

生存配慮領域에서의 民官協力과 公法的 問題*

- 특히 公共水道의 民營化를 中心으로 -

정 남 철**

차 례

- I. 論議의 基礎
- II. 民營化의 歷史的 變遷과 現況
- III. 水道事業 民營化의 憲法的 限界
- IV. 水道事業 民營化의 法的 問題
- V. 實踐의 代案으로서 民官協力(PPP)의 活用可能性
- VI. 結 語

[국문초록]

최근 민영화를 통한 생존배려가 허용되는지, 또는 허용되는 경우 어느 정도의 범위에서 가능한지 등이 다투어지고 있다. 특히 생존배려의 민영화가 헌법적으로 허용되는지 여부도 활발히 논의되고 있다. 공적 과제의 민영화는 점차 요구되고 있고, 오늘날도 여전히 현안이다. 생존배려영역의 실질적 민영화는 허용되기 어렵지만, 형식적 또는 기능적 민영화는 가능할 수 있다. 우리 헌법에는 민영화를 전면적으로 금지하는 규정을 두고 있지 않다. 수도민영화도 뜨거운 논란의 대상이다. 비록 형식적 또는 기능적 민영화에 법률상 수권이 반드시 필요한 것은 아니나, 행정의 법률적합성 원칙의 측면에서 수도민영화에 대한 법률적 근거는 이미 존재한다. 공공수도사업은 지방자치단체의 사무라는 것이 지배적 견해이다. 따라서 수

* 이 논문은 2009년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2009-332-B00514).

** 숙명여자대학교 법과대학 부교수

도시업의 민영화와 자유화가 헌법상 지방자치제도에 위배되는지도 문제가 될 수 있다. 보장책임은 국가에 있다. 수도권민영화가 필요하다고 보나, 신중할 필요가 있다. 수도권민영화는 수질개선에 기여할 수 있으며, 환경보전에도 도움이 될 수 있다. 수도권민영화를 위해 민관협력, 특히 협력모델은 고려할 만하다. 다만 수도요금의 인상은 소위 요금상한규제를 통해 통제되어야 한다.

I. 論議의 基礎

1. 生存配慮와 ‘私法’ 形式에 의한 行政

기후변화(climate change)와 에너지(energy)의 문제는 21세기 현대국가의 시대적 과제이다. 특히 지구의 평균기온이 상승하면서 기후에도 심각한 변화를 초래하고 있다. 지구온난화로 인해 기상이변, 폭우나 홍수, 그리고 장기적인 가뭄 등의 현상이 점차 늘고 있다. 뉴욕타임스(New York Times)의 칼럼니스트인 프리드먼(Thomas L. Friedman)은 당면한 새로운 시대를 “에너지기후시대”(Energy-Climate-Era)라고 부르고 있다.¹⁾ 오늘날 환경보전의 문제는 국가에 의해서만 해결될 수는 없다. 특히 만성적인 재정적자나 부채를 가진 국가에게는 환경문제는 우선적인 과제가 아니다. 따라서 환경문제의 해결을 위해 국가와 사회 또는 경제와의 협력이 강조될 필요가 있다. 이를 ‘협동의 원칙’(Kooperationsprinzip)이라고 한다.²⁾

먼저 생존배려와 관련된 분야의 민영화가 환경보전에 기여할 수 있는지 여부가 문제된다. 레이건 행정부에서 주택 및 도시개발부(Department of Housing and Urban Development) 차관보를 지낸 Emanuel S. Savas 교수는 공적 과제를 민간부문(환경

1) 토머스 프리드먼, 왕윤중 감수, 최정임·이영민 역, 「코드 그린(Code Green): 뜨겁고 평평하고 붐비는 세계」, 21세기북스, 2008, 49, 74면 참조.

2) 拙稿, “환경법상 협동의 원칙”, 「환경법연구」, 제25권 제1호, 2003. 09, 375면 이하 참조. 한편, 民官協力(일본에서는 이를 公私協働이라고 한다)을 “公共善 實現過程의 非集權化”라고 보는 견해도 있다. 山本隆司, 公私協働の法構造, 公法學の法と政策(金子宏先生古稀祝賀論文集), 下卷, 2009. 9, 531頁 이하 참조.

단체)에 위탁하여 수행하는 방식이 환경보전에도 기여할 수 있다고 보았다.³⁾ 독일에서도 지방자치단체가 운영해 온 폐기물, 폐수처리 그리고 수도공급 등의 사무를 민영화하는 것에 대해 적극적으로 논의하고 있다.⁴⁾ 오늘날 민영화에 의한 공적과제의 수행은 더 이상 낯선 현상이 아니다. 이미 주요선진국에서 민영화는 공공정책과 관련하여 주요한 話題가 되어 왔었다. 특히 전기·통신·우편·수도 등과 같이 생존배려와 관련된 급부행정은 전통적으로 국가의 독점적인 영역이었다. 이러한 영역에서는 사회국가원리, 보충성의 원칙, 법률유보원칙, 평등원칙 등 급부행정의 기본원리가 지배하였고, 대체로 공기업에 의해 운영되는 특징을 보여 주었다. 즉 국가·공공단체와 같은 행정주체도 공기업을 설립하여 공공복리에 기여하면서도 법률상의 독점적인 지위를 바탕으로 영리성 내지 수익성을 도모하였다. 이러한 공기업은 독점권 이외에도 공용부담특권(수도법 제60조), 경제상의 특권(비과세·면세 및 국·공유재산의 무상이용 등), 행정간제권 등을 가졌다. 물론 이러한 공기업의 특권에 대해서는 다양한 행정적·재정적 감독 내지 통제가 수반되었다. 그럼에도 불구하고 공기업의 독점은 종종 ‘시장실패’(market failure)의 요인이 되었다. 이러한 시장실패는 정부의 규제(regulation)를 필연적으로 요구하게 되었고, 또한 이를 정당화시켰다. 그러나 정부규제를 통한 공기업 운영은 한편으로 사회기반시설에 대한 투자와 같이 공공복리 내지 공익에 기여하는 측면도 있었으나, 다른 한편으로 방만하고 비효율적인 투자와 운영으로 국가의 부채를 증가시켰다. 이와 같이 정부의 규제는 자원의 낭비와 비효율을 가져오는 ‘정부의 실패’(government failure)를 초래하였다. 그러나 1980년대에 들어서서 미국·영국을 중심으로 ‘新自由主義’(new liberalism), ‘世界化’(globalization)가 새로운 潮流를 형성하여 자유와 경쟁을 강조하는 시장지상주의가 다시 중시되었다. 그 구체적 정책방안으로 작은 정부, 규제완화, 그리고 공기업의 민영화 등이 거론되었다.⁵⁾ 이러한 영향으로 각국에서는 공기업의 민영화가 확산되었고, 우리의 경우에도 예외가 아니다. 한국통신(KT)은 1981년 체신부에서 분리된 후, 2002년 민영화되었다. 전기, 철도, 수도 등의 공기업 민영화도 논의 중에 있다.

3) E. S. Savas, *Privatization and Public Private Partnerships*, 2000, S. 315.

4) Rainer Wahl, in: Gusy (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien—Grenzen—Folgen*, 1998, S. 260ff.

5) 조순·정운찬·전성인·김영식(共著), 「경제학원론 제8판」, 을곡출판사, 2009, 28—30면.

재정적자, 국제경쟁력의 강화 등의 이유에서 사경제주체(사인, 사기업 등)가 행정주체를 대신해서 전통적인 국가임무를 수행할 필요성이 점차 높아지고 있다. 오늘날 公法과 私法이 교착하거나, 공법의 영역에 私法이 침투하는 모습을 목격할 수 있다. 이에 대해 공·사법의 구별을 비판하는 견해는 ‘公法の 私法化’(Privatisierung des öffentlichen Rechts)⁶⁾에서 ‘私的 國家’(Privater Staat)로 전개되고 있다고 평가하고 있다.⁷⁾ 그러나 사인에 의한 공적 과제의 수행, 민영화의 확대현상 등을 두고 공·사법이원론의 부정, 公法の 終焉 등으로 논리비약을 하기는 이르다. 이와 같이 행정활동을 ‘私法’의 형식을 차용하여 수행하는 것을 독일에서는 일찍이 ‘行政私法’(Verwaltungsprivatrecht)이라고 부르고 있다. 행정사법은 Hans Julius Wolff에 의해 창안되었다.⁸⁾ 이에 의하면, 행정주체가 사법형식에 의해 공적 과제를 수행하는 경우에도 사적 자치가 완전히 부여되는 것이 아니라 일정한 공법적 구속을 받는다는 것이다.⁹⁾ 예컨대 공공조달은 사법관계로 다루어지고 있으나,¹⁰⁾ 이에 대한 공법적 규제를 완전히 배제하기 어렵다. 수도사업도 지방자치단체가 직접 운영할 수 있지만, 수도사업의 실질적 민영화를 통해 수도사업의 운영을 완전히 사기업에게 맡길 수도 있다. 이 경우 수도사업자와 이용자 사이의 수도이용관계를 순수한 사법관계로 볼 수 있으나, 공법적 규제를 완전히 배제하기 어렵다. 예컨대 수도법 제68조 제1항에 의하면, 수도물의 사용료 미납자에 대해서는 체납처분을 부과할 수 있다. 또한 공적 과제를 국가와 민간조직이 의사결정을 함께 하고 통합적으로 운영하는 것을 ‘거버넌스’(governance)라고 부르고 있다.¹¹⁾ 이와 같이 오늘날의 법률관계는 공법과 사법이 서로 交錯하고 있다고 볼 수 있다.

이와 같이 사법의 형식으로 공법과제를 수행하는 경우 권리구제를 어떠한 소송형

6) 종래 ‘Privatisierung’을 “민영화”로 번역해서 사용하는 것이 일반적이지만, 그 내용에 따라서는 넓은 의미로 “민간화”, “私化” 등으로 번역하는 것이 보다 적합한 경우도 있다. 또한 우리 어법에 맞게 “私法化”로 번역할 수도 있으나, 그 법적 성질을 ‘사법’으로 단정하기 어렵다는 문제점이 있다.

7) W. Leisner, „Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts, S. 34ff.

8) H. J. Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl., S. 108f.; Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3 Rn. 6ff.; Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984.

9) Maurer, a. a. O., § 3 Rn. 9.

10) Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, § 33 Rn. 69 (FN. 271).

11) 전광석, “공공거버넌스와 공법이론: 구조이해와 기능”, 『공법연구』, 제38집 제3호, 2010. 2, 171면.

식으로 제기해야 하는지는 앞으로 행정법도그마틱에 있어서 현안문제가 될 수 있다. 독일에서는 행정사법과 관련하여 소위 '2단계설'(Zwei-Stufen-Theorie)이 주장된 바 있다. 2단계설은 1950년대 Hans Peter Ipsen에 의해 주장된 것이다.¹²⁾ 2단계설에 의하면, 보조금의 지급결정은 행정행위의 성질을 가지나 구체적인 지급내용은 사법계약(예컨대 대부계약)의 형식으로 이루어진다는 것이다.¹³⁾ 2단계설은 법률관계를 정치하게 구분하여 그 법적 성질에 따라 쟁송형식을 선택할 수 있는 장점을 가지나, 하나의 법률관계를 각각 다른 소송형식으로 제기하게 함으로써 모순·충돌하는 판결을 내릴 수 있다는 단점도 가진다. 독일에서도 이러한 2단계설에 대해서 비판적 견해가 유력하다.¹⁴⁾ 특히 연방행정법원은 1970년 '2단계설'의 적용을 거부하였고, 보조금법상의 소송에서 確認의 訴를 허용될 수 있는 유일한 소송유형으로 보았다.¹⁵⁾ 이에 대해 단순행정작용을 대상으로 하는 一般履行(給付)의 訴를 주장하는 견해도 있다.¹⁶⁾ 우리 행정소송법의 경우에 공법상 당사자소송을 통한 해결을 고려해 볼 수 있다. 그러나 '사법' 형식에 의한 행정에 대한 소송형식의 근본적 문제해결을 위해서는 다시 공·사법의 구별문제로 되돌아가야 한다.

