

현안분석 2006-

재정법제 □□

지방재정건전성확보를 위한 지방의  
영리경제적 활동의 개선방안 연구

길 준 규

# 지방재정건전성확보를 위한 지방의 영리경제적 활동의 개선방안 연구

A Study on the Improvement of local public enterprise for  
stable financial status of local government

연구자 : 길준규(호남대학교 법학과 교수)  
Kil, Joon-Kyu

2006. 9.

## 국문 요약

국가와 지방자치단체를 비롯한 여러 행정주체는 헌법과 법률에 의하여 국가임무 내지 공공임무를 배분하게 된다. 따라서 이러한 지방분권에 따른 국가임무의 배분은 권한분배뿐만 아니라 기본적으로는 각 행정주체간에 재정배분도 행하게 된다. 그러나 이러한 재정분권에도 불구하고, 지방자치단체는 본질적으로 스스로 세원에 대한 입법권을 가질 수 없으므로 재정상태가 열악할 수밖에 없다.

더욱이 지방자치단체는 국가와는 달리 직접적으로 주민에 대한 생존배려 임무를 수행하게 되므로, 더 많은 공공임무를 수행하게 되고, 이에 따라 더 많은 재정압박을 받게 된다. 그러나 기본적으로 재정수입을 국가에 의존하고 있는 지방자치단체로서는 본질적인 한계에 부딪히게 된다. 따라서 이러한 지방재정의 위기에 대한 타개책으로서 여러 국가의 지방자치단체는 새로운 수입원의 창출로서 지방공기업을 비롯한 지방의 영리경제적 활동을 수행하게 된다. 그러나 무분별한 지방공기업의 설립 등은 오히려 지방자치단체의 재정에 부담을 주게 된다. 그리고 지방재정은 직·간접적으로도 지방공기업 등의 지방의 영리경제적 활동과 깊은 관련을 맺고 있다.

따라서 지방재정의 건진성을 확보하는 방법 중의 하나는 지방재정과 밀접한 관련을 맺고 있는 이러한 지방자치단체의 영리경제적 활동을 지방자치단체 차원에서 법리적으로 정비하는 것이다. 그러므로 우선적으로는 지방의 영리경제적 활동은 그 설립요건부터 본질적인 지방경제법의 법리에 의하여 법체계적으로 정비되어야 할 것이다. 그럼으로써 지방의 영리경제적 활동 자체가 가진 본질적인 공공성을 확보하여야 할 것이다. 아울러 태생적으로 이러한 공경제는 민간경제에

대한 부담을 주지 말아야 한다는 조세국가의 원리와 그 밖의 헌법원리를 준수하여야 할 것이다.

더욱이 일본의 공영기업법을 모사하여 제정된 우리 지방 공기업법은 입법론적으로는 위에서 언급한 지방경제법의 법리에 맞게 새롭게 개정되어야 할 것이다.

아울러 이러한 지방의 영리경제적 활동은 위의 지방자치단체의 측면외에도 지방의 영리경제활동 자체의 측면에서는 지방공기업의 경영합리화를 포함한 건전성확보방안이 실행되어야 할 것이다. 그럼으로써 그동안 방만하게 운영되어온 지방의 영리경제적 활동에 효과적인 운영방안을 모색함으로써, 이를 통하여 지방재정에 기여하여야 할 것이다. 이는 실무적으로 지방의 영리경제활동에서 책임경영과 자율경영이 적절한 조화를 이룸으로써 지방재정건전화에 기여하여야 하는 것이다.

따라서 이러한 지방의 영리경제적 활동은 지방자치단체 차원에서는 그 설립단계에서부터 법리적으로 정립되어야 하고, 영리경제적 활동 자체의 차원에서는 스스로 건전성을 확보하는 방안을 실행하는 것이 궁극적으로는 그 모태가 되는 지방재정의 건전성 확보에 크게 기여할 것이다.

키워드 : 지방의 영리경제적 활동, 지방재정건전화, 지방공기업, 지방직영기업, 지방공사, 경영수익사업

## **Abstract**

The central government delegates and allocates some of its governmental responsibilities to local autonomies and other administrative agencies pursuant to the Constitution and other laws. The current statutory framework for this kind of decentralization contemplates and includes not only power distribution but also financial distribution and allocation.

Despite this statutory framework, local autonomous entities cannot enjoy financial stability because they have no legislative power over tax resources. Moreover, since local autonomous entities are responsible for performing a larger amount of direct social services to their residents than the central government, they frequently suffer from various types of financial problems. When they attempt to improve their financial stability, the local autonomies often find it difficult to achieve this goal, due to their heavy financial reliance on the central government.

In order to resolve this issue, many local autonomous entities are entering into the market place through their public enterprises, considering them as a source of new revenues. It should be noted, however, that if the local autonomous entities create and operate too many public enterprises, they will eventually have to confront additional financial burdens to be created by their own public enterprises.

Therefore, this article suggests that one of the ways to secure and improve the financial stability of local autonomous entities should be overhauling the economic, market place activities of local autonomous entities legally.

First, the economic activities of local autonomous entities should be overhauled systematically, based on and under the principles of the Local

Economy Laws. The public nature and characteristics of such autonomies should be preserved in their economic activities. At the same time, the local autonomous entities should also observe the basic tax principles. They should also comply with the constitutional principles, mandating that the public economy should not burden the private sector.

The Public Enterprise Law patterned after the similar Japanese laws should be amended based on the principles of local economy law. In addition, further research into more ways to secure and improve the financial soundness, including but not limited to, rationalization of management, should be conducted. Such enhancement of systemization of profitable economic activities of local autonomous entities will give greater financial stability to local autonomies and will eventually lead to more financially stable local governments.

Keyword : communal corporate activity, public finance consolidating,  
public finance consolidating at local government

# 목 차

국 문 요 약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 론 .....	1
제 1 절 연구의 목적 .....	11
1. 열악한 지방자치와 지방재정의 극복 .....	11
2. 지방재정건전화를 위한 지방의 영리경제적 활동 .....	14
제 2 절 연구방법론 .....	17
제 2 장 지방자치와 지방재정 .....	9 1
제 1 절 권한법적 문제 .....	21
1. 지방분권 .....	21
2. 지방자치단체의 독립성 .....	23
3. 지방사무 .....	23
4. 자치사무와 영리경제적 활동 .....	27
제 2 절 재정법적인 문제 .....	28
1. 지방자치단체와 재정제도 .....	28
2. 국가의 재정지원 .....	35
3. 지방재정의 건전화 .....	40

제 3 장 지방의 영리경제적 활동의 개념과 유형 .....	5... 4
제 1 절 재정건전화의 개념 .....	45
제 2 절 지방재정과 지방의 영리경제적 활동과의 관련성 .....	48
1. 지방재정과 공경제사 .....	48
2. 또 하나의 수입원 .....	50
3. 지방재정과의 관련성 .....	51
4. 지방의 영리경제적 활동의 재정현황 .....	53
제 3 절 재정건전화의 요구 .....	55
1. 국가의 퇴조이론 .....	56
2. 작은 정부이론 .....	58
3. 새로운 조정모델 .....	59
제 4 절 지방 영리경제적 활동의 개념과 문제점 .....	61
1. 지방의 영리경제적 활동의 개념과 범위 .....	61
2. 생존배려와 지방독점 .....	63
3. 지방의 영리경제적 활동의 유형 .....	64
제 5 절 지방의 영리경제적 활동의 건전화 .....	86
제 4 장 지방자치단체에 의한 건전화방안 .....	9... 8
제 1 절 설립요건을 통한 법적 제한 .....	89
제 2 절 공공목적 .....	91
1. 개념 .....	91

2. 부수 목적으로서의 영리성 .....	96
제 3 절 지방자치단체의 이행능력 .....	101
제 4 절 보충성원리 .....	102
제 5 절 지역사무 .....	106
제 6 절 우리 지방공기업법에서의 도입방안 .....	112
제 5 장 지방의 영리경제적 활동의 재정건전화방안 .....	5·11
제 1 절 지방의 영리경제적 활동의 재정제도 .....	115
1. 독립채산제의 원리와 예외 .....	115
2. 지방의 영리경제적 활동의 예산회계제도 .....	122
3. 지방공기업 채무현황 .....	127
제 2 절 재정건전화방안의 모색 .....	128
1. 지방공기업의 통합 및 유형화의 시도 .....	128
2. 경영평가제도 .....	129
3. 경영에 관한 정보의 공개 .....	130
4. 채무관리제도의 개선 .....	133
5. 민영화 .....	136
6. 아웃소싱 .....	140
7. 회계제도의 개선 .....	142
제 6 장 결 론 .....	15
참 고 문 헌 .....	19

【부 록 1】 독일연방기본법 .....	7
【부 록 2】 독일지방자치단체법 .....	91
【부 록 3】 노트라인-베스트팔렌 주 지방자치단체법 .....	171

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 목적

#### 1. 열악한 지방자치와 지방재정의 극복

우리나라는 1948년 대한민국 『헌법』의 제정으로 이 땅에서 처음으로 분단국가로서의 근대국가를 시작하였다. 그러나 이러한 근대국가에 따른 지방자치는 5.16군사쿠데타에 의하여 휴먼기에 접어들었다가, 1995년에야 비로소 ‘근대적 의미의 지방자치’가 본격적으로 시작하였다.

이러한 그동안 10여년의 지방자치의 경험에 대하여는 물론 다양한 평가가 존재한다. 즉 지방자치에 대한 의식고양, 주민복지의 제고 등의 측면에서 비교적 짧은 시간에 지방자치가 정착하고 있다는 긍정적인 평가<sup>1)</sup>도 있지만, 국가보다도 근대화가 더딘 탓에 전통적인 유교사회에 터 잡은 ‘지역사회’의 한계에 부딪히어 근대적 의미로서 ‘합리적인 이성’이 지배하는 이상적인 지방자치<sup>2)</sup>로 가야 할 길은 여전히 멀게 느껴진다.

특히 이러한 우리나라의 지방자치를 지방재정의 측면에서 본다면, 우리 사회에서의 근대적 의미의 지방자치의 정착보다 지방재정의 건전성 확보가 더욱 부정적으로 보인다. 왜냐하면 지방자치의 정착만큼이나 지방재정은 근대적 의미에 도달하기에는 더욱 열악하기 때문이다.

그나마 다행스러운 것은 최근 참여정부가 ‘지방분권’과 ‘지역균형발전’을 국정과제로 채택하고 2003년부터 ‘정부혁신지방분권위원회’<sup>3)</sup>를

---

1) 이기우, “지방자치제도와 주민소환제도에 관한 공법적 접근”, □□정치적 민주화의 실현과 공법적 과제□□(제37회 한국비교공법학회 학술발표회), 2006.1.7, 49쪽.  
2) 이러한 평가에 대하여 자세히는 길준규, “주민소환제의 법리적 검토”, □□공법연구□□ 제34집 제4호 제1권, 2006.6, 56쪽이하.  
3) 정부혁신지방분권위원회는 2003년 4월 7일 『정부혁신·지방분권위원회규정』(대통

설치하여 지방재정과 관련한 로드맵이 작성되었다.

그럼에도 불구하고, 우리 지방재정의 현실은 아직은 견고하지 못하다. 이러한 예로서 지방재정의 척도를 가늠하는 **전국의 재정자립도**를 보면, 2003년 결산결과 지방의 재정자립도는 46.8%에 불과하다.<sup>4)</sup> 심지어는 5.8%의 재정자립도를 가진 기초지방자치단체까지 존재하는 현실이다. 이는 기존의 지방재정의 현실에서 농어촌으로 구성된 기초지방자치단체의 경우에는 그 수입원이 더 열악하기 때문이다. 나아가 지방자치단체의 자체 수입만으로는 인건비조차 해결할 수 없는 지방자치단체가 약 38개 시·군·구가 있다. 따라서 많은 수의 지방자치단체가 자체적으로 사업수행은 엄두도 못내고, 작은 규모의 사업은 일부 국가로부터 교부세 등을 받아 집행하고, 큰 규모의 사업은 국비를 받아 추진하고 있는 실정이다.

나아가 전체 지방재정의 측면 외에도 개별적으로 보면, 이러한 열악한 재정자립도를 가진 지방자치단체 간에도 재정자립도가 90%를 넘는 지방자치단체와 10%도 채 안 되는 지방자치단체간의 엄청난 ‘양극화 현상’을 보여주는 **지역격차**까지 우리 사회에는 존재하고 있다. 물론 이러한 현상은 급속히 근대화됨으로써 생기는 일종의 ‘근대화의 격차’이기도 하다.

더욱이 제4기 민선자치를 맞아서는 이러한 **재정미자립 현상**이 더 심화되고 있다. 왜냐하면 1995년 제1기 민선자치 당시에는 46조이었던 전체 지방자치단체의 예산이 2004년 기준으로 이미 92조를 넘어 두 배 넘게 증가하고 있기 때문이다.<sup>5)</sup> 이는 2004년 기준 정부예산 230조 9275억원의 40%를 차지하고 있다. 따라서 과거 지방자치의 시작에 비하면 지방재원은 확대되었으나, 여전히 재정자립도는 낮고 그나마 지

---

령령)이 제정·공포되면서 설치되었다. 아울러 같은 해 7월 4일에 ‘지방분권로드맵’을 발표하였다. <http://www.innovation.go.kr>.

4) [http://lofin.mogaha.go.kr:8100/settle/gyumo/Sumup\\_T04\(Jipyo01\\_A\).jsp](http://lofin.mogaha.go.kr:8100/settle/gyumo/Sumup_T04(Jipyo01_A).jsp).

5) 한국농어민신문 제1848호, 2006.4.13.

역편차가 심한 것이 오늘날 우리 지방재정의 현주소이다.

이러한 지방재정의 문제는 근본적으로 지방자치단체에 지방재정의 핵심인 “세원에 대한 입법권이 존재하지 않다”라는 지방재정의 세원확보에 대한 **본질적인 한계** 때문이다.<sup>6)</sup> 나아가 이러한 지방의 나쁜 재정상황의 결과로서는, 지방자치단체는 가능한 한 최선의 예산확보라는 (강박)관념과 감독행정청의 방만한 지방재정운용에 대한 감독강화 외에도 지방자치단체의 행위여지가 축소된다는 점이 지적될 수 있다.<sup>7)</sup>

아울러 일부 지방자치단체의 경우에는 호화관사나 지나친 홍보비 및 접대비 사용으로 물의를 빚는 **모럴헤저드** 현상까지 나타나고 있기도 하다.

따라서 이러한 열악한 지방재정하에서 성공적인 지방분권을 통한 활발한 근대적인 의미의 지방자치가 이루어지기란 어렵다. 물론 독일과 일본의 경우에도 역시 지방재정이 어려운 것은 이미 알려진 바와 같고, 따라서 이러한 지방재정의 어려움을 극복하고자 여러 법제도 및 정책적인 극복방안 내지 개혁방안이 모색되고 있다.<sup>8)</sup>

이러한 지방재정의 현실에서 우리나라는 지방분권을 실현하기 위하여 국세의 지방세로의 전환, 농어촌발전기금 조성, 지방공기업의 설립, 지방채의 발행, 한시적인 지방재정조정제도의 도입 등으로 극복하고자 노력하고 있기는 하다. 따라서 이러한 열악한 지방재정상황하에서 어떻게 하면 건전성을 확보할 것인가 하는 것이 지방재정의 건전성 확보이다.

6) 지방재정의 위기는 반드시 우리나라만의 문제는 아니다. 이미 독일이나 일본 등의 우리와 유사한 지방자치제도를 가진 나라들의 경우에도 비슷한 문제에 시달리고 있다. 이러한 이유는 위에서 언급한 지방자치단체 스스로가 스스로의 재원을 결정할 입법권을 가지고 있지 않다는 본질적인 문제에서 출발한다고 생각된다.

7) 유사하게는 A. Faber, *Insolvenzfähigkeit für Kommunen?*, DVBl. 2005, S. 933 ff.

8) 대표적으로는 참여정부의 ‘지방분권로드맵’ 참조. 정부혁신지방분권위원회(지방분권전문위원회), “참여정부의 지방분권추진 로드맵 - 분권형선진국가건설”, 2003.7.4, 19쪽이하.

## 2. 지방재정건전화를 위한 지방의 영리경제적 활동

지방재정의 열악한 상황은 우리나라의 외에도 독일이나 일본 등과 같은 선진국의 경우에도 역시 비슷한 상황에서 위기상황으로 치닫고 있다. 왜냐하면 대부분의 선진국가들도 지방자치를 시행하면서, 소위 ‘생존배려’(Daseinsvorsorge)라고 표현되는 민생관련 국가임무는 대부분 지방자치단체에서 수행하면서도, 막상 국가재원은 지방자치단체 스스로가 결정할 수 있는 입법권을 가지고 있지 않는 지방재정의 태생적 이자 **본질적인 한계**에 놓여 있기 때문이다.

따라서 이러한 지방재정의 위기는 지방자치단체로 하여금 지방재정의 위기를 스스로 타개하기 위하여, 역사적으로는 보면 근대국가이후에 지방자치단체를 더 많은 수입을 획득하도록 영리경제적 활동으로 내몰고 있는 실정이다. 이러한 지방재정의 열악한 상황에서 우리나라를 포함한 독일과 일본 등의 각 지방자치단체는 앞 다투어 각종 수익사업과 지방공기업을 비롯하여 다양한 새로운 **지방의 영리경제적 활동을** 수행하고 있다.9)

그러나 이러한 지방의 영리경제적 활동에 대한 현황을 보면, 그 기산도가 그리 밝은 것만은 아니다. 최근 유럽공동체에서도 단일시장을 형성과 자유경쟁이라는 신자유주의적인 경제학적 사상에 근거하여 지방의 영리경제활동에 대한 제한과 경영적인 운영이 강조되고 있다. 더욱이 우리나라를 비롯한 일부 국가에서는 이러한 지방의 영리경제적 활동이 명확한 법적인 개념정의는 물론, 지방공기업 등을 포함한 지방의 영리경제적 활동에 대한 확고한 법리적인 기준이나 체계 없이 그저 최고의 **경영수익만을 위하여 공기업경영이라는 지상목표**하에 너무 정책적으로만 운영되고 있다. 그럼에도 불구하고 지방의 영리경제

9) A. Guckelberger, Die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, BayVBl. 2006, S. 293.

활동은 우리 공직사회가 가지고 있는 관료주의의 경직성과 복지부동의 근무자세 등으로 인하여 자율경영이 훼손됨으로써 오히려 수익을 내기보다는 단순히 공공분야의 확장에 따라 오히려 적자를 내거나 지방재정에 부담을 주고 있는 현실이다. 따라서 수익을 얻기 위한 지방의 영리경제적 활동이 지방재정에 보탬이 되기보다는 오히려 애물단지로 전락하는 등의 경영평가에서 낮은 점수를 받고 있다.

더욱이 우리나라의 지방의 지방영리경제적 활동은 일본과 마찬가지로 지방경제법<sup>10)</sup>상의 어떠한 법리적인 기준이나 규범이 설정되지 않고, 순전히 사법상의 일반회사처럼 경영적인 측면에서의 정책적인 논리에 의하여 운영되고 있다. 나아가 최근에는 지방자치시대에 따라 지방자치단체장의 임의적인 의사에 의하여 설립되고, 폐지되는 등의 전황에 까지 시달리고 있다.<sup>11)</sup>

그럼에도 불구하고 지방재정의 측면에서 본다면, 지방의 영리경제적 활동은 매우 중요한 역할을 담당하고 있다. 즉 일본의 경우에도 지방공기업회계가 지방자치단체의 일반회계의 약 2할을 담당하고, 우리나라도 지방공기업을 위하여 지방자치단체의 일반회계와는 별도로 공기업특별회계가 설치되어 있는 것 외에도, 일반회계에 의한 지방공기업의 투자, 대출, 지급보증 등의 직접적인 재정지원 외에도 직·간접적인 사업지원 등으로 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동이 **지방재정과 매우 밀접한 관계**를 가짐으로써 지방재정에 현실적으로 막대

10) 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동을 법학에서 특히 공법에서의 학문적인 분과로서 독일에서는 ‘지방경제법’(Kommunales Wirtschaftsrecht)라고 지칭하고 있다.

11) 지방자치단체장의 의사에 따라 지방의 영리경제적 활동이 좌우되는 가장 대표적인 예가 부천시 ‘부천카툰네트워크’이다. 이 기업은 제3섹터 지방공기업으로서, 부천시를 만화영화의 메카로 만들기 위하여 시작하였다. 그리하여 초기에는 가장 지역개발에 기여하는 성공적인 사례로 대표되었으나, 부천시장의 강압적인 관료주의 내지 권위주의적 줄세우기에 따른 복종의 강요에 따라 자율경영이 훼손됨으로써, 많은 반발과 갈등으로 인하여 그 운영조차 곤란을 겪고 있다. 아울러 부천영화제 역시 유사한 상황이다.

한 영향을 미치고 있기 때문이다.<sup>12)</sup> 특히 새로운 지방의 영리경제적 활동을 위하여 지방자치단체가 새롭게 투자를 시작하는 경우에는 지방재정과 지방의 영리경제적 활동은 더욱 재정적으로 밀접한 관계를 가지고 있다고 할 수 있다.

그러나 앞서 언급한 것처럼 열악한 지방재정현실에서 새로운 수입을 위한 세외수입인 지방의 영리경제적 활동조차도 가뜩이나 열악한 재정을 가진 지방자치단체에게 **또 하나의 재정적인 부담**을 준다면, 전체적인 지방재정의 건전성 확보는 더욱 더 요원한 일일 수 있다.

따라서 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동의 건전성확보 방안이야 말로, 지방재정에 직·간접적으로 크게 영향을 미침으로써, 이러한 개별적인 지방재정확보의 개선방안이 더욱 지방재정의 건전성 확보에 크게 기여할 수 있다. 그러므로 이 글에서는 이러한 지방재정의 건전성을 확보하는 방안의 하나로서 지방자치단체의 영리경제활동에 대한 과도한 투자의 위험을 막기 위하여 우선적으로 지방의 영리경제적 활동의 설립요건에 대한 법적인 정비방안, 나아가 지방의 영리경제활동 자체에 대한 건전화방안을 확보되어야 한다.

세부적으로 나누어서 보면, 우리나라에서는 공공주체의 영리경제적 활동은 주로 **영리수익성**을 강조하고 있다. 국가의 경우에는 그나마 약간의 국가목적이라고 할 수 있는 공기업으로서의 정책목적이라도 인정하고 있지만, 지방자치단체 차원에서의 영리경제활동은 공공성은 도외시되고, 오로지 시장에서의 수익성만이 강조되어지고 있다. 따라서 본 연구에서는 우선은 지방의 영리경제적 활동에서의 **공공성을 확보하는 것이 또 하나의 건전화방안**이라고 본다. 그러므로 이러한 무분별한 지방의 영리경제적 활동에 대하여 지방경제법에서 발전한 법리에 따라 지방자치단체에 대한 법적인 제한을 가할 수 있는 일정한 법적인 기준과 법제화가 가능한 법리에 대한 규범적인 고찰을 행하기로

---

12) 이러한 상황 때문에 기획예산처에서는 지방공기업에 대한 평가의 경우에 지원되는 지방자치단체의 예산까지 포함하여 평가하겠다고 하는 것이다.

한다. 그리고 결론적으로는 지방자치단체의 지방의 영리경제활동에 대한 설립요건에 대한 법적 제한방안을 중심으로 하여 우리 『지방공기업법』의 **법리적인 법제개선방안**을 제시하고자 한다. 이러한 개선방안은 입법론적으로는 우리 『지방공기업법』의 개정방안하고 맞물려 있다. 따라서 지방경제법에 따른 법리적 입법론을 제시하고자 한다.

그리고 이러한 지방의 영리경제적 활동의 공공성확보를 위한 법리적인 제한에 부가하여 제2차적으로는 **지방의 영리경제적활동에 대한 재정건전성 확보방안**을 모색하기로 한다. 이것은 지방의 영리경제활동에 대한 자체적인 건전성확보방안이다. 따라서 종래의 경영평가제도의외에 자율경영을 확보하는 방안, 공사채관리 개선방안 등을 모색한다. 그럼으로써 직접적으로는 지방의 영리경제적 활동의 운영을 건전화시키고, 나아가 간접적으로 지방재정의 건전성 확보에 기여하고자 한다.

## 제 2 절 연구방법론

이 글에서는 연구목적인 우리 지방재정의 건전성을 확보하기 위하여 지방의 영리경제적 활동의 법적인 제한과 건전성을 확보하는 방안을 모색하기 위하여서는 종래의 공기업 경영일변도의 학문방향에서 **지방경제법의 법리**로 선회하여, 우선적으로 도대체 법적으로는 지방의 영리경제적 활동이란 무엇을 말하는가를 살펴보기로 한다. 특히 지방공기업으로 대표되는 현상의 정확한 법적 정의와 개념을 살펴보기로 한다.

두 번째로는 지방자치단체는 어떠한 영리경제적 활동을 할 수 있는가를 파악하기로 한다. 그러나 우선 이러한 이론적인 전제가 되는 국가와 지방자치단체간의 권한을 규정한 지방자치의 보장, 국가임무의 분배를 통하여 부여받은 자치사무 등을 중심으로 살펴보기로 한다. 그럼으로써 어떠한 임무가 지방의 영리경제적 활동으로서 수행되어질 수 있을 것인가를 살펴본다. 그리고 이러한 입장에서 지방의 영리경제적 활동은 어떻게 조직되고, 설립되고 운영되는가를 살펴보기로 한다.

세 번째로는 흔히 ‘지방공기업’으로 불리워지는 지방의 영리경제적 활동을 조망해보기로 한다. 따라서 이러한 지방의 영리경제적 활동의 정의를 통하여 기타의 활동과의 구분점을 모색하고 이러한 구분점을 통하여 제1차적으로 지방의 영리경제적 활동에 대한 법적인 제한을 고려하기로 한다.

네 번째로는 이러한 지방공기업을 둘러싼 현황과약을 위하여 법정 책학적인 방법론을 사용하기로 한다. 아울러 이러한 지방공기업을 비롯한 지방의 영리경제적 활동이 우리 사회에서 어떻게 기능하는 지에 대한 법사회학연구를 위한 법사회학적인 방법론을 수행하기로 한다. 물론 이러한 방법론에 따르면 현행 우리 지방재정제도가 우리 사회에서 어떻게 기능하고 있고, 그에 대한 역기능과 사회와의 함수관계를 분석하여 지방공기업 등과의 관계도 규명해 보기로 한다.

아울러 지방의 영리경제적 활동과 관련한 여러 법제도 중에서 우리나라에서는 어떠한 법제도가 채택되었고, 채택되는 과정과 그에 따른 사회 계층 간의 이해관계도 밝혀보는 법정책학적인 연구도 병행한다. 따라서 행정자치부의 각종 지방공기업관련 정책을 참고하기로 한다.

이러한 지방공기업 등에 대한 현황분석이후에는 주로 독일과 일본의 지방공기업을 비롯한 지방의 영리경제적 활동 관련 법제도를 중심으로 하여 각 제도들이 지니는 시대적인 함의를 포함하여 비교법적인 연구를 수행하기로 한다. 특히 우리나라를 비롯한 언급된 3개국은 정도의 차이는 있으나 마찬가지로 지방재정의 약화가 문제되어 각기 지방재정의 개혁 또는 지방재정의 건전화의 수단으로써 지방공기업 등의 지방영리경제적 활동이 활발하게 수행되고 있기 때문이다.

따라서 입법론적으로는 새로이 도입되거나, 도입되어야 할 법제도를 소개하고 분석해 보기로 한다. 그리고 지방재정건전성확보를 위한 구체적인 범위획정에서는 지방의 영리경제적 활동을 예로 제시하여 앞서 언급한 이론들이 구체적인 현장에서 어떻게 적용되어갈 것인가를 모색해 보기로 한다.

## 제 2 장 지방자치와 지방재정

‘지방의 영리경제적 활동’은 기본적으로는 지방자치단체에 소속하는 지방자치의 한 분야이다. 그러면서도 이러한 활동은 경제활동을 추구함으로써 **지방자치와 지방재정간의 연결고리**가 되고 있다.

따라서 지방의 영리경제적 활동의 이론적인 본질과 기반을 밝히기 위하여서는 그 뒷받침과 배경이 되는 법제도인 지방자치와 지방재정의 기초이론을 살펴보아야 할 것이다.

지방의 영리경제적 활동은 학문적으로는 공법으로서, 지방자치법의 한 분야인 ‘지방경제법’(Komunalwirtschaftsrecht)에 속한다.<sup>13)</sup> 물론 이러한 지방의 영리경제적 활동은 실무적으로는 흔히 가장 대표적인 출현형식인 ‘지방공기업’으로 상징되기도 한다.<sup>14)</sup> 물론 독일에서도 실정법상으로는 경제기업(Wirtschaftsunternehmen)이라고 사용하기는 한다. 그러나 일반적으로는 ‘기업’이란 용어의 모호성 때문에 공기업이란 표현을 삼가하고 있다.<sup>15)</sup>

이러한 지방경제법은 위에서 언급한 것처럼, 본질적으로는 지방자치단체 내지 자치사무와의 관계를 중시하는 지방자치법(Kommunalrecht)

13) 지방경제법은 전문가를 제외하고는 낯설게 느껴지는데, 이러한 지방경제법은 ‘지방자치단체경제법’(Gemeindefirtschaftsrecht)라고도 한다. 이것은 연혁적으로 오늘날 독일 각 주의 지방자치단체법의 모범법이 되는 1935년의 『독일지방자치단체법』도 지방의 영리경제활동에 관한 부분을 제6장 지방자치단체경제(Gemeindefirtschaft)라고 규정하고 있었고, 아울러 Stern/Püttner도 그러한 제목을 차용하고 있다. Stern/Püttner, Die Gemeindefirtschaft - Recht und Realität, 1965.

14) 지방공기업이라는 용어는 지방자치단체가 수행하는 여러 영리경제활동을 개념적으로 포괄하기 어려운 비법률적인 용어이다. 특히 기업이란 표현은 더욱 그러하다. 즉 지방의 영리경제적 활동이란, 지방의 경영수익사업에서부터, 지방직영기업, 지방공단, 지방공사에서 나아가 제3섹터 지방공기업과 각종 사기업에 대한 투자까지 포괄하는 개념이기 때문이다.

15) 우리나라와 일본에서는 지방공기업이라는 용어가 실정법상으로 정착되어 일반적으로 사용되고 있으나, 위에서 언급하는 것처럼 그 개념적인 정확성에는 문제가 된다.

과 경제활동의 측면을 중심으로 하는 경제행정법(Wirtschaftsverwaltungsrecht)의 교착지점에 놓여 있다. 따라서 지방경제법은 양쪽 분야에서 각각의 시각과 입장에서 접근하고 있다. 아울러 이러한 지방경제법은 기능적으로는 경제활동을 수행하기 때문에, 헌법상 경제질서(Wirtschaftsordnung)를 비롯한 경제헌법과 경제관련 기본권과 상관관계하에 놓여 있다.<sup>16)</sup>

나아가 이 글에서처럼 지방재정건전화를 위한 연구체제하에서는 지방경제법은 역시 재정법(Finanzrecht)와의 관계도 고려해야 함으로 재정법적인 측면에서의 기초지식과 시각도 필요하다. 그러므로 이러한 재정법적인 입장을 고려하여, 지방의 영리경제적 활동은 그 법리적인 정립방안과 재정적인 건전화방안이 함께 연구되어야 한다.

그러므로 지방의 영리경제적 활동의 건전화방안이란 연구는 헌법, 지방자치법, 경제행정법, 지방경제법, 재정법 등이 교차하는 분야로서 이러한 각 분야의 기반적인 법이론적인 배경 하에서 논의가 전개되어야 한다. 따라서 아래에서는 이러한 지방경제법의 이론적인 기반이자 전제가 되는 지방자치법과 지방재정법에 대하여 개관해 보기로 한다.

특히 지방의 영리경제적 활동의 대상이 되는 활동분야 내지 사업분야는 본질적으로 지방자치단체의 임무 내지 사무를 그 범위로 하고 있다. 그리고 지방의 영리경제적 활동은 이러한 지방자치단체의 임무범위와 그 재정문제를 이론적인 기초로서 전제로 하기 때문에, 그 기반이 되는 지방재정제도와 국가와 지방자치단체간의 임무(권한)분배, 자치사무 등을 중심으로 개관해 보기로 한다.

---

16) 김준규, “독일 경제행정법상의 국가의 경제활동과 헌법상 정당성”, □□배준상교수 정년기념논문집□□, 1997, 424쪽이하; 같은이, “공기업법을 위한 입론”, □□강의중교수정년기념논문집□□, 2002. 10, 189쪽이하.

## 제 1 절 권한법적 문제

### 1. 지방분권

지방의 영리경제적 활동에 대한 헌법과 법률에 의한 수권과 그 수권된 권한을 살펴보기 위하여는, 우선적으로 해당 국가의 임무분배 (Aufgabeverteilung)이 어떻게 이루어졌는가 하는 **권한법적인 문제**가 그 이론적인 전제로 된다. 왜냐하면 지방의 영리경제적 활동도 역사적으로 살펴보면, 본질적으로는 종래에 국가가 수행하였던 공공사무의 일종이기 때문이다.

따라서 이러한 행정주체간의 권한배분문제를 살펴보면, 헌법상 제도적 보장을 통하여 지방자치가 실현된 나라에서는 단체자치에 의하여 제도적 보장에 의하여 설립된 지방자치단체는 시원적인 행정주체인 국가에서 파생되고, 그 임무는 광의의 국가임무인 공공임무에서 헌법과 법률에 근거하여 지역 주민에 관한 사항을 국가로부터 이양 받아서 **지방분권** 내지 자치행정으로 운영하고 있다.

따라서 근대국가 초기에는 국가가 수행하였던 ‘광의의 국가임무’ (Staatsaufgaben) 내지 ‘공공임무’(öffentliche Aufgaben)<sup>17)</sup>는 ‘지방분권’이라고 하는 ‘탈집중화’전략에 의하여 국가와 지방자치단체간의 ‘**수직적인 권력분립**’이 이루어진다. 물론 국가는 이러한 국가임무를 지방자치단체에게 이양하는 경우에는 단순히 정치적인 결정에 의한 것이 아니라, 당연히 헌법과 법률에 의하여 그 권한분배를 지정할 수 있다.<sup>18)</sup> 따

17) ‘국가임무’에서의 임무(Aufgaben)는 과제라고 번역하기도 하나, 실무에서는 ‘사무’라는 말로도 많이 사용된다. 물론 추상적인 면에서는 ‘임무’를, 구체적인 면에서는 ‘사무’(Angelegenheit)라고도 구분할 수 있으나, 그러기 보다는 일본과 우리 사회에서는 임무보다는 사무라는 용어로 더 많이 통용되고 있는 것으로 보인다.

18) M. Heinzen, Vor. Art. 104a-115, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003, S. 833. 따라서 우리나라의 참여정부도 지방분권에 대한 정책 및 법제 개정을 위한 로드맵을 작성하였다.

라서 이러한 국가권력의 탈중앙화는 (중앙)권력으로부터의 자유와 다원성을 보장하게 된다. 아울러 국민에게는 다양한 정치적 영향력을 증가시키고, 소수자를 보호할 수 있게 된다.

이러한 ‘탈집중화’(Dezentralisierung)에 이어 **연방국가구조(föderaler Staat)**는 지방차원에서도 또 하나의 정부라고 하는, 즉 지방정부라는 또 하나의 국가관념을 설정함으로써, 국가권력간의 경쟁을 야기하게 된다.<sup>19)</sup> 이러한 문제에 대하여 연방국가에서는 연방과 주간의 국가임무의 분배는 헌법적인 유보하에 놓여 있고, 따라서 국가임무에 대한 지출책임 역시 헌법에 의하여 지정되어야만 한다.<sup>20)</sup> 그러나 연방국가가 아닌 단일국가구조에서는 비교적 이러한 문제는 덜 정확하게 규정하고 있다. 특히 우리나라와 같은 단일국가(Einheitsstaat)에서는 지방에는 지방정부라고 하는 국가관념이 당연히 존재하지 않고, 단지 국가권력으로부터 파생된 (지방)자치권을 기점으로 하는 지역단체로서의 ‘지방자치단체’만이 존재할 뿐이다.<sup>21)</sup> 따라서 이러한 지방자치단체는 법적으로는 같은 행정주체로서 대등한 지위를 형식상으로 갖는다고 선언할 뿐, 실제에서는 그 규모나 성격에서 국가와 현격한 차이를 가지게 된다.

따라서 위에서 보는 것처럼 국가는 종래의 국가임무를 지방자치단체에게 법률의 형식을 통하여 이양할 수 있다. 그러나 이양하는 경우에는 지방자치단체에게는 재정적인 부담이 발생하고, 이러한 재정부담은 종래에는 ‘재정분권’이외에도 국가의 지방자치단체에 대한 ‘재정지원제도’로 형성되어 왔다. 물론 국가의 사무를 지방자치단체가 행하는 위탁행정의 경우에도 마찬가지이다.

---

19) W. Scherf/K. Hofmann, Die kommunale Finanzverfassung in Deutschland, in: A. Kost/H.-G. Wehling, Kommunalpolitik in den deutschen Ländern, 2003. S. 313.

20) M. Heinzen, Art. 104a, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003, S. 840.

21) 이러한 관점에서 많은 행정학자들이 주장하는 지방정부론은 미국이나 독일에서는 유효하지만, 우리 사회에서는 통용될 수 없는 개념이다.

## 2. 지방자치단체의 독립성

위에서 본 것처럼 국가와 지방자치단체는 공공사무를 중심으로 수직적인 권력분립에 따라 임무분배를 하게 되는데, 이것은 지방자치단체가 또 하나의 행정주체로서 스스로 ‘자치책임으로 그리고 독립하여 행위할 수 있다’는 것을 이론적으로 전제하고 있다. 이러한 점은 **자치행정 (Selbstverwaltung)**이라는 측면에서는 ‘지방자치’라고 말할 수 있고, 다른 한편으로는 국가로부터 독립되었다는 측면에서는 ‘지방자치단체의 독립성’ 내지는 ‘자주성’이라고도 말할 수 있을 것이다.

물론 이러한 지방자치에 대하여는 이미 우리 「헌법」 제117조를 비롯하여 독일 「기본법」 제28조 제2항 등에서 헌법상으로 지방자치단체에게 **지방에 대한 자치권**을 보장하고 있다.

지방자치단체에게 자치행정이라는 독립성이 인정된다면, 이것을 국가가 보장하여야 하는가에 대하여는, 이미 헌법상으로 **‘제도보장’**이라는 객관적 법질서의 보장으로서 지방자치를 보장하고 있고, 나아가 이러한 지방자치단체의 자주성에 대한 보장 역시 국가의 의무로 되어질 수 있다.<sup>22)</sup>

따라서 지방의 영리경제적 활동 역시 이러한 지방자치단체의 독립적인 자치권에 근거하여 행해진다는 것이다.

## 3. 지방사무

앞서 살펴 본 것처럼 근대국가이후에는 지방자치단체가 일정한 자치권을 부여받아 국가에서 독립하여 독자적인 행정주체로서 공공사무를 헌법과 법률에 근거하여 수행하게 된다. 이때 무엇이 지방자치단체가 수행하여야 할 공공임무인가가 문제될 수 있다.

22) 山内健生, “地方財源保障に關する一考察(二)”, □□自治研究□□ 第81卷第3號, 2005.3, 67頁.

### (1) 헌법상 지방자치규정

물론 논의의 전제가 되는 것은 지방자치에 관한 헌법상의 규정이다. 예를 들면 독일 『기본법』처럼 지방자치단체에게 ‘지방의 모든 사무’에 대한 전권한성을 인정하는 경우에는 지방사무가 지방에 속하는 모든 사무이므로, 그 성질상 국가사무와의 별 다른 차이가 없어서 그 구별이 어렵게 될 수 있다.

그러나 우리나라처럼 지방자치단체의 권한을 ‘지방의 복리사무’로서 한정한다면, 국가사무는 ‘비복리사무’라는 관점에서 비교적 특징적으로 또는 실질적으로 구분되어질 수 있을 것이다.

### (2) 자치사무와 위임사무

우리나라는 지방자치단체의 임무를 중심으로 ‘사무이원주의’<sup>23)</sup> 내지 ‘이원적 임무모델’(dualistisches Aufgabenmodell)<sup>24)</sup>을 채택하고 있다. 따라서 지방자치단체가 스스로 행하여야 하는 고유한 지방의 임무를 ‘자치사무’(Selbstverwaltungsaufgabe)라고 정의하고 이는 “주민의 자율과 자기 책임하에 처리되는 사무”라고 정의하고 있다. 이러한 자치사무의 경우에도 ‘임의사무’(freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben)의 경우에는 해당 사무를 이행할지, 어떻게 이행할 지를 결정할 수 있고, 법령에 의하여 부과된 ‘의무사무’(pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben)도 있다. 그밖에는 국가의 지시에 의하여 처리하는 타율적인 사무로서의 국가사무는 지방자치단체의 입장에서 ‘위임사무’(Auftragsangelegenheit)라고 보았다. 한편 위임사무는 법령에 의하여 지방자치단체에게 위임되었다는 점에서 ‘의무사무’라고도 한다.<sup>25)</sup>

23) 장태주, □□행정법개론□□, 개정3판, 2006, 964쪽.

24) v. Mutius, JuS 1978, S. 29 ff.

25) 이기우, □□지방자치행정법□□, 1991, 73쪽이하.

이러한 이론적인 기준에 따라 우리 「지방자치법」 제9조 제1항에서 “그 관할구역에서의 자치사무”라고 규정하고 있다. 그리고 「지방자치법」 동조 제2항에서는 자치사무를 적극적으로 예시하고, 다른 법령에 규정이 있는 경우를 예시하고 있다.

물론 위의 예시된 사무에 해당되는 경우에 자치사무가 아닌 것은 「지방자치법」 동조 전항에서 이미 자치사무와 위임사무를 같이 규정하고 있으므로 당연히 위임사무로 보아야 할 것이다. 그리고 위에 예시된 사무에 속한다 하더라도 다른 개별법에서 국가사무로 규정하고 있는 경우에는 역시 위임사무로 행할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>26)</sup> 다만 법령에 의하지 않고는 국가사무가 될 수 없다는 주장<sup>27)</sup>도 있다.

한편 「지방자치법」 제9조 제1항은 위임사무를 “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”라고 규정하고 있다. 이러한 위임사무 규정의에 국가사무를 유추해 볼 수 있는 규정으로 다음과 같은 것이 있다.

