공익사업의 특허

金東熙*

공익사업의 특허라는 용어는 일반적으로 사용되고 있는 것은 아닌 것으로, 본고에서 현재 다수설의 공익사업의 특허라는 관념 또는 이론을 대체하기 위한 것으로서 사용한 것이다.

전통적 행정법론에서는 봉인 행정작용으로서의 공익사업의 경영방식의 하나로서 공익사업의 특허제도가 검토되고 있었다. 이러한 관점에서는 그 특허된 사업은 당연히 공익사업이 되는 것임은 물론이다. 이러한 공익사업의 특허는 현재도 우리 학설상에 중요한 지위를 차지하고 있다고 할 수 있다. (1)

그러나 이러한 전통적인 공익사업의 특허라는 특허의 봉인법정화 무량환의 것인지에 대하여는 의문이 제기되는 것이다.

이러한 문제의식에서 본고에서는 다수설 공익사업의 특허론을 비판적 관점에서 검토하여 보려고 한다.

이 문제는 그 문제인 공익사업에 관한 것이라는 점에서, 다음에서는 먼저 공익사업의 관념을 검토하기도 한다. 이어서 전통적 이론으로서의 공익사업의 특허론의 내용을 검토하고, 이 이론이 제기하는 문제점을 제시하여 보고자 한다. 끝으로 이러한 공익사업 특허론에 대한하는 관념 내지는 봉인법정로서의 공익사업의 특허에 관하여 기술하기로 한다.

Ⅰ. 공익사업의 관념

공익사업은 봉인법정의 관념이 아니고, 학문상으로 정립된 관념이다. 주로 5세기말의 전후한 크리미아어의 현저한 발달에 따른 특허 공격한 행정에 의하여 특정직위자의 사회적 인식에 의하여 행정법의 위의가 중대되어, 전통적인 국방·정치자의 가치에 의한, 국민에게 적극적으로 학문상·역량을 제공하는 봉인 행동이 중요한 행정활동으로 등장하게 되었던 것이다. 공익사업이라는 관념은 이러한 행정현상은 학문적으로 정리하고 체계화하기 위하여 정립된 학문상의 관념인 것이다.

* 서울대학교 법과대학 교수
그러나 공기업의 내용이나 범위는 각국의 실정法制에 따라 다른 것은은 물론이거나, 이를 어떠한 관점(形成的・制度의觀點, 實質的觀點)에서 파악하는가에 따라, 학문상으로도 그 관념이나 범위가 달라지는 것은은 물론이다.

전술한 바와 같이, 본고의 주요은 공기업에 관한 것으로, 그 관념을 어떻게 정의하는가에 따라, 본고의 문제에 대하여도 각각 다른 결과에 도달할 수도 있을 것이다. 따라서 여기서는 공기업에 관하여 먼저 간단히 검토하기로 한다.

공기업의觀念에 대하여는 전개가 간략하고 있는 것으로, 그 중요한 것은 다음과 같다.

(1) 廣義說
이 설은 경영주체를 표준으로 하여, 공기업을 국가 또는 지방자치단체가 경영하는 모든 사업으로 본다.

이 설은, 국가 등의 사업을 非權力의事業에 한정하는 경우에도, 그에는 여러 가지 형태가 있는 것을 잊지 않고 있다는 문제가 있다. 즉 이 설에 의하면, 국가 등이 財政収入을 목적으로 하여 경영하는 純粹營利의사업도 공기업에 포함되게 되는데, 이러한 사업과 다음의 狭義說에 따른 공기업에 속하는 사업과는 그 내용을 달리하고, 그에 대한 法의規制도 다르다는 점에서, 이 설에는 異質의 实性을 갖는 관념 속에 포함시키고 있다는 기본적 문제점이 있는 것이다.

(2) 狭義說
이 설은 主體의 목적을 표준으로 하여, 국가 또는 지방자치단체가 직접 社會公共의利益을 위하여 경영하는 非權力의事業을 공기업으로 본다. (2)

이 설은 공기업을 국가 등의 직점 社會公共의利益을 위하여 경영하는 사업으로 정의함으로써, 직점적으로는 국가 등의 재정수입을 목적으로 하는 財政作用을 그에서 배제하고, 일반 동일적인 비판적 자용만을 공기업으로 자용하고 있다는 점에서 그 기본적인 婦容性이 인정될 수 있는 것이다.

그러나 이 설에 대하여는 기본적으로 다음의 누가지 문제점이 있다고 본다. 먼저 공기업과 營造物이 개념상으로 중복되게 된다는 것이다. 이에 대하여는, 공기업은 動的으로는 生活配慮를 위한 사업경영이고, 靜的으로는 그러한 사업의 人的・物의 混合使用인 영조등을 둔다고 전달하고 있다. (3) 그러나 동일한 대상을 동적 측면과 정적 측면으로 나누어, 달리 조정하여야 할 논리적 이유 내지는 그 實質이 있는지는 의문이다.

다음에 보다 본질적인 것으로서, 동일한 社會公共의利益을 위한 사업이라 하여도, 營利性・企業性을 내용으로 하는 사업과, 그 營利性이나 經済性은 고려되지 아니하는 精神的・
문화의 사적이 그 성질을 달리할 뿐만 아니라(4), 제도나 사회가 인정될 수 있다고 본다. (5)

(3) 最狭義説

이 전제는 공유의 企業의 企業의 근본을 고려하여, 국가·지방자치단체가 직접 社會公共의 利 益을 위하여 행하는 非權利の事業 중에서, 임명한 養利性 또는 企業性을 가지는 사업만을 공기업으로 하겠다. 따라서 對価를 받지 않고 役務를 제공하는 河川·港湾·道路·公園 등의 사업은 공기업에서 제외되고, 對価를 받고 務무를 제공하는 郵便·電話·電話·道路 등의 사업만이 공기업으로 된다.

이 설에 의하면 공공은, ① 그 主體上으로는 국가 또는 지방자치단체가 직접·간접으로 경영하는 것에 한정되고, ② 목적상으로는, 직점 社會公共의 利益을 위한 것이 한정 되고, ③ 사업의 성질은, 收益目的·營利目的을 가지거나, 적어도 收支均衡을 내용으로 하는 것에 한정되게 된다.

위에 들은 협의설의 문제점을 감안하면, 최협의설이 타당한 것으로 본다.

이러한 의의의 공기업으로서는, ① 그 관리 및 경비부담주체가 국가인 國營事業, ② 관리·경비부담주체가 地方自治體인 地方事業, ③ 관리주체는 국가이고, 경비부담주체는 地方自治體인 國營公費事業 및 ④ 특별法人經營事業이 있다. 특수법인 경영사업진반법, 공기업의 경영주체가 그를 위하여 특별히 설립된 法人인 경우를 말한다. 이러한 경우는 당해 사업의 實質의 經營主體는 국가 또는 地方自治體이나, 行政組織에 따르는 人事·預算·會計 등의 업무의 전용을 배제하고, 経營의 能率性을 提高하기 위하여, 特殊法人(公社·公園·會社 등)을 설립하여 그 사업의 경영을 담당하게 하는 것이다.

多数說은 이 밖에도, 이론바 공공의 特許에 의한 特許企業도 공기업으로 보고 있다.

(4) 금제 초기에 이르러, 비전직적 활동도 중요한 경제작용으로 높추게 될에 따라, 전통적 전제는 경제작용의 权力作用과 非權力作用으로 구분하고, 전자를 경제작용, 후자를 公企業作용으로 파악하여, 경제작용법은 警察法과 公企業法으로 세계화하기로 한 것이 전통적 경제법의 입장이 었다. 그러나 情緒分野에의 국가·地方自治體의 干與·參與현상이 증가되므로, 특히 收支均衡原則에 입각하고 國立採算制취하는 公社·公團·會社 등의 特殊法人이 다수 등장함에 따라, 공기업의 정의에 있어서는 正統·正義의 범위가 아님이다. 그 씨들의 움직임은 중요한 요소로 보는 전제가 점차 유력하게 등장하게 되었던 것이다.

(5) 이에 대하여는 다음의 유석적인 反論이 있다. 즉 營利性·企業性의 정의는 그의 차이에 뿌리가 뿌리가 되므로, 그에 따라 公企業과 다른 売物을 구분하는 구체적인 기준은 되어 지지하는 것이다. 이러한 구분은 財政學·經濟學 등에서는 엄정히, 법적 작성에는 거의 의미가 없다고 할 것이다. 營利的 公企業에 대하여 벌금쟁 개별로 法人資格이 인정되고, 國立採算制이 제외되고 있는 경우에는, 그 허용에서 약간의 특이가 있을음에 그지하고, 營利性의 유무에 따라 단연히 그法律關係에 적이 생기는 것은 아니었다. 공기업의 벌금쟁 목적은 營利性的 유무는 구체화하여, 倚頹의 구분내용에 따라 구체적으로 판단할 수 밖에 없다. 田中二郎. 行政法(新版) 下. 2. pp. 335-336.

