

지방자치단체 민간위탁법제의 법적 쟁점에 관한 소고

-경기도를 중심으로-

A Report on the Legal Issues of the Private Consignment Legislation of Local Governments -Focused on Gyeonggi-do-

이 경 환*

Lee, Kyung-Hwan

장 교 식**

Jang, Kyo-Sik

목 차

- | | |
|-------------------------|------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 법적 쟁점 및 개선방안 |
| II. 지방자치단체의 사무위탁 | V. 맺음말 |
| III. 경기도 민간위탁법제 현황과 문제점 | |

지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하는 등 그 해당 지역의 자치사무와 위임사무를 처리한다. 이러한 지방자치단체의 사무처리 권한은 헌법 및 법률에서 부여한 것이므로 직접 사무를 처리해야 하는 것이 원칙이다. 그러나 현대 사회의 특징으로 모든

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.321>

투고일: 2023. 10. 23. / 심사완료일: 2023. 12. 22. / 게재확정일: 2023. 12. 28.

* 주저자, 경기도청 법무담당관실 법제전문관, 건국대학교 일반대학원 법학과 박사과정

Lead Author: GYEONGGI-DO Legislation Affair Specialist, Legal Affairs Division Planning & Coordination office / Ph.D. Candidate, Department of Law, Graduate School of Konkuk University

** 교신저자, 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Co-Author: Professor, Law School of Konkuk University

행정을 지방자치단체가 직접 처리하는 것은 행정의 비효율을 가져오므로 지방자치단체 외의 자가 사무를 처리하게 할 필요가 있다. 이와 관련하여 지방자치법 제117조는 사무의 위임, 위탁 및 민간위탁을 규정하고 있으며, 지방자치단체는 지방자치법에 따라 자치법규로써 그 사무를 지방자치단체 외의 자에게 맡겨서 수행할 수 있다. 민간위탁과 관련하여 지방자치법은 지방자치단체의 조례나 규칙으로 정하는 바에 따르도록 규정하고 있고, 이에 따라 지방자치단체는 민간위탁에 관한 일반조례와 개별조례를 두고 있다. 일반조례와 개별조례가 각각 민간위탁의 근거가 되는지, 개별조례의 경우 일반조례와의 관계에서 그 규정 범위를 어느 정도로 해야 하는지, 민간위탁과 유사 제도의 구분, 민간위탁의 재위임 및 재위탁, 지방보조금이 지급되는 사업과의 구분 등이 문제된다. 이와 관련하여 경기도의 자치법규를 중심으로 그 현황에 따른 법적 쟁점을 살펴보고 개선방안을 제시하였다.

[주제어] 위탁, 민간위탁, 업무대행, 지방사무, 법제

I. 들어가는 말

지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 그 조직과 운영은 법률에 의한다(헌법 제117조 제1항 및 제118조 제2항). 이에 따라 지방자치법은 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 규정하여 집행기관인 지방자치단체장이 지방자치단체의 사무를 수행하는 근거를 두고 있다. 지방자치는 근거리 행정을 통한 지역 주민의 복리증진을 이념적 배경으로 하며, 그 사무수행 권한은 지방자치단체장에게 속한다. 지방자치법에 따른 사무수행 권한이 지방자치단체장에게 있지만, 현대 사회에서 복지국가화로 인해 행정이 비대해지고 그 업무 분야도 세분화·전문화되고 있어 모든 사무를 지방자치단체장이 수행하는 것은 행정의 비효율을 가져올 수 있다. 이와 관련한 제도가 위임, 위탁 및 민간위탁제도라 할 것이다. 민간위탁제도는 위와 같은 취지에서 도입한 것으로 행정사무를 간소화하고 민간에서 사무수행을 하게 함으로써 능률성을 높이고 비용을 절감하며 사무의 신속처리에 적합한 제도이다.¹⁾ 민간위탁제도는 국가 사무와 지방자치단체 사무의 수행 모두에 해당하는 제도가

1) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결(지방자치단체가 그 권한에 속한 업무를 민간에 위탁하는 이유는, 그 업무를 민간으로 하여금 대신 수행하도록 함으로써 행정조직의 방대화를 억제하고, 위탁되는 사무와 동일한 업무를 수행하는 자에게 이를 담당하도록 하여 행정사무의 능률성을 높이고 비용도 절감하며, 민간의 특수한 전문기술을 활용함과 아울러, 국민생활과 직결되는 단순 행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이라 할 것이다).

며, 지방자치단체의 경우 지방자치법 제117조 제3항에서 지방자치단체장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중에 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 않은 사무를 법인·단체 등에게 위탁할 수 있음을 규정하여 민간위탁제도의 규범적 근거를 두고 있다. 같은 규정에 따라 모든 지방자치단체에서는 민간위탁에 관한 조례나 규칙을 두고 있다.

위와 같은 민간위탁제도에 관하여는 그 제도의 운영과 관련한 문제 등 많은 쟁점들이 있으나, 이 글에서는 지방자치단체의 민간위탁법제에서 법적 쟁점이 되는 부분을 중심으로 법제적 관점에서 문제되는 사항과 개선방안에 대해 살펴보고자 한다. 전국 광역지방자치단체와 기초지방자치단체의 수를 모두 합하면 243개에 이르고, 각 지방자치단체마다 그 사무의 위임, 위탁 및 민간위탁에 관한 자치법규를 두고 있어 모든 지방자치단체를 대상으로 하는 것은 그 범위가 너무 방대하므로, 경기도를 중심으로 자치법규 전체 현황을 분석하고 해당 법적 쟁점에 대해 살펴본다. 이를 위해 먼저 사무의 위탁에 관한 내용과 그에 따른 쟁점에 대해 먼저 검토할 필요가 있다.

II. 지방자치단체의 사무위탁

1. 지방자치단체 사무와 위탁

1.1 지방자치단체의 사무처리 범위와 사무위탁

행정청의 권한과 관련해서는 국민 권익에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 원칙상 법률에 의해 정해져야 한다는 행정권한법정주의는 행정조직법정주의에 포함된다고 볼 수 있다. 이에 따라 행정청의 조직규범에서 정한 소관사무의 범위 내에서 일반적인 권한을 갖게 되며, 소관사무의 범위는 지방자치단체의 경우에는 지방자치법에서 정하고 있다.²⁾ 지방자치법은 지방자치단체는 그 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리하도록 규정(같은 법 제13조 제1항)하여, 지방자

2) 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2022, 16쪽; 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결(행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률에서 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다).

치단체가 처리할 수 있는 사무로 자치사무와 단체위임사무를 정하고 있으며, 같은 법 제115조는 국가 또는 다른 지방자치단체에서 지방자치단체의 장에게 위임한 기관 위임사무에 대해 정하고 있다.³⁾ 해당 지역 주민의 복리와 재산관리 등을 위해 지방자치단체가 수행하는 사무는 지역 고유의 자치에 관한 사무, 법령에 따라 지방자치단체 또는 지방자치단체장에게 위임한 사무가 해당한다고 볼 수 있다. 법률에 따라 주어진 사무권한은 지방자치단체가 직접 수행해야 하나, 복잡하고 전문적인 사항 등 모든 것을 지방자치단체가 직접 수행하는 것은 효율적이지도 않고 오히려 주민 복리의 측면에서 바람직하지 않으므로 전문적인 기관 등에서 맡겨 수행하는 것이 적절할 것이다.

1.2 민간위탁의 개념 및 유형

행정권한 민간위탁이라 함은 국가 또는 지방자치단체가 자신이 소관하는 사무 중에 국민(주민)의 권리·의무와 직접적으로 관련이 없는 사무를 민간 법인·단체나 기업, 개인 등으로 위탁(이전)하여 그 명의로 책임에 따라 수행(공급)하게 하고 국가 또는 지방자치단체는 이와 같은 행정업무를 제공하는 민간부문에게 그 대가를 지불하는 것을 말한다.⁴⁾ 다만, 경우에 따라서는 개별 법률에 규정이 있으면 국민(주민)의 권리·의무와 직접적으로 관련되는 사무를 위탁하는 것도 가능할 것이다.⁵⁾

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」(이하 “행정위임위탁규정”이라 한다)은 민간위탁을 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것이라고 정의하고 있고(같은 규정 제2조 제3호), 지방자치법은 명시적으로 민간위탁을 정의하고 있지는 않으나 제117조 제3항에서 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무 중 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다고 하여 민간위탁을 규정하고 있다.⁶⁾

3) 정하중/김광수, 행정법 개론, 법문사, 2022, 938-942쪽.

4) 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 한계”, 법학논총 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008, 271쪽.

5) 홍정선, “지방자치법상 민간위탁의 개념”, 지방자치법연구 제13권 제4호, 한국지방자치법학회, 2013, 88쪽.

6) 홍정선, 위의 논문, 87쪽.

민간위탁의 유형은 해당 사무의 근거법령, 그 사무의 구체적인 내용 및 위탁지원금의 유무와 형태 등에 따라 다양하게 구분할 수 있다. 그 유형으로는 ① 시설·사무위탁형으로 사무의 위탁과 함께 국가나 지방자치단체가 소유하거나 임차한 건물 등의 시설(행정재산)을 함께 지원하는 경우이고, ② 사무위탁형으로 사무의 위탁만 있을 뿐 시설의 지원이 없는 경우이며, ③ 단순용역 위탁형으로 단순한 시설관리, 노무제공 등을 내용으로 하는 경우이다.⁷⁾

1.3 민간위탁과 유사 제도

행정권한을 민간에서 대신 행사한다는 의미에서 민간위탁의 개념과 유사한 개념으로 위임 및 위탁, 대행, 내부위임, 이양 등이 있으며 그 의미는 다음과 같이 구분된다.

권한의 위임이란 행정청이 그의 권한의 일부를 스스로 행사하지 않고 다른 행정기관에 실질적으로 이전하여 수임기관의 명義와 책임으로 권한을 행사하게 하는 것으로 광의 권한의 위임이라 말하는데, 광의 권한의 위임 중 지휘·감독하에 있는 행정기관에 대해 위임하는 것을 협의 권한의 위임이라 하고, 지휘·감독에 있지 않은 행정기관이나 단체에게 위임하는 것을 권한의 위탁이라 한다.⁸⁾ 행정위임위탁규정은 ‘위임’을 ‘법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것’이라고 하고, ‘위탁’을 ‘법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것’이라고 정의하고 있다(같은 규정 제2조 제1호 및 제2호). 권한이 위임되거나 위탁된 때에는 행정관청 권한은 대외적으로 수임기관 또는 수탁기관에 이전되고 위임 또는 위탁한 관청은 그 사무처리의 권한을 가지지 않게 되며, 수임받은 관청이 그 명義와 책임으로 권한을 행사하고 행정소송의 경우에도 수임기관 또는 수탁기관이 피고가 된다.⁹⁾

행정업무의 대행은 행정기관이 법령에 따른 업무를 대행기관에게 사실상 행사하게 하되, 그 명義는 원래 권한을 가지고 있는 행정기관으로 하고 책임도 원래 권한을 가지고 있는 행정기관에 귀속하게 하는 것을 말하며, 대행에 따른 법령상 권한 이전은

7) 광상민, “국가나 지방자치단체 사무의 민간위탁에 따른 부가가치세 문제에 관한 연구”, 조세법연구 제 25집 제3호, 한국세법학회, 2019, 375쪽.

