·동에 주민자치센터를 설치하여 자치권 부여
재정자주권 강화	지방세 전 세목에 대해 특별자치도세로 전환: 세율조정 대상 세목을 확대, 세율조정권을 대폭 상향조정(50%→100%) 제주도가 차지하는 교부세의 일정비율(보통교부세 총액의

	10000분의 293)을 법정화 균형발전특별회계에 별도 계정을 신설 외채발행, 지방채발행 총액한도 초과분에 대해서도 중앙정부의 승인 없이 의회의결로 발행
선도적 교육자치제 실시	교육감과 교육의원을 주민직선으로 선출 교육위원회를 도의회 상임위원회로 일원화 교육비특별회계 제도를 유지하면서 지방교육재정교부금을 법정률(보통교부금 총액의 1000분의 15)로 결정
자치경찰제 시범실시	『자치경찰단』을 두고, 자치경찰단장은 자치총경으로 보하되, 제주특별자치도지사가 임명하도록 하며, 행정시에 자치경찰단의 자치경찰사무의 집행을 담당할 『자치경찰대』를 설치 자치단체와 국가경찰 상호간 업무협조를 위하여 광역단위 『치안행정위원회』를 설치
특별지방행정기관 이관	7개 기관(제주지방국토관리청, 제주지방중소기업청, 제주지방해양수산청, 제주환경출장소, 제주보훈지청, 제주지방노동위원회, 제주지방노동사무소)을 제주특별자치도로 우선 이관 특별법 시행이후에는 관내에 중앙행정기관의 특별지방행정기관을 원칙적으로 새로 설치불가

자료 : 「제주특별자치도 설치 및 자유도시조성을 위한 특별법」국회 행정자치위원회 심사보고서(2006. 2) 표로 재구성

2. 제주특별자치도 조례제정권의 특징

1) 조례제정권의 확대・강화

특별법에 따른 제주특별자치도 조례제정권의 특징은 중앙정부권한을 조례로 정하도록 대폭 위임하여 입법기능을 확대하고 있다는 점이다. 종전에 대통령령・

부령으로 정하던 사항을 도의회가 자체적으로 정하도록 위임하고 있다. 그리고 중앙행정기관 권한을 단계적으로 이양하는 내용의 규정[24]을 둠으로써 앞으로 조례제정권의 범위는 더욱 확대될 것이다. 권한이양 및 도 조례 위임 사무는 다음과 같다.

<표3> 권한이양 및 도 조례 위임 사무목록

	계	자치분권분야	개발재정분야
합 계	1,062 (180)	555 (59)	461 (121)
권한이양	688 (46)	469 (8)	219 (38)
도 조례 위임	374 (134)	94 (51)	280 (83)

자료: 양영철, 단계별 제도개선과 효율적인 권한이양방안, 2007 국회공동토론회, p.56

( )는 특별법상 관련 조문 수

또한 제주특별자치도지사는 제주특별자치도의회 재적의원 3분의 2이상의 동의를 얻어 제주특별자치도와 관련하여 법률에 반영할 필요가 있는 사항에 대한 의견을 제주특별자치도지원위원회(이하 "지원위원회"라 한다)에 제출할 수 있도록 하고 지원위원회는 제출된 의견을 관계중앙행정기관의 장에게 통보하여야 하며 관계중앙행정기관의 장은 통보된 내용에 대하여 그 타당성 여부를 검토하도록 규정하여 법률안 제출 요청권을 제도화 하였다[25]. 이것은 자치법규에 대한 과제

24) 특별법 제12조 (중앙행정기관 권한의 단계적 이양)
①지원위원회는 제주자치도에 있어서는 외교, 국방, 사법 등 국가존립사무를 제외한 사무에 대하여 제주자치도의 지역 여건, 역량 및 재정능력 등을 고려하여 단계별로 제주자치도에 이양하기 위한 계획(이하 "이양계획"이라 한다)을 수립하여야 한다.
②이양계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.
1. 법령에 규정된 중앙행정기관의 권한에 속하는 사무의 전수조사에 관한 사항
2. 중앙행정기관 권한의 제주자치도 이양 대상사무의 조사 및 선정에 관한 사항
3. 중앙행정기관 권한의 제주자치도 이양 대상의 확정과 그 사후관리에 관한 사항
4. 그 밖에 행정·재정적 지원 등 중앙행정기관 권한의 제주자치도 이양을 효율적으로 추진하기 위하여 필요한 사항
③지원위원회는 제1항의 규정에 의하여 수립된 이양계획을 국무총리에게 보고하고, 관계 중앙행정기관의 장 및 제주특별자치도지사(이하 "도지사"라 한다)에게 통보하여야 한다.

로서 주장되던 것이 특별법에 수용된 사례이다.[26]

2) 도의회 운영의 자율성 확대

특별법은 지방자치법에 대한 예외 조항을 두어 제주특별자치도의 여건에 맞게 제주특별자치도 의회사무처에 두는 사무직원의 임용 및 절차는 도 조례로 정할 수 있도록 하였고(특별법 제14조) 의원의 정수와 도의회의원의 지역선거구를 도 조례로 정하도록 하였다(특별법 제41조・제42조). 도의원에 지급하는 비용의 종류 및 그 지급기준, 의정활동비심의위원회의 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항

---

25) 특별법 제9조 (법률안 제출 및 입법반영)
①제주특별자치도지사는 제주특별자치도의회 재적의원 3분의 2이상의 동의를 얻어 제주특별자치도와 관련하여 법률에 반영할 필요가 있는 사항에 대한 의견을 지원위원회에 제출할 수 있다.
②지원위원회는 제1항의 규정에 따라 제출된 의견을 관계중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한 다.
③관계중앙행정기관의 장은 제2항의 규정에 의하여 통보된 내용에 대하여 그 타당성 여부를 검토하여야 한다. 이 경우 검토기간은 그 통보를 받은 날부터 2월을 경과하여서는 아니 된다.
④관계중앙행정기관의 장은 제3항의 규정에 의한 검토결과를 검토기간이 경과한 날부터 7일 이내에 지원위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 관계중앙행정기관의 장은 검토결과 그 타당성이 없다고 인정한 때에는 그 구체적인 사유 및 내용을 명시하여 통보하여야 하며, 타당하다고 인정하는 때에는 관계 법률에 그 내용이 반영될 수 있도록 적극 협력하여야 한다.
⑤지원위원회는 제4항의 규정에 의한 검토결과를 심의하여 그 심의결과를 제주특별자치도지사 및 관계중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다.

26) 민선 지방자치 10년 평가Ⅰ, 행정자치부·정부혁신지방분권위원회·한국지방행정연구원, 2005, pp.52-53

조례근거 청구를 위한 지방자치단체의 법률안 제출 요구권 인정

지방자치단체가 국회의 입법과정에 참여하여 조례제정권의 근거규정을 마련해 줄 것을 청구할 수 있는 공식적인 통로를 제도화하는 방안

예컨대 " 어린이놀이터 놀이시설 안전기준"에 관한 조례를 제정할 필요가 있는 경우에 지방자치단체는 헌법 제37조제2항 및 지방자치법 제15조 단서 등에 의한 법률유보의 요구 때문에 조례를 제정할 수가 없게 됨
이러한 경우에 지방자치단체가 중앙정부의 관할부서에 조례제정근거를 마련해 줄 것을 청구하고 그 청구를 받은 중앙정부가 일정한 기간에 법률안을 국회에 제출하도록 하는 의무를 부과하는 규정을 지방자치법에 규정함

법률안 제출요구권의 남용을 방지하기 위하여 당해 지방의회의 재적 2/3이상의 찬성을 얻어 관할 중앙부처에 요구하는 방안

모든 중요한 결정에 법률적인 근거를 요한다고 한다면 지방자치단체는 입법자들이 권한을 부여하는 법률을 제정하지 않는 한 그 업무를 수행할 수 없게 되어 헌법 제117조제1항이 의도와는 다른 결과를 초래할 수 있음

따라서 지방자치단체의 업무영역에서 자발성을 보장하기 위해서는 국회가 권리제한에 필요한 근거조항을 마련할 의무가 지방자치단체의 전권한성의 원칙으로부터 도출된다고 할 수 있음. 즉, 지방자치단체는 법률적인 근거가 없어서 업무를 수행할 수 없는 경우에는 국회에 대하여 근거규정을 마련해 줄 것을 청구할 수 있다고 볼 수 있음

은 도 조례로 정하고(특별법 제46조) 도의회의 연간 회의총일수는 도 조례로 정할 수 있도록 하였다(특별법 제47조).

제3절 연구의 분석틀

본 연구는 제주자치도의회의 조례제정한계와 대응방안을 찾기 위해 법·제도 측면과 운영 측면을 분석의 주요변수로 하고 변수의 구성요소로는 법·제도 측면에서는 법령우위원칙과 초과조례의 문제, 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조 단서, 권한이양방식과 위임입법의 범위, 기관구성 형태와 권한배분의 원칙을 선정하였으며 운영 측면에서는 조례제정과정에의 주민참여의 보장문제와 의원의 입법역량 확보, 의회사무처 직원의 전문성 확보를 선정하여 분석의 틀로 삼았는데 이러한 두 가지 측면의 주요변수를 이루는 구성요소는 각 요소마다의 중요성을 감안하여 선정·채택하였다.

먼저 법·제도 측면에서 법령우위원칙과 초과조례의 문제는 법령의 우위만을 고집한다면 이 원칙에 위반한 조례는 무효가 되어 조례의 입법권은 무력화 될 수 밖에 없을 뿐만 아니라 지방의 실정에 적합한 초과조례 및 추가조례의 입법 여지도 없어지게 되는 문제가 있으며 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조 단서는 이 규정에 의한 법률유보로 지방자치제도의 자기책임성과 전권한성의 취지와 배치되고 자치입법권에 대한 엄청난 통제가 큰 걸림돌로 작용하고 있다.

또한 중앙권한의 지방배분에 있어서도 권한이양이 아닌 기관위임방식을 택함으로써 자치입법권에 대한 자율권을 빼앗고 있으며 지방자치단체와 지방의회간의 기관구성원리에 있어서도 견제와 균형의 원리가 제대로 실현되지 않아 불균형과 대립을 낳고 있다.

다음은 운영측면에서 조례제정과정에의 주민참여는 현행 대의제도 안에서는 참여에 많은 제약이 따르고 있을 뿐만 아니라 조례제정권자인 도의원인 경우 전문성 부족과 역할전문성을 제대로 수행하지 못한다는 비판이 있으며 또한 의원들의 입법 활동을 지원하는 의회사무처직원인 경우 풍부한 행정경험이 장점이면서도 법제능력 등 전문성이 떨어지는 일면을 갖고 있다고 하겠다.

앞에서의 두 가지 측면의 변수와 이에 따른 구성요소들의 선정·채택배경을 살핀 바와 같이 이를 분석틀로 제시하면 <그림 2>와 같다.

〈그림 2〉 연구의 분석틀

변 수	구 성 요 소
법·제도 측면	법령우위원칙과 초과조례의 문제 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조 단서 권한이양방식과 위임입법의 범위 기관구성 형태와 권한배분의 원칙
운영 측면	주민참여의 보장 의원의 입법역량 확보 의회사무처 직원의 전문성 확보

본 분석의 틀은 앞에서 제시한 <표 1> 흐름도에 따라 실제 제주특별자치도의회가 의원입법으로 제정한 조례와 입법준비단계에 있는 조례(안) 중에서 그간에 논의되어온 이론과 주제에 대해 설명을 할 수 있는 사례들을 선정하여 실무와 이론과의 관계규명에 활용함으로써 이론에만 머물지 않고 실제 조례제정과정에 합리적인 방안을 찾을 수 있도록 하겠다.

제3장 제주특별자치도의회의 조례제정 사례분석

제1절 제정사례 선정사유

앞에서 법·제도상 조례제정은 한계가 있음을 알 수 있을 뿐만 아니라 특별법도 입법권이 확대되었다고는 하나 실제 조례제정에 있어서 한계는 여전히 존재하는 것을 살폈듯이 실제 조례제정과정에서 한계를 살필 수 있는 사례를 선정하여 도의회가 가진 자치입법권의 실질적 권한과 한계를 알아보도록 하겠다.

본 선정사례들은 지방자치법에서 문제가 되는 법령우위의 원칙, 법률유보의 원칙, 기관구성원리와 권한배분의 원칙에 위반되는지와 특별법과 관련하여 사무규율의 범위가 특별법의 권한을 이양·위임한 범위를 초과하여 위법이 되는지와 자치입법권 확대와 재정여건과의 관계에서 문제점이 대두되는 사례를 기준으로 하였다. 그리고 조례제정과정에 주민참여사례에 대해서도 살펴보았다. 실제제정사례는 법령우위의 원칙과 관련하여 이른바 초과조례가 가능한지가 문제가 되는 「제주특별자치도 학교시설의 실내공기질 관리를 위한 조례(안)」과 법률유보원칙은 특별법의 입법방식과 관련하여 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례」를, 재정을 수반하는 권한이양·위임에 따른 유형으로는 「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례」를 선정하였다. 권한배분의 원칙과 관련해서는 「제주도 주요업무 자체평가에 관한 조례」를 선정하였고, 마지막으로 제정과정에 주민이 직접 참여하여 바람직한 입법모델로 평가되는 「제주특별자치도 주민참여 기본조례」를 선정하여 살펴보았다.

제2절 유형별 제정사례 분석

[사례 1] 「제주특별자치도 학교시설의 실내공기질 관리를 위한 조례(안)」

1. 의의

이 조례 안은 각급 학교의 실내공기의 질에 대한 유지·관리 기준을 「학교보건법」과 그에 따른 「학교보건법 시행규칙」의 기준보다 강화하고자 하는 것으로 법령의 규제기준보다 강화된 기준을 정하는 조례로써 이른바 초과조례에 해당하는 것이다. 대법원은 이와 유사한 사례인 「수원시 자동차차고지확보 등에 관한 조례안」에 대하여 상위법령에 위반되어 무효라고 판시하고 있으므로 현재 이 조례 안을 조례로 제정할 수 있는가에 대하여는 부정적이다.

2. 주요내용

제1조 이 조례는 학생들의 안전과 쾌적한 생활환경을 조성하기 위하여 학교시설에 대하여 실내공기 질 유지기준을 설정하고 이에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 이 조례는 「유아교육법」 제2조 제2호, 「초중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조에 따른 각 학교의 시설물 관리에 적용한다.

제3조 실내공기 질 유지기준은 별표와 같다.

제5조·제6조학교의 장은 공기의 질을 측정하여 교육감에게 보고하며 교육감은 이를 공개한다.

제9조 교육감은 실내공기 질을 유지·개선하기 위하여 학교의 장·교사·학부모·시민단체·관련 전문가 등으로 구성된 제주특별자치도 학교실내 공기 질 개선협의회를 구성·운영할 수 있다.

[사례 2]「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례」

1. 의의

이 조례 안은 제주자치도 이외의 지역에 등록된 자동차대여사업자는 제주자치도 안에서 영업을 할 수 없도록 한 것으로 건설교통부 장관은 이러한 규정이 법률우위 원칙과 평등의 원칙에 반한다는 주장이고 이에 대하여 도의회는 「여객자동차운수사업법」과 특별법의 해당조문을 체계적으로 해석하면 특별법 제324조가 위임근거규정이고 특별법의 제정취지에 따르면 평등의 원칙에도 반하지 않는다는 입장이다. 조례안과 관련해서 현재 대법원에서 소송이 진행 중이나 자치도내에서 달리 적용하는 조례를 만들 수 있는가에 대한 검토가 필요하다.

2. 조례제정경위

2006. 4. 3. 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례 안」 제출(도지사)
※ 근거법령:「여객자동차 운수사업법」제30조 및 특별법 제324조
2006. 4. 21. 도의회가 교육관광위원회 수정안으로 조례 안 의결하고 제주도지사에게 이송
2006. 5. 12. 건설교통부장관이 도지사에게 지방자치법 제159조제1항에 따른 재의요구를 하고 그에 따라 제주도지사가 재의요구안 제출
2006. 6. 20. 도의회가 조례 안을 원안대로 본회의에서 재의결함으로써 조례 안 확정
2006. 6. 26. 도지사가 조례 공포
2006. 7. 14. 건설교통부장관이 제주도지사에게 제소지시
2006. 7. 27. 건설교통부장관이 대법원에 소를 제기

3. 조례안내용

제1조 이 조례는 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」제324조의

규정에서 위임된 사항의 시행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제6조 택시운전경력 중 운전에 종사하지 아니한 기간이 1년 이상인 경우 그 이전의 운전경력은 이를 제외한다.

제36조 자동차 대여사업의 등록기준을 강화한다.

:등록대수 50대 → 100대, 차고지 임대기간 2년 → 5년

제37조 제주특별자치도 이외의 지역에 등록된 자동차대여사업자는 제주특별자치도내에서 영업을 하여서는 아니 된다.

제40조 자동차대여사업자의 대여약관 신고 시 요금 원가계산 및 기타 요금액의 산출기초를 기재한 서류를 첨부토록 한다.

제41조 여객자동차운수사업에 사용되는 차령을 현실에 맞게 조정한다.

부칙 제2항 자동차대여사업을 제주도에 등록한 자는 2007년 12월 31일까지 강화된 등록기준에 맞추어 등록하도록 한다.

부칙 제3항 타 시도에 자동차대여사업을 등록하고 제주도안에 영업소를 설치하여 영업하는 자동차대여사업자는 2007년 12월 31일까지 도지사에게 등록하도록 한다.

부칙 제4항 도·내외 자동차 대여사업자는 새로운 약관을 정하여 2006년 12월31까지 사업자 또는 조합을 통하여 신고토록 한다.

