

제주특별자치도 의회의 조례제정 한계와 대응방안

강동식*·강영훈**·강만일***

본 연구는 지방자치의 실효성을 향상시키기 위한 지방의회의 합리적인 조례제정 방안을 강구하기 위해 제주특별자치도의회를 중심으로 살펴보았다. 본 연구에서는 실제적인 사례를 분석하여 지방의회가 조례를 제정함에 있어서의 한계와 원인, 그에 대한 대응방안을 법령우위의 원칙과 초과조례의 문제, 법률유보원칙과 지방자치법 제15조 단서의 문제, 사무의 규율화와 위임입법의 문제, 기관구성형태와 권한배분의 원칙으로 나누어 살펴보고 주민참여사례도 분석하였다.

주제어: 제주특별자치도의회, 지방자치, 조례제정

I. 서론

제주도는 수려한 자연환경과 동북아를 연결하는 허브라는 탁월한 지정학적인 여건을 갖추고 있으면서도 각종 인프라의 부족, 다른 지방자치단체와 동일하게 적용되는 자치권, 중앙정부차원의 지원부족 등으로 인하여 제주도만이 가진 탁월한 장점을 살려내지 못하고 있다. 이러한 현실은 제주도의 감귤산업과 관광산업의 위기, 2002년부터 추진되어온 ‘국제자유도시’의 한계를 초래하여 제주도가 가

* 경남대학교에서 행정학 박사학위를 취득하고, 현재 제주대학교 행정대학원 교수로 재직중이다. 관심분야는 발전행정과 지방자치이다(kds1005@cheju.ac.kr).

** University of La Verne에서 행정학 박사학위를 취득하고, 현재 제주대학교 법정대학 행정학과 부교수로 재직중이다. 관심분야는 환경정치이다(younghoo@cheju.ac.kr).

*** 제주대학교 행정학과 박사학위 재학중이다. 관심분야는 지방자치이다(kkmiabs@unitel.co.kr).

진 특수성에 기반 한 지방자치의 발전을 가로막고 있는 데, 지난 2006년 7월1일부터 탄생한 제주특별자치도는 전술한 한계를 극복하고 대·내외적인 환경변화에 적극적으로 대응하여 새로운 지방자치의 모습을 구현하기 위한 것이다(이달곤, 2006).

제주도가 추진하고자 하는 제주특별자치도는 기존의 2계층의 지방행정체계를 획기적으로 개편하여 1계층(단일)의 광역행정체계를 수립, 다른 지방자치단체가 갖지 못했던 자치입법, 자치조직 및 인사, 자치재정권 등 자치권을 강화하며, 교육 자치제도의 개선과 자치경찰제의 도입을 통하여 실질적인 지방자치를 보장함으로써 선진적인 지방분권모델을 구축하려는 것이다(김기표, 2003).

제주특별자치도는 이러한 다양한 논의를 배경으로 지방자치단체로서의 제주 자치도의 자치권을 특별히 강화함으로써 선진적 지방자치제도를 구현하고 이를 통하여 국제자유도시로서의 발전을 촉진할 수 있도록 하기 위한 것이었다. 참여 정부의 이상적 분권모델의 선도지역이라는 점에서 제주자치도는 그 설치만으로도 이미 우리나라 지방자치제도 역사에 크게 자리매김했다고 볼 수 있다.

따라서 본 논문에서는 분권실험의 한가운데에서 제주특별자치도의회가 담당하게 될 자치입법권의 행사에 관하여 현행 법령 체계와 「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 대응 방안은 무엇인지에 관하여 논하고자 한다.

Ⅱ. 조례의 법적성질과 규율범위

1. 조례의 법적성질

조례의 법적 성질에 관한 문제는 조례가 자주법으로서의 성질을 가지느냐에 관한 문제라 할 수 있다. 즉 조례를 자주입법으로 보는 조례자주입법설(고유권설 및 전래설과 결합)과 조례를 위입법으로 보는 조례위입법설(전래설과결합)로

나뉘어 논의되고 있다.