즉, 일본 「지방자치법」은 지방자치단체가 “주민의 복지의 증진을 의도하는 것을 기본으로 하여 지역에 있어서의 행정을 자주적 또는 총합적으로 실시하는 역할을 널리 부담하는” 것이라고 규정한 후에, 국가사무에 대하여 “1) 국제사회에 있어서 국가로서의 존립에 관한 사무, 2) 전국적으로 통일하여 정하는 것이 요구되는 국민의 제반활동 또는 지방자치에 관하여 기본적인 준칙에 관한 사무, 3) 전국적인 규모에서 또는 전국적인 시점에 서서 행하지 않으면 안 되는 시책 및 사업의 실시, 기타 국가가 본래 과한 경우에 역할을 중점으로 부담하는 것”이라고 규정하고 있다.

우리나라의 경우에도 일본과 유사하게 자치사무의 소극적 정의 규정으로 지방자치단체가 원칙적으로 처리할 수 없는 사무를 1) 외교, 국방, 사법, 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무, 2) 물가정책, 금융정

26) 장태주, 앞책, 970쪽.

27) 이기우, 앞책, 89쪽.

책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무, 3) 농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무, 4) 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, 5) 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무, 6) 우편, 철도 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, 7) 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무로 예시하고 있다.<sup>28)</sup>

아울러 이론적으로 본다면, 위에서 언급한 규정들은 국가는 영토에 기반하는 국가의 주권 내지 통치권을 중심으로 고찰하고, 지방자치단체는 구역을 중심으로 하는 주민의 사무를 근간으로 한다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 규정은 결국은 ‘전국적’인 집행을 요구하는 것이 국가사무라고 해석하는 것으로 볼 수 있다.

한편 국가와 지방자치단체 간의 공적임무의 배분에 대한 실질적인 기준으로서의 주민의 요구와 편의성에 상응하여 분배되어야 한다. 아울러 이러한 임무배분의 기준으로서의 ‘보충성의 원칙’(Subsidiaritätsprinzip)이 적용된다. 즉 해당 공적 임무에 대하여 전문적인 필연성이 존재하고 그리고 결과적으로 국민을 위하여 전체적으로 이익이 되는 경우에는, 그 공적임무는 보다 큰 단위의 행정주체가 수행하여야 한다. 아울러 공적 임무의 수행에서의 지역적 편차가 전국적인 생활관계의 통일성이 아니라 동가성이 그러한 임무배분에 의하여 위협받지 않는 한도에서 허용되어질 수 있다.

아울러 우리나라의 경우에는 국가사무의 위임에 대하여는 명확한 법적 근거를 요구하고 있다고 보는 것이 일반적인 입장이다. 특히 국가와 지방자치단체를 구분하지 않고 단체위임사무의 경우에는 개별적

---

28) 『지방자치법』 제11조.

인 법령의 근거와 더불어 재정부담까지 요구하고 있는 것이 일반적인 예이다. 이러한 재정분담은 「지방자치법」 제132조에서 규정하고 있다.

아울러 지방재정이 열악한 현실에서는 과연 무엇이 지방자치단체가 수행하여야 **최소사무**인가를 고찰할 필요성도 있다. 즉 지방자치단체의 조직의 유지와 지방자치단체의 시설의 운영을 위하여 필요한 비용을 ‘**존재임무**’(Existenzaufgabe)라고 하여 이는 최소한의 사무라고 고찰할 수 있을 것이다.<sup>29)</sup> 그러나 이러한 존재임무의 수행은 당연히 지방자치단체의 자기목적일 수는 없다. 왜냐하면 이러한 사무에 대한 비용은 지방자치단체가 절대적으로 존재하기 위하여 필요한 최소한이기 때문이다.

지방의 영리경제적 활동은 위에서 살펴본 국가의 임무배분에 따라 지방자치단체에 수권되거나 이양된 공공임무의 범위에서 수행되어질 수 있다. 물론 사법상 지방공기업의 경우에는 이러한 지방자치단체의 사무범위를 벗어날 수 있는가에 대한 논의는 있지만, 원칙적으로 이러한 사무범위는 지켜져야 할 것이다.

#### 4. 자치사무와 영리경제적 활동

위에서 살펴 본 것처럼 지방의 영리경제적 활동은 크게 보면, 지방자치단체가 수행하여야 하는 자치사무에 속한다. 그렇다면 지방자치단체의 일반사무와 영리경제적 활동은 어떻게 구분할 수 있을 것인가가 문제될 수 있다.

따라서 지방의 영리경제적 활동을 역사적으로 보면, 20세기 이전에는 지방자치단체가 직접 일반행정사무로 수행하였다는 것을 알 수 있다. 그러므로 지방자치단체와 지방의 영리경제활동간의 임무배분의 기준이 무엇인가가 전제되어야 한다. 우선적으로 지방의 영리경제적 활

29) H. -G. Hennecke, Das Gemeindefinanzierungssystem, Jura 1986, S. 569.

동은 일반행정사무와 달리 직접 경제활동을 한다는 점에서 차이가 있다. 따라서 단순한 행정서비스만 제공하는 일반행정사무와는 달리 영리경제활동은 직접 경제행위를 한다는 것이다. 그리고 두 번째로는 독일의 포피츠공식에서 밝혀진 것처럼 종래의 지방자치단체의 일반사무중에서 그 서비스 제공을 통하여 대가를 징수할 수 있는 수익성을 가진 사무를 비용충족의 측면에서 독립하여 운영한 것에서 시작하기 때문이다. 따라서 일반적으로는 경제활동을 통한 수익성이 지방의 일반행정사무와 영리경제적 활동과의 근본적인 권한배분의 기준이라고 말할 수 있다.

아울러 지방의 영리경제적 활동이 경제활동을 통하여 수익성을 얻는다는 측면에서는 지방자치단체의 재정, 즉 지방재정을 관할하는 지방예산법 내지 지방재정법과의 관계를 중심으로 하여 지방재정에 대한 기반이론을 살펴보아야 하고, 아울러 이러한 문제는 지방의 영리경제적 활동의 새로운 형성에 대하여 일정한 한계로서도 등장할 수 있다.<sup>30)</sup>

## 제 2 절 재정법적인 문제

### 1. 지방자치단체와 재정제도

#### (1) 재정제도와 관계

지방의 영리경제적 활동은 위에서 언급한 것처럼 (지방)재정법적인 측면을 가지고 있다. 더욱이 이러한 지방의 영리경제적 활동을 지방재정건전화를 위하여 개선하기 위한 방안을 찾는다면, 더더욱 이러한 문제에 대한 기초와 관련성을 천착할 필요가 있다.

지방재정건전화는 크게는 법적으로 ‘지방재정법’(Kommunalfinanzrecht)에 속하는 문제이다. 그리고 이러한 지방재정법은 크게는 헌법상 ‘재

30) H. Pünder, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Normierung neuer Steuerungsmodelle, DÖV 2001, S. 70.

정제도'(Finanzwesen)<sup>31)</sup>에 속한다고 볼 수 있는데, 재정제도는 규범적으로 각 행정주체의 재정관련성과 예산제도라는 두개의 범주로 형성되어 있다.

물론 한 국가내의 각 행정주체와의 재정관련성(Finanzbeziehung)은 당연히 헌법적인 틀에서 다루어지고, 이러한 헌법적인 함의를 '재정헌법'(Finanzverfassung) 내지는 협의의 재정헌법이라고 부른다.

그리고 각기의 행정주체는 고유한 '예산제도'(Haushaltswesen)를 가지는데, 이를 규범적으로 규율하는 것을 '예산헌법'(Haushaltsverfassung)이라고 표현된다.<sup>32)</sup>

아울러 재정제도는 “직접적인 국가행정이 여러 특별성을 입증하는 국가의 자금수단에 대한 성취, 관리, 분배에 관한 범규정”을 포괄한다고 볼 수 있다.<sup>33)</sup> 이러한 재정제도는 수입경제와 지출경제 또는 예산경제로도 표현될 수 있는데, ‘수입경제’(Einnahmewirtschaft)는 “행정주체의 수요에 충족해야 하는 수입을 창출하는 것을 고려하는 것”으로서 주로 강제공과금(조세, 수수료, 기여금, 특별부담금 등)의 징수, 영리경제적 활동을 통한 획득, 기채(Kreditaufnahme)로 이루어진다. 한편 ‘지출경제’(Ausgabewirtschaft)는 “국가임무의 수행을 위하여 수입경제에 의하여 창출하고, 관리는 공적수단을 사용하는 것”이다. 물론 어떤 임무에 공적 수단을 사용할 것인가는 당연히 헌법에 의하여 결정된 제도에 의하여 정책적으로 결정되어진다.<sup>34)</sup>

그렇다면 지방자치단체는 이러한 재정헌법구조에서 어떻게 보아야 할 것인가? 물론 독일에서의 지방(Kommunen)<sup>35)</sup>이라는 것은 연방국가

31) 이를 ‘공공재정경제’(öffentliche Finanzwirtschaft)라고 하기도 한다. H. -G. Hennecke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung - Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., 2000, S. 1.

32) K. Stern, Staatsrecht II, § 45 II 3b.

33) M. Heinzen, Vor. Art. 104a-115, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003, S. 816.

34) H. -G. Hennecke, a.a.O., S. 1.

35) ‘지방’(Kommunen)이라는 개념은 지방자치단체(Gemeinde)와 지방자치단체조합(Gem-

구조에서 연방과 주 외의 제3의 영역이 아니라 주의 구성원이다.<sup>36)</sup> 그러나 연방국가구조를 취하지 않는 우리나라의 경우에서 지방자치단체는 국가에서 독립한 파생적인 지역단체로서의 제2의 행정주체로 보아야 할 것이다.<sup>37)</sup> 아울러 근대국가가 형성되는 과정에서 국왕의 직할에서 지방의 영주로 예속관계가 변하였던 ‘지방예속화’(Mediatisierung)라는 역사적 이유로서 연방국가구조하에서는 지방은 주의 관할이고, 연방은 직접적으로 지방자치단체에게 재정지원을 할 수 없다는 헌법규범, 역시 우리나라에는 타당하지 않다. 이러한 이유에서 우리나라의 지방재정법에 관한 논의는 헌법상의 지방자치의 보장외에 각 단행법차원에서 그 논의가 전개되어야 할 것이다.

## (2) 재정분권제도

위에서는 국가내의 행정주체간에 공적임무의 배분에 따라 지방자치단체가 수행하여야 할 공공사무에 관하여 살펴보았다. 그러나 단순한 지방분권에 따른 공공임무의 배분만으로 지방자치단체가 성공적으로 해당 사무를 수행할 수는 없다. 왜냐하면 오늘날에는 어떠한 국가임무도 적정한 재정수단의 투입없이 수행되어질 수 없기 때문이다. 즉 ‘모든 공적인 임무의 수행에는 비용을 필요로 한다’는 것이 전제되고 있기 때문이다.

따라서 공적임무를 배분받은 각 행정주체인 국가와 지방자치단체는 각기에 적절한 재정조달(Finanzausstattung)이 필요하다. 이러한 국가와

---

eindeverbände)를 포함하는 집합적 표현(Sammelbezeichnung)이다. 유사한 법적 정의로는 작센안할트 주의 주 『헌법』 제97조 제1항에 규정되어 있다.

36) M. Heinzen, Vor. Art. 104a-115, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003, S. 832.

37) 그러나 독일과 달리 인적단체인 각종 직업단체(Genossenschaft)나 협의회(Kammer) 등은 우리나라에서는 독일처럼 법제만 존재하고, 현실적으로는 가입강제 등의 특권만을 누릴 뿐, 간접적인 행정주체로서의 공공성을 행사하기 보다는 단순한 이익단체로 전락해버렸으므로, 지역단체로서의 지방자치단체의 역할은 더 크다고 볼 수 있다.

지방자치단체의 재정에 관한 분배문제를 ‘재정분권’이라고도 볼 수 있을 것이다.

한편 지방재정이란 우리 『지방재정법』에서는 “지방자치단체의 수입·지출활동과 지방자치단체의 자산 및 부채를 관리·처분하는 일체의 활동”이라고 정의하고 있고(법 제2조 제1호), 이는 지방자치단체가 공공 임무를 수행하기 위하여 필요한 재원을 수입하여 관리하고 지출하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 지방재정에서 무엇이 적절한 재정조달이냐의 문제는 각기의 임무와 관련해서 확정되어야만 한다.<sup>38)</sup>

각 행정주체간의 임무, 관할, 예산의 배분을 정하는 것을 재정질서(Finanzordnung) 또는 재정헌법(Finanzverfassung)의 핵심이라고 한다. 그렇다면 지방자치단체에게는 어떠한 재정헌법이 적용될 것인가? 그러나 헌법규정은 지방자치권의 보장 외에는 어떠한 지방의 재정(조달)권한(Finanzierungskompetenz)을 규정하고 있지 않다. 따라서 지방의 재정조달에 대하여는 주로 이론적으로 접근되어 지고 있다. 일반적으로 이러한 재정질서에는 일반적으로 분리시스템과 결합시스템이 존재한다.

### (3) 지방재정의 예산원칙

앞서 언급한 이러한 국가권력의 수직적인 권력분립에 따라 “모든 행정주체는 자신의 사무를 수행하는 데에 필요한 비용을 원칙적으로 각기 스스로 부담하여야 한다”는 것을 ‘분리시스템’(Trennsystem)<sup>39)</sup> 내지는 ‘집행자부담의 원칙’(Grundsatz der Vollzugskausalität)이라고 한다.<sup>40)</sup> 이러한 원칙에 따르면, 지방자치단체는 국가와 분리되어 자신의 임무수

38) Scherf, W./Hofmann, Die kommunale Finanzverfassung in Deutschland, in: Kost, Andreas/Wehling, Hans-Georg : Kommunalpolitik in den deutschen Ländern, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2003, S. 314.

39) C. -L. Tiele, Neuordnung des Finanzausgleichs, FS für K. Offerhaus, 1999, S. 1010.

40) 山内健生, “地方財源保障に關する一考察(二)”, □□自治研究□□ 第81卷 第8號, 2005.8, 74頁.

행을 위하여 필수적이라고 생각되는 수입은 자치적으로 창출해야만 한다는 원칙이다.

반대로 **결합시스템**은 “소득고권이 중요하고 소득이 많은 조세에 관하여서는 연방차원에서 여러 주체에게 나누어 주어야 한다”는 것을 말한다.

분리시스템의 입장에 서는 경우에는 **헌법상의 지방자치의 보장**은 지방자치단체가 지방예산법을 자기책임하(eigenverantwortlich)에 형성하는 것이라고 해석하기도 한다.<sup>41)</sup> 물론 이러한 지방예산에 대한 자기형성권은 기본적으로는 지방자치에 대한 보장 중에서 조직고권에서 나온다. 왜냐하면 지방자치단체는 지방자치단체의 결정과정에 대한 행정내부적인 경과를 정리하고 특히 조세메카니즘을 확정하는 데 스스로 조직할 권능이 보장되어 있기 때문이다. 물론 이러한 조직고권의 임무에 부가하여 소위 재정고권에 의하여 보장되는데, 이러한 **재정고권(Finanzhoheit)**은 자기책임적인 수입경제에 대한 권능에 부가하여 수입과 지출을 계획적으로 서로 조화시키는 권능인 예산고권(Haushalthoheit)을 포함하고 있다.

특히 여기서 ‘**자기책임성**’이라는 기준은 다른 고권주체에 의한 합목적성고려로부터의 자유, 즉 지방자치단체가 ‘국가의 간섭’(Bevormundung)이 없이 지방적인 임무를 수행할 수 있다는 것을 말한다. 아울러 자기책임성은 관련해서 행해진 결정의 결과는 지방자치단체의 자기책임적인 결정에서 기인하는 한, 원칙적으로 국가가 아니라 지방에 귀속한다는 것을 말한다. 다만 최근에 독일의 지방행정근대화사업에서는 이러한 지방의 ‘**고유한 자치**’(eigene Autonomie)보다는 지방자치단체간의 경쟁이 강조되고 있다.

따라서 지방예산법을 형성하는 것이 헌법상 보장된 지방자치의 보장

---

41) H. Pünder, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Normierung neuer Steuerungsmodelle, DÖV 2001, S. 70.

에 따라 원칙적으로 지방의 임무라고 한다면, 지방예산에 대한 각기의 국가적인 규제는 지방자치행정법에 대한 침해로 나타날 수 있다. 물론 이러한 경우에도 궁극적으로 지방예산을 어떻게 구성할 지에 대하여는 원칙적으로 지방의 소관이다. 아울러 이러한 지방자치의 보장은 무제한하게 보장되는 것은 아니라는 사실이 어찌면 헌법적으로 정당화될 수도 있다. 특히 지방의 자기책임적인 임무수행은 기본적으로 법률유보하에 종속되기 때문이다.

즉 지방자치는 ‘법률의 틀 안에서’ 또는 ‘법률이 다르게 정하지 않는 한도에서’ 유지되기 때문이다. 따라서 이론상 국가는 지방예산법을 구속적으로 규율할 권능을 가질 수 있고, 이는 형식적으로 법률을 통하여 행사될 수 있다. 이를 지방예산권에 대한 국가규제의 형식적 한계라고 볼 수 있다.<sup>42)</sup>

물론 국가가 지방예산권을 무제한하게 구속할 수 있는 것은 역시 아니다. 따라서 우리는 지방예산에 대한 국가규제의 실질적 한계를 논의할 수 있는데, 물론 이에 대하여 명문으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 그 한계는 실질적으로 지방자치의 본질을 훼손하여서는 안 된다고 하는 지방자치행정이라는 헌법적 효력을 가진 결정에서부터 주어질 수 있다. 따라서 헌법에 적합한 질서의 틀에서 행사되어야 할 것이다. 즉 지방예산법을 제한하기 위한 국가규제이기 위하여는, 지방자치의 헌법적인 보장을 고려한 규범인 경우에는 그 제한이 허용된다.<sup>43)</sup> 이것은 위에서 언급한 것처럼 입법자는 절대적 침해한계에 종속되기 때문에 지방자치의 핵심을 공동화시키거나, 본질적인 내용을 훼손하지 말아야 한다는 것이다. 예를 들면 지방자치단체의 독자적인 조직권한을 결과적으로 말살시키려 하는 입법과 같은 경우이다.<sup>44)</sup>

물론 이러한 논의에도 불구하고 전통적인 지방예산법상의 원칙들,

42) H. Pünder, a.a.O., S. 71.

43) BVerfGE 91, 228 (238).

44) BVerfGE 91, 228 (239).

개별건적의 명령, 개별층적의 원칙적 금지, 지출수권과 총 예산에 대한 전문적인 기속 등은 점점 완화되어지고 있다. 따라서 국가의 지방자치단체에 대한 재정지원제도는 국가의 지방에 대한 규제일 수 있다는 의미에서 지방자치단체의 자기책임성의 우위라는 원칙을 존중하는 한도에서 헌법이 정하고 있는 지방자치의 원칙과 합치하도록 규범화되어야 한다.<sup>45)</sup> 이러한 규범화의 정당화근거로서는 공공복리가 자리하고 있다.<sup>46)</sup> 아울러 이러한 지방재정지원제도를 통하여 규제의 경우에도 역시 해당 규범이 추구하는 목표와 지방의 자기책임성의 원칙적 보장간의 비례적인 균형(verhältnismäßiger Ausgleich)이 이루어지도록 규범화되어야 한다.

이러한 집행자부담원칙에 따라 일본에서는 『지방재정법』 제9조에 규정에 의하여 지방자치단체의 사무를 행하기 위하여 필요한 경비에 대하여는 당해 지방자치단체가 전액을 부담하는 것을 규정하고 있고 후에 제3장에서 다시 동 원칙을 서술하고 있다.

물론 이러한 원칙에 대한 예외로서는 국가가 지방자치단체의 비용의 전부 또는 일부를 부담하는 국고부담금(제10조이하), 국가가 지방자치단체에게 위탁한 사무의 경우에 비용의 전액을 지불하는 국고위탁금, 거꾸로 지방자치단체가 국가에 대하여 비용의 일부를 부담하는 지방자치단체 부담금이 있다.

일본과 유사하게 우리나라 『지방자치법』 제132조에서도 “지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무를 진다. 다만, 국가사무 또는 지방자치단체 사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 지방사무에 속하는 자치사무의 경우에는 원칙적으로 지방자치단체가 부담하는 것이고, 다

---

45) H. Pünder, a.a.O., S. 72.

46) BVerfGE 83, 363 (382).

만, 위임사무인 국가사무 등에 대하여는 경비를 부담지울 수 있다고 보고 있다.

아울러 이러한 국가와 지방자치단체간의 비용분담에 대하여는 우리 『지방재정법』 제20조이하에서 다시 세부적으로 규정하고 있는데, 자치사무에 대하여는 해당 지방자치단체가 부담함에 이견이 없다. 그러나 국가사무에 관하여는 동법 제21조의 제1항과 제2항이 경합적인 관계에 있으므로 동법 동조 제1항을 따르는 경우에는 “지방자치단체 또는 그 기관이 법령에 의하여 처리하여야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 상호간에 이해관계가 있는 경우에, 그 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니 되는 경비는 국가가 그 전부 또는 일부를 부담한다”는 규정을 존중하여 국가와 지방자치단체가 비용을 분담한다는 견해<sup>47)</sup>가 있고, 동조 제2항을 중시하는 경우에는 “국가가 스스로 행하여야 할 사무를 지방자치단체 또는 그 기관에 위임하여 수행하는 경우에, 그 소요되는 경비는 국가가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 한다”는 규정에 의하여 동항을 전항에 우선적으로 해석하여 국가가 그 비용을 전액 부담한다는 견해<sup>48)</sup>가 있다.

결론적으로 분리시스템과 결합시스템은 어느 하나를 일방적으로 선택하여 운용하는 것이 아니라, 결국은 부족한 지방재정의 현실에 기인하여 적절하여 혼용하는 것이 현실이고 바람직한 일이다.

## 2. 국가의 재정지원

### (1) 지방자치단체의 부족한 재정력

그러나 근대화가 비교적 늦은 후발선진국가에서는 지방자치가 뒤늦게 그리고 위로부터 시작되었기 때문에, 서유럽과 달리 재정확보가 수

47) 오진환, “조례의 무효와 그 조례에 근거한 행정청분의 당연무효여부”, □□행정관례연구Ⅲ□□, 314쪽.

48) 장태주, 앞 책, 968쪽.

월하지 않아서, 취약한 재정기반을 가지고 있다. 따라서 위의 집행자 부담원칙을 적용할 경우에는 지방자치단체는 스스로 재정을 확보할 수 없으므로 위기에 처할 수밖에 없게 된다.

따라서 누가 지방자치단체의 재정을 담당할 것이냐 에서 후발선진국으로서 지방의 재정력이 취약한 한국과 일본 등에서는 지방자치단체 스스로가 재정을 감당하기 어려운 것이 현실이다. 따라서 이러한 집행자부담의 원칙에 대한 예외로서, 국가에 의한 지방자치단체에 대한 재정지원 내지는 재정보장제도가 발전하게 되었다.

이러한 지방자치단체의 약한 재정력에 따라 지방자치단체는 공적임무의 수행에 필요한 재정력을 가진 경우에만 해당 임무를 수행할 수 있다. 따라서 이러한 지방자치단체의 태생적으로 약한 재정력은 위에서 살펴본 헌법상 지방자치의 보장 규정에 따라서 ‘재정적 최소조달 청구권’(finanzielle Minderstaussattung)<sup>49)</sup>을 도출할 수 있을 것이다. 물론 이 때의 지방자치단체의 최소 재정이라는 것은 양적으로는 자신의 고유한 또는 위탁받은 효력범위에 속하는 의무임무외에 임의적 자치사무도 역시 수행할 수 있는 정도이어야 한다는 것이다. 특히 이러한 청구권이 인정되어야 하는 이유는 지방자치단체는 국가와 달리 스스로 공과금을 부과할 수 있는 입법권한을 가지고 있지 않으므로, 스스로 공과금을 부과할 수 없기 때문이다. 따라서 지방자치단체는 태생적으로 의도적인 국가의 재정적인 지원으로 보충되어야만 하는 것이다.

## (2) 지방재정지원제도

이러한 재정지원문제에 대하여는 『유럽지방자치행정헌장』(Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung) 제9조에서는 “지방자치단체의 재정수단은 헌법과 법률에 의하여 규정된 관할과 적절한 비례에 있어

---

49) H. -G. Hennecke, Der kommunale Finanzausgleich - Verfassungsrechtliche Vorgaben und landesgesetzliche Ausgestaltung, Jura 1987, S. 393.

야만 한다”고 규정하고 있다. 그러나 이러한 지방자치단체의 재정보험이 적절한 비례관계에 있어야만 한다는 절대적인 명령은 단순히 선언됨으로서 해결되는 것이 아니라 어떻게 이러한 명령을 실행할 것인가가 문제된다.

한편 독일의 경우에는 지방자치단체의 재정에 대하여는 주의 내부사항으로 정하고 있다. 물론 지방자치단체가 어떠한 임무를 수행하는가에 대하여서도 주가 결정할 문제이다. 이러한 입장에서 『기본법』 제 104a조는 지방자치단체는 당해 연방주의 구성원으로서 포함된다고 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체의 임무와 지출은 주에게 귀속되어지고 있다.<sup>50)</sup> 이러한 입장에 견지하여 지방재정에 대한 책임 역시 주의 일이다. 따라서 1990년대에서 연방법에 의하여 부과된 사회복지보조금문제가 지방자치단체에게 큰 재정압박을 부여하였을 때에서, 지방자치단체는 연방에 대하여 재정조정을 청구하기 보다는 연방에 대한 과잉의 재정부담에 대한 방어청구권을 지방자치를 정한 『기본법』 제 28조 제2항에 근거하여 행사하였다.<sup>51)</sup>

따라서 원칙적으로 연방에 의한 재정지원의 경우에도 직접 지방자치단체에게 지원하는 것이 아니라, 지방자치단체를 관할하는 주에게 지원하는 것이다. 아울러 이러한 재정지원에 대하여도 『기본법』 제104a조 제4항에서 명문으로 규정하고 있다. 다만 일반적인 재정지원외에 『기본법』 제104a조 제4항에서는 특정한 경우의 재정지원을 규정하고 있다. 즉 연방은 전체경제의 균형에 대한 장애를 방어하기 위하여, 상이한 경제력을 조정하기 위하여, 경제성장을 촉진하기 위하여만 주와 지방자치단체를 지원할 수 있다.

그러나 이론적으로는 국가의 지방자치단체에 대한 재정지원이 법적인 문제를 야기할 수 있다. 위에서 본 국가의 지방재정에 대한 규제

50) *BVerfGE* 86, 148 (215); 91, 12 (21); 100, 56 (59); *BGHZ* 98, 244 (258 f.).

51) *M. Heinzen*, Art. 104a, in: *Münch/Kunig, GGK*, Bd. 3., 5. Aufl., 2003, S. 849.

문제외에도 이러한 재정지원이 지방자치의 보장에도 불구하고 허용된다 하더라도 여전히 국가의 영향력행사 가능성의 문제가 남는다. 따라서 연방국가구조를 가진 독일의 경우에는 이러한 지출책임에 대한 문제도 역시 헌법에 의하여서 지정되어지고 있다. 따라서 국가와 지방자치단체는 우선적으로 어떤 임무에 자신이 가진 재정수단으로 수행할 것인가를 먼저 결정하여야 한다. 이러한 입장에 선다면, 국가는 지방자치단체의 권한영역에 속하는 분야에 대한 재정적인 영향력을 행사하는 것은 금지되어야 한다. 이러한 경우는 두 가지로 생각할 수 있는데, 첫째는 국가가 지방의 임무수행에 대하여 재정적으로 참여하는 경우이고, 다른 하나는 국가가 국가임무의 수행에 지방이 공동으로 재정을 부담하도록 시도하는 경우이다.

국가와 지방간의 임무와 그에 따른 재정부담에 대하여는 독일 『기본법』 제104a조 제1항에서 규정하고 있는 ‘**견연성의 원칙**’(Konnexitätsprinzip)을 생각해 볼 수 있다. 이러한 견연성의 원칙은 크게 3가지의 규범적인 구성요소로 이루어진다. 첫째는 자기임무의 수행을 재정조달해야 한다는 명령이고, 둘째는 타인의 임무를 수행하는 데에 재정조달하지 말라는 금지, 세 번째로는 자기 임무의 수행에 대한 재정적인 부담을 타인에게 과도하게 부담지워서는 안 된다는 금지이다.<sup>52)</sup>

물론 지방자치단체의 재정에 대하여는 독일은 연방국가구조를 가지고 있으므로 위에서 살펴본 견연성의 원칙도 연방과 주의 관계만을 규율하는 것이고, 지방재정은 근본적으로 주의 임무로 하고 있으므로 당연히 지방재정에 대한 책임역시 주가 지도록 하고 있다. 그러나 이러한 연방과의 주와 지방자치단체의 구조를 우리나라에 대입한다면, 지방자치단체 스스로가 재정을 부담할 수 없도록 구조적으로 세입구조가 잡힌 나라에서는 독일의 연방과 주의 역할이 논점에 따라 우리나라에서는 국가로 대입하여 논의가 전개되어질 수 있을 것이다.

52) M. Heinzen, Art. 104a, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003, S. 841.

아울러 독일의 경우에는 지방자치단체에 대한 다양한 재정지원제도 (Finanzhilfe)가 존재한다. 물론 이러한 재정지원제도의 특징은 특정한 목적에 따른 자금지원이다.<sup>53)</sup> 따라서 목적에 기속된 단순한 지정행위는 아니다. 그리고 이러한 재정지원에 대한 근거는 단순히 지방의 일반적인 급부의 취약성이 아니라, 특별한 목적에 귀속된 재정수요에 근거하는 것이다. 따라서 재정지원에 의한 사용목적도 단지 ‘특별하고 중요한 투자’(besonders bedeutsame Investitionen)이어야만 한다.<sup>54)</sup>

특히 『기본법』 제104a조 제4항 제1문에서는 연방의 기금제도를 통하여 지원되는데, 그 요건은 투자개념에 대한 제한 외에도 다음의 3가지의 촉진목표에 제한된다. 이 때 주의할 점은 연방의 재정지원제도는 연방이 추구하는 일반 경제적·국토관리적·구조정책적 목표를 관철하기 위하여 직접 또는 간접적인으로 투자·조정하는 수단이 아니라는 점이다.<sup>55)</sup> 왜냐하면 이러한 목표는 연방의 국가임무에 속하기 때문이다. 따라서 재정지원제도는 크게 전체경제적인 균형에 대한 장애의 제거를 위하여 상이한 경제력을 균형 맞추기 위하여, 경제적 성장을 촉진하기 위하여 허용된다.

아울러 위의 헌법상에 보장된 지방재정지원제도 외에도 독일에서는 국가실무적으로 도시건설촉진의 경우에 『건축법전』의 틀에서와 같이 『지방교통재정조달법』(Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz), 『제2차주택건축법』(Zweiten Wohnungsbaugesetz)에 근거하여 보장되고 지원된다.<sup>56)</sup>

한편 한시적인 재정지원으로서는 가스관 구축을 위하여 자알란트, 쉐레스비히 홀스타인, 니더작센, 브레멘, 함부르크에 지원한 바 있고, 난민과 이민자단체를 지원한 바 있다. 『병원재정조달법』(Krankenhausfinan-

53) 물론 이러한 재정지원은 연방이 주에게 지원하는 것인데, 여기에서의 관계는 우리나라의 국가와 지방자치단체와 유사하다. 따라서 여기서의 주는 우리의 지방자치단체의 역할을 수행한다.

54) M. Heinzen, Art. 104a, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3, 5. Aufl., 2003, S. 861.

55) BVerfGE 39, 96 (111 f.).

56) M. Heinzen, a.a.O., S. 866.

zierungsgesetz), 『근대화법』(Modernisierungsgesetz), 『에너지절약법』(Energieeinsparungsgesetz), 『구조지원법』(Strukturhilfegesetz) 등에 근거하여 지원된 바 있다. 나아가 독일통일에 따라서 동부구축에 대한 투자촉진(Investitionsförderung Aufbau Ost)도 시행한 바 있다.

### (3) 지방재정조정제도

독일은 다양한 행정주체간의 재정력의 차이에 따라, 1993년에 제정한 『연방의 건전화프로그램에 의한 전환법률』에 의하여 1995년부터 새로운 재정균형시스템을 만들었다. 이러한 시스템에 따르면, 같은 주간의 수평적인 재정균형 외에도 연방과 주, 지방간의 즉 국가와 지방자치단체간의 수직적인 재정균형제도(vertikaler Finanzausgleich)를 도입한 것이다.

물론 이러한 제도는 독일 『기본법』 제107조 제2항 제1문에서도 밝히는 바와 같이 지방자치단체의 재정력과 재정수요를 고려하여 주간의 수평적인 재정균형도 고려하지만, 더 재정이 취약한 주에게는 보충적으로 지원하도록 지정하는 수직적 재정균형제도도 규정하고 있다.

따라서 독일 『기본법』 제107조 제1항에서는 ‘원천적인 수평적 재정균형제도’(primärer horizontaler Finanzausgleich)를, 제2항 제1문과 제2문에서는 ‘보충적인 수평적 재정균형제도’(sekundärer horizontaler Finanzausgleich)를, 제2항 제3문에서는 ‘보충적 수직적 재정균형제도’(sekundärer vertikaler Finanzausgleich)를 규정하고 있다.

## 3. 지방재정의 건전화

이러한 국가의 다양한 재정지원에도 불구하고 지방재정은 건실하지 못한 재정구조를 가지고 있다. 따라서 국민들이 행정서비스에 대한 직접적인 만족을 느끼기 위하여는 그 활동의 기반이 되는 지방재정이 건

전화되어야 한다. 그러므로 이러한 지방재정의 건전화방안으로 지방의 영리경제적 활동과 관련하여 다음과 같은 점들이 고려되어 질 수 있다.

### (1) 지방예산의 확보

취약한 지방자치단체예산을 치유하기 위한 도구로서는 우선적으로는 지방예산조정관념(Haushaltssicherungskonzept)이라는 도구개념이 언급될 수 있다. 이러한 제도는 독일에서는 지방예산균형의무를 이행할 수 없는 연방 주에서 도입되고 있다. 즉 브란덴부르크, 메클렌부르크-포어폼머른, 니더작센, 노트라인-베스트팔렌, 자알란트, 작센, 튀링겐 주가 이러한 그룹에 속한다. 이러한 제도는 지방자치단체가 자신의 예산을 확보하거나 건전화하는 것을 말한다. 그리고 이러한 제도는 지방재정균형의 어느 시점까지 행해져야 하는가와 어떠한 조치로서 이러한 제도가 도달되어질 수 있는가가 문제된다.

### (2) 지방감독의 강화

두 번째로는 지방예산조정의 경우에 이어서 지방감독의 감독을 다양하게 하여 강화시키는 방법이 있을 것이다. 이에 대하여 독일의 경우에는 메클렌부르크-포어폼머른 주는 법적감독행정청(Rechtsaufsichtsbehörde)가, 니더작센 주와 자알란트 주의 경우에는 감독행정청이, 브란덴부르크 주, 노트라인-베스트팔렌 주, 작센 주, 튀링엔 주의 경우에는 감독청이 부관하에 허용되어진다.

### (3) 지방자치단체의 지방재정균형의무 부과

독일의 지방자치단체에게는 각 지방자치법령에 지방재정균형(Finanzausgleich)의무가 명문으로 규정되어 있는데, 이는 무조건적인 의무로 되어 있다. 즉 이것은 지방자치단체가 지방예산상의 수입과 지출에서 균형을 맞추라는 의무이다.

이러한 지방재정균형의무제도의 도입에 대한 법령으로는 노트라인-베스트팔렌 주의 『지방자치단체법』을 예로 들 수가 있다. 즉 동법 제 75조 제3항을 보면 “예산은 매년 균형이 맞춰져야만 한다”<sup>57)</sup>라고 규정하고 있다. 아울러 노트라인-베스트팔렌 주는 이러한 입장에서 『지방재정관리법』<sup>58)</sup>을 제정하기도 하였다. 그리고 지방재정균형의무제도에 대한 개별적인 것은 실제로 대부분 각 주의 『지방자치단체예산령』(Gemeindehaushaltsverordnung)에서 규정하고 있다.

이러한 재정균형제도를 도입하는 데에도 예외가 존재하는데 이것은 특히 재정이 취약한 지방자치단체의 경우, 즉 모든 가능한 방법으로 예산을 절약하고 모든 새로운 수입원을 창출한다고 하여도 더 이상 재정균형을 맞출 수 없는 지방자치단체의 경우에는 적용할 수 없다.<sup>59)</sup>

#### (4) 지방재정보증제도의 중단

최근 일본의 경우에는 국가에 의한 지방자치단체에 대한 재정지원 내지 재정보증제도가 지방자치단체의 국가에 대한 의존성을 강화시킴으로서, 자주재정에 대한 노력이 약화되고 있다고 지적하고 있다. 따라서 국가의 지방에 대한 권한이양 등에 따라 점차적으로 지방자치단체의 역할이 강화되는 시점에서 지방재정에도 시장원리를 도입할 필요가 있다고 본다. 이러한 논의의 맥락에서 종전의 지방재정에 대한 국가의 재정지원제도를 개선해야 한다는 것이다.

#### (5) 신지방재정관리제도의 도입

최근에 독일의 노트라인-베스트팔렌 주에서는 2005년부터 새롭게 지방예산제도를 개혁하였다. 즉 ‘신지방재정관리제도’(Neues Kommunales

57) Gemeindeordnung NW § 75 Abs. 3 “Der Haushalt muß in jedem Jahr ausgeglichen sein”.

58) Gesetz über ein Neues Kommunales Finanzmanagement für Gemeinden im Land Nordrhein-Westfalen.

59) A. Faber, Insolvenzfähigkeit für Kommunen?, DVBl. 2005, S. 934.

Finanzmanagement)를 도입하였다. 이 제도는 보다 경제적이고, 보다 효과적이면서, 보다 투명하고, 주민과 가까운 지방행정을 구현하는 것이 근본목적이다. 따라서 이러한 새로운 제도도입을 위하여 「신지방재정 관리를 위한 법률」(Gesetz für ein Neues Kommunales Finanzmanagement - NKFG)을 제정하였다.<sup>60)</sup> 이러한 법률제정의 핵심은 지방자치단체 회계분야에서는 획기적인 복식부기의 도입이다.

---

60) <http://www.im.nrw.de/bue/25.htm>.

## 제 3 장 지방의 영리경제적 활동의 개념과 유형

### 제 1 절 재정건전화의 개념

지방의 영리경제적 활동을 건전화시키기 위하여는 그 기반 내지 이론적인 전제가 되는 지방재정건전화에 대한 개념을 살펴 볼 필요가 있다. 즉 지방자치단체의 재정건전화 내지 지방재정의 건전화라는 말은 무엇을 의미하는가? 이에 대하여는 명확히 일의적으로 정의내리기는 쉽지 않다. 이러한 개념은 단순히 법해석뿐만 아니라 집단 이데올로기나 이해관계에 따라 다의적으로 해석될 수 있기 때문이다.<sup>61)</sup> 단지 분명한 것은 재정건전화의 전이해로서 여러 선진국, 즉 영국, 독일, 일본, 우리나라 등이 공통적으로 ‘재정위기’(Finanzkrise)를 겪고 있고, 이러한 나라에서는 이러한 재정위기를 극복하기 위하여, 각 지방자치단체들은 재정개혁(Finanzreform), 재정건전화(Finanzkonsolidierung) 등을 위해 노력하고 있다는 것이다.

더욱이 재정건전화라는 말은 행정학자에 의하여서는 ‘재정책임성’이라는 용어로 많이 사용되고 있다. 즉 이러한 재정책임성(fiscal accountability)이란 “기본적으로 지방자치단체가 자신이 집행한 예산 즉, 재정사업의 회계처리 내역을 주민에게 얼마만큼 설득력 있게 설명할 수 있는 지의 책임 정도”를 의미한다고 하며<sup>62)</sup>, 이러한 책임 있는 설명에는 회계에 대한 설명뿐만 아니라 예산집행의 성과나 효과에 대한 설명이 포함된다고 한다. 따라서 이러한 재정책임성이란 ‘우선적으로 예산집행의 법률과 공인된 회계기준에 맞는가 여부를 심사하는 전통적인 재정책임성의 점검방식과 나아가 예산집행에 따른 성과달성을 심

61) 장선희, □□재정의 건전운영을 위한 독일의 관련법제 연구□□, 2005. 11쪽.

62) 임성일, “영국 지방재정 운영의 최근 동향과 시사 - 책임성 확보를 중심으로”, □□지방재정□□ 제134호, 2005.6, 6쪽이하.

사하는 최근의 성과중심의 재정책임성 점검방식'을 말한다. 이러한 재정책임성이 지방자치단체 차원에서는 국가에 대하여 자신의 재정을 가장 적절하고 유용하게 사용해야 한다는 지출책임을 의미한다고 한다. 그러나 이러한 개념으로는 지방자치단체의 재정에 대한 안내와 설명에 대한 의무만을 나타낼 뿐, 지방재정 자체를 어떻게 하여야 하느냐에 대하여서는 언급이 없으므로 이 글에서 추구하는 재정건전화에 적합하지 않다.

물론 재정책임성을 기존의 국가지원체제에서는 지방자치단체에 재정에 책임이 떨어진다고 보아, 지방자치단체의 재정적 독립성 내지 자주성의 유사한 의미로 사용하기도 한다.<sup>63)</sup> 그러나 이러한 개념정의는 재정적자와는 대비되기 어렵고, 단지 국가와 지방자치단체간의 재정현법의 문제로 제기되어야 하는 것이므로 적당하지 않다.

한편 재정건전화라는 말은 '재정적자' 내지 '재정위기'에 대응하여 재정의 안정성이 떨어지는 것에 대하여 대비되는 개념으로 보기도 한다.<sup>64)</sup> 물론 재정건전성을 이러한 적자재정에 대응하는 것으로 보는 것에 대하여 반대하는 견해<sup>65)</sup>도 있으나, 재정적자 내지 재정위기의 현상을 극복하기 위하여 사용된다는 점에서는 일응 타당한 것으로 보인다.

위에서 보는 것처럼 재정건전화라는 말은 단순히 수익을 획득하려는 것이거나, 사기업에서처럼 막대한 영리성 내지 경제성을 추구하는 것은 아니다. 왜냐하면 공공재정의 근본적인 목적 자체가 수입과 지출간의 균형을 목적으로 하기 때문이다.<sup>66)</sup>

63) 이영희, “지방분권 정착을 위한 지방의 재정책임성 강화”, □□법제□□ 제544호, 2003.4, 30쪽이하.

64) 김태영, “지방재정평가제도의 의미와 향후 추진방향”, □□自治發展□□ 제11권 제5호, 2005. 5, 16쪽이하.

65) 객관훈, □□재정건전화를 위한 현행법제의 개선방향□□, 연구보고 2005-06, 한국법제연구원, 2005, 27쪽.

66) H. -G. Hennecke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung - Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., 2000, S. 2.

