



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2021年 2月

博士學位論文

現代 國家에 있어서 保障行政의  
法理에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

尹 志 元

現代 國家에 있어서 保障行政의  
法理에 관한 研究

A Study on the Legal Principles of Guaranteed  
Administration in Modern Countries

2021 年 2 月 25 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

尹 志 元

現代 國家에 있어서 保障行政의  
法理에 관한 研究

指導教授 金 春 煥

이 論文을 法學博士學位申請 論文으로 提出함

2020 年 10 月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

尹 志 元

# 윤지원의 博士學位論文을 認准함

委員長 松源大學校 教授 김 남 욱 印

委 員 東新大學校 教授 조 만 형 印

委 員 草堂大學校 教授 문 현 철 印

委 員 朝鮮大學校 教授 구 형 근 印

委 員 朝鮮大學校 教授 김 춘 환 印

2020 年 12 月

朝鮮大學校 大學院

# 목 차

## 국문초록

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구범위와 방법 .....	3
<b>제2장 보장행정의 일반론</b> .....	<b>6</b>
제1절 새로운 국가상으로서 보장국가와 보장행정의 의의 .....	6
I. 보장국가와 보장행정의 개념 .....	6
II. 보장행정의 구별개념 .....	7
1. 규제행정 .....	7
2. 급부행정 .....	8
3. 계획행정 .....	10
4. 조성행정 및 유도행정 .....	11
III. 보장행정의 근거 .....	13
1. 실정법적 근거 .....	13
2. 이론적 근거 .....	15
IV. 보장행정의 특징 .....	16
제2절 보장행정의 필요성 .....	19
I. 보장행정 확대와 공사협력 구현 .....	19
II. 사회적 약자 배려 강화 .....	20
III. 지능정보 격차해소와 공유가치 창출 .....	22
IV. 리스크의 대응 .....	24
제3절 보장국가에서의 국가임무론 .....	25
I. 국가임무론의 의의 .....	25
II. 복지국가의 생존배려임무 .....	26
III. 조성국가(Enabling State)의 사회공평 회복 .....	27

IV. 활성화국가의 책임배분 .....	28
V. 보장국가의 다원성 보장 .....	29
VI. 국가임무와 보장책임 .....	30
제4절 보장국가의 기본적 요소 .....	31
I. 리스크사회의 협력행정 .....	31
II. 지역사회밀착형 치안서비스 제공 .....	34
III. 보장행정의 책임분배 .....	34
IV. 행정작용으로서 규제된 자율규제 .....	35
1. 보장책임의 실현수단 .....	35
2. 규제된 자율규제로의 전환 .....	37
3. 시장사회에서의 활용 .....	41
4. 민영화에서의 적용 .....	41
5. 보장행정의 행위형식 .....	41
제5절 보장책임의 내용 .....	43
I. 보장책임의 의의 .....	43
II. 행정책임의 3단계 .....	44
1. 이행책임 .....	44
2. 보장책임 .....	45
3. 회수책임 .....	47
<b>제3장 공사협력의 법적 구조 .....</b>	<b>50</b>
제1절 공사협력의 의의와 필요성 .....	50
I. 공사협력의 개념 및 특징 .....	50
1. 공사협력의 개념 .....	50
2. 공사협력의 특징 .....	52
II. 공사협력의 필요성 .....	53
1. 시장실패와 정부개입의 합리화 .....	53
2. 공사의 역할과 인센티브 및 책임의 재분배 개혁 .....	54
3. 민간자본투자의 유치 .....	55
4. 자원의 효율성 제고 .....	55

제2절 공사협력의 유형 .....	56
I. 임무 목적에 따른 공사협력 .....	56
1. 사실적 급부의 공사협력 .....	56
2. 문화활동의 공사협력 .....	56
3. 분배 결정의 공사협력 .....	57
II. 행정절차에서의 공사협력 .....	57
III. 보장행정의 결정에 따른 공사협력 .....	58
1. 결정에 관한 공사협력의 필요성 .....	58
2. 집행·검사·결정단계에서의 공사협력 .....	59
IV. 계약과 조직에 따른 공사협력 .....	65
1. 계약형 공사협력 .....	65
2. 조직형 공사협력 .....	66
제3절 공사협력의 한계와 통제 .....	67
I. 공사협력의 한계 .....	67
1. 비권력적 행정작용 .....	67
2. 권력작용 .....	68
II. 공사협력의 통제 .....	69
1. 기본권적 방어권의 주체에 의한 기본권적 급부의무·보호의무 .....	69
2. 공공선을 판단·논의하는 사인·공중 .....	71
3. 사적 조직·절차에서 파급하는 법치국가원리와 민주주의원리 .....	72
4. 기본권적 방어권의 문제- 단체주의화, 카르텔화 .....	72
5. 국가개입의 분절화·프로세스화 .....	75
6. 파급적 정통화책임에 의한 사행정법 .....	77
7. 협력의 조직·절차를 통제하는 주체 .....	79
제4절 공사협력과 제3자의 권리보호 .....	80
I. 제3자의 권리보호 필요성 .....	80
II. 행정절차법·행정쟁송법상의 제3자의 권리보호 .....	81
III. 국가배상법에 의한 제3자 권리보호 .....	83
1. 학 설 .....	83
2. 판 례 .....	85
IV. 보장책임과 국가배상책임 .....	89



제4장 각국의 보장행정 입법례 .....	90
제1절 대륙법계 국가들의 보장행정 .....	90
I. 독 일 .....	90
1. 규제개혁의 논의와 규제의 의의 .....	90
2. 영역특수 규제법의 발전 .....	91
3. 보장행정에서의 자율규제 .....	91
4. 보장행정의 입법례 .....	94
II. 프랑스 .....	111
1. 공역무에서의 보장행정 .....	112
2. 경찰상 위해와 보장행정 .....	113
III. 일 본 .....	121
1. 일본에서 규제개혁의 개요 .....	121
2. 보장행정에 적합한 민영화의 유형과 입법례 .....	121
3. 보장책임 실현을 위한 제도 .....	132
제2절 영미법계 국가들의 보장행정 .....	136
I. 영 국 .....	136
1. 규제개혁의 개요 .....	136
2. 새로운 규제개념과 규제국가의 등장 .....	136
II. 미 국 .....	137
1. 규제개혁의 개요 .....	137
2. 보장행정의 비교 법리로서의 책임적합성 원칙 .....	138
제3절 시사점 및 비교 검토 .....	142
I. 시사점 .....	142
1. 독 일 .....	142
2. 프랑스 .....	144
3. 일 본 .....	146
4. 영국과 미국 .....	146
II. 비교 검토 .....	147

<b>제5장 보장행정론의 평가와 법적 과제</b> .....	<b>150</b>
제1절 보장국가론의 헌법적 수용과 보장책임의 범위와 한계 .....	150
I. 헌법적 수용 .....	150
II. 보장책임의 범위와 한계 .....	151
제2절 보장행정의 평가 .....	154
I. 법리에 대한 평가 .....	154
II. 사회와 사회 유형에 따른 유용성 .....	155
1. 사회개념 .....	155
2. 사회의 유형에 따른 유용성 .....	156
III. 책임배분 합리화 .....	161
제3절 보장행정 구현을 위한 과제 .....	164
I. 핵심 사항의 확립 .....	164
1. 결과 보장 .....	165
2. 사적 주체의 자격 및 선정 .....	165
3. 유도 및 통제 .....	166
4. 평가 및 교훈 .....	167
5. 효과적인 국가의 환수선택권 .....	168
II. 법률유보의 변화 .....	169
III. 지방자치를 통한 보장행정의 향상 .....	173
1. 지방자치단체의 보장책임 .....	173
2. 보장행정 향상을 위한 핵심 사항 .....	175
3. 자격 검정 및 선정 절차의 확립 .....	176
4. 민관협력사업 통합관리 전담기구의 설치·운영 .....	178
5. 공법과 사법의 상호 교착 .....	178
6. 지방자치단체의 규제와 책임권한 강화 .....	181
IV. 안전사회 구축 .....	184
1. 국민의 안전보호 .....	184
2. 안전업무의 민영화 문제 .....	186
3. 법제도 개선방안 .....	190

제4절 재공영화의 합리성 .....	193
I. 재공영화의 의의 및 종류 .....	193
II. 재공영화의 등장배경 .....	193
III. 재공영화 사례 .....	194
IV. 재공영화에 따른 보장책임의 의미 .....	197
제6장 결    론 .....	198
참고문헌 .....	201

<국문초록>

## 현대국가에 있어서 보장행정의 법리에 관한 연구

윤 지 원

지도교수 : 김춘환, 법학박사

법학과

조선대학교 대학원

복지국가에서는 국가의 거대한 인적·물적 자원으로 감당할 수 없을 정도로 국가의 역할이 계속 확대되고 있지만 국가의 인적·물적 자원의 한계와 국가재정의 고갈로 인하여 국가의 공익사업의 독점은 효율성을 저해하는 최대요인이 되었다. 그리하여 작은 정부의 구호 아래 공적 임무의 민영화가 활발하게 진행되었고, 그 결과 국가의 역할과 공·사법 구별의 무용론이 제기되었으며 행정법의 존재 자체도 의심받게 되었다. 그러나 국가의 역할증대는 공적인 임무수행에 있어서 행정에 의한 고권적인 것뿐만 아니라 비고권적인 것과 사인에 의해 행해지는 것까지 광범위한 양상으로 나타나고 있으며 시대의 요청에 따라 고권적인 임무수행이라는 형식 자체도 수정, 보충, 구조변화를 강요받고 있다. 공권력 및 공익의 담당자의 확산과 동시에 행정법의 새로운 임무로 공공적 과제의 처리와 서비스제공의 질을 담보할 필요가 있게 되었다. 이에 따라 독일에서는 현재 보장행정(Gewährleistungsverwaltung)이라는 새로운 법이론이 등장하여 활발한 논의가 진행되고 있다. 보장행정론의 효시는 Gallwas의 보증인적 지위론(Garantenstellung)으로, 이 이론은 지금까지 공적부문이 담당해 온 임무수행을 사적부문에 위탁한 뒤에도 국가로서는 그 임무가 차질없이 수행될 수 있도록 보장하는 책임 즉, 보장책임이 계속된다는 것이다.

현대국가에 있어서는 공적부문의 활동의 대부분이 시장의 실패를 막기 위한 보장행정의 작용으로 파악되고, 이러한 활동은 종래에도 행정법학의 대상으로서 연구되었지만 보장행정의 등장으로 더욱 구체화되었다. 따라서 보장행정의 법이론은 기존의 패러다임에 대한 변환이 아니라 기존의 패러다임에 새로운 관점을 덧붙인 것이라고 할 수 있다.

시대의 변천에 따라 국가관은 자유주의적 법치국가에서 사회적 법치국가로, 사회적 법치국가에서 보장국가로 변화하고 있다. 20세기 전반이 규제국가(야정국가)에서 급부국가(복지국가)로의 시대라면 20세기 후반부터 현대에 걸쳐서는 급부국가로부터 보장국가(규정국가)로의 시대이다. 보장국가란 시장의 실패와 정부의 실패에 이르지 않고 균형을 도모하며 사회의 활력있는 발전을 유지하는 것을 목적으로 제창된 사고의 구조이다. 이러한 보장국가에서는 새로운 종류의 성질을 가지는 행정활동이 규제행정과 급부행정이라는 전통적인 현상형태를 넘어서 보장행정이라는 새로운 형식으로 향하고 있다. 보장행정은 사회의 적정한 자율적 조직능력에 의거한 시장과 경쟁구조의 조직화·최적화를 지향한다. 다시 말하면 국가와 사회의 분업으로 공공선을 실현하는 것이다.

보장행정의 법이론을 주장하는 학자들은 사회에 따른 국가 또는 정부의 역할 무용론에 대하여, 그 답변으로 보장행정은 보장책임을 부담하기 때문에 공사의 책임배분을 명확히 하는 독자적인 보장행정의 법체계를 구축하는 것이고, 그것이야말로 우리 시대에 과하여진 사명이라고 한다, 그리고 그들은 보장행정의 핵심요소로 시장의 제어, 규제된 자율규제, 공사협력, 사회, 책임배분, 보장책임, 재공영화 등을 언급하고 있다.

본고는 지금까지 행정이 수행하였던 임무를 사인에게 위탁한 후에도 국가에게 보장책임을 계속 남아 있다는 인식에서 보장행정의 법이론을 연구를 목적으로 한다. 이 연구는 보장국가에 있어서 국가의 역할과 행정법의 존재를 다시 성찰하는 계기가 될 수 있을 것이다. 이에 관한 논의는 주로 독일의 논의가 중심이 되며, 이를 분석·검토하여 그 시사점을 찾아 우리나라의 행정법학에의 수용가능성을 고찰하고 있다. 이 연구는 보장행정에 관한 일반이론, 공사협력의 법적 구조, 보장행정에 관한 각국 입법례, 보장행정론의 평가와 법적 과제로 구성한다.

주제어: 보장행정, 보장책임, 규제된 자율규제, 책임배분, 공사협력

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

1980년대 이후 지난 수십 년 동안 신자유주의와 영국의 대처리즘 아래 전세계적으로 경제규제 완화 및 공공분야의 민영화가 진행되었지만, 또 다른 한편에서는 안전배려 등의 관점에서 국민의 삶의 질 강화 등을 목표로 국가가 적극적으로 개입하여 규제강화를 시도하기도 하였다. 대표적으로 전기, 가스, 상하수도, 교통, 통신, 철도 등의 분야에서 우리나라를 비롯한 독일, 프랑스, 영국, 미국 등에서는 규제완화 차원에서 민영화가 이루어졌지만, 이러한 국민의 신체, 생명, 안전 등의 생존배려(Daseinsvorsorge)부분은 여전히 국가의 책무로 남아 있다.

과거 신자유주의에 의한 국가의 규제완화 정책 등은 오늘날 현대 복지국가에서 국가의 과잉규제에 의한 비효율적인 사항을 철폐하거나 감축하여 비용 등을 절감하면서도 양질의 서비스 제공을 담보해 줄 것으로 기대되었다. 그러나 중산층 몰락, 소득의 양극화와 소득 불균형의 심화, 청년실업 및 비정규직 양산, 부동산가격 폭등, 통신, 교육 등 공적 서비스 가격의 상승과 기대에 못 미치는 급부의 질적 저하 등의 심각한 사회적 문제가 파생되고 있다.

이러한 시대적 흐름 속에서 정부의 실패와 시장의 실패를 극복하고 균형을 도모하여 활력있는 사회발전의 유지를 목적으로 등장한 이데올로기가 보장국가이다. 그리고 이러한 보장국가에서의 행정은 새로운 시대에 대응하기 위해 제창된 리스크 개념이라고 할 수 있다.<sup>1)</sup>

예컨대 공사가 협력하여 하수처리, 상수도, 교육, 화재 및 재난 통제, 구조 서비스, 전력 공급, 폐기물 순환경제, 묘지, 화장터, 화폐 및 신용 공급, 건강, 문화, 공공안전, 우체국, 거리 청소, 통신 및 인터넷, 교통 및 교통인프라, 주택 등 다양한 분야에서 공공선을 구현하기 위하여 공사가 파트너로서 서로 협력하는 보장행정이 요구되고 있다.<sup>2)</sup>

특히 보장국가에서는 국가가 국민의 안전에 관한 업무의 수행을 사인에게 위탁

1) 김춘환, “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 「국가법연구」 제16집 제1호, 한국국가법학회, 2020. 2, 51면.

2) <https://www.remondis-aktuell.de/012020-oepp/einfuehrung/kurz-vorab/>(검색일자 2020. 12. 29).

하더라도 책임이 소멸하는 것이 아니라 ‘조정자’로서의 역할을 수행하며, 시장 실패가 초래되거나 민간이 통제할 수 없는 위험이 발생한 경우에는 보충적 지위에서 직접 국민의 신체, 생명, 재산의 안전과 위험에 개입하여 보장책임을 진다.<sup>3)</sup>

또한 보장국가는 칼레츠키(Kaletsky)의 자본주의 4.0에서 국가와 사회의 동반성장, 소외계층의 나눔과 배려, 가치공유, 시장의 자율적 기능과 사회적 책임 등을 공공선으로 보고 사인과의 협력을 통하여 보장행정을 구현하고 있다. 이처럼 국민의 경제적·문화적·사회적 수준의 향상과 함께 산업발전으로 새롭게 등장하는 문제와 임무를 국가가 독점하여 해결하는 활동을 수행하기보다는 국가의 역량을 고려하여 국가 또는 지방자치단체가 사인과 협력하거나 사인에게 맡기는 私化(Privatisierung)가 진행됨에 따라 새롭게 등장한 것이 보장행정이다.<sup>4)</sup>

결국 보장행정은 국가 또는 지방자치단체가 국민에 대한 급부를 직접적으로 제공하지 않고, 기업 등 사경제 주체인 사인에게 맡기어 종국적으로 효율적인 급부가 이루어지도록 보장하는 것을 주된 임무로 하는 행정을 의미한다. 또한 보장행정은 공익을 달성하기 위하여 상대방의 행위를 제어하고 일정한 방향으로 조정하고 유도하는 기능을 담당하고 있다.<sup>5)</sup>

오늘날 공사협력을 통하여 보장행정을 실현해내는 방식은 IT기술의 비약적인 발전으로 인하여 더욱 다양해지고 있으며 특히 안전사회를 실현하기 위해서는 4차산업혁명 관련 자율규제를 활용하여 국가 또는 지방자치단체와 사인과의 거버넌스를 구축하는 등 공사의 적극적 협력이 요구되고 있다.

그러나 아쉽게도 우리나라에서는 보장국가론에 관한 개괄적 논의는 활발하게 이루어져왔으나 보장국가에서의 보장행정에 관하여는 아직 규제수단 등의 다소 지엽적인 연구수준에 머물러 있어 보장행정의 법리를 체계적으로 구성하는 것이 시급한 과제이다. 즉, 국가 또는 지방자치단체가 행정의 상대방인 사인에게 인허가나 그 취소·조업정지 및 폐쇄명령·이행강제·행정벌 등 고권적인 수단을 통해 개입하는 것으로는 더 이상 공공의 선을 제대로 실현할 수 없다.

3) 성봉근, “보장국가에서의 위험에 대한 대응 : 전자정부를 통한 보장국가의 관점에서 본 위험-”, 「법과정책연구」 제15집 제3호, 한국법정정책학회, 2015. 9, 1032면; 김성수, “독일 신사조 행정법학의 실천 분야와 보장국가론”, 「토지공법연구」 제78집, 한국토지공법학회, 2017, 145면.

4) 김남진, “자본주의 4.0과 보장국가·보장행정론”, 법률신문 2011. 10. 17(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=59861>(검색일자 2020. 10. 30)).

5) 문병효, 「행정법방법론」, 박영사, 2020, 31면.

더욱이 과학기술과 신산업의 발달에 따른 새로운 유형의 위험들이 존재하고, 복잡하고 다양한 이해관계가 존재하는 현대사회에서 공공과 민간 사이의 이익을 조정하고 위험요소를 제거하기 위하여 사인과의 협치는 이제 선택사항이 아니라 필수사항이 된 것이다. 그러므로 보장행정에서도 국가나 지방자치단체 외에 공적 과제를 수행하는 주체들이 다양해지면서 비공식적이고 협력적인 행정작용이 증가하고 있으므로 이를 규율할 법리를 마련하여야 한다. 이러한 의미에서 보장행정은 헌법의 구체화 법으로서 이러한 현실의 변화를 반영하여 문제점을 파악하고 그 개선책을 입법 및 정책적으로 제시할 수 있어야 한다.

또한 국가와 지방자치단체가 사인과 협력하여 보장행정을 수행하는 데 있어서, 사인이 공공의 선을 실현할 역량이 부족하거나 시장실패를 초래하는 경우에는 ‘규제된 자율규제’의 방식으로 사인을 제어하고 조정하여 공공선의 결과를 이끌어내야 한다.

## 제2절 연구범위와 방법

본 논문은 지금까지 행정이 수행하였던 임무를 사인에게 위탁한 후에도 국가에게 보장책임이 계속 남아 있다는 인식에서 보장행정의 법이론의 연구를 목적으로 한다. 이러한 연구목적은 달성하기 위하여 보장행정의 일반론, 보장행정의 공사협력의 법적 구조, 외국의 보장행정의 입법례, 보장행정론의 평가와 법적 과제를 검토하여 우리의 행정법에서의 독자적인 보장행정법 체계를 마련하고 법치행정 및 공공의 선을 구현하고자 한다.

연구의 범위를 분설하면 다음과 같다.

제1장 서론에서는 보장행정 법리의 연구목적과 범위 및 방법 등을 기술하고 있다.

제2장에서는 먼저 보장국가와 보장행정의 개념·급부행정 등과의 구별 및 근거를 명확히 규명한다. 왜냐하면 보장행정은 현대국가의 보장책임을 공사협력을 통하여 수행하는 활동으로서 공적임무를 사인에게 맡기되 공적임무의 수행이 불가능하거나 실패를 초래하는 경우에는 국가가 조정하는 행정작용이라고 할 수 있고, 이러한 보장행정 확대에 따른 오늘날 공사협력 구현, 사회적 약자 배려 강화, 지능정보 격차 해소와 공유가치 창출, 리스크의 대응이라는 측면에서 보장행정 법리의 필요성이 부각되기 때문이다.

다음으로 복지국가의 생존배려의무, 조성국가의 사회공평회복, 활성화국가의 책임 배분 메커니즘을 고찰해봄으로써 보장국가의 임무에 관한 논의를 살펴본다.



특히 보장국가에 있어서 보장행정에서는 리스크사회의 협력행정, 지역사회밀착형 치안서비스의 제공문제와 보장행정의 규제개념인 규제된 자율규제에 관하여 검토한 후 이행책임, 보장책임, 회수책임을 중심으로 보장책임수단으로서 규제된 자율규제, 시장사회와 민영화에 따른 규제된 자율규제뿐만 아니라 보장행정의 행위형식으로서 규제된 자율규제를 살펴본다.

제3장에서는 보장행정에서의 공사협력의 의의와 필요성을 고찰하고, 공사협력을 유형화하여 임무목적에 따른 공사협력, 행정절차에 의한 공사협력, 행정결정에 따른 공사협력, 계약과 조직에 의한 공사협력을 검토한다. 기본권적 급부의무·보호의무, 사인과 공중의 공공선의 판단, 법치주의와 민주주의 원리, 기본권의 방어권, 국가개입의 분절화, 파급적 정통화책임에 의한 사행정법, 협력의 조직·절차 등의 관점에서 공사협력의 통제문제를 논의한다. 다음으로 공사협력의 사무에 행정청의 고권적인 사무는 독일기본법과 같이 헌법과 법률에서 허용하는 경우에 예외적으로 인정할 수 있고, 원칙적으로 민주주의 원리와 법치주의 원칙에 의하여 공권력 행사와 같은 고권적 권한의 행사는 국가나 지방자치단체의 고유권한에 해당하므로 이에 관한 위임의 한계를 모색한 후, 제3자 사인의 권리보호의 필요성, 행정절차법과 행정쟁송법, 국가배상법상의 권리구제문제를 고찰하고자 한다.

제4장에서는 독일, 프랑스, 일본, 영국, 미국 등 주요 각국의 보장행정의 입법례와 보장행정의 특성 등을 검토하여 우리나라에의 시사점 등을 찾고자 한다. 이를 위해 먼저 독일의 보장행정 입법례에서는 보장행정의 근거를 명문화하고 있는 독일기본법 등을 검토하고, 프랑스의 보장행정 입법례에서는 공공안전 영역에서의 민간보안 활동에 관한 법제를 중심으로 보장행정의 실현형태 등을 살펴보고자 한다. 다음으로 일본의 보장행정 입법례에서는 보장행정에 적합한 민영화의 유형과 지정관리자 제도 등 보장책임 실현을 위한 제도 등을 검토한다. 끝으로 영국과 미국의 보장행정 입법례에서는 민영화의 새로운 공법적 통제장치로서 책임적합성 이론을 고찰한 후 보장책임이론의 한계와 앞으로의 개선점을 찾고자 한다.

제5장에서는 먼저 현대국가에서 보장행정론이 지니는 의미를 평가하고 우리나라에서 보장행정의 법리 정립을 위한 법적 과제를 검토한 후, 조직적 사회, 사무의 사회, 기능적(절차적) 사회로 사회를 유형화하여 각각의 법적 쟁점과 유효성을 논의하고자 한다. 그리고 지방자치 강화를 위하여 품질관리 공제제도·표준계약제도 도입, 자격검증과 선정절차 확립, 민관협력사업 통합관리 전담기구 설치 운영, 사인에 대한 공적규제수단 사전 정립, 지방자치단체의 규제와 권한책임 강화방안을 살펴보고

자 한다. 또한 감염병 등 환경의 위험뿐만 아니라 경찰과 교정의 민영화에 따른 보장행정의 법제도 개선방안을 모색하고, 공공선의 보장을 위한 합리적인 재공영화 방안을 제시하고자 한다.

제6장에서는 결론으로 지금까지의 논의를 정리하고 앞으로 현대국가에서 보장책임을 지기 위한 국가의 역할로서, 공사협력을 위한 상호 신뢰 형성 및 입법적 제도 설계, 합리적인 책임의 분배 및 제3자의 권리보호 등의 입법적 과제와 그 실현방안을 제시하고자 한다.

이와 같은 연구목적의 달성을 위한 연구방법으로는 보장행정에 관한 국내외 문헌자료와 입법례, 판례 등을 중심으로 법제사적 방법, 비교법학적 방법, 입법 정책적 방법 등을 종합적으로 활용하였다.

## 제2장 보장행정의 일반론

### 제1절 새로운 국가상으로서 보장국가와 보장행정의 의의

#### I. 보장국가와 보장행정의 개념

보장국가(Gewährleistungsstaat)<sup>1)</sup>와 보장행정에 관한 논의는 기존에 국가가 공익 사업을 수행하던 역할을 변화시켜 민간 주체가 공익사업의 시행을 위임받아 수행하게 된 경우에, 공공선의 실현을 보증하기 위하여 국가가 그 민간 주체가 공익사업을 적절하게 행하고 있는지를 지시·감독하는 새로운 역할에 관한 것이다.<sup>2)</sup>

보장국가의 강화상 개념은 국가(지방자치단체 등 공적 주체 포함)가 국가의 핵심적 역할(국방, 치안, 외교 등)만 직접 수행하고 나머지 국가의 공익적 역할은 되도록 국가와 사인의 협력(공사협력)을 통해서 혹은 사인(민간단체, 사기업 등 포함)의 독립적 활동을 통해서 수행(이를 민영화라고 한다)하되, 그 공사협력 내지 사인의 독립적 활동이 본래의 목적을 달성할 수 있도록 보장(유도, 지원, 감시, 통제 등)할 책임(이를 ‘보장책임’이라 한다)을 지는 국가를 의미한다.<sup>3)</sup> 그리고 국가목적 수행하는 활동을 ‘행정’이라고 한다면, 이러한 현대국가의 보장책임을 수행하는 행정 활동을 ‘보장행정’이라고 이해할 수 있다. 즉, 보장행정이란 국가가 공익을 직접 제공하는 것이 아니라, 사경제주체가 효율적으로 공익을 제공하도록 보장하는 것이다. 이러한 의미의 보장행정은 행정에 있어서 민영화가 진행됨에 따라 나타난 현상으로서, 국가가 공익을 제공함에 있어 과거에는 스스로 담당하거나 공공단체 등에 위임하여 수행하여 왔던 임무를 사경제 또는 민간의 경쟁체제가 수행하도록 하되 이에 따른 폐해를 방지하고 조정할 최종적인 책임을 국가가 부담하는 것을 의미한다.<sup>4)</sup>

1) 보장국가를 독일어로 Steuerungsstaat라고 표기하기도 하나, 본 논문에서는 통상적으로 사용되는 Gewährleistungsstaat로 표기하기로 한다(김성수, “독일 신사조 행정 법학의 실천 분야와 보장국가론”, 「토지공법연구」 제78집, 한국토지공법학회, 2017 참조).

2) 김춘환, “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 「국가법연구」 제16집 제1호, 한국국가법학회, 2020. 2, 34면.

3) 김남진, “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 「학술원논문집(인문·사회과학편)」 제55집 2호, 대한민국학술원, 2016. 12, 39면.

4) 김재호, “보장국가에서의 녹색성장을 위한 법제 개선방안 연구 : 저탄소녹색성장기본법을 중심으로”, 「토지공법연구」 제65집, 한국토지공법학회, 2014. 5, 189면.

## II. 보장행정의 구별개념

보장행정의 개념을 보다 명확히 이해하기 위하여 개념적으로 유사하거나 대조적인 특징을 보여주는 사회보장 및 급부행정, 규제행정 그리고 계획행정, 조성행정 및 유도행정과 비교하여 살펴볼 필요가 있다.

### 1. 규제행정

보장행정은 시장구조화행정을 의미하며, 시장의 actor가 활동하기 위한 제한조건(Rahmenbedingungen)을 설정하는 행정작용을 말한다. 대표적인 것으로 금융에 대한 감독과 경쟁에 대한 감독으로 자율규제를 의미한다.<sup>5)</sup> 이러한 보장행정의 시장구조화행정은 세계공황에 대한 반성으로 대규모로 확대되고 있으며, 공사의 협력에 의한 행정을 강조한다. 특히 보장행정은 급부수준이 장래에 사회국가적 최소수준의 배려확보를 위해 일정 수준을 유지하도록 경쟁하는 사인 간의 기능수행능력을 새롭게 구축하고 보장하는 것을 말하며,<sup>6)</sup> 이것이 사회에 있어서 행정이 담당하는 보장책임 내용의 대부분이다.

그러나 규제행정(Regulierungsverwaltung)이란 시장에서 활동하는 actor에 대하여 규정 내지 억제(Steuerung)하는 행정작용을 말한다. 공사협동 내지 사회와의 관계에서 보면 종래 국가의 역할인 행정임무의 수행을 상호 경쟁하고 합류하는 사인에게 위임하거나 위임 이후에 행정이 담당하는 새로운 임무를 말한다.<sup>7)</sup>

한편, 규제행정의 모델은 시장 구조화의 임무에서 분화한 것이다. 보장행정에 관한 시장구조화행정이 제한조건을 설정하나, 규정행정은 그 제한조건 중에서 활동을 행하는 시장 actor를 감시·감독·제어한다. 결국, 보장행정은 민영화 이후에도 국가의 책임이 존속한다는 점에서 규제행정과 다르다.

요컨대, 종래의 규제행정 및 급부행정과 보장행정과의 차이점은 “사회에 대한 자

5) 김춘환, 앞의 논문, 41면.

6) Michael Fehling, Zur Bahnreform-Eine Zwischenbilanz im Spiegel erfolgreicherer “Schwesterreformen”, DÖV 2002, S.793(795); Helmuth Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in : Hoffmann Riem/Schmidt Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, §12. Rn. 57ff; 김춘환, 위의 논문, 41면.

7) Joachim Wieland, Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung, DV Bd. 28, 1995, S.330ff; 김춘환, 위의 논문, 41면 인용.

세”에 있다. 즉 규제행정은 위험방어를 목표로 관련자를 질서유지 차원에서 규율하고, 급부행정은 사회적 재분배를 통하여 부족한 점을 보완하는 방식으로 활동한다. 이에 반하여 보장행정은 사회의 적정한 자율적 조직능력에서 시장과 경쟁구조의 조직화, 촉진, 최적화를 지향한다.<sup>8)</sup> 즉, 국가와 사회가 분업을 통하여 공공선 실현을 도모하는 것을 보장행정의 근거에 두고 있다.<sup>9)</sup> 또한 규제행정과 급부행정이 전형적인 국가와 사회의 2극적 법관계를 상징하는 것과 달리, 보장행정은 복잡한 행정결정군을 통하여 사인 사이의 다극적 이해조정을 도모하는 것이라는 점에서 차이가 있다.<sup>10)</sup> 또한 규제행정법과 급부행정법이 구체적인 법관계에서 개별행위를 위한 규율에 관하여 조준하는 것인데 대하여, 보장행정법의 목표는 무엇보다도 전체구상의 실현이며 그 위에 절차법적 요청, 조직적 요소, 내용적 기준에 관하여 국가와 사인의 임무 분담을 세밀하게 결합시키는 보장구조를 구축하고 그의 영향력을 지속적으로 미치는 것을 의도하는 것이다.<sup>11)</sup>

## 2. 급부행정

공적 업무를 민간에 위탁하고 이를 관리하는 보장행정은 사회보장에 있어서 민간 보육, 노인 요양 등의 복지업무를 민간에 위탁하여 행하도록 하면서 이를 감독하는 행정과 유사한 면을 보이고 있어 보장행정과 사회보장행정의 개념 구별이 필요하다.

헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”라고 하여 국민의 생존권을 규정하고 있고, 동조 제2항은 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 국가의 의무를 정하고 있다. 이러한 헌법상의 생존권과 사회보장에 관한 국가의 의무를 기초로 하여, 사회보장기본법은 사회보장에 관한 국민의 권리와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 또한 사회보장의 이념과 개념 및 사회보장제도에 관한 기본적 사항을 정하고 있다.<sup>12)</sup>

8) Schulze-Fielitz, a.a.O., Rn. 18.

9) Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, 2009, S.83ff; 김춘환, 앞의 논문, 35면 인용.

10) Jörn Axel Kämmerer, Verwaltungsstaat auf Diät?, Jz 1996, S.1050; Schulze-Fielitz, a.a.O., Rn. 53; 김춘환, 위의 논문, 37면 인용.

11) 김춘환, 위의 논문, 40면.

12) 김춘환, “리스크사회에 있어서 사회보장행정에 관한 검토”, 「국가법연구」 제16집 제3호, 한국국가법학회, 2020. 10, 30면; 김동희, 「행정법 II」, 박영사, 2014, 334면.

이렇게 국민의 복지증진에 이바지하는 것을 목적으로 제정된 사회보장기본법에서 사회보장이란 출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상하는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 말한다(사회보장기본법 제3조). 또한 모든 국민이 다양한 사회적 위험으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 자립을 지원하며, 사회참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현하는 것을 기본이념으로 한다(동법 제2조).

이러한 헌법과 사회보장기본법의 목적을 실현하기 위한 수단이 사회보장행정이다. 사회보장행정은 행정주체가 개인이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장함으로써 공공복리 증진을 위하여 행하는 사회보험, 공공부조·사회복지서비스 및 관련 복지제도 등의 급부행정작용을 말한다.<sup>13)</sup> 즉, 사회보장은 ‘급부행정’을 의미한다고 해석할 수 있다. 여기서 급부행정이란 국가 또는 공공단체 등의 행정주체가 주로 비권력적 수단을 통하여 국민의 생존에 불가결한 용역이나 재화를 제공하는 행정 공익적 활동을 통해 국민의 복지증진에 기여하는 행정 활동을 말한다.<sup>14)</sup> 이러한 급부행정은 일반적으로 그 내용에 따라 ① 공급행정, ② 사회보장행정 및 조성행정, ③ 자금보조 행정 등이 포함되는 것으로 이해되고 있다.

국가목적 수행하는 활동을 ‘행정’이라고 보면 행정의 목적은 공익실현이므로 사회보장기본법상 행정의 목적과 보장행정의 그 목적은 궁극적으로는 동일하다고 볼 수 있다. 그러나 보장행정의 보장은 민영화를 관리·감독하는 것을 지칭하는 개념이라는 점에서 사회보장기본법상 ‘급부행정’을 의미하는 사회보장과는 다른 개념이다. 즉, 보장행정은 국민에 대한 급부의 역할을 독자적으로 담당해 온 급부행정과 달리, 민간에 의한 급부 가능성을 인정하되, 태생적으로 이윤 추구를 목적으로 하는 민간 기업이, 공익추구라는 행정의 목적 달성을 벗어나지 않도록 국가가 이를 관리하고 감독하는 시스템이라고 볼 수 있다.

급부행정은 ‘국가의 급부 활동을 통해 공동체 구성원의 공공이익 추구를 직접적으로 촉진하는 행정작용’이나, 보장국가 또는 보장행정은 종래 공적 부문이 담당하였던 임무 또는 사업을 사적 부문으로 이전·위탁하고, 이전·위탁된 임무 또는 사업을 본래의 목적대로 수행할 수 있도록 할 책임(보장책임)을 국가 등이 부담한다는 것을 핵심적 내용으로 한다.<sup>15)</sup> 즉, 공사협동을 통하여 달성해야 하는 보장국가, 보장

13) 김춘환, 위의 논문, 30면; 박윤훈, 「최신 행정법 강의(하)」, 박영사, 2004, 516면.

14) <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3656315&cid=42131&categoryId=42131>.

행정은 시장과 경쟁구조의 조직화·촉진·최적화를 지향하고, 국민의 건전한 공동체 의식의 함양을 통하여 달성할 수 있다는 것을 인식하여야 한다.<sup>16)</sup>

### 3. 계획행정

계획행정을 보장행정의 참조영역에 두는 의의는 첫째, 행정법총론에서 계획행정의 위치를 명확하게 하는 것이고, 둘째, 시장구조화 및 규정행정과 동일하게 다양한 actor가 구성하는 복합적인 행정작용이라는 면을 강조하기 위한 것이다.<sup>17)</sup> 계획행정은 철도, 도로, 공항, 전기와 가스의 네트워크라는 공간과 관련되는 infrastructure를 정비하는 계획도 제한조건이 완화되고 사인의 자기규정에 대하여 국가가 규정에 영향을 줌으로써 계획실현을 도모하는 면이 강조되고 있다.<sup>18)</sup>

독일에서도 철도와 같이 망으로 연결된 인프라 영역에서의 책임형태를 보장책임의 일종으로 설명하려는 개념으로 기간시설책임이 있다. 이러한 기간시설책임을 주장하는 독일의 게오르크 헤르메스(Georg Hermes)에 따르면, 망은 공동체의 생존배려영역에 해당하므로 모든 사람이 차별없이 접근할 수 있도록 보장되어야 하는데 망의 공급은 자연적 독점에 해당하므로 국가의 개입이 필수적이다. 국가는 사회적, 경제적, 정치적 통합의 형성이라는 망 기간시설의 기본기능을 유지하기 위하여 기간시설의 기본공급을 충분하게 하는 기준을 보장하는 책임을 진다는 것이다. 기간시설을 보장하도록 하기 위한 방법으로는 사인이 한정된 기간동안 입찰을 통하여 기간시설을 운영하거나, 망과 역무를 분리하여 망의 접근을 보장하면서 역무에서는 경쟁하도록 하는 방식을 생각해 볼 수 있고, 이러한 구조는 당연히 전제되는 것이 아니라, 결국 민주적으로 정당화되는 결단을 통하여 질서의 틀을 형성함으로써 만들어 진다고 설명하고 있다.<sup>19)</sup>

한편, 공간과 관련되는 계획법에서는 계획의 복잡한 구조를 고려하여 건축감독국(Baupolizei)에 의한 규제가 배후에 있다. 그 특징으로는 첫째, 공간규제계획, 지역계

15) 김남진, “한국에서의 보장국가론과 규제개혁”, 「대한민국학술원통신」 제261호, 대한민국학술원, 2015. 4, 2면.

16) 김남진, 위의 논문, 7면.

17) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 46면.

18) 김춘환, 위의 논문, 47면.

19) 박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 2018, 266면; Georg Hermes, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: Schuppert(Hg.), Der Gewährleistungsstaat, S.114-115, 120.



획, 건축관리계획 등의 계획수준이고, 그들은 공간규제조항을 통하여 밀접한 관계를 가지는 유도관계 속에 위치함으로써 동시에 상호 영향을 미친다. 둘째, 계획이 전체적으로 다수의 넓은 예측, 형성, 고려의 여지가 있고 다양한 관점이 존재한다. 셋째, 계획의 실현 여부는 투자자 그리고 이용자로서의 사인의 이해관계자 사이의 결단력에 의존한다. 이 과정에서 계획을 수행하는 개발자와 제3자의 이해 사이에 복잡하고 다양한 이익형량에 관한 결정이 뒤따른다.<sup>20)</sup>

#### 4. 조성행정 및 유도행정

사인의 활동을 공공선을 실현하기 위한 바람직한 방향에서 규정·억제하는 것을 목적으로 하는 ‘규제행정’의 활동 중에서 사인의 재산적 침해 등을 함으로써 그 활동의 규정 내지 제어를 목적으로 하는 것이 있다. 유도행정은 이들 중에서 재산의 면에서 착안된 규정 내지 제어의 행정작용을 의미한다.<sup>21)</sup> 즉, 유도행정은 행정 임무와 그와 결부된 행정법의 규율 발전을 특징으로 하는 새로운 유형으로서의 개념이며, 사회적·경제적 또는 문화적 생활의 전 영역에 걸친 광범위한 구상으로서 제어 및 조성의 현상을 특징으로 한다.<sup>22)</sup> 유도행정은 실무상, 시장에 대한 간접적 규정 또는 억제의 수단이 된다는 점에서 매우 중요하다.<sup>23)</sup>

이러한 조성행정 및 유도행정은 다음과 같은 점에서 보장행정과 구별할 수 있다. 첫째, 조성행정은 국가와 지방자치단체, 공공단체와 같은 행정주체가 특정한 사업의 장려·촉진·조장하여 사인의 문화적, 경제적 활동을 적극적 또는 간접적으로 규제·유도 또는 보조금 지급 등 이른바 재산적 이익을 제공하는 조성적 행정작용<sup>24)</sup>인 데 반하여, 보장행정은 행정주체가 일방적으로 하거나 사인이 독자적으로 일정한 문화적, 경제적 활동을 하는 것이 아니라 공공의 선을 실현하기 위하여 국가와 사회의 책임을 배분하고 행정주체와 사인이 협력적으로 행하는 행정작용이라는 점에서 구별된다.

20) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 47면.

21) 김춘환, 위의 논문, 45면.

22) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2.Aufl., 2004, 3/104.

23) 中里實, “情報, 法, 國家,” 「法治國家と行政訴訟」(原田尙彦先生古稀記念), 有斐閣, 2004, 628頁.

24) 김철용, 「행정법 II」, 박영사, 2005, 402-403면.



둘째, 조성행정의 목적은 공공복리를 증진하는 데 있으며 급부행정, 질서행정과 같이 사회목적적 행정작용인 반면, 보장행정은 공공복리 증진보다는 국가가 공공복리를 배려하고,<sup>25)</sup> 국가와 사회의 현안을 공공선의 실현이라는 관점에서 이루어지는 협치적인 행정작용으로 본다. 특히 보장행정에서 국가는 공공선을 직접 실현하는 수단은 포기하지만, 공공선 실현을 위한 틀을 지키는 임무를 수행한다.<sup>26)</sup>

셋째, 조성행정은 자금조성, 기술제공 등 경제 질서의 건전한 조화발전의 도모를 위해 사인의 일정한 활동을 적극적으로 조성하는 것을 주로 하면서 행정주체가 생산이익의 제공을 통하여 그 목적을 일정한 방향으로 유도하고<sup>27)</sup> 사권의 형성을 위해 이를 보호·육성하는데 반하여, 보장행정은 시장의 실패에 대하여 사인에 행하는 절차적 규제로서 시장의 실패를 보정하고 규제개혁을 통한 규제된 자율규제를 행하며, 시장을 직접 감독하고 조직화함으로써 공공의 선을 충족하면서도 사인의 활동을 신뢰하되 국가의 임무인 공공의 선을 보장한다<sup>28)</sup>는 점에서 구별된다.

넷째, 조성행정의 수단은 비권력적 행정작용으로서 공기업 및 공물작용과 같은 공급행정을 행하거나 행정주체가 사인의 문화적, 경제적 활동을 일정한 방향으로 유도하는 데 반하여, 보장행정은 규제된 자율규제수단을 통해 통제하므로 권력적 행정작용으로서 국가의 임무와 보장책임의 원칙에 따라 공공의 선을 구현하기 위하여 공사가 협력하여 구현하는 행정작용이다.

다섯째, 조성행정은 행정주체가 보조금, 융자지원 등 자금지원을 통하여 일정한 생활영역에서 구조적 개선을 목적으로 행하는 급부 활동이지만,<sup>29)</sup> 보장행정은 사인의 구조적 개선을 위한 자금지원을 목적으로 하는 것이 아니라 공사가 협력하여 규제완화 또는 규제개혁에 따른 국민의 삶의 질을 개선하기 위하여 위험사회에서의 안전과 생존배려를 보장하는 행정작용이라는 점에서 구별된다.

여섯째, 조성행정은 국가, 지방자치단체가 독점적으로 공공복리를 구현하는 데 반하여 보장행정은 국가나 지방자치단체가 공공복리를 독점적으로 구현하는 것이 아니라 국가, 지방자치단체 또는 공공단체가 정치인, 언론인, 과학자, 기술자, 영리기업이나 시민단체 등 다양한 공공복지의 행위자가 참여하는 사회적 과정에서 공공의

25) 三宅雄彦, “保障國家と公法理論 : ドイツ規制緩和における國家任務の位置”, 「社會科學論集」 第126号, 埼玉大學經濟學會, 2009. 1, 32頁.

26) 三宅雄彦, 上掲論文, 32頁.

27) 김철용, 앞의 책, 403면.

28) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 37면.

29) 최정일, 「행정법의 정석 1」, 박영사, 2009, 310면.

복리를 실현하는 점에서 구별된다.

### Ⅲ. 보장행정의 근거

#### 1. 실정법적 근거

##### 1) 헌법적 근거

보장행정의 개념에 관한 이론적 연구가 최초로 시작된 독일에서는 독일기본법 제 87f조를 헌법적 근거로 들고 있다.<sup>30)</sup> 연방은 법률에 따라 우편 및 통신 분야에서 모든 지역에 걸쳐 적절하고 충분한 서비스를 보장하고(제87f조 제1항), 동 서비스는 고권적 임무를 제외하고 구 독일연방우편 후신기업 및 여타 사기업들에 의해 사경제적으로 이루어지도록 하고 있다(제87f조 제2항, 제3항, 제143b조). 제1항에서 정하는 ‘보장’과 제2항 및 제3항에서 정하는 사적 주체에 의한 공적 과제의 이행을 중심으로 보장행정론이 대두된 것이다.

우리 헌법은 현재 독일기본법과 같은 보장행정에 관한 명문의 규정이 존재하지 않는다. 보장행정을 우리 헌법에 수용할 수 있는가를 주제로 다양하게 논의되고 있다. 보장국가는 아직 형성 중인 개념으로 이념적으로 복지국가와 신자유주의 시대의 국가 사이의 중립지대에 있는 것처럼 다루어지지만 복지국가의 성격을 가지면서도 한편으로 신자유주의의 최소국가에 가깝다고 보는 견해가 있다.<sup>31)</sup> 반면에 보장국가는 헌법상 사회국가의 한 실현방식이라고 보아 그 헌법적 근거를 사회국가원리에 있다고 보는 견해가 있다.<sup>32)</sup> 즉, 헌법 제34조 제1항 내지 제6항을 그 근거로 볼 수 있으며, COVID-19, 초미세먼지와 같은 재해로부터 국민의 신체, 생명, 재산을 보호하고, 장애인 등 사회적 약자에 대한 국가의 보호와 노력을 사인과 협력하여 할 수 있도록 하는 것 또한 이 조항에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이와 더불어 경제질서에 관한 헌법 제119조에서도<sup>33)</sup> 보장행정의 원리를 찾아볼 수 있다.

또 다른 견해로 보장책임의 근거를 사회국가원리뿐만 아니라 헌법 제10조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는

30) 김남진, 앞의 “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 50면.

31) 문병효, 「행정법 방법론」, 박영사, 2020, 32면.

32) 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009. 3, 518면.

33) 김남진, 앞의 “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 50면.

개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라는 인간의 존엄과 가치에 관한 규정 및 기본권 조항 등을 함께 고려해야 한다는 견해도 있다.<sup>34)</sup>

한편, 우리 헌법 질서를 보장국가로 규정하는 것에는 유보적 입장을 취하면서도 “민간의 참여와 협력에 의한 행정”이라는 관점에서 헌법상 국가의 보장책임을 수용할 수 있다는 입장도 있다.<sup>35)</sup>

생각건대, 보장행정의 핵심은 ‘누가 공적 과제를 수행했는지’가 아닌, ‘공익실현이라는 결과의 보장’에 있다고 생각한다. 그러므로 공익실현보장은 반드시 추구되어야 하는 행정의 목적이므로 헌법전문, 인간의 존엄과 가치에 관한 헌법 제10조 및 기본권 조항, 사회적 기본권 제34조 이하의 규정 및 경제헌법에 관한 제9장 등에 바탕을 둔 사회국가원리 등 그 어떤 조항도 보장행정의 헌법적 근거가 되지 못한다고는 볼 수 없다. 그러나 복지국가에서 머물며 한계를 경험하고 있는 우리나라에서 보장행정을 실현하기 위해서는, 보장행정을 명문화한 헌법 규정이 필요하다고 생각된다. 보장행정을 독일기본법처럼 명문화하지 않을 경우 자칫 ‘耳懸鈴鼻懸鈴’이 되어 법적 혼란이 가중될 수 있기 때문이다.

## 2) 법률적 근거

보장행정에 관한 법령상의 근거는 다양하게 찾을 수 있다. 먼저 행정조직법 제6조 제3항, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제11조, 지방자치법 제104조 제3항에서는 공통적으로 “행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다”라고 규정하고 있다.<sup>36)</sup> 이러한 규정들은 비록 국민의 권리의무와 직접 관계없는 국가사무에 한정된 위임규정이라는 점에서 국민의 생존배려와 직접적으로 관계되는 국가사무는 위임할 수 없어 보장행정에 완벽하게 부합하지 않는다고 볼 여지도 있으나, 보장행정이 기본적으로 공사협력 또는 민영화를 행정의 수행방식으로 인정하고 있다는 측면에서

34) 정남철, “생존배려영역에서의 민영화와 보장책임 : 특히 보장책임의 실현가능성을 중심으로”, 「법조」 제65권 제6호, 법조협회, 2016. 6, 209면.

35) 김유환, “민간의 참여와 협력에 의한 행정과 국가의 보장책임”, 「행정법학」 제7호, 한국행정법학회, 2014. 9, 8면.

36) 김남진, 앞의 “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 51면.

볼 때 그 법률적 근거가 될 수 있다.

그 밖에 많은 개별법에서 국민의 권리의무와 직접 관련되는 사무에 관하여 민간에 위탁할 수 있도록 하는 규정이 증가하고 있다. 대표적으로 관광진흥법 제65조<sup>37)</sup>, 사회복지사업법<sup>38)</sup>, 녹색성장법 제3조 제2호<sup>39)</sup> 등이 있다.

## 2. 이론적 근거

보장행정론의 효시는 Gallwas가 1970년 독일국법학자대회에서 제창한 보증인적 지위론(Garantenstellung)이다.<sup>40)</sup> 보증인의 지위라는 개념에 관하여 의사에게 인정되는 응급의료에 관한 법 제10조의 보증인으로서의 지위나 의무를 예로 들 수 있다. 즉, 의사에게는 환자 또는 환자 보호자의 퇴원 요구에도 불구하고 계속적 치료에 대한 법적, 계약적, 조리상의 의무가 인정된다.<sup>41)</sup>

행정 법학에서의 보증인적 지위론은 지금까지 공적 부문이 담당해온 임무수행(Erfüllung)을 사적 부문에 위탁한 후에도 국가(입법·행정)는 그 임무가 차질없이 수행될 수 있도록 보장하는 책임(보장책임)을 계속한다는 이론이다. 그러므로 이 이론의 밑바탕에는 국가가 반드시 자신의 손으로 공공선을 실현하여야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 공적 과제를 수행하는 임무를 민간에 위임하더라도 공공선이 실현되고 보장되는 책임은 여전히 국가의 중요한 의무라는 전제가 깔려있다고 볼 수 있다.<sup>42)</sup>

또한 보장행정법 이론의 창시자이자 독일연방헌법재판소장인 Andreas Voßkuhle는 보장행정(Gewährleistungsverwaltung)이라는 매우 흥미로운 분류 축을 제창하고

37) 김남진, 앞의 “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 51면.

38) 윤석진, “보장국가에 있어서 복지거버넌스를 위한 입법정책 구상”, 「사회복지법제연구」 제8권 제2호, 사회복지법제학회, 2017. 11, 276면.

39) 김재호, 앞의 논문, 197면.

40) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 38면; Hans-Ulrich Gallwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Bd.29, 1970, S.221ff; Jörn Axel Kämmerer, a.a.O., S.1042(1048); 角松生史, “民間化の法律學 -西ドイツPrivatisierung論を素材として,” 「國家學會雜誌」 第102卷 11・12号, 國家學會, 1989. 11, 719頁, 731頁 以下.

41) 김성룡·백자민, “의료계약과 치료중단에 있어서의 의사의 보증인적 지위 : 보라매병원 사건을 중심으로”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008. 12, 43면.

42) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 38면; 山本隆司, “公私協働の法構造”, 「公法學の法と政策」(金子宏古先生古稀祝賀), 有斐閣, 2000, 531頁(533頁); Claudio Franzius, a.a.O., S.77ff.

있다. 그는 2002년의 독일 국법학자대회에서 사회나 공사협력에 의하여 공적 임무를 수행하더라도 행정에는 지금까지와는 또 다른 역할, 즉 강학상 보장책임이 주어지는 것이고, 보장국가는 구체적인 공공복지에 대한 책임을 견지하지만 스스로 직접 임무 실행의 수단을 포기한 국가<sup>43)</sup>이며 보장행정법 이론의 발전이 시대적 의무가 될 것이라고 하였다.<sup>44)</sup> 이에 따라 독일에서는 질서행정이나 급부행정 외에 새로운 행정의 영역으로 ‘보장행정’이 부상하게 되었다.<sup>45)</sup>

#### IV. 보장행정의 특징

행정은 고정되어 있지 않고 기능 및 수요의 변화에 따라 정책적·합목적적 판단을 위해 구체적으로 형성되어 가야 한다. 따라서 행정법의 방법론은 행정 현실의 변화를 반영하여야 한다.<sup>46)</sup> 오늘날 이러한 행정의 효율성 제고와 종래의 비전문적 기술과 정보의 한계 속에서 종전에 국가의 행정이 담당하던 업무를 사인에게 맡기는 것이 점점 보편화되고 있다. 이러한 행정 현실에서 과거 질서행정(Ordnungsverwaltung), 급부행정(Leistungsverwaltung)에 이어 새롭게 등장한 것이 1990년대 초부터 독일에서 활발히 논의되기 시작한 보장행정(Gewährleistungsverwaltung)이다.<sup>47)</sup> 앞서 설명한 바와 같이 보장행정은 규제행정·급부행정과 달리 사회의 적정한 자율적 조직능력에서 시장과 경쟁구조의 조직화, 촉진, 최적화를 지향하며, 국가와 민간의 분업을 통하여 공공선을 실현한다는 점과 사인 사이의 다극적 이해조정을 도모한다는 점을 특징으로 한다. 또한 보장행정법이 규제행정법·급부행정법과 달리 ‘진체구상의 실현’ 아래에 절차법적 요청, 조직적 요소, 내용적 기준을 두어 국가와 사인의 임무를 세밀하게 결합시키는 보장구조를 구축하여 지속적인 영향력을 만들어내는 것을 목표로 한다는 특징이 있다.

43) ヤン, ツィーコウ, 高橋明男 譯, “國家と私人による公共の福祉の具體化”, 「阪大法學」 59卷 1号, 大阪大學法學會, 2009. 5, 183頁, 188頁; 塩野 宏, 「行政法概念の諸相」(行政法研究 8卷), 有斐閣, 2011, 97頁.

44) 성봉근, “보장국가에서의 위협에 대한 대응 : 전자정부를 통한 보장국가의 관점에서 본 위협,” 「법과정책연구」 제15집 제3호, 동광문화사, 2015. 9, 1033면; 김남진, “독일의 행정·행정법(학)의 변용”, 「대한민국학술원통신」 제245호, 대한민국학술원, 2014. 9, 2-3면.

45) 정남철, 앞의 논문, 190면.

46) 성봉근, 앞의 논문, 1027면; 김연태, “현대 행정법학의 과제”, 「법학연구」 제12권 제2호(통권 제15호), 연세대학교 법학연구소, 2002. 6, 136면.

47) 김재호, 앞의 논문, 189면.

보장행정은 공익 조직, 제3섹터뿐 아니라 시민도 공적 과제 수행이 가능하고 또는 이들의 혼합된 형태로서 국가와 사적 영역간에 협력도 가능하기 때문에<sup>48)</sup> 기본적으로 국가와 민간의 협력을 통한 행정이라는 점에서 변화되는 국가기능을 반영하고 있으므로 기존의 행정에 관한 적극설<sup>49)</sup>로는 설명될 수 없는 “새로운 모델”(neues Leitbild)이다.<sup>50)</sup> 이러한 보장행정에서 민간과의 협력의 현상은 민영화, 민간위탁 뿐만 아니라 청소년지도, 자율방법 활동, 거리정화 등 행정기관이 권한을 그 명의로 책임으로 행사하되 실무를 대행기관으로 하여금 행하게 하는 방식인 사실상의 권한 대행<sup>51)</sup>도 포함된다고 볼 수 있다. 또한 공공부문의 사업에 민간자본을 참여시키는 민자유치나 정부의 보조금 지급과 민간의 공적 과제 수행, 기타 다양한 형태의 아웃소싱(outsourcing) 등이 이에 해당될 수 있을 것이다.<sup>52)</sup> 이러한 다양한 공사협력의 현상을 법적으로 습관화시키고자 하는 행정의 목적을 위하여 Voßkuhle는 전통적인 행정법의 독자제도(dogmatische Institute), 즉 구체적으로 행정계약, 권한수임, 행정보조, 사인의 임용 등이 어디까지 도움이 될 수 있는가를 분석한 다음 새로운 보장행정부의 이론을 발전시켜 나아갈 필요성을 주장하였다.<sup>53)</sup> 그는 보장행정에 관한 독자의 법을 조직적으로 독립시켜 전개함으로써 그 활로를 찾았다. 또한 그는 보장행정부법은 종래부터 존재하는 참가방식에서 출발하여 가능한 중대한 공공선 실현이라는 관점에서 모든 면에서 분업적 임무수행과정을 끌어낼 수 있고, 그것은 행정에 한하지 않고 법률·명령의 제정자에 대해서도 문제해결을 위한 다양한 전략을 선택할 때에 방향성을 갖게 된다고 하였다.<sup>54)</sup>

한편 보장행정부의 기능을 끌어내는 단서는 분업시스템을 구축함에 있어서 국가와 사회 각자에게 구비되어 있는 합리성을 유지하는 데 있다. 결국 사익과 공익이

48) 문병효, 앞의 책, 32면.

49) 행정의 개념에 관한 학설에 대해서는 강재규, “행정의 법적 정당성으로서의 공공성”, 「동아법학」 제55권, 동아대학교 법학연구소, 2012. 5, 53면 참조.

50) Claudio Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, Der “Gewährleistungsstaat” - Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat Bd.42 Hf.4, Duncker - Humblot, 2003, S.493(494).

51) 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적 기준의 설정과 한계”, 「법학논총」 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008. 8, 7면.

52) 협력에 의한 행정에 있어서 국가의 책임에 대해서는 김유환, 앞의 논문, 15-18면 참조.

53) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, VVDStRL Bd. 62, 2003, S. 297; 김춘환, 앞의 “보장행정부의 법이론에 관한 기초적 연구”, 39면 인용.

54) 김춘환, 위의 논문, 39면.



평행접속하고 있는 상태(Parallelschaltung)는 국가와 사회 각자의 기능수행능력과 양자의 서브시스템(Subsystem)이 각자에게 구비되어 있는 합리성을 유지할 때 성공을 거둘 수 있다. 보장행정법의 기능은 그것을 유지함으로써 공익목적을 추구하기 위하여 사회에 내재하는 잠재적 능력을 활용하는 것이다.<sup>55)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 보장행정은 정부의 규제를 강화하는 큰 정부와 민영화를 확대하고 정부의 역할을 축소시키는 작은 정부, 그 어느 쪽에도 함몰되지 않는다. 그런 면에서 보장행정은 질서행정과 급부행정의 중간에 위치해 있다고 볼 수 있다. 시장과 정부의 역할을 모두 인정하면서도 조화롭게 책임을 분배하여 공동선을 가장 효율적으로 실현하려는 제3의 시스템이 보장행정인 것이다. 이를 위하여 국가는 일차적으로는 사인에게 공적 과제를 자유롭게 수행할 수 있도록 하고, 이차적으로 공공선의 최종 보장자로서의 사후 책임을 지는 것이다. 즉, 민간기업에 종래의 국가가 수행해 오던 공적 과제를 위임하고 공동선 실현을 위해 분업하는 민영화를 반대하지 않고 수용하며 활용한다는 점에서는 규제행정과 유사하지만,<sup>56)</sup> 민영화로 인하여 국가의 책임이 사라지는 것이 아니라 민영화 이후까지 책임이 존속한다는 점에서 규제행정과 차이가 있다.

또한 단순히 시장경제 체제에서 발생하는 부작용을 수정하기 위한 국가의 개입이 아니라 오히려 정책적으로 지향되는 목표를 위해 법적 틀을 설정하고, 이행 그 자체는 시장의 합리성에 맡기되 효율성이나 이윤을 넘어서는 경제외적 공동선을 추구한다. 그러므로 생존배려영역에 있어서의 민영화의 문제 등 경제행정법 영역에 국한하지 않고 정보보호, 청소년보호 등 비경제적 영역에도 보장행정이 널리 활용될 수 있다는 특징을 갖는다.<sup>57)</sup> 요컨대 보장행정은 오늘날 국가와 시민의 새로운 책임 관계를 보여주는 것으로서<sup>58)</sup> 20세기 들어 너무 비대해진 급부행정에 대한 반향과 1970년대 말부터 나타난 신자유주의 흐름, 즉 행정의 슬림화를 배경으로 하되 이에 대한 수정노선으로 급부국가적 장점을 어느 정도 남겨 두고 있는 형태임을 알 수 있다.<sup>59)</sup>

55) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 40면.

56) 성봉근, “보장국가로 인한 행정법의 구조변화”, 『지방자치법연구』 제15권 제3호(통권 제47호), 한국지방자치법학회, 2015. 9, 190면.

57) 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 : 보장국가의 구상과 규제 의미의 한정”, 『공법연구』 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013. 6, 171면; Michael Fehling, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland-Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: Hermann Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2006, S.91ff.

58) 三宅雄彦, 前掲論文, 34頁.

## 제2절 보장행정의 필요성

### I. 보장행정 확대와 공사협력 구현

근대경제학의 창시자이자 자본주의 시장경제를 지지하는 경제 원리를 제공한 애덤 스미스 이후에 사회주의국가들이 붕괴할 때까지 자본주의 경제학과 사회주의 경제학은 서로를 비판하고 경쟁하며 발전하고 있다.

20세기 말 소련을 포함한 사회주의국가들이 사실상 대부분 사라지고 자본주의는 시대에 따라 변화를 꾀하며 우리의 삶 속에 이어져 오고 있다. 그리고 코로나로 세계가 뒤덮여 코로나 이전의 삶과는 다른 모습으로 변하고 있는 지금, 10년 전 영국의 저널리스트 아나톨 칼레츠키(Anatole Kaletsky)가 예견한 바 있는 신자유주의를 대체할 새로운 자본주의상이 현실화되고 있다.

새로운 국가 역할의 필요성과 관련하여 칼레츠키는 그의 저서 「자본주의 4.0」이라는 책을 통해 자본주의 발전단계와 앞으로의 방향을 설명하고 있다. 1776년 애덤 스미스의 자유방임주의를 기반으로 한 자본주의 1.0시대(고전자본주의)를 시작으로 제1차 세계대전과 대공황으로 1930년대 정부의 역할을 강조한 자본주의 2.0시대(수정자본주의), 1970년 경제위기에 대처리즘, 레이거노믹스 등 시장이 주도한 자본주의 3.0시대(신자유주의)를 지나서 새로운 모습의 자본주의 4.0 시대를 예견하고 있다. 자본주의 2.0의 시대에서는 시장실패에 대한 정부의 개입은 정당화되고 국가에 국민의 의존도가 높았으며, 자본주의 3.0의 시대에는 정부의 과잉규제를 막고 시장의 창의와 자유가 존중되어야 한다고 보았으며, 정부와 시장이 하나가 되어야 하는 이유에 관하여 “새로운 자본주의 시대의 가장 큰 특징은 정부와 시장 모두 잘못될 수 있고, 때로는 이런 오류가 거의 치명적일 수도 있다는 사실을 인식하는 데 있다.”<sup>60)</sup>고 하였다. 자본주의 4.0시대에는 신자유주의 시대의 폐단을 극복하기 위하여 큰 정부나 작은 정부의 극단적인 선택지가 아닌 제3의 새로운 길이 요구되고 보장행정이 필요하다. 즉, 정부와 시장 모두 잘못될 수 있음을 인식하면 정부와 시장이 더 이상 대립 관계일 것이 아니라 서로 협력하는 동반자 관계로 변화하게 된다고 볼 것이다.

59) 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 「공법연구」 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015. 10, 465면; 板垣勝彦, “保障國家における私法理論：契約・不法行為・団体理論への新たな視角”, 「行政法研究」 第4号, 信山社, 2013. 12, 85頁.

60) 안찬수, “신자유주의 대체할 새경제 패러다임”, 「내일신문」, 2011. 8. 19.



역사적으로 국가는 외적으로부터의 침해를 예방하고 사회의 치안을 유지하는 19세기형 야경국가에서, 그로 인한 시장실패의 경험과 그 반성으로 국가의 개입이 중시되는 20세기형 복지국가로 변화하였다. 그리고 또다시 정부실패가 발생함에 따라 이에 대한 대책으로 오늘날 ‘작지만 강력한 정부’라는 국가의 역할이 필요한 것이 아닌가 하는 지점에 와 있다. 이러한 관점에서 보장국가에 관한 연구를 통하여 변화해 온 과거의 양 극단적인 국가 모습들의 한계를 분석하고 그로부터 ‘조화’와 ‘균형’을 찾고자 하는 것은 매우 중요하다. 이러한 점에서 기존의 질서행정이나 급부행정과 구별되는 제3의 길이로, 칼레츠키가 주장하는 도덕적이고 책임지는 자본주의인 자본주의 4.0을 구현하기 위한 구체화된 행정 형태이며, 공사협력에 의한 공공선을 실현하는 틀인 보장행정이 필요하다.

## II. 사회적 약자 배려 강화

현대국가에서는 ‘관에서 민’으로, ‘작은 정부’의 지향이라는 구호 아래 지금까지 담당해 온 공적 임무를 규제 완화의 수단으로 민간에게 위탁하려는 시도가 진행되었고, 그 시도는 외압을 주된 이유로 하는 규제완화를 수반하는 것이다.<sup>61)</sup> 이에 대하여 종전에는 민영화 또는 민간위탁이라고 불렀으나,<sup>62)</sup> 관에서 민으로의 공익사업의 이행에 관하여 공적 부문을 담당해 온 임무가 광범위하게 사적 부문으로 이행한다는 의미에서 사회 또는 공사협동으로 부른다.<sup>63)</sup> 그리고 민영화는 “사회기반시설의 설치와 운영 또는 국민의 사회보장 등과 관련된 공적 과제의 이행을 공공부문이 아닌 민간부문으로 하여금 행사하도록 하는 것”으로 정의할 수 있다.<sup>64)</sup>

민영화는 국가가 더 이상 국가의 본질과 사회적 요구에 따른 국가 본연의 과제를 혼자서는 감당할 수 없다는 한계를 인식한 데서 시작되었다. 즉, 양적으로 증대되고 질적으로 고도화된 공적 과제로 인하여 결국 국가는 재정적인 한계를 드러냈고, 이를 극복하고자 과제의 이행을 민간부문으로 넘기게 된 것이다.

61) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 34면; 塩野宏, 「法治主義の諸相」(行政法研究 7), 有斐閣, 2001, 95頁; 中島 徹, “規制緩和は憲法學の主題たりうるか,” 「法學セミナー」 51卷 7号(619号), 日本評論社, 2006. 7, 12頁.

62) 板恒勝彦, 「保障行政の法理論」, 弘文堂, 2013, 1頁.

63) 김춘환, 「행정법 II」, 조선대학교 출판부, 2018, 318-319면 참조.

64) 신상민, “행정사무의 민간위탁에 관한 행정법적 고찰”, 「법학논총」 제32집, 숭실대학교 법학연구소, 2014. 7, 86면.

1970년대 이후 독일에서도 국가 등의 행정주체가 행정의 효율성을 증대시키고 공재정지출을 절감하여 국가의 부담을 완화하고자 민간에 행정임무나 기능을 위탁하여 처리하거나 아예 이들을 민간영역으로 이관시키는 경향이 나타나기 시작하였다.<sup>65)</sup> 1980년대 이후 미국, 영국, 일본 등 주요 선진국에서도 민영화의 확대에 대한 관심이 고조되어 민영화는 이제 하나의 시대적 흐름이 되었다. 즉, 정치적으로는 관료제의 기능적 한계를 인식하고, 경제적으로 재정 위기를 타파하기 위하여 정부조직을 축소하는 행정의 간소화를 도모하면서 행정권한을 민간에 위탁하여 처리하는 경향이 나타났다.<sup>66)</sup> 대표적으로 독일의 교통안전확인행위 등의 경찰작용이나 미국의 민영교도소 설립·운영 행위 등 일정한 범위 내에서 공권력작용도 민간에 위탁하여 처리하고 있다.<sup>67)</sup>

보장국가론은 1990년대부터 시작된 이러한 행정 임무의 민영화의 흐름 속에서 독일 공법학에서 탄생한 이론이다. 독일에서는 기존의 국가 임무영역이 민영화되고 공사협력을 통해 국가의 임무가 수행되는 흐름 속에서 새로운 국가의 모습이 논의되기 시작하였다.<sup>68)</sup>

우리나라의 경우에도 생활필수품이나 주거 등 특히 생존배려를 위한 충족활동에 있어서 그 공급은 시장에 의하여 규율되어 왔다. 이러한 경우 국가는 일정한 보장책임을 수행해 왔다.<sup>69)</sup> 그러나 이제는 국가가 지금까지 고권적으로 고유의 임무수행을 해오던 분야들에서도 직접 임무수행을 하지 않고 사인이 급부제공을 할 수 있도록 하고 있다는 것이다.<sup>70)</sup> 도로·철도·항만 등 사회간접자본시설 및 교육·복지·문화 등의 사회기반시설과 같은 공공시설의 건설 및 운영을 민영화하여 민간부문의 자본을 유치하고, 건설 및 운영에 참여하게 함으로써 국민에게 공공서비스를 제공하도록 하고 있다.<sup>71)</sup> 또한 예측불가능성이 문제되는 환경리스크의 관리나 제조물규격의 표준화 등을 위하여 사인의 전문적 지식을 활용하는 차원에서 민영화가 행해지고 있

65) 최철호, 앞의 논문, 280면.

66) 최철호, 위의 논문, 267면.

67) 최철호, 위의 논문, 280면.

68) 임 현, “보장국가론의 이해를 위한 소고”, 「정부학연구」 제22권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2016. 4, 32면.

69) 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 「한양법학」 제38집, 한양법학회, 2012. 5, 273면.

70) 조태제, 위의 논문, 273면.

71) 김해룡, “PPP에 있어서의 법적 과제”, 「법학논고」 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 2, 158면.

다.<sup>72)</sup> 국가는 더 이상 모든 것을 홀로 실현하거나 스스로 충족시키는 것이 아니라  
 지능적이고 섬세하게 국민에게 민영화로 인한 급부 제공이 가능하도록 하는 것이  
 다.<sup>73)</sup>

이외에도 과거 메르스 사태, 철도 민영화, 어린이집 아동 학대 사건 그리고 국공립  
 유치원의 민간위탁경영에 대한 찬반논쟁 등은 민영화로 인한 서비스의 질 저하 문  
 제와 민간위탁에 대한 국가의 바람직한 역할을 다시 생각해 보게 한다. 이러한 민영  
 화의 확대가 공공복리의 실현에 있어서 국가가 직접 이행하는 대신 사인이 일정한  
 역할을 하고, 국가는 이러한 임무 수행이 제대로 이루어지도록 보장하는 현대국가의  
 변화된 국가상으로서 ‘보장국가’를 논하게 된 배경이라고 할 수 있다.

### Ⅲ. 지능정보 격차해소와 공유가치 창출

보장국가는 국가적 조정의 한계와 그 필요성이 동시에 요청되는 모순적 상황에서  
 그 논의의 필요성이 커진다. 대표적인 예가 정보화이다. 인공지능, 빅데이터 분석 등  
 4차산업혁명이 화두인 오늘날, 최첨단 기술의 발전 등 정보화 사회는 인류의 생활  
 수준을 향상한다는 데에 대부분 동의할 것이다. 특히 공사협력을 통하여 보장행정을  
 실현해내는 방식은 IT기술의 비약적인 발전으로 인하여 더욱 다양해지고 있다. 인공  
 지능, 사물인터넷, 빅데이터, 3D프린팅, 자율주행차, 드론 등 4차산업혁명 시대에는  
 국가가 예측·관리하기 어려운 위험들이 존재한다. 그러므로 안전사회를 실현하기  
 위해서는 4차산업혁명 관련 자율규제를 활용하여 사인과의 거버넌스를 구축할 필요  
 가 있다. 또한 지능정보사회로 진전되면서 원격의료 및 유전자편집기술 등이 의료현  
 장에서 적극 활용되고 있는데 저소득층에 대한 차별의 우려나 인공지능 왓슨의 오  
 류로 인한 오진의 위험성 등이 있으므로 이러한 위험을 제거하기 위한 공사의 협력  
 이 요구되고 있다. 뿐만 아니라 저출산·고령화로 인하여 특히 지방의 인구가 급속  
 도로 감소함에 따라, 지방소멸에 대한 해결책으로 숙박 등의 분야에서 공유경제의  
 활성화 방안이 제시되고 있는데 공유숙박의 화재·가스누출 등 안전관리 분야에서  
 공사가 협력할 필요가 있다.<sup>74)</sup> 더욱이 인공지능이 인간의 일자리를 대체하면서 근로

72) 조태제, 앞의 논문, 273면.

