

# 재정운용수단으로서 행정 계약

2014. 12.

이원희 외



## 목 차

I. 서론 .....	9
1. 연구의 의의 및 목적 .....	9
2. 연구의 범위 및 방법 .....	10
II. 이론적 논의 .....	11
1. 행정 계약의 개념과 유형 .....	11
가. 개념 .....	11
나. 유형 .....	11
2. 행정 계약의 특징 .....	12
3. 행정 계약의 기대 효과 .....	13
4. 행정 계약의 한계 .....	14
III. 외국 사례의 특징 및 시사점 .....	16
1. 영국의 행정 계약 .....	16
가. 개관 .....	16
나. 행정 계약의 실제 .....	20
다. 행정 계약과 법치주의 .....	36
라. 내부협약 .....	44
마. NHS 협약 .....	49
바. 영국의 행정계약법제가 우리나라에 주는 시사점 .....	56
2. 미국의 행정 계약 .....	59
가. 개관 .....	59
나. 조달계약(Procurement Contract) .....	60
다. 보조금계약 .....	63
라. 민간위탁계약(Contracting-Out) .....	75
마. 미국의 행정계약법제가 우리나라에 주는 시사점 .....	79

---

3. 프랑스의 행정 계약	82
가. 개관	82
나. 행정 영역에서의 계약화 현상-지방분권과 공공서비스의 실현	88
다. 계획계약(Les contrat de plan)의 내용과 전망	90
라. 전통적 행정적 공공서비스 분야에서의 계약화 현상	95
- 지방안전계약(Les contrats locaux de sécurité)	
마. 소결	96
4. 독일의 행정 계약	98
가. 개관	98
나. 독일연방행정절차법상 공법상 계약	102
다. 경쟁제한방지법과 공공조달계약	110
라. 민관협력계약	112
마. 행정계약의 구체적 유형	113
바. 독일 행정계약의 시사점	118
5. 결론	120
IV. 활용사례 분석	126
1. 국가를 당사자로 하는 계약	126
가. 행정계약 형태로의 변천	126
나. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률로의 변천	128
2. 사회기반시설 민자 유치와 실시 협약	130
가. 사회기반시설에 대한 민간투자법의 변천	130
나. 사회기반시설에 대한 민간투자(유치)와 실시협약	143
3. 민간 위탁과 계약	139
가. 정부 민간 위탁의 의의	139
나. 추진배경과 유의점	140
다. 외국의 사례분석	141
라. 한국의 민간위탁 추진현황 및 문제점	144
마. 제도개선 방안	152

---

4. 경영평가의 경영 계약 방식 전환 .....	154
가. 공공기관의 경영평가 제도 .....	154
나. 외국의 성과계약제도 .....	159
다. 개선 방향 .....	163
5. 보조금의 계약 방식 운영 방안 .....	164
가. 국고보조금 현황 및 특성 .....	164
나. 국고보조금 운영평가 .....	170
다. 국고보조금 운영평가에 관한 실증분석 .....	176
라. 국고보조금 운영에 계약방식 도입 .....	186
마. 제도개선방안 .....	188
V. 결론 및 정책 제언 .....	190
1. 법 개정 사항 .....	190
가. 행정절차법 .....	190
나. 민간위탁을 위한 법률 개정 .....	191
다. 공공기관 운영에 관한 법률 .....	191
라. 보조금의 관리에 관한 법률 .....	193
2. 정책적 시사점 .....	194
참고문헌 .....	195

---

## 표목차

〈표 Ⅲ-1〉 각국의 행정계약법제의 비교 .....	123
〈표 Ⅳ-1〉 공법상 계약과 사법상 계약의 특성비교 .....	135
〈표 Ⅳ-2〉 수익형 민자사업(BTO) 표준협약서 .....	137
〈표 Ⅳ-3〉 부시 행정부의 성공사례 .....	144
〈표 Ⅳ-4〉 1999년 예산에 반영된 부처별 외부위탁 현황 .....	148
〈표 Ⅳ-5〉 민간위탁과 아웃소싱의 비교 .....	150
〈표 Ⅳ-6〉 민간위탁의 연도별 추진실적 .....	151
〈표 Ⅳ-7〉 경영성과계약서 총괄 요약표 .....	155
〈표 Ⅳ-8〉 기관장 경영평가 범주 및 평가지표 체계(2012년도 기준) .....	156
〈표 Ⅳ-9〉 경영평가 범주 및 평가지표 체계 .....	157
〈표 Ⅳ-10〉 OECD 국가들의 성과계약 유형 .....	159
〈표 Ⅳ-11〉 정부간 성과계약 유형 .....	161
〈표 Ⅳ-12〉 프랑스 정부와 공기업간 성과계약 사례 .....	162
〈표 Ⅳ-13〉 공공기관 경영성과계약제 주요 내용(안) .....	164
〈표 Ⅳ-14〉 연도별 보조금 및 세부내역 추이 .....	167
〈표 Ⅳ-15〉 보조금 기준보조율과 대상사업 (발체) .....	169
〈표 Ⅳ-16〉 국고보조사업과 지방비 부담 .....	170
〈표 Ⅳ-17〉 연도별 평가 결과 .....	173
〈표 Ⅳ-18〉 평가 결과별 예산규모 .....	174
〈표 Ⅳ-19〉 사업유형별 평가결과 .....	175
〈표 Ⅳ-20〉 사업유형별 평가결과의 예산규모 .....	175
〈표 Ⅳ-21〉 부처별 보조금 평가 대상 사업 수 및 평균보조율 .....	177
〈표 Ⅳ-22〉 사업유형별 사업 수 및 보조율 .....	179
〈표 Ⅳ-23〉 회계별 사업 수 및 보조율 .....	180
〈표 Ⅳ-24〉 연도별 성과 .....	181

---

〈표 IV-25〉 부처별 성과 .....	182
〈표 IV-26〉 민간보조금과 지자체 보조금의 사업별 성과 및 차의 검정 .....	182
〈표 IV-27〉 경상보조금과 자본보조금의 사업별 성과 및 차의 검정 .....	183
〈표 IV-28〉 회계별 사업성과 .....	183
〈표 IV-29〉 보조율과 사업성과 .....	184
〈표 IV-30〉 개별 기준 항목별 결과 .....	185
〈표 V-1〉 현행 행정절차법의 구성 .....	190

---

## 그림목차

[그림 IV-1] 국가계약제도의 변천과정 .....	129
[그림 IV-2] 효율적 민간위탁 수행의 전제조건 .....	141
[그림 IV-3] 국고보조금 처리절차(국토교통부) .....	166

---

# I. 서론

---

## 1. 연구의 의의 및 목적

우리나라는 행정행위를 공권력의 대상이라 인식하여 법적 근거에 의해서 집행이 되어 왔다. 이로 인해 행정이 경직성을 가지게 되었고 현대의 다양한 행정 활동의 근거를 마련하지 못하고 있다. 이에 공법상의 계약을 통해 행정행위를 수행하도록 하자는 논의가 제기되고 있다. 공법상의 계약이란 공법상의 법률효과 발생을 목적으로 하여 복수 당사자의 반대 방향의 의사표시의 합치에 의하여 성립하는 공법상의 법률행위를 말한다. 이를 행정계약이라고도 한다. 공법상 계약은 개별적, 구체적 사정에 적응하여 탄력적으로 행정을 처리하고, 사실관계나 법률관계가 명확하지 않을 때 용이하게 하고, 법의 흠결을 보충하여 주는 기능을 할 수 있다.

법령이 행정주체에게 그 상대방에 대하여 우월한 지위를 부여하지 않은 경우, 공법상 계약의 성립 가능성을 인정하는 것이 오늘날의 지배적인 견해이나, 법률상 근거가 필요한지에 대하여 견해 대립이 있다.

최근들어 행정계약을 통한 다양한 행정행위가 수행되고 있다. 민자 유치가 활성화된 것은 계약 방식이 가능했기 때문이다. 그러나 아직 우리나라 현실은 그 법적 근거와 체계가 정립되어 있지 못한 한계가 있다. 따라서 재정 활동의 성과를 제고하기 위해서는 다양성과 신축성을 보정하기 위한 계약이나 협약 제도를 활성화할 필요가 있다. 특히 공권력에 근거한 행정행위가 아니라 협약이나 계약 방식을 통한 행정행위를 확대함으로써 행정 활동의 신축성을 확보할 수 있기 때문이다.

외국의 경우 법적 체계의 정립을 통해 계약 방식으로 통한 행정 활동이 확대되고 있다. 영국에서 시작하여 전 세계로 확산되고 있는 시장성 테스트(Market Test)는 공공부문이 시행하고 있는 사업에 대해 현재 그 사업을 수행하고 있는 내부 사업팀과 민간의 외부 공급자를 대상으로 경쟁 입찰을 하는 방식이다. 독일의 경우에는 행정절차법에 행정 계약에 관한 법적 근거가 마련되어 있고, 지속적으로 확대하고 있다. 향후 외국의 법제를 연구하고, 행정의 신축성과 다양성을 보장하기 위한 공법상 계약 제도의 확산을 위한 노력이 필요한 시점이다.

박근혜정부의 국정 과제에서 새로운 행정 수단으로서 협약 제도의 도입을 제시하고 있는데, 다음과 같다.

박근혜정부의 국정과제	
116	지역경제와 산업의 활력 제고
② (지역투자 여건 개선) 정부-지자체-기업간 투자 협약 도입, 지방투자 촉진 보조금 제도 개편 (13.1분기) 및 지역별 '투자애로타개회의'를 통해 지역경제 및 일자리 기여도가 큰 프로젝트 지원	

## 2. 연구의 범위 및 방법

본 연구에서는 현재 진행되고 있는 행정 계약 방식의 특징을 분석하고 향후 이를 확대하기 위한 법적 제도적 방안을 모색하고자 한다.

다시 말해 새로운 행정 운영방식으로서 계약 제도의 활성화 방안을 제안하고자 한다. 이를 위해 첫째, 기존의 이론을 (문헌)정리하고, 재정 관리의 성과 제고를 위한 계약 제도의 필요성을 논의한다.

둘째, 현재 진행되고 있는 사례 조사를 통해 쟁점을 발굴하고 새로운 영역을 발굴한다.

셋째, 현행의 계약이나 협약 방식의 법적 근거와 체계를 검토한다.

넷째, 영국, 미국, 독일, 일본, 스페인 등 외국 사례를 조사하고 시사점을 도출한다.

다섯째, 행정 수단으로서의 계약 제도를 연구하기 위해서는 학제 간 협력에 의한 협동 연구가 필요하다. 이에 한국지방계약학회를 통해 외국 법제를 검토하고 시사점을 도출한다. 그리고 서울행정학회와 연계하고 학술대회에서 발표하고 토론한다.

여섯째, 이러한 과정에서 법학자, 경제학자, 행정학자 등 전문가 의견을 수렴한다. 이를 위해 토론회와 공청회를 개최한다.

일곱째, 법률의 뒷받침이 있어야 하기 때문에 국회와의 협력도 강화한다. 국회와의 협력을 통해 법제화 차원에서 국회에서 세미나를 개최하고, 국회 예산정책처와의 협의를 강화한다.

---

## Ⅱ. 이론적 논의

---

### 1. 행정 계약의 개념과 유형

#### 가. 개념

행정 계약은 당사자의 일방이 국가(지방자치단체, 공기업 등 포함)와 계약을 하는 것을 말한다. 이와 관련하여 두 가지 학설이 존재한다. 하나는 공법상 계약과 사법상 계약을 포괄하는 개념으로 인식한다. 또다른 하나는 아직 우리 법제에서 공법상 계약과 사법상 계약을 구분하는 기준이 확립되어 있지 않기 때문에 이를 구분하여야 한다는 주장도 있다(김남진, 2005, pp. 333~335). 그 논거로 ① 적용 법규 및 법 원칙의 발견과 적용 ② 국가보상 ③ 쟁송제도 등과 관련하여 구분의 실익이 있다고 주장한다. 이럴 경우 사경제 주체로서의 국가나 지방자치단체와 상대방과의 의사합치는 사법 계약으로서의 성질을 가지는 것으로 본다.

그러나 대체로 행정 계약을 공법상 계약과 사법상 계약을 포괄하는 개념으로 사용하고 있다. 본 연구에서는 정책적 활용의 제고를 연구 목적으로 하기 때문에 포괄적인 접근을 위해 양자를 포괄하는 것으로 정의한다.

#### 나. 유형

최근 공법상 계약은 확대되고 있다. 행정법에서 공법상 계약으로 인정되고 있는 사업은 다음과 같다. 지방자치단체 간의 교육사무 위탁, 도로하천의 경비분담에 관한 협의, 과세표준협정, 전문직 공무원(일반 공무원 아님)의 채용계약, 지원에 의한 임대(의무 임대 아님) 간 부 등이 하는 임대 또는 여군), 사유지의 도로 공원부지로의 제공, 기부채납(국가에 무상으로 자기 땅 등을 기부), 보조금 지급관계, 별정우체국장의 지정(작은 마을의 우체국 만들기 힘들 때 마을 사람 중 하나를 우체국장으로 지정함), 공해방지협정, 환경보전협정, 사업시행자(대규모 공사업체)와 토지소유자(대규모 공사 해당지내의 토지소유자) 등 매우 다양한 형태로 발전하고 있다.<sup>1)</sup>

이 유형을 주체를 기준으로 유형화하면 다음과 같다.

### 1) 행정 주체 상호간의 행정 계약

공공단체 상호간의 사무 위탁, 도로 등 공공시설의 관리 및 경비 부담에 관한 협의 등이 이에 해당된다. 이와 같은 공법상 계약은 공법상 협정이라고도 불려진다.

### 2) 국가 및 공공단체와 사인간의 계약

향후 더욱 활성화가 기대되는 분야는 다음과 같은 계약 등이 포함된다.

- ① 행정사무의 위탁
- ② 보조금 지급에 관한 계약
- ③ 손실 보상에 관한 계약
- ④ 비용 부담에 관한 계약
- ⑤ 지역 개발에 관한 계약
- ⑥ 환경보존 협정
- ⑦ 보상계약
- ⑧ 특별신분관계 설정에 관한 계약

### 3) 공무수탁사인과 사인 간의 계약

이 유형은 공공의 업무를 대행하는 사인이 계약을 하는 경우에 해당된다. 그러나 순수한 사인 간의 계약은 그것이 공공성을 지닌다고 하여 공법상 계약이라고 할 수 없다. 쌍방이 행정 주체(공무수탁사인 포함)인 경우에 한하여 행정 계약이 존재한다고 보아야 한다(김남진, 2005, p. 337). 예컨대, 같은 기업이라고 하더라도 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상의 기업가의 지위에서의 토지의 협의 취득은 행정 계약의 지위를 가지나 그밖의 임의 취득은 사법상 계약으로 보는 것이 타당하다.

## 2. 행정 계약의 특징

행정 주체의 일방적인 행위인 행정행위와 달리 대등적 관계로 국민의 지위 향상이라는 점을 특징으로 하고 있다. 이는 현대 자본주의 사회의 복잡성에 대응하기 위해 다양한 행정

---

1) 이러한 현실적인 발전의 속도에 비해 법률 체계가 제대로 뒷받침되고 있지 못하다는 지적을 받고 있다.

업무의 필요성에 기인하여 발전하고 있다. 공법상 계약은 일방 당사자가 행정 주체이고, 공익을 목적으로 하며, 공법상 효과 발생을 목적으로 한다는 점에서 사법상 계약과 차이가 있다. 또한 공법상 계약은 사법상 계약과 달리 다음과 같은 특징이 있다.

첫째, 행정 행위와 구분해서 행정행위는 국가의 우월적 주체로 일방적으로 이루어지나 공법상 계약은 상대방인 국민의 의견과 국가의 의견이 대등하게 서로 반대 방향으로 합치될 때 성립한다.

둘째, 사법상 계약의 경우 사적 자치의 원칙이 적용되어서 강행규정에 위반하지 않는 한 양 당사자는 자유롭게 계약을 맺을 수 있지만 공법상 계약의 경우 최소한 일방 당사자가 행정 주체이기 때문에<sup>2)</sup> 헌법상 평등의 원칙이나 비례의 원칙에 의해 사적 자치의 원칙이 제한된다. 이밖에도 공법상계약은 원칙적으로는 반드시 법률의 근거가 있어야 하는 것은 아니지만, 보통은 법률의 근거를 두고 체결되는 경우가 많고 이 경우 해당 법률에 구속된다.

셋째 공법상계약과 사법상 계약은 둘 다 대등한 당사자 간에 체결된 비권력적 쌍방적 행위이기 때문에 특별한 규정이 없으면 민법의 계약에 관한 규정이 적용되지만 사인 측에서는 공익에 영향이 없는 경우를 제외하고는 해제나 해지가 제한된다. 따라서 민법상 계약의 해제에 관한 규정은 원칙적으로 적용되지 않는다.

넷째, 민사상 계약과 비교해서 공법적 효과가 발생한다. 즉, 사법적인 효과가 아닌 공법적인 효과를 나타내는 계약이다.

다섯째, 소송에 있어서 공법상 계약은 행정소송 중 당사자 소송에 의하지만 사법상 계약은 민사소송에 의한다.

### 3. 행정 계약의 기대 효과

모든 국가 행정을 법률에 의거하여 수행하는 경우에는 매우 경직적일 수밖에 없다. 법률 제정의 절차를 거쳐 수행하기에는 시간이 너무 소요되고, 법률의 형식으로 규정하기에는 현실이 너무 복잡하기 때문이다. 급변하는 환경에 대처하기 위해 계약의 방식은 매우 효율적이다. 따라서 행정계약은 다음과 같은 기대 효과가 있다.

첫째, 탄력적으로 행정목적 달성이 가능하다. 행정행위는 주체의 권력성으로 법의 규제를 많이 받고 법이 정한대로만 해야 하나, 상대적으로 대등한 계약은 제약이 적어 탄력적인 행정행위가 가능하다.<sup>3)</sup>

2) 다수설에 의하면 토지보상법상의 협의 취득은 사인 상호간의 공법상계약으로 보지만 판례는 사법상 계약으로 보고 있다.

둘째, 일방적이 아닌 상대방의 의사도 반영(동의)되므로 신속하게 행정 목적을 달성한다. 그리고 보다 다양한 활동을 신속적으로 할 수 있는 근거가 될 것이고 행정의 범위가 넓어질 것이다.

셋째, 당사자 간 타협이 가능하기 때문에 행정행위의 효과성을 제고하는 방안이 될 것이다. 특히 대규모 프로젝트가 수행되면서 법으로만 규정하기는 곤란하기 때문에 이러한 계약 방식은 장점이 있다.

넷째, 쟁송건수는 줄인다. 타협이 가능하며 상대방의 의사도 많이 반영되기 때문이다.

다섯째, 국민의 설득이 가능하게 될 여지가 있게 된다. 법률 지식이 없는 일반 시민에게도 교섭을 통하여 문제를 이해시킬 수 있기 때문이다.

#### 4. 행정 계약의 한계

행정 환경 변화에 대응하여 법률에 근거한 행정행위 이외에 계약 방식의 확대가 갖는 효과가 있다. 계약방식의 확대는 제한적인 접근이 필요한데, 계약으로서의 행정행위가 갖는 한계가 있기 때문이다.

첫째, 국가마다 행정서비스의 범위가 다르고, 이에 계약의 활용 범위에 차이가 있을 수 있다. 외국의 사례를 무조건 도입하는 것을 경계해야 한다. 이러한 의미에서 공공의 영역에 대한 개념 정립이 필요하다

둘째, 적용 범위에 관해 고민을 할 필요가 있다. 전방위적인 도입 보다는 점진적인 적용의 확대 방식이 필요하다. 예컨대 책임운영기관에 우선적으로 적용해보는 것도 의미가 있을 것이다.

셋째, 우리나라 행정절차법은 주민참여와 같은 주민의 입장에서 제정된 것이다.<sup>4)</sup> 향후 행정절차법에 근거를 두고 개별 법에서 다양한 법적 근거를 마련해야 할 필요가 있다.

넷째, 현재는 법적 근거에 기반 하여 행정행위를 한다. 신뢰에 근거한 계약에 의해 행정행위를 한다면 입법기관의 역할이 무엇인가를 고민할 필요가 있다. 이러한 연장에서 국회의 통제 수단을 확보하여야 한다.

다섯째, 계약관계는 대등한 관계를 의미한다. 공권력에 근거한 행정행위에 익숙한 한국의

---

3) 옥동석(2012, p. 66)에 의하면 국가의 공권력이 작용하는 행정영역에서 점차 민관 협력의 중요성이 커지고, 이에 따른 탄력적 행정이 중시되는데, 개인이나 법인 등이 통치의 대상이 아니라 독자적인 권리 주체임과 동시에 행정의 파트너로 봐야한다고 주장한다.

4) 행정행위의 성격과 절차를 규정하는 별도의 법체계가 필요하다고 주장하는 학자도 있다.

행정에서 연착륙할 수 있는 대안의 모색이 필요하다.

여섯째, 계약은 예측가능해야 하고, 구속력, 신뢰가 전제되어야 한다.

일곱째, 계약을 행정수단으로 활용하려면 당사자의 정보력이 보장되어야 한다. 내용을 정확하게 알고 해야 하는데, 공무원의 전문성 부재로 정확한 정책 결정이 제한되고 있다. 일례로 해경과 언딘이 계약을 통해 구조를 하려고 했으나 내용을 알지 못해 통제를 하지 못했다. 공무원의 역할이 바뀌어야 한다.

---

### Ⅲ. 외국 사례의 특징 및 시사점<sup>5)</sup>

---

#### 1. 영국의 행정 계약

##### 가. 개관

##### 1) 계약에 의한 정부

영국의 경우 1980년대 이후 신공공관리론<sup>6)</sup>이 공적 영역의 화두로 전면에 부각되면서 정부의 활동 영역 전반에 걸쳐 전통적으로 민간 영역에서 주로 활용되었던 여러 기법들이 활발하게 도입되었다. 즉, 공적 과제수행이라는 목표달성을 위하여 정부 영역에서도 ‘imperium’ 방식과 대비되는 의미의 ‘dominium’ 방식이 전혀 없이 활발하게 활용되었는데, 이는 ‘합의에 의한 규율’ 또는 ‘계약’을 통하여 행정 내부와 외부관계를 규율하는 현상으로도 나타나게 되었다. 행정실무에서 계약을 통한 행정기법이 너무나 만연한 나머지 계약이 “행정의 패러다임으로서의 명령 및 통제(command and control)를 대체하고 있다”는 지적도 있었고 ‘계약에 의한 정부(government by contracts)’는 영국의 현대 행정법 문헌에서는 흔히 볼 수 있는 표현이 되었다.<sup>7)</sup>

더구나 이러한 계약들이 항상 법적 제재를 통해 집행 가능하도록 설계되어 있는 것도 아님에도 불구하고 실무상으로는 집행 가능성의 불확실성이 계약형식의 활용에 별 지장이 되지 않다고 인식한다. 그 이유는 대부분 계약의 이행 가능성을 확보하는 데, 행정적 압력만

---

5) 이하의 외국 사례는 본 연구와 관련한 외부 용역 결과를 활용함. 임현 외(2014), 『정책수단으로서의 계약 관련 외국 사례 조사』, 한국지방계약학회.

6) 이는 본래 1980년대 초 진보정권하의 뉴질랜드 정부와 보수정권하의 영국 정부에서 정부의 규모를 줄이고 성취도를 개선하기 위해 고안된 전략이었다. 당시 뉴질랜드 정부는 심각한 재정위기를 타개하기 위하여 여러 개혁안들을 밀어붙였는데, 예컨대 정부자산을 매각하고, government를 market으로 대체하며, 중간관리자들에게 더 많은 유연성을 주고 이들에게 성과책임을 묻는 등의 일련의 개혁조치들을 취하였다. 그런데 뉴질랜드 정부가 채택하였던 기법들이 이후 전세계적으로 파급되면서 신공공관리론이 세계 여러나라 정부운영의 핵심 의제가 되었다.(Donald F. Kettl, *The Transformation of Governance - Public Administration for Twenty-First Century America*, The Johns Hopkins University Press, 2002. pp. 93~94.)

7) Mark Freeland, "Government by Contract and Public Law"(1994) Public Law 86 ; Sophie Brown, "The Law of Government Contracts", in *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation*, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 222.

으로도 충분하기 때문이라고 한다.<sup>8)</sup>

행정조직 내부에서 기존의 상명 하달식 규율을 탈피하여 조직 내부 구성단위들 간의 합의에 의한 규율, 즉 보다 느슨한 의미에서의 '계약 내지 협약'에 의한 규율이 도입된 첫 번째 예로 기본운영협약(framework document)을 들 수 있다. 이는 정책 기능이 아닌, 비교적 단순한 집행 기능을 수행하는 단위들을 소관 부처에서 내부적으로 분리시켜 책임운영기관(Next Step Agency)으로 지정한 후, 책임운영기관에 목표 및 재원상 자원의 여지를 주고 이에 상응하여 성과 책임의 소재를 기관장에게 두는 내용의 협약이다.

두 번째 예로는 예산과 관련한 재무부장관과 예산사용 부처 간에 체결하는 공공서비스협약(Public Service Agreement)을 들 수 있고 세 번째 예로는 전세계적으로 유례 없이 포괄적이고 평등주의적인 공공의료의 모델인 국민보건서비스(National Health Service) 영역에서(지역주민을 위한) 보건서비스를 구매하는 역할을 하는 기관과 보건서비스를 제공하는 기관 간의 구분을 도입하고 이들 간의 서비스 제공과 구매가 계약의 형식(NHS contracts)으로 이루어지도록 한 것을 들 수 있다.

물론 이러한 행정조직 내부에서의 합의적 규율 이외에도 공적 영역의 고용이나 전통적인 조달 영역, 사회기반시설의 제공 영역(PFI/PPP)도 (행정 외부관계에서) 계약이라는 법 형식이 뚜렷한 영역이다.

## 2) 법적 의문점들

그럼에도 불구하고, 계약 형식에 의한 규율은 여러 가지 법적 의문이 제기되고 있다. 첫째, 계약의 체결에 국회 입법에 의한 수권이 필요한지 여부이다. 이는 한편으로는 정부활동에 대한 의회민주주의적 정당성 부여의 문제이자 다른 한편으로는 법치주의적 통제의 문제이기도 하다. 둘째, 당해 협약의 법적 성질이 어떠한지, 즉 엄밀한 법적 의미에서의 계약으로서 분쟁이 생겼을 경우 이를 법원의 재판을 통해 강제할 수 있는지 여부이다.

내부협약에 국한하여 말하자면 첫 번째 쟁점의 경우, 이러한 내부규율을 마련하는 데 있어서 의회로부터의 수권이 있어야만 하는 것은 아니라고 본다. 물론 의원내각제의 헌정시스템을 가지고 있는 영국에서는 정부가 의회를 장악하고 있으므로 정부가 원하는 경우에는 이러한 내부규율도 의회의 법률제정을 통해 법적으로 뒷받침되게 할 수 있다. 그러나 일단 법률이 제정되면 그것은 정부의 활동을 제약하는 통제적으로 작동하게 되므로 정부가 굳이 의회 법률제정을 원할 가능성은 크지 않다.

8) Wade/Forsyth, "Administrative Law," 10<sup>th</sup> ed.(OUP:Oxford, 2009), p. 679.

두 번째 쟁점과 관련하여서는, 내부협약과 관련한 분쟁 발생 시 재판에 의한 분쟁 해결은 이루어지기 어렵다고 본다. 법원이 간여할 수 있는 법적 의미의 계약은 법 주체들, 즉 권리 주체들 간의 쌍방 의사합치에 의한 규율로서 최소한 2인의 당사자의 존재를 논리적 전제로 한다.

그런데 국가 내지 정치공동체의 성격을 둘러싸고 Hobbes적인 국가 개념을 받아들인 대륙법계가, 전통적으로 국가를 하나의 법인격체로 보고 그 내부 기능단위를 행정기관으로 개념하면서, 이들 기관들의 독자적 법 주체성을 부인하고 있는 것과 유사하게, Bentham적인 실용주의, 다원주의의 지배를 받은 영국법에서는 대륙식의 국가개념이 자리잡지 못하였으면 서도 그 대신 국왕(Crown)에게 일인법인(corporate sole)의 지위를 인정하고, 이러한 Crown의 권능·대권을 행사하는 정부 구성단위들 각각은 원칙적으로 독자적 법 주체성이 인정되지 않는다고 보아왔다.<sup>9)</sup>

이처럼 중앙정부 내 구성단위들은 자신의 권리로서 계약을 체결할 지위는 인정되지 않으므로 정부 내의 구성단위들 사이의 의사합치는 법적 의미의 계약으로서의 성격을 인정받지 못하는 것이다.<sup>10)</sup> 그리하여 이들 내부협약과 관련하여 분쟁이 생기는 경우 그 해결은 거의 중재 등 Alternative Dispute Resolution(이하 ADR)에 의해 해결되고 있는 실정이며 더 나아가 정부 내의 합의가 아니라 시민과 정부 사이의 계약과 같이, 정부가 맺은 어떠한 합의가 법적 계약으로서의 성격을 가지는 경우조차도 분쟁이 발생할 시에는 재판보다 ADR이 보다 적극적으로 활용되고 있는 것이 영국의 실정이다.

요컨대, 영국법상 (특히 중앙정부의) 행정 계약은 국회 법률이 아닌 내부지침에 의하여 주로 규율되고 있고 분쟁은 재판이 아닌 ADR에 의하여 주로 해결되고 있다. 이하에서는 영국의 행정실무에서 활용되는 계약의 실재를 영역별, 주체별 분류 기준에 따라 살펴본 후, 행정계약과 관련한 주요 공법이론상의 쟁점들을 살펴보고 이른바 내부 협약과 NHS 협약의 현황과 법리를 보다 자세히 살펴보기로 한다.

9) 영국의 국왕 개념에 대해서는 이현수, 「영국법전통과 ‘state’ 개념」, 『행정법연구』 제38호, 2014, 2.

10) 하지만 이하에서 살펴보는 바와 같이 현행 법상으로는 대부분의 장관(Secretary of State)에게 일인법인으로 서의 지위가 인정되고 있으므로 장관의 고유한 계약체결권을 인정하는 견해도 나타나고 있다.

### 3) 공법으로서의 정부계약법 · 행정계약법의 발전 여부

행정 계약이 공법의 확고한 영역을 이루고 있는 프랑스와는 달리 영국법상으로는 전통적으로, 일반 민사간의 계약에 적용되는 법리가 행정 계약에도 적용된다는 입장이었지만 이들 행정 계약 · 정부 계약의 법리는 공법의 특수성에 의해 개편되어야 한다는 주장도 나타나고 있다.<sup>11)</sup> 영국법 맥락에서는 행정 계약과 관련하여서는 대개 사법심사의 활용 가능성과 월권 법리적용 시 야기되는 문제점, 행정의 재량을 계약으로 구속하는 문제점, 사정변경 시 형평과 거래안전 사이의 갈등 등이 문제 영역으로 지적되고 있다.

첫째, 행정 계약과 관련하여 사법심사를 활용할 수 있는가의 문제에 대해서 전통적으로는 계약이 사법의 전형적인 수단이므로 계약과 관련한 분쟁에서는 사법심사를 활용할 수 없다는 것이 전통적인 판례의 입장이었다.<sup>12)</sup> 설령 공적 주체의 계약이 사법심사를 통해 다루어지는 경우에도 월권(*ultra vires*) 법리의 활용이 가져오는 실무상의 여러 문제들이 있다.<sup>13)</sup>

둘째, 공적 주체의 계약은 재량의 영역에서도 어려운 문제를 야기하는데 영국법의 원칙에 의하면 공적 주체는 자신의 재량을 제약해서는 안된다. 만약 행정 계약과 재량이 상충하게 되면 행정 계약이 양보해야 한다는 것이다.<sup>14)</sup> 그러나 계약이라는 것은 어떤 단계에서건 행정의 재량권 상실로 이어지게 되기 때문에 계약과 재량권의 상충문제는 어떤 계약에서건 내재해 있다.<sup>15)</sup>

11) 이러한 주장에 서 있는 학자들로는 특히 Paul Craig, Mark Freeland, Anne Davies를 들 수 있다고 한다. Sophie Boyron, *op. cit.*, p. 223.

12) Sophie Boyron, p. 223. 물론 이러한 입장에는 변화가 있어왔다(*source of power* → *nature of power*).

13) 예컨대 지방자치단체가 금리스와프 계약을 맺을 권한이 있는지가 문제된 사안에서 영국의 대법원은 이러한 계약이 지방자치단체의 금전대차권에 '부수incidental'되기는 하지만 그러한 계약은 투기적이고 risky하기 때문에 그 자체는 금전대차 관리를 신중하게 해야 할 지방자치단체의 (암묵적) 의무와 조화되지 않는다고 보았다. *Hazell v Hammersmith LBC* [1992] 2 AC 1. 그런데 이처럼 공적 주체가 맺은 계약이 월권법리 위반이라고 판단되면 계약당사자인 공적 주체는 이를 근거로 자신의 계약상 의무이행을 거부할 수 있게 되는 고약한 귀결을 가져오게 된다. 그 실제 사례가 *Crédit Suisse v Allerdale BC* [1997] QB 306 이다. 이처럼 월권법리를 통해 계약을 심사하고 그럼으로써 위법한 계약을 무효화하는 것은 계약당사자인 공적 주체가 월권법리를 일종의 탈출구로 활용할 여지를 준다는 문제가 있다. 이는 공적 주체의 도덕성 문제를 야기하기도 하지만 다른 한편으로는 계약 상대방의 관점에서는 계약의 리스크를 높이기 때문에 결국은 (납세자가 짊어지게 되는) 계약의 비용을 증가시킨다는 문제도 생기게 된다. Sophie Boyron, *op. cit.*, p. 228.

14) *The Rederiaktiebolaget Amphitrite v King* [1921] 3 KB 500.

15) *Cory v London Corporation* [1951] 2 KB 476. 이 사건에서 Cory는 London Corporation과 폐기물 수거와 관련된 계약을 맺었는데 계약 체결의 직후 London Corporation은 보다 엄격한 위생 기준을 채택하는 내용의 조례를 통과시켰으며 이로 인하여 계약의 수익성이 없어지게 되었다. 법원은 London Corporation이 계약을 보다 짐스럽게 만들지 않아야 한다는 취지의 암묵적 조항이 해당 계약 내에 있다는 주장을 받아들이지 않았다. 이를 인정하게 되면 지방자치단체의 재량이 제약될 것이고 지방자치단체가 보전 및 안전규율을 개정할 수 없게 되기 때문이다.

셋째, 또한 예기치 못하게 원자재가가 폭등하거나 수도서비스 공급 계약에서 취수원이 오염되는 등 계약 상대방의 계약 이행을 매우 어렵게 만들거나 혹은 심지어 불가능하게 만드는 사정변경이 생겼을 경우, 계약에 관한 영국의 사법의 원리만으로는 이를 보다 완전하게 해결하지 못하는 문제가 있다. 계약이 장기일수록 당사자는 가능한 한 장래의 위험에 대비하려 하며, 이는 결국 계약의 비용을 증가시키며, 더 나아가 있을 수 있는 모든 상황을 다 예측하여 계약의 조항을 마련하는 것도 거의 불가능하다.

최근에는 인권법(Human Rights Act 1998)의 적용과 관련하여서도 유사한 문제가 제기되고 있다. 동법은 ‘공공기관 public authority’ 또는 공적 성격의 기능을 행사하는 사적 주체(private body exercising a function of public nature)만으로 그 적용범위가 한정되는데, 민간위탁에 의해 제공되는 서비스들 가운데 어떤 것들은 인권법의 적용 대상이 아니라는 취지의 판결들이 거듭 나온 바 있다.<sup>16)</sup> 이에 대해서 학계에서는 프랑스의 최고행정법원이 판례를 통해 발전시킨 행정 계약 고유의 법리, 예컨대 *Le fait du Prince*, *L'imprévision*<sup>17)</sup>과 같이, 행정법관이 행정 계약을 둘러싸고 공익과 사익의 형량과 조정을 가능하게 하는 법리들이나 계약 이행과 관련한 행정 주체의 지도감독권,<sup>18)</sup> 제재권,<sup>19)</sup> 더 나아가 계약내용의 일방적 변경, 해제권 등의 요소를 영국법에 수입하여야 한다는 주장도 제기되고 있다.<sup>20)</sup>

## 나. 행정 계약의 실제

### 1) 유형(type)에 따른 분류<sup>21)</sup>

중앙정부와 지방정부 차원에서의 행정실무상 ‘계약에 의한 행정’의 주된 유형들로는 고용

16) 대표적으로 *YL v Birmingham City Council* [2007] UKHL 27.

17) 행정 계약과 관련하여 프랑스법이 사법상의 계약 규율과 다른 법리를 채택하는 논거는 그러한 계약이 대개는 공역무(service public)의 제공과 관련이 있다는 점에 있다. 급격한 사정변경이 있는 경우 이로 말미암아 계약 상대방의 손실로 공적 주체가 이득을 얻어서는 안된다는 것이 프랑스 판례의 입장이다. 이는 계약의 조기 해지 가능으로 이어진다.

18) *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand*, CE 22 Feb. 1952 rec 131. 공전의 내부장식을 맡기로 한 회사가 자금사정으로 작업을 중단하여 계약 이행이 현저히 지체되자 자치단체의회에서 추가로 근로자를 고용하여 휴일 및 야간에도 근무하도록 하여 극장 개장일에 맞추게끔 한 사건

19) *Deplanque*, CE 31 mai 1907 *Deplanque* RDP 1907 684. 전기가로등을 설치하기로 한 회사가 하자가 있는 이행을 하여 전압이 맞지 않았고 가로등 보수도 제대로 하지 않았으며 계약한 시기에 맞추어 점등이 되지 않아 계약 내용에 제재에 관한 규정이 들어 있지 않음에도 불구하고 법원이 동 회사에게 배상을 명한 사건

20) *Sophie Boyron*, op. cit., pp. 231~236.

21) 이하의 설명은 *Davies, Public Law of Government Contract*, OUP(Oxford, 2008), pp. 2~16 이하를 요약한 것이다.

계약(employment contract), 조달 계약(procurement), 민관협력 계약(Private Finance Initiative; Public Private Partnership), 민간위탁 계약(contracting out) 등이 있다. 내부 계약(internal contract), 정부와 자율규제기관 간의 협약 등도 계약과 유사한 구조가 활용되는 유형이라고 할 수 있다. 이들 하위 영역들은 활용 연혁이 비교적 오래된 유형과 비교적 최근에야 비로소 활용되기 시작한 유형, 소송을 통해 집행이 가능한 유형과 그렇지 않은 유형으로 다시 구분할 수 있다.

### 가) 고용

중앙정부, 지방정부 합쳐 영국 일자리의 약 20% 정도가 공공분야인데 공공분야의 일자리 모두가 근로 계약으로 채워지는 것은 아니다. 군대, 경찰, 의회직원 등은 계약 관계에 토대하지 않은 전형적 영역인 반면, NHS, 교육, 지방정부 등등은 대개 근로 계약에 토대하여 고용이 이루어진다. 전반적인 추세는 고용 관련 책임을 가능한 한 지방차원으로 이양하는 것이다. 공무원(civil servant)의 지위에 대해서는 그것이 고용계약상의 것인지 아닌지에 대해 논란이 있고 불분명한 점이 남아 있다(이들이 전통적으로 소송면책을 누리는 국왕의 가사인으로서의 지위를 가지고 있다는 점, 계약관계 아님을 선언하고 있는 Civil Service Code 등).

민간영역이건 공공영역이건 근로자의 지위와 관련하여서는 계약자체보다도 근로관계법이 더 중요해지고 있다. 공공영역의 근로자들에 대해서는 파업(경찰, 교정), 최저임금(군대) 등에 관해 민간영역 근로자들과는 다른 법적 규율이 가해지고 있다.

### 나) 재화·용역 구매

구매자로서의 정부는 긴 역사를 가지고 있다. 1940년대 복지국가하에서는 교육, 의료, 사회적 돌봄 등의 여러 서비스 영역에서 정부가 이러한 서비스를 제공하였다. 민간회사들의 역할은 대개 이러한 공공 영역의 서비스 제공자들에게 그 임무수행에 필요한 도구들을 제공하는 것이었는데, 예컨대 NHS의 경우, 소독약에서 약품까지 모든 차원의 도구들을 제공하는 것이 민간의 역할이었다. 1980년대 대처 수상 정부시절에는 민간이 더 효율적이고 저렴하게 서비스를 제공할 수 있다는 시각하에서 공공서비스의 민간위탁 계약(contracting-out) 정책이 추진되었는데 지방정부의 경우 폐기물 수집, 학교 청소에서 법률자문까지, 수많은 영역들이 외주화되었다. 현재는 외주라는 것 자체가 더 이상 정책의 우선 순위가 아니며 제공자라기보다는(또는 공급자이자) 구매자로서의 정부의 역할이 (심지어 교도소와 같이 전통적으로 당연히 공공의 영역이라고 생각되었던 분야에서도) 당연한 것으로 간주되고 있다.

중앙정부 차원에서는 전통적으로 각 부(department)가 재무부(Treasury)의 지침하에 스스

로 구매를 해왔었지만 구매권한이 점차 집중되어 OGC(Office of Government Commerce) 창설로 이어지게 되었다.<sup>22)</sup> OGC는 각 부의 각자 구매활동을 지도하는 역할을 하는데 재화, 용역, IT 재화, IT 용역, 및 건축 등의 영역에서 표준계약형식(standard form contract)<sup>23)</sup>을 공표하는 것을 통해 이러한 지도가 이루어졌다. 이러한 표준형식이 일반적 법(general law)의 간극을 메꾸고 있으며 일반적 법을 적용했을 때 나올 수 있는 이상한 결과를 피할 수 있도록 해주고 있다. 실상 일반적 법은 정부 계약 영역을 규율하는 데 부적절한 수단이라는 주장도 적지 않다. 두 번째로 중요한 OGC가 각 부처의 구매활동을 규율하는 방법은 좋은 관행(good practice)을 만들어 내는 것으로서 그 예가 바로 OGC Gateway<sup>TM</sup> Process이다. 지방정부 차원의 계약체결과 관련하여서도 지방재정 및 공공서비스 수행에 대한 중앙정부의 감독을 통해 규율이 이루어지고 있다.<sup>24)</sup>

위의 계약들은 대개 법적으로 집행 가능하며 주로 계약에 관한 사법의 적용을 받지만 예컨대 계약체결기관의 무권한이 문제되는 경우에는 ultra vires 같은 공법적 규율도 가하여진다. 일정규모 이상의 계약에 대해서는 EC 조달법제가 적용된다.

#### 다) 민관협력 계약(PFI; PPP )

PFI은 재화와 용역을 얻기 위한 계약이라기보다는 자본과 자산을 제공받기 위한 계약이라고 할 수 있다. 물론 재화·용역 구매 계약의 일환으로도 볼 수 있지만 PFI는 특수성이 있으며 어떤 면에서는 계약화 현상이 극단까지 치달은 것이라고도 할 수 있다.

의료서비스를 예로 들자면 NHS가 민간회사와 계약을 맺어 병원을 건설하기로 한 경우, 건설공사 완료로 민간의 역할을 끝나고 이후로는 NHS가 병원의 소유권을 가지고 운영하는 형태가 과거의 모습이었다면 PFI하에서는 NHS가 민간회사와 계약을 맺어 병원을 건설하고 그 민간회사가 병원을 소유하며 대개는 30년의 기간 동안 운영까지 맡는다는 모습으로 계약화가 이루어진다.

PFI의 장점으로는 정부가 민간에게 리스크를 이전시킬 수 있다는 점, 정부의 자본지출 없이도 민간의 자본을 활용하여 대규모 프로젝트를 가능하게 한다는 점이 언급되고 있다.

하지만 리스크 분석기법이 아직 정교하지 않으며, 때로 조작의 여지까지 있다는 점에서

22) 한편 OGC는 재무부 소속이었으나 2010년 6월 이후 내각실(the Cabinet Office) 내부에 새로이 창설된 효율 개혁그룹(Efficiency and Reform Group)으로 통합되었다.

23) [http://www.ogc.gov.uk/0\\_procurement\\_principles\\_terms\\_and\\_conditions.asp](http://www.ogc.gov.uk/0_procurement_principles_terms_and_conditions.asp).

24) BVPIs (Local Government Act 1999, s 3, s 4) ; ; Local Area Agreement( LGPIHA 2007, s 106); Comprehensive Area Assessment 등).

리스크 이전논거에 대해서는 회의적 시각도 있다. 마찬가지로 정부 측의 재원투입 없이 대규모 공공시설 프로젝트 가능케 한다는 논거에 대해서도 언뜻보면 PFI가 정부의 돈을 아껴주는 것처럼 보이지만 실제 그렇지 않을 수 있다는 비판이 있다.<sup>25)</sup>

중앙정부 차원의 PFI에 대해서는 재무부와 OGC의 감독이 이루어지며 각종 지침을 통해 민투협약제안서, 협약서초안, 협약실시과정에서 따라야 하는 절차들이 규율되고 있다.<sup>26)</sup> 한편 2000년에는 Partnerships UK(PUK)라는, 그 자체 PPP인 기구가 설립되어 PFI를 활용하는 중앙정부기관들을 지원하고 있다.

지방정부 차원에서는 지방자치단체의 출연으로 1996년 4ps(<http://www.4ps.gov.uk>)라는 조직이 설립되어 지방 차원의 PFI에 대해 조언 등 지원을 하고 있는데 운영은 지방정부협의회(Local Government Association)가 임명하는 위원회가 맡고 있다.

PFI는 PPP라는 보다 광범위한 범주의 하위유형으로서 PPP는 PFI 이외에도 공적 영역과 사적 영역 간의 합작 등, 장기적인 계약이 포함된다(예컨대 국영기업의 지분을 사기업에 매각함으로써 공사혼성자본회사로 만드는 등).

#### 라) 특허(Franchising)와 허가(Licensing)의 법리

1980년대 규제완화기 이전의 버스 서비스나, 근래의 철도 서비스 등의 영역에서 정부는 대개 여러 개의 회사로 하여금 경쟁적 신청(입찰)을 하도록 한 후, 이 가운데 한 회사에게 독점권을 부여하는 모습으로 경제 규제를 행하였다. 또한, 정부가 일반적으로 특정행위를 금지하고 개별적으로 허락받은 자만이 해당 행위를 수행할 수 있도록 하는 사회규제의 모습도 있는데 이를 Licensing(허가)이라 한다. 전자를 Franchising(특허)이라 하는데, 이는 계약으로 이해하여야 하여야 한다는 주장도 있다(Davies). 이 영역에서는 낙찰자가 결정된 후 계약이 체결되며 입찰 시 제시하였던 가격이나 품질조건은 계약으로 흡수된다. 반면, 후자는 전자와는 달리 독점권 부여라는 경제목적보다는 사회목적에 기여한다는 점에서 달리 보아야 하며 대개는 특정 시장에 참여하는 자들이 최저 기준을 준수하도록 함으로써 시장실패(개업의등록요건의 경우, 의료소비자들이 누가 유능한 의사인지 잘 모른다는 시장실패를 보완)를 보완하는 기제이며 계약의 기법들을 활용하는 것은 아니다.

25) 특허, M. Freeland, 'Public Law and Private Finance: Placing the Private Finance Initiative in a Public Frame' [1998] PL 288) 참조.

26) 그러한 지침 중 가장 중요한 것이 HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts Version 4 (2007).; Standardisation of PF2 Contracts Draft(2012).

마) 내부 협약(internal contracts)

정부 부처들 상호간에서도 협약이 체결되는 경우가 많은데, 이러한 협약은 법적으로 집행 가능한 것은 아니다. 내부협약(internal contract)은 1980년대 정부의 '계약화' 현상의 일부로 나타났는데 이는 거대한 위계질서 구조를 가진 부처나 공적 기관들을 보다 작은 단위들로 쪼개어서 각 단위들을 '구매' 또는 '제공'에 대한 뚜렷한 책임을 지는 단위로 부각시킨다면 공공서비스가 더 효율적이고 효과적으로 제공될 수 있을 것이라는 생각에 토대하고 있다. 내부 협약은 행정실무나 학계에서 그다지 관심의 대상이 되고 있진 않지만 여전히 공공분야의 여러 영역들에서 꾸준히 활용되고 있다.

내부 협약이 활용되는 첫 번째 유형은 공적 주체 내의 한 기관이 다른 기관에게 재화나 용역을 제공하기로 약속하는 경우이다(예를 들면 지방자치단체와 DSO:Direct Service Organisation<sup>27)</sup>들 간에 다양한 유형의 지방서비스제공협약을 맺는 것; Primary Care Trusts와 NHS Trusts 간에 간병, 앰블런스 서비스 등등에 관한 협약을 맺는 것<sup>28)</sup>). DSO는 관련 지방자치단체와 구별되는 법적 인격성을 갖고 있지 않기 때문에 위 협약은 법적으로 집행할 수 없다. NHS contracts에 대해서는 법적 지위를 부인하는 법률조항이 있다(National Health Service Act 2006, s9(5)<sup>29)</sup>) 따라서 이러한 협약은 협약갱신 거부의 위협이나 특정 위반에 대한 페널티 부과를 통해 그 이행이 사실상 강제되는 수밖에 없으며 분쟁이 있을 시에는 재판을 통해서가 아니라 협상이나 중재를 통해 해결되곤 한다. 이러한 내부 협약이 법적으로 강제 가능한 계약과 어느 정도나 유사한지에 대해서는 실증적인 연구조사가 많이 축적되어 있는데 이에 따르면 내부협약들도 어느 정도는 '구속감'을 자아낸다고 한다.

내부 협약의 두 번째 유형은 정부 내에서 관리관계를 구조화하는 데 활용되는 것인데 전형적인 예가 책임운영기관(Next Steps agency)과 그 주관부처(parent Department)간에 체결되는 기본운영협약(framework document), 재무부와 지출부처간에 체결하는 공공서비스협약(PSAs;Public Service Agreement)이다.

27) part of the permanent staff of a local authority, which runs a section of the authority's services such as staff catering. 주 업무는 construction and maintenance 등.

28) 의료서비스 영역에서의 협약에 관해서 R Flynn and G Williams(eds), Contracting for Health: Quasi-Markets and the National Health Service(OUP:Oxford, 1997).

29) (5) Whether or not an arrangement which constitutes an NHS contract would apart from this subsection be a contract in law, it must not be regarded for any purpose as giving rise to contractual rights or liabilities.

바) 위탁 계약(contracting out)<sup>30)</sup>

‘계약에 의한 정부’의 잠재력이 중앙정부와 지방정부 양 차원에서 거의 무한대로 확장되는 계기가 되었던 것이 1994년과 1997년의 법률제정인데, 동법에서는 본래 중앙정부에서 장관이 수행하던 여러 기능들과 지방정부의 기능들을, 장관의 명령(ministerial order)이 승인을 하는 경우에는, 누구나 또는 누구나의 피용인이 수행할 수 있도록 하는 것으로서 이를 통해 수많은 공적 기능들이 사적 영역으로 ‘위탁계약(contracting out)’이 될 수 있는 길을 열어주었다.

Deregulation and Contracting Out Act 1994에 따르면 장관은, 자신의 소속 공직자가 행사할 수 있는 제정법상 기능을, 장관의 명령이 이를 규정하고 있는 경우에는, 장관이 승인하거나 또는 장관의 소속 공직자가 승인하는 누구나가 수행하도록 할 수 있다. 지방정부 차원에서도 이에 상응하는 법령규정들이 있는데, 지방정부의 위탁계약에 있어서도 장관의 명령은 필요하되, 다만 인적 승인은 지방정부 스스로 해야 하는 차이가 있을 따름이다. 장관의 명령은 의회의 적극적 의결의 대상이다. 다만 이러한 민간위탁은 사법적 또는 입법적 기능에는 해당될 수 없으며 개인의 자유에 영향을 미치는 권한이나 재산의 압수 또는 수색과 관련된 권한에도 적용되지 않고(물론 여기에는 예외가 있다) 또 10년 이상의 기간을 초과할 수도 없다.<sup>31)</sup> 그러나 이러한 장관의 명령(ministerial order)은 제약될 수 있고 조건이 붙을 수도 있으며, 취소될 수 있고 관련 기능을 소관청으로부터 박탈하는 것도 아니며 수탁자의 모든 행위나 과실은 ‘모든 목적상’ 소관청의 행위로 간주됨으로써 중앙 및 지방정부의 책임성을 유지하도록 하고 있다. 물론 형사소송 절차에서나 기능의 행사와 관련되는 계약과 관련하여서는 그러하지 않다.<sup>32)</sup>

한편 민간위탁 계약과 관련한 공법적 한계, 즉 예컨대 위탁 계약이 사법심사의 대상이 되는지, 위탁 계약에 인권법이 적용되는지 여부 등에 대해서는 논란이 있는데 민간위탁 계약은 사법심사의 대상이 되지 않고, 인권법의 여러 자유와 권리의 구속을 받지 않는다는 점에서 책임성과 인권의 관점에서의 우려의 대상이 되고 있다.<sup>33)</sup>

## 2) 영역(sector)에 따른 분류

행정실무에서 계약형식이 활용되고 있는 주된 영역은 국방(defence), 정보통신(IT), 운송

30) Wade/Forsyth, op. cit., pp. 679~680.

31) 그러나 이하에서 살펴보는 ‘인증된 계약(certified contract)’의 경우에는 그 기간이 40년까지 연장되고 있다. Local Government (Contracts) Act 1997, s. 9.

32) Deregulation and Contracting Out Act 1994, s. 72.

33) 예컨대 Paul Craig, Anne Davies의 견해

(transport), 보건(health), 주택(housing) 및 사회적 돌봄(social care)인데, 이하에서는 국방 영역의 조달 계약, 주거 및 사회적 돌봄서비스가 계약에 의해 베풀어지는 모습을 살펴보고 보건 영역의 계약은 제Ⅲ장의 1절 NHS 협약에서 살펴보기로 한다.<sup>34)</sup>

#### 가) 국방

국방부(MoD)에서 발주하는, 규모상 상위 20개의 프로젝트 총액이 2백 70억파운드에 달한다. 국방조달은 국가안보(national security) 문제를 야기하기 때문에 정부는 민감한 기술적 세부사항들이 공개되지 않도록 하기를 원하기 마련이다. 계약 상대방은 프로젝트를 담당하는 소속 직원이 어느 정도의 적절한 안보상 우려 없음을 충족할 책임이 있다. 국방조달(Defence procurement)은 유럽법 차원에서도 달리 취급되고 있는데, 유럽법인 Public Contract Regulation 2006(PCR 2006) 6(2)조의 적용을 받지 않는 예외에 해당하는 계약들은 광고를 하지 않아도 되고 통상적인 조달 절차를 준수하여 낙찰자를 결정(award)할 필요가 없다. 그 중요한 귀결 중 하나는 일단 경쟁에 부친 뒤 낙찰자를 결정(award contracts)하지 않아도 된다는 점이다. MoD 내부 지침에서는 비경쟁 조달을 선택하는 것에 정당화 사유, 예를 들면 계약이 비밀(classified)이라든지 긴급한 필요가 있을 것 등을 요구하고 있다. 비경쟁 조달이 채택되는 가장 흔한 이유는 이른바 'design-risk', 즉 특정 회사가 관련 지적재산권을 가지고 있거나 MoD가 미리 필요를 특정할 수 없는 경우이다. 두 번째 귀결은 'No Acceptable Price No Contract(NAPNOC)'이다. 세 번째 귀결은 비경쟁적인 정부계약에 관해서는 사후 비용산정 메커니즘(post-costing mechanism)이 있다는 것이다. 1968년 이후 정부와 영국산업연합(CBI) 사이에 협약이 이루어져, 가격 산정시기에 정보의 불평등으로 말미암아 계약가격 산정에 오류가 있다고 당사자 중 일방이 여기는 경우, 사안을 독립기구인 정부조달심사위(RBGC: Review Board for Government Contracts)에 회부하여 중재(arbitration)를 거치도록 한다.<sup>35)</sup>

#### 나) 주거

지방자치단체들은 사회적 주거(social housing)의 제공책임이 있는데 이는 주택시장에 참여할 여력이 없는 자들에게 주택을 제공하는 모습으로 나타난다. 영국에는 이러한 주거 제

34) 이하의 설명은 Davies, op. cit., p. 16-29를 요약정리한 것이다.

35) 한편 우리나라의 경우에도 방위사업법(제46조 제1항)에 토대하여 방위사업에 관한 계약의 유형을 일반화정계약, 물가조정단가계약, 원가절감보상계약, 원가절감유인계약, 한도액계약, 중도확정계약, 특정비목불확정계약, 일반개산계약, 성과기반계약, 장기유선계약, 한도액성과계약 등으로 다양화하고 있다. (방위사업법 시행령 제61조 제1항)

공책임이 있는 지방단체가 354개가 있는데, 이들 지방자치단체의 당국들이 주거를 제공하는 방법은 대략 3가지이다. 첫째는 당국들이 전통적인 방식으로 주택을 소유하고 이를 관리하는 것으로, 이것이 대략 32%를 차지한다. 둘째로는 지방자치단체가 ‘Arm’s Length Management Organization(ALMO)’를 설립하여 주거 제공 활동을 수행하도록 하는 것으로 ALMO가 약 20퍼센트를 차지한다. 세 번째로 약 48퍼센트는 비영리 주거단체(전문용어로는 ‘registered social landlords’ 또는 RSL)가 사회적 주거를 제공하는 것이다.

ALMO 개념은 계약화 관련 문헌들에서는 매우 자주 언급되는 것인데 이는 사회적 주거 제공 영역에서 구매자와 제공자를 구분한다는 데 그 아이디어가 있다. 이는 경쟁창출의 첫 번째 단계로서, 오로지 ‘구매’만 책임지는 자는 지역의 수요를 만족시킬 최선의 방법에 대해 보다 전략적으로 사고하는 경향이 있으며 게다가 분리된 ‘제공자’ 조직은 사적 영역에서의 대안과 더 쉽게 비교당할 수 있다. 주거 관련 ALMO들은 비영리회사들로서 소관 지자체가 그 소유권을 가지며 이사에는 지방자치단체의 대표자, 주민 대표자가 포함된다. ALMO는 법률에 토대한, 지방자치단체와 ALMO 간에 체결된 ‘경영 협약(management agreement)’에 따라 활동하여야 한다. ALMO의 행위는 지방자치단체의 행위로 간주되며 자치단체는 이 협약 하에서 임대인으로 남아 있다. 중앙정부는 지방자치단체들이 ALMO를 창설하게끔 하는 중요한 인센티브를 만들었는데 이는 ALMO를 가진 지방자치단체들만이 주택개선보조금을 받을 수 있도록 하는 것이었다.

한편, RSL들은 사회적 주거에서 역할이 더 중요해지고 있다. 일부 RSL들은 자원조직으로서 사회적 주거 제공의 긴 역사를 가지고 있는데 지방자치단체들은 이러한 유형의 RSL에게 그들의 자산 일부를 지방자치단체가 지명한 세입자들이 쓸 수 있게끔 요청한다. Housing Corporation<sup>36)</sup>의 행동강령에 따라서 RSL들은 이러한 요청이 합리적일 때에는 동의해야 하며 지방자치단체의 지명정책에 동의해야 한다. 어떤 지역에서는 RSL들과 지방자치단체가 주거대기명단을 공동으로 운용하기도 한다.

최근에는 지방자치단체 스스로 다른 RSL들을 창설하기도 하는데, 지방자치단체들은 자신이 소유하고 있는 주거용 재산을 RSL에게 양도하며 RSL과 이 재산을 법령상 의무에 맞추어 관리하겠다는 계약을 체결한다. 약 144개의 지방자치단체들은 그들 소유의 주거용 재산을 가지고 있지 않으며 전적으로 관련 RSL과의 관계에 의존하고 있다.

사회적 주거의 관리는 오늘날에도 여전히 지방자치단체를 직접 통해서이건, ALMO를 통

---

36) Housing Corporation은 법률에 의해 창설된 비부처 공적 기구(non-departmental public body)로서 RSL의 소관기관이며 정부자원의 배분에 있어서 중요한 역할을 하였다. 한편 2008년 동 기구는 폐지되고 Homes and Communities Agency와 Tenant Services Authority로 그 기능이 이관되었다.

해서건 아니면 RSL을 통해서건, 공적 주체와 밀접하게 연관이 되어 있기는 하지만 전통적 의미의 조달이 이 영역에서 차지하는 역할이 중요해지고 있다. 먼저, 새로운 사회적 주거의 건설 및 현존하는 자산의 유지는 개인 회사들에게 민간위탁이 될 수 있는 임무들이다. 둘째, 지방자치단체들은 홈리스들을 위한 임시숙소를 개인 임대인으로부터 조달할 수 있다. 셋째, 2004년 주택법에 따라 개인 임대인들은 사회적 주거를 건설하고 관리하는 데 필요한 정부지원의 수혜자가 될 수 있다. 이로부터 지방당국, ALMO, 그리고 비영리 주거단체들 이외에도 장기적인 사회적 주거의 제공 영역에 사적 영역이 더 많이 관여할 수 있는 경로가 열리게 되었다고 할 수 있다.

#### 다) 사회적 돌봄(social care)

지방자치단체는 사회적 취약계층에게 광범위한 사회적 돌봄서비스를 제공할 책임이 있다. 여기에는 아동, 노인에 대한 서비스가 포함된다. 2004~2005년 사이 지방자치단체(councils)들은 인적 사회서비스에 총 190억 파운드를 지출하였다고 한다. councils들이 여전히 직접 많은 서비스들을 제공하고 있지만 민간 영역, 자원 영역 모두 조달하는 것은 어떤 서비스 유형에서는 매우 중요하다. 예컨대 노인을 위한 요양가정의 80퍼센트가 사적인 영역에 속하며 13%가 자원봉사 영역에 속한다.

### 3) 주체에 따른 분류

전통적으로 대륙법에서와 같은 국가 개념이 정착하지 못하였던 영국에서는 행정계약을 체결하는 주체가 누구이냐와 관련하여서는 국왕(crown) 및 국왕의 대리인(crown agent)의 계약체결 권한과 기타의 행정기관들(bodies which are not crown agents)의 계약체결 권한을 구별하고 있다. 국왕은 자연인과 마찬가지로 국회법률의 수권 없이도 일반적으로 계약을 체결할 권한을 가지고 있으며(법률유보의 문제), 국왕의 대리인들 역시 대리인으로서 법률의 수권 없이 계약을 체결할 수 있으나 명시적인 법률의 수권이 있는 경우에는 독자적으로 계약체결의 주체가 될 수 있다. 국왕의 대리인이 아닌 대부분의 행정기관들은 법률에 의해 설립되고 법인격이 부여되는 존재로서 법률에 의해 특별히 부여된 권한만을 보유하므로 이들은 국왕이나 자연인과는 달리 계약을 체결할 수 있는 일반적 지위가 인정되는 것은 아니고 법률에 의한 명시적·묵시적 수권이 있는 경우에만 계약을 체결할 수 있다. 또한 계약은 그것이 법인격 있는 당사자 사이에서 체결된 것일 때에만 법적 구속력을 인정받기 때문에 행정 주체 내부의 기관 상호 간에 체결된 내부계약(internal contract)에 대해서는 법적 구속

력이 인정되지 않는다고 보는 것이 전통적인 입장이었다.

가) 국왕 (Crown)

- ① 국왕(및 그 대리인)은 법률의 수권 없이도 계약을 체결할 수 있다  
(법률유보의 대상 아님)

국왕은 계약을 체결할, 타고난 권한을 가지고 있다. 이는 중앙정부 차원에서는 계약을 맺는 데 있어서 국회법률에 의한 특정한 수권이 필요하지 않다는 것을 의미한다.<sup>37)</sup> 하지만 이하에서 살펴보듯이 중앙정부의 계약활동에 정치적, 법적 책임성을 구현하려면 국왕의 계약체결권한이 법률로 규율되어야 한다는 주장도 제기되고 있다.<sup>38)</sup>

- ② 국왕의 계약체결권의 성질(연원)에 대해서는 대권설과 권능설이 대립하고 있다

국왕의 계약체결권한(power to contract)이 권능(capacity)이나 아니면 대권(prerogative)이나에 대해서는 논란이 있다. 이 논란은 대권의 개념을 어떻게 이해하느냐에 대해 다른 입장을 취하고 있기 때문에 촉발되는 것이다. 특히 Wade가 강력히 지지하고 있는 Blackstone의 견해에 따르면 '대권'이란 국왕에게만 특유하고 일반 시민들에 의해서는 행사될 수 없는 그러한 힘을 의미한다고 한다.<sup>39)</sup> 따라서 전쟁선포권은 대권이지만 계약체결권한은 대권이 아니고 capacity 같은 용어가 더 적절하다는 것이다. 이 견해는 판례법에서 지지를 받고 있으며 (R v Secretary of State ; Shrewsbury and Atcham BC case) 대권과 권능 간의 구별은 'Ram doctrine'에서도 정부 스스로 채택하고 있는 바이기도 한다. Ram doctrine에 따르면 "다른 많은 사람들처럼, 장관들과 그의 departments도 일인 법인으로서의 국왕의 지위로부터 도출되는 보통법상 권한을 가지고 있다. 장관들과 그 부들은 국왕을 위하여 대권적 권한을 행사할 수 있다."<sup>40)</sup>라고 보고 있다. 즉

37) 물론 국왕이 자유로이 계약을 맺을 수 있다는 것이 국왕 마음대로 공적 재원을 사용할 수 있다는 의미는 아니다. Wade/Forsyth, op. cit., p. 677.

38) Davies, op. cit., p. 86.

39) Wade/Forsyth, op. cit., pp. 181~182. 물론 근래에는 시민에 대한 관계에서는 국왕의 대권이라는 것이 행정 권한의 연원으로서의 중요성은 잃게 되었지만 전쟁선포, 외교, 질서유지를 위한 경찰권한, 사면, 법인격 부여나 귀족작위의 부여, 의회의 소집과 해산, 법률안 동의 등은 여전히 국왕의 대권의 영역으로 남아 있다. 한편 의회법률에 의하여 어떠한 실체에 법인격이 부여되는 경우도 있을 수 있음을 물론이다. 즉 영국법상 법인은 국왕의 대권행사로써, 즉 royal charter에 의해 법인격이 부여되는 경우(예를 들면 boroughs, university, college, professional societies, BBC 등)도 있고 의회법률에 의해 법인격이 부여되는 경우(대다수의 법인으로서, 상사회사, county council같은 정부영역의 법인들)도 있게 된다. 이처럼 법인격 부여의 법적 토대가 대권이나 법률이냐의 차이는 해당 법인의 권한범위의 차이로 이어지게 된다. 즉 후자는 근거법률이 명시적, 묵시적으로 허용한 행위만을 할 수 있는 반면, 전자는 자연인이 할 수 있는, 거의 모든 것을 할 수 있다. Wade/Forsyth, op. cit., p. 183.

40) A. Lester and M. Weait, 'The Use of Ministerial Powers without Parliamentary Authority: The Ram

이 원칙은 보통법상 권한과 대권적 권한을 별개의 범주로 명확히 구별하고 있다. 국왕은 법인격을 가지고 있기 때문에 법인격체가 누리는 모든 보통의 자유(normal freedoms)를 누리는 것이고 이러한 자유에는 계약체결권한(capacity to enter into contract)이 포함된다. 41)

반면 Dicey적 견해, 즉 대권이란 '집행부(executive government)가 국회법률의 수권 없이도 적법하게 할 수 있는 모든 행위'를 의미한다고 보는 견해에서는 대권이란 정부의 비제정법상 권한 모두를 의미한다고 보게 된다. 42)

③ 대권설과 권능설에는 각각 문제점이 있다

이처럼 국왕이 국회법률의 수권이 없는 경우에도 계약을 체결할 수 있다는 데에는 견해가 일치하고 있지만 그럼 그러한 힘의 연원이 무엇이나에 대해서는 대권으로 보는 설과 국왕이 자연인과 같은 법적 인격을 누리고 있는 데서 당연히 귀결되는 권능이라고 보는 설이 대립되고 있다. 하지만 전자는 주로 역사적 맥락에서 설명가능한 대권을 현대 민주국가에서 이루어지는 국가 작용의 논거로 삼는 게 바람직한가라는 문제, 대권을 근거로 보게 되면 면제(Immunity) 여부가 당연히 동반된다는 점 등이 난점으로 지적될 수 있다. 반면 후자는 국왕, 정부 또는 국가, 그 표현이 무엇이건 간에 하나의 정치공동체에게 규범 차원에서 법인격성을 부여한다고 하여도 과연 당해 법인격체가 자연인과 전적으로 동일한 법적 인격성을 가진다는 귀결로 이어진다면 이는 다소 기괴하지 않은가라는 의문도 제기될 수 있다.

