

제주특별자치도의 자치입법권 확대 방안

김 성 호*

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. 입법권으로서의 조례와 그 법적 특성
 - 1. 입법권으로서의 조례
 - 2. 조례의 법적 특성
 - III. 현행 자치입법권 운영상의 문제점과 외국제도의 시사점
 - 1. 우리나라 자치입법 운영상의 문제점
 - 2. 외국제도의 시사점
 - IV. 특별자치도 자치입법권 확대 전략
 - 1. 자치입법권의 확대방향
 - 2. 특별자치도의 대응논리
 - 3. 제주특별자치도의 자치입법권 확대 전략
 - 4. 특별자치도의 국가입법 참여
- 참고문헌

I. 서 론

제주도는 특별법을 두 개나 가지고 있는 아주 특별한 도이다. 제주도개발특별법은 1991.12.31 제정되어 2000. 1. 28일 전문개정 되었으며, 제주국제자유도시특별법이 2002.1.26일 전문개정되었다. 제주개발특별법은 제주도종합개발계획의 수립과 시행에 관한 사항을 규정하여 제주도민이 주체가 되어 제주도의 향토문화를 창조적으로 계승·발전시키고 자연 및 자원을 보호하며 농업·임업·축산업·수산업 기타의 산업을 보호·육성함과 동시에 쾌적한 생활환경 및 관광여건을

* 지방행정연구원 연구위원

2. 기획논문

조성함으로써 제주도민의 복지향상에 이바지함을 목적으로 제정되었다. 제주국 제자유도시특별법은 제주도를 국제자유도시로 개발함으로써 국가발전에 기여함과 동시에 제주도민이 주체가 되어 향토문화와 자연 및 자원을 보전하고 지역 산업을 육성하며 쾌적한 생활환경을 조성하여 제주도민의 복지향상에 이바지함을 목적으로 제정되었다. 이 두 가지 특별법의 입법목적은 제주도민의 복지향상을 위하여 다른 시도와는 달리 광범위한 분야에서 특례를 부여하고 있다. 그러나 제주도민은 이를 체감하지 못하고 있는 것으로 보인다. 이 때문에 이러한 특별법이 제주도민이 기대하는 만큼의 제주발전의 견인차 역할을 수행하지 못하였다는 평가가 있어 제주도를 위한 또 하나의 특별법을 제정하려할 경우, 이에 대한 회의의 시각이 있는 것으로 보인다.

이러한 여건 하에서 참여정부는 제주도에게 특별한 행정적·입법적 권한을 부여하고 특별자치도로서의 위상을 확보하기 위한 적극적인 지원을 약속하고 있다. 특히 2003년 12월 역사적으로 지방분권특별법이 통과되었다. 동법은 자치입법권의 범위를 확대하는 것을 주요 분권과제로 상정하고 있다. 이러한 점에서 그동안 법리논쟁이 지속되어 왔던 자치입법권의 범위와 한계는 달라질 것으로 예상되나 입법실무적으로 논란이 많은 실정이다. 따라서 제주도가 특별자치도로 출범할 경우, 새로운 차원에서 21세기의 국제자유도시에 적합한 자치입법권의 입법범위와 한계를 선도적으로 재설정받게 될 것이다.

본 연구에서는 현재적 상황에서 자치입법권의 상징인 조례의 법적 특성을 소개하고, 현행 자치입법제도의 운영상의 문제점을 분석함과 동시에 외국제도의 시사점을 제시하며, 제주도가 국제자유도시로서의 위상에 걸맞는 행정을 하기 위하여 제주도를 특별자치도로 개편할 경우, 이에 적용되어야 할 자치입법권의 범위와 개선대안에 대하여 제안하고자 한다.

Ⅱ. 입법권으로서의 조례와 그 법적 특성

1. 입법권으로서의 조례

지방의회의 立法인 條例의 법적 지위를 규명하는 것은 헌법상 보장된 지방자치를 구체화하기 위한 법적 수단으로서 條例制定의 범위와 한계를 설정하고 정립하기 위한 대단히 중요한 과제이다. 條例는 지방의회가 법령의 범위안에서 지방자치권에 근거하여 의회의 의결을 거쳐 제정하는 法이다. 지방의회가 條例를 제정할 수 있는 근거는 헌법 제117조 제1항에서 「지방자치단체는… 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다」고 규정한 조항과 이에 따른 지방자치법 제15조이다. 條例制定權 그 자체는 헌법이 직접 보장하는 지방자치단체의 自治權을 바탕으로 하는 것이므로 국가사무를 제외한 모든 사무는 법률의 授權이나 委任이 없을지라도 법령에 위배되지 않는 한, 條例로써 규정할 수 있어야 한다.²⁾ 지방의회에 광범위한 條例制定權이 인정되는 이유는 헌법이 지방의회를 헌법상의 기구로 인정하고 지방의회에서 지방자치단체의 공권력 행사에 대한 정치적 의사결정을 하게 함으로써 정치적·법률적으로 확고한 민주적 정당성을 가지기 때문이다. 조례제정권은 헌법에 의하여 보장된 제도적 보장의 하나인 바, 그것은 국가행정기관의 위임입법인 법규명령과는 다르며, 고유사무에 관하여는 법령의 위임이 없이도 조례를 제정할 수 있다고 할 것이다.³⁾

헌법 제117조 제1항은 헌법이 條例制定權을 제도적으로 보장한 조항이며, 헌법 제40조에서 「立法權은 국회에 속한다」고 하는 國會立法主義에 중대한 예외 내지 제약을 명문화한 것으로서, 지방자치단체에 대한 중앙정부와 국민의 관여를 자제하고 그 부분의 보호와 권력분립 원리의 실현을 위하여 地方自治權을 승인한 결과이다.

특히 헌법 제118조 제1항에서는 지방자치단체에 의회를 둔다고 규정하고 지방의회를 헌법상의 기구로 공인하고 있다. 물론 국회와 지방의회는 기능과 권한에서 상당한 차이가 있는 것이 사실이다. 왜냐하면, 국회의 立法權에 비해 지방의회의 條例立法權은 헌법상 주민의 복리에 관한 사무에 대하여 포괄적인 권한이 인

2) 權寧星, 憲法學原論, (서울: 法文社, 1990), p.216. 지방자치단체는 憲法 제94조의 개괄적 授權에 근거하여 法律과 상충되지 않는 한, 條例制定에 있어서 포괄적 權能을 가지며, 條例制定에 관하여 개별적인 法律의 위임을 필요로 하지 않기 때문에 自主法이라고 하는 것이 다수설이다. 同旨, 原田尙彦, 地方自治, (東京: 學陽書房, 1986), p.133.

3) 김희수, “조례제정권의 근거와 한계”, 『대구대 사회과학연구』, 제7집 제3호, 2000, 2면.

4. 기획논문

정되어 있음에도 불구하고, 「법령의 범위 안」에서 제정하도록 규정되어 있기 때문이다. 이러한 이유로 독일 地方議會의 立法權은 국가의 입법·행정·사법권 가운데 立法權에 속하는 것이 아니라 行政權에 속한다⁴⁾는 견해도 있다. 즉 지방자치단체의 自治立法權은 행정권의 일부를 형성한다는 것이다.