73) 홍석한, “국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구 : 개인정보보호 영역을  
 중심으로”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2008, 77면.

74) 김남욱, “지방자치단체의 공유경제 활성화를 위한 법적 과제”, 「국가법연구」 제16집  
 제3호, 한국국가법학회, 2020, 90면.

자의 생계가 위협받는 문제를 해결하기 위하여 기본소득보장, 로봇세의 부과 등 근로 분야의 보장행정을 논의할 필요가 있다.

뿐만 아니라 정보화 사회에는 인터넷 중독, 정보 격차, 사이버 폭력, 전자감시 사회, 사생활 침해 등 여러 가지 문제점이 존재한다. 이처럼 정보화는 국가 위상에 많은 변화를 가져왔다. 인터넷은 전화 전과 등과 달리 물리적 규제의 가능성과 실효성이 거의 없고, 전 세계적인 범위를 동시에 결합하는 데 장벽이 거의 존재하지 않는다.<sup>75)</sup> 또한 국가의 물리적 경계를 뛰어넘어 초국적 기업과 국제기구들이 사이버 공간에서 국제거래를 주도하고 통제하는 주체가 되어, 전통적인 주권개념에 따른 국민 국가가 혼자서는 해결할 수 없는 다국적 차원의 대응이 필요한 문제들이 증가하고 있다.

이처럼 정보격차의 기술을 가진 자와 갖지 못한 자, 기술의 혜택을 누리는 자와 누리지 못하는 자의 격차를 좁히는 문제는 기존 시대에서 경험한 물리적 양극화와는 그 결을 달리하는 복잡한 형태의 양극화를 심화시킨다. 이처럼 정보통신기술의 발달을 매개로 사회의 각 영역이 다양하게 분화되면서 등장한 복잡하고 방대한 문제들을 국가가 전적으로 신속하고 적절하게 해결하겠다는 것은 오늘날 불가능하고 바람직하지도 않다. 그렇다면 국가과제가 양적으로 증대되고 질적으로 다양하게 변화하는 정보사회에서 정보통신 급부와 관련하여 국가에 부여되는 가장 중요한 책임은 헌법조화적이며, 공익친화적인 정보질서가 구축될 수 있도록 조건을 형성하고 유지하는 것이다. 또한 공공선 실현의 궁극적 책임자로서 발전하는 정보기술을 활용하여 국민이 의사소통의 능률을 보다 높일 수 있도록 유도하는 한편 극단화되는 정보격차의 문제를 해결해 나가는 것이다. 정보화로 인해 생기는 이러한 문제들은 무정형적 특징이 있어서 국민들이 국가에 갖는 문제해결에 대한 의존도는 커질 수밖에 없다. 그러나 쏟아지는 정보의 홍수 속에서 생기는 수많은 개개의 문제들을 국가가 전적으로 규제하고 이행책임을 수행하는 것은 사실상 불가능하다. 기존의 국가가 하던 고권적 규제만으로는 기술적인 전문지식이 요구되는 정보화 사회의 다양한 문제들을 홀로 해결해 나가기 점점 더 불가능해지고 있다. 따라서 정보화 사회 속에서 국가는 기본적으로 사회적 자율성을 존중하되 그 자율성에 기반을 둔 정보화가 국민의 기본권을 침해하지 않는 방향으로 실현될 수 있도록 구조적인 틀을 설정하고 보장하는 방식으로 책임을 다하여야 한다.<sup>76)</sup> 즉, 국가가 국민의 정보에 대한 접근을

75) 홍석한, 앞의 학위논문, 40면.

76) 홍석한, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 「공법학연구」 제17

직접적으로 책임져야 하는 것이 아니라 정보망을 구축하고 그에 따르는 각종 정보 관련 기반시설을 건설함으로써, 국민이 그 구조 속에서 자율적으로 정보를 활용하고 통제할 수 있도록 하는 책임을 수행할 수 있다.<sup>77)</sup>

#### IV. 리스크의 대응

민영화, 정보화, 세계화 등의 새로운 요인들로 인하여 과거의 위협과는 다른 종류의 새로운 위협들이 증대되고 있다. 이러한 현대형 위협의 대표적인 예는 해킹, 테러, 원자력, 산업폐기물, 메르스나 신종플루 같은 신종 전염병의 발생, 쓰나미와 산업 시설 폭발 등의 결합, 항공기 등의 추락, 대형 위험시설물과 노조파업의 결합, 공격적인 헤지펀드에 의한 국가경제의 충격과 붕괴 등을 들 수 있다.<sup>78)</sup> 현대형 위협은 전통적인 경찰위험이나 급부행정에서의 생존배려와 관련된 위험보다 지역적으로 더 광범위하고, 위협의 개연성 발생 시점이 매우 빠르고, 매우 신속하며 피해의 규모도 매우 크다는 특징이 있다.<sup>79)</sup> 현대형 위협은 전통적 위협과 비교하면 잔여 위험성에서 위협의 가능성으로, 다시 위협의 개연성으로, 최종적인 장해에 이르기까지 발전해 가는 시간적 간격이 극도로 짧아 행정이 제때 대응해야 하는 때를 구별해 내는 것이 매우 어렵다.<sup>80)</sup> 나아가서 현대형 위협들은 쓰나미와 원자력 발전소 폭발 및 동일본 지역의 화재와 방사능 피폭 등이 결합한 예에서 보듯이, 종종 다른 위협들과 결합하면서 피해의 범위가 확장될 수 있다.<sup>81)</sup> 위와 같이 현대형 위협이 문제되기 시작하면서 정부의 역할과 지위 및 행정법의 구조에 대한 변화가 필요하다는 주장이 제기되고 있다.<sup>82)</sup>

권 제2호, 한국비교공법학회, 2016. 5, 12면.

77) 홍석한, 앞의 학위논문, 76면; 김일환, “정보기술의 발달에 따른 정보인권의 패러다임 : 정보사회에서 기본권 보호를 위한 새로운 패러다임 구축을 위하여”, 「법학연구」 제3호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2008. 8, 10면.

78) 성봉근, 앞의 “보장국가에서의 위험에 대한 대응”, 1053면.

79) 권경선, “보장국가에서 지방자치권의 의미와 보장방향 : 자치입법권을 중심으로”, 「지방자치법연구」 제17권 제2호(통권 제54호), 한국지방자치법학회, 2017. 6, 53면; 윤지원, “보장국가의 배경과 내용연구”, 「국가법연구」 제15집 제2호, 한국국가법학회, 2019. 6, 110면.

80) 板垣勝彦, 前掲書, 43頁.

81) 성봉근, 앞의 “보장국가에서의 위험에 대한 대응”, 1053면.

82) 김남진, “자본주의 4.0과 보장국가·보장책임론”, 「대한민국학술원통신」 제221호, 대한민국학술원, 2011. 12, 5면.

2012년 전 세계로 확산되며 우리나라에서 수천 명을 감염시킨 메르스 사건은 민영화를 통한 위험제어의 실패이고 민영화 이후에 보장책임이 왜 필요한지 각성하는 계기가 되었다. 당시 질병에 대한 제어를 위임받은 민간병원에서는 격리 수용에 대한 비용과 인식의 부족으로 효과적이고 신속한 개입을 하지 못하였고, 메르스 상태가 한참 진행된 뒤에야 뒤늦게 컨트롤 타워가 꾸려지는 등 대규모 전염병에 대한 체계적 대응 메뉴얼이 없었다. 그 결과 병원 내에서 입원자들에 대한 2차 감염, 방문객들에 대한 3차 감염, 지역사회 4차 감염까지 연쇄적으로 빠르게 확산되었다. 그리고 2020년 현재 세계는 ‘신종 코로나바이러스 감염증 팬데믹(pandemic)’이라는 또 다른 변곡점을 맞이하였다. 그런데 코로나바이러스의 전세계적 확산 속에서 한국이 미국이나 유럽 국가들보다 상대적으로 더 효과적으로 코로나 19에 대응할 수 있었던 것은 메르스 등 사회적 차원의 대규모 현대형 위험을 이미 경험하고 그 실패를 통하여 축적된 경험이 코로나 19초기 대응의 밑거름이 된 것으로 볼 수 있다.

이처럼 위험의 개연성이 매우 빠르게 발생하는 현대형 위험은 국가나 지방자치단체가 병원에 대한 감시와 모니터링을 제대로 하지 않아 행정의 발동 시기가 늦어지게 되면 피해의 규모가 급격하게 확대되는 특징을 보인다. 따라서 민영화 후에도 국가나 지방자치단체는 선박검사회사나 병원 등 민간 기업과 소통하면서 위험에 대한 감시와 모니터링을 수행하다가 민영기업들이 통제할 수 없는 현대형 위험이 발생할 개연성이 생기면 보증인의 책임을 다하기 위하여 행정개입을 통해 위험제어업무를 수행할 수 있어야 한다.<sup>83)</sup>

요컨대 메르스, 코로나 19 등 현대적 위험은 전통적인 위험을 전제로 하여 구축되어있는 행정법이론으로 이제 효과적으로 제어할 수 없으며 전통적 위험과 구별되는 현대형 위험에 효과적으로 대응하기 위해서는 기존의 행정법이론에 대한 변화와 수정이 필요하다.

### 제3절 보장국가에서의 국가임무론

#### I. 국가임무론의 의의

보장국가 이념은 독일의 국가임무론(Staatsaufgabenlehre)을 계승 발전시킨 것으로 평가된다.<sup>84)</sup> 국가임무론의 사상사적 전개과정을 살펴보면 국가목적, 국가목표, 국가

83) 성봉근, 앞의 “보장국가로 인한 행정법의 구조변화”, 193-194면.

임무의 개념에서 중요시하는 요소가 각기 다르다는 사실을 알 수 있다. 국가의 목적은 국가활동의 의의와 정당성이, 국가목표에 있어서는 국가활동의 제한이 국가임무는 구체적인 국가활동을 파악하려는 시도가 중요한 문제가 된다.<sup>85)</sup>

역사를 통해 고찰해 보면, 국가의 성격은 질서유지 임무만 맡았던 야경국가(Nachtwächterstaat)에서 급부를 독자적으로 책임져 온 복지국가 또는 급부국가(Leistungsstaat)로 변화하였다. 그리고 복지국가에서 발생한 정부 실패의 한계를 극복하기 위한 대안으로 영국에서 조성국가가 등장하였다. 그리고 조성국가로부터 착안하여 독일 슈뢰더정부가 대연정에서 선언한 노선이 바로 활성화국가(Aktivierender Staat)이며, 오늘날 우리 사회는 이러한 활성화 국가와 맞닿아 있는 보장국가로의 전환을 꾀하고 있다.

이하에서는 보장국가까지 이어져 온 국가 임무의 역사적 변천을 고찰해 봄으로써 오늘날 보장국가의 임무의 특징을 보다 명확히 하고자 한다.

## II. 복지국가의 생존배려임무

복지국가는 폭넓게 자리 잡은 사회권, 정부에 의한 서비스 전달, 직접적인 공공지출 등을 특징으로 하며,<sup>86)</sup> 포르스트호프(E. Forsthoff)교수에 따르면, 생존배려가 급부행정의 핵심개념이다.<sup>87)</sup> 포르스트호프 교수는 생존배려의 개념을 전기·수도·운송 등 현실적으로 필요한 급부나 재화에 제한하여 이해하였으나, 나중에는 경제적·사회적·문화적 영역에서 인간의 의미 있는 생존에 필요한 급부나 재화로 확대하였다.<sup>88)</sup> 이에 따라 ‘생존배려’의 개념은 복지국가의 급부행정영역에 있어서 핵심개념으로 인식되어 왔다.

84) 김기홍, “미국에 있어서의 민영화와 그 공법적 한계 : 책임적합성(Accountability) 이론을 중심으로”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2014, 229면.

85) 유상현, “독일 행정법상 공기업에 대한 연구 : 공공성 확보를 위한 법리를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2018, 88면.

86) Neil Gilbert, 김영화·임성욱·공정원 공역, 「복지국가에서 능력개발국가로 : 미국 사회복지의 이해」, 한울아카데미, 2001, 64면.

87) Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München, 1973, S.370.

88) 정남철, 앞의 논문, 182면; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 1 Rn. 16a.



### Ⅲ. 조성국가(Enabling State)의 사회공평 회복

급부를 독자적으로 책임져 온 복지국가의 정부 역할의 한계 등 정부실패에 따른 해결책으로써, 복지국가(welfare state)의 대안으로 등장한 개념이 영미계 국가에서 사용된 ‘조성국가’(Enabling State)나 영국의 ‘활성화 국가(Activating State)이다. 국내에서는 ‘Enabling State’의 번역어로 ‘자립능력 개발국가 또는 ‘능력개발국가’라는 용어가 사용되고 있다.<sup>89)</sup>

조성국가는 미국 등 선진 주요국가에서는 과다복지로 인한 폐해에서 벗어나고자 또한 급부가 불충분한 국가에서는 과소복지에서 적정복지로 나아가되 선진국이 경험한 부작용을 겪지 않기 위해 개인의 자립·자조·자활을 강조하고 이를 지원하는 생산적 복지시스템으로 나아가고자 하는 데에 그 등장 배경이 있다. 1990년대 미국 클린턴 행정부의 복지개혁, 영국 토니 블레어 정부의 ‘일에 이르는 복지(welfare to work), 독일 슈뢰더 정부의 ‘고효율 복지’ 등 다양한 이름의 21세기형 사회복지프로그램을 추구하였는데 이들 프로그램은 모두 20세기 복지국가(the welfare state)에서 자립능력 개발국가(the enabling state)로 국가의 기능을 변화시켰다는 특징이 있다.<sup>90)</sup>

복지국가에서 능력개발국가로의 변화는 미국에서 전통적 복지국가의 단순한 변이가 아니라 본질적 대안으로 보았다. 특히 클린턴 행정부에 제출한 보고서에서는 복지제도의 점진적 변화를 능가하는 방법을 권고하는 ‘새로운 미국을 위한 청사진’을 제시하였는데, 이는 조성국가(능력개발국가)의 특징 및 그 대안으로서의 의의를 보여준다. 이 보고서에 따르면 “새 행정부가 빈곤과의 전쟁에서 진정 주도권을 확보하기 위해서는 복지제도 역시 미국 빈민의 능력을 개발하는 새로운 전략으로 대체되어야 한다. 복지국가는 소득 유지를 목표로 하는 반면에, 능력개발국가는 노동과 개인의 능력부여를 목표로 해야 한다. 능력개발국가는 무엇보다도 미국 빈민이 빈곤과의존으로부터 스스로 해방되는 데 필요한 능력을 개발하도록 도와야 한다. 또한 책임과 자원을 될 수 있는 한 공공 관료와 서비스 공급자를 거치지 않고, 직접 우리가 돕고자 하는 사람들의 손에 전달해야 한다. 능력개발 전략은 빈민들을 복지제도의

89) 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제, 「행정법연구」 제41호, 행정법학회, 2015. 2, 194면.

90) 이근식·황경식, 「자유주의란 무엇인가 : 자유주의의 의미, 역사, 한계와 비판」, 삼성경제연구소, 2001, 389-390면.



수동적 수혜자보다는 그들 자신의 발전을 위한 일차적인 행위자로 보는 것이다”라고 말하고 있다.<sup>91)</sup>

복지국가와 조성국가는 둘 다 직·간접적 지출에 의해 재정이 조달되고, 공적 또는 사적 수단을 통하여 전달되는 현금과 서비스의 형태로 이전됨으로써 사회권을 배분한다는 점과 평등과 공평을 실현하려는 목적에서 소비와 투자를 위한 복지급여로 개인과 가족 단위를 지원하는 사회정책을 만들어낸다는 점에서 공통점이 있다.

그러나 기존의 복지국가가 직접적 지출에의 의존, 공공기관에 의한 전달, 소비를 위한 복지급여, 경제적 불평등 감소라는 특징을 지닌 반면, 조성국가는 간접적 지출의 증가, 민간기관에 의한 전달, 투자를 위한 복지급여, 사회공평의 회복이라는 특징을 갖는다는 점에서 차이가 있다.<sup>92)</sup> 이와 같이 조성국가는 사회권 확대를 특징으로 하는 복지국가와 달리 복지국가와 수급자 사이의 ‘권리와 책임(또는 의무)의 연결’이라는 상호성을 추구하면서, 적극적(active) 시민이 단순한 수동적 수급자가 아니라 공동생산자로서 적극적으로 사회복지의 생산과 결정과정에 참여하도록 한다고 본다.<sup>93)</sup>

#### IV. 활성화국가의 책임배분

앞서 살펴본 바와 같이 보장국가는 이른바 활성화 국가와 맞닿아 있으며,<sup>94)</sup> “날씬한 국가” 또는 “최소국가”(Minimalstaat)를 지향하면서 자유주의로 회귀하려는 경향을 보이고 있다.<sup>95)</sup>

활성화 국가(Aktivierender Staat)는 인력감축, 관료주의 철폐, 규제완화, 국가과제의 축소 등의 점에서 날씬한 국가(국가축소, Schlanker Staat)의 지도상과 공통점이 있다.<sup>96)</sup> 그러나 날씬한 국가에서 입법 평가의 제도화, 예산법의 유연화(Flexibilisierung), 경영기술 및 정보기술의 활용, 회계 및 감시절차의 도입을 통한

91) Neil Gilbert, 김영화·임성옥·공정원 공역, 앞의 책, 66면 인용.

92) Neil Gilbert, 김영화·임성옥·공정원 공역, 위의 책, 68면.

93) 박재윤, 앞의 책, 242면.

94) 문병효, 앞의 책, 32면.

95) 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할 : 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며”, 「법학」 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015. 3, 150면.

96) 날씬한 국가는 CDU와 CSU, FDP가 독일에서 1994년 대연정을 하며 대연정계약의 지도상으로 선언한 것이고, 활성화 국가는 1998년 정권이 교체되며 SPD의 대연정은 대연정계약에서 선언한 것이다. 이에 대하여는 문병효, 앞의 책, 32면 참조.

사적인 자기책임의 강화가 특징인 반면, 활성화 국가에서는 국가와 민간과의 협력을 강조한다. 즉 국가와 민간의 책임 배분이라는 의미에서 공통의 목표를 달성하기 위한 국가와 민간, 중간행위자의 상호작용인 공사협력(Public Private Partnership)을 핵심으로 하였다. 또한 시민과 국가간의 관계 뿐만 아니라 연방과 주, 지방자치단체, 유럽연합의 모든 행정차원에서의 협력을 중요시함으로써 자기책임과 연방의 다양성을 동시에 강화하면서도 더 많은 선택의 여지를 부여하고자 한다. 그리고 보충적으로 신공공관리론의 영향을 받아 행정내부의 포괄적인 현대화를 추진한다.<sup>97)</sup>

## V. 보장국가의 다원성 보장

전통적 복지국가에서는 복지정책을 시행하는 데 있어 비효율성, 비탄력성이라는 문제 때문에 다양한 사회적 위험에 적절히 대처하는 데에 한계가 있었고,<sup>98)</sup> 그 대안으로 조성국가가 등장하였다. 조성국가는 시민과 비정부조직에 의한 사적 노력 및 책임에 대한 관심을 두고,<sup>99)</sup> 국가가 시장경제와 시민사회가 작동하기 위한 필수적 조건을 설정하고 정부가 적극적인 역할을 함으로써 민간영역을 활성화할 수 있다고 본다는 점에 의의가 있다.<sup>100)</sup> 그러나 공공분야 개혁과 관련되어 추구되는 조성국가의 내용이 모호하다는 점에서 19세기식 야경국가로의 퇴보라는 비판을 받았다. 이에 독일의 슈페르트스는 조성국가를 발전시킨 개념이 보장국가라고 보았다. 그에 따르면 보장국가가 조성국가와 다른 가장 큰 차이점은 공공재가 사인에 의하여 제공된 이후의(after enabling) 공적 책임을 강조한다는 점이다. 즉, 민영화가 이루어진 이후에도 국가는 감사, 규제 혹은 자금제공 등을 통하여 공공재의 공급을 부족함 없이 보장하는데 있어 여전히 중요한 역할을 담당한다는 것이다.<sup>101)</sup>

이러한 흐름에 따라 최근에는 국가가 수직적 차원의 중앙집권적 조정자가 아니라, 자신을 수평적 차원의 다양한 행위자 가운데 하나로 상정하여 공적 과제를 해결하고자 하는 흐름이 광범위하게 나타나고 있다. 그 결과 국민의 기본권을 최대한 보장하고, 국가는 권력작용보다는 비권력작용을, 권력독점보다는 민관협력과 분업을 통한 경제적 효율성을 동시에 도모할 수 있도록 하는 새로운 규제체계가 시도되고 있

97) 문병효, 위의 책, 33면.

98) 홍석한, 앞의 “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 11면.

99) Neil Gilbert, 김영화·임성욱·공정원 공역, 앞의 책, 68면.

100) Neil Gilbert, 김영화·임성욱·공정원 공역, 위의 책, 242면.

101) 박재윤, 앞의 책, 242면.

다.<sup>102)</sup> 즉, 보장국가의 행정활동을 다룬 보장행정법 초기에는 민영화에 관하여 국가의 규제 방식을 그 내용으로 하였고, 그 후 보장국가론은 국가와 국민 간 수평적 규율체계, 다원성과 상호협력, 협력주체들 간의 적절한 분업을 통해 공적 과제를 효율적으로 수행하여 그 효과를 극대화하는 방향으로 전환되고 있다.<sup>103)</sup> 그 결과 “복지국가 의무에 대한 직접 이행책임이 아닌 보장책임을 지는 국가”라는 변형된 새로운 형태의 복지국가 모델로 나타나게 되었다.<sup>104)</sup> 이에 따라 현재 보장국가는 국가가 급부행정의 직접적이고 유일한 이행주체에서 벗어나 사적 주체가 그 역할을 함께하거나 대신하게 된 경우에 이를 감독하는 역할에만 머물러 있지 않고, 나아가 사적 동력을 활성화하고 공공복리의 실현을 보증하는 규범들을 갖추어 사적 주체가 공적 임무를 잘 수행하도록 하는 국가로서 그 의미를 확장하고 있다.<sup>105)</sup>

## VI. 국가임무와 보장책임

국가의 보장책임을 국가임무와 연결시킨 대표적인 학자는 그람(Christof Gramm)과 바이스(Wolfgang Weiss)이다. 그람은 “사인이 실제적 이유로 인하여 모두를 위한 효과적이고 지속적인 재화의 제공을 할 수 없는 경우”에는 구체적인 공공재를 제공해야 할 책임이 국가에게 인정된다고 보고 있다.<sup>106)</sup> 이러한 견해는 사인의 무능력으로 인한 경우에는 국가가 독점적인 이행을 할 수 있다는 국가의 ‘보증인적 지위’(Garentenstellung)를 정당화하는 근거로 작용할 수 있다.<sup>107)</sup>

한편 바이스(Wolfgang Weiss)는 군대나 교정시설 등 공적 안전영역에서도 사적 경비구역이 점차 증대되고 있다는 점에서 알 수 있듯이 사회는 기본적으로 모든 영역에서 가능하다고 본다. 그에 따르면 국가임무란 공익에 자리잡고 있는 사무이다. 즉, ‘인간 존엄의 존중과 보호’라는 국가목적으로부터 자유와 평등을 보호하고 실현해야 하는 의무가 도출되는데, 이것을 국가임무라고 보는 것이다.<sup>108)</sup> 이처럼 바이스의 이론은 기본권을 강조하고 있으므로 국가의 급부가 만일 사인도 제공할 수 있는

102) 윤석진, 앞의 논문, 276면.

103) 윤석진, 위의 논문, 277면.

104) 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 「헌법학연구」 제22권 제1호, 한국헌법학회, 2016. 3, 230면.

105) 계인국, 앞의 논문, 163면.

106) Christof Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S.337.

107) 박재윤, 앞의 책, 79면.

108) Wolfgang Weiss, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S.431.

것이라면, 그것을 국가가 스스로 제공해서는 안 되고 오히려 그 사인의 활동을 유도하거나 증진해야 한다고 본다. 즉, 원칙적으로 사적인 급부의 제공을 우선시하고, 국가는 단지 교정적으로 조정과정에만 개입해야 한다는 것이다. 결국 국가가 직접적으로 임무를 수행할 수 있는 경우는 오직 사적인 활동이 가능하지 않은 영역으로 한정되며, 이러한 영역은 곧 고권적인 권한이 필수적인 영역을 의미한다.<sup>109)</sup> 바이스의 이러한 이론은 국가의 활동이 원칙적으로 급부와 이행책임에서 후퇴하여 보장책임으로 한정되어야 한다는 것으로 연결될 수 있다.<sup>110)</sup> 결국 바이스의 이러한 국가임무에 대한 인식은 국가의 적절한 역할을 ‘보장책임’에 한정하여야 한다고 본다. 이러한 국가임무에 따른 보장책임이 중요한 것은 국가임무를 규정하는 가장 중요한 기초를 책임이나 책임분배의 개념 자체가 아니라 기본권의 개념에서 찾고 있다는 점이다. 우리나라에서도 보장행정의 헌법적 근거를 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 찾고자 하는 견해가 다수이며, 공공선을 실현하고자 하는 보장행정의 목적과 실현방식을 고려하면 훌륭한 논리라고 생각된다. 인간존엄의 존중과 보호에서 시작하여 기본권 및 그 보호의무와 보장책임을 거쳐 책임의 분배를 통한 국가임무의 수행으로 나아가는 바이스의 이론체계는 오늘날 공사협력시대에 보장행정의 적절한 역할에 대한 시사점을 준다.

요컨대, 그람과 바이스는 필수적 국가임무의 인정 여부 등에 관하여는 견해를 달리하고 있지만, 둘 다 사회가 이루어진 이후에도 국가임무, 즉 최후까지 국가에 남아있는 핵심적인 기능을 무엇으로 볼 것인지에 관하여 관심이 기울고 있었음을 알 수 있다.

## 제4절 보장국가의 기본적 요소

### I. 리스크사회의 협력행정

19세기 독일의 입헌주의와 오토마이어 행정법에 나타나 있는 것처럼 자유주의적 법치국가에서 행정법은 공법적인 보호, 규제, 조세의 징수의 기능을 담당하였고, 국가적 임무를 수행하는 고권적인 행위형식을 추구하였다. 자유주의적 법치국가에서

109) 박재윤, 앞의 책, 81면; Wolfgang Weiss, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S.430ff.

110) 박재윤, 위의 책, 82면.

행정법이 고찰대상으로 하는 것은 고권담당자로서의 국가이고, 이에 비하여 사회는 형식적인 법질서로서 추상적으로 인식되는 데 그쳤다. 국가와 사회의 엄밀한 2분론이다. 아담스미스의 경제적 자유방임주의를 기조로 한 19세기에 국가는 국민에게 국방, 치안 같은 기본적인 서비스만 제공하고 개인의 자유와 사유재산을 보호하는 일만 해야 한다는 이념에 따라 야경국가, 작은 정부의 역할을 하는 데 집중하였다.

19세기 야경국가시대의 행정은 질서행정의 성격을 띠었다. 행정권은 위험(Gefahr)이 있거나, 이미 위험이 발생하여 공익이나 사익에 대한 장애(Störung)를 일으키고 있는 경우에 발동된다.<sup>111)</sup> 여기서 위험(Gefahr; Danger)은 “사건이 진행되게 내버려 두었을 때 충분히 손해 발생이 개연적이게 되는(hinreichend wahrscheinlich) 상황이 존재하는 경우”에 인정된다.<sup>112)</sup> 즉 위험(Gefahr)이란 이를 방치하게 되면 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 개연성이 있는 상태를 의미한다.<sup>113)</sup> 이러한 Gefahr로서의 위험은 칼레츠키(Kaletsy)의 분류에 따르면 자유방임을 따르던 고전적 자본주의 1.0시대를 구현하기 위한 전통적인 위험개념이론으로 평가할 수 있다.<sup>114)</sup> 따라서 규제행정의 첫 번째 임무는 고전적인 위험(Gefahr)에 대하여 방어를 행하는 것이고, 구체적인 예측가능성의 보장에 그 특징이 있다. 즉 국가규제가 미치는 행위에 대하여 예측이 가능하도록 법률에 구체적으로 규정함으로써, 사인은 그 이외의 활동을 행할 자유를 보장받게 되는 것이다.

Schulze-Fielitz는 이러한 규제행정의 특징을 “행정은 시민과 국가의 법익에 미치는 위험에 관한 ‘구체적으로 예측가능한 상황’에의 응답”이라고 표현하였다.

한편 방어의 대상인 위험(Gefahr)은 구체적으로 예측가능한 것이고, 그 인과과정도 경험칙에 의하여 사전에 예측이 가능하다. 이러한 점 때문에 국가가 규제하는 행위 또한 사전에 법률에 규정해 두는 것이 가능해진다.

규제행정의 수단은 명령, 금지, 허가 등 명령적·선고적인 행정행위이고, 만일 국민이 이에 따르지 않을 때 비로소 위협적인 수단에 의지하게 된다. 법률에 의한 행정, 법률유보, 확정적 원칙, 비례원칙 등 여러 원칙이 이러한 예측가능한 2극적 행정

111) 김남진, 「행정법의 기본문제」, 법문사, 1996, 701면.

112) 김남진, “위험의 방지와 리스크의 사전배려,” 「고시계」, 제53권 제3호, 고시계사, 2008. 3, 53면.

113) 대비되는 개념인 장애는 위험이 현실적으로 발생한 상태를 의미한다(김남진, “경찰상의 위험과 위험의 혐의 등”, 「고시연구」, 제28권 제9호, 고시연구사, 2001. 9, 88면).

114) 성봉근, 앞의 “보장국가에서의 위험에 대한 대응”, 1046면; 김남진, 앞의 “자본주의 4.0과 보장국가·보장책임론”, 5면.

법 관계에서 고찰되어왔다. 이와 같이 규제행정에서의 행정활동은 일방적이면서 고권적인 것이므로 행정과 사인의 협동은 나타날 수 없었다. 그러나 그 후 리스크행정의 발전이 이러한 규제행정과 협동을 둘러싼 상황을 변화시키고 있다.

리스크행정에서는 경험에 의한 예측, 리스크의 평가가 극히 곤란하고 전문가에 의한 자연과학과 사회과학의 연구성과를 기반으로 한 민간의 전문적 기술과 정보를 적극적으로 활용할 것이 요구된다. 그러한 점 때문에 종래의 규제행정이 리스크행정으로 변화하는 과정에서 사인의 전문적 지식과 기술을 중심으로 하는 협동의 필요성이 증대되고 있다. 코로나 팬데믹으로 인한 리스크 관리에서 초·중·고교생 600만 명이 동시에 접속하는 사상 초유의 온라인 개학을 단 보름만에 준비할 수 있었던 것은 LG CNS처럼 기술력 있는 민간 기업의 협조가 있었기에 가능했다.<sup>115)</sup> 이처럼 행정의 역할이 꼭 필요한 부분도 있지만 뭐든지 ‘공공’에 의한 해결을 우선으로 하는 것은 효율적이지도, 바람직하지도 않다. 리스크 관리는 행정, 민간, 사회 사이의 계속적인 감시, 정보, 협동이라는 과정을 요청한다. 오늘날 공사협력이 필요한 이유이다.

전통적인 규제행정법의 목적은 법익침해를 저지하고 위험으로부터 방어하는 것이었다. 여기에서 위험이란 앞서 살펴본 대로, 이를 방치하게 될 때, 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 개연성이 있는 상태를 의미한다. 그러나 결과 발생의 개연성이 낮고, 원인을 알 수 없으며, 더 광범위하고 위험의 개연성 발생시점과 진행속도가 너무 빠르다는 점 등 종래의 위험개념으로는 충분히 대응할 수 없는 종류의 위험들이 나타나고 있다. 이러한 사태에 대응하여 등장한 개념이 ‘리스크(Risiko)’이다.

위험을 시간적인 단계로 구별해 볼 때 ‘위험의 합리적 의심이 있는 단계’(Restrisiko)와 ‘위험의 가능성이 있는 단계’(Risiko), ‘위험의 개연성까지 인정되는 단계’(Gefahr) 및 ‘위험이 현실화 되는 단계’(Störung) 등으로 구별할 수 있다.<sup>116)</sup>

Risiko로서의 위험은 위험의 발생 가능성에 불과하고 개연성은 낮은 단계의 위험으로서 종래의 위험(Gefahr)에 비하여 경험에 의한 예측과 리스크 평가가 극히 곤란하고, 현대사회에서 발생하는 리스크는 경험의 축적이 새로운 리스크가 창출되는 속도를 도저히 따라잡을 수 없다는 점이 특징이다. 이로 인하여 국가의 행위는 ‘예방(Pravention)’으로 그 중점이 이동하고 있다. 예방은 종래의 위험을 예방하는 것에

115) 박성완, “코로나 이후... 큰 정부의 함정,” 모바일 한국경제, 2020. 4. 28.

116) 성봉근, 앞의 “보장국가에서의 위험에 대한 대응”, 1051면.

그치지 않고, 위험을 전제로 하여 사전배려를 하는 리스크를 박멸하는 의미도 포함하는 개념으로 사용되고 있다. 이렇게 예방과 사전배려에 중심을 두는 행정활동을 리스크 행정(Risikoverwaltung)이라고 한다. 물론 리스크행정도 규율행정인 이상 침해유보의 원칙에 의하여 법률에 따라 행해져야 한다. 그러나 예방과 리스크행정이 문제될 경우, 법률의 적용요건이나 비례원칙이 요구하는 목적·수단 관계를 정확하게 확정하기 어렵다는 문제가 있다.

## II. 지역사회밀착형 치안서비스 제공

고전적인 규제행정의 대상이었던 경찰·안전관련법이 예방행정으로 변용하고 있는 배경은 위험의 원인과 잠재적 범죄행위의 활동가능성이 확대된 데 따른 것이다. 조직범죄, 테러리즘의 증가 등 사회의 급격한 변화에 대응하여 경찰의 사전배려는 범죄행위에 그치지 않고 장래의 범죄행위의 소추로도 확장될 수 있다.

특히 경찰의 임무 중 국가의 중요시설에 대한 방범활동이 민간업자에게 위탁되거나 민관협력이 이루어지고 경찰작용 중 비권력적 행정작용을 민간에 위탁하거나 협력하여 주민밀착형 치안행정의 필요성이 커지고 있다. 따라서 경찰의 치안행정은 경찰허가, 경찰하명, 경찰상의 즉시강제 등의 고권적인 경찰작용만으로는 한계가 있으므로, 공법상 계약이나 협약 등 비권력적 경찰작용을 재논의할 필요가 있다.<sup>117)</sup> 지역사회의 범죄예방 시스템을 구축하고, 주민공동체, 민간사업자 등과 협력체제를 갖추어 민주적이고 효율적인 치안서비스가 이루어져야 한다.<sup>118)</sup> 주민밀착형 치안서비스는 사회적 약자인 아동, 장애인, 노인, 여성, 외국인 등에 대한 폭력문제를 범죄 심리학적 관점에서 사전 상담을 통해 치유하여 범죄를 예방하고, 지역주민·사회단체·민간 사업자와의 치안 파트너십을 형성하여 지역사회와 각종 민생치안범죄에 신속하고 효율적으로 대응하여야 한다.<sup>119)</sup>

## III. 보장행정의 책임분배

행정의 임무수행에서 공적 주체와 사적 주체간의 협력은 국가와 혼합적 주체

---

117) 김남욱, “지방자치 발전을 위한 자치경찰의 법적 과제”, 「지방자치법연구」 제18권 제3호, 한국지방자치법학회, 2018. 9, 22면.

118) 김남욱, 위의 논문, 22면.

119) 김남욱, 앞의 논문, 22면.



은 사적 주체간의 책임의 분배가 그 핵심이 된다. 따라서 공사협력의 필요성을 전제하고 있는 보장행정의 핵심 또한 공무 수행에 관한 책임의 분배이다.

책임의 분배(Verantwortungsteilung)라는 개념에 관하여 트루데는 “국가가 수행하여야 할 공적 과제가 증대되는 현대사회가 국가의 조종능력의 한계에 부딪치게 되면서 그에 대응하여 나타나는 개념”으로서, 사회, 탈규제화, 민관협력과 협력적 행정(kooperative Verwaltung)이라는 현상들을 포괄한다고 한다.<sup>120)</sup> 이러한 책임분배를 통하여 국가는 자신의 부담을 줄이면서도 사인의 자율규제를 활용하여 조종능력을 보완할 수 있다. 또한 국가의 조종과 사회의 자율규제가 함께 잘 작동하는 구조를 ‘규율구조’(Regelungsstruktur)라는 개념으로 설명하는데 이러한 규율구조는 국가와 사인 사이의 활동기준, 주체, 제도 및 행위도구의 관계, 이러한 주체 사이에서 어떻게 행정의 목적인 공공선의 실현을 위한 협력이 이루어질 수 있는지 등의 문제와도 연결된다.<sup>121)</sup>

요컨대, 규율구조는 책임 분배를 통하여 변경할 수 있는 것이며, 보장국가와 사회는 공익을 실현하기 위한 책임을 지는 공동의 주체이며, 국가와 반국가로서의 공익 조직 또는 사적 주체 간의 책임을 분배하고 책임분배를 실현할 협력의 장을 구조화하는 책임을 진다.<sup>122)</sup>

## IV. 행정작용으로서 규제된 자율규제

### 1. 보장책임의 실현수단

칼레츠키에 따르면 신자율주의를 특징으로 하는 자본주의 3.0에서는 민영화의 확산과 함께 규제 완화가 나타난다. 이에 반하여 보장국가는 민영화 이후에도 규제를 포기하지 않으며 오히려 행정적 제어수단으로서 규제를 특징으로 하는 규제국가(Regulierungsstaat)의 모습이 나타난다.<sup>123)</sup> 바로 이러한 점 때문에 보장국가는 점점

120) Hans-Heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff einen sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor in: Schuppert(Hrsg.) Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat, Baden-Baden 1999, S.14.

121) 박재윤, 앞의 책, 153면.

122) Jan Ziekow, 김환학 역, “독일의 보장국가와 규제 개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동”, 「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6, 116면.

123) 정기태, 앞의 논문, 468면.



더 많은 과제를 외주화하고 스스로 과제를 수행하지 않음에도 불구하고, 오히려 더 많은 규제를 필요로 하게 되는 역설적 상황에 놓인다.<sup>124)</sup> 이렇게 보장국가는 사인의 역할이 증대됨과 동시에 국가의 규제(Regulierung) 역할 또한 중요해진다는 점에서, 큰 정부이면서 동시에 작은 정부의 필요성을 역설한 칼레츠키의 자본주의 4.0의 새로운 국가상에 적합하다고 볼 수 있다.

보장책임을 실현하기 위한 수단으로서의 규제에 대하여 쇼흐는 “보장행정법은 무엇보다도 규제법(Regulierungsrecht)이다. 이 법은 자유를 제한할 뿐만 아니라, 마찬가지로 자유를 보호하고 가능하게 한다. 여기서 규제란, 경제·사회적 제 과정에의 모든 의도된 국가적 영향력으로써 특수하고 개별사안을 넘어선 질서목적들을 추구하며 그에 있어 법상 중심적 매개체와 구속력있는 한계를 발견하는 것이다. 따라서 규제는 보장국가의 중심개념이다. 이는 두가지의 작용형식으로 나타나는데, 우선 입법을 통해, 그리고 개별사안에 있어서의 규율을 통해서이다”라고 하였다.<sup>125)</sup> 이에 따르면 국가의 보장책임은 결국 입법을 통해 이루어지는 ‘입법책임’이라고 할 수 있다.

보장국가에서의 입법책임은 준비책임, 보완책임, 완화책임으로 유형을 나눌 수 있다.<sup>126)</sup> 우선 준비책임이란 국가가 독점을 요구할 수 없도록 규범을 확립하기 위한 책임을 의미하며, 보장국가는 규범 구조를 통하여 그 효과를 달성할 수 있도록 법을 준비하는 국가이다.<sup>127)</sup> 이러한 법의 준비기능에 따르면 책임이란 사회적 문제의 해결에 적합한 기본적 조건, 행위형식, 갈등의 해결 및 해결수단을 마련하는 것이다.

다음으로 보완책임은 민간에 의한 공공선 실현이 달성되지 못할 우려가 있는 경우에 이러한 상황을 대비하는 내용의 규범을 갖추어야 한다는 것이다. 즉 보완책임은 민간행위자로 하여금 자율규제를 통하여 공공선을 실현하도록 압력을 가하는 역할을 한다.<sup>128)</sup>

마지막으로 완화책임이란 민간의 과제 수행이 특히 경제 분야에서 적절하지 못한 결과를 가져올 경우에 국가가 후속적 책임을 맡는 것이다. 실업자와 같이 부가가치를 산출하는 경제에서 낙오된 사람들을 위해서 도움을 주는 사회법을 예로 들 수

124) 문병호, 앞의 책, 35면.

125) 정기태, 앞의 논문, 468면; Friedrich Schoch, Gewährleistungsverwaltung : Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S.245.

126) Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat -Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Nomos, 2005, S.96.

127) 홍석환, 앞의 학위논문, 105면; Claudio Franzius, FN 50, S.7(514).

128) 홍석환, 위의 논문, 106면.

있다.<sup>129)</sup>

또한 독일 공법학은 행정이 시장을 규정 내지 억제하기 위해 이용한 시장구조화 및 규정행정의 구조를 민영화에 대하여 법적인 규정 내지 제어에 영향을 미치는 구조로 전용 내지 응용하고 있다. 그에 관한 중요한 개념이 ‘규제된 자율규제’이다.<sup>130)</sup>

이러한 독일의 논의를 바탕으로 우리나라에서는 2010년을 전후하여 ‘보장국가론’ 및 ‘규제된 자율규제’에 대한 논의가 활발해지기 시작하였다. 최근 학계에서는 보장국가론에 관한 논의와 관련하여 초기에는 독일에서 논의되고 있는 보장국가론의 의미와 체계에 대한 일반적 분석이 주종을 이루었지만 최근에 이르러서는 보장행정에서의 규제의 개념과 사인의 자율규범 정립에 대한 분석을 시도하고 있다.<sup>131)</sup>

## 2. 규제된 자율규제로의 전환

보장행정에서 국가는 사인에게 공적 임무를 위탁한 경우 민영화의 후속책임으로서 보증책임을 진다. 민영화에 따라 사인은 자율규제(Selbstregulierung)에 따라 자기책임으로 공적인 임무를 행한다.

자율규제란 피규제자가 실제적인 통제기준을 스스로 형성하고 해석하여 적용하는 것을 말하는데, 공적 임무를 위탁받은 사인 스스로가 자율적으로 규범을 제정하고 그 준수를 통제한다는 점에서 사인이 단지 국가가 제정한 규범의 준수만을 통제하는 자율통제와 구별된다.<sup>132)</sup> 자율규제는 각 영역에 있어서 사인은 자신의 행위에 대한 통제기준을 고권적으로 발령된 규범의 행정적 집행권에 포섭되지 않도록 자율적으로 확정시킨다고 할 수 있다. 또한 자율규제에는 자신의 사적 이익을 추구하는 것과 동시에 공익과 관련된 목적을 동시에 추구하는 부분이 있다. 여기에는 환경보호나 청소년 보호 등과 같은 비경제적인 목적일 수 있고, 다른 시장참여자의 경제적 이익, 즉 제조물의 안전인증을 통한 수요자의 시장에 대한 신뢰 또는 회계의 정확성으로 인한 투자자의 신뢰유지 등의 목적이 될 수도 있다. 또 하나의 특징으로 자율규제는 공적 임무의 수행을 위해 직역에 특화된 어느 정도의 조직화된 독립적인 조

129) Hoffmann-Riem, a.a.O., pp.97-98.

130) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 41면.

131) 서보국, “독일 공법상 규제된 자율규제제도 : 우리의 지방공기업법과 지방자치법과의 관련성에 대하여 -,” 「지방자치법연구」 제19권 제1호(통권 제61호), 한국지방자치법학회, 2019. 3, 170면.

132) 홍석환, 앞의 학위논문, 130면.

직체의 자율규정을 만들어 실행하며 감독하게 된다는 점이다. 이러한 자율규제 방식을 통해 국가적 임무수행의 부담이 경감되기도 한다.<sup>133)</sup>

이러한 자율규제에는 여러 가지 장점이 있다. 첫째, 시대의 변화에 따라 임무분야별 효율성을 높일 수 있고, 글로벌화한 정보처리분야에 있어서 국제적 기준에 맞는 간소화와 표준화 작업의 발전속도를 뒤쳐지지 않도록 하는 장점이 있다. 현대의 국제적 정보화사회에 있어서의 신속성과 효율성을 높이기 위해서는 사경제부분에 있어서 내국법령에 의한 행정규제방식보다는 자율규제의 메커니즘이 더 효율적인 부분이 있다. 둘째, 공행정주체가 사경제 및 사회를 조정하기에는 사경제주체를 따라가기 힘들 만큼 전문지식에 대한 이해의 격차가 벌어지는 영역이 점점 늘어나고 있다. 이 부분을 보완하기 위하여 행정청의 확대, 공직자의 재교육 또는 전문가의 공행정 내부로의 영입 등이 필요하나 이로 인한 국가의 재정적 한계가 크다.<sup>134)</sup> 그러나 사인이 자율규제를 통해 위탁받은 임무를 수행하게 되면, 국가의 부담이 줄어들고, 국가에 대한 지나친 요구를 감소시킬 수 있게 된다. 셋째, 국가가 직접적인 규제를 하기 힘든 언론의 표현의 자유 보장을 위해서 자율규제의 영향력은 더 커질 수 있다. 특히 자율규제는 정보화 사회에서 인터넷상의 규제와 같이 국가의 차원을 넘어서 범세계적으로 규제할 필요가 있는 국제적인 행위규범으로서 기능을 할 수 있다. 넷째, 자율규제는 규제의 주체와 객체가 동일하고, 사인들이 신뢰를 바탕으로 전문적인 표준을 스스로 결정하고 합의한 것이기 때문에 규제에 의해 영향을 받는 당사자들이 강제적인 국가규제에 비하여 쉽게 수용하고 유연하게 대응할 수 있다.<sup>135)</sup>

그러나 자율규제에도 여러 가지 한계가 존재한다. 첫째, 사인에 의해 시행되는 자율규제의 활용은 임무 수행을 위탁받은 사인들이 속한 조직에서 자율적으로 제정한 행동규범이라는 점에서 그 조직에서 벗어난 사인들에게는 보편적인 민주적 정당성을 보장받을 수 없다. 둘째, 공공재의 민영화가 진행되는 경우, 공공재의 특성상 경제적 수요보다는 사회적인 고려와 공공선의 실현이 우선시되어야 하므로 사인끼리의 자율규제에 맡겨둘 경우, 사회적으로 질이 낮은 공급이 이루어질 가능성이 높다고 평가되며, 공공재는 비경합성과 비배타성<sup>136)</sup>을 특징으로 하므로 시장실패의 위험

133) 서보국, 앞의 논문, 170-171면.

134) 서보국, 위의 논문, 168-171면.

135) 홍석한, 앞의 학위논문, 141-143면.

136) 공공재의 특성에는 비경합성과 비배타성이 있다. 비경합성(non-rivalry)이란 국방서비스 같은 공공재의 혜택을 어떤 사람이 누린다고 해서 다른 사람이 누릴 수 있는 혜택이 줄어들지 않는다는 것이고, 비배타성(non-exclusive)이란 공공재에 대한 대가를 지불하지

에서 자유로울 수 없다. 또한 자율규제를 목적으로 한 기업들의 연합으로 카르텔이 형성될 경우, 소비자는 불이익을 입을 위험이 크다. 셋째, 자율규제는 원칙적으로 국가의 개입이 없으므로 국가규제가 지켜야 하는 보편적인 헌법적 원리인 평등원칙, 비례원칙, 법률유보원칙 등에서 벗어나 공법적 제약을 회피하기 위한 수단으로 악용될 위험이 높다.<sup>137)</sup>

이러한 자율규제의 한계로 인하여 완전한 자율규제는 성립하기 힘들다는 인식에서 등장한 새로운 개념이 ‘규제된 자율규제’이다. 이와 관련하여 독일 공법학은 행정 이 시장을 규정 내지 억제하기 위해 이용한 시장구조화 및 규정행정의 구조를, 사화에 대하여 법적인 규정 내지 제어에 영향을 미치는 구조로 전용하고 있다.

생각건대 보장행정의 목표는 사인과 행정이 협력주체가 되어 각자가 가진 장점들을 적극 활용하여 양질의 공공선을 확보하는 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 자율규제는 국가규제보다 전문적이고 유연한 대응이 가능하고 규범의 수용력이 증대될 수 있으며 국제적 규율형성에 기여할 수 있다는 장점이 있으나, 공익에 대한 고려가 배제되기 쉽고 경쟁억제를 위한 카르텔을 맺기 위한 기회로 악용될 수 있다는 한계가 있어 국가의 외부적 규제가 그 보충적 대안이 될 수 있다. 이를 위하여 보장행정의 규제는 첫째, 규제에 의한 사회적 부담은 최소화하면서도 공공선을 최대한 효율적으로 실현하기 위한 관리와 감독에 중점을 두는 방식이어야 한다. 둘째, 이행책임을 수행하는 사인은 보장책임에 집중하는 행정보다 당해 영역의 문제를 보다 상세히 파악할 수 있기 때문에 그 과정에서 얻는 전문지식과 경험을 주도적으로 반영하여 공공선 실현을 목표로 한 규제의 질과 효율성을 높일 수 있는 방식이어야 한다. 셋째, 행위자 스스로 규제하게 될 경우, 행위자가 그 규제결과에 대한 수용력과 신뢰를 높임으로써 규제효과를 극대화시킬 수 있는 방식이어야 한다. 그러한 방식이 바로 사적 주체에 의한 자율규제와 국가의 규제역할이 결합된 ‘규제된 자율규제 (regulierte Selbstregulierung)’라고 부른다.<sup>138)</sup>

호프만 림이 제시한 ‘고권적으로 규제된 사회적 자기규제’, 즉 규제된 자기규제는, 보장국가에서 국가와 사회간 적절한 ‘거리’를 유지함으로써 행정의 지시·감독 비용을 줄이고 민간의 창의성을 바탕으로 한 사적 자치를 최대한 활용하면서도 공공선

---

많은 사람이라 해도 그것을 소비하지 못하게 할 수 없다는 특성을 말한다(이준구, 「미시경제학」, 법문사, 2009, 579면 참조).

137) 홍석한, 앞의 학위논문, 151면.

138) 홍석한, 위의 논문, 117면.

이 확보될 수 있도록 하는 핵심적 제어개념이다. 다시 말해, 국가는 사회의 행위 주체가 준수해야 할 큰 틀의 조건만을 설정하고, 기본적인 질서유지는 그 틀의 범위 내에서 사인이 만들어낸 자기규제의 틀에 맡긴다는 것이다.<sup>139)</sup> 이러한 규제된 자율규제는 ① 시장의 내부 문제에 신속하게 대처할 수 있고,<sup>140)</sup> ② 가치변화에 대해서도 유연하게 대응할 수 있으며, ③ 관료제적 행정규제에 비해 효율적인 법집행을 가능하게 한다.<sup>141)</sup> 그러나 규제된 자율규제는 기본권이나 고도의 정치적 결정에 해당 하는 사안에는 적용되지 않는다는 단점이 있다.<sup>142)</sup>

규제된 자율규제 방식은 환경법이나 기술안전법, 회사법, 정보통신법, 대학·연구기관 등 기능적 자치조직에서 다양하게 활용되고 있다. 구체적인 예로는 ① 사회보장 급부나 공공여객 운송과 같은 공공업무 수행에 경쟁을 통하여 결정된 사기업을 참여시키는 것, 즉, 기존에 국가가 단독으로 업무수행을 함으로써 사인에 배타적이고 독점적이었던 시장을 개방하고 경쟁적 요소를 새롭게 도입하는 것과 ② 우편이나 통신, 에너지 등의 서비스와 같은 생존배려영역에 대하여 일정한 급부 조건을 확보하고 기본적인 수요를 충족하기 위하여 시장을 규제하는 것 등이 있다.<sup>143)</sup>

결국 자율규제가 자율규제로서 그 자율성을 계속 인정받으려면 자율규제는 기본적으로 필수적인 헌법상의 목표에 위배되지 않는 경우에만 정당화될 수 있다. 따라서 국가는 사인들의 자율규제를 위한 틀을 설정해 주어야 하며, 자율규제의 한계점, 즉 자율규제가 불가능한 경우, 공정한 절차의 보장이 없는 경우, 자율규제의 밖에 존재하는 자에 대한 규제가 필요한 경우 등 자율규제의 성공을 위한 감시자로서의 국가적 개입은 존재하여야 할 것이다.<sup>144)</sup>

139) 정기태, 앞의 논문, 479면; Anselm Christian Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S.60.

140) 성봉근, “제어국가에서의 규제”, 「공법연구」 제44집 제4호, 한국공법학회, 2016. 6, 240면.

141) 서보국, 앞의 논문, 174면.

142) 정남철, “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제 : 특히 규제거버넌스의 구축과 실현 방안을 중심으로”, 「공법연구」 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018. 6, 425면.

143) 황지혜, “사회기반시설에 대한 민간투자에서의 보장행정의 구체화”, 「외법논집」 제39권 제4집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015. 11, 279면; Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 113-114면.

144) 홍석한, 앞의 학위논문, 155면.

### 3. 시장사회에서의 활용

규제된 자율규제는 시장구조화행정의 수단으로서 시장사회에서 활용된다. 사회주의 국가와 같은 계획경제체제를 취하지 않는 한 자본주의의 자유시장경제체제에서는 시장사회의 actor인 개개의 사인은 반드시 완전히 독립된 단위로서 무질서하게 활동하지는 아니한다. 대부분 사인은 국가제정법률 등 hard law의 규범에 대하여 각자가 사적 자치에 근거하여 제정한 soft law<sup>145)</sup>의 규범(이것을 「자기규정의 룰」이라고 부른다)에 의거하여 자신의 이익을 위하여 활동하고 있다.<sup>146)</sup> 이처럼 국가는 사인의 활동을 구속하는 것이 아니라 시장사회의 큰 틀만을 설정하고(시장구조화행정), 기본적인 질서유지는 개인이 큰 틀의 내부에서 만든 자기규정의 룰에 위임하고 있다.

### 4. 민영화에서의 적용

규제된 자율규제는 민영화 이후 보장책임을 구체화하는 경우에도 활용된다. 특히, 생존배려영역은 초기 투자비용이 많이 들고 진입장벽이 높기 때문에 공기업이 독점적으로 재화나 서비스를 공급해 왔다.

그러나 공기업을 민영화하는 경우, 국가는 보유한 주식을 민간에 매각하기 시작하고, 그에 따라 기업체 경영에 관한 정부의 영향력이 저하된다. 결국 민간이 모든 주식을 보유하게 될 경우 태생적으로 민간사업자와 동일하게 취급되어 국가는 외적인 규제에 그칠 수 밖에 없다. 생존 배려에 필요한 재화 및 서비스의 공급을 담당하는 민간기업에게 공익상 목적으로 충분한 공급이 확보되도록 요청하기도 하고 공공선을 보장하기 위하여 어느 정도 기업체의 동향에 유의할 책임이 있는데 이것이 보장행정의 고찰방식이다.<sup>147)</sup>

### 5. 보장행정의 행위형식

보장행정이 민영화와 공사협력 등의 형태로 공적 과제를 담당하게 된 사적 주체

145) 법적 구속력을 가지는 규범을 Hard Law라고 할 때, Soft Law는 관계국간의 구체적 권리의무관계의 확정과 같은 명확한 행위규범형이 아니라 일반적·추상적인 원칙과 지침을 내용으로 하는 행위지향형규범을 의미한다(박영도, “노력의무규정의 입법론적 고찰”, 「법제연구」 제49호, 한국법제연구원, 2015. 12, 218면).

146) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 42면.

147) Joachim Wieland, a.a.O., S.318.

의 자율적 판단과 합리성을 존중하고 그로부터 공공선을 실현하기 위한 행정활동이라고 본다면, 보장행정에서 발현되는 작용형식으로서의 규제 또한 그러한 보장행정의 이념을 실현시킬 수 있는 방식을 따라야 할 것이다.<sup>148)</sup> 보장행정의 대표적인 규제형식으로서 규제된 자율규제는 행위자 스스로의 자율규제와 국가에 의한 규제 부분을 분류하여, 행위자의 자율규제를 통해 규제의 수용도와 효과를 제고하고자 하는 규제모델이다.<sup>149)</sup> 즉, 규제된 자율규제에서는 사인 스스로의 책임, 동기 및 혁신이 최대한 유지되면서 동시에 국가는 공공선을 보장하는 틀을 설정하게 되는데, 이러한 틀은 목표설정과 절차규정으로 구성되며, 사인에 대한 자질요구와 국가의 감독이 필요한 이유가 바로 이 틀을 보장하기 위함이라는 것이다.<sup>150)</sup>

보장행정에서 자율규제가 성공을 거두기 위해서는 무엇보다 효과적인 제재메커니즘이 필요하다. 이를 위하여 국가가 사인에게 공적 임무 수행을 위탁하는 경우, 국가는 보장책임의 구체적 실현 수단으로 규제된 자율규제, 즉 사인이 기본적으로 자율규제를 통하여 국가의 공적 임무를 효율적으로 수행하도록 조종(Steuerung)하는 방식으로 규제하게 된다.<sup>151)</sup> 이러한 조종의 과정은 결국 국가가 일정한 틀로서 법률을 제정하는 것과 민간이 자율규범을 제정하고 적용함으로써 이 틀을 채우는 것이라는 이 두 방식의 협력에 대한 기대로 나타나게 된다.<sup>152)</sup> 그리고 규제된 자율규제는 이처럼 자율규제의 틀을 정하는 방식으로 규제하기 때문에 고권적인 규제수단보다는 주로 유도, 계획 등의 연성적인 방법의 규제 수단을 취하지만, 사인이 국가가 설정한 자율규제의 틀을 벗어난 때에는 국가는 강력한 고권적 수단을 통해 규제할 필요도 있다고 본다.<sup>153)</sup> 또한 규제된 자율규제는, 자율규제를 기본으로 하므로, 국가가 사인의 자율규제를 신뢰하고 사인이 자율규제에 관한 선택권을 행사할 때 선택권에 대한 규제를 최소한의 범위로 한정하여야 할 필요가 있다.<sup>154)</sup>

148) 임 현, 앞의 논문, 43면.

149) 임 현, 위의 논문, 43면; Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 91-92면.

150) 박재윤, 앞의 논문, 206면; Thoma, Anselm Christian. *Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p.30.

151) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 425면.

152) 홍석한, 앞의 학위논문, 152면.

153) 황지혜, “민간투자법제에 있어서의 국가와 민간의 역할 분담 확립에 관한 연구 : 네트워크 이론과 보장국가론의 관점을 중심으로”, 「토지공법연구」 제89집, 한국토지공법학회, 2020. 2, 126-127면.

154) 서보국, 앞의 논문, 173면.



## 제5절 보장책임의 내용

### I. 보장책임의 의의

보장이란 장애가 없도록 보호하는 것을 의미한다. 이에 따르면 보장책임은 현재로는 민영화가 이루어진 후에도 그 임무수행이 공공선에 배치되지 않도록 보호해야 할 국가책임으로 이해할 수 있다. 그리고 이것의 보증책임(경우에 따라서는 보좌책임도 포함)을 부과하기 위한 행정활동을 총칭하여 보장행정이라 한다.<sup>155)</sup>

그리고 보상이란 강학상의 국가보상과 손실보상의 개념처럼 손해와 지출을 금전등으로 보상한다는 것이다. 국가보상법과의 관계에서는 민간위탁된 임무를 수행할 때에 피해를 받은 제3자인 사인의 손해를 전보하기 위하여 국가가 보장책임을 반영하여 손해배상책임을 부담하게 된다.<sup>156)</sup>

보장행정의 출발점은 과제이행의 민간이양이다. 종래에는 국가가 직접 공역무를 수행해왔으나, 보장행정에서는 사인이 공역무를 수행하도록 하며, 이 때 국가는 이를 활성화 내지 보장함으로써 공공선을 실현하기 위한 공무수행이 이루어지도록 하는 책임을 진다.<sup>157)</sup> 즉, 보장행정에서 국가는 민간 행위의 자율성이 최대한 발휘되면서 공익을 실현할 수 있도록 미리 체계의 틀을 마련하는 책임을 맡고 있는 것이다.<sup>158)</sup> ‘보장’이란 국가가 일종의 지급보증(Ausfallbürgschaft, Sicherstellung)을 하는 것이며, 사인이 그에게 주어진 공적 임무를 잘 수행할 수 있도록 보살피 주는 것이다.<sup>159)</sup> 또한 보장은 특정한 과제와 관련하여 직접적이고 우선적인 이행을 배제하면서도 급부의 제공을 보증하는 것이며, 긍정적 상황을 형성하는 것에 대한 최종적인 책임의 유보를 의미한다고 볼 수 있다.<sup>160)</sup> 한편, 국가가 시민생활의 기본 인프라 체계가 유지되도록 보장하는 책임은 생존배려가 주 임무였던 복지국가에서도 이미 강조되어 온 것이다. 그럼에도 근래에 보장책임이 많이 거론되는 이유는 현대국가에서는 기본 인프라 공급뿐만 아니라 보다 다양한 영역에서 과거 국가가 직접 담당해 온 공적 임무들이 사회와 공사협력의 방법으로 이루어짐에 따라 발생하는 시장실패,

155) 板恒勝彦, 前掲書, 34頁.

156) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 48면.

157) 정기태, 앞의 논문, 465면.

158) 이부하, 앞의 “위험사회에서의 국민의 안전보호 의무를 지는 보장국가의 역할”, 151면.

159) 정기태, 앞의 논문, 466면.

160) 홍석환, 앞의 “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 14면.



민영화로 인한 폐해 등을 해결하는 것이 국가의 중요한 과제가 되었기 때문이라고 분석된다.<sup>161)</sup>

## II. 행정책임의 3단계

보장행정에서 국가가 담당하는 보장책임(Gewährleistungsverantwortung)이란 사적 주체가 공적 과제를 완전히 또는 부분적으로 이행하는 모든 과정에서 제대로 된 과제수행의 보장을 위하여 행정에 남아있는 책임(Verwaltung bleibende Verantwortung)을 뜻한다.<sup>162)</sup> 그렇다면 국가가 민간부문의 다른 사적 주체들과 공적 과제를 실현하기 위한 책임을 어떻게 분담할 것인가가 문제된다. 이처럼 다양한 행위주체들과 책임을 분담하기 위해서 사용하는 방법을 행정책임의 단계(Verantwortungsstufung)라고 한다. 전통적으로 보장국가에서의 국가의 책임은 민영화의 진행에 따라 국가의 책임단계가 변화한다고 보았다. 호프만 림(Hoffmann Riem)에 따르면 국가의 책임은 이행책임, 보장책임, 회수책임의 3단계로 분류된다.

### 1. 이행책임(Erfüllungsverantwortung)

이행책임(수행책임)은 행정의 가장 기본적인 과제 수행의 형태로서 자신의 과제를 스스로 이행함에 따라 부과되는 책임으로서 법률의 집행 및 그 밖의 행정목적의 실현할 때 집행권의 행정관할, 행정권한, 행정의무를 자신이 이행하는 것을 말한다.<sup>163)</sup> 즉, 행정에게 부여된 과제를 법률에 따라 행정 자신의 주도로 자신의 조직을 가지고 직접적으로 이행하거나(직접적 이행책임), 자신의 영향 하에 있는 사인을 개입시켜 간접적으로 이행하고 그에 따른 결과에 책임을 지는 것(간접적 이행책임)<sup>164)</sup>을 말한다. 따라서 급부행정의 수행 형태로서 국가의 영향력하에 있는 공기업이 이행하는 경우에도 국가는 이행책임을 지는 것이다. 이행책임을 좀 더 세분화하면 행정목적의 구체화하여 행정권한을 인식하기 위한 행정의 고유한 책임(Eigenverantwortung)에서부터 법치국가적 법률의 구속하에서 적법하고 합리적이며 효율적인 집행을 위한

161) 정기태, 앞의 논문, 464면.

162) Schulze Fielitz, a.a.O., S.833.

163) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 49면.

164) 행정조직을 직접 사용하는 것이 아니라 조직적 독립성은 있으나 행정주체의 영향하에 있는 사인을 이용한 이행책임을 의미한다(박재윤, 앞의 책, 207면).

집행책임(Vollzugsverantwortung), 그리고 최종계획으로 주어지는 법적 요구조건과 하위기준을 통한 법의 상세화가 필요하고 계획을 발전시킬 행정책임인 전개책임(Entfaltungsverantwortung), 예측(Prognosen), 방법 선택(Methodenwahl), 권한조정(Kompetenzabstimmung), 행정행위의 계속성(Kontinuität), 손실보전의 책임(Entschädigungspflicht), 사회적 불이익에 있어서 공평(Billigkeit in Härtefällen)등과 관련된 계획의 현실화(Progammverwirklichung)에 대한 이행책임 및 마지막으로 법률과 행정결정의 준비를 위한 발의책임(Initiativverantwortung)까지 구분될 수 있다. 이러한 이행책임은 주로 질서행정 및 급부행정의 분야에서 목표달성을 위한 것이다.<sup>165)</sup> 경찰의 위험방어나 형사소추 등 강제적 조치, 국가에 의한 급부제공을 들 수 있다.<sup>166)</sup>

## 2. 보장책임(Gewährleistungsverantwortung)

자신이 스스로 과제를 실현하는 책임으로부터 벗어나서 민간부문과 협력하여 이를 처리하거나 국가가 총체적인 입장에서 규율권만을 행사하고 세부적인 과제의 실현은 민간부문이 담당한다. 국가는 보장책임의 영역에서 과제를 스스로 실현하지 않으며, 민간부문과 실현책임을 분담하거나 민간부문에 이를 이양하면서 이들을 규율하는 조치들을 통하여 민간부문이 적절하게 과제를 실현하는 것을 보장하는 것이다.<sup>167)</sup> 즉, 국가로부터 독립적인 사인이 공적 과제를 완전히 혹은 부분적으로 이행하는 모든 상황에서 제대로 된 임무수행의 보장을 위하여 행정에 남아 있는 책임으로 정의할 수 있다.<sup>168)</sup> 이러한 정의는 책임의 ‘잔존’ 부분에 역점을 두고 있음에도 불구하고 행정의 공동선 과제의 달성에 있어 사인 협력의 모든 외관적 형식을 다루고, 그에 상응하는 감독권한을 요구한다.<sup>169)</sup>

이러한 보장책임의 기본적인 이행구조는 독일기본법에 의해서도 찾아볼 수 있다. 기본법 제87조의f는 연방이 우편 및 통신의 영역에서 적절하고 충분한 서비스의 제공을 보장하고(제1항), 이 서비스는 사경제적 활동으로서 독일 연방체신청의 특별재산으로 설립된 기업과 다른 사적 공급자에 의해서 제공되도록(제2항) 규정하고 있

165) Schulze Fielitz, a.a.O., S.830f.

166) 황지혜, 앞의 “사회기반시설에 대한 민간투자에서의 보장행정의 구체화”, 278면; Hoffmann-Riem, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl 1996, S.225, 230ff.

167) 김성수, 앞의 논문, 160면.

168) Schulze Fielitz, a.a.O., S.833.

169) 김유정, “공적 과제수행에 있어 공사협력에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2015, 81면.

다. 즉, 국가는 충분한 임무수행이 이루어지도록 제도의 틀을 설정하고, 사인의 실제적 임무수행을 통하여 이루어지는 구조인 것이다. 이러한 기본적 틀에 따라 법률에서 보장책임의 수많은 발현형식들이 규정되고 있다. 이처럼 보장책임구조는 사인이 서비스를 제공하는 것을 전제로 하기 때문에, 국가와 서비스를 제공하는 자, 서비스를 공급받는 자(피수급자) 사이의 3면 관계라고 할 수 있다.<sup>170)</sup>

이러한 보장책임구조를 Trute가 예로 든 사회부조제도를 살펴보면, 급부를 제공하는 독립적인 사적 주체는 그의 임무를 자신의 책임으로 피수급자에게 이행하는 반면, 피수급자는 국가에 대하여 사회부조의 지급을 요구할 권리가 있다. 따라서 국가는 급부주체가 임무를 이행하지 못할 경우에 국가 자신이 스스로 급부를 이행할 책임(보충책임)을 부담하게 된다. 결국 국가는 급부를 제공하는 측의 독립성을 보장하고, 피수급자의 권리를 보호하며 재정적으로 부담할 수 있는 사회부조제도의 유지라는 공공선까지 전체적으로 보장해야 할 총체적인 책임을 부담하게 되는 것이다.<sup>171)</sup>

보장책임은 입법자의 결정에 의존하며 국가적 책임의 외관으로서 다양한 형태를 띤다. 그리하여 관찰, 감시, 촉진, 자금조달, 협의, 조직상의 책임, 규제, 협력, 기간시설, 틀 설정, 기초, 동반, 회수, 입회, 잔여, 보증, 사회적 충격완화, 결과, 또는 입법책임 등 외관적으로 형태의 다양성을 띤다.<sup>172)</sup> 그 중에서도 특히 감시(Uberwachung) 책임은 보험이나 은행감독과 같은 경제감독 분야에서 많이 문제되는데, 이 경우 국가의 역할은 기업의 자기감시를 보충하고, 관찰과 통제 등을 통하여 공적·사적 이해관계를 지속적으로 조정하는 것이다. 이에 반해 규제책임은 보통 사인이 공공임무를 가능한 한 가장 잘 실행할 수 있도록, 조직과 절차의 형태로 적절한 법적 구조를 제공하는 것이다.<sup>173)</sup> 이는 순수한 고권적 행정활동에 속한다.<sup>174)</sup>

이와 같이 오늘날 민영화와 협력의 경향에 따라 국가가 이행책임을 지던 많은 임무가 사적 주체에게로 이전됨으로써 국가의 임무수행의 본질이 보장책임에 있음이 강조되고 있다.<sup>175)</sup> 또한 보장책임의 일종으로서 경우에 따라 기간시설책임(Infrastrukturverantwortung)과 틀 설정책임(Rahmenverantwortung)이 언급되기도 한다.

170) 박재윤, 앞의 책, 143면.

171) Trute, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S.201f.

172) Schulze Fielitz, a.a.O., S.833.

173) Ibid, S.835.

174) Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S.407.

175) 박재윤, 앞의 책, 143면.

기간시설책임은 사회의 경향이 지배되는 우편, 통신, 철도 등의 망으로 연결된 인프라 영역에서의 책임형태를 보장책임의 일종으로 설명하려는 개념으로서 현대국가에서는 전력망 시설과 같은 국가의 기간시설(Netzinfrastuktur)이 인간의 삶에서 생존배려영역에 해당하므로 오늘날 기간시설책임의 중요성이 더욱 커지고 있다. 틀 설정책임이란 ‘공공복리와 조화되는 사인간의 이익조정’에 관한 국가의 기초적 책임’을 의미한다. 주로 기본권적으로 예민한 영역에서 문제되는 ‘사적 자율조정에서도 공정한 이익조정’의 최소조건을 보장하는 국가의 기초적 책임’으로서,<sup>176)</sup> 국가와 사적 주체 사이의 협력적 임무수행에 있어서 행정의 수행강도가 가장 약한 성질의 책임을 말한다. 예를 들어 독일학술진흥재단과 같은 사법적인 자율조종조직이 국가의 보조금지급기준에 따라 학자들에게 보조금을 나눠주는 경우, 국가는 보조금지급기준이라는 틀을 설정할 뿐 그 결정이나 조직 혹은 절차에 대하여 원칙적으로 책임을 부담하지 않는다.<sup>177)</sup> 더 나아가 입법자가 임차인이나 소비자보호와 같은 특별사법을 포함한 사법규정을 제정함으로써도 이러한 책임은 이행된다. 즉, 개인은 원칙적으로 사적 자치와 계약의 자유에 의하여 자기책임 하에서 자유롭게 경제질서를 만들어 가지만, 이는 결코 국가와 상관없는 자기만족적인 질서가 아니라 일정한 기준틀 내에서 이루어져야 하는 것이다. 따라서 이러한 틀을 설정하는 규정을 마련할 필요가 있으며, 입법자는 이러한 사법 규정을 마련함으로써 분쟁을 조정하고 공적 목적을 추구하는 역할을 하게 되는 것이다.<sup>178)</sup>

### 3. 회수책임(Auffangverantwortung)

회수책임<sup>179)</sup>은 행정의 보호기능에 이바지하는 것으로서 민영화가 이루어진 생활영역에 있어서 사인에 의한 수행이 현저하고 불충분하게 행하여지는 경우에 활성화된다.<sup>180)</sup> 즉 회수책임이란 민영화를 통하여 평소 독립적인 사인이 자신의 책임으로 급부를 공급하고 행정은 단지 보장책임을 부담하게 되었을 때, 그 급부가 충분히 보장되지 못하는 경우 국가가 명령행정 및 급부행정수단을 사용하여 스스로 임무를 이행하

176) 박재윤, 앞의 책, 144면.

177) Trute, a.a.O., S.204ff.

178) 박재윤, 앞의 책, 145면.

179) 포착책임(김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 49면), 보충책임(박재윤, 앞의 책, 146면), 개입책임(조태제, 앞의 논문, 287면), 포괄적 책임(김성수, 앞의 논문, 160면), 예비책임 등으로 번역되기도 한다.

180) 김춘환, 앞의 “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 49면.

