



■■■ KIEM REPORT - 리뷰

법령해석례로 본 위탁의 한계

위탁이 제한되는 사무와 근거 조문의 유형

작성	위탁관리 본부장
검수	연구소장
www.kiem.re.kr	

요약

보고서의 대상

해석례 230건 · 정독 13건

본 연구소는 법제처 법령해석례 가운데 위탁·위임·대행이 쟁점이 된 사안 **230건**을 정리하여 그 분포를 앞선 보고서에서 제시한 바 있음. 이 보고서는 그 가운데 **위탁의 가부와 근거가 직접 다투어진 13건**을 골라 회신과 이유를 대조한 것임.

물음은 하나임 — **법제처는 무엇을 근거로 '말길 수 있다'와 '말길 수 없다'를 가르는가**. 개별 사안의 결론은 적용 법령에 따라 갈리지만, 이유에 적힌 논증의 순서는 회신 연도가 15년 넘게 떨어져 있는 사안들 사이에서도 반복되어 나타남.

정독한 13건 가운데 결론이 **부정인 것이 8건**, 긍정인 것이 5건임. 부정의 이유는 대체로 근거 조문의 부재로 모이고, 긍정의 이유는 사무의 성질이 재량적 판단이나 규제적 효과를 수반하지 아니한다는 점으로 모임.

230건 전체를 대상으로 인용 법령을 집계한 결과도 함께 제시함. 서로 다른 **157개 법령**이 등장하고 그 가운데 **111개는 단 1회**만 나타남. 위탁의 근거가 개별 법령에 흩어져 있는 구조가 질의의 분포에 그대로 드러남.

용어는 다음과 같이 사용함 — **법령해석**은 법제처가 「법제업무 운영규정」에 따라 회신하는 유권해석을 말하고, **회신**은 그 결론이며, **이유**는 결론에 이르는 논거임. 법령해석은 법원의 판결과 달리 기속력을 가지지 아니하나 행정 실무의 기준으로 널리 원용됨.

방법은 문서 대조임 — 각 해석례의 질의요지·회신·이유는 발체본에서 확인한 범위로만 옮겼고, 사안의 사실관계도 그 문서에 적힌 범위를 넘지 아니하였음.

정리한 해석례	정독한 해석례	결론이 부정	등장 법령
230건	13건	8건	157개

보고서 핵심

법제처가 위탁의 가부를 판단할 때 이유에 반복하여 적는 명제는 다섯임 — ① **권한 주체를 변경하려면 법령에 근거를 두어야 함** ② 행정기관이 사무를 직접 처리하는 것이 원칙이고 위탁과 대행은 **예외**이므로 확대해석이 허용되지 아니함 ③ 근거는 **개별적이고 명시적**이어야 하며 사무 수행을 허용하는 규정이나 수탁을 가능하게 하는 규정은 위탁의 근거가 되지 아니함 ④ **재량적 판단이나 규제적 효과**를 수반하는 사무는 민간위탁의 대상이 되지 아니하고 단순사실행위는 대상이 됨 ⑤ 수탁자와 위탁사무를 **법령에 직접 명시**하는 것이 일반적인 입법례임. 이 다섯 명제는 대행에도 그대로 적용되며, 재위탁은 그 논리적 귀결로 금지됨.

I. 검토의 틀

01 검토의 대상과 방법

두 층위의 자료

코퍼스 230건 · 정독 13건

이 보고서의 자료는 두 층위로 구성됨. 하나는 본 연구소가 법령해석례에서 위탁·위임·대행이 쟁점이 된 사안을 추려 정리한 **230건의 목록**이고, 다른 하나는 그 가운데 위탁의 가부와 근거가 다투어진 **13건의 발췌**임. 앞의 것은 **집계**에, 뒤의 것은 **논증의 대조**에 사용하였음.

표 1. 위탁이 부정된 사안 8건

구분	쟁점	회신의 결론
08-0158 2008. 7. 2.	연구원법의 수탁 사업 규정이 민간위탁의 근거가 되는지	근거가 되지 아니함
11-0005 2011. 2. 17.	기준적합업소 지정 사무를 민간에 맡길 수 있는지	법령상 근거가 필요함
13-0417 2013. 10. 25.	계약사무를 위탁이 아닌 대행으로 처리할 수 있는지	처리할 수 없음
16-0131 2016. 5. 20.	수탁자가 사무의 일부를 다시 재위탁할 수 있는지	재위탁할 수 없음
17-0092 2017. 4. 20.	행정시장에게 위임한 사무를 다시 민간위탁할 수 있는지	위탁할 수 없음
17-0687 2018. 1. 16.	공립유치원을 민간에 위탁하여 운영할 수 있는지	운영할 수 없음
23-0049 2023. 4. 14.	행정대집행 절차 사무를 민간이 수탁할 수 있는지	포함되지 아니함
24-0055 2024. 1. 26.	「도로법」 제37조가 연구시설 운영의 위탁 근거가 되는지	근거가 되지 아니함

자료: 각 해석례 발췌본을 본 연구소가 정리. 회신일은 발췌본에 적힌 것임

여덟 건의 부정 사유는 셋으로 나뉨 — **근거 조문의 부재나 오인 3건, 사무의 성질 3건, 권한의 재이전 2건**임. II·III·IV장이 각각 그 셋에 대응함.

I. 검토의 틀 (계속)

02 긍정으로 회신된 사안

허용의 근거

정독 13건 중 5건

나머지 다섯 건은 질의된 사항이 허용된다고 회신된 사안임. 부정 사안과 대조하여 읽으면 판단의 기준이 더 뚜렷하게 드러나므로 함께 검토하였음.

표 2. 위탁이 긍정된 사안 5건

구분	쟁점	회신의 결론
09-0139 2009. 5. 22.	주무관청에 위탁하는 토지매수업무에 수용재결 신청이 포함되는지	포함됨
09-0194 2009. 7. 3.	민간위탁에 지방의회의 사전 동의를 요구하는 조례가 가능한지	가능함
09-0279 2009. 9. 28.	그 동의에 유효기간을 정할 수 있는지	정할 수 있음
15-0730 2015. 11. 24.	둘 이상의 기관을 수탁기관으로 지정할 수 있는지	지정할 수 있음
16-0222 2016. 8. 1.	위탁운영되는 공공보건의료기관에 공유재산을 무상대부할 수 있는지	적용될 수 있음

자료: 각 해석례 발췌본을 본 연구소가 정리

다섯 건의 성격은 같지 않음. 09-0194와 09-0279는 **조례가 정할 수 있는 범위**에 관한 것이어서 위탁의 가부 자체를 다룬 것이 아니고, 09-0139는 **행정기관에** 맡기는 위탁이므로 민간위탁과 논의의 층이 다름. 위탁의 대상과 방식이 직접 다투어진 것은 15-0730과 16-0222 두 건임.

결론의 비율이 **부정 8 대 긍정 5**인 점은 선정의 결과이지 해석례 전반의 경향이 아님. 위탁의 한계가 직접 다투어진 사안을 고르면 근거의 부재가 쟁점이 되는 경우가 많으므로 부정의 결론이 물리게 됨. 실제로 코퍼스 230건에는 위탁의 절차·수수료·감독에 관한 질의가 다수 포함되어 있고, 그러한 사안에서는 위탁 자체가 가능함을 전제로 세부가 다투어짐.

회신 시기로 보면 정독한 13건은 2008년부터 2024년까지 걸쳐 있음. 뒤에서 확인하듯 이유에 적힌 명제는 이 기간 내내 유지되며, **2013년 회신이 2017년 회신에, 2016년 회신이 2024년 회신에 인용**되는 형태로 이어짐.

I. 검토의 틀 (계속)

03 해석례가 인용한 법령의 분포

흠어진 근거

코퍼스 230건 집계

230건의 쟁점 표기에서 「」로 인용된 법령명을 추출하여 집계하였음. 시행령·시행규칙은 모범으로 합산하고 한 건에 같은 법령이 여러 번 나오면 1회로 세었음. 그 결과 **서로 다른 157개 법령**이 확인되었음.

