

地方公企業法에 대한 비판적 고찰

A Critical Review on Local Public Enterprise Law

李 琦 雨

(한국지방행정연구원 주임 연구원)

〈目 次〉

- I. 地方公企業의 意義
- II. 地方公企業의 法的 形態
- III. 地方公企業法の 對象이 되는 公企業
- IV. 地方公企業法の 適用對象이 아닌 地方公企業
- V. 私法上의 地方公企業
- VI. 結 論

I. 地方公企業의 意義

1. 地方公企業의 概念의 모호성

公企業의 의미는 학자에 따라서 일치하지 아니하며 法律의 규정도 여러가지 의미로 사용하고 있다. 예컨대 지방자치법 제137조와 제138조에서 말하는 公企業과 지방공기업법 제79조에서 말하는 公企業은 같은 의미가 아니다. 前者에서는 公社와 公團을 제외한 것을 말하며 後者는 이를 포함한 개념이다. 또한 行政學, 經濟學 등 여러 학문분야에서 사용되는 公企業의 개념은 여러가지 의미로 쓰인다.

문제되는 것은 법률적으로 公企業의 개념을 정의할 필요가 어디에 있는가 하는 점이다. 지

방공기업의 定義는 첫째로 지방자치법 제137조의 수권범위를 설정하기 위해서 필요하다. 둘째로 同條同項에 근거한 지방공기업법의 적용범위를 확정하기 위하여 필요하다.

法律的으로 의미있는 概念의 定義는 그로부터 어떤 法律效果를 끌어내고 규율의 범위를 정하게 되는데 의미가 있다. 法律이 地方公企業을 여러가지 의미로 사용하기 때문에 公企業의 개념정의도 그에 따를 수 밖에 없다.

法律의 체계적인 해석을 위하여 관련규정을 살펴보면 지방자치법 제137조 제1항은 지방공기업을 定義하지 않고 그러한 定義를 전제로 하고 있다. 同條 제2항은 公企業에 대한 규율을 法律에 유보하고 있다. 이에 따른 地方公企業法은 지방자치법 제138조가 地方公企業에서 제외시킨 地方公社와 地方公團을 적용범위에 포함시키고 있다. 또한 지방공기업법 제2조는 다시 지방공기업과 지방공사, 지방공단이 별 개임을 밝히고 있다.

지방자치법 제138조는 지방공기업이 아닌 지방공사, 지방공단에 관한 규율을 條例에 유보하고 있다. 따라서 지방공기업법이 적용되는 공사, 공단은 本條와는 무관하다. 이를 정리하면 地方自治法 第137條의 地方公企業은 地方公企業法 第2條 以下에서 말하는 地方公

企業, 地方公社, 地方公團을 포함하는 개념이다. 따라서 지방자치법 제138조에서 말하는 지방공사, 지방공단은 지방공기업법의 적용을 받지 아니한다. 왜냐하면 條例留保만을 규정하고 법률유보만을 규정하고 있지 않기 때문이다.

지방공기업법 제2조에서 말하는 지방공기업은 지방자치법 제138조의 그것과는 달리 地方公社, 地方公團을 제외한 것이다. 지방공기업법 제79조의 지방공기업은 동법 제2조의 地方公社, 地方公團을 포함한 개념이다.

이와같이 하나의 法體系 내에서, 심지어는 동일한 법률안에서 하나의 法律概念을 여러가지 의미로 사용하고 있는 것은 입법기술의 미숙이며 그로인해 법률의 해석과 적용에 혼란을 초래한다. 이와같은 오류의 출발점은 입법자가 지방공기업의 목적이나 성질을 등한히 하고 그 조직형태에 너무 집착했기 때문이 아닌가 한다. 현행법규에 의하는 한 관련조문마다 해석을 달리하는 수밖에 없으나 여기서는 통일적인 이해를 위하여 공통적인 개념요소를 찾아보고 실정법의 지방공기업개념이 어디에 속하는 지를 알아본다.

2. 지방공기업의 의의

지방자치법 제137조가 지방자치단체로 하여금 地方公企業을 설치할 수 있게 한 것은 지방자치단체의 업무를 효율적으로 수행하기 위한 업무수행방법으로서의 地方公企業을 생각하고 있다는 점이다. 따라서 지방공기업은 지방자치단체의 業務를 사업의 내용으로 한다. 따라서 순수한 경제적인 동기에서 지방자치단체가 행하는 事業은 그것이 비록 기업적인 방법

에 의한다고 하더라도 公企業이 될 수 없고 私企業이며 지방자치법 제137조의 授權範圍에 속하지 아니한다.

다음으로 공기업은 일반행정과는 달리 기업적인 방법에 의하여 공공사무를 처리한다는 점이다. 여기서 企業的方法이라 함은 그 작용원칙이 經濟的 合理性 따라 결정됨을 의미한다. 따라서 전혀 경제성을 갖지 아니하는 사업은 일반행정이지 公企業에 속하지 아니한다.

또한 지방공기업의 主體는 지방자치단체이거나 그에 의해 설립된 法人이다. 이는 企業의 운영자가 지방자치단체 또는 그가 설립한 法人이 되며 기업에 대한 支配權을 행사한다는 것이다. 따라서 一般私인이 공익사업을 경영하더라도 公企業이 될 수 없다.

이와같은 개념요소를 종합하여 보면 地方公企業이란 “지방자치단체가 그의 업무를 효율적으로 수행하기 위해 직접, 간접으로 운영하는 모든 기업”이라고 말할 수 있다. 참고로 유럽공동체에서는 각국의 상이한 公企業 개념을 포괄하기 위하여 EWGV 제90조에 의해 “공공주체가 소유권, 재정적 참가, 혹은 기업의 활동을 규율하는 조례나 그밖의 규정에 의해서, 직접, 간접으로 지배적인 영향력을 행사할 수 있는” 모든 기업을 公企業으로 보고있다. 이와같은 公企業에는 지방자치단체가 전액을 출자한 경우뿐만 아니라 다른 지방자치단체나 民間과 함께 출자한 경우도 지방자치단체가 支配的인 영향력을 행사하는 한(“운영하는 한”) 이에 포함된다고 보아야 한다. 우리의 지방공기업법 제1조도 “지방자치단체가 직접 設置·經營하거나 法人을 設立하여 경영하는 企業”을 公企業으로 보고 있다.