8) 박균성, 앞의 책, 27쪽.

9) 법제처, 2022년 자치법규 입안 길라잡이, 행복한나무, 2022, 254쪽.

발생하지 않고 대행기관이 원래 권한을 가지고 있는 행정기관의 명의로 업무 수행을 함으로써 그 법률적 효과는 원래 권한을 가지고 있는 행정기관이 직접 행사한 것과 같이 효력 발생하는 것을 말한다.¹⁰⁾ 대행에 대해서는 학문상으로 확립된 의미가 없다면서 독자적인 개념을 인정하기 보다 실정법상 사용되는 대행을 법정대리로서 대행, 위임·위탁으로서의 대행, 행정사무지원으로서 대행으로 분류하는 견해,¹¹⁾ 대행을 민간이 행정사무를 수행하는 독자적인 유형으로 보려는 견해¹²⁾ 등이 있으며, 대행제도를 다른 판례로는 공매권한의 대행기관인 자산관리공사의 공매처분에 관하여 제기한 행정소송에서 자산관리공사가 피고적격이 있다고 본 사례가 몇 건 있을 뿐이나,¹³⁾ 대행제도는 정책의 입안부터 집행, 평가에 이를 일련의 정책 수행과정을 바라볼 수 있는 계기가 될 수 있고, 입법론적으로 민간위탁 보다 다양한 방법으로 행정기관과 상대방과의 관계 설정 등을 할 수 장점이 있으며, 행정실무적으로도 정부나 국회의 입법실무에 행정사무 수행의 방식 중 하나로 보고 있는 점 등을 고려할 때 독자적인 개념을 인정하는 것이 타당해 보인다.¹⁴⁾

내부위임은 행정청이 일정한 사항에 관한 권한을 실질적으로 하급행정기관 또는 보조기관에 위임을 하면서, 대외적으로 위임자의 명의로 권한을 행사하게 하는 것을 의미하며,¹⁵⁾ 권한의 양양은 권한이 위임자에게 유보되는 위임과 달리 권한 자체가 법률상 이전되는 것을 말한다.¹⁶⁾

10) 법제처 2023. 2. 13. 의견제시 23-0028.

11) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2022, 26쪽. 이 견해는 헌법 제71조에 따라 국무총리의 대통령 권한대행은 법정대리의 일종이고, 국제징수법 제61조 제5항에 따른 한국자산관리공사의 공매권한은 위임위탁에 의한 것이며, 자동차관리법 제20조 제1항 등의 대행은 행정사무지원으로서 대행으로 본다.

12) 박균성, 앞의 책, 39-42쪽. 이 견해는 대행은 권한의 법적 이전 없이 사실상 행정권 행사를 독립적으로 수행하는 권한이 주어진다든 점과 대행 권한을 독립적으로 행사한다는 점에서 권한이 대외적으로 이전되는 협의의 위탁과 권한 이전 없이 행정보조자로서 활동하는 보조위탁과 구분된다고 보고 있으며, 통상 대행권은 법령에 규정되어 있고 피대행기관을 현명하지 않는다는 점에서 대리와 구분된다고 한다.

13) 대법원 1989. 10. 13. 선고 89누1933 판결; 대법원 1997. 2. 28. 선고 96누1757 판결(성업공사가 압류재산을 공매하는 것은 세무서장의 공매권한 위임에 의한 것으로 보아야 할 것이므로, 성업공사가 한 공매처분에 대한 취소 등의 항고소송을 제기함에 있어서는 수임청으로서 실제로 공매를 행한 성업공사를 피고로 하여야 할 것이고, 위임청인 세무서장은 피고적격이 없다고 보아야 할 것이다).

14) 이상수, “행정사무의 대행에 관한 행정법적 고찰”, 서울법학 제24권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017, 261-265쪽.

15) 김남진/김연태, 행정법II, 법문사, 2020, 25쪽.

16) 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 박영사, 2015, 22쪽.

2. 민간위탁의 법적 근거 및 기준

2.1 민간위탁의 법적 근거

행정권한의 민간위탁에 관한 근거법령으로는 정부조직법과 행정위임위탁규정, 지방자치법이 있으며, 위 법령은 국가 및 지방자치단체의 민간위탁에 관한 일반법으로서 지위를 가진다고 할 수 있다. 정부조직법 제6조 제3항은 “행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다”고 규정하고 있고, 지방자치법 제117조 제3항 또한 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다”고 규정하여 법령이나 조례, 규칙으로 국가 또는 지방자치단체의 사무를 민간에 위탁할 수 있다. 그리고 개별법령과 조례에서도 별도로 사무의 민간위탁에 관한 사항을 규정하여 그 근거를 두고 있다.¹⁷⁾ 민간위탁에 관한 개별법과 일반법의 관계에 대해서는 법적용과 관련한 해당 규정과 일반이론에 따라 우선 적용 여부를 정해야 할 것이다.¹⁸⁾

개별법령과 조례에서 민간위탁의 근거를 두는 경우가 대체적이지만 개별규정을 두지 않은 경우에 일반법령 및 조례가 민간위탁을 할 수 있는 직접적인 근거가 될 수 있는지에 대해서는 견해가 나누어 진다. 이에 대해 국가 사무의 위임 및 위탁에 관한 논의를 먼저 살펴보면, 정부조직법 제6조가 직접적인 위임의 근거가 된다는

17) 법령으로는 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제139조 제4항, 폐기물관리법 제62조 제3항, 산업안전보건법 제165조 제2항, ‘가축 및 축산물 이력관리에 관한 법률’ 제30조 제2항, ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’ 제76조, 물류정책기본법 제65조 제2항 등, 경기도 조례로는 ‘경기도 가사 스트레스 해소 지원 조례’ 제8조, ‘경기도 건강보조기구산업 육성 및 지원에 관한 조례’ 제9조, ‘경기도 공공산후조리원 설치 및 운영에 관한 조례’ 제9조 등 그 외 상당수의 개별 법령과 조례에서 민간위탁에 관한 근거 조항을 두고 있다.

18) 행정위임위탁규정 제10조는 민간위탁사무에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 없는 경우에 이 규정이 적용된다는 점을 명시하여 적용관계를 밝히고 있으며, ‘경기도 사무위탁 조례’ 제3조에서도 위탁사무나 민간위탁사무는 다른 법령이나 조례에 특별한 규정이 없으면 이 조례가 적용된다고 하며 적용관계를 명시하고 있다. 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 51쪽(일반조례는 민간위탁에 관한 특별규정이랄 수 없고 일반법일 뿐이고 개별 조례가 특별법으로 일반조례에 반하는 내용을 개별 조례에 규정할 수 있다).

견해와 직접적인 근거가 될 수 없다는 견해가 있다. 전자의 견해는 권한의 위임에는 반드시 개별적인 법령의 근거가 필요한 것은 아니며 정부조직법 제6조와 행정위임위탁규정에 따라 위임이 행해 질 수 있다고 보고,¹⁹⁾ 후자의 견해는 정부조직법 제6조가 권한 위임의 일반적인 근거가 된다고 하면 행정조직법정주의에 상치되는 결과를 가져오고 아울러 시민의 입장에서 권한의 소재를 판단하는 데 많은 어려움을 갖게 되므로 권한 위임의 직접 근거가 될 수 없다고 한다.²⁰⁾ 법제처 또한 후자의 견해에 따라 위임·위탁에 관하여는 개별법률 및 시행령에 직접 근거를 두도록 하고 있다.²¹⁾ 판례는 정부조직법 제6조 제1항이 위임 및 재위임의 일반적인 근거규정이 되는 것으로 보았으며,²²⁾ 이 판례는 아직 변경이 없이 유지되고 있다. 지방자치단체 사무의 위임 또한 국가 사무의 위임과 동일한 논리로, 일반조례가 직접적인 위임의 근거가 될 수 있는지에 대해 논의가 있으나, 아직 조례와 관련해서 판례는 없는 상황이다.

2.2 민간위탁의 기준

정부조직법 제6조 제3항 및 지방자치법 제117조 제3항에 따라 민간위탁은 조사·검사·검정·관리 업무 등과 같이 국민 또는 주민의 권리·의무와 직접 관계·관련되지 아니하는 사무를 위탁할 수 있다. 행정위임위탁규정 제11조는 민간위탁의 기준을 규정하고 있다. 같은 조 제1항은 행정기관은 단순 사실행위인 행정작용, 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, 특수한 전문지식 및 기술이 필요한 사무, 그 밖에 국민 생활과 직결된 단순 행정사무를 민간위탁할 수 있다고 하고, 같은 조 제2항은 행정기관은 제1항에 따른 민간위탁의 필요성 및 타당성 등을 정기적·종합적으로

19) 김남진/김연태, 앞의 책, 28쪽.

20) 홍정선, 행정법원론(하), 28쪽.

21) 법제처 법제지원총괄과, 법령 입안 심사 기준, 법제처, 2021, 483쪽(개별법에 위임·위탁의 규정을 두지 않은 경우에 행정위임위탁규정에 따라 권한을 위임·위탁하는 경우가 있으나, 일반적인 위임·위탁의 법체계를 혼란시킬 수 있으므로 위임·위탁에 관한 사항은 원칙적으로 개별 법률 및 시행령에서 직접 규정하도록 한다).

22) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결(구 건설산업 관련규정에 의하면 건설부장관의 권한에 속하는 같은 법 제50조 제2항 제3호 소정의 영업정지 등 처분권한은 서울특별시장·직할시장 또는 도지사에게 위임되었을뿐 시·도지사가 이를 구청장·시장·군수에게 재위임할 수 있는 근거규정은 없으나, 정부조직법 제5조 제1항과 이에 기한 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 재위임에 관한 일반적인 근거규정이 있으므로 시·도지사는 그 재위임에 관한 일반적인 규정에 따라 위임받은 위 처분권한을 구청장 등에게 재위임할 수 있다); 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누5287 판결.

