

■ 논 단

지방자치단체의 채무지급유예와 공익처분의 문제점과 개선방안*

김도경

변호사 김도경 법률사무소 변호사, 법학석사

요약문

지방자치단체와 민간사업자간의 다양한 분쟁이 존재한다. 이 글은 그 중 지방자치단체가 사업자와 체결한 계약상 금전채무를 이행거절하는 것과 행정처분을 통해서 계약을 변경하는 공법행위 중 사회기반시설에 대한 민간투자법상(“민투법”)의 감독명령과 공익처분에 한해서 살펴보았다. 문제점은 무엇이고, 그 원인은 무엇인지, 그리고 개선 방안은 무엇인지 법학에 한하지 않고, 다양한 각도와 관점에서 검토해 보았다. 먼저 지방자치법 제 139조 제4항의 채무지급유예(모라토리움)선언은 합헌적으로 해석한다면 사법상 효력을 발생시키지 않는 단순한 지자체 내부적인 법률행위를 위한 요건으로 볼 수 있다. 하지만 모라토리움 선언을 지방자치단체의 조례를 처분성을 지닌 일종의 행정처분으로 본다면, 사법상 효력을 발생시키는 규정이 되고, 그에 따라 여러 가지 문제점이 발생한다. 잠재적으로는 이런 지자체의 행위는 국가의 우발부채가 될 가능성까지 발생시킬 수 있다고 판단된다. 다음으로 비록 기재부의 업무지침이 존재하기는 하지만, 주무관청이 민투법 상 공익처분을 할 수 있는 요건은 여전히 불명확하다. 지방자치단체의 사업시행자 지정취소 공익처분은 사업권을 박탈하고 실시협약 상 관리운영권을 소멸시키고, 계약을 일방적으로 적법하게 파기할 수 있는 공법행위이다. 이러한 지방자치단체의 행위는 IMF보고서에 따르면 국가의 우발채무를 증가시키고, 국채금리를 상승시킬 가능성을 가지고 있다. 지방자치단체의 재정 중 많은 부분은 국가의 재정에서 비롯한다. 따라서 국가와 지방자치단체를 회사에 비유한다면 모회사와 자회사로 볼 수 있다. 자회사의 행위가 모회사의 신용에 타격을 가할 수 있다면 모회사의 견제와 감시가 필요하다. 총사업비 2천억 원 이하의 사업에 대해서는 지방자치단체가 전적인 재량으로 사업시행자 지정취소 공익처분을 할 수 있고, 국가의 통제가 어렵다. 따라서 어떠한 방식으로든 국가의 신용에 피해를 끼칠 수 있는 종류의 지방자치단체의 공익처분에 대해서는 국가의 견제와 감시 장치가 필요하다. 지방

* 이 글의 초고를 검토해주시고, 날카로운 지적을 해주신 박정훈 교수, 황호동 변호사, 황학천 박사, 한상우 박사에게 무한한 감사를 표합니다.

국가의 신뢰는 쉽게 형성할 수 없지만 무너지는 것은 한 순간이므로 풀뿌리 민주주의와 지방자치, 다원주의를 추구하더라도 적절한 견제와 감시 장치는 필요하다고 판단된다.

주제어 : 민간투자사업, 감독명령, 공익처분, 지방자치단체, 사업시행자, 분쟁, 채무지급유예, 지방자치법, 민간투자법, 국가신용도, 실시협약

— <目 次> —

I. 들어가며	III. 역사와 통계에 비추어 본 현행법의 개선방안
II. 현행법상 문제점	1. 지방자치법
1. 분쟁의 유형	2. 민간투자법-공익처분에 대한 국가의 사전적 통제
2. 지방자치법, 지방재정법	
3. 민간투자법	IV. 나가며
4. 부작용 - 토론	

I. 들어가며

사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 “민투법”)에 따른 사회기반시설에 대한 민간투자사업 (“민자사업”)은 사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법의 제정일(1994년 8월 3일)로부터 기산하더라도 우리나라가 도입한지 채 30년이 채 지나지 않은 제도이다. 짧은 역사에도 불구하고 국가, 지방자치단체를 상대로 하는 많은 민자사업 분쟁이 존재한다. 지방자치의 활성화와 더불어 많은 지방자치단체가 민간의 자본으로 부족한 재정을 보완하여 새로운 사업들을 추진하였고, 그 결과 지방자치단체와 민간의 사업자간에 분쟁과 그로 인한 갈등도 많아졌다. 소규모 사업에서부터 대규모의 민자사업에 이르기까지 많은 분쟁에서 다양한 쟁점들이 존재한다. 분쟁이 많다는 것은 아직 민자사업이 제도적으로 원만하게 정착되지 못한 것으로 설명할 수도 있고, 초기에 제도의 설계에 결함이 있는 것으로 볼 여지도 있다. 그리고 그러한 결함에는 분명 원인이 있을 것으로 판단된다.

이 글에서는 다양한 분쟁의 쟁점 중 지방자치단체와 민간사업시행자간의 분쟁, 특히 그 중에서도 지방자치단체의 금전채무 이행거절과 민투법상의 감독명령과 공익을 위한 처분에 한하여 살펴보도록 한다. 개별적인 분쟁의 원인은 다양할 것이나 그 기저에 깔린 역사적인 배경

이나 맥락은 없는지 참조차원에서 함께 검토해도록 하겠다.¹⁾ 민투법, 지방자치법, 지방재정법의 문제점을 검토하고, 민간자본조달과 중앙정부와 지방정부간의 관계에 대한 검토를 토대로 우리 법의 구조적 개선방안을 제시해 본다. 앞부분에서 살펴볼 지방자치법의 채무지급유예 문제는 민자사업에 한하지 않는 지방자치단체와 민간사업자간의 모든 분쟁에 해당될 수 있는 부분임을 밝힌다. 또한 이 글이 지방자치단체의 권한 남용가능성에서 비롯된 여러 가지 가능성을 특정한 사안에 대한 국가의 통제권한 강화와 결부시킴으로 일부 논리적인 비약이 있을 수 있다는 점을 자인한다. 지면의 제약으로 반대 견해들까지 충분히 포섭하지 못한 아쉬움은 다음 기회에 별개의 글로 다룰 수 있도록 하겠다.

II. 현행법상 문제점

1. 분쟁의 유형

이 글의 논의의 편의상 지방자치단체와 민간사업자간의 분쟁을 (가) 지방자치단체가 사업자와 체결한 계약상 금전채무를 이행 거절하는 것과 (나) 행정처분(감독명령과 공익처분)을 하는 것으로 분류해 보겠다. 물론 이는 실시협약이라는 계약이 유효한 것을 전제로 하는 분쟁이고, 실시협약 해지와 관련된 분쟁, 사업시행자의 도산절차와 관련된 분쟁 등도 있지만 이 글의 목적상 분쟁의 유형은 첫 번 째로 한정하도록 한다. 이 장에서는 금전채무의 이행거절과 관련해서는 지방자치법과 지방재정법을, 행정처분과 관련해서는 민간투자법을 중심으로 현재 법령상 문제점이 무엇이고 어떤 개선방안이 있는지를 살펴보도록 하겠다. 아래 지방자치법과 지방재정법의 금전채무 이행거절의 문제는 민간투자사업이 아닌 다른 영역에서도 빈번히 찾아볼 수 있다. 따라서 아래의 이행거절에 관한 논의는 지방자치단체의 금전채무 이행거절 일반론임을 미리 밝혀둔다.

1) 지방자치단체를 주무관청으로 하는 민간투자사업의 분쟁과 관련해서는 이미 많은 논문들이 있다. 예를 들어 이문성, 이광운, “사회기반시설에 대한 민간투자사업법에 따른 행정계약의 법적 성격에 관한 연구(서울시메트로9호선(주)의 서울시 운임신고 반려처분 취소 소송사건을 중심으로)”, 유럽헌법연구 제17호, 2015. 4.; 이상훈, “민간투자사업 감독명령 분쟁의 쟁점과 시사점-광주2순환도로 및 2019년 선고된 6개의 대법원 판결 사안의 분석” 충남대학교 법학연구 제30권 제4호, 2019, 11.; 이상훈, “민간투자사업 실시협약의 미이행 쌍무계약 해당 여부에 관한 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441판결의 쟁점과 함의”, 사법, 통권 57호, 2021. 참조.

2. 지방자치법과 지방재정법

가. 채무지급유예

지방자치법 제139조 제4항은 ‘지방자치단체는 조례나 계약에 의하지 아니하고는 채무의 이행을 지체할 수 없다’고 규정하고 있는데, 이 조항이 의미하는 것이 무엇인지 문제가 된다.²⁾ 지방자치단체가 조례를 통하여 적법하게 채무의 이행을 지체할 수 있는 지위를 부여받은 것으로 해석할 수도 있고, 단순히 지방자치단체의 내부적인 문제인 공법상 효과만 발생하는 것으로 해석할 수도 있다. 만약 전자로 판단하여 사법상 효과까지 발생하는 것으로 해석한다면, 계약은 합의에 의한 것이므로 확인적 성격의 조항으로 판단되고, 조례는 큰 의미를 가진다. 하지만 사법상 효과를 발생시키는 조항으로 해석한다고 하더라도 의문의 여지는 남는다. 위 규정의 반대 해석상 조례에 의해서 채무의 이행을 지체할 수 있지만, 그 경우 발생하는 사법적 효과에 대해서는 침묵하고 있기 때문이다. 물론 입법자는 그 반대의 경우, 즉, 조례에 의해서 채무의 이행을 지체하는 경우, 원래의 이행지체와 관련하여 발생하는 사법상의 효과(이행강제, 손해배상, 계약해제, 해지 등)를 발생시키지 않는 것을 의도했다고 주장할 수도 있을 것이다.

하지만 이행기가 정해져 있는 채무의 이행은 당연히 그 자체로서 지체할 수 없는 것이고, 특별한 경우에 한해서 지체할 수 있다고 규정하려면 위 지방자치법의 규정은 반대의 내용으로 규정하고, 요건과 법률효과까지 명시했어야 한다.³⁾ 따라서 이 조항을 합헌적으로 해석한다면 사법상 효과는 발생하지 않고, 지자체 내부적으로 외부적인 법률행위를 하기 위한 요건을 규정한 것으로 보는 것이 타당한 법률해석이라 판단된다. 하지만 이와 달리 조례에 의하여 이행을 지체하는 지방자치단체의 행위를 계약상대방에 대한 “처분성”을 지니고 있는(강학상 행정행위 및 이에 준하는 행정작용으로서 쟁송법상의 처분 개념) 입법을 통한 일종의 행정처분으로 해석한다면 이는 큰 문제점을 야기한다.⁴⁾ 이하에서는 사법적 효력을 발생하는 조항으로 해

2) 이 내용은 군사정권 시절 각 정권마다 이러 저러한 이유를 들어서 지방자치의 시행을 유보하여 오다가 1987년 국민들의 열화와 같은 민주화 열망에 따라 1988년 지방자치법이 전면개정되면서 풀뿌리 지방자치가 부활할 때 함께 포함된 조항이다. 개정법에 따라 1991년 지방의회의원을 주민직선으로 선출하여 지방의회를 구성해서 지방자치의 기반이 구축되었다. 서기준, 나종천, “한국지방자치론” 조선대학교출판부, 2008, 1면 참조.

3) 예를 들어 ‘지방자치단체는 공공의 이익을 위하여 필요하고, 계약 상대방의 이익침해가 과도하지 않은 경우에 한하여 조례의 제정으로 채무의 이행기를 [3]년 이내의 범위에서 연장할 수 있으며, 그 경우 채무의 불이행과 관련하여 발생하는 계약상, 사법상 효력은 발생하지 않는다. 다만, 이행의 지체가 완료되어 계약이 정상화 되는 시점 또는 달리 합의하는 시점에 계약 상대방에게 발생한 피해는 완전하게 보상되어야 한다.’