는 것을 뜻한다.<sup>181)</sup> 사인에게 위임한 공적 과제수행이 제대로 현실화되지 못한 경우 국가는 이행책임의 수정 또는 대체적 개입을 하는 회수책임을 지는 것이다.<sup>182)</sup> 제3자의 자율규제적인 활동이 충분하게 목표를 수행하지 못할 때에 또는 조종의 결핍이 인식되었을 때, 국가에 내재하는 이행책임으로서의 보장책임을 현실화되어 국가가 교정적이고 대체적으로 활동하는 것으로도 풀이된다.<sup>183)</sup> 사후조종을 위한 수단으로서 보충책임은 “교체책임(Einspringverantwortung)”으로 잠재되어 있던 이행책임이 활성화되어 현실에서 구현되는 것으로도 이해될 수 있다.<sup>184)</sup>

국가는 공공선의 실현을 위한 최종적인 보장자이므로 생존배려영역에 있어서의 임무 수행을 위한 책임을 포기할 수 없으며 최소한의 책임을 보증하여야 한다. 따라서 보충책임의 일환으로 국가는 지원책임(Einstandsverantwortung)을 통하여 고권적 이행수단을 가지고 사인을 대신하여 스스로 활동하고, 완충책임(Abfdederungsverantwortung)의 방법으로 실업자 지원 등에 관한 사회법을 통하여 제3자에게 발생한 원하지 않는 사회적 결과를 보상하려 하는 것이다.<sup>185)</sup>

또한 회수책임은 이행책임, 보장책임의 2단계를 넘어서는 3단계의 국가책임으로서 이는 국가에게 사후적으로 과제의 실행을 담보할 수 있는 수단을 적용하도록 요구한다는 점에서 포괄적 책임이라고도 부른다. 포괄적 책임은 국가로 하여금 스스로 과제를 처리하는 이행책임으로 회귀하는 것을 포함하므로 보장책임의 단계를 생략하고 바로 1단계의 책임으로 복귀할 수도 있다.<sup>186)</sup>

이처럼 3단계의 책임구조는 서로 명확하게 구별된다고 보기 어려운 경우가 적지 않다. 실제로 이러한 3단계의 책임구조는 漸移지대가 많이 있어서 그 경계가 유동적이며, 상호간에 중복이 되는 경우도 가능하다.<sup>187)</sup> 특히 회수책임의 경우 이를 별도의 책임단계로 보지 않고 보장책임에 당연히 속한 내용으로 이해되기도 한다. 회수책임은 구체적으로 철회권의 유보나 행정계약상의 복귀조항, 해지권 등을 통하여 급부를 제공하는 사인과의 협력을 종료하는 형태로 발현될 수도 있고,<sup>188)</sup> 극단적인 경우 국

181) Schulze Fielitz, a.a.O.,S.836.

182) 김유정, 앞의 논문, 83면.

183) 박재윤, 앞의 책, 146면.

184) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 117면.

185) 박재윤, 앞의 책, 146면.

186) 김성수, 앞의 논문, 160면.

187) J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse(Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001, p.180.

188) 박재윤, 앞의 책, 146면.

가가 법률상 ‘환수선택권’(Rückholoption) 또는 이러한 법규정이 없는 경우에는 헌법상 보호의무에 근거하여 민영화 과정을 철회해야만 하는 경우도 발생할 수 있다.<sup>189)</sup> 특히 회수책임의 경우, 민영화를 일찍 시작하고 진행한 독일, 프랑스, 영국 등의 나라에서 재공영화, 재국유화로의 회귀 움직임과 관련하여 보장행정에서도 보장책임의 실현을 위한 적절한 규제체계가 작동하지 않는 경우, 잠재적 회수책임을 지기 위한 수단의 하나로서 재공영화를 선택하는 것이 가능한지의 문제와 연결될 수 있다.

요컨대, 행정이 자신이 운영하는 인원으로 직접 급부행정과 같은 공공임무를 직접 이행하거나 자신의 영향하에서 이행을 책임지는 결과책임 혹은 이행책임을 부담하는 것을 기본적인 형태로 하다가 민영화가 진행됨에 따라 행정이 수행하던 임무가 사인에 의하여 수행되면서 제대로 된 임무의 수행을 보장하기 위하여 행정에 남아 있는 보장책임을 지게 된다는 것이다. 그리고 만일 보장책임의 상태에서 급부가 충분히 보장되지 못하였을 때에는 국가에 내재하고 있던 책임으로서 보충책임이 현실화된다는 것이다.<sup>190)</sup> 따라서 보장행정에서는 기존의 급부국가적인 이행책임을 대신하여 보장책임을 진다는 점이 보다 강조된다.

이러한 책임의 유형을 살펴보면 민영화로 인하여 공권력, 공익과 관련한 업무가 사인에게 확대됨에 따라 국가의 이행책임을 축소되어 종래보다 대체로 ‘날씬한 국가’를 지향하고 있다고 볼 수 있으나, ‘날씬한 국가’라고 해서 국가의 법적 책임이 없어지는 것이 아니다. 기존의 급부국가로서의 이행책임(Erfüllungsverantwortung)이 새로운 형태의 보장책임으로 전환되는 것이다.<sup>191)</sup> 이 점에서 행정의 임무는 그 법적 수단의 다양성에서 볼 수 있는 바와 같이 축소가 아니라 오히려 그 기능을 전략적으로 강화시켰다고 보아야 한다.<sup>192)</sup> 즉, 사인에 의한 공공적 과제의 처리와 공공서비스 제공의 질을 담보하는 새로운 임무를 맡게 된 것이다.

189) Schulze Fielitz, a.a.O., S.836.

190) 박재윤, 앞의 책, 243-244면.

191) 김현준, “공공갈등과 행정법학 : 보장국가에서의 갈등해결형 행정법 서설”, 「서강법학」 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2009. 6, 264면.

192) 정기태, 앞의 논문, 466면: Gunnar Folke Schuppert, Die neue Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft: Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, vhw FW 4, 2008. 8-9, S.191.

## 제3장 공사협력의 법적 구조

### 제1절 공사협력의 의의와 필요성

#### I. 공사협력의 개념 및 특징

##### 1. 공사협력의 개념

공사협력은 국가, 지방자치단체와 사인이 공공의 선의 실현을 위한 공동목표를 추구하거나 행정사무의 이행요구를 위해 계약이나 위탁 등에 의하여 긴밀한 협력을 하는 것을 의미한다.

독일에서는 공공선 실현을 위한 공사협력 방식을 규범화하는 시도로서, ‘공사협동 계약’이라는 새로운 계약형식을 행정절차법에 규정하고자 하는 움직임이 있다. 그러나 이러한 시도는 공적 조직과 사적 주체 간의 협력 방식이 계약관계에 기초하는 ‘계약형’ 공사협력에 한정되고, 공공과 민간의 협력 방식이 법률적으로 독립 법인의 내부에서 이루어지는 ‘조직형’ 공사협력의 영역에서는 규범화의 필요성에 관한 논의를 구체화하지 못하고 있다.

일부 학설에 따르면 행정협력법(Verwaltungscooperationsrecht)을 신설하려는 시도도 이루어지고 있다.<sup>1)</sup> 조직형 공사협력에 관한 입법적 논의가 구체적으로 진전되지 않고 있는 배경에는, 공사협력의 개념 자체가 갖는 다양성 내지 복잡성<sup>2)</sup>이라는 특성이 조직형 공사 협력에서 출자비용의 행사 방법에 따라 공사협력의 질문상황을 공식화하여 파악하기 곤란하도록 한다는 데 있다.

한편, 공사협력의 개념적 징표는 다음과 같이 나타낼 수 있다. 첫째, 공적 행위자와 사적 행위자가 관여하는 것이다. 둘째, 공사가 ‘파트너십’의 관계에 있다.<sup>3)</sup> 즉, 특정 사업이나 어떤 공통의 목적을 달성할 필요가 실재하고, 공적 주체와 사적 주체가 이에 관여함으로써 각각 이익을 얻으며 혜택을 인식한 후에 협력관계를 구축하는 것이다.<sup>4)</sup> 셋째, 파트너십의 사인 참여자는 주어진 역할에 따라 이익 또는 편익을 향

1) Kurt Kiethe, Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, NZG 2012, S.46.

2) Peter J. Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzein Sachstandsbericht, NWVBl. 2005, S.1f.

3) Ibid, S.2.



유하나 파트너십 활동으로 얻는 공공부문의 이익은 참여자, 국가, 사회 전체의 이익으로 평가된다.<sup>5)</sup>

그러나 이와 같은 공사협력은 일반적으로 공적 주체가 공법에 구속되어 공공의 선을 실현하도록 의무화되는 반면, 사적 주체는 각자 고유의 이익을 추구하는 것을 주된 목적으로 하여 공사협력을 한다. 따라서 공적 주체와 사적 주체가 서로 다른 이익을 가지게 되는 것이 일반적이므로<sup>6)</sup> 공사간에 이익 충돌(Interessenwiderstreit)의 문제가 발생한다. 이에 따라 공사협력에서는 공사의 이익을 조정하고 이익 충돌의 위험을 완화 내지 경감할 필요가 있다.<sup>7)</sup> 결국 공사협력은 공적 주체와 사적 주체가 공통의 목적을 가지고 대립하는 이익을 조정해 가면서 공공선을 실현하기 위해 협력하는 것이라고 할 수 있다.

최근의 보장행정에서 공사협력의 다양한 유형이 나타나고 있다. 국가 또는 지방자치단체와 사인이 특정한 계약 속에 공사협력에 필요한 사항들을 포함하는 것<sup>8)</sup> 또는 협력관계를 개별 프로젝트에 한정하고 해당 프로젝트의 장기적인 라이프 사이클을 계약의 대상에 포섭하여야 한다는 이른바 프로젝트형 공공민간파트너십(projektbezogene Public Private Partnerships; PPP) 등이다.<sup>9)</sup> 또한 특정 계약의 필요 여부를 불문하고 비형식적인 공사협력관계(informelle PPP)도 공사협력의 개념에 포함한다고 보는 견해는 공사협력의 개방성·다원성을 인정하는 것이다<sup>10)</sup>. 공공민간파트너십은 공공예산의 재정 위기와 오늘날 사회간접자본시설의 인프라 확충의 필요성 등으로 국가와 민간 사이의 전통적인 분업을 재고하도록 하고 있다. 특히, 독일에서 2005년 제정된 ‘공공민간 파트너십 이행가속화 및 공공민간 파트너십에 관한 법률(ÖPP-Beschleunigungsgesetz)’에 의하면, 공공민간파트너십(PPP)은 국민을 위한 고품질의 공공서비스가 기존에 국가 또는 지방자치단체에 의하여 자체적으로 제공되었을 때

4) Foroud Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, S.866.

5) 강문수, “정부와 민간협업(민관협력) 활성화를 위한 법제 개선방안”, 「법제」 통권 제 659호, 법제처, 2013. 4, 49면 이하 참조.

6) Mathisa Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand - Gesellschaftliche Analyse, ZGR 1996, S.548.

7) Foroud Shirvani, a.a.O. S.866f.

8) 劉宗德, “公私協働論に關する一考察”, 「CALE Discussion Paper」 第8卷, Nagoya University Center for Asian Legal Exchange, 2012. 9, 6頁.

9) 劉淑範, “公私夥伴關係(PPP)於歐盟法制下發展之初探：兼論德國公私合營事業(組織型之公私夥伴關係)適用政府採購法之爭議”, 「臺大法學論叢」, 40卷 2期, 2011. 6, 515-516頁.

10) 劉淑範, 上揭論文, 516頁.



보다 더 효율적이고 신속하게 제공될 수 있는 경우에 고려된다. 공공민간 파트너십을 활용할 수 있는 분야는 도시개발의 토지이용계획 및 경제개발, 인프라 관리(지방자치단체의 공급 및 처분 산업, 지방도로 네트워크 등), 사회 문제(병원, 청소년 복지 등), 문화 및 여가 시설, EDP/ IT기술, 폐기물 처리 및 시스템 계약, 스포츠 시설, 학교, 유치원 및 경찰-민간 파트너십, 일반적인 관심을 갖는 기타 지역 서비스<sup>11)</sup>에 이르기까지 매우 광범위하다. 이처럼 공사협력을 활용하는 것은 특히 변화무쌍한 현대사회에서 공공업무의 효율 향상에 최적화된 접근방식이다<sup>12)</sup>. 공공민간 파트너십(PPP)은 최근 공공부문의 열악한 재정 여건으로 인하여 특히 보건 및 사회 부문에서 그 중요성이 높아지고 있으며, 이를 활용한 보건 및 사회 부문의 대부분의 상품과 서비스는 신뢰에 기반한 재화 또는 신뢰할 수 있는 재화(Vertrauensgüter)로 볼 수 있고, 그 신뢰가 통제를 대신할 수 있는 큰 역할을 하므로 거래 비용도 줄일 수 있다.<sup>13)</sup> 요컨대, 독일의 ‘공공민간 파트너십 이행가속화 및 공공민간 파트너십에 관한 법률’에 의한 PPP는 국가책임 하에 제공되었던 공공서비스의 설계 및 계획·자금 조달 및 관리·운영 그리고 활용 등에서의 공공부문과 민간산업 간의 협력을 의미한다<sup>14)</sup> 그리고 PPP의 일환으로 민간 기업가는 일반적으로 특정 투자를 수행하고 일정기간 동안 투자자산을 운영 및 유지하기 위하여 공공부문에 착수하고 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 공사협력의 특징

보장행정에서 공사협력은 일반적으로 국가나 지방자치단체와 민간 기업이 도로, 항만 등 사회간접자본시설의 인프라 등에 대한 기금조성·건설·개보수·유지·운영 또는 역무의 제공을 목적으로 협력하는 것을 의미한다. 이러한 공사협력의 주요한 특징은 공공기관과 사인간에 다방면에 걸쳐 협력을 포함하여 장기 프로젝트에

11) Begriffsprägend Stober, Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, *NJW* 1997, S.889.

12) [https://www.reguvis.de/xaver/vergabeportal/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27vergabeportal\\_11334961803%27%5D](https://www.reguvis.de/xaver/vergabeportal/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27vergabeportal_11334961803%27%5D)(검색일자 2020. 12. 24.)

13) Dietrich Budäus/Birgit Grüb, Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits- und Sozialwesen, *Sozialer Fortschritt* Vol.56, No.3, 2007, S.56-64.

14) Hartmut Bauer, Verwaltungskooperation - Public Private Partnerships und Public Public Partnerships - Einführende Problemskizze, *Verwaltungskooperation Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*, Universität Potsdam, 2008, S.12.

15) BFH Urteil v. 27.09.2017 - II R 13/15 BStBl 2018 II S.768.

관한 관계가 존재하고, 사인이 부분적으로 프로젝트에 투자하고 있으며 프로젝트의  
 구상·집행·운영·기금 모금 등 다양한 단계에서 관여를 한다는 것이다.<sup>16)</sup> 또한 국  
 가와 지방자치단체의 주요한 역할은 공공의 이익 실현이라는 책무를 위하여 품질  
 또는 가격 정책의 관점에서 목표를 설정하고 그것이 사인에 의하여 잘 준수되는지  
 를 감독하는 것이다. 그리고 보장행정에서 공사협력의 경우, 국가와 사인 간에는 위  
 험 배분이 존재하는데 종래에 공공부문에 의하여 부담되어 온 위험이 사인에게 이  
 전된다. 그러나 반드시 프로젝트에 관련된 위험의 전체 혹은 대부분이 사인에 의해  
 부담되는 것은 아니고, 위험의 배분은 그것을 판단·감독 및 장악하는 양자의 능력  
 에 따라 사례별로 구체적으로 결정된다.<sup>17)</sup>

## II. 공사협력의 필요성

### 1. 시장실패와 정부개입의 합리화

시장실패가 나타나고 기업의 창의성이나 기업가정신이 퇴색되는 등 신자유주의  
 정책에 따른 부작용은 정부의 개입을 이끌었다. 신자유주의 자본시장과 금융시장의  
 시스템에 대한 불신이 확산됨에 따라 기업에 대한 규제금융 지원, 세제 감면 또는  
 감경, 보조금의 지급확대, 보호무역주의가 재등장하였다. 이처럼 정부의 적극적인 개  
 입을 통한 시장경제의 지속 가능한 성장을 꾀하기 위하여 민간부문과의 협력이 요  
 구되고 있다. 즉, 정부의 시장 개입이 필요하지만, 과잉개입과 규제에 의하여 자칫  
 1980년대 이후에 이루어진 글로벌 시장경제의 성장과 혁신 이전으로 역행할 위험이  
 있다. 따라서 신자유주의에 따른 시장실패를 합리적으로 해결하고 공공선의 실현을  
 위한 공공성을 제고하며 민간의 창의적 혁신과 지속 가능한 성장이 이루어지기 위  
 해서는 공공과 민간에 의한 협치가 필요하다고 할 것이다. 특히, 기후변화로 인한  
 환경과 신재생에너지 확대의 중요성, 국민 생활영역과 기업의 비즈니스 간 경계의  
 모호화, 주택가격폭등에 따른 적절한 규제와 주택공급확대의 필요성, 통신과 매스미  
 디어에 의한 커뮤니케이션의 확대, 저출산·고령화와 인구감소, 감염병 등과 같은  
 현대국가의 위험은 공사협력이 반드시 필요하다. 다만, 정부가 그 과정에서 시장에  
 대한 지나친 개입으로 정부실패를 야기시킬 위험이 있다. 이를 방지하기 위해서 국

16) 劉宗德, 前揭論文, 7頁.

17) 劉宗德, 上揭論文, 7頁.

가는 일방적 결정이 아니라, 사인과의 긴밀한 협력을 통하여 규제 완화와 개혁을 실현해 나가야 하고, 민간의 창의와 혁신을 저해하지 않는 범위에서 통제와 감시의 역할을 충실히 하여야 한다. 또한 공공분야의 자금조달, 정부의 계획과 사업의 전략적 전개 등 공무원과 사인이 함께하는 공사협력모델을 구축해야 할 것이다.

## 2. 공사의 역할과 인센티브 및 책임의 재분배 개혁

공사협력에 의한 특정 업무의 수행에는 공공부문과 민간부문 간의 새로운 역할 분배가 요청된다. 협력의 새로운 관행은 어떻게 형성되는지, PPP에는 어떤 잠재력, 위험 및 한계가 있는지, PPP의 효율을 극대화하면서 비효율을 줄일 수 있는 방법은 무엇인지 등에 따라 최적의 역할을 분담하고 사인에게 그 역할에 따른 인센티브를 제공한다.<sup>18)</sup> 또한 책임을 재분배하더라도 보장책임은 정부에게 남아 있게 된다. 이처럼 파트너십에 의한 PPP 참가자들은 상호 간의 존중과 평등 그리고 공동목표를 향해 함께 일한다는 것을 암묵적으로 합의하고 있다.<sup>19)</sup> PPP의 방식을 활용할 때 다양한 이해 관계자 간의 이해 상충을 합리적으로 관리하여야 하는데, 대화와 협상을 개발 프로젝트에 적절하게 활용하여야 한다.<sup>20)</sup>

한편, 국가와 지방자치단체는 자신들이 부담해야 할 위험을 사인과의 역할분배에 의해 민간에 분담시킴으로써 위험을 분산한다. 그리고 대부분의 PPP사업에서는 제한적 소구금융(limited recourse financing)형태의 프로젝트 파이낸스 방식으로 재원을 조달한다.<sup>21)</sup> 그리고 이러한 PPP사업을 통하여 도로, 항만, 철도 등 사회기반시설의 건설·운영·유지·보수과정에서 국가나 지방자치단체가 부담해야 할 건설비용 및 운영비용의 초과, 불가항력 등 제반적인 리스크를 사업시행자에게 분산 내지 이전하고 있다.<sup>22)</sup>

---

18) Catherine Schümperli Younossian/Edouard Dommen, Öffentlich-private Partnerschaften : Bedeutung und Herausforderungen für die Entwicklungszusammenarbeit, Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik, 2005, p.12.

19) Ibid, p.13.

20) Ibid, p.14.

21) 정홍식, “해의 민관협력(PPP)의 주요 법률적·실무적 쟁점”, 「국제거래법연구」 제27집 제1호, 국제거래법학회, 2018. 7, 116면.

22) 정홍식, 앞의 논문, 116면.

### 3. 민간자본투자의 유치

사회기반시설은 막대한 재원이 소요되는 데 반해, 사회기반시설의 설치 및 이용에 대한 주민들의 요구는 확대되고 있어, 이러한 요구에 부응하여 사회기반시설을 확충하기 위한 투자 재원의 확보가 어려운 실정이다. 따라서 국가 또는 지방자치단체가 사회기반시설 등을 확충하고 유지 및 관리하고자 하는 경우 민간자본을 적극적으로 유치하여 세대간 투자비용의 분담 및 사용자부담원칙을 실현함으로써 사회기반시설 투자비를 현세대가 모두 부담하지 않도록 할 수 있다.<sup>23)</sup>

### 4. 자원의 효율성 제고

민간부문은 일반적으로 사회기반시설의 인프라 프로젝트를 관리하고 인프라 서비스를 제공할 때 공공부문보다 효율성이 높다. 또한 새로운 기술에 투자하고 혁신적인 솔루션을 제공하며 보다 투명한 조직 구조를 장려함으로써 운영 효율성과 자산 및 서비스 품질을 빠르게 개선할 수 있는 잠재력을 갖고 있다.<sup>24)</sup>

대표적인 예로, COVID-19로 인한 감염병 확산 속에 우리나라에서 정부가 제공하는 ‘QR코드 기반 전자출입명부 시스템’에 네이버, 카카오 등 인터넷 플랫폼이 참여하는 것을 들 수 있다. 중앙재난안전대책본부가 구축한 코로나19 역학조사를 위한 전자출입명부 시스템에 인터넷 플랫폼이 협력하면서 국가 차원의 방역 관리에 공사협력이 적극적으로 실현되고 있다. 이 시스템의 사용자인 국민은 네이버 앱이나 웹에서 손쉽게 QR코드 기능을 실행시킨 뒤 해당이용시설 관리자에게 이를 보여주면 전자출입명부 인증이 끝난다. 그리고 정부는 방역을 위한 역학조사가 필요할 때 이 공사협력 시스템을 통하여 얻은 정보를 적극적으로 활용할 수 있는 것이다.

이처럼 국가 또는 지방자치단체가 사회기반시설 확충에 관한 협약을 체결하여 민간에게 위탁·관리하도록 함으로써 민간부문이 가지고 있는 노하우와 창의성, 효율성을 공공부문에 활용할 수 있다. 또한 경제 규모가 확대되고 기업 경쟁력이 강화됨에 따라 그동안 민간 기업이 축적한 노하우를 활용한다면 사업비용을 현저하게 줄일 수 있고, 사회기반시설의 유지 및 보수·관리의 업무에서 공공부문이 담당하는 것보다 자원을 더욱 효율적으로 활용할 수 있을 것이다.

23) 정홍식, 위의 논문, 116면.

24) <https://www.adb.org/what-we-do/public-private-partnerships/main>(검색일자 2020. 12. 29.)

## 제2절 공사협력의 유형<sup>25)</sup>

### I. 임무 목적에 따른 공사협력

공사협력은 임무 목적을 기준으로 사실적 급부의 공사협력, 문화 활동 조달의 공사협력, 분배 결정의 공사협력으로 구분할 수 있다.

#### 1. 사실적 급부의 공사협력

국가가 공공의 필요에 따라 사회에 재화와 서비스를 안정적으로 제공하는 것은 공공선을 실현하는 것이다. 그런데 국가가 그 재화와 서비스를 스스로 완전하게 제공하는 것이 아니라 어느 정도 사적 조직에게 현실적 급부 활동을 위임하여 사실적 급부영역에서 공사협력을 하는 것을 사실적 급부의 공사협력이라고 한다. 이러한 공사협력은 사회법에서 찾아볼 수 있으며,<sup>26)</sup> 국민의 신체, 생명, 재산의 생존 배려 영역에서도 민영화와 규제완화에 의한 이러한 유형의 공사협력 현상이 증가하고 다양해지고 있다.<sup>27)</sup>

#### 2. 문화활동의 공사협력

국가가 학문 기타의 문화활동을 위해 스스로 모든 자원(조직 및 재화)을 조달하는 것이 아니라 학술·문화 활동을 하는 사적 조직 혹은 사적 재산과 분업하거나 혹은 그것을 조성하는 것, 문자 그대로 협력하는 문화활동을 위한 자원조달에 관한 공사협력이다. 이러한 유형의 공사협력은 학문법이나 방송의 이원적 질서 등의 특성에 따라 특유한 형태를 취한다. 한편, 문화활동에 고유한 사회적 기능은 반드시 현존하는 구체적인 요구에 응답하는 기능을 가지며, 이로부터 자극을 받아 발전하는 측면도 있다.<sup>28)</sup> 이와 같이 문화활동의 사회적 기능은 다원적이고 문화활동 자체가 사회

25) 山本隆司, “公私協働の法構造”, 「公法學の法と政策(下)」(金子 宏先生古稀祝賀), 有斐閣, 2000, 531頁 以下 參照.

26) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2.Aufl., 2004, S.3/26f., 3/31ff.

27) Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Mohr Siebeck, 1998, S.336ff.

28) Hans-Heinrich Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung : Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer

와의 관계에 따라 분화한다.<sup>29)</sup> 그 때문에 문화활동에 있어서 공사협력은 사실적 급부의 공사협력이나 분배 결정의 공사협력의 유형에는 없는 복잡한 형태를 나타낸다. 또한 문화 영역에서의 공사협력은 공적 주체와 사적 주체가 각각 어떤 이익을 추구하고 향수할 수 있는지가 확인된다.<sup>30)</sup> 즉, 공적 주체는 사적 주체와의 제휴를 통하여 자금조달을 할 수 있고, 공적 임무의 수행에 민간부문의 경영 노하우가 유입됨에 따라 문화시설을 효율적으로 운영할 수 있다.

### 3. 분배 결정의 공사협력

분배 결정에 관한 공사협력은 특히 환경법 분야에서 주목받고 있다. 결정에 관한 공사협력은 국가, 지방자치단체가 사인에게 제반적인 이익형량 또는 재화와 용역의 배분에 관한 결정을 내려 그 결정을 집행 내지 실현하는 것을 의미한다.<sup>31)</sup> 그리고 이러한 결정을 준비하기 위해 또는 결정과는 관계없이 자신의 이익이 아닌 이익에 관한 정보를 수집·형성·제시하는 것을 맡기는 현상을 뜻하기도 한다.<sup>32)</sup>

## II. 행정절차에서의 공사협력

분배 결정에 관한 공사협력은 광의와 협의로 나눌 수 있다. 우선 광의는, 행정기관이 이해관계에 있는 사인과의 지속적인 의견교환, 거래(행정지도의 일부)<sup>33)</sup>, 선택지의 제시(행정계약의 일부) 그리고 사인과의 합의를 목표로 하는 현상까지도 협력에 해당한다고 보는 것이다.<sup>34)</sup> 또한 사인이 이해관계인의 대표 또는 전문가로서 합의체 행정기관의 구성원이 되거나<sup>35)</sup> 더 나아가 이해관계자집단이 어느 정도 희석화된 민주주의적 정통성을 가한 뒤에 자치행정조직을 형성하는 것도 협력이라고 할 수 있다. 그리고 협의의 공사협력은 사인 또는 사적 조직이 스스로의 이익 이외의 이익에

---

Verwaltungsvorgänge, Jus Publicum, 1994, S.180ff.

29) Ibid, S.96ff.

30) Alexandra Duda/Andrea Hausmann, Public Private Partnerships zur Ressourcenbündelung im Kulturbereich, ZögU 2002, 340ff.

31) 山本隆司, “日本における公私協働”, 「行政法の思考様式」(藤田宙靖博士東北大學退官記念), 青林書院, 2008, 176頁.

32) 山本隆司, 上掲論文, 176頁.

33) Schmidt-Aßmann, a.a.O. S.6/66ff.

34) Schulze-Fielitz, in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S.225ff.

35) Vgl. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S.61ff., S.153ff.

관한 정보를 국가의 단순한 정보원으로서 역할을 넘어서 가공하는 것을 국가가 법률상 또는 사실상 위임하는 것이다.

한편, 행정절차에서 합의형성, 행정조직에의 사인 시스템 그리고 협의의 협력의 경계는 명확하지 않은 경우가 있다. 이들은 기능적 평등성을 가지고 현재화된 법적 문제에도 연속성·공통성이 있다. 여기서는 법적 문제가 극히 첨예하게 나타나기 때문에 행정절차에 있어서 합의형성과 행정조직에 사인을 포함시키는 경우의 법적 문제를 분석하는 것이 도움이 된다.

결국 이해관계인이 자기의 이익을 행정절차에서 표현할 기회를 보장받는 것은 법치국가원리의 파생적 요청이고, 행정 결정의 수용성을 높이는 효과가 있다. 그러나 협의의 공사협력과 같이 국가가 사인 내지 사적 조직에 스스로의 이익 이외에 관련된 정보를 가공하는 우선적 지위를 인정하는 것은 일반적으로 법치국가원리의 요청이라고 할 수 없다. 뿐만 아니라 협력하는 사인이 제3자의 반대이익을 무시하거나 제3자가 자신의 이익을 표현할 기회를 상실하게 된다면, 법치국가원리, 특히 기본권 보호의무에 반하는 것이다. 더욱이 국가가 민주주의적 정통성이 없는 자에게 공공선에 관한 결정이나 정보가공을 위임한다는 점에서 민주주의 원리에 저촉될 우려도 있다. 물론 사인을 행정조직에 포함시키면 이러한 우려는 어느 정도 해소될 수도 있다. 그러나 사인을 과도하게 행정조직으로 편입하는 경우에는 사인이 본래 가지고 있던 자발성·혁신성이 줄어들고, 이러한 특성들을 활성화하는 협력의 본래 목적도 달성될 수 없다. 이러한 딜레마 중에서 협의의 공사협력의 법적인 가능성과 한계를 명백하게 할 필요가 있다.<sup>36)</sup>

### Ⅲ. 보장행정의 결정에 따른 공사협력<sup>37)</sup>

#### 1. 결정에 관한 공사협력의 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 결정에 관한 공사협력은 국가, 지방자치단체가 사인에게 제반적인 이익형량 또는 재화와 용역의 배분에 관한 결정을 내려 그 결정을 집행 내지 실현하는 것이다.<sup>38)</sup> 결정에 관한 공사협력은 종래 행정청의 권한위임 법리에서는 사인이 자신의 이름으로 구속력이 있는 결정을 할 수 없고, 국가, 지방자치단체

36) 山本隆司, 前掲 “公私協働の法構造”, 537頁.

37) 山本隆司, 上掲論文, 532-568면 참조.

38) 山本隆司, 前掲 “日本における公私協働”, 176頁.



와 사인에 의하여 분담된 공익에 관한 정보의 수집·가공 과정의 통제의 틀에 적합한 이론을 구축할 수 없다는 한계가 있다.<sup>39)</sup> 예컨대, 사인이 국가의 고권적인 권한을 자신의 이름으로 행사할 수 없고, 국가에 의해 이루어지는 최종 판단에 사인의 정보가공이 결정적인 영향을 미치는 경우 실질적으로 이러한 사인의 행위를 법으로 규율할 필요가 있고, 사인이 자신의 이름에서 고권적인 권한을 행사하는 경우와 크게 다르지 않다고 할 것이다.<sup>40)</sup>

공사협력에 관한 사무위탁이 법적으로 가능하면 현장에서 법령 적용의 전제가 되는 사실조사 등 정보의 수집·가공과정은 고권적인 최종 판단의 전제에서, 그것이 비록 공사협력의 결정과 밀접하게 연결되어 있다 할지라도 위임의 범리에 의한 통제를 받지 않는다.<sup>41)</sup> 그리고 행정법의 체계상으로는 행정청의 권한위임은 행정조직법 분야의 행정청의 권한대행에서 다루어지고 있고 지정기관에 대한 권한의 위임도 포함되어야 한다.<sup>42)</sup> 그리고 공익정보의 가공과정에서의 사인에 대하여는 공적 주체와 사무의 관련성이 밀접한 것에서부터 그렇지 아니한 것까지 그 사인에 따라 사무의 성질이 달라지며 공사협력의 상대방인 사인이 이용하는 수단도 다양하다. 따라서 행정청의 권한의 위임과 행정보조자라는 단순한 이분법으로는 결정에 의한 공사협력을 파악할 수 없으므로<sup>43)</sup> 결정에 의한 공사협력에 관한 개방적인 개념과 통제의 범위를 마련하여야 한다.

생각건대 결정에 관한 공사협력을 촉진하기 위해서는 법치국가의 민주주의를 담당하는 시민의 판단 능력을 육성하여 활용할 필요가 있다. 또한 개성적 성격이 강한 기본권에 관한 문제의 결정 권한을 국가에 집중하지 말고 다양한 사적 주체들에게 위임하여 정치적 권력으로부터의 거리와 다양성을 확보하여야 하며, 지식과 정보를 실효적으로 수집하고 그에 관한 이익을 명확하게 정립할 필요가 있다.<sup>44)</sup>

## 2. 집행·검사·결정단계에서의 공사협력

### 1) 결정의 전단계에서의 이익·정보가공

39) 劉宗德, 前掲論文, 9頁.

40) 山本隆司, “工業製品の安全性に關する非集權的な公益實現の法構造”, 「ジュリスト」 第1245号, 2003, 67頁.

41) 劉宗德, 前掲論文, 9頁.

42) 米丸恒治, 「私人による行政」, 日本評論社, 1999, 345頁.

43) 山本隆司, 前掲 “公私協働の法構造”, 540頁.

44) 山本隆司, 前掲 “日本における公私協働”, 193-194頁.



최근 보장행정의 결정 직전에 협력절차의 전단계로서 법적 시스템을 설정하도록 하고 있다. 즉, 행정결정에 관계하는 제이익을 ‘공익과 공익’, ‘공익과 사익’ 간에 이익형량하여 명료하게 표현하도록 한다. 또한 필요한 정보를 점차적으로 수집·정리하는 과정이 행정기관 내부에서 자기완결적으로 이루어지거나 오로지 비공식적인 교환으로 진행되는 것이 아니라 이해관계인이나 공중에게 법적으로 개방되는 추세에 있다. 뿐만 아니라 이 과정에서 필요한 경우 사인은 자신의 이익을 요구하고 정보를 제공하는 데 그치지 않고 제반 이익을 심사하거나 표현하고 정보를 정리·가공하는 역할까지 담당한다. 예컨대, 공공단체의 부담경감과 민간투자촉진의 취지가 농후한 제도로서 독일 건설법전(Baugesetzbuch) 제12조<sup>45)</sup> 제1항과 제2항이 있다. 독일 건설법전 제12조에는 “시·군·구는 시장·군수·구청장과 합의된 계획에 근거하여 개발자가 프로젝트를 수행할 준비가 되어 있고 프로젝트 및 개발계획을 수행할 수 있는 경우 프로젝트 관련 개발계획을 통해 프로젝트의 허용 여부를 결정할 수 있다. 구현계약에 따른 결정 이전에 일정 기간 내에 프로젝트를 수행하고 계획 및 개발 비용의 전부 또는 일부를 부담해야 한다. 계획 초안의 이유는 필요한 정보를 포함하여야 하며, 환경영향평가에 관한 법률 조항에 따라 필요한 경우 국경간 참여를 위해 정보 번역을 제출해야 한다. 개발자의 요청에 따라 지자체는 적절한 재량에 따라 개발계획 절차의 착수를 결정해야 하며, 개발자의 요청이 있거나 개발계획 절차가 시작된 후 지자체가 필요하다고 판단하는 경우, 지자체는 당국의 참여와 함께 요구될 가능성이 있는 환경평가에 대한 조사 범위를 개발자에게 고지하여야 한다”. 고 규정하고 있다. 이는 프로젝트개발사업자가 프로젝트 개발계획을 작성하고 일정 기간 내에 스스로의 비용부담으로 실시한다는 취지를 계약한 경우에는 기초지방자치단체가 개발사업자의 신청에 의해 당해 프로젝트개발계획을 구성요소로 하는 사업관련성지구상세계획을 정하는 제도이다. 이는 정보의 가공-행정결정-행정의 집행·실현이라는 과정의 특정 단계에서 사인이 국가·지방자치단체와 협력하는 현상이라고 할 수 있다.

## 2) 결정단계의 공사협력

결정단계에 있어서의 공사협력으로는 공권력 행사와 같은 공권의 위임(Beleihung)을 통상적으로 포함시키지 않고, 독일의 연구협회(Deutsche Forschungsgemeinschaft;

---

45) Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB. 14. Aufl., 2019, §12 Rn. 1ff.

DFG)와 막스-프랑크 협회(Max-Planck-Gesellschaft; MPG)와 같은 비국가조직인 사인이 국가와 지방자치단체로부터 재원을 사용하여 학문과 예술을 조성하는 제도를 들 수 있다.

DFG는 주립대학 등이 독일기본법 제15조 제3항에 규정하고 있는 학문의 자유의 주체로서 재원을 조달하는 국가에 대하여 학문의 존립과 평가 기준을 주장하기 위해 구성된 조직이고 구성원에 의한 사적 학술단체도 포함된다.<sup>46)</sup> 또한 MPG는 운영기관이 조직내부이나 국가로부터 재원을 연구단위로 분배하는 기능을 한다.<sup>47)</sup> 이와 같이 비국가조직인 사인이 국가의 재원을 분배하는 역할을 한다는 측면에서는 행정기관의 권한의 위임(Beleihene)과 동일하게 규제할 필요가 있다. 그러나 학문의 자유의 본질에 비추어 국가와 지방자치단체가 해당 비국가조직을 통상적인 행정기관의 권한의 위임과 동일한 강도로 규제하는 것은 부적절하다고 할 것이다.<sup>48)</sup>

### 3) 검사 또는 인증에 있어서 협력

행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관 사무 중 조사·검사·검정·관리사무 등 국민의 권리의무와 직접 관계되지 아니하는 ① 단순 사실행위인 행정작용, ② 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, ③ 특수한 전문지식 및 기술이 필요한 사무, ④ 그 밖에 국민 생활과 직결된 단순 행정사무에 관하여 민간위탁할 수 있다(행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제11조). 행정기관은 민간수탁기관이 선정되면 민간수탁기관과 위탁에 관한 계약을 체결하여야 하며, 위탁기관은 민간위탁사무의 처리에 대하여 민간수탁기관을 지휘·감독하며, 필요하다고 인정될 때에는 민간수탁기관에 민간위탁사무에 관하여 필요한 지시를 하거나 조치를 명할 수 있으며, 민간수탁기관에 대하여 필요한 사항을 보고하게 할 수 있다(행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제13조, 제14조).

대표적인 예로 전기생활용품안전법 제4조와 제5조에 의한 제품안전관리와 관련된 업무를 안전인증기관을 지정하여 수행하게 하고 안전인증 대상제품의 제조업자, 수입업자에 대하여 안전인증기관으로부터 인증을 받도록 하고 있다.

그리고 고압가스안전관리법 안전설비를 제조 또는 수입한 자는 그 안전설비를 판

46) Hans-Heinrich Trute, a.a.O., S.672-690ff.

47) Ibid, S.526.

48) Ibid, S.614ff.

매하거나 사용하기 전에 산업표준화법 제15조에 의하여 인증을 받도록 하고 있고, 산업표준화법 제13조, 제15조, 제16조에 의하여 산업표준화제품과 서비스에 대하여 산업통상부장관으로부터 지정받은 인정기관으로부터 인정을 받도록 하고 있다.

또 다른 예로 자동차관리법 제44조, 제44조의2에 의하여 국토교통장관이 교통관리공단에게 자동차검사 및 자동차종합검사를 대행할 수 있게 하고, 동법 제45조에서 정기검사를 효율적으로 하기 위하여 필요하다고 인정하면 자동차정비업자 중 일정한 시설과 기술인력을 확보한 자를 지정정비사업자로 지정하여 정기검사 업무를 수행하게 할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 환경오염시설의 통합관리에 관한 법률 제29조에서는 사전협의 신청 내용에 대한 검토, 통합환경관리계획서에 대한 검토, 현장 확인, 배출시설 등의 효율적인 운영·관리 등을 위한 기술 지원 등을 위하여 공공기관인 환경전문심사원을 지정운영할 수 있고, 동법 제30조에서는 허가 또는 변경허가를 받거나 변경신고한 사항의 이행 여부, 허가배출기준 및 제6조 제3항에 따른 허가조건적 적정성 여부, 측정기기의 부착 및 정상적인 운영 여부, 배출시설등 및 방지시설의 운영·관리 등에 관한 사항의 준수 여부, 측정 및 기록·보존에 관한 사항의 준수 여부, 기록·보존에 관한 사항의 준수 여부등에 대하여 환경부장관이 사업자 또는 업무를 위탁받은 자에게 필요한 보고나 자료를 제출을 명하거나, 오염물질등을 측정하게 하거나 관련 서류·시설 및 장비 등을 출입·검사하게 할 수 있도록 규정하고 있다.

요컨대 환경오염물질, 공업제품, 안전이 요구되는 제품 및 서비스에 대한 안전성 심사는 행정청의 인허가 없이 사업자 또는 업무를 위탁받은 자가 국가로부터 인정(Akkreditierung) 내지 승인받은 사인, 공공기관 또는 감정인에게 제품·서비스 등이 안정성의 기준에 적합함을 인증(Zertifizierung)하도록 요구하거나 또는 사업자 자신이 제품 등의 기준적합성을 구비하도록 하는 제도이다. 그 방법으로는 행정청의 인허가와 인증 중에 선택하도록 하는 방법, 인증 등의 의무화 그리고 의무화는 아닐지라도 인증 등을 거친 제품에 일정한 인증표시를 하도록 하는 방법이 있다. 또한 사후에는 사업자가 국가의 인증이나 승인받은 사인, 공공기관 및 감정인에 의해 또는 스스로 시설과 제품 등의 안전성을 검사하고 행정청에 보호하는 의무를 부담한다.<sup>49)</sup>

#### 4) 집행·실현에서의 공사협력

---

49) 山本隆司, 前掲 “公私協働の法構造”, 541頁.

보장국가작용의 집행·실현의 단계에서는 국가·지방자치단체가 사인에게 의무를 부과함과 아울러 의무이행을 위한 특별한 조직·절차의 형성을 인정하고 촉구하는 제도가 있다. 예컨대, 독일의 포장·용기에 관한 법률(Verpackungsverordnung) 제6조가 그 예이다. 이에 따르면 포장·용기의 생산자·유통업자는 회수·재이용·재자원화 의무를 부담한다. 그러나 사업자가 회수·재자원화하는 시스템에 참가하면 행정청은 일반처분으로 당해 시스템이 사업자의 거래지역 전역에서 회수한 것임을 확인하고 사업자는 회수 등의 의무를 면제받을 수 있다. 한편, 포장용기의 회수·재이용·재자원화 시스템이 소정의 회수·재자원화율을 달성할 수 없는 경우 행정청은 확인처분을 철회하며, 사업자는 의무는 부활하게 된다. 구체적으로는 연방에 단일의 독일 2원시스템(Duales System Deutschland: DSD)이 설립되어 있다.<sup>50)</sup>

우리나라 자원재활용법에서도 1회용품 사용억제, 부품가 빈용기 재사용, 1회용 빈용기 자원순환촉진, 제조업자의 폐기물 재활용의무, 재활용 권고 및 조치 명령 등을 규정하여 환경행정영역에서 공사협력을 집행·실현하고 있다.

## 5) 공사협력에 의한 포괄적 정보가공

### (1) 개별주체의 내부에 있어서 포괄적 정보가공

사인이 내부에서 자신의 이익 이외의 것을 고려하여 정보를 가공함으로써 의사결정에 반영하여 일정한 조치를 취하는 포괄적인 과정(절차와 기관)을 구비하도록 국가와 지방자치단체가 의무화하거나 촉구하는 것을 의미한다. 이를 자성적 억제(Reflexive Steuerung)라 부르는 견해도 있다.<sup>51)</sup> 환경법을 예로 들면, 사업자나 업무를 수탁받은 사인이 내부에 환경보건에 관하여 조언·보고·감시를 하고, 일정한 조치를 취하는 것을 임무로 하는 촉탁(Beauftragte)을 두도록 국가가 법령에 의해 의무화하는 제도가 있다. 환경정책기본법 제24조 제4항과 동법시행령 제12조 제2항에 의하여 환경부장관이 전문기관<sup>52)</sup>에게 환경현황 조사를 의뢰하거나 환경정보망의 구축·운영을 위탁하고 있다. 그리고 생활주변방사선안전관리법 제19조 제3항에 의하

50) 山本隆司, 前掲 “公私協働の法構造”, 540頁.

51) Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, 1997, S.162ff.

52) 전문기관은 국립환경과학원, 시·도의 보건환경연구원, 정부출연연구기관, 한국환경공단, 한국수자원공사, 특정연구기관 육성법에 따른 특정연구기관, 한국환경산업기술원, 그밖에 환경부장관이 지정·고시하는 기관 및 단체이다.

여 원자력안전위원회가 항공교통사업자 및 항만시설운영자에게 생활주변 방사선 안전관리를 위해 감시기 운영을 위탁하고 있다. 또한 원자력시설등 방호 및 방사능 방재대책법 제45조에서는 원자력안전위원회가 원자력시설등에 대한 위협의 평가, 승인에 관련된 심사, 교육, 훈련 평가, 검사, 현장지휘센터 시설·장비의 구축 및 관리의 업무를 한국원자력연구원, 한국원자력의학원, 한국원자력안전기술원, 한국원자력통제기술원 또는 그 밖의 관련 전문기관에 위탁하고 있다. 원자력안전법 제111조에 의하여 원자력안전에 관한 진단, 인가·허가 및 지정, 승인, 등록, 주기적 안정성 평가에 관련된 안전성 심사, 기준(기술기준 포함)의 연구·개발업무, 검사 및 확인·점검, 면허시험, 정보관리, 방사선 작업 종사자의 피폭에 관한 기록 및 보고의 관리, 신고의 접수, 교육실시, 보고와 수출입관련 업무, 서류제출 보완요구 등에 관한 업무를 한국원자력안전기술원, 통제기술원, 안전재단, 그 밖의 관계 전문기관 등에게 위탁하고 있다.

한편 포괄적인 자성적 억제 의 형태인 공사협력은 사인인 사업자가 스스로 목표·원칙을 정하고 그것을 실현하기 위하여 일정한 조직·절차를 구축하거나 조치를 취하고 스스로 문제점을 발견하여 해결하도록 국가가 의무화하는 제도이다.<sup>53)</sup> 예컨대 위험물질에 의한 중대한 사고시에 위협을 억제하기 위한 EC지령<sup>54)</sup>이 있다.

그리고 사인의 내부적 관리구조에서 조직외부의 비국가적 주체인 전문가와 공중등을 감시역으로서 포함시키는 시스템이 EC지령에 근거한 환경감사이다. 그리고 EC지령에 의하면 사업자는 스스로 에코감사시스템에 참가할 수 있다.

## (2) 단체에 의한 포괄적 정보공개

국가가 사적 단체의 자기규율을 수용하거나 사적 단체에 자기규율을 촉구하는 것을 의미한다. 예컨대 기술표준화를 임무로 하는 사적 단체가 정하는 특정한 기술기준을 일의적으로 수용하는 현상이다. 수용의 방법으로는 법령이 사적 단체가 정한 특정한 기술기준을 일의적으로 정함으로써 당해 기술기준이 법령에 포함되어 법령의 구성요소로 되는 경우와 법령의 구성요건이 일반적으로 승인된 기술기준 등 수용개념을 포함하는 경우가 있다.

한편, 사업자단체가 환경법령에서 정한 환경보전의 의무화를 회피하기 위하여 자

53) Hans-Heinrich Trute, a.a.O., S.34f.

54) RL 96/82/EG des Rates v.9.12. 1996, ABI. NR. L10 v. 14. 1. 1997.

율규제(자기의무화)를 행하도록 하는 것이 있다. 반대로 말하면 국가가 법령에 의해  
 규율권한을 가지는 것이 자율규제로 유인하거나 압력을 가하게 된다. 국가도 사업자  
 단체도 법령에 의한 의무화보다 비용이 반드시 유연성을 가진다는 장점을 찾아내는  
 경우에 자율규제를 촉구하거나 행하는 것이다.

## IV. 계약과 조직에 따른 공사협력

보장행정에서의 공사협력의 유형은 공적 조직과 사적 주체 간의 협력관계가 계약  
 관계에 기초한 ‘계약형 공사협력’(ÖPP auf Vertragsbasis)과 공공과 민간의 협력관  
 계가 법률적으로 독립 법인의 내부에서 이루어지는 ‘조직형 공사협  
 력’(institutionalisierte ÖPP)로 구분된다.

### 1. 계약형 공사협력

계약형 공사협력은 소유권 이전방식, 소유방식, 임대차리스 방식, 특허방식으로 이  
 루어진다. 소유권 이전방식에 의한 계약형 공사협력은 공공시설의 설치·운영을 사  
 적 주체가 계약에 따라 기획·출자·건축·수선·운영 등의 업무를 수행하고 계약  
 기간의 종료 후 당해 시설 소유권이 사적 주체로부터 공적 조직에 이전된다.<sup>55)</sup> 소유  
 방식의 계약형 공사협력은 공공과 사인이 계약에 근거하여 시설의 건설·개보수, 운  
 영 등의 업무를 사인이 수행하거나 기존 사회기반시설의 증축·수선 등을 하청할  
 수 있으나, 사회기반시설을 건설하여 국가 또는 지방자치단체에게 기부채납 함으로  
 써 그 소유권을 공적 조직에 속하게 하는 것을 말한다. 임대차리스 방식의 계약형  
 공사협력은 사인이 사회기반시설을 건설하고 소유하면서 유지·운영하고, 공적 주체  
 에게 정기적으로 임대료, 리스료를 지불하는 방식이다. 이 방식에 의하면 계약의 종  
 료 후에도 사인은 해당 사회기반시설의 소유 권한을 공공조직에 이전할 의무가 없  
 다.<sup>56)</sup> 특허방식의 계약형 공사협력은 국가 또는 지방자치단체와 사인 간의 계약시,  
 사인이 자신의 명의로 일반 타자와의 특정 행정사무를 수행하는 권리를 설정하고  
 그에 따른 의무를 지도록 정하고, 사인은 해당 내부적인 계약에 의하여 일반 타자와  
 의 관계에서 재화와 용역 제공의 급부 계약을 체결하는 방식이다. 이 경우 일정한

55) 劉宗德, 前掲論文, 7頁.

56) 劉宗德, 上掲論文, 8頁.

행정권한을 법령에서 정한 범위 내에서 위임할 수도 있다.

한편 특허방식의 계약에 의한 공사협력이 아닌 유형은 사무를 이행하는 사적 주체와 일반 제3자간에 직접적인 법률관계가 발생하지 않으므로 기본적으로는 행정법상의 행정보조자로 보는 것이 가능하나,<sup>57)</sup> 특허방식의 계약에 의한 공사협력은 내부 계약에 따라 업무를 수행하는 사인이 자신의 명의로 직접 일반 타자와 계약을 체결하는 것이므로 행정보조자로 볼 수 없고 법률유보의 필요 여부가 특히 문제가 되는 등 결정에 관한 공사협력에서의 규율과의 교차가 크게 발생하게 된다.<sup>58)</sup>

## 2. 조직형 공사협력

조직형 공사협력은 지방자치단체의 급수, 쓰레기 수거, 가스공급 등의 공공서비스 영역에서 주로 사용되는 것으로 독립 법인의 내부에서 협동이 이루어지는 형태이다. 그러므로 공적 조직이 사태의 경과를 잘 장악할 수 있고 사정변경의 원칙에 따라 변화에 대한 적절한 조치가 필요한 경우, 상대적으로 강력한 영향력을 발휘할 수 있는 조치를 취할 수 있다. 독일에서는 하수 처리에 대한 다이어그램으로 오랫동안 존재하여 사용할 수 있고 널리 퍼져있는 운영자 모델로서 계약 PPP의 대표적인 예이다. 또한 폐수처리부문에 협력 모델을 기반으로 한 조직 PPP는 민간부문이 일반적으로 지방자치단체의 지분이 51% 이상인 혼합 부문 회사로 대체된다는 점에서 계약형 PPP와 구분된다.<sup>59)</sup>

한편 보장행정에서의 조직적 공사협력 현상을 파악하기 위해서는 특허수임자(Beliehene), 행정보조자(Verwaltungshelfer)의 개념을 활용한다. 특허수임자와 행정보조자 개념의 내연 및 외연에 관하여 완전하게 의견일치가 되는 것은 아니나<sup>60)</sup> 일반적으로 행정행위와 그의 강제집행, 권력적 사실행위 등을 자기 명의로 행하는 권한을 가진 사인이 특허수임자이다. 그리고 행정기관이 행하는 행정작용을 보조하는 사인이 행정보조자이다.<sup>61)</sup> 이러한 두 가지 개념은 행정행위와 권력적 사실행위의 결정·실현이라는 최종단계를 염두에 두고 구성되어 있다. 따라서 보조금 등에 의한

57) Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S.145ff.

58) 劉淑範, 前掲論文, 533-536頁.

59) Hartmut Bauer, a.a.O. S.14.

60) 국가와 대학 및 대학내부에 있어서 운영조직(Trägerreinrichtungen)과 연구단위(Forschungseinheiten)의 협력에 관한 설명은 Hans-Heinrich Trute, in: Schppert(Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, 1998, S.378f.

61) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Aufl. 1997, §23 Rn. 56ff.



사인행위의 조성 또는 금전과 정보에 의한 사인의 제어(예컨대, 공중에 대한 경고)를 행정기관이 다른 사인에게 행정행위를 사용하지 않고 행하도록 위임하는 경우, 특허수임자와 행정보조자라는 개념이 어떻게 적용되는가는 명확하지 않다.<sup>62)</sup> 또한 국가 또는 지방자치단체와 사인이 협력하는 관계는 행정기관에 의한 결정·집행을 준비 또는 대체하는 절차·정보공개과정에서 있어서 매우 복잡하고 다양하여 특허수임자와 행정보조자라는 단순한 2분법으로는 정확하게 파악할 수 없다.<sup>63)</sup>

## 제3절 공사협력의 한계와 통제

### I. 공사협력의 한계

#### 1. 비권력적 행정작용

결정에 관한 공사협력의 법적 통제에는 공공기관이 사인에게 공공의 선을 실현하기 위하여 공공사무를 위임한 경우 그 사무의 성질과 범위에 따라 민주주의 및 법치국가원리에 따른 구속의 법리가 형해화되지 않도록 공사협력의 한계를 명확히 정하여야 하는 문제가 있다.

이에 관하여 제1설에 따르면 국가나 지방자치단체가 사인에게 공권력의 행사를 위임하는 것은 민주주의 원리와 기본권보장, 공권력 행사의 국가 독점의 원칙에 따라 기본적으로 제한된다. 그리고 예외적으로 공사협력이 허용되는 재량권 행사의 범위는 극히 한정되어 수임자인 사인이 가치 중립적이고 공정하며 전문적인 능력을 바탕으로 업무를 수행할 수 있다고 판단되는 경우이다. 즉, 사인에 대한 행정에 준하는 감독조치가 확보되는 한도내에서 예외적으로 공사협력을 인정하여야 한다는 견해이다.<sup>64)</sup>

제2설은 행정절차법과 행정구제법의 적용범위를 지표로 하는 공권력의 행사라는 개념을 기준으로 공사협력의 한계를 정하는 것은 타당하지 않다고 한다. 그리고 헌법상의 기본권 보장과 민주주의 원리의 요청에서 중대한 기본권의 침익적 효과를

62) Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL 56, 1997, S.271ff.

63) Hans-Heinrich Trute, FN 28, S.672, S.690ff.

64) 米丸恒治, 前掲書, 350-354頁.



가져오는 작용과 정책적 재량의 행사를 수반하는 결정을 사인에게 맡기는 것은 허용되지 않는다는 견해이다.<sup>65)</sup>

독일에서는 1992년에 기본법의 개정과 더불어 항공교통법이 개정되었는데, 항공관제조직은 종래의 행정조직에서 독일 연방정부가 100% 출자한 연방소유의 회사로 조직의 사화가 이루어지고 있었다. 당시 항공교통법안에 의하면 사인에게도 항공관제 권한의 위임을 인정하고 있다. 즉, 항공기 교통관제 업무는 연방정부의 고권적 사무(hoheitliche Aufgabe)에 해당하고(법안 제1조 제2항), 행정청의 처분권에는 사인의 항공기에 대한 지시 권한을 포함한다(법안 제29조 제1항). 동 법안에서 가장 논란이 된 것은 해당 항공교통관제 업무를 사인에게 권한위임할 수 있는가에 관한 것이다.

한편, 독일기본법 제87조 제1항과 제2항에서는 “항공행 정부는 연방행정부에서 운영된다. 항공교통관제 업무는 유럽 공동법률에 따라 허가된 외국항공 관제기관에서도 수행할 수 있다. 그 세부사항은 연방법의 적용을 받는다. 그리고 연방의회의 승인을 요구하는 연방법은 항공교통 행정업무를 계약 행정으로 주에 위임할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

생각건대, 공사협력의 사무는 독일기본법과 같이 헌법과 법률에서 허용하는 경우에 예외적으로 인정할 수 있고, 원칙적으로 민주주의 원리와 법치주의 원칙에 의하여 공권력 행사와 같은 고권적 권한의 행사는 국가나 지방자치단체 고유의 권한에 해당하므로 위임할 수 없다고 할 것이다.

## 2. 권력작용

법률에서 고권적 권력작용과 관련된 환경 공공의 업무를 민간에게 위임 또는 위탁을 하는 사례가 증가하고 있다. 즉 교정행정에서 민간교도소법 제3조 제1항에서는 “법무부장관은 필요하다고 인정하면 이 법에서 정하는 바에 따라 교정업무를 공공단체 외의 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다. 다만, 교정업무를 포괄적으로 위탁하여 한 개 또는 여러 개의 교도소 등을 설치·운영하도록 하는 경우에는 법인에만 위탁할 수 있다.”라고 규정하여 민간교정법인이 수용자의 수용·관리, 교정·교화, 직업교육, 교도작업, 분류·처우, 그 밖에 형의 집행 및 수용자의 처

65) 山本隆司, 前掲 “日本における公私協働”, 196-197頁; 米田雅弘, “私人による警察活動とその統制—ドイツ警察法における公私協働論を素材にして”, 「法律時報」 81卷 13号, 2009, 354頁.

우에 관한 법률에서 정하는 업무인 교정업무를 수행하면서 재소자의 신체의 자유, 거주이전의 자유, 종교의 자유 등 기본권을 제약하는 것이 용인되고 있다(민간교도소법 제2조 제1항 참조).

한편 국가가 운영하는 교도소와 동등한 수준의 교정처우가 이루어지도록 하고 있으며, 보호장비를 사용할 수 있도록 하고 있다. 경비업법 제14조에서는 “특수경비업자는 특수경비원으로 하여금 배치된 경비구역 안에서 관할경찰서장 및 공항경찰대장 등 국가중요시설의 경비책임자(“관할 경찰관서장”)와 국가중요시설의 시설주의 감독을 받아 시설을 경비하고, 도난·화재 그 밖의 위험의 발생을 방지하는 업무를 수행하게 하여야 한다.”라고 규정하여 민간의 특수경비업자가 국가중요시설에 대한 위해방지조치와 같은 경찰상 즉시강제를 할 수 있도록 하고 있다.

그러나 고권적 행정작용을 민간에게 위임 또는 위탁하는 경우에도 그 법적 한계를 지켜야 한다. 즉, 민간교도소법, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률, 평등의 원칙 및 비례원칙, 부당결부금지원칙 등을 위반하여서는 안 되고, 재량권을 일탈·남용할 수 없다고 할 것이다. 더 나아가 국가는 재소자의 인간의 존엄과 가치를 보장하고, 민간업자의 재량권의 한계를 넘는 기본권 침해를 방지하기 위해 국가의 감독 및 검사가 주기적으로 이루어져야 한다. 또한 민간이 위해방지를 위한 조치를 하는 경우에도 경찰관직무집행법상의 무기 등의 사용은 용법에 따라 비례원칙에 부합하게 행사하여야 한다.

## II. 공사협력의 통제

### 1. 기본권적 방어권의 주체에 의한 기본권적 급부의무·보호의무

공사협력은 그것이 허용되는 경우 뿐 아니라 요청되는 경우까지도 고려할 때, 법익 내지 이익 상황의 성질상 국가의 조직과 절차에 의한 기본권적 방어권과 국가의 급부의무·보호의무의 조정이 반드시 적절하지는 않다. 따라서 국가가 방어권의 주체로 국가의 급부의무·보호의무를 실현하는 절차·보호의무의 형성이 어느 정도 필요하게 된다. 또한 사회에서 부분시스템·조직의 분화가 진행되는 한편, 과학기술 발전 등 제이익의 충돌은 다양해지고 복잡해지고 있기 때문에 제이익을 형량 또는 조정하기 위하여 공사협력이 필수적인 영역이 점차 확대되고 있다.

먼저, 학문·연구의 자유에 관해서는 국가는 일정 정도 사회의 부분 시스템<sup>66)</sup>을

확립하기 위해 자원을 공급하는 임무를 부담한다.<sup>67)</sup> 그 자원을 배분할 때에 국가는 확립 취지에 따라 어느 정도 당해 부분 시스템의 자기 이해를 수용하여 배분의 기준으로 삼아야 한다. 그 때문에 국가는 당해 부분 시스템의 자기 이해를 표현하는 조직 내지 주체에게 자원 배분 결정에 강력하게 관여하는 기능이나 결정권 자체를 위임해야 한다.<sup>68)</sup> 소위 기본권(학문·연구의 자유)의 급부 청구권적 측면과 방어권적 측면이 결합하여 국가와 기본주체의 협력이 요청되는 것이다.

다음으로 사인간의 정보전달과 사적 조직의 정보관리에 대한 규제에도 문제는 존재한다. 개인정보보호 등 기본권보호의무를 실현하기 위해 사회에서 정보의 전달과 관리를 규제하는 시스템을 국가가 정비하여 그것이 작동하게 할수록 사회에서의 자유로운 정보전달(communication)을 위축시키게 된다. 그렇기 때문에 국가는 정보를 전달·관리하는 사적 조직이 자기규율의 시스템을 형성하도록 촉구하고 그 시스템의 적정성을 감시하는 역할에 머물러야 한다.<sup>69)</sup>

또한 섬세한 기본권 상호 형량<sup>70)</sup>에 관해서는 사안의 미묘한 뉘앙스나 다양성을 반영하고 형량의 기준을 서서히 변화·발전시킬 필요가 있다. 국가가 실체법 프로그램을 설정하여 적용하는 경우에도 이러한 유연성을 포함하는 것이 필요하다. 그러나 국가의 행위에는 상당 정도의 일관성·안정성이 필요하기 때문에 이러한 유연화에도 한계가 있다. 여기서 국가는 실체법 프로그램의 설정·적용을 어느 정도 억제하고 기본권적 방어권의 과잉침해를 피함과 동시에 기본권보호의무를 실현하기 위해 사회에서 자기 억제의 조직·절차의 형성을 촉진하거나 또는 그 조직·절차의 공정성을 감시해야 한다.

환경법 분야에도 현저한 문제가 있지만 사업활동을 규제하는 데 기초가 되는 정보나 지식을 국가가 모두 생성하고 수집하는 완전한 능력을 가지고 있는 것은 아니다. 규제대상인 사업자조직은 극단적인 경우 자신에게 불이익한 정보나 지식이 있다면 그것을 숨길 수도 있다. 그러나 보다 근본적으로 사업자조직은 이를테면 害意 등이 없어도 자기의 행위 합리성에 따르면 스스로에게 이익이 되지 않는 정보·지식을 생성하거나 그에 관한 기술을 개발하거나 적어도 우선하지는 않을 것이다.<sup>71)</sup> 더

66) Hans-Heinrich Trute, FN 28, S.80ff., S.254ff.

67) Ibid, S.412ff.

68) Ibid, FN 28, S.63f.

69) Schoch, VVDStRL 57, S.210f.

70) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.39.

71) Vgl. Di Fabio, a.a.O., S.246 Anm. 37.

나아가 대체로 리스크 예측에 연결되는 정보·지식은 항상 현저한 불확실성·불완전성을 수반한다. 이러한 불확실성·불완전성을 포함한 사업 활동을 규제할 수 있지만 여기에도 한계가 있다. 그리하여 사업자조직에 있어서 정보·지식의 불확실성·불완전성에 기인하는 실체법상 규제의 한계에 대처하기 위해 공공선에 관한 정보·지식을 생성·수집·가공하고 설명하는 책임을 포괄적 내지 계속적으로 사업자조직에 부담시킬 필요가 있다.<sup>72)</sup>

## 2. 공공선을 판단·논의하는 사인·공중

국가와 사인이 공사협력에 의하여 공공선을 실현하는 과정은 비집권화된다. 국가는 전 분야에서 계속적으로 공공선을 실현할 법적 임무를 가지고, 공공선 실현과정을 안정화하고 일관성을 보장하는 조직으로 기능한다. 다른 한편, 기본권적 자유를 가지는 사회 내지 사인은 그 과정에서 실험·다양성·경쟁의 요소를 가져오는 주체로 기능하며, 각자의 분야에서 공공선 실현에 관여한다. 이 과정에서 사인이 스스로의 이익과 다른 이익을 조정하고 공공선에 관하여 판단·논의하는 능력은 법치국가·민주주의의 기초이다. 따라서 국가가 이러한 사인의 능력을 존중하고 촉진하는 기능을 만들어내는 공사협력은 법적으로 허용되는 반면, 국가가 공사협력의 가능성을 완전히 무시하는 것은 허용되지 않는다.

한편 공사협력은 공공선 실현에 소요되는 비용을 국가가 부담하지 않고 사인에게 부담시키기 위해 도입되기도 한다. 그러나 공사협력은 공공선에 관계되는 정보가공과정, 나아가 공공선 실현의 실효성, 공공선에 관계되는 판단·결정 내용을 변화시키는 것이므로 이러한 질적 변화를 분석하고 평가하지 않은 비용을 비교하는 것만으로는 공사협력을 정당화하거나 통제하는 것은 불가능하다. 또한 공사협력으로 사인의 비용부담이 증가하고 국가의 비용부담이 줄어든다는 것은 단언할 수 없다. 예컨대 국가가 정보를 수집·가공하여 단절 없이 결정하고 사인이 개별적으로 유연한 조치를 요구하기도 하고 사후에 행정심판과 소송을 제기함으로써 사인이 처음부터 정보를 수집·가공하는 책임을 부담하는 것이 사인 부담을 줄일 수도 있다. 또한 국가는 협력 전에 사인의 공공선 실현능력을 관찰·분석하고, 협력하는 경우에도 사인을 감시해야 하기 때문에 비용을 절감할 수 없을지도 모른다.<sup>73)</sup>

72) 山本隆司, 前掲 “公私協働の法構造”, 555頁.

73) 山本隆司, 前掲 “公私協働の法構造”, 556면.

### 3. 사적 조직·절차에서 파급하는 법치국가원리와 민주주의원리

결국 문제는 공사협력이 허용되는가의 여부가 아니라 어떤 형태의 협력이 허용되는가이다. 국가가 사인에게 협력하기 위한 조직·절차를 형성하도록 강제함으로써 당해 사인의 자유가 과도하게 침해될 가능성이 있다. 특히 보호받아야 할 필요성이 높은 법익의 경우, 그 법익을 보호하기 위하여 사인의 행위뿐만 아니라 사인이 형성하는 조직·절차를 규율할 필요성이 커질수록 국가는 당해 사인의 조직·절차가 해당 법익을 보다 강하고 적절하게 고려하는 형태를 취하도록 규율하여야 한다.

법치국가원리와 민주주의원리는 국가의 조직과 절차가 공공선을 실현하는 데 적합한 형태를 취하도록 규율한다. 그러나 만일 국가가 사인에게 공공선 실현의 위임을 무조건적으로 인정할 경우, 국가가 법치국가원리와 민주주의원리에 의한 구속이나 제한을 받지 않을 수 있게 된다. 따라서 국가로부터 공공선의 실현을 위임받은 사인의 행위가 사회에 영향을 미칠 정도로 법적·사실상 강력한 효력을 가지면 가질수록, 국가는 당해 사인이 형성하는 조직·절차가 법치국가원리와 민주주의원리의 요청에 철저하게 부합하도록 감시하거나 규율하여야 한다. 이것이 국가의 파급적 정통화책임이다.<sup>74)</sup>

한편 사적 조직·절차의 형성에 관한 기본권보호의무에 의해 요청되는 사항과 법치국가원리·민주주의원리에 의해 요청되는 사항은 내용이 대체로 중복되는데,<sup>75)</sup> 이것이 절차·조직의 사전배려를 위한 사행정법(Privatverwaltungsrecht)이다.<sup>76)</sup>

대체로 공사협력의 법적 통제는 통상적으로 기본권적 방어권과 보호의무를 국가가 사인의 행위를 실체법상 규율하는 측면에서 기능하게 하거나 법치국가원리와 민주주의원리를 국가의 조직·절차를 규율하기 위해 기능하게 하는 것만으로는 불충분하다. 오히려 이러한 법리를 사인이 형성하는 절차·조직을 국가가 규율하는 측면에서 파급시켜 기능하게 하여야 한다.

### 4. 기본권적 방어권의 문제 - 단체주의화, 카르텔화

국가가 사인에게 협력을 위한 조직과 절차를 형성하도록 명령 내지 강제함에는

74) Hans-Heinrich Trute, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsresource*, 1997, S.249ff.(288ff.).

75) Hans-Heinrich Trute, FN 28, S.672, S.22/S.25f.

76) Schmidt-Aßmann, a.a.O. S.6/30.

법률의 근거가 필요하다. 그러나 국가의 명령·강제에 의하지 않는 협력에 대하여도 법률에 의한 규율이 필요한지 여부는 침해 이외의 관점까지도 포함하여 종합적인 검토를 해야 한다. 여기서는 일반적으로 국가가 사인과 협력하는 것이 ‘협력하는 사인의 기본권적 자유의 과도한 침해에 해당하여 협력이 허용되지 않는 경우’라는 협력의 한계를 분석한다. 그것은 첫째, 사인이 협동하도록 의사를 제약하는 정도가 높고, 둘째, 사인이 국가에 그 형성을 촉구하는 협력을 위한 조직·절차가 사인의 행위합리성에 적합하지 않은 경우이다.

국가는 명령·강제에 의하지 아니하고도 사인에게 협력하도록 동기를 부여하는 수단을 가진다. 그 수단으로는 첫째, 국가가 사인에게 ‘실체법상 규율을 받아들일 것인가, 협동할 것인가’의 선택지를 주는 것이다. 예를 들면, 허가를 할 것인지 인증을 할 것인지, 법규를 규율할 것인지 자기 의무화를 할 것인지 등이다. 그러나 독일 2원시스템(Duales System Deutschland: DSD)의 예에서처럼 실정법상 규율(회수 등의 의무)을 선택하는 것이 실질적으로 곤란하기 때문에 협력(시스템에의 참가)이 사실상 명령·강제되는 경우가 있을 수도 있다.<sup>77)</sup> 둘째, 국가가 소비자 등 시장의 행위자에게 정보를 제공하여 행동에 영향을 줌으로써 사업자에게 협력을 촉구하기도 한다. 이를 단적으로 보여주는 경우가 국가와 지방공공단체의 협력을 입찰조건으로 하는 경우인데 대표적인 예가 환경감사이다. 국가의 공동제어(Kontextsteuerung)에 의한 파급작용<sup>78)</sup>이 사인의 의사를 제약하는 정도는 개별 사례마다 다양하고 상호 비교도 곤란하기 때문에 침해 허용성을 판단하는 기준은 다음의 요소들에 의해 결정된다.

국가가 사인과의 협력을 위하여 형성하는 조직과 절차가 만일 당해 사인의 행위합리성에 적합하지 않고 사인의 활동이나 사적 조직의 기능을 마비시킬 우려가 있는 경우, 이러한 형태의 협력은 사인행위의 자유를 과도하게 침해하므로 허용되지 않는다.<sup>79)</sup> 독일 환경법전문가위원회 초안은 사업자조직이 환경보호책임자와 환경담당축탁에게 결정권한을 위임한 것을 한정된 범위에서 의무화할 수 밖에 없고 환경보호책임자와 환경담당축탁의 역할을 기본적으로 사업자조직 내부에서의 환경이익으로서 명확하게 성격을 부여한 이유도 기업내부의 권한·책임질서를 과도하게 침해하지 않도록 하기 위한 것이라고 보고 있다.<sup>80)</sup>

77) Schmidt-Aßmann, a.a.O., 190f.

78) Ibid, S.185ff.

79) Groß, a.a.O., S.161.

특히 자기의무화와 같이 국가가 공공선 실현을 위하여 이익단체의 형성 또는 활동을 촉진하는 경우에는 주의를 요한다. 이러한 공공선 실현의 이익집단화는 때로는 단체의 과두화<sup>81)</sup>와 맞물려서 개개의 사업자인 사적 주체가 각자 사정에 따라서 개성적으로 또는 혁신을 계속하여 공공선의 실현에 기여하는 것을 저해할 수 있다. 또한 국가가 공공선에 관한 판단이나 결정의 유연한 변경을 곤란하게 한다는 문제가 있다.<sup>82)</sup> 나아가 이러한 이익단체와의 협력은 개인인 사적 주체의 자유를 제약하면서, 공공선 실현 과정에서 실험·시행, 다양성·전제로 하는 협력의 취지에 오히려 반하는 면이 있다. 따라서 국가와 이익단체의 협력은 그것이 공공선을 실현하는 것으로서 적절하고 필요하지만, 그로 인한 긍정적 기능이 위험성을 상회하는 경우에 한하여 활용하여야 하고 그 과정에서 폐해를 최소한으로 억제할 수 있는 방향으로 나아가야 할 것이다. 그렇지 않으면 공공선의 실현이라는 목적과의 관계에서 개인의 자유가 과도하게 침해되고, 협력 자체도 공공선을 실현하는 수단으로서의 명분을 잃게 된다. 더욱이 국가와 이익단체의 협력은 카르텔의 형성을 촉진하여 시장경쟁을 방해하는 문제도 있다(환경법전전문가위원회 초안 제39조 참조).