④ 책임성 약화를 보완할 대안으로서 법률의 유보가 제시되고 있다

어쨌거나 이상 살펴본 바와 같이 국왕의 계약체결권한의 연원이 무엇이나라는 논란과 상관 없이, 국왕의 계약체결권한이 비제정법상 권한으로 남는 한, 의회에 대한 정부의 책임성이 약화되는 결과가 초래된다는 점은 영국의 공법학계에서 두루 우려하는 바인 것으로 보인다. 학계에서는 이러한 문제에 대한 해결책으로는 두 가지 방안을 제시하고 있는데, 첫 번째 방안은 매우 과격한 제안으로서, 계약체결권한을 포함하여 정부의 모든 비제정법상 권한에 대해 법률을 제정하여 규율하여야 한다는 견해이다

Doctrines' (2003) Public Law 415.

41) 한편 이처럼 국왕이 일반 자연인들과 마찬가지로 법인격체이기 때문에 자연인과 마찬가지로 자유를 누린다고 하는 사고는 일부 판례를 통해서도 정부행위의 적법성의 논거로 활용된 바 있다. 예를 들면 *r v Secretary of State for Health, ex parte C* [2000] HRLR 400- 아동관련 업무종사 부적합자의 명단 (Consultancy Service Index)을 보건부 장관이 작성하여 지방자치단체, 사적 단체, 자원봉사단체 등이 활용할 수 있도록 하자 이러한 명단작성의 적법성이 문제된 사안 ; *Malone v United Kingdom*(1985) 7 EHRR 14 - 전화감청과 같은 경찰감시 police surveillance의 적법성이 문제된 사안)

42) Davies, op. cit., p. 88.

(codification model). 이는 영국 헌법의 근본적 변화를 의미하는 것으로서, 정부는 법률이 금지하지 않는 모든 것을 할 수 있다는 추정(Malone rule; 법률의 유보는 필요 없으며 법률의 우위로 충분하다는 견해로 이해된다)으로부터 정부는 모든 행위에 관해 법률상의 특정 근거를 확인할 수 있어야 한다는 요청(독일의 전부유보설에 상응하는 견해로 이해된다)으로 바뀌는 것을 의미한다. 하지만 이러한 견해의 문제점은 책임성(accountability)과 유연성(flexibility) 간의 갈등을 초래한다는 데 있다. 그래서 학자들은 타협점으로서 정부가 비제정법상 권한을 가끔 사용하는 것을 전적으로 배제하지 않으면서도 ‘중요한 행위(important activities)’에 대해서는 법률상의 수권을 얻도록 격려되어야 한다는 안을 제시하고 있다(독일의 중요사항유보설에 상응하는 견해로 이해된다). 문제는 법률에 유보되어야 하는 사안이 무엇이나의 기준을 제시하는 것인데 Cohn의 제안에 따르면 인권과 관련되는 정부행위에 있어서는 항상 법률상의 수권이 필요하며 ‘사회에 장기적인 부담을 주는 쟁점들’에 대해서는 설령 인권이 영향을 받지 않는다 하더라도 대개는 법률을 통하여 다루어져야 한다고 본다.<sup>43)</sup>

반면 Harris는 보다 간단한 대안을 제시하고 있는데 이에 따르면 신속한 대응이 필요한 예상치 못한 긴급상황이 아니라면 정부행위는 법률에 의해 수권되어야 한다는 것이다.<sup>44)</sup>

헌정의 다양한 측면들이 법률에 의해 규율된다는 의미에서 영국의 헌정이 점점 더 법전화되고 있는 것은 사실이다. 기존의 비제정법상 권한을 새로이 법률로 규율하는 것에 대해 더 많은 관심들이 기울여지고 있으며 계약에 관해서도 마찬가지이다. Davies는 Cohn 모델이건 Harris 모델이건 실무에서는 별 차이기 없을 것이라고 분석하면서 점차 방대한 영역에서 일반법률에 의하여 계약권한을 법전화하게 될 것이라고 예측하고 있다.

계약과 같은, 국왕의 비제정법상 권한은 현대 헌법의 요청인 민주적 책임성과 불편한 관계에 있기 때문에, 물론 실무적 문제가 있기는 하지만 법전화를 통해서 법원과 의회가 집행부를 통제할 능력이 향상될 수 있으리라는 기대가 법전화 경향의 배경을 이루고 있다.

#### 나) 장관 (Secretaries of State)

앞서는 국왕에 대해서만 초점을 두었지만 매일 매일의 집행활동은 정부부처(government

43) Cohn, “Medieval Chains, Invisible Inks: on Non-Statutory Powers of the Executive,” 2005, 25 OJLS 97, 120.

44) B V Harris, “The “Third Source” of Authority for Government Action Revisited,” 2007, 123 LQR 225, 240.

departments)와 부처의 법적 수장(legal figurehead)인 장관(Secretaries of State)의 손에 의해 이루어진다. 국왕은 자연인인 대리인(human agent)을 통해서만 활동을 하여야 하는데 이것이 천명된 바가 바로 국왕소송법(Crown Proceedings Act 1947)의 s 17이다. 이에 따르면 국왕을 상대방으로 하는 민사소송(civil actions against the Crown)은 반드시 관련 부처 department를 상대로 제기해야 하며 소관부처가 불분명한 경우에는 Attorney-General을 상대로 하여야 한다. 이는 흥미로운 문제를 제기하는데 장관이 체결한 계약의 경우 항상 장관이 국왕의 대리인으로서 국왕을 대신하여 체결한 것이라고 보아야 하는지, 아니면 장관 스스로 자신의 권리로써 계약을 체결할 권한이 있다고 보아야 하는지가 그것이다. 만약 후자라고 본다면(국왕뿐 아니라) 중앙정부의 손에도 계약체결권한이 주어져 있다는 귀결이 초래되며, 이는 법률로 규율되고 있지 않은, 또 다른 중요한 문제영역이 될 것이다.<sup>45)</sup>

#### 다) 영국법상 minister와 secretary of state

정부 부처(government departments)는 제정법에 의해 창설될 수 있고 이것이 19세기 중반부터 1960년대까지의 관행이었다. 비교적 최근까지 부처들은 minister가 수장이 되었다. 그렇지만 현대의 방식은 Secretary of State를 창설해서(이는 대권적 권한으로 행해질 수 있음) 기존의 기능들을 Ministers of the Crown Act 1975에서 정하고 있는 절차를 활용한 명령을 통해 새로운 Secretary of State에게 이전하는 것이다. Daintith and Page가 지적하고 있는 것처럼 이 방식은 특정 Secretary of State가 법률에서 지목되고 있는 경우(입법 실무상 이런 경우는 드물다고 한다)만 아니라면 하나의 Secretary of State에게 부여된 권한은 다른 Secretary of State가 행사할 수 있다는 점에서 정부로서는 편리한 점이 있다. 물론 실무에서는 부처별로 권한이 행사되며 장관을 해당 부처의 수장이자 대표자로 취급하는 것은 개별 장관 책임(individual ministerial responsibility)이라는 헌법적 관습에도 잘 맞아떨어지는 측면이 있다.

Secretary of State에게 Ministers of the Crown Act 1975에 따라 기능이 이전될 때에는 대개 Secretary of State에게 일인법인의 지위를 부여하는 게 보통이기 때문에<sup>46)</sup> 일단 Secretary of State가 법인격을 갖게 된다는 것은 Secretary of State는 그저 국왕의 대리인으로서가 아니라 자신의 이름으로 계약을 체결할 자유가 인정됨을 의미하는 것으로 보는 것이 합리적이라

45) Davies, *op. cit.*, p. 92.

46) 새로이 부를 창설하면서 그에 법인격을 부여하는 경우가 있는데 그렇게 되면 당해 부는 국왕의 대리인으로서가 아니라 자신의 이름으로 재산을 소유하고 계약을 맺을 수 있게 된다. 이때 대개 채택되는 방법은 장관 minister를 일인법인으로 만드는 것이다. Wade/Forsyth, *op. cit.*, p. 41.

고 볼 수 있다. 그러나 Town Investment(1978) 사건에서의 최고법원 판지로 말미암아 혼란이 일어나게 되었는데, 동 판결은 어쨌거나 SS는 자신의 이름으로 행위를 할 수는 없다는, 보다 넓은 전제를 대표하는 것으로 보인다. 이에 대해 Wade and Forsyth는 극히 비판적인 입장(위 판결이 부주의로 인한 이단이라고 봄. 행정법의 보통의 시각과는 너무 다르기 때문. 행정법에서는 장관의 행위가 반드시 국왕의 행위가 되는 것은 아니라고 봄. 이것이 M v Home Office의 판지. 국왕에 대해서는 대권적 구제와 injunction이 불가능하다는 점을 고려, 장관의 행위라고 봄으로써 이들 구제가 가능하도록 함)을 취하고 있는 반면 McLean은 우호적인 입장을 취하고 있는데 그 논거는 Crown Proceedings Act 1947 덕분에 계약상 국왕책임을 묻는 데 아무런 장애가 없다는 점, 위 판결취지가 계약관계에서의 계속성 확보에 기여한다는 점에 두고 있다. Davies도 의회에 대한 책임성의 관점에서는 Town Investment 판지가 바람직할 수도 있다는 입장인데 최소한 국왕 이외에 SS에게도 비제정법상 권한이 인정되는 결과를 피할 수 있다는 점을 논거로 들고 있다.<sup>47)</sup>

반면, Secretary of State에게 고유한 계약체결권을 인정하는 것이 여러 가지 장점이 있다는 지적도 있는데, 예컨대 국왕소송법에는 여러 가지 특수한 측면이 있어서 계약 상대방의 입장에서는 Secretary of State를 상대로 소송하게 하는 것이 나올 수 있다는 점, 계약에서는 개인이 아닌 직위를 언급하기 때문에, Secretary of State와의 계약이 계약관계의 계속성에 어떤 문제를 일으키는지가 명확하지 않다는 점, Secretary of State의 고유한 계약체결자격을 인정할 판례도 있다는 점, Secretary of State에게 법인격이 인정된다면 자신의 이름으로 계약체결할 지위를 인정하지 못할 바가 없지 않느냐는 점 등이 그 논거로 제시되고 있다.

#### 라) 지방자치단체 (Local authorities)

중앙정부의 계약체결권한이 의회에 대한 책임성의 관점에서 문제가 있다는 시각이 널리 퍼져 있으나, 지방정부의 권한에 대해서까지 동일한 지적을 할 수는 없다. 지방정부의 권한은 매우 넓기는 하지만 제한이 없는 것은 아니며 항상 제정법률에 의하여 기술되어 왔기 때문이다.

##### ① 지방자치단체의 계약체결에는 법률의 수권이 필요하다

지방정부는 법률의 피조물이기 때문에 지방정부의 행위에 대해서는 법률상 수권이 있어야 한다는 점은 확립된 법이다(전부유보?). 따라서 지방정부의 계약체결권한이 타고난 것(inherent capacity)은 아니라고 할 수 있다. 물론 1972년의 지방정부법에서 광범

47) Davies, op. cit., p. 95.

위한 계약체결권한을 부여하고 있으므로 이는 별문제가 되지 않는다고도 볼 수 있지만 *Crédit suisse*판결(지방정부가 투기적 부동산개발 speculative property development 계약을 맺은 1997년 사례)<sup>48)</sup>이나 *Hazell*판결(지방정부가 금리스와프 interest rate swap 계약을 맺은 1992년 사례)<sup>49)</sup>에서는 지방정부의 계약체결권한은 무제한한 것이 아니라는 점을 근거로 위 계약들이 각각 월권(ultra-vires)이라고 판시하였다. 이처럼 지방자치단체가 그 권리능력의 범위를 벗어난 계약을 체결하여 추후 그것이 월권이고 따라서 무효로서 집행불가함이 선언되었을 때, 선의의 계약상대방을 어떻게 보호하여야 할 것인가라는 문제가 남게 된다.<sup>50)</sup>

② 지방자치단체는 일반적 또는 특정적 계약체결권한을 가진다

지방정부는 특정적 계약체결권한과 일반적 계약체결권한이라는 두 가지 유형의 계약 체결권한이 있다. 주거와 운송 같은 특정 영역의 활동을 규율하는 특정 법률에 따라 계약체결권한이 있기도 하고(예를 들면 *National Assistance Act 1948 s 21(1)*에 따른 지방정부의 특정 계약체결권한) 나머지 영역에서 일반적 계약체결권한도 있다(예를 들면 지방정부는 *Local Government Act 1972 s111(1)*에 따라 계약체결권한을 포함하여, 자신의 기능을 수행하기 위하여 어떤 것이라도 할 일반적 권한을 가지고 있다). 특히 지방자치단체는 계획법영역에서 토지의 개발이나 사용과 관련하여 ‘계약적 또는 규제적’ 계약을 맺을 광범위한 권한을 가지고 있는데<sup>51)</sup> 종종 개발계획승인을 구하는 신청인에게 법령상의 요건에 기해서는 받아낼 권한이 없는 양보를 하는 데 동의하도록 유도하는 경우가 있어왔다. 물론 이러한 관행의 적법성에 대해서는 의문이 지속적으로 제기되어 왔지만 법원은 이를 적법한 것으로 판시하고 있다.<sup>52)</sup> 가능한 한 모든 경우에 시장경제가 작동하게 한다는 정책에 발 맞추어 중앙정부가 많은 계약들을 경쟁입찰을 통하도록 하고 있는 것처럼 지방정부들도 그러한 요청에 내몰리게 되면서 지방정부가 제공하던 많은 서비스 영역이 상업적 경쟁 속으로 던져지게 되었다. ‘강제

48) *Crédit suisse v. Allerdale BC* [1997] QB 306.

49) *Hazell v. Hammersmith and Fulham LBC* [1992] AC 1.

50) 지방자치단체가 체결한 계약이 월권으로 무효이면 계약의 양 당사자는 공히 계약상 의무의 이행을 소구할 수 없게 되고 이미 지불한 금원은 회수할 수 없게 되기 때문에 1972년 지방정부법에서는 채권자들을 보호하기 위하여 지방자치단체에 금원을 대여한 자는 계약의 적법성을 우려할 필요가 없으며 위법성에 의해 불이익을 받지 않는다고 규정한 바 있다. 그러나 이러한 규정만으로는 선의의 상대방 보호가 충분하지 않았기 때문에 1997년 지방정부(계약)법에서는 계약이 월권이라 하더라도 법적 구제를 받을 수 있도록 하는 ‘인증계약 certified contracts’ 시스템을 마련하였다. *Wade/Forsyth, op. cit., pp. 680~681.*

51) *Town and Country Planning Act 1990, s. 106.*

52) *Good v. Epping Forest DC* [1994] 1 WLR 376; *Tesco Stores Ltd. v. Secretary of State for the Environment* [1995] 1 WLR 759 (HL).

적 경쟁입찰'이 적용되는 예로는 지표면의 유지관리(ground maintenance), 폐기물수거(refuse collection) 및 차량 유지관리(vehicle maintenance)등이 있는 바 지방자치 관련법령들에서는 소관부처 장관에게 이러한 강제적 경쟁입찰이 적용되는 사항들의 목록을 추가할 권한을 부여하고, 이에 불응하는 지방자치단체에게 그 권한의 제약하거나 규제하는 '금지명령'을 발할 수 있도록 수권한 바 있다.<sup>53)</sup> 하지만 이러한 지나치게 엄격한 체제는 1999년에 이르러 '성과(best value)'의 확보의무가 중시되는 쪽으로 정책이 바뀌면서 다소 완화되었다.<sup>54)</sup>

#### 마) 기타 공적 주체

중앙정부의 부처나 지방정부 이외의 기관들은 일반적으로 해당 기관들을 창설하는 법률들에서 계약체결권한이 도출되는데 예컨대 NHS Trusts는 NHS법에 의해 창설된 기구로서 병원이나 병원그룹을 운영할 책임을 지고 있다. NHS Trusts의 권한은 다음과 같다(National Health Service Act 2006, Sch. 4, para 14).<sup>55)</sup>

- (1) NHS trust는 그 목적에 필요하거나 편리하다고 여겨지는 모든 것 또는 그 기능과 관련하여 필요하거나 편리하다고 여기는 모든 것을 할 수 있다.
- (2) 특히 NHS trust는
  - (a) 재산의 획득과 처분
  - (b) 계약의 체결
  - (c) 재산의 증여를 받는 것을 할 수 있다.

이러한 계약상 권한의 범위는 명백히 Trust의 기능이 어떻게 개념정의되는가에 따라 달라지게 된다. trust의 기능은 대개 trust의 설립령(establishment order)에서 기술되어 있는데 일반적으로는 특정 지역에 "병원시설과 서비스를 제공하고 관리함(to provide and manage hospital accommodation and service)"이라고 정해진다. 따라서 병원서비스 제공과 관련이

53) Local Government Planning and Land Act 1980, Pt III; Local Government Act 1988, Pts I, II(현재는 일부 폐지되었음); Local Government Act 1992, Pt. I.; 관련 판례 Secretary of State for the Environment ex p. Haringey LBC(1994) 92 LGR 538.

54) Wade/Forsyth, op. cit., p. 679.

55) (1) An NHS trust may do anything which appears to it to be necessary or expedient for the purpose of or in connection with its functions,  
 (2) In particular it may-  
 (a) acquire and dispose of property  
 (b) enter into contracts, and  
 (c) accept gifts of property...

없는 계약체결은 법원에 의해 월권으로 선언될 가능성이 크며 이로 말미암아 정부는 NHS Trust가 PFI 계약을 체결할 권한이 있음을 확실히 해주는 법률을 제정할 필요가 있음을 알게 되었다.

## 다. 행정 계약과 법치주의

### 1) 행정 계약과 법률의 근거(법률유보): 계약을 체결함에 있어서 법률의 근거가 필요한지 여부의 문제

정부 계약과 국회입법 간의 관계는 양면성을 띤다. 국회가 정부에게 계약체결권한을 부여하는 내용의 법률을 제정한다는 것은 한편으로는 정부로 하여금 자신의 계약체결과 관련하여 국회법률로 대변되는 민주적 정당성의 발판을 제시할 수 있게 해준다는 점에서 촉진적 역할을 한다(정치적 책임성). 또한 계약의 일개를 미리 규율하는 법률이 마련된다면 이는 계약당사자들 사이의 예측가능성을 제고하는 데에도 긍정적으로 작용한다. 더 나아가, 정부 계약을 규율하는 법률은 계약과 관련한 분쟁이 발생하였을 때, 법원의 심사척도로 작동하므로 법원의 심사를 보다 원활히 한다는 긍정적 측면도 있다(법적 책임성).

그러나 정부 계약을 규율하는 법률은 다른 한편으로는 당해 계약이 벗어나서는 안되는 일종의 규범적 한계로서 작용하게 된다는 점에서 통제적 역할을 한다. 무엇보다도, 계약이라는 법형식은(신분에서 계약이라는, 간략하면서도 유명한 언급이 시사하듯) 본질적으로 권리·의무 관계의 다양성, 유연성 추구수단으로서의 특성이 있다는 점에서 공적 영역에서의 계약 체결에 있어서, 그 주체, 절차, 내용, 형식, 효력 등을 법률로써 - 일률적으로 - 규율하는 것은 위와 같은, 계약의 특성이자 장점을 현저히 퇴색시킬 우려도 있다.

한편 영국법에 있어서 공적 주체가 계약을 법적 근거 없이도 체결할 수 있는가의 문제는 중앙정부의 경우와 지방정부 및 기타 법률에 의하여 창설된 법인 등 공공기관의 경우가 달리 취급되고 있다.

#### 가) 중앙정부

영국법의 이해에 따르면 중앙정부의 경우, 반드시 법령의 근거가 있어야만 계약을 체결할 수 있는 것은 아니며 법령의 근거가 없어도 일반적으로 계약을 체결할 수 있다. 즉 중앙정부는 제정법에 토대하지 않은 계약체결권한(non-statutory contracting power)을 가지고 있기 때문에 계약을 체결함에 있어서 의회의 수권을 구할 필요가 없다.<sup>56)</sup> 이처럼 중앙정부가

법률상의 근거 없이도 계약을 체결할 수 있는 것은, 국왕(Crown)이 본래 가지고 있는 계약 체결권한을, 정부 자신의 계약체결권한의 근거로 제시할 수 있기 때문이다. Turpin이 설명하듯, 국왕은 제정법상 수권에 근거하지 아니하는, 일반적인 계약체결권을 가지고 있다.<sup>57)</sup> 중앙정부의 장관의 경우, 국왕의 장관(Minister of the Crown)으로서 국왕의 계약체결권을 행사할 수 있다.

그런데, 계약을 체결함에 있어서 의회의 수권이 필요 없다는 것은 한편으로는 유연성(flexibility)을 도모할 수 있다는 점에서 매력적이지만 다른 한편으로는 정부의 계약활동에 대해서 공공의 감시(public scrutiny)나 법원에 의한 심사 가능성을 무기력하게 만든다는 데에 문제가 있다.<sup>58)</sup> 의회법률의 수권 없이 계약이 체결된다는 것은, 의회가 당해 계약과 관련하여 다양한 이해관계를 대변하고 활발히 토론하는 과정에서 민주적 심사를 행하는 과정이 원천적으로 차단됨을 의미한다. 또한 계약과 같은 비제정법상 권한의 행사에 대해서는 법원에 의한 통제기제, 즉 정부활동에 대한 전통적 사법심사 기제인 월권심사(ultra-vires)도 무력해진다. 왜냐하면 월권심사란 정부행위가 '의회가 제정한 법률'의 범위를 벗어나지 않았는가 여부를 심사하는 것이기 때문이다. 결국 의회법률에 토대하지 않은 권한의 존재(계약)는 정부의 책임성(accountability)을 취약하게 만든다는 점에 문제가 있다.<sup>59)</sup>

#### 나) 지방자치단체 및 기타 공공기관

제정법에 의해 창설된 많은 공행정당국들의 경우, 이들의 계약체결권한은 수권법률에서 그 근거를 발견할 수 있다. 따라서 계약을 규율하는 수권법률의 존부를 둘러싸고 중앙정부와 지방자치단체가 처한 상황은 대조적이며 이는 앞서 언급한 정치적, 법적 책임성의 문제에 있어서도 다른 결과를 가져오게 된다.

#### 다) 수권법률의 존재와 사법심사척도

요약하자면 영국법에 있어서 공적 주체의 계약체결권한은 의회법률에 토대한 경우도 있고 보통법상 권한으로서의 성격을 지니는 경우도 있다. 앞서 언급한 바와 같이, 제정법상의 계약체결권에 대해서는 법원이 월권 이론(ultra vires)을 활용하여 통제할 수 있다. 보통법상

56) Davies, *The Public Law of Government Contracts*, p. 81.

57) 영국법상 Crown의 법적 성격에 대해서는 많은 논란이 있으나 Crown이 권리·의무의 주체가 될 수 있는 능력, 즉 법인격을 누리며 법률행위능력 역시 인정된다는 점에는 의문이 없다.

58) 물론 정부계약과 관련하여서는 분쟁이 있을 시에는 ADR을 많이 활용하기 때문에 계약과 관련한 분쟁이 법정까지 가는 경우는 많지 않다. Davies, *op. cit.*, p. 81.

59) Davies, *op. cit.*, p. 69, p. 81.

권한에 대해서도 법원이 심사를 할 여지는 어느 정도 있는데, 이 경우 활용하는 척도로는 부적절한 목적(improper purposes)이나 타사고려(irrelevant considerations)를 들 수 있다. 하지만 이러한 심사기제는 매우 불완전하다. 왜냐하면 근거법률이 만들어지지 않은 경우에는 목적의 부적절성을 판단할 기준을 어디에서 발견해야 하는지가 불명확하기 때문이다.<sup>60)</sup>

2) 행정 계약과 형식선택의 자유: 법률에서 행정행위(처분)의 형식을 규정하고 있는 경우, 동일한 목적을 달성하기 위하여 이를 계약의 형식으로 규율할 수 있는가의 문제 (형식 선택의 자유)

가) 정부의 정책집행 수단으로서 imperium과 dominium<sup>61)</sup>

대략적으로 말하자면 imperium은 입법과 같은 일방적 규율을 사용하여 정책목표를 달성하는 것을 지칭하는 반면, dominium은 정부가 가진 부(wealth)를 활용하여 정책목표를 달성하는 것을 지칭한다. 예를 들면 교정시스템(prison system)을 마련하는 경우, 의회가 법률을 제정하여 교정관청을 창설하고 이 교정관청에 필요한 권한과 물적, 인적 설비 마련에 필요한 재원을 부여하는 것이 imperium 방식이다. 반면 민간회사로부터 교도소시설 및 그와 관련된 감시서비스를 구매하는 것은 dominium방식이라고 할 수 있다. 물론 양자가 어느 정도는 서로 중첩될 수는 있지만 어쨌거나 중요한 것은 정부가 동일한 정책을 일방적 규율을 통하여 집행할 수도 있고 dominium 파워의 행사를 통하여 구매할 수도 있다는 것이다.

그런데 정부가 선택할 수 있는 이 두 가지 방식은 그것이 각각 어떻게 통제되느냐라는 점에서 흥미로운 비교가 된다.<sup>62)</sup> 정부가 입법을 통해 활동하고자할 때에는 먼저 그러한 법제정에 의회의 승인을 구해야 한다. 물론 대개는 집행부가 의회를 장악하고 있기 때문에 의회에서의 심사가 매우 꼼꼼하게 이루어지는 것은 아니지만, 어쨌거나 의회라는 공론의장에서 법률 제정을 둘러싸고 토론하고 논쟁할 기회가 부여된다. 또한 일단 법률이 제정되고 이에 토대하여 정부의 활동이 이루어진 경우에는 이들 정부활동들의 합법성이나 합리성에 대하여 의문이 있을 때에는 그러한 활동에 영향을 받는 자들이 사법심사를 구할 수 있게 된다. 그러나 정부가 dominium방식으로 활동할 때에는 법률에 의한 수권(legislative authority)이

60) 예를 들면 법원은 공적 주체, 특히 지방자치단체가 자신의 계약권을 정치적 목적을 위해 행사하지 못하도록 하기 위하여 관련성(relevancy)이라고 하는 기준을 활용한 바 있다. 흑백차별 시대에 지방자치단체들이 남아프리카와 관련이 있었던 회사들과 거래를 하지 않으려고 했을 때 발생했던 수많은 분쟁들이 그 예이다. 이러한 공법규범의 적용은 계약법의 방식, 즉 계약상대방을 고를 당사자의 자유를 인정하는 방식과 극명한 대조를 이룬다.

61) Daintith, "Regulation by Contracts: the New Prerogative," 1979, 32 Current Legal Problem 41.

62) Davies, op. cit., p. 68.

필요하지 않으며 설령 법률이 수권을 하고 있더라도 정부는 매우 광범위한 재량적 권한을 얻는 것이 보통이다.<sup>63)</sup> Dominium 방식의 전형적인 수단이 계약임을 감안할 때, 계약체결에는 의회법률에 의한 수권이 필요하지 않다는 것은 정부의 계약활동과 관련한 통제의 결핍 문제로 이어지게 되고 이것이야말로 결국 정부계약과 관련하여 공법이 해결해야 할 가장 큰 과제로 여겨지고 있다.<sup>64)</sup>

#### 나) 계약으로 고권적 규율을 대체할 수 있는지 여부

한편 정부가 계약을 체결함에 있어서 법률을 통한 수권이 필요하지 않다는 문제와는 별개로, 이미 법률에서 규율하고 있는 사안을 계약을 통해 규율할 수 있겠느냐의 문제가 제기된다. 독일식의 공법체계하에서는 법치주의의 하위원칙으로 법률의 우위와 법률의 유보가 모두 논의되고 있고 법률의 우위의 타당범위와 관련하여서는 전부유보설, 침해유보설, 중요사항유보설 등이 논의되고 있는 것과 대조적으로 영국의 공법체계에서는 이하에서 살펴보듯이 정부는 의회가 법률로 금지하지 않은 모든 것을 할 수 있다는 것이 기존의 원칙<sup>65)</sup>이라는 점에서 법률의 우위원칙만이 문제될 뿐 법률의 유보개념은 그다지 뚜렷하지 않은 것으로 보인다. 물론 학설상으로는 의회가 제정법률로써 반드시 규율해야 하는 사안들이 있다는 주장이 일부 제시되고 있는데 대표적으로 Cohn은 인권법(Human Right Act)에 발맞추어, 인권과 자유(human rights and freedoms)에 관련된 사안은 말할 것도 없고, 인권과 직접 관련되지 않는다고 할지라도 사회에 지속적인 부담을 주는 사안(long-lasting bearing on on society)에 있어서의 정부활동은 국회법률에 토대하여 이루어져야 한다고 주장한 바 있다.<sup>66)</sup> 반면 Harris는 비상사태하에서의 정부활동을 제외하고 일상적 정부활동은 원칙적으로 국회법률에 토대하여 이루어져야 한다고 주장한 바 있다.<sup>67)</sup> 많은 학자들은 이러한 논의들의 중간 즈음에서 견해를 취하고 있는데 그것은 바로 ‘중요한 사안’은 법률로 규율되어야 한다는

63) Davies, op. cit., p. 68.

64) Imperium이건 dominium 이건 모두 정부의 정책목표 달성을 위한 수단이라면 dominium에도 통제(control), 촉진(facilitate), 책임성 확보(holding to account)라고 하는 공법의 과제가 적용되어야 한다는 주장으로는 Davies, op. cit., p. 69.

65) 이를 이른바 Ram Doctrine, Malone rule이라고 하는데, 이는 장관의 행위는 제정법이 이를 제약하지 않는한 허용된다는 취지의 1945년 법적 비망록(legal memorandum)에 근거를 두고 있고 정부는 지난 수십년간 이를 비제정법상 행위의 근거로 제시하여 왔다. A. Lester and M. Weait, "The Use of Ministerial Powers without Parliamentary Authority: The Ram Doctrine," 2003, Public Law 415.

66) Margit Cohn, 'Medieval Chains, Invisible Inks: on Non-Statutory Powers of the Executive,' (2005) 25 Oxford Journal of Legal Studies, 99.

67) B.V. Harris, "the 'Third Source' of Authority for Government Action' (1992) 109 LQR 626.

것이 그것이다. 물론 이러한 견해의 난점은 무엇이 중요한 사안인지를 판별하는 기준이 불분명하다는 데 있다. 더 나아가 이미 법률로 규율되어 있는 사안을 계약을 통해 규율할 수 있겠느냐하는 문제에 관해서 Cohn은 (긴급한 행위가 필요한 극단적 상황을 제외하고는) 원칙적으로 이는 허용되어서는 안된다고 주장하고 있다.<sup>(68)(69)</sup>

### 3) 계약과 공법의 역할

#### 가) 통제 역할

계약에 관한 재판통제의 첫 번째 기제는 월권(*ultra vires*)으로서 이는 정부의 행위가 의회 법률의 범위를 벗어나지 않도록 하는 것이다. 두 번째 기제는 절차적 부적절 여부(*procedural impropriety*)에 대한 통제로서 정부가 단체와 개인들을 다룸에 있어서 공정한 절차를 밟았는지 여부를 법원이 살피는 것이다. 절차의 정식성은 신속하고 유연한 협상이라는 시장 맥락의 정반대 명제라는 점에서 계약에서 절차적 엄정성을 강조하는 것은 부적절하다는 견해도 주장되고 있다. 그러나 정식절차들은 정부가 양질의 결정을 할 때 필요한 정보들을 얻게끔 고안된 것들로서 정부가 성과(VFM : value for money)를 달성하게 하는 데 도움이 될 수 있음은 물론이다. 계약체결에 있어서 절차의 적정성을 기하기 위한 규율들은 PCR 2006 : the Public Contracts Regulations 2006에도 규정되기에 이르렀다(PCR SI2006/5).<sup>70)</sup>

#### 나) 촉진 역할

계약과 관련하여 공법이 수행하는 가장 분명한 촉진적 역할은 무엇보다도 정부에게 계약을 체결할 때 필요한 권한을 부여하는 데 있다. 영국법에서는 보통법상 권한과 제정법상 권한의 조합을 통해서 이러한 촉진 역할이 수행되고 있다.<sup>71)</sup> 중앙정부의 계약이 내부지침의 규율을 주로 받는 반면 지방정부의 계약의 규율에 있어서는 제정법(*statute*)이 많은 역할을 하고 있다. 한편, 민간위탁에 관한 규범인 *Deregulation and Contracting Out Act 1994*

(68) Cohn은 이를 *rule of residuality*라고 부르고 있다. Cohn, "Medieval Chains, Invisible Inks: on Non-Statutory Powers of the Executive," 2005, 25 OJLS 100.

(69) 관련 판례로는 *Attorney General v De Keyser Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508 - 호텔 주인이 전시 군대가 점유한 재산의 보상에 관한 1842년 법률에 기하여 보상을 청구하자 법률에 의하였을 때보다 더 적은 보상을 하고자 정부가 국왕의 대권에 의지하였다. 이에 대법원(House of Lords)은 일단 법률이 제정되어 국왕의 대권을 대체하거나 수정하였다면 당해 법률의 존속기간 동안 국왕의 대권은 양보상태(*falls into abeyance*)가 된다고 판시하였다.

70) Davies, *op. cit.*, p. 69.

71) Davies, *op. cit.*, p. 43, p. 69.

s69(2)는 정부가 권한을 계약 상대방에게 위임할 수 있도록 허용하는 중요한 촉진적 제정법률이다. 또 다른 촉진요소로서는 계약과 관련한 행정의 재량이 구속당하지 않도록 하는 보통법상의 원칙을 들 수 있는데 이에 따르면 공행정당국은 공익상 정책변화가 필요할 때에는 계약상의 의무를 회피할 수 있다.<sup>72)</sup>

#### 다) 책임성 확보 역할

정부가 자신의 행위에 책임을 지게 하는 것도 공법의 역할인데 여기에는 정부의 행위를 감시할 수 있도록 정보가 활용 가능해야 하고, 공적 참여기회를 부여하여야 하며 일이 잘못 되었을 때 구제방도를 만들어야 한다는 것이 포함된다.

① 구제수단의 마련: 계약 맥락에서는 계약에 의해 수행되는 행위들에 의해 영향을 받는 시민들을 위해서 뿐 아니라 계약 상대방(및 실패한 입찰참가자)을 위한 구제방안이 마련되는 것이 중요하다. PCR 2006에서는 실패한 입찰참가자를 위한 구제수단을 규정하고 있으며 계약법에서는 계약 상대방을 위한 구제책을 마련하고 있다. 시민에 관해서는 구제책이 계약 상대방을 상대로 하는 것인지 아니면 정부측 구매자를 상대로 하는 것이 여부를 결정하기 어려운 경우가 종종 있다.<sup>73)</sup>

② 공공의 참여기회의 마련: 공공의 참여와 관련해서는 영국법의 발전이 더딘 편이며 특히 미국의 공식적 ‘notice and comment’ 절차와 비교할 때 영국법에서는 부족한 점이 많다.<sup>74)</sup> 하지만 장래 특정 공적 서비스 영역에서 계약체결 전에 의견수렴(consulting)에 대해서는 본질적인 반대는 없으며 NHS 맥락에서는 사전 의견수렴 절차가 제정법률에 마련되었다(Health and Social Care Act 2001, s 11 → 현재는 National Health Service Act 2006, s 242 ; LGPIHA 2007, s 233).<sup>75)</sup>

의견청취(consultation)는 법률상 요구될 수도 있고 판례법을 통해 요구될 수도 있는데, 영국법에서는 현재, APA상의 규칙제정절차과정 중에서는 관청이 반드시 의견청취를 하도록 하고 있는 미국과는 대조적으로 일반적인 법률상 의견청취 요건은 마련되어 있지 않다. 하지만 특정 정책 영역에서는 의견청취를 할 법률상 의무가 규정되어 있는 경우도 있다. 민간위탁(contracting out)을 하기 전에 반드시 의견청취를 할 의무를 규정하고 있는 법률의 예로 Housing Act 1985, ss32, 43, 106A, Sch. 3A를 들 수

72) Davies, op. cit., p. 69.

73) Davies, op. cit., p. 70.

74) P Craig, Administrative Law 2003, pp. 380-8.

75) Davies, op. cit., p. 70.

있다.<sup>76)</sup>

NHS 영역에서는, 다양한 NHS 기관들이 지역주민에 대해 서비스 변경시 의견청취를 할 법률상 의무를 지고 있다. 이 의견청취 의무는 계약체결과 일정 관련성이 있으나 이하에서 보듯이, 정부는 최근 의견청취의 역할을 축소하기 위한 조치를 취한 바 있다.<sup>77)</sup>

- ③ 정보 제공: 계약과 관련한 정보 제공의무의 존부 내지 범위는 현재 가장 논란이 있는 영역이다. 계약과 정보공개는 상충되는 측면이 있을 수 있다. 즉, 계약에서는 기업들이 정부사업에 입찰하고 경쟁을 유지할 수 있게끔 하기 위해서는 영업상의 비밀 (commercial confidentiality)이 존중되어야 한다는 지적이 그것이다.

76) 동법에서는 지방자치단체의 보유가옥의 전부 또는 일부를 주거연합(housing association)이나 개인 집주인 (private landlord)에게 양도하기를 원할 때 세입자의 의견을 반드시 청취할 의무를 부과하고 있다. 또 이에 대해 주무부 장관(Secretary of State)이 반드시 동의해야 하며 동의를 구하는 절차의 일환으로서 지방자치단체는 SS에게 의견청취절차에 관한 정보를 제공해야 한다. SS가 보기에 의견청취가 부적절했다면 장관은 동의요청을 무시할 수 있으며 다수의 세입자가 이전에 동의하지 않은 것으로 보이면 장관은 동의를 거부해야 한다.

77) 관련 법조문: Health and Social Care Act 2001 s 11(1)

It is the duty of every body to which this section applies to make arrangements with a view to securing, as respects health services for which it is responsible, that persons to whom those services are being or may be provided are, directly or through representatives, involved in and consulted on -

- (a) the planning of the provision of those services,
- (b) the development and consideration of proposals for changes in the way those services are provided, and
- (c) decisions to be made by that body affecting the operation of those services.

관련 판례: R (Smith) v North Eastern Derbyshire PCT

- NHS Primary Care Trust가 두 마을에서 기존의 GP서비스 제공이 불만족스럽다는 이유로 신규로 GP 서비스 제공 입찰 모집을하기로 결정하면서 한 회사를 우선입찰자로 선정하고 협상을 개시하였는데, 이 과정에서 주민의견청취절차를 거치지 않은 것이, 위 법 11(1)조 위반인지가 다투어진 사례이다. 원심에서는 원고가 패소하였으나 항소심에서는 원고가 승소하였는데, 항소심 법원은 주민의견청취절차를 거치지 않은 것이 위법하다고 보아 우선입찰자인 개인회사와 협상을하기로 한 결정을 취소(quash)하였다.

한편 현재 의견청취관련 위 조항은 개정되었다.

관련 조항 - National Health Service Act 2006, s 242(1B)

(1C) Subsection (1B)(b) applies to a proposal only if implementation of the proposal would have an impact on -

- (a) the manner in which the services are delivered to users of those services, or
- (b) the range of health services available to those users.

(1D) Subsection (1B)(c) applies to a decision only if implementation of the decisions (if made) would have an impact on -

- (a) the manner in which the services are delivered to users of those services, or
- (b) the range of health services available to those users.

개정의 취지는 결국 기존 계약을 조정하는 경우(underlying contractual arrangements)과 관련해서는 공적 의견청취public consultation가 필요하지 않도록 하는 데 있다.

#### 4) 계약과 법률의 우위

기존에 발효 중인 법률에 위반되는 행정 계약이 체결된 경우나 행정 계약 체결 후 계약과 양립하지 않는 법률이 제정된 경우 각각 행정 계약의 효력문제가 제기될 수 있다(법률의 우위). 이는 위법한 행정 계약의 법적 효력의 문제로 귀결되는데, 위법한 계약의 무효 여부, 이행청구 및 집행가능 여부 등의 쟁점에 대해서는 다음 기회에 보다 상세히 살펴보기로 한다.

#### 5) 예산을 통한 의회의 통제역할<sup>78)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 의회는 정부에게 계약체결권한을 부여하는, 즉 수권법률의 제정을 통해서 한편으로는 정부의 계약형식 활용을 촉진하고 다른 한편으로는 계약에 대한 법적 통제 기준을 마련하는 역할을 한다. 다른 한편 의회는 예산을 통해서 정부 계약에 대한 통제 역할을 할 수 있다. 영국의회가 특정 회계연도의 공적 지출을 승인하기 위해서는 두 가지 법률을 통과시켜야 하는데 하나는 Consolidated Fund Act로서 이는 당해연도의 정부지출에 필요한 총액을 승인하는 것이고 두 번째는 지출승인법(Appropriation Act)이라고 해서, 이는 'vote'라고 알려진 상이한 제목(heading)하에 통합재원(consolidated fund)로부터 지출권한을 부여하는 내용이다. 정부는 의회에 이 두 법을 통과시켜달라고 공식 요청을 하는데 이 때 제출하는 것이 '공급추계(supply estimates)'로서 이는 각 부처와 기타 공공기관의 지출계획을 상세히 적어놓은 것이다. 영국의 경우, 정부가 의회다수이기 때문에 그리고 estimates가 매우 일반적인 용어로 틀이 잡혀 있기 때문에 하원이 특정 지출유형을 거부하는 일은 거의 전례가 없었다고 할 수 있다.

최소한 이론적으로는 의회가 어떤 vote에 관한 지출승인을 거부할 수도 있고 대신 vote를 승인은 하되 재원이 특정 계약을 위하여 지출하는 데 사용되어서는 아니된다는 명시적 조건을 달아서 승인할 수도 있다. 물론 국정실무에서 의회가 정부예산과 관련하여 위와 같은 대응을 하는 경우는 거의 없었지만 그럼에도 불구하고 이런 일이 일어났을 때 그 귀결이 무엇 일까를 생각해볼 수는 있다. 두 경우로 나누어볼 수 있는데, 하나는 의회가 자원승인을 거부했을 때 계약이 무효가 된다는 사고이고 다른 하나는 계약은 유효하고 따라서 정부가 계약 상대방에게 채무를 이행하거나 아니면 불이행으로 인한 손해배상을 할 다른 방안을 마련하는 수밖에 없는 경우이다. Davies는 이 둘 가운데 두 번째 옵션이 더 낫다고 제안하고 있는데, 그 논거는 결국 의회의 의도는 계약을 맺고자하는 정부의 행위를 찬성하지 않는다는

78) Davies, op. cit., p. 98.

뜻을 명확히 하지는 것인데, 그렇다고 해서 계약 상대방이 피해를 입는 결과가 초래되어서는 안된다는 점, 의회의 지출허락이 계약의 유효성에 선행하는 조건이라는 게 일반원칙이 된다면 모든 계약 상대방들에게 불확실성이 초래되는 문제가 있다는 점에 있다.

이 점에 있어 미국의 입장은 흥미로운 대비를 이루는데, Anti-Deficiency Act에 따라 예산 배정 appropriation은 정부관청이 유효한 계약을 맺는 데 선행조건이 된다는 것이 그러하다(31 USC §1341(a).<sup>79)</sup>) 그렇지만 미국의 예산배정시스템은 훨씬 유연성이 있어서 일반적으로 예산승인이 된 해와 동일한 해에 재원이 지급되어야만 하는 것은 아니며 당해연도 내에 계약이 체결될 필요도 없다. 그래서 미국정부는 예산승인절차의 틀 안에서 장기적인 계약체결을 할 수 있다.

## 라. 내부협약

### 1) 내부협약의 법적 의의

일반적으로 법적 의미의 계약은 당사자들간의 '합의'에 '법적 효력'을 부여하여 일방 당사자가 합의사항을 이행하지 않는 경우에 국가가 그 실현에 조력을 하는 경우를 지칭한다. 따라서 국가의 조력이 전제되지 않는 합의는 엄밀한 의미에서 법적 의미의 계약이라고 할 수 없을 것이지만 계약의 초점을 국가적 조력에 두는 것이 아니라 '합의' 자체에 두는 경우에는 국가적 조력이 전제되지 않는 합의들도 넓은 의미에서는 계약이라고 할 수 있을 것이다. 공공계약들 가운데 법적으로 집행가능하지 않은 계약들에 대하여 법률가들은 그 관계가 유의미한 계약인지를 의심하는 경향이 있으며 '계약'이라는 용어를 사용하기를 거부하는 경향이 있다. 예컨대 Collins는 이들을 '준계약(quasi-contract)', '가상계약(fictional contract)', '단순한 은유로서의 계약(mere contractual metaphor)'이라고 지칭하고 있다. 그러나 법적으로 집행가능하지 않은 약속들도 그것이 인간의 행태에 어떠한 영향을 미치는가라는 관점, 즉 주로

79) §1341. Limitations on expending and obligating amounts

- (a) (1) An officer or employee of the United States Government or of the District of Columbia government may not—
- (A) make or authorize an expenditure or obligation exceeding an amount available in an appropriation or fund for the expenditure or obligation;
  - (B) involve either government in a contract or obligation for the payment of money before an appropriation is made unless authorized by law;
  - (C) make or authorize an expenditure or obligation of funds required to be sequestered under section 252 of the Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985; or
  - (D) involve either government in a contract or obligation for the payment of money required to be sequestered under section 252 of the Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985.

법사회학적 관점에서 고찰할 때에는 분리성(discreteness)과 현재성(presentation)이라는 기능의 측면에 있어서는 유의미하며, 따라서 법적 집행가능성이 계약의 개념적 핵심요소는 아니라는 지적도 있다.<sup>80)</sup>

## 2) 사례: 소관부처와 책임운영기관(NSA :Next Steps agency) 간의 기본운영협약(framework document)<sup>81)</sup>

### 가) NSA의 연혁

영국의 정부조직에 있어서 NSA(Next Step Agency; executive agency)는 20세기의 가장 중요한 발전이라고 할 수 있다. NSA들은 Ibbs Report(Efficiency Unit 1988)의 산물인데 동 보고서는 1986년 수상이 의장이 되어 공무원조직의 경영개혁과정을 분석하기 위하여 설치한 Efficiency Unit의 조사결과 작성되었다. 동 보고서에서는 정부조직의 다양한 문제점들을 지적하였는데, 첫째 공무원의 경영기술이 부족하고 서비스 제공의 업무 경험이 부족하며 지출에만 초점이 두어져 있을 뿐 소정의 결과를 창출하는 데 무관심하다는 점, 둘째, 공무원 조직이 그 규모(당시 60만명)와 업무의 다양성에도 불구하고 하나의 단일조직으로 관리되고 있어 재정관리나 인사관리 영역이 하나의 단일한 원칙에 의해 규율되고 있는 점 등을 지적하였다. 결론적으로 동 보고서에서는 ‘agency’를 창설하여 부처가 설정한 정책과 자원의 범위 내에서 집행기능을 수행하도록 할 것을 제안하였다.

1988년 2월 수상이 보고서의 주된 제안들을 받아들여기로 선언하고 정부의 정책 기능과 대비되는 의미에서의 집행 기능을, agency들이 수행하게끔 하기로 결정하였다.(127 HC Debs., col. 114, Margaret Thatcher, 18 Feb 1988). 그 즈음하여 십년 이내에 행정서비스 civil service 의 약 3/4이 부처가 아닌 agency에서 하게 될 것이라는 추정이 나왔고 이 수치는 1997년에 달성되었다. agency들은 그 규모에 있어서 예컨대 약 66,000명의 직원을 두고 있는 Social Security Benefits Agency에서부터 35명의 직원만 있는 Wilton Park 등으로 다양해졌으며 업무에 있어서는 일기예보, 교도소관리, 운전면허발급, 여권발급, 군대지원서비스 제공 등으로 매우 다양한 영역을 포괄하게 되었다(1998년 이후의 전개에 대해서는 Next Steps Briefing Note, 1998). 2008년 기준으로 약 120여 개의 agency들이 있으며 약 30만명이 고용되어 있고 지출규모는 연간 약 180억파운드라고 한다.<sup>82)83)</sup>

80) 법적 관점, 행태적 관점, 수사적 관점에서 공공계약을 유형화하고 있는 Vincent-Jones의 문헌을 소개하는 글로는 이희정, 「계약방식을 통한 규제 - 영국의 신공공계약을 중심으로」, 행정법이론실무학회 2013. 10 학술대회 자료집(미공간).

81) 이하, Daintith and Page, pp. 38~40.

## 나) NSA 창설 방식

한편 이들 agency들은 정부조직상 부처의 법적 우선성을 훼손하지 않는다. 대부분의 agency들은 독립적인 법적 실체라기보다는 부처 내부의 행정적 협약체들로서, agency들이 행사하는 기능은 agency 자체에 맡겨진 것이라기 보다는 여전히 부처에 부여된 것들이다. 물론 예외도 있어서 non-departmental public body들에게는 직접 기능이 부여되고 소관 부처들과도 법적으로 분리되어져 있다. 이들 agency들은 부처내의 행정적 협약과 관련되는 만큼, agency를 창설하는 데 국회입법이 필요한 것은 아니다.

하지만 Ibbotson 자신은, 필요하다면 법률을 제정해서라도 장관이 그의 이름으로 수행되는 모든 일에 대해 진짜 책임이 있다라는 허구를 깨부셔야 한다는 생각을 한 것으로 보인다. 물론 공식 출판된 보고서에서는 표현은 훨씬 완화되었으나 필요하다면 법률을 제정해서 부처 내에서 수행되는 일들에 대한 공식적 책임성의 소재를 변화시키는 방안도 고려해야 한다고 제안하였다는 점이 그러하다. 법적 관점에서는 장관으로부터 agency가 하는 일에 대한 운영상 책임을 덜어주는 것은 이들 책임의 소재를 공식적으로 재분배하는 것이 될 것이다. 하지만 1988년 당시 대처 정부는 이러한 제안을 받아들이지는 않았다. agency를 포함, 부처내의 일에 대해서는 여전히 장관이 책임을 지며 부처의 내부 조직 문제는 집행 그 자체의 문제, 즉 장관의 문제이므로 국회의 법률이 필요한 그 어떤 것은 아니라고 생각하였던 것이다. 일련의 법원 판결도 이러한 노선에 서 있다(Carltona Ltd v Commissioners of Works 1943 - 어떤 결정이, 그러한 결정을 내릴 권한을 법률상 부여받은 장관에 의해 내려지지 않고 부처 내의 공무원이 내린 경우 이를 위법으로 취소할 수 없다는 판결: 563; Lewisham MB and Town Clerk v Roberts 1949; R v Skinner 1968; R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Oladehinde 1991).

## 다) 소관 부처와의 관계

agency와 소관 부처와의 관계는 '기본운영협약(framework document)'에 의해 규율되는데, 동 협약은 agency의 목적과 목표, agency와 부처 사이의 책임의 배분을 정하며 경영원칙, 책임성, 수행수단, 인적 물적 자원체제를 설정한다. 한 agency의 기본운영협약은 일단 당해

82) Wade/Forsyth, op. cit., p. 42. 한편 통계에 따르면 executive agency 포함, 영국의 성직자나 산업근로자까지 포함한 civil servant 총수는 2008년 기준 49만명이라고 한다. [www.civilservice.gov.uk/statistics](http://www.civilservice.gov.uk/statistics).

83) 한편 우리나라의 경우 1999년 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」이 제정되어 시행 중인데 중앙책임운영 기관으로는 특허청이, 소속책임운영기관으로는 국립중자원, 국토지리정보원, 국립과학수사연구원, 국립재난안전연구원, 한국농수산대학, 국립중앙과학관, 국립서울병원, 울산지방해양항만청 등이 있다.

agency 자체, 소관 부처, 내각청(Cabinet Office) 내의 Next Steps Team, 그리고 재무부 (Treasury) 간의 동의로 마련된다. agency의 최고책임자 측에서는 이 협약을 마치 권리장전 인 것처럼 보는 시각이 있으나 동 협약은 아무런 공식적인 법적 지위를 가지고 있지 않다. 이처럼 기본운영협약은 아무런 법적 구속력을 가지고 있지 않으며 그 결과, 소관부처가 agency들을 통제하려고 할 때 이를 제약할 방도가 없다는 점에서 자율성의 보장 수단이 결여되어 있다고 할 것이다. 그 명칭이 시사하듯, 기본운영협약은 단지 framework일 뿐인 것이다. 기본운영협약에서 정하고 있지 아니한 세부사항은 agency의 설치계획 및 사업계획 (corporate and business plan)에서 정하는데, 설치계획(corporate plan)에서는 agency의 주요 전략, 목표 및 중기적 자원요건, 대개는 연속 3년간의 자원요건을 정하고 이는 매년 갱신된다. 사업계획(business plan)에서는 보다 구체적인 목표, 타겟, 수행지표, 다음 회계연도의 재정계획 등을 정한다. 이 두 문서는 agency의 장이 장관에게 제출하여 승인을 얻어야 한다 (Office of Public Service 1996a : Section D, paras. 4~5).

앞서 살펴본 바와 같이 기본운영협약(framework documents)이라는 것을 고안할 때의 본래 의도는 agency와 주무부처 간에 각자의 권리와 책임을 분명히, 그것도 구속적으로 선언하는 행정메커니즘을 만들어내자는 데에 있었지만 현재로서는 그러한 의도가 실현 불가능한 것으로 보인다. 왜냐하면 agency와 주무부처가 각각 독립적인 법적 인격성을 가지고 있지 아니하며 국왕은 자기 자신과 계약을 맺을 수는 없다는 헌법질서의 한계 때문이다.<sup>84)</sup> 독립적인 법적 지위가 없다는 말은 영국의 executive agencies들은 장관의 직접적 권한행사에 복종하는 존재로 남아 있다는 뜻이다. 장관과 부처들이 agency들에게 위임된 바 있는 사안들에 일상적으로 간섭하여 왔기 때문에 공법변호사들 사이에서는 agency의 자율성을 보장하는, 보다 굳건한 법적 기반이 마련되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 예컨대 가칭 '내부계약법(Internal Contract Act)' 같은 법을 만들어서 자연적 정의와 공정성의 원칙을 규정하고 공식 또는 비공식의 집행 메커니즘이나 중재 메커니즘을 만들자는 제안이 그것이다.<sup>85)</sup> 이러한 제안에 대해서는 찬반논란이 매우 많았는데,<sup>86)</sup> 이러한 제안이 실패할 것이라는 예측은 그 근거로서 이러한 제안이 영국 정부의 활동에 관한, 보다 근본적인 헌법상 결핍을 해결해주지는 못할 것이라는 점을 든다. 위와 같은 법을 만든다고는 해도 기본운영협약 (framework document)을 법적으로 집행할 수 있으려면 먼저 일정한 헌법적 개혁조치들이

84) I Harden, *The Contracting State*(Buckingham : Open University Press, 1992, p. 44 ; Peter Vincent-Jones, *The New Public Contracting*, (OUP:Oxford, 2006) p. 321.

85) Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government By Contract* (Oxford, 2001) p. 206.

86) Vincent-Jones, *op.cit.*, p. 322 각주 50.

선행되어야 한다는 것이다. 예컨대 UK의 공무수행(civil service)을 국회제정법률로써 뒷받침하는 것이 그것이다.

그래서 대안으로서, 기본운영협약/framework)에 관한 법률을 제정할 때 이들 책임운영기관들을 별도의 법적 실체로 만듦으로써 독자적 계약권한과 능력을 가지게끔하는 방안도 생각해볼 수 있음이 제안되고 있다. 영미법계 국가들 중에서는 이러한 다양한 법인화 경험을 가지고 있는 나라가 뉴질랜드인데 뉴질랜드의 경험을 보면 별도의 법인격을 어떻게 부여할지, 그리고 계약법제를 통한 거버넌스가 어떻게 가능해지는지를 시사하는 바가 있을 것이라고 지적되고 있다.<sup>87)</sup> 한편 행정조직법적 관계를 구조화하는 수단으로서 집행가능한 계약이 채택된다 하더라도 그러한 계약은 마치 이해상반되는 사인들 간의 계약처럼 ‘hard’한 것이 되어서는 안된다는 지적도 간과해서는 안된다. 왜냐하면 이러한 형태의 계약은 일 잘하는 정부라면 꼭 갖추어야 하는 ‘신뢰와 협력관계’를 파괴할 우려가 있기 때문이다.<sup>88)</sup>

### 3) 소결

그밖에 행정 내부의 재정통제수단의 일환으로 1998년부터 재무부와 지출부처 간의 PSA (Public Service Agreement)가 도입되었는데 이는 재무부가 전통적으로 그랬던 것처럼 세밀한 부분에 대한, 그때 그때의 ad hoc 개입을 탈피하고 장기적인 과정에서 다른 부처와 통제, 시스템, 계획과 결과에 관하여 협상을 할 여지를 만들어내는 수단으로 작용하고 있다. 이러한 agreement를 심지어 ‘contract’라고까지 생각하는 사고도 일부 발견되지만 이 협약이 집행부 내부의 관계의 성질에 어떤 근본적인 변화를 반영하는 것은 아니라는 지적도 있다. 이 협약에서는 약속을 매우 강조를 하지만, 약속 불이행 시의 제재에 대해서는 거의 수단이 없기 때문이다. 어쨌거나 PSA가 ‘framework document’처럼, 정부조직 내부에 강제적인 또는 일방적인 규제수단에서부터 벗어나 ‘상호합의’에 의한 인센티브를 통하여 작동하는 ‘경제적’ 수단으로의 일반적인 이동을 가져왔다는 점은 확실하다.<sup>89)</sup>

한편 소관부처와 NSA 간의 협약이나 재무부와 지출부처 간의 협약이 어느 정도나 유사성이 있는가는 논란이 있다. 두 번째 유형에서는, 주로 서비스 제공을 둘러싸고 이루어지는 첫 번째 유형의 내부협약에서보다 정치적인 맥락, 경영적 맥락이 더 많이 작용하고 있으며 어쨌거나 두 협약들 모두 법적으로 강제할 수 없다는 공통점이 있다. NSA들은 법적으로 주

87) Vincent-Jones, op.cit., p. 322.

88) Vincent-Jones, op.cit., p. 322.

89) Daintith, op. cit., p. 192

무부처의 일부이고 별도의 법적 인격성을 가지고 있지 않으며 NSA 소속 직원들은 법적으로 공무원의 지위에 있기 때문에<sup>90)</sup> 자기의 이름과 책임으로 계약을 체결할 수 없기 때문이다.

## 마. NHS 협약

### 1) 개관

#### 가) NHS 현황

1948년 창설된 NHS는 세계에서 가장 큰 규모의 공적 재원에 토대한 의료서비스로서 평등주의적이며 포괄적이다. 좋은 헬스케어는 빈부와 상관 없이 누구나 활용할 수 있는 것이어야 한다는 것이 기본 개념으로서 이 원칙은 핵심에 있어서는 여전히 유지되고 있다. 처방약, 안과, 치과 서비스 같은 영역에서의 일부 예외를 제외하고는 영국 내 거주하는 누구든지 이용시 무료이다. NHS 재원은 조세로부터 직접 충당되며 의회가 보건부(Department of Health)에 배정하는데 2012/13의 경우 NHS 예산은 대략 1089억파운드에 달한다.

#### 나) NHS 구조

1948년 출범 이후 NHS의 구조는 여러 차례 변화를 겪었다.<sup>91)</sup> 최근에도 잉글랜드 NHS의 경우 구조상으로 큰 변화를 겪고 있는데 이는 National Health Service Act 2006 as amended by the Health and Social Care Act 2012(2013년 4월 1일 발효)를 통해 법제화되었다. 동법에서는 과거 NHS의 당국들이었던 일차케어 트러스트(primary care trusts(PCTs))와 전략적 보건당국(strategic health authorities(SHAs))을 폐지하고 clinical commissioning groups(CCGs) 및 Healthwatch England를 새로 창설하는 규정을 마련했다.

### 2) NHS 내부시장의 도입 연혁

1980년대 이후 복지국가가 가져온 재정위기를 탈출하기 위하여 다양한 기법들이 동원되었는데 국영화된 산업영역을 민영화한다든지, 공적 영역 내에 민간경영기법을 동원한다든지 하는 것이 그 예이다. 하지만 교육과 의료라는 전통적인 공공서비스 영역을 완전히 민영화한다는 것은 너무나 인기 없는 정책이었기 때문에 기존의 국영체제를 유지하되 내부 구조상

90) NSA의 법적 지위에 대해서는 Wade/Forsyth, op. cit., p. 41.

91) 구조변화의 과정에 관해서는 전창배, 『영국의 국민보건서비스(NHS) 개혁에 관한 연구: 대처 정부의 1990년 개혁을 중심으로』, 한국외국어대학교 대학원, 1996, p. 17., p. 53.

으로만 경쟁적인 상황을 도입하는 유사시장화(quasi-market) 정책이 추진되었다.<sup>92)</sup> 특히 의료 영역에서 이러한 정책을 법제화한 것이 National Health Service and Community Care Act of 1990였다. 의료 영역에서의 내부시장 개념 도입은 미국 스탠포드 대학의 보건경제학자인 Alain Enthoven 교수의 아이디어에 영향을 받은바가 컸는데, 여기에서의 ‘시장’이란 미국에 널리 알려진 자유시장과는 전혀 다른 개념으로서, 여전히 소득이나 능력에 관계없이 누구나 포괄적인 의료서비스를 무료로 받게 하는 것에는 변함이 없되, 다만 질과 경제성, 인센티브 부여, 조직관리의 효율성 등이 가미된 ‘관리된 시장(managed market)’기제를 도입한다는 것을 의미한다.<sup>93)</sup>

내부시장의 작동기제를 보다 상세히 살펴보면 다음과 같다. 1990년 이전까지만 해도 영국의 NHS는 보건부를 정점으로 하여 지방(local)과 지역(district) 차원의 각 보건당국들에 의해 전 영역이 규율되는 체제였다. 의료서비스 전달체계의 1차 케어와 2차 케어를 베푸는 역할 담당자 및 이들에 대한 규율의 소관당국은 상이했는데, 2차 케어를 담당하는 것은 병원이었고 병원과 관련한 계획, 자원조달, 및 경영이 전부 만물박사식 보건당국의 소관이였다. 반면 1차 케어는 근본적으로 독립된 일반의(GPs)의 기능이었는데, 이들 일반의들에 대해서는 지방차원의 가족보건서비스청(FHSA: local Family Health Service Authorities)들이 재원을 지급하고 규제하였다.<sup>94)</sup> 하지만 이러한 국영 의료시스템은 엄청난 비효율을 가져왔기 때문에 1990년 이후, 정부는 공공의료서비스 개혁 필요성을 느끼면서도 앞서 언급한 바와 같은 정치적 부담 때문에 대안적으로 의사 및 기타 의료전문가들에 대한 경영차원의 통제(managerial control)를 늘리기로 하였다. 이러한 전략에 동원된 수단들은 대개 세 가지였는데 그것은 일반경영(general management), 진료예산(clinical budgets) 및 구매자와 제공자의 구별이었다.<sup>95)</sup> 특히 세 번째 방안은 공공 의료인 NHS 내부에 시장과 비슷한 구조를 만든다는 개념으로서 이에 따르면 NHS 내부에서 구매자들이 필요로 하는 ‘비즈니스’를 두고 제공자(providers) 역할을 하는 당국들이 서로 서로 경쟁한다는 개념이다.<sup>96)</sup> 이러한 변화에

92) E. Butler, *Markets and the future of welfare*, in: Gladston, D.,(ed.), *British Social Welfare*, London, UCL Press, 1995, p. 23.

93) 대표적으로 Alain Enthoven, ‘The Internal Market Revisited,’ *The Institute of Health Service Management*, 1991; ‘Internalising the market:quality, information and choice,’ *The Institute of Health Service*, 1992.

94) Rob Flynn, p. 4.

95) Rob Flynn, *Contracting for Health*, p. 3.

96) 일차케어를 하는 일반의들(GP fundholders and GP)와 지역보건당국(District Health Authorities)에게 이러한 구매자 역할이 부여되었고 공급자역할은 DHA 직영병원, NHS Trust(자주운영병원), 및 민간병원이다. DHA가 구매자로서 계약을 맺을 때에는 지역 내의 모든 GP와 광범위한 협의를 거쳐야 한다. 또한 구매자로서 지역주민의 욕구를 충족하는 서비스를 구매하기 위해서는 가정보건서비스당국(family Health Service Authorities)과도 충분한 협의를 거쳐야 한다. 주민 대부분이 가정 보건 서비스당국 산하의 의사, 치과의사,

따르면 기존에는 직접 보건의료서비스를 지역주민들에게 제공하는 것을 주된 역할로 삼았던 DHA는 더 이상 직접 서비스를 제공하지는 않게 되었다. 물론 DHA는 지역 주민들의 건강을 책임지기는 하지만 오히려 지역 주민을 위하여 보건의료의 구매를 담당하는 데에 주된 역할이 두어지게 되었다. 이에 따라 자금배분방식도 변화하게 되었다. 개정 전에는 DHA들은 자신의 관할지역 내에서 발생된 의료서비스에 대한 자금을 배당받아 다시 병원들에게 예산을 배분하였는데 이 과정에서 병원들이 향후 1년간 치료하게 될 환자의 수와 거의 관계 없이 배분이 이루어졌다. 하지만 개정법에 따라서 DHA들은 지역 내 거주자를 위한 의료서비스 구매에 소요되는 자금을 배정받기는 하되, 지역의 규모, 주민의 연령구성, 지역 내 인구의 상대적 건강상태 등을 고려하여 예산이 배분되었다. 또한 병원들은 DHA와의 계약을 통해 DHA로부터 재원을 지불받게 되는데 계약은 품질(quality),<sup>97)</sup> 치료건수, 1년 동안 이루어질 서비스의 비용에 관한 내용을 포함하고 있다.

이처럼 사는 역할과 공급하는 역할을 구분하게 되면 사는 자(purchaser)의 요구를 얼마나 잘 충족시키느냐에 따라 공급자(provider)들의 수입이 달라질 것이기 때문에 공급자들이 효율성 증대, 비용 절감, 서비스 질 개선 등을 하려는 분명한 인센티브를 가지게 될 것이라는 게 개혁의 핵심 아이디어였다.<sup>98)</sup> 이와 궤를 같이하여, 보건당국들이 지방 병원들에 대한 직접 경영 통제를 하던 것은 폐지되었고, 보다 큰 일반의(GP)들은 일련의 공급자들로부터 서비스를 구매하는 고유의 예산을 얻게 되었다. 공급자 단위는 ‘자주운영self-governing’ 신탁회사(Trusts)들로 변모되었으며 이들의 재원은 지역보건당국, GP fundholder와 같은 구매자들로부터의 계약으로 얻은 수입에 의존하게 되었다.

### 3) 내부시장 기제의 구현방식으로서의 NHS Contracts

위와 같은 NHS의 내부를 유사시장화한다는 정책의 전제는 구매와 제공을 분리하는 것에 있었고 헬스서비스의 제공이 구매자와 제공자간의 계약<sup>99)</sup>을 통해 규율되어야 한다는 점에

안과, 약사와 먼저 접촉하여 건강에 관한 상담을 거친 후 의료서비스를 소비하기 때문이다.