4) ‘지급유예선언의 직접 상대방이 아닌 제3자로서의 주민에 대하여 미치는 영향을 고려할 필요가 있다는 전제하에 지급유예선언으로 인한 지방자치단체의 신뢰성 추락과 그로 인한 주민의 손해는 결국 주민이 부담하는 지방세 납세의무 및 납세자로서의 권리 침해가 문제될 수 있지만 이는 지급유예선언의 (직접적인) 결과라기보다 조세법률주의에 따라 지방세가 부과되는 것이므로 주민에게 직접적으로 미치는 영향은 없고, 따라서 ‘처분’에 해당하지 아니한다는 견해가 있다. 표명환, “지방자치단체의 채무지급유예선언에 관한 법적 고찰”, 한국법학회, 법학연구 제40권, 2010. 11. 28면 내지 31면 참조. 또한, 지방자치법은 지방자치단체의 운영원리와 행위규범을 규정하는

석할 때 어떠한 문제점이 발생하는지 검토해 보도록 하겠다.

나. 채무지급유예의 일반적 정당성

조례는 지방자치단체의 법이니 제정과정은 비슷하다. 지방의회에서 의결하고 지방자치단체장이 이의가 있으면 지방의회로 환부하고, 재의를 요구할 수 있으며, 재의를 요구받은 경우 지방의회는 재적의원 과반수 출석에 출석의원 2/3이상의 찬성으로 조례를 확정시킬 수 있다(지방자치법 제32조). 지방의회의원과 지방자치단체장은 주민이 보통, 평등, 직접, 비밀선거로 선출한다(지방자치법 제38조, 제207조). 지방자치단체의 재정고권은 헌법 제117조 제1항⁵⁾을 근거로 한다. 따라서 지방자치단체의 채무지급유예는 헌법과 지방자치법을 실정법상 근거로, 선출된 권력인 지방의원과 단체장의 민주적 정당성을 실질적인 근거로 계약 상대방의 재산권의 침해를 정당화하는 것이 아닌가 추정한다.

다. 채무지급유예의 문제점

(1) 구체적 민주적 정당성

선출된 권력은 법치적 통제 하에 있어야 한다. 국가이든 지방자치단체이든 선출된 권력은 모두 법치적 통제에서 벗어날 수 없다. 2010년 성남시의 채무지급유예선언과 관련하여 언론에 공개된 바에 따르면, 성남시는 채무지급유예⁶⁾선언 당시(2010. 7. 12.) 튼튼한 재정자립도(전국 9위로 상위권)를 가진 도시로 채무지급유예선언을 할 필요가 없었음에도, 성남시장 취임 12일 만에 성남시는 채무지급유예선언을 했고, 2010회계연도 성남시 재무보고서에 따르면 2009년도 말 성남시 순자산 총계는 16조 5,172억원이며 순자산대비 부채율은 0.34%였고, 타 시군에 비해 재무구조가 튼튼했다고 한다.⁷⁾ 문제는 성남시의 채무지급유예선언은 지방자치법에 따른 절차인 조례의 제정이나 계약에 의하지 않았다는 점이다. 그렇다면 이러한 행위는 채무지급유예가 아니라 단순한 이행거절의 의사표시에 불과하다.⁸⁾ 뿐만 아니라 국토교통부 자료⁹⁾에 따르면

것을 목적으로 하고 있고(지방자치법 제1조), 제139조 제4항에서 말하는 채무는 계약상 채무를 포함한 더 넓은 의미의 재정지출이 필요한 경우를 의미하고(연금지급 등), 이러한 재정 지출을 해야 할 경우 함부로 재정지출을 지연하지 마라는 것을 선언적으로 규정한 것으로 해석할 수도 있다. 이 내용이 포함된 지방자치법 개정안이 통과된 국회본회의회의록에 지방자치법 개정안에 대한 여러 논의가 10여 페이지 가량 있으나 본 조항에 대한 언급은 없다. 이 부분은 아직 많은 논의가 없는 부분으로 추가적인 연구가 필요한 부분으로 판단된다.

- 5) 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
- 6) 토지주택공사와 국토해양부에 갚아야 할 5,200억원의 채무의 지급유예, 이덕연, 경제와 헌법, 한국학술정보(주), 2012. 8. 1. 391면 참조.
- 7) <http://www.fmnara.com/news/9422> 2022. 11. 25. 6:00 방문.

국토부는 성남시가 이행기가 도래한 채무가 존재한다고 주장하는 “5,200억원”에 대해서 해당 금액을 단기에 납부하라고 요구한 적이 없고, 성남시는 지급유예선언 전에 국토부와 사전 협의를 진행한 바도 없으며, 주장된 채무의 정확한 금액은 확정되지 않았고, 판교사업완료 후에 확정되는 금액으로 사업시행자간 협의를 통해서 채투자방법 및 시기를 결정할 예정이라고 한다. 결국 성남시는 금액이 확정되지 않고 이행기가 도래하지 않은 채무에 대해서 이행기를 연장해 달라고 한 것이고, 국토부와 논의한 바가 없는 것이므로 통정허위표시는 아니고, 의사표시의 목적을 확정할 수 없으므로 효력요건을 결여하여 무효인 법률행위라고 판단된다. 그렇다면 가정적으로 만일 이행기가 이미 도래했고, 지방자치회의 결의를 거쳐서 조례를 통하여 지급유예를 하였다면 어떻게 볼 수 있을까? 지방자치법 제139조 제4항이 사법상 효력을 가지는 조항이라면 해당 조항이 헌법을 위반한 것은 아닌지 확인이 필요하다.

(2) 지방자치법 제139조 제4항의 위헌성

헌법상 공공필요에 의한 재산권의 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다(헌법 제23조 제3항). 따라서 지방자치법에 따라 조례에 의하여 채무의 지급을 유예하는 행정처분을 한다고 하더라도 반드시 정당한 보상이 따라야 한다. 결국 침해당하는 재산권은 ‘계약 상대방이 이행을 강제하거나 계약을 해제, 해지할 수 있는 권한’으로 요약된다. 그리고 이에 대해서는 정당한 보상이 따라야 한다. 그런데 지방자치법 제139조 제4항에는 보상에 대한 내용이 법률에 규정되어 있지 않다. 또한 헌법상 소급입법에 의한 재산권 박탈은 금지되므로 조례라는 입법으로 기존의 채권관계를 소급하여 변동시키는 행위는 허용되지 않는

8) 당시 성남시장의 언론인터뷰에 따르면 당시 채무지급유예가 “시간이 지나면 지날수록 잘했다고 생각한다”고 한다(오마이뉴스 인터뷰 http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001723345 참조, 2022. 11. 25. 8:30 방문). 당시 성남시의 행위가 가져온 성남시 및/또는 국가에 대한 실익은 별론으로 하고, 지방자치법에 정한 절차적인 민주적 정당성과 법적 통제 준수하지 않은 행위가 어떻게 정당화 될 수 있는지 진지한 논의가 필요하다고 생각된다.

9) 국토교통부 보도참고자료 “성남시, 판교특별회계 전입금 ‘지급유예’ 선언 관련” http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_72/dtl.jsp?lcmepage=1&id=155589097 2022. 11. 25. 8:00 방문, 2010. 7. 12. 신도시개발과, “국토부 ‘성남시, 빚 갚을 능력 있다’ 진실공방”, 2010. 7. 14. 신도시개발과, http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_72/dtl.jsp?lcmepage=1&id=155596882 2022. 11. 25. 8:20 방문, 관련 언론 보도로는 월간조선 <http://monthly.chosun.com/client/news/viw.asp?nNewsNumb=201404100013> 2022. 11. 25. 8:45 방문, 성남일보 http://www.snilbo.co.kr/sub_read.html?uid=26991 2022. 11. 25. 8:50 방문. 국토부의 보도자료에 대한 성남시의 반박 보도자료(2010. 8. 6.)에는 “판교생활기반시설 설치비 관련한 소송이 종료되면 지불해야 할 돈이 500억원과 사업비정산 완료되면 예측되는 초과수익금이 2,900억원 등 즉시 또는 단기간 내에 상환할 돈이 5,200억원임. 현재 당장 도래하는 것에 대해 지불할 자산이 없어 연기에 달라고 한 것이고, 연기해주면 년차 적으로 갚겠다는 의미임.”라고 표현하고 있고, 따라서 성남시도 아직 소송이 종료되지 않았고, 사업비정산이 아직 완료되지 않았으므로 아직 이행기가 도래하지 않았음을 자인하고 있고, 언제가 이행기인지 밝히지 못하고 있다.

<https://www.seongnam.go.kr/city/1000060/30005/bbsView.do?currentPage=871&searchSelect=title&searchWord=&searchOrganDeptCd=&searchCategory=&subTabIdx=&idx=17795> 참조, 2022. 11. 25. 9:00 방문.

다(제13조).¹⁰⁾

만기는 채권관계에 있어서 주요한 부분이다. 그런데 과거에 약속했던 금전채권의 만기를 일방당사자가 임의로 수정할 수 있다면, 이는 마치 처음부터 만기가 그러했던 것처럼 기존의 채권관계를 소급하여 수정하는 것이다. 따라서 지방자치법 제139조 제4항은 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조에 위반된다고 해석할 수 있다. 조례 그 자체에 의하여 기본권 침해의 법적효과가 발생하므로 이러한 조례의 제정은 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌법재판소법 제68조 제1항).¹¹⁾ 다만, 대법원은 두밀분교폐지 조례사건에서 조례가 집행행위의 개입 없이 그 자체로 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례를 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판시하였다.¹²⁾ 처분적 조례는 형식은 조례이나 실질적으로는 개별적, 구체적 규율로서 처분의 성격을 갖는다. 따라서 만약 지방자치단체 채무의 이행기를 연장하는 조례를 제정한다면, 이는 특정한 목적을 실현하기 위해서 특정한 대상에 대하여 구체적으로 제정되기 때문에 자동집행력을 갖게 된다¹³⁾. 따라서 이와 같은 자동집행력을 가지는 처분적 조례는 항고소송의 대상이 될 수 있다고 판단된다. 그리고 그러한 조례에 기인하여 손해를 입은 당사자는 손해배상을 청구하는 소송에서 조례의 위법성을 선결문제로 다룰 가능성도 있다고 생각된다.¹⁴⁾

(3) 지방자치단체의 무자력

지방자치법 제139조 제4항이 위헌이라고 하더라도 지방자치단체가 무자력에 이른다면 도산

10) 물론 장래를 향한 이행기의 연장은 소급입법이 아니라는 주장도 있을 수 있지만 계약의 상대방 입장에서는 처음 맺었던 계약관계를 근본적으로 붕괴시키는 행위이므로 소급입법이라 판단된다. 예를 들어 그러한 입법이 있기 전의 계약이 창출할 수 있는 재산권의 가치와 그러한 입법 이후의 가치를 평가해서 비교해보면(valuation), 침해되어 감소된 재산권의 가치도 평가할 수 있을 것으로 판단된다. 그리고 그렇게 평가된 가치의 차이가 정당한 보상의 일응의 산정 기준이 될 수도 있다고 생각한다.

11) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등.

12) 대법원1996. 9. 20. 95누8003.

13) 처분적 법률과 집행적 법률은 구분되어야 한다는 견해에 따르면, '집행적 법률'은 일반적, 추상적 규율로서의 성격을 갖고 있음에도 불구하고, 집행행위의 매개 없이 직접 개인의 권리와 의무를 규율하는 법률을 의미한다. '처분적 법률'은 특정한 목적을 실현하기 위해서 특정한 사람이나 특정한 대상에 대하여 구체적으로 제정되기 때문에 그 결과 자동집행력을 가지는 것으로 나타날 수도 있는 것이지, 반드시 자동집행력을 가지는 것은 아니라고 보고 있다. 따라서 처분적 법률은 개별성, 구체성을 지니느냐의 여부가, 그리고 집행적 법률은 집행행위를 매개로 하느냐의 여부가 결정적인 기준이 되며, 처분적 법률이 아닌 일반적 법률도 집행적 법률일 수 있게 된다. 송종원, "처분적 조례와 집행적 조례", 법학논총, 제25권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2012, 12 내지 14면 참조.