판단하여 민간위탁해야 한다고 규정하고 있다. 지방자치단체에서도 대부분 위 규정과 비슷한 사항으로 민간위탁 사무의 기준을 민간위탁에 관한 일반조례에 규정하고 있다.²³⁾

3. 민간위탁의 상대방 및 방식

정부조직법 제6조와 지방자치법 제117조에 따라 행정사무의 위임 또는 위탁의 상대방으로는 행정기관, 지방자치단체, 그 밖에 공공단체, 민간이 되며, 그 중에서 민간위탁과 관련해서는 정부조직법 제6조 제3항과 지방자치법 제117조 제3항에 따라 법인·단체 또는 그 기관이나 개인이 그 상대방이 된다고 할 것이다. 여기에서 법인은 사법인을, 단체란 법인격을 갖지 아니한 사적 조직체를 의미하고 기관이란 사법인의 기관과 단체의 기관을 의미하며, 개인은 사법인과 단체 또는 그 기관이 아닌 사인을 의미한다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 공공단체의 경우에도 민간위탁의 상대방이 될 수 있는지가 문제된다. 공공단체의 의미를 정의하고 있는 법령은 보이지 않는다. 일반적으로 지방자치단체를 포함하는 개념으로도 볼 수 있으나, 지방자치법 제117조 제2항은 지방자치단체와 공공단체를 구분하여 규정하고 있으므로 공공단체는 지방자치단체를 제외한 공법인을 의미한다고 할 것이다.²⁵⁾ 그 경우 공공단체에게 민간위탁할 수 있는지에 대해서는 정부조직법의 조문 구조상으로 공공단체에 민간위탁하는 것은 특별히 문제되지 않은 점, 공공단체에 대한 위탁과 민간위탁에 본질적인 차이가 없다는 점 등을 고려하면 공공단체에 대해서도 민간위탁할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 본다.²⁶⁾

민간위탁을 하는 방식으로는 법정위탁, 지정위탁 및 계약위탁의 방식이 있다. 법정위탁은 위탁하는 사무의 종류와 수탁자를 법령에서 정하는 방식을 말하고,²⁷⁾ 계약위

23) ‘서울특별시 행정사무의 민간위탁에 관한 조례’ 제4조(민간위탁 사무의 기준), ‘경기도 사무위탁 조례’ 제9조(민간위탁의 기준 등), ‘광주광역시 사무의 민간위탁 조례’ 제4조(민간위탁 사무기준), ‘대구광역시 사무의 민간위탁 조례’ 제4조(사무위탁의 기준), ‘부산광역시 민간위탁 기본 조례’ 제4조(민간위탁의 기준 등) 등.

24) 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 79쪽.

25) 공공단체의 의미와 관련하여, 법제처의 자치법규 지원을 위한 의견제시사례에서는 “지방자치법 제117조 제2항의 공공단체의 범위에는 법령이나 조례에 따라 설치된 단체, 지방자치단체가 출연·보조를 통하여 재정적으로 그 시설의 설치·운영에 대하여 관리·감독을 할 수 있는 단체 또는 그 밖에 지방자치단체가 그 조직이나 활동 등에 대하여 법률상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 단체 등이 포함된다”고 한 바가 있다(법제처 2018. 5. 4. 회신 18-0081 의견제시례).

26) 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 79-81쪽.

탁 또는 지정위탁은 법령에서 위탁 근거를 두고 이에 따라 행정기관과 수탁자 간에 위탁계약 체결을 통하거나 행정기관이 수탁자 지정을 함으로써 성립하는 민간위탁계약을 말한다.²⁸⁾ 행정위임위탁규정 제13조 제1항은 민간수탁기관이 선정되면 그 기관과 위탁에 관한 계약을 체결해야 하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 계약을 체결할 때에 그 내용에는 민간위탁의 목적, 위탁 수수료 또는 비용, 위탁기간, 민간수탁기관의 의무, 계약 위반 시의 책임과 그 밖에 필요한 사항을 포함하도록 규정하고 있다. 지방자치단체의 경우에는 민간위탁에 관한 일반조례에서 민간위탁 목적, 위탁 수수료 또는 비용, 위탁기간 등이 포함된 계약(협약)을 체결하도록 규정하여,²⁹⁾ 민간위탁을 할 때에는 계약(협약)서를 작성하도록 하고 있다.

III. 경기도 민간위탁법제 현황과 문제점

1. 경기도 사무위임 및 위탁 법제의 기본체제

지방자치법 제117조에 따라 경기도는 도지사 권한의 위임 및 위탁에 관한 사항을 규율하기 위하여 일반조례로 「경기도 사무위임 조례」 및 같은 조례 시행규칙과 「경기도 사무위탁 조례」 및 같은 조례 시행규칙을 두고 있다. 「경기도 사무위임 조례」는 각종 법령에서 규정하고 있는 경기도지사의 권한에 속하는 사항 중 소속기관의 장, 시장·군수 및 경기경제자유구역청장에게 위임하는 사항을 정하고 있고, 「경기도 사무위임 조례 시행규칙」은 행정위임위탁규정 제4조에 따라 중앙행정기관의 장으로부터 경기도지사가 위임받은 사무 중 시장·군수, 소속 행정기관의 장 및 경기경제자유구역청장에게 재위임할 사항에 대해 규정하고 있다. 「경기도 사무위임 조례」 및 같은 조례 시행규칙은 지방자치

27) 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 시행령 제32조 제3항(산업통상자원부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(특별자치시장 및 특별자치도지사는 제외한다)은 법 제61조 제2항에 따라 다음 각 호의 업무를 한국가스안전공사에 위탁한다); 산업안전보건법 제165조 제2항(고용노동부장관은 이 법에 따른 업무 중 다음 각 호의 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 공단 또는 대통령령으로 정하는 비영리법인 또는 관계 전문기관에 위탁할 수 있다).

28) 최철호, 앞의 논문, 274-275쪽.

29) ‘서울특별시 행정사무의 민간위탁에 관한 조례’ 제11조(협약체결 등), ‘경기도 사무위탁 조례’ 제5조(계약의 체결 등), ‘광주광역시 사무의 민간위탁 조례’ 제19조(계약체결), ‘대구광역시 사무의 민간위탁 조례’ 제18조(위탁계약 체결), ‘부산광역시 민간위탁 기본 조례’ 제8조(계약체결) 등.

법 제117조 제1항에 따라 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 사무를 위임하기 위한 일반조례로 볼 수 있다. 「경기도 사무위탁 조례」는 경기도지사의 권한에 속하는 사무 중 일부를 다른 행정기관의 장이나 지방자치단체 아닌 법인·단체·개인에게 위탁하는 사항을 규정하고 같은 조례 시행규칙은 조례의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있다. 「경기도 사무위탁 조례」는 지방자치법 제117조 제2항 및 제3항에 따른 위탁과 민간위탁에 관한 사항을 규정하기 위한 일반조례라 할 수 있다.

위의 일반조례 외 경기도는 개별 조례에서 사무위임 및 위탁에 관한 별개의 조항을 두고 있다. 사무위임과 관련하여 특징적인 것은 일반조례인 「경기도 사무위임 조례」 및 같은 조례 시행규칙의 별표에서 각 기관 별로 위임하는 사무에 대해 상세하게 정하고, 일부 개별조례에서 시장·군수 등에게 위임한다는 조항을 두고 있는 것이고, 사무위탁과 관련하여서는 일반조례인 「경기도 사무위탁 조례」에서 사무위탁의 절차, 기준 등을 정하고, 개별조례에서 위탁에 관한 사항을 두고 있다. 2023년 7월 18일 기준으로 경기도 자치법규 중 조례는 1,153개, 규칙은 216개인데, 그 중 별개의 위탁 조항을 두고 있는 개별조례가 250개 정도에 이른다.³⁰⁾ 경기도는 2022년 12월 31일을 기준으로 민간에 위탁한 사업이 650건(공공기관 504건, 민간 146건) 정도이고,³¹⁾ 2023년도 예산서에 따르면 민간위탁금 및 공공기관등에대한경상적위탁사업비가 2,672,489,811,000원(전체 예산액의 7.92%)에 해당하는 등³²⁾ 민간위탁이 경기도의 사업 수행에서 차지하는 비중은 적지 않다.

2. 일반조례로써 「경기도 사무위탁 조례」의 내용

사무위탁에 관한 일반조례로써 「경기도 사무위탁 조례」는 가지번호가 붙은 조문까지 포함하여 4장에 본칙 28개의 조문과 부칙으로 구성되어 있다. 제1장은 총칙, 제2장은 위탁, 제3장은 민간위탁, 제4장은 보칙으로 구분하고 있으며 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

30) 해당 수치는 법제처 국가법령정보센터 홈페이지에서 자치법규 검색란에 경기도 본청을 기준으로 조문 제목을 “위탁”으로 하여 검색한 결과이다(법제처, “국가법령정보센터”, <https://www.law.go.kr/ordinSc.do?menuId=3&subMenuId=27&tabMenuId=139&query=%EC%9C%84%EC%9E%84#AJ_AX>, 검색일: 2023. 7. 18.).

31) 경기도의회, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2023. 2. 10, 3쪽.

32) 2023년도 경기도 예산서 일반회계 및 기타 특별회계(2022. 12. 17. 제365회 경기도의회 정례회 제7차 본회의 의결), 36쪽.

제1장 총칙은 조례의 목적, 정의, 다른 조례와의 관계, 적용범위, 수탁사무의 처리, 계약의 체결 등을 규정하고 있다. 제1조 목적 조항에는 조례가 지방자치법 제117조, 제168조와 행정위임위탁규정에 따라 경기도지사의 권한에 속하는 사무 중 일부를 위탁하여 민간의 자율적인 행정참여 기회를 확대하고 행정의 간소화와 능률을 높이 고자 한다는 것을 명시하고 있다. 지방자치법 제168조³³⁾와 행정위임위탁규정을 근거 규정으로 두고 있는 것은 다른 지방자치단체와 차이가 있다. 전국 광역지방자치단체 17곳 가운데 민간위탁과 관련한 조례에서 지방자치법 제168조를 근거로 두는 곳은 경기도가 유일하고, 행정위임위탁규정을 두는 곳은 경기도를 포함하면 5곳 정도이다.³⁴⁾ 지방자치법 제168조는 지방자치단체나 그 장이 다른 지방자치단체에 사무를 위탁하여 처리하게 할 수 있는 조문으로, 같은 법 제117조 제2항에서도 관할 지방자치 단체에 위임 또는 위탁할 수 있는 근거를 두고 있어 중복되는 것이 아닌지 문제되나, 제168조에 따른 위탁의 상대방은 관할 지방자치단체가 아닌 지방자치단체로 보아야 하고, 지방자치단체의 사무를 위탁할 때에는 관할 지방자치단체의 경우에도 제168조 에 따라 할 수 있다고 할 것이므로,³⁵⁾ 사무위탁 조례에서 제168조를 근거로 두더라도 중복의 문제는 발생하지 않는 것으로 보인다. 행정위임위탁규정 제4조는 기관위임사 무의 경우 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수 등에게 다시 위임할 수 근거를 두고 있는 외에 지방자치단체 사무의 위임 및 위탁에 관한 사항을 정하는 근거가 되는지는 의문이 든다.³⁶⁾

제2조는 조례에서 사용하는 용어에 대한 정의 조항을 두고 있다. 제1호는 위탁, 제2호는 민간위탁, 제3호는 수탁기관, 제4호는 재계약을 각각 정의하고 있는데, 위탁 은 각종 법령에서 규정된 경기도지사의 권한에 속하는 사무 중 일부를 다른 행정기관 의 장(시·도지사를 포함)에게 맡겨 그 권한과 책임하에 행사하도록 하는 것으로

33) 지방자치법 제168조(사무의 위탁) ① 지방자치단체나 그 장은 소관 사무의 일부를 다른 지방자치단체나 그 장에게 위탁하여 처리하게 할 수 있다.

