

재정법제 연구 09-14-□□-4

**민간투자사업관리법제
개선방안에 관한 연구 [Ⅳ]**
- 민관협력(PFI) -

A Study on the Reform of Private Finance Initiative Law [Ⅳ]
- Public-Private Partnership and Private Finance Initiative -

연구자 : 이순우(한국법제연구원 초빙연구원)
Lee, Sun-Woo

2009. 10. 30.

국문 요약

민간이 행정의 객체가 아니라 행정의 주체로서 공공부문에 참여하고 공공부문과 민간부문이 협력할 필요성이 대두되면서 민관협력(Public-Private Partnership, 흔히 PPP로 불려진다)이 강조되고 있다. 이러한 민관협력의 유형으로서는 민영화, 민간위탁, 민간투자사업 등을 들 수 있다. 민간투자사업(Private-Finance-Initiative, PFI)은 민관협력의 가장 중요한 유형이며 민간투자법은 사회기반시설의 확충·운영에 민간의 참여를 규정하고 있다. 민간투자사업이 민관협력의 전형적인 예로서 협의의 민관협력의 개념을 구성한다고 볼 수 있다. 본 연구에서는 민관협력계약의 전형적인 예로서 민간투자법상의 실시협약을 다각도로 분석하고자 한다. 특히 우리나라에서는 민간투자법상의 실시협약을 이론과 판례에서 행정계약으로 보고 있다. 또한 프랑스에서도 민관협력계약 내지 실시협약(le contrat de partenariat)을 행정계약으로 보고 있으므로 보다 발전된 프랑스의 행정계약이론에 기초한 바람직한 방향을 제시하고자 한다.

프랑스에서 민관협력계약(les contrats de Partenariat)은 영국의 민간투자제도(Private Finance Initiative, PFI)의 영향 아래 2004년 6월 17일 법률명령(l'ordonnance)에 의하여 도입되었다. 이러한 민관협력이 도입되기 이전에는 행정계약으로서의 양허(la concession)를 포함한 공역무위임계약(le contrat de la délégation du service public)에 의하여 규율되었다. 프랑스의 민관협력계약은 행정계약이므로 우리나라의 민간투자법상의 실시협약과 그 궤를 같이 한다는 점에서 프랑스의 민관협력계약은 우리나라에서 비교·검토할 만한 충분한 가치를 지닌다고 볼 수 있다.

프랑스에서의 민간투자제도는 행정계약에 기초를 두고 있다. 프랑스의 행정계약은 계약의 당사자 중의 적어도 일방당사자가 공법인으로서 체결하는 계약(조직적 기준)으로서 공역무 수행에 직접적으로 참여

하거나 일반법의 배제조항(les clauses exorbitantes du droit commun)과 같은 예외적인 법제의 적용을 받는 계약(실질적 기준)으로 정의할 수 있다. 즉 프랑스는 행정계약의 구별기준을 조직적 기준과 실질적 기준으로 나누어 이상적인 모델을 제시하고 있으며 이에 관한 입법과 판례의 집적으로 문제를 해결하고 있다. 프랑스법의 행정계약의 연구가 우리나라의 행정계약의 개념의 발전에 기여할 수 있을 것이다. 우리나라의 경우 민간투자법상의 실시협약이 행정계약의 성질을 지니고 있으므로 프랑스의 입장과 유사하다. 프랑스의 행정계약론은 프랑스의 이론과 실무에서 확고한 자리를 차지하고 있고 현대 행정법에 있어서 주요한 현상으로 등장한 민간의 참여와 협력에 있어서 기본원리로 자리매김하고 있다. 이러한 발전된 프랑스 행정계약론을 도입하여 참여와 협력의 국가원리로 발전시킬 필요가 있다.

민간투자법은 전형적인 공법적 성격의 법이다. 또한 협의의 민관협력계약으로서 민간투자법상의 실시협약은 행정계약으로 인정되고 있다. 그런데 현행 법체계를 살펴보면 국가계약법에서 국가가 일방당사자인 계약에 대해서 사법상의 계약으로 보고 있으므로 모순점을 발견하게 된다. 예컨대, 국가계약법의 규율을 받는 행정조달계약은 사법상의 계약이고 민간투자법상의 실시협약은 행정계약이라고 하니 근본적으로 뒤틀려 있는 법체계를 가지게 된 것이다. 이러한 모순점을 극복하기 위해서는 프랑스의 행정계약론을 도입하는 것이 필요한 것이다. 국가가 일방당사자로 하는 계약은 프랑스의 행정계약이론의 조직적 기준에 따라서 행정계약의 성격을 강하게 지니는 것으로 보아야 한다. 또한 사법상의 계약에서 볼 수 없는 강한 공공적 성격을 발견할 수 있을 것이다. 따라서 공공조달계약을 포함한 국가계약법상의 계약을 행정계약으로 하는 입법상의 개정이 필요하다.

※ 키워드 : 민관협력, 민간투자, 민간투자법, 실시협약, 행정계약

Abstract

Today, a private citizen participate in the public sector not as the object of an administration, but as the subject of an administration and the necessity to cooperate between the public sector and the private sector increase. Therefore, Public-Private Partnership(called PPP) is emphasized. We can state privatization, contracting-out, Private Finance Initiative etc. as the types of Public-Private Partnership. The Private Finance Initiative(called PFI) is the most important type of Public-Private Partnership and the Private Investment Law prescribe private participation in the expansion and the management of infrastructure. The Private Finance Initiative is the typical example of the Public-Private Partnership and it constitute the narrow notion of Public-Private Partnership. In this study, we analyze the ‘Silsihyup-yak’ (the execution agreement) of the Private Investment Law as typical example of Public-Private Partnership from various angles. In particular, in Korea, the theory and the case consider the execution agreement of Private Investment Law as administrative contract. We present more desirable direction based on the theory of administrative contract of France because France also consider the execution agreement(le contrat de partenariat) as administrative contract.

In France, ‘le contrat de Partenariat’ was introduced by Ordonnance of 17 june 2004 under influence of PFI of England. The Private Finance Initiative of France has been ruled by ‘le contrat de la délégation du service public’, especially ‘la concession’ before ‘le contrat de Partenariat’ was introduced in France. The execution agreement of Private Investment Law of Korea is similar to ‘le contrat de Partenariat’ of France because ‘le contrat de Partenariat’ of France is administrative contract. In that sense, ‘le

contrat de Partenariat' of France is worthy of the comparison and the consideration in Korea.

'Le contrat de Partenariat' in France is based on administrative contract. The administrative contract of France is defined by the organized standard (at least one party of contract is public juridical person) and by the substantive standard (the party participate in accomplishment of public service directly or the contract is applied by exceptional legislation like clause which exclude the common law). In other words, France, dividing the standards of the administrative contract into the organized standard and the substantive standard, present ideal model and solve problems by the accumulations of legislations and cases. The study on administrative contract of the french law will contribute to the development of notion of administrative contract of Korea. The system of PFI in Korea is similar to the situation of France because the execution agreement of Private Investment Law is considered as administrative contract in Korea. The theory of administrative contract of France occupies determined place in the theory and the practice, and it positions the basic principle in the private participation in the public sector and the cooperation with the public sector, which is entered as principal phenomenon in the contemporary administrative law. It is necessary to introduce the theory of administrative contract of France, and to develop the national principle of participation and cooperation.

Private Investment Law has, typically, the character of public law. The execution agreement of Private Investment Law as Public-Private Partnership of narrow sense is also considered as a administrative contract. However, when we observe existing law, State Contract Law consider the contract, in which state is one party of the Contract, as the contract of private law. Therefore, we find out contrariety. Par exemple, the government pro-

curement contract ruled by State Contract Law is contract of private law and the execution agreement of Private Investment Law is administrative contract, which brings about wrong system of law. It is necessary to introduce the french theory of administrative contract in order to overcome this contrariety. The contract, in which state is one party, holds character of administrative contract strongly in accordance with the organized standard of the theory of the administrative contract of France. We can also, substantively, find out public character. Therefore, legislative revision is necessary.

※ Key Words : Public-Private Partnership(PPP), Private Finance Initiative(PFI), Private Investment Law, execution agreement, administrative contract, contrat de Partenariat, concession

목 차

국문요약	3
Abstract	5
제 1 장 서 론	13
제 1 절 연구의 목적	13
제 2 절 연구의 내용과 범위	15
제 2 장 민관협력일반론	19
제 1 절 민관협력의 개념	19
1. 민관협력(Public-Private Partnership)의 의의	19
2. 민관협력의 유형 분석	21
3. 민관협력체계(PPP)와 민간투자(PFI)	23
4. 협의의 민관협력계약에 기초한 민간투자사업(PFI)의 발전	26
5. 민간투자사업의 추진방식	26
제 2 절 비교법적 고찰	29
1. 영 국	29
2. 프랑스	42
제 3 장 협의의 민관협력이론에 기초한 민간투자법제	81
제 1 절 우리나라 현행 민간투자법제의 법적 기초	81
1. 민간투자제도의 의의	81
2. 민간투자제도의 이념	84

3. 민간투자법의 법적 성격	87
제 2 절 프랑스의 행정계약론	89
1. 문제의 소재	89
2. 프랑스에서의 행정계약의 개념	91
제 4 장 민간투자법상의 실시협약의 법적 문제	103
제 1 절 서 론	103
제 2 절 실시협약의 의의	104
1. 민간투자법상의 실시협약에 관한 법률 규정과 기초적 논의	104
2. 실시협약의 주체	106
3. 실시협약체결이전의 절차로서 협상대상자 지정행위	107
4. 국가계약법상의 계약과의 관계	114
제 3 절 실시협약의 내용 - 민간투자사업 표준실시 협약의 검토	123
1. 국내 민간투자사업의 협약내용	124
2. 국외의 실시협약 내용	126
제 4 절 실시협약의 법적 성격	129
1. 논의의 실익	129
2. 실시협약의 특징	131
3. 실시협약의 법적 성질에 관한 견해의 대립	132
4. 민간투자법상 공공성의 징표	137
5. 실시협약의 처분성 인정 여부	140
6. 실시협약의 효과	144
제 5 절 사업시행자의 지정행위의 법적 판단과 사업시행자의 지위	148

1. 사업시행자 지정행위의 법적 판단	148
2. 사업시행자의 지위	149
제 6 절 실시협약에 관한 쟁송	152
1. 분쟁의 구조	152
2. 3면 관계에서의 분쟁의 형태와 소송상의 해결	152
제 5 장 결 론	157
참 고 문 헌	163

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

민간투자사업관리법제를 연구하는 데에 있어서 민관협력(PFI)은 민간투자법제를 이해하는 데에 있어서 기초적 개념이다. 제목에서 보듯이 민관협력(Public-Private Partnership, 흔히 PPP로 불려진다)은 공공부문과 사적부문의 협력관계를 가리키고 있고 PFI는 민간투자사업을 나타내므로 PFI는 민관협력이론이 발전하는 과정에서 민간이 사회기반시설을 건설하는데 데에 공공부문에 참여하는 것을 내용으로 하는 특별한 제도를 지칭하는 것이다. 어느덧 민간투자는 민관협력이론의 중심적 개념으로 성장하여 협의의 민관협력(PPP)이 민간투자(PFI)로 이해되게 되었다. 민간이 공공부문에 참여하여 협력하게 될 때(민관협력)에는 여러 가지 유형으로 나눌 수 있을 것이다. 민관협력은 민영화, 민간위탁, 민간투자사업 등으로 분류할 수 있으며 본 연구는 민관협력이론이 민간투자사업에 적용되는 것을 살펴보고 협의의 민관협력계약으로서의 민간투자법상의 실시협약을 주요한 연구대상으로 삼아 발전방향을 제시하는 것을 목적으로 한다. 특히 민간투자법상의 실시협약을 이론과 판례에서 행정계약으로 보고 있으므로 공공성이 강화되고 있으며 프랑스에서 민관협력계약(le contrat de partenariat)을 행정계약으로 보고 있으므로 보다 발전된 프랑스의 행정계약이론에 기초한 바람직한 방향을 제시하고자 한다.

민간투자법은 전형적인 공법적 성격의 법이다. 민간이 공공사업에 참여하고 공공부문과 민간부문이 협력하여 민간투자사업을 실현하는 것은 부족한 공공재원을 보충하고 민간의 창의력, 기술, 자본을 도입하여 사회기반시설의 확충·운영을 도모하기 위한 것이다. 또한 협의의 민관협력계약으로서 민간투자법상의 실시협약은 공법상 계약으로

인정되고 있다. 따라서 민간투자사업의 지배적 이념 중에 중요한 것은 공공성의 원리이다. 공공성은 공익의 추구를 의미하므로 행정법의 지배개념에 해당된다. 따라서 사회기반시설에 의한 민간투자법에는 사익의 추구, 사적 계약, 시장적 질서와 같은 요소보다는 공익의 추구가 강조된다. 따라서 민간투자법제에서는 민간투자사업에 있어서 공공성을 강화하기 위한 방안을 강구하여야 한다.

민간투자법상의 실시협약의 법적 성질에 관하여 공법상의 계약으로 보는 것이 우리나라의 학설과 판례의 입장이다. 우리나라에서는 행정계약에 관한 이론이 완전히 정립되어 있지 않으며 행정계약의 총체적 체계를 제시하지 못하고 있다. 앞으로 이 부분에서 발전이 이루어져야 한다. 반면에 프랑스는 행정계약의 구별기준을 조직적 기준과 실질적 기준으로 나누어 이상적인 모델을 제시하고 있으며 이에 관한 입법과 판례의 집적으로 문제를 해결하고 있다. 프랑스법의 행정계약의 연구가 우리나라의 행정계약의 개념의 발전에 기여할 수 있을 것이다. 프랑스에서는 행정행위가 일방적 행정행위와 행정계약으로 구성된다고 보고 있다. 즉 행정계약은 행정행위의 일부를 구성한다. 따라서 행정계약은 공공성을 지니고 있으며 공법의 원리가 적용된다. 프랑스에서는 행정계약이 가장 체계적으로 정비된 국가이다. 한국의 민간투자법상의 실시협약에 해당되는 프랑스의 민관협력계약(*le contrat de partenariat*), 양허계약(*le contrat de concession*) 등이 프랑스에서 민간투자제도에 관계되는 중요한 행정계약이다. 민간투자법상의 실시협약에 대해서 행정계약의 성질을 인정한 것은 행정법의 영역에서 중요한 발전의 원동력이 되리라 본다. 앞으로 여러 분야에서 행정계약을 인정할 소지가 있기 때문이다. 특히 행정조달계약을 포함하는 국가계약법에 대하여 행정계약으로 인정하는 입법론이 요망된다. 즉 프랑스식의 행정계약론에 따르면 국가가 개입하고(조직적 기준) 공법상의 이론에 입각(실체적 기준)하고 있다면 이를 행정계약으로 보는 것은 당연한

것이다. 우리나라는 독일법의 영향을 받아 행정행위론이 행정계약보다 발전된 시스템을 가지고 있고 행정계약의 개념을 인정하는 데에 소극적이다. 그러나 프랑스의 행정계약론은 프랑스의 이론과 실무에서 확고한 자리를 차지하고 있고 현대 행정법에 있어서 주요한 현상으로 등장한 민간의 참여와 협력에 있어서 기본원리로 자리매김하고 있다. 이러한 발전된 프랑스 행정계약론을 도입하여 참여와 협력의 국가원리로 발전시킬 필요가 있으며 민간투자법에서 실시협약을 행정계약으로 봄으로써 민간투자법의 공공성을 중시하여야 할 것이며 단순히 시장원리에 의한 사회간접자본시설의 확충으로 볼 것이 아니라 공공성이 강화된 민간투자법의 원리를 구축하여야 할 것이다. 실시협약의 내용에도 그러한 공공성이 반영되어 사업시행자 및 감독청에 대하여 공공성의 보장을 위한 여러 가지 특권과 의무를 부여하고 있다. 민간투자법의 공공성과 민간투자법상의 실시협약 행정계약성을 감안하고 민간투자법을 분석하면 현행 민간투자제도를 보다 이해하기 쉬울 것이다.

제 2 절 연구의 내용과 범위

이 연구에서는 민간투자관리법제의 개선방안에 관하여 특히, 민관협력(PFI)이라는 주제로 법리를 검토하여 앞으로의 개선과제를 중점적으로 살펴보는 것을 연구의 내용으로 한다. 종래 정부는 도로, 교량, 철도 및 항만 등의 사회기반시설을 재정 혹은 국공채에 의한 재원조달에 의하여 건설되어 왔으나 현대사회에서 행정의 추구하는 공익목표의 달성방법은 민간의 참여를 촉진하는 방향으로 발전하고 있으며 사회기반시설의 건설을 위한 민간자본의 유치가 절실하다. 이에 따라 우리나라에서도 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’이 제정되어 민관협력을 규율하고 있다. 따라서 먼저 민관협력의 개념에 입각한 일반론

을 소개하고 이러한 민관협력과 민간투자의 관계를 연구하기로 한다.

그 다음에 민간투자법제에 대한 영국과 프랑스의 예를 비교법적으로 고찰한다. 영국은 민간투자제도가 최초로 시행된 국가 중의 하나라는 점에서 소개하나 최근에 민간투자제도에 관한 강한 비판이 제기되고 있어 우리나라에 발전방향을 제시하는 데에는 미흡하다. 우리나라의 민간투자사업은 공공성이 강화되어 민간투자법이 공법적 성격을 지닐 뿐만 아니라 민간투자법상의 실시협약이 행정계약으로 인정되고 있으므로 행정계약이론이 발달된 프랑스의 예를 소개하고 우리나라의 향후 행정계약과 민간투자사업의 발전방향을 제시하기로 한다.

다음으로 민관협력 중에서 협의의 개념인 민간투자법제에 대한 법적 기초를 연구하기로 한다. 여기에서는 먼저 민간투자법이 공법적 성격을 지니고 있으며 이념면에서도 공적 이익의 추구라는 공공성의 개념에 입각하고 있음을 지적한다. 또한 민간투자법이 국가계약법에 대하여 특별법으로서의 성격이 있음을 지적하고 국가계약법상의 국가계약은 사법적 계약이 아니라 공법상의 계약으로 하도록 함으로써 이러한 입법상의 개정을 통하여 민간투자법과 국가계약법의 조화로운 해석이 가능하다는 점을 역설하기로 한다.

마지막으로 민간투자법상의 실시협약의 법적 문제를 고찰하기로 한다. 민간투자법상의 실시협약은 행정계약이므로 경제성 혹은 효율성의 강조와 함께 공공성의 강화가 필요하다. 민간투자사업이 활성화되면서 실시협약에 따른 법적 분쟁도 증가하고 있다. 민관협력계약과 실시협약의 관계를 어떻게 설정할 것이냐가 문제되는데 민관협력계약은 민간투자법상의 실시협약을 포함하는 광의의 개념이라는 것에 대해서 의문이 없다. 다른 말로 하자면 협의의 민관협력계약이 민간투자법상의 실시협약으로 볼 수 있다. 프랑스에서는 행정계약이론이 매우 발달되어 있으며 민관협력계약(*le contrat de partenariat*)도 행정계약으로 보고 있다. 따라서 발전된 프랑스의 행정계약이론이 우리나라에

도입될 필요가 있다. 민간투자법상의 실시협약이 행정계약이므로 이에 대한 분쟁의 해결도 공법상의 당사자 소송으로 해결해야 할 것이다. 이러한 견지에서 민간투자사업의 실시협약의 법적 성질을 검토하여야 하고 실시협약에 따른 법적 분쟁의 해결방법을 모색해 보아야 할 것이다.

제 2 장 민관협력일반론

제 1 절 민관협력의 개념

1. 민관협력(Public-Private Partnership)의 의의

민관협력의 개념을 밝히기 위해서는 민관협력이 등장하게 된 배경을 살펴보아야 한다. 수직적이고 국가 중심적이었던 전통적인 행정질서에서는 공공부문의 역할이 중요하였다. 그러나 자본주의 시장경제질서가 보편적인 원리로 등장하고 각국에서 이른바 ‘정부실패’가 잇따라 나타나면서 민간의 효율적인 경영 기법을 행정의 측면에 도입하고 민간의 자본을 유치할 필요성이 증대되었다. 민간이 행정의 객체가 아니라 행정의 주체로서 공공부문에 참여하고 공공부문과 민간부문이 협력할 필요성이 강조되게 된 것이다. 여기에서 등장한 것이 ‘뉴거버넌스 이론’(New-Governance Theorie)이다. 이 이론에 따르면 공공서비스 전달 또는 공공문제를 해결하는 과정에서 정부라는 제도적 장치에 전적으로 의존하기 보다는 정부와 민간부문 및 비영리부문간의 협력적 네트워크를 적극 활용하는 것이라고 할 수 있다. 이 과정에서 정부와 시장 및 공동체 간의 관계와 정부의 역할이 새로 정립되고, 정부와 민간부문 및 비영리부문 간의 협력 체계가 등장하게 된다.¹⁾

우리나라의 경우 민관협력(Public-Private Partnership)의 개념에 관해서 특별한 규정을 두고 있지 않다. 사회기반시설에 관한 민간투자법에서도 개념에 관한 정의가 존재하지 않는다.²⁾ 다만 사회기반시설에 대한 민간투자법 제1조(목적)에서는 “이 법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운

1) 이종수·윤영진의 49인 공저, 『새 행정학』, 대영문화사, 2005, pp. 175-177.

2) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 행정계약 - 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구, 제14호, 행정법이론실무학회, 2005. 10, p. 359.

영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 민간투자사업(Private Finance Initiative, PFI)은 민관협력의 가장 중요한 유형이며 사회기반시설의 확충·운영에 민간의 참여를 규정하고 있다는 점에서 민관협력에 대한 일부 설명이 이루어지고 있다. 민관협력은 공공부문과 사적부문의 협력이라는 광의의 개념으로 정의 내릴 수 있다. 이러한 민관협력의 유형으로서는 민영화, 민간위탁, 민간투자사업 등이 있으며 민관협력은 이러한 유형 등을 포함하는 포괄적 개념이라고 볼 수 있다. 협의로는 공공사업에 대한 민간투자(private finance initiative)를 의미한다.³⁾ 우리나라의 민간투자는 민자유치라는 이름으로 1994년에 처음으로 입법되어 추진된 후 2005년에는 임대형 민자사업(BTL)을 도입하여 발전을 이루고 있다. 단순한 재원조달방식의 민자유치방식이 1998년 개정된 ‘민간투자법’에 의해서 PFI라는 민간투자사업으로 거듭 난 것이다.

공공재정으로 필요한 공공서비스를 공급하는 데에는 한계가 있기 마련이다. 민영화나 민간위탁이 거론될 수 있으나 대형 국책사업이나 사회기반시설(SOC) 사업의 건설 및 운영은 민간투자의 방식을 채택하고 있는 것이 최근의 추세이다. 사회기반시설에 대해서는 민간의 투자가 필요하며 이를 위해 사회기반시설에 대한 민간투자법이 시행되고 있으며 현행 사회기반시설에 대한 민간투자법은 수차례 개정되어 최근에는 2009년 4월 1일의 개정으로 이어지고 있다. 최근 정부는 사회기반시설의 건설 및 운영에 민간기업의 적극적 참여를 유도하고 해외자본의 도입을 위해 노력하고 있다.⁴⁾

3) 이종규, “민간투자자와 파트너십으로 도시경쟁력 강화해야”, 서울경제브리프, 제31호, 서울시정개발연구원, 2004. 5. 17, p. 7(http://www.sdi.re.kr/nfile/zcom_economy/3102.pdf).

4) 유영철, “신거버넌스로서 민-관협력 그리고 민간투자에 관한 연구” - 공공서비스 확충을 위한 민간투자방식의 레짐이동을 중심으로 -, 한국행정논집 제20권 제1호, 2008, p. 21.

2. 민관협력의 유형 분석

인프라 사업을 추진하는 방식으로는 재정사업 방식, 위탁경영 방식, BOT 방식, PFI 방식 그리고 민영화 방식 등을 거론할 수 있다.⁵⁾ 이러한 순서는 한편으로는 공공부문의 역할이 축소되고 민간부문의 참여 폭이 확대되는 것을 의미하며, 다른 한편으로는 인프라 사업의 추진 과정에서 보다 많은 사업 리스크가 민간부문으로 이전되게 된다는 것을 의미한다. 이러한 인프라 사업을 추진하는 방식을 공공서비스 성격, 자금조달 및 시공, 소유권의 귀속, 비용/리스크 부담주체, 관리/운영 및 서비스 제공의 구분기준에 따라 정리해 보면 다음과 같다.

인프라 사업의 추진 방식 비교

구 분	재정사업	위탁경영	PFI	민영화
공공서비스 성격 규정	공공부문	공공부문	민간부문	민간부문
자금 조달 및 시공	"	"	민간부문	"
소유권의 귀속	"	"	일정 기간 후 공공부문 이전	"
비용/리스크 부담 주체	"	"	민간부문	"
관리/운영 및 서비스 제공	"	민간부문	"	"

자료 : The World Bank Institute, <http://www.worldbank.org>.

5) “민관협력을 광의적으로 해석하면 민영화, 민간위탁, 외주화, 보조금정책 등으로 설정할 수 있다. 그러나 민간투자는 협의의 민관협력이다.” : 유영철, “사회기반시설의 확충을 위한 민간투자 정책개발에 관한 연구” - 수익형 민자사업과 임대형 민자사업의 사례연구를 중심으로, 한국정책학회보, 제17권 2호, 2008. 6, p. 4.

재정사업 방식은 공공부문이 인프라 사업의 각 단계(공공 서비스의 성격 규정, 자금 조달 및 시공, 소유권의 귀속, 비용 및 리스크 부담, 그리고 관리·운영 및 서비스의 제공 등)에 주체가 되어 사업을 진행하는 것으로 민간의 참여가 배제된 것이므로 민관협력의 분야는 아니다.

위탁경영 방식은 전통적인 재정사업 방식에서 인프라 사업의 관리 및 운영 단계를 민간부문에게 위탁하는 방식이다. 위탁경영방식은 인프라 사업의 관리 및 운영단계에 민간부문이 참여하므로 민관협력의 일종으로 볼 수 있다. 위탁경영은 상기의 표에서 제시된 바와 같이 공공부문으로부터 위탁받은 민간부문이 공공서비스를 제공하는 주체가 되지만, 비용 및 리스크 부담의 주체는 공공부문이 된다.

PFI(private finance initiative) 방식은 영국에서 발달된 제도로서 프랑스도 영국의 PFI방식에 영향을 받아 민관협력계약이 입법화 되었으며 우리나라의 경우 사회기반시설에 대한 민간투자법에서 규율하고 있다. 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 유도하여 민간의 창의성과 효율성을 도입하는 것을 목적으로 하므로 민관협력의 전형적인 예가 되며 협의의 민관협력의 개념이 여기에 해당된다. 이러한 PFI 방식은 영국에서 처음으로 제도화 되었다가 세계적으로 가장 많이 활용되고 있는 인프라 시설의 확충방식이다. 이는 인프라 사업의 추진 과정에서 민간부문이 대폭 참여하는 것을 내용으로 하므로 공공부문과 민간부문의 결합이 이루어지는 민관협력의 전형적인 예가 된다.

민영화 방식은 인프라 시설의 발굴단계에서 부터 해당 시설의 관리, 운영 및 서비스의 제공 단계에 이르는 모든 과정을 민간부문이 담당하는 방식이다. 민영화 방식은 이윤 창출의 가능성에 기초하여 민간 기업들 간의 경쟁이라는 시장 원리를 인프라 사업의 추진 과정에 도입한 방식으로 이해될 수 있다. 따라서 민영화 방식은 공공사업 조달의 재정 부담 완화와 함께 가격 및 품질에 대한 민간부문의 경쟁을 통한 공공서비스의 품질 제고를 달성하는 것을 목적으로 한다.

이상에서 보았듯이 민관협력의 유형으로는 민간위탁, 민간투자, 민영화 등을 들 수 있고 이러한 유형을 포괄하는 것이 민관협력의 광의의 개념이나 실질적으로는 민간투자사업이 민관협력의 전형적인 예로서 협의의 민관협력의 개념을 구성한다고 볼 수 있다.⁶⁾ 이러한 민관협력의 기본적 모델은 민간투자사업(PFI)으로 볼 수 있으므로 본 연구는 이에 초점을 맞추어 기술할 것이며 그 중에서도 민관협력계약의 전형적인 예로서 민간투자법상의 실시협약을 다각도로 분석하고자 한다. 특히 민간투자법상의 실시협약을 이론과 판례에서 행정계약으로 보고 있으므로 공공성이 강화되고 있으며 프랑스에서 민관협력계약(*le contrat de partenariat*)을 행정계약으로 보고 있으므로 보다 발전된 프랑스의 행정계약이론에 기초한 바람직한 방향을 제시하고자 한다.

이러한 연구를 수행하기 위해서는 민관협력(PPP)에서 민간투자사업(PFI)에 이어지는 개념적 범위를 설정하는 것이 선행되어야 한다.

3. 민관협력체계(PPP)와 민간투자(PFI)

(1) 민관협력체계와 민간투자의 개념적 범위 설정

민관협력과 민간투자 사이에는 개념에 있어서 차이가 존재하므로 민관협력과 민간투자에 관해서 개념의 발전과정을 살펴볼 필요가 있다. 공공과 민간의 파트너십으로 해석되는 **Public-Private Partnership**은 흔히 PPP로 불려진다.⁷⁾ 우리나라에서는 민관협력사업이라고 해석된다. 1990년대 이후로 PPP에 대한 관심이 많은 국가에서 증가하였다. 영국에서 시작된 PPP는 유럽연합전체에서 논의되고 있으며 동유럽국가에서도 정책대안으로 자리매김하고 있다. PPP가 이러한 대안으로서 나타나게

6) 김대인, □□행정계약법의 이해□□, 경인문화사, 2007, pp. 333-346.

7) 윤현진, “공공부문에서의 민관파트너십(Public-Private Partnership : PPP)과 새로운 행정법 모델”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2008, p. 4.

된 데에는 민간의 참여와 효율성의 결합이 나타나기 때문이다. 민관 협력의 구성요소는 상당히 넓다. 종래에 중앙정부, 지방정부, 민간기업 정도로 여겨졌던 민관협력의 구성 범위는 교육·보건 관련 집단과 공공 또는 민간의 영역 구분없이 재원투자 가능한 모든 영역을 포함하는 것으로 여겨지고 있다.⁸⁾

민관협력은 공공서비스의 공급방식을 개선하는 국가적 노력에서 1970년대 영국에서 시작되었다. 1980년대 중반에 이르러 정부의 공공서비스 공급능력에 대한 신뢰를 잃게 되자 효과성, 효율성, 투명성의 측면이 강조되게 되었다. 이러한 민관협력의 과정은 지방으로 분권할 필요가 생기게 된다. 1990년대 중반에는 유럽, 북미, 일본, 남아프리카, 뉴질랜드 등의 국가에까지 민관협력이 확대되었다.

공공부문과 사적부문의 파트너십으로서 민관협력(Public-Private Partnership, PPP)은 공공부문에 민간이 참여하는 것으로 위에서 본 바와 같이 민간위탁, 민간투자사업, 민영화 등을 포괄하는 개념이다. 이러한 PPP는 1990년대 이후 많은 국가에서 관심의 대상이 되었다. 영국에서 부터 시작된 PPP는 유럽연합, 아시아, 동유럽 등지에서 정책대안으로서 활발히 논의되고 있다.

민관협력(Public Private Partnership)이 ‘민간으로부터 재원조달’이라는 관점에서 파악하면 민간투자(Private Finance Initiative)와 유사하다. 영국의 PFI는 공공서비스의 생산을 위하여 민간으로부터 재원을 마련하기 위해서 시작된 것이기 때문이다. 위와 같이 민간재원 조달에 초점을 맞추게 되면 민관협력과 민간투자 그리고 BOT 등이 유사한 개념이 된다. 그러나 민간투자(PFI)는 단순한 민간재정 조달방식과는 구별되며 민관협력(PPP)은 민간투자보다 넓은 개념으로 이해해야 한다.

8) 유영철, “신거버넌스로서 민-관협력 그리고 민간투자에 관한 연구” - 공공서비스 확충을 위한 민간투자방식의 레짐이동을 중심으로 -, 한국행정논집 제20권 제1호, 2008, p. 26.

민관협력은 공공부문과 사적부문의 계약관계로 형성된다. 흔히 민관협력계약이라고 불리는 것도 이러한 이유에 기인한다. 따라서 본 연구에서 PFI는 민관협력계약의 범주에서 살펴보기로 한다. 영국에서 PFI (Private Finance Initiative)는 정부가 필요한 시설 또는 서비스 공급을 위한 사업을 추진함에 있어서 민간의 자본을 유치하고, 합의된 계약 설정 내용에 따라 책임지고 위험을 감수하는 방식이었다. 이러한 PFI (민간투자)는 협의의 민관협력이라는 명칭으로도 불리게 되었고 이 경우에 있어서 민관협력과 민간투자의 개념이 일치하는 것으로 보게 된다. PFI에서는 민간이 재원을 투자하고 시설을 운영하며 정부는 민간과 합의한 계약(실시협약)이 준수되는 지를 점검하게 된다.

(2) 민관협력과 관련한 민간투자의 개념설정

시초의 민관협력은 Public Private Partnership(PPP)으로 불리어 졌으며 개념의 폭이 넓었다. 이러한 민관협력의 개념이 형성된 이후에 민간투자(PFI) 개념이 등장하였고 이어서 BTO, BOT와 같은 추진방식에 관한 제도적 발전이 있었다. 위에서 살펴본 바와 같이 민관협력은 민간투자를 포함한 광의의 개념이며 협의의 민관협력이 민간투자로 이해된다. 위에서 보았듯이 민관협력은 민영화, 민간위탁, 민간투자를 포괄하는 넓은 의미로 해석된다. 이들 방식들은 민간영역의 기술과 경영방식이 비용의 절감과 효율성을 가져온다고 보는 관점에 기초하고 있다. 민간투자는 투자위험을 민간에 분산하고, 민간의 효율성과 창의성을 가져와 공공재정투자에 비하여 더 높은 재정적 가치(Value for Money : VFM)를 확보하려고 한다. 민간투자(PFI)는 민관협력(PPP) 방식 중에 가장 빈번하게 사용되고 있다.

따라서 본 연구에서는 민간투자는 민관협력의 한 부류이고 이에 기초한 민간투자사업에 관한 민관협력계약에 초점을 맞추어 실시협약의 공법적 성격에 따른 발전방향을 모색해보고자 한다.

4. 협의의 민관협력계약에 기초한 민간투자사업 (PFI)의 발전

민간투자사업의 발전 과정을 살펴보게 되면 민관협력계약이 어떻게 진행되어 왔으며 앞으로 어떻게 진행될 것인지를 예측할 수 있게 한다. 1980년대에 해외에서 공공사업 재원조달방법으로서 인정된 민자유치방식으로서 BOT가 처음으로 나타났고 지금도 널리 이용되고 있다. 이러한 BOT이외에도 BTO, BOO, ROT 등이 등장하였다. 그 밖에도 영국에서는 1990년 DBFO(Design-Build-Finance-Operate) 방식이 고안되었다. 이러한 방식은 민간에 위험을 전가하고 보다 많은 책임을 부과하지만 동시에 많은 권한을 부여함으로써 장기 계약에서 민간의 자본과 기술력을 발휘하도록 하고 있다.

5. 민간투자사업의 추진방식⁹⁾

(1) BOT¹⁰⁾

BOT는 민자로 공공서비스 공급을 위한 시설물 등을 설치하고 민간이 시설은 운영한 뒤 계약이 종료되는 시점에서 정부에 소유권을 귀속시키는 방법이다. 이 제도의 문제점은 정부가 시설물 소유권을 먼저 가지지 못한다는 측면에서 활용되지 못하고 있다.

1980년대 초반 각국의 정부는 직접 자금을 조달하지 않고 인프라 사업을 추진해야 하는 경제적 상황에 있었기 때문에 BOT 방식을 추진하게 되었고 과도한 재정적자와 국가채무에 시달리는 국가들은 이

9) 기획예산처가 인정하는 방식에 관해서는 기획예산처, “민간투자사업기본계획”, 기획예산처, 2008. 1. p. 10-11 참조.

10) 유영철, “신거버넌스로서 민-관협력 그리고 민간투자에 관한 연구” - 공공서비스 확충을 위한 민간투자방식의 레짐이동을 중심으로 -, 한국행정논집 제20권 제1호, 2008, p. 32.

를 타개하기 위하여 민간이 소유하고 운영하는 인프라 사업을 구상하여 활성화시키게 된 것이다.

BOT에서 민간 사업시행자는 25-30년간 시설을 운영하며, 투자자금은 사용자들의 사용료로 회수된다. 민간이 운영하는 기간 동안에 시설의 소유권은 민간사업에게 있으며 민간운영기간(양여기간)이 지난 후에는 시설물의 소유권이 정부로 이전된다.

정부는 해당 사업에 관하여 민간사업자 컨소시엄과 실시협약(MOU)을 맺는다. BOT에서는 사용자들의 사용료로 수입이 결정되고 정부는 어떠한 소득 보존도 하지 않는 데에 특징이 있다. 따라서 BOT사업에서는 개별 민간사업자(출자자 또는 대출자)에 위험부담이 크다. 즉 BOT사업이 재정적으로 높은 위험이 있는 경우에 적용하는 데에 한계가 있다. 대규모 사업에서는 더욱 재정적 위험에 노출되는데 이 경우 정부와 민간기업간의 민간에 대한 최소운영수입보장, 환차손 보존, 자기자본 출자 비중의 완화 등이 특약으로 검토된다.

(2) BTO(Build-Transfer-Operate) : 수익형 민자사업

민간이 건설하고 정부에게 소유권을 이전한 후 민간이 운용하는 방식이다. 공공성이 강한 사업을 민간인이 투자하여 소유권을 정부에 기부채납한 후 일정기간동안 관리운영권을 행사하면서 이용자로부터 사용료를 징수하여 투자자금을 회수하는 방법이다(민간투자법 제4조 제1호). 이러한 BTO 방식은 프랑스의 행정계약으로서의 양허(la concession)와 비슷하다. 양허(la concession)에서 양수인은 투자비용과 개발비용을 자신의 위험으로 취하고 이용자에 대해서 징수되는 사용료로 보상된다. 예 : 물의 배포, 쓰레기의 제거, 지하주차장의 건설과 개발.

