

## 민간투자법제에 있어서의 국가와 민간의 역할 분담 확립에 관한 연구\* \*\*

- 네트워크 이론과 보장국가론의 관점을 중심으로 -

A Study on the Division of Roles between Public Sector and Private Sector in PFI

- Focused on the Network Theory and Guarantee State(Gewährleistungsstaat  
Theorie)'s Perspective -

황 지 혜 (한양대학교 공공안전정책센터 연구 조교수)

Hwang, Ji-Hye / Ph.D in Law, Research professor of Public Security Policy Center in Hanyang University

- I. 서 론
- II. 네트워크 이론과 보장국가론
- III. 민간투자법제에 있어서의 역할 분담 확립
- IV. 새로운 민간투자법제 도입을 통한 역할 분담 확립
- V. 결 론

### 국문초록

현대의 공적 임무 수행은, 과거와 달리, 공공과 민간의 협력을 요구하고 있다. 이와 같이 공적 임무 수행의 형식이 변화하면서, 최근에는 공공과 민간 사이의 더욱 밀접한 관계를 추구하는 네트워크 이론(Network Theory)이 논의되고 있다. 특히 사화(Privatisierung)에 의한 공공 서비스 제공과 관련하여, 민간과의 협력으로 공적 임무를 수행할 때에 국가가

\* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임. (NRF-2017S1A5B4055753) [This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2017S1A5B4055753)].

\*\* 본 논문의 II-2. 보장국가론에 대한 내용과, III. 기존의 민간투자 관련법제에 있어서의 역할 분담 확립은, 황지혜, “한국과 일본의 민간투자사업 관리통제방안에 관한 비교법적 연구-사업종료후 관리기관 설정방안을 포함하여-”, 『토지공법연구』 제87집, 한국토지공법학회, 서울, 2019, 81-110면을 기초로 작성되었음을 미리 밝힙니다.

임무 수행의 최종적인 책임을 진다는 보장국가론(Gewährleistungsstaat Theorie)도 논의되고 있다.

이와 같은 네트워크 이론과 보장국가론의 관점에서 고찰하는 것이 요구되는 공공 서비스 제공 형태로는, 민간 자본을 유치하여 사회기반시설을 정비하는 민간투자(Private Finance Initiative, PFI)가 있다. 한국에서 재정 악화를 해결하기 위해 민간투자가 확대되고 있어, 네트워크 이론과 보장국가론의 관점에서 고찰할 필요성이 크다.

이와 같은 동기에서, 본 논문은, 네트워크 이론과 보장국가론의 관점에서 민간투자제도의 개선 방안을 논하고자 한다. 민간투자 관련법제를 개선하여 활용하는 방법과, 새로운 민간투자 관련법제를 도입하여 활용하는 방법으로 나누어 논하고자 한다. 민간투자 관련법제를 개선하여 활용하는 방법의 구체적인 실현 수단으로는, ① 명확한 책임 분담 확립, ② 주무관청의 실시협약 변경 요구권, ③ 공익을 위한 처분이 있으며, 보다 적절한 제도를 개선하기 위해 일본 법제도와 비교한다.

새로운 민간투자 관련법제를 도입하는 방안으로는, 국가와 민간사업자에게 관리자라는 지위를 부여하여 역할 분담을 시도하는 방법을 들 수 있다. 즉, 국가는 공공관리자라는 지위를, 민간사업자에게는 시설관리자라는 지위를 부여하는 것이다. 이와 같은 관리자의 지위를 부여하여, 국가에게는 사업 지원 및 감독이라는 역할을 명시하고, 민간사업자는 사업 수행이라는 역할을 명시하여 책임 분담을 확립하는 것이 목적이다.

### Abstract

To perform government's public service in contemporary age, government's(public sector) cooperation with private sector is demanded. Following changes of forms and ways in performing public service, Network Theory(which means more closer relationship between public sector and private sector) has been discussed recently. When public service is provided through privatized ways("privatization", "Privatisierung"), Guarantee State Theory(Gewährleistungsstaat Theorie) that the state has responsibility to guarantee good quality of public service has been discussed recently in the academic society.

From the new perspective provided by Network Theory & Guarantee State Theory, PFI is most needed to induce private capital & to arrange Social Overhead Capital(SOC). In Korea, PFI is expanding because of government's financial limitation. Network Theory and Guarantee State Theory's view is helpful in this situation.

For this reason, the writer suggests how to improve PFI system based upon the Network Theory and Guarantee State Theory's view. To improve PFI system,

following two ways can be considered. First, to arrange PFI system which has been already available at the present. Second, to introduce new system of PFI. To arrange PFI system which has been already available, following three ways can be considered: ① clear division of responsibility between public sector and private sector, ② public sector's(states) right to demand to revise PFI contract, ③ state's right of termination of PFI contract for public interest.

To introduce new system of PFI, two ways are reviewed. To give private sector the role of "facility manager" and to give administrative agency the role of "public manager". The former has the effect of strengthening responsibility for private sector, while the latter has the effect of supervising PFI effectively.

(주제어) 민간투자(Private Finance Initiative(PFI)), 네트워크 이론(Network Theory), 보장국가론(uarantee State(Gewährleistungsstaat Theorie)), 실시협약 변경 요구권(public sector's(states) right to demand to revise PFI contract), 공익을 위한 처분(state's right of termination of PFI contract for public interest), 공공관리자(public manager), 시설관리자(facility manager)

## I. 서론

1990년대부터 대두된 신공공관리체제(New Public Management, NPM)에 의하여, 민간이 행정에 참여하게 되었다. 이와 같이 공적 임무 수행의 형식이 변화하면서, 오직 국가나 지방자치단체만이 행정주체로서 행정을 할 수 있다는 이론으로는 문제 대응이 어렵게 되었다. 이러한 문제에 대응하기 위하여, 공공과 민간이 협력을 통해 공적 임무를 수행한다는 민관협력(Public-Private Partnership) 이론이 발전하였다.<sup>1)</sup> 최근에는 민관협력 이론을 넘어, 공공과 민간 사이의 더욱 밀접한 관계를 추구하는 네트워크 이론(Network Theory)이 논의되고 있다. 공공과 민간 사이의 협력의 정도 뿐만 아니라, 공공과 민간 사이의 역할에 관한 논의도 공법학에서 활발하게 논의되고 있다. 이러한 역할에 관한 논의는, 특히 사회화(Privatisierung)와 관련하여, 민간과의 협력으로 공적 임무를 수행할 때에 국가가 임무 수행의 최종적인 책임을 진다는 보장국가론(Gewährleistungsstaat Theorie)<sup>2)</sup>이 대표적이다.

1) 민관협력 이론에 관하여는, 김해룡, "PPP에 있어서의 법적 고찰", 『법학논고』 제35집, 경북대학교 법학연구원, 대구, 2011, 152-153면을 참조할 것.

2) 김남진, [제23판]『행정법 I』, 법문사, 서울, 2019, 15면.

이와 같은 네트워크 이론과 보장국가론의 관점에서 고찰하는 것이 요구되는 공적 임무 수행으로는, 공공 서비스 제공이 있다. 공공 서비스 제공은 국민의 생활과 밀접한 관련이 있기 때문에, 새로운 이론 정립과 제도 개선이 시급하게 요구된다. 민간과의 협력을 통해 공공 서비스를 제공하는 사업 방식은 여러 가지가 있지만, 그 중 전세계적으로 민간 자본을 유치하여 사회기반시설을 정비하는 민간투자(Private Finance Initiative, PFI)가 많이 활용되고 있다. 한국도 저출산 고령화 현상으로 인한 세수의 감소와 이에 동반한 국가 및 지방 재정의 악화로 민간투자가 확대되고 있다. 이러한 현상에서 볼 때, 다른 민관협력의 유형보다도 네트워크 이론과 보장국가론의 관점에서 고찰할 필요성이 크다고 생각한다.

이와 같은 동기에서, 본 논문은, 네트워크 이론과 보장국가론의 관점에서 민간투자제도를 개선할 수 있는 방안을 제시한다. 이를 위해, 먼저 이론적 기초로써 네트워크 이론과 보장국가론에 대해 논하고자 한다. 그리고 두 이론에 기초한 문제 해결 방안을, 기존의 민간투자 관련법제와 새로운 민간투자 관련법제 도입으로 나누어 고찰하고자 한다. 특히 기존의 민간투자 관련법제를 분석할 때에는, 한국과 가장 유사한 일본의 민간투자법제를 비교법적으로 고찰하고자 한다.

## II. 네트워크 이론과 보장국가론

### 1. 네트워크 이론(Network Theory)

#### (1) 네트워크 이론의 정의

네트워크 이론이란, 사회학 등에서 말하는 현대 조직형태의 하나로써, “형태를 가지고 분리되어 존재하는 다수의 행동주체가, 각각의 주체가 가지는 독립성에도 불구하고, 중요한 자원에 관하여 서로 의존하고, 자원교환을 위해 장기적인 관계를 구축하는 것”을 내용으로 하는 이론을 말한다.<sup>3)</sup> 어떠한 행동주체 간의 관계가 네트워크로 인정되기 위해서는, ① 복수의 행동주체가 존재하여야 하고, ② 각각의 행동주체 사이에 사회적인 관계망(Geflecht)이 존재하여야 하며, ③ 네트워크 관계망에 의해 얻을 수 있는 효과로써, 신뢰나 정보 등의 관계자본 또는 재화의 교환을 가능하게 하는 사회적인 결합(Eingebundenheit)이 있어야 한다는 조건이 필요하다.<sup>4)</sup> 이러한 네트워크는 통상 행동주체간의 분쟁을 해결하는

3) 네트워크 관계의 예로는 협동조합이나, 합병 사업 등이 있다. 人見 剛, “公私協働からネットワークへ—行政法學におけるネットワーク研究序説”, 野呂 充/岡田 正則/人見 剛/石崎 誠也(編), 『現代行政とネットワーク理論』, 法律文化社, 東京, 2019, 38頁. 이러한 네트워크 관계가 한국의 행정법학에 미친 영향에 대해서는, 金 海龍, “韓國における市民社會のネットワークと行政法に對するその影響”, 野呂 充/岡田 正則/人見 剛/石崎 誠也(編), 『現代行政とネットワーク理論』, 法律文化社, 東京, 2019, 3-12頁을 참조할 것.