그러나, 우리나라의 헌법은 독일의 연방헌법과는 달리 직접 헌법 제8장 제117조 제1항에서 자치에 관한 규정제정권 즉 自治立法權을 보장하고 있다. 지방의회는 헌법 제117조 제1항에 의거하여 포괄적인 지방자치행정 권한을 가지고 있는 지방자치단체의 사무에 관하여 그 근거와 기준이 되는 立法權을 자주적으로 행사할 수 있는 권한을 가진다. 즉 주민의 대표기관인 지방의회가 민주적 정당성에 근거하여 합법적인 의결절차에 따라 입법한 法을 條例라고 한다면⁵⁾ 지방의회의 條例制定權은 엄격한 법률의 授權에 의하여 행정청의 결재절차에 따라 제정되는 위입입법이나 규칙제정과 분명히 구별되는 議會立法權이다.

의회제도의 역사적 발달과정으로 보아 立法權은 국회의 가장 본질적이며 전통적인 권한이므로 근대국가가 권력분립원리를 채택하고 국회를 입법기관으로 규정한 것은 보편적인 사실이다. 따라서 헌법 제40조에 의거하여 경우 법률의 제정은 반드시 국회의 의결을 거쳐야 함을 의미하며, 국민의 권리와 의무에 관한 사항(헌법 제37조), 헌법이 특히 법률에 의할 것을 요구하는 사항, 또는 다른 법률로 특히 법률에 의할 것을 규정한 사항 등은 반드시 법률에 의거하여야 하고 법률보다 하위의 규범으로는 이를 초과하는 규정을 할 수 없다.⁶⁾

그러나 국회가 立法權을 가지고 있다는 것은 국회만이 배타적으로 立法權을 행사하고 다른 국가기관의 입법을 전혀 인정하지 않는다는 의미가 아니다.⁷⁾

국회의 입법부담을 경감해 주기 위한 예외적 立法權으로서 헌법에 보장된 條例

4) Bethge, *Parlamentsvorbehalt und Rechtsvorbehalt für die Kommunalverwaltung*, (NVWZ 1983), S.572f; Schmidt-Aßmann, *Die Kommunale Rechtssetzungsbefugnis*, in: Püttner(Hg.), *Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis*, (Bd.3.1982), S.182f; 金南辰, 前掲書, p.114.; 金南辰, 自治團體事務에 대한 地方議會의 關與, 「考試研究」, 第18卷 第9號, (서울: 고시연구소, 1991. 9), pp.58-59.

5) 權寧星, 前掲書, p.216.

6) 金哲洙, 憲法學概論, (서울: 法文社, 1975), p.499.; 文鴻柱, 韓國憲法, (서울: 海巖社, 1983), pp.476-477.

7) 文鴻柱, 上掲書, p.478.; 金哲洙, 前掲書, p.502.

制定權은 민주적 정당성에 바탕을 둔 지방의회가 가지고 있는 立法權을 의미하므로 行政權에 의하여 授權된 범규범으로 볼 수는 없다.

지방의회가 주민으로부터의 다양한 행정적 욕구를 흡수하고 조정하면서 어떻게 住民自治의 원칙을 실현해 갈 것인가 하는 문제는 무엇보다 지방의회에 부과된 정치과정의 문제이며, 이러한 의미에서 지방자치의 실현은 정치적·행정적 선택과 통합의 과정이라 볼 수 있다. 지방의회의 통합된 政治的 意思는 조례의 형식으로 결실되고, 주민의 권리와 의무가 條例에 의하여 결정되므로 條例는 주민자치의 실현을 위한 불가결의 법적 수단이다.⁸⁾

헌법 제8장이 지방자치의 본질에 근거하여 條例를 제정할 수 있는 권한을 승인한 것은, 국민주권원리와 생활행정을 실현하기 위한 수단으로써 條例의 중요성을 인식하였기 때문에 헌법차원에서 條例制定權을 포괄적으로 지방의회에 授權한 것으로 해석된다.

또한 국회가 급속하게 변천하는 사회적 사실에 입법적으로 적절하게 대응하지 못하는 현실 속에서는 법률의 규제가 시대의 요구에 적합하지 않은 경우 적극적인 條例의 입법활동으로 대처할 필요가 있다.⁹⁾

2. 조례의 법적 특성

지방자치단체의 주민을 규율하는 조례제정권과 구성원의 권리·의무를 규율하는 조합 등의 사적 규약을 정립하는 권한은 본질적으로 어떠한 점에서 구별되는지 규명해 볼 필요가 있다.

조례와 사적 규약을 비교한다면 조례의 특징은 불특정 다수인을 규율한다는 점¹⁰⁾에 있으나 이러한 특징은 대규모의 사적 단체에서도 볼 수 있기 때문에 조례의 고유한 특징이라고 할 수는 없다. 그렇지만 사적 규약은 조합원의 자유의사에 의한 승낙에 의해서만 구속력의 근거를 가지나, 조례는 지방자치단체의 고권적·

8) 室井 力 編, 前掲書, p.129.

9) 伊東光晴 編著, 地方自治の潮流, (東京: 學陽書房, 1979), p.73.

10) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3Auf., 1948. S. 131.

관현적 권한에 구속력의 근거를 가진다.¹¹⁾ 따라서 조례와 사적 규약의 본질적 차이는 전자가 지방자치권에 근거하여 정립된 공법분야의 고권적 규범임에 대하여, 후자는 구성원의 사적 의사(Privatwillen) 및 법률행위(Rechtsgeschäft)에 근거하여 정립된 규범이라는 점에서 구별된다.

둘째, 조례는 불특정 다수인에 대하여 일반적·추상적으로 권리·의무를 규율하며, 일반적인 구속력을 지닌 규범이기 때문에 법규의 성질을 가진다.¹²⁾ 또한 조례의 구속력은 지방자치단체의 모든 주민·기관·감독청 그리고 법원에까지 미치지만 외부적 구속력을 갖지 않는 조례도 있음은 물론이며, 독립적인 법원(法源)의 하나로 인정되어 있다.¹³⁾ 다시 말하면, 조례로 정한 법규와 법률(Gesetz)로 정한 법규는 양자가 대외적인 구속력을 가진다는 점에서 다를 바가 없기 때문에 조례도 하나의 법률이며 해당 구역 안에서는 법률과 마찬가지로의 구속력을 가지고 있다.¹⁴⁾ 그러므로 조례란 지방자치단체가 그의 자주성에 근거하여 지방자치단체에 속하는 주민들에게 적용하기 위해 제정되는 법규범이다.¹⁵⁾ 이에 따라 대법원은 “조례는…… 모두 그 지방자치단체의 주민전체에 효력을 미치는 일반적이고 추상적인 법적 규범이다”라고 판시함으로써(대판 1962년 9월 27일·62 추 1) 조례의 법규적 성질을 분명히 하였다.¹⁶⁾

조례는 지방자치단체가 자기책임에 따라 임무를 수행하기 위한 전형적인 수단으로서 일반적·추상적인 법규범이지만, 규율내용의 일반성이 필수적인 특징이라고 볼 수는 없으며 구체적인 사항을 규정할 수도 있다.¹⁷⁾ 따라서 조례는 다음과 같은 규범적 특성을 지닌다.

첫째, 조례는 지방자치단체가 제정하는 자주적 법규범이다. 조례는 헌법에서 보

11) W. Schmitt, Das Satzungsrecht der Gemeinde nach der Deutschen Gemeindeordnung, 1938, S. 5; Peters, die Satzungsgewalt innerstaatlicher, Verbände in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd, 1932, S. 265.