4. 재의요구내용

1) 특별법에서 위임하지 않았거나 법적근거 없는 사항을 규정

제37조제3항, 제4항 임시영업 및 차량 반환기간 축소 및 영업구역 제한과 부칙 제3조 영업소 등록에 관한 사무는,「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에서 위임하지 않은 사항을 여객자동차 운수사업법령과 다르게 규정하는 것으로 조례위임 범위를 벗어난다.

제40조제2항에서 대여약관 신고 시 요금 원가계산 등 서류를 첨부토록 한 것은 법령상 자율요금제를 신고요금제도로 강화 운영하게 되는 것이므로 법적근거가 필요하다.

2) 과도한 규제로 공익을 현저히 해하는 사항을 규정

부칙 제2항에서 2007.12.31까지 강화된 등록기준을 갖추도록 한 것은 기존 사업자에 대한 신뢰이익과 법적안정성을 위하여 경과규정을 두어야 하는데도 등록기준대수, 차고지 임대기간 등에 있어 종전보다 2배 이상 강화된 등록기준을 갖추도록 하면서 1년 6개월만의 유예기간을 준 것은 지나친 제약이므로, 충분한 기간(3년 정도) 부여가 필요하다.[27]

5. 도의회의 주장

1) 개정 법률과 특별법의 입법목적과 내용

이 사건 조례 안 의결의 법적 근거는 헌법 제117조 제1항, 특별법 제324조의 위임 및 지방자치법 제15조에 따른 것이고, 이념적 근거는 특별법이 목적하는 제주특별자치도의 실질적 지방분권, 그리고 「여객자동차운수사업법」이 선점(先占)하지 않은 영역에 대한 자치단체의 자주입법권에 기초한다. 2005. 12. 7. 개정된 현행 여객자동차운수사업법은 법률 자체에서, 여객자동차운송사업의 면허와 등록(제5조), 자동차대여사업의 등록(제29조)을 비롯하여 종래 건설교통부장관의 권한으로 규정되어 있던 위 사업 전반에 관한 권한을 모두 시도지사에게 부여하는 것으로 변경되었다. 특별법 제324조의 법문이 불완전하게 정리되었지만, 그 규정의 입법목적 및 내용은 제주특별자치도 지역에서의 여객자동차운수사업 전

27) 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례 안」 재의요구안, 제228회 제주도의회 임시회 제2차 본회의 회의록 p.29 참조

반에 관한 권한을 제주특별자치도지사에게 이양하고자 한 것이고, 특별법 제324조 제2항은 이와 같은 제주특별자치도지사의 권한에 관한 필요한 사항을 도 조례로 정하도록 한 것이다.

2) 조례 안 제정 배경

제주도의 문화관광적 특성 및 지리적 특성으로 인하여, 다른 지역(이하 '육지지역'이라고 한다)에 주사무소를 두어 그곳에 등록을 한 자동차대여사업체들이 제주도 지역에 영업소만을 설치하고 영업을 하는 업체들이 아주 많고, 특히 성수기에는 그러한 영업소 설치조차 하지 아니한 채, 대여 자동차의 편도이용으로 인한 15일간의 반환기간 및 1개월간의 일시적 초과수요 기간 규정을 악용하여 주사무소나 영업소 설치 지역이 아닌 곳에서 일시적 영업을 하는 대여 자동차가 몰린다.

그리하여 그러한 업체나 업체 직원들, 또는 불법 지입 차주들이 경쟁적으로 호객행위를 하고, 정식 등록 업체들의 대여요금에 미치지 않는 턱없이 낮은 가격으로 관광객들을 유인하고는 그들에게 관리가 부실한 자동차를 대여하고, 주유량 확인문제, 공항주차요금 등의 분쟁을 계속적으로 일으켜, 제주도를 찾는 관광객들에게 엄청난 불편을 주고 제주도의 이미지를 실추시키고 있다.

그런데 그러한 업체나 업체 직원들을 발견하더라도, 육지지역에서 등록한 업체들에 대하여는 제주특별자치도지사의 행정권이 미치지 않아 아무런 행정처분을 할 수 없고, 기껏해야 등록을 한 육지지역 관할 관청에 이를 통보할 수 있을 뿐인데, 그 관할 관청에서는 제주도의 상황을 전혀 이해하지 못하고 또 해당 지역 관내 업체를 보호하려는 입장에서 벗어나지 못하여 실효적인 행정처분이 전혀 이루어지지 않고 있는 현실이었다.

이에 제주특별자치도에서는, 금번 특별법 제정의 취지에 맞추어 제주도가 국제자유도시로서 발전할 수 있기 위해서는 이러한 자동차대여업계의 질서문란행위들을 근본적으로 개선하고 실효적으로 제재할 필요가 있다는 의견을 결집하여 이 사건 조례 안을 의결하게 되었던 것이다.

3) 법률유보의 원칙에 반한다는 주장에 대하여

이 사건 조례 안 규정은 제주특별자치도에서의 자동차 대여사업 영업을 하기 위하여서는 제주특별자치도지사에게 등록을 하여야 하고, 일시적 영업기간을 3일 미만으로 하며, 현재 육지지역에서 등록을 하고 제주도에서는 영업소 신고만을 하여 제주도에서 영업을 하고 있는 자동차대여사업자에 대하여 2007. 12. 31.까지의 유예기간을 두어 그 때까지는 현재와 같이 영업을 할 수 있되 그 후에는 제주특별도지사에게 등록을 하지 않는 한 영업을 할 수 없도록 한 규정이다.

조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다(헌법재판소 전원재판부 1995. 4. 20. 92헌마264,279 결정 참조).

이 사건 조례 안에 대하여 보면, 우선 여객자동차운수사업법 자체에서 자동차 대여사업의 등록에 관한 권한이 시도지사에게 부여되어 있고(제29조 제1항), 대여약관을 시도지사에게 신고하여야 하며(제32조 제1항), 자동차 대여사업 관리위탁 허가와 개선명령의 권한도 모두 시도지사에게 부여되어 있다(제33조, 제34조).

나아가 특별법 제324조 제1항은 종래의 여객자동차운수사업법에 의한 건설교통부장관의 권한 대부분을 제주특별자치도지사에게 이양하고 있고, 제324조 제2항은 그에 관한 필요한 사항을 정한 종래의 대통령령, 건설교통부령을 도 조례로 정할 수 있도록 위임하고 있는데, 특히 자동차대여사업과 관련하여서는 여객자동차운수사업법 제30조, 제31조, 제32조 제2항에서 건설교통부령으로 정하도록 한 사항을 도 조례로 정할 수 있도록 명시적으로 위임하고 있다.

또한, 법률상의 명시적 위임근거가 없다고 하더라도, 법률의 입법취지 및 조례의 제정목적 등에 비추어 법률의 묵시적 위임에 의한 조례의 제정도 가능한 것인바(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001두5927 판결 참조), 우선 현행 여객자동차운수사업법 자체에서도 자동차대여사업의 등록 및 관리 권한을 시도지사에게 부여하고 있을 뿐만 아니라, 자동차대여사업의 등록이나 관리에 관한 사무는 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무가 아니므로(오히려 각 지역의 실정에 따라 등록기준 등을 달리 정할 것이 적극적으로 요청되는 사무영역에 속한다), 자동차대여사업의 등록 및 관리에 관한 사무는 법률상 지방자치단체의 고유사무인 자치사무에 해당하고, 따라서 이 사건 조례 안 규정은 개별법령상의 위임을 필요로 하지 않는 자치조례의 제정범위에 속한다.

4) 법령의 범위를 일탈하였다는 주장에 대하여

앞서 지적한 바와 같이, 현행 여객자동차운수사업법 하에서 자동차대여사업의 등록 및 관리에 관한 사무는 법률상 지방자치단체의 고유사무인 자치사무에 해당하고, 특별법 제324조에서도 여객자동차운수사업에 관한 권한 전반을 제주특별자치도지사에게 이양하고 그에 필요한 사항을 자치적으로 규정하도록 하기 위해 여객자동차운수사업법에서 대통령령 또는 건설교통부령으로 정하도록 한 사항을 도 조례로 정하도록 하고 있으므로, 위와 같이 명시적으로 제주특별자치도지사에게 부여·이양된 사항에 관한 여객자동차운수사업법 시행규칙은 이 사건 조례안의 상위법령이 될 수 없다.

또한 여객자동차운수사업법시행규칙 제55조, 제56조가 규정한 내용은 이 사건 조례 안 규정을 제한하는 법령의 '선점(先占)' 영역이 아니다.

대법원은, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 하는 법리를 확인하여 왔다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결, 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결).

여객자동차운수사업법 자체에서 자동차대여사업을 포함한 여객자동차운수사업 전반에 관한 권한을 시도지사에게 부여하는 것으로 변경된 이유는 그 사무의 특성이 전국적으로 통일적인 처리를 요구하는 사무가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고자 한 것이고, 나아가 특별법에서 명시적으로 여객자동차운수사업법의 제반 사항에 관한 대통령령 또는 건설교통부령 규정을 도 조례로 달리 정하도록 하고 있는 이상, 위 여객자동차운수사업시행규칙 제55조, 제56조가 이 사건 조례 안 규정을 제한하는 법령이 될 수는 없는 것이다.

본질적으로, 여객자동차운수사업법시행규칙 제55조, 제56조는 건설교통부장관의 집행명령에 불과한데, 여객자동차운수사업법의 개정 및 특별법 제324조에 의하여 제주특별자치도 지역에 대한 건설교통부장관의 해당 권한이 소멸되었고, 이 사건 조례 안은 위 시행규칙을 대체하는 것이므로 이에 저촉되는 한도에서 위 시행규칙은 그 효력이 소멸되었다.

사업구역을 시·도 단위로 할 것인지 전국으로 할 것인지, 임시영업기간 제한을 둘 것인지, 둔다면 얼마나 둘 것인지 등은 법률의 위임 없이 행정관청이 직권으로 정한 사항에 불과한 것으로서, 자동차대여사업의 등록 및 관리에 관한 권한이 전반적으로 시도지사에게 부여된 것으로 여객자동차운수사업법이 변경되어 건설교통부장관의 그에 관한 집행권한이 소멸되었고, 특별법은 나아가 그에 관하여 종래 대통령이나 건설교통부령으로 정하던 사항을 도 조례로 정하도록 위임하고 있으므로, 이 사건 조례 안에 모순·저촉되는 종래의 건설교통부장관의 집행명령은 제주특별자치도지사의 관할 지역에 대하여는 더 이상 그 효력이 유지되지 못하고 실효된 것이다(대법원 1989. 9. 12. 선고 88누6962 판결의 판시 취지 참조).

5) 조례 안 제40조 제2항 및 부칙 제2항이 위법하다는 주장에 대하여

건설교통부장관은 이 사건 조례 안 제40조 제2항이 특별법의 입법목적에 반하는 과도한 규제이고, 여객자동차운수사업법 시행규칙이 정하는 대여약관 신고 요건을 가중한 것임에도 부칙 제2항에서 너무 짧은 유예기간을 둠으로써 기존 사업자들의 사업이익을 과도하게 제약하여 위법하다고 주장한다.

특별법 제1조에서의 “규제의 폭넓은 완화”라고 함은, 실질적 지방분권이 보장되도록 제주특별자치도와 주민에 대하여 ‘중앙행정기관’의 규제를 완화한다는 의미이지, 단순히 국내의 다른 지역보다 제주도 내에서의 각종 행정규제를 완화한다는 취지가 아니다.

앞서 밝힌 바와 같이 이 사건 조례 안을 제정하면서 제주도에서 자동차대여사업의 영업을 하기 위해서는 제주도 내에 사업장을 갖춰 등록을 하도록 하고 등록기준과 대여약관 신고요건을 강화한 것은, 그간 제주도에서 빚어진 여러 가지 자동차 대여사업 질서문란행위에 대하여 실효적인 행정지도 및 제재를 함으로써 충실한

서비스를 제공하여 제주도를 진정한 국제자유도시의 반열에 올리고자 한 것이다.

또한 2007년 12월 31일까지의 등록기준 구비 유예기간이 너무 짧다는 주장은, 지금까지의 탈법행위를 조금이라도 더 연장하고자 하는 일부 업체들의 의견일 뿐이고, 객관적으로 1년 6월의 유예기간은 제주도에서의 충실한 자동차 대여사업 서비스를 제공하고자 하는 사업자라면 준비에 별 어려움이 없는 충분한 기간이라고 할 것이다.

6) 헌법상 평등의 원칙을 위반하였다는 주장에 대하여

건설교통부장관은 이 사건 조례 안이 제주특별자치도 안에서의 영업에 관하여 여객자동차운수사업법 시행규칙의 규정과 달리 규정하였다고 하여 헌법상 평등의 원칙에 위반되고 영업수행의 자유를 과도하게 침해하였다고 주장한다.

우선 이 사건 조례 안은, 특별법의 제정목적에 맞추어 제주특별자치도 안에서 영업을 하려고 하는 모든 자동차대여사업자들에게 공통적으로 등록을 요구한 것이고, 제주도 지역의 면적이 그다지 넓지 않은 점을 감안하여 임시영업기간을 단축한 것으로서 제주특별자치도 안에서 영업을 하는 모든 자동차대여사업자들에게 역시 공통적으로 적용되는 것이므로, 단지 육지지역에서 영업을 하는 업체들과 다른 규제를 받는다는 것만으로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

또한 이 사건 조례안의 등록에 관한 규정은, 제주도에서 자동차 대여사업 영업을 하기 위해서는 육지지역의 주사무소를 제주도로 이전하라거나 제주도에 별도 법인을 설립하라는 취지가 아니라, 육지지역의 주사무소 소재지 관할관청에 등록을 하고 제주도에 영업소를 설치한 업체도 그 영업소를 사업장으로 하여(즉, 제주도 내의 사업장에 대한 사업자등록이 전제가 됩니다) 제주도에서 추가로 등록을 하라는 것으로서, 육지지역에 주사무소를 두고 그 소재지 관할관청에 등록을 한 업체도 제주지역에 영업소를 설치하면서 그 영업소를 사업장으로 한 사업자등록을 하고 그 영업소를 제주특별자치도 내의 주사무소로서 제주특별자치도지사에게 자동차 대여사업 등록을 할 수 있는 것이다.

[사례 3] 「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례」

1. 의의

자율과 책임, 창의성과 다양성을 바탕으로 한 지방분권과 행정규제의 폭넓은 완화 및 국제적 기준의 적용 등을 통한 국제자유도시를 조성을 목적으로 하고 있다. 이에 따라 특별법은 기존에 대통령령이나 부령으로 제정하던 사항 중 상당 부분[28]을 조례로 정하는 특례 규정을 두어 조례 제정 범위를 실질적으로 확대하고 있다. 그러나 조례제정권이 개별위임에만 근거할 것인가와 포괄위임 등에 대한 검토가 필요하게 되며 여기서 특별법의 위임에 의한 조례 중「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례」를 대표적으로 보겠으나 복지관련 조례는 대부분 재정부담을 수반하기 때문에 부담을 회피할 경우 법에서 위임한 부분만 조례를 만드는 일명 '카피조례,가 되는 결과를 가져오게 된다.

2. 조례제정경위

2006. 3. 6. 「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례 안」 제출(도지사)

※ 근거법령 : 특별법 제338조

2006. 3. 9. 「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례 안」 제출(의원발의)

2006. 3. 23. 제226회 제주도의회 임시회 행정자치위원회 제7차 회의 시 제주도지사 제출 조례 안 및 의원 발의 대안 상정

2006. 3. 27. 제226회 제주도의회 임시회 행정자치위원회 제9차 회의 시 위원회 대안 채택

2006. 3. 28. 제226회 제주도의회 임시회 제3차 본회의에서 대안 의결

2006. 4. 12. 도지사가 조례 공포

---

28) 중앙정부의 행정권한을 이양이 688건이고 도 조례로 위임된 사항이 374건이며 여기에는 특별지방행정기관 이관에 따른 이양 461건이 포함되어 있다.

3. 조례내용

제1조 이 조례는 특별법 제338조의 규정에서 위임된 사항과「영유아보육법」의 규정에 의하여 영유아를 위한 양질의 보육서비스를 제공함에 있어 영유아의 기본적 인권 실현의 보장과 보육의 공공성 확대로 공보육을 실현하며 보호자의 사회·경제적 활동을 원활하게 함을 목적으로 한다.

제3조 내지 제5조 영・유아 보육발전 종합계획의 기본방향 및 정책에 관한 제주도의 연도별 시행계획 수립 등을 심의하기 위하여 위원장 및 부위원장 각 1인을 포함한 15인 이내의 위원으로 제주도 보육정책위원회를 구성한다.

제11조・제12조 도지사는 보육에 관한 정보의 수집·제공 및 상담을 위하여 제주도 보육정보센터를 설치·운영하여야 하며 센터에는 자료실·상담실 및 교육실 등을 두어야 한다.

제26조 도지사는 보육수요와 시설공급을 적정하게 감안하여 공립보육시설을 설치・운영하여야 하며, 설치 계획 시 위원회의 심의를 거쳐야 하고 공립보육시설을 설치함에 있어서 도지사는 제주도내 유휴시설을 우선적으로 활용할 수 있으며 영아, 장애아, 야간, 24시간 및 시간제 등에 대한 보육을 우선적으로 실시하여야 한다.

[사례 4] 「제주도 주요업무 자체평가에 관한 조례」

1. 의의

이 조례 안은 자체평가에 관한 「정부업무평가기본법」의 규정과 달리 조례로 자체평가의 대상과 절차를 정하는 것이 가능한가에 관한 것이다. 집행부의 주장은 법률에서 도지사가 규칙으로 정하도록 한 사항을 조례로 달리 정하는 것은

법령 우위의 원칙과 권한배분의 원칙에 반한다는 것이고, 이에 대하여 도의회는 자체평가가 자치사무로서 반드시 전국적으로 획일적으로 규정할 필요가 없고 특별법에 따라 강화되는 도지사의 권한을 효율적으로 견제하기 위하여 조례로 정할 수 있다는 입장이었다. 대법원은 자체평가가 도지사의 권한이므로 조례로 달리 정하는 것은 권한배분의 원리에 반하는 것으로 보았다.