4) ヤン・ツイーコウ, 野呂 充(訳), “社会科学におけるネットワーク研究と公法—ネットワークという概念は

권위의 핵심에 위치하지 않는다는 점에서, 계층구조와 구별된다. 그리고 가격이나 교섭보다도, 상호신뢰나 협상에 의지하여, 행동주체가 반복하여 지속적인 상호교환을 한다는 점에서 시장과도 구별된다.<sup>5)</sup>

네트워크 이론은 본래 사회학 등의 사회과학에서 출발하였지만, 이후 법학에서도 논의되기 시작했다. 법학의 영역에 네트워크 개념을 적극적으로 도입한 독일의 법학자 토이브너(Teubner)에 의하면, 네트워크화 현상의 예로써, 그는 “기술 네트워크”, 즉 운송, 에너지 공급, 원거리 통신 네트워크 등 기술적으로 네트워크화된 사회기반시설, 독립된 컴퓨터가 대규모로 결합하여 발생한 정보 네트워크, 그리고 신뢰 네트워크를 든다. 여기서 말하는 신뢰 네트워크란, 행동주체가 서로의 신뢰에 기초하여 협력하는 사회관계를 말하는 것으로, 개인적인 관계, 가족의 결합, 혈족 관계, 친구 관계, 직업, 권력, 영향 및 기타 사회 상호의존의 형식을 예로 든다.<sup>6)</sup> 이러한 신뢰 네트워크에 기초하여, 현대의 국가는, 더 이상 정치의 계층적 결정의 중심이 아닌, 공적·사적인 집합의 분권 네트워크로 보는 것이 타당하다고 한다.<sup>7)</sup>

네트워크 이론에서 파생된 것으로 네트워크 거버넌스가 있다. 네트워크 거버넌스란, 하나의 행동주체에 국한되지 않고, 여러 행동주체 간의 네트워크를 기반으로 공동으로 의사결정을 하는 것을 말한다.<sup>8)</sup> 이러한 네트워크 거버넌스가 대두된 배경에는, ① 세계화에 따른 국가의 상대화로 등장한 글로벌 거버넌스<sup>9)</sup>, ② 사화(Privatisierung)의 진행과 NPO 등의 공적 역할을 담당하는 사적 조직의 확대와 이에 동반한 민관협력의 발전을 들 수 있다.<sup>10)</sup> 공법의 관점에서 네트워크거버넌스가 의미를 가지는 것은, 이러한 네트워크 거버넌스가 공적 임무 수행에 영향을 주기 때문이다.

法学の新たなパラダイムか?”, 野呂 充/岡田 正則/人見 剛/石崎 誠也(編), 「現代行政とネットワーク理論」, 法律文化社, 東京, 2019, 14-15頁.

5) 人見 剛, 前掲論文(2019), 38頁.  
 6) グンター・トイブナー, 藤原正則(譯), 「契約結合としてのネットワーク :ヴァーチャル空間の企業, フランチャイズ, ジャスト・イン・タイムの社會科學的, および, 法的研究」, 信山社, 東京, 2016, 27-30頁.  
 7) G. Teubner, Polykorporatismus: Der Staat als “Netzwerk” öffentlicher und privater Kollentivakteure, in: P. Nissen/H. Brunkhort(Hrsg.), Das Recht der Republik: Festschrift Ingeborg M면, 1999, S.346ff.; 人見 剛, 前掲論文(2019), 39頁에서 재인용.  
 8) 네트워크 거버넌스는 신뢰 네트워크에 기반하기 때문에, 기존에 국가가 의사결정을 하는 계층적인 형식에서, 네트워크가 의사 결정을 하는 분권화된 형식으로 변화한다. G, F, Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1. 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, §16, S.1067ff.  
 9) C. Möllers, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts-Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung-, in: J. Oebbecke (Hrsg.), Nichtnormative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S.285ff.; 人見 剛, “人見 剛, 前掲論文(2019), 38頁에서 재인용.  
 10) 人見 剛, 上掲論文, 38頁.

## (2) 공적 임무 수행과 네트워크 거버넌스

네트워크 거버넌스를 공적 임무 수행에 적용하는 것은, 국가가 가지는 “고권적이고 특별한 역할”을 빼앗는 것으로, 공법의 관점에서 볼 때 인정될 수 없다고 생각될 수 있다.<sup>11)</sup> 그러나, 국가는 그 특별한 역할과 공공복지에 대하여 최종적인 책임을 가지며, 순수하게 고권적인 제어로는 충분하지 않을 때에는 다른 제어 수단을 만들어 낼 의무가 있다는 점에서 이 주장은 타당하다고 볼 수 없다. 고권적인 제어 수단에만 의존하는 것으로의 후퇴는, 행정법학에서 말하는, 국가는 각각의 경우에 가장 적합한 제어 형식을 가져올 수 있다는, 오래전부터 승인되어 온 국가의 형식선택의 자유가 부정하는 것이기 때문이다.<sup>12)</sup> 따라서 국가가 네트워크 거버넌스 수단을 선택하는 것은, 공적 임무 수행의 수단을 선택하는 것이지, 국가를 거부하는 것이 아니다.

이와 같은 공적 임무 수행에 영향을 주는 네트워크는, 그 구성이 획일적이지 않다. 예를 들어, 다음의 세 가지로 구분될 수 있다. 첫째, 전부 사인으로 구성된 네트워크로, 국가에 의한 임무수행 흠결을 매우려는 것이다. 둘째, 제도화된 국가적 행동주체와 사인의 결합으로 만들어진 네트워크를 들 수 있다. 여기서 공적임무 수행을 개선하기 위해 활동하는 사인으로는, 대표적으로 기업을 들 수 있다. 이러한 형태의 대부분은 정책 네트워크(Policy Netzwerke)로 기능한다. 셋째, 국가 기관에서 활동하는 개인과 국가 기관 밖에서 활동하는 개인에 의해 구성되는 네트워크를 들 수 있다.<sup>13)</sup>

공적 임무 수행 중 공공 서비스 제공에서 가장 많이 활용되는 민관협력과 밀접한 관련이 있는 것은, 두 번째 유형인 정책 네트워크이다. 이러한 정책 네트워크의 대표적인 유형으로, “공익실현을 위해 공적 조직과 사적 조직 간의 네트워크”로서의 위탁행정, 즉 협의의 공사협동을 예로 들 수 있다.<sup>14)</sup> 민관협력에서는, 공적 주체와 사적 주체간의 특별한 결합에 중점을 두는데, 이러한 관점에서, 여러 행동주체간의 상호·다방면적 연계관계인 “네트워크”라는 개념과 궤를 같이 한다. 또한, 네트워크 이론에서 주로 다루는 법적 과제도, 사적 주체의 공적 임무 수행에 대한 공법적 통제법리의 확장 등, 이미 민관협력을 둘러싼 법적 과제와 공통된다. 이러한 의미에서 네트워크 이론은 민관협력 이론의 연장선상에 있다고 본다.<sup>15)</sup>

종합하면, 네트워크 이론은, 민관협력에 있어서, 공공과 민간의 상호 협력을 기존보다 더욱

11) Schaefer, Jan Philipp, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen, 2016, S. 289; ヤン・ツィーコウ, 野呂 充(譯), 前掲論文(2019), 28頁에서 재인용.

12) Kempen, Bernhard, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, München, 1989; ヤン・ツィーコウ, 野呂 充(譯), 上掲論文, 28頁에서 재인용.

13) ヤン・ツィーコウ, 野呂 充(譯), 上掲論文, 25頁.

14) 山本 隆司, “行政の主体”, 磯部 力 外(編), 「行政法の新構想 I - 行政法の基礎理論」, 有斐閣, 東京, 2011, 100頁; 稻葉 一將, “ネットワークに依存する國家行政と國家行政のネットワーク化”, 「名古屋大學法政論集」 277号, 名古屋大學大學院法學研究科, 名古屋, 2018, 33頁에서 재인용.

15) 人見 剛, 前掲論文(2019), 39頁.

밀접하게 협력할 것을 주장하는 이론이라고 이해할 수 있다. 네트워크 이론에서 추구하는 밀접한 협력관계는, 각각의 행동주체 간의 역할 분담을 분명하게 함으로써 가능해진다. 이와 같은 민-관 간의 역할 분담을 통한 협력을 강조하는 이론이 보장국가론(Gewährleistungsstaat Theorie)이다.

## 2. 보장국가론(Gewährleistungsstaat Theorie)

### (1) 보장국가론(Gewährleistungsstaat Theorie)의 정의와 내용

보장국가론(Gewährleistungsstaat Theorie)이란, 공적 임무를 국가가 사인에게 위탁한 때에, 공적 임무 수행에서 발생하는 문제를 방지하고 해결할 최종적인 책임을 부담한다는 내용의 이론을 말한다.<sup>16)</sup> 보장국가론에서 말하는 보장(Gewährleistung)이란, “국가가 단독으로 공적 임무를 수행하는 것을 배제하고, 민간사업자가 공적 임무를 수행하는 것을 보증하는 것”을 의미한다.<sup>17)</sup> 보장국가론의 핵심 내용인, 국가가 민간에게 공적 임무를 수행하도록 위탁하더라도, 위탁된 공적 임무가 잘 수행될 수 있도록, 공적 임무 수행 중에 발생하는 문제를 방지하고 조정할 최종적인 책임을 보장책임(Gewährleistungsverantwortung)이라 한다.<sup>18)</sup>

이러한 내용의 보장책임에 따라 국가는, 시민이 공공 서비스 등을 안정적으로 향유할 수 있도록 하는 “성과의 확보”(Ergebnissicherung)를 보장할 의무를 부담한다.<sup>19)</sup> 성과 확보를 보장하기 위해서는, 민간사업자에 의한 공적 임무 수행이 계속되어야 하고, 지역에 따라서 차등이나 차별을 두어 임무 수행을 해서는 안 되며, 국민에게 평등하고 질 좋은 서비스를 보장하여야 한다. 이때 지속적으로 서비스의 질을 보장하는 것은, 고정된 성과를 요구하는 것은 아니고, 상황에 따라 조정하여 보장하는 것을 의미한다.<sup>20)</sup>

국가는 보장책임을 실현하기 위해서, 민간사업자와의 책임 분배(Verantwortungsteilung)를 시도한다. 이 책임 분배는, 국가와 민간사업자 간의 책임 뿐만 아니라, 공적 임무 수행에 있어서 국가와 민간사업자 간의 역할을 분배하는 것까지 포함한다.<sup>21)</sup> 이와 같은 역할 분담은, 국가는 공적 임무 수행이 잘 이루어지는지 감시하는 감독자로, 민간은 공적 임무를

16) 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 『공법연구』 제44집 제1호, 한국공법학회, 서울, 2015, 463면.

17) 홍석한, “보장국가론에 대한 헌법적 평가”, 『공법연구』 제44집 제4호, 한국공법학회, 서울, 2016(2016a), 176면.

18) 홍석한, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 『공법학연구』 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 순천, 2016(2016b), 14면.

19) Franzius, VerwArch, 2008, S.365ff.; Schoch, NVwZ, 2008, S.245; 山田 洋, “『保証國家』とは何か”, 岡村 周一/人見 剛(編), 『世界の公私協働: 制度と理論』, 日本評論社, 東京, 2012, 149頁에서 재인용.

20) 山田 洋, 上掲論文, 149頁.

21) Ziekow, Jan, 김환학 번역, “독일의 보장국가와 규제개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동”, 『법학논집』 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 서울, 2015, 116-117면.