12) David, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein Westfalen, 2Auffl., 1961, S. 5.; 室井力(編), 地方自治, 三省堂, 1980, 99頁.

13) 이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1991, 160면.

14) E. Althans, Das Recht der Gemeinden und Gemeinde-verbände, Herford, 1957, S. 28; 장지호, 서독지방자치론, 대왕사, 1987, 43면-44면.

15) 室井力(編), 前掲書, 99頁.

16) 이상규, 전계서, 160면; 장지호, 전계서~, 43면.

17) S. Jortzig, Kommunalrecht, Verlag W.Kohlhamer Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1982, S. 205.

장된 자치에 관한 입법권(헌법 제117조 제1항)으로서 법의 성질을 가지고 있기 때문에 일반적으로 법규라고 설명되고 있으며, 이는 헌법상의 법을 의미한다.¹⁸⁾

둘째, 조례는 지방의회의 의결로 제정되고 그 효력은 당해 지방자치단체의 구역에 한정되므로 국가법에 대한 지역법의 의미를 가진다. 각 지역의 경제적·사회적·문화적 욕구가 서로 다르기 때문에 지역적 복지수준의 지향목표가 다를 수밖에 없으므로, 개별 지역주민의 다양한 욕구를 적극적·창의적으로 충족시키기 위해서는 합법적인 입법절차를 거쳐 지역에 적용되는 법으로서의 조례를 제정함으로써 지방행정의 실효성과 민주적 정당성을 확보할 수 있다. 이러한 점에서 조례는 법률과 같은 효력을 가진다고 하더라도 특정지역에 적용되는 지역법규범이다.

셋째, 주민의 대표기관인 지방의회가 민주적 정당성에 근거하여 합법적인 의결절차에 따라 입법한 법을 조례라고 한다면¹⁹⁾ 지방의회의 조례제정권은 법률의 수권에 의하여 행정청의 결재절차에 따라 제정되는 위임입법이나 규칙제정과 분명히 구별되는 의회제정법이다.

Ⅲ. 현행 자치입법권 운영상의 문제점과 외국제도의 시사점

1. 우리나라 자치입법 운영상의 문제점

1) 자치입법의 주요 사항을 법령유보로 제한

현행 「지방자치법」 제5조 단서는 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙을 제정하는 조례를 제정할 경우, 반드시 법령의 수권이 있어야 한도를 규정하고 있다. 이러한 법령유보원칙은 법령에 저촉되지 않는 한, 어떠한 행정행위도 허용된다는 의미가 아니라 기존 법령에 저촉되지 않는다고 하더라도 법령의 적극적인 수권을 요구한다는 점에서 이 원칙을 정하고 있는 한, 자치입법 중 조례입법범위는 지나치게 제한될 수밖에 없다.

18) 雄川一郎 外, 現代行政法大系 8卷, 有斐閣, 1984, 170頁.

19) 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 1989, 1018면.

2) 법령상 국가-지방자치단체간 역할분담원칙 간과

사무배분의 원칙과 기준은 각 부처가 지방행정과 관련하여 입법시 고려하여야 할 입법원칙이다. 국가와 지방자치단체, 시도와 시군구간 사무배분 원칙과 기준이 「지방자치법」과 「지방이양촉진법」 등에 법상 규정되어 있는 이상 법령 제·개정시 반드시 적용되어야 한다. 그럼에도 불구하고 지금까지 각 부처는 법상 규정된 사무배분의 원칙이나 기준을 도외시하고 자치사무로 처리하는 것이 합리적인 사무라 하더라도 부처의 입법정책을 이유로 국가사무 중심의 법령체계를 유지하고 있다. 이로 인하여 국가와 자치단체간 사무배분의 원칙과 기준에 따라 역할이 합리적으로 분담되지 못하고 있을 뿐만 아니라 조례의 제정 범위를 지나치게 축소시키는 원인이 되고 있다.

3) 지방자치단체간 권한과 책임의 한계가 불분명

「지방자치법」상 지방자치단체간 자치사무의 권한과 책임이 분명하지 않다. 지방자치법 제9조 제1항과 제2항에서는 지방자치단체의 사무를 예시하고, 제10조에서는 광역지방자치단체로서의 시·도, 기초자치단체로서의 시·군·자치구의 자치단체별 사무배분기준 및 사무를 예시하고 있다. 사무배분의 문제점은 지방자치법상 기초지방자치단체와 광역지방자치단체간 사무가 중복되어 있어 그 책임의 한계가 불분명하다는데 있다. 기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 관할 사무를 보다 구체적으로 예시·열거하고 있는 지방자치법 시행령 [별표 1] 및 [별표 2]는 사무를 구체적으로 지정함에 있어 중첩되게 지정하거나 법체계의 일관성을 깨뜨리고 있다.

4) 위임사무의 과다로 의회의 입법적 통제 제한

지방자치의 본질상 지방자치제도가 정착된 국가에서는 지방자치단체의 사무 가운데 국가 또는 상급자치단체의 위임사무는 극히 제한되는 반면, 고유한 자치사무가 대부분을 구성한다.

그러나 우리나라는 지방자치단체가 수행하는 사무 중 기관위임사무의 비중이 과도한 실정이다. 이것이 문제가 되는 이유는 지방자치단체의 조례제정권은 자치사무에 대해서만 자치입법권을 행사할 수 있으며, 기관위임사무에 대해서는 자치입법권을 행사할 수 없기 때문에 이것이 조례제정권의 범위를 제한하는 요소로 작용하고 있어 문제점으로 지적되고 있다. 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 대표로서 자치사무 뿐만 아니라 기관위임사무까지도 집행하는 국가의 지방일선행정기관장의 지위에 있으나, 지방의회는 지방자치법상 자치사무에 한하여 조례를 제정할 수 있도록 권한이 한정되어 있다. 이로써 지방자치의 양 수레바퀴인 단체장과 지방의회는 그 권한과 기능면에서 소관사무의 범위가 크게 차이가 나기 때문에 단체장에 대한 지방의회의 입법적 견제와 통제는 자치사무에 한정되고 기관위임사무에는 미치지 못하고 있는 실정이다.

5) 규제행정의 실효성 확보 미흡

지방자치단체는 급부적 성격뿐만 아니라 지역의 질서유지를 위한 행정경찰적 규제사무, 즉 하천감시, 산불감시, 위생단속, 주차단속, 공원감시, 폐수단속 등 법령과 조례에 의한 단속업무를 수행하고 있다. 이러한 규제행정영역은 정부에 의한 사무의 이양과 더불어 더욱 증가할 것으로 예상된다.

그러나 현재와 같이 지방자치단체 행정의 실효성 확보수단을 과태료 부과에만 의존할 경우, 지방행정의 실효성 확보에는 상당한 무리가 있으며, 과태료의 액수도 지나치게 높아 형법상의 형벌규정과의 형평성에 문제가 있다. 서울시의 경우, 지난 1995년 1월 이후 1999년 6월 현재까지 4년간의 주차과태료부과대상자 중 최다 체납자는 464회까지이며, 2회 이상 체납한 차량 수는 459,779대나 된다. 이러한 현상은 주차위반자들이 주차위반행위에 대하여 부과되는 과태료를 벌칙으로 생각하지 않는다는 것을 의미한다. 이로 인하여 헌법상 추구하고 있는 기본이념인 법치행정은 지방자치단체에 관한 한 장식적이고 구호에 그치고 있는 실정이라는 점에서 문제의 심각성을 더하고 있다. 특히 조례의 위법행위에 대한 과태료부과 벌칙은 위법행위자를 실제로 규율하지 못하는 조치가 되고 있다.