2. 論議의 前提로서 公·私法의 區別

공·사법 구별기준에 관한 端初는 로마법으로부터 거슬러 올라간다.¹⁷⁾ 그러나 공법과 사법의 구별은 여전히 어려운 과제이다. 이와 관련하여 공익에 압도적으로 기여하는 법규를 공법이라고 보는 '이익설'(Interessentheorie), 상하관계인지 대등관계인지를 기준으로 하는 '종속설'(Subordinationstheorie) 내지 '주체설'(Subjektstheorie)

12) Hans Peter Ipsen, FS für Wacke, 1972, S. 139ff. ; Rüter, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., § 2 Rdn. 36. m. w. N.

13) Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 41; Schmitt Glaeser/Horn, *Verwaltungsprozessrecht*, Rn. 46.

14) 이에 대한 상세 및 비판적 견해에 대한 문헌소개로는 Maurer, a. a. O., § 17 Rn. 12. m. w. N.

15) BVerwG, DVBl. 1970, 866.

16) Dawin, *Rechtsweg und Klageart bei Verwaltung in privatrechtlichen Formen*, NVwZ 1983, S. 400ff.

17) 즉 Ulpianus가 설파하고 자주 인용되는, “公法은 로마공화국의 질서에 관한 것이고, 私法은 개인의 이익에 관한 것이다”(Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem)라는 法諺이 이를 대변해 주고 있다(Corpus iuris, Dig. 1. 1. 1. 2).

등이 있다. 그러나 이익설은 공익과 사익의 구별이 명확하지 않고 동일한 법규에 공·사익이 중첩되는 경우가 많다는 점에서 너무 진부하다. 또한 중속설 내지 주체설은 사법관계에도 상하관계가 존재하며 공법관계에도 대등관계가 있다는 점에서 타당하지 않다. 오늘날에는 단순히 주체의 문제가 아닌 권리·의무가 ‘高權力’(Hoheitsgewalt)의 주체에게 귀속하는지 여부를 기준으로 삼는 新주체설 내지 귀속설(Subjektionstheorie)이 지배적이다. 이러한 新주체설은 Hans J. Wolff에 의해 창안되었으나, 공·사법의 이원구조를 基底로 하는 독일에서도 유럽법의 영향으로 그 의미가 많이 퇴색되고 있다고 한다.¹⁸⁾

이와 관련하여 우리 행정소송법 제1조의 목적조항, 제2조의 ‘처분’개념에서는 “고권력”이라는 개념 대신 “공권력”라는 용어를 사용하고 있다. 여기에서 사용된 ‘공권력’ 개념은 私法行爲를 행정소송에서 배제하는 중요한 개념적 징표이다. 공법과 사법의 구별실익은 적용되는 법리에서도 차이가 있지만, 행정소송의 형식과 관련하여 보다 실질적인 의미를 가진다. 이와 관련하여 소송실무에서는 사물의 본질이나 특성을 고려하기 보다는 기능론적 또는 방법론적인 관점에서 접근하고 있는 것으로 보인다. 따라서 사물의 본질은 공법의 성질을 가진다고 하여도 소송실무의 특성상 민사소송으로 다루는 경우도 적지 않다. 대표적으로 국가배상소송이 그러하다. 국가배상소송은 학술상 공권설이 유력하나, 민사상 손해배상소송의 특별법으로서 민사소송으로 다루어진다. 또한 환매권의 법적 성질에 대해서는 公權說과 私權說로 대립하고 있으나, 대법원¹⁹⁾과 헌법재판소²⁰⁾ 모두 사권설을 취하고 있다. 환매권은 공공필요를 위한 수용을 당한 후 그 공익성이 소멸되어 다시 자신의 소유권을 돌려달라고 요구하는 것이다. 따라서 그 본질은 공법적 성질을 가짐에도 불구하고, 민사소송으로 처리하고 있는 실정이다. 그러나 이러한 판례의 입장도 점차 변해 사물의 본질이나 특성을 고려하여 공법의 성질을 인정하는 경향을 보이고 있다. 예컨대 손실보상청구권은 종래 민사소송으로 다루어져 왔으나, 오늘날에는 행정소송으로 접근하는 경향을 보이고 있다. 특히 대법원은 판례변경을 통해 구 하천법상 하천구역 편입토지에 대한 손실보상을 공법상 당사자소송으로 제기해야 한다고 판시하였다.²¹⁾ 특히 토지수용에

18) Battis, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., S. 7 참조.

19) 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다4763 판결.

20) 헌재 1994. 2. 24. 92헌마283.

관한 재결에 대해서는 항고소송을, 또는 재결을 원인으로 하는 보상금증감에 관해서는 형식적 당사자소송을 제기할 수 있다. 후자의 경우에 현행법하에서 명시적인 판례는 없으나, 학계의 지배적인 견해를 반영하여 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항을 형식적 당사자소송으로 판단할 필요가 있다. 그리고 판례는 주거이전비보상과 같이 관계 법령의 요건 충족에 의해 보상금이 확정될 수 있는 보상금청구소송은 실질적 당사자소송으로 제기될 수 있다고 보고 있다.²²⁾ 이는 손실보상청구권이 국가배상소송과 달리 공법소송으로 확고하게 자리를 잡고 있음을 보여준다.

그 밖에 대법원은 도시 및 주거환경정비법의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합총회결의 무효확인을 구하는 소송을 민사소송으로 제기한 사안에서, 전원합의체 판결로 민사소송으로 보던 종전의 입장²³⁾을 포기하고 공법상 당사자소송으로 판시하였다. 즉 “관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다”고 보았다.²⁴⁾ 이와 관련하여 대법원은 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 ‘설권적 처분’의 성격을 갖는다고 판시하였다.²⁵⁾ 도시 및 주거환경정비법에 따른 정비사업(주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업)은 도시관리계획을 시행하기 위한 도시계획사업으로서(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제11호), 지방자치단체의 공공사업에 해당하는 정비사업의 시행을 민간사업자에게 이전한 사례로 볼 수 있다. 특별시장·광역시장 또는 시장은

21) 대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 판결.

22) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결.

23) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다13694 판결.

24) 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결.

25) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결.

도시·정비환경정비기본계획을 10년 단위로 수립하여야 하고, 시장·군수는 기본계획에 적합한 범위안에서 정비계획을 수립하여 주민에게 서면통보, 공람 등의 절차를 거친 후 시·도시자에게 정비구역지정을 신청하도록 하고 있다(도시 및 주거환경정비법 제3조, 제4조 참조). 그리고 주택재개발사업이나 재건축사업은 조합이 시행자가 되는 경우가 대부분이다. 판례는 공·사법의 구별기준에 관한 명확한 제시를 하고 있지는 않으나, 정비사업과 관련된 법률관계를 ‘공법’으로 판단하였다는 점에서 의미가 있다. 이러한 판례의 입장들은 ‘사법’의 형식으로 공적 과제를 수행하는 행정작용의 법적 성질을 파악하는 데에 중요한 시사점을 던져주고 있다고 본다.

3. 問題의 提起

우리나라도 1980년대에 들어와서 시중은행을 비롯한 주요 공기업의 민영화를 본격적으로 추진하였고, 2008년에 들어와서도 제3차 공공기관 선진화계획을 발표하는 등 공기업의 민영화를 계속 추진하고 있다.²⁶⁾ 실제 歐美와 일본 등 주요 선진국에서는 민영화가 성공한 사례도 적지 않으나, 부작용 내지 문제점도 부인할 수 없다. 최근 국제적인 금융·경제위기에 직면하여 민영화를 계속적으로 추진하는 것이 바람직한지에 대해서도 진지한 고민을 해야 할 상황이다. 이러한 문제에 대해 경제학적·정책학적인 접근이 깊이 이루어지고 있는 반면, 법학적·규범적인 관점에서는 상대적으로 충분한 논의가 없었다. 최근 정부는 4대강 정비사업의 추진과 관련하여 환경단체의 반대와 비판적 여론에 직면하고 있다. 4대강 정비사업이 수도사업의 민영화와 밀접한 관련이 있다는 지적도 있다. 이러한 정치적 판단이나 논의와 별도로 생존배려영역의 민영화가 어떠한 법적 함의를 가지고 있는지에 대해서는 깊이 있는 성찰이 필요하다.

우선 생존배려의 임무를 사경제의 주체에게 완전히 이전하는 ‘실질적’ 민영화²⁷⁾가

26) 상세는 拙稿, 「민관협력(PPP)에 의한 공적과제수행의 법적 쟁점」, 『공법연구』, 제37집 제2호, 2008. 12, 342면.

27) 민영화는 형식적 민영화, 기능적 민영화 그리고 실질적 민영화로 구분될 수 있다. 형식적(조직적) 민영화는 공적 과제의 수행과 책임을 여전히 행정주체에 맡기고, 행정주체가 설립한 자신의 회사(주식회사나 유한회사 등)에 의해 운영하는 형식이다. 반면 실질적 민영화는 공적 과제의 수행이나 책임까지도 완전히 사경제주체에게 이전하는 방식이다. 한편, 기능적 민영화는 형식적 민영화와 실질적 민영화의 중간단계로서, 보장책임은 여전히 국가에 유보하면서 사인에게 과제수행을 대행시키는 형식

헌법적으로 허용될 수 있는지에 대해 주의할 필요가 있다. 만약 생존배려의 임무를 민영화하는 것이 법적으로 허용된다면, 그 범위와 한계는 무엇인지 등이 검토되어야 한다. 특히 지방자치단체의 공익사업에 해당하는 수도사업을 민영화시키는 것에 어떠한 법적 문제가 있는지를 고찰하고, 현실적 대안으로서 행정주체(공공부문)와 사인(민간부문)의 협력을 통한 최적화의 방안은 무엇인지를 논의할 필요가 있다. 나아가 수도사업 민영화에 대한 행정적 감독은 여전히 필요하나, 어느 정도의 범위에서 유지되어야 하는지도 문제가 된다. 무엇보다 민영화에 대한 사법적 통제도 쉽지 않은 문제이다. 우리 헌법재판소는 군미필자 응시자격제한 위헌확인을 구하는 헌법소원사건에서, 한국방송공사(KBS)의 직원채용공고에서 군미필자의 응시자격을 제한하는 공고는 사법적인 성격을 지니므로 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하지 않는다고 결정하였다.²⁸⁾ 다만, 이 사건의 반대의견(재판관 조대현, 재판관 이동흡, 재판관 목영준)에서 “오늘날 국가기능의 확대 내지 민간화 추세에 따라 국가기관은 아니면서 그 기능의 일부를 대신하거나 공익적 업무를 수행하는 공공기관 내지 공법인이 늘어나고 있다”고 전제하면서, 이미 채용된 직원의 근무관계는 사법관계에 해당하지만 이 사건 공고처럼 일반법원에 채용공고의 무효확인소송을 제기하거나 집행정지신청을 통해 권리구제를 받을 수 없는 경우에는 이 사건 공고를 공권력 행사에 준하는 것으로 보아 본안판단에 들어가야 한다고 보고 있다. 이와 같이 공법영역의 ‘민간화’ 내지 ‘私(法)化’ 등은 점차 새로운 법적 쟁점으로 부상하고 있다.