표 3. 해석례에 자주 등장한 법령

구분	건수	비중
지방자치법	20	8.7%
행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정	12	5.2%
행정사법	11	4.8%
건축법	8	3.5%
지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률	5	2.2%
하수도법 / 주택법	각 5	각 2.2%
폐기물관리법 / 도로법 / 공동주택관리법	각 4	각 1.7%
1회만 등장한 법령	111	—

자료: 본 연구소가 정리한 법령해석례 230건의 쟁점 표기를 집계. 비중은 230건 대비

두 가지가 확인됨. 첫째, 최다인 지방자치법도 **8.7%에 그침**. 위탁의 일반 규정에 해당하는 지방자치법과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」을 합하여도 32건으로 **13.9%**임. 나머지 여섯 건 중 다섯 건은 개별 법령의 해석 문제임.

둘째, **157개 가운데 111개가 단 1회**만 나타남. 서로 다른 개별 법령에서 한 번씩 문제가 제기되었다는 것이며, 위탁의 근거가 소관 부처별 개별 법령에 흠어져 있는 현행 구조와 부합함. 일반법의 부재를 지적하는 논의가 이어져 온 배경이기도 함.

행정사법이 11건으로 셋째에 오른 것은 성격이 다름. 행정기관에 제출할 서류의 작성을 **대행**하는 행위의 범위가 반복하여 다투어진 결과로, 행정사무의 위탁이 아니라 사인 사이의 대행이 쟁점인 유형임. 같은 용어가 다른 제도에서 쓰이는 사정을 보여 줌.

I. 검토의 틀 (계속)

04 질의 구성의 변화

대행 질의의 증가

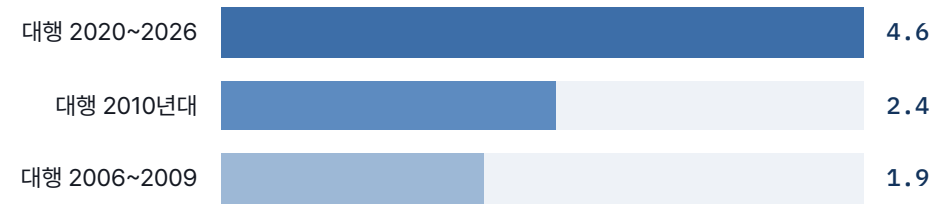
2006. 3. ~ 2026. 4.

230건의 회신일은 2006년 3월부터 2026년 4월까지 걸쳐 있음. 쟁점의 유형별로 회신 시기를 교차하여 보면 구성의 변화가 확인됨. 각 시기의 기간이 다르므로 **연평균 건수**로 환산하여 제시함.

표 4. 쟁점 유형별 연평균 회신 건수

구분	2006~2009 3.8년	2010년대 10.0년	2020~2026 6.3년	추이
위탁	4.2	4.4	4.5	유지
대행	1.9	2.4	4.6	증가
위임	2.9	3.2	2.2	감소
위탁 + 위임	0.8	1.1	0.3	감소
위탁 + 대행	0.5	0.4	0.2	감소

자료: 본 연구소가 정리한 230건 중 회신일이 확인되는 228건. 소수 둘째 자리에서 반올림



대행 쟁점의 연평균 회신 건수

대행 쟁점이 **연평균 1.9건에서 4.6건으로** 늘어 2020년 이후에는 위탁 쟁점과 거의 같은 규모가 되었음. 반면 위임 쟁점은 줄었고, 두 개념이 겹쳐 어느 쪽인지가 다투어진 사안도 줄었음.

다만 이 수치는 **법제처에 접수된 질의의 구성**이지 실무에서 각 방식이 쓰이는 빈도가 아님. 질의는 해석에 다툼이 있을 때 제기되므로, 대행 질의의 증가는 대행이 늘었다는 사실보다 **대행의 판단 기준이 정립되지 아니하였다는 사정**을 가리키는 것으로 보는 편이 온당함. 일반 규정에 대행의 정의가 없는 구조와 연결되는 지점임.

위임 질의가 줄어든 사정도 같은 방식으로 읽을 수 있음. 위임은 정의와 대상이 두 일반 규정에 비교적 분명하게 정하여져 있으므로, 회신이 축적되면 새로운 질의의 필요가 줄어들.

II. 근거의 문제

05 권한 주체의 변경과 법령상 근거

첫 번째 명제

11-0005 · 16-0131

정당한 해석례의 이유에서 가장 자주 반복되는 문장은 다음의 것임. 2011년 회신(11-0005)과 2016년 회신(16-0131)에 **거의 같은 문언**으로 등장함.

민간위탁에 의한 행정사무의 처리는 그것이 법적으로 국민에 대하여 책임을 지지 아니하는 사인(私人)에 의하여 직접 행해진다는 점에서 **행정사무처리의 책임성·공정성 및 공공성이 저하될 소지가 크고**, 법령에 근거하여 수행되는 행정사무를 아무런 근거 없이 법령에 규정된 자 외의 자가 수행한다면 이는 입법자의 의도와 다르게 법령을 집행하는 것이 되며 그 법령의 적용을 받은 국민의 예측가능성을 저해하는 것이므로, **특정 행정사무에 관한 법령상의 권한 주체를 변경하려면 그 근거를 법령에 두어야** 할 것입니다.

법제처 11-0005 (2011. 2. 17. 회신)

논증의 구조는 셋으로 나뉨. **사인**이 수행한다는 사실에서 책임성·공정성·공공성의 저하 가능성을 도출하고, **입법자의 의도와 국민의 예측가능성**을 근거로 법령에 규정되지 아니한 자의 수행을 배척하며, 그로부터 **권한 주체의 변경에는 법령상 근거가 필요하다**는 결론에 이름.

근거를 요구하는 이유는 **절차의 형식**에 있지 아니함. 사인이 행정사무를 수행하면 그 사인은 국민에 대하여 정치적·법적 책임을 지지 아니하므로, 그 사인을 사무의 주체로 만드는 결정 자체가 입법자의 몫이라는 것임.

이 명제는 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결에서 확인된 것이고 16-0131은 그 판결을 명시적으로 인용함. 법령해석과 판례가 같은 기준을 공유한다는 뜻이며, 이 기준을 **법제처의 견해에 그치는 것으로** 취급할 수 없는 이유임.

여기서 말하는 「법령상 근거」의 층위도 회신에 드러나 있음. 24-0055는 「법률에 개별적이고 명시적인 위탁 근거」를 요구하였고, 08-0158은 개별 법령의 근거 규정이나 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」의 부처별 조문 중 하나를 요구하였음. 반면 13-0417은 지방자치단체의 사무에 관하여 **「최소한 법령이나 조례에 그 근거」**가 있어야 한다고 하여 조례를 포함시켰음. 국가사무와 자치사무의 차이에서 비롯되는 구별로 보이며, 「지방자치법」 제117조제3항이 조례에 위임의 여지를 둔 구조와 연결됨.

따라서 실무에서 근거를 확인할 때에는 **대상 사무가 국가사무인지 자치사무인지**를 먼저 가려야 함. 국가사무라면 개별 법률 또는 부처별 위임위탁규정을 찾아야 하고, 자치사무라면 개별 법령과 함께 조례가 근거가 될 수 있음. 다만 두 경우 모두 **계약이나 협약은 근거가 되지 아니함**. 계약은 근거가 갖추어진 뒤 내용을 정하는 수단일 뿐임.

II. 근거의 문제 (계속)

06 예외성과 확대해석의 금지

두 번째 명제

13-0417 · 17-0092

두 번째로 반복되는 명제는 위탁과 대행이 **예외적인 처리 방식**이라는 것임. 2013년 회신(13-0417)에서 정립되어 2017년 회신(17-0092)이 이를 인용하는 형태로 이어짐.

「지방자치법」에서 자치단체 사무의 관리 및 집행권을 지방자치단체의 장에게 부여하고, 행정기구와 공무원 등을 갖추도록 하는 것은 **지방자치단체의 사무를 지방자치단체 스스로 처리하게 하기 위한 것**이고, 해당 지방자치단체가 스스로 처리하여야 할 사무를 민간기관에 위탁이나 대행을 통하여 처리하게 하는 것은 **예외적인 사항**으로 ... 최소한 법령이나 조례에 그 근거가 있어야 할 것인바 ...

법제처 13-0417 (2013. 10. 25. 회신)

이 명제는 **해석의 방향**을 정함. 17-0092는 앞의 문장을 인용한 뒤 「예외적인 사항은 합리적인 이유 없이 문언의 의미를 확대하여 해석할 수는 없다」고 하여, 조문의 문언이 명확하지 아니할 때 **위탁을 허용하는 방향으로 읽지 아니한다**는 원칙을 세움.