97) NHS 계약의 체결에 있어서 품질(quality) 개념은 제공자가 치료의 기준과 환자에게, 그들이 받게 될 건강보호의 질을 보장하는 것을 말한다. i) 긴급을 요하지 않는 환자의 입원허가 대기시간이 12개월을 넘지 않을 것, ii) 외래환자의 최대 대기시간이 2개월 이내일 것, iii) 기타 환자 개인의 식성에 맞는 식사 선택 등이 구매자와 공급자 간 계약체결 시 고려된다.(C.F.O, 1992, p. 8) Central Office Information, "An Official Handbook," London, 1995.

98) Flynn, p. 4.

99) NHS Act 1990 s 4(1)에서는 NHS Contracts를 다음과 같이 개념정의하고 있다. "An arrangement under which one health service body ("the acquirer") arranges for the provision to it by another health service body("the provider") of goods or services which it reasonably requires for the performance of its

있었다. 하지만 구매자이건 공급자이건 NHS상의 당국들은 의회제정법에 의해 창설된 것들이기 때문에 그 구성과 권한 역시 법률을 규율을 받으며, 이들 각각은 보다 상위의 동일체 내부의 부분들로서 이들이 체결하는 NHS 계약과 관련하여서는 당연히 일정한 법적 한계가 있게 되었다. 또한 NHS 계약의 집행 가능성(enforceability)에도 일정 부분 우려점이 있음은 물론이다. 구매자들인 보건당국(Health authority purchaser)들은 National Health Service Act 1977에 따라 장관으로부터 위임된 권한을 행사하여 왔다. 이들 권한은 매우 포괄적으로 정의되어 있는데 무엇을 구매할까를 결정할 때 영향을 미칠 수는 있겠지만, 계약의 형식에 대해서는 거의 아무런 제약도 되지 못한다. 단 NHS 환자에게 부담금을 청구하는 것은 법률상 금지되어 있다. 원칙적으로 보건당국이 한 구매결정에 대해 법원을 통해, 주로 사법심사를 통해 책임을 지게 만들 수는 있지만 법원은 이런 방식으로 간섭하는 것을 매우 꺼려 왔다. 법원은 구매자에게 배정된 재원의 전반적 수준과 관련한 정치적 쟁점들을 그들이 고려하는 것은 부적절하다고 강조해 왔으며 또한 구매과정에서 우선순위 부여와 관련한 경영적 결정을 심사하기도 꺼려왔다. 마지막으로 법원은 처지의 응급성과 특정 케어유형의 적절성에 관한 전문가적 판단에 관한 전문진료상 쟁점을 검토할 자격이 못된다고 보고 있다. 이러한 사법적 제약의 결과 NHS경영구조 외부의 구매에 대해서는 책임성이 거의 없었다.

NHSCCA 1990 s4(3)에서도 NHS contracts가 법적 계약(legal contracts)가 아니라는 점을 명확히 밝히고 있다. “They shall not be regarded for any purpose as giving rise to contractual rights or liabilities.” NHS 구매자와 독립적 공급자 간의 계약은 법원에 의해 집행될 수 있는 반면, NHS 당사자들 간의 분쟁은 중재시스템을 통해서 다루어져야 한다는 것이 입법의 취지이다. 하지만 중재인의 역할을 규정하고 있는 하위법령(statutory instrument)의 문헌상으로는 애매한 점이 있다.

다른 한편, NHS 내부당국들간 계약의 경우에도 재판을 통한 구제가 전적으로 불가능하지는 않다는 지적도 있다(Flynn, p. 87). 용역과 서비스를 제공받았음에도 불구하고 대금을 지급하지 않는 구매자에 대해서는 부당이득반환청구(restitution)를 할 수 있는데 이것은 계약상 청구(contractual claims)가 아니라 부당이득반환청구(restitutory claims)이기 때문에 동법에 의해 명시적으로 배제되는 것은 아니라는 주장이 그것이다(Jacob, 1991). 하지만 NHS 계약과 관련한 분쟁을, 비용이 많이 드는 소송절차로부터 덜 비싸고 더 신속한 중재절차로 집중하겠다는 것이 의회의 의도이기 때문에 이 경우에도 결국 부당이득반환청구소송이 받

---

functions.” 이러한 개념정의에 따르면 지역보건당국(District Health Service Authorities)과 민간 병원간의 서비스 제공협약, 또는 지역보건당국과 당해 지역보건당국의 경영구조 내부에 속하는 병원들간의 서비스 제공협약은 NHS 협약이 아니게 된다. 전자는 보통의, 법적 계약이며 후자는 경영과정에 의해 규율되는 행정적 협약일 따름이다(Barker, p. 832.).

아들여지지는 않을 것이라는 지적도 있다(Flynn, p. 88). 다른 한편으로 NHS 계약이 환자들에 의해 간접적으로 '집행'될 여지는 있을 수 있다. 환자들은 협약당사자들은 아니지만 환자에게 손해를 끼친 계약조항 위반인, 저질의 서비스에 관해서 제공자들을 상대로 소송을 제기할 수는 있다는 것이다. 즉 환자들이 과실에 토대한 불법행위로 말미암은 손해소송에서 간접적으로 NHS 계약을 집행할 수는 있을 것인데, 이로 말미암아 실제 계약을 맺을 때 계약조항에 자세한 품질 기준이 포함되는 것을 제공자들은 기피하게 되는 수가 있을 것이라는 지적도 있다.<sup>100)</sup>

하지만 최근에는 NHS 구매자들과 NHS Foundation Trusts 간의 계약이 법적으로 집행가능하기 때문에 사법화(juridification)의 요소가 도입되었다고도 할 수 있다. 게다가 GPs 및 몇몇 NHS 전문가들은 복잡한 내부의 협상절차에 따른 계약하에서 NHS에 서비스를 제공하는 독립된 계약 당사자들이다.

또한 NHS는 IT시스템에서부터 약품, 청소서비스 및 새로운 병원까지, 광범위한 재화와 용역을 구매하는 조달상의 주요 행위자이기도 하다. 이하에서는 약품 구매를 규율하는 약가 규율시스템(Pharmaceutical Price Regulation Scheme: PPRS) 및 PFI와 관련 체제를 활용하여 병원을 신축하고 운영하는 예를 살펴보기로 한다.

#### 4) 약품구매 관련 계약

NHS는 처방약품 구매에 매년 110억파운드를 지출하고 그 가운데 80억파운드를 branded drug에 소비하고 있다. branded drug의 구매는 PPRS로 규율되는데 이는 1957년에 제정된 것이다. PPRS는 보건부(Department of Health)와 제약업계 간의 협약으로서 주기적으로 재협상되고 있다. 보건부는 생산자로부터 직접 약품을 구매하지는 않으며 직접 약품을 구매하는 것은 병원과 약국들이 할 일이다. 그러나 병원과 약국이 지불하는 가격은 PPRS에 의해 영향을 받는데, 최근 공정거래청(Office of Fair Trading)이 PPRS 거래에 대한 최근 심사에서 지적하였듯이 비록 그것이 'regulatory' 체제이긴 하지만, 실상은 보건부가 자신의 협상력을 행사해서 의약품의 가격을 낮출 수 있는 메커니즘이다. 이러한 공급 측면 통제는 NHS 예산의 경영에 있어서 본질적인데, 왜냐하면 보건부가 수요 측면, 즉 의사들의 처방 결정을 통제하기란 어렵기 때문이다 그렇지만 회사들로 하여금 신약개발에 투자하도록 고무하는 것도 중요하며 그렇기 때문에 회사들의 수익을 제약하도록 너무 많은 압력을 가하는 것은 장기적

100) 1990년 법상의 NHS 계약관련 분쟁해결기제(statutory arbitration procedure; agreed arbitration; conciliation)에 관해서는 Flynn, p. 101~104.

으로는 해로울 수 있다.

PPRS에는 두 가지 요소가 있는데, 하나는 수익통제(profit control)이고 다른 하나는 가격 통제(price control)이다. 실무에서는 가격통제가 더 중요한데 회사들은 자신들이 선택한 가격으로 신약을 도입할 수 있지만 정부는 PPRS를 재협상할 때마다 전반적인 가격인하를 협상한다. 이는 전체로서의 각 회사에 적용되며, 회사들은 각각의 개별 약들에 어떤 가격을 매길까를 선택할 수 있다. 특정 PPRS 협약이 작동하고 있는 중에는 약품의 가격을 인상할 수 없다.

공정거래청은 최근 PPRS를 심사하였고 이를 가치에 토대한 접근방식으로 대체할 것을 옹호하였다. 즉 가치토대방식에서는 정부가 각각의 신약이 시장에 도입될 때 이 신약의 가격을 환자들에 대한 잠재적 혜택의 관점에서 협상할 수 있다. 공정거래청은 이렇게 함으로써 회사들에게 보다 효과적인 제품을 개발하는 데 투자하게끔 인센티브가 제공될 것이라고 주장하고 있으며 보건부는 현재 이 아이디어를 업계와 더불어 모색하고 있다.

PPRS는 정부가 특정 산업으로부터 좋은 거래를 얻기 위하여 자신의 협상권을 활용할 능력이 있음을 보여주는 흥미로운 예이다. 의약품산업이 고도로 글로벌화되어 있고 막강한 다국적 기업들로 구성되어 있음에도 불구하고 영국정부가 이렇게 할 수 있다는 데 의미가 있다. 실상 다른 영역에서는 PPRS와 같은 포괄한 어떤 것이 등장할 법하지 않긴 하지만, 정부는 최근 몇 년간 다른 영역에서도 자신의 협상력을 극대화하려고 노력하고 있는 중이다. 예를 들면 중앙정부의 부처들은 자신의 에너지수요를 구매할 때 컨소시엄이나 중앙구매청을 통해서 구매함으로써 최선의 거래를 하도록 독려받고 있다.

## 5) PFI 관련

NHS는 또한 PFI와 관련 제도의 최전방에 있어왔다. 최근에는 PFI를 활용하는 것이 새로운 병원을 지을 자원을 마련하는 주된 메커니즘이 되었는데, PFI 거래가 협상되고 관리되는 방식에 생긴 주된 변화들은 NHS의 경험 덕분이다. Refinancing이 그 예이다. 병원건물을 지을 때와 운영할 때의 리스크 정도를 보면 은행들은 전자에서 더 리스크가 크다고 생각한다. 건물 다 지어지고 나면 계약 상대방은 자신에게 더 나은 거래를 얻고자 다시 은행과 refinancing을 하는데, 공적 주체는 프로젝트에 필요한 자본의 제공에는 개입하지 않는다. 그렇지만 계약 상대방이 refinancing으로 좀 더 유리한 조건에 처하게 되면 공적 주체도 계약 상대방이 줄인 비용에 토대하여 계약상대방에게 지출할 연간 비용을 계산할 수 있도록 하는 것이다. 2002년 9월 이전에 체결된 refinancing project에 대하여 재무부에서 행동강령

code of conduct를 제정공표한 후로부터는 PFI에도 refinancing에 관한 조항이 포함되었다. 전체적인 목적은 정부가 refinancing의 결과 사적 계약 상대방이 얻은 수익의 얼마라도 나눌 수 있도록 하자는 것이다. 몇몇 보건 관련 PFI 계획들이 한동안 운영되어 오는 중이므로 이들이 장기 계약의 복잡성을 보여주는 유용한 예들이 될 것이다. 예컨대 병원 PFI거래에서는 특정 규모와 계산을 가진 병원을 가지는 것에 대해 30년의 기간을 예측할 필요가 있다. 물론 이는 전통적인 조달에서도 마찬가지이지만 PFI에서는 공적 주체인 구매자는 단지 건물을 하나 구매하는 것이 아니라 그와 더불어 청소와 급양 같은 부대 서비스도 함께 구매한다. 만약 병원의 규모가 너무 크다는 것이 밝혀지면, 구매자는 그럼에도 불구하고 더 이상 필요 없는 건물들과 활동들에 대한 서비스 요금을 계속 지불해야 하는 상황에 처하게 된다. 그래서 적정한 병원규모를 예측하는 것은 어려운 임무가 된다. 이는 인구변화가 원인일 뿐 아니라 헬스케어가 제공되는 방법이 변화되고 있기 때문이기도 하다. 병원 내 입원치료는 점점 그 기간이 짧아지고 있으며 지역공동체 맥락에서 더 많은 케어가 제공되고 있다. 그리하여 더 신축성 있는 계약상 약정들을 마련하려는 노력들이 행해지고 있다.

NHS 계약의 또 다른 흥미로운 양상은 LIFT(Local Improvement Finance Trust) 체제의 발전이다. 많은 NHS 케어가 공동체의 더 작은 장소들, 예컨대 병원보다는 일반의 외과(GP surgeries)에서 베풀어지고 있다. 이러한 장소에 투자하는 것은 제한적인데, 특히 이들 장소가 GP 그 자체에 보다는 NHS에 속하는 경우 그렇다는 것은 널리 알려져 있다. 그러나 PFI는 새로운 공동체 보건센터를 개발하기에는 적절한 메커니즘이 아니다. 왜냐하면 거래비용이 계약의 가치를 능가할 것이기 때문이다. LIFTCo들 각각은 개인회사, 지역의 보건전문가, 그리고 Partnerships for Health(이는 Department of Health와 Partnerships UK 간의 합작투자사업) 간의 합작 투자사인데, 이들 다양한 이해관계자들은 LIFTCo에서 equity share를 가지고(대략 60%는 개인회사, 20%는 지역대표, 20%는 Partnerships for Health) 대표자를 가진다. LIFTCo는 새로운 장소를 개발할 책임이 있으며 대개는 특정 영역의 몇몇 상이한 장소들이고 이를 NHS 전문가 및 기타인들에게 대여하고 20년의 기간 동안에 걸쳐 이를 관리할 책임이 있다. LIFT 체제는 거래비용을 줄이기 위해서 표준양식의 계약을 사용하며 수많은 지역의 체제들을 함께 bundle하고 있는데, 초기의 체제에 대한 영국 감사원(NAO :National Audit Office)의 평가는 대체적으로 긍정적이다.

## 바. 영국의 행정계약법제가 우리나라에 주는 시사점

### 1) 시사점

영국의 경우 행정조직 외부의 기업과 일반 시민에 대한 관계에서뿐 아니라 행정조직 내부의 개혁을 위해서도 계약 형식이 활용되고 있다. 물론 내부계약의 경우 법적 강제력으로 뒷받침되지 못한다는 점에서는 엄밀한 의미의 법적 계약이라고는 할 수 없지만 행정조직 내부에서 차별화된 규율을 가능하게 한다는 점, 당사자들로 하여금 장래의 목적을 지향하여 현재의 행태를 결정하게 한다는 점에서는 규율의 다양성과 탄력성을 확보하고 성과지향적인 조직운영을 기할 수 있도록 하는, 의미 있는 작용형식이라고 볼 수 있다. 또한 내부계약과 관련한 분쟁발생 시 재판통제의 결핍은 ADR로 보완될 수 있다는 점에서 더 나아가 나름의 분쟁해결 기제에 의해 의사관철력까지도 어느 정도는 뒷받침되어 있다고 할 수 있다.

다만 내부계약의 경우, 사인간의 계약과는 달리, 일정한 공익목적 달성을 위하여 체결되는 것이 그 본질이라고 할 터인데 개별 행정영역에서 행위의 준거가 될 하위의 공익목적은 어떠한 기준으로 선별할지의 문제, 목표달성 여부를 어떻게 측정할지의 문제, 목표달성 여부와 연계하여 어떠한 장려수단과 제재수단을 마련할 것인가 등 세부적인 점에서 법학 이외의 인접학문의 전문성을 활용한, 정교한 제도설계로 뒷받침되어야 할 필요성이 많을 것으로 생각된다.

영국법에 있어서도 정부계약에 있어서 가장 큰 문제는(특히 중앙정부의 경우) 정부가 내적·외적 영역에서 계약형식을 활용함에 있어서 의회에 의한 통제의 여지가 현저히 미약해진다는 점에 있다. 계약을 체결함에 있어서 의회의 수권이 필요한 것은 아니기 때문에 법률 제정과정에서의 민주적 의견수렴 기제가 작동하지 않게 되고, 근거 법률이 없다는 점은 재판에 의한 통제의 여지를 미약하게 하는 결과도 더불어 초래하게 된다. 따라서 계약체결에 있어서 실체적인 측면, 즉 상대방, 내용, 효과 등의 규율에 있어서 탄력성을 기하면서도 민주적 책임성 확보에 기여할 수 있는 방안으로써 국민·주민의 사전 절차적 참여가 보다 충실해질 필요가 있을 것이다. 영국법의 경우 미국법에 있어서보다는 절차참여 기제가 덜 발달하여 있다고들 스스로 평가하고는 있지만 개별법에서 계약체결과 관련하여 주민의 사전 의견청취를 하도록 규정하고 있는 입법례들이 나타나고 있다(민간위탁contracting out하기 전에 반드시 의견청취를 하도록 할 의무를 규정하고 있는 법률의 예로 Housing Act 1985, ss32, 43, 106A, Sch. 3A).<sup>101)</sup>

101) 한편 우리나라의 경우 지방자치단체장이 민간위탁계약을 맺음에 있어서 지방의회의 사전동의를 얻도록 한

PFI 영역의 경우 정교한 미래예측기법이 담보되어야만 행정이 불리한 계약을 체결하지 않을 수 있을 것인데, 그러한 기법이 불완전하다는 전제하에서는 계약의 규율을 탄력적으로 변경할 여지를 마련함으로써 최선의 공익을 추구할 수 있도록 하는 방안이 고안되어야 한다는 고민은 영국법 문헌에서도 나타나고 있다(물론 예측가능성 훼손된다는 문제점 있음). 우리의 경우 계약체결공무원의 책임성 확보방안으로써 회책법상 변상책임,<sup>102)</sup> 감사원의 변상판정, 지방자치법상 주민소송<sup>103)</sup> 등이 사후적인 방안으로 마련되어 있기는 하기는 하나, 변상책임의 경우 고의, 중과실의 경우로 한정되어 있으며 금전적 구제의 성격을 가지고 있는 이상, 담당공무원의 개인자산으로 변상 가능한 규모의 계약이 아닌, 대규모 계약에서는 위와 같은 사후적, 금전적 책임성 확보수단들이 무기력해질 우려가 있다.

## 2) 기타 논의사항

가) 행정계약에 대한 사항을 입법화할 경우 일반법적 근거를 행정절차법에 규정할 것인지, 별도의 법률을 마련할 것인지의 문제

행정계약체결과 관련한 법적 근거와 통제기제를 마련하는 방안에서 모든 영역에서의 행정계약체결에 공히 적용될 수 있는 일반적 규율을 예컨대 행정절차법에서 이를 규율할 것인지 아니면 개별영역별 계약에 관한 법률들에서 규율할 것인지의 두 가지 방안이 고려될 수 있다. 우리의 경우 행정절차법 개정논의에서 행정계약과 관련한 규율을 마련하는

---

조례(안)의 위법여부에 관하여 대법원은 해당 조항이 단체장의 본질적 권한을 침해하는 것이 아니라고 보고 있다(대법원 2011.2.10. 선고 2010추11 판결 ; 대법원 2009.12.24. 선고 2009추121 판결) - 자치단체장의 권한에 속하는 사무를 민간위탁하는 경우, 수탁기관을 선정하는 행위는 공법상 행위로서 행정소송 대상인 행정처분에 해당한다는 사례- 노인전문요양병원의 수탁기관으로 선정된 자가 수행하는 업무는 원래 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무이고 수탁기관을 선정하는 행위는 지방자치법 제95조 제3항, 군 사무의 민간위탁조례에 의하여 행정청인 군수에게 특별히 부여한 권한을 행사하는 것으로서 공법상의 행위이고, 선정자로 결정된 자는 지방자치단체인 군과 수탁기관 위탁운영에 관한 협약이라는 공법상 계약을 체결할 권리를 갖게 되고 탈락된 자는 그러한 권리를 가지지 못하게 되므로 수탁기관 선정행위가 국민의 권리의무와 직접 관계가 있는 것도 분명하다는 이유로, 지방자치단체의 장이 공개모집을 통해 노인전문요양병원의 수탁기관을 선정한 행위가 행정소송의 대상인 행정처분에 해당한다고 한 사례. 광주지방법원 2006.04.20. 선고 2005구합241 판결 : 항소 [노인전문요양병원수탁신청제외처분취소]

102) 제4조(회계관계직원의 변상책임) ① 회계관계직원은 고의 또는 중대한 과실로 법령이나 그 밖의 관계 규정 및 예산에 정하여진 바를 위반하여 국가, 지방자치단체, 그 밖에 감사원의 감사를 받는 단체 등의 재산에 손해를 끼친 경우에는 변상할 책임이 있다.

103) 제17조(주민소송) ① 제16조 제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항을 감사청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.

방안이 꾸준히 제시되고는 있는데, 영국법의 입장은 개별법률에서 규율하는 방안을 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다(NHS Act, Deregulation and Contracting Out Act, Housing Act 등).

한편 우리의 경우, 현재 헌법상으로는 국채를 모집하거나 예산 외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 함을 규정하고 있는데(헌법 제 58조) 일정 규모 이상의 계약체결의 경우에는 사전의 국회동의를 얻어야 하도록 하거나(단, 계약의 탄력성 훼손 우려)<sup>104)</sup> 예산안의 심의, 의결과정에서 통제가 이루어지도록 하는 방안도 고려해볼 수 있을 것이다. 지방자치단체 차원에서도 일정 영역과 일정 규모의 계약체결을 지방의회의 필요적 의결사항<sup>105)</sup>으로 정하는 방안도 고려해볼 수 있다.

#### 나) 행정계약을 담당하는 공무원의 전문성 문제

단기계약에 있어서 보다는 장기계약에 있어서 보다 많은 변수가 개입되게 마련이므로, 특히 장기계약에 있어서는 이러한 변수들에 대하여 진단, 예측하는 전문성을 갖춘 인적 자원에 의해 행정의 계약체결이 뒷받침되어야 할 필요성이 더 크다고 할 것이다. 따라서 계약체결과정상으로 단기계약과 장기계약을 구별하여 장기계약에 있어서 컨설팅 절차를 보다 두텁게 하는 방안, 계약체결 과정에 정부가 활용할 수 있는 최고의 전문가들의 사전 참여가 보장될 수 있도록 하는 방안 등이 강구되어야 할 것이다.

104) 현 민투법상으로는 민간투자사업의 총한도액 등의 국회 의결을 규정하고 있을 뿐이다. 법 제7조의2(민간투자사업의 총한도액등 국회 의결)

105) 현 지방자치법 제39조에 따르면 지방의회의 필요적 의결사항은 다음과 같다.

제39조 (지방의회의 의결사항) ① 지방의회는 다음 사항을 의결한다.

1. 조례의 제정·개정 및 폐지
  2. 예산의 심의·확정
  3. 결산의 승인
  4. 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 징수
  5. 기금의 설치·운용
  6. 대통령령으로 정하는 중요 재산의 취득·처분
  7. 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치·처분
  8. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산 외의 의무부담이나 권리의 포기
  9. 청원의 수리와 처리
  10. 외국 지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항
  11. 그 밖에 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항
- ② 지방자치단체는 제1항의 사항 외에 조례로 정하는 바에 따라 지방의회에서 의결되어야 할 사항을 따로 정할 수 있다

## 2. 미국의 행정 계약

### 가. 개관

미국에서는 다양한 행정 분야에서 계약이 활용되고 있다. 가장 전형적인 것은 정부가 필요로 하는 물품이나 서비스를 조달하는 조달계약(procurement contract)이라고 할 수 있다. 다음으로 연방정부가 주정부나 지방정부, 또는 고등교육기관 등에 제공하는 보조금(grant)과 관련한 협약, 민간위탁계약(contracting-out) 등을 들 수 있다. ‘계약을 통한 행정’(government by contract)이라고 부를 경우에는 이들 계약들을 포괄하는 의미로 사용되고 있으며, ‘정부 계약(government contract)이라고 부를 경우에는 이 중에서 조달계약을 의미하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.<sup>106)</sup>

그동안 미국의 행정계약에 대한 국내의 연구현황을 보면 조달계약에 대한 선행연구는 적지 않게 찾아볼 수 있으나,<sup>107)</sup> 보조금계약, 민간위탁계약에 대한 연구는 찾아보기가 쉽지 않다. 그러나 이들 계약들에 대한 연구의 필요성은 매우 크다고 할 수 있다. 우선 보조금계약의 경우 우리나라에서도 각종 연구개발(R&D) 과정에서 광범위하게 사용되고 있고, 이의 효율성과 투명성을 확보하는 것이 국가경쟁력을 높이는 데에 매우 중요하다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 세계적으로 연구개발 분야의 경쟁력을 유지하고 있는 미국의 보조금계약 관련 법제를 살펴보는 것이 유용하다고 할 수 있다.

다음으로 우리나라에서도 행정의 효율성을 높이기 위해서 민간위탁계약이 광범위하게 사용되고 있다. 그런데 지속적으로 민간위탁의 한계와 기준이 문제되고 있다. 미국에서도 민간위탁계약의 한계와 기준이 지속적으로 문제되고 있다.<sup>108)</sup> 대표적으로 이라크전쟁에서 작전업무를 수행한 민간용병업체인 Blackwater 사례는 민간위탁계약의 한계가 과연 무엇인가에 대한 근본적인 질문을 제기하게 만든 바 있다.<sup>109)</sup> 이러한 이유로 미국의 민간위탁계약사

106) Freeman, Jodi and Minnow, Martha, Government by Contract: Outsourcing and American Democracy, Harvard University Press, 2009 및 Schwartz, Joshua, “United States”, Comparative Law of Public Contracts, Bruylant, 2010, 615면 참조

107) 계승균, 「행정조달계약법상 공정의무: 미국 판례를 중심으로」, 『저스티스』, 통권 제82호, 2004, 노수철, 「정부조달계약제도하의 계약상대자 보호 문제 연구 - 편의적 해약 제도(Termination for Convenience)를 중심으로」, 『법학연구』(연세대) 제15권 제4호, 2005, 박정훈, 「행정조달계약의 법적 성격」, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005, 김대인, 『행정계약법의 이해』, 경인문화사, 2007, 최인호, 「미국의 사례를 중심으로 본 정부조달계약의 공공성과 하도급질서의 公正化를 위한 법적 규율」, 『법학논총』(전남대) 제31권 제3호, 2011, 전현철, 「미국 연방(聯邦)정부 조달계약에 관한 법적 고찰」, 『미국헌법연구』 제23권 제1호, 2012 등.

108) 이에 관한 대표적인 문헌으로 Freeman, Jodi and Minnow, Martha, Government by Contract: Outsourcing and American Democracy, Harvard University Press, 2009.

레가 우리나라에 주는 시사점도 매우 크다고 할 수 있다.

미국의 경우 보조금계약과 민간위탁계약 모두 조달계약과의 관계가 문제되고 있다. 따라서 이하에서는 미국의 조달계약에 관한 내용을 우선적으로 짧게 살펴보고, 보조금계약, 민간위탁계약을 중점적으로 살펴보도록 한다. 이상에 대한 내용을 토대로 우리나라에 주는 시사점을 검토해보도록 한다.

## 나. 조달계약(Procurement Contract)

미국의 조달계약법제의 우선적인 특징으로는 연방국가로서의 특성으로 인해 연방(federal)과 주(state)법이 구분되어 있다는 점을 들 수 있다. 이하에서는 연방정부에 적용되는 법을 위주로 설명하도록 한다. 다음으로 미국 연방정부의 조달계약관련법제는 계약의 체결단계만을 규율하는 것이 아니라 계약체결 이후 단계도 규율하고 있다는 점도 특징이다. 이러한 점에서 대부분의 국가들의 조달법제가 계약체결이전단계의 규율에 초점이 맞추어져 있는 것과 차이가 있다는 지적이 있다.<sup>110)</sup>

미국의 연방조달법제의 기초가 되는 법으로는 크게 두 가지를 들 수 있다. 1948년에 제정된 국방조달법(Armed Services Procurement Act: ASPA)과 1949년에 처음 제정된 연방재산 및 행정서비스법(Federal Property and Administrative Services Act: FPASA)이 그것이다. 전자는 국방 분야의 조달에 적용되고, 후자는 국방 이외의 행정 분야에 적용되는 법이다. 이 두 가지 법 모두 적용대상을 조달계약(procurement contract)에 한정하고 있다. 이 두 법의 내용은 거의 유사한데, 국방 및 기타 행정 분야에 모두 적용되는 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation: FAR)이 1984년에 제정됨으로 인해 유사성이 더 강화되었다. 위 두 법률은 지속적으로 개정이 이루어졌는데 1984년의 '계약에서의 경쟁법'(Competition in Contracting Act: CICA)과 1994년의 연방조달간소화법(Federal Acquisition Streamlining Act: FASA)이 이러한 개정의 주요 계기가 되었다.<sup>111)</sup>

이하에서는 조달계약체결 이전과 이후에 대한 규율을 나누어서 살펴보도록 한다.

---

109) 이와 관련된 문헌으로 Paul, Verkuil, *Outsourcing Sovereignty*, Cambridge University Press, 2007, Stanger, Allison, *One Nation Under Contract: The Outsourcing of American Power and the Future of Foreign Policy*, Yale University Press, 2009 등 참조.

110) Schwartz, Joshua, "United States," *Comparative Law of Public Contracts*, Bruylant, 2010, 617~618면 참조.

111) Schwartz, Joshua, "United States," *Comparative Law of Public Contracts*, Bruylant, 2010, p. 619 참조.

## 1) 조달계약체결 이전의 규율

1984년에 제정된 ‘계약에서의 경쟁법’(Competition in Contracting Act: CICA)은 계약체결 절차와 관련한 기본법이라고 할 수 있다. 이 법에서는 정부가 물품이나 서비스를 구매함에 있어서 ‘완전공개경쟁’(full and open competition)을 해야 한다는 점을 규정하고 있다. 이는 모든 적격성이 있는 공급자들이 정부계약을 놓고 경쟁할 수 있는 기회를 제공받아야 한다는 것을 의미한다. 계약공무원은 기존에 좋은 거래관계를 가졌던 사업자와 지속적으로 계약할 수 있는 재량권을 갖고 있지 못하다. 이 부분은 일반 상거래상의 계약관계와 차이점이라고 할 수 있다.<sup>112)</sup>

이러한 완전공개경쟁에는 크게 두 가지의 계약방식이 속한다. 봉합입찰(sealed bidding)과 경쟁적 협상(competitive negotiation)이 그것이다. 가격만을 낙찰기준으로 삼을 경우에는 봉합입찰이, 가격 이외에 제품의 질까지 낙찰기준으로 삼을 경우(최고가치기준: best value criteria)에는 경쟁적 협상을 활용할 수 있다. 이처럼 협상이 허용되는 경쟁적 협상방식을 완전공개경쟁의 한 유형으로 보고 있는 것은 EU와 차이가 나는 점이라는 지적이 있다.<sup>113)</sup>

완전공개경쟁 이외의 다른 계약방식을 적용할 수 있는 예외사유는 다음과 같다.

- 1) 오직 한 사업자만이 발주청이 원하는 제품이나 서비스를 공급할 수 있는 경우
- 2) 전쟁과 같이 특별하고 긴급한 필요가 있는 경우
- 3) 국가 긴급상황에서 필수적인 제품이나 설비가 필요로 하는 경우
- 4) 미국과 다른 외국이 체결한 국제협정이 계약의 조건에 관해서 규율하고 있는 경우
- 5) 중소기업법(Small Business Act)과 같은 법률에서 규정을 하고 있는 경우
- 6) 정부의 조달수요내용이 공개될 경우 국가안보를 위협하는 경우
- 7) 완전공개경쟁이 공익에 반하는 경우<sup>114)</sup>

완전공개경쟁 이외의 다른 계약방식이 남용되지 않도록 하기 위해서 계약공무원이 문서에 의해 이 계약방식을 사용하는 이유를 적시하도록 하고 있는 한편, 상급공무원의 승인을 취득하도록 하고 있다. 이러한 완전공개경쟁 이외의 계약방식을 채택할 경우 해당내역은 정보자유법(Freedom of Information Act: FOIA)에 의해 시민과 의회에게 공개되어야 한다.<sup>115)</sup>

계약의 낙찰과 관련한 분쟁(bid protest)은 감사원(Government Accountability Office:

112) 중소기업청, 미국연방조달규정해설, 2011, p. 4.

113) Schwartz, Joshua, “United States,” Comparative Law of Public Contracts, Bruylant, 2010, pp. 632-633 참조.

114) 중소기업청, 미국연방조달규정해설, 2011, p. 4.

115) Schwartz, Joshua, “United States”, Comparative Law of Public Contracts, Bruylant, 2010, pp. 633-634.

GAO) 또는 연방청구법원(Court of Federal Claims)에서 해결한다. 이 중에서도 국회 내의 소속기관인 감사원에 의한 분쟁해결이 적극적으로 활용되고 있는데, 이는 낙찰탈락자가 GAO에 제소할 경우 ‘계약에 있어서 경쟁법’(CICA)에 의해 인정되고 있는 계약절차중지효(CICA stay)가 발생하기 때문이다.<sup>116)</sup>

## 2) 조달계약체결 이후의 규율

연방조달규칙(FAR)을 중심으로 조달계약체결 이후에 대한 규율의 몇 가지 특징을 설명해 보면 다음과 같다.<sup>117)</sup>

첫째, 계약의 범위, 즉 공급하기로 한 물품이나 용역의 양과 질을 일방적으로 변경할 수 있는 권한을 연방정부에게 부여하고 있다. 이에 대응해서 계약상대방은 부분적인 보상을 청구할 수 있는 권리를 갖는다.

둘째, 계약불이행이 있거나 불이행의 우려가 있을 때 계약을 해제/해지할 수 있는 권한을 연방정부에게 부여하고 있는데, 이는 사법상의 계약에서의 해제권보다 그 범위가 넓다.

셋째, 연방정부에게 거의 무제한적으로 계약을 해제/해지할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 이를 편의적 계약해제/해지권(termination for convenience)로 부르고 있는데, 이는 계약 전체 또는 부분에 대해서 이루어질 수 있으며, 계약상대방의 채무불이행이 없는 경우에도 가능하다. 이에 대응해서 계약상대방은 계약의 부분적인 이행을 위해 불가피하게 지출된 비용의 보상을 청구할 수 있는 권리를 갖는다.

넷째, 계약을 해석함에 있어서 주권행위원칙(sovereign act doctrine)과 착오배제원칙(unmistakability doctrine)이 적용된다. 이에 따라 연방정부는 변경되는 정치상황과 새로운 사회적 변화에 대응해서 현존하는 계약을 위반하지 않고서도 정책을 변경할 수 있는 권한을 보유한다.

다섯째, 위와 같이 연방정부에게 부여된 일방적 계약변경권한이나 계약해제/해지권에 대응하여 계약상대방이 보상을 제대로 받을 수 있도록 하기 위해서 이에 관한 분쟁을 독립적인 분쟁해결기구인 연방청구법원(Court of Federal Claims) 또는 계약분쟁조정위원회(Board of Contract Appeals)에서 해결하도록 하고 있다.

116) Bid Protest에 대한 상세한 소개로 전현철, “미국 연방(聯邦)정부 조달계약에 관한 법적 고찰,” 미국헌법연구 제23권 제1호, 2012, p. 280 이하 참조.

117) 이하의 설명은 Schwartz, Joshua, “United States,” Comparative Law of Public Contracts, Bruylant, 2010, p. 618 참조.

## 다. 보조금계약

### 1) 연방보조금 및 협력협약법(Federal Grant and Cooperative Agreement Act)

#### 가) 배경

이 법은 (보조금)지원(assistance)과 조달(procurement)의 법적인 차이를 분명하기 위해서 만들었다. 이 법의 제정배경에 대해서 설명해보면 다음과 같다. 1969년에 의회는 정부조달 위원회(Commission on Government Procurement)를 설립했다. 이 위원회는 조달의 경제성, 효율성, 효과성을 증진시킬 수 있는 방법을 권고하기 위해서 설립되었다. 그러나 이 위원회는 다양한 보조금지원행위들이 조달에 영향을 미치고 있고, 이러한 보조금지원과 조달간의 관계가 불분명하고 일관되지 않다는 사실을 발견하게 되었다. 이에 따라 위원회는 조사의 범위를 보조금지원이 조달에 미치는 영향까지 확대했다.<sup>118)</sup>

정부조달위원회는 1972년에 나온 최종보고서에서 다음과 같은 세 가지의 문제점을 지적했다.

- 1) 보조금지원 관계와 조달계약간의 혼동
- 2) 1가지 이상의 보조금지원유형이 존재한다는 점에 대한 인식부족
- 3) 보조금지원관계에 대한 범정부적인 가이드라인의 부존재

정부조달위원회는 무엇보다 조달과 보조금지원 간의 관계를 구별하지 않음으로 인해서 보조금지원이 조달의 요건들을 회피하는 수단으로 부적절하게 사용되었고, 보조금지원에 있어서 불필요한 행정요건들을 부가하는 결과를 낳았다고 보았다. 정부조달위원회는 혼동, 비일관성, 그리고 비효율성을 줄이기 위해서는 법률의 제정이 필요하다는 결론을 내리게 된다. 그 결과로 1977년에 ‘연방보조금지원 및 협력협약법’(Federal Grant and Cooperative Agreement Act)이 제정된다.<sup>119)</sup>

#### 나) 법의 주요내용

첫째, 정부와 체결하는 계약 또는 보조금지원을 크게 세 가지 유형으로 나누고 있다. 조달계약(procurement contract), 보조금(grant), 그리고 협력협약(cooperative agreement)이 그것이다.

118) Allen, Kenneth J., Federal Grant Practice - A Guide for the Government and Grantees, Thomsen Reuters, 2014, p. 127 참조.

119) Allen, 위의 책, p. 127~128 참조.

둘째, 위 세 가지 유형 중의 가장 적절한 수단을 선택하는 기준에 대해서 규정하고 있다.  
셋째, 위와 같은 기준에도 불구하고 행정청은 언제든지 조달계약을 선택할 수 있다고 규정하고 있다.

넷째, 계약 또는 보조금지원에 의해서 구매된 유형자산에 대해서 연방기관들이 권원(title)을 부여할 수 있도록 했다.

다섯째, 예산관리처(Office of Management and Budget: OMB)에게 보충적인 해석지침을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있다. OMB는 이에 근거해서 지침과 가이드라인을 제정한다.

여섯째, 발주처와 비연방주체는 다양한 유형의 관계, 즉 조달계약, 보조금지원, 협력협약을 동시에 맺을 수 있다.

#### 다) 법의 내용

##### ① 목적

이 법의 목적으로 다음과 같이 크게 세 가지가 언급되고 있다.(제6301조)

- 1) 물품 또는 서비스를 획득하거나 미국정부의 지원을 받음에 있어서 행정기관과 계약업체, 주정부, 지방정부, 기타 수령인들간의 관계를 명확히 함을 통해 미국 정부 지출에 대한 보다 깊은 이해를 촉진하고, 정부로부터 발주를 받은 자의 불필요한 행정요건의 제거를 돕는다.
- 2) 행정기관으로 하여금 적절한 법적 수단을 선택하는 기준을 제시함으로써, 이들 수단을 행정기관이 사용함에 있어서 통일성을 확보하고, 수단들 상호간의 관계를 보다 분명하게 정의하고, 이들 관계의 당사자들의 책임을 더 잘 이해하도록 한다.
- 3) 조달계약, 보조금협약, 협력협약을 선택하고 사용함에 있어서 규율강화를 촉진하고, 조달계약을 체결함에 있어서 경쟁을 최대화하고, 보조금지원과 협력협약을 체결함에 있어서 경쟁을 강화한다.

##### ② 정의

이 법은 주요 용어들을 다음과 같이 정의하고 있다(제6302조).

- 1) 행정기관(executive agency)에는 정부가 공동지분을 갖고 있는 기업은 포함되지 않는다.
- 2) 보조금협약(grant agreement) 또는 협력협약(cooperative agreement)은 미국정부로부터 개인에게 직접 현금지원이 이루어지거나, 지원금(subsidy), 대출, 대출보증, 또는 보험 등과 관련해서 체결되는 협약은 포함하지 않는다.
- 3) 지방정부(local government)는 주(State)의 행정부서, 지방행정청, 특별지구, 주간지

구, 정부위원회, sponsor group representative organization, 주간 기관(interstate entity)을 또는 기타 지방정부의 소속기관을 의미한다,

- 4) 기타수령인(other recipient)이라 함은 주정부나 지방정부 이외에 미국정부로부터 지원을 받거나 조달계약을 체결할 수 있는 권한을 부여받은 자를 의미하며, 자선 재단이나 교육기관을 포함한다.
- 5) 주(State)라 함은 미국의 주, 워싱턴 D.C., 미국의 소유지이거나 점령지, 주의 기관 이거나 소속기관, 그리고 정부의 의무와 권한을 갖는 복수주, 지역 또는 주간 기관을 의미한다.

③ 조달계약의 사용

행정청은 미국정부와 주, 지방정부, 기타 수령인간의 관계를 반영하여 다음과 같은 경우에 조달계약을 사용한다(제6303조).

- 1) 수단을 사용하는 주된 목적이 구매, 리스, 교환 등을 통하여 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 물품 또는 서비스를 획득하는 데에 있고,
- 2) 행정청이 특정한 경우에 조달계약의 사용이 적절하다고 생각하는 경우

④ 보조금협약의 사용

행정청은 미국정부와 주, 지방정부, 기타 수령인간의 관계를 반영하여 다음과 같은 경우에 보조금협약을 사용한다(제6304조).

- 1) 이러한 법적 관계의 주된 목적이, 매매, 리스, 또는 교환 등을 통해 물품이나 서비스를 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 획득하는 대신에 미국법에 의해서 승인된 지원이나 축진의 공적 목적을 위해서 가치있는 것을 주정부, 지방정부 또는 기타 수령인에게 이전하는 데에 있고,
- 2) 협약에 있는 행위를 수행함에 있어서 행정부와 주정부, 지방정부 또는 다른 수령인 간의 실제적인 관여(substantial involvement)는 기대되지 않는 경우

⑤ 협력협약의 사용

행정청은 미국정부와 주, 지방정부, 기타 수령인 간의 관계를 반영하여 다음과 같은 경우에 협력협약을 사용한다.(제6305조)

- 1) 이러한 법적 관계의 주된 목적이, 매매, 리스, 또는 교환 등을 통해 물품이나 서비스를 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 획득하는 대신에 미국법에 의해서 승인된 지원이나 축진의 공적 목적을 위해서 가치 있는 것을 주정부, 지방정부 또는 기타 수령인에게 이전하는 데에 있고,
- 2) 협약에 있는 행위를 수행함에 있어서 행정부와 주정부, 지방정부 또는 다른 수령인

간의 실제적인 관여(substantial involvement)가 기대되는 경우

⑥ 연구를 위한 유형자산에 대한 권원부여

행정청의 장은 고등교육의 비영리기관이거나 주된 목적이 과학적인 연구에 있는 비영리기관에게 다음과 같은 경우 유형자산에 대한 권원을 부여할 수 있다(제6306조).

- 1) 자산이 조달계약, 보조금지원협약, 협력협약에 의해서 제공된 금액에 의해서 기초나 응용과학연구를 위해 구매되었고,
- 2) 행정청의 장이 권원을 부여하는 것이 행정청의 목적을 달성하는 데에 기여한다고 결정하였고,
- 3) 미국정부에게 더 이상의 의무는 존재하지 않고,
- 4) 행정기관이 적절하다고 생각하는 조건이 있는 경우

⑦ 해석지침과 적용제외

OMB의 장은 조달계약, 보조금협약, 협력협약의 일관되고 효율적인 사용을 촉진시키기 위해서 보충적인 해석지침을 제정할 수 있으며, 이 장은 행정청의 거래나 프로그램에 대해서는 적용이 제외될 수 있다.(제6307조)

⑧ 공동투자 프로젝트의 서로 다른 부분들을 위해서 복합적인 관계를 사용

이 장은, 프로젝트의 서로 다른 부분에 대해서 서로 다른 관계가 적절할 경우에 하나 이상의 프로그램 또는 예산배정을 포함하는 공동투자 프로그램에 있어서, 미국정부와 주, 지방정부, 기타 수령인간에 오직 한 가지의 관계만을 수립할 것을 요구하지 않는다(제6308조).

2) 보조금통일가이드라인(Uniform Administrative Requirements, Cost Principles, and Audit Requirements for Federal Awards)

가) 개관

2013년 12월 26일에 8개의 보조금 관련 지침들이 하나로 통합되면서 “Uniform Administrative Requirements, Cost Principles, and Audit Requirements for Federal Awards(이하 통합가이드라인)”이 제정되었다. 통합가이드라인 제정의 주된 목적은 1) 낙찰과 관련한 가이드라인을 간소화해서 행정부담을 경감하고, 2) 낭비, 사기, 남용 등의 리스크를 줄이기 위해서 연방정부의 재정지출행위를 감시하기 위한 것이다. 통합가이드라인은 크게 다섯 개의 장(Subpart)으로 구성되어 있다.

Subpart A: 약어와 정의(Acronyms and Definitions)

Subpart B: 일반규정들(General Provisions)

Subpart C: 낙찰 이전의 요건들과 낙찰의 내용(Pre-Federal Award Requirements and Contents of Federal Awards)

Subpart D: 낙찰 이후의 요건들(Post Federal Award Requirements)

Subpart E: 비용원리(Cost Principles)

#### 나) 주요 내용

통합가이드라인이 기존의 법제를 개혁한 내용을 정리해보면 다음과 같다.<sup>120)</sup>

- ① 관련규정의 통합: 우선 중복되고 모순되는 가이드라인의 내용들을 삭제했다. 기존에 8개의 관련 지침이 각자 따로 제정되면서 수많은 중복되고 모순되는 내용들이 존재했고, 이러한 규정들의 부적절한 집행으로 인해 비연방주체(non-federal entities)<sup>121)</sup>가 오히려 더 엄격한 감독과 감사를 받는 리스크가 발생하기도 하였다. 이러한 문제점들이 관련 지침의 통합으로 해소되게 되었다.
- ② 준법보다는 성과에 초점: 책임성 제고를 위해서 준법(compliance) 보다는 성과(performance)에 더 초점을 맞추게 되었다. 비용효과성을 증진시키고 프로그램 전체적으로 효율적인 협력을 강화함으로써 성과를 획득하기 위해서 OMB가 준법과 관련한 일정한 요건들을 적용배제할 수 있게 하였다(Section 200.102). 또한 연방정부들과 비연방주체들이 프로그램 결과를 개선하고, 교훈을 나누고, 바람직한 실무를 채택하는 것을 확산하기 위해서 성과를 평가하는 지침을 제시하였다(Section 200.301).
- ③ 정보통신기술의 활용: 정보통신기술의 효율적인 사용과 서비스 공유를 강화했다. 연방발주청이 민감한 정보라고 지정한 정보뿐만 아니라 개인식별정보를 보호하기 위해서 비연방주체들이 합리적인 조치를 취할 의무를 부과하였다(Section 202.303). 그리고 비연방주체들이 중복적인 구매를 피하고 기관 상호간의 협정을 통해 물품과 서비스를 공유하도록 권장하는 내용이 들어갔다(Section 200.318).
- ④ 투명한 비용관리: 일관되고 투명한 비용관리에 관해 규정했다. 비용분담은 규정에서 요구되는 경우에 연구제안서 제출을 위해서만 허용되도록 하였다. 낙찰과정의 평가에 자발적인 비용분담은 고려하지 않도록 하였다(Section 200.306). 매개기구의 경우에 2차 수령인에게 간접비 비율을 제공하도록 하였다(Section 200.331). 행정비의 경우 이것이 연방낙찰에 직접적으로 관련된다는 것을 보여주기 위한 일정한 요건을 충족하면

120) Allen, 위의 책, pp. 75~82 참조.

121) 보조금을 받는 주정부, 지방정부, 민간단체를 포괄한 개념이다.

직접비로 처리되도록 했다(Section 200.413).

- ⑤ 허용되는 비용의 제한: 연방재원을 최대한 적절히 사용하기 위해서 허용되는 비용(allowable cost)을 제한했다. 허용가능한 컨퍼런스 지출을 분명히 하고, 컨퍼런스 비용이 적절하고, 필요하고, 연방낙찰에 대한 비용을 최소화하는 방식으로 관리되도록 보장함에 있어서 컨퍼런스 주최자가 재량권을 행사하고 판단하도록 하였다(Section 200.432).
- ⑥ 사업절차의 정립: 데이터 요소를 통해서 연방기관들이 표준적인 사업절차를 정립하도록 했다. 모든 보조금지급 공고와 관련해서 표준적인 데이터 요소를 제공하도록 함으로써 비연방주체들이 이를 보다 용이하게 비교하고 이해하도록 했다(Section 200.210).
- ⑦ 가정친화적 정책의 강화: 비연방주체들이 가정친화적인 정책을 강화하도록 했다. 컨퍼런스를 주최함에 있어서 지역에서 가능한 어린이 보호센터를 찾는 비용을 허용되는 비용으로 규정했다(Section 200.432).
- ⑧ 보조금수령인에 대한 감독의 강화: 감독을 강화했다. 연방기관들과 매개기관들로 하여금 낙찰이 이루어지기 전에 낙찰가능성이 있는 보조금 수령인들로 하여금 이해충돌 또는 관련한 형사법위반사항을 공개하도록 요구하거나, 명시적으로 이득취득을 금지하거나, 비연방주체의 장의 승인을 요구하는 등의 방식으로 리스크를 평가하도록 하고 있다(Section 200.112).
- ⑨ 감사범위의 집중: 낭비, 사기, 남용의 리스크가 있을 경우에 집중해서 감사를 하도록 했다. 이를 위해서 단일감사(single audit) 적용대상을 500,000달러 이상으로부터 750,000달러 이상으로 상향조정했다. 이를 통해 약 5,000개의 비연방주체들의 감사부담을 경감하면서, 동시에 여전히 연방예산의 99%이 단일감사의 대상이 되도록 했다(Section 200.501).

### 3) 보조금수령인이 체결하는 계약

#### 가) 개관

보조금수령인들은 자신의 임무를 수행하기 위해서 계약업체를 자주 사용하게 된다. 예를 들어 고속도로건설과 관련하여 보조금을 지급받은 경우에 해당 수령인은 임무를 수행하기 위해서 건설회사와 계약을 체결하게 된다. 질병에 대해서 연구를 하는 것과 관련하여 보조금을 지급받은 경우에 해당 수령인은 임무를 수행하기 위해서 값비싼 의료 또는 과학장비를 구매하게 된다. 위와 같은 경우 보조금수령인들은 연방보조금을 토대로 외주화(contracting out)하는 것으로 볼 수 있고, 연방정부는 이를 감시하게 된다.

OMB의 통일가이드라인이 2013년 12월 26일부터 실시되었는데, 위에서 언급한 보조금수령인이 체결하는 계약에 관해서는 각 기관이 통일가이드라인 Subparts B 부터 D까지와 관련된 기관자체의 지침을 제정한 이후부터 해당지침이 적용된다. 2013년 12월 26일 이전에 체결된 계약에 대해서는 기존의 OMB Circulars A-102와 A-110에 입각한 해당기관의 지침이 그대로 적용된다.

OMB Circulars A-102는 주정부, 지방정부에 적용되며, OMB Circulars A-110은 고등교육 기관, 비정부기구에 적용된다. OMB Circulars A-102는 봉합입찰(sealed bidding), 경쟁적 협상(competitive negotiation)등과 같이 조달방식에 대해 주로 규정을 두고 있는 반면에, OMB Circulars A-110은 이러한 조달방식에 대해서는 자세한 규정을 두지 않고 있다.

#### 나) 기본원리

첫째, 보조금수령인들은 보조금을 토대로 업체와 계약을 체결할 때 기관의 자체규칙을 사용할 수 있다. 다만 연방규칙에 부합해야 한다. OMB 통일가이드라인은 모든 보조금수령인들은 보조금수령인에게 적용되는 계약규칙과 부합하는 한 자체규칙을 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 대부분의 통일가이드라인의 내용은 OMB Circulars A-102가 적용되는 경우를 제외하고는 OMB Circulars A-110을 기반으로 하고 있다.<sup>122)</sup>

둘째, 연결성, 투명성, 그리고 경쟁의 원리를 준수해야 한다. 보조금수령인은 계약을 체결함에 있어서 고도의 윤리적인 원리와 공공조달의 가치에 따라야 한다. 따라서 계약의 모든 입찰참가인들에게 공정하고도 평등한 공지를 해야 하며, 구매자의 요건을 분명하게 제시해야 하고, 미리 제시한 평가와 선택기준에 따라 낙찰을 해야 한다. 그리고 정당하고 최소한의 필요를 충족하는 구매를 해야 하며, 분명하고도 운용가능한 규격을 사용해야 하며, 법적으로 요구되거나 필요한 우선구매를 존중해야 한다(예를 들어 중소기업으로부터의 구매).<sup>123)</sup>

셋째, 책임성의 원리를 준수해야 한다. 예를 들어 보조금수령인들은 연방정부에서 부정당업자로 제재를 받은 업체와는 계약을 체결해서는 안 된다. 또한 업체가 부정당업자로 제재를 받지 않은 상태라고 하더라도 해당 계약을 수행할만한 기술적, 재정적 자원을 보유하고 있지 못한 경우에는, 보조금수령인은 이러한 업체와 계약을 체결해서는 안된다.<sup>124)</sup>

122) Allen, 위의 책, p. 774 참조.

123) Allen, 위의 책, pp. 774-775 참조.

124) Allen, 위의 책, p. 775 참조.

다) OMB Circulars A-102

- ① 개관: 주정부는 자체의 계약규칙을 사용할 수 있다. 그러나 연방정부의 계약규칙에 위반되는 것은 권장되지 않는다. 주정부 이외의 수령인은 발주기관이 OMB Circulars A-102에 따라 제정한 자체지침에 따라야 한다[§36(a), §36(b)(1)].
- ② 윤리기준규범: 보조금수령인은 명문으로 계약의 낙찰과 관리와 관련한 피고용인에 대해서 명문의 윤리기준규범(standard code of conduct)을 보유해야 한다. 이러한 윤리기준규범은 최소한 다음과 같은 내용을 규정해야 한다. 우선 사적인 이해상충관계(personal conflict of interest)가 없어야 한다. 계약업체들로부터 금전적인 이익을 요청하거나 제공받아서 안된다. 다만 내부적으로 허용되는 이익의 기준을 정하는 것은 가능하다. 주법이나 지방정부법에서 허용되는 범위 내에서 위반사항에 대한 벌칙, 제재 등에 대해서 규정해야 한다[§36(b)(3)].
- ③ 효율적 구매: 보조금 수령인은 불필요하거나 중복적인 구매를 피해야 하며, 가장 효율적인 구매를 위해서 통합구매를 하거나 분리구매를 해야 한다. 그리고 가장 경제적인 구매가 이루어지도록 하기 위해서 리스와 매매, 기타 대안적인 획득방법간의 비교분석을 해야 한다[§36(b)(4)].
- ④ 정부간 협력구매: 규모의 경제가 비용절감의 효과를 낼 것으로 판단되는 경우에는 주간 또는 정부간 협력구매를 실시하거나, 공동으로 물품 또는 서비스를 사용해야 한다[§36(b)(5)].
- ⑤ 연방정부의 불용물품의 활용: 보조금수령인들은 새로운 시설이나 물품을 구입할 때 연방정부가 사용하고 남은 물품을 사용하도록 권장된다[§36(b)(6)].
- ⑥ GSA Schedule의 활용: 미국의 조달청(General Services Administration: GSA)에서는 다수공급자계약제도(Multiple Award Schedule)를 운영하고 있다. 이 제도는 특정한 물품, 서비스에 대해서 연방정부가 미리 자격을 부여받은 업체들로부터 상업적으로 가장 유리한 조건으로 납품을 받을 수 있도록 하는 제도이다. 최근에는 이 제도를 연방정부 기관만이 아니라 지방장부, 주정부, 기타 보조금수령인에게도 확대하려는 시도가 이루어지고 있다. 따라서 보조금수령인들은 이를 활용하여 물품이나 서비스를 구매하는 것이 가능한지 여부를 발주청과 함께 점검해야 한다.
- ⑦ Value Engineering의 적극적인 활용: Value Engineering이란 효율성 또는 품질을 높이고 비용을 절감하기 위해서 계약이행과정에서 계약의 변경을 계약업체가 제안할 수 있는 제도이다. 이러한 제안이 승인되면 발주청과 계약업체는 이로 인해 발생한 이익을 어떻게 공유할 것인가를 결정한다. 보조금수령인은 이 제도를 비용절감의 합리적

- 인 기대가 있는 충분한 규모의 공사계약에 대해서 실시하도록 권장된다[§36(b)(7)].
- ⑧ 계약업체의 계약이행능력(responsibility)에 대한 평가: 보조금수령인은 제안된 조달의 조건하에서 성공적으로 계약을 이행할 수 있는 능력이 있는 계약업체에 대해서만 계약을 체결해야 한다. 계약이행능력을 평가함에 있어서는 계약업체의 연결성, 공공정책과의 부합여부, 과거의 이행실적, 재무적, 기술적 자원 등을 고려해야 한다[§36(b)(8)].
- ⑨ 조달기록의 보유: 보조금수령인은 조달의 주요한 역사에 대한 충분하고도 상세한 내용에 대한 기록을 보유해야 한다. 이러한 기록은 조달방법(봉합입찰, 경쟁적 협상)의 선택이유, 계약방식(확정금액, 비용상환계약)의 선택이유, 계약업체 선택과 거절의 이유, 계약금액의 근거 등을 포함해야 한다. 통상 이러한 기록보유의 기간은 3년이다[§36(b)(9)].
- ⑩ 보조금수령인의 계약낙찰과 이행에 대한 책임: 보조금수령인은 계약의 관리에 대한 전적인 책임을 진다. 여기에는 조달공고, 평가, 낙찰자 선택, 낙찰탈락자의 구제, 계약이행과정의 분쟁 등이 포함된다. 발주청은 본질적인 연방정부와 관련된 사안(예를 들어 노동조건과 관련된 Davis Bacon Act의 준수여부)이 아니면 보조금수령인의 결정을 발주청의 결정으로 대체하는 것이 불가능하다[§36(b)(11)].
- ⑪ 분쟁해결: 보조금수령인은 조달과 관련한 분쟁해결절차를 마련해야 하며, 이에 대한 정보를 공개해야 한다. 계약업체는 보조금수령인이 마련한 분쟁해결절차를 모두 거친 후에도 권리구제가 이루어지지 않은 경우에는 보조금을 지급한 발주청에 권리구제를 요청할 수 있다. 다만 발주청은 다음과 같은 경우에만 보조금수령인과 계약업체 간의 분쟁에 관여할 수 있다[§36(b)(12)].
- 1) 보조금수령인이 연방법을 위반한 경우
  - 2) 보조금수령인이 발주청의 규정에 위반한 경우
  - 3) 보조금수령인이 자신이 마련한 분쟁해결절차를 제대로 운영하지 않은 경우
- ⑫ 경쟁원칙: 보조금수령인이 계약을 체결할 때에는 발주청의 조달규정에 따라서 완전공개경쟁(full and open competition)이 원칙이다. 다음과 같은 경우에는 부적절하게 경쟁을 제한한 것으로 인정된다[§36(c)(1)].
- 1) 계약낙찰을 위해 경쟁을 함에 있어서 불합리한 규격을 제시하는 경우
  - 2) 계약업체에게 조직 또는 핵심적인 인력과 관련하여 불필요하게 긴 경험을 요구하는 경우
  - 3) 지나친 계약보증을 요구하는 경우
  - 4) 입찰담합과 같이 계약업체 상호간에 비경쟁적인 가격이 형성되는 경우

- 5) 조직상 이해상충관계(organizational conflict of interest)가 있는 경우. 조직상 이해상충관계는 계약업체의 정당한 계약상의 의무나 충실의무가 구매자에 대한 공정한 지원이나 권고를 하는 것을 불가능하게 하거나, 불가능하게 할 가능성이 있는 경우, 계약업체가 임무를 수행함에 있어서 계약업체의 객관성을 저해하거나 합리적인 의심을 하도록 만드는 경우, 계약업체가 구매자와의 다른 계약에 있어서 불공정하게 경쟁적인 우위를 보유하도록 만드는 경우 등에 인정된다.
- ⑬ 지역제품우선구매: 보조금수령인들은 계약업체의 선정과정에서 연방법에서 특별히 규정하고 있지 않은 한 지역업체의 제품을 우선구매할 의무는 없다. 건설기술(Architectural and Engineering)서비스의 경우 프로젝트의 성격과 규모에 따라 적절한 수의 적격성 있는 기업이 존재할 경우에는 지역제한을 선택기준으로 사용할 수 있다[§36(c)(2)].
- ⑭ 낙찰기준의 설정: 보조금수령인들은 다음과 같이 낙찰기준을 설정해야 한다[§36(c)(3)].
- 1) 기술규격등을 명확하고도 정확하게 제시해야 한다.
  - 2) 입찰공고를 할 때 경쟁을 지나치게 제한하지 않아야 한다.
  - 3) 상세한 기술규격보다는 성능을 위주로 한 규격(performance specification)을 가능한 한 사용해야 한다.
  - 4) 명확하고도 정확한 기술규격제시가 불가능하거나 경제적이지 않은 경우에는 브랜드명이나 이와 동등한 경우를 성능이나 규격요건으로 제시하는 것이 가능하다.
- ⑮ 적격업체 리스트의 활용: 보조금수령인들은 물품과 서비스를 획득하는 과정에서 적격성을 갖는 기업이나 물품의 리스트를 보유함에 있어서 현재성을 유지해야 하고, 최대한 공개 및 자유경쟁이 확보될 수 있도록 충분한 수의 기업이나 제품을 확보해야 한다.
- ⑯ 조달방식: 조달이 확정금액계약인 경우에는 봉합입찰(sealed bidding)이 원칙이며, 낙찰자를 결정함에 있어서 가격을 기준으로 해야 한다. 그리고 이러한 일반경쟁입찰은 보통 다음과 같은 경우에 적절하다[§36(d)].
- 1) 건설계약의 경우에는 봉합입찰을 원칙적으로 사용해야 한다.
  - 2) 봉합입찰에서는 완전하고, 적절하고, 현실적인 규격이 요구된다.
  - 3) 둘 이상의 합리적인 입찰자들이 경쟁을 할 것이 합리적으로 기대되어야 한다.
- 봉합입찰을 실시하기에 적절치 않을 경우에는 경쟁적 제안(competitive proposal)을 사용할 수 있다. 이 방식은 둘 이상의 경쟁자가 존재할 때 사용할 수 있으며, 확정금액계약이거나 비용상환계약의 경우에 사용할 수 있다.
- 비경쟁조달(non-competitive procurement)은 단일사업자로부터 공급을 받거나, 복수의 사업자에게 제안을 했어도 단일사업자만 입찰을 한 경우를 말한다. 이는 단일사업자

로부터만 공급이 가능하거나, 긴급한 상황으로 인해서 경쟁입찰을 실시할 여유가 없는 경우에 허용되며 발주청의 승인이 있어야 한다.

- ⑰ 계약비용 및 가격분석: 보조금수령인은 계약변경을 포함하여 모든 조달행위를 함에 있어서 일정한 형식의 가격과 비용분석을 실시해야 한다. 입찰이나 제안서를 받기 이전에 보조금수령인은 자체적으로 계약비용 및 가격을 독립적으로 분석해야 한다. 보조금수령인은 입찰참가자에게 비용산출의 근거가 되는 자료들을 다음과 같은 경우에 제출하도록 요청해야 한다. 적절한 가격경쟁이 존재하지 않는 경우, 단일사업자로부터 공급을 받는 경우, 계약변경의 경우 등이 그것이다. 가격분석은 입찰참가자 상호간의 가격을 비교하거나 다른 시장가격과의 비교를 통해서 이루어진다§36(f).
- ⑱ 보조금수령인에 의한 낙찰이전의 발주청의 심사: 연방발주청은 계약의 낙찰이 이루어지기 전에 보조금수령인의 조달을 심사하는 권리를 보유하고 있다. 보조금수령인은 발주청의 요청에 따라 보조금수령인이 제시한 기술규격을 발주청에게 제공해야 한다. 또한 보조금수령인은 제안요청서, 독립적인 비용추정 등과 관련한 정보를 발주청의 요청에 따라 제공해야 한다. 이러한 요청은 다음과 같은 경우에 이루어진다. 보조금수령인의 조달이 발주청의 기준에 맞지 않는다고 판단될 때, 간소화된 조달의 하한선(150,000달러)을 넘는 때, 최저가낙찰제도가 적용되지 않을 때 등이 그것이다§36(g).
- ⑲ 계약업체의 보증요건: 건설, 시설보수계약 또는 150,000달러를 넘는 하도급계약의 경우에 발주청이 정부의 이익이 정당하게 보호되었다고 판단할 경우에는 보조금수령인의 보증정책이나 요건을 받아들일 수 있다. 이러한 결정이 이루어지지 않은 경우에는 최소한의 보증요건이 적용된다. 입찰보증의 경우에는 입찰금액의 10%, 이행보증과 지급보증의 경우에는 계약금액의 100%가 기준이 된다§36(h).
- ⑳ 필수적인 계약편입조항: 보조금수령인의 계약은 다음과 같은 내용을 필수적으로 포함해야 한다. 계약위반시에 이에 대한 구제수단, 채무불이행에 의한 계약의 해제, 편의적 계약해제/해지(termination for convenience)가 그것이다§36(i).

라) OMB Circulars A-110

이 지침은 고등교육기관이나 비정부기구가 보조금을 수령한 경우에 적용되는데 이하에서는 OMB Circulars A-102와 겹치지 않는 내용 위주로 기술하도록 한다.

- ① 기본원칙: 보조금수령인은 발주청에게 의존하지 않고 보조금수령에 따른 임무수행을 위해서 필요한 조달에서 발생하는 모든 계약상, 행정상 이슈들을 해결하는 것에 대해서 책임을 진다. 이는 계약이행과정에서 발생하는 분쟁, 낙찰탈락자의 권리구제 등의

해결을 포함한다(§41).

- ② 계약업체의 위반사항에 대한 보고의무: 만약 보조금수령인과 계약한 업체가 계약을 이행하는 과정에서 연방법을 위반한 경우 보조금수령인은 이러한 위반사항을 관련된 행정기관에 보고해야 한다(§41).
- ③ 보조금수령인의 계약에 있어서 경쟁: 보조금수령인이 계약을 체결할 때에는 다음과 같은 최소기준을 충족시켜야 한다. 우선 완전경쟁입찰이 원칙적인 모습이다. 조직상 이 해상충관계가 존재해서는 안 된다. 입찰공고에서는 계약의 요건을 분명하게 제시해야 한다. 이를 통해 입찰참가인들이 정당하고도 평등하게 대우를 받도록 해야 한다. 보조금수령인은 입찰공고에 부합하고, 가격, 품질, 기타 요소들을 고려할 때 보조금수령인에게 가장 유리한 투찰에 대해서 낙찰을 해야 한다(§43).
- ④ 보조금수령인의 조달절차: 보조금수령인은 명문으로 조달절차를 정립할 것이 요구된다. 이러한 절차는 다음과 같은 내용들을 포함한다(§44(a)).
  - 1) 보조금수령인은 보조금에 따른 임무를 수행하는 데에 필요한 물품이나 서비스만을 구매해야 한다.
  - 2) 필요한 경우에 보조금수령인은 보조금이 따른 임무를 수행하는 데에 있어서 리스와 구매 중에서 어떤 것이 가장 경제적이고 실제적인 방안인지를 분석해야 한다.
  - 3) 입찰공고는 기술규격에 대한 명확하고 정확한 정의, 입찰참가자들이 충족해야 하는 요건, 가능하다면 성능요건의 내용을 포함해야 한다.
  - 4) 경제적으로 가능한 범위 내에서, 친환경제품을 우선구매해야 한다.
- ⑤ 중소기업제품의 우선구매 등: 보조금수령인은 중소기업, 소수민족기업, 여성기업의 제품을 최대한 구매하기 위해 적극적인 노력을 기울여야 한다. 이를 위해서 계약업체들이 중소기업 등에 하도급을 주도하도록 하거나, 중소기업과 공동수급체를 구성하도록 하는 것을 권장해야 한다(§44(b)).
- ⑥ 계약의 유형: 보조금수령인이 선택하는 계약의 유형(확정금액, 비용상환, 인센티브계약)은 특정조달에 적합해야 하며, 프로그램 또는 프로젝트의 최대한의 이익을 증진시켜야 한다(§44(c)).
- ⑦ 계약업체의 계약기록에 대한 정부의 접근권: 소액계약(150,000달러 이하)을 제외한 모든 협상된 계약(negotiated contract)은 보조금수령인, 행정기관, 미국의 감사원장, 기타 적법한 권한을 가진 자가 감사, 조사 등을 위해서 특정한 프로그램과 직접적으로 관련된 계약업체의 기록, 문서 등에 대한 접근권을 보장하는 내용의 조항을 포함시켜야 한다(§48(d)).