2. 조례제정경위

2006. 4. 14. 「제주도 주요업무 자체평가에 관한 조례 안」 의원발의

※ 근거법령 : 「정부업무평가 기본법」[29](06. 3. 24. 제정)

2006. 4. 21. 도의회가 행정자치위원회 수정안으로 조례 안 의결하고 제주도지사에게 이송

2006. 5. 12. 행정자치부장관이 도지사에게 지방자치법 제159조제1항에 따른 재의요구를 하고 그에 따라 제주도지사가 재의요구안 제출

2006. 6. 20. 도의회가 조례 안을 원안대로 본회의에서 재의결함으로써 조례 안 확정

2006. 6. 27. 도의회 의장은 지방자치법 제19조 제6항에 의하여 조례 공포

2006. 7. 7. 제주도지사가 지방자치법 제159조 제3항에 따라 대법원에 소를 제기

2006. 7. 21. 제주도지사가 조례 집행정지신청

2006. 7. 28. 대법원이 조례집행정지(2006쿠5) 결정

---

29) 「정부업무평가 기본법」 주요내용

제15조(중앙행정기관의 자체평가계획의 수립) 중앙행정기관의 장은 정부업무평가시행계획에 기초하여 당해 정책 등의 성과를 높일 수 있도록 다음 각호의 사항이 포함된 자체평가계획을 매년 수립하여야 한다.

1. 당해 중앙행정기관의 임무, 전략목표 및 성과목표에 관한 사항
2. 당해 연도 주요 정책 등의 내용에 관한 사항
3. 자체평가의 기본방향에 관한 사항
4. 자체평가조직 및 자체평가위원회의 구성·운영에 관한 사항
5. 자체평가 대상 및 방법에 관한 사항
6. 자체평가 결과의 활용 및 조치에 관한 사항
7. 그 밖에 자체평가에 관한 주요 사항

제18조(지방자치단체의 자체평가)

①지방자치단체의 장은 그 소속 기관의 정책 등을 포함하여 자체평가를 실시하여야 한다.

②지방자치단체의 장은 자체평가조직 및 자체평가위원회를 구성·운영하여야 한다. 이 경우 평가의 공정성과 객관성을 담보하기 위하여 자체평가위원의 3분의 2 이상은 민간위원으로 하여야 한다.

③지방자치단체의 장은 정부업무평가시행계획에 기초하여 소관 정책 등의 성과를 높일 수 있도록 제15조 각호의 사항이 포함된 자체평가계획을 매년 수립하여야 한다.

④행정자치부장관은 평가의 객관성 및 공정성을 높이기 위하여 평가지표, 평가 방법, 평가 기반의 구축 등에 관하여 지방자치단체를 지원할 수 있다.

⑤그 밖에 지방자치단체의 자체평가의 대상 및 절차 등 필요한 사항은 지방자치단체의 장이 정한다.

3. 조례안의 내용

제1조 제주도 주요업무의 자체평가에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 성과관리 체제의 구축과 업무추진의 효율성과 책임성을 확보하며 도정에 대한 도민의 신뢰도를 제고함을 목적으로 한다.

제9조 제주도지사는 자체평가계획을 매년 2월 15일까지 수립하여 제주도 주요업무 자체평가위원회(이하 “위원회”라 한다)에 보고하고 위원회의 심의를 거쳐 매년 4월말까지 확정한 자체평가계획서를 지체 없이 도의회 소관 상임위원회에 보고하여야 한다.

제10조 정기평가는 부서장의 책임 하에 년2회, 상반기와 하반기로 나누어 사후평가형태로 실시하고 부서장은 평가를 매 반기 종료 후 10일 이내에 실시하고 그 결과를 평가업무 총괄담당부서(이하 “평가부서”라 한다)에 제출하여야 한다. 기획관리실장은 부서장이 제출한 자체평가결과 및 조치계획을 전체적으로 종합하여 위원회에 제출하여야 하고 위원회는 평가결과를 심의하고, 그 결과를 도지사에게 보고하여야 한다.

제12조 도지사는 도정운영과 관련하여 현장 확인과 점검을 통해 문제점을 조기에 도출하여 자원의 효율적인 배분 및 현실적 대안을 제시할 필요성이 있는 경우에 필요하다고 인정할 때에는 특정과제에 대한 수시평가를 할 수 있다.

제14조 도지사는 위원회에서 심의·의결된 전년도 정책 등에 대한 자체평가결과를 인터넷 홈페이지 등을 통하여 공개하고 도의회 소관 상임위원회에 보고하여야 한다. 보고 시 제시된 도의회의 의견에 대하여 도지사 및 공공기관의 장은 가능한 한 정책에 반영할 수 있도록 노력하여야 한다.

4. 재의요구의 내용

1) 「정부업무평가 기본법」의 입법취지에 부합하지 않음

「정부업무평가 기본법」은 지방자치단체의 장이 자체평가의 대상 및 절차 등 필요한 사항을 정하도록 규정(법 제18조제5항)하고 있으므로 이를 제주도의회의 조례로 정하는 것은 동법의 입법취지에 부합되지 않아 법률적 근거를 결여하고 있다.[30]

2) 「권한의 분리와 배분 원칙」에 위배

상위법령에서 지방자치단체의 장에게 권한을 부여하는 경우, 그 법령에서 의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례에 정할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한, 하위 법규인 조례로서 지방자치단체의 장의 권한을 제약하는 규정을 두는 것은 「지방자치법」 제5장 및 제6장 등에서 정한 지방자치단체장과 지방의회의 독자적 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루기 위한 「권한의 분리와 배분 원칙」에 위배되는 위법한 규정이다.

3) 입법 형식의 문제점

「정부업무평가 기본법」에서 자치단체의 장이 정하도록 한 것은 규칙, 훈령, 지침 등을 말하는 것이므로 이를 의회에서 조례로 정하는 것은 입법 체제와 배치된다.

5. 도의회의 주장

1) 이 사건 조례 안이 명시적인 근거 법령 규정이 없다는 주장에 대하여

지방자치법 제9조 제1항과 제15조 등의 관련 규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관

30) 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례 안」 재의요구안, 제228회 제주도의회 임시회 제2차 본회의 회의록 pp.30-31 참조

하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있고, 지방자치법 제15조에서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수 없는 것이다(대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결 등 참조).

「정부업무평가기본법」은 그 제1조에서 이 법은 정부업무평가에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 중앙행정기관·지방자치단체·공공기관 등의 통합적인 성과관리체제의 구축과 자율적인 평가역량의 강화를 통하여 국정운영의 능률성·효과성 및 책임성을 향상시키는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있고, 제2조 제3호에서 "자체평가"라 함은 중앙행정기관 또는 지방자치단체가 소관 정책 등을 스스로 평가하는 것을 말한다고 규정하고 있다.

따라서, 여기서의 소관 정책이란 그 목적에 비추어 볼 때 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것으로 국가위임사무에 국한된다고 보는 것이 타당하고, 단체위임사무나 자치사무에 관하여는 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 충분히 해석될 수 있는 것이다.

이 사건 조례 안은 제2조 제1호에서 자체평가의 대상인 주요업무를 제주도 본청, 직속기관 및 사업소에서 추진하는 시책과 사업 중 당해연도 도정주요업무계획에 포함된 주요시책 및 사업을 말한다고 규정하는 바와 같이 이 사건 조례 안이 단체위임사무와 자치사무를 대상으로 하고 있으므로 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다.[31]

2) 이 사건 조례 안이 원고의 고유 권한을 침해한다는 주장에 대하여

지방자치법 제9조는 제2항 제1호 라 목에서 지방자치단체의 구역, 조직 및 행

31) 대법원 제소에 따른 답변서를 참조하였음.

정관리 등에 관한 사무의 한 예시로 산하행정기관 및 단체의 지도, 감독을 들고 있습니다. 「정부업무평가기본법」 제18조의 자체평가업무는 바로 이러한 지도, 감독의 범주 내에 든다고 할 것이므로 지방자치단체에 속하는 사무라 할 것이고 도의회는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 할 것이다.

지방자치단체가 그 자치사무에 관하여 조례로 제정할 수 있다고 하더라도 특별한 규정이 없는 한 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 집행기관과 지방의회의 고유권한에 관하여는 조례로 이를 침해할 수 없고, 나아가 지방의회가 지방자치단체장의 고유권한이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법의 관련 규정에 위반되어 허용될 수 없다고 할 것이다(대법원 2000. 2. 23. 선고 2000추67 판결, 2000. 6. 13. 선고 99추92 판결, 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결 등 참조).

그러나, 이 사건 조례 안은 자체평가의 계획수립에서부터 자체평가의 공개까지 그 주체가도지사임을 명시하고 있고, 비록 조례 안 제14조 제1항은 도의회가 자체평가결과를 인터넷 홈페이지 등을 통하여 공개하고 도의회 소관 상임위원회에 보고하게 하고 있으나, 이는 그 자체평가의 적정성 여부에 대한 통제수단으로 「정부업무평가기본법」 제1조의 국정운영의 책임성 향상이라는 목적에 오히려 부합하는 것이며, 보고 후 반드시 도의회의 의결이나 의견에 따라야 하는 등 법적 구속도 없으므로 지방자치단체장의 고유한 집행권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수도 없다.

오히려, 지방자치단체의 집행기관의 사무집행에 관한 감시·통제기능은 지방의회의 고유권한이라는 점에서 이 사건 조례 안은 헌법의 기본제도인 지방자치제도에 부합할 뿐만 아니라 지방의회 고유의 견제 권한 내지 견제 역할에도 부합하는 것으로써 결코 도지사가 주장하듯이 견제의 범위를 넘어선 것이 아니다.

3) 이 사건 조례안과 관련하여 제주특별자치도의회의 특수한 지위

「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」의 제정 취지는 종전의 제주도를 폐지하고, 제주자치도를 설치하여 자치조직, 인사권 및 자치재

정권 등 자치권을 강화하며, 교육자치제도의 개선과 자치경찰제의 도입을 통하여 실질적인 지방자치를 보장함으로써 선진적인 지방분권모델을 구축하는 한편, 제주자치도에 적용되고 있는 각종 법령상 행정규제를 폭넓게 완화하고, 중앙행정기관의 권한을 대폭 이양하며, 청정산업 및 서비스산업을 육성하여 제주자치도를 국제자유도시로 조성· 발전시키려는 것이다.

그에 따라 강화되는 제주특별자치도지사의 권한을 효과적으로 견제하고 도정이 바람직한 방향으로 이행되도록 정책을 비판하며 고도의 주민자치를 실현하기 위해서는 다양한 주민의 의사를 수렴하고 선도하기 위한 다른 지방의회와는 차별화된 제주특별자치도의회의 막중한 임무가 있는 것이며 이러한 특수성에 기인하여 피고는 제주특별자치도가 추진하는 주요업무에 관하여 그 계획수립에서 평가, 환류까지의 과정 일체를 알 수 있어야 한다는 판단 하에 이 사건 조례 안을 제정하기에 이르렀다.

이 사건 조례 안은 제주도 본청, 직속기관 및 사업소에서 추진하는 시책과 사업의 자체평가에 관한 기본적인 사항을 정한 것으로서 그 대상 사무가 단체위임사무와 자치사무이므로「정부업무평가기본법」제18조 제5항의 자체평가 대상 사무와는 그 적용범위를 달리하는 것이고, 제주도 주요업무추진의 효율성과 책임성을 확보하고 도민의 신뢰도를 제고하기 위하여 자체평가의 계획과 평가 결과를 도의회에 보고하도록 한 것으로 결코 도지사의 고유 권한을 본질적으로 침해하였다고 볼 수도 없다.

6. 대법원의 판단

1) 「정부업무평가기본법」 소정의 자체평가업무의 성격

개별적이고 중복적으로 실시되고 있는 각종 정책 등에 대한 평가를 통합·체계화하고 소관 정책을 스스로 평가하는 자체평가를 정부업무평가의 근간으로 하여 자율적인 평가역량을 강화하고, 지방자치단체와 공공기관을 포함한 정부업무 전반에 걸쳐 통합적인 성과관리체계를 구축하기 위하여 제정된 「정부업무평가기본법」제18조의 내용을 보면 자체평가업무는 지방자치단체의 장의 권한에 속한다고 할 것이다.

2) 고유권한 침해

지방자치단체의 장의 권한에 속하는 자체평가업무에 관하여 지방의회가 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입하는 정도가 아니라 사전에 적극적으로 개입하는 내용을 지방자치단체의 조례로 정하는 것은 허용되지 아니한다.

조례 안 중 자체평가의 지침평가의 지침작성에 관한 제8조, 자체평가 계획의 수립에 관한 제9조, 정기평가에 관한 제10조, 자체평가결과의 처리에 관한 제11조 등은 법령의 근거 없이 지방의회가 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입한 정도를 넘어서서 직접 자체평가의 대상 및 절차 등을 규정하는 것으로서 「정부업무평가기본법」 제18조에 위반된 규정이라고 할 것이고, 그 각 규정이 법령에 위반된 이상, 설사 다른 규정이 법령에 위반되지 아니한다고 하더라도 이 사건 조례 안에 대한 재의결은 그 효력을 모두 부정할 수밖에 없으므로 이 사건 조례 안에 대한 재의결의 효력 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유가 있다.[32]

[사례 5] 「제주특별자치도 주민참여 기본조례」

1. 의의

이 조례는 제정과정에서 주민이 지방자치단체의 정책 등에 관하여 적극적으로 참여하려고 하여도 현실적으로 직접참여가 매우 제한적일 수밖에 없었으나 조례 제정과정에 적극적으로 참여하여 조례제정을 이끌어 내었으며 지방의회 역시 주민참여를 보장하여 정책의 효율성을 높이고자 주민제안을 받아들여 조례제정을 하였다는 점에서 조례제정과 관련하여 바람직한 주민참여의 모델로 볼 수 있다. 이 과정에 주민들이 직접 3,323명의 서명을 받아 조례 안을 첨부한 청원을 의회에 제출하고 의회는 청원을 받아들여 입법하기로 청원을 채택하였음에도 집행부가 같은 내용의 조례를 제출한 것은 이해할 수 없는 것으로 이것은 아마도 주민의 입법요구에 불응했던 점에 비추어 주민의 조례제정과정에 참여의 의미를 희석하기 위한 것으로 보인다.

32) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2006추45 판결 참조

2. 조례제정경위

2006. 9. 13. 「제주주민참여기본조례 안」 조례제정 청원으로 접수

2006. 9. 29. 제232회 제주특별자치도의회 제3차 정례회에서 행정자치위원회가 심사 보고한 대로 조례제정 청원으로 채택하여 다음 회기에 입법하기로 결정

2006. 10. 20. 제주특별자치도지사가 「제주특별자치도민참여기본조례 안」 제출

2006. 11. 1. 조례제정 청원 채택에 따라「제주주민참여기본조례 안」 의원발의

2006. 11. 7. 제233회 행정자치위원회 제4차 회의에서 의원 발의한 「제주주민참여기본조례 안」과 제주특별자치도지사가 제출한 「제주특별자치도민참여기본조례 안」을 통합·조정하여 행정자치위원회에서 「제주특별자치도 주민참여기본조례 안」을 대안으로 발의하여 가결

2006. 11. 10. 제233회 제주특별자치도의회 제6차 본회의에서 조례 안 의결

2006. 11. 29. 제주특별자치도지사가 조례 안 공포

3. 조례내용

제6조 제주자치도에 설치된 각종 위원회의 회의자료, 내용 및 결과 등은 불가피한 경우를 제외하고는 인터넷, 도보, 게시판 등에 공개한다.

제7조 각종 위원회의 위촉위원의 구성은 최대한 공모하거나 추천 등의 공개적인 절차에 의하고 각종 위원회에 장애인과 여성의 참여 보장한다.

제8조 도정정책토론 청구는 각 행정시별 선거권이 있는 1,000분의3 이상의 주민연서로 신청 한다.

제10조 도지사는 도민의 의견을 직접 청취할 필요가 있으면 도민의견조사를 실시하고 도민의견조사 후 조사 결과 및 견해를 15일 이내 표명한다.

제4장 제주특별자치도의회의 조례제정한계

제1절 법령우위의 원칙과 법률선점론

1. 법률선점론

법령우위의 원칙에 위반되는 조례가 무효로 된다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 이와 관련하여 문제가 되는 경우는 규율하고자 하는 사항에 관하여 이미 법령이 있는 경우에 조례제정이 가능한지의 문제이다. 이것이 법률선점론의 논의이다.