따라서 우리 실정법상으로도 재정건전화에 대하여 1998년 『지방재정법시행령』 제165조 제4항에 보면<sup>67)</sup>, “지방자치단체를 대상으로 조직개편, 채무상환, 세입의 증대 및 신규사업의 제한 등을 내용으로 하는 지방재정건전화계획을 수립”한다고 규정한 것으로 볼 때, 재정적자인 지방자치단체의 예산에서 **재정균형**을 맞추는 것으로 추론된다고 볼 수 있다. 아울러 『국민건강보험재정건전화특별법』에서도 입법목적으로서 제1조에서 “건강보험의 재정적자를 조기에 해소하고 재정수지의 균형을 이루도록 함으로써”라고 규정한 것으로 보아, 재정건전화는 재정적자를 줄이고 재정의 균형을 의미하는 것으로 보인다.

이론적인 입장에서는 물론 이러한 수지균형이라는 입장에서 한걸음 더 나아가는 광의의 견해<sup>68)</sup>도 있으나, 대부분은 수지균형만을 강조하여 건전재정이란 “경상세출입만으로 수지균형이 맞는 재정”<sup>69)</sup>이라거나, 적자재정의 방지만을 강조하여 건전재정주의는 “국가나 지방자치단체의 적자재정을 방지하려는 원칙”<sup>70)</sup>이라고 하거나, 아니면 양자를 포괄하여 재정건전성을 “재정이 수입과 지출 간에 균형을 이루어 적자를 방지해야 한다는 원칙”<sup>71)</sup>이라고 하고 있다. 나아가 재정의 수지균형을 통하여 재정이 제대로 기능하도록 하는 것이라는 견해<sup>72)</sup>들도 있다.

따라서 이 글에서는 재정건전화를 “재정적자를 해소하기 위하여 재정의 수입과 지출간에 균형을 도모하는 것”으로 정의하기로 한다. 왜냐하면 재정건전화는 근본적으로 재정적자, 나아가 재정위기에서 출발하는 행위이고, 이러한 재정건전화의 근본적인 목표는 경제성의 원칙, 즉

67) 2005년 12월 개정으로 삭제되었다.

68) 김배원, “지방재정 건전성 제고를 위한 주민의 역할”, □□재정건전성제고를 위한 지방재정법의 과제□□, 한국법제연구원, 2006.7.12, 13쪽.

69) 정하중, □□행정법각론□□, 570쪽이하.

70) 김동희, □□행정법II□□, 제11판, 2005, 599쪽.

71) 김철용, □□행정법II□□, 제6판, 2006, 650쪽; 홍정선, □□행정법원론(하)□□, 제13판, 2005, 795쪽이하.

72) 이동식, “재정건전화법제의 발전방향”, □□공법연구□□ 제33집 제5호, 2005.6, 259쪽; 박관훈, 앞보고서, 28쪽.

재정의 수지균형이기 때문이다.

한편 **지방재정의 건전화**는 이미 『지방자치법』에서 지방자치단체에게 “재정을 수지균형의 원칙에 따라 건전하게 운영하여야 한다”고 명령하고 있다(법 제113조 제1항). 아울러 국가에 대하여는 “지방재정의 자주성과 건전한 운영을 조장하여야 하며, 국가의 부담을 지방자치단체에게 전가하여서는 아니된다”고 규정하고 있고(법 제113조 제2항), 『지방재정법』에서도 “그 재정을 건전하고 효율적으로 운용하여야 하며”로 규정하고 있다(법 제3조).

따라서 이러한 재정건전화의 개념으로부터 우리는 지방의 영리경제 활동이 지방재정건전화에 기여하기 위한 과도한 수익성을 확보하는 것이 아니라는 것을 도출할 수 있다. 그러므로 재정건전화에서 말하는 수익성이란 투입된 경비를 회수하는 차원에서 **비용의 충족의 차원**에 머무른다는 것을 알 수 있다.

## 제 2 절 지방재정과 지방의 영리경제적 활동과의 관련성

### 1. 지방재정과 공경제사

지방재정의 건전성 확보방안에서 왜 지방의 영리경제적 활동이 문제되는가? 그 이유는 비교적 간단하게 찾을 수 있다. 지방의 영리경제적 활동은 태생부터 지방재정과 밀접한 관계를 가지고 있기 때문이다. 이러한 관련성은 지방자치단체가 늘어가는 주민에 대한 생존배려임무중에 비용을 충족할 수 있는 영리성을 가진 임무를 일반 행정사무에서 독립하여 지방공기업 등으로 전환하여 하기 시작했기 때문이다. 따라서 아래에서처럼 지방의 영리경제적 활동이 발전해 온 역사, 즉 ‘**공공경제사**’(öffentliche Wirtschaftsgeschichte)<sup>73)</sup>를 보면 명확히 알 수 있다.

73) 독일의 공공경제사에 대하여는 Joon-Kyu KIL, Der Wettbewerb Privater im Wettbewerb

즉 경제는 국가의 출발부터 국가재정을 비롯하여, 늘 국가의 중요한 문제가 되었고, 비교적 국가형태가 갖추어지기 시작한 근대국가부터는 더욱 그러하였다. 서유럽경제사중에서 중세이전에는 봉건제도하에서 농노들의 지대에 의한 장원경제로서 (공·사)경제는 크게 문제되지 않았다. 그러나 17/8세기에 통일적인 주권국가들이 형성되면서 등장한 중상주의(Merkantilismus)와 더불어 본격적으로 공공경제(öffentliche Wirtschaft)가 문제되기 시작하였다. 즉, 당시의 국가와 영방은 번창한 궁성의 유지와 증가하는 공무원계층, 상비군의 구축 등으로 엄청난 재정수요가 생겼다. 그러나 이러한 급증하는 재정수요를 당시의 빈약한 사경제에 대한 종래의 조세로는 감당할 수 없으므로 국가 등은 돈이 될 수 있는 것은 광산, 소금 등의 모든 분야에서 국가 스스로 독점사업으로 시행하거나 사인에 대하여 특허로서 독점권(Regalien)을 넘겨 주었다. 더불어 경제의 국가관리가 시작하였다고도 볼 수 있다. 따라서 당시는 빈약한 사경제 때문에 공공경제가 먼저 발전하였는데, 점차로 상업과 영업은 사경제에 넘겨주고, 국가는 사경제를 강화시키는 조치로 발전하였으나, 이후에도 국가의 재정독점(Finanzmonopol)은 그대로 존재하였다.

이러한 기조는 다시 19세기 전반부의 자유주의사상에 의하여 국민에게 자유와 권리를 부여하는, 경제적인 측면에서 본다면 국가의 퇴조를 의미하는 영업의 자유, 재산권보장, 직업의 자유 등의 자유주의 법이론의 발전과 더불어 사경제를 촉진하는 방향으로 나아가게 되었다.

한편 19세기 후반부터는 다시 독일은 간섭주의(Interventionismus)하에 더욱 사경제에 강하게 관여하기 시작하였다. 특히 급격한 도시화와 산업화속에 국가는 사회간접자본시설에 투자를 요구받았고, 아울러 지방자치단체도 마찬가지였다. 아울러 양차 세계대전하의 전시경제는 더

---

mit der öffentlichen Hand nach dem deutschem und koreanischem Recht, Diss. Köln, 1999, S. 10 ff.

욱 국가경제를 가속화시켰다. 이러한 혼란의 와중에서 지방자치단체는 부족한 재정 때문에 수익성이 있는 경우에는 지방공기업 등을 설립하여 주민의 생존배려에 더욱 기여하게 되었다.

특히 1930년대의 세계공황은 보이지 않은 손에 의존한 “시장의 실패”를 가져왔고, 아울러 뉴딜정책 같은 사경제에 대한 정부의 개입을 강하게 요구하였다. 물론 전후의 피폐한 사경제는 역시 국가의 강력한 도움 하에 발전하였고, 그 후 1960년대 이후에는 다시 국가의 개입으로 인한 시장의 정체는 다시 “국가실패”를 가져옴과 동시에 다시 신자유주의가 유행하게 되었다.

이러한 개괄적인 서유럽경제사를 보더라도 한 주권국가는 사경제를 어떻게 관리하는 가는 실로 복잡한 문제가 아닐 수 없다. 특히 우리나라처럼 봉건왕조국가에서 근대시민국가의 이행이 없이 바로, 후기 산업국가로 이행한 나라의 경우는 이러한 역사적 흐름이 동시다발적으로 일어나는 현상이기 때문이다. 물론 미국을 제외한다면, 서유럽에서는 신자유주의의 기수인 영국의 경제가 몰락하고, 비교적 사회민주적인 경제를 주창하는 독일이 경제성장을 이루는 것을 보면, 실로 경제성장과 경제정책, 경제관련 법령과 제도와 관계는 풀기 어려운 숙제인 것으로 보인다.

## 2. 또 하나의 수입원

지방의 영리경제활동과 지방재정의 관련성은 우선적으로는 지방의 영리경제적 활동의 가장 대표적인 유형인 지방공기업을 설립하는 경우에는 지방재정에서 지출되어지기 때문이다. 예를 들면 서울시 등의 지하철건설 사업은 해당지방자치단체가 지방채 등을 발행함으로써 재원을 조달하고, 이것은 아울러 관련 채무로서 지방재정을 약화시키고 있기 때문이다.<sup>74)</sup>

---

74) 김배원, 앞글, 18쪽.

아울러 지방재정은 공적인 수입의 중심이 물론 공과금이 차지함에도 불구하고, 여전히 지방의 영리경제적 활동으로부터도 수입을 얻고 있고, 아울러 지방재정의 수입경제의 커다란 한 부분이기 때문이다.<sup>75)</sup> 따라서 지방재정의 측면에서 보면, 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동은 돌발적인 현상이 아니라, 지방재정의 지출을 보전하고 그로부터 수입을 얻는 역사적인 전통이기 때문이다.

이러한 또 하나의 재정수입은 지방자치단체가 재정고권에 근거하여 얻는 공과금과는 달리 지방자치단체가 직접 경제과정에 참여한 활동으로부터 얻은 수입이다. 따라서 이러한 경제활동에의 참여는 재정법의 측면에서 본다면, 국가를 포함한 지방자치단체는 공과금으로 재정수입을 충당하여야지, 직접 경제활동에 참가하여 사인과 경쟁한다는 것은 근대국가이후의 조세국가원리에 반한다는 주장이 제기될 수 있다. 즉 근대국가이후로 국가는 국민에게 단지 조세만을 요구할 수 있을 뿐이지 더 이상 노역을 부과할 수도 없고, 국가와 사회가 분리됨으로써 사인의 재산권을 보장해야 하므로 더욱이 직접 생산자 내지 기업가국가로서 경제활동에 참여함으로써 개인의 경제활동을 방해해서는 안 된다는 논리이다.<sup>76)</sup> 물론 이러한 근대국가이후의 국가와 사회의 분리, 재산권의 보장 등을 이유로 국가는 국가의 주요수입을 주로 조세에 의존하여야 하고, 지방의 영리경제적 활동의 경우에는 사경제에 대한 보충성의 측면에서 허용된다고 보고 있다.

### 3. 지방재정과 지방의 영리경제적 활동과의 관련성

지방재정과 지방의 영리경제적 활동은 매우 밀접하게 연결되어 있

75) H. -G. Hennecke, Öffentliche Finanzwesen, Finanzverfassung - Einde systematische Darstellung, 2. Aufl., 2000. S. 153 ff.

76) 이러한 근대국가이후의 조세국가의 발전과정에 대하여는 길준규, “후기산업사회에서의 조세국가의 의미”, □□토지공법연구□□ 제16-2집, 2002.12, 425쪽이하. 특히 432쪽이하.

다.77) 이미 일본의 경우에도 지방재정의 약 20%를 지방의 영리경제적 활동이 차지하고 있고, 독일의 경우에는 역사적으로 보면, 제1차 세계 대전 전까지는 지방자치단체의 모든 수입의 약 30%까지 차지한 적도 있었다.78) 우리나라의 경우에도 2002년 통계를 보면, 지방예산 78조에서 지방의 영리경제적 활동에 대한 예산이 21조 4,848억원로서 약 28%정도를 차지하고 있다.79) 따라서 3국을 비교할 때, 지방의 영리경제적 활동이 지방재정의 약 20~30%를 차지함을 알 수 있다.

한편 우리나라의 지방자치단체의 지방재정은 지방세와 세외수입으로 크게 나누어지고, 세외수입은 다시 크게는 일반회계와 특별회계로 나누어진다. 따라서 형식적으로만 본다면, 지방의 영리경제적 활동은 단지 지방재정의 일부인 **지방공기업특별회계**만을 말하는 것으로 보인다.

그러나 실질적으로 지방재정과 지방의 영리경제적 활동간의 관련성을 검토해 보면, 지방의 영리경제적 활동이 단순히 지방공기업특별회계만을 의미하는 것은 아니다. 물론 지방공기업 중에서 지방직영기업은 지방재정의 특별회계로서 그 수입과 지출을 처리하고 있다. 그러나 새로운 지방직영기업을 설립할 경우에 일반회계에서 투자로서 지출되고, 그 수익은 역시 일반회계로 귀속된다. 나아가 지방공단의 경우에는 모든 수입이 지방일반회계로 일단 귀속되고, 필요경비는 역시 일반회계에서 지출되는 회계형태를 가지고 있다. 더욱이 모든 회계가 일반회계로 귀속하는 지방공단의 경우에는 공단 자체는 적자이나, 회계간 거래를 포함한다면, 흑자인 경우도 발생하고, 이에 따른 회계간 거래로 인하여 2006년 7월부터는 부가가치세를 부과하는 문제도 발생하고 있다. 물론 이러한 지방공단이 지방자치단체의 일반회계와 관련되는 점과는 달리, 직영기업과 지방공사의 경우에는 공기업 특별회계에 속한다.

77) H. -G. Hennecke, a.a.O., Rn. 11.

78) J. Wieland, Konkurrentenschutz gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung, DV 2003, S. 226.

79) 행정자치부, 보도자료, 2003.11.5, 4쪽.

이러한 현실에서 일본의 경우에는 지방공영기업과 지방재정제도 내지 지방회계제도는 ‘경비의 부담구분의 원칙’이 있다고 한다.<sup>80)</sup> 그러나 실제로 지방재정과 지방공기업을 비롯한 지방의 영리경제적 활동은 근본적으로 지방자치단체의 재정수요 등을 고려하여 설립되었고, 실제로도 투자, 대부, 수익귀속 등의 다양한 방법으로 수치상에 나와 있는 것 이상으로 서로 밀접하게 관련되어 있다.

#### 4. 지방의 영리경제적 활동의 재정현황

아울러 지방의 영리경제적 활동은 외국과 달리, 우리나라의 경우에는 기본적으로 지방자치단체의 수익사업의 일환으로서 진행되었다. 특히 제3섹터 지방공기업의 경우에는 더욱 수익적인 측면이 강조되었다. 그러나 실무에서는 오히려 이러한 지방공기업의 다양한 설립이 지방재정의 적자를 가져오는 또 하나의 요인으로 자리 잡고 있다.

##### 지방공기업 운영현황

구 분	2002	2003	2004	2005	2006.5
공사/공단(개)	69	76 (10)	87 (9)	97 (10)	100 (3)
인 력(명)	31,761	33,763 (2,002)	35,539 (1,776)	37,552 (2,013)	43,261 (5,709)
예 산(억원)	71,930	83,126 (11,196)	103,149 (20,023)	116,972 (13,823)	165,728 (48,756)

\*출처 : 행정자치부, 지방공기업 기능·인력 적정화 기본방향(안), 2006.7. 내부자료.

더욱이 현재 우리나라는 지방자치단체가 운영하는 공사/공단은 2005년 법개정으로 기존의 지방공사이었던 지방의료원이 지방공사에 삭제

80) 横山純一, “公營企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 250頁.

되어, 보건복지부로 이관했음에도 불구하고, 지방자치시대에 따라 그 수가 계속적으로 증가하고 있다. 즉 현황으로는 2002년에 69개이던 공사/공단이 2006년 5월 현재 100개로 증가하였으며, 그 예산도 2002년에 7조 1,930억 원이던 것이 2006년 5월 현재 16조 5,728억 원으로 배가 넘게 증가하였다. 이러한 단순한 공사/공단의 사업증가치만으로도 적자재정인 지방재정에 영향을 크게 미치고 있음을 알 수 있다.

지방공기업 유형별 경영수지

(단위: 억원)

유 형	2002	2003	2004	2005
도시개발공사(13개)	1,562	1,199	1,024(2개)	1,173(1개)
지하철공사(5개)	△8,967	△8,285	△6,005(5개)	△5,337(5개)
기타공사(16개)	39	△149	237(4개)	1(8개)
시설관리공단(62개)	△123	△98	△100(10개)	△173(12개)
총(96개)	△7,489	△7,333	△4,844(21개)	△4,336(26개)

\*출처 : 행정자치부, 지방공기업 기능·인력 적정화 기본방향(안), 2006.7. 내부자료.

아울러 16조 원이라는 막대한 예산에 투입하는 지방공사와 지방공단은 애초에 큰 수익성을 의도한 것과는 달리, 실제로는 상당수가 적자운영되고 있다는 점에서, 역시 지방재정에 크나큰 적신호를 주고 있다. 현황으로는 현재 26개의 지방공사/공단이 적자이며, 적자액은 약 4천여억 원에 달하고 있다.

따라서 위에서 살펴 본 것처럼 지방의 영리경제적 활동은 근본적으로 지방재정과 밀접한 관계를 가지고 있으며, 나아가 지방재정의 수입 제고를 위한 방편이 오히려 애물단지로 전락한 우리 지방자치의 현실에서는 지방의 영리경제적 활동은 건전화하는 방안이 간접적으로는 지방재정을 건전화하는 또 하나의 방안으로 고려될 수 있을 것이다.

### 제 3 절 재정건전화의 요구

한편 지방재정의 위기는 다른 한편으로는 지방의 영리경제적 활동을 강화시키고 있다. 즉 지방재정의 위기를 타개하기 위하여 지방자치단체에게 더욱 새로운 영리경제적 활동을 모색하게 만들고 있다는 것이다. 그러나 단순히 지방자치단체의 내부적인 요소로서의 지방재정의 위기 외에도 대외적으로는 지방의 영리경제활동을 강화시키거나 내지는 건전화시키려는 요구가 전 세계적으로 커지고 있다.

즉 세계는 동구권 공산국가의 몰락으로 냉전시대가 종식되고 새로운 경제전쟁의 시대에 접어들었다. 따라서 이러한 세계는 지금 신자유주의를 필두로 시장의 시대라는 새로운 흐름에 놓여 있다. 이러한 새로운 시장의 시대에는 특히 경제 분야의 자유화를 의미하는 세계화(Globalisierung)가 경제에 관련된 모든 분야를 새로이 재편하는 화두로서 신자유주의(Neo-Liberalism)의 물결 하에 새롭게 세계질서를 재편하고 있다.

물론 이러한 세계화의 흐름에 대항하여 유럽에서는 전통적인 개별주권국가를 확보하기 위하여, 그리고 국민의 생존배려를 존중하고 기본권을 보호하기 위한 지역화(Regionalisierung)라는 개념이 대두되고 있다.

따라서 지방의 영리경제적 활동분야에서 이러한 세계화는 역시 큰 영향을 미치고 있다.<sup>81)</sup> 그러므로 아래에서는 세계화에 따라 지방경제

81) 독일의 경우에는 이러한 세계화 외에도 유럽화, 기술화, 행정현대화, 재정위기 등이 지방의 영리경제적 활동을 위협하고 있다고 한다. D. Ehlers, *Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?*, NJW-Beil. 23/2002, S. 33. 특히 유럽화(Europäisierung)는 유럽공동체가 단일시장구축을 위하여 회원국의 공기업활동에 경쟁법을 적용하여 공기업활동에 대한 각종 특권을 제한함으로써 사인과의 자유로운 경쟁을 유도하므로, 생존배려의 위기라고 불릴 만큼 심각하다고 볼 수 있다.

법에 대한 패러다임적인 영향을 주는 사상들을 개괄적으로 살펴보기로 한다.

물론 이러한 이론들은 사상적으로 경제학적 배경을 가지고 있는 바, 일부에서는 지방의 영리경제적 활동에 대한 ‘경제학으로 부터의 도전’이라고 칭하기도 한다. 특히 이러한 지방경제법은 새로운 변화 앞에서 있다. 한편 일찍이 신자유주의를 주창해 온 미국과 영국과는 달리 전통사회인 유럽의 일원으로서 사회국가로서의 인간의 존엄과 가치를 실질적으로 지켜오는 독일도 최근 통일이후로 재정적으로 시달리고 있다. 더욱이 1982년 이후의 기민당/기사련의 연정은 사경제 우위의 정책을 구사하면서, 사회국가의 약화, 국가경쟁력 강화 등의 각종 시장과 경쟁위주의 경제정책을 시행하였다. 특히 막대한 통일비용과 통일 후의 저성장 경제, 높은 실업률로 인하여 1990년부터는 좀 더 경쟁적인 경제정책을 제시하였다. 따라서 이러한 경제학적인 사상은 법학, 특히 지방경제법에도 여러 족적을 남겼는데, 이러한 “경제학으로 부터의 도전”을 다음에서 제시하고자 한다.

## 1. 국가의 퇴조이론

국가와 지방자치단체 내지는 국가와 사회의 기능과 역할에 관한 논의를 시작하면서 전제될 수 있는 것이 바로 국가의 퇴조(*der Rückzug des Staates*)<sup>82)</sup>이론이다. 이 이론은 “티에의 명제”에 따르면, “사회적 발전과 그에 따라 생겨나는 국민의 기본권에 의하여 국가임무가 축소되었다는 것”이다. 바꿔 말하면 사회가 발전하면서 그에 따라 여러 새로운 기본권들이 생겨났고, 이러한 기본권들이 생기면서, 그에 따라 국가의 권한을 제한하게 되었고, 그러한 국가의 권한 제한은 근본적으

82) G. F. Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761 ff.; J. A. Kämmerer, Verfassungsstaat auf Diät, JZ 1996, S. 1042 ff.; W. Tieme, Der Staat auf dem Rückzug? - Das Hafensyndrom und die Privatisierung als Indizien zunehmender Entstaatlichung, in: J. Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit (Festschrift für Stern), 1997, S. 365 ff.

로 종래의 국가임무에 대한 축소를 가져오고, 이러한 국가임무의 축소는 결과적으로 국가가 후퇴하게 된다고 주장하는 것이다. 이러한 논의는 전후 국가가 어느 정도 근대화에 따라 완성되었다고 보고, 사회의 영역에 해당하는 지방자치단체가 확장되어야 한다는 일본의 ‘시빌미니멈론’과도 배경을 같이 하고 있다. 이러한 국가의 퇴조이론은 지방의 영리경제적 활동과 관련하여서는 민영화와 관련된다고 볼 수 있다. 따라서 종전의 지방공기업 등이 행하던 국가임무로서의 공공임무가 민영화 등을 통하여 실질적으로 사인에게 이양되어진다는 것이다. 따라서 이러한 의미에서 국가의 퇴조는 곧 “지방자치단체의 퇴조”라고도 생각할 수 있다.<sup>83)</sup>

물론 사회의 발전에 따라 기본권 증가로 국가임무가 축소된다고도 생각할 수 있지만, 일반적으로 사회의 발전에 따라 국가의 임무가 증가한다고도 볼 수 있다. 예컨대 근대국가 초기의 국가는 단지 경찰국가에 그 임무가 한정되었으나, 현재의 정보사회를 구가하는 국가는 국민의 복지를 중시하는 사회국가이어서 오히려 새로운 기본권에 따라 새로운 더 많은 국가임무를 수행하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 물론 이러한 국가임무의 폭발적인 증가에도 불구하고, 국가는 본질적으로 국가임무의 수행에 대하여, 한정된 예산에 의하여 제한될 수밖에 없는 태생적인 한계로서, 국가임무는 예산에 의하여 제한된다는 본질적인 운명에 놓여 있다.

더욱이 독일은 통일이후의 비용조달과 저성장의 경제시대에 이러한 제한된 예산문제로 필연적으로 긴급한 재정조달문제가 야기되었다. 이러한 이유에서 종래의 국가임무를 대폭적으로 축소해야 하는 경우가 늘어나면서, 국가의 퇴조를 말할 수밖에 없는 것이다. 따라서 이러한

83) 그러나 사건으로는 근대국가이후로부터 지금까지의 국가기능의 발전을 고찰해본다면 국가의 기능은 사회의 발전에 따라 확장되어 왔다고도 주장할 수 있다. 따라서 이러한 의미에서의 국가의 확장은, 특히 행정분야에 있어서는 퇴조가 아니라 “국가의 진척”이라고 표현될 수도 있다.

궁핍한 재정문제를 해결하기 위하여는 국가는 자신의 임무를 축소해야만 하는 상황에 이르렀다. 특히 공공경제(öffentliche Wirtschaft)와 관련해서는 국가의 퇴조는 위에서 언급한 것처럼 공공경제활동의 민영화 그중에서도 임무민영화를 통한 국가임무의 축소를 강요하게 되는 것이다.

반대로 제한된 예산의 문제는 국가로 하여금 국가의 퇴조에 따라 지방자치단체의 확장, 나아가서는 지방의 영리경제적 활동의 증가라는 연결고리로 나타날 수도 있는 것이다.

## 2. 작은 정부이론

위에서 살펴 본 국가의 퇴조이론과 유사하게 국가영역의 축소를 주장하는 것이 바로 ‘작은정부’(small state)이론이다. 이것은 최근의 세계 질서의 변화에 따라 더욱 강조되어 주장되기도 하였다. 즉 세계사회는 동구권이 몰락하고 공산주의라는 가상적이 사라짐으로 시장문제가 전면에서 나치게 되었었다. 따라서 개별 민족국가도 더 이상 독립한 주권권가가 아닌 세계시장의 무대에 서서, 세계화에 따른 시장에서의 국가경쟁력의 강화가 국가적인 핵심과제로 되었다.

따라서 독일정부도 국가경제의 효율적인 운영이 지상명제로 되는 입장에 놓였다. 이러한 입장에서 국가는 한쪽에서는 사경제에 대한 규제를 완화(Deregulisierung)하고, 다른 한편에서는 공기업을 민영화시키는 방향으로 정책방향이 결정되었다(Privatisierung). 게다가 예상치 않은 갑작스런 독일의 통일은 이후 재정부족현상에 따라 문제를 더욱 가속화시켰다. 이러한 경제적 상황에서 독일은 민영화와 더불어 “작은 정부 내지는 날씬한 국가(Schlanker Staat)”로 나아가야만 하였다. 따라서 국가는 이러한 목표하에 특히 전문가 위원회<sup>84)</sup>를 설치하고, 그 보고서를

84) 작은정부위원회에 대하여는 V. Busse, Verfahrenswege zu einem “schlankeren Staat”, DÖV 1996, S. 389 ff.; K. G. Meyer-Theschendorf/H. Hofmann, Zwischenergebnis des

바탕으로 지속적으로 공적 부문을 축소하는 작업을 이행하였다.

우리나라의 경우에는 국가경제 자체가 수출입에 크게 의존하고 있으므로 위의 독일보다 더욱 심각하여, 더 빠른 속도로 세계화되었다. 따라서 진작부터 작은 정부에 따라 정부기구를 축소하였다. 그러나 결과적으로는 각종 위원회나 산하기관이 팽창하였다. 이러한 배경하에서 지방자치단체의 경우에도 지방자치단체의 일반행정은 축소하되, 산하기관을 확장함으로써 지방의 영리경제적 활동도 확장시키게 되었다.

### 3. 새로운 조정모델

위에서 살펴 본 이론들은 주로 국가차원의 공공분야의 축소와 관련된다. 그러나 지방자치단체도 국가와 마찬가지로 지속적인 재정위기에 시달리고 있다. 독일을 예를 들면, 경제의 완만한 성장으로 인한 재정문제와 사회국가의 축소에도 불구하고 재정난에 시달리게 되었다. 따라서 지방자치단체 차원에서는 벨기에에서 시작하여 성공을 거둔 경영학적 내지는 행정학 이론이자, 새로운 행정혁신운동인 ‘새로운 조정모델’(Neues Steuerungsmodell)<sup>85)</sup>을 주장되게 되었다.

이 이론은 “지방자치단체는 모든 지출을 자신의 예산에서 지불해야 하는 것이 아니라 실제로 중앙의 전체적인 예산액에 따라 그것을 넘는 예산을 자신의 책임하에 스스로 관리해야 한다”<sup>86)</sup>는 것이다. 이 이론

---

Sachverständigenrats “Schlanker Staat” - Qualifizierte Aufgabenkritik, Testkatalog für den Gesetzgeber, Flexibilisierung des Haushaltswesens, DÖV 1997, S. 268 ff.; *H. Ossenkamp*, Verschlankeung des Staates heißt vor allem: Reduzierung der Staatsaufgaben - Eine Zwischenbilanz der Arberit im Sachverständigenrat “Schlanker Staat”, ZG 1996, S. 160 ff.

85) 기본적으로는 KGSt-Bericht Nr. 12/1991 (Dezentale Ressourcenverantwortung), Nr. 5/1993 (Das Neue Steuerungsmodell), Nr. 6/1993 (Budgetierung: Ein neues Verfahren der Steuerung kommunaler Haushalte). 문헌으로는 *H. Hill*, In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge?, BB 1997, S. 426, *O. Otting*, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommune, 1997, S. 4 ff., 44 ff.; *ders.*, DVBl. 1997, S. 1258 ff.

86) *D. Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 f.

은 지방자치단체에 대입하면, 일반적으로는 지방자치단체 예산의 70·80퍼센트 예산이 제시되고, 나머지는 지방자치단체가 스스로 부족한 수입을 해결해야 한다는 것이다. 따라서 실제로 부족한 예산액을 가지고 자신의 행정임무를 수행해야 하는 각 지방자치단체는 종래의 관례를 통해서 문제된 지방공기업이나 자체 수익사업(자기경제활동)외에 새로운 분야에서의 경제활동을 통한 재정확보에 나서게 되었다. 물론 이러한 새로운 제도는 지방자치단체의 재정난을 극복한다는 장점에도 불구하고 법적으로는 격렬하게 논쟁이 되고 있다.<sup>87)</sup>

그러나 유사한 재정위기에 놓인 국가와 달리 지방자치단체는 다른 입장에 놓여 있다. 국가는 주로 외교, 국방, 경제정책 등의 정책적인 임무에 한정되므로 실제로 국가임무의 축소를 통하여 재정압박을 극복해 나갈 수 있지만, 주로 주민의 생존배려라는 실질적인 민생문제에 관련된 구체적인 민생업무를 담당하는 지방자치단체로서는 고유사무의 축소가 아니라 새로운 재원마련으로 몰리고 있기 때문이다. 즉 국가는 규모가 크고 포괄적인 공동체로서 『기본법』의 범주에서 여러 국가임무중에서 어느 하나를 경제정책적으로 선택할 수 있다. 그렇지만, 반대로 지방자치단체는 지역적인 자치행정단체로서 처음부터 그 행위가 지역사회의 업무에 제한되어야만 한다는 근본적인 차이가 있다.<sup>88)</sup>

따라서 결론적으로는 재정난에 따른 이러한 새로운 조정모델에 입각한 지방자치단체는 궁극적으로 재정조달에 내몰리게 되었고, 이것은 새로운 지방의 영리경제적 활동의 증가로 나타났다. 이러한 지방의 영

---

87) V. Mutius, Neues Steuerungsmodell in der Kommunalverwaltung, in: Verfassungsstaatlichkeit (FS für Stern), 1997, S. 685 ff.; H. Pünder, DÖV 1998, S. 63 ff.; Wallerath, DÖV 1997, S. 57 ff.

88) 물론 이러한 이유에서 국가와 지방의 경제활동간의 본질적인 차이가 있다고 주장하는 견해(P. Badura, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetz, DÖV 1998, S. 819)도 있으나 이것은 하나의 예외적인 특성으로 설명될 수 있을 뿐이다.

리경제적 활동의 증가는 새로이 지방공기업(학)에 대한 변화까지 가져 오게 되었다.

## 제 4 절 지방 영리경제적 활동의 개념과 문제점

### 1. 지방의 영리경제적 활동의 개념과 범위

#### (1) 개념

위에서는 지방재정과 지방의 영리경제적 활동과의 관계를 살펴보았다. 그러면 과연 지방의 영리경제적 활동(erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde)은 무엇인가가 문제될 수 있다.

우리나라에는 흔히 지방의 영리경제적 활동을 대신하여 일반적으로는 ‘지방공기업’이라는 용어를 실무와 행정학계에서 흔히 쓰고 있다. 물론 일부 법학자들도 쓰고 있고, 독일의 경우에도 행정학자들은 마찬가지로 지방공기업이란 용어를 사용하고 있다. 그러나 이러한 형식적인 개념을 사용하는 경우에는 ‘무엇이 기업인가’를 정의할 수 없고, 더욱이 지방공기업의 대표적인 예인 지방직영기업의 경우에는 지방공무원이 그대로 근무하고 독립된 법인이 아니라는 점에서 기업으로 보기는 어려운 점이 있다. 아울러 지방공기업을 법률용어로 사용하는 경우에는 지방의 영리수익사업이 배제되는 문제가 있다. 그러므로 기업개념에서 기능적으로 경제적 행위하는 모든 단위로 이해할 필요가 있다.<sup>89)</sup>

따라서 지방공기업을 그 기능에 따라 실질적인 개념정의방식으로서 지방자치단체에 의한 영리경제적 활동으로 정의할 경우에는 지방자치단체의 영리수익사업에서부터, 지방자치단체의 자본투자(참가), 지방직영기업, 공법상 공기업인 지방공사과 지방공단, 사법상 공기업인 소위

---

89) D. Ehlers, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, NJW-Beil. 23&2002, S. 33.

‘제3섹터 지방공기업’까지 포괄할 수 있게 된다.<sup>90)</sup> 따라서 이 글에서는 개념의 정확성을 위하여 지방의 영리경제적 활동의 정의하기로 한다.

## (2) 필요성

지방의 영리경제적 활동중에서 가장 대표적인 각종 지방공기업은 왜 생겨났을까 하는 문제가 먼저 본원적으로 제기되어야 한다. 물론 우리나라의 경우에는 영리(수익)성을 전제로 하여 지방공기업을 설립하는 경우가 실무에서 많이 등장하지만, 지방공기업의 근본적인 설립목적은 아니다.

즉 지방공기업 내지 지방의 영리경제적 활동의 가장 근원적인 설립목적은 해당 지방자치단체의 구역내에 거주하는 주민의 생존배려를 위한 사업이라는 점이다. 따라서 지방공기업의 대부분이 수도(하수도), 가스, 지하철, 공공의료 등에 집중되어 운영되어 왔던 것이다.

따라서 지방의 영리경제적 활동은 주로 20세기 초에 경제공황과 세계대전의 혼란에 따라 지방재정이 약화된 상황에서 지방자치단체가 제공하는 공공서비스중에서 이용료를 받을 수 있는 수익성을 가진 사업을 중심으로 하여 비용충족의 차원과 새로운 수입창출의 차원에서 시도되었다. 그리고 당시에 과도하게 이윤추구하는 것을 막기 위하여 처음부터 설립요건에 공공목적을 수행하는 경우로 한정된 것이다.

## (3) 구분개념

지방의 영리경제적 활동과 구분해야 하는 것이 ‘지방의 공공시설’(öffentliche Einrichtung)이다.<sup>91)</sup> 이것은 독일 지방자치단체법상에서는 ‘비

90) 지방공기업의 법개념에 대한 논의에 대하여 자세히는 길준규, □□지방공기업의 설립에 대한 법리적 고찰□□, 행정자치부, 2004.10, 16쪽이하.

91) 이에 대하여 자세히는 길준규, “독일 경제행정법상의 지방의 경제활동과 사인간의 경쟁”, □□한양법학□□ 제8집, 1997.9, 350쪽이하; 길준규, □□지방공기업의 설립에 대한 법리적 고찰□□, 행정자치부, 2004.10, 18쪽이하.

경제기업'(Nicht-Wirtschaftsunternehmen)이라고 규정하고 있는데, 그 개념은 “주민의 사용이나 지방자치단체내의 토지소유자의 사용을 목적으로 서비스를 준비하기 위하여 물적 행정자원과 주로 인적행정자원을 혼합한 것”을 말한다고 한다.<sup>92)</sup> 이는 지방자치단체에 그 운영이 법률상 의무화된 시설이다. 이러한 예로서는 각종 교육시설(학교교육, 직업교육), 문화시설(박물관, 극단, 시립체육관), 운동시설, 환경(식물원, 공원), 건강 및 사회시설(장례시설, 요양소, 휴양관, 양로원) 등이다.<sup>93)</sup> 따라서 이러한 공공시설은 주로 경제적 목적을 가진 지방의 영리경제적 활동과는 달리 문화적, 사회적, 체육적, 환경적인 목적으로 행해진다.

다만 우리나라에서는 국가와 지방자치단체외의 제3의 행정주체인 간접적인 행정으로서의 공법상 사단 등의 개념이 활발하지 못하여서, 지방의 공공시설도 역시 많은 경우에 단순히 공물로 운영되거나 지방공기업 내지 기타 특별법상의 시설로 운영되는 문제가 있다.

따라서 이러한 공공시설은 근본적으로 영리수익성이 낮고 공공성이 매우 높으므로 지방의 영리경제적 활동에서 배제하고, 지방자치단체가 직접 운영하도록 하는 정책적인 대안이 필요한 부분이다.

## 2. 생존배려와 지방독점

지방의 영리경제활동은 주로 해당 구역 내에 거주하는 주민 등에 대한 생존배려(Daseinsvorsorge)를 수행하기 위하여 이루어진다. 따라서 지방의 영리경제적 활동은 이러한 주민의 생존배려를 위한 사업이라는 점에서 유럽에서는 근대국가이후로 전통적으로 일정한 법률상의 독점이 정당화되어졌다. 따라서 이러한 법률상 독점에 따라서 계약강제 등의 우선권 부여, 각종 공법상의 특권이 부여되었다. 그러나 최근

92) K. Wächter, Kommunalrecht, S. 342.

93) 자세한 예로 독일의 노트라인-베스트팔렌 주의 『지방자치단체법』 제107조 제1항의 규정을 소개한 것으로 길준규, 윗글, 350쪽이하.

에는 민간기업과의 경쟁이 이루어지는 분야에서는 사경제와의 경쟁을 이유로 그 폐지가 논의되고 있다.

그러므로 미국을 중심으로 하는 신자유주의의 열풍에 따라 이미 독일을 비롯한 유럽 제국에서도 이러한 지방의 영리경제적 활동은 해당 분야의 시장 자유화에 따라 법률상 독점은 물론 각종 공법상의 우선권이 금지되었다.<sup>94)</sup> 물론 이러한 자유화는 지방의 영리경제활동에 많은 변화를 줌으로서, 자유화로 빼앗긴 시장은 새로운 시장의 확보로서 대응하게 됨으로서 지방의 영리경제적 활동과 사인과의 경쟁은 더욱 치열해졌다.

그러나 일본을 비롯한 우리나라에서는 아직도 이러한 지방공기업분야에는 일정한 법적 독점, 즉 행정독점이 여전히 남아 있다.<sup>95)</sup> 물론 이러한 독점은 최근에는 지방자치단체만의 독점에서 약간은 벗어나는 경향도 있으나, 여전히 특허체제를 유지하고 있는 것으로 보인다.

### 3. 지방의 영리경제적 활동의 유형

우리나라의 지방의 영리경제적 활동은 다양하게 전개되어지고 있다. 물론 대다수의 견해가 구분하는 것처럼 지방자치단체의 관여를 기준으로 하여 구분한다면, 직접경영사업과 간접경영사업으로 구분할 수 있다. 그러나 법적 형식과 지방자치단체로 부서의 독립성 등을 고려하여 법적으로 구분한다면, 지방의 영리경제적 활동은 아래에서 설명하는 것과 같이 지방의 경영수익사업, 지방직영기업, 지방공사, 지방공단, 제3섹터 지방공기업 등으로 구분되어질 수 있다.<sup>96)</sup>

94) 『유럽공동체조약』 제86조 제1항.

95) 단지 최근에 수도사업의 민영화가 논의된 정도의 수준이다. 그러나 수도사업이 반드시 민영화되어야 하는가에는 의문이다. 왜냐하면 영국의 경우에는 수도사업의 민영화와 자유화이후에 수도물의 품질이 낮아지고 요금은 10년내에 두배이상으로 인상되었기 때문이다. *K. v. Miert, Öffentlicher Unternehmen - mit EU-Recht vereinbar und zeitgerecht?*, ZöGU 2004, S. 313.

96) 물론 외국의 경우에는 더욱 다양하다. 외국의 지방의 영리경제적 활동의 다양한

## 우리나라 지방의 영리경제적 활동의 유형

	운영주체/근거법	수/내역
경영수익사업	지자체 운영	시행령상 기준이하사업
지방직영기업	행정조직	194 흑자 상·하수도(102, 37), 공영개발(40), 지역개발기금(15), 지하철건설
지방공단	100%	46 (시설관리공단, 주차관리공단)
지방공사	50이상, 법인	64 (공사, 의료원, 도시개발)
주식회사 (제3섹터)	지공법 § 72, 상법 50%미만의 지분	29
총 계		333(2003.8)

## (1) 지방자치단체의 경영수익사업

지방의 영리경제적 활동에서는 우선 규모가 작거나 사업이 일시적이어서 기업형태는 갖추지 않는 직접사업으로서의 **지방자치단체의 경영수익사업**이 우선적인 예가 될 수 있다.

이러한 경영수익사업은 지방자치단체가 스스로 수익증대와 공익을 위하여 지역 내의 자원을 활용하거나 공공시설을 이용하는 형태이다. 이때 이러한 사업을 통하여 확보할 수 있는 공공목적 내지 공익성으로서는 ‘지역경제 활성화’와 ‘지역개발’을 예로 들 수 있다. 따라

유형에 대하여는 길준규, □□지방공기업의 설립에 대한 법리적 고찰□□, 행정자치부, 2004.10, 참조. 특히 독일과 일본의 유형에 대하여 개관하고 있다.

서 지방자치단체가 구내식당을 운영한다던가, 아니면 각종 수익행사를 하는 경우가 여기에 포함될 수 있다.

경영수익사업의 유형

사 업 분 야	구 체 사 업
① 토지개발 및 이용분야	택지조성, 공업용지조성, 농경지조성, 공유수면 매립, 하천부지개발, 저습지매립, 유희지개발, 하천복개 등
② 관광 휴양지개발	공원, 유원지, 해수욕장, 야영장, 청소년수련장, 심신단련장 등
③ 문화관광서비스 분야	국악제, 사진전, 문인전, 조각전, 도자기전, 투우대회, 고인돌전 등 지방축제 및 문화행사
④ 지역부존자원 활용분야	하천골재채취, 해사채취, 석산골재채취, 역청공장운영, 전통음식, 고유기술, 지역특산물
⑤ 향토지적재산	전통고유기술, 지역특산품, 관광문화상품, 지역상징물을 도형화한 표장 등
⑥ 고유재산의 생산적 관리분야	각종회관, 체육시설 등의 생산적 활용, 주차장 운영, 공원묘지조성, 하천부지활용, 토지신탁 등
⑦ 농림수산소득증대 분야	유실수식재, 양묘장, 종패생산, 농림수산직판장, 농수산물집하장, 농수산물저온창고 등

출전: 한국자치경영평가원 홈페이지.