2005년 민간투자법 개정전의 종전시설 : 35개

도로, 철도, 철도시설, 항만, 공항, 다목적댐, 수도, 하수종말처리시설, 하천부속물, 어항시설, 폐기물 처리시설, 전기통신설비, 전원설비, 가스공급시설, 집단에너지시설, 정보통신망, 유통단지, 화물터미널, 여객자동차터미널, 관광단지, 노외주차장, 도시공원, 폐수종말처리시설, 오수처리시설 및 축산폐수공공처리시설, 재활용시설, 생활체육시설, 청소년수련시설, 박물관 및 미술관, 국제회의실, 지능형 교통체계, 지리정보체계, 초고속정보통신망, 과학관, 도서관

(3) BTL(Build-Transfer-Lease) : 임대형 민자사업¹¹⁾

BTL 사업은 민간이 자금을 투자하여 사회기반시설을 건설하면 당해 시설의 소유권이 정부에게 이전되고 정부가 운영기간(10~30년)동안 이를 임차하여 시설을 사용하고 그 대가로 임대료를 지급하는 방식이다(민간투자법 제4조 제2호).

BTL 방식으로 추진이 가능한 시설로는 2005년 1월 민간투자법 개정으로 추가된 교육, 복지, 문화, 의료시설 등과 환경시설을 주 대상으로 하고 있다.¹²⁾

2005년 1월 1일 민간투자법 개정으로 추가된 시설 : 9개

학교시설, 군 주거시설, 공공 임대주택, 아동보육시설, 노인요양시설, 보건의료시설, 문화시설, 자연휴양림, 수목원

11) 안도걸, “BTL 사업추진 방향”, 국토, 282권, 국토연구원, 2005, pp. 30-41.

12) 민간투자사업의 추진방식의 변화와 현황에 관해서는 조용만, “민간투자사업 추진 현황 및 제도변화”, 건설경제, 2007년 봄호, 통권 51권 참조.

제 2 절 비교법적 고찰

1. 영 국

보건이나 교육의 예에서와 같이 기초 공공서비스 시설을 어느 수준까지 이루기 위해서 Major 정부에 의하여 소위 민간투자제도(Private Finance Initiative, PFI) 프로그램이 1992년에 착수되었다. 이것은 1997년에 Blair 정부에 의하여 다시 취해졌으며 계약의 체결을 가로질러 관계된 공공서비스의 작용을 개선하는 것을 가능하게 하였다. 이 계약에 의하여 사적 부문은 투자를 하고 사업의 훌륭한 수행과 관계된다. 왜냐하면 공법인은 완수된 토목공사에 단 1회 지불하기 시작하고 결과에 따라서 그 지불을 조정한다. 거의 800개의 사업이 사전 평가 이후에 PFI(민관협력계약)로 실현되었고 그 사전평가의 규정은 중앙 단계에서 정의되었다. 그러나 체결절차는 일반적으로 협상절차이며 이것은 항상 유럽공동체법에 합치되는 것은 아니다. 각 사업에 대하여 계약의 전체가 체결된다. 주요한 계약은, 가장 빈번한 것이 'DBFO' 형태이며 프로젝트 회사(Special Purpose Vehicle)와 체결된다. 이것은 재정시설과 함께 계약에 의하여 보충되며 프로젝트에서 재정시설의 위치는 중요하다는 비판이 있다. 민관협력계약(PFI)은 공적 단체에게 경제적인 것은 아니나, 전통적인 공공구매보다 높은 비용으로 새로운 재정원이 되고 있다. PFI는 프랑스에 성공으로 인식되었고 프랑스법의 개혁에 있어서 주요한 참조가 되었다.¹³⁾

영국에서 민관협력(public private partnerships, PPPs)은 공공부문과 사적부문 사이에 협력 작업으로 대표된다.¹⁴⁾ 광의에서 민관협력은 정책, 서비스, 사회기반시설을 구축하기 위해서 공적부문과 사적부문 사이

13) Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 5^e édition, Dalloz, 2006, pp. 635-636.

14) http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm 참조.

에 경계를 가로지르는 모든 협력형태를 포함할 수 있다. 공공서비스의 구축이 사회기반시설에 사적부문 투자를 포함하는 곳에 민관협력이 있고 이러한 민관협력의 가장 일반적인 형태가 민간투자제도(Private finance initiative, PFI)이다. 영국에서 민간투자제도(Private finance initiative, PFI)는 양질의 공공서비스를 구축하기 위한 정부의 전략으로서 작지만 중요한 부문이다.

민간투자제도(Private Finance Initiative, PFI)¹⁵⁾는 시초에 오스트레일리아와 영국정부에 의해 발전되었으며 공공부문과 사적부문 사이에 ‘민관협력’(public-private partnerships, PPPs)을 위하여 재정적 지원을 제공하는 방식이다. 민간투자제도는 오스트레일리아, 캐나다, 체코, 핀란드, 프랑스, 인도, 아일랜드, 이스라엘, 일본, 말레이시아, 네덜란드, 노르웨이, 포르투갈, 싱가포르, 미국 등의 국가에서 법인, 국가정부, 세계무역기구(World Trade Organization), 국제통화기금(International Monetary Fund), 세계은행(World Bank)과 같은 국제적 조직체 등에 의해 추진되는 민영화(privatization)와 탈규제화(deregulation)를 위한 광범위한 프로그램의 부분으로서 채택되고 있다.

(1) 영국의 민간투자제도의 의의

민간투자제도(Private Finance Initiative, PFI)는 일부 민영화(part-privatisation)에 대응하여 공공기관을 위하여 사적 자금제공을 확보하는 조달방식이다. 또한 민간투자제도는 공공서비스의 교부를 위하여 사적 회사에 책임을 이전하는 작용상의 틀이다.

(2) 연 혁

민간투자제도(Private Finance Initiative)는 1980년대 후반에 오스트레일리아에서 고안되었으며 처음에는 통행세가 부가되는 도로와 열차

15) http://www.en.wikipedia.org/wiki/Private_Finance_Initiative 참조.

프로젝트에 적용되었다. 1992년에 민간투자제도는 John Major 보수당 정부에 의해서 영국에서 처음으로 시행되었다. 민간투자제도는 즉시 논쟁이 되었고 반대 입장에 있던 노동당에 의해서 공격을 받았다. 장래의 보건부 국무대신인 Patricia Hewit는 PFI가 민영화의 뒷구멍 형태라고 혹평을 하였다(House of Commons, December 7 1993).

그럼에도 불구하고 재무부(Treasury)는 제도가 장점이 있다고 보았으며 1997년 총선거 후에 노동당이 채택하도록 추진하였다. 당이 취임을 한 2월 후에 보건부장관 Alan Milburn은 “유용한 공공부문 자본이 한계가 있을 때에 PFI가 있게 된다.”고 언급하였다. 이후에 PFI는 계속되었고 노동당 하에서 확장되었으며 많은 노동조합, 노동당(Labour Party), 스코틀랜드 국가당(Scottish National Party, SNP), 녹색당(Green Party), 논평가 등에 의해 비판을 받기도 하였다.

현재의 총체적인 재정위기는 PFI에 어려움을 제기하고 있다. 왜냐하면 사적 자본의 많은 근원이 고갈되었기 때문이다. 그럼에도 불구하고 PFI는 공공부문 조달을 위해 영국정부가 선호하는 방식으로 남아 있다. 2009년 1월에 보건부장관 Alan Johnson은 보건부문에 관해서 이러한 PFI방식을 재확인하고 있다. 그는 “새로운 병원을 건설하는 데에 PFI가 국민보건서비스(NHS, National Health Service)의 ‘plan A’이었으며 결코 ‘plan B’가 아니었다”고 진술하였다. 그러나 은행이 PFI 프로젝트를 위하여 돈을 빌려주는 것을 꺼려하였으므로 이제는 정부가 자금을 제공하여야 한다. 2009년 3월에 재무부는 학교와 PFI하에서 다른 프로젝트를 건설하는 데에 사적 기업에 £2bn의 공금을 빌려주어야 한다고 하였다. 성명서에서 재무부 장관, Yvette Cooper는 쓰레기 처리 프로젝트, 환경사업계획, 학교를 포함한 £13bn에 해당되는 프로젝트가 연기되거나 취소되지 않도록 대부가 보장되어야 한다고 주장하였다. Yvette Cooper장관은 대부가 일시적이며 시중금리(commercial rate)로 상환될 것을 약속하였다. 그러나 자유민주당(Liberal Democrats) 재무 대

변인 Vince Cable은 공금으로 PFI를 버티기 보다는 보다 전통적인 공적 재정구조로 돌아가야 한다고 주장하였다.

그는 다음과 같이 진술하고 있다.

“모든 것이 끔찍하게 불투명하고 부정직하게 되었으며 이것은 책임을 숨기는 방식이다. PFI는 이제 광범위하게 고장나있으며 우리는 우스운 상황에 있게 되었다. 여기에서 정부는 PFI를 위하여 자금을 제공하여야만 하는 것이다.”

심지어는 보수당조차도 납세자가 이제 그것을 직접적으로 자금제공하는 상황에서 PFI가 ‘우습게’되었다고 보고 있다. Philip Hammond 보수당 대변인은 다음과 같이 주장하고 있다.

“만일 당신이 PFI로부터 사적 재정을 취하면 남아있는 것이 많지 않다... 만일 당신이 재정위기를 공적부문으로 되돌린다면 그것은 계약구조에 반영되어야 한다. 공공부문은 단순히 개입하여 그것 자체에 돈을 빌려줄 수 없다. 이러한 프로젝트가 가져올 수 있는 높은 대가를 가지고 사적부문을 남겨놓으면서 PFI구조가 유지될 수 있도록 보다 많은 위험을 가지는 것이다. 이것은 우리에게 매우 우스운 것이다.”

(3) 정부와의 관계

1) 재무부(Treasury)

1997년 7월에 PFI 프로젝트팀이 PFI의 진행을 위한 중앙 조절을 제공하기 위하여 재무부 안에 창설되었다. 재무부 프로젝트팀(Treasury Taskforce, TTF)으로 알려진 이 기관의 책임은 PFI의 방식에서, 특히 다른 정부부서의 민간 투자 단위 안에서 정부 내의 직원과 조달과정을 표준화하는 것이다. TTF는 시초에 Dresdner Kleinwort Benson 투자

은행에서 총괄 재정프로젝트를 담당하였던 Adrian Montague가 주도하는 8인의 사적 부문 집행부에 의해 운영되는 프로젝트 부서와 5인의 공무원이 참여하는 정책부서로 구성되었다. 1999년에 정책부서는 상업부(Office of Government Commerce)로 옮겼으며 이어서 재무부로 돌아갔다. 프로젝트부서는 일부 민간화되고 Partnership UK(PUK)가 되었다. 재무부가 49%의 ‘황금지분’(golden share)을 보유하고 있으며 PUK에서 중요부분은 민간부문투자자가 소유하고 있다. PUK는 법인번호사, 투자 은행업자, 컨설턴트 등등과 같은 민간부문 조달 전문가에 의해 거의 전적으로 구성된다. PUK는 PFI가 널리 사용되는 데에 주요한 역할을 하고 있다.

2009년 3월에 총체적 재정 위기에 의해 야기된 어려움에 대하여 자금을 제공하기 위해서 재무부는 PFI 프로젝트의 존속을 보장하기 위한 명령과 함께 사회기반시설 재정단(Infrastructure Finance Unit)을 설립하였다. 2009년 4월에 맨체스터에서 새로운 쓰레기처리 프로젝트를 진행하는 것을 보장하기 위해서 £120m의 공금을 마지못해 지불하였다. 사회기반시설재정단장, Andy rose는 “민간부문자본이 이용될 수 없는 곳에 관계되며 이것은 우리가 세워야 하는 것이다”고 진술하고 있다. 2009년 5월에 사회기반시설재정단은 두 번째 PFI 프로젝트를 구제하기 위해서 £30m을, Wakefield에서 쓰레기 처리 공장을 구제하기 위해서 £700m를 제공할 것을 제안하였다. 이에 대하여 런던정경대학에서 Greater London group의 책임자, Tony Travers는 PFI를 재정지원하기 위한 공금의 사용을 “경제 이상한 나라의 엘리스”(Alice in Wonderland economics)로 묘사하고 있다.

2) 감사(scrutiny)

영국 국립감사원(UK National Audit Office, NAO)은 영국의회를 대표하여 영국전역에서 공공소비를 조사하며 정부와 독립된 기관이다. 영

국 국립감사원은 여러 PFI의 적격성(value for money)에 관한 보고서를 제출하고 권고를 행한다. 공립회계위원회(The Public Accounts Committee)와 감사위원회(Audit Commission)도 또한 이 문제에 관한 보고서를 제공한다. 스코틀랜드, 웨일즈, 북아일랜드의 정부는 웨일즈 감사원(Wales Audit Office)과 북아일랜드 감사원(Northern Ireland Audit Office)과 같이 NAO(국립감사원)에 대응하는 기관을 가지며 이러한 감사 기관들이 PFI 프로젝트를 심사한다. 최근 몇 년에 스코틀랜드 의회와 웨일즈 국회의 재정위원회(Finance Committees)는 PFI가 적격성(value for money)을 나타내는 지에 관하여 심사하였다.

3) 평가절차(Appraisal Process)

“plan B가 없다”는 것을 실토하는 정부에 따라서 정부 프로젝트를 위한 조달평가절차(procurement appraisal process)가 PFI에 호의적으로 정비되었다. 국립감사원의 사무차장이었고 현재 웨일즈 감사원장인 Jeremy Colman은 많은 PFI 평가가 ‘비논리적인 정밀함’(spurious precision)으로 문제가 되고 있고 다른 것은 ‘가짜 과학의 우상’(pseudoscientific mumbo-jumbo)에 근거하고 있다고 Financial Times에서 밝히고 있다. 어떤 것은 단순히 ‘전적으로 쓰레기’(utter rubbish)라고 말하고 있다. 그는 프로젝트를 시작하는 것에 호의적으로 하는 평가 쪽으로 힘을 쓰기 위하여 정부가 계약 당국에 압력을 가한다고 하고 있다 : “답이 잘못 나오면 당신은 프로젝트를 진행하지 않는다. 따라서 답은 자주 잘못되는 것은 아니다.”

British Medical Journal에 게재된 논문에서 2인의 공중 보건 전문가와 1인의 경제학자로 구성된 팀은 많은 PFI 평가가 관련된 진정한 위험을 정확하게 계산하지는 않는다는 결론을 내렸다. 예는 국민건강보험(National Health Service, NHS)프로젝트이었다. 여기에서 임상의 비용 적음이 완수되지 않을 지도 모르는 위험은 이론적으로 민간부문으

로 이전되었다. 평가에서 이러한 위험은 £5m으로 평가되었고 실제에 있어서 민간 계약자는 임상의 비용-저축을 보장하는 데에 책임을 가지고 있지 않았으며 책임이 없다면 벌칙도 가해지지 않았다. 따라서 가정된 위험의 이전은 사실상 비논리적이다.

4) 지방정부에서 PFI

PFI는 중앙정부와 지방정부 모두에서 사용된다. 지방정부 프로젝트의 경우에 지방정부가 이러한 프로젝트를 위하여 민간부문에 지불하게 하는 자금제공의 주요한 요소는 PFI ‘신용’(credits)으로 알려진 형태로 중앙정부에 의해 주어진다. 지방당국은 그 일을 실행하기 위해서 민간 회사를 선택하고 프로젝트의 세부적인 통제를 이전하고 이론적으로는 그 위험을 회사에게 이전한다.

(4) 메카니즘

1) PFI 계약이 어떻게 작동하는가?

공공부문당국은 기술적으로 특별목적단체(Special Purpose Vehicle, SPV)로 알려진 민간부문 컨소시엄과의 계약에 서명한다. 이 컨소시엄은 PFI를 준비하는 특별한 목적을 위하여 전형적으로 형성된다. 이러한 컨소시엄은 건설회사와 서비스 공급자, 그리고 빈번하게는 은행을 대개 포함한 민간부문 투자자에 의해 소유된다. 컨소시엄의 자금제공은 시설을 건설하고 계약이 존속하는 동안 유지하고 자본대체를 하기 위해서 사용될 것이다.

PFI 계약은 장기간으로 전형적으로 30-60년이다. 계약의 기간 동안에 컨소시엄은 이전에 공공부문에 의해서 제공되었던 몇몇 서비스를 제공할 것이다. 컨소시엄은 “서비스 없으면 보수없다”(no service no fee)는 성과 기초에서 계약의 진행에 걸쳐서 그 일에 대해서 지불을 받는다.

공공당국은 컨소시엄이 완수하리라고 기대되는 것을 해결하는 서류인 ‘산출 명세서’(output specification)를 설계할 것이다. 컨소시엄이 합의된 표준을 조금도 충족하지 못한다면 표준이 개선될 때까지 그 지불의 요소를 상실하게 된다. 표준이 합의된 기간 후에 개선되지 않으면, 공공부문 당국은 대개 계약을 종결시키고 컨소시엄에 보상을 하고 그 프로젝트를 소유할 자격이 부여된다.

종결절차는 매우 복잡하다. 왜냐하면 대부분의 프로젝트가 프로젝트의 채권금융이 종결의 경우에 상환될 것이라는 보장없이 사적 자금제공을 확보할 수는 없기 때문이다. 대부분의 종결 사례에서 공공부문은 채무를 상환하고 프로젝트를 소유하는 것이 요구된다. 실제에 있어서 종결은 최후의 수단으로 간주된다.

공익이 개인에 의해서 보호되든 아니든 PFI 계약은 계약이 어떻게 쓰였는지와 결정과 그것을 시행하기 위한 계약 당국의 능력에 매우 의존한다. 공익을 보장하기 위해서 그리고 PFI 계약의 형태를 표준화하기 위해서 여러 단계가 수년에 걸쳐서 취해졌다.

2) PFI 제공자의 구조

전형적인 PFI 제공자는 3개 부분 혹은 법적 독립체로 조직된다 : 위에서 언급한 특수목적단체(Special purpose Vehicle, SPV)와 같은 것으로 지주회사(holding company, ‘Topco’라고 불린다), 자본시설(capital equipment) 혹은 사회기반시설회사(infrastructure provision company)(“Capco”라고 불린다), 서비스 혹은 운영회사(‘Opco’라고 불린다). 주요한 계약은 공공부문 당국과 Topco사이의 계약이다.

3) 자금제공방식

2008-2009의 총체적인 재정위기 이전에는 대규모 PFI 프로젝트는 회사채 기금(corporate bonds)의 매각을 통하여 자금이 제공되었으며 PFI

를 운영하는 회사에 의해서 발행된 것이었다. 재정위기 이후로 선순위채권(senior debt)에 의한 자금제공이 보다 통상적이게 된다.

보다 작은 규모의 PFI 프로젝트 - 대부분이 그러하다 - 는 전형적으로 선순위채권(senior debt)의 형태로 은행에 의해서 직접적으로 자금이 제공되어 왔다. 선순위채권(senior debt)은 일반적으로 채권(bonds)보다 약간 더 비싸며 은행이 주장하고자 하는 것은 신용 - PFI 계약의 보증 - 의 보다 정확한 이해에 기인한 것이며 은행은 이것이 단종 제공자가 특히 건설단계 동안에 위험을 과소평가하고 따라서 은행이 제공하고자 하는 것보다 더 좋은 가격으로 제공할 수 있다고 생각할 수 있다.

2008-2009 총체적 재정위기 이래로 선순위채권은 유럽투자은행(European Investment Bank, EIB)과 어떤 PFI에서 은행과 함께 새로 설치된 재무부 사회기반시설 재정단(Treasury Infrastructure Finance Unit)에 의해 영국 PFI에게 제공되어왔다. 최근의 예로서 맨체스터 쓰레기 PFI가 있다.

PFI 계약에서 상환하기 위한 매각(refinancing) 또한 보통이다. 일단 건설이 완성되면 어떤 프로젝트의 위험수준(risk profile)이 보다 쌀 수 있고 따라서 싼 채무를 얻을 수 있다. 이러한 상환을 위한 매각은 미래에 채권(bonds)을 거쳐 이루어질 수 있다 - 건설단계는 은행 채권(bank debt)을 사용하여 재정 지원되고 그리고 나서 장기간의 운영을 위해서 채권이 이용된다. 대부분의 PFI 계약에서 상환을 위한 매각의 이익은 정부와 공유하여야 한다.

PFI 프로젝트에 자금을 제공한 은행은 계약의 수명동안에 정부로부터 받는 돈으로부터 컨소시엄에 의해 상환된다. 사적 부문의 관점으로부터 차용은 낮은 위험으로 간주된다. 왜냐하면 공공부문 당국이 채무를 이행할 것이기 때문이다. IMF 규율하에서 국가 정부는 파산하는 것이 허용되지 않는다(무시된 경우가 있다. 아르헨티나는 외국에

대한 채무를 이행하지 않았다). 상환은 계약에서 특정된 산출에 따라 서비스를 교부하는 컨소시엄의 능력에 전적으로 따른다.

4) PFI 프로젝트의 예

PFI 프로젝트의 전체 리스트는 HM Treasury에 의해 제공될 수 있으나 다음이 특히 중요한 예이다 :

PFI 사례¹⁶⁾

위 치	프로젝트명	비 용	주무관청	부 문
Berlin	British Embassy		Foreign Office	중앙 정부
Coventry	University Hospital Coventry	£410m	University Hospitals Coventry and War- wickshire NHS Trust	보건
Herefordshire	Whitecross High School	£18m	Herefordshire County Council	교육
Kent	Medway Police HQ	£30m	Kent Police	Blue Light
Kent	Princess Royal University Hospital		Bromley NHS Trust	보건
Leeds	Newsam Centre at Seacroft Hospital	£47m	Leeds Mental Health Teaching NHS Trust	보건
London	National Physical Laboratory			중앙 정부
London	Queen Elizabeth Hospital		Queen Elizabeth Hospital NHS Trust	보건
National	Future Strategic Tanker Aircraft	£10bn	Royal Air Force	국방
National	The STEPS Deal		Inland Revenue	중앙 정부

16) http://en.wikipedia.org/wiki/Private_Finance_Initiative, p. 6 참조.

위 치	프로젝트명	비 용	주무관청	부 문
Northern Ireland	Balmoral High School	£17m	Belfast Education and Library Board	교육
Scotland	Skye Bridge	£93m	Scottish Office	교통
Worcester	Worcestershire Royal Hospital	£95m	Worcestershire Hospitals NHS Trust	보건

(5) PFI의 영향

1) 서비스 교부

보수당과 노동당 정부 둘 다 서비스를 교부하는 데에 사적부문이 공적부문보다 더 낫다는 이데올로기적 기반위에서 PFI를 정당화하려고 하였다. 그러나 PFI 자체가 서비스 교부에 반대로 영향을 미치고 있다는 것을 제안하는 증거가 있다. 영국 의료 협회의 자문가 위원회의 장인 Jonathan Fielden 박사는 PFI 채무가 임상의 우선권을 왜곡하고 있으며 환자에게 주어진 치료에 영향을 주고 있다고 말하였다. Fielden 박사는 University Hospital Coventry의 예를 인용하였다. 여기에서 NHS(National Health Service, 국가보건서비스) Trust(신탁)는 PFI 계약자에게 빚진 £54m를 처음으로 지불하기 위해서 돈을 빌려야 하였다. 신탁은 병원이 개입하기 전에도 돈을 구하는 불명예상태에 있었다.

PFI하에서 지어진 병원의 높은 비용이 NHS(국가보건서비스) 병원과 접하는 데에 있어서 서비스를 중단하도록 강제하고 있다. 건강전략연구소(Strategic Health Authority) 보고서는 Princess Royal University Hospital과 런던 남동쪽에 위치한 Queen Elizabeth Hospital은 PFI에 큰 발전이 있는데 부분적으로는 높은 고정 PFI 비용 때문에 빚을 지고 있으며 이것은 PFI기획단을 얼마 전에 개설된 Lewisham에 적용될 것이

다. PFI 비용이 정해지고 계약을 종결하는 데에 큰 별척이 있으므로 그들의 채무의 영향은 공공 자분을 가지고 병원을 짓도록 하고 있다. Guy's, St Thomas, King's college, Queen Mary's의 예가 그렇다 - 자금이 제한되거나 서비스가 다른 이유로 새로운 형태를 취할 필요가 있으면 서비스를 잃기가 더욱더 쉽게 된다. 자금이 제공되는 PFI Worcestershire Royal Hospital에서 낭비는 인접하는 병원에서 서비스에 대하여 의문을 제기하고 있다.

2) 공중보건

PFI가 영국 보건부문에서 매우 일반적으로 행해지므로 중대한 공중보건이슈가 되었다. 환자의 필요에 초점을 맞추는 것 대신에 몇몇 보건 당국은 PFI 계약, 프로젝트, 운영의 계획과 관리에 전념하였다.

3) 프로젝트 명세서(project specification)와 집행

George Monbiot는 많은 공공 사회기반시설 프로젝트의 명세서가 PFI 계약자의 수익성을 증가시키기 위하여 왜곡되었다고 주장하고 있다.

몇몇 PFI 프로젝트는 세세하게 규정되고 집행되었다는 것이 명백하다. 예를 들면, 2005년에 비밀정부보고서는 자금지원이 되는 PFI New-sam Centre at Seacroft Hospital가 300명의 환자와 의료진의 생명을 어렵게 한 것에 대하여 신고하였다.

다른 한편으로, Medway 지역과 North Kent 지역에 위치한 Kent Police 를 위한 2개의 새로운 PFI 경찰서의 계획은 성공적인 PFI 프로젝트로 믿어진다. 지지자들은 새로운 건물이 60년대 70년대의 빌딩보다 나은 경찰의 현대적인 필요를 고려하고 있으며 다른 장점으로서 구 건물들이 수입을 위하여 팔려질 수 있고 경찰 재산으로 재개발될 수 있다는 것이다.

4) 위험관리(risk management)

PFI의 지지자들은 위험이 PFI의 결과로서 공공부문으로부터 민간부
문으로 성공적으로 이전되었으며 민간부문이 위험관리에 보다 좋다고
주장한다. 성공적인 위험 이전의 예로서 국립 물리 실험실(National Phy-
sical Laboratory)이 있다.

다른 한편으로 Allyson Pollock는 많은 PFI 프로젝트에서 위험은 사
실상 민간부문으로 이전되지 않는다고 주장한다. George Monbiot는
PFI 프로젝트에서 위험의 계산은 매우 주관적이며 민간부문에 호의적
으로 되어 있다고 주장한다.

5) 고용

영국 의학 협회의 자문위원장인 Jonathan Fielden 박사는 Coventry에서
PFI 계획의 높은 비용의 결과로서 “그들은 잠재적으로 직업을 감소시키
고 있다”고 주장한다. 사실상 2005년까지 Coventry에서 병원 신탁은 PFI
에 따른 £13m의 적자가 예상되고 있으며 이것은 116개의 직업을 줄이
는 것을 의미한다. PFI 하에서 많은 직원은 TUPE라고 알려진 절차를
이용하여 민간부문으로 자동적으로 이전되는 고용계약을 가진다. 많은
경우에 연금과 같은 고용조건에서 이러한 결과는 악화되고 있다.

6) 재정(Finance)

Mark Hellowell과 에던버러 대학 Allyson Pollock 교수는 “PFI에 의하여
창설되는 채무는 공공단체의 재정에 중대한 영향을 가지고 있다”고 말한
다. 2007년 10월에 영국에서 서명된 PFI계약의 총 자본가치는 £68bn이었
다. 그러나 이러한 계약의 수명에서 나아가 £215bn을 지불하기 위한 중
앙정부와 지방정부의 약속에 비교하면 이러한 숫자는 중요치 않다.

PFI 계획의 민간 소유자에게 지불이 이미 수축된 예산을 펼치고 있다.
많은 NHS Trust가 이미 중대한 재정위험 안에 있으며 정부지출수준이

떨어지면 몇 개는 파산될 수 있다. 몇몇 경우에 Trusts는 직원을 해고함으로써 지출을 합리화 하여야 했는데 PFI 지불을 이행하지 않는 것은 인정되지 않는다 : “1997년 9월에 정부는 이러한 지불이 합법적으로 보장될 것이라고 선언하였다.” 몇몇 Trusts가 PFI 지불을 충족시킬 수 없기 때문에 실패하면 정부가 대신 병원을 운영하기 위해서 민간 건강관리 법인체로 가져오길 선택한다면 민영화의 기회를 제공할 것이다.

7) 복잡성, 낭비, 비능률

많은 PFI 프로젝트의 복잡성이 책임에 장애라고 비판을 받는다. PFI에 대한 조사를 한 BBC Radio 4는 2002년에 건설하는 데에 £17m 비용이 든 북 아일랜드의 Balmoral 고등학교의 사례를 주목하고 있다. 2007년에 학생부족으로 학교를 폐교하기로 하는 결정이 이루어졌다. 그러나 PFI 계약은 다음 20년을 위한 것이라는 데에 기인하고 있다. 따라서 낡아져서 사용되지 않는 시설에 대하여 수백만 파운드를 지불할 것이다.

병원에 관해서 Imperial College London의 Nick Bosanquet 교수는 많은 PFI 프로젝트가 비용의 적절한 이해없이 협상이 되고 있어서 너무나 비싼 병원이 많은 결과를 낳고 있다고 말한다.

2. 프랑스¹⁷⁾

(1) 프랑스 민관협력계약의 도입

프랑스에서 민관협력계약(les contrats de Partenariat)은 영국의 민간투자제도(Private Finance Initiative, PFI)의 영향 아래 2004년 6월 17일 법

17) LEE Sunwoo, *Étude sur le contrat administratif - Contribution à une étude du droit comparé de la Corée et de la France*, Thèse, Université de Paris 1, 2008, pp. 430-435 ; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 5^e édition, LGDJ, pp.630-669 참조 ; 이순우, “프랑스 행정계약의 개념”, *한양법학*, 제20권 1집(통권 제25집), 2009. 2, pp. 201-202.

를명령(l'ordonnance)에 의하여 도입되었다.¹⁸⁾ 이러한 민관협력이 도입되기 이전에는 행정계약으로서의 양허(la concession)를 포함한 공역무 위임계약(le contrat de la délégation du service public)에 의하여 규율되었다. 프랑스의 민관협력계약은 행정계약이므로 우리나라의 민간투자법상의 실시협약과 그 궤를 같이 한다는 점에서 우리나라에서 비교·검토할 만한 충분한 가치를 지닌다고 볼 수 있다.

프랑스에서는 전통적으로 3가지 형태의 행정계약을 지니고 있었다 : 공역무의 위임계약(le contrat de la délégation du service public), 공공조달계약(le marché public), 공물의 사용계약(le contrat d'usage du domaine public) 등이 그것이다. 여기에 최근에 민관협력계약(les contrats de Partenariat)이 새로운 행정계약의 형태로서 더해지게 된다. 프랑스에서는 전통적으로 공역무의 위임계약(le contrat de la délégation de service public)에 의하여 공적부문과 사적부문의 협력이 이루어졌다. 그러나 2004년 6월 17일 법률명령(l'ordonnance)에 의하여 영국에서와 마찬가지로 민관협력이 도입되었다. 이 법률명령은 1992년 영국에서 도입된 민간투자제도(Private Finance Initiative)에 크게 영향을 받은 것이다. 프랑스에서 민관협력은 양허를 포함한 공역무의 위임계약(le contrat de la délégation du service public)과 협의의 민관협력계약(le contrat de Partenariat)을 포함하는 넓은 의미로 사용되고 있다. 따라서 프랑스의 민관협력을 살펴보기 위해서는 협의의 민관협력계약 뿐만 아니라 양허를 포함한 공역무의 위임계약을 함께 살펴보아야 한다.¹⁹⁾ 이 점에서 우리나라가 민관협력 중에서 PFI(민간투자법)를 주요한 연구대상으로 하는 것과 대조된다. 우리나라의 민간투자법상의 실시협약이 행정계약으로 인정된다는 점에서 프랑스에서 행정계약이론²⁰⁾과 함께 민관협력

18) http://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_de_partenariat 참조.

19) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 행정계약 - 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법 연구, 제14호, 행정법이론실무학회, 2005. 10, pp. 355-3

20) 프랑스에서의 민간투자제도는 행정계약에 기초를 두고 있다. 우리나라의 민간투

계약의 이론을 살펴보는 것은 중대한 의의를 지닌다.

(2) 민관협력계약 도입 이전의 다른 행정계약과의 관계

프랑스에서 민관협력계약(le contrat de partenariat)을 검토하기 전에 민관협력과 관계를 가지는 다른 행정계약을 살펴보는 것이 필요하다. 우선, 양허(la concession)를 들 수 있다. 양허는 양도인(le concédant)이라고 불리는 공법인이 다른 당사자, 즉 사인인 양수인(le concessionnaire)에게 공역무의 관리, 공공토목공사의 실현을 맡기고 이 양수인은 제공된 서비스에 대하여 사용료(une redevance)를 이용자에게 징수함으로써 보상을 받는 계약을 말한다. 공역무의 관리와 공공토목공사의 실현이 동시에 이루어지는 경우도 있으며 공역무의 양허가 없이 공공토목공사의 양허가 있을 수도 있다. 이러한 경우로서 1946년 전기의 국유화까지 폭포의 양허가 있었다. 또한 도시 내의 구역의 철거와 재건축 양허가 그러하다. 마찬가지로 송유관, 가스공급관의 건설양허도 그러하다. 반대로, 공공토목공사의 양허가 아니고 공공서비스의 양허일 수도 있다. 버스의 양허계약이 그러하다. 가장 빈번한 것은 공공토목공사와 공공서비스의 성격을 동시에 지니는 양허이다. 예컨대 건축

자제도의 실시협약이 행정계약의 성격을 지니고 있으므로 행정계약이 발달된 프랑스의 협의의 민관협력계약(민간투자제도, le contrat de partenariat)을 살펴보는 것은 당연하다고 할 것이다. 프랑스의 행정계약은 계약의 당사자 중의 적어도 일방당사자가 공법인으로서 체결하는 계약(조직적 기준)으로서 공역무 수행에 직접적으로 참여하거나 일반법의 배제조항(les clauses exorbitantes du droit commun)과 같은 예외적인 법제의 적용을 받는 계약(실질적 기준)으로 정의할 수 있다. 영미법계 국가는 공사법일원론의 입장에서 계약에 있어서 공법의 개념을 인정하지 않으므로 행정계약이란 개념을 인정하지 않는다. 우리나라의 경우 민간투자법상의 실시협약이 행정계약의 성질을 지니고 있으므로 프랑스의 입장과 유사하다. 따라서 본 연구에서는 프랑스의 행정계약이론에 부합되는 민간투자제도이론을 제시하여 행정계약이론에 대한 연구가 부족하며 미흡한 우리나라의 현실을 보완하고자 한다. 따라서 프랑스의 행정계약이론과 협의의 민관협력계약(민간투자제도)에 많은 부분을 할애하였다. 영국은 민간투자제도(PFI)가 최초로 도입된 국가 중의 하나라는 점에서 영국의 민간투자제도의 최근의 경향을 반영하려고 노력하였다.

물의 건축과 그 개발(고속도로, 유료 교량 등)이 여기에 해당된다.

계약의 새로운 범주로서 공역무의 위임(*la délégation de service public*)과 민관협력계약(*les contrats de partenariat*)을 들 수 있다. 공역무의 위임(*la délégation de service public*)은 여러 범주의 계약을 지정하고 양허(*la concession*)는 공역무 위임의 한 형태이다. 공역무의 위임에 관해서는 국사원의 두 개의 판례가 그 개념을 명확히 하고 있다. 첫 번째 판례는 CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône contre Commune de Lambec*이다. 본 판결에서 국사원은 공역무의 위임의 정의에서 “본 계약에서는 계약상대방의 보수가 ‘본질적으로’ 개발결과에 기초한다”고 판시하였다. 두 번째 판결은 CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine et Marne*이다. 이 판결에 이어서 입법가는 국사원의 개념정의를 다시 취하면서 2001년 12월 11일 법률에서 공역무의 위임을 정의하였다. 이 법률의 제3조는 “공역무의 위임은 공법인이 공적이거나 사적인 수임인(*un délégataire*)에게 공역무의 관리를 맡기고 수임인은 보수는 서비스의 개발 결과에 본질적으로 연결되는 계약”이라고 규정하고 있다. 게다가, 1993년 1월 29일 법률은 국사원의 판례와 부패방지에 관한 2001년 법률, 즉 ‘*loi Sapin*’의 기초가 되었다. 이 법률은 공역무의 위임에 대하여 공고를 강제한다. 이러한 규정들은 투명성과 경쟁입찰의 엄격한 규정을 강제하는 유럽공동체지침의 국내법으로의 이전조치이다.

2004년 6월 17일 법률명령은 민관협력계약(*contrat de partenariat*)이라고 불리는 행정계약의 새로운 범주를 새로이 규정하고 있다.²¹⁾ 민관협력계약의 정의는 지방자치단체일반법전 L. 1414-1에서 규정되어 있는데 다음과 같다 : “공법인은 제3자에게 투자의 감가상각기간, 재정 방식에 따라 확정기간으로 무형의 투자, 건축물, 시설 등의 재정과 유지, 개발, 관리와 공법인이 담당하는 공역무의 임무의 공법인에 의한

21) 김대인, □□행정계약법의 이해□□, 경인문화사, 2007, pp. 326-329 참조.

행사에 협력하는 기타의 서비스 급여에 관련된 총체적 임무를 맡기는 행정계약이다.”

이러한 계약의 기간은 투자의 감가상각기간이나 재정방식에 따라 결정된다. 공공조달법전(*le Code des marchés publics*)에 의해 금지된 후불(*le paiement différé*)방식이 민관협력계약에 의해 가능하게 된다. 민관협력계약(*le contrat de partenariat*)에서는 계약의 상대방인 사인이 공역무의 운영에 참가하나 공역무의 관리의 위임을 받는 것은 아니다. 2004년 6월 17일 법률명령(*une ordonnance*)의 창설에 의하여 민관협력계약은 공역무의 위임계약을 대체하는 것은 아니다.²²⁾

(3) 민관협력계약(*le partenariat public-privé, PPP*), 세계적 현상

민관협력계약의 발전은 세계적 현상이다. 2004년 3월의 국제통화기금의 보고서에 의하여 사용된 표현에 따르면, “시작은 평범한 것이었으나 민관협력계약이 세계를 잠식하고 있는 중이다”고 언급하고 있다.²³⁾ 국제통화기금뿐만 아니라 많은 국제적 기구가 이러한 주제와 관계된다.

1) 국제기구의 방향

세계에서 빈곤에 대한 투쟁을 재정지원하는 세계은행, 재정안정과 성장을 촉진시키는 국제통화기금, 국제연합의 의회에 의하여 국제상

22) 민간투자계약은 ‘행정계약’으로서 독일에 있어서의 공법상 계약과 유사하며 따라서 독일의 국고개념과는 차이가 있다. 연혁적인 면에서 볼 때 프랑스에서의 민관협력은 양허(*la concession*)에서 비롯되었으며 이러한 양허와 공역무의 위임(*la délégation de service public*)과 협의의 민관협력계약(*le contrat de partenariat*)으로 넓은 의미에서 민관협력을 구성하고 있으며 협의의 민관협력계약이 민간투자제도에 대응한다고 볼 수 있다. 협의의 민관협력이 입법되기 전에는 양허가 이러한 임무를 수행해 왔으나 영국의 민간투자제도(PFI)를 모델로 삼는 협의의 민관협력계약(*le contrat de partenariat*)이 등장하게 됨으로써 민간이 재정적으로 자본을 투자하는 민간투자제도가 활성화 될 가능성이 높다.