公企業은 公共施設과 區別되어야 한다. 많

은 경우에 公共施設에는 公企業이 포함되거나 반드시 일치하는 개념은 아니다. 公共施設은 이용청구권과 公共의 利用關係를 주안점으로 정립된 개념인데 비하여 公企業은 그 전체가 되는 시설의 설치, 운영방식에 대한 法律的인 拘束을 중심으로 성립된 개념이다.¹⁾ 따라서 양자는 관점을 달리한다. 또한 公企業에는 公共의 직접이용에 제공되는 경우도 있으나 公共의 利用이외의 방법으로 간접적으로 公共의 이익에 기여하는 경우도 있으므로 양자는 개념의 외연이 다른 경우도 있다.

II. 地方公企業의 法的 形態

공공주체는 그의 업무를 어떠한 조직형태로 수행할 것인가에 대해 특별한 규정이 없는 한 선택의 자유가 있다(Grundsatz der freien Wahl der Organisationsform)²⁾. 따라서 지방자치단체는 그의 업무를 公法上의 組織形態로 수행할 수도 있고 私法上의 組織形態로 수행할 수도 있다. 公法上의 組織形態를 취하는 경우에도 法人格이 없는 경우(행정기업·자기기업)와 法人格이 있는 경우(영조물, 사단, 재단)가 있다.

1) Seewald, Kommunalrecht, in : Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3.Aufl., 1988, S.98
 2) 자세한 것은 Pitschas, in : HKWP, Bd.5, 2.Aufl., S.128ff. ; Schmidt - Aßmann, Kommunalrecht, in : V. Münch(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7.Aufl., 1985, S.180 ; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, passim. 특히 S. 64ff.

1. 公法上의 企業 形態

가. 法人格이 없는 경우

(1) 行政企業(Regiebetrieb)

行政企業은 行政의 部處로서 운영되는 것으로서 법적으로나, 예산상으로도 일반행정과 통합되어 있어 獨立性이 없다. 이와같은 운영 유형은 行政機能을 보조하는 역할을 하는데 그치며 地方公企業으로서의 역할은 매우 낮다. 예컨대 자체건물의 관리·수리, 목공소 등이 이에 속한다.

(2) 自己企業(Eigenbetrieb)

自己企業은 행정기업과 마찬가지로 法的으로 獨立性이 없으나 行政企業과는 달리 조직상으로, 재정상으로 상당히 獨立性을 유지한다. 이러한 형태의 公企業은 조직상, 경제상의 독립성을 부여하면서 지방자치단체의 管轄機關의 統制와 영향력행사를 유지시키기 위한 타협의 산물이다.³⁾ 지방공기업법 제2조에서 말하는 地方公企業(“지방자치단체가 직접 설치·경영하는 사업”)이 여기에 속한다. 지방공기업법 제5조 제1항에 따라 自己企業의 설치에 관한 기본적인 사항은 條例로 정한다.

지방공기업법 제7조에 따라 自己企業에는 管理者를 두고 그는 지방공기업법 제10조에 따라 지방자치단체長의 指揮監督을 받는다. 財務는 特別會計로 관리되며 독립채산제에의 함을 원칙으로 한다.

나. 法人格이 있는 경우

지방자치단체는 公法上의 法人인 영조물, 공공사단·재단을 설립하여 그로하여금 公企

3) Erichsen, Kommunalrecht NW, 1988, S.239

業을 운영하게 할 수 있다. 이 경우에 지방자치단체는 監督權의 行事を 통하여 間接적으로 影響력을 행사한다.

營造物 法人은 지방자치단체와는 별개의 行政主體가 되는 것이며 지방자치단체와는 조직상, 재정상으로 뿐만 아니라 法的으로도 獨立되어 있다. 公法上的의 財團, 社團의 경우도 마찬가지이다.

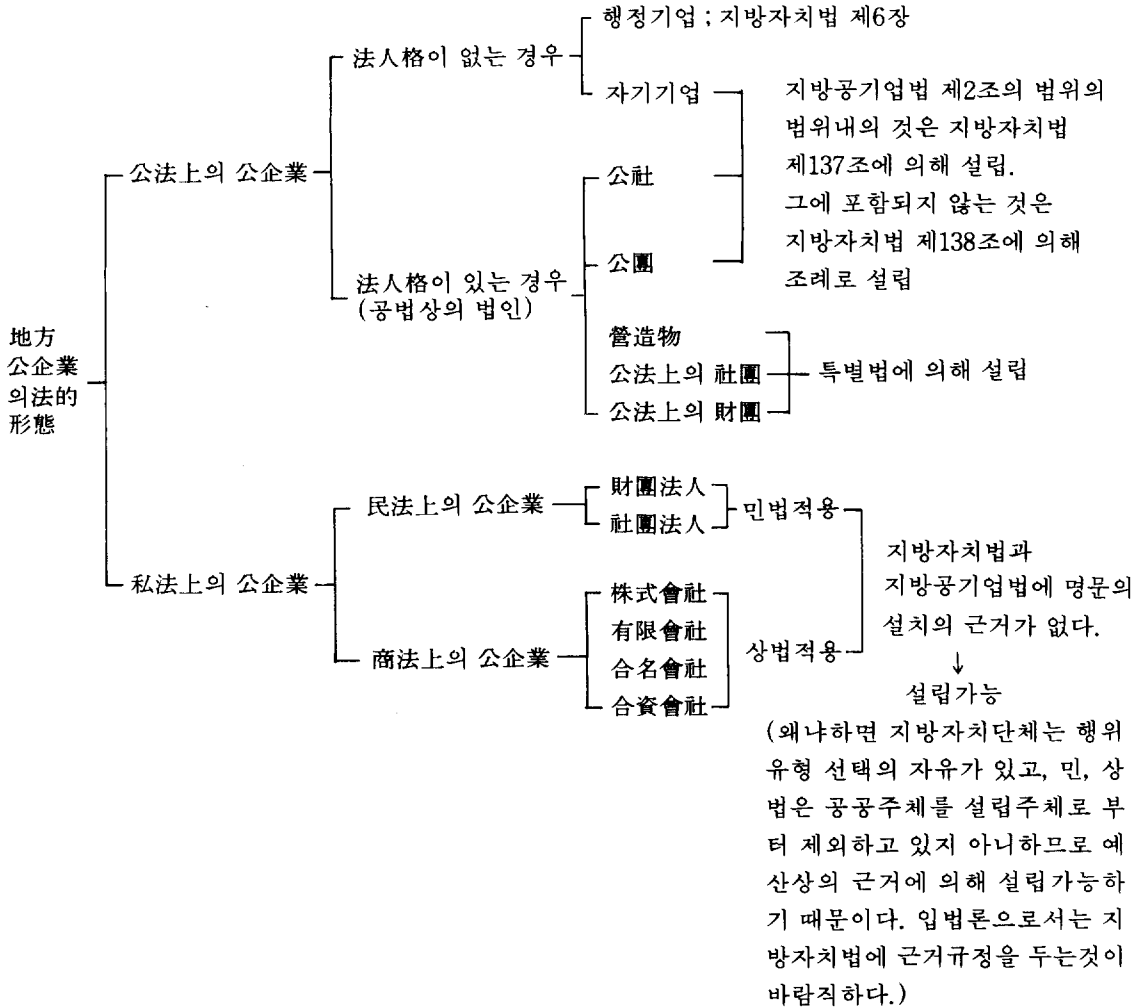
이들은 별개의 行政主體가 된다는 점에서 法律에 의해서만 設立될 수 있다. 지방공기업법 제49조에 의한 지방공사와 제76조에 의한