이에 대한 근거법령으로는 「지방자치법」 제133조, 「지방재정법」 제110조, 「지방자치단체 기금관리 기본법」에 근거하고 있다. 이러한 지방자치단체의 경영수익사업은 1979년에 양양군이 자갈채취로 시작한 이래 현재는 크게 토지개발·이용, 관광유원지개발 및 운영, 문화관광서비스, 지역부존자원의 활용, 향토지적재산, 고유재산의 생산적 관리, 농림수산소득증대의 7개 분야로 나뉘어 진행되고 있다.<sup>97)</sup> 한편 우리나라에서는 지방자치단체의 경영수익사업의 법적 성격을 지방세외의

97) [http://www.kolmi.or.kr/support/b\\_page.asp?title=b1](http://www.kolmi.or.kr/support/b_page.asp?title=b1).

세외수입의 일종으로 보는데<sup>98)</sup>, 독일은 이러한 경영수익사업을 어차피 기업성을 강조하지 않고 실질적으로 지방공기업의 개념규정을 하고 있으므로 당연히 지방의 영리경제적 활동에 포함되는 것으로 본다. 다만 이러한 경영수익사업 중에서 비교적 기업적인 성격을 가지는 것을 보조기업과 여백사용으로 나누어서 보고 있다.

먼저 ‘**보조기업**’(Hilfsbetriebe)은 “지방자치단체의 자체 수요를 충족하기 위하여 인쇄소나 세탁소, 식당 등을 운영하는 것”이고, ‘**여백사용**’(Randbenutzung)은 지방자치단체가 원래의 지방사무의 수행을 위한 필연적인 임무수행이 아니라, 기존의 임무수행을 위하여 보유한 자원과 시설을 소소한 수익목적에 이용하여 약간의 수익을 얻는 것으로서 청사나 공공교통수단내의 광고물, 지방자치단체 통지문에의 광고문 등에 이용하는 것이다.

### 2002년 경영수익사업의 사업성과

(단위 : 억원)

사업건수	수 익	지 출	순 수 익	비 고
773건	4,534	1,674	2,860	2001년 실적: 886건, 3,152억 원 순수익

\* 행정자치부, 『2003년 경영수익사업 추진지침』, 2003.9.

물론 이러한 보조기업이나 여백사용을 포함한 지방의 경영수익사업은 지방공기업의 범주에 포함되지 않는다. 왜냐하면 기본적으로 수익의 양이 많지 않으므로 기업성이 결여 되어 있다고 보기 때문이다. 우리나라에서는 경영수익사업은 지방세외수입의 일종이므로 여타의 지방공기업과 구분된다고 본다.<sup>99)</sup> 물론 이는 일반적으로 지방공기업법의

98) 내무부, □□경영수익사업의 기본논리와 표준경영절차□□, 1997, 4쪽.

99) 안용식/원구환, □□지방공기업론□□, 2001, 127쪽.

적용대상이 아니다. 아울러 우리 「지방공기업법」 제2조 제2항에서는 경상경비의 5할이상이 되지 않는 사업이나, 동법 제2조 제1항 및 「동법 시행령」 제2조 제1항의 각호의 기준미만의 사업의 경우에는 지방공기업법의 당연적용사업에 배제하여 임의적용사업으로 하고 있는데, 이 중에서 기준미달사업의 경우에는 지방자치단체의 영리수익사업으로 보아야 할 것이다.

한편 실무에서는 이러한 기준미달사업은 물론 기준초과사업의 경우에도 행정자치부에 등록하지 않음으로써 「지방공기업법」의 적용을 회피하는 경우가 많다. 따라서 이에 대한 보완책이 요구된다.

지방재정의 측면에서는 이러한 지방자치단체의 경영수익사업은 해당 지방자치단체의 일반회계 또는 기타의 특별회계에 의하여 직영 또는 위탁관리로 운영된다.<sup>100)</sup>

## (2) 지방직영기업

두 번째로는 지방직영기업을 살펴 볼 수 있는데, 지방직영기업(Eigenbetrieb)은 “지방자치단체가 직접 설치·운영하는 기업”이다. 이러한 지방직영기업은 1972년에 개정된 「지방공기업법」에 처음으로 규정되기 시작하였으며, 일본의 ‘지방공영기업’과 국가의 ‘국영기업’라는 용어에 대비하여 채택된 것으로 보인다. 아울러 이러한 지방직영기업은 간접적인 조직형식에 속하는 지방공사나 지방공단과 달리 지방자치단체가 직접 경영한다는 의미를 강조한 것으로 보인다.<sup>101)</sup>

이러한 지방직영기업은 「지방자치법」 제137조에서 지방공기업의 설치운영에 대하여 규정하고 있고, 궁극적으로는 「지방공기업법」 제2조

100) 경기도 양주시와 화성시의 경우에는 각기 조례를 제정하여 특별회계로서 운영되고 있다 『화성시경영수익사업투자기금특별회계설치운영조례』(2001.3.21, 조례 제142호), 『양주시 경영수익사업 특별회계 설치운영 조례』(2006년 개정 조례 제256호).

101) 안용식/원구환, 앞책, 248쪽이하; 신영수, □□공기업 예산·회계 관련 법제의 개선 방안□□, 한국법제연구원, 2004.11, 67쪽.

제1항에서 지방자치단체가 직접 설치·경영하는 사업으로서 대통령령이 정하는 기준이상의 사업이라고 규정하고 있다. 이러한 법개념에 따르면, 우리나라는 지방직영기업의 개념적 요소로서 단지 공기업주체, 즉 설립주체와 경영주체로서만 구분하고 있다. 아울러 학계에서는 지방직영기업을 “지방자치단체가 자신의 사무를 효율적으로 수행하기 위하여 직접·간접으로 운영하는 기업”으로 정의하고 있다.<sup>102)</sup>

일본은 우리의 지방직영기업에 해당하는 것을 ‘지방공영기업’이라고 칭하고 있다. 그리고 우리 『지방공기업법』의 모법이 되었던 『지방공영기업법』의 적용대상을 지방공영기업에 한정하고 있다. 따라서 우리나라가 『지방공기업법』을 지방직영기업은 물론 지방공사, 지방공단, 제3섹터 지방공기업까지 포괄하여 적용하는 것과 차이가 있다. 아울러 일본은 지방공영기업의 개념을 우리보다는 좀 더 구체적으로 “일정한 공공목적의 실현수단으로서 지방자치단체가 소유 및 경영하는 사업”으로 규정하고 있다. 따라서 이러한 개념에 따르면 우리나라처럼 단지 설립 및 경영주체를 동시에 포괄하여 주체만으로 구분하는 것이 아니라, 소유와 경영을 분리하고 있다. 따라서 지방직영기업의 소유와 경영이 분리된 경우에는, 즉 지방자치단체가 경영만 하거나(민유공영기업), 소유만 하는 경우(공유사영기업)가 생길 수 있는데, 이러한 양자를 포괄하여 광의의 공영기업개념에 넣기도 한다.<sup>103)</sup>

아울러 우리나라는 지방직영기업의 사업분야를 일정한 법적 성질에 따라 설립요건을 규정하고 있는 것이 아니라, 일본법을 모사하여 단순히 그 사업분야를 규정함으로써 이미 『지방공기업법』 제2조 제2항에서 제한하고 있다. 즉 말하자면, ‘사업분야규정방식’이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 방식은 법률상에서 지방직영기업의 사업분야를 규정하고, 다른 지방공기업은 이에 준하도록 규정함으로써, 법체계상의

102) 이기우, □□지방자치행정법□□, 1991, 251쪽.

103) 윤성국, □□일본의 지방공영기업□□, 지방자치단체국회화재단, 1997.6, 6쪽.

난맥상을 보여주고 있다. 왜냐하면, 지방직영기업의 사업분야는 역사적으로 변천해왔다. 따라서 이러한 자주 변경되어야 하는 내용을 굳이 법률에서 규정할 필요는 없다고 보여진다. 더욱이 이러한 사업분야는 설립요건도 아니고, 국민의 기본권에 대하여 중대한 영향을 미치는 것도 아니기 때문이다. 나아가 이러한 법규정으로서 무엇이 지방직영기업, 나아가서는 지방공기업의 본질인지를 판단하기는 어렵다. 다만 사업분야규정방식은 어떤 분야는 지방직영기업으로 운영할 수 있고, 어떤 분야를 불가능하다는 권위주의적인 입법양식으로만 존재할 뿐이다. 따라서 입법론적으로는 이러한 사업분야규정방식은 아래에서 상세하게 살펴보듯 설립요건주의로 개정되어야 하거나 사업분야는 하위법령으로 위임하여야 할 것이다. 왜냐하면 지방직영기업의 사업분야는 물론 전통적인 생존배려서비스와 관련된 분야에서는 변화가 적지만, 대부분은 시대의 변화에 따라 변화되어야 하기 때문이다. 이러한 대표적인 예가 2005년의 『지방공기업법』 개정으로 지방의료원이 지방직영기업의 사업분야에서 삭제되었고, 따라서 실무적으로는 보건복지부로 이관한 사례이다.

한편 지방재정의 측면에서 보면, 이러한 지방직영기업은 사업마다 특별회계가 설치되어 있고, 아울러 당해 기업의 경비는 당해 직영기업의 수입으로 충당하는 ‘독립채산제’로 운영된다(법 제14조). 따라서 이러한 지방직영기업은 지방자치단체가 직접 운영하는 것으로서 직원은 공무원신분을 유지한 채, 조직·예산상의 독립성은 있으나, 법적으로는 독립성이 없는 경우이다.<sup>104)</sup>

지방직영기업이 기본적으로는 독립채산제를 유지할 수 있는 것은 지방공기업이 일정한 생존배려 서비스를 주민에게 제공하고 그에 대한 대가로서 요금을 징수하는 형태를 가지므로, 본질적으로 그 투입된 비용을 충족할 수 있는 수익구조를 가지고 있기 때문이다.

---

104) 김준규, 앞보고서, 49쪽이하.

## 지방직영기업의 사업분야 변화

지방공기업법	당연적용사업	임의적용사업
1969년제정	수도, 공업용수도, 궤도, 자동차운송, 가스(5개)	병원, 주택, 시장, 도축, 공익전당포, 택지조성, 기타 기업으로 경영하는 것이 적당한 사업
제1차개정 (1980)	수도, 공업용수도, 궤도, 자동차운송, 가스, 지방도로, 하수도, 청소위생, 주택, 의료, 매장 및 묘지 (11개)	시장, 도축장, 토지개발, 통운, 중기관리, 관광, 계량기검침, 체육장, 문화·예술, 공원, 기타 주민복지증진에 기여할 수 있는 사업 중 그 경비를 주로 사업수입으로 충당하는 사업
제2차개정 (1992)	수도, 공업용수도, 궤도, 자동차운송, 가스, 지방도로, 하수도, 청소위생, 주택, 의료, 매장 및 묘지, 주차장, 토지개발, 시장, 관광 (15개)	도축장, 통운, 자동차터미널, 체육장, 문화·예술, 공원, 기타 경상경비의 50%이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업으로서 주민의 복리를 증진하거나 지역개발 또는 지역경제활성화에 기여할 수 있다고 인정되는 사업
제3차개정 (1999)	수도, 공업용수도, 궤도, 자동차운송, 지방도로, 하수도, 주택, 토지개발, 의료 (15개)	경상경비의 50%이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업으로서 민간인의 경영참여는 어려우나, 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업
제5차 개정 (1999)	수도(간이상수도 제외), 공업용수도, 궤도(도시철도 포함), 자동차운송, 지방도로(유료도로사업에 한), 하수도, 주택, 토지개발, 의료(9개)	민간인의 경영참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업, 대통령령이 정하는 기준 미달 사업으로서 경상경비의 5할 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업
제10차개정 (2005)	수도(간이상수도 제외), 공업용수도, 궤도(도시철도 포함), 자동차운송, 지방도로(유료도로사업에 한), 하수도, 주택, 토지개발(8개사업)	민간인의 경영참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업, 대통령령이 정하는 기준 미달 사업, 체육시설의설치·이용에관한법률에 의한 체육시설업 및 관광진흥법에 의한 관광사업(여행업 및 카지노업을 제외한다)으로서 경상경비의 5할 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업

따라서 지방직영기업의 독립채산제의 경우에는 당연히 요금제도가 전제로 되고 있다. 물론 지방직영기업도 일본의 경우에는 기본적으로 조세를 중심으로 하여 주민에게 서비스를 제공하는 것이 원칙이므로 요금제도가 문제가 안 되는데, 우리나라의 경우에는 독일과 마찬가지로 요금제도를 규정하고 있고, 특히 지방직영기업의 급부에 대하여 조례가 정하는 바에 따라 요금을 징수할 수 있는 **요금제도**를 두고 있다 (법 제22조).

다만 이러한 지방직영기업의 요금제도를 어떻게 운영할 것인가가 문제될 수 있는데, 이것은 지방직영기업 나아가 지방공기업의 본질론과 연결되는 문제로서, 지방직영기업은 근본적으로 생존배려서비스의 제공을 기본임무로 하고, 다만 그에 따라 일부의 비용충족차원에서의 요금을 징수하는 법제도이므로, 기본적으로 경비를 충족하는 선에서 요금상한선이 결정되어야 하는 것이다. 따라서 지방직영기업의 공공성이라는 특성상, 요금은 저렴하여야 하고, 지역간의 요금수준의 형평을 기하고, 요금수준은 급부에 대한 원가보상에 기업성을 유지할 수 있는 정도로 하고 있다.

그러나 지방자치단체는 앞서 언급한 것처럼 지방직영기업이 독립채산제임에도 불구하고, 다양한 방식으로 직·간접적으로 지방직영기업을 재정적으로 지원하는 제도를 두고 있다.

지방자치단체의 지방직영기업에 대한 재정지원의 가장 대표적인 경우는 지방직영기업의 **‘경비부담제도’**로서, 지방직영기업의 경비중에서, 1) 경비의 성질상 당해 지방직영기업의 수입으로 충당하는 것이 적당하지 아니한 경비, 2) 당해 지방직영기업의 성질상 그 경영에 수반한 수입만으로 충당하는 것이 객관적으로 곤란하다고 인정되는 경비로서 대통령령이 정하는 경우에는 해당 지방자치단체가 일반회계 또는 특별회계가 부담금 기타의 방법으로 부담할 수 있도록 하고 있다.

아울러 지방직영기업은 지방자치단체의 일반회계나 다른 특별회계가 지방직영기업의 특별회계에 필요한 출자를 할 수 있는 **출자제도**도 두고 있다(법 제17조 제1항).

지방자치단체의 경비부담사항

경 비 별	경 비 내 역
각 사업에 공통적으로 적용되는 경비	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 공공의 목적을 위한 무상공급에 소요되는 경비</li> <li>- 공공의 필요에 의하여 요금등의 공급가격이 발생원가이하로 책정되거나 발생원가이하로 유지됨에 따른 발생원가와 공급가격과의 차액</li> <li>- 지역개발등에 따른 선행투자에 소요되는 기본경비, 선행투자에 의한 시설의 유지비, 선행투자에 소요되는 외부차입금에 대한 원리금상환액</li> </ul>
당해 사업에만 적용되는 경비	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>궤도사업</b> : 당해 궤도사업용차량외의 차량통행으로 인한 궤도의 유지·수선 및 개량에 소요되는 경비와 교통혼잡의 완화등을 위한 궤도의 철거에 소요되는 경비</li> <li>- <b>하수도사업</b> : 빗물처리시설의 설치 및 유지에 소요되는 경비</li> <li>- <b>주택사업 및 토지개발사업</b> : 공사완공후 관리기관에의 인계 또는 분양완료시까지 소요되는 기본경비</li> <li>- <b>의료사업</b> : 『전염병예방법』에 의한 전염병의 진료, 전시·사변·재해등으로 인한 구급, 구호대상자의 구호에 소요되는 경비와 그 시설의 유지관리비, 집단검진·의료상담 기타 이와 유사한 보건위생행정에 소요되는 경비, 벽지·도서등 의료기관이 없는 지역에 있어서 의료보급상 필요하다고 인정되는 의료시설의 설치에 소요되는 경비와 기타 지역에 있어서 의료수준 향상을 위한 특수한 의료시설 및 연구등에 소요되는 경비</li> <li>- 법 제2조제2항의 규정에 의하여 지방직영기업이 경영하는 사업</li> <li>- 법 제14조제1항 각호의 요건을 갖춘 경비로서 당해 사업별로 조례가 정하는 경비</li> </ul>

그리고 아래의 같은 경우에 수입을 얻은 지방직영기업 특별회계의 부담으로 지방채를 발행할 수 있도록 규정함으로써 **지방채(발행)제도**를 두고 있다(제19조).

아울러 지역개발채권을 발행하여 일정하게 지방자치단체 및 관련법인과 관계자에게 매입하도록 하는 **지역개발채권의무매입제도**를 두

고 있다(법 제19조 제3항). 물론 지역개발채권의 발행에 대하여는 그 납용을 막고자 조례로 정하도록 하고 있다. 나아가 지방직영기업의 운영시에 예산내의 지출시에 현금이 부족한 경우에는 일시차입금을 빌릴 수 있는 ‘일시차입금’제도를 두고 있다(법 제20조).

지방채와 지역개발채권의 발행요건

지방채제도	지역개발채권제도(매입의무)
1) 정상적인 운전자금의 충당을 위하여 필요한 때, 2) 회전기금의 재원의 충당을 위하여 필요한 때, 3) 건설 또는 개량비에 충당하거나 유사사업의 매수자금으로 필요한 때	1. 지방자치단체로부터 면허·허가·인가를 받거나 지방자치단체에 신고·등록을 신청하는 자 2. 지방자치단체 또는 지방자치단체가 자본금 전액을 출자·출연한 법인과 건설공사 도급계약을 체결하는 자 3. 지방자치단체 또는 지방자치단체가 자본금 전액을 출자·출연한 법인과 용역계약 또는 물품구매·수리·제조계약을 체결하는 자

한편 위와는 반대로 지방직영기업이 지방자치단체를 재정적으로 지원할 수 있는 제도도 두고 있다. 즉 주택사업과 토지개발사업을 행하는 지방직영기업의 특별회계는 재해복구, 사회간접자본시설의 건설 그 밖에 대통령령이 정하는 사유가 있는 경우에는 예산에 의하여 전년도의 이익금의 일부를 당해 지방자치단체의 일반회계로 전출할 수 있는 이익금전출제도를 규정하고 있다(법 제17조 제2항).

(3) 지방공사

지방공사는 실무에서는 법규정을 문리적으로 엄격해석하여 ‘지방자치단체가 50%이상 출자하여 설립한 회사’라고 본다. 그러나 이러한 입장은 지방공사의 법적 성질을 규명하지 못하고 있다. 따라서 지방공사를

개념적으로 보면, 공사라는 것은 기본적으로 회사라는 의미이면서, 동시에 공법상의 회사라는 것이다. 다만 독일의 지방경제법에서는 ‘기업’, ‘회사’라는 용어를 일반적으로 사용하지 않는다는 점이다. 따라서 이러한 개념적인 핵을 포함하여 지방공사를 정의한다면, 지방공사는 ‘지방자치단체가 설립하고 운영하는 공법상 공기업’을 말한다고 볼 수 있다.

이러한 지방공사는 연혁적으로는 일본의 경우에는 1965년부터, 우리나라에서는 실무적으로는 1970년부터 설립되기 시작하였으나, 법적 근거규정은 1980년 『지방공기업법』 제1차 개정시에 처음으로 도입되어 규정되었다.

물론 실무적으로 우리 『지방공기업법』은 다만 지방자치단체가 출자한 지분을 중심으로 지방직영기업 이외의 다른 지방공기업을 구분하고 있다. 따라서 지방공사는 지방자치단체가 그 자본금을 50%이상 출자하여 설립한 지방공기업을 말한다.

물론 유형별로는 『지방공기업법』 제53조 제1항의 규정에 의하여 하나의 지방자치단체가 전액 출자하여 설립하는 소위, ‘전액출자지방공사’가 있고, 이러한 전액을 출자한 지방공사가 일반적인 유형이다. 아울러 지방자치단체는 서로 규약을 정하여 공동으로 지방공사를 설립할 수도 있다.<sup>105)</sup>

이러한 지방공사의 설립, 업무, 운영 등에 대한 기본적인 사항과 주식발행에 관한 사항은 조례로 정하고<sup>106)</sup>, 그밖의 공사에 관한 주요사항은 정관으로 정한다.<sup>107)</sup> 다만 지방자치단체가 공사를 설립하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 전문기관으로 하여금 주민복리 및 지역경제에 미치는 효과·사업성 등 지방공기업으로서의 타당성 여부를 사전에 검토하고(법 제49조 제3항) 지방자치단체의 장

105) 『지방공기업법』 제50조 공동설립.

106) 『지방공기업법』 제49조 제2항, 제53조 제3항.

107) 정관기재사항은 『지방공기업법』 제56조.

은 지방의회의원·관계전문가 및 당해지방자치단체의 관계공무원등으로 심의위원회를 구성하여 앞의 전문기관의 타당성 검토결과를 기초로 공사의 설립여하를 결정하는 타당성검토제도를 두고 있다(영 제47조 제5항).

타당성 조사의 내용

타당성 검토사항	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 사업의 적정성 여부</li> <li>2. 사업별 수지분석</li> <li>3. 조직 및 인력의 수요판단</li> <li>4. 주민의 복리증진에 미치는 영향</li> <li>5. 지역경제와 지방재정에 미치는 영향</li> </ol>
----------	--

한편 이러한 지방공사의 법적 성질에 대하여는 ‘사단법인’으로 보는 학설<sup>108)</sup>과 공법상 법인으로 보는 학설<sup>109)</sup>이 있다. 그러나 실무에서는 「지방공기업법」 제75조의 “공사에 대하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위안에서 상법중 주식회사에 관한 규정을 준용한다”라는 규정과 기타 자본금의 주식발행, 이사회, 정관, 설립등기 등의 예에 따라 주식회사에 준하는 것으로 보기도 한다. 그러므로 공법상 주식회사 정도로 이해되어지고 있다. 그러나 이론적으로는 지방공사는 「지방공기업법」이 공법이고, 이에 의하여 설립되므로, 당연히 ‘공법상 법인’으로 보아야 한다. 나아가 연혁적인 면에서는 법제사적인 측면에서는 독일에서는 공법상 영조물(Anstalt)로 설치되는 것이 일본에서 계수하는 과정에서 지방공사로 둔갑한 것이 문제가 되고 있다. 따라서 이러한 영조물개념이 우리나라의 실무에서는 잘 사용되지 않으나, 지하철공사 등의 이용관계는 여전히 교과서에서 영조

108) 홍정선, □□지방자치법학□□, 2002, 법영사, 457쪽.

109) 이기우, 앞 책, 263쪽.

물이용관계로 다루고 있기 때문이다. 다만 주식을 가지고 있다는 점에서 문제가 되나, 이 역시 공법상 법인으로 보아야 한다.

아울러 우리나라의 지방공사는 위에서 본 것처럼 지방자치단체 외의 자와 공동으로 출자하여 설립할 수 있으므로 이를 ‘혼합출자지방공사’라고 보아 상법상의 주식회사규정을 준용할 수 있다고 보기도 한다.<sup>110)</sup> 그러나 이러한 우리 지방공사의 모범이 되고 있는 일본의 경우를 보면, 상황이 많이 다르다. 즉 일본에서는 지방공사라는 것은 우리 「지방공기업법」상의 지방공사처럼 지방자치단체가 50%이상 출자하여 설립하는 법인이 아니라, 지방자치단체가 출자하는 각종의 다양한 형태의 법인을 가리키는 일반적인 개념으로서 광의로 사용된다는 점<sup>111)</sup>에 주의하여야 한다. 따라서 일본에서 지방공사라고 하는 것은 법적으로는 “특별법에 의한 지방3공사와 지방자치단체가 25%이상 출자한 민·상법상의 법인”을 말하는데, 주로 실무에서는 지방 3공사를 지칭한다는 점에 주의하여야 한다.<sup>112)</sup> 이러한 지방3공사는 토지개발공사, 도로공사, 주택공사로서, 각각 「공유지를확대하는추진에관한법률」에 근거하여 설립된 토지개발공사, 「지방도로공사법」에 기하여 설립된 지방도로공사, 「지방주택공급공사법」에 의하여 설립된 지방주택공급공사가 있다.<sup>113)</sup> 아울러 독일의 경우에는 이러한 지방공사에 해당하는 개념은 공법상 공기업으로서의 영조물개념이다. 그러나 일본법학이 영조물개념

110) 이기우 앞책, 264쪽이하.

111) 강병규, “일본의 지방공기업제도 개관”, □□地方財政□□ 제60호, 1993.2, 83쪽.

112) 일본에서는 지방공사라고 법에서 정해진 것은 없다. 따라서 일본의 자치성에서 실시한 ‘지방공사등에 관한 조사’에 따르면 대상법인을 다음과 같이 구분하고 있다.

1. 공사, 협회, 기금, 주식회사 등 그 명칭에 상관없이 민법 또는 상법(유한회사법을 포함한다)의 규정에 의하여 설립된 법인중 다음의 것
    - 1) 하나의 지방자치단체가 25퍼센트이상 출자하고 있는 기업
    - 2) 1)외에 지방자치단체가 출자하고 있는 법인
  2. 특별법의 규정에 의하여 설립된 지방주택공급공사, 지방도로공사, 토지개발공사
- 길준규, 앞보고서, 39쪽이하.

113) 자세한 磯崎陽輔, “地方三公社”, 山下 茂, □□特別地方公共團體と地方公社・第三セクター・NPO□□, 1997, 367頁以下.

에 혼란이 온 결과 공사라는 묘한 개념을 만들어 놓았다.

이러한 지방공사의 사업분야는 위에서 살펴 본 지방직영기업의 사업분야, 즉 『지방공기업법』 제2조 제1항과 일치한다. 따라서 지방공기업은 조직상, 재정상, 법상으로 독립되어 있는 지방공기업인데 비하여, 지방직영기업과 사업분야가 같다는 것은 모순이다. 아무래도 지방직영기업보다는 직원도 공무원이 아니고, 회사의 형태를 가지고 있고, 법적으로도 독립되어 있음에도 불구하고 사업분야가 같다는 것은 문제이다. 따라서 입법론적으로는 정비가 요구된다.

지방재정과 관련하여서는 지방공사는 일반회계의 회계연도로 사업연도를 잡으며(법 제64조), 회계기준도 일반 지방자치단체와 달리 기업회계기준으로 처리한다(법 제64조의1 제1항). 나아가 사업별로도 분리하여 계리할 수 있다(법 제64조의1 제2항). 특히 지방자치단체는 지방공사와 관련하여 사채를 발행하거나 외국차관을 들여 올 수 있고(법 제68조), 이러한 사채상환에 대하여는 지방자치단체가 보증할 수 있도록 하고 있는데(법 제68조 제4항), 이러한 보증은 지방자치단체의 재정부담이 될 수 있다. 아울러 지방자치단체는 재정지원으로서 보조금교부나 장기대부제도를 규정하고 있다(법 제71조의2).

그리고 지방자치단체 등과의 관계에서도 국가나 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있고, 이러한 대행사업의 비용부담은 위탁자가 부담하도록 하고 있다(법 제71조). 아울러 공사의 수요물자의 구매나 시설공사계약의 체결 등을 조달청장에 위탁할 수 있도록 함으로써 역시 공법상 법인으로서의 특혜를 부여하고 있다.

#### (4) 지방공단

지방공단은 ‘지방자치단체가 전액 출자한 법인’이다. 이것은 『지방공기업법』이 제76조에서 설립근거조항을 두고 있으나, 출자와 관련하여서는 동법 제53조 제1항만을 준용하도록 하고 있어서 지방공사와 달

리 지방자치단체외의 다른 자의 출자조항이 적용되지 않으므로 지방자치단체만이 100% 출자하여 설립하는 법인이다. 이러한 지방공단은 역시 지방직영사업과 같은 분야의 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 설립된 법인으로 이것은 사단은 아닌 것으로 보인다.

물론 지방공단은 사업분야는 역시 지방직영기업과 다르지 않는데, 실무상으로는 주로 시설관리, 주차관리, 경륜분야에서 설립되고 있다. 아울러 이러한 지방공단은 단순히 지방자치단체의 시설관리를 중심으로 하고 있고, 별다른 큰 수익도 없고, 따라서 대부분이 적자로 운영된다는 점에서 그 존치가 문제되는 지방공기업이다.

지방공사와 지방공단의 운영상의 차이

항 목	지 방 공 사	지 방 공 단
형 태	회사(불허가능)	공공업무대행기관(불허불가)
설 립 주 체	자치단체/공사혼합	자치단체
업무의 독립성	독립적인 사업	특정사무의 위탁 /수탁
재 정 조 달	판매수입	수탁금/수수료
관리자 명칭	사장/이사	이사장/이사
청 산 관 계	출자자에 귀속	설립주체에 귀속

출처 : 안용식/원구환, □□지방공기업론□□, 개정판, 75쪽 표 3-5의 변형

견해에 따라서는 지방공사와 지방공단의 구분점이 없어서 지방공단을 폐지해야 된다는 주장도 있지만, 한편에서는 다른 주장도 있다. 즉 지방공사와 지방공단은 설립목적과 사업영역, 법 적용에서 많은 차이가 있다고 한다. 즉 지방공단은 자치단체사무를 전문성과 기술성의 확

보를 위하여 공기업으로 위탁대행하는 것이고, 지방공사는 민간부문의 사업을 공공성확보를 위해 공기업으로 운영하므로 공공사업을 독립적으로 수행한다고 한다. 아울러 지방공사는 50%미만에서 민간자본의 참여를 허용하나, 지방공단은 금지되고 있다고 한다.<sup>114)</sup>

결과적으로 지방공단은 행정주체를 직접적인 행정으로서 국가와 지방자치단체로 나누고, 간접적인 행정으로서 공법상 사단법인과 재단법인 등으로 나누는 분류법에 의하여 생겨난 것으로 보이나, 지방공단의 운영실무상 대부분은 지방직영기업에 가까운 것이 많으므로 지방공단을 폐지하는 것이 바람직해 보인다.

아울러 이러한 지방공단은 무수익 공익사업, 저수익 공익사업, 수익적 공익사업으로 분류된다고 한다. 즉 ‘무수익 공익사업’이란 “단위사업에서 사용료, 수수료 등의 수입이 전혀 발생하지 않는 사업”이고, ‘저수익 공익사업’은 “단위사업의 운영을 통해 사용자로부터 사용료를 징수하나 국가정책 또는 주민편익적인 측면을 고려하여 저렴한 요금으로 운영되는 사업”이고, ‘수익적 공익사업’은 “단위사업의 성격상 수익적 요소를 갖추고 있으나 지역의 시책적인 차원에서 공익성을 갖는 사업”이라고 한다.<sup>115)</sup>

지방재정과 관련해서는 지방공단은 다른 지방공기업과 달리 특별하게 지방자치단체의 일반회계로 귀속된다. 따라서 지방공단의 모든 수입은 지방자치단체의 일반회계로 귀속하고, 지방공단에서 발생하는 모든 비용은 지방자치단체의 일반회계에서 경비로 지출받아 사용하게 된다. 따라서 경비는 보전받고, 모든 수입은 지방자치단체의 일반회계에 귀속하므로 독립적으로 기업성을 가지고 영리경제활동은 한다고 보기 어렵다.

---

114) 이현희, “지방공기업과 공익”, □□2002 kapa@포럼□□ 제99호, 한국행정학회, 2002.9, 13쪽이하.

115) 이현희, 윗글, 15쪽이하.

## (5) 사법상 지방공기업

위에서는 지방의 영리경제적 활동을 위하여 지방자치단체가 공법의 테두리안에서 자체 수익사업부터 소위 공법상 공기업까지 운영할 수 있음을 살펴보았다. 이제부터는 지방자치단체가 법치국가적인 제약을 지닌 공법을 벗어나서 사법상의 조직형식을 이용하여 영리경제적 활동을 할 수 있는 것인가가 문제되어야 하는 것이다.

이러한 지방자치단체의 사법형식의 사용은 행정주체가 법치국가원칙상의 여러 공법상의 제한을 피하기 위한 “私法으로의 도피”(Flucht in das Privatrecht)라는 주장<sup>116)</sup>부터 시작하여 많은 문제점이 있다고 지적되어 왔다.<sup>117)</sup>

물론 지방자치단체라는 행정주체가 사법형식을 이용하여 영리경제적 활동을 수행하는 경우에는 당연히 법치국가적인 공법상의 여러 제한에서 벗어나 사적 자치의 원칙에 근거한 다양한 활동의 자유를 얻는다. 이러한 행정의 ‘법형식 선택의 자유’는 20세기 초의 사법적인 조직형식과 작용형식이 문제된 이후에는 일반적으로 인정되어 왔다.<sup>118)</sup> 따라서 지방자치단체도 영리경제적 활동을 수행하기 위하여 원칙적으로는 사법적인 법형식을 이용할 수 있다.<sup>119)</sup>

그러나 이러한 법형식 선택의 자유를 지방자치단체에게 무제한하게 허용할 경우에는 지방자치단체는 여러 공법상의 제한을 피하고자 무분별하게 사법적인 법형식을 사용하게 될 것이다. 따라서 독일 지방자치법학에서는 지방자치단체가 영리경제적 활동을 함에 있어서 전통적인 공법상의 법인형식을 이용하는 것보다는 약간의 법적인 제한을 두고 있다.

116) *Fleinder*, Institution des Deutschen Verwaltungsrecht, 1928, S. 326 f.

117) 자세한 논의는 길준규, □□행정사법론에 관한 연구□□, 석사논문(한양대), 1989, 4쪽 이하.

118) 길준규, “사법적으로 조직된 행정 시설”, □□한양법학□□ 제4·5집, 1994.2, 5쪽이하.

119) 다양한 사법적인 조직형식의 이용에 대하여는 길준규, 윗글, 9쪽이하.

이러한 법형식 선택의 자유에 대한 제한을 지방경제법에서는 ‘사법상 법형식의 보충성’(Subsidiarität der privatrechtlichen Rechtsform)이라고 한다.<sup>120)</sup> 즉 이러한 이론에 따르면 지방자치단체는 지방공기업을 공법상 법형식으로 수행하는 것이 불가능한 경우에만 사법적인 법형식을 선택할 수 있다는 것이다. 즉 이러한 이론이 나오게 된 배경은 위에서 본 것처럼 지방자치단체가 사법상의 회사형식으로 지방공기업을 무분별하게 설립함으로써 기존의 공법상의 공기업형식을 사용하려 설립하여 운영하는 경우에 받게 되는 공법상의 엄격한 법치국가원칙을 벗어나 사법으로 도피하는 것을 막으면서, 동시에 지방공기업이 가지고 있는 이중적인 딜레마인 지방공기업이 추구해야 하는 공공성을 최대한 확보하고자 하기 위하여 나온 이론이다.

따라서 이러한 사법상 법형식의 보충성이론에 따를 경우에는 사법형식으로 지방공기업을 선택하는 데에도 제한이 있지만, 아울러 사법상의 조직형식 중에서 어떤 조직형식을 선택할 것인가에 대하여서도 역시 제한이 있다. 즉 사법상 조직형식으로 지방공기업을 설립하는 경우에도 지방의 영리경제적 활동에 대한 일정한 위험요소를 배제하기 위하여 해당 기업의 최악의 재정 및 경영악화시에 관할 지방자치단체에 대한 재정적인 부담을 최소한으로 줄여야 한다는 원칙이다. 이러한 입장에 따라서 독일 지방경제법의 경우에는 실무상 주로 재정악화시에 관할 지방자치단체에게 피해가 적은 유한회사나 주식회사와 같이 일정한 지분과 책임이 제한되는 상법상의 회사가 일반적으로 이용된다.

한편 우리 『지방공기업법』은 지방자치단체는 사법상 지방공기업으로 설립요건으로서, 1) 민간인의 경영참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에

---

120) 이에 대하여 자세히는 길준규, □□지방공기업의 설립에 대한 법리적 고찰 - 독일과 일본의 공기업법제를 중심으로□□, 행정자치부, 2004.10, 32쪽.

이바지할 수 있다고 인정되는 사업, 2) 지방직영기업 등의 사업분야중에서 대통령령이 정하는 기준에 미달하는 사업, 3) 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 의한 체육시설업 및 관광진흥법에 의한 관광사업(여행업 및 카지노업을 제외한다)에 해당하는 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 자본금 또는 재산의 2분의 1 미만을 출자 또는 출연하여 지방자치단체외의 자(외국인 및 외국법인을 포함한다)와 공동으로 상법에 의한 주식회사(이하 “출자법인”이라 한다) 또는 민법에 의한 재단법인(이하 “출연법인”이라 한다)을 설립·운영할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 소위 ‘제3섹터지방공기업’ 내지 사법상 공기업은 “지방자치단체가 50%이하로 출자한 사법상의 법인”을 말하며, 현재로서는 민법상 재단법인은 존재하지 않고, 상법상 주식회사로만 설립되어 있다. 아울러 이러한 사법상 공기업을 설립하는 경우에는, 추가로 출자 또는 출연하는 경우를 포함하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 주민복지 및 지역경제에 미치는 효과, 사업성, 출자·출연의 타당성 여부 등을 미리 검토하여야 하는 ‘사전설립검토제도’를 두고 있다.

그러나 이러한 사법상 공기업이 과연 지방공기업인가, 아니면 사기업인가에는 논란이 많다. 즉 이러한 제3섹터지방공기업의 경우에는 독일에서 말하는 소위 ‘공사혼합기업’으로서, 우리 법제에서는 앞서 지적한 지방공사에 관한 규정에서 함께 규정하고 있다. 따라서 이러한 『지방공기업법』 제53조 제2항에 의거하여 지방자치단체가 자본금의 1/2 이상을 투자한 민관공동출자사업의 경우는 ‘『지방공기업법』상 지방공사’로서 취급되고 있다.

이러한 사법상 지방공기업은 실무에서는 1991년에 시도시범사업선정 보고회를 시작으로 1992년 4월 장흥표고유통공사가 최초 설립된 이래, 2006년 6월 현재 33개 기업에 이르고 있다. 물론 우리나라는 종전에

구 「지방공기업법」 제79조의2(121)에서는 소위 「주식회사형 민관공동출자사업」으로서 지방자치단체가 자본금 또는 재산의 1/2미만을 출자하여 「상법」상에 의한 주식회사 또는 「민법」에 의한 재단법인을 설립·운영하도록 한 적이 있었다. 이것은 지방공기업이라기 보다는 단순한 자본참가에 그칠 수 있는 소위 소수참가의 형태가 되는데 이러한 기업에 대하여는 별도의 공공성확보 규정이 없이는 공공성을 확보하기가 곤란한 입법조항이었다. 이 조항은 2002년 삭제되었다.

그리고 이러한 사법상 지방공기업의 법적 성질과 관련하여 일부에서는 ‘PPP’ 내지 ‘민관공동출자사업’으로 보는 견해(122)가 있는데, 이것은 잘못이다. 사법상 지방공기업인 공사혼합기업과 PPP는 근본적인 마인드가 다르기 때문이다. 즉 공사혼합기업은 처음부터 일정한 지분에 따라 대등하게 사업에 참여하지만, PPP의 경우에는 자본, 기술, 인력, 정보 등의 특정한 분야를 우수한 민간의 것을 빌려와서 참여하는 정도에 불과하기 때문이다.

한편 이러한 사법상 지방공기업을 제3섹터로 보는 견해(123)가 있는데, 굳이 제3섹터라는 표현을 쓰는 것이 바람직한가의 문제이다. 즉 사법상의 법인형식을 이용하는 경우에는 지방자치단체가 1-99%퍼센트를 투자하는 경우에는 어차피 다 공사혼합기업으로 보아야 할 것이기 때문이다. 따라서 개념을 넓게 보면서, 모호한 용어를 사용하는 것은 적절하지 않아 보인다.

물론 이러한 사법상 지방공기업은 일본의 경우에도 과도한 적자 등의 많은 문제점이 나타나고 있으며, 일반적으로는 다음과 같은 문제점들이 지적되어 진다.(124)

첫째 공사혼합기업은 과도한 기업성(경제적 이익)을 추구하므로 공

---

121) 동 조항은 1993년 4월 1일자로 입법되었다가 2002년 3월 삭제되었다.

122) 이종수, 윗글, 124쪽.

123) 안용식/원구환, □□지방공기업론□□, 2001, 84쪽이하.

124) 이종수, 윗글, 125쪽이하.

기업이 가진 공공성이 등한시되는 문제가 생기는 데, 이러한 경우에 기업성과 공공성의 조화를 찾아야 한다고 한다.

둘째 해당 지방자치단체와 사인 참여자의 공사혼합기업에 대한 인식 부족을 들 수 있는데, 따라서 사업운영과정에서 공사혼합기업에 대한 공동운영의식이 부족하여 서로 사업을 등한시 하는 문제가 생긴다.

셋째 각종 세제와 금융제도의 지원이 미흡하다는 것이 지적되고 있다.

넷째 민주적인 통제의 문제로서 지방공사형의 제3섹터의 경우에는 지방의회나 지방자치단체(장)의 통제하에 놓여 있으나, 사법인형의 경우에는 민·상법의 규정상 투자자로서 지방자치단체의 권리행사외에는 별 다른 통제 방법이 없다는 것이다.