2. 외국제도의 시사점

1) 영미법계국가와 대륙법계국가의 공통점

영미법계 국가의 「법의 지배」원리와 대륙법계 국가의 법치주의 사상은 근본적인 차이가 있는 것이 아니므로 조례제정에 있어서도 법률의 범위 안에서 그 입법을 허용하고 있다는 점에서 공통점이 있다. 영미법계 국가와 대륙법계 국가의 조례제정권의 범위는 사무배분원칙에 있어서 대체로 지방우선·기초자치단체 우선 원칙을 유지함에 따라 지방적 행정사무를 주요대상으로 하고 있다.

2) 영미법계국가와 대륙법계국가의 차이점

영미법계 국가는 역사적으로 주민자치의 전통이 뿌리깊은 나라이므로 지방의 행정사무에 관한 한 지방의회가 주도적으로 행정사무를 창설할 수 있다. 따라서 국가나 주의 행정사무를 제외한 지방적 행정사무에 대해서는 광범위한 조례제정권을 보장하고 지방의 중요사항 결정권을 부여함으로써, 연방의회 또는 국회의 입법부담을 경감하고 지역공동체의 권한과 책임을 강화하였다.

독일, 일본과 같은 대륙법계 국가는 지방자치에 있어서 단체자치의 요소를 더욱 중요시하고 있다. 이에 따라 대륙법계 국가들은 행정사무를 국가사무와 자치사무로 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.

3) 시사점

영미법계 국가 지방의회의 조례제정권의 범위는 주민자치의 차원에서 폭넓게 인정되고 있으며, 대륙법계 국가에서는 비록 지방의회의 조례제정권의 범위가 한정되고 있는 현실이나 국법의 공백상태인 경우 자치입법의 범위를 인정하고

상위법 제정 시 주민의 의사를 반영할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있다.

따라서 제주특별자치도 지방의회의 입법과정에 특별자치도의 자치입법의 범위를 법령상 명백하게 규정하여 자치사무 및 자치입법의 범위를 명정하고, 주민의 의사가 반영될 수 있는 제도와 국회 또는 정부의 입법과정에 지방자치단체 또는 그 연합체의 의견을 제안할 수 있는 제도를 도입한다면 국민과 주민 모두에게 신뢰받을 수 있는 입법체제를 갖추어 나가게 될 것이다.

지방자치단체의 조례제정권의 범위와 관련하여 연방국가와 단일국가를 비교한다면, 연방제 국가의 경우, 연방의회와 주의회에서 입법미비가 보완될 수 있는 2중의 제도적 장치가 마련되어 있기 때문에 지방의회 조례제정권의 중요성은 상대적으로 낮을 수밖에 없으나, 단일국가의 경우, 국회의 입법권을 보완할 수 있는 제도적 장치가 지방의회밖에 없으므로 입법권으로서의 조례제정권의 중요성이 강조되는 것은 당연하다.

따라서, 단일국가 지방의회의 조례제정권의 범위는 국회가 가지고 있는 입법권의 배분이라는 관점에서 논의되어야 한다. 특히 특별자치도의 자치입법권의 범위는 외국의 지방자치단체 중 연방제 국가의 주수준은 아니라 하더라도 국제자유도시로서의 자율권 행사에 필요한 사무와 권한 그리고 행정상의 책임을 다하기 위하여 자치입법권의 범위를 최대한 확보하는 방안을 강구할 필요가 있다.

IV. 특별자치도 자치입법권 확대 전략

1. 자치입법권의 확대방향

특별자치도의 법적 위상에 따라 자치입법권의 범위는 차이가 날 수 있다. 특별자치도의 법적 위상이 연방제 국가의 주에 준하는 지위, 단일국가의 주 또는 지역의 통치단체로서의 지위, 현행 헌법과 법령이 보장하는 시도자치단체로서의 법적 지위 중 어디에 해당하는 법적 위상을 확보하느냐에 따라 자치입법권의 범위는 달라질 수 있다. 연방국가의 주수준일 경우에는 현행 지방자치법제15조

의 단서폐지는 말할 것도 없고 법률의 범위 안에서 자치입법권을 행사할 수 있게 될 것이나 위헌시비와 타 자치단체의 반대로 인하여 난항에 빠질 우려가 크다. 본 연구에서는 지역의 통치단체로서의 지위와 현행 법령의 범위 안에서 최대한 자치권이 확보된 법적 지위에 따른 특별자치도의 자치입법권의 범위를 제안하고자 한다.

1) 법률에 준하는 의회입법

지역의 통치단체로서 특별자치도의 자치입법권은 그 민주적 정당성에 입각하여 법률에 준하는 법규범이 되어야 할 것이다. 즉, 법률에 직접적으로 상충하거나 저촉되는 경우를 제외한 경우에는, 지역적 특성에 적합한 입법권을 자주적으로 행사할 수 있도록 지방자치의 본질에 의거한 법해석에 입각한 조례제정권을 확보한다. 이러한 견지에서 자치입법권은 법률에 준하는 법규범이며, 법령과 다른 것은 그 적용범위에서 차이가 날 뿐이라는 것으로 해석하고 운용하여야 할 것이다. 특별자치도의 사무에 대해서는 지역적 특수성을 고려하고 지역의 특성을 행정에 반영하여 수행할 수 있는 조례제정권, 자주과세권 및 조례위반에 대하여 형법상의 형벌을 포함한 벌칙제정권 등에 관한 자치입법권을 확보한다. 구체적으로 법률은 전국적으로 획일적·통일적으로 수행하여야 할 기본적·일반적 사항을 정하고, 부령은 특별자치도의 조례에 관한 한, 상위의 법규범으로 인정하지 아니하며, 특별자치도의 조례는 법률 또는 대통령령이 공백상태인 경우, 특별자치도의 조례로 입법할 수 있도록 한다.

2) 법령의 공백상태 입법범위 확대

구체적으로는 법령은 전국적으로 획일적·통일적으로 수행하여야 할 기본적·일반적 사항을 정하고, 특별자치도의 조례는 법령이 공백상태인 경우에만 특별자치도의 조례로 입법할 수 있도록 한다.

3) 특별자치도의 계층구조에 따른 자치입법권의 범위

제주특별자치도가 단층제일 경우, 도내 인구수, 산업의 특수성을 고려하여 도차원의 유일한 지역 입법기관으로서 자치입법권을 행사하는 방안을 강구하는 것이 효율적이다.

특별자치도를 2계층제로 하는 경우, 특별자치도와 시·군간 자치입법권을 배분할 수 있다. 이 경우에는 첫째, 특별자치도의 효율적 운영에 유리하다고 판단될 경우, 보충성의 원칙을 조정하고 특별자치도 중심의 자치입법권을 행사하게 할 수 있다. 예컨대, 특별자치도는 도내 인구 수, 산업의 특수성을 고려하여 도시계획, 규제행정 등 광역적 지도·감독을 중심으로 입법권을 행사하고, 시·군의 자치입법권은 특별자치도가 부여한 범위 안에서 인정되는 안이 있다. 둘째, 시·군의 자치입법권을 우선하고 특별자치도는 보완적으로 자치입법권을 행사하게 하는 안이다. 이 경우에는 일반적인 지방자치에는 적합하나 제주도를 다른 시·도와 달리 특별한 권한과 책임을 부여하는 취지에 부합되지 않을 뿐만 아니라 특별자치도로서의 기능과 역할을 수행하는데 부적절한 대안이 될 수 있다.