논거의 출발점이 조직 규정이라는 점에 유의할 필요가 있음. 법제처는 **단체장에게 사무의 관리·집행권을 부여하고 행정기구와 공무원을 두게 한 규정**에서 직접 처리의 원칙을 도출하였음. 이 논법에 따르면 위탁을 금지하는 조문이 없다는 사정은 허용의 근거가 되지 못함.

표 5. 논증의 순서

구분	단계	내용
1	원칙의 확인	행정기관이 스스로 처리 하는 것이 원칙임
2	예외의 성격	위탁·대행은 원칙에 대한 예외 임
3	해석의 방향	예외는 확대해석할 수 없음
4	결론	문언이 명확하지 아니하면 근거로 인정하지 아니함

자료: 13-0417·17-0092의 이유를 본 연구소가 정리

이 원칙은 다음 두 절에서 다루는 「도로법」 제37조와 「한국국방연구원법」 제6조제6호의 해석에서 결정적으로 작동함. 두 조문 모두 문언만 보면 위탁을 허용하는 듯이 읽히나 법제처는 어느 쪽도 **근거로 인정하지 아니하였음**.

II. 근거의 문제 (계속)

07 근거로 오인되는 조문 ①

「도로법」 제37조

24-0055 (2024. 1. 26.)

국토교통부는 도로에 연접하여 설치한 **연구시설의 운영 업무**를 「도로법」 제37조에 근거하여 공공단체나 사인에게 위탁할 수 있는지를 물었음. 해당 조문은 다음과 같음.

제37조(공공단체 또는 사인의 도로공사 등) 도로관리청은 도로에 관하여 직접적인 이해관계가 있는 공공단체 또는 사인(私人)에게 **대통령령으로 정하는 경미한 도로공사나 도로의 유지·관리를 하게 할 수 있다.**

「도로법」 제37조

문언만 보면 도로관리청이 사인에게 사무를 맡길 수 있다고 읽히므로 위탁의 근거로 오인되기 쉬움. 법제처는 **근거가 되지 아니한다**고 회신하였고, 이유는 두 갈래로 제시되었음.

첫째, 민간위탁은 「법률에 따라 정해진 직무범위 및 행위주체를 대내외적으로 변경하는 효과」를 가지므로 **법률에 개별적이고 명시적인 위탁 근거**가 있어야 함(16-0006 해석례 인용). 그런데 「도로법」 제31조는 도로공사와 유지·관리를 도로관리청이 수행한다고 정하고 있고, 제37조는 그 예외로서 도로관리청이 **직접 수행하지 아니하고 이해관계인이 수행하게 하는** 취지의 규정일 뿐임. 시행령이 「도로공사 시행 명령서」와 「도로의 유지·관리 명령서」의 교부를 요구하는 것도 이 조문이 명령의 형식을 예정하고 있음을 보여 준다고 하였음.

둘째, 설령 제37조가 위탁의 근거가 된다고 하여도 **대상 사무가 맞지 아니함**. 같은 조의 「경미한 도로공사나 도로의 유지·관리」는 도로 이용의 편의와 안전 확보를 위한 일반적 관리 활동과 구조에 영향을 주지 아니하는 개량·보수를 의미하는 데 반하여, 연구시설의 운영은 **시설의 인적·물적 요소의 관리와 프로그램 제공**을 말하므로 그 범위에 들어가지 아니한다는 것임.

두 갈래의 관계에도 실무의 뜻이 있음. 첫째 갈래는 **조문의 성격**에 관한 것이고 둘째 갈래는 **사무의 범위**에 관한 것이어서, 어느 하나만으로도 결론에 이를 수 있는 독립한 논거임. 근거 조문을 검토할 때 그 조문이 위탁을 예정한 것인지와 대상 사무가 조문의 문언에 들어가는지를 **따로 확인하여야 한다**는 것을 보여 줌.

이 회신은 판단 대상을 한정하고 있음. 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」이나 「국유재산법」 제29조에 따른 관리위탁으로 맡길 수 있는지는 **판단하지 아니하였음**. 특정 조문이 근거가 되지 아니한다는 회신을 **해당 사무를 어떤 방법으로도 맡길 수 없다**는 결론으로 읽어서는 아니 됨. 실무에서는 하나의 조문이 부정되었을 때 다른 근거 규범이 있는지를 다시 확인하는 절차가 필요함.

II. 근거의 문제 (계속)

08 근거로 오인되는 조문 ㉔

수탁 가능 규정

08-0158 (2008. 7. 2.)

국방부는 「한국국방연구원법」 제6조제6호가 「정부·민간단체 등으로부터의 연구용역의 수탁」을 연구원의 사업으로 정하고 있음을 들어, 이 규정이 위임위탁규정 제11조제1항의 「법령」에 해당하여 민간위탁의 근거가 되는지를 물었음.

법제처는 **근거가 될 수 없다**고 회신하였음. 이유는 조문이 규율하는 대상이 서로 다르다는 것임.

「한국국방연구원법」 제6조제6호의 의미는 **한국국방연구원이 정부나 민간단체 등으로부터 연구용역을 수탁 받아 이를 수행할 수 있다는 규정에 불과한 것으로** 민간위탁의 근거규정이 될 수는 없다고 할 것입니다.

법제처 08-0158 (2008. 7. 2. 회신)

받는 쪽의 사업 범위를 정한 규정은 맡기는 쪽의 권한을 옮기는 규정과 달라 권한 주체의 변경이라는 효과를 만들어 내지 못함. 법제처는 국방부장관이 권한을 민간에 위탁하려면 **개별 법령**이나 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제23조(국방부 소관)에 **근거 규정을 두어야** 한다고 하였음.

표 6. 근거로 오인되기 쉬운 규정의 유형

구분	사례	근거가 되지 아니하는 이유
사무 수행을 허용하는 규정	「도로법」 제37조 (24-0055)	직접 수행하지 아니하고 이해관계인이 하게 하는 취지일 뿐 행위주체를 변경 하지 아니함
수탁을 가능하게 하는 규정	「한국국방연구원법」 제6조제6호 (08-0158)	받는 쪽의 사업 범위를 정할 뿐 맡기는 쪽의 권한을 옮기지 아니함
일반적 근거 규정	「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제11조제1항	「법령이 정하는 바에 따라」라고 하므로 별도의 개별 근거 를 전제함

자료: 24-0055-08-0158의 이유를 본 연구소가 정리

세 유형 가운데 셋째가 자주 문제 됨. 위임위탁규정 제11조제1항은 대상 사무를 정한 조문이어서 근거 규범처럼 읽히나, 문언이 「법령이 정하는 바에 따라」로 시작하므로 **다른 곳에 근거가 있음을 전제함**.

III. 사무의 성질

09 사무의 성질에 관한 기준

대상 사무의 한계

정부조직법 제6조제3항

근거 조문이 있다고 하여 모든 사무를 맡길 수 있는 것은 아님. 「정부조직법」 제6조제3항과 「지방자치법」 제117조제3항은 대상 사무를 「**조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무**」로 한정하고 있음.

문언은 간명하나 개별 사무가 여기에 해당하는지는 판단을 요함. 정독한 해석례에서 법제처가 사용한 판단 지표는 다음과 같음.

표 7. 사무의 성질에 관한 판단 지표

구분	내용	출처
재량적 판단	행정기관의 재량적 판단이 필요한 사무는 대상이 되지 아니함	15-0730
규제적 효과	국민의 권리·의무에 규제적인 효과 를 가져오는 사무는 대상이 되지 아니함	15-0730·11-0005
단순사실행위	등록 등의 업무를 보조하는 단순사실행위 인 행정작용은 대상이 됨	15-0730
권한의 필수적 부분	법률이 부여한 권한의 필수적인 부분 에 해당하는 절차 사무는 대상이 되지 아니함	23-0049
절차적 정당성	절차의 정당성과 집행의 공정성 확보에 중요한 사항 은 행정청이 직접 결정하여야 함	23-0049
설립주체의 예정	법령이 설립주체와 운영주체를 동일 하게 예정하고 있으면 분리가 허용되지 아니함	17-0687

자료: 각 해석례의 이유에서 판단 근거로 제시된 표현을 본 연구소가 정리

지표를 나란히 놓으면 하나의 축이 드러남 — **결정하는 행위인지 실행하는 행위인지**임. 재량적 판단·규제적 효과·절차의 중요 사항은 결정의 영역에 속하고, 단순사실행위와 실행행위는 그 반대편에 있음. 아래의 세 절에서 이 축이 개별 사안에 적용되는 모습을 확인함.