② 지방자치단체나 그 장은 제1항에 따라 사무를 위탁하려면 관계 지방자치단체와의 협의에 따라 규약을 정하여 고시하여야 한다.

③-⑤(생략)

34) 행정위임위탁규정을 민간위탁 일반조례의 근거조문으로 규정하는 광역지방자치단체로 대구광역시, 충청북도, 경상북도, 제주특별자치도가 있다.

35) 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2022, 597쪽.

36) 행정위임위탁규정이 사무위탁의 근거 규정으로 포함된 것은 1993년 7월 19일 조례 일부개정령으로 들어 갔으며, 개정이유는 분명하지 않다.

정의하여 공공단체는 그 대상에서 제외되어 있다(제2조 제1호). 민간위탁은 각종 법령이나 조례에 규정된 도지사의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체(공공기관 포함) 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 책임으로 행사하도록 하는 것이라고 정의하고 있다(제2조 제2호). 단체에 공공기관이 포함되는 것이 특징적이고, 법령이나 조례에 따른 도지사의 권한을 대상으로 하는 점에서 법령에 따른 도지사의 권한을 대상으로 하는 위탁과 차이가 있다. 그 밖에 수탁기관과 재계약의 용어 정의 등 일반적인 사항을 정하고 있다.

제3조와 제3조의2는 적용관계 및 범위를 정하고 있다. 조례 간의 적용관계에 있어 다른 조례에서 특별히 정하는 규정이 있으며 해당 조례가 우선 적용된다. 개별 조례에서 규정하는 그 사항에 대해서 우선 적용된다는 것이고, 그 외 나머지 정하지 않은 사항에 대해서는 일반조례인 사무위탁 조례에 따른다고 봐야 할 것이다. 제3조의2는 적용범위에 관한 사항으로, 민간위탁사무 외에 협약·계약 등 명칭과 관계 없이 규칙으로 정하는 도지사의 소관 사무를 법인·단체 등에 맡겨서 수행하는 경우 지방자치단체 간 공동사무 및 재해·재난 대응을 위한 긴급사무를 제외하고 민간위탁절차에 따르도록 하고 있다. 이 조항은 종래 ‘공공대행’의 형식을 위하면서 경기도 사무를 공공기관에 맡겨 수행하는 건은 조례의 적용대상이 되지 않았던 사례도 조례의 적용범위에 포함하도록 하기 위해 추가된 조항이다.³⁷⁾ 다만, 규칙으로 정하는 도지사의 권한의 의미에 대해서는 적용범위와 관련한 사무의 범위를 하위 규칙으로 위임한 것인지 아니면 도지사의 업무를 정하는 다른 규칙을 의미하는지는 분명하지 않으며, 이와 관련하여 하위 규칙에는 별도 정하는 사항은 없다.

제4조는 수탁사무의 처리에 관하여 관계 법규 준수, 수행에 있어 수탁기관의 명의로 책임으로 하는 일반적인 사항을 정하고 있고, 제5조는 사무를 위탁할 경우 민간위탁의 목적, 위탁 수수료 또는 비용, 위탁기간, 수탁자의 의무, 예산지원에 관한 사항, 계약위반 시의 책임, 지도·점검, 성과평가 등에 관한 사항, 그 밖에 필요한 사항 등을 포함하는 위·수탁계약서를 작성하도록 정하고 있다. 사무위탁 조례는 위탁과 민간위탁을 구분하고 있으며, 수탁기관은 이 두 경우를 포함하는 것으로 용어 정의를 하고 있으므로 위탁과 민간위탁을 하는 경우에는 위·수탁계약서를 작성해야 하는 것으로 해석된다.

제2장은 위탁의 기준 등, 지휘·감독, 위탁에 따른 감사를 정하고 있다. 위탁은

37) 경기도의회, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2020. 10. 14, 4쪽.

허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무와 일상적으로 반복되는 단순사무로서 도지사가 직접 시행해야 하는 사무를 제외한 그 권한의 일부를 위탁할 수 있으며, 이 경우 수탁기관의 수탁능력 점검, 수탁사무 처리에 필요한 교육 실시 등을 하고, 위탁하기 전에 경기도의회의 사전 동의를 받아야 한다(제6조). 그리고 수탁기관에 대한 지휘·감독, 감사에 관한 사항을 두고 있다(제7조 및 제8조).

제3장은 민간위탁의 기준 등, 적정성 검토, 민간위탁관리위원회 설치 및 구성·운영, 분과위원회, 수탁기관의 선정, 사용료 징수 등, 수탁기관 선정 결과 등의 공개, 심의위원회, 수탁사무운영위원회 구성·운영, 지휘·감독, 사무편람, 수탁기관 선정에 대한 이의신청, 처리상황의 지도·점검 등, 성과평가, 재계약, 위탁의 취소 등을 정하고 있다. 민간위탁의 기준으로 법령 또는 조례로 정하는 바에 따라 조사·검사·검정·관리업무 등 도민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 민간위탁할 수 있는데, 그 사무는 단순 사실행위인 행정작용, 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, 특수한 전문지식 및 기술이 필요한 사무, 그 밖에 시설관리 및 단순행정 사무가 해당된다(제9조 제1항). 그 밖에 기관위임사무의 경우 관계 중앙행정기관의 사전 승인을 받아야 하고(제9조 제2항), 민간위탁 시에는 반복적 사무, 수탁기간 1년 이하의 일회성 사무로 예산 의결을 받은 경우, 공공기관에 위탁하는 경우를 제외하고 경기도의회의 사전 동의를 받아야 함을 정하고 있다(제9조 제3항).

제9조의2는 민간위탁을 하고자 하는 경우 다른 사무방식으로서의 수행 가능성, 서비스 공급의 공공성 및 안정성, 경제적 효율성 등 그 적정성의 사전 검토에 관한 사항을 정하고 있고, 제9조의3은 민간위탁 사무의 공정하고 합리적인 운영을 위해 도지사 소속으로 민간위탁관리위원회 설치에 관한 사항을 규정하고 있다. 동 위원회는 민간위탁 계획의 수립·변경, 민간위탁 사무의 적정성 검토, 성과평가결과 적정성 등 민간위탁 사무 운영에 관한 사항을 심의하고, 위원장 1명을 포함하여 30명 이내의 위원으로 구성되고, 위원은 민간위탁 사무와 관련된 업무를 담당하는 실·국장(제1호), 경기도의회 의원, 변호사, 공인회계사, 세무사, 건축사, 대학교수, 공인노무사, 기술사의 자격이 있는 사람 또는 해당 업무의 실무경험이 풍부한 전문가(제2호), 민간위탁 사무와 관련된 시민단체에서 추천하는 사람(제3호), 제2호에 해당하는 사람 중 민간위탁 사무와 관련된 노동조합에서 추천하는 사람(제4호), 그 밖에 민간위탁에 관하여 학식과 경험이 풍부한 사람 중에 도지사가 임명하거나 위촉한다(제9조의4 제1항 및 제2

항). 그 밖에 위원회의 사전 심의를 위해 전문가로 구성된 분과위원회를 운영할 수 있도록 정하고 있다(제9조의5).

제10조는 수탁기관 선정과 관련하여 선정기준의 마련(제10조 제1항), 공개모집(제2항), 신청서 및 사업계획서 제출(제3항), 선정시 심의위원회 심의(제4항), 지도·점검 등 결과 제출(제5항)을, 제10조의2는 수탁기관의 사용료 등 징수에 관한 사항을, 제10조의3은 수탁기관과 계약 체결 시 민간위탁 사무 내용 등을 경기도 홈페이지에 공개하는 사항 등을 각각 정하고 있다. 제11조는 수탁기관 선정을 위해 경기도사무수탁기관선정심위원회를 두고(제1항), 해당 위원회는 위원장과 부위원장 각 1명을 포함하여 7명 이상 9명 이하의 위원으로 구성하며 위원장·부위원장, 위원은 공무원이나 도의회 의원, 전문가 중에서 도지사가 임명 또는 위촉하되 심의가 끝나면 자동해산되도록 하였고(제2항), 그 밖에 운영에 관한 사항을 정하고 있다(제3항부터 제6항까지). 선정위원회의 특징은 해당 민간위탁 선정건이 있을 때마다 구성하여 그 건이 끝나면 자동 해산되는 것으로 하여 비상설 위원회의 형식으로 운영하고 있다.³⁸⁾ 그로 인해 위원회 위원의 임기에 관한 사항을 따로 두지 않았다. 제11조의2는 수탁기관이 위탁받은 사무를 효율적으로 수행하기 위해 수탁사무운영위원회를 둘 수 있는 근거를 마련하였다. 동 위원회 조항은 위탁기관의 일방적인 지시 등으로부터 수탁기관의 자율성을 보장하려는 의도로 신설되었다.³⁹⁾

제12조는 민간위탁사무의 처리와 관련하여 수탁기관에 대한 지휘·감독, 취소·정지 또는 시정(제1항), 보고(제2항), 의견진술 기회 제공(제3항), 결산서 작성 및 회계감사(제4항)를 정하고, 제13조 및 제14조는 사무편람과 수탁기관 선정에 대한 이의신청, 제15조는 처리상황의 지도·점검, 제15조의2는 민간위탁 사업의 성과평가에 관한 사항을 정하고 있다. 제15조의3은 계약 만료로 기존 수탁기관과 재계약하는 경우의 절차, 제15조의4는 위탁의 취소에 관한 사항을 정하고 있다. 취소의 의미에 대해서는 취소사유 및 같은 조 제3항의 내용으로 볼 때 일반적인 소급효를 갖는 취소라기 보다, 장래를 향해 계약관계를 종료시킨다는 해지의 의미로 해석된다.

끝으로 제4장 보칙은 재위임·재위탁 금지와 시행규칙으로의 일반적 위임사항을 정하고 있다. 제16조는 수탁기관이 위탁받은 권한을 다른 기관·법인·단체나 개인

38) 이와 관련하여, 2023년 경기도 각종 위원회 설치·운영 지침은 지방자치법에 따른 자문위원회를 존속기한에 따라 상설 위원회와 비상설 위원회로 구분하여, 상설 위원회의 경우 존속기한을 명시하는 경우를 말하고, 비상설 위원회는 목적 달성 후 해산하는 위원회를 말하는 것으로 정하고 있다(해당 지침 3-4쪽).

39) 경기도의회, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2020. 10. 14, 6쪽.