이 문제점에 관하여 논의가 집중되어 있는 예가 앞서 살펴본 DSD이다. 국가는 포장·용기에 관한 정령을 정한 당초부터 폐기물 회수의무 등을 부담하는 사업자에게 연방에서 단일의 회사조직(DSD)을 설립하도록 하였다. 그러나 DSD조직자체와 DSD에 대한 국가의 감독·통제에 관하여는 법령상 정하고 있는 것이 없다. 법령상 DSD는 원칙적으로 소정의 회수·재자원화율을 달성할 수 없는 경우에 확인처분을 철회하게 되지만 사실상 투자규모 때문에 그리고 비례원칙을 이유로 법적으로도 철회가 곤란하다. 그리고 DSD는 업종횡단적인 독점사업체이고 개개의 참가사업자가 폐기물 회피기술을 개발·혁신하도록 충분한 자극을 줄 수는 없다. 그 때문에 DSD에 대해서는 사적 조직 형태와 공법상 조직형태에서의 동일한 결점이 합쳐지게 되고 투명한 구조 이점을 교섭모델로 하기 위해 방기를 허용하는 속임수라는 비판을 받고 있다.<sup>83)</sup>

80) BMU (Hrsg). UGB-KomE, S.738, S.743f.

81) Groß, a.a.O., S. 161.

82) Udo Di Fabio, a.a.O., S.25ff.

83) Ladeur, Karl-Heinz, 山本隆司 譯, 環境行政における秩序法の限界と新しい經濟的および計劃的手法の投入の可能性, 「法政研究」 64卷 4号, 九州大學法政學會, 1998, 797頁 以下.



## 5. 국가개입의 분절화 · 프로세스화

법치국가원리와 민주주의원리가 공사협력에 어떠한 조건을 부과할 것인지에 관련하여, 일반적으로 국가는 법치국가원리 내지 민주주의원리의 요청으로서 사인에게 공공선의 실현에 관한 정보가공을 맡기는 경우에도, 그 사인이 가공한 정보로부터 독립하여 자율적으로 실체법상 규율을 행하는 최종결정권한(환경친화성 심사에 속하는 사업의 인허가) 내지 개입의 옵션(사업자가 콘셉트와 관리시스템을 구축한 경우에도 할 수 있는 사업금지 및 사찰), 즉 최종책임을 보유하여야 한다.<sup>84)</sup>

이에 관하여 첫째, 일반적으로 국가가 실체법상의 규율을 행할 때 사인이 가공한 정보와 결정에 구속되는 제도는 법치국가원리 및 민주주의원리에 저촉된다. 예를 들면 연방이및시온방지방 제9조 시행령 제13조 제2항은 허가청이 미리 동의한 경우 등에는 ‘사업자’의 위탁에 의해 작성된 감정서를 ‘허가청’의 위탁에 의해 작성된 감정서로 본다는 취지를 규정하고 있다. 그러나 이러한 경우 국가의 최종책임이 보장되는 라는 의문이 남는다.<sup>85)</sup> 둘째, 사인과의 협력이라는 이유로 국가가 자율적으로 실체법상 규율을 하는 것을 과도하게 자제한다면 국가의 기본권보호의무가 충족되지 않을 우려가 있다.<sup>86)</sup> 또한 간접적으로는 협력하는 사인의 활동이 이완되는 결과 국가의 과급적 정통화 책임도 충족되지 않을 우려가 있다.

요컨대 국가가 최종책임을 보유하는 것은 필요하다. 그러나 그것만으로는 충분하지 않다. 그 이유는 첫째, 이익 상황에 있어서 국가가 사적 상황을 방치한다면 국가의 기본권적 급부의무 내지 보호의무는 달성될 수 없다. 이러한 경우 국가는 사적 조직 · 절차를 감시하여야 하고, 경우에 따라 적절히 규율을 행할 필요가 있다. 둘째, 국가가 실체법상 규율권한을 자율적으로 행사하는 데에는 사실상 한계가 있기 때문이다. 즉, 국가가 권한 행사에 필요한 정보 · 지식을 스스로 생성 · 수집 · 가공하는 데에는 구조적 장애가 있다. 또한 비록 구조적 한계가 없는 경우라도 국가가 정보가공을 위해 사용할 수 있는 자원에도 한계가 있다.<sup>87)</sup>

특히 국가의 실체법상 규율 권한 행사의 한계를 보완하기 위하여 사인의 협력활동에 대한 통제권한을 국가가 보유한다는 의미의 절차지배(Verfahresherrschaft)가

84) Kunig, in : Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung, durch Verhandlungen, Bd. I. 1990, S.43ff.(62f.).

85) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.31.

86) Pietzchker, a.a.O., S. 303.

87) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.32ff.

논의되고 있으며<sup>88)</sup>, 사인에 대한 지휘명령권을 국가에서 승인하는 공권의 위임(Beleihung) 법리<sup>89)</sup>의 적용영역을 다른 협력국면에까지 확대적용하도록 하고 있다.<sup>90)</sup>

그러나 여기에도 한계는 있다. 첫째, 국민의회를 정점으로 하는 관료주의적 지휘명령권한을 강화할수록 관료주의에서 상위자의 의사가 실현되는 것<sup>91)</sup>은 조직·절차 실현의 작동메카니즘에 비추어보면 단순하다.<sup>92)</sup> 둘째, 사회에서 복잡하게 교착한 정보와 이익을 단계적으로 가공하는 합리적인 프로세스를 형성하고 공공선에 관한 합리적 결정을 한다는 법치국가원리와 민주주의원리의 공통 목적<sup>93)</sup>을 실현하는 데에 국민의회의 의사는 불가결의 요소이지만 유일한 요소는 아니다. 요컨대 협력하는 사인에 대한 국가의 지휘명령·통제권한을 단지 강화하는 것은 그 자체 실효성에 의문이 있고 사인의 정보가공·판단능력의 활용 및 육성이라는 법치국가원리와 민주주의원리에 의거한 협력의 목적을 저해할 가능성이 있다.

따라서 국가는 협력하는 사인의 개개 행위에 항상적·직접적으로 개입하지 않고 국가의 개입을 다음의 의미에서 분절화·프로세스화 함으로써 사인의 자발성·혁신의 능력을 활용함과 동시에 법치국가원리와 민주주의원리의 요청을 충족시켜야 한다.

첫째, 환경친화성심사와 같이 사인에 의한 정보가공을 바탕으로 국가의 최종결정이 제도화된 경우도 국가는 사업주체에 의한 자기조사를 그림자처럼 뒤따라가야 하는 것은 아니다. 일반적으로 말하면 협력하는 사인에 의한 정보가공 과정의 전후에 국가 자신이 실체법상 규율 및 그것을 위한 직권조사를 행하는 형태로 사인에 의한 정보가공과 국가에 의한 실체적 규율 단계를 가능한 분리한 후에 양자를 논의의 형태로 연쇄시켜야 한다. 즉 사인에 의한 정보가공과정이 사행정법의 요청을 만족하는 정도가 높을수록 그 후에 실체적 규율을 하는 국가는 사인이 가공한 정보와 반대로 판단을 하는 때에는 반대 판단을 한 이유를 보다 상세하게 설명하고 제시해야 한다.<sup>94)</sup> 또한 자기의무화의 경우 등도 국가와 사적 조직이 시종 비공식적으로 교섭하

88) Pietzcker, a.a.O., S.305.

89) 米丸恒治, 前掲書, 40면, 47면.

90) Udo Di Fabio, a.a.O., S.265, S.273.

91) Z.B. a.a.O. S.265f.

92) 山本隆司, “獨立行政法人”, 「ジュリスト」, 1161号, 1999, 127頁 以下.

93) Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4/1, 2/1ff.

94) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.33f.

는 것이 아니라 가능한 우선 국가가 목표설정 등의 형식에서 실체법상 여건을 명확히 정하고 그것을 받아 사적 조직이 스스로 판단하여 이익·정보를 가공하는 프로세스를 취해야 한다.<sup>95)</sup> 이상과 같은 협력의 분절화는 공사 쌍방에 관하여 책임의 범위를 명확히 하여 공공선 실현에 관한 책임의 의의를 강화하게 된다.

둘째, 국가는 사인이 공공선을 실현하기 위해 적절한 조직·절차를 형성하도록 감시·규율하여야 한다. 국가가 이러한 파급적 기본권보장외무 내지 파급적 정통화임무에 근거하여 사적 조직·절차에 부과하는 요건의 내용이 사행정법이다.

## 6. 파급적 정통화책임에 의한 사행정법

국가의 파급적정통화책임에 의한 사행정법의 내용은 세 가지로 정식화된다.<sup>96)</sup> 국가의 기본권보호의무의 관점에서도 동종 요건이 도출되고 있다.<sup>97)</sup>

첫째, 사리에 적합한 임무의 수행이다. 사적 전문기관의 협력을 규정하는 고전적인 법률은 당해 전문기관에 전문지식·기능, 인적 신뢰성, 필요한 자원의 소지를 요구하고 더 나아가 개인정보·영업비밀의 유지의무와 책임보험개입의무를 부과한다. 사업자가 협력하는 전문기관에 필요한 자원·정보를 제공하도록 의무화하는 법령도 있다. 더욱이 국가는 협력하는 전문가를 양성·재교육하는 시스템이 기능하도록 감시하여 적절히 조성할 필요가 있다.<sup>98)</sup>

필요한 지식·기술을 표준화할 수 없거나 또는 이들로부터 표준화되어야 하는 사항에 관해서는 개개 전문가의 자질만이 아니라 전문가 상호의 차별화<sup>99)</sup>와 경쟁, 논의와 평가에 근거하여 전문적인 자기통제<sup>100)</sup>가 협력의 요건으로서 요청될 수 있도록 DIN기관과 윤리위원회 등의 합의체가 다양한 의견표명의 기회를 보장하고 그것에 응답하고 판단하는 것은 전문적인 자기통제<sup>101)</sup>를 模寫하여 제도화한 조직·절차이다. 사업자가 제출한 조사서류에 대하여 국가가 대조감정인과 전문위원회에 의견을

95) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, VVDStRL Bd.62 (2003), S.89.

96) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.317ff.

97) Schmidt-Preuß, a.a.O., S.172ff., S.196ff.

98) Vgl. Ritter, in : Schmidt-Aßmznn/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht, S.207ff.(236f.).

99) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.168f.

100) Ibid, S.483ff.

101) Ibid, S.483ff.

요구하는 절차도 같다. 일반적으로 국가가 전문가에게 관료주의적 통제 대신 전문적인 자기통제의 조직·절차가 형성되도록 촉진하고 그 조직·절차를 활용하여야 한다.

둘째, 충분한 중립성의 확보 내지 특수 이익으로부터 거리의 보장이자. 공사협력의 가장 큰 문제점은 사회에서 힘의 불균형이 시정되지 않고 특수이익에 치우쳐 사회관계의 형성이 진행되어 최악의 경우 협력이 국가와 특수이익과 유착에 빠질 위험성이 있다. 이러한 위험을 극복하기 위해 중립성·거리의 확보 등 요건은 불가결하다. 예를 들면 검사에 관계되는 종래의 법률은 검사기준이 표준화되어 있는 정도와 검사대상행위의 위험정도에 따라 결국 중립성·거리의 보장이 필요한 정도에 따라 자기점검, 국가로부터 신인 내지 승인된 사적 기관에 의한 검사 또는 국가가 설립한 기관에 의한 검사를 요구하고 있다.<sup>102)</sup> 일반적으로는 공무원법과 행정절차법을 유추하여 협력 임무와 상반될 가능성이 있는 임무를 부담하는 주체와 사안에 특별한 이해관계를 가진 주체에게는 협력을 위임해서는 안된다. 협력을 위임한 주체는 이해관계자로부터의 독립성을 유지해야 하고 보장해야 한다.<sup>103)</sup> 더 나아가 사업자가 장기간 동일 사적 전문기관에 감정·검사 등을 위탁하는 것을 금지하고 어용 감정인화를 방지해야 한다.<sup>104)</sup>

셋째, 제이익의 동등고려(gleichmäßige Interessenberücksichtigung)이다. 우선 협력의 조직·절차에 관계하는 집합화된 이익(환경이익, 소비자일반의 이익)이 치우침 없이 명백할 것이 요청된다.<sup>105)</sup> 이 요청은 국가가 정보가공 내지 결정을 하는 경우도 타당하지만 협력의 경우에는 특정한 이익에 치우칠 위험이 특히 크기 때문에 일층 강력하고 타당하다. 집합화된 이익을 명백하게 하는 절차·조직으로서는 다양한 형태를 고려할 수 있다. 관계이익의 대표 또는 광의의 이해관계인에 의한 의견표명의 기회보장 또는 이의신청·중재절차의 제도화 등 더 나아가 국가기관이 합의체의 구성원으로 되기도 하고 의견표명의 기회를 가짐으로써 중립성의 확보에 이바지함과 동시에 그렇지 않으면 충분히 대표되지 않는 이익을 명백하게 하는 역할을 부과할 수 있다. 확실히 이러한 메카니즘을 거의 망라하고 있는 DIN처럼 너무나 조직을 다원화하여 절차에 참가하는 주체를 다수·다양하게 하면 당해 사적 조직·절차에

102) Di Fabio, a.a.O., S.244f.

103) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.292.

104) Ritter, a.a.O., S. 327f.

105) 山本隆司, 「行政上の主觀法と法關係」, 有斐閣, 2000, 475頁 參照.

의한 의사결정, 그리고 혁신이 곤란하게 될 가능성이 있기 때문에 절제된 다원화가 필요하다. 그러나 반대로 현재 자기의무화의 절차와 사업·개발계획에 관계되는 절차와 같이 중립성에도 반대이익의 명백화에도 거의 배려없이 진행하는 협력은 국가의 기본권보호의무 내지 과급적 정통화책임이 충족되지 않을 것이다.<sup>106)</sup>

또한 협력하는 비국가적주체가 개별적 권리·이익에 관한 개별적 결정 내지 판단을 하는 경우, 당해 권리이익을 실효적으로 보호하기 위해 필요하면 당해 권리이익의 주체는 협력하는 비국가적 주체에 의한 절차에 참가하는 권리, 경우에 따라서는 비국가적 주체에 의한 결정·판단의 적법성을 다투는 소권을 보장하여야 한다. 비국가적 주체가 개별적 권리·이익을 고려하고 또한 당해 권리이익의 주체에 대하여 스스로 결정·판단을 설명하는 책임을 지도록 제도화를 구축하거나 해석하여야 한다. 이 경우에 독일 행정절차법과 행정재판소법은 적용되지 않는다고 하여도 비국가적 주체는 국가와 같은 동질의 책임을 부담하게 된다.<sup>107)</sup> 그러나 예를 들면 DFG의 통상절차에 있어서 조성신청인에게는 결정이유의 제시를 받을 권리를 포함하여 공식적인 절차참가권이 충분히 보장되지 않는 것이 현상이라고 비판되고 있다.<sup>108)</sup>

## 7. 협력의 조직·절차를 통제하는 주체

공사협력의 조직·절차의 형태를 통제하는 주체는 먼저 국가의 입법기관, 즉 법률이다. 공사협력은 협력하는 사인이 특정한 조직·절차를 형성하도록 강제 내지 제어하는 점(침해유보 내지 기본권에 관한 거시적 시점에서의 법률유보), 국가의 기본권보호의무의 실현 태도를 크게 기능하는 점(기본권에 관한 거시적 시점에서의 법률유보), 그리고 국가의 의사결정조직·절차를 명확히 분권화·차별화하는 점(제도·조직에 관한 법률유보)에서 법률의 규율을 요청하는 것이다. 법률은 복잡하고 다양한 협력의 조직·절차를 기초로 하고 그것에 투명성·개관가능성을 주는 중심적인 제어수단이다.<sup>109)</sup>

다음으로 국가의 행정기관은 최종책임을 지며 또한 협력을 위한 사적 조직·절차에 참가한다. 그리고 사인의 행위를 직접 제어하는 것이 아니라 사인의 행위를 감시하는 다른 사적 주체를 信認·승인하고 감독한다. 즉 감독의 감독을 행하는 것이

106) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.35f.

107) 山本隆司, 前掲書, 475頁 參照.

108) Hans-Heinrich Trute, FN 28, S.603.

109) Ibid, S.957.

다.110) 그리하여 국가가 행정기관과 협동하는 사적 주체와의 접점, 즉 이음매(Schsarnier)<sup>111)</sup>를 형성하는 것이다.

그리고 공중이다. 의사결정과정의 투명성과 공개성을 요청하는 국가가 협력에 의해 소위 의사결정과정을 음폐하는 것은 허용될 수 없다(국가의 파급적 정통화책임). 또한 협력을 위한 사적 조직·절차는 중립성의 침해와 편만한 이익고려의 위험을 포함한다. 따라서 사인에 의한 협동적인 공공선의 실현활동에도 투명성·공개성의 요청이 타당하다.<sup>112)</sup> 기본적으로는 정보가공의 조직·절차의 구성 및 완성된 정보 또는 판단을 공중에 직접 또는 국가에 보고·국가에 의한 공표를 경유하는 간접적인 설명이 요청된다.

## 제4절 공사협력과 제3자의 권리보호

### I. 제3자의 권리보호 필요성

사적 행위주체의 선정 문제와는 별도로 보장행정에서 제3자의 권리보호는 특별한 주의가 요구된다. 즉 공적 부문과 사적 부문이 협력하는 때에는 경합자, 이용자 그리고 소비자라는 제3자를 보호하여야 한다. 특히 제3자의 권리보호가 필요한 이유는 협력의 경우에는 그 협력을 위하여 발생한 비용을 외부로 전가시키는 경향이 있고, 그 비용을 제3자가 지불하게 될 수 있기 때문이다. 따라서 공사협력의 비용이 제3자의 부담으로 되지 않게 하려면 특별한 예방조치가 필요하다.<sup>113)</sup> 특히 공사협력의 책임 분배에서는 제3자에 대한 보호가 강조되어야 하는데 그 이유는 기본권적 관점에서 협력의 상대방이 사법적 형식으로 급부를 제공할 경우 기본권의 직접적 효력이 미치지 않는 문제가 생긴다는 데 있다. 그러므로 기본권보호의무를 실현하기 위하여 제3자의 지위가 충분히 보장될 수 있어야 한다.<sup>114)</sup>

무엇보다 행정 자체가 사적 주체와의 협력시 제3자의 권리를 보장하여야 한다. 그러나 제3자의 보호요구가 과도한 경우에는 지시·감독에 드는 행정비용이 비대해지

110) Schmidt-Preuß, a.a.O., S.173f., S.196f.

111) J.P. Schneider, Die Verwaltung 1995, S. 361ff.

112) Hans-Heinrich Trute, FN 60, S.37.

113) 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 「한양법학」 제38집, 한양법학회, 2012. 5, 285면.

114) 박재윤, 앞의 책, 168면.

고 권리보호를 위한 절차가 지나치게 까다로워지는 등 공사협력의 장점을 상실하게 된다. 그 때문에 지나친 제3자 보호도 주의하여야 한다.<sup>115)</sup>

한편 사인이 비국가적인 급부제공자로서 공적 임무를 수행하는 경우 사법형식으로 제3자와 관계를 맺는 한에서는 고권적 주체를 구속하는 헌법이 직접 영향을 미치는 것은 아니다. 그러므로 헌법이 요청하는 제3자의 권리보호는 정부가 사인인 급부제공자에게 영향력을 미침으로써 간접적으로 실현할 필요가 있다.<sup>116)</sup>

간접적으로 제3자의 보호를 실현하는 방법 역시 다양한데, 우선 법률을 사용하는 방법이다. 예를 들어 사기업에 대하여 액세스권의 보장, 일정한 조건하에서의 계약 체결, 법치국가적 절차표준의 준수 등을 법률로 의무화하는 것이다.

또 다른 제3자보호의 제도로서 우선 국가가 시장메커니즘에 의하여 필수적 재화가 충분히 공급되지 않을 경우 경영의무, 보편적 서비스 내지 계약강제 등의 방식으로 그 공급을 보장할 수 있다. 또한 소비자보호나 요율규정 등을 통해 급부와 대가에 대한 적절한 조정을 행하기도 한다.<sup>117)</sup>

독일 행정절차법 제58조 제1항은 “제3자의 권리를 침해하는 공법상의 계약은 제3자의 문서로써 동의해야 효력이 있다”고 규정하고 있다. 이러한 규정은 제3자와의 마찰을 관할관청이나 사적 중재자의 인도하에 투명성 및 적극적 이해 관리 의무를 바탕으로 사전에 대처하기 위한 것으로서 보장행정법의 절차적 성격에 잘 부합하는 것으로 볼 수 있다.<sup>118)</sup> 그 밖에도 행정계약을 사용하여 대응하는 계약을 행하는 방식이나 회사법상의 수단을 사용하여 혼합경제기업체에 영향력을 미치는 방식 등이 있다.<sup>119)</sup>

## II. 행정절차법 · 행정쟁송법상의 제3자의 권리보호

제3자의 권리보호에 대하여 행정절차법과 행정쟁송법이 적용되는지 문제된다. 사적 주체인 제3자 또는 사인의 보장행위에 대해 법령상 명문 규정에 의하여 처분청

115) 조태제, 앞의 논문, 285면.

116) 정기태, 앞의 논문, 472면.

117) 박재윤, 앞의 책, 2018, 168면: Hans-Heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff einen sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor in: Schuppert(Hrsg.) Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat, Baden-Baden 1999, S.44.

118) 정기태, 앞의 논문, 472면: Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater, S.318.

119) 조태제, 앞의 논문, 285면.



등에 대한 심사청구의 규정이 있는 경우, 당해 행위 자체로 행정처분 내지 권력적 사실행위로 해석되는 경우에는 제3자 또는 사인에게 권리보호가 인정된다.<sup>120)</sup> 행정처분, 공권력의 행사 등의 행정 작용법적·구제법적 개념의 적용문제는 그 주체가 행정조직법상 행정주체인지는 사인의 권리보호의 인정에 있어서 문제가 되지 않는다.<sup>121)</sup>

일본의 경우에는 지정기관의 처분 중 “오로지 사람의 학식 기능에 관한 시험 또는 검정 결과에 대한 처분”은 제외되어 제3자의 권리보호가 인정되지 않는지 문제된다. 이에 대하여 우리나라의 부산고등법원은 “2014학년도 대학수학능력시험 실시 직후 세계지리 문제에 대하여 이의신청이 제기되었으나 한국교육과정평가원이 문제의 출제 및 정답결정에 오류가 없음을 전제로 응시자들의 과목 성적 및 등급을 결정하였는데, 세계지리 과목을 선택하여 응시한 갑 등이 한국교육과정평가원을 상대로 ‘세계지리 과목에 대한 등급 결정 처분’ 취소소송을 제기하여 승소 확정판결을 받은 후 한국교육과정평가원과 국가를 상대로 손해배상을 구한사안에서, 수능시험의 출제위원 및 검토위원들이 명백하게 틀린 지문이 포함된 문제를 출제하고 정답을 결정하는 오류를 범한 잘못은 부적절한 문제의 출제 및 채점을 방지함으로써 출제나 채점의 잘못으로 응시자가 잘못된 성적을 받지 않도록 노력해야 할 주의의무가 있는 평가원이 재량권을 일탈 또는 남용한 것으로 평가할 수 있고, 수능시험 실시 직후 문제에 대한 이의가 제기되었는데도 평가원이 이의처리 과정에서 요구되는 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있으므로, 평가원의 등급 결정 처분은 甲 등에 대한 불법행위를 구성하고, 이른바 ‘공무수탁사인’의 지위에 있는 평가원은 공무를 수행하는 범위 내에서는 국가배상법 제2조 제1항의 ‘공무원’이므로, 甲 등이 입은 손해에 대한 전보책임은 국가에게도 부담시키는 것이 상당하다는 이유로, 평가원과 국가는 공동하여 甲 등의 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시<sup>122)</sup>하고 국가의 시험의 수탁기관인 공무수탁사인이 주의의무를 다하지 아니하여 과실이 인정된 경우에는 국가와 사인이 공동으로 국가배상책임이 있다고 보고 있다.

한편 기본적으로 문제가 되는 보장행정에서의 공사협력에 관한 사적 주체의 활동과 권한의 내용에 대하여는 개별적·구체적으로 그 처분성의 유무를 판단할 수 밖

120) 山本隆司, 前掲 “日本における公私協働”, 203頁.

121) 人見剛, “公權力・公益の担い手の擴散に關する一考察”, 「公法研究」 第70号, 日本公法學會, 2008. 10, 177頁.

122) 부산고등법원 2017. 5. 10, 선고 2016나55042 판결.

에 없다.<sup>123)</sup> 그러나 공공의 선을 실현하기 위하여 공사가 협동하여 업무를 수행하는 경우, 행정기관이 협동하는 사적 주체에 밀접하게 관여하는 관계가 형성된다. 이 경우 당해 사적 주체의 행위에 관한 쟁송절차는 만일 행정기관이 통합되어 있다고 볼 수 있는 경우(예컨대, 지정기관과 정부책임을 유지하는 취지의 등록 기관에 의한 기준 적합성 입증)에는 증명 등을 행정처분으로 해석함으로써 행정기관이 참여의 권한 또는 책임을 부여하고, 행정기관도 이에 구속되는 결정이 이루어져서 결국 처분성이 인정된다.<sup>124)</sup> 또한 보장행정에서 사적 주체의 행위형식이나 성질로 볼 때 협동하는 사적 주체가 스스로의 행위에 대해 제3자에게 부담책임을 지는 반면, 행정기관이 그 제3자에게 부담책임을 지는지는 법적으로 명확하게 구분되어 있지 않은 경우(예컨대, 과거의 공공시설의 관리 위탁 제도)<sup>125)</sup>에는 그 제3자는 감독행정청을 상대로 사적 주체에게 법정감독처분을 실시해달라는 소송을 제기할 원고적격이 인정된다.<sup>126)</sup>

### Ⅲ. 국가배상법에 의한 제3자 권리보호

#### 1. 학 설

##### 1) 지정기관 책임설

제1설은 관계법령에 따라 지정기관의 공권력 행사에 기인하여 사인 또는 제3자가 손해가 발생한 경우의 국가배상법상 공무원의 직무상 위법행위에 의한 국가 또는 지방자치단체의 손해배상책임을 인정하는 견해이다. 즉, 지정기관은 국가 또는 지방자치단체에서 공권력 행사에 해당하는 사무의 수행을 수입하는데, 그로 인해 국가 또는 지방자치단체의 지정기관 사이에 상하 행정청 관계가 성립하는 것은 아니고, 해당 지정기관은 공권력의 행사를 자율적으로 수행하며, 종종 그 행위에 대해 수수료 등 자체수입으로 징수의 권한이 인정되고 있으며, 그 공권력의 행사로 인한 국가배상책임은 당해 지정법인에게 있다고 보는 견해이다.

##### 2) 역할분담 책임설

123) 米丸恒治, 前掲書, 353頁.

124) 劉宗德, 前掲論文, 26頁.

125) 山本隆司, 前掲“日本における公私協働”, 203-204頁.

126) 劉宗德, 前掲論文, 26頁.

제2설은 공공의 선을 실현하기 위한 공사협력의 틀 안에서 사인이 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 손해배상책임의 분담을 고려하는 견해이다. 즉, 국가배상법은 단순한 행정모델을 염두에 둔 입법이며, 특히 국가·지방자치단체와 사인에 의한 불법행위책임을 고려하고 있다. 또한 공무원의 개념에 국가 또는 지방자치단체의 행정사무의 수탁자를 포함하는 것으로 폭넓게 해석하여 행정에 의한 사무위탁시 국가배상책임의 확장을 실현해 오고 있다. 그리고 보장행정의 민간사업자는 영리 또는 비영리의 고유한 업무수행 중 피용자의 가해행위를 사용·감독하고, 가해행위의 제1차적인 원인이 있다고 할 수 있음에도 그 책임이 행정에 의해 대위되어 구상도 이루어지지 않게 된다.<sup>127)</sup> 그러나 이 견해에 따르면 피해자의 권리구제를 강화하는 장점이 있다.

보장행정에서의 공사협력의 현상은 공사에 의한 공공의 선을 실현하는 것에 목표를 둔다. 따라서 공사의 이해관계의 차이를 조정하면서 상호목표를 달성하므로 그로 인하여 발생하는 손해의 배상에 있어서도 공동의 책임에 기초하여야 한다.<sup>128)</sup> 이러한 관점에 따라 국가배상책임법상 위법행위의 기본원칙으로 되돌아가 사안에 따라 공동불법행위의 책임을 검토하는 것이 필요하며, 공사 각각의 행위자가 그 역할·책임에 따라 발생한 손해에 관하여, 예측 가능성과 결과 회피 가능성 등을 고려하여 손해를 피하지 못한 책임을 그 과실 비율에 따라 분담하여야 한다. 또한 공공 및 사인의 협력의 상대방인 민간조직의 피용자가 손해를 발생시킨 경우 실제 업무집행에 고의·과실이 있으면 민간단체도 사용자로서 손해배상책임을 져야 하고, 당해 근로자를 공무원수탁사인으로 보아 ‘공무원’의 직무상 불법행위책임과 해당 민간단체의 사용자 책임을 물을 수 있는데 그 성질은 공동불법행위로서 양자는 부진정연대책임을 분담하여야 한다.<sup>129)</sup>

### 3) 법적 효과에 따른 책임설

제3설은 국가배상법에서 공권력의 행사로 인한 위법행위가 발생한 경우, 국가배상법상 어떠한 법적 효과가 발생하는가의 관점에서 그 책임의 판단기준과 요구사항을 정립하여야 한다는 견해이다. 즉, 과세할 수 있는 국가·지방자치단체가 손해배상 의무에 대한 책임을 지지함으로써 궁극적으로 발생한 손해가 납세자 전체에 분산될

127) 米丸恒治, 前掲論文, 312-313頁.

128) 劉宗德, 前掲論文, 27頁.

129) 米丸恒治, 前掲論文, 314頁.

수 있는 반면, 손해의 원인행위를 한 개인에 대한 손해배상의무는 면제되는 문제가 나타날 수 있다는 것이다. 따라서 공권력의 행사는 원칙적으로 행위 및 행위 주체의 특성이라는 양면을 고려하여 공공단체의 구성원이 직무로서 공익실현을 목적으로 하는 행위에 한정되어야 하고, 예외적으로 사적 주체의 행위가 공권력의 행사라고 인정되는 것은 국가, 지방자치단체가 사적 주체에게 공공의 선을 목적으로 하는 행위를 맡긴 경우 그 사적 주체의 불법행위로 인하여 손해가 생겼을 때 스스로가 책임을 담보하기로 하는 경우라고 보아야 한다.<sup>130)</sup>

한편 국가나 지방자치단체의 권한·책임에 비추어 사적 주체의 행위가 제3자 사인과 법적으로 불가분인 관계에 있는 경우, 지방자치단체는 사적 주체에게 한 행위에 대하여 국가배상 책임을 진다. 그런데 이 경우에 사적 주체도 조직의 형태, 국가나 지방자치단체로부터 위임받은 업무의 성질 그리고 공사의 역할 분담 형태에 따라 지휘·감독의 해태와 조직 체제의 미비로 인한 손해의 발생에 대해 민법상의 손해배상책임을 입을 가능성이 있다.<sup>131)</sup>

그러나 사적 주체의 행위가 제3자의 사인에 대한 관계에서 국가, 지방자치단체의 권한과 책임에 비추어 법적으로 가분적인 경우에는 첫째, 법률이 명문으로 해당 행위를 공권력의 행사로 정하는 경우, 둘째, 행위의 성질이나 공공단체가 사적 주체를 감독하는 관계의 정도에 따라 해당 행위를 공권력의 행사로 해석할 수 있는 경우에 한하여 공권력의 행사를 위임한 국가, 지방자치단체는 사인의 국가배상책임을 부담의무를 단순 보증하는 지위에서 사적 주체의 행위에 대하여 국가배상책임을 진다고 할 것이다.<sup>132)</sup> 사인의 행위로 인한 손해배상책임에 대하여 민법이 적용되는 경우와, 국가나 지방자치단체가 사인을 규제·감독하는 데 있어서 과실이 인정되는 경우에는 국가 또는 지방자치단체가 국가배상책임을 진다고 할 것이다. 따라서 사인이 미칠 위험의 정도와 크기에 따라 사적 조직의 배상능력을 확보할 수 있는,<sup>133)</sup> 예컨대, 환경오염피해구제법상 책임보험제도와 국가보상제 등에 관한 법제 정비의 필요성이 있다.

## 2. 판 례

130) 山本隆司, 前掲 “私人の行爲による國家賠償(1)”, 61頁.

131) 山本隆司, 前掲 “私人の行爲による國家賠償(2)”, 100頁.

132) 山本隆司, 前掲 “私人の行爲による國家賠償(2)”, 97-101頁.

133) 劉 宗德, 前掲論文, 27-28頁.

국가배상법 제2조 제1항에서는 “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁 받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

국가배상법 제2조에 의한 공무원의 부작위 또는 부작위로 인한 국가배상책임에 대하여 대법원은 “공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때”라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건을 충족하면 국가배상책임이 인정된다. 여기서 ‘법령을 위반하여’라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있는 것이며, 이를 위반하는 경우도 포함하는 것이다. 이러한 경우 위법성 판단의 전제가 되는 작위의무는 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 국가배상법에서의 위법은 법령상의 명문으로 정해진 작위의무의 위반뿐만 아니라 관련 법규 및 조리를 종합적으로 고려할 때 인정되는 공무원의 직무상 손해방지의무에 대한 위반을 포함하여, 작위의무를 인정하는 결과 그 작위의무의 판단 자체에 공무원의 예견가능성이나 회피가능성이라는 과실 요소에 관한 판단이 포함되게 되므로 작위의무를 위반한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실은 당연히 인정된다고 보아야 한다.”고 판시<sup>134)</sup>하여 법령, 조리상의 작위의무위반의 경우 위법하다고 보고 있으며 이 경우

134) 대법원 2010. 4. 22, 선고 2008다38288 전원합의체 판결.

예견가능성과 회피가능성을 판단하고, 작위의무위반의 경우에는 과실이 인정된다고 보고 있다. 국가배상책임이 성립하기 위해서는 공무원의 직무집행이 위법하다는 점만으로는 부족하고, 그로 인해 타인의 권리·이익이 침해되어 구체적 손해가 발생하여야 한다.<sup>135)</sup>

헌법 제10조에 따라 피고 대한민국은 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확고히 하고 이를 보장할 의무를 진다. 기본권은 공동체의 객관적 가치질서로서의 성격을 가지므로, 적어도 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해에 대해서는 그것이 피고 대한민국이 아닌 제3자로서의 사인에 의해서 유발되었더라도, 피고 대한민국은 적극적인 보호의무를 진다<sup>136)</sup> 정신장애인 또는 이에 준하는 인지능력을 갖춘 자 등을 섬에서 염전근로자에게 임금을 받지 못한 채 매우 좋지 않은 주거나 위생상태에서 가혹행위 및 강제노동에 시달리는 등 염전주인(사인)에게서 받았던 피해에 대한 국가배상책임사건에서 “◇◇과출소·○○경찰서 경찰공무원, 광주지방고용노동청 ☆☆지청 근로감독관의 행위는 법령을 위반하여 국민에 대한 보호의무 또는 기본적으로 지켜야 할 수사원칙을 저버리는 경우는 불법행위를 구성하며, 공무원의 위법한 부작위는 구호가 이루어진 때까지 계속되었고 정신적 고통(손해) 역시 계속되었다고 볼 수 있으므로 국가배상책임을 국가가 부담한다.”고 판시하여 사인에 의한 국가배상책임의 요건을 충족하는 경우 불법행위로 인한 위자료 지급책임을 지우고 있다.<sup>137)</sup>

농협의 대여금등 사건에서 “국가배상법이 적용되는 공무원은 국가공무원법, 지방공무원법상의 공무원 뿐만 아니라 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자도 공무원에 해당한다. 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법상 보증인이 공무를 위탁받아 실질적으로 공무를 수행한다고 볼 수 없고, 보증인을 위촉하는 관청은 소정 요건을 갖춘 주민을 보증인으로 위촉하는 데 그치고 대장소관청은 보증서의 진위를 확인하기 위한 일련의 절차를 거쳐 확인서를 발급할 뿐 행정관청이 보증인의 직무수행을 지휘·감독할 수 있는 법령상 근거가 없으며, 보증인은 보증서를 작성할 의무를 일방적으로 부과받으면서도 어떠한 경제적 이익도 제공받지 못하는 반면, 재량을 가지고 발급신청의 진위를 확인하며 그 내용에 관하여 행정

135) 대법원 2016. 8. 30, 선고 2015두60617 판결.

136) 헌법재판소 2008. 7. 31, 선고 2006헌마711 결정; 서울고등법원 2018. 11. 23, 선고 2017나2061141 판결.

137) 서울고등법원 2018. 11. 23, 선고 2017나2061141 판결.



관청으로부터 아무런 간섭을 받지 않기 때문에 공무를 위탁받는 사인으로 보기 어렵다.”고 판시<sup>138)</sup>하여 공무상 위탁받은 사인<sup>139)</sup>은 실질적으로 해당 업무를 수행한 경우에는 공무원에 해당하나, 국가배상책임이 인정되는 사인에 대한 국가배상책임을 묻기 위해서는 사인이 공무를 위탁받아 실질적으로 공무를 수행하여야 하고, 법령상 그 직무수행에 지휘감독할 수 있는 근거를 요하고 있다.<sup>140)</sup>

세월호사건에서 서울중앙법원은 구 해운법 제22조 제3항, 구 해운법시행규칙 제15조의7 제1항, 제2항 제15조의 8제1항, 구 여객선안전관리지침 제2조 제2호, 제7조 제1항, 제13조 제1항, 제2항에 근거하여 “내항여객선 안전운항 관리 업무 규정 운항관리자의 임면, 구체적 업무, 지도·감독 규정 등을 종합하면, 한국해운조합과 운항관리자는 국가로부터 내항여객선의 안전운항관리 등의 ‘공무를 위탁받은 사인’에 해당하고, 국가는 한국해운조합과 공동하여 운항관리자의 직무를 지도·감독할 의무가 있었다고 봄이 상당하다. 공무상 위탁사인인 한국해운조합이 안전운항관리에 관한 직무를 집행하면서 과실로 법령을 위반하였고, 한국해운조합의 직무상 과실과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 있으므로 국가는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 한국해운조합의 직무상 의무위반행위로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다. 한편, 경찰관에게 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하므로 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시<sup>141)</sup>하여 국가와 공무상 위탁사인인 한국해운조합이 안전운항관리에 관한 직무를 수행하면서 과실로 법령을

138) 대법원 2019. 1. 31, 선고 2013다14217 판결.

139) 광주고등법원은 “피고 제주특별자치도의 국가배상책임을 긍정하면서 그 전제로서, 피고 보증인들이 소유권이전등기에 필요한 절차에 관한 사무 중 보증서 발급 사무를 위탁받아 소외 2에게 보증서를 발급하는 공무를 실질적·독립적으로 수행하였으므로 그 업무 범위 내에서는 국가 또는 지방자치단체로부터 공무를 위탁받은 사인이라고 판단하고 있다(광주고등법원 2013. 1. 9, 선고 (제주)2012나664 판결).

140) 서울중앙법원도 “노량진역사와 한국철도공사 사이에 실질적인 관계에 비추어 한국철도공사가 행정주체로서 노량진역사에게 철도부지에 관한 점유사용권을 부여하여 이를 지휘·감독하는 관계에 있었다고 보기 어렵고, 노량진민자역사를 건축하여 역무시설 등을 국가에 기부채납한 후 상업시설을 통해 임대수익 등을 창출하기 위해 설립되고 운영된 노량진역사가 이른바 특허기업 또는 공무수탁사인의 지위에 있었다고 보기도 어렵다.”고 판시하여 공무상 위탁사인의 경우 위탁자의 수탁자에 대한 실질적인 지휘감독관계를 요구하고 있다(서울중앙지방법원 2012. 11. 1, 선고 2012가합8937 판결).

141) 서울중앙지방법원 2020. 1. 10, 선고 2015가합579799, 2016가합526204(병합) 판결.



위반하고, 이사건 과실과 피해간의 상당한 인과관계가 인정되므로 국가와 공무원 수탁사인에게 공동의 국가배상책임을 부담하도록 하고 있다.

생각건대, 국가 또는 지방자치단체의 업무를 민간에 위탁하는 것은 민간사업자의 독창성을 살리는 민관 연계를 통하여 효율적인 정부를 구현하는 것이므로 판단여지(전문기술적인 재량)를 유지하는 부문에도 국가배상책임을 인정하는 것이 바람직하다. 특히 보장행정에서 공적 부문과 사적 부문이 상호 협력한다면, 협력의 역할에 따라 책임을 나누는 것이 적절하며, 공공부문이 국가배상책임을 일률적으로 부담하는 것은 공평의 원칙상으로도 적절하지 않다. 또한 공사협력에서 사인에 대하여 국가배상책임을 면제해 주는 경우, 그 민간사업자의 도덕적 해이가 우려된다. 예컨대, 아동보육시설장 스스로가 아동 학대에 가담하고 있는 경우, 피해자와의 관계에서 시설장 개인은 책임을 지지 않으며, 단지 시설장에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 국가, 지방자치단체와 내부적으로 구상권이 문제되는 것이기 때문이다.

#### IV. 보장책임과 국가배상책임

국가와 지방자치단체는 사적 주체인 사인에게 공적 사무를 위임한 경우에 제3자와 사인이 고의 또는 과실로 위법하게 업무를 집행한 행위로 인하여 손해를 입게 될 가능성을 고려하여 당해 사적 주체인 사인에게 손해배상책임을 확립하기 위한 제도를 정비할 보장책임이 있다고 보아야 한다.<sup>142)</sup> 이러한 보장책임은 사인의 행위에 대하여 국가배상법이 적용되지 않는 경우에 공공조직이 제3자인 사인의 권리보호의 실효성을 담보하는 책임의 일종으로서 인정되어야 하며, 국가배상법이 적용되는 장소의 경우에도 공공기관이 사인을 위한 책임보험 등 실효적인 구상제도를 마련하여야 한다.<sup>143)</sup> 그리고 제3자와 사인이 보장책임을 다하지 않은 경우나 손해배상책임을 실제로 지울 수 없는 경우에는 국가, 지방자치단체가 보증책임의 이행의무 위반을 이유로 국가배상의 책임을 지게 된다.<sup>144)</sup>

142) 劉宗德, 前掲論文, 36頁.

143) 劉宗德, 前掲論文, 36頁.

144) 山本隆司, 전계 “日本における公私協働”, 211-212頁.

## 제4장 각국의 보장행정 입법례

### 제1절 대륙법계 국가들의 보장행정

#### I. 독 일

##### 1. 규제개혁의 논의와 규제의 의의

“규제개혁”은 지난 35년간 독일에서 정책 및 학술적 논의에 있어서 가장 중요한 주제 중 하나가 되었다. 그 본격적인 논의는 연방정부가 사회기반시설을 민영화하면서 시작되었다.<sup>1)</sup> 독일의 규제개념은 다양하게 정의된다.

우선, 1996년 통신법에서는 처음으로 규제(Regulierung)에 관한 법률적 정의를 명시하였는데, 여기에서 ‘규제(Regulierung)’란 “제2조 제2항에 적시한 목표를 달성하기 위해 취해지고, 통신기업이 통신서비스나 단말기 또는 전파시설을 제공하는 경우 그 행위를 규율하는 조치 및 전파를 효율적이고 장애 없이 사용하도록 보장하는 조치”(동법 제3조 제13호)라고 정의하고 있다.<sup>2)</sup> 독일에서 규제정책은 시장실패를 피해서 공공복리를 강조하는 국가의 적극적인 역할을 다하기 위한 도구적 개념으로 사용되기도 하였다.

오늘날 보장국가론의 등장과 함께 규제개념 또한 변화하고 있다. 보장국가론을 독일에서 처음 주장한 Martin Eifert 교수는 규제개념을 “국가가 사회의 과정에 의도적으로 영향을 미치는 것 모두”라고 하고 있는데,<sup>3)</sup> 이는 최근 조종학적 관점에서 베링거(Christian Berringer)가 언급한 “조종이든 규율의 방식이든, 사회적인 경과나 행정내부적 경과에 대하여든 사실상 모든 영향력의 행사”라는 규제에 대한 정의와도 맥락을 같이 한다.<sup>4)</sup> 또한 Schuppert 교수는 오늘날 규제개념은 고권적 규제 뿐만 아니라 자율규제를 망라할 수 있어야 하며, 공적 영역과 사적 영역이 혼합된 영역(public private mix)도 포함할 수 있다고 파악하고 있다.<sup>5)</sup>

1) 임 현, “보장국가론의 이해를 위한 소고”, 「정부학연구」 제22권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2016. 4, 41면 참조.

2) Jan Ziekow, 김환학 역, “독일의 보장국가와 규제 개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동”, 「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6, 113면 인용.

3) Eifert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 19 Rn. 5ff. 참조.

4) Christian Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, S.85.

## 2. 영역특수 규제법의 발전

독일에서 규제정책은 불완전시장에서 경쟁을 실현하고 유지하면서 동시에 재화나 서비스의 공급기능을 확보하는 역할을 하게 된다. 따라서 규제는 개별시장의 특성을 반영하게 되는데, 이러한 특성을 각 시장의 고유한 특성과 관련되어 있다는 의미에서<sup>6)</sup> 규제의 영역특수성(Sektorspezifität)<sup>7)</sup>이라고 한다. 규제 대상에 대한 영역특수성은 해당영역에서 설정한 목표를 실행하기 위하여 질서행정, 급부행정 및 계획행정 등의 특정한 행정유형에 구속되는 것이 아니라 각각의 임무관련성(Aufgabenbezogenheit)에 따라 다양한 형식으로 나타날 수 있다.<sup>7)</sup>

독일의 이러한 규제의 특성은 약 10년 전부터 경제행정법상 새로운 하위분야 형성에 영역특수규제법(sektorspezifische Regulierung)이 그 역할을 다하고 있기 때문이다. 영역특수 규제법은 각각의 영역마다 주어지는 임무에 관련된 다양한 규제목적의 달성을 목표로 하는데, 그 규제목적은 각 영역에 따라 다르게 설정된다. 대표적인 영역특수 규제로는 통신법, 철도법, 폐기물법, 에너지법, 근거리 대중교통법 등이 있다. 이러한 규제의 영역특수성은 보장행정의 규제방식에 기반을 두고 있다. 즉, 보장행정은 공동선 실현을 위한 사적 주체와의 분업적 구조를 형성하고 생존배려 영역에 관한 지속적인 급부의 공급을 목표로 하게 되며, ‘규제’라는 보장행정에서의 작용 수단은 국가의 책임방식의 변화를 요구하므로 규제수단 또한 다양하고 이질적인 특성을 가질 수밖에 없게 된다.<sup>8)</sup>

## 3. 보장행정에서의 자율규제

### 1) 보장책임의 개념

보장행정은 공공선을 실현하기 위한 행정과 사적 행위자 간의 협력과 역할분배를

5) 정남철, “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제 : 특히 규제거버넌스의 구축과 실현방안을 중심으로”, 「공법연구」 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018. 6, 419면; Gunnar F. Schuppert, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, 2011, S.258.

6) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 114면.

7) 계인국, “독일 경제행정법의 기본방향과 최근 전개양상 영역의 확대와 작용수단의 변화 : 영역의 확대와 작용수단의 변화”, 「행정법연구」 제52호, 행정법이론실무학회, 2018. 2, 92면.

8) 계인국, 위의 논문, 93면.

특징으로 한다는 점에서 급부행정과 다르다. 책임분배라 하여 행정이 임무실현에서 물러나는 것이 아니라 임무 수행 방법이 변하는 것이다. 사적 주체와 행정의 협력을 통하여 목표를 성취하는 것이 보장행정의 실현방식인데, 보장행정에서 공사 간의 협력을 벗어나 사적 주체들의 자기규제를 행정이 조종하고 감독하는 영향력을 행사하기는 불가능하다.

보장행정에서의 보장책임은 수행책임(Erfüllungsverantwortung), 보장책임(Gewährleistungsverantwortung), 보충책임(Auffangverantwortung)의 3단계로 분류된다.

우선, 수행책임이 있는 경우, 국가는 공적 임무를 자신의 기관을 통해 실현한다. 이 경우 국가가 임무를 수행하고 그에 따른 임무책임도 국가가 부담한다.<sup>9)</sup> 이에 비하여 보장책임은 자신이 스스로 과제를 실현하는 책임으로부터 벗어나 사인과 협력하여 임무를 수행하거나, 사인이 자율적 임무를 문제없이 수행할 수 있도록 국가계획으로 유도하고 조종한다. 보장책임은 다시 감시책임과 규제책임으로 구분하는데, 감시책임은 수행책임에서 보장책임으로 변화되는 과정에 대한 책임으로서, 임무실현의 다양한 변수에 대해 국가 감독이 개입하는 것이다. 둘째, 규제책임은 민영화된 임무영역에서 사인이 공공선을 실현하기 위한 임무 수행을 보장하도록 발전시키는 것을 말한다.<sup>10)</sup> 따라서 사인이 이러한 임무를 제대로 수행하지 못할 경우에 국가는 사인에게 규제 등 영향력을 행사해서라도 임무가 제대로 수행될 수 있도록 해야 한다. 그러나 이러한 영향력으로도 사인의 임무수행이 목적인 결과에서 벗어난다면, 세 번째 책임유형인 보충책임에 따라 국가는 사인에게 위탁한 임무를 다시 국가의 임무로 되돌릴 수 있다(탈사화; Entprivatisierung) 및 공공화(Publifizierung).<sup>11)</sup> 특히 규제를 완화시켜 사인의 자율성을 보장하였음에도 공공선 실현에 차질이 생겼을 때 국가가 지는 보충책임에는 어떤 임무가 재규제되어야(re-reguliert) 하는가에 대한 지속적인 감시의무가 포함된다는 점에서 민영화국가와 구분된다.<sup>12)</sup>

이처럼 보장국가는 종래의 급부국가와 달리 ‘날씬한 국가’를 지향하지만 날씬한 국가라고 하여 국가의 법적 책임이 축소되는 것이 아니라 보장책임이라는 새로운 형

9) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 116면.

10) Jan Ziekow, 김환학 역, 위의 논문, 117면.

11) 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 「공법연구」 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015. 10, 467면; Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Gunnar Folke Schuppert(Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S.92ff.

12) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 119면.

태로 전환되는 것이다.<sup>13)</sup> 또한 국가가 보장책임을 확보하기 위하여 동원하는 다양한 법적 수단에 대한 비용이 전반적으로 임무를 직접 손수 실현하는 경우보다 더 높을 가능성도 생각해 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 이러한 점에서 보장국가의 핵심은 책임을 감량하는 것이 아니라 공공선 실현을 위하여 최적화된 국가상을 형성하기 위해 책임을 전략적으로 강화하는 것이라고 보아야 한다.

## 2) 보장책임의 실현수단으로서의 규제

### (1) 규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung)

보장행정의 목표는 사인과 행정이 협력주체가 되어 각자가 가진 장점들을 적극 활용하여 양질의 공공선을 확보하는 것이다. 자율규제는 국가규제보다 전문적이고 유연한 대응이 가능하고 규범의 수용력이 증대될 수 있으며 국제적 규율 형성에 기여할 수 있다는 장점이 있으나, 공익에 대한 고려가 배제되기 쉽고 경쟁억제를 위해 카르텔을 맺으려는 기회로 악용될 수 있다는 한계도 나타난다. 따라서 국가의 외부적 규제가 그 보충적 대안으로 제시될 수 있다. 이를 위하여 보장행정의 규제는 첫째, 규제로 인한 사회적 부담은 최소화하면서도 공공선을 최대한 효율적으로 실현하기 위한 관리와 감독에 중점을 두는 방식이어야 한다. 둘째, 수행책임을 이행하는 사인은 보장책임에 집중하는 행정보다 당해 영역의 문제를 보다 상세히 파악할 수 있기 때문에 그 과정에서 얻는 전문지식과 경험을 주도적으로 반영하여 공공선 실현을 목표로 한 규제의 질과 효율성을 높일 수 있는 방식이어야 한다. 셋째, 행위자 스스로 규제하게 될 경우, 행위자가 그 규제결과에 대한 수용력과 신뢰를 높임으로써 규제 효과를 극대화시킬 수 있는 방식이어야 한다. 그러한 방식이 바로 사적 주체에 의한 자율규제와 국가의 규제역할이 결합된 ‘규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung)’라고 부른다.<sup>15)</sup>

---

13) 정기태, 앞의 논문, 466면: Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundfragen der Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Reformbedarf und Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, 2.Auflage, 2012, S.50f.

14) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 117면.

15) Jan Ziekow, 김환학 역, 위의 논문, 117면.

(2) 규제된 자율규제의 전형적인 규제방식

독일의 학자 Jan Ziekow는 독일에서 논의된 규제된 자율규제를 실현하는 전형적인 규제방식을 다음과 같이 설명하고 있다.<sup>16)</sup>

- 첫째, 기술법 영역에서와 같이 사적 표준(private Standards)을 여러 형식으로 국가적 법규범에 수용하는 방식
- 둘째, 국가의 강행적 규제를 피하기 위한, 경제단체 등의 자기의무화 선언
- 셋째, 인정(Akkreditierung)과 인증(Zertifizierung), 검사(Audit) 등의 형식으로 조직과 절차에 대해 감시하고 질을 확보하는 사적 체계에 대한 국가의 규제
- 넷째, 국가가 임무실현에 폐쇄적 시장을 개방하는 경쟁적 요소를 접합(예컨대 공공역객 운송이나 사회보장급부와 같은 급부실행에 경쟁을 통해 결정된 사기업을 투입)
- 다섯째, 우편이나 통신, 에너지와 같은 일정한 사회기반시설의 경우 기본수요 충족과 일정한 급부조건을 확보하기 위한 시장규제

이와 같이 규제된 자율규제 방식이 그 효과를 발휘하기 위하여 국가는 법적인 틀을 제공하여 자율규제의 한계점을 보완함으로써 자율규제 시스템에 따른 위험을 고려하고 공공선과 관련된 과제가 적절히 수행될 수 있도록 보장하여야 한다. 현재 독일에서의 규제는 각 영역의 규제법에서 그 법의 목적을 달성하기 위한 수단으로 작용하고 있다. 이하에서는 영역특수 규제법을 포함한 산업별 민영화 현황과 그에 대응하여 독일법제하에서 규정하고 있는 보장책임을 실현하기 위한 규율방식을 고찰한다.

## 4. 보장행정의 입법례

### 1) 독일기본법상 보장행정

독일기본법 제87f조와 제143b조에서 우편 및 통신 분야의 민영화(사화)와 이에 대한 국가의 보장 의무를 규정하여 생존배려의 급부와 관련된 보장행정의 헌법적 근거로 본다. 연방은 법률에 따라 우편 및 통신 분야에서 모든 지역에 걸쳐 적절하고 충분한 서비스를 보장하고(제87f조 제1항), 동 서비스는 고권적 임무를 제외하고 구 독

16) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 118면.

일연방우편 후신기업 및 여타 사기업들에 의해 사경제적으로 이루어지도록 하고 있다(제87f조 제2항 및 제3항, 제143b조).<sup>17)</sup>

기본법 제87조의f 제2항 제2문에는 우편 및 통신분야의 고권적 임무는 연방행정에 의해 수행된다고 규정하고 있다. 따라서 통신시장에 있어서 공공성 확보를 위한 고권적 임무는 연방정부의 수행기관인 「연방통신우편통제청」이 담당한다.<sup>18)</sup> 기본법 제87조의f의 핵심 내용은 첫째, 연방은 연방법률이 정하는 바에 따라 통신영역에서 “전지역을 포괄하는 적절하고 충분한 역무”(보편적 역무)제공이 이루어지도록 보장하여야 하며, 고권적 임무는 연방행정이 담당하여야 한다는 것이다. 둘째, 통신역무 제공은 Deutsche Telekom과 그밖에 다른 민간공급자에 의해 사경제적으로 이루어진다는 것이다. 이를 통해 독일은 통신분야에 있어서 사적 주체의 자율화와 공공주체의 보장기능을 분리할 것을 명문화하였다.<sup>19)</sup> 동조 제2항은 “보편적 역무제공에 대한 규율은 기술적·사회적 발전에 따른 수요에 적합하게 되어야 한다”고 규정하고 있는데 여기에서의 보편적 역무의 제공의무는 국가의 지시나 국가의 정책 수단이 되어서는 안 되며, 시장경제상황에 따른 적절한 규제에 의하여야 한다고 본다.<sup>20)</sup>

또한 시장에 의해 보편적 서비스가 적절히 제공되지 않는 경우 통신법에 따라 규제기관은 보편적 서비스 제공사업자를 지정해야 한다. 이 경우에 시장 내의 사업자 중 전체 매출 대비 4% 이상의 매출을 가진 사업자는 보편적 서비스의 제공이 가능하도록 기여할 의무가 있다. 우선적으로 규제기관은 보편적 역무의 제공이 원활하지 않은 서비스나 지역에 대한 결과를 공표해야 한다. 공표 이후 1개월 이내에 어떤 사업자도 보편적 서비스를 손실보전 없이 스스로 제공하지 않으려고 할 경우 규제기관은 제공의무사업자 지정, 손실보전 등과 같은 보편적 서비스 제공을 위한 제반 절차에 착수해야 한다.<sup>21)</sup>

철도, 우편, 통신, 수도에 관해 규정된 보장책임에 관한 법제 이외에 유력설은 전기 분야에서 보장책임의 헌법적 근거를 국가목표 조항으로 사회국가원리(기본법 제20조 제1항), 환경국가원리(기본법 제20a조), 인간의 존엄(기본법 제1조), 기본권조항,

17) 정기태, 앞의 논문, 463면.

18) 고문현, 「독일통신사업의 민영화와 통신사업의 허가제도」, 울산대학교출판부, 2005, 37면.

19) 고문현, 위의 책, 38면.

20) 고문현, 위의 책, 78면.

21) 이종용·조병선, “독일의 보편적 서비스 정책 분석”, 「한국통신학회 학술대회논문집」, 한국통신학회, 2014, 557면.



입법권한(기본법 제74조 제1항) 및 행정권한(기본법 제83조 이하) 등에서 찾고 있다.<sup>22)</sup> 이로부터 민간과 국가의 책임영역이 분리되면서 국가는 보장책임을 부담하고, 시장의 구조를 마련하기 위한 법적 틀을 창출할 필요성이 생겼다.<sup>23)</sup> 이러한 변화로 국가는 급부제공의 주체에서 규제의 주체로 변화하게 되었다.<sup>24)</sup>

## 2) 연방행정절차법상의 보장행정

현행 독일연방행정절차법 제25조 제3항은 “행정청은 수많은 제3자의 이해에 사소하지 않은 영향을 미칠 수 있는 사업계획시 사업주체가 관련된 공중에게 조기적으로 사업목표, 사업을 실현하기 위한 수단 및 예상되는 사업의 영향을 알릴 수 있도록 노력하여야 한다. 조기적인 공중참여는 가능한 한 사업신청 전에 행해져야 한다. 관련된 공중에게는 사업계획 등에 관해 의견을 표명할 기회와 논의를 할 기회가 주어져야 한다. 사업신청 전에 행해진 조기적인 공중참여의 결과는 관련된 공중과 행정청에게 늦어도 사업신청시에, 그렇지 않은 경우에는 신속히 통지되어야 한다. 관련된 공중이 다른 법규정을 통하여 사업신청 이전에 이미 참여하였다면 제1문은 적용되지 않는다. 다른 법규정들에 의한 참여권들은 영향을 받지 않는다.”고 규정하고 있다.

그러나 연방행정절차법 제25조 제3항 제1문은 단지 행정청의 노력의무(Hinwirkungspflicht)에 관한 규정만 두고 있을 뿐, 사업자의 조기적 공중참여의 실행에 관한 행정청(계획확정청 또는 허가청)의 법적 의무나 사업주체의 책무에 관하여 규정하고 있지 않다. 여기에서의 ‘노력(Hinwirkungspflicht)’의 개념은 사전적 공중참여에서의 행정청의 적극성을 요구하는 개념이므로 행정청의 노력의무는 행정청의 방관을 합리화하는 것이 아니다. 즉, 노력의무의 구체적인 실현형태는 사업주체와 공중에 대한 정보제공, 사업주체에 대한 사전적 공중참여실시의 권고, 참여절차실행

22) Ruge, Reinhard, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin 2003. S.218ff.: 헌법재판소, 「국가별 법령집」-독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 3면, 27면; 정남철, “생존배려영역에서의 민영화와 보장책임 : 특히 보장책임의 실현가능성을 중심으로”, 「법조」 제65권 제6호, 법조협회, 2016. 6, 195면.

23) 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009. 3, 501면.

24) 류지태, “통신행정에서의 국가의 역할”, 「공법연구」 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001. 12, 96면.

에서의 자문 및 지원 등의 다양한 형태가 고려될 수 있다. 조기적 공중참여에서의 행정청의 역할에 관하여 언급하고 있는 2015년 6월 15일에 제정된 연방간선도로법의 계획확정지침에 따르면, 행정청의 노력의무의 예로서 대규모사업수행이 가능한 사업주체에게 조기적 공중참여제의 홍보를 규정하고 있다(제14호 제2항 제2문).<sup>25)</sup>

독일 연방행정절차법은 사업에 이해관계가 있는 공중의 사익과 사업을 통해 추구하는 공익이 조화될 수 있도록 하기 위하여 계획확정절차에서의 공중참여제도를 규정하고 있고,<sup>26)</sup> 대표적인 공중참여제도로는 계획에 대한 공청회와 주민의 의견청취 절차를 통한 의견수렴이 있다. 이러한 계획법상의 공중참여제도는 개별인의 이익보호와 사업의 원활한 진행이라는 두 가지 목표를 합리적으로 조정하기 위한 절차이기는 하나, 이미 사업주체에 의해 계획이 상당할 정도로 구체적으로 형성된 후에 공중이 참여하는 경우에는 그 계획을 수정·변경한다는 것은 사실상 불가능하다.<sup>27)</sup> 더욱이 그 계획이 대규모사업에 관한 것이라면 국민의 기본권이나 개별 이해관계에 끼치는 영향력이 막대할 것이므로 다른 계획보다 더 신중하고 체계적으로 수립되어야 한다. 이러한 배경으로 독일연방행정절차법 제25조 제3항에는 계획법상 대규모계획에서의 조기적 공중참여제도를 규정하고 있다.

또한 행정청의 노력의무규정의 특성상 사업주체는 공중참여를 이행하지 않더라도 아무런 법적 구속력을 받지 않는다. 따라서 사업주체는 실체법의 범위에서 자신의 계획을 자유로이 형성할 수 있다. 즉, 조기적 공중참여를 실행할 것인지의 여부, 실행하는 경우에 어떤 구체적인 방식으로 실행할 것인지의 여부는 사업자의 고유한 형성영역이다.<sup>28)</sup> 이러한 점에서 사업주체는 계획에 대한 위협을 스스로 부담하는 것이다. 노력의무규정은 당사자에 대하여 노력하여야 할 내용을 제시하는 것이 목적이므로 그 자체로 직접적인 법적 효력은 없으며 위반하더라도 벌칙 기타 법적 제재를 받지 않는 작위의무·부작위의무를 뜻한다.<sup>29)</sup> 즉, 구체적인 권리의무관계의 확정에 관한 것이 아니라 오히려 일반적 혹은 추상적인 원칙이나 지침을 내용으로 한다는

25) 김봉철, “계획법상 대규모사업에서의 조기적 공중참여에 관한 연구 : 독일 연방행정절차법 제25조 제3항상의 조기적 공중참여제도의 내용과 그 시사점을 중심으로”, 「토지공법연구」 제73집 제1호, 한국토지공법학회, 2016. 2, 194면.

26) 김봉철, 위의 논문, 179면.

27) 김봉철, 위의 논문, 196면.

28) Bezirksregierungen NRW, Leitfaden für eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, 2014, S. 5.

29) 박영도, “노력의무규정의 입법론적 고찰”, 「법제연구」 제49호, 한국법제연구원, 2015. 12, 215면.

점에서 정책에 관한 지침이나 방향성을 제시하는 조항인 프로그램규정의 일종으로 볼 수 있다.<sup>30)</sup> 또한 당사자의 행위를 엄격히 구속하기보다 당사자의 행위에 대해 일정한 방향을 지시하고 제공함으로써<sup>31)</sup> 당사자로 하여금 자발적 이행을 하도록 한다는 점에서 국제법에서 논의되고 있는 이른바 Soft Law<sup>32)</sup>의 성격을 지니는 규정이라고 보는 견해도 있다.<sup>33)</sup> 이러한 특징 때문에 노력의무규정은 수범자에 대한 입법적 실효성과 경제성이 없다는 비판의 여지가 있다. 그러나 조기적 공중참여제도의 실시에 대하여 강제적인 집행력이 수반되지는 않지만 노력규정을 둠으로써 당사자에게 일정한 책임감을 부여하여 일정한 행동을 유도한다는 점<sup>34)</sup>과 사전적 공중참여가 실질적으로는 후행하는 행정절차의 사전절차로서의 기능을 수행한다는 측면에서 사실상의 강제력을 발휘한다는 점<sup>35)</sup>에서 입법적 의의가 있다.

행정절차법 제25조 제3항의 취지에 따라 적절한 조기의 공중참여를 원활하게 실시하도록 하는 관리수단으로서, 독일 기술자연합 지침 7000(Richtlinie VDI 7000)이 있다. 이는 산업 및 사회기반시설사업에 대한 조기의 공중참여라는 틀 안에서 이루어지는 자율규제로서, 민간단체인 ‘독일 기술자연합’이 공적 절차로 작성한 지침이다.<sup>36)</sup> 그러므로 행정절차법 제25조 제3항과 독일 기술자연합 지침 7000은 국가가 공적 임무를 자율규제를 통해서 수행하게 하면서도 동시에 자신의 보장책임으로 인해 그 자율규제를 최소한의 범위 내에서는 규제해야 하는 ‘규제적 자율규제’<sup>37)</sup> 방식으

30) 박영도, 위의 논문, 206면.

31) Kenneth W. Abbott/Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, International Organization 54/3, 2000, p.421.

32) 이를 법질서의 하이브리드화(hybridisierung)로 표현하기도 한다. Hard Law만으로는 현대사회의 복잡하게 변화하는 사회적 관계에 대응할 수 없다. 따라서 Soft Law와 같은 당사자의 자율성을 낳게 하는 법이 필요하다는 주장으로 박영도, 앞의 논문, 219면; Thomas Giegerich, Internationale Standards- aus Völkerrechtlicher Perspektive, in :Andreas Paulus/Nina Dethloff/Thomas Giegerich/Ingeborg Schwenzer/Heike Krieger/Andreas R. Ziegler/Stefan Talmon/Haimo Schack Internationales, Nationales und Private Recht. Hibridisierung der Rechtsordnungen, C.F Muller : Heidelberg, 2014, S.141f.

33) Eric Posner & Jacob Gersen “Soft Law” University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No.213, 2008, p.2.

34) 박영도, 앞의 논문, 216면.

35) 김봉철, 앞의 논문, 197면.

36) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 121면.

37) 서보국, “독일 공법상 규제된 자율규제제도 : 우리의 지방공기업법과 지방자치법과의 관련성에 대하여,” 「지방자치법연구」 제19권 제1호(통권 제61호), 한국지방자치법학회, 2019. 3, 184면.

로도 볼 수 있다.

### 3) 연방통신법상 보장행정

1996년의 연방통신법은 연방의 보편적 서비스(Universaldienst; 보편적 역무, 보편 역무)의 보장의무를 규정하고 있다.<sup>38)</sup> 제78조 제1항에서 보편적 서비스에 대하여 “일정한 통신서비스 제공의 최소한도”라 할 수 있다. 첫째, 그 서비스가 갖는 공공성으로 인해 포기할 수 없는 기본적 급부가 되었고, 둘째, 그 서비스의 질적 수준이 일정하게 확정되었고(확정되었다면), 셋째, 일반 시민과 기업과 같은 최종사용자는 주거지나 사업소에 상관없이 이 서비스에 적정 가격으로 접근할 수 있어야 한다.”라고 규정하고 있다.<sup>39)</sup> 이에 따르면 보편적 서비스는 서비스의 질적 보장, 서비스의 일반적 이용가능성, 합리적인 가격을 특징으로 한다.<sup>40)</sup> 보편적 서비스의 범위에는 유선전화, 전화번호부, 전화번호안내, 긴급전화가 해당된다. 그러나 보편적 서비스로 지정되는 기본 통신서비스는 기술발전이나 보급률 등의 기술력 및 시장 트렌드에 따라 유동적인데, 최근에는 기존 음성중심의 환경에서 데이터 중심환경으로 바뀌고 있다.<sup>41)</sup>

현행 독일 통신법은 보편적 서비스의 정의 및 범위, 제공사업자 산정, 분담사업자 범위, 손실보전에 대해 큰 틀에 해당되는 설명만을 제공하고 있고 법률적 측면에서 어떤 사업자도 보편적 서비스 제공사업자로 지정되어 있지 않다. 하지만 독일 텔레콤(Deutsche Telecom)이 자체적으로 서비스를 제공하고 있어 사실상 DT가 보편적 서비스의 제공사업자로서 역할을 하고 있다. 만일 독일 텔레콤이 자발적인 보편적 서비스 제공을 중단하기로 결정한다면 1년 전에 중지하려는 의도를 규제기관에 통보해야 한다.<sup>42)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 국가는 시장에 의한 통신사업자의 경영 자율성을 최대한 보장하고, 시장의 역할이 원활하지 않을 경우에 한하여 보편적 서비스 제도를 구체적으로 마련한다. 이에 따르면 규제기관은 독일 텔레콤이 보편적 서비스를 자발적으

38) Scheurle/Mayen(Hrsg.), Telekommuni-kationsgesetz(TKG), Verlag C.H.Brvk: Munchen, 2002, S.310-317.

39) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 119면.

40) Schutz/Cornils, “Universaldienst und Telekommunikation”, DVBL. 1997, S.1147.

41) 이종용·조병선, 앞의 논문, 556면.

42) 이종용·조병선, 위의 논문, 556면.

로 제공하는 것이 계속되는 한, 보편적 서비스에 관하여 국가의 적극적 역할은 불필요하고 이와 관련한 손실보전 시스템은 독일에서 작동되지 않을 것이다. 이처럼 독일에서 시장질서에 기반한 보편적 서비스 제공이 성공적으로 지속될 수 있는 배경에 대하여 2013년 10월 독일 규제기관 담당자를 대상으로 실시한 면담조사<sup>43)</sup> 결과에 따르면, 독일 텔레콤이 자발적 보편적 서비스 제공 철회를 1년 전에 통보할 수 있는 선택권을 사용하지 않고 지속적으로 보편적 서비스를 제공하는 것은 사업자 고유의 전략적 선택에 의한 것으로 나타났다고 한다. 즉 독일 텔레콤이 보편적 서비스 제공을 중단할 경우 언번들링(Unbundling)<sup>44)</sup>효과로 경쟁사업자가 진입하여 가입자를 유치하게 될 것을 고려한 시장대응전략으로 보이며, 보편적 서비스 제공자로서 얻게 되는 무형편익이 순비용보다 더 큰 것이라는 사업자 자체적 판단도 반영된 것으로 해석되고 있다.<sup>45)</sup>

보장책임은 국가(정부)는 핵심적 역할(국방, 치안, 외교, 국민생활의 최소한의 보장 등)만 직접 수행하고 나머지 역할 또는 활동은 가급적 공사협력(민영화)를 통해서 혹은 사인의 자율적 활동을 통해 달성하되, 그 공사협력 내지 사인의 자율적 활동이 본래의 목적을 달성할 수 있도록 보장할 책임이다.<sup>46)</sup> 그런데 철도산업에서의 국가책임을 보장책임으로서의 기간시설책임이라고 보는 견해가 있다. 기간시설책임이란 사회의 경향이 지배되는 우편, 통신, 철도 등의 망(Netz)으로 연결된 인프라 영역에서의 책임형태를 보장책임의 일종으로 설명하려는 개념이다.

도로, 철도, 수로, 항로, 통신망, 전기 및 가스망 등은 인간, 재화, 정보의 거리(Entfernung)를 극복하는데, 즉 이동·운송·전달에 기여한다는 특징이 있다.<sup>47)</sup> 경제학적으로도 망의 공급은 자연적 독점에 해당하므로 경쟁에 의한 조절에 맡길 것이 아니라 국가의 개입이 필수적이라고 보고 있다. 그에 따라 국가는 사회적, 경제적, 정치적 통합의 형성이라는 망기간시설의 기본기능을 유지하기 위하여 기간시설의 기본공급(Grundversorgung)을 충분하게 하는 기준을 보장하는 책임을 진다는 것이다. 기간시설책임을 주장하는 게오르크 헤르메스(Georg Hermes)는 국가가 제대로 기능하는 기간시설을 보장하는 방법으로서 국가가 직접 기간시설을 운영하는 방식, 망과 역무를 분리하여 망의 접근을 보장하면서 역무에서는 경쟁하도록 하는 방식을

43) 이종용·조병선, 앞의 논문, 557면.

44) 언번들링(Unbundling)은 하나로 통합되어 있던 것을 여러 개로 나누는 것을 뜻한다.

45) 이종용·조병선, 앞의 논문, 557면.

46) 정기태, 앞의 논문, 464면.

47) 박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 2018, 265면.

제시하고, 이러한 구조는 민주적 정당성을 통해 질서의 틀을 형성함으로써 가능해진다 고 말한다.<sup>48)</sup> 그리고 기간시설책임의 구체적인 내용으로는 망과 역무의 분리, 1차 망과 2차망의 구별, 규제를 통한 경쟁의 확립, 보편적 서비스(universalsienst)의 보장 등을 설명한다.<sup>49)</sup> 대표적인 망산업의 하나인 철도산업에 대한 국가의 보장책임을 기간시설책임이라고 보는 것이 타당한 이유는, 망(Netz) 또한 기타 다른 생존배려영역과 마찬가지로 그 누구도 합리적 이유 없이는 차별 받아서는 안될, 공동체의 기본적인 생존조건에 해당하기 때문이다. 따라서 모든 사람이 적절한 조건으로 접근할 수 있는 가능성이 보장되어야 하며, 국가가 그 역할을 해야 한다.