수행하는 수행자의 역할을 맡게 된다. 국가는 공적 임무 수행을 감시하는 감독자의 역할을 맡기 때문에, 공적 임무를 직접 수행하지 않아도, 공적 임무에 관한 책임이 면제되지 않는다. 따라서 공적 임무 수행에서 발생한 문제가 협의를 통해 해결하기 어려울 때에는, 극단적인 경우 민간에게 위탁한 사업을 회수하여, 다시 재정사업으로 실시할 책임이 있다.<sup>22)</sup> 이러한 책임을 보충책임(Auffangverantwortung)이라 한다. 보충책임은, 보장책임과 동시에, 본질적인 보장국가의 구성 요소이자, 보장국가와 민영화 국가가 구별되는 중요한 특징이다.<sup>23)</sup>

## (2) 보장책임의 구체적인 실현 방법: 규제된 자율규제

보장국가에서는 국가의 역할이 변함에 따라 규제의 방식도 변화한다. 국가가 사인에게 공적 임무 수행을 위탁하는 경우, 자율규제(Selbstregulierung)에 의해 공적 임무 수행을 규제한다. 자율규제란, 규제자인 국가가 직접 민간을 통제하는 것이 아니라, 피규제자인 민간이 통제기준을 설정하여 적용하는 것을 말한다.<sup>24)</sup> 자율규제에 의하더라도, 국가는 보장책임에 따라, 공적 임무에 대한 책임으로부터 완전히 벗어날 수 없기 때문에, 공적 임무의 통제를 자율규제에 전적으로 맡겨둘 수 없다. 따라서 국가는 “규제된 자율규제”(regulierte Selbstregulierung)라는, 자율규제를 통해 국가의 공적 임무를 효율적으로 운영하도록 조종(Steuerung)하는 방식으로 규제하게 된다.<sup>25)</sup>

그러나 규제된 자율규제는, 자율규제를 기본으로 하기 때문에, 국가가 사인의 자율규제를 신뢰하여 맡겨두는 것이 우선적으로 전제가 되어야 하며, 국가도 최소한의 범위를 부여하는 방식으로, 사인이 선택권을 행사할 때에 선택범위를 한정시키는 방법으로 규제한다.<sup>26)</sup>

이와 같은 규제된 자율규제는 ① 시장의 내부 문제에 신속하게 대처할 수 있는 점, ② 관료제적 행정규제에 비해 효율적인 법집행을 가능하게 점, ③ 가치상대주의와 가치변화에 대해서도 유연하게 대응할 수 있는 점 등의 장점을 가진다.<sup>28)</sup> 그러나 규제된 자율규제는 국민의 기본권 제한이나 고도의 정치적 결정에 해당되는 사안에는 적용되지 않는다는 한계가 있다.<sup>29)</sup>

규제된 자율규제는 자율규제의 틀을 정하는 방식으로 규제하기 때문에, 고권적인 규제 수단보다는, 유도, 계획 등의 연성적인 방법의 규제 수단을 취한다. 연성적인 규제 수단이

22) 박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 서울, 2018, 146면.

23) ヤン・ツィーコー, 人見 剛(譯), “再公營化地方自治体サービスの民營化からの轉換?—ドイツにおける議論状況について—”, 『立教法務研究』, 第7号, 立教大學大學院法務研究科, 東京, 2014, 63頁.

24) 서보국, 「독일 공법상 규제된 자율규제제도-우리의 지방공기업법과 지방자치법과의 관련성에 대하여-」, 『지방자치법연구』, 제19권 제1호, 한국지방자치법학회, 서울, 2019, 170면.

25) 정남철, “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제-특히 규제거버넌스의 구축과 실현방안을 중심으로-”, 『공법연구』, 제46집 제4호, 한국공법학회, 서울, 2018, 425면.

26) 서보국, 전계논문(2019), 173면.

27) 성봉근, “제어국가에서의 규제”, 『공법연구』, 제44집 제4호, 한국공법학회, 서울, 2016, 240면.

28) 서보국, 전계논문(2019), 174면.

29) 정남철, 전계논문(2018), 425면.

주요한 규제수단이 되지만, 사인이 국가가 설정한 자율규제의 틀을 벗어난 때에는, 국가는 강력한 고권적 수단을 통해 규제할 필요도 있다.

### 3. 두 이론 간의 상관관계 및 구체적인 역할 분담

네트워크 이론은, 기존의 행정법학에서 확립된, 국가 및 지방자치단체 만을 공적 임무 수행의 주체로 보는 관점에서, 민간도 공적 임무 수행에 참여시켜, 공적 임무 수행에서 민간과의 공조를 요구하는 패러다임의 변화를 논하는 이론이다. 즉, 민관협력에서 사회가 행정주체의 하나라는 것을 증명하는 이론이라고 이해될 수 있다. 이에 대하여, 보장국가 이론은 네트워크 이론에 기반한 국가-사회의 협동에 의한 공적 임무 수행과 관련하여, 각각의 행동주체들의 역할 분담을 논하는 이론이다. 보장국가론은 네트워크 이론에 기초하여 구축된 행동주체간의 밀접한 관계에서, 각 행동주체의 역할과 행동 방식을 규정하는 역할을 핵심 내용으로 한다. 즉, 두 이론은 공통적으로 민관협력에 관한 내용을 다루고 있지만, 네트워크 이론은 관계에 대한 이론이며, 보장국가론은 역할과 행동 방식에 관한 이론이라고 할 수 있다.

이러한 네트워크 이론과 보장국가론에 의하면, 국가는 감독자의 역할을, 민간은 공적 임무의 수행자 역할을 맡게 된다. 이 때 구체적인 역할 분담을 실행하는 방식은, 규제된 자율규제를 이용하게 될 것이다. 규제된 자율규제에 따라, 감독자인 국가는 입법 등을 통해 민간사업자와의 책임 분담 범위를 설정하는 수단을 주로 제시하면서도, 민간사업자와의 협업이 잘 이루어지지 않을 때를 대비하여, 다소 고권적인 수단까지 함께 제시할 필요가 있다.

구체적인 역할 분담 확립에 대하여는, 이하에서 기존의 민간투자법제에서 역할 분담을 확립하는 방안과, 새로운 민간투자 관련법제를 도입하는 방안으로 나누어 고찰하고자 한다.

## III. 민간투자법제에 있어서의 역할 분담 확립

### 1. 주무관청과 민간사업자 간의 명확한 책임 분담 설정: 손해배상책임의 문제

#### (1) 한국

민간투자에서 보장책임을 구체적으로 실현하기 위해서는, 주무관청과 민간사업자 간의 명확한 책임 범위를 설정하는 것이 필요하다. 실무에서는 실시협약에서 책임 분담을 명시한다. 그러나 이때 국가는 가이드라인 등을 통하여 주무관청과 민간사업자 간의 책임 분담에 대해 명시할 필요가 있다. 한국에서도 표준 실시협약안을 제시하거나, 민간사업자가 자신의 위험 부담에 대비하여 자발적으로 보험을 드는 등 책임 분담을 명확하게 하려는 노력

이 있다. 그러나 실시협약에서 모든 문제나 사고를 예측하여 정할 수는 없고, 따라서 예측하지 못한 사고에 대한 책임 분담에 관하여 원칙을 정할 필요가 있다.

네트워크 이론과 보장국가론에 의하면, 국가는 민간에게 사회기반시설 정비 및 운영을 맡기더라도, 사회기반시설의 정비 및 운영이 차질 없이 이루어지도록 할 책임이 있다. 이러한 책임을 실현시키기 위해서는, 국가가 모든 문제에 최종적인 책임을 지는 분담 원칙을 정할 필요가 있다. 그러나 현재 한국에서는 민간투자법상으로 시설이용자나 인근 주민과 같은 제3자에 대한 책임 분담에 관하여 명문으로 규정한 바는 없기 때문에, 이러한 원칙이 확립되어 있지 않다. 따라서 국가나 민간 중 어느 한 쪽으로 책임을 전가하는 사례도 발견된다.

이러한 사례로는, 고속국도 52호선 광주~원주선 왕복 4차로를 민자도로로 건설하면서, 인근 주민의 음용수 및 생활용수 공급에 피해를 준 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 서울중앙지방법원은, 민간투자법에서 말하는 사업시행자는 민간사업자만을 의미하기 때문에, 사업에서 발생하는 손해배상책임 및 손실보상의무는 오로지 민간사업자만 부담한다고 판시하였다.<sup>30)</sup>

이에 따라, 주무관청인 한국도로공사에게는 손해배상책임 및 손실보상의무가 없고, 오로지 민간사업자만이 인근 주민에게 민법상 손해배상책임을 부담하였다. 그러나 주무관청과 민간사업자가 동등한 파트너의 입장에서 책임을 함께 부담한다는 민간투자의 취지에 비추어 볼 때, 이러한 판시는 다소 의문이 든다.<sup>31)</sup> 사례와 같이 민간사업자만을 민간투자사업의 책임 주체로 보는 것은, 주무관청이 책임 분담에서 완전히 제외되는 것을 의미한다. 또한 민간사업자의 사인인 것을 이유로 사업 운영 중 발생한 분쟁을, 민간사업자와 시설이용자 및 제3자 간의 민사소송으로 해결하도록 만든다. 이렇게 민간사업자만을 책임 주체로 하는 구조는, 본래 주무관청이 부담해야 할 사회기반시설의 관리 책임을 민간사업자에게 전가하는, 이른바 “사법으로의 도피”(Flucht ins Privatrecht) 현상을 초래할 가능성이 있다. 그리고 이와 같은 민간사업자와 시설이용자 및 제3자 간의 분쟁이 되면, 시설이용자 및 제3자의 권리를 신속하게 구제하기 어렵다. 시설이용자와 제3자의 권리 구제 측면에서 생각한다면, 주무관청이 책임 분담에 참여하는 구조가 될 필요가 있다.<sup>32)</sup>

30) 서울중앙지방법원 2016. 6. 24. 선고 2015가합530893 판결.

31) 황지혜, “한국과 일본의 민간투자사업 관리통제방안에 관한 비교법적 연구-사업종료후 관리기관 설정 방안을 포함하여-”, 『토지공법연구』 제87집, 한국토지공법학회, 서울, 2019, 28-29면.

32) 황지혜, “민간투자법제에서 국가의 보장책임을 실현하기 위한 비교법적 연구 - 일본 민간투자법제와의 비교를 중심으로 -”, 『토지공법연구』 제83집, 한국토지공법학회, 서울, 2018(2018a), 17면.

