

재정법제 연구 09-14-□□-1

**민간투자사업관리법제  
개선방안에 관한 연구 [ I ]**  
- 정부계약법과의 관계정립을 중심으로 -

A Study on the Reform of Private Finance Initiative Law [ I ]  
- Focusing on Its Relationship with Government Contract Law -

연구자 : 김대인(이화여대 법학전문대학원 교수)  
Kim, Dae-In

2009. 10. 30.

## 국문 요약

민간투자사업은 민관협력(Public Private Partnership: PPP)의 가장 대표적인 예로 언급되고 있다. 민간투자사업을 실시함에 있어서는 행정주체와 민간사업자간에 실시협약을 체결하게 된다. 이러한 실시협약도 넓게 보면 행정주체가 체결하는 계약에 해당되기 때문에 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’이나 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’과 같은 정부계약법의 적용여부가 문제가 된다. 그러나 전통적인 공공조달계약을 염두에 둔 정부계약법을 민간투자사업에 그대로 적용하는 것이 타당한지에 대해서는 여러 가지 의문이 제기될 수 있다. 이러한 맥락에서 ‘사회기반시설에 관한 민간투자법’의 개선방안을 논의하기 위해서는 정부계약법제와 명확한 관계정립을 하는 것이 필요하다고 할 수 있다.

우리나라의 법제의 개선방안을 논의하기 위해서 비교법적인 검토를 해보면 민간투자방식의 역사가 짧지 않음을 볼 수 있다. 다만 최근 들어 민간투자방식이 영국을 중심으로 서구 주요국에서 확대되어가고 있는 것은 민간투자방식의 부활로 평가할 수 있다. 이러한 부활의 원인으로는 재정의 부족, 민간의 창의성의 활용 등도 언급되고 있지만, 보다 중요한 원인으로는 전통적인 공공조달방식이 동일가격대비 최고 가치(Value for Money)를 제대로 충족하지 못하고 있다는 점을 들 수 있다.

우선 정부계약법과 민간투자법의 관계를 보다 명확하게 설정하기 위해서는 그 기본방향의 설정을 위해서는 크게 두 가지 점을 고려해야 한다.

**첫째, 민간투자계약의 공법상 특수성을 충분히 고려해야 한다.** 민간투자법상의 실시협약이 공법상 계약으로서의 성질을 갖는다는 점을 고려하여 계약체결 이전단계와 계약체결 이후단계 모두에 있어서 사

법상 계약과 다른 특수성이 충분히 반영되는 방향으로 관계정립이 되어야 한다. 공공조달계약도 공법상 특수성이 강조되는 것이 타당하나, 민간투자법상의 실시협약은 이러한 공법상 특수성이 보다 강조되는 것이 타당하다. 왜냐하면 민간투자계약은 공공조달과 마찬가지로 투명성과 효율성의 확보 이외에도 민간사업자 참여의 활성화와 공공성 확보라는 상반되는 요청을 조화롭게 추구해야 하는 의무를 지고 있고, 계약의 대상이 되는 시설이 사회기반시설들이고 계약기간이 장기간이라는 점에서 공공성을 충분히 고려해야 하기 때문이다.

**둘째, 민간투자계약과 공공조달계약의 공통점과 차이점을 균형 있게 고려해야 한다.** 계약기간, 위험분배방식, 프로젝트의 복잡성, 일괄발주 여부 등 민간투자계약과 공공조달계약의 차이점이 많이 부각되어 온 것이 사실이나, 양자 모두 투명성과 효율성의 추구라는 원리를 추구하고 있다는 점에서는 공통점을 갖고 있다. 민간투자법제와 정부계약법제의 관계설정을 함에 있어서는 이러한 양자의 공통점과 차이점을 균형 있게 고려하는 것이 필요하다.

그리고 정부계약법제의 지속적인 혁신에 의해서 이러한 차이점들이 점차로 상대화되어 가는 경향도 나타나고 있다는 점을 고려해야 한다. 공공조달의 방식을 취하더라도 계약기간이 장기이고 프로젝트의 내용이 복잡하며, 설계나 시공 등에 있어서 일괄발주가 이루어지는 사례가 자주 나타나고 있고 정부계약법도 이에 맞추어 진화하고 있기 때문이다. 이러한 맥락에서 민간투자법제를 정립함에 있어서 정부계약법제를 극복의 대상으로만 여기는 것은 바람직하다고 할 수 없다.

정부계약법제와의 관계 하에서 민간투자법제를 명확하게 정립하기 위해서는 입법론과 해석론을 나누어서 살펴볼 필요가 있다. 우선 입법론적으로는 두 가지를 제시해볼 수 있다. 첫째, 민간투자방식과 공공조달방식의 양자의 방식 중 어느 것을 채택할 것인지에 관해서 판단기준에 관해 규정을 두는 것이 필요하다. 이에 관해서는 행정부 내

부의 행정규칙 형식으로 정하는 방안과 법률에서 규정하는 방안을 생각해볼 수 있다.

민간투자방식과 공공조달방식 중 어느 방식을 채택할 것인가 하는 점은 납세자의 이익과도 관련되는 문제이므로 선택의 기본적인 원칙인 Value for Money에 관한 규정은 민간투자법에서 두는 것이 바람직하다. 이러한 법률내용을 기반으로 하되, 구체적인 체크리스트나 배점 기준 등은 행정규칙의 형식으로 두는 것이 타당하다고 하겠다.

**둘째, 민간투자법과 정부계약법의 기본적인 관계를 어떻게 설정할 것인가와 관련해서는 민간투자법의 독자성을 높이는 방향으로 입법화하는 방안(독립모델)과 정부계약법에의 의존성을 높이는 방향으로 입법화하는 방안(의존모델) 모두를 지양할 필요가 있다.**

민간투자법의 독자성을 높이는 방향으로 입법화하는 것은 민간투자와 관련한 제반내용을 일목요연하게 볼 수 있도록 한다는 점에서 장점이 있다고 할 수 있다. 그러나 그 내용이 정부계약법과 차이가 많이 날 경우에는 국가나 지방자치단체가 체결하는 계약법체계의 일관성이 떨어질 위험성이 있다.

민간투자법의 정부계약법에의 의존성을 높이는 방향으로 입법화하는 방안은 위와 반대로 국가나 지방자치단체가 체결하는 계약법체계의 일관성을 유지할 수 있다는 장점이 있는 반면에 민간투자와 관련한 제반내용을 일목요연하게 보기 힘들게 만든다는 단점이 있다.

앞서 본 바와 같이 민간투자계약과 정부계약의 차이점과 공통점을 균형 있게 보는 방향으로 입법이 이루어지도록 하려면 위 두 가지 방안을 모두 지양할 필요가 있다. 그렇다면 제3의 길로서 필요한 범위 내에서 정부계약법에 의존하고 나머지는 독립적으로 규율하는 방식(이를 “제한적 독립모델”이라고 부를 수 있다)이 바람직하다고 하겠다. 이는 계약체결 이전단계와 이후단계를 나누어서 생각해볼 수 있다.

계약체결 이전단계와 관련해서는 상대적으로 국가계약법에 의존성을 높이는 방향으로 한다. 이를 위해서 ‘협상에 의한 계약절차’를 보완하여 좀 더 경쟁성을 확보하는 내용의 절차를 국가계약법 시행령에 규정하도록 한다. 그리고 이러한 계약절차는 민간투자방식에만 적용되는 것이 아니라 복잡한 성격의 공공조달방식에도 적용될 수 있도록 한다.

계약체결 이후단계와 관련해서는 상대적으로 국가계약법으로부터의 독립성을 높이는 방향으로 한다. 계약기간이 장기간이라는 점, 대금지급방식이 차이가 있다는 점 등 공공조달계약과의 차이점이 주로 계약체결 이후단계에 집중되어 있다는 점을 고려할 때 계약해지나 대금지급 등과 관련해서 독자적인 규정을 민간투자법에 두는 것이 바람직하다.

위와 같이 입법을 통해 정부계약법과 민간투자법의 관계를 명확하게 하는 것이 가장 궁극적인 해결책이 될 것이나 이러한 입법이 있기 전까지는 다음과 같은 기준을 갖고 해석을 하는 것이 타당하다.

**첫째로 정부계약법이 그대로 적용되는 경우는 다음과 같다.** 민간투자법에 특칙이 있거나, 성질상 적용이 되기 힘든 규정들을 제외하고는 원칙적으로 정부계약법의 내용이 민간투자계약에도 그대로 적용된다고 보아야 할 것이다. 국가계약법 제3조 및 지방계약법 제4조에서 “국가(지방자치단체)를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 영이 정하는 바에 의한다”라고 규정하고 있기 때문에도 그러하다.

**둘째로 정부계약법의 적용이 배제되는 경우는 다음과 같다.** 이는 다시 둘로 나누어볼 수 있다. 우선 민간투자법에서 명시적으로 정부계약법에 대한 특칙을 두고 있는 경우를 들 수 있다. 매수청구권에 관한 규정을 그 예로 들 수 있다. 이러한 한도 내에서는 정부계약법의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이다. 다음으로 성질상 민간투자계약

에 그대로 적용하는 것이 바람직하지 않는 경우이다. 앞서 본 바와 같이 국가계약법이나 지방계약법상 입찰보증금에 관한 규정, 대가지급에 관한 규정 등을 들 수 있다.

※ 키워드 : 민관협력, 민간투자, 정부계약, 공공조달, 동일가격대비 최고가치(Value for Money)

## Abstract

Private Finance Initiative(PFI) is a typical type of public-private partnership(PPP). In Korea, enterprises conclude PFI agreement with public entities based on “Act on PFI for Social Infrastructure Project”. As this agreement is concluded with public entities, the extent of application of government contract law(“Act on the Contract in which a State is a Party” or “Act on the Contract in which a local government is a Party”) is a critical issue. It is therefore necessary to consult with comparative law in this field.

PPP has over three hundred years' history in comparative law perspective. Recent frequent use of PFI is evaluated as a revival of this regime. The causes of this revival can be explained as the lack of public budget and the need for introducing creativity of private enterprises. In addition, many commentators say that the failure to achieve Value for Money(VfM) through traditional public procurement contract(government contract) is one reason.

To establish clear relationship between PFI law and government contract law, two points should be carefully examined. First, public law character of PFI contract - both in contract formation stage and contract administration stage - should be fully considered. Public procurement contract can also be characterized as a public contract. However, PFI contract has more characteristics as a public contract in comparison with public procurement contract, because PFI has multi-dimension purposes other than efficiency and transparency, such as harmonization of enhancing private enterprises' participation and maintaining public interest which is emphasized since PFI contract has long-duration and is related with impor-

tant social infrastructure.

Second, the similarities and differences between PFI contract and public procurement contract should be carefully considered. Many comments that duration, risk-allocation, complexity of the project and bundling are key differences between these two contracts. However, they share common purposes: transparency and efficiency. Recently, public procurement contract has experienced innovation such as best value award criteria, competitive dialogue according to changes of procurement circumstances. Therefore, public procurement contract law(government contract law) should not be thought as old-fashioned, and PFI contract regulation independent from public procurement contract law should not be thought as only one alternatives.

To establish clear relationship between PFI law and public procurement law, *de lege ferenda* and *de lege lata* can be suggested respectively. Two points on *de lege ferenda* can be suggested. First, the criteria of choice between PFI contract and public procurement law should be clearly defined. The details of this criteria may be stipulated in administrative directive. However, the main criteria (VfM) should be provided in the parliamentary statute.

Second, two extreme model: “PFI law which is independent from government contract law model”(independence model) & “PFI law which is dependent on government contract law model”(dependence model) should be avoided. Both models have defects. Independence model can lead to loss of consistency in public contract. Dependence model restricts comprehensive understanding of PFI law.

The author suggests “limited dependence model”, in which PFI law is partly dependent on government contract law. In contract “formation” stage,



PFI law's dependence on government contract law should be more emphasized. In this context, negotiation procedure in “Act on the Contract in which a State is a Party” should be modified to include PFI contract.

In contract “administration” stage, PFI law's independence from government contract law should be more emphasized. Provisions which is related with contract termination and payment should be independently provided in PFI law.

Meanwhile two points on *de lege lata* can be suggested. First, provisions in government contract law should be applied to PFI contract in principle except when other clauses provided in PFI law. Second, provisions in government contract law's application should be exempted when PFI law has other provisions or when provisions in government contract law's application is not appropriate. The latter case can be found in bid-bond, and payment.

※ Key Words : Public Private Partnership(PPP), Private Finance Initiative(PFI), government contract, public Procurement, Value for Money

# 목 차

국문요약 .....	3
Abstract .....	9
제 1 장 서 론 .....	17
제 1 절 연구의 목적 .....	17
제 2 절 연구의 동향 .....	19
제 3 절 연구의 방법 .....	21
제 4 절 연구의 내용 .....	22
제 2 장 민간투자법과 정부계약법의 관계에 관한 기초적 논의 .....	25
제 1 절 민간투자방식과 공공조달방식의 비교 .....	25
1. 개념 .....	25
2. 역사적 고찰 .....	28
제 2 절 민간투자방식과 공공조달방식의 선택기준 .....	34
1. 외국의 법제 .....	34
2. 우리나라의 법제 .....	36
제 3 절 민간투자법상 실시협약 및 관련조치의 법적 성질 .....	39
1. 민간투자법상 실시협약의 법적 성질 .....	39
2. 민간투자계약과 관련된 제반조치들의 법적 성질 .....	45

제 3 장 민간투자법제와 정부계약법제의 관계에 관한 외국의 법제 .....	49
제 1 절 유럽연합 .....	49
1. 개 관 .....	49
2. 계약체결 이전단계의 규율 .....	55
3. 계약체결 이후단계의 규율 .....	58
제 2 절 영 국 .....	60
1. 개 관 .....	60
2. 계약체결 이전단계의 규율 .....	63
3. 계약체결 이후단계의 규율 .....	66
제 3 절 독 일 .....	70
1. 개 관 .....	70
2. 계약체결 이전단계의 규율 .....	74
3. 계약체결 이후단계의 규율 .....	76
제 4 절 프 랑 스 .....	77
1. 개 관 .....	77
2. 계약체결 이전단계의 규율 .....	81
3. 계약체결 이후단계의 규율 .....	82
제 5 절 미 국 .....	83
1. 개 관 .....	83
2. 계약체결 이전단계의 규율 .....	86
3. 계약체결 이후단계의 규율 .....	87
제 6 절 UNCITRAL .....	88

1. 개 관 .....	88
2. 계약체결 이전단계의 규율 .....	93
3. 계약체결 이후단계의 규율 .....	99
제 4 장 정부계약법과의 관계를 중심으로 본 우리나라의 민간투자법제 .....	101
제 1 절 개 관 .....	101
1. 민간투자법과 정부계약법의 규율현황 .....	101
2. 개 념 .....	106
3. 원 리 .....	107
제 2 절 계약체결 이전단계의 규율 .....	109
1. 계약체결방식 .....	109
2. 입찰보증금 .....	112
제 3 절 계약체결 이후단계의 규율 .....	114
1. 민간투자방식의 유형에 따른 규율여부 .....	114
2. 협약의 변경 또는 해지 .....	115
3. 최소운영수입보장제의 유지여부 .....	117
4. 대가지급 .....	119
제 5 장 결 론 .....	121
제 1 절 비교법적 분석에 대한 평가 .....	121
1. 양 법제의 기본관계 .....	121
2. 계약체결 이전단계 .....	124
3. 계약체결 이후단계 .....	125
제 2 절 관계정립의 기본방향 .....	127

1. 공법상 특수성을 충분히 고려해야 함. ....	127
2. 민간투자계약과 공공조달계약의 공통점과 차이점을 균형 있게 고려해야 함. ....	127
제 3 절 관계정립의 구체적인 방안 .....	128
1. 입법론 .....	128
2. 해석론 .....	130
참 고 문 헌 .....	133

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 목적

민간투자사업은 민관협력(Public Private Partnership: PPP)의 가장 대표적인 예로 언급되고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 민관협력과 관련해서 계약 방식이 적극적으로 활용되고 있는데 이는 현대행정의 주요한 특징이라고 할 수 있는 국민의 지위변화, 즉 행정‘객체’로서의 국민으로부터의 행정‘주체’로서의 국민으로의 변화를 반영하고 있다고 할 수 있다.<sup>2)</sup>

우리나라에서도 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’(이하 민간투자법)이 제정되어 이에 관해 규율을 하고 있다. 민관협력을 통해 민간부문의 창의적인 요소를 활용하고 참여민주주의적인 요소를 반영하는 것이 긍정적인 측면이 있는 것은 분명하나, 참여의 주체가 일반시민이 아닌 사업자인 경우에 시장원리의 추구로 인한 공공성 약화가 발생하지 않도록 배려해야 한다고 볼 수 있다. 민간투자사업을 논의함에 있어서는 이러한 상충되는 두 가지 측면을 균형 있게 고려하는 것이 필요하다고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

본 연구에서는 이러한 상충되는 두 가지 측면을 균형 있게 고려하는 민간투자사업 관련법제의 개선방안을 제시하되, 특히 민간투자사업 관련법제와 정부계약법제의 관계정립을 중심으로 논의함을 목적

- 
- 1) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 2008, 466쪽 참조.
  - 2) 이광윤, “민주적 국가경영을 위한 행정의 계약화”, 성균관법학 제13권 제2호, 2001. 10 및 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 184-185쪽 참조.
  - 3) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 184-185쪽 참조.

으로 한다. 정부계약법과의 관계정립을 중심으로 논의하는 이유는 다음과 같다.

‘정부계약법’(government contract)이라고 하면 광의로는 행정주체가 체결하는 다양한 행정계약을 규율하는 법을 의미하고, 협의로는 국가나 지방자치단체 등 행정주체가 필요로 하는 물품, 서비스, 건물 등을 조달함에 있어서 체결하는 계약에 적용되는 법<sup>4)</sup>을 의미한다. 본 논문에서는 정부계약법을 협의의 의미로 일단 사용하고자 한다. 이러한 정부계약법에 해당되는 대표적인 법률로는 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 국가계약법)과 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 지방계약법)을 들 수 있다.

그런데 민간투자사업을 실시함에 있어서는 행정주체와 민간사업자 간에 실시협약을 체결하게 된다. 이러한 실시협약도 넓게 보면 행정주체가 체결하는 계약에 해당되기 때문에 정부계약법의 적용여부가 문제된다. 전통적인 공공조달계약을 염두에 둔 정부계약법을 민간투자사업에 그대로 적용하는 것이 타당한지에 대해서는 여러 가지 의문이 제기될 수 있다. 그런데 국가계약법, 지방계약법, 민간투자법 어디에도 이와 같은 부분에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이러한 맥락에서 민간투자관련법제의 개선방안을 논의하기 위해서는 정부계약법제와의 명확한 관계정립을 하는 것이 필요하다고 할 수 있다.

그리고 이처럼 민간투자법제를 정부계약법과의 관계정립을 중심으로 논의하는 것은 다음과 같은 의미에서도 그 정당성을 부여할 수 있다. 즉, 역사적으로 볼 때 전통적인 공공조달방식에 대한 비판이 이루어지면서 이에 대한 대안으로 민간투자방식이 활성화되었다는 점이다. 전통적인 공공조달방식은 ‘동일가격대비 최고가치’(Value for Money)를 제대로 실현하지 못한다는 비판을 받아 왔다. 이러한 전통적 공공조

---

4) 이러한 협의의 정부계약법을 공공조달법(public procurement law)으로 부르기도 한다.

달방식의 한계점을 극복하기 위해 민간투자방식이 도입되었다.<sup>5)</sup> 이와 같은 역사적 전개과정을 보면 전통적인 공공조달방식을 규율해온 정부계약법과의 관계에서 민간투자법제는 어떤 점이 같고 다른지를 검토해보는 방식을 취하는 것이 민간투자법제를 보다 명확하게 이해하는 장점이 있다고 할 수 있다.

## 제 2 절 연구의 동향

민간투자법제에 관해서는 기존에 국내외에서 다양한 연구가 이루어져왔다. 민간투자법제를 정부계약법제와의 관계하에서 연구하는 것은 외국에서 매우 활발하게 이루어져 왔다고 할 수 있다. 대표적으로 Sue Arrowsmith교수의 글들을 들 수 있다. Public Procurement Law Review의 대표편집인을 맡고 있는 공공조달법 전문가인 Arrowsmith교수는 주로 유럽법의 맥락에서 공공조달법과 민간투자법 상호간의 관계에 관한 연구성과를 내고 있다.<sup>6)</sup> 이 외에도 공공조달법 전문지인 Public Procurement Law Review에는 양자의 관계에 관한 논문이 꾸준히 실리고 있다.<sup>7)</sup> 이 외에도 유럽공공조달법의 전문가인 Christopher Bovis교수도 그의 유럽 공공조달법 교과서에서 한 장을 할애하여 양자의 관계에 서술하고 있다.<sup>8)</sup>

5) Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford, 2006, p. 454 참조.

6) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, Common Market Law Review 37, 709-737, 2000; Arrowsmith, Sue, Application of the U.K. Procurement Regulations to PFI Contracts: New Case Law, P.P.L.R. 2002, 3, NA 84-87 등 참조.

7) 이러한 예로 Skilbeck, Jennifer, The Private Finance Initiative and Public Procurement, P.P.L.R. 1996, 4, 148-159; Clark, Brian, Public Procurement and the Private Finance Initiative, P.P.L.R. 1996, 3, CS 87-89.

8) Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford, 2006, pp. 445-477 참조.



공공조달분야의 학자 및 전문가들의 대표적인 회의인 국제공공조달 회의(International Public Procurement Conference: IPPC)<sup>9)</sup>의 한 분과로 민간투자가 다루어지고 있는데, 이곳에서도 정부계약법(공공조달법)과의 관계하에서 민간투자를 연구한 논문들이 발표되고 있다.<sup>10)</sup>

우리나라에서도 최근 민간투자법제를 정부계약법제와의 관계에서 연구하는 움직임이 늘어나고 있다. 독일 민간투자법제를 정부계약법과의 관계에서 논의한 오준근 교수의 논문<sup>11)</sup>이 그 대표적인 예라고 할 수 있다. 또한 민간투자사업과 유럽 공공조달지침과의 관계를 논의하고 있는 김성수 교수의 논문<sup>12)</sup>도 이와 같은 취지의 연구라고 할 수 있다. 프랑스의 행정계약이나 미국의 정부계약과의 관계에서 민간투자법제를 연구하고 있는 윤성철 변호사의 학위논문<sup>13)</sup>도 이와 같은 맥락이라고 할 수 있다. 국토연구원의 연구보고서<sup>14)</sup>도 이와 같은 맥락에서 연구를 시도하

9) 제3차 IPPC는 2008년 8월에 네덜란드 암스테르담에서 개최되었다. 이 대회에는 네덜란드 정부의 PPP Unit이 공식적으로 참여하는 등 민간투자사업에 대한 관심이 매우 높았다. 제4차 IPPC는 2010년 8월에서 서울에서 개최될 예정이며 이곳에서도 민간투자사업이 주요한 주제로 다루어질 예정이다.

10) Eversdijk, Arno, “The Public Private Comparator: A Dutch Decision Instrument in PPP-Procurement”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press; Muineacháin, David Ó, “Public Private Partnerships - Beyond Procurement: A Case Study”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press; Garsse, Steven Van, “Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press 등이 그 예이다. 이들 논문들은 IPPC 홈페이지([www.ipppa.ws](http://www.ipppa.ws))에서 전문을 볼 수 있다.

11) 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008.

12) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 2008 및 김성수, “공공조달행정법상 경쟁보장적 대화와 협상과의 관계”, 공법학연구 제9권 제2호, 2008 참조.

13) 윤성철, 공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 법학박사학위논문, 2004.

14) 황창용/홍성필/정민웅/권용훈, 사회간접자본시설에 대한 민간투자법과 관련법률의 체계에 관한 연구 - 민간투자법의 주요 쟁점 및 인허가사항을 중심으로, 국토연구

고 있다. 필자도 이와 같은 관점에서 선행연구를 실시한 바 있다.<sup>15)</sup>

본 연구는 이와 같은 기존의 연구를 기반으로 하되, 비교법적 연구를 기반으로 우리나라 현실에 맞는 양자간의 관계정립방안을 좀 더 체계적으로 제시하는 데에 초점을 맞추고자 한다.

### 제 3 절 연구의 방법

본 연구는 기본적으로 비교법적 방법론을 채택하도록 한다. 비교법적인 연구는 유럽연합, 영국, 독일, 프랑스, 미국, UNCITRAL 등 크게 여섯 곳을 대상으로 한다. 이들을 대상으로 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 유럽연합은 공공조달지침의 개혁과정에서 ‘경쟁적 대화’ (competitive dialogue) 제도를 도입하는 등 민간투자사업을 고려한 법제정비를 계속하고 있다. 이러한 유럽연합의 경험은 우리나라에 주는 시사점이 크다고 할 수 있다.

둘째, 영국은 PFI(Private Finance Initiative)라고 불리우는 민간투자사업이 가장 활발하게 실시되고 있는 나라 중의 하나이고, 전세계의 민간투자관련 법제를 선도해가고 있다고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 연구의 가치가 크다.

셋째, 독일의 공법질서는 우리나라에 지속적으로 영향을 미치고 있고 이러한 이유로 우리나라 민간투자법제의 개선을 모색함에 있어서도 참고자료로서의 크다고 할 수 있다.<sup>16)</sup>

---

원, 2004.

15) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 2005; “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009. 2; “지역발전을 위한 지방계약법제와 민간투자법제의 정비방안”, 지방자치법연구 제9권 제2호(통권 제22호), 2009. 6 등 참조.

16) 또한 독일의 관련문헌들에서 정부계약법제와 민간투자의 관계에 관해 지속적으로 논의하고 있다. 대표적으로 PPP in öffentlichen Hochbau, Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, 2003 참조.

넷째, 프랑스는 행정계약법제가 오래전부터 발달되어 왔고 그 대표적인 유형이 민간투자방식의 한 유형이라고 할 수 있는 ‘공공서비스 위탁계약’(contrat de délégation de service public)’이다. 또한 최근에는 민간협력계약에 관한 법률명령(Ordonnance)을 채택하여 실시하고 있기 때문에 참고의 가치가 크다.

다섯째, 미국은 주정부 단위에서 주로 도로와 관련하여 민간투자를 적극적으로 실시하고 있다. 독일, 프랑스, 영국이 유럽연합국가들로서 유사한 법제를 가지고 있기 때문에 이와 구별되는 미국법제를 참고할 필요성이 있다.

여섯째, UN 국제상거래법위원회(UNICTRAL)는 ‘민간투자 사회기반시설사업에 대한 모델입법안’(Model Legislative Provision on Privately Financed Infrastructure Projects)을 제시하는 등 전세계 민간투자관련법제의 개혁논의를 선도하고 있다는 점에서 연구의 가치가 크다고 할 수 있다.

이들 국가 및 국제기구들에서 민간투자법제를 정부계약법제와의 관계에서 어떻게 정립해가고 있는지를 살펴봄에 있어서는 다음과 같은 점을 유의하도록 한다. 이러한 외국법제들이 어떠한 평가를 받고 있는지를 객관적으로 분석토록 한다. 예를 들면 유럽연합의 새로운 공공조달지침에서 채택된 ‘경쟁적 대화’(competitive dialogue)와 관련해서는 찬반 논란이 존재하는 상황이다. 이러한 논의를 객관적으로 소개할 때 우리나라 법제의 정비방안에 대한 좀 더 정확한 시사점을 도출해낼 수 있을 것이다.

## 제 4 절 연구의 내용

이하에서는 다음과 같은 순서로 연구를 진행토록 한다. 제2장에서는 양 법제의 관계논의를 위한 이론적 기초를 다루도록 한다. 우선 민간

투자방식과 공공조달방식을 비교한다. 민간투자법제의 정비방안을 정부계약법과의 관계에서 분석하기 위해서는 정부계약법의 주요 규율대상인 전통적인 공공조달방식과 민간투자법제의 규율대상인 민간투자방식과의 비교가 필수적이기 때문이다. 다음으로 양 계약의 법적 성질에 관한 논의를 살펴보도록 한다.

제3장에서는 외국의 법제를 민간투자법제와 정부계약법제의 관계를 중심으로 살펴보도록 한다. 유럽연합, 영국, 독일, 프랑스, 미국, UNCTRAL을 차례로 살펴보도록 한다. 이들 법제를 살펴봄에 있어서는 크게 다음의 세 가지 점을 중심으로 살펴본다. ① 양 법제의 기본관계, ② 계약체결 이전의 규율, ③ 계약체결 이후의 규율이 그것이다. 이들 세 가지 점에 있어서 각 법제에서 나타나는 공통점과 차이점이 무엇이 있는지, 우리나라가 얻을 수 있는 시사점은 무엇인지를 살펴본다.

제4장에서는 우리나라의 법제를 민간투자법제와 정부계약법제의 관계를 중심으로 살펴보도록 한다. 외국의 법제와 마찬가지로 ① 양 법제의 기본관계, ② 계약체결 이전의 규율, ③ 계약체결 이후의 규율을 살펴보도록 한다. 우리나라 법제를 살펴봄에 있어서는 현재의 법제에 대한 분석과 앞으로의 개선방안을 제시하도록 한다.

제5장에서는 이상에서의 논의를 종합적으로 정리하고 양자의 관계 정립을 위한 앞으로의 과제를 살펴보도록 한다.

## 제 2 장 민간투자법과 정부계약법의 관계에 관한 기초적 논의

### 제 1 절 민간투자방식과 공공조달방식의 비교

#### 1. 개념

민간투자과 공공조달을 비교하기 위해서는 양자의 개념을 명확하게 하는 것에서부터 출발할 필요가 있다.<sup>17)</sup> 이를 위해서 유럽연합에서의 논의를 살펴보도록 하자. 2004년도의 유럽연합 공공조달지침에서는 ‘공공공사특허’(public works concession)의 개념을 “공사수행의 대가가 공사를 개발할 권리뿐이거나 이 권리와 함께 사용료를 징수할 수 있는 권리의 부여라는 점을 제외하고는 공공공사계약과 같다”라고 규정하고 있다(공공조달지침 제1조 제3항). 이처럼 공공조달지침에서 공공공사특허의 개념에 관해서는 규율하고 있으나 유럽연합차원에서 민관협력(PPP)에 관해서 규율하고 있지 않다. 다만 2004년도의 유럽연합녹서에서는 “민관협력이란 사회기반시설의 재원조달, 건설, 혁신, 운영 또는 유지나 서비스의 공급을 보장하기 위한 행정주체와 사기업이 협력하는 방식을 일반적으로 말한다”라고 밝히고 있다.<sup>18)</sup>

이러한 유럽연합녹서의 개념정의에 대해서는 공통의 목표를 실현하기 위하여 상시적으로 협력하고 이를 통해 시너지효과를 창출하는 개념적 요소를 간과한 채 광의로 공공부문과 민간부문간의 모든 협력사업을 민관협력으로 이해하는 것은 수용하기 어렵다는 비판이 있다.<sup>19)</sup>

17) 양자의 개념에 대해 자세히는 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 187-189쪽 참조.

18) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004, p. 3 참조.

19) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제

그러나 유럽연합녹서에서 이처럼 넓게 민관협력을 이해한 것으로 보이지는 않으며, 위 비판에서 언급한 개념적인 요소를 어느 정도 위 개념에 담고 있는 것으로 보인다.<sup>20)</sup>

위 녹서에서는 민관협력의 주요요소로 다음을 들고 있다. ① 공공부문과 민간부문의 관계가 장기간이다. ② 사업에 대한 재원조달은 때때로 다양한 이해관계인들 간의 복잡한 협정을 수반한다. ③ 설계, 사업시행, 재원조달 등 서로 다른 단계에 있어서 민간참여자의 역할이 중요하다. 행정주체는 공익적인 관점에서 달성해야 할 목표, 서비스의 질, 가격정책을 정하고 이러한 목표들이 제대로 달성되었는지 여부를 모니터링하는 역할을 맡는다. ④ 위험이 공공부문으로부터 민간부문으로 이전되는 것이 일반적이다. 그러나 민간부문이 모든 위험을 부담하거나 주요한 위험을 반드시 부담해야 하는 것은 아니다. 사안에 따라 위험부담의 방식은 달라질 수 있다.<sup>21)</sup>

이러한 민관협력은 크게 두 가지로 나누어진다고 보고 있다. ‘순수하게 계약적인 성격을 갖는 민관협력’(PPP of a purely contractual nature)과 ‘기구로서의 성격을 갖는 민관협력’(PPP of a institutional nature)이 그것이다.<sup>22)</sup> 그리고 전자는 다시 공공계약(public contract)과 특허(concession)로 나누어서 보고 있다. 공공계약과 특허의 차이는 ‘개발 및 이와 관련된 부수적인 권리’(right of exploitation and its corollary)의 범주, 개발과 관련한 리스크의 이전에 있다고 보고 있다.<sup>23)</sup>

---

4호, 2008, 468-469쪽 참조.

20) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 188쪽.

21) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004, p. 3 참조.

22) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004, p. 8 참조.

23) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final,

그러나 이러한 분류방식에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. ‘개발 및 이와 관련된 부수적인 권리’의 가장 대표적인 것은 개발에 따른 비용보전이라고 할 수 있는데, 이를 누구로부터 보전받는지를 기준으로 민관협력을 공공계약과 특허로 분류하는 것은 타당하지 않다는 것이다. 유럽연합의 공공조달지침에서 비용을 행정주체로부터 지급받는 경우를 특허의 개념에서 배제하고 있지 않고, 프랑스와 같이 특허개념이 전통적으로 발전된 나라에서도 특허가 그렇게 좁은 의미로 사용되지 않았다는 것이다. 이러한 의미에서 ‘순수하게 계약적인 성격을 갖는 민관협력’을 공공계약과 특허로 다시 나누는 것은 바람직하지 않으며, ‘순수하게 계약적인 성격을 갖는 민관협력’과 전통적인 ‘공공조달계약’을 구분하는 것만이 의미가 있다는 것이다.<sup>24)</sup>

그렇다면 ‘순수하게 계약적인 성격을 갖는 민관협력’과 전통적인 ‘공공조달계약’의 구별기준이 무엇인가 하는 질문이 제기된다. 이에 대해서 위 견해는 다음과 같은 점들을 들고 있다. 첫째, 민관협력은 장기간인 반면에, 공공조달은 단기간이다. 둘째, 민관협력은 다양한 목표를 추구하나, 공공조달은 단일의 목표를 추구한다. 셋째, 민관협력은 발전된 위험분배방식을 채택하나, 공공조달은 전통적인 위험분배방식을 채택한다. 넷째, 민관협력은 ‘기능규격’(functional specification)을 중시하나, 공공조달은 ‘기술규격’(technical specification)을 중시한다.<sup>25)</sup>

여기서 ‘순수하게 계약적 성격을 갖는 민관협력’이 바로 본 연구에서 다루는 민간투자와 유사한 개념이라고 할 수 있다. 따라서 위에서

---

Brussels, 30. 4. 2004, p. 12 참조.