법률선점론 또는 국법선점이론이란 1960년대 일본에서 제기된 이론으로서, 국가가 법률로써 규정하는 사항은 국가가 그 이상도 그 이하도 아닌 필요하고 충분한 규제라고 하는 것이며 다시 조례를 제정하거나 또는 법률의 규제와 다른 내용의 규제를 정하는 것은 조례가 법률의 선점영역을 침해하는 것이 되므로 법률로 이를 인정하는 특단의 규정이 없는 이상 허용되지 않는다고 해석하는 것이다.[33] 그러나 이에 따르면 법률의 선점영역이 지나치게 확장되므로 이를 가능한 한 한정적으로 해석하고 법령이 조례와의 관계에서 침묵하고 있는 경우에는 충분히 합리성이 인정되는 법령의 규정에 명확히 저촉하는 것이 아닌 한 조례를 제정할 수 있다는 수정된 법률선점론이 대두되기에 이르렀다. 이에 대하여 법률선점론에 의한 법률우선주의는 법전래설에 의거하는 것이고 조례제정권이 단순히 법에 전래하는 것이 아니라 그 상위규범인 헌법에 전래하는 것으로 보는 견해를 조리해석론 내지 법령의 취지해석론이라 한다.[34] 이 견해는 1970년대 일본의 고도경제성장에 따른 공해에 의한 환경파괴가 문제되자 법령의 규제기준을 상회하는 규제를 조례로 규정할 것과 법령의 대상외의 지역 또는 사항을 규제의 대상으로

33) 田中二郎, 國家法よ自治立法, 法學協會雜誌 第80卷4號, 1963, p.458 : 박영도, 「입법학 용어해설집」, (서울: 한국법제연구원, 2002), pp.102-103 참조

34) 박영도, 앞의 책, pp.293-295 참조

해야 할 필요성이 제기되면서 법률선점론을 비판하며 등장하였다. 전자가 이른바 초과조례[35]의 문제이고 후자가 이른바 추가조례[36]의 문제이다.

조리해석론에는 초과·추가조례의 필요성에 대한 근거에 따라 최저기준설, 규제한도법률과 최저기준법률 구분설, 필요한 공해시책금지법률 위헌론, 고유의 자치사무영역설 등으로 세분된다. ⅰ)최저기준설은 법령에 의한 규제는 전국적·전국민적 견지에서 하는 규제의 최저기준을 나타내는 것이라는 견해[37]이고, ⅱ)규제한도법률과 최저기준법률 구분설은 규제가 최고한도로서 규정된 것인지 최저기준으로서 규정된 것인지 법령을 해석하여 판단하고 성질상 최저한도라고 인정되는 경우에는 이를 초과하는 조례제정이 가능하다는 견해[38]이고, ⅲ)필요한 공해시책금지법률 위헌론은 객관적으로 규제필요성이 있는데도 규제 법률이 그러한 필요성을 충족시킬 수 있는 조례를 금지하는 취지라고 해석되는 경우에는 그 규정은 헌법상 지방자치의 본지에 반하여 무효라는 견해[39]이고, ⅳ)고유의 자치사무영역설은 지방자치단체는 주민생활의 안전과 복지에 직접 불가결한 사무는 자치사무 영역이므로 조례로 규제를 초과하거나 추가하는 것이 가능하다는 견해[40]이다.

2. 판례의 태도

1) 일본 판례

초과조례와 관련하여 집단행진 및 집단시위운동에 관한 德島市(토쿠시마시) 조례위반, 도로교통법위반사건에 관한 일본 최고재판소의 판결(1975. 9. 10, 刑集 제29권제8호 p.489)은 명문의 규정이 없는 경우에도 법령전체의 취지상 어떠한 규제도 하지 않고 방치해야 한다는 취지로 해석되는 때는 초과조례는 위법인 것이

35) 일본에서는 上乘條例 또는 上廻條例라는 용어를 사용하고 있으나 徐元宇 교수는 '超過條例'라고 하고 있다. (徐元宇, 「조례제정의 범위와 한계」, 고시계, 1993. 3. p.190)

36) 일본 학자들은 일반적으로 '橫出條例'라고 부르고 있으며, 서원우 교수는 '追加條例'라고 부르고 있다.(서원우, 앞의 논문, p.190)

37) 成田賴明, 公害防止に關する法令と條例との關係, 自治硏究 第47卷4號, p.8

38) 兼子仁, 條例をぬじる法律問題, 條例硏究叢書1, p.69

39) 杉村敏正, 條例制定權についての一考察, 憲法と行政法, 1972, pp.162-163

40) 原田尙彦, 地方自治の現代的意義と條例の機能, 總合特集, 現代都市と自治, 1975, p.62

되고, 조례가 별도의 목적에 의한 규율을 의도하는 것이고 그 적용에 의하여 전자의 규정이 의도하는 목적과 효과에 대하여 어떠한 방해도 없을 때 또는 양자가 동일 목적에서 나온 것이더라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국적 일률적으로 동일한 내용의 규율을 시행하는 취지가 아니라, 각각의 보통지방자치단체가 그 지방의 실정에 대응하여 별도의 규율을 하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때는 국가의 법령과 조례 사이에는 어떠한 모순·저촉도 없으므로 법령 위반의 문제는 생기지 않는다는 입장이다.

2) 우리나라

우리나라 대법원[41]은 「수원시 자동차차고지확보 등에 관한 조례 안」에 대한 조례 안 재의결무효 확인소송에서 “하위법령인 조례로서 차고지확보의 대상을 법령이 정한 것보다 확대하고 또한 확보해야 할 차고지의 면적 등을 조례 안 시행규칙이 정하는 바에 따라 법령이 정한 기준보다 확대 또는 감축할 수 있도록 하는 이 사건 조례 안 제4조는 자동차운수사업법령에 위반된다고 할 것이다”고 하여 규제행정 분야에서는 초과조례를 인정하지 않고 있다.

그러나 조장행정영역에 해당하는 「광주광역시 저소득주민 생계보호지원 조례 안」에 대한 조례 안 재의결무효 확인소송에서 “지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 그런데 이 사건 조례 안에 의하여 생활보호법 소정의 자활보호대상자 중 일부에 대하여 생계비를 지원한다고 하여 생활보호법이 의도하는

41) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결 참조

목적과 효과를 저해할 우려는 없다고 보여 지며, 비록 생활보호법이 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 아니하도록 규정하고 있다고 할지라도 그 규정에 의한 자활보호대상자에게는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는 취지로는 보이지 아니하고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 할 것이므로, 이 사건 조례안의 내용이 생활보호법의 규정과 모순·저촉되는 것이라고 할 수 없다"고 판시하여 위 일본 최고재판소와 동일한 논리를 전개하여 초과조례를 인정하고 있다.

3. 제주특별자치도에서의 초과조례 인정의 필요성

「제주특별자치도 학교시설의 실내공기질 관리를 위한 조례(안)」(이하 "학교공기질조례"라 한다)은 각급 학교의 실내공기의 질에 대한 유지·관리 기준을 「학교보건법」과 그에 따른 「학교보건법 시행규칙」의 기준보다 강화하는 것을 주요내용으로 하는 것으로 법령의 규제기준보다 강화된 기준을 조례로써 정하는 이른바 초과조례에 해당하는 것이다. 따라서 「수원시자동차차고지확보 등에 관한 조례 안」에서 나타난 판례(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결)에 따르면 학교공기질조례는 상위법령에 반하여 무효가 된다.

제주자치도는 국제자유도시의 토대를 구축하기 위하여 국제적 기준에 맞는 제도가 필요하고 관광·의료·교육산업을 주요 핵심사업으로 설정하고 있는 만큼 이를 위하여 경제적 규제는 완화하고 사회적 규제는 강화될 필요가 있다. 학교공기질조례는 이러한 맥락에서 법령의 범위를 넘어 필요하다면 국제적 기준에 부합하는 기준을 설정할 필요가 있는 조례의 일례에 불과하다. 앞으로 국제자유도시로의 이행과정에서 규제를 강화해야할 조례의 수요는 점차 커질 것이다. 그러나 현재의 법령체계와 대법원의 입장을 고수하는 한 국제자유도시로의 추진은 차질을 빚을 수밖에 없다.

제2절 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조 단서

1. 지방자치법 제15조 단서의 위헌논의

지방자치법 제15조 단서는 “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야한다”고 규정하고 있는바, 이 조항의 합헌성 여부와 관련하여 견해가 나뉘고 있다. 학설은 합헌설・위헌설로 나뉘고 있다. 합헌설은 법률유보원칙의 적용이라는 입장이고, 위헌설은 동 조항이 헌법이 부여하는 지방자치단체의 자치입법권을 지나치게 제약하고 있다는 입장 또는 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 입법권을 부여한 취지에 반한다는 입장이다. 대법원과 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권제한에는 법률의 위임을 필요로 한다고 보아 합헌설을 따른다.[42]

2. 법률유보원칙에 관한 우리나라와 일본의 차이

우리나라와 일본은 지방자치제도에서 유사성이 상당히 많은데 유독 주민의 권리의무에 관한 조례의 제정에 관하여는 정반대의 태도를 취할 수 있는가 하는 것이 의문점 중의 하나이다.[43] 우리 헌법은 제117조제1항은 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다’고 하고 있고, 일본 헌법은 제92조 및 제94조에서 ‘지방공공단체(지방자치단체)의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본지에 기하여 법률로 이를 정한다. 지방공공단체는 그 재산을 관리하고 행정을 집행할 권능을 가지며 법률의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다’고 하여 유사하게 보인다. 그러나 일본 지방자치법[44]은 우리나라 지방자치법 제15조 단서와 달리 규

---

42) 대법원 1995. 5. 12, 94추28 : 헌법재판소 1995. 4. 20, 92헌마264·279(병합)

43) 이영호, “조례제정권과 법률의 관계”, 월간 법제(2002/8), 법제처, 22면

44) 일본 지방자치법 제14조(조례, 벌칙의 위임)
①보통지방공공단체는 법령에 위반되지 아니하는 한 제2조제2항의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.
②보통지방공공단체는 의무를 부과하거나 권리를 제한함에 있어 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 조례에 의하지 않으면 아니 된다.
③보통지방공공단체는 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 조례로 조례위반자에 대하여 2년

정하여 조례에 대한 상반된 시각을 보여준다. 우리 지방자치법이 조례를 보는 시각은 대통령령이나 부령보다 하위의 행정입법으로 보고 있는데 반하여 일본은 법률에 준하는 지위를 부여하고 있다.

비록 지방자치법 제15조 단서 때문이라고는 하나 지방자치제도를 바라보는 우리나라와 일본 사법부의 견해차는 분명해 보인다. 권리제한, 의무부과, 벌칙제정과 관련하여 일본 최고재판소의 판례는 살펴보면 다음과 같다.

재산권 행사를 제한하는 나라현저수지조례에 대하여 일본 최고재판소는 재산상의 권리 안에 공공복리라는 내재적 한계가 있고 지역의 특수한 사정에 따라 지방자치단체별로 조례를 정하는 것이 용이하다 할 것이어서 저수지 보전을 위하여 저수지 제방의 이용행위를 제한하는 조례는 헌법에 반하는 것이 아니라고 하였다.(일본 최고재판소 1963. 6. 26. 刑集, 17권5호 521면).[45]

죄형법정주의와 관련하여 오사카시의 「가로등에서의 매춘권유행위 등의 단속조례」에 대하여 조례는 법률과 유사한 것이므로 조례에 의하여 형벌을 제정하는 경우에는 법률의 수권이 상당한 정도로 구체적으로 한정되어 있으면 충분하다고 해석하는 것이 정당하다고 하였다.(일본 최고재판소 1962, 5, 30. 刑集, 16권5호 577면)[46].

조세법률주의와 관련하여 헌법 제92조의 지방자치의 본지에 따를 때 지방세의 부과징수에 관하여는 주민의 대표인 의회가 제정한 조례에 의하지 아니하고 조세를 부과 징수할 수 없다고 하는 지방세조례주의가 요청된다고 해야 할 것으로, 그 의미에서 헌법 제84조에서 말하는 법률은 지방세에 관하여는 조례를 포함한다고 해석해야 할 것이라고 하였다.(일본 센다이 고등재판소 아키타지부 판결 1972, 7, 23. 行集, 33권7호 1616면)[47].

이하의 징역 또는 금고, 100만 엔 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수의 형 또는 5만 엔 이하의 과태료를 부과하는 취지의 규정을 둘 수 있다.

45) 이영호, 앞의 논문, 30면에서 재인용

46) 이영호, 앞의 논문, 31면에서 재인용

47) 이영호, 앞의 논문, 31면에서 재인용

3. 지방자치법 제15조 단서 삭제의 필요성

지방자치법 제15조 단서의 법률유보는 헌법이 민주적 정당성을 가진 지방자치단체에게 포괄적인 자치권을 부여하고 있는 지방자치제도의 자기책임성 및 전권한성의 취지와 배치될 수 있다. 지방분권특별법 제12조에 국가는 자치단체의 자치입법권을 강화하기 위하여 조례제정범위가 확대되도록 하는 등 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다. 그에 따라 자치입법권 확대 추진계획이 마련되었고 전문가 중심의 「자치입법제도개선연구단」이 구성되어 이 문제를 논의한 결과 연구단의 다수의견은 대상사무를 나열하는 방안이 바람직하다는 입장이다. 지방자치법 제15조 단서를 삭제해도 권리제한·의무부과는 헌법상 법률유보 사항이므로 위헌 시비를 피하기 위해 위임이 필요한 사항을 열거하여 직접 지방자치법에 조례제정의 법률위임 근거를 마련하는 것이 바람직하다는 것이다. 그 외 주민의 동의를 받는 방안, 지방자치단체에 법률위임 청구권 부여, 상위 법령 제정 시 당해 조례를 실효시키는 제도 도입 등이 제시되었다. 이에 대하여 행정자치부는 지방자치법에 위임근거 열거 방안은 실현가능성이 낮다고 검토의견을 제시하였다. 열거된 사무의 관련법령과 지방자치법 제15조에 의하여 제정된 지방자치단체의 조례와의 관계정립이 선행되어야 하고 해당 법령의 추출과정에서 막대한 시간과 노력이 소모되며 광역·기초 구분 적용문제 등 대상사무 분류가 쉽지 않다는 것이 그 이유이다. 정부혁신지방분권위원회는 지방자치법 제15조 단서조항이 세계적으로 유래가 없고, 학설·판례의 발전에 맡기는 것이 타당하므로 제15조 단서를 삭제하는 것이 바람직하다고 결정하였다.[48]

제3절 사무의 규율범위와 특별법에 따른 위임조례

1. 지방자치단체 사무범위의 특징

우리나라에서는 지방자치제도를 헌법적 차원에서 보장하고 있고, 또한 지방자

48) 대통령자문 정부혁신지방분권위원회, “참여정부의 지방분권”, 「정부혁신지방분권위원회 백서4」, 2005, pp. 275-277

치가 본격적으로 실시된 지도 십여 년이 경과하였음에도 불구하고 아직까지도 중앙집권주의적 시스템과 체계는 그대로 유지되고 있어 실질적인 지방분권 내지 지방자치는 실현되지 못하고 단지 형식적인 것에 머물고 있다고 해도 지나치지 않다.

이와 같은 지방자치단체의 자주성·자립성을 저해하고 있는 최대의 요인 중의 하나는 바로 지방자치사무의 구분체계에 있어 기관위임사무제도의 존치 및 비중의 확대라고 할 수 있다. 특히, 이와 같은 기관위임사무제도를 양산하고 있는 현행 위임·위탁제도의 근거규정이 되는 「정부조직법」 제 6조 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 겉으로는 위임·위탁제도를 도입한 취지를 행정조직의 능률을 극대화시키고, 가장 가까운 거리에서 민원인에게 행정서비스를 제공하며, 하급 행정기관의 활성화를 도모하려는 것으로 되어 있으나 실제에 있어서는 권한이양의 방식을 대신하여 권한의 위임이라는 새로운 제도를 고안함으로써 행정사무의 지방이관이라는 요청을 받아들이면서도 중앙행정기관의 통제력을 일부 잔존시켜 강력한 중앙집권적 행정체계를 유지하려는 의도가 있었음을 인정하지 않을 수 없다. 결국, 현행 지방자치사무의 위임·위탁제도는 기관위임의 방식을 강화함으로써 극단적으로는 지방자치단체는 자치사무 없이 기관위임사무만으로 존립하는 결과를 초래하였는데, 이는 지방자치제의 형해화(形骸化)를 촉진시키는 요인으로 지목되고 있다[49]

2. 사무의 규율범위에 관한 논의

앞에서 살펴본 바와 같이 기관위임사무에 관하여는 원칙적으로 조례를 제정할 수 없고 단체위임사무와 자치사무에 관하여도 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 조례를 제정하는데 제약을 받게 된다.[50] 이에 대하여 지방자치단체는 헌법상 보장된 전권한성의 결과, 지역적 사무에 대해서는 일반적인 사무처리권한을 가지며, 이는 열거될 수 있는 것이 아니라는 견해가 있다.[51] 전권한성이란 헌법이나

49) 오용식, “지방자치사무의 위임·위탁과 관련한 쟁점 검토”, 월간 법제(2006/6), 법제처, 113-114면

50) 「지방자치법」 제9조제2항 단서

51) 유봉영, “자치입법권의 범위와 한계”, 지방행정 450호(1991. 4), 대한지방행정공제회, p.88

법률이 국가 또는 지방자치단체의 사무로 유보하지 않는 모든 지방적 공공사무를 지방자치단체가 임의로 취급할 수 있는 권한 또는 권한의 추정을 의미한다. 따라서 지방자치법 제11조에 규정되지 아니한 사무는 원칙적으로 지방자치단체의 자치사무에 속한다는 것으로 지방자치법 제9조제2항이 지방자치단체의 자치사무를 예시적으로 규정하고 있는 것은 사실상으로 불필요한 것이지만, 관할의 다툼을 어느 정도 방지하는데 기여할 수 있다는 점에서 그 의의를 찾기도 한다.[52)]

결론적으로 지방자치단체의 사무체계는 단순화하고 국가와 지방자치단체간의 유연한 쌍방적인 관계를 형성하는 협력적 분권체제에 적합한 지방사무체제가 필요하다. 지방자치단체가 처리하는 모든 사무를 지방사무로 하고 원칙적으로 지방자치단체가 자기 책임 하에 처리하는 것이 바람직하다. 다만 국가가 관여할 필요가 있는 경우에는 법률로 관여의 방법, 관여의 정도 등을 정하게 된다.[53)]

3. 특별법의 위임에 따른 조례입법의 내용과 재정수반의 문제

특별법에 따른 위임조례의 사례로 앞에서 살펴본 「제주특별자치도 영·유아보육시설 설치 및 운영 등에 관한 조례」(이하 "영·유아보육조례"라 한다)의 주요내용을 보면 「영유아보육법」(이하 "법"이라 한다)에 의한 보육정보센터의 설치(법 제7조제4항), 보육시설 설치기준(법 제15조), 보육시설종사자의 배치(법 제17조제2항), 복지시설의 운영기준(법 제24조제1항·제4항)에 관한 사항에 대하여 대통령령과 여성가족부령으로 정하도록 한 사항을 조례에 반영하여 제정하였다.