(2) 일본

일본도 한국과 마찬가지로, 민간투자의 근거법인 PFI법에서 직접 책임 분담에 대해 규정하고 있지 않다. 물론 한국과 마찬가지로 지침을 마련하거나, 민간사업자에게 보험 가입을 의무화하는 등의 노력을 하고 있다. 또한 한국과 달리, 민간위탁을 민간투자자와 함께 적용함으로써 책임 분담을 확립하려고 하고 있다. 일본에서 활발하게 활용되는 민간위탁제도로는 지정관리자(指定管理者) 제도가 있다. 이 제도는 지방자치법에서 규정하고 있으며, 주로 지방자치단체 소유의 사회기반시설 정비에서 활용되고 있다. 지방자치법 제224조의2 제2항에서 규정하고 있는 지정관리자(指定管理者) 제도란, 지방자치단체가 민간사업자를 지정관리자로 지정하여, 사회기반시설의 관리를 위탁하는 제도를 말한다.<sup>33)</sup> 일본은 PFI법 내에, 하나의 사회기반시설에서 민간투자자와 지정관리자 제도를 동시에 사업 방식으로 채택할 때에는, 주무관청이 민간투자자와 지정관리자 제도가 충돌 없이 운영되게 배려하도록 노력할 것을 규정하고 있다.(PFI법 제13조). 이 규정에 의하여, 민간사업자는 경우에 따라 민간투자사업의 사업시행자와 지정관리자의 지위를 동시에 가질 수 있다.<sup>34)</sup>

이와 관련하여, 민간투자나 민간위탁으로 운영되는 공공시설에 대하여 일본 국가배상법 제2조 제1항의 영조물 책임이 인정되는지가 문제된다. 학설로는 크게 두 가지가 거론되는데, 먼저 지정관리자도 민영화된 기업과 마찬가지로 공공단체에 포함시켜 지정관리자가 직접 배상책임을 진다는 설이 있다.<sup>35)</sup> 두 번째로, 지정관리자가 사회기반시설을 운영하여 공공 서비스를 주민에게 제공하지만, 민간사업자를 지정관리자로 지정하여 사회기반시설 운영을 위탁한 책임은 주무관청에게 있으므로, 주무관청이 사회기반시설에서 발생하는 문제에 관한 책임을 부담한다는 설이다. 이 학설에 의하면, 시설이용자나 제3자가 사회기반시설에서 피해를 입은 경우, 일본 국가배상법 제2조 제1항에 따라 주무관청에게 영조물 책임이 인정된다. 주무관청이 시설이용자나 제3자에게 손해배상을 한 뒤, 주무관청이 민간사업자에게 구상권을 행사하거나 조례에 정한 바에 의해 지정관리자가 위약금을 지불한다.<sup>36)</sup> 관례는 두 번째 학설에 따라 지방자치단체에게 배상책임을 인정하고 있다.

이러한 법리를 적용한 실제 사건으로는 삿포로 돔 사건이 있다. 이 사건은, 지정관리자 제도로 운영되던 삿포로 돔에서, 야구 경기를 관람하던 시민이 시설의 하자로 상해를 입어 삿포로 시 등에 손해배상을 청구한 사건이다. 삿포로 지방법원은 “지방자치단체가 민간사업자를 지정관리자로 지정하여 시설 관리를 위탁하였다고 하여, 영조물 책임이 면제되지는

33) 成田頼明, [改訂版]「指定管理者制度のすべて」, 第一法規, 東京, 2009, 17頁.  
 34) 黃 智惠·板垣 勝彦, “韓國PFI(民間投資)における保障責任の實現のための比較法的考察: 日韓のPFI(民間投資)法制の比較を中心に”, 『横浜法學』第26卷 第2号, 横浜法學會, 横浜, 2017, 162頁.  
 35) 伊藤 智基, “公の營造物の概念”, 宇賀 克也/小幡 純子(編), 『條解國家賠償法』, 弘文堂, 東京, 2019, 462頁.  
 36) 小幡 順子, “「公の營造物」概念に関する試論”, 三辺 夏雄 ほか(編), 原田尚彦先生古稀記念「法治國家と行政訴訟」, 有斐閣, 東京, 2004, 509頁以下; 伊藤 智基, 上掲論文, 462頁에서 재인용.

않는다”<sup>37)</sup>라고 하여, 해당 지방자치단체인 샛포로 시에게 국가배상책임이 있다는 판시를 하였다. 이러한 판시는 한국에서 민간사업자에게만 책임을 인정한 판시와 대조적이다.

## 2. 협의에 의한 문제해결이 어려운 때의 방안 마련: 주무관청의 실시협약 변경 요구권

### (1) 한국

책임 분담이 명확하게 되더라도, 사업 수행에서는 반드시 문제가 발생한다. 그러나 발생한 문제가 주무관청과 민간사업자 사이에 협의를 통해 원활하게 해결되지 않을 때에는, 주무관청이 문제 해결을 위해 다소 일방적으로 문제 해결을 요구하여 민간사업자가 이에 따를 수 있는 수단을 마련해야 할 것이다. 대표적인 방법이 주무관청이 실시협약을 변경할 것을 민간사업자에게 요구할 수 있는 수단이다.

주무관청의 실시협약 변경 요구권은, 민간투자법에서 직접 규정된 바는 없고, 특정 사회기반시설에 대한 법률에서 규정하고 있는데, 민자도로에 대해 규율하고 있는 「유료도로법」이 여기에 해당된다. 실시협약 변경 요구권에 관한 내용은 유료도로법 제23조의5 제1항에서는 규정하고 있는데, 동 조항은 3년간 실제 교통량 및 실제 통행료 수입이 실시협약에서 정한 교통량 및 통행료 수입의 70%에 미치지 못하는 경우(제1호 및 제2호) 등의 사유가 있을 때, 주무관청이 민간사업자에게 교통량과 통행료 수입 등의 조건을 변경할 것을 요구할 수 있는 것을 주요 내용으로 한다.

이러한 주무관청의 실시협약 변경 요구권 조항과 관련하여, 이미 실시협약이 체결된 상태에서 실시협약을 변경하도록 요구하는 것은 소급입법금지원칙에 위배되는 것이 아닌지 문제될 수 있다. 그러나 이 규정은 해당 민간투자사업의 장래에만 영향을 미치는 부진정소급입법으로 이해될 수 있고, 이를 인정할 만한 공익적 필요성이 존재하므로 소급입법금지의 원칙에 반하는 것은 아니라고 할 수 있다.<sup>38)</sup>

유료도로관리청이 실시협약 변경을 요구한 때에는, 민자도로사업자는 유료도로관리청이 요구한 날부터 30일 이내에 그 사유를 소명하거나 해소 대책을 수립하여야 하고, 민자도로사업자가 제3항에 따른 요구 조치에 따르지 아니하는 경우에, 유료도로관리청은 실시협약에 따른 보조금 및 재정지원금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다(제23조의5 제2항 및 제4항).

주무관청의 실시협약 변경 요구에 대해 민간사업자가 다룰 수 있는 방법으로는, 당사자 소송이 적합하다고 할 것이다. 위에서 언급한 바와 같이, 민간사업자가 해소 대책에 따르지

37) 平成 27年 3月 26日 札幌地方裁判所, 平成24(ワ)1570 損害賠償請求事件.

38) 김대인, “지방자치단체 민간투자사업의 공공성 확보수단에 대한 연구- 공법상 계약과 행정처분의 관계를 중심으로 -”, 『지방자치법연구』 제19권 제3호, 한국지방자치법학회, 서울, 2019, 247면.

않는 경우에는, 실시협약에서 정하고 있는 보조금 및 재정지원금의 전부 또는 일부를 지급 받지 못하여 민간사업자가 불이익을 얻기 때문에 행정처분으로 보아 취소소송으로 다룰 수 있는 가능성이 있다.<sup>39)</sup> 그러나 실시협약의 성질이 공법상 계약이기 때문에, 당사자 소송이 보다 적절한 분쟁 수단으로 생각된다.<sup>40)</sup>

## (2) 일본

일본은 한국과 같이 주무관청이 일방적으로 실시협약을 변경할 것을 요구하는 법제는 마련하고 있지 않다. 일본에서 주무관청이 일방적으로 실시협약의 변경을 요구하는 제도가 PFI법 등에 규정되지 않은 이유는, 실시협약의 성질 때문이라고 할 수 있다.

일본은, 한국과 달리 실시협약의 성질이 사법상 계약이다. 그 이유는, 일본에서는 공법상 계약 이론을 발전시키지 않고, 계약에 의한 행정활동을 모두 사법상 계약으로 보고 있기 때문이다. 일본의 행정법학계에서 공법상 계약 이론을 발전시키지 않은 이유는, 전통적으로 교통, 우편, 철도 등 각종 국영 및 공영 서비스의 이용은 특별히 개별 법률에서 정하는 바가 없으면, 민법상 계약으로 보는 것이 통설이었고, 이러한 통설에 따라서 별도의 공법상 계약 법리를 발전시키지 않고, 공공사업에서의 도급은 모두 사법상 계약으로 보았기 때문이다.<sup>41)</sup> 물론 현대에 와서는, 민간위탁 등에서 사법상 계약 만으로는 통제에 한계가 있기 때문에, 공법상 계약 법리를 발전시켜야 한다는 주장도 나오고 있다.<sup>42)</sup> 이러한 문제 제기에도 불구하고, 아직 일본에서는 공법상 계약과 사법상 계약을 구별하지 않고 있다. 따라서 실시협약을 포함한 공법상의 계약까지도 사법상 계약으로 보고 있어, 한국의 주무관청이 일방적으로 조건을 정하여 실시협약 변경을 요구할 수 있는 규정은 두고 있지 않는 것으로 보인다.

PFI법과 사회기반시설 관련 법률에서 주무관청의 실시협약 변경 요구권을 규정하고 있는 것은 아니다. 그 대신, 건설을 동반하지 않는 사업 방식인 공공시설 등 운영권에 관한 가이드라인인, 「공공시설 등 운영권 및 공공시설 등 운영권 사업에 관한 가이드라인」(公共施設等運営權及び公共施設等運営事業に関するガイドライン)(이하 운영권 가이드라인)에서 실시협약 변경이 가능한 경우에 관한 내용을 언급하고 있다.

운영권 가이드라인은, 실시협약 변경이 가능한 기준으로써, “소유권의 목적으로서의 동일성”(所有權の目的としての同一性)을 제시하고 있다. “소유권의 목적으로서의 동일성”

39) 반면에 독일은 연방행정절차법 제60조 제1항에 따라 사정변경으로 인한 계약변경요구는 행정행위에 해당하지 않는다고 보고 있어 한국과 대조적이다. Stelkens/Bonks/Sachs, VwVfG, §60 Rn. 27; 김대인, 상계논문, 247면.

40) 김대인, 상계논문, 247면.

41) 塩野 宏, [第六版]「行政法 I」, 有斐閣, 東京, 2015, 207頁.

42) 공법상 계약 법리의 발전을 주장하는 연구에 대해서는, 岸本 太樹, 「行政契約の機能と限界」, 有斐閣, 東京, 2018을 참조할 것.