(6) 特수법인으로서의 公社·公園·會社 등의 國立法人이나, 실질적으로는 국가 또는 地方自治體의 灘의 일부를 이루는 것이기도 하였으므로, 公企業을 국가 또는 地方自治體가 경영하는 사업으로 정의하는 경우에도 이들 法人은 그에 포함되는 것으로 본다.
그러나 필자는 이 경우의 공기업의 특허는 내용적으로는 공익(的)사업의 특허일 것이며, 그에 따라 당해 특허사법은 공익적 사업이기는 하나, 공기업은 아니라고 본다. 이 문장이 본교의 초결을 이루는 것으로, 다음에서는 먼저 공기업의 특허문을 검토한 후에 그 문제점은 지적하고, 이어서 공익사법의 특허의 내용에 관하여 기술하기로 한다.

II. 공기업의 특허

현재 국내의 다수설계 건해는 공기업의 특허를 공기업의 경영형태의 하나로 보아, 당해 특허사법은 당연히 공기업에 해당한다고 보고 있다.

1. 국내 학설의 틀출

다음에서는 이 설의 대표적 학자 두 분의 견해를 중심으로 하여 그 내용을 살펴 보기로 한다.

(1) 공기업의 특허의 의미

金道 Scrolls는 이에 관하여, 「국가 또는 공공단체가 경영하는 공기업(주로 특정사업)의 경영권의 전부 또는 일부를 타자(보통은 사인. 배루는 공법인・특수법인)에게 부여하는 형성적 행위(행정처분 또는 법률)를 ‘공기업의 특허(Konzession)’라 하고 그 기업을 ‘특허기업’이라 한다.」고 기술하고 제시한다. (7)

이에 대하여 李尚圭 변호사는 「공기업의 특허란 행정주체가 일정한 공기업의 경영에 관한包括的法律関係를 설정하는 행정행위를 말한다. 공기업의 특허에 의하여 영업하는 기업을 특허기업이라 한다. 공기업은 국가나 공공단체와 같은 행정주체가 그의 권한에 의하여 스스로 관리・영업하는 것이 원칙이나, 財政経済상이나 經営技術상의 이유 등으로 알리아야 국가 또는 공공단체가 스스로 경영하는 것이 부적당하다고 인정되는 경우에는, 타인으로 하여금 일정한 공기업의 관리・영업하게 할 수 있는 것이라고 기술하고 있다. (8)」

위의 공기업특허의 판례는 그 내용에 있어서는 차이가 없는 것으로 본다. 이들 논辩은 또한 공기업의 특허에는 행정행위에 의한 특허 뿐만 아니라, 法規特許, 즉 報例・法律에 의한 특허(公社・公團・會社 등)의 설립 및 그에 대한 특정 동일사업에 대한 經営權의 부여행위도 그에 포함시키고 있다.

법규특허사업의 경우는 그 법률관계의 일부는 그 근거가 되는 法律 또는 報例에서 규율되고 있다. 또한 특수법인은 실질적으로는 行政組織의 일부를 이룬다고 할 것이므로, 그 조직・영업의 상당한 부분은 政府投資機關管理基本法 또는 地方公企業法에 의하여 규율되고 있다. 그에 비하여 행정처분에 의하여 특허되는 사업의 경우는 그 경영은 地方投資機關管理 법인(電気事業法・自動車運輸事業法・鐵道法 등)에 의하여 규율되고, 위의 정부투자기관관리

(7) 金道 Scrolls, 行政法(下), p. 390.
(8) 李尚圭, 行政法(下), pp. 371-372.
법 또는 지방공기업법의 적용은 받지 아니한다. 즉 이들 양자는 상대적이기 때문이다. 그 법 제를 달리하고 있는 것이다.

그에 따라, 공기업의 특허는 행정행위에 의한 특허에 한정하여 파악하는 것이 타당할 것으로 본다. (9)

(2) 특허의 대상

이 문제에 대하여 김광이는 다음과 같이 기술하고 계신다. 「과거의 통설은 특히 대상인 사업을 독점사업에 국한하고 독점사업은 국가에게만 인정함으로써 공기업의 특허를 국가가 국가적 독점사업의 경영권을 부여하는 행위로서 규정하였다.」(그러나) 법률상 독점기업인 국가에게만 유의된 것이 아니라 공공단체에서도 인정되는 이상은, 공기업 특허의 주체는 국가만이 아니라 공공단체도 포함한다 할 것이다. 이에 대하여 영업의 자유의 경지에서 「해외리야적 독점의 판례를 배치하는 “특허기업관계법안”도 있으나, 우리 헌법을 비롯한 실질법규에는 맞지 않는 이론이다.

특허의 대상이 되는 사업은 반드시 독점사업에 국한할 필요가 없고, 공공단체의 특허법도 행정청이 경영하는 경우에 그 경영권을 타자에게 부여한다면, 이것 역시 공기업특허의 판례에서 제외할 이유가 없다.」

김광이는 이어서 특허법과 ‘보호기업’의 구별에 관하여 언급하면서 다음과 같이 기술하고 계신다. 「보호기업이라 함은 사기업으로서 행정청의 특별한 보호를 받는 사업을 말한다. 특히기업과 이 보호기업은, 의결상으로는 행정청이 두 가지, 공기업과 특별한 관계가 있는 사업인 자담에 행정청의 특별한 보호를 받는 동시에 특별한 의무를 지고 감독을 받는 점에서 비슷하다 하겠으나, 앞의 것은 국가·공공단체의 특별에 속하는 사업이거나 적어도 경영권이 그에 속하는 공기업일 때 대하여, 위의 것은 개인의 자격적 자유에 속하는 개인적 사업이며, 따라서 그에 대한 보호(후자에 있어서는 주로 보조금 교부)의 기 준(가 의무·감독에 후자에 있어서는 주로 보조금 교부의 한도 안에서 필요한 의무·감독에 그 한계의 경도에 차이가 있는 것이 원칙이니, 결국 공익적 강도에 차이가 있기 때문에다(필 수 필자).

다만 어떤 사업이 특허기업(공기업)으로 하고 어떤 사업을 보호기업(사기업)으로 하는 사업에 있어서 법적적 차이가 있어서는 아니며, 행정청이 어떤 사업을 공공복리에 보다 더 필요하다고 인정하여 보도에 따르는 행정정책의 문제이다.」(10)

2. 공사와 공사특허에 관한 외국의理論·法制의検討

여기서는 위의 문제에 관한 일반적 검토를 하려는 것은 아니고, 우리 학설의 검토에 필요하다.
요한 한도 내에 그치기로 한다.

(1) 오도 마이어의 공업 및 공업 특허

오도 마이어의 공업권은 프랑스 행정법상의 공익목적(service public)의 관념을 모형으로 하여 정립된 것으로 알려지고 있다. 그러나 그는 공업의 권리를 독자적인 범제로서는 아니고, 공업의 특허법 제도와 관련하여 오히려 무수적으로 검토하였음에 불과하다. 즉, 오도 마이어는 공업의 권리를 직접 정의하는 아나고, 다만 보존일시와 공업의 특허의 구별문서와의 관련에서, 특허의 대상에 있는 것은 혼자 공업의 일부라고 하면서, 그 가장 중요한 대상으로서는 윤활장비, 교량, 철도, 항만 등 공공交易 수단과 전신, 무신전신 및 중앙은행의 제국은행(Reichbank)을 들고 있을 뿐이다. (11)

오도 마이어는 공업권이라는 개념을 완성된 법령이나 결정법과의 관련에서 공업의 특허라는 법이론 또는 범제를 정립하기 위하여 이 개념을 사용한 것은 아니고, 특히 공업의 특허를 설명하기 위한 하나의 개념이라 것으로 사용하였던 것이다. (12)

그러나 마이어가 공업에 관하여 언급한 내용은 중합하면, 그의 공업권의 관념은 대체로 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다.

1. 공업권은 본래 공익의 일부로서, 그것은 편연히 국가 또는 재무자치 단체가 수행하여야 하는 임무이고, 개인은 그것을 이용할 자유와 권리를 가지지 아니한다. 즉 명시적으로 주장되고 있는 것이 아니라, 공업권은 당연히 국가의 독점에 속한다는 사상이 그 이론의 전제를 이루고 있다고 할 수 있다.