독일 통신법에는 국가의 보장책임을 위한 체계가 잘 나타나 있다. 독일의 현행 통신법은 통신사업자의 경영 자율성을 최대한 보장하고, 여의치 않을 경우 규제를 통하여 공공성을 확보할 것을 규정하고 있다. 그리고 규제를 통한 통신부문의 경쟁촉진, 전 독일 내에서 적절하고 충분한 보편적 역무의 보장 등을 기본목적으로 하여 일정한 능력을 갖춘 사기업에 대하여 원칙적으로 시장진입을 무제한 허용하고 있다.<sup>50)</sup>

동조 제78조 제1항의 보편적 서비스에 관한 개념은 생존배려 영역으로서 기본적인 통신서비스의 보장을 구체화한 것이라고 할 수 있다. 국가가 보장책임을 실현하는 체계는 우선 보편적 서비스를 사경제작용으로서 시장에서 민간기업에 의하여 실현되고 시장이 적절하고도 충분하게 보편적 서비스의 제공을 보장하지 못하는 경우에 비로소 국가가 보장책임을 지는 것이다.

그런데 시장에서 보편적 역무가 제공되지 못하는 경우, 보편적 서비스 공급의 부족을 해결하기 위한 규율을 두 단계로 나누어 규정하고 있다. 제1단계로, 규제청은 보편적 역무가 적절하고도 충분하게 제공되지 못하고 있거나 못하게 될 경우 어떤 보편적 서비스가 어느 곳에서 부적절하거나 불충분하게 이루어지는지를 확인하여 공표한다. 기업들은 공표 후 1개월 이내에 보편적 서비스를 재정적 보상 없이 공급할 것을 통지한다(통신법 제81조 제1항). 이 첫 번째 단계는 기업의 자발적 결정에 바탕을 둔다. 기업이 경영판단을 통해 이러한 요구를 수용할 경우, 보편적 역무제공이라는 공익은 사인의 시장행동을 통해 달성될 수 있게 된다. 이 규정은 시장지배적

48) Georg Hermes, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: Schuppert(Hg.), Der Gewährleistungsstaat, Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S.114-115, 120.

49) Ibid, S.112ff.

50) 고문현, 앞의 책, 36면.



사업자가 일반공중의 생존배려 영역인 보편적 역무를 매우 적은 비용으로 제공할 경우, 장기적인 관점에서 봤을 때 사업자에게 오히려 긍정적인 결과를 가져올 수 있음을 고려한 규정이다.<sup>51)</sup>

그러나 1개월이 경과하여도 사업자가 자발적으로 서비스제공을 하지 않는 경우에 제2단계가 적용된다. 규제청은 보편적 역무제공이 이루어지지 않는 당해 시장에서 지배적 지위에 있는 사업자 가운데 하나 또는 수 개의 사업자를 지정하여 보편적 역무를 제공할 의무를 부과할 수 있다. 하지만 그중 한 기업이라도 의무부과가 되는 경우 통신법 제82조, 제83조에 따라 다른 기업으로부터 재정적 보상을 요구할 수 있음을 납득시킨다면 의무부여는 이루어지지 않는다. 제2단계 역시 국가의 보장책임이 가능한 한 “시장친화적(marktnah)”으로 실현되어야 한다는 취지에 부합한다. 제3단계도 마찬가지이다. 해당 기업이 보편적 서비스의 의무가 부여되는 경우 재정적 보상을 요구할 수 있음을 납득시킨다면 이 단계가 적용되고, 연방네트워크행정청이 보편적 서비스의 입찰을 통해 “시장에 유사한(marktähnlich)” 해결책을 찾아야 한다. 이 사업은 적절하고도 최저보상을 요구하는 신청자에게 위탁된다(통신법 제81조 제3항). 만약 입찰을 통해 적격사업자가 지정되지 않을 경우 비로소 제4단계로 해당 기업들에게 의무를 부여한다(통신법 제81조 제5항) 또한 해당 기업이 보편적 역무제공을 부담하며 결손이 발생하였음을 입증하는 경우에는 재정적 조정보상(손실보전금)이 제공된다(제20조 제1항).

요컨대 “보편적 서비스를 충분하고도 적절하게 제공하는” 공적 임무의 실현은 사기업들을 통해 이루어진다. 하지만 국가에 보장책임이 남는데, 이는 기업에 의해 자율적으로 충분히 작동되지 않는 경우에 비로소 현실화된다. 따라서 규제법에 근거하여 국가가 동원할 수 있는 규제수단들은 우선적이고 직접적인 명령이 아니라, 한 발짝 뒤로 물러나 기업 활동에 영향을 미치는 데에 주안점을 두는 것이다. 즉, 국가의 강제력은 최후에 동원되고, 자발성과 시장적합성에 바탕을 둔 해결책이 우선하는 것이 독일의 보장책임이다.<sup>52)</sup>

#### 4) 순환관리 및 폐기물법상의 보장행정

51) 고문헌, 앞의 책, 79면.

52) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 120면.



폐기물관리에 대한 독일의 법제는 3단계의 발전과정을 거쳐 1994년 순환관리 및 폐기물법이 제정되었다. 순환관리란 폐기물 배출시설의 내부에서 자원으로 활용함으로써 우선적으로 폐기물의 발생 자체를 방지하고, 가능한 한 폐기물이 소량으로 배출되도록 하며, 폐기물 발생과 유해물질 함유량이 적은 제품을 소비자가 구매하도록 유도하는 것을 말한다.<sup>53)</sup>

독일의 순환관리 및 폐기물법(Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz)에서 폐기물이란 점유자가 처분하였거나 처분하려고 하는 것(주관적 폐기물 개념)이거나 또는 점유자가 처분하여야만 하는 것(객관적 폐기물 개념)을 의미하며(동법 제3조 제1항 제1문), 폐기물은 재활용되지 않는 폐기물인 처리되는 폐기물과 재활용되는 폐기물로 구분된다(동항 제2문). 여기서 폐기물의 재활용이란 폐기물이 어떠한 형태로든 이용되며, 이용의 주된 목적이 원료를 대체하는 것이고, 폐기물의 처리란 유해물질을 제거한 후 폐기물을 영구적으로 순환관리에서 배제하는 목적을 가진 모든 조치를 포함하는 개념이다. 순환관리 및 폐기물법은 폐기물은 우선적으로 발생이 억제되어야 하며, 그 다음에 재활용되어야 한다는 원칙을 반영한 법률이다. 그리고 재활용이 처리보다 우선하여야 한다는 재활용 우선 원칙을 규정하고 있다(제5조 제2항 제2문).<sup>54)</sup>

재활용폐기물과 처리폐기물은 순환관리 및 폐기물법상 상이한 법적 규율을 받고, 그에 따른 법적 효과도 다르게 규정되어 있다. 폐기물은 감독의 필요성이 없는 경우, 감독이 필요한 경우, 특별한 감독이 필요한 경우를 기준으로 감독이 필요 없는<sup>55)</sup> 재활용폐기물, 감독이 필요한 재활용폐기물, 특별한 감독이 필요한 재활용폐기물 그리고 항상 감독이 필요한 처리폐기물은 감독이 필요한 처리폐기물, 특별한 감독이 필요한 처리폐기물로 구분된다.

이러한 구별에 따라 폐기물로 인한 위험에 대하여 책임을 지고 보장을 하도록 구체적으로 규정하였다.<sup>56)</sup> 특히 ‘특별한 감독이 필요한 폐기물’은 영업상 또는 그 밖의 경제적 기업 또는 공공시설에서 발생하는 폐기물이, 환경 또는 건강에 유해한 특정

53) 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계 : 독일의 순환관리 및 폐기물법을 중심으로”, 「환경법연구」 제25권 제1호, 한국환경법학회, 2003, 171면.

54) 김연태, 위의 논문, 178면.

55) 그러나 법 제40조에 의하여 폐기물로서의 일반적인 감독은 받는다(김연태, 위의 논문, 179면).

56) 성봉근, “보장국가로 인한 행정법의 구조변화”, 「지방자치법연구」 제15권 제3호(통권 제47호), 한국지방자치법학회, 2015. 9, 193면.

한 물질적 특성을 가지는 경우(제41조 제1항), 민영화로 인하여 사적 주체가 폐기물에 관한 위와 같은 업무를 담당하는 경우라도 엄격한 요건 아래 특별한 감독을 하여 규제하도록 하고 있다. 어떠한 폐기물이 ‘특별한 감독이 필요한 폐기물인지 여부는 ‘특별한 감독이 필요한 폐기물의 지정에 관한 규정(Bestimmungsverordnung besonders überwachungsbedürftiger Abfälle)’에서 규정하고 있다.<sup>57)</sup>

개정 전 1986년의 폐기물법에서 폐기물 처리의무는 제3조 제1항의 권한 있는 공공단체가 그 지역 폐기물 처리의무를 부담하도록 하였고, 제3자의 참여는 행정의 업무수행에 도움을 주는 것에 불과한 것으로 보아 제3자에게 처리의무를 위임하는 것은 허용되지 않았다.<sup>58)</sup> 그러나 개정 후 순환관리 및 폐기물법에서는 이중시스템을 따르고 있다. 즉, 종래 행정주체가 해 온 시스템과 민간이 담당하는 시스템을 병행하는 구조라고 볼 수 있다.<sup>59)</sup>

폐기물 원인자(제5조 제2항 및 제11조 제1항)와 공법상 처리주체(제15조 제1항)가 함께 폐기물처리 의무를 부담한다고 규정하고 있다. 즉, 폐기물의 배출자 또는 점유자가 원인자책임 원칙에 따라 재활용 또는 처리의 의무를 부담하지만 폐기물의 적정처리가 보장되지 않을 때는 공법상 처리주체가 의무를 부담하게 되어 있다. 즉, 폐기물의 배출자가 스스로 적정하고 환경친화적으로 처리할 기술력이 부족하거나 재정상의 곤란한 이유가 있거나 기타 사유로 환경친화적이며 공공복리에 적합한 폐기물의 처리를 위하여 공법상 처리주체에게 맡기는 것이 요구되면 공법상 처리주체가 보충적인 폐기물 처리의무를 부담하도록 하는 것이다.<sup>60)</sup>

또한 동법 제16조에는 제3자에게 폐기물처리 의무가 이전될 수 있도록 규정하였다. 동조 제1항에 따라 폐기물처리 의무가 맡겨진 제3자는 행정보조인에 불과하고 공무수탁사인이 아니므로 업무수행의 책임은 계속해서 업무를 맡긴 공공주체에게 남아 있게 된다(동법 제16조 제1항).

그러나 동조 제2항에 의하여 처리의무가 이전된 제3자의 경우는 법적으로 위탁(Beleihung)에 해당하여 공무수탁사인의 지위에 있다. 따라서 처리의무가 이전됨에 따라 제3자는 폐기물 처리를 자기책임하에 수행할 의무를 부담하고, 공법상 처리주체는 자신의 처리책임으로부터 면제된다. 이 경우 처리의무를 부담하는 제3자는 수

---

57) 김연태, 앞의 논문, 180면.  
 58) 김연태, 위의 논문, 189면.  
 59) 정기태, 앞의 논문, 467면  
 60) 김연태, 앞의 논문 190면.

수료 결정, 출입 및 감독권한 등 행정주체로서 그에 상응하는 권리와 공법적 기속을 받는다. 따라서 제3자는 그에게 맡겨진 폐기물처리를 정당한 사유 없이 거부할 수 없다.<sup>61)</sup>

### 5) 연방물관리법상의 보장행정

독일은 전통적 생존배려영역에 속하는 물의 공급을 공공성의 성격이 가장 두드러진 서비스 영역으로 보고 있다. 독일의 수자원 경제에 있어 핵심이 되는 법은 독일 연방물관리법(Wasserhaushaltsgesetz; WHG)과 각 주의 수법(Wasserrecht)이다. 이들은 특히 허가와 특허 의무, 하천수의 보전과 개선, 물보호구역에 대한 특별한 공법상의 사용규칙 등 하천수에 대한 공법상의 사용규칙을 규정하고 있다.<sup>62)</sup> 토지경작과 수리의 수요에 대하여 주와의 관계규정인 독일기본법 제89조 제3항은 물에 관한 윤곽 규범을 제정할 것을 명령하고 있는데 이를 구체화한 법이 바로 물에 관한 기본법인 연방물관리법이다.<sup>63)</sup> 즉, 윤곽 규범으로 적용되는 연방물관리법은 물 관리에 대한 기본적인 틀만 형성하고, 수질보전에 대해서는 각 주에서 구체적인 입법형성이 가능하도록 하였다.<sup>64)</sup> 이 연방물관리법에는 허가 또는 특허가 공공에 대한 물 공급을 위태롭게 할 것으로 예상되거나 또는 이러한 위험부담을 부과하거나 공법인의 조치로 이런 위험을 방지하거나 완화할 수 없는 경우에는 거부되어야 한다고 규정하고 있다(WHG 제6조).

그리고 독일의 각 주에서 물 공급 또는 폐수처리에 대한 국가의 보호 의무는 기본법에서 도출되는데, 각 주의 수법은 물 공급이 사회국가적 생존배려를 위한 국가의 급부임을 명시하고 있다(Bayern주 수법 제36a조 제1문).<sup>65)</sup> 그러므로 국가는 적절한 가격의 식수를 국민들에게 공급하여야 할 의무, 즉 생존배려의 임무가 있다. 그리고 이러한 생존배려임무는 국가뿐 아니라 사인에 의해서도 실행될 수 있다고 본다.<sup>66)</sup> 물 공급에 대한 헌법적 권한은 지방자치단체에도 부여하고 있는데, 기본법 제

61) 김연태, 앞의 논문, 198면.

62) 권형돈, “물공급 민영화와 자치단체의 공적 책임 : 독일 바이에른 주를 중심으로”, 「법과 정책연구」 제9집 제2호, 동광문화사, 2009. 12, 807면.

63) 권형돈, 위의 논문, 807면: Breuer, R., Öffentliches und privates Wasserrecht, 3.Aufl. München, 2004, S.31ff.

64) 권형돈, “사회국가적 생존배려와 물 산업 민영화의 헌법적 한계 : 독일의 법체계를 중심으로-”, 「중앙법학」 제13권 제4호, 중앙법학회, 2011. 12, 14면.

65) 권형돈, 앞의 “사회국가적 생존배려와 물 산업 민영화의 헌법적 한계”, 10면.

28조 제2항 규정의 지방자치보장을 통해 지방자치단체에게는 원칙적으로 지역 공동체의 모든 사무를 포괄하는 임무분야와 이 분야에서 사업을 관리할 권한이 있다고 인정하고 있다.<sup>67)</sup> 특히 주민에 대한 생존배려와 관련된 상품 및 서비스 공급에 대한 권한이 포함된다.

그러나 독일은 연방국가로서의 질서를 강화하고자 2006년 기본법을 개정함으로써 연방과 주의 임무 관할을 새롭게 규정하였는데, 연방의 새로운 경합적 입법권한의 규정으로 지금까지 주 법에 위임되었던 하천수와 용수공급 지역에 대한 관리는 연방의 관리로도 가능하게 되었다.<sup>68)</sup> 연방의 관리가 가능한 범위는 공공에 대한 물 공급이나 폐수처리에 대해 허가, 사인의 전문적 업무, 시설의 건설과 시설 경영, 자율 감독, 그리고 유사행위에 대한 청구행위로 한정된다.<sup>69)</sup>

## 6) 독일 언론법상 보장행정

유럽은 각국마다 서로 허용될 수 있는 문화적·사회적 담론이 다르며 일정부분 윤리적 가치가 적용되는 부분(아동성학대 이미지)을 제외하면 규제 대상, 내용 해석, 위반성 및 그 처벌 규정 등의 통일성을 기대할 수 없다. 따라서 미국처럼 수정헌법의 영향력 안에서 하나의 법적인 접근보다는 다차원적 접근 방식을 선택하고 있는데 그 중 자율규제체제의 중요성을 강조하여 왔다.<sup>70)</sup> 그러나 미디어법에서는 기존의 자율규제형식이 적합했으나, 점차 규제된 자율규제 영역으로 전환이 늘어나고 있으며, 특히 개인정보보호 영역에서는 자율규제가 개인정보자기결정권이라는 기본권에 직접적인 영향을 미치게 된다는 점에서 기타 영역에 비하여 국가의 기본권보호의무가 보다 강조되면서, 자율규제 과정에 국가의 개입이 요구되는 규제된 자율규제의 필요성이 더욱 크다고 할 수 있다.<sup>71)</sup>

미디어법상 규제된 자율규제는 고권적인 감독기관인 국가기관에 의하여 ‘공인’을

66) 권형돈, 앞의 “사회국가적 생존배려와 물 산업 민영화의 헌법적 한계”, 11면.

67) 조인성, “물 공급의 자유화, 민영화 및 법적 규율 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 「과학기술법연구」 제16집 제2호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2010. 12, 322면.

68) 권형돈, 앞의 “사회국가적 생존배려와 물 산업 민영화의 헌법적 한계”, 14면.

69) 권형돈, 위의 논문, 15면.

70) 김엽기, “독일의 ‘규제된 자율규제(Regulated Self-Regulation)’를 음미한다 : 해외기관을 통해 살펴 본 멀티미디어시대의 내용규제”, 「KISO저널」 통권 2호, 한국인터넷자율정책기구, 2010, 62면.

71) 홍석한, “국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구 : 개인정보보호 영역을 중심으로”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2008, 223면.

받은 사적체계인 자율통제기구로 하여금 민간조직과 절차에 대해 감시하고 질을 확보하도록 하는 국가의 규제방식으로 이루어진다고 할 수 있다.

대표적인 예로, 독일의 멀티미디어 자율규제기구인 FSM(Freiwillige Selbstkontroll-einrichtungen der Medienanbieter. 미디어제공자 자율통제기관)이 있다. FSM은 1997년 인터넷과 관련된 자율기구로 미디어단체와 온라인기업에 의해 설립된 사단법인으로서 2004년 11월 고권적인 감독기관으로서 청소년미디어보호위원회(KJM)에 의해 ‘인권 및 청소년미디어보호에 관한 당해 주간(州間) 협약(이하 ‘주간협약’)의 유일한 자율규제기구로 승인되었다. 그 후 현재까지 규제된 자율규제 체제 내에서 자율규제 기관으로 활동하고 있는 FSM은 현재 독일 내 주요검색서비스 제공자 및 핸드폰서비스 제공자 등 51개 회원사가 있으며 회원사인 독일인터넷산업협회(eoo)를 포함하여 대부분의 독일 인터넷 및 멀티미디어 제공자를 회원사로 두고 있으며, 규제된 자율규제 체제 내에서 자율규제 기관으로 활동하고 있다.<sup>72)</sup> 또한 2004년 11월 국가는 2002년 9월 “방송과 텔레미디어에 있어서 인간의 존엄과 청소년을 보호하기 위한 국가계약(Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien(Jugendmedienschutz-Staatsvertrag; JMStV)”을 발령하여 이제까지의 TV방송에 관한 국가계약(RStV), 미디어서비스에 관한 국가계약(MDStV), 텔레미디어상의 청소년 유해물과 매체물에 대한 법률(GjSM)을 대체하여 통합시키고, 기존의 미디어서비스 제공자들의 자율통제기구인 FSM의 구속력을 강화한 것이다(동 국가계약 제20조 제3항과 제5항).<sup>73)</sup> 그리하여 인간의 존엄을 해치는 내용물, 극단론적 선전, 포르노에 대하여 ‘규제된 자율규제’의 형식을 취하게 되었다.<sup>74)</sup>

FSM이 말하는 ‘규제된 자율규제(regulated self-regulation)’ 체제란 온라인 미디어의 청소년 보호 분야에서 2003년 3월 등장한 시스템으로서, 그렇게 마련된 틀에 정보제공자가 내용을 채울 수 있도록 하는 시스템을 말한다. 그리고 이 시스템 안에서 FSM은 사업자의 자율규제를 기반으로 멀티미디어 플랫폼상의 불법유해정보로부터 청소년을 보호하는 것을 주요 목적으로 하여, 불법유해정보 신고를 접수·처리(하라인 운영)하고 회원사에 대하여 FSM이 규정하고 있는 행동강령을 준수할 것을 권고

72) 김엽기, 앞의 논문, 62면.

73) 서보국, 앞의 논문, 174면.

74) 서보국, 위의 논문, 174면; Holznagel, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Beiheft 4 zu Die Verwaltung, 2001, S.92f.

한다. 그럼에도 만일 회원사가 불법청소년유해정보를 유통할 경우, FSM은 시정조치를 내리거나 징계, 벌금, 제명과 같은 자체 징계를 내릴 수 있다.<sup>75)</sup>

라디오방송국과 텔레미디어 제공자는 공인된 자율통제기구인 FSM에 매체물을 제출하여 사전심사를 받을 수 있다. 그 결과 자율통제기구가 매체물이 유해하지 않다고 결정하면, 감독기관은 별도의 심사를 통한 처분이나 과태료를 부과할 수 없지만, 자율통제기구의 결정이 판단여지의 한계를 벗어난 경우에는 국가기관은 구속력을 발휘한다.<sup>76)</sup>

요컨대, 이러한 규제적 자율규제 시스템은 도덕과 가치관의 변화와는 달리, 경제적 요구에 따라 급속도로 발전하는 정보통신기술에 보다 탄력적으로 대응할 수 있고, 정부와의 협력 속에서 사인의 자율성과 효율성을 극대화하며, 국제적 기준에 부합할 수 있다는 장점이 있다.<sup>77)</sup>

다음으로 국가계약 제19조 제3항에 따라 청소년미디어보호위원회(KJM)에 의해 공인을 받은 TV에 대한 자율적 통제기구인 FSF(Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen)가 있다. FSF의 심사 대상은 TV에 대한 자율적 통제기구 사영 TV방송국의 영상물에 한하며, 공영 TV방송국, 텔레미디어, 라디오방송국 그리고 독일에서 수신가능한 EU내의 외국방송국은 적용 대상이 아니다. 그 밖의 자율통제기구로는 언론에 대한 독일신문평의회(Deutsches Presserat)가 있다.

또한 개인정보보호법의 측면에서는 독일 연방개인정보보호법 제38a조에 따르면 정보처리자는 개인정보보호의 이행을 진흥하기 위한 행동강령안을 관한 자율통제기구에 제출할 수 있도록 하고 있다. 따라서 정보제공자는 행동강령안을 작성하여 법적, 기술적, 조직적 관점에서 충분한 근거를 제시하고 감독 기구의 요구가 있는 경우 이를 성실히 설명하여야 한다. 그러면 자율통제기구는 정보제공자들이 법적 규정에 위반하는 내용으로 행동강령을 제정하는 것을 방지하기 위하여 제출된 안들이 개인정보보호법의 내용과 일치하는지 여부를 검토한다.<sup>78)</sup>

요컨대, 규제적 자율규제 방식을 통하여 독일 정부는 정보제공자의 자율규제를 보장할 법적 틀을 마련하고, 정보제공자에 의해 자율적으로 제정된 행동강령들이 적절한 내용인지를 검토하는 등의 보장책임을 수행하고 있는 것이다.

75) 김업기, 앞의 논문, 62면.

76) 서보국, 앞의 논문, 175면.

77) 김업기, 앞의 논문, 62면.

78) 홍석한, 앞의 학위논문, 243면.

## 7) 제조물안전법상 GS(Geprüfte Sicherheit)-인증제도와 환경법상 환경감사제도

독일은 제조물 안전에 대하여 EU 제조물안전지침을 바탕으로 내국법으로 만든 기구 및 제조물 안전법(Geräteund Produktsicherheitsgesetz; GPSG)에서 제조물안전인증에 관해 규율하고 있다.

유럽공동체 제품인증표시인 CE-마크(Conformité Européenne-Zeichen)는 제품이 EU이사회 지침(Directive)의 요구기준을 통과한 것이므로 유럽공동체 지침 적합성을 나타내는 표지라고 할 수 있다. 따라서 유럽연합 내에서 유통되는 제품에는 반드시 승인된 CE-마크가 부착되어야 한다. EU내의 제조물거래에 필수적인 CE-마크를 부착하기 위해서는 검사소의 인증절차를 통과해야 하지만 사법적 계약관계에 의한다.<sup>79)</sup>

유럽공동체 제품인증표시인 CE-마크와 별도로, 독일의 GS(Geprüfte Sicherheit)-마크는 독일법에 근거한 독일전용 인증마크이다. GS-마크는 CE-마크가 8개 인증방식을 규정한 것에 대하여 하나의 적합성평가 절차만을 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다. CE-마크는 제조자가 직접 부착할 뿐만 아니라 검사소(benannte Stelle) 또한 국가 공인을 받은 전문연구소이기 때문에 사경제주체에 의한 안전인증이 이루어지게 되는 구조이다. 검사소는 제조사와 민법상 계약관계에 있기 때문에 공무수탁사인은 아니지만, 설립요건을 충족시킨 경우 검사소공인기관에 대하여 공인(Anerkennung)의 행정행위를 청구할 수 있는 권한이 있다. EU내의 제조물거래에 필수적인 CE-마크를 스스로 부착하기 위해서는 의무적으로 검사소를 거쳐야 하지만 사법적 계약으로 이루어진다.<sup>80)</sup> 이러한 인증(Zertifizierung) 제도는 독일에서 제조물거래의 조직과 절차에 대하여 감시하고 질을 확보하기 위한 규제적 자율규제 방식의 전형이다.

한편, 환경관리제도는 환경법상의 중요한 과제를 해결하기 위한 방안으로 모색된 제도로서 현재 국제적으로 인정되고 있는 ISO 14000, 유럽연합이 채택하고 있는 환경경영감사시스템(Umweltaudit-System) 및 현재 한국에서 실행하고 있는 환경친화적 기업지정제도를 들 수 있다. 이에 많은 국가에서 환경경영시스템 및 환경경영감

79) 서보국, 앞의 논문, 175면.

80) 서보국, 위의 논문, 175면.



사에 대한 법 제도를 국제적인 표준규격을 토대로 정비하고 있다. 또한 환경경영시스템의 확립과 환경경영감사는 세계적인 추세이며, 세계무역기구와 OECD에서 권장하고 있는 제도이기도 하다.<sup>81)</sup> 독일도 유럽연합의 회원국으로서 환경감사법을 제정하였다.

1990년 3월 유럽연합위원회는 이사회에 유럽연합의 공동체법상의 환경감사시스템에 영리기업의 임의적 참여를 가능하게 하는 명령제정을 제안하고, 1993년 6월 29일 유럽연합이사회는 영리기업이 환경관리와 환경경영심사를 받는 시스템에 자발적으로 참여할 수 있는 명령을 제정하였다. 이 규정에 근거하여 유럽연합의 회원국인 독일은 유럽연합의 환경관리 명령을 독일내에서 집행하기 위한 법률이라고 할 수 있는 환경감사법(Umweltdauditgesetz-UAG)을 제정하여 1995년 12월 15일부터 시행하였다.<sup>82)</sup>

이처럼 환경법상의 증가하는 자기책임의 경향은 국가의 관청을 통한 감시체계를 후퇴시키고 있다. 즉, 기업자가 스스로 자기감독을 하여 국가로부터 감독을 받았을 때와 기능적으로 동등한 결과물을 제공하면서 점점 국가의 규제로부터 면제되는 법제도가 제안되고 있다고 한다. 특히 바이에른을 비롯한 독일의 여러 주에서는 공해보호, 물 및 폐기물 관련 분야에서 환경감사명령(Umwelt-Audit-VO)에 의한 규제를 대체할 수 있는 대체목록(Substitutionskatalog)을 만들어 기업가의 신고 내지 정보제공의무 등 기능적 등가물로 대체하도록 하는 시범프로젝트를 운영한 바 있다.<sup>83)</sup>

이와 같이 전세계적으로 환경보호는 개인과 기업의 자발적인 참여 없이 국가만으로는 결코 그 실효성을 거둘 수 없다는 사실을 환경 정책의 오랜 경험을 통하여 인식하고 있다. 특히 환경법의 가장 중요한 문제로 인식되는 환경법의 집행흡결은 이를 해결하기 위해서는 국가의 엄격한 감독이 필요하지만 개별 기업의 모든 행위를 국가가 전부 감독하는 것은 막대한 공권력과 행정비용이 동원되어야 한다. 이에 기업과 개인이 환경친화적 행위를 하도록 유도하는 방안으로 경제적인 법적수단이 시장경제질서 하에서 효과적인 방안으로 고려되고 있다. 즉 환경관리제도의 목적이 기업경영에 환경심사프로그램을 포함하는 환경보호장치를 도입하고 기업의 내부적 자체심사에 의하여 해당 기업으로 하여금 경영상 지속적으로 환경을 개선하게 하는

---

81) 김명용, “기업의 환경감사제도에 관한 법적과제”, 「환경법연구」, 제32권 제1호, 한국환경법학회, 2010. 4, 3면.  
 82) 이종영, “환경경영감사체제(EMAS)와 환경법상 기업의 환경친화적 경영조직”, 「환경법연구」 제20권, 한국환경법학회, 1998. 11, 234면.  
 83) 박재윤, 앞의 책, 178면.

동기를 부여하는 데 있다는 것을 고려한다면, 환경관리제도에 속하는 환경경영감사 시스템은 기업이 지속적으로 그리고 자발적으로 환경친화적인 경영을 하도록 유도하는 법적 장치가 된다.<sup>84)</sup>

환경감사제도는 기업이 자신의 책임으로 환경 정책에 부합하는 조치를 먼저 취하고 이에 대하여 국가가 관리하는 형태로 이루어진다.<sup>85)</sup> 이를 통하여 기업으로 하여금 자발적으로 환경보호방안을 채택하여 실현함으로써 이러한 제도에 참여한 기업에게 장기적으로 경제적 이익 창출의 기회를 스스로 느끼게 할 수 있는 제도라는 측면에서 지금까지의 강제법적인 수단인 명령에 중점을 둔 기존의 환경법과 차이가 있다. 즉 기업이 환경보호를 경영의 주요한 방안으로 채택하고 이를 실현하여 경제적인 이익으로 연결되면 기업은 환경관리제도에 자발적으로 참여할 것이다.<sup>86)</sup>

또한 행정청은 기업의 환경보호시스템에 대하여서만 감독하고, 세부적인 시설물에 대하여는 기업 자체의 감독으로 권한을 넘김으로써, 환경집행력에 여유를 가질 수 있으며 국가감독의 부분적 축소로 여유가 생긴 집행력은 환경심사에 참여하지 않는 기업에 대한 강도있는 감독에 이용할 수 있다는 장점이 있다.<sup>87)</sup> 그러나 앞서 살펴본 규제된 자율규제의 특징에 따라 기업의 자기집행과 자기통제 이외에 국가통제는 여전히 남아 있다. 즉 환경심사제도의 실효성을 위하여 행정청의 최후의 공익 보장자로서의 감독은 불가피하다. 따라서 독일 환경감사법 제33조와 제34조에 의하면 환경경영감사제도에 참여하는 시설물소재지에서 환경법규의 위반을 행정청이 환경경영시설물 인증등록소에 통보하게 되면, 등록소는 관련된 기업 소재지의 등록을 거부하거나 폐지하도록 규정하고 있다. 이에 따르면 독일의 환경감사제도는 국가와 기업이 환경보호라는 생존배려영역의 공공선을 실현하는 데 있어 협력하고 책임을 배분한다는 면에서 규제된 자기규제 방식이 반영되어 있는 법제라고 볼 수 있다.

## II. 프랑스

84) 이종영, 앞의 논문, 233면.

85) 박재윤, 앞의 책, 176면.

86) 이종영, 앞의 논문, 258면.

87) Steiner, Technische Kontrolle im privaten Bereich-insbesondere Eigenuberwachung und Betriebsbeauftragte, in: UTR Band 4, S.19(25ff.)=DVBl 1987, 1133(1135): 이종영, 위의 논문, 238면 인용.

## 1. 공역무에서의 보장행정

프랑스에서 민영화 및 보장행정과 관련지을 수 있는 개념으로 ‘공역무’를 들 수 있다. 공역무는 프랑스인들이 애착을 갖고 있는 가치의 상징이자 지역경제와 국민의 실질생활을 지탱하는 제도로서 기능한다.<sup>88)</sup> 최초로 사법과 구별되는 행정법을 독자적인 영역으로 인정한 프랑스에서는 공역무에 해당하는 여러 행정작용을 질서행정과 급부행정 등으로 나누어 각각 검토하는 나라들과는 달리, 이들을 전체로서의 공역무라는 관념 하에서 검토하고 있다는 점에서 공역무는 프랑스 행정법에 특유한 법제로 평가되고 있다.<sup>89)90)</sup>

프랑스에서 행정법은 대혁명 이후 공역무이론을 중심으로 발전하였다. 공역무(le service public)는 ‘공동체 이익’이라는 관념에서 시작되어 “공익목적에 위하여 행정주체가 수행하거나 그 수행을 보장하기 위한 활동”<sup>91)</sup>으로 정의되며, 국방, 재판, 경찰, 안보, 통신, 도로, 우편, 물, 의료 등이 이에 속한다.<sup>92)</sup> 또한 공역무를 수행하기 위한 기본원칙으로 공역무가 중단 없이 계속적으로 수행되어야 한다는 ‘계속성의 원칙’, 공역무에 대한 접근과 이용에 있어서의 차별금지를 규정한 ‘평등성의 원칙’, 이용자들의 요구를 최대한 만족시키기 위해, 공공의 일정한 요구와 필요에 따라 공역무의 지위와 체제 또한 변화하고 개선되어야 한다는 ‘적응성의 원칙’, 마지막으로 정치적·종교적·사상적 이유로 인하여 공역무에의 접근과 공역무의 수행이 차별적으로 이루어져서는 안 된다는 ‘중립성의 원칙’을 규정하고 있다.<sup>93)</sup>

행정법 이론을 공역무 개념에 입각하여 정립하려 했던 ‘보르도학과’의 대표적인 학

88) 강지은, “프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능”, 「행정법연구」 통권 제23호, 한국행정법연구소, 2009. 4, 216면.

89) 김동희, “공역무제도에 관한 연구”, 「법학」 제35권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1994, 130면.

90) 독일에서의 급부행정과 침해행정이 주로 개인의 권리가 제한되는지 여부, 즉 행정작용의 형식적 성격에 집중한다면, 프랑스에서 공역무와 경찰행정은 행정작용의 내용적 모습으로 서로 구별된다. 즉, 공적 과제의 대상이 된다면 그것은 사법상 사인의 활동이라도 공역무에 포섭되어 국가에 의해 관리되지만, 경찰행정에서 예방하고자 하는 사인의 침익적 행위는 원칙적으로 사적 영역에 유보되어 있다(Hans D. Jarass, 박정훈 역, 「독일행정법과 비교하여 본 프랑스 행정법의 특수성」, 「행정법연구」, 제5호, 행정법이론실무학회, 1999. 11, 61-64면 참조.

91) R. Cjapus, Droit administratif general, t.1.,13 ed, Montchrestien, 1999, p.573.

92) Franck Moderne · Gerard Marcou, L’idée de service public dans le droit des Etats de L’union Europeenne, Harmattan, 2001, p.369.

93) 이에 대한 자세한 내용으로는 강지은, 앞의 논문, 219-224면 참조.

자인 뒤기(Duguit)는 공역무를 ‘공동체의 필요에 만족하기 위해 행정에 의하여 달성되고 규율되며 통제되어야 하는 모든 활동’으로 보았다. 그에 따르면 공역무는 행정에 부과된 임무이며 국가에 의하여 보장되고 규율되어야 하는 업무이다.<sup>94)</sup> 따라서 행정은 국가의 존립에 필수적인 모든 역무의 기능을 지속적으로 확보하여야 할 의무가 있다고 보았다.

그러나 제1차 세계대전과 경제공황을 계기로 경제영역에 대한 국가의 적극적인 개입으로 국가에 대한 사회적 요구가 많아짐에 따라 국가의 한정된 행정조직만으로는 확대된 행정업무를 감당하는 것은 역부족이었다.<sup>95)</sup> 이와 같은 한계를 극복하기 위하여 행정의 私化, 즉 사인들이 공역무 임무를 수행하는 일이 늘어났고 ‘상공업적 공역무(le service public industriel et commercial)’의 개념이 등장하게 되었다. ‘행정적 공역무’가 공무원에 의하여 수행되고 공법의 규율을 받는 데 반하여, 상공업적 공역무는 사인에 의해서도 운영될 수 있는 국가의 경제적 활동 또는 국가에 속하는 공공시설들을 포함하는 개념으로서<sup>96)</sup> 원칙적으로 사법관계로 규율된다는 점에서 차이가 있다.<sup>97)</sup> 그러나 상공업적 공역무에도 일정한 범위 내에서 공법적 규율의 적용을 받으며, 다소 정도의 차이는 있더라도 앞서 살펴본 공역무에 관한 기본원칙이 동일하게 적용된다.<sup>98)</sup>

## 2. 경찰상 위해와 보장행정

### 1) 경찰작용 위임금지 원칙

경찰활동은 국가 공권력의 핵심으로서 공공의 안녕과 질서 및 위협으로부터 개인을 보호하는 역할을 하기 때문에 원칙적으로 사인에게 위임이 금지된다. 경찰행정 위임금지의 원칙은 법률에 의해서 발전한 것이 아니라 공역무로서 인식해 오던 것을 판례로 확인해 왔다. 그러나 경찰행정에서도 테러 등 강력 범죄가 점차 증가함에 따라 안전에 대한 사회적 요구수준도 상승해 오면서 국가의 임무처리에 있어서의 비효율성과 재정적 위기가 나타났고, 오늘날 민간에게 경찰권을 위임하는 경향이 확대되고 있다.<sup>99)</sup>

94) 강지은, 앞의 논문, 212면.

95) 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 266면.

96) T.C 22 janvier 1921, Societe Commerciale de l'Ouest Africain.

97) 강지은, 앞의 논문, 217면.

98) 강지은, 위의 논문, 218면.

## (1) 행정법원의 판결

프랑스 공법에서도 원칙적으로 경찰행정은 위임 또는 계약을 통해 행사되지 않는다고 명시하고 있다.<sup>100)</sup> 즉, 공공질서 유지에 관한 활동은 원칙적으로 민간에 맡기지 않고 있다.

이러한 경찰찰행정 위임금지 원칙의 시작이 된 판결은 1932년 까스텔노다리市 판결<sup>101)</sup>이다. 이 사안에서 까스텔노다리 시의회는 오드道(le département de l'Aude) 시민연맹이 필요시 간헐적으로 농촌재산을 보호해주는 것을 내용으로 하는 도시의 시골순찰경비를, 시민연맹의 담당자가 경찰공무원과 함께 하도록 하는 까스텔노다리市와 오드道 시민연맹 간의 지역순찰계약을 체결하였다. 그러나 승인된 계약에 관하여 오드道 도지사는 1929년 5월 17일 이 의결을 취소하는 명령을 하였고, 이에 까스텔노다리市는 동 의결이 1884년 4월 5일 법률에 의해 시의회에 부여된 권한 내에서 이루어진 적법한 것임을 주장하며 도지사 명령의 취소를 구하는 월권소송을 제기하였다. 그러나 국사원은 농촌경찰임무는 그 본질상 행정에 속하는 공무원들에게만 위임될 수 있기 때문에 양자간 계약의 대상이 될 수 없으므로 계약의 취소가 적법하다고 판단하였다.<sup>102)</sup>

그 후에도 1958년 '아무드뤼'(Amoudruz) 판결<sup>103)</sup>에서 해수욕장 특허를 받은 공역무 특허수탁자에게 그 해수욕장의 공공질서를 유지하기 위한 시장의 경찰권까지 이전되는 것은 아니라는 내용의 판시를 하였고, 1997년 '오스트리꾸르市'(Commune d'Ostricourt) 판결<sup>104)</sup>은 시가 민간회사로 하여금 공로(voies publics)을 순찰하도록 하는 계약을 한 사건이었는데<sup>105)</sup>, 공공도로상에서의 야간순찰임무와 같은 감시의무는 예외적인 경우가 아니라면 「1983년 7월 12일 제83-629호 법률」에 따라 민간보안업체에 위임할 수 있는 범위를 벗어난 것이어서 위법하다고 판시하여 오스트리꾸르

99) 권세훈, “경찰권의 민간위임 경향과 한계 : 프랑스 판례를 중심으로”, 「성균관법학」 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012. 12, 373면 이하 참조.

100) Pascal MBONGO(dir.), Traité de droit de la police et de la sécurité, LGDJ, 2014, p.373.

101) CE Ass., 17 Juin 1932, Ville de Castelnaudary, n° 12045.

102) 박우경, “프랑스 공공안전 영역에서 민간역할의 한계”, 「법과정책연구」 제18집 제2호, 한국법정정책학회, 2018. 6, 160면.

103) CE sect., 23 mai 1958, Consorts Amoudruz.

104) CE 29 décembre 1997, Commune d'Ostricourt, n° 170606.

105) 권세훈, 앞의 논문, 375면.

시가 공공도로상에서의 야간순찰임무를 위임하는 내용으로 민간 보안업체와 체결한 계약을 취소하였다.<sup>106)</sup>

## (2) 헌법위원회의 결정

헌법위원회도 경찰권을 사인에게 위임하는 것은 원칙적으로 위헌적 성질을 가진다고 판단해 왔는데, 「재판의 방향과 프로그램을 설정하는 2002년 9월 9일 2002-1138호 법률」 관련 2002년 8월 29일 결정<sup>107)</sup>은 국가가 사인에게 위임할 수 없는 경찰작용의 기준을 제시하고 있다. 이 법률의 규정에 의하면 수용자의 동의에 의하여 전자 감시 장비를 장착시킬 수 있고, 하위 법령(décret en Conseil d'Etat)에서 일정한 조건을 갖춘 사인이 전자감시 장비를 장착한 사람들의 원격감시를 할 수 있도록 규정하고 있었다. 헌법위원회는 이 사건에서 문제가 되는 규정은 주권행사의 기능에서 분리할 수 없는 본질적 기능으로서 국가가 반드시 행사하여야 하는 임무를 사인에게 위임한 것이 아니라 전체 전자감시기능에 있어서 일부 기술적 기능만 사인에게 위임한 것이므로 헌법에 저촉되지 않는다고 판단하여 합헌이라고 판단하였다. 이 사건을 통하여 헌법위원회는 국가의 절대적 임무로서 국가만이 하여야 하는 임무영역과 그렇지 않은 영역을 분리하여 판단하고 있다. 즉, 주권적 기능과 분리할 수 없는 기술적 제공 부분은 반드시 국가가 행하여야 하는 것이고, 전자기록장비를 통한 관찰과 같이 경찰권의 성격을 갖는 임무의 경우에는 통치기능과 분리가능한 기계적 임무만이 사인에 위임할 수 있다는 점을 언급하고 있는 것이다.<sup>108)</sup>

또한 「이민억제, 외국인체류 및 국적에 관한 2003년 11월 26일 2003-1119호 법률」 관련 2003년 11월 20일 결정<sup>109)</sup>에서는 공공주체가 구치소 수감자를 감시하는 임무는 국가가 직접 해야 하는 것임을 확인하였다.<sup>110)</sup>

그리고 「국내안전 수행을 위한 방향과 프로그램을 설정하는 2011년 3월 14일 법률」 관련 2011년 3월 10일 결정에서는 “사인에게 공공도로에 대한 일반적인 감시

106) 박우경, 앞의 논문, 161면.

107) CC Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

108) 권세훈, 앞의 논문, 382면.

109) CC Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

110) 박우경, 앞의 논문, 161면.

임무를 부여”하는 것은 “권리보장에 필요한 ‘공권력’ 행사에 내재된 일반 경찰행정권을 사인에 위임할 수 있게”하는 것으로서 헌법에 반한다고 판시한 바 있다.<sup>111)</sup>

### (3) 헤갈리앙의 권리(Droit régalien)

프랑스 공법에서 헤갈리앙의 권리는 14세기경부터 사용되어 온 용어이다. 중세 때 영주가 누구의 간섭도 받지 않고 집행권을 행사할 수 있는 독점적 권리로서 사인에게 절대로 위임할 수 없는 것이다. 그러므로 이것은 오늘날 민주국가에서는 그 임무가 변화되기는 하였지만 여전히 국가가 가지는 독점적 집행권이고 사인에게 절대로 위임할 없는 권리로 이해되고 있다. 법률의 제정권, 전쟁권, 평화협상권, 화폐주조권, 사면권, 조세권, 징병권 등은 절대로 사인에게 위임할 수 없다.<sup>112)</sup> 이러한 헤갈리앙의 권리 개념은 전형적인 행정의 공역무에 속하는 경찰권은 국가의 독점적 집행권이어야 한다는 주장의 근거가 될 수 있다.

### (4) 헌법적 공공서비스

헌법재판소는 1986년 6월 26일 결정<sup>113)</sup>에서 ‘헌법적 공공서비스’ 개념을 만들었다. 헌법적 공공서비스란 공공서비스 중에서 헌법적 가치나 헌법적 원칙으로부터 도출되는 것들을 지칭하는 것으로서 ‘헌법에 의하여 요구되는 기능과 집행’을 뜻한다.<sup>114)</sup> 프랑스의 이러한 헤갈리앙 권리와 헌법적 공공서비스의 개념으로 민간에의 위임이 가능한 영역과 그렇지 않은 영역을 분리할 수 있는 기준이 될 수도 있을 것이다.

## 2) 경찰행정의 민간위탁에 관한 논의와 국가의 보장책임

### (1) 민간보안활동에 대한 법제

1980년대 전까지 프랑스에서 경찰행정은 공역무로서 사적 주체에게 위임을 금지

111) CC Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011; 박우경, 위의 논문, 161면 인용.

112) 권세훈, 앞의 논문, 383면.

113) CC. 26 juin 1986, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d’ordre économique et social, N 86-207 DC.

114) CC. 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d’ordre économique et financier, n 96-375DC: 권세훈, 앞의 논문, 384면 인용.



했으나 1983년 민간보안업체에 대한 법률이 제정되면서 민영화는 점점 확대되고 있다. 프랑스에서 국내안전을 담당하는 주체는 국가와 지방자치단체(자치경찰 등) 이외에 민간보안업체<sup>115)</sup> 소속 보안요원으로 구분되며, 민간보안업체에 종사자의 수는 2018년 기준 국가와 지방자치단체에 속한 담당주체의 수의 절반을 넘었다고 한다.<sup>116)</sup>

프랑스에서 민간보안에 관하여 최초로 제정된 법률은 「사설경호 및 현금수송활동에 관한 1983년 7월12일 제83-629호 법률」<sup>117)</sup>로서 당시 민간보안 영역에 대한 불신 문제를 해결하고자 하였다. 법률은 사설경호업체, 사설보안업체, 현금수송업체에 대한 정의를 내리고(제1조), 그 정의 내에서 규율되는 해당 업체들의 활동영역을 규정함과 더불어 이를 경찰역무와도 구별하였으며(제2조 및 제3조), 명예·성실·양속 등에 반하는 행위나 개인의 신체·재산을 침해하는 행위 등을 하였거나 형사상의 제재를 받은 적이 있는 경우(즉, 해당업무의 수행이 불가능한 종류의 범죄경력에 있는 경우) 해당업체에서 활동하거나 고용되는 것을 금하고(제5조-제6조), 해당업체 허가요건(제7조-제9조), 해당업체 직원들이 무장할 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우 등을 규정하였다(제10조).<sup>118)</sup>

그 후 민간보안업체에 대한 인식은 점차 국내안전업무의 협력자로 점차 바뀌어, 「안전에 관한 방향과 프로그램을 설정하는 1995년 1월 21일 제95-73호 법률」<sup>119)</sup> 제 I 부속서 제 I -3항은 사설경호업체, 사설보안업체, 현금수송업체 및 사설탐정업체가 민간보안활동을 함으로써 국가의 일반적인 안전에 협력한다는 내용과 함께 이들이 수행하는 업무분야의 특성상 업체 설립요건, 업체 임직원고용조건, 그리고 활동수행 방법 등 그 활동에 대한 구체적인 규정이 필요하다는 점을 명시하였다.<sup>120)</sup>

115) 우리나라에서는 민간경비업체를 의미한다. 우리나라 경비업법 제2조의 경비업에는 시설경비업무, 호송경비업무, 신변보호업무, 기계경비업무, 특수경비업무가 포함되며, 사립탐정업무는 이에 포함되지 않는다. 그러나 프랑스 국내안전법전 제6권(민간보안활동)은 사설경호활동, 사설보안활동, 사설현금수송활동, 사설신변보호활동, 사설선박보호활동, 그리고 우리나라에서 아직 합법화되어 있지 않은 사설탐정활동을 포함한다는 점이 특징이다(박우경, 앞의 논문, 156면).

116) Cour des comptes, Rapport public annuel, 2018, p.175; 박우경, 앞의 논문, 156면 인용.

117) Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité.

118) 박우경, 앞의 논문, 157면.

119) Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité(LOPS).

120) 박우경, 앞의 논문, 158면.

또한 2011년에는 「국내안전 수행을 위한 방향과 프로그램을 설정하는 2011년 3월 14일 제2011-267호 법률」<sup>121)</sup> 부속서 제 I -1항에서 민간보안업체들이 “국내안전을 담당하는 완전한 자격을 가진 주체”가 되었음을 인정하고, 이들은 “국가에 의해 일정한 권한이 공유될 수 있거나 경우에 따라서는 권한이 위임될 수 있는 영역”에서 활동한다고 인정하였다. 나아가 2012년에는 안전 관련 업무의 수행 주체별로 분류하여 제정된 「국내안전법전」(Code de la sécurité intérieure)에서, 6권 민간의 보안활동(les activités privées de sécurité)에 관한 규정들을 국가와 지방자치단체 소속의 주체와는 별도의 독립된 권에서 다루어 민간 보안활동의 지위를 명시적으로 인정하고 있다.<sup>122)</sup>

## (2) 경찰행정의 민간위탁 등 법제

### ㉠ 민간경비활동

우선 대규모 행사장이나 운동경기장에서 민간경비를 허용하고 있다. 대규모 행사장의 민간경비는 정부가 그 기능을 수행할 수 없는 영역을 민간에게 맡김으로써 정부의 부담을 줄이는 것을 말한다. 선진국에서는 월드컵과 같은 수익성 행사의 진행은 경찰과 함께 민간경비가 적극적으로 안전관리활동을 및 행사진행에서 중요한 역할을 담당하고 있으나, 한국에서는 수익성 행사에 아직까지 많은 부분이 공경비 영역에서 이루어지고 있다.<sup>123)</sup> 프랑스의 경우, 파리클럽과 랭스의 라싱클럽 간의 최종 결승경기 때 파리 생제르망 팬들이 저지른 불법적인 행동에 대한 2008년 8월 20일 결정<sup>124)</sup>에서 헌법위원회는 기존의 판례와 마찬가지로 프랑스축구협회의 일반규정 제 129조에 기초하여 경기가 마칠 때까지 경기장의 경찰작용을 담보하고 또 전체 대중의 행동으로 인한 무질서를 피하기 위한 모든 조치를 취할 임무를 경기조직위에 부과하는 것을 허용하였다.<sup>125)</sup>

121) Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure(LOPPSI II).

122) 박우경, 앞의 논문, 158면.

123) 권세훈, 앞의 논문, 373면.

124) CE 20 oct.2008, Fédération française de Football, req. n°320111(sera mentionnée aux tables du Lebon).

125) 권세훈, 앞의 논문, 374면.

㉞ 안전에 관한 프로그램과 조직법

1995년에 제정된 「안전에 관한 프로그램과 조직법」<sup>126)</sup>(la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité)은 영리목적의 문화적, 여가 혹은 스포츠활동을 조직하는 자는 그 목적이나 중요성이 정당화된다면 질서유지 임무를 담당할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>127)</sup>

㉟ 일상안전에 관한 법((la loi sur la sécurité quotidienne)

2001년 미국의 9. 11사건을 계기로 당사자의 동의를 얻는다는 전제하에 민간보안요원이 여행자의 손가방과 신체를 검사할 수 있도록 하는 내용을 규정하였는데, 이 법에 따르면 공항지역 이외의 지역에서도 공공안전의 심각한 위협이라는 명목 하에는 사인인 안전요원에게 간단한 신체적 수색할 수 있는 권한을 부여하였다. 그 후 2003년 3월18일 개정법은 1500명 이상이 모이는 스포츠, 문화 혹은 레크리에이션을 목적으로 대중이 모이는 곳에 입장할 때 사인인 안전요원이 몸수색을 할 수 있도록 허용하였다.<sup>128)</sup>

㊱ 이민의 통제와 외국인의 체류 및 국적에 관한 법

2003년 11월26일 제정된 이 법에 따르면 행정청의 수용 하에 있는 외국인을 자국으로 이송하는 경우, 수송하는 임무만을 민간업체에게 위임하는 계약은 체결할 수 있도록 하였다.<sup>129)</sup> 이처럼 프랑스는 경찰행정 위임금지원칙을 따르면서 민간위임의 예외를 점차 넓혀가고 있다.

### 3) 경찰행정 분야에서 프랑스의 보장행정

#### (1) 민간보안활동에 대한 법제의 지속적 보완

‘범죄예방에 관한 2007년 3월 5일 제2007-297호 법률’<sup>130)</sup>은 「사설경호 및 현금수

126) Loi n°95-73 du 21 janv. 1995, art. 23, JORF du 24 janv. 1995, p.1249.

127) Elina LEMAIR, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA, 2009, pp.767-768; 권세훈, 앞의 논문, 374면 인용.

128) 권세훈, 위의 논문, 376면.

129) 박우경, 앞의 논문, 161면.

송활동에 관한 1983년 7월 12일 제83-629호 법률」이 규정하는 사설경호·보안업체 안전관련 임무수행을 위한 요건으로 자격증(la carte professionnelle) 취득을 전제하고, 일정한 경우에는 그 자격증이 박탈됨을 명시하고 있다(제75조 제 I -1항). 또한 「공공안전에 관한 2017년 2월 28일 제2017-258호 법률」<sup>131)</sup>은 기존의 사설경호활동 및 사설보안활동에 ‘무장한’ 사설경호활동을 추가하여 규율 범위를 확장시켰다. 그리고 「국내안전과 테러방지를 강화하는 2017년 10월 30일 제2017-1510호 법률」<sup>132)</sup> 제1조 제1항은 성질상 테러의 위협에 노출되기 쉬운 장소의 안전을 위해 해당 구역에 대한 접근과 통행을 도지사(파리의 경우 파리경시청장) 명령으로 규제할 수 있게 하였는데, 동 법률 제1조 제2항은 이러한 특정 구역의 통행인에 대한 신체 수색이나 소지품검사를 하는 경찰관의 임무를 사설경호업체 요원이 보조하는 경우를 규율하기 위해 「국내안전법전」 제L613-1조를 개정하였다.<sup>133)</sup>

## (2) 국립민간보안활동위원회의 관리·감독

민간 보안활동을 감독하고 규제하기 위하여 국립민간보안활동위원회(Conseil national des activités privées de sécurité : CNAPS)를 두고 있다. 동 위원회는 「국내안전 수행을 위한 방향과 프로그램을 설정하는 2011년 3월 14일 법률」에 의거하여 창설된 내무부 산하 기관으로써 민간보안활동에 필요한 자격증 발급, 민간보안업체에 대한 상담 및 지원, 민간보안업체의 과실로 규율을 위반한 경우 징계권 행사<sup>134)</sup> 등의 경찰행정 관련 업무를 수행한다.<sup>135)</sup> 이처럼 프랑스는 경찰행정에서의 민간위탁 범위를 점차 늘려나가면서도 국가가 그들을 통제할 기구를 설치하여 관리·감독한다는 점에서 보장행정을 구현해 나가고 있다. 또한 사회 안전의 요구와 테러리스트의 협박에 의하여 공공안전의 예방에 사인의 참가를 점차 강화해 나가고 있다. 근래에는 민간보안업체의 전문성을 강화하고 협력을 공고히 하는 법제가 계속되고 있다고 한다.<sup>136)</sup>

130) Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

131) Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

132) Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

133) 박우경, 앞의 논문, 159면.

134) 경고, 징계, 최대 5년 내의 활동정지조치, 최대 15만 유로의 금전적 벌금 부과조치를 할 수 있다.

135) 박우경, 앞의 논문, 160면.

### Ⅲ. 일 본

#### 1. 일본에서 규제개혁의 개요

일본의 경우 전세기의 중반부터 관에서 민으로 작은 정부의 구호하에 지금까지 행정에 의하여 제공되어 오던 임무를 민간에 위탁하려는 시도가 있었다. 의료행위와 복지서비스 영역에서 광범위한 임무수행을 민간에게 위탁하고자 하는 시도 역시 계속되어 왔다. 특히 1980년대에 3개의 공사(① 철도사업을 하는 일본국유철도, ② 전신전화사업을 하는 일본전신전화공사, ③ 담배·소금·장뇌의 전매사업을 하는 일본전매공사)의 민영화는 일본의 정치, 경제 사회를 뒤흔들었던 획기적인 사건이었다. 그것은 경영의 효율화와 서비스의 개선 외국자본의 영입을 통한 경제활성화 등을 목표로 하여 행해졌고, 구조개혁의 상징으로서 우정사업의 민영화도 이루어졌다. 그리고 2000년 이후 민영화가 가속화되고 있는데 지방자치단체의 재정적인 상황에 민영화를 할 수밖에 없는 경우로서 도입된 구민회관의 지정관리자제도나 공공서비스의 제공에 있어서 공공시설이 필요한 경우 종래와 같이 공적 기구가 직접 시설을 정비하지 않고 민간자금을 이용하여 민간에 시설 정비와 공공서비스제공을 맡기고 일정한 서비스 제공의 합리화를 꾀하는 ‘민간투자’ 즉, PFI(Private Finance Initiative)방식 등을 들 수 있다.<sup>137)</sup> 이렇게 관에서 민으로의 움직임에 대하여 지금까지 공적 부문을 담당해 온 임무가 광범위하게 사적 부문으로 옮겨가고 있다는 의미에서 사화(Privatisierung)라고 부른다(다만 경우에 따라 민간화, 민영화, 민간위탁 등의 용어도 유연하게 사용하고 있다). 이러한 사화가 진행되면서 지금까지 담당해 온 활동이 사화에 의하여 민간에게로 위탁되는 경우 행정의 역할과 국가의 존재이유가 무엇인지에 관한 새로운 시각의 정립이 요구된다.

#### 2. 보장행정에 적합한 민영화의 유형과 입법례

민영화는 대체로 형식적 민영화, 실질적 민영화, 그리고 기능적 민영화로 유형화된다. 형식적 민영화는 공법상의 기업이나 시설을 행정내부에서 법형식의 전환을 통해 사법의 형태로 전환시킬 뿐 기존의 과제와 과제의 이행은 여전히 국가의 몫으로 남

136) 박우경, 위의 논문, 157면.

137) 이효경, “일본의 우정민영화의 현황과 과제”, 「성균관법학」 제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2008. 8, 210면.

게 되는 형태이다. 이에 반해 실질적 민영화는 조직의 범형식이 사법으로 전환되는 것에 그치지 않고 소유권 또는 과제 자체가 민간에 이전되는 경우로서, 관리·감독권에 대한 궁극적 책임이 공적 주체로부터 민간에 이전된다. 기능적 민영화는 과제의 부담과 그에 대한 궁극적인 책임은 여전히 국가에 둔 채 그 이행만이 민간에 의해 이루어지도록 하고 국가가 과제의 이행에 대한 감독권한을 유보하고 있는 형태이다.<sup>138)</sup>

보장책임은 국가가 민간을 통한 공익의 달성에 무게를 두며 이를 활성화하기 위한 법적 틀을 마련하고, 보완과 규제를 위한 활동을 할 것을 전제로 하는 책임이다.<sup>139)</sup> 따라서 국가가 민간부문에 의한 급부의 제공, 특히 생존배려영역에 있어서 그것을 지속적으로 통제하고 감독하는 보장책임을 다할 수 있으려면 관리·감독을 위한 권한까지 민간에 이전되는 완전한 실질적 민영화는 보장국가에 적합한 유형이 될 수 없을 것이다. 또한 국가의 수행책임이 여전히 존속하고 있는 형식적 민영화도 보장책임의 개념과의 관련성이 적다. 결국 보장국가에서의 민영화는 급부의 제공에 민간의 참여와 자율성을 허용하면서도 급부의 충분하고 적정한 제공을 보증하기 위한 국가의 규제가 가능한 기능적 민영화의 형태가 될 것으로 보인다.<sup>140)</sup>

일본에서 보장행정의 입법례는 전기통신영역, 폐기물처리 영역 개인정보 보호의 영역 등에서 논의되고 있다. 각 영역별로 분설하면 다음과 같다.

### 1) 전기통신영역에서의 규제개혁과 보장행정

일본에서는 1970년대 말부터 ‘큰 정부’의 비효율성의 문제가 나타났고, 고도경제성장(1950년대-1973년)이 끝난 후, 고도경제성장 시대에 팽창된 복지부문이나 인프라 부문이 국가재정에 큰 부담이 되기 시작하였다. 이에 따라 국가는 재정적 부담을 최소화하면서 복지나 인프라의 정비·유지·관리를 할 수 있는 해결책을 찾는 것이 긴급했다. 그 결과 대안으로 제시된 것이 신자유주의의 핵심정책인 민영화와 규제개혁(Regulatory Reform)이었다.<sup>141)</sup> 국가재정 보충, 정치개혁의 일환으로 공사 지원 수

138) 홍석한, “민영화에 따른 국가의 책임에 관한 독일에서의 논의”, 「법학논총」 제17집 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010. 12, 231면.

139) 홍석한, 위의 논문, 242면.

140) 홍석한, 위의 논문, 243면.

141) 板垣勝彦, 최환용 역, “일본에서의 민영화와 규제개혁 : 日本における民營化と規整改革”, 「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6, 28면.

삭감의 필요성 때문에 앞서 언급한 3개의 공사(일본국유철도, 일본전전공사, 일본전매공사)를 민영화하였다.<sup>142)</sup>

그 중 전신전화사업을 하는 전전공사는 우선 일본전신전화주식회사법(昭和 59년 법률 제85호)에 근거하여 1985년에 일본전신전화주식회사(NTT)가 설립되는 것으로 해산하고 그 업무는 NTT로 인계되는 조직의 민영화가 이루어졌다. 당시 NTT는 정부가 100% 주식을 소유하고 있었으나 1987년 이후 NTT의 주식은 순차적으로 민간에 매각되는 재산의 민영화가 이루어졌다.<sup>143)</sup>

그 과정에서 일본의 규제개혁은 다음과 같은 과정으로 실현되었다. 조직의 민영화가 이루어졌을 당시에 NTT는 정부가 100% 주식을 소유하고 사실상 독점적인 경영권을 행사했기 때문에 일본의 민간 전기통신사업자의 하나로 볼 수 없었다. 이러한 정부의 개입은 전기통신사업이 국민의 생존배려라는 공익과 관련된 사회기반사업이므로 당위성이 없다고 할 수 없다. 그러나 일본 정부는 공공의 이익을 충무대신이 전기통신사업법에 근거한 감독권한을 행사하는 것으로 확보하고, 천천히 보유주식을 민간에 매각해서 그 매각이익을 재정수입에 충당했고, 정부의 영향력이 저하됨에 따라 NTT는 그 결과 ‘하나의 전기통신사업자로서’ 다른 전기통신사업자와 똑같이 전기통신사업법에 따른 입법규제를 받게 되었다.<sup>144)</sup> 일본 정부가 전기통신사업의 민영화를 이루면서도 국민에 대한 공익 실현의 보장책임을 지는 방향으로 규제한 예라고 볼 수 있다.

이후 일본 정부는 2006년 「경쟁의 도입에 관한 공공서비스의 개혁에 관한 법률」을 제정하였는데, 그 주요 내용은 ‘관민경쟁입찰’의 법제화 즉, 국가·정부주변법인·지방공공단체(지방자치단체)가 스스로 실시하는 “공공서비스” 중 특정의 것을 인정한 절차에 의해 선정하여, 당해 공공서비스의 실시를 민간 사업자 등에 위탁하는 안을 도입하려는 것이다. 이처럼 일본은 공적 주체가 실시하는 공공서비스 전체를 대상으로 서비스의 질적향상과 비용삭감이라는 두 가지 관점에서의 개혁을 실시하기 위한 새로운 행정절차를 만들고자 하였다.<sup>145)</sup> 이에 따르면 일본에서도 행정이 이윤추구라는 시장경제 매커니즘에 따라 수행하는 민간사업자에게 어떠한 규제를 행할 것인가가 중요한 과제가 되고 있다.<sup>146)</sup>

142) 板垣勝彦, 최환용 역, 위의 논문, 29-30면.

143) 板垣勝彦, 최환용 역, 위의 논문, 31면.

144) 板垣勝彦, 최환용 역, 위의 논문, 32면.

145) 김남진, “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 「학술원논문집(인문·사회과학편)」 제55집 2호, 대한민국의학술원, 2016. 12, 67면.



요컨대, 전기통신사업법의 예에서도 살펴본 바와 같이 행정부문이 기존까지 맡아왔던 공적 사무를 민간사업자에게 맡긴다고 하여 행정의 역할은 기존보다 축소되는 것이 아니라 민간사업자가 그 역할을 적확하게 수행하고 있는지의 여부를 통제·감시하는 보다 까다로운 규제자로서의 역할이 남겨진다.<sup>147)</sup> 따라서 보장국가는 규제국가(Regulierungsstaat)이며 이러한 보장국가에서 민영화는 필연적인 탈규제화(Deregulierung)가 아니라 더 까다로운 규제(Regulierung)를 요한다고 보아야 한다.<sup>148)</sup>

## 2) 폐기물처리 영역에서의 규제개혁과 보장행정

이하에서는 일본의 폐기물처리법상 폐기물 행정을 예로 들면서 보장행정의 요소를 지적하고 山田洋의 내용을 소개하며, 일본에서의 보장행정의 역할에 대해 살펴보고자 한다.<sup>149)</sup>

### (1) 폐기물처리법의 배경

오늘날 폐기물 처리 문제는 일본뿐만 아니라 국내외적으로 중요한 국가과제로 자리매김하고 있다. 이와 같은 폐기물 문제의 근본 원인은 대량생산, 대량소비, 대량폐기형의 경제활동에 의해 질과 양의 면에서 모두 환경부하가 증대하고 있다는 데 있다.<sup>150)</sup> 우리나라의 경우에도 현행 폐기물관리법에 따르면 폐기물의 처리책임 및 폐기물 처리에 대한 관리·감독책임이 적정하지 못하고, 명확하지 못한 점이 적지 않다. 그리고, 실제에 있어서 불법처리되거나 방치된 폐기물에 대한 조치 또는 대집행이 잘 이루어지고 있지 못하다. 대집행 비용문제 등으로 인해 대집행이 잘 행해지고 있지 못하고, 대집행권자가 책임 순위 없이 중복하여 규정됨으로써 서로 대집행 책임을 떠넘기는 경향도 있다.<sup>151)</sup>

146) 板垣勝彦, 최환용 역, 앞의 논문, 29면.

147) 板垣勝彦, 최환용 역, 앞의 논문, 28면.

148) 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할 : 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며”, 「법학」 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015. 3, 155면.

149) 山田洋, “「保障行政」における規制と協働 : 日本の廃棄物行政を例として”, 「법학논총」 제29집, 숭실대학교 법학연구소, 2013, 83-91면 참조.

150) 한귀현, “폐기물법제의 최근 동향에 관한 소고 : 일본의 폐기물처리법을 중심으로”, 「공법학연구」 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011. 5, 417면.

151) 박근성, “폐기물관리법상 폐기물 처리책임 및 관리감독책임 : 폐기물배출자, 처리업자

시대와 장소를 막론하고 인간이 생활과 생산 활동을 하면 폐기물이 발생한다. 과거에는 이런 폐기물은 스스로 처리하거나 잘 아는 민간업체 처리에 맡기는 등의 방법으로 쉽게 처리할 수 있었다. 그때에는 폐기물의 처리(수집, 운반, 보관, 처분)가 자치단체를 포함한 국가 혹은 행정의 책임질 ‘공적 과제’<sup>152)</sup>라고 볼 수 없었다. 여기서 말하는 공적 과제는 개별 관련자의 이익에 상응하는 활동영역’이라는 과제(Aufgabe)개념에 따르면 ‘공익에 부합하는 활동 영역’으로 정의할 수 있다. 공적 과제는 국가는 물론 사회적 주체에 의하여 수행 및 실현될 수 있다. 또한 공사협력의 대상으로서 공적 과제(öffentliche Aufgabe)는 공공성, 즉 공익개념과 과제 개념을 포함한다.<sup>153)</sup> 그러나 근대 도시화와 산업화가 진전됨에 따라 폐기물과 그것을 둘러싼 사회 환경은 급격하게 변화하였다. 도시의 폐기물 방치는 주민의 생활환경을 현저히 악화시키고 전염병의 원인이 될 수 있다. 한편, 일본에서는 폐기물의 양적 증대로, 도시 주민들은 그것을 스스로 처리하기가 불가능해지고 이를 맡길 민간사업자도 찾기가 어려워졌다. 그 결과 폐기물 처리 대책은 국가가 해결해야 할 공적 과제로 인식되었다.<sup>154)</sup>

일본에서 폐기물 대책으로서의 법 규제는 1900년에 제정된 오물청소법이지만 폐기물 부적절 처리로 인한 공중 위생상의 문제를 방지하려는 의도였다. 그 법에는 주로 폐기물 처리를 토지 소유자 등의 의무로 하여 그 이행을 명령하는 단속 체계가 규정되어 있었다. 즉, 일본의 폐기물 법제는 공공의 안전과 질서유지를 목적으로 시민의 활동을 규제하는 질서행정(Ordnungsverwaltung) 또는 규제행정으로서 출발했다고 할 수 있다.<sup>155)</sup>

다른 한편, 도시화가 점점 진행됨에 따라 종래의 영세한 민간업자에 의하여 행하여지는 소규모 폐기물 수집 및 그 처리로는 도시 주민의 폐기물 처리를 도저히 따라갈 수 없는 상황이 되었다. 1900년 이후 법에서는 점차 폐기물 처리에 대한 市町

---

및 행정청의 책임 강화를 중심으로”, 「공법학연구」 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019. 8, 354면.

152) 개별 관련자의 이익에 상응하는 활동영역’이라는 과제(Aufgabe)개념에 따르면 공적 과제는 ‘공익에 부합하는 활동영역’으로 정의할 수 있다. 공적 과제는 국가는 물론 사회적 주체에 의하여 수행 및 실현될 수 있다. 공사협력의 대상으로서 공적 과제(öffentliche Aufgabe)는 공공성, 즉 공익개념과 과제 개념을 포함하고 있다.

153) 김유정, “공적 과제수행에 있어 공사협력에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2015, 19면.

154) 山田洋, 앞의 논문, 83면.

155) 山田洋, 앞의 논문, 84면; 北村喜宣, 「環境法」, 弘文堂, 2011, 424頁 參照.

村의 관여가 커지게 되었다.<sup>156)</sup> 그러다가 1954년 「청소법」 제정에 따라 이제 전적으로 폐기물 처리는 시정촌의 책무로 인정되었다. 물론, 이 법률에도 부적절 처리의 단속 등에 관한 규정은 정해놓았지만, 그 목적은 지자체에 의한 처리의 책임과 구조를 명확하게 하는 데에 있었다.<sup>157)</sup> 그 결과 폐기물 처리는 시민의 삶의 생존을 배려하기 위한 서비스를 국가가 제공하는 급부행정(Leistungsverwaltung)의 일환으로서 자리매김하게 된 것이다.<sup>158)</sup> 그러나 그 후 경제발전에 따른 사업 활동으로 인한 폐기물이 급격하게 증가하여, 그 처리를 시정촌이 모두 담당하는 것이 더 이상 불가능해졌다. 그 결과 일본에서는 1970년에 청소법을 개정하여 「폐기물의 처리 및 청소에 관한 법률」이 제정되었다. 이 법률에서 생활환경의 보전을 목적에 더하고 폐기물을 일반폐기물과 산업폐기물로 구분하였다.<sup>159)</sup> 공장이나 공사 현장 등의 사업장에서 대량으로 배출되는 일정 종류의 폐기물에 관해서는 ‘산업폐기물’로서 배출사업자의 책임으로 하여 스스로 혹은 민간업자에게 위탁하여 처리책임을 진다는 사업자책임의 원칙을 도입하였고, 기타 사업계 폐기물이나 가정에서 나오는 폐기물에 대해서는 ‘일반폐기물’로서, 종전대로 시정촌이 그 처리에 대한 책임을 지는 것으로 하였다. 일반폐기물은 지자체에 의한 처리 서비스의 제공이라는 ‘급부행정’의 형식에 의하지만, 산업폐기물에 대해서는 민간처리업자 등에 대한 안전 확보를 위한 허가나 감독 처분을 통한 ‘질서행정’의 형식에 그치는 것이 아닌가 하는 견해도 있다.<sup>160)</sup> 그러나 전통적인 행정법학이 상정했던 모델과는 분명 다르다.<sup>161)</sup> 폐기물처리법은 그 후 사회 정세에 응하여 잦은 개정을 거쳤다.<sup>162)</sup>

## (2) 급부행정의 변용

우선 일반폐기물과 관련된 지자체의 책임에 대해 살펴보면, 과거에는 지자체가 자신의 직원, 시설을 동원해 스스로의 비용부담에 따라 책임질 수 있었으나, 오늘날은

156) 山田洋, 앞의 논문, 84면.

157) 일반폐기물의 처리는 시정촌의 ‘책임’으로 하는 표현은 통례로 되어 있다(山田洋, 위의 논문, 84면; 大塚直, 「環境法」, 有斐閣, 2010, 460頁)

158) 山田洋, 앞의 논문, 84면.