다섯째는 공공부문의 과잉개입 문제로서 제3섹터에 대한 공공부문의 개입이 과도하여 당해 사업의 자주성과 독립성을 저해한다는 점도 지적되고 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 지방자치단체가 사법상의 지방공기업을 운영하는 경우에는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다. 즉 첫째는 사법상 지방공기업을 운영하기 위하여는 우선적으로 공공임무가 확보되어야 할 것이다. 따라서 사법상 지방공기업이라 할지라도, 회사형식에 따라 해당 지방자치단체의 조례나 해당 사법상 지방공기업의 정관에 공적인 임무수행이 강조되어 규정되어야 한다. 이는 독일의 작센안할트 주 「지방자치단체법」 제17조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 방식이다. 두 번째로는 사법상 지방공기업에 대한 관할 지방자치단체의 영향력 확보이다. 이는 사법상 지방공기업이 실질적으로 자유로운 자기책임 하에 자율경영을 하게 되므로, 문제될 수 있는 책임경영적인 요소를 확보하기 위하여 필요한 장치이다. 그리고 이러한 영향력 확보의무는 지방자치단체가 행정주체로서의 일반적인 책무에서 비롯되는 것이다. 이는 역시 독일의 작센안할트 주의 「지방자치단체법」 제17조 제1항 제3호에서 규정하고 있다. 세 번째로는 지방자

치단체의 사법상 지방공기업에 대한 배상책임은 단지 확정된 자본부담에 한정되어야만 한다. 즉 지방자치단체는 해당 사법상 지방공기업의 기업경영에 대한 재정위험이 저감되고, 따라서 관할 지방자치단체의 일반적인 행정재산은 이러한 배상책임에서 자유로워져야 한다. 이러한 책임감면을 확보하기 위하여 앞서 언급한 것처럼 주식회사나 유한회사가 사용되고 강요되는 까닭이다. 이것은 독일의 튀링거 주의 『지방자치단체법』 제17조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 방식이다. 네 번째로는 이러한 사법상 지방공기업의 연말결산은 해당 지방자치단체의 조례나 해당 기업의 정관에서 대형자본회사에 대한 상법상의 규정과 일치하도록 경정되어 있어야만 한다는 것이다. 따라서 이러한 사법상 지방공기업간에 통일성과 열람가능성이 보장되어야 한다는 것이다. 다섯째로는 회계감사는 지방자치단체의 직영기업에 관한 규정에 따라 시행되어야 한다는 것이다. 따라서 이러한 사법상 지방공기업에 대한 감사규정은 해당 지방자치단체가 사법상 법형식을 선택하였다 하여 사법으로 도피할 수 없다는 것이다.

## 제 5 절 지방의 영리경제적 활동의 건전화

위에서 살펴 본 바에 따르면, 지방재정의 건전화는 적자재정에서 벗어나는 것이라고 할 수 있다. 따라서 지방재정을 건전화시키기 위하여는 실질적으로 지방의 영리경제적 활동과 밀접한 관계를 가지고 있음을 알 수 있다. 그리고 지방의 영리경제적 활동의 경우에도 당초에 의도했던 수익성과는 거리가 멀게 운용되고 있음을 알 수 있다.

그렇다면 이제 문제는 지방의 영리경제적 활동이 단순히 재정건전성을 확보하기 위한 차원에서만 운용될 수 있는가 하는 문제이다. 이미 앞서 살펴 본 것처럼 우리나라의 경우에는 과도하게 영리성이 강조되어 왔고, 그렇게 영리성을 강조하여 운영한 결과는 역설적으로 더 비영리적이었다는 결과로 나타난다.

아울러 지방의 영리경제적 활동의 특성상 재정건전성을 확보하기 위하여 단순히 영리적으로만 운영될 수는 없다. 왜냐하면 지방의 영리경제적 활동은 지방자치단체의 일반행정사무는 아니지만, 헌법상의 지방자치의 보장에 근거하여 기본적으로 주민에 대한 생존배려에 기여하고 있기 때문이다. 따라서 단순히 재정건전성만 강조되어 수익에만 열을 올린다면, 당연히 주민에 대한 생존배려서비스의 질적 저하는 물론, 이러한 서비스에 대한 요금의 상승 등이 발생할 수 있기 때문이다.<sup>125)</sup>

따라서 지방의 영리경제적 활동의 건전화를 통한 지방재정의 건전화 방안으로서는 다음 장에서처럼 두 가지의 방향으로 개선방안이 제시되어야 할 것이다. 즉 첫째는 지방의 영리경제적 활동의 **법리적 정립 방안**이다. 이것은 지방의 영리경제적 활동 자체가 주민의 생존배려라는 공공성에 입각하고 있고 그로써 수익성이 정당화되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 그동안 우리나라에서는 수익성 위주의 정책판단만이 부단하게 강조되어 왔다. 따라서 이러한 수익성위주의 정책 및 법제에서 벗어나 본격적으로 지방경제법의 법리에 맞게 지방의 영리경제적 활동이 새로이 재편됨으로서 공공성을 확보하여야 할 것이다. 이러한 개선방안에 따라 무분별한 지방자치단체의 지방공기업 설립을 제한함으로써 지방재정에 기여할 수 있을 것이다.

두 번째는 지방의 영리경제적 활동의 **건전성 확보방안**이다. 이러한 경제성은 지방의 영리경제적 활동에 대한 재정건전성을 확보하는 방법으로서, 종래의 무한 추구방식의 수익성이 아닌 비용충당방식으로 경제성을 추구하는 방안이다.

따라서 이러한 공공성과 경제성이라는 두 마리를 토끼를 쫓는 식으로 지방의 영리경제적 활동을 개선함으로써 궁극적으로 지방재정의 건전화에 기여할 수 있을 것이다.

125) 유사한 논의로서는 신영수, □□공기업 예산·회계 관련 법제의 개선방안□□, 한국 법제연구원, 2004.11, 30쪽이하.

## 제 4 장 지방자치단체에 의한 건전화방안

### 제 1 절 설립요건을 통한 법적 제한

위에서 살펴 본 지방의 다양한 영리경제적 활동을 지방재정건전화와 관련하여 가장 건전화하게 규제하기 위한 가장 중요하면서도 기본적인 방법은 지방자치단체를 영리경제적 활동의 설립단계부터 법적으로 제한하는 것이다. 즉 지방경제법이 가지고 있는 기본적인 법리에 따라 영리경제활동에 대한 설립요건을 규정하고 이에 따라 지방자치단체의 설립행위를 엄격하게 법리적으로 제한하는 방안이다. 왜냐하면 위에서 살펴 본 것처럼, 수익을 위한 영리경제활동이 결과론적으로는 지방재정에 부담이 됨으로 아예 설립단계부터 엄격하게 법적으로 제한하는 것이 오히려 지방재정에 기여하기 때문이다.

#### 지방공기업 연도별 설립 현황

연 도	1998	1999	2000	2001	2002	2003
설립기업수	271	299	306	308	319	332

\* 행정자치부, 보도자료, 2003.11.5, 4쪽.

그러나 이러한 방안에 대하여 일본과 우리나라는 독일의 법제를 계수하는 과정에서 이러한 지방의 영리경제적 활동의 설립요건에 관한 법규정이 흠결되어 있다. 물론 독일식의 관념을 현행법에서도 간접적으로는 도출해 낼 수는 있다. 따라서 원칙적으로 지방자치단체는 설립요건을 규정하여 설립요건에 해당하는 경우에만 영리경제적 사업을 수행하도록 제한함으로써, 지방자치단체의 지방공기업설립을 통한 무분별한 재정남용으로부터 스스로 통제할 수 있는 것이다.

물론 우리 법에서도 제한적이기는 하지만, 지방공사나 지방공단을 설립하는 경우에는 『지방공기업법』 제49조 제3항에서 “지방자치단체가 공사를 설립하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 주민 복리 및 지역경제에 미치는 효과·사업성 등 지방공기업으로서의 타당성여부를 사전에 검토하여야 한다”고 규정함으로써, 소위 **타당성검토제도**를 두고 있다. 그러나 이러한 규정에 따르면 지방직영기업 등의 경우에는 타당성 검토조차도 필요하지 않거나 어차피 지방재정의 일반회계에서 지출되므로 상관없다는 것으로 보이기도 한다.

현재 실무에서 이러한 타당성 검토로서 시행하고 있는 내용은 지역 여건 분석(정책적 가치판단), 사업계획의 적정성 분석(전략적 가치판단), 자원조달계획의 적정성 분석(재정적 타당성 검토), 사업수지 분석(경제적 타당성 검토)로 이루어져 있고, 최종적으로 검토결론에 따라서 설립인가를 검토하고 있다.<sup>126)</sup> 그러나 이러한 요건은 법에서 규정한 주민복리에 미치는 효과, 지역경제에 미치는 효과, 사업성 등의 요건을 적절하게 반영하였다고는 보기 어렵다.

따라서 아래에서는 독일의 지방경제법에서 지방의 영리경제적 활동의 전제조건으로 삼는 법적 요건들을 중심으로 하여 설명해 보기로 한다.<sup>127)</sup>

독일의 경우에도 20세기 초반 정확히는 1930년대에 지방자치단체들이 재정난을 타개하고 수익성을 높이기 위하여 우후죽순으로 지방공기업을 설립하였던 시대가 있었다. 따라서 이러한 당시의 상황을 입법으로 규율하기 위하여 설립요건으로 제시한 것이 소위 포피츠공식(Popitz-Formel)이다. 즉 당시 프로이센의 재무장관이었던 요하네스 포피츠는 공공성, 보충성, 이행능력을 지방공기업의 설립요건으로 제시하

126) 자세하게 소개한 글로는 안용식/원구환, 앞책, 154쪽이하.

127) 물론 이러한 논의는 필자의 독일에서의 박사논문 및 다음 글에 의존한다. 길준규, □□지방공기업의 설립에 대한 법리적 고찰 - 독일과 일본의 공기업법제를 중심으로□□, 행정자치부, 2004.10.

였고, 이것은 후에 1935년의 『독일지방자치단체법』(Deutsche Gemeindeordnung) 제67조에 입법화되었다.<sup>128)</sup> 이후 독일은 연방공화국이후에 각 주의 『지방자치단체법』에서 이를 모범으로 하여 규정하고 있다. 물론 주에 따라서는 약간의 차이가 있으나 기본적으로는 3대 요건을 중심으로 설명하고 있다. 아래에서는 지방의 영리경제활동의 설립요건을 개별요건별로 설명하기로 한다.

## 제 2 절 공공목적

### 1. 개념

지방자치단체의 영리경제적 활동에 대한 가장 우선적인 전제조건은 역시 공공성이다. 왜냐하면 본질적으로 지방자치단체는 수익성만으로 영리경제활동을 운영하는 것이 아니라, 원칙적으로 주민의 **생존배려**를 위하여 수행하는 활동에서 그 서비스이용에 따른 대가의 획득이라는 의미에서 수익이 발생함으로써, 굳이 세입에 의존하는 지방자치단체라는 행정조직과는 독자적인 형식의 조직에 의하여 독립적으로 운영할 수 있기 때문이다. 따라서 공공목적을 수행하다 보니, 수익성이 생기고, 따라서 조직을 독립시킨 것이지, 수익성만을 추구하려고 영리경제활동을 하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 이러한 공공성을 확보하기 위하여 독일의 지방경제법은 해당 영리경제적 활동이 ‘공공목적’을 수행하는가 여부로 판단하고 있다.

더욱이 지방의 영리경제활동의 경우에 단지 수익성으로만 기능한다면, 지방자치단체가 사인과 같이 이윤추구의 활동만을 할 수 있는가하는 **본질적인 정당성의 문제**가 생긴다. 따라서 지방의 영리경제활동은

128) D. Hauser, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen - Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 9.

그 경제활동에 의한 수익성을 공공목적에 수행함으로써 정당화되어지는 것이다.<sup>129)</sup>

따라서 법제사적으로는 『독일지방자치단체법』 이후에 독일의 대부분의 주들은 위 법을 승계한 『지방자치단체법』에서 경제기업(지방공기업, Wirtschaftsunternehmen)의 설립, 변경, 확대 등의 요건으로서 “공공목적”(öffentlicher Zweck)을 규정하고 있다. 심지어는 일부의 주는 이러한 공공목적에 더욱 강조하기도 하는데, 특히 노트라인-베스트팔렌주 『지방자치단체법』 제107조 제1항 제1호 a)에서 “긴급한 공공목적”이라고 규정하므로 지방의 영리경제적 활동에 대한 공공성을 더 엄격하게 표현하여 명문으로 규정하고 있다.

그러나 지방의 영리경제적 활동이 수행하여야 할 공공목적이 무엇이냐는 명확하지 않다. 독일의 경우에도 지방의 영리경제적 활동의 유형화를 통하여 이러한 공공목적에 구체적으로 실증하려고 하였으나 결국은 100개를 넘기고서는 실패로 돌아갔다. 따라서 이러한 공공목적은 추상적인 것으로 전혀 이것이라고 한정적으로 말할 수는 없다. 따라서 이러한 공공목적은 주민에 대한 생존배려를 기반으로 하여 시대에 따라 변화되는 것이며, 특히 해당 지방자치단체 주민의 경제적인 생활조건의 발전에 달려 있다.<sup>130)</sup>

그러므로 우리나라의 지방공기업의 설립에는 당연히 공공목적에 해당하는 조항을 두어, 해당 지방공기업이 과연 공공목적에 수행하고 있는가 내지는 공공목적의 수행을 위하여 해당 지방공기업의 설립이 필요한가를 심사하도록 하여야 한다.<sup>131)</sup> 더욱이 우리나라는 일본과 마찬가지로

---

129) D. Ehlers, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, NJW-Beil. 23/2002, S. 34.

130) W. Meyer, Kommunalwirtschaftsrecht und kommunale Handwerkstätigkeiten, WiVerw 2003, S. 60.

131) P. J. Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht - Kommunalrecht, Poliyeyrecht und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 109.

가지로 실무상 지방공기업이 공공 목적을 수행한다고 보기 어려운 분야가 많으므로 긴급한 공공 목적으로 엄격하게 적용하는 것도 입법론적으로는 필요할 것이다.

아울러 독일의 지방경제법은 지방의 영리경제적 활동에 대하여 전제조건으로 설립요건규제뿐만 아니라 이러한 엄격한 공공성 규제에서 한 걸음 나아가서, 설립된 후의 지방자치단체의 영리경제적 활동에서 설립 당시의 공공목적이 지속적으로 충족되는지에 대한 통제 의무까지 지방자치단체에게 부과하고 있다.<sup>132)</sup>

그렇다면 지방의 영리경제적 활동에서의 공공성은 본질적으로 무엇을 의미하는가? 이것은 이러한 공공성조항은 근대국가이후에 역사적인 이유에서 모든 지방의 영리경제적 활동은 근본적으로, 주민의 공공복리의 실현, 즉 생존배려(Daseinsvorsorge)에 봉사하여야 한다<sup>133)</sup>는 것을 말하는 것이다. 즉 지방자치단체가 지방공기업을 설립하여 제공되는 급부(서비스) 등은 기본적으로는 지방자치단체가 부여받은 임무범위 내에 놓여 있어야 하고, 따라서 주민생활에 대한 생존배려를 목적으로 한다는 것이다. 그러므로 지방의 영리경제적 활동은 근원적으로 해당 지역공동체를 위하여 주민생활에 필요한 요구(사항)와 생존배려의 일부분을 이루어야 한다<sup>134)</sup>는 것이다. 물론 여기서의 긴급성요구는 법문상으로만 강조된 명령일 뿐, 실무에서는 그렇게 엄격하게 해석되지는 않는 것으로 보인다.

이러한 지방자치단체가 영리경제적 활동을 수행하는 경우에 가져야만 하는 공공목적과 관련하여서 위에서 보는 것처럼 설립요건 등과

132) 독일 노트라인-베스트팔렌 주 『지방자치단체법』 제109조 제1항 제1문.

133) J. Hidién, Gemeindliche Betätigung rein erwerbswirtschaftlicher Art und öffentlicher Zweck kommunaler Wirtschaftsunternehmen, 1981, S. 152 ff.; ders., Die positive Konkretisierung der öffentlichen Zweckbindung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, 1984, S. 44; Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 2, 1976, S. 150; E. Schmidt-Jortzig, Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, in: G. Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 2. Aufl., 1984, S. 56 ff.

134) Vgl. Kil Joon Kyu, a.a.O., S. 134.

같이 적극적인 의미에서 파악하기도 하고, 나아가서는 이러한 공공목적을 구체적으로 유형화시키려는 시도<sup>135)</sup>도 있었지만, 지방의 영리경제적활동에서의 공공성요건을, 다른 한편으로는 아래에서와 같이 ‘영리목적 배제’하기 위한 소극적인 의미로 파악하는 것이 최근의 일반적인 흐름이다.

또한 이렇게 지방자치단체의 영리경제적 활동을 이러한 공공성요건인 공공목적에 의하여 제한하는 것은 「기본법」상 지방자치의 보장에 따라 지방자치단체에 부여한 형성여지에 위반되지 않느냐는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 지방자치단체의 모든 영리경제적 활동 내지 지방공기업은 그들의 급부(서비스)에 의하여 지방주민의 공공복리에 직접적으로 복무해야만 하므로 이러한 위헌논의는 인정되기 어렵다.<sup>136)</sup>

아울러 최근에 독일의 노트라인-베스트팔렌 주에서 아래에서 언급하는 ‘보충성 조항’이 삭제된 이후에는, 노트라인-베스트팔렌 주의 「지방자치단체법」 제107조 제1항 제1호에서 규정하는 이러한 긴급한 공공목적의 조항이 단순 임무배분규정으로서의 권한 규정이나, 아니면 사인을 위한 보호규범이냐는 논의가 보충성조항의 삭제에도 불구하고 보충성에 대한 논거로서 계속적으로 주장되고 있다.<sup>137)</sup>

물론 이러한 지방의 영리경제활동에서의 공공성의 강도에 대하여서는 지방자치단체의 측면에서 본다면, 다른 평가가 나올 수도 있다. 즉 지방자치단체의 입장에서 보면, 단순히 문화적, 사회적 목적을 수행하

---

135) J. Hidién, Die positive Konkretisierung der öffentlichen Zweckbindung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, 1984.

136) BVerfGE 61, 82 (107).

137) 물론 다수설과 행정법원의 판례는 권한규정으로 보고 있으나, 보호규범으로 보는 견해도 만만치 않다고 볼 수 있다. 보호규범을 반대하는 견해로는 BVerwGE 39, 329 (336); Rauball/Pappermann/Roters, GO NW, 3. Aufl., 1981, § 88 Rn. 2; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, S. 233 f.; Schmidt-Aßmann, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S. 79 f.; Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 9. Aufl., 1996, Rn. 266; P. J. Tettinger, NJW 1998, S. 3474. 보호규범성을 주장하는 견해로는 OLG Hamm, NJW 1998, 5304; H. -U. Erichsen, Kommunalrecht NW, 2. Aufl., 1997, S. 292.

는 경우에는 굳이 영리경제적 활동보다는 공공시설을 이용하는 것이 낫고, 따라서 일반적으로 공공시설이 영리경제적 활동보다 더 공공성이 높다고 평가할 수 있다. 그러나 최근에는 대부분의 공공시설이 약간의 수익성을 갖게 됨에 따라 경제적 목적을 추구하는 영리경제적 활동과의 명확한 구분이 어려워졌다. 따라서 독일의 경우에도 양자는 단지 이론적으로만 구분될 뿐, 실제로는 영리경제적 활동의 차원에서 이러한 문제를 다루고 있다.

그렇다면 이러한 지방의 영리경제적 활동의 전제조건으로서의 공공성의 확보가 우리 법에서도 가능한가 하는 문제가 제기될 수 있다. 물론 우리 법에는 이와 유사한 직접적인 조항은 없으나, 간접적인 조항은 여러 군데에서 발견된다. 예를 들면, 『지방공기업법』 제1조의 목적 조항에서 “주민의 복리증진에 기여하게 함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있고, 제2조 제1호에서도 “주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업”, 제3조의 경영의 기본원칙에서도 “공공복리를 증대하도록 운영하여야 한다”고 규정하고 있다.<sup>138)</sup> 아울러 지방공사나 지방공단의 설립을 위한 타당성 검토를 정한 『지방공기업법』 제49조 제3항에서도 “주민복리에 미치는 효과”라고 규정하고 있다.

다만 우리 법에서는 이러한 지방공기업의 공공성확보를 명문상으로 설립에 대한 기본요건으로 보기보다는 간접적으로 보고 있는 것으로 보인다. 특히 공공복리를 주민복리와 함께 보고, 그러한 주민복리의 내용에 지역경제의 활성화와 지역개발의 촉진을 포함하는 것으로 보인다.

138) 독일의 경우에는 지역경제성장의 촉진은 허용되지 않는 목적설정 내지는 충분하지 않은 목적설정이라고 보고 있다. D. Ehlers, *Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?*, NJW-Beil. 23/2002, S. 36. 그러나 지역개발의 목적은 이미 완전한 지역균형발전을 이룬 독일과 달리, 지역균형발전의 측면에서는 여전히 근대화의 도상에 있는 우리나라의 경우에는 입장이 다르다고 보아야 할 것이다.

따라서 입법론적으로는 지방의 영리경제활동의 정당성 확보를 위하여 우리 『지방공기업법』에 지방공기업의 설립요건으로서 ‘공공성’ 내지 ‘공공목적’의 수행이라고 명확하게 규정하여야 한다.

## 2. 부수 목적으로서의 영리성

지방자치단체가 영리경제적 활동을 추구하는 이유는 위에서 살펴 본 것처럼 주민에 대한 생존배려 등의 공공목적은 주요 설립이유로서 추구해야 하는 설립 및 운영의 주요 목적으로 하고 있기 때문에, 그밖의 부수목적으로서 수익성을 추구하는 것이다. 따라서 실무상에서 추구하는 이러한 수익성 내지 영리성이 과연 지방의 영리경제적 활동에서 얼마나 추구할 수 있을 것인가가 문제될 수 있다.

즉 지방의 영리경제적 활동에 대한 절대적인 유인 가운데의 하나인 이러한 상인적 방법에 의한 이윤(수익)확보(Gewinnerziehung)의 시도는 위에서 살펴본 설립요건인 전제조건으로서의 당위적인 공공목적 조항과 관련하여 그 가능성여부가 문제된다.

물론 통설은 지방의 영리경제적 활동에서 이윤추구는 절대적으로 배제되어야 한다고 본다. 즉 지방의 영리경제적 활동에서의 ‘순수 수익 목적’은 전혀 공익목적이 될 수 없고<sup>139)</sup> 따라서 지방의 영리경제적 활동을 수행하기 위한 정당성의 조건에도 미달하기 때문이다. 따라서 헌법적으로 순수한 영리경제행위는 배제되어 있다고 본다.<sup>140)</sup>

이러한 영리성의 자제요구에 대하여 물론 실무에서는 “간접적인 공

---

139) *BVerfGE* 61, 82 (107); *BVerfGE* 39, 329 ff.; *A. Dickersbach*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlichrechtlicher Sicht, *WiVerw* 1983, S. 184; *D. Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, *DVBl.* 1998, S. 499; *J. Hidien*, a.a.O., 1981, S. 74 ff.; *E. Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982, Rn. 686; *ders.*, Besonderes Verwaltungsrecht, 1995, Rn. 126.

140) *D. Ehlers*, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, *NJW-Beil.* 23/2002, S. 34.

공목적”, 즉 지방의 영리경제적 활동을 수행하면서 수익사업으로 올린 수익이 지방자치단체의 다른 공공임무에 사용됨으로써 지방자치단체의 예산에 대한 부담을 덜어 준다면, 이러한 수익을 공익목적으로 볼 수도 있지 않냐<sup>141)</sup>는 주장이 제기되기도 한다. 이러한 입장에서 계속적으로 지방자치단체가 지역개발의 미명하에 골프장을 건설하거나 심지어는 카지노사업까지 손을 뻗치고 있다. 그러나 지방자치단체의 영리경제적 활동에서 이러한 수익성을 강조하는 입장은 지방자치의 본질인 지방자치단체의 본질적인 적절한 재정조달을 기만하고, 나아가 ‘공공임무의 재정조달은 원칙적으로 조세에 의존해야 한다’는 근대국가이후의 조세국가의 원리<sup>142)</sup> 등을 위반한다. 따라서 지방의 영리경제적 활동을 통한 전적인 이윤추구는 처음부터 지방자치단체의 영리경제적 활동에서 배제되어야만 한다.

물론 지방자치단체가 영리경제적 활동을 수행하면서, 원래의 주목적인 공공목적에 부가하여 부수적으로 수익활동(이윤확보)은 추구할 수 있다. 그러나 이러한 이윤추구는 반드시 공공성을 확보한 후에 추구하는 부차적인 것이어야 하고, 당연히 공공 목적을 방해하지 않는 한도에서 추구되어야 한다.<sup>143)</sup> 이러한 측면에서 노트라인-베스트팔렌 주 「지방자치단체법」도 제109조 제1항 제2문의 수익성명령과 경제성의 일반원칙 등을 공공목적에 이어 규정하고 있고, 따라서 이러한 수익성 명령도 단지 위에서 언급한 한도내에서 사용할 수 있는 경제적 잠재성을 좀 더 이용하는 것이라고 해석하고 있는 것이다.<sup>144)</sup>

141) 이러한 주장에서는 실무에서의 요구를 받아 들여, 지방의 “적절한 재정확충권”이 헌법상 지방자치의 보장에 포함되어 있다는 주장인데(*O. Otting, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen*, 1997, S. 199, 218), 이미 이러한 주장은 역사적으로나 헌법적으로나 배제되어 있다. *W. Berg, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates als Verfassungsproblem*, *GewArch* 1990, S. 228; *D. Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, *JZ* 1990, S. 1091.

142) 헌법상 정당성에 대하여는 길준규, 앞의 글, 1997.9, 참조.

143) *D. Ehlers*, *DVB1.* 1998, S. 500.

144) *BVerfGE* 82, 29 ff.

그렇다고 지방자치단체가 영리경제적 활동을 수행하면서 무조건적으로 적자재정을 운영하라는 것은 아니다. 따라서 지방의 영리경제적 활동이 어느 정도까지 수익을 올려야 하는가는 지방의 재량영역이다. 그러나 위에서 언급한 것처럼 수익성의 명령과 경제성 원칙을 종합하여 보면, 일반적으로는 지방의 영리경제적 활동은 그 수익이 ‘비용충족의 원칙’(Kostendeckungsprinzip)에 따라 통상의 은행이자<sup>145)</sup>와 해당 영리경제적 활동의 수행에 필요로 하는 시설의 채투자에 필요한 정도의 수익에 한정되어야 한다고 한다.<sup>146)</sup>

따라서 지방공기업법에서의 말하는 ‘경제성의 원리’를 보면, 일반적으로 경제학에서 말하는 경제원리가 아님을 알 수 있다. 즉 사기업에서는 경제원칙으로 추구하는, 일반적으로는 최소한의 투자에 최대한의 수익을 올리는 것을 말하는 것이 아니라는 점이다. 지방의 영리경제적 활동에서는 근본적으로 주 목적으로서 공공목적을 수행하면서, 부수적으로 영리성을 추구함으로써, 해당 수익은 기본적으로 투입된 비용을 회수하는 정도에 그친다는 것이 이러한 공경제의 특징이다. 따라서 우리나라에서 오인되는 것처럼 지방의 영리경제적 활동이 기본적으로 순수 영리목적으로 단지 이윤을 올리기 위한 도구만은 아니라는 점이다. 물론 지방의 영리경제적 활동이라는 것이 워낙 투자된 비용을 회수하지 못하는 경우가 독일의 경우에도 많으므로, 최소한 기본 경비에 이자정도의 수입을 올리라는 것이 경제원칙으로서 입법자가 명령하는 수준인 것이다.

물론 영리성을 지방의 영리경제적 활동에서도 인정하려고 하는 시도<sup>147)</sup>는 공공의 ‘여백사용’(Randbenutzung) 또는 ‘병합행위’(Annexattivitàg-

---

145) 보통의 예금이자 독일에서는 2-4%, 대출이자 4-8% 정도라고 볼 때, 실제로 수익성은 그다지 높을 수 없고, 단지 비용을 확보하는 수준이라고 보는 것이 좋을 것 같다.

146) W. Kluth, a.a.O., S. 8.

147) U. Cronauge, Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., 1997, Rn. 770j.

keit)<sup>148)</sup>를 예로 하여 설명하려고 하기도 한다. 그러나 그 예로 시영사업소의 자신들의 업무 노하우를 동유럽이나 그곳 시영사업소에 수출하는 경우를 드는데, 이러한 경우도 일반적인 경우의 경제활동에서의 영리성 확보는 이러한 여백사용이나 병합행위처럼 본래의 업무외에 부수되는 잉여 내지 과잉시설을 이용한다는 아주 자그마한 규모의 수익활동을 넘게 되므로 지방의 영리경제적 활동에서의 수익성을 설명하는 기준으로서는 적절하다고 볼 수 없다.

최근의 재정적자를 타개하기 위하여 독일에서 시도된 새로운 지방의 영리경제적 활동과 관련하여서 특히 인상적인 사건은 통신분야이다. 즉 우편민영화이후 통신사업도 함께 민영화되었는데, 이러한 민영화를 틈타서 지방자치단체가 통신분야 특히 음성전화사업분야에 진출한 것이다. 그러나 이러한 전화사업이 지방의 영리경제적 활동에 대한 전제조건인 기존의 『지방자치단체법』상의 공공목적으로 포괄하기에는 좀 어려웠던지, 노트라인 베스트팔렌 주는 1997년에 『통신급부분야에서의 지방자치단체와 지방자치단체조합의 경제활동강화에 관한 법률』(Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsleistungen)<sup>149)</sup>을

148) 이것은 시가전차나 버스상의 광고면적의 임대, 도축장의 각얼음의 판매 등으로 기존의 업무를 수행하면서 잉여시설이나 과잉시설로서 공간이나 능력을 이용하여 경제활동을 하는 경우이다. U. Schlisky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 227 f.; Heintzen, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, 1999, S. 54 ff.

149) 당시 독일에서 지방자치단체가 통신전화사업에 참가하는 문제는 격렬한 논쟁을 가져왔다. 당시 이 법률의 입법과 관련하여서는 Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, LT-Ds. 12/2113; 특히 1997년 10월 22일의 노트라인베스트팔렌주의 지방정책위원회의 공공청문회에서 Burmeister교수와 Löwer는 반대의 견해를 표명하였다. J. Burmeister, Stellungnahme zum Gesetzentwurf LT-Ds. 12/2113, 1997.10; Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Kommunalpolitik, LT-Ds. 12/2566. 물론 이 문제는 연방차원에서 도이체텔레콤의 민영화에 따른 지방에 의한 재국가화에 따라 Möschel(FAZ vom 21.5.1996, S. 15)과 Stober(Stellungnahme, BT-RechtsA-Prot. 12/117, S. 44, 47, 48), 독점위원회(Monpolkommission, Elftes Hauptgutachten 1994-95, BT-Ds. 13/5309, Tz 60 f., 115 ff.), 뮐러(M. Müller, Zur verfassungs-

제정하였고, 나아가 해당 『지방자치단체법』 조항을 1998년 12월 17일에 개정하면서 통신분야에서의 영리경제적 활동에 대하여서도 그 정당성을 확보할 수 있도록 직접 관련조항을 제정하였다. 따라서 이러한 입법적인 적법성 확보를 통하여 소위 쾰른시의 전화회사인 ‘네트 콜로네’를 정당화되었다.

한편 우리 법에서 보면, 『지방공기업법』 제3조는 경영의 기본원칙으로서 “항상 기업의 경제성… 증대하도록 운영하여야 한다”고 규정하고 있다. 아울러 동법상의 경제성은 영리수익성으로 이해하는 것으로 보인다. 아울러 동법 제49조 제3항에서는 지방공사와 지방공단을 설립하는 경우에 사업성검토에서 ‘사업성’을 고려하여야 한다고 규정함으로써 간접적으로 영리성을 표현하고 있다.

그러나 위에서 살펴본 바와 같이, 지방의 영리경제적 활동에 관한 법리에 따른 지방공기업은 사기업과 같은 경제성이 아닌 다른 개념의 경제성이 인정되고 있고, 따라서 지방의 영리경제적 활동은 단순한 영리수익성으로 해석해서는 안 되는 것임을 알 수 있다.

특히 우리 법에서는 지방직영기업의 사업분야외에 새로이 지방직영기업, 지방공사, 지방공단 등을 운영하는 경우에 즉 특별회계를 설치하는 경우에는 “경상경비의 5할이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업”이라고 규정함으로써, 경제성이 단순한 영리수익성이기 보다는 수입지출을 맞추는 선, 즉 재정건전성을 확보하는 것임을 간접적으로 보여 주고 있다.

아울러 이러한 수익성 내지 경제성을 『지방공기업법』에서 과연 명문으로 규정하는 것이 올바른 가는 다시 검토되어야 할 것이다. 물론

---

rechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt, DVBl. 1998, S. 1263)가 찬성하였고, 엥젠(I. Ebsen, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, DVBl. 1997, S. 1039, 1042)과 팡만(Fangmann, Das neue Telekommunikationsgesetz, 1997, S. 199 ff), 뤼더(Pünder, Die kommunale Betätigung auf dem Telekommunikationssektor, DVBl. 1997, S. 1353)가 지지하였다.

영리성을 법에서 규정하고 있지 않은 독일의 경우에도, 영리성은 지방의 영리경제적 활동이 기업활동으로서 기본적으로 가진 속성이기 때문이다. 그러나 우리나라에서는 과도하게 경제성이 강조되므로 복합적으로 검토되어야 할 것이다.

### 제 3 절 지방자치단체의 이행능력

지방자치단체가 영리경제적 활동을 수행하기 위한 전제조건, 나아가 지방재정의 건전성을 확보하기 위한 요건으로는 해당 지방자치단체의 재정능력을 포함한 행정·경제적인 능력을 고려할 수 있다. 즉 이것은 해당 지방공기업에 제공해야 할 서비스에 대한 수요(Bedarf)를 해당 지방자치단체의 능력으로 감당할 수 있느냐 하는 것이다.

이러한 지방의 영리경제 활동을 위한 지방자치단체의 급부 내지 이행능력을 고려하여 설립요건으로서 규정한 입법례로는 독일의 노트라인-베스트팔렌 주 『지방자치단체법』을 들 수 있다. 동법 제107조 제1항 제1문 제2호를 보면 지방의 경제기업을 설립하기 위하여는 ‘지방자치단체의 이행능력’(Leistungsfähigkeit)이 문제된다. 즉 이러한 규정은 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동의 종류와 범위가 그것을 부담하는 해당 지방자치단체의 이행능력과 적절한 비례관계에 있어야 한다는 것이다. 즉 지방자치단체가 영리경제적 활동을 위하여 지방공기업을 설립하는 것은 궁극적으로 당연히 **해당 지방자치단체의 행정력과 재정(능)력**에 달려 있는 것이다.

이러한 조항을 입법자가 규정한 목적은 역사적으로 지방자치단체를 영리경제적 활동이라는 **과잉활동(투자)으로 보호**하는 데에 입법목적이 있는 것이다.<sup>150)</sup> 물론 수익성을 올리기 위하여 영리경제적 활동을 한

150) H. -U. Erichsen, Kommunalrecht des Landes NW, 2. Aufl., 1997, S. 280; E. Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: E. Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S. 81.

다 하더라도, 만약에 장래에 발생할 재정적인 리스크를 포함한 지방자치단체의 운용능력을 사전에 미리 파악하고 수행하여야 한다는 것이다. 이것은 사기업과 달리 지방자치단체는 행정주체로서 장래에 발생할 지도 모를 위험에 노출되어서는 안 되고 항상 안정적으로 운영되어야 한다는 것을 배경에 깔고 있는 것이다. 그리고 이러한 조항은 최근의 독일 지방경제법에서 더욱 중시되고 있다. 왜냐하면 요즈음에는 기업이 과거와 달리 매우 큰 규모의 커다란 경제단위로 설립되기 때문이다. 따라서 만약에 이러한 지방공기업이 대단위규모로 설립되었다가 경영 등의 부실이 생기는 경우에는 곧 바로 해당 지방자치단체의 재정적인 부담으로 직결되기 때문이다.

이 조항과 관련된 대표적인 사건으로 독일 노트라인 베스트팔렌 주의 쾰른시가 한 시영회사를 통하여 텔레비전 방송국인 ‘VOX’에 투자하였는데, 이 회사의 손실이 1995년 당시에 5천만 마르크(약 275억원)에 달하여서 크게 문제된 적이 있고, 이 사건을 이유로 지방자치단체의 보증과 파산이 문제되었기 때문이다.

아울러 노트라인 베스트팔렌 주의 「지방자치단체법」에서는 명문으로 규정하지 않고 빠져 있으므로 지방자치단체의 이행능력으로 해석하는 당해사업의 필요성문제는 해당사업이 해당 지자체의 주민의 복지를 위하여 필요한가의 문제이다. 따라서 해당 사업에 전제되는 수요를 대상으로 하여 지방공기업의 설립 등이 논의되어야 한다는 것이다.

우리 법에서는 아직 지방공기업 등을 설립함에 있어서 해당 지방자치단체의 재정 등을 포함한 이행능력을 고려해야 한다는 규정은 존재하지 않는다. 그러나 이 역시 입법적으로는 필요하다고 생각된다.

## 제 4 절 보충성원리

세 번째로 보충성의 원리는 왜 지방자치단체가 영리경제적 활동을

하여야 하는가 또는 할 수 있는가에 대한 헌법상의 본질적인 문제가 된다. 결론적으로 지방의 영리경제적 활동에서의 보충성의 원리(Subsidiaritätsprinzip)란 원칙적으로 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동은 더 작은 구성단위인 사경제의 구성단위인 사기업과 시장에서 경쟁해서는 안 된다는 원리이다. 이 원리는 지방자치단체가 수익성을 위하여 영리경제적 활동을 하는 경우에도 민간경제에 부담을 줄 수 있는 분야에서는 활동해서는 안 된다는 원리이다. 이것은 본질적으로 지방의 영리경제적 활동이라고 하는 공경제(öffentliche Wirtschaft)는 근대국가이후로 조세국가원리에 따라 사인인 사경제에게는 조세로만 경제적인 부담을 지울 수 있을 뿐이고, 직접적으로 시장에서 경쟁자로 등장해서는 안 된다는 원리이다. 따라서 이러한 원리는 독일의 『지방자치단체법』상으로는 “사기업보다 더 낮게 또는 더 경제적으로 해당 서비스를 제공할 수 없는 한, 지방공기업을 운영해서는 안 된다”고 규정되어 있다.<sup>151)</sup>

이러한 보충성의 원리에 대한 입법례로서 독일의 대부분의 주는 『지방자치단체법』에서 약간의 차이를 제외하고는 관련 규정을 가지고 있다. 다만 노트라인-베스트팔렌 주는 구 『지방자치단체법』의 제88조에 있었던 보충성원리를 실제적인 적용상의 어려움을 이유로 1994년 법 개정시에 삭제하였다.<sup>152)</sup> 그러나 법개정에 따른 보충성원리의 삭제에도 불구하고 여전히 보충성원리에 대한 논쟁이 이어지고 있다.

따라서 보충성원리에 관한 논쟁을 살펴보면, 노트라인 베스트팔렌 주의 『지방자치단체법』 개정으로 보충성규정의 삭제이전에는 이 규정으로 지방의 영리경제적 활동을 제한하려는 시도에 대하여 논란이 많

151) 길준규, “독일 경제행정법상의 국가의 경제활동과 헌법상 정당성”, □□배준상교수정년기념논문집□□, 1997, 437쪽; 같은이, “독일 경제행정법상의 지방의 경제활동과 사인간의 경쟁”, □□한양법학□□ 제8집, 1997.9, 347.

152) LT-Ds. 11/4983, S. 25.

이 있었다.<sup>153)</sup> 즉 다수설<sup>154)</sup>은 이 규정은 영리경제적 활동에 따른 재정적인 위협으로부터 해당 지방자치단체를 보호하기 위한 단순 권한 규정이라고 해석을 하여, 이 규정을 단지 객관법의 부수효과 내지 사실적 반사라고 주장하였다. 이에 반하여 소수설<sup>155)</sup>은 이 규정은 사경쟁자를 보호하기 위한 주관적 공권규정이라고 해석하여 이 규정을 통하여 지방의 영리경제적 활동을 금지할 수 있다고 주장하였다. 이러한 논쟁에도 불구하고 지방자치단체법의 개정으로 노트라인 베스트팔렌 주를 비롯한 여러 주의 지방경제활동은 새로이 활기를 띠었고, 따라서 보충성에 대한 논쟁은 새로운 영리경제적 활동을 두고 새롭게 불타 올랐다.

따라서 이후의 논쟁을 보면, 보충성조항의 삭제이후에도 역시 지방의 영리경제적 활동에 관한 실체법상의 논리적인 일관성 때문에 계속 논란이 되었다. 즉 보충성조항을 사인을 보호하기 위한 규정으로 해석하였던 학자들은 보충성원칙을 법개정에 의한 삭제와 주 『지방자치단체법』이 지방자치단체경제(Gemeindegewirtschaft)와 사경제(Privatwirtschaft, 민간경제)사이에 명문으로 규율하고 있지 않음에도 불구하고, 『지방자치단체법』 제107조 제1항의 “긴급한 공공목적”의 요구에서 보충성원리를 도출하거나<sup>156)</sup>, “요구할 수 있다”는 상징성에서 보충성원리를 끌어내려고 하였다.<sup>157)</sup> 나아가 이 보충성의 원칙을 기본권의 보장으로써

153) 더욱이 노트라인-베스트팔렌 주는 대표적인 사회민주당(SPD) 강세지역으로서, 사민당은 지방의 영리경제적 활동을 증가시켜서 주민의 공공복리를 피하고자 하는 정강정책을 가지고 있었고, 기독교민주당(CDU)는 가능한 한 영리경제적 활동을 줄여서 민간경제를 활성화시키고, 중산층에게 혜택을 주려는 정책을 펴고 있었기에 더욱 첨예하게 대립되고 있었다.

154) *BVerwGE* 39, 329 (336); *VGH Mannheim*, NJW 1984, 251 (252); *D. Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497., 501; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982, Rn. 692; *R. Stober*, Kommunalrecht, 3. Aufl., S. 341; *P. J. Tettinger*, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Rn. 163.

155) *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 I, Rn. 52; *W. G. Vitzthum*, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104 (1979), S. 580., 599.

156) *H. -U. Erichsen*, Kommunalrecht, 2. Aufl., 1997, S. 280; *Schmidt-Aßmann*, a.a.O., S. 81.

157) *D. Ehlers*, DVBl. 1998, S. 501.

터 끌어내려는 입장<sup>158)</sup>도 있다.

물론 반대 입장<sup>159)</sup>은 이러한 보충성 조항이 법개정으로 삭제되었다는 실정법상의 논리일관성을 들고 있다.

한편 이러한 보충성조항의 이상적인 형태로서는 독일통일이후에 새로이 제정된 구 동독 지역의 새 독일 주들의 지방관련 법률을 보면 참고가 될 것이다. 우선적인 예로서 맥클렌부르크-포어폼머른 주<sup>160)</sup>의 경우에는 지방자치단체가 제3자보다 상응하는 임무를 더 낮게 그리고 더 경제적으로 수행할 수 있는 경우에만 허가한다고 규정하고 있기 때문이다. 이러한 규정에 따르면 지방의 영리경제적 활동은 단순 비용비교나 수익성비교는 고려될 수 없는 것이다. 이러한 규정과 관련하여 보충성조항을 더 강화하는 것은 지방자치행정의 보장을 침해한다는 견해<sup>161)</sup>는 타당하다고 볼 수 없다. 한편 브란덴부르크 주와 튀링겐 주<sup>162)</sup>의 경우 지방자치단체는 새로운 경제활동을 시행하기 전에 반드시 시장조사절차를 시행하도록 규정함으로써 보충성원리를 더욱 강화하여 민간경제를 보호하고 있다.