이란 소유권의 목적이 되는 사회기반시설의 기능과 형태가, 실시협약을 체결했을 당시와 동일한 기능과 형태로 유지되는 것을 의미한다[운영권 가이드라인 12 2. 2-2. (3)].<sup>43)</sup> 동 가이드라인에 의하면, 사회기반시설의 증축이나 개조가, 해당 사회기반시설의 구성부분으로 부가되는 정도면 “소유권의 목적으로서의 동일성”이 인정되어 실시협약의 변경 없이 민간사업자가 자율적으로 할 수 있으며, 사회기반시설의 증축이나 개조가 별개의 건축물로 볼 수 있을 정도로 규모가 크다면 “소유권의 목적으로서의 동일성”이 없기 때문에 실시협약의 내용을 변경할 필요가 있다[운영권 가이드라인 12 2. 2-2. (3)].<sup>44)</sup>

동일성이 인정되지 않아 실시협약의 변경이 필요한 때에, 민간사업자를 변경해야 할 경우와 그렇지 않은 경우는 언제인지가 문제된다. 민간사업자를 변경해야 할 경우와 그렇지 않은 경우의 예시를 찾을 수 있는 사업으로는, 센다이 국제공항 사업(仙台國際空港事業)이 있다. 센다이 국제공항 실시계약서(이하 실시계약서)는 실시협약 변경을 통해 민간사업자를 변경하는 경우와 그렇지 않은 경우를 들고 있다. 민간사업자를 변경하는 경우로는 불가항력을 들고 있고, 민간사업자를 변경하지 않고 내용만 변경하는 경우로는 법령 변경으로 인한 요구수준의 변경을 들고 있다.

민간사업자를 변경할 수 있는 사유인 불가항력은 여러 가지가 있지만, 특히 실시계약서에서는 불가항력 사유 중 천재지변을 들고 있다. 즉, 천재지변으로 사회기반시설이 파괴되어 공공 서비스를 제공할 수 없을 정도로 기능이 마비된 상태, 다시 말해 사업의 전제가 되는 환경의 중대한 변화가 발생한 것이 3개월 이상 지속되는 경우에는 민간사업자 변경과 같은 실시협약의 중요한 내용을 변경할 수 있다(실시계약서 제48조 제3항).<sup>45)</sup>

반면 법령 변경으로 인하여 요구수준이 변경된 경우에는, 재입찰 등을 통해 민간사업자를 변경할 필요 없이, 실시협약의 내용만 변경할 수 있다(실시계약서 제30조 제1항).<sup>46)</sup> 법령 변경으로 인한 요구 수준의 변경이 왜 민간사업자를 변경하지 않아도 실시협약 변경이 가능한 사유인지는 실시계약서에 명확하게 설명하고 있지 않으나, 요구 수준의 변경 자체는 민간사업자를 변경하지 않아도, 주무관청과 민간사업자가 협의하여 사업조건을 조정이 가능한 사유이기 때문이라 판단된다.<sup>47)</sup>

43) 内閣府民間資金等活用事業推進, 「公共施設等運営權及び公共施設等運営事業に関するガイドライン」, 内閣府民間資金等活用事業推進, 東京, 2018, 37頁.

44) 内閣府民間資金等活用事業推進, 上掲資料, 37頁.

45) 国土交通省航空局, 「仙台空港特定運営事業等公共施設等運営權實施契約書」, 国土交通省航空局, 東京, 2015, 29頁.

46) 国土交通省航空局, 上掲資料, 21頁.

47) 황지혜, 전계논문(2018a), 13면.

### 3. 민간에 의한 사업 시행이 계속될 수 없을 때의 방안 확보: 공익을 위한 처분

#### (1) 한국

민간투자자는 평균 20-30년의 장기간을 사업 기간으로 한다. 이렇게 장기간 사업을 진행하다보면 예상치 못한 사정 변경이 발생할 수 있고, 상황에 따라서는 사업을 중단해야 될 경우도 있다.

위와 같은 경우를 대비하여, 민간투자법 제47조는, 주무관청이 공익을 이유로 민간투자 사업을 해지 또는 변경하는 처분을 할 수 있는, 소위 “공익을 위한 처분”을 규정하고 있다. 동 처분을 할 수 있는 사유는, 민간투자법 제47조 제1항 제1호부터 제3호에 걸쳐 규정하고 있는데, ① 사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, ② 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우, ③ 전쟁, 천재지변 또는 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우가 있다.

두 번째와 세 번째 경우는 범위가 한정되어 처분을 할 수 있는 경우가 명확하지만, 첫 번째 경우의 “공공의 이익을 위하여 필요한 경우”에 관한 해석이 다소 불명확하다. 이러한 “공공의 이익을 위하여 필요한 경우”의 해석과 관련하여 판례는, “수요예측의 실패, 경제사정의 변동, 예산의 효율적인 활용, 다른 사회기반시설과의 조화를 통한 합리적인 운영 등을 공공의 이익에 필요한 경우”를 들고 있다.<sup>48)</sup> 판시에서 주로 언급하는 경제적인 사정 외에도, 인구 감소와 같은 사회적 사정을 인정하고 있다.<sup>49)</sup>

보통 공익을 위한 처분은 사업 종료, 즉 사업시행자 지정 취소를 의미하지만, 「사업시행조건 및 공익처분 업무지침」에 의하면, 사업 내용을 변경하는 사업시행조건 변경(실시협약 변경)도 가능하다고 보고 있다.<sup>50)</sup> 따라서 사업시행자 지정 취소와 사업시행조건 변경의 성질을 구분할 필요가 있다. 이 때에 사업시행자 지정 취소는 수익적 행정행위의 직권취소 또는 철회로 볼 수 있고, 사업 시행의 자격을 박탈하는 ‘전부 또는 전무’(all or nothing)의 구조이다. 반면 사업시행조건 변경은 실시협약이라는 공법상 계약의 내용을 변경하는 것으로 볼 수 있고, 자격 박탈이 아닌, 구체적인 계약 내용을 변경하는 것으로, 사업시행자 지정 취소와 구별된다.<sup>51)</sup>

공익을 위한 처분은, 특히 유료도로법상의 주무관청의 실시협약 변경 요구권으로 문제 해결이 되지 않을 때 활용될 것으로 예상된다.<sup>52)</sup> 왜냐하면 유료도로법에서는 주무관청의 실시협약 변경 요구에 따르지 않았을 때의 제재에 대해서만 규정하고 있고, 제재를 받은 이후에도 사업 조건 조정에 응하지 않거나 사정상 사업 조건을 조정하기 어려운 경우에

48) 서울고등법원 2014. 8. 20. 선고 2013누23210 판결.

49) 관계기관합동, 「사업시행조건 및 공익처분 업무지침」, 관계기관합동, 세종, 2016, 9면.

50) 관계기관합동, 상계서, 9면.

51) 김대인, 전계논문(2019), 245면.

52) 황지혜, 전계논문(2018a), 14면.

대하여는 따로 규정이 없기 때문이다. 유료도로법 제23조의5에 의한 통행료 조정이 어렵고, 주무관청과 민간사업자 간의 마찰이 장기화되는 것이 공익을 침해하여 사업을 해지 또는 변경하는 것만이 유일한 수단이라면, 민간투자법 제47조의 공익처분을 활용할 수 있을 것이다.<sup>53)</sup>

이러한 공익을 위한 처분이 이루어지면, 민간투자법 제47조 제2항에 따라 사업시행자에게 손실보상을 하도록 되어 있다. 이 때에는 사업시행자로 지정하는 처분이 실시협약에 따른 사용료 징수 및 법정 물권인 관리운영권까지 부여받을 수 있는 재산권을 수반하는 것이기 때문에, 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상에 관한 해석이 적용되는 것이 타당하다.<sup>54)</sup> 정당한 손실보상의 구체적인 액수 산정은 주무관청과 사업시행자가 협의하도록 하고, 협의가 성립되지 아니하거나 협의가 성립될 수 없는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 하고 있다. 그러나 정작 시행령이 제정되어 있지 않기 때문에, 공공필요에 의한 손실보상에 관한 근거법인 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의할 수 밖에 없다. 이 법률에 의하더라도, 공익을 위한 처분의 손실보상에서 핵심인 영업손실의 보상에 대해서, “영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이전비용 등을 고려하여 보상하여야 한다”(공익사업법 제77조 제1항)는 일반적이고 추상적인 기준만 있어, 향후 이에 대한 구체적인 기준을 마련하는 것이 필요하다.<sup>55)</sup>

공익을 위한 처분은, 법조문에서는 “필요한 경우”라고 하고 있지만, 주무관청의 실시협약 변경 요구권을 통해서도 문제 해결이 되지 않는 상태에서 대체 수단이 없을 때와 같이, 매우 제한적인 경우에만 인정되는 것이 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 공익을 위한 처분은, 그 구조상 주무관청이 일방적으로 사업을 해지 및 변경하는 것으로, 공익을 이유로 사업시행자의 재산권을 침해할 가능성이 높기 때문이다. 따라서 이와 같은 공익을 위한 처분을 할 때에는, 신중을 기해야 하며, 행정절차법상의 의견 청취 절차가 잘 이루어지도록 할 필요가 있다. 아직 공익을 위한 처분에서는 행정절차법상의 절차만 준용될 수 있도록 되어 있는데, 민간투자는 사업 규모도 크기 때문에, 민간사업자를 선정할 때 입찰참가자들과 주무관청이 두 차례에 걸쳐 협의를 하는, 경쟁적 협의(competitive dialogue) 수준의 강도 높은 대화 수단을 마련할 필요가 있다.

53) 김대인, “미국의 도로관련 민간투자법제와 공익보호”, 『경희법학』 제53권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 서울, 2018, 303면.

54) KDI 공공투자관리센터, 『민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시지급금에 관한 연구[BTO 사업을 중심으로]』, KDI 공공투자관리센터, 세종, 2015, 262면.

55) KDI 공공투자관리센터, 상계서, 262면.

(2) 일본

PFI법 제29조에서는 운영권 취소, 즉 주무관청의 일방적인 사업 종료에 관하여 규정하고 있다. 이 조항에 따라 주무관청이 사업을 취소할 수 있는 경우는, ① 민간사업자의 법령 위반이 있을 때와 ② 공익상 불가피한 필요가 발생한 때이다. 단, PFI법 제29조는 공공시설 등 운영권이라는 특정 사업 유형에서만 규정하고 있어, 한국의 공익을 위한 처분에 해당하는, ② 공익상 불가피한 필요가 발생한 때(公益上やむを得ない必要が生じたとき)의 사업 종료는 운영권 사업에만 적용될 뿐 다른 사업 유형에는 적용되지 않는다고 해석될 수 있다.<sup>56)</sup> 이와 같이 오직 공공시설 등 운영권 제도라는 특정 사업 유형에만 공익을 위한 처분이 규정된 것은, 앞서 주무관청의 실시협약 변경 요구권 항목에서 언급한 바와 같이, 일본에서 실시협약의 성질을 사법상 계약으로 보기 때문에, 당사자 일방인 주무관청이 공익을 이유로 계약을 해지할 수 있는 근거가 약하기 때문이다. 공익을 위한 처분의 요건을 규정한 PFI법 제29조 제1항 제2호는, “공익상 불가피한 필요가 생긴 경우”는, 다시 사회기반시설을 공공 목적으로 사용하는 공익상 불가피한 필요가 발생한 경우와, 기타 공익상 불가피한 필요가 발생한 경우의 두 가지로 나누어 규정하고 있다.