23) International Monetary Fund, *Public-Private Partnerships*, prepared by the Fiscal Affairs Department, March 12, 2004.

법의 점진적인 조화와 통합을 장려하는 것을 맡은 국제상법을 위한 국제연합위원회(la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, CNUDCI) 등이 민관협력계약을 장려한다.

사실상 민관협력계약의 발전이 유럽에 영향을 주고 있으며, 특히 영국, 이탈리아, 스페인, 오스트리아가 그러한 예이고 캐나다(특히 케벡), 라틴 아메리카(칠레, 멕시코) 등이 조금씩 채택하고 있으며 아시아에서 많은 발전이 이루어지고 있다. 민관협력계약의 개념과 관계하여 확장이 이루어지고 있으며 다양한 형태를 취한다.

2) 민관협력계약의 일반 개념

두 계약이 민관협력계약의 형태로 간주된다 : 양허(la concession)와 DBFO계약(design-build-fund-operate). 세계은행의 전문가들은 민관협력계약이 양허의 변이로 보는 경향이 있으며 반면에, 국제통화기금의 전문가는 양허에서 민관협력계약의 형태를 본다.

그러나 이러한 어휘문제는 그 중요성을 잃고 있으며 충분히 특징적인 경제형태를 식별하는 것이 가능하다.

세계은행의 준비서류²⁴⁾에 따르면 “양허의 결에는 프랜차이저, 개발 양허, 관리계약, 임대차(locations, affermages), BOT등으로 불리는 협정이 존재한다. 이에 대한 명칭은 항상 논리정연하게 이용되는 것은 아니며 항상 의미있는 것은 아니나 계약에 의한 이러한 가능성이 중요하다.” 계약형태 사이에 구별의 열쇠는 위험의 이전(le transfert des risques)이다. 이전이 중요한 정도에 따라 다음의 형태가 구별될 수 있다 : 재정 인센티브를 가진 관리계약(Management contracts with incentive payments), BOT(Buy-Operate-transfer), 임대차(baux), 양허.

국제통화기금 작업반의 보고서는 민관협력계약의 일반적 정의를 제안하는 데 이것은 2003년 유럽위원회에 의하여 주어진 정의를 명시적

24) World Bank Technical Paper, n° 399, M. Kerf, Concessions for Infrastructure. A guide to their design and award, 1998, p. 16-17.

으로 받아들인 것이다 : “공공부문에 의하여 전통적으로 실현되거나 재정지원되는 투자의 사적부분으로의 이전.” 그러나 국제통화기금은 다음을 더하고 있다. “사적 투자와 실현이외에, 민관협력계약은 두 가지 다른 중요한 특징을 제시한다 : 투자(l'investissement)에 대해서 만 큼이나 서비스의 조달(la fourniture de services)이 중요하며 상징적인 위험이 이전된다.”

국제통화기금에 따르면 민관협력계약에 결부 기준으로부터 다음의 계약을 민관협력계약으로 보는 것이 가능하다.²⁵⁾

Build-own-operate(BOO) Build-develop-operate(BDO) Design-construct-manage-finance(DCMF)	사기업은 공법인에게 재산을 이전할 의무가 없으며 구상, 건설, 재산, 자산의 개발과 관리를 맡는다. 이것들은 DBFO(design-build-finance)의 변이이다.
Buy-build-operate(BBO) Lease-develop-operate(LDO) Wrap-around addition(WAA)	사기업은 재산의 이전의 의무 없이 공법인에게 현존하는 자산을 매수하거나 세를 주며 그것을 개혁하고 확장하며 개발한다.
Build-operate-transfer(BOT) Build-own-operate-transfer(BOOT) Build-rent-own-transfer(BROT) Build-lease-operate-transfer(BLOT) Build-transfer-operate(BTO)	사기업은 자산을 구상하고 실현하며 그것을 개발하며 계약에 따라서 공법인에게 재산을 이전한다. 사기업은 임대차에서 자산을 취할 수 있다.

출처 : FMI, Public-Private Partnerships, prepared by the Fiscal Affairs Department, March 12, 2004, p. 8.

3) 민관협력계약(PPP)에 따르는 경우

민관협력계약은 항상 동일한 분야에 이용된다 : 병원, 감옥, 학교, 도로, 철도선로, 물, 정화, 에너지.

25) Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^e édition, 2006, p. 633.

이 분야에서 공통적인 특징은 국가의 작용과 경제의 작용, 대응하는 투자경제를 위하여 관계된 시설의 기본적인 중요성이다.

이러한 필요에 직면하기 위해서 국가와 지방자치단체는 사업의 지배(*la maîtrise d'ouvrage*)를 행할 수 있으며 재정을 확보할 수 있으나, 공공재정의 상황은 이러한 해결책을 배제할 수 있거나 그러한 경우가 아닐지라도 민관협력계약(PPP)이 다른 해결책보다 총체적으로 이익이 될 수 있음이 확인될 수 있다.

일반적으로 사적 부분(*le secteur privé*)에 의한 재정비용이 공적부문(*le secteur public*)에 의한 재정비용보다 높을 수 있으며 사적부문의 개입이 경제적으로 이득이 될 수 있기 위해서 서비스의 질이 문제되지 않으면서도 보다 나은 효과성을 획득하는 것이 필요하다.

경제적 효과성과 질 사이에 타협이 계약에 의해서 작동된다 ; 그 결과 민관협력계약에 따르는 것은 몇 가지 사전 조건이 충족될 때에만 가능하다.

첫 번째의 사전 조건은 매우 일반적이다. 사업의 맥락에 따른다. 민관협력계약은 재정을 사적부문으로 하며 이러한 계약의 이용은 계약의 준중의 충분한 보장을 내용으로 하는 법적, 정치적 제도의 존재를 전제로 한다. 그리고 일단 이러한 최소조건이 만족되면 합의된 협정의 법적 안정을 보장하여야 한다.

두 번째 조건은 공동 계약당사자(*co-contractant*)의 부담으로 놓이는 급부와 관계된다. 민관협력계약은 계약으로 서비스의 집행방식을 정의하는 것이 가능한 경우에만 체결되어야 할 것이다 ; 이러한 방식이 체결될 수 없는 것이라면 계약의 체결권자가 이용자의 비용으로 이득을 최대화하는 것을 추구하는 받아들일 수 없는 위험이 존재한다.

서비스의 집행방식이 계약에 의해서 명확한 정의가 이루어지지 않는 경우에 민관협력계약에의 호소는 매우 엄격한 통제가 설치되는 경우에만 받아들일 수 있다.

이러한 사전의 조건이 충족될 때에 민관협력계약은 그 형태가 무엇이든지 간에 이용될 수 있다. 민관협력계약은 이용자에 의한 지불과 함께 양허형태나 다른 형태를 취할 수 있다.

관계된 모든 분야에서 투자의 강한 필요와 자연적 독점이 존재한다. 세계은행의 서류에 따르면 양허가 자연적 독점이 존재하는 부문에서, 즉 음용수의 배포라든가, 수송과 전기와 가스의 배포라든가, 철도와 도로의 기초공사등과 같이 유일한 1개 기업이 개입하는 것이 보다 효과적인 상황에서 특별히 적용되는 것이다.

이러한 동일한 보고서에 따르면 경쟁부문에서 양허는 최상의 해결책이 아니다. 다음의 분야에서가 그러하다 :

- 전기와 가스의 생산과 제공
- 원거리 통신과 휴대통신
- 철도 서비스

그러나 프랑스에서 양허는 공공서비스의 위임(des délégations de service public)과 관계되며 민관협력계약(Le contrat de partenariat)은 국제적 제도에 의하여 검토된 상황에 매우 부분적으로 대응할 뿐이다 ; 상황은 영국에서 존재하는 상황에 매우 근접되며 프랑스에 매우 강력하게 영향을 주고 있다.

(4) 프랑스에서 민관협력계약(contrat de partenariat)의 형성

투자의 필요가 증가함에 따라 프랑스는 양허(la concession)가 가능하지 않은 경우에도 공공부문이 민간 부문과 결합하는 계약이 발전되게 된다. 계약의 ‘새로운 형태’가 2004년에 창설되었다. 개혁안은 관련 직업인, 특히 공공토목공사의 대기업과 긴밀한 협력하에 기초되었다. 개혁안은 신자유주의(néo-libéraux)의 영향을 받은 것으로 간주되었으며 이에 대하여 반대하는 것 보다는 호의적인 것으로 보는 중요한 로비

(un lobbying)가 있었다. 사실상, 중소기업에서 많은 반대가 있었다. 이러한 반대는 헌법위원회의 덕택으로 일부 성공하였다. 사회주의 정당에 의하여 제소를 받은 헌법위원회는 이러한 형태의 계약을 체결할 가능성에 중요한 제한을 가하였다.

결과를 볼 때 민관협력계약은 지금까지 적게 이용되었다. 첫 번째 계약은 공중조명망을 긴급하게 설치하기 위하여 Auvers sur Oise 꼬뮌(6000명의 주민)에 의하여 2005년 6월에 체결되었다 ; 자연역사박물관은 Vincennes 동물원의 개축을 위하여 민관협력계약에 따를 것을 공고하였고 2005년 12월에는 병원 부문에서 첫 번째의 민관협력계약이 체결되었다. 국가는 2005년 9월에 민관협력이 생길 수 있는 35개의 기초공사제안을 제시하면서 예를 제시하려고 하였다. 그러나 지방자치단체는 주저하였으며 공공병원과 마찬가지로 공중보건법전의 범주 안에서든가 SOFAP-Marignan 판례²⁶⁾의 범주 안에서 구매옵션을 가진 장기임대차계약을 대상으로 하는 보다 단순한 해결책에 호소하기를 선호한다.

1) 민관협력계약의 존재의의 - 기존계약 형태에서의 법적 장애의 극복

먼저 프랑스 법은 특히 양허의 형태로 민관협력(le partenariat public-privé)을 발전시키기 위해서 필요한 법적 도구를 행정에 부여하고 있다고 생각할 수 있다. 그러나 1985년 7월 12일 공적 건축물의 지배에 관한 법률에 따라 공적 지불에서 양허가 아닌 경우에 종래 공공조달을 생각하게 되는데 공공조달의 경우에 선불이 원칙이라서 후불이 금지된다. 그런데 후불로 하기 위해서는 새로운 형태의 계약을 창설하는 것이 필요하고 이에 따라 민관협력계약이 존재가치를 지닌다. 즉

26) CE, sect. 25 février 1994, Sofap-Marignan ; RFDA, 1994, 510, concl. Arrighi de Casanova ; Avis CE 31 janvier 1995, EDCE, n° 47, p. 407 ; AJDA, 1997, 115, comm. E. Fatôme et P. Terneyre, GACE, p. 343.

민관협력계약에 의하여 후불의 금지를 내용으로 하는 적용 법률의 어떠한 엄격성을 극복할 수 있게 된다.

가. 후불의 금지와 공공토목공사기업조달(METP)

공공토목공사기업조달(le marché d'entreprise de travaux publics, METP)은 민관협력(le partenariat public-privé)의 모든 특징을 제시한다. 양허에서와 마찬가지로 기업은 건축물을 건설하는 것을 맡고 서비스를 관리하는 것을 맡으나 양수인과 달리 기업은 이용자에 의하여 보상되는 것 대신에 공공단체에 의하여 보상받는다. 따라서 공공토목공사기업조달(METP)은 공공서비스의 관리를 포함한 총체적인 임무를 맡길 이익을 제시하며 서비스의 관리없이 건축물의 실현과 유지만을 맡기는 계약은 공공토목공사조달이며 공공토목공사기업조달은 아니다.²⁷⁾ 그러나 공공토목공사기업조달이 번성하였다면 유지에서와 마찬가지로 토목공사에 있어서 계약의 총체적 성격 때문만은 아니며 또한 이 거래가 계약의 전 기간에 걸쳐서 시차를 둔 지급을 규정하고 있었기 때문만은 아니나 이것이 재정부담의 시기에서 연기하는 것을 가능하게 하였다. 공공조달법전이 후불조항의 금지를 포함하고 있었음에도 불구하고 오랫동안 이러한 지불방식에 이의가 없었다. 계약자에 의하여 건설된 건축물은 계약의 전 기간 동안 건설한 자에 의하여 개발되고 보존되었으며 이 조건 안에서 단체는 그 완수부터 제공되지 않은 건축물의 가격을 지불할 필요가 없었다. 후불지급이 ‘부진정 공공토목공사기업조달’(faux METP)에, 즉 후불을 규정한 그와 같이 명명된 계약에 적용되었을 경우에, 반면에 실현된 건축물은 공공단체에 제공되고 기업은 유지만을 보장할 뿐이다.

27) CE, 8 février 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône c/Cne de La Ciotat, *AJDA*, 1999, 364, concl. Bergeal, note Chabanol(éclairage public) ; CE 30 juin 1999, Dpt de l'Orne, rec. 227.

민관협력형태를 구성하는 이러한 메카니즘 형태의 이용을 가능하게 하기 위해서 몇몇 경우에 후불지급의 금지를 폐지하는 것이 가능하였다. 이것이 공공조달법전의 준수 하에서 체결된 공공토목공사기업조달의 관행과 함께 새로이 발전하는 것이 가능하였다. 이러한 해결책은 경제정세를 이유로 선택된 것이 아니었으나 결정적이었다 : 공공토목공사기업조달(METP)의 개념자체가 불신을 받았다. 왜냐하면 프랑스 수도권지방(la région Ile-de-France)은 1989년과 1995년 사이에 고등학교의 개수를 위하여 ‘부진정 공공토목공사기업조달’(faux METP)(현실적으로는 공공토목공사조달, marchés de travaux publics)을 체결하였는데 이것이 정당 재정에 있어서 형사적으로 비난할 만한 관행을 생기게 하였으며 긴 예심이후에 2005년 10월 25일에 Paris 경범죄재판소(le tribunal correctionnel)에 의하여 수많은 책임자에 대하여 선고를 하게 된다. 이러한 사실로 인해서 여론에서는 공공토목공사기업조달을 부패와 동화되는 것으로 간주되었다.

그러나 공공토목공사기업조달이 문제됨과 동시에 관행은 국사원의 판례²⁸⁾와 함께 ‘복합계약’(montages complexes)의 형태하에서 공공시설이 토목공사지불 시기에 있어서 시차제 메카니즘을 확립하였으며 이것은 공적단체에게 임차인이 되게 하고 만기에 건축물의 소유자가 되는 것을 가능하게 한다. 이러한 관행은 몇몇 분야에서 입법가에게 모델의 역할을 하였다.

나. 공적 지불에 있어서 양허계약의 부재

양허는 한 형태로서 넓은 의미에서 민관협력(partenariat public-privé)의 한 모델로 간주될 수 있으며 한편으로 관계된 공공서비스를 위임할 가능성을 다른 한편으로는 이용자의 서비스의 개발로부터 나오는

28) CE, sect. 25 février 1994, Sofap-Marignan ; RFDA, 1994, 510, concl. Arrighi de Casanova ; Avis CE 31 janvier 1995, EDCE, n° 47, p. 407 ; AJDA, 1997, 115, comm. E. Fatôme et P. Terneyre, GACE, p. 343.

수입의 존재를 가정하는 협력이다. 여러 유럽국가(포르투갈, 독일)에서도 기초공사가 사기업에 의해서 재정되고 실현되며 이들 사기업은 ‘가상 통행료’(péage virtuel, shadow toll)시스템에 따라서 통행량에 따라 공공단체에 의하여 보상된다. 민관협력의 촉진제는 이러한 장르의 메커니즘 이용을 가능하게 하는 것이다.

다. 1985년 7월 12일 MOP(*la maîtrise d'ouvrage public*, 공공건축물의 지배) 법률

공공건축물의 지배에 관한 2005년 7월 12일 법률은 토목공사에 관한 총체적인 계약의 체결과 양립할 수 없는 사업의 선량한 관리의 두 원칙을 제기한다. 첫 번째 원칙에 의하면, 공법인을 위하여 건축물의 지배를 구성하는 공익직무를 행사할 의무에서 사업이 실현된다. 두 번째 원칙은 직무의 구별 원칙이다 : 특별한 경우를 제외하고, 동일한 자가 사업자(*l'entrepreneur*)의 역할과 사업의 지배자(*le maître d'oeuvre*)의 역할을 취할 수 없으며 역할의 혼란은 책임의 희석을 초래할 위험이 있다.

총체적 계약의 불확정 내용을 지니는 일반법주와 관계되는 민관협력계약의 경우에, 적어도 두 가지 원칙 중의 하나가 존중되지 않는다.

사업의 지배(*la maîtrise d'ouvrage*)를 총체적인 임무로 맡는 기업에게 부여하는 계약을 체결하는 것을 가능하게 하기 위해서 입법의 방식으로 MOP 법률을 제외하는 것이 필요하다. 헌법위원회는 “어떠한 원칙이나 헌법상의 가치를 가지는 규정도 구별되는 자에게 공공건축물의 구상, 실현, 정비, 유지, 보존을 맡기는 것을 강제하지 않는다”²⁹⁾는 것을 인정하였다.

29) CC Décision 22 août 2002, n° 2002-460 DC - Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure.

2) 부문별 민관협력(les partenariats sectoriels)

지불하는 이용자가 없으며 양허가 시행될 수 없는 부문 안에서 공공시설의 중요한 지연이 존재하는 부문 안에서 정부는 판례 SOFAP-Marignan 덕택으로 실제와 동일한 계약상의 메카니즘을 입법 안에 도입을 주도하였다. 법률의 유익함은 명백하지 않았다. 왜냐하면 이러한 형태의 메카니즘은 판례에 의하여 인정되었기 때문이다. 그러나 법률의 장점은 ‘계약형태’의 법적 안정을 강화할 수 있다는 것이다.

가. 2002년 8월 29일 법률(LOPSI)

산업분야별 첫 번째 법률은 내부 안전을 위한 기본방향과 프로그램의 2002년 8월 29일 법률이다. 이 법률의 제3조는 두 가지 형태의 계약을 체결하는 것을 가능하게 한다. 우선, 국가 경찰이나 헌병의 필요를 위하여 국가는 공공조달법전에 따르는 거래를 체결할 수 있으며 이 거래는 1985년 7월 12일 MOP 법률과 저촉하여 “부동산의 구상, 건설, 정비, 유지, 보존을 대상으로 하는 임무”를 맡길 수 있다. 다음으로 특히, 동일한 조문은 국유재산법전(le Code du domaine de l'Etat)에 L.34-3-1을 도입하고 이 조문은 공법인재산일반법전(Code général de la propriété des personnes publiques, CGPPP. 2006년 4월 21일 법률 명령에 의하여 채택되었다) L. 2122-15조가 되었다. 이 조문에 의하여 국가는 재판(특히, 교도서비스), 경찰, 헌병의 필요를 위하여 공물의 일시적 점용의 허가를 받은 자와 함께 파트너(le partenaire)에 의하여 건설된 건물의 구매 옵션을 가진 임대차를 체결할 수 있다. 허가를 받은 자는 임대차(le crédit-bail)의 방식으로 건설을 재정지원할 수 있다(공법인재산일반법전 L. 2122-16). 이러한 공물 규정은 2003년~2008년을 위한 군사 프로그램에 관한 2003년 1월 27일 법률에 의하여 군대나 국방부부서를 위해서 실현된 건설에 확장되었다. 공물법 L. 34-

3-1의 적용을 위해서 임대차 계약의 체결절차를 정의하는 2004년 1월 6일 데크레 n° 2004-18가 개입된다.

LOPSI는 지방자치단체에 관련된 규정을 지니고 있는데 이것은 그 고유한 필요를 위해서 지방자치단체가 민관협력계약을 체결하는 것을 가능하게 하기 위한 것이 아니라 국가 서비스의 작용에 기여할 가능성을 열기 위해서이다. 지방자치단체일반법전 L. 1311-2에서 지방자치단체에 속하는 부동산 재산은 재판, 국가경찰, 국가헌병의 필요에 연결된 공익사업의 실현을 위해서 장기임대차의 대상이 될 수 있다고 규정하고 있다. 지방자치단체일반법전 L. 1311-4-1에서 지방자치단체는 “임대차(le crédit-bail)에 호소하면서 국가 재판, 경찰, 헌병의 필요를 위해서 국가의 처분에 놓이는 것을 목적으로 하는 건물을 공물에 속하는 지대를 포함하여 건설하거나 획득하거나 개수할 수 있다.”고 규정하고 있다.

LOPSI는 재판을 위한 기본방향과 프로그램의 2002년 9월 9일 법률에 의하여 보충되었으며 동법 제2조는 교도시설의 건설과 정비를 위하여 국가는 국가경찰과 국가헌병의 필요를 위해서 동일한 조건으로 1985년 7월 12일 법률에 저축하여 거래를 체결할 수 있다고 규정하고 있다. 이것은 민관협력까지 가지는 않으며 계약은 공공조달(un marché public)로 남아 있다. 2005년에 진행된 교도시설의 건설 프로그램을 위하여 법무부장관에 의하여 유지된 것은 이러한 해결책이 아니라 LOPSI의 적용으로 구매옵션과 임대차를 가진 점용허가이다.

앞의 경우에서와 마찬가지로 이민의 지배에 관련된 2003년 11월 26일 법률의 제52조는 프랑스에서 외국인의 체류와 국적에서 제35조를 추가하면서 외국인에 관한 1945년 11월 2일 법률명령을 변경하였다. 이것은 유치센터나 대기지대의 구상, 건설, 정비, 유지, 숙소, 보존을 위하여 1985년 7월 12일 법률에 저축하여 국가가 거래를 체결하는 것을 가능하게 한다.

나. 2003년 9월 4일 법률명령(공중보건법전 L. 6148-1 ~ L. 6148-6)

2003년 9월 4일 법률명령은 2003년 7월 2일 법의 단순화 법률(*la loi de simplification du droit*)의 적용으로 보건공공시설(*un établissement public de santé*)이나 위생협력구조(*une structure de coopération sanitaire*)의 필요에 대응하는 사업에 총체적인 거래와 구매옵션을 가진 장기임대차를 체결할 가능성을 확장하였다. 구매옵션을 가진 장기임대차의 해결책은 큰 성공을 이루었다. 수많은 장기임대차가 2007 병원계획에 의해 규정된 투자를 실현하기 위해서 보건 공공시설에 의하여 체결되었다.³⁰⁾

공공조달에 관한 2004년 3월 31일 유럽공동체지침 규정을 고려하기 위해서 법률명령이 공중보건정책에 관련된 2004년 8월 9일 법률 제 153조에 의하여 보충되었다. 이 조문이 공중보건법전 L. 6148-1~ L. 6148-6에 법전화되었다. 체결절차가 2004년 10월 27일 데크레에 의하여 정의되었다. 병원장기임대차의 해결책은 분리된 계약의 해결책과 비교하여 계약자에게 책임을 지우며 지불을 후불로 하는 장점을 제시한다.

다. ‘부문별’ 민관협력계약의 체결절차

헌법위원회는 공고절차와 경쟁절차가 이 경우에 강제되는 지에 관하여 국사원 데크레와 관계된다고 판결하였는데 헌법위원회는 “임대차가 국가를 위하여 그 공물 위에서 고유한 필요를 위하여 전적으로 구상된 건축물을 실현하는 것을 목적으로 하는 사실면에서” 그러한 절차에 호의적이다.³¹⁾ 헌법위원회의 이러한 이유서는 토목공사공공조달의 유럽공동체 정의를 결합하며³²⁾ 기준 중의 하나는 필요에 대응하

30) <http://www.mainh.sante.gouv.fr> 참조.

31) CC, 22 août 2002, Loi Sécurité intérieure, AJDA 2002, 1059.

32) voir p. ex. concl. S. Alber sous CJCE 12 décembre 2002, Universale Bau AG, aff.

는 토목공사에 대한 記述이 계약에 나타나야 한다는 것이다. 사실상, 위에서 검토된 것과 다른 경우에서 공법인은 토목공사의 건축물의 지배를 가지고 있지 않다. 그러나 투자는 입찰계약권자(*le pouvoir adjudicateur*)의 필요에 응하고 재정적으로 그의 부담으로 된다. 이에 의하면 투자가 공공조달법전을 피한다고 할지라도 계약은 유럽공동체지침 2004/18의 요구를 존중하면서 체결되어야 한다.

이러한 이유로 위에서 언급한 법률명령의 적용조문이 유럽공동체지침 2004/18에 의하여 정의된 ‘복합성’의 조건이 만족되는 경우에 경쟁대화절차에 따를 가능성을 규정하면서 공공조달법전과 유사한 절차를 정의한다.

LOPSI의 적용으로 국가에 의해서 체결된 계약을 위해서 국유재산법전(*Code du domaine de l'Etat*) L. 34-3-1의 적용으로 취해진 2004년 1월 6일 테크레 n° 2004-18에 의하여 정의가 이루어진다. 테크레는 일반법상의 절차를 정하는데 이것은 제한된 경쟁입찰(*un appel d'offres restreint*)이다. “프로젝트의 복합성을 고려하여 행정기관은 그 필요에 응할 수 있는 기술적 수단을 정의하거나 프로젝트의 법률적이거나 재정적인 계약형태를 확립하기가 객관적으로 불가능한 경우에 경쟁대화절차가 임대차계약을 체결하기 위해서 이용될 수 있다.” 그리고 “계약에 의하여 규정된 차임금액이 주로 실현할 토목공사의 금액에 의하여 결정되는 경우에 그리고 사업의 금액이 경제부장관의 명령에 의하여 정해진 금액 이하인 경우에 제안은 경쟁에서 공적 입찰의 의견 안에 기재된 선택의 기준의 기초위에서 국가에 의해서 자유로이 협상된다.” 기준이 되는 사업의 금액은 토목공사 거래의 공동체기준금액에 대응한다.

국가의 필요의 만족을 위하여 지방자치단체에 의해서 체결된 장기 임대차는 어떠한 절차규정의 대상도 되지 않는다. 반대로, 임대차가 공

C-470/99, ACCP 2003, n° 20, comm. E. Fatôme et L. Richer.

법인의 자격을 가진 보건 공공시설이나 위생협력구조의 필요에 응한다면 공중보건법전 L. 6148-3, L. 6148-4, L. 6148-5의 규정의 존중 안에서 체결된다.

병원 장기임대차는 공중보건법전 L. 6148-5에서 규정된 조건 안에서 체결된다. 이 조문은 민관협력계약에 관한 2004년 6월 17일 법률명령의 공포이후에 변경되었고 이 조문은 법률명령과 동일한 해결책을 규정하고 있다. 유럽공동체지침 2004/18의 의미에서 특별히 복합적인 프로젝트를 위해서 경쟁입찰절차라든가 경쟁대화절차가 이용될 수 있다.

<부문별 민관협력에 관한 조문>³³⁾

조 문	명 칭	분 야	대 상	절 차	입찰계약권자
L. 29/8/02 L. 9/9/02	거래	경찰 헌병 재판, 감옥	부동산의 구상, 건설, 정비, 유지	공공조달 법전	국가
L. 26/11/03		유치센터 대기지대	구상, 정비, 유지, 숙소, 보존		
L. 29/8/02 L. 27/01/03 L. 34-3-1 국유재산법	임대차	경찰 헌병 재판 국방	구매옵션을 가진 건설과 임대차+유지 보존	데크레 6/1/04	국가
L. 2/7/03 Ord. 17/06/04	민관협 력계약	긴급조건이 나 경제적, 기술적, 작 용적 특징 조건하에서 모든 분야	공공시설 : 구상, 실현, 변형, 개발, 재정 공공서비스 : 관리, 재정	Ord. 17/06/04	국가 지방자치단체

33) Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 5^e édition, Dalloz, 2006, pp. 646-647 참조.

조 문	명 칭	분 야	대 상	절 차	입찰계약권자
Ord. 4/9/03 L. 6148-7 공중보건법전	거래	보건시설	건물이나 시설의 구상, 건설, 정비, 유지, 보존	공공조달 법전	보건시설
공중보건법전 L. 6148-2 L. 6148-3	임대차	Id.	Id.	공중보건 법전 L. 6148-5	보건시설 지방자치단체

따라서 부문별 법률이 한편으로는 총체적 임무를 대상으로 하는 거래의 자격이 있는 계약의 체결을 가능하게 하고 다른 한편으로는 공물의 허가가 교부되는 공적 조직체나 사적 조직체와 함께 임대차의 체결을 가능하게 할 수 있다. 이러한 임대차는 공공조달법전의 의미에서 공공조달로 간주되지 않는다.

3) 계약의 새로운 형태의 창설

공공토목공사기업조달과의 단절과 공공조달(le marché public)과 공공서비스의 위임(la délégation de service public) 사이에 구별을 개혁하고 넘어서기 위한 정책적 의사를 명백히 하기 위해서 2003년 7월 2일 법률은 “공공시설의 구상, 실현, 변형, 개발과 재정 혹은 서비스의 관리와 재정 혹은 이러한 여러 가지 임무의 조합을 위하여 공법인이나 공공서비스의 임무를 맡은 사법인에 의하여 체결된 새로운 형태의 계약을 창설하기 위해서” 필요한 규정을 법률명령에 의하여 정부가 취할 수 있게 한다. 헌법위원회에 의해 가져온 제한을 이유로 시초에 추구된 목적이 도달될 수 없었다.

가. 시초의 목적

시초의 목적은 경제적이고 법률적인 것이었다.

경제적 관점에서, 무엇보다도 예산상의 제한에도 불구하고 공적 시설 프로그램을 재개하는 것과 관계되었다. 물론, 민관협력계약의 공식적인 소개는 다른 측면을 강조한다. 민관협력계약은 위험의 일부를 기업에 이전할 수 있으며 따라서 기간과 비용의 존중을 개선하는 것이 가능하며 사적 부문을 관리에 결합할 수 있다. 거기에 호소하는 이익은 총체적인 이득에 의존하고 “민관협력계약이 민간 소득을 동원하면서 공공 투자를 유리하게 하는 도구로서 제시된다면 민관협력계약의 체결은 공행정의 재정필요의 외부화 혹은 공공채무의 외부화로 예산상의 차액의 조종수단으로서 간주될 수 없다.”³⁴⁾ 동일한 의미에서 2005년 11월 29일의 장관간 시행규칙(JO 15 décembre 2005)은 지방자치단체에게 “민관협력계약은 재정투자의 수단으로서 뿐만 아니라 공공주문의 새로운 장치로서 간주되어야 하며 이러한 공공주문이 행정분야 안에서 혁신자 개념을 도입하고 행정객체의 필요를 보다 잘 만족시키기 위해서 새로운 가능성을 단체에게 개방한다.”는 것을 진술하고 있다.

법적 구도에서 목적은 우선 위에서 언급한 장애를 제거하는 것이었다. 주요한 생각은 공공단체에게 공공조달, 공공서비스의 위임, 민관협력 사이에 선택을 주는 것이며 후불을 가능하게 하며 공적 지불에 양허를 가능하게 하는 것이다. 이러한 목적은 헌법위원회가 제기한 제한으로 인하여 부분적으로만 도달할 수 있었다.

나. 헌법상의 제한

헌법위원회는 정부에게 권한을 부여하는 법률의 헌법합치성에 대하여 해석유보 결정을 하면서 민관협력계약에 호소할 가능성을 상당히

34) MINEFI, Les contrats de partenariat - Principes et méthodes, p. 18.

제한하였다.³⁵⁾

헌법위원회는 공공주문 앞에 평등(2002년 8월 29일 헌법위원회의 결정)이라는 헌법상의 가치, 공적 재산의 보호, 공금의 선량한 이용이라는 헌법상의 가치를 강조한다. 헌법위원회는 또한 2002년 8월 29일 결정을 확인하며 이에 따르면 어떠한 헌법원칙도 구상, 실현 등을 동일한 자에게 맡기는 것을 금하지 않는다. 그러나 이러한 다른 임무의 분리가 ‘공공주문의 일반법’을 구성하며 이것은 남겨져야 한다고 한다. 왜냐하면 저축의 일반화는 “공공주문 앞에 평등, 공공재산의 보호, 공금의 선량한 사용에 고유한 헌법적 요구를 법적 보장에서 박탈할 수 있기” 때문이다. 헌법위원회는 이러한 저축이 예외적이어야 한다는 것을 도출하며 저축이 두 가지 경우에만 가능하다고 한다 : “저축이 다른 헌법상의 요구에 의하여 정당화될 수 있는 경우(공공서비스의 계속성, 질서와 공중보건의 보호)와 특별하거나 지역적 상황을 이유로 손해가 생기는 경우에 이것을 시정하는 것이 위급한 것으로 이러한 공익의 동기에 응하는 상황,... 시설이나 확정된 서비스의 기술적, 기능적, 경제적 특징을 고려할 필요.”

다. 2004년 6월 17일 법률명령의 채택

법률명령의 채택은 이해관계를 지니는 직업과 협의형태 하에서 중요한 로비의 대상이 되었다. 국사원은 그 비준 전에 법률명령에 대한 소송의 제소를 받았다. 2004년 10월 29일 판례³⁶⁾에 의하여 국사원은 청구를 기각하였다. 판례는 다음과 같이 판시하고 있다 : “민관협력계약의 체결 절차를 진행하는 결정의 적법성은 규정된 형태 안에서 사전평가의 실현뿐만 아니라 특히 제소를 받은 법원의 통제하에서 행정재판법전의 L. 551-1 규정의 기초위에서 계약전 단계에서 검토된 프로

35) CC 26 juin 2003, Simplification du droit, RFDC 2003. 772, comm. Fatôme et Richer.

36) CE 29 octobre 2004, Sueur, Rec. 392 ; RFDA 2004. 1103, concl. Casas ; AJDA 2004. 2384, chron. C. Landais et F. Lenica.

젝트가 지방자치단체일반법 L. 1414-2와 공격의 대상이 된 법률명령의 제2조 a)에 검토된 상황 중의 하나에 효과적으로 대응한다는 것에 따른다.”

라. 프랑스 민관협력계약의 개념

2004년 6월 17일 법률명령(Ordonnance)의 제1조와 지방자치단체일반법전 L. 1414-1은 민관협력계약의 정의를 내리고 있다. 다양한 기준에 의한 이러한 정의는 복잡하다. 민관협력계약을 공공조달법전의 의미에서 공공조달과 구별하는 것을 목적으로 하나 이러한 계약은 유럽공동체법의 의미에서 공공조달로 남는다. 유감스럽게도 국내법과 유럽공동체법 사이에 차이가 도입된다.

법적인 정의의 중심은 계약자의 임무의 정의에 의하여 구성된다 ; “공공서비스, 건축물이나 시설의 건설이나 변형, 마찬가지로 유지, 보존, 개발 혹은 관리, 그리고 경우에 따라서 공법인에 의하여 공법인이 담당하는 공공서비스의 임무의 행사에 협력하는 다른 서비스의 급부 등에 필요한 시설이나 건축물 혹은 비물질적 투자의 재정에 관련된 총체적 임무”와 관계된다. 보상의 방식이 정의의 요소와 의무로서 언급된다 : “계약자의 보상은 계약의 전 기간동안에 공법인에 의한 지불의 대상이 된다. 보상은 계약자에 할당된 성과의 목적과 연결될 수 있다.”

가) 계약의 대상

민관협력계약은 계약자의 임무의 다수에 의하여 특징을 이루는 총체적 계약의 일반범주에 대응한다.

a) 총체적 계약

법률명령에 의하여 규정된 ‘총체적 임무’(la mission globale)는 여러 가지 조합으로 변화될 수 있다. 4가지 상황이 구별될 수 있다.

- 공물위에 설치되지 않는 부동산 시설의 구상, 재정, 실현, 관리를 맡기는 계약의 경우는 협력 기업에 속하고 공공단체에게 임대된다.
- 공물 위에 설치되거나 설치되지 않는 부동산 시설의 구상, 재정, 실현, 관리를 맡기는 계약의 경우 협력 기업에 속하고 그것의 개발은 공공서비스를 구성한다(예 : 조각공장).
- 공물 위에 설치된 부동산 시설의 구상, 재정, 실현, 관리(유지와 개발)를 맡기는 계약의 경우 협력 기업에 속하고 공공단체에 임대된다.
- 동산 성격의 시설의 재정, 취득, 관리를 맡기는 계약의 경우.

법률명령 제1조와 지방자치단체일반법 L. 1414-1은 기업이 조문에 의하여 규정된 임무를 보장하며 “그리고 경우에 따라서 공법인이 맡고 있는 공공서비스의 임무를 공법인에 의한 행사에 협력하는 다른 서비스의 급부”를 규정하고 있다. 이것은 공법인이 협력자가 협력하는 임무를 여전히 담당하고 있다는 것을 의미한다. 게다가, 조문은 의무적으로 민관협력계약을 지니는 조항의 리스트를 주고 있다 ; 즉, 이러한 조항에 “건축물이 공법인의 처분에 놓이게 되는 조건”에 관련된 조항과 “채약 공법인이 맡고 있는 공공서비스에 건축물과 시설의 배속의 준수를 보장하는 것을 목적으로 하는 계약자의 의무”에 관련된 조항이 포함된다. 이러한 모든 편집상의 형식은 법률명령의 사전준비 작업과 마찬가지로 위임 형태가 아니라 협력형태를 두는 의사를 보여 준다. 민관협력계약은 공공서비스의 위임 방식으로서 구상된 것이 아니었다. 건축물의 개발이 서비스의 개발과 일치할 때 - 이것은 빈번하다 - 에 민관협력이 사용될 수 있다.

b) 재정계약(un contrat financier)

민관협력계약은 투자재정을 협력기업에게 맡긴다. 재정 사업으로서 매우 광범위하게 구상되며 후보자는 재정시설을 지니는 단체이어야 한

다. 이에 제공될 수 있는 보장의 문제가 필연적으로 제기된다.