이 축은 법문의 「국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무」를 구체화한 것으로 볼 수 있음. 변동을 일으키는 것은 결정이고 결정된 바를 이행하는 행위는 그러하지 아니하기 때문임.

III. 사무의 성질 (계속)

10 행정대집행의 절차와 실행

조문이 그은 선

23-0049 (2023. 4. 14.)

민원인은 민간사업시행자가 지방자치단체의 장으로부터 **행정대집행 권한을 위탁받아 그의 명 의와 책임으로** 대집행을 실시할 수 있는지를 물었음. 「행정대집행법」 제2조가 「행정청이 제3자로 하여금 하게 하는 것」을 정하고 있으므로 이 「제3자」에 수탁자가 포함되는지가 쟁점이었음.

법제처는 **포함되지 아니한다고** 회신하였음. 근거는 같은 법률 안의 조문 배치임.

표 8. 「행정대집행법」의 주체 규정

구분	내용	주체의 규정
제3조	계고, 대집행영장의 통지	행정청만으로 규정
제4조제1항	대집행의 실행행위	행정청(제2조에 따라 대집행을 실행하는 제3자를 포함)
제6조	비용징수	행정청만으로 규정

자료: 23-0049의 이유에 인용된 조문을 본 연구소가 정리

절차의 앞뒤인 계고·영장 통지와 비용징수는 **행정청만**을 주체로 정하고, 가운데의 실행행위에서만 제3자를 괄호로 포함시킴. 법제처는 이 배치를 두고 「대집행의 실행행위 과정에 한정하여 제3자를 예외적으로 포함」한 것으로 읽었음.

따라서 제2조의 「제3자」는 **실행행위 과정에서 행정청의 지휘·감독을 받아** 의무자가 하여야 할 행위를 대신 수행하는 자를 의미함. 명 의와 책임이 넘어가지 아니하므로 **수탁자의 지위와 구별**되며, 실행을 맡길 수 있다는 규정이 절차 전체의 근거가 되지 못함.

법제처는 두 가지를 덧붙였음. 계고서와 대집행영장의 발부는 **행정처분에 해당**하고 절차적 정당성 확보에 중요한 사항이므로 행정청이 직접 결정하여야 한다는 점, 위탁을 예정한 법령은 **수탁자와 위탁사무를 직접 명시하는 것이 일반적인 입법례**인데 제2조는 「제3자」를 특정하지 아니하였다는 점임.

뒤의 지적은 앞선 절의 두 사안과 이어짐. 조문이 위탁을 예정하였다면 **그 사실이 문언에 드러나 있어야 한다**는 기준임.

대집행의 실행을 민간업체가 수행하는 사례는 흔하나 그 계약은 **실행행위의 도급**일 뿐 권한의 위탁이 아님. 계고와 영장 통지, 비용징수의 결정은 여전히 행정청의 것임.

III. 사무의 성질 (계속)

11 규제적 효과를 가지는 사무

권장과 규제의 사이

11-0005 (2011. 2. 17.)

식품의약품안전청은 「**우수화장품 제조 및 품질관리에 관한 기준**」의 준수를 권장하는 사무를 민간에 맡길 수 있는지를 물었음. 사무의 내용은 기준을 설정하고, 준수 여부를 평가·판정하여 **기준적합업소로 지정**하며, 지정된 업소에는 사후관리를 면제하거나 품질관리의 자율성을 확대하는 것이었음.

법제처는 이 사무가 **일반적인 권고와 다르다**고 보았음.

... 기준을 준수하는지 여부를 평가·판정하여 해당 제조업소를 기준적합업소로 지정하고 ...
우대조치를 하는 사무는 화장품제조업자에게 ... 기준을 준수하도록 **사실상 규제를 가하는
사무로서의 성질**을 가지고 있다 할 것입니다.

법제처 11-0005 (2011. 2. 17. 회신)

판단의 요체는 **이름이 아니라 효과**임. 표제는 「권장」이었으나 평가·판정과 지정, 우대조치가 결합되면 사업자는 기준을 따르지 아니할 수 없게 됨. 법적 강제가 없어도 **사실상의 규제**가 성립한다고 본 것임.

사실상의 규제를 인정한 근거는 **결합의 구조**에 있음. 평가와 판정만 있으면 정보의 제공에 그치고 우대조치만 있으면 이익의 부여에 그치나, 둘이 결합하면 지정을 받지 못한 사업자에게 **불이익이 발생하는 것과 같은 결과**가 됨. 법제처가 「일반적인 권고와는 다른 것」이라고 한 취지임.

그 결과 이 사무는 법령상 근거를 두어 수행하는 것이 적절하고, 민간에 위탁하려는 경우에도 **별도의 법령상 근거**가 필요하다는 회신이 내려졌음. 법제처는 아무런 법적 근거 없이 민간단체가 이러한 사무를 수행하게 하는 것은 「입법체계상 적절치 못하다」고 하였음.

실무에서 이 판단이 가지는 뜻은 **사무의 명칭으로 대상 여부를 가릴 수 없다**는 것임. 권장·안내·홍보와 같은 이름이 붙어 있어도 인증·지정·평가·등급 부여가 결합되어 있으면 규제적 효과가 인정될 여지가 있고, 그 경우 근거 없는 위탁은 허용되지 아니함. 위탁 대상 사무를 선정할 때 **사무의 명칭이 아니라 그 사무가 상대방에게 미치는 효과**를 기준으로 삼아야 하는 이유임.

법제처가 회신에서 **사무의 수행 자체와 그 사무의 위탁을 나누어** 답한 점도 확인할 필요가 있음. 회신은 기준적합업소 지정 사무를 「법령상 근거를 두어 수행하는 것이 적절」하다고 하고, 이어서 「그 행정사무를 민간위탁하려는 경우에도 별도의 법령상 근거를 두어야」 한다고 하였음. 사무의 근거와 위탁의 근거가 서로 다른 층위이며 **둘 다 필요함**.

III. 사무의 성질 (계속)

12 설립주체와 운영주체

분리가 부정된 근거

17-0687 (2018. 1. 16.)

서울특별시교육청은 설립·경영자가 사망하여 궐위 상태인 사립유치원을 **공립유치원으로 전환한 뒤 민간에 위탁**할 수 있는지를 교육부에 질의하였고, 교육부 내부에서 의견이 갈리자 법제처에 법령해석을 요청하였음.

법제처는 **조례로도 위탁 운영을 할 수 없다**고 회신하였음. 이유는 교육 관련 법령의 체계에서 도출되었음.

... 각 법률에서는 학교를 설립주체에 따라 “국가가 설립·경영하는 국립학교”, “지방자치단체가 설립·경영하는 공립학교”, “법인 또는 사인이 설립·경영하는 사립학교”로 구분하고 있으며 ... 교육 관련 법령은 **학교의 설립주체와 운영주체를 동일한 주체로 하여 학교를 설립·운영할 것을 예정**하고 있다고 보아야 할 것입니다.

법제처 17-0687 (2018. 1. 16. 회신)

법령이 설립과 운영을 분리하는 규정을 두지 아니하였으므로, 명문의 근거 없이 이를 분리하는 해석은 **‘허용될 수 없는 확장해석’**이라는 것임. 여기서도 앞서 본 예외성의 원칙이 작동함.

논증의 자료가 **정의 규정의 구조**라는 점에 유의할 필요가 있음. 학교의 종류를 설립주체로 나눈 정의 규정은 그 자체로 위탁을 금지하는 조문이 아니나, 법제처는 이 구분이 설립과 경영을 하나로 묶어 놓았다는 사실에서 입법자의 예정을 읽어 냈음. 조문의 형식이 금지 규정인지가 아니라 **법령이 무엇을 상정하고 있는지**가 판단의 자료가 된 것임.

보강 논거로 제시된 것이 **교원의 신분**임. 「교육공무원법」은 국·공립 유치원을 교육기관의 하나로 정하고 있어 공립유치원에 두는 교원은 교육공무원의 신분을 가지는데, 이는 지방자치단체가 공립유치원을 **직접 운영하는 것을 전제로 한 규정**이라고 보았음. 인력의 신분에 관한 규정이 운영 방식의 한계를 확인하는 자료로 쓰인 것임.