地方公園도 이에 속한다.

이들 지방공사와 지방공단은 지방자치법 제137조와 지방공기업법 제49조 및 제76조에 의해 設立된 公法上的의 法人이다. 동법 제51조와 제76조 제2항은 지방공사 및 지방공단이 法人임을 확인하고 있다.

2. 私法上的의 企業 形態

지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 효율적으로 수행하기 위하여 私法上的의 法人을



設立하거나 운영할 수 있다. 私法上の法人이란 민법, 상법 등 私法에 근거하여 설립된 법인을 말한다.

법이론상으로 지방공기업의 사법상 형태에는 특별한 제한이 없다. 따라서 民法上の社團法人, 財團法人, 商法上の株式會社, 有限會社, 合資會社, 合名會社 등 모두 가능하다.

또한 지방자치단체는 全額出資하는 경우 뿐만 아니라 다른 지방자치단체와 함께 출자하는 경우, 민간인과 함께 출자하는 경우 등이 있다. 後者の 경우를 混合企業이라고 한다.

다만 私法上の公企業에 대해서는 지방공기업법이 적용되지 아니하고 설립의 근거가 된 법규가 정하는 바에 따른다.

이상에서 설명한 것을 정리하면 앞면의 표와 같다.

※지방자치법 제138조의 “공기업아닌”公社, 公團이란 지방공기업법의 적용이 없는 공사, 공단으로 보아야 한다. 따라서 지방공기업법은 극히 일부의 公企業만을 규율대상으로 한다는 점에 문제가 있다.

Ⅲ. 地方公企業法の對象이 되는 公企業

지방자치법 제137조 제2항에 근거하여 제정된 지방공기업법은 모든 公企業에 적용되는 것이 아니고 일정한 조직유형, 일정한 대상사업, 일정한 규모이상의 사업에 한정되어 있다.

1. 地方公企業의 적용 범위

가. 法的組織形態

지방공기업법의 적용범위는 동법 제2조 제1항에 의해서 일정한 法的形態에 한정된다. 즉 지방자치단체가 직접 설치하는 사업(自己企業⁴⁾: Eigenbetrieb), 地方公社, 地方公團에 대해서만 적용된다. 그밖의 法的形態를 취하는 공기업에 대해서는 지방공기업법이 적용되지 않는다. 즉 私法的 형태, 행정기업, 公社·公團 이외의 公法上の法人으로 경영되는 公企業은 적용범위에서 제외된다.

나. 대상사업

지방공기업이 적용되는 범위는 동법 제2조 제1항에 규정된 사업과 그 부대사항 또는 제2조에 의해 대통령령으로 정하는 사업에 한정된다. 제2조 제1항에 규정된 사업은 다음과 같다.

1. 수도사업(간이상수도 사업을 제외한다)
2. 공업용수도사업
3. 궤도사업(지하철도사업을 포함한다)
4. 자동차운송사업
5. 가스사업
6. 지하도로서업
7. 하수도사업
8. 청소·위생사업
9. 주택사업
10. 의료사업

4) 지방공기업법 제2조 제1항은 이를 “地方公企業”이라는 개념으로 규정하고 있으나 적당한 용어가 아니다. 독일의 Eigenbetrieb에 해당하는 것으로서 “자기기업” 혹은 “자영기업”이라고 부르는 것이 타당하다. 자세한 것은 후술한다.

11. 매장 및 기지사업

다. 규모

지방공기업법의 적용범위는 동법 제2조 제1항에 의해 公企業의 규모에 있어서 제한된다. 즉 대통령령으로 정하는 규모 이상의 것이어야 한다. 이에 미달하는 지방공기업에 대해서는 적용이 없다.

라. 문제점

지방공기업법이 지방자치법 제137조 및 제138조가 예상하고 있는 지방자치단체가 경영하는 모든 公企業을 포함하지 못하고 있으므로 法律規定의 통일성을 저해하고 특별법의 제정을 불가피하게하여 法律의 體系를 혼란하게하고 法律간의 모순을 야기할 우려가 있다.