그러나 특정 사업이 외 공익의 일부로서 국가의 독점 또는 사인에 대한 특허의 대상이 되는 것에 대하여는 구체적인 설정은 없다. 이미 공업권의 실질을 공공의 이익에 제공되는 유지와 관리로 보고, 그것은 당연히 공정의 일부에 속하는 것으로 보았다고 할 수 밖에 없는 것인지 모른다. 혹은 그의 공업권의 관념은 프랑스 행정법상의 공익의 관념을 수용한 것이며, 프랑스에서는 공익의 간단한 공익의 작용으로 되어 있고 보면, 공공의 공정의 일부를 이루는 것은 당연한 것으로 보았는지도 모른다.

2. 마이어의 공업권의 다른 하나의 특징은, 그는 공업의 특허의 실질을 행정작용으로 보고, 공업의 경영자의 권리와 의무는 공공상의 것임을 강조하여 공공상의 범제로 정작시키려 하였다는 것이다. (13)

(2) 포르스트호프의 관념

포르스트호프는 독일 행정법에 있어 생활백신공적(Daseinsvorsorge)의 관념을 제시하여,
給付行政法의 이론을 최초로 체계적으로 제시한 학자로 평가되고 있는 것은 추지하는 바와 같다.

그러나 포르스트호프의 이론에서는 실질적 관념으로서의 공기업 개념이나 그러한 공기업
의 특许의 문제는 검토되고 있지 아니하다.

포르스트호프는 공기업(öffentlich Unternehmen)을 조직적 관념으로 파악하고 있다. 즉
그는 국가와 국가의 조치와 성격의 특징상의 재량권 가치와 공기업의 “통상적으로 한 조직형태”라고 설명하고 있다. 즉 그의 이론에서의 경제적 해석에는 국가의 직접적 침여로서의 유대의 조직형태가 공기업인 것
이다.

포르스트호프는 이러한 공기업의 종류로서, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에, 공기업에,공

요컨대 그의 이론에 있어서의 공기업은 국민의 생활을 위한 활동의 조직형태로서, 이러한 공기업은 국가의 행정중개가 직접 관리로 경영하는 것으로 되고, 공기업특허에 기한 공기업이라는 관념은 찾아 볼 수 없다.

이 점에서 포르스트호프가 마이어이의 이론의 기본적 차이가 있다. 아마도 이러한 이론
상의 차이는, 마이어는 프랑스의 공법의 공도의 관념을 모델로 하여, 공기업 내지는 공기업특허의
이론을 정립하였던 것인데 대하여, 포르스트호프는 독일의 실정규칙에 기하여 이 문제를
점도한 대에 기인하는 것인 아니나 한다.

오늘날의 독일 행정법이론에서도 공기업의 특허라는 관념은 인정되고 있지 아니하다. 현
제 조직적 관념으로서의 공기업(öffentlich Unternehmen)으로 검토되고 있는 것은, 공기업
의 활동으로서 국가와 지방자치단체의 직접 경영하는 사항, 효율성 있는 또는 제한된 효율성
을 가진 공기업 및 국가 동일 상설 경영하는 공기업의 법안에 한정되고 있다. (16)

(3) 프랑스 행정법의 공도 및 공기업의 특許

이 문제의 검토도 이 논문의 검토에 필요한 한도에 한정할 필요는 물론이다.

1) 공도의 관념

(가) 형식의 의의의 공도: 공력도는 행정적 관념에서는 ’혈청주체에 의하여 동일 활동
에 속히되고 있는 사람의 요건으로 공도의 전제로 경의된다. (17)

(14) E. Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1973, p. 383
et ss.
(15) 의령, 전용논문, p. 98.
(16) H.D. Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, pp. 142-145; D. Ehler, Die wirtschaftliche
Beteiligung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, Juristen Zeitung 45,
1990, 12.7, p. 1089 et ss.
(17) J. Rivero, Précis de droit administratif, 1988, p. 446.
여러한 의미에서는 재무부·건설부·경찰청 등은 모두 공역부로 된다.

(나) 실질의 의미의 공역부: 공역부는 실질적 관점에서는 "국가나 지방자치단체 등의 행정주체의 실무로서의 이익의 필요에 대한 활동"(18) 또는 "행정관의 (공무직) 통제하에서 행하여지는 이익의 필요에 대한 중용 목적으로 하는 활동"으로 정의될 수 있다. 이러한 실질적 의미의 공역부에 대하여는 공역부의 용어가 사용되기도 한다. 다음에서 그 내용을 분석하기로 한다.

① 공역부는 이익의 필요에 충족시키기 위한 활동이다. 공역부는 공익적 수요의 충족을 그 평가의이고 직접의 목적으로 하는 행정의 작용이다. 이 점에서, 행정전에 의한 재산화의 관리나, 국장자치교통의 조성·관리라든가, 국장자치교통의 조성·관리는 이들 작용이 공익적 수요의 충족을 그 직접목적으로 하는 것이 아니라는 점에서, 그것은 공역부로서의 성격이 부인된다.

② 공역부는 국가나 지방자치단체의 실무로서의 활동이다. 이 경우 국가 동은 그 작용을 스스로 수행할 수도 있고, 특히 공역부의 특격에 의하여 개방(개방인·법인)으로 하여금 이를 수행하게 할 수도 있다. 후자의 경우에도 당해 활동은 공행정작용으로서의 공역부의 성질을 겸저하는 것임은 분명하다.

이와 관련하여 특히 강조하여 드는 것은, 프랑스 행정학설의 공역부에서의 공역부의 필요에 대한 중용은 그 자체가 공행정작용으로서의 공역부의 성격을 겸저하는 것임은 분명하다.

2) 공역부의 특격 (concession de service public)

(가) 공역부의 특격의 청중: 공역부의 특격, 공역부의 소행방식의 한 형태로서, 국가나 지방자치단체가 이익인(개방인·법인)에게, 당해 업무의 이용자로부터 과금을 징수하면서, 스스로의 책임이 범위에서 공역부를 실시할 업무를 위탁하는 것을 말한다.

공역부특격이 있어서는 일용 행위하는 다수의 주가자 관념이 그 기초를 이루고 있다. 그 하나는 공역부특격이 있어서의 그 대상인 사업 또는 사업은 여전히 공역부의 성질을 가지고 있다는 것이며, 그 다른 하나는 공역부의 경영자는 개인의 이익을 추구하는 개인이라 는 것이다.

(나) 공역부의 특격의 법적 성격

공역부의 특격의 외형상으로는 국가 등의 행정주체와 개방 사이의 관리에 의하여 설립하는 것으로 봤다. 이러한 관리의 기본적 대상이 되는 이익은 공역부의 행정중개의 조건, 조건 등에 그 내용을 행정주체가 공역부의 조건중개의 조건명세서(cahier des charges)에 규정되어 있다. 그에 따라 당해 협력중개의 법적 성격, 구체적으로는 그 계약성 여부가 문제가 되는 것

(18) A. de Laubadère, Traité de droit administratif, I, 1984, p.644.
이다.

(1) 협약체: 이것은 대체로 급제시 초기까지의 통상적 관례였던 것으로, 당해 합의는 공공의 전유권 및 이용자로부터의 요금징수권을 개인에게 부여하는 행정협약으로 파악되었다.

그러나 공역우의 특허는 장래의 이용권을 위한 공역우의 경영에 관한 것으로서, 그에는 이들 이용자의 권리도 규제되어 있다는 점을 감안하여, 이러한 공역우특허의 제3자 즉 장래의 이용자를 위한 조건을 내포하는 행정협약으로 해석하였던 것이다.

이러한 계약설은 이후 많은 비판을 받아(19), 더 이상 유지될 수 없게 되었던 바, 그 중요한 것은 다음과 같다. 먼저 공역우특허에 있어 이용자의 지위는 제3자 조항에서 도출되는 것으로는 해석할 수 없는 것으로, 그것은 제3자 조항은 계약에서 개별적으로 지정된 자에 대하여만 규정할 수 있는 것이기 때문이다. 다음에 공역우특허의 대상 또는 내용으로 인하여 당해 행위는 계약으로는 볼 수 없다는 것이다. 즉 공기업특허의 금기의 그림중의 규제는 행정권의 일방적이고 배타적인 전환에 속하는 사항으로서, 계약의 대상이 될 수는 없다는 것이다.

(11) 혼합행위설(théorie de l’acte mixte): 이것은 협약의 통상로서, 공역우의 특허는 법규적 내용과 계약적 내용을 동시에 포함하는 혼합행위로 본다.