14) 법원은 위법한 조례에 근거한 행정처분으로 손해를 입은 주민이 국가배상법 제2조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있는가의 문제에서 조례의 위법성을 선결문제로 심사할 수 있다고 보았다. 김훈, 정희근, "조례의 사법적 통제에 관한 소고", 지방자치법연구 제16권 4호, 사단법인 한국지방자치법학회, 2016. 12., 230면, 손상식, "지방의회의 조례에 대한 사법적 통제방안", 공법학연구 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020. 11. 449면 내지 451면 참조. 참조.

가능성이 있는지 확인해 보아야 한다. 이와 관련하여서는 성남시의 지급유예선언 이후 많은 논문들¹⁵⁾이 발간되었으므로 지방자치단체(“지자체”)의 도산에 관한 기본적인 논의는 생략하고, 의미 있다고 생각되는 부분만 언급한다.

지자체는 법률에 의해서만 폐지될 수 있다(지방자치법 제5조). 따라서 지자체에 대한 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 “도산법”)에 따른 파산절차는 적용이 불가능하다. 지자체는 법인이다(지방자치법 제3조). 도산법상 회생절차개시의 신청은 파산과 달리 채무자가 ‘주식회사 또는 유한회사’인지, 아닌지에 따라 구분될 뿐이다(제34조). 그리하여 일정한 금액 이상의 채권을 가진 자는 회생신청을 할 수 있다. 따라서 지자체는 지분권자라는 개념이 없으므로 채권자만 지자체에 대하여 회생신청을 할 수 있다는 기이한 문언적인 해석이 된다. 그러나 이는 도산법의 취지와 목적을 고려하지 않은 단순한 문언해석으로 타당하지 않다. 그에 따라 관련 논문들에서는 문언해석에 대한 부분을 별도의 검증 없이 당연한 것으로 본다.¹⁶⁾

도산법에서는 회생절차의 대상인 ‘법인’을 공법인인지, 사법인인지 구분하고 있지 않으나, 다음 장에서 살펴볼 바와 같이 우리나라는 전통적으로 다수의 서유럽 국가들과는 달리 공법적 관계에서 공법인의 우월성을 유지해 온 점에 비추어 보면, ‘지방자치단체의 통치단체성 및 공행정임무에 비추어, 지방자치단체의 헌법적 보장이라는 공법적 관점에서 ‘재산관리권을 박탈하는 재산상의 문제를 넘어 통치작용 그 자체’를 좌우하는 행위를 도산법에서 다룰 수 없다고 보는 것¹⁷⁾이 타당하다. 물론 입법적으로 지자체의 파산을 인정하는 것이 국익에 도움이 될 수 있을지, 그래서 우리 법제 하에 제도적으로 정착시키는 것이 필요할지, 필요하다면 어떤 방법으로 도입할지, 비교법적인 검토를 포함하여 다각도의 논의는 필요하다고 판단된다.¹⁸⁾ 다만, 공법인이라고 무조건 도산법을 배제하는 것도 타당하지 않다. 지방공기업은 지방자치단체와 달리 회사로서의 성격을 훨씬 더 강하게 가지고 있고, 지방자치단체와 대등하게 비교할 수는 없다고 생각된다. 따라서 지방자치단체를 제외한 공법인에 대해서는 도산법의 적용할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 참고로, 서울중앙지방법원은 지방공기업(강원도 태백관광개발공사)에 대해서 도산법을 적용하여 회생절차를 개시하였다(2014회합100057).¹⁹⁾

15) 신봉기, 황헌순, “지방자치단체 파산제도에 관한 일고찰” 토지공법연구 제96집, 사단법인 한국토지공법학회, 2021. 11.; 이상경, “지방자치단체 파산제도에 관한 재조명” 헌법판례연구 제15권, 한국헌법판례연구학회, 2014. 2.; 조성규 “지방자치단체 파산제 도입의 법적 문제” 행정법연구 제38호, 사단법인 행정법이론실무학회, 2014. 2. 참조

16) 예를 들어 표명환, 전계 논문 22면에서는 “도산법은 그 대상으로서 개인 및 사법인을 대상으로 하고 있고, 지방자치단체에 대하여는 예정하고 있지 아니하다. 즉 규범에서 지방자치단체를 제외하고 있다.”; 조성규, 전계 논문 170면, 신봉기, 황헌순, 전계 논문 163면에서는 “도산법은 자연인과 법인의 파산능력을 인정하면서도 지방자치단체의 파산은 명시적으로 언급하고 있지 않다”.

17) 조성규, 전계 논문 170면 참조.

18) 이상경, 전계 논문, 2014, 223, 224면 참조.

19) 다만, 재판부는 지방공사에 대한 지자체의 감독권을 존중한다는 의미에서 회생절차 개시를 결정하기 전에 태백시장과 태백시의회 동의를 받았다고 한다. 법률신문, “전기제도 못 내던 태백관광개발공사, 지방공기업

(4) 국가의 채무부담 가능성

예를 들어 헌법재판소에서 지방자치법 제134조 제4항이 위헌이라고 판결하고, 그 소급효를 인정할 경우, 지자체가 무자력이라면 위헌 법률에 따른 지자체의 채무불이행으로 발생한 손해를 국가배상으로 청구할 수 있을 것인가? 종래 위헌적 법률의 집행, 즉 행정작용에 중점을 두게 되면 위헌적 법률에 근거한 행정청의 구체적 처분으로 인한 손해배상은 입법작용으로 인한 국가배상책임의 영역에서 제외된다.²⁰⁾ 하지만, 현실적으로 행정공무원의 법률에 대한 합헌심사권이 인정되기 어려우므로 결국 위법성의 원인이 된 입법작용에 대한 국가배상책임의 문제로 환원된다고 볼 수 있고, 그렇게 본다면 입법작용으로 인한 국가배상책임이 성립될 가능성을 완전히 배제할 수는 없다.²¹⁾ 물론 대법원(거창판결)²²⁾과 같이 위헌인 법률을 제정한 국회의원의 과실책임주의를 전제한다면 현실적으로 과실개념의 객관화, 조직과실의 수용, 입증책임의 완화 등이 선행되지 않는 이상 국가배상책임이 인정되기는 어려울 것이라 판단된다.

만약 입법에 의한 국가배상책임을 긍정한다면 지자체의 채무불이행에 따른 손해가 곧 국가부채에 계상될 수 있다.²³⁾ 부정한다면 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라는 지자체에 관한 도산법이 없고, 결국 법률로서 지자체를 폐지할 수 있을 뿐이다. 따라서 지자체를 폐지한다는 말은 곧 해당 지자체의 구역을 재편성하여 다시 설정한다는 의미이므로 새로 그 지역을 관할하게 된 지자체가 그 채무를 승계하게 된다(지방자치법 제8조)²⁴⁾. 필자가 확인한 바에 따르면 국가가 지자체의 채무를 연대하여 변제할 의무를 규정한 법률은 없다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 국가의 재정지원이 지방자치단체 재정의 절반 이상을 차지하는 경우가 많으므로 결국 사실상 국가가 지원하여 지방자치단체가 변제하는 결과가 될 것으로 예상된다.²⁵⁾ 궁극적으로

최초로 회생절차 개시”, 2014. 8. 27. <https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/view?serial=86961> 2022. 1. 27. 10:00 방문.

20) 홍준형, 행정구제법, 오래, 2013, 125면 참조.

21) 정영철, “국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제”, 법학논고 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 28면 참조.

22) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

23) 물론 이러한 가정을 하게 되면, 국가와 지방자치단체간의 구상관계 등 내부관계를 어떻게 보아야 하는지 등 추가적인 복잡한 문제가 야기될 수 있으나 현실적인 가능성이 희박하고, 이 글의 논지에서도 다소 벗어나므로 추가적인 검토는 생략한다.

24) 물론 지자체가 무자력 상태에 빠진다고 무조건 폐지해야 한다는 의미는 아니고, 극단적으로 진행된다면 어떻게 될 수 있을지 가정해 본 것일 뿐이다.

25) 지방교부세법 제6조에 따라 기준재정수입액이 기준재정수요액에 못 미치는 지방자치단체에 대해 그 미달액을 기초로 정부는 보통교부세를 교부하며, 그 이외에 예외적인 경우 제9조에 따라 특별교부세를 교부한다(지방의 교육제정에 대해서는 지방교육재정교부금법에 따라 교부금을 지급). 또한 지방재정법 제2장에는 부담금, 교부금, 보조금등 국가가 지방제정에 지급하는 각종 금원들에 관한 내용이 규정되어 있다. 예를 들어 2020년 경기도(본청)의 전체 세입 328,803억원 중 43.96%가 보조금이고, 교부세가 0.57%, 보전 수입등이 9.09%를 차지한다. ‘보전 수입’은 여러 가지로 구성되는데 전년도 보조금의 이월금과 국고 또는 시, 도로 반납할 금액(보조금등 반환금)을 포함한다(지방자치단체 예산편성 운영기준 별표 8). 따라서 ‘보전 수입등’에서 국가로부터 지급된

지자체의 폐지가 계속된다고 가정하면 결국은 실질적으로는 그 채무가 사실상 국가로 귀속되는 결과를 초래할 것이라 생각된다. 극단적인 예로, 모든 지자체라 폐지되어 통폐합되었다고 가정해보자. 따라서 지자체의 채무불이행은 적어도 그 규모가 상당하다면 국가의 '우발부채'로 인식될 가능성도 부인할 수는 없다고 판단된다(기업으로 따진다면 재무제표 주석으로 기재되어야 할 정도의 중요성이 있는 사항).

3. 민간투자법

가. 감독명령과 공익처분²⁶⁾

민자사업은 민투법이라는 법체계 내에서 실시협약이라는 계약을 통해서 전체적이고 구체적인 개별 사업의 조건들이 확정된다. 특이점은 그러한 '계약관계를 계약관계 밖에서 일방적으로 훼손할 수 있는 권한'을 민투법이 주무관청에게 부여하고 있다는 점이다. 민투법 제45조 및 제47조는 각 감독명령, 공익처분이라는 이름으로 적법하게 실시협약이라는 계약관계를 행정처분으로 변형시킬 수 있도록 주무관청에게 권한을 부여해 두었다.²⁷⁾ 이로 인하여 어쩌면 기존의 실시협약이라는 계약을 신뢰한 사업시행자와 법이 부여한 '특권'을 보유한 주무관청간의 분쟁은 법 제정 당시부터 '예견'되어 있는 사실일지도 모르겠다. 특히 주무관청 중 중앙정부보다는 지방자치단체와 민간사업자간의 분쟁이 빈번하다.²⁸⁾ 감독명령은 "사업시행자의 자유로운 경영활동을 저해하지 아니하는 범위에서"라는 한계를 법 자체에서 규정하고 있으나, 공익처분은 그러한 한계가 규정되어 있지 않다. 단순히 "사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우"라는 행사 요건만이 규정되어 있다. 이하 공익처분으로 범위를 좁혀 논하겠다.

금액이 어느 정도나 되는지는 확인할 수 없었지만, 대략 경기도 세입의 절반가량은 국가에서 부담한다고 합리적으로 추정된다. 지방재정 365 지방재정통합공개시스템에서는 지방재정자립도를 보여주는데 산출방식은 다음과 같다. (지방세+세외수입)/자치단체 예산규모 x 100. "도"중에서는 경기도의 재정자립도가 가장 높으며 55.7%이다. https://lofin.mois.go.kr/websquare/websquare.jsp?w2xPath=/ui/portal/stat/local/budget/sd002_bg500.xml 2022. 11. 25. 11:00방문.