에 다시 위임·위탁할 수 없다고 규정하고 있다. 종래 같은 조 단서에서 예외적으로 공공기관의 경우에는 필요한 경우 도지사의 승인을 받아 사무의 일부를 제3자에게 수행하게 할 수 있다고 정하고 있었고, 수행하게 한다는 의미가 위탁인지 대행인지 아니면 대리나 행정보조의 정도를 의미하는지 분명하지는 않았는데, 최근 조례를 개정하면서, 단서 조항은 재위임·재위탁은 법령에 별도 근거가 있어야 할 수 있는데, 해당 근거가 없다는 법제처의 의견⁴⁰⁾을 반영하여 삭제하게 되었다.⁴¹⁾

3. 개별조례에서 사무위탁 현황

경기도는 「경기도 사무위탁 조례」 외 250개의 개별 조례에서 위탁에 관한 사항을 규정하고 있다. 그 밖에도 대행, 지정으로 규정하는 경우도 있다. 「경기도시장상권진흥원 설립 및 운영 조례」 제9조(사업의 대행)에서는 위탁과 대행을 혼용해서 사용하기도 하는데, 같은 의미인지 다른 의미로 사용한 것인지 분명하지 않아 보인다. 같은 조례에서 필요한 사무를 경기도시장상권진흥원에 위탁한다는 내용을 규정⁴²⁾하고 다른 조항(제9조)에서 진흥원은 경기도의 사업을 대행할 수 있다고 규정하고 있다. 「경기도 가족친화 사회환경 조성 및 지원 조례」 제13조의2(가족친화지원센터의 지정 등)는 가족친화 사회환경 조성을 촉진하기 위하여 도지사는 가족친화지원센터를 지정할 수 있다고 하고, 센터가 수행할 사무, 그 업무 수행에 필요한 비용의 보조에 관한 사항을 규정하고 있으나, 해당 센터의 지정이 위탁인지는 분명하지 않아 보인다.⁴³⁾ 개개의 조례마다 다양하게 위탁에 관한 내용과 방식을 규정하고 있는데, 이를 유형별로 크게 분류하면 시설·센터 등 관리·운영을 위탁하는 경우와 정책, 사업 등 추진·운영을 위탁하는 경우로 구분할 수 있겠다.⁴⁴⁾ 이하에서는 위 분류에 따라 위탁사무의 내용, 상대방, 위탁계약 등 절차에 관한 사항을 중심으로 살펴보고자 한다.

40) 법제처 2016. 5. 20. 회신 16-0131.

41) 경기도의회, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2023. 6. 20, 6쪽.

42) 같은 조례 제8조(사무의 위탁) 도지사는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 필요한 사업·시책등에 관한 사무를 진흥원에 위탁할 수 있다.

43) 그 밖에 지정에 관한 사항을 정하고 있는 조례로, ‘경기도 귀농어업·귀촌 활성화 및 지원에 관한 조례’, ‘경기도 농가 소규모 식품가공사업 육성 및 지원 조례’, ‘경기도 농산물 이용촉진 등 농산물 직거래 활성화에 관한 조례’ 등이 있다.

44) 경기도 민간위탁·대행 관리 매뉴얼에서는 민간위탁의 유형으로 예산지원형과 수익창출형으로 구분하고, 예산지원형에는 시설형과 사무형으로 다시 세분하고 있다.

3.1 시설·센터 등 관리·운영의 위탁

법령 또는 조례에 따른 사무를 처리하기 위해 조례에 센터 설치 규정을 두는 경우가 있다. 해당 센터를 직접 설치하여 운영하는 경우도 있으나, 많은 경우 센터 설치와 위탁 규정을 두고 있는데, 이 경우 위탁 상대방의 범위를 열거하여 규정하는 사례, 특정기관으로 규정하는 사례, 특별히 정하지 않거나 일부 제한한 사례 등이 있으며, 위탁계약 및 절차와 관련해서는 위탁기간 및 해지 등을 정하고 있는 사례와 일반조례에 따른다고 정한 사례 등이 있다. 시설물은 대체로 지방자치단체 소유의 공유재산인데 이 경우에도 규정 방식은 센터와 동일하다.

《상대방 관련》

<위탁 상대방을 열거한 사례>⁴⁵⁾

제9조(공공산후조리원 운영위탁) ① 도지사는 산모와 신생아의 건강증진을 위하여 공공산후조리원의 운영을 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 위탁할 수 있다.

1. 「지역보건법」에 따른 지역보건의료기관
2. 「공공보건의료에 관한 법률」에 따른 도내 공공보건의료기관
3. 「의료법」에 따른 의료기관
4. 「모자보건법」에 따른 신고를 마친 경기도 소재 산후조리원 시설
5. 그 밖에 도지사와 시장·군수가 공공산후조리원을 운영할 수 있다고 인정하는 기관

<특정기관으로 규정한 사례>⁴⁶⁾

제8조(당뇨병관리 지원센터 운영의 위탁) ① 도지사는 효율적인 운영을 위하여 당뇨병관리 지원센터의 운영을 「의료법」에 따라 의료업을 목적으로 설립된 의료법인, 의료기관을 운영하는 학교법인 또는 「경기도의료원 설립 및 운영조례」에 따라 설립된 경기도의료원에 위탁할 수 있다.

<특별히 정하지 않거나 일부 제한한 사례>⁴⁷⁾

제6조(지킴이센터의 위탁운영) ① 지킴이센터는 장애인복지사업을 목적사업으로 하는 법인 또는 단체에 위탁하여 운영할 수 있다.

제6조(위탁) ① 도지사는 필요하다고 인정하는 때에는 센터가 추진하는 사업의 일부를 비영리법인·단체 또는 관련대학·기업체 등에 위탁할 수 있다.

《계약 및 절차 관련》

<위탁계약 및 절차를 정한 사례>⁴⁸⁾

제9조(안내센터 관리·운영의 위탁) ① (생략)

② 제1항의 규정에 의한 위탁기간은 3년으로 하되, 도지사가 필요하다고 인정하는 경우에는 그 기간을 연장할 수 있다.

③ 수탁자는 옛길 안내센터의 관리·운영에 필요한 사항을 자체규정으로 정하고 이를 성실히 이행하여야 한다.

④ 제3항의 규정에 의하여 수탁자가 자체규정을 정하는 경우에는 미리 도지사의 승인을 얻어야 하며, 개정 시에도 또한 같다.

45) 위탁 상대방을 열거한 경기도 조례로는, ‘경기도 건강가정 지원 조례’, ‘경기도 공공산후조리원 설치 및 운영에 관한 조례’, ‘경기도 물관리기술 발전 및 물산업 진흥에 관한 조례’, ‘경기도 치매관리 및 광역치매센터 설치·운영 조례’ 등이 있다.

46) 특정기관으로 규정한 경기도 조례로, ‘경기도 당뇨병환자 지원 조례’ 등이 있다.

47) 특별히 정하지 않거나 일부 제한한 사례로, ‘경기도 여성비전센터 운영 조례’, ‘경기도 시민사회 활성화

제11조(위탁계약의 해지) 도지사는 수탁자가 다음 각 호의 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 위탁계약을 해지할 수 있다.

1. 옛길의 사업목적에 위반하여 운영한 경우
2. 옛길의 유지관리를 소홀히 한 경우
3. 위탁계약을 위반한 경우
4. 그 밖에 공익상 위탁운영을 할 수 없는 사유가 발생한 경우

3.2 정책·사업 등 추진·운영의 위탁

시설·센터 등의 관리·운영 위탁 외 대부분의 사무위탁은 정책, 사업 등 추진·운영의 위탁에 해당한다고 볼 수 있는데, 시설·센터 등의 관리·운영 위탁과 차이가 있는 점은 위탁 대상의 범위를 정하고 있는 것이다. 그 밖에 위탁 상대방, 위탁계약 및 절차를 규정하는 있는 부분에 대해서는 비슷하나, 정책, 사업 등의 추진·운영 위탁의 경우에는 위탁계약 및 절차에 관한 사항을 규정한 사례는 거의 없다. 위탁 대상의 범위를 정하는 사례에서는 범위를 특정하지 않고 포괄적으로 규정한 사례가 있고, 사업 또는 사무를 특정하여 규정한 사례가 있다. 해당 조례에 위탁하려는 사업이나 사무에 관한 사항을 구체적으로 규정하지 않으면서 그 사업이나 사무를 위탁한다는 내용으로 규정한 사례⁴⁹⁾도 있다.

《위탁 대상의 범위 관련》

<위탁 범위를 포괄적으로 규정한 사례>⁵⁰⁾

제9조(위탁) 도지사는 이 조례에 따른 사무의 전부 또는 일부를 관련 기관·단체에 위탁할 수 있다.

<위탁 범위를 특정한 사례>⁵¹⁾

제11조(사무의 위탁) 도지사는 원활한 사업의 추진을 위하여 다음 각 호의 사무를 출자·출연기관, 대학, 연구소 등에 위탁할 수 있다.

1. 제6조 각 호에 따른 수소산업의 육성 및 지원에 관한 사무
2. 제7조 각 호에 따른 수소산업 관련 기술개발 및 지원에 관한 사무

와 공익활동 증진에 관한 조례’, ‘경기도 옛길 조성 및 관리·운영에 관한 조례’, ‘경기도 자연휴양림 관리 및 운영 조례’, ‘경기도 자전거 이용 활성화에 관한 조례’ 등이 있다.

- 48) 위탁 내용 및 절차를 규정한 사례로, ‘경기도 옛길 조성 및 관리·운영에 관한 조례’, ‘경기도 마리나항만의 관리·운영에 관한 조례’, ‘경기도기숙사 설치 및 운영에 관한 조례’, ‘경기도 공정무역 지원 및 운영에 관한 조례’ 등이 있다.
- 49) ‘경기도 문화재돌봄 사업 운영 및 지원에 관한 조례’, ‘경기도 생존수영교육 지원 조례’ 등이 있다.
- 50) 위탁하는 사업·사무의 범위를 “조례에 따른 사무”라고 하여 포괄적으로 규정한 사례로, ‘경기도 DMZ 보존 및 활성화 지원 조례’, ‘경기도 개성공업지구 현지기업 등 지원에 관한 조례’, ‘경기도 농업업 외국 인근로차 인권 및 지원 조례’, ‘경기도 독도교육 지원에 관한 조례’, ‘경기도 만화진흥에 관한 조례’ 등이 있다.
- 51) 위탁하는 사업·사무의 범위를 특정한 사례로, ‘경기도 4·16 세월호참사 희생자 추모의 날 지정에 관한 조례’, ‘경기도 가사노동자 등의 고용개선 및 지원에 관한 조례’, ‘경기도 거리예술 활성화 및 지원에 관한 조례’, ‘경기도 고령장애인 지원 조례’, ‘경기도 공공데이터 제공 및 이용 활성화에 관한 조례’ 등이 있다.