제주자치도의 실정에 맞는 복지수요의 충족이라는 특별법의 취지로 볼 때 영유아 보육사업에 있어 일부 규정을 제외한 나머지 조항은 대통령령과 여성가족부령에 규정된 내용만을 그대로 담고 있다. 특별법 제350조에서 규정된 대통령령 또는 부령을 정하도록 한 사항을 조례로 위임하면서 행정처분 등 규제기준이 종전 법령에 의한 기준보다 완화되거나 지원수준이 낮아지지 않도록 최소 기준을 두고 있고, 이러한 최소 기준 위배 시, 즉 특별법에 저촉되게 되면 조례가 무효

52) 이기우, "지방자치발전을 위한 사무배분의 과제", 지방자치연구 제8권 제2호(1996. 6), p.29

53) 이기우, "지방자치단체의 사무체계에 대한 비판적 검토", 지방행정연구 제19권 제1호(통권 60호), 한국지방행정연구원, 2005, 18-24면 참조

가 될 수도 있으므로 그 최소기준에 위배되지 않도록 유의하면서 한편으로는 그 규제기준 및 복지지원 수준을 높임으로써 늘어나는 재정 지출 등을 고려한 결과이다.

복지관련 조례는 그 특성상 예산의 뒷받침이 없이는 실효성이 없다. 지방정부의 재정자립도가 빈약한 현실에서 복지관련 예산은 대부분 국비에 의존하고 있다. 따라서 조례 입법과정에서는 제정하고자 하는 조례가 어느 수준의 지원을 예상하고 있는지를 면밀히 분석해야 한다. 지방자치단체의 장이 제출하는 조례 안은 제출과정에서 소요예산에 관하여 기관상호간에 충분한 검토와 협의가 되어 제출된다. 그러나 지방의회의원이 발의하는 조례 안은 소요예산규모와 예산확보 가능성 등에 대하여 지방의회의 심의과정에서 충분히 검토하고 집행부의 의견을 들어볼 필요가 있다.[54]

「지방자치법」 제123조는 지방의회가 새로운 재정부담을 수반하는 조례나 안건을 의결하고자 할 때에는 미리 지방자치단체의 장의 의견을 듣도록 명시하고 있다. 이러한 절차를 감안할 때 의원발의 조례 안으로서 예산상의 조치가 수반하는 경우에 예산명세서를 첨부하면 심사과정에서 도움이 될 수 있으나 법정사항으로 규정하고 있지는 않다.[55]

한 가지 더 살펴볼 것은 이 조례 제정과 관련하여 특별법 부칙 제15조(조례제정사항에 관한 경과조치) 제1항에서는 “이 법에 의하여 도 조례로 정하도록 한 사항이나 종전의 대통령령 또는 부령으로 정하고 있는 사항에 대하여는 이 법에 의하여 도 조례가 제정될 때까지는 종전의 규정에 의한다”라고 되어 있다는 점이다. 그렇다면 조례가 없더라도 조례가 규율하고자 하는 내용에 관하여 규범력이 상실되는 것은 아니므로 제주특별자치도가 전국적·획일적 기준과 차별화되

54) 박봉국, “조례안의 입법형식과 심의기법”, 「2006년도 지방의회 전문위원과정[2차]」, 국회사무처, p.441

55) 국회법은 예산상의 조치가 수반되는 법률안 기타 의안을 제출하는 경우에서는 비용에 관한 추계서를 제출하도록 하고 있다.

국회법 제79조의2 (의안에 대한 비용추계 자료 등의 제출)

①의원 또는 위원회가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 발의 또는 제안하는 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서를 아울러 제출하여야 한다.

②정부가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 제출하는 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서와 이에 상응하는 재원조달방안에 관한 자료를 의안에 첨부하여야 한다.

③제1항 또는 제2항의 규정에 의한 비용추계 및 재원조달방안에 대한 자료의 작성 및 제출절차 등에 관하여 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다.

어 지역 실정에 부합하는 복지정책이 없는 상태에서 굳이 조례를 제정할 필요가 없었다고 본다. 대통령령이나 부령의 내용을 고스란히 조례로 옮겨놓는 것(이른바 '카피조례')은 자치입법권 확대·강화에 도움이 되지 않는다고 판단된다.

4. 제주특별자치도 사무범위 확대의 필요성

지방자치단체의 조례제정권을 통하여 입법권의 분권화를 달성하기 위해서는 지방자치단체의 사무에 대한 원칙적인 입법권을 지방의회가 행사하도록 하고 지금까지 법률유보의 영역에 속하던 사항을 조례유보사항으로 하는 헌법정책적인 변화가 뒤따라야 한다. 이 점에서 일정한 지방사무에 관한 입법권을 원칙적으로 지방의회에 부여하는 입법권의 헌법상의 재배분문제도 심도 있게 논의할 필요가 있다.[56]

「지방이양촉진법」 제3조제1항제1호 및 제3호의 "「지방자치법」 제9조제2항 각 호에 예시된 사무를 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 할 것, 지방자치단체가 이양받은 사무를 자주적인 결정과 책임아래 처리할 수 있도록 이양되는 사무와 관련되는 일체의 사무를 가능한 한 동시에 이양할 것"의 규정과 「지방분권특별법」 제6조제3항의 "국가가 지방자치단체에 사무를 배분하거나 지방자치단체가 사무를 다른 지방자치단체에 재배분하는 때에는 사무를 배분 또는 재배분 받는 지방자치단체가 그 사무를 자기의 책임하에 종합적으로 처리할 수 있도록 관련 사무를 포괄적으로 배분하여야한다"라는 규정을 각각 두고 있으므로 국가는 지방으로 사무를 위임이 아닌 이양하여야 하고 이양할 때도 포괄적 이양 방식을 취하여야 할 것이다.

제주자치도의 핵심은 제주도의 자치입법권의 획기적인 확대에 있다. 일정한 법 영역에 있어서 국가의 법은 제주도를 지역적인 효력범위에서 제외하고 제주자치도에 독자적인 입법을 할 수 있도록 제주도의회에 입법권을 부여하는 정도의 자율권을 보장하는 구상을 포함하고 있다. 일정한 분야의 법률에 대해서 제주도에서 독자적인 입법권을 갖도록 하는 것이 필요하다.

---

56) 이기우, "지방자치 기반강화를 위한 헌법개정", 한국지방자치학회보 제17권 제4호(통권52호), 2005. 12, p.17

5. 국가와 지방자치단체 간의 권한 위임에 관한 입법방법과 특별법의 문제점

1) Negative system

Negative system이란 국가가 자신의 권한이라고 명시적으로 열거한 사항 외에는 전부 지방자치단체의 권한으로 인정하는 방식이다. 여기에는 헌법에 규정하지 않은 것 이외에는 전부 자치단체소관으로 보는 방식과 법률(령)에 규정하지 않은 것 이외에는 전부 자치단체 소관으로 보는 방식 두 가지가 있다. 전자는 미국이 택하는 방식이고 후자는 일본이 택하는 방식이다.

2) Positive system

Positive system은 국가가 명시적으로 지방자치단체에 위임하는 사항에 한하여 지방자치단체가 권한을 행사하는 방식이다. 우리나라는 이 방식을 택하고 있으며 특별법도 그에 따라 이전에 국가가 가지고 있던 권한을 이양하거나 도 조례로 위임하고 있다.

3) 특별법 입법방식의 문제점

특별법이 Positive system을 취하면서 나타나는 가장 큰 문제점은 체계적인 법적용이 어렵다는 점이다. 각 개별법은 규율하고자 하는 사항에 관하여 전체적인 법질서와 단위 법령 안에서 일정 체계를 이루고 있다. 따라서 특별법처럼 개별법 중 일부 조문을 지정하여 위임할 경우 체계에 혼란을 가져올 수 있다. 전체적으로 연관성을 가지는 조문들 중에서 일부 사항에 관하여만 위임되고 나머지가 위임되지 않으면 특별법이 기형적인 형태를 띠게 된다. 「제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례」(이하 “여객운수조례”라 한다)가 대표적인 경우이다. 여객운수조례의 경우 위임근거인 특별법 제324조가 불완전하게 규정되어 법률유보원칙에 위반되는지 여부가 불분명하기 때문에 법적 분쟁이 발생하게 된 것이다.

제4절 기관구성형태와 권한배분의 원칙

1. 기관구성유형

일반적으로 지방정부의 유형은 <표4>와 같이 크게 네 가지로 구분되는데 해당지방의 역사와 전통에 따라 구성형태가 달라진다. 우리나라는 지방자치를 실시한 이후로 기관구성형태 중에서 줄곧 기관대립형을 유지해왔다. 기관대립형은 의결기관과 집행기관이 분리되기 때문에 양 기관 간에 견제와 균형의 원리가 작용한다. 그러나 우리나라의 경우는 중앙집권의 경향이 강해 지방의회에 비해 집행기관의 권한이 강한 기관대립형이므로 견제와 균형의 원리가 제대로 실현되었다고 보기도 어렵다. 지방자치단체는 인구·경제규모·산업구조·재정규모의 격차가 매우 심하기 때문에 기관구성을 획일적으로 하는 것은 지역의 요구와 특성을 제대로 반영하지 못하여 행정의 비효율이 나타난다고 지적되어 왔다.[57] 따라서 현행과 같은 획일화된 기관구성을 다양화해야 한다는 주장이 계속되었고 정부혁신지방분권위원회가 T/F를 구성하여 기초자치단체와 농어촌형 자치단체는 기관통합이 유리하고 광역자치단체와 도시형자치단체는 기관분리가 유리하다는 연구결과를 내놓기도 했다.[58]

<표4>지방정부구성의 네 가지 유형

유형별	특징	이념
기관통합형	의회가 의결기관인 동시에 집행기관	간접민주주의
기관대립형	의결기관과 집행기관이 분리되어 견제와 균형의 원리 적용	
절충형	위 두 가지 유형의 혼성형	
주민총회형	일정수의 주민이 의사결정에 직접 참여·집행	직접민주주의

자료: 이달곤, 「지방정부론」, (서울: 박영사, 2005), p.288

57) 한국지방행정연구원, 지방자치단체의 기관구성 다양화 방안, (서울, 2006), pp.38-39

58) 대통령자문 정부혁신지방분권위원회, 앞의 책, p.254 <표4-56>참조

2. 도의회와 집행기관간의 대립·갈등

지방의회와 집행기관의 대립·갈등은 우리나라 지방정부의 형태와 관련성이 있다. 의결기관과 집행기관으로 각각의 기능과 권한을 분리하고 있으므로 양 기관간에 기능수행과 권한행사를 둘러싸고 대립·갈등 상황이 발생될 소지가 크다. 현행법은 지방자치단체장의 임시회소집요구권과 의안제출권, 지방의회의 지방자치단체장 출석요구권 등의 기관단일형 제도를 부분적으로 도입하고 있는데 이것이 제대로 운영되지 못하여 오히려 양 기관간의 대립·갈등 유발요인으로 작용하고 있다.

갈등 요인 중 양측 구성원의 정책성향 차이에서 비롯될 수 있는데 일반적으로 지방의회 의원들은 출신 지역구의 지역문제와 주민편의를 우선시하는 경향이 강한 반면, 집행기관 구성원들은 당해 자치단체 전체구역을 고려하는 동시에 행정편의적인 경향이 강하기 때문이다.[59]

조례 안에 관련하여서 보면 의원이 발의하기에 앞서 집행부에 관련 자료를 요구하거나 의심나는 사항에 관하여 답변을 요구하여도 집행부가 절차를 미이행을 이유로 적극적으로 임하지 않아 감정적 대립이 깊어지는 경우가 있다. 또한 의원이 발의하고자 하는 내용과 동일한 내용의 조례를 집행부가 앞서 제출함으로써 의원발의 조례안의 의의를 반감시켜 갈등의 골을 더욱 깊게 하는 경우도 있다.

그러나 가장 큰 문제는 조례안의 내용이 상대방의 고유권한을 침해하는 경우이다. 도지사의 의회에 대한 보고·설명의무 부과나 도지사가 도의회의 의견에 기속되도록 하는 것이 대표적인 예인데 의원들은 주민을 우선시하여 집행부에 대한 통제를 강화하겠다는 취지에서 조례 안을 작성하게 되고 집행부는 이러한 조례 안이 자치단체장의 고유권한을 침해한다는 이유로 대립하게 된다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 우선 의회와 집행부가 넓게는 지방자치단체를 이루는 기관으로서 공동의 운명을 가졌다는 사고의 전환이 필요하다. 의원이 충분한 고려 없이 조례 안에 도지사의 권한을 침해하는 조항을 두는 것은 문제지만 반드시 필요하다고 판단하여 두는 경우도 있다. 이럴 경우 집행부도 도의 발전이라는 큰 목표를 전제로 심사숙고하는 전향적인 자세가 필요하다고 본다.

---

59) 박천오·서우선, 앞의 논문, pp.74-81 참조

오랜 중앙집권에 따른 관행과 행정국가화 현상으로 지방정부의 경우도 집행부에 비하여 의회의 규모나 기능이 상당 부분 축소되어 있는 것이 현실이다. 그러나 제주자치도는 특별법에서 고도의 자치권을 부여하면서 도의회의 기능을 강화하겠다는 입법자의 의지를 밝힌 바 있으므로 의회의 역할을 확대하는 내용의 조례 안에 관하여 법률의 포괄적인 위임을 받고 있다고 보아야 한다.

3. 지방의회와 지방자치단체장과의 권한배분

우리나라는 집행기관이 강한 기관대립형을 취하기 때문에 인력과 예산에서 지방의회가 열악한 상태에 있게 되고 이는 곧 지방의회의 전문성을 약화를 가져왔고 그 결과 조례제정권 약화로 이어지게 된다. 지방의회에서는 조례제정을 통하여 지방의회의 권한을 확대하고 집행기관의 권한을 견제하고자 하였으나 지방자치법의 규정[60]과 이를 용인하지 않는 위임조례의 근거가 되는 개별법령의 한계가 있었다. 대법원도 “지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 할 수 없고, 한쪽의 고유권한을 다른 쪽이 행사하는 내용의 조례는 지방자치법에 위반된다고 할 것이다. 그러므로 지방의회가 집행기관의 인사권에 관하여 소극적 사후적으로 개입하는 것은 그것이 견제의 범위 안에 드는 경우 허용된다고 할 것이나, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수 없고, 사전에 적극적으로 개입하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이다”고 판시하고 있다. (당원 1993.3.9. 선고 92추116 판결 참조). 「제주도 주요업무 자체평가에 관한 조례」도 동일한 이유로 대법원에서 무효 확인판결을 받았다.

60) 지방자치법에 따르면 의회사무처에 두는 사무직원은 그 지방자치단체의 장이 임명하고(제91조), 지방자치단체의 장이 소속 직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리(제105조)하며 지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소권한을 가지고 있다(제26조・제107조・제108조).

4. 제주자치도의 기관구성형태 변화에 관한 논의

특별법은 제13조에서 지방의회 및 집행기관 구성의 특례를 규정하여 「지방자치법」의 지방의회와 집행기관에 관한 규정에 불구하고 따로 법률이 정하는 바에 따라 제주자치도의 지방의회 및 집행기관의 구성을 달리 할 수 있도록 하였다. 제주자치도의 기관구성을 달리하고자 하는 경우에 도지사는 도의회의 동의를 받아 행정자치부장관에게 그에 관한 주민의견을 듣기 위한 주민투표의 실시를 요청할 수 있고 요청을 받은 행정자치부장관은 이 법의 목적 및 취지 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 제주자치도 관할구역 전체를 대상으로 도지사에게 주민투표의 실시를 요구할 수 있다.

지방의회 사무직원에 대한 인사제도는 지방의회가 견제해야 할 집행기관의 수장인 지방자치단체장에게 의회공무원의 인사권을 부여하고 있다. 이는 기관대립형을 취하고 있는 현실에서 모순이 아닐 수 없다. 사무직원에 대한 인사권을 지자체장이 쥐고 있는 까닭에 사무직원들은 의원들의 의정활동을 뒷받침하고 보필하는데 충실하기 보다는 집행기관의 눈치를 살피는데 더 신경을 써야만 하기 때문이다.

이러한 이유 때문에 전국시도의회의장협의회와 전국시군구의회의장협의회는 꾸준히 지방의회 사무직원에 대한 인사권을 의장에게 부여하라고 요구해 왔고 학계에서도 인사권을 지방자치단체장에게 부여한 현행 제도의 문제점을 지적해왔다.

지방자치법 제82조 제3항 및 제83조 제2항은 지방의회 사무처 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 의하여 당해 지방자치단체의 장이 임명하고 사무직원 중 별정직·기능직·계약직공무원에 대한 임용권을 지방의회 사무처장에게 위임하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나 특별법은 제14조에서 이러한 지방자치법 제82조제3항 및 제83조제2항에 불구하고 일반직 공무원을 제외한 제주자치도의 의회사무처에 두는 사무직원의 임용 및 절차에 관하여 필요한 사항은 도 조례로 정할 수 있도록 규정하여 별정직·기능직·계약직공무원에 대한 인사권을 의장에게 부여할 수 있는 길을 열어 놓았다.