159) 한귀현, 앞의 논문, 391면.

160) 山田洋, 앞의 논문, 84면.

161) ‘질서행정’ 내지 ‘급부행정’의 기본방향에 대해서는 chulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabewahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, u.a.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht I, 2.Aufl. 2012, S.834ff.

162) 한귀현, 앞의 논문, 391면.

특히 폐기물의 수집 및 운반에 관하여 사업계 폐기물의 상당 부분이 허가업자의 손에 맡겨져 있고, 가정계 폐기물에 대해서도 민간업체에 위탁되는 경우가 적지 않다. 비용 측면에서도 사업계는 물론 가정계 폐기물에 대하여 다양한 형태로 배출자 부담이 확대되고 있다. 또 지자체의 시설 직영이 기본으로 되어 있더라도 민간화가 계속 진행되고 있다.

일본에서 폐기물 처리에 관한 책임 형태에 관하여<sup>163)</sup> 우선 지자체는 일반 폐기물 처리 계획을 책정하고, 그 중에서 폐기물의 발생량 및 처리량을 예측하여 그 결과에 따라 수집 등을 실시할 허가업자나 수탁업자 등을 정하고, 이런 계획을 통해 지역 내 폐기물에 대하여 적정한 처리가 이루어지도록 할 민간을 조직하는 것이 지자체의 1차적인 책임이라는 의미가 된다. 아울러 위탁계약이나 감독 권한 등을 배경으로 실제 처리가 적정하도록 허가업자와 수탁업체 등을 감독하는 것 역시 지자체의 책임으로 한다. 그리고 만약 이 일을 효율적으로 수행할 수 있는 허가업자나 수탁업자를 찾을 수 없는 경우, 최종적인 관문의 책임자로서 지자체가 이를 수행할 책임이 있다.<sup>164)</sup>

결국 일본에서도 일반 폐기물의 처리에 관한 지자체의 책임이란, 스스로 서비스를 급부하는 것이 아니라 계획하고 감독하고 민간이 적절하게 수행하도록 위탁함으로써 궁극적으로 적정하게 폐기물이 처리되도록 ‘보장하는 책임’이라고 할 수 있다. 즉, 폐기물 처리는 시민의 생활에 불충분한 서비스이지만, 개별 시민이 이를 처리하기는 어렵기 때문에 그 서비스의 공급을 시민에게 보장하는 책임을 국가(구체적으로는 지자체)가 맡는다는 것이다. 이러한 흐름을 따른다면 일본에 있어서 일반 폐기물 행정은 과거의 급부행정이 아니라 ‘보장행정’으로 보는 것이 적합하다.<sup>165)</sup>

### (3) 보장행정에서의 ‘규제’

보장행정의 목적은 시민에 대한 서비스의 확실한 제공이다. 따라서 민간 폐기물업체의 역할은 단순히 규제의 객체가 아니라 일정한 역할분담하에 행정 목적을 실현하는 데 협조해야 할 주체로 볼 수 있다. 특히 행정능력의 한계로 민간의 활용을 강조하는 새로운 보장행정론의 문맥에서는 이른바 공사협동 하에서의 주체적인 역할

163) 山田洋, 앞의 논문, 85면; 山田洋, “保証國家とはなにか”, 岡村周一・人見 剛 編, 「世界の公私協働：制度と理論」, 日本評論社, 2013, 141頁.

164) 山田洋, 위의 “「保障行政」における規制と協働”, 85면.

165) 山田洋, 위의 “「保障行政」における規制と協働”, 86면.

에 주목하고 있다.<sup>166)</sup> 그러한 의미로 볼 때 전통적인 특허사업자나 업무수탁자와도 다른 새로운 역할을 하게 되는 것이다. 결국 공적 과제의 해결을 위한 국가의 역할은 공사의 역할 분담을 통한 해결을 의미하게 된다. 그 결과 행정과 사업자 간의 관계에서도 법적 규제 수단에 그치지 않는 여러 가지 상호작용이 생기고 있다.<sup>167)</sup>

앞서 정부실패에 의한 규제 완화론을 경험한 새로운 보장행정론에 있어서는 좋은 서비스의 제공이라는 목적을 달성하기 위한 수단으로서 시장 혹은 경쟁의 기능이 중요시된다. 행정이 사업자의 활동을 일일이 구속하게 되면 민영화의 의미는 퇴색되기 때문이다. 전통적인 공기업 특허에서는 개별 기업의 제어에 무게가 실리고 행정에 상응하는 수급 조절에 따른 경쟁 제한이 불가 쉬웠으나, 보장행정론에서는 오히려 시장 메커니즘을 활용한 서비스 제공에 착안하게 된다. 즉, 서비스를 제공하는 민간 사업자가 영리를 추구하는 시장의 일원으로서 행동하는 것을 전제로 하면서, 보다 양호하고 효율적인 서비스의 제공을 겨루는 경쟁의 메커니즘을 활용하려는 것이다.<sup>168)</sup> 그 결과 보장행정론의 통제도 종래와 같은 개별 기업에 대한 꼼꼼한 제어라기보다는 서비스가 확실하고 양호한 공급을 확보할 수 있는 시장의 틀을 정비하는 데 활용된다. 전통적인 공기업 특허나 업무위탁에서 문제점이 되어 온 공기업의 독과점과 국가의 엄격한 활동 규제는 보장행정론과 상충된다.<sup>169)</sup> 따라서 이러한 새로운 규제를 적용하고 이를 기존의 규제와 구별하기 위하여 독일의 ‘규정(Regulierung)’이라는 새로운 용어가 쓰이고 있다.

한편 일본에서도 주차위반 단속이나 교도소 내 업무 같은 협의의 공안 부문에까지 일부 민간화가 진행되고 있는 등<sup>170)</sup> 질서행정 분야에서도 폐기물 행정에서 실현되지는 않았으나 건축물의 적법성을 심사하고 확인하는 ‘지정확인검사기관제도’를 도입하여 민영화(기능적 민영화)가 이루어지는 등 다양한 제품 검사검정 등이 민간기관의 손에 맡겨지게 되었다. 그리고 이런 법제도의 변화만이 아니라 폐기물 행정

166) 독일법상 협동행정에 대해서는 山田洋, 「參加と協働」自治研究 第80卷 第8号, 第一法規, 2004. 8, 25頁; 山本隆司, “日本における公私協働論”, 稻葉 馨·亘理 格 編, 「行政法の思考様式」(藤田宙靖退職記念), 青林書院, 2008, 171頁.

167) 山田洋, 앞의 “「保障行政」における規制と協働”, 88면.

168) 시장메커니즘을 통한 행정임무의 달성에 대해서는 山本隆司, “行政法システムにおける市場経済システムの位置づけに関する緒論”, 森島 昭夫·塩野 宏 編集, 「変動する日本社會と法」(加藤一郎追悼論文集), 有斐閣, 2011, 23頁 參照.

169) 山田洋, 앞의 “「保障行政」における規制と協働”, 89면.

170) 일본과 독일의 공안부분의 민영화에 대해서는 米田雅宏, “私人による警察活動とその統制”, 岡村周一·人見 剛 編, 「世界の公私協働：制度と理論」, 日本評論社, 2013, 211頁.

등에서도 널리 행해져 온 업계 단체의 자율규제 방식도 보는 관점에 따라서는 민영화의 문맥에서 이해될 수 있다.<sup>171)</sup> 요컨대 국가에 의한 ‘공적 과제’ 해결에는 민간과 행정의 역할 분담을 통한 공사협동이 필요하게 될 것이다. 물론 이러한 부분의 민영화에 있어서 국가가 져야 할 보장책임은 다른 부분보다는 그 무게가 무겁다고 볼 수 있다. 즉 국가는 규제를 실시하는 민간기관을 감독할 뿐 아니라 민간기관이 유용하게 서비스를 제공할 수 없는 경우에는 이를 백업할 체제를 마련하여야 하는 역할도 맡는다.<sup>172)</sup>

근래에 일본에서 보장책임이 거론되는 것은 행정서비스의 민영화 경향 때문인 것으로 보인다. 국가가 기존에 담당했던 공급자로서의 역할이 끝났다는 것이 강조되는 동시에 다른 한편으로는 국가가 담당해야 할 새로운 감독자로서의 역할에 초점이 맞추어지는 것이다. 이렇게 시장경제 체제에서는 공공재 즉, 인간의 삶에 필수불가결한 서비스나 재화를 민간이 시장에 공급하는 경우도 많아지고 있다.

공급을 직접적으로 국가가 수행하고 있던 과거의 급부행정에서는 굳이 국가의 “보장” 책임을 논할 필요가 없다. 물론 국가 자신에 의한 공급은 그 공급을 보장하는 책임을 전제로 하여 그 이행으로서 이루어질 수 있지만, 이 부분에는 그 실행 책임과 보증 책임을 분리하는 것에 대한 논의가 빠지게 된다. 결국 생활에 필수적인 재화나 서비스 등에 대해 국가가 완전히 시장에 맡길 것도 아니고, 그랬다고 반드시 스스로 공급에 나서는 것도 아니고 민간 주체의 손을 빌려 공공재의 공급을 확보하려 할 경우 국가의 보증 책임이 가시화되는 것이다. 특히 기존에는 국가 자신이 공급했던 공공재를 민간의 손에 맡기려는 “민영화(민간화 또는 사화)” 국면에서 어디까지 국가가 공급 확보를 책임져야 하는지, 어떻게 공급을 확보할지에 대해 논란이 있을 수 있다. 예를 들어, 시장에 맡기는 것이 적합하지 않다고 하여 지자체의 책임으로 여겨진 일반 폐기물에 해당된다 하더라도, 높은 비용, 시민의 요구에 대한 무관심, 조직의 경직성 등 지자체 스스로가 처리하기에는 점점 많은 한계가 드러나게 되고, 민간 사업자에게 위탁하거나 사업계 폐기물을 중심으로 한 허가업자 등에게 처리를 위임하는 등 폐기물처리법에 다양한 형태로 민영화를 확대하도록 규정하고 지자체에게 남겨진 책임이 ‘보장책임’인 것이다.<sup>173)</sup>

171) 山田洋, 앞의 “「保障行政」における規制と協働”, 90면.

172) 山田洋, 위의 논문, 91면.

173) 山田洋, 위의 논문, 87면.



### 3) 개인정보 보호 영역에서의 규제된 자율규제

보장책임의 구체적인 실현 방법으로서 ‘규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung)’는 민간이 자율규제를 통해 국가의 공적 임무를 효율적으로 운영하도록 국가가 조종(Steuerung)하는 방식으로 규제하는 것을 의미한다.<sup>174)</sup> 그러나 규제된 자율규제는 민간 스스로 통제기준을 설정하여 적용하는 ‘자율규제’를 기본으로 하므로 국가가 민간의 자율규제를 신뢰하여 맡겨두는 것이 선행되어야 하며, 국가도 최소한의 범위를 부여하여 사인이 선택권을 행사할 때에 선택범위를 한정시키는 방법으로 규제한다.<sup>175)</sup>

일본에서 이러한 규제된 자율규제 방식이 적용된 법규로서 “개인정보의 보호에 관한 법률”을 들 수 있다. 일본은 공공부문의 경우 1988년 “행정기관이 보유한 전자계산기처리에 의한 개인정보의 보호에 관한 법률”이 제정되어 있었으나 민간부문에서 개인정보의 보호는 기본적으로 사업자단체의 자율규제에 맡겨지고 있었다. 이후 1999년부터 공공부문과 민간부문을 모두 규율하는 법률을 제정하기 위한 노력으로 2003년 5월 “개인정보의 보호에 관한 법률”이 공포되었다.<sup>176)</sup>

이 법률은 기본적으로 민간단체에 의한 개인정보보호에 관한 자율규제를 규율하도록 하고 있다. 즉, 제4장 제2절(제37조 내지 제49조)에서 개인정보취급 사업자에게 개인정보의 적정한 취득, 안전관리조치의 실시, 보유한 개인정보의 개시와 정정 등을 의무지우는 내용을 규정하고 있다. 그리고 개인정보취급 사업자에 의한 개인정보의 적정한 취급을 확보하기 위하여 개인정보보호법 제37조 제1항은 제42조의 규정에 의한 고충의 처리, 대상사업자에 대하여 개인정보의 적정한 취급의 확보에 기여하는 사항에 관한 정보의 제공, 그 밖에 대상사업자의 개인정보의 적정한 취급의 확보에 관해 필요한 업무를 수행하려고 하는 법인 또는 단체는 주무대신의 인정을 받을 수 있다고 규정하고 있다.

이에 따라 주무대신의 인정을 받아 설치된 단체는 이 법률에 의한 인정개인정보보호단체로서 업무를 행하게 된다. 그 업무는 민간이 작성한 행동강령에 기반한 자율규제를 존중하고 이를 지원하며 검증하고 감독하는 것이다.<sup>177)</sup>

174) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 425면.

175) 서보국, 앞의 논문, 173면.

176) 2차대전 이후 일본에서 개인정보보호 관련 법제의 연혁에 관하여는 김배원, “일본의 개인정보보호법제의 최근 동향 : 「개인정보의 보호에 관한 법률안」을 중심으로”, 「공법학연구」 제3권 제2호, 한국비교공법학회, 2002, 87면 이하 참조.



동법 제42조에 따르면 인정개인정보보호단체는 본인 등으로부터 대상 사업자의 개인정보의 취급에 관한 고충을 해결해 달라는 신고가 있는 때에는 이에 응하여 신고인에게 필요한 조언을 하고 그 고충과 관련된 사정을 조사하여야 한다. 또한 당해 대상사업자에 대해 그 고충의 내용을 통지하여 신속한 해결을 요구해야 한다(제42조 제1항). 인정개인정보보호단체는 개인정보보호법에 근거한 인정을 받아 고충처리를 행하게 된 것이므로 이에 따라 고충의 신고가 있는 경우 그 필요한 처리를 행하는 것은 의무가 되며 따라서 인정개인정보보호단체가 본인 등에 의한 고충의 신고를 선택적으로 접수하는 것은 인정될 수 없다. 또한 인정개인정보보호단체는 고충처리의 구체적인 방법으로서 당해 고충 관계자인 고충 신청인과 대상사업자의 양자에게 영향력을 행사하여 원만한 처리를 꾀할 수 있도록 고충 신청인에게 조언을 하고 대상사업자에게 고충의 내용을 통지하여 그 신속한 처리를 요구하는 것으로 되어 있다. 또한 인정개인정보보호단체는 제42조 제1항의 신고와 관련된 고충을 해결하기 위하여 필요가 있다고 인정되는 때에는 당해 대상 사업자에 대해 문서 또는 구두에 의한 설명을 요구하거나 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 대상사업자는 이 요구를 정당한 이유 없이 거부하지 못한다(제42조 제2항, 제3항). 그리고 인정개인정보보호단체는 대상사업자가 개인정보를 적정하게 취급하도록 하기 위하여 이용목적의 특정, 안전관리를 위한 조치, 본인의 요구에 따르는 절차 등의 사항에 관해 동 법률의 규정 취지에 따른 지침(개인정보보호지침)을 작성하여 공표하도록 노력해야 하여야 하며 이를 공표한 때에는 대상사업자에게 당해 개인정보보호지침을 준수시키기 위해 필요한 지도·권고 등의 조치를 취하도록 노력해야 한다(제43조 제1항, 제2항). 이러한 제도를 통하여 개인은 일정한 수준의 공정하고 신속한 고충처리를 받을 수 있으며, 개인정보취급사업자는 적정한 사업자로서 국민으로부터 신뢰를 얻을 수 있다.<sup>178)</sup>

또한 행정청은 민간이 스스로 정한 자율규제를 위한 법적 틀을 갖추고 규제된 자율규제의 구현을 위한 국가의 기능을 다한다. 즉, 자율규제에 대한 감독을 수행하고, 자율규제 절차에 공정성과 투명성이 확보될 수 있는 방안을 강구하는 역할을 담당한다.<sup>179)</sup> 동법에는 주무대신은 제4장 제1절의 규정 내용을 시행하기 위해 필요한 한도 내에서 개인정보취급사업자에게 개인정보의 취급에 관한 보고를 하도록 하거나

177) 홍석한, 앞의 학위논문, 252면.

178) 홍석한, 위의 논문, 249면.

179) 홍석한, 위의 논문, 252면.

(제32조), 개인정보의 취급에 필요한 조인을 할 수 있으며(제33조), 개인정보취급 사업자가 일정한 규정을 위반한 경우 요건에 따라 당해 위반행위의 중지 또는 시정을 위한 권고를 할 수 있다(제34조 제1항). 만약 이러한 권고에 따른 조치가 취해지지 않고 개인의 중대한 권익침해가 절박해지는 상황이 발생하는 경우에는 권고에 관계된 조치를 직접 명령할 수 있으며(제34조 제2항), 나아가 제16조, 제17조, 제20조 내지 제22조 및 제23조 제1항에 위반한 경우에는 개인의 이로써 중대한 권익을 침해하게 되어 긴급한 조치를 취할 필요가 인정될 때에는 권고없이도 위반행위의 중지 및 시정을 위한 명령을 할 수 있다(제34조 제3항). 또한 주무대신은 제4장 제2절의 규정 내용을 시행하기 위하여 필요한 한도 내에서 인정개인정보보호단체에 대하여 인정업무에 관해 보고하도록 하거나 인정업무의 실시 방법의 개선, 개인정보보호지침의 변경, 그밖에 필요한 조치를 취해야 하는 취지를 명할 수 있는 권한을 가진다(제46조, 제47조).

이처럼 일본의 개인정보의 보호에 관한 법률에는 국가는 자율규제가 적절하게 그 기능을 발휘할 수 있도록 틀을 설정하고 있는데, 이것이 보장책임을 실현하는 수단인 규제된 자율규제라는 이념이 반영된 법제라고 볼 수 있다.

### 3. 보장책임 실현을 위한 제도

#### 1) 지정검사 확인기관

특정 사무의 실시를 민간에게 맡기는 기능적 민영화를 일본에서는 “민간위탁”이라고 부르기도 하는데, 민간의 지정확인검사기관에 건축확인을 위탁하는 제도를 들 수 있다(건축기준법 제6조의2, 동법 제77조의2 이하). 건축확인이란 빌딩이나 맨션 등의 건축물이 지진을 견딜 수 있는가(내진성)를 都·道·府·縣의 건축주사가 확인하는 행정행위(Verwaltungsakt)이다(건축기준법 제6조 제1항).

이는 1995년 대지진으로 무너진 건물을 복구하는 건축이 이루어졌으나 그 수가 너무 많아 국가의 업무수행만으로는 한계가 있어 1999년 건축기준법의 개정에 의하 정부의 지정을 받아 민간조직도 지자체와 똑같이 건축확인 사무를 할 수 있게 된 것이다.<sup>180)</sup>

180) 板垣勝彦, 최환용 역, 앞의 논문, 37면; 塩野 宏, 「法治主義の諸相」, 有斐閣, 2001, 449頁 참조.

그런데 지정확인검사기관의 제도를 둘러싸고 손해배상책임에 관한 문제가 발생할 수 있다. 姉菌秀次 1급건축사와 건축회사를 끌어들이는 구조계획서의 위조 사건이 발생했다. 1급 건축사가 건물의 건설비용을 줄이기 위하여 본래 건물에 들어가야 하는 철골의 숫자를 줄였음에도 구조계산서의 수치를 조작하는 것으로 내진강도를 충족하고 있는 것처럼 위조하였다.<sup>181)</sup> 내진위장을 간과해서 건축확인이 이루어진 경우에 내진기준에 맞지 않는 위약한 맨션을 구입한 자는 다시 내진 보수공사를 하는 등 추가 비용부담이 발생하게 되는데, 이러한 피해자에 대한 손해배상책임의 문제가 생긴 것이었다. 손해배상청구의 상대방이 지정확인검사기관인지 도도부현인지에 관해 논란이 있었으나 결국 도도부현의 건축주사의 지도·감독상 책임이 지적되고 피해자인 맨션주민들은 최종적으로 공적자금을 통하여 어느 정도 구제되었다. 그리고 그 개선방안으로 구조계산 적합성판정(건축기준법 제18조 제4항 이하)과 지정확인검사기관 지정대상에 대한 재산 요건 부과가 도입되었다. 구조계산 적합성판정은 일정규모를 넘는 건축물은 구조계산의 적합성을 확인 심사를 행한 지정확인검사기관과는 별개로 제3자에게 내진위조의 가능성을 사전에 막기 위한 제도이다. 또한 지정확인검사기관으로서의 지정을 받기 위한 재산요건을 부과해서(동법 77조의20 제3호) 사실상 사전에 손해보험에 가입하여야 하는 체계로 변경하는 것이다.<sup>182)</sup>

이처럼 일본에서는 지정검사 확인기관 제도를 두어, 기능적 민영화와 그에 따라 발생한 손해배상책임 문제는 민영화 이후에도 공공부문의 역할이 사라지는 것이 아니라, 조정 및 감독책임으로서 존재하여야 하는 당위성을 보여주고 있다.

## 2) 지정관리자제도

지정관리자제도는 일본에서 시행되던 관리위탁제도를 대신하여, 2003년에 지방자치법 개정을 통하여 도입되었다. 이 제도는 지방자치단체가 민간사업자 중에서 지정관리자를 지정하여 사회기반시설 등 공공시설의 유지 및 관리를 위탁하는 것이다(일본 지방자치법 제244조의2 제3항 이하). 이 제도의 목적은 공공시설의 유지·관리에 드는 비용의 삭감이나 폭넓은 민간사업자의 전문적인 노하우를 활용하는데 있다.<sup>183)</sup> 지정관리자가 되는 민간사업자는 영리를 목적으로 하는 주식회사나 공익법인이 될

181) 板垣 勝彦, 최환용 역, 앞의 논문, 38면.

182) 板垣 勝彦, 최환용 역, 위의 논문, 40면.

183) 板垣 勝彦, 최환용 역, 위의 논문, 41면.

수도 있다. 그리고 지정관리자에게 시설의 사용허가를 할 권한이 인정된다는 점을 특징으로 한다.<sup>184)</sup>

앞서 살펴본 지정확인검사기관 제도와는 행정청의 ‘지정’에 의하여 권한이 발생한다는 점에서는 동일하다. 그러나 지정확인검사기관은 행정에 의한 통제 근거가 건축기준법이지만, 지정관리자 제도는 행정에 의한 통제의 근거가 지방공공단체와 지정관리자가 체결하는 계약 조항이라는 점에서 다르다. 즉 지정관리자 제도에서는 계약 조항에서 정한 지방공공단체에 대한 보고의무에 따라 사업시행자가 적절하게 관리사무를 하고 있는가의 여부를 감독할 수 있다. 또한 그러한 관리가 적절하지 못하게 이루어지고 있는 것이 명확한 경우 민간사업자는 지방공공단체에 대하여 위약금을 지불하여야 하며, 위약금을 지불하는 상황이 계속될 때에는 계약을 해지할 수 있다.<sup>185)</sup>

지정관리자 제도의 가장 큰 장점은 행정청의 지정에 의하여 관리자를 지정하기 때문에 관리책임이 분명해진다는 것이다. 지정관리자 제도를 채택한 민간투자사업시설을 운영하면서 사고가 생긴 경우 행정청이 관리책임을 부담한다. 지정관리자 제도는 행정청이 지정한 지정관리자가 공공서비스를 주민에게 제공하지만, 행정청이 그 관리자를 지정한 것이기 때문이다. 이에 따라 사회기반시설에서 주민이 피해를 본 경우, 일본 국가배상법 제2조에 따라 행정청이 주민에게 손해배상을 한 후, 민간사업자가 행정청에게 위약금을 지불하는 구조이다.<sup>186)</sup>

이러한 법리가 적용된 판례로는 지방자치단체(현)가 사회복지법인을 지정관리자로 지정하여 보육시설의 관리를 위탁하였는데, 그 보육시설의 아동이 다른 아동에게 부상을 입혀, 법원이 지방자치단체에게 관리책임을 물어 국가배상을 인정한 사건이 있다.<sup>187)</sup> 또 다른 판례로는 삿포로 시가 지정관리자에게 시설 관리를 위탁한 삿포로 돗에서 시민이 상해를 입은 사건이다. 이 사건에서 삿포로 지방법원은 “지방자치단체가 지정관리자를 지정하였다고 하여, 영조물의 관리에 관한 책임을 면하는 것은 아니다”라고 하면서, 삿포로 시에게 일본 국가배상법 제2조 제1항에 의한 영조물 책

184) 황지혜, “민간투자법제에서 국가의 보장책임을 실현하기 위한 비교법적 연구 : 일본 민간투자법제와의 비교를 중심으로”, 「토지공법연구」 제83집, 한국토지공법학회, 2018. 8, 283면.

185) 板垣 勝彦, 최환용 역, 앞의 논문, 41-42면.

186) 板垣 勝彦, 최환용 역, 위의 논문, 42면.

187) 最判 平成 19年 1月 25日, 民集 61卷1号, 1頁: 板垣勝彦, 「自治体職員のためのようこそ地方自治法」, 第一法規, 2018, 185頁.

임이 인정되어 손해배상을 할 것을 판시한 바 있다.<sup>188)</sup>

이와 같이 지정관리자 제도는 행정청이 일괄하여 손해배상을 한 후, 행정청과 민간사업자 간에 위약금 지불 등의 내부 정산이 이루어진다는 점에서 관리책임의 일원화로 인한 시설 이용자가 입은 피해를 신속하게 구제할 수 있다는 장점이 있다.<sup>189)</sup> 일본에서 지정관리자 제도를 도입한 공공시설은 2015년 4월 1일 총무성이 발한 “공공시설에서의 지정관리자 제도 도입 상황 등에 관한 조사 결과 보고서에 의하면 76,788개이다.<sup>190)</sup> 이 중 대표적인 사례로는 시즈오카시 문화회관 사업을 꼽는데, 시즈오카시 문화회관 사업은, 민간사업자가 시설 보수와 같은 계약에 의한 업무뿐만 아니라 사용허가 업무(대관), 공연 기획과 같은 행정에 의한 업무까지 일괄하여 담당하고 있으며, 시즈오카시는 민간사업자와 공연 기획 협의, 민간사업자로부터 정기적으로 운영, 회계 보고를 받는 등 사업 관리 및 감독에만 집중하고 있는 구조이다.<sup>191)</sup> 이처럼 지정관리자 제도는 민간사업자가 시설 관리 업무를 일괄하여 담당함으로써 자율성 높은 관리를 하면서 사회기반시설 관리에 관한 최종적인 책임은 행정청이 맡는다는 점에서 민간의 자율성과 국가의 책임을 동시에 강조하는 보장책임을 실현하는 제도라고 볼 수 있다.<sup>192)</sup>

또한 최근에는 사회기반시설 정비사업에서, 민간투자자와 민간위탁제도인 지정관리자 제도를 동시에 적용하는 데에서 도입된 시설관리자 지정 제도가 있다. 시설관리자 지정 제도는 민간사업자에게 시설관리자라는 지위를 부여하여, 사회기반시설 관리의 책임을 법적으로 명시하는 제도이다. 이 제도에 따르면, 민간사업자에게 시설관리자로서의 책무가 법적으로 명문화되는 것이므로 민간사업자에게 책임자로서의 경각심을 줄 수 있고, 주무관청과 민간사업자 간의 역할분담이 수월해질 수 있다. 특히 민간 사업자가 관리 업무를 전담하도록 할 수 있다.<sup>193)</sup>

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

189) 황지혜, “민간투자사업 관리체계 확립에 관한 비교법적 연구 : 일본의 지정관리자 제도를 대상으로”, 「외법논집」 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016. 5, 50면.

190) 總務省, 公の施設の指定管理者制度の導入状況等に關する調査結果, 總務省, 2016, 1頁.

191) 황지혜, 앞의 “민간투자법제에서 국가의 보장책임을 실현하기 위한 비교법적 연구”, 16면.

192) 황지혜, 위의 논문, 17면.

193) 황지혜, “민간투자법제에 있어서의 국가와 민간의 역할 분담 확립에 관한 연구 : 네트워크 이론과 보장국가론의 관점을 중심으로”, 「토지공법연구」 제89집, 한국토지공법학회, 2020. 2, 40면.

## 제2절 영미법계 국가들의 보장행정

### I. 영 국

#### 1. 규제개혁의 개요

북지국가가 주도한 과제 수행의 비효율성에 대한 반성으로 공적 과제의 민영화가 이루어졌으나, 이러한 민영화 또한 부작용이 나타났고, 그 부작용을 극복하기 위한 대책으로 독일을 시작으로 ‘보장행정’과 새로운 의미를 가지는 규제개념인 ‘규제된 자율규제’에 관하여 논의되어 왔다. 독일의 보장국가 및 규제된 자율규제와 함께 논의되고 있는 개념이 영미의 ‘규제국가(Regulatory State)<sup>194)</sup>이다.

영국의 규제개념은 1980년 규제완화나 민영화의 추진으로 인하여 완화된 규제방식으로서 자율적 규제가 요구되었다. 그러나 그 후 사적 주체에 의한 자율규제에의 과도한 의존이 시장실패 등 문제점을 야기하였고, 최근에는 규제의 관점이 탈규제 또는 규제 완화에서 ‘좋은 규제(Good Regulation)’로 전환되고 있다.<sup>195)</sup>

#### 2. 새로운 규제개념과 규제국가의 등장

특히 영국에서 자율규제의 한계를 극복하기 위한 새로운 규제개념으로 등장한 것이 강제적인 자율규제(Enforced Self regulation)와 메타규제(Meta regulation)이다. 강제적인 자율규제는 규제를 받는 회사에 대한 규제기능의 하도급을 말하며, 메타규제는 규제당국이 직접적인 규제를 하는 것보다 통제나 리스크 관리시스템(risk management system)을 감독하는 것으로서 기업에 리스크 관리기능을 맡긴다는 것을 의미한다.<sup>196)</sup> 이들은 보장행정의 규제체계인 규제된 자율규제와 유사한 성격을 지닌다고 말할 수 있다. 이외에도 규제자로서의 정부나 자율규제를 하는 기업이 아닌, 제3자 즉, 공익단체나 전문가단체 등이 규제의 주체가 되는 규제인 스마트규제(smart regulation)도 새로운 규제의 개념으로 논의되고 있다.<sup>197)</sup> 이러한 새로운 규

194) C. Scott, ‘Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism’ in D. Oliver, T. Prosser and R. Rawling (eds), *The Regulatory State* (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp.20-21.

195) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 417면.

196) 정남철, 위의 논문, 424면; R. Baldwin, M. Cave and M. Lodge, , *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2nd ed, Oxford, 2011), pp.146-147.

제개념과 함께 영국에서 활발하게 논의되고 있는 개념이 ‘규제국가’이다. 규제국가는 민영화 이후에도 규제를 포기하지 않으며 오히려 행정적 제어수단으로서 규제를 특징으로 한다는 점에서 독일의 보장국가와 개념상 맥락을 같이한다고 볼 수 있다. 규제국가에서는 시장의 실패를 수정·보완하고, 행정입법의 제정 또는 명령제정(Rule making)이 주요한 수단이다. 또한 종래의 명령과 통제(command and control)를 내용으로 하는 고전적 방식이 아니라 현명한 규제를 특징으로 한다는 점에서<sup>198)</sup> 현명한 국가(smart state)라고도 한다.<sup>199)</sup>

## II. 미 국

### 1. 규제개혁의 개요

영미계의 학자들은 규제개념을 3가지로 구분하고 있는데<sup>200)</sup> 첫째, 최협의로서 “권위적인 복수의 규칙(rule)의 공포로서, 이 규칙의 준수를 감시하거나 증진하기 위하여, 전형적으로 공적 기관(public agency)에 의해 동반되는 것”이다. 둘째, 광의로서 “경제를 조종하기 위한 국가기관의 모든 노력”을 말하며, 셋째, 최광의로서 “비의도적이거나 비국가적 절차를 포함하여 사회 통제에의 모든 메커니즘을 망라하는 것”이다. 그 중 미국은 독립규제행정청이 발전하면서, 최협의 개념을 주로 사용하였다.<sup>201)</sup>

미국의 규제국가는 사려 깊고 점진적인 방식으로 발전되거나 “제도적 설계의 합리적 과정의 산물”도 아니며, 급속한 산업화·도시화 등으로 정부통제의 지속적 집중에 대한 수요가 증가하는 것과 같이 미국만의 독특한 방식으로 발전되었다고 평가된다.<sup>202)</sup> 미국의 규제국가는 제1단계인 초기 개혁시대(1880-1920년), 제2단계인 뉴딜시대(1930-1940년), 제3단계인 사회권의 혁명 시대(1960-1970년 초), 제4단계인 규제

197) R. Baldwin, M. Cave and M. Lodge, pp.265-267.

198) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 417면: Gunnar F. Schuppert, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, 2011, S.279.

199) Schuppert, Governance und Rechtsetzung, S.280.

200) 박재윤, 앞의 책, 254-255면.

201) Jacint Jordana/David Fevi-Faur, The politics of regulation in the age of governance, In : Jordana/Fevi-Faur(ed.), The Politics of Regulation, 2004, pp.3-5.

202) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 415면: K. Yeung, The Regulatory State in D. Oliver, T. Prosser and R. Rawling (eds), The Oxford Handbook of Regulation, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp.71-72.



완화 운동 시기(1970년대 후반-)로 나눌 수 있다. 미국은 19세기 경제규제에 대한 대중적 요구로 연방 당국에 재량의 성질을 가지는 규제 권한이 부여되었고, 시장경제에 대해 관료적 규제 권한을 가지게 되었다.<sup>203)</sup>

미국은 유럽국가들과 달리 국가의 탄생이 늦었고, 국가의 자유주의적 특성 때문에 민영화에 대해 관대한 입장을 유지해 왔다. 미국에서 민영화의 사상적 기초를 세운 이는 경제학자 밀턴 프리드먼(Milton Friedman)이라고 볼 수 있다. 프리드먼은 대표적인 통화주의자(monetarist)였으며, 시장기구의 효율성을 신뢰하고 정부개입에 반대하였다.<sup>204)</sup>

미국에서 민영화 개념에 대하여 신공공관리론의 대표적인 학자인 뉴욕시립대의 E.S. Savas 교수는 ‘사람들의 수요를 충족시키기 위하여 정부부문보다는 민간부문에 보다 의존하는 것’으로 정의하였다.<sup>205)</sup> 즉, 미국에서 민영화는 국가운영에 있어 국가의 주도권은 축소되고 민간의 참여가 확대되는 것으로 표현할 수 있다. 이렇게 초강대국인 미국의 민영화 경향은 세계적으로 민영화가 확산되는 데 큰 영향을 미쳤다. 그러나 민영화의 무제한적인 확장과 그로 인한 민영화의 부작용으로 일찍부터 민영화가 진행되었던 프랑스, 독일 등 유럽에서는 재공영화·재국유화로의 움직임이 나타나고 있다. 미국에서도 민영화의 한계 및 공법적 통제방법에 대한 논의가 계속되어 왔다.

## 2. 보장행정의 비교 법리로서의 책임적합성 원칙

### 1) 책임적합성 등장배경

미국은 민영화가 매우 활성화되어 있어 잘못된 민영화에 의한 국민의 권익침해가 발생할 가능성과 공공서비스에 있어서의 공공성 저하 가능성이 기타 국가에 비하여 높은 편이라는 특징이 있다. 이에 따라 민영화와 관련된 공법적인 문제가 발생할 경우 해결 방법에 대하여 크게 국가행위원칙, 민간위임금지원칙이 있다.

우선, 민간주체에게도 국가권력의 행사에 있어서 적법절차원칙이나 정보공개 의무 등의 각종 공법적 통제장치에 따를 의무를 직접 부과하는 방법이 있다. 이러한 방식

203) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 415-416면.

204) 정남철, 앞의 “생존배려영역에서의 민관협력과 공법적 문제”, 256면.

205) E.S. Savas, Privatization And The New Public Mangement, 28 Fordham Urb. L. J. 1731, 1731, 2001.

의 권리구제수단으로는 미국헌법상 판례이론으로 발전된 국가행위원칙(state action doctrine)을 이용하는 방법이 있다. 이러한 방식은 ‘민영화’에 대한 ‘공법적 통제방식’으로 볼 수 있다.<sup>206)</sup> 그러나 국가행위원칙은 ‘국가행위’로 인정받는 것이 매우 어렵다는 문제가 있다.

또 하나의 방법으로는 민간주체에 대해 부여한 국가권력을 무효화하는 방법인데, 민간주체에 대한 국가권력 부여의 위법성을 이유로 권한위임 자체를 무효화하는 것이다. 이러한 방식의 권리구제 수단으로는 미국 공법상의 ‘민간위임금지원칙(Private Delegation Doctrine)’을 들 수 있다. 이러한 방식은 ‘민영화’에 대한 ‘공법적 제한’ 방식으로 볼 수 있다. 그러나 민간위임금지원칙은 관련 판례가 거의 존재하지 않는다는 실제 적용상의 취약점이 있다. 또한 어떤 근거에서 민간위임이 금지되는지에 대한 헌법적 근거를 찾기 어렵고, 이 원칙에 의하여 금지되는 국가권한이 무엇인지 명확하지 않다는 문제가 있다. 이에 대해 일반적으로 ‘입법권한(규칙제정권)’에 한정된다고 설명되고 있지만 이러한 불명확성 때문에 민영화에 의한 국가권한의 민간 이전을 통제하는 원칙으로서 한계를 지니고 있다. 이처럼 위 두 가지 방법은 오랜 역사를 지닌 미 대법원의 구속력이 있는 선례라는 측면에서 미국의 ‘민영화’와 관련하여 중요한 판례이론들이지만 민영화를 통제하는 원칙으로서는 한계를 보여준다.<sup>207)</sup>

이러한 기존 판례이론의 취약점을 극복하고자 등장한 것이 ‘책임적합성원칙’이다. 미국에서 민영화가 최근 20년에 걸쳐 급속도로 진행된 결정적인 이유는 민영화를 제어해야 할 중요한 헌법 원리인 ‘국가행위원칙’과 ‘민간위임금지원칙’의 결합 때문이었다. 이로 인하여 미국 공법학계는 민영화된 위험관리에 대한 제어를 위해 새로운 관점이 필요하다는 인식 결과 새로운 공법적 제한 장치로서, J.M. Beermann이 민영화 통제원리로 책임적합성이론(Accountability Theory)을 주창하였고, M. Minow, J. Freeman, G. Metzger, E. Dannin, K.N. Brown 등에 의하여 정립되기 시작하였다.<sup>208)</sup>

## 2) 책임적합성 원칙

책임적합성 원칙은 민영화에 대한 공법적 통제의 근거로서 작용하기도 하고, 민영

---

206) 김기홍, “미국에 있어서의 민영화와 그 공법적 한계 : 책임적합성(Accountability) 이론을 중심으로”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2014, 70면.

207) 김기홍, 위의 논문, 70-71면.

208) 김기홍, 위의 논문, 107면.

화에 대한 헌법적 한계로서 작용하기도 하는 개념으로 ‘책임적합성’이란 정부의 운영을 주권자인 국민의 뜻에 맞게 운영할 책임을 말한다. 즉, 정부의 운영에 대한 주권자인 ‘국민의 통제가능성’을 의미한다. 이러한 의미의 책임적합성은 민주주의 원칙의 실현을 위해 ‘정치적 책임의 보장’ 뿐만 아니라 ‘공익의 보장’ 및 ‘효율성의 보장’ 등도 포함하는 개념이다.<sup>209)</sup>

책임적합성 원칙의 구성요소로는 헌법적 책임적합성(Constitutional Accountability)과 시장(Market)에 의한 책임적합성(Accountability)이 있다. ‘헌법적 책임적합성’이 민주주의, 공익보장 등의 공공적 요소를 강조하고 있는 반면, ‘시장에 의한 책임적합성’은 효율성과 자유경쟁 등의 자유시장적 가치에 중점을 두고 있다.<sup>210)</sup>

그렇다면 ‘시장에 의한 책임적합성’과 ‘헌법적 책임적합성’이 충돌하는 경우에는 어떻게 대처할 것인가가 중요한 문제로 부각되는데, 이에 대해서는 비권력작용 등 일반적인 경우에는 ‘시장에 의한 책임적합성’이 우선시되어 효율적인 정부운영이 바람직하다고 보고 있다. 다만, ‘효율성’을 뛰어넘는 ‘공익적 가치’를 보장하기 위해서는 ‘헌법적 책임적합성’이 우선적으로 검토되어야 한다. 미국에서 민영화에 대한 규제는 리로 ‘책임적합성’을 언급하면서 그 예로 ‘공익성’이 극단적인 경우들인 국방, 검찰, 경찰, 교도소 등의 민영화를 들고 있는 것은 바로 이러한 ‘효율성’과 무관하게 순수한 ‘공익적’ 분야가 있다는 점을 입증하고자 하는 것이기 때문이다. 따라서 ‘헌법적 책임적합성’과 ‘시장에 의한 책임적합성’은 항상 상호 배척관계에 있는 것은 아니지만, 경우에 따라 경합하게 되면 ‘헌법적 책임적합성’이 기본적으로 우선하여야 한다고 보아야 할 것이다.<sup>211)</sup> ‘민영화’와 관련하여 책임적합성이 우리에게 주는 시사점은 첫째, 미국에서 민영화 제한 및 통제논리로서 기능하며, 둘째, 민영화의 한계를 유럽 국가들이 ‘국가의 시원성’ 등 국가주의적 관점에서 논의하고 있는 것과 달리 ‘민주주의’ 이념에서 구하고 있다는 점, 셋째, 각종 입법에 의하여 ‘고유의 정부기능 이론’을 중심으로 꾸준히 민영화가 불가능한 ‘정부기능’을 찾아내고 있어 민영화와 관련하여 매우 현실적이고 실천적인 통제 논의라는 점이다.<sup>212)</sup>

209) 김기홍, 앞의 논문, 72면, 106면 이하 참조.

210) 김기홍, 위의 논문, 111면.

211) 김기홍, 위의 논문, 138면.

212) 김기홍, 위의 논문, 73면.

### 3) 독일의 보장책임과 미국의 책임적합성의 비교

독일과 미국의 보장행정의 책임 비교에 있어서 “책임적합성 원칙은 미국에서 민영화의 공법적 통제방법으로서 특히 보장책임과 유사한 면을 가졌다고 평가된다.”고 하면서 “미국에서 민영화의 부작용을 극복하기 위하여 주창된 책임적합성과 보장행정의 보장책임은 모두 경제성과 효율성에만 치중하지 않고 민주주의와 도덕적 책임과의 조화를 도모하는 새로운 관점을 가지고 있다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 보장책임과 책임적합성은 다음과 같은 차이점이 있다.”고 지적한다.<sup>213)</sup>

첫째, 책임의 발생근거에 차이가 있다. 보장책임은 국가의 재정적인 한계 등의 현실적 이유로 민간의 역량을 국가임무 수행을 위해 활용하고자 한 부분이 크지만, 책임적합성은 그런 의미도 있으나 본질적으로 다언성의 확보, 민간의 참여를 통한 참여민주주의의 완성 등 공익적 요구에 대한 응답으로서의 역할이 큰 비중을 차지하고 있다고 평가된다.

둘째, 규제에 대한 시각이 다르다. 보장책임이론에 의할 경우 공적 기능을 수행하는 전문성을 갖춘 민간주체에게 공적 임무를 위임한 후 정부가 어떻게 전문적인 시각으로 이를 규제할 것인지의 문제에 관하여 정립된 기준이 아직 없으나, 책임적합성의 경우 이러한 문제와 관련하여 ‘민간에 의한 규제기능 수행’의 필요성까지도 제기될 수 있다.

셋째, 법개념 수준에서 차이를 보인다. 보장책임은 과도한 개념화를 실시하여 원래 자유로운 형식으로 추진되어야 할 민영화의 효율성 및 혁신성이 부각되지 않도록 하는 부분이 있다. 또한 국가임무와 국가기능은 이론상 구별되는 개념이지만 실제로 구별이 쉽지 않다는 점을 고려하면, 민영화가 허용되지 않는 ‘국가임무’와 민영화가 가능한 ‘국가기능’을 준별하여 ‘국가기능’의 범위를 매우 넓게 인정하는 경향이 있어 ‘국가임무’ 자체의 형해화를 수반하고 있다. 이러한 보장국가 이념에 따를 경우 민영화에 있어서 ‘규제책임’만 국가가 담당한다면 ‘국가임무’ 자체는 민영화되지 않았다고 볼 수 있는 여지가 있어 민영화에 대한 헌법적 장애물이 사실상 없는 것과 다름없어진다는 한계도 생각해 볼 수 있다.

넷째, 책임적합성은 민주주의 원리에 근거하는 헌법정신으로 국가주의적 색채를 가지지 않는 반면, 보장국가이념은 독일 특유의 ‘시원적 존재로서의 국가의 개념’에서 이론을 시작하고 있다는 점에서 국가주의적인 면이 상대적으로 많다는 점을 차

213) 자세한 내용은 김기홍, 앞의 논문, 230-233면 참조.

이점으로 볼 수 있다.

다섯째, 보장책임에서 ‘규제책임’을 강조하다 보니 ‘규제완화’를 ‘민영화’의 범주에 넣지 못하고 있어 민간위탁과 같은 ‘기능적 민영화’와 ‘규제완화’가 갖는 ‘정부운영에 있어서 민간역할의 변화’라는 동일한 성질에 대하여 동일한 기준에 의거한 공법적 평가가 있어야 함에도 보장책임에서는 불가능하다는 점이 지적될 수 있다.

이와 같은 김기홍의 견해에서 미국과 독일의 보장행정상 책임에 대하여 법적 분석뿐만 아니라 행정적, 정책적 차원에서 그 차이를 넓은 시각으로 살펴볼 수 있다.

## 제3절 시사점 및 비교 검토

### I. 시사점

#### 1. 독일

독일의 규제개혁은 보장행정과 함께 지난 30년간 독일의 가장 중요한 정책 논의의 주제 중 하나였다. 그리고 독일인들은 독일에 너무 많은 규제가 있고, 기업과 사인의 자유를 과잉 제한한다는 의미에서 “과도한 규제”라는 용어를 많이 사용한다고 한다.<sup>214)</sup>

독일에서 규제개념은 다양하게 사용되는데, 앞서 살펴본 바와 같이 각 영역의 규제법에서 그 법의 목적을 달성하기 위한 수단으로 작용하고 있다. 특히 생존배려와 관련된 영역에서 공적 과제의 민영화로 인하여 국가의 보장책임을 지는 ‘보장행정법’이나, 국가가 시장에 규제적으로 개입하는 ‘규제행정법’을 강조한다.<sup>215)</sup>

지난 30여년간 독일 규제개혁은 일회적 행위가 아니고, 복합적이고 지속적으로 발전할 체계로서, 양적 측면에서 규제완화를 늘리는 것을 목표로 하되 규제의 목표는 공공복리의 확보이므로 질적 측면에서 사적·경제적 측면을 가능한 존중하지만 공공복리의 확보를 위한 대안을 갖춘 규제방식인 “규제된 자율규제”와 같은 효과적인 규제방식을 추구하는 것을 목표로 하여 왔다.<sup>216)</sup> 이는 스마트규제의 컨셉과 일치한다고 할 수 있다.

보장행정에 관한 논의가 처음 시작된 독일의 입법례에는 앞서 살펴본 기타 국가

214) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 112면.

215) 정남철, 앞의 “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제”, 418면.

216) Jan Ziekow, 김환학 역, 앞의 논문, 123면.

의 경우보다 보장행정의 특징이 더욱 명확하게 드러나고 있는데 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 독일의 규제개념은 과거의 고권적 규제에서 오늘날 사회의 자율성을 전제로 한 새로운 규제개념으로 변모하고 있다. 법적 측면에서 사회의 경향이 지배되는 독점사업인 우편·통신·철도 등의 망으로 연결된 인프라 영역에서의 책임 형태를 보장책임의 일종으로 설명하려는 개념인 ‘기반시설책임’에서 시작하였으나 점차 폐기물·하수 등의 영역으로 확대되고 있는 현상을 보이고 있다. 이와 더불어 보장행정의 법리도 주로 생존배려영역과 관련하여 논의되다가 행정의 전 영역에 확대되어 전개되고 있는 듯 보인다.<sup>217)</sup>

둘째, 독일 실정법에서 볼 수 있는 전형적인 책임분배의 특징은 환경법 영역에서 국가와 사회 사이의 ‘이중의 책임’(duale Verantwortung)이 명확하게 구조화되어 있다는 점이다.<sup>218)</sup> 앞서 살펴본 독일의 환경감사제도, 연방통신법상 보편적 서비스, 제조물관리법상 인증제도 등은 공적 주체와 사적 주체간의 책임분배의 특징을 잘 보여주는 제도이다. 우리나라도 독일처럼 공적 주체와 사적 주체간에 효과적인 책임분배의 구조를 마련할 책임이 있다. 이를 위하여 한국 실정법에 대한 체계적인 분석이 선행되어야 한다.

특히 독일 연방통신법은 유럽 국가 중에서 보편적 서비스 제공을 법제화해 놓았지만 별도의 서비스제공사업자를 지정하지 않는 국가라는 점에서 독특한 사례로 평가된다. 보편적 서비스 제공에 관한 사항은 통신법에 규정되어 있으나, 규제청은 독일 텔레콤의 자체 보편적 서비스 제공을 매년 모니터링하면서 개입여부를 판단하고 있다고 한다. 그리고 현재까지 보편적 서비스가 독일 텔레콤에 의하여 원활하게 제공되고 있는 것으로 간주되고 있고 손실보전 시스템도 작동하지 않고 있다.<sup>219)</sup> 이것은 독일이 보편적 서비스 제공과 관련하여 규제개입을 우선시 하지 않고, 자율성을 보장함으로써 사적 주체를 공공서비스의 차질 없는 공급이라는 공공선을 실현하기 위한 파트너로 인식하는 한편, 국가의 역할을 관찰·감독·장려·재정지원·규제·조정 등 보장책임자로서 인식하고 있기 때문이라고 생각된다. 독일의 순환관리 및 폐기물법은 인구 증가 및 생활수준의 향상으로 그 발생량이 기하급수적으로 증가하는 추세에 있다. 또 제조업 중심의 산업사회를 거치면서 유해성을 포함하는 폐기물

217) 문병호, 「행정법 방법론」, 박영사, 2020, 41면.

218) 박재윤, 앞의 책, 176면.

219) 이종용·조병선, 앞의 논문, 557면.

이 발생되고 있어 과학기술의 발전에도 폐기물은 전세계적으로 난제가 되었다. 이제는 대기오염이나 수질오염 만큼이나 폐기물 관리는 국민의 생존배려영역이 되고 있다. 따라서 폐기물 관리는 쾌적한 환경의 조성 및 국민의 건강 보호를 위하여 국가가 적극적으로 개입하고 해결해야 할 공적 과제라고 보아야 한다. 독일의 순환관리 및 폐기물법은 폐기물이 재활용되는 경우와 처리되는 경우로 구분하고 이에 따라 상이한 법적 규제를 제정하고 적용하여 법적 효과에 차이를 두고 있으며 폐기물 적정처리를 보장하기 위한 입법으로 평가될 수 있다.<sup>220)</sup> 독일연방물관리법에서는 물과 같은 생존배려영역의 민영화는 법치주의원리, 민주주의원리, 사회국가원리 등의 관점에서 일정한 한계를 지닌다. 더욱이 깨끗하고 지속적으로 사용이 가능한 물을 공급할 의무는 생존배려 뿐 아니라 국가의 보호목적에 의하여도 요청되는 의무이다.<sup>221)</sup> 따라서 국가와 지방자치단체는 안전하고 위생적인 물을 공급받을 국민의 기본권을 물 산업의 민영화 여부와 관계없이 지속적으로 보증할 책임이 있다.<sup>222)</sup>

이처럼 독일의 보장행정은 많은 분야로 확산되어 있음을 알 수 있으며, 사적 주체와 공공주체 간의 철저한 협력을 바탕으로 영역 특수성을 반영하여 규제된 자율규제의 원칙하에 효율적으로 공공선을 실현해 나아가는 보장행정이 정착되고 있음을 알 수 있다. 우리나라에서 규제개혁의 방향이 일방적인 규제해제 또는 규제정도의 완화 등으로 인식되어 있는 점에 비교해 볼 때, 참조해야 할 행정 형태가 아닐 수 없다.

## 2. 프랑스

프랑스의 공역무 개념은 일정한 국민의 수요가 사적 활동에 의해서는 충족될 수 없거나, 그 충족의 정도가 불충분한 것으로 판단되는 경우에 발현된다는 점에서<sup>223)</sup> 보장행정의 목적인 공공선 실현과 유사한 개념이라고 볼 수 있다.

또한 프랑스의 공역무는 독일에서의 급부행정과 침해행정이 주로 개인의 권리가

220) 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계 : 독일의 순환관리 및 폐기물법을 중심으로”, 「환경법연구」 제25권 제1호, 한국환경법학회, 2003, 205면.

221) 권형돈, 앞의 “사회국가적 생존배려와 물 산업 민영화의 헌법적 한계”, 11면: Rollenfitsch, Daseinvorsorgen als Rechtsbegriff, in: Blüml (Hrsg.), Forsthoff, Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags, 2003, S.53ff.

222) 권형돈, 위의 논문, 11면; BVerfGE 66, 248, 258; Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft, NVwZ 2008, S.241ff 참조.

223) 강지은, 앞의 논문, 209면.



제한되는지 여부, 즉 행정작용의 형식적 성격에 집중하는 것과 달리 행정작용의 내용적 성격에 집중한다는 점에서 차이점이 있다. 즉, 공적 과제의 대상이 된다면 그것은 사법상 사인의 활동이라도 공역무에 포섭되어 국가에 의해 관리되지만, 경찰행정에서 예방하고자 하는 사인의 침익적 행위는 원칙적으로 사적 영역에 유보되어 있다.<sup>224)</sup>

프랑스는 경찰행정에서의 민간위탁 범위를 점차 늘려나가면서도 국가가 그들을 통제할 기구를 설치하여 관리·감독한다는 점에서 보장행정을 구현해나가고 있다. 이러한 점은 공공안전 영역에서의 민간보안활동에 관한 법제에서 잘 나타난다. 즉, 프랑스에서 민간보안업체는 그 법적 지위와 활동의 정당성을 법제도를 통해 명문화하였으나 국내안전을 확보하는 중국적인 책임 및 통제권이 국가에 있다는 전제하에 민간보안활동에 대한 법을 체계적으로 개정하여 규율을 계속 보완해나가고 있으며, 국립민간보안활동위원회(CNAPS)를 두어 민간보안활동을 관리·감독·규제 하는 역할을 담당하고 있다.

이에 반해, 우리나라의 경우 경찰작용의 민간 위임에 있어 관련 법제와 판례에는 법적 공백이 많다. 첫째, 아직까지 국가가 사인에 위임할 수 없는 국내안전 영역에 대한 원칙이 확고하게 정립되어 있지 않은 점, 둘째, 경비업법 등 관련 법제에서 민간경비업무를 수행하기 위한 인력과 재정력, 시설과 장비, 기술보유 정도 등을 규정해 두고 있을 뿐, 민간경비가 수행할 수 있는 활동의 범위나 이에 대한 구체적인 감독수단을 정하지 않고 있는 점<sup>225)</sup>, 셋째, 민간보안활동을 하는 자의 전문성을 입증하기 위한 자격요건과 교육 및 연수과정이 미비한 점, 넷째, 판례에서 민간보안업체가 어떤 활동까지 할 수 있는지의 작용법적 측면보다 민간에 어느 정도의 의무와 권리를 부여하여야 하는지의 조직법적 측면의 쟁점만을 주로 다루고 있는 점<sup>226)</sup> 등이 문제로 지적되고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 프랑스의 법률과 판례를 참고하여 법제를 개선하고, 국립민간보안활동위원회(CNAPS)와 같은 감독 기구를 두는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

224) Hans D. Jarass, 박정훈 역, 앞의 논문, 61-64면 참조.

225) 박우경, 앞의 논문, 166면.

226) 박우경, 위의 논문, 153면.

### 3. 일 본

일본에서도 ‘경쟁의 도입에 관한 공공서비스의 개혁에 관한 법률’ 제정으로 공공서비스의 실시를 민간 사업자등에 위탁하는 법률 제정하고, 각 영역에서 규제개혁을 하는 등 일본에서도 행정의 이윤추구라는 시장경제 매커니즘에 따라 공적 과제를 수행하는 민간사업자에게 어떠한 규제를 행할 것인가가 중요한 과제이다. 일본의 전기통신영역과 폐기물처리법상 규제개혁을 살펴보면, 보장행정에서 작용하는 규제의 모습은 종래와 같은 개별기업에 대한 꼼꼼한 제어라기보다는 서비스가 확실하고 양호한 공급을 확보할 수 있는 시장의 틀을 정비하기 위한 개념이라고 할 수 있다. 즉, 공기업의 독과점과 국가가 이에 대하여 행하는 기존의 엄격한 규제와는 구별되는 것으로 독일에서 사용되는 규정(Regulierung)의 의미와 유사하다고 파악할 수 있다.

그리고 일본의 지정관리자 제도는 민간사업자가 시설 관리 업무를 일괄하여 담당함으로써 자율성 높은 관리를 하면서 사회기반시설 관리에 관한 최종적인 책임은 행정청이 맡는다는 점에서 민간의 자율성과 국가의 책임을 동시에 강조하는 보장책임을 실현하는 제도라고 볼 수 있다. 현재 우리나라에서는 민간투자가 계속 확대되고 있는 추세지만, 운영상 체계적이지 못한 관리·감독 문제가 꾸준히 지적되고 있다. 따라서 지정관리자 제도를 도입할 경우, 행정청이 피해자에 대한 배상책임을 지고 민간과는 내부정산을 하기 때문에 민간민간투자시설 이용자가 입은 피해를 신속하게 구제할 수 있다는 장점이 있다.

### 4. 영국과 미국

오늘날 규제의 개념은 명령·강제적 효력을 부여하는 종래의 고권적이고 일방적인 성격의 규제에서 점차 국가와 사회(시장)의 협력을 전제로 한 규제거버넌스(Regulatory Governance)로 변화하고 있다. 그리고 이러한 규제거버넌스에 기반한 협력적 법제정을 핵심 요소로 하는 구조가 바로 보장행정의 ‘규제된 자율규제’이다.<sup>227)</sup> 앞서 살펴본 바와 같이 규제된 자율규제는 자율적 규제를 전제로 하므로 사적 영역의 자율성이 보장되어야 하며, 만약 이러한 자율규제가 제대로 작동하지 않을 경우에는 국가의 규제(조종)이 필요하게 된다.

227) 정남철, 앞의 “현대국가의 규율구조와 규제된 자율규제”, 426면.

독일에서도 종래의 고권적 규제, 자율규제, 그리고 규제된 자율규제 등 규제개념이 다양하게 변화하고 있다. 영국에서도 규제개념을 “모든 형태의 사회적·경제적 영향”(all forms of social or economic influence)으로 정의함으로써, 규제가 원하지 않는 특정 행동을 막거나 제한하는 활동에만 머무는 것이 아니라 무언가 가능하게 하거나 촉진하는(enabling or facilitative) 의미로 파악하고 있다.<sup>228)</sup>

영국의 이러한 새로운 개념 정의는 우리나라에서 실정법상 규제개념을 “정부 혹은 국가가 민간부문 행위자들에 대해 ‘공공 이익’과 충돌을 빚는 일이 없도록 어떤 행위를 할 수 있고 어떤 행위를 할 수 없는지 직접적으로 명시하거나 금지하는 것”<sup>229)</sup>으로서 제한적이고 고권적인 것으로 해석하는 것과 달리, 규제에 대한 새로운 개념 정의를 시도하고 있다는 점에서 시대의 변화에 부합하는 규제개념 정립을 위하여 시사하는 바가 크다.<sup>230)</sup>

또한 미국의 책임적합성 이론은 민영화 추진에 따른 여러 가지 부작용을 경험한 후 민영화를 적절하게 통제할 수 있는 공법적 장치로서 논의되고 있는 이론이지만 아직 우리나라에서는 낯선 이론이다. 민영화로 인한 부작용에 대비한 공법적 통제장치가 요구되는 우리나라 현실에서는 보장행정에 대한 논의와 더불어 책임적합성 이론을 우리나라 현실에 적용할 수 있을지에 대한 본격적인 논의가 필요하다고 본다.

## II. 비교 검토

보장행정에 관한 비교법적 검토는 거시적 관점과 미시적 관점에서 확인해 볼 수 있다.

(1) 우선 거시적 관점에서 각국의 입법례에서 발견될 수 있는 공통점을 찾아 우리나라의 법제에 주는 시사점이 무엇인지 살펴본다. 첫째, 앞서 살펴본 바에 따르면 오늘날 규제개념은 과거에 일방적이고 제한적인 성격의 규제개념에서 점차 시장의 자율규제를 전제로 한 새로운 규제개념으로 발전하고 있음을 알 수 있다. 이는 독일이나 독일의 규제개념을 따르는 일본과 같은 대륙법계 국가나 영국, 미국 등 영미법계 국가에서 규정하고 있는 규제의 개념에서도 나타나는데, 모두 금지나 제한을 뜻

228) 정남철, 위의 논문, 416면.

229) 장하준, 이종태·황해선 역, 「국가의 역할 : 우리 모두를 위한 발전과 진보의 경제학」, 부키, 2006, 322면.

230) 정남철, 앞의 “현대국가의 규율구조와 규제된 자율규제”, 420면.

하는 부정적 의미에 그치지 않고, 무언가 가능하게 하거나 촉진하는(enabling or facilitative) 긍정적 의미로 확장되고 있음을 알 수 있다. 이는 아직도 제한적이고 고권적인 의미가 주를 이루는 우리나라의 규제개념에 시사점을 준다.

둘째, 각국의 보장행정에 관한 입법례는 각기 다른 문화적 특수성에 기반하여 보장행정이라는 용어를 직접적으로 수용하고 있는지에는 차이가 있지만, 공사협력의 필요성을 인정하고 공공선을 보장하기 위한 국가의 책임을 관찰·감독·장려·규제·조정이라는 관점으로 보고, 이를 적극적으로 법제에 수용하고 있다고 볼 수 있다.

이처럼 각국의 보장행정의 입법례의 고찰을 통하여 우리의 사회문화적 특성에 맞는 보장행정의 구체적 방향과 보장행정의 작용방식으로서 만들어 나가야 할 우리의 새로운 규제개념 정립에 참고할 수 있다.

(2) 그리고 미시적 관점에서, 각국의 각기 다른 입법례에서 우리나라의 보장행정 영역에 참고할 수 있는 법제는 무엇인지 살펴본다.

첫째, 우리나라의 보장행정에 관하여 우선적인 문제는 보장행정의 직접적 근거가 아직 명확하게 마련되지 않고 있다는 점이다. 독일에서 국가의 보장책임을 독일기본법 제87f조와 제143b조 등에 명문화하고 있는 것과 같이, 우리나라에서도 보장행정의 헌법적 근거를 고민하고 제도화하는 데 독일의 입법례가 지침이 될 수 있다. 또한 책임분배의 구조가 체계적으로 마련된 독일의 환경감사제도, 통신법상 보편적 서비스 등의 법제도는 우리나라 실정에 맞는 효과적인 책임분배의 구조를 마련하는 기틀로서 활용할 수 있다.

둘째, 프랑스의 사례를 통하여 우리나라의 공공안전영역에 있어서 보장행정을 구현해낼 수 있는 방안을 모색할 수 있다. 특히 민간보안활동에 대한 규율을 보완하고, 민간보안활동을 관리·감독·규제하는 기구를 별도로 두는 방안은 참고할 만하다.

셋째, 일본의 지정관리자 제도는 현재 우리나라 민간투자에서 지적되고 있는 관리·감독 문제를 해결할 수 있는 좋은 대안이다. 이 제도를 도입할 경우, 행정청이 피해자에 대한 배상책임을 지고 민간과는 내부정산을 하기 때문에 민간민간투자시설 이용자가 입은 피해를 신속하게 구제할 수 있다는 장점이 있다.

넷째, 영국의 강제적인 자율규제, 메타규제 그리고 스마트 규제와 같은 새로운 규제개념은 여전히 제한적이고 고권적 규제개념에 머무르고 있는 우리나라에서 규제 거버넌스와 보장행정으로 나아가는 시대의 흐름에 부합하는 변화된 규제개념을 검

도할 동기를 부여한다.

다섯째, 미국의 책임적합성 이론은 민영화의 새로운 공법적 통제장치로서 그 자체로 의의가 있으며, 미국의 책임적합성 이론과 보장행정과의 비교분석을 통하여 미국의 책임적합성 이론이 갖는 장점은 역설적으로 보장책임이론의 한계를 보여줌과 동시에 보장행정의 한계를 보완할 수 있는 좋은 대안으로 참고할 수 있을 것이다.

(3) 앞서 살펴본 바에 의하면 각국의 보장행정의 모습은 저마다 다른 사회문화적 특성에 기반을 두고 있어 일관되어 있지 않다. 독일만 해도 보장행정은 국가가 제공하던 공공서비스가 유럽의 통합으로 인하여 개별국가 중심으로 유지하기 어려워진 상황에 맞춰 국가의 기능에 큰 변화를 맞이한 것과 밀접한 연관이 있다. 이는 우리나라와 상황적 차이가 있다. 따라서 향후 우리나라 현실에 맞는 보장행정을 구현하기 위해서는 우리나라 외의 보장행정에 관한 법제 분석과 함께 우리나라 현실에 대한 더욱 다양하고 심도 있는 분석들이 진행되어야 할 것이다.

## 제5장 보장행정론의 평가와 법적 과제

### 제1절 보장국가론의 헌법적 수용과 보장책임의 범위와 한계

#### I. 헌법적 수용

앞서 살펴본 것처럼 독일은 보장행정의 헌법적 근거를 두고 있다. 독일기본법 제 87f조 제1항에서는 우편 및 통신행정과 관련하여 “연방 참사원의 동의가 필요한 연방 법률의 척도에 따라 연방은 우편 및 통신의 영역에서 전 영토에 걸쳐 상당하고 충분한 서비스를 보장해야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 생존배려의 급부와 관련된 패러다임의 변화로서 ‘사회국가성이나 경제헌법의 변화’로 이해하고 있다. 또한 기본법 제87e조 제4항에서는 철도 분야와 관련하여 보장책임을 확정하고 있다.<sup>1)</sup>

우편 분야에서도 1994년 우편개혁(Postreform) II에 의해 독일기본법 제87f조에 보장책임이 규정되었고 유력설은 전기 분야에서 보장책임의 헌법적 근거를 국가목표 조항으로 사회국가원리(기본법 제20조 제1항)와 환경국가원리(기본법 제20a조), 인간의 존엄(기본법 제1조), 기본권조항, 입법권한(기본법 제74조 제1항) 및 행정권한(기본법 제83조 이하) 등에서 찾고 있다.<sup>2)</sup>

이처럼 기본법에 보장행정의 근거를 규정하고 있는 독일의 경우와 달리 우리 헌법에서는 보장국가론을 수용할 수 있는가와 관련하여 우리 학계에서 아직 본격적인 논의가 이루어지지 않는 것으로 보인다. 다만 보장국가는 사회국가(복지국가)의 원칙적인 사회형성적 요구를 이어가면서도 임무이행의 방법을 달리하는 사회국가의 한 실현방식으로서, 사회국가를 현대적으로 정립시키는 새로운 구상(사회국가의 현대적 변용으로서의 보장국가)으로 이해하고자 하는 견해가 있다.<sup>3)</sup> 또한 우리 헌법은 독일기본법과 달리 사회국가 원리를 명시하고 있지는 않으나, 여러 규정들을

1) 정남철, “생존배려영역에서의 민영화와 보장책임 : 특히 보장책임의 실현가능성을 중심으로”, 「법조」 제65권 제6호, 법조협회, 2016. 6, 194면.

2) Reinhard, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin, 2003, S.218ff.

3) 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009. 3, 518-519면; 김남진, “사회국가와 보장국가와의 관계”, 「법연」 제36호, 한국법제연구원, 2012. 12, 16-18면; 김남진, “한국에서의 보장국가론과 규제개혁”, 「대한민국학술원통신」 제261호, 대한민국학술원, 2015. 4, 3면.

종합해 볼 때 사회국가 원리가 우리 헌법의 기본원리에 해당한다는 점에 대해서는 대체로 의견이 일치되고 있다는 점을 근거로 헌법 119조 제1항, 2항의 의미와 취지가 보장국가론과 부합된다는 견해가 있다.<sup>4)</sup>

그러나 사회국가론에서 보장국가론의 개념을 함축하고 있다고 하지만<sup>5)</sup>, 명확한 명문의 규정이 없는 점에 비추어 그러한 해석은 다소 의도적인 것으로 보일 수 있으므로 우리 헌법 질서 하에서 ‘보장국가’로 정의하는 것은 일단 유보해 두더라도 참여와 협력을 기반으로 하는 국가의 보장책임에 대해서는 헌법의 권력구조에 대한 기본적인 이해에 비추어 당연히 인정하여야 한다. 그러나 보장책임이라는 관념을 구체화하기 위하여 현대국가에서 보장행정법은 반드시 필요한 논의의 대상이라고 보는 견해도 있다.<sup>6)</sup>

생각건대 우리나라에서도 독일의 입법처럼 통신, 전기, 철도 영역에 대하여 민영화가 이루어져 이루어진 만큼 독일의 입법례처럼 헌법상 보장국가를 구현할 수 있는 헌법적 근거를 마련하여 보장행정의 체계를 확립하여야 한다.

## II. 보장책임의 범위와 한계

우리나라의 경우 통신 사업을 제외하고는 생존배려영역의 민영화는 실질적으로 이루어졌다고 보기 힘든 단계에 있다. 그 배경에는 우리나라에서 정부는 민간 기업들이 공정하게 경쟁하고 거래할 수 있도록 환경을 조성하고, 사회서비스를 포함한 공공재를 공급하는 주체로서의 중요한 책임을 다해야 한다는 인식이 크다. 특히 철도, 전기, 물, 통신과 같은 공공재나 국방, 치안, 의료 등의 분야에는 공공성을 강화하는 정부의 역할이 필수적이라는 생각이 지배적이다. 대표적인 예가 의료분야이다. 의료분야가 미국의 경우처럼 민영화되어서는 안 된다는 시각에는 환자는 적은 부담으로 양질의 의료서비스를 제공 받아야 하는 ‘건강권’의 주체이지, 최대한 돈을 많이 뽑아내야 하는 객체가 되어서는 안 된다는 확고한 신념이 있다. 따라서 경쟁과 이윤의 최대화가 중요가치인 산업 논리로만 의료분야를 보아서는 안 된다는 것이다. 그러나 공공의료를 무조건 찬성하는 것도 문제가 있다. 왜냐하면 영국처럼 공공의료제도

4) 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 「공법연구」 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015. 10, 475-476면.

5) 홍석한, 앞의 논문, 518면 이하 참조.

6) 김유환, “민간의 참여와 협력에 의한 행정과 국가의 보장책임”, 「행정법학」 제7호, 한국행정법학회, 2014. 9, 8면.



가 활성화 되어 있는 나라의 경우에도 공공의료제도가 지원되는 동네 공공병원의 주치의의 진료를 손쉽게 받아야 하는데 진료 한번 받기까지 예상할 수 없을 정도로 오래 걸리는 점과 국민의 의료선택권이 없다는 점도 문제점으로 지적되고 있다. 그리고 6개월 이상 자국에 머무는 비자 가진 외국인 포함 모든 사람을 무상치료하기 때문에 모두 똑같은 혜택을 누리기 위해서는 많은 시간이 소요된다. 그렇기 때문에 이러한 부분까지 민간 사기업이 진입해서 사적 이윤 중심 운영기업으로 만들려는 것은 막아야 한다고 보는 것이다. 이에 따르면 보장책임이 문제되는 대부분의 기간 시설 산업이 이행책임의 단계에 머물러 있는 한국의 상황에서 민영화는 아직 그 결정이 유보되어 있는 과제라고 볼 수 있다.<sup>7)</sup>

결국 보장책임의 범위와 한계의 문제는 민영화를 결정하기 위한 단계에서 보장행정이 어떤 역할을 할 수 있는지에 있다.<sup>8)</sup>

이에 대해 독일의 보장국가론에서도 이에 관한 충분한 논의가 이루어지지 않는 것으로 보이는데 이에 관하여 국가의 기본권 보호의무로부터 사인에 의하여 제공될 수 있는 급부에 대해서는 국가가 스스로 제공하여서는 안 되고, 국가는 원칙적으로 이행책임을 사인에게 넘기고 보장책임을 지는 것으로 활동범위가 한정되어야 한다는 견해가 있다. 이에 따르면 보장국가에서 민영화는 당연히 추구되어야 할 과제가 될 것이다.<sup>9)</sup>

이에 반해 보장책임이 민영화된 이후에도 국가는 감시 및 규제체제를 통하여 사인에 의한 급부의 이행을 보장하는 것을 의미하므로 만일 이러한 보장책임의 내용을 실현하는 것이 불가능할 경우에는 민영화는 정당화될 수 없다.<sup>10)</sup>

대표적으로 철도민영화와 관련하여 독일에서 중요사항유보설에 제도적 법률유보(institutioneller Gesetzesvorbehalt)의 관점이 포함되어 있음을 강조하면서, 보장국가의 방향에 따라 철도의 민영화를 의회유보차원에서 다루어야 한다고 주장이 주목받고 있다.<sup>11)</sup> 반면 보장행정의 영역에서는 형성여지와 절차책임이 사인과의 협력과 결부되어 있고, 행정이 절차의 지배자가 아니므로 기술안전과 사회보장과 같이 실제적

7) 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 「행정법연구」 제41호, 행정법이론실무학회, 2015. 2, 199면.

8) 박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 2018, 250면.

9) 박재윤, 위의 책, 251면: Wolfgang Weiss, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S.430ff. 참조.

10) Schuppert, The Ensuring State, p.60 참조.

11) 박재윤, 앞의 책, 252면.