4. 문제점

경기도의 사무위탁에 관한 기본체제는 국가 사무의 위탁에 관한 기본체제와 동일하게 사무위탁에 관한 일반규정과 개별 규정으로 구분되어 있고, 그 내용에 관하여는 위에서 본 바와 같다. 조례 체계 및 내용에 따라 개별조례에서 위탁과 관련하여 규정한 사항은 일반조례인 「경기도 사무위탁 조례」보다 우선 적용된다고 보아야 할 것인데, 개별조례에서 민간위탁에 관한 사항을 규정하지 않은 경우 일반조례에 따라 민간위탁하는 것이 적법한 것인지에 대한 논의는 국가 사무 위탁의 경우와 같이 문제가 된다. 그리고 경기도 조례에서 위탁과 유사한 개념으로 지정, 대행 등을 규정하고 있고, 실무적으로 공공기관에 사무를 위탁하는 경우 위탁과 대행을 혼용하여 계약을 체결하고 있는데 그 개념에 대한 구분에 관한 사항, 개별조례는 일반조례에서 정하는 사항과 달리 특별히 정하는 것으로 이해하는 한 사무 위탁의 대상과 범위를 어느 정도로 규정해야 하는지에 관한 사항, 최근의 「경기도 사무위탁 조례」 개정에 따른 재위탁 관련 조항의 삭제와 관련하여 제3자를 통해 사무를 수행하게 할 수 있는지에 관한 사항, 「경기도 사무위탁 조례」에 따르면 민간위탁은 계약 체결에 의한 방식에 의하도록 정하고 있는데, 개별조례에서 비용 지원 등을 정하고 있어 계약에 따른 반대급부의 개념인 사업비 지급과의 관계에 대한 사항에 대해서도 문제되는 것으로 보인다.

IV. 법적 쟁점 및 개선방안

1. 개별조례에서 사무의 특성 반영

행정기관의 권한은 법률에 따라 부여되는 것이고 그 변경을 가져오는 경우에는 법률에 근거가 있어야 한다. 위임과 위탁은 행정기관 권한의 대외적인 변경을 가져오는 것이다. 이와 관련하여 국가 사무 위임의 경우에 관한 논의는 앞서 살펴본 바와 같이, 행정권한의 위임 및 재위임에 관한 포괄적인 사항을 규정하고 있는 정부조직법 제6조 제1항 및 행정위임위탁규정 제4조가 위임 및 재위임의 일반적인 근거가 될 수 있는지에 대해 부정하는 견해와 긍정하는 견해가 있었고, 판례는 일반적인 위임

및 재위임의 근거가 되는 것으로 보고 있다. 지방자치단체 사무의 경우 사무위임 및 위탁에 관하여 지방자치법 제117조에서 일반적인 사항을 정하고 있고, 이를 근거로 지방자치단체에서는 조례 및 규칙으로 해당 지방자치단체장의 권한에 속하는 사무를 위임 및 위탁하고 있으며, 정부조직법 및 개별법률의 예와 같이 일반조례와 개별조례에서 이를 규정하고 있다. 경기도 조례 체계 및 현황에서와 같이 경기도의 경우도 일반조례로써 「경기도 사무위탁 조례」와 개별조례를 두고 행정권한의 위탁에 관한 사항을 규정하고 있다. 경기도의 2022년 12월 31일 기준 민간위탁 건수는 650건 상당이고, 개별조례에서 위탁에 관한 사항을 규정하고 있는 조례는 250개 정도인 점은 고려하면, 경기도에서 민간위탁하는 사무와 관련하여 모두 개별조례에 근거를 두고 있지 않은 것을 미루어 짐작할 수 있다. 그렇다면 개별조례에 근거 없이 대외적인 권한의 변경을 가져오는 민간위탁이 「경기도 사무위탁 조례」에 따라 행해졌다고 볼 수 있다. 판례에 따른 국가 사무 위임의 논리를 그대로 대입하게 되면 위와 같은 일반 조례에 따라 사무권한을 위탁한 것은 적법한 것이라 할 것이다. 다만, 정부조직법 제6조 제1항이 일반적 위임 근거 규정이 되지 못한다고 보는 입장에 따르면 권한의 변경이 포괄적인 규정으로 가능하게 된다면 행정권한법정주의에 반하는 결과를 초래하게 되므로, 일반조례에 따른 사무권한의 위탁은 근거 없는 권한의 변경에 해당한다고 보아야 한다.

이와 관련하여 법률유보에 관한 학설에 따라 기본권에 중요한 영향을 미치고 직접 관련이 있는 민간위탁의 경우에는 법률의 근거가 필요하지만, 단순 행정사무와 같이 기본권 관련성이 없는 경우에는 굳이 법률에 근거를 두지 않더라도 무방하다고 보는 견해도 있다.⁵²⁾ 민간위탁은 지방자치단체장의 사무권한에 속하는 사항 중 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사항을 민간에 위탁하는 제도이고, 민간의 전문성과 효율성을 이용하여 지역 주민의 서비스 제고에 기여할 수 있다. 또한, 경기도를 포함한 대부분의 지방자치단체에서는 민간위탁을 하기 전에 지방의회의 동의를 받아야 하도록 규정하고 있어 대외적인 권한 변경에 대해 의결기관인 의회의 사전통제를 받고 있는 점, 지방자치단체가 사업을 수행하는데 있어 반드시 개별조례에 근거

52) 문병효, “민간위탁의 법적 근거와 쟁점-보장국가와 민간위탁의 실제-”, 지방계약연구 제10권 제1호, 한국지방계약학회, 2019, 83쪽; 최운영, “지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거”, 지방자치법연구 제14권 제4호, 한국지방자치법학회, 2014, 386쪽(판례와 같이 정부조직법 제6조 제1항을 일반적인 위임과 재위임의 일반 근거규정으로 본다고 하여도 이것은 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무에 관한 것일 뿐이라는 견해).

가 있어야 하는 것이 아니고, 미리 예산으로써 의결 받은 사업도 있는 점으로 볼 때, 반드시 개별조례에 민간위탁의 근거가 있어야 하는 것은 아니며 포괄적인 수권 규정으로도 가능하다고 보는 것이 타당해 보인다. 다만, 지방자치단체의 법제사무를 수행하는데 많이 참고하는 법제처의 의견제시 사례에서는 행정사무를 민간이 수행할 수 있도록 하면서 그 위탁사무의 범위 등이 특정되지 않으면 행정사무처리의 책임성·공공성 및 공정성이 저하될 소지가 있는 등으로 이를 구체적으로 특정할 필요가 있으므로 개별 규정에 따르는 것이 바람직하다고 보는 점⁵³⁾을 고려하면, 「경기도 사무위탁 조례」를 근거로 민간위탁을 하더라도 위탁하는 사무의 성질에 따라 개별조례에서 위탁의 근거 규정을 두는 경우에는 그 사무의 특성을 반영하여 규정해야 할 것이다.

2. 대행 등 유사제도와와의 구분 명확화와 세부기준 마련

민간위탁과 유사한 제도로 대행이 있고, 민간위탁 방식으로 지정 등이 있는데, 경기도 조례에서 대행, 지정 등을 혼용하고 있고, 실무적으로도 위탁과 대행을 혼용하고 있다. 지방자치단체의 공공기관⁵⁴⁾은 관련 설치 근거 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있다. 종래 경기도는 공공기관에 지방자치단체의 사무를 맡겨 수행하는 경우를 ‘공기관 대행’이라 하여 민간위탁과 구분하여 「경기도 사무위탁 조례」를 적용하지 않고 사무를 수행해 오다, 조례 개정으로 위의 경우에도 같은 조례가 적용되도록 하였다.⁵⁵⁾ 위 개정안의 경기도의회 심사보고서에서 민간위탁의 성격을 가지고 있음에도 대행이라는 명칭을 사용하여 조례 적용을 회피하려는 의도가 있음을 지적한 부분에서와 같이 위탁과 대행은 명백히 구분하여 사용하고 있지 않다. 다만, 경기도 민간위탁·대행 관리 매뉴얼은 대행을 민간위탁과 구분되는 개념으로 정하고 있다.⁵⁶⁾

앞서 본 바와 같이 민간위탁과 대행은 구분되는 개념이고, 실정법상 대행은 다양한 모습을 띠고 있다는 점에서 대행의 구체적인 법적 성격은 대행 제도를 설정하고 있는 법령의 내용 및 법체계, 대행사무의 성격 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단

53) 법제처, 2017. 4. 24. 회신 17-0122 의견제시.

54) 지방자치단체 산하 공공기관은 일반적으로 지방공기업법에 따른 지방공기업과 ‘지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률’에 따른 출자·출연 기관을 의미한다.

55) 경기도의회, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2020. 10. 14, 4쪽.

56) 경기도 민간위탁·대행 관리 매뉴얼, 2023. 3. 14, 5-6쪽.

해야 할 것이기는 하나,⁵⁷⁾ 민간위탁과 대행은 독자적인 의미를 가지고 있으므로 구분하여 사용하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 위탁은 수탁받은 자의 명의로 책임으로 사무를 수행하게 되므로 그 행위에 대한 책임은 원칙적으로 수탁자가 지게 되고, 대행의 경우에는 대행을 맡긴 기관의 명의로 책임으로 사무를 수행하게 되므로 원칙적으로 피대행기관이 책임을 지는 구별실익이 있으므로 그 구분의 필요성이 있다. 실정법상 지정의 개념은 행정관청 의제로서의 지정, 대행·위탁·이양으로서의 지정 등 다양하게 사용되는 개념으로,⁵⁸⁾ 민간위탁의 한 방법으로 지정이 사용될 수 있으나, 경기도 조례에서 이를 명확히 구분하지 않고 있으므로 이를 명확하게 규정할 필요가 있다.⁵⁹⁾ 다만, 어떤 경우에 민간위탁으로 하고, 대행으로 할 것인지에 대한 기준이 마련되어야 할 것이다. 경기도 예산편성 세부지침상 민간위탁금, 공기관등에 대한 정상적 위탁사업비 및 민간위탁사업비목 등에는 위임, 위탁, 대행의 시행에 부담하는 제반 경비라 하여 구분하고 있고, 경기도 민간위탁·대행 관리 매뉴얼 또한 대행을 민간위탁과 구분하면서 대행업무 추진절차를 별도로 규정하고 있으나, 어떤 종류의 사무를 대행으로 할 것인지에 대한 기준이나 예시 등을 따로 정하지 않아 실질적으로 민간위탁과 대행을 구분하여 사용하기 어려운 점도 있다. 따라서 구체적인 기준과 사례를 규정하여 구분하여 사용할 수 있도록 해야 할 것이다. 그리고 실제 민간위탁의 성질을 가지는데 조례에서 지정으로 규정한 부분과 관련해서는, 민간위탁의 적절한 관리를 위해서 그 명칭을 위탁으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

3. 민간위탁 상대방 및 대상의 특성과 입법경제 고려

「경기도 사무위탁 조례」는 민간위탁의 상대방으로 지방자치단체가 아닌 법인·단체(공공기관 포함) 또는 그 기관이나 개인을 규정하고(같은 조례 제2조 제2호), 조사·검사·검정·관리업무 등 도민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 단순 사실행위인 행정작용, 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, 특수한 전문지식

57) 이상수, 앞의 논문, 265-266쪽.