이 사안은 **시설의 위탁운영을 검토할 때 무엇을 먼저 확인하여야 하는지**를 보여 줌. 위탁의 근거 조문을 찾기에 앞서, 해당 시설을 규율하는 법령이 설립주체와 운영주체를 어떻게 상정하고 있는지, 그 시설에 배치되는 인력의 신분을 어떻게 정하고 있는지를 확인하여야 함. 뒤의 17절에서 보듯 같은 확인이 반대의 결론으로 이어진 사안도 있음.

이 기준은 공공시설의 위탁운영 전반에 닿음. 개별 법령이 운영주체를 명시한 시설이 적지 아니하며, 그 경우 「공유재산 및 물품 관리법」의 관리위탁 규정이나 민간위탁 조례만으로는 **운영주체를 바꿀 수 없음**.

IV. 재위탁의 금지

13 수탁자의 재위탁

근거 없는 재이전

16-0131 (2016. 5. 20.)

경기도는 조례에 따라 민간위탁한 사무의 일부를 **수탁자가 다시 다른 민간에 재위탁**하도록 조례로 정할 수 있는지를 물었음. 법제처는 **할 수 없다**고 회신하였음.

논증은 두 단계임. 첫째, 권한 주체를 변경하려면 법령상 근거가 있어야 하고 **수탁사무를 다시 재위탁하는 경우에도 별도의 법령상 근거**가 있어야 함(대법원 2000추36 판결 인용). 둘째, 「지방자치법」 제104조제3항(현 제117조제3항)은 단체장이 민간에 위탁하는 경우만 규정하고 **재위탁에 관하여는 규정하지 아니하였음**.

만일 ... 재위탁할 수 있다고 본다면, 이는 사실상 권한의 위임·위탁을 **무제한적으로 허용**하게 될 수 있으므로 행정권한 법정주의에 반할 뿐만 아니라, **행정권한과 그 책임의 소재 및 범위를 불분명하게 하는 결과**를 초래하게 됨으로써 허용할 수 없다고 할 것입니다.

법제처 16-0131 (2016. 5. 20. 회신)

법제처는 규정의 부재를 **입법의 공백이 아니라 금지의 취지**로 읽었음. 「재위탁에 관한 사항을 규정하지 않은 것은 재위탁을 금지하려는 취지」라고 명시함. 질의가 조례로 정하는 방식을 전제한 것이었으므로, 이 회신은 조례로도 재위탁의 근거를 만들 수 없다는 뜻을 함께 담고 있음.

실무에서 자주 제기되는 반론, 곧 사무의 일부를 다른 기관이 처리할 필요가 있다는 주장에 대하여도 답이 제시되었음. 민간위탁은 **해당 수탁자의 전문성을 전제로** 이루어진 것이므로 이를 다시 다른 곳에 넘기면 위탁의 취지가 훼손되고, 필요가 있다면 **사무를 분할하여 별도로 민간위탁을 하면 된다**는 것임.

이 답은 실무의 선택지를 분명히 함. 수탁자가 사무의 일부를 감당하기 어려운 사정이 생겼다면 **재위탁이 아니라 위탁 범위의 조정**으로 해결하여야 하며, 그 조정은 위탁기관이 근거 자치법규에 따라 하는 것임.

다만 수탁자가 사무의 수행에 필요한 물품이나 용역을 조달하는 계약까지 금지되는 것은 아님. 재위탁으로 문제 되는 것은 **사무의 처리 권한 자체가 다시 옮겨 가는 경우**이며, 수탁자가 자신의 명의로 책임으로 사무를 수행하면서 그에 필요한 급부를 제3자로부터 받는 것은 성격이 다름. 두 경우를 가르는 기준은 대외적으로 누구의 명의로 사무가 처리되는지에 있음.

이 회신은 민간위탁 조례가 대부분 **재위탁 금지 조항**을 두고 있는 사정과도 이어짐. 조례에 금지 조항이 없더라도 재위탁이 허용되는 것은 아니며, 그 조항은 이미 금지된 사항을 확인하여 적어 둔 것으로 볼 수 있음.

IV. 재위탁의 금지 (계속)

14 하부행정기관의 민간위탁

위임 뒤의 위탁

17-0092 (2017. 4. 20.)

제주특별자치도는 국가가 도지사에게 기관위임한 사무를 도지사가 **행정시장에게 위임한 뒤**, 행정시장이 위임받은 사무의 일부를 도지사의 승인을 받아 **민간에 위탁**하게 할 수 있는지를 물었음.

법제처는 **할 수 없다**고 회신하였음. 앞 절의 사안과 형태는 다르나 이유는 같음.

... 조례로 지방자치단체의 장으로부터 사무를 위임받은 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관이 다시 해당 사무를 민간기관등에 위탁하게 할 수 있다고 해석한다면, **법령에 행정권한의 위임·위탁의 근거규정을 둘 필요가 없게 되고**, 이는 사실상 행정권한의 위임·위탁을 제한없이 허용하게 되는 것으로서 **행정권한 법정주의에 반하는 결과**가 된다고 할 것 ...

법제처 17-0092 (2017. 4. 20. 회신)

두 사안을 나란히 놓으면 **권한이 옮겨 간 뒤에 다시 옮기는 행위**는 그 형태를 불문하고 별도의 법령상 근거를 요구한다는 기준이 드러남. 받은 쪽이 민간이든 하부행정기관이든 결론은 같음.

표 9. 재이전이 문제 된 두 유형

구분	경로	결론과 근거
16-0131	단체장 → 민간 수탁자 → 다른 민간	불가 — 제117조제3항이 재위탁을 규정하지 아니한 것은 금지의 취지 임
17-0092	도지사 → 행정시장 → 민간	불가 — 별도의 법령상 근거가 없으면 행정권한 법정주의에 반함

자료: 16-0131·17-0092의 회신과 이유를 본 연구소가 정리

「지방자치법」 제117조제4항은 위임·위탁받은 사무를 다시 위임·위탁하려면 원래 기관장의 **승인**을 받도록 정하고 있음. 두 회신은 이 승인 규정이 재위탁 자체의 근거가 되지 아니한다는 점을 확인한 것으로 읽힘. 승인은 근거가 갖추어진 재이전의 **절차 요건**일 뿐이며, 승인을 받았다는 사정만으로 근거가 보완되지 아니함.

17-0092가 기관위임사무에 관한 사안이라는 점도 함께 볼 필요가 있음. 국가로부터 위임받은 사무는 자치사무가 아니므로 자치법규로 주체를 다시 정하는 데 더 엄격한 제약이 따름. **대상 사무가 어떤 경로로 그 기관에 와 있는지**를 먼저 확인하여야 하는 이유임.

V. 대행과 복수 위탁

15 대행 방식의 근거

금지 규정의 부재

13-0417 (2013. 10. 25.)

안전행정부는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이 계약사무의 **위탁**만을 규정하고 있는 상황에서, 민간기업이 **대행** 방식으로 계약사무를 처리할 수 있는지를 물었음.

질의의 배경에는 대행이 위탁과 다르다는 인식이 있었음. 대행은 권한이 이전되지 아니하므로 위탁과 같은 근거를 요구할 이유가 없고, 금지하는 규정도 없으니 허용된다는 논리임. 법제처는 이를 **배척**하였음.

대행의 경우 대행을 받은 자가 대외적으로 자신의 이름과 책임으로 업무를 처리하는 것이 아니고 **피대행자의 이름과 책임으로 업무를 처리하기 때문에 일반국민이나 주민이 대행을 하고 있는 민간기관을 행정기관으로 오인하는 등의 문제**가 있을 수 있어 법령에 그 근거 규정을 두는 것이므로, 법령에 대행을 금하는 규정이 없기 때문에 당연히 대행할 수 있는 것으로 보는 것은 타당하지 않다고 할 것입니다.

법제처 13-0417 (2013. 10. 25. 회신)

대행에 근거를 요구하는 이유가 위탁과 다르게 제시된 점이 이 회신의 특징임. 위탁에서는 **권한 주체의 변경**이 근거를 요구하는 사유였으나, 대행에서는 명의가 넘어가지 아니하므로 그 사유가 성립하지 아니함. 그 대신 **수행 주체와 명의의 불일치가 만들어 내는 오인**이 근거를 요구하는 사유로 제시되었음.