24) Garsse, Steven Van, “Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press, p. 227 참조.

25) Garsse, Steven Van, “Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press, pp. 231-232 참조.

언급한 네 가지 차이점은 바로 민간투자방식과 전통적인 공공조달방식의 차이라고 할 수 있다.

그러나 위와 같은 차이점들은 상대적인 차이에 불과하며 양자를 구분하는 명확한 기준으로 보기는 힘들다. 결국 양자의 구분에 있어서는 재원조달이 전적으로 행정주체에 의해서 이루어지는지 여부를 고려하지 않을 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이러한 재원조달방식에 따라 위험분배의 방식이 달라지고 이것이 양자를 구별해서 보는 가장 큰 실익이라고 보는 것이 타당하다.<sup>26)</sup>

## 2. 역사적 고찰

민간투자자와 공공조달을 비교하기 위해서는 민간투자의 역사를 살펴볼 필요가 있다. 민간투자의 역사는 상당히 오래 되었다고 할 수 있다. 영국과 미국에서는 18세기에서 19세기 사이에 민영 유료도로(toll road)들이 건설되었고 이를 위해 2,500개가 넘는 회사들이 허가되었다. 또한 프랑스에서도 17세기부터 PPP 타입으로 인프라 건설이 이루어졌다. 프랑스의 concession 모델의 발전이 이때부터 이루어지기 시작했는데, 19세기 후반에는 인프라 건설에 concession 모델이 적극적으로 사용되었다. 철도, 수도, 전기, 트램 등의 시설들의 설계, 건설, 재원조달, 운영 등이 사기업과 은행들에 의해 이루어졌다. 따라서 1980년대 이후의 민간투자의 활성화경향은 민간투자의 ‘등장’이라기보다는 ‘부활’이라고 표현하는 것이 타당하다고 할 수 있다.<sup>27)</sup>

그렇다면 이처럼 1980년대에 들어서면서 민간투자의 ‘부활’이 이루어지게 된 계기가 무엇인가 하는 의문이 제기된다. 이러한 원인으로

26) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 189쪽.

27) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, p. 15 참조.



로는 크게 세 가지 정도가 언급되고 있다. ① 공공서비스 공급에 대한 변화된 태도, ② 전통적인 공공조달방식에 대한 불만족, ③ 프로젝트 파이낸싱 모델의 발전 등이 그것이다.<sup>28)</sup> 이 중에서 본 연구와 관련해서 주목해서 볼 것은 전통적인 공공조달방식에 대한 불만족이 민간투자방식이 등장하게 되는 계기가 되었다는 점이다.<sup>29)</sup>

전통적인 공공조달방식에 대한 불만족의 핵심은 이 방식이 ‘동일 가격대비 최고가치’(value for money)를 달성하지 못한다는 것이다. 그리고 그 원인으로는 다음과 같은 세 가지 점이 언급되고 있다. 첫째, 필수적인 경쟁입찰(compulsory competitive bidding)이 발주청과 계약상대방 사이에 대립적인 환경(confrontational environment)을 형성하는 문제가 발생하게 된다. 즉, 상대방을 기본적으로 불신하는 전제하에서 경쟁입찰을 필수적으로 하도록 만듦으로 인해, 회사들도 가격요소에 대해서만 신경을 쓰고 혁신이나 질에 대해서는 크게 신경쓰지 않도록 만들었다는 것이다. 또한 충분하게 작성되지 못한 입찰규격서로 인해 발주청이 기대하는 내용과 실제 조달내용에 괴리가 생기는 문제도 낳았다.<sup>30)</sup>

둘째, 리스크 분배에 있어서 비효율적인 문제가 발생하게 된다. 주지하다시피 리스크의 분배는 계약관계에 있어서 가장 핵심이라고 할 수 있다. 왜냐하면 이에 따라 가격 및 계약의 전체 틀이 결정되기 때문이다. 여기서의 리스크라고 하는 것은 계약체결 이전단계 및 이후 단계에 있어서 계약당사자들이 부담하는 경제적인 위험을 의미한다. 전통적인 공공조달방식에 있어서 리스크 분배는 공급자에게 유리한 방식으로 이루어지는 것이 일반적이다.<sup>31)</sup> 물론 계약체결 이후 단계에

28) Ibid.

29) 이 점은 각종 문헌에서 반복적으로 지적되고 있는 부분이다. 대표적으로 Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, New York 2006, p. 454 참조.

30) Ibid.

31) 공급자는 대가지급을 받지 못하게 될 위험성은 원칙적으로 갖지 않는다.

서는 계약이행보증보험이나 하자보수보증보험 등을 요청하는 것을 통해 리스크를 수요자(행정주체)로부터 공급자(계약상대방)에게 이전시킬 수 있기는 하다. 그러나 이처럼 기본적으로 리스크 분배가 공급자에게 유리한 방식으로 이루어지는 결과 공급자가 혁신에 대한 인센티브를 갖지 못하는 결과를 낳게 된다.<sup>32)</sup>

셋째, 전통적인 공공조달방식은 행정주체의 비효율적인 통제시스템으로 인해 계약관리가 부실한 문제점을 낳았다. 이러한 부실한 계약관리로 인해 사업비 낭비가 이루어지거나, 사업완료가 지연되는 등의 문제점을 낳게 되었다.<sup>33)</sup>

이 외에도 전통적인 공공조달방식에 대해서는 다음과 같은 문제점들이 지적되고 있다. 공공조달방식을 채택하는 초기단계에 있어서 정치적인 요소가 지나치게 많이 개입한다는 점, 프로젝트 설계가 나중에서야 변경되는 경우가 많다는 점, 규제영향을 제대로 평가하지 못한다는 점, 기술적인 측면에 지나치게 초점을 맞춘다는 점 등이 그것이다.<sup>34)</sup>

그리고 공공조달방식으로 이루어지는 프로젝트의 예상비용과 실제비용 간에 간격이 생기는 문제는 단순히 미래를 예측하기 힘들어서 생기는 것이 아니라 다음과 같은 원인들 때문이라고 지적하고 있다. 첫째, 정치인들의 임기(political tenure)가 짧다는 점이다. 특정 공공조달 프로젝트를 적극적으로 추진한 정치인이 있을 경우에 해당 프로젝트가 실제로 진행되는 시점에서는 해당 정치인의 임기가 끝난 경우가 많다. 둘째, 지대추구(rent-seeking)행위가 일어나기가 쉽다는 점이다.

---

32) Bovis, Christopher, EC Public Procurement : Case Law and Regulation, Oxford University Press, New York 2006, p. 454 참조.

33) Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, New York 2006, pp. 454-455 참조.

34) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, p. 78 참조.

특정의 이익집단이 해당 프로젝트를 리스크 부담 없이 추진하도록 하는 것을 막기 힘들다는 점이다. 정부보장이라는 명목 하에 납세자의 돈이 지대추구행위에 쓰이는 결과가 된다. 셋째, 계약상대방은 계약낙찰을 받는 것 자체에 목표가 있기 때문에 지나치게 저가입찰을 하여 생길 수 있는 문제점에 대해서는 크게 신경을 쓰지 않는 경향이 있다.<sup>35)</sup>

이러한 문제점을 해결하기 위해서 다음과 같은 대안들이 제시되었다. 첫째, 투명성이 확보되고 공중참여가 이루어져야 한다. 둘째, 계약성과(performance), 즉 목표지향적인 접근법(goal-driven approach)이 이루어져야 한다. 기존의 계약은 지나치게 기술지향적인 접근법(technical-driven approach)에 초점을 맞추어졌다는 문제점이 있다. 셋째, 프로젝트 개발을 다루는 명확한 규범이 존재해야 한다. 넷째, 공공인프라 개발에 ‘사인이 리스크를 부담하는 자본’(private risk capital)이 들어올 필요가 있다. 이를 통해 해당 프로젝트가 시장테스트를 받도록 해야 한다. 이러한 대안을 충족시킬 수 있는 방식으로 제시된 것이 바로 민간투자라고 할 수 있다.<sup>36)</sup>

그러나 전통적인 공공조달방식에 대한 위와 같은 문제점들을 민간투자방식이 해결해줄 수 있는지에 대해서는 논란이 많은 상황이라고 할 수 있다. 예를 들면 일괄발주(bundling)와 재원조달의 비용(cost of finance)과 관련된 논쟁이 그러한 예라고 할 수 있다.

우선 일괄발주에 관해서 살펴보면 공공인프라를 건설함에 있어서 설계, 건설, 운영 등의 요소를 각각 구분하여 계약을 체결(발주)하는 것이 전통적인 공공조달방식이라고 한다면, 이들을 포괄하여 계약을 체결하는 것(이를 일괄발주라고 할 수 있다)이 민간투자방식의 특징이라고 할 수 있다. 그러나 일괄발주 방식이 항상 효과적인지에 대해서

35) Ibid.

36) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, pp. 78-79 참조.

는 다음과 같은 비판이 제기된다.

첫째, 프로젝트에 따라서는 건물의 질은 미리 명확하게 정해지지만 이 건물에서 제공되는 서비스의 질은 미리 명확하게 정해지는 것이 힘든 경우가 있는 반면(학교가 그러한 예이다), 반대로 서비스의 질은 미리 명확하게 정해지지만 건물의 질은 미리 명확하게 정해지기 힘든 경우(병원이 그러한 예이다)가 나누어질 수 있다는 것이다. 후자의 경우는 일괄발주를 하는 민간투자방식이 유리하다고 할 수 있어도, 전자의 경우는 일괄발주를 하지 않는 공공조달방식이 유리하다는 것이다.<sup>37)</sup>

둘째, 양자의 차이는 전통적인 공공조달방식은 행정주체가 직접 분할발주(unbundling)를 하지만, 민간투자방식은 계약을 체결한 사기업이 분할발주를 한다는 점<sup>38)</sup>에서만 차이가 있을 뿐이지 실질적으로는 양자 모두에서 분할발주가 이루어진다는 점에서는 차이가 없다고 할 수 있다. 그런데 분할발주를 사기업이 하는 것이 항상 바람직하다고 단정할 수 없다는 것이다.<sup>39)</sup>

일괄발주에 관한 논란에 대해서는 다음과 같은 평가가 가능하다. 우선 “일괄발주=민간투자, 분할발주=공공조달”이라는 도식은 타당하다고 보기 힘들다. 설계공사 일괄계약(턴키계약이라고 일상적으로 불리우고 있다) 등 일괄발주 형식의 공공조달도 등장하고 있기 때문이다. 물론 민간투자가 보통 일괄발주 방식으로 이루어지는 것은 사실이나, 이러한 일괄발주 방식이 항상 효율적으로 단정할 수는 없다.

다음으로 채원조달의 비용과 관련해서는 행정주체는 사기업에 비해서 유리한 조건으로 대출을 받을 수 있으므로 민간투자방식은

---

37) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., *Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, pp. 129-130 참조.

38) 설계, 건설, 운영에 대해서 포괄적으로 계약한 사업자는 다시 각 영역별로 하도급계약을 체결하는 것이 일반적이기 때문이다.

39) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., *Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, p. 130 참조.

공공조달방식에 비해서 항상 비용적인 면에서 비효율적이라는 주장이 있다. 이 보다 좀 더 완화된 주장으로는 민간투자에서는 민간부문의 혁신에 의해 전체적인 비용이 낮아질 수 있는 가능성은 있으나 재원조달비용자체는 민간투자방식이 더 높다는 주장을 들 수 있다.<sup>40)</sup>

그러나 이에 대해서는 다음과 같은 반론이 있다. 행정주체가 사기업에 비해서 유리한 조건으로 대출을 받을 수 있는 이유는 사기업은 계약불이행(대출금 미변제)의 리스크가 있으나 행정주체는 그러한 리스크가 없기 때문이다. 그런데 행정주체에게 계약불이행의 리스크가 존재하지 않는 이유는 행정주체가 세금을 받을 수 있기 때문이다. 이는 결과적으로 리스크가 납세자에게 이전되는 효과를 가져온다는 것이다. 이처럼 공공조달에는 눈에 보이지 않는 추가비용이 존재하기 때문에 반드시 비용효율적이라고 이야기할 수 없다는 것이다.<sup>41)</sup>

이상의 내용을 다음과 같이 정리해볼 수 있다. 민간투자방식은 역사적으로 오래 되었다고 할 수 있으나, 1980년대 이후 다시 부활하게 된 것은 전통적인 공공조달방식에 대한 불만족에서 비롯된 측면이 크다. 그러나 민간투자방식이 항상 공공조달방식에 비해서 효율적이라고 보기는 힘들다.

다음으로 민간투자의 개선방안을 모색함에 있어서는 전통적인 공공조달방식의 한계를 극복하는 방향으로 이루어질 필요가 있다. 그리고 이 과정에서 유의할 것은 공공조달분야도 끊임없는 혁신이 이루어지고 있는 상태라는 점이다. 과거의 전통적인 공공조달방식의 한계는 극복해야 하지만, 새로운 공공조달방식의 혁신적인 측면은 적극적으로

40) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, p. 132 참조.

41) Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., Public Private Partnerships-The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004, pp. 132-133 참조.

로 수용할 필요가 있다고 할 수 있다. 정부계약법제와의 관계에서 민간투자법제를 정비함에 있어서는 이 점을 기억할 필요가 있다.

## 제 2 절 민간투자방식과 공공조달방식의 선택기준

### 1. 외국의 법제

영국의 재무부(HM Treasury)에서는 Public Sector Comparator(PSC)제도를 사용하여 왔고, 2006년에는 PSC를 대체하여 ‘동일가격대비 최고 가치 평가지침’(Value for Money Assessment Guidance)을 제정하여 사용하고 있다.

위 지침은 지방자치단체의 민간투자사업에 일반적으로 적용되는 것은 아니고 중앙정부로부터 재정지원을 받는 경우에만 적용된다. 최고 가치 평가는 다음과 같이 3단계로 이루어진다.<sup>42)</sup>

- ① 프로그램 단계에서의 평가(Programme Level Assessment)이다. 이는 매년 예산편성을 하기 전에 어느 프로그램에 예산을 투입을 결정할 때 이루어진다.
- ② 사업 단계에서의 평가(Project Level Assessment)이다. Outline Business Case(OBC)에서 평가를 하며, OJEU 공지가 이루어지기 전까지 이 평가가 이루어져야 한다.
- ③ 조달 단계에서의 평가(Procurement Level Assessment)이다. 이는 OBC 직후에 이루어지며 당해 사업에 재원이 소진될 때까지 이루어진다.

위와 같이 3단계로 평가가 이루어지는 동안 해당사업을 담당하고 있는 팀에서 1단계의 평가를 토대로 그 내용을 업데이트하는 평가를 2단계에서 하며, 다시 조달팀에서 2단계와 비교해서 보았을 때 근본적인

---

42) Value for Money Assessment Guidance, HM Treasury, November 2006, p. 15 참조.

사정변경이 없다는 점에 대한 평가를 3단계에서 하게 된다. 지방자치단체의 경우 위 단계들 중 주로 2단계와 3단계에 참여하게 된다.<sup>43)</sup>

1단계와 2단계에서 이루어지는 평가는 서로 달라질 수 있으나 기본적으로 Value for Money와 관련하여 다음의 세 가지를 보게 된다. 첫째, 실행가능성(viability)이 있는가 하는 점이다. 민간사업자가 서비스를 제공하는 것보다는 정부가 직접 서비스를 제공하는 것이 효율성, 책임성 또는 공평성을 담보함에 있어서 유리하지 않는가를 검토한다. 또한 규격이나 서비스 내용 등으로부터 볼 때 위험의 분산 등이 적절하게 이루어져 있는지를 검토한다.

둘째, 비교우위성(desirability)이 있는가 하는 점이다. 전통적인 공공조달방식 등과 비교하여 볼 때 공공부문과 민간부문이 장기적으로 협력하는 것이 바람직한지를 검토한다.

셋째, 성공가능성(Achievability)이 있는가 하는 점이다. 시장이율, 민간부문의 기술과 역량, 리스크에 대한 입장, 재원조달의 범위, 복잡한 절차를 관리할 수 있는 충분한 역량을 조달기구가 갖고 있는지 여부 등을 검토한다.

3단계에서는 주로 시장에 문제는 없는지를 검토한다.<sup>44)</sup> 이들 평가는 가능한 한 빨리 이루어지는 것이 필요하다는 점이 반복하여 강조되고 있다.<sup>45)</sup>

다음으로 UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Project에서도 사업타당성(feasibility)과 재정활용성(financial viability)에 대한 평가가 필요하다는 점을 지적하고 있다. 문제는 이러한 평가를 누가 할 것인가 하는 점인데, 일반적으로는 발주청이 직접 이를 담당

43) Value for Money Assessment Guidance, HM Treasury, November 2006, p. 16 참조.

44) Value for Money Assessment Guidance, HM Treasury, November 2006, p. 16-17 참조.

45) Value for Money Assessment Guidance, HM Treasury, November 2006, p. 5 등 참조.

하는 것이 바람직하나 환경영향평가 등과 관련해서는 이러한 평가과정에 시민들의 참여가 필요할 수 있다는 점을 지적하고 있다.<sup>46)</sup>

## 2. 우리나라의 법제

우리나라에서는 재정사업과 민간투자사업 중 어느 방식으로 사업을 진행할 것인지를 판단기준과 관련한 규정으로는 민간투자법 제8조의 2 제1항을 들 수 있다. 여기서는 다음과 같이 규정하고 있다.

민간투자법 제 8 조의 2 ① 주무관청은 사회기반시설사업을 민간투자방식으로 추진하고자 하는 경우 이를 민간투자대상사업으로 지정하여야 하며, 대상사업으로 지정되기 위해서는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 사회기반시설과 관련된 중·장기계획 및 국가투자사업의 우선순위에 부합할 것
2. 민간투문의 참여가 가능할 정도의 수익성 있는 사업일 것

위의 요건을 보다 구체화하기 위해서 2008. 6에 다음과 같이 크게 네 가지 원칙에 따른 체크리스트가 연구결과로 제시된 바 있다.<sup>47)</sup> ① 경제성 원칙과 관련해서는 “본 사업의 총사업비가 Value for Money를 확보하기에 충분한 규모인가” 및 “사업의 재무적 수익성이 충분한가”를 검토한다.

② 사업편익원칙과 관련해서는 “기존의 시설물 등과 연계하여 추진될 필요가 없이 독립적 운영이 가능한가”, “사업시행에 있어 특별히 고려해야 할 제약요인이 존재하는가”, “본 사업의 이해당사자가 명확

46) UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2001, p. 68 참조.

47) 이에 관해 자세히는 박현, “민간투자사업 추진절차 개선 및 사후관리방안”, 2008-2012년 국가재정운용계획(민간투자분야) 공개토론회 자료, 국가재정운용계획 민간투자분야 작업반, 2008. 6. 24 참조.



히 정의되고 의견 및 정보교류가 충분하게 이루어질 수 있는가”를 검토한다.

③ 효율성의 원칙과 관련해서는 “사업의 목표와 범위가 분명하고 해당 시설물에 대한 서비스 요구수준을 명확하게 제시할 수 있는가”, “사업내용상 민간기업의 사업입찰참여가 활발하여 이루어져 충분한 경쟁이 발생할 수 있는가”, “사업수요위험의 상당부분이 민간사업자에게 이전되어 위험관리가 보다 효율적으로 이루어질 수 있는가”, “본 사업은 민간사업자의 운영 및 유지보수방법에 대한 자율성이 보장될 수 있는 시설인가”를 검토한다.

④ 공공성원칙과 관련해서 “본 사업이 시행될 경우, 특수이해당사자에게 과도한 편익이 발생할 가능성이 있는가”, “민간사업자의 사업참여로 공공부문의 기술 및 경영능력 향상 등의 파급효과가 상당할 것으로 기대되는가”, “본 사업은 해당분야의 관련계획에 반영된 사업과 충분히 차별화된 내용을 갖고 있는가”를 검토한다.

위와 같은 연구결과를 토대로 공공투자관리센터에서는 2009년 3월 ‘임대형 민자사업(BTL) 타당성 및 민간투자 적격성 조사 세부요령’을 제정하였다.

이에 의하면 타당성조사 및 민간투자 적격성조사 수행절차는 크게 3단계로 이루어진다. 제1단계는 사업추진의 타당성 판단(Decision to Invest)이고, 제2단계는 민간투자 적격성 판단(Decision to PFI)이고, 제3단계는 민간투자 실행대안 구축이다. 이 중에서 공공조달방식과 민간투자방식 중 어느 것을 선택할 것인지와 관련한 기준은 제2단계의 민간투자 적격성 판단에서 찾을 수 있다.

위 두 가지 방식 중 어느 쪽이 보다 적합한지를 평가하기 위해 종합적인 Value for Money(VFM) 분석을 실시한다. 이러한 VFM은 크게 종류로 나누어진다. ‘정량적 VFM 평가’는 공공조달방식으로 추진할 경우와 민간투자방식으로 시행할 경우 VFM의 객관적 비교평가를 위

해 동일한 서비스 수준 제공을 위해 두 대안에서 각각 공공부문이 부담해야 하는 총비용을 산출하여 비교한다. 다음으로 ‘정성적 VFM 평가’는 양 방식에서 각각 서비스의 질향상, 기술혁신, 과급효과 등 정량화가 불가능한 부분을 정성적으로 산출비교한다. 이러한 정량적 VFM 과 정성적 VFM 결과를 종합적으로 평가하여 가장 적합한 사업추진 방식을 결정한다(위 세부요령 2.1).

VFM에 있어서 정량적인 평가만이 아니라 정성적인 평가까지 포함하고 있다는 점이 특징이라고 할 수 있다. 그런데 정성적인 평가를 어떤 방식으로 할 것인가가 문제이다. 이와 관련해서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

“...PFI 대안에서 서비스 질 향상 효과, 기술혁신 및 산업과급효과가 발생할 가능성이 높다고 하더라도 그 효과가 자동적으로 시현되는 것이 아니라 충분한 시장경쟁이 있을 때에만 시현되는 것이기 때문에, 민간투자사업 추진경험이 전무한 현재 상태에서는 그러한 효과가 발생할 수 있는 가능성만 적시하면 될 것임(위 세부요령 2.3).”

다음으로 이러한 정성적인 평가와 정량적인 평가의 비중을 어떻게 보는 것이 타당한가 하는 문제가 제기되는데 이와 관련해서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

“정성적인 효과가 실제로 시장에서 시현되는지 여부를 판단할 수 있을 만큼 충분한 경험자료가 축적될 때까지 당분간은, 정성적 VFM은 발생가능성을 인정하고 그 발생경로를 분석하는 데에만 초점을 두고, 실제로 적격성 유무를 판단하는 데에 참고자료로 활용하기로 함(위 세부요령 2.3).”

이상의 내용을 종합적으로 보면 정량적인 평가가 중심을 이루고 정성적인 평가는 아직 현실적으로 큰 비중을 차지한다고 보기는 힘들다. 이

러한 한계는 있지만 위 세부요령은 VFM을 중심으로 하면서 정성적인 평가와 정량적인 평가를 종합적으로 실시하고자 노력했다는 점, 민간투자방식이 정성적인 평가에 있어서 당연히 우위에 있다고 단정할 수 없다는 점을 지적하고 있는 점 등은 긍정적으로 평가할 수 있다.

다만 위 세부요령에서 핵심적인 기준으로 사용되고 있는 VFM의 법률적 근거가 미약하다는 점은 비판의 여지가 있다. 현재 민간투자법 제8조의2 제1항 제2호에서는 ‘민간부문의 수익성’을 언급하고 있으나 이 규정이 VFM을 담고 있다고 보기는 어렵기 때문이다. VFM의 구체적인 평가방식은 현재와 같이 세부요령에서 규정한다고 하더라도, VFM의 기본적인 개념은 법률에 규정을 두는 것이 필요하다고 할 것이다.

또한 위 세부요령상 정량적 평가를 보면 “정부실행사업의 경우 과거의 경험에 비추어 볼 때 예산제약 및 행정절차에 따라 공기가 연장되거나 물량변동에 의해 공사비가 증액되는 사례가 빈발하여, PSC 대안의 경우 PFI 대안에 비해 공기연장 및 공사비 증액의 위험이 높다고 주장할 수 있고 주무관청은 이를 위험비용으로 반영할 수 있음”이라고 하여 공기연장 및 공사비 증액위험에 있어서 당연히 전통적인 공공조달방식이 민간투자방식에 비해 그 위험성이 큰 것을 전제로 하고 있다.

그러나 민간투자방식에 있어서 이러한 위험이 어느 정도 존재하는지에 관한 통계가 충분치 않은 상태에서 이렇게 단정하는 것은 수긍하기 힘들다고 하겠다.

### **제 3 절 민간투자법상 실시협약 및 관련조치의 법적 성질**

#### **1. 민간투자법상 실시협약의 법적 성질**

민간투자법과 정부계약법의 관계를 정립하기 위해서는 민간투자법상의 실시협약의 법적 성질을 어떻게 볼 것인지에 대한 논의가 우선

적으로 필요하다. 이는 크게 두 가지 단계로 검토해볼 필요가 있다.

첫째, 공공조달계약은 전통적으로 사법상 계약으로 이해해왔다. 그런데 이러한 이해가 타당한지 여부를 우선적으로 검토해야 한다.

둘째, 민간투자법상의 실시협약을 공법상 계약으로 볼 수 있는지, 만약 이렇게 볼 수 있다면 공공조달계약에 비해서 공법상 특수성이 보다 강한 것으로 이해할 수 있는지 아니면 보다 약한 것으로 이해할 수 있는지를 검토해야 한다.

위 첫째 문제에 대해서는 공공조달계약도 공법상 특수성을 인정해야 한다는 주장이 국내외에서 유력하게 제기되고 있다.<sup>48)</sup> 대표적인 예로 박정훈 교수의 다음과 같은 지적을 들 수 있다.

“...행정조달계약의 재원은 대부분 세금으로 충당된다는 점, 그럼에도 행정조달계약의 담당공무원은 반드시 ‘최선의 계약체결’이라는 동기를 갖지 못하기 때문에 엄격한 법적 규율이 필요하다는 점, 부패·비리의 위험성이 크다는 점, 계약상대방은 사인간의 계약의 경우와는 달리 대금의 수령에 관한 리스크를 부담하지 않는다는 점, 행정조달계약의 상대방 선정은 국가 전체의 경제와 사회에 결정적인 영향을 미치기 때문에 국가의 중요한 정책 수단인 된다는 점 등에서, 행정조달계약은 결코 사인간의 계약과 동일하다고 할 수 없는 중대한 특수성을 갖는 것임이 분명하고, 이러한 특수성을 범주적으로 표현한다면 그것은 바로 공법적 성격이라고 할 수 있다”<sup>49)</sup>

그러나 위 견해에서는 공공조달계약의 공법적 성격을 긍정한다고 해서 그 사법적 성격을 완전히 부정해야 한다는 것은 아니라고 보고 있다. 공공조달계약의 성립과 이행, 그리고 소멸에 관해서는 거의 대

48) 이에 관해 자세히는 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰-국가계약법을 중심으로”, 강원법학 제28권, 강원대학교 비교법학연구소, 2009. 6, 27-34쪽 참조.

49) 박정훈, 앞의 논문, 226쪽 참조.

부분 방대한 사법적 규율이 적용되고, 이러한 사법적 규율을 모두 프랑스에서와 같이 공법적인 것으로 파악할 필요할 필요는 없다는 것이다. 따라서 공공조달계약은 공법과 사법의 접점영역으로서 양자는 상호보완관계에 있다고 보는 것이 타당하다고 본다.<sup>50)</sup>

우선 해석론상으로 보면 현행 국가계약법에는 공법적 특수성이 반영된 많은 규정들이 존재한다. 계약체결전단계에서 부정당업자제재에 관한 규정, 계약방식을 규제하고 있는 규정, 입낙찰과 관련한 규정 등을 들 수 있다. 계약체결후단계에서도 계약금액조정제도 등을 들 수 있다. 또한 계약체결 전후단계와 관련하여 특별한 권리구제수단을 두고 있는 점도 그러한 예로 들 수 있다. 이러한 규정들만 근거로 하더라도 공공조달계약을 공법상 계약으로 이해함에는 큰 무리가 없다고 할 수 있다.<sup>51)</sup>

두 번째 문제와 관련해서는 민간투자법상의 실시협약을 공법상 계약설로 보아야 한다는 견해가 매우 유력하게 주장되고 있다. 실시협약에 의한 사업시행은 민간투자법 및 관련 법률에 정한 일정한 절차 등 규정을 반드시 따라야 하고 사업시행자는 사업시행자 지정시 인정된 사업 외의 사업은 수행할 수 없으며 관리운영권의 처분이나 출자자 변경시 주무관청의 사전승인이 요구되어지고 주무관청의 포괄적인 감독명령권이 존재하는 등 실시협약은 공공성의 이탈을 방지하기 위

50) 박정훈, 앞의 논문, 227쪽 참조.

51) 판례는 정부조달계약을 사법상 계약으로 보는 것이 주류를 이루고 있으나 최근 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209 판결에서는 이와 다른 취지의 판결이 나온 바 있다. 동 판결의 사안은 다음과 같다. 국가와 A사 사이에 체결된 ‘연안화물부두 축조 타당성 조사용역계약’과 관련하여 국가가 계약을 해지하자 A사는 계약자지위 존재확인의 소를 제기했다. 그런데 원고 A사는 이 소송을 민사소송의 형식으로 제기하지 않고, 공법상 당사자소송의 형식으로 제기했다. 이는 원고가 국가계약법을 기반으로 체결된 위 계약의 성격을 ‘사법상의 계약’이 아닌 ‘공법상의 계약’으로 이해했음을 보여준다. 이에 대해 대법원은 이러한 이해가 타당함을 전제로 판단하고 있다. 이러한 판결로 판례가 변경된 것으로까지 보기는 힘들나 공공조달계약의 공법적 성격을 대법원에서 점차로 인정하고 있음을 보여준다는 점에서 의미가 크다.

한 사법상의 제한 또는 수정사항이 상당히 존재하여 일응 공법상의 계약에 해당하는 것으로 보인다는 것이다.<sup>52)53)</sup>

또한 관련하급심판례를 보면 “법 제18조 내지 제20조에 의하면, 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 타인의 토지에 출입 등을 할 수 있고, 국·공유재산을 무상으로 사용할 수 있으며, 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있으므로 사업시행자 지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다”<sup>54)</sup>라고 판시하여 공법상 계약에 해당한다는 취지로 판시하고 있다.

민간투자법상의 실시협약의 경우 위에서 본 바와 같이 계약체결 이전 단계와 이후 단계 모두에 있어서 사법상 계약과 비교하여 특수성이 존재하므로 위와 같은 학설과 판례의 태도는 정당한 것으로 보아야 할 것이다. 문제는 이처럼 공법상 계약으로 볼 경우에 그 구체적인 법리구성에 있어서 사법상의 계약과 어떤 차이점을 갖는 것으로 볼 것인가 하는 점이다.

위에서 공법상 계약설을 주장한 견해를 보면 “하지만 공익적인 제한이 상당하다는 점을 제외한다면 실시협약은 본질적으로 당사자간의 대등한 의사표시의 합치라는 점에서는 사법상 계약과 다를 바 없다”라고 하여 적용법리상은 특별한 차이를 인정할 수 없다고 보고 있다. 이러한 전제 하에서 정부조달계약과 관련된 대법원판례(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다 33604 판결)의 취지가 그대로 민간투자법 상의 실

---

52) 황창용 외, “사회간접자본시설에대한민간투자법과 관련법률의 체계에 관한 연구-민간투자법의 주요 쟁점 및 인허가사항을 중심으로”, 국토연구원, 2004, 59쪽 참조.

53) 또한 실시협약의 법적 성질을 ‘3면적 행정작용’에 있어서 ‘2중 처분적 행정계약’이라고 보는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 실시협약이라는 하나의 행정계약체결을 통해서 첫째, 사업시행자에게 사업시행자 지위를 부여하는 개별적·일방적 행정행위가 있고, 둘째, 이용자에 대하여 일반적·구체적 행정행위, 즉 일반처분을 발하게 된다고 한다. 윤성철, 공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 법학박사학위논문, 2004, 167쪽 참조.

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

시협약에도 적용되는 것으로 보아야 한다고 주장하고 있다.<sup>55)</sup>

그러나 이러한 주장은 두 가지 관점에서 비판되어야 한다. 우선 위 판례는 어디까지나 공공조달계약이 사법상의 계약이라는 점을 전제로 한 판례이므로 공법상 계약으로서의 성격이 인정되는 민간투자법상의 실시협약에 그대로 적용될 수 없다는 점이다. 다음으로 위 판례 자체가 앞서 보았듯이 공공조달계약의 성격을 제대로 파악하지 못한 문제가 많은 판례라는 점이다.<sup>56)</sup>

앞서 보았듯이 공공조달계약과 민간투자법상의 실시협약을 모두 공법상 계약으로 볼 수 있다면 다음으로 다음과 같은 질문이 제기된다. ‘소송법’적인 관점에서 보면 모두 공법상 당사자 소송이 된다는 점에서는 공통점을 갖지만, ‘실체법’적인 관점에서 볼 때 어느 쪽이 공법상 특수성이 보다 크다고 볼 것인가 하는 점이다.