58) 이상윤, 각종 지정제도의 분석과 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2012, 34-47쪽.

59) ‘경기도 공유농업 지원 조례’ 제6조는 공유농업플랫폼 운영자 지정에 관한 사항을 정하고 있는데, 일정한 자를 운영자로 지정하고 경기도의 사무를 처리하게끔 하는 방식으로 규정하고 있어, 그 성질은 민간위탁에 가까운 것이나, 같은 조 제3항에서 필요 경비를 지원할 수 있도록 하는 등 지정이 어떠한 성질의 것인지 분명하지 않다.

및 기술이 필요한 사무 등을 그 대상으로 하고 있다(같은 조 제9조 제1항). 그리고 개별조례에서는 민간위탁의 상대방과 관련해서는 상대방의 범위를 열거하여 규정하는 사례, 특정기관으로 규정하는 사례, 특별히 정하지 않거나 일부 제한한 사례 등이 있고, 민간위탁 대상과 관련해서는 범위를 특정하지 않고 포괄적으로 규정한 사례, 사업 또는 사무를 특정하여 규정한 사례, 해당 조례에 위탁하려는 사업이나 사무에 관한 사항을 구체적으로 규정하지 않으면서 그 사업이나 사무를 위탁한다는 내용으로 규정한 사례 등 다양한 방식으로 규정하고 있다.

개별조례에서 민간위탁에 관한 사항을 두는 것은 해당 사무의 성질에 따라 그 특성을 반영하여 일반조례에서 정한 사항과 달리 정할 필요성이 있기 때문이고, 그 내용 또한 개별·구체적인 것을 정하는 것이 일반조례와 개별조례의 존재 의의로 볼 때 타당하다고 할 것이다. 또한 개별 조례의 규정을 구체적으로 정함으로써 이를 보는 해당 지역 주민으로 하여금 민간위탁의 상대방과 그 위탁사무가 어떤 것인지 예측가능하게 하는 측면에서도 있다. 그렇다면 개별조례에서 정하는 민간위탁의 상대방은 일반조례에서 정하는 상대방 보다 그 범위를 한정하여 특정하거나 일정한 자격조건을 갖춘 자로 제한하는 등의 방법으로 규정하는 것이 적절할 것이고, 민간위탁하는 사무 등 사항에 대해서도 가급적 구체적으로 특정하여 위탁한다는 내용으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

한편, 「경기도 사무위탁 조례」와 개별조례에서는 민간위탁의 상대방 및 대상 외에 위탁기간, 수탁자의 의무사항, 위탁계약의 해지 등 위탁계약 내용과 절차에 관한 사항을 정하고 있다. 「경기도 사무위탁 조례」 및 같은 조례 시행규칙에 따라 민간위탁의 방식은 계약으로 하고, 수탁기관 선정과 관련하여 조례 및 시행규칙에서 정하지 않은 사항은 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 의해야 하므로, 민간위탁은 기본적으로 상대방인 수탁자와 계약서를 작성하는 방식으로 진행하게 된다. 이에 따라 「경기도 사무위탁 조례 시행규칙」 별지 제1호서식은 수탁자와 체결하는 표준 계약서 양식을 정하고 있다. 계약자유 원칙에 따라 계약내용에 관한 사항은 상대방과의 협의에 따라 자유롭게 정하는 것이 원칙이나, 계약사항은 법령의 테두리를 벗어날 수 없으므로 해당 지역의 자치법규로 이를 제한할 수 있다고 보는 것이 합당하나, 그 경우에도 필요한 범위에서 조례나 규칙으로 정하는 것이 입법경제의 측면에서 타당하다고 본다. 즉, 계약해지 등 내용이나 절차 등에 관하여 기본적으로 준수해야 할 사항 외에는 표준 계약서 서식에서 정하는 바에 따라 계약 당사자의

협의로 정할 수 있도록 규범체계를 갖추는 것이 바람직하다. 경기도 조례에서 해지 조항의 예를 들면 「경기도 사무위탁 조례」 제15조의4에서 위탁취소를 규정하고 개별 조례에서도 위탁해지를 규정하고 있는데, 대체로 표준 계약서 서식에 포함되는 사항으로 특별히 규정할 실익이 높아 보이지 않는다.⁶⁰⁾ 계약내용 및 절차에 관련하여 조례로 규정할 필요성은 있으나 적절한 한도에서 규정하는 것이 바람직하므로 향후 이 부분에 대한 정비가 고려되어야 할 것이다.⁶¹⁾

4. 재위임 및 재위탁과 구분되는 제3자 사무수행의 기준 마련

행정권한의 위임 및 위탁은 대외적인 권한의 변경을 가져오므로 법률에 근거가 필요하며, 그 위임 및 위탁받은 자가 다시 위임 및 위탁하는 경우에도 법률에 근거가 있어야 한다. 국가 사무의 위임과 관련하여 판례는 정부조직법 제6조 제1항이 위임 및 재위임의 근거가 된다고 보고 있다. 정부조직법 제6조 제1항 후단은 위임 또는 위탁 받은 기관은 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 재위임할 수 있다고 규정하고 있으나, 지방자치단체의 사무 위임 및 위탁을 정하는 지방자치법 제117조에는 위와 같은 조항을 두고 있지 않다. 위임 및 위탁의 경우 국가 사무와 동일한 논리로 지방자치단체의 경우에도 일반조례가 사무 위임 및 위탁의 근거가 될 수 있다고 볼 수 있겠으나, 재위임 및 재위탁의 경우에는 조문 내용이 다르므로 국가 사무의 재위임 및 재위탁에 관한 판례의 논리를 동일하게 적용하는 것은 무리가 있어 보인다. 이와 관련한 법제처의 법령해석사례에서도 지방자치법 제117조(중전 제104조) 제3항은 사무를 수탁 받은 자가 다른 민간기관 등에 재위탁할 수 있는지에 대해서는 규정하고 있지 않으므로 재위탁의 근거로 볼 수 없다는 의견을 제시하였다.⁶²⁾

60) ‘경기도 사무위탁 조례’ 제15조의4 제1항은 위탁취소 사유로 수탁기관이 주요 위탁계약 조건을 위반한 때, 위탁사무를 수행할 능력이 없다고 인정되는 때, 그 밖에 공익상 위탁을 계속할 수 없는 사유가 발생한 때 등을 정하고 있고, ‘경기도 마리아향만의 관리·운영에 관한 조례’ 제19조 제1항은 위탁 해지 사유로 법령이나 위탁계약 조건 위반, 사무수행력이 없는 경우, 천재지변 등으로 시설물 사용할 수 없는 경우, 그 밖에 공익상 유지할 수 없는 경우 등을 규정하고 있으나, ‘경기도 사무위탁 조례 시행규칙’ 별지 제1호 서식 제22조 제2항의 해지 사유에 모두 포함되고, 위의 해지 사유가 특별한 해지 사유라 보기도 어렵다.

61) 문병효, 앞의 논문, 83쪽(민간위탁 계약의 공공성을 확보하면서 민간과의 적절한 조화를 형성하기 위해 계약 체결과정과 계약내용을 규정하는 것이 요구된다는 견해).

62) 법제처 2016. 5. 20. 법령해석 회신 16-0131(같은 회신에서 민간위탁은 행정급부의 전문적이고 효율적인 제공을 위한 제도이므로 제도의 취지를 위해 재위탁을 허용할 필요가 있다는 의견에 대해, 재위탁을 허

「경기도 사무위탁 조례」 제16조 단서는 수탁기관이 공공기관으로 효율적인 사무처리를 위해 특별히 필요한 경우에는 도지사의 승인을 얻어 그 사무의 일부를 제3자에게 수행하게 할 수 있다고 규정하였으나, 최근 조례 개정으로 같은 조의 단서 조항이 삭제되었다. 그리고 경기도 민간위탁·대행 관리 매뉴얼 또한 수탁기관이 위탁받은 사무를 재위탁할 수 없도록 금지하고, 수탁기관으로 하여금 확약서를 받도록 하고 있다. 민간위탁은 사무처리의 능률성과 전문성 등을 추구하는 것으로 사회의 복잡화와 전문성이 세분화되고 있는 점을 감안하며 사무를 수탁받은 자가 해당 사무에 모두를 처리할 수 없는 경우도 있을 수 있다. 이런 경우라면 위탁하는 사무를 분할하여 위탁해야 한다고 볼 수도 있지만, 위탁하는 사무를 지나치게 분할하여 위탁하는 경우 행정사무의 지연을 초래할 우려도 있다. 그리고 위탁과 용역이나 하도급 등 그 밖에 수탁사무를 수행하게 하는 경우의 경계가 분명하지 않은 점도 있다. 위 경기도 매뉴얼에서도 재위탁과 용역을 구분하고 있지만 그 구분에 대해서는 별도의 기준을 제시하고 있지 않다.

민간위탁의 취지를 살리고, 신속하고 효율적인 행정사무의 처리를 위해서는 수탁기관 외에 제3자의 수탁사무 수행이 획일적으로 금지된다고 보는 것은 적절하지 않으므로, 수탁받은 기관이 수탁사무의 수행과 관련하여 재위탁이 아닌 방법으로 제3자에게 사무를 수행하게 할 수 있도록 사무수행 기준을 정하는 것이 필요해 보인다. 따라서 제3자 사무수행에 관한 근거를 조례에 두고, 세부 기준에 대해서는 매뉴얼 등 하위 지침으로 정하는 것이 적절하다고 보인다.

5. 지방보조사업과의 구분 및 반대급부로서 사업비 지급 규정의 제외

민간위탁은 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무의 일부를 제3자에게 맡기고 그 책임과 명의로 수행하게 하는 것이며, 그 방법은 계약 방식으로 하게 되므로 사무수행에 필요한 비용 및 위탁 수수료 등 반대급부를 제공하게 된다. 지방보조금은 지방자치단체가 법령 또는 조례에 따라 다른 지방자치단체, 법인·단체 또는 개인 등이 수행하는 사무 또는 사업 등을 조성하거나 이를 지원하기 위하여 교부하는 보조금 등을 말한다.⁶³⁾ 즉, 지방자치단체의 사무에는 해당하지 않지만 지방자치단체가

용할 경우 민간위탁위탁 취지를 훼손할 우려가 있으므로 필요하다면 분할하여 위탁하는 것이 타당하다는 취지의 의견을 제시하였다).