1. 학설의 내용: 초기의 협약은 공역우특허를 일정 특허를 받은 자와 이용자와의 관계와 타한 행정주체와의 관계로 구분하여, 형기설의에서는 공역우특허의 내용은 금기의 성질을 가지고, 후자에 있어서는 협약의 성질을 가진다고 보았다. 그러나 이러한 설은 기본적으로 이전의 협약설과 같은 문제징을 제기하는 것이므로, 타당한 것이라고는 할 수 없다. (20)

그에 따라 이러한 관계의 분류를 지양하고, 공역우특허의 일정 조항은 법규의 성질을 가지고, 다른 조항은 계약의 성질을 가지고 하는 결과가 제시되었던 바, 이것이 혼합의 통상이다.

관계 조항이 법규적 성질을 가지는 것인 때에는 공역우특허는 사인이 당해 조항에 규정된 조건에 따라 공역우를 경영하기로 수락하는 것을 조건으로 하여 이들 조항에 규정된 내용에 따른 법률관계가 성립되게 되는 조건의 행위(thes-condition)의 성질을 가진다. 따라서 이러한 법률관계의 내용은 행정주체가 그에 따르는 특별한 경제적 손실의 보상을 조건(재정의 균형, 법과의 본질, 금기의 행위관련)으로 행정권이 일방적으로 변경할 수 있게 된다.

2. 금기의 성질의 조항과 협약의 금기의 조항이 협약되어 있는 혼합행위라고 보는 것이 현재의 통성이거나, 이 설과 관련하여서는 어떠한 조항이 법규적 조항 또는 계약적 조항에 해당하는 것인지의 문제가 당연히 제기된다.

(20) Laubadère, ibid., p.670.
이에 대하여는 대체로 공익무의 조직·운영에 관한 조항 즉 내용적으로는 공익무의
행행의 조건·제기·직원의 지위에 관한 조항은 법적 성질을 가진다고 본다. 이에 대하여, 특
익특정 및 사인에 대한 경제적·운영에 관한 조항은 제약조
항에 해당한다고 본다. 이 외에도 특허기업의 재정규정에 관한 조항은 당연히 제약적 조항
에 해당한다.

이상에서 프랑스 행한법상의 공익무특허에 관하여 간단히 살펴 보았으나, 이와 관련하
여서는 다음의 사실에 특히 유의하여야 할 것이다. 그것은 공익무특허를 체약으로 보는
생각단행으로 보는 것은 공익무의 기업의 하나의 경영방식이라는 것이며, 전에 특허된
기업은 여전히 공익무의 성질을 가진다는 것이다.

3. 공기업의 특허법의 문제점

이상에서 살펴본 공익무의 특허의 내용과 그와 관련한 관행에서의 특
적의 일정 책임의 논리 및 프랑스 행한법상의 공익무와 공익무특허의 제약에
관하여 간단
히 살펴 보았다.

다음에서는 이상에서 검토한 외국의 특허 또는 제약을 배경으로 하면서, 우리의 공기업
특허법의 문제점을 저속하여 보고자 한다.

(1) 공기업의 특허법의 문제점

공기업의 특허법의 내용에 대하여서는 위에서 관련 부분을 인용하였겠으나, 그 내용은 대
체로 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다.

공기업의 특허란 국가 기타 공공단체가 경영하는 공기업의 경영권의 전부 또는 일부를
타자에게 부여하는 형태의 행한이다. 일반적으로, 공기업의 특허는 공사 등의
정부주체가 직접 경영하지 아니하고, 그 경영권의 전부 또는 일부를 전에 특허하여 당
해 공기업을 경영하게 하는 공기업의 경영방식의 하나이다.

공기업의 특허의 대상인 사업은 국가·지방자치단체의
정부의 특허에 한정되지 아니하고, 동종
의 사업도 그 대상이 될 수 있다.

이러한 공기업의 특허한다는 그 대상 사업으로 공동적으로 들고 있는 것은, 자동차문수사
업, 철도사업, 철도·항공업, 해운업 등의 같은

의 관련에서 그 문제점이 있다고 본다.

다음에서는 선진한 공기업 특허권의 내용에 따라 그 대상은 독점의 사항과, 비独占의 사항으로 나누어 검토한다.

(1) 독占의 사항

우리 헌법은 자유민주주의를 그 기본질서로 하고, 국민의 직권과의 자유를 보장하고 있으므로(憲 14), 공익적 사업 일부에 대한 국가의 독점권을 인정할 수 있는 소지는 없다고 본다. 그러나 타변한 헌법은 물건 보다 중요한 대지지원, 수산업자원, 기타 경제적 이용할 수 있는 자원은 특허를 받아 이용·개발하도록 규정하여(憲 120①), 이러한 대지지원, 수산자원 등은 국유임을 전제로 하고, 그 특허에 의한 그 이용·개발의 가능성을 인정하고 있다.

이러한 저자자원, 수산자원의 이용·개발에 관한 실정법상의 특허의 예로서는 광업권, 어업권의 특허를 들 수 있다.

광업권의 특허(礦業法은 승可라는 용어를 쓰고 있다)란, 관계인의 허가에 의하여 국가가 일정한 구역에서 법정의 재료를 취득·취득하는 특별허·비대적 권리를 설정(礦業 2·5①·17)하여 주는 행정행위이다. 어업권의 특허(수산법은 승可라는 용어를 쓰고 있다, 공, 공 산권 기타 일정한 수면(水産業 3·내부면漁業開 7)에서 법정漁業을 독점하는 권리를 설정(漁業 8·24)하여 주는 행정행위이다.

위에서 본 바와 같이, 광업권·漁業權의 특허는 국유의 저자자원 또는 수산자원을 이용·개발하는 비대적 권리를 설정하여 주는 행정행위이다. 그러나 이들 행위는 경양 사회공공의 이익을 위한 비익적 작용이라는 의미의 공기업의 특허에 해당하는 것이라고는 할 수 없다고 할 것이며, 이에 대하여는 동의하기는 어렵다.(22)

위에서 밝힌 바와 같이, 공업권·어업권의 특허에 의한, 행정처분에 의한 국유의 자원의 이용·개발을 설정하여 주는 실정법상의 예는 보이지 아니하므로, 공기업의 성질을 가지는 국가적 독점사업인 경영권의 전부 또는 일부를 취득(자연인·법인)에게 설정하여 주는 내용의 공기업의 특허론은 실정제도에는 부합하지 아니한다고 할 것이다.

그러나 이것은 헌법상 국가적 독점권이 인정되고 있는 수산자원·자연자원의 이용·개발 의 범위로서 다수설이 말하는 공기업특정의 특허의 가능성이 저촉적으로 배제된다는 것을
의미하는 것은 아니다. 즉 개별법이 특허권을 위하여 개인(자연인・법인)에게 그 성질상 사회공익의 이익의 증가를 목적으로 하는 국가의 자원을 이용・개발할 수 있는 권리를 설정할 수 있도록 정하고 있다면, 그러한 한도에서는 당해 법적관계는 다수실이 말하는 공기업의 특허에 해당할 것으로 보인다. 그러나 둘째는 이러한 내용의 강화론은 없는 것이고 둘째, 그러한 점에서 다수실이 가진다는 결정제도에 부합하지 아니하는 문제점이 있다고 보는 것이다.

(2) 非獨占的事業

위에서 본 바와 같이 다수실인 공기업의 특허권은 그 대상이 사업을 국가 등의 특별사업에 한정하지 아니하고, 비특별사업도 그 대상이 될 수 있다고 하였다.

실제 다수실이 특별사업의 예로서 들고 있는 자동차운수사업・철도사업・택은업 등의 운송사업과 전기・수도・가스사업 등의 供給事業는 비특별사업이라 할 것이다. 그것은, 건설한 바와 같이, 우리 법령은 自由民義을 기본적으로 하고, 국민의 職業選擇의 自由을 인정하고 있는 것이고, 그 근거로서 국민의 營業의 自由가 인정되는 것이고 보면, 언법상 또는 법령상 국가적 특별사업으로 명시되지 아니한 한, 개인도 원칙적으로 당해 사업을 경영할 수 있는 것으로 보아야 할 것이며, 이들 사업을 국가의 非獨占事業으로 보아야 하는 민법 또는 법률적 근거는 없는 것이기 때문이다.

위에 본 사업에 대하여 관계법(賛助・軌道事業法, 電力事業法, 自動車運輸事業法 등)은 그 經営을 위하여는 국공의 特許(発明権으로는 허가・면허 등의 용어가 쓰이는 경우가 많다)를 반드시 정하고 있다. 他多数는 이들 관계법에 의한 특허는 公企業의 特許이고, 당해 事業은 公企業으로 보고 있는 것이다.