제도의 층위에서 보면 이 논거는 **상대방의 인식**을 보호 대상으로 삼은 것임. 대행에서는 행정기관의 이름으로 행위가 나가므로 실제 수행자가 민간이라는 사실이 드러나지 아니하며, 이 불일치를 법령이 미리 공시하도록 하는 것이 근거 규정의 기능이라는 이해임.

결론은 대행도 **법령이나 조례에 근거가 있어야** 한다는 것임. 지방계약법이 위탁만 규정하고 대행을 규정하지 아니하였으므로 대행 방식의 계약사무 처리는 허용되지 아니한다고 하였음.

앞의 04절에서 확인한 대행 질의의 증가와 함께 놓으면 이 회신의 실무적 의의가 드러남. 일반 규정에 대행의 정의가 없는 상태에서 실무는 대행을 **근거가 덜 요구되는 방식**으로 다루는 경향이 있으나, 법제처의 판단은 그와 반대임. 계약서의 표제를 위탁에서 대행으로 바꾸는 것만으로는 근거의 문제가 해소되지 아니함.

회신이 다룬 것은 지방계약법상 계약사무이나 논거는 그 법률에 한정되지 아니함. 개별 법령이 **위탁만을 규정**하였다면 그 사무를 대행으로 처리할 수 없고, 반대로 **대행만을 규정**하였다면 명의와 책임을 넘기는 위탁으로 처리할 수 없음.

V. 대행과 복수 위탁 (계속)

16 복수 수탁기관의 지정

원칙과 예외

15-0730 (2015. 11. 24.)

경기도는 「건설기술 진흥법 시행령」에 따라 위탁받을 자를 지정·고시할 때 **둘 이상의 기관을** 수탁기관으로 지정할 수 있는지를 물었음. 대상 사무는 건설기술용역업의 등록·변경등록 등에 관한 접수·확인 및 관리였음.

법제처는 **지정할 수 있다**고 회신하면서도 단서를 달았음. 회신의 구조가 다른 사안과 다른 점임.

... 여러 기관에 업무를 위탁하면 **집행의 일관성이 유지되기 어렵고, 책임의 소재와 범위가 불분명하게 될 우려가 있는** 등의 문제가 있을 수 있으므로 **원칙적으로는 수탁기관을 하나로 정하는 것이 바람직**하다고 할 것입니다.

법제처 15-0730 (2015. 11. 24. 회신)

그러면서도 법령이 수탁기관을 하나로 제한하고 있거나 사무의 성질상 여러 기관이 수행하기에 적합하지 아니한 경우를 제외하면 복수 지정이 제한되지 아니한다고 하였고, 실제로 지정할 때에는 **사업 수행의 효율성, 집행의 일관성, 책임 소재의 명확성**을 종합적으로 검토하여 신중히 결정하여야 한다고 덧붙였음.

회신의 논리적 구조는 **원칙과 허용의 분리**임. 하나로 정하는 것이 바람직하다는 판단은 위탁의 효과, 곧 수탁자가 자신의 명義와 책임으로 권한을 행사한다는 성질에서 나온 것이고, 그럼에도 복수 지정이 허용되는 것은 이를 제한하는 법령상 근거가 없기 때문임. 앞선 사안들에서 근거의 부재가 부정의 사유였던 것과 방향이 반대이며, **제한하는 규정의 부재는 허용의 근거가 된다**는 점이 드러남.

결론을 뒷받침한 것은 **사무의 성질**이었음. 대상 사무가 재량적 판단을 요하거나 규제적 효과를 가져오는 사무가 아니라 **등록 등의 업무를 보조하는 단순사실행위**에 해당한다고 본 것임. 09절의 표에서 제시한 세 지표가 한 사안에 모두 나타남.

실무에 주는 뜻은 **복수 지정의 가부가 사무의 성질에 달려 있다**는 것임. 같은 법령에 근거한 위탁이라도 재량적 판단이 개입하는 사무라면 복수 지정이 사무의 성질상 적합하지 아니하다는 판단으로 이어질 수 있음. 아울러 이 회신은 **허용된다는 결론과 바람직하다는 판단이 다르다**는 점을 분명히 하였으므로, 복수 지정을 검토할 때에는 그 필요성을 별도로 설명할 수 있어야 함.

복수 지정이 이루어진 뒤의 관리에도 회신이 든 세 가지가 그대로 남음. 처리 기준이 달라지지 아니하도록 **지침을 통일**하고, 사무의 구역이나 대상을 나누어 **책임의 범위를 특정**하며, 민원의 이관 절차를 정하여 두는 것이 그 방법임.

VI. 위탁이 인정된 사안

17 위탁운영과 공유재산의 무상대부

운영방식과 지위

16-0222 (2016. 8. 1.)

전라남도 화순군은 지방자치단체가 직접 설립한 **공공보건의료기관을 민간의료법인에 위탁운영**하는 경우에도 「공공보건의료에 관한 법률」 제10조제1항에 따른 **공유재산의 무상대부**가 가능한지를 물었음.

법제처는 **적용될 수 있다**고 회신하였음. 앞서 본 공립유치원 사안과 결론이 같았으므로 그 이유를 대조하여 볼 필요가 있음.

표 10. 두 사안의 대조

구분	17-0687 (공립유치원)	16-0222 (공공보건의료기관)
법령의 예정	설립주체와 운영주체를 동일하게 예정	운영방식을 직영으로 한정하지 아니함
금지 규정	분리를 허용하는 명문의 규정이 없음	위탁을 제한하거나 금지하는 규정이 없음
인력의 신분	공립유치원 교원은 교육공무원	해당 규정 없음
결론	위탁운영 불가	무상대부 규정 적용 가능

자료: 두 해석례의 이유를 본 연구소가 대조

두 사안을 가른 것은 **법령이 운영주체를 어떻게 상정하였는지**임. 공공보건의료법은 기관의 개념을 정의할 뿐 운영방식을 직영으로 한정하지 아니하였고, 위탁을 제한하는 규정도 두지 아니하였음.

법제처는 나아가 **설립목적이 운영방식에 따라 달라지지 아니한다**고 하였음. 공공보건의료 업무는 취약계층 보건의료와 수익성이 낮은 분야의 의료를 우선 제공하는 것인데, 직영인지 위탁운영인지에 따라 수행하여야 할 의무나 사업이 달라진다고 보기 어렵다는 것임.

결론을 보강한 것은 **결과의 형평**이었음. 위탁운영이라는 이유만으로 무상대부를 배제하면 법령상 근거 없이 달리 취급하는 것이 되고, 지역의 여건에 맞게 **운영방식을 선택할 기회가 제한**되어 입법목적에 부합하지 아니한다고 하였음.

다만 이 회신이 다룬 것은 **지원 규정의 적용 여부**이지 위탁 자체의 가부가 아님. 시설의 위탁운영을 검토할 때에는 근거 조문을 먼저 확인하고 지원·재산·인력에 관한 규정의 적용 여부를 별도로 살펴야 함.

VI. 위탁이 인정된 사안 (계속)

18 해석의 폭과 위탁의 방향

받는 쪽이 누구인가

09-0139 (2009. 5. 22.)

정독한 13건 가운데 **위탁의 범위를 넓게 인정**한 사안이 하나 있음. 국토해양부의 질의로, 민간투자사업의 사업시행자가 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제20조제3항에 따라 **주무관청에** 위탁하는 토지매수업무 등의 범위에 **수용재결 신청 권한**이 포함되는지가 쟁점이었음.

법제처는 **포함된다고** 회신하였음. 주목할 것은 해석의 방향을 정한 다음 문장임.

... 주무관청이 민간투자사업에 필요한 토지매수업무 등을 위탁받아 수행하도록 한 것은 민간과 달리 **최고도의 공공성을 가진 행정기관**이 그 조직과 경험을 통하여 토지매수관련업무를 효율적으로 추진함으로써 사업의 원활한 시행을 도모하고자 하는 것이므로, 사업시행자가 주무관청에게 위탁할 수 있는 **업무 또는 권한의 범위는 넓게 보아야 할 필요**가 있습니다.

법제처 09-0139 (2009. 5. 22. 회신)

이 사안의 위탁은 **방향이 반대임**. 앞서 검토한 사안들은 행정기관이 민간에 맡기는 것이었으나, 이 사안은 민간사업시행자가 **행정기관에** 맡기는 것임. 그 결과 「행정사무를 사인이 수행하게 된다」는 우려가 성립하지 아니하고, 오히려 공공성이 높은 기관이 수행한다는 점이 **범위를 넓게 보는** 논거가 되었음.