이에 관해서는 민간투자법상의 실시협약은 공공조달에 비해서 실체법상으로 볼 때 공법상 특수성이 약하다는 주장이 있을 수 있는데 이러한 주장이 타당한지를 살펴보도록 하자. 이 견해에 따르면 다음과 같은 논거를 제시하게 된다. ① 민간투자방식은 기본적으로 재원조달이 민간부문으로부터 이루어지기 때문에 공공재정이 활용되는 공공조달방식에 비해서 그 공공성이 상대적으로 약할 수밖에 없다는 점, ② 민간투자방식은 민간의 창의성을 적극적으로 활용해야 하므로 계약의 탄력성이 중요하고 지나친 행정개입을 제거해야 한다는 점 등이 그것이다.

그러나 위와 같은 주장은 다음과 같은 점에서 타당하다고 보기 힘들다. 우선 민간투자방식의 경우에도 투자방식에 따라서는 공공재정을 사용하게 되는 경우가 빈번하게 발생한다는 점,<sup>57)</sup> 민간으로부터의 재원조

---

55) 황창용 외, 앞의 보고서, 15면 참조.

56) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 364쪽.

57) 민간투자법 제7조의 2 제1항에서는 임대형 민자사업과 관련하여 사업추진과정에

달을 한다고 하더라도 이것이 결국은 사용료를 통해서 국민 또는 공공 부문에 전가되기 때문에 그 공공성이 매우 큰 것으로 보아야 한다.

또한 민간의 창의성을 활용하기 위해서 계약의 탄력성이 보다 강하게 요청된다는 점에서 공공조달계약과 차이가 나는 것은 사실이나, 민간투자법상의 실시협약은 그것이 대규모의 사회기반시설구축을 위해서 사용되는 이유로 민간의 사업계획이 적절한지 여부에 대해서 엄격한 심사절차를 거치도록 하고 있다.<sup>58)</sup> 이러한 점에서 공법상 특수성이 공공조달계약에 비해 약하다고 보기는 힘들다.

더구나 민간투자법상의 실시협약과 관련해서는 법령위반 등에 대한 처분,<sup>59)</sup> 공익을 위한 처분<sup>60)</sup> 등이 가능토록 하고 있다. 이는 실시협약

---

서의 예측할 수 없는 지출에 충당하기 위한 예비한도액을 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하도록 하고 있다.

58) 민간투자법 제5조에서는 민간투자사업심의위원회를 설치하여 사업시행자 지정과 관련한 심의를 거치도록 하고 있고, 동법 제15조에서는 사업시행자는 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 얻도록 하고 있다.

59) 민간투자법 제46조 (법령위반등에 대한 처분) 주무관청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 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.

1. 허위 기타 부정한 방법으로 이 법에 의한 지정·승인·확인등을 받은 경우
2. 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우
3. 사업시행자가 실시계획에서 정한 사업기간내에 정당한 사유없이 공사를 착수하지 아니하거나 공사착수후 사업시행을 지연 또는 기피하여 사업의 계속시행이 불가능하다고 인정되는 경우
4. 제14조제3항의 규정에 의하여 설립된 법인이 제14조제4항의 규정을 위반한 경우

60) 민간투자법 제47조 (공익을 위한 처분) ① 주무관청은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이 법에 의한 지정·승인·확인등을 받은 자에 대하여 제46조의 규정에 의한 처분을 할 수 있다. 이 경우 심의위원회의 심의를 거쳐 지정된 사업에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

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

② 제1항의 규정에 의한 처분으로 인하여 손실을 입은 사업시행자가 있는 경우에는 주무관청은 당해 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다. 이 경우 손실보상에 관하여는 주무관청과 사업시행자가 협의하여야 하며, 협의가 성립되지 아니하



에 따른 이행기간이 장기간이고, 사업실패로 인한 리스크가 크다는 점을 고려하여 주무관청에 의한 일방적인 처분이 가능토록 한 것으로 공공조달계약보다도 오히려 공법상 특수성이 큼을 잘 보여준다고 할 수 있다.

이러한 점들을 종합적으로 고려하면 민간투자법상의 실시협약은 전통적인 공공조달계약에 비해서 실체법적으로 볼 때 공법상 특수성이 보다 강하다고 할 수 있다. 이는 민간투자법상의 실시협약은 그 대상이 국민의 생활에 지대한 영향을 미치는 사회기반시설들이라는 점, 민간투자에 따른 수익환수조치가 잘못 될 경우에는 국민의 부담으로 전가된다는 점, 장기간의 계약이행기간을 요하고 이 과정에서 여러 가지 사정변경이 발생할 가능성이 높다는 점 등 양자의 기본적인 차이에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다.

## 2. 민간투자계약과 관련된 제반조치들의 법적 성질

다음으로 민간투자법과 정부계약법의 관계정립을 함에 있어서 살펴 보아야 할 것은 구체적으로 분쟁발생시 어떤 소송수단을 사용할 것인가 하는 점이다. 위에서 본 바와 같이 양자가 모두 공법상 계약에 해당한다고 볼 경우에는 이에 관한 기본적인 분쟁해결수단은 ‘공법상 당사자소송’이라고 할 수 있다.

그런데 양 계약의 체결과정에서는 여러 가지 조치들이 이루어지는데 이들을 어떤 소송으로 다룰지가 문제된다. 이를 살펴보기 위해서는 우선 양 계약의 체결과정을 비교검토해보도록 하겠다. 민간투자법상의 실시협약에서 행정청은 사업시행자후보자가 제출한 사업계획을 검토·평가한 다음에 우선협상대상자를 지정하게 된다. 이러한 우선협상대상자와 협상절차를 거친 후에 주무관청은 실시협약을 체결함으

---

거나 협의할 수 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

로써 사업시행자를 지정한다(민간투자법 제13조 제3항).

이와 유사한 국가계약법상의 제도로는 ‘협상에 의한 계약’을 들 수 있다(국가계약법 시행령 제43조). 이 절차에 의할 경우에 계약담당공무원은 사업자가 제출한 제안서 평가를 통해 협상적격자를 결정하고 협상순위를 선정한다(협상에 의한 계약체결기준<sup>61)</sup> 제8조). 그리고 선순위 협상대상자와 협상을 하고 이 협상이 성립된 후 10일 이내에 계약을 체결해야 한다(위 기준 제15조).

양 절차의 관계에 관해서는 명확한 설명이 이루어지지 못하고 있다. 민간투자법상의 실시협약의 체결절차가 국가계약법상의 협상에 의한 계약절차와 유사하다는 점에서 전자가 결국 후자의 절차를 거치는 것 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 현재 실무상으로는 양자는 구분되어 운영되고 있는 것으로 판단된다. 그 근거는 다음과 같다.

국가계약법상의 협상에 의한 계약절차를 활용하고자 할 경우에 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 입찰공고시 협상에 의한 계약이라는 뜻을 명시해야 한다(국가계약법 시행령 제43조 제2항). 그런데 이러한 입찰공고에 해당되는 각 사업의 ‘민간투자대상사업 지정 및 시설사업 기본계획의 고시’를 살펴보면<sup>62)</sup> 이처럼 협상에 의한 계약이라는 뜻을 특별히 명시하지 않고 있다.

또한 ‘협상에 의한 계약체결기준’ 제4조에서는 계약담당공무원은 제안서 제출마감일의 전일부터 기산하여 40일 전에 공고를 하도록 하고 있다. 그러나 각 사업의 ‘민간투자대상사업 지정 및 시설사업 기본계획의 고시’를 살펴보면 사업계획서 제출마감일로부터 통상 90일 전에 공고를 하고 있다.

61) 재정기획부 회계예규 2200.04-158-2, 2007.10.12

62) 이는 KDI 공공투자관리센터 홈페이지에서 열람이 가능하다.

법률상으로도 민간투자법상으로는 “계약을 체결함으로써 사업자를 지정한다”라고 표현하여 계약체결과 동시에 사업자지정행위가 이루어진다는 점을 명시하고 있으나, 국가계약법 시행령이나 ‘협상에 의한 계약체결기준’에서는 단순히 “계약을 체결한다”라고만 규정을 하고 있다는 점도 차이점이라고 할 수 있다.

여기서 양 계약체결 절차에서 공통적으로 나타나고 있는 ‘우선협상대상자 지정행위’의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 점이 문제된다.

학설상으로는 협상대상자지정행위에 대해서는 그 처분성을 인정하는 견해가 유력하다. 협상대상자지정행위는 어느 일방 민간제안자를 우선협상대상자로 지정하면 이른바 타방은 차순위협상대상자로 되거나 협상자로 지정탈락되는 경우가 되므로 일방에게는 수익을 주고, 타방에게는 침익 내지 부담을 지우게 되는 구조를 가지고 있으므로 복효적 행정행위의 성질을 가진다는 것이다.<sup>63)</sup> 이와 관련하여 최근 하급심에서는 우선협상대상자 지정행위를 행정처분으로 인정한 바 있다.<sup>64)</sup>

실시협약과 관련하여 우선협상대상자지정행위에 대해서 처분으로서의 성질을 인정하는 판례 및 학설의 태도는 타당하다고 하겠다. 실시협약이 정식으로 체결되기 전이라고 하더라도 우선협상대상자로 지정받는지 여부는 관련법제에 의해 사업계획을 제출하는 사업자의 권리관계에 중대한 영향을 미치므로 처분성을 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다. 그리고 이러한 법리는 국가계약법상의 협상에 의한 계약절차에도 그대로 적용된다고 하겠다.

다음으로 ‘실시협약체결행위’를 처분성을 인정하여 행정소송이 가능하다고 볼 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 민간투자법 제13조 제

63) 윤성철, 공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 법학 박사학위논문, 2004, 139면 참조.

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

3항은 “...실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다”라고 규정하고 있으므로 이러한 규정의 취지를 볼 때 실시협약의 체결행위는 계약체결행위임과 동시에 사업시행자를 지정하는 행정처분의 성격을 갖는 것으로 보는 것이 타당하다.<sup>65)</sup>

그렇다면 이러한 규정을 두고 있지 않은 국가계약법의 경우에도 계약체결행위 자체를 처분성을 인정할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 이러한 명시적인 규정이 없더라도 프랑스의 ‘분리가능한 행위 이론’<sup>66)</sup> 등을 원용하면 처분성을 긍정하는 것이 가능하다고 볼 것이다.

---

65) 같은 취지로 황창용 외, 앞의 보고서, 60쪽 참조.

66) 이에 관해 자세히는 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007, 236쪽 이하 참조.

## 제 3 장 민간투자법제와 정부계약법제의 관계에 관한 외국의 법제

### 제 1 절 유럽연합

#### 1. 개 관

유럽연합은 공공조달과 관련해서 크게 4가지의 지침을 운용하고 있었다.<sup>67)</sup> 물품에 관한 지침(Directive 93/36/EEC), 공사에 관한 지침(Directive 93/ 37/EEC), 용역에 관한 지침(Directive 92/50/EEC), 공익산업(Utility)에 관한 지침(Directive 93/37/EEC)이 그것이다. 이것이 2004년도에 들어와서 2가지로 단순화되게 된다. 물품, 공사, 용역에 관한 지침이 하나로 통합되었고(2004/18/EC), 공익산업에 관한 지침은 그대로 단일의 지침으로 남게 되었다. 즉, ‘공공조달에 관한 지침’(이하 공공조달지침)과 ‘공익산업조달에 관한 지침’(이하 공익산업조달지침)으로 양분되게 되었다고 할 수 있다.<sup>68)</sup>

2004년도에 개정된 지침의 주요내용으로는 조달전자화 등 환경변화에 따라 새로운 조달기법을 도입했다는 점, 잠재적 공급자의 조달참여 촉진을 위해 구매자 정보공표의무를 신설했다는 점, 환경조달의 중요성 인식에 따라 핵심조달과정에 환경적 고려요소가 반영되었다는 점, 범죄조직 가입, 사기, 부패, 돈세탁 등의 범죄자에 대한 입찰참여를 배제하였다는 점 등을 들 수 있다.<sup>69)</sup>

67) 유럽연합의 공공조달제도에 관해 자세히는 김대인, 정부조달계약의 투명성제고를 위한 법제개선방안, 재정법제 제9권, 한국법제연구원, 2006. 10, 91-98쪽 참조.

68) 우편서비스 분야는 ‘일반공공조달에 관한 지침’에서 제외되고 ‘공익산업조달에 관한 지침’의 규율 대상으로 변경되었으며, 종전에 ‘공익산업조달에 관한 지침’의 적용을 받았던 통신분야는 제외되었다. 이는 우편서비스분야와 통신분야에서 경쟁이 도입되었다는 점을 반영한 것으로 볼 수 있다.

69) 김대인, 정부조달계약의 투명성제고를 위한 법제개선방안, 한국법제연구원, 2006.

이처럼 공공조달에 관해서는 별도의 지침이 존재함에 비해 ‘민관협력’(Public Private Partnership: PPP)에 관해서는 별도의 지침이 존재하지 않는다. 그러나 이러한 민관협력의 경우에도 투명성의 원칙, 평등취급의 원칙, 비례성의 원칙 등과 같은 유럽법 일반원칙의 적용을 받는다. 그리고 일반조달지침에서 ‘공공공사특허’(public works concession)<sup>70)</sup>의 개념을 인정하고 여기에도 일반조달지침이 원칙적으로 적용됨을 밝히고 있다. 그러나 공공공사특허의 성격상 공공조달지침이 그대로 적용되는 것은 아니라고 보고 있다.<sup>71)</sup>

또한 2004년도 공공조달지침 제56조-제65조에서는 일정규모 이상의 공공공사특허와 관련한 별도의 규정을 두고 있다. 여기서는 공표(제58조), 입찰절차에의 참가(제59조), 하도급(제60조), 기존 특허권자에 대한 추가적인 공사발주(제61조) 등에 관해서 규정하고 있다. 이들은 일반적인 공공공사계약에 비해서 사업시행자의 부담을 줄이고 탄력성을 높이는 내용으로 되어 있다.<sup>72)</sup>

2004년 유럽연합녹서에서는 이러한 민관협력이 재정부족의 문제를 해결해주는 만병통치약이 아니며, 기존의 전통적인 공공조달방식과 비교해서 볼 때 비교우위가 있는지 여부를 사안에 따라 개별적으로 평

---

91쪽.

70) ‘concession’의 개념을 ‘특허’로 번역하는 것이 만족스러운 번역이라고 보기는 힘들다. 왜냐하면 ‘특허’는 전통적인 행정법이론에서 ‘행정행위’의 일종으로 이해되고 있는데 반해서, ‘concession’은 ‘계약’의 형식으로 이루어지는 것이 일반적이어서 오해의 소지가 있기 때문이다. 그러나 ‘concession’의 개념에서는 민간사업자가 개발사업등을 담당할 수 있는 권한을 갖는 데에 대해서 행정주체가 ‘동의’해준다는 의미가 핵심을 이루고 있고, 이러한 권한의 부여는 설권행위로서의 성격을 가지므로 일단 기존의 번역예에 따라 ‘특허’로 번역하기로 한다.

71) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004, p. 5 참조.

72) Garsse, Steven Van, “Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press, p. 225 참조.

가해야 한다고 보고 있다.<sup>73)</sup>

2004년도의 일반조달지침에서는 “계약당국은 경제적 거래자를 동등하게 무차별적으로 대우하고 투명한 방식으로 하여야 한다”(동 지침 제2조)라고 규정하고 있다. 역내 무역자유화를 위한 무차별원칙의 적용은 유럽법의 공통적인 특징이라고 할 수 있다. 여기에 투명성의 원칙이 강조되고 있음을 알 수 있다. 또한 명시적인 원리로 규정하고 있지는 않으나, ‘경제적으로 가장 유리한’(most economically advantageous) 계약이 주요한 낙찰기준이라는 점(제53조), 2004년도에 새로운 일반조달지침을 제정하면서 ‘기본협약’(Framework Agreement)<sup>74)</sup> 및 ‘역동적 구매’(Dynamic Purchase) 등의 혁신적인 계약방식들이 도입된 점 등을 종합해보면 효율성의 원리 또한 중요시되고 있음을 알 수 있다.<sup>75)</sup>

2004년도 공공조달지침에서 ‘공공공사특허’에 관해서 규율하고 있으나, 동 계약방식에 적용되는 특별한 원리를 명시적으로 제시하고 있지는 않다. 일반조달에 적용되는 투명성, 효율성의 원리가 여기에도 적용된다고 볼 수 있다. 계약의 탄력성이 상대적으로 강조되는 점을 보면 일반조달에 비해서 효율성의 원리가 상대적으로 강조되는 모습을 보여주고 있는 것으로 평가할 수 있다.<sup>76)</sup>

이러한 민간투자자와 관련해서 발생하고 있는 중요한 법적인 쟁점 중의 하나는 기존의 공공조달계약에 관한 규정들이 어느 정도 PFI 계약에 적용될 수 있는가 하는 점이다. 이와 관련하여 크게 두 가지가 문제되고 있었다.

73) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004, p. 4 참조.

74) 우리나라의 다수공급자물품공급계약과 유사한 제도이다.

75) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 190쪽.

76) Ibid.

첫째, PFI의 복합적 성격을 어떻게 고려할 것인가 하는 점이다. 예를 들어 교도소건설과 운영에 관한 민관협력계약의 경우 교도소건설은 도급계약의 성격을 갖지만, 교도소운영은 용역계약의 성격을 갖는다. 이처럼 복합적인 성격을 갖는 경우에 공공조달계약의 어떤 규정이 적용되는 것으로 볼 것인가가 문제된다.<sup>77)</sup>

둘째, PFI의 특수성을 어떤 식으로 반영할 것인가 하는 점이다. PFI 계약은 계약기간이 길고, 대규모사업에 따른 위험부담이 민간영역에 이전된다는 특징을 가지고 있다. 이러한 특징들이 공공조달계약의 규정적용에 있어서 어떤 식으로 적용되는 것으로 볼 것인가 하는 점이다.<sup>78)</sup>

이들 문제는 2004년에 물품, 서비스, 공사를 포괄하는 단일의 유럽연합 공공조달지침이 제정됨으로 인해서 문제해결 양상이 달라졌다. 그러나 2004년 공공조달지침 제정 전의 논의상황은 우리나라 법제정비에 주는 시사점이 크기 때문에 이를 우선적으로 살펴보도록 하겠다.

위 첫째 문제를 우선 살펴보도록 한다. 유럽연합지침에서는 이처럼 복합적인 성격의 계약을 어떻게 다루어야 하는지에 대해 명시적인 규정을 두고 있지 않았다. 다만 유럽법원의 판례에서 크게 다음과 같은 두 가지 판단기준이 제시되고 있었다.

① 우선 각 요소의 가치비중을 기준으로 평가하는 방식이다(*greater value test*). 즉 용역(*service*)의 가치와 공사(*work*)의 가치를 비교하여 양자 중 더 큰 요소를 기준으로 정부조달계약에 관한 규정이 적용된다고 보는 것이다. ② 다음으로 계약의 주된 목적이 무엇인가를 기준으로 평가하는 방식이다(*main object of value test*). 예를 들어 용역이 주된 목적이고 공사는 부수적인(*incidental*) 목적이라면 용역조달계약으로 보아야 한다는 것이다.<sup>79)</sup>

77) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 349쪽.

78) Ibid.

79) Arrowsmith, Sue, Application of the U.K. Procurement Regulations to PFI Contracts:



유럽법원에서는 이 두 가지 기준을 모두 고려하여 적용법리를 판단하고 있는 것으로 보인다. 다만 Arrowsmith는 ②의 기준은 무엇이 주된 것이고, 무엇이 부수적인 것인지를 판단함이 매우 어려운 경우가 존재하여 법적 안정성을 해칠 우려가 있으므로 ①의 기준이 선호되어야 한다는 입장을 취한 바 있다.<sup>80)</sup>

다음으로 두 번째 문제를 보도록 하자. 민관협력계약의 특수성이 정부조달계약의 적용에 있어서 어떤 식으로 반영되어야 하는지의 문제이다. 이와 관련하여 Arrowsmith는 공공조달계약에 관한 유럽연합 지침의 취지를 반영할 때는 다음과 같이 크게 세 가지 유형으로 나누어진다고 보고 있다. ① 공공조달계약에 관한 규정이 전면적으로 적용되는 사례, ② 공공조달계약에 관한 규정이 부분적으로 적용되는 사례, ③ 공공조달계약에 관한 규정의 적용이 배제되는 사례가 그것이다.<sup>81)</sup>

① 원칙적으로 대부분의 PFI 계약은 공공조달계약에 관한 규정, 특히 계약체결방식에 관한 엄격한 규정이 전면적으로 적용되는 것으로 본다. 다만 수도, 교통, 에너지, 통신 등의 경우 그 공공채로서의 성격으로 인해 공공조달계약과 관련된 규정 자체에서 좀 더 탄력적인 계약체결방식이 사용될 수 있도록 규정하고 있고 이는 PFI 계약에도 그대로 적용된다.<sup>82)</sup>

---

New Case Law, NA 85 참조, 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 349-350쪽.

80) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict ?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), pp. 715-716 참조.

81) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict ?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 713, 대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 350쪽.

82) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules:

② 공사계약 중에 특허(concession)의 방식으로 계약이 체결되는 때와 용역계약 중 일부계약('Part B'서비스라고 한다)<sup>83)</sup>에 대해서는 공공조달계약에 관한 규정이 부분적으로 적용되는 것으로 본다. 이처럼 공사계약 중에 특허의 방식으로 계약이 체결되는 경우는 공공조달계약의 규정 중 공고기간 및 응답기간에 관한 규정만이 적용된다. 'Part B'서비스는 기술규격(technical specifications)이나 계약낙찰의 공표(publicity for contract awards) 등에 관한 규정만이 적용된다.<sup>84)</sup>

③ 서비스계약 중에 특허의 방식으로 계약이 체결되는 경우에는 공공조달계약에 관한 규정이 전면적으로 배제된다. 서비스와 관련된 유럽연합지침에는 특허방식의 서비스계약에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 특허방식의 서비스계약은 동 지침의 적용을 받지 않는 것으로 해석되고 있다. 왜냐하면 이를 포함하고자 하는 유럽이사회(Commission)의 원래 제안이 위원회(Council)에 의해 받아들여지지 않았기 때문이다.<sup>85)</sup>

이러한 입법태도에 대해서는 다음과 같은 평가가 이루어진 바 있다. 민간부문에서의 위험부담이 커질수록 계약체결방식에 좀 더 탄력성을 부여할 필요성은 인정할 수 있으나, 비용지급이 행정주체에 의해서 이루어지는가 아니면 일반공중으로부터 이루어지는가의 여부, 다시 말해 특허에 해당되는지의 여부에 따라서 차이를 두는 것은 그 정당성을 인정하기 힘들다는 것이다.<sup>86)</sup>

2004년 공공조달지침이 제정되면서 위의 논의상황은 새로운 변화를 경험하게 되었다. 예를 들어 물품, 공사, 서비스로 나누어서 공공조달

---

EU Policies in Conflict ?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 713.  
83) 호텔과 레스토랑 서비스, 철도에 의한 운송서비스, 법률서비스 등이 속한다.  
84) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict ?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 713.  
85) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict ?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 713.  
86) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 718.

을 규율하던 데에서 벗어나 이를 포괄적으로 규율하게 되었기 때문에 첫 번째 논의의 실익은 많이 떨어지게 되었다. 두 번째 문제에 대해서도 어느 정도 입법적으로 보다 분명하게 문제를 해결하였다. 예를 들어 공공공사특허에 관한 상세한 규정을 둠으로써 이에 관해서는 일반조달지침이 전면적으로 적용되는 상황이 되었다. 이하에서는 2004년에 새롭게 제정된 공공조달지침의 내용을 중심으로 민간투자방식에 관한 규율내용을 살펴보도록 하겠다.

## 2. 계약체결 이전단계의 규율

2004년도 공공조달지침에 새롭게 들어간 계약방식에 ‘경쟁적 대화’(competitive dialogue)가 있다.<sup>87)</sup> 동 지침에서는 ‘경쟁적 대화’를 “어떠한 경제적 거래자라도 참가를 요청할 수 있고 이에 따라 계약당국은 자신의 요구조건을 충족시킬 수 있는 하나 또는 그 이상의 적절한 대안 개발을 목적으로 그 절차에 참가가 허용된 후보자와 대화를 시행하는 절차로 대화를 통해 선택된 후보자가 입찰에 초청된다”라고 규정하고 있다. 그리고 이러한 경쟁적 협상은 사전에 기술적, 법적, 재정적으로 조달주체가 원하는 공사내용을 특정하기가 어려운 ‘특별히 복잡한 계약’(particularly complex contract)에 적용된다 [공공조달지침 제1조 제11항 (c)].<sup>88)</sup>

2004년도의 녹색에서는 이러한 특별한 복잡한 계약에 바로 ‘계약에 의한 민관협력’이 포함된다고 보고 있다.<sup>89)</sup> 이처럼 경쟁적 대화

87) 동 계약방식을 소개하고 있는 국내문헌으로 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 공법학회, 2008 참조.

88) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 190쪽.

89) Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004, p. 4 참조.

제도가 도입된 것은 ‘계약에 의한 민관협력’의 경우에는 전통적인 조달과는 달리 탄력성이 많이 요구된다는 점을 반영한 것으로 평가할 수 있다.<sup>90)</sup>

2004년도 공공조달지침에 경쟁적 대화제도가 도입되게 된 데에는 크게 세 가지의 원인이 있었다고 지적되고 있다. 첫째, 공개경쟁입찰이나 제한경쟁입찰 등은 사회기반시설을 위한 민관협력과 같이 복잡한 공공계약에는 적절치 않다는 점, 둘째, ‘사전공고 없는 협상절차’는 매우 예외적으로만 사용될 수 있다는 점, 셋째, ‘사전공고 후 협상절차’가 사용될 수 있는 경우도 매우 제한적으로 해석되었다는 점이 그것이다.<sup>91)</sup>

‘경쟁적 대화’는 크게 세 단계를 거치게 된다. 첫 번째 단계에서 계약당국은 자신의 필요사항과 요구조건을 제시한 계약공고를 공표하고, 이를 그 공고 및/또는 입찰설명서에 정의해야 한다(공공조달지침 제29조 제2항). 계약공고 후 경쟁적 대화에 들어가기 전에 계약당국은 규격(specification)을 준비하는 데에 필요한 자문을 관련회사들로부터 받을 수 있을 수 있다. 다만 이러한 자문을 받는 행위로 인해 경쟁을 제한하는 효과가 발생해서는 안 된다.<sup>92)</sup>

두 번째 단계에서 계약당국은 경쟁적 대화에 초청하는 후보자의 수를 일반조달지침 제44조 내지 제52조에 따라 줄인다(공공조달지침 제29조 제3항). 이들 후보자는 최소한 세 곳이어야 하나, 계약공고에 원

---

90) Garsse, Steven Van, “Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press, p. 232 참조.

91) Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, New York 2006, p. 171 참조.

92) Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, New York 2006, p. 172 참조, 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰-국가계약법을 중심으로”, 강원법학 제28권, 강원대학교 비교법학연구소, 2009. 6, 36쪽.

래부터 적은 숫자만이 응했거나 경쟁이 충분히 보장된다고 판단될 경우에는 세 곳 미만이 될 수도 있다.<sup>93)</sup>

세 번째 단계에서 계약당국은 이들 후보자와 자신의 필요사항을 충족시키는데 가장 적합한 수단을 결정하고 정의하는 것을 목표로 대화를 시작하여야 한다. 계약당국은 대화가 진행되는 동안 선택된 후보자와 계약의 모든 측면을 논의할 수 있다. 대화를 하는 동안, 계약당국은 모든 입찰자에게 대우의 공정성을 보장하여야 한다. 특히, 일부 입찰자에게 다른 입찰자들보다 유리하도록 차별적인 방식으로 정보를 제공하여서는 아니 된다. 계약당국은 대화에 참가하고 있는 후보자가 제안사항이나 그가 전달한 기타 비밀정보를 본인의 동의 없이 다른 참가자에게 누설하여서는 아니 된다(동조 제3항).<sup>94)</sup>

계약당국은 자신의 필요사항을 충족시킬 수 있는 제안사항을 확인할 수 있을 때까지 대화를 지속해야 한다(동조 제5항). 이를 확인했을 때에는 대화가 종결되었음을 선언하게 된다. 대화가 종결된 다음에는 낙찰에 이르기까지 다시 네 단계를 거치게 된다.

첫 번째 단계에는 계약당국은 그들에게 대화기간 동안 제출된 제안사항에 기초하여 최종 입찰서를 제출하도록 요청하여야 한다.<sup>95)</sup> 두 번째 단계에서는 평가를 하기 전에 입찰내용이 최종적으로 확정되어야 한다. 세 번째 단계에서는 계약공고에 규정되어 있는 기준에 따라 낙찰자를 정해야 한다(제29조 제7항). 네 번째 단계에서는 위 낙찰자는 자신의 입찰내용을 보다 명확하게 해야 한다(제29조 제7항).<sup>96)</sup>

93) Ibid.

94) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 190-191쪽.

95) 이러한 입찰서는 계약당국의 요청에 따라 명확하게, 구체화되며 미세한 조정이 될 수 있다. 그러나 그러한 명확화, 구체화, 미세 조정 혹은 부가정보는 입찰서 또는 입찰초청, 대안입찰의 기본적 특징에 경쟁을 왜곡하거나 차별적 효과를 가질 수 있는 변화를 가져와서는 아니 된다(일반조달지침 제29조 제5항, 제6항).

96) 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰-국가계약법을 중심으로”, 강원법학 제28권, 강원대학교 비교법학연구소, 2009. 6, 37-38쪽.

이러한 경쟁적 대화절차는 ‘사전공고후 협상절차’(negotiated procedure with prior advertisement)와 다음과 같은 차이점이 있다고 지적되고 있다. 경쟁적 대화에서는 제한된 후보자만이 대화에 참여하도록 할 수 있고, 입찰과정에서 단계적인 접근법을 도입하였으며, 대화과정에서도 후보자를 줄여갈 수 있도록 했다는 점 등에서 ‘사전공고후 협상절차’와 차이가 있다는 것이다.<sup>97)</sup>

경쟁적 대화방식과 협상절차에는 다음과 같은 차이점이 있다는 점도 지적되고 있다. 협상절차의 경우에는 사업자 선정의 전단계로 보면 협상이나 평가단계 등 후반부의 단계에서 공공부문의 재량과 판단의 여지가 인정되는 반면, 경쟁적 대화의 경우에는 선정절차의 초기 단계에서 주로 공공부문의 협상의 폭이 넓다는 점이 그것이다.<sup>98)</sup>

### 3. 계약체결 이후단계의 규율

2004년도의 유럽 공공조달지침 자체에서는 계약체결 이후 단계에 대해서는 상세한 규율을 두지 않고 있다. 민간투자와 관련된 공공공사특허와 관련해서도 계약체결 이후 단계에 관해서는 상세한 규율을 찾아보기가 힘든데, 다만 계약체결 이후와 상대적으로 관련된다고 볼 수 있는 것으로 추가공사의 낙찰에 관한 규정을 들 수 있다

여기서는 처음 공공공사특허계약이 체결될 당시의 계약내용에는 포함되어 있지는 않지만 최초 계약에 기술된 공사의 이행을 위해서 필요한 경우로서 최초 사업자에게 추가낙찰을 하는 경우는 이 지침의 적용을 받지 않는다고 규정하고 있다. 그리고 이러한 추가낙찰부분이 원래 낙찰금액의 50%를 초과해서는 안 된다고 규정하고 있다(공공조달지침 제61조).

97) Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, New York 2006, p. 173 참조.

98) 김성수, “공공조달행정법상 경쟁보장적 대화와 협상과의 관계 -유럽연합과 독일 법을 중심으로”, 공법학연구 제9권 제2호, 비교공법학회, 2008, 294쪽.

이는 추가낙찰부분이 원래 낙찰부분과 분리하기 힘든 경우에는 경쟁적 대화절차를 거치지 않고 원래 사업자에게 낙찰이 가능하다는 취지라고 할 수 있다. 그리고 이처럼 경쟁절차를 거치지 않고 추가낙찰이 이루어지는 것이 남용되지 않도록 일정한 한계를 부여하고 있다.

이 규정은 엄밀하게 말해서는 추가 낙찰된 부분 자체만 기준으로 보면 계약체결이후단계와 관련된다고 보기 힘든 면이 있는 것이 사실이다. 그러나 최초 낙찰된 계약을 기준으로 보면 원래 사업자에게 추가로 낙찰을 해주는 것이고, 이는 사업자에게 일종의 인센티브를 부여하는 성격도 가지고 있으므로 계약체결이후 단계와 관련한 규율로 이해하는 것이 가능하다.

전반적으로 볼 때 유럽연합의 공공조달지침에 있어서는 계약체결 이전단계의 규율에 초점이 맞추어져 있다고 볼 수 있다. 이처럼 유럽 일반조달지침에서 계약체결 이전단계의 규율에만 초점을 맞추고 있는 점에 대해서는 비교법적으로 다음과 같은 평가가 이루어지고 있다.<sup>99)</sup> 사법상 계약과의 유사성(congruence)과 차이점(exceptionalism)의 관점에서 공공조달제도를 보면 미국은 계약체결 전단계와 후단계 모두에서 차이점이 많이 발견되는 반면에, 유럽은 계약체결 전단계에서만 차이점이 발견되고 계약체결 후단계에서는 차이점이 별로 발견되지 않는 특성을 갖고 있다는 것이다.<sup>100)</sup>

미국과 유럽에서 이러한 차이를 나타내고 있는 가장 큰 이유를 Schwarz교수는 다음과 같이 지적하고 있다. 미국에서는 국방조달이 일반공공조달법과 통합적으로 다루어지나, 유럽에서는 국방조달이 일반공

99) 이하의 비교법적 분석에 관해 자세히는 김대인, “국방조달법제의 규제개혁에 대한 고찰”, 공법연구 제37집 제3호, 공법학회, 2009. 2 참조.