26) 유료도로법 제23조의 5에 따른 '사정변경 등에 따른 실시협약의 변경요구제도'도 비슷한 내용을 담고 있으나 개별법이므로 논의의 범위에서는 제외한다.

27) 물론 실시협약에서 이미 감독명령, 공익처분을 예상하고 주무관청의 귀책사유로 규정하는 등 이미 계약에서 예정하고 있는 변형이므로 계약관계의 변경은 없다고 볼 수도 있고, 구체적인 감독명령, 공익처분의 내용에 따라서 계약관계의 변경을 초래하지 않는 처분들도 있을 것이다. 다만, 실시협약에서 '사업시행자지정 취소'의 공익처분을 사업시행자의 계약해지 사유로 규정하고 있음에도, 실제 사업시행자 지정이 취소되면 관리운영권의 소멸효과가 발생하므로, 사업시행자가 실시협약이라는 계약을 해지 하지 않더라도 실시협약으로 인해서 발생했던 '관리운영권'이라는 물권이 상실되는 효과를 발생시킨다. 따라서 계약의 효력을 소멸시키는 공익처분은 존재하므로 적법하게 실시협약이라는 계약관계를 변형시킬 수 있는 권한을 법이 부여하고 있다고 보아도 무리가 아니라고 본다.

28) 이상훈, 전계논문, 2019. 279, 280면 참조.

나. 공익처분의 정당성

(1) 기획재정부의 공익처분 업무지침

2016년 10월 기획재정부는 KDI, 한국법제연구원, 법무법인의 자문과 관계기관 협의 등을 거쳐 관계기관 합동으로 “사업시행조건 조정 및 공익처분 업무지침”을 제정하고, 주무관청에 해당하는 각 지자체에 배포하였다. 해당 업무지침 중 눈여겨 볼 부분은 (가) 공익처분의 구성요건인 “공익상의 필요성”을 정리하고 있는 부분(8, 9페이지)과 (나) 공익처분의 형식으로 할 수 있는 새로운 처분(7페이지)이다.

먼저 공익상의 필요성에 대해서는 서울고등법원 판결(2014.8.25.선고, 2013누23210 판결²⁹⁾)에 나타난 공익개념을 하나의 기준으로 삼고 있다(수요예측의 실패, 경제사정의 변동, 예산의 효율적 활용 필요성, 다른 사회기반시설과의 조화를 통한 합리적 운용필요성, 안정적인 사업구조 정립 필요성). 그리고 이어서 비례원칙(적합성, 필요성, 상당성)에 대해서 열거하고 구체적인 적용 지침을 다음과 같이 규정한다.

“공익상 필요하고 부득이하여 문제해결을 위한 적합한 수단이라고 판단시, 실행하되 제재 등 다른 부당한 목적과 결부되어 실행해서는 안 될 것임. 실행되는 경우에도 정당한 보상이 이루어질 수 있도록 해야 할 것임.”

또한 사업자와의 합의를 통해서 실시협약 변경이라는 방식으로 이루어져 왔던 사업재구조화에 대해서 이를 공익처분이라는 형식으로 일방적인 처분으로 실행할 수 있고, 이 경우 사업시행자 경영진의 업무상 배임우려가 해소되고, 손실에 대한 보상은 별개 절차로 진행할 수 있으므로 보상 문제를 이유로 절차가 지연되는 것을 방지할 수 있다고 규정한다.

(2) 민주적 정당성

헌법에 의하면, 국민의 재산권의 행사는 ‘공공복리’에 적합하여야 하고(제23조 제2항), ‘공공의 필요’에 의한 경우 법률로써 제한될 수 있다(제37조 제2항). 민투법의 공익처분은 이러한 헌법에 뿌리를 두고 있는 것으로 판단된다.³⁰⁾ 하지만 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’와 달리, 민

29) 양주시는 백석 하수관거 사업을 원래 계획대로 추진하는 경우 경제성 부족 및 중복투자 등으로 인하여 예산낭비를 가져올 수 있다는 판단 하에 민투법 제47조에 근거하여 우선협상대상자지정처분을 취소하였고, 이에 대해 우선협상대상자가 그 취소처분의 취소를 구하며 재송제기 함(1심 사업자 승, 2심 양주시장 승, 대법원 계류 중 사업자 소취하).

투법에 따른 '특정한 공익사업과 연계하여 부득이하게 특정인의 재산권을 침해할 수밖에 없는 공익처분'은 '재산권을 침해할 수밖에 없는 특별한 정당화 사유'를 필요로 한다는 점에서 국민의 모든 자유와 권리를 제한할 수 있는 일반적인 공익으로서의 공공복리와는 목적과 개념에 있어서 질적인 차이가 있다.³¹⁾ 따라서 민투법상의 공익처분에 있어서 공공필요의 개념은 엄격하게 해석할 필요가 있고, 이를 단순 공익차원으로 그 의미를 축소시키는 경우에는 사인에 대한 공익처분의 행사가 무제한으로 남용될 가능성이 있다.³²⁾

다. 공익처분의 문제점

(1) 기재부 업무지침의 문제점

먼저 "공익상의 필요"의 개념을 단순히 서울고등법원 판례의 논리에만 의존한 것은 큰 아쉬움으로 남는다. 물론 기재부에서 지방자치단체에 제공하는 지침이므로 최대한 보수적으로 기존의 권위에 의존할 수밖에 없는 불가피한 사정은 이해가는 면이 있으나, 지자체에서도 이미 해당 판결문 정도는 스스로 분석할 수 있을 것이므로 최소한 좀 더 구체성이 있었으면 하는 아쉬움이 남는다. 공익은 '논리적인 개념'임과 동시에 '경험적인 개념'으로 개별적인 사안, 영역에 따라 그 내용이나 범위도 가변적이다. 따라서 민투법에 따른 공익처분을 위해서 공익이 무엇인지 판단할 때는 각 사업별로 구체적으로 공익에 대한 개념 확정이 필요하다.

예를 들어 일산대교 공익처분 사건³³⁾에서 지자체인 주무관청이 주장하는 공익은 "교통기본권 보장, 교통망의 효율적 활용 등 공익 증진"이다. 그리고 이를 통해서 '17년간 총 2,232억원의 시설 운영비용 절감 효과, 49%의 교통량 증가에 따른 약 3,000억원의 사회적 편익 효과, 인

30) 헌법재판소는 "경제 분야에서의 공공복리"에 대해서 헌법에 규정된 국가경제정책의 목표들을 공공복리를 구체화하는 내용으로 보고 있다(제119조 제2항). 헌법재판소 1996. 12. 26 자 96헌가18 결정 "우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 "균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등"의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 "공익"을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보에서의 "공공복리"를 구체화하고 있다. 그러나 경제적 기본권의 제한을 정당화하는 공익이 헌법에 명시적으로 규정된 목표에만 제한되는 것은 아니고, 헌법은 단지 국가가 실현하려고 의도하는 전형적인 경제목표를 예시적으로 구체화하고 있을 뿐이므로 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 모든 공익을 아울러 고려하여 법률의 합헌성 여부를 심사하여야 한다.

31) 김성수, "사회기반시설의 공공성에 대한 법리분석 -관광시설에 대한 민간투자법을 중심으로-", 한국공법학회 공법연구 제37집 제2호, 2008. 12. 272면.

32) 이른바 '행위형식의 남용'. 따라서 국가의 단순한 재정목적이 공용침해제도를 통하여 실현된다면 이는 공공의 필요라는 불확정개념을 자의적으로 해석하는 것으로 위헌을 면하기 어렵다. 김성수 상계 논문 같은 면 참조.

33) 2021년 9월 3일 보도자료 '도, 일산대교 공익처분 결정. 이르면 10월부터 통행료 무료 고양, 김포, 파주시와 함께 일산대교 사업시행자 지령 취소 처분,' 같은 달 7일 설명자료 '일산대교 공익처분 추진에 대한 경기도 입장을 설명드립니다' 참조.

접도시간 연계발전 촉진 효과 등이 나타난다'고 주장한다. 그런데 이로 인해서 침해되는 사익은 별론으로 하고, 침해되는 공익에 대한 언급이 없다.³⁴⁾ 그리고 일산대교 공익처분에서의 “공(公)”의 범위가 국가 전체인지, 경기도인지, 일산대교의 영향권 안에 있는 지역을 포괄하는 것인지, 잠재이용자를 포함한 지역을 구분하지 않은 이용자 집단 전체를 말하는 것인지, 이런 여러 요소들이 복합된 것인지, 침해되는 공익과 득이 되는 공익 별로 준거 집단을 달리 보아야 하는 것인지 각 구체적인 판단이 필요하다. 지자체로서는 “공익상의 필요”라는 모호하고 추상적인 개념에 대해서 의지할 권위 있는 기준이 필요했을 터인데, 기재부 업무처침과 서울고등법원 판례만으로는 그러한 기준을 찾기 힘들었을 것으로 예상되고, 그에 따라 ‘행위형식이 남용’된 면이 있다고 본다.

(2) 공익처분에 관한 민투법 규정

민간투자사업은 정부가 민간으로부터 재원을 조달하고, 경우에 따라 보조금 등의 형식으로 정부가 일부를 지급할 수도 있겠으나 이용자들이 주로 해당 재원을 지급하는 방식으로 국가의 기반시설을 건설, 운영하는 제도이다. 그렇다면 민관협력의 기본정신은 언제나 사업의 상대방이 대등한 파트너라는 인식이 일관되게 실현되어야 한다.³⁵⁾ 그러한 의미에서 민투법상 공익처분은 주무관청이 계약의 당사자로서 협약당사자의 신뢰를 해하는 행위이므로 민투법의 기본정신과 배치되는 측면이 있다.³⁶⁾ 원칙적으로 협약의 당사자인 주무관청에게 행정처분을 통한 고권적 행정으로 신뢰를 위반할 수 있도록 제도적으로 규정했기 때문이다. 공공부문의 재정상황이 급격하게 악화되었다는 등의 이유로 사업시행자 지정처분을 철회하는 경우, 민투법 제47조 제2항의 보상규정에 따라 신뢰이익의 침해를 보상한다고 하더라도, 주무관청의 재량권이 일탈, 남용된 것일 것임³⁷⁾은 의문의 여지가 없다.

또한 공익처분(사업시행자 지정취소)으로 얻고자 하는 것을 계약을 통해서 미리 구현할 수

34) 자산도 부채를 고려하여 순자산의 개념을 확정짓는 것처럼 공익도 침해되는 공익을 고려하여 ‘순공익’의 개념을 확정짓는 것이 필요하다. 아래 ‘4. 가. 부작용’(각주 37이 있는 페이지)에서 언급한 사항을 일종의 침해되는 공익으로 볼 수 있다.

35) 김성수, 이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8. 247면 참조.

36) 물론 실시협약에 따른 계약관계는 공법상 계약관계로 전반적으로는 대등한 계약관계는 아닌 측면이 있다. 한편으로 대법원은 “공법상 계약이란 공법적 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위이다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다277133 판결 참조)”라고 판시하였지만, 사업시행자의 과산절차에서 실시협약을 미이행쌍무계약으로 볼 수 있는지에 대한 대법원 전원합의체에서도 실시협약의 공법상 계약으로서의 성격에 대해서 여러 가지 다양한 견해가 제시될 만큼 “실시협약의 공법상 계약으로서의 성격”과 관련된 법리는 진화하고 있는 것으로 판단된다(대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결).

37) 김성수, 이장희 상계논문 247면 참조.