한편 실무적으로는 독일의 경우에도 지방의 영리경제활동을 개시하지 이전에 보충성의 원칙에 따라 실제로 사인보다 더 낮게 그리고 더 경제적으로 공공목적을 충족할 수 있는지에 대하여 시장조사(Markt-analyse)를 하여야 하고 있다. 물론 이러한 예비적인 시장조사에 대한 자세한 규정은 지방자치단체에게 위임하고 있다.<sup>163)</sup>

158) *A. v. Mutius*, Kommunalrecht, 1996, S. 277; *G. Püttner*, Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S. 132 f.

159) *Obbecke*, StuGR 1995, S. 389 Anm. 22; *O. Otting*, a.a.O., S. 133.

160) § 68 Abs. 1 Nr. 3 KommVerf. MV.

161) *Wieland/Hellermann*, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, 1995, S. 44 ff., 63 f.

162) §§ 100 Abs. 3, 101 Abs. 4 GO Bran; § 71 ABs. 1 Nr. 3 ThürKO.

163) *D. Ehlers*, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, NJW-Beil. 23/2002, S. 36.

물론 이러한 사경제에 대한 보충성조항은 우리 『지방공기업법』에서도 일부 포함되어 있다. 즉 지방직영사업의 사업분야외에도 “민간인의 경영참여가 어려운 사업”(제2조 제1항 제1호)의 경우에 지방직영기업, 지방공사, 지방공단 설립을 허용하고 있고, 제3조의 경영의 기본원칙에서도 “지방자치단체는 지방공기업을 설치·설립 또는 경영함에 있어서 민간경제를 위축시키거나 공정하고 자유로운 경제질서를 저해하거나...노력하여야 한다”고 규정하여 지방공기업의 설립이 가능한 분야를 민간경제에 대한 위축 내지는 민간인의 경영참여가 어려운 분야라고 규정하고 있다. 아울러 동법 제49조 제3항에서 지방공사와 지방공단의 설립에 대한 타당성 검토에서도 역시 지역경제에 미치는 효과를 사전에 검토하여 한다고 규정함으로써, 위에 언급한 사경제에 대한 보충성의 의미를 표현하고 있다.

그러나 입법론적으로는 위에 살펴 본 현재의 간접적인 조항으로는 실제적인 보충성원칙을 실현할 수 없으므로 좀 더 직접적인 설립요건으로 보충성원칙을 더욱 강화하여 지방의 영리경제활동에 대한 전반적인 설립요건으로 까지 승격되어야 할 것이다.

## 제 5 절 지역사무

지방의 영리경제적 활동은 다른 지방사무와 마찬가지로 근본적으로 해당 지방자치단체의 사무에 속하여야 한다. 이것은 지방의 영리경제적 활동이 ‘지역성’(Örtlichkeits- und Regionalprinzip)을 띠어야 한다는 것을 의미한다.<sup>164)</sup>

이러한 지역성의 요구에 대하여 우리 『헌법』 제117조는 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의

---

164) D. Ehlers, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, NJW-Beil. 23/2002, S. 33.

범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 지방의 영리경제적 활동은 당연히 지방자치단체가 수행하는 주민의 복리에 관한 사무에 해당하여야 한다. 이는 **헌법상의 명령**이라고 볼 수 있다. 그러므로 지방의 영리경제적 활동은 자치에 관한 사무, 즉 자치사무에 해당되어야 한다.

따라서 이러한 자치사무에 한정해야 한다는 의미는 앞서 언급한 『헌법』 제117조상의 지방자치의 보장의 이면에 존재하는 국가와 지방자치단체간의 권한배분규정에 따라, 지방자치단체는 반드시 자치사무의 테두리 내에서 영리경제적 활동도 수행하여야 한다는 것을 의미한다. 그러므로 이러한 자치사무의 범위에서 지방의 영리경제적 활동은 ‘지역성’이라는 권한법상의 한계가 설정된다고 볼 수 있다.

한편 이러한 지역성은 해당 지방자치단체의 영리경제적 활동은 해당 지역에 거주하는 주민의 복리 등을 위하여 수행되어야 한다는 것이다. 이러한 지역성에 대한 입법례로서는 독일의 『지방자치단체법』(Gemeindeordnung)을 들 수 있다. 예를 들면, 독일 노트라인-베스트팔렌 주는 1994년 『지방자치단체법』 개정으로 지방공기업의 설립 등에 관한 새로운 전제조건이 제정하였는데<sup>165)</sup>, 이 규정이 바로 지방의 영리경제적 활동은 해당 ‘지역사회의 사무’에 속하여야 한다는 것이다. 즉, 지방의 영리경제적 활동의 범위는 해당 지방자치단체의 사무이어야 한다는 것이다. 물론 이 원칙은 이미 독일의 『기본법』 제28조 제2항에 규정된 지방의 자치행정보장의 전권성에서 연원하고, 이러한 규정에

165) 노트라인-베스트팔렌 주의외도 브란덴부르크 주와 니더작센 주가 이 조항을 지방경제활동에서 규정하고 있다. 그밖에는 바이에른 주가 각각의 지방자치단체의 활동에서 유사한 지역관련 규정을 가지고 있다. Art. 1 S. 1, Art. 6 Abs. 1 S. 1, Art. 57 Abs. 1 S. 1 GO Bay. 한편 바이에른 주와 튀링겐 주는 지역을 넘어서는 경우는 허가를 받도록 허가권을 유보함으로써 허가하고 있다. Art. 89 Abs. 4 GO Bay; § 71 Abs. 4 ThürKO. 따라서 위에서 언급한 브란덴부르크 주, 노트라인베스트팔렌 주, 니더작센 주의외 다른 주에서는 이러한 지역월권의 금지를 관철하는 것은 어렵다는 견해도 있다. N. Schulz, Anmerkung zur Tätigkeit gemeindlicher Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, BayVBl. 1988, S. 450.

따른 국가와 지방간의 권한배분원리에 따라 지방자치단체의 행정활동은 지방자치단체 자신의 지역, 즉 구역에 제한되어야 한다는 것에서 발생하고 있다는 것이다.

따라서 이러한 지역성 조항에 대하여 지방자치단체가 영리경제적 활동을 하는 경우에 추가적인 실체법적인 제한으로서, ‘공간적으로 지방자치단체의 구역(지역)에 제한되어야 하는가’는 논란이 되고 있다.

이러한 지역성에 의한 제한에 반대하는 견해는<sup>166)</sup> 「기본법」 제28조 제2항과 노트라인-베스트팔렌 주 「지방자치단체법」 제78조 제1항과 제2항에서는 지방의 영리경제적 활동에 대한 어떠한 법적인 제한도 도출할 수 없는데, 왜냐하면 권한규정(Kompetenz)은 단지 고권적인 사항만을 규율할 뿐이고, 사법적인 영리경제적인 작용을 전제로 하지 않기 때문이라고 한다. 그러나 이러한 견해는 헌법상의 구속에서 범형식을 구별하는 것은 이미 낡은 이론이기 때문에 부당하다고 한다. 더욱이 최근에는 세계화에 따른 일련의 종전의 독점시장이 자유화됨에 따라 지방의 영리경제활동이 위축되고 있으므로, 재정건전성 확보를 위해서는 이러한 지역성원칙을 폐지해야 한다는 논의가 거세지고 있다.<sup>167)</sup>

이러한 논의에 대하여 독일의 판례<sup>168)</sup>는 이러한 지방의 영리경제적 활동에서의 지역관련성이 이미 지역사회에 뿌리내리고 있고, 지역과 특별한 관계를 가지고 있는 그러한 요구와 이익으로 보았다. 따라서 지방의 영리경제적 활동에서의 이러한 지역관련성은 「기본법」 제28조 제2항과 결합하여 역사적인 발전과 임무의 각인된 성격에 따라 판단된다.<sup>169)</sup>

---

166) H. -U. Erichsen, a.a.O., S. 27; Rehn/Cronauge, § 107, GO NW Kommentar, 1996, S. 10.

167) A. Faber, Aktuelle Entwicklung des Drittschutzes gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung, DVBl. 2003, S. 761.

168) BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120); 79, 127 (151); BVerwGE, DVBl. 1990, 1066 f.; VerfGH NW, DVBl. 1991, 488.

169) BVerfGE 7, 358 (364); 83, 363 (381); 91, 228 (238).

따라서 지방자치단체의 영리경제적 활동은 해당 지방자치단체의 구역에 한정되므로, 해당 구역을 넘는 경우에는 ‘월권’으로 보아 규제된다. 이때의 지역월권에 대한 심사기준은 법률상으로 아직 개념정의 되어 있지 않다. 다만 일반적으로는 지방자치단체의 급부(서비스)가 해당 지역(구역)을 넘어서는 것은 금지된다는 것을 기준으로 한다. 즉 개별적으로 지방자치단체의 영리경제적 활동으로 인한 가치창조가 추구되는 곳이 해당 지방자치단체의 구역내이나를 기준으로 한다.<sup>170)</sup> 한편 다른 견해<sup>171)</sup>에 따르면 지역월권은 해당 지방자치단체의 영리경제적 활동이 공공목적에 의하여 정당화되고, 관련된 지방자치단체의 권리를 고려하는 경우만 허용될 수 있다고 한다. 그러나 이러한 반대견해는 정당하지 않다. 왜냐하면 지방의 경제활동에서 공공목적은 해당 지역 주민의 배려라는 지역성을 이미 근저에 갖고 있기 때문이다.<sup>172)</sup>

따라서 위의 지역성 요건에 따르면, 지방자치단체는 영리경제적 활동을 하는 경우에 해당 ‘구역’에 제한된다. 그렇다면, 둘 이상의 지방자치단체가 연합하여 영리경제적 활동을 수행하는 지방자치단체조합 등의 경우나 연합하여 지방공기업 등을 설립하는 경우에는 어떻게 파악할 것인가가 문제된다. 그러나 **지방자치단체간의 연합활동**은 일반적인 지방의 영리경제적 활동에서 문제되는 이러한 지역성요건과는 다르다고 한다. 왜냐하면 지방자치단체간의 연합활동은 이미 해당되는 주 법률(지방자치단체법)의 틀에서 특정한 법형식으로 명문으로 허용되기 때문이다. 물론 사법형식의 지방자치단체의 공동사무의 의미로서의 지역월권은 위와는 반대로 문제되어야 한다.

한편 이러한 지역성의 제한을 주장하는 견해에도 불구하고, 반대하는 견해는<sup>173)</sup> 『기본법』 제28조 제2항에 근거한 권한분배에 따라 지방

170) U. Cronauge, der Gemeindehaushalt 1997, S. 268.

171) N. Schulz, BayVBl. 1988, S. 451 f.

172) Kil Joon Kyu, a.a.O., S. 132.

173) J. Dieckmann, in: SPD-Landtagsfraktion NRW (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 1997, S. 23; O. Otting, a.a.O., S. 198 f.

자치단체가 지역사회의 사무의 수행을 위하여 활동할 수 있기 때문에, 지방의 영리경제적 활동에 대한 어떤 지역적인 한계에 따른 제한도 할 수 없으므로, 지방자치단체는 초지역적으로 활동할 수 있다고 주장하기도 한다. 따라서 이러한 지역성 규정은 단순한 선언규정이라고 주장한다.<sup>174)</sup> 따라서 설사 지방자치단체가 초지역적으로 관련범위를 갖더라도 이 전제조건은 지방자치단체소유의 토지사용이 문제되는 경우에는 지역성의 요건에 충족하는 것으로 긍정될 수 있다고 한다. 그러나 이러한 지역규정에서 광범위하고 내용상의 제한을 끌어내는 것은 거부하는 반대견해<sup>175)</sup>도 있다.

물론 독일의 노트라인-베스트팔렌 주의 입법자와 같이 초지역성을 주장하는 견해는 주 입법으로 이러한 지방의 영리경제적 활동에 대한 법규정을 제정하는 경우에는 위헌의 문제가 생길 수도 있다 물론 초지역성을 찬성하는 입장에서 주 입법자가 초지역성에 대한 주법 규정을 두어 해당 주내의 초지역적인 활동이 문제되는 경우에는, 주입법자가 초지역적인 활동을 적법화 할 충분한 형성여지를 가진다고 주장할 수도 있고, 실제로 관련된 지방의 이익을 충분히 계산함으로써 초지역적 임무수행이라는 새로운 형태를 낙관할 지도 모르나 이러한 견해는 본질적인 반대에 부딪힌다.

결론적으로 지방자치단체의 공동사업을 제외하고는 한 지방자치단체가 자신의 효력범위를 자신의 지방자치단체에게 부여된 구역을 넘어 확장하려는 것은 다른 지방자치단체의 지역에 대한 권한을 축소시킬 수 있다. 따라서 이러한 구역에 대한 월권은 단순히 허용되는 것이 아니라 헌법상의 정당화가 필요하다.<sup>176)</sup> 나아가 자치행정이란 자기 구역과 주민에 관련된 자치임무(사무)에 한정되므로 자기 구역을 벗어나

174) *F. W. Held*, NWVBl. 1995, S. 328; *Rehn/Cronauge*, § 107 GO NW, Anm III 1; *P. J. Tettinger*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1998, Rn. 208.

175) *Held*, NWVBl. 1995, S. 328; *Stein*, *Verfassungsrecht*, 1992, S. 393.

176) Vgl. *D. Ehlers*, DVBl. 1998, S. 504.

면 지방자치단체는 더 이상 자치권도 행사할 수 없고 그러한 한도에서는 더 이상 민주적으로 정당화될 수 없다.<sup>177)</sup>

한편 이러한 지방자치단체의 초지역적인 경제활동이 문제되는 경우에 관하여, 바이에른 주 「지방자치단체법」이 해답을 제시할 수도 있다. 즉 동 「지방자치단체법」 제89조 제4항에 따르면, 지방의 경제활동은 원칙적으로 공공목적, 즉 구체적으로 해당 지역의 생존배려에 향해져야만 한다고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 지방자치단체의 영리경제적 활동이 초지역적인 활동의 경우에는 허가가 필요하다. 물론 지방자치단체가 다른 지방자치단체와 협력하는 것이 항상 금지되는 것은 아니다.<sup>178)</sup> 그러나 이러한 조건은 병합활동(Annextätigkeit)에는 적용되지 않는다.

이러한 지방의 영리경제적 활동의 지역일권은 새로운 영리경제적 활동과 관련하여 다음과 같은 것들이 문제되었다. 특히 독일 통일 후 국가적인 보조에 의한 재건공사를 제도적으로 보장하기 위하여 구서독에 있는 주의 시영사업소가 구 동독에 있는 주의 시영사업소에 자본참가를 하였다. 이에 대하여 지방자치단체의 감독청을 포함하여 모든 법학적인 판단들이 관용을 베풀고 있다. 예를 들면 쾰른시 사업소가 드레스덴 시영사업소에 자본참가를 하고 있다. 물론 이러한 자본참가에 대하여 지방감독청은 비판적으로 고찰해야만 한다고 주장하였다.<sup>179)</sup>

또 다른 예는 독일의 연방철도의 민영화이후의 근거리여객수송분야이다. 즉 뉘른베르크 시와 뷔르츠부르크 시의 시영사업소가 철도를 운영하기 위하여 공동의 유한회사를 설립하였다. 세 번째 예로는 컨설팅회사를 예로 들 수 있는데 시가 더 이상 일이 많지 않은 기획부서를 자신의 경험과 지식을 팔기 위하여 회사를 설립하였다. 나아가 레

177) *Heinzen*, a.a.O., S. 54 ff.; *W. Kluth*, a.a.O., S. 12.

178) *T. J. Tettinger*, a.a.O., Rn. 208.

179) *D. Ehlers*, DVBl. 1998, S. 505.

버쿠젠시의 다수참가로 설립된 “정보처리 레버쿠젠 유한회사”는 자신의 자회사를 인도에 세웠다. 이러한 예로 역시 만하임의 공급 및 운송회사는 다른 회사의 컨설팅일을 몰다비엔, 폴란드, 리다우엔, 레트란트 등에 제공하였다. 뒤셀도르프의 박람회 회사인 노베아는 시가 대 자본주인데도 자회사를 시카고, 싱가포르, 도쿄, 바르샤바에 설치하였다. 부퍼탈 시의 시영사업소는 헝가리산 이카루스버스의 연방전체에 걸친 관리업무를 인수하였고, 자동차재활용사업을 개시하였다. 마지막 예로는 연방법에 의하여 전신전화분야가 새롭게 규율됨에 따라 전화시장이 가장 높은 성장력이 있는 시장으로 각광받았고, 따라서 쾰른의 동력공급회사인 게에베(GEW)와 쾰른의 저축은행은 네트콜로네라는 회사를 자회사로서 설립하였다. 이러한 지방의 전화회사는 쾰른시 지역을 넘어서는 전화서비스를 제공하게 되고, 세계적인 전신망과 연결을 시도하였다.<sup>180)</sup>

우리나라의 경우에는 앞서 말한 것처럼 이미 「헌법」상 지방자치의 보장에서 규정하고 있기는 하지만, 「지방공기업법」에서도 “지역 주민의 복리에 기여하는 사업” 내지는 “지역내에서 수행되는 사업” 등으로 지역성을 명확히 할 필요가 있다. 왜냐하면 이러한 지역성의 요건은 지방공기업 등의 사업분야를 설정하는데 또 하나의 엄격한 기준으로 작용할 수 있기 때문이다. 입법론적으로는 개선이 요구된다.

## 제 6 절 우리 지방공기업법에서의 도입방안

위에서는 무분별한 지방의 영리경제적 활동을 제한하는 방법중의 하나로서 지방경제법상의 본질적인 이론을 살펴봄으로서 그 제한 가능성을 모색하였다. 따라서 지방의 영리경제적 활동에 대한 전제조건 내지 설립요건으로서 공공성, 지역성, 사경제에 대한 보충성, 경제성, 해

180) 지방전화회사의 허용성에 대하여는 주 85) 참조.

당 지방자치단체의 부담능력을 거명할 수 있겠다.

다만 이러한 설립요건중의 일부는 이미 『지방공기업법』에 간접적이거나 규정되어 있다. 따라서 우리나라는 이러한 간접적인 규정만 존재할 뿐, 주로 직영기업의 사업분야를 설립요건으로 보고 있다. 그러나 기존의 지방공기업의 사업분야에 대하여 표준이 되고 있는 지방직영기업의 사업분야를 굳이 법률에서 규정해야 하는가에는 의문이다. 아울러 동 사항이 반드시 법률에서 규정할 만한 범치국가원칙상의 명확성의 원칙이 요구되는 분야도 아니므로, 당연히 시행령으로 위임하여야 할 것이다. 오히려 입법론적으로는 위에서 언급한 지방공기업의 전제조건을 지방공기업의 설립요건으로 법률에서 명확하게 규정하여야 한다. 물론 지방공기업의 설립요건을 지방공기업 전체로 할 것인지, 개별기업별로 구분할 것인지는 법정책의 문제이다.

그리고 동법 제3조상의 경영의 기본원칙에서 경제성 조항은 삭제되거나 비용충족의 원칙 수준으로 완화되어야 한다. 왜냐하면 그동안 우리나라의 지방의 영리경제활동에 관한 정책과 제도가 과도하게 경제성위주 내지 경영위주로 그래야지만 현재의 경제성위주로 진행되어 왔기 때문에, 굳이 법상으로도 강조할 필요가 있을 것인가 하는 문제이다. 아울러 법 조항의 제목도 경영의 기본원칙이 아닌 ‘운영원칙’으로 개정하는 것이 좋다. 이렇게 입법론적으로 개정하는 것이 효율적 경영중심으로 운영되어 온 지방공기업정책이 공공성위주로 제자리를 잡을 수 있을 것이다.

아울러 거시적으로는 현행 『지방공기업법』에서 종전처럼 지방직영기업을 포함한 지방공사, 지방공단, 제3섹터 지방공기업까지 포괄할 것인지, 아니면 각기 단행법으로 제정하여 분리할 것인지에 대한 정책적인 판단이 있어야 할 것이다. 따라서 누더기식의 법 보다는 이제는 법체계성을 위하여 분리하는 것이 바람직할 것이다.

## 제 5 장 지방의 영리경제적 활동의 재정건전화방안

### 제 1 절 지방의 영리경제적 활동의 재정제도

#### 1. 독립채산제의 원리와 예외

##### (1) 독립채산제의 원칙

###### 가. 개념

이하에서는 지방의 영리경제적 활동을 수행함에 있어서 재정법적인 측면을 고찰해 보기로 한다. 지방의 영리경제적 활동 중에서 특히 지방공기업의 경우에는 그 본질이 ‘기업’인 이상, 원칙적으로 독립채산제를 도입하고 있다. 따라서 우리 「지방공기업법」은 제14조 제1항에서 지방직영기업의 경비는 당해 기업의 수입으로 충당하여야 한다고 규정함으로써 독립채산제도를 규정하고 있다. 이러한 독립채산제도는 지방자치단체로부터 독립하여 지방공기업은 스스로의 노력에 의하여 자신의 수입으로 지출을 보전할 수 있는 경영을 하여야 한다는 것이다. 그러므로 독립채산제는 원칙적으로는 지방자치단체의 지원없이 지방공기업이 독립하여 운영해야 한다는 원칙이다.<sup>181)</sup> 이러한 독립채산제는 궁극적으로 자율경영을 추구하는 측면이 있다.

역사적으로는 1차 대전이후의 세계적으로 불어 닥친 대공황이후에 자본주의 사회의 일대위기상황에서 공기업을 통한 수익경영이 행해졌고, 이러한 공기업을 통한 수입을 일반회계에 투입하게 됨으로서 공기업 자체의 운영이 어려워지므로 종래의 행정주체의 일반회계에서 독립한 ‘**공기업특별회계**’가 도입되었다.<sup>182)</sup>

181) 안용식/원구환, □□지방공기업론□□, 개정판, 2001, 248쪽이하.

182) 안용식/원구환, 윗책, 251쪽.

한편 세계는 2차대전 이후에 다시금 공공재정이 악화됨에 따라 주민에 대한 생존배려서비스를 수익자부담원칙에 따라 유료화하면서 재정정책의 일환으로서, 일반회계와 독립하여 공기업이 스스로 운영되도록 하는 독립채산제가 생겼다고 한다. 즉 전후 공공재정의 악화는 급증하는 주민에 대한 생존배려 서비스를 감당하기에는 일반회계만으로는 불가능하였다고 한다. 이러한 사회적인 배경에 따라 지방자치단체의 일반회계에서 일정한 공공서비스를 제공하는 분야를 독립하여 수익자 부담원칙에 따른 요금제도에 의하여 운영함으로써 지방자치단체의 일반회계에 대한 부담을 줄였다고 한다.<sup>183)</sup> 따라서 이러한 독립채산제 자체도 일종의 재정건전화방안의 한 도구개념이라고 보기도 한다.

그러나 지방공기업이 특별회계로 설정되어 독립채산제로 운영된다고 하더라도 사업자체가 사기업처럼 독립된 단위로 운영되지 않으므로, 지방공기업회계 자체가 사기업처럼 지방자치단체와는 완전히 독립된 영리회계로 보기는 어렵다.<sup>184)</sup>

#### 나. 하부원리

이러한 독립채산제는 궁극적으로 지방공기업의 재정상 자주성, 자본조달 등의 자립성, 자립채산 등을 기조로 한다. 따라서 독립채산제는 기본적으로 ‘수지균형의 원칙’에 의하여 운영된다고 한다.<sup>185)</sup> 이 원칙에 따르면 지방공기업은 필요한 지출은 스스로 자신의 수입으로 충당해야 한다는 것이다. 아울러 지방공기업은 스스로 자본을 조달해야 하는 바, 이러한 ‘자본의 자기조달원칙’에 따라서 기업채권발행제도가 허용되었고, 우리 『지방공기업법』 제68조에서도 독립한 간접경영방식인 지방공기업(지방공사, 지방공단)은 사채를 발행하도록 하고 있다. 아울

183) 안용식/원구환, 윗책, 250쪽이하.

184) 신영수, □□공기업 예산·회계 관련 법제의 개선방안□□, 한국법제연구원, 2004.11, 37쪽.

185) 이하에서는 안용식/원구환, 윗책, 253쪽이하에 의한다.

러 독립채산제 하에서는 이익금을 지방공기업 스스로 처분할 수 있도록 하고 있는데, 이를 ‘이익금의 자기처분원칙’이라고 한다. 따라서 우리 『지방공기업법』 제37조에 지방직영기업의 이익금처분원칙제도를 규정하고 있고, 동법 제67조에서도 지방공사의 이익금 처분원칙을 규정하고 있다.

#### 다. 문제점

그러나 이러한 독립채산제는 지방공기업 자체가 단순히 기업적인 측면만을 가지고 있는 것이 아니라, 공공목적에 의하여 수행된 ‘공’기업이라는 측면을 가지고 있다는 점에서 다르게 고찰될 수 있다. 즉 지방자치단체는 자신의 구역내의 주민의 복리를 위하여 지방공기업을 운영하게 되므로 경우에 따라서는 채산성이 극히 저조한 분야에 사업이 추진되는 경우도 있다. 따라서 독립채산제가 일반 사기업처럼 원칙적으로 시행된다고 보기는 어렵다. 따라서 아래에서 보는 것처럼 일정한 제한이 생길 수 있다.

#### (2) 요금제도

지방공기업상의 독립채산제의 골간을 이루는 것이 수익자부담의 원칙이다. 이러한 수익자 부담원칙에 의하여 주민에게 제공되는 서비스에 대한 요금제도가 형성된다. 그러나 이러한 요금제도는 반드시 일반기업과 달리 수익목적으로만 운영될 수 없는 지방공기업의 서비스의 본질인 주민에 대한 생존배려에서 오는 공공성의 요청이 있다. 따라서 이러한 경우에 지방공기업의 요금은 단순히 수익자부담원칙으로만 운영될 수 없는 문제점이 제기된다. 아울러 이러한 지방공기업서비스의 대상이 되는 공공재 또한 경제학적으로 희소성을 가진 자원이므로 국가적인 차원에서는 자원배분의 문제가 발생한다. 따라서 다양한 방

식으로 요금규제가 이루어지므로 위에서 언급한 독립채산제의 원칙에 예외가 발생하게 된다.

더욱이 수익자부담원칙에 의한 요금만으로는 지방공기업의 재정상 자주성을 확보한다는 것이 불가능하므로<sup>186)</sup>, 독립채산제가 수정될 필요가 있다. 나아가 지방직영기업중에서 하수도 사업분야에서는 타 회계로부터 재정지원을 받았음에도 재정이 적자로 나타나는 것<sup>187)</sup>을 보면, 더욱 원칙적인 독립채산제를 유지하기 어려움을 알 수 있다. 아울러 재정건전성이 떨어지는 지방자치단체의 경우에는 해당 지방공기업에 대한 재정지원이 적게 되고, 그렇다면 따라서 해당 지방공기업 서비스의 요금이 인상하게 되므로, 주민에 대한 생존배려라는 원래의 목적실현의 불가능과 서비스의 질적 저하, 주민의 부담 증가로 이어지는 빈곤의 악순환을 가져 올 우려가 있다.

### (3) 비용구분의 원칙

이러한 독립채산제의 원칙에도 불구하고 위와 같은 지방공기업의 서비스의 공공성이라는 측면에 따라 지방공기업에는 일정한 예외가 존재한다. 이러한 예외는 지방직영기업 등의 경우에 채산성이 저조하므로 독립채산제에 따라 당연히 지방공기업이 부담하여야 경비를 지방공기업이 부담하는 것이 부적당하거나 불가능한 경우에 그러한 경비를 지방공기업의 공공성을 확보한다는 차원에서 지방공기업의 책임주체인 지방자치단체가 부담하도록 하는 제도이다. 이에 대하여는 우리 『지방공기업법』 제14조 제1항 단서조항에서 ‘**경비부담의 원칙**’으로 규정하고 있다.<sup>188)</sup> 이러한 원칙에 따르면, 지방자치단체가 해당 지방공기업의 경비의 일부를 당해 지방자치단체의 일반회계나 다른 특별회계

186) 안용식/원구환, 윗책, 259쪽.

187) 자세한 내용은 안용식/원구환, 윗책, 258쪽이하.

188) 일본은 ‘**부담구분의 원칙**’이라고 한다.

가 부담금 기타의 방법에 의하여 부담함으로써 지방공기업을 지원해주는 제도이다. 지원하는 방법은 지방자치단체의 일반회계 또는 특별회계에서 출자, 장기대부, 부담금 등의 방법으로 행한다.<sup>189)</sup>

부담하는 경비의 내역

경비 구분	세 부 내 역
공통적용경비	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 공공의 목적을 위한 무상공급에 소요되는 경비</li> <li>- 공공의 필요에 의하여 요금등의 공급가격이 발생원가이하로 책정되거나 발생원가이하로 유지됨에 따른 발생원가와 공급가격과의 차액</li> <li>- 지역개발등에 따른 선행투자에 소요되는 기본경비, 선행투자에 의한 시설의 유지비, 선행투자에 소요되는 외부차입금에 대한 원리금상환액</li> </ul>
개별사업 특수경비	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 궤도사업 : 당해 궤도사업용차량외의 차량통행으로 인한 궤도의 유지·수선 및 개량에 소요되는 경비와 교통혼잡의 완화등을 위한 궤도의 철거에 소요되는 경비</li> <li>- 하수도사업 : 빗물처리시설의 설치 및 유지에 소요되는 경비</li> <li>- 주택사업 및 토지개발사업 : 공사완공후 관리기관에의 인계 또는 분양완료시까지 소요되는 기본경비</li> <li>- 의료사업 : 『전염병예방법』에 의한 전염병의 진료, 전시·사변·재해 등으로 인한 구급, 구호대상자의 구호에 소요되는 경비와 그 시설의 유지관리비, 집단검진·의료상담 기타 이와 유사한 보건위생행정에 소요되는 경비, 벽지·도서등 의료기관이 없는 지역에 있어서 의료보급상 필요하다고 인정되는 의료시설의 설치에 소요되는 경비와 기타 지역에 있어서 의료수준 향상을 위한 특수한 의료시설 및 연구등에 소요되는 경비</li> <li>- 법 제2조제2항의 규정에 의하여 지방직영기업이 경영하는 사업</li> <li>- 법 제14조제1항 각호의 요건을 갖춘 경비로서 당해 사업별로 조례가 정하는 경비</li> </ul>

\* 『지방공기업법시행령』 제5조

\*\* 의료사업은 2005년 개정으로 삭제되었으므로 역시 삭제되어야 할 것임

189) 横山純一, “公營企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, 252頁.

이러한 경비부담의 원칙은 1) 경비의 성질상 당해 지방직영기업의 수입으로 충당하는 것이 적당하지 아니한 경비, 2) 당해 지방직영기업의 성질상 그 경영에 수반한 수입만으로 충당하는 것이 객관적으로 곤란하다고 인정되는 경비로서 대통령령이 정하는 것이 대상이 된다.<sup>190)</sup> 이것은 위에서 언급한 것처럼 지방자치단체의 일반회계 또는 특별회계에서 부담금 기타의 방법으로 지원된다.

이를 세부적으로 나누어서 보면, 경비의 성질상 지방직영기업의 수입으로 충당하는 것이 적당하지 않다는 것은 지방자치단체의 일반행정사무를 위탁받아서 행하는 것처럼 본래의 지방공기업의 임무로 보기에 적합하지 않고, 따라서 지방공기업의 주 수입원인 서비스제공의 대가로서의 요금으로 충당하기에 적합하지 않다는 것을 말한다. 이러한 경비의 경우에는 국고보조금, 분담금, 사용료, 수수료 등의 해당 경비에 충당할 수 있는 수입을 제외하고는 전액을 지방자치단체의 일반회계에서 부담해야 한다<sup>191)</sup>고 한다. 두 번째의 경영수입만으로 충당하는 것이 객관적으로 곤란한 지방직영기업의 경비란 기존의 요금체제로서는 부담하기 어려운 경비를 말한다.

경비부담절차는 해당 지방직영기업의 관리자가 전년도 결산자료를 첨부하여 매년 9월 15일까지 그 경비의 부담을 관할 지방자치단체의 장에게 요구하도록 규정하고 있고<sup>192)</sup>, 관할 지방자치단체의 장은 이를 다음 연도의 지방자치단체의 예산에 반영하거나 당해 지방공기업의

---

190) 유사하게 일본 『지방공기업법』 제17조의2에서는 “그 성질상 당해 지방직영기업의 경영에 수반하는 수입을 가지고는 충당하는 것이 적당하지 않은 경비”와 “당해 지방직영기업의 성질상 능률적인 경영을 행하더라도 그 경영에 수반하는 수입만 가지고는 충당하는 것이 객관적으로 곤란하다고 인정되는 경비”에 대하여는 지방직영기업을 통한 요금수입과 경영수입으로 충당할 수 없어서 지방자치단체에서 지원하고 있다. 한편 이러한 비용구분의 원칙에 의한 지방자치단체의 지원을 의무적 경비라고 한다면, 이외에 지방자치단체가 일반회계에 의하여 지방직영기업회계로 부담해주는 것을 임의적인 부담조치라고 한다.

191) 안용식/원구환, 『유헌』, 311쪽.

192) 『동법 시행규칙』 제4조 제1항.

요금을 조정하는 등 적절한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>193)</sup>

그리고 경비지원은 『지방공기업법』 제14조상의 부담금 기타의 방법으로 하는데, 부담의 경우에는 무상교부원칙으로서 지원받은 지방직영기업이 반환할 의무를 지지 않고, 기타는 업무용토지나 건물 등의 무상교부 등이 있을 수 있다.<sup>194)</sup>

한편 이외에도 지방자치단체의 지방공기업에 대한 다른 지원제도까지 포함하여 경비부담의 원칙으로 보는 견해<sup>195)</sup>도 있으나, 이글에서는 이것은 지방자치단체의 지원으로 보아 아래에서 설명하기로 한다.

#### (4) 지방자치단체의 지원

한편 위에서 언급한 경비부담원칙 외에도 지방자치단체는 법이 정하는 일정한 경우에 지방공기업에 대하여 재정적으로 지원하는 제도를 두고 있다.

첫째는 지방자치단체의 특별지원제도이다. 이것은 『지방공기업법』 제14조 제2항의 규정에 의한 “재해, 복구 기타 특별한 사유에 의하여 필요한 때”에 예산이 정하는 바에 따라 지방자치단체의 일반회계나 다른 특별한 회계로부터 지원을 받을 수 있도록 규정한 것이다.

둘째는 지방자치단체의 출자제도이다. 이것은 『지방공기업법』 제17조의 규정에 의하여 지방자치단체는 일반회계나 다른 특별회계로 지방직영기업 특별회계에 필요한 출자를 할 수 있고, 출자받은 지방직영기업은 전년도 이익금의 일부로 출자한 회계로 납부할 수 있다.

셋째는 지방자치단체의 장기대부제도로서, 『지방공기업법』 제18조의 규정에 의하여 지방자치단체는 예산이 정하는 바에 따라 지방직영기업의 특별회계에 장기대부할 수 있도록 규정하고 있다.

193) 『동법 시행규칙』 제4조 제2항.

194) 안용식/원구환, 윗책, 313쪽.

195) 안용식/원구환, 윗책, 310쪽이하.

### (5) 국가의 지원

위에서 살펴본 독립채산제에 대한 예외로서 지방자치단체가 경비부담의 원칙에 의하여 경비의 일부를 지원하는 것과 지방교부세 조치의 예도 일본에서는 지방직영기업에 대하여 각종의 국고보조금이 지원되고 있다. 즉 예로서 교통사업에는 ‘지하고속철도정비사업비보조금’과 ‘버스운행대책비보조금’ 등이 지원되고 있다.<sup>196)</sup>

아울러 우리나라의 경우에는 「지방공기업법」 제79조에서 지방공기업의 원활한 경영을 위하여 필요한 경우에는 당해지방자치단체가 출자할 자본금 기타 필요한 경비의 일부를 지방자치단체에게 보조할 수 있다고 규정함으로써 국고지원제도를 규정하고 있다. 특히 이 조항은 일본이나 위의 지방자치단체의 지원제도와 달리 지방공기업의 설립형식을 특정하지 않고 모든 지방공기업에 대하여 지원한다는 점에서 큰 차이가 있다.

## 2. 지방의 영리경제적 활동의 예산회계제도

### (1) 지방의 영리경제적 활동과 예산회계제도

지방의 영리경제적 활동의 재정을 위하여 어떠한 예산제도를 운영할 것인가는 정책적인 문제로 보인다.<sup>197)</sup> 따라서 국가의 영리경제적 활동과 마찬가지로 지방자치단체의 경우에도, 지방의 영리경제적 활동에 대한 예산을 일반예산 즉 일반회계에 포함시켜, 별도의 특별한 예산법상의 지위를 부여하지 않는 방식이 있다. 이러한 경우에는 지방의 영리경제적 활동에 대한 예산이 독립되어 있지 않으므로, 단순히 예산상으로 구분되지 않는 점이 있다.

196) 横山純一, “公營企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, 256頁.

197) 자세한 구분방식으로는 신영수, □□공기업 예산·회계 관련 법제의 개선방안□□, 한국법제연구원, 2004.11, 33쪽이하.

두 번째로는 지방의 영리경제적 활동에 관한 예산을 부속예산의 형태로 하고, 일반회계에서는 개별 공기업의 잉여 혹은 부족액만 포함하는 방식이다. 세 번째는 지방자치단체의 일반회계와 독립한 별도의 예산으로서 특별회계를 설치하는 방식이다.

물론 지방의 영리경제적 활동의 경우에는 위의 것 중에서 반드시 어느 하나로 하는 것은 아니고, 개별 지방공기업의 법적 조직형식에 따라 구분된다.

## (2) 특별회계제도

일본의 경우에는 지방직영기업의 회계를 특별회계를 설정하여 운영하고 있는데<sup>198)</sup>, 우리나라는 지방공기업은 원칙적으로 지방자치단체의 일반회계와 분리하여 별도로 특별회계를 설치하여 운영하고 있다.<sup>199)</sup> 물론 이러한 특별회계의 적용대상은 『지방공기업법』 제2조가 적용되는 지방공기업이다.

일반적으로 특별회계는 지방자치단체가 『지방자치법』 제117조 제2항의 규정에 의하여 법률 또는 조례에 따라 설치하는 것으로서, 특정한 사업을 행하거나 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하여 일반회계의 세입세출과 구분하여 경리할 필요가 있는 경우에 설치할 수 있다.<sup>200)</sup> 이러한 지방공기업의 특별회계제도는 단일예산주의에 대한 예외가 되는 것이다.

그러나 이러한 지방자치단체의 일반적인 특별회계와 지방공기업을 위한 특별회계에는 차이가 있다. 즉 단지 예산을 분리하려는 다른 지방자치단체의 특별회계와는 달리, 지방공기업을 위하여 설정하는 특별

198) 일본 『공영기업법』 제17조.

199) 『지방공기업법』 제13조. 이러한 차이는 우리 『지방공기업법』이 일본에서는 지방직영기업에만 적용하는 『지방공영기업법』을 모사하여, 모든 지방공기업에 대하여 적용하면서 생긴 입법적 정책에서 기인하는 문제이다.

200) 안용식/원구환, 앞책, 307쪽.

회계는 지방공기업의 재정자주성과 효율적 경영을 동시에 확보하려는 제도라는 점에서 같은 특별회계라도 설치목적에서 차이가 있다. 아울러 설치규정도 지방자치단체의 다른 특별회계는 법률 또는 조례에 근거하여야 하나, 지방공기업 특별회계는 그러한 근거규범이 필요하지 않다.

아울러 위의 지방공기업 특별회계제도의 예외로서 1992년 법개정에 의하여 현행 『지방공기업법』 제13조의 단서조항에 의하여 “제13조에 해당하는 사업을 2 이상 경영하는 지방자치단체에 있어서 제7조 제1항 단서의 규정에 의하여 관리자 1인을 두는 경우에는 그 2 이상의 사업에 의료사업에 있어서는 병원마다 하나의 특별회계를 둘 수 있다”고 규정하여 관례상 의료사업의 경우에는 병원마다 별도의 관리자를 두는 관례를 반영하여 병원마다 별도의 특별회계를 두도록 규정하고 있는 것이다. 그러나 이 규정은 2005년 『지방공기업법』 개정으로 의료사업이 동법 제2조 제1항 제9호에서 삭제되고 의료사업이 보건복지부로 이관하였으므로, 마땅히 삭제되어야 할 규정이다.

### (3) 특별회계제도의 특성

지방공기업 등의 사업연도는 어떻게 설정하는가는 법정책의 문제이다. 따라서 외국처럼 매년 1월 1일을 기준으로 하기도 하고, 그와 다르게 운영하기도 한다. 우리나라 지방직영기업의 사업연도는 지방자치단체의 회계연도와 같이 4월 1일부터 시작한다.

한편 지방자치단체의 일반회계와 지방직영기업에 설정되는 특별회계는 원칙적으로 차이가 있다고 한다. 우리나라처럼 지방공기업의 기업적인 측면을 강조하는 입장에서는 지방공기업의 예산은 마치 사기업의 예산과 유사하다고 보아 지방자치단체의 일반행정예산과 원칙적으로 구별된다고 보기도 한다.<sup>201)</sup> 물론 양자는 구체적으로는 다음과 같은 점에서 차이가 있다.

---

201) 안용식/원구환, 앞책, 323쪽.

물론 지방자치단체의 예산은 원칙적으로 지방세라는 조세를 수입의 중심으로 하는 데에 비하여, 지방공기업 등은 주민에 대하여 제공하는 생존배려서비스에 대한 사용료라는 요금수입을 중심으로 편성된다.

아울러 지방공기업 등의 특별회계는 지방자치단체의 일반행정사무를 관할하는 관청회계방식과 달리 ‘**기업회계방식**’으로 운용된다. 따라서 이것은 복식부기로 되어 있다.

그리고 지방자치단체의 일반회계는 지출을 중심으로 편성하고 현금수지를 기준으로 하는 현금주의회계방식에 의하는데, 지방직영기업 특별회계는 사업활동의 목표를 정하고 그에 따라 예산을 편성하며 채권과 채무의 발생사실을 기준으로 하는 ‘**발생주의회계원칙**’을 택하고 있다. 이러한 발생주의회계는 “현금의 수지뿐만 아니라 당해 사업년도중에 발생한 모든 비용과 수익을 발생한 사실에 기하여 계상하고, 동시에 그 발생한 연도에 정확하게 할당하여 손익계산을 행하는 것으로 하고 다시 재정상황을 명확하게 하기 위하여 현금의 증감에 한정하지 않고 모든 자산, 자본, 부채의 증감을 발생한 사실에 기하여 계상하고 동시에 적당한 구분 및 배열을 기준으로 또는 일정한 평가기준에 따라 정리하고 있는 것”이다.<sup>202)</sup> 그리고 지방공영기업회계에는 지방자치단체와 달리 복식부기를 채용하여, 손익계산서, 대차대조표 등을 결산에서 작성하는 모든 서류로 지정하고 있다. 이러한 양식은 『지방공영기업법 시행규칙』에서 규정하고 있다고 한다.