첫 번째 경우인 “사회기반시설을 공공의 용도로 사용하는 공익상 불가피한 필요가 생긴 경우”는, 내각부에서 아주 구체적으로 예시를 들고 있는데, 재해가 발생하여 사회기반시설을 대피소로 제공하는 경우가 그것이다.<sup>57)</sup> 그러나 두 번째 경우인 “기타 공익상 불가피한 필요가 생긴 경우”에 관하여는 명문의 규정이나 유관기관의 해석이 없기 때문에, 민간투자법과 관련된 법령에서 사용되는 유사한 표현들로부터 유추해야 할 필요가 있다. “공익상 불가피한 필요가 발생한 경우”와 동일하거나 유사한 표현이 발견되는 민간투자 관련 법령으로는, 하수도법과 도시공원법을 들 수 있다.

하수도법 제38조 제2항 제3호는 PFI법의 “공익상 불가피한 필요가 발생한 경우”와 동일한 표현을 쓰고 있다. 하수도법에서 말하는 “공익상 불가피한 필요가 발생한 경우”(公益上やむを得ない必要が生じた場合)란, “사회 일반의 이익을 보호하기 위해 불가피하게 필요한 경우”를 말하며, 기존에 설치되어 있던 하수도관을, 도로 건설 및 보수와 같은 공사를 위해 제거 또는 이전하는 경우가 여기에 해당된다.<sup>58)</sup> 하수도법이 PFI법과 같은 “공익상 불가피한 필요가 발생한 경우”라는 표현을 쓰고 있다는 점에서, 예시로 든 도로 공사를 위한 하수도관의 제거 및 이전은, 사회 일반의 이익을 보호하기 위해 불가피한 경우에 인정된다고 보는 것이 타당하다.<sup>59)</sup>

56) 황지혜, “민자도로 관리·감독체계에 관한 비교법적 연구-일본의 민자도로 관리 감독체계와의 비교를 중심으로-”, 『법학논집』 제23권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 서울, 2018(2018b), 189면.

57) 内閣府民間資金等活用事業推進室, 『公共施設等運営権制度の概要』, 内閣府民間資金等活用事業推進室, 東京, 2011, 4頁.

58) 下水道法令研究會, [第四次改訂版]『逐條解説下水道法』, ぎょうせい, 東京, 2016, 598頁.

59) 황지혜, 전계논문(2019), 96면.

“공익상 불가피한 필요가 생긴 때”와 유사한 표현으로는 도시공원법 제16조 제1호의 “공익상 특별한 필요가 있는 경우”(公益上特別の必要がある場合)를 들 수 있다. 역시 도시공원법에서 “공익상 특별한 필요가 있는 경우”에 대해 구체적인 예시는 없고, 대신 「도시공원법 운용지침」(都市公園法運用指針)에서 상세하게 설명하고 있다. 동 지침에 의하면, “공익상 특별한 필요가 생긴 경우”를, “해당 구역을 도시공원으로 유지하는 것보다 다른 시설로 이용하는 것이 공익상 더욱 중요하다고 인정되는 경우”라고 설명하고 있다.<sup>60)</sup> 이 ‘공익상 더욱 중요하다’는 판단은 토지수용법 제4조에서 규정하고 있는 “특별한 필요”(特別の必要)와 같은 정도의 공익적인 필요가 있어야 한다고 하고 있다.<sup>61)</sup> 토지수용법 제4조에서 말하는 특별한 필요란, 해당 토지가, 현재 진행되는 공공사업에 계속 제공되어 얻을 수 있는 공익과, 새로운 공공사업에 제공되어 얻을 수 있는 공익을 비교형량하여, 현재 공공사업으로 얻을 수 있는 공익보다 새로운 공공사업으로 얻을 수 있는 공익이 더 클 때를 말한다.<sup>62)</sup> 동 지침은 이러한 토지수용법 제4조상의 “특별한 필요”를 적용하여 “공익상 특별한 필요가 있는 경우”의 예를 제시하고 있다. 즉, 해당 지방자치단체에서 향후 인구가 감소하여 도시공원의 설치 목적을 달성할 수 없는 것이 예상되어, 도시공원을 유지하는 것보다 폐지하는 것이 공익상 더욱 중요하다고 판단한 때가 그것이다.<sup>63)</sup>

하수도법과 도시공원법에 관한 해석을 PFI법에 적용해 보면, 공익상 불가피한 필요가 발생한 때(公益上やむを得ない必要が生じたとき)란, ① 기존에 설치되어 있던 하수도관, 도로 건설 및 보수와 같은 공사를 위해 제거 또는 이전하는 경우와 같이 사회기반시설을 제거 또는 이전해야 할 때와 ② 인구 감소 등의 사유로 해당 사회기반시설을 유지할 수 없는 특별한 공익적 필요가 있는 때를 의미한다.

PFI법 제30조는, 공익을 위한 처분이 있을 때를 대비하여, 민간사업자에 대한 손실보상을 규정하고 있다. PFI법 제30조 제1항에 의하면, 손실보상의 범위는 “통상 발생할 손실”(通常生ずべき損失)이다. 그러나 본 조항은 “통상 발생할 손실”에 대해 세부적으로 보상 범위를 제시하고 있지 않다. 그 대신 운영권 가이드라인에서, 공공용지 보상기준(公共用地補償基準)에 따라 민간사업자에게 보상할 것을 제시하고 있다[운영권 가이드라인 15 (3) 2. (1)].<sup>64)</sup> 공공용지 보상기준이란, 일본 토지수용위원회가 재결 기준으로 삼고 있는 「토지수용법 제88조의2 세목(細目)을 정하기 위한 정령(政令)」(土地收用法第88條の2の細目を定める政令)과, 공공용지 취득과 관련하여 사업자에게 지급되는 보상 기준을 규정하는 「공공용지 취득에 관한 손실보상기준 요강」(公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱)(이하 손실보상기준 요강)을 의미한다. 운영권 가이드라인이 이 두 가지의 손실보상 기준에 의하여

60) 国土交通省都市局, 「都市公園法運用指針(第3版)」, 国土交通省都市局, 東京, 2017, 32頁.

61) 国土交通省都市局, 上掲資料, 32頁.

62) 小澤 道一, <第三次改訂版>「逐條解説土地收用法(上)」, ぎょうせい, 東京, 2015, 120-122頁.

63) 国土交通省都市局, 前掲資料(2017), 32頁.

64) 内閣府民間資金等活用事業推進室, 前掲資料(2018), 46頁.

민간사업자에게 보상할 것을 제시하는 이유는, 운영권자는 토지수용이 필요한 공공사업에서의 토지 소유자와 달리, 사회기반시설과 그 부지에 대한 소유권이 없고, 단지 사회기반시설을 운영할 수 있는 권리만 있기 때문이다[운영권 가이드라인 15 (3) 2. (2) 및 15 (3) 2. (3)].<sup>65)</sup> 동 가이드라인에서는, 손실보상기준 요강에서 정하는 영업보상 기준에 따라 민간사업자에게 손실보상할 것을 제시하고 있다.

손실보상기준 요강에 의하면, 영업보상은 영업 폐지, 휴업, 영업 규모 축소로 구분하여 보상 범위를 정하고 있다. 영업 폐지의 경우에는, ① 면허를 받은 영업 등의 권리 등이 관습적으로 자산과 별도로 거래되는 경우에, 그 권리에 해당하는 정당한 거래 가격, ② 기계 등의 자산, 상품, 건본품 등의 매각 손실 기타 자원에 통상적으로 발생하는 손실액, ③ 종업원을 고용하기 위해 필요한 해고예고 수당에 상당하는 금액, 사업시행자가 업종을 변경할 필요가 있다고 인정되는 경우, 기존의 종업원을 계속 고용하기 위해 개업 때까지 휴업 수당 등으로 통상 발생하는 손실액, ④ 업종 변경으로 통상 필요한 기간 중의 종전 수익에 상당하는 금액(개인 영업의 경우 종전 소득 상당액)을 들고 있다(제43조).<sup>66)</sup>

휴업의 경우에는, ① 통상 휴업으로 필요한 기간 중의 영업용 자산 중 고정적인 경비 및 종업원에 대한 휴업 수당, ② 휴업 기간 중의 수익 감소분, ③ 휴업으로 사업장을 이전하는 등의 사유로 인해 발생하는 영업 수익, ④ 사업장 이전이 필요한 경우, 상품 등의 손실, 이전 광고비 및 이전에 동반하여 통상 발생하는 손실액을 들고 있다(제44조).<sup>67)</sup>

영업 규모 축소의 경우에는, ① 영업 규모 축소에 따른 고정자산의 매각 손실, 해고 예고 수당 등으로 통상 발생하는 손실액, ② 영업 규모 축소에 의해 경영 효율이 객관적으로 저하되는 것이 인정되는 경우에, 경영 효율 저하에 따른 손실액을 들고 있다(제45조).<sup>68)</sup>

PFI법 제29조의 공익을 위한 처분과 유사한 사례로서, 민간사업자에게 발생한 영업손실을 본래 남은 기간만큼 산정하여 손실보상을 한 사례를 발견할 수 있다. 도시공원법 제27조 제2항 제1호의 “도시공원에 관한 공사를 위해 부득이한 필요가 생긴 경우”에 기초하여, 도쿄도(東京都)가 설치 및 관리하는 도시공원에 허가를 받아 편의시설을 운영하던 민간사업자에게, 공원 정문을 보수하기 위해 설치허가를 취소하여 분쟁이 된 사건에서, 도쿄도가 민간사업자에게 남은 허가기간인 3개월의 영업손실을 보상하였다.<sup>69)</sup>

위와 같은 법 규정과 실제 사례에 비추어 보면, 일본에서 공익을 위한 처분에 따른 손실보상은, 토지보상과 같이 완전보상을 하는 것이 아니라, 남은 사업기간의 영업수익만을 손실보상의 범위로 하고 있음을 알 수 있다.<sup>70)</sup>

65) 内閣府民間資金等活用事業推進室, 上掲資料, 46頁.

66) 国土交通省, 「公共用地の取得に伴う損失補償基準」, 国土交通省, 東京, 2007, 13頁.

67) 国土交通省, 上掲資料, 13頁.

68) 国土交通省, 上掲資料, 13-14頁.

69) 平成28年 6月 16日 東京地方裁判所, 平成28(行ク)121 公園施設設置許可取消處分等執行停止申立事件.