따라서 이하에서는 현재 진행되고 있는 민영화의 추진현황과 주요 선진국의 민영화 추진사례를 고찰하고(Ⅱ.), 민영화에 의한 생존배려의 실현이 사회국가원리, 법치국가원리 및 민주주의원리 그리고 지방자치제도의 관점에서 헌법적으로 정당화될 수 있는지의 문제를 먼저 살펴보도록 한다(Ⅲ.). 또한 지방자치단체의 사무에 해당하는 수도사업을 민영화시키는 것과 관련하여, 그 법적 근거와 한계 등 법적 문제점을 다각적으로 검토하도록 한다(Ⅳ.). 마지막으로 수도사업 민영화를 위한 실천적 대안으로서 행정주체와 사인의 협력적 수단으로 이루어지는 기능적 민영화, 즉 ‘민관협력’(PPP, Public-Private Partnerships)의 활용가능성을 검토하기로 한다(Ⅴ.).

이다. 이에 대해서는 拙稿, 전계논문(각주 26), 344-348면 참조.

28) 헌재 2006. 11. 30. 2005헌마855.

II. 民營化의 歷史的 變遷과 現況

1. 主要 先進國의 民營化 現況

1970년에 시작된 민영화의 흐름은 미국과 서유럽을 비롯하여, 전 세계로 급속히 확산되었다. 1977-2004년 국제거래나 수입을 기준으로, 서유럽의 민영화는 전 지구 수익 중 48%에 이르러 선두를 달리고 있다. 그 뒤를 아시아가 24%, 라틴 아메리카가 11%, 오세아니아가 7%, 그리고 구 소비에트연방이 6%를 차지하고 있다.²⁹⁾ 이하에서는 주요 선진국의 민영화 현황을 살펴보기로 한다.

(1) 美國

미국에서 민영화의 사상적 기초는 경제학자 밀턴 프리드먼(Milton Friedman)에서 찾고 있다. 프리드먼은 대표적인 통화주의자(monetarist)였으며, 시장기구의 효율성을 신뢰하고 정부개입에 반대하였다. 그러나 '민영화'의 개념은 오스트리아 태생의 형가리계 경영학자인 피터 드러커(Peter F. Drucker)가 '재민영화하다'(reprivatize)라는 용어를 사용한 것에 비롯되었다고 한다.³⁰⁾ 이러한 민영화는 사람들의 수요를 충족시키기 위해 정부부문보다는 민간부문에 보다 의존하는 것으로 이해되었다.

특히 뉴욕시립대의 E. S. Savas 교수도 1970년 초에 市財政의 효율성을 위해 시정부의 독점사업인 공공서비스의 일부를 민영화할 것을 제안하였고, 1980년대에 들어와서 전국적으로 확산되었다. 그리고 1990년대 중반에 국가와 지방의 공공서비스 민영화가 보편화되었다.³¹⁾ 민영화의 수단으로는 민관협력(public-private partnerships), 민간위탁(contracting out), 非國有化(denationalization), 사업철수(divestment) 등이 고려되고 있다.³²⁾ 특히 민관협력은 부분적으로 또는 전통적으로 공적 활동에 의해 수행

29) Bernardo Bortolotti and Valentina Milella, *Privatization in Western Europe*, Privatization: Success and Failures (Gérald Roland, ed.), 33-34.

30) E. S. Savas, op. cit. supra note 3, at 15.

31) Id. at 15-16.

32) Id. at 125-26.

되던 것을 민간부문에 의해 수행하는 “정부와 민간부문 사이의 조합”(arrangement between a government and the private sector)으로 이해하고 있다.³³⁾ Savas 교수는 이러한 민관협력이 국민들의 수요를 충족시킬 수 있는 교통, 수도공급, 통신, 전기시스템 등 인프라개발을 위해 민간부문으로부터 자금조달을 할 수 있다는 장점을 가진다고 보았다.³⁴⁾

(2) 英國

영국에서는 보수당의 Margaret Thatcher 수상이 본격적으로 민영화 운동을 전개하였다. 즉 국영기업의 매각에 의한 민영화와 非國有化 정책을 추진하였다. 영국항공(British Airway)은 이미 1974년 9월 노동당 정부시절 국영화되었다. 영국의 민영화는 1979년부터 시작되어 1990년대에 절정을 이룬다. 이러한 영국의 민영화는 유럽 전역으로 확산되었다. 영국에서는 1979년 석유사업(British Petroleum), 1981년 항공우주사업(British Aerospace), 1982년 국영화물운송사업(National Freight Corporation), 1984년 자동차사업(Jaguar), 1984년 통신사업(British Telecom), 1986년 가스사업(British Gas), 1987년 항공사업(British Airways), 1989년 水道事業, 그리고 1990년 전기사업 등을 민영화하였다.³⁵⁾

특히 수도민영화는 Thatcher 수상에 의해 주도되었고, 세계 최초로 이루어진 것이었다. 수도민영화는 투자를 유치하여 많은 수익을 올리고 수질향상을 가져왔으나, 높은 요금인상으로 논란이 되었다.

(3) 獨逸

독일의 대표적인 민영화사례는 철도사업과 우정사업을 들 수 있다. 철도사업은 1994년 민영화되어, 독일연방철도(Deutsche Bundesbahn)와 독일제국철도(Deutsche Reichsbahn)가 독일철도주식회사(Deutsche Bahn AG)로 통합되었다. 독일연방우정

33) Id. at 4.

34) Id. at 258.

35) Id. at 15.

국(Deutsche Bundespost)은 1995년 제2차 우정개혁(Postreform II)에 의해 민영화되었다. 독일연방우정국은 현재 (주)도이체포스트(Deutsche Post AG), (주)도이체텔레콤(Deutsche Telekom AG) 및 (주)도이체포스트뱅크(Deutsche Postbank AG)로 나누어졌다.³⁶⁾ 독일기본법 제87e조 제3항, 제87f조 제2항에는 사법형식에 의한 운영, 즉 민영화의 근거를 명시하고 있다. 독일에서는 유럽법의 영향으로 수도사업의 민영화와 자유화가 논의되고 있다.³⁷⁾ 특히 베를린 수도사업의 부분민영화를 계기로 수도사업 민영화에 관한 논의는 더욱 활발히 전개된 바 있다. 베를린 수도사업은 이미 1999년 부분민영화되었다. 베를린 수도사업은 지주회사방식(Holding-Modell)이다. 즉 베를린 주와 민간회사³⁸⁾의 공사합동기업(gemischt-wirtschaftliche Unternehmer)의 형식으로 수도사업을 하는 방식이다.³⁹⁾ 일종의 기능적 민영화의 한 형태로 볼 수 있다.

(4) 日本

일본에서는 통신사업, 철도사업, 우정사업 및 항공사업 등에서 민영화가 이루어졌다. 이미 1985년 나카소네 내각은 대표적인 3대 공기업(일본전신전화공사, 일본전매공사, 일본국영철도)을 민영화하기로 결정하였다. 통신분야의 민영화는 1987년에 실현되었다. 즉 통신시장의 경쟁을 촉진하기 위해 日本電信電話株式会社(NTT: Nippon Telegraph and Telephone Corporation)가 설립되고 주식시장에 상장되었다.⁴⁰⁾ 또한 일본의 철도민영화는 1985년 당시 나카소네(中曽根) 내각이 개혁안을 마련한 후 본

36) Maurer, a. a. O., § 22 Rdn. 40; Markus Lang, *Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen*, NJW 2004, S. 3604; Ludwig Gramlich, *Von der Postreform zur Postneuordnung*, NJW 1994, S. 2785ff.

37) Sparwasser/Engel/Voßkuhle, *Umweltrecht*, 5. Aufl., § 8 Rdn. 90.

38) 파트너 민간기업은 프랑스 수도공급회사인 Veolia (舊 Vivendi)와 독일의 RWE 콘체른(RWE-Konzern)이다.

39) Th. Mayen, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten*, DÖV 2001, S. 110ff.

40) Tsuruhiko Nambu, *What Has Been Achieved in the Japanese Telecommunications Industry since 1985?*, Governance, Regulation, and Privatization in the Asia-Pacific Region, 343 (Chicago and London: The University of Chicago Press, 2004).

격적인 논의가 시작되었다. 그 후 1987년에 일본국영철도(JNR: Japan National Railway)가 민영화되었다. 일본의 철도민영화는 국영철도가 자회사를 설립한 후 주식을 매각하는 방식으로 실시되었고, 지역별로 6개의 여객운송회사(the JRs)와 1개의 화물운송회사가 설립되었다.⁴¹⁾

그리고 우정사업은 2002년 7월 우정공사 설립 및 우편시장자유화를 위한 4개 법안이 국회를 통과하여, 우정사업 민영화의 기반을 마련하였다.⁴²⁾ 그 후 2005년 고이즈미(小泉) 내각은 우정공사의 민영화를 주요한 선거공약으로 삼고 행정개혁의 일환으로 추진하였고, 우정사업 민영화는 지주회사인 일본우정주식회사 아래 우편사업·우편국·우편저금은행·우편보험회사의 4개 자회사를 두는 것을 주요한 내용으로 하였다.⁴³⁾ 그러나 고이즈미 총리가 야심차게 추진한 우정사업 민영화와 관련된 법안은 우여곡절 끝에 통과되었으나, 2010년 3월 새로이 집권한 민주당 하토야마 내각은 우정민영화의 전면 중단을 선언하였다고 한다.⁴⁴⁾

(5) 香港

홍콩의 민영화는 1997년 이후 본격적으로 추진되었다. 물론 1997년 이전에도 공공서비스는 하도급의 형식으로 실시되었다. 예컨대 1987년에 시작된 공공주택의 민영화가 그러하다. 그러나 1997년 금융위기로 인해 홍콩에서도 新自由主義가 지배하였고, 같은 해 12월 주택관리청(HA)은 공공임대주택 거주자들에게 아파트를 합리적인 가격에 제공하는 공공임대주택계획(TPS: Tenants Purchase Scheme)을 발표하였다. 이를 통해 2007년까지 홍콩의 주택소유를 대략 70%까지 달성하겠다는 야심찬 계획이었다. 또한 1975년 설립된 국영기업인 대중운송철도공사(Mass Transit Railway

41) Fumitoshi Mizutani & Kiyoshi Nakamura, *The Japanese Experiences with Railway Restructuring, Governance, Regulation, and Privatization in the Asia-Pacific Region*, 306 (Chicago and London: The University of Chicago Press, 2004).

42) 김남철, "우편서비스 운영기관의 공기업화 방안", 『현대공법이론의 제문제』, 천봉석중헌박사회갑기념논문집, 삼영사, 2003, 432-433면.

43) 이에 대한 상세한 내용은 이효경, "일본의 우정민영화의 현황과 과제", 『成均館法學』, 제20권 제2호, 2008. 8, 209면 이하.

44) 3월 24일 자 한겨레 인터넷신문 (<http://www.hani.co.kr/arti/international/japan/412121.html>).