2. 특별자치도의 대응논리

특별자치도의 자치입법권의 범위는 특별법상 정할 수 있으나 실질적으로는 해당 자치단체 내에서 소관사무에 관하여 자치권을 원만하게 행사하기 위하여 다음 두가지 측면에서 접근하여야 할 필요가 있다. 첫째, 특별자치도는 각종 개별법령에 의하여 자치사무로 처리하여야 할 사무가 국가의 사무로 되어 있거나 기관위임사무로 처리하고 있는 사무에 대하여 개별법 제개정을 요구하여야 할 것이다. 특별법만으로 자치입법권을 확대하는 데에는 한계가 있다. 둘째, 일반적으로 지방자치단체의 자치입법권의 범위를 제한하고 있는 법령에 대해서는 특별자치도 승격과 함께 관련 법령의 적용을 배제하는 규정을 둬으로써 특별자치도의 자치입법권의 범위를 확대하도록 한다.

특별자치도의 조례는 민주적 정당성에 비추어 법률에 준하는 법규범으로서 자치입법권의 범위를 확대하기 위해서는 지방자치법 제15조 단서가 적용되지

않도록 적용제외를 제도화한다.

첫째, 헌법 제117조 제1항에서 조례제정의 범위에 대하여 ‘법령의 범위 안’으로 규정한 것은 자치에 관한 규정제정권을 포괄적으로 수권하기 위하여 법률유보를 명시하지 않고 법률우위의 원칙을 정한 것인 바, 지방자치법 제15조에서 헌법이 정한 법률우위의 원칙을 버리고 지방자치의 중요사항에 관하여 법률유보를 규정한 것은 헌법의 취지를 벗어난 것이다.

둘째, 지방자치법 제15조의 단서규정에서 말하는 주민의 권리제한이나 의무의 부과는 헌법상 기본권 보장의 대상인 ‘국민’이 아니라 지방자치단체의 ‘주민’이라는 사실을 간과하고 있으며, 조례의 효력이 지방자치단체의 관할구역에 미칠 뿐이라는 사실을 감안하지 않은 결과이다.²⁰⁾ 주민의 대표들이 그 지역주민의 기본권을 보장하기 위해 민주적 정당성을 가진 지방의회가 조례로써 입법을 자주적으로 제정하는 것은 자치입법을 보장하고 있는 헌법정신에 부합되는 것이다. 그러므로 주민이 그 대표를 통하여 자신의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례는 법령에 위반하지 않는 한 자율적으로 제정할 수 있다. 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항은 규칙으로는 정할 수 없고 반드시 조례로 정하여야 할 것이다.

셋째, 헌법 제37조 제2항에서 국민의 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 국회가 정하는 법률로써 제한할 수 있으나, 주민의 권리제한과 의무부과는 헌법 제117조 제1항에 따라 지방의회가 정하는 조례로써 제한하는 것이 헌법상의 취지이다.

법률유보론을 주장하는 학자들은 기본권 보장이라는 대명제에 너무 집착한 나머지 지방자치단체와 사인(私人)의 법적 지위의 차이에 따른 본질적 차이점(헌법 제37조 제1항)과 지방자치에 관한 제도보장이 기본권 보장에 이바지하고 있다는 점, 그리고 독일의 지방자치현실이 우리와는 다르다는 점 등을 간과하였다는 비판을 면키 어려운 것으로 보인다. 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항을 법률의 개별적·구체적 위임이 있는 경우에만 조례로 정할 수 있다는 주장은 확실히 우리 헌법이 제도로서 보장하고 있는 지방자치의 취지, 즉 지방

20) 이주희, “지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위,” 『자치연구』 제2권 제5호, 부산: 한국지방자치연구소, 1993. 봄, pp. 39-40.

자치단체의 전권한성 및 자기책임의 원칙을 보장하고 있는 것에도 배치된다고 할 것이다. 또한 조례도 주민의 직선으로 선출된 대표가 제정하는 것으로서 주민 스스로에 의한 자기구속성의 원리에 충실한 것이므로 국회입법에 적용되는 자기구속성의 원리와 차이가 없는 것이라는 조례의 본질을 무시하거나 너무 과소평가한데서 기인한 주장이라 평가된다. 따라서 특별자치도의 자치입법권은 지방자치법 제15조 단서의 적용제외가 전제되어야 할 것이다.²¹⁾

지방세와 관련해서는 법률이 아닌 조례가 지방세에 관한 조세채권채무관계 발생의 법적 근거가 되므로 지방자치단체의 재정권은 헌법 제59조가 아닌 헌법 제117조에 의해 창설되는 것이라 할 수 있다. 그러므로 헌법 제59조의 조세법률주의가 지방세에도 적용된다 하더라도 여기서 말하는 법률은 지방세에 관한 한 조례를 의미하는 것으로 보아야 할 것이며 종국적으로 지방세에 있어 조세조례주의는 헌법이 예정한 것으로 보지 않을 수 없다.

따라서 국세와 지방세의 합리적 재배분과 더불어 지방자치의 본질을 구현하기 위한 지방자치단체의 자주과세권은 헌법이 보장하는 지방자치단체 고유의 권리로서 법령유보 사항이 아니라는 데 유의하여야 할 것이다. 그러므로 국가의 법률로써도 정당한 사유 없이 지방자치단체의 자주과세권을 침해할 수는 없는 것이다. 이렇게 본다면, 국세법과는 달리 지방세법은 납세자를 직접 구속하지 않고 조례로써 납세자를 직접 구속한다고 볼 수 있다.

이러한 점에서 특별자치도는 국제자유도시로서 자주재정의 확보를 위하여 지방세 세목 신설 등 광범위한 자치입법권을 확보하는데 법리상의 제약조건을 탈피하는 특별법체제를 구축할 필요가 있다.

3. 제주특별자치도의 자치입법권 확대 전략

1) 특별자치도 자치입법 특례 규정

자치입법관련 다음의 특례는 제주특별자치도에만 적용되는 것으로 한다

21) 유상현, 「조례의 법적 한계에 관한 연구」, 경희대 대학원 박사학위논문, 1995, p. 101.

참여정부의 분권로드맵과 지방분권특별법에 의한 자치입법권의 범위확대는 2005년 1월 현재 구체적인 입법대안이 나오지 않은 실정이다. 다만, 의원입법으로 계류중인 안건만 있을 뿐이다.

본고에서 제시하는 특별자치도 입법대안은 제안사항을 가칭 제주특별자치도 특별법에 규정함으로써 일반적으로 타 법과 관련하여 특례로 적용될 수 있는 근거규정으로 제안한 것이다.