100) 미국의 경우 계약체결 후단계에서 ‘편의적 해약제도’(Termination for Convenience)가 인정되고 있는 것이 대표적인 예이다. Schwartz, Joshua I., The Centrality of Military Procurement: Explaining the Exceptionalist Character of United States Federal Public Procurement Law(October 17, 2004). GWU Law School Public Law Research Paper No. 111. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=607186>, pp. 5-6 참조.

공조달법의 적용을 받지 않는 것으로 보고 있는 데에서 이러한 차이가 발생한다는 것이다. 다시 말해 ‘편의적 해약제도’(Termination for Convenience)와 같이 계약체결 이후단계에서 국가의 우월성을 인정하는 미국의 제도는 원래 국방조달분야에서 발전한 것인데 이것이 국방조달이 일반조달과 일원적으로 다루어짐에 따라 조달전반의 원리로 승격되는 결과를 가져왔다는 것이다. 그러나 국방조달이 일반공공조달과 구분하여 다루어지는 유럽에서는 이처럼 계약체결 이후 단계에서 사법상 계약과 다른 특수한 법리가 발전하기 힘들었다는 것이다.<sup>101)</sup>

이러한 분석에 대해서는 비판의 여지가 많다고 할 것이다.<sup>102)</sup> 그러나 현상적으로 볼 때 유럽연합의 공공조달과 관련된 지침들이 계약체결이전단계의 규율에 초점을 맞추고 있다는 점 자체는 사실이라고 할 수 있고 이는 민간투자방식에 해당되는 공공공사특허에도 적용된다고 할 수 있다.

## 제 2 절 영 국

### 1. 개 관

영국은 1992년에 도입된 PFI(Private Finance Initiative)계약을 활발하게 사용하고 있다. 그 대표적인 예로는 주요정보통신시스템의 공급, 국영 런던지하철의 공급, 교도소의 건설 및 운영, 선박의 공급과 관리, 건물의 공급과 서비스(정부부처의 사무실이나 대학 등) 등을 들 수 있다.<sup>103)</sup>

---

101) Schwartz, Joshua I., The Centrality of Military Procurement: Explaining the Exceptionalist Character of United States Federal Public Procurement Law, p. 11 참조.

102) 이러한 분석에 대한 비판으로 김대인, “국방조달법제의 규제개혁에 대한 고찰”, 공법연구 제37집 제3호, 공법학회, 2009. 2 참조.

103) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), pp. 709-710 참조.



PFI 계약은 학교, 대학, 병원을 개발메커니즘을 공급할 수도 있다. 예를 들어 민간영역에서 대학이나 병원의 건물을 건설하고 리모델링을 하여 청소, 음식공급, 안전시스템가동 등의 서비스를 제공할 수 있다. 그리고 공공영역은 관련된 시설을 민간영역에게 임대를 한다. 사실상 민관협력계약은 정부의 행위가 주요시설물의 사용과 관련되는 경우라면 언제든지 사용이 가능하다.<sup>104)</sup>

1989년 이전에는 공공부문의 프로젝트에 민간자본의 참여를 허용하는 것에 대해서 영국정부가 그렇게 큰 관심을 쏟지 못했다. 1981년에 정립된 Ryrie Rule<sup>105)</sup>에서는 공공부문의 프로젝트에 민간자본이 참여하는 조건에 관해서 다음과 같이 규정했다. 즉, ① 공공부문의 프로젝트에 참여하는 민간투자자에게는 민간부문에서 이루어지는 프로젝트에서 부여되는 투자안정성보다 현저하게 높은 투자안정성을 부여해서는 안 되며, ② 민간투자를 받음으로 인해 더 높은 효율성과 이윤획득이 가능할 경우에만 이를 허용해야 한다는 것이다.<sup>106)</sup> 다시 말해서 공공프로젝트에 대한 민간투자의 가능성을 엄격하게 제한했다고 할 수 있다.

1988년에 위와 같은 Ryrie Rule은 변화를 경험하게 된다. 국영기업의 민영화, 민간위탁(contracting out)등이 늘어나게 됨에 따라서 다음과 같은 두 가지 기준이 정립되었다. ① 민간자본의 참여는 비용효율성이 있을 경우에만 가능하며, ② 공공부문 프로그램에 민간자본이 참여할 경우에 이는 정부에 의해서 공공지출계획에서 고려되어야 한다[예

104) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 710 참조.

105) 이 Ryrie Rule은 1981년에 National Economic Development Council(NEDC)에 의해 정립되었다. 당시 이 위원회의 위원장을 맡았던 William Ryrie의 이름을 따서 Ryrie Rule 이라고 부르고 있다.

106) Allen, Grahame, The Private Finance Initiative(PFI), House of Commons Research Paper 01/117, 2001, p. 13 참조.

를 들어 공공지출계상(public expenditure cover)이 이루어져야 한다].<sup>107)</sup> 이는 앞서 본 1981년의 Ryrie Rule 중 두 번째 요건은 그대로 유지되었으나 첫 번째 요건은 완화된 것으로서, 민간자본참여를 보다 활성화하려는 노력이 이루어졌다고 할 수 있다.

1992년에 Norman Lamont에 의해서 선언된 PFI에서는 민간자본의 참여를 더욱 활성화하기 위한 노력을 기울이게 된다. PFI는 중앙정부 차원뿐만 아니라 지방자치단체 차원에서 민간부문과 공공부문간에 보다 긴밀한 파트너쉽이 가능하도록 하려는 취지였다. PFI의 주된 원리는 리스크가 기본적으로 민간부문에게 이전되어야 하고, 공공재정의 사용에 있어서 Value for Money가 확보되어야 한다는 점이었다.<sup>108)</sup> 이러한 PFI가 도입됨으로 인해 기존의 Ryrie Rule과의 차이점이 생긴 부분은 다음과 같다고 할 수 있다. 즉, 공공재정을 활용한 전통적인 공공조달방식을 사용여부를 결정할 때에는 반드시 민간투자방식을 사용할 경우와 비교하여 Value for Money가 인정되는지를 평가해야 한다는 점이다. 즉, Ryrie Rule 하에서 원칙은 전통적인 공공조달방식이고 민간투자방식은 예외였다고 한다면, PFI 도입이후에는 양자가 대등한 위치에서 활용여부를 검토하는 상황이 되었다고 할 수 있다.

이후 PFI를 보다 활성화하기 위해서 Treasury Task Force가 1997년에 설립되었고, 1999년에는 Treasury Task Force의 사업부문을 대체하여 Partnership UK가 설립되었다. 2000년에는 Treasury Task Force의 정책 부문을 대체하여 the Office of Government Commerce(OGC)가 설립되었다. Partnership UK과 OGC에서는 PFI와 관련한 다양한 지침들을 제정, 공표하고 있다.<sup>109)</sup> 그 외에도 HM Treasury에서도 다양한 지침들을

---

107) Allen, Grahame, The Private Finance Initiative(PFI), House of Commons Research Paper 01/117, 2001, pp. 13-14 참조.

108) Allen, Grahame, The Private Finance Initiative(PFI), House of Commons Research Paper 01/117, 2001, pp. 14-15 참조.

109) OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure-Competitive Dialogue in 2008이

제정, 공표하고 있다.<sup>110)</sup>

이처럼 영국에서는 PFI와 관련한 다양한 지침들이 제정되어 있는데, 특히 경쟁적 대화(competitive dialogue)와 관련해서는 Public Contracts Regulations 2006 제18조 이하에서 규정을 두고 있다. Public Contracts Regulations은 기본적으로 전통적인 공공조달계약을 규율하고 있으나, PFI에 해당하는 public works concession 계약에 대해서도 관련규정을 두고 있다. 이는 바로 유럽연합에서 2004년에 제정된 공공조달지침의 예를 따른 것이라고 볼 수 있다.<sup>111)</sup>

그리고 지방자치단체 단위에서 이루어지는 PFI와 관련해서는 Local Government (Contract) Act 1997에서 규정을 두고 있다. 또한 지방자치단체 단위에서의 PFI 활성화를 위해서 설립된 the 4ps에서도 PFI와 관련된 지침들을 제정, 공표하고 있다.<sup>112)</sup>

## 2. 계약체결 이전단계의 규율

영국에서는 새로운 유럽연합의 공공조달지침의 영향으로 Public Contracts Regulations 2006 제18조에서 경쟁적 대화에 관한 규정을 두고 있다. 그 내용을 살펴보면 기본적으로는 유럽연합의 공공조달지침의 내용을 준수하면서 보다 상세한 규정을 두고 있다. 우선 이 절차는 특별히 복잡한 계약을 체결하려고 하는 경우에 공개경쟁이나 제한경쟁이 적절치 않다고 판단할 경우에 사용할 수 있다(제2항). 계약공고(contract notice), 시방서(descriptive document) 등에서 발주청은 규격 등에 관해 특정을 해야 하며, 이 계약에서 경쟁적 대화방식이 사용된다

---

대표적이다.

110) HM Treasury, Value for Money Assessment Guidance, November 2006; HM Treasury, Infrastructure Procurement : delivering long-term Value, March 2008 등.

111) 영국은 유럽법의 영향으로 물품, 서비스, 공사 각각에 대해서 별도의 Regulation을 두었으나, 2004년도에 통합된 유럽법지침이 제정됨에 따라 이들 세 가지 영역을 통합한 Regulation을 제정하게 되었다.

112) 4ps, the Competitive Dialogue Process, April 2007이 대표적이다.

는 점을 밝혀야 한다(제5항, 제6항).

계약공고로부터 입찰참가시까지의 기간은 계약의 복잡성 등을 고려하여 정하되 최소 37일이 되어야 한다(제7항, 제8항). 발주청은 입찰참가신청을 한 후보자 들 중에서 제23조에 의한 입찰참가자격을 갖추지 않았거나, 경제적, 재정적 기준을 갖추지 않았거나 기술적 또는 전문적 기준을 갖추지 않은 후보자를 대화상대에서 제외시킬 수 있다(제10조). 대화에 참여할 수 있는 후보자가 지나치게 많을 경우에는 계약공고에 미리 객관적이면서도 차별적이지 않은 후보자수 제한기준을 제시하였을 경우에는 후보자수를 제한할 수 있다. 이 경우 대화에 참여하는 후보자수는 최소한 3 이상이 되어야 하며, 유효경쟁을 확보할 수 있는 수준이 되어야 한다(제12조, 제13조).

이런 절차를 거쳐 후보자가 정해지면 이들에게 동시에 경쟁적 대화에의 초청장을 보내게 된다. 이러한 초청장에는 경쟁적 대화의 실시시점, 계약공지 내용, 계약의 낙찰 기준 등이 들어가야 한다(제16조, 제18조). 경쟁적 대화 과정에서 발주청은 후보자들과 목표를 달성하기 위한 가장 좋은 수단을 명확하게 하기 위해서 대화를 나누게 된다. 이 때 발주청은 모든 후보자들은 동등하게 취급해야 하며, 한쪽 후보자에게 불리하게 정보를 제공해서는 안 된다. 또한 회사기밀이 동 회사의 동의없이 제공되지 않도록 해야 한다(제20조, 제21조).

이러한 대화과정에서 후보자의 수를 순차적으로 줄여가는 것도 가능하다. 그러나 이 경우에도 최종 단계에서 남는 후보자들의 수가 유효경쟁을 확보하기에 적합한 숫자가 되어야 한다(제22조, 제23조).

이러한 대화과정을 마친 다음에 발주청은 경쟁적 대화절차가 종료되었음을 선언하고 최종 투찰을 할 것을 요청하게 된다. 이 투찰에는 프로젝트의 수행에 필요한 모든 요소들이 들어가야 한다. 이러한 투찰내용을 받은 발주청은 투찰내용의 명확화를 후보자에게 요청할 수 있으나 이는 투찰의 기본적인 내용을 변경하는 것이어서는 안 되며,

경쟁제한적인 효과를 가져와서는 안 된다(제24조, 제25조).

발주청은 계약공고 등에 규정된 낙찰기준을 토대로 심사하여 경제적으로 가장 유리한 입찰을 한 후보자를 낙찰한다. 이 낙찰자에게 발주청은 계약내용을 보다 명확하게 하기 위한 요청을 할 수 있으나 이는 역시 투찰의 기본적인 내용을 변경하는 것이어서는 안 되며, 경쟁제한적인 효과를 가져와서는 안 된다(제27조).

이상의 내용을 도표로 나타내면 다음과 같다.<sup>113)</sup>

1단계 : 대화 이전 (Pre-dialogue)	계획과 최종 준비
	계약공고
	후보자 선택과 대화 준비
2단계 : 대 화 (Dialogue)	대 화
3단계 : 대화 이후 (Post-Dialogue)	최종 투찰 및 평가
	투찰내용의 명확화
	낙찰자 선정 및 계약체결

이러한 경쟁적 대화는 PFI에만 적용되는 것은 아니며 복잡한 IT 프로젝트를 공공조달의 방식으로 하는 경우에도 적용될 수 있다. 유럽 연합에서는 이러한 경쟁적 대화 방식이 PFI에서 원칙적인 방식으로 사용되고, 협상절차(negotiated procedure)를 대체하는 것으로 기대하고 있다. 이러한 이유로 영국에서도 협상절차는 예외적으로 사용되어야 한다는 점이 지적되고 있다.<sup>114)</sup>

또한 기존에 협상절차에서는 낙찰자가 정해진 다음에 실질적인 협상이 이루어지는 관행이 있어 왔는데 이러한 관행은 경쟁적 대화에서

113) OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure- Competitive Dialogue in 2008, Sec. 4.1 참조.

114) OGC Guidance on the Competitive Dialogue Pricedure, 2006, Sec. 2 참조.

는 유지되지 힘들다는 지적이 있다. 왜냐하면 경쟁적 대화에서는 대화를 한 이후에 투찰시에 프로젝트의 수행에 필요한 모든 요소들이 들어가야 하기 때문이다.<sup>115)</sup>

영국의 경쟁적 대화에 관한 이러한 규정에 대해서는 다음과 같은 평가가 이루어지고 있다. 실용주의와 value for money 달성에 중점을 두고 계약의 탄력성을 높이는 데에 초점이 맞추어짐으로 인해 후보자들간의 동등한 취급이나 투명성의 확보에 있어서 북유럽 국가들에 비해서 약하다는 점이다.<sup>116)</sup>

Arrowsmith교수는 경쟁적 대화 방식이 도입되기 이전의 논문에서 협상절차에서 효율성을 높이기 위해서는 우선협상대상자(preferred bidder)를 지정하는 것이 필요하다는 지적을 한 바 있다. 물론 우선협상대상자를 지정하는 것이 경쟁성을 약화시킬 수 있는 문제가 없는 것은 아니나, 여러 후보자들과 협상을 진행함으로써 생기는 비효율의 문제를 더 중요하게 보아야 한다는 것이다. 이러한 논의를 경쟁적 대화방식에 적용하면 우선협상대상자를 지정해서 협상을 진행하는 방식이 아니라 최소 3명의 후보자와 동시에 협상을 진행하는 현재 방식에 대해서는 비효율적이라는 지적으로 이어질 가능성이 높다고 할 수 있다.<sup>117)</sup>

### 3. 계약체결 이후단계의 규율

계약체결 이후단계의 규율을 보기 위해서는 Treasury가 1999년부터 제정하여 운용하고 있는 Standardisation of PFI Contracts(SoPC)을 참고할 필요가 있다. 현재 2007년에 개정된 제4판이 운용되고 있다.<sup>118)</sup>

---

115) 이에 관해 자세히는 Kennedy-Loest, Ciara, What can be done at the Preferred Bidder Stage in Competitive Dialogue, P.P.L.R. 2006, 6, 316-326 참조.

116) Treumer, Steen, The Field of Application of Competitive Dialogue, P.P.L.R. 2006, 6, 307-315, p. 308 참조.

117) Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, Common Market Law Review 37, 709-737(2000), p. 732 참조.

118) HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts(Version 4), March 2007.

SoPC는 크게 세 가지 목적이 있다고 할 수 있다. 표준적인 PFI 프로젝트에서 맞게 되는 주요한 리스크에 대한 공통의 이해를 넓히고, 유사한 프로젝트에 있어서 일관성 있는 계약이 가능토록 하며, 마지막으로 협상과정에서 시간과 비용을 절약할 수 있도록 하기 위함이다.<sup>119)</sup> SoPC의 전체구성은 다음과 같다.

제 1 장	서 론
제 2 장	계약의 기간
제 3 장	서비스의 개시
제 4 장	지연된 서비스 개시로부터의 보호
제 5 장	사건발생
제 6 장	보 증
제 7 장	가격과 대금지급방식
제 8 장	서비스 허용성
제 9 장	성과기준
제 10 장	대금지급의 관리와 모니터링
제 11 장	시설유지
제 12 장	대금지급과 셋오프(Set-Off)
제 13 장	서비스의 변경
제 14 장	법의 변경
제 15 장	가격변경
제 16 장	하도급, 고용, 문서의 변경
제 17 장	할 당
제 18 장	소유권의 변경
제 19 장	토지, 시설 및 다른 재산권 문제들
제 20 장	서비스 기간 종료 후의 자산취급
제 21 장	조기 계약종료

119) HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts (Version 4), March 2007, Sec. 1.2.1 참조.

제 3 장 민간투자법제와 정부계약법제의 관계에 관한 외국의 법제

제 22 장	조기 계약종료에 따른 정산
제 23 장	계약종료에 대한 조사
제 24 장	손해배상, 보증, 그리고 계약에 기한 소송
제 25 장	보 험
제 26 장	정보와 비밀유지
제 27 장	지적 재산권
제 28 장	분쟁해결
제 29 장	발주청의 개입
제 30 장	기타 규정
제 31 장	직접 협정 및 주대출자
제 32 장	경쟁적 대화와 승낙문서
제 33 장	하도급과 관련한 이행책임과 재원조달문서
제 34 장	2차 재정조달
제 35 장	재정의 안정성; 계약상대방의 파산
제 36 장	증 권
제 37 장	채 권

위 SoPC의 내용을 보면 PFI계약의 공법상 계약으로서의 특성을 반영한 다양한 규정들을 발견할 수 있다. 예를 들면 발주청에 의해 자발적 계약해지에 관한 규정을 들 수 있다. 발주청이 정책변경으로 인해 더 이상 서비스의 공급이 불필요하다고 생각할 경우에는 계약을 일방적으로 해지할 수 있다. 이로 인해 계약상대방의 손실은 보상이 이루어져야 한다(Sec. 21.5).

이처럼 계약이 해지될 경우에 지급되어야 할 보상금액의 산정에 관해서도 별도의 규정을 두고 있다. 여기서 보상금액을 산정하는 주요한 기준이 되는 것은 계약해지시점에서 사업자가 상환해야 할 채무의 정도라고 할 수 있다. 그런데 이러한 채무의 액수가 부풀려질 경우에는 발주청이 지급해야 할 손실보상액이 지나치게 늘어나는 문제점이



발생하게 된다. 이러한 이유로 사업자는 본인이 상환이 상환해야 할 채무액수가 인위적으로 부풀려지지 않도록 보장할 의무를 지게 된다 (Sec. 22.3). 이처럼 자발적 계약해지가 있을 때 손실보상금 산정의 기준이 일반적인 정부계약의 그것과 차이가 있음을 알 수 있다.

다음으로 대금지급에 관한 규정을 살펴보자. 대금지급은 리스크 분배와 관련되기 때문에 계약의 핵심이라고 할 수 있다(Sec. 7.1.1). 이와 관련해서는 다음과 같은 기본원칙을 준수토록 하고 있다(Sec. 7.2.1).

- ① 대금지급은 서비스가 사용가능하기 전까지는 이루어져서는 안 된다.
- ② 사용가능성이나 성과 등과 관련하여 독립된 요소로 이루어지지 않은 한 서비스에 대해서는 단일의 사용료가 부과되어야 한다.
- ③ 대금지급은 서비스의 수준과 연계되어야 한다.
- ④ 대금지급 메커니즘은 표준이 되는 성과에 맞추어야 하며, 대금의 감액은 서비스 실패의 정도를 반영해야 한다.
- ⑤ 대금지급 메커니즘은 계약상대방으로 하여금 서비스의 실패문제를 해결하고자 하는 인센티브를 부여하는 방식으로 이루어져야 하며, 이러한 서비스 실패가 발주청에게 어느 정도 중요한가를 고려해야 한다.
- ⑥ 대금지급 메커니즘에 있어서 여러 가지 변수들, 즉 서비스 실패에 대한 대금감액의 초기 중요도, 대응기간, 지속적인 서비스 실패에 대한 점진적인 대금감액정도의 증가 등의 요소들간에 균형을 이루어야 한다.
- ⑦ 성과와 대금지급은 투입(input)과 관련한 하부요소(건설단계의 종료, 재료나 노동 비용)들로 이루어지는 것이 아니라, 산출(output)과 관련한 하부요소(예를 들어 시설의 사용가능성, 서비스 표준)들로 이루어져야 한다.

⑧ 대금지급은 계약상대방이 성과와 아무런 상관 없이 받을 수 있는 고정적인 요소로 이루어져서는 안 된다.

대금지급과 관련한 위와 같은 내용들을 보면 서비스의 질을 제고할 수 있는 방향으로 대금지급이 이루어지도록 배려하고 있음을 알 수 있다.

### 제 3 절 독 일

#### 1. 개 관<sup>120)</sup>

독일에서는 공공조달계약을 ‘공공발주’(Vergabe öffentlicher Aufträge)<sup>121)</sup> 또는 ‘공공조달’(öffentlicher Beschaffungsauftrag)라고 부르고 있다.<sup>122)</sup> 독일에서의 공공조달계약은 전통적으로 私法상의 계약으로서, 이에 관한 법적 규율은 원칙적으로 민법에 의하고, 계약의 이행보증·해제·해지·변경 등 특수한 내용은 계약내용으로 편입될 때에만 법적 효력을 갖게 된다. 따라서 행정이 어떠한 내용으로, 어떠한 절차에 의해, 어떠한 상대방과 조달계약을 체결할 것인지는 법령으로 정할 필요가 없고 단지 행정규칙으로 정하면 충분하다. 이러한 견지에서 독일에서는 종래 ‘건축공사발주규칙’(Verdingungsordnung für Bauleistung: VOB)

120) 독일의 공공조달제도에 관해 자세히는 길준규, “공공위탁법 연구”, 토지공법연구 제13집, 토지공법학회, 2001, 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 김대인, 정부조달계약의 투명성제고를 위한 법제개선방안, 재정법제 제9권, 한국법제연구원, 2006. 10, 62-28쪽 등 참조.

121) 공공발주(öffentlicher Auftrag)는 독일에서는 실정법상의 개념이다. 경쟁제한법 제 99조 제1항에서는 공공발주를 다음과 같이 정의하고 있다. “공공발주는 행정주체와 기업간에 물품, 도급, 용역의 제공을 목적으로 하는 문서에 의한 계약과 용역의 제공을 하도록 현상금을 거는 절차(Auslobungsverfahren)를 의미한다.” 용역의 제공을 하도록 현상금을 거는 절차도 용역계약의 일종으로 볼 수 있으므로 결국 공공발주(öffentlicher Auftrag)는 정부조달계약을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

122) Rolf Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2004, S. 227-244 참조.

과 ‘물품구매 및 용역발주규칙’(Verdingungsordnung für Leistungen: VOL)이라는 두 개의 행정규칙에 의해 조달계약이 규율되어 왔고, 이에 대해 법규적 효력을 부여하는 법률 또는 법규명령도 없었다.<sup>123)</sup>

위와 같은 전통적인 상황은 1990년대에 들어와 유럽법의 발전으로 인해 근본적인 변화를 요구받게 되었다. 즉, 1992년 마스트리히트 조약에 의해 유럽의 통합이 본격화되면서 공공용역조달계약에 관한 지침, 공공물품조달계약에 관한 지침, 공공공사조달계약에 관한 지침 등이 제정됨으로써, 독일은 위 지침들을 국내법으로 전환하지 않을 수 없었다. 그리하여 1993년 예산원칙법을 개정하여 조달절차에 관한 규율을 법규명령으로 정할 수 있도록 수권하고<sup>124)</sup>, 국가와 지방자치단체 이외의 공공목적을 위해 설립된 공법인과 사법인도 그 규율대상이 되도록 하였다.<sup>125)</sup>

이러한 예산법적 해결도 낙찰받지 못한 입찰자의 권리구제의 불충분성으로 인해<sup>126)</sup> 유럽법원에 의해 공공발주에 관한 유럽공동체지침을 제대로 전환하지 못했다는 판결<sup>127)</sup>을 선고 받기에 이른다. 이에 따라 독일은 다시 1998. 5. 29. ‘공공조달계약의 법적 근거를 변경하기 위한 법률’(Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe

123) 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 181-182면 참조, Grau, Ulrich, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentliche Aufträge, Peter Lang, Frankfurt am Main 2004, 186-189면 참조.

124) 이 수권에 기해서 1994. 2. 22. 공공발주명령(Vergabeverordnung, VgV)이 제정되었다.

125) 이러한 예산법적 해결에 따른 법적 상태는 유럽공동체 지침의 한계치에 미달하는 정부조달계약에 대해서는 오늘날도 유효하다. 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 185-186면, Ulrich Grau, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentliche Aufträge, Peter Lang, Frankfurt am Main 2004, 235-236면 참조.

126) 예산법규는 원칙적으로 대외적 구속력이 없는 것으로 파악되는데다가 입찰절차와 낙찰기준이 거의 대부분 여전히 발주규칙이라는 행정규칙으로 정해져 있기 때문에 이에 관한 입찰자의 권리를 인정하기 어렵다는 점, 또한 입찰자의 권리를 인정하더라도 그 재판상 청구의 방법이 불분명하다는 점 등이 지적되었다. 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 185-186면 참조.

127) Kommission v. Deutschland, Euch, Slg. I 1995, 2203(=Euzw 1995, 635).

öffentlicher Aufträge)을 제정하였다. 그 핵심은 종래의 경쟁제한방지법 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)을 개정하여 공공조달계약에 관한 제4부를 새로이 추가한 것이다.<sup>128)</sup>

가장 중요한 변화는 그동안 논란의 핵심이었던 입찰자의 권리를 법률에 명시한 것인데, 위 경쟁제한방지법 제97조 제7항은 “입찰기업은 발주자가 발주절차에 관한 규정을 준수할 것을 요구할 수 있는 청구권을 갖는다”라고 규정하였다. 이로써 동법 제97조 제6항 및 제127조의 수권에 의해 2001. 1. 9 제정된 공공발주명령(Vergabeverordnung, VgV)<sup>129)</sup>뿐만 아니라 행정규칙인 모든 발주규칙(VOB, VOL)들도 대외적 구속력을 갖게 되어, 이에 위반한 입찰절차는 위법한 것이 된다. 그런데 이러한 경쟁제한방지법의 규정이나 공공발주명령은 어디까지나 유럽공동체의 한계치<sup>130)</sup>를 넘는 계약에만 적용된다.<sup>131)</sup>

이상의 내용을 정리해보면 다음과 같다. 우선 유럽공동체지침의 한계치를 넘지 않는 공공조달에 대해서는 예산원칙법의 일부규정과 ‘공공공사 발주규칙’(VOB/A)<sup>132)</sup>과 ‘물품구매 및 용역발주규칙’(VOL/A)의 제1장이 적용된다. 다음으로 유럽공동체 한계치를 넘는 공공조달에 대해서는 경쟁제한법의 일부규정<sup>133)</sup>과 공공발주명령(VgV), 그리고 ‘공공공사 발주규칙’(VOB/A)의 2장-4장, ‘물품구매 및 용역발주규칙’(VOL/

---

128) 이를 ‘경쟁법적 해결’(wettbewerbsrechtliche Lösung)이라고 부르고 있다. 이에 관해 자세히는 Lutz Horn, Das Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1998, S. 1242-1245 참조.

129) 예산원칙법에 의해 1994. 2. 22. 제정되었던 공공발주명령을 폐지하고, 경쟁제한법 제97조 제6항과 제127조에 기해 새롭게 제정된 것이다.

130) 공공발주명령 제2조에서는 물품과 용역계약은 부분별로 40만 Euro, 20만 Euro, 13만 Euro로 정하고 있고, 건축공사계약은 500만 Euro로 정하고 있다.

131) 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 192면, Lutz Horn, Das Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1998, S. 1242 참조.

132) ‘공공공사 발주규칙’(VOB)과 ‘물품구매 및 용역발주규칙’(VOL)은 각각 A파트와 B파트로 나뉘어진다. A파트는 공공조달계약에 관한 일반적인 규정들을 두고 있고, B파트는 각 공공조달계약에서 사용될 일반거래약관을 규정하고 있다.

133) 경쟁제한법 제97조-제129조.

A)의 제2장-제4장이 적용된다.<sup>134)</sup> 이처럼 유럽연합지침의 한계치를 넘는 공공조달과 한계치에 미달하는 공공조달을 엄격하게 구분하여 달리 규율하고 있다는 점, 공사도급과 관련된 공공조달계약과 물품구매나 서비스공급에 관한 공공조달계약을 달리 규율하고 있다는 점이 독일 공공조달계약법제의 주요한 특징이라고 할 수 있다.

독일의 경우 연방차원에서 포괄적인 민간투자사업의 법적 근거를 규정하는 법률을 제정하여 시행하고 있지는 않다. 다만, 부분적인 영역에서 다음과 같은 두 가지의 법적 장치를 찾아볼 수 있다.

첫째, 장거리도로건설민간투자법(Frenstraßenbaufinanzierungsgesetz)을 들 수 있다. 이 법률은 독일연방 장거리도로망에 대한 민간투자를 촉진함을 목적으로 제정된 법률이다.<sup>135)</sup>

둘째, 민간투자사업과 관련한 각종 법령상의 장애를 없애고, 민간투자사업을 촉진함에 필요한 규정을 새로이 도입하기 위한 일괄 개정 법률로서의 민관협력촉진법(ÖPP-Beschleunigungsgesetz)이 2005년에 제정되어 시행되고 있다.<sup>136)</sup>

민관협력촉진법은 다른 법률의 일괄개정법률, 즉 민관협력의 촉진에 필요한 사항을 담기 위하여 다른 법령을 개정하는 법률이다. 제1조는 경쟁제한방지법을, 제2조는 공공발주명령(VgV)을, 제3조는 장거리도로건설민간투자법을, 제4조는 연방재정규칙을, 제5조는 토지취득세법을, 제6조는 토지세법을, 제7조는 투자법을 개정한다.<sup>137)</sup> 전통적인 공공조

134) 이 외에도 VOF(Verdingundersordnung für freiberufliche Leistungen)도 존재하는데 이는 전문직종의 서비스관련 조달규칙이다. 이는 한계치를 넘는 공공조달계약에만 적용된다.

135) 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10, 293쪽 참조.

136) 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10, 294쪽 참조.

137) 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10, 294쪽 참조.

달방식과 민간투자방식의 관계를 이해하기 위해서는 특히 제1조를 살펴볼 필요가 있다. 제1조에서는 공공발주에 관한 경쟁제한법 제99조에 다음의 규정을 추가하는 내용을 두고 있다.

“물품의 구매뿐만 아니라 용역의 구매를 대상으로 하는 공공발주는, 용역의 비중이 물품의 비중보다 클 경우에는 용역발주로 본다. 용역발주 이외에 공사발주를 포함하는 공공발주는 용역발주가 주된 것이고 공사발주가 부수적인 경우에는 용역발주로 본다.”

이러한 규정을 두고 있는 것은 독일이 공사발주규칙과 물품 및 용역발주규칙을 구분하여 두고 있는 연유한다고 볼 수 있다. 민간투자에 의한 계약도 기본적으로는 공공조달에 관한 규칙의 적용을 받는 것으로 보면서도, 민간투자에 의한 계약이 용역과 공사가 혼합된 성격을 갖기 때문에 구체적으로 어떤 규칙의 적용을 받는지가 불분명하기 때문에 그 기준을 제시하려고 한 것으로 볼 수 있다. 즉, 계약의 가치, 수량 등의 측면을 종합적으로 고려할 때 그 중점이 어디에 놓이는가에 따라서 적용되어야 할 시행규칙을 정하면 된다는 무게중심 이론(Schwerpunkttheorie)을 기반으로 하고 있다고 하겠다.<sup>138)</sup>

## 2. 계약체결 이전단계의 규율

경쟁제한법에서는 크게 네 가지의 계약방식에 대해서 규정하고 있다. 공개경쟁입찰, 제한경쟁입찰, 협상절차, 그리고 경쟁적 대화 절차가 그것이다(제101조). 이 중에서 경쟁적 대화절차는 2005년의 민관협력촉진법에 의해 새롭게 들어간 것으로 유럽법의 영향을 받은 것이다.

---

138) PPP in öffentlichen Hochbau, Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, S. 285; 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제 37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10, 298-299쪽 참조.

경쟁제한법에 의하면 일반 공공조달의 경우 일반경쟁입찰을 원칙으로 한다. 다만 식수, 에너지공급, 교통과 관련한 영역에서 발주를 하는 경우에는 발주자는 일반경쟁입찰, 제한경쟁입찰, 협상절차 중에서 선택하는 것이 가능하다(경쟁제한법 제101조).

공공발주명령(VgV) 제6a조에서는 경쟁적 대화방식에 관해서 보다 자세한 규정을 두고 있다. 발주청은 물품, 용역, 공사에 대한 발주를 함에 있어서 일정한 한계치를 넘는 부분에 대해서 경쟁적 대화절차를 사용할 수 있다. 그런데 이 절차를 사용하기 위해서는 객관적으로 발주청의 필요와 목적을 기술적인 수단을 통해서 충족시킬 수 있는 경우가 아니어야 하며, 발주청의 계획에 대한 법적이거나 재정적인 조건이 갖추어진 경우가 아니어야 한다(동조 제1항). 다시 말해 복잡하고 규모가 큰 사업으로서 재정적 뒷받침이 충분치 않은 사업에 대해서 경쟁적 대화방식이 활용된다고 할 수 있다. 민간투자방식이 바로 여기에 해당되는 대표적인 경우라고 하겠다.