아울러 지방직영기업회계는 수지를 손익수지와 자본수지로 구분하고 있는 바, 손익수지는 1사업년도에서의 당해 기업의 사업활동에서의 모든 수익과 비용과의 상호관계를 나타내는데, 중요한 재원은 요금수입이고, 자본수지는 1사업년도에서 소비되지 않은 지출과 그 재원이 되는 수입과의 상호관계를 나타는 바 주요한 재원은 기업채이다.

특히 일본은 지방자치단체가 지방직영기업의 건설과 개량 등에 관

202) 横山純一, “公營企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, 257頁.

련된 직접적인 운영과는 관계없는 비용을 충당하기 위하여 지방채를 발행하고 있다. 특히 건설·개량비 등은 대부분은 기업체에 의하여 행해진다고 한다.

자치단체 및 회계별 채무현황

(단위 :억원)

구분 시도별	계	일반회계	기타특별회계	공기업특별회계
합 계	(100%) 135,137	(54.4%) 68,204	(25.7%) 40,777	(19.9%) 26,156
서울	10,121	347	8,879	895
부산	19,255	11,366	3,018	4,871
대구	23,529	8,279	12,387	2,863
인천	11,787	8,114	314	3,359
광주	9,105	5,363	2,824	918
대전	6,320	2,343	2,270	1,707
울산	5,738	3,160	463	2,115
경기	30,434	17,774	7,913	4,747
강원	9,322	7,105	406	1,811
충북	3,399	2,452	423	524
충남	6,127	1,901	1,880	2,346
전북	7,072	5,421	569	1,082
전남	6,013	2,925	1,288	1,800
경북	10,064	6,493	441	3,130
경남	9,669	7,335	644	1,690
제주	6,525	4,559	1,050	916

\* 시군구채무 포함

\*\* 출처: 행정자치부, “05년도 지방자치단체 채무현황”, 6쪽.

아울러 일본은 지방직영기업이 요금을 징수할 수 있도록 하고 있는데, 이것은 『지방자치법』 제225조의 규정에 의한 사용료와 그에 해당하지 않는 비사용료개념의 요금이 있다. 사용료개념에 해당하는 것으로는 수도사업상의 수도사업료와 병원사업상의 의료비가 있고 이러한

것들은 조례로 정하도록 되어 있다. 한편 비사용료 개념의 요금은 전기사업상의 전기요금이다. 다만 이러한 요금은 각 지방직영기업을 규율하는 별도의 사업법이 존재하는 경우에는 국가에 의한 인가나 신청이 필요한 경우가 있다.<sup>203)</sup>

### 3. 지방공기업 채무현황

현재 우리나라 지방자치단체의 총 채무는 이미 17조원을 넘고 있다. 이 중에서 지방자치단체가 설정한 공기업 특별회계만의 채무도 약 3조 원으로서 지방자치단체 전체 채무의 약 20퍼센트에 달하고 있다.

#### 사업별 지방자치단체 채무현황

사업 구분	채 무 액 (퍼센트)
지 하 철	2조 2,738억원 (13.0%)
도 로 건 설	3조 9,008억원 (22.3%)
상 하 수 도	3조 4,066억원 (19.5%)
국민주택건설	7,272억원 (4.2%)
택지공단조성	1조 4,207억원 (8.2%)
재 해 복 구	9,936억원 (5.7%)
기 타 사 업	4조 7,253억원(27.1%) 하수및오수처리시설 9,911억원, 경기장건설 7,745억원, 공공청사정비 3,551억원, 쓰레기처리 2,106억원, 관광단지조성 2,322억원, 주거환경개선 1,220억원 등

\*출전: 행정자치부, “’05년도 지방자치단체 채무현황”, 4쪽.

203) 横山純一, “公營企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, 257頁以下.

그러나 이러한 채무를 사업별로 보면, 단순히 지방의 영리경제적 활동에 의한 채무가 더 많음을 알 수 있다. 따라서 이러한 지방의 영리경제적 활동에 의한 채무는 지방재정에 많은 영향을 끼치므로 그 감소방안이 검토되어야 한다.

## 제 2 절 재정건전화방안의 모색

### 1. 지방공기업의 통합 및 유형화의 시도

우리와 지방공기업의 사업분야가 유사한 일본의 경우에도 지방공기업의 운영문제는 비슷한 양상으로 나타나는 것으로 보인다. 즉 2002년도 기준으로 지방공기업의 흑자사업이 1만 423개이고, 적자가 1,486개이다. 아울러 흑자는 5,169억 엔이고, 적자액은 5,091억 엔이다.<sup>204)</sup>

이러한 현실에서 일본은 지방공기업의 유사한 사업분야를 통합하는 방안이 제기되고 있다. 즉 수도, 간이수도, 공공하수도, 농업집락배수, 개별배수처리(공설합병처리정화조에 의한 하수도) 등의 5개 사업을 하나의 사업으로 통합하는 것이다. 이것은 일본의 福島현 三春町에서 1998년부터 행해졌고, 2001년에서 택지조성사업까지 통합하여 6개 사업을 통합하였다.

따라서 일본의 예에서처럼 한 개의 지방자치단체에서 유사한 사업분야를 통합하는 것도 지방의 영리경제활동의 건전화방안이 될 수 있다. 아울러 같은 사업분야를 이웃한 지방자치단체와 통합하여 운영하는 방안도 모색될 수 있다.

예를 들면, 최근 우리나라에서도 수도사업의 경우에는 영세한 경우는 수자원공사에서 위탁경영하는 경우가 자주 발생하고 있다. 이러한 경우에는 지방공기업으로서 종전의 행정자치부에서 감독하는 것이 국가공기업으로서 국가감독의 관할이 다른 부서로 넘어가는 문제가 발

204) 横山純一, “公營企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, 263頁.

생활 수 있다. 따라서 이러한 대응책으로서는 인근 지방자치단체들끼리 연합하여 지방공기업을 운영하는 것도 또 하나의 방안으로 모색되어야 할 것이다. 이러한 측면에서 광역상수도가 행해지고 있다.

아울러 실무에서는 2004년 이후에 유사기능 및 비핵심업무의 통폐합 및 직제조정 등으로 266명의 인력을 감축한 바 있다.<sup>205)</sup> 아울러 2006년에는 지방공기업 기능·인력적정화 기본방향을 시달한 바 있고, 계속적으로 설립 및 사업운영의 타당성 기준에 의하여 기존 사업을 재검토하여 조직진단, 인력진단을 실시하고 있다.<sup>206)</sup>

## 2. 경영평가제도

우리나라 영리경제적 활동중에서 지방공기업의 건전성확보와 관련하여서 고려해 볼 수 있는 대표적인 제도가 **지방공기업경영평가제도**이다. 즉 우리 『지방공기업법』은 제3조에서 지방공기업의 경영원칙으로서, “항상 기업의 경제성과 공공복리를 증대하도록 운영하여야 한다”고, 규정하고 있고, 한편으로는 “민간경제를 위축시키거나 공정하고 자유로운 경제질서를 저해하거나 환경을 훼손시키지 아니하도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 아울러 동법 제78조에서는 이러한 경영원칙에 따라 경영평가제도를 도입하고 있다. 물론 이러한 경영평가제도는 행정자치부에 의한 국가감독의 성질을 가지고 있다. 또한 동법 제78조 제2항에서는 이러한 경영평가는 경영목표의 달성도, 업무의 능률성, 공익성 및 고객서비스 등에 관한 평가를 포함하도록 규정하고 있고, 아울러 제3항에서는 효율적인 경영을 위하여 행정지도 등을 행할 수 있도록 규정하고 있다.

아울러 **경영평가기관**에 대하여 『동법시행령』 제68조가 규정하고 있으며, 경영평가에 대한 세부기준은 동시행령 제68조 제4항의 위임에

205) 행정자치부, 『지방공기업 기능·인력 적정화 기본방향(안)』, 2006.7, 4쪽.

206) 행정자치부, 윗글, 9쪽.

의하여 『지방공기업경영평가기준』이 제정되어 있다. 실무상으로는 대부분 자치경영평가원에서 평가를 담당하고 있다.

따라서 실무에서는 매년 행정자치부가 경영평가계획을 수립하고 실시하고 있다.<sup>207)</sup> 그러나 이러한 경영평가제도는 지방공기업의 경영혁신을 요구하거나 지방자치단체장의 자의를 제한한다는 점에서는 긍정적이나, 법리적인 면에서는 지나치게 지방공기업의 기업성에 대한 평가에 치우쳤다는 문제점이 지적될 수 있다.

아울러 올해 7월부터 행정자치부는 지방자치단체장의 자의적인 지방공기업 사장임명행위를 제한하고자, 그리고 지방공기업에서의 자율경영체제를 보장하고자, ‘지방공기업 CEO경영성과계약 및 CEO업무성과평가 실시계획’제도를 도입하여 지방공기업의 ‘사장평가제도’와 ‘사장경영성과평가제도’를 도입하였다.

### 3. 경영에 관한 정보의 공개

한편 지방공기업은 공법상의 임무를 수행하고 나아가 지역주민을 위한 사업이므로 공법적인 제한을 받아야 하는 것인가가 논의되어야 한다.<sup>208)</sup> 따라서 지방자치단체가 운영주체인 만큼 국가와 마찬가지로 공개적이고 투명한 운영이 전제된다. 더욱이 지방공기업의 경우에는 실무적으로 기업운영에 대한 결정, 급료, 계산, 기존의 가격변경 등의 다양한 정보가 문제되고 있다. 특히 일본의 경우에 수도사업처럼 이용자 부담원칙이 지배되는 경우에는 경영정보를 약 150개 항목에 걸쳐서 예산서에서 결산서까지 상세하게 공개하고 있다.<sup>209)</sup>

---

207) 올해에도 4월 11일에 “2006년도 지방공기업 경영혁신 및 경영평가계획”을 수립 및 설명회를 가진 바 있다.

208) C. Kühne, Informationsansprüche gegenüber kommunale Unternehmen, LKV 2005, S. 481.

209) 遠藤誠作, “公營企業改革の事例”, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 295頁以下.

우리나라의 경우에도 「지방공기업법」 제46조의 규정에 의하여 연 2회 이상 지방직영기업의 업무상황을 지방자치단체의 장에게 제출할 의무를 지방직영기업에 부여하고 있고, 지방자치단체장은 이를 공표하도록 의무지우고 있다. 지방공사의 경우도 동법 제75조의2에서 준용하도록 규정하고 있다.

그러나 이러한 지방공기업의 정보공개 의무가 존재하는가는 법리적으로 논란이 될 수 있다. 왜냐하면 독일의 「행정절차법」의 경우에도 단지 행정절차에의 관련자에게만 서류열람(Akteneinsicht)을 허용하고 있기 때문이다.<sup>210)</sup>

아울러 지방직영기업이나 지방공사의 경우에는 이러한 지방공기업의 정보공개 의무의 인정이 가능할 수도 있으나, 소위 공사혼합기업인 경우에 더욱이 우리나라에서 말하는 **사법상 공기업**(제3섹터)과 같이 25% 미만의 지방공기업에게 정보공개 의무를 인정할 것인가는 문제로 될 수 있다. 왜냐하면 이러한 공사혼합기업에는 사적인 기관, 즉 사적인 지분이 존재하기 때문이다. 물론 브란덴부르크 주의 「기록열람및정보접근법」<sup>211)</sup> 제2조 제4항에 따르면 임무를 수행하는 행정청이 고권적인 임무를 수행하기 위하여 사인에게 서비스를 제공하는 한도에서는 사적인 기관에 대하여서 역시 정보공개청구권(Informationsansprüche)이 있다고 한다. 그러나 이러한 규정을 적용하려면 사인에게 일정한 공식적인 공무수탁관계가 존재하여야 하는데, 지방공기업에는 이러한 관계가 전제되지 않는다. 따라서 공사혼합기업이라 할지라도, 이러한 정보공개는 직접적으로 사적 부분이 아니라 공적인 부분에 요구하여야 할 것이다.<sup>212)</sup>

210) 물론 독일은 그동안 정보의 자유보다는 정보의 보호나 기업의 비밀보호가 더 중요한 가치로 평가되어 왔다. 따라서 「정보자유법」이 제정된 것도 얼마 안되고 그나마 동법의 시행도 올해 1월부터이다.

211) Das Akteneinsicht- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg (BbgAIG) vom 10 März 1998.

212) C. Kühne, LKV 2005, S. 482.

더욱이 사법상 공기업의 경우에 적용될 수 있는 사법, 특히 회사법에도 일정하게 **공중에 대하여 원칙적으로 제한된 정보공개의무(Informationspflicht)**가 존재한다. 그리고 독일과는 달리<sup>213)</sup> 우리 「지방공기업법」에는 일정한 경영정보의 제공의무가 존재한다. 물론 지방자치단체가 시행한다는 점에서는 간접적이다.

한편 이러한 정보공개는 **지방의회(Gemeindevertretung)**의 결정에 의한 제공과 공개를 생각할 수 있다. 즉 지방의회의 감사 등에 관련 자료를 제공하고, 이러한 자료를 공개하는 경우가 될 것이다. 아울러 이러한 경우에도 지방의회가 공개할 것인지 아니면 해당 지방공기업에게 스스로 공개하도록 의무지울 것인지가 문제될 수 있다.

그리고 지방공기업에 대하여 관련 정보의 공개를 요구하는 것은 해당 구역의 공익적인 요구라고 볼 수 있는데, 반대로 지방공기업 나아가 공사혼합기업의 경우에는 이러한 정보의 제공이 기업의 비밀을 공개함으로써 해당 지방공기업의 경영을 위협할 수 있다.

따라서 이러한 해당 지방공기업의 **기업이익(Unternehmeninteresse)**은 회사법상의 묵비의무의 근거이자 기준으로서 기업정보의 공개에 대한 하나의 한계로서 작용하여야만 한다.<sup>214)</sup> 다만 이러한 경우의 기업이익은 객관화된 기업이익이어야 한다는 점이다. 이것은 해당 지방공기업의 공공목적의 수행과 기업의 경제성과 연관돼서 문제된다.

따라서 결론적으로 이러한 지방공기업의 경영정보에 대한 공개의무는 주민의 세금이 투입되어 운영되는 지방공기업으로서의 일반 기업과 달리 그 경영상황이 투명하게 주민에게 공개되어야 한다. 왜냐하면 이것은 주민에 대한 정당성 확보로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 다만 기업경영과 관련하여 과도한 경영정보는 객관적인 기준에 따라 제한될 수 있다.

213) 독일에서는 예외적으로 브란덴부르크 주의 「지방자치단체법」에는 제16조, 제18조, 제44조에 유사한 규정이 있다.

214) C. Kühne, LKV 2005, S. 483.

물론 우리나라의 현실에서는 잘 공개되지 않는 실정이므로, 국가감독상 정보공개를 유도함으로써 투명한 지방공기업경영을 유도하여야 할 것이다. 아울러 이러한 정보공개제도는 최근 우리 참여정부하에서 문제시되고 있는 주민참여제도와 연관하여 지역 주민의 참여도 유도할 수 있다고 본다.

#### 4. 채무관리제도의 개선

##### (1) 지방공기업 채무의 개념

지방공기업은 새로운 사업을 수행하거나 재정적인 문제 등을 해결하기 위하여 채무를 질 수 있다. 즉 이러한 채무는 지방공기업이 그 재정상의 필요 또는 관계법령이 정하는 바에 따라 금융기관 등에서 차입하는 모든 유형의 자본과 토지채권을 말한다.

우리 「지방공기업법」은 지방공기업의 형식에 따라 크게 두 가지로서 채무관리제도를 두고 있다.

##### (2) 종류

###### 가. 지방직영기업의 지방채제도

우리 「지방공기업법」은 지방직영기업이 대규모 건설사업을 수행하거나 그 밖의 재정수요를 감당하기 위하여 채무행위를 할 수 있도록 하고 있는데, 이를 지방채라고 부른다.

이러한 지방채는 일반적으로 1) 정상적인 운전자금의 충당을 위하여 필요한 때, 2) 회전기금의 재원의 충당을 위하여 필요한 때, 3) 건설 또는 개량비에 충당하거나 유사사업의 매수자금으로 필요한 때에 지방자치단체가 발행하며, 그 부담은 수입을 얻은 지방직영기업의 특별회계가 부담한다.<sup>215)</sup> 아울러 광역자치단체의 경우에는 직영기업의 사

<sup>215)</sup> 「지방공기업법」 제19조 제2항.

업분야의 투자재원확보와 지역개발을 위한 기금조성을 위하여서도 지방채를 발행할 수 있다.<sup>216)</sup>

이러한 지방직영기업의 지방채발행은 자본투자적인 성격을 가지므로 일반기업의 일반회계채와는 구분된다고 본다.<sup>217)</sup>

한편 이러한 지방채는 지방재정법상에서는 중기지방재정계획제도를 지방자치법에서는 지방채발행계획제도를 규정하므로, 이에 의하여 발행된다. 특히 지방자치단체의 장은 행정자치부에 차년도 지방채발행계획을 제출하는 절차에 의하여 감독되고, 이러한 절차에 따라 지방채를 발행한다.

#### 나. 지방공사 및 지방공단의 공사채제도

한편 지방공사와 지방공단은 『지방공기업법』의 규정에 의하여 지방자치단체의 장의 승인을 얻어 증권발행의 방법에 의하여 사채를 발행하고 있다(동법 제68조 제1항, 제77조의5). 이것을 일반적으로는 공사채라고 하며, 다만 실무상 지방공사는 사채, 지방공단은 공단채라고 구분하고 있다.

이러한 공사채의 유형과 차입선으로서는 정부자금(정부특별회계, 정부관리기금), 지방공공자금(지역개발기금), 금융기관자금, 채권발행에 의한 자금(공모, 사모), 사실상의 차입자금(토지상환채권, 토지보상채권), 외화자금(외국차관) 등이 있다.

아울러 행자부의 지침에서는 지방채발행계획에서는 공사채, 지방공기업 예산편성기준은 공기업채로 규정하고 있는데, 이것은 위의 지방공사와 지방공단외에 직영기업의 지방채까지 포함하는 개념이다.

아울러 지방공기업실무에서는 위에서 언급한 사채외에 차입금을 포함하여 ‘공사채’라는 개념을 사용하고 있다.

216) 『지방공기업법』 제19조 제2항.

217) 안용식/원구환, 앞책, 317쪽.

## (3) 공사채 운용실무와 현황

실무에서는 지방직영기업의 경우에는 상하수도과 지방도로사업 등의 경우에는 순자산의 4배이내, 주택사업 및 토지개발사업의 경우에는 순자산의 10배 이내로 공사채의 발행한도를 제한하고 있다.<sup>218)</sup>

아울러 국가감독차원에서 이러한 지방공기업의 공사채 발행의 경우에 원칙적으로 공사채발행예정액이 100억 원 이상인 사업, 직전연도 부채비율이 80%이상인 경우, 최근 3년 이상 계속하여 당기 순손실이 발생한 경우에는 행정자치부의 승인대상으로 하고 있고, 2005년 지방공기업법시행령의 개정으로 100억 원 미만은 지방자치단체의 자체 승인대상으로 하고 있다.

## 공사채발행 승인규모현황

구 분	2004(A)	2005(B)	2006(C)	증감율
건 수	9	8	2	B/A -증가 8배 C/A -증가 60배
총 금액	3,627억원	2조 5,452억원	4조 8,500억원	
평균금액/건	404억원	3,181억원	2조 4,250억원	
발행유형	채권발행 2,697 지역개발기금 930	채권발행 18,399 지역개발기금 등 7,053	금융기관차입	

\* 출처 : 행정자치부, □□지방공기업 공사채 제도 운영기준□□, 2006.8, 5쪽.

그러나 2005년도 법개정으로 공사채의 발행한도가 100억이상만 행정자치부의 승인사항으로 상향조정되면서, 지방공기업의 행정자치부에 대한 공사채 발행승인요구액이 엄청난 규모로 상향되어지고 있다.

218) 행정자치부, □□지방공기업 공사채 제도 운영기준□□, 2006.8, 4쪽.

아울러 금융기관을 통한 자금차입의 경우에는 행정자치부의 승인대상인지 여부가 불분명하므로, 현재 실무에서는 통상 공사채발행에 준하여 처리하고 있다.

그리고 공사채 발행신청에 대하여서도 별다른 법적인 기준이 없으므로 실무상 혼선이 초래되고, 지자체도 기본적인 행정절차의 이행을 해태하거나 보상비 등의 경우에는 지급직전에 승인 신청하는 등의 문제가 발생하고 있다. 따라서 실무에서는 공사채에 대하여도 지방채에 대한 기준을 준용하므로 일반회계 중심의 자치단체에 대한 심사기준을 별도 회계를 가진 지방공기업에 준용하는 문제점이 발생하고 있다.

#### (4) 공사채발행제도 개선방안

따라서 이러한 지방공기업의 공사채제도에 대하여는 공사채발행 및 관리의 체계화로서 지방공기업 경영의 건전화를 도모하여야 한다.<sup>219)</sup>

이러한 개선방안으로는 공사채발행의 계획적 운영으로서 지방공기업의 중장기 투자계획에 반영된 정기분의 공사채발행만을 승인하고, 수시분은 발행하지 못하도록 하는 것이다.

두 번째로는 공사채발행의 대상사업에 대한 심의를 강화하는 방안이다. 이러한 대상구분으로 소모성 경상사업은 승인하지 않도록 하는 것이다.

세 번째로는 행정자치부가 국가감독으로서 수행하는 공사채발행에 대한 승인제도를 절차화하여 법적인 기준을 확립하는 것이다.

## 5. 민영화

최근 지방의 영리경제적 활동의 수익성 악화에 따른 경영부실, 사기업과의 중복 내지 경쟁으로 인한 민간경제와의 충돌을 이유로 하여

---

219) 행정자치부, □□지방공기업 공사채 제도 운영기준□□, 2006.8, 7쪽이하.

감사원이나 행정자치부로부터 매각 등의 민영화 권고를 받는 경우<sup>220)</sup>가 자주 발생하고 있다. 특히 앞서 언급한 지방의 영리경제적 활동의 법리적 정비방안에 의할 경우에도 공공목적을 수행하지 않거나 사경제에 대한 보충성이 존재하지 않는 경우에는 해당 지방의 영리경제적 활동은 폐지되어야 하는데, 지금 민영화의 문제가 이러한 경우에 발생하는 문제이다.

따라서 우리나라의 지방의 영리경제적 활동의 현황을 보면, 1998년 당시 80개의 지방공사·공단 중에서 14개 공기업이 구조조정 대상이었고, 그중 2001년을 기준으로 문경도시개발공사(청산) 등 12개 공기업이 청산이 완료되었고, 청산 등 절차 진행중인 공기업이 2개가 있었다.<sup>221)</sup> 아울러 2000년에는 감사원에서 306개의 지방공기업을 감사하여 20개 기관을 민영화 또는 민간위탁하도록 하고, 7개 기관을 통·폐합하도록 지적한 바 있다. 특히 “사업전망이 없거나, 설립목적 달성으로 청산 또는 민영화해야 할 지방공기업을 존치, 확장, 개편하는 행위나 당초 설립목적으로서는 사업추진이 불가능하거나 민간기업과 결합되는 사업수행을 목적으로 설립된 경우로서 비능률 등으로 경영부실을 초래하거나 혹은 설립목적사업의 추진이 미흡한 경우”이었다.<sup>222)</sup>

현재는 지방직영기업이나 지방공단의 경우에는 어차피 지방자치단체의 지분이 전부이므로 폐지에 크게 문제되지 않고, 사법상 공기업의 경우에는 지방자치단체의 지분이 소수이므로 문제될 것이 없다.

따라서 현실적으로 민영화 등이 문제되는 것은 지방공사이다. 이때 지방공사의 지분 소유주인 지방자치단체가 사인(사기업)에 지분매각시, 상법상의 주식회사로 상호변경, 조직전환(등기)이 가능한가의 문

220) 실례로 문경도시개발공사가 1998년 감사원의 폐지요구에 따라 2000년 2월에 청산되었다.

221) 행정자치부, □□지방공기업 설립·운영지침□□, 2001.5.24, 1쪽.

222) 행정자치부, □□감사원의 지방공기업 감사결과 지적사항에 대한 조치계획□□, 2001.5.25, 4쪽.

제가 발생할 수 있다.<sup>223)</sup>

이에 따라서 현재 『지방공기업법』에서 상법상 주식회사로 상호 및 조직변경이 가능토록 근거규정을 신설(안 제75조의5)하는 법안이 계류 중이다.<sup>224)</sup>

즉 실무적으로는 지방공사를 사기업에 매각하더라도, 법원 등기소에서 해산등기와 설립등기를 하여야 한다. 그러나 현행 『지방공기업법』상 지방공사는 상법상의 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 되어 있으므로<sup>225)</sup>, 지방공사의 경우에도 상법상의 청산절차를 거쳐야 하는 문제가 발생하였고, 이러한 경우에는 기업처분절차가 엄격하여서 1년여의 기간과 비용이 문제되므로, 새로운 『지방공기업법』 개정안에 따라 신속하게 지방공기업을 매각, 청산, 신규회사를 설립할 수 있도록 하고 있다.

그러나 이러한 지방공기업의 건전화방안에는 여러 법적 문제점이 발생할 수 있다. 즉 첫 번째로는 과연 실무에서 보는 것처럼, 지방공사를 상법상 주식회사로 볼 수 있는가의 문제이다. 즉 공사란 “공법상 공기업”을 의미하는 것으로, 이미 앞에서 살펴 본대로 공법상 법인으로서, 따라서 사법상 회사개념과는 다른 개념이다. 특히 전통적으로 우리 법의 모법인 독일은 영조물(Anstalt) 개념<sup>226)</sup>을 사용하였고, 이러한 잔재가 지하철공사 등의 이용관계에 영조물이용관계로 여전히 남아 있

---

223) 최근의 예를 보면, 2004년 12월 안성시가 지방공사인 안성축산진흥공사의 안성시 소유 지분의 66.39%를 도드람양돈조합(도드람컨소시엄)에 매각하였다. 이후 매수자 측에서 관할 등기소에 등기를 하고자 하였으나, 등기소에서 『지방공기업법』상 지방공사가 상법상의 주식회사로 전환할 수 있는 근거규정이 없다는 이유로 등기를 거부한 사건이 발생하였다.

224) 의안번호 제174061호, 지방공기업법 일부개정법률안, 박기춘의원 등 11인이 2006년 3월 17일자로 제안하였다.

225) 『지방공기업법』 제75조.

226) 물론 일본과 한국에서는 영조물 개념이 이해되지 않으므로, 실무에서는 대학과 국립병원을 제외하고는 거의 사용되지 않고 있다. 그리고 경우에 따라서는 공공시설과 혼동되는 문제까지 발생하고 있다.

다. 그럼에도 불구하고 일본과 우리나라가 영조물 개념을 이해하지 못하여 실무에서는 영조물로 사용되어야 할 자리에 지방공사라는 개념을 만들었고, 거기에 다시 주식회사개념을 편의적으로 도입함으로써 이러한 혼란이 생긴 것으로 보인다. 즉 위의 문제는 「지방공기업법」에서도 법리상 영조물로 사용되어야 할 것이, 상법상의 주식회사개념을 원용함으로써 입법적으로 문제가 발생하는 것이다. 그러나 지방공사는 원칙적으로 주민의 생존배려에 기여하는 공공목적을 수행함으로써 그에 따른 여러 공법상의 특혜를 누리는 공법상의 회사이므로 이미 판례 등에서 언급되는 것처럼, 일반적인 사법상의 회사와는 결코 비교할 수 없다. 물론 입법적으로 지방공사는 상법상의 주식회사가 아니라, ‘공법상 회사’임에도 불구하고, 대다수 공법상의 제도처럼 공법상의 특별 규정이 없는 경우에는 사법규정을 원용할 수는 있다. 따라서 법 적용상에서는 「지방공기업법」의 문리해석상 「지방공기업법」의 특례규정을 제외하고는 상법상의 주식회사규정을 준용해야 한다.

그러나 그럼에도 불구하고 지방공사와 주식회사를 같다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 지방공사는 비록 주식회사와 유사한 실질을 가졌다 할지라도, 근본적으로 공익목적을 수행하기 때문에 「지방공기업법」상의 지방공사는 공익성을 가지고, 상법상 주식회사는 영리성을 가지므로 본질적으로 크게 다르다. 판례에서도 비록 공정거래법위반대상인 사업자로 보는 경우<sup>227)</sup>는 있으나, 오히려 지방공사의 직원을 형법상 공무원개념으로 보는 경우도 있다.<sup>228)</sup>

일단 현행법상으로는 지방공사는 「지방공기업법」상의 규정이 없으면, 상법을 준용하도록 되어 있는데, 그렇다면 지방공사를 합병, 분할, 주식매매 등의 방법으로 처분할 수 있는가가 문제될 수 있다. 물론 원칙적으로는 「지방공기업법」에 규정이 없으면 원칙적으로 「상법」을

227) 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결.

228) 「지방공기업법」 제83조, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도6721 판결.

준용하여야 하지만, 조직변경을 포함한 대부분의 상법상의 회사제도는 상법상의 회사를 대상으로 하는 것이다. 특히 인적회사와 물적회사간의 변경이므로 공사에서 주식회사로서의 조직변경은 법리상 불가능하다고 보아야 할 것이다.

특히 주식매각의 경우에는 「지방공기업법」 제53조에서 출자 및 증자시 지방자치단체외의 자가 1/2을 초과하지 않도록 규정하고 있으므로, 주식의 매각이 불가능한 것으로 보인다. 따라서 지방공기업의 건전화를 위하여 부실 지방공기업의 매각, 청산, 폐지, 합병 등을 하기 위하여 그리고 위의 경우처럼 상법의 규정에 적용을 받지 않기 위하여는, 「지방공기업법」에 공사의 합병, 분할, 주식매매에 대한 각종 (특례)조항을 만들어야 규정해야 한다. 특히 「지방공기업법」 제53조와의 저촉을 막기 위하여서는 지방공사의 주식의 매각하는 방식을 「지방공기업법」에 규정하여야 한다.

다만 법리적으로는 지방공사는 운영상의 문제점이 있는 경우에는 그 설립 및 운영의 공공성이라는 특성상 폐지하는 것이 지방공기업의 법리에 맞다. 예를 들면 지방공사의 지분매각으로 민영화를 한다면, 그동안 해당 지방공사는 공공임무를 수행하지 않았다는 역추론이 생길 수 있기 때문이다.

## 6. 아웃소싱

지방공기업의 개선방안으로서는 **아웃소싱**을 생각할 수 있다. 즉 해당 사무가 그렇다고 본질상 일반행정사무는 아니고, 지방공기업으로 운영하기에는 그 규모나 수익성이 떨어지는 분야의 경우에는 민간에 위탁하는 아웃소싱을 통하여 비용을 절감할 수 있다.

이러한 아웃소싱으로 활용할 수 있는 대표적인 예가 종래에 **지방공단**으로 운용되는 분야이다. 즉 우리나라 지방의 영리경제적 활동의 경우에 수익성이 떨어지는 단순 시설관리의 경우는 지방자치단체가 100

퍼센트 출자하는 지방공단에 의하여 운영되고 있다. 물론 지방공단 중에서도 공단 자체가 가진 특유한 회계시스템에 의하여 흑자임에도 불구하고, 형식적으로는 적자로 표시되는 것도 있지만, 대부분의 지방공단이 적자를 면하지 못하고 있는 것이 현실이다. 이것은 위에서 언급한 것처럼 영리경제적 활동 자체가 기본적으로 단순한 시설관리에 지나지 않고 별다른 수익성 확보수단이 존재하지 않으므로 적자로 운영되는 것이다.

따라서 이러한 시설관리는 물론, 청사관리, 청소, 구내식당 등의 경우에는 독립적인 지방공기업으로 운영하는 경우에는 수익성이 낮으므로 그 재정건전성이 문제되므로, 이러한 사인을 통한 아웃소싱의 경우도 지방공기업의 재정건전화를 위한 하나의 방안으로 제기될 수 있다. 물론 아웃소싱은 ‘민간위탁’ 내지는 ‘민영화’라고 볼 수도 있다. 실무에서도 2004년이후에 민간위탁을 확대한 결과, 629명의 인력을 감축하였다.<sup>229)</sup>

일본의 경우에도 수도사업의 경우에는 제3자 위탁제도를 도입하였다. 따라서 요금, 경리, 시설의 운전관리, 보수점검, 수선 등의 유지관리 및 일상업무를 전문성을 가진 민간기업에 위탁하고 있고, 기간업무에 대하여는 3년 계약으로 하고 있다.<sup>230)</sup>

이러한 아웃소싱은 사업경영과 창구대화의 일부를 제외한 분야를 아웃소싱할 수 있고, 이는 법률상 민간위탁으로 이루어지며, 이러한 아웃소싱의 장점으로서는 전문사업자에 대한 위탁으로 노하우를 활용할 수 있고, 직원 등의 인사리스크가 줄고, 경영자원 확보에 대한 리스크도 줄어들 수 있다.<sup>231)</sup>

다만 이러한 아웃소싱으로 생기는 문제는 해당 사무가 민간에게 위

229) 행정자치부, 『지방공기업 기능·인력 적정화 기본방향(안)』, 2006.7, 4쪽.

230) 遠藤誠作, “公營企業改革の事例”, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 296頁.

231) 遠藤誠作, “公營企業改革の事例”, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 317頁以下.

탁하여도 좋을 만큼의 행정정보로서의 중요성이나 사무의 특수성을 가지고 있지 않아야 한다.

## 7. 회계제도의 개선

아울러 일본의 경우에는 지방직영기업회계에 일부 기업회계를 도입하고 있다. 즉 지방직영기업회계 중에서 수도사업회계, 하수도사업회계, 택지조성사업회계 등의 3개의 회계에 직영하여 기업회계방식으로 관리하고 있다.<sup>232)</sup> 따라서 이미 기업회계를 도입하고 있는 지방공사 등과 마찬가지로 지방직영기업에도 기업회계를 도입하여야 한다고 본다.

그러나 우리나라의 경우에는 이미 지방직영기업을 포함한 모든 지방공기업에 이미 복식부기형태의 기업회계를 도입하고 있다. 그리고 지방자치단체의 일반회계는 세출규제에 초점이 놓여 있는 반면에, 공기업회계는 사업활동에 대한 목표설정이후에 세입을 결정하는 구조를 가지고 있다. 공기업회계는 현재 발생주의에 의한 복식부기를 규정하고 있으나, 아직도 기업회계를 준용할 뿐, 본격적으로 적용하고 있지는 않고 있다.

### 지방공기업과 회계

조직형태	현행존재 형태	기업회계기준 적용관계	조세문제*
1. 지자체조직의 일부 ①지공법 적용제외 ②지공법 적용대상	다수존재	제 외	해당없음
	다수존재	준용형태	해당없음
2. 지방공사, 공단	상수도 : 없음 하수도 : 있음	준용형태	해당함
3. 주식회사	없 음	전면적용 형태	해당함

\* 출처 : 김길복, “지방직영기업의 회계와 예산의 이해”, 행자부자료집, 17쪽.

232) 遠藤誠作, “公營企業改革の事例”, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 295頁.

아울러 예산사업의 성과평가의 강화, 예산낭비요소의 발굴 등과 더불어 핵심사업 위주로 예산을 편성하여 예산운용의 투명성과 효율성을 제고하여야 할 것이다.<sup>233)</sup> 아울러 이러한 예산운용의 편의를 위하여 행정자치부는 지방공기업예산회계표준시스템을 개발하여 보급중에 있다.

---

233) 행정자치부, □□'07 지방공기업 예산편성기준 설명회교육자료□□, 2006.7.6, 13쪽.

## 제 6 장 결 론

지방의 영리경제적 활동은 그동안 역사적으로 19세기 후반부터 일반 지방자치단체가 수행하는 일반 행정사무외의 주민의 생존배려를 위한 많은 공공임무를 위탁받아 수행하여 왔다. 그러나 이러한 지방의 영리경제적 활동은 태생적으로 서비스를 제공하고 그에 대한 이용료를 징수함으로써 수익성이 있는 사업을 선별하여 수행함으로써 지방공공 시설이나 일반 지방자치단체와 달리 영리경제성을 가지고 있었다. 따라서 이러한 지방의 영리경제적 활동은 어떻게 하면 이러한 영리경제성을 제한하고 나아가 궁극적으로는 주민의 생존배려를 포함한 공공성을 확보하고자 하는 것이 궁극적인 이념이자 지향점이었다.

그러나 그동안 우리나라와 일본의 지방공기업을 중심으로 한 지방의 영리경제적 활동은 행정학자를 중심으로 하여 주로 경영혁신 내지 이윤추구를 통한 수익확보에만 매달려 왔다고 보여진다. 따라서 지방의 영리경제활동에 대한 대부분의 문제는 경영평가 일변도의 지방공기업 개선방안에만 관심이 집중되었다. 그러나 그럼에도 불구하고, 지방의 영리경제적 활동은 예상했던 것이나, 경영성확보에 치중한 것과는 달리, 막대한 수익을 올려 지방재정에 기여하기보다는 오히려 상당한 적자와 막대한 채무로 지방재정의 건전성 강화에 반대로 기여하고 있다.

따라서 이제 지방의 영리경제적 활동은 해당 법분야의 법리인 지방경제법의 원리에 맞게 수익성보다는 그 본래적인 목적이자 한계인 공익성이 강조되는 방향으로 재편되어야 할 것이다.

따라서 지방재정을 건전화하는 방안에서도 역시 우선적으로 지방자치단체를 과도한 영리경제활동에 대한 투자로 지방재정에 커다란 손실을 가져다주는 것을 막기 위한 방안이 모색되어야 한다. 이러한 방

안으로 지방의 영리경제적 활동을 대표적으로 규율하고 있는 우리 「지방공기업법」을 설립요건을 중심으로 하여 공공성을 확보하는 쪽으로 법리적으로 재정비하여야 할 것이다. 이러한 법리적인 개정방향의 첫 번째는 그동안 우리 지방공기업법제가 일본의 「공영기업법」을 모사하여 지방직영기업을 관할하는 「지방공기업법」을 제정하고 이에 지방공사, 지방공단, 사법상 지방공기업에 관한 규정을 삽입하여 운용하였던바, 이에 따라서 법적용의 혼란을 가져왔었다. 따라서 입법론적으로는 이러한 혼합된 현행 「지방공기업법」을 지방공기업의 분류에 따라 확대 개편하던가 아니면 지방의 영리경제활동의 종류별로 각각의 단행법으로 독립시켜 제정하여야 할 것이다.

두 번째는 현행 「지방공기업법」상의 기존의 지방직영기업의 사업분야를 정하는 조항은 실제로 기술적인 내용을 담고 있으므로 하위법인 시행령에 위임하고, 그 자리에 오히려 지방공기업에 대한 설립요건으로서 공익목적의 수행, 사경제에 대한 보충성, 지역성, 지방자치단체의 이행능력 등을 포함하여 규정하여야 할 것이다.

세 번째는 동법 제3조에서 규정하고 있는 지방공기업에 대한 경영의 기본원칙에 대한 개정이다. 현재 우리나라의 지방의 영리경제적 활동은 과도하게 경제성이 강조되고 있으므로, 경제성조항을 삭제하던가 아니면, 완화하여 비용충족의 원칙으로 규정하고, 오히려 공공성을 강화하는 방식으로 입법이 개정되어야 할 것이다.

그리고 이러한 지방공기업을 포함한 지방의 영리경제적 활동 자체에 대한 건전성확보방안으로서 중복된 관련 지방공기업을 유사사업분야별로 통합하거나 유형화하는 방안이 제시될 수 있다.

두 번째로는 종래에 시행되어온 기존의 경영평가제도를 더욱 강화하여 공적분야에 의한 책임경영과 민간분야에 의한 자율경영을 적절하게 조화시킴으로서 경영합리화를 유도하는 방안이 모색될 수 있다.

세 번째로는 현재 경영부실이나 민간경제와 충돌되는 분야의 경우에 민영화 등을 통하여 건전화시킬 수 있을 것이다. 이러한 민영화 등이 오히려 장래에는 손실이 발생하지 않으므로 소극적으로는 지방재정에 기여할 수 있을 것이다.

아울러 네 번째로는 지방의 영리경제적 활동이 지역 주민의 세금을 통해서 운영되는 만큼, 관련 지방공기업의 기업이익을 해하지 않는 정도에서 지역 주민과 지방의회 등에게 경영과 관련된 정보가 공개되어야 할 것이다.

그리고 다섯 번째로는 지방공기업이 발행하는 각종 공사채의 경우에도 이미 위험수준에 도달하고 있으므로 이에 대한 발행절차가 법리적으로 정비되어야 할 것이다.

그리고 마지막으로 일정한 규모이하의 지방공기업의 경우에는 민간위탁으로 아웃소싱하는 방법이 고려될 수 있을 것이다.

최근 기획예산처에서는 지방공기업의 예산뿐만이 아니라 지방공기업을 관리·감독하는 지방자치단체의 관련 예산까지도 해당 지방공기업의 이행실적에 연관하여 예산배정을 하겠다고 한 바 있다. 따라서 지방의 영리경제적 활동과 지방자치단체와의 복잡한 재정관계를 정비하는 것도 지방의 영리경제적 활동의 건전성 확보를 통하여 지방재정을 건전화시키는 효과적인 방법이 될 것이다.

## 참 고 문 헌

### 【우리 문헌】

강병규, “일본의 지방공기업제도 개관”, □□地方財政□□ 제60호, 한국지방재정공제회, 1993.2, 81쪽이하.

강순권, “프랑스의 公社制度”, □□법제□□제51호, 1981.3, 18쪽이하.

강인재, “지방재정건전화에 대한 새로운 접근”, □□지방자치□□ 제127호, 1999.4, 47쪽이하.

곽관훈, □□재정건전화를 위한 현행법제의 개선방향□□, 연구보고 2005-06, 한국법제연구원, 2005.

곽태열, “독일의 지방공기업 발전에 관한 역사적 고찰”, □□地方自治研究□□ 제5호, 한국지방자치학회, 1991.12, 83쪽이하.

\_\_\_\_\_, “독일의 지방공기업-어제와 오늘”, □□지방자치□□ 제39호, 1991.12, 105쪽이하.

\_\_\_\_\_, “지방재정 확충방안으로서의 지방공기업 역할 :독일 지방화시대의 지방공기업을 중심으로”, □□경남발전□□ 제64호, 2003.9, 43쪽이하.

구본충, “일본의 지방공기업 제도”, □□지방재정□□ 제104호, 한국지방재정공제회, 2000.6, 85쪽이하.

국중호, “일본의 지방재정구조 및 삼위일체개혁에 관한 고찰”, □□지방행정연구□□ 제19권 제1호, 2005.3, 217쪽이하.