따라서 제주도가 개별법에서 구체적으로 이양되어야 할 사항을 구체적으로 발굴하여 이를 제정법에 포함시키는 것이 특별자치도의 자치입법권의 범위를 실질적으로 확대하는 방안이 될 것이다. 이 작업은 특별자치도가 타 시도와 구별되는 자치입법권을 확보하는데 필수적인 과정으로서 반드시 병행되어야 할 것이다

2) 지방자치법 제15조 단서조항 적용배제 조항 신설

(1) 지방자치법 제15조 단서 적용배제의 당위성

지방자치단체의 조례제정권은 지방자치법 제15조 단서조항에 의하여 직접적으로 제한받고 있다. 동법 제15조 단서의 규정은 과거 권위주의시대에 조례가 법률에 준하는 법규범이 아니라 위입법으로 간주되던 중앙집권적 사고의 산물로써 지방자치단체의 자치입법권을 일반적·범주적으로 제한하고 있는 조항으로서, 지금까지 자치입법권이 행정실무적으로나 판례상 그 입법범위가 제약받았던 것은 바로 이 조항 때문이었다.

조례는 그 법적 특성상 주민의 권리제한·의무부과, 벌칙에 관한 사항을 규정하는 지역법규범이므로 이를 해석론적 차원에서 극복하는 데에는 근본적인 한계가 따른다는 점에서 동법동조 단서규정의 적용배제조항이 필수적이다.

따라서, 특별자치도의 자치입법권 행사를 함에 있어서 지방자치법 제15조 단서의 적용을 배제하여야 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 특별자치도가 도내의 지역의 공공복리를 증대시키고 질서유지를 위하여

필요한 사항에 관하여 조례로써 주민의 권리를 제한하고 새로운 의무를 부과하는 것은 헌법과 특별법 그리고 지방자치권에 부수된 당연한 권리이다. 국가행정에서는 법령이 그 정당성을 부여하고, 특별자치도행정에서는 도조례가 그 정당성을 부여한다. 그러므로 국회가 제정하는 법률에 의한 정당성 이외에 민주적 정당성이 보장될 수 있는 수단이 있다면 그와 같은 영역에서 법령유보의 원칙은 수정될 수 있다.

둘째, 주민의 권리제한, 의무부과는 국민의 기본권 보장과 관련된 법률의 범위 안에서 주민의 삶의 질의 향상과 주민의 공공복리와 질서유지를 위하여 필요최소한의 범위 안에서 정하는 것이므로 헌법상 규정된 기본권 제한 규정이나 관련 법률에 직접 저촉될 것을 우려하는 것은 기우에 불과하다.

셋째, 특별자치도가 정하는 조례는 법률에 준하는 법규범으로서 민주적 정당성을 가진다.

넷째, 주민의 권리제한과 의무부과는 헌법상 보장된 조례제정권의 입법소관사항으로서 이는 법령에 위반하지 않는 한 조례의 중요 입법소관사항이지 법률의 입법소관사항이 아니다.

다섯째, 입법실무적으로는 특별자치도의 입법수요가 발생할 때마다 국가가 특별자치도 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙제정에 관한 법령을 적기에 입법하여 줄 수 없으므로 이에 관한 법령유보는 비현실적이다.

종합컨대, 입법론상으로는 헌법적 보장에 근거하여 자주법을 제정할 수 있는 지방자치단체가 자치사무의 범위 안에서 주민의 권리·의무, 벌칙에 관하여 조례를 제정하는 경우, 위임입법과는 달리 법률유보를 요하지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 특히 일반시도와 달리 특별자치도에서는 우선적으로 이를 적용배제하여야 할 것이다.

(2) 입법개선방안

(가칭) ‘제주특별자치도 설치 및 운영에 관한 법률’에 다음 사항을 규정한다.

- 특별자치도는 제주도의 통치단체이므로 법률에 위반되지 않는 한, 그 사무에

관하여 조례를 제정할 수 있다.

- 특별자치도는 지방자치법 제15조 단서규정에도 불구하고 특별자치도의 사무처리에 관하여 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙을 제정할 수 있다.
- 특별자치도는 경찰행정을 포함한 규제행정권의 실효성을 확보하기 위하여 법률에 특별한 규정이 없는 한, 조례위반행위에 대하여 형법상의 형벌을 규정할 수 있도록 한다. 그 벌칙의 범위는 2년 이하의 징역, 금고, 500만원 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 몰수의 형에 처하거나 500만원 이하의 과태료를 정할 수 있도록 한다.

3) 특별자치도 사무의 국가사무화 방지조항 신설

(1) 사무의 국가선점방지 필요

지방자치법 제9조 제2항 단서 규정은 자치사무라 하더라도 법령으로 국가사무로 구분할 수 있는 가능성을 규정하고 있다.

그러나 국가는 이 규정을 폐지하더라도 법률선점론에 입각하여 그 입법취지를 충분히 달성할 수 있다.

따라서 본 규정의 폐지에 의하여 반드시 조례제정권의 범위가 확대되는 것은 아니지만, 계속 존치할 경우 법령에 의한 특별자치도의 지방자치권의 침해를 정당화하는 조항으로 작용할 여지가 있다.

이는 특별자치도가 관할구역의 자치사무와 법령에 의해 자치단체에 속하는 사무를 처리함에 있어 일방적으로 법령선점론을 정당화하고 있다는데 문제가 있다.

(2) 입법개선방안

(가칭) ‘제주특별자치도 설치 및 운영에 관한 법률’에 지방자치법 제9조 제2항 단서조항의 적용 배제 조항을 둔다. 이로써 국가가 특별자치도의 사무를 일방적으로 국가사무화 하는 것을 예방할 수 있다.

국가가 특별자치도의 사무를 국가사무로 이관하고자 할 때에는 특별자치도

의회의 동의를 받도록 함으로써 국가가 임의로 자치사무를 국가사무화 하지 못하도록 제도화한다.

4) 지방세조례주의 제도화

(1) 지방세조례주의의 당위성

현행 지방세법 제3조 제2항에서는 ‘이 법이 정하는 바에 의하여’라는 법률유보조항을 1998년 12월에 추가하여 규정하였다. 즉, 지방자치단체는 지방세의 세목, 세율, 과세객체, 부과, 징수를 지방세법의 규정에 따라 조례로 정하도록 한 것이다.

그러나 이 조항이 없어도 지방세법은 지방세의 윤곽법으로서 상위법이기 때문에 우선 적용된다. 현행법은 지방자치단체의 자율적인 세목신설 등 과세권을 원칙적으로 제한하고 있다. 조례제정권의 범위와 관련하여 제기되는 침해한 쟁점사항으로는 지방세 관련 자주과세권 및 개정 지방세법의 위헌성 여부 등에 대한 논란을 들 수 있다.

특히 헌법상의 조세법률주의는 국세의 과세권, 징세절차 등 과세의 본질적 사항은 국민의 대표인 국회의 동의를 요하는 것으로서 반드시 입법자가 직접 법률로 정하게 한 것을 의미한다는 주장이지 이를 지방세까지 확대하여 적용하는 것은 무리가 있다. 따라서 지방세의 구조상 과세단체·납세의무자를 고려할 경우 지방세의 세목, 세율, 징세절차 등 지방세 과세의 본질적 사항은 아래와 같이 반드시 지방자치단체 의회의 입법자가 조례로 정하는 것이 헌법상의 조세법률주의에 부합된다는 것이다.

지방세 조례주의의 당위성은 다음과 같다.

첫째, 지방세는 지방자치단체가 그 사무를 처리하는데 필요한 재원을 자율적으로 조달하고 관리하는 세원이다.