발주청은 제한된 숫자의 사업자와 경쟁적 대화절차를 실시한다. 이 대화과정에서 발주청은 그의 필요가 어떻게 하면 최대한 충족될 수 있는지에 관해서 명확하게 한다. 이러한 대화과정에서 발주청은 사업자들을 평등하게 취급하도록 노력해야 한다. 특히 발주청은 특정 사업자에게 불리하게 정보를 제공해서는 안 된다. 발주청은 해당 사업자의 동의가 없이는 그가 제시한 대안이나 제공한 정보를 다른 사업자에게 제공해서는 안 된다(동조 제3항).

발주청은 최선의 대안을 찾거나 이를 찾을 수 없는 경우에 대화가 종결되었음을 선언한다. 최선의 대안을 찾은 경우에는 해당 사업자에게 최종 제안을 하기 전에 그 내용을 명확하게 할 것을 요청할 수 있다. 여기서의 명확화 과정에서 원래 제안내용의 기본적인 내용이 변경되어서는 안 되며 이러한 명확화의 요청은 경쟁을 왜곡하거나 차별

적으로 이루어져서는 안 된다(동조 제5항).

### 3. 계약체결 이후단계의 규율

민관협력에 관한 민간보고서를 토대로 한 지침서인 PPP in öffentlichen Hochbau에서는 크게 7가지의 모델을 소개하고 있다. 취득모델(PPP-Erwebsmodel), 리스모델(PPP-Leasing Model), 시설운영임대모델(PPP-FM Vermietungsmodel), 소유자모델(PPP-Inhabermodel), 계약모델(PPP-Contracting Model), 특허모델(PPP-Konzessionsmodel), 회사모델(PPP-Gesellschaftsmodel)이 그것이다.<sup>139)</sup>

이들 각각의 모델에 따라 경쟁제한방지법 및 공공발주규칙상의 공공조달계약에 관한 규정의 적용여부가 달라진다. 예를 들어 취득모델의 경우에는 경쟁제한방지법 제99조에 규정하는 공공조달계약에 해당하므로 동법의 규정이 그대로 적용되나, 계약모델의 경우에는 발주청이 계약의 대가를 제공하지 아니므로 경쟁제한방지법 제99조에 따른 공공계약의 유형에 포함되지 않고 동법의 규정이 적용되지 않는다.<sup>140)</sup>

이에 의하면 공공발주명령(VgV), ‘공공공사 발주규칙’(VOB/A), ‘물품구매 및 용역발주규칙’(VOL/A) 등에 존재하는 계약체결 이후에 관한 규율은 민간투자의 유형에 따라 적용여부가 달라진다고 할 수 있다.

---

139) PPP in öffentlichen Hochbau, Band I: Leidfaden, S. 90 ff; 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10, 300쪽 이하 참조.

140) PPP in öffentlichen Hochbau, Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, S. 295 ff; 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10, 306쪽 이하 참조.



## 제 4 절 프랑스

### 1. 개 관<sup>141)</sup>

프랑스의 공공조달계약에 관한 기본법률은 공공조달계약법전(Code des Marchés Public)이다. 위 법전은 1964년과 1966년의 데크레를 통해 제정된 바 있다. 그런데 전통적인 정부조달계약법제에 대해서는 유럽법의 발전에 따라 많은 개혁의 요구가 이루어지게 된다. 대표적인 것이 재정경제부가 1999년 ‘공공조달법제의 개혁을 위한 정책백서’에서 밝힌 개혁방안이다. 동 정책백서에서는 크게 네 가지의 개혁론이 주장되었다. ① 중소기업에 대한 정부조달참여기회의 확대, ② 계약체결 절차에 있어서 투명성의 제고 및 입찰참가자의 권리보호, ③ 관련법제의 적용범위의 명확화, ④ 정보통신기술을 이용한 절차의 효율성 제고가 그것이다.<sup>142)</sup>

이러한 개혁의 요구가 받아들여져 2001년도에 들어서 공공조달법전에 중요한 개혁이 이루어지게 된다. 즉, 기존의 345개 조항이 136개 조항으로 단순화되었고 특히 입찰절차와 관련하여 여러 가지 개혁이 이루어지게 된다. 위 법전은 이후 유럽연합지침의 영향으로 몇 가지 개정을 거듭하였으며 최근 2006년도에 개정된 법률은 경쟁적 대화절차등을 포함하여 전체 179개 조항으로 구성되어 있다.

프랑스의 공공조달계약은 공공서비스의 위탁계약, 공물의 사용계약과 함께 행정계약의 대표적인 유형으로 언급되고 있다. 여기에 최근에 새로운 행정계약의 유형으로 추가된 것이 바로 민관협력계약(Les

141) 최근 프랑스 행정계약에 관한 소개로 이순우, “프랑스 행정계약의 개념”, 한양법학 제20권 제1집(통권 제25집), 2009. 2 참조.

142) 김대인, 행정계약법의 이해, 경인출판사, 2007, 290-291쪽 참조. Ministère de l'économie, des finance et de l'industrie, Document d'orientation de la réforme des marchés publics, 1999([http://www.finances.gouv.fr/marches\\_publics/sommaire.html](http://www.finances.gouv.fr/marches_publics/sommaire.html)) 참조.

Contrats de Partenariat)이다.

프랑스에서도 전통적으로 공공서비스의 위탁계약을 통해 민관의 협력이 부분적으로 이루어져왔다고 볼 수 있으나, 영국과 같은 방식의 민관협력계약제도가 정식으로 도입된 것은 2004. 6. 17.의 법률명령(ordonnance)에 의해서라고 볼 수 있다. 이 법률명령은 영국이 1992년에 도입한 PFI제도의 영향을 많이 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>143)</sup> 동 법률명령 제1조에서는 민관협력계약이 행정계약에 해당한다는 점을 명시적으로 밝히고 있다. 그런데 이러한 민관협력계약은 기존에 인정되던 행정계약의 유형들과 어떤 관계에 놓이게 되는지가 문제가 되고 있다. 이에 관한 논의를 살펴보도록 하자.

우선 기존에 존재하던 ‘공공서비스 위탁계약’(contrat de délégation de service public)과의 관계가 문제된다. 공공임무가 포괄적으로 사적 사무감독인(maîtrise d'ouvrage privée)에게 이전된다는 점에서 일단 양자는 공통점이 존재한다.<sup>144)</sup> 그러나 양자의 구별과 관련해서는 다음과 같은 학설의 대립이 존재한다.

다수의 견해는 민관협력계약에 있어서 계약주체인 사인은 공공서비스의 운영에 참여하는 것은 가능하나, 공공서비스 위탁계약과는 달리 공공서비스의 관리자체를 위탁받는 것은 아니라고 보고 있다.<sup>145)</sup> 이 견해는 쟁세유데따가 오래전부터 민간이 공공서비스의 수행에 참여하는 계약과 공공서비스 자체의 수행권을 부여하는 계약을 구별해왔다는 점을 중요한 논거로 삼고 있다. 이 견해는 2004. 6. 17. 법률명령의 제정으로 인해 동 법률명령에 의한 민관협력계약이 기존의 공공서비

---

143) Brebet, François et al., Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004- Une nouvelle espèce de contracts administratifs, Litec, Paris 2005, p. 29 참조.

144) Brebet, François et al., 앞의 책, p. 137 참조.

145) 2004년 6월 17일 법률명령 1조에서 “공적 주체가 책임지고 있는 공공서비스...”라는 표현은 어디까지나 공적 주체가 여전히 공공서비스의 관리책임을 진다는 의미이며 이것 자체가 민간에게 위탁된다는 의미는 아니라는 것이다. Brebet, François et al., 앞의 책, p. 139 참조.

스 위탁계약을 대체한 것은 아니라고 보고 있다. 이에 반해 소수의 견해는 2004. 6. 17. 법률명령에 의한 민관협력계약에는 공공서비스 위탁계약도 포함되는 것으로 보고 있다. 이 견해에 의하면 위 법률명령의 제정으로 인해 동 법률명령에 의한 민관협력계약이 기존의 공공서비스 위탁계약을 실질적으로 대체한 것으로 보게 된다.<sup>146)</sup>

양자를 구분하는 다수의 견해를 일단 토대로 양자의 차이점을 살펴보자. ① 우선 민관협력계약은 행정주체에 의해 대금이 지급되나, 공공서비스 위탁계약의 경우는 일반공중에 의해 사용료가 지급된다는 점이 차이점으로 지적되고 있으나 이러한 차이점은 상대적인 것에 불과하다는 주장이 이루어지고 있다.<sup>147)</sup> 공공서비스 위탁계약에서도 대금지급이 공공서비스 사용결과에 구속된다는 전제 하에서는 얼마든지 행정주체에 의해 보수가 지급될 수 있고, 양 대금지급방법이 결합된 형태가 얼마든지 존재할 수 있고, 2004. 6. 17.의 법률명령에 의하면 민관협력계약의 경우에 건설된 공공시설을 운영하면서 사용료를 민간기업이 받는 것이 허용되기 때문이다.<sup>148)</sup>

② 다음으로 민관협력계약은 사업으로 인한 위험이 민간에게 이전되는 반면에, 공공서비스 위탁계약의 경우는 위험이 분산된다는 점이 차이점으로 지적되고 있으나 이 역시 다음과 같은 비판이 이루어지고 있다. 여기서의 위험의 개념을 어떻게 이해하는가, 즉 경제적 위험, 기술적 위험, 행정적 위험 등 무엇으로 이해하는가에 따라 달라질 수 있다는 것이다.<sup>149)</sup>

146) Brebet, François et al., 앞의 책, pp. 138-189 참조, 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 355-356쪽.

147) 프랑스의 공공서비스 위탁계약은 통상 특허(concession)의 방식으로 이루어진다는 점이 반영된 것으로 볼 수 있다. Brebet, François et al., supra, p. 140 참조.

148) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 356쪽.

149) Brebet, François et al., 앞의 책, p. 141 참조, 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정

다음으로 민관협력계약과 공공조달계약의 관계가 문제가 된다. 우선 양자의 공통점으로는 원칙적으로 공적 주체에 의해 보수가 지급된다는 점, 공공서비스의 필요를 충족시키기 위한 계약이라는 점이 지적되고 있다. 양자의 차이점은 계약의 대상, 사무감독인, 보수지급의 방식, 계약기간 등에서 나타난다고 지적되고 있다.<sup>150)</sup>

① 우선 계약대상의 측면에서는 민관협력계약의 경우 시설의 건설, 운영, 관리에 대한 총체적인 계약이 가능한데, 공공조달계약의 경우는 분할하여 계약하는 것이 원칙이며 총체적인 계약은 불가하다는 점에서 차이점이 지적되고 있다.

② 사무감독인의 측면에서는 민관협력계약의 경우 사적인 사무감독인(*maîtrise d'ouvrage privée*)의 감독 하에 계약이행이 이루어지나, 공공조달계약의 경우는 공적인 사무감독인(*maîtrise d'ouvrage publique*)의 감독 하에 계약이 이루어진다는 점에서 차이점이 지적되고 있다. 이는 다음과 같은 점에서 중요한 의미를 갖는다. 즉 만약 민관협력 계약을 체결한 공적 주체는, 관례에 의해 정립된 공사감독이 필요한 세 가지 요건(행정주체의 주도로 공사가 진행될 것, 행정주체의 필요를 위해 그 공사를 계획했을 것, 공사가 이루어진 건물이 준공 이후에 행정주체에게 귀속될 것)이 충족되는 경우에도 공적인 사무감독인을 세울 필요가 없다는 점에서 의미가 있다.

③ 대금지급의 방식에 있어서 민관협력계약의 경우 후불(*paiement différé*)이 가능하나, 공공조달계약은 후불이 불가능하다는 점이 지적되고 있다.

④ 계약기간의 측면에서 민관협력계약의 경우 계약기간이 장기이고, 공공조달계약은 단기라는 점에서 차이가 있다는 점이 지적되고 있다.

---

법이론실무학회, 2005, 356쪽.

150) Brebet, François et al., 앞의 책, pp. 142-144 참조, 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 356-357쪽.

이하에서는 2004년의 법률명령을 중심으로 민관협력계약의 특징을 살펴보도록 하겠다.

## 2. 계약체결 이전단계의 규율

계약체결 이전단계에 관해서는 공공조달계약은 일반경쟁입찰을 원칙적인 방식으로 보고 있으나, 민관협력계약은 경쟁적 대화(dialogue compétitif)방식을 원칙적인 방식으로 보고 있다는 점이 중요한 차이점이라고 할 수 있다.

물론 유럽연합지침의 영향으로 공공조달법전에도 경쟁적 대화방식이 채택되었지만(제67조) 이러한 방식이 원칙적인 모습은 아니다. 반면에 민관협력계약의 경우에는 경쟁적 대화, 경쟁입찰, 협상절차 등을 활용할 수 있는데(위 법률명령 제5조), 이 중에서도 경쟁적 대화가 원칙적인 방식인 것으로 보고<sup>151)</sup> 이에 관해 자세하게 규정하고 있다(법률명령 제7조). 경쟁적 대화의 구체적인 내용은 유럽연합지침의 내용을 따르고 있다.

이 외에 계약체결 이전단계와 관련하여 2004년의 법률명령은 공고기간(제6조), 낙찰기준(제8조), 낙찰탈락자에 대한 고지의무(제9조), 계약에 들어gå야 할 필수적인 항목(제11조) 등에 관한 특칙을 두고 있다.

공공서비스 특허계약의 경우 전통적으로 수의계약의 형식으로 계약을 체결해 왔고 이러한 점에서 경쟁입찰을 원칙으로 하는 공공조달계약과 차이가 있다고 보았다. 그러나 유럽연합에서는 이러한 관행이 경쟁성을 약화시킴으로써 공공서비스의 질을 낮춘다고 보았고, 이러한 관점에서 공공공사특허의 경우 공공조달계약과 마찬가지로 경쟁입찰을 원칙적인 모습으로 하려고 시도하였다. 그러나 이러한 시도는 프랑스의 강력한 반대에 부딪치게 되었고 그 결과 계약절차에 대한

<sup>151)</sup> Brebet, François et al., 앞의 책, p. 168 참조.

공개 의무는 부과하되 경쟁 의무는 부과하지 않는 방식으로 완화된 해결책을 취하게 되었다.<sup>152)</sup>

어쨌든 프랑스가 전통적으로 사용해온 공공서비스 위탁계약 중에서 공공공사 특허계약의 경우에는 유럽연합지침의 규정을 따라야하는 상황이 되었다고 할 수 있다.

### 3. 계약체결 이후단계의 규율

계약체결 이후 단계에 관해서는 민관협력계약은 대금지급에 있어서 후불(paiement différé)이 가능하도록 하고 있다는 점에서 공공조달계약과 차이가 있다고 할 수 있다. 즉, 2004년의 법률명령 제1조에서는 “계약상대방에 대한 행정주체의 대금지급은 계약의 전기간을 통해서 이루어질 수 있다”라고 규정하고 있는데 이는 후불이 가능하다는 취지로 해석이 되고 있다. 그리고 이처럼 후불이 허용된다는 점에서 후불을 금지하고 있는 공공조달계약(공공조달법전 제94조)과 차이가 있다는 점이 지적되고 있다.<sup>153)</sup>

이 외에는 2004년의 법률명령에서 민관협력계약과 관련하여 특별한 규정을 두고 있지는 않다. 다만 동 법률명령 제1조에서 민관협력계약이 행정계약임을 명시하고 있으므로 행정계약의 일반이론이 그대로 민관협력계약에도 적용되는 것으로 볼 수 있다.<sup>154)</sup> 따라서 불가예견이론(la théorie de l'imprévision)과 같이 계약의 구속력을 완화하는 법리들이 민관협력계약에 그대로 적용되게 된다.<sup>155)</sup> 이러한 상황은 행정계약의 성격을 부여받고 있는 공공서비스의 민간위탁계약의 경우에도

---

152) Richer, Laurant, Droit des contrats administratifs(4 édition), LGDJ, Paris, 2004, p. 492 참조.

153) Brevet, François et al., 앞의 책, p. 144 참조.

154) Brevet, François et al., 앞의 책, p. 200 참조.

155) 이에 관해 자세히는 김대인, “정부조달계약에 있어서 구속력의 한계”, 행정법연구 제15호, 행정법이론실무학회, 2006. 5 참조.

마찬가지라고 할 수 있다.

## 제 5 절 미 국

### 1. 개 관

미국의 연방차원에서 공공조달계약에 관한 기본법이라고 할 수 있는 것은 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation: FAR)이다. 이 법이 정립된 역사를 개관하면 다음과 같다.<sup>156)</sup> 우선 1940년대 초의 연방조달시스템은 대부분 남북전쟁시기로부터 형성되었다. 2차 세계대전 이후에 1947년의 국방조달법(Armed Services Procurement Act)과 1949년의 연방재산 및 행정서비스법(Federal Property and Administrative Services Act)이 제정되었다. 그리고 이들 법률을 근거로 행정입법도 제정되었다. 국방부에서 제정한 국방조달규칙(Armed Services Procurement Regulations: ASPR)<sup>157)</sup>과, 총무처(General Services Administration)에 의해서 제정된 연방조달규칙(Federal Procurement Regulations, FPR)이 그것이다. 이처럼 정부조달계약법 시스템이 국방조달과 일반공공조달로 나뉘어서 규율되고 있었던 것이 1970년대 초까지의 연방정부조달계약법제의 특징이었다.<sup>158)</sup>

그런데 이처럼 연방정부조달계약법제를 규율하는 법률이 국방조달과 일반공공조달로 나뉘어져 있는 것에 대해서는 많은 비판이 이루어졌고, 양자의 법제를 통합하고자 하는 노력이 이루어지게 된다. 이러한 결과로 1984년 시행된 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation: FAR)에 의해 행정입법 차원에서 양자가 통합되었고, 1978년의 계약분

156) 미국 연방조달규칙(FAR)의 제정역사와 관련해서 자세히는 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005 및 김대인, 행정계약법의 이해, 경인출판사, 2007, 276-278쪽 참조.

157) 이는 후에 ‘Defense Acquisition Regulations’(DAR)로 이름이 변경되었다.

158) Keyes, W. Noel, Government Contracts(3rd ed.), West, St. Paul, Minn. 2000, p. 1 참조.

쟁법(Contract Dispute Act)과 1994년의 연방조달간소화법(Federal Acquisition Streamlining Act: FASA)에 의해 법률차원에서도 실질적으로 통합이 이루어지게 되었다.<sup>159)</sup>

1994년의 연방조달간소화법(FASA)의 주요한 특징이라고 할 수 있는 것은 상업적인 물품의 조달계약을 다루면서 통일상법전(Uniform Commercial Code: UCC)이 물품의 조달계약에 적용되지 않는다고 보았다는 점이다. 통일상법전은 州법이라는 점, 계약체결전의 절차를 다루지 않는다는 점 등이 그 원인이었다. 그러나 이러한 초기의 태도는 나중에 변화하게 되어 시장가격(commercial price)으로 물품을 조달하는 것도 허용하게 되었고, 단순화된 조달절차(simplified purchase procedure)도 도입하게 되었다.<sup>160)</sup>

또한 1995년에 개정된 조달규칙에서는 동 규칙의 목적이 “비용, 질, 시간의 측면에서 가장 효율적으로 고객<sup>161)</sup>을 만족시킴과 동시에 공공의 신뢰를 획득하고 공공정책의 목표를 달성하는데 있다”고 규정하고 있다.<sup>162)</sup> 그리고 비용, 질, 시간의 측면에서 가장 효율적으로 고객을 만족시키기 위해서 상업적 목적의 물품들의 사용을 극대화하고, 과거의 계약실적을 가지고 있는 사람을 적극적으로 활용하고, 경쟁을 촉진시켜야 한다고 규정하고 있다.<sup>163)</sup>

민관협력계약과 관련하여 예산관리처(OMB)의 지침(Circular) A-76<sup>164)</sup>을 살펴볼 필요가 있다. 여기서는 공공부문과 민간부문의 경쟁(public-

---

159) 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 217면 참조. Keyes, W. Noel, Government Contracts(3rd ed.), West, St. Paul, Minn. 2000, p. 1-5 참조.

160) Keyes, W. Noel, Government Contracts(3rd ed.), West, St. Paul, Minn. 2000, p. XXV 참조.

161) 납세자를 대표하여 조달된 물품, 용역, 건물등을 사용하는 공무원들을 말한다. FAR 1.102-2(a).

162) FAR 1.102(a).

163) FAR 1.102(b).

164) 이하에서는 최근 개정본인 2003년도판을 중심으로 서술한다.



private competition)을 통해서 예산을 절감하는 것과 관련된 내용을 두고 있다. 여기서는 연방정부가 필요로 하는 조달등을 함에 있어서 공공부문에서 직접 할 것인지, 아니면 민간으로부터 할 것인지와 관련하여 경쟁절차를 거치도록 하고 있고 이와 관련하여 연방조달규칙(FAR)이 적용되는 것으로 보고 있다.<sup>165)</sup>

이 지침의 내용이 순수히 민관협력계약만 규율하고 있는 것으로 보기는 힘들다. 그러나 공공부문과 민간부문의 경쟁을 통해서 민간부문이 선정될 경우에는 민관협력방식이 활용될 가능성이 존재하기 때문에 민관협력계약과 간접적으로 관련되는 규정으로 볼 수 있다.<sup>166)</sup>

이 외에는 연방차원에서의 독립된 규정은 찾기 힘들며, 민관협력계약을 활용하는 방안과 관련된 연방부처의 가이드북 등이 존재할 뿐이다.<sup>167)</sup> 이처럼 연방차원의 독립된 입법을 찾아보기 힘든 것은 미국에서의 민관협력계약이 주로 연방차원이 아닌 주정부 차원에서 이루어졌던 점을 반영하는 것으로 보인다.

주정부 차원에서는 민관협력계약에 관해 다양한 법을 두고 있다.<sup>168)</sup> 이하에서는 주정부 차원의 대표적인 민관협력관련법인 버지니아의 민관협력교통법(Public-Private Transportation Act of 1995)을 중심으로 살펴해보도록 한다.

---

165) OMB Circular No. A-76, p. 1 참조.

166) 이러한 이유로 민관협력계약과 관련된 논문에서 이 지침이 논의되고 있는 것으로 분석된다. Mutek, Michael, Implementation of Public-Private Partnering, 30 Pub. Cont. L.J. 557(2001), P. 557 참조.

167) 예를 들어 U.S. Department of Transportation Federal Highway Administration, User Guidebook on Implementing Public-Private Partnerships for Transportation Infrastructure Projects in the United States, July 7, 2007를 들 수 있다.

168) 이에 관한 소개로 Pikiel, Michael et al, A Survey of PPP Legislation Across the United States, Global Infrastructure, Vol 1, 2008 참조.

## 2. 계약체결 이전단계의 규율

버지니아의 민관협력교통법(Public-Private Transportation Act of 1995)에 따르면 민간사업자가 사업계획을 먼저 제안할 수도 있고, 관련 행정청에서 사업계획의 제안을 민간사업자에게 요청할 수도 있다. 어느 경우이든지간에 관련 행정청의 승인을 취득해야 한다(56-560).

이러한 승인이 이루어지는 경우에는 관련 행정청과 민간사업자간에 포괄적 협정(comprehensive agreement) 또는 잠정적 협정(interim agreement)이 체결된다. 포괄적 협정에는 설계, 시공, 운영 전반에 관한 상세한 내용이 들어가게 된다. 잠정적 협정은 포괄적 협정이 이루어지기 전에 민간사업자가 우선적으로 실시해야 할 내용과 포괄적 협정의 체결계획 등에 관해서 잠정적으로 체결하는 협정이다(56-566 및 56-566.1).

이러한 포괄적 협정 또는 잠정적 협정의 체결절차와 관련하여 민관협력교통법은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 버지니아 민관협력교통법이 적용되는 범위 내에서는 버지니아 공공조달법(Virginia Public Procurement Act)이 원칙적으로 적용되지 않으나, 포괄적 협정 또는 잠정적 협정을 체결하는 과정에서는 버지니아 공공조달법에 따른 지침(guideline)이 적용될 수 있다고 규정하고 있다(56-573).

이에 따르면 포괄적 협정 또는 잠정적 협정을 체결함에 있어서 공공조달법에서 규정하고 있는 봉합경쟁입찰(competitive sealed bidding) 또는 경쟁적 협상(competitive negotiation)의 절차에 의해서 계약을 체결할 수 있다. 이 방식에 낙찰을 할 경우에 가격은 하나의 요소에 불과하며 그 외의 다양한 요소를 고려해야 한다고 규정하고 있다(56-573). 경쟁적 협상에 관한 규정이 보다 상세한 것으로 볼 때 민관협력과 관련하여 이 계약방식을 보다 선호할 가능성이 높음을 보여준다.

### 3. 계약체결 이후단계의 규율

계약체결 이후 단계와 관련해서 민간사업자의 채무불이행 등이 있을 경우에 구제수단에 관해서 규정을 두고 있다. 특히 민간사업자의 채무불이행시 관련시설의 귀속 및 운영에 관해서 규율하고 있다. 민간사업자의 채무불이행이 있을 경우에 행정청에 관련시설이 귀속되고, 관련 행정청은 이러한 관련시설을 직접 개발하거나 운영하게 될 수 있다. 이 경우 관련 행정청은 민간사업자와 마찬가지로 사용료를 사용자로부터 받을 수 있다(56-568).

그 외에도 관련시설의 불용처리(condemnation)에 관한 규정(56-569), 위법행위시의 경찰권에 관한 규정(56-571), 협정해지 또는 해제(termination of agreement)시의 자산의 귀속에 관한 규정 (56-572) 등을 두고 있다.

이러한 규정들을 두고 있는 것은 민관협력계약이 장기간에 걸쳐서 이루어지고 이에 대비할 필요성이 있기 때문이라고 할 수 있다. 그런데 이처럼 민관협력계약은 장기간에 걸쳐서 이루어지기 때문에 이 사이에 발생할 수 있는 각종의 상황에 대해서 세밀하게 계약을 체결하기 어렵다는 점이 지적되고 있다. 즉 계약에 공백이 많을 수 있다는 것이다. 이러한 점에서 민관협력계약은 세밀한 계약조항에 의해서라기보다는 상호신뢰를 바탕으로 한 문화적인 요소에 보다 많은 의존을 할 수밖에 없다는 지적이 있다.<sup>169)</sup>

169) Mutek, Michael, Implementation of Public-Private Partnering, 30 Pub. Cont. L.J. 557 (2001), p. 582, 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, p. 352 참조

## 제 6 절 UNCITRAL

### 1. 개 관<sup>170)</sup>

UN 국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: 이하 UNCITRAL)는 1986년의 제19차 회기에 정부조달분야와 관련된 모델법전을 만들기로 결정한 이후, 수년간의 작업을 통해 1993년 제26차 회기에 ‘물품, 건설분야의 조달에 관한 모델법전’(UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction)을 채택하게 된다. 이 모델법전은 이미 공공조달관련법제를 갖고 있는 국가들에게는 그들의 법체계와 법실무의 현대화를 위한 평가기준을 제시해주고, 아직 관련법제를 가지고 있지 않은 국가들에게는 새로운 공공조달법제를 만드는 데에 도움을 주고자 하는 것이 그 취지였다.<sup>171)</sup>

공공조달분야의 주요 3대 분야라고 할 수 있는 물품, 건설, 용역 중 용역을 위 모델법전에서 제외했던 것은 용역분야의 공공조달이 물품과 건설에 관한 공공조달과는 차이가 있다는 점을 고려하여 논의의 범위를 한정했기 때문이다. 그런데 제26차 회기에는 용역분야의 공공조달에 관해서도 모델법전을 제정하는 것이 필요하다는 견해가 제시됨에 따라 이 분야에 관한 작업이 진행되었다. 그 결과로 1994년 제27차 회기에는 용역까지 포함하는 포괄적인 모델법전(UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services)이 채택되기에 이른다.<sup>172)</sup>

---

170) 이에 관해 자세히는 김대인, “법과 개발의 관점에서 본 공공조달법제의 현황과 과제”, 공법연구 제36집 제4권, 공법학회, 2008. 6, 191-193쪽 참조.

171) UNCITRAL, Guide to Enactment of UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, 1994, para. 1 참조.

172) UNCITRAL, op. cit., para. 2 참조.

이 모델법전은 전문과 6개의 장으로 구성되어 있다. 6개의 장은 총칙, 조달의 방식과 이를 사용하기 위한 조건, 입찰절차, 용역조달의 기본방식, 대체적인 조달절차, 심사절차로 구성되어 있다. 그리고 이 모델법전의 취지와 각 조항별 해설을 담은 가이드(UNCITRAL, Guide to Enactment of UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, 1994)가 붙어있다.<sup>173)</sup>

민간투자사업에 대해서는 일반조달과 같은 모델법전이 만들어지지 않은 상태였으나, 이에 관한 규율의 필요성이 제기되면서 2000년에 UNCITRAL은 ‘민간투자 사회기반시설사업에 대한 입법지침’(Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects)을 발표하였다. 이 지침에서는 민관협력방식으로 이루어지는 사회기반시설사업과 관련하여 각국이 입법을 할 때 참고할 사항들에 관해 상세하게 소개하고 있다.

UNCITRAL에서는 이어서 2003년에는 ‘민간투자 사회기반시설사업에 대한 모델입법안’(Model Legislative Provision on Privately Financed Infrastructure Projects)을 발표하였다. 이 모델입법안은 2000년도에 발표한 입법지침에 근거하여 각국이 입법할 때 모델로 삼을 만한 법안을 제시한 것이다.

---

173) 그런데 이 모델법전이 시행된 이후로 전자조달의 확산 등 새로운 이슈들이 계속하여 제기됨에 따라 이 모델법전의 개정이 필요하다는 목소리가 높아지게 된다. 2004년에 개최된 UNCITRAL 제37차 회기에서는 위 모델법전의 개정을 위한 작업반(Working Group)을 구성하기로 하는 결정이 내려지게 된다.

위 작업반에서 다루어졌던 이슈들을 살펴보면 다음과 같다. ①정부조달과 관련된 정보의 전자적 공표, ②조달절차에 있어서 전자방식의 활용, ③조달절차에 있어서 전자방식 사용에 대한 통제, ④전자적 역경매(reverse auctions: ERAs), ⑤유자격자 명부(suppliers' list)의 사용, ⑥기본협약/framework agreement), ⑦용역의 조달, ⑧입찰자의 평가 및 비교, 산업정책, 사회정책, 환경정책적 차원에서의 정부조달의 활용, ⑨구제수단과 강제수단, ⑩정부조달의 대체적 수단, ⑪정부조달절차에의 국민의 참여, ⑫모델법전의 단순화와 표준화, ⑬문서의 법률화가 그것이다. 이상의 내용에 대해 자세히는 김대인, 정부조달계약의 투명성제고를 위한 법제개선방안, 한국법제연구원, 2006, 110면 이하 참조.

위 입법지침이나 모델입법안은 어디까지나 각국이 관련입법을 할 때 참고할 수 있는 자료로 제시한 것에 불과하고, 법적 구속력이 있는 것은 아니다. 또한 UNCITRAL이 자유무역을 확산시키기 위한 목표를 갖고 있기 때문에, 위 입법지침이나 모델입법안도 자유무역확대에 초점이 맞추어져 있다는 한계를 갖고 있다. 그러나 위 내용들은 각국이 관련법률을 제정함에 있어서 참고로 삼을 수 있는 풍부한 자료를 담고 있다는 점에서 살펴볼 가치가 충분히 있다.

민간투자사업에 대한 입법지침이나 모델입법안에서는 ‘민관협력’(Public Private Partnership)의 개념에 대해서는 명시적인 언급을 하고 있지는 않다. 다만 ‘사업협정’(project agreement)라는 표현을 사용하면서, 이를 “행정주체와 사업을 수행하는 사업자간에 체결하는 협정으로서, 사회기반시설의 건설, 현대화, 운용, 유지에 관한 조건들을 담고 있는 것”이라고 정의하고 있다. 이러한 사업협정에 대응하는 표현으로 일부국가에서 사용하고 있는 ‘특허협정’(concession agreement)이나 ‘특허계약’(concession contract)라는 표현은 위 입법지침이나 모델입법안에서는 사용하고 있지 않다.<sup>174)</sup>

1994년 일반조달에 관한 모델법 전문에서는 조달을 규율하는 원리로 ① 경제적 효율성의 증대, ② 조달과정의 공급자참여의 강화 및 이를 통한 국제무역의 증대, ③ 공급자간의 경쟁촉진, ④ 모든 공급자들을 공정하고 동등하게 대우, ⑤ 공공조달의 엄결성(integrity)과 공정성의 증진, ⑥ 투명성의 증대 등을 들고 있다.

2000년 민간투자사업에 대한 입법지침에서는 ‘민간투자사업에 대한 민간참여를 활성화’하는 것과 ‘민간투자사업의 공공성’을 유지하는 것

---

174) 그러나 ‘특허’(concession)나 ‘특허권자’(concessionaire)라는 표현은 사용하고 있는데 여기서 ‘특허’는 대륙법계 국가에서 많이 사용된 특정개념을 반드시 엄두에 둔 것이 아니고 기술적인 의미로 사용된 것에 불과하다고 밝히고 있다. UN CITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 4 참조.