이러한 公企業의 特許権은 일정한 공익적 사업은 그 성질상 당연히 公企業의 성질을 가지 않는 것이라는 논의가 성립할 뿐만 아니라 이론적 타당성이 인정될 수 있는 것이다.

기술한 바와 같이, 프랑스 行政法에서는 발명법 또는 판례에 의하여 일정한 公益의 需要의 充実作용에 대하여는 公務務로서의 성격이 인정되고 있으므로, 이러한 公務務를 個人(자연인・법인)으로 하여금 수행하게 하는 경우에도, 당해 작용은 여전히 공역투로서의 성질을 견지하게 되는 것이다.

이러한 프랑스의 公務務論 내지는 公務務特許의 理論을 수용하여 공기업특허권을 정립한 유로 마이어도 특허의 대상이 사업은 본체적으로 公行政作용의 성질을 가진다는 점에서 이론을 전개하였는데, 그 구체적인 근거는 제시하지 못하였던 것임은 기술한 바와 같다.

그러나 우리 나라에서는 이들 사업에 대하여 당연히 공企業의 성질을 인정할 수 있는 실정법적 근거나 판례상의 원리도 없다고 보다.

그에 따라, 이들 사업은 公益의 事業이기는 하나, 그 자체는 公企業은 아닌 것으로서,
당해 사업은 국가 등의 행정주체가 관리·경영할 수도 있으나, 또한 사인도 일정한 조건 하에서 관리·경영할 수 있는 것이라 할 것이다. 그 외, 이들 사업은 국가 등의 고유한 사업에 속하는 것은 아니고, 개인도 경영할 수 있는 것이며, 그 공익성으로 인하여 실정법은 개인에 의한 그 경영에 대하여는 법적으로 엄격한 규제를 하고, 국가 등의 특별한 허가를 받은 자만이 이를 경영할 수 있게 하고 있다고 할 것이다.

그러한 점에서 관계법들이 규정하고 있는 특허제도는 공익의 사업의 경영에 대한 규제가 정해져 있겠지만, 공기업의 경영권의 설정에 관한 제도는 아니라고 할 것이다.

전술한 바에 따라, 관계법에 기한 자동차운송사업·전기사업 등의 특성은 공기업의 특허는 아니고, 또한 당해 사업은 공익적 사업이기는 하나, 공기업은 아니라고 본다.

공기업의 특허론에서는 비특정사업도 그 대상으로 된다고 보면서, “비특정사업이 공기업이라 할지라도 행정주체가 경영하는 경우에 그 경영권을 타자에게 부여한다면, 이것 역시 공기업특허의 관념에서 제외할 이유가 없다”라는 것을 그 논리로 세시하는 견해가 있는 것은 여러에서 본 바와 같다.

여기서 행정주체가 경영하는 공기업의 경영권을 타자에게 부여하는 것이 구체적으로 어떤 경우를 지칭하는 지는 분명하지 아니하다. 이와 관련하여서는 행정주체가 경영하는 공기업의 일부를 개인에게 위탁하여 경영하게 하는 경우를 정의할 수 있을지 모르나, 이 경우 당해 공기업의 경영임무의 위탁은 민법적으로 행정약관으로서의 성질을 가진다고 본다. 그러한 점에서는 타자에게 공기업의 경영권의 전부 또는 일부를 부여하는 형성적 행정행위라는 의미의 공기업의 특허에는 해당하지 아니하는 것이다.

행정주체의 의의에 의하여 행정주체가 경영하는 공기업의 경영권을 부여하는 특화도 상정될 수 있을지 모르나, 이것은 우리의 실정법상으로서의 체계가 되어 있지 아니하다. 공기업의 특허로 들고 있는 전기사업, 자동차운송사업 등에서 있게 있는 특허제도는, 당해 사업을 행정주체의 특허에 반해 경영하게 하고 있는 것이며, 행정주체가 경영하는 사업을 사인이 특허를 받아 경영하도록 하고 있는 것은 아니다.

## II. 공익사업의 특허

위에서 공기업의 특허론에서 그 전형적 예로 들고 있는 자동차운송사업, 전기사업 등의 특허는, 국가 등의 행정주체가 공기업의 경영권의 전부 또는 일부를 사인에게 부여한다는 의미의 공기업의 특허는 아니고, 이들 사업은 공익적 사업이기는 하나, 공기업은 아니라는 점은 적시한 바 있다.

이 경우의 특허행위는 사인(자연인·법인)으로하여 당해 공익사업을 적법하게 경영할 수 있는 법적 지위를 설정하여 주는 것이라는 점에서, 본고에서는 이론 공익사업의 특허로 부터  

(23) 金道植, 行政法(下), p.391.
고 부르기로 한다.  

1. 공공장의 특허의 관념  
공공장의 특허권, 국가나 지방자치단체가 개인(자연인・법인)에게 특정 공공장에 대하여 특별한 권리・義務를 내용으로 하는 경영권을 설정하여 주는 행위를 말한다.

사유가 경영하는 사업 중에는 국민의 일상생활에 긴요한 식재료・재료의 수급을 내용으로 하는 사업, 즉 고도의 공익성에 의하여 특정 지위는 있는 사업이 있는 것으로, 전기사업・자동차운송사업・해상운송사업 등이 그에 해당한다.

이러한 사업에 의하여 그 공익성으로 인하여 법률로 특별한 규제를 하여, 사유에 의한 이를 사업의 경영은 국가의 허가를 받도록 하는 한편, 그 경영에 있어서는 특별한 권리(일정 한도의 독점의 경영권・공용보호권 등)를 부여하는 동시에 특별한義務(사업의개시권

(24) 유명한 고유상호 등 고유상호의 특허에 따른 기업은 공공장 등은 아니라고 보면서, 특수법인의 특허는 상용어를 쓰고 있다.

특수법인은 이 문제의 심도에 있어 특허법을 등의 협의로 나누어 검토하고 있다. 특허의 특허권은 국가 또는 지방자치단체가 소유하거나 이용에 의하여 설립한 특수법인, 즉 법적특수법인과, 행정청이나부터 특허를 받아 사유(자연인・법인)이 경영하는 공공장, 즉 특수법인의 양자를 보유하여, 협의로는 특허법을 공문에 준하고 있다. 이에 이론, 일반적으로 특수법인도 도입자의 자본의 5예 또는 50% 이상을 투자한 특수법인으로, 

정부법관 및 관련기본법은 및 사유법은 고유상호의 적용을 받는 기업이나, 협의의 특수법인은 이를 받는 특수법의 기업이므로, 양자를 모두 구별되어야 한다고 주장하고 있다. 金南民, 「 행정법 (下)」, pp. 384-385.

협자는 이러한 고유상호의 주장에 기본적으로는 동의한다. 다만 특수법의 특허는 상용어로 사용이 어려한 자산의 의혹에 있지만 것으로 보인다.

특수법은 기본적으로는 같은 일정한 것으로 보인다. 특수법은 긴급접수와 같이 특수법의 특허는 주재하지 아니하며 공용장의 특허는 특별한 특허를 부과하여야 한다. "특허법은 공익과 밀접한 관련이 있는 것에 대하여 특수법에 의하여 수용되는 특수법이고, 정부법관은 공중의 이익을 위하여 사회가 국가의 공용법을 피어버리며 종식에 국가에 대하여 재산의 피해를 간접적으로 특별한 의무를 부담하는 것이라고 한다. 그리하여 '특허법'에 의하여 자산이 아닌 특허법의 특허는 한다."

특수법은 국가 또는 지방자치단체가 직접 경영하거나 법률이나 조례로 설립한 특수법주가관계 (공무법관관리법), 건축공사(지방공급), 49개는 정부법관이하는 사유법이며, 그의 정부법관은 정부법관의 의정부에 따라 적극적으로 파악할 수 있으며, 특수법은 공무법관에 의해 특수법의 제의의 1/2가 되고 있다. 金南民, 「 행정법 (下)」, pp. 421-422.