조성하고자 하거나 권장하는 사무를 지방자치단체 외의 자가 수행하는 경우 이를 지원하기 위해 반대급부 없이 교부하는 금전 급부이다. 경기도 예산서에 따르면 민간 위탁금과 보조금은 별도로 규정하고 있다. 「경기도 사무위탁 조례」 제5조는 사무를 위탁할 때에는 위탁 수수료 등 일정한 사항을 기재한 계약서를 체결하도록 규정하고 있고, 그 계약 사항의 하나로 같은 조 제5호는 예산지원에 관한 사항을 포함하도록 정하고 있다. 일반적으로 지원한다는 것은 계약상 반대급부로서 의미보다는 아무런 대가 없이 금전 기타의 재산이나 이익을 상대방에게 제공한다는 의미로 사용된다고 볼 수 있으므로, 이것은 지방보조금법에 따른 보조금을 준다는 의미로 해석할 수도 있다. 그러나 민간위탁은 상대방에게 지방자치단체의 사무를 맡기고 그에 대한 반대급부로서 사업비 등의 비용을 주어야 하는데, 예산지원에 관한 사항을 계약내용에 포함하도록 한 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.⁶⁴⁾ 다만, 지방자치단체 공유재산의 관리위탁의 경우에 대해서는 예산을 지원한다는 의미로 해석할 수는 있을 것이다. 「공유재산 및 물품관리법」 제27조는 행정재산의 관리위탁에 관한 사항을 규정하면서, 같은 조 제7항에서 행정재산을 관리위탁하는 경우에는 관리에 드는 경비를 지원할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다. 행정재산의 관리위탁의 경우에는 일반적인 지방자치단체 사무의 위탁과는 차이가 있다. 행정재산의 관리를 수탁받은 자가 사용·수익할 수 있기 때문에 수탁자의 이익을 위한 것도 있기 때문이다. 이런 점을 감안하여 행정재산 관리위탁의 경우에는 위탁사업비 등의 반대급부를 제공하지 않는 경우가 많으며, 행정재산으로부터 발생하는 수익금으로 수탁사무 비용을 충당하게 한다. 다만, 행정재산의 관리에 수익이 발생하지 않고 순수한 관리를 위해 위탁하는 경우에는 그 경비를 지원할 필요가 있으므로 이 경우에는 경비를 지원한다고 할 것이다.

민간위탁을 규정하고 있는 상당수의 개별조례에서도 사업비, 경비, 운영비 등의 지원, 보조할 수 있다는 내용을 포함하고 있다.⁶⁵⁾ 센터나 시설 등의 관리·운영을

63) ‘지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률’ 제2조 제1호.

64) 보조사업의 성격에 따라 보조금의 교부는 간접적으로 조직의 민영화, 사무의 민영화, 기능적 민영화 등의 의미를 가질 수도 있겠지만, 보조금 교부 대상이 되는 사업과 민간위탁 사업은 구분되는 개념이다. 민간위탁과 보조금 교부는 구분이 용이하지는 않지만, 민간위탁은 지방자치단체의 사무를 민간에 위탁하는 것이고, 보조금의 지원은 사무가 아니라 자금을 지원하는 것으로 자금을 민간에 이전하는 것이다 (홍정선, 앞의 논문, 102-103쪽).

65) ‘경기도 중소기업 수출 촉진에 관한 조례’ 제12조 제3항(도지사는 제1항에 의해 위탁하는 경우 드는 사업비를 예산의 범위 내에서 지원할 수 있다), ‘경기도 안전도시 지원 조례’ 제12조 제2항(도지사는 제1항에 따라 사무를 위탁하는 경우에 필요한 경비를 예산의 범위에서 지원할 수 있다), ‘경기도 가사노동자

위탁하는 경우라면 「공유재산 및 물품관리법」에 따라 경비를 보조한다는 의미로 이해할 수 있겠으나, 사업이나 사무를 위탁하는 경우에는 경비를 보조한다는 의미보다 위탁계약에 따른 반대급부로써 경비를 지급한다는 의미로 이해해야 할 것이다. 다만, 실제 위탁계약에 따라 지급하는 사업비 외에 수탁기관 자체의 사업에 소요되는 비용을 지원하기 위해 경비를 지원한다는 의도로 규정한 경우도 있을 것이다. 위탁계약에 따른 반대급부로써 사업비는 민간위탁 계약에 따라 지급하는 것으로, 위탁의 근거로부터 당연히 도출되고, 위탁계약서에 규정함으로써 계약상 의무가 된다고 할 것이므로, 개별조례에 위탁 근거를 두면서 사업비를 지원한다고 규정하는 것은 그 실익이 크지 않다고 할 것이다. 따라서 반대급부로써 사업비 지원에 관한 사항은 삭제하는 것이 입법경제의 측면에서 바람직하다고 할 것이다.

V. 맺음말

효율적인 제도의 운영을 위해서는 그에 맞는 적절한 법제도가 뒷받침되어야 한다. 지방자치법은 조례, 규칙 등 지방자치단체의 자치법규로 정하는 바에 따라 그 사무를 위임, 위탁 및 민간위탁할 수 있도록 하여, 민간위탁제도 운영에 관하여는 지방자치단체로 하여금 정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 지방자치단체는 자치법규로써 민간위탁에 관한 사항을 규율하고 있다. 위에서는 그 중 경기도의 민간위탁법제 전반에 대해 살펴보고 이를 정리하였으며, 관련 법적 쟁점과 그 개선방안을 제시하였다. 경기도 사례로 범위를 제한한 것이기는 하지만 이를 통해 적절한 민간위탁법제의 형성에 참고가 되었으면 하며, 다음과 같이 정리하면서 이 글을 마친다.

민간위탁의 법적 근거와 관련하여 지방자치법은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 사무를 위탁할 수 있다고 규정하고 있으며, 경기도는 사무위탁에 관한 일반조례와 개별조례를 두고 있는데, 개별조례에서 민간위탁 근거를 두지 않은 경우에 일반 조례가 근거가 될 수 있는지에 관하여, 민간위탁 사무의 성질, 지방의회의 통제, 모든 사무수행의 근거를 개별조례에서 정하지 않는 점 등에 비추어 일반조례도 근거가

등의 고용개선 및 지원에 관한 조례' 제8조 제2항(도지사는 지원사업을 추진하는 관련 전문기관 또는 법인·단체에 사업비의 일부를 보조할 수 있다), '경기도기숙사 설치 및 운영에 관한 조례' 제7조 제3항(도지사는 기숙사의 운영을 위탁하는 경우에 그 운영에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다) 등.

된다고 보는 것이 타당해 보인다. 다만, 개별조례로써 민간위탁을 규정하는 경우에는 그 사무의 특성에 맞게 구체적으로 규정할 필요가 있고, 특히 민간위탁의 상대방 및 대상에 대해서는 그 범위를 한정하거나 특정하여 규정하고 계약해지 등 위탁절차에 대해서는 규범으로 정해야 할 사항이 아니라면 하위 규범에 따른 계약서식 등에 따라 당사자 협의로 정하도록 규정하는 것이 바람직하다. 민간위탁과 대행은 독자적인 개념으로 구분되는 제도이므로 각각 명확히 구분할 필요성이 있으며 그 구분에 관하여는 민간위탁 관리 지침 등에 기준을 두는 것이 적절하며, 민간위탁의 방법으로 사용되는 지정의 경우에도 그 성질이 민간위탁이라면 관리를 위해 위탁이라는 명칭으로 규정하는 것이 바람직하다. 재위임 및 재위탁에 관하여는 국가 사무의 재위임 및 재위탁에 관한 논리를 같이 적용하는 것은 지방자치법 조문 구조상 어렵지만, 사무의 재위탁에 해당되지 않는 용역 등 그 밖의 사무수행과의 구분 기준을 마련하여 행정사무의 신속성을 도모할 필요가 있다. 이 경우 구분에 관한 근거는 조례에 두되 세부 기준은 하위 지침으로 정하는 것이 적절할 것이다. 끝으로 위탁계약에 따른 반대급부로써 사업비 지급과 지방자치단체 외의 자에 대한 보조금 지원은 구분되는 것으로, 반대급부로써 사업비 지급은 계약에 따라 지급하면 되므로 별도 근거를 조례에 두는 것은 입법경제의 측면에서 삭제하는 것이 적절하다 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김남진/김연태, 행정법Ⅱ, 법문사, 2020.
 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2022.
 법제처, 2022년 자치법규 입안 길라잡이, 행복한나무, 2022.
 정하중/김광수, 행정법 개론, 법문사, 2022.
 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 박영사, 2015.
 _____, 신지방자치법, 박영사, 2022.
 _____, 행정법원론(하), 박영사, 2022.

2. 학술지

- 곽상민, “국가나 지방자치단체 사무의 민간위탁에 따른 부가가치세 문제에 관한 연구”, 조세법연구 제25집 제3호, 한국세법학회, 2019, 371-401쪽.
 문병효, “민간위탁의 법적 근거와 쟁점 -보장국가와 민간위탁의 실제-”, 지방계약연구 제10권 제1호, 한국지방계약학회, 2019, 55-93쪽.
 이상수, “행정사무의 대행에 관한 행정법적 고찰”, 서울법학 제24권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017, 255-292쪽.
 최윤영, “지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거”, 지방자치법연구 제14권 제4호, 한국지방자치법학회, 2014, 377-407쪽.
 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 한계”, 법학논총 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008, 267-296쪽.
 홍정선, “지방자치법상 민간위탁의 개념”, 지방자치법연구 제13권 제4호, 한국지방자치법학회, 2013, 85-107쪽.

3. 보고서

- 이상윤, 각종 지정제도의 분석과 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2012.
 경기도의회, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2020년 10월 14일.
 _____, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2023년 2월 10일.
 _____, 경기도 사무위탁 조례 일부개정조례안 심사보고서, 2023년 6월 20일.

[Abstract]

A Report on the Legal Issues of the Private Consignment Legislation of Local Governments -Focused on Gyeonggi-do-

Lee, Kyung-Hwan^{*}

Jang, Kyo-Sik^{**}

Local governments handle autonomous and delegated affairs in their respective areas, such as handling affairs related to the welfare of residents. Since these local governments are authorized by the constitution and laws to manage their own affairs, they should do so directly. However, due to the characteristics of modern society, it is necessary to have someone other than the local government handle all administrative tasks, as it leads to administrative inefficiency. In this regard, Article 117 of the Local Self-Government Act provides for the delegation, entrustment, and private outsourcing of affairs, and a local government may entrust its affairs to a person other than the local government as an autonomous regulation in accordance with the Local Self-Government Act. The Local Self-Government Act stipulates that private consignment shall be governed by local ordinances or rules, and accordingly, local governments have general and individual ordinances on private consignment. Issues include whether a general ordinance or an individual ordinance constitutes a basis for private contracting, the extent to which individual ordinances should be regulated in relation to the general ordinance, the distinction between private contracting and similar systems, the delegation and re-delegation of private contracting, and the distinction between private contracting and local subsidized projects. In this regard, we examined the current legal issues centered on the autonomy laws of Gyeonggi Province and suggested improvement measures.

[Key Words] Outsourcing, private outsourcing, business agency, local government, legislation

^{*} Lead Author: GYEONGGI-DO Legislation Affair Specialist, Legal Affairs Division Planning & Coordination office / Ph.D. Candidate, Department of Law, Graduate School of Konkuk University

^{**} Co-Author: Professor, Law School of Konkuk University