Corporation)는 재정적자를 만회하기 위해 1999년 민영화 계획을 발표하게 된다. 비록 부분민영화의 방식이었으나, MTR은 매우 성공적으로 운영되어 높은 수익률을 가져왔다. 다만, MTR의 높은 수익에도 불구하고 요금을 인상하여 논란이 되기도 하였다.⁴⁵⁾ 또한 2003년 홍콩 항공당국(AA)은 국제공항의 민영화를 발표하였다. 그러나 통신부문이나 수도사업의 민영화는 아직도 논란이 계속되고 있는 것으로 보인다.

2. 우리나라 민영화의 推進經過

우리나라에서 민영화가 시작된 것은 시장경제체제를 구축하기 위해 해방후 미군 정기에 귀속재산에 대한 拂下를 한 때부터이다. 그 후 1968년에는 대한통운(주), 대한해운공사, 대한조선공사, 인천중공업(주), 대한철광개발(주) 등 많은 공기업이 민영화되었다. 대한해운공사는 대한선주로 변경된 후 현재의 한진해운(주)로, 대한조선공사는 한진중공업으로, 인천중공업(주)은 현대그룹소유의 인천제철로 민영화되었다. 그리고 1969년 대한항공공사는 한진그룹소유의 대한항공(주)로 민영화되었다. 그 후 1970년대 말부터 1980년대 초에 걸쳐 4대 시중은행(한일은행, 제일은행, 조흥은행, 서울신탁은행)을 비롯해서 한국시멘트제조, 풍산금속, 대선조선, 한국종합화학 등 많은 공기업이 민영화되었다. 1987년에는 공기업민영화추진위원회를 구성하여 민영화 5개년 계획이 수립되었고, 같은 해에 증권거래소가 민영화되었다. 또한 1988년에는 포항제철을, 이어 1989년 한국전력의 일부를 국민주에 의해 민영화하였다. 1994년에 들어서 제2차 민영화 5개년 계획에 의해 한국가스공사, 국민은행, 한국담배인삼공사, 한국전력공사 등 많은 공기업들이 부분 또는 완전 민영화를 하였다. IMF외환위기를 겪은 후 자금조달을 위해 공기업의 지분을 매각되었고, 1999년 제3차 민영화 5개년 계획에 의해 포항제철, 대한송유관공사, 한국중공업 등이 완전민영화되었다.⁴⁶⁾

최근 정부는 2008. 8. 11. 제1차 공공기관 선진화계획, 같은 해 8. 26. 제2차 공공

45) 상세는 Chen Yun Chung & Pun Ngai, *Neoliberalization and Privatization in Hong Kong after 1997 Financial Crisis*, *The China Review*, Vol. 7, No 2 (2007).

46) 백평선, 「공기업 민영화: 이론과 실제」, 연세대학교 출판부, 87-93면; 이원우, 「공기업 민영화와 공공 확보를 위한 제도개혁의 과제」, 『공법연구』, 제31집 제1호, 2002, 29-34면; 拙稿, 『전계논문(각주 26)』, 342면.

기관 선진화계획 그리고 같은 해 10. 10. 제3차 공공기관 선진화계획을 발표하여, 108개 기관의 민영화, 통폐합 등 공공기관의 민영화와 구조개혁을 추진하였다. 또한 같은 해 12. 22. 제4차 공공기관 선진화계획에서 69개 공공기관의 경영효율화 계획을 발표하였다. 정부는 공공기관 민영화의 이유로 공공기관이 담당할 필요성이 낮아진 기능 등에 배치된 인력과 자원을 효율화하여 국민의 부담을 경감하고 공공기관 경쟁력을 높이기 위한 것임을 밝히고 있다.⁴⁷⁾ 또한 2009. 1. 29. 제5차 공공기관 선진화 추진계획에서는 공공기관의 출자회사(LG과워콤, 대한생명 등)도 개혁대상에 포함시키고 있다. 특히 2009. 4. 30. 한국토지주택공사법이 제정되어, 2009. 10. 1. 한국토지공사와 한국주택공사가 통합된 한국토지주택공사(LH)가 출범하였다.⁴⁸⁾

3. 生存配慮領域에서의 民營化

현재 한국전력의 민영화는 아직도 답보상태에 있다. 정부는 제3차 공공기관 선진화계획에서 2012년까지 한국전력공사의 자회사인 한국전력기술과 한전KPS의 지분 40%를 매각하겠다고 밝힌 바 있고⁴⁹⁾, 제4차 공공기관 선진화계획에서는 전력산업과 관련이 없으면서 민간이 수행가능한 일반IT 업무를 담당하는 한전KDN에 대해서 그 업무를 폐지하는 등 민영화를 추진하였다.⁵⁰⁾ 당시의 한국KDN은 한국전력공사가 100% 출자하였으나, 2000년 4월 20일 한전KDN(주)으로 사명을 변경하였다. 한국전력은 2000. 10. 발전부문을 분할 매각하기 위한 전력산업구조개편 관련법안(전력산업구조개편촉진법, 발전소주변지역지원법, 전기사업법)을 정기국회에 상정하여 통과시켰다.⁵¹⁾ 또한 한국전력은 실질적 민영화에 앞서 형식적 민영화를 실시하여, 우선 발전부문을 6개 회사로 분할하였다. 원자력 발전부문은 공공부문으로 그대로 두고, 발전원 및 지역배분, 발전설비 수명 등을 고려하여 화력, 수력발전회사들을 5개 회사

47) 기획재정부 2008. 12. 22. 자 조간 보도자료 참조.

48) 그러나 부채만 110조 원이 넘는 한국토지주택공사는 부동산시장의 침체로 경기도 성남시 구(舊) 시가지 주택재개발 사업의 중단을 사업한 데 이어 전국 400여개 사업에 대해서도 전면 재검토를 하고 있다고 밝히고 있다. 2010년 7월 27일자 조선일보 참조.

49) 기획재정부, 2008. 10. 10. 자 보도자료 참조.

50) 기획재정부, 2008. 12. 22. 자 조간 보도자료 참조.

51) 백평선, 전게서, 97면.

로 묶었다. 이렇게 분할된 자회사 중 1개사만을 완전민영화하였고, 나머지는 단계적으로 민영화시킬 계획이었다.

우편사업은 여전히 국가의 독점사업으로 되어 있다. 즉 우편법 제2조에는 “우편사업은 국가가 경영하며 지식경제부장관이 이를 관장한다.”고 규정하고 있다. 그러나 제2조 단서에 “지식경제부장관은 우편사업의 일부를 개인·법인 또는 단체 등으로 하여금 경영하게 할 수 있으며, 그에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.”고 하여 민간 위탁의 법적 근거를 마련하고 있음은 주목된다. 현재 우편사업은 우정사업본부가 담당하고 있다. 다만, 우정사업의 경영합리화와 운영의 자율성을 도모하고 우정사업의 운영에 기업경영적 요소를 보완하기 위하여 우정사업부문의 조직·인사 및 예산 등에 있어서의 정부조직법·국가공무원법 및 예산회계법 등에 대한 특례를 마련하기 위해 1996. 12. 30. 「우정사업운영에 관한 특례법」을 제정하였다. 기간산업인 우정 및 금융사업을 국가경영체제의 기조로 그대로 유지하면서, 대·내외적인 변화를 수용하고 조직운영의 효율성을 강화할 수 있는 방안으로 우정사업본부의 설치가 추진되었다. 이에 따라 2000년 7월 1일 우정사업본부가 비로소 출범하였고, 정보통신부의 본부에서 관할하던 우정사업은 우정사업본부로 이관되었다. 철도사업도 아직 민영화가 되지 못하고 있다. 다만, 1989년 12월 30일 철도공사화를 추진하기 시작하였고, 1994년 5월 10일 철도공사 설립준비단을 발족하였다. 그 후 2005년 1월 1일 비로소 한국철도공사(Korail)가 설립되었다.

다만, 통신분야는 민영화가 실현되어, 성공적으로 운영되고 있다. 한국통신의 전신인 한국전기통신공사는 1981년 체신부에서 분리되었고, 1997년 정부출자기관으로 전환되었다. 즉 한국전기통신공사는 1981. 3. 14. 한국전기통신공사법이 제정으로 독립된 법인형태로 설립되었으나, 아직 형식적 민영화 내지 조직민영화가 이루어졌다고 보기는 이르다.⁵²⁾ 그 후 한국통신(KT)은 한솔앰닷컴을 인수하여 자회사인 KTF와 합병하면서 본격적으로 이동통신분야로 진출하였고, 2002년 민영화된 후 초고속인터넷 망 구축에 역량을 집중하였고 글로벌기업으로 발전해나가고 있다.

정부는 이미 오래 전부터 공기업 민영화계획을 수립하여 추진중에 있으나, 생존배려의 영역에서는 아직 통신분야를 제외하고 전기, 철도, 우편 등의 민영화는 부진한

52) 이원우, 전계논문, 30면.

상태에 있다. 특히 우리 정부의 공기업의 민영화 정책도 글로벌 금융위기의 영향을 받아 전반적으로 답보상태에 있으며, 한국전력의 민영화도 기본방향에서 재검토가 이루어지고 있는 형국이다. 한국전력은 국민주 형태로 부분 민영화가 된 후 판매가격의 상승, 고용자수의 감소 및 생산비용의 증가 등 부정적 효과를 가져 오기도 하였다.⁵³⁾ 그리고 지방자치단체의 사무에 속하는 수도사업 민영화는 여전히 논란의 대상이 되고 있다. 이미 수도민영화가 실시된 국가도 있으나, 아직은 신중하게 검토단계에 있다는 점에서 아래에서는 규범적 측면에서 수도사업의 법적 문제를 고찰하도록 한다.

III. 水道事業 民營化의 憲法的 限界

1. 社會國家原理

우선 ‘생존배려’(Daseinsvorsorge)는 전기·수도·교통·통신 등 주로 급부행정에서 문제되며, 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)와 밀접한 관련을 가진다. 식수도 생존배려의 영역에 속함은 물론이다. 수도분야의 민영화나 자유화가 사회국가원리에 위배되는지가 문제된다. 우리 헌법에는 사회국가원리를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제질서에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리를 구체화하고 있는 규정을 근거로 사회국가원리가 인정되고 있다.⁵⁴⁾ 다만, 사회국가원리는 매우 불확정적이고 개방적인 개념이다.⁵⁵⁾ 우리 헌법재판소는 사회국가를 “사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라, 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가”라고 정의하고 있다.⁵⁶⁾ 사회국가원

53) 백평선, 전게서, 124면.

54) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904, 909.

55) 계희열, 「헌법학(중) 신정판」, 박영사, 2004, 373면

리는 실질적 평등의 실현을 내용으로 하고 있다.⁵⁷⁾ 생존배려영역의 민영화는 공평한 급부제공의 기회를 제한할 수 있다. 따라서 생존배려의 영역에서 국가의 공적 과제를 '私法'형식의 조직에 의해 수행하거나 사적 주체에게 전가하는 '민영화' 내지 '민간화'는 사회국가원리에 위배될 수 있다.