고유권설에 의한 조례자주입법설은 지방자치단체의 고유사무는 조례의 전권 사항이므로 법률과 저촉되는 경우에도 조례가 우선하는 것으로 보며, 우리 헌법 제117조 제1항 “법령의 범위 안에서”라는 표현은 고유사무에 관한 한 아무런 의미가 없다고 보는 견해이다. 전래설에 의한 조례자주입법설은 조례제정권은 국가로부터 전래된 것이므로 고유사무에 있어서도 법령에 위배되어서는 아니되지만 적어도 법령의 개별적인 위임은 필요 없다고 보는 견해이다(유상현, 2002).

전래설에 의한 조례위임입법설은 지방자치단체의 권능은 국가로부터 유래하기 때문에 조례제정권도 국가로부터 나온다고 보는 견해이다. 즉 조례는 국가의 위임에 의하여 제정되는 행정입법의 일종이므로 법률우위와 법률유보의 원칙이 모두 적용된다는 견해로 통설의 입장이다.

2. 조례의 규율범위

조례제정에 있어서 대륙법계(독일·불란서 등)국가나 영·미법계(영국·미국 등)국가나 법률의 범위 안에서 입법을 허용하고 있는 것은 같다. 다만 조례에 대한 법적지위와 그 입법 범위를 어느 정도로 인정할 것인지에 대해서는 각 국가의 역사와 실정법에 의하여 차이를 보이고 있다.

대륙계는 단체자치의 요소를 중요시하고 있기 때문에 행정사무를 국가사무와 지방사무(자치사무)로 구분하고 자치사무에 관한 한 보편성의 원리에 입각하여 포괄적으로 지방자치단체의 사무로 규정하고, 법률로써 금지한 사무나 국가 또는 다른 단체에 배타적으로 주어진 사무를 제외하고는 어떠한 행정사무도 자기의 사무로 처리할 수 있다는 포괄적 위임방식을 채택하고 있다. 그러나 영·미 법계에서는 역사적으로 주민자치의 전통이 뿌리 깊기 때문에 지방의 행정사무에 관한 한 지방의회가 주도적으로 행정사무를 창설하며 국가의 사무를 제외한 지방적 사무에 대해서는 광범위한 조례제정권과 지방의 중요사항 결정권을 보장하고 있다.

우리나라의 는 대륙법계를 따르고 있다. 그러기 때문에 조례는 지방자치단체의 사무, 즉 고유사무와 단체위임사무에 관하여 법령의 위임 없이도 제정될 수 있다. 기관위임사무는 국가사무이므로 법령의 위임이 있는 경우에 한하여 조례로 제정

할 수 있도록 하고 있다. 조례는 지방자치단체에 속하는 모든 사무를 규율 대상으로 하는데 지방자치법 제9조 제1항 및 제2항에서 지방자치단체의 사무는 “그 관할 구역의 사무”와 “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”로 표현하고 있어, 전자를 지방사무(고유사무), 후자를 단체위임사무로 구분하고 있다.

3. 조례제정권의 범위와 법적 문제

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 --법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 규정하고 있고, 지방자치법 제22조(2007. 5.개정, 종전 15조)는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”라고 규정하고 있다.

1) 법률우위의 문제

우리 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 --법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 할 수 있다”고 규정하고 있다. 조례는 국가의 법령(우리나라 법체계는 헌법, 법률(국제조약), 명령 등의 순위로 되어있다.)을 위반할 수 없다. 지방자치법 제22조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”라고 규정하고 있는 데, 여기서 “법령의 범위 안에서”라 함은 일반적으로 “법령에 위반되지 않는 한도 내에서”라고 해석하고 있다. 여기서 법령이라 함은 헌법, 법률 및 법규명령인 대통령령·총리령·부령 외에 이들이 명시적 위임에 의하여 제정된 훈령·예시·고시 등과 국내법적 효력을 가진 조약·국제법규도 포함된다. 또한 기초자치단체의 조례는 광역자치단체의 조례를 위반할 수 없다(최승원, 2001).

2) 법률유보의 문제

조례는 본래 법령의 위임 없이 제정할 수 있다. 지방자치법 제22조에 “법령의 범위 안에서”라는 규정은 “법령에 위반되지 않는 범위 내에서”를 가리킨다고 보

는 것이 통설이고 판례의 입장이다(박윤훈, 2001). 조례제정권의 행사의 범위는 ㉠ 법령에 아무런 규정이 없는 경우, ㉡ 복지행정영역에 있어서는 법령상 규정이 있다고 해도 복지적 급부를 조례로서 강화하는 경우, ㉢ 규제행정 영역인 때에는 법령에 포괄적인 수권규정이 있는 경우로 볼 수 있다는 것이다(김해룡, 2001).