그런데 특수법은 공공장의 개념의 정의와 관련하여, "정부법관에 의하여 국가나 지방자치단체는 공공장 약관을 스스로 경영하는 것이 원칙이니, 이는 공공장의 경영이 그의 정부법관에 의하여 경영하는가 있는 것이 원칙이다. 이와 같이 특허법을 받아 사유가 경영하는 공공장은 특수법에 의하여 경영하는 것이다." 특수법은 사유가 경영하는 것이에는 공공장에 관할하는 것이다. 이것은 현대 공공장의 정의의 특성에 관해서는 공공장에 구별 된다고 하고 있다. 金南民, 「 행정법 (下)」, pp. 351, 이 권장 부수에서 '상전적 관점에 의한 특허법'이라는 표현이 있기는 하나, 이것은 공공장의 개념에 관한 것이 일부이고, 이와 관련하여 '특수법'에 관한 논의의 관점은 배제하고 있으며, 이 부수에서는 특수법은 공공장에 특수법을 포함시키는 것이면 이상을 주고 있으나, 이에 비추어 보면 이 부분은 공공장에 관련 정부법관의 경험을 소개한 것으로 보아야 할 것이다.
무·수정의 經営義務 등)을 부과하고 있다. 법률에 의한 이러한 특별한 规制는 당해 사업의 
公益性에 기인하여, 그 적절하고 經営의 경영을 확보하려는 데에 그 기본적 취지가 
있다는 것이다.

公益事業에 대한 설치법상의 이러한 특별한 규정에 기하여 法에 의한 당해 사업의 경
영권을 설정하여 주는 행정행위가 公益事業의 特許인 것으로 그 내용은 어느 정도 보유하
면 다음과 같다.

공익사업의 특허는, 국가 등의 행정주체가 그 出願에 기하여 法에 의해 特許공익사업
의 經営權을 설정하여 주는 形成的 行政行為이다. 特許의 주체는 국가가 일반이나, 
자유자치단체도 그 주체가 될 수 있다.

특허에 의하여 상대방인 法人(자연인・법인)에게는 일반공민에는 인정되지 아니하는 特
별한 権利가 부여되고 또한 특별한 義務가 부과된다. 이러한 특별한 권리・義務가 부여되
는 것은 당해 사업의公益性에 기인하는 것이다.

위에서 본 바와 같이 공익사업의 특허는 자동차운수사업법・전기사업법・해운업법 등이
정하고 있는 許可나 免許의 범위는 공기업의 특허가 아니라, 공익적 사업의 특허로 보하
여 적용하는 것으로, 그 구체적 내용에 있어서는 공기업의 특례에서 다루는 것과 기본적인
차이는 없다. 그에 따라 도출에서는 특별히 이론적으로 문제가 될 수 있는 몇 가지 문제에
한정하여 검토하기로 한다.

2. 公益事業의 特許의 法的 性質

公익사업의 특허는 境界에 당해 사업의 經営權을 설정하여 주는 形成의 行政行為라는
점에 대하여는 見解이 있으나, 그 구체적 내용에 대하여는 견해가 갈리고 있다.

(1) 獨占的 經営權設定說

이 설은, 공익사업의 특허는 그 대상인 사업의 특별한 경영권을 특별한 주
는 행위라고 본다. 이 설은 獨占的 經営權을 설정하여 주는 경우만을 공익사업의 특허라고
보고 결과, 그 범위는 상대적으로 제한되게 된다.

(2) 包括的 法律關係設定說

이 설은, 공익사업의 특허는 그 대상인 事業의 經営에 관한 여러 権利・義務를 포괄적으
로 설정하는 행위로 본다. 즉 당해 공익사업을 경영할 수 있는 権利와 그 효과적인 經営을
달보하기 위한 여러 가지 特權을 부여함과 동시에, 특별한 義務와 負擔의 부과를 내용으로
하는 포괄적 法律關係의 設定行為를 特許로 보는 것이다. (25)

(3) 許可의 一種으로 보는 見解

이 설은, 공익사업의 特許와 영업허가와의 성질상의 차이를 부인하고, 營業의 自由를 보

(25) 李尚圭, 行政法(下), p.373.
장하는 헌법 아래에서는 특허권의 자유(權)의 회복을 의미하는 허가의 일종으로 본다. 다만, 이 견해도 특허권이라는 범위를 인정하여야 할 경우도 있다고 보나, 그 경우에도 특허권의 차이는 규제목적에서 오는 상대적인 차이에 불과하다고 본다.

이상의 3개 학설은 그 의의상의 차이에도 불구하고, 그 내용에 있어서는 공익사업의 특허의 어느 한 면을 특히 강조한 데에 불과하고, 본질적인 차이는 없는 것이 아닌가 한다.

기존한 바와 같이, 특허의 대상인 사업은 국예의 공익성을 내용으로 하는 것이기 하나, 이들 사업은 국가의 독점의 사업이 아닌 것임은 물론이거니와, 그 자체가 공익성작용으로서의 성질을 가지는 공기업도 아니다. 현행 헌법은 종합의 자유와 산업의 자유를 인정하고 있고 보매, 이들 사업도 원칙적으로는 국민의 자유로운 영업활동에 포함된다고 할 것이나, 그 공익성으로 인하여 법률의 특별한 규제를 하고 있음에 불과한 것이라 할 것이다.

그에 따라, 공익사업의 특허권의 헌법상의 사유의 자유의 회복이라는 성격을 가진다고 할 수도 있다. 다만, 도시적으로 체계화(Ideal-Typus)하는 경우에는, 일반적인 관계의 특허권은 헌법상의 영업의 자유를 적법하게 행사할 수 있게 하여 주는 데 그러는 것인데 대하여, 공익사업의 특허권의 경우에는 이러한 영업의 자유를 적법하게 행사할 수 있게 하여 주는데 그러지 아니하고, 그 특허사업자는 특별한 권리가 부여되고 있다는 점에 있어, 양자가 구별되는 게기가 있다고 할 수 있다.

독점의 경영권에 있어서 공익사업의 독점적 경영권을 설정하여 주는 행정체분만을 특허라고 보고 있으므로, 일단 특허의 내용이나 범위를 구체적으로 확정하여 주는 강점이 있는 것으로 보이며, 그러한 이유에 따른 것인지는 모르나, 이 설은 행정의 명령으로 되어 있다.(26)

그러나 이 설의 주장자들이 들고 있는 설명법상의 특허의 예를 검토하면, 독점의 경영권이라는 요소가 그 정도로 결정적 의미를 가지는 것인지에 대하여는 의문이 제기되는 것이다.

이 설에서는 공익사업의 특허(특허기업의 특허라고 하고 있다)의 예로서, 전기사업·전기 산업·해양운송사 등 그 예로 들고 있다. 이 중에서 전기사업의 경우는 그 허가 구역 내에서는 완전한 독점권이 보장되어 있으며(전기사업 65), 그것은 종합유수사업이 가한 종합유수사업의 경우도 또한 마찬가지이다(同法 81).

이에 대하여 자동차운수사업이나 해상운송사업의 경우에는, 전기사업 또는 일선 사업 내

(26) 金東熙, 行政法(下), p.335-339; 朴敘炘교수는 독점적 경영권의 설계가 공익사업의 특허의 경제적 기준으로 되는다고 보아, "농업(農業)·海運(海運)·電力(電力)·保険(保険)·建築(建築)·銀行(銀行)·私有企業(私有企業)·私人学校(私人學校)·社會福祉(社會福祉) 등" "사업활동에 대하여 모두의 규제가 가해진다고 하여도 독점의 경영권을 설계하여 주는 것은 아니므로 특허은 아니라고 하겠다"라고 주장하고 있다. 朴敘炘, 行政法(下), p.421.
재34권 2호 (1993)  

공익사업의 특허

- 51 -

에 복수사업자의 존재는 인정하면서, 다만, 정해져야만 수리할 드러내보기(海運業 5i・自動車
운영사업 6)로 하고 있다. 이 경우에도 현가 또는 독점업체의 수는 일정수로 제한되고, 그 한도 안에서는 독점적 경영권이 인정된다고 할 수도 있다.

그리나 이 정도의 독점의 행위의 인정이 다른 허가 등의 행위와 특허를 구별할 수 있는 경제적 기준이 되지는 아니한다고 본다. 예전에 치료사업에 의한 주요회사의 허가기준
으로서는 라이선스의 목적으로 하여 주요회사의 거기와 설정될 수 있는 바(승 9 別表 1), 이 경우에도 허가업체는 상해 구역 내에서는 독점적 이익(권리)을 누리나, 그에 따라
서 상해 주유소설치허가를 특허라고 본 것은 아니라 할 것이다. (27)

필자는 호에의 法律關係設定설에 공익사업의 특허의 수성이나 실질법의 규정방식에 가장
함치하는 것으로 본다. 전술한 바와 같이, 특허의 대상인 사업은 원칙적으로는 국민의
생활의 자유에 속하는 것이나, 그 공익성으로 인하여 실질법은 이들 사업에 대하여는 특별한
규제를 가하여 그 경영에는 행정에의 허가를 요구하게 하고, 동시에 그 적정하고 높은적인
경영을 위하여 관계법은 특허사업자에 대하여는 특별한 權利를 부여하는 동시에 특별한義
務를 부과하고 있는 것이다. 이러한 공익사업의 특허에 있어서는 관계법에 일정 한도의
신의 경영권을 인정하고 있는 것이 일반이다. 이것은 상해의 공익성이 따른 그 합리
적・효율적 경영을 담보하여 주기 위하여 당해 기업에 인정되는 여러 特權의 일부를 이루
는 것이나, 이러한 독점의 경영권의 인정이 공익사업의 特許를 다른 허가 등의 행위와 구
분하여 줄 수 있는 경제적 기준이 되지는 아니한다고 본다.