회신은 문언의 해석에서도 같은 방향을 취하였음. 법률이 범위를 명시하지 아니하였고 수용재결 신청을 **명문으로 배제한 규정도 없다**는 점을 들어, 협의부터 수용재결과 보상에 이르는 일련의 절차가 모두 포함된다고 보았음. 명시적 근거의 부재가 부정의 사유였던 앞선 사안들과 대비됨.

13건을 통틀어 보면 해석의 폭이 **받는 쪽이 누구인지**에 따라 갈리는 것으로 나타남. 민간이 받는 경우에는 개별적이고 명시적인 근거를 요구하고 문언을 좁게 읽는 반면, 행정기관이 받는 경우에는 명문으로 배제되지 아니한 권한이 범위에 포함된다고 보았음.

이 대비는 05절에서 확인한 첫 번째 명제와 정합함. 근거를 요구하는 이유가 **사인이 국민에 대하여 책임을 지지 아니한다**는 데 있으므로, 그 사정이 없는 위탁에서는 같은 정도의 엄격함이 요구되지 아니하는 것임. 다만 이 사안에서도 위탁의 근거 자체는 법률(민간투자법 제20조제3항)에 있었고, 다투어진 것은 그 근거가 포괄하는 **범위**였음. 근거 없이 맡길 수 있다는 취지는 아님.

이 사안이 실무에 닿는 국면은 민간투자사업의 보상 절차임. 보상 업무를 주무관청에 맡기는 협약에서 그 범위가 문제 되는데, 이 회신에 따르면 **협약으로 정하는 바에 따라 수용재결 신청까지 포함**시킬 수 있음. 다만 회신도 협약으로 정할 것을 전제하였으므로 문언에 범위를 적어 두는 편이 안전함.

VII. 조례의 범위

19 조례가 정할 수 있는 범위

의회의 동의

09-0194 · 09-0279

2009년에 회신된 두 건은 조례가 민간위탁에 관하여 어디까지 정할 수 있는지를 다루었음.

서울특별시 양천구는 **민간위탁 여부에 지방의회의 사전 동의를** 받도록 조례로 정할 수 있는지를 물었고, 양평군은 그 **동시에 유효기간을** 정할 수 있는지를 물었음. 법제처는 두 건 모두 **가능하다고** 회신하였음.

앞의 회신에서 법제처는 제104조제3항이 **조례가 정할 수 있는 내용을 한정하고 있지 아니하다**는 점에서 출발하여, 민간위탁 여부의 결정이 단체장의 고유권한에 속하는지를 검토하였음.

... 민간위탁이 이루어지는 경우에는 이에 따른 지방자치단체의 조직 및 공무원 정원의 변경, 예산 조치 등이 함께 수반되는 등 일정한 파급 효과가 예상되는 점 등을 종합하여 고려하면 ... 이를 단순한 집행방법에 관한 문제로서 한정적으로 파악하여 **지방자치단체의 장의 고유권한으로 보기는 어렵다**고 할 것입니다.

법제처 09-0194 (2009. 7. 3. 회신)

논거로 제시된 것은 **민간위탁이 미치는 범위**임. 직영과 위탁의 선택이 행정서비스의 품질을 좌우하여 주민의 복리에 영향을 미치고, 조직과 공무원 정원의 변경 및 예산 조치가 뒤따른다는 점을 들었음. 집행의 방법에 관한 결정이라도 그 효과가 조직과 예산에 미치면 **의회가 관여할 사항**이 된다는 이해임.

그 결과 사전 동의를 요구하는 조례는 결정의 정당성과 적법성을 담보하기 위한 **지방의회의 견제의 범위** 내에 있다고 판단되었음. 이 판단은 뒤에 대법원 2009추121·2010추11 판결이 같은 결론에 이른 것과 궤를 같이함.

뒤의 회신은 **동意的 사후 통제**에 관한 것임. 법제처는 의회가 동의한 뒤에는 감사권·조사권과 출석·답변 요구권 같은 **간접적 견제수단만** 남고 **동의 자체를 철회할 방법이 없다**는 점을 지적하였음. 행정환경이 바뀌었거나 수탁기관이 사무를 부당하게 운영하여도 단체장의 협조가 없으면 통제가 어려우므로, 유효기간을 두어 이를 보완할 필요가 있다고 하였음.

두 회신을 함께 보면 조례의 관여가 인정되는 근거가 **동意的 시점에 한정되지 아니한다**는 점이 드러남. 위탁의 개시에 관여할 수 있다면 그 관여가 실효를 가지도록 하는 장치도 조례로 정할 수 있다는 논리이며, 다수의 자치단체가 민간위탁 동의에 기간을 붙이는 조항을 두고 있는 배경임.

다만 두 회신이 인정한 것은 **동意的과 그 기간에 관한 조례**이지 위탁 여부의 결정을 의회가 대신하는 조례가 아님. 조례가 관여의 방식을 정할 때 이 경계를 넘지 아니하여야 함.

VIII. 정리

20 실무의 확인 순서

여섯 단계

13건의 이유에서 도출

정독한 13건의 이유에서 확인된 판단 기준을 실무의 검토 순서로 다시 놓으면 다음과 같음. 앞 단계에서 걸리면 뒤 단계로 넘어가지 않음.

표 11. 위탁 가부의 확인 순서

구분	확인 사항	기준과 출처
1	근거 조문의 존부	권한 주체를 변경하는 개별적·명시적 근거 가 법률에 있는지 — 11-0005, 24-0055
2	조문의 성격	사무 수행을 허용하는 규정이나 수탁 가능 규정 을 근거로 오인하지 아니하였는지 — 24-0055, 08-0158
3	사무의 성질	재량적 판단이나 규제적 효과 를 수반하는지, 단순사실행위인지 — 15-0730, 11-0005
4	절차의 필수 부분	법률이 행정청만을 주체로 정한 절차 가 포함되어 있지 아니한지 — 23-0049
5	운영주체의 예정	법령이 설립주체와 운영주체를 동일 하게 상정하고 있지 아니한지 — 17-0687, 16-0222
6	재이전의 여부	이미 위임·위탁된 사무를 다시 옮기는 것 은 아닌지 — 16-0131, 17-0092

자료: 정독한 13건의 이유를 근거로 본 연구소가 정리

여섯 가지 가운데 **1과 2가 가장 자주 문제 됨**. 근거 조문의 부재보다 **근거가 아닌 조문을 근거로 삼은 사정**이 더 빈번하며, 부정 사안 8건 중 3건이 그 유형임.

대행을 검토하는 경우에도 같은 순서를 따라야 함. 대행에도 법령이나 조례의 근거가 요구되므로 **위탁이 어려워 대행으로 전환한다는 접근**은 1단계를 통과하지 못함.

앞서 정리한 위탁·위임·대행의 구별(KIEM-REPO-2026-01)에서 명義와 책임의 귀속을 판별 기준으로 제시한 것과 이 순서는 이어짐. 그 보고서가 **무엇에 해당하는지**를 가린다면, 이 순서는 **그것이 허용되는지**를 가림.

VIII. 정리 (계속)

21 학술 문헌의 논의

개념과 근거

KCI 등재 문헌 4편

이 보고서가 다룬 두 축, 곧 **개념의 구별**과 **근거의 요건**은 학계에서도 오래 논의되어 온 주제임. 검토한 문헌의 논지를 이 보고서의 관찰과 대조하여 정리함.

홍정선(2013)은 민간위탁의 개념이 **보조금 교부, 위임, 용역, 행정재산의 사용허가** 등 유사 제도와 구별되어야 함을 논하면서, 개념이 분명하지 아니하면 제도가 오용된다고 지적하였음. 보조금은 경비의 일부를 지원하는 것인 데 반하여 민간위탁은 운영 경비 전체를 부담하는 것이므로 두 제도를 혼동하면 예산 운용에 문제가 생긴다는 것임. 이 보고서에서 대행 질의가 늘어난 사실과 함께 놓으면, **개념의 미확정이 곧 해석 수요로 나타난다**는 관찰과 맞닿음.