사이의 균형을 이루는 것을 목표로 동 입법지침이 제정되었다는 점을 밝히고 있다. 그리고 이들이 구현되기 위해서는 다음과 같은 점들이 중요하다고 보고 있다.<sup>175)</sup>

우선 ‘민간참여의 활성화’와 관련해서는 법과 경제적 환경의 안정성, 법률과 규제의 투명성, 그리고 법률이나 규제적용에 있어서 예측 가능성과 공정성, 제3자에 의한 침해로부터 보호받을 수 있는 재산권의 집행가능성, 사소유권이 보장되며 이에 대한 제한은 공익적인 사유가 있고 보상이 주어질 경우에만 인정, 민간투자자가 부담하게 되는 위험에 비추어 볼 때 합리적인 수익이 보장될 수 있도록 하는 상업적인 조건을 합의할 수 있는 자유 등이 중요하다고 보고 있다.<sup>176)</sup>

다음으로 ‘공공성의 유지’와 관련해서는 공공서비스 제공의 계속성, 국가에서 정한 환경, 보건, 안전, 품질 기준을 준수하는 것, 시민에게 부과되는 가격의 공정성, 고객이나 사용자를 차별하지 않는 것, 사회 기반시설운영과 관련한 정보의 완전한 공개, 추가적인 수요를 충족시키기 위해 서비스를 확대하는 것과 같이 변화된 조건을 충족시키기 위한 탄력성을 부여하는 것 등이 중요하다고 밝히고 있다.<sup>177)</sup>

이러한 논의를 바탕으로 민간투자사업에 관해서 크게 세 가지의 원리를 제시하고 있다. 투명성(transparency)과 공정성(fairness), 그리고 장기간의 지속가능성(long-term sustainability)이 그것이다. 이들 각각을 자세히 살펴보면 다음과 같다.

우선 투명한 법시스템은 명확하고 쉽게 접근할 수 있는 규칙들로 이루어져 있어서 이들의 적용이 효율적으로 이루어지는 시스템을 말한다. 이처럼 투명한 법시스템과 행정시스템은 예측가능성을 부여함으로써 민간사업자가 그들의 투자로 인한 비용과 위험을 평가할 수 있도록

175) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 2 참조.

176) Ibid.

177) Ibid.

하는 장점이 있다. 또한 계약을 체결하는 행정주체의 자의적이고 부적절한 행위를 방지함으로써 사회기반시설 개발사업에 대한 신뢰도를 증진시킨다. 특히 투명한 법과 행정시스템은 외국기업이 민간투자사업에 참여하려고 할 때 중요성을 갖는다는 점을 지적하고 있다.<sup>178)</sup>

다음으로 공정성은 민간투자사업에 관여하는 다양한 주체들의 이해관계나 권리간의 균형을 이루는 것을 말한다. 우선 사회기반시설에 투자하는 민간사업자들은 영업상 이해관계를 갖고 있고, 사회기반시설을 사용하는 일반시민은 가격과 품질면에서 적절한 서비스를 받을 수 있는 권리를 갖고 있고, 행정주체는 필수적인 서비스를 계속해서 공급해야 할 책임과 국가적인 사회기반시설을 개발을 촉진해야 할 책임을 지고 있다. 이들 다양한 주체들의 이해관계나 권리간의 균형을 이루는 것이 중요하다는 점을 지적하고 있다.<sup>179)</sup>

마지막으로 공공서비스의 제공에 있어서 장기간의 제공을 보장하고 환경적으로 지속가능해야 한다. 이를 위해서는 장기간에 걸친 사업의 각 단계마다 맡겨진 다양한 임무를 수행할 수 있는 행정주체의 역량 강화가 중요하다. 장기간의 지속가능성을 보장하기 위해 중요한 또다른 점은 공공서비스의 경쟁적 제공과 독점적 제공간의 균형을 맞추는 일이다. 하지만 이 입법지침에서는 사업영역에 따라서는 경쟁을 도입한 것이 투자의 생산성을 높이고, 고객의 수요에 대한 책임성을 제고하는 한편, 공공서비스의 품질향상을 이미 가져왔다는 점을 지적하면서 경쟁의 중요성을 상대적으로 강조하고 있다.<sup>180)</sup>

---

178) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 23-24 참조.

179) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 24 참조.

180) Ibid.



## 2. 계약체결 이전단계의 규율

### (1) 사업자 선정의 목표

2000년 민간투자사업에 대한 입법지침에서는 계약방식과 관련하여 기본적으로는 1994년 일반조달에 관한 모델법의 내용을 따른다고 하면서도 후보자의 선택(pre-selection)단계 등에 있어서 민간투자사업의 특성이 반영되어야 한다고 보고 있다.<sup>181)</sup> 그리고 사업자선정과 관련하여 다음과 같은 목표를 추구해야 한다고 밝히고 있다.

첫째, 효율성이다. 이는 가장 저렴한 가격에 원하는 품질의 제품을 공급받는 것이라고 볼 수 있는데 이를 위해서는 사업자간의 경쟁이 보장되어야 한다. 그러나 이처럼 경쟁이 중요하다고 해서 반드시 경쟁자가 다수이어야만 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 대규모 사업에 있어서는 계약당국이 경쟁하는 사업자의 수를 적절하게 제한하는데 충분한 근거가 존재할 수 있다. 또한 효율성의 원리는 사업자를 선정하는 데에 있어서 적절한 시간소요, 최소한의 행정적 부담, 그리고 합리적인 비용발생을 의미하기도 한다고 보고 있다.<sup>182)</sup>

둘째, 사업자 선정과정에서의 연결성과 신뢰성의 증진이다. 이를 위해서는 공무원의 부패를 막기 위한 적절한 제재조치가 강구되어야 하며, 경쟁관계에 있는 사업자들의 입찰관련정보가 경쟁사업자에게 유출되지 않도록 비밀을 엄수하는 것이 필요하다고 보고 있다.<sup>183)</sup>

셋째, 법과 절차의 투명성이다. 이러한 투명성을 보장하는 중요한 방법 중의 하나는 계약당국으로 하여금 사업자선정과정과 관련한 정

181) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 61 참조.

182) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 62-63 참조.

183) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 63-64 참조.

보기록을 유지하도록 강제하는 것이다. 이는 선정에서 탈락한 사업자가 이의신청을 함에 있어서도 중요한 자료가 될 수 있다는 것이다.<sup>184)</sup>

## (2) 공공조달과의 차이점

위 입법지침은 이러한 목표를 추구하는 과정에서 민간투자사업자의 선정과정은 공공조달과 비교해볼 때 다음과 같은 특징이 존재한다고 밝히고 있다. 공공조달에서는 투명성, 효율성 등을 높이기 위해서 일반경쟁입찰이 원칙적으로 장점이 있다고 볼 수 있으나, 민간투자사업의 경우에도 일반경쟁입찰이 반드시 투명성, 효율성을 높인다고 볼 수는 없다는 것이다.<sup>185)</sup> 이러한 맥락에서 민간투자사업자의 선정절차에 있어서는 다음과 같은 점이 반영되어야 한다고 보고 있다.

첫째, 후보자의 수를 적절하게 제한할 수 있어야 한다. 사회간접시설의 복잡성으로 인해 현실적으로 이를 담당할 수 있는 사업자가 제한될 수밖에 없을 뿐만 아니라, 후보자의 선택(pre-selection)과정이 없이 비현실적으로 일반경쟁입찰로 갈 경우에는 정당한 능력이 있는 사업자가 참여하고자 하는 유인을 현저하게 저해하기 때문이다.<sup>186)</sup>

둘째, 민간투자사업에서는 요청되는 사양(requirement)을 미리 정하기가 어렵다는 점이다. 일반조달은 계약당국이 미리 필요로 하는 사양을 충분히 정할 수 있지만 민간투자사업의 경우에는 그렇지 않다는 점이다. 따라서 민간투자사업의 경우에는 사업자로 하여금 가장 좋은 대안을 스스로 제시하게끔 하는 것이 필요한 경우가 많다는 것이다.<sup>187)</sup>

---

184) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 64-65 참조.

185) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 65 참조.

186) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 66 참조.

187) Ibid.

셋째, 평가기준에 있어서 공공조달과 차이가 많다는 점이다. 공공조달은 정해진 예산과 사업에 들어가는 비용을 고려하면 되나, 사업자가 스스로 사회기반시설 운영 등을 통해 사업에 투여한 금원을 회수해야 하는 민간투자사업의 경우에는 건설에 들어간 비용, 운영비용, 그리고 사용자가 지불해야 할 금액 등 외에도 다양한 요소를 고려해야 한다는 것이다.<sup>188)</sup>

넷째, 후보자들과의 협상이 불가피하다는 점이다. 공공조달은 협상 과정이 반드시 필요한 것은 아니나, 복잡성과 장기간에 걸친 사업의 특성상 후보자들과의 협상은 불가피하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 협상과정에서도 경쟁이 이루어진 기본토대가 변경되는 방식으로 협상이 이루어져서는 안 되며 투명성이 보장되어야 한다는 점이 지적되고 있다.<sup>189)</sup>

### (3) 단계별 제도정비방안

공공조달과의 이러한 차이점을 바탕으로 단계별로는 다음과 같은 점을 지적하고 있다. 첫째, 후보자 선택 이전단계에서는 발주청이 질 높고 내용이 명확한 문서를 준비하는 것이 효율적이고 투명한 조달을 위해 필수적이라는 점이 지적되고 있다. 일반계약조건과 같이 일관성이 있는 문서를 준비해야 할 필요성과 각 프로젝트에 특유한 점을 담을 수 있는 문서를 준비해야 할 필요성 간에 균형을 맞추는 것이 중요하다.<sup>190)</sup>

188) 이러한 요소들로는 사업성이 얼마나 있는지, 사업자가 제시한 금액이 얼마나 적절한지, 사업자가 제시한 기술적인 솔루션이 얼마나 신뢰할 만한지 등을 들 수 있다. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 67 참조.

189) Ibid.

190) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 69 참조.

둘째, 후보자 선정과정에서는 다음과 같은 점들을 유의해야 한다.

- ① 투명성과 경쟁을 확보하기 위해서 가능한 한 많은 사업자에게 후보자 초청을 위한 공지를 할 필요가 있다. 후보자 초청공지는 입찰자들이 자신이 수행할 수 있는 내용의 사업인지를 판단할 수 있는 충분한 정보가 들어가 있어야 한다. 여기에는 건설된 시설뿐만 아니라 제공되어야 할 서비스의 내용까지 포함되어야 한다.<sup>191)</sup>
- ② 후보자 선정의 기준과 관련해서는 다음과 같은 경우가 발생할 수 있다. 즉, 해당 민간투자분야에서 특정 회사가 독점적인 지위를 누리지 않도록 하기 위해서 특정 회사는 후보자로 참여할 수 없도록 제한하고자 할 수 있다. 이러한 경우에는 후보자로의 참가를 제한하는 근거를 입찰공고에서 분명히 밝혀야 한다. 발주처는 입찰공고에서 제시하지 않은 이유를 근거로 후보자에서 배제해서는 안 된다.<sup>192)</sup>
- ③ 컨소시엄을 구성하여 후보자로 참여하는 경우가 자주 발생할 수 있다. 이 때에 계약관리의 원활하게 되도록 하기 위해서는 컨소시엄에 참여한 회사 중 한 회사를 주회사로 지정하는 것이 바람직하다. 또한 한 회사가 서로 다른 컨소시엄에 동시에 참여하는 것은 허용되어서는 안 된다. 왜냐하면 이렇게 될 경우 정보유출 등의 문제가 발생할 수 있기 때문이다.<sup>193)</sup>
- ④ 국내회사를 우선시하는 정책(domestic preference)이 여러 가지 형태로 사용될 수 있다. 국제기구의 재원을 사용하는 경우에는 이러한 정책이 허용되지 않을 수 있다. 이러한 정책을 사용할 경우에는 입찰공고 단계에서 미리 밝혀주는 것이 바람직하다.<sup>194)</sup>

---

191) Ibid.

192) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 71 참조.

193) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 72 참조.

194) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p.

⑤ 후보자 선정과정에서 후보자들이 사용하는 비용은 문서자체의 비용만을 반영해야 한다. 여기서의 비용이 과다하여 실질적으로 경쟁제한적인 효과를 가져와서는 안 된다. 후보자 선정이 되지 못한 회사에게 비용을 보전해주는 제도를 취하는 것도 바람직하다.<sup>195)</sup>

⑥ 입찰에 참가한 후보자들이 입찰관련 문서들의 내용을 명확히 해 줄 것을 요청할 때 발주청은 바로 이에 응해야 한다. 입찰에 참가한 자들 중에서 후보자를 선정하는 과정에서 의미 있는 경쟁을 할 수 있는 후보자수로 제한하기 위해서는 양적, 질적 평가를 할 수 있다. 양적 평가가 투명성이 높다고 할 수 있는데, 이러한 양적 평가를 함에 있어서 발주청의 재량이 지나치게 제한되지 않도록 할 필요가 있다. 이러한 과정을 통해서 후보자들이 정해진다.<sup>196)</sup>

셋째, 후보자로부터 제안을 받는 단계에서는 다음과 같은 점을 유의해야 한다.

① 제안을 받는 단계를 1단계로 구성할 수도 있고, 2단계로 구성할 수도 있다. 이는 기술적 요건(technical requirement)이 어느 정도 정확하게 정의될 수 있는가에 따라 달라진다. 이것이 정확하게 정의될 수 있다면 최종적인 제안서를 후보자들로부터 바로 받으면 되지만, 그렇지 않다면 2단계(잠정적인 제안 - 협상을 통한 최종적인 제안)를 거치게 된다. 이러한 협상내용에 있어서 비밀은 철저히 지켜져야 한다.<sup>197)</sup>

② 최종제안서를 제출해 줄 것을 발주청이 요청함에 있어서 다음과 같은 정보들이 포함되어야 한다. 사업타당성 분석에 대한 내용제출

---

73 참조.

195) Ibid.

196) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 74 참조.

197) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 75-76 참조.

을 요구한다. 사업타당성분석에는 상업적 활용도, 기술적 디자인과 기능적인 면에서의 활용가능성, 재정적인 활용도, 환경적인 영향 등이 포함된다. 그 외에도 보증에 관한 내용, 입찰참가자의 자격에 관한 내용 등을 입찰참가자에게 요청한다.<sup>198)</sup>

③ 최종제안서를 제출하기 전까지는 언제든지 발주청은 잠정적인 제안의 내용에 대한 수정을 요청하거나, 잠정적인 제안의 내용을 명확화해줄 것을 요청할 수 있는 권한을 갖는다.<sup>199)</sup>

④ 최종제안서를 평가함에 있어서는 공사부문에 대한 평가와 서비스 및 운영에 관한 평가를 균형 있게 하는 것이 중요하다. 또한 기술적 요소에 대한 평가와 재정적, 상업적 요소에 대한 평가를 균형 있게 하는 것도 중요하다. 장기간에 걸쳐 지속적으로 서비스가 제공될 수 있는지에 대해서 평가하는 것도 중요하다.<sup>200)</sup>

⑤ 기술부문에 대한 평가를 먼저 하고, 재정부문에 대한 평가를 나중에 하는 것이 바람직하다. 이를 위해서 제안서를 담은 봉투를 두 개로 하는 입법례도 있으나 이는 효율성을 저해한다는 점에서 타당하다고 보기 힘들다.<sup>201)</sup>

⑥ 위와 같은 절차를 거쳐서 같은 점수를 받거나 미세한 점수 차이를 받은 두 개 이상의 사업자가 있을 경우에는 이들 사업자 모두를 상대로 최종 협상을 벌인 후에 최종 낙찰자를 정한다. 만약 이들 중에서 최종 낙찰자를 정하지 못하는 경우에는 그 다음 순위의 낙찰자와 협상을 벌인 다음에 최종 낙찰자를 정한다.<sup>202)</sup>

---

198) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 77 참조.

199) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 81-82 참조.

200) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, pp. 82-84 참조.

201) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 85 참조.

202) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 86

### 3. 계약체결 이후단계의 규율<sup>203)</sup>

계약체결 이후단계의 규율로서 살펴볼 만한 것으로 ‘정부지원’(government support)을 들 수 있다. 정부지원은 다양한 형식을 가질 수 있다. 넓게 보면 사회기반시설에 대한 투자환경을 개선하기 위한 정부의 조치는 모두 정부지원으로 볼 수 있는 여지가 있다. 이러한 관점에서 보면 민간투자에 관한 법률을 제정하거나 이를 담당하는 부서를 별도로 두는 것 등도 정부지원의 개념에 포함시키게 된다. 그러나 위 입법지침에서는 이렇게 정부지원의 개념을 광의로 사용하지 않고 ‘특정의 사업에 있어서 위험분배를 위해서 정부가 취하는 주로 경제적 또는 재정적 성격을 갖는 특정조치’라는 좁은 의미로 사용하고 있다. 이러한 정부지원제도는 민간참여를 활성화시키는 핵심적인 제도로 이해되고 있다.<sup>204)</sup>

정부지원제도는 다양한 방식이 존재한다. ① 정부대출 또는 대출보증, ② 지분참여, ③ 보조금지급, ④ 계약당국에 의한 계약이행 등의 국가보증(sovereign guarantee), ⑤ 세금이나 관세혜택 부여, ⑥ 경쟁으로부터의 보호, ⑦ 부가적인 수입원의 제공 등을 들 수 있다. 이 중에서 우리나라에서 문제되고 있는 보조금지급제도와 관련해서 다음과 같이 보고 있다.

보조금은 사업자에 대해 직접지급의 형식을 취할 수 있는데 여기에는 두 가지 방법이 있을 수 있다. 총액으로 보조금을 지급하는 방법과 사업자의 사용료수입에 따라 나머지 부분을 보전해주는 방법이 그것이다. 후자의 형식을 취할 때에는 실시협약내에서 사업자

---

참조.

203) 이에 관해 자세히는 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 196-197쪽 참조.

204) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 45 참조.

의 재정적 상황에 대한 공개의무에 관한 조항을 추가하는 등의 방법으로 계약당국은 보조금액수의 적정성을 보장할 수 있어야 한다고 본다.<sup>205)</sup>

보조금의 지급은 사업자에게 교차보조(cross-subsidy)를 허용하는 방식을 취할 수도 있다. 즉, 수익성이 떨어지는 사업을 특정사업자에게 부여하였다면 수익성이 높은 다른 사업을 당해 사업자에게 부여함으로써 교차보조가 가능토록 하는 방법이 그것이다.<sup>206)</sup>

민간투자사업에 있어서 정부지원제도의 효율성을 담보하기 위해서는 보조금과 같은 직접지원제도에 대해서는 이에 드는 예산을 뒷받침하기 위한 적절한 기술을 도입하고, 정부대출보증, 세금이나 관세혜택 부여와 같은 간접지원제도에 대해서는 이의 비용을 평가하는 적절한 기술을 도입하는 것이 과제라고 밝히고 있다.<sup>207)</sup>

---

205) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 49 참조.

206) ‘⑦ 부가적인 수입원의 제공’이 바로 그것이다. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 49 참조.

207) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000, p. 46 참조.



## 제 4 장 정부계약법과의 관계를 중심으로 본 우리나라의 민간투자법제

### 제 1 절 개 관

#### 1. 민간투자법과 정부계약법의 규율현황

우리나라에서는 1994년 민간투자사업을 규율하기 위하여 ‘사회간접자본시설에 대한 민간자본유치 촉진법’을 제정하여 그 법적 근거를 마련하였고, 이후 수차례의 법률개정과 법명의 변경을 통해 현재는 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’이라는 명칭으로 존재하고 있다. 현재 우리나라 사회기반시설에 대한 민간투자는 SOC부문 재정투자의 16.3%에 달하는 수준으로 성장했고, 2007년 12월말 현재 총 458건, 76.4조원 규모의 민간투자사업이 추진청으로 시설에처럼 민간투자사업이 사회기반시설 공급방식의 하나로 자리잡으면서 효율적 사업관리의 필요성이 높아지게 되었다.<sup>208)</sup>

공공조달법제는 WTO 정부조달협정에 우리나라가 가입함에 따라 대대적인 변모를 경험하게 된다. 우선 예산회계법의 한 장에서 규율되던 것에서 벗어나 1995년에 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 국가계약법)이라는 단일의 독립된 법률에서 규율되기에 이른 것이다. 그리고 이의신청절차 등 투명성을 높이기 위한 각종의 규정이 들어가게 된다. 지방자치단체의 공공조달계약도 이전에 지방재정법에서 규율되던 것이 2005년에 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 지방계약법)로 규율되기에 이르렀다.

208) 박현, “민간투자사업 추진절차 개선 및 사후관리방안”, 2008-2012년 국가재정운용계획(민간투자분야) 공개토론회 자료, 국가재정운용계획 민간투자분야 작업반, 2008. 6. 24, 1-2면 참조.

민간투자법제와 공공조달법제의 상호간의 관계에 관해서는 명확한 설명이 이루어지고 있지는 않다. 관련 규정을 보면 다음과 같다.

-국가계약법 제 3 조(다른 법률과의 관계) ① 국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

-지방계약법 제 3 조(다른 법률과의 관계) 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

-민간투자법 제 3 조(관계법률과의 관계 등) ① 이 법은 민간투자사업에 관하여 관계법률의 규정에 우선하여 적용한다.

② 정부발주사업의 초과시공부분에 대하여는 이 법에서 특별히 정한 것을 제외하고는 이 법의 다른 규정을 적용하지 아니한다.

위 규정의 내용을 보면 민간투자법상의 실시협약에는 민간투자법이 우선적으로 적용된다고 할 수 있다. 그리고 민간투자법상에 특별한 규정이 없는 경우에는 법문상으로만 보면 국가계약법 또는 지방계약법이 적용된다고 할 수 있다. 왜냐하면 실시협약도 국가 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 해당되기 때문이다. 그러나 민간투자법상에 특별한 규정이 없는 경우에 국가계약법 또는 지방계약법이 그대로 적용된다고 볼 수 있을지는 검토를 요한다. 왜냐하면 민간투자법상 실시협약의 특성상 국가계약법이나 지방계약법이 그대로 적용된다고 보기 힘든 경우가 발생할 수 있기 때문이다.

다음으로 민간투자법 제3조 제2항의 규정을 눈여겨 살펴볼 필요가 있다. 민간투자법 제3조에는 원래 제1항의 내용만 있었으나, 2008. 12. 31. 법개정으로 제2항의 내용이 들어가게 되었다. 이는 정부발주사업의 초과시공이 민간투자방식으로 이루어질 경우에는 이에 관한 특별한 규정이 있는 경우에만 민간투자법을 적용하고 그 외에는 원칙적으로 국가계약법이나 지방계약법을 적용하겠다는 내용으로 볼 수 있다.

전통적인 공공조달방식이라고 할 수 있는 정부발주사업(재정사업으로 불리기도 한다)을 실시하는 과정에서 필요한 경우에는 초과시공을 민간투자방식으로 할 수 있다. 그런데 이 경우 기존에 이미 실시한 사업부분에 대해서는 국가계약법이나 지방계약법이 전면적으로 적용된다고 할 수 있는데, 초과시공된 부분만 민간투자법이 적용된다고 하면 단일 사업의 적용법리가 시공부분에 따라 달라지는 문제가 발생할 수 있다. 이러한 이유로 처음에 정부발주사업으로 시작한 사업에 대해서는 나중에 민간투자방식이 일부사용 되었다고 하더라도 원칙적으로 국가계약법이나 지방계약법이 적용된다는 규정을 둔 것이다.

그러면 현재 법률 이하의 규정에서 양자의 관계를 어떻게 설정하고 있는지를 보다 구체적으로 살펴보도록 하자. 민간투자법 제23조에 의해서 한국개발연구원(KDI)에 설치된 공공투자관리센터에서는 민간투자사업을 효율적으로 수행하기 위해서 ‘임대형 민자사업(BTL) 표준 실시협약안’(2009. 3), ‘임대형 민자사업(BTL) 시설관리운영 세부요령’(2009. 4) 등을 제정하여 실시하고 있다.

‘임대형 민자사업 표준실시협약안’ 제3조에서는 용어의 정의에서 국가계약법에 관한 규정을 둔 다음, 제13조 제7항에서 다음과 같이 국가계약법을 인용하고 있다.

“제13조 ⑦ 사업시행자는 제1항 각 호의 규정에 의한 총민간사업비를 변경하고자 할 때에는 본 협약에서 달리 규정한 경우를 제외하고는 민간투자법, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 건설기술관리법 등의 관련 법령에 따라 그 산출근거를 전문기관의 확인을 거쳐 주무관청 또는 그 권한을 위임받은 자에게 제출하여 승인을 받아야 한다. 단, 총 민간사업비 중 공사비를 변경하고자 할 때에는 공사감리자의 확인을 거쳐야 한다.”

국가계약법 제19조에서는 물가변동, 설계변동등에 의한 계약금액조정에 관한 규정을 두고 있다. 위 협약안 제13조 제7항에서는 총민간사업비를 변경할 때에는 이 국가계약법의 계약금액조정에 관한 규정의 적용이 이루어질 수 있음을 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

이처럼 국가계약법의 적용을 일부 인정하고 있으나 위 협약안 제5조 제2항<sup>209)</sup>에서는 협약의 해석상 모호한 점이 있는 경우에 민간투자법만을 주로 그 기준으로 사용하도록 하고 있고 국가계약법은 명시적인 기준으로 제시하고 있지 않다. 물론 위 협약안 제17조 제3항과 함께 이 조항을 보면 비록 명시는 되어 있지 않지만 국가계약법도 계약해석의 보충적인 기준으로 활용될 수 있는 가능성은 존재한다고 할 수 있다.<sup>210)</sup> 그러나 위 협약안 제5조 제2항에서 국가계약법을 명시하지 않았다는 점은 민간투자사업의 실시협약의 해석을 국가계약법에 의존하지 않고 민간투자법의 적용을 통해 자족적으로 해결하고자 하는 의지를 보인 것으로 평가해볼 수 있다.

‘임대형 민자사업 시설관리운영 세부요령’에서는 하자보수와 관련하여 다음과 같은 규정을 두고 있다(5.2.1).

-하자를 보수하기 위한 세부적인 처리절차에 관해 다음과 같은 가이드라인 적용가능

- . 주무관청이 사업시행자에게 보수 요청
- . 사업시행자는 하자로 인한 시설 이용불가나 시설 이용불편이 발생하지 않도록 즉시 보수를 실시

209) 제5조 ② 본 협약 및 본 협약을 구성하는 문서들의 해석상 모호함 또는 불일치 점이 있는 경우 협약당사자는 다음의 우선순위에 따라 이러한 모호함 또는 불일치 점을 해결하여야 한다.

1. 민간투자법
2. 민간투자법시행령
3. 시설사업기본계획
4. 민간투자사업기본계획

210) 이러한 관점에서 협약안 제5조 제2항의 각호는 열거규정이 아니라 예시규정으로 보는 것이 타당하다.

- 하자보수 의무기간에 관해서는 건설사업기본법 제28조(건설공사수급인의 하자담보책임)을 준용하되, 동조 제2항(수급인의 면책)을 적용하지 않음. 단, ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’에서 규정한 기간을 초과할 수 없음.
- ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 시행령, 시행규칙(기획재정부령’(또는 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 시행령, 시행규칙’)의 하자보수보증 관련 조항을 준용하는 방안을 고려할 수 있음.
- 하자보수보증보험증권(또는 하자보수보증서)을 다음의 조건으로 발급받는 방안
  - 피보증인(또는 보증채권자)을 국가(또는 지방자치단체로 함).
  - 보수 기한 이내 보수되지 않을 경우에 한해 주무관청이 직접 하자보수 보증보험증권에 의한 보증금을 청구하는 방안

위 규정을 보면 하자보수 의무기간과 관련하여 국가계약법이 규정한 기간을 초과하지 못하도록 하는 한편, 국가계약법이나 지방계약법의 하자보수보증 관련조항을 준용하도록 하고 있음을 볼 수 있다. 전자의 경우 국가계약법의 해당규정을 강행규정으로 이해한 전제에 서 있음을 볼 수 있으며, 후자의 경우 국가계약법의 해당규정을 그대로 적용하지 않고 민간투자사업의 성격에 맞추어서 변형하여 적용을 하고 있음을 볼 수 있다.

위 협약안과 세부요령, 그리고 민간투자법 및 국가계약법의 관련 규정을 종합적으로 보면 일단 현재 우리 법제에서는 민간투자법과 정부 계약법의 관계를 다음과 같이 이해하고 있는 것으로 분석해볼 수 있다.

첫째, 실시협약에는 민간투자법이 우선적으로 적용된다. 이러한 맥락에서 실시협약의 ‘해석’도 가능한 한 민간투자법을 기준으로 자족적으로 해결하도록 한다.

둘째, 실시협약과 관련하여 민간투자법에 특별한 규정이 없는 경우에는 국가계약법 또는 지방계약법이 적용될 수 있다. 이 경우는 다시 둘로 나누어서 보아야 한다. ① 국가계약법의 규정이 실시협약에 그

대로 적용되는 경우가 존재한다. 총민간사업비 변경이나 하자보수기간 설정이 그 예이다. ② 국가계약법의 규정이 실시협약에 변형되어 적용되는 경우가 존재한다. 하자보수보증과 관련된 규정이 그것이다.

이러한 현행 우리 법제의 태도는 기본적으로 그 타당성을 긍정할 수 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 민간투자법제의 특수성을 존중함을 원칙으로 하면서도 정부계약법제와의 유기적인 연관성을 배려한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 세부적으로 들어가 보면 다음과 같은 문제점들을 지적해 볼 수 있다.

첫째, 민간투자법상에는 정작 실시협약 자체와 관련해서는 특별한 규정을 많이 두지 않고 있고, 이러한 이유로 실시협약의 해석이 민간투자법을 기준으로 자족적으로 이루어지기는 현실적으로 어려움이 있다고 할 수 있다. 이러한 점을 고려하면 국가계약법이나 지방계약법을 계약해석의 보충적인 기준으로 사용하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

둘째, 국가계약법 또는 지방계약법이 직접 적용되는 경우와 변형되어 적용되는 경우를 구별하려는 시도는 바람직하다고 할 것이나, 양자를 구별하는 기준이 명확하게 제시되지 못하고 있다는 점은 문제라고 할 수 있다. 특히 실시협약 체결과정에 관해서 국가계약법 또는 지방계약법이 어느 정도 적용되는지와 관련해서 명시적인 규정이 부재하다는 점도 문제라고 할 수 있다.

## 2. 개념

민간투자법에서는 ‘민간투자사업’을 ‘제9조의 규정에 의한 민간제안사업 또는 제10조의 규정에 의한 민간투자시설사업기본계획에 따라 제7호의 규정에 의한 사업시행자가 시행하는 사회기반시설사업을 말한다’라고 정의하고, ‘실시협약’은 ‘이 법에 의하여 주무관청과 민간투

자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약'이라고 정의하고 있다(동법 제2조 제5호, 제6호).

민간투자법제와 공공조달법제와의 관계설정이 명확하지 않은 상태이기는 하나, 실무상으로는 민간투자에 의한 민자사업과 공공조달에 의한 재정사업은 명확하게 구별되고 있다고 할 수 있다. 양자의 구별 기준은 재원조달의 방식이다. 우리나라에서도 민자사업방식이 공공조달에 의한 재정사업방식보다 항상 바람직한 것은 아니라는 점을 인식하면서, 행정주체의 관점에서 사업 선택시 어떤 기준을 활용할 것인지에 관심의 초점이 맞추어지고 있다.<sup>211)</sup>

### 3. 원 리

민간투자법 제1조에서는 “이 법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충, 운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 이 규정을 보면 민간투자의 활성화, 사회기반시설의 확충 등이 주요한 목표로 설정되고 있음을 볼 수 있다.

또한 동법 제7조 제2항에서는 “제1항의 민간투자사업기본계획은 사회기반시설과 관련된 중, 장기계획 및 국가투자사업의 우선순위에 부합되도록 하여야 하며, 민간의 창의와 효율이 발휘될 수 있는 여건을 조성하면서 공공성이 유지되도록 노력해야 한다”라고 규정하고 있다. 여기서는 ‘민간의 창의와 효율’과 동시에 ‘공공성’을 강조하고 있음을 알 수 있다.

국가계약법에서는 공공조달에 적용되는 원리에 관해서 특별히 언급을 하고 있지는 않으나 법률전체적으로 볼 때 투명성과 효율성의 보호가 공공조달의 주요한 원리라는 점이 지적되고 있으며, 이러한 원

211) 이에 관해서 자세히는 제2장 제2절 참조.

리는 국가계약법의 적용을 받는 실시협약에도 그대로 적용되는 것으로 볼 수 있다.

위의 비교법적인 고찰을 근거로 하여 공공조달의 원리와 민간투자사업의 원리 상호간의 관계에 대해서 어떻게 보는 것이 바람직할까. 투명성과 효율성의 원리는 양자 모두에 적용되는 원리라고 할 수 있다. 다만 민간투자사업은 민간의 창의성을 반영하여 효율성을 높이고자 한다는 점에서 효율성에 좀 더 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있다.

공공조달법제에서 투명성과 효율성의 상호관계를 어떻게 설정할 것인가에 관해서는 많은 논의가 있는데, 이러한 논의가 민간투자사업에도 많은 시사점을 제공한다. Harland 등은 각국의 공공조달법제가 다음과 같은 7단계로 발전한다는 견해를 제시하고 있다. ① 물품과 서비스를 적시에, 적절한 가격에 공급하는 것에 초점이 맞추어지는 단계(sourcing and delivering goods and services), ② 부패를 방지하기 위한 규제에 초점이 맞추어지는 단계(compliance with legislation/regulation), ③ 제한된 재정을 가장 효율적으로 사용하는 데에 초점이 맞추어지는 단계(efficient use of public funds), ④ 책임성의 원리에 입각하여 조달행정을 국민에게 제대로 설명하는 데에 초점이 맞추어지는 단계(accountability), ⑤ 조달되는 물품의 가격보다는 품질에 초점이 맞추어지는 단계(value for money), ⑥ 중소기업보호 등 정부의 개별적 정책목표를 추구하는 단계(supporter of broader government policy objectives), ⑦ 경제활성화 등 정부의 거시적 정책목표를 추구하는 단계(deliverer of broader government objectives)가 그것이다.<sup>212)</sup>

위의 이론에 대해서는 다음과 같은 평가가 가능하다. 첫째, 각국의 공공조달법제를 보면 위의 다양한 요소들이 함께 나타나는 경우가 일반적이고 반드시 위의 경로를 따르는 것은 아니라는 점에서 위 이론

---

212) Harland, Christine, Public Procurement in perspective, in Loise Knight et al. ed., Public Procurement-International Cases and Commentary, Routledge, 2007, pp. 21-22 참조.



을 역사적 사실에 관한 보편이론으로 이해하는 것은 곤란하다.