둘째, 지방세는 과세단체가 시·도, 시·군·구이다. 자주재원의 확보는 과세단체인 지방자치단체의 중요한 권한이자 의무이므로 과세단체가 아닌 국가가 주민의 동의를 받지 않고 법률로써 지방세의 세목·세율 등 자주제정권의 중요

사항을 결정한다면 이는 헌법상 보장된 지방자치단체의 세목신설권 및 자주과세권을 침해한다는 비판을 면할 수 없다.

셋째, 지방세의 납세의무자는 국민이 아니라 주민이다. 주민을 대표하는 지방의회가 새로운 세목을 신설하고 주민에게 부담을 지우는 것은 지극히 정상적인 자치입법권의 행사이다.

특별자치도의 주민이 스스로 소속 자치단체의 재원을 충당하겠다는 것을 법령유보하여 절차를 복잡하게 함으로써 자주재원 확보를 어렵게 만드는 것은 자주재정권을 침해하는 것이다.

따라서, 법령으로 정한 지방세의 세목, 과세객체, 세율, 부과·징수라 하더라도 이것이 지방세에 관한 것인 한, 지방의회에서 대표의 동의를 받지 않는다면 납세의무자의 동의 없는 과세가 되므로 조세법률주의의 헌법상의 취지에도 부합되지 않다.

(2) 입법개선방안

특별자치도의 행정을 원활하게 수행하기 위하여 지방세에 관한 한, 지방세 조례주의에 입각하여 세목신설 등을 자율적으로 조례로 정할 수 있도록 지방세법 제3조 및 제9조의 적용 배제 규정을 둔다.

특별자치도는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 조례로써 정하도록 한다

지방세법 제5조 및 제6조에 정한 세목외에 목적세를 조례로써 신설할 수 있도록 하되, 타 지역주민에게 부과되는 경우에는 행정자치부장관과 사전 협의하도록 하거나 지방세법 제5조 및 제6조에 정한 세목에도 불구하고 조례로써 세목을 신설 또는 폐지할 수 있도록 한다.

4) 특별자치도 규제 행정의 자율화

(1) 규제법정주의의 법률유보 완화의 필요성

「행정규제기본법」상 규제의 원칙으로서는 국가 또는 지방자치단체는 국민의

자유와 창의를 존중하고, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하되, 실효성 있게 정하여야 하며, 규제의 대상과 수단은 규제의 목적을 실현하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다고 정하고 있다. 현행 「행정규제기본법」 제4조 제2항에서는 규제법정주의를 채택하고 있다는데 문제가 있다.

즉, 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있도록 규정하고 있다.

이 법의 문제점으로서 첫째, 지방자치단체의 중요한 책무인 급부행정과 더불어 규제행정을 수행함에 있어서 규제에 관한 한, 법률유보를 정하고 있어 우리나라의 지방자치단체의 자율권을 제약하고 있다.

둘째, 이 법은 조례의 법적지위를 시행규칙정도로만 간주하는데 따른 것이며, 조례가 법률에 준하는 의회입법임을 간과하고 있다는데 문제가 있다. 이렇게 되면 특별자치도가 규제행정을 수행하고자 할 경우, 일일이 국회가 제정하는 법률의 근거와 위임을 받아 조례를 제정하여야 한다는 점에서 규제행정의 대응성을 저하시킬 수 있다.

셋째, 지방의회에서 지역실정에 따라 조례로 제정하는 것이 실효성이 높음에도 불구하고 국회입법을 의무화함으로써 법령의 양산을 초래할 수 있다.

행정규제기본법이 존재하는 한, 특별자치도의 규제행정에 관한 조례입법범위는 법률의 명시적인 근거를 필요로 한다는 점에서 입법개선이 시급하다.

(2) 입법개선방안

특별자치도가 규제행정을 원활하게 수행하기 위해서는 규제를 정하는 경우, 필요한 시기에 실효성 있게 정하여야 하며, 규제의 대상과 수단은 규제의 목적을 실현하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 할 것이다.

이를 위해서는 법률과 같이 민주적 정당성을 가진 의회입법으로서의 조례의 법적 지위에 적합하도록 행정규제기본법의 내용을 개정할 필요가 있다.

(가칭) ‘제주특별자치도 설치 및 운영에 관한 법률’에 다음과 같이 행정규제기본법 제4조 제2항 단서조항의 적용 배제 조항을 둔다.

이로써 특별자치도는 법률유보 없이 자율적으로 규제의 신설 또는 폐지를 조례에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령에 위반되지 않는 범위 안에서 조례·규칙으로 정할 수 있도록 한다.

4. 특별자치도의 국가입법 참여

1) 특별자치도 관련 법령안에 대한 협의 및 의견수렴 의무화

중앙부처의 법령안 주관기관의 장은 특별자치도의 사무 및 주민의 권리제한, 의무부과 관련 법령을 제·개정할 시에는 법령안 주관기관의 장이 특별자치도의 장과 협의하고 의견을 듣도록 제도화한다.

특별자치도의 사무와 권한, 당해 도의 주민의 권리제한과 의무부과와 관련된 법령안 주관기관의 장은 법령안의 입안초기단계부터 특별자치도와 협의하도록 한다. 이는 특별자치도의 위상에 걸맞는 법령제도를 지속적으로 개선해 나가는 데 불가피한 조치이다.

- 법령안 주관기관의 장이 법령안을 입안한 때에는 당해 법령안의 내용을 특별자치도지사에게 송부하여 그 의견을 듣도록 한다.
- 이는 특별자치도에 적용되고 시행되는 법령안이 특별자치도의 특성, 기능과 역할에 적합한 수준의 내용을 반영하기 위한 수단이다.

2) 특별자치도와 관련된 법령안 및 조치에 대한 통지 의무화

현재 정부의 법령안 입법예고 방법으로는 법령안 주관기관의 장이 당해 법령안의 내용에 관하여 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 단체나 기타의 자에

게 직권 또는 신청에 의하여 예고사항을 통지할 수 있게 되어 있다.

이를 보다 구체화하여 법령안 주관기관의 장은 특별자치도 등에서 제출된 의견을 검토하여 법령안에의 반영여부를 결정하고 그 처리결과 및 처리이유 등을 지체 없이 특별자치도의 도지사에게 통지하도록 한다.

입법예고대상 법령뿐만 아니라 입법예고 되지 않은 사항이라 하더라도 의견제출대상 법령안에 해당되는 사항 또는 입법예고 법령안의 경우에는 특별자치도에 통지하도록 의무화하여 적극 활용하도록 한다. 이는 의견제출의 실효성을 확보하기 위한 조치 가운데 하나이기 때문이다.

법령안 주관기관의 장은 특별자치도 등에서 제출된 의견을 검토하여 법령안에의 반영여부를 결정하고 그 처리결과 및 처리이유 등을 지체 없이 특별자치도의 도지사에게 통지하여야 한다.

법령안 주관기관의 장은 특별자치도에 재정상의 부담을 의무화하는 경우, 특별자치도의 동의를 얻도록 하여 국가가 특별자치도에게 법령으로 일방적으로 재정상의 부담을 지우는 것을 사전에 방지한다.

3) 법령상의 국가사무의 이양 요청권한 부여

특별자치도의 도지사는 법령안 주관기관의 장에게 법령상의 국가사무를 특별자치도의 사무로 이양하여 줄 것을 요청할 수 있다.