이러한 관계법의 규정에 따라, 행정주체와 특허사업자 사이에는 특별한 權利・義務를 내
용으로 하는 包括의 法律關係가 설정되는 것은 물론이다.

전술한 바에 따라, resume한 사업의 경영에는 관계법상 행정성의 허가를 요구하게 되어 있는
경우에, 당해 사업의 공익성에 의하여 특정 지시하고, 그 특허사업자에는 일반적으로는 인
정되지 아니하는 특별한 權利가 부여되고, 동시에 특별한義務가 부과되는 데에는, 당해
허가는 실질상 공익사업의 特許의 성질을 가진다고 할 것이다. 이 경우 당해 사업의 공익
성의 정도나, 특허사업자의 權利・義務의 특별성의 정도가 어떠한 것이여야 하는지에 대
하여는 일반적으로 타당한 기준을 설정할 수는 없고, 그것은 국공적으로는 구체적 판단에
따라 결정되어야 할 문제이 할 것이다.

3. 공익사업의 特許와 營業許可외의 区別問題

공익사업의 특허와 영업의 허가는 모두 일정한 事業・營業의 경영에 있어서는 그에 앞서
국가 등에서 그를 위한 特許(許可)를 반대 하는 경우로서, 공통성이 있다. 또한 공
기업의 特許論이 주장하는 것과는 달리, 특허의 대상인 사업은 공익성이 강한 사업이기는

(27) 대법원은 석유관할허가를 영업허가로 보고 있다(1986.7.22, 86 녀 203).
(28) 金南貞노수는 허가대상인 사업은 "먹고, 마시고, 눌고, 쉬는 일과 관련된 사업"이 주로 그 대상이 되고 있다고 하고 있다. 金南貞, 行政法(下), pp. 340-341. 이러한 김노수의 설명 부분은 사단과 조합의 것이기에는, 이것이 허가의 대상에 대한 일반적 기준을 제시한 것이 아닌 것으로 보인다.
이와 관련하여서는 보통의 손가락에서 벗는 이익은 상호의 희생에 불과한지에 대하여, 희생의 손간은 법의 교통 보호라는 것이 그의 희생에 대한 것이나, 희생의 손간은 일정한 제한과 숭고의 요건을 일정한 제한과 숭고의 요건을 두고 있는 결과, 제한적이고, 사회적 이익이라는 것이며, 사회적 이익이라는 것이, 이로 인해 오는 것으로 본다. 이는 경우에 운영의 측면, 관해 규정의 목적, 위치가 점적으로 불🍷한 장비와, 또는 적절도 부수적으로는 기존업자의 이익의 보호도 그 목적을 하는 것인지의 여부에 따라 판단되어야 할 것이고, 당해 제한을 적절히 따르는 것이 적절한 이익에 관한 것, 관해법에 규정되고 있는 결과, 기존업자가 받는 이익의 경제적 이익을 주로 본다. 이 경우 당해 이익의 성질은, 관해 규정의 목적, 위치가 적절한 것으로 완전한 것을 한 것인가, 또는 적절도 부수적으로는 기존업자의 이익의 보호도 그 목적으로 하는 것인지의 여부에 따라 판단되어야 할 것이고, 당해 제한을 적절히 따르는 것이 적절한 이익에 관한 것으로 본다. 이와 관련하여서는, 거리해해한 규정의 결과로 목공업자가 받는 이익은 상호의 희생에 관한 것, 관해법에 규정되고 있는 결과, 기존업자가 받는 이익의 경제적 이익을 주로 본다. 이에 대하여, 수유소간의 거리해해한 규정을 위반한, 군내 폐쇄를 기존업자가 다른 사항에서 본 원고마저이 인정된던 것이다.

이처럼 영업허가의 경우에는 있어, 거리해해한 규정에 의하여 기존업자가 받는 이익이 적절하게 보호되며, 관해되는 경우에 있어서는, 당해 허가의 법적 성질이 몰수 될 수 있다. 이러한 경우 당해 행위의 폐쇄로서의 본질은 변하지 아니하고, 다만 법률이 예외적으로 그에 대한 보호를 두고 있음에 그친다고 보는 것이 적절하다고 생각한다. 이에 대하여, 이 경우 당해 행위의 폐쇄된 특허의 개체 행위라고 보는 입장도 있다. ③로 지나치게, 형식적인 인식이 있으나, 허가와 특허의 긍정적 점별한 결과로서는 이러한 결과에 도달할 수 밖에 없는지라도 보인다.

2) 적정행위성 여부: 영업의 허가는 당해 영업에 대한 일반적 금지를 해제하여 그 영업을 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행위이다. 이 경우, 당해 영업은 헌법상의 영업의 자유에 따라, 허가를 주는 자유로인 행할 수 있는 것이며, 공명질서, 공중위생 등의 건조에서 그 행사는 일정한 제한을 가하고 있는 것으로, 그러한 제한사항에 해당하지 아니하는 경우, 즉 헌법상의 허가를 허위할 경우에도 폐쇄를 거부하는 것은 헌법상의 영업의 자유를 부당하게 제한하는 것으로서 허용되지 아니한다 할 것이다. 즉 영업의 허가는 영업 행위의 성질을 가져야 한다.

이에 대하여, 공회질의 특허는 제공행위로 보는 것이 허용·판례의 입장이다. ③이 이러한 허용·판례는 다탐한 것으로 보나, 공익사업의 특허라고 하여 당연히 제공행위의 성질을

(29) 金南敎, 行政法院, 343; 朴鉉準, 行政法院, 426.
(30) 威田信陽, 行政法院, 1, 1982, p. 131.
가진다고 할 것은 아니라고 본다.

기술한 바와 같이 공기업의 특허의 대상인 사업도 행정상의 업무의 자유에 기하여 개인도 이를 행할 수 있는 것이 원칙이라 할 것이다. 그러나 법률은 당해 사업의 고도의 공익성으로 인하여 관행에는 그 특허사업자는 일반 국민에는 인정되지 아니하는 특별한 권리 를 부여하는 동시에, 당해 사업의 적정한 수행을 담보하기 위한 관행에서, 공익적 관행에서의 경범들을 요하는 사항이 그 허가요건으로 규정되고 있는 것이 일반적인 바, 기본적 으로는 이러한 조건설정의 해석과 관련하여 행정청에 제반적 판단이 인정될 수 있다고 본다.

예컨데 자동차 운송사업법은 당해 사업의 면허조건으로서, ① 사업계획의 당해 노선이나 사업지역의 체계적과 수송중공급의 적합성, ② 사업계획의 경제적성에의 적합성 및 ③ 지방의 자동차수, 자본금, 지방정부의 요건 외에도, 당해 사업의 공익상 필요성 및 적합성을 규정하고 있다(陶業 61).

공기업의 특허의 경우에는 당해 공익적 사업의 적정하고 적절한 수행을 담보하기 위한 건정에서 특허사업자는 여리 특허가 인정되고 있다는 점을 감안하면, 행정청은 특허에 있어 위의 요건의 관행에 있어서는 적정한 한도에서 독자적 판단의 예외가 인정될 수 있는 소지가 크다고 할 것이며, 그 한도에서는 특허는 제조행위로서의 성질을 가진다고 할 것이다.

### IV. 结 語

기술한 바와 같이, 농아의 행정법은 중요한 형식의 하나로 인정되고 있는 공기업분야에 있어서도, 현재 다수설은 이론적 공기업의 특허는 그 하나의 경영방식으로 파악하고, 그 특허사업은 당연히 공기업으로 보고 있다.