## 라. 민간위탁계약(Contracting-Out)

### 1) OMB Circular A-76의 제정배경

대통령은 행정업무의 민간위탁과정을 OMB를 통해서 통제하는데, OMB는 이와 관련해서 Circular A-76을 1996년에 처음 제정했다. 이 Circular는 법적 구속력은 존재하지 않는다.<sup>125)</sup> 여기에서는 상업적 업무의 수행에 있어서 민간부문과 공공부문의 경쟁을 거쳐 민간부문이 담당하는 것이 더 효율적이라고 판단될 경우에는 민간영역에 의존한다는 내용을 담고 있다. OMB Circular A-76은 이후 7번 개정을 거쳤고 가장 최근 개정은 부시행정부 시기인 2003년에 이루어졌다. A-76을 통한 민간부문과 공공부문간의 경쟁은 부시 행정부의 주요한 어젠다 중의 하나였다.<sup>126)</sup>

### 2) OMB Circular A-76의 내용

OMB Circular A-76(revised 2003)에서는 상업적 서비스(commercial service)에 있어서 민간영역에 의존하는 것이 연방정부의 오래된 정책이었다는 점을 밝히면서, 미국의 국민들이 납세에 따른 최고의 가치를 누리도록 하기 위해서, 상업적 활동은 경쟁절차를 거쳐야 한다고 규정하고 있다. 이를 위해서 행정청은 다음과 같은 의무를 진다.

- 1) 정부공무원에 의해서 이루어지는 모든 행위들을 상업적(commercial) 또는 고유한 정부(inherently governmental) 행위로 나누도록 한다.
- 2) 고유한 정부행위는 정부공무원이 수행해야 한다.
- 3) 정부공무원이 상업적 행위를 수행할 것인지 여부를 결정하기 위해서는 간소화되고 표준적인 경쟁절차를 사용해야 한다.
- 4) 간소화되고 표준적인 절차에 대해서는 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation: FAR)의 chapter 1과 이 지침을 적용한다.
- 5) 간소화되고 표준적인 경쟁절차를 거치는 경우에는 조달의 연결성, 윤리, 행동규칙의 기준(18 U.S.C. §208 포함)을 지켜야 한다.
- 6) 이 circular를 시행하는 것과 관련하여 서면에 의해서 assistant secretary 또는 이에 준

125) Brown, Kimberly N., "Government by Contract and the Structural Constitution", Notre Dame Law Review, Vol. 87 No. 2, 2011, p. 501 참조.

126) Grasso, Valerie Ann Bailey, Circular A-76 and the Moratorium on DOD Competitions: Background and Issues for Congress, Congressional Research Service, 2013, pp. 1~2 참조.

하는 지위의 공무원을 서면에 의해서 임명해야 한다. 이를 competitive sourcing official(CSO)로 부르기로 한다. 이 지침에 다르게 규정되어 있는 경우를 제외하고 CSO는 서면에 의해서 특정한 책임을 행정청 또는 행정청의 부속실의 고위 공무원에게 위임할 수 있다.

- 7) 연간성과평가에 대한 평가기준을 수립하는 것을 통해서 이 지침을 적용하고 이를 준수하도록 임명된 공무원에게 전적인 책임을 요구해야 한다.
- 8) 간소화되고 표준적인 경쟁절차에 있어서 공정성을 촉진하고 절차에 대한 신뢰성을 증진시키기 위해서 감독책임을 중앙에 집중되도록 해야 한다. 행정청은 경험을 통한 교훈과 최선의 실무례를 바탕으로 하여 분명하고, 투명하고, 일관된 경쟁절차를 효율적으로 적용하기 위해서 자원들은 배분해야 한다. 간소화되거나 표준적인 경쟁절차로부터 얻은 교훈과 최선의 실무례는 SHARE A-76에 포스팅되어야 한다.
- 9) COMPARE 비용추정 소프트웨어를 사용해서 부록C에 따라 표준적이고, 간소화된 경쟁절차에 대한 정부의 비용추정방법이 개발되어야 한다. 각 행정청들은 간소화되거나 표준적인 경쟁절차의 정부비용추정방법을 개발하기 위해서 해당 행정청의 예산추정 방법을 사용해서는 안된다.
- 10) 부록B에 따라서 간소화되고 표준적인 경쟁절차가 이루어지는지 여부를 감독해야 한다.
- 11) 5 C.F.R. Parts 330 and 351에 의해서 역차별을 받는 연방공무원을 지원해야 한다. 임명이나 유보에 대한 퇴역군인의 법률상 우선권보호(5 U.S.C. §§ 1302, 3301, 3502)가 이 circular에 의해서 이루어지는 조치에 대해서 적용된다.
- 12) 특정한 법률상 권한이 존재하거나, OMB의 사전허가를 받지 않은 이상 계약업체 또는 하수급업체로 업무를 수행해서는 안된다.

위와 같은 기본정책에 대한 내용을 토대로 OMB Circular A-76는 네 가지의 부록(attachment)을 두고 있다. 업무처리현황에 대한 기록절차(Inventory Process, Attachment A), 공공부문과 민간부문간의 경쟁절차(Public-Private Comparison, Attachment B), 공공부문과 민간부문간의 경쟁비용에 대한 추정(Calculating Public-Private Competition Costs, Attachment C), 약어와 정의(Acronyms and Definitions, Attachment D)가 그것이다.

### 3) OMB Circular A-76의 최근 동향

그런데 부시 행정부에서의 A-76을 통한 민간부문과 공공부문 간의 경쟁은 여러 가지 논쟁을 가져왔다. A-76을 통한 민간부문과 공공부문 간의 경쟁절차를 비판하는 견해는 이 절

차가 운용하기에 돈이 많이 들고 비효율적이라는 점을 들었다. 정부의 공무원들은 이 경쟁 절차가 민간기업에 유리하게 적용된다고 생각하는 반면에, 민간기업에서는 정부가 불공정하게 유리한 지위에 놓인다고 비판했다. 반면에 이 제도를 찬성하는 견해는 이 제도가 연방정부의 운영에 있어서 효율성을 확보하기 위해서 불가피한 절차라고 주장했다.<sup>127)</sup>

이 경쟁절차를 사용했던 U.S. Army Walter Reed Army Medical Center 프로젝트가 여러 가지 문제점이 있었던 점이 드러나면서 위의 비판견해가 더 우세하게 되었고, 그 결과로 2008년 국방부는 이 경쟁절차의 적용을 유예했고, Obama 행정부에서는 FY 2009 Omnibus Appropriation Act를 통해서 이 경쟁절차의 적용유예범위를 행정부전체로 확대했다<sup>128)</sup>.

최근 OMB 산하의 연방조달정책국(Office of Federal Procurement Policy: OFPP)은 이 경쟁절차를 적용하는 과정에서 준수해야 할 가이드라인(OFPP Policy Letter 11~01, Performance of Inherently Governmental and Critical Functions)을 제시함으로써 이 경쟁절차의 적용을 회복하려는 움직임을 보이고 있다.

Federal Activities Inventory Reform Act Section 5에서는 ‘고유한 정부기능’(inherently governmental function)을 ‘공익과 매우 긴밀하게 연관되어 있어서 연방공무원에 의해 수행되는 것이 요청되는 기능’을 의미한다고 정의하고 있다. OFPP Policy Letter 11-01에서는 ‘고유한 정부기능’의 의미를 보다 구체적으로 다음과 같이 밝히고 있다.

“(a) 이 용어는 연방정부의 권한을 적용하는 과정에서 또는 연방정부를 위해서 가치판단(금전적인 거래나 권리와 관련한 판단을 포함한다)을 하는 과정에서 재량권의 행사가 요청되는 기능을 포함한다. 무엇보다도 고유한 정부기능은 미국을 위해서 다음과 같은 목적을 위해서 법을 해석하거나 집행하는 것을 포함한다.

- (1) 계약, 정책, 행정입법, 수권, 명령, 기타의 방법으로 특정한 행위를 할 것인지, 하지 않을 것인지와 관련해서 미국을 구속하기 위해서,
- (2) 군사 또는 외교행위, 민사 또는 형사절차, 계약관리, 또는 기타의 방법을 통해서 미국의 경제, 정치, 영토, 재산, 기타 다른 이익들을 결정하고 보호하고 증진시키기 위해서,
- (3) 개인의 생명 자유, 또는 재산에 심각한 영향을 미치기 위해서,
- (4) 미국의 공무원 또는 근로자들에게 권한을 부여하고, 임명하고, 지시하고, 통제하기 위해서,
- (5) 미국의 실물 또는 인격적 자산, 유형, 무형의 자산의 획득, 사용 처분에 대한 궁극적인 통제를 하기 위해서(예산 또는 다른 연방기금들을 수집, 통제, 또는 사용하는 것을 포함한다).

127) Grasso, Valerie Ann Bailey, Circular A-76 and the Moratorium on DOD Competitions: Background and Issues for Congress, Congressional Research Service, 2013, p. 2.

128) Ibid.

(b) 이 용어는 다음과 같은 것들은 일반적으로 포함하지 않는다.

- (1) 연방공무원을 위해서 정보를 수집하거나, 연방공무원에게 조언, 의견, 권고, 또는 아이디어를 제공하는 행위,
- (2) 기본적으로 내부관리적인 성격을 갖는 기능(건물보안, 우편관리, 구내식당운영, 청소, 시설운영 및 유지, 창고운영, 자동차정비 기타 일상적인 전기 또는 기계정비서비스)”

OFPP Policy Letter 11-01에서는 ‘고유한 정부기능’ 이외에도 ‘핵심기능’(Critical Function)이라는 개념도 인정하고 있다. 이 개념은 “행정청이 사명과 기능을 효율적으로 행사하고 통제를 유지할 수 있도록 하기 위해서 필요한 기능”을 의미한다고 정의되고 있다. 이러한 기능은 반복적으로 발생하고, 장기간에 걸쳐서 이루어지는 기능으로 보고 있다. 그러나 ‘고유한 정부기능’과는 달리 구체적인 예는 적시하지 않고 있다. OFPP Policy Letter 11-01에서는 위와 같은 기능들의 수행과 관련하여 다음과 같은 가이드라인을 제공하고 있다.

(a) 연방공무원에 의한 기능의 수행

연방공무원에 의해서 수행되어야 하는 업무가 연방정부에게 적절하게 유보되도록 하기 위해서, 행정청들은 다음과 같은 의무를 진다.

- (1) 계약업자들은 고유한 정부기능을 수행해서는 안된다.
- (2) 고유한 정부기능과 긴밀하게 연결되어 있는 기능을 수행할 경우에는 연방공무원이 이를 수행하도록 특별히 고려해야 해야 하며, 만약 이러한 업무가 계약업자에 의해서 수행될 경우에는 계약업자들의 의무가 고유한 정부기능의 수행까지 포함하는 것으로 확대되지 않도록 하기 위해서 계약업자의 행위에 대해서 더 높은 주의와 강화된 감독이 이루어져 한다.
- (3) 행정청이 그 사명과 기능을 효율적으로 행사하고 통제를 유지하기 위해서 핵심기능은 최대한 연방공무원이 수행하거나 관리하도록 보장해야 한다.

(b) 연방계약업체에 대한 관리와 감독

업무가 연방정부에 의해서 수행되도록 유보되어 있지 않거나, 계약업체에 의해 수행되는 것이 적절한 경우에, 행정청들은 계약업체의 업무수행에 대한 적극적이고 사려 깊은 관리와 감독을 통해 계약을 관리하고 공익을 보호하기 위해서 적절한 숫자의 정부인력을 고용하고 훈련하기 위한 절차를 밟아야 한다. 이는 특히 계약이 핵심기능, 고유한 정부기능의 수행과 밀접한 관련이 있는 기능을 수행하기 위해서 체결되거나, 또는 제공되고 계약서비스의 성격에 의해서 업무가 정부공무원에 의해서 수행되는지 아니면 계약업체에 의해서 수행되는지 혼란이 있을 가능성이 있는 경우에 더더욱 그러하다. 계약관리는 계약의 성격에 적합한 것이어야 하며, 정부공무원이 언제든지 감독권을 행사할 수 있도록 보장해야 하며, 시민들이 계약업체들로부터 서비스를 제공받을 경우에는 다른 정부기관 또는 일반대중에게 투명하게 이루어져야 한다.

## 마. 미국의 행정계약법제가 우리나라에 주는 시사점

### 1) 조달법제에 주는 시사점

미국의 연방조달법제가 우리나라에 주는 시사점으로 우선 ‘경쟁적 협상(competitive negotiation)’ 절차를 통해서 최고가치낙찰이 가능하도록 하고 있는 점을 들 수 있다. 우리나라의 경우 가격위주의 낙찰이 아직도 기본으로 되어 있고 이러한 이유로 ‘협상’이 계약과정에 들어가는 것에 대해서 비판적으로 보는 시각이 많다. 최근 종합낙찰제와 같이 최고가치 낙찰제가 도입되고 있는 추세이나, 여전히 계약방식은 전통적인 일반경쟁이나 제한경쟁입찰 등에 머물러 있다. 우리나라에서도 최고가치낙찰제도를 뒷받침할 수 있는 계약방식의 개선을 모색할 경우에는 미국의 제도가 주는 시사점이 크다고 할 것이다.

다음으로 미국에서 계약체결 전뿐만 아니라 계약체결 이후와 관련하여 여러 가지 구체적인 규율을 두고 있다는 점도 우리나라에 주는 시사점이 크다고 할 수 있다. 우리나라에서 조달계약을 규율하고 있는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)에서도 계약체결 이전에 대한 규율에 초점이 맞추어져 있고 계약금액조정(제19조), 지체상금(제26조) 등 계약체결 이후에 관한 규정은 매우 적은 상황이다. 미국의 편의적 계약해제/해지에 관한 규정, 이와 관련한 계약상대방의 보상에 관한 규정 등은 우리나라에도 공익과 사익이 적절하게 균형을 맞춘 조달계약법제를 만드는 데 주요한 참고자료로 삼아볼 수 있을 것이다.

마지막으로 미국에서 계약체결 이전단계와 이후단계 모두 분쟁해결체계를 충실하게 갖추고 있는 것도 참고할 지점이라고 할 수 있다. 미국의 경우 계약체결 이전단계에 관한 분쟁에 대해서는 감사원(Government Accountability Office: GAO) 또는 연방청구법원(Court of Federal Claims)에서 분쟁을 해결하고 있고, 계약체결 이후단계에 관한 분쟁에 대해서는 계약분쟁조정위원회(Board of Contract Appeals) 연방청구법원(Court of Federal Claims)에서 분쟁을 해결하고 있다. 우리나라의 경우 법원에 의한 재판 이외에 국가계약분쟁조정위원회나 지방계약분쟁조정위원회의 재심제도를 두고 있으나 후자에 의한 분쟁해결은 계약체결이전 단계의 분쟁에 주로 제한되어 있으나, 그나마 아직 법원에 의한 재판에 비해서 활성화가 되어 있지 못하다. 계약의 신속하고 전문적인 분쟁해결을 위해서는 재판 이외의 분쟁해결절차가 보다 활성화될 필요가 있는데, 이러한 점에서도 미국의 제도가 주는 시사점이 크다고 하겠다.

## 2) 보조금계약법제에 주는 시사점

미국의 경우에는 조달계약법제와 보조금계약법제 간의 구별이 많이 문제되었고 이를 명확하게 하기 위해 연방보조금 및 협력협약법이 제정되었음을 알 수 있다. 우리나라의 경우 조달계약법제와 보조금계약법제 상호 간의 관계를 어떻게 볼 것인지 살펴볼 필요가 있다.

우리나라에서는 조달계약과 관련해서는 국가계약법에서 규율하고 있고, 일반적인 보조금의 경우 「보조금 관리에 관한 법률」, 「지방재정법」, 「지방교육재정교부금법」 등에서 규율하고 있다. 그런데 「보조금 관리에 관한 법률」에서 보조금지급과 관련해서 보조금교부신청과 보조금교부결정이라는 수익적 행정행위의 법형식과 절차를 사용하도록 하고 있다(동법 제16조, 제17조). 이처럼 기본적으로 보조금지급과 관련해서는 ‘행정행위’의 법형식이 사용되고 있다는 점에서 ‘계약’의 형식이 널리 활용되는 미국과는 차이점이 존재한다.

다만 우리나라의 경우에도 보조금교부결정을 함에 있어서 조건(「보조금 관리에 관한 법률」 제18조)을 붙일 수 있도록 되어 있기 때문에 계약의 형식에 의한 부관을 부가할 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 또한 ‘국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(대통령령)’에서 연구개발과제와 관련한 협약의 체결(제10조), 협약의 변경(제11조), 협약의 해약(제12조)에 대한 규정을 두고 있기 때문에 이러한 점에서는 계약방식이 활용될 여지가 남아 있다고 할 수 있다.

이처럼 보조금지급과 관련하여 계약방식이 활용될 경우에는 국가계약법이 적용되는지가 문제된다. 국가계약법 제3조에서는 “국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 규정하고 있으므로 보조금지급과 관련하여 다른 법률에 특별한 규정이 있지 않는 한 국가계약법이 적용되는 것으로 볼 수 있다.

이러한 점들을 보면 우리나라의 경우에는 보조금계약과 조달계약의 구별이 미국에 비해 법령상 덜 문제되는 것으로 볼 수 있다. 그 근본적인 이유는 법령상 미국의 연방조달규칙이 조달계약에만 적용되는 것에 비해서 우리나라의 국가계약법은 조달계약을 포함하여 국가가 체결하는 계약에 전반적으로 적용되기 때문이라고 할 수 있다. 이처럼 국가의 계약전반을 포괄적으로 규율하는 단일법이 존재한다는 점에서는 우리나라 국가계약법이 장점이 있다고 할 수 있다.

그러나 보다 구체적으로 들어가서 보면 보조금지급과 관련한 계약에 대해서 어느 부분까지는 국가계약법의 적용을 받고, 어느 부분은 개별법령의 적용을 받는지가 그렇게 명확하지 않다. 형식적으로는 국가계약법이 국가의 계약전반을 포괄적으로 규율하고 있지만 실질적으

로는 여전히 국가계약법은 조달계약에 초점이 맞추어져 있기 때문에 보조금계약에 그대로 적용하기 어려운 부분들이 존재한다. 예를 들어 ‘국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정’ 제7조에서는 연구개발과제의 선정과 관련한 규정을 두고 있는데, 이것이 국가계약법의 계약 상대방 선정절차에 관한 규정들의 적용을 전적으로 배제하는 것인지 해석상 불분명하다고 할 수 있다.

이러한 점들을 고려하면 미국에서 조달계약과 보조금계약의 차이를 분명히 하기 위해서 “매매, 리스, 또는 교환 등을 통해 물품이나 서비스를 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 획득” 하는지 여부를 기준으로 양자의 구분을 시도하고, 보조금계약체결과 관련하여 경쟁성의 확보를 중시하고 있는 것은 우리나라에 참고의 가치가 크다고 할 것이다.

다음으로 미국에서 보조금수령인과 계약업체 상호 간의 관계에 대한 규율을 시도하고 있는 것도 의미가 크다고 할 수 있다. 이는 독일식으로 표현하면 국가의 일종의 보장책임이 작동하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉, 국가는 보조금을 지급하고 끝나는 것이 아니라 보조금이 적정하게 집행되도록 관리할 책임까지를 질 필요가 있다고 할 수 있다는 점이다. 이러한 점에서 보조금수령과 계약업체 상호 간의 관계에 대한 규율이 개별법이나 국가계약법에서 충분히 이루어지지 않고 있는 우리나라의 법제를 개선함에 있어서는 미국의 관련법제가 주는 시사점이 크다고 할 것이다.

### 3) 민간위탁계약법제에 주는 시사점

현재 우리나라에서 민간위탁의 일반적 법률상 근거는 정부조직법과 지방자치법에서 찾을 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 정부조직법 제6조 제3항에서는 “행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다”고 규정하고 있다. 지방자치법 제104조 제3항에서도 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다”라고 규정하여 민간위탁의 근거규정을 두고 있다.

그런데 정부조직법 제6조 제3항과 지방자치법 제104조 제3항에서 이처럼 민간위탁의 대상을 제한하고 있는 것에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. “정부조직법 제6조 제3항과 지방자치법 제104조 제3항의 규정은 공적 임무의 민간위탁이라는 현대행정의 조류에 따른 법적 규율의 수요를 충족하지 못하고 있다”는 비판이나.<sup>129)</sup> “공권력 작용을 정부기

구의 축소와 기능재조정이라는 정책목표와 관련하여 민간위탁에 의하여 처리하게 하더라도 무조건 위법이라고 단정 지을 것이 아니라 해당 규정을 현실에 맞게 개정하는 방안도 검토되어야 한다고 본다”는 비판<sup>130)</sup> 등이 그것이다.

실제 개별법령을 보면 국민의 권리·의무와 직접 관련이 있는 사무에 대해서도 민간위탁이 이루어지고 있는 사례가 존재한다.<sup>131)</sup> 이러한 점을 고려하면 ‘국민의 권리·의무와 직접 관련이 있는 사무’를 기준으로 민간위탁여부를 판단하는 것은 변화된 국가기능의 현실에 부합한다고 보기 힘들다. 이러한 점에서 미국에서 ‘고유한 정부기능’(inherently governmental function)을 민간위탁의 일응의 기준으로 삼고 있는 주요한 참고자료로 삼아 볼 수 있다.

또한 미국에서 민간위탁의 기준 그 자체보다도 민간위탁 이후의 계약업체에 대한 관리 및 감독에 초점을 맞추고 있는 점도 우리나라에 주는 시사점이 큰 것으로 볼 수 있다. 우리나라의 경우 민간위탁계약과 관련해서 ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’에서 지도감독에 대한 규정을 두고 있으나(제14조) 이러한 지도감독의 효율성은 매우 떨어지는 상황이다. 미국에서 계약업체에 대한 관리감독을 담당하는 정부인력의 확보를 명시하고 있는 것은 우리나라에서 발생하고 있는 규범과 현실의 괴리문제를 해결하는 데에 도움을 줄 수 있다.

### 3. 프랑스의 행정 계약

#### 가. 개관

협약에 의한 행정이 강조되는 현재의 행정환경하에서 공적 섹터(중앙정부나 지방정부)는 행정의 기본목표인 공공서비스의 수행을 위해 일방적 의사결정인 “행정행위(처분과 규칙 제정)”의 형식뿐만 아니라 “계약”이라는 쌍방적 행위방식을 이용하고 있다.

프랑스에서 행정계약은 공공조달에 국한되지 않으며, 지방자치단체가 체결하는 계획계약(le contrat de plan)과 같은 조직법상의 행정계약과 공익(l'intérêt général)실현을 위한 공공서비스(le service public)의 행정계약을 통한 다양한 모습으로 나타난다.

프랑스의 경우, 일반 행정법상의 행정계약 법제는 국가뿐만 아니라 지방자치단체의 경우

129) 홍준형, “사인에 의한 행정임무의 수행 - 공무수탁사인을 둘러싼 법적 쟁점을 중심으로 -,” 공법연구 제39집 제2호, 2010, pp. 644~645 참조.

130) 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적 기준의 설정과 한계,” 법학논총(숭실대학교) 제20집, 2008, p. 25 참조.

131) 예를 들어 「민영교도소의 설치 및 운영에 관한 법률」에서 국민의 권리·의무와 직접 관련이 있다고 볼 수 있는 교정행정업무를 민간에 위탁하고 있는 예를 들 수 있다.

에도 동일하게 적용된다고 기술하고 있다.<sup>132)</sup> 다시 말하자면, 프랑스에서 행정계약은 공공 조달에 국한되지 않으며, 지방자치단체가 체결하는 계획계약(le contrat de plan)과 같은 조직법상의 행정계약과 공익(l'intérêt général)실현을 위한 공공서비스(le service public)의 행정계약을 통한 구체적인 모습으로 나타난다.

그리고 1990년대 후반 이후 불거지고 사회 안전에 관한 새로운 정책수단으로 있는 치안에 관한 안전계약 등이 나타나고 있다. 즉 종전처럼 급부적 영역에서 뿐만 아니라 공공질서에 분야에서도 계약(협약)적 도구가 구체화되고 있다는 점은 관심을 가질만하다.

### 1) 행정에서의 계약화현상의 특징과 배경

#### 가) 계약화-사법(私法)상 관점에서 본 특징

계약에 관한 일반적인 정의에 비해 어떤 계약이 공법적이든 혹은 사법적이든 간에 서로 다른 법 영역에서 명쾌하게 식별해 낸다는 것은 쉽지 않다. 행정계약이 가지는 계약이론상의 특징인 당사자 간의 합의, 법 효과의 발생 그리고 계약의 구속력의 근거로서 사적자치(사적자치)의 의미가 통상의 사법상 계약과 동일하게 취급될 수 있는가에 달려있다고 본다.

행정작용의 방법(mode)인 (행정)계약은 제3자의 지위에 대해 영향을 미치는데, 행정계약은 성질상 객관적인 법규범을 형성한다는 점을 들고 있다. 그러나 최고 행정법원인 콩세이 데타(Conseil d'Etat)는 이러한 논고의 이유에 구속되지는 않고 있으며, 최고 사법법원인 파기원(Cour de cassation)과 유사하게 단지 계약의 성질변경(la dénaturacion)에 대해서만 사법심사를 하고 있다.

#### 나) 사회사상적 기초

19세기 사상가 프루동(P.-J. Proudhon)은 정의와 평등을 실현하기 위해 개별 구성원이 존중되고 자유의 결합에 기초한 사회조직체를 예상하였다. 그리고 이러한 사회시스템은 계약에 기반하고 있다.

루소(J.-J. Rousseau)의 사회계약론과는 달리 프루동이 예견한 연방주의 시스템하에서의 계약은 허구 이상의 것으로서, 제안하고, 토론하며, 투표하여, 채택하는 효율적인 실정적인 협정(un pacte)을 의미하는 것이었다. 이러한 프루동의 사상은 정치적으로 좌파인 사회주의자들과 우파 연방주의자나 진보적인 생디칼리스트에 의해 주장되고 있다.

132) J. Bouron, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, Droit des collectivités territoriales, 2eédition mis à jour, PUF, Paris, 1998, p. 137.

프랑스 행정계약을 대표하는 로랑 리셰흐(L. Richer)교수는 프랑스 사상사에서 차지하는 프루동의 비중이나 그의 연방론의 법적인 형식은 현재의 “계약주의(le contractulisme)”에 관한 출발점으로 인정될 수 있다고 설명한다.

## 2) 행정의 실현 수단으로서 계약방식의 확대

프랑스에서 전통적인 행정계약의 양식으로 들고 있는 유형은 특허계약(*la concession*)<sup>133)</sup>, 공공조달계약(*le marché public*),<sup>134)</sup> 공모입찰계약(*l'offre de concours*), 공공건설공사도급계약(*le marché d'entreprise de travaux publics*),<sup>135)</sup> 수익형 업무위탁계약(*la régie intéressée*),<sup>136)</sup> 시설관리위탁계약(*l'affermage*)<sup>137)</sup> 등이 있다.

하지만 행정계약의 종류에 관한 단순히 평면적인 비교나 서술방식이 아직 공공서비스에 관한 법적 개념이 명확하지 않은 우리 행정법 현실에 적용가능성이 있는가 하는 의문을 제기할 수 있다. 이론적으로 행정계약은 공익이 추구하는 유형에 따라서 3가지 카테고리로 구별하는 입장이 있다(L. Richer).

첫째, 공익실현의 목적을 실현하지는 않지만 공공서비스의 조직, 행정작용의 프로그램화나 공공서비스를 담당하지 않는 사주체와 행정청 간의 협력의 기준설정에 관한 기본계약(*Contrats d'encadrement*)을 소개할 수 있다.

둘째, 실행계약(*Contrats-moyens*)으로 소개할 수 있는 유형. 이러한 유형은 공공서비스의 요청을 충족하는 것을 목적으로 하며, 계약의 대상이 구체적인 공공서비스의 실현과 직접적인 관련성을 가진다.

셋째, 계약상대방 요구의 만족이라는 목적형 계약(*Contrats-buts*)을 들 수 있다. 여기서 공익관련성이라는 것은 사익(사익)의 목적의 대상이 공익과 일정한 관점에서 일치한다는 점에 그 특징을 가진다고 설명하고 있으나 구체적으로 우리 현실의 예와 비교하기에는 어려움이 있다.

133) 행정청이 사인 또는 예외적으로 영조물법인에 대해 경영책임을 부여하고 공공서비스를 운용하도록 하는 계약으로서, 일종의 특허적 성질을 가진다. 공공서비스 특허계약의 상대방은 이용의 대가인 사용료를 그 서비스 이용자로부터 받는다. 행정법원의 관할에 속한다.

134) 공공서비스의 필요에 따라 공공계약법전에서 규정하고 있는 계약을 말한다. 정부공사계약, 조달계약, 수송계약, 연구용역계약, 연구과제수행을 위한 연구조사계약, 고도의 기술과 관련된 산업상 계약 등을 들 수 있다.

135) 건물이나 시설의 건설을 목적으로 하는 공공계약으로서 지방자치단체는 시공감리의무를 부담한다.

136) 지방자치단체가 개개의 공공서비스의 제공에 필요한 시설의 설치·건설을 스스로의 책임으로 충당한 다음 해당 시설의 관리·운영만 민간 사업자에게 위탁하고, 수탁자인 사업자가 얻는 수입은 지방자치단체로부터 지급되는 계약이다.

137) 건물이나 시설의 설치를 포함하지 않고 단지 공공서비스의 제공만을 목적으로 체결되는 행정계약이다.

### 3) 프랑스 행정계약의 기본적 특징

#### 가) 개괄

계약에 관한 일반적인 정의에 비해 어떤 계약이 공법적이든 혹은 사법적이든 간에 서로 다른 법 영역에서 명쾌하게 식별해 낸다는 것은 쉽지 않다. 계약당사자 사이의 불평등으로 특징되는 특별규정<sup>138)</sup>의 적용을 받는 행정계약이 과연 진정한 의미의 계약인가 하는 점에 대해 의문을 가지게 된다. 그 답은 행정계약이 가지는 계약이론상의 특징인 당사자 간의 합의, 법 효과의 발생 그리고 계약의 구속력의 근거로서 사적자치의 의미가 통상의 사법상 계약과 동일하게 취급될 수 있는가에 달려있다고 본다.

계약이 유효하게 체결된 이후에는 계약당사자를 구속하는 힘을 가지는데, 이를 계약의 구속력이라 한다.<sup>139)</sup> 프랑스에서도 계약의 구속력의 근거에 대해 사적자치 이론이 오랫동안 지지되어 왔고, 파기원(Cour de cassation)은 전통적으로 계약조항의 해석에 있어 제한적이었다.

사법법원에 비해 행정법원은 전반적인 사법심사를 할 수 있는가에 대해 1992년의 Conseil d'Etat의 전원합의체 판결의 논고담당관(M. Tabuteau)은 이를 긍정하는 주된 이유로 사법상 계약과 공법상의 계약의 차이점을 들고 있다.<sup>140)</sup> 행정작용의 방법(mode)인 (행정)계약은 제3자의 지위에 대해 영향을 미치는데, 행정계약은 성질상 객관적인 범규범을 형성한다는 점을 들고 있다. 그러나 국사원은 이러한 논고이유에 구속되지는 않고 있으며, 최고 사법법원인 파기원과 유사하게 단지 계약의 성질변경(la dénaturation)에 대해서만 사법심사를 하고 있다.

#### 나) 판단기준

프랑스의 경우, 학자들은 법률상의 규정이 있는 경우를 제외하고는 판례를 통해 사법계약과 구별되며 행정법원의 관할권에 속하는 일반 행정법상의 행정계약과 동일하다고 설명을 하고 있다.<sup>141)</sup> 다양한 행정계약의 유형이 법률에 의해 규정되어 있지 않다면<sup>142)</sup> 다음과 같

138) 이러한 보통법외적인 조항(김동희 교수의 번역)에는 어떤 것이 있는가는 매우 판단하기 어려운 문제로 결국 행정법원의 판례에 의존하게 된다. 한편 이광윤 교수는 이를 일탈(일탈)규정(la clause exorbitante)이라고 한다 (이광윤, 전제논문, 2005, p. 790).

139) 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 서울, 2005, p. 20.

140) Conclusion, sous C.E. Sect. 10 avril 1992, S.N.C.F., R.F.D.A, 1993, p. 79.

141) A. de Laubadère/J.-C. Venezia/Y. Gaudemet, Traité de Droit Administratif, 15e édition, LGDJ, Paris, 1999, pp. 799~804; M. Lombard, Droit administratif, 3e édition, Dalloz, Paris, 1999, pp. 222~228; L. Richer, op.cit., 2002, pp. 85~103.

은 판례상의 기준에 따르게 된다.<sup>143)</sup>

첫째, 지방자치단체 일방과 다른 공법인간에 체결된 계약은 원칙적으로 행정계약의 성질을 가진다. 물론 예외적으로 양자 사이에 이론상으로는 사법상(사법상) 성질을 갖는 계약이 체결될 수도 있다.

둘째, 지방자치단체 일방과 사인(자연인) 혹은 사법인간에 체결된 계약은 다음의 2가지 요건을 충족시키지 않는다면 원칙적으로 사법상 계약이다. 우선, 사법상의 계약규정이 적용되지 않거나 아주 약한 구속을 받는 통상적인 계약법상의 특별(일탈)조항(la clause exorbitante)을 포함하는 경우나 이를 이유로 공법적 계약을 받는 경우를 들 수 있다.<sup>144)</sup> 다음으로, 행정의 상대방인 사인이 “공공서비스의 실행”에 관련을 가지거나 계약 대상이 공공서비스의 실행과 “동일한 대상”이어야 한다.<sup>145)</sup>

그리고 세 번째로, 사적 주체 간의 계약은 일반적으로 사법상 계약이지만 계약 당사자 일방이 공법인의 (민법 규정상의) 대리인인 경우나, 대리인 자격이 아니라 공법인의 “명義와 계산”으로 법률행위를 하거나, 성질상 공법인의 업무의 대상이 되는 계약의 경우에는 행정계약의 성격을 가진다.

#### 4) 행정계약의 종류

##### 가) 조달계약(Marchés publics)

공공계약법(Code de marché public)상 정의는 “토목공사, 조달, 용역에 관한 요청에 부응하기 위해 동법 제2조에서 정하고 있는 입찰권자와 공사 기업간 체결된 유상계약”이라 할 수 있다. 여기서 말하는 입찰권자는 국가, 국가 소속 영조물법인, 지방자치단체 및 소속 영조물법인을 말한다.

142) 따라서 사전에 법률에 의해 행정계약으로 규정하는 것은 행정계약의 판단기준에 관한 판례의 양대 기준(특별조항기준과 공공서비스기준)으로 제한이 된다. 또한 계약조항이 아니라 그 계약에 관해 이미 제정된 규정에 따라야 하는 경우에도 그 계약은 행정계약이라고 할 수 있다. 예로는 우리의 한국전력에 해당하는 EDF가 소규모의 독립발전회사로부터 전기를 구매해야 하는 것은 최고 경영이사회의 의견을 거쳐 이미 결정된 사항으로서 보통법에 대해 특별(일탈)한 요소는 그 계약조항이 아니라 앞의 이미 결정된 이사회의 의결이라는 점에서 판례가 들고 있는 보통법 특별(일탈)조항의 경우와는 구별된다고 한다. 공공서비스법의 권위자이 P. Amselek교수는 이를 직접적인 식별(l'identification directe)이라 부르고 있다(L. Richer, op.cit., 2002, p. 109에서 재인용).

143) J. Bouron- J.-M. Pontier- J.-C. Ricci, op.cit., 1998, pp. 138-139; 김동희 교수는 전계논문에서 행정계약과 사법계약의 구별에 관한 판례상 기준으로 1) 계약당사자 2) 계약의 내용 3) 보통법외적 조항으로 분석하고 있다(전계논문, 1991, pp. 28-32).

144) C.E., 31 juillet 1912, Société des Granits Porphyroïdes des Vosges, Rec. p. 909

145) C.E., Sect., 20 avril 1956, Époux Bertin, Rec. 167 et 168.

나) 공공서비스위탁(la délégation de service public)

1993년 1월 29일 법률을 개정한 2001년 12월 11일 법률 제3조는 공공서비스위탁에 대해 “공법인이 공적 혹은 사인인 수입인에 대하여 책임과 함께 공공서비스의 관리를 맡기는 계약”으로 정의하고 있다. 공공서비스 위탁에 따른 보수는 공공서비스의 수행과 결과에 연계하도록 하는 것을 특징으로 한다. 전통적으로 프랑스에서 인정되었던 이와 같은 공공서비스 위탁은 중앙 차원뿐만 아니라 지방에서도 흔히 나타나고 있는데, 종래 공공서비스 특허계약(la concession)으로 알려진 양허계약(우리의 공물에 대한 점용허가, 공기업 특허와 유사하다고 할 수 있다)이 대표적이다.

전통적으로 Concession이 등장한 분야는 공물법 분야인데, 공물의 점용허가, 공공 개발공사(주로 토목분야) 및 고속도로 건설과 보수 및 유지에 관한 공공서비스 불하계약이 대표적이다. 위의 조달계약과 공공서비스 위탁계약이 분명히 구별되지 않거나 양자가 섞여 있는 양상도 많이 나타나는데, 대학의 교재 수준에서 소개하는 설명은 행정의 상대방에 대한 보상이 어떤 형태로 나타나는가가 일반적이다. 특히 공공서비스 위탁(계약)의 경우 서비스 이용자들이 내는 사용료(les redevences)라는 점이 특징인데, 고속도로의 통행료나 CROUS가 운영하는 대학식당의 티켓금액을 대표적이다. 그리고 이와 같은 공공서비스 위탁에 관한 기준은 프랑스 행정법원에서도 취하고 있는데(C.E. 20 juin 1999), 이는 2001년 12월 11일 MURCEF법에서도 채택하고 있다.<sup>146)</sup>

다) 민관협력계약(Contrat de partenariat public-privé)

공공설비의 건설과 개발 등에 관한 종합적 계약을 통해 민간부분과의 통일적으로 규율하는 것이 어렵다는 점은 기존의 행정계약과 다른 복합형태의 계약이 체결하고 이에 대한 법적 규율이 복잡해지는 단점이 나타났다.

유럽공동체의 조달 분야에서의 투명성과 통일성에 대한 프랑스 정부에 대한 압력 또한 원인이 될 수 있겠지만 프랑스 내부에서도 이른바 파트너십에 의한 민관협력계약에 대한 법제화의 요청으로 인해 2003년 7월 2일 법률에서 오르도낭스를 통해 새로운 형태의 행정계약을 법제화하였다.

동법 및 지방자치법(Code général des Collectivités territoriales)은 “공공설비의 설립, 실행, 개발 및 재정조달이나 2 이상의 조합설립을 위한 새로운 형태의 계약이 정부(독립)명령을 통해 제정될 수 있도록 한다”고 규정하고 있다. 지방자치법 법률조항 제1414-1조는 동

146) 이순우, 프랑스 행정계약의 개념, 한양법학 제20권 제1집, 2009, p. 201.

계약의 성질과 내용에 대해 “민관협력계약은 행정계약”이라고 명시한다. 자본투자나 재정운영 방식에 있어 공법인이 제3자(민간)에 대해 비교적 폭 넓은 내용의 임무를 맡기고 있다.

이와 같은 양식은 영국의 PFI방식이 가장 모델이 된 것으로 판단되는데, 아무튼 간에 이와 같은 민관협력 방식은 전기한 전통적인 공공서비스 특허계약(Concession)에 비해 폭 넓은 대상을 가지고 계약 상대방의 보수에 대한 보장을 담보한다는 특징을 가진다.

## 나. 행정 영역에서의 계약화 현상-지방분권과 공공서비스의 실현

분권화 현상은 정치·경제·행정·지리학 분야에서 다양하게 사용되고 있으나 법적 내지 행정적 측면에서 본다면 의사결정 방식, 특히 공공정책의 의사결정 방식과 관련된다. 특히 분권화 현상이 가지는 의사결정 권한이 공공서비스의 수행과 관련된다는 점에서 본다면 공공의사결정 주체가 체결하는 계약방식은 공공 물자나 서비스 조달계약에 국한되지 않고, 국가나 지방자치단체와 같은 공법인간의 협약이나 프로토콜 형식을 통해 이루어지는 공공서비스 조직의 설립 등에서 나타나고 있다.

### 1) 계약적 기법의 확대

분권화가 계약적 실행방법으로 귀착되는 것은 당연하다고 할 수 있다. 20세기 공법학을 대표하는 모리스 오류(M. Hauriou)는 공공서비스 계약을 보장하기 위한 행정주체들 간의 합의(des accords)의 확대와 분권화(la décentralisation)의 발전 사이의 일정한 관련성이 있다고 판례평석에서 논하고 있다.<sup>147)</sup> 프랑스에서는 1970년대부터 국가와 지방자치단체 간의 새로운 형태의 계약이 등장했다. 경제개발계획과 국토개발의 실행과정에서 주로 등장한 계약적 수행모드는 지방분권에 관한 법률<sup>148)</sup>이 제정된 1982년을 기준으로 구분하여 설명되어진다.

먼저 본격적인 지방분권화(la décentralisation territoriale) 정책이 추진되기 전인 1970년대에 걸쳐 시행된 2가지 유형 중 하나<sup>149)</sup>인 국가와 지방자치단체간의 계약인 “계획계약(les

147) R. Chapus, Droit administratif général, T. I, 14e édition, Montchrestien, Paris, 2000, p. 425.

148) La loi du 2 mars 1982 relative «aux droits et libertés des communes, des départements et des régions».

149) 다른 하나는 국가와 국영기업간에 체결된 계약을 말한다. 1967년에 설치된 국가와 국영기업간의 새로운 정책을 위한 대통령소속 위원회 위원장 이름을 딴 Nora보고서에서는 공공서비스를 제공하는 기업은 스스로 자신들이 달성할 목표를 설정하지만 정부의 경제정책 노선에 그 경영을 맞추어야 하고, 일정한 규제를 준수해야 하며 상업적 경영원칙을 위해 공공서비스가 희생되어서는 안 된다는 점을 강조한다. 그 대신에 기업으로서는 정부의 안정적인 자본투자를 보장받고, 국영기업은 국가로부터 자유로운 경영책임을 진다.

contrats de plan)”은 주로 지역개발 차원에서 인구 2만 내지 10만 규모의 중소도시 배후지역의 상업지구, 도서관, 박물관의 건설을 목적으로 하는 “중소도시 계약(les contrats de villes moyennes)”과 국가와 공기업간의 계약의 형태를 통해 나타났다.

1994년부터 현재까지 추진되고 있는 국가와 경제·사회적으로 낙후되고 취약한 지구의 코뮌간에 체결되는 계약(les contrats de villes)은 주택건설, 일자리 조성, 범죄의 예방활동을 위한 조치와 그 재정지원을 내용으로 한다.

이들 지방행정계약은 앞서본 L. Richer의 분류 중 “배경계약”의 유형에 해당한다. 특히 주목할 것으로 국가-레지옹(가장 큰 지역을 가지는 프랑스의 지방자치단체)의 계획계약(le contrat de plan)을 들 수 있다. 계획계약은 국가적 차원에서 추진할 필요가 있는 정책과 지역적 차원에서 추진할 필요가 있는 정책을 조화롭게 추진하여 국가 및 지역발전의 두 마리 토끼를 잡으려는 데 있다. 국내에서 공법인간의 행정계약의 확대와 지역균형개발이라는 관점에서 계획계약이 가지는 원칙에 주목해야 한다.<sup>150)</sup> 지방분권화 이후의 계획계약은 국가와 중앙정부의 계약의 차원을 넘은 사회계약적 성격을 가져야 하고, 연속적이어야 하며, 다양한 서비스를 포괄한다는 점인데 분권화와 참여는 지방의 발전을 위한 협상(계약)의 기법을 당연히 요청한다는 점이다.

## 2) 공공서비스 공급방식에 나타난 행정계약

특정의 행정적 공공서비스 분야를 제외한 영역에서 점차적으로 일반화 되고 있는 공공서비스 위탁계약은<sup>151)</sup> 공공서비스의 조직, 행정작용의 프로그램화나 공공서비스를 담당하지 않는 사주체와 행정청 간의 협력의 기준설정에 관한 유형에 주로 해당한다고 할 수 있다.

앞에서 정의한 바와 같이 공공서비스 위탁계약은 주로 지방자치단체에서 사용된다. 지방자치단체인 데파르트망(Département)과 레지옹(Région)은 각각 중학교와 고등학교 학생들의 통학버스 운송 (공공)서비스를 행정계약을 통해 운수업체와 체결한다. 계약의 당사자들 간에 권리·의무가 분배되는 점에서 la concession(공공서비스의 특허계약)과는 구별된다.

공공서비스의 특허는 행정청이 사인 또는 예외적으로 영조물법인에게 그들의 경영적 책임 하에 공공서비스를 운영하도록 하는 계약이다. 지방공공서비스의 수행과 관련된 계약에 대한 관할권은 행정법원에서 행사한다.<sup>152)</sup>

---

프랑스를 대표하는 두 기업인 EDF(프랑스 전력회사)는 1970년에, SNCF(국영철도회사)는 1971년에 이러한 “contrat de programme”을 체결하여 만족스러운 성과를 거두었다(R. Chapus, op.cit., 2000, p. 426).

150) 배준구, 프랑스의 지방분권, 금정, 부산, 2004, pp. 294-296.

151) 강운산, 전계논문, 2003, p. 8.

## 다. 계획계약(Les contrat de plan)의 내용과 전망

프랑스의 행정계약의 전매특허인 계획계약 가운데 국가와 가장 큰 광역자치단체인 레지옹간의 계획계약(CPER)은 독특하면서도 대표적인 공공계약 유형이 되었다. 계획계약에 대한 비판도 있을 수 있으나 국가와 지방자치단체의 대표자들이 추구하기 위한 합의를 이루는데 있어 계획계약은 고유하면서도 유용한 관계형태로 등장한다. 그러나 계획계약은 전략적 장치는 아니며 초기에 비해 많은 변화를 맞이하였다.

### 1) 국가-레지옹 계획계약의 초기시스템

계획계약은 5공화국 초기에 나타나고 1982년의 계획개혁으로 구체화된 변화하는 관심사의 표현이다.

가) 계획화(Planification)와 지역화(Régionalisation) 및 계약화(Contractualisation)의 만남

1945년에 전쟁이 끝난 뒤, 경제의 재건과 개발이 국가의 최우선 역할을 의미한다는 점은 분명하였고, 이에 대한 어떤 이의도 제기되지 않았다. 상처받고 분열된 유럽에서 일부의 선견지명적 아이디어는 국가발전의 윤곽을 짜고 활력을 불어넣는 계획을 설치를 제안하였다.

그런데 계획화(la planification)는 소비에트식 계획의 도입에 관한 논의는 아니다. 스탈린 계획이라고도 불리는 소비에트식 계획은 프랑스에서 우선적인 자유주의 원칙에 반하는 것이며 더구나 곧 총체적 비효율성을 드러내고 말았다.

따라서 “프랑스식 계획”이라 부르는 시스템을 채택하는데, 소비에트식 계획과 구별되며 유연한 계획체제라 할 수 있다. 국가는 먼저 경제·사회 발전계획과 1982년부터는, 샤를 드 골 대통령이 “열렬한 의무(ardente obligation)”로 불렀던, 국가계획(Plan de nation)을 수립한다 계획은 먼저 “테크노크라트(technocratique)”하다고 평가되는 정부가 단독으로 제안하고, 다음에 프랑스인들이 매우 간접적으로 소속된 사회운동 단체의 대표들이 참여하는 위원회를 거쳐 의회의 토론과 표결로 마치게 된다. 계획(le plan)은 계획화(la planification)의 유일한 표현은 아니지만 후자는 주로 전자에 귀착된다.

두 번째 관심사는 지역화(la régionalisation)와 관련해 나타났다. 프랑스 대혁명 이후 혁명의 지도자들은 지역적 차원(l'échelon régional)에 대해 불신감을 가졌고 제3공화국하에서 레지옹 단위의 분권화된 공공단체를 설치하는 제안도 체계적으로 거부되었다. 그러나 1945

152) 이광윤, 전계논문, 2005, p. 793.

년 이후 레지옹 단위에서 국가의 활동을 위한 필요성을 깨닫게 되었다. 국가의 계획화는 더 이상 만족스럽지 못하였고, 레지옹 단위에서 국가의 지원과 설비를 구체화 되어야 했다. 따라서 지역화는 레지옹 차원에서의 연구지만 모든 레지옹 차원에서의 분권화와는 범위 밖의 것이다. 지역화는 레지옹은 아니지만 처음에는 레지옹 지방자치단체를 거부하였다. 그러나 지역화의 경험은 레지옹의 설치를 용이하게 할 수 있었다. 이러한 지역화는 1960년 데크레(décret)가 정한 지역활동구역(les circonscription d'action régionale)이라 부르는 계획화차원에서 국가정책실현을 용이하게 하기위한 구역획정을 통해 나타났다.

계약화(la contractualisation)는 서론 부분에서 제기했던 국가를 경영하는 기법의 변화의 표현이다. 더 이상 압력의 행사가 아니라 이해당사자들의 합의를 찾는다는 점에 있다. 의사결정은 이해당사자들이 참여할수록 훨씬 더 잘 실행된다고 평가한다. 따라서 계약화는 참여(la participation)라고 부르는 광범위한 움직임에 포함되어 있으며 특히 국가와 지방자치단체 간의 관계에서 이러한 경향의 행정적이고 법적 형식이라고 할 수 있다.

#### 나) 1982년의 지방분권개혁

1982년에 계획화의 개혁에 관한 법률<sup>153)</sup>이 제정되었다. 프랑스에서 계획화는 1960년대에 성공을 거두었으나 1973년 오일쇼크가 가져온 경제적 위기에서 기인한 정체를 맞이하게 되었고, 계획의 개혁은 이를 상황에 맞도록 적응시키는 것에 관한 것이었다. 국가와 레지옹 간의 계획계약이 이러한 개혁을 통해 등장하게 되었다. 계획계약은 동 법률의 신기술품은 아니라 할 수 있는데, 이미 수년 전에 일정한 공기업을 위해 도입되었다. 그러나 계획계약은 레지옹은 존재하지 않았기 때문에 레지옹에 대해 실행되지는 않았고, 공기업과의 계획계약은 평균 이하의 성과만을 거두게 되었다.

입법자들은 1982년 3월 2일 법률을 통해 레지옹(하지만 레지옹은 1986년에서야 등장한다고 할 수 있는데, 1986년이 되어서야 처음으로 보통·직접선거에 의한 레지옹 의회가 구성되었기 때문이다)에 대해 계획 분야에서의 특별한 역할을 수행할 수 있도록 허락하였다. 레지옹의 선택은 다음 2가지 이유로 설명될 수 있다: 우선은 코뮌이나 데파르트망의 권한을 침해하지 않는 레지옹에 속한 권한을 찾아내야 한다는 것과 다른 이유로는 특히 데파르트망 차원이나 코뮌차원에서 계획화는 전혀 어울리지 않았다.

1982년 7월 29일 법률은 계획화에 대한 개혁을 내용으로 한다. 국가는 지방자치단체 중에서 레지옹과 전국계획(Plan de la nation)의 실행을 위한 계획계약을 체결한다. 따라서 법

153) 1982년 7월 29일 법률

률은 레지옹에 대해서만 계획계약을 제한하지 않으며 모든 지방자치단체와 관련된다. 현실적으로는, 앞에서 언급한 이유로(계획화에 필요한 지역규모의 부적합성) 계획계약은 레지옹만이 체결하였다. 그밖에도 이러한 계약은 국가계약의 실행을 위해 체결된다고 지적할 수 있다. 따라서 법률규정상 평등한 계약화가 아니라 국가계약에 대한 레지옹의 참여형식에 관한 것이다.

입법자는 동시에 레지옹 차원의 실행 메카니즘에 관해 규정하고 있다. 각 레지옹은 “레지옹계획(Plan de la région)”을 수립하고 계획실행을 위해 레지옹에 속한 지방자치단체(코뮌과 데파르트망과 영조물법인)와 지역계획계약(les contrats régionaux de plan)을 체결해야만 하는데, 어떻게 보면 국가차원에서의 계획계약과 동등했을 수 있다. 이러한 시스템은 실제로 너무 복잡했고 예상했던 방식으로 전혀 기능하지도 않았다.

## 2) 계획계약(Contrat de Plan)

국가와 레지옹 간의 계획계약은 입법자가 생각하는 장기계획(schéma)과는 약간 다르게 나타났었고 마찬가지로 많은 정치적이고 경제적인 사건들이 이러한 의미에서 작용하였다.

### 가) 계획계약의 특징과 경험

제1기 계획계약은 1984~1989년에 걸쳐 체결되었다. 계획계약의 주기는 전국계획에 따라 분명하게 정해졌다. 국가계약은 중기계획으로서 계획계약도 그에 합당한 기간을 가지고 체결되었다. 간단히 말해서 계획의 실행을 위해서 체결된 계약에 관한 것이므로 계획이 사전 수립되고 전국계획에 의해 이루어진 선택에 따라 계획계약이 레지옹과 체결되어졌다. 그러나 제1기 계획계약부터, 1982년 7월 29일 법률이 규정한 레지옹차원의 계획계약의 실행은 매우 복잡한 것으로 드러났고, 따라서 영조물법인인 레지옹이(왜냐하면 아직 선거가 이루어지지 않았기 때문이다)<sup>154)</sup> 계획계약에 서명하였다.

계획계약은 법률에서 규정한 바와 같이 국가를 한쪽 당사자로 하고 각 레지옹을 다른 쪽 당사자로 하여 체결되었다. 계약은 국가를 대표해 레지옹 프레페가 서명을 하고, 레지옹의 경우 레지옹지사(président du conseil régional)가 서명한다. 계획계약은 국가와 지방자치단체의 우선권, 개입 분야, 각 당사자가 전담하기로 채택한 대상인 재정적 수단을 정한다.

만일 재정적 부담이 5년과 같이 계약기간에 걸쳐 있는 경우라면 법적으로 1년 예산주의 원칙<sup>155)</sup>에 반하므로 불가능하다. 1년 예산원칙에 따르면 단체의 예산은 매년 권한을 가진

154) 프랑스에서 레지옹 차원의 민선지방정부가 제도화 된 것은 1986년 이후 부터이다.

기관이 채택한 승인행위이다.

따라서 계약기간의 약속은 정책적이고 도덕적이며 법적이지 않다. 현실에 있어 재정부담 상 실패를 선언하는 것은 특히 레지용 보다는 국가 쪽 측면일 것이다. 국가는 일정한 약속을 지연시키기 위해 외부적 압력, 경제위기, 예상치에 대한 내부성장률과 감소된 조세징수 등에서 나오는 어려움을 주장한다. 그리고 국가에 대해 레지용이 하는 반복적인 비난 중 하나는 분명히 국가의 약속의 불이행에 무게가 실리게 될 것이다.

계획계약은 지방자치단체와 레지용소속의 영조물법인간의 수많은 “하부계약(sous-contrats)”을 수반한다. 실제로 계획계약의 성공은 당사자들이 서로 떨어져 있지 않도록 하는 것을 의미한다. 계약을 실현하기 위한 설비와 같이 계약체결행위는 레지용뿐만 아니라 다른 공법인의 자금조달을 전제로 하며 그밖에도 공사혼합회사의 예처럼 사법인 역시 레지용차원의 계획계약의 실행에 참여한다. 또 한편으로 제1기 계획계약에서 쉽게 찾아볼 수 있는 것은 프레페나 레지용지사의 서명 옆에 있는 다른 지방자치단체의 서명을 들 수 있다. 이 추가 서명은 비록 법적인 측면에서는 완전히 사족임에도 불구하고 제1기 계획계약에서 흔히 찾아볼 수 있다.

지방자치단체 혹은 레지용의 영조물법인과 체결한 계약은 법률에서 정한 레지용 계획계약이 아니라 계약에서 정하는 정해진 범위에 대해 재정적으로 개입하는 모든 주체의 약속을 세부적으로 정하는 이른바 개별계약이다.

법적인 관점에서 계획계약의 법적 성질에 대해 의문이 제기된다. 계약의 법적의미에 관한 것인가? 물론 “계획계약”이라고 말하지만 이러한 호칭만으로 진정한 계약이 있다고 하기엔 부족하다. 일부에서 계약서류가 법적 제재력을 가진 약속이 보다는 의향서 목록으로 나타나는 사실에서 합의내용의 불확실성에 따른 계획계약의 성질에 대한 의문을 표시하고 있다. 전국계획은 결코 구속적이지 않고 유도적이기 때문에 이미 체결되었던 계약의 불이행을 주장하거나 체결되지 않았던 약속을 내세울 수는 없다.

그밖에 1960년대에 “발전계약(contrat de progrès)” 혹은 “프로그램 계약(contrat de programme)”과 같은 계약을 이름을 가진 약속의 증가를 보았고, 법원에 이들에 대해 진정한 계약적 성질을 인정하지 않았다. 그렇지만 계획계약과 관련해서 입법자의 의도는 의심의 여지가 없었고 계약을 제도화시켰다.

프랑스 국사원은 완곡한 방법으로 의문에 대한 결정을 내렸다. 1988년 국사원은 계획계약은 행정법상의 계약이라고 하였지만 1996년의 판결에서는 계획계약에서 직접적인 효력이 발생하는 것은 아니라고 하였다. 따라서 계획계약은 행정계약이지만 특별한 유형의 계약이

155) 배준구 교수는 “예산의 연례성”으로 번역한다.

라 할 수 있다.

#### 나) 계획계약(Contrat de Plan) 방식의 구체적 성과

계획계약은 더 이상 초기의 입법자들의 계획(schéma)과는 일치하지 않았는데, 계획계약은 전국계획(plan de nation)을 실행하기 위한 것으로 이해되었는데, 더 이상의 계획은 없었기 때문이다. 그리고 계획이 매우 뒤늦게 수립되었고, 법률이 정하고 있는 방식과 전혀 일치하지 않았다(연속해서 2개의 계획 법률이 나타났는데, 첫 번째 법률은 계획대상에 관해, 두 번째는 방법에 관한 내용을 규정하였는데, 이러한 계획(schéma)은 실행하기엔 너무 부담이 되었다). 따라서 공식적으로 이러한 것 들은 인정되지 않고 계획은 폐기되었다.

여기서 계획(Plan)의 성질과 관련해 구속력을 가지는 것은 아니라 할 수 있다. 적응성(l'adaptabilité)을 이유로 전기한 전국계획은 폐기되었지만 1982년 7월 29일 계획에 관한 법률은 아직 개정되지 않았다. 이런 점에서 보면 법률 역시 어떤 현실성도 갖지 않는다.

한편 CPER이 예정했던 국토개발정책은 1963년 설립된 '국토개발 및 지역발전 기획단(DATAR)'과 함께 처음부터 전적으로 국가차원에서 추진되었고, 최우선 이해관계자인 지방자치단체를 참가시키면서 계속 지속되었다. 이러한 정책은 전기한 1995년 법률을 통해 개선되기 전까지 일정한 정체를 맞이하게 되는데, 국가계획(schéma nationale)과 국토개발과 정비를 위한 지방계획(schémas régionaux)은 중앙정부와 지방계획은 각 레지옹이 작성하도록 진행되었다.

이와 같은 중앙과 지방의 지역정책 개발의 계약화는 유럽연합 차원의 지역개발 정책결정권자로부터 우호적 평가를 받고 있다. 프랑스 의회 보고서에서 나타나 있는 바와 같이 지역의 유럽정책의 발전이 새로운 계약적 요청을 강화하고 있음은 분명하다. 유럽위원회(La Commission)<sup>156)</sup>는 2004년에 "미래의 목표대상 2(le futur Objectif 2)"에 관한 지침(orientation)을 제출하였는데, 계획계약이 채택한 테마를 유럽위원회의 경우에 근접시키는 것이 좋을 것이다.

---

156) 원문상 정확하지 않아서 번역자가 문맥상 임의로 유럽위원회(La commission européenne)로 해석함.

## 라. 전통적 행정적 공공서비스 분야에서의 계약화 현상

### – 지방안전<sup>157)</sup>계약(Les contrats locaux de sécurité)

행정에서의 계약화 현상이 앞의 국가조직의 운영과 전혀 다른 관점, 공공서비스이긴 하지만 그동안 레갈리앙 사무를 대표하는 경찰(치안) 분야에서도 나타나고 있다.

#### 1) 의의

아리스토텔레스의 주장에 의하면 질서유지는 공동선을 추구하는 모든 사회의 목표 중의 하나이고 다른 목표는 정의라 할 수 있다. 안전(la sécurité)은 분명히 현재와는 완전히 다르지만 예전의 사회에서처럼 발달된 사회에서도 관심거리이다.

프랑스에서 1995년과 1998년 동안 범죄추방을 위한 새로운 수단들이 규정되었는데 그 가운데 지방안전계약도 이에 포함된다. 범죄예방 데파르트망 계획(PDPD<sup>158)</sup>, 이하 범죄예방계획)과 안전에 관한 지방계약(이하 지방계약)은 이제는 일방적 성격과 많은 적든 계약적 성격의 조치의 불가분적 성격을 나타내고 있으며, 두 대책의 유형이 혼합되어 있다.

#### 2) 내용

범죄예방 계획은 1996년에 도입되었다. 동 계획은 당시 총리가 제출한 도시정책의 활성화 협약의 조치의 일환으로 나타났다. 이 계획은 데파르트망 안전계획의 전단계의 것으로 이해되고 지방자치단체와 교육, 예방 및 사회 분야 업무담당기관 간에 한층 더 계약적 방식에 의거하도록 하고 있다. 1997년 제정된 범죄예방계획을 관한 행정규칙(circulaire)은 맞서야 할 행위들 중에서 특히 파렴치 행위, 미성년자 범죄와 도시의 폭력을 규정하고 있다.

범죄예방계획은 지방계약의 내용 중심에 “범죄예방(prévention)” 부분을 두고 있고, 지방 계약에 참여하지 않은 코뮌(communes)을 위한 “예방행동 계약(contrat d'action de prévention)”의 형태로 나타난다. 앞의 행정규칙은 5개 우선 분야-① 가정의(부모) 보호, ② 마약중독의 예방, ③ 재범방지, ④ 사법구제와 범죄피해자 구조의 개선 및 ⑤ 학교나 공공교통기관과 같은 특별한 장소에서의 안전-를 중심 테마로 설정하고 있다. 학교폭력과 관련하여 범죄예방계획은 다른 이전의 행정규칙에서 정한 교육기관 내부에서 확인된 사실과 인상착의를 사

157) La sécurité는 안녕(안녕)으로 번역할 수 있으나, 프랑스 행정경찰의 공공질서의 개념요소인 sûreté가 안녕으로 해석되므로 sécurité는 안전으로 번역하기로 한다.

158) Plans départementaux de prévention de la délinquance

법당국에 알리는 규정을 반복하고 있다.

범죄예방 코뮌(commune)위원회가 참여한 각 데파르트망의 범죄예방위원회(CDPD)의 권고에 따라 프레페(préfet)는 계획을 발한다(arrêter). 범죄예방계획(Plan)은 사라지지는 않지만 지방계약 뒤로 물러나게 된다(s'effacer). 범죄예방계약은 지방자치단체들이 불안방지에 협조하도록하는 움직임에 포함된다. 범죄예방계획 출범 당시 내무부장은 동 계약은 “예방의 기본방향으로서 시민권, 개입방법으로서 근접성과 국가기관, 경찰최고책임자, 장다머리와 법원간의 협력의 효율성을 우선하는 안전정책의 도구”가 된다고 하였다.

지방계약은 프레페, 검사(le procureur de la République)와 코뮌 범죄예방위원회가 존재하는 경우로부터 선출된 위원들이 학교구장(recteur)과 협력하여 공동으로 수립한다. 지방계약의 준비는 범죄현상의 상호연관적 접근을 나타내기 위해 국가대표(프레페), 경찰최고책임자, 장다머리, 지방자치단체, 사회단체, 대중교통 회사와 중요한 상업시설이 함께 협력해야 한다. 지방계약은 일정한 구역, 코뮌 혹은 주거밀집지구(aggglomération)에 적용된다. 지방계약은 코뮌연합체 사이의 동일한 기반을 가지고, 일정한 경우에는 SNCF(국립프랑스철도회사)나 RATP(파리도시철도공사)와 같은 대중교통망에 관련된다.

지방계약은 범죄 상황에 기인한 진단과 불안감의 평가에 기초한 우선조치를 예정하고 있다. 이들 조치는 대상과 조화해야 하며 기간 동안 시행방법을 정해야만 한다. 지방계약은 수단의 정의를 통해 이전에 취해진 행위와는 구별된다. 후자로는 국가가 제공하는 “청년 직장(emplois jeunes)”이 대표적인데, 그 실시는 지방안전계약의 채택을 통해 세부적으로 규정되어진다. 한편 지방안전계약의 후속조치로 국가차원에서 부처 간 계약활성화와 평가의 단위(cellule)가 만들어졌다. 지방계약을 위한 “CLS(지방안전계약)사무”가 중앙공안국(DCSP<sup>159</sup>)에 의해 만들어졌다. 중앙공안국은 지방차원에서 프레펙투르(지역적으로 구분된 일반 지방행정기관에 해당) 행정업무와 지방안전계약의 수립과 실행상의 공공안전지방사무를 지원한다.

## 마. 소결

현대 행정의 특징은 공공서비스 공급주체로 다양한 공법인의 등장과 상공업적 서비스를 담당해 온 사적주체와 공행정 간의 구분이 모호해졌다는 점이다. 양자는 경우에 따라서는 협력하거나 서로 경쟁하고 있으며 다양해진 현대 국가의 기능 수행 과정에서 새로운 관계설정과 이들의 구체적 협력방식을 위한 작용방식(수행 형식)에 대해 종래와는 다른 계약이라

159) Direction centrale de la sécurité publique

는 새로운 기법에 대해 고민하고 있다.

법적 형식에서 본다면 효율적이고 시간을 줄이는 것은 일방적 의사결정(지시, 처분, 명령)일 수 있으나 이제는 의사결정 주체의 일방적 의사결정보다는 협력주체 간의 타협과 합의를 강조하고 있다. 특히 공법적 관점에서 고유한 일정한 사무를 관리할 수 있는 법인을 인정하지 않는 경우 만성피로에 허덕이게 됨을 경험하고 있다.

프랑스에서 국가만 주연이 아니라 지방도 같이 등장하고 있다. 역사적으로도 지방(공공)단체는 국가 이전에 등장하였고, 각 공동체에 고유한 진정한 지방(역)생활의 표현이기 때문에 오래전부터 국가는 자신이 결정한 정책을 실현하기 위해 이들 공동체의 도움을 받아왔기 때문에 국가가 인정한 법인들 중에서 핵심적인 위치를 차지한다. 국가와 지방자치단체 간의 관계는 그 성격이 어떻든 간에 전적으로 전자의 후자에 대한 통제관계인 것만은 아니다.

이제는 국가의 일방적 의사결정 행태에 대해 의문을 제기하게 되었고, 일정한 국가의 개입은 위법하다는 데 까지 이르게 되었다. 국가는 더 이상 명령만 할 수 없게 되었으며 타협하는(composer), 다시 말하면, 협의하고 강요하지 않는 다른 방법을 찾게 되었다. 따라서 이러한 새로운 열망을 만족시키는 데 적합한 계약형식이 등장하였다.