2. 지방공기업의 경영원칙

지방공기업법 제3조는 지방공기업의 경영원칙으로서 經濟性和 公共福利의 증대를 규정하고 있다. 전자는 동법 제1조에 말하는 경영의 合理化에 상응하는 것으로서 공기업활동의 원칙을 정한 것이고, 후자는 공기업의 목적을 제한한 것이다.

가. 經濟性的의 原則

(Wirtschaftlichkeitsprinzip)

經濟性的의 原則이란 목적과 수단간의 최선의 관계(Die guenstigste Zweck-Mittel-Relation)를 말하며 특정한 結果를 위해 가능한

최소의 수단을 투입하는 것(最小의 原則)과 특정한 수단의 투입으로 최대의 결과를 가져 보도록 하는것(最大의 原則)을 말한다.⁵⁾

(1) 내용

(가) 最小의 原則(Minimalprinzip)

특정한 목적을 위하여 투입되는 수단을 최소로 하는 것을 最小의 原則(Minimalprinzip)이라고 한다. 이에따라 보다 적은 인적·물적인 投入으로 특정한 업무를 수행할 수도 있는 가능성이 남겨져 있는 경우에 非經濟性이 존재하게 된다. 最小의 原則은 불필요한 비용을 회피하도록 하는 절약의 원칙(Sparsamkeitsprinzip)을 포함한다.⁶⁾

(나) 最大의 原則(Maximalprinzip)

일정한 수단의 투입으로 목적을 최대한 달성하도록 하는 것을 最大의 原則(Maximalprinzip)이라고 한다. 이에 따라 같은 비용으로 업무를 보다 효율적으로 달성할 수 있는 가능성이 남아 있는 경우에 非經濟性이 존재하게 된다.

(2) 經濟性的의 原則의 법적인 의미

經濟性的의 原則은 불확정 개념으로서 판례나 학설에 의해 구체화 될 수 있는 법개념이다. 지방공기업법 제4조는 經濟性的의 原則이 공기업에 관한 법령, 조례, 규칙 기타 規定의 制定에 있어서 準則이 됨을 규정하고 있다. 經濟性的의 原則은 나아가서 행정청이나 공기업주체의 행위를 구속하는 行爲規範(Handlungsnorm)인 동시에 감사원이나 감독관청의 統制에 있어서 기준이 되는 統制規範(Kontrollnorm)이

5) V.Armin, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988. S.19 ; Seewald, Kommunalrecht, in : Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, S.112

6) V.Armin, a.a.o.(註5), S.50

다. 양자의 구별과 불일치에 대해서는 아직 완전히 규명되지 않고 있으며 연구를 필요로 한다.⁷⁾ 공기업의 운영이 지방자치단체에게 허용된 自治權의 범위를 벗어나 재량의 한계를 넘는 경우(여기서는 경제성의 원칙에 반하는 경우)에는 위법한 것이 되며 감독관청의 統制를 받게 된다.

나. 公共福利의 증진

공기업의 설치, 운영, 확장 등은 지방공기업법 제3조에 따라 公共福利의 증진에 기여해야 한다. 이에 따라 순수한 경제적인 목적(이윤의 획득)만을 목적으로 하는 公企業은 비록 수입을 통하여 간접적으로 지방재정에 기여하는 부수적인 효과를 수반하더라도 공공복리의 증진을 목적으로 하는 것이 아니므로 허용되지 아니한다. 다만 공공의 복리증진은 전통적인 生存配廬의 영역에 한정되는 것은 아니며 경제조장, 고용확대 등을 목적으로 하는 경우도 포함된다고 보아야 한다.⁸⁾

다. 그밖의 제한

지방자치단체가 운영하는 공기업은 그밖에 지방자치단체의 행정적, 재정적 능력(Leistungsfaehigkeit)에 의해 사실상 제한되며⁹⁾ 基

7) 자세한 것은 V.Armin, a.a.O.(註5), S.61ff., 82ff. :Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen 1984, S.170ff. 참고

8) Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in : V. Munch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8, Aufl., 1988, S.179.

9) Schmidt-Aßmann, a.a.O.(주8) ; Schmidt - Jortzig, in : HKWP, S.52ff.

本權에 의한 制限을 받는다.¹⁰⁾

3. 地方公企業의 種類

가. 自己企業(Eigenbetrieb)

(1) 意義

지방자치단체는 지방공기업을 조직상, 회계상으로는 독립되나 법적으로는 독립되지 않은(즉 별개의 法人格이 인정되지 아니하는) 형태로 조직·운영할 수 있다. 이러한 공기업의 조직형태를 自己企業이라고 한다. 지방공기업법 제2조 및 제5조 내지 제48조는 이러한 형태의 공기업만을 지방공기업이라 보고 있으나 개념의 혼란을 피하기 위하여 독립된 법인격을 부여하지 아니하고 지방자치단체가 직접 경영하는 공기업을 自己企業(Eigenbetrieb)이라고 부르는 것이 적당하다. 이러한 형태의 공기업은 지방자치단체가 特定の 사업에 관하여 전문성과 계속성을 유지하기 위하여 조직상, 회계상의 獨立性を 인정하면서도 법적인 독립성을 부여하고 싶지 않을때 이용된다.

(2) 자기기업의 설치, 조직에 관한 법적근거

지방자치법 제137조와 지방공기업법 제5조 이하에 의해서 지방자치단체는 自己企業을 설치할 수 있다. 또한 지방공기업법 제5조에 의하여 자기기업의 설치 및 운영에 대한 것은 條例로 정하게 되어있다. 또한 동법 제6조에 따라 관계되는 지방자치법 및 지방재정법이 적용된다.

그밖에 지방공기업법 제11조에 따라 공기업의 관리자는 條例나 規則에 반하지 아니하는

10) Erichsen, Kommunalrecht NW, 1988, S.244ff.

범위내에서 지방공기업 업무에 관한 企業管理 規程을 제정할 수 있다. 이는 지방행정 내부에서 구속력을 갖는 內部法이다.