법률명령은 계약자가 공물 위에서 물권(un droit réel)을 가질 수 있다는 것을 인정하나 임대차(crédit-bail)의 가능성을 언급하지 않는다. 그것을 금지하는 효과를 가지는 것은 아니다. 행정의 협력자는 행정이 동의하고 관련 서비스에 적용될 수 있는 원칙이 가능하게 하면 임대차에 호소할 수 있다. 일반적으로 상기의 협력자에 의한 투자의 재정은 이러한 채권이 어떠한 보상에도 영향을 받지 않고 재정시설에 투자비용의 부분을 대표하는 공법인에 관한 채권의 부분을 양도하는 것이 인정된 가능성에 의하여 용이하게 된다(화폐 및 재정법전 L. 313-29-1을 삽입하는 법률명령 제28조). 그러나 이러한 양도는 투자실현의 확인 후에만 그 완전한 효과를 가진다. 공법인이 동의하면 채권은 일반법상의 양도의 대상이 되며 이에 의하여 은행에 대한 공법인의 계약상의 채무를 창설한다.³⁷⁾

c) 서비스계약(un contrat de service)

민관협력의 계약자는 토목공사의 건축물의 지배자나 다른 투자뿐만 아니라 건축물이나 시설이 유지, 보존, 개발, 관리, 경우에 따라서 다른 서비스의 급부를 보장하여야 한다. 따라서 기업은 투자의 이용에 내포되며 이에 관한 위험을 맡는다. 공공단체에 보다 나은 효과성을 보장하는 본질을 지니는 한 민관협력계약의 큰 이익을 구성하는 것은 이러한 내포와 위험의 일부의 이전이다.

민관협력계약의 독창성은 모든 계약을 위하여 제기되는 위험의 배분의 문제가 계약에 의하여 강제적으로 명시적으로 다루어져야 한다는 것에 있다. 왜냐하면 이러한 문제에 관련된 조항의 삽입은 의무적이기 때문이다. 이를 관통하는 일반적 원리는 위험의 각 부분은 그것

37) CE, 25 juin 2003, Caisse centrale de crédit mutuel du Nord, AJDA 2003, concl. Le Chatelier.

을 가장 잘 말할 수 있는 부분으로 돌려져야 한다는 것이다.

유럽공동체통계사무소(l'Office statistique des Communautés européennes, Eurostat)는 민관협력(partenariats public-privé)의 취급에 관련된 2004년 2월 11일 결정(STAT/04/18 reproduite in Droit et Ville, n° 60/2005, p. 258)에서 3가지 형태의 위험을 제시하였다 :

- ‘건설위험’(지연된 인도, 특정한 규범의 비준수, 초과비용...)
- ‘처분성의 위험’(계약적으로 적당한 양의 배달, 성과의 결여...)
- ‘청구에 연결된 위험’(청구가 협력자의 행동에 귀속될 수 없는 경우에 청구의 가변성 - 예컨대 감옥이나 병원의 충원).

이러한 유형은 모든 위험을 포함하지는 않으나 다른 계약과 비교하여 민관협력을 특징지을 수 있다. 정상적으로는 공공조달(un marché public)에서 모든 위험은 공법인의 부담으로 하고 양허(concession)에서는 양수인의 부담으로 된다. 민관협력에서는 원칙적으로 기업은 건설 위험(le risque de construction)과 처분성의 위험(le risque de disponibilité)을 부담하나 청구 위험(risque demande)을 부담하지는 않으며 정상적으로 간주되기 위해서 그것의 이전은 훨씬 비용이 많이 드는 것일 것이다.

나) 계약자의 보상

계약자는 공공단체에 의하여 지불되는 가격에 의하여 보상되고 민관협력계약은 유럽공동체법에 비추어 공공조달을 구성하나 프랑스 법전상의 공공조달과는 다르다.

a) 공공단체에 의한 보상

공공조달과의 차이는 보상이 계약의 기간 위에서 나누어질 수 있을 뿐만 아니라 나누어져야 한다 : “계약자의 보상은 계약의 전 기간 동

안에 공법인에 의한 지불의 대상이 된다.”(법률명령 제1조 ; 지방자치단체일반법 L. 1414-1). 법률명령 제11조와 지방자치단체일반법 L. 1414-12에 따라 계약은 투자부분, 재정부분, 작용부분을 구별하여야 한다. 토목공사의 지불은 계약의 전 기간 동안에 나누어질 수 있으나 비용이 적게 드는 지불을 예정할 수 있다.

투자를 위한 민관협력에 호소하면서 공공단체는 채무(l'endettement)를 제한하거나 보다 정확하게는 차용하는 것과는 달리 빚을 진다. 부담업폐를 피하기 위해서 2004년 2월 11일의 이미 인용된 결정에서 Eurostat(l'Office statistique des Communautés européennes, 유럽공동체통계사무소)는 “민관협력(un partenariat public-privé)에 연결된 자산이 공적이 아닌 자산으로 분류되고 공행정의 결산 안에 등록되지 않을 것을 권고하며 이를 위해 두 가지 조건이 통합되어야 한다. 사적 협력자는 적어도 다음의 두 가지 위험중의 하나를 지지한다 : 처분성 위험과 청구에 연결된 위험.” 위험의 이전이 보다 제한되면 자산은 공적이다. 그리고 2004년 법률명령의 투명성을 보장하기 위해서 민관협력계약으로부터 나오는 지방자치단체나 공공시설의 재정 구속전체를 다시 기술하는 부속서에 꼬민이 공표하는 의무를 설치하였다(지방자치단체일반법 L. 2313-1).

b) 다른 보상

민관협력계약이 가지는 이점 중의 하나는 건축물이나 시설의 이용을 통하여 공법인이 이익을 얻을 수 있다는 것이다. 예컨대 군사수송에 배속된 비행기는 민간 수송을 위한 기업에 의하여 부분적으로 이용될 수 있으며 행정용 건물은 부분적이거나 일시적 공석의 경우에 제3자에게 임대될 수 있다. 이러한 추가적 수입은 행정에 의한 계약자의 보상을 결정하기 위해서 고려된 법률명령 제11조(지방자치단체일반법 L. 1414-12)에 따른다. 물론 계약조항은 공공서비스에 우선적 배

속을 보장하는 방식으로 편집되어야 한다. 조문이 규정하지 않음에도 불구하고 계약 공법인의 필요와 다른 필요를 위한 이용이 부차적 성격을 제시한다는 것을 고려하여야 한다. 이것이 없으면 계약이 무권한의 하자가 있을 위험이 있다.³⁸⁾

보상의 혼합적 성격은 공역무의 위임계약이라는 자격부여를 이끄는 성질의 것은 아니다. 왜냐하면 공공단체에 의한 가격의 지불로부터 나오지 않는 개발의 수입은 공공서비스의 개발에 대응하는 것이 아니라 건축물이나 시설의 개발에 대응하기 때문이다. 그러나 자격부여의 어려움은 건축물의 개발과 서비스의 개발이 일치하는 경우에 존재할 수 있다.

4) 민관협력계약의 체결

프랑스법의 절차적 요구는 광범위하게 영국제도의 영향을 받은 것이다. 사실상, 영국에서 민관협력(PFI) 계약의 체결은 ‘가격에 대한 최상의 가치’(best value for money)를 얻기 위한 조건이 충족된다는 것을 확인할 목적에서 이루어지는 것으로 전통적인 공공 구매(Public Sector Comparator)와의 비교를 포함한 심오한 평가보다 앞선다. 민관협력(PFI)의 선택이 유지되면 계약은 일반적으로 협상된 절차에 따라서 체결된다.

가. 사전 평가(Évaluation préalable)

2004년 법률명령에 의하여 규정된 사전 평가는 사업과 민관협력방식에 의한 그 실현의 경제적 이익을 결정하는 것을 유일한 목적으로 하는 것은 아니다. 사실상 평가절차는 헌법위원회의 결정으로부터 나오는 조건(복합성이나 긴급)이 충족되는 지를 확인하는 데에도 사용되며 이것은 2004년 법률명령에 의하여 경쟁대화절차(la procédure de

38) 유사한 것으로 CAA Paris, 10 juillet 2003, SOGERES, req. 01PA02303 판결 참조 - 양도된 시설의 과다 측정.

dialogue compétitif)의 이용조건과 부분적으로 혼동된다. 이러한 규정이 명백하지 않고 무거워서 민관협력계약의 발전에 장애가 된다.

사전평가는 불평등한 법적 성격의 두 가지 부분을 지니고 있다. 첫 번째 부분으로 사전평가는 복잡성의 조건과 긴급의 조건이 충족된다는 것을 보여준다. 두 번째 부분으로 사전평가는 “경제적, 재정적, 법적, 행정적 성격의 동기를 정확하게 제시하며 특히 총체적 비용, 위험의 배분, 여러 가지 옵션의 의미에서 검토된 프로젝트를 유지하고 민관협력계약의 체결절차를 진행하는 것을 결정하게 하였다.”

첫 번째의 경우에 사업의 적법성은 복잡성의 논증에 따른다. 따라서 평가의 결론은 민관협력의 이용에 장애가 되는 효과를 가질 수 있다. 두 번째의 경우에, 결정권자에게 알리는 것이 필요할 뿐이며 비교 평가의 결론에 의하여 구속되는 것은 아니다.

프로젝트가 공적주도인 만큼이나 사적 주도일 때에 사전 평가가 의무적이다. 왜냐하면 도입된 개혁 중의 하나는 사인에게 제안을 하는 것을 가능하게 한 것이며 이것은 차후에 절차에 참여하는 것을 막지 않는다. 이러한 사적 제안의 절차는 이탈리아법에 영향을 받은 것이다.

가) 법적 조건의 평가

사전 평가는 다른 대상 사이에 존재를 확인하는 것이며 그 실체적 요건은 선택적이다 : 프로젝트가 복잡적이거나 긴급한 경우

민관협력의 예외적 성격을 보장하기 위해서 법률명령(ordonnance) 제 2조와 지방자치단체일반법 L. 1414-2에 의해서 제기되는 조건은 “특별히 복잡한 거래”의 정의를 재차 취한 것이며 이것은 공공조달(un march public)을 부여하기 위해서 민관협력(le partenariat)이 아니라 경쟁대화절차(la procédure de dialogue compétitif)의 이용조건으로서 유럽 공동체지침(la directive) 2004/18 안에 기재된다.

<p>Ordonnance 제2조와 지방자치단체일반법 L. 1414-2</p> <p>“... 프로젝트의 복잡성을 고려할 때에, - 공법인이 단독으로 먼저 그 필요에 응할 수 있는 기술적 수단을 객관적으로 정의할 수 없거나 - 프로젝트의 재정적이거나 법적인 형태를 공법인이 단독으로 먼저 확립할 수 없다...”</p>	<p>유럽공동체지침 2004/18</p> <p>“... 다음의 경우에 공공조달은 ‘특별히 복잡한 것’으로서 간주된다 :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 입찰계약권자(le pouvoir adjudicateur)가 제23조 제3절 b), c), d)에 따라 그 필요와 목적에 응할 수 있는 기술적 수단을 정의할 수 없거나 - 입찰권자가 프로젝트의 재정적이거나 법적인 형태를 객관적으로 확립할 수 없는 경우에
---	--

민관협력의 경우에, 복잡성은 유럽공동체지침에서와 마찬가지로 어떠한 절차를 가능하게 할 뿐만 아니라 계약 형태에 호소를 가능하게 하며 주요한 특징은 총체성(la globalité)이다. 프랑스법을 해석하기 위해서 유럽공동체지침의 해결책을 고려하는 것은 가능하다.

복합성(la complexité)의 조건은 두 분야로 분해된다 :

- 공법인은 기술적 수단을 객관적으로 정의할 수 없다
- 공법인은 법적이거나 재정적인 형태를 객관적으로 확립할 수 없다

언뜻 보기에는, 이러한 조건은 결코 실현될 수 없을 것 같다. 왜냐하면 공법인은 항상 직원을 채용하거나 정의, 원조, 연구 거래를 체결하면서 기술적 수단과 법적이고 재정적인 형태를 정의할 수 있기 때문이다.

이러한 의미에서 directive 2004/18(point 31)의 이유설명서가 의미가 있으며 이것은 복합거래(marché complexe)에 관해서 다음과 같이 지적하고 있다 : “특히 이러한 상황은 중요한 통합된 수송의 기초공사의 실현, 복잡적이고 구조화된 재정을 지니는 프로젝트의 실현이나 대규모 전산망의 실현을 위하여 제시될 수 있다. 이와 같은 것에서는 재정적이고 법적인 형태가 사전에 규정될 수 없다.

동일한 관념을 공공조달법전 제37조와 1985년 7월 12일 MOP법률 제18조에서 재발견하게 되며 이것은 기술적인 이유가 연구에 있어서 사업자의 제휴를 필요로 할 경우에 구상-실현절차를 이용하는 것을 가능하게 한다. 그러나 구상-실현(conception-réalisation)에 관한 텍스트와 민관협력에 관한 텍스트 사이에는 두 가지 차이가 존재한다 :

- 민관협력에 관해서 고려되는 기술적 이유는 사업자를 결합시킬 필요와는 다른 내포를 가질 수 있다 ;
- 민관협력에 관해서, 기술적 이유 이외에 법적이고 재정적인 측면이 고려된다(경쟁적 대화에 관한 텍스트에서와 마찬가지로).

모든 경우에 단체가 수단을 정의하거나 형태를 확립하는 것이 불가능한 것이 복잡성(la complexité)에 연결되어야 한다 ; 단체가 “재정적 형태를 확립할 수 없는” 것으로 간주될 수 있기 위해서 예컨대 은행이 프로젝트에 재정지원을 거부하는 것으로 충분하지 않다.

복합성은 작용의 복잡성, 프로젝트의 혁신적 성격으로부터 생길 수 있다. 그것은 공공단체가 결정의 전체를 지배할 수 없는 것의 결과일 수도 있다. 왜냐하면 사업의 재정적 균형이 시설이 그 능력의 일부를 위해서 제3자에게 맡겨진 것을 의미하는 경우에 예컨대 사업의 조성이 시설의 이용자의 개입이나 프로젝트의 재정의 경우에 재정시설의 개입과 같이 프로젝트에 다소 연결된 제3자의 개입을 필요로 하기 때문이다.

긴급성에 관해서, 헌법위원회와 국사원은 긴급성이 “확정된 지대에서 집단시설의 실현에 영향을 미치는 특별히 중대한 지연을 객관적으로 회복할 필요로부터 나온다”고 판결하였다.

긴급성은 예컨대, 공공조달의 체결을 위하여 경쟁입찰을 면하는 것을 가능하게 할 때에 긴급성은 다른 분야에서 만큼 제한적으로 해석되어서는 안 된다.

여기에서 상황의 위급성에 반대하여 긴급성의 개념을 참고할 수 있다 : 예방적 성격의 프로젝트의 긴급성. 프로젝트의 집행에 필요한 기간을 고려하여 재정을 기다리는 것은 가능하지 않다는 것에서부터 생길 수 있다. 상황의 긴급성과 프로젝트의 긴급성 사이에 국토정비와 도시계획 사이에 오래전부터 있는 구별을 참고하는 것은 가능하다 : 정비해야 할 긴급성은 “현실적인 위협에 즉각적인 구제의 요구로서 경찰의 의미에서 보다 조작적 우선의 표현으로써” 이해되어야 한다.³⁹⁾

나) 비교평가(Évaluation comparative)

ordonnance 제2조와 지방자치단체일반법전 L. 1414-2는 평가가 경제적, 재정적, 법적, 행정적 성격의 비교분석을 지니고 있다고 규정하고 있다. 긴급의 경우에 설명이 간결할 수 있다.

평가는 “특히 총체적 비용, 성과, 위험의 분배의 의미에서” 프로젝트가 왜 유지되었는지를 설명하여야 한다. 가장 빈번하게는 민관협력계약(le contrat de partenariat)의 해결책과 공공조달계약의 해결책을 비교하는 것과 관계될 것이다. 그러나 민관협력계약이 공공서비스의 관리를 맡기는 것을 목적으로 할 수 없을 지라도 공공서비스의 위임과의 비교가 배제되지 않는다.

비교연구는 사업이 민관협력계약 덕분에 보다 나은 조건 안에서 실현될 수 있는 지를 조사하는 것을 목적으로 한다. 명백히, 이러한 분석은 단지 즉각적인 비용의 의미에서만 실현될 수 있는 것은 아니다. 재정이 사기업에 의해서 이루어지므로 민관협력계약은 공공조달보다 거의 항상 더 비용이 들기 때문이다. 따라서 평가는 민관협력에 이익을 줄 수 있는 자료 전체를 대상으로 한다. 왜냐하면 사기업은 유도되며 공공단체는 어떠한 위험을 이전하며 보다 강한 유연함이 가능하

39) conclusions Rigaud, sur Conseil d'Etat, 13 décembre 1968, Ministre des affaires sociales c/Milcent, AJDA 1969, p. 40.

기 때문이다. 경제적이고 재정적인 의미에서 다소 정교한 분석방법이 프로젝트의 사회적 효용을 결정하기 위해서 이용될 수 있다. 그것을 정의하고 시행하기 위해서 2004년 *ordonnance*는 전문가 조직체의 창설을 규정하였다.

다) 민관협력의 선택(Choix du partenariat)

경제적 평가이외에 비교분석은 이용될 수 있는 계약의 여러 가지 형태 사이에 선택을 밝히는 것을 목적으로 한다. 열려진 선택은 무엇인가?

민관협력계약과 다른 계약형태 사이에 선택은 복합성요건이나 긴급성요건이 만족될 때에만 존재한다. 사실이 그러하다면 법적으로 그리고 사실상 위임될 수 있는 서비스와 관계될 때에 공공단체는 양허계약(*la concession*)과 민관협력 사이에서 선택을 가질 수 있다.

서비스가 사기업에 위임될 수 있는 것이 아니면 민관협력에의 호소가 가능하나 대안이 존재한다. 그것은 공공조달의 체결이다. 이것은 한편으로는 토목공사의 즉각적인 지불을 가정하고 다른 한편으로는 서비스 조달의 체결이 토목공사의 조달, 경우에 따라서 사업의 시행거래(*marchés de maîtrise d'oeuvre*)와 조달거래(*marchés de fourniture*)에 적용된다.

공공조달의 결에 공법인이 법률에 의해 규정되어 있지 않으나 판례에 의해서 인정된 계약메카니즘에 항상 호소할 수 있는지 문제가 제기된다. 여기에서 공공단체는 기업에 공공건축물의 지배(*la maîtrise d'ouvrage*)를 주며 임대차(*bail*)에 실현된 시설을 취한다(예 : Soc. Sofap-Marginan). 이러한 가능성이 복합성이나 긴급성 조건이외에 공공주문의 규정의 저촉을 허가할 수 있다.

나. 체결절차(Procédure de passation)

모든 경우에, 민관협력계약은 긴급성이 있다는 동기로 그 체결이 복합성의 조건을 피한다 할지라도 복합적이며 위험의 배분을 한다. 비록 협상이라는 용어가 사용되지 않을 지라도 이러한 상황은 기업의 계약의 생성에의 결합, 따라서 협상에의 호소를 바람직하게 하고 필수불가결하게 한다. 공공조달계약에 관한 유럽공동체지침 2004/18에 의하여 도입되었던 경쟁적 대화절차(la procédure de dialogue compétitif)를 이용할 가능성이 유럽공동체지침에 의해서 인정된 경우에, 즉 거래가 복합적일 때에 이에 관해서 만들어진다. 그러나 앞에서 본 바와 같이, 민관협력에의 호소는 복합성의 경우에만 가능한 것은 아니다. 긴급의 경우에도 그러하다. 가끔은 긴급성은 복합성을 배제하지 않으나 그것은 ordonnance에 의하여 유지된 해결책은 아니다. Ordonnance는 긴급의 경우에 경쟁입찰절차를 강제한다. 모든 경우에 사전 공고가 강제된다.

가) 사전공고(Publicité préalable)

형식주의 공고절차는 의무적이며 데크레에 의하여 정하여졌다. 토목공사에 관해서 유효한 기준금액(le seuil)은 적용되지 않는다. 사실상, 규정된 기준금액(le seuil)은 국가민관협력계약에 대해서는 150 000 유로 (HT, 세금제외)이고 지방자치단체의 경우에 230 000유로이다.

이 금액보다 적은 계약에 대해서, “공법인은 검토된 급부의 금액과 본질에 적용된 공고방식을 자유로이 선택할 수 있다.” 따라서 투명성의 원칙이 준수되어야 한다. 그러나 기준금액(seuils) 이하의 금액의 민관협력계약을 생각하기 어렵다.

기준금액 이상에 대해서는 공공조달공고회보(Bulletin officiel des annonces des marchés publics)와 유럽연합관보(Journal officiel de l'Union

européenne)에 경쟁을 위한 공공 입찰 의견(un avis d'appel public)이 공표된다.

의견은 유럽공동체 모델과 공공조달을 위한 유효한 모델을 정하는 장관명령에 합치되어야 한다. 사업과 절차의 복잡성을 고려하여 경쟁 대화의 이용의 경우에 의견은 고전적 공공조달을 위해서 보다 많은 정보를 제공하여야 한다. 후보자의 자격 접수 최소기간은 40일이다. 후보자의 자격 접수조건은 공공조달법전에 의해서 제기된 것과 유사하다. 그러나 사법상의 신용회복(le redressement judiciaire)에 있는 자는 그 활동을 진행하는 것이 허가될 지라도 민관협력계약에 후보자가 될 수 없다. 이것은 민관협력의 재정적 차원에 의해서 설명된다.

후보자의 리스트는 국가를 위해서는 ‘공법인’에 의해서, 지방자치단체를 위해서는 위원회에 의해서 작성된다. 이 위원회는 민관협력의 특수성을 나타내기 위해서 경쟁입찰위원회로서가 아니라 공공서비스위임위원회로서 구성된다.

나) 경쟁대화(Dialogue compétitif)

경쟁대화절차는 공공조달법전에 의한 것과 거의 동일한 방식으로 조직된다. 절차는 국가를 위해서는 ordonnance 제7조와 2004년 10월 27일 데크레 n° 2004-1145에 의해서, 지방자치단체를 위해서는 L. 1414-5 이하와 지방자치단체일방법전 D. 1414-1에 의해서 정의된다.

기능적 프로그램의 기초위에서, 대화는 후보자와 함께 이루어지며 그것의 목적은 차후의 경쟁에 기초를 제공할 프로젝트를 정의하는 것이다. 조문은 누가 공법인 측의 대화를 진행하는 지 규정하고 있지 않다. 따라서 이에 관해서 어떠한 자유를 인정하여야 한다.

이러한 대화는 ‘협상’과 구별하기 위해서 ‘토의’라고 명명되는데 사실상 협상이나 협상절차의 협상으로서 계약 그 자체를 대상으로 하는 것 대신에 계약 프로젝트를 대상으로 한다. 이러한 토론은 정의된 프

로그래의 범주로부터 벗어나서는 안 되며 비밀성 원칙에 복종하여야 하며 이러한 비밀성 원칙은 이에 관해서 기본적인 중요성을 가진다. 왜냐하면 후보자에게 자주 비용이 많이 드는 숙고와 상상의 작업을 제공하는 것이 요구되기 때문이다.

공법인은 의견에서나 협의 규정에 고시한 것을 조건으로 대화가 여러 과정에서 전개되는 것을 자유로이 규정할 수 있다. 이것은 제안의 연속적인 제거를 가능하게 하고 이것은 출발에서 정의된 균형잡힌 기준의 적용에서 그러하다. 일단 대화가 그 기간에 이르면 - 이에 대하여 어떠한 기간도 강제되지 않는다 - 후보자는 그 제안을 제출할 것이 요청된다.

이러한 절차의 두 번째 단계는 경쟁입찰과 접근한다. 그러나 고전적 경쟁입찰에 비교하여 덜 엄격하다.

그 제안이 경쟁으로 남게 되는 후보자는 기간을 가진다. 고유한 제안에 기초하여 제안을 제출하는 데에 적어도 1월의 기간이다. 이와 같이 후보자가 유지하고자 하는 제안이 된다. 이러한 두 번째의 단계의 개시에 지방자치단체에 관해서 정상적으로 심의기관에 의해서 대표되는 공법인은 계약부여 기준을 명백히 할 수 있고 공법인은 “계약의 기간동안 계약자의 권리와 의무의 전개를 규정한 조항의 조건을 포함하여 계약의 집행조건을 정의한다.” 따라서 시초의 범주의 변경위험과 공법인이 이러저러한 후보자의 제안을 취하면서 조건명세서의 핵심을 정의할 위험이 존재한다. ‘예기치 않은 변화’의 위험이 공법인이 “이 단계에까지 현실적인 경쟁을 유지하려고 노력한다”는 것만을 규정하는 ordonnance 제8조와 L. 1414-7보다 더 크다.

다) 경쟁입찰(Appel d'offres)

긴급의 경우에 적용될 수 있는 경쟁입찰의 절차는 제한된 경쟁절차이다. 부여기준은 경쟁대화의 경우와 동일하다.

다. 의무적 조항(Clauses obligatoires)

민관협력의 효과성을 보장하기 위해서 *ordonnance*(제11조)와 CGCT(L. 1414-12)는 민관협력계약이 ‘필연적으로 포함하는’ 조항의 리스트를 주고 있다. 이러한 조항은 3가지 범주로 배분될 수 있다 : 민관협력계약의 특징인 조항, 민관협력의 정신 안에 있는 조항, 공공서비스의 이익을 보존하는 것을 목적으로 하는 조항.

가) 특징적 조항(Clauses caractéristiques)

a) 위험의 배분(Répartition des risques)

위험의 배분은 민관협력사업의 지도적 이념이다. 어떠한 위험을 계약자에 부여함으로써 공법인은 건축물의 실현, 시설, 서비스의 급여에서 기간과 성과의 요구를 준수하도록 한다.

행사의 어려움은 투자가를 실망시키지 않으면서 공법인을 위해서 흥미로운 조건에서 배분을 행하고 그것을 지지하는데 최상인 부분에 위험의 각각을 돌려야 한다는 것에 있다. *Ordonnance*는 위험배분의 이러한 조건을 정의하는 일반조항의 편집을 강제하는 것 같다. 위험의 배분조건은 추상적으로 그리고 구체적으로 정의된다.

민관협력계약에 의한 위험의 배분은 관계된 공공단체의 경제상황에 무시할 수 없는 영향을 가지고 있다. 이러한 결과는 사전평가 시에 위험의 배분에 관한 진단에 따라 고려되어야 할 것이다. 왜냐하면 그것이 정확하게 수치로 될 수 없을 지라도 총체적인 종합결론의 대상이 된다. 따라서 민관협력계약은 경제적 차원의 투입을 포함한다.

b) 성과(Performances)

민관협력의 이익 중의 하나는 제공되는 서비스의 질을 강화하는 것이며 대응하는 요구는 다음과 같이 정의되어야 한다 ; 이를 위하여

계약은 성과의 목적을 정해야 하며 이에 대한 준수는 통제의 대상이 되어야 하며 이에 대한 비준수는 벌칙에 의하여 해석된다. 이러한 식으로 위험의 배분이 구체화된다.

c) 보수(Rémunération)

공법인의 계산의 명백함을 위하여 계약은 특히 투자와 운용을 구별하면서 보수의 여러 요소를 구별하여야 한다.

나) 민관협력정신 조항(Clauses d'esprit partenarial)

몇몇 조항은 민관협력형태 관계에 적응한 것으로 보이며 원칙적으로 긴 기간 위에서 협력정신에 의해 특징지워진다(투자의 상각기간에 따라 결정된다).

a) 변경증서(Avenants)

출발 관념은 민관협력계약이 공공조달계약보다 쉽게 진전될 수 있어야 한다는 것이다. 2004년 2월 11일 장관간 모임에서 결정된 *ordonnance*안의 원안은 “계약에서 당사자는 그 집행조건에 영향을 주는 것에 기여하는 사실적, 법적 상황의 전개를 고려하기 위해서 변경조항에 의해서 그것을 자유로이 변경할 수 있다. 그러나 검토된 변경이 계약의 법적 자격부여를 변형시키거나 계약의 일반적 경제를 전복하게 되면 경쟁의 새로운 절차가 조직되어야 한다. 관계된 변경이 불가항력의 경우나 최종계약에 포함된 계약조항의 행사의 경우로부터 생기면 그러한 경쟁은 요구되지 않는다. 따라서 계약 자체에서 가능성을 규정하고 있는 조건으로 매우 중요한 변경을 가져오는 것이 가능하다. *ordonnance*의 최종적인 텍스트는 변경조항에 관한 판례에 보다 부합된다. “계약은 계약자에 의해서 획득된 재정의 조건 안에서 기술혁신이나 변경, 공법인의 필요의 전개를 고려하기 위해서 계약의 몇 가지

측면의 변경이나 해지를 진행할 수 있는 조건에 관련된 조항을 지닌다”고만 규정한다.

b) 중재(Arbitrage)

분쟁해결에 관련된 조항을 삽입하는 것이 의무적이다. 중재는 적절한 분쟁해결의 수단으로서 나타난다. 왜냐하면 투자자를 보호할 성질의 것이며 국가법원의 제소보다도 관계의 계속성을 잘 보호하기 때문이다.

다) 공공서비스보호조항(Clauses de protection du service public)

파트너의 특권과 이익 - 투자자는 공공서비스의 선량한 집행을 해쳐서는 안 된다. 이를 위하여 민관협력계약은 공법인이 서비스의 필요를 위하여 시설을 이용하는 것이 장애될 수 있는 것을 막으려는 조항을 필연적으로 포함한다. 공공서비스 배속에의 우위는 그 기간에서 만큼이나 계약의 집행동안 보장되어야 한다. 이 점에서 민관협력계약은 공공서비스의 위임계약과 거의 다르지 않다.

제 3 장 협의의 민관협력이론에 기초한 민간투자법제

제 1 절 우리나라 현행 민간투자법제의 법적 기초

1. 민간투자제도의 의의

민관협력과 민간투자제도 사이의 관계에 대해서는 이미 살펴본 바와 같이 협의의 민관협력이 민간투자제도에 해당한다고 본다. 민관협력이나 민간투자제도의 개념에 관해서 현행법률에서 규정한 바가 없다. 다만 민간투자법 제1조(목적)에서 “이 법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 규정에 의하여 민간투자제도의 개념을 추출할 수 있다고 본다.

(1) 사회기반시설

사회기반시설이란 각종 생산 활동의 기반이 되는 시설, 당해 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설, 국민 생활의 편의를 증진시키는 시설 등을 말한다(민간투자법 제2조 제1항).

민간투자법 제2조 제1호에서는 사회기반시설을 도로, 철도, 항만 등 35개 시설과 2005년에 신규 도입된 학교, 군주거, 노인주거복지, 공공보건의료, 문화시설 등 9개 시설을 합한 총 44개 시설로 한정하고 있다.

(2) 민간투자사업

민간투자법 제2조 제5호에서는 민간투자사업에 관하여 정의를 내리고 있다 : “민간투자사업”이라 함은 제9조의 규정에 의한 민간제안사

업 또는 제10조의 규정에 의한 민간투자시설사업기본계획에 따라 제7호의 규정에 의한 사업시행자가 시행하는 사회기반시설사업을 말한다.

제9조에서는 민간부문의 사업제안을 규정하고 있다. 민간부문은 대상사업에 포함되지 아니한 사업으로서 민간투자방식으로 추진할 수 있는 사업을 제안할 수 있다(동조 제1항). 사업을 제안하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제안서를 작성하여 주무관청에 제출하여야 한다(동조 제2항, 신설 2009. 4.1). 주무관청은 제1항에 따라 제안된 사업을 민간투자사업으로 추진하기로 결정한 경우에는 이를 제안자에게 통지하고, 제안자 외의 제3자에 의한 제안이 가능하도록 제안내용의 개요를 공고하여야 한다(동조 제3항, 신설 2009. 4.1). 주무관청은 제2항에 따른 최초 제안자의 제안서 및 제3항에 따른 제3자의 제안서에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 검토·평가한 후 제안서를 제출한 자 중 협상대상자를 지정하여야 한다. 이 경우 최초 제안자에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 우대할 수 있다(동조 제4항, 신설 2009. 4. 1). 제4항에 따라 지정된 협상대상자와의 실시협약 체결 등에 관하여는 제13조 제3항부터 제5항까지의 규정에 따른다(동조 제5항, 신설 2009. 4. 1). 제1항의 규정에 의하여 제안된 사업의 추진절차등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(개정 2009. 4.1).

제10조에서는 민간투자시설사업기본계획의 수립 및 고시등에 관하여 규정하고 있다. 주무관청은 사회기반시설사업의 추진을 위하여 민간부문의 투자가 필요하다고 인정하는 때에는 당해연도 대상사업으로 지정된 후 1년 이내에 민간투자사업기본계획에 의하여 민간투자시설사업기본계획을 수립하여야 한다(동조 제1항).

이러한 규정이외에도 민간투자사업을 정의하기 위해서는 민간투자법 제1조의 목적 조항을 검토하여야 한다. 민간투자법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확

충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(민간투자법 제1조). 따라서 민간투자사업은 전통적으로 정부예산으로서 건설·운영하여 온 도로, 항만, 철도, 학교, 환경 등의 사회기반시설들을 민간의 재원으로 건설하고 민간이 운영함으로써 민간의 창의와 효율을 도모하고자 하는 사업으로 정의 내릴 수 있다.

민간투자사업은 민간이 건설과 운영의 주체가 된다는 점에서 특징을 지니며 민간의 창의와 효율이 중시되는 분야를 중심으로 민간의 투자를 유도하여 민간이 직접 운영하는 사업이다.⁴⁰⁾ 민간투자법 제26조 제1항은 “주무관청은 제4조 제1호 또는 제2호에 규정한 방식에 의하여 사회기반시설사업을 시행한 사업시행자가 제22조의 규정에 의하여 준공확인을 받은 경우에는 제25조 제1항의 규정에 의하여 무상으로 사용·수익할 수 있는 기간동안 동 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는 사회기반시설관리운영권을 당해 사업시행자에게 설정할 수 있다”고 규정하여 자본을 투자한 사업시행자에게 당해 사회기반시설의 관리운영권을 부여하고 있다. 또한 민간투자법 제21조 제1항은 “주무관청은 사업시행자가 민간투자사업을 시행함에 있어서 당해 사회기반시설의 투자비 보전 또는 정상적인 운영을 도모하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 시설사업기본계획이 정하는 바에 의하여 다음 각호의 14)에 해당하는 부대사업을 당해 민

40) 기획예산처·한국개발연구원, 『민간투자사업 업무매뉴얼』, 기획예산처 민간투자제도팀·한국개발연구원 공공투자관리센터, 2006, p. 9.

41) 1. 주택법에 의한 주택건설사업
 2. 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업
 3. 국토의계획및이용에관한법률에 의한 도시계획시설사업
 3의2. 도시개발법에 의한 도시개발사업
 4. 도시및주거환경정비법에 의한 도시환경정비사업
 5. 산업입지및개발에관한법률에 의한 산업단지개발사업
 6. 『관광진흥법』에 의한 관광숙박업, 관광객이용시설업 및 관광지·관광단지 개발사업
 7. 『물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률』에 따른 물류터미널사업
 8. 항만운송사업법에 의한 항만운송사업

간투자사업과 연계하여 시행하게 할 수 있다”고 규정하여 자본을 투자한 사인에게 당해 시설의 사용·수익권 외에도 각종 부대사업을 시행할 권리를 부여하고 있다.

민간투자법 체계는 법률로서 사회기반시설에 대한 민간투자법(담당 : 기획예산처)이 있고 시행령으로 사회기반시설에 대한 민간투자법 시행령(담당 : 기획예산처)이 있고 개별시설의 기본계획으로 민간투자시설사업기본계획(담당 : 주무관청)이 있다.

2. 민간투자제도의 이념

민간투자사업은 공공부문과 민간부문이 협력하는 민관협력의 정신에 기초를 두고 있는 사업방식이다. 협의의 민관협력, 즉 민간투자제도가 추구하는 이념은 민간부문의 공공사업에의 참여와 공공부문과의 협력을 바탕으로 공공사업에 대하여 ‘공공성’을 유지하면서도 민간의 자본, 창의력, 기술력 등을 도입하여 ‘효율성’을 극대화하면서 민간 참여의 유인책으로서 민간사업자의 ‘수익성’을 보장하는 데에 있다.⁴²⁾ 참여와 협력의 원칙, 공공성의 보장, 효율성의 추구, 사업자의 수익성 보장 등이 균형관계를 이루어 조화롭게 추구되어야 한다.

(1) 참여와 협력의 이념

민간의 참여와 민간부문과 공공부문의 협력의 이념은 행정법의 패러다임 변화의 중요한 축을 구성한다. 이러한 민간의 참여와 민간부

9. 유통산업발전법에 의한 대규모점포, 도매배송업 또는 공동집배송단지사업
10. 지역균형개발및중소기업육성에관한법률에 의한 복합단지개발사업
11. 제4조 제2호의 규정에 따른 민간투자사업의 경우 근린생활시설, 문화집회시설 등 당해 사회기반시설의 정상적인 활용과 기능발휘에 기여하고 국가 또는 지방자치단체의 재정지원을 절감할 수 있는 수익사업
42) 선지원, 『사회기반시설에 대한 민간투자법에 관한 연구 - 협상대상자 지정과 실시협약의 법적 성질을 중심으로-』, 한양대학교 석사학위논문, 2008, pp. 20-33.

문과 공공부문의 협력에 의해서 국민은 행정의 객체가 아니라 행정의 주체로서 적극적으로 인식되게 되는 것이다. 여기에 민관협력과 민간 투자제도의 존립의 근거가 있다. 이러한 참여에 의하여 협력으로 이어지는 중요한 예로서 좁게는 행정계약(민간투자법상의 실시협약)이 등장하게 되고 보다 넓게는 민관협력계약이론이 구성되는 것이다.

(2) 공공성

민간투자법은 전형적인 공법적 성격의 법이다. 민간이 공공사업에 참여하고 공공부문과 민간부문이 협력하여 민간투자사업을 실현하는 것은 부족한 공공재원을 보충하고 민간의 창의력, 기술, 자본을 도입하여 사회기반시설의 확충·운영을 도모하기 위한 것이다. 협의의 민관협력계약으로서 민간투자법상의 실시협약은 공법상 계약으로 인정되고 있다. 따라서 공공성이 다른 일반적인 국가계약보다 강조되어야 한다. 이것은 민간부문과 공공부문의 협력에 의하여 설치되는 사회기반시설의 확충·운영은 공공성의 성격이 보다 강조되어야 한다는 것을 의미한다. 민간투자사업의 진행절차에서도 이러한 공공성의 특징이 나타나고 있다. 행정계획의 수립, 사업시행자의 토지수용·사용, 사회기반시설 및 공공시설의 공급, 이용자에 대한 사용료 강제징수 등이 그러하다.

공공성은 공익의 추구를 의미하므로 행정법의 지배개념에 해당된다. 따라서 사회기반시설에 의한 민간투자법에는 사익의 추구, 사적 계약, 시장적 질서와 같은 요소보다는 공익의 추구가 강조된다. 따라서 민간투자법제에서는 민간투자사업에 있어서 공공성을 강화하기 위한 방안을 강구하여야 한다. 우리나라 민간투자법에는 ‘민간투자심의위원회’의 설치 및 운영(제5조 내지 제6조), 민간투자사업에 대한 감독에 관한 규정(제45조 이하)과 같은 공공성 통제를 위한 규정들을 두고 있다.