프랑스에서 계약화 현상은 공권력이 의사결정을 위한 조직설치 형식으로 계약이라는 방법을 입법화 할 수 있는가 하는 점이다. 현실적으로 대답은 분명하지 않다. 현실적으로 프랑스 행정법원이 문제의 행위를 재평가 하고 매우 다양하게 평가하는 계약(계약 외에도 협정(conventions), 프로토콜(des protocoles) 등으로 칭하지만, 행정청이 사용하는 용어에 지나친 중요성을 부여할 필요는 없다)이 아니라 일방적 행위로 판단하는 경우도 발생한다.

공법상 계약으로 소개될 행정계약은 사법(민법)상 계약처럼 두 당사자의 추정된 의사인 “계약의 법률적 힘(loi des parties)<sup>160)</sup>”을 주장하지 못하는 것이 아니라 정당화 요소를 갖춘 경우 시간이 지나면서 견해를 바꿀 수 있고, 자신이 체결한 계약을 유리하게 변경할 수 있다.

지방분권법으로 소개되는 지방자치단체의 권리와 자유와 권한에 관한 1982년 법률이 제정된 이후에 국가와 데파르트망 사이에 각자의 업무를 재조정하기 위한 권한의 이양과 협정(conventions)을 통해 알 수 있다. 이러한 공법상 계약 유형은 30년간 계속되고 있다. 유사한 계약들이 지방자치단체의 자유와 책임에 관한 2004년 8월 13일 법률이 시행됨에 따라 국가를 당사자 일방으로 하고 코뮌, 데파르트망, 레지옹을 다른 당사자로 하여 체결되어야만 하는 데, 이러한 계약들은 조치의 실행협정(convention)이거나 국도 일부노선과 같이 특정한 재산이나 소유권의 이전의 결과로 나타난 업무이양협정이다. 모든 종류의 계약형식을 소

160) 프랑스 민법전 제1134조는 적법하게 형성된 약정은 이를 체결한 자에 대해서 법률에 대신한다 (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites)고 규정한다.

개하는 것은 불가능하지만 계약화는 다양한 관점을 포함하고 정책적으로 제시한다.

우리에게 알려진 프랑스만의 행정계약을 통한 정책실현 수단은 국가-레지옹 간 계획계약(CPER, Contrat de Plan Etat-Région)을 들 수 있다. 전통적인 행정적 공공서비스인 안전에 관한 지방계약도 새로운 관심을 가져볼 수 있다. 다만 공적 주체 간의 계약화 현상은 계약을 희망하는 쪽(국가, 사적 주체의 상대방 위임 행정기관)이 공익을 명분으로 개입 가능성의 여지를 두고 있거나 재정적 부담을 강요한다는 특징이 있다.

재정부담을 이양하기 위한 숨은 수단에 그칠 뿐이라면 계약화 현상은 재고의 여지가 있다. 그 해답은 지속적인 교섭의 요청이다. 정책결정을 위한 협력으로서 계약화는 국가와 지방자치단체 간 관계의 새로운 방법의 기법이 될 수 있으며 마찬가지로 사회적 조화의 국면으로 나갈 수 있다.

## 4. 독일의 행정 계약

### 가. 개관

#### 1) 행정계약의 역사

독일의 고전적 행정법학에 있어서는 협의의 행정계약, 즉 공법상 계약의 가능성은 일반적으로 부인되었다. 특히 독일 행정법을 체계화한 Otto Mayer는 민법과는 구별되는 행정법의 독자성, 즉 행정주체의 우월성과 그에 따른 행정주체와 개인과의 종속관계로 특징지워지는 행정법관계에서는 당사자 간 대등한 관계를 전제로 하는 계약은 성립할 수 없다고 보았다.<sup>161)</sup> Mayer의 이러한 입장은 국가의사의 우월성, 사법과는 다른 행정법의 독자성 강조 등에 기인하고 있는 것이었다. 이러한 입장은 지배적인 견해가 되었으며 이후 오랫동안 공법상 계약의 발전을 어렵게 하였다. 행정계약을 지지하던 학자들 중 예컨대 Apelt는 Mayer의 이론에 대해, 계약제도가 사법 분야에서 먼저 형성된 것은 맞지만, 당사자의 양보를 통해 공통의 이해를 추구하는 계약제도는 사법 분야를 넘어선 일반적 제도로서의 의미를 갖는다고 주장하였으나 관철되지 못하였다.<sup>162)</sup>

그러나 기본법 제정 이후 국가의 임무가 질서행정에 그치는 것이 아니라 급부행정이 중요한 의미를 갖게 되었으며, 국민이 더 이상 행정의 단순한 객체에 머물지 않는다는 인식이

161) Mayer, Zur Lehre vom öffentlichen Vertrag, AöR 1888, 42.

162) Apelt, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S. 6(김대인, 앞의 책, pp. 17~18에서 재인용).

강조됨에 따라 행정계약에 대한 견해도 크게 변화하기 시작하였다. 또한 다수 학자들의 행정계약에 대한 지지는 판례에 반영되게 되었다.<sup>163)</sup> 그러나 행정계약의 가능성이 기본법 제정 이후 바로 인정된 것은 아니었다. Bullinger의 경우 공행정의 상업화를 염려하여 부정적인 견해를 취하였고,<sup>164)</sup> Forsthoff는 공사혼합영역에서 행정계약의 가능성을 인정하면서도 권력관계의 경우에는 계약의 성립을 부정하였다.<sup>165)</sup> 이러한 오랜 기간의 논쟁 속에 1976년에 제정된 연방과 각 주의 행정절차법이 공법상 계약(öffentlich-rechtlicher Vertrag)에 대해 규율하게 됨에 따라 공법상 계약의 가능성은 입법적으로 승인되기에 이르렀다. 행정절차법은 행정행위와 대등한 행정작용으로서 공법상 계약을 인정하고 그 유형, 적법요건 및 하자에 대한 내용을 상세히 규정함으로써 공법상 계약의 일반법적 근거를 마련하였다.

독일의 행정절차법은 협의의 행정계약, 즉 공법상 계약에 대한 내용을 규율하고 있는 것이며, 정부조달계약에 대해서는 전통적으로 사법상 계약으로 이해하고 있다. 그러나 정부조달계약의 공법적 특수성을 인정한 법적 규율, 예컨대 낙찰받지 못한 입찰자에 대한 공법적 권리구제제도가 마련되어 있으며, 학자들 중에서도 그 공법적 성격을 강조하는 경우를 찾아볼 수 있다.<sup>166)</sup>

## 2) 행정계약의 개념

독일의 경우에도 공법상 계약, 행정계약(Verwaltungsvertrag), 행정법상 계약(verwaltungsrechtlicher Vertrag) 개념에 대한 논의가 존재하지만, 일반적으로 같은 의미로 이해되고 있다. 즉 독일의 경우 언급한 어떠한 표현에 따르더라도 연방행정절차법상 공법상 계약에 대한 규정의 적용을 받는 계약을 의미하는 것으로 이해하는 것이 일반적인 입장이다.<sup>167)</sup> 또한 학자들은 행정계약이라는 표현을 공법상 계약보다는 더 선호하며,<sup>168)</sup> 많은 문헌에서 행정계약이라는 표현을 더 쉽게 찾아볼 수 있다.

163) 정하중, 앞의 논문, pp. 175-176.

164) Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 18.

165) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 1973, S. 273~283.

166) Schlett, Die Verwaltung als Vertragspartner, 1999, S. 148~155.

167) Manssen, a. a. O., S. 92.

168) Manssen, a. a. O., S. 92.

### 3) 공법과 사법의 구별

독일은 공사법을 구분하는 법체계를 따르고 있으며, 행정계약에 대해서도 연방행정절차법이 '공법상 계약'이라는 표현 하에 규율함으로써, 공법상 계약과 사법상 계약의 구별은 실제적인 의미를 갖는다. 즉 연방행정절차법 제54조는 "공법 영역의 모든 법률관계가 공법상 계약에 의해 성립될 수 있다"라고 규정하고 있으며, 이에 따라 공법상 계약과 사법상 계약의 구별기준은 계약의 대상(내용)이 무엇인지에 따라 결정된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>169)</sup>

구체적으로 어떠한 계약이 공법상 계약에 해당하는지와 관련하여서는 계약이 관련된 규범의 성질을 기준으로 판단하여야 한다는 것이 학계와 판례의 일반적 입장이다. 판례에 나타난 이러한 계약의 유형은 공법의 내용을 집행하는 계약,<sup>170)</sup> 공법에서 불명확하게 규율하고 있는 내용을 규율하는 계약,<sup>171)</sup> 행정행위를 대체하는 내용의 계약,<sup>172)</sup> 행정행위의 발령 의무를 결정하는 계약,<sup>173)</sup> 공법상 권한이나 의무를 결정하는 계약<sup>174)</sup> 등이 있다. 그러나 이러한 판단기준에 따른 경우 근거규범의 성질이 공법적인지 여부를 다시 판단해야 하는 문제가 남게 된다.<sup>175)</sup>

공사법의 구별을 전제하고 있는 독일의 경우 국고이론의<sup>176)</sup> 영향으로 공법의 영역이 비교적 좁다고 평가할 수 있다. 정부조달계약을 원칙적으로 사법상 계약으로 이해하고 있는 것을 예로 들 수 있다. 그러나 독일에 있어서도 공사법의 상호보완적 성격을 강조하는 입장이 제시되고 있으며, 정부조달계약에 대해서도 중소기업진흥책 등 공익적 정책의 관점에서 체결되는 경우에는 공법상 계약으로 보아야 한다는 견해도 제기되고 있다.<sup>177)</sup>

169) Manssen, a. a. O., S. 93, Ziekow, a. a. O., 597.

170) BGHZ 54, 287, BVerwGE 32, 37.

171) BVerwG 19. 8. 1988, Buchholz 442,40 §29a LuftVG Nr. 1, S. 1, 8.

172) BGH 10. 12. 1987, Z 102, S. 33 ff.

173) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §14 Rn. 11.

174) Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 444.

175) 김대인, 앞의 책, pp. 54~55에서 재인용.

176) 국고이론(Fiskustheorie)은 군주의 권력 행사에 대해서는 법적 구속이나 재판적 통제가 원칙적으로 불가능하지만, 최소한 이로 인한 기득권 침해에 대해서는 금전적 보상의 청구가 가능하도록 하기 위해 사인과 마찬가지로 민사재판에 복종하는 피고가 필요하게 되며, 이를 위해 의제된 개념이 국고라는 것이다. 이러한 국고이론은 독일 공법의 본질적 징표를 권력성에 두고 국가의 활동 중 권력성을 갖지 않는 부분은 사법의 영역으로 분리하는 결정적 근거가 되었다(김대인, 앞의 책, pp. 52~53).

177) Schlette, a. a. O., S. 149.

#### 4) 행정계약의 유형

가) 공법상 계약, 정부조달계약, 민관협력계약

독일의 행정계약에 대한 논의는 크게 세 가지의 범주로 구분하여 검토될 수 있다. 첫째는 연방행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)에서 규율하고 있는 공법상 계약(Öffentlich-rechtlicher Vertrag)에 대한 논의이다. 연방행정절차법은 제4장(제54조-제62조)에서 공법상 계약에 대한 내용을 규정하고 있으며, 공법상 계약을 '공법 영역에서의 법률관계에 대한 계약'으로 이해하고 있다(동법 제54조).

둘째는 행정주체에 의한 私法的 활동으로 인정되던 조달계약의 문제이다. 독일에서는 조달계약을 오랫동안 사법상 계약으로 인식하여 왔는데, 유럽공동체의 출범과 함께 변화를 겪게 되었다. 즉 유럽공동체 지침은 공공조달계약 내지 공공발주에 있어 낙찰받지 못한 입찰자의 권리구제제도를 특별히 마련할 것을 요구하였으며, 독일은 현재 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)에 공공조달계약(Vergabe öffentlicher Aufträge)에 관한 장을 두고(제4장, 제97조-제129조), 이 법률에 근거한 공공발주명령(Verordnung über die Vergabe öffentliche Aufträge)을 함께 마련하였다.

셋째는 이른바 민관협력(Öffentlich Private Partnerschaften)에 있어서 협력계약에 관한 논의이다. 독일 행정절차법상의 공법상 계약은 대등계약과 종속계약, 특히 행정행위를 대체하는 형식으로서의 종속계약에 대한 내용을 중심으로 규율하고 있는데, 행정주체와 민간의 협력에 관한 계약의 형식을 별도로 검토하고자 하는 것이다. 이러한 입법상황으로 인해 행정절차법에 행정주체와 민간의 협력을 위한 협력계약에 대한 규정이 도입되어야 한다는 주장과 그에 대한 검토가 이루어지고 있다. 2005년에 마련된 민관협력촉진법(Öffentlich-Privater Partnerschaften Beschleunigungsgesetz)에서는 이 법률의 제정을 통해 경쟁제한방지법의 내용도 개정되어야 함을 규정함으로써, 원칙적으로 민관협력계약에 경쟁제한방지법상의 계약 체결 원칙 및 절차 등이 적용되어야 함을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이에 대해서는 민관협력계약과 공공조달계약의 성질이 다를 수 있다는 논거로, 개별 사안마다 경쟁제한방지법과 관련 하위 행정입법의 적용여부를 판단하는 입장이 논의되고 있다.

나) 처분계약과 채무부담계약

그 외에도 행정계약을 효력의 따라 구분할 수 있는데, 계약이 직접적으로 행정법상의 권리 의무를 부과, 취소, 양도 및 변경하는 효력을 갖는 경우와, 사전단계처럼 이에 대한 청구권만을 갖고 별도의 조치가 필요한 효력만을 갖는 계약으로 구분해볼 수 있다. 전자는 처분

계약(Verfügungsvertrag), 후자는 채무부담계약(Verpflichtungsvertrag) 이라고 하는데, 전자에 해당하는 것으로 계약을 통해 인가를 하는 경우, 권리를 양도하는 경우, 권리의 포기를 합의 하는 경우 등을 들 수 있다.<sup>178)</sup> 이러한 구분의 실익은 양자의 구별을 통해 행정계약과 행정행위의 적용영역을 구분하는데 있다. 즉 행정행위는 직접적인 법적 효력을 발생시키는데 초점이 맞추어지고 행정계약은 장래의 법적 효력을 발생시키는데 초점이 맞추어져야 하므로, 채무부담계약이 원칙적이며 처분계약은 예외적으로만 인정되어야 한다는 것이다. 즉 계약을 통해 건축법, 영업법, 직업법적인 허가가 가능한가의 문제에 있어, 이론적으로는 그 가능성이 부정되지 않지만 그 가능성에 대한 논의의 여지가 있다. 처분계약이 허용되기 위해서는 행정계약을 체결함에 있어 행정행위에 적용되는 규율내용을 고려하거나, 계약 자체가 행정행위로 평가될 수 있어야 한다고 이해하는 견해도 있다.<sup>179)</sup>

#### 다) 행정 영역별 행정계약

행정 영역별 행정계약은 다양하게 나타나고 있다. 건축법 영역에서의 건축상세계획의 준비를 위한 계약, 환경법 영역에서의 자연보호계약, 사회법 영역에서의 각종 급부계약, 경제법 영역에서의 보조금 계약, 공무원법 영역에서의 공무원고용계약 등을 그 예로 들 수 있다.<sup>180)</sup> 이러한 행정영역별 분류가 갖는 의미는 침해행정의 영역과 급부행정의 영역, 기속행정의 영역과 재량행정의 영역에 있어서 행정계약의 가능성과 자유성이 어떠한 차이를 갖는지에 대해 검토하는데 있다고 하겠다.

### 나. 독일연방행정절차법상 공법상 계약

#### 1) 공법상 계약과 법치행정의 원리

##### 가) 공법상 계약과 법률유보

앞서 살펴본 대로 오랜 시간의 논쟁을 거쳐 연방행정절차법 제54조는 공법상 계약의 허용성이라는 표제 하에 공법상 계약은 실정법에 이를 금지하는 규정이 없는 한 일반적으로 허용된다고 규정함으로써, 공법상 계약의 광범위한 적용영역을 열어놓았다. 따라서 법률이 다르게 규정하지 않는 한 행정계약을 통한 임무수행의 결정은 행정청의 재량에 해당한다.

178) Schlette, a. a. O., S. 22.

179) Maurer, a. a. O., S. 383.

180) Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, S. 97ff.

즉 행정청은 해당 사안에 대하여 어떠한 작용형식이 합목적이고 효율적인 것인가를 판단하여 계약방식을 선택할 수 있는 것이다.<sup>181)</sup> 다수의 판례 역시 법령상 근거가 없더라도 계약 당사자의 자유로운 의사합치를 통해 행정계약을 체결할 수 있다고 보고 있다.<sup>182)</sup> 이에 대해 행정계약에 있어서도 법률유보원칙이 동일하게 적용된다고 보는 견해도 있으나,<sup>183)</sup> 실제 개별 법령에서 행정계약의 근거규정을 두고 있는 경우가 많기 때문에 이러한 논의의 실익은 크지 않다고 한다.<sup>184)</sup>

#### 나) 공법상 계약과 법률우위

그러나 공법상 계약의 광범위한 허용성이 계약내용의 자유와 직결되는 것은 아니며, 공법상 계약은 적법한 내용으로 형성되어야 한다는 한계를 갖게 된다.

연방행정절차법의 제정 이전에는 위법한 행정계약은 무효의 효과를 갖는 것으로 이해되었다. 그러나 연방행정절차법은 종속계약의 무효사유를 열거함으로써(동법 제59조 제2항), 위법한 행정계약이 언제나 무효가 되는 것은 아님을 규정하였다. 즉 이에 따라 무효사유에는 해당하지 않는 단순위법의 공법상 계약이 인정되게 되었다.

### 2) 공법상 계약의 유형

공법상 계약의 유형은 계약 당사자에 따라 행정주체 간의 계약, 행정주체와 사인간의 계약, 사인 상호 간의 계약으로 구분할 수 있다. 연방행정절차법도 이러한 유형 구분과 밀접한 관련이 있는 규정을 두고 있는데, 동법 제54조 제2문에서 행정행위를 대체하는 공법상 계약의 유형을 특별히 언급함으로써, 명시적인 표현은 없지만 이를 일반적으로 종속계약(Subordinationsrechtlicher Vertrag)으로 이해하고, 행정행위 대체적 성격이 없는 경우를 대등계약(Koordinationsrechtlicher Vertrag)으로 이해하고 있다.<sup>185)</sup> 대등계약의 유형으로는 지방자치단체(Gemeinde) 간 지방자치단체의 경계에 있는 하천의 관리에 관한 계약, 지방자치단체(Gemeinde) 간 구역변경에 관한 계약(HGO §§ 16 ff.), Gemeinde(최소 단위 지방자치

181) Ziekow, Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArchiv 94, 2003, pp. 603-604.

182) BVerwGE 42, 331, 335; VGH Mannheim 20. 12. 1983, VBIBW 1984, s. 377.

183) Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 176 ff.

184) Schlette, a. a. O., S. 93(김대인, 앞의 책, pp. 77-78에서 재인용).

185) Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2013, §54 Rn. 25.

단체)와 Landkreis(상위 지방자치단체) 간 폐기물처리업무의 위탁계약, 연방과 지방자치단체 간의 도로건설위탁계약, 연방 행정청의 주 사무 수행에 대한 연방과 주의 행정협정(Verwaltungsvereinbarung), 연방과 지방자치단체 간의 도로건설위탁계약, 연방철도와 지방자치단체의 학생 수송을 위한 특별 노선의 추가와 비용상환에 관한 계약(연방철도의 민영화 이후에도 협력적 행정계약의 형식이 유지됨) 등을 들 수 있다.<sup>186)</sup>

또한 동법은 종속계약의 유형으로서 화해계약(Vergleichsvertrag)과 교환계약(Austauschvertrag)을 제55조와 제56조에 규정하고 있는데, 이러한 입법태도는 행정절차법이 종속계약을 중심적인 규율대상으로 하고 있음을 보여준다. 이는 행정행위를 대체하는 종속계약의 경우 대부분 행정주체와 사인 간의 계약에 해당하며, 이 경우에는 당사자의 비대등관계가 문제되므로 당사자의 권리보호 필요성이 더욱 크다는데 기인한다고 할 수 있다. 종속계약의 유형으로는 건축법상 계약, 경찰청과 의무자 간의 경찰의무(상점철거)의 수행에 대한 계약, 도로의 특별 사용에 대한 계약, 대집행 비용의 지급에 대한 계약, 보조금의 지급에 관한 계약, 영조물 이용 계약 등을 들 수 있다.<sup>187)</sup>

화해계약은 사실관계나 법률관계를 합리적으로 평가할 때 존재하는 불확실성을 계약당사자간의 상호 양보에 의해 제거함을 내용으로 하는 공법상 계약을 의미한다(제55조). 예컨대, 건축법상 매우 복잡하고 불명확한 사실관계를 대상으로 하는 계약 등이 해당한다<sup>188)</sup>. 교환계약은 계약당사자인 사인이 행정기관으로부터 일정한 급부를 받는 대신 행정청에게 반대급부 의무를 부담하는 것을 내용으로 하는 공법상 계약을 의미한다. 이러한 교환계약이 체결되기 위해서는 사인의 반대급부가 계약의 목적에 합치되고, 행정기관의 공법상 임무수행에 기여하여야 하며, 종합적 상황을 고려할 때 상당하고, 행정기관의 급부와 실질적 관련성이 있어야 한다(제56조 제1항). 이에 대한 구체적 예로 건축법상 면제계약을 생각해볼 수 있다. 연방행정법원의 한 사례를 살펴보면, A는 도심에 상점을 짓기 위하여 건축허가를 신청하였고, A의 토지는 필요한 주차장을 지을 수 있는 위치에 있지 않았기 때문에 A는 이에 대한 법적 의무의 면제를 함께 청구하였다. 이에 관할 행정청은 A가 근처에 설치되어야 할 주차장 건축비용으로 10,000마르크를 지급하면 가능하다고 하였다. 즉 A의 10,000마르크 지급에 대해 행정청은 면제처분을 발령할 의무를 부담하는 계약이 체결되었다.<sup>189)</sup> 이 때 면제계약이 적법하기 위해서는 i) 10,000마르크는 예정된 주차장 건축에 사용되어야 하며, ii) 주차장

186) Maurer, a. a. O., §14 Rn. 12.

187) Maurer, a. a. O., §14 Rn. 12.

188) Maurer, a. a. O., §14 Rn. 16

189) BVerwGE 23, 313,

의 건축은 공익을 위한 것이어야 하고, iii) A가 지불해야 할 10,000마르크는 주차장 건축 비용 또는 A가 면제를 통하여 절약하게 된 비용에 상응하여 결정되어야 한다. 또한 iv) 사회적 관련성, 비례성 원칙을 충족하여야 한다,<sup>190)</sup> 교환계약에 대한 행정절차법의 이러한 규정은 ‘고권의 상업화(Ausverkauf von Hoheitsrechten)’ 를 방지하고 계약 상대방(시민)에게 정당하지 않고 상당하지 않은 반대급부가 주어지지 않도록 보호하는 것을 목적으로 한다.<sup>191)</sup>

### 3) 공법상 계약의 체결

#### 가) 계약 당사자

행정절차법은 제54조에서 계약체결의 주체를 행정청(Behörde)으로 표현하고 있으나, 이에 대해서는 행정청이 직접 계약의 당사자가 되는 것이 아니라 행정청이 속한 행정주체가 계약 당사자가 된다는 점에 의견이 일치되고 있다.<sup>192)</sup> 그런데 계약 당사자의 문제와 관련하여 행정청 간의 합의가 계약에 해당할 수 있는지의 문제가 있다. 계약은 원칙적으로 법주체를 당사자로 하며, 따라서 독립된 법인격을 갖지 않는 행정청은 계약 주체가 될 수 없으며 행정주체의 기관으로서 행위하는데 불과한 것으로 이해된다. 그러나 행정청도 법적 구속력 있는 계약 주체가 될 수 있는 경우가 있는데, 법률이 그에게 명시적으로 상응하는 권리능력을 부여한 경우가 그에 해당한다. 독일의 경우 이러한 행정청 간의 계약은 지방자치 영역에서 주로 발생하고 있는데, 지방의회와 지방 행정청 간에 재정적 문제에 관해 체결한 협정 등이 대표적인 예에 해당한다.<sup>193)</sup>

#### 나) 문서형식의 요구

행정절차법은 법적 명확성과 증거확보의 이유에서 모든 계약에 대해 원칙적으로 문서의 형식을 요구하고 있으며(제57조), 특히 제3자의 권리를 침해하는 계약이나 다른 행정청의 동의나 승인을 요하는 계약에 있어서는 제3자와 행정청에 의한 동의가 있는 경우에만 그 유효성을 인정하고 있다(제58조). 이러한 문서형식의 요구는 두 가지 기능을 수행한다고 할 수 있는데, 경고기능과(Warnfunktion) 증명기능(Beweisfunktion)으로 설명할 수 있다. 문서형식이 갖는 경고기능은 양 당사자가 경솔하게 계약을 체결하지 않도록 하는 기능을 의미한

190) Maurer, a. a. O., §14 Rn. 11.

191) Ziekow, Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verwaltungsrarchiv 95, 2004, 145; Manssen, a. a. O., S. 95.

192) Schimpf, a. a. O., S. 127.

193) Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 1999, S. 440 (김대인, 앞의 책, pp. 141~142에서 재인용).

다. 특히 계약의 내용은 계약의 적법성 심사와 관련되며, 따라서 이러한 경고기능은 사인에게 특히 의미 있는 내용이라 하겠다. 증명기능은 계약당사자, 계약의 내용, 계약체결을 문서화하여 명확히 하는 기능을 의미한다.<sup>194)</sup>

그러나 구체적으로 ‘문서형식’이 무엇을 의미하는지, ‘문서형식’이 요구되는 공법상 계약의 범위가 어디까지인지에 대해서는 논의가 이루어지고 있다. 즉 문서형식의 의미에 대해 연방행정절차법은 구체적 규정을 두고 있지 않기 때문에, 민법의 규정을 준용하여 자필서명과 단일 서면에 양 당사자의 의사합치내용이 담길 것을 요구하는 것이 통설과 판례의 입장이라고 할 수 있다. 그러나 문서형식을 요구하는 행정절차법 제57조의 보호목적, 즉 경고기능과 증명기능을 침해하지 않는다면 예외가 인정될 수 있는데,<sup>195)</sup> 이러한 예외를 인정하려는 입장은 행정계약체결의 업무부담으로 인해 행정 효율성이 저해된다는 점을 가장 큰 이유로 들고 있다.<sup>196)</sup> 연방행정법원의 판례도 ‘일방적 의무부과와 관련된 계약’의 경우 단일서면성을 요구하지 않는다고 판시하였다.<sup>197)</sup>

#### 4) 공법상 계약의 하자

공법상 계약의 무효사유와 관련하여 연방행정절차법은 제59조에서 민법의 규정을 준용하도록 하고 있고, 종속계약에 대해서는 특별무효사유를 추가하여 규정하고 있다. 구체적으로는 상응한 내용의 행정행위가 무효인 경우, 상응한 내용의 행정행위가 위법하고 그 사실이 계약체결자에게 알려진 경우, 화해계약의 체결을 위한 성립요건이 결여된 경우, 교환계약의 반대급부가 허용되지 않는 경우를 무효사유로 규정하고 있다.

독일연방행정절차법상 공법상 계약의 무효에 관한 규정은 행정행위와 하자과 비교하여 볼 때, 위법성과 직접적으로 연계되지 않는다는 특징을 갖는다. 즉 행정절차법은 공법상 계약의 무효사유를 위와 같이 규정하고 있고, 이러한 사유가 인정되어야만 무효가 되는 것이며, 무효사유에 해당하지 않는 단순 위법의 계약은 유효하다.<sup>198)</sup> 즉 단순 위법사유만이 존재할 경우 사후적인 취소나 철회는 원칙적으로 불가능하며, 이는 제소기간 내에 취소가능한 단순위법의 행정행위에 비해 행정계약에 보다 큰 구속력을 부여하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>199)</sup>

194) Ziekow, a. a. o., 2004, 134.

195) Manssen, a. a. O., S. 96.

196) Henneke, in: Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, §57 Rn. 5 (김대인, 앞의 책, p. 147에서 재인용).

197) BVerwGE 96, 326 (332).

198) Manssen, a. a. O., S. 97.

공법상 계약의 하자에 관한 규율에 있어서는 행정의 법률적합성의 원칙과 법적 안정성의 원칙 및 계약기속의 원칙의 형량이 요구되는데, 독일 연방행정절차법 제59조는 행정의 법률적합성의 원칙과 계약기속의 원칙의 적절한 조정을 통한 중도적 해결방안을 제시하고 있다고 평가할 수 있다. 즉 제59조는 특정하게 고양된 위법사유가 있는 경우에만 공법상 계약의 무효를 인정하고, 여타의 위법한 공법상 계약의 경우에는 제한없는 기속력을 인정하고 있다. 이러한 행정절차법 제59조의 규율에 대하여는 행정의 법률적합성의 원칙과 흠결없는 권리구제의 관점에서 비판이 제기될 수 있으나, 다수설은 합헌적 해석을 통하여 그 존속을 지지하고 있다.

무효인 계약은 손해배상청구나 부당이득반환청구 문제와 관련되게 된다. 계약의 일방 당사자의 책임있는 사유로 계약의 무효가 발생하고, 그로 인해 상대방 당사자에게 손해가 발생한 경우 손해배상책임을 부담하게 된다. 이 때 손해배상책임은 소극적인 이익, 즉 신뢰이익에 대한 배상에 제한된다. 또한 무효인 채무부담계약을 근거로 급부가 이루어지는 경우에는 부당이득반환청구가 인정된다.<sup>200)</sup> 동법 제61조는 중속계약의 경우 계약상 의무위반이 있는 경우 강제집행이 행해질 것을 당사자의 합의로 정할 수 있도록 규정하고 있다.

### 5) 사정변경과 공익상 이유에 의한 공법상 계약의 변경과 해지

연방행정절차법 제60조는 사정변경이 있는 경우 및 공익상 이유가 있는 경우에 공법상 계약의 변경 및 해지가능성에 대하여 규정하고 있다. 제60조 제1항은 “계약내용의 확정에서 기준이 된 사정이 계약체결 이후 계약당사자에 대하여 원래 계약의 규정을 이행하여 줄 것을 기대할 수 없도록 중대하게 변경된 경우에는 다른 계약당사자는 계약내용을 변경된 사정에 맞추어 변경할 것을 요청하거나, 변경이 불가능하거나 이를 계약당사자에게 기대하는 것이 불가능한 경우에는 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 공익의 중대한 침해를 피하거나 제거하기 위해 이를 해지할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 즉 동 규정은 제1문에서 사정변경이 있는 경우 원칙적으로는 계약 변경을, 예외적으로 계약 해지를 할 수 있도록 인정하고 있다. 또한 제2문에서는 공익상 중대한 침해를 피하거나 제거하기 위한 계약의 해지를 규정하였다.

독일연방헌법재판소는(Bundesverfassungsgericht) 연방행정절차법이 제정되기 이전인 1973년에 이미 사정변경이론을 ‘명시되지 않은 헌법의 구성부분’으로 인정하여 계약의 수정을 인정

199) 김대인, 앞의 책, p. 192.

200) Manssen, a. a. O., S. 99.

한 바 있다.<sup>201)</sup> 구체적으로는 지방제도개혁에 따른 독립시(kreisfreie Stadt) 요건의 변화는 당사자가 계약의 예측하지 못한 변경에 해당하므로 바이에른 주가 변화된 사정에 따라 발령한 법규명령은 계약위반에 해당하지 않는다고 판시하였다.<sup>202)</sup> 이러한 내용이 이후 연방행정절차법 제60조 제1항에 입법화되었다고 할 수 있다. 사정변경에 의한 계약의 변경·해지와 공익상의 이유로 인한 계약의 해지 시 나타나는 차이점은 손실보상의 인정여부에 있다. 즉 사정변경에 의한 경우는 손실보상을 요하지 않으나, 공익을 이유로 한 경우에는 손실보상이 요구된다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>203)</sup>

## 6) 공법상 계약에 대한 분쟁해결

행정절차법의 적용을 받는 공법상 계약, 즉 협의의 행정계약에 대한 분쟁은 원칙적으로 행정소송에 의한다(행정법원법 제40조 제1항 제1문). 공법상 계약에 대한 행정소송의 유형은 구체적으로 계약상 의무의 이행을 구하는 소송, 계약의 부존재 또는 무효의 확인을 구하는 소송, 계약의 존재를 확인을 구하는 소송, 계약의 체결을 구하는 소송, 행정절차법 제58조의 동의를 구하는 소송 등을 생각해볼 수 있다.<sup>204)</sup>

### 《독일연방행정절차법》

#### 제4장 공법상 계약

**제54조(공법상 계약의 허용성)** 공법 영역에서의 법률관계는 법령에 반하지 않는 범위 내에서 계약을 통하여 성립·변경·폐지될 수 있다(공법상 계약). 행정청은 특히 계약을 체결하지 않는다면 행정행위를 신청할 수 있는 상대방과 행정행위의 발령을 대체하여 공법상 계약을 체결할 수 있다.

**제55조(화해계약)** 제54조 제2문의 공법상 계약은 행정청이 불명확성의 제거를 위하여 화해계약을 체결하는 것이 재량행사의무에 적합하고 합목적적일 때, 사실관계 또는 법률관계에 대한 합리적 고려를 통하여 존재하는 불명확성을 상호간 양보를 통하여 제거함으로써 체결할 수 있다.

201) 김대인, 앞의 책, p. 170.

202) BVerfGE 34, 216.

203) Ziekow, a. a. O., oo, 578-579.

204) 김대인, 앞의 책, pp. 222~227면

**제56조(교환계약)** (1) 계약 상대방에게 반대급부를 요구하는 제54조 제2문의 공법상 계약은, 그 반대급부가 계약의 목적에 부합하고 행정청의 공적 과제 수행에 기여할 때 체결될 수 있다. 반대급부는 종합적 상황을 고려할 때 정정하고 행정청의 계약상 급부와 사항적 관련성이 있어야 한다. (2) 행정청이 급부에 대해 청구권을 갖는 경우, 행정행위의 발령에 있어 제36조에 따라 부관의 내용이 될 수 있는 반대급부와만 일치될 수 있다.

**제57조(문서형식)** 공법상 계약은 법령이 다른 형식을 규정하고 있지 않는 한 서면형식으로 체결되어야 한다.

**제58조(제3자와 행정청의 동의)** (1) 제3자의 권리에 관련되는 공법상 계약은 제3자가 서면으로 동의하여야 비로소 효력이 발생된다.

(2) 법령에 따라 다른 행정청의 허가, 동의 또는 승인을 필요로 하는 행정행위의 발령을 대체하는 계약은 다른 행정청이 규정된 형식으로 협력한 이후에야 비로소 계약체결의 효력이 발생한다.

**제59조(공법상 계약의 무효)** (1) 민법전의 준용을 통한 무효사유가 존재하는 경우 공법상 계약은 무효이다.

(2) 또한 제54조 제2문의 공법상 계약은 다음 각 호에 해당하는 경우 무효이다.

상응하는 내용의 행정행위가 무효인 경우

상응하는 내용의 행정행위가 제46조의 절차상 또는 형식상 하자가 아닌 사유로 인해 위법하고 이것이 계약상대방에게 알려진 경우

3. 화해계약의 체결을 위한 요건이 존재하지 않고 상응하는 내용의 행정행위가 제46조의 절차상 또는 형식상 하자가 아닌 사유로 인해 위법한 경우

4. 행정청이 제56조에 따라 허용되지 않는 반대급부를 약속한 경우

(3) 계약의 일부분만이 무효인 경우에는 무효인 부분 없이는 계약체결이 이루어지지 않았을 경우 전체 계약이 무효가 된다.

**제60조(특별한 경우에 있어서의 조정과 해지)** (1) 계약내용의 확정에서 중요하였던 관계들이 계약체결 이후 일방 계약 당사자가 원래의 계약내용 확정시 예측하지 않았던 내용으로 본질적으로 변경되었다면, 계약의 일방당사자는 변경된 관계들에 대한 조정을 요구하거나, 조정이 불가능하거나 조정을 승낙하지 않는다면 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 또한 공익에 대한 중대한 침해를 방지하거나 제거하기 위해 계약을 해지할 수 있다.

(2) 법령이 다른 형식을 규정하고 있지 않다면 계약의 해지는 서면형식을 요한다. 계약의 해지는 이유를 갖추어야 한다.

**제61조(즉시집행의 수인)** (1) 모든 계약 당사자는 제54조 제2문의 공법상 계약에 관한 즉시집행을 청구할 수 있다. 이와 관련하여 행정청은 판사직의 자격이 있거나 독일법관법 제110조 제1문의

요건을 충족하는 공적 의무에 관한 행정청의 장, 그의 대리인 또는 구성원에 의해 대리된다.  
(2) 계약당사자가 제1조 제1항 제1호의 행정청인 제1항 제1문의 공법상 계약에 대해서는 연방행정집행법이 준용된다. 자연인 또는 사법인 또는 권리능력 없는 단체가 금전청구를 이유로 집행을 하려는 경우, 행정법원법 제170조 제1항 내지 제3항이 준용된다. 제1항 제2호의 행정청에게 작위, 수인 또는 부작위를 강제하기 위한 집행에 대해서는 행정법원법 제172조가 준용된다.

**제62조(준용규정)** 제54조 내지 제61조에 반하지 않는 범위 내에서 이 법률의 다른 규정들도 공법상 계약에 적용된다. 민법전의 규정이 준용된다

## 다. 경쟁제한방지법과 공공조달계약

### 1) 법적 근거

독일의 법제는 공법과 사법의 구별을 전제로 하며, 행정조달계약은 사법 영역의 행정활동으로 오랫동안 인식되어 왔다. 그 결과 실체법적 관점에서는 입찰을 계약의 청약으로, 낙찰을 계약의 승낙으로 파악하였으며, 그 법적 규율은 민법에 의하고 계약 상대방 선정의 방법과 절차는 내부규범인 행정규칙으로<sup>205)</sup> 정하면 충분하였다. 권리구제와 관련하여서도 조달계약에 관한 분쟁은 민사소송의 대상이 되고, 행정이 입찰절차와 낙찰기준을 준수하도록 청구할 수 있는 입찰자의 권리가 인정되지 않으며, 단지 계약절차상 과실에 의한 신뢰이익의 배상을 받을 수 있을 뿐이었다.

그러나 이러한 전통적 상황은 유럽공동체의 출범과 함께 변화를 겪게 되었다. 1992년과 1993년을 걸쳐 다양한 유럽공동체 지침이 제정되었는데, 공공조달계약과 관련하여서는 공공발주의 개념을 기능적으로 확대하고 입찰절차에 대한 법원의 권리구제제도를 완비하여야 한다는 내용이 그 핵심이었다. 이에 독일은 예산원칙법(Haushaltsgrundsatzgesetz)을 개정하여 조달절차에 관한 규율을 법규명령으로 정할 수 있도록 하고, 국가와 지방자치단체 이외의 공공목적 위해 설립된 공법인과 사법인도 그 규율대상이 되도록 하였다<sup>206)</sup>. 또한 발주심사청과 발주감독위원회를 설치하여 권리구제절차를 마련하였다. 그러나 이에 대해 입찰절차와 낙찰기준이 여전히 대부분 행정규칙으로 정하여져 있고, 발주심사청과 발주감독위원

205) 독일에서는 종래 건축공사발주규칙(Verdingungsordnung für Bauleistung)과 물품구매 및 용역발주규칙(Verdingungsordnung für Leistungen)이라는 두 개의 행정규칙에 의해 조달계약이 규율되어 왔다고 한다. 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 181-182면; 김대인, 앞의 책, p. 284.

206) 박정훈, 앞의 책, pp. 185~186.

회의 독립성이 결여되어 유럽공동체 지침이 요구하는 법원으로 볼 수 없다는 문제가 지적되었다. 이러한 불충분한 제도마련으로 인해 독일은 유럽공동체 집행위원회가 제기한 조약위반 제재소송에서 패소하고, 다시 법률인 경쟁제한방지법에 공공조달계약에 관한 규정을 마련하게 되었다. 또한 법규명령으로서 앞서 언급한 공공발주에 관한 명령을 함께 마련하여 시행하였다.

그러나 독일은 여전히 공공조달계약의 사법상 계약으로서의 본질을 포기하지 않고, 유럽공동체지침이 적용되는 일정 규모 이상의 공공발주에 대해서만 경쟁제한방지법이 적용되도록 함으로써 한계치 미만의 공공발주에 대해서는 전통적 입장에 따른 규율이 계속하여 행해지고 있다. 구체적으로는 유럽공동체지침의 한계를 넘지 않는 공공발주에 대해서는 예산원칙법의 일부규정과 건축공사 발주규칙, 물품구매 및 용역발주규칙의 제1장이 적용된다. 그리고 유럽공동체 지침에서 정한 일정 규모 이상의 정부조달에 대해서는 경쟁제한방지법의 일부 규정과 공공발주명령, 건축공사 발주규칙의 제2장-제4장, 물품구매 및 용역발주규칙의 제2장~제4장이 적용된다.<sup>207)</sup>

## 2) 입찰자보호와 분쟁해결

경쟁제한방지법이 적용됨으로써 공공조달계약에 나타난 가장 중요한 변화는 '입찰자의 발주주체에 대한 권리'를 명시적으로 인정하고 있다는 점이다. 구체적으로는 입찰기업이 발주자가 발주절차에 관한 규정을 준수할 것을 요구할 수 있는 청구권을 갖도록 규정하고 있다(동법 제97조 제7항). 즉 근거 법령의 규정에 위반된 입찰절차는 사법원리에 따를 여지없이 위법한 것이 된다. 그런데 경쟁제한방지법은 이러한 입찰자의 권리가 계약이 체결되기 전까지만 실현될 수 있도록 제한하고 있으며, 따라서 입찰절차의 위법성에 대한 경쟁제한방지법에 근거한 교정은 낙찰자결정이 있기 전까지 가능하며, 낙찰자결정이 내려지면 그와 동시에 계약이 체결되고 그 후에는 사법의 원리에 의한 해결만이 가능하다. 경쟁제한방지법에 근거한 권리구제는 다시 2단계로 이루어지는데, 첫 번째 단계는 발주심판소(Vergabekammer)에 의한 심판절차이다. 두 번째 단계는 발주심판소의 결정에 대한 불복으로서의 소송을 의미하며, 이때의 소송은 고등법원의 발주재판부(Vergabesenat)에 제기하여야 한다.

207) 김대인, 앞의 책, p. 286.

### 3) 적용범위

경쟁제한방지법은 공공조달계약에 관한 규정이 적용되는 행정주체의 범위에 국가나 지방자치단체뿐만 아니라, 공익을 위해 비상업적 목적을 실현하기 위해 설립된 법인과 이들 법인으로 구성된 협회, 수도·에너지·교통통신 등의 분야에서 임무를 수행하는 자연인 또는 법인, 병원·스포츠 시설·레크리에이션 시설 등을 세울 수 있도록 재정을 지원받는 자연인 또는 법인이 포함된다고 규정하고 있다(제98조).

#### 라. 민관협력계약

행정주체와 사인의 협력은 독일에서도 오래 전부터 있어왔다고 할 수 있다. 실제 연구기술프로그램, 사회간접자본프로그램과 관련하여 공사협력이 다양하게 이루어지고 있다. 민관협력은 여러 가지 유형으로 분류되는데, 그 분류 내용은 다양하나 민간경영자모델(Betriebemodell), 특허모델(Konzessionsmodell), 참가모델(Beteiligung) 등의 유형을 언급할 수 있다. 민간경영자모델은 민간경영자가 공임무 수행을 위해 필요한 시설 등의 설치에 대해 계획하고, 이에 소요되는 자금을 조달하고, 시설을 건축하여 경영하지만, 제3자에 대해서는 독립된 법적 주체로 등장하지 않고 단지 행정보조자로서 임무수행을 사실상 담당하는 모델을 뜻한다. 특허모델은 공임무 수행을 담당하는 사인이 외부에 대하여 독립적으로 활동하는 형식으로, 행정주체는 일정한 활동에 대하여 특허권을 유보하고 특허를 통해 사인에게 이러한 활동을 할 권리와 의무를 부여한다. 참가모델은 협력모델이라고도 불리는데, 이는 행정주체가 공임무를 수행하기 위해 사인과 함께 참가회사를 설립하는 것을 뜻한다.<sup>208)</sup>

이러한 국가와 민간 사이의 협력은 주로 ‘계약’의 형식으로 이루어지고 있다. 그러한 이유에서 독일에서도 민관협력은 행정계약과 밀접한 관련을 가지는 행위형식이며, “계약에 기초한 민관협력(ÖPP auf Vertragsbasis)”이라고 부르기도 한다. 그러나 민관협력은 앞서 언급한 대로 독일 행정절차법에 규율된 계약(예컨대 교환계약이나 화해계약 등)과는 구분된다. 이와 관련하여 독일 행정절차법의 개정논의에서 민관협력에 대한 독자적인 계약유형, 소위 “협력계약(Kooperationsverträge)”을 도입하는 것이 적극 검토되고 있다.<sup>209)</sup>

독일의 민관협력은 그 범위와 형태가 매우 다양하여 일률적으로 정의하기 어렵지만, 가장 특징적인 점은 행정기관의 일방적 주도 또는 민영화와는 달리, 사회기반시설을 효율적으로

208) 김대인, 앞의 책, pp. 324-325.

209) 이상해, 독일행정절차법에서 공법상 계약의 개정과 공사협력의 입법논의, 부산대학교 법학연구 제45권 제1호, 2004, p. 217.

생산하고 관리하며 현대화합을 목적으로 공공부문과 민간부문이 파트너가 되고자 하는 취지를 갖는 것으로 설명할 수 있다. 민관협력계약에 앞서 검토했던 일반적인 공공조달계약에 적용되는 경쟁제한방지법과 관련 행정입법이 적용되는가의 문제에 있어서는 다양한 협력형태만큼 적용의 정도에 차이가 있을 수 있다. 독일의 경쟁제한방지법은 계약의 유형에 따른 계약체결절차를 따를 것을 규정하고 있다(동법 제99조). 즉 계약의 유형을 구분하고 각각의 계약의 유형에 따라 각각의 해당 시행규칙을 적용하도록 하고 있다. 그러나 민관협력계약의 경우 경쟁제한방지법에 따른 계약의 유형화가 가능하지 않을 수 있으며, 복잡한 계약상황에 있는 경우가 많을 수 있다. 독일의 판례는 민간투자사업과 관련하여 이러한 상황을 감안하여 경쟁제한방지법과 하위 행정입법이 적용되지 않는다는 결론을 내리기보다는, 어떠한 시행규칙의 적용이 보다 합리적인가를 결정하는 방향으로 그 논지를 정립해가고 있다. 즉 계약의 가치, 수량 등의 측면을 종합할 때 그 중점이 어디에 놓이는가에 따라서 적용되어야 할 시행규칙을 정하면 된다는 무게중심이론(Schwerpunktthorie)을 기반으로 하고 있다.

이와 관련하여 유럽법원은 원칙적으로 공공조달계약절차가 적용되도록 하고 협상에 의한 계약절차는 예외적인 사유가 있을 경우에만 허용하는 태도를 취하고 있으나<sup>210)</sup>, 공공조달계약과는 달리 계약체결의 방식과 관련해서 협상에 의한 해결절차가 필요하다는 견해가 제시되고 있다. 이러한 점들을 고려하여 앞서 언급한 연방행정절차법에 협력계약을 입법화하는 논의가 있어 왔다.

## 마. 행정계약의 구체적 유형

### 1) 도시계획계약

독일의 공법상 계약에 관한 문헌들에서 가장 전형적인 예로 언급되는 것으로 건설법전(Baugesetzbuch)상의 도시계획계약(Stadtbauliche Verträge)이다<sup>211)</sup> 그러나 이 도시계획계약의 내용은 사법적으로 형성될 수도 있으며, 많은 부분 민관협력계약으로서의 성격을 갖는다.

#### 가) 법적 근거

도시계획계약에 대한 일반법적 근거는 건설법전 제11조이며, 특별규정으로서 동법 제12조의 프로젝트형 지구상세계획과 기반시설계획, 제171c조의 도시재개발계약 등을 들 수 있다.<sup>212)</sup>

210) EuGH, Urteil vom 20. 3. 1996, Rs C-318/94, Slg. 1996 I-1949.

211) Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2013, §54 Rn. 41~47.

## 나) 일반원칙

- ① 계획구속의 금지: 구체적으로 내용을 정한 지구상세계획을 일정 기한 내에 수립하거나, 변경하거나, 변경하지 않거나 최소한 계약 상대방과의 협의 하에 계약을 수립할 것을 내용으로 하는 지방자치단체의 계약을 통한 확약은 무효이다(건설법전 제1조 제3항 제2문).
- ② 상당성의 원칙: 시민의 보호를 위하여 시민에 의해 이행되어야 할 급부는 종합적인 상황을 고려해볼 때 상당해야 한다. 상당성은 계약의 종합적인 상황을 고려하고 전체적으로 경제적 상황을 고려하여 객관적으로 결정하여야 한다. 상당성의 원칙은 지방자치단체의 계약상대방뿐만 아니라 후에 비용을 지불하는 주체에게도 적용되며, 예정되지 않았던 부담(의무)은 허용될 수 없다. 상당성의 판단기준은 건설법령에 의해 발생한 가치상승, 즉 계획주체에 의한 투자와 사인이 이윤이다. 그러나 지방자치단체는 도시계획계약이 이윤을 추구하여 이를 지방자치단체의 재정으로 하기 위한 목적만을 추구하도록 해서는 안 된다.
- ③ 행정청의 급부에 대한 청구권: 지방자치단체의 계약 상대방이 행정청의 급부, 예컨대 건축허가의 발령 등에 대해 청구권을 갖도록 하는 계약은 허용되지 않는다. 지금까지 예외로서 인정된 것은 기반시설의 하자있는 관리 또는 기반시설계약의 체결에 관한 것이었다.
- ④ 형식: 도시계획계약은 문서형식을 갖춰야 한다. 특히 계약이 토지의 양도와 취득의무를 담고 있는 경우에는 공증인에 의한 증명을 필요로 한다.
- ⑤ 공모의무: 도시계획계약은 원칙적으로 발주법적인 공모의무가 없다. 그러나 지방자치단체가 도시계획계약에 경제적 이해관계를 갖는 경우 공모의무가 존재할 수 있다. 즉 지방자치단체가 토지소유자이거나 최소한 법적 처분권한을 갖거나 계획에 재정적으로 참여하는 경우 등이 이에 해당한다.

## 다) 유형

- ① 도시계획사업의 준비 및 실시(건설법전 제11조 제1항 제2문 제1호): 건설 분야에서 계약이 사용되는 대표적인 유형을 보면, 계약상대방이 자기 비용으로 행하는 도시계획사업을 준비하고 실시하는 것, 예컨대 토지구획 재정비, 토양정화, 도시계획안 작성, 환

---

212) 도시계획계약에 관한 이하의 내용은 2014년 7월 2일 독일 레겐스부르크대학교에서 열린 세미나에서 Grziwotz 교수의 도시계획계약에 대한 발표문과 Koeble/Grziwotz, Rechtshandbuch Immobilien Band 1, Teil. 9. Städtebauliche Verträge, 2013를 요약한 내용이다.

- 정보고서 작성 등이 전형적인 유형에 해당한다.
- ② 계획실현에 대한 계획(건설법전 제11조 제1항 제2문 제2호): 또한 도시계획계약의 유형으로 건설기본계획의 목표 및 축진의 확보를 들 수 있으며, 건설법전에는 계획실현에 대한 계약으로 표현되어 있는데, 이에 해당하는 것으로 기반시설계약을 대표적으로 들 수 있다. 또한 주택수요의 축진 및 확보를 위해서도 계약을 체결할 수 있는데, 이를 위해 지방자치단체는 계약 형식을 많이 활용하고 있다.
  - ③ 비용인수계획, 특히 후속조치비용에 관한 계획(건설법전 제11조 제1항 제2문 제3호): 지방자치단체는 도시계획사업을 수행하면서 발생하였거나 발생할 비용, 그리고 계획된 사업을 실현하려면 요건이 되는 사업을 수행하기 위한 비용을 도시계획계약으로 결정할 수 있다. 예컨대 학교나 유치원, 양로원 등의 시설 설치 등도 계약을 통해 실시할 수 있어야 체결할 수 있으며, 지방자치단체가 계약을 통해 비용을 요청할 수 있기 위해서는 사업이 계획사업과 인과관계가 있어야 한다.
  - ④ 열병합발전용 태양광 시설, 냉난방, 전력공급의 공급망 및 시설의 이용(건설법전 제11조 제1항 제2문 제4호, 제5호): 건설법전은 지방자치단체가 재생가능한 에너지사용을 포함한 절약적이며 효율적인 에너지 사용에 대한 자신의 책임을 제대로 수행할 수 있도록 도시계획계약을 이용할 수 있도록 규정하고 있다.
  - ⑤ 프로젝트형 지구상세계획(건설법전 제12조): 프로젝트형 지구상세계획은 법률에 근거한 계획과 지구상세계획의 특별한 결합체로서 통일 이후 활성화되었다. 건설법전 제12조에서는 프로젝트가 지방자치단체와 합의한 계획을 바탕으로 '프로젝트 및 기반시설사업'의 실시를 준비하고 있는 상황이고, 일정한 기간 내에 실시할 의무와 계획비용 및 기반시설비용의 전부 또는 일부를 부담할 의무를 지는 경우에는, 지방자치단체는 프로젝트형 지구상세계획을 통하여 프로젝트의 허가를 결정할 수 있다고 규정하고 있다.
  - ⑥ 도시재개발계약(건설법전 제171c조): 도시 기능의 보전, 관리, 유지 등을 도시재개발을 할 수 있는데, 이 때 비용에 관한 부분도 계약을 통해 형성될 수 있다.
  - ⑦ 사회적 도시의 건설을 위한 계획(건설법전 제171e조 제5항 제4문): 사회국가를 위한 조치는 사회적 폐해의 제거를 위한 것이다. 이처럼 사회국가, 사회적 도시의 실현을 위해, 예컨대 동독지역의 실업문제, 경제적 문제, 외국인 근로자문제 등의 보완과 해소를 계약을 통해 행할 수 있다.

## 2) 환경법상의 행정계약

### 가) 환경법상의 정화계약

환경법에 있어서도 협력적 행정작용의 중요성은 계속하여 강조되고 있으며, 그 한 예로 독일연방토양보호법(Bundesbodenschutzgesetz)에서 규정하고 있는 정화계약(Sanierungsvertrag)을 들 수 있다(동법 제13조 제4항). 즉 관할 행정청은 정화의무자에게 행정행위인 명령을 통하여 정화의무를 부담시킬 수도 있지만, 경우에 따라서는 계약을 통하여 이 문제를 해결할 수도 있다. 이 때의 정화계약은 독일연방행정절차법에서 규정하고 있는 공법상 계약에 해당하며, 화해계약의 유형으로도 종속계약의 유형으로도 체결될 수 있다.

협력적 행정작용 형식으로서의 정화계약은 몇 가지 장점을 갖는다고 할 수 있는데, 첫째, 토양정화문제는 일반적으로 복잡한 결정과정이나 이와 관련한 자연과학적 문제를 담고 있어, 계약에 의할 경우 문제를 보다 융통성 있게 해결할 수 있고 법적인 분쟁을 피할 수 있다. 둘째, 관할 행정청과 정화의무자가 토양 정화에 대한 보다 효과적인 방안을 구상할 수 있으며, 전문가의 자문을 구하는 등 다양한 방안을 모색할 수 있다. 셋째, 시간적인 측면의 장점이 있다. 독일은 우리 행정소송법과 달리 집행정지를 원칙으로 하고 있기 때문에, 정화 명령에 불만이 있는 의무자는 집행정지를 신청할 수 있으므로 계약을 통한 해결이 더 효율적일 수 있다.<sup>213)</sup>

그러나 계약을 통한 토양정화는 몇 가지 한계점도 동시에 갖게 된다. 즉 계약의 형식을 취하더라도 완전히 사적 자치하에 놓이는 것이 아니라, 법치행정 원리의 한계 하에서 가능하게 된다. 이러한 한계의 구체적 내용은 행정절차법상 화해계약과 교환계약에 대한 통제규정에 근거하게 된다.

정화계약서에는 일반적으로 양 계약당사자가 표시되고, 토지소유자 및 이용자의 내력과 같은 당해 토지의 연혁적 내용, 양 당사자의 오염위험 및 발생원인에 대한 인식, 필요한 정화조치 및 정화목표에 대한 내용이 전문(前文)에 간략히 표시된다. 계약의 중심내용은 정화의무자의 정화조치와 행정청의 대응책이 된다. 정화를 위한 구체적 조치, 목표치, 정화조치의 시작과 종료 등이 상세히 제시되어야 한다. 또한 정화과정에서 당초 예상한 정도를 넘어선 오염이 발견되는 경우에는 정화처분 등을 통해 의무가 부과될 수 있는 점을 유보할 수도 있고, 정화계약에서 합의한 내용에 대해 私人이 불이행하는 경우의 제재를 계약에 포함시킬 수도 있다. 또한 다수의 의무자가 계약당사자가 되는 경우에는 의무자간 구상에 관한 내용이 계약에 포함되어야 한다.<sup>214)</sup>

213) 김현준, 독일연방토양보호법상의 오염토양의 조사 및 정화, 환경법연구 제27권 제4호, 2005, p. 162.

## 나) 환경법상의 협약

독일의 경우 환경분야에서 다양한 협약이 체결되고 있다. 환경정책이 합의에 근거한 방식을 중요한 위치에 두게 된 원인은 규제적 방식의 한계와 환경법상 협력원칙의 강조 등에서 찾을 수 있다.<sup>215)</sup> 구체적인 예로는 1970년대 후반부터 기업들이 환경분야에서 80여개의 자율규제를 선언(informelle Projektabsprachen)한 바 있다. 이는 쓰레기 처리, 특정 물질의 제거, 상하수도에 위험한 물건을 투기하지 않는 것, 이산화탄소 배출의 억제 등에서 이루어졌다. 이러한 자율규제의 선언은 행정계약으로 보기는 어렵지만, 이러한 선언은 환경청과 산업계의 심도 있는 협상의 결과로 나오는 것이 일반적이며, 환경부장관의 기자회견 등의 방식으로 이러한 선언이 승인되고 있다.<sup>216)</sup>

바이에른 주에서는 산업계, 무역협회 등이 공식적 협약을 체결한 바 있다. 이 협약에는 환경관리와 감시체계에 민간기업이 참여하는 것, 쓰레기 감소, 에너지 효율성의 증대, 철도의 사용증대 등에 대한 다양한 내용이 포함되어 있다.<sup>217)</sup>

그러나 이러한 사회의 자발적 협조를 활용한 협력적 행정작용의 형식에 대해서는 자율적 규제방식의 한계가 검토되어야 한다. 즉 민주주의원리에 따른 한계로서 사회의 자유와 국가의 지배권이 명확히 분리되어야 한다는 것이다. 구체적으로 공행정은 고권적 결정을 내림에 있어 원칙적으로 단절·독립되어야 하며, 행정업무를 위임받은 사회적 자기조정체는 공권력 행사의 범주에 들어올 수 없도록 법률로써 제한하거나 아니면 공무수탁사인으로서 공법과 국가의 감독에 복종해야 한다는 것이다.<sup>218)</sup> 따라서 법에 근거한 규제가 이루어지는 것이 보다 타당하며, 계속해서 시장 스스로 결정하는 자율성이 커진다면 이는 하나의 선동시스템이 될 우려가 크다는 의견이 제기되고 있다.<sup>219)</sup>

## 3) 사회보장행정에서의 계약

행정계약이 활용되고 있는 또 다른 대표영역으로 사회보장행정영역을 들 수 있다. 이는 최근 사회정책의 발전과 기능적 민영화의 경향에서 비롯된 현상이라고 볼 수 있다. 이에 대

214) 김현준, 앞의 논문, pp. 165~166.

215) 한귀현, 독일환경법, 2002, 309면, Schuppert/Ziekow, Verwaltungskooperationsrecht, 2001, S. 92.

216) 김대인, 앞의 책, p. 351, Schuppert/Ziekow, a. a. O., S. 91.

217) 김대인, 앞의 책, p. 351.

218) Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 1997, S. 235~277.

219) Pitschas, Duale Umweltverantwortung von Staat und Wirtschaft, in: Lüder(Hrsg.), Staat und Verwaltung, 1997, S. 269, 272.

한 행정계약의 예로 Stuttgart시와 민간 의료법인이 체결한 계약을 들 수 있다. 이 계약을 통하여 의료법인은 시립병원의 운영을 수탁하였다. Stuttgart시의 목적은 예산에 부담을 주는 운영비용을 낮추는 것이었고, 민간 의료법인은 이윤 추구에 목적이 있었다. 계약의 체결을 통하여 양자의 이러한 목적은 충족될 수 있었으며, 병원의 구조, 조직과 규칙, 인사와 재정 에 관한 중요한 결정은 계약을 통하여 법인이 선임한 병원장에게 위탁되었다.<sup>220)</sup>

## 바. 독일 행정계약의 시사점

지금까지 독일의 행정계약에 대한 주요 법제와 사례들을 살펴보았다. 독일은 먼저 공사법 구별을 전제로 하며 행정의 私化에 보수적인 입장을 전제로 하고 있다. 그러한 이유로 행정 계약의 허용성 자체에 대한 논쟁이 오랜 시간 계약되었으며, 공법상 계약의 허용성이 명문화된 지금도 공법상 계약의 인정범위를 좁게 보고 있다. 또한 독일의 경우 공법상 계약의 인정범위를 소송수단과의 관련성 하에서 정립하고 있으며, 행정소송의 대상이 되는 행정계약을 공법상 계약으로 이해하고 있다. 그러나 전통적으로 사법상 계약으로 이해해 온 정부 조달계약에 대해서도 유럽법의 영향과 학자들의 주장이 결합되어, 그 공법적 특수성에 대한 고려가 이루어지고 있다. 이러한 독일법의 행정계약에 대한 기본구조는 독일과 마찬가지로 공사법 구별을 전제하고 있는 우리의 경우에 적용될 수 있는 여지가 크다고 할 것이며, 실제 공법상 계약에 대한 법리가 독일법제를 참고하여 이루어지고 있는 상황이다.

또한 독일연방행정절차법상 공법상 계약에 대한 규율내용을 통해 행정계약과 법치행정 원리의 갈등 또는 긴장의 문제를 해결하고 있다는 점은 주목할 만하다. 우선 공법상 계약의 가능성과 관련하여 행정청은 법령이나 일반적인 법원칙에 위배되지 않는 한 공법상 계약을 체결할 수 있도록 하고 있다. 다음으로 계약 내용의 자유와 관련하여서도 법률우위의 원칙이 적용되도록 하고 있다. 즉 행정청에 의하여 약속된 급부나 반대급부는 법률에 위반되어서는 안 되며, 강행법규의 이탈은 법률에서 그 면제나 예외를 명시적으로 규정한 경우에 허용된다. 재량규범 역시 행정청에 대하여 무제한한 결정의 자유를 허용하지 않으며, 계약당사자의 의무는 재량규범에 의하여 추구된 입법목적의 범위 내에 있어야 한다. 공법상 계약의 하자에 관한 규율에 있어서는 행정의 법률적합성의 원칙과 법적 안정성의 원칙 및 계약기속의 원칙의 형량이 요구되는데, 독일 연방행정절차법 제59조는 행정의 법률적합성의 원칙과 계약기속의 원칙의 적정한 조정을 통한 중도적 해결방안을 제시하고 있다. 즉 제59조는 특정하게 고양된 위법사유가 있는 경우에만 공법상 계약의 무효를 인정하고, 여타의 위

220) Schuppert/Ziekow, a. a. O., S. 93.

법한 공법상 계약의 경우에는 제한없는 기속력을 인정하고 있다. 이러한 행정절차법 제59조의 규율에 대하여는 행정의 법률적합성의 원칙과 흠결없는 권리구제의 관점에서 비판이 제기되었으나, 다수설은 합헌적 해석을 통하여 그 존속을 지지하고 있다. 이처럼 제59조 제1항에서는 민법 제134조(금지법률의 위반)를 준용하지만, 제59조 제2항에서는 개별 무효사유의 확대해석 및 유추적용을 통하여 법치행정의 원리를 보장하고 있다(정하중, 2009: 211~212). 이러한 점은 우리의 행정계약에 대한 법리가 위법한 행정계약에 대해 일관되게 무효의 효과를 인정하고 있는 점에 대해 재고할 필요성을 제시해주고 있다.

이러한 독일연방행정절차법의 공법상 계약에 대한 자세한 규정은 우리 법제에 시사하는 바가 크다. 먼저 행정계약에 대한 일반법적 근거를 두고 있지 않은 우리의 경우 행정절차법에 행정계약의 근거규정을 마련할 것인지의 논의가 필요하다. 개인적인 생각으로는 행정절차법에 일반법적 근거를 마련하고, 관련 법령과 개별법령에도 필요한 규정을 두는 것이 가장 이상적일 것이라 생각한다. 그런데 행정절차법에 근거 규정을 두는 경우에는 독일과 마찬가지로 협의의 행정계약, 즉 공법상 계약에 대한 규율이 가능할 것이며, 정부조달계약의 경우에는 현재와 마찬가지로 별도의 법률에 근거를 두어야 할 것이라 생각된다.

민관협력계약에 대해서 살펴보면, 민관협력계약은 대부분 복잡하고 불명확한 사실관계를 대상으로 하게 된다. 또한 민관협력계약은 공법상 계약 또는 사법상 계약의 한 유형으로 이루어지는 것이 아니라, 경우에 따라서 공법적으로도 그리고 사법적으로도 체결될 수 있다. 그리고 행정행위를 대체하는 성격을 갖는 내용도 있을 수 있으며, 그렇지 않은 경우도 포함할 수 있다. 이처럼 복잡한 민관협력계약에 대하여 독일의 건설법전의 경우처럼 법적 근거를 마련하는 것은 매우 의미있다 생각된다. 계약의 체결절차에 대한 근거규정을 둬으로써 복잡한 법률관계의 형성절차를 규율할 수 있기 때문이다. 또한 독일의 건설법전이 특정한 계약유형에 대해서는 공증인의 공증을 의무화함으로써 복잡한 법률관계를 조기에 명확히 할 수 있는 방안을 마련하고 있는 점도 주목할 만하다. 그러나 공증인의 공증을 받는 경우 비용의 문제가 발생하는 단점이 있으며, 이를 모두 공무원에게 일임하는 경우 공무원의 업무 과중과 전문성 확보의 문제가 남게 된다.

독일의 행정계약 법제가 주는 가장 큰 시사점은 행정계약을 법치행정의 원리 하에 자리매김하려는 노력이라고 할 수 있다. 따라서 우리의 경우에도 행정계약이 민주주의원리와 법치국가원리 하에서 공공성과 효율성을 담보할 수 있도록 법제를 구체화해가는 노력이 필요하다 하겠다.

## 5. 결론

지금까지 살펴 본 각 국의 행정계약법제는 모두 그 나라의 법체계와 행정문화, 사회적 상황 등을 반영하여 성립되고 변화되어 오고 있다. 또한 어떠한 법제도 완벽하다고는 할 수 없으므로, 우리 행정계약법제를 체계화함에 있어서는 우리의 법체계와 행정문화, 사회·경제적 상황 등을 고려하는 것이 무엇보다 필요하다 하겠다. 그리고 이러한 체계화에 있어 외국의 법제는 부분적인 시사점을 제공해줄 수 있을 것이라 여겨진다.