참 고 문 헌

- 국중호/이기효(편역), □□일본의 재정구조개혁(I) - 필요성과 최종보고□□, 한국조세연구원, 1998.6.
- 국회사무처 법제실, □□지방재정관련법령의 법제정비방안연구□□, 2004.10.
- 길준규, “독일 경제행정법상의 국가의 경제활동과 헌법상 정당성”, □□배준상교수정년기념논문집□□, 1997, 419쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “독일 경제행정법상의 지방의 경제활동과 사인간의 경쟁”, □□한양법학□□ 제8집, 1997.9, 347쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “독일 지방경제법의 최근동향 - 지방의 새로운 경제활동을 중심으로”, □□2000년 공법이론의 발전과 성과□□(제87회 한국공법학회 학술발표회), 2000.5, 167쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “경제행정법의 전제로서의 경제질서”, □□공법연구□□ 제28집 제2호, 2000.1, 455쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “행정법, 경쟁법, 공공경쟁법?”, □□토지공법연구□□ 제12집, 2001.5, 506쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “독일 지방경제법의 최근동향 - 지방의 새로운 경제활동을 중심으로”, □□공법연구□□ 제30집 제5호, 2002.6, 245쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “공기업법을 위한 입론”, □□강의중교수정년기념논문집□□, 2002. 10, 182쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “후기산업사회에서의 조세국가의 의미”, □□토지공법연구□□ 제16-2집, 2002.12, 425쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “경제행정법상 분쟁해결제도” 2004년 한국공법학회 송년학술대회, □□공법연구□□ 제32집 제4호, 2004.3, 41쪽이하.

- 길준규, □□지방공기업의 설립에 대한 법리적 고찰 - 독일과 일본의 공기업법제를 중심으로□□, 행정자치부, 2004.10.
- \_\_\_\_\_, “제3섹터 지방공기업에 대한 법리적 고찰”, □□토지공법연구□□ 제 24집, 2004.12, 121쪽이하.
- 김노환, “일본의 제3섹터의 사례 연구”, □□慶熙行政論叢□□ 제10권제1호, 경희대학교행정대학원, 1997.2, 81쪽이하.
- 김동일, “‘자립형 지방화’·‘국가균형발전’ 위한 지방재정력 강화”, □□나라경제□□ 2004년 11월호, 58쪽이하.
- 김두옥, “일본 지방공기업의 성공사례”, 地方自治情報□□ 제134호, 한양대학교지방자치연구소, 2002.4, 23쪽이하.
- 김배원, “지방재정 건전성 제고를 위한 주민의 역할”, □□재정건전성제고를 위한 지방재정법의 과제□□, 한국법제연구원, 2006.7.12, 1쪽이하.
- 김원국, 한국의 지방공기업법과 일본의 지방공영기업법에 관한 비교 연구, 석사논문(高麗大 特殊法務大學院), 1999.
- 김재호, “지방자치단체의 공기업 설치 및 운영에 관한 입법론 소고”, □□地方自治法研究□□ 제1권 제1호, 2001.9, 69쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “지방공기업의 이론과 법제”, □□공법연구□□ 제30집 제4호, 2002.6, 427쪽이하.
- 김태영, “지방재정평가제도의 의미와 향후 추진방향”, □□自治發展□□ 제 11권 제5호, 2005. 5, 16쪽이하.
- 김홍진, “분권화 시대 지방재정의 문제점과 대응방안”, □□지방자치□□ 제 186호, 2004.3, 68쪽이하.

참 고 문 헌

- 문창수, “일본의 공영기업 금융금고제도”, □□地方財政□□ 제54호, 한국지방재정공제회, 1991.9, 71쪽이하.
- 박준수, “유럽 주요 3국의 공기업(통신) 민영화”, □□月刊 自治發展□□ 제9권 제2호, 2003.2, 41쪽이하.
- 반장식, “재정건전화 노력 강화하면서, 21세기 일류국가건설을 뒷받침”, □□나라경제□□ 2000년 11월호, 12쪽이하.
- 배용수, “지방공기업의 설립여건의 적정화방안”, □□한국지방재정논집□□ 제5권 제1호, 2000.7, 1쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “한국 지방공기업의 문제점과 개선방안”, 2000年 통권231호, 현대사회문화연구소, 2002.7, 24쪽이하.
- 성지은, “지방재정 진화과정 분석”, □□지방행정연구□□ 제19권 제1호, 2005.3, 243쪽이하.
- 송연석, “지방재정력확충 통해 국가균형발전 적극지원”, □□나라경제□□ 2005년 11월호, 44쪽이하.
- 신영수, □□공기업 예산·회계 관련 법제의 개선방안□□, 현안분석 2004-21, 한국법제연구원, 2004.11.
- 안용식, “外國의 地方公社 - 日本을 中心으로”, □□地方財政□□ 제2권제11호, 대한지방행정공제회, 1983.11, 51쪽이하.
- \_\_\_\_\_/원구환, □□지방공기업론□□, 개정판, 2001, 대영문화사.
- 안종석, “지방재정의 책임성에 관한 연구”, □□재정연구□□ 제7권 제1호, 2000.7, 57쪽이하.

- 여영현. “지방공기업과 지방경영수익사업”, □□자치행정□□ 제170호, 2002.5, 28쪽이하.
- 유 훈, “외국의 지방공기업- 지방공기업의 발전방향”, □□지방행정□□ 제 308호, 대한지방행정공제회, 1979.6, 74쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “일본의 지방공사”, □□행정논총□□ 제20권제1호, 서울대학교행정대학원, 1982.6, 51쪽이하.
- 유일호, “분권화와 거버넌스 - 지방재정의 투명성과 책임성 제고방안”, □□나라경제□□ 2003년 9월호, 31쪽이하.
- 윤부기, □□지방자치단체의 재정상태 분석과 재정건전화방안□□, 박사논문 (대구대), 1999.12.
- 윤영진, “지방자치단체 재정평가”, □□지방행정연구□□ 제14권 제2호, 2000. 11, 71쪽이하.
- 이기우, □□지방자치행정법□□, 1991, 법문사, 250쪽.
- 이동식, “재정건전화법제의 발전방향”, □□공법연구□□ 제33집 제5호, 2005. 6, 259쪽이하.
- 이상철/성도경, “지방 공기업법의 문제점과 개정방향 : 지방 공기업의 개념과 요금결정방식을 중심으로”, □□영남정치학회보□□ 제8호, 영남정치학회, 1998.2, 303쪽이하.
- 이영희, “지방분권 정착을 위한 지방의 재정책임성 강화”, □□법제□□ 제 544호, 2003.4, 30쪽이하.
- \_\_\_\_\_, “지방분권정착을 위한 지방의 재정책임성 강화”, □□지방분권을 위한 입법과제□□, 법제처, 2003.7, 162쪽이하.

참 고 문 헌

- 이영희, “지방자치단체의 재정책임성과 과세자주권의 활용”, □□지방세□□ 제76호, 2003.3, 28쪽이하.
- 이윤상, “제3섹터 방식 추진현황과 향후과제”, □□토지연구□□ 제13권 제2호, 한국토지공사, 2002 여름, 34쪽이하.
- 이현희, “지방공기업과 공익”, □□2002 kapa@포럼□□ 제99호, 한국행정학회, 2002.9, 13쪽이하.
- 임병연, “지방재정분석 · 진단제도에 관한 고찰”, □□아·태공법연구□□ 제10집, 2002, 195쪽이하.
- 임성일, “영국 지방재정 운영의 최근 동향과 시사 - 책임성 확보를 중심으로”, □□지방재정□□ 제134호, 2005.6, 4쪽이하.
- 장선희, □□재정의 건전운동을 위한 독일의 관련법제 연구□□, 연구보고 2005-05, 한국법제연구원, 2005.
- 지방자치국제화재단, □□일본의 지방공영기업□□, 해외자치행정 조사보고서 97-7, 1997.
- 지역개발연구회 편, “96 일본의 지방공사 현황 2 : 제3섹터 실시개요”, □□자치공론□□ 제36호, 한국지방자치연구원, 1998.4, 189쪽이하.
- 한국산업은행, “주요국 재정건전화 추진경험과 시사점”, □□산은조사월보□□ 제554호, 2002.1, 64쪽이하.
- 행정자치부, 행정자치부, □□지방공기업 설립 · 운영지침□□, 2001.5.24.
- \_\_\_\_\_, □□감사원의 지방공기업 감사결과 지적사항에 대한 조치계획□□, 2001. 5.25, 4쪽.
- \_\_\_\_\_, □□05년도 지방자치단체 채무현황□□, 2006.1.

- 행정자치부, □□2006년도 지방공기업 경영혁신 및 경영평가계획□□, 2006.  
4.11, 대전광역시 지방공무원 교육원.
- \_\_\_\_\_, □□지방공기업 기능·인력 적정화 기본방향(안)□□, 2006.7.
- \_\_\_\_\_, □□'07 지방공기업 예산편성기준 설명회교육자료□□, 2006.7.6, 13쪽.
- \_\_\_\_\_, □□지방공기업 공사채 제도 운영기준□□, 2006.8.
- 현 근, “지방공기업의 현황과 개선방안”, □□사회과학연구□□(건국대) 제  
17집, 2003, 41쪽이하.
- 홍정선, □□지방자치법론□□, 박영사.
- 황진홍, “일본의 제3섹터”, □□지방재정□□ 제79호, 한국지방재정공제회,  
1996.3, 75쪽이하.

### 【일본 문헌】

- 磯部 力, “地方公共團體の収益事業”, □□行政法の争點□□, □□ジュリスト□□,  
1990, 120頁以下.
- 内閣府民間資金等活用事業推進室, “『公共施設等の整備等において民間事  
業者の行い得る業務範囲』について”, 2004.6.
- 満田譽, “第三セクター”, 山下 茂, □□特別地方公共團體と地方公社・第  
三セクター・NPO□□, 1997, 421頁以下.
- \_\_\_\_\_/松崎茂/室田哲男, □□地方公營企業□□, ぎょうせい, 2003.
- 妹尾克敏, □□現代地方の自治軌跡 - 日本型地方自治の總括と課題□□, 法律  
文化社, 2004.3.

참 고 문 헌

民間資金等活用事業推進委員會, □□PFI推進委員會中間報告-PFIのさらなる展開に向けて□□, 2004.6.3.

細谷芳郎, “地方公營企業の組織”, □□最新地方自治法講座6: 執行機關□□, ぎょうせい, 2004, 188頁以下.

山内健生, “地方財源保障に關する一考察(一~完)”, □□自治研究□□ 第81卷 第2號, 2005, 67頁以下., 第81卷第3號, 66頁以下.

岩崎忠夫, □□自治行政と企業□□, ぎょうせい, 1993.

遠藤誠作, “公營企業改革の事例”, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 295頁以下.

伊藤 はるか, “戰略ツールとしての地方獨立行政法人制度の活用”, □□NRI 地域經營ニュースレター□□, 2003.3, 1頁以下.

日本財政法學會 編, □□財政法の基本課題□□, 勁草書房, 2005.

礪崎陽輔, “地方公社・第三セクターと地方行政”, 山下 茂, □□特別地方公共團體と地方公社・第三セクター・NPO□□, 1997, 317頁以下.

\_\_\_\_\_, “地方三公社”, 山下 茂, □□特別地方公共團體と地方公社・第三セクター・NPO□□, 1997, 367頁以下.

田中孝男, “自治體公企業概念にかんする-考察”, <http://www1.ocn.ne.jp/~houmu-tt/03-030/htm>.

地方公營企業制度研究會, □□地方公營企業の概要□□, 地方財政協會, 2002.

地方公營企業と獨立行政法人制度に關する研究會, □□地方公營企業と獨立行政法人制度に關する研究會報告書□□, 2002.12.

總務省, □□地方公營企業關係制度比較表□□.

- 總務省, □□第三セクター等の状況に関する調査結果の概要□□, 報道資料, 2004. 3.25.
- \_\_\_\_\_, □□第三セクターに関する指針の改定□□, 報道資料, 2003.12.12.
- \_\_\_\_\_, □□地方公営企業と獨立行政法人制度に関する研究會報告書のポイント□□, 報道資料, 2002.12.
- 總務省自治財政局編, □□地方公営企業年鑑□□, 第50輯, 2004.
- 横山純一, “公営企業論”, 西尾 勝/神野直彦, □□地方財政改革□□, 2005, ぎょうせい, 250頁以下.

### 【독일 문헌】

- \*독일문헌은 주로 필자의 박사학위논문(Kil, Joon Kyu : Der Schutz Privater im Wettbewerb mit der öffentlichen Hand nach deutschem und koranischem Recht, Diss.: Köln, 1999)이후의 문헌만 소개한다.
- Antweiler, C.* : Öffentliche-rechtliche Unterlassungsansprüche gegen kommunale Wirtschaftstätigkeit, NVwZ 2003, S. 1466 ff.
- Badura, P.* : Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, S. 818 ff.
- Beckmann, M./David, H. -J.* : Kommunale Abfallwirtschaft als unlauterer Wettbewerb, DVBl. 1998, S. 1041 ff.
- Böhm, M.* : Fortentwicklung des Haushaltsrecht, NVwZ 1998, S. 934 ff.
- Brauser-Jung/Gerking* : Staat und Kommunen als Konkurrenten der Pri-

참 고 문 헌

- vatwirtschaft? - Bericht über den 2. Hamburger Wirtschaftsrechtstag 1999, S. 1491 ff.
- Britz, G.* : Funktion und Funktionsweise öffentlicher unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, S. 380 ff.
- Brüning, C.* : Mittelbare Beteiligung der Kommunen im grenzüberschreitenden Wettbewerb, DVBl. 2004, S. 1451 ff.
- Bullinger, M.* : Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl. 2003, S. 1355 ff.
- Burmeister, J.* : Stellungnahme zum Gesetzwurf, LT-Dr. 12-2113.
- Cosson, R.* : Begrenzungen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Bereich der Abfallwirtschaft, DVBl. 1999, S. 891 ff.
- Cremer, W.* : Gewinnstreben als öffentlichen Unternehmen legitimierender Zweck; Die Antwort des Grundgesetzes, DÖV 2003, S. 921 ff.
- David, H. -J.* : Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen Betätigung von Kommunen und deren Gesellschaften, NVwZ 2000, S. 738 ff.
- Diefenbach, W.* : Zur Konkurrentenklage gegen unzulässige kommunale Wirtschaftstätigkeit, WiVerw 2003, S. 115 ff.
- \_\_\_\_\_, § 1 UWG als Schranken wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen, WiVerw 2003, S. 99 ff.
- Ebsen, I.* : Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, DVBl. 1997, S. 1039 ff.
- Ehlers, D.* : Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 497 ff.

- Ehlers, D.* : Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Jura 1999, S. 212 ff.
- \_\_\_\_\_, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, DJT 64, München: C. H. Beck, 2002.
- \_\_\_\_\_, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, NJW-Beil. 23/2002, S. 33 ff.
- \_\_\_\_\_/Krebs, W. : Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts - Symposion aus Anlaß der Emeritierung von Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen am 5. Mai 2000 in Münster, Berlin: Walter de Gruyter, 2000.
- Ennuschat, J.* : Kommunalwirtschaft und Wettbewerbsrecht, WRP 1999, S. 405 ff.
- Faber, A.* : Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen - in-hosue-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb, DVBl. 2001, S. 248 ff.
- \_\_\_\_\_, Aktuelle Entwicklung des Drittschutzes gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung, DVBl. 2003, S. 761 ff.
- \_\_\_\_\_, Insolvenzfähigkeit für Kommunen?, DVBl. 2005, S. 933 ff.
- Faßbender, K. -J.* : Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen kommunale Wirtschaftbetätigung, DÖV 2005, S. 89 ff.

참 고 문 헌

- Frenz, W.* : Wettbewerbsrechtliche Absicherung privater Entsorgungsverwertung  
- Zum Spannungsfeld von KrW-/AbfG, GO und UWG, DÖV 2000,  
S. 802 ff.
- \_\_\_\_\_, Kommunale wirtschaftliche betätigung zwischen GO, GG und EG,  
GerwArch, 2006, S. 100 ff.
- Giesberts, L. /Schmuck, D.* : Privatisierung kommunaler Unternehmen und  
kalkulatorische Kosten in der Grbührenrechnung, DÖV 2003, S.  
701 ff.
- Guckelberger, A.* : Die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen  
außerhalb des Gemeindegebiets, BayVBl. 2006, S. 293 ff.
- Harks, T.* : Kommunale Beschäftigungsgesellschaften zwischen sozialen Auftrag  
und wirtschaftlichem Wettbewerb, DÖV 2003, S. 114 ff.
- Hauser, Dirk* : Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen - Beschränkungen  
durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, Tübingen  
: Diss., 2004.
- Heimlich, J.* : Zur Zulässigkeit der Werbung von Hoheitsträgern am Beispiel  
der öffentlichen Feuerwehr, NVwZ 2000, S. 746 ff.
- Heintzen, M.* : Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-) Unternehmen  
außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, S. 743 ff.
- Held, F. W.* : Ist das kommunale Wirtschaftsrecht noch zeitgemäß - Zugleich  
ein Beitrag zur wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Betätigung  
der Gemeinden, WiVerw 1998, S. 264 ff.
- Hennecke, H. -G.* : Das Gemeindefinanzierungssystem, Jura 1986, S. 568 ff.

- Hennecke, H. -G.* : Der kommunale Finanzausgleich - Verfassungs- rechtliche Vorgaben und landesgesetzliche Ausgestaltung, Jura 1987, S. 393 ff.
- \_\_\_\_\_, Öffentliche Finanzwesen, Finanzverfassung - Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Hedelberg : C. F. Müller, 2000.
- Hönig, D.* : Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft - Bericht über die Speyerer Gespräche zum öffentlichen Wirtschaftsrecht vom 29. 9. - 1. 10. 1999, DÖV 2000, S. 153 ff.
- Hösch, U.* : Öffentliche Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 393 ff.
- Huber, P.* : Wirtschaft und Recht - 29. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung Öffentliches Recht, DÖV 1990, S. 22 ff.
- Knauff, M./Nolte, F.* : Narrenfreiheit für kommunale Unternehmen, VR 2003, S. 3 ff.
- Kost, Andreas/Wehling, Hans-Georg* : Kommunalpolitik in den deutschen Ländern, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2003.
- Kube, H.* : Neue Steuerung im Haushaltrecht - Ein Kompetenzgefüge außer Balance?, DÖV 2000, S. 810 ff.
- Kühne, C.* : Informationsansprüche gegenüber kommunale Unternehmen, LKV 2005, S. 481 ff.
- Kühling, J.* : Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit der Gemeinde, NJW 2001, S. 177 ff.

참 고 문 헌

- Lutz, J./Thom, N.* : Zusammenschlüsse öffentlicher Unternehmen, ZögU 2004, S. 238 ff.
- Mann, T.* : Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, S. 819 ff.
- Meier, N.* : Mögliche Konsequenzen für kommunale Telekommunikationsgesellschaften bei Verstoß gegen § 107 Abs. 1 Satz 2 GO NW, VR 1998, S. 340 ff.
- Meyer, W.* : Kommunalwirtschaftsrecht und kommunale Handwerkstätigkeiten, WiVerw 2003, S. 57 ff.
- Miert, K. v.* : Öffentlicher Unternehmen - mit EU-Recht vereinbar und zeitgerecht?, ZögU 2004, S. 312 ff.
- Moraing, M.* : Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte, WiVerw 1998, S. 233 ff.
- Müller, M.* : Zur verfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt, DVBl. 1998, S. 1256 ff.
- \_\_\_\_\_, Erwerbswirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Grundgesetz und Kommunalverfassungsrecht, NVwZ 2000, S. 769 ff.
- Musil, A./Kroymann, J.* : Die extreme Haushaltsnotlage - Zum verfassungsrechtlichen Anspruch eines Bundeslandes auf Sanierungshilfen, DVBl. 2004, S. 1204 ff.
- Nierhaus, M.* : Verfassungsrechtlicher Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung, LKV 2005, S. 1 ff.
- Oebbecke, J.* : Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, ZHR 164 (2000), S. 375 ff.

- Otting, O.* : Die Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Schranken kommunal-wirtschaftlicher Betätigung durch das Wirtschaftsrecht, DÖV 1999, S. 549 ff.
- Pünder, H.* : Die kommunale Betätigung auf dem Telekommunikations-sektor, DVBl. 1997, S. 1353 ff.
- \_\_\_\_\_, Zur Verbundlichkeit der Kontrakte zwischen Politik und Verwaltung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells, DÖV 1998, S. 63 ff.
- \_\_\_\_\_, Kommunales Finanzmanagement zwischen Effektivität, Effizienz und Demokratie, <http://www.uni-muenster.de/Jura.kwi/content/krpg/Finanzmanagement.html>.
- \_\_\_\_\_, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Normierung neuer Steuerungsmodelle, DÖV 2001, S. 70 ff.
- \_\_\_\_\_, Neue Regelungen für die öffentliche Unternehmen, DÖV 2002, S. 731 ff.
- Quaas, M.* : Aktuelle Rechtsfragen des Benutzungsgebührenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung kommunaler Infrastruktureinrichtung, NVwZ 2002, S. 144 ff.
- Rennert, K.* : Der Selbstverwaltungsgedanke im kommunalen Wirtschaftsrecht, JZ 2003, S. 385 ff.
- Ronellenfitsch, M.* : Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, DÖV 1999, S. 705 ff.
- Ruffert, M.* : Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 2001, S. 27 ff.

참 고 문 헌

- Ruffert, M.* : Kommunalwirtschaft und Landes-Wirtschaftsverfassung, NVwZ 2000, S. 763 ff.
- Scharpf, C.* : Rechtsprobleme der Gebietsüberschreitung - Kommunale Unternehmen extra muros?, NVwZ 2005, S. 148 ff.
- Scherf, W./Hofmann, K.* : Die kommunale Finanzverfassung in Deutschland, in: Kost, Andreas/Wehling, Hans-Georg : Kommunalpolitik in den deutschen Ländern, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2003, 313 ff.
- Schlacke, S.* : Konkurrentenklagen gegen die wirtschaftstätigkeit von Gemeinden, JA 2002, S. 48 ff.
- Schwarting, G.* : Effizienz in der Kommunalverwaltung, Berlin: Erich Schmidt, 1997.
- Stober, R.* : Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen, NJW 2002, S. 2357 ff.
- Tettinger, P. J.* : Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, S. 3473 f.
- Tiele, C. -L.* : Neuordnung des Finanzausgleichs, in : Steuerrechtssprechung Steuergesetz Steuerreform, FS für K. Offerhaus, 1999, S. 1009 ff.
- Törnig, T.* : Wo liegt die Grenze der Zulässigkeit der wirtschaftliche Betätigung von Kommunen?, DÖV 2004, S. 16 ff.
- Waechter, K.* : Kommunalrecht, 3. Aufl., 1997.
- Warneke, N.* Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinde und das Wezzbewerbsrecht - BGHZ 150, 343, JuS 2003, S. 958 ff.

*Wartin, C.* : Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2001 auf öffentliche Unternehmen, NVwZ 2002, S. 140 ff.

*Weidemann, C.* : Deregulierung und kommunales Wirtschaftsrecht - Zu den bundesrechtlichen Grenzen kommunaler Abfallwirtschaft, DVBl. 2000, S. 1571 ff.

*Wieland, J.* : Konkurrentenschutz gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung, DV 2003, S. 225 ff.

\_\_\_\_\_, Extreme Haushaltsnotlage des Landes Berlin - Rechtsgutachten auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Maßstäbegesetzes, [http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/finanzen/haushalt/021105\\_gutachten\\_wieland.pdf](http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/finanzen/haushalt/021105_gutachten_wieland.pdf).

*Wolfers, B.* : Privatisierung unter Wahrung der öffentlichen Rechtsform: Der Modellfall Berliner Wasserbetriebe, NVwZ 2000, S. 765 ff.

【부 록 1】

독일연방기본법

GRUNDGESETZ (GG) für die Bundesrepublik Deutschland

제정 : 1949. 5. 23. (BGBl. I S. 1)

개정 : Gesetze zur Änderung des Grundgesetzes am 26. Juli 2002  
(BGBl. I S. 2862/2863)

(발췌)

**제104a조** (비용분담, 재정지원)

- ① 연방과 주는 이 기본법에서 다르게 규정하지 않는 한, 그 임무 수행으로 생기는 지출을 따로 부담한다.
- ② 주가 연방의 위탁으로 수행한다면, 연방이 그러한 위탁에서 발생하는 지출을 부담한다.
- ③ 금전급부를 보장하고 그리고 주에 의하여 수행되어지는 연방법은 금전급부를 전체 또는 부분적으로 연방이 부담하도록 결정할 수 있다. 법률이 연방이 지불의 절반 또는 그 이상을 부담하는 것을 결정한다면, 그 법률은 연방의 위탁으로 시행된다. 법률이 주가 지출의 1/4 또는 그 이상을 부담할 것을 결정한다면, 그 법률은 연방상원의 승인이 필요하다.
- ④ 연방은 전체 경제적인 균형에 장애를 막기 위하여 또는 연방영역에서 상이한 경제력을 조정하기 위하여 경제적인 성장을 촉진하기 위하여 필요한 주와 지방자치단체(지방자치단체조합)의 특별히 중요한 투자를 위하여 주에게 재정지원을 보장할 수 있다. 자세한 것은 특히 촉진되는 투자 종류는 연방상원의 승인이 필요

【부 록 1】 독일연방기본법

한 연방법에 의하여 또는 연방예산법에 근거하여 행정합의에 의하여 규율되어진다.

⑤연방과 주는 그 행정청에 생기는 행정비용을 부담하고 질서에 맞는 행정을 위하여 서로 비례적으로 책임을 진다. 자세한 것은 연방상원의 승인을 필요로 하는 연방법이 결정한다.

**제107조** 수직적이고 보충적인 재정조정

①주세수입과 수입세와 법인세에 대한 수입에서의 주의 지분은 조세가 세무행정청에 의하여 해당 주내에서 징수되어지는 한도에서 개별 주에 귀속한다. 법인세와 근로소득세에 대하여는 지역적인 수입의 종류와 범위와 마찬가지로 경계설정에 관한 자세한 규정에 관하여 연방상원의 승인을 필요로 하는 연방법률에 의하여 결정되어야만 한다. 그 법률은 다른 조세에 대한 지역적인 수입의 경계설정과 분배에 관한 규정 역시 해당된다. 판매세수입에 대한 주의 지분은 인구수를 기준으로 하여 개별 주에 귀속하고, 물론 이러한 주지분의 최고 1/4은 연방상원의 승인을 필요로 하는 연방법률에 의하여 주세, 소득세, 법인세에 의한 주의 수입이 각 거주민에 따라 주들의 평균이하에 있는 주에게 보충지분으로 규정할 수 있다.

②주의 상이한 재정력이 적절하게 조정되어지도록 법률에 의하여 확보되어야만 하고, 이 경우에 지방자치단체(지방자치단체조합)의 재정력과 재정수요가 고려되어야만 한다. 조정급부의 금액에 대한 기준과 마찬가지로 조정권한을 가진 주의 조정청구권에 대한 전제조건은 법률에서 결정되어야만 한다. 법률은 역시 연방이 자신의 (\*재정)수단으로 성과가 취약한 주에게 일반재정수요에 대한 보충적인 충족을 위하여 지정(보충지정)을 보장하도록 결정할 수 있다.

【부 록 2】

독일지방자치단체법

Deutsche Gemeindeordnung

주 : 1935년 1월 30일에 제정되어 독일의 대부분의 연방주에 의하여 1945년에서 1949년 사이에 폐지됨. 각 주의 Gemeindeordnung으로 제정됨  
(발췌)

제67조

전항에서 의미하는 경제기업은 다음 사항이어서는 안 된다.

1. 지방자치단체에게 법률상 의무화되어진 기업
2. 교육제도, 보육제도, 직업교육제도, 신체적인 체련, 병원관리, 건강관리, 복지관리에 대한 시설

물론 이러한 기업이나 시설도 경제적인 관점에서 관리되어질 수 있다.

【부 록 3】

노트라인-베스트팔렌 주 지방자치단체법

Gemeindordnung für das Land Nornrhein-Westfalen

제정 : 1994년 10월 17일 (GV. NW. S. 270)

(발췌)

**제 8 조** (지방자치단체의 시설과 부담)

- ① 지방자치단체는 자신의 이행능력의 한계내에서 주민의 경제·사회·문화적 지원에 필요한 공공시설을 설치해야 한다.
- ② 지방자치단체의 모든 주민은 실정법의 범위에서 지방자치단체의 공공시설을 사용하도록 수권받았으며 지방자치단체로의 귀속에서 주어지는 부담을 지도록 의무지워져 있다.
- ③ 지방자치단체 구역내에 거주하지 않는 토지점유자와 영리기업은 같은 방식으로 토지점유자와 영리기업을 위하여 지방자치단체 구역내에 존재하는 공공시설을 이용하도록 수권받았고, 지방자치단체의 부담이 되는 지방자치단체구역내의 토지점유나 영리기업을 위하여 기여하도록 의무지워져 있다.
- ④ 이들 규정은 법인과 인적단체에도 준용하여 적용된다.

**제107조** (경제활동의 허용성)

- ① 지방자치단체는 자신의 임무를 수행하기 위하여 경제적으로 활동할 수 있다.

다음과 같은 경우에

1. 공공목적이 그 활동을 필요로 하거나,

【부 록 3】 노트라인-베스트팔렌 주 지방자치단체법

2. 그 활동의 종류와 범위에 따라 지방자치단체의 이행능력과 적절한 관계에 있고,
3. 에너지공급, 수자원공급, 공공교통, 전화서비스를 포함한 통신서비스망의 운영외의 경우에는 공공목적이 다른 기업에 의하여 더 낮게 그리고 더 경제적으로 수행될 수 없는 경우이다. 통신망의 운영은 통신시설단말기의 운영과/또는 설치를 포괄하지 않는다.

그 서비스의 종류에 따라 이유희득의 의도로 사인에 의하여서도 역시 행해질 수 있는 한도에서 재화와 용역의 생산자, 제공자, 분배자로서 시장에서 활동하는 기업의 운영을 경제활동으로서 이해한다.

②다음의 운영은 전항에서 의미하는 경제활동으로서 적용되지 않는다.

1. 지방자치단체의 법률상 책무로 되어 있는 시설
2. 주민에 대한 사회·문화적 지원을 위하여 필요한 공공시설, 특히 다음의 분야의 시설
  - 보육, 교육 또는 문화 (학교, 인민대학, 종일반탁아시설, 기타 청소년지원시설, 도서관, 박물관, 전시관, 오페라극장, 연극장, 영화관, 극단, 관현악단, 시체육관, 만남의 장소)
  - 운동 또는 휴양(운동시설, 동물원과 식물원, 숲시설, 공원시설, 정원시설, 숙박시설, 휴양관, 수영장, 국민축제행사를 위한 시설)
  - 보건제도 또는 사회제도 (병원, 장례시설, 요양소, 장기휴/요양시설, 양로원과 장애시설, 여성의 집, 사회·의료상담소.
3. 도로청소, 경제촉진, 교외교통촉진 또는 주거공간배려에 사용 되는 시설

4. 환경보호시설, 특히 쓰레기 수거 또는 하수 제거, 박람회 및 전시시설
5. 전적으로 지방자치단체와 지자체연합의 수요의 충족에만 사용되는 시설

물론 이러한 시설들도 공공목적과 합치되는 한에서는 경제적인 관점에 따라 관리될 수 있고, 직영기업에 관한 규정에 상응하여 수행되어질 수 있다. 내무부는 종류와 범위에 따라 독립한 운영이 요구되는 시설이 전체적 또는 부분적으로 직영기업에 적용되는 규정에 따라 시행되어질 수 있다는 것을 법규명령에 의하여 결정할 수 있다. 이러한 법규명령에는 직영기업에 적용되는 개념규정과 어긋나는 규정도 정할 수 있다.

③지방자치단체구역외의 경제활동은 제1항상의 전제조건을 충족하고 관련 지방적 지역단체의 적법한 이익을 유지하는 경우에 허용된다. 전기와 가스공급의 경우에는 에너지경제법의 규정에 따라 경쟁의 제한이 허용되는 이익만이 정당한 것으로서 적용된다.

④제2항 제4호상의 외국시장에서의 경제활동 또는 비경제적 활동의 개시는 허가가 필요하다.

⑤제1항 의미의 기업에 대한 설립, 직·간접적인 참여에 관한 결정에 앞서 위원회는 의도된 경제적인 고용과 수공업자에 대한 영향, 중산층경제에 대한 기회와 위험에 대한 시장조사에 근거하여 교시할 수 있다. 수공업, 산업, 상업, 각기의 분야에서의 일하는 영업에 대한 지역적인 자치행정조직은 시장조사에 대한 입장표명을 할 기회를 주어야만 한다.

⑥은행기업을 지방자치단체는 설립할 수도, 인수하여서도, 운영하여서도 안 된다.

⑦공적인 저축금고제도에 대하여서는 이에 대하여 공표된 특별규정을 적용한다.

**제108조 (사법상의 기업과 시설)**

① 지방자치단체는 다음의 경우에만 사법형식의 기업과 시설을 설립하거나 참여할 수 있다.

1. 기업의 경우(제107조제1항)는 제107조제1항제1문의 전제조건을 충족한 경우
2. 시설의 경우(제107조제2항)는 제8조제1항의 전제조건을 충족한 경우와 지방자치단체의 중요한 이익이 설립이나 참여에 전제된 경우
3. 지방자치단체의 (배상)책임이 특정한 부담에 제한된 법형식을 선택하는 경우
4. 지방자치단체의 지불의무가 지방자치단체의 이행능력과 적절한 관계에 있는 경우
5. 지방자치단체는 불특정하거나 부적절한 금액의 손실을 인수하도록 책임지지 않는 경우
6. 지방자치단체는 적절한 영향, 특히 감독기관을 포함하고 그리고 이것이 정관, 조례, 다른 방식으로 보장되는 경우
7. 기업 또는 시설이 정관, 조례, 기타 조직상태에 의하여 공공 목적을 지향하는 경우
8. 회사형태의 기업이나 시설의 경우에는 연말결산과 상황보고가 광범위한 법률상의 규정이 적용되지 않거나 다른 법률상의 규정에 위배되지 않는 한 회사계약과 정관에 근거하여 거대자본회사를 위한 상법전 제3편의 규정에 준하는 적용이 제기되거나 마찬가지로 또는 직영기업에 적용되는 규정에 준하는 적용으로 심사되어지는 경우
9. 제107조제1항 제1문제3호에 따른 전화서비스를 포함한 통신기업의 경우 회사계약에서 직접 참여 또는 지분참여의 틀에서 지

방자치단체의 직접적인 책임은 수권자본에 대한 지방자치단체 경우에 따라서는 지방공기업의 지분에 한정되는 경우이다. 동등한 경쟁기회의 수행을 위하여는 지방자치단체는 이러한 기업을 위하여 지방경제적인 우대조건의 기준에 따른 신용을 부여해서도 보증이나 제86조상의 의미의 보장을 해서도 안 되는 경우 감독행정청은 제3, 5, 8호의 규정에서 논거 있는 사례는 예외로서 허용할 수 있다.

②지방자치단체는 회사형식의 기업이나 시설에 대한 지분의 50퍼센트를 초과하여 소유한다면, 지방자치단체는 다음에 영향을 미칠 수 있어야 한다.

1. 직영기업에 적용되는 규정을 의미적절한 적용
  - a) 모든 회계연도마다 회계계획을 제시하고
  - b) 경제지도에서 5년간의 재정계획을 제시하거나 지방자치단체가 인식하고 있고
  - c) 기존의 법률상의 공개의무를 해치지 않고 연말결산의 확정, 성과의 적용, 연말결산과 상황보고에 대한 심사의 성과가 통상적으로 공개되어져하고 동시에 연말결산과 상황보고가 제시되고 그 공개에 해석이 입증되어야 한다.
2. 상황보고와 그와 결합하여 공공목적의 설정을 유지하기 위하여 그리고 목적달성을 위하여 지위를 가져야 한다.
3. 회사가 기업을 운영한다면, 경제원칙(제109조)에 의하여 다뤄져야 하고 연말결산, 상황보고, 공공목적설정을 유지하는 것에 관한 보고서는 예산안에 부록으로 첨부되어야만 한다. 지방자치단체가 다른 지방자치단체 또는 지방자치단체조합과 공동으로 다른 회사나 시설의 다수 지분을 차지한다면, 지방자치단체는 제1문 제1호 a)와 b), 제2호와 제3호의 기준에 따라 경제운영에 영향을 미쳐야 한다.

③지방자치단체는 제1항을 해치지 않고 기업과 시설을 주식회사의 법형식으로 공공목적이 다른 법형식보다 더 잘 수행되거나 수행되어질 수 있는 경우에만 설립하거나 인수하거나 본질적으로 확장하거나 그에 참여할 수 있다.

**제109조 (경제원칙)**

①(공)기업과 (공공)시설은 공공목적이 지속적으로 수행되도록 관리되거나, 조정되거나 통제되어야만 한다. 기업은 수익에 의하여 공공목적의 실현이 침해되지 않는 한도에서 지방자치단체의 예산에 수익을 가져올 수 있어야 한다.

②수입과 경비를 구별한 경제기업의 일년 수입은 기업의 기술적이고 경제적인 발전에 필수적인 재투자외에 적어도 자기자본금에 대한 시장에서 통상적인 이자로 활동할 정도로 높아야 한다.

**제114조 직영기업(Eigenbetriebe)**

①법인격이 없는 지방의 경제기업(직영기업)은 직영기업령과 기업의 정관에 의하여 운영된다.

②직영기업의 사무에서 운영은 결정에 대한 충분한 독립성이 허용되어야 한다. 시위원회의 관할은 가능한 한 직장위원회에 위임되어야 한다.

③50명을 초과하는 직영기업의 경우는 직장위원회는 1/3을 직영기업의 직원으로 구성한다. 51명보다 적으나 10명보다 많은 직영기업은 2명의 직원이 직장위원회에 속한다. 직장위원회에 속하는 직원은 직영기업의 직원회의의 제안, 즉 선거해야 하는 위원과 대표자의 2배수를 포함한 제안을 선택하게 된다. 여러 직영기업을 위하여 공동의 직장위원회가 형성된 경우에는 이들 직영기업의 모든 직원의 전체 수가 기준이 되는데, 제4문에 상응하여 적용된다. 전문가인 시민의 수는 직원의 수와 합하여 직장위원회에서의 시위원회위원의 수를 넘어설 수 없다.

**제114a조** 공법상 권리능력있는 영조물

①지방자치단체는 기업과 시설을 공법상 영조물의 범형식으로 설치하거나 기존의 행정기업과 직영기업 및 직영기업과 유사한 시설을 전체 권리승계의 방식으로 공법상의 권리능력있는 영조물로 전환할 수 있다.

②지방자치단체는 영조물의 법률관계를 정관에 의하여 규율한다. 정관은 영조물의 명칭과 임무, 이사회와 행정위원회의 위원 정수, 수권자본의 최고액, 경제운영, 재산관리, 감사에 관한 규정을 포함한다.

③지방자치단체는 영조물에게 개별임무나 또는 특정한 목적에 결합된 임무 모두를 전체로나 부분적으로 위임할 수 있다. 지방자치단체는 영조물을 위하여 제9조에 의한 전제조건하에서 정관에 접속강제와 사용강제를 규정할 수 있고, 영조물에 위임된 임무범위에서 정관을 발령할 것을 허용할 수 있다.

④영조물은 정관의 기준에 따라 그 참가가 영조물목적에 유용한 경우에, 다른 기업에 참가할 수 있다. 제108조 제1항 제1문 제1호와 제2호는 상응하여 적용된다.

⑤지방자치단체는 자신의 재산으로부터 면제가 요구되지 않는 한, 영조물의 구속력에 대하여 무제한으로 책임을 진다(보장주체성).

⑥영조물은 법적으로 또는 정관에 의하여 지방자치단체의 조례에 의하여 무언가 다른 것을 결정하지 않는 한, 이사회에 의하여 자기책임으로 관리된다.

⑦이사회는 업무수행은 행정위원회에 의하여 감독된다. 행정위원회는 이사를 최장 5년간 지명하고, 지명의 갱신은 허용된다. 행정위원회는 그밖에도 다음에 관하여 결정한다.

1. 제3항제2문에 따른 정관의 제정
2. 영조물의 다른 기업에의 참가

3. 경제계획과 연말결산의 확정
4. 서비스이용자에 대한 일반적으로 적용되는 요금율과 사용료의 확정
5. 연말감사인의 지정
6. 성과사용

제1호와 제1호의 사례에서 행정위원회는 시의회의 지시를 받는다. 행정위원회는 그밖에도 지방자치단체의 조례에 의하여 결정된 영조물의 업무에 대한 결정에 의무지워져 있다. 나아가 정관에서는 영조물의 기관이 중요한 의미를 가진 결정을 하는 경우에 시의회의 승인이 요구되는 것을 규정하고 있다.

⑧행정위원회는 의장인 위원과 기타 위원으로 구성된다. 의장은 시장이 맡는다. 고유한 업무분야를 가진 사무직원을 지명하는 한에서는 그러한 사무직원은 의장을 보위하며, 그 업무범위도 영조물에 위임된 임무에 속한다. 위임된 임무가 여러 업무분야에 귀속하는 경우에는 시장이 의장에 관하여 결정한다. 행정위원회의 그밖에 위원들은 지방의회에 의하여 5년의 기간으로 선임되고, 그 선거는 제50조 제4항이 의미에 맞게 적용된다. 지방의회에 속하는 행정위원회의 위원의 임기는 선거기간의 종료 또는 지방자치위원회의 예상되는 해지로서 종료된다. 행정위원회 위원은 자신의 직무를 새로운 위원의 취임까지 계속하여 행사한다. 행정위원회의 위원은 다음에 해당되어서는 안 된다.

1. 영조물의 사무원
  2. 영조물이 50퍼센트를 초과하여 참가하는 공법 또는 사법상의 법인 또는 기타 조직의 지도적 직원, 수권자본에 대한 참가로 충분하다.
  3. 직접적으로 영조물에 관한 감독임무를 수행하는 감독청의 직원
- ⑨영조물은 제3항에 따른 임무위임에 근거하여 권력적인 권능을

행사하는 경우에는 공무원의 고용주일 권리를 갖는다. 영조물이 해산되거나 전환되는 경우는 공무원과 서비스이용자의 법적 지위에 대하여 공무원권기본법 제2편 제3장이 적용된다.

⑩연말결산과 영조물의 보고서는 다른 규정이 적용되지 않거나 다른 법률상의 규정이 반대로 규정하지 않는 한, 상법전상의 거대자본회사에 적용되는 규정에 따라 작성되고, 심사된다.

⑪제14조제1항, 제31조, 제74조, 제75조제1항, 제76조, 제83조과 국가감독에 관한 제12편의 규정은 영조물에 의미에 맞게 적용되어 질 수 있다.