제5절 주민참여의 보장

1. 주민의 조례제정 참여

국가와 별도로 자치단체를 구성하는 이유는 그 구성원의 의사에 따른 통치가 가능하게 하려는 것이므로 지방자치는 원래 주민의 직접적인 참여를 바탕으로 한다.[61] 주민은 국민으로서의 지위를 함께 가지기 때문에 지방자치에 있어서의 주민참여는 민주주의 실현을 위한 국민주권의 또 다른 발현이라 할 수 있다. 따라서 국민주권원리를 기본가치로 하는 현대 민주주의국가에 있어서 지방자치는 지방적 범위 안에서 국민주권의 원리를 실현하기 위한 제도라 할 수 있다.[62]

도의회는 지방자치가 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현하는 제도적 장치로서 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치를 실현하는 것[63]이라는 점을 충분히 인식하고 이를 보장할 수 있는 통로를 확보하여 주민접근성을 용이하게 하여야 한다. 이런 면에서 「제주특별자치도 주민참여 기본조례」는 제정과정에서 주민이 적극적으로 참여하여 조례제정을 주도하였다는 점에서 주목할 만한 사례라 할 것이며 또한 본 조례가 주민참여의 길을 열어 주는 조례이기도 하다.

2. 조례제정의 주민참여와 대표성확보

지방자치제도는 민주주의를 배경으로 하는 것이므로 조례제정에 주민들의 의사가 반영되는 경향은 당연하다고 할 것이다. 문제는 주민의 의사가 공익이 아닌 일부 주민의 사익을 위하여 왜곡된다는 점이다.

조례의 내용은 다수의 침묵하는 주민보다는 찬반의 여론을 주도하는 각종 이익집단과 시민단체의 의사에 따라 결정된다. 특정문제에 관한 이해관계를 중심으로 결집된 집단 또는 단체로서 집단 구성원들의 공동이익을 실현하기 위하여 정

61) 법제처, 「시·도 법률 교육교재Ⅰ」, (서울: 법제처, 2007), p.154

62) 양석진, “지방자치에 있어서 주민참여와 국민주권의 실현”, 법학연구 제18집, 한국법학회, 2005, 150면

63) 김명연, “주민직접참여의 활성화를 위한 법제정비 방안”, 한국법제연구원(1999. 12), 7면

부기관에 압력활동을 함으로써 정책과정에 참여하는 집단을 이익집단 또는 압력단체라고 한다.[64] 이러한 이익단체는 특정문제에 관하여 이해관계를 가지고 있기 때문에 대다수 이해관계가 없는 주민들보다 조례제정에 적극적으로 참여하게 되며 그 결과 조례의 내용은 일부 주민의 사익을 보장하는 도구로 전락하게 된다.

뿐만 아니라 이들은 선거에서 일정 역할을 하기 때문에 선출직인 도의원에게 직·간접적으로 영향을 미치게 된다. 주민들은 자신이 선출한 대표들이 맡은 바 역할기능을 제대로 수행하고 있는가를 감시하고 그 결과에 대하여 평가하고 비판하는데 무관심하다. 이는 조례제정에서 후술하는 의원의 전문성을 약화시키는 원인이 되기도 한다.

이러한 대표성의 상실로 인하여 의원이 자신의 양심, 문제에 대한 전문지식, 공익에 대한 진지한 고민보다는 이익집단의 이익에 부합하는 방향으로 쉽게 기울어져 대중 인기만 쫓는 결과를 가져올 수 있다.

도의원이 발의를 검토한 바 있는 사안 중에도 이런 면을 엿볼 수 있는데 잡종재산 대부료를 감면하는 내용의 조례제정을 예로 들어 보면, 「공유재산 및 물품관리법」에 규정된 감면사항 외에 잡종재산을 대부하여 농업을 영위하는 일부 주민에 대하여 대부료를 면제할 수 있는 조례를 제정토록 검토한 것이다. 조례제정여부의 가부를 떠나 특정 일부 주민의 이익을 위하여 공유재산의 유지·관리 정책을 후퇴시켜야 하는지는 의문이 아닐 수 없다.

3. 의원발의 조례 안에 대한 입법예고

행정절차법 제41조 내지 제45조에서는 주민의 자치입법에의 직접 참여를 활성화하고 자치입법에 대한 민주성을 제고하기 위하여 입법예고 제도의 시행 등에 관하여 규정하고 있다. 법제업무운영규정 제20조에서는 자치법규안의 입법예고대상, 입법예고에 대한 제출의견의 처리, 그 밖에 입법예고에 관하여 필요한 사항은 각 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있다. 그에 따라 제주자치도는 「제주특별자치도 자치법규의 입법예고 및 공포에 관한 조례」가 제정되어 있다.

그러나 의원이 발의하는 조례안의 입법예고에 관하여는 아무런 규정도 없고

64) 최창호·하미승, 새행정학, 삼영사, 2006, p.205

현재 의원발의 조례 안에 대해서는 입법예고절차를 거치지 않고 있다. 그 결과 몇 가지 문제점이 발생한다.

가장 문제점은 주민들의 충분한 의견수렴절차가 생략되기 때문에 민주성이 상실되어 조례 내용이 부실하게 되고 시행할 때 주민의 저항에 부딪히는 등 주민참여가 저조하게 된다는 데에 있다. 물론 발의하기에 앞서 의원 본인과 정책자문위원, 입법정책관실, 전문위원실의 검토를 거치지만 제정되는 조례안과 직·간접적인 이해관계를 가지는 주민들의 다양한 의견을 전부 분석하기란 쉽지 않은 일이다.

또한 다른 상임위원회의 소관 업무에 관하여 관련 상임위원회와의 충분한 교감이 없이 의원이 개인적으로 관심이 있어 단독적으로 발의하는 경우 의원 간 마찰이 생길 수도 있다. 예를 들어 환경도시위원회 소속 의원이 행정자치위원회의 소관 업무에 관하여 조례 안을 작성하는 경우 전문성도 떨어지고 내용이 단편적이 될 수밖에 없으며 행정자치위원회 소속 의원들로부터 심한 견제를 받을 수 있다. 그 결과 위원회 심사과정에서 보류되거나 부결될 가능성이 커지게 된다.

따라서 조례의 규범력을 제고하고 시행과정에서 발생할 수 있는 문제점을 최소화하려면 의원발의조례에 대해서도 입법예고를 하는 것이 바람직하다고 본다.

제5장 조례제정한계에 대한 제주특별자치도의회의 대응방안

제1절 제도의 개선

1. 초과조례 제정가능여부

조례로 규율하고자 하는 사항에 대하여 법령으로 이미 규정하고 있는 경우 조례제정 가능성 여부를 정리하면 다음과 같다.

<표5> 법률과 조례의 관계

<table>
<tr><td>법령규정 존부여부</td><td colspan="4">조례제정 가능여부</td></tr>
<tr><td>법령에 규정이 없는 경우</td><td colspan="4">지방자치법 제15조에 따라 가능</td></tr>
<tr><td rowspan="5">법령에 규정이 있는 경우</td><td>입법목적 상이</td><td colspan="3">지방자치법 제15조에 따라 가능</td></tr>
<tr><td rowspan="4">입법목적 동일</td><td rowspan="2">추가조례</td><td>수익적 행정</td><td>재정법상 문제없으면 일반적으로 가능</td></tr>
<tr><td>침익적 행정</td><td>지방자치법 제15조 단서에 따라야</td></tr>
<tr><td rowspan="2">초과조례</td><td>수익적 행정</td><td>가능</td></tr>
<tr><td>침익적 행정</td><td>불가</td></tr>
</table>

자료: 홍정선, 앞의 책, p.797의 내용을 표로 재구성

규제기준보다 강한 규제내용을 규정한 경우, 일본에서 규제행정 영역을 규율하기 위하여 대두된 초과조례에 관한 이론이 우리나라에서는 규제행정 영역에선 부정되고 조장행정 영역에서만 인정되고 있다. 그 이유는 초과조례는 주민의 권리를

제한하거나 의무를 부과하는 것이어서 지방자치법 제15조 단서에 따라 법률의 위임이 있어야 하기 때문이다. 따라서 초과조례 인정여부는 지방자치법 제15조 단서의 삭제 문제와 맞물려 있는 문제라 하겠다.

2. 지방자치법 제15조 삭제

우리나라도 지방분권과 지방자치시대의 도래로 인한 조례제정권의 확대가 시대적 요청이므로 국가는 최저기준을 제시하고 조례가 지역적 특색에 따라 자주적으로 기준을 설정하고 해결하여야 한다. 그러기 위해서는 지방자치법 제15조 단서는 삭제하는 것이 바람직하다. 그리고 조례가 실효성을 가지기 위하여 조례로 벌칙을 정할 수 있도록 지방자치법을 개정해야 한다. 사회생활을 법적으로 규율함에 있어서 전국적으로 획일적으로 규율해야 하는 경우도 있지만 각 지방의 특수한 실정에 맞춰 조례로 규율하는 것이 더욱 합목적적인 경우가 있다. 이점이 바로 조례의 존재이유이다. 지금과 같이 지방자치법 제15조 단서규정을 고수하는 한 실질적인 지방자치의 도래는 요원하기만 하다. 하지만 이는 우리나라 지방자치단체 전부와 관련된 사항으로 단기적으로 해결될 사항이 아니므로 특별법에 지방자치법 제15조 단서를 배제하는 규정을 도입하여 제주자치도만의 특례를 두는 것이 좀더 실현가능성이 높은 방안이 될 것이다. 물론 이 경우의 논리는 제주자치도가 선도적 지방분권의 모델에 해당하므로 전국에 걸쳐 시행하기에 앞서 시범적으로 제도를 운영해보는 것이 필요하다는 점을 부각시켜야 한다.

3. 특별법 입법방식 변경

기존에 기관위임사무였던 사무들이 특별법에 따라 권한이 이양·위임되면서 도의회가 관여하는 조례제정의 폭은 외양적으로 확대되었다고 볼 수 있다. 그러나 양적으로 조례제정 범위가 확대되었다는 것과 실제 자치입법권이 강화된다는 것은 별개의 문제이다. 후자는 질적 판단을 바탕으로 하는 것이기 때문이다.

앞에서 예로 든 영·유아보육조례는 특별법 위임에 따른 사회복지 관련조례 중 하나의 사례인데 사회복지 관련조례의 경우 재정의 뒷받침이 없으면 실효성

이 없다. 그러므로 재정이 수반되지 않는 권한이양·위임은 해당 사항에 관하여 기대가능성이 큰 주민수요를 만족시키지 못할 경우 지방정부에 대한 불신으로 이어져 행정에 대한 저항을 불러일으키게 된다. 따라서 재정부담이 예상되는 사무에 대해서는 중앙정부의 재정지원이 없으면 조례입법이 제한적일 수밖에 없다.

또한 특별법상의 사무범위 확대와 관련하여 우리나라에서 연방제의 주정부 수준으로 입법하는 것은 위헌의 소지가 높다는 것이 다수 공법학자의 견해이다.[65] 이에 대하여 제주자치도에 대한 헌법상 지위를 보장하기 위하여 제주자치도에 대한 규정을 헌법에 규정하는 것이 필요하다는 주장[66]이 있다. 이러한 주장은 지방분권을 연구하는 학자들 사이에서 주로 논의되고 있는데 이기우 교수나 하승수 교수는 헌법개정을 통한 해결을 주장[67]하고, 김순은 교수는 헌법개정은 장기적인 차원에서 논의되어야 하고 현재 상황에서는 제주자치도 설치 목적에 부합되는 헌법해석을 함으로써 가능하다는 입장이다.[68] 현재의 제도적 상황 하에서도 제주특별자치도의 활성화를 위한 대폭적인 이양·위임이 필요하다고 하겠다. 그러나 제주자치도만을 위한 헌법 개정은 사실상 어렵고 그 필요성에도 의구심을 갖게 된다. 헌법에 제주자치도의 지위를 규정한다고 하더라도 그에 따른 후속 입법이 없으면 무용지물이기 때문이다. 따라서 현재의 특별법을 최대한 활용하고 향후 필요한 사항은 특별법 개정을 통하여 해결하는 것이 좀더 현실적이고 바람직하다고 본다.

4. 기관구성형태 변경

제주자치도의 경우는 특별법 제13조에 따라 기관통합형로의 전환도 고려할 필

---

65) 김순은, “제주특별자치도의 법적지위와 향후 전망”, 제주특별자치도 정착을 위한 법률적·제도적 지원 방안을 위한 국회·제주특별자치도 공동토론회, 2007, p.39

66) 이기우, “지방자치 기반강화를 위한 헌법개정”, pp.21-22
이기우 교수는 다음과 같은 헌법 조항을 추가하는 것을 제안하고 있다.
헌법 제118조의2
①제주국제자유도시를 실현하고제주도의 정치적·경제적·사회적·문화적 특수성에 기초한 지방분권을 실현하기 위하여 제주도의 자치권을 법률이 정하는 바에 따라 확대할 수 있다.
②제주도의 조직과 행정기구 및 그 운용에 관한 사항에 대해서는 제주도가 조례로 정한다.
③국방, 외교, 통일, 화폐, 금융, 검찰, 사법 등 국가전체의 통일성을 기하기 위하여 필요한 영역을 제외하고는 국제자유도시와 지방분권의 선도적인 실현을 위해 필요한 경우에 제주도는 법률과 다른 규정을 조례로 정할 수 있다.

67) 하승수, “자치입법권 확대와 국회와의 협력 방안”, 앞의 국회 공동토론회, p.116

68) 김순은, 앞의 논문, p.40

요가 있고, 특별법 제14조에 따른 「제주특별자치도의회 사무처 직원의 임용 등에 관한 조례」제2조에서 도의회의장은 일반직공무원을 제외한 제주자치도 의회사무처 소속 공무원의 임용권을 가진다고 규정하여 별정직·기능직·계약직공무원에 대한 인사권을 의장에게 부여하였는데 이는 위에서 제기한 문제에 대한 미봉책에 불과하다. 사무처직원에 대한 인사권을 의장에게 부여하고 채용・승진・전보・퇴직 등에서 집행부 공무원과는 독립된 형태로 운영되도록 법률을 개정하는 것이 바람직할 것이다.

5. 의원평가시스템 개발

합리적인 조례제정을 위하여 주민은 선거에서부터 적극적으로 참여하고 의원을 견제할 수 있도록 제도적으로 보장된 권리를 행사하여 의원들에게 심리적 긴장감을 갖도록 하여야 한다. 이를 위해서는 지속적으로 감시하고 평가할 수 있는 의정활동 평가시스템이 있어야 한다. 평가는 평가의 대상을 업무별로 유형화하고 객관적이고 공정한 평가가 이루어지도록 지역구 주민이 자발적으로 주도하고 평가의 바탕이 되는 각종 자료와 통계는 시민단체와 의회사무처, 집행부가 제공하여야 할 것이다. 의원들도 평가를 수용하고 피드백(feed back)이 가능하도록 해야 할 것이다.

제2절 의원의 전문성 확보

1. 지방의원에게 요구되는 전문성의 유형

지방분권과 정부혁신이 추진되고 있는 근래에까지 지방자치현실에 대한 비판여론의 핵심은 첫째 자치단체장의 제왕적 권한과 자의적 권한행사로 인한 자원낭비 및 비효율적 행정이고, 둘째는 지방의회의 집행부에 대한 감시통제기능의 취약성 문제이다. 특히 자치단체장의 방만한 권한행사, 공무원의 부정부패 등 갖가지 문제점이 나타나도 특별한 대책을 강구하지 못하고 있는 지방의회의 역할

부족 및 지방의회 의원의 전문성 부족 문제 등은 향후 지방자치의 성패를 좌우할 수 있는 심각한 문제로 부각되고 있다.[69]

최봉기 교수는 전문성을 직무전문성과 역할전문성으로 나누고 직무전문성이란 지방의원이 주민대표로서 그 직무를 수행하는데 요구되는 지식과 기술 등 직무와 관련된 전문성을 의미하고 역할전문성이란 지방의원으로 선출된 이후 직무수행과정에서 체득한 의정관련 전문적 지식과 기술 및 이들을 토대로 직무를 수행하는 열성과 태도 등을 의미한다고 설명하고 있다.[70] 최봉기 교수는 직무전문성의 경우 적어도 일반시민들의 상식수준을 넘어서는 정치·행정적 지식과 경험 및 판단능력을 요구한다고는 보아야 할 것이나 역할전문성의 경우는 지역 주민들의 요구나 주장, 갈등 등을 큰 어려움 없이 처리할 수 있는 상당한 수준의 전문성이 요구된다고 보고 있다.[71]

2. 도의원의 적극적 의정활동

도의원의 전문성 부족과 관련하여 자주 지적되는 것은 역할전문성에 관한 것으로 의원들이 지방의원으로서의 역할인지가 부족하고 이에 따라 의원으로서의 역할을 적극적으로 수행하지 않고 있다는 점이다. 의원 중의 일부는 의원직을 출세의 상징으로 생각하고 자신을 특별한 지위에 있는 자로 인식하여 선거구민을 위한 정책개발자, 갈등의 조정자, 리더로서의 역할을 제대로 수행하지 못하고 있다.

지방정부도 현대정부의 특징을 가진다. 현대행정은 양적으로 방대하고 질적 복잡해지고 있다. 경제발전과 사회복지 확대에 따라 행정기능이 증가하고 있고 행정기구도 팽창하고 있으며 공무원 수와 재정규모가 팽창하고 있다. 복잡한 사회적·경제적 이해관계의 조정, 발전을 위한 정책결정 등 행정에 있어서의 전문성·기술성이 특히 요청되고 복잡한 사회실태의 정확한 파악을 위하여 계량·정보화하고 있으며 정책·계획화하고 있다.[72]

---

69) 최봉기, "한국 지방의회의원의 전문성 제고방안", 한국지방자치학회보, 제17권 제1호(통권49호), 한국지방자치학회, 2005, 6면

70) 최봉기, 앞의 논문, 8-11면

71) 최봉기, 앞의 논문, 13면

72) 최창호 · 하미승, 앞의 책, 15-18면 참조

그에 따라 지방정부의 의결기관 구성원인 도의원들에게는 집행부의 공무원보다 더 높은 직무전문성과 능력을 요구하고 있다. 따라서 직무관련 학습과 연구가 필요하다. 도의회는 의원의 의정역량을 강화하기 위하여 해당 분야의 전문가를 초빙하여 매달 정기적으로 의정포럼을 개최하고 있다. 의정포럼 추진실적은 <표 6>과 같다.