一說은 행정주체와 사인(사기업)이 서로 적대적 관계에 있지 않는 한, (조직)민영화를 통해 생존배려를 실현하는 것이 사회국가원리에 반하는 것은 아니라고 보고 있다.⁵⁸⁾ 국가가 생존배려를 어느 정도의 수준에서 보장해야 하는지를 판단하는 것은 대단히 어려운 문제이다. 이와 관련하여 생존배려를 각 문명(Zivilisation)의 수준에 상응하는 개인의 기본적 수요를 만족시킬 수 있는 정도로 보장해야 하고, 또한 필요한 급부를 강제가 아닌 방식으로 스스로 조달해야 하는 것을 의미한다고 보는 견해도 있다.⁵⁹⁾

이와 같이 국가가 이러한 수준의 생존배려를 공법의 형식으로만 달성할 수 없을 경우에 '私法'의 형식을 통해 실현할 수도 있는 것이다. 따라서 생존배려를 '私法'의 형식으로, 또는 사기업과의 협력을 통해서 실현하는 것 그 자체를 곧바로 사회국가원리를 위반한 것으로 볼 수는 없다. 민영화 내지 민간화, 그리고 '私法' 형식을 통한 국가과제의 실현은 국가재정의 부담을 줄이고 공익을 지향하는 급부활동의 효율성을 제고할 수 있다. 그러나 공평한 급부제공의 기회를 박탈하고 정의로운 사회질서의 형성을 제한하는 것은 사회국가원리에 위배될 수도 있다. 급부행정의 궁극적 책임은 국가에 귀속하며, 이를 소위 '保障責任'(Gewährleistungsverantwortung)⁶⁰⁾이라고 한다. 따라서 완전한 민영화, 즉 '실질적' 민영화에 의해 생존배려를 실현한다고 하여도 급부행정의 최종책임은 여전히 국가에 남아 있으며, 국가는 공정한 경쟁질서의 확보를 위해 생존배려의 영역에 개입할 수 있다(헌법 제119조 제2항 참조). 우리 헌법재판소도 유사수신행위의 규제에 관한 법률 제3조 등 위헌소원사건에서, 일정한 분야

56) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52.

57) 계희열, 전거서, 379면; 허영, 『한국헌법학』, 진정3판, 2007, 155면. 다만, 실질적인 자유와 평등을 사회국가원리에 포함시키는 것에 대해 비판적인 견해도 있다(홍성방, 『헌법학』, 개정3판, 2006, 160면).

58) Bausback, *Public Private Partnerships im deutschen öffentlichen Recht und im Europarecht*, DÖV 2006, S. 904.

59) Rüfner, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 2. Aufl., 1996, § 80 Rn. 3.

60) Schoch, *Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft*, NVwZ 2008, 241ff.

의 경제활동을 사적 자치에 맡길 경우 심각한 사회적 폐해가 예상되면 공정한 경쟁 질서의 확보를 위해 규제를 할 수 있다고 보고 있다.⁶¹⁾

2. 法治國家原理

우리 헌법은 공정한 경쟁질서의 확보를 위해 경제에 관한 ‘규제’와 ‘조정’을 할 수 있다. 그러나 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고 사영기업의 국·공유화를 금지하고 있을 뿐(헌법 제119조 제2항 및 제126조 참조), 행정독점을 규정하거나 생존배려의 민영화를 금지하는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 다만, 법치국가원리와 관련하여 생존배려의 민영화에 반드시 법률상 수권이 필요한지가 문제된다.⁶²⁾ 생각건대 전부유보설이나 사회유보설에 의하지 아니하는 한, 생존배려의 민영화에 반드시 법률상 수권이 필요한 것은 아니다. 그러나 통설·판례인 본질사항유보설에 따르면, 기본권실현에 있어서 본질적인 내용과 관련된 민영화의 경우에 법률의 수권이 필요하다고 볼 수 있다. 한편, 독일에서는 사인(제3자)에게 고권적 최종결정권(hoheitliche Letztentscheidungsbefugnisse)이 이전된 경우에 법률상 수권이 필요하다고 보는 견해도 있다.⁶³⁾ 이러한 결정권한에는 고권적이고 권력적인 작용뿐만 아니라, 단순고권행위에 대한 권한을 포함한다고 보고 있다. 또한 독일에서는 단순히 형식적 민영화나 기능적 민영화에 있어서는 반드시 법률상 수권을 요구하지 않지만, 실질적 민영화에 있어서는 법률에 지방자치단체(게마인데)의 사무라고 명시적으로 규정하지 않는 경우에 한하여 법률의 근거를 요하지 않는다고 보고 있다.⁶⁴⁾ 또한 행정청의 도구로서 법적으로 독립적으로 행동하지 않는 행정보조인

61) 즉 “어떤 분야의 경제활동을 사인간의 사적 자치에 완전히 맡길 경우 심각한 사회적 폐해가 예상되는 데도 국가가 아무런 관여를 하지 않는다면 공정한 경쟁질서가 깨어지고 경제주체간의 부조화가 일어나게 되어 오히려 헌법상의 경제질서에 반하는 결과가 초래될 것이므로, 경제주체간의 부조화를 방지하고 금융시장의 공정성을 확보하기 위하여 마련된 위 법률조항은 우리 헌법의 경제질서에 위배되는 것이라 할 수 없다”(헌재 2003. 02. 27, 2002헌바4, 판례집 15-1, 205면).

62) 법률유보의 원칙은 법치국가원리 이외에 민주주의원리(기본법 제20조 제1항, 제2항)에서 도출할 수 있다고 본다. 즉 본질사항유보설에 의하면 의회가 제정한 형식적 법률에 근거해야 하기 때문이다. Jan Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2007, § 8 Rn. 14.

63) Ch. Sellmann, *Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung*, NVwZ 2008, S. 819.

64) Torsten Schmidt, *Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung*, LKV 2008,

에 의한 공적 과제의 수행의 경우에도 법률상 근거를 요하지 않는다고 보는 것이 독일의 통설이다.⁶⁵⁾

한편, 생존배려의 민영화나 민간화에 대해 개별 법령에 근거를 둔 경우도 있다. 이미 살펴본 바와 같이 수도법에는 지방자치단체의 수도사업을 민간사업자에 위탁할 수 있고, 민간자본의 유치에 관한 근거규정을 마련하고 있다(수도법 제12조 제1항 및 제22조 참조).

3. 民主主義原理

공적 과제에 해당하는 생존배려의 임무를 국가·지방자치단체 등 행정주체가 아닌 민주적 정당성이 결여된 사적 주체에 의해 수행하는 것이 허용될 수 있는지가 문제된다. 일본의 小早川光郎 교수는 제144회 한국공법학회 정기총회에서 국가 또는 지방자치단체 등 행정주체가 입법 기타 기본방침의 결정권을 국민이나 주민에 대해 책임을 지지 않는 민간사업자에게 이양하는 것은 민주적 통치의 이념에 비추어 허용되지 않는다고 지적한 바 있다.⁶⁶⁾ 독일에서도 이에 대해 깊이 있는 논의가 있었다. 특히 제6차 라이프찌히(Leipzig) 환경법 심포지엄에서 수도공급을 물과 관련된 민간단체(Wasserverbände)가 수행하는 것은 민주주의원리에 위배될 우려가 있음을 지적하거나, 민간투자자-지방자치단체(게마인데)-감독청 사이의 삼각관계에서 민간투자자와 지방자치단체 사이의 민영화협약에 대해 감독청의 관료주의는 더 심해질 수 있다는 등의 주장이 있었다. 이에 대해 성공한 다른 민영화의 경우처럼 생활에 필수적인 수도공급도 완전한 민영화가 아니라 自由化(Liberalisierung)라는 관점에서 접근하여야 하고, 좋은 수질을 가진 물을 장기적으로 공급받는 것이 보장될 수 있어야 한다는 견해도 있었다.⁶⁷⁾

생각건대 형식적 민영화(조직 민영화)가 반드시 민주주의원리에 위배된다고 볼 수

S. 196.

65) Peine, *Grenzen der Privatisierung—verwaltungsrechtliche Aspekte*, DÖV 1997, S. 357.

66) 小早川光郎, *公私協働(PPP)おめぐる日本法の現状と論点*, 公法研究 제37집 제1-1호, 83-90면 참조.

67) 제6차 라이프찌히 환경법 심포지엄에 관한 상세한 내용은 Stürer/Hermanns, *Daseinsvorsorge durch Privatisierung - Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung*, S. 1501ff. 참조.

는 없다. 즉 국가에 ‘보장책임’(Gewährleistungsverantwortung)이 인정되고 위탁에 대한 직무감독이 효과적으로 이루어지는 한, 민주적 정당성의 문제는 발생하지 않을 수 있다고 본다.⁶⁸⁾ 이와 관련하여 형식적 또는 기능적 민영화를 수행하는 기업(회사)에 대해서는 민주적 정당성을 가진 지방자치단체와 그 대표(지방의회)에 의한 통제가 충분히 보장되어야 하며, 기업조직의 결정권자도 민주적 절차에 의해 선출될 필요가 있다.⁶⁹⁾

4. 地方自治制度

지방자치단체의 책임으로 운영해 오던 공공시설을 민영화시키는 것이 헌법상 지방자치제도에 비추어 허용될 수 있는지가 문제될 수 있다. 소위 “지방자치단체 사무의 민영화”의 문제이다. 지역공동체의 사무에 관련하여 지방자치단체에 全權限性(Allzuständigkeit)의 원칙이 보장되고, 지방자치단체는 사무집행을 위한 수단과 방식에 대해 결정권한을 가진다. 그러나 지방자치단체의 민영화는 사무의 성질에 따라 다르지만 지방자치단체의 직영기업이나 공사합동회사의 형식으로 행하는 형식적 민영화나 기능적 민영화는 헌법적 한계를 준수하는 한 허용될 수 있다.⁷⁰⁾ 그러나 실질적 민영화가 허용되는지 여부에 대해서는 후술하는 바와 같이 논란이 있다. 독일의 Ziekow교수는 사회국가원리에 근거한 생존배려를 제외한 지방자치단체의 임의적 사무의 경우에 실질적 민영화가 허용될 수 있다고 본다.⁷¹⁾ 따라서 생존배려와 관련된 수도사업의 경우에 실질적 민영화는 한계가 있다고 볼 수 있다. 즉 지시에 기속되는 의무적 사무(Pflichtaufgaben nach Weisung)는 명시적인 법률상의 수권이 없는 한 모든 형식의 민영화가 허용될 수 없다. 다만, 지시에 기속되지 않는 의무적 사무(weisungsfreie Pflichtaufgaben)의 경우에 실질적 민영화를 할 수는 없지만, 그 사무

68) Ziekow, a. a. O., § 8 Rn. 15.

69) Torsten Schmidt, a. a. O., S. 197.

70) 지방자치단체의 공공사업단체로서의 성격을 강조하시면서, 법령의 개정으로 지방자치단체에 의하여 수행되어야 하는 특정한 과제를 분리하여 민영화하는 것이 가능하다고 보는 견해로는 이종영, “공공 업무 민영화의 법적 한계”, 『법학논문집』, 제24집 제1호, 2000. 2, 311-312면 참조.

71) Ziekow, a. a. O., § 8 Rn. 17.