민간투자사업의 진행절차를 보면 이러한 공법적 성격이 두드러지게 나타나고 있다. 행정계획의 수립, 우선협상대상자지정, 실시협약이라는 공법상의 계약체결, 사업시행자 지정, 사업시행자의 토지수용·사용, 사회기반시설 및 공공시설의 공급, 이용자에 대한 사용료 강제징수 등 관리운영 등에서 살펴볼 때에 민간투자법은 공법의 규율을 받고 있다는 것을 알 수 있다.

(3) 효율성

민간투자사업은 부족한 정부재원을 보충하기 위하여 민간의 자본, 기술력, 창의력을 사회기반시설의 확충·운영에 도입하여 국민경제의 발전을 도모하는 것을 목적으로 한다(민간투자법 제2조). 민간의 자본, 기술력, 창의력을 도입하는 것은 사회기반시설을 확충·운영함에 있어서 효율적으로 추구하기 위한 것이다. 민간투자사업은 국민경제에 불가결한 사회기반시설의 확충·운영을 도모하기 위한 것이므로 공공성의 성격이 강한 것이므로 경제적 성격을 지니는 효율성의 관점은 약간 후퇴할 수밖에 없는 것이다. 그러나 정부재원으로서 해결할 경우 재원부족 등의 여러 가지 추진하기 어려운 사유가 있을 것이나 민간의 투자를 촉진함으로써 경제적 요소인 효율성을 기하도록 함으로써 공법 영역의 공공성 이외에도 사적 부문의 효율성도 추구하도록 하는 균형적 시각을 가져 온 것이다. 즉 공공무문이 효율적으로 대상 사업을 추진함에 있어서 부족한 경우, 민간부문의 참여에 의한 창의성과 효율적인 경영기법 등을 도입함으로써 사업의 효율성을 본격적으로 추구할 수 있게 되는 것이다.

(4) 민간사업자에 대한 수익성의 보장

민간투자사업은 공익의 추구를 목적으로 하며 공공성을 주요한 이념으로 한다. 그러나 민간의 투자를 유도하고 민간의 창의성과 효율

성을 도입하기 위해서는 민간사업자에 대한 수익성도 보장하여야 한다. 헌법재판소도 유료도로법의 규정에 우선해서 민간투자법이 적용된다고 규정된 민간투자법 제3조 등에 대한 위헌소원에서 “민간투자법은 투입된 자본의 회수 및 상당한 수익의 보장을 전제로 하는 민간투자에 의한 도로의 건설을 내용으로 하는 것이므로 민간투자에 의한 도로는 그 투입된 자본의 회수와 수익의 도출을 위한 방법으로 통행료의 징수를 최대한 보장하여야 하는 것”이라고 판시하여 수익성이 민간투자제도의 불가결한 요인이 됨을 밝히고 있다.⁴³⁾ 다만 민간투자사업으로 선정되기 위해서는 적격성조사(VFM Test, Value for Money)를 거쳐 재정사업에 비하여 비용·편익 면에서 우월성이 인정되어야 한다.

3. 민간투자법의 법적 성격

(1) 민간투자법의 공법적 성격

공법으로서의 민간투자법은 그 목적에서부터 찾을 수 있다. 즉 민간투자법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(민간투자법 제1조).

민간투자법은 이러한 목적을 달성하기 위하여 민간사업자의 참여를 유도하여 사회간접자본시설을 조성·제공하는 것을 내용으로 한다. 민간투자법은 전형적인 공법적 성격의 법이다. 민간투자사업의 진행절차를 보면 이러한 공법적 성격이 두드러지게 나타나고 있다. 행정계획의 수립, 우선협상대상자지정, 실시협약이라는 공법상의 계약체결, 사업시행자 지정, 사업시행자의 토지수용·사용, 사회기반시설 및 공공시설의 공급, 이용자에 대한 사용료 강제징수 등 관리운영 등에서 살펴볼 때에 민간투자법은 공법의 규율을 받고 있다는 것을 알 수 있다.

43) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64.

(2) 민간투자법의 특별법적 성격

민간투자법은 특별법의 성격을 지닌다. 즉, 민간투자법은 민간투자사업에 관하여 관계 법률의 규정에 우선하여 적용한다(민간투자법 제 3조 1항).⁴⁴⁾ 특히 민간투자법은 국가계약법과의 관계에서 특별법의 성격을 지닌다. 민간투자법도 국가를 일방당사자로 하여 체결하는 계약이므로 국가계약법의 성격을 지니나 민간투자법 제3조 1항에 의하여 민간투자법이 국가계약법에 비하여 우선적으로 적용된다. 이러한 민간투자법 제3조 1항의 우선적용 조항은 국가계약법 제2조, 제3조와 관련하여 해석할 필요가 있다. 국가계약법 제2조는 “이 법은 국제입찰에 의한 정부조달계약, 국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약 등 국가를 당사자로 하는 계약에 대하여 적용한다”라고 규정하고 있다. 또한 국가계약법 제3조는 “국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있다. 민간투자사업의 경우 국가를 일방당사자로 하고 민간이 참여하는 계약의 성질을 지니므로 국가계약법의 적용이 있게 된다. 그런데 민간투자법 제3조의 민간투자법 우선적용조항에 의하여 민간투자법이 국가계약법에 우선하는 특별법적인 성격을 지니는 것이다.

그 밖에도 민간투자법에서는 민간투자사업의 특별한 성격을 고려하여 여러 가지 규정을 두고 있다. 민간투자법 제13조 4항은 “민간투자법의 실시협약의 체결에 의하여 사업시행자로 지정된 자는 관계 법률의 규정에 의한 사업시행자로 본다.”고 규정하고 있다. 민간투자법 제 19조는 국유재산법이나 지방재정법의 국·공유재산의 처분에 대한 특권조항을 두고 있다. 민간투자사업의 예정지역 안에 있는 국·공유재산은 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 국유재산법 및 지

44) 범상운, “민간투자법제에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위 논문, 2008. 2, p. 81.

방재정법의 규정에 불구하고 사업시행자가 사업기간이 종료할 때까지 무상으로 사용·수익할 수 있으며(제19조 제3항), 수의계약으로 부지를 매수할 수 있고(제19조 제2항), 시설물의 기부를 전제로 하지 아니하고 건물 기타의 영구시설물을 축조하기 위한 사용·수익의 허가 또는 대부를 할 수 있다(제19조 제5항). 민간투자법 제27조는 관리운영권을 물권으로 보고 있다. 민간투자법 제26조는 “... 무상으로 사용·수익할 수 있는 기간 동안 동 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는 사회기반시설관리운영권(이하 “관리운영권”이라 한다)을 당해 사업시행자에게 설정할 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 관리운영권은 공물사용권의 일종으로 원칙적으로 공물주체에 대하여 공물의 특별사용을 청구할 수 있는 권리에 그치고 그 공물을 배타적으로 지배할 수 있는 권리가 아니므로 채권의 성질을 지닌다.⁴⁵⁾ 그러나 민간투자법 제27조는 특별규정으로 이러한 관리운영권을 물권으로 취급하고 있다. 민간투자법에서는 위와 같이 다른 법에서 찾아보기 어려운 특별규정을 두고 있다. 이것은 민간투자법의 공법적 성격과 함께 특별조항을 둠으로써 민간투자법의 입법의 목적을 달성할 수 있게 하기 위한 것이다.

제 2 절 프랑스의 행정계약론⁴⁶⁾

1. 문제의 소재

민간투자법상의 실시협약의 법적 성질에 관하여 공법상의 계약으로 보는 것이 우리나라의 학설과 판례의 입장이다. 이와 같이 민간투자

45) 윤성철, 『민간투자법제연구 - 실시협약의 법적 성질 및 쟁송을 중심으로』, 한국 학술정보, 2006, p. 125.

46) 이순우, “프랑스 행정계약의 개념”, 한양법학, 제20권 1집, 한양법학회, 2009. 2, pp. 189-207 참조 ; Richer (L.), *Droit des contrats administratifs*, 5^e édition, 2006. 참조 ; LEE Sun-Woo, *Étude sur le contrat administratif - Contribution à une étude du droit comparé de la Corée et de la France*, Thèse, Université de Paris 1, 2008. 참조.

법상의 실시협약을 공법상의 계약으로 보는 것은 주목할 만하다. 왜냐하면 우리나라에서 공법상의 계약으로 인정하고 있는 것은 계약직 공무원의 채용계약과 민간투자법상의 실시협약 뿐이고 아직도 공법상의 계약으로 인정하는 데에 인색하고 행정계약에 관한 이론이 완전히 정립되어 있지 않으며 행정계약의 총체적 체계를 제시하지 못하고 있기 때문이다. 앞으로 이 부분에서 발전이 이루어져야 한다. 반면에 프랑스는 행정계약의 구별기준을 조직적 기준과 실질적 기준으로 나누어 이상적인 모델을 제시하고 있으며 이에 관한 입법과 판례의 집적으로 문제를 해결하고 있다. 프랑스법의 행정계약의 연구가 우리나라의 행정계약의 개념의 발전에 기여할 수 있을 것이다.

우리나라는 독일의 영향을 받아 행정계약의 이론이 잘 정립되어 있지 않다. 독일에서는 1976년 연방행정절차법 제54조 이하에서 공법상의 계약을 규정하고 있으며 프랑스에서는 행정계약에 관한 여러 가지 법률과 판례가 집적되어 있는 상태이다. 독일에서는 공법상의 계약에 관하여 연방행정절차법에 규정되어 있고 이에 대한 이론적 검토가 이루어지고 있으나 공법상의 계약으로 인정할 수 있는 사례가 많지 않고 공법상의 계약의 인정에 소극적이다. 독일에서 국고이론의 발전에 따라 사경제의 주체로서의 활동을 의제하여 공법상의 계약으로 볼 수 있는 사례를 사법상의 계약으로 인정한 것이 많다. 대표적인 예로서 공공조달을 독일에서는 사법상의 계약으로 보고 있다. 그러나 프랑스에서는 행정행위가 일방적 행정행위와 행정계약으로 구성된다고 보고 있다. 즉 행정계약은 행정행위의 일부를 구성한다. 따라서 행정계약은 공공성을 지니고 있으며 공법의 원리가 적용된다. 민간투자법의 실시협약은 공법상의 계약이라는 데에 학설과 판례가 대체적으로 일치하고 있다. 우리나라의 경우 공법상의 계약에 대한 이론과 판례에 관하여 발전이 진행 중에 있다. 여기에 민간투자법의 실시협약에 관하여 공법상의 계약으로 인정한 것은 괄목할 만한 성장이다. 이를 기초하

여 공법상의 개념의 발전을 이루어야 할 것이다. 여기에서 발전의 가능성에 관하여 이론적으로나 판례에서 프랑스의 행정계약론의 도입이 검토되어야 할 것이다.⁴⁷⁾ 이하에서는 프랑스 행정계약의 개념을 소개하고 한국의 민간투자법상의 실시협약에 해당되는 프랑스의 민관협력 계약(le contrat de partenariat), 양허계약(le contrat de concession) 등을 검토해서 발전방향을 제시하고자 한다.

2. 프랑스에서의 행정계약의 개념

(1) 서

행정은 사법상의 계약(contrats de droit privé)이나 공법상의 계약(contrats de droit public)을 체결할 수 있으며 사법상의 계약제도는 민법전(Code civil)에 따르며 이에 대한 소송은 사법법원이 관할하고 공법상의 계약만이 ‘행정계약’(contrats administratifs)으로서 행정법원(le juge administratif)이 관할한다. 프랑스에서는 계약의 행정적 성격에 관해서 법률이 부여하는 경우가 있다 : 2001년 12월 11일 법률은 공공조달 법전에 따르는 계약전체에 공법적 성격을 부여하고 있다. 우리나라의 경우 공공조달을 독일의 국고이론에 영향을 받고 국가계약법의 규정에 따라 사법상의 계약으로 보는 것과 대비된다. 법률이 이러한 계약의 공법적 성격을 규정하고 있지 않은 경우 프랑스는 공법상 계약인지 사법상 계약인지 어떻게 구별하며 그 기준은 무엇일까? 법률에서 규정이 없는 경우에 프랑스는 판례에 의하여 다양한 구별기준을 도출하였다 : 조직적 기준과 실제적 기준. 여기에서 실제적 기준은 일반법의 배제조항이나 공역무의 집행에 직접적 참여 등을 내용으로 하며

47) 프랑스인이 본 한국의 민간투자제도에 관해서는 기욤 브리앙/정철한(역), “외국인의 관점에서 본 한국의 민간투자제도”, 국토, 통권 249호, 국토연구원, 2002. 7, pp. 39-44 참조.

판례에서 확립된 것이다.

(2) 행정계약의 기준

1) 법률의 결정

가. 공공토목공사의 집행에 관련된 계약(공화국 8년 兩月 28일 법률, 제4조)

공공토목공사(les marchés de travaux publics)의 집행에 관련된 계약은 법률에 의하여 행정계약으로 본다. 이러한 형태의 계약의 대표적인 경우는 행정청과 기업 사이에서 체결된 공익과 관련된 건물 토목공사의 완수를 위한 계약이다.

나. 공물의 점용을 내용으로 하는 계약(1938년 6월 17일 décret-loi, 제1조)

공물의 점용(l'occupation du domaine public)에 대한 소송은 1938년 6월 17일 décret-loi에 의하여 행정법원이 관할한다(국유재산법전 L. 84) : 예컨대 카페나 휴게소의 개발을 위한 인도의 점용계약. 매트와 파라솔의 임대를 위한 해변가의 점용계약. 행정계약으로 널리 인정되는 예로 자리양허(concessions de place), 해변양허(concessions de plage), 제방양허(concessions d'endigage), 항구에서 설비계약(concessions d'outillages dans les ports) 등을 들 수 있다.

다. 공공조달법전에 따르는 거래(2001년 12월 11일의 MURCEF 법률, 제2조)

경제적, 재정적 사항에 관한 긴급조치를 대상으로 하는 2001년 12월 11일 법률(MURCEF) 제2조는 “공공조달법전의 적용에서 체결된 거래는 행정계약의 성격을 지닌다.”고 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 입법가는 행정법

48) 공공조달법전 제1조(2006년 8월 1일 décret)는 공공조달의 정의를 내리고 있다 : “토목공사, 조달, 서비스에 관해서 필요에 응하기 위해서 입찰계약권자... 와 공적이

원에 권한을 확대하고 있다. 공공조달계약은 토목공사, 조달, 서비스의 거래전체를 포함한다. 우리나라의 경우 공공조달을 법률로 규정하고 있지 않으며 사법상의 계약으로 보고 있다. 프랑스가 공공조달을 법률에 규정하면서 그 성격을 행정계약으로 명시한 점에서 우리나라에 많은 시사점을 주고 있다. 공공조달계약의 경우 국가나 지방자치단체와 관계되고(조직적 기준) 공법상의 특수성(실체적 기준)이 나타나고 있는 분야라는 점에서 행정계약으로 보는 것이 타당하다.

그 밖에도 국가의 공공차용(l'emprunt public de l'Etat, 1790년 7월 17일 법률과 1793년 9월 26일 법률)과 군대지원(engagements militaires, 1928년 3월 31일 법률), 민관협력계약(contrats de partenariat, 2004년 6월 14일 법률명령)도 행정계약이다. 우리나라의 민간투자법상의 실시협약과 관련되는 프랑스의 민관협력계약이 법률에 의해서 행정계약으로 인정되는 것이 특기할 만하다. 이에 대한 자세한 내용은 해당 항목에서 기술하기로 한다.

2) 계약자의 자격 - 조직적 기준

원칙적으로 계약이 행정적이기 위해서는 계약 중의 일방 당사자가 공법인이어야 한다.⁴⁹⁾ 사인 사이에 체결된 계약은 정상적으로는 사법

거나 사적인 경제적 사업자 사이에 유상으로 체결된 계약”

49) 행정계약은 행정주체 상호간에 또는 행정주체와 국민사이에 행정목적 수행하기 위하여 체결되는 계약을 말한다(김동희, □□행정법 I□□, 박영사, 2008, p. 222). 이러한 정의에 따를 경우에 우리나라 국가계약법상의 계약은 행정계약이어야 하나 사법상의 계약으로 다루고 있다. 우리나라가 독일법의 영향하에 있으므로 공권력관계가 아닌 국가계약을 국고이론에 따라 사법상의 계약으로 본 것이다. 다른 이유로서 행정계약에 관한 프랑스이론의 소개가 미흡했던 것도 큰 이유가 된다. 프랑스에 있어서 행정계약은 일방적 행정행위(결정, 우리나라의 행정행위개념과 동일하다)와 함께 행정행위의 일부를 구성하고 있어서 그 비중이 크다. 즉 프랑스의 행정행위 = 일방적 행정행위(독일과 한국에 있어서 행정행위) + 행정계약으로 구성되어 있다. 따라서 프랑스의 행정계약에서는 발전된 이론과 판례를 구성하고 있으나 독일과 한국에서는 공법상의 계약이라고 하여 연구가 미진한 게 현실이다. 행정계약은 비중이 낮게 다루어질 분야가 아니며 행정법의 발전에 있어서 중요하며 현대 급부 국가에서 행정계약의 수요가 늘어나고 있다는 것에 유의해야 한다. 잘못 입법된 국

상의 계약이다. 계약의 쌍방당사자가 공법인인 경우에 행정계약으로 볼 소지가 많다.

가. 공법인과 사인 사이의 계약

계약이 행정적이라는 자격을 부여받기 위해서는 적어도 한 당사자가 공법인이어야 한다. 이것은 관할법원(Le Tribunal des conflits)이 주장하는 것이다. 우리나라의 민간투자법의 실시협약의 경우 주무관청(행정주체)과 사업시행자(사인) 사이에 체결되는 계약이므로 학설과 판례에서 행정계약의 성질이 인정된 것이다. 민간투자법의 실시협약의 행정계약적 성질의 인정은 프랑스의 행정계약의 조직적 기준에도 부합되는 것이다. 여기에서 우리나라의 행정계약의 발전 방향은 프랑스의 이론상, 판례상 탁월하게 정립되어 있는 프랑스의 행정계약론을 도입하는 것이며 이에 대한 연구가 한층 강화되어야 할 것이다.

나. 공법인 사이의 계약

“두 공법인 사이에 체결된 계약은 원칙적으로 행정적 성격을 지닌다.” 이러한 표현은 1983년 3월 21일 관할법원의 판결 ‘UAP’⁵⁰⁾에서 나타난다.

가계약법이나 공공조달의 사법적 성격에 관한 학설은 수정되어야 한다.

50) 공법인 사이에 체결된 계약은 대상면에서 당사자 사이에 사법상의 관계만을 생기게 하는 것을 제외하고 행정적인 것으로 추정된다. ‘UAP’판례에 관한 D. Labetoulle 논고 : “두 공법인 사이에 체결된 계약은 행정적인 것으로 추정되어야 한다. 왜냐하면 두 공적 관리의 만남에 있기 때문이다. 그러나 이러한 추정은 거부될 수 있으며 계약이 어떠한 공적관리에도 대응하지 않는 경우에 양보해야 한다.” UAP 판례의 적용 : 두 공법인 CROUS와 HLM(공영주택) 공적 사무소 사이에 체결된 계약은 행정계약이다. 왜냐하면 이것이 학생의 주거 공공서비스의 집행자체를 목적으로 하고 당사자 사이에 사법관계를 생기게 하지 않기 때문이다(CE, 7 octobre 1991, CROUS Académie de Nancy-Metz) : 그러나 두 공법인인 공영주택 공공사무소와 사회원조사무실 사이에 체결된 임대계약은 일반법상의 계약이다. 사회원조사무실은 임대업에 있어서 개별 후보자의 지위와 동일한 위치에 있기 때문이다(CE, 11 mai 1980, Bureau d'aide sociale de Blenod-lès-Pont-à-Mousson).

다. 사인 사이의 계약

원칙적으로 두 사인 사이에 체결된 계약은 사법상의 계약이다.⁵¹⁾ 프랑스는 이러한 원칙에 대한 예외를 판례로서 발전시켰다.

가) ‘Peyrot’ 판결 : 계약의 대상, 실질적 기준

1963년 7월 8일의 판결 ‘Société Entreprise Peyrot’⁵²⁾에서 관할법원은 고속도로의 건설에 관한 공공토목공사를 위하여 민관혼합회사(Société d'économie mixte, 사인)와 사업자(사인)사이에서 체결된 계약을 공법규정에 따르는 거래로 보고 이에 대한 관할은 행정법원에 속한다고 판결하였다.

관할법원이 이렇게 판결한 주요한 근거는 다음과 같다. 공공토목공사는 공법의 분야이다 ; 여기에서의 토목공사는 도로의 건설과 관계되며 도로의 토목공사는 ‘본질적으로’ 공공단체의 활동이다 ; 이러한 활동은 빈번하게 ‘직접 공영’(régie directe)으로 행사된다. 중요한 것은 계약의 대상인 도로에 관한 토목공사에서 그 건설은 ‘본질적으로 국가에게 속한다’는 것이다.

나) 명시적, 묵시적 대리이론

사인이 공법인의 명시적 대리 소지자이면 그것은 명백하고 다른 사인과 체결한 계약은 행정적이다.

51) TC, 26 mars 1980, AFPA.

52) TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot : 고속도로건설에 필요한 토목공사의 집행을 위하여 고속도로건설양수인 고속도로회사 Esterel-Côte d'Azur(사법인)과 회사 Peyrot(사법인) 사이에 체결된 거래 : 본질적으로 국가에게 속하는 국도, 특히 고속도로의 건설은 토목공사가 국가에 의하여 직접적으로 보장되거나, 예외적으로 국가를 위하여 행위하는 양수인에 의해서 실현되는 지를 구별할 여지가 없다. 따라서 거래는 공공토목공사 거래의 성질을 가진다. 판결문의 일부를 인용하면 다음과 같다 : “국도의 건설은 공공토목공사의 성질을 지니고 본질적으로 국가에게 속하는 것을 고려할 때에 ; 국도의 건설이 전통적으로 직접적 공영(régie directe)으로 집행된다는 것을 고려할 때에, 따라서 이의 집행을 위하여 사업의 관리자에 의하여 체결된 거래가 공법규정에 따르는 것을 고려할 때에.”

CE, 30 mai 1975, Sté d'équipement de la région montpelliéraine과 TC, 5 juillet 1975, Commune d'Agde⁵³⁾에서는 도로가 아니라 도시정비토목공사(travaux d'aménagement urbain)와 관계되는데 민관혼합회사가 사기업에 맡긴 공사를 내용으로 하는 것이었다. 계약자 중의 한 당사자가 공법인의 계산으로 행위하는 것과 같이 공법적 요소가 수개의 지표로부터 생기는 경우에 두 사인 사이에 체결된 계약은 행정적 일 수 있다는 것을 인정하였다.

3) 선택적 기준 : 일반법의 배제조항과 공공서비스의 집행자체에 참여

가. 일반법의 배제조항(clauses exorbitantes du droit commun)

계약이 ‘일반법의 배제조항’을 지니고 있으면 행정적이다. 이 원칙은 판례 CE, 31 juillet 1912, Société des granits prophyï des Vosges(GAJA, n° 27)⁵⁴⁾에 의하여 제기되었다. 일반법의 배제조항이란 본질적으로 민사나 상사계약에서 만나게 되는 것과 무관한 조항과 공권력의 특권의 행사를 나타내는 조항으로서 관계의 불평등을 보이는 조항(개발에 관하여 통제권·지시를 하는 권한, 일방적 해지권 등을 규정하는 조항)을 포함한다.

계약에서 조건명세서(cahier des charges)에 참조가 배제조항의 존재를 확립하는 데에 충분한가에 관하여 문제가 제기된다. 몇몇 판례에

53) 음용수배포망의 건설을 위하여 민관혼합회사와 두 개의 다른 사적 회사 사이에 체결된 거래 : 이 거래는 꼬뮌을 위하여 체결된 것이며 공공토목공사의 거래의 성질을 가진다.

54) CE, 31 juillet 1812, Société des granits porphyroïdes des Vosges : 개인 사이에 개입된 계약의 구성과 조건에 따라서 인도된 포장도로의 제공을 위하여 Lille시에 의하여 체결된 계약은 사법상의 계약이다. 반대로, 계약이 일반법의 배제조항을 지니면 그 계약은 행정적일 것이며 행정법원의 권한이 있다. 시와 회사사이에 체결된 거래가 회사에 의해서 집행할 모든 토목공사를 배제하고 개인 사이에 개입된 계약의 규정과 조건에 따라 조달을 인도하는 것을 유일한 목적으로 하는 것을 고려할 때에 ; 이에 대하여 심리하는 것은 행정법원에 속하지 않는다.

서는 조건명세서의 존재가 배제조항의 존재를 확립하는 데에 충분하다고 결정을 하였다 : CE, 17 novembre 1967, Roudier de la Bille. 그러나 오늘날에는 일반적으로 조건명세서 자체에 하나나 수개의 배제조항을 지니고 있을 때에만 행정계약의 기준이 된다고 보고 있다.⁵⁵⁾

상공업 공공서비스와 이용자 사이에 체결된 계약은 사법적 ‘관할 블록’⁵⁶⁾을 형성하며 이 계약이 배제조항을 지닌다고 할지라도 사법상의 계약일 것이다.⁵⁷⁾

나. 공공서비스의 집행자체에 참여(la participation à l'exécution même du service public)

옛날의 판례는 행정계약의 기준으로서 ‘공공서비스의 목적’을 도출하였다. 1910년 3월 4일의 국사원의 유명한 판례 ‘Thérond’이 그것이다 : 방황하는 개의 포획과 죽은 짐승의 처리를 Thérond씨에게 맡기기 위해서 Montpellier 시에 의해서 체결된 계약으로 여기에서 이러한 활동을 위생이라는 공공서비스에 결부시키고 있다.

그러나 이러한 기준으로 충분한지 배제조항의 기준도 중복적으로 필요한지에 대한 논쟁이 생겼는데 판례 ‘Epoux Bertin’(CE, 20 avril 1956)은 두 기준중의 하나가 선택적으로 충족되면 행정계약의 성격을 부여하는 데에 충분하다고 봄으로써 논쟁이 해결되었다.

1956년 4월 20일의 판결 ‘Epoux Bertin’(GAJA, n° 75)은 이 기준의 적용에 본질적으로 명확하다 : 공공서비스에 단순히 협력하는 것으로는 충분하지 않을 것이며 서비스의 집행에 직접 참여하는 것이 필요하다.⁵⁸⁾

55) TC, 5 juillet 1999, UGAP.

56) 상공업 공공서비스와 이용자 사이에 체결된 계약은 항상 사법상의 계약이며 이에 대한 소송은 사법법원에 속한다 : 1° 일반법의 배제조항을 지니고 있을 지라도. 2° 이용자에게 생긴 손해가 공공토목공사의 손해일지라도. 3° 계약자가 두 공법인일지라도.

57) cf. CE, 13 octobre 1961, Etablissement Campanon-Rey ; TC, 17 décembre 1962, Dame Bertrand.

58) 계약자를 공공서비스 집행자체에 참여시키는 계약 : CE, 20 avril 1956, Epoux Ber-

그렇다면 서비스의 집행자체와 단순히 우연한 참여사이의 구별은 어떻게 하는가? 이에 대해서는 판결로서 나타나고 있다. 단순한 상품의 수송은 서비스의 집행 자체에 참여를 구성하지 않는다.⁵⁹⁾ 공공서비스의 집행에 직접적 참여는 감시를 맡는 공영주택의 공적 사무소 수위에게 인정된다.⁶⁰⁾ 직접적 참여는 청소의 임무를 마는 자에게 거절된다.⁶¹⁾ 유치원의 간이식당 안에서 요리사와 급사는 직접적으로 공공서비스에 참여하는 것으로 간주되나⁶²⁾ 대학식당⁶³⁾ 혹은 병원⁶⁴⁾에서 일하면 그렇지 않다.⁶⁵⁾

행정적 공공서비스(SPA)의 공무원은 “그 직업이 무엇이든지 간에 모두 공법상의 계약공무원이다 : TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes c/Berkani.⁶⁶⁾ 이 판결에 의해서 행정법원에 새로운 관찰

tin - 구두계약으로, 따라서 어떠한 배제조항도 지니지 않는 계약이 행정과 époux Bertin 사이에 체결되었다. 이것은 러시아에 그 송환을 기다리면서 Meaux에서 본국 송환캠프 안에 거주하는 러시아 소속민에게 직접적 급부에 의하여 음식물을 제공하는 일을 맡기는 것이었다. 이것은 공공서비스 협력만 있는 것이 아니라 그 집행에 직접적 참여가 있기 때문에 계약은 행정적으로 자격이 부여된다. 이 기준은 배제조항이 있는 지 연구할 필요가 없이 그것만으로 충분하다. “상기의 계약이 이에 관해서 이해관계인에게 공공서비스의 집행자체를 맡기는 것을 목적으로 하였고 따라서 프랑스로 영도에 있는 외국 국적의 난민의 송환을 보장하는 것을 담당하였다 ; 이러한 상황만으로도 행정계약의 성격이 관계되는 계약에 각인되는 것으로 충분하다.”

59) CE, 11 mai 1956, Gondrand.

60) CE, 20 mars 1959, Lauthier.

61) TC, 7 juillet 1980, Rosa Mérino, TC, 14 avril 1986, Mme Wagner.

62) CE, 27 février 1987, Mme Selbonne.

63) TC, 19 avril 1982, Robert.

64) TC, 4 novembre 1991, Celli.

65) 꼬뮈의 학교의 피고용자의 판결에 있어서 불상사 - 신청인은 하찮은 보상의 부여를 위하여 (그리고 관찰권에 관한 기나긴 논쟁 후에) 두 법원에 신청한다 : 그 직무의 초기에(1942-1946) 신청인은 청소와 장소의 유지만을 보장할 것이며(사적 계약과 사법법원) 이어서(1946-1952) 신청인은 아이의 감시라는 임무를 맡게 되어 교육의 공공서비스의 집행자체에 참여하게 된다(계약과 행정법원). TC, 25 novembre 1963, Veuve Mazerand. 이와 비슷한 것으로 TC, 29 juin 1987, Bungener 판례가 있다 : 준의료직원과 공적 병원의 청소부에게 프랑스어 강의와 계산강의(공공서비스에의 참여) 그리고 이후에 청소부에게만 주어진 강의(참여가 없다).

66) 행정적 공공서비스의 공무원의 계약은 행정계약이다. “행정적 공공서비스의 계산

블록을 인정함으로써 행정적 공공서비스와 강화된 행정계약의 관계를 이룬다.

(3) 프랑스의 민간투자관리법제와 관련된 행정계약

프랑스의 민간투자관리법제와 관련된 행정계약의 예로서는 공공서비스의 위임(la délégation de service public)과 민관협력계약(contrat de partenariat public-privé)이 있다.

1) 공공서비스의 위임(délégations de service public)

이에 대한 개념이 1980년대에 나타났으며 수 개의 형태의 계약이 있다. 공공조달의 특징이 급부(토목공사, 조달, 서비스)의 교부라면 위임의 특징은 이행하여야 할 공익임무를 행정이 부여하는 것이며 이러한 임무는 개인, 공기업이나 사기업, 공법인에게 맡겨진다.

2001년 12월 11일 법률 제3조에 따라 “공공서비스의 위임은 공법인이 공적이거나 사적인 수임인(délégataire)에게 책임을 가지는 공공서비스의 관리를 맡기는 계약이며 그 보수는 서비스의 결과에 본질적으로 연결된다.” 이 조문은 부패의 방지, 경제생활과 공공절차의 투명성에 관련된 1993년 1월 29일 법률을 보충한다.

가장 오래되고 가장 널리 퍼진 위임계약은 양허(la concession) 계약이며 세 가지 주요한 범위에 적용된다 : 공물의 점용양허, 공공토목공사의 양허, 공공서비스의 양허. 다른 위임계약으로는 공공시설관리위탁계약(l'affermage)과 공영(la régie intéressée)이 있다.

으로 일하는 비법규직원은 그 직업이 무엇이든지 간에 공법상의 계약직 공무원이다” : TC, 25 mars 1996, Préfet de la Région Rhône-Alpes. 소위 Berkani 판결 - 행정직 공공서비스(SPA)의 이용자와 체결된 계약은 행정계약이다. 상공업적 공공서비스(SPIC)의 이용자와 체결된 계약은 사법상의 계약이다.

공공조달과 공공서비스의 위임의 구별⁶⁷⁾이 곤란한 경우가 있다. 계약의 각 형태에 고유한 대상의 차이이외에도 인정기준은 행정의 상대방에 대한 보상방식에서 연구된다 : 공공조달의 경우에 가격의 지불, 공공서비스의 위임에 대해서는 개발의 결과에 의해 본질적으로 보장되는 보상, 특히 이용자에 대해서 징수되는 사용료(*la redevance*). 예컨대, 고속도로의 통행료, 학생간이식당의 티켓.

판례(CE, 30 juin 1999, SMITOM)에 의하여 도출된 기준에 따라서 2001년 12월 11일 MURCEF법률은 이와 같이 공공서비스의 위임을 정의한다 : 공법인이 공공서비스의 관리를 공적이거나 사적인 수입자에게 맡기고 그 보상은 서비스의 개발결과에 본질적으로 연결되는 계약.

67) 행정계약에는 경제계약(계획계약, 원조시의 계약), 재정계약(차용, 보장, 보증), 행정의 재산에 관련된 계약(국유지의 양허, *concessions domaniales*), 민관협력계약(*contrats de partenariat public-privé*) 등이 있으며 두 가지 주요한 범주는 공공조달과 공공서비스 위임계약이다. 공공조달은 공법인이나 사인과 함께 입찰계약권자(*un pouvoir adjudicateur*, 유럽공동체법에서 차용된 용어)에 의하여 유상으로 체결된 계약이며 이러한 거래는 토목공사, 조달, 서비스를 대상으로 한다. 이것들은 공공조달법전에 따르고 행정계약의 자격을 지닌다. 계약자는 공공단체에 의해서 지불되는 가격에 의하여 보상된다. 공공서비스의 위임계약에서는 양허, 공공시설관리위탁계약, 공영이 있으며 양허(*la concession*)에서 양수인은 투자비용과 개발비용을 자신의 위험으로 취하고 이용자에 대해서 징수되는 사용료로 보상된다. 예 : 물의 배포, 쓰레기의 제거, 지하철차장의 건설과 개발. 공공시설관리위탁계약(*l'affermage*) : 위탁인은 자신의 비용으로 시초의 토목공사를 실현하고 수탁인에게 서비스의 개발을 맡긴다. 수탁인은 사용료의 일부를 받고 단체가 다른 일부를 받는다. 예 : 시장(*Halles et marchés*). 공영(*régie intéressée*)에서 개발자는 도급에 따라서, 결과의 참여에 의하여 보상된다. 공공조달과 공공서비스의 위임사이에 구별기준은 본질적으로 보상방식을 대상으로 한다 : 공공조달의 경우에 가격, 공공서비스의 위임의 경우는 개발의 본질적 결과 위에서 보상(CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*). 이러한 판례는 2001년 12월 11일의 MURCEF 법에 의하여 만들어졌다 : 공공서비스의 위임이 있을 경우에 보상은 서비스의 개발결과에 본질적으로 연결된다(지방자치단체일반법전 제L.1411-1조). 본질적이기 위해서 수입이 반수이상일 필요는 없으나 하찮은 것이 되지 않아야 한다 : cf. CE, 30 juin 1999, SMITOM : 가정 쓰레기의 처리에 관련된 계약에 관해서 보상이 꼬뮌조합에 의하여 지불된 보조금이 70%이고 수입의 30%만이 개발결과에 연결됨에도 불구하고 공공서비스의 위임이 있다. 반대로 개발 위험을 꼬뮌에게 보장하게 하고 꼬뮌은 그 상대방에게 일시불로 지불하는 계약은 거래이다 : CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*.

2) 프랑스의 민관협력계약(contrat de partenariat public-privé)

민관협력계약의 정의는 지방자치단체일반법 제L. 1414-1조에서 규정하고 있다 : “민관협력계약은 행정계약이며 이에 의하여 투자와 재정방식의 감가상각 기간에 따른 확정기간으로 공법인은 제3자에게 비물질적 투자, 건축물, 장비의 투자와 유지, 개발과 관리, 경우에 따라서 공공서비스 임무의 공법인에 의한 행사에 협력하는 서비스의 다른 급부에 관련된 총체적 임무를 맡긴다.”

계약자는 일반적으로 사인이나 공법인일 수 있다. 계약자는 재정, 건설, 개발의 3가지 작업을 통합하는 총체적 임무를 부여받는다.

민관협력계약은 모델로서 수개의 유럽국가에서 진행된 공적 관리와 정책을 가지고 있다 : 네덜란드, 스페인, 이탈리아, 포르투갈, 보다 특별하게는 영국의 Private Finance Initiative.

공공서비스의 양허(la concession de service public)와 같이 이러한 민관협력계약(le contrat de partenariat)은 마찬가지로 사기업의 행정과의 협력을 조직하나 총체적 성격에 의하여 구별된다 : 계약자는 시설을 건설하거나 개발하여야 할 뿐만 아니라 마찬가지로 그것을 구상하거나 재정지원하여야 한다. 따라서 목적이 양허(la concession)보다 넓다. 게다가 공법인은 계약자의 보수를 보장한다. 왜냐하면 관련된 공공서비스는 일반적으로 상공업적 성격을 지니지 않고, 따라서 어떠한 중요한 수입도 생기지 않는다. 따라서 공법인은 계약 전체기간 동안에 지불을 해야 한다. 왜냐하면 계약자는 건설하는 것에 만족하지 않고 “유지, 관리, 개발”을 보장하기 때문이다.

공공부문(le secteur public)은 사적부문(le secteur privé)을 결합하였고 민관협력계약(le partenariat public-privé, PPP)에 관련된 최근 개혁이 프랑스에서 그것을 보여준다. 왜냐하면 프랑스의 개혁은 법적 세계화의

맥락 안에 있는 것이기 때문이다. 민관협력계약이라고 명명된 계약의 새로운 범주를 창설하게 되었으나 이 계약 옆에는 실제에서 많은 성공을 이룬 메카니즘이 설치되었고 이 메카니즘은 민관협력의 일반개념과 관계된다. 어떠한 부문에서 특별한 입법에 의해서 규정된 이러한 계약을 흔히 ‘부문별 협력계약’(partenariat sectoriel)이라고 한다.