의미의 법률유보가 제대로 적용되기 어려운 영역에서 중요사항유보설에 절차적 요소를 결부시킬 경우 그 약점을 보완된다는 주장도 있다.<sup>12)</sup>

우리나라의 경우 통신산업은 이미 실체적 민영화가 이루어져서 국가는 전기통신사업법에 근거하여 규제 방식을 사용하고 있다. 이에 대하여 보장행정의 작용형식으로서 규제는 질서행정에서의 위험방어에만 한정되어 있지 않고 생존배려적 급부 제공에 속하는 통신망 산업에서도 경쟁을 유도하며, 사인이 공공복리에 분업적으로 참여하기 위해서는 규범적 보장규정을 마련하는 것이 중요하다는 견해<sup>13)</sup>에 따르면 민영화된 통신망 산업에 있어서의 이러한 규제에 단순한 경쟁법적인 측면을 넘어서는 또다른 목적이 인정된다는 면에서는 보장책임의 단계로 평가할 수 있다.<sup>14)</sup> 반면, 철도와 전력산업의 경우에는 일부 경쟁체제의 도입을 위한 근거를 마련하고 있으나, 여전히 국가나 국가 소유의 공기업이 시장을 사실상 독점하고 있는 상황이다(철도사업법 제2조, 한국전력공사법 제4조 참조). 따라서 철도와 전력 공급을 담당하는 기업들은 통신의 경우와는 달리, 국가가 직접 혹은 자신의 조직을 통해 간접적으로 이행책임<sup>15)</sup>을 지는 단계에 머물러 있다고 볼 수 있다. 다만, 이 경우에도 공기업이 사경제적으로 활동하고 있고, 규범적으로는 국가 임무를 수행하는 공기업에 대하여도 규제의 수단이 사용되고 있다는 점에서 현실과 규범간의 괴리가 존재하는데 규범에 따른 규제의 측면에서는 국가가 일종의 ‘변형된 보장책임’을 지고 있다고 보는 견해가 있다.<sup>16)</sup> 이러한 분석은 이 분야에서의 국가의 정책수단이 경쟁의 도입이라는 목적을 넘어서서 또 다른 공익요소를 추구하는 것을 정당화할 수 있을 것이라고 본다.

12) 김환학, “법률유보 : 중요성설은 보장행정에서도 타당한가”, 「행정법연구」 제40호, 한국행정법연구소, 2014. 11, 23면.

13) 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 : 보장행정의 공동선실현 메커니즘”, 「강원법학」 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 6, 93-94면.

14) 박재윤, 앞의 논문, 199면.

15) 박재윤, 앞의 책, 141면 참조.

16) 박재윤, 위의 책, 207면; 독일의 경우에도 공기업의 형태로 독점적 지위에 있는 Deutscher Post AG에 대하여 이행책임을 부담하지만, 국가가 규제라는 형식을 사용한다는 점에서 일종의 잠종적인 지위로서, 규율기술과 책임단계가 비전형적으로 연결되어 있다는 견해로는 Christian Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, S.74 참조.

## 제2절 보장행정의 평가

### I. 법리에 대한 평가

보장행정의 법이론은 세계화, 정보화, 민영화 등 국가의 위상을 약화시킬 수 있는 다양한 변수에도 불구하고 보장책임을 통해 공공선을 실현하기 위한 역할을 전략적으로 수행할 수 있는 지위를 부여하고 있다. 또한 국가와 사인간의 협력을 통하여 시민사회의 자율성을 강조하고 공적 과제에 민간의 참여를 이용한다는 점에서 민주주의의 실현에 기여할 수 있다.<sup>17)</sup> 더욱이 지난 수십 년 동안 진행되어 온 국가와 사회의 관계 및 행정의 변화를 적절히 반영함으로써 극단으로 치우쳐 있는 전통적 행정의 한계를 보완하여 자유와 규제가 공존해야 하는 현시대의 모습을 이해하기 위한 분석의 틀을 제공하고 있다는 점과, 국가와 사인간 협력을 통하여 자유와 규제의 조화를 추구한다는 점에서 참여민주주의를 실현할 수 있다는 점에서 긍정적 요소를 지니고 있다. 그러나 보장행정의 법이론은 그 이념적 구상이 나아갈 방향이 다소 불확실하고 법제상 구체화할 요소들이 여전히 많이 남아있다는 점에서 입법적 불비와 체계적 검증 부족이라는 한계가 존재한다. 즉 보장국가에서 참여와 협력에 의한 행정이 어디까지 가능하고 어떠한 절차를 통하여 공공임무를 사임무화할 수 있는가에 대한 명백한 입법적 기준이 아직 정비되고 있지 않다.<sup>18)</sup> 뿐만 아니라 보장책임에서 말하는 국가의 보장의무가 무엇인지 정해져 있지 않다는 점<sup>19)</sup>, 어떠한 공적 과제가 보장책임의 대상이 될 것인지, 각 영역별로 보장책임의 강도를 어떻게 유형화하여 적용할 것인지, 그 구체적인 수행방식은 어떻게 채택할 것인지 등 많은 부분이 사실상 정치적 합의와 입법에 맡겨져 있다는 점, 아직은 체계적 검증이 부족하여 보장책임만으로 과연 기대한 공적 과제 달성의 효과를 거둘 수 있을 것인지, 민간참여의 활성화와 규제를 통한 공공성 확보를 동시에 만족시키는 규제가 현실적으로 가능한 것인지 등<sup>20)</sup> 풀어야 할 숙제가 많이 남아있다.

17) 홍석한, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 「공법학연구」 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016. 5, 21면.

18) 김유환, 앞의 논문, 19면.

19) 독일기본법에서 “보장(Gewährleistung)”이라는 용어는 여러 곳에서 사용하고 있지만, 그 의미가 무엇인지에 대해서는 정해져 있지 않다는 비난도 있다(Claudio Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, Der “Gewährleistungsstaat” - Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat Bd.42 Hf.4, Duncker - Humblot, 2003, S.496ff).

20) 김유환, 앞의 논문, 21면.

또한 보장책임에 있어서 ‘적법성 통제’의 문제와 ‘법률유보’가 문제점으로 지적된다. 보장국가는 민간의 자율성을 보장하고 이를 활용하는 것에 무게를 두고 있지만 공익보장에 방향이 맞추어지는 질서를 형성할 필요가 있고, 보장책임을 수행하기 위한 활동 역시 법치국가 원리에 부합해야 하므로 국가권력의 한계까지 포함한 법적 토대를 만들어야 한다.<sup>21)</sup> 이를 위해 법치국가의 작용원리의 하나인 행정의 법률적합성, 특히 법률유보원칙과 관련하여 과거 통설인 전통적 침해유보설에 이어, 현대국가에서 행정의 활동형식이 다양해지면서 전부유보설, 급부행정유보설(사회유보설), 권력행정유보설, 중요사항유보설(본질성설) 등이 주장되어 오다가, 현재 독일과 우리나라에서 본질성설이 지배적인 이론으로 통용되고 있으며, 헌법재판소도 의회유보원칙을 강조한 바 있다.<sup>22)</sup>

## II. 사화와 사화 유형에 따른 유용성

### 1. 사화개념

사화는 협력적 행정이 발생하는 원인이라는 점에서 보장행정에서의 책임의 분배 문제와 밀접한 연관이 있다. 협력적 행정의 형식으로 행정계약이 대표적이지만 공적 과제 수행에서 행정책임변화에 더 직접적으로 연관되어 있는 것이 20세기 후반 신자유주의의 물결 속에서 광범위하게 전개된 사화의 모습이다.<sup>23)</sup>

이러한 사화의 개념은 법적인 개념이 아니라 보장행정에서의 강학상 개념이다. 사화(Privatisierung)는 그 현상이 매우 다양하며 이에 대해 법률적으로 개념정의를 내리는 것은 어려우나 공공부문의 책임 사무가 사인의 그것으로 옮겨가는 과정을 가리키는 일종의 집합개념이다.<sup>24)</sup> 이 중 사화를 국가의 공적과제수행방식이 변화하는, 즉 행정책임이 변화하거나 분배되는 원인으로 보는 견해가 있다.<sup>25)</sup> 즉, ‘사인에게 공적과제가 이전되거나 그 과제의 이행에 사인이 참여하여 국가의 책임단계가 변화하거나 책임이 분배되는 현상’이라는 것이다. 이는 책임분배의 출발점으로서 사화를 파악하고 있다는 점에서 적절한 정의라고 생각된다.

21) 정기태, 전제논문, 476면.

22) 헌법재판소 1999. 5. 27, 선고 98헌바70 결정.

23) 박재윤, 앞의 책, 153면.

24) 大脇成昭, “民營化法理の類型論的考察”, 「法政研究」 第66卷 第1号, 九州大學法政學會, 1999, 293頁.

25) 박재윤, 앞의 책, 155면.

한편 보장행정 영역에서의 보장책임은 여전히 국가에 있도록 하면서 사인에게 과제 수행을 대행하도록 하는 형식, 즉 기능적 민영화의 형태를 의미한다.<sup>26)</sup> 반면, 절차적 사화란 규제행정과 급부행정의 절차를 불문하고 종래에는 국가가 독점하고 있었던 권력적인 임무의 행사와 절차의 수행을 사인에 위임하는 것을 의미한다.<sup>27)</sup> 이러한 절차적 사화의 국면에는 전통적으로 권한수입(특허), 행정보조, 사인의 임용 등의 여러 가지 형식을 사용하여 임무의 위탁이 이루어져왔다(기능적 사화). 즉 기능적 사화에 과제수행의 과정 내지 절차에 사인이 편입되는 것을 뜻하는 절차적 사화(Verfahrensprivatisierung)가 포함될 수 있다.

## 2. 사화의 유형에 따른 유용성

현재 독일 공법학의 통설적 견해에 의하면 보장행정 영역에서의 사화의 개념은 사무의 사화의 정도에 따라 조직적 사화, 사무적 사화, 기능적 사화(절차적 사화) 분류된다.

### 1) 조직적 사화

조직적 사화(Organisationsprivatisierung) 또는 형식적 사화는 국가가 특정한 급부행정의 과제를 수행하기 위하여 사법적인 조직, 특히 유한회사 혹은 주식회사의 형태로 자본회사를 설립하는 것을 의미한다.<sup>28)</sup> 독일의 지방자치단체와 사인은 보장행정의 목적을 달성하기 위하여 법상의 조직 활동을 통한 조직적 사화를 일찍이 이용해왔다. 사인이 법 형식을 이용하여 공법상 통제에서 벗어나는 것을 방지하기 위해 행정사법(Verwaltungsprivatrecht)의 이론이 사화의 과정에서 발생할 수 있는 폐해를 최소화·억제하려고 하는 의도에서 도입한 것이 조직적 사화이다.<sup>29)</sup>

조직적 사화는 국가·지방자치단체와 사인 간의 책임배분에 변화가 발생하지 않으며, 사인의 사적 자원을 행정업무의 집행에 투입하는 것으로 단정하기는 어려우므로 ‘가상(假象)의 사화’라고도 평가된다.<sup>30)</sup> 또한 조직적 사화는 경제적·사회적·문

26) 정남철, “생존배려영역에서의 민관협력과 공법적 문제 : 특히 공공수도의 민영화를 중심으로”, 「환경법연구」 제32권 2호, 한국환경법학회, 2010, 8, 54면.

27) 板恒勝彦, 「保障行政の法理論」, 弘文堂, 2013, 508頁.

28) 박재윤, 앞의 책, 2018, 156면.

29) 劉宗德, “公私協働論に關する一考察”, 「CALE Discussion Paper」 第8卷, Nagoya University Center for Asian Legal Exchange, 2012. 9, 3頁.

화적 사무의 영역에서 주로 활용되고, 사무에 관한 사화의 정도가 깊어져 가는 과정의 초기 방법으로 사용된다. 또한 경제적 사무와 사회적 사무는 조직적 사화가 이루어진 후에 서서히 사무적 사화로 옮겨 가면서 문제된다.<sup>31)</sup> 따라서 사무적 사화에 의한 제반 문제가 동시에 발생하는 것을 방지하기 위해 과도적인 형태로 조직적 사화가 유효하다고 할 것이다.<sup>32)</sup> 또한 조직적 사화는 사경제적 경영의 경험을 이용할 수 있을 뿐 아니라 사법상의 유연성, 재정법적 구속에서의 해방, 폭넓은 동업자와 출자자 및 책임제한의 고려 등을 장점으로 들 수 있다.<sup>33)</sup>

다만 조직의 사화에서 헌법상 보장된 사인이 기본권을 제약할 수 있는가가 문제된다. 대표적으로 독일 프랑크푸르트 공항과 관련하여 Fraport Aktiengesellschaft<sup>34)</sup> 공항 내에서 시위금지조치를 한 사건에 대하여 독일연방헌법재판소는 “항공교통행정 임무를 위탁받은 피고가 수행하는 공공업무는 항공 교통의 안전과 용이성을 확보하는 데 국한된다. 그러므로 공항 인프라 제공은 항공행정부의 공공업무에 속하지 아니한다. 기본적 권리의 간접적 구속과 관련하여 피고는 여행 목적으로만 접근 권한을 부여할 의무가 있고, 집회결사의 자유 금지 자체는 부도덕하거나 법률을 위반하지 않아야 한다. 상업 공항의 운영자로서 피고는 항공법에 따른 수많은 의무의 수취인이며 국가의 “확장된 팔”인 것처럼 보이는 국가행정 구조의 권위는 이것에서 파생될 수 없다. 또한 피고와 같은 혼합경제기업의 경우 공적 주주만이 기본권에 구속된다. 공공부문의 참여는 기본권에 의해 보호되는 민간 주주의 참여가 제3자의 기본권으로 인해 일반적인 수준 이상으로 제한되는 결과를 가져와서는 안된다. 또한 주식법에 따라 공적 주주는 이사회 의사결정에 결정적인 영향력을 행사할 수 있는 입장이 아니다. 따라서 피고가 제공한 공공 인프라 서비스도 기본권을 직접적으로 구속하지 않는다. 그리고 피고가 기본적 권리에 간접적으로 구속되더라도 이는 제3자의 기본적 권리를 행사하기 위해 사유재산을 제공할 의무를 구성하지 않는다. 결국 피고는 모든 사용자가 차별 없이 항공 교통에 참여할 수 있도록 할 의무가 있

30) 大脇成昭, 前掲論文, 295頁.

31) 劉宗德, 前掲論文, 3頁

32) 大脇成昭, 前掲論文, 295-296頁.

33) 박재윤, 앞의 책, 157면; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, S.620

34) Fraport Aktiengesellschaft 공항부지를 소유하고 있고, 2003년 ‘공항금지’ 조치 당시 헤세 주, 프랑크푸르트 암 마인시 및 독일 연방 공화국이 주식의 약 70%를 소유하고, 나머지는 사유였다가 이후 연방주식을 매각하여, 헤세 주와 프랑크푸르트 암 마인시가 전액 출자 자회사를 통해 주식의 약 52%를 보유하고 있다.

다.”고 판시하여 혼합경제주체인 사인에 대하여 헌법상의 기본권보장에 관한 제3자적 효력은 직접적 구속효가 없고 공적 주주인 국가 또는 지방자치단체만이 직접적 구속효가 인정되며, 사인은 항공 교통에 차별 없이 참여하도록 할 의무가 있다고 판단하고 있다.

요컨대 조직적 사회는 조직의 형식만 변경될 뿐 공적 주체가 과제의 수행을 포기하거나 그 책임에서 벗어날 수 없는 형태이다.

## 2) 사무적 사회

사무적 사회는 국가가 어떤 공적과제의 수행에서 완전히 물러나서, 기존까지 국가에 의하여 수행된 공적 과제를 사인에게 맡기는 것을 뜻하며, 이를 사무적 사회(Aufgabenprivatisierung)는 임무사화 또는 실체적 사회(materielle Privatisierung)라고도 한다. 여기에서의 사인은 사회경제적 영역과 그 지배원리가 되는 경쟁원리를 포함하는 개념이다.<sup>35)</sup> 즉, 어느 사무에 대해 행정주체가 종래부터 맡아온 집행주체의 법적 지위와 이행책임 자체에 변화가 발생하여 그 해당 사무가 사인·시민사회의 활동에 따라야 할 것으로 여겨지는 경우이다. 여기에는 공공의 복리를 고려한다는 점에서 공공성이 있고, 경제의 자유화 등의 원인에 따라 국가행정 또는 자치행정에 의해 수행되어야 사무로서의 성질이 승인되지 않을 수도 있다.<sup>36)</sup>

또한 사인에게 국가 감독자의 지위를 할당하고 그 책임은 일반 시민이 합리적인 대가로 공공서비스를 받을 수 있도록 배려한다는 의미에서 보증책임으로 변질될 우려가 있으나,<sup>37)</sup> 행정이 담당 업무를 줄이고 재정 부담을 경감하는 효과가 있다.<sup>38)</sup> 그러나 사무적 사회는 사인에게 완전히 책임을 인계하는 것이므로 국가와 지방자치단체가 행정사무의 이행을 완전히 포기하는 것이 허용될 수 있는가에 관한 헌법상 문제가 발생하는데 국민의 생존배려와 신체, 생명, 안전에 대한 사무이행을 완전히 포기하는 것은 위헌이다. 따라서 사무적 사회는 완전한 형태로 이루어지는 것은 드물며 다른 사회의 예에서 부분적인 요소로 인정된다.<sup>39)</sup>

35) Hartmut Maurer, a.a.O., S.621.

36) 劉宗德, 前揭論文, 3頁

37) 劉淑範, “公私夥伴關係(PPP)於歐盟法制下發展之初探：兼論德國公私合營事業(組織型之公私夥伴關係)適用政府採購法之爭議”, 「臺大法學論叢」, 40卷 2期, 2011. 6, 509頁.

38) 劉宗德, 前揭論文, 3頁

39) 大脇成昭, 前揭論文, 298頁.



실무적으로 사무적 사회의 과정에서 사무적 사회와 조직적 사회가 병행되는 경우와 조직적 사회가 선행하여 서서히 사무적 사회로 진행되는 경우 등 다양한 과정이 존재한다.<sup>40)</sup> 마지막 단계에서는 정부에 의해 유지되는 국영기업의 주식이 사인에게도 판매가 되고 공사혼합 기업이 되어 시장에서 경제활동을 수행할 수 있다.<sup>41)</sup>

### 3) 기능적 사회

기능적 사회는 공적 과제수행 자체를 완전히 사회화하는 것이 헌법이나 법령구조상 불가능한 경우가 많기 때문에 이행책임과 보장책임의 분리라는 관점에서 대안을 모색할 필요성이 있다. 즉 과제 자체는 공적 주체에게 유보하고 과제의 실질적 수행만을 사적 주체에게 넘겨주는 기능적 사회가 그것이다. 기능적 사회는 공적 과제를 수행하는 데 필요한 실질적인 행동이 사인에게 위임되는 것이다. 그리고 여기서 사인은 단지 공법적인 과제수행과 기능적으로 관련되어 있는 준비나 수행업무에 부분적으로 기여하는 역할에 한정된다.<sup>42)</sup>

한편 기능적 사회(funktionelle Privatisierung)는 조직적 사회와 사무적 사회를 절충한 형태로써 절차적 사회라고도 한다. 기능적 사회는 그 특성상 사무 자체의 사회에 적당하지 않다고 생각되는 것에 대해서 행정주체가 그 임무 집행을 부분적으로 사인에게 맡기는 경우에 활용된다.<sup>43)</sup> 이러한 기능적 사회는 이른바 행정청의 사인에 대한 권한의 위임(Beleihung), 즉 행정보조자의 측면에서 파악되어왔다. 위임은 사인이 공적 주체로부터 위임 또는 위탁받은 행정권한을 자신의 이름으로 행사할 수가 있으나 그 행사범위는 국가, 지방자치단체가 사인에게 위탁한 범위 내로 한정되고 공적 주체의 지시 및 감독에 따라 보조적인 활동을 할 수 있을 뿐이다.

예컨대 기능적 사회는 여전히 행정이 이행책임을 부담하지만, 행정의 내부에서 과제를 수행하는 사인에게 책임이 분배되는 것이므로 이행책임과 보장책임이 분리된다. 이러한 구체적인 기능적 사회는 공적 주체와 사적 주체 사이의 책임단계와 책임분배의 문제와 밀접한 관련이 있다.<sup>44)</sup>

그런데 공공의 선을 실현하기 위해 사무의 집행을 사인에게 맡기는 것이 행정의

40) 劉宗德, 前掲論文, 4頁

41) 劉淑範, 前掲論文, 510頁。

42) 박재운, 앞의 책, 158면.

43) 劉宗德, 前掲論文, 4頁.

44) 박재운, 앞의 책, 158면.

각 영역에서 다양하게 이루어지게 되면 점점 전통적인 행정청의 권한위임 및 행정 보조자와 같은 개념으로는 그 다양하고 가변적인 현상을 파악하기 곤란하다.<sup>45)</sup>

더욱이 최근에는 리스크 행정에서 절차에 소요되는 행정비용을 줄이기 위하여 불확실성의 제어에 관한 행정의 전문지식이나 현장지식의 부족을 보완하는 목적에서, 사인의 도움을 받는 구조가 증가하고 있다.<sup>46)</sup> 그러나 임무를 수탁하는 상대방이 될 민간사업자를 선정할 때에는 법치국가원리와 기본권보호의무의 관점에서 행정은 기능수행능력의 심사를 행하고 입법자 또한 제도설계로서 투명성, 중립성, 민주적 정통성의 확보를 위한 노력을 하여야 한다. 그리고 절차임무의 수행을 위탁한 후에도 임무의 수행이 적절하게 행하여지고 있는가에 관하여 행정은 민간사업자에 대한 지시나 감독을 태만히 하여서는 안된다.<sup>47)</sup> 경우에 따라서는 민간사업자가 제3자 사인에 미친 위법에 대한 손해배상책임을 행정이 부담하여야 하는 경우도 있다. 그리고 민간사업자가 임무를 수행하는 것이 불가능하게 된 경우에 행정은 그 임무를 다시 직접 수행하여야 할 책임이 있다. 특별한 경우 민간단체가 책정한 규격이나 기준을 국법에 편입하는 경우도 있지만, 이 경우에도 기본권보호의무의 관점에서 입법자 및 행정은 내용의 공정성, 중립성, 민주적 정통성을 확보하지 않으면 안된다. 그리고 그러한 규격 또는 기준을 결국 수용할 것인지에 관한 최종적인 결정권은 국가에 남겨둔다. 이러한 면들을 고려하면 보장국가의 사고방식은 반드시 책임이 완화된 국가로 변모하고 있다고 볼 수 없다. 오히려 공사협동을 통하여 공사의 책임을 합리적으로 배분하여 공공선을 실현하고 문제를 함께 해결하는 것이 보장국가가 나아가야 할 방향일 것이다.<sup>48)</sup>

생각건대 오늘날 기능적 사회의 중요성이 점차 더해지고 있는 이유는 ‘all or nothing’이라는 극단적인 방식에서 탈피하여 다양하고 유연한 협력적 행정 방식을 개발할 수 있기 때문이라고 생각된다. 따라서 국가는 기능적 사회가 이루어진 영역에서 사적주체가 공적 과제를 충실하게 수행할 수 있도록 계속해서 관찰하고, 사적 주체의 자율적 활동 보장을 위한 적절한 경계선을 마련해주어야 한다.

45) 劉淑範, 前掲論文, 510-512頁.

46) 劉淑範, 上掲論文, 509頁.

47) 劉淑範, 上掲論文, 509頁.

48) 劉淑範, 前掲論文, 510頁.

### Ⅲ. 책임배분 합리화

앞서 살펴본 바와 같이 오늘날 협력적 행정의 계기는 사회이며 일단 사회가 이루어진 이후에도 국가는 후속적으로 돌보아야 할 잔존책임이 있다. 즉, 자금조달, 수행, 절차와 같은 부분을 사인에게 맡기고 행정은 그 임무의 이행을 보장하는 방식으로 책임의 분배가 이루어질 수 있다.<sup>49)</sup>

보장국가에서는 공사영역 간의 책임분배를 핵심과제로 하여 공적 영역과 사적 영역의 변화된 관계가 반영되고 국가와 사인간 협력이 강조된다. 과거처럼 국가가 전적으로 이행책임을 지는 것이 아니라, 규제책임, 감독책임, 관찰책임, 보충책임의 형태로 책임을 지는 방식으로 변화하고 있다.<sup>50)</sup>

한편 책임(Verantwortung) 개념은 귀책(Zurechnung)과 권능 또는 관할(Kompetenz)을 구성요소로 한다.<sup>51)</sup> 그리고 그 권능 또는 관할 중에서 주체는 객체를 상대로, 자유롭게 힘을 행사할 권한이 있으며 그 결과에 대한 책임을 부담한다. 다만 책임은 어떻게 행동해야 할 것인가에 관한 평가의 문제이고 그 평가의 기준이 무엇보다도 중요하다. 책임배분(Verantwortungsteilung)이란 권능과 권한을 공적 임무의 담당자 간에 어떻게 분담할 것인가에 관한 논의이다. 그러므로 유럽과 가맹국, 국가기관 상호관, 연방과 주, 국가와 자치단체 간에도 책임배분이 다투어질 수 있다.<sup>52)</sup>

하지만 보장행정의 법이론이 전제하는 것은 국가와 사회의 책임분배이다. 사회로 충칭되는 현상은 종래의 공적 주체에 의해 수행되던 임무 즉 수행책임이 후퇴하고, 사적 주체에게 임무수행을 이전하는 것이다. 그러나 이로 인하여 공적 주체의 일체의 행정책임이 사라지는 것이 아니라, 공적 주체는 임무수행을 사적 주체에게 이전한 후에도 시스템 전체가 공공선의 실현이라는 목적에 맞게 제대로 움직이는데 관하여 면밀하게 설계하고 지시·감시하는 전체를 통괄하는 책임이 남고, 궁극적으로 임무를 사적 주체에게 이전하고 나서의 최종 마무리를 국가가 담당할 필요가 있는데 이를 보장책임이라고 보는 것이다.<sup>53)</sup> 그리고 만일 공적 과제를 담당하게 된 사

49) 박재윤, 앞의 책, 161면.

50) 문병효, 「행정법방법론」, 박영사, 2020, 34면.

51) Eberhard Schmidt-Abmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL.Bd.34, 1975, S.221.

52) 板恒勝彦, 前掲書, 504면.

53) 板恒勝彦, 上掲書, 505면.

적 주체가 맡은 임무를 제대로 수행하지 못하면 공적 주체가 다시 그 임무를 수행한다(보족책임).<sup>54)</sup> 공적 주체로부터 위임받은 공적 과제를 사적 주체가 수행하다가 피해를 입은 제3자 사인에 대하여는 국가가 손해배상책임을 부담해야 하는 경우도 있다.

그런데 책임이 공적 주체와 사적 주체 사이에서 어떻게 합리적으로 배분될 것인가의 기준이 설정될 필요가 있다. 이와 관련하여 민주주의 원칙, 법치국가원칙, 사회국가원칙 그리고 헌법상 기본권보호의무 등 기본법상 지침들이 제시되고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 책임분배의 구조에는 광범위한 형성의 여지가 존재하므로 기본법상 지침의 하위에서 책임분배를 구조화하기 위한 세부적인 지침이 필요할 것이다. 그 대표적인 지침 중 하나가 바로 ‘규제된 자율규제’인 것이다.

이러한 규제된 자율규제에서는 국가와 사인이 공적 임무를 함께 수행하는 데 있어 기능적 협력을 이루어야 할 뿐만 아니라, 합리적 책임분산(Verantwortungsteilung)의 사고에 기반하고 있다,<sup>56)</sup> 결국 공사협동 또는 사회는 공적 주체에게도 새로운 책임을 발생시키는 것이므로 보장국가를 슬림한 국가라고 보는 것은 보장국가의 합리적 책임 배분에 관하여 적확하게 파악하고 있지 못한 것으로 보아야 한다. 따라서 장기적인 관점에서 보면 사회로 인하여 당면한 비용감소에는 어느 정도 영향을 미칠 수 있지만, 인적·물적 행정비용의 절감이라는 본래의 목적을 달성하지는 못할 가능성이 크다. 따라서 공사협동이나 사회에 의하여 사인이 공적 과제의 수행에 참여하는 경우에는 이러한 부분을 염두에 두어야 할 것이다.<sup>57)</sup>

이러한 책임분배에 관하여 Hans-Heinrich Trute는 법치국가를 ‘距離의 國家’라고 본다. 작용의 주체인 행정과 객체인 사인간에 적절한 거리가 확보됨으로써 공평·중립과 동시에 적절한 집행이 보장된다는 것이다.<sup>58)</sup> 이를 규제와 급부의 측면에서 살펴볼 수 있다. 우선, 규제의 국면에서는 국가와 사인의 거리가 지나치게 가까운 경우 기본권 침해가 초래하므로 법률유보(침해유보)와 비례원칙에 근거하여 거리를 유지할 필요가 있다. 반면, 지나치게 그 거리가 먼 경우에는 기본권침해를 방치하는

54) 松塚晋輔, 「民營化の責任論」, 成文堂, 2003, 103頁.

55) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2003, S.64ff.

56) Schuppert, Governance und Rechtsetzung, S.304.

57) 板恒勝彦, 前掲書, 506면.

58) Hans-Heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), ders.s S.13.

것으로 이어지게 될 위험이 있다(민사불개입의 폐해). 기본권보호의무의 시점에서는 때로는 고도의 개입도 요청되는 것이다. 절차 사화를 예로 들면 공적 과제를 수행하는 사적 주체는 공적 부문과 유사한 지위를 가진 사인으로서 침해의 주체로도 변모할 수 있기 때문에 그에 대하여 행정이 적절한 지시 또는 감시를 함으로써 절차의 객체인 제3자의 권리이익을 보호할 필요가 있다.<sup>59)</sup> 또한 급부의 국면에서도 국가와 사인간 거리의 근접은 생존에의 적절한 배려에 이바지하는 장점이 있지만 반대로 이해관계의 유착으로 인한 부작용이 발생할 수 있다. 특히 협동의 경우 유착의 위험은 현저하다. 이러한 경우 법률유보나 비례원칙(행정자원의 적정배분)등 법치국가의 통제를 통하여 일정한 거리를 유지하여야 할 필요가 있다. 또 국가와 사인간의 거리가 지나치게 멀게 된다면, 생존에 필요한 보편적 서비스의 공급을 보장할 책임이 있는 국가가, 시민의 위기 상황을 방치하는 것이 되므로 허용될 수 없다. 中島撤의 말을 빌리자면 자율의 전제조건인 생존이 확보되는 것이다.<sup>60)</sup>

생각건대, 협력적 행정은 오늘날 행정현실에서 선택이 아닌 필수가 되었으며, 행정은 ‘어떻게 하면 사인의 창의성과 유연성을 활용하여 공공선의 실현에 기여하도록 할 것인가’의 새로운 과제를 안고 있는데, 그 해결의 시작점이 책임분배라고 생각된다. 그러나 책임분배는 앞서 살펴본 바와 같이 아직 해결해야 할 구조상의 한계를 갖고 있으므로 합리적인 구체화와 검증이 필요하다.<sup>61)</sup> 그리고 책임의 분배는 국가가 이해관계로부터 적절한 거리를 유지해야 한다는 관점에서 문제의 소지가 크다. 따라서 국가와 사인이 적절한 거리를 확보하기 위해서는 민주적 정통성, 즉 부단한 민주적 통제가 없어서는 안 되며, 이를 위하여 절차의 투명화, 정보의 공개 그리고 경우에 따라 수신인인 제3자 사인의 결정에 참가가 요청된다. 이를 통하여 공적 과제를 수행하는 사적 주체의 공평·중립 그리고 적절한 임무수행이 확보된다. 다른 한편으로 공적 과제수행을 위임받은 사적 주체도 기본권을 향유하는 주체라는 관점에서 자기결정 및 행정의 자유가 보장되어야 하는데 이를 위하여 국가는 사적 주체의 행동을 일방적으로 결정(사회의 국가화의 위험)해 버리지 않도록 사적 주체의 자율을 존중하는 시스템을 확립하여야 한다.<sup>62)</sup>

59) 板恒勝彦, 前掲書, 507면.

60) 中島 撤, “個人の自律, 市場の自律性, 政府の存在理由(変容する公共性)”, 「公法研究」第70号, 日本公法學會, 2008, 152頁.

61) 박재운, 앞의 책, 179면.

62) 板恒勝彦, 前掲書, 507면.

## 제3절 보장행정 구현을 위한 과제

### I. 핵심 사항의 확립

사인이 공적 임무의 수행에 관여하는 형태로서 보장행정과 밀접한 관련이 있는 현상들로써 규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung), 실질적 민영화(funktionale Privatisierung), 공사협력방식(public-private partnership) 등이 있다.<sup>63)</sup> 공사협력은 사인이 공적 임무를 잘 수행할 수 있도록 타당한 법적 규율의 확정을 요구한다. 공사협력을 위한 전제조건은 입법자가 그에 상응하는 임무에 적합한 조직 형태 및 법형태를 지속적으로 준비하는 것이고,<sup>64)</sup> 보장행정에서는 국가와 사인을 포함한 다수의 행위자들이 공공선을 실현을 위한 협력 구조를 분석하고 만들어 내는 것에 집중한다.<sup>65)</sup> 독일에서 보장국가론의 대표적 주장자인 포스쿨레는 공공임무에 대한 사인의 참여를 통한 ‘분업적 공공복리 실현’ 과정에서 국가의 책임을 설정하는데 있어 전통적인 법제도 활용의 한계성을 지적하면서, 보장행정법의 체계적 발전이 필요함을 역설하고 있다. 즉, 장기적 관점에서 공공임무와 사적 이익추구 간의 조정은 개별적인 법리보완만으로는 해결되기 어려우며, 위험방지에 방향이 맞추어진 고전적 질서법이나 행정사법 이론을 포함하여 현대적 급부국가 의무에 기초한 법제도는 이 문제에 대해 충분한 발전적 시각을 제공할 수 없다는 것이다.<sup>66)</sup> 따라서 질서행정 및 급부행정과는 다른 독립적인 제3의 영역으로서, 기존 참여의 형태로부터 시작하여 최대한의 공공선을 실현한다는 관점에서 각각의 단계에서 분업적 임무수행 절차를 지도하는 보장행정법(Gewährleistungsverwaltungsrecht)이 필요하다고 보았다. 헌법과 개별법 등으로부터 영역에 따라 차별화된 내용을 가지면서도 행위를 지도하는 힘을 갖는 이러한 보장행정법의 구성요소 5가지는 결과보장, 사적 주체의 자격 및 선정, 유도 및 통제, 평가 및 교훈, 효과적인 국가의 환수옵션이다.<sup>67)</sup>

63) Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2.Aufl., 2006, S.172ff.

64) 문병효, “최근 독일행정법의 변화와 시사점 : 유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로”, 「고려법학」 제52호, 고려대학교 법학연구소, 2009. 4, 226면.

65) 박재윤, 앞의 책, 245면.

66) 정기태, 앞의 논문, 470면.

67) 박재윤, 앞의 책, 245면.

## 1. 결과 보장

보장행정에서 우선적으로 해결해야 할 과제는 결과의 보장이다. 즉 공적 임무를 위탁받은 사인들이 일정한 양과 질을 갖춘 급부를 제공하도록 법적 수단을 마련하여야 한다. 공적 임무를 인수하게 된 사인은 사실조사의 범위, 평가기준, 특정한 수단 내지 기술지도의 활용, 급부의 종류·범위의 구체적인 기재 등에 있어서 일정한 품질과 양이 확보된 급부를 제공할 법률상 의무를 진다. 입법자와 행정은 영역마다 다양한 수법을 사용하여 이러한 성과책임을 지우는 것이 가능하다. 수법의 예는 다음과 같다. 현존하는 고권적인 급부의무가 있다면 그것을 법률에 의하여 공무수탁사인에게로 옮기는 것이 고려된다. 또한 통신·우편 등 보편적 서비스에 해당하는 공법적 급부의무를 법률로 부과하는 것도 가능하다.<sup>68)</sup> 그리고 법률이 아니라 행정계약에 의하여 특정한 급부의무를 약정하는 것도 고려할 가치가 있다. 또한 공기업을 통한 급부의 제공도 중요한 의의를 갖는다.<sup>69)</sup>

다만 보장행정법의 제어적 접근방식을 감안하여 주어진 이행목표를 어떻게 실현할지는 가급적 사적 급부제공자에게 맡겨져야 하며, 또한 결과물인 급부의 내용을 규정하는 데 있어서도 일반적으로 자신과 업계의 급부능력을 가장 잘 평가할 수 있는 급부제공자가 일정 부분 참여할 수 있어야 한다.<sup>70)</sup>

## 2. 사적 주체의 자격 및 선정

제시된 급부수준이 충족되는가의 여부는 사적 주체의 능력 즉 그의 전문지식, 신뢰성, 급부능력에 좌우된다. 따라서 이에 관계된 규율이 보장행정법의 주요한 구성요소가 된다.<sup>71)</sup> 사적 주체의 자격조건에 관한 사항은 보통 공공경제법이나 공무위탁 관련규정에 총괄적으로 나타나 있으나, 개별 임무에 따른 특수한 요구조건에 대해서는 시험통과, 재교육과정 이수 등에 관한 사항을 각각의 개별법이 규정하고 있다.<sup>72)</sup>

68) 정기태, 전제논문, 471면.

69) 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 「한양법학」 제38집, 2012. 5, 283-284면.

70) 정기태, 앞의 논문, 471-472면; Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL Bd.62, 2003, S.312.

71) Franz-Joseph Peine, Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, in: Die öffentliche Verwaltung 1997, S.357f; Christof Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, 430f.



계속적인 자격보증을 위하여서는 결과에 대한 보증과 법적 전문가에 대한 별도의 법적 위임절차가 필요하다.<sup>73)</sup> 예컨대 독일의 순환경제 및 폐기물관리법 제16조 제2항은 제3자에게 전문지식과 신뢰성이 있고, 위임하는 의무의 이행이 확보되며, 최대 다수의 공공이익이 방해되지 않는 경우에 폐기물처리의무의 전부 또는 일부를 제3자에게 위임할 수 있다고 규율하고 있다. 그러나 개별법이 예정하고 있는 심사요건이나 직원의 계속적 능력 확보의 필요성 나아가 더 많은 직원의 투입 등에 관한 특수한 규율이 결여되어 있다. 따라서 수탁자의 능력의 지속적인 확보를 위하여 영역의 특수성을 고려한 차별화된 법률 형성이 필요하다.<sup>74)</sup>

다수의 지원자 중에서 특정인을 사인인 행위자로 선정할 때에는 국가 자체는 수요자로서 등장한다. 따라서 특히 경제법상의 공공위탁절차가 존중되어야 한다. 이 경우 공급자들이 갖는 기본권 보호적 행정에 대한 헌법상의 요청은 공정하고, 투명하며 합리적인 분배절차를 확립할 것도 요청하고 있다.<sup>75)</sup> 또한 제조물안전법 및 감정인법 등에 있어 인증절차에 관한 법적 세부규정 등은 지속적인 자격검증의 대표적인 표지가 된다. 우리나라의 경우 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(대통령령)에서 민간위탁 대상기관의 선정기준 등(제12조)에 대한 규정을 두고 있다.<sup>76)</sup>

### 3. 유도 및 통제

보장행정법의 핵심은 공무를 수탁받은 사인이 관련된 규율을 준수하지 않으면 안 되도록 조직적·절차법적 보장을 하는 것이다. 그런데 국가의 감시(Staatsaufsicht)와 위험의 방지와 사전대비에 초점이 맞추어져 있는 경제계감시(Wirtschaftsaufsicht)로 이루어지는 종래의 이중적 감시 체계로는 공공선을 확보하는 데 한계가 있다. 따라서 기존의 감시체계는 공사협력에 의한 임무수행의 특질을 고려하는 제3의 보장감시(Gewährleistungsaufsicht)로 수정되어야 할 것이다.<sup>77)</sup>

보장감독의 수단에는 다양한 것이 있다. 첫째, 사전진단의 도입을 의무화하고 자문 위원회를 설치하는 등으로써 예방적인 감독의 요소를 강화하는 것이다. 둘째는 검사

72) 정기태, 앞의 논문, 472면.

73) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S.313f.

74) 조태제, 앞의 논문, 284면.

75) 조태제, 위의 논문, 285면.

76) 정기태, 앞의 논문, 472면.

77) 정기태, 위의 논문, 473면.

절차, 기업 내 책임자, 품질관리시스템의 도입으로 기업체의 자기감시시스템을 구축하는 것이다. 셋째, 정보공개의 요청을 반영하고, 문서증명의무, 정보수집의무, 신고의무 등을 두는 것이다. 넷째, 사적 주체를 편입시켜 외부로부터의 통제가 이루어지는 구조를 만든다. 예컨대 사인인 행위자에게 책임보험의 체결의무를 과하여 보험회사가 감시하도록 하는 방법이 있다. 다섯째, 정보 접근권 통하여 제3자가 감시할 수 있도록 제3자를 포함하는 방안이다. 여섯째, 감독을 지도하는 행정기구를 조직상으로 독립시킨다. 예컨대 전기통신이나 금융업에서 특별한 독립성과 전문적 지식을 갖는 규제관청을 설립하거나 감독을 공무원수탁사인에게 위임하는 방안을 고려할 수 있다.<sup>78)</sup>

여기서 중요한 것은 기능적 등가성이다. 국가가 종래 행하여 왔던 것과 기능적으로 같은 체계를 구축하여야 한다는 점이다. 적절한 통제 수준은 다양한 수단을 조합함으로써만 보장될 수 있는 것이다. 보장국가의 역할은 후견적인 감독으로 축소된다. 그러나 그 감독은 항상 국가 자신이 행할 필요는 없고 사인이 하도록 위임할 수 있다. 물론 시스템 전체의 제도설계는 국가가 맡아야 할 중요한 역할이다. 그리고 행정 측에는 사인이 실질적 결정권을 장악하는 상황에 대응하기 위한 현장지식, 행동지식, 전문지식이 구비되어야 한다.<sup>79)</sup>

#### 4. 평가 및 교훈

위와 같이 면밀한 시스템을 설계했다 하더라도 실제적으로 임무를 수행하면서 시스템의 오류 같은 약점이 나타날 수 있다. 이는 급부를 제공하는 사인의 능력 부족 등과 같이 개별적으로 기대에 부응하지 않는 경우뿐만 아니라 시스템 자체의 흠결 때문인 경우도 있다.<sup>80)</sup> 따라서 이러한 약점을 제거하여 보장행정의 법이론 전체의 기능수행능력을 보장하기 위해서는 시스템의 정기적 평가가 필요하다. 구체적으로는 공사협력을 개시할 때에 모든 참여주체들에 대하여 또한 이러한 정기적 평가가 보장행정법의 도그마에 통합될 필요가 있다. 구체적으로는 협력을 개시할 때에 모든 참가자에 대하여 이행상황을 측정하는 절차 및 규정을 정하도록 의무화하는 것이다. 또한 동일한 실패를 예방하기 위해서는 평가를 통해 얻은 지식을 반영하여, 협력기

78) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S.322-324.

79) 조태제, 앞의 논문, 286면.

80) 조태제, 위의 논문, 287면.

한의 설정 또는 이행계약상 사후협상조항 포함 의무화 등과 같이 참여의 법적 토대를 개선할 수 있는 학습의 틀이 필수적이다.<sup>81)</sup>

## 5. 효과적인 국가의 환수선택권(Rückholoption)

이행을 제공하는 사인에 의해서 적절한 공무의 수행이 계속적으로 확보되지 않을 때 사인에 의한 공무 수행은 취소되고 국가의 직접적인 이행책임이 다시 부활한다. 이것이 회수(보충)책임이다. 민영화나 공사협력사업(PPP)과 같은 책임분배가 이루어진 경우에는 보장책임을 실현하기 위한 적절한 규제체제와 함께 잠재적 회수책임을 위한 안전장치가 마련되어야 한다.<sup>82)</sup>

즉, 사인과의 협력을 종결시킬 수 있는 가능성을 법적으로 미리 확보해 둘 것이 요구된다. 예컨대 철회권의 유보나 복귀조항(Rückfallklauseln), 행정계약을 체결하는 때에 계약해지에 대한 약정을 두는 방법이 고려될 수 있다.<sup>83)</sup> 그러나 행정이 실제로 보장국가론이 제시하는 환수선택권과 같은 보충책임의 실현을 위한 조치를 취하는 것은 매우 어려운 과제로 여겨진다. 우리 현실에서도 민간투자자가 사회기반시설사업에 참여한 이후에 지나친 이익회수를 지향함으로써 결과적으로 공적 서비스의 질이 위태로워지는 현상이 종종 나타나고 있다.<sup>84)</sup> 이 경우 보장책임을 실현하기 위하여 감독과 규제의 수단을 활용하기에는 법률유보의 차원에서 그 제재수단을 법률상 모두 마련해야 한다는 한계가 있다. 더욱이 우리 통신망 산업과 같이 아직 경쟁체제가 도입되지 않은 산업에 있어서는 사후감독을 위한 규제체제가 제대로 완비되어 있지 못한 경우가 많다. 따라서 사회기반시설의 관리·운영과 관련하여 민간투자자에게 보장책임의 관점에서 일종의 제재를 부과해야 할 경우에는 공법상 계약으로서의 실시협약의 구체적 조항을 활용하거나 개별 법령에서의 면허 등에 있어서 부관을 활용하는 방안이 적극적으로 고려되어야 할 것이다.<sup>85)</sup> 구체적으로 사회기반시설에 대한 민간투자법 제24조의 실시협약, 제26조 제3항의 시설의 유지·관리책임, 제

81) 정기태, 앞의 논문, 474면.

82) 박재윤, 앞의 책, 253면.

83) 조태제, 앞의 논문, 287면.

84) 맥쿼리코리아 사례와 관련된 내용은 조선비즈, “[맥쿼리의 그늘]② 맥쿼리 가면쓰고 혈세 가져간 검은머리는”(2013. 3. 11); 노컷뉴스, “공지영, ‘특혜’ 맥쿼리 고발 시사다큐 ‘맥쿼리아’ 내레이션 재능기부”(2012. 9. 21); 한겨레, “혈세부은 마창대교, 맥쿼리 ‘먹이감’”(2008. 9. 19) 등이 있다.

85) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S.326.

45조의 감독·명령 등이 고려될 수 있다.<sup>86)</sup> 그러나 실무상 오히려 행정의 손해배상을 우려하여 그 권한사용을 자제할 수도 있고, 실제로는 행정의 그러한 권한을 확립하기도 전에 시행과정에서의 문제점으로 분쟁에 처해지기도 한다.<sup>87)</sup>

결국 협력의 해소는 현실적인 대안이 될 수 없다. 이에 대한 몇 가지의 보완책이 제시되고 있다.<sup>88)</sup> 첫째, 사적 사업자에 대하여 법률이나 계약으로 일정한 기간 동안 계속적으로 운영수단 및 노하우를 제공하도록 강제하는 법적 또는 계약상의 인계의 무(Überleitungspflichten)를 설정하는 것이다.<sup>89)</sup> 즉 사업자가 직무에의 종사를 마친 후에도 일정기간은 그의 경영수법이나 노하우를 다른 사업자가 자유로이 이용할 수 있도록 정보제공 등을 하도록 하는 것을 의무화하는 것이다. 둘째, 국가에 대하여 생존배려사업체에 출자의무를 과하는 방안이다. 그것에 의하여 실무에의 접근성이 이후라도 유지되도록 계획하는 것이다. 셋째, 이종의 생존배려구조를 구축하는 방안이다. 이것은 국가의 예비적 기능을 유지하는 목적에 이바지하게 된다.<sup>90)</sup>

앞서 살펴본 보장행정법의 도그마틱을 통하여 국가와 사인의 임무수행을 연결하여 영구적으로 작동하는 보장구조(Gewährleistungsstruktur)를 확립하고 전체적인 개념을 실현하도록 의도한다는 것이다.<sup>91)</sup> 이를 통해 보장행정법을 체계적으로 발전시킨다면 기존 참여형태에서 최대한의 복리실현이라는 관점하에 모든 국면에서 분업적 임무수행 절차를 도입하는 것이 가능하고, 또한 행정 뿐만 아니라 입법자에게 다양한 해결전략 간에 선택을 함에 있어 방향성을 제공해 줄 수 있다는 것이다.<sup>92)</sup>

## II. 법률유보의 변화

보장행정에서 법치행정을 구현하기 위해서 법률유보원칙이 그대로 적용되는가가 문제될 수 있다. 헌법 제40조, 제37조 제2항, 헌법 제75조에는 법률유보원칙을 규정하고 있는데 이에 따르면 행정작용은 법률에 근거해야 한다. 그런데 앞서 살펴본 바에 의하면 보장행정에 관하여는 헌법에 직접적으로 규정되어 있지 않고, 헌법 제10

86) 박재윤, 앞의 책, 253면.

87) 박재윤, 위의 책, 254면.

88) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S.326.

89) 정기태, 앞의 논문, 475면.

90) 조태제, 앞의 논문, 288면.

91) 박재윤, 앞의 책, 245면; Andreas Voßkuhle, a.a.O., S.307; Franzius, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, S.61.

92) 정기태, 앞의 글, 470면.

조, 헌법 제34조, 헌법 제119조 등을 실현 가능한 근거로 보고 있다. 하지만 우리 헌법에는 민영화의 명령과 금지에 관하여 규정하지 않고 있어 기본권의 주체이기만 했던 사인이 공적 임무 수행에 참여하게 된 경우에, 그 사인에게 부여되는 권한이나 의무의 내용, 조직, 절차 등에 관한 분쟁이 생길 경우, 헌법으로부터 그 구체적 해결의 실마리를 얻을 수 없다는 문제가 있다. 따라서 보장행정의 발전을 위해 논의되어야 할 법적 과제 중 하나는 보장행정이 반영된 법을 제도화하는 것이다. 즉, 법률로 어떤 사항을 규정하고, 어느 정도로 규제할 것인지 확정하여야 한다. 법제화를 위하여는 보장행정에도 법률유보의 중요성(본질성) 개념을 적용시킬 수 있는지의 문제가 해결되어야 한다.<sup>93)</sup>

앞서 언급한 바와 같이 보장행정에 관한 논의의 초기에 보장행정법은 ‘민영화 후속법’으로서의 역할을 하였다. 즉, 민영화 여부가 확정되면 그에 따라 규율하여야 할 규제기준을 담은 규제행정법을 의미하였다.<sup>94)</sup> 그러나 기술혁신 등 고도의 리스크를 관리하는 영역이나 공적 과제 수행 주체와 방식 등의 변화에 따른 복잡성을 해결하기 위한 영역 등 현대사회에서 새로이 대두되는 문제들을 기존의 질서행정법이나 급부행정법으로 포섭하기 어려워졌다는 점에서 보장행정법은 더이상 민영화 후속법에 머무르지 않게 되었다. 따라서 국가와 사회가 각각 어떤 역할을 하며 조화를 이룰 것인지를 관점에서 보장국가는 새로운 규제구조를 만들어 내야 한다. 또한 이러한 규제구조와 보장책임이라는 국가의 임무를 어떤 법률의 형식과 내용으로 실현할 것인가가 보장행정법에서 향후 해결해야 할 과제이다.

보장국가는 법률유보의 축소화 경향으로 종래의 법률유보 개념과 그 적용에 있어서 변화를 요구하고 있다.<sup>95)</sup> 보장국가에서의 보장행정은 국가가 사회에 의한 훈련된 자기 규율에 신뢰하여 형식적 명령강제하는 고전적인 행정작용이 아니라 비공식적으로 행정결정을 확대하고 있다. 예컨대 보장행정에서의 행정지도 등 비공식적인 행정행위형식은 고권적 수단의 투입 이전에 실시되나, 일방적인 공권력 행사를 중화시켜 행정의 사회가 정보의 불균형을 치유하고 정보 공유절차를 확보하게 해 준다.<sup>96)</sup> 또한 기후변화에 대응하기 위한 환경세 등의 도입은 경제적 자극을 이용한 정책 목

93) 김환학, 앞의 논문, 1면.

94) 김환학, 위의 논문, 15면.

95) Wolfgang Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, in : AoR, Bd.130, 2005, S.570.

96) 三宅雄彦, “保障國家と公法理論 : ドイツ規制緩和における國家任務の位置”, 「社會科學論集」 第126号, 埼玉大學經濟學會, 2009, 43頁.

표를 이끌어 내고, 자극적인 행정활동의 사회가 자기결정을 존중하고 사익 추구뿐만 아니라 공공선의 추구를 촉진한다.<sup>97)</sup> 이러한 보장행정의 행위형식은 비공식적인 행정작용으로 간접적인 작용을 종래의 법률유보에 의한 침익적 행정행위로 평가할 수 없다. 행정주체의 행정과 협동하는 시민이나 단체는 법률에 의한 정통적인 행정작용에 들어가지 않고 헌법상의 공식적인 적법절차가 제압되어 버리므로 보장국가 하에 서는 법률유보의 원칙이 전환된다고 볼 수 있다.<sup>98)</sup>

보장국가의 행정 활동의 확장과 사인의 입법 참여를 위해서는 법률유보원칙의 사정 범위의 확장이 요구된다. 즉, 종래의 법률유보의 본질적인 권리보호와 민주주의의 두 요소 중 전자를 일단 분리하여 후자에 특화하여 법률의 근거를 요하는 국가 활동의 범위를 크게 확장함으로써 헌법상의 기본권보장의 내실화를 침해하는 행위뿐만 아니라 자유 행사의 법적 조건을 정비하고 확보하는 행위에 대하여 국회가 정한 법이 필요하다.<sup>99)</sup>

국가의 정보제공은 보호영역단계 심사 → 침해단계 심사 → 정당성단계 심사와 같은 3단계 심사 중 침해단계가 아니라 보호영역 단계에서 헌법상 보장되지 않으며, 여기서의 침해는 법률의 근거 및 국가 활동을 의미하는 것이므로 그 결정에는 정보 제공에 관한 법률유보원칙을 적용할 수 없다.<sup>100)</sup> 요컨대, 보장행정을 통한 기본권의 보호를 위해 반드시 법률유보원칙이 필요한 것은 아니고, 법률은 자유 보장의 품질을 규범으로 보장하는 수단에 불과하며 법률유보의 원칙을 문제 해결의 품질 규범의 역할로서 이해하여야 할 것이다.<sup>101)</sup> 즉, 보장국가에서 보장행정을 구현하기 위한 법률이 품질보장의 수단이라면, 문제의 상황을 정확하게 통찰한 후, 일반 법률의 통제능력의 한계를 알고 다른 조절인자의 활성화를 도모해야 결국 문제에 적합한 품질보장의 길을 모색할 수 있다.<sup>102)</sup>

한편 법률의 형식적인 면에서는 의회에 의한 법률 이외에도 법률 하위 규범을 염두에 두고 명령이나 조례 등 제어의 품질을 가장 잘 지키는 법 형식의 선택을 명할

97) Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in : G. F. Schuppert(Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat in Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 102f.

98) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S.36-38.; 三宅雄彦, “國家目的としての安全”, 「法學教室」 第329号, 有斐閣, 2008, 1617頁.

99) 三宅雄彦, 前掲 “保障國家と公法理論”, 43頁.

100) Wolfgang Hoffmann-Riem, FN 97, S.53.

101) 三宅雄彦, 前掲 “保障國家と公法理論”, 43頁.

102) Wolfgang Hoffmann-Riem, FN 97, S.46.

수 있다.<sup>103)</sup> 법규범이 필요한 대상은 입법재량에 의해 결정하는 국민의 대표 입법기관인 의회에 남아 있으며, 법률 우위의 원칙을 고려하면 일단 법이 사항을 개정할 권한을 의회에 남겨 두고 있으므로 그러한 의미에서 의회 법률에 일정한 우위가 인정된다고 볼 수 있다.<sup>104)</sup> 그러나 보장국가의 보장행정에 대한 법률유보원칙은 규범의 다양성을 인정해야 한다.<sup>105)</sup> 즉, 보장국가에 따른 간접적 행정작용과 사인의 입법을 염두에 둔 법률유보의 원칙은 국가 활동에 법률의 근거를 직접 물어 의회유보원칙을 확장할 것이 아니라 징계의 종류와 강도의 다양성을 인정하는 규범을 갖추어야 한다.<sup>106)</sup> 따라서 보장국가의 보장행정작용에서는 법률유보원칙을 그대로 전부 유보로 확장할 수 없고 확장된 그 법률 자체가 혼련대상인 실재를 단순화하고 적법 또는 불법 여부와 양극으로 재단하는 그 고전적인 구상과 같이 작동하지 않는다는 것이다.<sup>107)</sup>

생각건대 보장행정이 공사협력을 토대로 한 비공식적·비고권적 행정작용이라 할 지라도 법치주의가 형해화되지 않도록 법률유보원칙이 적용되어야 한다.

보장국가가 요청하는 국가의 간접적 행정작용과 사인의 규범의 정립도 규범적 정당성은 필요하지만, 그것은 규범유보로만 있으면 충분하다.<sup>108)</sup> 보장행정은 제어에 대한 요구를 수집하거나 그 해결책을 선별하고 사람들의 행동에 여유를 갖게 하는 제반 조정자이므로 이에 따라 의회는 법률이 제어수단을 선택하도록 한다.<sup>109)</sup> 또한 보장행정에서의 국가통제는 사람들의 다양한 기대가 공공의 것이 되며, 그 기대가 입법절차의 진행 속에서 서서히 조정된다. 그 과정에서 직접규제이든 간접적 규제이든 일정한 제어수단으로 수렴되고, 경우에 따라서는 규제의 효과를 법률 개정에도 적용하며, 규범 전체에서 법률을 강조하게 된다.<sup>110)</sup>

103) Risiko- und Innovationsrecht imVerbund, in : Die Verwaltung, Bd. 38, 2005, S.45.

104) Wolfgang Hoffmann-Riem, FN 97, S.54, 56f.

105) 三宅雄彦, 前掲 “保障國家と公法理論”, 43頁.

106) Wolfgang Hoffmann-Riem, FN 97, S.43

107) E.Schmidt-Amann/W. Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, 2004, S.76, 106, 105ff.

108) 三宅雄彦, 前掲 “保障國家と公法理論”, 44頁.

109) Wolfgang Hoffmann-Riem, FN 97, S.60f.

110) 三宅雄彦, 前掲 “保障國家と公法理論”, 44-45頁.



### Ⅲ. 지방자치를 통한 보장행정의 향상

#### 1. 지방자치단체의 보장책임

오늘날 보장행정 시대에는 중앙정부와 지방정부, 그리고 민간이 함께 공익을 실현해 가는 파트너이며, 중앙정부와 지방정부는 모두 보장책임을 수행하는 동등한 공행정주체이다.<sup>111)</sup> 더욱이 정보화, 세계화, 과학기술의 급속한 발달로 끊임없이 급변하며 복잡해진 현대 위험사회에서 국가가 미래를 예측하여 모든 법률관계를 규율하며, 중앙정부 홀로 국민의 생명과 안전을 보호하고 생존배려 및 복지를 위한 공공서비스를 제공한다는 것은 현실적으로 불가능하다.<sup>112)</sup>

지방자치단체의 공행정목표라고 할 수 있는 지역의 발전과 주민의 복리증진은 다양하고 질 좋은 공공서비스의 제공, 사회기반시설의 조성과의 연관이 깊다. 이러한 전문적인 공공서비스를 제공하고, 지역사회의 기반시설을 조성하는데 주로 사용되는 방법이 민간위탁과 민간투자(PrivateFinance-Initiatives)이다.<sup>113)</sup> 이러한 지방자치단체의 민간협력의 규모와 범위는 갈수록 확대되고 있지만 이에 따른 많은 문제들이 발생하고 있다. 예컨대 민간수탁자 내지 민간사업자의 선정과정에서 부패의 개입, 계약단계에서 수요예측 등의 타당성 검증의 부실과 계약이행의 효율성 확보의 문제, 민간위탁·민간투자 운영 과정에 대한 국가의 감독 역량의 부족 등의 문제로 인하여 공공서비스의 효율성과 질은 떨어지고, 오히려 지방자치단체에 막대한 재정적 부담을 지우는 결과도 초래할 수 있다.<sup>114)</sup>

2016년 구의역 스크린 도어사건<sup>115)</sup>과 남양주 지하철공사 폭발사건은 국가나 지방자치단체가 수행하였던 공공서비스를 민간에 위탁하였지만, 수탁자인 민간이 국민의 기본권과 이익보다는 자신의 영리를 우선함으로써 발생한 참사이다. 지방자치단체와 민간협력이 이루어졌지만, 보장책임을 제대로 이행되지 않았기 때문에 발생한 사건

111) 권경선, “보장국가에서 지방자치권의 의미와 보장방향 : 자치입법권을 중심으로”, 「지방자치법연구」 제17권 제2호(통권 제54호), 한국지방자치법학회, 2017. 6, 67면.

112) 권경선, 위의 논문, 70면.

113) 권경선, “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 「외법논집」 제40권 제4호, 외국어대학교 법학연구소, 2016. 11, 47면.

114) 권경선, 위의 논문, 54면.

115) 이 사건과 관련된 뉴스로는 CBS 시사자기를 비롯하여 노컷뉴스, “유진메트로컴, 이해할 수 없는 10가지 의혹”(2016. 6. 4), 헤럴드경제, “유진메트로컴, 이해할 수 없는 10가지 의혹”(2016. 6. 4), 여성경제신문 “서울메트로와 유진메트로컴의 수상한 계약”(2016. 6. 3) 등이 있다.

이었다.

또 다른 예로 대중교통정산업무의 민영화에 따른 법적 갈등이 있다.<sup>116)</sup> 대중교통은 시민들의 일상생활과 직결되는 중요한 수단이므로 공공성의 영역에 있다. 대중교통의 육성 및 이용촉진에 관한 법률 제3조에서는 대중교통서비스의 개선과 대중교통수단 간 환승의 편의증진 등에 대한 정책을 수립하고 이를 시행하여야할 의무를 국가 및 지방자치단체에게 부과하여 대중교통시스템과 관련한 업무의 공공성을 명시하고 있다. 이러한 업무의 핵심적인 부분에 교통카드시스템 및 정산업무가 포함되어 있으며 이 영역에서 조금이라도 문제가 생길 경우 대혼란이 벌어질 수 있기에 시스템 안정성 및 공공성 확보 여부가 중요한 것으로 파악되고 있다. 그러나 2003년부터 현재까지 대중교통정산업무는 공법상 계약을 통해 사업시행자의 자율규제 형태로 맡겨져 있는 상태다.<sup>117)</sup> 대중교통카드 사업이 버스준공영제 실시와 연동된 공공사업의 성격이 명확함에도 불구하고 예산상의 부족을 이유로 민자사업으로 추진되면서 민영화의 한계<sup>118)</sup>와 공공성 확보<sup>119)</sup> 및 재공영화 논란이 지속적으로 제기되고 있다.<sup>120)</sup>

이러한 사건들은 국가나 지방자치단체가 공적 과제를 민간에 위탁함으로써 국민에 대한 공적 과제 제공의 책임이 끝난 것이 아님을 보여준다. 그러나 민자사업의 공공성을 강화하기 위한 지방자치단체의 보장책임은 어디까지이며, 어떤 형태로 충족시켜야 하는지에 대한 해결방안을 찾기 어려운 상황이다. 이에 따라 규제된 자율규제를 위한 협력적 법제정이나 조직법적 법률유보라는 도구적 개념을 우리의 지방공기업법과 지방자치법에서 입법론으로 논의할 해야 하는 시점이 도래하였다.<sup>121)</sup> 이러한 부작용을 최소화하기 위해서는 보장행정의 규제 시스템이 필요하다. 따라서 지방자치단체는 공역무에 대한 이행책임만이 아니라 보장책임을 위한 규제체계를 정립하는 것이 보장행정 시대에 지방자치단체의 새로운 역할과 책임이라고 보아야 한

116) 서보국, “독일 공법상 규제된 자율규제제도 : 우리의 지방공기업법과 지방자치법과의 관련성에 대하여,” 「지방자치법연구」 제19권 제1호(통권 제61호), 한국지방자치법학회, 2019. 3, 176면.

117) 서보국, 앞의 논문, 177면.

118) 오마이뉴스, MB가 기업에 넘긴 교통카드, 박원순이 되찾을까?(2015. 4. 20), (<https://bit.ly/2RQI7Yg>)

119) 연합뉴스, 교통카드 분실때 잔액 보상안돼...사라진 잔액만 650억(2015. 12. 7), <https://bit.ly/2Rj0Lmt>

120) SBS 뉴스, 서울 교통카드 단말기운영 입찰 담합...LG CNS 등 수억대 과징금(2018. 3. 27). <https://bit.ly/2RiYBmM>

121) 서보국, 앞의 논문, 186면.

다.122) 지방자치를 통한 보장행정을 향상시키기 위한 핵심 사항들이 앞서 살펴본 보장행정법의 도그마틱과 관련하여 다음과 같이 제안되고 있다.123)

## 2. 보장행정 향상을 위한 핵심 사항

### 1) 결과를 확보하기 위한 수단의 마련

앞서 살펴본 대로, 보장책임에서 무엇보다 중요한 것은 결과의 확보이며, 공무를 수탁받은 사인들은 성과책임을 진다. 이에 대해 독일에서는 성과책임을 확보하기 위한 대안으로 품질관리를 위한 공제제도와 준수사항을 제시한 표준계약제도를 시행하고 있고 우리에게 많은 시사점을 주고 있다.

품질관리를 위한 공제규정제도(Malusregelungen)를 도입할 필요가 있다. 공정규정제도란 민간투자 사업협약은 한 번에 양 당사자의 권리와 의무를 결정하는데, 공행정주체가 민간사업자가 제공하는 서비스의 품질을 통제하고 품질 흠결시에는 운영비용의 지급을 제한할 수 있도록 하는 공제규정제도를 실시협약에 포함하는 것을 말한다.124) 이 제도는 민간사업자가 제공하는 서비스의 품질에 하자가 생길 때마다 계산규정에 따라 벌점을 부과하는 방식(점수제)으로 벌점을 받게 되면 분기별 지급액의 2%부터 최고 10%까지 공제하는 제도이다. 이는 주로 건물관리에 사용된다. 따라서 기술 관련 시설의 유지상태, 온도관리, 청소상태 등을 실시협약125)에서 규정하고 이후 사업시행자에게 하자보고서(Mangelbuch)를 작성하도록 의무지우고, 공행정주체에게 접근권을 보장하여 통제할 수 있도록 하는 것이다. 이는 계약규정을 충족할 경우에 보너스 규정과 같이 운용하기도 한다.126)

122) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 54면.

123) 권경선, 위의 논문, 54-58면 참조.

124) 길준규, “민간투자사업에서의 공공성과 경제성 확보방안”, 「토지공법연구」 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8, 273면; Daniel Schweiger, Malusregelungen in PPP-Verträge, NZBau 2011, S.137-142.

125) 실시협약이란 민간투자법에 의하여 주무관청과 민간사업자간에 사업시행의 조건 등의 내용에 관하여 체결하는 계약을 말한다. 그 법적 성질에 관하여 논의가 있었으나, 서울시 지하철 9호선 사건에서 서울행정법원이 실시협약의 성질을 행정계약으로 판시(서울행정법원 2013. 5. 30, 선고 2012구합15029판결)한 이후로 공법상 계약으로 보고 있다. 이에 관한 자세한 내용은 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력 : 변경 및 해지가능성과 보상가능성을 중심으로”, 「유럽헌법연구」 제17호, 유럽헌법학회, 2015, 659-678면 참조.

126) 김대인, 앞의 논문, 273면; Daniel Schweiger, a.a.O., S.141.

## 2) 표준계약제도(Mustervertrage) 도입

공행정주체는 공익보호를 안전하게 확보하기 위하여 민간사업자에게 준수되어야 할 요소의 목록을 작성하여야 한다. 여기에서 물론 제3자의 이익도 고려될 수 있다. 국가는 민간투자사업에서 공익성을 확보하기 위하여 주의사항과 최소한의 결정사항을 담은 표준계약을 제정할 수 있다.<sup>127)</sup> 계약의 내용에 기업의 자기감시 시스템을 두도록 명시하고, 업무를 수행하다가 문제가 발생하는 경우 그 원인을 발견하고, 업무수행에 그 평가결과를 반영시켜야 한다는 조항을 삽입한다면 수탁업체가 공익 조화적 방법으로 성과의 질과 결과 확보할 수 있게 될 것이다. 특히 실시협약에는 대부분 광범위한 법학 및 경제학적 지식이 요구되지만, 실제 공행정주체는 이러한 전문지식을 가지고 있지 못하므로 이를 위하여 표준계약제도가 활용될 필요가 있다.<sup>128)</sup>

예를 들면 서울메트로가 스크린도어 유지·보수업체와 위탁계약을 맺을 때 2인 1조로 근무할 수 있는 최소한의 인력 확보 등과 같은 조건, 지하철 공사에 대한 수주계약을 체결할 때 공사의 현장안전을 관리하는 정규직 안전관리자의 확보여부, 환기·경보시스템의 완비, 업무 수행시 사고가 난 경우 원인을 발견하고 이후 업무수행에 반영할 것과 같은 조건을 지방자치단체가 민간위탁업체와 계약 체결시에 제시하는 것이다. 그리고 조건을 지키지 않는 경우 벌점을 부과하여 위탁금을 공제해 가는 방식을 취한다면 사익을 추구하는 수탁업체로 하여금 공익을 실현하도록 규제할 수 있을 것이다.<sup>129)</sup>

## 3. 자격 검정 및 선정 절차의 확립

### 1) 경쟁보장적 대화 도입

앞서 사적 주체의 자격을 검증하는 것에 관한 규율이 보장행정부의 주요한 구성요소가 된다고 하였다. 사업자선정과 관련하여 투명한 절차를 마련하고 공정한 경쟁을 보장하기 위하여 유럽연합집행위원회는 “경쟁보장적 대화(wettbewerblicher Dialog)” 방식을 제안하여 독일 및 서구 유럽국가들에 수용되었는데, 이 “경쟁보장적

127) 김대인, 위의 논문, 273면.

128) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 55면.

129) 권경선, 위의 논문, 55면.

대화”절차를 우리의 법현실에 맞게 도입하여야 한다는 주장이 제기되고 있다.<sup>130)</sup>

유럽연합의 공공조달지침 제1조 제11항은 경쟁보장적 대화에 대하여 “조달행정의 공행정주체는 자신의 요구 조건을 충족시키는 단수 또는 복수의 해결책을 찾기 위하여 사업에 참여를 원하는 후보자들과 대화를 하며, 이러한 대화 과정을 통하여 최종적으로 선정된 사업시행자에게 사업에 대한 구체적인 제안을 요구하는 절차”라고 그 개념을 설명하고 있다. 즉, 대화의 상대방인 사업참여 후보자들과의 개별적인 대화를 통하여 공행정주체가 사업과 관련하여 원하는 요구사항을 가장 적합하게 충족시킬 수 있는 파트너를 선정하는 것이다. 그러므로 대화 과정에서는 사업과 관련된 모든 세부적인 사항들 즉 사업과 관련된 기술적인 문제뿐 만 아니라 가격, 비용, 수익성 등 경제적인 문제를 포함하여 위험의 분배 및 한계, 수익성 보장 수단, 투자회사의 설립 등 법적인 문제까지 그 토론의 대상에 포함된다. 이러한 제반 사항들을 검토한 후 최종적인 사업후보자를 선정하기 위해 공행정주체는 각 후보자들이 제출한 제안을 순차적으로 검토하게 되는데, 이러한 순차적인 여과 과정을 거쳐 후보자들의 제안들을 하나하나 줄여 나가며 최종적으로 하나의 제안을 선택한다.<sup>131)</sup>

이러한 경쟁보장적 대화의 장점은 초기 단계에 적극적인 사업의 대상과 목표를 공행정주체와 함께 정한다는 점이다. 민간사업자가 공공서비스의 질과 목표를 정하여 스스로 정한 기준으로 평가하고 피드백 하는 것은 공공서비스의 질과 성과를 확보하기 위해서 중요하다.<sup>132)</sup>

## 2) 우선협상대상자의 구체적 요건 규정

앞서 살펴본 경쟁보장적 대화는 파트너인 민간 사업자를 검정하고 공정하게 선정할 수 있는 효과적인 방법이지만, 우리의 법현실에 맞지 않는다는 한계가 있다. 이에 대하여 현실적으로는 민간투자법이 경쟁입찰방식의 예외로서 주무관청이 우선협상대상자 지정과정에서 일정한 요건을 준수하도록 명시적인 규정을 두는 방법이 제안된다. 현행 규정은 우선협상자를 지정하는데 어떠한 요건도 규정하고 있지 않다.

130) 대표적인 학자들로는 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 「공법연구」 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008. 6, 478-484면; 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008. 10, 299면 이하 참조.

131) 김성수, 위의 논문, 480면.

132) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 56면.

따라서 민간파트너를 선정할 때 전적으로 행정청의 재량에 달려있어 부패가 개입될 소지가 매우 높다. 그러므로 민간투자법에 국가계약법과 지방계약법에 규정된 공개입찰방식을 원칙으로 규정하되, 민관협력사업을 수행하는 주무관청이 기존의 협상방식을 선택할 수 있는 요건으로서 사업구조의 복잡성이나 사업 조건의 예측불가능성 등을 구체적으로 규정하여 주무관청의 재량을 입법적으로 통제받을 수 있도록 하는 방안이 더 타당하다는 평가를 받고 있다.<sup>133)</sup> 따라서 민관협력사업 추진실적에 대한 상황 공개를 통해서 투명성과 책임성을 강화해야 한다.