3) 위임조례의 문제

위임조례의 문제는 기관위임사무 등에 부과되는 문제로 특별히 법령의 위임을 받아 제정되는, 즉 이른바 위임조례에 있어서는 그 범위와 한계에 관하여 법규명령동의설과 조례동위설로 견해가 나뉜다.

그 외에도 기초자치단체의 조례와 광역자치단체의 조례와의 관계 등이 있다.

4. 연구의 분석 틀

본 연구는 제주자치도의회 의 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 조례제정과정에서의 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 수밖에 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 지방의회간

의 기관구성원리에 있어서도 견제와 균형의 원리가 제대로 실현되지 않아 불균형과 대립을 낳고 있다. 다음은 운영측면에서 조례제정과정에서의 주민참여는 현행대의제도 안에서는 참여에 많은 제약이 따르고 있을 뿐만 아니라 조례제정권자인도의원인 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 살펴본 바와 같이 이를 분석틀로 제시하면 <표 1>과 같다.

〈표 1〉 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 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.

Ⅲ. 제주특별자치도의회 조례제정 한계

1. 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. 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(박영도, 2002).

2) 판례의 태도

(1) 일본 판례

초과조례와 관련하여 집단행진 및 집단시위운동에 관한 徳島市(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 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 대법원¹⁾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 규제 행정 분야에서는 초과조례를 인정하지 않고 있다.

(3) 제주특별자치도에서의 초과조례 인정의 필요성

「제주특별자치도 학교시설의 실내공기질 관리를 위한 조례(안)」(이하 “학교공기질조례”라 한다)은 각급 학교의 실내공기질의 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.

1) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결 참조

2. 법률유보의 원칙과 지방자치법 제15조(2007년 5. 개정 지방자치법은 제22조 임, 이하 같은 내용) 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.²⁾

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(이영호, 2002). 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 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다’고 하여 유사하게 보인다. 그러나 일본 지방자치법³⁾은 우리나라 지방자치법 제15조 단서와 달리 규정

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

3) 일본 지방자치법 제14조(조례, 벌칙의 위임)

① 보통지방공공단체는 법령에 위반되지 아니하는 한 제2조제2항의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.

② 보통지방공공단체는 의무를 부과하거나 권리를 제한함에 있어 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 조례에 의하지 않으면 아니 된다.

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

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.

3. 사무의 규율범위와 특별법에 따른 위임조례

1) 지방자치단체 사무범위의 특징

우리나라에서는 지방자치제도를 헌법적 차원에서 보장하고 있고, 또한 지방자치가 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

③보통지방공공단체는 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 조례로 조례위반자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 금고, 100만 엔 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수의 형 또는 5만 엔 이하의 과태료를 부과하는 취지의 규정을 둘 수 있다.

하나를 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 능력을 극대화시키고, 가장 가까운 거리에서 민원인에게 행정서비스를 제공하며, 하급 행정기관의 활성화를 도모하려는 것으로 되어 있으나 실제에 있어서는 권한이 양의 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(오용식, 2006).

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.⁴⁾ 이에 대하여 지방자치단체는 헌법상 보장된 전권한성의 결과, 지역적 사무에 대해서는 일반적인 사무처리권한을 가지며, 이는 열거될 수 있는 것이 아니라는 견해가 있다(유봉영, 1991). 전권한성이란 헌법이나 법률이 국가 또는 지방자치단체의 사무로 유보하지 않는 모든 지방적 공공사무를 지방자치단체가 임의로 취급할 수 있는 권한 또는 권한의 추정을 의미한다. 결론적으로 지방자치단체의 사무체계는 단순화하고 국가와 지방자치단체 간의 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(이기우,

4) 「지방자치법」 제9조제2항 단서

2005).