없는 것인지도 확인이 필요하다. 실시협약의 규정을 통해서 구체적으로 주무관청이 원하는 내용을 적시하여 계약상 규정할 수 없는 특별한 내용이 있다면 모르겠으나 계약으로 규정할 수 있다면, 개별 기반시설의 특성과 실시협약이 체결되는 시점의 상황에 맞게 실시협약의 해지사유로 정할 수 있다고 생각된다.³⁸⁾ 실제 대부분의 실시협약에서 구체적인 실시협약 해지사유를 규정하고 있고, 주무관청의 귀책사유, 비정치적 불가항력, 정치적 불가항력, 사업시행자의 귀책사유를 세세하게 규정하고 있다. 따라서 개별 사업에 맞게 불가항력 사유를 조금만 더 구체화 시킨다면 공익처분으로 달성할 수 있는 목적은 미리 실시협약을 통해서 충분히 달성 가능하리라 판단된다. 또한 예외적인 상황에 대해서는 민법상 사정변경의 원칙이 적용될 수 있을 것이라 생각되고, 사정변경의 원칙을 적용함에 있어서 개별사안에 대한 구체성 판단에서 사회 기반시설의 특수성을 감안할 수 있다고 판단된다. 따라서 현재 민투법상 공익처분 요건의 구체성과 별론으로 우리 법체계와 부합하는 것인지³⁹⁾, 계약과 기존의 법리로 해결할 수 없어서 반드시 별도로 필요한 것인지는 의문이다.

4. 부작용 - 토론

가. 국가 신용도에 미치는 부작용

지방자치단체의 행위가 국가에는 어떠한 영향을 미칠까? 이에 대해서 국제적으로는 이러한 행위들을 어떻게 평가하고 있는지, 지방자치단체의 행위들이 국가의 신용도에는 어떤 영향을 미치는지에 대한 검토가 필요하다. 대표적으로 이러한 평가 방법론으로 국가신용등급작성방법에 관한 국제통화기금보고서⁴⁰⁾(이하 “IMF 보고서”)을 참조할 수 있다. 그 중 부채지속가능분석에는 다음과 같이 지방자치단체의 채무불이행이 국가의 신용도에 부정적인 영향을 끼칠 가

38) 같은 대륙법 국가인 독일의 경우에도 공법상 계약(실시협약)과 행정행위(공익처분)가 병존하는 것이 아니라 어디까지 “계약”의 관점에서 접근한다(김대인, “지방자치단체 민간투자사업의 공공성 확보수단에 관한 연구-공법상 계약과 행정처분의 관계를 중심으로.” 지방자치법연구 통권 제63호 제19권 제3호, 한국지방자치법학회, 2019. 9. 232면 참조).

39) 사업시행자 지정이라는 행정행위는 실시협약이라는 계약 안에 포함되어 있는데, 이 계약을 종료시키는 것은 계약과 별도로 행정처분으로도 가능하다는 점으로 인해서 공익처분(사업시행자 지정취소)을 어떻게 법리적으로 해석할 것인지에 대해서 여러 시도가 있지만 어느 것도 쉽게 수궁이 가지 않는다. 실시협약의 해지와 공익처분을 별개로 볼 것인지, 하나로 볼 것인지에 대한 본격적인 논의와 일체라는 점에 대한 논증은 이상훈, “민간투자사업 실시협약 해지와 공익처분의 관계 - 별개설 vs. 일체설 .”, 성균관법학 제39권 제4호, 2018. 12. 144면 내지 153면 참조(다만, 이렇게 구분하는 것이 타당한지는 의문이다. 일체설은 마치 중세 그리스도교 신학 논쟁에서 그리스도의 본질에 대해서 서로 상이한 그러나 뒤섞이지 않은 채 통합된 두 개의 본성을 지닌 하나의 인격체라고 규정한 ‘칼케돈 공식’을 연상시킨다. 김호동, “동방 기독교와 동서문명”, 까치글방, 2002, 97면 참조).

40) IMF Working Paper, Treasurer’s Department, Sovereign Credit Rating Methodology: An Evaluation prepared by Ashok Vir Bhatia Authorized for distribution by Jianhai Lin, October 2002.

능성이 있음이 명확하게 기재되어 있다.⁴¹⁾

동시에 채무자인 지방자치단체의 채무 불이행이 증가하여 국가에 대한 광범위한 보증채무 이행요구를 불러일으킬 수 있습니다. 심지어 이러한 금융 시스템의 피해가 국가의 대차대조표에 대 규모 우발 채무를 확정시킬 수도 있습니다. At the same time, **defaults by subsovereign** issuers may multiply, triggering the widespread calling of sovereign guarantees, even as financial system distress **may result in a large-scale crystallization of contingent liabilities on to the sovereign balance sheet.**

IMF보고서(26면)에 따르면 국가의 우발채무(contingent liabilities, 지자체의 채무불이행이 증가시키는 우발채무 포함)는 그 정확한 평가의 어려움으로 인해 결국 다음과 같이 평가한다.

우발부채의 정확한 추정과 같은 점을 포함한 관련 분석적 어려움이 있습니다(중략), 그러한 판단의 복잡성을 감안할 때 신용평가기관의 부채지속가능성 시나리오는 중간 결과 값을 추정하기 위한 끊임없는 노력보다는, “합리적인 최악의 경우” 가정 하에서 평가된 주권국가의 결정론적 “스트레스 테스트”에 더 집중합니다.

Associated analytical challenges include not only the accurate estimation of contingent liabilities, (중략). Given the complexity of such judgments, the ratings agencies’ debt sustainability scenarios focus more on deterministic “stress testing” of rated sovereigns under “reasonable worst-case” assumptions than on attempting strenuously to forecast actual medium-term outcomes.

또한 1997년 아시아 금융위기 이전에는 국가의 신용등급을 산정할 때 전통적인 거시경제 분석에 중점을 두었고, 우발채무는 고려대상이 아니었다(IMF보고서 48면).

아시아의 금융위기 이전의 분석은 우발부채와 국제 유동성에 대한 제한적으로 중점을 둔 전통적인 거시경제 지표, 이른바 “펀더멘털”에 초점을 맞추었습니다. (중략) 1997년 초에 인도네시아, 한국, 말레이시아, 태국은 대부분의 전통적인 평가방법에 의해 투기등급이 아닌 완만한 위험에 직면했으며 4개 국가 모두 투자등급으로 평가되었습니다.

Analysis prior to the Asian crisis had focused on traditional macroeconomic indicators, the so-called “fundamentals”, with limited emphasis on contingent liability and international liquidity considerations. (중략) By most traditional measures, Indonesia, Korea, Malaysia, and Thailand faced modest, as opposed to catastrophic, risks in early 1997, and all four sovereigns were rated in the investment grade.

41) p. 25, 26 Debt Sustainability Analysis 참조.

하지만 금융위기 이후에는 우발채무는 국가 신용등급 책정시 고려해야 할 요소(아래 6. Fiscal flexibility III: off-budget and contingent liabilities (부외부채 및 우발채무))로 편입되었다(IMF보고서 49면 발췌).

Box 6. S&P Sovereign Ratings Ramps, 1997 vs. 2002	
<u>April 1997</u>	<u>April 2002</u>
1. Political stability	1. Political stability
2. Economic prospects I: structure	2. Economic prospects I: structure
3. Economic prospects II: growth	3. Economic prospects II: growth
4. Fiscal flexibility I: budgetary flexibility	4. Fiscal flexibility I: revenue, expenditure and balance performance
5. Fiscal flexibility II: public debt	5. Fiscal flexibility II: debt and interest burdens
6. Price stability	6. Fiscal flexibility III: off-budget and contingent liabilities
7. External flexibility I: BoP flexibility	7. Monetary stability
8. External flexibility II: external debt	8. External flexibility I: liquidity
	9. External flexibility II: public sector net external debt
	10. External flexibility III: bank and private sector net external debt

Sources: Beers and Cavanaugh (1997); and Beers, Cavanaugh, and Ogawa (2002).

따라서 채무지급유예의 방식을 택하든, 감독명령, 공익처분의 형식을 택하든, 기존에 민자사업자와 체결된 계약관계를 행정처분이라는 형식으로 적법하게 위반하는 행위들은 당해 지방자치단체뿐만 아니라 국가의 신용등급의 하락을 초래할 잠재적인 가능성을 가지고 있는 것으로 평가할 수 있다고 생각된다.

나. 국채 금리에 미치는 영향

국가의 신용등급에 당장 영향이 없다고 하더라도 지자체의 채무불이행과 같은 행위는 대한민국의 우발채무를 증가시킬 가능성이 있으므로 국채 금리에 직간접적으로 영향을 미칠 가능

성도 배제할 수 없다고 판단된다. 국고채 낙찰금리는 차등가격 낙찰방식에 의해서 결정된다. 즉, 국고채는 공모입찰을 통해서 발행된다. 국고채전문딜러들은 경쟁입찰을 하는데, 전문딜러의 낙찰액은 응찰한 금리 중 가장 낮은 금리부터 순차적으로 결정한다.⁴²⁾ 우발채무가 적절하게 공시된다면 전문딜러들이 응찰할 때는 당연히 그러한 우발채무가 입찰하는 금리에 반영될 수밖에 없다. 예를 들어 우리나라가 미국달러를 조달하는 외국환평형기금 채권(국채)의 이자율은 기준금리에 발행국의 신용도를 고려하여 가산금리가 추가된다. 또한 외국환평형기금 채권(“외평채”) 발행 시 가산금리 수준은 우리나라 기업의 해외채권 발행에 있어서 기준금리로 작용한다.⁴³⁾

대한민국이 2021년 발행하여 런던/싱가포르 증권거래소에 상장된 외평채(Zero CPN Green NTS)⁴⁴⁾의 투자설명서에는 통상의 우리 자본시장법상의 투자설명서와 마찬가지로 정보의 정확성을 보장하는 내용이 포함되어 있다.⁴⁵⁾ 투자설명서 44면 이하에서는 대한민국의 부채(Debt)에 대한 내용이 있다.⁴⁶⁾ 만약 이러한 외평채를 발행하는 해에 지자체에서 채무불이행 행위가 있었고, 금액의 규모가 상당하다면 외평채의 투자설명서에 이러한 내용을 기재해야 하지 않을까? 지자체의 채무불이행이 투자설명서에 기재될 만큼 중요한 것인지, 즉, 투자설명서의 기재 기준이 되는 “중요성(materiality)”은 외평채가 발행되는 국가의 법률에 따를 것이라 별도의 검토가 필요하겠지만, 포함될 가능성을 배제할 수는 없다고 본다.

다. 국가면제이론의 시사점

위와 같은 내용에 대하여 법이 허용하고 있는 정부의 행위에 대해서 침소봉대하는 것이 아니냐는 의견이 있을 수 있다. 하지만 지방자치법과 민투법 상 지자체의 고유권한 행사가 적법한 것인지 여부와 그 행위가 국가 전체의 이익에 미치는 영향은 구분해서 보아야 한다. 또한

42) 예를 들어 기획재정부 2022. 3. 31. “국고02500-5203-3007” 발행공고, 기획재정부 국채과 국고채시장 발행방법 <https://ktb.moef.go.kr/isuMth.do> 참조 2022. 11. 25. 6:00 방문.

43) http://www.mosf.go.kr/mi/socecowd/detailTbCurEcnmyWordView.do?menuNo=9050000&searchSn=OLD_6336#selection-4095.10-4095.45 참조. 2022. 11. 25. 10:19 방문.

44) €700,000,000 aggregate principal amount of zero coupon green notes due 2026 and US\$500,000,000 aggregate principal amount of 1.750% notes due 2031. 싱가포르증권거래소에는 미국달러채와 유로채가 상장되고, 런던증권거래소에는 유로채만 상장.

45) The Government is responsible for the accuracy of the information in this prospectus supplement and the accompanying prospectus and confirms that, to the best of the Government’s knowledge, the information contained in this prospectus supplement and the accompanying prospectus is in accordance with facts and that the Government has included all facts that should be included not to mislead potential investors. The delivery of this prospectus supplement and the accompanying prospectus at any time does not imply that any information contained in this prospectus supplement and the accompanying prospectus is correct at any time subsequent to the date of this prospectus supplement.

46) 투자설명서 전문은 <https://sec.report/Document/0001193125-21-290292/d197329d424b5.htm> 참조.