이를 위해서 우선 행정계약의 법적 성질을 살펴볼 필요가 있다. 행정계약의 법적 성질을 공법적으로 이해할 것인가 사법적으로 이해할 것인가의 문제는 우선 그 나라의 법체계가 공사법 구별을 전제로 하고 있는지와 관련되게 된다. 그러나 공사법 구별을 전제로 하고 있든 그렇지 않든 지금까지 살펴 본 내용들을 검토해보면, 행정계약의 경우 양자의 성격이 혼재되어 나타나게 된다.

즉, 공사법 구별을 전제로 하지 않는 국가, 예컨대 미국의 경우에 있어서도 정부의 고유한 임무를 계약을 통해서 수행할 때에는 완전한 사적 자치의 원리 하에 놓여지는 것이 아니라 정부 감독 등 공법적 요소가 들어가게 된다. 또한 영국의 경우에도 전통적으로는 계약이 사법의 전형적인 수단으로 계약과 관련한 분쟁에서 우리나라의 행정소송에 해당하는 사법심사(judicial review)가 활용될 수 없다고 보는 것이 일반적이었으나 최근에는 권한유월로 인한 사법심사가 공공조달계약의 체결행위에 대해서 인정되는 경우가 존재하고, 공익적 사유가 있는 경우에는 계약의 구속력에서 벗어날 수 있는 등 공법적 특수성이 반영되고 있다.

공사법의 구별을 전제로 하고 있는 프랑스의 경우 행정계약의 공법적인 성격이 네 국가 중에서는 가장 강하게 인정되고 있고 이러한 이유로 이와 관련되는 분쟁에 행정소송이 널리 활용되고 있다. 다만 최근에는 프랑스에서 사법상 계약의 법리를 함께 고려해야 한다는 견해들이 제시되고 있다.<sup>221)</sup> 공사법구별이 명확한 독일의 경우 행정절차법의 적용을 받는 행정계약의 경우 원칙적으로 공법상 계약의 성격을 인정하고 있다. 공공조달계약은 전통적으로는 사법상 계약으로 이해하고 있지만, 낙찰자 결정까지의 절차를 공법적 절차를 통해 규율하고 있으며, 민관협력계약의 경우 공법적 성격과 사법적 성격이 적정히 고려될 수 있도록 하고 있다.

이러한 비교법적인 검토를 토대로 보면 우리나라의 행정계약을 봄에 있어서도 공법과 사법의 성격이 함께 존재한다는 점을 균형 있게 고려해야 할 것이다. 따라서 기존 판례에서

221) 이에 관한 문헌으로 Benoît Plessix저, 정호선역, “행정계약법에 있어 학설의 역할”, Ewha Law Review 제3권 제2호, 2013, pp. 151~169 참조.

공공조달계약에 대해서 사법적인 관점에서만 바라보았던 것은 수정을 요한다고 할 수 있다. 또한 민간위탁계약 등의 경우에도 이에 대한 국가의 감독 등 공법적인 요소에 대한 강조가 더 이루어질 필요가 있으며, 다른 한편으로는 사법상의 계약원리에 따른 효율성과 성과관리를 적절하게 가미함으로써 민간위탁계약의 도입취지가 구현되도록 할 필요가 있다.

다음으로 행정계약과 관련한 법체계를 비교법적으로 살펴보면 다음과 같은 특징이 나타난다. 우선 독일의 경우 연방행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)에서 행정계약에 대한 일반적인 근거규정을 두고 있다는 점이 다른 국가들과는 구별되는 특징이라고 할 수 있다. 다만 독일의 경우에도 공공조달계약은 별도의 경쟁제한법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)에 의한 규율을 받고 있다는 점에서 행정절차법이 모든 종류의 행정계약에 대한 규율을 포괄하고 있다고 보기는 힘들다.

영국, 미국, 프랑스의 경우에는 행정계약의 유형별로 별도의 법령에서 규율을 하고 있다는 점이 특징이다. 영국의 경우 공공조달계약은 Public Contracts Regulation 2006에서 규율하고 있고, 민간위탁은 Deregulation and Contracting Out Act 1994에서 개별적으로 규율하고 있다. 미국의 경우 공공조달계약은 Competition in Contracting Act, Federal Acquisition Streamlining Act, Federal Acquisition Regulation Act 등에서 규율하고 있고, 보조금의 경우에는 Federal Grant and Cooperative Act에서 규율하고 있으며, 민간위탁계약의 기준 등에 관해서는 OMB Circular A-76에서 규율하고 있다. 프랑스의 경우에는 공공조달계약은 Code de marché public에서 규율하고 있고, 민관협력계약은 Code général des Collectivités territoriales 및 2004년 민관협력관련 오르도낭스(Ordonnance)에서 규율하고 있다.

이러한 각국의 법령을 토대로 보면 행정계약에 대한 일반법으로서 행정절차법을 두고 있는 독일의 사례는 우리나라에 주는 시사점이 크다고 할 수 있다. 우리나라의 경우 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)이 존재하는데, 이 법률은 형식적으로는 국가가 체결되는 모든 계약을 포괄하는 방식으로 되어 있지만 실질적으로는 공공조달계약을 규율하는 내용 위주로 구성되어 있다. 따라서 공공조달계약의 이외의 계약형식들은 개별 법령에 의해 특별규정을 두는 방식으로 규율하고 있는 것이 현실이다. 우리나라에서도 공공조달계약을 포함하여 행정계약에 일반적으로 적용될 수 있는 총칙적인 규정을 행정절차법에 두는 것이 바람직할 것으로 보여진다. 이를 통해 행정계약에 대한 행정소송이 가능해지도록 하는 등 법치주의적 통제를 강화할 수 있을 것이다. 이 경우 국가계약법은 공공조달에 초점을 맞추어 보다 구체적인 규정을 두는 내용으로 구성하는 것이 바람직할 것이다.

각국에서 활용되고 있는 행정계약의 유형을 보면 영국에서는 내부협약, NHS협약, 공공조달계약, 민관협력계약, 민간위탁계약 등이 존재한다. 미국에는 공공조달계약, 보조금계약, 민

간위탁계약 등으로 구분된다. 프랑스에서는 공공조달계약, 공공서비스 위탁계약, 계획계약, 지방안전계약 등이 존재한다. 독일에서는 공공조달계약, 민관협력계약, 도시계획계약, 행정행위를 대체하는 계약 등이 존재한다.

이러한 각국의 사례를 보면 공공조달계약, 민간위탁계약 등은 각국에서 거의 공통적으로 등장하는 행정계약의 유형이라고 할 수 있다. 영국의 경우에는 내부협약 등 단일한 행정주체 내부의 기관상호간에 체결되는 계약의 형식이 나타나고 있고, 미국의 경우에는 보조금과 관련한 행정계약이 널리 활용되고 있으며, 프랑스의 경우에는 계획분야, 특히 지방자치법 분야에서 행정계약이 나타나고 있고, 독일의 경우에는 행정절차법에 따라 행정행위를 대체하는 행정계약이 존재한다는 점이 특징이라고 할 수 있다.

각국의 이처럼 다양한 행정계약의 유형은 우리나라에도 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 특히 각국에서 독특하게 나타나고 있는 계약유형들의 장단점을 잘 비교해서 우리나라에 도입여부를 검토해보는 것이 필요하다고 할 수 있다. 예를 들어 보조금의 경우 우리나라에서는 보조금교부결정이라는 행정처분의 형식을 취하는 것이 일반적이는데, 미국과 같이 협약을 체결하는 것의 장단점을 잘 분석하는 것이 필요하다. 이상의 각국법제를 표로 비교정리해보면 다음과 같다.

〈표 III -2〉 각국의 행정계약법제의 비교

	영국	미국	프랑스	독일
행정계약의 법적 성질	행정계약은 전통적으로 사법상 계약으로 이해했으나, 낙찰자결정과 관련하여 행정소송이 일부 인정되는 등 공법상 규율이 늘어나고 있음.	공공조달계약은 원칙적으로 사법상의 계약으로 보나, 계약체결이전 단계와 이후단계에서 다양한 공법상 특수성이 반영되고 있음. 민간위탁계약의 경우에는 계약에 대한 국가의 감독 등 공법적 요소가 반영되고 있음.	공공조달계약을 포함한 모든 행정계약을 원칙적으로 공법상 계약으로 이해함.	연방행정절차법의 규율을 받는 계약은 공법상계약으로서의 성격을 인정, 공공조달 계약은 사법상 계약으로 인정, 그러나 절차상 공법적 규율이 이루어지고 있음.
법체계	행정계약에 대한 일반법이 부재, 개별법령에서 규율	행정계약에 대한 일반법이 부재, 개별법령에서 규율	행정계약에 대한 일반법이 부재, 개별법령에서 규율	행정계약에 대한 일반법이 존재(연방행정절차법)
관련법령	<ul style="list-style-type: none"> <li>Public Contracts Regulation 2006,</li> <li>Deregulation and Contracting Out Act 1994</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Competition in Contracting Act, Federal Acquisition Streamlining Act, Federal Acquisition Regulation Act,</li> <li>Federal Grant and Cooperative Act, OMB Circular A-76</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Code de marché public Code général des Collectivités territoriales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>연방행정절차법 (Verwaltungsverfahrensgesetz),</li> <li>경쟁제한방지법 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen),</li> <li>연방건설법전(Baugesetzbuch),</li> <li>민관협력촉진 (ÖPP -Beschleunigungsgesetz)</li> </ul>
계약의 유형	NIS협약, 공공조달계약, 민관협력계약, 민간위탁계약 내부협약 등	공공조달계약, 보조금계약, 민간위탁계약 등	공공조달계약, 공공서비스 위탁 계약, 계획계약, 지방안전계약 등	공공조달계약, 민관협력계약, 도시계획계약, 행정행위를 대체하는 계약 등

다음으로 각국의 행정계약법제가 우리나라에 주는 시사점을 국가별로 정리해보면 다음과 같다. 우선 영국의 경우 무엇보다 다양한 유형의 행정계약에 대한 법리와 실무가 발전되어 있다는 점에서 시사점을 찾을 수 있다. 또한 행정 내부의 계약형식이 활용되고 있는 점이 주목할 만하다. 우리의 경우 법주체간 계약의 체결만을 원칙적으로 인정하고 있으나, 영국의 경우에는 비록 법적 강제력을 인정하기는 어렵더라도 행정 내부에서 규율의 다양성과 탄력성을 확보하고 성과지향적인 조직운동을 기할 수 있도록 하는 의미 있는 작용형식으로 계약이 활용되고 있다. 또한 내부계약과 관련한 분쟁발생시 대체적 분쟁해결제도를 활용하여 그 실효성을 어느 정도 담보할 수 있는 제도적 장치까지 마련되어 있는 점은 매우 특징적이다. 또한 계약의 형식을 이용함으로써 입법적 근거를 필요로 하지 않음으로 인해 발생하는 의회의 통제, 민주적 통제의 약화 문제는 사전절차를 통해서 해결하고자 하는 입법례들이 나타나고 있는 점도 좋은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

미국 행정계약의 특징을 먼저 정부조달계약의 경우부터 간략히 정리하면 다음과 같다. 첫째, 경쟁적 협상 절차를 통해서 최고가치낙찰이 가능하도록 하고 있는 점, 둘째, 계약체결 과정 뿐만 아니라 계약체결 이후에 대해서도 계약의 해제와 해지 및 보상규정 등 구체적 규정을 두고 있는 점, 셋째, 계약체결 과정과 체결 이후에 대한 분쟁해결제도를 충실히 갖추고 있는 점 등을 들 수 있다. 또한 보조금계약과 관련하여 이를 조달계약과 명확히 구분하고 보조금계약에 대한 규율을 체계화하기 위하여 별도의 법률인 연방보조금 및 협력협약법을 제정한 것은, 우리나라의 경우 보조금계약에 대한 적용법률이 명확하지 않다는 점을 고려해 볼 때 중요한 의미를 갖는다. 민간위탁계약과 관련하여서는 현행 우리 정부조직법과 지방자치법이 위탁가능한 사무의 내용과 범위를 명확히 하고 있지 않고, 현대행정의 경향에도 부응하지 못하고 있는 점을 고려하면, 미국에서 '고유한 정부기능'을 위탁의 기준으로 삼고 있는 점은 좋은 참고가 될 수 있다. 또한 민간위탁계약의 체결 이후 수탁자에 대한 관리와 감독에 중점을 두고 있는 점도 우리에게 좋은 시사점을 제공해줄 수 있다.

프랑스의 경우 행정계약의 유형 내지 적용분야로부터 시사점을 도출할 수 있을 것이다. 또한 프랑스의 경우 현대 행정의 공공서비스 공급주체가 더 이상 국가에 한정되지 않고, 지방자치단체를 포함한 다양한 공법인, 사적 주체까지 확장된다는 점을 감안하여, 행정계약의 문제를 행정조직적 관점에서 접근하고 있는 점은 주목할 만하다. 특히 국가와 코뮌, 데파르트망, 레지옹 사이의 권한배분과 사무처리에 관한 공법상 계약, 국가와 레지옹간의 계획계약의 경우 중앙과 지방이 대등관계를 형성하여 공적 목적을 수행하고 나아가 사회계약적 성격을 가진다는 점은 주목할 만하다. 우리나라의 경우에도 지방자치가 부활되어 실시되어 온 이래 분권화와 주민참여가 계속하여 중요한 화두이자 국정과제로서 논의되고 있는 점을 감

안해보면, 국가와 지방간의 관계형성에 있어 계약방식의 활성화 문제가 적극적으로 검토될 필요가 있다고 생각된다.

우리와 같이 공사법 구별을 전제로 하고 있는 독일 행정계약법제가 주는 시사점은 무엇보다 행정절차법에 공법상 계약에 대한 일반법적 규율을 담고 있다는 점이다. 특히 행정절차법상 공법상 계약에 대한 규율을 통해 행정계약과 법치행정 원리의 갈등 또는 긴장의 문제를 해결하고 있다는 점은 주목할 만하다. 따라서 우리의 경우에도 행정계약에 대한 일반법적 근거를 마련할 것인지, 어떻게 행정계약이 민주주의원리와 법치국가원리 하에서 공공성과 효율성을 담보할 수 있도록 법제를 구체화해갈 것인지에 대한 논의가 필요하다. 또한 독일에서 전통적으로 사법상 계약으로 이해되어 온 정부조달계약에 대해서도 유럽법의 영향과 학자들의 주장이 결합되어, 그 공법적 특수성에 대한 고려가 이루어지고 있는 점도 유심히 검토할 필요가 있다. 이처럼 행정계약에 대한 정교한 법제화는 행정계약에 대해 자칫 소홀해질 수 있는 의회의 통제를 가능하게 하는 역할까지 수행할 수 있을 것이라 생각된다.

지금까지 살펴 본 비교법적 검토를 바탕으로 하여 우리 법제를 개선해나감에 있어, 행정계약의 일반이론에 대한 법리와 법제의 확립과 함께 개별 행정계약 분야의 법리가 정립되어야 할 것이다. 이미 행정절차법과 무수한 개별법에 규정된 행정행위의 수를 고려한다면, 이제 걸음을 떼기 시작한 행정계약에 대한 법제의 마련은 매우 방대하고 지난한 과제임에 틀림없다. 그러나 민주주의적, 협력국가적 요청과 행정의 효율성의 요청을 법치주의 원리 하에 잘 조화시킨 행정계약법제의 마련은 현대에 있어 불가피한 과제라고 할 수 있으며, 이를 위한 앞으로의 부단한 노력이 필요할 것이다.

---

## IV. 활용사례 분석

---

### 1. 국가를 당사자로 하는 계약

#### 가. 행정계약 형태로의 변천

전통적 국가에서 현대 국가로의 변모하면서 가장 큰 변화가 있었다면 국가가 일방적으로 규제하던 구조에서 부문 간 협력이 강조되고 있다. 전통적으로 국가가 직접 공사를 시행하였다면 근래에 들어 행정계약의 형태로 전환되어 공사를 시행하고 있다고 할 수 있다.

최근 행정계약의 중요성과 유용성이 더 중요하게 자리매김하고 있다. 왜냐하면 정부가 다양한 행정목적 수행하기 위한 대체수단으로 행정계약을 도입하여 운영하고 있기 때문이다. 이는 신공공관리론(N.P.M)의 영향으로 행정영역에 시장경제적 요소를 가미한 새로운 거버넌스(new governance) 체계를 구축하여 공공정책을 수행해왔다고 할 수 있다.

행정계약은 공공정책의 목적실현을 위한 대체적 행정수단이라 할 수 있다. 이른바 공공정책 목적을 실현하고, 다양한 사회적 요구를 충족시키기 위해, 행정행위 형식의 '행정계약'은 행정 주체 간, 행정주체와 사인 간, 공무수탁사인과 사인 간 합의와 공동책임을 전제함으로써 민주성과 효율성을 제고할 수 있는 유용한 행정행위형식이라 할 수 있다.

#### 1) 직접공사 수행에서 계약형태로의 전환

전통적으로 정부가 독자적으로 사회간접시설을 공급하였다. 사회간접자본의 공급은 공공재(public goods)와 규모수익체증(increasing returns to scale)<sup>222)</sup>의 기술조건을 지닌 공익사업(public utilities)의 성격을 띠고 있다. 공공재는 비경합성과 비배제성의 특징을 가진 재화로 시장기능에 맡길 경우 무임승차 등이 발생할 유인이 크다. 또한 공익사업은 일상생활이나 산업 활동에 필수불가결한 재화와 서비스를 생산·공급하기 때문에 생산에 따른 한계비용이 지속적으로 하락하는 특성이 있다. 따라서 자연독점이 성립할 수밖에 없고, 이러한 독

---

222) 규모수익체증은 모든 투입요소의 투입량을 h배 늘렸을 때 산출량이 h배 이상으로 증가하는 것으로 정의할 수 있다. 규모수익체증이 존재하면 생산량의 증가비율이 요소투입비용의 증가비율보다 크기 때문에 장기 평균비용이 감소하게 된다. 관련 함수를 표시하면 다음과 같다.  $f(hL, hK) > hf(L, K)$

점하에서 사회적 적정량의 공급을 기대할 수 없다. 이러한 이유들로 인해 정부는 사회간접 자본의 생산·공급을 시장기능에 맡기기 보다는 직접투자 운영(생산·공급)하는 방식을 택하게 되었다.(옥동석 외, 2000: 5) 한마디로 정부의 전통적인 사회간접자본 투자는 공익성과 사회적 경제성을 담보하기 위한 불가피한 선택이었다고 할 수 있다.

그러나 1990년대에 들어 과거 전통적 운영방식인 투입물 위주에서 성과와 결과를 중시하는 패턴으로 변화하게 되었다. 정부가 민간기업과 같이 성과와 결과중심으로 자원을 활용하기 때문에 자원의 효율성을 제고할 수 있도록 하는 유인구조가 확립되었다 전통적으로 정부가 주도하였던 사회간접자본의 건설과 운영<sup>223)</sup>을 민간기업이 자신의 책임하에 창의력을 발휘하여 규격에 부합하는 서비스를 제공하면 된다. 이렇듯 사회간접자본의 건설과 운영을 담당하는 기관은 민간기업식 유인구조하에 놓이게 되었다.

정부가 민간기업과 같이 성과와 결과중심으로 자원을 활용하기 때문에 자원의 효율성을 제고할 수 있도록 하는 유인구조가 확립되었다. 이는 정부가 민간기관과 유사한 유인구조 방식, 즉 정부부문에 시장기구를 도입·적용한 것으로 사회전반에 걸쳐 자원의 효율성이 크게 제고될 수 있다.

과거 전통적인 정부에 의해 수행된 사회간접자본의 건설과 운영 등의 업무는 법률(령) 또는 정관에 간단히 기술하고 세부내역은 명령으로 통제하였다. 반면 정부가 시장기구를 활용하여 사회간접자본의 산출물(서비스 등)제공할 경우 관련된 내용을 실시협약 등에 명확하게 규정하고, 그 산출물 제공에 대한 대가지급에 대한 내용은 계약의 형태를 활용하게 되는데, 이른바 '실시 협약'으로 계약의 일종이다.

우리나라의 정부발주 공사계약과 관련한 회계제도는 일본의 구회계제도와 미군정의 회계제도를 기초로 운영되었다(이유섭, 2014). 또한 발주 방식을 살펴보면 일본과 유사한 과정을 거치고 있다.

일본은 2차 대전까지 정부(지방자치단체 포함)공사는 일반적으로 직영공사 형태였다. 직영공사라 함은 공사의 발주기관인 정부가 설계부터 적산<sup>224)</sup>뿐 아니라 작업원, 자재 등의 조달과 현장관리 등 공사에 필요한 제반사항을 직접관리하는 것을 의미한다.

그러나 2차 세계대전 이후 건설수요가 증가함에 따라 당시 건설성의 직할공사에도 민간

223) 일반적으로 사회간접자본 서비스는 설계, 시공, 자금조달, 운영유지의 네 가지로 결합되어 제공된다. 전통적인 방식하에서는 정부는 설계와 시공을 담당하고, 민간기업은 자금조달과 운영유지 분야를 담당하였다면, 최근의 계약방식은 민간기업이 사회간접자본 서비스를 제공할 때 설계, 시공, 자금조달, 운영유지 등을 일괄적으로 수행한다. 한마디로 정부는 사회간접자본 서비스의 규격서를 작성하고, 민간사업시행자와 체결된 계약을 관리하는 것에 한정된 업무를 수행하게 된다.

224) 적산체계는 직접공사비, 공통가설비 및 현장관리 등의 간접공사비, 일반관리비, 소비세 등 상당액으로 구성된다.

부문과 계약형태의 공사가 서서히 증가하여, 1995년경부터 이러한 방식이 일반화되기 시작하였다. 그런데 문제는 각 발주자가 다른 기준에 의해 비용을 산출했기 때문에 통일된 적산 기준이 필요했다. 최근에는 정부의 공사를 둘러싸고 비용절감 정책이 시도되고, 기존 적산 방식의 문제점을 개선하기 위해 새로운 적산방식이 시도되고 있다(한국건설산업연구원, 2006).

## 나. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률로의 변천

### 1) 예산회계법에서 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률로의 전환

예산회계법은 국가의 예산과 회계 및 이에 관련되는 기본적인 사항을 규정하기 위한 법률로 1961년 12월 19일(법률 제849호) 제정되었다. 이후 이 법률은 25차례 개정되었고,<sup>225)</sup> 2006년 10월 4일(법률 제8050호) 타법 폐지<sup>226)</sup>되어, 2007년 국가재정법이 제정되었다.

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(시행 1997.1.1.) [법률 제4868호, 1995.1.5., 제정이 새롭게 제정된 이유는 다음과 같다.(국가법령정보센터 및 국회 사무처)

이 법률은 정부조달협정의 타결에 따른 정부조달시장의 개방에 대비하여 정부조달협정의 차질없는 이행과 계약업무의 원활한 수행을 도모하기 위하여 정부조달협정 및 국제규범을 반영하여 공정하고 효율적인 정부계약에 관한 제도를 마련하고자 (구)현행 「예산회계법」상 계약에 관하여 규정하던 제6장의 내용을 대체하는 법률을 따로 제정하려는 것이 근본적인 이유였다.

첫째, 정부조달협정 협상시 우리나라가 양허한 내용을 국제입찰에 의할 정부조달의 범위로 정하고, 정부조달협정 적용대상이 아닌 계약일 경우에도 발주관서가 필요하다고 인정하는 경우에는 국제입찰에 의할 수 있도록 하였다.

둘째, 정부조달협정의 적용을 받는 계약의 경우에는 발주관서가 입찰에 참가하려는 자의 국적이나 물품의 생산지를 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정할 수 없도록 하였다.

셋째, 계약은 일반공개 경쟁입찰을 원칙으로 하고, 대통령령에서 정하는 바에 따라 제한 경쟁입찰, 지명경쟁입찰을 실시하거나 수의계약을 체결할 수 있도록 하였다.

225) 타법폐지 직전 2005년 1월 27일 타법개정된 법률의 구조는 제1장 총칙, 제2장 예산, 제3장 결산, 제4장 전체삭제, 제5장 수입 및 지출, 제6장 전체삭제, 제7장 시효, 제8장 유가증권, 제9장 전체삭제, 제10장 기록과 보고, 제11장 보칙, 그리고 부칙으로 구성되어 있다. 이후 법률의 일부내용은 국가회계법의 조항으로 규정된다.

226) 이때 「기금관리기본법」도 폐지되었다.

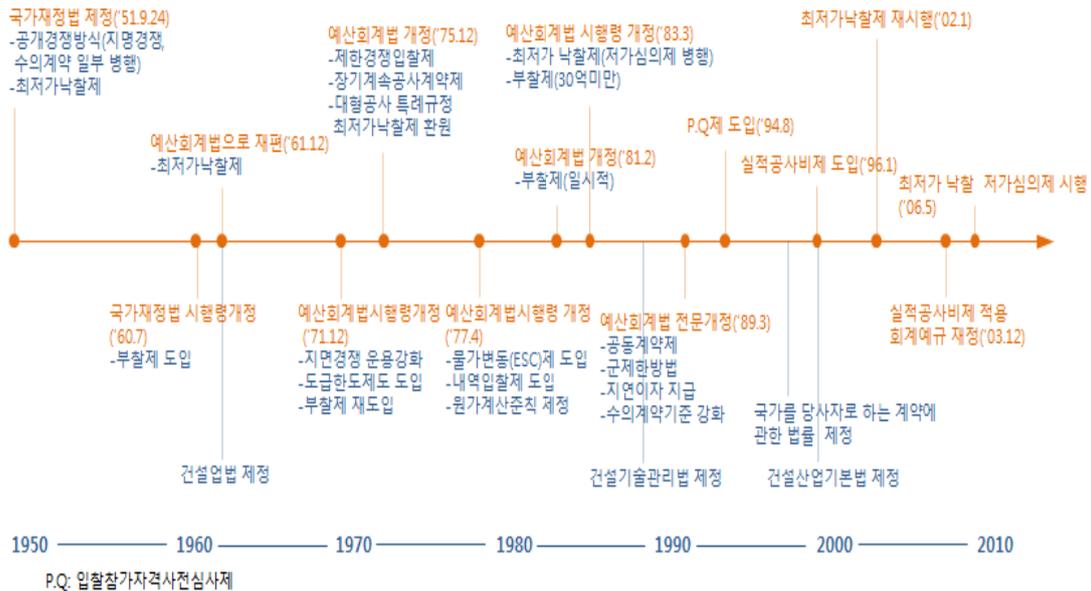
넷째, 정부조달협정의 내용에 따라 충분한 계약이행능력이 있는 자중 최저가입찰자 또는 가장 유리한 조건을 제시한 자를 낙찰자로 하고, 계약의 성질·규모 등을 감안하여 대통령령에서 별도의 기준을 정한 경우에는 그 기준에 가장 적합한 자를 낙찰자로 할 수 있도록 하였다.

다섯째, 정부조달협정에 '분쟁처리기구'를 설치하도록 되어 있으므로 이의 이행을 위하여 대통령령으로 규정되어 있는 '특례조달분쟁 심의위원회'를 '국제계약분쟁조정위원회'로 대체하기 위하여 그 법적근거를 명시하였기 때문이다.

또한 1994년 12월 16일, 제170회 제19차 국회 본회의에서 논의된 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률안(정부제출)」<sup>227)</sup>의 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 세계무역기구(WTO) 정부조달협정 협상시 우리나라가 양허한 내용을 국제입찰에 의한 정부조달의 범위를 정하고, 둘째, 정부조달협상의 적용을 받는 계약의 경우에는 발주 관세가 입찰에 참여하려는 자의 국적이나 물품의 생산지를 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정할 수 없도록 하며, 셋째, 정부조달협정의 내용에 따라 중요한 계약이행능력이 있는 중 최저입찰자 또는 가장 유리한 조건을 제시한 자를 낙찰자로 하기 위함이다.

[그림 IV-1] 국가계약제도의 변천과정



자료: 이유섭(2014), p. 62, 일부 내용수정

227) 이 법률안은 원안대로 의결되었다.

[그림 IV-1]은 국가재정법이 제정된 이래 국가재정법 시행령의 개정, 예산회계법 및 동법 시행령의 개정을 거쳐 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률로 변천되었고, 이와 관련하여 건설업법, 건설기술관리법 건설산업기본법의 제정을 설명하고 있다. 또한 각종 법과 시행령의 변천에 따른 공사계약방식은 공개경쟁방식, 최저가 낙찰제, 부찰제, 최저가 낙찰제로 환원, 부찰제 재도입, 물가변동(ESC)제 도입, PQ제, 최저가 낙찰제 재시행, 실적공사비제, 최저가 낙찰의 저가심의제 시행 등의 변천과정을 거쳤다.

## 2. 사회기반시설 민자 유치와 실시 협약

### 가. 사회기반시설에 대한 민간투자법의 변천

「사회기반시설에 관한 민간투자법」은 여러 차례의 개정과정을 거쳐 현행 법률형태가 되었다. 현행 법률의 이전 명칭은 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법」[시행 1994.11.4.] [법률 제4773호, 1994.8.3., 제정] 인데, 이 법률을 제정한 이유는 사회간접자본 시설분야에 민간의 참여를 촉진하여 창의적이고 효율적으로 사회간접자본시설을 확충·운영하도록 위해서다.

또한, 사회간접자본시설에 공통적으로 적용될 수 있는 민간자본유치의 절차와 방법, 수익성과 경영권의 보장 및 조세감면 등 각종 지원에 관한 사항을 규정함으로써 원활한 사회간접자본시설사업의 추진이 가능하도록 하여 국토의 균형개발, 산업의 경쟁력 강화 및 국민생활의 편익증진을 도모하려는 것이다. 이에 관해 세부적인 내용을 설명하면 다음과 같다.

첫째, 정부는 국토의 균형개발과 산업의 경쟁력 강화 및 국민생활의 편익증진을 도모할 수 있도록 사회간접자본시설에 대한 민자유치 기본계획을 수립하도록 하고, 동 계획에 분야별 민자유치 정책방향 및 대상사업, 민자유치 사업의 투자범위·방법 및 조건, 민자유치 사업의 지원에 관한 사항 등 사회간접자본시설에 대한 민자유치를 촉진하기 위한 중요 정책사항을 포함하였다.

둘째, 민자유치 사업과 관련된 중요 사항을 심의하기 위하여 (구)경제기획원에 민자유치 사업 심의위원회를 설치하도록 하였다.

셋째, 사회간접자본시설사업의 업무를 관장하는 각 행정기관의 장은 사회간접자본시설사업의 추진을 위하여 민간자본유치가 필요하다고 인정하는 때에는 민자유치 시설사업 기본계획을 수립하여 고시하도록 하고, 동 계획에는 민자유치 대상사업의 투자 소요, 건설기간, 예정지역, 수익성 보장 및 지원사항 등이 포함되도록 하였다.

넷째, 주무관청으로부터 지정받은 사업시행자는 민자유치사업의 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 얻도록 하고, 실시계획이 고시된 때에는 다른 법률에 의한 각종 인·허가를 받은 것으로 보아 민자유치사업이 원활히 추진될 수 있도록 하였다.

다섯째, 사업시행자는 필요한 경우 사업예정지역 안의 토지 등을 수용·사용할 수 있으며, 토지매수업무·손실보상업무·이주대책사업 등의 시행을 주무관청에 위탁할 수 있도록 하였다.

여섯째, 제1종 시설에 해당하는 민자유치 사업을 시행함에 있어서 그 사회간접자본시설의 투자비 보전 또는 정상적인 운영을 도모하기 위하여 필요한 경우에는 주택건설사업·도시계획사업 등 부대사업을 함께 시행할 수 있도록 하고, 실시계획이 고시된 때에는 그 부대사업과 관련되는 각종 인·허가를 받은 것으로 보아 동 사업이 원활히 추진될 수 있도록 하였다.

일곱째, 민자유치사업에 의한 사회간접자본시설중 공공성이 강한 제1종 시설은 원칙적으로 준공과 동시에 국가 또는 지방자치단체에 귀속되며, 제2종 시설은 사업시행자가 소유되, 제1종 시설이 국가 또는 지방자치단체에 귀속될 경우 사업시행자는 동 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는 사회간접자본시설관리운영권을 부여받도록 하였다.

여덟째, 민자유치 사업자금의 용자를 받은 사업시행자의 신용을 보증하기 위하여 정부 및 지방자치단체 또는 그 외의 자로부터의 출연금 및 보증료수입 등으로 구성된 산업기반신용보증기금을 한국산업은행·신용보증기금 및 기술신용보증기금에 설치하여 운용하도록 하였다.

아홉째, 국가·지방자치단체·정부투자기관 등 공공부문이 사회간접자본시설 중 제2종 시설을 건설하는 민관합동법인에 출자할 경우에는 50% 미만으로 지분을 제한하고, 그 주식에 대하여는 원칙적으로 의결권을 행사하지 못하도록 하였다.

열 번째, 사회간접자본시설에 대한 민간의 투자를 촉진하기 위하여 관련 법률이 정하는 바에 의하여 농지전용부담금·개발부담금 등의 부담금과 조세를 감면할 수 있도록 하였다.

그 이후 「사회간접자본시설에 대한 민간투자법」[시행 1999.3.22.] [법률 제5654호, 1999.1.21., 타법개정은 「사회기반시설에 대한 민간투자법」[시행 2005.1.27.] [법률 제7386호, 2005.1.27., 일부개정령으로 개정되었다. 개정의 주된 이유는 사회기반시설에 관한 민간투자사업을 활성화하기 위하여 민간투자사업 대상시설의 범위와 사업 추진방식을 다양화하고, 기관 및 개인투자자가 민간투자사업에 쉽게 간접 투자할 수 있도록 사회간접자본시설 투·융자회사를 장기투자에 적합한 사회기반시설투융자회사로 개편하는 한편, 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려 함이다.

주요내용은 첫째, 민간투자사업의 대상시설 확대(법 제2조)인데, 민간투자사업 대상시설의

범위가 산업기반시설 위주로 되어 있어 국민생활 개선효과가 큰 교육·복지시설 분야에 대한 민간투자를 유치하는 데에 한계가 있고, 35개의 민간투자사업 대상시설에 학교시설, 군 주거시설, 공공임대주택, 아동보육시설, 노인의료·복지시설, 공공보건의료시설, 문화시설 등을 추가하며, 국민생활과 직결된 교육·복지 등의 분야에 대한 민간투자를 촉진하여 국민이 체감하는 삶의 질이 높아질 것으로 기대되었기 때문이다.

둘째, 민간투자사업 시행방식을 추가하였는데(법 제4조제2호 신설), 당시 다양한 민간투자사업 시행방식을 채택할 수 있는 통로는 열려 있으나, 민간사업자가 직접 시설을 운영하기 곤란하거나 운영수입만으로는 투자비의 회수가 어려운 문화·체육시설 등에 대한 민간투자 실적은 저조한 상황이므로 이러한 분야들에 대하여 민간투자를 촉진하기 위한 사업시행방식을 명문화하고, 사업자는 주로 자금투자와 건설을 담당하고 정부가 시설운영을 담당하며 민간투자비는 정부의 시설임대료 및 부대사업수익 등으로 회수할 수 있는 “건설-이전-임대” 방식(BTL)을 민간투자사업 시행방식의 하나로 추가하며, 교육·복지·문화시설 분야 등에 대한 민간의 투자가 활성화됨으로써 이들 분야에 대한 시설의 조기확충과 함께 국민에 대한 서비스 수준이 향상될 것으로 기대하였기 때문이다.

셋째, 민간투자지원센터를 확대·개편하였는데(법 제23조), 민간투자사업의 대상시설 범위가 확대됨에 따라 민간투자사업의 효율적인 시행을 지원하기 위하여 설치하는 민간투자지원센터의 조직 등을 재조정하고, 국토연구원에 두던 민간투자지원센터를 공공투자관리센터로 바꾸어 한국개발연구원에 두도록 하고, 공공투자관리센터를 한국개발연구원에 둠에 따라 현행의 산업기반시설에 더하여 생활기반시설까지 확대되는 민간투자사업에 대한 지원업무를 보다 효율적으로 수행하기 위함이었다.

넷째, 사회기반시설 투·융자회사와 관련된 규정의 마련(법 제41조, 제41조의2 내지 제41조의9 신설, 제42조 내지 제44조)하였는데, 당시 사회간접자본시설 투·융자회사는 단기분산 투자에 적합하게 구성되어 있어서 장기적인 집중투자에 부적합하므로 이를 장기투자에 적합한 사회기반시설투·융자회사로 바꾸고, 사회기반시설 투·융자회사는 투자자산을 확보하는데 오랜 시간이 소요되고 단기간에 신규펀드를 설립하기 어려운 점이 있으므로 일반증권투자회사보다 신축적으로 투자자금을 조달할 수 있도록 하기 위하여 투·융자회사의 신주발행 및 자금의 차입을 허용하고, 사회기반시설투·융자회사가 증권시장의 상장요건을 갖춘 경우에는 지체없이 상장하도록 함으로써 투자자가 증권시장을 통하여 출자금을 보다 쉽게 회수할 수 있도록 하며, 사회기반시설 투·융자회사를 장기투자에 적합한 체제로 전환함으로써 시중의 여유자금을 민간투자사업에 보다 쉽게 유치하여 국가적 차원에서의 효율적인 자원배분이 이루어질 것으로 기대되었기 때문이다.

## 나. 사회기반시설에 대한 민간투자(유치)와 실시협약

「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제2조(정의)에 따르면 “사회기반시설”이란 각종 생산 활동의 기반이 되는 시설, 해당 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설 및 국민생활의 편익을 증진시키는 시설로서, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시설을 말한다.

특히 사회기반시설에 대한 민간투자의 핵심이라 할 수 있는 ‘실시협약’은 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다. 이때 ‘주무관청’은 관계 법령에 따라 해당 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장을 의미하고, ‘민간투자사업’은 법 제9조에 따라 민간부문이 제안하는 사업 또는 제10조에 따른 민간투자시설사업기본계획에 따라 제7호에 따른 사업시행자가 시행하는 사회기반시설사업을 말한다.

다만, 국가재정법 제23조에 따른 계속비에 의한 정부발주사업 중 초과시공(국가와 계약상 대자가 미리 협의한 한도액 범위에서 해당 연도 사업비를 초과하여 시공하는 것을 말한다.) 되는 부분은 민간투자사업으로 본다.

우리나라에서 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’을 제정하기 이전에는 개별법에서 민자유치를 허가해주는 형태를 취하고 있었다. 즉 행정청에서 민간투자에 관해 허가 해주고 그에 상응하는 돈을 회수해가는 방식으로 운영되는 이른바 계약의 형태를 띠고 있었다. 다만 이 과정에서 정부가 MRG(Minimum Revenue Guarantee)<sup>228)</sup>에 관해 잘못 계약함으로 인해 많은 재정이 낭비되고 있다.

최근 들어 최소운영수입보장(MRG)을 전면 재구조화를 추진하였는데, 이른바 표준비용보전(SCS, Standard Cost Support)방식이다. 이 방식은 운영수익이 비용에 미달할 경우에는 금액을 보전해주고, 운영수익이 비용보다 많으면 그 일부를 환수하는 방식으로 그 운영은 사업자가 하고, 비용과 수입은 주무관청에서 조절하는 장치이다.

표준비용보전방식은 대구 동부순환도로 매매, 용인경전철, 거가대교와 부산~김해 경전철도가 MRG에서 SCS으로 전환하였다. 대부분의 경우 사법상 계약<sup>229)</sup>으로 분류하고 있어 분쟁의 소지가 있다. 따라서 공법상 계약으로서 행정계약은 정부의 개입할 여지가 크다고 하겠다.

228) 정부가 사회간접자본에 투입할 재정부담을 낮추기 위한 목적으로 민간투자자에게 최소수입을 보장해 주는 투자유인책이다. 현재는 이제도가 폐지되었지만 이전에 계약한 내용은 여전히 유효하다.

229) 서울 지하철 9호선의 경우 사법상 계약이나 계약이 영성하여 정부의 개입이 필요했다.

## 1) 실시협약의 의의

실시협약은 정부와 민간사업자 간에 이루어지는 협상의 결과를 문서화하여 정리한 것으로 행정계약의 일종이다. 실시협약은 해당사업을 추진하는데 필요한 기본적인 요소로서 사업의 범위와 내용을 특정하는 것으로부터 협약의 체결을 통해 협약당사자에게 부여되는 권리와 의무관계 등 사업 추진과 관련된 모든 사항들을 특정하여 규정한 문서, 즉 계약서라고 할 수 있을 것이다.

실시협약의 법적 성질은 정부가 행하는 물품조달, 공사구매계약 등과 같이 행정주체가 계약의 당사자가 된다는 점에서 포괄적으로 행정계약의 한 형태로 볼 수 있다. 최근 학계에서는 행정주체와 국민사이 또는 행정주체 상호간에 직·간접으로 행정목적 수행하기 위해 체결되는 모든 합의(계약)를 의미하고 있으며, 공법상 계약뿐만 아니라 사법상 계약을 포괄하는 넓은 의미로 이해되고 있다(김대인, 2007).

광의의 행정계약은 정부조달계약, 민간협력계약 및 민간위탁계약, 공무원 고용계약 및 성과계약 등이 포함된다고 본다(김대인, 2008: pp. 27~36). 특히 우리나라 행정계약 관련법령을 시기별로 나누어 설명하고 있다. 산업화시기(1962~1979), 정부조달계약 관련법령과 공무원 고용계약관련법령에 관한 논의는 예산회계법에 규정된 정부조달계약의 원칙이 일반적인 사법상계약과 크게 다르지 않고, '토지수용상의 협의'에 관해서는 학계의 입장과 판례의 입장이 다소 차이를 보인다.<sup>230)</sup> 이 시기에도 여전히 정부조달계약과 공무원고용계약 외에는 행정계약으로 인정하지 않고 있다.

또한 민주화시기(1980~1992), 정부조달계약의 법적성질은 사법상계약으로 보는 한편 부정당업자 제재처분은 공법적 특수성을 인정한바 있다. 세계화시기(1993~현재)에는 정부조달법제는 WTO를 가입함에 따라 대대적인 변화를 하게 되는데, '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'로 규율하게 되었다. 이 시기에 특이한 점은 공무원 고용계약과 관련하여 '계약공무원제가 등장하였고, 에너지 소비절약 등 정부 또는 지방자치단체와 약속(자발적 협약), 민간위탁계약이 광범위하게 늘어났다. 또한 서울시립무용단원의 위촉계약과 관련하여 '공법상 계약으로 인정된 바 있다.

### 가) 실시협약의 법적 특성: 공법상 계약 vs. 사법상 계약

민간투자사업의 실시협약이 계약으로 규정되면서 그 계약내용의 구속력이 커지고 있다.

230) 학계에서는 사인과 사인 간 체결되는 체결되는 공법상의 계약으로 보는 입장이 우세하지만, 판례에서는 사법상계약으로 보고 있다.

최근 서울 지하철 9호선, 경남 거가대교 등의 계약에 문제를 제기하면서 사법상 계약여부에 대한 의문이 제기되고 있으며, 공법상 계약으로 이해되고 있다고 할 수 있다.

행정계약은 행정청이 발하는 ‘행정행위’와는 구별되기 때문에 사법상의 계약이냐? 공법상의 계약이냐에 관해서는 일부 이론의 여지가 있으나, 분쟁해결방법이 상호합의와 중재, 조정절차 등이 우선되고, 행정청에 대한 손실보상청구가 아닌 투자자본의 손실가치를 대상으로 하는 점에서 사법상의 계약으로 보는 것이 타당하다고 보았다. 그러나 최근 들어 공법상 계약으로 보는 것이 타당하다는 의견이 늘어나고 있는 추세이다.

〈표 IV-1〉 공법상 계약과 사법상 계약의 특성비교

공법상 계약	사법상 계약
공법인 민간투자법에 근거하고 제한받음	• 귀책에 의한 손실 발생시 각 당사자가 그 책임을 부담함
사법상 계약보다는 공법상 특수성을 더 많이 띠고 있음	• 민간투자법에 규정하지 않은 권리·의무관계 등은 계약에 포함
	• 자연재해 등 불가항력 사유에 대하여 협약 당사자 간 손실 및 위험을 부담함 • 계약에 규정한 요건이 성립될 경우 계약해지 가능
	• 계약이행관련 분쟁발생시 사법상 분쟁해결 절차를 거침

나) 실시협약의 행정행위의 부관(附款)적 특성: 행정계약

1999년 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’으로 대폭 개정되면서 실시협약은 사법상계약으로 명문화되었는데, 명문화되기 그 이전에는 행정행위 부관으로 볼 수 있었다. 행정행위 또는 행정처분의 부관은 ‘행정행위의 효과를 제한하기 위하여 주된 의사표시에 부가된 종된 의사표시’를 말한다. 면허, 허가, 인가, 승인 등 다양한 수익적 행정행위에 부가되어 빈번하게 사용되고 있다. 부관은 형식적인 측면에서는 행위의 존재 여부와 효력 여부와 관련되어 있고, 내용적인 측면에서는 주된 행정행위와 실질적인 관련성 여부가 중요시되고 있다. 부관의 종류는 조건, 기한, 부담, 철회권 유보, 법률효과의 일부배제 등<sup>231)</sup>이 있다.

231) 조건은 ‘행정행위의 효력의 발생이나 소멸을 장래의 불확실한 사실에 의존’시키는 부관으로, 조건이 성취되어야 행정행위가 효력을 발생하는 정지조건과, 조건이 성취되면 효력이 상실되는 해제조건으로 구분된다. 또한 행정행위의 효력의 발생이나 소멸을 장래의 발생이 확실한 사실에 의존시키는 부관을 말한다. 기한이 도래하여 행정행위의 효력이 발생하는 기한을 시기라 하고, 기한이 도래하면 행정행위의 효력이 상실되는 기한을 종기(終期)라 한다. 기한 중 도래시점이 확정된 기한을 확정기한(確定期限)이라 하고, 도래시점이 확정되지 않은 기한을 불확정기한(不確定期限)이라 한다. 부담은 행정행위의 주된 내용에 부가하여 그

다만, 행정행위에 부관을 붙일 수 있는지의 여부는 당해 행정청의 재량사항을 규정하고 있다. 사정변경으로 인하여 당초에 부가한 부담의 목적을 달성할 수 없게 된 경우에는 목적 달성에 필요한 범위 내에서 그 부담을 사후 변경할 수 있다. 또한 부담의 하자과 이행행위인 사법상 법률행위의 효력은 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우에 부관의 무효화는 본 행정처분 자체의 효력에 영향을 미칠 수는 있다.

하지만 그 처분을 받은 사람이 부담의 이행으로 사법상 매매 등의 법률행위를 한 경우 그 부관은 특별한 사정이 없는 한 법률행위를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이기 때문에 법률행위의 취소사유가 될 수 있음은 별론으로 하고, 그 법률행위 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다.(위키백과)

사례를 하나 들면, 행정청이 甲과 수익적 행정행위의 발급이 수반되는 지역개발을 위한 사업의 공동시행할 때, 甲은 그 사업에 필요한 자금 등을 마련하고, 행정청은 甲이 사업을 수행하는데 필요한 행정지원과 토지를 제공키로 합의하고, 그 합의의 구체적인 권리·의무 관계는 부관의 내용에 포함하기로 하였다. 그러나 행정행위의 부관에는 합의와 달리 행정청이 제공하는 토지의 면적이 줄어들고, 나머지 부분은 甲이 마련하거나 토지매수비용을 제공하는 내용의 부관이 포함되었다. 이에 행정청은 합의내용의 변경이 있었다고 주장하는 반면, 甲은 그 합의가 유효하다고 주장하면서 행정행위의 위법을 주장하고 있다.

다만 법률적 근거없이 기속행위에 부관을 붙이는 것은 무리가 있다는 견해와(서원우, 1985), 행정행위의 효과실현을 보충하는 것이 부관의 본래 기능이라는 점에서 법률요건 충족적 부관이 허용된다는 견해가 있다(김남진, 2002). 그렇다면 실시협약내용에 협약당사자에게 부여되는 권리와 의무관계 등에 관해 예시적 사항이 없을 경우 법률요건 충족적 부관이 허용되는지 여부는 면밀한 검토가 필요할 것이다.

또 다른 하나의 사례를 들면, 경남도와 부산광역시가 추진한 거가대교의 실시협약 재협상(재구조화)은 부관과 관련되어 있다라기 보다는 기존의 건설투자자에서 신규 재무적 투자자로 출자자 변경되는 과정에서 출자자 변경 승인권력을 활용하였다고 볼 수 있다. 한마디로 협력적 거버넌스 체계를 활용한 사례라 할 수 있을 것이다.

궁극적으로 행정계약은 권리 의무관계를 행정행위보다 더 구체적이고 명확하게 규율할

---

행정행위의 상대방에게 작위, 부작위, 급부, 수인 등의 의무를 부과하는 부관으로 다른 부관과는 달리 그 자체가 행정행위이다. 따라서 부담은 독립적으로 항고소송의 대상이 될 수 있다. 하지만 주된 행정행위에 부가된 부관이므로 주된 행정행위의 효력에 의존한다. 다만 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.

수 있다는 점이다. 왜냐하면 행정계약은 합의에 의한 결정을 전제하고 있기 때문이다.

행정행위나 행정계약은 권리 의무관계를 규정할 때 상세하게 규정한다는 전제하에서는 유사한 측면도 있다. 그러나 행정행위의 부관을 붙이는 경우는 좀 다르다. 행정행위 부관의 부가는 양 당사자의 합의를 통해 하는 것이 아니기 때문이다. 따라서 행정행위에 부관을 붙이는 경우보다 행정계약을 하는 것이 더 효율적이라 할 수 있을 것이다(한국조세연구원, 2014, 독일 행정법 전문가 인터뷰). 독일에서도 행정행위를 통해 구체적인 상황을 통제할 수 있다. 즉 행정행위에 부관의 내용을 담고 있어 부관을 활용할 수도 있지만 행정계약이 더 합리적인 대안으로 평가하고 있다. 이는 이미 논의된 바와 같이 주체 간 합의를 전제하고 있기 때문이다.

〈표 IV-2〉 수익형 민자사업(BTO) 표준협약서

구분	주요 항목	
제1장	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 협약의 목적 및 사업의 개요</li> <li>· 용어정의</li> <li>· 문서의 우선순위</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 사업의 추진방식</li> <li>· 협약의 해석</li> </ul>
제2장 기본약정	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 사업시행자 지정 등</li> <li>· 사업시행자의 의무</li> <li>· 관리운영권 설정기간</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 사업시행자의 권리</li> <li>· 소유권 귀속</li> <li>· 협약의 성실이행</li> </ul>
제3장 총사업비 결정 및 변경	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 총사업비 및 총 민간사업비</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 총사업비의 변경</li> </ul>
제4장 재원의 조달 및 투입	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 사업시행자의 자원조달</li> <li>· 타인자본의 조달 및 투입</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 자기자본의 조달 및 투입</li> </ul>
제5장 설계 및 건설에 관한 사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 설계, 인허가 등</li> <li>· 공사비</li> <li>· 공사의 착수</li> <li>· 설계, 공사의 도급</li> <li>· 도급 · 하도급계약으로 인한 책임</li> <li>· 문화재</li> <li>· 지체상금</li> <li>· 주무관청의 감독</li> <li>· 민원처리</li> <li>· 공사책임 관리</li> <li>· 부대사업</li> <li>· 준공확인 및 관리운영권 등록</li> <li>· 준공전 사용인가 및 부분 준공</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 실시계획의 승인</li> <li>· 공사기간</li> <li>· 공정관리</li> <li>· 관련법령 등의 준수</li> <li>· 위험물 및 지방물</li> <li>· 사업이행보증금</li> <li>· 보험가입</li> <li>· 기성검사</li> <li>· 환경 및 안전관리</li> <li>· 부속사업</li> <li>· 예비준공검사 등</li> <li>· 조기준공</li> </ul>

〈표 IV-2〉의 계속

구분	주요 항목
제6장 유지관리·운영에 관한 사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 운영비용</li> <li>· 운영실적의 제출</li> <li>· 부속시설의 유지관리 및 운영</li> <li>· 경미한 사업</li> <li>· 유지관리 및 운영관련계약</li> <li>· 유지관리 및 운영을 위한 계약</li> <li>· 부대사업시설의 유지관리 및 운영</li> </ul>
제7장 수익률 및 사용료	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 사업수익률</li> <li>· 사용료의 청구</li> <li>· 사용료의 결정 및 조정</li> </ul>
제8장 주무관청의 지원에 관한 사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 건설보조금</li> <li>· 사업부지의 제공</li> <li>· 정부지원시설의 적기준공</li> <li>· 수요위험의 처리</li> <li>· 행정적 지원</li> <li>· 보상업무</li> <li>· 사용료수입 보장 및 환수</li> </ul>
제9장 위험분담에 관한 사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 위험배분의 원칙</li> <li>· 주무관청의 귀책사유 및 처리</li> <li>· 불가항력 사유로 인한 청구 및 이의신청</li> <li>· 사업시행자의 귀책사유 및 처리</li> <li>· 불가항력 사유 및 처리</li> </ul>
제10장 협약의 종료	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 기간만료로 인한 협약의 종료</li> <li>· 협약해지시의 효과</li> <li>· 해지시 지급금 지급방법</li> <li>· 기간만료, 해지 및 매수 청구시 선관의무</li> <li>· 중도해지로 인한 협약의 종료</li> <li>· 해지시지급금의 산정</li> <li>· 매수청구권</li> </ul>
제11장 권리의 처분 및 자금재조달	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 양도 및 담보의 제공</li> <li>· 출자지분의 변경</li> <li>· 자금 재조달에 따른 이익의 공유</li> <li>· 사업시행자의 변경</li> <li>· 자금재조달의 절차</li> </ul>
제12장 분쟁의 해결	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 분쟁의 해결</li> <li>· 중재</li> </ul>
제13장 기타사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 협약의 변경</li> <li>· 주무관청의 협약준수 의무</li> <li>· 묵시적 조건의 배제</li> <li>· 통지</li> <li>· 경과조치</li> <li>· 협약의 수익자</li> <li>· 일부무효</li> <li>· 비밀유지</li> <li>· 준거법</li> <li>· 협약의 효력</li> </ul>
별첨	<p>범위, 총사업비 및 총 투자비, 건설보조금 지급일정, 후지원금 지급일정, 사용료산정을 위한 추정하수량, 추정사용료수입, 운영비용, 출자자구성 및 지분율, 자금투입계획, 성능보증 및 규제조치, 보험가입, 사회기반시설 준공보고서 및 준공확인필증, 해지시지급금, 재무제표 및 재무모델</p>

자료: 한국개발연구원, 공공관리센터, 2008. 6.

### 3. 민간 위탁과 계약

#### 가. 정부 민간 위탁의 의의

민간위탁이란 부처가 자체적으로 수행하던 기능을 외부 민간 사업주체에 위탁하여 수행하게 하는 방식이다.

##### 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

###### 제2조

1. “위임”이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
2. “위탁”이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
3. “민간위탁”이란 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.

행정권한의 민간위탁에 관한 근거법령은 「정부조직법」, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」, 「지방자치법」, 행정자치부의 「지방자치단체 사무의 민간위탁 추진지침」, 지방자치단체의 조례를 들 수 있는데 이 가운데 「정부조직법」이 행정권한의 민간위탁에 관한 일반법적인 지위를 가진다.

「정부조직법」 제6조 제3항은 조사검사검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 행정기관의 소관 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 등에 위탁해서 처리할 수 있는 규정을 두고 있어서 이른바 행정작용법상 비권력적 작용만을 민간위탁의 대상으로 하고 있다.

##### 「정부조직법」

###### 제6조 (권한의 위임 또는 위탁)

- ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의

일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

- ② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.
- ③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

그러나 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무만을 민간위탁의 대상으로 하고 국민의 권리·의무와 직접 관계있는 업무는 민간위탁의 대상으로 하지 않는다는 것은 작은 정부와 행정의 간소화를 지향하는 현대 행정의 흐름과는 배치된다고 할 수 있다.

현행법에서도 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」, 「민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률」 등에서는 국민의 권리·의무와 직접 관계있는 공권력의 작용까지 민간위탁의 대상으로 하고 있다.

## 나. 추진배경과 유의점

작고 일 잘하는 정부를 만들기 위한 선진 각국의 정부혁신 일환으로 민간 기업에서 도입한 경영혁신 기법을 정부부문에 도입하면서 시작이 되었다. 민간기업의 아웃소싱은 기업의 자원을 핵심 분야에 집중하고 부수적 기능은 외부시장을 통해 조달하는 경영전략으로 이를 통해 비용을 절감할 수 있다고 보았다.

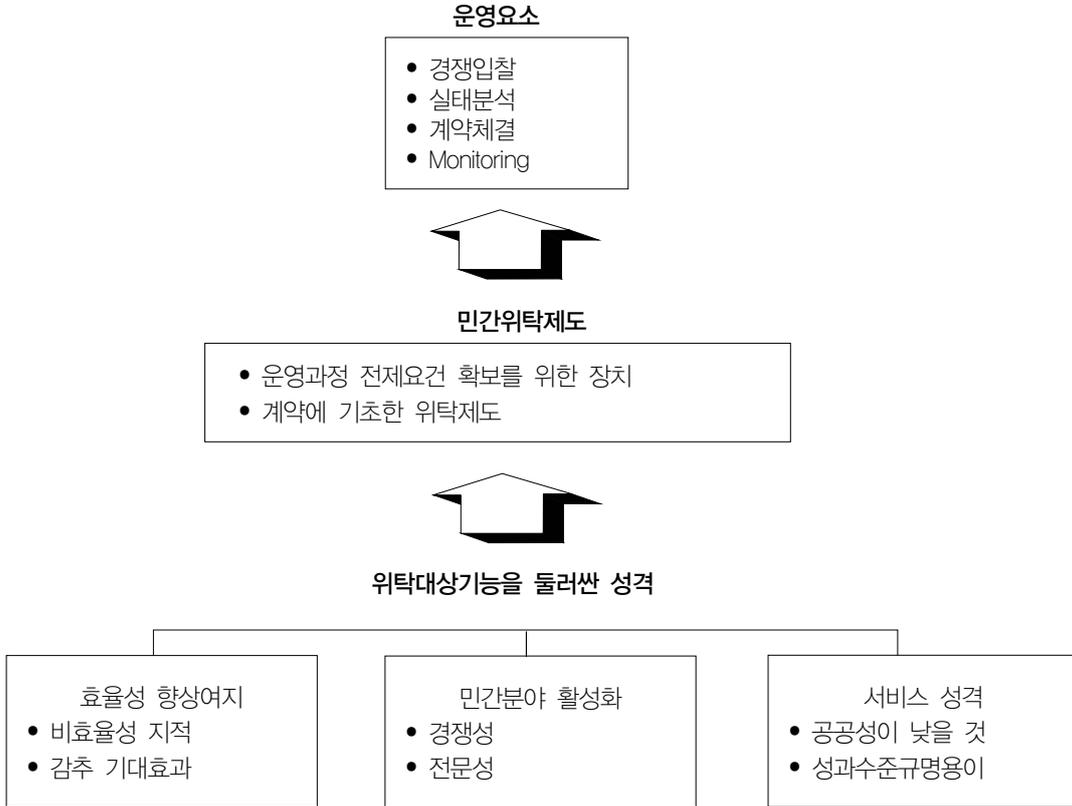
정부의 경우에는 민간 위탁을 통해 민간부문의 전문성과 경쟁원리를 공공부문에 활용하여 정부기능의 효율화를 도모할 것으로 기대되었다. 이럴 경우 정부의 본질적 기능 이외의 사무를 민간부문이 수행하도록 하여 작은 정부를 실현할 수 있는 기회가 된다. 그리고 민간부문의 전문성과 경쟁원리를 활용하여 예산을 절감하고 행정 서비스의 질을 향상시킬 수 있다.

물론 위탁과정은 물론이고 계약이행 과정상의 적절한 관리·감독이 이루어지지 않을 경우 서비스 질이 오히려 저하될 우려가 있기 때문에 모니터링이 중요하다. 또한 민간에 위탁된 경우에 민간사업 주체의 내부 노사문제 등으로 서비스가 중단되는 경우 공공서비스의 안정성이 저해되기 때문에 대상 사무의 선정 기준도 필요하다.

이러한 맥락에서 도입의 전제조건을 고려해야 한다. 첫째, 경쟁적으로 사업주체를 선정할 수 있도록 다수의 공급자로 구성된 경쟁적 민간시장이 존재해야 한다. 둘째, 소요비용, 서비스 질에 대한 성과의 관리가 가능하도록 체계를 구축해야 한다. 셋째, 특혜 시비에 휘말리지 않도록, 공정하고 투명한 공개 경쟁입찰 절차를 제도화해야 한다. 넷째, 위탁업무 수행에

따른 모니터링과 사후 성과평가를 통한 재계약 여부 결정이 이루어지도록 제도화해야 한다. 이러한 맥락에서 효율적 민간위탁 수행을 위한 논리적 틀은 다음과 같이 정리된다.

[그림 IV-2] 효율적 민간위탁 수행의 전제조건



#### 다. 외국의 사례분석

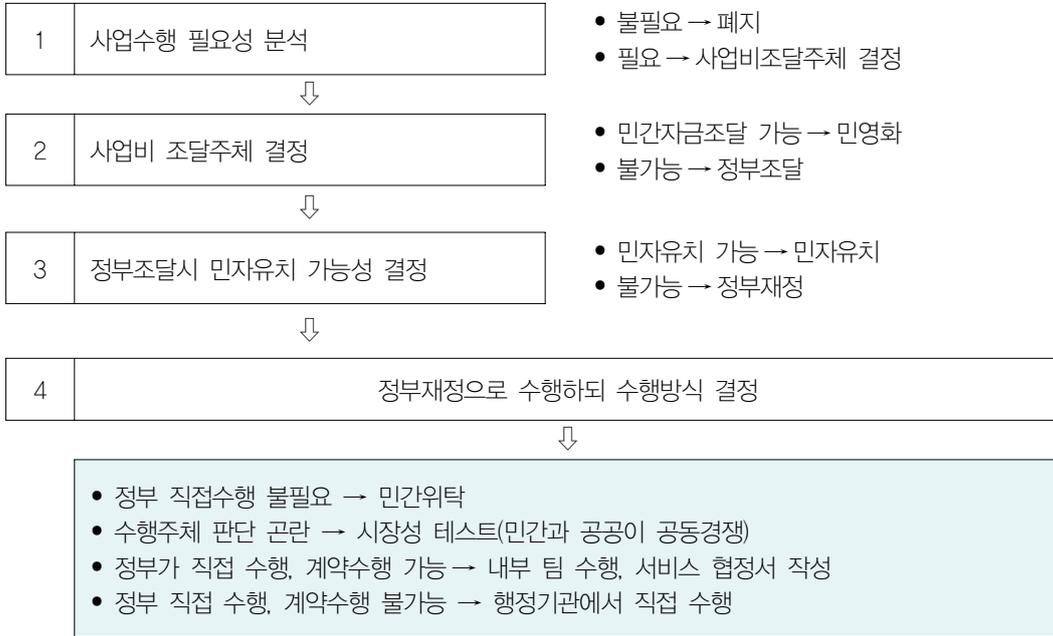
##### 1) 영국의 시장성 테스트(market testing)

###### 가) 도입배경

1991년 정부개혁의 일환으로 납세자에게 “재정을 가장 가치 있게 쓸 수 있도록(best price)하는” 정부의 경쟁력 제고를 위하여 도입되었는데, 이에 정부업무를 면밀히 분석하고 업무 특성에 따라 민간경쟁 원리를 도입하는 등 최적의 수행주체를 선정하여 추진하였다.

나) 제도내용 및 절차

수행방식 결정을 위한 기능 분석을 시도하였다.



시장성 테스트 절차 및 운영방식은 다음과 같다.

- 준비 또는 시작단계: 대상 활동의 범위와 성격 규명
- 세부 계획수립: 제공 되어야 하는 서비스 수준과 비용 산출
- 계약규격서 작성 및 입찰전략 수립: 잠재적인 공급자의 이해 수용
- 입찰실시: 민간과 공공이 공동 참여
- 입찰결과 집행 및 계약관리

2) 미국의 competitive sourcing

가) 도입배경

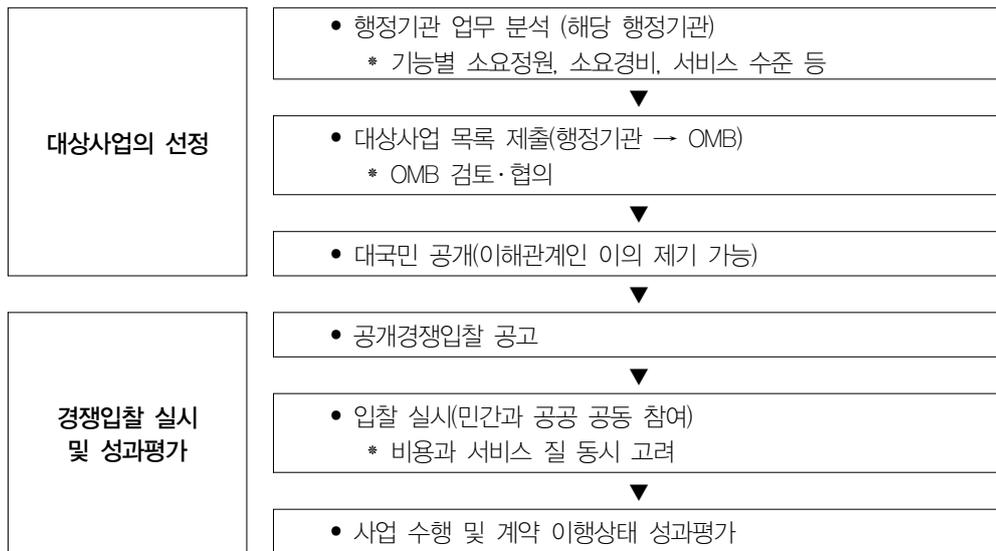
2002년부터 부시 행정부는 정부활동의 성과개선을 위해 수요자성과시장 중심의 3대 원칙 하에 추진 중인 5대 혁신과제 중 하나로 추진되었다.

- ※ 5대 혁신과제:
- ① human capital
  - ② competitive sourcing
  - ③ improving financial performance
  - ④ e-government
  - ⑤ budget and performance integration

이는 민간과 공공의 경쟁을 통해 공공부문의 자발적 혁신을 유도하고 생산성 향상을 도모하기 위한 정부조달 운용제도로 도입되었다.

나) 제도내용 및 절차

- ① 추진경과: 1998년 FAIR(Federal Activities Inventory Reform)과 OMB의 정부조달 지침(Circular No. A-76)의 마련으로 민간위탁 관리를 제도화하였다. 또한 2003년 정부조달 지침(Circular No. A-76)를 수정하여 행정기능의 경쟁적 수행을 통한 효율성과 서비스 수준 향상을 적극 추진하였다.
- ② 적용범위: 대상기관은 행정부처, 각군 부처, 독립기관이다. 다만 회계검사원, 공기업, 비정부출연 공기업 관리기구, 국방부의 특정기능은 예외적으로 적용하지 않는다. 대상기능은 본질적 정부기능 이외에 민간 사업자로부터 획득할 수 있는 연방정부 활동을 포괄한다.
- ③ 운영절차



④ 부처별 차관보급 담당자 지정

- 기관 내 Competitive Sourcing 주관 및 감독
- 정부 직접 수행 시 비용과 서비스 수준 도출 관리
- 지침에 의거하여 정부와 민간간의 엄격한 경쟁 실현
- 위탁사무를 대상으로 한 연도별 성과평가 실시
- 위탁으로 인해 영향을 받는 인력에 대한 지원방안 강구
- Competitive Sourcing에 따른 예산절감 분석 및 보고

다) 적용사례 및 성과

- ① 연간 예산 순 절감액 증가 : 11억불('03) → 14억불('04)
- ② 인력 구조조정, 업무재설계 등으로 공공부문의 경쟁력 강화: 총 경쟁조달의 89%에서 공공부문이 우위를 차지

〈표 IV-3〉 부시 행정부의 성공사례

부 처	대상 업무	비교우위	정부 구조조정	절감액 (million)
국세청	안내센터 인력 360명	공공부문	3개센터→1개	\$ 185
조달청	관리, 조사 등 인력 142명	민간부문	직원 142명 → 0명	\$ 14
산 립	정보기술 인력 1,200명	공공부문	직원 1,200명→600명	\$ 100
에너지부	재무관리 인력 181명	공공부문	15개 부서→2개 직원 181명→120명	\$ 31

3) 정책적 시사점

이 제도는 두 가지의 정책적 시사점을 제공하고 있다. 첫째, 자발적인 정부-공공 혁신의 유인을 제공한다. 종래 폐쇄적으로 운용되던 정부기능을 민간과의 경쟁에 노출시킴으로써 정부 스스로 생산성 향상을 꾀하도록 유도하였다.