(3) 자기기업의 조직

(가) 관리인

지방자치단체는 지방공기업법 제7조에 따라 지방공기업의 업무를 관리, 집행하기 위하여 事業마다 管理者를 둔다. 동질 유사사업에 있어서는 둘이상의 사업에 걸쳐서, 의료사업의 경우에는 병원마다 1인의 관리자를 두어야 한다. 관리인은 지방자치단체의 장이 일반직공무원중에서 임명한다. 원래 自己企業의 취지가 공기업의 전문성, 계속성을 통한 전문 경영 기술의 축적, 업무의 효율화 등에 있으므로 일반직 공무원 중에서 管理人을 임명하도록 한 규정은 재고되어야 한다. 전문성과 독립성을 위한 방안이 강구되어야 한다.

管理人은 제8조의 각호에 열거된 사항을 제외한 업무의 관리집행권을 가지며 그의 주요 업무는 제9조에 예시되어 있다.

(나) 관리자와 지방자치단체의 장과의 관계

지방공기업법 제10조에 따라 지방자치단체의 장은 관리자에 대하여 監督權을 행사한다. 감독의 수단은 명문의 규정이 없으나 內部關係에 허용되는 모든 감독수단의 행사가 가능하다. 예컨대 조사권, 시정명령, 취소, 이행명령, 지시 등을 할 수 있다. 다만 지방공기업의 독립성을 보장하기 위하여 監督事項을 지방공기업 경영의 기본계획에 관한 사항, 주민의 복리에 중대한 영향이 있다고 인정되는 사항, 지방공기업의 업무와 다른 업무의 조정에 관한 사항에 한정하고 있다.

(다) 지방의회와의 관계

지방의회는 지방자치단체의 정치적 대표기관이고 지방자치단체의 최고기관이다. 자기기업이 조직상, 회계상의 독립성을 가짐에도 불구하고 지방자치행정의 一部分이고 지방자치단체의 업무를 수행하므로 지방의회는 자기기업의 업무에 대해서도 議決權을 행사한다. 지방자치법 제35조에 포함된 의회의 권한에는 自己企業에 관련된 것이 적지 않다. 예컨대 자기기업에 관한 조례의 제정 및 개폐, 예산 및 결산, 사용료, 수수료, 분담금 등의 부과징수, 중요재산의 취득처분 등이 이에 해당한다.

(4) 자기기업의 재무

(가) 특별회계

지방자치단체는 지방공기업법 제13조에 따라 事業마다 特別會計를 설치한다. 다만 둘이상의 사업에 1인의 관리자를 두는 경우, 의료사업에 있어서는 병원마다 하나의 特別會計를 둘 수 있다. 특별회계예산이란 特定한 세입으로 特定한 세출에 充당함으로써 일반의 세입·세출과 구분하여 計理할 필요가 있을 때 法律로서 혹은 法律에 근거하여 설치되는 예산을 말한다.

(나) 獨立採算의 原則

지방공기업의 經費는 지방공기업법 제14조 제1항에 따라 당해 기업의 수입으로 充당하여야 한다. 이를 독립채산의 원칙이라 한다.

원래 獨立採算制에는 수지적합의 原則, 자본자기조달의 原則, 이익금의 自己處分의 原則을 포함한다. 다만 지방공기업법 제14조 제1항 각호에 해당하는 지방공기업의 경비로서 大統領令이 定하는 것은 당해 지방자치단체의 일반회계나 다른 특별회계가 負擔金 기타의 方法에 의하여 부담한다.

이에 속하는 것으로는 ① 경비의 성질상 당

해 지방공기업의 수입으로 충당하는 것이 적당하지 아니한 경비, ② 당해 지방공기업의 성질상 그 경영에 수반한 收入만으로 충당하는 것이 객관적으로 곤란하다고 인정되는 경비가 있다. 또한 동조 제2항은 재해복구 기타 특별한 사유에 의하여 필요한 때에는 예산이 定하는 바에 따라 당해 지방자치단체의 一般會計나 다른 特別會計로부터 財政的 支援을 받을 수 있음을 규정하고 있다.

(5) 자기기업의 資金

(가) 出資

지방자치단체의 일반회계나 특별회계는 지방공기업법 제17조 제1항에 따라 지방공기업에 出資할 수 있다. 이때 自己企業은 동조 제2항에 따라 예산에 의해 당해년도 이익금의 일부를 출자한 會計에 납부할 수 있다. 이는 이익배당금으로서의 성격을 가지며 元利金의 상환이 아니다.

(나) 借入金

지방공기업의 특별회계는 지방공기업법 제18조가 정하는 바에 따라 일반회계나 다른 특별회계로부터 長期貸付를 받을 수 있으며 이 경우에는 적정한 利子를 지급하여야 한다. 또한 동법 제19조에 따라 일정한 요건하에서 地方債를 발행할 수 있으며 동법 제20조에 따라 당해 특별회계의 부담으로 一時借入을 할 수 있다.

(다) 自己企業의 요금

지방자치단체는 지방공기업의 급부에 대해서 지방공기업법 제10조에 따라 요금을 징수할 수 있다. 여기서의 요금은 그 근거가 되는 법률관계에 따라 사용료 혹은 私法上的 報酬로서의 性質을 가질 수 있으나 동조 제3항에 따라 地方稅 징수의 예에 따라 징수할 수 있게

하고 있으므로 公法上의 性格을 갖는 使用料로 보아야 한다. 요금의 책정은 동조 제2항에 따라 適正하게 결정되어야 하며 原價報償과 아울러 企業으로서 經濟性을 유지할 수 있도록 하여야 한다. 요금의 계산과 사업능률의 추진, 경영관리의 기초에 제공하기 위해 지방공기업의 특별회계는 동법 시행령 제13조에 의한 原價計算을 하여야 한다.