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 무효가 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 조례안은 제출과정에서 소요예산에 관하여 기관상호간에 충분한 검토와 협의가 되어 제출된다. 그러나 지방의회의원이 발의하는 조례안은 소요예산규모와 예산확보가능성 등에 대하여 지방의회의 심의과정에서 충분히 검토하고 집행부의 의견을 들어볼 필요가 있다(박봉국, 2006).

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(이기우, 2005). 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.

5) 국가와 지방자치단체 간의 권한 위임에 관한 입법방법과 특별법의 문제

(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 법적 용이 어렵다는 점이다. 각 개별법은 규율하고자 하는 사항에 관하여 전체적인 법 질서와 단위 법령 안에서 일정 체계를 이루고 있다. 따라서 특별법처럼 개별법 중 일부 조문을 지정하여 위임할 경우 체계에 혼란을 가져올 수 있다.

4. 기관구성형태와 권한배분의 원칙

1) 기관구성유형

일반적으로 지방정부의 유형은 <표 2>와 같이 크게 네 가지로 구분되는데 해당 지방의 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(한국지방행정연구원, 2006).

<표 2>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

2) 도의회와 집행기관간의 대립·갈등

지방의회와 집행기관의 대립·갈등은 우리나라 지방정부의 형태와 관련성이 있다. 의결기관과 집행기관으로 각각의 기능과 권한을 분리하고 있으므로 양 기관 간에 기능수행과 권한행사를 둘러싸고 대립·갈등 상황이 발생할 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 작용하

고 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(박천오·서우선, 2002).

그러나 가장 큰 문제는 조례안의 내용이 상대방의 고유권한을 침해하는 경우이다. 도지사의 의회에 대한 보고·설명 의무 부과나 도지사가 도의회의 의견에 기속되도록 하는 것이 대표적인 예인데 의원들은 주민을 우선시하여 집행부에 대한 통제를 강화하겠다는 취지에서 조례 안을 작성하게 되고 집행부는 이러한 조례안이 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.

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 규정⁵⁾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 규정

5) 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).

을 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.

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.

그러나 특별법은 제14조에서 이러한 지방자치법 제82조제3항 및 제83조제2항에 불구하고 일반직 공무원을 제외한 제주자치도의 의회사무처에 두는 사무직원

의 임용 및 절차에 관하여 필요한 사항은 도 조례로 정할 수 있도록 규정하여 별정 직·기능직·계약직공무원에 대한 인사권을 의장에게 부여할 수 있는 길을 열어 놓았다.

5. 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(법제처, 2007). 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(양석진, 2005).

도의회는 지방자치가 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현하는 제도적 장치로서 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치를 실현하는 것이라는 점을 충분히 인식하고 이를 보장할 수 있는 통로를 확보하여 주민접근성을 용이하게 하여야 한다(최창호·하미승, 2006).

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 정부기관에 압력활동을 함으로써 정책과정에 참여하는 집단을 이익집단 또는 압력단체

라고 한다(한국지방행정연구원, 2006). 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.

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.

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 입법예고 대상, 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 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.

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

IV. 조례제정한계에 대한 제주특별자치도의회 의 대응방안

1. 제도의 개선

1) 초과조례 제정가능여부

조례로 규율하고자 하는 사항에 대하여 법령으로 이미 규정하고 있는 경우 조례제정 가능성 여부를 정리하면 <표 3>과 같다.

<표 3> 법률과 조례의 관계

법령규정 존부여부	조례제정 가능여부			
법령에 규정이 없는 경우	지방자치법 제15조에 따라 가능			
법령에규정이 있는 경우	입법목적상이	지방자치법 제15조에 따라 가능		
	입법목적동일	추가조례	수익적 행정	재정법상 문제없으면 일반 적으로 가능
			침익적 행정	지방자치법 제15조 단서에 따라야
	초과조례	수익적 행정	가능	
침익적 행정		불가		

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 단

서는 삭제하는 것이 바람직하다. 그리고 조례가 실효성을 가지기 위하여 조례로 별칙을 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 실효성이 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(김순은, 2007). 이에 대하여 제주자치도에 대한 헌법상 지위를 보장하기 위하여 제주자치도에 대한 규정을 헌법에 규정하는 것이 필요하다는 주장이 있다(이기우, 2005). 이러한 주장은 지방분권을 연구하는 학자들 사이에서 주로 논의되고 있는데 이기우 교수나 하승수 교수는 헌법개정을 통한 해결을 주장하고, 김순은 교수

는 헌법개정은 장기적인 차원에서 논의되어야 하고 현재 상황에서는 제주자치도 설치 목적에 부합되는 헌법해석을 함으로써 가능하다는 입장이다(김순은, 2007).