의 수행과 관련하여 지방자치단체에 어느 정도 선택의 여지가 보장된다고 한다.⁷²⁾

최근 독일에서는 ‘크리스마스에 열리는 장’(Weihnachtsmarkt)을 민영화시키는 것이 헌법상 지방자치제도에 위배되는지 여부가 뜨거운 논란의 대상이 되었다. 이와 관련하여 독일연방행정법원은 지방자치단체(게마인데)의 지역적 공동사무에 속하는 ‘크리스마스에 열리는 장’(Weihnachtsmarkt)을 민영화시키는 것은 헌법상 지방자치제도에 위배된다고 판시하였다.⁷³⁾ 즉 크리스마스에 열리는 장을 민영화(특히 실질적 민영화)하는 것은 문화적, 사회적 그리고 관습적으로 중요한 사항이며, 독일기본법 제28조 제2항을 위반한다고 본 것이다. 이에 대하여 헌법상 지방자치의 ‘보장’을 지방자치의 ‘의무’로 해석하는 것은 구별해야 된다고 신랄하게 비판하는 견해도 있다.⁷⁴⁾

나아가 부실하게 운영되어 건전재정을 유지하기 어려운 지방자치단체의 공익사업(예컨대 수도사업, 하수도사업 등)을 국가가 강제로 민영화시키는 것이 허용될 수 있는지도 문제된다. 지방재정법 제3조에는 지방재정운영의 기본원칙으로 “지방자치단체는 주민의 복리증진을 위하여 그 재정을 건전하고 효율적으로 운영하여야 하며, 국가의 정책에 반하거나 국가 또는 다른 지방자치단체의 재정에 부당한 영향을 미치게 하여서는 아니된다”라는 원칙적인 규정을 두고 있을 뿐이다. 이러한 지방자치단체의 공기업에 대해 국가가 개입하는 것은 해당 지방자치단체 주민들과 국가 전체적인 입장에서 바람직한 일이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 지방자치단체의 사무를 공동사무화하고, 그 사무수행의 주체를 전 국가적인 수도구조개편 요구에 응하여 중앙 내지 정부출자기업에 이양하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁷⁵⁾ 다만, 지방자치단체의 공기업에 대해 국가가 감독권을 행사하는 것은 別論으로 하고, 지방자치법 제9조 제2항 제4호 자목에 상·하수도의 설치 및 관리를 지방자치단체의 ‘사무’로 규정하고

72) Ziekow, a. a. O.

73) BVerwG, Urt. v. 27. 5. 2009 – 8C 10. 08 – DVBl. 2009, 1382.

74) Friedrich Schoch, *Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?*, DVBl. 2009, S. 1533ff.

75) 김병기, “수도사업의 효율화 방안과 관련 법·제도 정비”, 『환경법연구』, 제26권 제2호, 2004. 6. 35-36면. 더불어 이 견해는 지방자치단체의 사무구분을 고유사무(자치사무)와 위임사무(국가사무)로 구분하는 업무이원론을 비판하고 있다. 이미 일본에서는 ‘기관위임사무’를 폐지하고 ‘法定受託事務’로 대체하였음은 주지의 사실이다.

있음에 주의할 필요가 있다. 여기에서 말하는 지방자치단체의 '사무'는 대체로 지방자치단체의 자치사무(고유사무)에 해당한다고 볼 수 있다.⁷⁶⁾ 따라서 국가가 지방자치단체의 고유사무에 해당하는 수도사업을 강제적으로 민영화시키는 것은 헌법이 보장한 지방자치단체의 '자치권'(재정자주권)을 침해할 수도 있다.

IV. 水道事業 民營化의 法的 問題

1. 水道事業 民營化의 法的 根據

우리나라에 민영화를 규율하는 법령은 많지 않다. 다만, 전문경영인에 의한 책임 경영체제를 도입하여 경영의 효율성을 향상시키고 조속한 민영화를 추진하기 위해 「공기업의 경영구조개선 및 민영화에 관한 법률」이 1997. 8. 28. 제정된 바 있다. 동법의 적용대상기업으로 ① 한국담배인삼공사법폐지법률에 의하여 상법에 의한 주식회사로 전환된 한국담배인삼공사, ② 한국전기통신공사법폐지법률에 의하여 상법에 의한 주식회사로 전환된 한국전기통신공사, ③ 한국가스공사법에 의하여 설립된 한국가스공사, ④ 한국중공업주식회사, ⑤ 인천국제공항공사법에 의하여 설립된 인천국제공항공사, ⑥ 한국공항공사법에 의하여 설립된 한국공항공사가 규정되어 있다. 즉 이 가운데에 생존배려영역과 밀접한 관련을 가지는 공기업이 민영화의 대상이 되고 있음은 주목할 만한 사실이다. 다만, 「공기업의 경영구조개선 및 민영화에 관한 법률」에는 민영화개념에 관한 법적 정의도 없다.

실질적으로 민영화와 밀접한 관련이 있는 법률에는 2005. 1. 27. 제정된 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 '민간투자법'이라 한다)이 있다. 민간투자법의 연원은 1994년 8월 3일 법률 제4773호 제정된 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치 촉진법」(이하 '민자유치법'이라 한다)으로 거슬러 올라간다. 민자유치법은 1998년 「사회간접자본시설에 대한 민간투자법」으로 전면 개정되었다. 민자유치법은 "사회간

76) 특히 지방자치법 제9조 제2항 제4호의 사무는 자치사무와 단체위임사무를 의미하는 것으로 보면서도, 단체위임사무는 현실적으로 존재하지 않음을 지적하는 견해도 있다(김남진·김연태, 「행정법 II 제14판」, 법문사, 2010, 96면 이하 참조).

접자본시설분야에 민간의 참여를 촉진하여 창의적이고 효율적으로 사회간접자본시설을 확충·운영하도록 하기 위하여 다양한 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” 목적으로 제정된 것이다. 현행 민간투자법에도 ‘민영화’와 관련된 정의규정은 없다. 다만, 동법 제2조 제12호에는 공공부문과 민간부문이 공동으로 출자하여 설립하는 법인인 ‘민관합동법인’을 규정하고 있다. 이러한 민간합동법인은 실질적 민영화에 해당하는 것으로 볼 수는 없으나, ‘민관협력’의 하나로 볼 수는 있다.

다만, 수도사업의 경우에는 민관협력의 가능성이 보장되어 있다. 즉 수도사업의 경우 국가·지방자치단체 또는 한국수자원공사가 경영하는 것이 원칙이나, 수도법에는 지방자치단체 등을 대신하여 민간사업자에 의하여 수도물을 공급하는 것이 필요하다고 인정되는 경우에는 그 예외를 허용하고 있다(수도법 제12조 제1항). 나아가 수도법에는 국가 또는 지방자치단체가 민간투자법으로 정하는 바에 따라 수도사업에 드는 비용의 전부 또는 일부에 대하여 민간자본을 유치할 수 있고, 수도시설의 운영·관리업무의 위탁이 가능하도록 규정하고 있다(수도법 제22조, 제23조). 수도사업의 민간위탁을 법률로 명시하고 있다는 점은 주목된다.

2. 實質的 民營化의 限界

생존배려의 영역을 민영화시키는 것은 비대해진 공공기관의 비효율성과 방만한 운영을 극복할 수 있고 공공서비스의 질을 향상시킬 수 있는 장점을 가진다. 그러나 민영화는 공공기관을 통·폐합하여 조직을 축소하고 정원을 감축해야 하며, 나아가 시장경쟁의 원리에 의해 기존의 공공서비스에 비해 국민들은 높은 비용을 부담해야 한다. 예컨대 수도사업의 민영화는 지금보다 깨끗한 수질을 제공받을 수 있지만, 높은 수도이용료를 부담해야 한다. 이러한 생존배려영역에서의 공기업 민영화는 행정 주체의 공평한 급부제공의 기회를 제한할 수 있으며, 국민의 생존권적 기본권을 침해할 수도 있다. 이와 관련하여 생존배려영역을 완전 민영화(실질적 민영화)하는 것이

가능한지가 문제된다. 독일에서는 실질적 민영화의 한계로서 소위 ‘국가유보’(Staatsvorbehalt)가 거론된다. 즉 헌법에 의해 국가에게 부여된 임무를 민간주체에 이전해서는 아니 된다는 것이다. 비록 헌법이 폐기물처리, 수도공급 등 생존배려의 임무를 국가가 자신의 책임으로 수행할 것을 강요하고 있는 것은 아니지만, 국민의 생존배려를 위해 매우 중요한 영역은 국가에 유보될 수 있다는 것이다.⁷⁷⁾

독일에서는 지방자치단체(게마인데)에 속하는 기관이 사인(민간기업)과 연결하거나 사법상의 조직형식으로 수도공급을 하는 것을 허용하고 있다. 그러나 수도공급의 임무와 책임을 민간기업에게 완전히 이전하는 임무민영화(Aufgabenprivatisierung) 내지 실질적 민영화는 주(란트)법에 수도공급을 의무사항으로 규정하고 있지 않거나, 또는 수도공급의 임무를 사인에게 완전히 이양하는 것을 명시적으로 허용하는 경우에 가능하다고 보고 있다.⁷⁸⁾ 이는 지방자치가 “법률의 범위 내에서” 허용된다고 규정한 기본법 제28조 제2항에서 연유한다.

위에서 살펴본 바와 같이 수도법 제12조 제1항 단서에서 수도사업의 경영을 민간사업자가 지방자치단체를 대신할 수 있도록 하고, 같은 법 제22조에서는 민간투자법이 정하는 바에 따라 수도사업에 드는 비용의 전부 또는 일부에 대하여 민간자본을 유치할 수 있다고 규정하고 있다. 이를 수도사업의 완전 민영화를 허용한 것으로 볼 수 있는지가 문제된다. 우리 헌법 제117조에는 “주민의 복리에 관한 사무”를 지방자치권으로서 보장하고 있으며, 지방자치법 제9조 제2항에서 상·하수도사업을 지방자치단체의 사무로 규정하고 있다. 나아가 우리 수도사업은 일반수도사업과 공업용수도사업으로 구분되며, 상수도는 광역상수도·지방상수도 및 마을상수도의 구조로 되어 있다(수도법 제3조 제18호). 이 중 일반수도사업을 경영하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체가 설치하는 광역상수도 외의 광역상수도(정수시설은 제외한다)의 경우에는 국토해양부장관의 인가를 받아야 하고, 국토해양부장관이 인가하는 광역상수도의 정수시설, 지방자치단체가 설치하는 광역상수도 및 지방상수도의 경우에는 환경부장관의 인가를, 마을상수도의 경우에는 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장의 인가를 받아야 한다(수도법 제17조 제1항). 위 관계 법령에서 수도사업의 주체나 수도

77) 이에 대해서는 Mayen, a. a. O., S. 112.

78) Torsten Schmidt, a. a. O., S. 196.

사업자가 누구인지를 파악하기는 쉽지 않으나, 지방상수도의 수도사업자는 원칙적으로 '지방자치단체'로 볼 수 있다(수도법 제2조 제2항·제3항, 제3조 제8호 참조). 이러한 상황을 종합적으로 고찰하면, 생존배려의 하나인 수도사업은 지방자치단체의 사무라고 볼 수 있다.⁷⁹⁾ 또한 지방공기업법 제2조 제1호에는 수도사업을 지방직영기업에 의해 운영되도록 규정하고 있다. 그러나 지방자치단체가 지방직영기업 이외에 지방공사·지방공단을 설립·운영할 수 있다(지방공기업법 제5조, 제49조 및 제76조 참조). 따라서 지방자치단체는 수도민영화를 조직 민영화 내지 형식적 민영화의 방식으로 할 수 있다. 수도법 제23조에는 수도사업의 효율적 운영·관리를 위해 전문기관에게 수도관리 업무의 전부 또는 일부를 위탁할 수 있는 규정을 두고 있다. 이러한 민간위탁도 '기능적 민영화'의 일종으로 볼 수 있다. 즉 보장책임은 여전히 지방자치단체에 유보하면서, 민간기업에게 수도관리업무를 위탁 내지 대행하는 방식이다. 요컨대 생존배려의 영역인 수도사업의 수행과 책임을 완전히 사경제주체에게 이양하는 실질적 민영화는 법률에서 명시적으로 규정하지 않는 한 허용된다고 보기 어렵다.