제 4 장 민간투자법상의 실시협약의 법적 문제

제 1 절 서 론

우리나라 민간투자사업제도는 1994년 8월 ‘사회간접자본시설에 대한 민간자본 유치 촉진법’의 제정이후 1998년 12월 ‘사회간접자본시설에 대한 민간투자법’으로 법명이 변경되었고, 다시 2005년 1월 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’으로 법명이 변경된 후 여러차례 개정이 이루어져 현재에 이르고 있다(가장 최근의 개정은 2009년 4월 1일 법률 제9556호이다).

이러한 민간투자법의 제정과 개정은 민간투자사업의 문제점을 파악하여 민간투자사업을 활성화하고 개선방안을 찾는 과정에서 이루어졌다. 민간투자사업이 활성화되면서 실시협약에 따른 법적 분쟁도 증가하고 있다. 실시협약은 주무관청과 민간투자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건등에 관하여 체결하는 계약으로 정의내릴 수 있다(민간투자법 제2조). 이 정의에 따르면 실시협약을 계약으로 보고 있다. 앞에서 언급한 민관협력계약과 실시협약의 관계를 어떻게 설정할 것인지가 문제되는데 민관협력계약은 민간투자법상의 실시협약을 포함하는 광의의 개념이라는 것에 대해서 의문이 없다. 다른 말로 하자면 협의의 민관협력계약이 민간투자법상의 실시협약으로 볼 수 있다. 민간투자법상의 실시협약은 행정계약이다. 우리나라에서는 행정계약이론이 발달하지 못하고 있다. 우리나라에서 행정계약으로 인정하고 있는 것은 민간투자법상의 실시협약과 계약직 공무원의 임용계약, 두 가지 뿐이다. 정부조달계약도 사법상의 계약으로 다루고 있는 실정이다. 그러나 프랑스에서는 행정계약이론이 매우 발달되어 있으며 민관협력계약(*le contrat de partenariat*)도 행정계약으로 보고 있다. 따라서 발전된 프랑스의 행정계약이론이 우리나라에 도입될 필요가 있다. 민

간투자법상의 실시협약이 행정계약이므로 이에 대한 분쟁의 해결도 공법상의 당사자 소송으로 해결해야 할 것이다. 이러한 견지에서 민간투자사업의 실시협약의 법적 성질을 검토하여야 하고 실시협약에 따른 법적 분쟁의 해결방법을 모색해 보아야 할 것이다.

제 2 절 실시협약의 의의

1. 민간투자법상의 실시협약에 관한 법률 규정과 기초적 논의

민간투자법 제2조 제6호는 실시협약의 개념정의를 하고 있다 : “실시협약이라 함은 이 법에 의하여 주무관청과 민간투자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건등에 관하여 체결하는 계약을 말한다.”

제13조 제3항은 “주무관청은 제2항의 규정에 의하여 지정된 협상대상자와 총 사업비(사회기반시설에 소요되는 경비로서 대통령령이 정하는 비용을 합산한 금액을 말한다.) 및 사용기간 등 사업시행의 조건등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다. 이 경우 대통령령이 정하는 일정요건에 해당하는 사업시행자지정에 관한 사항은 사전에 심의위원회의 심의를 거쳐야 한다”라고 규정하고 있다. 즉, 실시협약을 통해 사업시행자 지정의 효과가 발생한다.

제24조에서는 “민간투자사업으로 조성 또는 설치된 토지 및 사회기반시설은 실시협약에 정하는 바에 따라 관리 및 운영되어야 한다”고 규정하고 있다.

실시협약의 체결은 주무관청과 민간투자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건등에 관한 협상을 통해 이루어진다. 이러한 협상절차는 보통 3월 내지 6월 정도가 소요되며 계약기간, 사업비, 건설에 관한 사항, 유지와 운영에 관한 사항, 부대사업에 관한 사항, 정부 지원, 위험 분담, 사업 종료 등 실시협약에 들어갈 내용에 대한 협상

이 진행된다. 민간투자법 제23조에 의하여 한국개발연구원의 부설로 설치된 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터는 표준실시협약안을 내놓고 있다. 이러한 표준실시협약안은 민간투자사업 실시협약의 표준적인 내용을 예시하고 있다.

학설과 판례는 민간투자법상의 실시협약은 행정계약의 성질을 지닌다고 보고 있다. 우리나라의 경우 행정계약을 인정한 사례가 상당히 드물다. 민간투자법상의 실시협약이외에 계약직 공무원의 채용계약이 행정계약으로 인정된 예의 전부이다. 이 점에서 민간투자법상의 실시협약에 대해서 행정계약의 성질을 인정하는 것은 행정법의 영역에서 중요한 발전의 원동력이 되리라 본다. 앞으로 여러 분야에서 행정계약을 인정할 소지가 있기 때문이다. 우리나라는 독일법의 영향을 받아 행정행위론이 행정계약보다 발전된 시스템을 가지고 있고 행정계약의 개념을 인정하는 데에 소극적이다. 그러나 앞에서 살펴본 프랑스의 행정계약론은 프랑스의 이론과 실무에서 확고한 자리를 차지하고 있고 현대 행정법에 있어서 주요한 현상으로 등장한 민간의 참여와 협력에 있어서 기본원리로 자리매김하고 있다. 이러한 발전된 프랑스 행정계약론을 도입하여 참여와 협력의 국가원리로 발전시킬 필요가 있으며 민간투자법에서 실시협약을 행정계약으로 봄으로써 민간투자법의 공공성을 중시하여야 할 것이며 단순히 시장원리에 의한 사회간접자본시설의 확충으로 볼 것이 아니라 공공성이 강화된 민간투자법의 원리를 구축하여야 할 것이다. 실시협약의 내용에도 그러한 공공성이 반영되어 사업시행자 및 감독청에 대하여 공공성의 보장을 위한 여러 가지 특권과 의무를 부여하고 있다.

민간투자법상의 실시협약과 국가계약법상의 행정조달계약사이의 관계정립이 필요하다. 문제의 시발점은 국가계약법상의 행정조달계약에 관한 우리나라의 잘못된 해석이다. 이러한 문제는 역시 독일법의 영향에 따른 것이다. 독일과 우리나라에서는 국고이론에 따라서 국가계

약법상의 행정조달계약을 국가가 사경제의 주체로서 행위하는 것으로 보아 사법상의 계약으로 보고 있다. 그러나 프랑스에서는 행정조달계약 (le marché public)을 이론적으로 행정계약으로 보며 경제적, 재정적 사항에 관한 긴급조치를 대상으로 하는 2001년 12월 11일 법률(MURCEF) 제2조는 “공공조달법전의 적용에서 체결된 거래는 행정계약의 성격을 지닌다.”고 규정하여 입법으로 명확히 하고 있다. 행정조달계약은 국가나 지방자치단체가 계약의 일방당사자(행정계약이 되기 위한 조직적 기준)인 동시에 공법상의 특수성을 지니므로(행정계약이 되기 위한 실체적 기준) 행정계약으로 보아야 할 것이나 국가계약법이 입법으로 사법상의 계약으로 규정하고 있으며 실무적으로도 판례에서 국가나 지방자치단체가 사경제의 주체로서 행위하는 것으로 보아 사법상의 계약으로 보고 있어서 법률을 개정하지 않는 이상 사법상의 계약으로 보아야 하는 맹점이 있다. 따라서 기본적으로 민간투자법상의 실시협약은 공법상의 계약인데 비하여 국가계약법상의 행정조달계약은 사법상의 계약이라는 점에서 큰 차이가 있다. 따라서 민간투자법상의 실시협약과 국가계약법상의 행정조달계약은 규율영역이 다르다고 보아야 한다. 그러나 민간투자법상의 실시협약이나 국가계약법이 국가 및 지방자치단체를 일방당사자로 하는 계약이라는 점에서 다르지 않다. 이 점에서 국가계약법의 원리와 비교·검토할 필요가 있다.

2. 실시협약의 주체

(1) 주무관청

민간투자법 제2조 제4호에서는 “주무관청이라 함은 관계법령에 의하여 당해 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장을 말한다”고 규정하고 있다. 그렇다면 주무관청을 실시협약의 주체로 보아야 하는지가 문제된다. 민간투자법에 의하면 실시협약은 주무관청과

민간투자사업을 시행하고자 하는 자(협상대상자) 사이에 체결하는 계약이라고 되어 있다. 민간투자법에서 주무관청으로 하여금 실시협약을 체결하도록 규정하고 있더라도 여기에서 주무관청은 법인격을 가진 행정주체를 위하여 그 의사를 결정하고 이를 국민 또는 주민에 대하여 표시하는 권한을 가진 행정기관에 불과하다. 따라서 실시협약의 주체는 행정주체로서 당해 주무관청이 소속되어 있는 법인인 국가 또는 지방자치단체 등이 된다고 보아야 한다.⁶⁸⁾

(2) 협상대상자

협상대상자란 민간투자사업을 시행하고자 사업계획을 작성하여 주무관청에 제출한 후(민간투자법 제13조 제1항) 주무관청에 의하여 협상대상자로 지정된 자를 말한다(동조 제2항). 이러한 협상대상자는 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정된다(동조 제3항). 즉 협상대상자가 주무관청과 실시협약을 체결한 경우에는 사업시행자가 되어 실시협약의 주체가 된다.

3. 실시협약체결이전의 절차로서 협상대상자 지정행위

민간투자법상의 실시협약을 체결하기 위해 거쳐야 하는 절차에 유념해야 하고 그 효과로서 발생하는 사업시행자지정절차에도 유념해야 한다. 실시협약을 체결하기 위해 거쳐야 하는 절차로서 협상대상자 지정 및 우선협상대상자 지정 절차가 있다. 특히 실시협약체결이전의 절차로서 우선협상대상자 지정절차와 실시협약체결이후의 절차로서 사업시행자지정 절차에 관해서는 이론적으로나 판례에서 법적 성질에 관하여 중요한 논의가 있으므로 이에 대해서 실시협약과 관련된 제반

68) 조철호, “사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적성질과 소송방법”, 인권과 정의, 제 385호, 대한변호사협회, 2008년 9월, p. 8.

조치사항으로서 면밀히 검토하여야 한다. 먼저 실시협약의 전단계로서 협상대상자 지정행위와 우선협상대상자 지정행위를 살펴보고 실시협약의 효과로서 나타나는 사업시행자지정에 대해서는 다음에 그 항목에서 살펴보기로 한다.

(1) 협상대상자 지정행위의 의의

민간투자법은 ‘실시협약’ 및 ‘사업시행자’에 대한 정의규정을 두고 있지만 협상대상자 지정행위에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 민간투자사업의 절차적 관점에서 민간투자사업의 협상대상자는 민간투자사업의 주무관청의 상대방으로서 장차 실시협약의 체결을 준비하는 민간투자사업의 타방 당사자로 정의할 수 있다. 민간투자법 제2조는 사업시행자에 대한 정의를 내리고 있다 : “사업시행자라 함은 공공부문 외의 자로서 제13조의 규정에 의한 사업시행자의 지정을 받아 민간투자사업을 시행하는 법인을 말한다.” 민간투자법상의 주무관청의 타방당사자는 협상대상자지정 우선협상대상자지정 사업시행자지정 절차를 거쳐 행정계약의 상대방으로서의 지위를 가지게 된다는 점에서 협상대상자는 “공공부문 외의 자로서 협상대상자의 지정을 받아 민간투자사업에 관하여 주무관청과 협상을 진행하는 법인”으로 정의할 수 있다. 즉, 협상대상자로 지정되면 주무관청과 협상을 진행할 수 있으나 우선협상대상자에 비하면 그 계약당사자로서의 지위가 확고하지 못하며 실시협약이후의 사업시행자가 되어서야 비로소 민간투자사업의 행정계약상의 당사자로서의 지위가 인정되는 것이다. 이러한 사업시행자로서의 지위가 지정되기까지의 절차는 민간투자법 제13조에서 ‘사업시행자의 지위’라는 제목하에 규정을 두고 있다. 본 조는 민간투자법상의 실시협약체결 절차의 전후과정에 관해서 규정을 두고 있다. 즉, 민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 제10조 제3항의 규정에 의하여 고시된 시설사업기본계획에 따라 대통령령이 정하는

바에 의하여 사업계획을 작성하여 이를 주무관청에 제출하여야 한다(민간투자법 제13조 제1항). 이 조항은 민간투자사업을 시행하고자 하는 자가 사업계획을 주무관청에 제출하는 절차를 규정하고 있다. 주무관청은 제1항의 규정에 의하여 제출된 사업계획을 대통령령이 정하는 바에 따라 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정하여야 한다(민간투자법 제13조 제2항). 본 조항은 협상대상자 지정절차를 규정하고 있다. 비록 협상대상자의 정의에 대한 규정은 민간투자법상에 존재하지 않으나 협상대상자 지정절차를 통해 민간투자사업에 계획서류를 제출한 자 중에서 주무관청이 장차 실시협약을 체결하기 위한 절차로서 협상대상자 지정절차를 두고 있음을 알 수 있다. 협상대상자의 지정은 정부고시사업의 경우 대상사업자가 제출한 사업계획을 검토하고 민간제안사업의 경우 제안서를 검토하여 2인 이상의 사업자를 순위를 두어 지정함으로써 이루어진다. 따라서 협상대상자의 지정은 “민간투자사업의 주무관청이 사업계획서 또는 제안서의 평가 및 검토 결과에 따라 우선순위를 정하여 실시협약을 맺을 복수의 대상자를 선정하는 행위”라고 정의할 수 있다. 그 중 우선순위를 받은 사업자를 우선협상대상자로, 제2 순위를 받은 사업자를 차순위 협상대상자로 볼 수 있다. 민간투자법에서는 우선협상대상자에 관한 절차에 대하여 규정을 두고 있지 않으나 관행상 우선협상대상자 지정 절차가 있고 이러한 우선협상대상자가 실시협약을 체결함으로써 사업시행자가 지정되어 민간투자사업을 시행하게 된다. 특히 우선협상대상자 지정에 관해서는 실시협약의 행정계약성과 함께 처분성을 인정하여 소송의 대상으로 할 수 있게 된다는 점에서 중요한 의의를 지닌다. 이러한 절차를 거쳐 실시협약을 체결하게 된다. 이러한 실시협약의 효과로서 나타나는 것이 사업시행자의 지정이다. 즉, 주무관청은 제2항의 규정에 의하여 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를

지정한다(민간투자법 제13조 제3항). 사업시행자로 지정받은 자는 실시계획의 승인을 신청하여야 한다(민간투자법 제13조 5항, 제15조).

(2) 문제의 소재

민간투자법상의 실시협약을 체결하기 전에 협상대상자의 지정과 우선협상대상자의 지정절차가 있게 된다. 민간투자법상의 실시협약에 관하여 공법상의 계약으로 보는 것이 다수설이자 판례의 입장이므로 이에 대해서는 공법상의 당사자소송을 제기할 수 있게 된다. 문제는 민간투자법상의 실시협약이전의 절차로서 협상대상자의 지정과 우선협상대상자의 지정에 관해서 처분성을 인정하여 항고소송의 대상으로 할 수 있느냐이다.

협상대상자의 지정의 경우 민간투자사업의 시행자가 되기 위해 사업계획이나 제안서를 제출한 자 중에서 실시협약을 맺기 위해 협상을 할 자를 선정하는 절차이므로 이러한 주무관청에 의한 협상대상자의 지정은 주무관청의 재량행위에 해당될 것이고 이러한 협상대상자 지정절차에 의해서 국민이나 협상대상자에서 탈락된 자에 대한 처분성을 인정할 필요는 없는 것이다. 즉 행정소송법 제2조 제1항 제1호에서 처분을 행정소송법 제2조 제1항 제1호에서 처분을 “행정청이 구하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용”으로 규정하고 있다. 협상대상자의 지정절차는 우선협상대상자와 차순위협상대상자를 포함한 2인 이상의 협상대상자를 정하여 실시협약을 맺을 복수의 대상자를 선정하는 행위이므로 이러한 협상대상자의 지정은 주무관청의 재량행위에 해당되고 이러한 협상대상자로 지정받지 못한 자에게 협상대상자의 지정에 처분성을 인정하는 것은 소의 이익을 지나치게 확대하는 것으로 볼 수 있으므로 타당하지 않다. 또한 이러한 협상대상자의 지정에 의하여 제3자의 권익이 침해되었다고 볼 수 없다. 즉, 주무관청의 협상대상자

지정은 주무관청의 실시협약체결을 위한 준비행위에 불과한 것으로, 우선협상대상자로 지정되느냐 차순위협상대상자로 지정되느냐의 차이만 있을 뿐이고, 협상대상자 지정으로 인하여 사업계획제출자의 구체적인 권리와 의무에 직접적인 변동을 가져오는 것이 아니므로 협상대상자 지정행위는 행정처분이 아니다.⁶⁹⁾

그러나 우선협상대상자 지정행위에 관해서는 학설과 판례가 처분성을 인정하여 항고소송을 인정하고 있다. 절차적으로 볼 때에 실시협약의 당사자가 되어 사업을 시행하려고 하는 자는 사업계획이나 제안서를 제출한 다음에 행정청은 이를 평가하고 검토한 다음에 우선협상대상자를 지정하게 된다. 사업계획이나 제안서를 제출한 자 중에서 우선협상대상자로 지정하면 다른 자는 차순위협상대상자로 되거나 협상대상자에서 제외되게 된다. 따라서 우선협상대상자 지정행위로 일방에게는 수익을 주고 타방에게는 침해할 가하게 된다. 우선협상대상자 지정은 타방의 권리관계에 중대한 영향을 미치므로 처분성을 인정하는 것이 타당하다.

(3) 판례

판례에서는 우선협상대상자 지정행위에 관해서 처분성을 인정하고 있다.

서울행정법원⁷⁰⁾은 차순위협상대상자로 지정된 컨소시엄이 서울특별시를 상대로 제기한 차순위협상대상자 지정처분 취소소송에서 처분성을 인정하였다. 판결문을 살펴보면 다음과 같다 : “관계 법령의 규정과 위 시설사업기본계획 등을 종합하여 보면, 민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 주무관청에 사업계획을 제출하고, 주무관청은 제출된

69) 홍성필·김세용·김난주 외, 『수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약안 연구』, KDI 공공투자관리센터, 2006, p. 127.

70) 서울행정법원 2003. 3. 20. 선고 2002구합31572 판결.

사업계획을 검토·평가한 후에 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정한 다음 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정되도록 하고 있으므로, 주무관청에 의하여 우선협상자로 지정된 사업자는 배타적으로 주무관청과의 사이에 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 우선협상자로 지정되지 않는 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 필연적으로 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈당하게 된다고 할 것이다. 따라서 주무관청인 피고가 보조참가인 컨소시엄을 우선협상대상자로 지정한 이 사건 처분은 공권력적 행위로서 국민의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하는 행정처분에 해당한다.”

서울고등법원 역시 그 처분성을 긍정하고 있다 : “관계법령의 규정과 위 시설사업기본계획 등을 종합하여 보면, 민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 주무관청에 사업계획을 제출하고, 주무관청은 제출된 사업계획을 검토·평가한 후에 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정한 다음 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정하도록 하고 있으므로, 주무관청에 의하여 우선협상대상자로 지정된 사업자는 우선적으로 주무관청과 사이에 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 우선협상자로 지정되지 않은 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보당하게 된다. 따라서 우선협상대상자 지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제조건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.”⁷¹⁾

71) 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결.

(4) 소 결

우선협상대상자로 지정된 자는 관행적으로 사업시행자로 지정되는 것이 일반적이다. 우선협상대상자가 지정되면 차순위협상대상자의 권리에도 영향을 미친다. 우선협상대상자로 지정되는 것은 실시협약의 체결에까지 사실상 직접적 영향력을 미치기 때문에 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 행위로 볼 수 있다. 따라서 우선협상대상자의 지정은 주무관청이 일방적으로 명령·강제하는 권력적 단독행위로서 처분에 해당된다. 따라서 차순위협상대상자나 협상대상자로서의 지위가 박탈된 자는 우선협상대상자의 지정에 대하여 항고소송을 제기할 수 있다고 보아야 하며 판례도 이러한 입장이다.

이러한 우선협상대상자의 지정의 처분성을 인정하는 것은 소송 면에서나 절차의 투명성면에서도 유익하다. 즉, 협상대상자 지정 우선협상대상자 지정 실시협약의 체결 사업시행자로 단계적으로 이루어지는 사업자선정절차의 투명성 확보에 도움이 된다. 또한 서울 행정법원과 서울고등법원의 판례는 이러한 사업자 선정절차에 있어서 우선협상대상자 지정에 관하여 처분성을 인정하여 소송의 문을 열어 놓음으로서 민간투자사업의 절차의 투명성과 공정성을 기하도록 하였다는 점에서 실시협약의 행정계약성에 관한 판결과 함께 중요한 법적 구제책을 제시하고 있다. 우선협상대상자의 지정과 관련하여 가장 법적으로 관계되는 당사자는 차순위협상대상자이다. 우선협상대상자 지정으로 대상 사업의 사업자로 선정되지 못한 차순위협상대상자는 우선협상대상자 지정의 하자를 이유로 항고소송으로 다툴 수 있는 것이다. 차순위협상대상자가 우선협상대상자보다 경영·기술·가격면에서 우월한 능력이 있음에도 불구하고 다른 자가 우선협상대상자가 되어 사업시행자로 결정되면 차순위협상대상자의 권익을 침해할 뿐만 아니라 민간투자사업의 목적인 공익성과 효율성에도 반하므로 이러한 차

순위협상대상자에게 소를 제기할 수 있는 권한을 부여하는 것이 합리적일 것이다. 민간투자법 제13조 제2항은 주무관청으로 하여금 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 정하도록 하고, 동법 시행령 제13조 제4항은 특별한 사유가 없는 한 사업계획평가결과에 따라 2인 이상을 그 순위를 정하여 협상대상자로 정하도록 하고 있다. 이러한 규정을 통하여 협상의 주도권을 주무관청에 부여하고 우선협상대상자와 차순위협상대상자간의 경쟁을 유도함으로써 민자사업이 국민 전체의 이익으로 돌아가도록 하는 것을 목적으로 하는 것이다.⁷²⁾

서울고등법원은 차순위협상대상자의 취소소송에서의 원고적격을 인정하고 있다 : “원고는 이 사건 사업에 대하여 사업계획을 제출하여 법시행령 제7조 제8항에 의하여 차순위협상대상자로 지정된 사업자로서 이 사건 처분에 의하여 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보당하였을 뿐만 아니라 같은 조 제9항 및 시설사업기본계획에 의하여 이 사건처분이 취소되면 우선협상자로 선정될 수 있는 이익을 가진다고 할 것이므로 이러한 이익은 법률상 보호할 가치가 있는 이익이라고 할 수 있다.”⁷³⁾ 민간투자사업의 공공성과 효율성 확보 면에서나 사업자 선정의 투명성과 공정성면에서 우선협상대상자 지정의 처분성을 인정하여 이에 대한 항고소송을 인정하는 것이 바람직하다는 점에서, 특히 차순위협상대상자가 항고소송을 제기할 길을 열어 놓은 이 고등법원의 판결을 타당하다고 할 것이다.

4. 국가계약법상의 계약과의 관계

(1) 문제의 소재

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’이라 한다) 제2조는 “이 법은 국제입찰에 의한 정부조달계약, 국가가 대한민

72) 홍성필·김세용·김난주 외, 전게서, pp. 128-129.

73) 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결.

국 국민을 계약당사자로 하여 체결하는 계약 등 국가를 당사자로 하는 계약에 대하여 적용한다.”고 규정하고 있다. 민간투자법의 실시협약도 일방 당사자는 국가 또는 지방자치단체이므로 국가계약법의 적용이 있는 영역이다. 국가계약법 제3조는 “국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”고 규정하고 있다. 따라서 정부조달계약 뿐만 아니라 민관협력계약 등 국가를 당사자로 하는 모든 계약에 국가계약법의 조항이 일반적으로 적용된다고 볼 수 있다. 다만 협의의 민관협력계약인 민간투자법상의 실시협약은 행정계약이므로 사법상의 계약인 정부조달계약⁷⁴⁾을 비롯한 국가계약법과는 규율이 다르다. 국가계약법 제3조에 따라 민간투자법에 규율이 있으면 우선적으로 민간투자법을 적용하여야 한다. 민간투자법 제3조도 “이 법(민간투자법)은 민간투자사업에 관하여 관계 법률의 규정에 우선하여 적용한다.”고 규정하고 있다. 민간투자사업의 실시협약 역시 광의의 국가계약에 속한다고 말할 수 있으나 민간투자법상의 실시협약은 행정조달계약을 포함한 국가계약과는 다른 특수성을 지니고 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 국가계약은 사법상의 계약이나 민간투자법상의 실시협약은 행정계약의 성질을 지닌다. 이 점에서 국가계약법의 법적 성질을 입법론적으로 행정계약으로 개정하는 것도 바람직하다고 본다. 즉 조직적 측면에서 국가나 지방자치단체가 체결하는 계약이라는 점에서 행정계약적 성질을 지니고 실체적 측면에서 이러한 계약은 공법상의 특수성을 지니게 되므로 역시 행정계약으로 보아야 하기 때문이다. 다만 현행 법률의 관점에서 볼 때에는 민간투자법은 국가계약법에 대한 관계에

74) 우리나라 대법원은 정부조달계약을 사법상의 계약으로 본다 : “지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용되다 할 것이다.”(대판 2001. 12. 11. 선고 2001다33604).

서 특별법과 일반법의 관계에 있다고 볼 수 있다. 따라서 민간투자법에 규정이 있으면 민간투자법이 적용되고 그렇지 않은 경우 국가계약법을 적용할 가능성이 있다. 따라서 국가계약법이 어느 부분까지 적용되는 지가 문제되는데 민간투자법과 국가계약법의 경계를 설정하는 것이 무엇보다 중요하며 이것은 민간투자법의 실시협약의 특수성을 살피는 데 그 기초가 될 것이다.

(2) 국가계약의 체계

1) 국가계약의 모순점

‘국가계약’이라는 용어는 국가가 일방 당사자인 계약을 말한다(국가계약법 제2조). 국가가 계약의 일방 당사자인 경우 법적 성질이 행정계약이나 공법상의 계약으로 다루어야 할 것이나 사법상의 계약으로 보고 있으니 문제점을 지니고 있으며 이에 대한 입법론적 개선이 필요하다. 이 점에서 프랑스의 행정계약론에 대한 이해가 필요하고 이러한 문제점을 개선하는 데에 이러한 논의가 필요한 것은 주지의 사실이다. 이러한 모순점을 먼저 이해하고 비교법적으로 검토하는 것이 필요하다.

우리가 행정계약이라고 할 때에는 프랑스의 행정계약(*le contrat administratif*)을 떠올리게 되는데 여기에 따르면 다음과 같이 정의 내릴 수 있다 : 행정주체가 행정목적 달성을 위하여 체결하는 모든 계약. 프랑스에서 행정계약은 법률과 관례의 집적으로서 정비된 것으로 그 기준은 조직적 기준(계약의 당사자 중 일방이 행정주체인 계약)과 실체적 기준(일반법의 배제조항을 지니고 있거나 공역무의 집행에 직접적 참여를 내용으로 하는 것)으로 정리되어 있다. 이러한 프랑스의 행정계약론에 입각하여 우리나라의 국가계약과 비교하여 볼 때에 우리나라가 국가계약을 사법상의 계약으로 본 것은 많은 문제점을 지니고 있

다. 첫째, 프랑스의 행정계약의 조직적 기준에 따를 때에 우리나라의 국가계약은 국가를 일방당사자로 체결하는 계약이므로 당연히 행정계약의 속성을 지닌다고 볼 수 있다. 둘째, 프랑스의 행정계약의 실체적 기준에 따르면 국가가 계약당사자인 경우에 상대방인 사인과의 계약에서 공법적 요소가 많이 반영될 가능성이 있으므로 행정계약으로 다루어야 할 성질의 것이라고 볼 수 있다. 우리나라의 경우 독일법의 영향을 받아 국고이론에 의하여 국가가 사경제의 주체로서 행위하는 것으로 보아 사법상의 계약으로 보고 있는데 이러한 현상은 우리나라에서 고질적으로 등장하고 있는 것으로 공법의 영역임에도 불구하고 사법으로 처리하는 병폐에서 비롯된 것이다. 이러한 모순을 극복하기 위해서는 행정법을 비롯한 공법의 독자적 영역을 구축하는 노력에 매진해야 할 것이다.

프랑스에서는 ‘행정계약’이라는 용어로 사용되고 있다면 독일에서는 ‘공법상의 계약’으로 정의하고 있다. 일반적으로 프랑스의 ‘행정계약’의 개념이 독일의 ‘공법상의 계약’보다는 넓은 의미로 이해되고 있다. 공법상의 계약은 공법상의 효과발생을 목적으로 하여 복수의 대등한 당사자 간에 반대방향의 의사의 합치에 의하여 성립되는 공법행위를 말한다. 미국에서는 정부계약(government contract)으로 다루고 있으나 대륙법계의 프랑스의 독일의 경우와는 차이가 있다. 즉, 미국의 정부계약론은 공법과 사법의 이원적 구조가 인정되지 않는 법체계에서 발전한 것으로 계약의 일방 또는 쌍방 당사자가 공공기관일 경우에 일반적으로 사법상의 계약의 일반 원칙이 적용되지만 다만 공행정기관이 당사자라는 이유로 계약체결권능, 상대방선택 및 조건 등에서 특별한 법리의 적용을 받는다. 독일에서는 일반적으로 ‘공법상의 계약’이라는 용어를 사용하고 있는데 행정절차법 제54조 제1항에서는 “공법영역에 있어서 권리관계를 발생·변경·소멸시키는 내용의 계약”으로 정의하고 있다. 프랑스에서 ‘행정계약’은 법률과 관례에 의하여 집

적된 것으로 행정계약에 관한 조직적 기준과 실체적 기준으로서 사법상의 계약과 구별되는 관념을 형성하였다. 프랑스의 경우에는 입법과 판례, 독일의 경우에는 행정절차법에서 행정계약 내지 공법상의 계약의 관념을 명확히 하였으나 우리나라의 경우에는 개념발전이 미약한 상태이다. 먼저 행정계약의 일반으로 다룰 수 있는 국가계약법은 사법상의 계약으로 처리하여 많은 문제점을 노정하고 있다. 다만 민간투자법상의 실시협약을 학설이나 판례에서 행정계약으로 다룸으로써 행정계약에 관한 이론발전의 기대가 있고 프랑스의 행정계약론이 우리나라의 행정계약의 발전에 많은 시사점을 줄 수가 있으리라 본다. 계약직 공무원의 채용계약에 대해서 판례는 행정계약으로 보고 있기 때문에 미약하나마 행정계약론의 기초를 이루고 있다. 공공조달계약을 포함한 국가계약을 행정계약으로 하는 입법의 개선이 요망된다.

2) 국가계약의 성격에 관한 논의

국가계약이 사법상의 계약인지 공법상의 계약인지 살펴보는 것은 국가계약이 국가가 일방당사자가 되는 모든 계약에서 기초원리가 되며 계약을 둘러싸고 분쟁이 생기는 경우에 민사소송에 의해 해결할 것인지 아니면 행정소송에 따를 것인지를 결정하므로 중요한 의의를 지닌다. 또한 민간투자사업의 실시협약도 국가가 당사자인 계약이라는 점에서도 중요한 가치를 지닌다. 국가계약과 민간투자사업의 실시협약 사이의 관계를 설정하는 데에 중요한 기준을 제시하는 점에서 이러한 국가계약의 성질과 민간투자사업의 실시협약의 법적 성격을 규명하는 것이 필요하다고 할 수 있다.

국가계약법 제5조 제1항은 “계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다.”고 규정하여 사법상의 계약의 제반 원칙이 국가계약에도 적용된다는 점을 밝히고 있다. 우리나라 대법원

은 국가계약을 사법상의 계약으로 보고 있다 : “지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.”⁷⁵⁾ 또한 대법원은 국가계약법에서 규율하고 있는 특수한 공법적인 규율을 국가의 내부규정에 불과한 것으로 보고 있다 : “국가계약법은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이에 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다.”⁷⁶⁾ 국가계약의 일종인 정부조달계약도 우리나라에서는 사법상의 계약으로 보고 있다. 그러나 학설과 판례는 민간투자법의 실시협약을 행정계약으로 보고 있다. 따라서 국가계약법의 법률규정, 판례와 민간투자법의 실시협약의 성격을 조화롭게 해석할 필요가 있으며 바람직한 방향을 설정할 필요가 있다. 국가계약법 제5조 1항은 국가계약에 사법상의 계약원칙이 적용되고 있다는 것을 명확히 하고 있다. 이 중에 “당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신

75) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결.

76) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결.

의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다”는 규정은 사법상의 계약이나 행정계약이나 별반 차이가 없는 사항이다. 그러나 “계약은 상호 대등한 입장”에서 라는 규정을 통해 국가계약법이 사법상의 원칙이 지배하고 있다는 것을 알 수 있다. 프랑스에서 행정계약이론에 따르면 사법상의 계약과는 다른 공법적 원리가 지배하고 있어야 행정계약이라고 볼 수 있다는 점에서 우리나라 국가계약은 사법상의 계약 원리에 입각하고 있다고 볼 수 있다. 원론적으로 볼 때 국가계약은 행정계약이라고 보는 것이 타당하나 불행히도 우리나라의 국가계약은 사법상의 계약임을 천명하고 있는 것이다. 입법론으로서는 국가계약에 관한 국가계약법 제5조 1항의 개정을 통하여 국가계약의 행정계약으로의 변경이 필요하다. 이러한 국가계약법을 행정계약으로 개정하면 정부조달계약도 행정계약으로 볼 수 있어 모순점을 극복할 수 있다. 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33605 판결은 “공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약 자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.”고 하고 있다. 이 판결은 독일의 국고이론에 영향을 받은 것으로 국가나 지방자치단체가 행정주체로서 개입하고 있음에도 불구하고 이들 국가나 지방자치단체가 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약이라고 보고 있는 것이다. 문제는 국가나 지방자치단체가 개입한다는 것은 프랑스의 행정계약이론의 조직적 기준에 해당되므로 오히려 공법적 성격이 강하다고 보아야 하는 것이다. 따라서 국가계약을 체결하는 경우에 공법적 성격이 강한 현상이 나타나게 되는 것은 불가피하다. 그러나 한국의 학설과 판례는 이러한 공법적 성격이 나타나면서도 불구하고 국가계약은 사법상의 계약으로 보고 있는 문제점이 존재하는 것이다. 오히려 이러한 공법적 성격이 강하다면 이러한 정

부조달계약을 포함하는 국가계약이 공법적 원리에 영향을 받아서 공법적인 것으로 규율해야 하지 않나 생각한다. 공법적 원리는 프랑스에서 ‘일반법의 배제조항’과 유사하며 이러한 경우 프랑스에서는 행정계약으로 파악하고 있다. 따라서 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결에서 나타난 바와 같이 공법적 규율사항이 나타나더라도 사법상의 계약으로 본다는 취지의 판결문은 문제가 있다고 생각한다. 이러한 비합리성은 민간투자법상의 실시협약에서 나타나고 있다. 국가계약에 관해서는 사법상의 계약으로 하면서 민간투자법상의 실시협약에 대해서는 공법상의 계약으로 보는 법체계에 있어서 모순이 나타나는 것이다. 따라서 입법론이나 판례에 있어서 정부조달계약을 포함하는 국가계약을 공법상의 계약으로 보는 시각이 필요하다고 본다.

국가계약법 제5조에서 사법상의 계약의 원칙이 국가계약에 적용된다고 규정하고 있지만 국가계약에서 공법적 원리가 지배되고 따라서 행정계약으로 파악하여야 하는 이유는 여러 가지 점에서 접근할 수 있다. 국민의 혈세로 된 재정의 사용이 된다는 점, 국가계약을 통해 달성하고자 하는 목적이 공공성을 가진다는 점, 국가가 단순히 경제적 목적만을 추구하는 것이 아니라는 점 등에서 국가계약의 공공성 및 공익적 요소가 중시되어야 할 것이다. 국가계약은 사법적인 성격과 공법적인 성격이 혼재하는 영역이다. 공법적인 규율을 가할 필요가 있는 경우 공법상의 계약으로서의 성질을 인정할 필요가 있다. 전체적인 관점에서 국가계약에서 공법적인 규율을 가할 필요가 충분히 있으므로 공법상의 계약으로서의 성질을 인정할 필요가 있다. 민간투자법상의 실시협약에 대해서는 행정계약으로 인정하고 있는 학설, 판례의 입장을 볼 때에 국가계약을 사법상의 계약원칙이 지배하고 있는 것으로 보는 것은 문제가 있다. 왜 국가계약에 대해서는 사법상의 계약으로 보면서 국가계약의 일종인 민간투자법상의 실시협약은 행정계약으로 보는가? 이러한 모순점을 극복하기 위해서 국가계약법 제5조 1항

은 개정되어야 한다.

3) 국가계약법상의 국가계약에 대한 민간투자법상의 실시협약의 특수성

국가계약법상의 국가계약은 국가를 일방 당사자로 하는 계약으로서 광의의 계약에 해당한다. 민간투자법상의 실시협약은 이러한 국가계약의 개념에 포함되는 것으로서 특수성을 지니고 있으며 특히, 행정계약이라고 학설 및 판례가 인정하고 있다. 민간투자법제에 흐르는 이념은 참여와 협력, 공공성의 추구, 사업의 효율성, 민간 참여자의 수익 보장 등을 들 수 있다. 이러한 이념 중에서 특히 민간투자사업은 공공성이 강조되며 이러한 이념상 특별법인 민간투자법이 우선 적용되고 민간투자법에 특별규정이 없는 일반적인 부분들에는 국가계약법의 규정이 적용될 수 있을 것이다.

국가계약법상의 국가계약은 사법상의 계약이라는 법적 성질을 지니는데 비하여 민간투자법상의 실시협약은 행정계약이라는 특수성을 지닌다. 따라서 민간투자법상의 실시협약에는 공법적인 원리가 계약의 전반적인 내용을 규율하며 계약당사자가 계약에 따른 분쟁을 해결하고자 할 경우에 공법상의 당사자소송을 제기해야 한다. 실시협약의 체결은 공법상의 계약이라는 성격과 함께 실시협약 전후에 나타나는 사전적 절차로서의 우선협상대상자 지정과 사업시행자 지정은 처분적 성격을 지니고 있다. 따라서 행정계약 이외의 부분을 떼어내어 처분적 성격을 인정하고 이에 따른 항고소송을 제기할 수 있다. 즉 실시협약의 체결과 사업시행자의 지정을 구별하여 사업시행자의 지정에 대해서는 계약에 관한 소송이 아니라 처분에 대한 항고소송으로써 다룰 수 있게 하는 것이다. 처분적 성격에 따라서 상대방 이외의 제3자에게 소송의 문을 열어 소의 이익을 확대하게 된다.