4) 기관구성형태 변경

제주자치도의 경우는 특별법 제13조에 따라 기관통합형로의 전환도 고려할 필요가 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.

6) 하승수, “자치입법권 확대와 국회의와의 협력 방안”, 앞의 국회 공동토론회, p.116

2. 의회의 역량강화

1) 지방의원의 역량강화

(1) 의원의 전문성 강화

제주특별자치도가 되면서 나타남 문제점은 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 및 의원의 전문성 부족 문제 등은 향후 지방자치의 성패를 좌우할 수 있는 심각한 문제로 부각되고 있고 전문성을 직무전문성과 역할전문성으로 나누고 직무전문성이란 지방의원이 주민대표로서 그 직무를 수행하는데 요구되는 지식과 기술 등 직무와 관련된 전문성을 의미하고 역할전문성이란 지방의원으로서 선출된 이후 직무수행과정에서 체득한 의정관련 전문적 지식과 기술 및 이들을 토대로 직무를 수행하는 열성과 태도 등을 의미한다고 설명하고 있다(최봉기, 2005).

(2) 지방의원의 적극적 의정활동

제주특별자치도의 지방의원들은 기초자치단체의 폐지로 인한 기초의회의 역할까지 감사하기 위해서는 전문성이 요구되고 있으나 이를 소홀히 하고 있으며, 또한 의원들은 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(최창호 등, 2006).

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 4>와 같다.

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

구분	일시	포럼 주제	강사
제1차	'06.8.18	제주특별자치도의회 의 자치입법권화를 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 최승희 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 강남식
제11차	'07.8.24	제주특별자치도 및 국제자유도시 추진상황과 향후과제	특별자치도추진단장 김창희
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 일하

거나 공식행사에마저 불참하는 것은 의원으로서 당연히 수행해야 할 의정기능을 제대로 수행하지 못한다는 것이고 이는 주민의 신뢰를 해치고 공직윤리에도 배치된다 할 것이다(최봉기, 2005).

(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.

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 <표 5>와 같다.

<표 5> 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

(4) 연석회의·주민접촉의 활성화

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

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.

2). 의회사무처 직원의 역량강화방안

(1) 법제능력 제고

제주도가 특별자치도로 되면서 중앙의 권한이 제주로 일부이지만 이양되고 있고 특별자치도가 성숙되면서 더 많은 기능이 제주로 이양될 것이다. 이에 따른 의원들의 역량강화는 물론 입법활동을 보조하는 의회사무처 직원들의 역량도 또한 제고되어야 한다.

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(최승원, 2003). 물론 일반 행정직 공무원들의 풍부한 실무경험은 조례제정 과정에서 커다란 장점이다. 하지만 법체계라든가 법률용어, 법률저축 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 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.

(2) 전문위원과 정책자문위원의 역할 강화

위원의 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.⁷⁾ 「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.⁸⁾

전문위원의 역할은 법정 사항으로 분명하다. 의원들의 전문성을 보좌하고 의회차원의 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. 전문위원을 순환보직으로 충원되는 일반직보다 별정직·계약직의 비율을 높이고 위원회별로 장기보직하여 전문성을 높여야 한다.

7) 「지방자치법」 제51조의2

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

(3) 입법정책부서의 전문성 강화

변화하는 환경에 대응하고 의원의 입법정책기능 전문성을 강화하기 위하여 도의회는 사무처장의 하부조직으로 입법정책관실을 신설하였다. 입법정책관실은 현재 입법정책관⁹⁾을 정점으로 입법지원담당, 법제심사담당, 예산분석평가담당의 3개 담당체제를 유지하고 있으며 입법정책관 포함 13명으로 구성되어있다.¹⁰⁾

입법정책관실이 담당하는 사무는 입법정책 및 입법지원 기본계획 수립, 의회 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, 의회 발의 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」)

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. <표 6>에서와 같이 명칭의 차이는 있으나 정책관련 업무를 담당한다는 점에서는 유사하고 이러한 정책능력 강화는 바람직한 현상이다.