김용욱(2019)은 위임·위탁·민간위탁·내부위임·대리·대행을 **행정조직법의 관점에서 비교**하면서 「행정조직의 개념 정립이 문제 해결의 출발점」이라고 논하였고, 권한 이전이 없는 내부위임과 형식적 위임의 구별을 정리하였음. 특히 **대행**에 관하여는 기존 제도와 개념이 겹쳐 독자적 실익이 크지 아니하다고 보았음. 법제처가 13-0417에서 대행에도 근거를 요구한 것과는 접근이 다르나, 대행의 지위가 정립되어 있지 아니하다는 진단은 공통됨.

신상민(2014)은 민간위탁을 권한의 위임이 아니라 **행정사무의 부분적 이전**으로 보면서, 「정부조직법」이 대상 사무를 「국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무」로 정하고 있음에도 **개별 법률이 공권력의 사인 수행을 허용하는 사례**가 있어 정합성이 떨어진다고 지적하였음. 대상 사무의 선정 기준이 불명확하다는 점과 사후 감독이 미흡하다는 점을 문제로 들고, 법률유보·평등·절차 보장 등 **행정법 일반원칙의 적용**을 해법으로 제시하였음. 이 보고서가 09절에서 정리한 판단 지표는 법제처가 개별 사안에서 그 기준을 구체화한 결과로 읽을 수 있음.

최윤영(2014)은 「정부조직법」 제6조제3항, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」, 「지방자치법」 제104조제3항(현 제117조제3항)을 지방자치단체 사무 민간위탁의 **법령상 근거**로 검토하였음. 근거 규범의 층위를 정리한 논의로서, 08절에서 확인한 「일반적 근거 규정은 별도의 개별 근거를 전제한다」는 판단과 이어짐.

네 편을 함께 보면 학계의 문제의식이 **개념의 미확정과 대상 사무 기준의 불명확**에 모여 있음이 확인됨. 검토한 해석례는 그 문제가 실무에서 어떤 질의로 나타나고 법제처가 어떤 기준으로 답하여 왔는지를 보여 주는 자료임.

신상민(2014)이 지적한 **사후 감독의 미흡**은 정독한 해석례에서 직접 다루어지지 아니하였음. 질의가 대부분 개시 단계에서 제기되기 때문이며, 감독과 정산에 관한 다툼은 소송과 행정심판에서 나타남.

근거와 한계

인용한 법령해석례

표 12. 이 보고서가 인용한 법령해석례

안건번호	회신일	질의기관	관계 법령
08-0158	2008. 7. 2.	국방부	한국국방연구원법
09-0139	2009. 5. 22.	국토해양부	사회기반시설에 대한 민간투자법
09-0194	2009. 7. 3.	서울특별시 양천구	지방자치법
09-0279	2009. 9. 28.	양평군	지방자치법, 위임위탁규정
11-0005	2011. 2. 17.	식품의약품안전청	화장품법
13-0417	2013. 10. 25.	안전행정부	지방계약법
15-0730	2015. 11. 24.	경기도	건설기술 진흥법
16-0131	2016. 5. 20.	경기도	지방자치법
16-0222	2016. 8. 1.	전라남도 화순군	공공보건의료에 관한 법률
17-0092	2017. 4. 20.	제주특별자치도	지방자치법
17-0687	2018. 1. 16.	교육부	유아교육법, 교육공무원법
23-0049	2023. 4. 14.	민원인	행정대집행법
24-0055	2024. 1. 26.	국토교통부	도로법

각 해석례의 발췌본을 근거로 하였으며, 전문은 국가법령정보센터의 법령해석례에서 확인할 수 있음

이 밖에 16-0006(2016. 2. 24. 회신)과 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결은 각각 24-0055·16-0131의 이유에 인용된 범위에서 언급하였음. 코퍼스 230건의 목록은 검색 결과에서 중복과 오탐을 걸러 정리한 것임.

회신문과 이유의 문언을 옮긴 부분은 **인용 표시**를 하였고, 그 밖의 서술은 발췌본에서 확인되는 내용을 정리한 것임. 표의 결론은 회신 주문의 요약임. 질의기관은 **회신 당시의 명칭**이므로 이후 바뀐 곳이 있음 — 국토해양부는 국토교통부로, 안전행 정부는 행정안전부로, 식품의약품안전청은 식품의약품안전처로 바뀌었음.

근거와 한계 (계속)

참고 문헌

표 13. 참고한 학술 문헌

저자	제목	출처
홍정선	지방자치법상 민간위탁의 개념 — 행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로	지방자치법연구 13(4), 2013, 85-107
신상민	행정사무의 민간위탁에 관한 행정법적 고찰	법학논총 32, 2014, 81-109
최윤영	지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거	지방자치법연구 14(4), 2014, 377-407
김용욱	행정조직 정립에 기초한 행정상 위임·위탁, 민간위탁, 내부위임, 대리, 대행 비교 연구	공법연구 47(4), 2019, 335-367

서지는 KCI 등재 정보로 대조하였음

문헌 검토의 범위

학술 문헌은 KCI 등재 정보에서 「**민간위탁**」·「**위임**」·「**대행**」의 개념과 법적 근거를 축으로 찾아 검토하였고, 두 축에 각각 닿는 **네 편**을 인용하였음. 개념의 구별에 홍정선(2013)과 김용욱(2019)을, 근거의 요건에 신상민(2014)과 최윤영(2014)을 배치하였음.

다만 이 보고서가 정독한 개별 법령해석례를 분석한 문헌은 확인하지 못하였음. 법령해석례는 판례에 비하여 평석의 대상이 되는 일이 드물기 때문으로 보임. 따라서 각 해석례에 관한 서술은 **회신문과 이유의 문언에서 확인되는 범위**로만 하였고, 그 판단의 당부에 대한 평가는 하지 아니하였음.

04절의 연평균 집계는 본 연구소가 수집한 목록을 근거로 한 것이며, **같은 집계를 수행한 선행 문헌은 확인하지 못하였음**. 대조할 자료가 없으므로 이 수치는 수집 범위 안에서만 유효함.

검토의 범위를 넓히지 아니한 이유도 적어 둠. 「민간위탁」을 표제에 포함한 등재 문헌은 행정학 분야에도 다수 있으나, 이 보고서의 물음이 **법적 판단**에 있으므로 행정법·지방자치법 분야로 한정하였음.

대행에 관하여는 문헌이 특히 적음. 김용욱(2019) 외에 **대행을 직접 다룬 등재 문헌**은 확인 범위에서 찾지 못하였음. 04절에서 확인한 대행 질의의 증가와 대비되는 사정임.

문헌의 논지는 그 문헌이 밝힌 범위로만 옮겼고 **개별 해석례에 대한 평가로 연결하지 아니하였음**. 검토 시점과 회신 시점이 다르므로 직접 대응시키는 것이 적절하지 아니하기 때문임.

근거와 한계 (계속)

이 보고서의 한계

유의 사항

2026년 8월까지 공개된 자료 기준임. 각 해석례의 문언은 **발췌본에서 확인한 범위**이며 전문을 직접 대조한 것이 아니므로, 인용하지 아니한 부분의 논지는 원문으로 확인하여야 함. 정독한 13건은 **위탁의 한계가 직접 다투어진 사안을 고른 것**이므로 결론의 비율(부정 8 대 긍정 5)을 해석례 전반의 경향으로 읽을 수 없음. 코퍼스 230건은 본 연구소가 검색 결과에서 중복과 오탐을 걸러 남긴 것이므로 **법제처 해석례의 전수가 아님**. 법령해석은 법원의 판단과 달리 기속력을 가지지 아니하며, 회신 이후 관계 법령이 개정된 사안이 있으므로 **현행 조문을 따로 확인**하여야 함. 특히 인용된 「지방자치법」 제104조는 2022. 1. 13. 시행 전부개정으로 **제117조**가 되었음. 개별 사안의 위탁 가부는 적용 법령과 사무의 내용에 따라 달라지므로 이 보고서의 정리를 일반화하여 적용할 것은 아님.

함께 볼 자료

개념의 구별에 관하여는 본 연구소의 앞선 보고서 **위탁·위임·대행의 개념 구별**(KIEM-REPO-2026-01)에서 법령의 정의와 코퍼스 230건의 쟁점 분포를 정리하였음. 위탁을 둘러싼 다툼이 소송과 행정심판에서 어떻게 다루어지는지는 **판례와 재결로 본 위탁 분쟁**(KIEM-REPO-2025-05)에서 다루었음.

문의

내용의 문의는 **한국관리위탁연구소**로 하시기 바람.