둘째, 위 이론은 오히려 공공조달법제의 발전과정에서 어느 원리가 보다 강조되어야 하는 지에 관한 시사점을 제시해준다는 점에서 의미가 있다. 즉, 위 7가지는 투명성(②, ④), 효율성(①, ③, ⑤), 정책적 목표달성(⑥, ⑦)이라는 세 가지로 유형화해볼 수 있다. 이러한 전제하에서 보면 초기단계에는 투명성이 강조되다가, 다음 단계에서 효율성이 상대적으로 강조되고, 마지막 단계에서는 정책적 목표달성이 강조되는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.<sup>213)</sup>

민간투자사업의 경우에도 위의 논의를 활용하는 것이 가능하다. 즉, 민간투자사업은 일반조달에 비해 상대적으로 효율성이 좀 더 강조되는 것이 사실이나, 이러한 효율성도 투명성을 바탕으로 이루어지는 것이 바람직하다는 점이다. 사회기반시설에 대한 민간참여의 활성화를 논의함에 있어서도 이러한 투명성확보의 논의와 함께 이루어져야 마땅하다.<sup>214)</sup>

## 제 2 절 계약체결 이전단계의 규율

### 1. 계약체결방식

민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 주무관청이 고시한 시설사업 기본계획에 따라 사업계획을 작성하여 이를 주무관청에 제출하고, 주무관청은 제출된 사업계획을 검토, 평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정한다(민간투자법 제13조 제1항, 제2항). 민간투자법과 동법시행령은 특별한 사유가 없는 한 사업계획서의 평가 및 검토결과에 따라서 2인 이상을 순위를 정하여 협상대상자로 지정하도록 하고 있는데, 순위가 앞선 자를 우선협상자라고 하고 순위가 뒤진 자

213) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 199쪽.

214) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 199-200쪽 참조.

를 차순위 협상대상자로 부른다.

주무관청은 우선협상대상자 또는 차순위 협상대상자와 사업기간과 사업의 조건 등에 대하여 상당한 기간 동안 협상을 진행한 후 법적인 의무에 합당한 재량에 따라서 가장 적절한 협상대상자와 실시협약을 체결하여 최종적으로 사업시행자를 선정한다. 그런데 실무상으로는 주무관청이 우선협상대상자로 지정한 자와 실시협약을 체결하여 그를 최종적인 사업시행자로 선정하는 것이 관행처럼 정착되어 있다.<sup>215)</sup>

앞서 보았듯이 이러한 민간투자법상의 계약체결절차는 국가계약법 시행령 제43조상의 ‘협상에 의한 계약절차’와 매우 유사하다고 할 수 있으나 공고기간 등의 측면에서 양자가 동일하지는 않다. 여기서 다음과 같은 두 가지 문제가 제기된다.

첫째, 민간투자법상의 계약체결절차를 국가계약법상의 계약체결절차와 구분하여 독자적으로 규율하는 방식이 바람직한가 하는 점이다. 현재 법령상 이것이 명확하지는 않지만 실무상으로는 양자를 구분하여 규율하고 있는데 이것이 바람직한지가 문제이다.

민간투자방식이 일반 공공조달계약과 다른 특징이 많다는 점을 고려하면 계약체결절차를 독자적으로 규율하는 방식이 장점이 있을 수 있으나 결론적으로 이러한 규율방식은 바람직하지 않다고 하겠다. 그 이유는 다음과 같다.

우선 국가나 지방자치단체가 체결하는 계약을 통일적으로 규율할 필요성이 있다는 점이다. 이것이 정부계약법의 일관성을 유지하는 데에 장점이 있다고 하겠다.

무엇보다 정부계약에서도 규모가 크고 복잡한 계약이 늘어나고 있다는 점이다. 다시 말해 민간투자방식과 전통적인 공공조달방식의 경계는 점차로 불분명해지고 있다. 이러한 점을 고려하면 양자를 포괄

---

215) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 2008, 475-476쪽.

한 계약절차를 국가계약법에서 규율하는 것이 장점이 있다고 하겠다.

마지막으로 현행 민간투자법 및 동 시행령에는 실시협약 체결과정에 관해서는 상세한 규정을 두지 않고 있다. 이러한 규율상의 공백을 현행 국가계약법이나 지방계약법에서 채우는 것이 현실적이라고 할 수 있다.

둘째, 이처럼 민간투자방식의 계약체결절차는 독자적으로 규율하는 것보다는 국가계약법 또는 지방계약법에서 통일적으로 규율하는 것이 바람직하다고 한다면 현행 국가계약법 시행령상의 ‘협상에 의한 계약절차’를 활용하는 것으로 충분한 것인지, 아니면 유럽연합과 같이 ‘경쟁적 협상’절차를 활용하는 것이 필요한지가 문제된다.

이를 위해서는 양 제도의 차이를 분석하는 것이 우선시 되어야 한다. 우리나라 국가계약법상의 ‘협상에 의한 계약절차’와 유럽에서 채택된 ‘경쟁적 대화’절차는 다음과 같은 점에서 구별된다는 지적이 있다. 즉, 경쟁적 대화에서는 사업의 대상과 목적을 주무관청과 함께 구상한다는 목적을 가지고 있으나, 협상에서는 사업과 관련하여 주무관청이 이미 공고한 사업조건에 최적으로 부합하는 사업후보자를 결정하는 데에 그 목적을 두고 있다는 것이다.<sup>216)</sup>

이러한 차이점 이외에도 앞서 보았듯이 다음과 같은 차이점을 들 수 있다. 유럽연합의 경쟁적 대화방식은 후보자인 회사들 모두와 협상절차를 진행하는 반면에, 우리나라의 협상에 의한 계약절차에서는 협상의 순서를 정해서 차례로 협상을 진행한다는 점이다. 양자의 장단점은 다음과 같이 볼 수 있다. 경쟁적 대화방식은 모든 후보자와 동시에 협상절차를 진행하므로 각 후보자들의 장단점을 발주청에서 파악하기가 용이하고 이러한 다양한 정보를 잘 활용하여 보다 유리한 협상을 이끌어낼 수 있다는 장점이 있다. 하지만 이 과정에서 정보유

216) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제 4호, 2008, 481쪽 참조.

출을 통해 특정 후보자에게 유리하거나 불리한 방식으로 협상이 진행될 우려가 있다는 점이 단점이다.

우리나라의 협상에 의한 계약절차는 협상의 순위를 정해서 협상에 임하므로 정보유출로 인한 경쟁제한의 문제를 극복할 수 있다는 점이 장점이라고 할 수 있다. 그러나 우선협상대상자와 계약을 체결하는 것이 관행처럼 되어 있어서 다양한 민간제안을 충분히 검토하지 못하고 사업대상자를 지정하게 되는 단점이 있다.

아직 우리나라에서 협상에 의한 계약절차도 아직 충분히 정착되지 못했다는 점을 고려하면 경쟁적 대화절차를 전면적으로 도입하는 것은 시기상조라고 할 수 있다. 무엇보다 정보유출로 인한 경쟁왜곡의 문제가 우리나라에서 유럽연합에 비해서 발생할 가능성이 보다 높다는 점도 고려해야 한다.

이러한 점을 고려할 때 기존의 협상에 의한 계약절차를 보완하여 민간투자방식에 적용하는 것이 현실적인 대안이 될 것으로 생각한다.<sup>217)</sup> 다만 기존에 우선순위를 한 회사씩 정하여 순서대로 협상을 진행해나가는 것은 실질적인 경쟁제한의 문제가 있으므로 2개 회사씩 동시에 협상을 진행해나가는 제도를 도입해보는 것을 고려해볼 수 있다.

## 2. 입찰보증금

국가계약법 제9조는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 경쟁 입찰에 참가하고자 하는 자로 하여금 입찰보증금을 납부하게 하도록

---

217) 김성수 교수는 다음과 같은 대안을 제시하고 있다. “우리나라의 현실상 경쟁보장적 대화절차를 당장 전면적으로 적용하기 보다는 기존의 협상대상자 선정절차 및 계약체결절차에 부분적으로 경쟁보장적 대화절차를 적용하여 투명성과 공정성을 강화하려는 노력이 우선되어야 할 것이다. 예컨대 협상대상자를 선정하는 과정에 있어서 경쟁보장적 대화절차와 유사한 절차를 둔다거나, 협상대상자들과 주문관청 간에 이와 유사한 채널을 설치하는 방식 등을 생각해볼 수 있다.”(김성수, “공공조달행정법상 경쟁보장적 대화와 협상과의 관계 -유럽연합과 독일법을 중심으로”, 공법학연구 제9권 제2호, 비교공법학회, 2008, 306쪽 참조).

정하고 있다. 그러나 민간투자법의 실시협약의 경우 실무상 국가계약법의 입찰보증금 규정을 실무상으로 적용하지 않고 있는 실정이다.<sup>218)</sup>

이에 대하여는 민간투자사업은 국가계약법이 적용되므로 원칙적으로 납부해야 하는 것이지만 국가계약법 시행령 제37조 제3항에서 정한 예외사유<sup>219)</sup>에 해당하는 것으로 보아 입찰보증금을 납부하지 않아도 된다는 견해도 있고, 국가계약법상 입찰보증금 규정이 적용되는 입찰과 낙찰에 대하여 입찰은 청약, 낙찰은 계약의 예약이라고 볼 수 있으나 민간투자사업의 입찰과 낙찰은 일정한 협상을 할 것을 전제로 협상대상자의 낙찰이므로 이를 청약과 계약의 예약이라고 볼 수 없어 그 법적 성격의 상이함으로 국가계약법의 입찰보증금 규정이 적용될 수 없다고 하는 견해도 있다.<sup>220)</sup> 어쨌든 이 두 가지 견해는 모두 입찰보증금의 규정의 적용을 하지 않고 있는 실무의 태도를 긍정한다는 점에서는 공통점이 있다고 할 수 있다.

입찰보증금 부과 취지는 경쟁입찰에서 낙찰결정을 받은 후 계약체결을 하지 않을 위험을 차단하기 위한 것으로 볼 수 있다. 민간투자법상의 실시협약의 경우 일단 우선협상대상자를 지정하고 이 대상자와의 협상을 통해 최종적으로 계약이 체결되는 구조인바, 이는 낙찰결정이 이루어진 다음 특별한 협상이 없이 계약체결이 이루어지는 국가계약법상의 일반경쟁에 의한 입찰과는 분명히 그 구조가 다르다고 보아야 할 것이고 오히려 국가계약법 시행령 제43조에 의한 협상에 의한 계약체결의 방식과 그 방식이 매우 유사하다고 보아야 한다.<sup>221)</sup>

218) 황창용 외, 앞의 보고서, 62쪽 참조.

219) 국가계약법 시행령 제37조 제3항에 규정된 여러 가지 보증금면제사유 중 6호의 “기타 경쟁입찰에서 낙찰자로 결정된 후 계약체결을 기피할 우려가 없다고 인정되는 자”에 해당한다는 견해로 분석된다.

220) 황창용 외, 앞의 보고서, 62쪽 참조.

221) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 366-367쪽.

그런데 국가계약법 시행령 제43조에 의한 협상에 의한 계약체결방식의 경우 동조 제4항에서 각 중앙관서의 장이 계약체결에 필요한 기준 및 절차 등을 정하도록 하고 있는데, 이에 따르면 입찰보증금에 관한 규정이 협상에 의한 계약체결방식에 그대로 적용된다고 보기는 힘들다고 판단된다. 왜냐하면 일반경쟁에 의한 입찰에 따르는 경우는 낙찰 이후에 협상의 여지가 없이 바로 계약체결의무를 지게 되므로 낙찰결정을 받은 자가 계약체결을 회피할 위험이 상당히 존재하나, 협상에 의한 계약체결방식의 경우 우선협상대상자로 지정된 이후에 다시 협상이 이루어지므로 우선협상대상자로 지정된 이후에 계약체결을 무작정 회피할 가능성은 상대적으로 적다고 보아야 하기 때문이다.<sup>222)</sup>

이러한 점을 고려하면 협상에 의한 계약체결방식과 유사한 계약방식을 채택하고 있는 민간투자법상의 실시협약의 경우에도 국가계약법상의 입찰보증금의 규정을 그대로 적용하는 것은 무리가 있다고 하겠다.<sup>223)</sup>

### 제 3 절 계약체결 이후단계의 규율

#### 1. 민간투자방식의 유형에 따른 규율여부

현재 민간투자법 제4조에서는 다양한 민간투자방식에 관해서 규율을 하고 있다. 이 중에서 ‘임대형 민자사업’(BTL)이라고 불리우는 민간투자법 제4조 제2호의 민간투자방식이 가장 활발하게 사용되고 있다. 소유, 관리 등의 주체가 누구인가에 따라 위험분배의 방식이 많이 차이가 있다는 점을 고려하면 계약체결 이후 단계에 있어서 이들 유형에 따라 동일하게 규율하는 것은 한계가 있다고 할 것이다.

222) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 367쪽.

223) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 367쪽.

독일의 예와 같이 다양한 민간투자유형에 따라 국가계약법의 규정 적용이 달라질 수 있다는 점을 고려해야 한다. 이를 법령에서 자세하게 규정을 두는 것은 어려움이 있으므로 최소한 민간투자와 관련된 지침에서 이에 관한 해석지침을 두는 것이 필요하다고 하겠다.

## 2. 협약의 변경 또는 해지

현재 국가계약법 제5조 제1항에서는 “계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이러한 규정을 근거로 우리나라 판례는 사법상 계약의 구속력에 관한 이론들이 원칙적으로 정부계약에도 그대로 적용된다고 보고 있다.

국가계약법 제19조에서는 물가변동, 설계변경, 기타 계약내용의 변경에 의한 계약금액조정에 관한 특칙을 두고 있다. 그리고 “대안입찰 또는 일괄입찰에 대한 설계변경으로 대형공사의 계약내용을 변경하는 경우에도 정부에 책임있는 사유 또는 천재, 지변 등 불가항력의 사유로 인한 경우를 제외하고는 그 계약금액을 증액할 수 없다”라고 규정하여 계약금액조정이 남용되지 않도록 하고 있다(국가계약법 시행령 제91조 제1항).

국가계약법에는 위와 같은 규정 이외에는 계약내용의 변경이나 해지 등에 관한 규정을 찾아보기가 힘들다. 계약일반조건에서 이에 관한 규정들을 찾아볼 수 있을 뿐이다. 그러나 민간투자법에는 이에 관해서 다음과 같은 다양한 규정들을 두고 있다.

우선 귀속시설의 사업시행자는 천재지변 등 불가피한 사유로 인하여 사회기반시설의 건설 또는 관리운영이 불가능한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 국가 또는 지방자치단체에 대하여 당해 사업을 매수해 줄 것을 요청할 수 있다(민간투자법 제59조). 이러한 매수청구권은

실질적으로는 실시협약의 해지의 성격을 갖는다고 볼 수 있다.

그리고 이러한 매수청구권의 행사시 사업시행자에게 지급하는 금액의 산정기준에 관해서도 규정을 두고 있다. 민간투자법 제40조 제3항에서는 이러한 매수청구권이 행사되는 경우에 “사업시행자에게 지급되는 금액의 산정기준 및 산정방법 기타 필요한 사항은 청구당시의 사회기반시설, 부대사업시설 및 당해 사업의 영업권등의 적정가치를 고려하여 실시협약에서 정할 수 있다”고 규정하고 있다.

이 규정을 근거로 하여 제정된 “임대형 민자사업 표준 실시협약안”에서는 지급금의 결정에 관한 규정을 두고 있다. 그 내용은 다음과 같다. 협약당사자는 해지의 효력발생일로부터 30일 이내에 합의에 의하여 해지시 지급금을 정한다. 이 합의가 이루어지지 않는 경우에는 당사자간의 합의에 의하여 전문기관을 지정하여 해지시 지급금을 산정하도록 한다. 전문기관에 의해 해지시 지급금을 산정하는 경우 그 비용은 귀책사유를 발생시킨 당사자가 전액 부담하고, 불가항력적 사유로 인한 해지의 경우에는 협약당사자가 동등하게 부담한다(동 협약안 제76조 제1항, 제2항, 제4항).

이러한 해지시 지급금 문제는 전형적인 정부계약의 경우에도 발생할 수 있는 것이기는 하나, 계약기간이 길고 계약유형이 복잡한 민간투자사업의 특성을 고려하여 민간투자법에서 별도의 규정을 두게 된 것으로 볼 수 있다.

동 협약안에서는 매수청구권에 따라 발생하는 지급금을 ‘해지시 지급금’이라고 부르고 있는데 최근 민간투자법제의 개혁과정에서 이 부분의 개선이 지속적으로 논의의 대상이 되고 있다. 즉, 재무적 투자자를 유인하여 민간투자를 활성화하기 위해서는 해지시 지급금 제도를 검토하여 민간투자사업 추진시 민간사업자의 투자위험을 줄여주기 위한 제도적 보완이 필요하다는 것이다.<sup>224)</sup>

224) 김강수, 김기수, “민간사업자의 수익률과 리스크의 적정화방안”, 2008-2012년 국



현재 민간투자사업기본계획을 공고하면서 정부가 지급할 해지시 지급금의 기준을 제시하여 왔는데 대체적으로 정부가 지급하는 금액이 축소되는 경향을 보여 왔다. 이와 같이 민간투자사업기본계획이 변천된 결과, 실시협약의 체결을 위한 정부와 사업시행자의 협상에서는 시설사업기본계획의 고시시점(정부고시사업) 또는 민간부문의 사업제안시점(민간제안사업)에 공고된 민간투자사업기본계획에 따라 해지시 지급금을 정할 것인지 아니면 실시협약체결시점을 기준으로 해지시 지급금을 정할 것인지가 논란이 되고 있다.<sup>225)</sup>

해지시 지급금의 기준에 관해서는 실시협약에서 정하면 되므로 민간사업자의 신뢰보호를 위해서는 고시시점이나 사업제안시점을 기준으로 하는 것이 바람직하다고 하겠다.

### 3. 최소운영수입보장제의 유지여부

정부계약법에서는 찾아볼 수 없는 민간투자법제에 고유한 제도로 1999년 도입되었던 최소운영수입보장제를 들 수 있다. 이는 민간투자 방식에 의해서 만들어진 사회기반시설의 이용실적이 원래 예상보다 현저히 낮아서 사업자에게 손해가 발생할 경우 이를 보전해주는 제도이다. 그러나 이 제도는 재정낭비를 가져오는 주원인으로 지목되어 2006년 1월에 민간제안사업에 대해서는 이를 철폐하고, 정부고시사업에 대해서는 보상수준을 크게 줄였다.

헌법재판소에서는 인천국제공항고속도로의 통행료징수와 관련하여 제기되었던 헌법소원에서 일반재원으로 건설된 유료도로와 민자로 건설된 고속도로의 통행료 산정의 방식에는 차이가 있을 수 있다는 점

가재정운용계획(민간투자분야) 공개토론회 자료, 국가재정운용계획 민간투자분야 작업반, 2009. 7. 3, 11쪽 참조.

225) 윤하중/정일호, 민간투자제도의 내실화를 위한 추진단계별 개선방안, 국토연구원, 2007, 75쪽 참조.

을 긍정적인 바 있다(헌재 2005. 12. 22. 선고 2004헌바 64 결정).

위 판례를 근거로 ‘최소운영수입보장조항’이 민간투자사업의 특성을 반영하는 정당한 것으로 보는 견해가 있다.<sup>226)</sup> 그러나 위 판례가 ‘최소운영수입보장조항’ 자체에 초점을 맞추었다기 보다는 ‘통행료 산정’의 방식에 초점을 맞추었다는 점, 그리고 UNCITRAL에서 보았듯이 최소운영수입보장 이외의 다양한 정부지원방식의 활용이 가능하다는 점을 고려하면 위와 같은 견해를 지지하기는 힘들다.<sup>227)</sup>

민간투자법 제21조에서는 “주무관청은 사업시행자가 민간투자사업을 시행함에 있어서 당해 사회기반시설의 투자비 보전 또는 정상적인 운영을 도모하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 시설사업기본계획이 정하는 바에 의하여 부대사업을 당해 민간투자사업과 연계하여 시행하게 할 수 있다”라고 규정하여 교차보조가 가능하도록 하고 있다. 이러한 부대사업을 활성화하는 방안이 오히려 바람직하다고 할 수 있다.<sup>228)</sup>

또한 최소운영수입보장 제도는 철폐하되, 사업타당성이 검증되면 사업추진을 가속화하여 사업기간 장기화에 따른 각종 비용부담을 최소화할 수 있도록 행정적 지원을 아끼지 않는 대안도 제시되고 있는데<sup>229)</sup> 설득력이 높다고 하겠다.

---

226) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 2008, 470면 참조.

227) 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2, 202쪽.

228) 이를 위해서 대상사업의 확대, 주무관청의 역할강화, 부대사업 시행요건 완화, 사업시행자에게 토지수용권 부여 등이 주장되고 있다. 김강수, 김기수, “민간사업자의 수익률과 리스크의 적정화방안”, 2008-2012년 국가재정운용계획(민간투자분야) 공개토론회 자료, 국가재정운용계획 민간투자분야 작업반, 2009. 7. 3, 8쪽 참조.

229) 윤하중/정일호, 민간투자제도의 내실화를 위한 추진단계별 개선방안, 국토연구원, 2007, 82쪽 참조.

#### 4. 대가지급

국가계약법은 제15조에서 공사, 제조, 구매, 용역 기타 국고의 부담이 되는 계약에 있어서는 국가가 계약상대방에게 ‘대가’를 지급하도록 규정하고 있고 그 대가에 대하여 대가지급기한과 지체일수에 따른 이자도 함께 규정하고 있다. 이 규정이 민간투자법상의 실시협약에도 그대로 적용되는가 하는 점도 문제된다.<sup>230)</sup>

즉, 민간투자법 제53조에서는 귀속시설사업의 원활한 수행을 위해 필요한 경우에는 공공부문에서 민간에게 보조금을 교부하거나 장기대부를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이를 국가계약법상의 대가지급으로 보아 이를 국가계약법에 따라 일정한 기한 내에 해야 하고 그렇게 하지 않을 경우 지체일수에 따른 이자도 부과하는 것이 바람직한가의 문제가 발생한다.<sup>231)</sup>

민간투자법 제53조와 동법 시행령 제37조에 의하면 공공부문에서 보조금을 교부하거나 장기대부를 하는 것은 계약상대방에게 대가를 지급하는 것이라기보다는 귀속시설사업의 원활한 시행, 사용료의 적정수준 유지 등을 위해 이루어지는 재정지원이라고 보아야 하므로 국가계약법 제15조의 대가의 지급에 관한 규정이 그대로 민간투자법에 적용된다고 볼 수는 없다는 견해<sup>232)</sup>가 있는바 타당하다고 하겠다.<sup>233)</sup>

230) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 369쪽.

231) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 369쪽.

232) 황창용 외, 전계보고서, 64면 참조.

233) 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 367쪽.

## 제 5 장 결 론

### 제 1 절 비교법적 분석에 대한 평가

위에서 우리나라를 비롯하여 유럽연합, 영국, 독일, 프랑스, 미국, UNCITRAL의 민간투자법제를 정부계약법과의 관계를 중심으로 분석해 보았다. 이러한 비교법적 분석 결과를 평가해보면 다음과 같다.

#### 1. 양 법제의 기본관계

민간투자법제와 정부계약법제의 기본적인 관계설정은 크게 두 가지의 대립되는 방식을 생각해볼 수 있다. 정부계약법제와 단절하여 민간투자법제를 독자적으로 입법화하는 방식(이를 ‘독립모델’이라고 부를 수 있다)과 민간투자법제를 독자적으로 설정하지 않고 정부계약법에 의존성을 높이는 방향으로 입법화하는 방식(이를 ‘의존모델’이라고 부를 수 있다)이 그것이다.

비교대상 법제들이 양자 중에 어느 하나에 속한다고 단정적으로 이야기하기는 힘들지만 상대적으로 볼 때 우리나라와 미국, 그리고 UNCITRAL이 독립모델에 가까운 것으로 평가할 수 있다. 우리나라는 국회의 법률로 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’을 별도로 두면서 상당히 자족적으로 규율하고 있고, 미국도 주정부 단위에서 정부계약법의 적용을 원칙적으로 배제하면서 별도의 입법을 두고 있는 경우가 많으며, UNCITRAL도 민간투자법제에 관한 상세한 입법지침 등을 공공조달에 관한 모델법과 별도로 두고 있다는 점에서 이렇게 평가할 수 있다.

유럽연합 및 이의 영향을 받는 독일, 프랑스, 영국 등은 상대적으로 의존모델에 가까운 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 경쟁적 대화방식과

같은 계약체결방식에 관해서는 일반적인 정부계약법제에 규정을 두고 민간투자법제도 이에 의하도록 하고 있기 때문이다. 그러나 각 개별 국가들을 구체적으로 들어가서 보면 의존성의 정도에 있어서 차이가 있음을 볼 수 있다. 민간투자방식에 관해서 별도의 법률명령이나 지침 등이 상세하게 제정되어 있는 프랑스와 영국은 상대적으로 독립성을 유지하는 모습을 보여주고 있으며, 정부계약법의 민간투자방식에 의 적용범위에 대한 논의가 여전히 지속되고 있는 독일은 의존성이 가장 강한 모습을 보여주고 있는 것으로 평가할 수 있다.

그러나 이러한 분석은 어디까지나 상대적이라는 점을 다시 한번 지적하지 않을 수 없다. 어느 법제에서도 완전한 독립모델이나 의존모델을 취하지 않고 있기 때문이다. 예를 들면 우리나라에서도 민간투자법이 완전히 자족적인 규율을 하고 있는 것은 아니기 때문에 정부계약법의 적용여부나 적용범위가 끊임없이 문제되고 있다. 미국에서도 계약체결절차에 있어서는 공공조달법제에 의존하는 모습을 보여주고 있다. UNCITRAL에서도 민간투자법제에 관한 상세한 입법지침을 제정하면서 이 내용이 공공조달에 관한 모델법의 내용을 상당부분 참고하면서 이를 민간투자방식에 맞게 변형하였음을 밝히고 있다는 점<sup>234)</sup>에서 그러하다. 또한 유럽연합 회원국들 중에서도 민간투자방식에 관한 독자적인 규율을 하고 있는 예를 많이 찾아볼 수 있다는 점에서도 그러하다.

이러한 비교법적 분석에서 우리가 얻을 수 있는 시사점은 결국 민간투자법제가 ‘어느 정도’ 정부계약법제에 의존하도록 하는 것이 바람직한가가 문제의 핵심이라는 점이다. 비교법적으로 볼 때 이와 관련해서는 크게 세 가지가 논의되고 있음을 알 수 있다.

---

234) UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2001, P. 61 참조.

첫째, 전통적으로 물품, 용역, 공사와 관련한 공공조달을 각각 별도로 규율해왔던 유럽연합 및 회원국들에서는 민간투자방식이 이들 세 가지 규정 중 어느 규정의 적용을 받을 것인가가 주요한 논쟁이 되어 왔음을 알 수 있다. 계약의 크기를 기준으로 해야 한다는 견해와 계약의 주된 대상을 기준으로 해야 한다는 견해의 대립이 그것이다.

물론 이러한 논쟁은 유럽연합에서 이 세 가지 종류를 모두 하나의 지침에서 통합해서 규율을 하게 되면서 상당부분 해소되었지만, 독일에서는 국내규정에서 이들 세 가지를 여전히 분리해서 규율하고 있기 때문에 이것이 문제되고 있음을 볼 수 있다.

민간투자방식에 관해서 별도의 독자적인 입법을 두고 있고, 물품, 용역, 공사와 관련한 공공조달을 포괄하여 규율하고 있는 우리나라나 미국에서는 이러한 논쟁을 찾아보기가 힘들다. 그러나 우리나라에서 이러한 논쟁의 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 민간투자법에서 완전히 자족적인 규율을 하고 있는 것은 아니고, 국가계약법이나 지방계약법내에서도 물품이나 용역에만 적용되는 규정과 공사에만 적용되는 규정이 구분되고 있는 경우를 찾아볼 수 있기 때문이다. 우리나라에서 해석상 문제가 될 경우에는 유럽연합 및 독일에서의 논의가 주요한 참고자료가 된다고 할 수 있다.

둘째, 민간투자방식에도 BOT, BTL 등 다양한 유형이 존재하는데 이러한 유형에 따라 정부계약법의 적용여부를 달리 보는 것이 필요하다는 독일에서의 논의를 살펴볼 필요가 있다. 다른 유럽국가에서는 이러한 논의를 찾아보기 힘들고 주로 독일에서 이러한 논의를 찾아볼 수 있는데 이는 독일의 민간투자법이 정부계약법에의 의존성이 가장 강하다는 점을 반영하면서도, 그 적용범위를 합리적으로 조정하려는 노력을 보여주는 것으로 평가할 수 있다.

우리나라에서는 이러한 논의를 찾아보기가 힘들다. 하지만 민간투자법을 개혁과정에서 민간투자방식의 유형에 따라 어떻게 규율을 구체

화할 것인가를 고민하는 과정에서 독일에서의 위와 같은 논의가 주는 시사점이 크다고 할 수 있다.

셋째, 계약체결 이전단계와 계약체결 이후단계를 나누어서 보는 방식이다. 유럽연합에서 계약체결 이전단계와 관련해서 민간투자와 관련한 별도의 규정을 두고 있는 것이 그 대표적인 예라고 할 수 있다. 우리나라의 민간투자법제를 정비하는 과정에서 가장 중시해서 볼 것은 바로 이 지점이라고 할 수 있다. 이하에서는 이와 관련해서 보다 자세하게 살펴보도록 하겠다.

## 2. 계약체결 이전단계

유럽연합 및 회원국들을 보면 민간투자법과 정부계약법과의 관계에서 보면 주로 계약체결 이전단계에 초점이 맞추어져서 규율이 이루어지고 있음을 볼 수 있다. 정부계약법에 경쟁적 대화 방식에 관한 규정을 두고 이를 민간투자법에서 활용하도록 하고 있는 것이 그 대표적인 예라고 할 수 있다. 그리고 이러한 계약방식을 민간투자법에만 사용하도록 하지 않고 다른 복잡한 공공조달방식에도 사용할 수 있도록 하고 있다는 점에서 양 법제의 유사성이 나타나고 있음을 볼 수 있다. 이는 미국에서도 마찬가지이다.

이처럼 유럽연합 및 회원국들에서 민간투자법과 정부계약법과의 관계에 관한 규율이 주로 계약체결 이전단계에 초점이 맞추어져 있는 원인에 대해서는 다음과 같이 분석해볼 수 있다. 유럽연합의 공공조달지침 자체가 계약체결 이전단계의 규율에 초점이 맞추어져 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다. 이러한 이유로 유럽연합 지침의 영향을 받는 회원국들도 주로 이 단계의 규율에 초점을 맞추게 된 것으로 볼 수 있다.

다음으로 유럽연합이나 미국에서 계약체결 이전단계의 계약체결방식에 있어서 민간투자법에만 적용되는 고유한 규정을 만들지 않고

복잡한 공공조달방식에도 함께 사용될 수 있도록 규정하고 있는 원인은 다음과 같이 분석할 수 있다. 즉, 민간의 창의성을 충분히 반영할 수 있는 계약체결은 민간투자방식에서만 요구되는 것은 아니고, 공공조달방식에서도 요구된다는 인식을 하고 있는 것이라고 할 수 있다.

물론 유럽연합이나 미국에서 일반적인 공공조달계약에 있어서는 경쟁입찰을 원칙적으로 하고 경쟁적 대화방식 등은 예외적으로 활용되도록 하고 있다는 점에서 여전히 계약체결 이전단계에 있어서 민간투자방식과 공공조달방식에 차이점이 존재하는 것은 사실이다. 그러나 경쟁적 대화가 양 방식 모두에 있어서 사용가능토록 하고 있는 점은 양 법제가 서로 유사성이 커져가고 있음을 증명하는 하나의 예라고 할 수 있다.

계약체결 이전단계에 있어서 우리나라 양 법제의 관계는 아직 모호한 상태라고 할 수 있으나, 관련 지침등의 내용등을 보면 양자가 분리되어 규율되고 있는 것으로 평가할 수 있다. 즉, 현행 민간투자법의 계약체결과정은 국가계약법 시행령상의 ‘협상에 의한 계약’과 매우 유사하나 완전히 동일한 것으로 보기는 힘들다. 유럽연합과 미국에서 계약체결 이전단계에 있어서 양 법제의 유사성이 커져가고 있는 점은 우리나라에 주는 시사점이 크다.

### 3. 계약체결 이후단계

유럽연합의 공공조달지침에서는 계약체결 이후단계에 관한 규율을 찾아보기가 힘들다. 따라서 민간투자방식에 관해서도 계약체결 이후단계의 규율은 찾아보기 힘들다. 이는 유럽연합의 공공조달지침이 계약상대방의 결정에 있어서 무차별원칙이 관철되는 데에 주로 초점을 맞추고 계약체결 이후단계는 각국의 계약법제의 자율에 맡기는 형태를 취했기 때문이다.



유럽연합의 회원국들의 공공조달법제와 민간투자법제를 구체적으로 들어가보면 계약체결 이후단계에 관해서도 규정을 두고 있음을 볼 수 있다. 주로 계약의 해제나 해지, 대금지급의 방법 등과 관련한 특칙을 민간투자법제와 관련해서 두고 있는 경우가 많음을 볼 수 있다. 이는 미국이나 UNCITRAL에서도 마찬가지이다.

그런데 여기서 특이할 점은 프랑스의 경우에는 상대적으로 민관협력계약의 체결이후단계와 관련해서 상세한 규정을 두지 않고 있다는 점이다. 이 원인은 다음과 같이 분석해 볼 수 있다. 프랑스의 경우에는 행정계약법리가 오랜 세월에 걸쳐서 정립되어 있고, 공공조달계약이나 민관협력계약도 이러한 행정계약법리의 적용을 받는다고 보기 때문에 구태여 별도의 상세한 규정을 둘 필요성이 없다고 본 것이다. 그러나 공공조달계약을 기본적으로 사법상의 계약으로 보고 있는 영국이나 독일에서는 계약체결 이후단계에 있어서 공공조달계약과는 구별되는 규율을 해야 할 필요성이 크다고 본 것으로 볼 수 있다.