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

10) 입법정책관실의 인적 구성을 보면 서기관 1인, 사무관 3인, 행정직 5인, 기능직 2인, 토목직 1인, 비전입계약직 1인이다.

<표 6> 전국 광역의회 입법정책담당부서 현황 (2007년 10월 현재)

광역의회	정책담당부서	현황
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

V. 결론

본 연구는 제주특별자치도의회 의 조례제정 한계와 대응방안을 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 것

은 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. 사무범위는 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 보장되어야 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 놓

고 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 제주특별자치도라는 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.

■ 참고문헌

- 국무총리실 제주특별자치도추진기획단(2006), “제주특별자치도 추진경위와 자치분권”, 보고서(청화대)
- 국회사무처(2004), 국회편람
- 국회행정자치위원회(2005), “지방자치법 일부 개정 법률안 검토보고서”
- _____ (2006), “제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법안 심사보고서”
- 김기표(2003), “지방분권의 실현과 법제지원”, -지방분권을 위한 입법과제-(법제처).
- 김순은(2007), “제주특별자치도의 법적지위와 향후 전망”, 제주특별자치도 정착을 위한 법률적, 제도적 지원방안을 위한 국회. 제주특별자치도 공동토론회.
- 김동희(2001), 행정법 II, 박영사
- 김철용(2005), 행정법 II, 박영사.
- 김해룡(2001), “지방자치단체의 조례”, 법제연구(제21호), 한국법제연구원.
- 박영도(2002), 입법학 용어해설집, 한국법제연구원.
- 박윤훈(2001), 최신행정법강의(하), 박영사
- 박천오 등(2002), “한국지방의회와 집행기관간의 대립. 갈등에 관한 실증적 조사연구”, 행정논총 41(1), 서울대학교 행정대학원 한국행정연구소.

- 법제처(2007), “시. 도법률률 교육교재 I. II
- 안용식. 강동식. 원구환(2006). 지방행정론, 대영문화사.
- 양석진(2005), “지방자치에 있어서 주민참여와 국민주권의 실현”, 법학연구(한국법학회)
- 오용식(2006), “지방자치사무의 위임. 위탁과 관련한 쟁점 검토”, 월간법제(법제처).
- 유상현(2002), , 형설출판사. II
- 유영봉(1991), “자치입법권의 범위와 한계”, 대한지방행정공제회(지방행정 제 450호),
- 이기우(1996), “지방자치발전을 위한 사무배분의 과제”, 지방자치연구8(2).
- _____ (2005), “지방자치단체의 사무체계에 대한 비판적 검토”, 지방행정연구19(1), 한국 지방행정연구원.
- 이기우. 하승수(2007), 지방자치법, 대영문화사.
- 이달곤(2005), 지방정부론. 박영사
- 이영호(2008), “조례제정권과 법률의 관계”, 법제처.
- 정세욱(2000), 지방자치학, 법문사.
- 지방혁신인력개발원(2007), “지방자치제도”.
- 조창현(2000), 지방자치론, 박영사.
- 지방혁신인력개발원(2007), 지방자치제도.
- 최창호(2003), 지방자치학, 삼영사.
- 최창호 등(2006), 새행정학, 삼영사
- 최봉기(2005), “한국지방의회 의원의 전문성제고 방안”, 한국지방자치학회보17(1), 한국 지방자치학회.
- 최승원(2001), “조례제정권의 범위와 한계”, 고시계.
- 행정자치부. 정부혁신지방분권위원회(2005), “민선 지방자치10년 평가”
- 홍정선(2004), 행정법특강, 박영사.
- 阿部 齊·概説日本の地方自治.東京出版社, 1997
- 岩崎 忠夫, 自治行政と企業, 東京: 1994
- 兼子 仁, 新地方自治法, 東京, 岩波出版社, 1999
- 坂本 忠次, 地方分權の時代を考える, 岡山:大學教育出版社, 1994
- 竹下 讓, 世界の地方自治制度, 東京, 1999
- 西尾 贍, 未完の分權改革, 東京:岩波出版社, 1999
- 地方自治制度研究會, 地方自治分權, 東京, 1995