둘째, 공공 서비스의 품질 관리가 가능해졌다. 궁극적으로 제도도입의 목적은 업무수행 주체가 누구이냐가 아니라 경쟁을 통한 정부 서비스의 품질을 향상한다. 이를 통해 다양한 정부 서비스 수행방식과 실질적 경쟁의 활성화를 통해 공공 서비스의 품질 향상과 비용절감을 도모한다.

라. 한국의 민간위탁 추진현황 및 문제점

1) 제도현황

현재 행정 업무의 위임이나 위탁을 가능하도록 정부조직법에 근거를 두고 있다. 이는 보조기관이나 하급행정기관에 대한 위탁과 민간위탁으로 구분하고 있다.

「정부조직법」

제6조 (권한의 위임 또는 위탁)

- ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.
- ② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.
- ③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

그리고 지방자치법에서는 지방 사무에 대해서도 같은 방식으로 위임이나 위탁이 가능한 근거를 두고 있다. 다만 구체적인 사무에 대해서는 조례로 규정하도록 하고 있다.<sup>232)</sup>

「지방자치법」

제104조(사무의 위임 등)

- ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.
- ② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.
- ③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.
- ④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

232) 이때 수의계약을 하지 않도록 하고 있으며, 지방의회 승인 등을 받도록 권고하고 있다. 2013년부터 국민권익위원회는 청렴도 평가에 조례 제정을 포함시키고 있다. 그리고 2013년에는 전국 자치단체에 대해 감사원 감사를 통해 투명성을 제고하도록 하는 조치가 있기도 했다.

이에 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에서 보는 바와 같이 우리의 법제는 행정기관 간의 위임 또는 위탁과 민간위탁으로 2원화하여 관리되고 있다.

가) 보조기관 또는 하급행정기관에 대한 위임 또는 위탁

행정기관 간의 위임 및 위탁에 대해서 매우 자세하게 업무 내용과 수탁받을 기관을 규정하고 있다. 이는 정부조직의 권한 배분에 관한 사항에 해당된다.

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제4장 행정기관 간 위임·위탁사항

제20조 (관세청 소관)

관세청장은 그가 지정하는 세관에 대한 다음 각 호의 권한을 해당 서울·인천공항·부산·인천·대구 및 광주 세관장에게 각각 위임한다.

1. 복무단속 및 업무에 관한 감사·지도
2. 6급 이하 공무원에 대한 관세청장이 지정하는 세관 간의 전보
3. 예산의 재배정
4. 6급 및 7급 공무원의 임용

나) 민간위탁

민간위탁에 대해서도 자유로운 계약의 형식이 아니라, 민간위탁의 기준을 규정하고 이에 근거하여 구체적으로 대상 사업과 대상 기관을 규정의 형식으로 정하여 두고 있다.

① 대상 업무

대상업무는 매우 제한적으로 규정하고 있다. 가장 중요한 것으로 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 않는 사무이어야 한다. 그러나 민간위탁은 보다 다양한 부분에서 발생할 수 있다. 예컨대 교도소를 종교단체에 민간위탁 하여 활용할 수 있기 때문이다. 이 조항은 민간위탁의 접근 자체를 매우 경직적으로 관리하는 출발점이 된다.

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제11조 (민간위탁의 기준)

- ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관 사무 중 조사·검사·검정·관리 사무 등 국민의 권

리·의무와 직접 관계되지 아니하는 다음 각 호의 사무를 민간위탁할 수 있다.

1. 단순 사실행위인 행정작용
2. 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무
3. 특수한 전문지식 및 기술이 필요한 사무
4. 그 밖에 국민 생활과 직결된 단순 행정사무

그리고 i) 단순사실 행정사무 ii) 공익성 보다 능률성이 현저히 요구되는 사무 iii) 특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무 등 iv) 그 밖에 국민 생활과 직결된 단순 행정사무 등의 규정도 보다 유연하게 적용될 필요가 있다. 지금의 규정으로는 행정에 부수적인 업무의 경우로만 이해되기 때문이다. 공익과 사익을 2원화하여 규정하고 관리되는 체계이다.

## ② 위탁 방식

법률에 정하고 있는 행정기관 사무의 일부를 민간에 위탁하되 수탁기관은 책임과 권한을 갖고 자신의 명의로 사무를 수행하도록 하고 있다.

그러나 민간위탁이라고 하지만, 사실상 민간 지정위탁이다. 구체적인 사무를 정하고 대상 기관까지 규정하고 있다. 권한과 책임을 명확히 한다는 명분하에 수탁기관을 법령에 지정하고 대부분의 경우 정부산하기관 등이 독점적으로 수행하고 있다.

## 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

### 제5장 민간위탁사항

#### 제43조 (국가보훈처 소관)

국가보훈처장은 국가유공자 및 그 유족의 정신교육에 관한 사무를 「한국보훈복지의료공단법」에 따라 설립된 한국보훈복지의료공단에 위탁한다.

#### 제44조 (기획재정부 소관)

기획재정부장관은 협동조합 활성화를 위한 교육·홍보 업무를 「사회적기업 육성법」에 따라 설립된 한국 사회적기업진흥원에 위탁한다.

#### 제44조의2 (미래창조과학부 소관)

미래창조과학부장관은 「병역법 시행령」 제73조제1항제1호에 따른 지정업체 추천을 위한 신청의 접수 사무를 「과학기술기본법 시행령」 제49조제5호 나목에 따른 한국산업기술진흥협회에 위탁한다.

다) 아웃소싱

한편 「예산편성 지침」에 아웃소싱을 규정하여 이를 활성화하기도 하였다. 이럴 경우 아웃소싱의 방법은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 근거하여 진행하게 된다.

예컨대, 1999년도 예산안편성지침 10대 지침의 하나로 “재정사업의 외부자원 활용(outsourcing)”을 규정하고 이를 활성화하도록 한 바 있다. 이와 같은 맥락으로 민자 유치, 외자도입방안의 적극 강구도 규정되었다.

① 운영방식

운영방식은 부처가 원칙적으로 일반 경쟁입찰 등으로 사업수행자를 선정하고 계약을 통해 민간 사업자에게 사무를 위탁한다.

특수한 기술이나 품질이 요구되거나 계약이행의 부실 방지 등의 특별한 사유가 있을 때는 수의계약이나 제한적 경쟁이 허용되기도 한다.

② 대상 업무

대상업무는 법적 근거가 있는 것은 아니고 정책적으로 다음과 같은 사무에 대해 인정이 되었다.

- i) 민간위탁 시 서비스 개선, 비용절감 등의 효과가 크게 예상되는 사업
  - ii) 민간시장이 활성화되어 있는 분야
  - iii) 단순집행 업무성격의 사무
  - iv) 민간의 창의와 효율성이 기대되는 분야
  - v) 관련 산하단체가 있어 기존인력과 Know-how를 활용할 경우 개선이 기대되는 분야
- 이에 1999년 예산안 편성지침에서는 다음과 같은 사업이 아웃소싱 대상으로 규정이 되었다.

〈표 IV-4〉 1999년 예산에 반영된 부처별 외부위탁 현황

부 처 명	대 상 사 업
대 법 원(4)	공관관리, 법원공무원교육원 청사관리, 사법업무 전산화 사법연수원 청사관리
헌 법 재 판 소(1)	청사 및 공관관리
중 앙 선 관 위(1)	선거관리 전산시스템 개발운영
재 정 경 제 부(1)	재정정보시스템 운영
외 교 통 상 부(1)	외교안보연구원 청사관리
행 정 자 치 부(6)	청사조경관리, 전산프로그램개발, 광화일시스템 구축(2000년 추진) 소방시설관리사 시험, 정부전자정보관리소 자료입력, 정부청사 안내실 운영
법 무 부(2)	법무연수원 시설관리, 출입국관리 전산자료 입력

〈표 IV-4〉의 계속

부처명	대상사업
국방부(1)	국군홍보관리소의 제작 및 집행
교육부(3)	재외동포용 교재개발·공급, 외국인장학생 초청사업 유학시험관리
문화관광부(8)	국립중앙극장 운영, 정부간행물제작, 국립영상제작, 도서관정보화(2000년 추진) 국립현대미술관, 공능원관리, 국립박물관 시설관리, 중앙도서관 분관 시설관리
농림부(1)	농산물 검사
산업자원부(4)	수출자유지역 투자유치 홍보, 광업권 설정 조사 마산수출자유지역 관리, 익산수출자유지역 관리
보건복지부(5)	국립 보건원의 국가고시 관리, 국립 목포결핵병원 운영 사회복지연수원의 사회복지사 양성, 국립 암센터 운영 국립 망향의동산 관리
노동부(1)	노동통계전산화
건설교통부(5)	건설공사 시험조사, 항공무선표지소 운영, 국도유지보수 자동차 종합전산, 토지종합 전산
해양수산부(7)	인천감문관리소 갑문수리·유지관리, 항로표지 제작 및 수리 선박검사, 해기사 시험관리, 항만청소선 운영, 전자해도 보급 항만운영정보화
과학기술부(3)	서울과학관 운영, 대덕연구단지 관리, 국립중앙과학관 시설관리
국가보훈처(1)	4.19 묘지 관리소
조달청(2)	가격정보지 발간보급, 조달정보화
국세청(1)	국세전산 자료입력
관세청(4)	항만보세구역 감시, 통신 및 감시장비 유지·보수, 관세행정전산화 보세화물관리
산림청(1)	국유림 관리
중소기업청(2)	국립기술품질원의 계량기 검정, KS표시 인증
특허청(2)	공보발간, 특허행정전산화
통일부(4)	전산입력, 통산·차량운전업무, 남북회담사무국 시설관리 통일교육원 시설관리
검찰청(1)	구내식당 및 조경관리
국방부(2)	정보화기술개발, 국립헌충원의 수목 등 시설관리
병무청(2)	본청 및 지방병무청의 전산개발·입력 본청 및 지방병무청의 차량운전

〈표 IV-4〉의 계속

부 처 명	대 상 사 업
농 림 부(1)	종자관리소의 종자생산보급
산 업 자 원 부(2)	광산보안사무소의 광해방지 관련기능, 요업기술원
중 소 기 업 청(2)	중소기업 실태 및 애로조사 기능, 중소기업 자금지원 기능
보 건 복 지 부(1)	국립의료원 등 소속기관의 식당운영·시설관리·위생관리 및 방호업무
노 동 부(3)	지방노동청과 지방노동사무소의 고용보험 징수업무 지방노동청과 지방노동사무소의 산업상담 기능 중앙고용정보관리소 운영(2000년)
건 설 교 통 부(1)	국립지리원의 지도인쇄·공급 기능
철 도 청(2)	철도전산정보사무소 운영(2000년) 철도박물관 운영(2000년)
( 35개 소관 )	(88개사업 )

이는 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에 근거하여 수탁기관을 한정하여 규정하는 민간지정위탁에 비해 훨씬 신축적이다. 수탁기관을 한정하지 않기 때문에 보다 자유로운 경쟁이 가능하다. 다만 법적 근거가 아니라 예산안 편성지침이라고 하는 형식이기 때문에 구속력과 지속력을 담보하기가 쉽지 않다.

〈표 IV-5〉 민간위탁과 아웃소싱의 비교

	지정위탁(민간위탁)	아웃소싱
근거법령	• 행정권한의위임및위탁에관한규정, 개별법 ※수탁기관을 지정하여 규정	• '99 예산안편성지침, 국가를당사자로하는계약에관한법률 ※수탁기관을 지정하지 않음
대상업무	• 정부권한 중 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 않는 사무	• 좌동 • 행정기관 운영에 필요한 부수적인 업무
사업자 선정 방식	• 공모가 원칙이나 사실상 지정 수탁기관이 독점적으로 수행	• 공개경쟁 입찰 원칙
추진주체	• 행정자치부	• 기획재정부
계약의 성격	• 행정사무의 권한과 책임을 위탁하는 공법상 계약	• 행정기관이 민간에게 재화나 서비스를 구입하는 사법상 계약
사무의 권한	• 수탁기관	• 위탁기관(행정기관)
대외 책임과 명의	• 수탁기관	• 위탁기관(행정기관)

## 2) 현황분석 및 평가

### 가) 민간(지정) 위탁

국민의 정부 출범이후('99년) 대상 사업수가 대폭 확대하였고 그 이전 몇 년에 비해 민간 위탁은 다소 증가하는 추세를 보인다.

〈표 IV-6〉 민간위탁의 연도별 추진실적

(단위: 사업수)

	합계	70~86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03
민간 위탁	906	318	61	19	57	29	44	20	28	14	59	11	17	20	127	27	8	27	20

자료: 행정자치부 조직정책과 내부자료(99, 2003)

대상사무는 시험관리·청소 등 단순행정에서 교육·통계·검사연구등의 전문분야 및 정책사업 집행까지 다양하게 진행이 되었다.

그러나 가장 큰 문제는 공공단체, 정부 산하기관 등을 통해 독점적으로 수행되고 있는 문제가 있다. 수탁기관을 근거법령에 정하고 독점적으로 수행하게 함으로써 경쟁원리에 따른 최적의 사업자 선정에 한계가 있다. 이는 민간위탁의 본질이 민간이 수행하게 한다는 것 못지 않게 경쟁을 통해 업무를 효율적으로 수행하게 할 유인을 갖는다는 원칙에 배치된다.

두 번째의 문제는 대상 업무 범위의 비체계성이다. 대상사무에 공정성, 공신력 등을 요하는 정부의 본질적 기능부터 단순행정이나 시장의 전문성 활용이 가능한 업무까지 혼재하고 있다. 이로 인해 체계적인 관리가 어렵게 되어 있다.

그러나 노무현 정부를 지나서 이명박 정부에서는 민간위탁이 민영화의 개념과 혼용되면서 정치적인 거부감이 제기되고 있다. 민간 위탁이 공공성을 훼손하고 요금을 인상시키는 요인이 된다는 지적이 매우 강하다. 이에 민간위탁의 확산이 저지되고 있다.

### 나) 아웃소싱

아웃소싱은 예산서에서 위탁사업비로 관리되고 있다. 한번 아웃소싱이 되고 나면 다시 환수 관리되지 않기 때문에 예산 규모는 계속 증가하게 된다. 그리고 아웃소싱은 도시철도역사의 민간위탁, 공립박물관의 민간위탁, 사회복지관 시설의 민간위탁 등의 이름으로 다양한 분야에서 증가하는 추세를 보이고 있다.

특히 전산업무는 전자정부를 본격 추진한 '01년에 사업 수 및 예산규모가 대폭 증가했으

며 이후 꾸준한 증가세를 보이고 있다.

#### 다) 종합평가

민간위탁이나 아웃소싱은 국제적 정책 동향에 따라 우리나라에서도 1990년 후반이후에 도입되어 시행되고 있다. 그러나 정부의 일하는 방식을 전면적으로 바꾸는 수준에는 이르지 못하고 있다. 법 체계도 명확하지 않을 뿐만 아니라, 단편적으로 진행되고 있어서 정부의 기능을 재설계하는 수준에는 이르지 못하고 있는 것이다.

첫째, 민간위탁이나 아웃소싱이 정부기능 및 인력 재조정과 병행되지 않아 정부기능의 효율화를 제고하는 성과를 달성하지 못하고 있다. 예컨대 인력 감축이나 사무 재배분이 이루어지지 못하고 있는 것이다. 이는 작은 정부를 지향하는 과정에서 고용 안정의 달성이라는 또 다른 복병으로 인해 추진력을 상실하고 있는 것과 같은 맥락이다.

둘째, 민간위탁의 경우 가장 큰 문제는 지정 위탁하는 과정에서 실질적인 경쟁이 도입되지 못하고 있다는 점이다. 공공기관에 의한 독점의 경우 정부의 독점에 의한 업무 수행에 비해 효과는 크게 다를 것이 없다는 지적을 받을 수 있다. 사실상 감독 계층만 하나 더 발생하는 것이다.

셋째, 이행과정의 모니터링이나 사후관리가 미흡하다. 서비스 질에 대한 고객 만족도 조사 또는 비용절감에 대한 체계적인 평가나 관리체계가 부재하기 때문이다. 이는 정부의 관심이 정치적인 흐름 속에서 잠시 발생했다가 사후에 지속되지 못하는 것과 같은 맥락이다. 정부 기능의 재설계라는 큰 관점에서 지속적인 관리가 되어야 한다.

#### 마. 제도개선 방안

##### 1) 정부 기능 재정립을 위한 방향의 재설정

민간위탁과 아웃소싱을 정부업무의 재설계(re-engineering) 차원에서 추진하여야 한다. 우리나라의 경우 정부조직 업무분석('98년 경영진단)을 통해 아웃소싱 대상 업무를 발굴한 것은 의미가 있었다고 평가된다. 그리고 각 중앙부처가 이를 추진하도록 동력을 확보해야 한다.

해당기관이 적극적으로 참여하고 주도할 수 있는 여건을 마련하여 기획재정부는 예산의 관점에서 안전행정부는 조직과 기능의 관점에서 이를 조정하는 기능을 수행하도록 해야 한다.

물론 과도한 아웃소싱은 정부의 관리·감독 능력 약화 및 정부 공동화 현상 등의 부작용을 초래할 가능성이 있다는 것은 유념할 필요가 있다.

## 2) 공정하고 체계적인 아웃소싱 관리 기관 선정

경쟁 입찰에 따른 사업자 선정과정을 보다 체계화하고 철저한 사후관리를 통해 서비스 질 유지와 업무 효율성을 확보할 필요가 있다.

특히 민간(지정)위탁은 대부분 산하기관 등에 독점적으로 위탁하고 있는 바, 이는 관피아의 문제를 야기할 수 있는 원천적 문제점을 안고 있다. 단순 아웃소싱이 아니라 내부(공공)와 외부업체(민간)간의 공동 경쟁절차를 통해 공공부문의 경쟁력을 최대한 활용할 필요가 있다.

미국의 공공민간 간 경쟁 입찰 제도를 도입(competitive sourcing)하여 더 적은 예산으로 더 좋은 서비스를 제공하는 쪽을 사업주체로 선정하는 방식은 매우 좋은 시사점이 될 수 있다.

## 3) 대상 사업 선정

기획이나 조정은 정부의 역할이 된다. 그러나 집행과 관련하여서는 광범위하게 민간위탁이 가능하다. 이에 아웃소싱 대상 업무를 단순보조 업무에서 정부고유기능 중 집행업무까지 확대할 필요가 있다. 다만 사전에 체계적인 타당성 분석을 실시하고 사전에 치밀한 사업 관리 방식을 설계하는 노력은 필요하다.

## 4) 위탁사무의 사후관리(성과관리)

우리 사회에서는 민간위탁에 대한 정서적 거부감이 강하게 자리 잡고 있다. 그리고 성과에 대한 불신도 여기에 힘을 주고 있다. 이를 극복하기 위해서는 엄격한 성과 관리를 통한 사후관리 장치가 필요하다.

이는 주관부처와 각 부처의 관계 그리고 시행하는 각 부처와 수탁기관 간의 세밀한 협력 관계를 설정할 것을 요구하고 있다.

### 가) 주관부처 → 각 부처 성과관리

우선 각 부처는 민간위탁 대상사업에 대해 성과목표, 측정지표, 절차상 실행계획 등 세부 계획서를 주관부처에 제출한다.

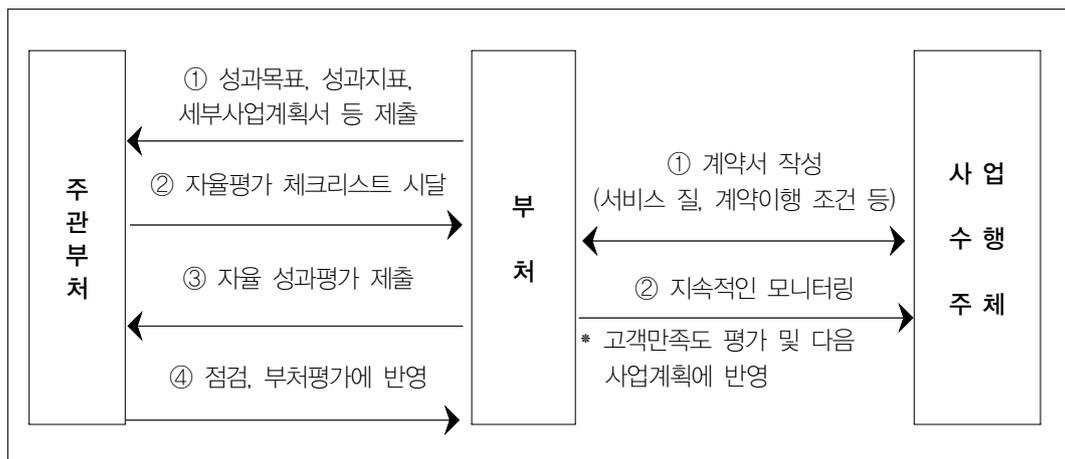
주관부처는 이에 근거하여 체크 리스트를 마련하여 각 부처에 시달하고, 각 부처는 이에 입각하여 위탁수행 절차 및 결과에 대한 자율평가를 실시한다.

주관부처는 각 부처가 작성·제출한 자율 성과평가가 기준에 맞게 작성됐는지 여부를 점검하여 부처 성과평가에 반영한다.

#### 나) 각 부처 → 사업수행자 성과관리

위탁계약서에 서비스 질 수준, 세부 사업계획 등을 명확히 규정한다. 그리고 이에 근거하여 각 부처는 사업수행 과정을 정기적으로 모니터링하고 최종 고객 만족도 조사 등을 통해 다음 사업계획에 반영하고, 환류 조치한다.

이러한 평가결과에 따라 계속 위탁 또는 내부화 여부도 점검한다. 위탁이 경직화되도록 하지 않도록 하는 장치가 될 것이다.



## 4. 경영평가의 경영 계약 방식 전환

### 가. 공공기관의 경영평가 제도

#### 1) 주무부처의 장과 공공기관 기관장과의 경영계약과 평가

공운법 31조 3항(기관장과의 계약)에 의거하여 주무기관의 장은 협의된 계약안에 따라서

기관으로 임명되는 사람과 계약을 체결한다. 공기업의 경우에는 주무기관의 장과 공기업의 기관장관과의 계약을 체결하기 전에 기획재정부 장관과 협의해야 한다고 규정하고 있다.

공공기관 기관장의 3년 단위 성과목표와 성과목표 달성을 위한 실행계획, 성과목표 달성 여부 점검을 위한 성과지표 등이 포함된 계획서로서 기관장과 주무기관의 장간 체결하는 경영성과협약서를 첨부하고 있다. 경영성과계획서는 공공기관의 성과목표와 성과목표 달성여부 점검을 위한 성과지표, 성과목표 달성을 위한 연간 실행계획으로 구성되어 있다. 경영성과계획서를 작성하는 대상 공공기관은 경영성과협약을 체결하는 공기업·준정부기관이며, 공공기관장으로 임명후 3년간의 경영성과계획을 작성하되, 실적 점검·평가 등의 편의성을 위해 연말기준으로 작성한다. 경영성과계획서는 기관장 경영성과협약 이행실적 평가 자료로 활용한다(기획재정부 경영성과계획서 작성지침, 2014).

〈표 IV-7〉 경영성과계획서 총괄 요약표

평가지표	가중치	측정 방법	성과 목표치	연도별 성과목표치		
				1차년도	2차년도	3차년도
공통과제(합계)	30%					
■ 리더십	15%	별도작성 불필요 ※ 리더십·책임경영은 “2014년도 공공기관 기관장 경영성과 협약 이행실적 평가편람”에 따라 평가				
■ 책임경영	15%					
성과과제(합계)	70%					
■ 재무예산관리 및 성과	15% (20%*)	별도작성 불필요 ※ 공기업·준정부기관 경영실적의 해당 평가지표에 대한 가중치의 평가결과를 20점 또는 15점 만점으로 환산하여 평가				
■ 보수 및 복리후생 관리	15% (20%*)					
■ 성과목표 1	20% (15%*)					
■ 성과목표 2	20% (15%*)					
합 계	100%					

\*\* 성과목표 1, 2 각각에 복수의 성과지표를 설정할 수 있음

자료: 기획재정부, 기관장 경영성과계획서 작성지침, 2014.

1984년부터 시행된 정부투자기관관리기본법은 1999년에 개정을 하면서 정부투자기관 사장과 계약제도 도입 및 실적평가에 대한 근거를 마련하였고 이에 따라서 기관에 대한 경영평가와 더불어 사장에 대한 평가가 동시에 이루어지게 되었다. 「공공기관의 운영에 관한

법률」이 2007년에 제정되면서 정부투자기관관리기본법이 폐지되었고, 공운법에 따른 기관장 평가로 이어지게 되었다. 2007년 공운법 제정 이후 기관장 평가제도는 기관장 경영계약제와 연계되었고 최근 프랑스 등에서 시행되고 있는 성과협약제(performance contract, agreement)로 전환 문제가 논의되고 있다.

기관장 평가에서는 기관장의 경영계획서 이행노력, 기관의 경영실적, 기관의 경영개선을 위한 기관장의 역할과 노력에 대한 전반적으로 평가가 이루어진다. 기관의 경영평가지표는 리더십·책임경영, 경영효율, 주요사업 3가지 범주, 9개의 평가지표에 대한 평가인데, 기본적으로 기관에 대한 평가지표 중에서 기관장의 역량노력을 보는 중요한 평가지표를 뽑아서 기관장 평가의 평가결과나 평가방법에 준용하도록 하였다. 또한 기관장의 역량 발휘가 필요한 사업은 지속발전 사업지표에서 별도로 평가하도록 하였다. 기본적으로 기관장 평가와 기관 평가가 유기적인 연결이 되도록 구성하였다.

〈표 IV-8〉 기관장 경영평가 범주 및 평가지표 체계(2012년도 기준)

범주	리더십·책임경영	경영효율	주요사업
가중치	20	40	40
평가 지표	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 리더십(10)</li> <li>■ 책임경영(3)</li> <li>■ 국민평가(2)</li> <li>■ 사회공헌(5)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 조직 및 인적자원 관리(10)</li> <li>■ 보수 및 성과관리(10)</li> <li>■ 노사관리(20)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 주요사업(30)</li> <li>■ 지속발전사업(10)</li> </ul>

자료: 기획재정부, 2012. 공공기관 경영평가편람 참조

기관장 실적평가의 종합 평가결과의 부문별 평가점수를 합산하여 탁월, 우수, 양호, 보통, 미흡, 아주 미흡의 6단계로 구분하여 종합적인 평정을 한다. 평가결과가 미흡인 경우에 경고 조치하고 아주 미흡이거나 2회 연속 경고조치 대상인 경우는 기관장의 해임을 건의 또는 요구할 수 있도록 하였다. 1984년 경영평가제도 도입 이래 해임이 건의된 사례는 2001년 1건, 2008년도 평가결과 4건, 2009년도 평가결과 1건으로 많지 않다.

평가결과는 기관장 성과급의 구체적인 지급률 산정 기준으로 활용되며, 아주미흡인 기관장은 성과급 미지급하고, 2회 연속 경고를 받은 기관장은 당해 연도 성과급의 50%를 감액하도록 하고 있다.

## 2) 공공기관 경영평가

1984년부터 도입된 공공기관 경영평가는 2013년도 공공기관 경영실적평가 117개 공기업과 준정부기관을 대상으로 실시되었다. 공운법 제47조를 근거로 하여 공기업과 준정부기관은 매년 3월 20일까지 전년도 경영실적으로 기재한 보고서를 작성하여 기획재정부 장관과 주무기고나의 장에게 제출하여야 하며, 공운법 제48조에 의거하여 경영목표와 경영실적보고서를 기초로 하여 공기업과 준정부기관의 경영실적을 평가한다.

공공기관의 운영에 관한 법률에 근거하여 공기업 및 준정부기관을 대상으로 1년간의 경영실적 전반을 평가하여 경영의 책임성을 확보하고 경영활동의 전반적 개선을 유도하고자 하였다. 2014년 현재, 경영평가는 아래 표와 같이 경영관리-주요사업의 2개 범주의 15여개 지표로 구성되어 있다(기획재정부, 2014 경영평가편람).

〈표 IV-9〉 경영평가 범주 및 평가지표 체계

평가범주	주요 평가지표
경영관리	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 경영전략 및 사회공헌               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 전략기획, 국민평가, 정부권장정책</li> </ul> </li> <li>■ 업무효율</li> <li>■ 조직, 인적자원 및 성과 관리</li> <li>■ 재무예산관리 및 성과               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 재무예산 관리, 자구노력 이행성과, 중장기재무관리계획 이행실적, 계량 관리 업무비</li> </ul> </li> <li>■ 보수 및 복리후생 관리               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 보수 및 복리후생, 총인건비 인상률, 노사관리</li> </ul> </li> </ul>
주요사업	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 주요사업 계획·활동·성과</li> </ul>

자료: 기획재정부, 2014. 공공기관 경영평가편람 참조

종합적인 경영평가결과는 부문별 평가점수를 합산하여 탁월, 우수, 양호, 보통, 미흡, 아주 미흡의 6등급으로 구분하여 발표하고 있으며, 경영평가의 결과는 인사, 성과급 차등지급, 예산환류 및 경영개선 등에 활용된다. 특히 경영실적이 부진한 공공기관에 대해서는 기획재정부 장관이 해당 기관장과 상임이사에 대하여 공공기관운영위원회의 의결을 거쳐서 임명권자에게 해임을 건의할 수 있도록 하였다.

경영평가 성과급의 경우에 공공기관의 직원은 기관의 경영평가결과를 기준으로 경영평가 성과급을 지급하고, 기관장임원의 성과급은 기관장 경영성과협약 이행실적 평가(기관장 평

가) 결과와 기관 평가결과를 기준으로 하여 공공기관운영위원회의 의결을 거쳐서 기획재정부장관이 구체적인 지급률을 결정하도록 되어 있다.<sup>233)</sup> 또한 경영실적 우수기관은 차년도 예산 편성할 때 경비예산을 1% 이내에서 증액 반영토록 하는 반면, 부진기관에 대해서는 1% 이내에서 감액 반영하도록 차별화하였다. 부진기관에 대해서는 전문가에 의한 경영 컨설팅을 지원하고 경영개선계획을 제출받아서 이행실적을 차년도 평가에 반영하도록 하고 있다.

### 3) 경영평가의 계약적 성격

#### 가) 성과관리수단

우리나라 공공기관 경영평가제도가 가지는 의의와 역할에 대하여도 “정부의 공공기관에 대한 통제수단(윤성식, 1998),<sup>234)</sup> “공공기관의 공공성과에 대한 평가하는 모형(유훈 외, 2010)”<sup>235)</sup>, “공공기관의 관리도구”(이상철, 2012)라고 한다. 이러한 공공기관 경영평가는 기관평가제도로도 보고 있다(김현구, 2003).<sup>236)</sup>

정부와 공공기관 이사회 등 지배구조의 효과성을 제고하기 위해서는 공공기관이 목표를 명확하게 수립하는 성과계약(Performance Agreements) 또는 성과협약( Performance Contract)가 필요하다(Khoza and Adam, 2007). 즉 우리나라에서 운영하는 중장기 경영목표 수립이나 기관장의 경영성과계약도 성과계약으로 볼 수 있다.

#### 나) 성과계약의 이행수단

공공기관의 경영평가제도는 기관평가적 요소를 갖는 공기업, 준정부기관 경영평가와 기관장 경영평가가 있는데, 기관장 경영평가는 공운법 제31조에서 주무부 장관이나 기관장과의 경영계약에 근거해서 성과평가를 하는 것임으로 성과계약의 이행수단이다. 다만 공기업, 준정부기관의 경영평가는 공운법 시행령 제27조에 근거해서 기획재정부장관은 경영실적평가의 기준과 방법, 평가결과에 따른 조치사항 등을 고려하여 매 회계연도 개시 전까지 경영실적평가에 관한 편람을 작성한다고 한다. 공운법상 경영평가지표를 확정하는 경영평가편람의

233) 공공기관 기관장의 경영평가 성과급 지급에 기관장 평가와 기관 평가결과를 반영하는 것에 대하여는 이견이 없지만 공공기관 직원의 경영평가 성과급 지급률 기준으로 기관장 평가 결과를 반영하는 것에 대하여는 반대하는 이견이 존재한다.

234) 윤성식(1998;283)은 공기업의 경영평가 결과에 따라서 공기업의 경영책임자에게 책임을 지울 수 있는 인사통제를 할 수 없으므로 진정한 경영평가가 아니라고 한다.

235) 공공기관의 공공성을 평가하기 위해서는 사기업과는 다른 평가모델이 필요하다(유훈, 2010: 412).

236) 기관평가를 기관의 정책총합(policy sum)에 대한 기관 단위의 다원적 종합평가라고 한다(김현구, 2003).

작성은 기획재정부의 고유 권한이다. 그러나 실제 매년 말 전 경영평가지표 개선작업은 경영평가단, 해당 공공기관, 주무부처, 기획재정부가 공동으로 작업하여 확정하는 것이므로 정부와 공공기관간의 성과목표 또는 기준에 대한 계약적 속성이 있다고는 볼 여지가 있다. 그렇지만 공운법과 시행령상 기관장 성과목표 설정과는 달리 명백하게 성과계약이라고 볼 수 없을 것이다.

## 나. 외국의 성과계약제도

성과계약(performance contracting)을 하는 목적은 비용을 줄여서 능률성과 효과성을 개선하려는 것이다. 반면에 통일된 규칙에 의존하지 않고 공적 자원을 사용하고 공공정책을 전달하는데 책임성을 제고하기 어려운 점이 있다. 성과계약제는 성과목표를 명백하게 정의하고 성과관리를 점검하고 통제할 수 있는 방안으로 활용된다. 특히 성과계약은 공공부문의 당사자(예, 정부와 공공기관) 사이에 상호 합의된 정책결과에 대한 책임과 기대의 정도와 관리방법을 포함한다. 선진국에서 도입한 성과계약은 비용을 절약하고 효과성과 대응성을 제고하려는 관리도구로서 성격과 가치를 가지고 있다(OECD, 1999; 12). 이렇게 정부간 또는 정부와 공기업간 성과계약은 법적으로 당사자를 엄격하게 구속하지는 않는다. 대부분 성과계약은 법규정에 근거해서 행정적, 관리적 재량을 가지고 있다. 관료제에 기반을 두고 있는 기관 또는 개인들 사이의 상호 이익이 되도록 상호 협상하기도 하고 계약을 체결하기도 한다. 이런 성과계약은 법적 실체가 명확한 조직인 중앙정부나 공기업 사이에서 더 적절하다. 그러나 법적 기반이 부족하다고 하더라도 OECD 국가들은 성과계약 체계를 도입하여 운영하고 있고, 호주, 덴마크, 영국 등과 같은 국가들은 공식적인 법적 계약에 의존하지 않고서 성과계약제를 시행하고 있다(OECD, 1999; 14).

〈표 IV-10〉 OECD 국가들의 성과계약 유형

(단위: %)

유형	주요 내용	사례
	<ul style="list-style-type: none"> <li>장관과 부서장, 공공기관장 사이의 포괄적 전략과 우선순위 계약</li> <li>특정한 전략목표 부여와 관리의 자율성</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>영국 Next Step 기관,</li> <li>노르웨이의 Letters of Allocation</li> </ul>
예산·자원계약 (Budget contracts and resource agreements)	<ul style="list-style-type: none"> <li>예산부처와 집행부처 및 기관과 계약</li> <li>예산편성권한과 자원관리 자율성</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>덴마크의 집행기관에 다년간 예산권 보장(이후 보장권은 폐지됨)</li> </ul>

〈표 IV-10〉의 계속

유형	주요 내용	사례
조직성과계약 (Organizational performance agreements)	<ul style="list-style-type: none"> <li>정부부처 장관과 부서, 및 공공기관의 장과 성과계약과 같이 기관장과 고위관리자와 성과계약</li> <li>기관운영의 자율성 차원에서 전사적 목적이 특정 사업 운영, 과정, 산출에 영향</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>덴마크 성과계약기관 (contract agency)</li> <li>프랑스 세무당국</li> <li>미국의 성과기관조직</li> <li>OECD국가의 공기업 관리</li> </ul>
관리자성과계약 (Chief executive performance agreements)	<ul style="list-style-type: none"> <li>장관·고위관리자간, 기관장과 고위관리자간, 고위관리자와 직원간의 계약</li> <li>조직성과계약으로 보완</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>집행기관(agency)는 호주, 뉴질랜드, 덴마크, 노르웨이, 영국에서 시행</li> <li>OECD 대부분 국가들의 공기업에서 시행</li> </ul>
구매-공급계약 (Funder-provider agreements)	<ul style="list-style-type: none"> <li>정부내 부서간 거래관계의 형성</li> <li>공공조달계약, 위탁사업계 등</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>호주, 뉴질랜드 모델이 기본임</li> </ul>
정부간 성과계약 (Intergovernmental performance contracts and partnership agreements)	<ul style="list-style-type: none"> <li>중앙정부와 하위 정부간의 사업 위임</li> <li>중앙과 지방간 특별한 수준의 공공서비스 교환</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>실제는 성과에 연계되지 않는 재정지원에 초점</li> <li>정부간 파크터십계약은 캐나다, 프랑스, 노르웨이, 스페인, 스위스에서 발견됨</li> </ul>
고객서비스 계약 (Customer service agreements)	<ul style="list-style-type: none"> <li>고객에게 예정된 표준적인 서비스 제공 약속</li> <li>고객서비스는 정부가 고객과의 협상해서 결정하는 것이 아니고 고객이 요구한 것임</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>호주, 벨기에, 덴마크, 프랑스, 이탈리아, 영국, 미국의 중앙정부, 지방정부에서 시행됨</li> </ul>

자료: OECD(1999), "Performance Contracting," pp. 10~11 정리함

그러나 이재원(2000)은 아래 표와 같이 OECD가 분류하는 계약유형을 기준해서 정부간, 정부와 공공기관간의 성과계약을 수직적 계약과 수평적 계약으로 나누고 있다. 그렇지만 이재원(2000)과 박해욱(2004)의 성과계약 유형을 구분하는데 있어서 중앙정부나 지방정부 등 정부간 성과계약만을 염두에 두고 있는 것 같다. 이런 수직적, 수평적 계약관계를 기준으로 본다면 공공기관의 기관장 경영성과계약은 수평적으로 성과목표를 합의한 것으로 보이며, 공공기관의 경영평가지표는 형식상 기획재정부·주무부처와 공공기관간의 수직적 합의사항으로 보아야 할 것이다. 공공기관의 기관장이 중장기 경영목표를 수립하여 기획재정부 장관과 주무기관의 장에게 제출하며, 다만 공공기관의 기관장 임명시 주무기관의 장과 공공기관의 장은 경영목표와 성과급에 대한 계약을 체결한다. 공운법 제51조에서 기획재정부 장관과 주

무기관의 장이 공기업과 준정부기관에 대하여 법령이 규정한 내에서 감독권한이 있는데 공기업과 준정부기관의 장이 자율적으로 수평적인 관계에서 경영성과 목표와 지표를 설정할 없다고 본다.

〈표 IV-11〉 정부간 성과계약 유형

(단위: %)

	유형	주요 내용
수직적 계약	기본틀 합의	부처별 전략과 우선순위 합의
	예산과 성과합의	예산부처와 사업부처의 합의
	조직 내 성과합의	부처의 장관과 고위관리자 합의
	개인별 성과계합의	장관고위관리자와 직원의 합의
수평적 계약	부서간 성과계약	정부내 부서간 거래관계의 형성
	정부간 성과계약	중앙과 지방간 성과합의
	시민사회와 합의	시민사회에 대한 고객서비스 합의

자료: 이재원(2000), 박해육(2004) 재인용

선진국의 성과계약 사례 중에서 영국은 지역개발기구-중앙부처-재무부 간 공공서비스협약(Public Service Agreement; PSA)을 체결하고 있으며, 프랑스의 경우에는 정부와 프랑스전력공사(EDF)간 공공서비스의 성과계약(Performance Agreement)을 체결하여 공공서비스의 효율적인 공급과 사회적 책임을 효과적으로 이행토록 하고 있다. 프랑스의 경우에 프랑스 정부와 전력공사(EDF) 또는 철도운영회사(SNCF)간 성과계약 사례가 있다(Khoza and Adam, 2007). 아래 표와 같이 프랑스 정부와 전력공사(EDF)간 공공서비스 계약의 경우에 국무총리, 주무부처, 관계부처 장관과 EDF 사장이 체결하며 전력의 생산 및 공급, 그리고 요금에 이르기까지의 전기와 관련된 전반적인 공공서비스 모두 부문을 계약 내용으로 삼고 있다(프랑스정부와 EDF 성과계약서). 뉴질랜드에서 성과계약은 CRIs(Crown Research Institutes)와 SOE(공기업)에 대한 SCI(Statement of Corporate Intent, 경영정책보고서)나 crown company에 대한 SOI(Statement of Intent)의 형태로 이루어지고 있다. 인도에서 MoU(memorandum of understanding)는 공기업의 성과를 측정하는 용도로 사용되어 왔으며, MoU는 정부와 공기업 간의 협상으로 이루어지며 공기업이 달성해야하는 목표를 설정하고 있다. 스웨덴에서 공기업은 매년 정부와 국회에 성과목표를 제시하는데 성과목표는 주로 재무적인 이슈에 초점을 맞추며, 벨기에도 주주성과관리협약(운영협약)을 체결하고 있다. 남아프리카공화국의 경우도 1994년에 아프리카민족회의가 가장 우선시 하는 “재건과 발전 프로그램(RDP)”에 근거해서 Eskom(남아공 전력공사)은 10여개의 RDP 계약을 도입하였다. Eskom의 RDP 계약

은 남아공의 다른 성과계약의 기초가 되었으나, 이는 Eskom의 일방적인 계약으로 다른 국가의 성과계약 사례와는 성격이 좀 다르다. 이를 토대로 하여 2000년에 남아공은 공기업에 대해 주주성과협약(주주협약)의 개념으로 발전시켰다((Khoza and Adam, 2007).

선진국의 정부와 공기업간 성과계약의 법적 효력, 구속력에 대한 필요성에 대하여 이사회 등 지배구조 내에서 통제 및 규제가 가능하다는 논리와 명백한 법적 구속력을 가져야 한다는 논쟁이 있기도 하고 법적 구속력이 유무는 각 국가의 법률 체계 및 정부와 공기업간 통제 및 규제 체계에 따라서 다르게 나타나고 있다.

〈표 IV-12〉 프랑스 정부와 공기업간 성과계약 사례

경영성과계약제 관련 해외사례는 영국의 지역개발기구 - 중앙부처 - 재무부 간 공공서비스협약(Public Service Agreement ; PSA)을 체결하고 있으며, 프랑스의 경우 정부와 프랑스 전력공사(EDF)간 공공서비스의 성과계약(Performance Agreement)을 체결하여 공공서비스의 효율적인 공급과 사회적 책임의 원만한 이행을 유도하고자 한다.

프랑스 공공서비스 계약의 경우 국무총리 - 주무부처 - 관계부처 장관과 EDF사장이 체결하며 전력의 생산 및 공급, 요금에 이르기까지 전기와 관련된 전반적인 내용을 다루고 있다.

**(프랑스전력공사)**

- |   |   |
|---|---|
| I - 전력 판매요금 변경 조건                           | V - 전력시스템의 안전성에 대한 기여                         |
| II - 계약이행에 따른 비용의 평가 및 보전 방식                | V.1. 전력생산시설에 대한 공사 개입의 최적화                    |
| III - 전력판매사 비선택고객을 위한 전력<br>공적서비스 이용 및 전력공급 | V.2. 전력망 균형 유지에 필요한 전력의<br>가용성                |
| V - 전력의 생산 및 판매                             | V.3. 같은 수력댐 내에서의 공사 관련 관리                     |
| IV.1. 에너지정책 실현                              | V.4. 요청에 의한 사용시간 조정                           |
| i. 국가 에너지정책에 기여                             | V.5. 송전망 복구 참여                                |
| ii. 다년간투자계획(PP)                             |   |
| iii. 다년간투자계획목표에 기여                          | <b>(프랑스전력공급회사)*</b>                           |
| iv. 최종 지원을 위한 전력공급 조치에 참여                   | I - 공공배전망 관리                                  |
| v. 환경목표에 기여                                 | II - 극단적인 상황에서의 전력시스템과<br>전력연결시스템의 안전성에 대한 기여 |
| vi. 연구 및 개발 활동                              |   |
| vii. 지역 에너지정책에 기여                           | <b>(프랑스송전회사)*</b>                             |
| IV.2. 안전한 전력생산 및 환경보호                       | I - 공공송전망 관리                                  |
| i. 생산시설의 안전성                                | II - 전력시스템의 안전성                               |
| ii. 환경보호                                    |   |
| iii. 정보 보급 및 투명성                            |   |

자료: 프랑스 정부와 전력공사간의 공적 서비스계약서. 요약

## 다. 개선 방향

1984년 도입된 공기업, 준정부기관의 경영평가는 당초 공공기관의 사후적 성과관리수단으로 고안된 것이고, 이후 5회계년도 이상의 중장기 경영목표 수립(공운법 제46조), 기관장과의 계약(공운법 제31조) 제도가 도입되면서 성과계약적 속성을 가지게 되었다. 그러나 공기업, 준정부기관의 경영평가제도는 공공기관의 경영자율성이 미흡하여 주무부 또는 기획재정부와 대등한 경영평가지표를 수립할 수 있는 권한이 있다고 보기 어렵다. 즉 우리나라 경영평가 제도는 전형적으로 공공기관의 내외부지배구조가 발전하기 전에 재정이나 예산을 담당하는 정부부처가 성과를 개선하고 통제하기 위하여 도입되고 발전하였기 때문에 정부와 공공기관간 대등한 성과계약적 성격보다는 정부가 공공기관의 성과를 통제하기 위한 수직적, 일방적 평가수단으로서 성격이 강하다(라영재, 2013; 이상철, 2012).

현행 경영평가를 공공기관의 유형과 사업 특성에 부합하는 맞춤형·절대평가로 전환하기 위해서 대통령의 공약사항인 「공공기관 경영성과계약제」 도입의 기본 목적을 고려할 필요가 있다. 지난 2012년 발표된 대통령 공약사항은 공공기관의 책임경영을 강화하기 위해 기존 경영평가 제도를 3년 단위의 경영성과협약제로 전환하여 단기적인 성과를 넘어서 중장기적 관점에서 성과중심의 책임경영을 강화하고 기관장이 경영부실 책임을 지도록 함을 목적으로 하고 있다.<sup>237)</sup>

이러한 책임경영강화 목적의 달성을 위해 기존 기관장 성과협약 평가와 기관 경영실적평가를 통합함으로써 성과계약과 평가제도의 연계를 이루어야 할 것이다. 이를 위해 경영성과계약을 근거로 하여 기존의 경영평가 제도를 맞춤형 경영실적 평가로 전환하고, 공공기관의 설립근거법 및 고유사업 근거법령 등을 정비하여 실질적인 경영성과계약이 가능하도록 해야 한다. 또한 정부가 조차인적자원의 관리등 기관의 경영관리분야에 대해 일정 수준 자율성을 부여할 것인지 여부도 결정하여야 한다.

공공기관 경영성과계약제의 도입방안을 구체적으로 살펴보면 먼저 체결당사자는 기관장·주무부처 장관·기획재정부장관이 될 것이다. 내용면에서는 기관의 설립목적에 근거한 공공서비스에 관한 내용을 주요 계약내용으로 하는데 이는 기존의 투입위주의 관리에서 탈피하여 산출중심의 성과관리로 전환함으로써 기존에 중시되던 경영관리 측면에서 공공기관이 제공하는 서비스 및 재화 등의 품질 중심의 협약을 체결하기 위함이다.

237) 새누리당은 공운법 제46조(경영목표의 수립), 제47조(경영실적 등의 보고), 제48조(경영실적 평가), 제50조(경영지침) 등에 대하여 3년 단위 경영계약제 시행과 소유권 부처 장관과 주무부처의 장이 함께 서명하도록 공운법 개정을 제안하고 있다. 새누리당 경제혁신특위 공기업개혁분과(2014.9.19.). “공기업개혁 어떻게 할 것인가? 공청회 자료 참조

이러한 성과계약 체결에 따른 자율책임경영체제를 뒷받침하기 위해 인력·예산의 자율권 부여 및 활용방안을 적시할 필요가 있다. 예를 들어, 사업추진을 위한 인력 증원 및 활용방안과 성과향상을 통한 초과이익분에 대한 활용방안을 부여할 수 있을 것이다.

성과계약 계약기간은 기관장의 임기와 같이 3년으로 정하고 임기 내 1번의 평가가 이루어지는 것이 타당할 것이다. 또한 계약에 따른 인센티브 및 책임을 부여하기 위해 우수한 기관에 대해서는 기관장 연임 및 성과급 가산 등 인센티브가 주어질 수 있을 것이며, 부진한 기관에 대해서는 기관장 해임 및 성과급 삭감 등의 책임을 따르게 하여야 할 것이다.

〈표 IV-13〉 공공기관 경영성과계약제 주요 내용(안)

<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 성과계약 체결당사자: 공공기관장-주무부처 장관-기획재정부 장관</li> <li>○ 주요 계약내용: 기관의 설립목적에 근거한 공공서비스를 주요 계약내용으로 함             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 공공기관이 제공하는 서비스 및 재화 등의 품질 중심의 협약 체결. 이는 기존의 투입위주의 관리에서 탈피하여 산출중심의 성과관리로 전환함을 의미</li> </ul> </li> <li>○ 성과계약 체결에 따른 자율책임경영체제를 뒷받침하기 위해 인력·예산 자율권 부여 및 활용방안 적시             <ul style="list-style-type: none"> <li>① 인력자율권: 사업추진을 위한 인력 증원 및 활용 방안</li> <li>② 예산자율권: 성과향상을 통한 초과이익분에 대한 활용방안</li> </ul> </li> <li>○ 성과계약기간: 3년(임기 내)</li> <li>○ 성과계약의 책임 및 인센티브             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 우수한 기관에 대해서는 기관장 연임 및 성과급 가산, 부진한 기관에 대해서는 기관장 해임 및 성과급 삭감</li> </ul> </li> </ul>
---

## 5. 보조금의 계약 방식 운영 방안

### 가. 국고보조금 현황 및 특성

#### 1) 국고보조금의 정의

국고보조금을 넓게 정의하면 국가(중앙정부)가 수행해야 할 일을 지방정부나 민간에게 해당 업무의 수행을 위탁을 하고, 위탁한 업무의 원활한 수행을 위해 지불하는 지출이다. 그

런데 국가(중앙정부)가 지방정부나 민간에게 위탁하는 사업의 형태는 나라에 따라 혹은 시대에 따라 다양한 만큼 국고보조금에 대한 정의도 나라마다 다양하다.

우리나라의 경우 보조금 예산의 편성, 교부 신청, 교부결정 및 사용 등에 관한 기본적인 사항을 규정하기 위해 「보조금 관리에 관한 법률」(이하 ‘보조금법’)을 두고 있으며, 동법 제2조에 “‘보조금’이란 국가 외의 자가 수행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금, 부담금, 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로 대통령령으로 정하는 것을 말한다”라고 정의하고 있다.

이 정의에 따르면 우리나라에서는 보조금에는 보조금, 부담금, 급부금의 세 가지 유형이 있는데, 첫 번째 유형인 ‘보조금’은 다시 지방자치단체에 교부하는 것과 그 밖에 법인·단체 또는 개인의 시설자금이나 운영자금으로 교부하는 것으로 나뉜다<sup>238)</sup>. 두 번째 유형인 ‘부담금’에 대해서는 특별한 정의를 두지 않고 있으며 단지 “국제 조약에 따른 부담금은 제외한다”로만 정의되어 있다. 세 번째 유형인 ‘급부금’에 대해서는 대통령령의 정하는 것으로만 정의되어 있다.<sup>239)</sup>

김정훈·공동성(2012)은 보조금에 대한 정의가 원론적 수준에 머물러 있다는 점과, 보조금이 동어반복으로 정의되어 있는 점, 그리고 부담금에 관해서는 법률 간 비일관적으로 정의되어 있다는 점<sup>240)</sup> 등을 들어 일종의 법률적 흠결로 보고 있다.<sup>241)</sup> 아울러, 국고보조금에 대해 지방재정법 제21조 부담금과 교부금에 관한 사항에서 “지방자치단체나 그 기관이 법령에 따라 처리하여야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 간에 이해관계가 있는 경우에는 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니 되는 경비는 국가가 그 전부 또는 일부를 부담한다”고 명시하고 있는 데, 이렇듯 국고보조금의 정의가 보조금 관련 법인 ‘보조금법’이 아니라 ‘지방재정법’에 보다 명확하게 규정되어 있다는 점도 보조금 관련 법령 체계의 흠결이라고 지적되고 있다.<sup>242)</sup>

238) 통상적으로 전자는 지방자치단체 보조금, 후자는 민간단체 보조금으로 불린다.(김정훈·공동성 (2012), p. 18 각주 5)

239) 2014년 6월 현재 「보조금 관리에 관한 법률 시행령」에 따르면 급부금으로는 「농산물의 생산자를 위한 직접직불제도 시행규정」 제3조에 따른 소득보조금만이 존재한다.

240) 부담금과 관련하여서는 「부담금 관리 기본법」에서는 부담금을 “중앙행정 기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권한을 부여받은 자가 분담금, 부과금, 기여금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률에서 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무”라고 정의하고 있다.

241) 김정훈·공동성(2012) pp. 18~19

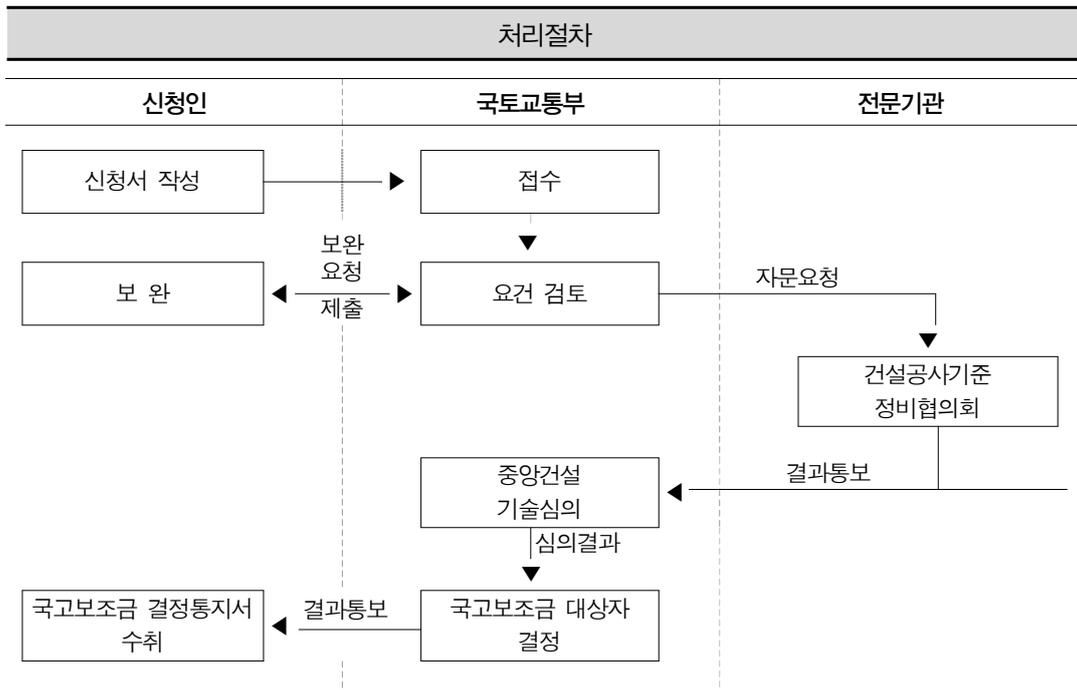
242) 김정훈·공동성(2012), p. 20

## 2) 국고보조금 신청

국고보조금의 신청은 우선 보조금을 신청하는 신청인이 신청서를 작성하여 해당 중앙부처에 제출을 하는 것으로 시작된다. 신청서에는 보조사업의 목적과 내용, 보조 사업에 드는 경비, 그 밖에 필요한 사항을 기입하여야 하며, 첨부 서류도 같이 제출하여야 한다. 보조 사업을 수행하는 자가 시장·군수인 경우에는 그 시장·군수에 대한 보조금은 관할 도지사 또는 광역시장의 종합하여 일괄로 신청할 수 있다.<sup>243)</sup> 한편 중앙관서의 장은 지방자치단체의 부담을 수반하는 보조금 요구하려는 경우에는 안전행정부 장관과 보조사업계획에 대하여 협의하여야 한다.<sup>244)</sup>

신청서를 접수한 중앙부처는 국고보조금 사업으로서 타당한지 여부를 검토하여 결정짓는다. 중앙부처의 검토 방식은 부처마다 약간의 차이는 있으나 외부 전문기관이나 자체의 심의기구를 거쳐 국고보조사업 대상을 결정하는 것이 일반적이다. [그림 IV-3]은 국토교통부의 경우의 예이다.

[그림 IV-3] 국고보조금 처리절차(국토교통부)



243) 보조금법 제4조

244) 보조금법 제7조

보조금 사업이 결정되면 중앙관서의 장은 보조 사업을 수행하려는 자로부터 신청 받은 보조금의 명세 및 금액을 조정하여 기획재정부장관에게 보조금 예산을 요구하여야 한다. 중앙관서의 장은 특별한 사유가 없으면 보조금 예산안을 사업별로 해당 보조사업을 수행하려는 자에게 해당 회계연도의 전년도 10월 15일까지 통지하여야 하며, 국회에서 예산이 심의·확정 된 후에는 그 확정된 금액 및 내역을 사업별로 즉시 해당 보조사업을 수행하려는 자에게 통지하여야 한다.<sup>245)</sup>

중앙관서의 장은 보조금의 교부를 결정한 경우 그 후에 발생한 사정의 변경으로 특히 필요하다고 인정할 때는 보조금의 교부 결정 내용을 변경하거나 그 교부 결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 다만, 이미 수행된 부분의 보조사업에 대하여는 그러하지 아니하다.<sup>246)</sup>

### 3) 국고보조금 현황

국고보조금은 지원 대상을 기준으로 지방자치단체에 대한 보조금과 개인 또는 법인의 시설 운영이나 운영자금 등을 지원하는 민간보조금으로 나눌 수 있으며, 지원의 성격에 따라 인건비, 운영비, 여비, 용역비 등 물건비성 경비에 대한 지원을 위한 경상보조와 토지매입비, 시설건축비, 자산취득 등을 위한 자본보조로 나눌 수 있다. 2009년 ~2014년의 보조금 및 세부내역의 추이를 보면 <표 IV-14>와 같다.

<표 IV-14> 연도별 보조금 및 세부내역 추이

(단위: 억원, %)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	
정부총지출 (조원, A)	301,8	292,8	309,1	325,4	342,0	355,8	
보조금 사업수	2,003	2,081	2,053	2,035	2,080	2,199	
보조금합계(B)	400,755	421,854	436,899	464,724	491,692	525,392	
비율(B/A)	13,3	14,4	14,1	14,3	14,4	14,8	
민간보조	경상보조	84,527	83,109	85,527	93,704	102,252	107,632
	자본보조	22,169	22,353	28,083	29,055	21,888	17,663
	소계	106,696	105,462	113,610	122,759	124,140	125,295
지방자치 단체보조	경상보조	160,088	173,926	181,227	193,100	216,390	255,867
	자본보조	133,971	142,466	142,062	148,865	151,162	144,230
	소계	294,059	316,392	323,289	341,965	367,552	400,097

주: 2013년은 본예산 기준

자료: 국회예산정책처, 「2014년도 대한민국 재정」, 2014, p. 54

245) 보조금법 제12조

246) 보조금법 제21조

우선, 보조금 총액의 추이를 보면, 2009년 약 40조원이던 보조금액은 2014년에는 52.5조 원으로 5년 간 약 12.5조원 증가하였으며, 정부 총지출에서 차지하는 비중도 13.3%에서 14.8%로 1.5%p 증가하였으며, 2011년 이후에도 계속 증가하는 추세에 있다<sup>247)</sup>. 보조금을 대상별로 나누어 보면 해 지방자치단체보조금이 전체 보조금액에서 차지하는 비중이 2009년의 73%에서 2014년에는 75%로 약간 증가하고 있으나, 민간보조금과 지방자치단체 보조금의 비율은 비교적 안정적이라고 여겨진다.

보조금 대상에 의한 구분인 지자체와 민간 보조금이 비교적 안정적이던데 반해 보조금 성격에 따른 경상보조와 자본보조의 비율은 경상보조가 지자체, 민간 모두 꾸준히 증가하고 있음을 알 수 있다. 즉, 민간보조금의 경우 2009년 전체 10.7조 원에서 경상보조는 약 8.5조 원, 자본보조가 약 2.2조원으로, 전체 민간보조에서 경상보조가 차지하는 비중은 79%정도 였는데, 2014년에는 85.9%로 6년 만에 약 7%p 정도 상승하였다. 경상보조의 비중이 증가하는 것은 지자체보조금에서도 확인할 수 있다. 지자체보조금의 경우 경상보조가 차지하는 비중은 2009년 54.4%, 2014년 63.9%로 민간보조에 비해 비율은 낮으나 50% 이상을 차지하고 있으며, 증가속도는 민간보조보다 더 빠르다. 전통적으로 지자체보조금은 지역으로의 파급 효과(spillover effect)가 큰 SOC 중심으로 운용되어 왔으나, 최근 저출산·고령화 및 복지에 대한 수요의 증가를 반영하여 복지관련 보조금의 규모가 증가하면서 경상보조의 비율이 빠른 속도로 증가하고 있다. 복지관련 지출의 경우 비가역적 성격이 강하므로 경상보조의 비율이 증가하는 추세는 앞으로도 계속될 것으로 예상된다.

#### 4) 국고보조금의 대상 사업 및 보조율

보조금 제도는 국가 외의 자가 수행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 지원하는 제도임은 이미 설명한 바와 같다. 따라서 보조금 사업에 소요되는 경비는 국가가 부담하는 금액과 보조사업자가 부담하는 금액으로 나뉜다. 전자가 전체 보조금에서 차지하는 비율을 ‘보조율’이라고 하는데, ‘보조금법’은 보조율을 매년 예산으로 정하되, 대상사업의 범위와 기준보조율은 대통령령으로 정하도록 하고 있다.<sup>248)</sup> ‘보조금법 시행령’ 별표1에는 보조금 지급 대상의 범위와 기준보조율이 제시되어 있는데 2014년 현재 모두 114개의 사업유형으로 구성되어 있고 115번째 항은 기타사항으로 규정되어 있다.

247) 표에는 제시하지 않았으나, 2007년의 보조금 총액은 약 32조원, 2008년은 약 34.7조원이었다. 즉, 보조금 규모는 2000년대 중반이후 지속적으로 증가하고 있는 추세이며, 이러한 추세는 제도적 변화가 없다면 계속하여 증가할 것으로 전망되고 있다.

248) 보조금법 제9조 (보조금의 대상 사업 및 기준보조율 등)

한편, 동법 제10조는 기획재정부 장관이 지방자치단체의 재정사정을 고려하여 기준보조율에서 일정비율을 더하거나 빼는 차등보조율을 적용할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 기준보조율에서 일정 비율을 빼는 차등보조율은 「지방교부세법」에 따른 보통교부세를 교부받지 아니하는 지방자치단체에 대하여만 적용할 수 있다. 차등보조율을 적용하는 기준은 지방의 재정자주도<sup>249)</sup>와 분야별 재정지출지수<sup>250)</sup>와 보조사업 해당 지역의 발전도 및 국가재정 사정 등을 고려하여 매년 기획재정부장관이 정한다.

〈표 IV-15〉 보조금 기준보조율과 대상사업(발체)

기준보조율	대상사업
정액	유기질비료지원, 농어촌 폐기물 종합처리 시설, 국가지원 지방도 건설, 경전철 건설, 항만배후도로 건설 등
10%	하수처리시설 확충(광역시)
20%	임산물 생산기반 정비, 영유아 보육사업 지원(서울) 등
30%	축산분뇨 처리시설 지원, 쓰레기 매립시설 지원, 국제경기대회지원(경기장), 청소년 시설확충(서울), 국가 예방접종 실시(서울) 등
40%	친환경 농업기반 구축, 농산물 유통개선, 도시철도건설(서울), 조림사업, 문화시설확충 등
50%	119 구조장비, 생계급여(서울), 소화천가꾸기, 숲가꾸기 등
60%	자연재해 위험지구 정비, 지방하천 정비, 도시철도건설(지방), 전통시장 및 중소기업물류기반 조성
70%	방조제 개수, 토양개량사업,보수(지방관리), 상수도 시설 및 확충 및 관리, 사방사업, 임도시설, 장애인수당 등
80%	농어민 기반정비, 가뭄대비 농업용 수로 개발
90%	대중교통지원
100%	일반여권발급, 배수개선, 방조제 개수, 쌀소득 보전 고정 직접직불, 가족관계 등록사무, 산림병해충 방제(약제대금) 등

자료: 「보조금의 관리에 관한 법률 시행령」 별표 1

보조율과 관련하여 문제가 되고 있는 점은 지방재정 건전성예의 영향을 들 수 있다. 〈표 IV-16〉은 2008~2013년의 국고보조사업 규모와 지방비 부담률을 나타낸 것인데, 국고보조금 규모는 매년 증가되고 있으며 국고보조금에서 차지하는 지방비 비중도 2006년 35%에서

249)  $\frac{\{지방세수입+세외수입+지방교부세+재정보전금+조정보조금\}}{\text{일반회계 예산규모}} \times 100$

250)  $\frac{\{\text{분야별 세출예산 순계규모 (일반회계+특별회계)}\}}{\text{세출예산 순계규모 (일반회계+특별회계)}} \times 100$

2013년 40%로 매년 확대되고 있음을 알 수 있다. 문제는 증가하는 지방비의 부담률이 지방 예산 규모의 증가보다 높다는 점이다. 이는 국고보조사업으로 인해 지역발전 및 주민을 위한 지방자치단체의 자체사업 예산비중이 감소하고 있다는 것을 의미한다.

〈표 IV-16〉 국고보조사업과 지방비 부담

(단위: 조원)

구분	2008	2009	2010	2011	2012	2013
국고보조사업예산	35.01	41.44	46.74	48.62	52.61	56.71
국고보조금	22.77	26.54	29.22	30.09	32.06	34.03
지방비부담	12.24	15.23	17.52	18.53	20.55	22.68
지방비비중(%)	35.0	36.5	37.5	38.1	39.1	40.0

자료: 안전행정부, 「2014년도 지방자치단체 통합재정개요」, 2014, p.96

## 나. 국고보조금 운영평가

### 1) 국고보조금 운영평가 도입배경

국고보조금 운영평가는 2011년 도입되었는데, 실시 근거는 ‘보조금법’ 제15조<sup>251)</sup>이다. 특히 제④항은 보조금 평가사업의 대상을 규정하고 있으나, 이를 구체적으로 정한 ‘보조금 관리에 관한 법률 시행령’ 제6조를 보면, ‘국가재정법’에 의한 의무지출 사업,<sup>252)</sup> 예비타당성조사 또는 재정투·융자 사업 심사결과 사업타당성이 인정되어 진행 중인 계속사업, ‘국가균형발전 특별법’에 따라 포괄보조금으로 편성한 사업을 제외한 보조사업 전체가 운영평가의 대상이라고 규정하고 있다. 그러나 정부의 재정 여건 변화, 보조사업 운용정책의 기본방향 변경 등 특별한 사유가 있는 경우에는 이상의 사업에 대해서도 평가를 할 수 있도록 규정하고

251) 제15조(보조사업의 운용평가)

- ① 기획재정부장관은 「국가재정법」 제8조의 재정사업 자율평가 대상사업 중 보조사업에 대하여 실효성 및 지원 필요성 등을 평가하고, 그 존속 여부를 결정하여야 한다.
- ② 기획재정부장관은 제1항에 따른 보조사업을 평가하고 존속여부를 결정하기 위하여 보조사업단을 구성·운영할 수 있다.
- ③ 기획재정부장관은 제1항에 따른 보조사업에 대한 평가결과를 「국가재정법」 제33조에 따른 예산안과 함께 제출하여야 한다.
- ④ 제1항에 따른 보조사업의 구체적인 범위와 제2항에 따른 보조사업평가단의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

252) 재정지출 중 법률에 따라 지출의무가 발생하고 법령에 따라 지출규모가 결정되는 법정지출 및 이자지출을 말하며, 그 구체적 범위는 대통령령으로 정하는데, 구체적인 예로서는 기초노령연금, 기초생활보장, 장애수당, 보훈급여, 건강보험지원, 자활지원, 학자금 대여, 노인장기요양보험 지원 등을 들 수 있다.