70) 황지혜, 전계논문(2019), 97면.

#### 4. 시사점

한국과 일본은 전체적으로 민간투자법제의 구조는 유사하나, 민간위탁과의 중첩적인 적용을 통하여 국가가 사업에서 발생하는 문제에 대하여 최종적인 책임을 부담하는 점과, 실시협약의 법적 성질이 한국과 달리 사법상 계약으로 보고 있다는 점에서 차이점이 나타난다. 특히 실시협약의 법적 성질이 사법상 계약으로, 민법상 계약 법리를 적용하기 때문에, 귀책사유가 없는 한 주무관청이 일방적으로 공익을 이유로 계약내용의 변경이나 사업 해지를 할 수 있는 근거가 약한 점이 큰 차이점이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 한국의 민간투자법제 정비에 참고가 되는 구체적인 예들이 발견된다는 점에서 일본의 민간투자법제는 의미가 있다. 특히 실시협약의 변경이 가능한 경우와, 공익을 위한 처분에서 참고할 수 있는 구체적인 예가 발견된다.

먼저 실시협약 변경과 관련하여, “소유권의 목적으로서의 동일성”이라는 매우 포괄적인 기준을 제시하고 있기 때문에, 주무관청의 실시협약 변경 요구권 정비에 직접 적용하기는 어렵다고 생각된다. 그 대신 실시협약의 내용만 변경할 수 있는 때와, 민간사업자를 변경할 수 있는 때의 구체적인 예를 발견할 수 있어 법제 정비에 참고가 된다. 특히 천재지변 등의 불가항력이 발생한 때에 민간사업자를 변경할 수 있는 조건으로, 사회기반시설의 기능 마비와 3개월이라는 구체적인 예시와 수치를 제시한 것은 참고할 만하다고 본다.

공익을 위한 처분에서 어떤 경우를 “공익”으로 볼 것인가의 구체적인 기준을 정립하는데 참고가 될 수 있다는 점이다. 일본 도시공원법 제16조의 “공익상 특별한 필요가 있는 경우”에 대하여, 토지수용법 제4조에서 규정하고 있는 “특별한 필요”(特別の必要)와 같은 정도의 공익적인 필요가 있어야 한다고 구체적으로 제시하고 있는 점은 참고가 될 수 있다. 또한 손실보상의 범위도, 영업손실에 대해 상세하게 다른 손실보상기준 요강에 의할 것을 제시한 점도, 향후 공익을 위한 처분에 따라 이루어질 손실보상의 범위를 확정하는데 참고가 될 수 있다.

#### IV. 새로운 민간투자법제 도입을 통한 역할 분담 확립

새로운 민간투자법제를 도입하여 역할 분담을 확립하는 방안으로는, 주무관청과 민간사업자를 관리자라는 역할을 부여함과 동시에 법적 의무를 부담하게 하는 방법이 있다. 이하에서는 주무관청을 공공관리자로서 지정하는 방법과, 민간사업자를 시설관리자로 지정하는 방법에 대해 논하고자 한다.

## 1. 공공관리자 지정 제도

공공관리자 지정 제도는, 주무관청에게 공공관리자라는 지위를 법적으로 부여하여 사업 감독 책임을 부담하게 하는 제도이다. 이 제도는, 「도시 및 주거환경정비법」(이하 도정법) 제118조 제3항 및 제4항<sup>71)</sup>에 근거한 공공관리제도에서 착안한 제도이다. 도정법상의 공공관리제도는, 정비사업의 투명성 강화 및 효율성 제고를 위하여 지방자치단체의 장이 사업 지원 및 감독을 할 수 있는 제도를 말한다. 이렇게 재건축 및 재개발 사업과 같은 도시정비사업에 공공관리제도를 규정한 것은, 도시 재개발이 가지는 공공성에 기인한다.<sup>72)</sup> 이와 같은 도정법상의 공공관리제도처럼, 주무관청이 민간투자사업의 전 단계에 걸쳐, 사업 지원 및 감독을 하도록 공공관리자로 지정하는 제도를 민간투자법 내에 마련하는 것을 의미한다.

민간투자법 제2조 제4호의, “주무관청이란 관계 법령에 따라 해당 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장을 말한다”는 규정에 주무관청이 사업 감독의 책임이 있음이 전제되어 있다고 해석할 수 있고, 따라서 공공관리자로 따로 지정하는 것은 실효성이 없다고 생각될 수 있다. 그러나 앞서 손해배상 관련 판례와 같이, 해석에 따라서는 주무관청을 책임 분담에서 제외하는 해석도 가능하기 때문에, 법조문의 해석에 의존하기 보다는 명문으로 공공관리자의 역할에 대해 규정하여 책임 소재를 분명히 하는 것이 책임 분담에 효과적이라고 생각된다.

민간투자사업에서의 공공관리자는, 네트워크 이론과 보장국가론에 기초하여, 고권적인 감독 수단보다는, 주로 협의와 대화를 통해 사업 감독의 효과를 유도하여야 할 것이다. 물론 협의와 대화를 통해 사업 감독이 잘 되지 않을 경우에는, 실시협약 변경 요구권이나 공익을 위한 처분 등의 수단을 마련하여 감독을 할 필요도 있다.

공공관리자 지정 제도를 도입하게 되면, 주무관청의 책임 범위가 분명해지는 장점이 있는 반면, 그 역할을 수행하기 위한 법적 수단도 강화된다. 이와 같이 강화된 주무관청의 감독 수단이 악용될 경우, 도리어 민간사업자에게 강압적으로 목적 달성을 위한 수단이 되어, 민간사업자에게 큰 피해를 입힐 가능성이 있다.<sup>73)</sup> 따라서 이러한 경우를 대비하여, 민자도로 관리지원센터와 같은 제3의 감독 기관을 두어, 주무관청의 적절한 감독과 민간사업자의 자율성을 보장할 수 있도록 공공관리자 지정 제도를 보완하는 방안을 고려할 수 있다.

71) 도시 및 주거환경정비법 제118조 (정비사업의 공공지원) ③ 시장·군수등은 위탁지원자의 공정한 업무 수행을 위하여 관련 자료의 제출 및 조사, 현장점검 등 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 위탁지원자의 행위에 대한 대외적인 책임은 시장·군수등에게 있다.

④ 공공지원에 필요한 비용은 시장·군수등이 부담하되, 특별시장, 광역시장 또는 도지사는 관할 구역의 시장, 군수 또는 구청장에게 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하는 바에 따라 그 비용의 일부를 지원할 수 있다.

72) 최승필, “재개발구역 해제 등에 대한 법적 검토-도시 및 주거환경정비법 및 도시재정비 촉진을 위한 특별법 개정법률(2012.2.1.)을 중심으로-”, 「토지공법연구」 제58집, 한국토지공법학회, 서울, 2012, 148면.

73) 黄 智慧·板垣 勝彦, “日韓のPFI道路法制に關する比較法的研究-PFI道路における管理・監督手段を中心に-”, 「横浜法學」第27卷 第3号, 横浜法學會, 横浜, 2019, 363-364頁.

## 2. 시설관리자 지정 제도

시설관리자 지정 제도는 민간사업자에게 시설관리자라는 지위를 부여하여, 법적으로 사회기반시설 관리의 책임을 법적으로 명시하는 제도를 의미한다. 이 제도는 일본이, 하나의 사회기반시설 정비사업에서, 민간투자와 민간위탁제도인 지정관리자 제도를 동시에 적용하는 데서 착안한 제도이다.<sup>74)</sup> 이와 같이 시설관리자 지정 제도를 도입하면, 민간사업자의 책무가 법적으로 명문화되기 때문에, 민간사업자에 대한 주의를 환기시킬 수 있는 효과를 가질 뿐만 아니라, 주무관청과 민간사업자 간의 역할 분담이 수월해질 수 있다. 특히 민간사업자가 관리 업무를 전담하도록 할 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

사회기반시설의 관리 업무는, 시설의 건설 및 보수로 대표되는 하드웨어 측면의 업무가 있고, 공연시설의 공연 계획과 같은 행정사무로 대표되는 소프트웨어 측면의 업무로 나뉜다. 이러한 민간투자의 민간사업자는 소프트웨어 측면의 업무 권한이 없다. 그 이유는, 민간사업자는, 민간투자법 제26조의 관리운영권이라는 물권에 기반하여 시설을 무상 사용하는 권리를 얻은 것이기 때문이다. 따라서 하나의 민간투자사업에서, 하드웨어 측면의 업무는 민간사업자가, 소프트웨어 측면의 업무는 주무관청이 해야 하는 체계로 되어 있다. 이러한 이원적 구조는 공공 서비스를 시설이용자에게 제공할 때 혼선을 빚을 가능성이 있고, 관리 업무를 일원화시킬 필요가 있다. 그러나 현행 법제에서는, 관리운영권의 법적 성질로 인해, 민간투자사업에서 사업시행자가 하드웨어 측면과 소프트웨어 측면의 업무를 전담할 수 있는 구조가 되기 어렵다. 이 문제를 해결하기 위해서는, 민관협력의 유형 중에서, 위탁할 수 있는 업무의 범위가 민간투자보다 넓은 사업 방식을 혼용하는 방법으로 보완할 필요가 있다.

이러한 업무 범위를 보완할 수 있는 유형으로는 민간위탁이 있다. 민간위탁이 업무 범위를 보완하기에 적절한 이유는, 민간위탁은 행정사무와 같은 소프트웨어 측면의 업무도 위탁이 가능하기 때문이다. 민간위탁에 대해 규정하고 있는 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제11조 제1항은, “행정기관이 소관 사무 중 조사·검사·검정·관리 사무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 민간위탁할 수 있다”고 규정하고 있다. 민간위탁을 할 수 있는 사무의 예로써 제1호부터 제4호에, ① 단순 사실행위인 행정작용, ② 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, ③ 특수한 전문지식 및 기술이 필요한 사무, ④ 그 밖에 국민 생활과 직결된 단순 행정사무를 규정하고 있다. 이러한 규정에 의하면, 민간위탁은 반드시 하드웨어 측면의 업무만 민간사업자에게 위탁할 필요는 없다.

따라서 민간투자사업의 민간사업자에게 민간위탁법리를 활용한 시설관리자 지정 제도를 도입하여, 민간사업자가 소프트웨어 측면의 관리 업무까지 포괄하는 방법으로 사회기반시설의 관리 업무에 집중하게 할 수 있다. 그리고 주무관청은 사회기반시설의 관리 업무 전반을

74) 일본에서 민간투자와 민간위탁을 동시에 활용하는 구체적인 사례에 대해서는, 황지혜, 전계논문(2018a), 16-17면을 참조할 것.