3. 水道事業 民營化에 대한 行政的 監督과 司法的 統制

생존배려의 영역에서 행정주체에게 보장책임이 인정되는 한, 수도민영화에 대한 행정적 감독은 여전히 필요하다. 일반적으로 인·허가, 특허 및 하명 등 전통적인 행정감독수단이 활용되고 있다. 즉 일반수도사업의 경우에는 수도사업자에게 인가를 받도록 하고 있다(수도법 제17조 제1항 제1문). 또한 수도법에는 시정조치(제62조)나 개선명령(제64조) 등 하명을 부과할 수 있는 근거규정을 두고 있다. 그러나 행정적 규제수단이 강화되거나 남용되는 경우 규제완화(deregulation)를 기반으로 하는 민영화의 제도적 취지에 반하게 될 수 있다. 따라서 수도사업자에 대한 규제수단은 과잉 금지원칙 내지 비례의 원칙에 반하지 않아야 한다.

또한 수도민영화는 '사법'형식에 의한 행정으로 볼 수 있으며, 생존배려의 공적 과제를 행정주체가 민간기업에 위탁하는 형식으로 이루어진다. 즉 수도법 제23조에 의하면,

79) 김성수, "수도시설관리위탁계약과 수도산업의 효율화를 위한 법적 과제", 『환경법연구』, 제27권 제2호, 2005. 9, 84-85면 이하; 김병기, 전계논문, 13면.

지방자치단체인 일반수도사업자는 수도관리업무를 전문기관에 위탁할 수 있다. 이 경우 수도시설 운영·관리업무 위탁의 법적 성질을 어떻게 이해해야 할지가 문제이다. 수도법 제68조 제1항에는 “수돗물의 공급을 받은 자가 수돗물의 요금, 급수설비에 관한 공사의 비용 또는 제71조에 따른 원인자부담금을 내지 아니하면 지방자치단체인 수도사업자는 지방세 제납처분의 예에 따라 징수할 수 있다”고 규정하고 있다. 위 위탁계약은 요금징수와 같은 전형적인 공권력 작용을 포함하고 있으므로 ‘공법상 계약으로 보아야 한다는 견해도 있다.⁸⁰⁾ 생각건대 수도의 공급이나 관리는 원래 생존배려와 관련된 지방자치단체의 사무이며, 이를 포함한 위탁계약은 순수한 사법계약으로 보기 어렵다. 물론 수도시설의 운영과 관리업무를 위탁하는 경우 반드시 수도요금징수권도 민간사업자에게 이양해야 하는지가 문제된다. 그러나 수도시설관리권에 수도요금징수권도 포함하고 있으나(수도법 제3조 제26호), 수도법 제68조 제1항에 의하면 수도요금징수권은 여전히 지방자치단체에게 남아 있으며 수도법 제3조 제26호에서 말하는 수도요금징수권은 검침과 요금고지 등 비권력적 작용을 말한다라고 볼 수 있다.⁸¹⁾ 나아가 실질적 민영화 되지 않는 한 지방상수도시설에 대한 소유권은 여전히 지방자치단체가 보유하고 있다. 따라서 수도요금의 부과징수와 납부관계는 공기업 이용관계로서 공법상 법률관계로 볼 수 있다. 관례도 “수도법에 의하여 지방자치단체인 수도사업자가 그 수돗물의 공급을 받은 자에 대하여 하는 수도료의 부과징수와 이에 따른 수도료의 납부관계는 공법상의 권리의무관계라 할 것이므로, 이에 관한 소송은 행정소송절차에 의하여야 하고 민사소송절차에 의할 수는 없다”라고 하여, 공법관계로 보고 있다.⁸²⁾

4. 普遍的 役務提供과 市場價格統制

생존배려영역에 있어서 민영화로 인해 특정 계층(저소득층)의 수도공급이 제한되어서는 아니 된다. 이는 소위 보편적 역무제공(Universaldienstleistung)의 문제이다. 이러한 보편적 서비스의 문제는 이미 우편이나 통신 등의 분야에서 많이 논의되고 있다.⁸³⁾ 2010. 5. 25. 신설된 수도법 제2조 제6항에는 “국가, 지방자치단체 및 수도

80) 김성수, 전계논문, 88면.

81) 김성수, 전계논문, 102-103면 참조.

82) 대법원 1977. 2. 22. 선고 76다2517 판결.

사업자는 빈곤층 등 모든 국민에 대한 수도물의 보편적 공급에 기여하여야 한다.”라고 규정하여, 보편적 역무제공을 규정하고 있다.

공공기관은 비효율적이고 방만한 조직운영으로 인해 경영부실이 초래되고 국가의 재정적자와 국가부채를 증가시킬 수 있다는 점 등에서 국가과제의 민영화는 여전히 필요하다. 그러나 정부는 공기업 민영화의 필요성과 목적을 고려하여 공공기관의 선진화 계획을 추진하되, 사회국가원리에 위배되거나 생존권적 기본권이 침해되지 않도록 주의해야 한다. 특히 생존배려의 영역에서의 민영화는 시장가격을 상승시킬 수 있다는 점에서 매우 신중한 접근이 필요하다. 즉 수도법 제12조 제3항에서 “수도사업자는 제2항에 따른 수도요금 체계를 확립하는 경우에 수요자의 물 절약을 유도하고 수요자가 물을 공급 받는 데에 드는 비용과 사업의 계속성을 유지하기 위하여 필요한 재원을 요금수입으로 확보하도록 노력하여야 한다.”고 규정하고 있어, 수도사업의 주요한 재원은 ‘요금수입’으로 볼 수 있고, 수도사업의 민영화는 불가피하게 요금인상으로 이어질 수밖에 없다. 따라서 수도사업 민영화가 성공하기 위해서는 요금상한규제(price-cap regulation)가 필요하다. 급부행정의 하나인 수도사업이 민영화된다고 하여 소득이 낮은 사람들이 깨끗한 물을 마실 수 있는 권리가 제한되어서는 아니 된다. 다른 한편, 정부의 개입과 규제를 통해 요금을 소득을 기준으로 차별화하는 것도 고려할 수 있다. 그러나 이러한 방식이 저소득층의 손실을 모두 충당할 수 없다. 따라서 요금상한규제와 더불어 민간사업자에 대해 보조금지원, 세금감면이나 면세 등의 혜택을 고려할 수 있다.

V. 實踐的 代案으로서 民官協力(PPP)의 活用可能性

1. 民官協力の 特徵 및 制度的 長點

현재 수도사업 민영화에 관한 논의는 답보상태에 있다. 영세한 지방자치단체에 의

83) Thomas von Danwitz, *Die Universaldienstfinanzierungsabgaben im Telekommunikationsgesetz und im Postgesetz als verfassungswidrige Sonderabgaben*, NVwZ 2000, S. 615ff. ; Matthias Freund, *Die Überbrückung des „Digital Divide“ Telekommunikations-Universaldienstkonzepte in Asien und Europa*, MMR 2002, S. 666ff.

해 수도사업이 운영되는 경우 수질상태가 개선되기를 기대하기는 어렵다. 한국수자원공사는 일부 지방 및 광역상수도의 통합운영을 실시하고 있다. 2008년 행정안전부는 시·군지역은 수계, 상수도망을 고려하여 3~15개 자치단체간 권역별로 광역화하여 전문기관이 관리하도록 하고, 7개 특별시·광역시는 구조조정 등 경영혁신을 한 후 자율적 판단에 따라 단계적으로 공사화를 추진한다고 밝힌 바 있다.⁸⁴⁾ 2009. 12. 23.자 한국수자원공사의 보도자료에 의하면, 경남서부권 4개 지방자치단체(사천, 거제, 고성, 통영)가 협약체결을 통해 4,048억원을 투자하고 정부지원 244억원을 재원으로 하여 최초로 상수도 통합운영을 한다고 한다. 그러나 이러한 상수도의 광역관리방안이 얼마나 성공적으로 운영될 수 있는지는 계속 지켜보아야 할 것이다. 다만, 이러한 사업도 역시 정부의 지원이 없이는 성사될 수 없다는 점에서 근원적인 문제 해결방안이라고 보기 어렵다. 위 사업의 경우에도 행정안전부는 통합위탁한 각 지방자치단체별로 특별교부세 14억원을 지원해야 한다. 또한 9개 권역 43개 지방자치단체에 대한 환경부의 상수관망최적관리시스템 구축사업(2010~2014)의 국고지원은 총 사업비 7,290억원 중 2,239억원에 달하고 있다.⁸⁵⁾ 이와 같이 광역상수도 통합운영방안은 오히려 국가의 재정부담을 가중할 수 있다. 또한 권역별·광역별 공사화 방안도 조직민영화로서의 의미를 가질 뿐이다.

이와 달리 민관협력의 방식은 실질적 민영화의 한계를 극복하면서 민간기구의 장점을 최대한 활용하고 효율성을 극대화할 수 있다. 기능적 민영화의 하나인 민관협력은 대체로 공법계약으로 행정주체와 사경제주체가 지분을 나누어 가지는 공사합동기업(민간합동법인)의 형태로 운영된다.⁸⁶⁾ 즉 공적 과제의 책임은 여전히 행정주체에게 남아 있지만, 제3자에게 행정보조자로서 공적 과제의 수행을 맡기는 형식이다. 이 경우 보장책임은 여전히 국가에게 남아 있다고 볼 수 있다. 요컨대 민관협력은 생존배려에 대한 '보장책임'을 국가 등 행정주체에게 남겨두면서, 시설건설이나 운영 등

84) 2008. 5. 30. 조간 행정안전부 보도자료 참조.

85) 2009. 12. 23. 자 한국수자원공사 보도자료 참조.

86) 拙稿, 전계논문(각주 26), 346면. 다만, 기능민영화의 하나인 참가모델에 민관협력이 포함된다고 보는 견해로는 이원우, "정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰", 『행정법연구』, 제3호, 1998, 108면 이하 참조. 그리고 일본에서는 민관협력을 민영화, 독립행정법인화, PFI, 외부위탁, 민간위탁 운영위탁으로 구분하고 있다. 상세는 東北産業活性化センター編, 公共サービスの民營化, 日本地域社會研究所, 2005, 13頁.

과 관련하여 민간기업의 기술이나 경험을 활용할 수 있다는 점에서 유용한 방안이라고 본다.

2. 具體的 方式

舊 소비에트연방 대통령이었던 고르바초프(Mikhail S. Gorbachev)는 물에 관한 권리를 '인권'으로 보호해야 한다는 내용의 칼럼을 기고한 바 있다.⁸⁷⁾ 우리나라의 수질은 매우 열악한 수준이고 수질에 대한 국민들의 불신은 매우 높다. 수질개선을 위해서는 수도민영화가 필요하나, 위에서 고찰한 바와 같이 적지 않은 문제점이 남아 있다. 현재 우리나라 수도민영화에 관한 논의는 교착상태에 있다고 볼 수 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 수도사업의 경우에 민관협력의 법적 근거는 최소한 마련되어 있다. 수도사업은 국가, 지방자치단체 또는 한국수자원공사에 의해 경영되는 것이 원칙이지만, 수도법 제12조 제1항에는 민간사업자에 의한 수도물을 공급할 수 있는 근거를 규정하고 있다. 다만, 수도사업의 민영화에 구체적으로 어떠한 방식을 적용할 것인가가 문제된다.