(6) 자기기업의 豫算

지방공기업의 사업년도는 지방공기업법 제15조에 따라 지방자치단체의 일반회계의 회계년도와 동일하여 제26조에 따라 지방자치단체의 장이 管理者가 작성한 것을 기초로 하여 조정하여 지방의회에 제출하여 承認을 받아야 한다. 內務部長官은 동법 제23조 제3항에 따라 일반회계 및 다른 특별회계의 예산과 구분하여 따로 주무부처와 협의하여 매 사업년도마다 지방공기업의 예산편성 기본지침을 작성, 시달하여야 한다. 내무부 장관의 예산편성 기본지침은 국가의 지방자치단체에 대한 의무적인 조언에 해당한다. 따라서 예산편성 기본지침은 비구속적이며 지방자치단체는 이에 구속되지 않고 자기책임하에 자기기업의 예산을 편성할 수 있다고 보아야 한다.

또한 동법 제35조에 따라 管理者는 매 사업년도 종료후 당해 지방공기업의 결산을 작성하고 당해년도의 사업보고서 및 동시행령 제34조에 규정된 서류를 구비하여 지방자치단체의 장에게 제출하며 지방자치단체의 장은 내무부장관이 정한 公認會計士의 會計監査報告書를 첨부하여 지방의회에 제출하여 承認을 받아야 한다.

(7) 관리자 등의 변상책임

관리자 또는 그 代表者나 分任者가 고의 또

는 중대한 과실로 세입징수, 지출원인행위, 물품의 관리, 및 지출행위에 있어서 지방자치단체에 손해를 미친 때에는 지방공기업법 제48조 제1항에 따라 변상책임을 진다. 또 위의 者가 善管注意를 태만히하여 그의 보관에 속하는 현금, 물품을 분실할 경우에도 동조 제2항에 따라 변상의 책임을 진다.

나. 지방공사 및 지방공단

(1) 地方公社 및 地方公團의 의의

公社가 무엇인가에 대하여 지방자치법은 定義를 내리지 않고 있다. 학설상으로는 여러가지로 해석되고 있으나 아직 의견의 일치를 보지 못하고 있으며 法律의 규정과 반드시 일치하지 아니한다.

지방공기업 제51조는 公社는 法人으로 한다고 규정함으로써 하나의 개념적 징표를 제시하고 있다. 여기서 法人이라함은 公法上の 法人이라고 보아야 한다. 왜냐하면 그 설립의 근거가 公法이며 公法的인 규율을 받기 때문이다. 제53조 제2항의 경우에 민간의 자본출자가 허용되고 제75조에 의해 상법의 주식회사에 관한 규정이 준용된다고 하더라도 마찬가지이다.

지방공사는 앞에서 설명한 自己企業과 마찬가지로 경제상, 재정상의 獨立性을 가지고 있을 뿐만 아니라 나아가서 法的인 獨立性을 갖고 있다. 따라서 地方公社란 <公法上の 法人인 地方公企業>이라고 定義할 수 있다.

地方公團에 대해서도 법률상의 정의가 없다. 地方公團에 관한 법률규정을 검토하여 보면 지방공사에 대한 법률 규정과 거의 일치한다. 즉 제53조 제2항의 民間出資의 허용, 그에

다른 株式에 관한 동조 제3항 및 제55조, 損益金의 처리에 관한 제67조, 社債發行 및 債權에 관한 제68조, 費用負擔에 관한 제77조, 권한의 委託에 관한 제78조를 제외하고는 양자가 일치한다. 또한 위에 열거한 適用法律의 차이도 본질적인 것이 아니다. 따라서 公社와 公團을 개념상으로 구별할 필요성은 없으며 위의 예외는 條例나 設립정관으로 규정하면 족하다. 실무상이나 이론상으로 公社와 公團은 구별하기 곤란하며 구별의 實益도 없다. 따라서 지방공기업법에서 地方公社와 地方公團을 區別하여 규정하는 것은 不必要하며 해석상, 적용상의 혼란만 초래한다. 이런 의미에서 公團이란 公社의 범위에 포함되는 것으로 보는 것이 타당하다. 立法論으로는 公社, 公團을 구별하지 말고 “公社” 하나의 개념으로 統一해야 한다.

(2) 地方公社의 設立

지방자치법 제137조와 지방공기업법 제49조에 따라 市·道와 인구 50만 以上の 市는 地方公社를 設立할 수 있으며 인구 50만 미만의 市는 특별한 사유가 있는 경우에 公社를 設立할 수 있다.¹¹⁾ 지방공사의 설립, 업무 및 운영에 관한 기본적인 사항은 동조 제2항에 따라 條例로 定해야 한다.

또한 제56조에 따라 정관에는 일정한 사항을 기재해야 하며 위의 조례와 정관은 제49조 제3항에 따라 認可機關(내무부장관 혹은 국무총리)의 인가를 받아야 한다. 공사는 제57조에 따라 주된 사무소의 소재지에 設立登記를 함

11) 이 규정은 삭제함이 바람직하다. 왜냐하면 法人형태의 공기업울 대도시에 대해서만 허용하고 중소지방자치단체의 경우를 배제시킬 합리적인 이유가 없기 때문이다.

으로써 성립한다.

(3) 地方公社의 種類

(가) 전액출자 地方公社

지방공기업법 제53조 제1항에 따라 한개의 지방자치단체가 전액출자한 地方公社를 말한다. 가장 단순한 형태의 公社이다.

(나) 혼합출자 地方公社

지방공기업법 제53조 제2항에 따라 지방공사에 대한 출자를 資本金의 1/2을 초과하지 않는 범위내에서 設立團體 이외의 者로 하여금 하게 하는 경우를 혼합출자 지방공사라고 한다. 설립단체 이외의 者란 모든 法人, 自然人을 포함하고 있으나 특히 民間에 의한 出資를 허용하는데 의미가 있다. 이 경우에 公社의 資本金은 동조 제3항에 의하여 株式으로 분할되며 株式의 種類, 1株의 금액, 주식발행의 시기, 발행주식의 총수, 株金의 납입시기 및 납입방법은 條例로 정한다. 설립단체 이외의 者가 소유하는 주식에 대해서는 동법 제54조에 따라 이익을 배당하고 설립단체의 소유에 속하는 株式에 대해서는 利益을 배당하되 제67조 제1항에 따라 사업준비금으로 적립하여야 한다. 또 지방자치단체가 소유하는 株式에 관한 株主權을 설립단체의 長이 행사한다. 이러한 형태의 公社에 대해서는 지방공기업법에 규정된 것을 제외하고는 동법 제75조에 따라 상법의 주식회사에 관한 규정을 준용한다.