담당하는 민간사업자를 감독하도록 역할 분담이 이루어져, 양 당사자가 각각 시설 관리와 사업 감독의 역할을 맡을 수 있도록 할 수 있다.<sup>75)</sup>

## V. 결 론

이상과 같이, 네트워크 이론과 보장국가론에 기초한 법제도 설계를, 민간투자 관련법제를 중심으로 논하였다. 두 이론은 공적 임무 수행에 있어서 국가와 민간사업자 간의 긴밀한 협조와 역할 분담을 강조한다. 네트워크 이론과 보장국가론에 의하면, 국가는 공적 임무 수행의 감독자, 민간사업자는 공적 임무 수행자의 역할 분담 확립이 강조된다. 이러한 역할 분담 확립이 요구되는 분야로는 민간투자가 있다.

이와 같은 민간투자에서의 국가와 민간사업자 간의 역할 분담을 구체적으로 실현할 수 있는 방법으로는, 민간투자법제를 개선하여 활용하는 방법과, 새로운 민간투자 관련법제를 도입하여 활용하는 방법이 있다. 민간투자법제를 개선하여 활용하는 방법의 구체적인 실현 수단으로는, ① 명확한 책임 분담 확립, ② 주무관청의 실시협약 변경 요구권, ③ 공익을 위한 처분이 있으며, 보다 적절한 제도 개선을 위해 일본 법제도와 비교하였다. 일본 법제도가 한국보다 공공성 높은 제도로 설계되어 있다고 보기는 어려우나, 일부 구체적인 내용들이 한국 법제 정비에 참고가 된다.

새로운 민간투자 관련법제를 도입하는 방안으로는, 민간투자법 내에, 국가와 민간사업자에게 관리자라는 지위를 부여하는 규정을 두어 역할 분담을 시도하는 방법을 들 수 있다. 즉, 국가는 공공관리자라는 지위를, 민간사업자에게는 시설관리자라는 지위를 부여하는 것이다. 이와 같은 관리자의 지위를 부여하여, 국가에게는 사업 지원 및 감독이라는 역할을 명시하고, 민간사업자는 사업 수행이라는 역할을 명시하여 책임 분담을 확립하는 것이 목적이다.

현대 사회에서 공적 임무 수행에 민간이 참여하기 시작하면서, 이용료 대비 서비스질의 저하, 최소운영수입보장제도(MRG)에 의한 재정 누수 등 많은 문제점이 발생하고 있다. 이러한 문제를 네트워크 이론과 보장국가론에 입각하여 제도를 설계함으로써, 보다 높은 수준의 공공 서비스를 국민에게 제공하고, 국가 재정 및 지방 재정의 감소에 대처하는 데 일조할 수 있으리라 생각된다.

(투고일 : 2020. 1. 30 / 심사일 : 2020. 2. 12 / 확정일 : 2020. 2. 21)

75) 황지혜, “운영형 민간투자사업에 대한 비교법적 고찰-공공시설 등 운영권 제도를 중심으로”, 『토지공법연구』 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 251면.

## 참 고 문 헌

### <국내문헌>

#### [단행본]

- 김남진, [제23판]「행정법 I」, 법문사, 서울, 2019.
- 박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 서울, 2018.
- KDI 공공투자관리센터, 「민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시지급금에 관한 연구 [BTO 사업을 중심으로]」, KDI 공공투자관리센터, 세종, 2015.

#### [논문]

- 김대인, “미국의 도로관련 민간투자법제와 공익보호”, 『경희법학』 제53권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 서울, 2018, 275-312면.
- \_\_\_\_\_, “지방자치단체 민간투자사업의 공공성 확보수단에 대한 연구- 공법상 계약과 행정 처분의 관계를 중심으로 -”, 『지방자치법연구』 제19권 제3호, 한국지방자치법학회, 서울, 2019, 227-253면.
- 김해룡, “PPP에 있어서의 법적 과제”, 『법학논고』 제35집, 경북대학교 법학연구원, 대구, 2011, 149-172면.
- 서보국, “독일 공법상 규제된 자율규제제도-우리의 지방공기업법과 지방자치법과의 관련성에 대하여-”, 『지방자치법연구』 제19권 제1호, 한국지방자치법학회, 서울, 2019, 167-192면.
- 성봉근, “제어국가에서의 규제”, 『공법연구』 제44집 제4호, 한국공법학회, 서울, 2016, 229-265면.
- 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 『공법연구』 제44집 제1호, 한국공법학회, 서울, 2015, 457-491면.
- 정남철, “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제-특히 규제거버넌스의 구축과 실현방안을 중심으로-”, 『공법연구』 제46집 제4호, 한국공법학회, 서울, 2018, 409-437면.
- 최승필, “재개발구역 해제 등에 대한 법적 검토-도시 및 주거환경정비법 및 도시재정비 촉진을 위한 특별법 개정법률(2012.2.1.)을 중심으로-”, 『토지공법연구』 제58집, 한국토지공법학회, 서울, 2012, 131-160면.
- 홍석한, “보장국가론에 대한 헌법적 평가”, 『공법연구』 제44집 제4호, 한국공법학회, 서울, 2016(2016a), 167-192면.
- \_\_\_\_\_, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 『공법학연구』 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 순천, 2016(2016b), 3-28면.

- 황지혜, “운영형 민간투자사업에 대한 비교법적 고찰-공공시설 등 운영권 제도를 중심으로”, 「토지공법연구」 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 231-257면.
- \_\_\_\_\_, “민간투자법제에서 국가의 보장책임을 실현하기 위한 비교법적 연구 -일본 민간투자법제와의 비교를 중심으로-”, 「토지공법연구」 제83집, 한국토지공법학회, 서울, 2018(2018a), 1-23면.
- \_\_\_\_\_, “민자도로 관리·감독체계에 관한 비교법적 연구-일본의 민자도로 관리 감독체계와의 비교를 중심으로-”, 「법학논집」 제23권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 서울, 2018(2018b), 173-200면.
- \_\_\_\_\_, “한국과 일본의 민간투자사업 관리통제방안에 관한 비교법적 연구-사업종료후 관리기관 설정방안을 포함하여-”, 「토지공법연구」 제87집, 한국토지공법학회, 서울, 2019, 81-110면.
- \_\_\_\_\_, Ziekow, Jan, 김환학 번역, “독일의 보장국가와 규제개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동”, 「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 서울, 2015, 81-124면.

#### [판례 및 기타]

서울고등법원 2014. 8. 20. 선고 2013누23210 판결.

서울중앙지방법원 2016. 6. 24. 선고 2015가합530893 판결.

관계기관합동, 「사업시행조건 및 공익처분 업무지침」, 관계기관합동, 세종, 2016.

#### <해의문헌>

##### [단행본]

小澤 道一, <第三次改訂版>「逐條解説土地收用法(上)」, ぎょうせい, 東京, 2015.

尾林芳匡, 入谷貴夫 編著, 「PFI神話の崩壊」. 自治体研究社, 東京, 2009.

岸本 太樹, 「行政契約の機能と限界」, 有斐閣, 東京, 2018.

グンター・トイブナー, 藤原正則(譯), 「契約結合としてのネットワーク :ヴァーチャル空間の企業, フランチャイズ, ジャスト・イン・タイムの社會科學的, および, 法的研究」, 信山社, 東京, 2016.

下水道法令研究會, [第四次改訂版]「逐條解説下水道法」, ぎょうせい, 東京, 2016.

塩野 宏, [第六版] 「行政法 I」, 有斐閣, 東京, 2015.

千葉縣/株式會社日本総合研究所, 「平成29年度有料道路事業に関する調査委託報告書」, 千葉縣, 千葉, 2018.

成田 頼明, [改訂版]「指定管理者制度のすべて」, 第一法規, 東京, 2009, 17頁.

[논문]

G, F, Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1. 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, §16, S.1067ff.

Hoffmann-Riem, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl 1996, S. 225(230 ff.).  
\_\_\_\_\_, Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 365. ff.

稻葉 一將, “ネットワークに依存する國家行政と國家行政のネットワーク化”, 『名古屋大學法政論集』277号, 名古屋大學大學院法學研究科, 名古屋, 2018, 31-53頁.

伊藤 智基, “公の營造物の概念”, 宇賀 克也/小幡 純子(編), 『條解國家賠償法』, 弘文堂, 東京, 2019, 448-471頁.

金 海龍, “韓國における市民社會のネットワークと行政法に對するその影響”, 野呂 充/岡田 正則/人見 剛/石崎 誠也(編), 『現代行政とネットワーク理論』, 法律文化社, 東京, 2019, 3-12頁.

人見 剛, “公私協働からネットワークへ—行政法學におけるネットワーク研究序說”, 野呂 充/岡田 正則/人見 剛/石崎 誠也(編), 『現代行政とネットワーク理論』, 法律文化社, 東京, 2019, 37-55頁.

黃 智惠・板垣 勝彦, “韓國PFI(民間投資)における保障責任の實現のための比較法的考察: 日韓のPFI(民間投資)法制の比較を中心に”, 『横浜法學』第26卷 第2号, 横浜法學會, 横浜, 2017, 147-171頁.

\_\_\_\_\_, “日韓のPFI道路法制に關する比較法的研究—PFI道路における管理・監督手段を中心に—”, 『横浜法學』第27卷第3号, 横浜法學會, 横浜, 2019, 343-367頁.

山田 洋, “「保証國家」とは何か”, 岡村 周一/人見 剛(編), 『世界の公私協働: 制度と理論』, 日本評論社, 東京, 2012, 141-151頁.

ヤン・ツイーコー, 人見 剛(譯), “再公營化地方自治体サービスの民營化からの轉換?—ドイツにおける議論狀況について—”, 『立教法務研究』第7号, 立教大學大學院法務研究科, 東京, 2014, 43-64頁.

ヤン・ツイーコウ, 野呂 充(譯), “社會科學におけるネットワーク研究と公法—ネットワークという概念は法學の新たなパラダイムか?”, 野呂 充/岡田 正則/人見 剛/石崎 誠也(編), 『現代行政とネットワーク理論』, 法律文化社, 東京, 2019, 13-36頁.

**[판례 및 기타]**

平成 27年 3月 26日 札幌地方裁判所, 平成24(ワ)1570 損害賠償請求事件.

平成28年 6月 16日 東京地方裁判所, 平成28(行ク)121 公園施設設置許可取消處分等執行停止  
申立事件.

國土交通省, 「公共用地の取得に伴う損失補償基準」, 國土交通省, 東京, 2007.

國土交通省航空局, 「仙台空港特定運營業等公共施設等運營權實施契約書」, 國土交通省航  
空局, 東京, 2015.

國土交通省都市局, 「都市公園法運用指針(第3版)」, 國土交通省都市局, 東京, 2017.

內閣府民間資金等活用事業推進室, 「公共施設等運營權制度の概要」, 內閣府民間資金等活用  
事業推進室, 東京, 2011.

\_\_\_\_\_, 「公共施設等運營權及び公共施設等運營業に関するガイドライン」, 內閣府民間資  
金等活用事業推進, 東京, 2018.