민관협력의 유형에는 일반적으로 수탁관리인방식, 민간경영자방식, 협력방식, 특허방식 등 다양한 방식이 있다.⁸⁸⁾ 수탁관리인(운영책임자)방식(Betriebsführermodell)의 경우 원칙적으로 행정주체가 수도공급시설의 소유자로서 직접 수도공급시설을 설립하고 재정을 마련하며, 고객과 이용관계도 직접 맺는다. 여기에 참여하는 사인(민간기업)은 일종의 행정보조자로서 서비스공급계약이나 관리계약을 체결하여 공적 과제를 수행하나, 고객과 직접적인 이용관계를 맺지는 않는다. 이러한 수탁관리인방식은 사인의 참여가 매우 미약한 제도라고 볼 수 있다. 이러한 수탁관리인방식보다 적극적으로 사인이 관여하는 민간경영자방식(Betreibermodell)이 있다. 이 경우 수도공급시설의 건설·계획·재정 및 운영 등을 모두 사인에게 이전하게 하고, 시설운영의 경제적 리스크도 부담하게 한다. 그러나 수도공급시설의 소유는 여전히 행정주체에게 남아 있고, 고객과의 이용관계도 직접 설정한다. 한편, 특허방식(Konzessionsmodell)

87) 2010. 7. 17. 자 International Herald Tribune, 6면.

88) T. Schmidt, a. a. O., S. 198f. ; Bausback, a. a. O., S. 902; 拙稿, 전계논문(각주 26), 348면.

은 사인에게 서비스제공에 관한 권리를 부여하는 방식이다. 특허를 받은 기업(소위 '특허기업')은 수도공급시설을 자신의 비용과 리스크 하에서 운영한다. 그 밖에 협력 방식(Kooperationsmodell)은 민간경영자방식에 가깝다. 주로 공적 과정의 주체인 공적인 손과 사인 사이의 공사합동기업의 형태로 운영된다.

필자는 수도민영화에 '협력방식'을 도입하는 것이 적절하다고 본다. 수탁관리인방식은 수도시설의 관리의 위탁의 의미를 가질 뿐 민간의 기술과 경험을 충분히 활용하기 어렵다고 여겨진다. 특허방식은 주요 선진국(특히 영국)의 사례에서 보는 같이 수도사업의 민영화가 상당한 수익을 가져왔다는 점에서 특정기업에 특혜를 부여할 수 있다는 점에서 문제가 된다. 따라서 협력방식을 기초로 민간경영자방식을 최대한 활용하는 방안이 필요하다.

VI. 結 語

생존배려의 영역의 민영화는 사회국가원리, 민주주의원리 및 지방자치제도 등의 관점에서 일정한 한계가 있다. 특히 수도사업의 실질적 민영화는 허용되기 어렵다. 그러나 주요 선진국의 사례에서 보는 바와 같이 수도민영화는 수질개선을 가져왔다. 즉 환경보호의 관점에서 민영화는 긍정적인 측면이 있다. 따라서 수도민영화를 하기 위해서는 실질적 민영화의 한계를 인정하면서, 과도기적으로 조직민영화나 형식적 민영화를 시도하면서 장기적으로는 민관협력의 방식을 도입하는 것이 현실적으로 타당하다. '정부의 실패'는 국가재정의 부담이 될 수밖에 없고, 생존배려영역에서도 공공서비스의 질은 낮아질 수밖에 없다. 저소득층도 깨끗한 물을 마실 권리를 쉽게 포기할 수 없고, 수도민영화에 수반되는 비용을 고소득층에 전가하는 것도 바람직하지 않다. 수도민영화의 최대의 걸림돌은 민영화 그 자체라기보다는 수도요금의 문제일 것이다. 외국의 수도민영화에서도 나타난 바와 같이 수도민영화로 인해 수익률이 높게 나타난 경우에도 높은 수도요금을 부과한 경우가 적지 않다. 따라서 생존배려영역의 하나인 수도사업의 민영화에는 요금상한규제가 수반되어야 하며, 이에 대한 손실과 비용을 합리적으로 분산시킬 수 있는 방안도 함께 강구해야 할 것이다. 그 밖에

수도민영화를 전면적으로 실시하기 보다는 독일의 경우처럼 일부 지방자치단체의 수도사업을 부분민영화하여 문제점을 분석하고, 성공사례를 바탕으로 이를 단계적으로 실시해 나가는 방법을 검토하는 것도 필요하다. 결론적으로 수도민영화의 적절한 정부규제를 위해서는 민관협력이 합리적이며, 특히 정부와 민간기업의 장점을 충분히 활용할 수 있는 협력방식이 바람직한 것으로 보인다.

논문투고일 : 2010. 7. 31.	심사일 : 2010. 8. 9.	게재확정일 : 2010. 8. 20.
----------------------	-------------------	----------------------

참고문헌

- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사 2004.
- 김남진·김연태, 「행정법 II」, 법문사, 2010.
- 김남철, “우편서비스 운영기관의 공기업화 방안”, 「현대공법이론의 제문제」, 천봉석
종현박사화갑기념논문집, 삼영사, 2003.
- 김병기, “수도사업의 효율화 방안과 관련 법·제도 정비”, 「환경법연구」, 제26권 제2
호, 한국환경법학회, 2004.
- 김성수, “수도시설관리위탁계약과 수도산업의 효율화를 위한 법적 과제”, 「환경법연
구」, 제27권 제2호, 한국환경법학회, 2005.
- 백평선, 「공기업 민영화: 이론과 실제」, 연세대학교 출판부, 2001.
- 이원우, “공기업 민영화와 공공확보를 위한 제도개혁의 과제”, 「공법연구」, 제31집
제1호, 한국공법학회, 2002.
- 이원우, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰: 사인에 의한 공행정의
법적 수단에 대한 체계적 분석”, 「행정법연구」, 제3호, 행정법이론실무학회,
1998.
- 이종영, “공공업무 민영화의 법적 한계”, 「법학논문집」, 제24집 제1호, 중앙대학교
법학연구소, 2000.
- 이효경, “일본의 우정민영화의 현황과 과제”, 「성균관법학」, 제20권 제2호, 성균관대
학교 비교법연구소, 2008.
- 전광석, “공공거버넌스와 공법이론: 구조이해와 기능”, 「공법연구」, 제38집 제3호, 한
국공법학회, 2010.
- 정남철, “환경법상 협동의 원칙”, 「환경법연구」, 제25권 제1호, 한국환경법학회,
2003.
- _____, “민관협력(PPP)에 의한 공적과제수행의 법적 쟁점”, 「공법연구」, 제37집 제2
호, 한국공법학회, 2008.
- 조순·정운찬·전성인·김영식, 「경제학원론」, 율곡출판사, 2009.
- 토머스 프리드먼, 왕윤중 감사, 최정임·이영민 역, 「코드 그린: 뜨겁고 평평한 불비

- 는 세계], 21세기북스, 2008.
- 허영, 「한국헌법학」, 박영사, 2007.
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2006.
- 山本隆司,公私協働の法構造,公法學の法と政策(金子宏先生古稀祝賀論文集),下卷, 2009.
- 小早川光郎,公私協働(PPP)おめぐる日本法の現状と論点,公法研究 제37집 제1-1호, 한국공법학회, 2008.
- 東北産業活性化センター編,公共サービスの民營化,日本地域社會研究所, 2005.
- Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2002.
- Bausback, Public Private Partnerships im deutschen Recht und im Europarecht, DÖV 2006.
- von Danwitz, Die Universaldienstfinanzierungsabgaben im Telekommunikationsgesetz und im Postgesetz als verfassungswidrige Sonderabgaben, NVwZ 2000.
- Dawin, Rechtsweg und Klageart bei Verwaltung in privatrechtlichen Formen, NVwZ 1983.
- Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin 2002.
- Gramlich, Ludwig, Von der Postreform zur Postneuordnung, NJW 1994.
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2009.
- Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 1996.
- Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl., München 2003.
- Lang, M., Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen, NJW 2004.
- Leisner, „Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts, Berlin 2007.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München 2006.
- Mayen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche

- Möglichkeiten, DÖV 2001.
- Peine, Grenzen der Privatisierung– verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997.
- Schmidt, T., Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, LKV 2008.
- Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., 2000.
- Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft, NVwZ 2008.
- Schoch, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009.
- Sellmann, Ch., Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, NVwZ 2008.
- Stier/Hermanns, Daseinsvorsorge durch Privatisierung– Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, Dokumentation des 6. Leipziger Umweltrechts–Symposiums, 2001.
- Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2003.
- Gusy (Hg), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien–Grenzen–Folgen, Baden–Baden 1998.
- Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974.
- Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007.
- Gérald Roland, ed., Privatization: Success and Failures (New York: Columbia University Press, 2008.
- Savas, Emanuel S. Privatization and Public Private Partnership (New York-London: Chatham House Publishers, 2000.
- Takatoshi Ito and Anne O. Krueger, eds., Governance, Regulation, and Privatization in the Asia–Pacific Region, 343, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2004.

[Zusammenfassung]

Öffentlich–rechtliche Probleme und Public Private
Partnerships im Bereich von Daseinsvorsorge
- insbesondere Privatisierung öffentlicher Wasserversorgung -

Chung, Nam Chul

In jüngster Zeit wird umstritten, ob und inwieweit Daseinsvorsorge durch Privatisierung zulässig ist. Diese wird besonders verfassungsrechtlich kräftig diskutiert. Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben wird doch immer wieder gefordert und ist heute so aktuell wie eh und je. Die materielle Privatisierung hat im Bereich der Daseinsvorsorge Grenzen. Doch formelle oder funktionelle Privatisierung nicht unmöglich ist. Die Koreanische Verfassung (KV) enthält kein allgemeines Privatisierungsverbot. Die Privatisierung von Wasserversorgung ist nun umstritten. Im Sinne des Prinzips der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung bestehen schon gesetzliche Grundlagen dafür, wenn auch bei bloß formaler oder funktioneller Privatisierung einer gesetzlicher Regelung nicht bedarf. Nach h. M. ist öffentliche Wasserversorgung kommunale Aufgabe. Daher ist fraglich, dass Privatisierung und Liberalisierung in der Wasserwirtschaft kommunale Selbstverwaltung in Art. 117 KV beeinträchtigen können. Dem Staat steht die Gewährleistungsverantwortung zu. Aus meiner Sicht ist die Privatisierung öffentlicher Wasserversorgung notwendig, aber vorsichtig. Sie kann die Wasserqualität verbessern und auch dem Umweltschutz dienen. Zu berücksichtigen sind Public Private Partnerships, insb. Kooperationsmodell. Die hohen Wasserkosten aber müssen durch sog. „price–cap regulation“ kontrolliert werden.

주 제 어 생존배려, 보편적 서비스, 요금상한규제, 민영화, 민관협력, 공공수도, 보장책임
Key Words Daseinsvorsorge, Universaldienst, price-cap regulation, Privatisierung, public private partnerships, öffentlicher Wasserversorgung, Gewährleistungsverantwortung