결국 이 점은 공공조달계약과 민관협력계약의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가에 따라 계약체결이후단계의 규율이 달라질 수 있음을 보여주는 것이라고 할 수 있다. 양자가 모두 공법상 계약(행정계약)으로서의 성격을 갖는다고 본다면 계약체결 이후단계에 있어서 양자는 정도의 차이만 있을 뿐 같은 법리에 의해서 규율된다고 볼 가능성이 높아지게 된다. 그러나 공공조달계약을 사법상 계약으로 이해하게 될 경우에는 공법상 특성이 보다 강조되어야 하는 민관협력계약의 경우에는 이와 다른 규율을 해야 할 필요성이 크다고 할 수 있다.

우리나라의 경우에는 공공조달계약을 사법상 계약으로 보고 있는 것이 통설, 판례의 태도인 이상 후자의 모델이 주는 시사점이 현실적으로 보다 큰 상황이라고 할 수 있다. 이하에서는 이상과 같은 비교법적 분석을 토대로 우리나라에서 양 법제의 정립방안에 관해서 보다 자세하게 살펴보도록 하겠다.

## 제 2 절 관계정립의 기본방향

정부계약법과 민간투자법의 관계를 보다 명확하게 설정하기 위해서는 그 기본방향의 설정이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다. 이러한 기본방향으로는 다음과 같은 점들을 들 수 있다.

### 1. 공법상 특수성을 충분히 고려해야 함.

민간투자법상의 실시협약이 공법상 계약으로서의 성질을 갖는다는 점을 고려하여 계약체결 이전단계와 계약체결 이후단계 모두에 있어서 사법상 계약과 다른 특수성이 충분히 반영되는 방향으로 관계정립이 되어야 한다. 공공조달계약도 공법상 특수성이 강조되는 것이 타당하나, 민간투자법상의 실시협약은 이러한 공법상 특수성이 보다 강조되는 것이 타당하다. 왜냐하면 민간투자계약은 공공조달과 마찬가지로 투명성과 효율성의 확보 이외에도 민간사업자 참여의 활성화와 공공성 확보라는 상반되는 요청을 조화롭게 추구해야 하는 의무를 지고 있고, 계약의 대상이 되는 시설이 사회기반시설들이고 계약기간이 장기간이라는 점에서 공공성을 충분히 고려해야 하기 때문이다.

### 2. 민간투자계약과 공공조달계약의 공통점과 차이점을 균형 있게 고려해야 함.

계약기간, 위험분배방식, 프로젝트의 복잡성, 일괄발주 여부 등 민간투자계약과 공공조달계약의 차이점이 많이 부각되어 온 것이 사실이나, 양자 모두 투명성과 효율성의 추구라는 원리를 추구하고 있다는 점에서는 공통점을 갖고 있다. 민간투자법제와 정부계약법제의 관계설정을 함에 있어서는 이러한 양자의 공통점과 차이점을 균형 있게 고려하는 것이 필요하다.

그리고 정부계약법제의 지속적인 혁신에 의해서 이러한 차이점들이 점차로 상대화되어 가는 경향도 나타나고 있다는 점을 고려해야 한다. 공공조달의 방식을 취하더라도 계약기간이 장기이고 프로젝트의 내용이 복잡하며, 설계나 시공 등에 있어서 일괄발주가 이루어지는 사례가 자주 나타나고 있고 정부계약법도 이에 맞추어 진화하고 있기 때문이다. 이러한 맥락에서 민간투자법제를 정립함에 있어서 정부계약법제를 극복의 대상으로만 여기는 것은 바람직하다고 할 수 없다.

### 제 3 절 관계정립의 구체적인 방안

정부계약법제와의 관계 하에서 민간투자법제를 명확하게 정립하기 위해서는 입법론과 해석론을 나누어서 살펴볼 필요가 있다.

#### 1. 입법론

##### (1) 민간투자방식과 공공조달방식의 선택

이에 관해서는 행정부 내부의 행정규칙 형식으로 정하는 방안과 법률에서 규정하는 방안을 생각해볼 수 있다. 민간투자방식과 공공조달 방식 중 어느 방식을 채택할 것인가 하는 점은 납세자의 이익과도 관련되는 문제이므로 선택의 기본적인 원칙인 Value for Money에 관한 규정은 민간투자법에서 두는 것이 바람직하다. 이러한 법률내용을 기반으로 하되, 구체적인 체크리스트나 배점기준 등은 행정규칙의 형식으로 두는 것이 타당하다고 하겠다.

##### (2) 양 법제의 기본적인 관계 설정

민간투자법과 정부계약법의 기본적인 관계를 어떻게 설정할 것인가와 관련해서는 민간투자법의 독자성을 높이는 방향으로 입법화하는

방안(독립모델)과 정부계약법에의 의존성을 높이는 방향으로 입법화하는 방안(의존모델) 모두를 지양할 필요가 있다.

민간투자법의 독자성을 높이는 방향으로 입법화하는 것은 민간투자와 관련한 제반내용을 일목요연하게 볼 수 있도록 한다는 점에서 장점이 있다고 할 수 있다. 그러나 그 내용이 정부계약법과 차이가 많이 날 경우에는 국가나 지방자치단체가 체결하는 계약법체계의 일관성이 떨어질 위험성이 있다.

민간투자법의 정부계약법에의 의존성을 높이는 방향으로 입법화하는 방안은 위와 반대로 국가나 지방자치단체가 체결하는 계약법체계의 일관성을 유지할 수 있다는 장점이 있는 반면에 민간투자와 관련한 제반내용을 일목요연하게 보기 힘들게 만든다는 단점이 있다.

앞서 본 바와 같이 민간투자계약과 정부계약의 차이점과 공통점을 균형 있게 보는 방향으로 입법이 이루어지도록 하려면 위 두 가지 방안을 모두 지양할 필요가 있다. 그렇다면 제3의 길로서 필요한 범위 내에서 정부계약법에 의존하고 나머지는 독립적으로 규율하는 방식(이를 “제한적 독립모델”이라고 부를 수 있다)이 바람직하다고 하겠다. 이는 계약체결 이전단계와 이후단계를 나누어서 생각해볼 수 있다.

계약체결 이전단계와 관련해서는 상대적으로 국가계약법에의 의존성을 높이는 방향으로 한다. 이를 위해서 ‘협상에 의한 계약절차’를 보완하여 좀 더 경쟁성을 확보하는 내용의 절차를 국가계약법 시행령에 규정하도록 한다. 그리고 이러한 계약절차는 민간투자방식에만 적용되는 것이 아니라 복잡한 성격의 공공조달방식에도 적용될 수 있도록 한다.

계약체결 이후단계와 관련해서는 상대적으로 국가계약법으로부터의 독립성을 높이는 방향으로 한다. 계약기간이 장기간이라는 점, 대금지급 방식이 차이가 있다는 점 등 공공조달계약과의 차이점이 주로 계약체결

이후단계에 집중되어 있다는 점을 고려할 때 계약해지나 대금지급 등과 관련해서 독자적인 규정을 민간투자법에 두는 것이 바람직하다.

## 2. 해석론

위와 같이 입법을 통해 정부계약법과 민간투자법의 관계를 명확하게 하는 것이 가장 궁극적인 해결책이 될 것이나 여전히 해석의 여지가 남는 경우가 존재할 것으로 보인다. 이러한 경우에는 다음과 같은 기준을 갖고 해석을 하는 것이 타당하다.

### (1) 정부계약법이 그대로 적용되는 경우

민간투자법에 특칙이 없거나, 성질상 적용이 되기 힘든 규정들을 제외하고는 원칙적으로 정부계약법의 내용이 민간투자계약에도 그대로 적용된다고 보아야 할 것이다. 국가계약법 제3조 및 지방계약법 제4조에서 “국가(지방자치단체)를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 영이 정하는 바에 의한다”라고 규정하고 있기 때문에도 그러하다.

### (2) 정부계약법의 적용이 배제되는 경우

우선 민간투자법 등에서 명시적으로 정부계약법에 대한 특칙을 두고 있는 경우를 들 수 있다. 매수청구권에 관한 규정을 그 예로 들 수 있다. 이러한 한도 내에서는 정부계약법의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이다.

다음으로 성질상 민간투자계약에 그대로 적용하는 것이 바람직하지 않는 경우이다. 앞서 본 바와 같이 국가계약법이나 지방계약법상 입찰보증금에 관한 규정, 대가지급에 관한 규정 등을 들 수 있다.

특칙이 있는 경우는 판단이 용이하다고 할 것이지만 성질상 적용 여부를 결정하는 것은 판단이 용이하지 않다고 할 수 있다. 이와 관련하여 가장 중요한 기준은 리스크 분배구조의 차이라고 할 수 있을 것이다. 효율성, 투명성을 지키면서도 민간사업자의 참여를 활성화시킬 수 있는 방향으로 해석이 이루어지는 것이 타당하다.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

#### (1) 단행본

김대인, 행정계약법의 이해, 서울대학교 법학연구총서 제9권, 경인문화사, 2007. 3.

대한무역투자진흥공사(KOTRA), 북미 정부조달 시장 진출안내, 2003.

배득중/김성수/유평준, 민자유치론 - 도시 및 사회공익시설을 중심으로, 박영사, 1996.

최재건, 국가계약법, 청림출판, 2006.

정동욱/심경섭/정용훈, 조달경제의 이론과 실제, 도서출판 동원, 2004.

정 원, 공공조달계약법(제2판), 법률문화원, 2008.

#### (2) 논문, 연구보고서 등

강병태, “전자조달시스템과 조달행정의 투명성”, 반부패지도작성을 위한 제6차 토론회 (조달행정과 반부패), 국제투명성기구한국본부, 2001.

강인재, “지방자치제하에서의 조달행정”, 한국행정학회 2003년도 기획 세미나 발표논문집(새로운 조달행정의 패러다임 정립연구).

강현호, “민간투자법제에 따른 우선협상대상자지정의 법적 제문제”, 토지공법연구 제34집, 토지공법학회, 2006.

참고문헌

- 권해수, “반부패패러다임으로서의 조달행정”, 한국행정학회 2003년도 기획세미나 발표논문집(새로운 조달행정의 패러다임 정립 연구), 2003.
- 길준규, “공공위탁법 연구”, 토지공법연구 제13집, 토지공법학회, 2001.
- 김광수, “사회기반시설을 위한 민간투자제도의 법적 문제”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2.
- 김대식, WTO 정부조달협정 발전방안 연구, 서울시립대학교 대학원 법학박사학위논문, 2009. 2.
- 김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 계약: 민관협력계약과 민간 위탁계약을 중심으로”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005.
- \_\_\_\_\_, “정부조달계약에 있어서 투명성의 법적 의미”, 행정법연구 제13호, 행정법이론실무학회, 2005. 5.
- \_\_\_\_\_, “정부조달계약에 있어서 구속력의 한계”, 행정법연구 제15호, 행정법이론실무학회, 2006. 5.
- \_\_\_\_\_, “행정계약법체계의 기초-용어, 개념, 유형을 중심으로”, 공법연구 제34집 제3호, 공법학회, 2006. 6.
- \_\_\_\_\_, 정부조달계약의 투명성제고를 위한 법제개선방안, 재정법제 제9권, 한국법제연구원, 2006. 10.
- \_\_\_\_\_, “재정행정부과 국제경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약”, 행정법연구 제17호, 행정법이론실무학회, 2007. 5.
- \_\_\_\_\_, “우리나라 행정계약법제의 발전사-산업화, 민주화, 세계화의 역사적 맥락에서”, 공법학연구 제9권 제1호, 비교공법학회, 2008. 5.



- \_\_\_\_\_, “다수공급자 물품계약에 있어서 경쟁원리의 실현”, 경쟁법 연구 제17권, 한국경쟁법학회, 2008. 5.
- \_\_\_\_\_, “법과 개발의 관점에서 본 공공조달법제의 현황과 과제”, 공법연구 제36집 제4권, 공법학회, 2008. 6.
- \_\_\_\_\_, “국방조달법제의 규제개혁에 대한 고찰”, 공법연구 제37집 제3호, 공법학회, 2009. 2.
- \_\_\_\_\_, “사회기반시설을 위한 민간자본참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 제43집 제2호, 토지공법학회, 2009. 2.
- \_\_\_\_\_, “지역발전을 위한 지방계약법제와 민간투자법제의 정비방안”, 지방자치법연구 제9권 제2호(통권 제22호), 지방자치법학회, 2009. 6.
- \_\_\_\_\_, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰-국가계약법을 중심으로”, 강원법학 제28권, 강원대학교 비교법학연구소, 2009. 6.
- 김관보, “조달계약방법의 개선방안: 공공공사 입·낙찰 계약제도를 중심으로”, 한국행정학회 2003년도 기획세미나 발표논문집(새로운 조달행정의 패러다임 정립연구), 2003.
- 김성수, “공공부문과 민간부문간의 협력을 위한 법적 과제 - 한국에서의 민자유치론을 중심으로”, 공법연구 제24집 제5호, 1995.
- \_\_\_\_\_, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 공법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, “공공조달행정법상 경쟁보장적 대화와 협상과의 관계 -유럽연합과 독일법을 중심으로”, 공법학연구 제9권 제2호, 비교공법학회, 2008.
- 김재영/유재윤/권혁진/김성일/한상훈, 건설산업 발전을 위한 건설보증 역할강화방안, 국토연구원, 2004.

참고문헌

- 김현익, “일반경쟁입찰에 의한 계약의 몇 가지 문제”, 형평과 정의 제8집, 2003.
- 김홍수/송병관, 미국의 건설 보증에 대한 이해와 주요 시사점, 한국 건설산업연구원, 2001.
- 남영찬, “입찰절차상 제2순위 적격심사대상자의 지위가 확인의 소의 대상이 되는지 여부 및 구체적 권리의 발생이 불확정적인 경우 법률상 지위의 확인을 구할 소의 이익유무”, 대법원판례해설 제34호, 2000.
- 남일총, “정부조달제도의 효율화 방안”, KDI 정책포럼 제91호, 1995.
- 노수철, “정부조달계약의 분쟁절차의 비교법적 연구”, 제2회 군수조달관계법세미나 논문집, 2002.
- \_\_\_\_\_, “정부조달계약제도하의 계약상대자 보호문제연구”, 제4회 군수조달관계법세미나 논문집, 2004.
- 노희영, “국방획득과정상의 제반 문제점과 개선방향”, 정부계약연구논집(제2집), 한국정부계약법학회, 2007.
- 박상원/김진, 경쟁과 정부조달의 효율성 연구-세 가지 이슈를 중심으로-, 한국조세연구원, 2005. 12.
- 박정훈, “부정당업자 입찰참가자격제한의 법적 제문제”, 서울대학교 법학 제46권 제1호, 2005.
- \_\_\_\_\_, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 박현일, “민간투자법상 행정청 재량의 범위 - 의정부 경량전철 사건을 중심으로”, 토지공법연구 제26집, 2005.
- 박홍식, “투명성가치: 개념적 구조와 의미”, 한국사회와 행정연구 제12권 제3호, 2001. 11.

- 변해철, “정부계약에 관한 연구 - 프랑스의 공공조달계약법제를 중심으로”, 공법연구 제23집 제3호, 1994.
- 선재성, “공공계약에서 낙찰자결정과 계약이 무효가 되는 사유”, 대법원판례해설 제38호, 2001.
- 선정원, “지방자치단체의 수의계약”, 행정법연구 제14호, 2005. 5.
- 송 학, “외자 상업구매 부품조달의 투명성 증진방안”, 국방조달세미나 논문집, 국방부조달본부, 2004. 6.
- 신삼철, WTO 정부조달협정체계의 분석과 제도정비에 관한 연구, 청주대학교 대학원 박사학위논문, 2003.
- 신희권, “정부정책수단으로서의 조달행정”, 한국행정학회 2003년도 기획세미나 발표논문집(새로운 조달행정의 패러다임 정립연구), 2003.
- 양성수, “공정성, 투명성 제고를 위한 방산계약, 원가제도 개선방안”, 국방조달세미나 논문집, 국방부조달본부, 2004. 6.
- 양준석/김홍렬, 다자무역내 정부조달 논의와 정책적 시사점: WTO를 중심으로, 대외경제정책연구원, 2001.
- 오정석/이낙영, 국가종합전자조달시스템의 이용확산과 조달행정발전 방안, Chungnam J. Science 제30권, 2003.
- 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 공법학회, 2008. 10.
- 유 훈, “정부계약의 서설적 고찰”, 행정논총(서울대학교 행정대학원) 제29권 제1호, 1991.
- 윤하중/정일호, 민간투자제도의 내실화를 위한 추진단계별 개선방안, 국토연구원, 2007.

참고문헌

- 왕세종, 인프라 민간투자사업의 국민경제적 역할, 한국건설산업연구원, 2005.
- 윤성철, 공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 법학박사학위논문, 2004.
- 윤종설, 전자입찰제도의 시행성과의 개선방안: 조달청과 서울특별시 사례를 중심으로, 한국부패학회보 2002.
- 이광윤, “민주적 국가경영을 위한 행정의 계약화”, 성균관법학 제13권 제2호, 2001. 10.
- 이동수, “국가계약법제에 관한 행정법상 문제점”, 토지공법연구 제13집, 2001.
- 이미정/김대인/김대식 외, 다수공급자계약제도의 실효성제고를 위한 MAS 관련법령개선 및 계약사후관리 강화방안 수립, 한국조달연구원, 2008. 3.
- 이상도, “정부계약의 의의, 특색 및 종류”, 군사법논집 제1집, 1994.
- \_\_\_\_\_, “정부계약의 방법에 관한 연구”, 군사법논집 제2집, 1995.
- \_\_\_\_\_, “정부계약의 성립분쟁에 관한 연구”, 변호사: 법률실무연구 제27집, 1997.
- 이상운, “국방획득조달관계법령의 제문제점 및 개선방향”, 제1회 국방조달 관계법 세미나 논문집, 국방부조달본부, 2001.
- 이상호, 건설산업의 경쟁력 강화를 위한 국가계약제도의 개선방안 -PQ제도를 중심으로-, 재정경제부 연구용역보고서, 2003.
- 이순우, “프랑스 행정계약의 개념”, 한양법학 제20권 제1집(통권 제25집), 2009. 2.

- 이원우, “정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰자격 제한조치의 법적 성질 - 공기업의 행정주체성을 중심으로 -”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사팔순기념논문집), 2005.
- 이의섭/이선희, 선진국의 건설보증제도-미국과 일본을 중심으로, 건설산업연구원, 1997.
- 이종원, “조달행정의 부패방지를 위한 과제”, 반부패지도작성을 위한 제6차 토론회(조달행정과 반부패), 국제투명성기구한국본부, 2001. 11.
- 이준기, “WTO 정부조달협정과 우리나라의 정부조달제도”, 제2회 국방조달 관계법 세미나 논문집, 국방부조달본부, 2002.
- 장기덕, “투명성과 전문성 제고를 위한 조달관리 개선방향”, 국방조달세미나 논문집, 국방부조달본부, 2004. 6.
- 재정경제부, 건설공사 수의계약 제도개선 방안, 2003.
- 정 원, “입찰관련 법적 성격 규명과 분쟁해결 방안”, 제4회 국방조달 관계법 세미나 논문집, 국방부조달본부, 2004.
- \_\_\_\_\_, “부정당업자에 대한 입찰참가자격제한의 내용과 문제점”, 제5회 국방조달 관계법 세미나 논문집, 국방부조달본부, 2005.
- \_\_\_\_\_, “수의계약의 한계”, 정부계약연구논집(제2집), 한국정부계약법학회, 2007.
- 조달청 뉴욕구매관실, 미 연방정부 조달시장 진출방안, 2004.
- 조은경, “행정의 투명성 제고를 위한 정보정책의 역할: 전자입찰제도의 도입을 중심으로”, 한국정책학회 2001년도 하계학술대회 발표집.

참고문헌

- \_\_\_\_\_, “행정절차의 투명성과 부패 - 건설행정절차에서의 부패유발 요인분석 및 대책”, 서울시립대학교 반부패행정시스템연구소 연구보고서, 2002. 12.
- 조창권, “적격심사기준과 사법심사”, 제5회 국방조달 관계법 세미나 논문집, 국방부조달본부, 2005.
- 조태제, “공공조달행정에서의 공정성확보를 위한 사법심사제도의 도입방안”, 토지공법연구 13집, 토지공법학회, 2001.
- 조홍석, “국가계약법제의 헌법상 문제점 - 부정당업자의 제재와 관련하여 -”, 토지공법연구 제13집, 토지공법학회, 2001.
- 주영국대사관(구매관), EU 공공조달규정 개정 주요내용, 2005. 12.
- 최병선, “조달시장 개방체제 하의 조달행정 발전방안”, 한국행정학회 2003년도 기획세미나 발표논문집(새로운 조달행정의 패러다임 정립연구), 2003.
- \_\_\_\_\_, “WTO 정부조달협정의 후속논의와 한국의 조달행정 발전과제”, 행정논총(서울대학교) 제42권 제2호, 2004.
- 한경동, 정부조달과 반부패, 한국경제연구원, 2002.
- 홍성필/김홍수, 민간투자사업의 인허가제도 운용실태 및 개선방안, 한국건설산업연구원, 2006.
- 홍준형, “정부투자기관에 의한 부정당업자제재통보의 법적 성질”, 행정법연구 제5호, 행정법이론실무학회, 1999.
- 황창용/홍성필/정민웅/권용훈, 사회간접자본시설에 대한 민간투자법과 관련법률의 체계에 관한 연구 - 민간투자법의 주요 쟁점 및 인허가사항을 중심으로, 국토연구원, 2004.

## 2. 외국문헌

### (1) 단행본

Arrowsmith, Sue, *Civil Liability and Public Authorities*, Earlsgate Press, Winteringham 1992.

Arrowsmith, Sue, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, Hague 2003.

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*(2nd ed.), Sweet & Maxwell, London 2005.

Brebet, François et al., *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004-Une nouvelle espèce de contracts administratifs*, Litec, Paris 2005.

Bovis, Christopher, *EC Public Procurement : Case Law and Regulation*, Oxford University Press, New York 2006.

Grimsey, Darrin/Lewis, Mervyn K., *Public Private Partnerships-The World-wide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Press, Cheltenham/Northampton 2004.

Keyes, W. Noel, *Government Contracts*(3rd ed.), West, St. Paul, Minn. 2000.

Knight, Louise et al. ed., *Public Procurement-International Cases and Commentary*, Routledge, New York 2007.

Martin, José M. Fernández, *The EC Public Procurement Rules-A Critical Analysis*, Oxford University Press, New York 1996.

참 고 문 헌

- Richer, Laurant, Droit des contrats administratifs(4 édition), LGDJ, Paris, 2004.
- Tiefer Charles/Shook, William A., Government Contract Law, Carolina Academic Press, Durham 1999.
- Trepte, Peter, Regulating Procurement-Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation, Oxford University Press, New York 2004.
- Turpin, Colin, Government Contracts, Penguin Books, Harmondsworth 1972.
- Turpin, Colin, Government Procurement and Contracts, Longman, Harlow 1989.
- Whelan, John W., Federal Government Contracts(2nd ed.), Foundation Press, New York 2002.

(2) 논문, 연구보고서 등

- Allain, Yves, The New European Directives on Public Procurement: Change or Continuity?, 35 Pub. Cont. L. J. 517(2006).
- Allen, Grahame, The Private Finance Initiative(PFI), House of Commons Research Paper 01/117, 2001.
- APEC, To Enhance Efficiency and Transparency in the Public Procurement Sector by Utilizing the Government electronic Procurement System (submitted by Republic of Korea), [2003/SOMIII/GPEG/009].
- Arrowsmith, Sue, The APEC Document on Principles of Transparency in Government Procurement, P.P.L.R. 1998, 2, CS 38-49.



- Arrowsmith, Sue, Public Private Partnerships and The European Procurement Rules : EU Policies in Conflict?, *Common Market Law Review* 37, 709-737, 2000.
- Arrowsmith, Sue, Application of the U.K. Procurement Regulations to PFI Contracts: New Case Law, *P.P.L.R.* 2002, 3, NA 84-87.
- Arrowsmith, Sue, Public Procurement and Contracting Out; the Impact of the Human Rights Act 1998, *P.P.L.R.* 2004, 1, NA 18-32.
- Arrowsmith, Sue, The Past and Future Evolution of EC Procurement: From Framework to Common Code?, *35 Pub. Cont. L. J.* 337 (2006).
- Badcoe, Penny, Public Private Partnerships in Local Government : The Legal, Financial, and Policy Framework, *P.P.L.R.* 1999, 6, 279-301.
- Bing, Li et al., The Allocation of Risk in PPP/PFI construction projects in the UK, *International Journal of Project Manangement* 23 (2005) 25-35.
- Bovis, Christopher, Public Procurement in the European Union : Lessons From Past and Insights to Future, *12 Colum. J. Eur. L.* 53(2006).
- Brown, Adrian, Transparency Obligations under the EC Treaty in relation to Public Contracts that fall outside the Procurement Directives : A Note on C-231/03, *Consorzio Aziende Metano(Coname) v Comune Di Cingia de'Botti*, *P.P.L.R.* 2005, 6, NA 153-159.
- Brown, Adrian, Applying Alcatel in the Context of Competitive Dialogue, *P.P.L.R.* 2006, 6, 332-337.

참 고 문 헌

- Brown, Peter, Selection of Bidders and Contract Award Criteria : The Compatibility of Practice in PFI Procurement with European Law, P.P.L.R. 2001, 1, 1-14.
- Callender, Guy, “Public Private Partnerships and Leveraged Private Equity Financing : A Warning to Public Managers”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press.
- Carlin, Fiona, Publication Review: The Law of Public and Utilities Procurement by Sue Arrowsmith, European Competition Law Review 18, 392-393(1997).
- Clark, Brian, Public Procurement and the Private Finance Initiative, P.P.L.R. 1996. 3, CS 87-89.
- Commission of the European Union, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Environmental Agreements[Brussels, 27. 11. 1996 COM(96) 561 final].
- Commission of the European Communities, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Brussels, 30. 4. 2004.
- Cook, Jacques, Modern Enhancements for PPP Concession Agreements, 28-Fall Construction Law. 24(2008).
- Davies, A.C.L., Ultra Vires Problems in Government Contracts, L.Q.R. 2006, 122(JAN), 98-123.
- Davis, Julia Paschal, Public Private Partnerships, 44-Fall Procurement Law. 9, 2008.

- Decker, Daniela/Hans-Joachim Priess, The WTO General Council of August 1, 2004 : A Note on the Decision not to launch Negotiations on Transparency in Government Procurement during the Doha Round, *Public Procurement Law Review* 1, NA 1-4(2005).
- DeSouza, Patrick J., Regulating Fraud in Military Procurement: A Legal Process Model, 95 *Yale L. J.* 390(1985).
- European Commission, *Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*, 2006.
- Evenett, Simon J. and Hoekman, Bernard M., Transparency in Government Procurement: What Can We Expect from International Agreement?, in : Sue Arrowsmith et al. ed., *Public Procurement - The Continuing Revolution*, Kluwer Law International, The Hague 2003.
- Eversdijk, Arno, “The Public Private Comparator: A Dutch Decision Instrument in PPP-Procurement”, *Enhancing Best Practices in Public Procurement*, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press.
- Eyester, Laura, NAFTA and the Barriers to Federal Procurement Opportunities in the United States, 31 *Pub. Cont. L.J.* 695(2002).
- Garsse, Steven Van, “Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, *Enhancing Best Practices in Public Procurement*, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press.
- Gouveia, Miguel Rocha de, The Price Factor in EC Public Tenders, 31 *Pub. Cont. L. J.* 679(2002).

- Grier, Jean Heilman, Recent Developments in International Trade Agreements covering Government Procurement, 35 Pub. Cont. L. J. 385(2006).
- HM Treasury, Value for Money Assessment Guidance, November 2006.
- HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts(Version 4), March 2007.
- HM Treasury, Infrastructure Procurement: delivering long-term Value, March 2008.
- Kennedy-Loest, Ciara, What can be done at the Preferred Bidder Stage in Competitive Dialogue, P.P.L.R. 2006, 6, 316-326.
- Kinsey, Megan A., Transparency in Government Procurement: An International Consensus?, 35 Pub. Cont. L. J. 155(2006).
- Lamont, Sarah, The Acquired Rights Directive and Public Private Partnerships, P.P.L.R. 1999, 6, 255-268.
- Lamont, Sarah, The New TUPE Regulations: A Review of the Potential Impact on PPP/PFI Schemes, P.P.L.R. 2006, 4, NA 133-139.
- Linarelli, John, The WTO Transparency Agenda: Law, Economics and International Relations Theory, in : Sue Arrowsmith et al. ed., Public Procurement-The Continuing Revolution, Kluwer Law International, The Hague 2003.
- Muineacháin, David Ó, “Public Private Partnerships - Beyond Procurement : A Case Study”, Enhancing Best Practices in Public Procurement, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press.
- Mutek, Michael, Implementation of Public-Private Partnering, 30 Pub. Cont. L.J. 557(2001).

- National Council for Public-Private Partnerships, A White Paper on Partnerships - For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships to Meet America's Essential Needs, 2002.
- National Council for Public-Private Partnerships, Critical Choices: The Debate Over Public-Private Partnerships and What it Means for America's Future, 2003.
- OECD, A Comparison of the EU Procurement Directives and the UN CITRAL Model Law [CCNM/SIGMA/PUMA(2000)32].
- OECD, Centralised and Decentralised Public Procurement [CCNM/ SIGMA/ PUMA(2000)108].
- OECD, Public Procurement Review Procedures-SIGMA Paper No. 30 [CCNM/SIGMA/PUMA(2000)114].
- OECD, Transparency in Government Procurement : The Benefits of Efficient Governance and Orientation for Achieving it [TD/TC/ WP(2002)31/FINAL].
- OGC Guidance on the Competitive Dialogue Pricedure, 2006,
- OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure - Competitive Dialogue in 2008.
- Pederson, Mark A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, 31 Pub. Cont. L. J. 83(2001).
- Pikiel, Michael et al, A Survey of PPP Legislation Across the United States, Global Infrastructure, Vol 1, 2008.
- Pitchas Christian/Priess Hans-Joahim, World Trade Organization : The Proposed WTO Agreement on Transparency in Government Pro-

참 고 문 헌

- curement -Doha and Beyond, *Public Procurement Law Review* 2, NA 13-18(2002).
- Raphael, Virginie, *Public-Private Partnerships: Can the United States learn from the French experience to address its highway funding needs?*, Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis, Graduate School of International Affairs, Tufts University, 2007.
- Redmond, Tony, “Are Public Private Partnerships the Solution to Ireland's Infrastructure Deficit?”, *Enhancing Best Practices in Public Procurement*, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, PrAcademic Press.
- Schwartz, Joshua I., *Liability for Sovereign Acts: Congruence and Exceptionalism in Government Contracts Law*, 64 *Geo. Wash. L. Rev.* 633(1996).
- Schwartz, Joshua I., *The Centrality of Military Procurement: Explaining the Exceptionalist Character of United States Federal Public Procurement Law*(October 17, 2004). GWU Law School Public Law Research Paper No. 111. Available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=607186>.
- Skilbeck, Jennifer, *The Private Finance Initiative and Public Procurement*, *P.P.L.R.* 1996, 4, 148-159.
- Summann, Katharina, *Winds of Change: European Influences on German Procurement Law*, 35 *Pub. Cont. L. J.* 563(2006).
- Treumer, Steen, *The Field of Application of Competitive Dialogue*, *P.P.L.R.* 2006, 6, 307-315.

- UNCITRAL, Guide to Enactment of UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, 1994.
- UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2001.
- UNCITRAL, Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2004.
- UNCITRAL Working Group I(Procurement), Recent developments in the area of public procurement-issues arising from the increased use of electronic communications in public procurement [A/CN.9/ WG.I/ WP.31(2004)].
- UNCITRAL Working Group I(Procurement), Recent developments in the area of public procurement-issues arising from recent experience with the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services [A/CN.9/WG.I/WP.32(2004)].
- UNCITRAL Working Group I(Procurement), Annotated provisional agenda for the tenth session of Working Group I(Procurement) [A/CN.9/ WG.I/WP.46(2006)].
- UNCITRAL Working Group I(Procurement), Possible revisions to the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services-drafting materials addressing the use of electronic communications in public procurement and electronic publication of procurement-related information [A/CN.9/WG.I/WP.47(2006)].
- U.S. Department of Transportation Federal Highway Administration, User Guidebook on Implementing Public-Private Partnerships for Transportation Infrastructure Projects in the United States, July 7, 2007.

참 고 문 헌

- Verdeax, Jean-Jacques, Public Procurement in the European Union and in the United States: A Comparative Study, 32 Pub. Cont. L. J. 713(2003).
- Vincent-Jones, Peter, The New Public Contracting: Public versus Private Ordering?, 14 Ind. J. Global Legal Stud. 259(2007).
- Wallace Jr., Don, UNCITRAL : Reform of the Model Procurement Law, 35 Pub. Cont. L. J. 485(2006).
- Williams, Rhodri, The European Commission Communication on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, P.P.L.R. 2006, 2, NA33-37.
- Williams, Rhodri, The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Private Procurement and Concessions to Institutional Public Private Partnerships(IPPPS), P.P.L.R. 2008, 4, NA115-118.
- WTO Working Group on Transparency in Government Procurement, Report to the General Council(2003) [WT/WGTGP/7].
- WTO Working Group on Transparency in Government Procurement, Report to the General Council(1999) [WT/WGTGP/3].
- WTO Working Group on Transparency in Government Procurement, Report to the General Council(1998) [WT/WGTGP/2].
- Yukins, Christopher R., A Case Study in Comparative Procurement Law : Assessing UNCITRAL's Lessons for U.S. Procurement, 35 Pub. Cont. L. J. 457(2006).
- 4ps, the Competitive Dialogue Process, April 2007.
- 4ps, a map of the PFI Process, June 2006.