하나의 채무불이행, 공익처분 등이 국가 신용등급을 바로 내리는 것은 아닐 수 있겠지만 그러한 행위가 기존의 신용등급 안에서 한 등급 더 신용이 내려가는 임계점에 가깝도록 만든다면, 비록 그 행위 자체로서 현재 시점에 신용등급하락은 없다고 하더라도 다른 행위들이 겹쳐서 신용등급을 내려가게 만들 수 있다면(즉, 시간 가치를 고려한다면), 기여분이 얼마나 되는지에 대한 논의는 별론으로 하고 국익에 해가 되는 행위라 판단된다.

지자체와 민자사업자 간의 분쟁과 직접 관련되지는 않지만, 한발 더 나아가 주권면제(sovvereign immunity)에 따라 국가가 채무를 불이행하였음에도 강제집행을 당하지 않았을 경우, 국가의 신용은 어떻게 되겠는지를 생각해 본 다음, 이를 다시 지자체와 민자사업자간의 관계로 치환해 본다면, 다양한 시사점이 있을 것이다.⁴⁷⁾ 즉, 국가면제 이론을 주장하여 채무를 불이행하는 국가와 누가 거래를 하고자 할 것이며, 설사 거래를 한다고 하더라도 거래 조건에 반영될 위험의 값어치는 얼마나 될 것인지 고려가 필요한데, 이 때 국가를 지자체로 바꾸고, 거래 상대방을 민간의 자본으로 바꾸어서 생각해 볼 필요가 있다. 여기서 의미하는 주권면제는 관할합의의 주권면제가 아니라 국가의 재산에 대한 강제집행에 대한 주권면제를 의미한다. 강제집행에 대해서는 영국, 미국, 캐나다, 호주, 남아프리카공화국, 말레이시아, 파키스탄과 같은 국가들은 개별법으로 제한적 주권면제를 규정하고 있고, 독일, 오스트리아, 네델란드, 벨기에, 룩셈부르크, 스위스, 사이프러스와 같은 국가들은 제한적 주권면제이론을 수용한 국제조약(European Convention on State Immunity)의 체약국이고, 대다수의 아프리카 국가들을 포함하여 많은 국가들이 절대적 주권면제 입장을 취하고 있다.⁴⁸⁾

47) 참고로 위 각주에서 언급한 투자설명서 64면에서는 일부 주권면제는 명시적으로 포기하고 있다. In addition, the Republic will waive its right to claim immunity for any lawsuits brought by investors in courts present in The City of New York or in any appropriate court in the Republic, provided that under Korean law no execution or attachment can be issued out of any court in the Republic for enforcing any judgment or order against any assets of the Government other than cash assets. Such a waiver will constitute only a limited and specific waiver for the purposes of the debt securities and under no circumstances shall it be interpreted as a general waiver by the Republic or a waiver with respect to proceedings unrelated to the debt securities. Further, the Republic will not agree to waive its right to immunity with regard to:

- actions brought against the Republic under U.S. federal securities laws or any state securities laws;
- present or future “premises of the mission” as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations signed in 1961;
- “consular premises” as defined in the Vienna Convention on Consular Relations signed in 1963; and
- any other property or assets (including property or assets for military, governmental or public purposes) other than cash.

48) 김도경, “ICSID중재판정의 실효성에 관한 소고”, 통상법률 제106권, 2012. 8. 67면 내지 74면 및 해당 글 각주 52의 참고자료들 참조.

Ⅲ. 역사와 통계에 비추어 본 현행법의 개선방안

1. 지방자치법

이미 각주 3)에서 살펴본 바와 같이 만약 지방자치법 제139조 제4항이 사법상 효력이 발생 하는 것으로 해석될 수 있다면 지방자치단체가 채무지급유예를 선언할 수 있도록 한 내용 그 자체에 여러 가지 구체성을 가미할 필요가 있다. 하지만 이미 살펴본 대로 지방자치단체의 이러한 행위는 국가전체의 신용도에 영향을 미치는 것이므로 중앙정부에 의한 사전통제가 필요하다고 판단된다. 다만 이는 중앙집권을 가속화 하는 것이라 다원성을 추구하는 현대의 이념과 맞지 않는 측면이 있다. 따라서 비교역사, 문화적 검토가 필요하다. 결론적으로는 우리나라는 아래 살펴볼 바와 같이 서울을 제외하고 대부분 지방이 재정의 절반 이상을 중앙정부에 의존하고 있는 형편이다. 우리나라의 지방조세 수입을 다른 OECD 주요 선진 국가들과 비교하면 중간 정도에 위치한다. 따라서 우리나라의 지방재정 자립도가 다른 선진국들에 비교하여 현저히 낮은 것은 아니라 판단된다. 그렇다면 지방재정을 건전하고 충실하게 확보해 나가야 하는 것이 우리가 지향해야 할 바는 분명하지만, 현실은 그러하지 못하다. 따라서 국가에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 채무유예결정에 대해 국가가 일정한 견제를 하는 것은 충분히 당위성을 가질 수 있다.

가. 지방재정의 역사 비교검토

일부 자료⁴⁹⁾는 우리나라가 국세 지방세 비율이 8:2인 반면, 미국 45.6%, 일본 42.8%, 스페인 65.1%, 프랑스 28.6% 등 선진국은 재정분권적 측면에서 평균 40.9%의 지방세 비중(2012년 기준)을 차지한다고 하며, OECD국가들의 국세와 지방세의 비율에 비해서 우리 지방재정의 취약함을 주장한다.⁵⁰⁾ 다른 일부 문헌에 따르면 문재인 정부는 2022년까지 재정분권을 실시하여 정부 임기 내 국세와 지방세의 구조를 7:3으로 하는 것을 목표로 하였었다.⁵¹⁾ 국세청, 관세청 징수보고서와 행정안전부 지방세통계연감에 따르면 국세와 지방세의 비중은 2013년 79:21에서 지방세의 비중이 점차 높아져 2021년 75.3:24.7에 이르렀다. 외국의 국세 지방세 비중에 대한

49) 김성배, “지방재정위기와 긴급재정제도의 도입에 따른 쟁점검토”, 지방자치법연구 통권 제47호 제15권 3호 2015. 9. 9면.

50) 김성배 위의 글(“A”)은 통계의 출처를 한국지방행정연구원에서 발간한 “지방재정위기관리제도 개선방안”, 2014년 12면(“B”)을 근거로 하고, B는 다시 통계의 근거를 하능식, 임상수 “OECD 주요국의 조세체계 비교분석”, 한국지방세연구원, 2014, 50면(“C”)을 근거로 하고, C는 OECD (2013), Revenue Statistics 1965-2012를 그 통계의 근거로 하고 있다.

51) 조기현, 전성만, “문재인정부 재정분권의 성공적 추진전략에 대한 연구, 세입분권을 중심으로” 한국지방행정연구원, 2019

검토를 위해서는 통계수치의 정확성을 전제로 하더라도, 그들이 처한 역사적 배경과 정치, 경제, 문화적인 맥락에 대한 검토 역시 필요하다고 판단된다. 이러한 검토 없이 남의 나라와 우리나라의 수치를 비교하게 되면 다른 전제에 놓인 두 결과물을 비교하는 것이 될 가능성이 있으므로 조심스러운 접근이 필요하다고 생각된다.

나. 유럽국가들과 한국의 중앙과 지방정부간 관계의 역사적 비교

(1) 주요 서유럽 국가들

우리나라는 독립된 왕조들이 서로 경쟁했던 적은 있어도 서유럽처럼 봉건 영주들이 왕과 대등한 위치에서 계약을 통해서 복종하는 문화는 찾아보기 힘들다. 미국은 한 주가 우리나라에 상응하기 때문에 굳이 비교해 보려면 주의 하부 자치단체의 자료를 검토 비교해야 맞고, 이탈리아는 계속 분열되어 있다가 19세기에 들어서야 겨우 통일하였고, 신성로마제국은 지방 영주들인 선제후들의 투표로 황제를 선출하였으며, 영국은 이미 13세기 초에 귀족들이 왕을 상대로 마그나카르타(the Great Charter of Freedoms)라는 계약을 통해 영주들의 조세권한을 쟁취하고 왕이 일방적으로 전쟁 등을 명분으로 세금을 거둘 수 없게 제한했다. 16세기 유럽에서 가장 넓은 영토를 상속받은 합스부르크 왕가의 카를 5세{에스파냐(스페인)에서는 카를로스 1세}는 16세기 초 카스티야와 아라곤의 지방 영주들로부터 다음과 같은 충성 맹세를 받았다. “당신과 다를 바 없이 진실한 우리는, 우리보다 우월하지 않은 당신이 우리의 Fueros(특권과 자유)를 지킨다고 하면 당신을 우리의 국왕으로 받아들여기로 맹세하지만, 만일 당신이 그렇게 하지 않으면 우리도 맹세하지 않겠노라”.⁵²⁾ 16세기 에스파냐 제국에서 도시들은 불입해야 할 세금을 미리 계약함으로써 간접세에 대한 통제력을 지고, 자신들의 고유한 법에 따라 자신의 지방을 통치하였다.⁵³⁾

즉, 유럽은 로마제국 멸망 이후 자치도시들이 발달하고, 어떻게 보면 이러한 자치도시들(province)은 현재의 관점에서 보면 중세의 ‘나라’였으며, 근대에 이르러서야 연합하여 상층 단위로서 ‘영토국가’라는 것을 이루었다. 따라서 지방자치가 발달되어 있는 것은 어찌보면 너무 당연한 역사적 산물이다(이탈리아와 독일은 19세기까지 영토국가를 이루지 못하였다.⁵⁴⁾).

52) 주경철, 주경철의 유럽인 이야기, (주) 휴머니스트 출판그룹, 2017, 104면 참조.

53) 지중해-켈리페 2세 시대의 지중해 세계 II-1 집단적 운명과 전체적 움직임(상), 페르낭 브로델, 남종국, 윤은주 옮김, 까치, 2017, 427면 참조.

54) 이영림, 주경철, 최갑수, ‘근대유럽의 형성: 16-18세기’, 까치글방 2011, 63면 내지 65면 참조.

(2) 프랑스

서유럽에서 중앙정부의 권력을 가장 먼저 발달시킨 것이 프랑스인데, 원래 프랑스도 10세기 후반까지 프랑스라는 것은 '지리적 표현'에 불과했다. 하지만 카페왕조의 군주들이 랭스에서 거룩한 도유식을 거행한 이후 왕들은 한 차원 높은 위엄과 군주가 만지기만 해도 그 힘으로 연주창을 치료할 수 있다는 기적적인 치유력에 의존하여 어떤 봉건 영주도 흉내 낼 수 없는 신성함을 갖게 되었고, 그래서 1124년에는 봉신들에게 40일간 군사적 의무를 요구할 수 있는 권리를 지니게 된다. 중앙 행정력의 증가는 공법의 발달을 이끌었고, 영국과의 백년전쟁 이후 강력한 중앙집권 군주제가 탄생되었다. 즉, 신분의회에 재정적으로 의지하지 않고 국군을 창설했으며, 국왕 자문회의는 봉건적 성격에서 벗어나 관료적 성격으로 변화하기에 이른다. 그리하여 1453년 이후 10년에 걸쳐 절대주의 체제의 초기 형태가 완성되었다. 르네상스시기에도 군주의 권한은 여전했고, 이후 루이 14세, 시민혁명 등으로 이어졌고, 여기에 봉건 영주들이 깎자리가 없었다.⁵⁵⁾ 따라서 중앙정부와 지방정부간에 권력관계에 있어서 그나마 우리나라와 유사한 국가를 비교하려면 프랑스를 비교해야 한다.