제 3 절 실시협약의 내용 - 민간투자사업 표준 실시협약의 검토⁷⁷⁾

‘실시협약’의 문제점을 개선하기 위한 방안으로서 ‘표준실시협약’의 작성 필요성이 제기된다. 국내외 투자자의 신뢰를 얻기 위해서는 국제적 기준에 부합하고 실시협약 체결 시 안내서가 될 수 있는 표준실시협약의 필요성이 대두되는 것이다. 실시협약이란 주무관청과 민간투자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건등에 관하여 체결하는 계약을 말한다(민간투자법 제2조 6호). 따라서 실시협약에는 특정사업을 시행하는 데에 필요한 구체적인 조건과 내용, 협약당사자간의 권리·의무관계, 불가항력이나 당사자의 귀책사유로 인한 위험을 어떻게 분담하고 어떤 방법으로 분쟁을 해결할 것인가를 명시하는 행정계약서이다.⁷⁸⁾ 표준실시협약을 마련해 두고 있으면 민간투자사업의 협상 및 실시협약체결에 중요한 지침의 역할을 할 수 있으며 국내외 투자자의 투자의사결정에 투명성과 예측가능성을 높일 수 있다. 따라서 표준실시협약에 관한 일반적인 모델을 국내민간투자사업의 협약내용과 국외의 실시협약 내용으로 나누어 제시하고자 한다. 실시협약의 내용에는 어떠한 것이 들어가는 지를 살펴보기 위해서는 주무관청과 사업시행자 사이의 실시협약 작성에 유효한 기초가 되는 표준실

77) 이규방외 4인, □□인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립연구□□, 국토연구원, 2000, 참조. 이 보고서에서는 표준실시협약(안)작성을 위하여 그동안 체결된 국내 사업들의 실시협약 뿐만 아니라 세계 각국에서 추진되고 있는 해외사례 그리고, 세계은행(World Bank), 유엔산업개발기구(UNIDO)에서 제시한 실시협약 권고(안)등을 검토·분석하고, 분석결과를 토대로 우리나라의 제도에 부합하면서도 민간투자사업 전반에 적용할 수 있는 실시협약(안)을 부록에서 제시하고 있다는 점에서 중요한 방향을 제공하고 있다. ; 박종일, “민간투자사업 표준실시협약의 연구”, 고려대 공학대학원 석사논문, 건축공학과, 2007. 12, pp. 11-18 참조.

78) 실시협약의 법적 성질에 관하여 사인간에 체결하는 계약서로 보는 견해에 대해서는 이규방외 4인, □□인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립연구□□, 국토연구원, 2000, 서문 참조.

시협약을 살펴보는 것이 유익할 것이다. 이러한 표준실시협약을 통하여 실시협약의 기준적 모델을 제시할 수 있게 되어 주무관청과 사업시행자는 실시협약에 기초하여 계약을 유용하게 체결할 수 있는 것이다. KDI의 공공투자관리센터가 수차례에 걸쳐 표준실시협약의 모델을 제시하고 있다.

1. 국내 민간투자사업의 협약내용⁷⁹⁾

실시협약은 계약당사자간의 권리와 의무, 책임관계, 위험의 관리와 분담방법, 협약의 해지 및 종료 등과 관련된 사항들을 규정하는 계약서이다. 그러므로 실시협약은 매우 세밀하고 구체적으로 작성되어야 하고, 발생가능한 모든 조건들에 대해서도 규정하여야 한다. 민간투자사업의 실시협약의 내용은 project별로 차이가 있으나 협약서의 체계에서는 큰 차이가 없다. 우리나라의 BTO/BTL 사업의 실시협약은 크게 10가지의 범주로 구분되어 있으며 그 내용은 다음과 같다.

(1) 총칙부문

실시협약의 체결목적과 용어에 대한 정의, 협약의 조건과 건설 및 운영기간, 관할 관청의 감독 및 권한, 사업자의 지정, 사업시행자의 책임과 의무, 사업이행보증 및 각종 보험 등이 규정되어 있다.

(2) 개발 및 공사부문

공사용지의 취득 및 국공유지의 사용, 설계·건설 및 감리, 민원의 처리, 지체상금의 부과기준 및 납부비율, 준공처리 등에 관하여 규정하고 있다.

79) 이규방외 4인, 전게서, pp. 45-90.

(3) 재무적 부분

전체 사업비 등에 관한 사항으로 조사·설계비, 공사비, 감리비, 부대비 등 사업비의 규모와 변경에 관한 사항을 규정하고 있다.

(4) 운영 및 유지부문

시설의 관리운영권 및 유지보수, 사용료의 징수 및 조정에 대한 규정을 하고 있다.

(5) 시설의 이전부문

사업시행자의 협약의 종료와 이에 따른 시설운영의 이전절차에 대하여 규정하고 있다.

(6) 당사자의 의무부문

사업시행자의 의무로서 관련법규의 준수, 출자지분 또는 소유권의 변경제한, 원활한 시설의 사용을 위한 제반사항(조세, 관세, 요금 및 보험 등)에 대한 책임과 정부측 의무로서 각종의 지원사항, 제세공과금의 면제, 특히 운영수입의 보장 등을 규정하고 있다.

(7) 양도 및 승인부문

사업권의 양도 및 협약과 관련된 주무관청의 승인에 관한 사항이 규정되어 있다.

(8) 불가항력부문

협약당사자의 귀책사유가 아닌 불가항력의 요건과 처리방법이 규정되어 있다.

(9) 분쟁해결부문

협약당사자간의 원만한 분쟁해결을 위한 규정을 하고 있다.

(10) 기타부문

협약당사자간의 협력부문과 사업과 관련된 사항의 비밀준수의무, 협약의 해석기준 등이 규정되어 있다.

2. 국외의 실시협약 내용⁸⁰⁾

(1) 서문(Preamble)부문

협약주체의 명칭, 발주청과 사업시행자의 역할 및 협약이 체결된 법적 근거 등이 명시되어 있다.

(2) 양허권 및 책임(Concession rights and Obligations) 부문

사업시행자에 대한 양허권(사업권) 및 사업시행자의 일반적인 권리와 사업시행자의 지정, 사용료 징수권리 및 협약당사자(발주청과 사업시행자)의 의무에 대해 규정하고 있다.

80) 이규방외 4인, 전제서, pp. 91-126. 세계은행이 정책보고서를 통해 권고하고 있는 실시협약의 주요 항목과 각국에서 체결된 민간투자사업의 실시협약 내용을 일반화 하여 정리한 것이다. 이러한 협약은 우리나라에 비해 구체적, 세부적으로 규정되어 있는 것이 특징이다 : World Bank. 1994. *Concession Agreement for California State-Route 91.* ; UNIDO. 1995. *Standard Project Agreement for Toll Roads.* ; Blake dawson Waldron. 1996. *Standard Concession Agreement for Toll Roads.* ; World Bank. 1998. *Concession for Infrastructure ; A Guide to Their Design and Award.* Technical Paper No. 399. ; The Government of the Hashemite Kingdom of Jordan. *Agreement for the Concession of The Aqaba Railway.* : 우리나라에서는 민간투자법이 제정되어 있고 주무관청과 사업시행자사이의 실시협약의 체결을 통하여 이루어지는데 표준실시협약은 이러한 실시협약의 체결에 중요한 기준을 제시하고 있다.

(3) 진술 및 보증(Representative and Warranties) 부문

협약당사자간의 법의 준수와 실시협약으로 정한 당사자의 의무 이행을 규정하고 있다.

(4) 선행조건(Conditions Precedent)부문

상호 제출하거나 만족할 만한 증빙, 기본적인 전제조건들을 규정하고 있다.

(5) 용지획득(Acquisition of Right of Way)부문

토지의 매수 등을 규정하고 있다.

(6) 개발 및 건설(Development and Construction)부문

사업시행자에게 사용부지의 사용권을 부여하고 있으며, 공사의 공개 입찰 및 하도급계약 등을 규정하고 있다.

(7) 준공확인 및 승인(Acceptance)부문

건설 및 시험완료 후 감리감독의 준공검사 및 최종 준공 필증의 교부에 대해 규정하고 있다.

(8) 운영(Operation)부문

운영 및 유지보수계획을 제출하고 각종표준 및 시설의 서비스 명세서를 제출하도록 하고 있다.

(9) 정부재정지원(Government Financial risk)부문

정부지원(보조금의 지급, 재정투자 및 보증)에 대해 규정하고 있다. 즉 민간이 부담하는 것보다 정부에서 부담하는 것이 보다 효율적이기

때문이다.

(10) 외환위험(Foreign exchange risk)부문

외환의 관리 및 운영에 대해 언급하고 있으나 환리스크에 대한 규정은 두고 있지 않다.

(11) 연결시설의 건설(Construction of Complementary Facilities)부문

해당시설의 운영에 지장이 없도록 필요한 시설을 건설, 운영 및 유지 보수하도록 하고 있다.

(12) 경쟁시설 건설제한(Limitation on the construction of competing facilities)부문

발주청은 운영기간 중 경쟁시설을 개발하거나, 설계, 건설 및 운영할 수 없도록 규정하고 있다.

(13) 수익률 및 요금결정(Financial Regulation)부문

수익률 산정공식 및 사용료 결정방식을 제시하고 있다.

(14) 인센티브(Financial Incentive)부문

초기준공 등에 따른 초과수익 및 비용절감분을 초과수익으로 향유토록 하고 있다.

(15) 보고와 감독절차(Reporting and Monitoring Procedures)부문

기간별로 사업시행자가 작성·보고하는 보고서의 종류와 방법 등을 제시하고 있다.

(16) 불가항력(Force Majeure)부문

불가항력의 유형과 발생시의 통지, 조치 방법 등을 상세히 규정하고 있다.

(17) 협약의 해지 및 종료(Termination)부문

대부분의 실시협약에서 협약의 중도 해지 사유와 요건, 절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있다.

(18) 협약의 중도해지 시 지급금(Amount Payable)부문

귀책사유별로 협약의 중도해지시 지급하여야 하는 만기된 금액(Amount Due)과 미지급금(Amount Payable) 등을 포함한 지급금을 산정하도록 하고 있다.

(19) 분쟁의 해결(Dispute Resolution)부문

계약관계에서 발생하는 분쟁을 해결하는 다양한 방법이 기술되고 있다.

(20) 보험(Insurance)부문

협약개시일로부터 운영기간 종료일까지 협약으로 정한 보험일정에 따라 보험에 가입해야 하고 협약기간동안 이를 유지해야 함을 규정하고 있다.

제 4 절 실시협약의 법적 성격

1. 논의의 실익

민간투자법에 있어서 주무관청과 사업시행자 간에 체결된 계약으로서의 실시협약의 법적 성질에 대해서는 학설의 대립이 있으나, 실시

협약은 사법상의 계약이 아니라 행정계약으로 보아야 한다. 민간투자법에 의하면 주무관청은 실시협약을 체결함으로써 협약의 상대방을 사업시행자로 지정하고, 실시협약의 체결 시에는 일정한 경우 사전에 민간투자사업심의위원회의 심의를 거치도록 하고 있으며, 실시협약의 체결로써 사업시행자로 지정된 자에 대하여는 토지 등의 수용·사용 등 여러 가지 특권이 인정되고, 주무관청은 사업시행자가 법령을 위반한 경우는 물론이고 사회기반시설의 상황변경이나 그 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우 등과 같은 경우에 청문절차를 거쳐 사업시행자지정을 취소할 수 있도록 되어 있기 때문이다.⁸¹⁾ 서울고등법원도 실시협약의 법적성질에 관하여 공법상 계약으로 보고 있다. 여기에서 민간투자법의 공공성이 명확해지고 민간투자법상의 실시협약이 행정계약적 성격을 지니므로 계약절차에 있어서 투명성이 한층 보장되어야 할 것이다.

실시협약의 법적 성질에 관한 논의의 실익은 공법상 계약과 사법상의 계약의 구별의 실익과 관련된다. 첫째, 우리나라는 공·사법 이원적 구조를 취하고 있고, 둘째, 공법상 계약에 관한 당사자소송은 사법상 계약에 관한 민사소송과는 구별되며, 셋째, 공법상의 계약에는 공법상의 법리가 적용된다는 것이다.

실시협약이 공법상의 계약이므로 공법상의 법리가 적용되고, 이에 대한 소송은 원칙적으로 행정소송법상의 당사자소송에 의하여 규율되어야 할 것이다. 다만 우리나라에서는 공법상의 당사자소송을 적용하기보다는 민사소송을 적용한 사례가 많았다. 민간투자법상의 실시협약은 공법상 계약으로 공법상의 당사자소송에 의하여 문제를 해결하게 한 중요한 실례가 된다는 점에서 중요한 가치를 지닌다.

81) 조철호, “사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적성질과 소송방법”, 인권과 정의, 제 385호, 대한변호사협회, 2008년 9월, p. 6.

2. 실시협약의 특징

민간투자법상 실시협약은 다음과 같은 특징을 지닌다.

첫째, 실시협약은 국가 또는 지방자치단체가 일방당사자가 되고, 사업계획을 제출한 자 중에서 협상대상자로 지정된 자를 타방당사자로 하여 이들 양자 사이에 체결된 계약이다(민간투자법 제13조 제2항). 여기에서 실시협약은 계약의 일방당사자가 국가 또는 지방자치단체인 점⁸²⁾에서 행정계약의 성질을 지닌다.

둘째, 주무관청은 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다(제13조 제3항 전문). 따라서 실시협약의 체결에는 사업시행자 지정이라는 효력도 인정된다. 즉 사업계획을 제출한 자 협상대상자 지정

사업시행자 지정과 같은 절차를 순차적으로 거쳐서 행정계약의 상대방이 결정된다는 점에서 특기할 만하다. 여기에서 국가 또는 지방자치단체와 협상대상자사이에 계약(실시협약)의 체결이후에 사업시행자가 특정되는 것이다.

셋째, 총 사업비가 5천억 원 이상인 사회기반시설사업의 사업시행자 지정, 총 사업비가 3천억 원 이상인 부대사업의 사업시행자 지정, 기타 주무관청 또는 심의위원장이 심의위원회의 심의가 필요하다고 인정하는 사업시행자 지정의 경우(민간투자법 시행령 제14조)에 해당하는 사업시행자 지정에 관한 사항은 사전에 민간투자사업심의위원회의 심의를 거쳐야 한다(민간투자법 제13조 제3항 후문).

넷째, 실시협약의 체결로써 사업시행자로 지정된 자에 대해서는 토지에의 출입 등(제18조), 토지 등의 수용·사용(제20조), 부대사업의 시행(제21조), 사회기반시설의 관리운영권(제24조 내지 제29조), 재정지

82) 프랑스 행정계약의 기준으로서 조직적 기준에 해당된다. 이에 따르면 행정계약이 되기 위해서는 계약의 당사자 중 적어도 일방당사자가 공공단체(국가 또는 지방자치단체 혹은 공공시설)이어야 한다. 실시협약은 이러한 요건을 갖추고 있다.

원(제53조), 매수청구권의 인정(제59조) 등 여러 가지 특권을 부여하고 있다.

다섯째, 주무관청은 사업시행자가 법령을 위반한 경우, 사회기반시설의 상황변경이나 그 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우 등과 같은 경우에 청문절차를 거쳐 사업시행자지정을 취소할 수 있다(제46조 내지 제49조).

3. 실시협약의 법적 성질에 관한 견해의 대립

(1) 문제의 소재

실시협약의 법적 성질에 대하여 ‘사법상 계약’이라는 견해와 ‘공법상 계약(행정계약)’이라는 견해의 대립이 있다. 판례와 다수설은 실시협약을 행정계약으로 보고 있다. 이러한 태도는 중요한 법적 문제를 제기한다. 우리나라에서는 독일의 영향을 받아 행정계약이론의 발전이 더디다. 그런데 민간투자법상의 실시협약을 행정계약으로 봄으로써 행정계약이론의 발전이 기대된다. 특히 프랑스에서는 행정계약을 조직적 기준과 실체적 기준으로 나누어 발전된 이론을 구성하고 있다. 이런 점에서 프랑스 행정계약이론은 충분히 논의할 필요가 있다. 또한 소송 면에서도 민간투자법상의 실시협약을 행정계약으로 인정함으로써 공법상의 당사자소송의 폭을 넓혀주었다는 점에서 중요한 가치를 지닌다. 종래에 공법상의 당사자소송으로 다루어야 할 사항을 우리나라 학계와 실무가들에 의해서 민사소송으로 해결한 오류가 존재하였다. 이에 따라 학계에서는 당사자소송활성화론이 끊임없이 대두된 것이 사실이다. 그런데 민간투자법상의 실시협약이 행정계약으로 인정됨으로써 분쟁구조가 공법상의 당사자소송이 적용되는 터전을 갖추게 되었고 이 점에서 공법상의 당사자소송이 이 분야에 상당히 적용될 것으로 기대된다.

국가계약법상의 국가계약이나 민간투자법상의 실시협약 모두 공적 부문과 사적 부문이 결합된 영역이다. 국가계약법상 국가계약에 대해서는 사법상의 계약으로 보고 있으나 민간투자법상의 실시협약의 경우 행정계약으로 봄으로써 보다 공공성이 강화되어 있다는 점에 유의해야 한다. 즉 민간투자제도와 그 실시협약이 행정조달계약을 비롯한 국가계약보다 공익적 요소를 많이 포함한다고 볼 수 있다. 다만 국가계약과 민간투자법상의 실시협약의 이론적 체계가 조화를 이루기 위해서는 입법론적으로 공공조달계약을 포함한 국가계약을 공법상의 계약으로 하는 국가계약법의 개정이 필요하다고 본다.

(2) 사법상 계약설

이 학설의 주장근거는 다음과 같다 : ① 주무관청과 협상대상자가 대등한 지위에서 실시협약의 각 조건들을 합의하여 계약이 체결된다는 점, ② 민간투자법은 실시협약의 이행과 관련된 당사자 간의 분쟁에 관한 규정이나 의무불이행에 대한 제재규정을 두지 않고 있다는 점, ③ 주무관청과 사업시행자는 실시협약에 관련된 분쟁을 협약 당사자의 상호합의, 중재 또는 민사법원에 의한 해결원칙을 천명하고 있는 점.⁸³⁾

(3) 공법상 계약설(행정계약설)

다음의 이유에서 실시협약은 공법상 계약의 성질을 지닌다 : ① 실시협약은 행정주체와 국민 사이에 체결된다는 점, ② 일정한 경우 실시협약의 체결은 민간투자사업심의위원회의 심의를 거쳐야 하는 점, ③ 협약당사자의 귀책사유 또는 불가항력사유가 발생한 경우 실시협

83) 이규방 외 4인 공저, 『인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구』, 국토연구원, 2000, p. 12 ; 윤성철, 『민간투자법제연구 - 실시협약의 법적 성질 및 쟁송을 중심으로』, 한국학술정보, 2006.

약의 해지가 인정되나, 정부는 민간투자법에 의하여 공익을 위하여 실시협약을 종료할 수 있다는 점, ④ 민간투자사업의 성격이 급부행정으로서의 공행정작용의 일환으로서의 사회간접자본시설의 공급을 중심으로 한 공물을 대상으로 하는 점, ⑤ 민간투자법상 실시협약을 체결하면 사업시행자지정처분이라는 효과가 발생하며 사업시행자는 수용권 등의 특권을 지니며 또한 관리·운영에 있어서도 부과 및 징수권의 강제행사 등의 권한을 부여받게 된다는 점, 관리운영권의 처분이나 출자자 변경시 주무관청의 사전 승인이 요구되고 주무관청의 포괄적인 감독명령권이 존재하는 점.⁸⁴⁾ 따라서 실시협약의 체결은 행정계약의 성격을 지니며 실시협약의 체결을 통해 사업시행자 지정처분이라는 법적 효과를 발생시키며 동시에 국민들, 즉 장래 건설될 사회기반시설의 이용자에게 사용료의 부담의무를 부과하는 성격을 지닌다.

(4) 판례

서울고등법원 2004. 6. 24. 선고, 2003누6483의 판결이 민간투자법상의 실시협약의 공법적 성격을 인정한 중요한 판례이다. 그 판결문의 중요한 부분을 살펴보면 다음과 같다 :

“관계 법령의 규정과 위 시설사업기본계획 등을 종합하여 보면, 민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 주무관청에 사업계획을 제출하고, 주무관청은 제출된 사업계획을 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정한 다음 지정된 협상대상자와 총 사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정하도록 하고 있으므로(법 제18조 내지 제20조에 의하면, 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 타인의 토지에 출입 등을 할 수 있고, 국·공유재산을 무상으로 사

84) 조철호, 전계논문, p. 11.

용할 수 있으며, 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있으므로 사업시행자지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다), 주무관청에 의하여 우선협상대상자로 지정된 사업자는 주무관청과의 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 우선협상대상자로 지정되지 않은 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보(차순위 협상대상자의 경우) 당하게 된다고 할 것이다. 따라서 우선협상대상자지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제조건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.”

이 판결에 의하여 실시협약의 법적 성질이 공법상 계약에 해당한다는 것이 명확해진다. 이 판결에서 보듯이 민간투자법에 의한 행정주체의 상대방으로서 사업시행자로 지정되기 위해서는 여러 가지 절차를 거쳐야 한다. 먼저 주무관청에 사업계획을 제출하여야 하고 주무관청은 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정하고 이러한 협상대상자 중에서 사업시행의 조건등이 부합되는 자와 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정되게 된다. 협상대상자 지정과 실시협약 체결 사이에는 우선협상대상자 지정이라는 절차가 있으며 우선협상대상자 지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제조건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당된다. 요컨대, 민간투자법상의 사업시행자로 지정되기 위해 사업계획제출 협상대상자 지정 우선협상대상자 지정 실시협약체결 사업시행자 지정이라는 절차를 거치게 된다. 실시협약의 법적 성질에 관해서 본 판결은 단순한 사법적, 일반

적 계약관계라고 할 수 없다고 판시함으로써 공법상 계약(행정계약)에 해당된다는 것을 명확하게 보여주고 있다. 이러한 절차에서 주무관청에 의한 우선협상대상자 지정행위의 법적 성질이 중요한 의미를 지니는데 본 판례에서는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당된다는 것을 명확히 하고 있다.

(5) 결

민간투자법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적(민간투자법 제1조)으로 하는 법률이며 실시협약은 민간투자법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건등에 관하여 체결하는 계약(민간투자법 제2조 제6호)을 말한다.

그런데 민간투자법에 의하면 주무관청은 실시협약을 체결함으로써 협약의 상대방을 사업시행자로 지정하고, 일정한 경우 사전에 민간투자사업심의위원회의 심의를 거치도록 하고 있으며, 실시협약의 체결로써 사업시행자로 지정된 자에 대해서는 토지에의 출입 등(민간투자법 제18조), 토지 등의 수용·사용(제20조), 부대사업의 시행(제21조), 사회기반시설의 관리운영권(제24조 내지 제29조), 재정지원(제53조), 매수청구권의 인정(제59조) 등 여러 가지 특권이 인정되고, 주무관청은 사업시행자가 법령을 위반한 경우는 물론이고 사회기반시설의 상황변경이나 그 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우 등과 같은 경우에 청문절차를 거쳐 사업시행자지정을 취소할 수 있도록 되어 있다. 이러한 민간투자법 규정을 볼 때에 민간투자법에 의한 실시협약은 단순한 사법상의 계약으로 보기 어렵다.

사법상 계약설이 주장하고 있는 것으로 민간투자법이 실시협약의 이행과 관련된 당사자 간의 분쟁과 관련한 규정이나 의무불이행에 대

한 제재규정을 두고 있지 않고, 분쟁을 해결하는 방식에 있어서도 상호 합의와 중재, 조정 등이 우선된다는 점에 기초하여 실시협약을 단순한 사법상의 계약으로 해석하는 견해는 타당하지 않다. 실시협약 당사자 간의 분쟁에 대한 해결방식에 대하여 민간투자법이 완벽하게 규정하고 있지 아니한 경우 실시협약의 법적 성질이 공법상 계약이라면 행정소송법상 당사자 소송에 의하면 되는 것이다. 또한 분쟁의 해결방식에 있어서 상호 합의와 중재, 조정 등이 우선되는 것은 사법상 계약에 관한 분쟁뿐만 아니라 최근 모든 법적 분쟁의 해결에 있어서 일반적으로 인정되는 추세이다.⁸⁵⁾ 이와 같이 실시협약의 법적 성질에 관하여 사법상 계약으로 보는 것은 타당하지 않고 학설 면에서나 판례에서 민간투자법상의 실시협약의 법적 성질을 공법상 계약(행정계약)으로 보는 것이 타당하다.

4. 민간투자법상 공공성의 징표

(1) 토지 등의 수용·사용

민간투자법 제20조 제1항은 “사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 경우에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제3조의 규정에 의한 토지·물건 또는 권리(이하 “토지 등”이라 한다)를 수용 또는 사용할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이러한 규정에 따라 민간 사업자가 사인의 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다. 공공필요에 의한 토지의 수용 또는 사용을 사적 기업자에게 부여하는 것은 그만큼 민간투자사업이 공공성에 기초하고 있다는 점을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

85) 조철호, 전계논문, p. 12.

(2) 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터의 설치 및 운영

민간투자법 제23조 제1항은 “대상사업의 검토, 사업타당성의 분석, 사업계획의 평가 등 대통령령이 정하는 지원업무를 종합적으로 수행하기 위하여 정부출연연구기관등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률에 의한 한국개발연구원의 부설로 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터를 둔다.”고 규정하고 있다. 공공투자관리센터의 장은 관계된 업무를 수행함에 있어서 필요한 경우 관계행정기관 또는 유관기관에 협조를 요청할 수 있다(제23조 제2항). 또한 공공투자관리센터의 장은 업무에 소요되는 비용을 충당하기 위하여 필요한 경우에는 그 업무로 인하여 이익을 받는 관계기관·단체로부터 수수료를 받을 수 있다(제23조 제3항). 이러한 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터를 설치하고 운영하는 것은 민간투자사업의 공공성과 효율성을 강화하기 위한 것으로 볼 수 있다.

(3) 주무관청 등의 감독

민간투자법 제45조(제3장) 감독 이하에서는 주무관청 등이 민간투자사업에 대하여 가지는 감독권의 내용이 규정되어 있다. 주무관청은 사업시행자의 자유로운 경영활동을 저해하지 아니하는 범위 안에서 사업시행자의 민간투자사업과 관련된 업무를 감독하고 그 감독에 필요한 명령을 할 수 있다(제45조 제1항). 기획재정부장관은 기금의 업무에 관하여 관리기관을 감독하고 감독에 필요한 명령을 할 수 있다(제2항). 민간투자법은 민간투자사업의 공공성을 강화하기 위해서 주무관청에 감독권을 인정하고 있다. 이러한 민간투자사업에 대한 주무관청의 감독권은 공공성을 징표하는 하나의 요소가 된다.

(4) 법령위반등에 대한 처분

민간투자법 제46조는 일정한 경우⁸⁶⁾ “그 위반행위를 한 자에게 이 법에 의한 명령이나 처분의 취소 또는 변경, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명하거나 기타 필요한 처분을 할 수 있다”고 규정하고 있다.

(5) 공익을 위한 처분

민간투자법 제47조⁸⁷⁾는 “주무관청은 다음 각호의 1에 해당하는 경우⁸⁸⁾에는 이 법에 의한 지정·승인·확인등을 받은 자에 대하여 제46조의 규정(법령위반등에 대한 처분)에 의한 처분을 할 수 있다”고 규

86) 1. 허위 기타 부정한 방법으로 이 법에 의한 지정·승인·확인 등을 받은 경우
2. 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우 3. 사업시행자가 실시계획에서 정한 사업기간 내에 정당한 사유 없이 공사를 착수하지 아니하거나 공사착수 후 사업시행을 지연 또는 기피하여 사업의 계속시행이 불가능하다고 인정되는 경우 4. 제14조제3항의 규정(조건부지정)에 의하여 설립된 법인이 제14조 제4항(주무관청이 인정한 사업외의 다른 사업 시행 금지)의 규정을 위반한 경우

87) 동조에 관해서는 합헌성에 대한 의문도 제기되고 있다. 이 규정은 사업시행자의 영업의 자유와 계약의 자유를 침해하여 위헌의 소지가 있다고 한다. 또한 상대방의 책임있는 사유로 인하여 다른 상대방이 계약을 해지하고 그에 따르는 손해의 배상등을 청구할 수 있음에도 불구하고 상대방의 사업권 자체를 박탈하는 조치는 상대방의 권리를 필요 이상으로 침해하는 것이므로 과잉금지의 원칙에 반할 가능성이 크다는 것이다(KDI 공공투자관리센터, 앞의 보고서, p. 233). 그러나 프랑스 행정계약일반론에 따를 경우에 행정계약의 일방당사자로서 행정주체에게 광범위한 권한을 부여하고 있다. 프랑스에서는 행정계약의 일방주체인 행정주체가 감독권(un droit de direction), 통제권(un droit de contrôle), 제재권(un droit de sanction), 일방적 변경권(un droit de modification unilatérale), 해지권(un droit de résiliation) 등의 광범위한 권한을 인정하고 있다. 프랑스에서는 이와 같이 행정계약의 일방당사자인 행정주체에게 광범위한 권한을 부여하고 있는데 우리나라의 민간투자법 제46조는 이러한 맥락에서 파악하면 합헌성의 문제가 제기될 성질의 것은 아닌 것으로 보여진다(Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, Montchrestien, 2007, pp. 436-441).

88) 1. 사회기반시설의 상황변경이나 그 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우 2. 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우 3. 전쟁·천재지변 기타 이에 준하는 사태가 발생한 경우

정하고 있다(제47조 제1항). 제47조 제1항의 규정에 의한 처분으로 인하여 손실을 입은 사업시행자가 있는 경우에는 주무관청은 당해 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다(제2항).

(6) 민간투자사업의 공공성의 강화

위에서 본 바와 같이 민간투자법은 민간투자사업에 공공성을 확보하기 위한 여러 장치를 두고 있고, 이에 따라 민간투자법의 공법성을 확인할 수 있다. 여기에다 민간투자법상의 실시협약을 행정계약으로 보고 있음으로 인해서 민간투자사업의 공공성은 강화된다.

앞에서도 언급한 바와 같이 민간투자법은 그 기초하고 있는 공공성이 공공조달계약을 포함하는 국가계약보다 강화되어있다. 입법론적으로는 공공조달계약을 포함하는 국가계약을 공법상의 계약으로 보는 것이 타당하며 이를 위해 국가계약법의 개정이 필요하다고 본다. 이렇게 볼 때에 국가계약법을 일반법으로 하고 공공조달계약과 민간투자법의 특별법으로 하여 일관되게 공법상의 계약론에 입각한 체계를 구성할 수 있다. 이 점에서 프랑스 행정계약론을 도입할 필요성이 커진다. 국가가 개입하고(조직적 기준) 공법상의 이론에 입각(실체적 기준)하고 있다면 이를 행정계약으로 보는 것은 당연한 것이다. 민간투자법상의 실시협약에서 행정계약론이 자리를 잡았다면 이러한 행정계약론이 공공조달계약을 포함하는 국가계약으로 확장되어야 할 것으로 본다.

5. 실시협약의 처분성 인정 여부

(1) 문제의 소재

민간투자법의 실시협약의 법적 성질이 공법상의 '계약'에 해당된다는 것은 앞에서 살펴보았다. 실시협약이 계약적 성격을 지니므로 당사자에

게 영향을 미치게 된다고 볼 수 있는데 이러한 실시협약이 제3자에게도 영향을 미칠 경우에 제3자의 소송에 의한 구제방법을 모색하게 되며 여기에서 실시협약의 처분성을 인정할 수 있는 지 법적 검토가 요구된다.

실시협약의 체결로 인해 발생하는 권리·의무관계는 일반적인 계약법상의 대등한 관계와는 달리 공공성과 밀접한 관련을 맺고 있다. 즉 민간투자법상의 공공성이 일반 국가계약보다 강화된다. 실시협약의 공법상 계약의 속성상 계약의 양 당사자에 대해서 영향을 끼치는 것은 당연하지만 제3자에 대해서도 영향을 끼치므로 이러한 제3자의 보호를 위한 장치를 강구해야 하는 것이다. 민간투자사업을 시행하고자 했던 사업자 중 차순위협상대상자 내지 협상대상자로 선정되지 못했던 당사자의 권익에 영향을 미칠 수 있고, 나아가 민간투자사업 대상 시설의 이용자인 국민에게도 실시협약이 영향을 미칠 수 있다. 따라서 실시협약의 당사자가 아닌 제3자에게도 실시협약의 효력을 다룰 수 있는 방안의 강구가 필요하다. 실시협약에 처분적인 성격을 인정할 경우, 실시협약 체결의 당사자가 아닌 제3자에게 실시협약으로 인하여 침해적 효과가 발생한 경우 항고소송을 통하여 제3자가 직접 실시협약의 효력을 다투거나 가구제를 통하여 권익을 구제받을 수 있는 길을 열어줄 수 있다.⁸⁹⁾ 이와 같이 민간투자법상의 실시협약의 제3자에게도 소송의 문을 열어놓기 위하여 실시협약의 처분성을 인정할 필요성이 있다. 문제는 실시협약은 계약인데 어떻게 처분적인 성격을 부여할 것인지에 대한 이론적 검토가 필요하다.

(2) 실시협약의 이중적 성격(계약적 성격과 처분적 성격)

결론적으로 말하자면 실시협약의 체결은 공법상의 계약이라는 성격과 사업 시행자 지정이라는 처분적 성격이 동시에 발생하는 이중적

89) 선지원, 『사회기반시설에 대한 민간투자법에 관한 연구 - 협상대상자 지정과 실시협약의 법적 성질을 중심으로』-, 한양대학교 석사학위논문, 2008. 8, pp. 118-119.

성격을 가지는 행위이다.⁹⁰⁾ 이와 같이 계약과 떼어내어 처분성을 인정하는 것으로 독일의 이단계이론과 프랑스의 분리가능한 행위이론(*la théorie de l'acte détachable*)이 있다.

먼저 독일의 이단계이론의 구성을 살펴보고자 한다. 이단계이론은 독일에서 행정조달계약을 이해하는 도구에서 비롯되었다. 즉 이단계이론은 행정조달계약의 관념적인 구조를 계약적인 성격과 처분적인 성격으로 나누어 조달계약은 계약적인 성격을 띠고 있다더라도 낙찰자의 결정은 행정행위로 보아 이에 대한 항고소송의 제기 가능성을 인정하는 이론이다. 즉, 행정조달계약은 계약의 측면과 처분의 측면을 동시에 지닌다. 이에 따라 처분에 대해서 항고소송을 인정하여 소의 가능성을 확대하는 것이다. 이러한 이단계이론에 따르면 낙찰자의 결정에 처분성을 인정하여 계약 당사자 외에 제3자가 계약의 효력을 다룰 수 있다.

프랑스의 경우 분리가능한 행위 이론(*la théorie des actes détachables*)을 통해 계약을 체결하려고 하는 결정(*la décision de conclure le contrat*)을 별도로 행정행위로 보아 이를 계약에서 떼어내어 월권소송을 제기할 수 있게 하고 있다.

이러한 이론을 우리나라의 민간투자법상의 실시협약에 적용이 가능한 지 살펴보아야 할 것이다. 먼저 국가계약법상의 규정을 살펴보고 민간투자법상의 실시협약에서 이를 검토해야 한다.

우리나라의 국가계약법은 제10조 제1항에서 “세입의 원인이 되는 경쟁입찰에 있어서는 최고가격의 입찰자를 낙찰자로 한다”고 규정하고 있고, 제2항에서는 일정한 기준에 “해당하는 입찰자를 낙찰자로 한다”고 규정하고 있어서, 낙찰자의 결정을 계약의 체결과는 독립되는 행위로 보고 있다. 이는 국가계약법의 규정은 낙찰자로 하는 결정을 계약에서 떼어내어 독립된 행정행위로 보는 것으로서 독일의 이단계이

90) 윤성철, 전계서, pp. 158-161.

론과 프랑스의 ‘분리가능한 행위’와 일맥 상통한다. 따라서 국가계약법에서는 낙찰자결정에 처분성을 인정하여, 계약의 당사자 외의 제3자, 즉, 낙찰을 받지 못한 자가 계약 자체를 다룰 수 있게 된다.

민간투자법상의 사업자를 선정하는 절차는 협상대상자의 지정 우선협상대상자의 지정 실시협약체결 사업시행자의 지정으로 이루어져 있다. 이중에 우선협상대상자의 지정에 대해서는 처분성을 인정하고 있음을 앞에서 살펴보았다. 실시협약의 처분성에 관한 문제는 실시협약체결에 따른 사업시행자의 지정에 처분성을 인정하여 다룰 수 있는가 하는 문제이다. 실시협약의 체결이라는 절차에서 실시협약의 계약적 성격과 사업시행자 지정이라는 처분적 성격이라는 이중적 성격을 인정할 수 있느냐가 문제의 핵심이다. 즉 실시협약의 체결이라는 계약의 성격에서 사업시행자 지정이라는 처분적 성격을 떼어 내어 이러한 처분에 대한 항고소송을 인정할 수 있는가에 관한 것이다. 실시협약의 체결을 통해 사업시행자로 지정된 자에게는 토지 등의 사용·수용권이 주어지고, 각종의 행정상의 지원이 이루어지는 등 공법상의 지위가 부여된다. 또한 실시협약을 체결하지 못한 차순위협상대상자의 권익을 구제하기 위해서 실시협약의 처분성을 인정할 필요가 있다. 또한 국가계약(사법적 계약으로 보고 있다)에 비해 공공성의 이념이 강조되고 있는 민간투자사업의 실시협약(공법상의 계약으로 보고 있다)의 경우에는 더욱 처분성을 인정하여 항고소송으로써 다룰 수 있게 하는 것이 바람직하다. 즉, 실시협약은 계약적 성격과 함께 사업시행자 지정이라는 처분적 성격을 가지는 이중적 성격의 행위라고 볼 수 있다.

이단계이론은 본래 국가계약법상의 국가계약, 특히 행정조달계약에서 계약에서 떼어내어 처분성을 인정하여 항고소송의 가능성을 확대하려고 하는데 중요한 의의가 있으며 이러한 이론은 민간투자법상의 실시협약에도 적용가능함을 살펴보았다. 실시협약의 계약체결에서 사

업자 지정을 분리해 내는 것은 실시협약에 처분적 성격을 인정함으로써 계약당사자 외의 제3자의 소제기 가능성을 확대하는 것으로 가치를 지닌다. 실시협약에 계약적 성격이외에도 처분적 성격을 인정함으로써 사업자 선정에 있어서 투명성을 확보할 수 있고 민간투자사업의 공공성이 보다 강화될 수 있다. 이렇게 민간투자법상의 실시협약에서 주무관청과 우선협상대상자의 심도있는 협상을 통해 공법상의 계약인 실시협약을 체결하도록 함으로써 민간투자사업의 효율성과 공공성을 기할 수 있으며 실시협약에서 계약의 체결과 상대방인 사업시행자자의 지정 행위를 관념적으로 분리하여 이해하는 것은 현행 민간투자법에서 협상절차에 있어서 투명성을 보장하고 계약당사자 외의 제3자를 보호하는 데에 그 가치를 지니고 있다.