도지사의 요청이 있을 때에는 법령안 주관기관의 장은 반영여부에 대하여 특별자치도의 장에게 통지하고, 해당 사무의 이양이 필요하여 이를 입법에 반영하기 위하여 법령안에 대한 영향평가 의견을 첨부하여 법제처장에게 법령안을 제출할 수 있도록 한다.

□ 참고 문헌

1. 국내문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 서울: 법문사, 1997.
- 김남진, “자치단체사무에 대한 지방의회의 관여”, 「고시연구」, 제18권 제9호, 서울: 고시연구사, 1991. 9.
- _____, “조례제정의 법적 문제”, 「법제연구」, 통권 제9호, 서울: 한국법제연구원, 1995.
- _____, “국가의 권한과 지방자치단체의 권한, 권한의 배분과 위임의 문제를 중심으로,” 「고시계」, 1996. 5.
- 김동희, 「행정법Ⅱ」, 서울: 박영사, 1997.
- 김명길, “조례제정권의 범위,” 한국공법학회 제32회 학술발표회, 1992.
- 김보현·김용래, 「지방행정의 이론과 실제」, 서울: 법문사, 1982.
- 김성호, 「조례제정권 범위확대에 관한 연구」, 연구보고서 318권, 한국지방행정연구원, 1999.
- _____, 지방의회의 입법권에 관한 연구, 부산대법학박사학위논문, 1994.
- _____, 「조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안」, 연구보고서 188권, 한국지방행정연구원, 1995.
- 김순태, “조례상 벌칙규정과 죄형법정주의,” 「입법조사연구」, 통권 제234호, 1995. 8.
- 김용진, “지방자치단체의 과세권과 조례,” 「월간조세」, 1997. 8.
- 김일수, 「형법학원론(총칙강의)」, 서울: 박영사, 1988.
- 김철수, 「신헌법개론」, 서울: 박영사, 1997.
- 김해룡, 지방자치단체의 조례, 「법제연구」, 제21호, 2001.
- 김희수, 조례제정권의 근거와 한계, 대구대 사회과학연구, 제7집, 제3호, 2000
- 류지태, 「행정법신론」, 서울: 신영사, 1995
- 박봉국, 「조례입법의 이론과 실제」, 서울: 장원출판사, 1992.
- 박영도, 「자치입법론의 이론과 실제」, 연구보고 98-2, 한국법제연구원, 1998.
- 박윤훈, “법령과 조례와의 관계”, 「고시계」, 제37권 제11호, 서울: 국가고시학회, 1992. 11.
- 배영길, 조례의 법적 지위, 「공법학연구」, 제2권 2000
- 서원우, “지방자치법 제20조 삭제문제”, 「자치행정」, 1993. 2.

- _____, “조례제정권의 범위와 한계”, 『고시계』, 1993년 3월호.
- _____, “지방자치의 헌법적 보장”, 『고시연구』, 제20권 제6호, 서울: 고시연구사, 1993. 6.
- _____, “조례제정권의 헌법적 보장”, 『헌법논총』, 헌법재판소 제5집, 1994.
- 신봉기, “자치입법의 범위와 실효성 확보방안”, 『지방자치법연구』, 제1권제2호, 2001
- 오세탁, “조례의 제정실태와 입법한계”, 『인권과 정의』, 1994. 8.
- 유상현, 『조례의 법적 한계에 관한 연구』, 경희대 법학박사학위논문, 1994.
- 윤양수, 지방자치단체의 사무와 조례제정권의 고찰, 청주대 법과정책, 제9호 2003
- 이기우, “지방자치단체의 조례제정권과 법률유보의 원칙”, 『지방자치』, 성남: 현대사회연구소, 1992. 9.
- 이상규, 『신행정법론(하)』, 서울: 법문사, 1991.
- 이주희, “지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위”, 『자치연구』, 제2권 제5호, 부산: 한국지방자치연구소, 1993. 봄.
- 장지호, 『서독지방자치론』, 서울: 대왕사, 1987.
- 정연우, “조례제정권의 헌법적 한계와 통제”, 『공법학의 현대적 지평』, 1995.
- 정영석, 『형법총론』, 서울: 법문사, 1986.
- 정준현, “정보공개조례제정의 가부 및 그 방향”, 공법학회 제25회 학술발표회 발표문.
- 조정찬 외, 『법률교육교재 I』, 법제처, 1999.
- 차상봉, 지방자치단체과세권의 헌법적 한계와 지방세조례주의에 관한 소고, 충남대법학연구, 제13권제1호, 2002
- 천병태, 『행정법 I』, 서울: 형설출판사, 1993.
- _____, “지방자치단체의 자치입법권의 쟁점과 발전방향”, 『자치행정』, 제260호, 지방행정연구소, 1993. 3.
- 허영, 『한국헌법론』, 서울: 박영사, 1997.
- 홍정선, 『지방자치법론』, 서울: 법영사, 1991.
- _____, “조례와 침해유보”, 『고시계』, 제38권 제2호, 서울: 국가고시학회, 1993. 4.
- _____, “조례의 법리”, 『법학논집』, 제2권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 1997. 5.
- 홍준형, “자치입법권의 범위와 한계”, 『자치의정』, 한국지방의정연구원, 9-10월호, 1998.

2. 외국문헌

藤田宙靖, 「行政法」, 東京: 青林書院新社, 1982.

綿貫芳源, “條例の性質とその司法審査の基準”, 「公法研究」, 第35號, 東京: 有斐閣, 1973.

伊東光晴 編著, 地方自治の潮流, (東京: 學陽書房, 1979)

山内一夫, “先占領域の理論もたらすもの”, 「都市問題研究」, 378號, 東京: 都市問題研究會, 1982. 6.

小高 剛 外, 「地方自治法入門」, 東京: 有斐閣, 1987.

室井 力, 「現代行政法の展開」, 東京: 有斐閣, 1978.

_____, “條例の本質とその展開”, 「法律時報」, 第50卷 第1號, 東京: 日本評論社, 1978.

雄川一郎 外, 「現代行政法大系 8卷」, 東京: 有斐閣, 1984.

田中二郎, “國家法と自治立法”, 「法學協會雜誌」, 第80卷 第4號, 東京: 法學協會, 1963.

晴山一穂, “機關委任事務”, 「行政法の争點」, 東京: ズェリスタ増刊, 1990. 5.

秋田 周, 「條例と規則」, 東京: きょうせい, 1977.

D. Berman, *State and Local Politics*, IA: Wm. C. Brown Publishers, 1990.

D. Mandelker, Dawn Clark Netsch, Peter W. Salisich, and Judith Welch Wegner,
State & Local Government in a Federal System, 3rd ed., The Michie Co,
1990.

D. McCarthy, *Local Government Law*, MN: West Publishing Company, 1990.

E. Schmidt-Aßmann, “Die Kommunale Rechtssetzungsbefugnis”, in Püttner,
Hg., Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd.3., 1982.

J. Dillon, *Commentaries on the Law of Municipal Corporation*, 5th. Boston.: Little,
Brown&Co. 1911.

O. Reynold, *Local Government Law*, West Publishing Co. 1987

S. Jortzig, *Kommunalrecht*, Berlin, 1982.

W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3Aufl., 1948.

W. Schmitt, *Das Satzungsrecht der Gemeinde Nach der Deutschen
Gemeindeordnung*, 1938.