(3) 우리나라⁵⁶⁾

우리나라의 경우 고려와 조선을 비교해보는 것이 의미가 있다. 신라는 고구려와 백제를 정치적으로 통합했을 뿐, 다양한 인적 자원과 문화적인 요소를 통합하는 데는 실패했으므로 논외로 한다. 고려의 중앙과 지방재정간의 관계를 보여주는 것이 바로 '전시과'제도이다. 10세기 후반부터 고려왕조가 멸망할 무렵까지 400년이 넘게 유지된 제도로 고려 전체 경지의 약 60퍼센트가 일반관료, 군인, 향리 등 개인과 관청에 지급되었고, 조세수취권은 개인이나 기관에 위임되었다. 참고로 중세 사회의 경제적 기반은 사람과 토지이다. 즉, 매우 적극적인 지방분권이 있었고, 이는 지역 간 발전 격차 해소와, 교통로 미발달과 그로 인한 조세 운송의 어려움을 주된 원인으로 한다. 물론 지방 호족이 건국세력의 주축을 이루었다는 점도 지방분권 강화의 원인이 될 수 있을 것이라 생각된다.

하지만 매년 농사를 지을 수 있는 환경이 안정적인 단계에 이른 조선시대, 특히 세종 이후에는 전국의 경작지를 대부분 국가가 직접 조세를 거두는 국용전(國用田)으로 만들어 여기서 거둔 조세를 바탕으로 중앙집권적인 재정운동을 하게 되었다. 이성계를 비롯한 개혁파가 1390년 9월 공전과 사전을 가릴 것 없이 기존의 토지대장을 모두 불태워버리고 과전법을 공포했던 것

55) 콜린 존스, 방문숙, 이호영 옮김, 케임브리지 프랑스사, 시공사, 2001, 91면 내지 251면 참조.

56) '대한민국'이라고 하면 현대로 한정되기 때문에 과거 한반도에 존재했던 국가들을 포괄하고자 하는 취지에서 '우리나라'라는 표현을 썼다.

은 바로 고려의 토지제도의 모순인 수확량을 부풀리는 답험손실과 남의 수조지를 뺏는 탈점이 고려왕조의 재정을 파탄냈기 때문이라고 한다.⁵⁷⁾ 따라서 지난 1,000년을 기준으로 우리나라 중앙-지방재정간의 관계에 대한 역사적 배경은 지방분권에서 출발해서 그 단점들을 개선하기 위해 중앙집권으로 진화했고, 현재에 이르렀다고 평가해 볼 수도 있다.⁵⁸⁾ 물론 중앙집권의 단점들이 있다면 이 역시 개선해 나가야 할 것이라 생각한다.

다. 지방재정의 현재 비교검토

(1) OECD통계자료

현재 확인할 수 있는 가장 최신 OECD자료는 2018년 기준 자료인데 편의상 미국을 제외하고는 주(state)와 하부 지방을 합쳐서(sub-state) 전체 조세수입 중 지방의 조세수입이 차지하는 비중을 살펴보면 아래 표와 같다.⁵⁹⁾

국가	전체 조세수입 중 지방의 조세수입이 차지하는 비중
스위스	40.4%
스웨덴	35.1%
독일	32.2%,
덴마크	27%
스페인	24.6%
일본	23.2%
핀란드	22.7%
미국연방 - 주	20.6%
호주	18.8%

57) 박종기, 새로 쓴 오백년 고려사, 전면개정판, (주)휴머니스트출판그룹, 2020, 128면 내지 145면 참조.

58) 다만, 이러한 변화는 거시적인 관점에서의 평가이고, 근대와 현대에 이르러서는 지방분권이 강화되는 경향을 보이고 있다. 또한 각 시대별로도 미시적으로 접근하면 다르게 판단할 여지가 있을 것이다.

59) 각주 50의 글들에서 인용하고 있는 2012년 수치(미국 45.6%, 일본 42.8%, 스페인 65.1%, 프랑스 28.6%)의 출처는 확인 할 수가 없었고, 필자가 확인한 수치의 근거는 아래 사이트의 Table 1. Taxing power of sub-central governments, 2018; Sub-central revenue; As % of total tax revenue에 근거한다. 이 표에는 2012년의 수치도 있는데 앞의 글들에서 언급한 수치와 일치하지 않았다. 해당 자료에 따르면 한국은 2018년 기준 16.6%이다. 영국, 프랑스, 이탈리아, 벨기에, 네델란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 미국 주 하부의 지방보다 높은 수준이다. https://lofin.mois.go.kr/websquare/websquare.jsp?w2xPath=/ui/portal/stat/local/budget/sd002_bg500.xml 2022. 11. 24. 08:00 방문.

국가	전체 조세수입 중 지방의 조세수입이 차지하는 비중
한국	16.6%
노르웨이	15.3%
미국주 - 주하부	15.2%
벨기에	14.8%
프랑스	13.5%
이탈리아	11.7%
뉴질랜드	6.6%
영국	5.1%
네델란드	3.5%

(2) 중앙정부의 재정지원 비교

각주 59의 OECD자료 중에는 국가 전체 수입 중 중앙정부에서 지방정부로 이전해주는 수입을 보여주는 지표(Intergovernmental transfer revenue as a share of total revenue)도 있는데, 해당 지표 중 전체 수입 중 지방으로 이전해주는 수입이 차지하는 비중(%)을 보여주는 차트에 따르면 국가 전체 수입 중 지방세 수입이 차지하는 비중이 작은 국가의 경우 중앙정부에서 지방정부로 많은 지원이 이루어지고, 지방세 수입이 차지하는 비중이 큰 국가의 경우 중앙정부에서 지방정부로 비교적 적은 지원이 이루어진다.⁶⁰⁾ 참고로 해당 차트에 한국자료는 존재하지 않는다. 다만, 지방정부의 수입 중 세금과 중앙정부로부터 지급되는 금액을 제외한 수치는 제시되어 있지 않은데, 이것까지 포함해야 종합적인 분석이 가능할 것이라 생각된다. 만약 지방재정365 지방재정통합공개시스템에 따른 재정자립도(전국계) 45.3%의 나머지가 국가지원이 라면 54.7%는 국가가 지방의 재정을 지원하는 셈이다.

라. 현재 지방재정에서 국가의 재원이 차지하는 비중

지방교부세법 제6조에 따라 기준재정수입액이 기준재정수요액에 못 미치는 지방자치단체에 대해 그 미달액을 기초로 정부는 보통교부세를 교부하며, 그 이외에 예외적인 경우 제9조에 따

60) 국가 전체 수입 중 지방세 수입이 낮은 영국의 경우 66.61%의 수입이 지방으로 가고, 역사적으로 지방색이 강한 국가인 스페인은 주(state)에 57.59%, 주하부(sub-state)에 38.57%, 이탈리아의 경우 57.76%, 네델란드 76.62%, 노르웨이 46.11%, 스웨덴 36.59%의 수입이 지방으로, 지방세 비중이 높은 스위스의 경우 주(state)에 25.66%, 주하부(sub-state)에 10.12%가 지방으로, 미국 주(state)에 22.13%가 지방으로 이전된다. 마지막으로 프랑스의 경우 23.07%가 지방으로 이전된다.

라 특별교부세를 교부한다(지방의 교육재정에 대해서는 지방교육재정교부금법에 따라 교부금을 지급). 또한 지방재정법 제2장에는 부담금, 교부금, 보조금등 국가가 지방재정에 지급하는 각종 금원들에 관한 내용이 규정되어 있다. 예를 들어 2020년 경기도(본청)의 전체 세입 328,803억원 중 43.96%가 보조금이고, 교부세가 0.57%, 보전 수입등이 9.09%를 차지한다. '보전 수입'은 여러 가지로 구성되는데 전년도 보조금의 이월금과 국고 또는 시, 도로 반납할 금액(보조금등 반환금)을 포함한다(지방자치단체 예산편성 운영기준 별표 8).

따라서 '보전 수입 등'에서 국가로부터 지급된 금액이 어느 정도나 되는지는 확인할 수 없었지만, 어림잡아 경기도 세입의 절반가량은 국가에서 부담한다고 합리적으로 추정된다. 경기도 이외의 지방도 개별적으로 확인해 볼 필요성이 있지만 지방재정통합공개시스템에 따른 재정자립도 분석 비교표에 따르면 서울특별시(78.1%)를 제외하고, 광역시의 경우 최저 37.6%(광주시), 최고 55.0%(세종시), 도의 경우 최저 24.0%(전라북도), 최고 55.7%(경기도), 시의 경우 최저 8.2%(경북 상주시), 최고 62.2%(경기 성남시)에 이른다⁶¹⁾. 따라서 대부분의 경우 서울을 제외하고 절반 이상의 지방재정이 중앙정부에서 지급된다고 볼 수 있다.

마. 국가의 통제에 대한 정당성과 지방자치법 개선방안⁶²⁾

국가를 회사에 비유하는 것이 적절하지 않은 측면이 있지만 그래도 이해의 편의상 비교해 보자. A라는 지방은 재원의 절반 이상을 국가로부터 매년 지급받고 있다. 그렇다면 A에 대한 최대 주주는 국가로 볼 수 있다. 그런데 A의 행위에 의해서 국가의 신용도가 타격을 입을 수 있다. 그럼에도 불구하고 국가는 A의 행위에 대해서 아무런 견제와 감독을 할 수 없다면 국가의 이익이 제대로 보호받지 못하고 있다고 이해할 수 있지 않을까 생각한다.

지방자치단체가 국가와 아무런 상의 없이 채무지급유예를 할 수 있다고 하는 것은 결국 최대 주주의 동의 없이 최대주주에게 해를 끼치는 행위를 자유롭게 할 수 있다는 것과 다름이 없다고 생각한다. 따라서 국가는 자신을 보호하기 위해서 지방자치단체의 채무지급유예라는 행위에 관여할 정당성이 충분하고, 다른 국민의 피해를 막아야 하기 때문에 당위성도 충분하다. 그러므로 만약 지방자치법 제139조가 사법적 효력을 갖는다면, 지방자치법 제139조의 개정을 통해서 지방자치단체의 채무유예결정이 국가적으로 미치는 영향력을 중앙정부에서 미리 판단하여 적절한 수준의 통제권한을 가져가도록 하는 것이 필요하다고 판단된다. 예를 들어

61) https://lofin.mois.go.kr/websquare/websquare.jsp?w2xPath=/ui/portal/stat/local/budget/sd002_bg500.xml 2022. 11. 20. 방문.

62) 국가의 통제에 대한 일반적인 정당성을 논하기 위해서는 훨씬 더 광범위한 지방의 자주재정권에 대한 논의가 필요하다. 이 글은 단지 현재 채무지급유예에 관한 지방자치법 제139조에 한정하여 국가의 견제에 대한 정당성을 찾아 본 것일 뿐임을 밝힌다. 지방자치단체의 자주재정권과 관련한 헌법상의 논의와 관련하여서는 김수연, "자주재정권 강화를 위한 개헌안 쟁점", 지방자치법연구 제18권 1호, 2018. 3., 조성규, "지방자치단체의 자주재정권의 보장과 헌법개정", 지방자치법연구 제18권 1호, 2018. 3. 참조.

지방자치법 제139조를 세분화하여 채무유예가 사법상 효력을 발생하지 않는 경우와 발생하는 경우로 나누고, 사법상 효력을 발생시키지 않는 경우에는 현행 규정을 유지하고, 사법상 효력을 발생시키는 경우에는 국가의 사전협의절차를 거쳐 채무유예가 아닌 다른 방안을 찾을 수 있는 협의 기간을 부여하고, 그럼에도 불구하고 협의가 이루어지지 않아 채무유예를 선언해야 한다면 국가가 일정한 조건을 부가할 수 있도록 하는 것을 상정해 볼 수 있겠다.