6. 실시협약의 효과

민간투자법 제13조 제3항에 따르면 주무관청은 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다. 따라서 실시협약이 체결되면 협상대상자는 민간투자법상 사업시행자로서의 지위를 취득한다. 즉 실시협약의 체결이 사업시행자를 지정하는 효력을 가진다. 주의해야 할 것은 실시협약에 사업시행자 지정처분이라는 행정처분의 성격이 포함되느냐에 관하여 의견의 대립이 있다. 공법상 계약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 복수 당사자 사이에서 반대방향의 의사표시의 합치로서 성립되는 공법행위이므로 이러한 정의에 따르면 실시협약의 체결(공법상 계약의 체결)에 의하여 사업시행자의 지정이라는 공법적 효과가 발생한다는 입장이 있다. 실시협약에 사업시행자 지정처분이라는 행정처분의 성격이 포함되지 않는다는 견해이다.⁹¹⁾

그러나 실시협약의 체결은 공법상의 계약이라는 성격과 사업시행자 지정이라는 처분적 성격이 동시에 발생하는 이중적 성격을 가지는

91) 조철호, 전계논문, pp. 12-13.

행위이다.⁹²⁾ 민간투자법에 의하면 주무관청은 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다(민간투자법 제13조 제3항). 이에 따라 실시협약이 체결되면 협상대상자는 실시협약의 당사자로서의 지위(행정계약적 성격)와 더불어 민간투자법상 사업시행자로서의 지위(처분적 성격)를 취득한다. 이와 같이 계약과 떼어내어 처분성을 인정하는 것으로 독일의 이단계이론과 프랑스의 분리가능한 행위이론(*la théorie de l'acte détachable*)이 있다.

이단계이론은 독일에서 행정조달계약을 이해하는 도구에서 비롯되었다. 즉 이단계이론은 행정조달계약의 관념적인 구조를 계약적인 성격과 처분적인 성격으로 나누어 조달계약은 계약적인 성격을 띠고 있더라도 낙찰자의 결정은 행정행위로 보아 이에 대한 항고소송의 제기가능성을 인정하는 이론이다. 즉, 행정조달계약은 계약의 측면과 처분의 측면을 동시에 지닌다. 이에 따라 처분에 대해서 항고소송을 인정하여 소의 가능성을 확대하는 것이다. 이러한 이단계이론에 따르면 낙찰자의 결정에 처분성을 인정하여 계약 당사자 외에 제3자가 계약의 효력을 다툴 수 있다.

프랑스의 경우 분리가능한 행위 이론(*la théorie des actes détachables*)을 통해 계약을 체결하려고 하는 결정(*la décision de conclure le contrat*)을 별도로 행정행위로 보아 이를 계약에서 떼어내어 월권소송을 제기할 수 있게 하고 있다.

이점에서 프랑스의 행정계약이론에 기초한 해석방법은 우리에게 많은 시사점을 주고 있다. 프랑스의 행정법이론은 독일에서 받아들였지만 행정행위와 행정계약에 관한 이론이 너무나 상이한 것을 발견할 수 있다. 프랑스에서 행정행위(*l'acte administratif*)는 일방적 행정행위(*l'acte administratif unilatéral*)와 행정계약(*le contrat administratif*)으로 구

92) 윤성철, 전게서, p. 161.

성된다. 여기에서 프랑스의 일방적 행정행위는 독일에서 권력적 단독적 행정행위에 해당된다. 독일에서는 이러한 협의의 행정행위이론은 발달되어 있으나 공법상 계약에 관해서는 인정된 사례가 많지 않다. 그러나 프랑스에서 행정행위는 행정계약을 포함하는 광의의 개념(행정행위 = 일방적 행정행위 + 행정계약)으로 사용되고 있다. 또한 행정계약에 관하여 이론이 매우 발달되어 있으며 행정법에 있어서 핵심적인 개념(*le noyau dur*)으로 독자적인 영역을 구축하고 있다. 모처럼 학설과 판례가 민간투자법상의 실시협약을 공법상 계약(행정계약)으로 인정한 것은 행정계약이론의 발전을 개척할 수 있는 토대를 마련한 것으로 앞으로의 행정계약이론의 발전을 기대해 본다. 여기에서 프랑스의 행정계약이론의 발전은 우리나라가 충분히 고려할 수 있는 중요한 참고가 될 수 있다고 본다. 우리나라의 경우 독일의 영향을 받아 행정행위이론은 발달하였으나 공법상 계약(행정계약)에 관하여 인정하는 데에 인색한 태도를 보이고 있으며 주로 행정처분이론으로서 해결하려고 하는 경향이 있다. 행정계약 이론으로 충분히 해결할 수 있는 내용을 행정행위이론으로 설명하려고 하는 것은 문제점이 있다.

실시협약의 체결로 민간투자법상 사업시행자의 지정이 이루어진다. 따라서 실시협약의 체결 외에 별도의 사업시행자 지정처분을 하는 것은 민간투자법 제13조 제3항에 위반되어 효력이 없다. 즉, 실시협약의 체결없이 사업시행자 지정을 한 경우에는 사업시행자 지정의 효력이 발생하지 않으며 실시협약만을 체결하고 사업시행자 지정처분을 하지 않았다고 해서 실시협약을 체결한 법인에게 사업시행자의 지위가 인정되지 않는 것은 아니다.

표준실시협약을 비롯하여 거의 모든 실시협약은 “주무관청은 민간투자법, 민간투자법시행령, 시설사업기본계획 및 본 협약에 따라 () 주식회사를 본 사업에 대한 사업시행자로 지정하고, 운영개시일로부터

사업시행자에게 본 사업시설에 대한 관리운영권을 설정, 부여한다.”는 사업시행자 지정 문언을 두고 있다. 그러나 실시협약에서 사업시행자 지정문언은 필수불가결한 것은 아니다.

민간투자법에 의하면, 사업시행자가 허위 기타 부정한 방법으로 동법에 의한 지정·승인·확인 등을 받은 경우, 동법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우, 사업시행자가 실시계획에서 정한 사업기간 내에 정당한 사유없이 공사를 착수하지 아니하거나 공사착수 후 사업시행을 지연 또는 기피하여 사업의 계속시행이 불가능하다고 인정되는 경우, 동법 제14조 제3항의 규정에 의하여 설립된 법인이 제14조 제4항의 규정을 위반한 경우에 주무관청은 동법에 의한 명령이나 처분의 취소 또는 변경, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명하거나 기타 필요한 처분을 할 수 있고(제46조), 사회기반시설의 상황변경이나 그 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우, 전쟁·천재지변 기타 이에 준하는 사태가 발생한 경우에도 제46조의 처분을 할 수 있다(제47조). 위의 경우에 주무관청은 청문을 실시하여야 한다(제48조). 실시협약을 체결하여 사업시행자가 지정되었는데 이러한 사업시행자지정이 취소되는 경우(제49조)에 어떠한 법적 효과가 생기는가? 주무관청이 사업시행자지정을 취소하는 경우에는 실시협약도 당연히 효력을 상실한다고 보아야 한다. 왜냐하면 주무관청은 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하는 것이므로 실시협약과 사업시행자지정은 불가분의 관계에 있다고 할 것이기 때문이다.⁹³⁾

93) 조철호, 전계논문, p. 14.

제 5 절 사업시행자의 지정행위의 법적 판단과 사업시행자의 지위

1. 사업시행자 지정행위의 법적 판단

민간투자사업에 있어서 사업자를 지정하는 행위는 여러 가지 절차가 순차적으로 이루어진다. 먼저 협상대상자를 지정하고 그 협상대상자와의 일정기간의 협상을 거쳐 실시협약을 체결하고 사업시행자를 지정하여 사업을 시행하는 절차로 이루어진다. 우선협상대상자가 지정되면 이러한 우선협상대상자로 지정된 자가 최종적인 사업시행자로 결정되는 것이 우리나라의 관행으로 정착되어 있다.

실시협약의 체결을 전후로 하여 여러 가지 절차상의 행위가 이루어지는데 실시협약에 대해서는 공법상의 계약으로 보기 때문에 이에 대한 구제가 이루어질 수 있는 데 반하여 실시협약의 체결절차 전후로 이루어지는 행위에 대해서는 실시협약(계약)과 구분하여 처분성을 인정하여 구제를 확대하는 것이 전반적인 추세이다. 여기에서 먼저 염두에 두어 두어야 할 것은 민간투자제도의 이념은 공공사업에 민간이 참여하여 공공부문과 협력하여 공익을 추구하는 것이다. 따라서 민간투자법은 다른 국가계약보다 더 공공성을 추구하고 있는 것이며 민간투자사업의 사업자 선정과정에서 투명성과 공공성이 보다 강조되어야 한다. 실시협약 체결전의 절차로 협상대상자의 지정행위와 실시협약 체결을 분리하고 실시협약 체결 후의 절차로 사업시행자의 지정과 실시협약을 분리하여 처분성을 인정하여 이에 대한 항고소송을 인정하는 것이 필요하다. 실시협약의 체결은 강한 공공성을 지니며 따라서 행정조달계약을 포함한 국가계약과 달리 행정계약의 성질을 지닌다. 따라서 실시협약에 대해서는 공법상의 당사자소송을 통해 분쟁을 해결하여야 한다. 따라서 사업자 선정과정은 실시협약의 행정계약적 성

질에 따른 공법상의 당사자소송, 실시협약 전후의 절차에서 처분적 성질에 따른 항고소송에 의해서 법적 구제가 마련되어 있는 것이다.

2. 사업시행자의 지위⁹⁴⁾

민간투자법상의 “사업시행자”라 함은 공공부문의 외의 자로서 민간투자법에 의하여 사업시행자의 지정을 받아 민간투자사업을 시행하는 법인을 말한다.

(1) 사업시행자의 이중적 지위

현행 민간투자제도는 민간이 공공부문에 재정적으로 참여하여 실시협약을 체결하고 이에 따라 민간은 관리운영권을 행사하는 것을 내용으로 하는 행정계약이다.

민간은 주무관청과 실시협약을 체결함으로써 사업시행자의 지위를 가진다. 따라서 사업시행자는 주무관청에 대하여 ‘민간투자계약의 당사자로서의 지위’를 가짐과 동시에 민간투자사업의 시행에 있어서 제3자에 대한 ‘공행정주체로서의 지위’를 가지게 된다. ‘민간투자계약의 당사자로서의 지위’를 가짐으로써 사업시행자는 행정계약의 당사자로서 행정계약의 내용에 따라 민간투자사업을 시행하고 관리운영권을 행사할 수 있다. 또한 제3자에 대한 ‘공행정주체로서의 지위’는 일종의 ‘공무수탁사인’처럼 공행정주체로서의 고권적인 권한을 자신의 이름으로 행사할 수 있다.

1) 민간투자계약의 당사자로서의 지위

실시협약체결에 따른 사업시행자는 사업시설에 대한 관리·운영권을 독점적으로 가지게 된다. 민간투자계약의 쌍방당사자는 주무관청

94) 윤성철, 전게서, pp. 160-169.

과 사업시행자이고 사업내용은 이들 당사자에 의한 행정계약의 성격을 지니므로 이에 따른 권리와 의무를 지닌다. 행정계약의 성격을 지니므로 공공성이 강화되어 있고 이에 따라 주무관청은 사업시행자에 대하여 여러 가지 우월한 권리를 가지게 된다. 즉, 주무관청은 사업시행자가 실시협약의 내용을 이행하지 않는 경우에 실시협약을 해지할 수 있는 권리를 가진다. 다른 한편으로, 사업시행자는 당해 시설물을 이용하려는 모든 사람(이용자)에게 적절한 공공서비스를 지속적으로 공급할 의무를 부담한다. 여기에서 사업시행자에게 부과되는 의무로서 ‘차별금지 원칙’과 ‘공공서비스 계속원칙’을 들 수 있다. 사업시행자가 이용자에게 서비스를 제공함에 있어서 차별해서는 안 되며 공공서비스가 중단 없이 지속적으로 제공되어야 한다는 것을 의미한다. 사업시행자는 이용자에 대하여 사용료를 징수하는데 이에 대하여 행정청은 감독권을 행사할 수 있다. 즉 사용료 등 공공서비스 공급조건의 설정이나 변경 시에도 주무관청의 승인이나 인가를 받아야 한다.

2) 공행정주체로서의 지위

민간투자법상의 사업시행자는 실시협약의 행정계약 당사자로서 수용권, 부대사업시행권 등의 특권을 가지므로 공행정의 주체로서의 지위를 가진다. 이러한 지위는 독일법상의 공무수탁사인이나 프랑스법상의 공역무의 수입인의 지위와 유사하다.

(2) 사업시행자의 특권

민간투자법상의 사업시행자는 민간투자의 시행을 위하여 여러 가지 특권을 지닌다. 민간투자사업의 예정지역안에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 토지로서 민간투자사업의 시행에 필요한 토지에 대하여는 관계 행정기관의 장과 사전협의를 거쳐야 하며 당해 사업에 대한 시설사업기본계획이 고시된 날부터 당해 사업외의 목적으로 이를

매각할 수 없다(민간투자법 제19조 제1항). 제19조 제1항의 협의를 거친 민간투자사업의 예정지역안에 있는 국·공유재산은 국유재산법 및 지방재정법의 규정에 불구하고 사업시행자에게 수의계약으로 이를 매각할 수 있다(민간투자법 제19조 제2항). 민간투자사업의 예정지역안에 있는 국·공유재산은 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 국유재산법 및 지방재정법의 규정에 불구하고 사업시행자로 하여금 무상으로 사용·수익하게 할 수 있다(민간투자법 제19조 제3항). 주무관청은 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 민간투자사업의 예정지역안에 있는 토지를 매입하여 사업시행자로 하여금 무상으로 사용·수익하게 할 수 있다(민간투자법 제19조 제4항). 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 국·공유재산에 대하여 사업시행자에게 건물 기타의 영구시설물을 축조하기 위한 사용·수익의 허가 또는 대부를 할 수 있다(민간투자법 제19조 제5항). 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 경우에는 공익사업을위한토지의취득및보상에관한법률 제3조의 규정에 의한 토지·물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있다(민간투자법 제20조). 주무관청은 사업시행자가 민간투자사업을 시행함에 있어서 당해 사회기반시설의 투자비보전 또는 정상적인 운영을 도모하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부대사업을 당해 민간투자사업과 연계하여 시행하게 할 수 있다(제21조). 이러한 부대사업시행권은 실시협약에 포함되어야 하며 여기에 해당되는 부대사업의 리스트가 민간투자법 제21조 제1항에서 규정되어 있다 : 1. 주택법에 의한 주택건설사업, 2. 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업, 3. 국토의계획및이용에관한법률에 의한 도시계획시설사업, 3의2. 도시개발법에 의한 도시개발사업, 4. 도시및주거환경정비법에 의한 도시환경정비사업, 5. 산업입지및개발에관한법률에 의한 산업단지개발사업, 6. 『관광진흥법』에 의한 관광숙박업, 관광객이용시설 및 관광지·관광단지 개발사업, 7. 『물류시설의 개발 및 운영에 관

한 법률』에 따른 물류터미널사업, 8. 항만운송사업법에 의한 항만운송사업, 9. 유통산업발전법에 의한 대규모점포(시장에 관한 것을 제외한 다), 도매배송업 또는 공동집배송단지사업, 10. 지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률에 의한 복합단지개발사업, 11. 제4조 제2호의 규정에 따른 민간투자사업의 경우 근린생활시설·문화집회시설 등 당해 사회기반시설의 정상적인 활용과 기능발휘에 기여하고 국가 또는 지방자치단체의 재정지원을 절감할 수 있는 수익사업.

제 6 절 실시협약에 관한 쟁송

1. 분쟁의 구조

실시협약의 당사자는 주무관청과 사업시행자이지만 사업시행자는 이용자에 대하여 사용료를 징수할 수 있으므로 민간투자사업에서는 주무관청, 사업시행자, 이용자 사이의 3면의 법률관계를 검토하여야 한다.

2. 3면 관계에서의 분쟁의 형태와 소송상의 해결

(1) 사업시행자가 되기 이전의 소송형태 : 우선협상대상자 지정처분의 취소소송

민간투자법에 따르면 주무관청은 제출된 사업계획을 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중에서 협상대상자를 지정하고, 지정된 협상대상자와 협상을 통하여 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다. 우선협상대상자 지정처분의 취소소송은 먼저 우선협상대상자 지정행위의 처분성을 인정할 수 있는가에 관한 문제이다.

위에서 본 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고, 2003누6483의 우선협상대상자 지정처분 취소사건에서 이 문제는 깊이 있게 다루어지고 있다. 상기의 판결에서 두 가지 입장이 대립되고 있다. 피고 및 보조 참

가인측은 법에 의한 우선협상대상자 지정행위는 실시협약을 체결하기 위한 사전협상의 편의를 위한 행위이고, 그 자체로서 실시협약의 체결이 구속된다거나 반복할 수 없는 효력을 갖는 것은 아니므로 사실상 주무관청의 내부적인 업무절차나 사실행위로서 실시협약의 체결에 앞선 사전 준비행위에 불과하며 그 자체로 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 공권력적 행위라고 볼 수 없다고 주장하였다.

이에 대하여 고등법원은 우선협상대상자 지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제조건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판시하였다.

본 연구에서는 민간투자법상의 실시협약을 연구대상으로 하지만 우선협상대상자지정은 실시협약 및 사업시행자의 지정과 밀접한 관련이 있으므로 실시협약과 함께 다루어야 할 사안이다. 민간투자법상의 실시협약은 공법상 계약이고 이러한 공법상 계약의 체결의 전제로서 우선협상대상자 지정처분은 우선협상대상자로 지정되지 않은 사업자를 주무관청과의 협상에서 배제시키는 효력을 가지므로 항고소송의 대상인 행정처분에 해당된다. 고등법원의 판결문을 인용하면 다음과 같다 : “... 주무관청에 의하여 우선협상대상자로 지정된 사업자는 주무관청과의 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 우선협상대상자로 지정되지 않은 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보(차순위 협상대상자의 경우) 당하게 된다고 할 것이다. 따라서 우선협상대상자지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제조건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다...”.

따라서 우선협상대상자 지정처분에 대해서는 행정소송법상 항고소송으로서 취소소송이 인정된다.

(2) 주무관청과 사업시행자의 관계

1) 사업시행자 지정처분의 취소소송

실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하게 되는 데 제3자가 이러한 사업시행자지정처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해서도 두 가지 견해가 대립된다. 먼저 제3자가 사업시행자지정처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있다는 견해가 있다. 이에 대한 이론적 근거는 다음과 같다. 복효적 행정행위에 있어 행정주체에 의한 상대방의 수익처분(사업시행자의 지정에 따른 수익)으로 법률상 이익의 침해를 받은 제3자는 취소소송을 제기할 수 있다. 만약 실시협약의 체결과 별도로 사업시행자 지정처분이라는 행정처분의 독립성을 인정한다면 이러한 항고소송을 인정할 수 있을 것이다. 또한 법원이 우선협상대상자 지정행위의 처분성을 인정하고 있고, 민간투자법이 법령위반 등의 경우(제46조), 또는 공익을 위하여 필요한 경우(제47조)에 사업시행자 지정을 취소할 수 있도록 규정하고 있으므로, 사업시행자 지정처분의 독립성을 인정하여 이에 대한 사업시행자 지정처분의 취소소송이 인정될 수 있다는 것이다. 행정계약이론이 매우 발달된 프랑스의 경우도 분리가능한 행위이론(*la théorie des actes détachables*)을 통하여 취소소송을 인정하고 있다. 이를 이해하기 위해서는 프랑스의 행정소송제도를 이해할 필요가 있다. 즉 프랑스의 행정소송은 취소소송(*le contentieux d'annulation*), 특히 월권소송(*le recours pour excès de pouvoir*)과 완전심리소송(*le contentieux de pleine juridiction*)으로 나누어지며 행정청의 결정(*la décision*)은 월권소송의 대상이고 행정계약은 완전심리소송의 대상이 된다. 행정계

약의 경우 완전심리소송의 대상이 되고 행정계약을 체결하기로 하는 결정이나 해지하기로 결정하는 행위는 행정행위(우리나라의 행정처분에 해당된다)로서 계약으로부터 떼어내어 분리할 수 있으며 이와 같이 분리되는 행위(l'acte détachable)로서 월권소송의 대상이 된다. 민간투자법상의 실시협약은 행정계약의 성질을 지니므로 발전된 프랑스의 행정계약법리가 충분히 우리나라에서 적용될 수 있으므로 비교법적으로 검토할만한 중요한 가치를 지니고 있다.

2) 공법상의 당사자소송

민간투자법상의 실시협약은 행정계약의 성질을 지니므로 실시협약과 관련하여 주무관청과 사업시행자 사이에 발생하는 분쟁에 관한 소송은 민사소송이 아니라 행정소송법상 당사자소송으로 다루어야 한다. 행정소송법상 당사자소송에 관하여 행정소송법은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다고 규정하고 있다(행정소송법 제3조 제2호).

실시협약과 관련된 행정처분에 대해서는 행정소송법상 항고소송에 따라야 하며 실시협약의 적용 및 해석에 있어서는 원칙적으로 실시협약이 행정계약의 성질을 지니므로 공법상의 원리가 적용되어야 할 것이다.

3) 사업시행자지정 취소처분의 취소소송

민간투자법 제46조, 제47조에 따라 주무관청이 사업시행자지정을 취소하는 경우 이러한 사업시행자지정 취소는 행정소송법상 처분에 해당되므로 사업시행자는 그 취소처분의 취소소송을 행정법원에 제기할 수 있다. 주무관청이 민간투자법에 의하여 사업시행자지정을 취소하는 경우에 그 처분은 취소소송의 대상이 된다고 볼 수 있다.

(3) 주무관청 및 사업시행자와 이용자 등과의 관계

이것은 실시협약이 이용자에 대하여 일반처분성을 긍정할 수 있는냐는 문제이다. 다시 말하자면 실시협약의 내용이 이용자 내지 이해관계자에게 직접적인 영향을 미치는가에 관한 것이다. 통상적으로 볼 때에 실시협약에서 사용료를 결정하게 된다. 이용자의 경우 민간투자법상 실시협약은 ‘일반처분’의 성질을 가지므로 이용자에 대한 실시협약의 직접적 처분성이 인정된다.⁹⁵⁾ 따라서 이용자는 실시협약을 대상으로 하여 항고소송을 제기할 수 있다. 또한 실시협약 체결 후 사업시설의 준공 후 사업시행자의 관리운영권에 의하여 이용자에게 사용료를 부과하는 것은 구체적·개별적인 행정작용이므로 처분성을 인정하여 ‘사용료부과처분취소소송’을 제기할 수 있다고 본다.

95) 윤성철, 전게서, pp. 175-177.

제 5 장 결 론

본 연구는 민관투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구로서 “민관협력(PFI)”을 중심으로 살펴보았다. 민간투자제도(PFI)는 민관협력의 하위개념으로서 최근에 정부재정을 보완하기 위해 도입된 개념이다. 주로 영국에서 시작된 개념으로 인식하는데 세계적으로 보급되어 보편성을 띠는 제도로 정착되었다. 민간투자제도는 민관협력의 발전과정에서 등장한 개념이며 협의의 민관협력으로 이해되고 있다. 민관협력은 공공부문에 민간부분이 참여하는 것을 내용으로 하는데 일반적으로는 이러한 분야에서 이루어지고 있는 계약으로 인식되고 있다. 따라서 이러한 계약은 민간투자제도에서 실시협약으로 이해되며 이러한 실시협약의 성격을 규명하는 것을 주요한 내용으로 할 것이다. 실시협약은 행정계약으로 보는 것이 일반적이며 우리나라에서는 행정계약이론에 친하지 않아 모처럼 행정계약성을 인정하는 놀라운 발전을 이루었는데 행정계약성을 어떻게 발전시킬 것인지 방향을 잡는 것이 중요하다. 행정계약에 대해서는 프랑스가 이론적으로나 실무상으로나 확실하게 기반을 구축하고 있다. 이러한 프랑스의 행정계약이론을 도입함으로써 민관협력계약의 일종으로서의 민간투자법상의 실시협약의 성격과 입법체계를 새로이 해석하고 행정조달계약을 포함한 국가계약법을 사법상의 계약으로 보는 문제점을 개선하여 새로운 입법방향을 제시하는 것이 필요하다.

민관협력이 등장하게 된 것은 민간이 행정의 객체가 아니라 행정의 주체로서 공공부문에 참여하고 공공부문과 민간부분이 협력할 필요성이 강조되게 된 것이다. 여기에서 등장한 것이 ‘뉴거버넌스 이론’(New-Governance Theorie)이다. 이 이론에 따르면 공공서비스 전달 또는 공공문제를 해결하는 과정에서 정부라는 제도적 장치에 전적으로 의존하기 보다는 정부와 민간부문 및 비영리부문간의 협력적 네트워크를

적극 활용하는 것이라고 할 수 있다. 민간투자법 제1조(목적)는 민간투자사업(PFI : Private-Finance-Initiative)이 민관협력의 가장 중요한 유형이며 사회기반시설의 확충·운영에 민간의 참여를 규정하고 있다. 민관협력은 공공부문과 사적부문의 협력이라는 광의의 개념으로 정의 내릴 수 있다. 이러한 민관협력의 유형으로서는 민영화, 민간위탁, 민간투자사업 등을 포괄하는 개념으로 볼 수 있다. 협의로는 공공사업에 대한 민간투자(private finance initiative)를 의미한다.

특히 민간투자법상의 실시협약을 우리나라 이론과 판례에서 행정계약으로 보고 있으므로 공공성이 강화되고 있으며 프랑스에서도 민관협력계약(le contrat de partenariat)을 행정계약으로 보고 있으므로 보다 발전된 프랑스의 행정계약이론에 기초한 바람직한 방향을 제시할 수 있다고 본다.

프랑스에서 민관협력계약(les contrats de Partenariat)은 영국의 민간투자제도(Private Finance Initiative, PFI)의 영향 아래 2004년 6월 17일 법률명령(l'ordonnance)에 의하여 도입되었다. 이러한 민관협력이 도입되기 이전에는 행정계약으로서의 양허(la concession)를 포함한 공역무위임계약(le contrat de la délégation du service public)에 의하여 규율되었다. 프랑스 민관협력계약은 행정계약이므로 우리나라의 민간투자법상의 실시협약과 그 궤를 같이 한다는 점에서 프랑스의 민관협력계약은 우리나라에서 비교·검토할 만한 충분한 가치를 지닌다고 볼 수 있다. 프랑스에서 민관협력은 양허를 포함한 공역무의 위임계약(le contrat de la délégation du service public)과 협의의 민관협력계약(les contrats de Partenariat)을 포함하는 넓은 의미로 사용되고 있다.

프랑스에서의 민간투자제도는 행정계약에 기초를 두고 있다. 프랑스의 행정계약은 계약의 당사자 중의 적어도 일방당사자가 공법인으로서 체결하는 계약(조직적 기준)으로서 공역무 수행에 직접적으로 참여하거나 일반법의 배제조항(les clauses exorbitantes du droit commun)과

같은 예외적인 법제의 적용을 받는 계약(실질적 기준)으로 정의할 수 있다. 우리나라의 경우 민간투자법상의 실시협약이 행정계약의 성질을 지니고 있으므로 프랑스의 입장과 유사하다. 따라서 본 연구에서는 프랑스의 행정계약이론에 부합되는 민간투자제도이론을 제시하여 행정계약이론에 대한 연구가 부족하며 미흡한 우리나라의 현실을 보완하고자 하였다.

민간투자사업은 공공부문과 민간부문이 협력하는 민관협력의 정신에 기초를 두고 있는 사업방식이다. 협의의 민관협력, 즉 민간투자제도가 추구하는 이념은 민간부문의 공공사업에의 참여와 공공부문과의 협력을 바탕으로 공공사업에 대하여 ‘공공성’을 유지하면서도 민간의 자본, 창의력, 기술력 등을 도입하여 ‘효율성’을 극대화하면서 민간 참여의 유인책으로서 민간사업자의 ‘수익성’을 보장하는 데에 있다. 민간투자법이 공법적 성격을 지니고 실시협약이 행정계약의 성격을 지니므로 공공성이 강조되며 이러한 민간투자사업의 이념으로서의 공공성이 민간투자법의 절차나 내용에 구현되어 있다는 것에 유의해야 한다. 공공성은 공익의 추구를 의미하므로 행정법의 지배개념에 해당된다. 따라서 사회기반시설에 의한 민간투자법에는 사익의 추구, 사적 계약, 시장적 질서와 같은 요소보다는 공익의 추구가 강조된다. 따라서 민간투자법제에서는 민간투자사업에 있어서 공공성을 강화하기 위한 방안을 강구하여야 한다. 우리나라 민간투자법에는 ‘민간투자심의 위원회’의 설치 및 운영(제5조 내지 제6조), 민간투자사업에 대한 감독에 관한 규정(제45조 이하)과 같은 공공성 통제를 위한 규정들을 두고 있다. 민간투자사업의 진행절차를 보면 이러한 공법적 성격이 두드러지게 나타나고 있다. 행정계획의 수립, 우선협상대상자지정, 실시협약이라는 공법상의 계약체결, 사업시행자 지정, 사업시행자의 토지 수용·사용, 사회기반시설 및 공공시설의 공급, 이용자에 대한 사용료 강제징수 등 관리운영 등에서 살펴볼 때에 민간투자법은 공법의 규율

을 받고 있다는 것을 알 수 있다.

민간투자법상의 실시협약의 법적 성격에 관하여 공법상의 계약으로 보는 것이 우리나라의 학설과 판례의 입장이다. 이와 같이 민간투자법상의 실시협약을 공법상의 계약으로 보는 것은 주목할 만하다. 왜냐하면 우리나라에서 공법상의 계약으로 인정하고 있는 것은 계약직 공무원의 채용계약과 민간투자법상의 실시협약 뿐이고 아직도 공법상의 계약으로 인정하는 데에 인색하고 행정계약에 관한 이론이 완전히 정립되어 있지 않으며 행정계약의 총체적 체계를 제시하지 못하고 있기 때문이다. 앞으로 이 부분에서 발전이 이루어져야 한다. 반면에 프랑스는 행정계약의 구별기준을 조직적 기준과 실질적 기준으로 나누어 이상적인 모델을 제시하고 있으며 이에 관한 입법과 판례의 집적으로 문제를 해결하고 있다. 프랑스법의 행정계약의 연구가 우리나라의 행정계약의 개념의 발전에 기여할 수 있을 것이다. 이러한 발전된 프랑스 행정계약론을 도입하여 참여와 협력의 국가원리로 발전시킬 필요가 있으며 민간투자법에서 실시협약을 행정계약으로 봄으로써 민간투자법의 공공성을 중시하여야 할 것이며 단순히 시장원리에 의한 사회간접자본시설의 확충으로 볼 것이 아니라 공공성이 강화된 민간투자법의 원리를 구축하여야 할 것이다. 실시협약의 내용에도 그러한 공공성이 반영되어 사업시행자 및 감독청에 대하여 공공성의 보장을 위한 여러 가지 특권과 의무를 부여하고 있다.

‘실시협약’의 문제점을 개선하기 위한 방안으로서 ‘표준실시협약’의 필요성이 제기된다. 표준실시협약을 마련해 두고 있으면 민간투자사업의 협상 및 실시협약체결에 중요한 지침의 역할을 할 수 있으며 국내외 투자자의 투자의사결정에 투명성과 예측가능성을 높일 수 있다. 이러한 표준실시협약을 통하여 실시협약의 기준적 모델을 제시할 수 있게 되어 주무관청과 사업시행자는 실시협약에 기초하여 계약을 유용하게 체결할 수 있는 것이다. 우리나라의 경우 KDI의 공공투자관리

센터가 수차례에 걸쳐 표준실시협약의 모델을 제시하고 있다.

판례와 다수설은 실시협약을 행정계약으로 보고 있다. 이러한 태도는 중요한 법적 문제를 제기한다. 우리나라에서는 독일의 영향을 받아 행정계약이론의 발전이 더디다. 그런데 민간투자법상의 실시협약을 행정계약으로 봄으로써 행정계약이론의 발전이 기대된다. 특히 프랑스에서는 행정계약을 조직적 기준과 실체적 기준으로 나누어 발전된 이론을 구성하고 있다. 이런 점에서 프랑스 행정계약이론은 충분히 논의할 필요가 있다. 또한 소송 면에서도 민간투자법상의 실시협약을 행정계약으로 인정함으로써 공법상의 당사자소송의 폭을 넓혀주었다는 점에서 중요한 가치를 지닌다. 종래에 공법상의 당사자소송으로 다루어야 할 사항을 우리나라 학계와 실무가들에 의해서 민사소송으로 해결한 오류가 존재하였다. 이에 따라 학계에서는 당사자소송활성화론이 끊임없이 대두된 것이 사실이다. 그런데 민간투자법상의 실시협약이 행정계약으로 인정됨으로써 분쟁구조가 공법상의 당사자소송이 적용되는 터전을 갖추게 되었고 이 점에서 공법상의 당사자소송이 이 분야에 상당히 적용될 것으로 기대된다.

민간투자법상의 실시협약을 행정계약으로 다수설과 판례가 인정하고 있으므로 이에 맞추어 행정조달계약을 포함한 국가계약법을 행정계약으로 하는 입법론상의 개정이 필요하다. 국가계약법상의 국가계약이나 민간투자법상의 실시협약 모두 공적 부문과 사적 부문이 결합된 영역이다. 국가계약법상 국가계약에 대해서는 사법상의 계약으로 규정되어 있으나 민간투자법상의 실시협약의 경우 행정계약으로 봄으로써 보다 공공성이 강화되어 있다는 점에 유의해야 한다. 즉 민간투자제도와 그 실시협약이 행정조달계약을 비롯한 국가계약보다 공익적 요소를 많이 포함한다고 볼 수 있다. 다만 국가계약과 민간투자법상의 실시협약의 이론적 체계가 조화를 이루기 위해서는 입법론적으로 공공조달계약을 포함한 국가계약을 행정계약으로 하는 국가계약법의

개정이 필요하다고 본다. 프랑스 행정계약론을 도입할 필요성이 커진다. 국가가 개입하고(조직적 기준) 공법상의 이론에 입각(실체적 기준)하고 있다면 이를 행정계약으로 보는 것은 당연한 것이다. 민간투자법상의 실시협약에서 행정계약론이 자리를 잡았다면 이러한 행정계약론이 공공조달계약을 포함하는 국가계약으로 확장되어야 할 것으로 본다.

민간투자법상의 실시협약의 제3자에게도 소송의 문을 열어놓기 위하여 실시협약의 처분성을 인정할 필요성이 있다. 실시협약의 체결은 공법상의 계약이라는 성격과 사업시행자의 지정이라는 처분적 성격이 동시에 발생하는 이중적 성격을 가지는 행위이다. 실시협약의 계약체결에서 사업자 지정을 분리해 내는 것은 실시협약에 처분적 성격을 인정한 것으로 계약당사자 외의 제3자의 소제기 가능성을 확대하는 것으로 가치를 지닌다. 실시협약에 계약적 성격이외에도 처분적 성격을 인정함으로써 사업자 선정에 있어서 투명성을 확보할 수 있고 민간투자사업의 공공성이 보다 강화될 수 있다.

참고문헌

- 기욤 브리앙(Guillaume Briand)/정철한(역), “외국인의 관점에서 본 한국의 민간투자제도”, 국토, 통권 249호, 국토연구원, 2002. 7.
- 기획예산처, “민간투자사업기본계획”, 2008. 1.
- 기획예산처·한국개발연구원, <민간투자사업 업무 매뉴얼>, 2006.
- 김대인, □□행정계약법의 이해□□, 경인문화사, 2007.
- _____, “행정기능의 민영화와 관련된 행정계약 - 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구, 제14호, 행정법이론 실무학회, 2005. 10.
- 김동희, □□행정법 I□□, 박영사, 2008.
- 박종일, “민간투자사업 표준실시협약의 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2007. 12.
- 범상운, “민간투자법제에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위논문, 2008. 2.
- 선지원, “사회기반시설에 대한 민간투자법에 관한 연구 - 협상대상자 지정과 실시협약의 법적 성질을 중심으로 -”, 한양대학교 석사학위논문, 2008. 8.
- 안도걸, “BTL 사업추진방향”, 국토, 282권, 국토연구원, 2005.
- 유영철, “신거버넌스로서 민-관 협력 그리고 민간투자에 관한 연구 : 공공서비스 확충을 위한 민간투자방식의 레짐이동을 중심으로”, 『한국행정논집』, 20(1), 2008.
- _____, “사회기반시설의 확충을 위한 민간투자 정책개발에 관한 연구 - 수익형 민자사업과 임대형 민자사업의 사례연구를 중심으로 -”, 한국정책학회보, 제17권 2호, 2008. 6.

참고문헌

- 윤성철, “공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2004.
- _____, □□민간투자법제연구 - 실시협약의 법적 성질 및 쟁송을 중심으로□□, 한국학술정보, 2006.
- 윤현진, “공공부문에서의 민관파트너십(Public-Private Partnership : PPP) 과 새로운 행정법 모델”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2009.
- 이규방·송병록·김영대·박재민·정민용, □□인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립연구□□, 국토연구원, 2000.
- 이순우, “프랑스 행정계약의 개념”, 한양법학, 제20권 1집(통권 제25집), 한양법학회, 2009. 2.
- 이종규, “민간투자자와 파트너십으로 도시경쟁력 강화해야”, 서울경제브리프, 제31호, 서울시정개발연구원, 2004.
- 이종수·윤영진의 49인 공저, □□새 행정학□□, 대영문화사, 2005, pp. 175-177.
- 조용만, “SOC 민간투자사업 추진현황 및 제도변화”, 건설경제, 2007년 봄호, 통권 51권.
- 홍성필, “민간투자사업을 위한 법적 검토”, 『법제』, 법제처, 2002. 2.
- 홍성필·김세용·김난주 외, □□수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약안 연구□□, KDI 공공투자관리센터, 2006.
- LEE Sun-Woo, Étude sur le contrat administratif - Contribution à une étude du droit comparé de la Corée et de la France, Thèse, Université de Paris 1, 2008.
- Morand-Deville (J.), *Droit administratif*, Montchrestien, 10^e édition, 2007.
- Richer (L.), *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 5^e éd., 2006.