그러나 필자는 행형법상으로는 특허사례 없이 공기업으로서의 성격을 인정할 수 있는 법적 근거는 없는 것이므로, 당해 행정은 공기업의 특허는 아니고, 그 공익성으로 인하여 설정 법상 특별한 규제를 받고 있는 공익사업의 특허라고 파악한 것이다. 그에 따라 그 특허사업은 공익사업의 경영에 당하는 공익사업이기는 하나, 공기업은 아니고 사의의 행정으로 형식에 따른 사기업이며, 또한 당해 사업은 공기업의 성질을 가지는 아니하는 것이다.

같은 관점에서 이 문제를 공기업의 특허가 아니라, '특허사업의 특허'라는 주제로서 다루는 논자들도 있는 것임은 전문한 바 있다. (32)

공기업의 특허론에서는 행정행위에 의한 특허 외에, 일반특허, 즉 법률 또는 조례에 의하여 특별이란(公社・公園・會社)을 설립하고, 그에 특정 공익사업의 경영권을 부여하는

---

(32) 脚注 (24) 창조.
정부를 무효 공기업의 특허라는 공공 법제에 포함시키고 있다.

특허국가는 이를 공기업의 경영방식으로 보아 무리가 없다고 본다. 공사나 회사 등의 특허법을 탈피하여 특정 공익사업을 경영하게 하는 것은 행정주체에 의한 직업에서 별도로 따르는 실질적·경제적·회계적·사회적·법적 등에 대한 제약을 배제함으로써 당해 사업을 보다 놓칠적으로 경영하게 하려는 의도에 그 기본조건이 된다는 점에 대하여에는 논의를 하지 않는 것으로 보인다. 이러한 특허법의 경우는 그 자본금의 소득이 정부출자이거나(공사·공단), 절대 50% 이상(회계)이 정부출자로 되어 있으므로, 이들은 실행적으로는 행정의 일부를 이룬다고 할 것이며, 그러한 점에서는 법규특허의 경우는 국가 등에 의한 공익사업의 경영의 하나의 구체적 형태라고 할 수 있는 것이다.

이에 대하여 행정책임에 의한 특정 공익사업의 특허의 경우에는, 당해 사업에 대하여 국가적 특허권을 인정할 수 있는 근거도 없고, 또한 이들 사업에 대하여 본질적으로 공공行政의 성질을 가지는 공기업의 성질을 인정할 수 있는 실질적·경제적·회계적·사회적·법적 등에 대한 제약을 배제함으로써 당해 사업을 보다 놓칠적으로 경영할 수 있는 것은 아니고, 이들도 이를 인정할 수 있는 또는 것이다. 다만, 그 공익성을 인하여 실제적으로 이들은 의한 당해 사업의 그 경영에 있어서는 행정청의 허가를 얻어야 하는 동시에 그 적용하고 놓칠적인 경영을 담보하기 위하여 특허기업(공익기업)에는 그 경영에 있어 특별한 권리·의무를 경하고 있는 것이다. (33)

이러한 특별한 권리·의무를 인정하고 있는 공익사업의 경영권을 설정하여 주는 것이 공익사업의 특허의 바, 이 경우 당해 기업은 공기업이며, 또한 당해 사업은 공익적 사업이기는 하나, 공기업은 아니라고 할 것이다.

정규한 바를 요약하면, 공기업은 국가 또는 지방자치단체가 직접(직업) 또는 간접(특수法人體事業)으로, 사회공익의 목적이 위하여 행하는 또는 허가할 사항에 행정처분에 의한 이론으로 공사의 특허에 따른 특허사업은 공익적 사업 및 사기업으로서의 공익이기는 하나 공기업은 아니다.

그러나 일정한 공익사업은 국가 등에 직접·간접으로 경영하게 하거나, 또는 이를 특허에 의하여 사면으로 하여금 경영하게 하든, 그에 대한 법적·제도 또는 그 이동관계 등에 있어서는 본질적인 차이는 있을 수 없다는 것이다. 이와 관련하여는 공기업은 실질방식에 영어가 아니고, 학문적 관념이라고 보면, 이 관념을 정착 실질적인 관념에서만 파악하여 "공익사업

(33) 이와 관련하여는 田中伊郎역사의 다음의 기술 부분은 매우 시사적이다. "중세 나라는 특허사실(公事事業의 特許)의 관념을 인정하여, 특허기업은 별표상 국가의 독립의 경영이 인정된 사업의 경영권을 국가의 특허하는 형식에 의하여 본래받은 사업사실로서 실질적으로 시행하고, 이 설 명은 설립해난 국가의 독립사실의 개념을 부양하게 확장하는 것은 일반이 아니고, 가공의사의 사기업은 제외적으로 할만한 것이기 위해서 이론적 효력으로 하여, 이론적 특허 기업은 공공사실에 대한 국가의 외관의 한 형태로서 이를 포함하기도 하였다."(行行政法 下, 1983, p.115)
다시 "으로 정의할 수 있을지도 모른다. 그러나 이러한 정의방식에 있어 가장 기본적인 문제는, 공익사항이라는 관념은 매우 다양한 것으로서, 그에는 국민의 일상생활에 필수적 가설한 민법 · 재화를 공급하는 것에서부터, 의소한도의 효용성은 가지는 것에 이르기까지 여러 사업 또는 작정이 그에 포함될 수 있는 것이다. 그에 따라 그 정의범위에 기하여 공기 업관념을 정의하는 경우에는, 그 범위의 최정에 있어서는 논란마다 각기 달리될 수 밖에 없음이며, 그것은 공익적으로는 공기업관념이의 유효가 내지는 그 독특성의 논란으로까지 거칠게 수도 있을 것이다.

위의 방법론과는 전히 대칭적인 것으로서, 공기업관념은 그 실질적 내용은 불문하고, 그 조직적 구조면에서만 착언하여, 특별법인공기업으로 보고, 행정주체의 직영활동은 행정작용의 관점에서만 파악하는 방법론도 사용될 수 있을 것으로 본다.

공기업이라는 관념은 전통적으로는 비전력적 행정작용으로서의 起付行政과 대등한 관념 으로 파악되었던 것으로 보인다. (34)

그러나 오늘날에는 비전력적 행정작용 정식의 다양화 현상과 관련하여 공기업을 이처럼 장의로 파악하는 것은 행정실질에 부합하지 아니한다고 본다. 그에 따라 공기업론이 독자 적 법제로서 의미를 가지게 되는바, 그 내용이나 행정작용에 있어서의 그 위치 등에 대하여 보다 철저하고 구체적인 재정직업이 필요한 것으로 본다.

(34) 小高 剛, 行政法各論, 1990, pp. 39-42.
Permission d'entreprises d'utilité publique

Kim Dong Hi*

Dans la théorie traditionnelle, qui reste encore l'opinion majoritaire, l'institution qui consiste à autoriser au particulier à gérer certaines activités d'utilité publique est analysée comme concession de service d'utilité publique. Autrement dit, l'autorisation en question est analysée comme une un mode de gestion de service d'utilité publique.

Nous ne partageons pas cette vue, et nous considérons l'autorisation en question comme une simple autorisation ou permission d'entreprises d'utilité publique.

Nous avons d'abord examiné la notion de service d'utilité publique. La notion de service d'utilité publique n'est pas un terme legal mais théorique, d'où diversité d'opinions sur sa notion.

Selon l'opinion majoritaire, il s'agit d'activités publiques ayant pour but de satisfaire aux besoins d'utilité publique. A notre sens, la notion de services d'utilité publique devrait se limiter à des activités d'utilité publique, qui ont pour objet de réaliser des bénéfices.

Comme nous avons dit en haut, l'institution juridique, qui consiste à autoriser au particulier à gérer certaines activités d'utilité publique est, selon la l'opinion majoritaire, un des modes de gestion de ces services publics d'utilité publique.

Nous avons examiné cette théorie au point de vue critique. A ce propos, nous avons examiné les théories d'Otto Mayer et de Forsthoff et l'institution de service public du droit français. Nous avons ensuite analysé de différentes lois qui sont à la base de telles autorisations.

Nous sommes arrivés en fin de compte à la conclusion que les autorisations en question ne sont, à la différence de l'institution de concession de service public, pas un mode de gestion de services d'utilité publique, et les activités qui font l'objet d'autorisation ne sont pas des services publics d'utilité publique, mais de simples activités caractérisées par des aspects d'utilité publique. Il s'agit en fin de compte des activités privées, qui sont plus ou moins pareils à des entreprises d'utilité publique en droit administratif français.

* Professeur de Droit administratif
Nous avons défini par conséquent les autorisations en question, non pas comme la concession de service d'utilité publique en tant qu'un mode de gestion de ces services, mais comme des simples autorisations ou permissions d'entreprises d'utilité publique.

Nous avons ensuite analysé ce système de permission d'entreprises d'utilité publique en droit administratif coréen.