이와같이 지방공기업법상의 지방공사에 관한 규정을 검토하여 보면 혼합출자의 지방공사는 상법상의 주식회사와 유사하다. 그러나 중요사항이 商法에 의해서가 아니고 지방공기업법이나 條例에 의해 규율된다는 점, 상법의 경제적 合理性보다는 公法上的 규제가 강하다는 점(특히 지방공기업법 제54, 65, 66, 67,

73, 74조), 공법상의 법인이라는 점 등에서 상법상의 주식회사와는 다르다.

원래 혼합출자 형태의 지방공사를 허용한 것은 地方財政의 압박을 줄이며 경영에 있어서 民間活力을 도입하여 사경제적 경영기법을 도입하는데 있으나 지방공기업법상의 지나친 제약때문에 이와같은 목적을 충분히 달성될 수 없으며 적용범위내지 활용도가 매우 낮다. 따라서 民間의 活力을 이용한 지방공기업의 활성화는 私法上的 法人의 형태를 취하는 公企業에 기대할 수 밖에 없다.

(다) 공동설립공사

지방공기업법 제50조에 따라 여러 지방자치단체들이 상호 규약을 정하여 공동으로 公社를 設立할 수 있다. 공동설립공사의 相互規約과 정관은 인가기관의 認可를 받아야 한다. 상호규약에는 동조 제3항의 사항을 규정하여야 한다. 공동설립공사도 전액을 지방자치단체가 出資하는 경우와 관련지방자치단체 이외의 者로 하여금 出資를 허용하는 것도 가능하다고 보아야 한다. 다만 公法上的 法人인 이러한 公社로는 混合出資에 의한 共同設立이 별로 활용되지 않을 것이다. 그 보다는 경제적인 合理性에 접근하기 쉬운 상법상의 주식회사의 형태를 선호할 것이기 때문이다.

(4) 지방공사의 조직

(가) 任員

公社에는 지방공기업법 제58조 제1항에 따라 사장, 부사장, 이사, 감사를 두며 이사, 감사의 수는 정관으로 정한다. 이들의 직무는 제59조 제2항에 따라 정관으로 정한다. 社長은 제58조 제2항에 따라 인가기관의 承認을 얻어 설립단체의 長이 임명하며 그밖의 任員은 동조 제3항에 따라 설립단체의 長의 承認을 얻어

社長이 임명한다.

임기는 사장, 부사장, 이사가 3년, 감사가 2년이다. 또한 동법 제61조에 의한 缺格事由가 있는 경우는 任員이 될 수 없으며 제61조에 따른 겸임의 제한이 있다.

(나) 理事會

公社의 업무에 관한 주요사항을 결정하는 기관으로서 공사에는 동조 제62조에 따라 理事會를 둔다. 理事會는 사장, 부사장을 포함한 理事로 구성된다. 이사회에의 권한과 운영에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.

(다) 株式總會

혼합출자 지방공사의 경우에는 출자자인 株主의 의사결정을 위하여 이들을 구성원으로 하는 機關이 필요하다. 지방공기업법 제56조 제3항은 이를 株式總會라고 규정하고 있다. 주식총회의 권한과 운영에 관해서는 동법 제75조에 따라 商法의 株主總會에 관한 규정이 준용된다.

(5) 지방공사의 會計

지방공사의 회계년도는 지방공기업법 제64조에 따라 지방자치단체의 일반회계의 회계년도에 의한다. 지방공사의 예산 및 결산은 제64조, 제65조에 의해서 설립단체의 長의 承認을 받아야 한다. 自己企業과는 달리 지방의회에의 承認은 요하지 아니한다.

결산으로 이익이 생긴 때에는 공사는 제67조에 따라 이월결산금을 보충하고 잉여가 있으면 이익을 배당하고 잔여금은 사업준비금으로 적립된다. 다만 지방자치단체가 받은 이익배당금은 제54조에 의해 사업준비금으로 적립된다. 결산의 결과 손해가 발생한 때에는 사업준비금으로 보충하고 그것으로 부족하면 결산금으로 이월한다.

제68조가 규정하는 바에 따라 지방공사는 社債를 발행하며 외국차관을 할 수 있다. 이를 위하여 설립단체의 長과 인가기관의 承認이 필요하다. 社債에 관한 것은 條例로 定한다.

(6) 監督

지방공기업법 제73에 따라 인가기관과 설립단체의 長은 公社의 業務를 감독한다. 이 감독을 위해 제74조에 규정된 보고 명령 및 검사를 할 수 있다. 설립단체의 長의 감독은 出資者로서의 감독이며 인가기관의 감독은 國家監督이다. 양자가 대립하는 관계에 있거나 중복되는 경우는 公社의 자율성은 감독권의 남용으로 침해될 우려가 있다. 지방공사와 설립단체, 인가기관은 별개의 法人格을 가진 공법상의 법인으로서 外部關係를 이루므로 法律留保의 원칙상 감독수단에 대한 명문의 규정이 요구된다.

IV. 지방공기업법의 적용대상이 아닌 지방공기업

지방공기업법 제2조는 동법의 적용범위를 앞에서 살펴본 바와 같이 조직형태, 대상사업, 규모의 측면에서 제한하고 있으므로 이에 해당하지 않는 地方公企業法에 대해서는 지방공기업법이 적용되지 아니한다. 일반적으로는 이에 해당하지 아니하는 경우에 地方公企業을 設立할 수 없는 것으로 생각하는 경향이 있으나 잘못된 것이다.