<표 6> 제주특별자치도의회 정례 의정포럼 추진실적(2006. 8. 18. ~ 2007. 10. 4)

구 분	일 시	포 럼 주 제	강 사
제1차	´06.8.18	제주특별자치도의회의 자치입법권 화를 위한 방안	시·도지사협의회 김호성 박사
제2차	´06.9. 8	특별자치시대, 세계화 마인드 제고 방안	고대 명예교수 송삼홍 박사
제3차	´06.10.27	핵심산업(4+1)육성과 제주경제 발전전략	경기개발연구원 좌승희 원장
제4차	´06.11.17	특별자치시대, 도의회의 기능과 역할 강화방안	제대 행정대학원 강동식 교수
제5차	´07.1.19	´07년 제주지역 경제전망 및 국제금융 산업 육성 방안	한은 제주본부 박정규, 박정민
제6차	´07.2.23	제주특별자치도의 성공적 추진을 위한 - 제주인의 정체성 확립과 시대정신은 무엇인가	제대 사회교육과 송성대 교수
제7차	´07.3.21	제주특별자치도의 성공적 추진방향	한국지방자치학회 소진광 회장
제8차	´07.4.30	FTA와 제주지역 농업의 발전방향	제주지역농업발전연구소 강경선 소장
제9차	´07.5.21	선진외국의 지방정부와 제주특별자치도 지방자치제도의 비교 및 발전방향	(사)한국공공자치연구원 정세욱 원장
제10차	‘07.6.19	의녀 김만덕의 삶, 현대적 재조명과 새 화폐 인물로 선정 추진방안	한국양성평등교육진흥원 교육본부장 강 남 식
제11차	‘07.8.24	제주특별자치도 및 국제자유도시 추진상황과 향후과제	특별자치도추진단장 김 창 희
제12차	‘07.10.4	제주관광 활성화를 위한 교통난 해소방안	한국교통연구원연구실장 김연명

자료 : 제주특별자치도의회 입법정책관실 '06~'07「의정포럼」에서 발췌

의정포럼의 주제는 의정 및 지역 현안 해결을 위한 것이다. 도의원이 되기 전에 공공부문의 경력이 없거나 부족한 사람들은 반드시 정치, 행정, 법률, 정책 등 공공분야와 관련된 기초학습을 받을 필요가 있지만 이를 도외시하는 의원들이 있다. 그 이유로 강사의 자질부족, 부적절한 주제선정을 들고 있으나 강사와 주제에 관하여 의원이 요청할 수 있는 기회를 얼마든지 보장하고 있으나 이러한 의견제출 기회를 이용하지 않고 의정포럼에 불참한다는 것은 의정활동에 대한 적극성이 부족하다고 하겠다.

적극적으로 의정활동을 수행하지 않고 형식적으로 모양만 갖추는 정도로 일하거나 공식행사에마저 불참하는 것은 의원으로서 당연히 수행해야 할 의정기능을 제대로 수행하지 못한다는 것이고 이는 주민의 신뢰를 해치고 공직윤리에도 배치된다 할 것이다.[73]

3. 의원연구모임의 활성화

제주자치도의회에는 의원들의 자생적으로 의원 간의 의원연구모임인 제주미래전략산업연구회가 9명의 의원으로 2006.10.26 도의회 최초로 조직되어 활동에 들어갔고 이어서 2개모임이 추가로 조직되었다. 제주특별자치도의회에서는 이를 제도적으로 지원하고 뒷받침하기 위해「제주특별자치도의회 의원연구모임 지원 규정」을 제정하였다. 의원연구모임은 제주자치도의 현안사항 및 의원 공통적 관심분야에 관한 자치입법 또는 정책의 연구·개발 등을 목적으로 의원 5명 이상으로 구성한다. 연구모임의 등록 및 지원 등에 필요한 사항을 규정하고 연구모임의 연구활동 계획서 및 연구활동 결과보고서 등을 심의·평가하기 위하여 제주자치도의회 의원연구모임 지원·평가위원회를 둔다.

참고로 국회의 국회의원연구단체는 동일한 교섭단체에 속하지 아니하는 국회의원 12인 이상이 특정 관심분야에 관한 입법 및 정책 등을 연구·개발하려는 목적으로 구성하는 단체로 국회의원은 3개 연구단체를 초과하여 가입할 수 없고 '국회의원연구단체 지원심의위원회'의 심의·의결을 거쳐 국회사무처에 등록한다. 국회의원연구단체에 대해서는 활동실적에 대한 평가결과에 따라 예산을 차등

73) 최봉기, 앞의 논문, p.17

지원하고 연구활동 보고서는 연구평가위원회에서 평가하여 우수연구단체에 대해서는 시상금과 상패를 수여한다.[74]

제주자치도의회 의원 연구모임은 자치입법권을 강화하기 위한 의원간의 자발적 노력의 산물이다. 지방의회의 전문성 강화를 위한 법과 제도의 개선을 요구하는 것과 병행하여 의원 스스로 공부하는 의원으로 거듭나려는 반성의 몸짓이기도 하다. 이러한 연구모임은 다른 지방의회에도 전파되어 연구하는 의원상을 정립하는데 중요한 계기가 되었다고 하겠다. 현재 연구모임으로 미래전략산업연구회, 법・제도개선연구회, 행정구조연구회가 있고 이 그 현황은 <표7>와 같다.

<표7> 제주특별자치도의회 의원연구모임 현황 (2007년 10월 현재)

의원연구모임	창립일	성과	구성인원
제주미래전략산업연구회	2006. 10. 26	토론회 : 7회 간담회 : 3회	9명
법・제도개선연구모임	2006. 11. 10	토론회 : 2회 간담회 : 2회	13명
제주특별자치도행정구조연구회	2007. 2. 15	토론회 : 1회 간담회 : 3회	12명

자료 : 제주특별자치도의회 입법정책관실 '06~'07「의원연구모임」에서 발췌

연구모임이 상임위원회 중심주의를 보완하여 자치입법권을 강화할 수 있다는 데에는 동의한다. 다만 국회와 달리 도의회는 의원정수가 적기 때문에 연구모임이 많아질 경우[75] 인원이 중복되어 연구모임을 효율적으로 운영할 수 없고 의원평가를 의식하여 연구모임에 형식적으로 가입만 하고 실제 활동은 하지 않는 무임승차자를 발생시킬 경우 연구모임이 형해화 될 수 있다는 우려가 있다. 또한 연구의 주제 및 범위도 적절해야 한다. 주제가 명확하지 않고 범위가 너무 광범위하면 연구에도 한계가 있게 되고 자치입법의 범위를 넘어서는 연구는 입법이나 정책에 반영될 수 있는 여지가 극히 적어짐으로 실효성이 없게 된다. 입법권은 국회에 있고 전국적으로 영향을 미치는 정책은 중앙정부의 권한이기 때문이다.

74) 국회편람, 국회사무처, 2004, p.151

75) 「제주특별자치도의회 의원연구모임 지원 규정」 제5조제1항에 따르면 의원이 가입할 수 있는 연구모임은 3개를 초과할 수 없음이 원칙이다.

4. 연석회의・공청회의 활성화

도의회도 상임위원회 중심주의를 취하고 있으므로 대부분의 조례 안이 상임위원회 심사를 중심으로 하고 본회의에서 논해지는 경우는 드문 실정이다. 그러다보니 발의된 조례 안에 관하여 소관 상임위원회가 일부 중복되는 경우나 의회관련 조례 안이나 규칙 안에서 상임위원회 사이에 협조체계가 원만하게 이루어지고 있지 않다.

「제주특별자치도의회 회의규칙」제65조는 상임위원회 간에 의견을 교환하고 협의할 수 있는 연석회의를 규정하고 있고, 같은 회의규칙 제66조는 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건을 심사하기 위하여 이해관계자 또는 학식・경험이 있는 자 등으로부터 의견을 들을 수 있는 공청회에 관하여 규정하고 있다.

그러나 실제 연석회의나 공청회가 열리는 예는 찾아보기 어렵다. 의원이 발의하는 조례의 수도 적고 그 내용도 주민의 삶에 크게 영향을 미치는 것이 없는 점도 있지만 연석회의나 공청회의 절차를 번거로워하거나 소속 상임위원회의 이익을 위하여 의도적으로 다른 상임위원회와의 협력을 꺼리는 경우도 있다.

예를 들어 개발관련 조례에 있어서 환경을 담당하는 상임위원회와 경제・산업을 담당하는 상임위원회는 서로 대비되는 입장에 설 수 있다. 이런 경우 중재자 역할을 할 수 있는 상임위원회가 없으므로 연석회의를 통해 각 상임위원회의 의견을 교환하여 합의점을 도출할 필요가 있고 공청회를 거쳐 충분한 자료를 확보하는 것이 내용이 충실한 조례를 제정하는데 도움이 될 것이다.

이런 면에서 「제주특별자치도 문화의 거리 조성 및 운영 조례 안」에 대하여 의원들이 토론회를 개최한 것은 새로운 시도로 이에 소요되는 경비도 발의의원들이 자비를 갹출하여 추진했던 것은 상당히 고무적인 일이라 하겠다.「제주특별자치도 문화의 거리 조성 및 운영 조례안」은 제주자치도내 일정지역을 "문화의 거리"로 지정하여 제주자치도 문화예술의 전통을 계승시키고 주민들에게 건전한 즐거움과 문화를 제공하는 문화환경을 조성함으로써 지역문화와 경제 발전에 이바지하기 위하여 제정하고 있다. 토론회에서는 관련 시민단체, 연구소, 관심 있는 시민, 공무원이 참가하여 폭넓은 의견을 교환한 바 있다. 이러한 시도들은 높이 평가받을만하고 앞으로도 더욱 활성화되는 것이 바람직하다. 또한 절차에 관한 규정을 제도화 시킬 필요가 있다고 하겠다.

제3절 의회사무처 직원의 전문성 확보

1. 법제능력 제고

법치주의란 형식적 의미로는 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나, 국민에게 새로운 의무를 부과하는 때에는 국회가 제정한 법률에 의하거나 법률에 근거가 있어야 하며, 또 법률은 국민만이 아니고 국가권력의 담당자도 규율한다는 원리를 말한다. 실질적 의미로는 정의의 이념에 근거하고 정의의 실현을 추구하는 국가원리를 말한다.[76] 이러한 법치주의는 입법권·사법권·행정권을 기속하고 자치입법권에도 법치주의원리가 당연히 적용된다.

현재 의원의 입법과 정책 수요는 도의회 전문위원실, 정책자문위원, 입법정책관실이 지원하고 있다. 전문위원실과 입법정책관실은 경력직 공무원으로 구성되어 있고 정책자문위원은 각 분야의 전문가로서 계약직 공무원으로 채용되어 있다. 그러나 이들 중 법학분야의 전문가는 한명도 없으며 조례제정이 도의회의 본연의 업무임을 고려한다면 이는 우려되는 점이 아닐 수 없다.[77] 물론 일반 행정직 공무원들의 풍부한 실무경험은 조례제정 과정에서 커다란 장점이다. 하지만 법체계라든가 법률용어, 법률저촉 등을 판단함에 있어 미숙한 점이 있는 것이 사실이다.

도의회가 고문변호사제도를 운용하고 있으나 이는 특정 법률분쟁에 관한 법해석을 둘러싼 포괄적인 조언에 그치지 일상적인 법률사무 전부를 고문변호사를 통해 처리할 수는 없으므로 내부인력을 육성하여야 한다.

지방자치단체에 법제직렬이 없기 때문에 법률전문가를 확보하기가 쉽지 않다. 개방형직위공모를 통해 법률전문가를 확보하더라도 행정을 모르기 때문에 업무의 효율성이 떨어질 것으로 예상된다. 현재 사법개혁을 통해 변호사를 대폭 늘리고 있어 이들의 활동영역이 다양해질 것이므로 장기적으로는 지방의회의 부족한

76) 홍정선, 앞의 책, p.21

77) 이러한 법제 인력 부족 현상은 집행부에도 공통된 현상으로 2003년 현재 전국 광역시·도 법제 업무 담당하고 있는 공무원 중 법학 관련 전공자의 비중이 평균 30% 미만으로 나타나고 서울특별시와 부산광역시를 제외하고는 법학전공 관련자가 1~3명에 불과하다. (최승원, "지방분권화강화에 따른 지방자치단체의 법제 인력 양성방안", 법제처, 2003, pp.118-119 참조)

법률 전문인력은 자연스럽게 충원될 것으로 보인다. 단기적으로는 인사에 있어서 가능한 법학 관련 전공자를 중심으로 실시하고 전보제한을 통하여 전문성을 확보하여야 하며 그에 따른 인센티브를 제공하여야 한다.

그리고 현재 입법정책관실과 전문위원실에 근무하는 공무원과 정책자문위원들에 대한 전문법학교육을 강화해야 한다. 교육훈련은 체계적으로 이루어져야 하며 이를 위하여 법제처나 대법원, 국회 등과 업무협조가 선행되어야 한다.

2. 전문위원과 정책자문위원의 역할 강화

의원의 자치입법활동을 지원하기 위하여 의원 아닌 전문지식을 가진 위원이 전문위원이고 전문위원은 위원회에서 의안과 청원 등의 심사, 행정사무감사 및 조사 그 밖에 소관 사항과 관련하여 검토보고 및 관련 자료의 수집·조사·연구를 행한다.[78] 「지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정」에 따르면 지방의회에 두는 전문위원의 수와 직급기준이 정해져 있다.

전문위원제도는 국회가 각종 안건의 검토보고 및 관련자료의 수집·조사·연구를 행하기 위하여 각 상임위원회별로 입법활동을 지원하는 전문위원을 두고 있는 것을 참조하여 2006년 4월 28일 지방자치법 제51조의2로 제정되고 2006년 7월 1일부터 시행되었다.

지방자치법에 입법활동 지원을 위한 전문위원을 두도록 하려는 것은 자치입법 지원 등 정책지원 수요와 행정사무감사 및 조사 등 사무지원 수요가 증가하고 있어 보다 체계적으로 지방자치 입법활동을 지원하기 위한 입법조치이다.[79]

전문위원은 제출한 의안에 대하여 객관적인 입장에서 독자적인 의견을 제시하는 검토보고 능력뿐만 아니라 대안의 자체개발 능력을 갖추고 법제전문가, 예산분석가, 위원회 소관 집행부 업무의 평가분석가로서 소속 공무원을 지휘·감독할 수 있는 행정경험이 요구된다.[80]

전문위원의 역할은 법정 사항으로 분명하다. 의원들의 전문성을 보좌하고 의회

78) 「지방자치법」 제51조의2

79) 국회행정자치위원회, 지방자치법 일부개정법률안 검토보고서, 2005. 11, p.7

80) 이청수, “지방의회 전문위원의 역할과 책임”, 제28차 지방자치정책세미나, 2001, pp.153-154

차원의 입법 정책 기능을 강화하는 것이 그것이다. 그러기 위해서는 전문위원에 대한 인사권을 의장이 갖도록 하고 전문위원의 직급도 집행부를 견제할 수 있는 수준으로 상향해야 한다. 국회와 같이 자격요건을 엄격히 하여 투명한 선발과정에 의하여 엄선될 수 있도록 조례나 규칙으로 정하여야 한다. 전문의원을 순환보직으로 충원되는 일반직보다 별정직·계약직의 비율을 높이고 위원회별로 장기보직하여 전문성을 높여야 한다.

한편 특별법 제45조는 정책자문위원은 도의회의 조례의 제정·개폐, 예산·결산심사, 행정사무감사 및 조사 등의 활동을 지원하고, 도의회의원 또는 상임위원회의 의정활동을 지원하기 위하여 상임위원회별로 3인 이내의 정책자문위원을 둘 수 있도록 규정하고 있다. 이는 제주자치도의회의 전문성을 지원하고 운영의 자율성을 강화하기 위하여 지방자치법의 특례로서 다른 지방의회에는 없는 특이한 제도이다.

전문위원이 법제·예산·정책·행정의 전문가라면 정책자문위원은 지방자치·경제·산업·교육·문화·관광·복지·환경·도시계획·교통 등 특정분야에 관한 전문가라 할 것이다. 따라서 정책에 관한 정책자문위원들의 전문지식들이 입법화 될 수 있도록 지원체계가 마련되어야 하며 집행부의 정책을 효과적으로 견제할 수 있도록 정책자문위원들이 상호 연계를 통한 깊이 있는 연구·분석 자료를 의원들에게 제공하여야 한다.

3. 입법정책부서의 전문성 강화

변화하는 환경에 대응하고 의원의 입법정책기능 전문성을 강화하기 위하여 도의회는 사무처장의 하부조직으로 입법정책관실을 신설하였다. 입법정책관실은 현재 입법정책관[81]을 정점으로 입법지원담당, 법제심사담당, 예산분석평가담당의 3개 담당체제를 유지하고 있으며 입법정책관 포함 13명으로 구성되어있다.[82]

입법정책관실이 담당하는 사무는 입법정책 및 입법지원 기본계획 수립, 의회

81) 입법정책관은 지방서기관 또는 4급 상당 별정직 지방공무원으로 보한다.