2. 민간투자법 - 공익처분에 대한 국가의 사전적 통제

민간투자법상 지방자치단체의 권한에 대한 통제수단에 대해서는 여러 선행 연구들이 존재⁶³⁾하므로 공익처분 중 사업시행자 지정을 취소하는 내용의 공익처분에 대한 국가의 사전통제 수단에 국한해서 살펴본다. 민투자법상 지방자치단체는 자신이 시행한 민간투자사업의 사업시행자 지정을 취소하는 내용의 공익처분을 할 수 있다. 단, 총사업비 2천억원(BTL)의 경우 1천억원, 이하 동일)이 넘는 경우에 한해서 기획재정부 민자사업투자심의위원회의 심의를 거쳐야 한다(민투자법 제47조 제1항, 제8조의 2 제2항), 따라서 총사업비 2천억원 이하의 사업의 경우 지방정부가 자신의 전적인 재량으로 사업시행자 지정취소 공익처분을 할 수 있고, 국가는 통제가 어렵다.⁶⁴⁾ 앞에서 살펴본 대로 지방자치단체의 재정에서 국가재정이 차지하는 비중이 절대적인 만큼 국가의 공익보호를 위해서 필요하다면 국가는 지방자치단체의 행위에 대해서 일정한 통제력을 가질 필요가 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 지방자치단체가 자신이 시행한 민자사업에서 사업시행자 지정취소 공익처분을 하는 것은 자신이 민간사업자와 맺은 실시협약을 해지하지 않고, 일방적으로 그 효력을 전부 또는 일부 소멸시키는 행위이다. 그리고 이러한 신뢰관계를 붕괴시키는 행위는 국가 신용도에 악영향을 미치고, 나아가 국채 금리, 국가의 신뢰도, 명예(reputation)에 악영향을 미칠 가능성이 있다. 따라서 총사업비의 규모와 무관하게 모든 민간투자사업은 사업시행자 지정취소 공익처분에 대해서 기획재정부 민간사업투자심의위원회의 심의까지는 아니더라도 일정한 수준의 심사를 하는 것이 필요하다고 생각한다. 물론 어떤 방법으로 어떤 수준까지 견제할 수 있도록 할 것인가는 많은 토론과 논의가 필요하다고 판단된다. 예를 들어 지방자치단체에서 원하는 사업시행자 지정취소 공익처분을 국가가 저지하였다고 하였을 때 그러한 국가의 행위로 인해서 지방자치단체가 받게 되는 영향에 대해서 국가는 어떠한 또 다른 책임을 부담해야 할 것인지, 지방재정의 자율성과 책임성과는 어떻게 균형을 이룰 수 있을 것인지 다양한 파생 쟁점들이 존재한다.

63) 박제훈, "민간투자사업 공공성 확보를 위한 지방의회의 통제 강화방안 연구" 공법학연구 제22권 제4호, 2021.; 김대인, "지방자치단체 민간투자사업의 공공성 확보수단에 대한 연구" -공법상 계약과 행정처분의 관계를 중심으로-, 한국지방자치법학회, 지방자치법연구 제19권 제3호, 2019. 9. 참조.

64) 일산대교는 사업비 2천억원 이하의 사업인 것으로 이해된다.

IV. 나가며

국가의 신뢰도는 하루아침에 만들어진 것이 아니다. 하지만 힘들게 쌓은 신뢰도가 무너지는 것은 한 순간이다. 다양성의 확보가 발전을 위한 지름길이라는 것은 이미 실증적으로 확인이 되고 있어 많은 기업들도 다양성을 확보하기 위해서 노력을 하고 있다. 국가 입장에서도 지방자치를 활성화해서 국가의 다양성을 확보하는 것이 국익에 도움이 되는 일임은 분명한 것으로 생각한다. 그런데 그 전에 지방자치를 활성화할 만한 여건과 배경이 되어있는지 먼저 고려해 보아야 하지 않을까 생각된다. 만약 그러한 여건과 배경이 마련되어 있지 않은 영역에 있어서 지방자치를 활성화해야 한다는 명분으로 지방자치단체에 권한부터 먼저 주어진다면, 그 권한을 적절히 활용한다면 다행이나, 권한의 남용된다면 권한부여로 인한 부작용이 지방자치의 순기능보다 더 클 수 있다고 판단된다. 그리고 이미 권한이 부여되어 있다면 적절한 견제 장치도 함께 구비하는 것이 타당하다고 생각된다⁶⁵⁾.

지방자치단체와 국가, 국민은 모두 결부되어 있는 유기적인 복합체라 지방자치단체에 발생한 부작용은 국가로, 다른 국민들에게로 그 피해가 확산될 가능성을 배제할 수 없다. 지방자치단체를 활성화 시킬 수 있는 여건과 배경은 국민들이 만들어야 할 것이고, 입법자들은 입법으로 이를 촉진해야 할 것으로 생각된다. 물론 지방자치단체의 권한 오남용이 고려된다고 곧바로 국가에 의한 통제로 연결하는 것도 논리의 비약이다. 이러한 논리는 중앙정부가 지방정부보다 더 적절하고 형평에 맞게, 국익에 도움이 되는 방향으로 권한행사를 할 수 있다는 것을 전제로 한다. 따라서 이 글에서 주장하는 현행법의 개선방향은 그러한 전제를 바탕으로 하므로 전제가 옳지 않다면 이 글의 주장 역시 틀린 것이 될 것이라 생각한다. ☐

(논문접수 : 2022. 12. 3. / 심사개시 : 2023. 1. 5. / 게재확정 : 2023. 1. 20.)

65) 지방재정 관리와 관련하여서는 기존에 마련된 제도들(지방교부세 인센티브 및 감액제도, 지방재정분석·진단제도와 지방재정위기 사전경보시스템, 지방재정부담심의제도 등)에 대한 실효성 확보방안도 논의할 필요가 있다.

참 고 문 헌

- 김호동, 『동방 기독교와 동서문명』, 까치글방, 2002,
- 박종기, 『새로 쓴 오백년 고려사』, 전면개정판, (주)휴머니스트출판그룹, 2020,
- 서기준, 나종천, 『한국지방자치론』, 조선대학교출판부, 2008,
- 이덕연, 『경제와 헌법』, 한국학술정보(주), 2012. 8. 1.
- 이영립, 주경철, 최갑수, 『근대유럽의 형성: 16-18세기』, 까치글방 2011
- 주경철, 『주경철의 유럽인 이야기』, (주) 휴머니스트 출판그룹, 2017.
- 콜린 존스, 방문숙, 이호영 옮김, 『케임브리지 프랑스사』, 시공사, 2001
- 페르낭 브로델, 남종국, 윤은주 옮김, 『지중해-펠리페 2세 시대의 지중해 세계 II-1 집단적 운명과 전체적 움직임(상)』, 까치, 2017.
- 홍준형, 『행정구제법』, 오래, 2013
- 김대인, “지방자치단체 민간투자사업의 공공성 확보수단에 관한 연구 -공법상 계약과 행정 처분의 관계를 중심으로-” 지방자치법연구 통권 제63호 제19권 제3호, 한국지방자치법학회, 2019. 9.
- 김도경, “ICSID중재판정의 실효성에 관한 소고”, 통상법률 제106권, 2012. 8.
- 김성배, “지방재정위기와 긴급재정제도의 도입에 따른 쟁점검토”, 지방자치법연구 통권 제 47호 제15권 3호 2015. 9.
- 김성수, “사회기반시설의 공공성에 대한 법리분석 -관광시설에 대한 민간투자법을 중심으로-”, 한국공법학회 공법연구 제37집 제2호, 2008. 12.
- 김성수, 이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8.
- 김훈, 정희근, “조례의 사법적 통제에 관한 소고”, 지방자치법연구 제16권 4호, 사단법인 한국지방자치법학회, 2016. 12.
- 박세훈, “민간투자사업 공공성 확보를 위한 지방의회의 통제 강화방안 연구” 공법학연구 제22권 제4호, 2021.
- 손상식, “지방의회의 조례에 대한 사법적 통제방안” 공법학연구 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020. 11.
- 송종원, “처분적 조례와 집행적 조례”, 법학논총, 제25권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2012.
- 신봉기, 황현순, “지방자치단체 파산제도에 관한 일고찰” 토지공법연구 제96집, 사단법인 한국토지공법학회, 2021. 11.
- 이문성, 이광윤, “사회기반시설에 대한 민간투자사업법에 따른 행정계약의 법적 성격에 관

418 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

- 한 연구(서울시메트로9호선(주)의 서울시 운임신고 반려처분 취소 소송사건을 중심으로), 유럽헌법연구 제17호, 2015. 4.
- 이상경, “지방자치단체 파산제도에 관한 재조명” 헌법판례연구 제15권, 한국헌법판례연구학회, 2014. 2.
- 이상철, “검수완박, 민주적 정당성을 결여한 입법폭주”, 서초포럼, 법률신문, 2022. 5. 2.
- 이상훈, “민간투자사업 감독명령 분쟁의 쟁점과 시사점-광주2순환도로 및 2019년 선고된 6개의 대법원 판결 사안의 분석”, 충남대학교 법학연구 제30권 제4호, 2019, 11.
- _____, “민간투자사업 실시협약의 미이행 쌍무계약 해당 여부에 관한 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441판결의 쟁점과 함의”, 사법, 통권 57호 2021.
- _____, “민간투자사업 실시협약 해지와 공익처분의 관계 - 별개설 vs. 일체설 -”, 성균관법학 제39권 제4호, 2018. 12.
- 정영철, “국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제”, 법학논고 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013
- 조기현, 전성만, “문재인정부 재정분권의 성공적 추진전략에 대한 연구, 세입분권을 중심으로,” 한국지방행정연구원, 2019.
- 조성규 “지방자치단체 파산제 도입의 법적 문제” 행정법연구 제38호, 사단법인 행정법이론 실무학회, 2014. 2.
- 표명환, “지방자치단체의 채무지급유예선언에 관한 법적 고찰”, 한국법학회, 법학연구 제40권, 2010. 11.
- 하능식, 임상수, “OECD 주요국의 조세체계 비교분석,” 한국지방세연구원, 2014.
- 한국지방행정연구원, “지방재정위기관리제도 개선방안”, 2014.
- Ashok Vir Bhatia, “IMF Working Paper, Treasurer’s Department, Sovereign Credit Rating Methodology: An Evaluation”, October 2002.
- OECD (2013), Revenue Statistics 1965 - 2012

Abstract

The issues and resolutions regarding local government's moratorium and public interest disposition

Kim, Do-Kyung

There are various disputes between local governments and companies. This article focuses on the supervision order under the PPP Act ("Private Investment Act"), which enables changing the contract through administrative dispositions and local governments' right of the moratorium. What are the problem, the cause, and the improvement plan? First, paragraph 4 of the Local Autonomy Act can be seen as a requirement for simple internal legal acts of local governments that don't take judicial effect if interpreted constitutionally. The moratorium declaration may be viewed as an administrative disposition with disposition through the local government. If that happens, it becomes a rule that changes the existing concession agreement out of contract and causes various problems. It is possible that such actions by local governments could even generate the possibility of becoming a contingent liability of the state. Next, the public interest disposition under the PPP Act still needs to be clarified, although there is a guideline from the Ministry of Strategy and Finance. A public interest disposition for revocation of the designation of a concessionaire by a local government is a public act that can deprive a concession right, extinguish management and operation rights under a concession agreement, and unilaterally and legally terminate the concession agreement. According to the IMF report, such actions by local governments can raise government bond interest rates and increase the state's contingent liabilities. A significant portion of the finances of local governments comes from the national finances. So, if you compare state and local governments to companies, they can be seen as parent company and its subsidiaries. If the subsidiary's actions can damage the parent company's credit rating, the parent company should monitor the subsidiary's activities carefully. For projects with a total project cost of less than KRW 200 billion, local governments can unilaterally take a public interest disposition of revoking the concession

agreement, and it is difficult for the state to control. Therefore, the state must check and monitor the public interest disposition that can damage the national credit in any way. It is challenging to achieve trust in the state, but it can collapse instantly. Even if grassroots democracy, local autonomy, and pluralism are pursued, checks and monitoring devices are necessary.

Key Words : PPP project, supervisory order, public interest disposition, local government, concessionaire, dispute, moratorium, local autonomy act, PPP Act, national credit rating, concession agreement