지방자치법은 제137조 제2항과 地方公企業法에 의한 지방공기업 이외에 제138조는 條例에 의한 지방공사, 공단의 설립을 인정하고 또한 헌법 제117조 제1항에 의한 自治權의 규정

과 행정법의 법원칙인 조직형태 선택의 자유에 따라 그밖에 私法에 의한 지방공기업법의 설립이 인정된다. 이러한 의미에서 지방자치법 제138조의 公社, 公團은 지방공기업법에 포함되지 아니하는 모든 형태의 公企業을 의미한다고 해석되어야 한다. 왜냐하면 동법 제138조의 公社·公團은 지방공기업법상의 公社, 公團과는 다른것으로서 그 개념은 완전히 개방되어 있기 때문이다.¹²⁾

개념의 혼란을 피하고 지방공기업의 체계화를 위하여 지방공기업법상의 “地方公企業”을 “自己企業”으로, “公社·公團”을 “公社”로 바꾸고 제2조의 적용범위의 제한을 삭제함이 타당하다.

지방공기업법의 적용대상이 되지 아니하는 대표적인 조직형태가 私法상의 지방공기업이다.

V. 私法상의 지방공기업

1. 私法상의 지방공기업의 의의

지방자치단체는 지방공기업을 私法상의 형

12) 입법론으로서의 지방자치법 제137조에 모든 지방공기업울 포함시키고 그에따라 제정된 지방공기업법이 모든 지방공기업에 적용될 수 있도록 해야 한다. 그렇게하면 지방자치법 제138조는 불필요하므로 삭제한다. 또한 지방공기업법에 私法에 의한 지방공기업의 설치에 관한 근거 조항을 두는 것이 바람직하다. 지방자치법 제2조에서 지방공기업법의 적용범위를 제한하는 것은 타당성이 없다. 왜냐하면 그것은 그밖의 지방공기업에 대한 규율을 포기하는 것이기 때문이다. 이런 의미에서 현행지방공기업법은 “절름발이 입법”이라는 비난을 면하기 어렵다.

태로 設置할 수도 있다. 이러한 私法상의 組織形態를 취하는 지방공기업의 설치, 운영에 대해서는 공법상의 특별한 규정이 없는한 관련되는 私法이 적용된다. 獨逸에서는 지방자치단체가 단독으로 出資한 경우에는 自營會社(Eigengesellschaft)라고 하며 다른 지방자치단체나 공법상의 法人이 공동으로 出資한 경우를 혼합공기업(gemischht oeffentliches Unternehmen), 私인이 私法상의 조직형태를 취하는 公企業에 참여하는 경우를 혼합경제기업(gemischt wirtschaftliches Unternehmen)이라고 부른다.¹³⁾

이러한 것은 우리나라에서도 인정될 수 있는 구별이다. 私法상의 법적형태로는 여러가지가 있으나 그 중에서 活用度가 높은 것은 상법상의 주식회사 형태이다.¹⁴⁾

私法的인 형태의 지방공기업은 그의 예산회계상, 재산상, 법률상의 獨立性으로 인하여 융통성있는 기업운업을 가능하게 하나 지방자치단체의 영향력을 감소시킨다.

그런데 지방공기업이 사실상 실제로 公共의 목적에 봉사하는 것을 보장하기 위하여는 지방자치단체의 충분한 영향력행사 가능성의 존재가 필수적이라 할 수 있다. 이러한 이유에서 독일에서는 自己企業을 우선하도록 하고 그를 통하여 충분한 효과를 거둘수 없는 경우에만 私法상의 조직형태를 취하도록 규정하고 있다.¹⁵⁾ 즉 私法상의 조직형태를 自己企業에 대

13) 자세한 것은 Ehlers, Verwaltung in Privatrechtstorn, 1984, S. 9ff. 특히 Fn. 15참조

14) 독일에서는 유한회사(GmbH) 형태가 많이 사용되고 있으나 우리법상의 유한회사와 일치하는 개념은 아니다.

15) 예컨대 Art. 91 Abs.1 Ziff. 2 GOBay

해 보충적인 것으로 하고 있다.

2. 私法上의 지방공기업에 대한 영향력의 행사

私法에 따라 設置된 지방공기업은 지방자치단체와는 별개의 法人이고 設立의 근거가 된 私法에 따라 활동하므로 지방자치단체는 직접의 監督權을 행사할 수 없고, 적용되는 私法의 규정에 따라 영향력을 행사할 수 있을 따름이다. 예컨대 주식회사의 형태를 취하는 지방공기업에 대해서 지방자치단체는 株主權의 행사를 통하여 영향력을 행사할 수 있다. 따라서 지방자치단체가 차지하는 지분이 클수록 영향력을 크게 행사할 수 있으며 반대로 지분이 적을수록 영향력은 약화된다. 해당사업의 성격에 따라 지방자치단체는 지분의 비율을 달리 하여 적정한 영향력을 행사할 수 있게 된다.

VI. 結 論

현행 공기업법은 위에서 살펴본 바와 같이 地方公企業을 충분히 규율하고 있지 못하며 오히려 지방공기업의 발전에 저해가 된다는 점에서 개정이 불가피 하다.

특히 지방공기업법이 지방공기업, 지방공사, 지방공단이란 개념을 사용하고 있으나 그 의미가 명확하지 않아 체계상, 적용상의 혼란을 초래하고 있다.

지방공기업법의 적용범위의 제한은 효력범위를 일정한 지방공기업에 한정시킴으로써 동법이 절름발이 입법임을 스스로 밝히고 있는 것이다. 따라서 적용범위에서 제외되는 공기업에 대한 규율도 지방공기업법에 포함시키는 것이 타당하다.

지방공기업의 경영원칙으로서 경제성의 원칙과 공공복리의 증진은 법원칙으로서 지방공기업의 경영을 구속하는 법적 효력을 갖는다.

지방공사와 지방공단에 대한 규율은 입법취지와 관련하여 근본적인 재고를 요한다.

지방공단은 지방공사와 구별하여 규정할 실질적인 이유가 없으며 이를 하나의 개념으로 규율함이 타당하다.

민자유치의 가능성을 열어 놓고 있는 지방공기업법 제53조 제2항에 의한 지방공사는 그 공법적인 규제 때문에 활용도가 높지 않을 것이다.

私法에 의한 法人으로서의 지방공기업에 대한 근거 규정도 지방공기업법에 포함시키는 것이 바람직하다.