82) 입법정책관실의 인적 구성을 보면 서기관 1인, 사무관 3인, 행정직 5인, 기능직 2인, 토목직 1인, 비전임 계약직 1인이다.

소관 자치법규 제·개폐에 관한 사항, 주민 입법 및 감사 청구에 관한 사항, 의회 소송업무 처리 및 고문변호사 운영, 전체의원대상 토론회, 세미나, 워크숍 등 개최에 관한 사항, 의원발의 조례 안 작성, 위원회 요청 조례 안 검토 지원, 의회발의 결의문, 건의문 등 작성에 관한 사항, 학술연구용역에 관한 사항, 의정 주요 현안과제 조사 및 분석 등 지원에 관한 사항, 청원·진정 등 민원 접수·처리에 관한 사항, 의정활동 등 정책제안에 관한 사항, 의회제도 발전 등을 위한 국내·외 자료조사 연구, 주민소환 및 주민소송제도와 관련된 사항, 도정 주요사업 및 예산분석·평가에 관한 사항, 지방재정계획 적정성 분석·검토에 관한 사항, 지방채 발행의 적정성 검토에 관한 사항 등이다(「제주특별자치도의회 사무기구 및 사무분장 규칙」 별표2).

입법정책관실은 의원의 전문성 강화 차원에서 신설된 부서이므로 역할도 의원의 전문성 강화에 집중된다. 따라서 정책, 법제, 예산에 관하여 전문적인 분석과 연구를 집중적으로 행하게 된다.

다른 지방의회도 정책관련 부서를 강화하려는 시도를 하고 있으며 이는 우리나라에서 주류적 흐름으로 보인다. <표8>에서와 같이 명칭의 차이는 있으나 정책관련 업무를 담당한다는 점에서는 유사하고 이러한 정책능력 강화는 바람직한 현상이다.

<표8> 전국 광역의회 입법정책담당부서 현황 (2007년 10월 현재)

광역의회	정책담당부서	현 황
서울특별시	정책연구실	정책연구실 - 1실 2담당제 (10명)
부산광역시	정책연구실	1실장
인천광역시	의사담당관실 입법정책담당, 입법조사담당	2담당(6명)
대구광역시	입법정책담당관	1담당관 2담당(10명)
대전광역시	입법정책실	1실장
광주광역시	운영위원회 전문위원실 입법정책지원담당	1담당(6명)

울산광역시	의정담당관실 입법정책담당	1담당(3명)
경기도	입법정책담당관	1담당관 2담당(11명)
강원도	정책지원 전문위원	2전문위원
충청북도	의사담당관 입법정책담당	1담당(3명)
충청남도	법제자료담당관	1담당관 1담당
경상북도	입법정책지원팀	1팀(5명)
경상남도	운영전문위원실 입법정책지원담당	1담당(4명)
전라북도	운영전문위원실 정책연구팀	4팀(12명)
전라남도	입법정책전문위원	1담당(5명)

자료 : 각 광역의회 홈페이지검색 표로 재구성

제6장 결 론

본 연구는 지방자치의 실효성을 향상시키기 위한 지방의회의 합리적인 조례제정 방안을 강구하기 위해 제주특별자치도의회를 중심으로 살펴보았다. 본 연구에서는 실제 사례를 분석하며 지방의회가 조례를 제정함에 있어서의 한계와 원인, 그에 대한 대응방안을 법령우위원칙과 초과조례의 문제, 법률유보원칙의 원칙과 지방자치법 제15조 단서의 문제, 사무의 규율범위와 위임입법의 문제, 기관구성형태와 권한배분의 원칙으로 나누어 살펴보고 주민참여사례도 살펴보았는데 연구의 결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 법령우위원칙에서는 초과조례의 인정필요성을 학교공기질조례의 사례를 들어 알아보았다. 일본과 우리나라가 지방자치와 관련하여 유사한 법령체계를 가지면서도 일본과 달리 우리나라가 침해행정에서 초과조례를 인정할 수 없는 것은 지방자치법 제15조 단서 때문이다. 지방자치의 전권한성 측면에서 볼 때 헌법이 보장한 조례제정의 범위를 제한하고 있는 지방자치법 제15조 단서는 위헌이며 지방자치의 발전을 위하여 삭제되어야 한다.

둘째, 법률유보원칙과 관련하여 여객자동차운수조례 사례를 통하여 특별법 입법방식의 문제점을 살펴보았다. 특별법과 같은 positive 입법방식은 법적안정성을 해할 수 있다는 것을 알 수 있으며 국가는 최저기준을 정하고 지방은 지역적 특색에 따라 조례로써 기준을 설정하고 해결해야한다. 지방자치법 제15조 단서 규정은 단기적 해결이 어려우므로 제주자치도는 특별법에 본 조항의 배제규정을 도입하여 특례를 두는 것이 좀더 효율적이라 하겠다.

셋째, 사무범위와 관련하여 영·유아보육조례를 통하여 살펴보았다. 사무범위

는 외양적으로 확대되었지만 질적으로 보면 사무범위가 확대되었다고 할 수 없다. 국가는 사무를 개별위임방식을 바꿔 위임이 아닌 이양하여야 하며 또한 포괄적 이양이어야 한다.

넷째, 기관구성과 권한배분원리와 관련하여 자체평가조례를 중심으로 살펴보았다. 기관대립형을 취하는 우리나라 지방자치제도에서 권한배분원리가 제대로 작용하려면 의결기관과 집행기관 간 권한이 평형을 이루도록 하고 지방의회가 전문성을 갖출 수 있도록 인력과 재정이 보강되어야 하며 또한 지방의회의원의 입법역량과 의회사무처 직원들이 능력강화를 위한 자구 노력을 확대해야한다.

다섯째, 조례제정과정에서의 주민참여는 매우 고무적인 일로써 진정한 주민자치를 실현하는데 중요한 과정이라 할 수 있으며 주민참여를 차단 내지 억제하려는 집행부서의 자세를 버리고 적극적으로 참여의 기회를 늘리려는 노력을 강화해야 할 것이다.

제주특별자치도가 국제자유도시를 꿈꾸며 출범할 당시 중앙정부는 외교·국방을 제외하고 모든 권한을 이양하겠다는 청사진을 내놓았었다. 그러나 그 후로 1년이 지나도록 국제자유도시 토대 구축은 더디기만 하다. 가장 큰 원인은 자치입법권이 제대로 보장되지 않기 때문이다. 비록 제주자치도가 특별법에 따라 상당한 범위의 자치입법권을 보장받고 있다고는 하나 특별법의 위임이 없는 영역에 선 다른 지방자치단체와 다를 게 없다. 이것은 앞에서 살펴본 것과 같이 특별법이 positive 입법방식을 채택하여 중앙정부가 제주특별자치도에 대한 통제의 끈을 놓고 있지 않기 때문이다. 선진국에서 지방분권이 가속화된 이유는 중앙정부가 지방주민들의 수요를 재정적으로 감당할 수 없었기 때문이다. 우리나라의 경우도 지방자치가 발전하면서 중앙정부가 부담해야 할 재정수요가 커지고 있다. 이제 지방분권의 가속화는 기정사실화 되었다. 전국적인 제도시행에 앞서 중앙정부는 제주특별자치도라는 실험모델을 찾았다. 그렇다면 지방자치와 관련한 다양한 실험을 제대로 해야 한다. 다른 지방정부와의 형평성을 내세울 것이라면 제주

특별자치도라는 실험모델을 만들 이유가 없었다. 중앙정부의 재정위기로 시작된 지방분권의 적극적 실시는 이미 세계적인 흐름이 된 지 오래다. 그 대열에서 우리나라가 낙오되지 않도록 중앙정부가 지방으로의 분권의지를 확실하게 보여 줄 필요가 절실히 요구되고 있으며 지방정부, 특히 지방의회는 분권된 자치입법권을 합리적으로 행사할 수 있는 역량의 축적이 필요하다 할 것이다.

JEJU NATIONAL UNIVERSITY · SINCE 1952 · 제주대

참고문헌

【국내서적】

1. 단행본

권영성, 「헌법학원론」, (법문사, 2006)

류지태, 「행정법신론」, (신영사, 2007)

박영도, 「입법학 용어해설집」, (한국법제연구원, 2002)

안용식외 2인 공저, 「지방행정론」, (대영문화사, 2006)

이광윤, 「신행정법론」, (법문사, 2007)

이기우・하승수, 「지방자치법」, (대영문화사, 2007)

이달곤, 「지방정부론」, (박영사, 2005)

이승종, 「지방자치론」, (박영사, 2005)

이주희, 「지방자치법 해설과 사례」, (기문당, 2003)

서우선, 「지방자치의정보좌관」, (한국산업기술원 지방자치연구소, 2005)

성낙인, 「헌법학」, (법문사, 2007)

정정길, 「정책학원론」, (대명출판사, 1997)

지방혁신인력개발원, 「지방자치제도」, 2006

정재황, 「헌법판례와 행정실무」, (법영사, 2003)

최민수, 「지방의회운영」, (서강출판사, 2006)

최정일, 「독일에서의 행정규칙의 법적 성질 및 효력 : 특히 규범구체화행정규칙을 중심으로」, (서울대학교, 1995)

최창호・하미승, 새행정학, (삼영사, 2006)

한국지방자치법학회, 「지방자치법 주해」, (박영사, 2004)

홍성방, 「헌법학」, (현암사, 2007)

홍정선, 「행정법특강」, (박영사, 2004)

2. 학위 및 연구논문

강수경, “지방자치단체의 조례제정권의 한계”, 법학연구, 제24집, 한국법학회, 2006

김기표, “지방분권의 실현과 법제 지원, 지방분권을 위한 입법과제”, 법제처, 2003

김남진, “조례제정과 관련된 법적 문제”, 사회과학연구 제11집(2004. 8), 경원대 사회과학연구소

김명연, “주민직접참여의 활성화를 위한 법제정비방안”, 한국법제연구원(1999. 12)

김민전, “국회운영의 문제점과 제도개선 방안”, 국회관계법 개정에 관한 공청회 자료, 국회개혁특별위원회, 2005

김병록・박용현, “자치입법과정의 선진화 방안에 관한 연구”, 국회행정자치위원회 정책연구보고서, 2004

김성호・황아란, “조례제정권 범위확대에 관한 연구”, 한국지방행정연구원, 1999

김해룡, “자치입법권의 확대와 실효성 제고”, 제28차 지방자치정책세미나- 21세기 지방의회 발전과제와 전망, 2001

김혁, “조례에의 형법도입에 관한 연구”, 충남대학교 대학원 박사학위 논문, 2006

박봉국, “조례안의 입법형식과 심의기법”, 「2006년도 지방의회 전문위원과정[2차]」, 국회사무처, 2006

박천오・서우선, “한국 지방의회와 집행기관간의 대립・갈등에 관한 실증적 조사연구”, 행정논총(제41권 제1호), 서울대학교 행정대학원 한국행정연구소, 2002

신봉기, “자치입법권의 범위와 실효성 확보방안”, 창립총회학술발표논문, 한국지방자치법학회, 2001

양석진, “지방자치에 있어서 주민참여와 국민주권의 실현”, 법학연구 제18집, 한국법학회, 2005

양영철, “제주도 주민투표 사례에 관한 연구”, 「한국사회와 행정연구」제16권 제3호, 2005. 11

오용식, “지방자치사무의 위임·위탁과 관련한 쟁점 검토”, 법제처, 「월간법제」 2006.6

유봉영, “자치입법권의 범위와 한계”, 대한지방행정공제회 「지방행정 450호」 1991. 4

유지태, “지방자치와 직접 민주제”, 법제처 「월간법제」2006.6

육동일, “지방의회의 전문성 확보방안 연구”, 제28차 지방자치정책세미나, 한양대학교 지방자치연구소, 2001

이기우, “지방자치발전을 위한 사무배분의 과제”, 지방자치연구 제8권 제2호1996. 6

이기우, “지방자치단체의 사무체계에 대한 비판적 검토”, 지방행정연구 제19권 제1호(통권 60호), 한국지방행정연구원, 2005

이상훈, “조례의 사법적 통제제도에 대한 법리적 고찰(Ⅰ)”, 법제(2005. 6), 법제처

이상훈, “조례의 사법적 통제제도에 대한 법리적 고찰(Ⅱ)”, 법제(2005. 7), 법제처

이인재, “조례제정의 범위와 한계에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2001

이주희, “조례의 실효성 확보를 위한 입법정책에 관한 연구”, 한국지방자치학회보, 한국지방자치학회, 2000

이청수, “지방의회 전문위원의 역할과 책임”, 제28차 지방자치정책세미나, 2001

조성규, “지방자치단체의 고유사무”, 공법학연구 제5권 제2호, 한국비교공법학회, 2004

최봉기, “한국 지방의회의원의 전문성 제고방안”, 한국지방자치학회보, 제17권 제1호(통권49호), 한국지방자치학회, 2005

최승원, “지방분권화강화에 따른 지방자치단체의 법제 인력 양성방안”, 법제처, 2003

3. 기 타

국무총리실 제주특별자치도추진기획단, 「제주특별자치도 추진경위와 자치분권 주요내용」보고서, 청와대, 2006

국회법제실・제주특별자치도, 제주특별자치도 정착을 위한 법률적・제도적 지원방안, 국회 공동토론회, 2007

국회사무처, 국회편람, 2004

국회 행정자치위원회, 지방자치법 일부개정법률안 검토보고서, 2005. 11
국회 행정자치위원회, “제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법안 심사보고서”, 2006. 2
대통령자문 정부혁신지방분권위원회, 「참여정부의 지방분권」, 정부혁신지방분권위원회 백서4
법제처, 「시・도법률 교육교재Ⅰ・Ⅱ」,(법제처, 2007)
행정자치부・정부혁신지방분권위원회・한국지방행정연구원, 민선 지방자치 10년 평가Ⅰ, 2005

【외국문헌】

D.C.Saffell and H.Basehart, (2005), State and Local Government, McGrawhill
G. Allen & Unwin, (1981), Solving local government problems : practical applications of operations research in cities and regions, Pinkus, Charles E
Page, Edward,(1987), Central and local government relations : a comparative analysis of West European unitary states, SAGE Publications
Saffell, David C., (1982), State and local government : politics and public policies, Addison-Wesley Pub. Co
Stewart, John David, (1983), Local government : The conditions of local choice, Allen & Unwin
W.B.Stouffer, (1991), State and Local Politics, Harper Collins Publishers
兼子仁, 條例をぬじる法律問題, 條例研究叢書1
杉村敏正, (1972),條例制定權についての一考察, 憲法と行政法
成田賴明, 公害防止に關する法令と條例との關係, 自治研究 第47卷4號
原田尙彦, (1975), 地方自治の現代的意義と條例の機能, 總合特集, 現代都市と自治
田中二郎, (1963), 國家法よ自治立法, 法學協會雜誌 第80卷4號

【인터넷자료정보】

각 광역의회 홈페이지

국회 의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp

국회 법률지식정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/law/jsp/main.jsp

국회 회의록 시스템 http://likms.assembly.go.kr/record/index.html

대법원 종합법률정보 http://glaw.scourt.go.kr/glis/legal_c/SearchFrame.jsp

법제처 종합법령 http://www.moleg.go.kr/jsp/common/layout.jsp?dep1
=work&dep2=jonghab&dep3=1&dep4=&catId=

일본 최고재판소 판례 http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id
=first&hanreiSrchKbn=02

제주특별자치도 회의록 http://www.council.jeju.kr/source/menu05/index.php

Abstract

The Lawmaking Limit of the Jeju Special Self-Governing Provincial Council and Its Measures

Kang, Man Il

Advisor : Kang, Dong Sik

Decentralization of the central government of the Republic of Korea that had been delayed for 30 years was launched through the establishment of local councils in 1991 and the election of heads of local governments in 1996, marking the first year of local self-governance. Furthermore, Jeju Special Self-Governing Province was launched by the incumbent Participatory Government on June 1, 2006. Although Jeju was bestowed with the substantial range of self-lawmaking in accordance with the special act, it is not substantially different from other local authorities in Korea due to the consideration of the equality with other regions in the nation, causing the "special self-governing province without being special."

This study observes lawmaking that will play a key role to secure the self-governance by reviewing law theories and existing researches in aspects of the legal system, operation, participation of residents as well as the expansion regulations and limit of lawmaking under the Special Act. In this regard, it analyzes actual cases that reveals the limit of lawmaking and sorts them into categories of the limit of laws and ordinances, laws on local self-governance, commitment, distribution of authority and participation of local people. Hence it is to suggest reasonable lawmaking measures, and the summary of its results is as follows:

First, the Article 15 of the act on local self-governance is unconstitutional and should be deleted for the development of local self-governance because it limits the range of lawmaking that is guaranteed by the constitution.

Second, the positive legislative method of special acts can harm legal stability; hence, the state should set the minimum standard, and local authorities should set the standard in accordance with their distinctive features. The problem of the Article 15 of local self-governance cannot be solved in a short period of time; hence, it is more effective for Jeju Special Self-Governing Province to make an exception by making exclusion regulations on the article in the Special Act.

Third, the state should perform comprehensive transfer rather than individual transfer.

Fourth, the distribution principle of authorities can function properly if the local council enhances its expertise through additional personnel and finance and makes efforts to improve legislative capability of its members and ability of its staff.

Fifth, the participation of local people on the lawmaking process is very encouraging, it is also a important step to realize the self-governance by people. The administration should make efforts to enhance opportunities of the participation.

There will be a number of difficulties ahead until the self-legislation is established; however, the local government and council should make all-out efforts to overcome them. The will of the central government on decentralization is strongly called upon, and in particular, it is required for the

local council to enhance the implementation of the decentralized self-governing legislative power.

CHEJU NATIONAL UNIVERSITY
제주대
SINCE 1952