있다.

주무 부처인 기획재정부가 보도자료를 통해 밝힌 국고보조금 운영평가제도의 도입이유로 첫째, 국고보조사업이 사업목적 달성 여부에 관계없이 그 규모와 사업수가 지속적으로 증가하여 재정건정성을 위협하는 요인으로 작용하고 있다는 점과,<sup>253)</sup> 둘째, 일단 도입되면 보조사업자의 기득권으로 인식되어 축소·폐지가 곤란하여 보조금 낭비 사례 등 문제가 지속적으로 발생하고 있다는 점을 들고 있다.<sup>254)</sup>

이러한 문제의식을 배경으로 기획재정부는 보조금 예산의 합리적 편성과 집행의 투명성·책임성 확보를 위해 보조금에 대한 준치평가제도를 도입하기로 하였으며, 보조사업 준치평가는 평가의 중복방지와 각 부처 평가업무부담을 경감하기 위해 이미 시행중인 재정사업자율평가의 대상 사업 가운데 보조사업을 대상으로 추진하기로 하였다.<sup>255)</sup>

재정사업자율평가의 경우 지난 1년간의 사업성과에 대해 100점을 만점으로하는 체크리스트를 작성하여 60점 미만에 대해서는 예산의 10%를 삭감하는 방식을 취하고 있는 반면, 보조금에 대해서는 준치여부를 판단하는 것이 중요하였기 때문에, 재정사업 자율평가라는 단위사업에 대한 평가제도가 이미 존재하고 있음에도 별도의 평가 제도를 도입하게 된 것이다.<sup>256)</sup>

## 2) 보조금 운영평가 체계

보조금운영평가의 절차를 보면, 1회의 서면평가, 사업담당자 및 예산담당자 중심의 2회 대면평가 그리고 평가단의 총괄 조정회의를 거쳐서 결정하는 형태를 취하고 있으며, 이러한 과정에서 이루어지는 구체적인 대상 사업, 평가 내용, 판정 원칙은 다음과 같다.

우선, 서면으로 실시하는 1차 평가는 그해의 재정사업 자율평가 대상 사업 가운데서 보조금 사업만을 추려내어 평가대상으로 한다. 단, 보조금 사업이라 하더라도 의무지출사업, 계속사업 (예비타당성조사 사업 및 재정투융자사업), 광특회계의 시도신청한도 사업 등은 평가 대상에서 제외된다. 평가내용은 부처가 작성한 기초조사보고서를 기준으로 하나의 사업에 2명의 평가위원이 독립적으로 평가하여 평가의견서를 제출한다.

253) 연도별 보조금의 규모 및 증가율에 대해서는 앞 절에서 이미 설명한 바와 같으나, 참고로 보도자료의 값을 보면 2007년부터 2011년까지의 보조금 규모는 32조원에서 43.7조원으로 약 12조원 가까이 증가하였으며, 증가율은 연평균 8.9%로 동기간 총지출 증가율 6.9%보다 2%p 정도 높은 것으로 나타나고 있다.

254) 기획재정부 보도자료 (2011.5.12., 「국고보조사업, Zero-base에서 준치여부 평가」). 참고로 국고보조사업 운영평가제도 도입 당시에는 '운영'이 아니라 '준치'에 중점을 둔 평가를 고려하고 있었다고 여겨진다.

255) 재정사업자율평가는 전체 사업의 1/3씩을 매년 평가하고 있다.

256) 보조금사업에 대한 평가 목적이 '준치'에서 '운영'으로 변한 것은 2012년부터이다.

2차평가는 1차평가 결과에 해당하는 평가의견서를 바탕으로 실제 보조금 사업을 담당하는 부처에게 추가자료를 요청하고, 추가자료를 검토하며 담당자와 대면하여 사업에 관한 내용을 파악하는 대면평가가 주이다. 2차평가는 1차평가를 담당하였던 평가위원 2명이 부처 담당자와 대면평가를 실시하며, 평가내용을 바탕으로 1차평가 의견서를 수정하여 2차 평가 의견서를 작성한다. 이 2차 평가의견서가 최종의견서의 골격을 이룬다는 점에서 국고보조금 평가에서 가장 중요한 단계라고 할 수 있다.

3차평가는 부처의 사업담당자에 더하여 필요시에는 부처의 예산담당자도 출석하여 2차평가의견서에서 ‘폐지’ 혹은 ‘조건부유지’로 판정된 사업에 한정하여 실시된다. 3차 대면평가를 마치면 평가위원은 대면평가 결과를 바탕으로 3차 평가의견서를 작성하는데 이 3차 평가의견서를 바탕으로 전체 조정회의를 실시하여 최종보고서를 작성한다.

평가기준은 평가자의 주관적인 평가를 지양하고, 객관성을 제고하기 위하여 평가 지표에 대한 구체적인 체크리스트를 마련하고 있으며, 이를 바탕으로 표준화된 평가를 시도하고 있다.

체크리스트의 내용을 보면<sup>257)</sup>, 사업추진의 타당성/필요성, 재정지원의 타당성/ 필요성, 사업내용·추진방식·관리의 적절성에 관하여 구체적인 예시를 들어 평가를 하도록 되어 있다. 예컨대 사업추진의 타당성 및 필요성에 대해서는 ‘사업이 무엇을 달성하고자 하는 지가 분명하고, 사업의 수혜자, 지역적 범위 등 사업의 목적을 이해하는 데 필요한 내용이 명확히 기술되어 있으면 “예”, ‘사업의 상위목표(예, 상위목표)와 논리적으로 연계되어 있으면서, 상위목표 달성에 기여하는 바가 크면 “예”’ 등과 같다.

보조금 운영평가는 평가의 목적이나 운영방식이 재정사업 자율평가와 달라 예컨대 동일한 사업에 대해 평가 결과가 달라질 가능성이 있다. 이는 우선 평가의 단위가 재정사업 자율평가의 경우 단위사업이고, 보조금 운영평가는 세부사업이어서 양자가 일치하는 경우도 있으나 그렇지 않은 경우도 있기 때문이다. 즉 재정사업의 경우 여러 세부사업으로 이루어진 단위사업을 평가 대상으로 하기 때문에 평가가 보조금 사업에 한정되지 않아, 설령 하나의 보조금 사업에 대한 평가가 나쁘다 하더라도 전체적으로 평가가 좋게 나올 수 있으며, 반대의 경우도 있을 수 있다. 특히 사업의 목적은 우수하지만 성과지표를 잘 못 설정하여 전반적으로 관리 체계에 문제가 있는 경우, 보조금 운용평가에서는 사업추진 방식에서 성과 지표의 개선을 요구하는 수준에서 제언을 하나, 재정사업 자율평가에서 지표는 평가의 중심이 되므로 심각하게 문제가 된다.

한편 성과지표를 설정하고 관리하는 체계는 잘 정비되어 있지만, 사업 자체가 공공성이

257) 체크리스트는 매년 약간의 수정을 거치는데, 각년도의 구체적인 내용에 대해서는 매년 발행되는 ‘국고보조사업 운영평가보고서’의 평가지침을 참고하기 바람.

현저히 떨어지거나 이미 목표를 달성하여 더 이상 존치의 이유가 없는 경우에는 재정사업 자율평가에서는 '우수'하다고 평가된 사업이 보조금 평가 사업에서는 '폐지' 판정을 하는 경우도 있다. 이럴 경우 보조금 운용평가에서는 관리체계의 개선을 업급한다. 그러나 실질적으로 양자의 결과가 현격하게 차이가 나는 경우는 그리 많지 않은 것으로 나타나고 있다.

### 3) 2011~2013년 보조금 평가결과

#### 가) 연도별 평가결과

국고보조금의 평가결과를 연도별로 보면(〈표 IV-17〉), 2011년에는 총 254개 사업 중 정상추진이 167건(65.7%), 사업방식변경이 45건(17.7%), 사업규모 감축이 17건(6.7%), 폐지가 25건(9.8%)이었고, 2012년에는 정상추진이 164건(53.9%), 사업방식변경이 74건(24.3%), 감축이 39건(12.8%), 폐지가 27건(8.9%)이다. 2013년에는 정상추진이 161건으로 전체의 49%를 차지하고 있으며, 이어서 사업방식변경이 74건(22.6%), 감축이 54건(16.5%), 폐지가 39건(11.9%) 순이다.

〈표 IV-17〉 연도별 평가 결과

구분	정상추진		사업방식변경		감축		폐지		합계
	건수	%	건수	%	건수	%	건수	%	
2011	167	65.7	45	17.7	17	6.7	25	9.8	254
2012	164	53.9	74	24.3	39	12.8	27	8.9	304
2013	161	49.1	74	22.6	54	16.5	39	11.9	328

주: 1. 2012년에는 최종판정에서 복수 응답을 허용하였는데, 정상추진에는 정상추진(163), 정상추진·방식변경(1)이 포함되었고, 감축에는 단계적감축, 단계적감축·단계적폐지(2), 단계적감축·방식변경(23)이 포함되었으며, 사업방식변경에는 방식변경(69), 방식변경·통폐합(5)이 포함되었으며 폐지에는 단계적폐지(8), 단계적폐지·통폐합(1), 단계적폐지·방식변경(4), 단계적폐지·통폐합·방식변경(1), 즉시폐지·통폐합·방식변경(1), 즉시폐지(6), 통폐합(6)이 포함된 수치임.

2. 2013년에 감축에는 감축(18), 감축·사업내용방식변경(36)이 포함되었으며, 폐지 39에는 폐지(즉시폐지(8), 즉시폐지·통폐합(1), 사업내용방식변경·즉시폐지(1) 등 10), 통폐합(통폐합(6), 사업내용방식변경·통폐합(8), 감축·사업내용방식변경·통폐합(2), 감축·통폐합(4) 등 20), 단계적폐지(단계적폐지(3), 감축·단계적폐지(2), 감축·사업내용방식변경·단계적폐지(3), 감축·사업내용방식변경·단계적폐지·통폐합(1) 등 9)가 포함된 수치임

자료: 『2013년 국고보조사업 운용평가 보고서(Ⅰ)』, 기획재정부·보조사업운영평가단, p. 45

정상추진의 비율이 매년 줄어들고 있는데, 이에 대한 해석으로는 매년 사업의 운영실적이 나빠지고 있을 가능성과 평가가 계속되면서 엄격성이 증대하였기 때문일 가능성 등을 들 수 있다. 그러나 평가가 3년을 주기로 시행되고 있는 만큼, 2011년에서 2013년 사이에 평가 대

상이 된 사업에 중복이 거의 없다는 점을 고려한다면 전자의 가능성보다는 후자의 가능성이 더 높다고 여겨진다.

다른 가능성으로는 2011년의 경우에는 상대적은 성과가 좋지 않은 기금사업이 거의 포함 되어 있지 않다는 점을 들 수 있다. 보조금의 재원은 일반회계, 특별회계, 기금으로 나눌 수 있는데 기금의 평가결과가 일반회계나 특별회계에 비해 좋지 않다. 따라서 기금을 재원으로 하는 보조금이 2011년에는 거의 평가대상에 포함되어 있지 않았기 때문에 상대적으로 2011년의 정상추진 비율이 높게 나타나는데 일조를 했으리라 여겨진다.

#### 나) 평가결과별 예산

〈표 IV-18〉은 연도별 평가결과에 따른 예산액을 나타낸 것이다.

〈표 IV-18〉 평가 결과별 예산규모

구분	정상추진		사업방식변경		감축		폐지		합계
	억원	%	억원	%	억원	%	억원	%	
2011	46,544	79.1	6,406	10.9	2,914	5.0	2,987	5.1	58,852
2012	22,991	59.9	8,154	21.1	3,727	9.7	3,710	9.7	38,582
2013	26,353	49.6	11,262	21.2	4,084	7.7	11,450	21.5	53,150

2011~2013년의 평가 대상 보조금의 예산 규모를 보면 2011년과 2013년은 5조원을 초과하고 있으나, 2012년의 전체 예산규모가 3조 8,582억원으로 상대적으로 규모가 작다. 이를 평가 대상 보조금 수 나누어 보조금별 평균 예산규모는 2011년이 231.7억원으로 가장 크며, 2013년이 162억원, 2012년은 126.9억원이다.

2013년 정상추진 사업의 예산규모는 2조 6,353억원(49.6%), 사업방식변경이 1조 1,263억원(21.2%), 감축이 4,084억원(7.7%), 폐지가 1조 1,450억원(21.5%) 였으며, 2012년의 정상추진사업의 예산규모는 2조 2,991억원(59.9%), 사업방식변경이 8,154억원(21.1%), 감축이 3,727억원(9.7%), 폐지가 3,710억원(9.7%)이다.

연도별 평가결과에 따른 예산규모로부터, 1) 평가 첫해인 2011년도에는 상대적으로 큰 규모의 보조금 사업이 평가대상으로 선정되었다는 점과, 2) 해를 거듭할수록 '폐지' 판정을 받은 사업의 규모가 커지고 있다는 점, 즉 '폐지' 판정을 받은 사업의 비율은 약간 증가하고 있는데 그치나 그 규모는 매우 커지고 있다는 점, 3) 정상추진의 경우 사업수의 비중과 예산규모의 비중의 추이 및 규모가 유사하다는 점 등을 알 수 있다.

다) 사업유형별 평가결과

보조금을 민간보조금과 지자체보조금으로 나누어 평가결과를 건 수와 예산액으로 살펴본 것이 <표 IV-19> ~ <표 IV-20>이다.

<표 IV-19> 사업유형별 평가결과

구분		정상추진		사업방식변경		감축		폐지		합계
		건수	%	건수	%	건수	%	건수	%	
2012	민간	95	49.2	55	28.5	28	14.5	15	7.8	193
	지자체	69	62.2	19	17.1	11	9.9	12	10.8	111
	합계	164		74		39		27		304
2013	민간	94	48.5	46	23.7	31	16.0	23	11.9	194
	지자체	67	50.0	28	20.9	23	17.2	16	11.9	134
	합계	161		74		54		39		328

<표 IV-20> 사업유형별 평가결과의 예산규모

구분		정상추진		사업방식변경		감축		폐지		합계
		건수	%	건수	%	건수	%	건수	%	
	민간	7,329	42.4	5,888	34.0	1,512	8.7	2,570	14.9	17,299
	지자체	15,662	73.6	2,266	10.6	2,214	10.4	1,140	5.4	21,282
	합계	22,991		8,154		3,726		3,710		38,582
2013	민간	11,247	58.2	5,511	28.5	1,368	7.1	1,195	6.2	19,321
	지자체	15,106	44.7	5,751	17.0	2,716	8.0	10,256	30.3	33,829
	합계	26,353		11,262		4,084		11,451		53,150

<표 IV-19>에서 알 수 있듯이 정상추진의 비율은 2012년, 2013년 모두 지자체에 비해 민간이 낮다. 그러나 양자 사이의 차이는 2013년에는 줄어들었다. 사업방식변경 판정은 민간보조금이 2년 모두 높으나, 감축은 민간보조금이 2012년은 높았으나 2013년에는 지자체보조금의 비중이 높은 것으로 나타났다. 폐지는 2012년에는 지자체가 3%p 높게 나타났으나, 2013년도에는 민간과 지자체 보조금에서 거의 동일한 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났다.

한편, 예산규모별 평가결과는 다른 모습을 보이고 있다. 각 유형별 예산에서 차지하는 비중을 보면, 2012년에는 지자체의 경우 정상추진의 비중이 전체 예산의 73.6%였으나 2013년

에는 44.7%로 급격히 줄었다. 반대로 폐지의 경우는 2012년에는 민간보조금이 14.9%, 지자체가 5.4%였는데, 2013년에는 민간이 6.2%, 지자체가 30.3%로 지자체의 폐지 비중이 매우 크게 나타났다. 건수와 예산결과를 같이 고려할 때 2013년에는 지자체보조금의 경우 대규모 사업에서 성과가 매우 좋지 않게 평가되었다고 추측할 수 있다. 그러나 이 결과가 반드시 지자체보조금이 1년 사이에 성과가 급속히 악화되었다는 것을 의미하지는 않는다. 이는 보조금 운영평가의 대상 사업이 재정사업 자율평가 대상사업에서 추출되므로, 올해의 평가 대상사업은 작년의 평가대상 사업과는 전혀 다른 특성을 지닌 사업이 선정되었을 가능성이 있기 때문이다. 따라서 사업유형에 따른 결과의 차이 분석을 위해서는 모든 사업을 다시 한번 평가를 하는 2014~2016년의 결과와 2011~2013년의 결과를 비교하는 것이 타당하리라 생각된다.

## 다. 국고보조금 운영평가에 관한 실증분석

국고보조금의 평가결과에 대해서는 앞 절에서 설명하였으나, 이 절에서는 국고보조금 운영평가의 개별 데이터를 사용하여 전체적인 분석에서 다루지 못하였던, 사업의 성격에 따른 성과의 차이를 살펴보고자 한다.

### 1) 보조율

본 절의 분석에 사용하는 데이터는 2011~2013년의 국고보조금 운영평가 대상 사업에 관한 개별 데이터이다. 국고보조금 운영평가는 <표 IV-18>에서 알 수 있듯이 2011년에 254개 사업, 2012년에는 304개 사업, 2013년에는 327개 사업을 대상으로 실시되었으나, 본 절에서 사용하는 데이터의 경우 2013년의 표본수가 326개로 총 884개 사업을 대상으로 하고 있다.

#### 가) 평가대상 사업 수

<표 IV-14>에서 확인할 수 있듯이 우리나라의 전체 보조금 사업 수는 연도에 따라 약간 차이는 있으나 전체적으로 약 2,000여개 정도이다. 그런데 보조금 평가의 대상이 된 보조금 수는 3년에 884개로 전체의 절반에도 미치지 못하고 있는 실정이다. 이는 의무지출이나 광특회계 등 법에 의해 평가 대상에서 제외되는 사업에 더하여, 보조금 평가 대상이 되는 사업을 선정할 때 전체사업 수의 1/3씩을 평가하는 재정사업 자율평가에서 그 대상사업을 선정한다는 점 등을 감안하면 어느 정도 이해가 되기는 하나, 여전히 전체 보조금 수를 고려

할 때 전체의 1/6~1/7 수준에 해당하는 정도만 평가대상으로 하고 있다는 점에서 ‘보조금법’이 의도한 평가의 원래 목적을 충족하기에 충분한 수준이라고 하기는 어렵다. 평가기간 및 평가에 수반되는 비용 등을 고려할 때 단기간 내에 평가대상 사업 수를 증대시키는 것이 현실적으로 쉽지 않을 것으로 여겨지나 보조금 사업에 대한 평가가 원래의 목적을 충족하기 위해서는 현재보다 더 많은 수의 사업을 그 대상으로 하여야 필요성이 있다.

나) 부처별 평가대상 사업수 및 보조율

2012년과 2013년의 보조율의 평균을 보면, 2012년도는 76.88%, 2013년도는 79.94%로 2013년이 2012년에 비해 약간 증가한 것으로 나타났다.<sup>258)</sup> 그러나 이러한 증가추세가 2014년 이후에도 이어질 것인지에 대해서는 좀 더 시간을 두고 관찰을 할 필요가 있다.

한편, 보조율이 부처별로 차이가 있는지를 살펴보기 위해 부처별 보조금 사업 수 및 보조율을 구한 것이 <표 IV-21>이다. <표 IV-21>은 2011~2013년의 부처별 평가 대상 사업 수와 2012~2013년의 부처별 보조율의 평균을 나타낸 것이다. 보조율을 2012~2013년에 한정하는 것은 보조율에 대한 정보가 2012년부터 이용가능하기 때문이다.

<표 IV-21> 부처별 보조금 평가 대상 사업 수 및 평균보조율

부처명	대상사업수 (2011~2013)		2012~2013년	
	사업수	비율	사업수	보조율(평균)
경 찰 청	1	0.11	-	-
교 통 부	20	2.26	14	94.36
교 육 과 학 부	39	4.41	30	83.63
국 가 보 훈 처	25	2.83	10	82.18
국 방 부	1	0.11	-	-
국 토 해 양 부	40	4.52	29	66.81
금 용 위 원 회	2	0.23	2	93.90
기 획 재 정 부	2	0.23	1	25.60
농 림 수 산 부	112	12.67	74	75.26
농 업 진 흥 청	12	1.36	8	52.00
문 화 재 청	9	1.02	7	100.00

258) 2012년의 평균과 2013년의 평균의 차이에 대한 t-검정을 실시한 결과, 2013년의 값이 2012년의 값에 비해 크다는 가설에 대한 p-값이 0.0655로 추정되어, 5% 유의수준에서 2013년의 값이 크다는 가설은 기각되었다.

〈표 IV-21〉의 계속

부처명	대상사업수 (2011~2013)		2012~2013년	
	사업수	비율	사업수	보조율(평균)
문화체육관광부	187	21.15	149	82.57
미래창조과학부	1	0.11	1	100.00
방송통신위원회	23	2.6	20	83.23
법무부	2	0.23	1	43.90
보건복지부	161	18.21	116	78.74
보훈처	4	0.45	4	55.76
산림청	14	1.58	5	64.00
산업자원부	58	6.56	36	97.72
소방방재청	16	1.81	9	65.43
식약청	7	0.79	7	50.00
안정행정부	18	2.04	11	81.91
여성가족부	30	3.39	25	72.75
외교부	2	0.23	2	76.15
중기청	17	1.92	13	86.54
통일부	5	0.57	5	91.80
특허청	9	1.02	1	100.00
해양수산부	8	0.9	8	65.81
행정중심복합도시건설청	1	0.11	1	100.00
환경부	58	6.56	41	60.88
Total	884	100	630	78.47

우선 표에서 확인할 수 있는 것은 2011~2013년 평가대상 사업 수로는 문화체육관광부, 복지부, 농림수산부의 3개 부처의 사업 수가 전체의 1/2 이상을 차지하고 있다는 점이다. 보조금 평가 대상 사업이 전체 보조금 사업의 일부만을 대상으로 하고 있기는 하나, 이 결과는 위 3개 부처가 전체 보조금 사업의 대부분을 차지하고 있다는 점을 시사하는 것으로 보조금 사업이 특정부처를 중심으로 이루어지고 있다는 것을 보여주고 있는 것이라 하겠다. 3개 부처에 이어 비교적 보조금 사업이 많은 부처로는 환경부, 산업자원부(지식경제부), 고용노동부 등이다.

한편, 국고보조금과 관련하여 선행연구에서 많이 지적하고 있는 것으로 보조율이 있다. 보조율을 부처별로 보면, 우선 문화부 사업의 경우 보조율이 82.57%로 평균 78.47% 보다

높으며, 복지부는 평균, 농림부 사업의 보조율은 전체 평균보다 낮은 것으로 나타났다.<sup>259)</sup> 문화재청의 경우 7개 사업 전부가 100% 보조율로 전적으로 국가가 보조하는 사업임을 알 수 있고, 이외에도 산업자원부 (97.7%), 통일부 (91.8%) 등의 보조율이 높은 수준임을 알 수 있다.<sup>260)</sup>

다) 보조금 유형별 사업 수 및 보조율

국고보조금은 여러 유형으로 분류될 수 있으나, 대상을 기준으로 분류를 하면 민간보조금과 지자체보조금으로 나눌 수 있다. 아울러 성격에 따라 경상보조금과 자본보조금으로 나눌 수 있으므로 크게 민간경상, 민간자본, 지자체경상, 지자체자본의 4가지 유형으로 나누어 사업 수 및 보조율을 구한 것이 <표 IV-22>이다. 단, 2011년 평가에서는 경상과 자본을 구분하지 않았기 때문에 유형으로는 민간보조금인가 지자체 보조금인가만을 확인할 수 있다.

<표 IV-22> 사업유형별 사업 수 및 보조율

유형	2011		2012		2013	
	사업수		사업수	보조율	사업수	보조율
민간	146 (57.48)	민간경상	179 (58.88)	88.70	175 (53.68)	93.22
		민간자본	16 (5.26)	74.86	19 (5.83)	97.36
지자체	94 (37.01)	지자체경상	57 (18.75)	62.83	69 (21.17)	60.61
		지자체자본	52 (17.11)	50.05	63 (19.33)	58.62
민간+지자체	14 (5.51)					
계	254		304	76.88	326	79.94

주: ( )의 숫자는 구성비임

2011년의 유형별 구성을 보면 민간이 전체의 57.5%를 차지하고 있으며 지자체가 37%의 비중이나, 2012년도에는 민간이 약 64.1%, 지자체 35.8%, 2013년은 각각 59.5%, 40.5%로 민간의 비중이 약간 증가하고 있음을 알 수 있다. 그러나 경상과 자본으로 구분이 가능한 2012년 이후를 중심으로 살펴보면, 민간보조금 가운데서도 민간 경상이 전체의 59%, 54%로

259) 본고에서 사용한 보조율은 국고보조운영평가 시 부처가 작성하는 기초보고서에 제시된 국고부담비율을 계산한 것임

260) 특허청 및 행복중심복합도시건설청도 100%의 보조율이나 사업수가 1개로 부처 특성과 보조율과의 관련성을 파악하기에는 표본수가 너무 적어 설명에서 제외하였음

압도적으로 많은 높은 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다. 또한 민간보조금의 대부분이 경상보조이며 자본보조는 전체 민간보조의 10% 정도임에 반해 지자체의 경우는 경상과 자본이 거의 5:5 정도의 비율인 점도 특징이라고 하겠다.

한편, 사업유형에 따른 보조율을 보면, 2012년과 2013년 모두 민간보조금에 대한 보조율이 지자체보조금의 보조율보다 20~30%p 정도 높게 나타났다. 경상보조와 자본보조를 비교하면, 지자체의 경우 경상보조금에 대한 보조율이 자본보조금에 대한 보조율보다 높으나 민간 보조의 경우는 반드시 그렇지는 않은 것으로 나타나고 있다.

라) 회계별 사업 수 및 보조율

보조금의 재원은 일반회계를 비롯하여, 광역지역특별회계, 농어촌구조개선특별회계 등 다양한 특별회계와 고용보험기금, 과학진흥기술기금, 관관기금 등 다양하게 존재하나 이를 크게 나누면 일반회계, 특별회계, 기금 등으로 나눌 수 있다. 재원의 종류를 위 세 가지로 나누고 각각에 대해 사업수와 보조율을 구한 것이 <표 IV-23>이다.

<표 IV-23> 회계별 사업 수 및 보조율

유형	2011	2012		2013	
	사업수	사업수	보조율	사업수	보조율
일반회계	177 (69.69)	114 (37.50)	77.92	151 (46.32)	81.48
특별회계	76 (29.92)	70 (23.03)	74.10	65 (19.94)	70.12
기금	1 (0.39)	120 (39.47)	77.49	110 (33.74)	83.64
총계	254	304	76.88	326	79.94

주: ( )안의 숫자는 구성비 임

<표 IV-23>으로부터 2011년은 일반회계와 특별회계를 재원으로 하는 보조금 사업이 보조금 평가의 주된 대상이었으며, 2012년과 2013년의 경우 일반회계와 기금이 전체의 80% 정도를 차지하고 있는 것으로 나타났다.<sup>261)</sup> 회계별로 보조율의 차이를 보면 일반회계와 기금의 보조율은 큰 차이는 없으나, 특별회계의 보조율이 상대적으로 낮게 나타나고 있다. 이러

261) 2012년과 2013년의 구성으로 비추어볼 때 2011년의 사업대상 선정은 기금을 재원으로 하는 보조금에 대해서는 평가대상에서 제외하였을 가능성을 배제할 수 없다.

한 경향은 2012년보다 2013년에 더욱 뚜렷하게 나타나고 있다.

## 2) 특성별 성과

이 절에서는 보조금의 유형에 따른 성과에 대해서 살펴보기로 한다. 보조금 평가는 사업의 적절성, 효과성 등에 대해 판단한 후 정상추진, 사업방식변경, 사업규모 감축, 통폐합, 폐지 등 다양한 형태의 결론을 내리게 된다. 이때 '정상추진'은 사업의 적절성, 재정지원의 타당성, 효율성 등을 검토하여 현재와 같은 운영방식·규모로 추진하는 것이 바람직하다고 판단되는 경우의 결론이다. 따라서 이 절에서는 보조금 평가 결과가 '정상추진'인 경우 성과가 좋은 것으로, '정상추진'이 아닌 모든 경우에 대해서는 뭔가 문제가 있는 사업으로 간주하여 사업의 성과를 측정하였다. 보다 구체적으로는 성과를 나타내는 지표에 대해 '정상추진'인 경우는 1, 그렇지 않은 경우는 0을 대입하여 성과의 정도를 측정하였다.

각 특성별 성과를 보기 전에 먼저 전체의 성과라고 할 수 있는 연도별 성과를 보면 <표 IV-24>와 같다.

<표 IV-24> 연도별 성과

연도	사업수	성과결과
2011	254	0.65748
2012	304	0.53618
2013	326	0.48773
계	884	0.55317

연도별 성과를 보면 정상추진의 비율이 (즉, 성과가 좋은 경우가) 2011년도에는 전체사업 가운데 65.7%, 2012년은 53.6%, 2013년은 48.8%로 매년 성과결과가 낮아지고 있음을 알 수 있다. 이렇듯 성과결과가 매년 하향하는 이유로는 평가가 해를 거듭함에 따라 엄격해졌기 때문일 수도 있으며, 평가제도 자체가 정상추진 이외의 선택지를 증대시킴으로써 정상추진으로 판정되는 경우가 상대적으로 적어졌을 가능성 등을 생각할 수 있다.

### 가) 부처별 성과

<표 IV-25>는 부처별 성과결과를 구한 것이다. 부처별로 보면 우선 보조금 사업이 많은 3대 부처 가운데 복지부와 농림부는 0.6770과 0.6339로 전체적으로 정상추진 즉 성과가 좋은

편이나, 문화부의 경우 0.4492로 정상추진인 경우보다 그렇지 않은 경우가 더 많다는 것을 알 수 있다.

〈표 IV-25〉 부처별 성과

부처명	성과결과	부처명	성과결과
경 찰 청	1.0000	보 건 복 지 부	0.6770
교 통 부	0.4500	보 훈 처	0.5000
교 육 과 학 부	0.2308	산 립 청	0.6429
국 가 보 훈 처	0.6000	산 업 자 원 부	0.6034
국 방 부	1.0000	소 방 방 재 청	0.5625
국 토 해 양 부	0.3000	식 약 청	0.7143
금 융 위 원 회	0.5000	안 정 행 정 부	0.5556
기 획 재 정 부	1.0000	여 성 가 족 부	0.7333
농 립 수 산 부	0.6339	외 교 부	1.0000
농 업 진 흥 청	0.7500	중 기 청	0.7059
문 화 재 청	0.4444	통 일 부	0.4000
문 화 체 육 관 광 부	0.4492	특 허 청	0.6667
미 래 창 조 과 학 부	0.0000	해 양 수 산 부	0.1250
방 송 통 신 위 원 회	0.5652	행정중심복합도시건설청	1.0000
법 무 부	0.5000	환 경 부	0.5517

나) 사업유형별 및 회계별 성과

사업유형을 민간보조금과 지자체보조금으로 나누어 각각의 성과를 살펴보면, 민간보조금의 성과는 0.5271, 지자체보조금은 0.5931로 지자체 보조금의 경우가 민간에 비해 약간 높은 것으로 나타났다.

〈표 IV-26〉 민간보조금과 지자체 보조금의 사업별 성과 및 차의 검정

사업유형	사업수	사업성과(평균)	표준편차
지자체보조금	349	0.5931	0.4920
민간보조금	535	0.5271	0.4997
계	884	0.5531	

양자의 평균의 차이는 0.066이나 양자 간의 차이에 관한 t-검정결과 양자는 유의수준 5%에서 유의하게 차이가 있는 것으로 나타났다. 이는 민간보조금에 비해 지자체보조금의 성과가 유의하게 좋은 것을 의미하는 것이다. 양자 간에 차이가 발생하는 원인으로는 지자체 보

조금은 지방정부가 집행하기 때문에 정보가 중앙정부에 의해 관리가 되나, 민간보조금의 경우 민간단체가 집행하고 그 결과를 중앙정부에 보고하는 형태이므로 정보를 체계적으로 파악하고 관리하는 정보관리시스템이 구축되어 있지 않은 것 등을 생각할 수 있다.<sup>262)</sup>

한편, 앞에서 설명한 바와 같이 보조율은 민간보조금이 지자체 보조금에 비해 매우 높으며 이는 1% 유의수준에서 높다. 즉, 민간보조금은 보조율은 높으나 성과는 지자체 보조금에 비해 낮아 보조율과 성과 사이에는 직접적인 연관성이 없을 가능성을 시사한다.

자본보조금과 경상보조금의 성과를 보면, 경상보조금의 성과는 0.4854인데 반해 자본보조금은 0.5993으로 상당히 높게 나타났다. 차에 대한 검정에서도 양자는 1% 유의수준에서 유의하게 자본보조금이 큰 것으로 나타났다.

2013년의 민간보조금을 제외하고는 경상보조금이 자본보조금에 비해 보조율이 높다는 것을 감안하면, 이 역시 보조율과 성과 사이에는 직접적인 연관이 없을 가능성을 보여주는 것이라 하겠다.

〈표 IV-27〉 경상보조금과 자본보조금의 사업별 성과 및 차의 검정

사업유형	사업수	사업성과(평균)	표준편차
경상보조금	480	0.4854	0.5003
자본보조금	150	0.5933	0.4929
계	630	0.5111	

회계별 성과를 보면, 특별회계의 성과가 가장 좋으며, 일반회계, 기금의 순으로 나타났다.

〈표 IV-28〉 회계별 사업성과

사업유형	사업수	사업성과(평균)	표준편차
일반회계	442	0.5588	0.4971
특별회계	221	0.6256	0.4851
기금	231	0.4762	0.5005

#### 다) 보조율과 성과

앞 절의 분석에서 보조율과 성과 사이에는 직접적인 연관성이 없을 가능성이 제기 되었

262) 김정훈·공동성(2012) p. 50

다. 이를 좀 더 확인하기 위해 보조율과 정상추진의 상관계수를 살펴본 결과 양자사이의 상관계수는 0.0004로 매우 낮아, 서로 상관이 없는 것으로 나타났다. 이를 다른 각도에서 확인하기 위해, 우선 보조금 사업을 보조율의 평균인 78.47보다 높은 보조금 사업을 고보조율 사업, 평균보다 낮은 사업을 저보조율사업으로 나누어 사업성과를 살펴본 것이 <표 IV-29>이다.<sup>263)</sup> 저보조율 사업은 평균이 0.5191이며, 고보조율은 0.5054로 저보조율 사업이 0.0199정도 높은 것으로 나타났다. 그러나 이러한 차이는 유의수준 1%에서 유의하지 않은 것으로 검정되었는데, 이는 저보조율 사업과 고보조율 사업사이에 성과의 차이는 없다는 것을 시사하는 것이라 하겠다.

〈표 IV-29〉 보조율과 사업성과

사업유형	사업수	사업성과(평균)	표준편차
저보조율 사업	262	0.5191	0.5006
고보조율 사업	368	0.5054	0.5007
계	630	0.5111	0.5003

#### 라) 개별항목별 성과

이상은 보조금 평가의 종합판정결과의 결과를 바탕으로 성과 정도를 살펴보았으나 마지막으로 종합판정결과에 이르기 위한 8개의 평가기준별 결과를 바탕으로 보조금 사업의 특징을 살펴보기로 한다. 8개의 기준은 ① 사업목적이 명확하고 구체적인가, ② 사업의 법적 근거가 분명한가, ③ 국가적으로 필요한 사업인가, ④ 중앙정부의 재정지원이 필요한가, ⑤ 재정지원의 규모가 적절한가, ⑥ 사업내용(세부사업, 세부과제)이 명확하고 구체적인가, ⑦ 사업추진방식이 적절한가, ⑧ 사업수행에 대한 관리·감독을 실시하고 있으며, 적절한 통제수단을 구비하고 있는 가다. ①~③은 사업추진의 타당성, 필요성, ④~⑤는 재정지원의 타당성, 필요성을, ⑥~⑧은 사업내용, 추진방식, 관리의 적절성에 대한 것이다. 이상의 8가지 기준에 대해 평가위원들은 예/아니오 형태로 평가를 하는데, ‘예’를 1, ‘아니오’를 0으로 하여 항목별 성과정도를 살펴본 것이 <표 IV-30>이다.

263) 보조율의 경우 2012년과 2013년도만 이용가능하기 때문에 표본사업수가 다른 유형분류에 비해 적다.

〈표 IV-30〉 개별 기준 항목별 결과

유형	연도별			사업유형				보조율	
	2011	2012	2013	지자체 보조	민간 보조	경상 보조	자본 보조	저보조율 사업	고보조율 사업
①	0.9173	0.9375	0.9387	0.9226	0.9383	0.9305	0.9400	0.9427	0.9277
②	0.8898	0.9013	0.9018	0.9284	0.8785	0.8910	0.9333	0.9313	0.8842
③	0.8933	0.8914	0.9080	0.8937	0.9009	0.8990	0.8933	0.8931	0.9002
④	0.9016	0.8816	0.9049	0.9026	0.8916	0.8978	0.8867	0.8969	0.8955
⑤	0.8142	0.7401	0.7546	0.7787	0.7589	0.7640	0.7800	0.7748	0.7633
⑥	0.8465	0.8520	0.8344	0.8739	0.8243	0.8297	0.9133	0.8931	0.8232
⑦	0.7244	0.7171	0.6933	0.7393	0.6916	0.6975	0.7733	0.7099	0.7106
⑧	0.8346	0.8355	0.8252	0.8453	0.8224	0.8338	0.8200	0.8473	0.8248

우선 연도별로 보면, 사업추진의 필요성 및 타당성을 묻는 ①~③ 항목은 연도에 따라 약간 상승하는 경향을 보이는 반면, 재정지원의 필요성 및 추진방식을 묻는 ④~⑧항목은 연도에 따라 차이가 없거나 약간 저하하는 경향을 보이고 있다. 특히 사업추진방식의 적절성을 묻는 ⑦의 경우 매년 하락하여 2013년에는 '예'의 비율이 70% 아래로 내려갔다.

지자체보조와 민간보조를 비교하면, 전체적으로 지자체보조의 경우가 '예'의 비율이 높으나, ① 사업목적이 명확하고 구체적인가, ③ 국가적으로 필요한 사업인가에 대한 항목에서는 민간보조사업에 대해 '예'라고 판단한 경우가 많다. 이 사실은 민간보조사업의 경우 사업이 수행되어야 할 필요성은 높으며, 사업자체도 명확하고 구체적이거나 집행과정에서 문제가 발생하고 있다는 것을 보여주는 것으로, 민간보조사업에 대해서는 집행과정에 대한 절차의 적법성과 적절성에 개선의 여지가 많음을 보여준다 하겠다.

경상보조와 자본보조의 결과를 비교하면, 경상보조의 경우 ③ 국가적으로 필요한 사업인가, ④ 중앙정부의 재정지원이 필요한가, ⑧ 사업수행에 대한 관리·감독을 실시하고 있으며, 적절한 통제수단을 구비하고 있는 가에 대해 '예'라고 판정한 경우가 많으나, 그 외의 항목에서는 자본보조에 비해 좋지 않다고 나타났다. 특히, ⑥ 사업내용(세부사업, 세부과제)이 명확하고 구체적인가, ⑦ 사업추진방식이 적절한가의 경우 자본보조에 비해 '예'의 비율이 상당히 낮은 수준으로 드러나, 국가적으로 필요하며 중앙정부의 재정지원도 필요하나 세부사업의 설정과 추진방식에 문제점이 많은 것으로 여겨진다.

저보조율 사업과 고보조율 사업의 경우, 양자 간에 큰 차이는 발견되지 않으나, 고보조율

사업이 ③ 국가적으로 필요한 사업인가, ⑤ 재정지원의 규모가 적절한가, ⑦ 사업추진방식이 적절한가에서 높게 나타나고 있다. 국가적으로 필요한 사업의 경우 보조율이 높아진다는 것을 고려할 때 ③ 항목이 고보조율 사업에서 높게 나타나는 것은 너무나 당연한 결과라고 할 수 있으며, 같은 맥락에서 ⑤, ⑦ 항목이 높은 것도 당연하다 하겠다. 그러나 전체적으로 보조율의 많고 적음에 따른 평가 결과의 차이는 크지 않다.

## 라. 국고보조금 운영에 계약방식 도입

국고보조금은 국가가 자신이 수행해야 할 일을 국가 이외의 자에게 위탁하여 수행하게 할 때 원활한 사무 처리를 위해 국가가 지불하는 비용이라고 할 수 있다.

앞 절에서 설명한 바와 같이 지금까지 우리나라의 국고보조금은 신청자의 신청을 받아 중앙관서가 판단을 하여 결정을 하며, 지방자치단체 또는 민간에 집행을 의뢰하는 형태이다. 이때 정부는 사업집행자에 대해 자격요건을 비롯한 사업내용 등에 대한 검토를 통해 실제 사업 수행에 문제가 발생하지 않도록 노력하고 있으나 실제로 사업수행자가 어떠한 서비스를 제공할지에 대해서는 충분한 정보를 가지고 있지 않으며, 사후 점검도 충분하지 않은 실정이다. 이러한 문제는 특히 민간에게 보조 사업을 위탁하는 경우에 두드러진다고 하겠다.

앞 절의 분석을 통해 민간보조사업의 경우 사업이 수행되어야 할 필요성은 높으며, 사업 자체도 명확하고 구체적이나 집행과정에서 문제가 있어 효율성이 높지 않다는 것으로 나타났는데, 이는 다수의 민간보조사업자가 어떠한 서비스를 제공할 수 있는 지에 대한 정보가 충분하지 않아, 즉 정보의 비대칭 정도가 심해 발생하고 있는 문제라고 할 수 있다.

현재 우리나라에서 시행되고 있는 국고보조금의 형태를 경제학적으로 단순화하여 살펴보면 정보의 비대칭이 존재하는 상황에서 국가라는 독점적인 지위에 있는 자가 국민이 필요로 하는 서비스를 구입하여 국민에게 제공하는 형태의 거래라고 할 수 있는데, 국가가 재화의 생산 및 구입에 앞서 주어진 기업과 계약을 통해 미래에 지불할 가격 메뉴를 먼저 결정하는 형태이다.

이러한 상황에서 어떻게 하면 효율성에 제고할 수 있을 것인가에 대해 분석한 Tirole과 Laffont의 분석에 의하면<sup>264)</sup> 정부는 계약을 맺는 기업이 스스로의 이윤을 극대화하기 위한 전략을 스스로 선택하도록 가격 메뉴를 제시하고 기업이 선택한 형태에 따라 계약을 하는 형태로 전환을 하면 효율성을 제고할 수 있음을 이론적으로 제시하고 있다. 즉, 하나의 가격만이 아니라 몇 가지의 선택을 가능하게 하고, 그 가운데 하나를 선택하여 계약형태로 집

264) 이와 관련해서는 Laffont과 Tirole이 분석을 하였으나, 본고는 강희우(2014)의 논문을 참고로 하여 작성하였음

행을 하게 되면 효율성을 제고할 수 있다는 것이다. 아울러 계약의 형태로 사업을 추진하는 경우, 지금까지 문제로 지적되고 있는 사후관리의 문제가 어느 정도 해결될 수 있다. 즉, 국가는 보조금을 지급하고 끝나는 것이 아니라 보조금이 적정하게 집행되도록 관리할 책임까지 질 필요가 발생하게 되는 것이다.

문제는 국고보조금과 같은 행정행위를 계약의 형태로 추진할 수 있는 가하는 점이다. 우리나라의 국고보조금을 규정하고 있는 「보조금 관리에 관한 법률」에서 보조금지급과 관련하여 보조금교부신청<sup>265)</sup>과 보조금교부결정<sup>266)</sup>이라는 수익적 행위가 행정행위의 법형식과 절차를 사용하도록 하고 있다. 이처럼 기본적으로 보조금지급과 관련해서는 ‘행정행위’의 법형식이 사용되고 있다. 그러나 우리나라의 경우에도 보조금 교부결정을 함에 있어서 조건을 붙일 수 있도록 되어 있기 때문에<sup>267)</sup> 계약의 형식에 의한 부관을 부가할 수 있는 가능성을 열어두고 있어<sup>268)</sup> 계약을 통한 국고보조금 업무의 수행이 법적으로 불가능한 것은 아닌 것으로 판단된다.

한편 보조금지급과 관련하여 계약방식이 활용될 경우에는 국가계약법이 적용되는지가 문제된다. 국가계약법 제3조에서는 “국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 규정하고 있으므로 보조금지급과 관련하여 법률에 특별한 규정이 있지 않는 한 국가계약법이 적용되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 보다 구체적으로 들어가서 보조금지급과 관련한 계약에 대해서 어느 부분까지는 국가계약법의 적용을 받고, 어느 부분은 개별법령의 적용을 받는지가 그렇게 명확하지는 않다.<sup>269)</sup>

행정행위를 행정계약으로 추진할 경우, 원칙적으로는 모든 행정행위가 행정계약의 대상이 될 수는 있으나 효율성보다 우선하여 행정이 반드시 제공하여야 할 기본적인 사항은 계약보다는 행정행위를 통해 제공되어야 할 것이다. 따라서 국고보조금을 계약형태로 추진한다고 하더라도, 전 국민이 기본적으로 누려야할 기본권 권리에 관한 항목이 아닌 항목에, 다수의 공급자가 있어 경쟁의 원리를 도입할 수 있는 부문에 한정하여 도입하는 것이 바람직하다 하겠다.

해외에서도 이미 행정행위를 행정계약으로 전환하는 경우가 많은데 미국의 경우, 조달과

---

265) 보조금법 제16조

266) 보조금법 제17조

267) 보조금법 제18조

268) 임현 외 (2014), p. 85

269) 상계서, p. 85

보조금을 계약을 통해 수행하는 대표적인 경우라고 할 수 있으며<sup>270)</sup>, 영국의 경우도 행정조직 외부의 기업과 일반 시민에 대한 관계에서 뿐 아니라 행정조직 내부의 개혁을 위해서도 계약 형식이 활용되고 있다.<sup>271)</sup>

## 마. 제도개선방안

국가가 수행해야 할 일을 지방정부나 민간에게 수행을 위탁하고, 위탁한 업무의 원활한 수행을 위해 지불하는 국고보조사업은 최근 복지에 대한 수요 증가를 배경으로 그 규모가 계속 확대되고 있다. 특히 국고보조사업이 사업 목적 달성여부와 관계없이 규모와 사업 수가 지속적으로 증가하고 있다는 점과, 일단 도입되면 기득권화하여 축소나 폐지가 어렵다는 점 등으로 인해 중앙정부나 지방정부의 재정건전성을 위협하는 요인으로 주목을 받고 있다.

이에 기획재정부는 비효율성이 높은 국고보조사업에 대한 폐지를 포함한 사업방식의 변경을 통한 효율화를 꾀하기 위해 2011년부터 국고보조사업에 대한 평가를 실시하고 있다. 본 절에서는 2011년부터 2013년까지의 국고보조금 운영평가 결과를 이용하여, 국고보조금의 현황과 국고보조금 운영평가에 대한 성과를 실증적으로 살펴보았다. 본 연구의 주요 결론을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 국고보조사업의 규모는 매년 확대되고 있으나, 국고보조사업이 추구하는 본연의 목적을 달성하는 사업의 비율은 매년 줄어들고 있다. 즉, 국고보조사업의 성과가 매년 낮아지고 있다.

둘째, 국고보조사업 중 민간에 위탁하는 민간보조사업의 비중이 증가하고 있으며, 이에 대한 보조율도 커지고 있으나, 사업성과는 민간보조사업이 지자체보조사업보다 낮은 것으로 나타나고 있다. 아울러, 자본보조금과 경상보조금의 성과를 보면 자본보조금이 경상보조금보다 성과가 높은 것으로 나타나고 있다. 현재 국고보조금 유형 가운데 규모나 사업수에서 가장 급속한 성장을 보이고 있는 유형이 민간경상보조사업이라는 것을 감안하면, 민간경상보조사업의 효율성을 제고하는 것이 전체 국고보조사업의 효율성을 제고하는데 중요한 요인임을 알 수 있다.

셋째, 국고보조율과 국고보조사업의 성과사이에는 통계적으로 유의한 상관을 발견할 수 없었다.

이상의 결과를 바탕으로 국고보조금이 현재보다 더욱 엄정하고 효율적으로 운영되기 위

270) 임현 외(2014) 제4장 참조

271) 상계서, p. 57

한 방안을 모색해보면 다음과 같다.

첫째, 현재 시행되고 있는 국고보조금 운영평가 대상사업 수를 증대시켜야 한다. 2011년부터 2013년까지 매년 약 300개 정도의 사업을 대상으로 평가를 실시하고 있으나, 전체 국고보조금 사업이 2,000여개이므로 평가대상에서 제외되는 사업을 고려한다고 하더라도, 전체 대상사업의 1/6~1/7 만을 평가 대상사업으로 하면 국고보조금 운영평가가 의도한 본래의 취지를 충분히 살리지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 물론 매년 평가를 하게 되면 평가에 따른 피로도도 증대할 것으로 예상되나, 평가대상으로 선정된 것이 운적인 요소가 많으며, 한 번 평가대상에서 제외되면 향후 3년간은 평가대상에서 벗어나게 된다고 여기면 도덕적 해이가 발생할 가능성이 있으며, 이는 국고보조금 사업의 비효율적 운영으로 이어질 수 있다. 따라서 예산을 비롯한 여러 제약이 있을 수 있으나, 최소한 3년에 한 번 정도는 모든 보조금 사업이 평가를 받을 수 있도록 매년 600~700개의 정도로 대상사업을 증대시키는 것이 바람직하다 하겠다.

둘째, 국고보조금 집행 형태에 계약방식을 도입하는 것을 고려할 수 있다. 현재 전 국민에게 필요로 하는 기본적인 서비스를 제공한다는 의미에서 국고보조금이 행정행위로 수행되고 있다. 그러나 현재와 같이 국고보조금에 관한 예산안이 확정과 동시에 사업규모도 확정되고, 확정된 금액을 지급하는 형태의 국고보조금 운영은 경쟁적 요인을 배제하는 결과를 초래하여 국고보조금의 비효율성을 야기하며, 국고보조금 사업이 기득권화 하는 등의 문제점을 노출하고 있다. 따라서 이제는 사업 시행주체인 국가와 집행자 사이에 정보의 비대칭이 심하지 않고, 사업 집행자가 다수 존재하여 경쟁의 원리를 적용시킬 수 있는 분야에 대해서는 국고보조금 운영방식을 계약의 형태로 전환하여 효율성을 제고하는 방안을 모색해야 할 시점이라고 여겨진다.

현재 우리나라의 국고보조금을 규정하고 있는 '보조금 관리에 관한 법률'에도 계약에 의한 집행을 위한 가능성을 열어두고 있어 특별한 법률의 개정을 수반하지 않고서도 가능한 형태임을 고려할 때 계약형태에 의한 국고보조금의 운영 방안 도입에 대해 심각하게 고민을 해야 할 필요가 있다 하겠다.

셋째, 국고보조금 사업, 특히 민간 보조 사업에 대한 성과관리체계의 구축이 필요하다. 현재 대부분의 민간보조금 사업은 지자체에서 민간에게 위탁을 하는 형태로 진행되고 있으나, 위탁을 한 후에 모니터링을 비롯한 사업결과의 점검 등 사후관리를 위한 체계를 갖추고 있지 않다. 관리체계의 미비는 비효율적인 운영으로 이어질 가능성이 높으므로 사후관리를 포함한 성과관리체계의 구축이 필요하다.

---

## V. 결론 및 정책 제언

---

### 1. 법 개정 사항

#### 가. 행정절차법

우리나라 행정절차법은 국민의 행정에 대한 참여를 중심으로 규정되어 있다.

〈표 V-1〉 현행 행정절차법의 구성

제1장 총칙	제1절 목적, 정의 등
	제2절 행정청의 관할 및 협조
	제3절 당사자 등
	제4절 송달 및 기한·기간 등 특례
제2장 처분	제1절 통칙
	제2절 의견 제출 및 청문
	제3절 공청회
제3장 신고	
제4장 행정상 입법예고	
제5장 행정 예고	
제6장 행정 지도	
제7장 국민 참여의 확대	
제8장 보칙	

한편 국가를 당사자로 하는 계약의 경우에는 정부 조달에 대한 입찰의 절차를 규정하고 있을 뿐이다. 이에 독일의 경우처럼 행정 계약에 관한 규정을 정비할 필요가 있다. 즉 개별

법에서 근거를 두고 운영하더라도 기본법으로서의 기준을 설정하는 것이다. 이럴 경우 ‘제7장 국민 참여의 확대’ 다음에 규정할 수 있다.

#### 제8장 행정 계약 방식의 활성화

제54조 행정 행위는 계약을 통해 수행할 수 있다. 이때 국가나 지방자치단체와의 계약 당사자는 공공기관을 포함하여 민간이 될 수 있다.

제54조 계약은 공정성과 효율성을 유지하도록 하는 절차를 구비하여야 한다.

제55조 계약의 내용에는 대상, 조건, 이행 확보 방안, 미이행시 제재 방식 등을 자세하게 규정하여야 한다.

제56조 계약에 의한 행정 행위의 경우에는 모든 내용을 공개하여야 한다.

### 나. 민간위탁을 위한 법률 개정

현재 민간위탁을 수행하기 위한 법적 근거로는 정부조직법, 행정업무의 위탁에 관한 규정, 지방자치법, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 등이 있다. 그러나 이러한 민간위탁 방식은 현재 특정인을 지정하고 수의 계약 방식으로 진행하고 있다.

이에 위탁의 범위를 확대하고 공공기관이나 협회 등과의 수의 계약 방식이 아니라 보다 경쟁적이고 신속적인 민간 위탁을 위해 민간위탁에 관한 특별법을 제정하는 것도 필요하다. 이럴 경우 다음과 같은 내용이 포함되어져야 할 것이다.

#### » 민간위탁특별법의 제정

- ① 위탁대상 기능/서비스의 선정기준 및 방식
- ② 위탁시행에 대한 절차 및 방식
- ③ 기관 내 위탁사업에 대한 관리주체 및 관리방식
- ④ 위탁사업의 수행과정에서 제기되는 법적책임의 소재

### 다. 공공기관 운영에 관한 법률

현행 법제에서도 제31조 내지 48조에 근거하여 기관장의 경우에는 경영 협약을 체결하고, 이에 근거한 평가를 하고 있다.

그러나 공공기관의 평가 자체를 경영 협약에 근거한 방식으로 개편할 필요가 있다. 즉 기

관장 평가와 별개로 기관의 평가도 이러한 성과 협약에 근거하여 시행하는 것이다.

**제31조(기관장과의 계약 등)** ① 제25조제1항 및 제26조제1항의 규정에 따른 기관장의 임명과 관련하여 이사회는 기관장이 임기 중 달성하여야 할 구체적 경영목표와 성과급 등에 관한 사항이 포함된 계약안을 작성하여 임원추천위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 기관장은 계약안을 정하는 이사회에 참여할 수 없다.  
② 임원추천위원회는 제1항의 규정에 따라 통보받은 계약안에 대하여 기관장 후보자로 추천하고자 하는 자와 계약 내용과 조건 등을 협의하고, 그 결과를 주무기관의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 임원추천위원회는 기관장 후보자와의 협의를 위하여 필요한 때에는 계약안의 내용이나 조건을 일부 변경할 수 있다.  
③ 주무기관의 장은 제2항의 규정에 따라 협의된 계약안에 따라 기관장으로 임명되는 사람과 계약을 체결하되, 공기업의 장과 계약을 체결하는 경우 미리 기획재정부장관과 협의하여야 한다. 이 경우 주무기관의 장은 기관장으로 임명되는 사람과 협의를 거쳐 계약의 내용이나 조건을 제1항 및 제2항의 규정에 따른 계약안과 달리 정할 수 있다.(개정 2008.2.29.)  
④ 기관장과 주무기관의 장은 제3항의 규정에 따라 계약을 체결한 후 불가피한 사정이 발생할 때에는 서로 협의하여 계약의 내용이나 조건을 변경할 수 있다. 다만, 주무기관의 장은 공기업의 장과 계약의 내용이나 조건을 변경하는 경우 미리 기획재정부장관과 협의하여야 한다.(개정 2008.2.29.)

**제46조(경영목표의 수립)** ① 기관장은 사업내용과 경영환경, 제31조제3항 및 제4항의 규정에 따라 체결한 계약의 내용 등을 고려하여 다음 연도를 포함한 5회계연도 이상의 중장기 경영목표를 설정하고, 이사회의 의결을 거쳐 확정된 후 매년 10월 31일까지 기획재정부장관과 주무기관의 장에게 제출하여야 한다.(개정 2008.2.29., 2010.5.17.)

**제48조(경영실적 평가)** ① 기획재정부장관은 제31조제3항 및 제4항의 규정에 따른 계약의 이행에 관한 보고서, 제46조의 규정에 따른 경영목표와 경영실적보고서를 기초로 하여 공기업·준정부기관의 경영실적을 평가한다. 다만, 제6조의 규정에 따라 공기업·준정부기관으로 지정(변경지정을 제외한다)된 해에는 경영실적을 평가하지 아니한다.(개정 2008.2.29.)

즉 기관장뿐만 아니라, 공공기관의 평가 자체를 경영 협약에 근거한 방식으로 개편할 필요가 있다. 즉 기관장 평가와 별개로 기관의 평가도 이러한 성과 협약에 근거하여 시행하는 것이다. 이럴 경우 제48조에서 매년 경영 협약을 체결하고 이에 근거하여 경영평가를 실시하는 것으로 개편할 수 있다.

그리고 나아가 평가를 경영평가단에서 일률적으로 수행할 것이 아니라, 개별 공공기관의 이사회에서 자체 평가를 실시하고, 그 다음에 경영평가단에서 상위 평가 또는 메타 평가를 실시하는 방안을 모색할 수도 있다.

〈공공기관 운영에 관한 법률 개편안〉

**제46조(경영목표의 수립)** ① 기관장은 사업내용과 경영환경, 제31조제3항 및 제4항의 규정에 따라 체결한 계약의 내용 등을 고려하여 다음 연도를 포함한 5회계연도 이상의 중장기 경영목표를 설정하고, 이 사회의 의결을 거쳐 확정한다. ②확정된 경영 목표는 확정된 후 매년 10월 31일까지 기획재정부장관과 주무기관의 장과 협약 방식으로 체결한다.

**제48조(경영실적 평가)** ① 기획재정부장관은 제31조제3항 및 제4항의 규정에 따른 계약의 이행에 관한 보고서, 제46조의 규정에 따른 경영목표와 경영실적보고서를 기초로 하여 공기업·준정부기관의 경영실적을 평가한다. 다만, 제6조의 규정에 따라 공기업·준정부기관으로 지정(변경지정을 제외한다)된 해에는 경영실적을 평가하지 아니한다. <개정 2008.2.29.>  
②필요에 따라 개별 공공기관의 이사회에서 우선 자체 평가를 실시하고 그 결과에 대해 기획재정부 장관이 상위 평가를 실시할 수 있다. 구체적인 대상의 기준은 대통령령으로 정한다

라. 보조금의 관리에 관한 법률

현행 보조금 관리에 관한 법률을 보면 전형적인 상하 관계를 설정하고 있다.

**제26조(보조사업의 수행명령)** ① 중앙관서의 장은 보조사업자가 법령, 보조금 교부 결정의 내용 또는 법령에 따른 중앙관서의 장의 처분에 따라 보조사업을 수행하지 아니한다고 인정할 때에는 그 보조사업자에게 보조사업 수행에 필요한 명령을 할 수 있다. ② 중앙관서의 장은 보조사업자가 제1항의 명령을 위반하였을 때에는 그 보조사업의 수행을 일시 정지시킬 수 있다.

**제28조(보조금의 금액 확정)** ① 중앙관서의 장은 제27조에 따라 보조사업자로부터 보조사업실적보고서를 받으면 그 보조사업의 실적이 법령, 보조금 교부 결정의 내용 또는 법령에 따른 중앙관서의 장의 처분에 적합한 것인지를 심사하여야 한다. 이 경우 필요하다고 인정되면 현지조사를 하여야 한다. ② 중앙관서의 장은 제1항의 심사 결과 보조사업의 실적이 제1항의 심사기준에 적합하다고 인정될 때에는 교부하여야 할 보조금의 금액을 확정하여 그 보조사업자에게 통지하여야 한다.

이에 이러한 관계를 협약에 의한 방식으로 수행할 수 있는 근거 조항을 마련할 필요가 있다.

제26조(보조사업의 수행명령)

**제26조의 2(협약에 의한 보조사업)** ③ 보조금 사업과 관련하여 국가는 민간과 협약을 통해 사업을 수행할 수 있다. 이때 보조금 사업의 내역, 규모, 성과 지표, 모니터링 방식, 협약 미이행시의 통제 방식 등에 대하여 구체적인 내용을 포함하여야 한다.

이럴 경우 국가사무와 지방사무의 구분에서 위임사무를 없애는 것과 연계하여 생각할 수 있다. 위임사무는 위에서 아래로 지시하는 사무인 반면, 위탁은 수평적 관계이다. 즉 국가와 지방의 사무배분에서 위탁의 개념이 도입된다면 이는 수평적 계약 관계를 설정하는 논거가 될 것이다.

## 2. 정책적 시사점

‘행정주체와 국민 사이 또는 행정주체 상호간에 직접 또는 간접으로 행정목적 수행하기 위해 이루어지는 합의’를 의미하는 행정계약의 개념은 공사법의 엄격한 구별을 전제하지 않은 미국의 정부계약이나 영국의 계약에 의한 행정에 가까운 개념이라고 할 수 있다.

우리의 실정법 질서는 공사법의 이원적 구별을 제도적으로 유지하고 있고, 공법상 계약과 사법상 계약은 그 적용법규나 법 원리에 차이가 있으며, 양자에 각각 적용되는 공법상 당사자소송과 민사소송도 여러 가지 면에서 차이를 갖는다. 그럼에도 경직적인 법률의 방식에 의한 행정행위가 아니라, 다양한 방식을 신축적으로 활용하기 위해 협약 방식을 광범위하게 도입할 필요가 있다. 특히 보조금 방식, 공공기관 평가 등 성과 평가 방식, 민간 위탁 등의 분야에 필요성이 매우 크다. 이를 위해서는 기획재정부, 행정자치부, 조달청 등에서의 적극적이고 전향적인 자세가 필요하다.

다만 협약 방식은 대등한 당사자의 관계이기 때문에 정부로서는 충분한 정보를 확보하고 이를 관리할 수 있는 능력이 개발되어야 한다. 종전에 법률 방식은 정부가 기준을 정하기 때문에 민간에서 정보가 부족한 경우가 발생했다. 그러나 협약 방식은 상호 협상이기 때문에 정부의 정보가 부족한 경우에는 역의 정보 비대칭이 발생할 수 있다. 무엇보다 국회의 심의를 받은 법률이 아니라, 협상 방식에 의해 신축적으로 행정행위를 수행하는 경우 극히로부터의 통제를 어떻게 확보할 것인가도 중요한 과제이다.

이에 행정계약은 전형적인 공행정작용과 순수한 사법상 계약의 중간영역에 해당하는 행정의 행위형식으로서, ‘계약’으로서의 장점과 ‘행정’계약으로서의 공공성과 효율성이 담보될 수 있는 특별한 취급이 필요할 것이다.

---

## 참고자료

---

- 강희우, '장 티롤(Jean Tirole)교수의 시장규제이론', 한국조세재정연구원 내부자료, 2014.  
국회사무처, 국회본회의 회의록(제170회- 제19차)
- 김남진, 행정법 I, 서울: 법문사, 2002.
- 김대인, 우리나라 행정계약법의 발전사: 산업화, 민주화, 세계화의 역사적 맥락에서, 공법학 연구, 9(2), 2008, pp. 25~43.  
\_\_\_\_\_, 행정계약법의 이해, 서울: 경인출판사, 2007.
- 김성일, 우리나라 건설공사 입찰·계약제도의 변화과정, 건설경제 23, 1999, pp. 12~26.
- 김성주, 『사회복지분야 국고보조금의 개선방안』, 한국지방행정연구원, 2013.
- 김정훈·공동성, 『국고보조사업 평가제도의 발전방안에 대한 연구』, 연구보고서 12-11, 한국조세연구원, 2012.
- 김충묵강민규, 고보조금제도의 문제점과 개선방안, 『토지공법연구』 제43집 제2호, 2009.
- 박우열, 일본의 발주자 사업비 관리 및 실적공사비 활용실태 조사, 한국건설산업연구원 연구보고서, 2006.
- 박재윤, 행정행위의 부관에 관한 분쟁유형별 고찰, 행정법연구, 38, 2014, pp. 25~47.
- 배인명, '지방세 확대에 따른 국고보조금 제도의 개선방안', 『지방재정』, 한국지방재정공제회, 2013.
- 법제연구원, 행정권한의 민간위탁의 범위와 사후관리 방안에 관한 연구, 2007.
- 법제처, 국가법령정보센터, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률
- 법제처, 국가법령정보센터, 예산회계법.
- 서원우, 행정행위의 부관론에 대한 재검토, 고시계, 1985.
- 송상훈, '국고보조금제도가 변해야 재정이 산다', 『이슈&진단』 No.122, 경기개발연구원, 2013.
- 옥동석, '거래비용경제학과 공공기관', 한국조세재정연구원, 2012.
- 옥동석·이상호·김현아, 민간투자법 이후의 민간유치의 기본과제, 한국건설산업연구원 연구보고서, 2000.
- 이유섭, 계약제도의 변천(1), 대한토목학회지, 62(3), 2014, pp. 70~75.  
, 계약제도의 변천(2), 대한토목학회지, 62(5), 2014. pp. 97~101.

- 임성일, '국고보조금제도의 과제와 개선방향', 『지방재정』, 한국지방재정공제회, 2012.
- 임현 · 김대인 · 이현수 · 전훈, 『정책수단으로서의 계약제도 관련 외국사례조사: 영국, 미국, 프랑스, 독일을 중심으로』, 한국조세연구원, 2014.
- 정주환 외, 법정민간단체 정비 방안, 법제처 용역보고서, 2008.
- 정해방, '국고보조금의 법적 성격과 집행의 실효성확보 강화방안에 대한 고찰', 『일감법학』, 건국대학교 법학연구소, 2011.
- 진 훈, 공법상 계약화현상과 한국에서의 행정계약, 공법학연구, 7(5), 2006, pp. 249~275.
- 한국조세재정연구원, 독일 행정법학자 전문가 인터뷰자료, 2014
- 홍근석, '지방정부의 재정지출에 대한 국고보조금의 영향분석: Fungibility 가설을 중심으로', 『한국정책학회 춘계학술발표논문집』, 한국정책학회, 2010.