#### 4. 민관협력사업 통합관리 전담기구의 설치·운영

민관협력사업의 추진은 계획수립, 선정, 공모, 제안서 검토·평가, 사후관리 등에 이르기까지 통합적인 관리가 필요하다. 개별 실국 단위로 나누어진 민간투자사업은 해당 실국의 기능과 연계할 수 있다는 장점이 있으나, 부분적인 최적화를 실현하는데 그치게 되는 한계가 있다.<sup>134)</sup> 정보공개를 통해서 투명성을 확보하는 것 또한 보장책임을 실현하는 방법이므로 민관협력사업 추진실적에 대한 상황 공개를 통해서 투명성과 책임성을 강화하기 위한 방법으로 광역지방자치단체 차원에서 민간투자사업을 보다 종합적인 시각에서 기획·운영·관리할 수 있는 전담조직을 신설·운영할 필요가 있고, 이에 기초지방자치단체의 민관협력사업 추진시 자문과 지원 등의 협력을 필요로 한다.<sup>135)</sup>

#### 5. 공법과 사법의 상호 교착

##### 1) 보장행정에서 민영화로 인한 공법과 사법의 충돌 문제

현대형 위험을 제어하는 방법으로 규제를 강화하면 공법에 의하여 허가요건을 강화하고 행정제재를 확대하게 될 것이지만, 민영화로 규제를 완화하면 민간기업이 담당 서비스를 매매 등 사적 거래를 통하여 제공하게 되므로 주로 사법이 적용되게 된다. 그러나 제3의 길인 보장행정에서는 규제국가나 민영화 국가와 달리 시장의 위험제어와 정부의 위험제어를 조화롭게 하는 방법론이므로 공법과 사법의 적용이 상

133) 김성수, 앞의 논문, 482-483면.

134) 류춘호, “지방정부 민간투자사업 정책수단의 효과성과 정책방향”, 「한국행정학회 추계 학술발표논문집」, 2013, 862면.

135) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 57면.

호 매우 밀접하게 교착된다.<sup>136)</sup>

이러한 경우 일차적으로 국가나 지방자치단체가 공법에 의하여 직접 수행할 현대형 위험과 같은 고유의 임무 영역과 사법에 의하여 간접적으로 수행할 민영화 영역을 구분하게 된다. 이차적으로 민영화를 통해 시장에게 일단 위험제어를 위임하는 경우에도 위임인인 국가나 지방자치단체는 책임이 완전히 소멸하는 것이 아니라 보장책임으로 구체화되어 위험제어에 대한 의무가 계속된다. 그리고 이러한 국가나 지방자치단체의 보장책임을 이행하기 위해서 행정법의 일반원칙들이나 개별 공법규정들이 직접 적용되거나 유추적용되어야 한다. 보장책임을 구현하기 위해서는 민영화 이후라고 해서 사법만을 적용하려 해서는 안 되며, 사적 자치를 허용하되 보장행정과 관련된 공법규정으로 사적 자치를 수정하여야 하는 것이다.<sup>137)</sup>

## 2) 사적 자치의 수정 및 사인에 대한 공법적 규제수단의 사전 정립

국가와 지방자치단체의 보장책임을 전형적으로 요구되어 온 민간위탁과 민간투자 분야 이외에도 민간과 공행정의 주체가 함께 자본을 투자하여 특수법인을 설립하여 공적 역무를 공동으로 수행하는 민관협력(PPP) 또한 행정주체의 보장책임을 적용되는 영역이다. 그런데 공역무를 수행하는 민간기업은 대부분 주식회사로서 기본적으로 상법의 적용을 받는데, 국가나 지방자치단체가 보장책임을 실현으로 규제된 자율규제를 행하는 경우 공법과 사법의 교착이 일어나게 된다. 규제된 자율규제의 방식으로 민간기업의 의사결정 구조에 대한 변경, 회계검사, 평가와 피드백 시스템 도입, 건설업체에 대한 정규직 안전관리자의 확충 등의 업무수행체계에 대한 보완, 정보공개 등에 대한 요구가 행해질 때 공법과 상법상 주식회사에 대한 규정 등의 사법의 영역이 충돌하게 되는 것이다.<sup>138)</sup>

이러한 상황은 보장국가를 구현하기 위하여 현대형 위험에 대한 관리를 민간 기업에게 위임한 경우에도 나타날 수 있다. 즉, 헌법과 행정법에 의하여 민간기업의 민법이나 상법상의 시장 자율적인 행위를 제어하고 통제하게 되면 필연적으로 민법

136) 성봉근, “보장국가로 인한 행정법의 구조변화”, 「지방자치법연구」 제15권 제3호(통권 제47호), 한국지방자치법학회, 2015. 9, 203면; Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt Aßmann(Hrsg.), 1 Aufl., 1996, S.8.

137) 성봉근, 위의 논문, 203면.

138) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 57-58면.



이나 상법상의 거래에 대하여 행정의 관여하고 수정 등이 요청될 수 있다.<sup>139)</sup>

물론 보장행정에서의 보장책임은 정부의 적극적인 개입과 규제에 이루어지는 것은 아니므로, 정부는 우선 현대형 위험을 민간기업들에게 민영화를 통해 위임한 이상 사적자치의 원칙을 신뢰하는 것이 중요하다. 그러나 시장이 스스로 현대형 위험을 통제하지 못하는 경우에도 공법에 의한 사법의 수정이 제대로 이루어지지 못한다면, 국가의 국민에 대한 공익 실현의 보장의무를 이행하는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 행정의 사회의 관점에서 현대형 위험에 대한 제어를 종래의 민법이나 상법상의 법리에만 의지하는 것은 타당하지 않다. 그 방법으로서 현대형 위험에 대한 행정법의 이론과 판례를 통하여 위험관리 기업들의 사적 자치를 수정하고 이들을 제어하는 공법적인 해결이 활용되어야 한다.<sup>140)</sup>

이런 상황에 대비하여 국가는 공역무를 수행하는 민간에 대하여 공행정 주체가 “자율규제에 대한 통제”를 할 수 있도록 사인에 대한 적절한 공법적 규제의 수단과 정도를 사전에 정립하여야 한다. 민간기업이 공역무를 수행하는 주체가 되었을 때는 사법의 적용을 받는 민간으로서의 지위만이 아니라, 공무수탁사인의 지위를 동시에 가지기 때문에 공역무를 수행하는 민간에 대해서는 공법의 적용도 받도록 법제를 마련하여야 한다.<sup>141)</sup> 그러한 법제의 예로 아래에서 설명하는 독일의 순환관리 및 폐기물법(Kreislaufwirtschafts und Abfallgesetz)과 프랑스의 부분적인 민영화 기업인 프랑스 전력(Electricité de France, EDF) 판결을 들 수 있다.

독일의 순환관리 및 폐기물법에 의하면 폐기물의 배출자 및 점유자는 재활용 및 처리의무를 이행하기 위하여 제3자의 도움을 받을 수 있는데 제3자는 계약의 자유에 대한 제한을 받게 된다. 제3자는 자신에게 경제적으로 손해를 입게 된다고 해서 그에게 맡겨진 폐기물 처리를 정당한 사유 없이 거부할 수 없게 된다.<sup>142)</sup>

프랑스의 예를 들면 Conseil d'État는 파업으로 인하여 원자력발전소의 가동이 중단될 현대형 위험에 처하자 부분적인 민영화 기업인 프랑스 전력(Electricité de France, EDF)과 노동조합 사이의 법률관계에 대하여 사적 자치를 수정하는 판시하였다.<sup>143)</sup> 원자력 발전소의 가동이 중단되는 것을 방지하고 제어하기 위하여 대등한

139) 김남진, 앞의 “독일의 행정·행정법(학)의 변용”, 4면.

140) 성봉근, 앞의 논문, 206면.

141) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 58면.

142) 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계 : 독일의 순환관리 및 폐기물법을 중심으로”, 「환경법연구」 제25권 제1호, 한국환경법학회, 2003, 198면.

143) 프랑스 판례의 동향에 대해서는 Conseil d'État, Le Conseil d'État et la juridiction

노사관계를 수정하는 법리를 판시하였다. Conseil d'État는 민영화된 프랑스 전력이 원자력발전소의 가동이 중단되는 사태를 방지하고 전력공급을 보증하여야 하는 공역무담당자로서의 책임을 진다고 보았다. 따라서 원자력발전소가 중단되는 위험을 제어하기 위하여 계약법리와 노사관계를 수정하는 관점에서 프랑스 전력이 노동조합에 대하여 과업중지명령을 내릴 수 있으며, 이는 적법하다고 판시하였다.<sup>144)</sup>

## 6. 지방자치단체의 규제와 책임권한 강화

보장책임의 법이론적 구조는 1차적으로는 민간기업에게 위임하여 민간이 자율적으로 위험을 제어하게 하고, 2차적으로 민간이 그 역할을 제대로 하지 못할 때 국가가 개입하여 보증책임을 지도록 한다. 그러나 예측할 수 없는 사회의 변화와 위험의 증대 속에서 중앙정부가 컨트롤타워로서 각 지방의 상황을 구체적으로 파악하고 상황에 맞는 판단과 신속한 대응을 함으로써 국민의 생존배려 및 복지를 위한 공공서비스를 제공하는 역할을 할 수 있을 가능성은 점점 낮아지고 있다. 예컨대 2018년 메르스 사태에서 보건복지부장관, 질병관리본부 등에서는 메르스의 확산속도와 확산원인을 제대로 파악하지도 못하였고 신속한 제어를 하지 못하였다. 반면에 서울시장을 비롯한 지방자치단체장들이 오히려 메르스에 대한 정확한 실태파악과 그 지역의 실정에 맞는 현장감 있고 실질적인 제어행정을 수행하였다. 이 과정에서 중앙행정기관이 행하였던 제어행정의 방향이 지방자치단체장들의 제어행정과 충돌을 하였고, 중앙행정기관이 계속해서 메르스 확산을 제어하지 못하고 정부의 실패를 초래하자, 비로소 뒤늦게 지방자치단체장들이 제시한 방식으로 제어행정을 변경하였다.<sup>145)</sup>

2020년 현재 코로나바이러스의 팬데믹에서 우리나라의 방역 시스템이 'K방역'으로 불리며 상대적으로 성공적인 평가를 받고 있는 것은 2018년 메르스 사태에서의 뼈아픈 실패의 교훈 덕분이다. 아직도 코로나의 감염확산은 진행중이지만 질병관리본부 등 중앙행정기관의 컨트롤타워는 메르스 사태 때보다 상대적으로 나은 성과를 보이고 있는 것이 사실이다. 그러나 재난 안내·방역 업무·폭증하는 민원 응대 지연이 계속되고, 감염병 확산 대처시설과 연구개발 인프라의 부족은 한계로 나타났

administrative accompagnent les mutations de la société française, 2014, p.7; 오승규, “2013년 프랑스 행정관례의 동향 연구”, 「행정관례연구」 제19권 제2호, 한국행정관례연구회, 2014. 12, 324면 이하 참조.

144) 성봉근, 앞의 논문, 207면; 오승규, 앞의 논문, 324면 이하.

145) 성봉근, 위의 논문, 208-209면.

다. 연일 자고 일어나면 몇백명씩 늘어나는 코로나19 확진자의 수는 이제 중앙정부가 모든 상황을 컨트롤할 수 있는 범위를 넘어섰음을 보여주었다. 특히 코로나 초기 총감염자 수의 88%가 대구·경북지역에 집중되어 재난상황을 맞았을 때, 문제되는 분야마다 담당할 사람을 즉시 정해 역할을 분담해야 하는데 이러한 현장 상황을 조정하는 컨트롤타워로서의 정부의 대응이 지나치게 느린 데다 핵심을 짚지 못하고 있다는 비판을 받았다.<sup>146)</sup> 이에 감염병 확산의 국가 재난 상황에서 시민의 생명과 안전을 지키기 위한 공공의료의 지역화가 반드시 필요하다는 목소리가 높아지고 있다.<sup>147)</sup> 이러한 한계 속에서 지방정부의 노력은 긍정적 평가를 받고 있다. 경기도와 경남도지사, 서울시장 등을 시작으로 중앙정부보다 발 빠른 대응으로 코로나19 극복을 위한 재난기본소득을 실시하였으며, 중앙정부만 쳐다보는 게 아니라 직접 가용예산을 짜고, 다양한 정책을 추진하며 주민의 불안과 피해를 줄이기 위해 코로나19 대응에 주체적으로 활약하고 있다. 재확산 되는 코로나19 여파로 생계까지 위기에 올린 소상공인을 위해 지방정부에서 경영안정자금 추가 투입, 대출 원금상환 유예, 협업 프로젝트 지원 등 현 실정에 맞는 민생정책들로 또 한번 중앙정부보다 신속한 대응을 보이고 있다는 평가도 나오고 있다.<sup>148)</sup>

이와 관련하여 독일에서도 지방자치단체 공무원들을 중심으로 창설된 ‘행정간소화를 위한 지방자치단체 공동기구’(KGSt; Kommune Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung)가 중심이 되어 제어학으로서의 행정법학을 구현하는 노력을 하기 시작하였는데<sup>149)</sup> 이를 신제어모델(NSM; Neues Steuerungsmodell)<sup>150)</sup>이라고 부른다. 이처럼 현대형 위험에 대한 감시와 보장행정작용의 발동 및 구제에 있어서 지방자치단체가 국가보다 우선적으로 보장책임을 수행할 수 있어야 한다는 점은 다른 나라의 경우에서도 찾아볼 수 있다. 미국의 경우, 9·11테러 이후 지역경찰이나 소방관들이 중심이 되어서 현장에서 발생한 위험을 주도적으로 제어하되 연방행정기관들이 이에 협조하는 방식으로 보장행정을 담당하고 있으며,<sup>151)</sup> 일본의 경우

146) 한국경제, TK지역 코로나 확산 못 따라가는 정부 대응...‘컨트롤타워’ 고장났다(2020. 3. 2), <https://www.hankyung.com/society/article/202003029200i>.

147) 경인일보, 코로나 19' 지방정부 권한 확대 필요성(2020. 3. 3), <http://www.kyeongin.com/main/view.php?key=20200302010000385>

148) 희망제작소, 코로나19, 지방정부의 대응(2020. 4. 1), <https://www.makehope.org/>

149) 김남진, “제어학으로서의 행정법학론”, 「법연」 제39권, 한국법제연구원, 2013. 5, 29면.

150) Wolfgang Hoffmann-Riem, FN 97, S.232.

151) 나채준·박광동·김현희·김정현, 「재난·안전 관련 법제 개선방안 연구」, 법제처, 2014, 38면.

동일본 대지진 사태에 직면하여 중앙행정기관의 일방적인 하달식의 행정이 철저하게 실패하여 인식의 전환을 가져오게 되었다. 그 결과 지방자치단체들끼리 협력하고 주민들과 소통하면서 중앙행정기관보다 효과적인 구조를 갖추게 되었다.<sup>152)</sup>

그러나 무엇보다 지방자치단체가 보장책임을 수행하기 위해서는 공역무를 수탁받은 민간에 대한 지방자치 단체의 규제권한이 보장되어야 한다. 현행 지방자치법상으로는 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 내용의 조례를 제정하기 위해서는 엄격한 법률유보가 요구된다. 따라서 개별법령에 지방자치단체의 규제 권한을 규정하지 않는 한 지방자치단체는 공역무를 이행하는 민간에 대해 규제하기 어려운 실정이다. 따라서 현재 지방자치법 제22조 단서조항은 삭제하고, 지방자치법과 개별법령에서 지방자치단체가 자치입법으로 공역무를 수행하는 민간에 대해 적절하게 규제할 수 있도록 법적 근거를 마련할 필요가 있다. 즉 지방자치단체에게도 자율적 자율규제를 수행할 법적 근거가 마련되어야 한다.<sup>153)</sup>

그리고 지방자치단체가 보장책임을 적절하게 수행하는지에 대해서 국가가 보장감독을 할 필요가 있다. 이를 위해서는 민간기업의 자율적 위임과 그에 따른 국가의 보충적 보장책임을 지도록 하는 기존의 2단계의 보장책임을 법이론적 구조에 수정이 필요하다고 보여진다. 즉, 국가의 보충적 보장책임을 더 세분화하여 국가보다 지방자치단체가 우선적으로 위험을 제어할 보장책임을 수행하도록 하는 것이 타당하다.

요컨대 위험에 대한 제어를 국가나 지방자치단체가 직접 담당하는 경우에는 지방자치단체가 규제된 자율규제 시스템을 정립, 이행하도록 하고, 2차적으로는 지방자치단체가 보장책임을 적절하게 수행하지 못하는 경우에 국가가 보장책임을 이행하도록 한다. 이와 달리, 위험에 대한 제어를 민영화를 통해서 민간 기업들이 담당하는 경우에는 1차적으로 시장의 자율적인 제어와 규제에 맡기지만, 2차적으로 시장의 실패가 발생할 개연성이 있는 경우에는 현대형 위험이 발생한 해당 지방자치단체에서 우선적으로 위험을 제어할 보장책임을 수행한다. 그리고 지방자치단체가 그 역할을 하지 못하는 경우 3차적으로 국가가 대신해서 공역무를 수행하는 민간에 대한 최종적인 보장감독을 행하여야 하는 것이다. 다만, 이때에도 중앙정부와 지방정부, 그리고 민간은 함께 공익을 실현해 가는 파트너로서 민간의 전문적인 기술과 지식,

---

152) 성봉근, 앞의 논문, 209면; 櫻井美穂子・國領二郎, 「自治体ICT ネットワーキング -3・11後の災害對應・情報發信・教育・地域活性化」, 慶應義塾大學出版會, 2012, 70頁, 203頁.  
 153) 권경선, 앞의 “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 58면.

지방자치단체의 지역적인 정보 그리고 행정력을 조화시키는 협조적 보장행정의 방식을 추구하여 보장책임을 효과적으로 수행할 수 있도록 하여야 할 것이다.<sup>154)</sup>

## IV. 안전사회 구축

### 1. 국민의 안전보호

국가의 가장 중요한 목적 중 하나는 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하고 공공의 안전을 확보하는 것이므로 국가는 국민의 생명, 신체, 재산에 대한 위험으로부터 보호해야 할 책무를 지닌다.<sup>155)</sup> 따라서 국가 및 지방자치단체는 각종 위험으로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 위험의 예방과 대응에 필요한 제도와 여건을 조성하고 대책을 수립·시행하여야 한다.<sup>156)</sup>

이러한 국민의 안전 확보에 대한 국가의 책임은 헌법에 의거하고 있다. 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는 헌법 제10조는 모든 법질서의 근본적 기초 규정이라 평가되며, 모든 재난으로부터 국민을 보호해야 하는 이념 조항이다. 헌법 제34조 제6항에서는 명시적으로 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다는 국가의 국민에 대한 보호의무를 규정하고 있다.<sup>157)</sup> 여기서의 위험은 재난 등 각종 위험을 말한다.<sup>158)</sup> 특히, 환경법에서 위험과 관련하여, 앞서 살펴본 바와 같이, 종래의 위험은 경찰법에서는 Gefahr(Danger)의 의미로 사용되다가, 환경법에서 종래에 보지 못하던 Risiko(Risk)의 형태가 등장하게 되었다.<sup>159)</sup> Risiko는 자연재해와 인재가 결합하는 새로운 양상을 띠고 있으며, 그 피해 역시 더욱 광범위하고 확산속도가 빠르다. 그러한 예로 원자력, 산업폐기물, 메르스, 코로나 19 바이러스 같은 신종 전염병의 발생, 대기·토양·수질오염 등이 있는데 이러한

154) 성봉근, 앞의 논문, 209-210면.

155) 이재삼·조만형, “위험방지 관리 책임을 위한 법적 개선방안 연구”, 「동북아법연구」 제14권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2020. 5, 366-367면.

156) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013, 966면; 대법원 2001. 10. 23, 선고 99다36280 판결.

157) 문현철, “해외 감염병재난 대응체계의 개선 방안에 관한 연구 : 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」의 대응규정을 중심으로”, 「인문사회 21」 제11권 제1호, 아시아문화학술원, 2020, 161면.

158) 이재삼·조만형, 앞의 논문, 366면.

159) 김연태, “환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현”, 「법학논집」 제34권, 고려대학교 법학연구소, 1998. 12, 82면.

위험에 대한 대책을 마련하기 위하여 자연과학의 식견을 활용하도록 하는 요청이 특히 강하고, 리스크 행정의 필요성이 더욱 증대되고 있다. 그동안 규제행정에서의 행정활동은 일방적이면서 고권적이기 때문에 행정과 사인의 협동은 나타날 수 없었다. 그러나 그 후 리스크 행정의 발전이 이러한 규제행정과 협동을 둘러싼 상황을 변화시키고 있는 것이다. 이처럼 보장국가에서 국민의 안전보호는 해킹, 테러, 원자력, 산업폐기물, 미세먼지, 메르스나 신종플루, 코로나 19 등 신종 감염병 등의 재난 처럼 과거의 위험과는 전혀 다른 종류의 새로운 위험들이 증가하고 있는 현대사회에서, 국민의 안전을 국가가 어떻게 책임질 것인가에 관한 문제이다.

이에 대하여 국가의 과제로서 안전을 “공포라는 객관적인 원인으로부터 자유(탈피)를 의미한다”고 보는 견해가 있다.<sup>160)</sup> 이에 따르면 ‘안전’은 기본권 주체가 외부의 침해 즉, 재난에 의한 피해나 국가 공권력 또는 사인의 침해로부터, 보호받는 것으로 해석할 수 있다.<sup>161)</sup> 또한 현대형 위험이 갖는 지속성과 광범위하고 빠른 피해 확산속도를 고려할 때, 국민의 안전 개념에는 현재의 위험과 안전 뿐 아니라 충분한 개연성이 있는 장래의 위험에 놓이지 않도록 하는 것도 포함되어야 할 것이다.<sup>162)</sup> 이러한 성향은 ‘내적 안전’과 관련된 분야에서 나타나는데, 여기서 ‘내적 안전(Innere Sicherheit)’의 의미와 관련하여 기본권을 자유롭게 행사하려면 사회가 평화로운 상태여야 하고, ‘사회가 평화롭다’라는 의미는 ‘내적 안전’이 현실적으로 이루어지고 있고, 이런 상태가 법적·국가적으로 보장되고 있을 때 비로소 가능하다는 것이다. 따라서 ‘사회의 평화’에 대한 국민의 인식은 ‘안전’에 대한 주관적 신뢰를 의미한다.<sup>163)</sup> 요컨대, 이러한 성향은 내적 안전을 보호하는 예견적이고 전반적인 활동을 하는 ‘예방국가’로 나타나며, 행정법에서 ‘경찰법에서 안전법으로’라는 표제로 표현되기도 한다.<sup>164)</sup>

160) 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 「헌법학연구」 제22권 제1호, 한국헌법학회, 2016. 3, 224면; J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 147.

161) 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 「서울대학교 법학」 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 145면.

162) 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013. 6, 228면; Chr. Gusy, VVDStRL Bd.63, 2004, S.151, S.157.

163) 성홍재, “내적 안전권과 자유권적 기본권간의 관계에 대한 새로운 접근방법 모색 : ‘본질적 사항 보장(Wesengehaltgarantie)’을 중심으로”, 「경찰학연구」 제15권 제4호(통권 제44호), 경찰대학, 2015. 12, 203면.

164) 박재윤, 앞의 책, 47면.



## 2. 안전업무의 민영화 문제

1980년대 중반부터 국가임무의 민영화 움직임은 기존에 국가가 독점적으로 수행하던 위험방지 및 사전예방 등 안전영역에도 영향을 미치고 있다. 현대형 위협에 국가 홀로 대처하기에는 국가재정에는 한계가 있고, 과학기술의 비약적인 발전과 함께 민간의 전문적 능력을 활용하여 국가만이 안전보호의 주체로서 기능하던 시대에서 민간이 안전보호의 중요한 동업자로서 오늘날 등장하게 되었다. 이에 관하여 국민에 대한 안전보호책임 중에서도 형 집행과 같은 부분은 국가에게 독점적으로 이행책임이 존재한다는 것이 헌법 및 행정법상의 판단이지만<sup>165)</sup>, 안전보호를 위한 모든 활동을 국가가 직접 수행하여야 하는지에 관하여는 어떠한 헌법상 규정이 없다.<sup>166)</sup> 특히 안전보장의 민영화에는 효율성원칙에 입각하여 국가에 의한 안전과 민간에 의한 안전을 비교평가 할 필요가 있는데 그 기준이 되는 것이 ‘비용편익분석’이다. 비용편익 분석이란 국가적 차원에서 정해진 공공목표를 달성하기 위하여 예상가능한 여러 대안의 비용과 편익을 측정·비교·평가하여 최선의 대안을 도출하는 기술적 방법이다.<sup>167)</sup> 비용편익분석을 통하여 미국을 비롯한 선진국에서는 규제정비를 위한 법령안을 입안·심사하거나 규제의 합리화를 기하기 위한 가장 직접적인 규제완화의 수단으로써 적극 활용되고 있다.<sup>168)</sup> 이러한 비용편익분석에 따르면, 오늘날 국가에 의한 안전보장이 민간에 의한 안전보장보다 결코 효율적이라고 평가하기 어려워졌다.<sup>169)</sup> 그리하여 프랑스, 미국, 일본 등과 같이 우리나라에서도 교정시설이나 경찰행정의 민영화 등이 이루어지고 있다. 그러나 국가가 안전보장이라는 자신의 업무를 어떻게 수행하고, 안전보장에 관한 공적 과제를 어느 정도까지 민간에 위임하거나 민간과 협력하여 수행할 것인지 입법상·행정상 결정할 수 있다 하더라도 국가는 언제 어디서든지 국민의 안전에 대한 일차적이고 최종적인 책임이 있다. 따라서 사인은 ‘안전영역’에서 국가를 대체할 수 없고, 단지 보충할 수 있을 뿐이기 때문에<sup>170)</sup> 안전업무의 민영화와 관련하여 완전한 실질적 민영화는 허용되어서는 안 된다. 이것이 안

165) 이상해, “국가업무의 민영화에 관한 법적 문제 : 안전영역에서의 행정부문을 중심으로”, 「지방자치법연구」 제11권 제4호, 한국지방자치법학회, 2011. 12, 364면.

166) 이부하, 앞의 “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 234면.

167) 김태운, “규제영향분석을 위한 비용편익분석의 이론적 고찰”, 「한국행정연구」 제7권 제1호, 1998, 109면.

168) 김남욱, “경제규제완화의 법리에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위논문, 2000, 81-82면.

169) 이부하, 앞의 “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할”, 156면.

170) 이상해, 앞의 논문, 370면.



전을 책임지는 보장국가에서 안전영역의 민영화로서 기능적 민영화가 적절하다고 평가되는 이유이다.

### 1) 교정행정의 민영화

프랑스에서는 교정시설 민영화계획이 1996년 시작되어 1990년 민영화된 교정시설이 출범하였으나 미국과 같은 완전 민영화의 형태가 아니라 서레 ??및 건설, 급식, 직업훈련, 교도작업 등에 국한되었다.<sup>171)</sup> 교정시설의 민영화를 선도하고 있는 대표적인 국가인 미국은 영리교도소 위주로 운영되고 있다. 미국에서는 관영교도소 과밀화 문제의 해결책으로 민영화를 선택하였으나 실제로 과밀화 해소나 비용 절감 효과는 미미하고 수용자에 대한 통제와 감독이 민영단체에 위임됨으로써 채소자 인권에 관한 문제나 이윤창출을 위해 민영교정법인들이 정부보조금을 많이 받을 수 있도록 수형자를 늘리려는 경향이 문제로 지적되고 있다.<sup>172)</sup>

한편 우리나라와 유사한 법체계를 가진 일본도 민영교도소를 도입하기 시작하였는데, 영미식의 ‘민영형무소’가 아닌 PFI(Private Finance Initiativ), 즉 민관협동형무소이다. 이는 시설 등 건설, 관리, 운영 등에 민간의 자금, 기술, 경영기법을 활용하는 방식으로서, 시설 경비, 수용감시, 소지품 등 검사, 직업훈련, 건강진료, 급식, 세탁 등의 비권력사무만 민간에게 위탁하고, 계구 및 무기의 사용, 징벌시스템, 수용자 제압 등의 권력적 사무는 민간에 위탁하지 않고 국가가 수행하는 것이다. 또한 일본의 민관협력에 의한 교정시설에서는, 민간의 기술을 활용하여 IC택에 의한 개체 식별 및 생체인증 시스템 등을 이용한 수형자의 이동감시(미네)나 생활기능훈련 등 다양한 프로그램을 개발하고 있다고 한다.<sup>173)</sup>

우리나라도 2010년 민영교도소인 소망교도소를 운영하기 시작하였는데, 비영리교도소이지만, 권력적인 수단을 포함하여 보안부터 교화교육까지 일체의 교정업무를 민간에 위탁하는 체제라는 점에서 미국이나 일본과 차이가 있다.

171) 이상해, 앞의 논문, 388면.

172) 이상해, 위의 논문, 390면.

173) 이상해, 위의 논문, 391면; 瀬川晃, “行刑改革の現在を課題”, 「ジュリスト」 1414号, 有斐閣, 2011. 1, 143-144頁.

## 2) 경찰행정의 민영화

오늘날 복잡다양하게 전개되는 사회현상 속에서 과거에는 볼 수 없었던 새로운 형태의 위험들이 계속 출현하고 있다. 이러한 현대형 위험들은 크게는 국가법익뿐만 아니라 개인법익 등에도 심각한 피해를 초래하기에 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 주된 목적으로 하는 경찰권 행사의 중요성은 더욱 커지고 있다.<sup>174)</sup> 또한 과학기술의 비약적인 발전으로 경찰작용의 수단은 다양한 변화가 나타나고 있으며, 전세계적인 민영화 물결에서 경찰행정도 영향을 받고 있다.

우선, 앞서 살펴본 바와 같이 프랑스 경찰행정 분야의 경우, 경찰행정 위임금지원칙을 원칙으로 하되 시대적 상황에 따라 민영화의 범위를 조금씩 확장해나가고 있는 추세이다. 그러나 프랑스는 공역무로서의 경찰행정이 강조되어 온 국가로서 민간에 이를 위임한 후에도 민간에 대한 권한부여 및 통제방식을 끊임없이 보완하며 체계적으로 정비해나가고 있다. 즉, 민간부문과의 협력을 통하여 종래 국가의 독점이었던 보안 책임을 분배하고 있으나 법의 테두리 안에서 민간보안업무를 지속적으로 규제하고 관리·감독한다는 점에서 보장책임을 다하고 있는 것이다.

미국의 경우 민간경호사업은 이미 미연방, 주정부, 지방정부의 경찰 인력을 합친 것보다 더 많은 경호원, 순찰원, 탐정을 보유하고 있고 그 경향은 더욱 심화되고 있다. 미국에는 70,000명이 넘는 사설조사원과 26000명이 넘는 탐정이 있으며, 약 150,000명에 달하는 경찰관들이 민간경호원으로 야간에 활동하고 있다고 한다. 이러한 민간경호회사의 순찰은 산업시설이나 상업시설 뿐 아니라 일반 사무실, 쇼핑구역, 일반거주지역에까지 진행되고 있다.<sup>175)</sup> 그러나 미국에서는 경찰업무를 민간이 하도록 허용하였다고 하더라도 수사에 있어서 수색영장 및 집행권한, 영장없이 할 수 있는 수사권한 등은 민간경호업자에게는 부여되지 않는다.<sup>176)</sup> 그러나 실제로는 미국에서 민간경호회사가 불법체포를 한 경우 형사적 문제로 인해 기소된 적은 사실상 없기 때문에 결국 경찰작용을 하는 사인은, 일반 경찰관과 거의 동일한 경찰업무를 수행할 수 있으면서도 잘못된 경찰행위에 대해서는 형사적, 민사적, 행정적 처벌이 거의 없고, 민간경호회사에 대한 행정적 규제 또한 미미한 수준이어서 이러한 문제

174) 구형근, “위험방지를 위한 공공장소에서의 영상감시에 대한 법적 고찰 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 「인문사회 21」 제8권 제2호, 아시아문화학술원, 2017. 6, 18면.

175) 김기홍, “미국에 있어서의 민영화와 그 공법적 한계 : 책임적합성(Accountability) 이론을 중심으로”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2014, 48면.

176) 김기홍, 위의 논문, 50면.

가 발생한 경우 그 피해는 고스란히 피해자의 몫이 된다는 심각한 문제가 있다.<sup>177)</sup> 이러한 경찰 민영화의 한계를 제어하고 보완하기에 적절한 공법적 수단이 필요하며, 그러한 점에서 국가가 보장책임을 지는 보장행정에 대한 다각적인 논의가 계속되어야 할 것이다.

우리나라에서 법적 근거를 마련하고 있는 민간치안활동에는 기존의 청원경찰제도와 경비업법에 의한 경비원제도로써 민간경비업체 소속 요원이 있다.<sup>178)</sup> 청원경찰은 「청원경찰법」 제2조에 의하여 국가기관 또는 공공단체와 그 관리하에 있는 중요시설 또는 사업장, 국내 주재 외국기관, 그 밖에 행정안전부령으로 정하는 중요시설, 사업장 또는 장소의 경영자가 경비를 부담할 것을 조건으로 경찰의 배치를 신청하는 경우 배치하는 경찰이다. 그리고 민간경비는 「경비업법」 제2조의 시설경비업무, 호송경비업무, 신변보호업무, 기계경비업무, 특수경비업무의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자를 의미한다. 기계경비업무와 특수경비업무는 2001년 인천국제공항 개항시기에 맞추어 경비업법개정으로 추가된 것이다.<sup>179)</sup> 이로써 국가중요시설을 경비하는 특수경비원제도가 신설되었고, 특수경비원은 법률에서 규정된 고권적 권한을 행사할 수 있다. 특수경비원은 공항과 같은 국가중요시설의 경비 및 승객과 화물에 대한 보안검색업무, 질서유지, 그 밖의 다양한 위험활동을 수행하는 과정에서 종래 민간경비원들의 권한보다 확대된 역할을 수행할 수 있게 되었다.<sup>180)</sup> 민간 경찰작용의 주체가 된 청원경찰과 특수경비원은 일정한 경우 ‘무기사용 권한’이 있다(청원경찰법 제8조 제2항, 경비업법 제14조 제4항).

또한 기존의 청원경찰제도나 경비업법에 의한 경비원제도 등 법적 근거를 마련하고 있는 민간치안활동 이외에도 자율방범대의 방범활동, 녹색 어머니회, 최근 활성화되고 있는 배움터지킴이, 아동안전지킴이 등의 다양한 형식의 민간참여제도가 시행되고 있어, 민관협력이 경찰행정에서도 이미 현실화되어 활발하게 전개되고 있다.<sup>181)</sup>

생각건대 과학기술이 극도로 발달한 오늘날의 위험사회에서는 디지털 성범죄 문제, 인터넷을 통한 가짜뉴스 방지, 잇힐 권리의 보장, 피해자를 위한 재범우려가 있

177) 김기홍, 위의 논문, 52면.

178) 박우경, “프랑스 공공안전 영역에서 민간역할의 한계”, 「법과정책연구」 제18집 제2호, 한국법정정책학회, 2018. 6, 162면.

179) 박우경, 위의 논문, 164면.

180) 윤상근, “사인에 의한 행정에 관한 연구 : 경찰작용을 중심으로” 계명대학교 박사학위논문, 2011, 150면.

181) 이성용, “사인의 경찰작용에서의 국가책임”, 「공법학연구」 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011. 5, 320면.

는 가해자에 대한 본질적인 대책 강구 등 국가가 보호하여야 할 국민의 안전은 비단 신체적·물리적 안전뿐만 아니라 국민의 정신적·심리적 안전까지 고려하여야 한다. 그러므로 복잡다양한 현대사회에서 안전과 위협예방은 국가와 민간이 협력하여 사회공동의 노력으로 이루어져야 할 핵심과제이다. 이를 위하여 경찰행정이 민간과 협력을 통하여 공공선을 제대로 실현하기 위해서는 민간에 위임할 수 있는 사무의 구체적인 기준이 확립되어야 한다. 또한 민간이 자신에게 위임되는 공적 과제를 이행하는 데 있어서 ‘공익적합성’이 보장될 수 있도록 국가는 적절히 지휘, 감독하여야 하며, 이러한 ‘컨트롤 책임’에 부응하기 위한 체계를 정립하여야 할 것이다. 뿐만 아니라 새로운 치안서비스 생산주체로서 민간경비자의 자격 검증 강화, 그것을 위한 체계적인 필수교육훈련, 공경찰의 수준에 상응하는 경찰지식습득, 정보제공자와의 교류확대 등이 요청된다.<sup>182)</sup>

### 3. 법제도 개선방안

국가는 보장책임의 영역에서 과제를 스스로 실현하지 않으며, 민간부문과 실현책임을 분담하거나 민간부문에 이를 이양하면서 이들을 규율하는 조치들을 통하여 민간부문이 적절하게 과제를 실현하는 것을 보장한다.<sup>183)</sup> 보장행정을 구현하기 위한 중요한 과제는 이러한 민간주도와 보장책임에 관한 협력이라는 정부의 정책방향이 법에서 구체적으로 명시될 수 있도록 법제화가 이루어져야 한다는 것이다. 우리나라에서도 보장행정 요소가 담긴 법들이 늘어나고 있지만 아직 일반적이고 선형적인 기본원칙만을 제시하여 실질적으로는 국가가 주체가 되어 민간의 정책 참여에 대한 기회제공에는 미흡한 상황이다.

안전사회 구축을 위한 보장행정의 가능성을 타진하기 위한 우리나라 법제도로써 ‘사회적 참사 특별법’<sup>184)</sup>과 “저탄소 녹색성장기본법(이하 녹색성장법이라 한다)”을 소개한다.<sup>185)</sup>

사회적 참사특별법은 ‘사회적 참사의 진상규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별

182) 이성용, 앞의 논문, 136면.

183) 김성수, “독일 신사조 행정법학의 실천 분야와 보장국가론”, 「토지공법연구」 제78집, 한국토지공법학회, 2017, 160면.

184) 문병호, 앞의 책, 43면.

185) 김재호, “보장국가에서의 녹색성장을 위한 법제 개선방안 연구”, 「토지공법연구」 제65집, 한국토지공법학회, 2014. 5, 196면.

법'으로서 세월호사건과 가슴기살균제 참사 진상규명을 위하여 지난 2017년 11월 통과된 법이다.<sup>186)</sup> 이 법률은 사회적 재난과 참사가 끊임없이 반복되고 음폐됨에도 불구하고 진상조사와 해결책이 제대로 이루어지지 않고 있는 현실이 바뀌어야 한다는 점에서 안전사회를 구축하기 위한 좋은 법제라고 본다. 이 법으로 사회적 재난이나 참사로 인한 피해의 발생 원인, 수습 과정, 후속 조치 등 사실관계와 책임 소재에 관하여 특별조사위원회를 두어 제대로 규명하게 함으로써 국가가 사인에 의한 공적 과제 수행을 규제·감독하고 피해를 입은 제3자를 위하여 국가가 보장책임을 진다는 점에서 보장행정을 실현해나갈 수 있는 법제라고 할 수 있다.

다음으로 현행 헌법 제35조 제1항에서는 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다고 함으로써 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 그리고 녹색성장법은 환경보전과 경제성장을 상생관계로 보아 경제와 환경의 조화로운 발전을 위하여 저탄소 녹색성장에 필요한 기반을 조성하고 녹색기술과 녹색산업을 새로운 성장동력으로 활용함으로써 국민경제의 발전을 도모하며 저탄소 사회구현을 통하여 국민 삶의 질을 높이고 국제사회에서 책임을 다하는 성숙한 선진 일류국가로 도약하는데 이바지함을 그 목적으로 제정되었다(동법 제1조). 이러한 녹색성장법에는 보장행정이 지향하는 공사협력의 요소가 반영되어 있다고 볼 수 있다. 특히 녹색성장법 제3조 제2호에서 “정부는 시장기능을 최대한 활성화하여 민간이 주도하는 저탄소 녹색성장을 추진한다”고 규정하고 있고, 동조 제8호에서는 “정부는 국민 모두가 참여하고 국가기관, 지방자치단체, 기업, 경제단체 및 시민단체가 협력하여 저탄소 녹색성장을 구현하도록 노력한다”고 규정하고 있다. 또한 제6조 제2항은 “사업자는 정부와 지방자치단체가 실시하는 저탄소 녹색성장에 관한 정책에 적극 참여하고 협력하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같은 규정에서 저탄소 녹색성장에 대하여 민간 부문의 전문적인 지식과 자율성을 활용하여 사인이 주도적으로 녹색성장을 추진하되 국가는 이러한 여건을 조성하고 사인과 협력하여 녹색성장이라는 공익을 달성하고자 하는 의미라고 할 수 있다. 즉 동법에서 규정하고 있는 저탄소 녹색성장 정책은 공익을 달성하기 위하여 정부가 주도적이고 독점적으로 정책을 시행하는 것이 아니라 기업이나 시민단체, 일반 국민이 주도적으로 참여하고 협력하여 시행하고 정부는 그에 대한 법적 기틀을 마련하고 조정하는 역할을 의미한다.<sup>187)</sup> 이는 영리를 추구하는 민간이 국민의 기본권과 복리를 보호하면서 공익을 실현하는 데 협력하도

186) 박주민의원 대표발의.

187) 김재호, 앞의 논문, 197-198면.

록 국가가 법적으로 감독하고 규제할 책임을 반영하였다고 볼 수 있다. 독일에서 보장행정의 근거로 보는 독일기본법 제87f조의 규정에서 우편행정을 사경제활동으로 수행할 수 있도록 명시하고 다만 고권적 임무에 관하여는 연방고유행정으로 수행한다고 규정한 것과 비교할 때, 녹색성장법에서 말하는 이러한 녹색 성장의 규정이 명확하게 보장행정을 직접적으로 명시하고 있다고는 말할 수 없어도 보장행정의 요소를 간접적으로 반영하고 있다고 볼 수 있다.<sup>188)</sup> 또한 녹색성장법에서는 민간의 적극적인 참여를 유도하기 위하여 다양한 정부의 지원제도를 규정하고 있다(동법 23조-제29조, 제31조-제35조, 제42조, 제47조, 제54조 참조).

그러나 앞서 언급한 바와 같이 보장행정을 실현시키기 위하여는 입법적 개선이 필요하다. 녹색성장법에는 실질적으로 기업 및 국민에게 정책의 수립에서 시행에 이르는 어느 단계에도 그 역할을 담당하는 주체로서의 지위·기능을 부여하고 있지 않다는 점, 규정의 대부분에서 시행주체를 정부로 규정하고 있다는 점, 보장감독기구로서 녹색성장위원회에서 민간위원의 참여·구성이 소극적으로 규정되어 있다는 점 등에서 입법적 한계를 보이고 있다.<sup>189)</sup>

이와 같이 보장행정을 구현하기 위한 입법적 문제를 개선하고 보장행정을 구체적으로 실현할 수 있도록 법제도의 개선이 이루어지고, 민간주도의 정책 기반을 조성하기 위한 보조금, 신용보증 및 세제감면의 지원 등을 비롯한 보다 다양한 지원제도가 법으로 구체화되어야 할 것이다.<sup>190)</sup> 또한 보장행정에서는 공공선 실현이라는 목표를 민영화나 공사협력을 통하여 수행하고자 하는 것이므로 보장책임을 부담하는 행정과 공적 과제를 함께 수행해나가는 민간 사이에 목표수행 과정에서 결과에 대한 책임의 범위나 리스크 분담의 방법과 관련한 많은 분쟁이 발생할 가능성이 있다.<sup>191)</sup> 따라서 보장행정에서 행정청과 민간이 공적 과제 수행에 대한 책임을 함께 진다는 생각으로 정책이나 사업이 추진되기 전에 당해 사업으로 인하여 발생할 수 있는 리스크 분담에 관하여 민관이 함께 논의하고 합의가 이루어지도록 하는 시스템을 구축하고,<sup>192)</sup> 이러한 신뢰에 기반한 시스템을 통하여 사업으로 인하여 발생한 리스크에 관한 구체적인 책임분담의 범위와 체계 등을 사전에 법으로 규정하는 노력이 필요할 것이다.

188) 김재호, 앞의 논문, 198면.

189) 김재호, 위의 논문, 199-200면.

190) 김재호, 위의 논문, 203-204면.

191) 홍석환, 앞의 “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 511면.

192) 김재호, 앞의 논문, 205면.

## 제4절 재공영화의 합리성

### I. 재공영화의 의의 및 종류

재공영화란 공공임무의 수행 또는 공공서비스의 제공에 있어서 사화되었던 영역을 다시 공공주체에게 환원시키는 것을 말하는데,<sup>193)</sup> 일종의 집합 개념으로서 사실로서 현상을 서술하고 묘사하는 개념이어서, 법적으로 정확히 정의하기는 어려운 것으로 보고 있다.<sup>194)</sup>

그리고 재공영화는 국가에 의한 再公化로서 재국영화와 지방자치단체에 의한 재공화로서 재공영화로 구분할 수 있다. 또한 재공화는 사화된 영역에서 재공화되는 변화과정을 포괄하는데 재공영화는 ① 경쟁자 또는 독점자로서의 공공주체를 통한 임무의 재수행, ② 임무의 수행을 위한 경쟁자 또는 독점자로서 자기회사의 설립, ③ 운영서비스의 재이전, ④ 자본회사에서 공법적 조직형식으로의 전환, ⑤ 공사혼합 기업의 회사지분 증가 등의 형태로 구분할 수 있다.<sup>195)</sup>

### II. 재공영화의 등장배경

한편 민영화에 대한 사회적 합의가 아직 이루어지지 않고 있거나 그 과도기에서 민영화를 진행하고 있는 나라들이 있는가 하면, 이미 민영화를 적극적으로 추진하고 전세계적으로 민영화를 선도한 영국과 독일 등에서는 2010년 이후 지방자치단체 수준에서 재공영화정책이 적극적으로 추진되어왔다. 우리나라에서도 再公化와 관련된 이슈들이 등장하고 있다. 앞서 살펴본 대중교통정산업무의 재공영화 논란 뿐 아니라, 민자도로의 재공화 문제, 민간 보험회사들이 취급하고 있던 환경오염배상책임보험의 재공화 문제, 민자역사의 재공화 문제, 서울에너지공사의 에너지 재공화 사례 등이 있다. 또한 철도, 수도, 전기, 가스 등 생존배려의 영역도 계속적으로 사화와 재공화 사이의 갈등관계에 놓여있다.<sup>196)</sup>

193) 황선훈, “再公化(재국영화·재공영화)에 관한 공법적 연구 : 독일의 논의를 중심으로”, 「행정법연구」 제60호, 행정법이론실무학회, 2020. 2, 192면.

194) 선정원, “민간위탁사업에 대한 지방자치단체의 재공영화정책에 관한 법적 고찰 : 영국과 독일의 재공영화정책을 중심으로-”, 「지방자치법연구」 제20권 2호(통권 제66호), 사단법인 한국지방자치법학회, 2020. 6, 175면.

195) 황선훈, 앞의 논문, 197면.

196) 황선훈, 위위 논문, 215-216면.



이러한 재공화의 논의는 행정법학의 새로운 주제로서 공공임무의 수행 및 공공서비스의 제공에 있어서 지난 20-30년 간의 민영화 물결에 대한 반대작용으로 등장하였다.<sup>197)</sup> 원래 공공임무의 수행 및 공공서비스의 제공은 기본적으로 종래 공공주체를 중심으로 이루어졌으나, 1990년대 보장국가와 보장행정의 출현과 함께 사화되기 시작하였다. 그 결과 국가 주도의 공공임무의 수행 및 공공서비스의 제공은 사화를 통해 사적 주체에 의해 실현되기 시작했고, 국가의 공공임무가 위임 위탁, 민영화, 공사협력, 민관협력 등의 방식으로 수행됨에 따라 공공서비스의 부실 내지 불충분, 공공요금의 인상, 국민의 안전보장 등의 문제가 발생하였다. 이러한 현상은 교통, 통신, 우편 등 전통적인 공공서비스의 영역뿐만 아니라 도로, 공항, 수도 등 사회기반 시설 분야 등에서도 나타나고 있다. 따라서 신자유주의에 기초한 탈규제 내지 규제 완화에서 국가의 규제가 오히려 필요하다는 사고로의 전환에서 더 나아가 국가의 규제에 의해 사화를 규율하지 못하는 경우, 공공서비스의 보장과 공공성 강화방안의 하나로 재공화에 관한 논의가 필요하다.<sup>198)</sup>

### III. 재공영화 사례

영국에서는 철도 민영화의 부작용으로 대형 안전사고들이 연이어 발생하자 2002년 노동당 정부는 철도 시설을 관리하는 사기업인 레일트랙만이라도 우선 공기업화하기로 하고, 2002년 주주가 없고 정부가 대출을 보증하는 보증유한책임회사(company limited by guarantee)의 형태로 네트워크레일(Network Rail)이라는 공기업 설립하여 레일트랙을 인수하게 하였다. 사실상의 재국유화였다. 그 결과 규제기관인 철도규제청과 영업권관리국의 조직에도 변동이 생겼고, 민영화로 다수의 사업자로 쪼개졌던 여객운송사업자의 수도 줄어들게 되었다.<sup>199)</sup> 민영화된 레일트랙이 사라지고 공기업인 네트워크레일이 생긴 이후 안전사고가 줄고 비용 절감도 이뤄졌다고 평가된다. 하지만 여객과 화물 운송 회사는 여전히 민간 사기업의 형태로 유지되고 있다.

한편, 독일에서 재공영화의 사례로는 함부르크시를 들 수 있다.<sup>200)</sup> 함부르크시 정

197) 황선훈, 위의 논문, 193면.

198) 황선훈, 위의 논문, 192-194면.

199) 이광호, 「착한 민영화는 없다 : 누가 독이 든 사과를 권하는가」, 내일을 여는 책, 2020, 270면.

200) <https://blog.naver.com/sdlotus/110180881343> ; 유럽 및 독일의 에너지산업의 민영화 및

부는 함부르크 공영기업인 Hamburgische Electricitäts-Werke와 HEIN Gas Hamburger Gaswerke을 통하여 전기와 가스에 관한 서비스를 독점적으로 약 100년간 공급하였다. 이후 함부르크시 정부도 신자유주의와 민영화의 영향으로 함부르크시 에너지산업을 1997-2002년 사이에 단계적으로 사화하였다. 이 민영화를 통하여 함부르크시 정부는 수십억 유로 규모의 부채를 해결하였다. 그러나 민영화 이후 함부르크시의 전기와 가스 공급에 있어서 문제가 발생하였는데, 전기요금이 급격하게 인상되었고, 안전성의 문제 즉, 2007년에 바텐팔에서 운영하고 있는 원자력발전소(Krümmel과 Brunsbüttel)에서 화재사고가 발생하였다. 이에 재공영화를 추진하자 ‘우리 함부르크, 우리 에너지’ 연대모임이 조직되었고, 반대 입장인 함부르크 산업연맹과 함부르크 시의회와 대립하였다.

우선 재공영화 추진 입장인 ‘우리의 함부르크, 우리의 에너지’ 연대모임 측은 인프라망을 포함하여 에너지산업에서 민영화로 인해 에너지전환, 기후 보호, 에너지 가격안정 등 핵심적인 사안에 대하여 시 정부는 충분한 영향을 발휘할 수 없으며, 바텐팔과 에온이 함부르크 전력망, 가스망, 지역난방 배관망을 통해 얻는 이익인 연간 10억 유로의 매출, 1억 유로이익이 함부르크시 운영에 투자되어야 한다고 주장하였다. 다른 한편, 재공영화를 반대하는 함부르크 산업연맹과 시의회 측에서는 당시 산업계뿐만 아니라 노조와 시의회의 72.3%가 에너지산업의 재공영화에 반대하고 있음을 근거로 들었다.<sup>201)</sup> 이에 ‘우리 함부르크, 우리 에너지’ 연대모임은 함부르크 주민투표법 제50조에 따라 주민발안과 주민청원을 발의하였고, 주민투표는 시의회 의결에 따라 2013년 9월 22일에 연방총선과 같이 실시하였다. 투표결과 50.9%로 재공영화에 대하여 찬성하였고, 이에 함부르크 시의회는 같은 달 25일 에너지산업의 재공영화를 추진하기로 의결하였다.<sup>202)</sup>

그러던 중에 독일 연방대법원 카르텔부는 2013년 12월 17일에 에너지공급사업의 재공영화에 대한 2가지 판결을 내렸다.<sup>203)</sup> 결국, 주민투표와 지방의회의 의결로 재공

재공영화 논란(검색일자 2020. 11. 20).

201) Michael Westhagemann 함부르크 산업연맹 대표는 에너지산업의 재공영화 및 운영에 따르는 장기적 위험(Risk)을 지적하면서, 함부르크의 기업유치에 부정적인 영향을 미칠 것을 우려하였고, Josef Katzer 함부르크 수공업 협회 대표 역시 주민투표에서는 에너지산업의 재공영화가 결정되었지만, 실제 협상과정이 원만하게 이루어져 재공영화가 추진된다는 보장이 없다고 말하였다(앞의 블러그, 유럽 및 독일의 에너지산업의 민영화 및 재공영화 논란 참조).

202) 황선훈, 앞의 논문, 209면.

203) 황선훈, 위의 논문, 210-213면 참조; BGH, Urt. v. 17.12.2013 - KZR 65/12(OLG

영화를 이끌어 냈음에도 불구하고 공공주체가 에너지공급사업의 재공영화를 추진함에 있어서 명시적 직접적인 작용법적 근거가 없었기 때문에 중국적으로 5년간의 소송으로 이끌었다. 독일의 함부르크 사례는 재공화를 결정했음에도 불구하고 그 작용법적 근거의 부재로 발생할 문제를 선제적으로 보여주는 사례라고 평가된다.<sup>204)</sup>

독일의 이러한 에너지 사업권에 관한 다툼 사례는 결국 에너지 공급의 최종소비자인 국민 또는 시민에게 그 부담을 지운다는 점은 우리나라의 경우에도 시사하는 바가 크다.

‘우리 함부르크, 우리 에너지’ 연대모임 측 관계자는 재공영화를 찬성하게 된 계기와 관련하여 시간이 지날수록 요금을 올리니까 그제서야 민영화의 폐해를 깨달았으며, 장기적으로 봤을 때 인프라 구조를 유지하거나 그 품질을 유지하는 것에 관한 주도권이 시민이나 정치권이 아니라 민간에 넘어간 것이 가장 큰 문제라고 평가했다.<sup>205)</sup> 프랑스나 독일 등의 국가는 민영화에 따르는 부작용으로 재공영화를 추진하고 있다. 이들 국가처럼 국민들의 비판과 저항으로 민영화를 돌이킬 수 있다면 그나마 나은 편이지만 현실에서는 주민들은 운영 주체가 민영화인지 공영인지에 관심이 없는 경우가 많다. 이는 우리나라 태백시 물 환경공단 위탁건에서도 주민참여는 촉구하였으나 시민의 관심이 없었던 사례에서도 찾아 볼 수 있는 점이다. 이러한 점에서 볼 때, 국민들의 인식 전환도 필요하다고 하겠다.

이러한 재공영화의 사례들처럼, 이미 우리나라의 지방자치단체들에서도 민간위탁 사무의 재공영화 계획을 추진하는 곳도 나오고 있다. 그러나 우리나라에서 지방자치단체가 민간위탁된 사무를 전부 또는 일부 공영화 할 경우 그 허용여부나 방법과 관련해서 발생하는 법적 문제들에 대한 논의가 거의 이루어지지 않고 있다. 우리나라에서 지방자치단체들은 조례의 개정이나 제정을 통해 전부의 재공영화가 가능한지, 일부에 대해서만 재공영화가 가능한지, 지방자치단체장과 지방의회의 역할은 무엇이고 상호 권한의 한계는 어디인지, 민간위탁에 있어 지방자치단체장이나 지방의회는 공공성의 보호를 위해 개입가능한지 가능하다면 그 한계는 어디인지, 재공영화의 경우 근로자들의 고용승계는 허용되는지 그 방법은 무엇인지 등에 대해 의문을 가지고 그 처리에 어려움을 겪고 있다고 한다. 따라서 이에 대한 비판적 검토가 시급하다.<sup>206)</sup>

---

Schleswig); BGH, Urt. v. 17.12.2013 - KZR 66/12 (OLG Schleswig).

204) 황선훈, 앞의 논문, 213-214면.

205) 다큐멘터리 영화 <블랙딜>(감독: 이조훈), 2014.

#### IV. 재공영화에 따른 보장책임의 의미

보장행정은 국가가 생존배려의 활동을 수행해 왔으나, 보다 효율적으로 공적 과제를 수행하기 위해 이를 사경제의 영역에 맡기면서 공익을 위해 필요한 경우에는 적절한 조치를 강구하여 사기업이 충분하고 적절한 방식으로 공적 과제를 수행하도록 하는 행정상을 의미한다.<sup>207)</sup> 이처럼 보장행정의 출발점이 공공복리의 실현을 위해서 국가의 독점이 인정되지 않고, 공공주체와 사적 주체가 서로 협력하여야 한다는 것을 전제로 하고 있으므로 이에 따르면 보장행정의 실현에는 민영화가 전제되어 있거나 혹은 사경제 주체인 민간을 국가와 상호작용을 하는 협력의 파트너로 인식하는 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 재공영화 정책은 보장행정과 대치되는 관계에 있다고 생각될 수 있다. 그러나 앞서 살펴 본 국가책임의 3단계에 따르면 사인의 공공임무 수행에 대한 통제로 인하여 그 효과가 나타나지 않을 때, 국가는 회수(보충)책임을 진다. 즉, 보장책임의 단계에서 공공재의 공급이 충분히 보장되지 못하는 경우, 국가에 내재하고 있던 회수책임이 발현되는 것이다.<sup>208)</sup> 이러한 관점에 따를 때 보장행정은 단순히 규제를 완화하는 민영화 국가와 달리, 기본적으로 자율규제 영역에 속한 경우라도 국가의 회수책임에 의한 개입가능성을 전제하고 있다고 보아야 할 것이다. 이를 위해서 보장행정을 실현하기 위하여 국가는 어떤 민영화된 공적 과제에 관한 책임이 보장책임, 회수책임에서 다시 이행책임으로 전환되어야 하는지를 계속적인 모니터링을 통해 판단할 의무가 있으며, 이러한 점에서 보장행정에서 국가의 책임은 항상 장기적인 책임으로 존재한다고 보는 것이 타당하다.<sup>209)</sup> 결국 국가는 민영화 이후에도 완전히 면책되는 것이 아니라 그 책임이 여전히 남아있으며, 그 결과 보장행정에서의 규제된 자율규제가 그 효율성을 달성하지 못하여 공공선 실현이 충분하게 보장받지 못한다면, 공공서비스의 보장과 공공성 강화방안의 하나로 재공영화를 선택하는 것이 가능하며, 회수책임을 통해서 궁극적으로 공익을 보장하는 것도 보장행정에서 국가의 보장책임을 지는 일이기 때문에 재공영화에도 보장행정은 계속되는 것이라고 보아야 할 것이다.

206) 선정원, 앞의 논문, 183면.

207) 정남철, 앞의 “생존배려영역에서의 민영화와 보장책임”, 190면: Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., § 1 Rn. 16b.

208) 황선훈, 앞의 논문, 200면.

209) 황선훈, 위의 논문, 201면.

## 제6장 결 론

복지국가에서는 국가의 거대한 인적·물적 자원으로 감당할 수 없을 정도로 국가의 역할이 계속 확대되고 있지만, 국가의 인적·물적 자원의 한계와 국가재정의 고갈로 인하여 국가의 공익사업의 독점은 효율성을 저해하는 최대요인이 되었다. 그리하여 작은 정부의 구호 아래 공적 임무의 민영화가 활발하게 진행되었고, 그 결과 국가의 역할과 공·사법 구별의 무용론이 제기되었으며 행정법의 존재 자체도 의심받게 되었다. 그러나 국가의 역할증대는 공적인 임무 수행에 있어서 행정에 의한 고권적인 것뿐만 아니라 비고권적인 것과 사인에 의해 행해지는 것까지 광범위한 양상으로 나타나고 있으며 시대의 요청에 따라 고권적인 임무수행이라는 형식 자체도 수정, 보충, 구조변화를 강요받고 있다. 더욱이 공권력 및 공익의 담당자의 확산과 동시에 행정법의 새로운 임무로 공공적 과제의 처리와 서비스제공의 질을 담보할 필요가 있게 되었다. 이에 따라 독일에서는 현재 보장행정이라는 새로운 법이론이 등장하여 활발한 논의가 진행되고 있다. 보장행정론의 효시는 Gallwas의 보증인적 지위론(Garantenstellung)으로 지금까지 공적 부문이 담당해 온 임무수행을 사적 부문에 위탁한 뒤에도 국가로서는 그 임무가 차질없이 수행될 수 있도록 보장하는 책임 즉, 보장책임이 계속된다는 것이다.

그리하여 현대국가에 있어서는 공적 부문의 활동 대부분이 시장의 실패를 막기 위한 보장행정의 작용으로 파악되고, 이러한 활동은 종래에도 행정법학의 대상으로서 연구되었지만, 보장행정의 등장으로 더욱 구체화되었다. 따라서 보장행정의 법이론은 기존의 패러다임에 대한 변환이 아니라 기존의 패러다임에 새로운 관점을 덧붙인 것이라고 할 수 있다.

이처럼 시대의 변천에 따라 국가관은 자유주의적 법치국가에서 사회적 법치국가로, 사회적 법치국가에서 보장국가로 변화하고 있다. 즉, 20세기 전반이 규제국가(야경국가)에서 급부국가(복지국가)로의 시대라면 20세기 후반부터 현대에 걸쳐서는 급부국가로부터 보장국가로의 시대이다. 보장국가란 시장의 실패와 정부의 실패에 이르지 않고 균형을 도모하며 사회의 활력있는 발전을 유지하는 것을 목적으로 제창된 사고의 구조이다.

이러한 보장국가에서는 새로운 종류의 성질을 가지는 행정활동이 규제행정과 급부행정이라는 전통적인 현상형태를 넘어서 보장행정이라는 새로운 형식으로 향하고

있으며, 보장행정은 사회의 적정한 자율적 조직능력에 의거한 시장과 경쟁구조의 조직화·최적화를 지향한다. 다시 말하면 국가와 사회의 분업으로 공공선을 실현하는 것이다.

이를 위하여 보장행정의 범리에 관한 전반적인 검토를 통하여 얻은 시사를 바탕으로 우리나라 행정법에의 도입을 위한 몇 가지 제언을 하기로 한다.

첫째, 현대국가의 가장 중요한 역할은 바로 시장의 실패를 방어하는 것이므로 보장행정의 법이론의 구축으로 우리는 현대국가가 하는 가장 중요한 역할에 대하여 새로운 인식을 하는 것이다.

둘째, 공사협력이 성공하기 위한 전제는 시스템의 불확실성을 감소시키고 상호간의 신뢰를 확립하는 것이다. 이러한 신뢰는 유착에 빠지지 않을 정도로 공사가 협력하는 것에서부터 생긴다. 적절한 제도를 구축하고 합리적인 운용을 통하여 제도의 담당자 사이에 신뢰가 창출되는 것이야말로 긴요하다.

셋째, 법치국가의 원리를 거리의 문제라고 할 때, 입법자는 거리의 관점에서 제도설계를 해야 한다. 행정에 의한 개입·침해의 면에서는 고전적으로 국가와 사인의 거리를 멀리하는 것이 요청되어왔고 그것을 위한 법적 도구가 법률유보이고 비례원칙이었다. 그러나 최근에는 기본권보장의 관점에서 가정 내에서의 폭력 등과 같이 행정이 적극적으로 개입해야 할 필요성이 인식되고 그것을 위한 도구가 과소금지, 거리의 근접화이다. 그리고 시민이 행정과의 거리를 측정하기 위한 도구로서 요구되는 것이 정보공개와 사전절차의 정비이다.

넷째, 보장국가에서 거리는 종래형의 국가와 사인의 직선적인 대립도식 뿐만 아니라 국가와 공적 임무의 담당자인 사인, 그리고 공적 임무의 담당자인 사인과 수취인인 제3자 사인 사이에서도 확보될 필요가 있다. 도식으로는 국가-담당자인 사인-수취인(제3자 사인)의 삼각형의 구조로 되어 있고 고찰방법의 기본은 변함이 없지만, 거리를 멀리하는 방식에 중점을 두어야 한다. 왜냐하면 국가와 담당자인 사인과 유착하는 것을 저지하여야 하고 담당자 사인과 수취인 사인의 유착에도 적절한 대책을 강구할 필요가 있기 때문이다.

다섯째, 공적 부문과 사적 부문이 협력할 때에는 경합자, 이용자 그리고 소비자라는 제3자의 보호가 요구된다. 모든 협력의 형식에는 통합에 의하여 발생한 비용을 외부화하는 경향이 있고, 그 청구서를 제3자가 지불하는 것도 적지 않다. 공사협력의 비용이 제3자의 부담으로 되는 사태를 피하기 위해서는 특별한 예방조치가 필요하다. 무엇보다도 행정자체가 제3자의 권리보호를 보장하여야 한다.

여섯째, 현대의 민간화의 초점인 권력적 사무수행의 민간위탁은 재규제의 방법, 민간위탁 구조를 만드는 방법, public service etos를 검토할 필요가 있다.

일곱째, 공사협력의 전제로 국가의 담당자인 공무원과 시장경제를 견인하는 사인에게 상호 신뢰에 의거하여 활동할 것이 요구된다. 그리하여 실패에 호의적인 행정조직을 구축할 필요가 있다. 또한 법적으로 요청되는 것은 아니지만 책임의 윤리적인 함의를 인식하여 행동할 것이 기대된다.

여덟째, 시장경제와 과학기술의 리스크라는 불확실성에 대처하는 새로운 역할, 즉 보속책임, 보장책임을 완수하기 위해 유능한 공무원을 채용하여 육성할 환경을 조성하여야 한다. 실효적인 보장책임을 위해서는 현장에서 행정실무를 담당할 능력 있는 인재를 공적 부문에 확보하여 두고 부단한 양성을 계속할 필요가 있다

아홉째, 보장행정의 법이론의 특징은 독립된 보장행정법을 구축한 후에 입법적으로 공사의 책임 배분을 명백히 정하고 더불어 보장행정법의 독자성을 계속 발전시켜 나가야 한다는 것이다.

끝으로 자유와 민주주의를 내세우는 헌법국가에서 국가의 책임은 무엇보다도 법정립에 의하여 실현되는 것이므로 보장행정법을 부분적으로도 법전화하여야 하며 법전화의 방법으로는 사인을 공적 임무에 참가시키는 것을 목표로 독자의 구조법률을 제정하는 방법, 행정절차의 법률을 보완하는 방법이 고려될 수 있다. 이러한 예는 독일 환경법전에서처럼 부문별로 특수하게 부분적 법전화할 수 있을 것이며 결국 이와 같은 과제들의 해답을 찾아 나가는 것이 앞으로 우리 행정법학의 중요한 사명 중 하나이다.



## 참고문헌

### ◆ 국내문헌

#### 1. 단행본

- 고문헌, 「독일통신사업의 민영화와 통신사업의 허가제도」, 울산대학교출판부, 2005.
- 김남진, 「행정법의 기본문제」, 법문사, 1996.
- 김동희, 「행정법 II」, 박영사, 2014.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013.
- 김철용, 「행정법 II」, 박영사, 2005.
- 김춘환, 「행정법 II」, 조선대학교 출판부, 2018.
- 나채준·박광동·김현희·김정현, 「재난·안전 관련 법제 개선방안 연구」, 법제처, 2014.
- 문병호, 「행정법방법론」, 박영사, 2020.
- 박윤훈, 「최신 행정법 강의(하)」, 박영사, 2004.
- 박재운, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 2018.
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
- 이광호, 「착한 민영화는 없다 : 누가 독이 든 사과를 권하는가」, 내일을 여는 책, 2020.
- 이근식·황경식, 「자유주의란 무엇인가 : 자유주의의 의미, 역사, 한계와 비판」, 삼성경제연구소, 2001.
- 이준구, 「미시경제학」, 법문사, 2009.
- 장하준, 이종태·황해선 역, 「국가의 역할 : 우리 모두를 위한 발전과 진보의 경제학」, 부키, 2006.
- 최정일, 「행정법의 정석 1」, 박영사, 2009.
- 헌법재판소, 「국가별 법령집」-독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙-, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.

## 2. 연구논문

- 강문수, “정부와 민간협업(민관협력) 활성화를 위한 법제개선방안”, 「법제」 통권 제659호, 법제처, 2013. 4.
- 강재규, “행정의 법적 정당성으로서의 공공성”, 「동아법학」 제55권, 동아대학교 법학연구소, 2012. 5.
- 강지은, “프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능”, 「행정법연구」 통권 제23호, 한국행정법연구소, 2009. 4.
- 계인국, “독일 경제행정법의 기본방향과 최근 전개양상 영역의 확대와 작용수단의 변화 : 영역의 확대와 작용수단의 변화”, 「행정법연구」 제52호, 행정법이론실무학회, 2018. 2.
- 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 : 보장행정의 공동선실현 메커니즘”, 「강원법학」 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 6.
- 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 : 보장국가의 구상과 규제의의의 한정”, 「공법연구」 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013. 6.
- 구형근, “위험방지를 위한 공공장소에서의 영상감시에 대한 법적 고찰 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 「인문사회 21」 제8권 제2호, 아시아문화학술원, 2017. 6.
- 권경선, “보장국가에 있어서 지방자치단체의 의무와 책임”, 「외법논집」 제40권 제4호, 외국어대학교 법학연구소, 2016. 11.
- 권경선, “보장국가에서 지방자치권의 의미와 보장방향 : 자치입법권을 중심으로”, 「지방자치법연구」 제17권 제2호(통권 제54호), 한국지방자치법학회, 2017. 6.
- 권세훈, “경찰권의 민간위임 경향과 한계 : 프랑스 판례를 중심으로”, 「성균관법학」 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012. 12.
- 권형돈, “사회국가적 생존배려와 물 산업 민영화의 헌법적 한계 : 독일의 법체계를 중심으로-”, 「중앙법학」 제13권 제4호, 중앙법학회, 2011. 12.
- 권형돈, “물공급 민영화와 자치단체의 공적 책임 : 독일 바이에른 주를 중심으로”, 「법과 정책연구」 제9집 제2호, 동광문화사, 2009. 12.
- 길준규, “민간투자사업에서의 공공성과 경제성 확보방안”, 「토지공법연구」 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8.

- 김남욱, “지방자치 발전을 위한 자치경찰의 법적 과제”, 「지방자치법연구」 제18권 제3호, 한국지방자치법학회, 2018. 9.
- 김남욱, “지방자치단체의 공유경제 활성화를 위한 법적 과제”, 「국가법연구」 제16집 제3호, 한국국가법학회, 2020. 10.
- 김남진, “경찰상의 위험과 위험의 혐의 등”, 「고시연구」, 제28권 제9호, 고시연구사, 2001. 9.
- 김남진, “독일의 행정·행정법(학)의 변용”, 「대한민국학술원통신」 제245호, 대한민국학술원, 2014. 9.
- 김남진, “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 「학술원논문집(인문·사회과학편)」 제55집 2호, 대한민국학술원, 2016. 12.
- 김남진, “사회국가와 보장국가와의 관계”, 「법연」 제36호, 한국법제연구원, 2012. 12.
- 김남진, “위험의 방지와 리스크의 사전배려”, 「고시계」, 제53권 제3호, 고시계사, 2008. 3.
- 김남진, “자본주의 4.0과 보장국가·보장행정론”, 법률신문 2011. 10. 17.
- 김남진, “자본주의 4.0과 보장국가·보장책임론”, 「대한민국학술원통신」 제221호, 대한민국학술원, 2011. 12.
- 김남진, “제어학으로서의 행정법학론”, 「법연」 제39권, 한국법제연구원, 2013. 5.
- 김남진, “한국에서의 보장국가론과 규제개혁”, 「대한민국학술원통신」 제261호, 대한민국학술원, 2015. 4.
- 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력 : 변경 및 해지가능성과 보상가능성을 중심으로”, 「유럽헌법연구」 제17호, 유럽헌법학회, 2015.
- 김동희, “공역무제도에 관한 연구”, 「법학」 제35권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1994.
- 김명용, “기업의 환경감사제도에 관한 법적과제”, 「환경법연구」, 제32권 제1호, 한국환경법학회, 2010. 4.
- 김배원, “일본의 개인정보보호법제의 최근 동향 : 「개인정보의 보호에 관한 법률안」을 중심으로”, 「공법학연구」 제3권 제2호, 한국비교공법학회, 2002.
- 김봉철, “계획법상 대규모사업에서의 조기적 공중참여에 관한 연구 : 독일 연방행정절차법 제25조 제3항상의 조기적 공중참여제도의 내용과 그 시사점을 중심으로”, 「토지공법연구」 제73집 제1호, 한국토지공법학회, 2016. 2.
- 김성룡·백자민, “의료계약과 치료중단에 있어서의 의사의 보증인적 지위 : 보라매

- 병원 사건을 중심으로”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008. 12.
- 김성수, “독일 신사조 행정 법학의 실천 분야와 보장국가론”, 「토지공법연구」 제78집, 한국토지공법학회, 2017.
- 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 「공법연구」 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008. 6.
- 김업기, “독일의 ‘규제된 자율규제(Regulated Self-Regulation)’를 음미한다 : 해외 기관을 통해 살펴 본 멀티미디어시대의 내용규제”, 「KISO저널」 통권 2호, 한국인터넷자율정책기구, 2010.
- 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계 : 독일의 순환관리 및 폐기물법을 중심으로”, 「환경법연구」 제25권 제1호, 한국환경법학회, 2003.
- 김연태, “현대 행정법학의 과제”, 「법학연구」 제12권 제2호(통권 제15호), 연세대학교 법학연구소, 2002. 6.
- 김연태, “환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현”, 「법학논집」 제34권, 고려대학교 법학연구소, 1998. 12.
- 김유환, “민간의 참여와 협력에 의한 행정과 국가의 보장책임”, 「행정법학」 제7호, 한국행정법학회, 2014. 9.
- 김일환, “정보기술의 발달에 따른 정보인권의 패러다임 : 정보사회에서 기본권 보호를 위한 새로운 패러다임 구축을 위하여”, 「법학연구」 제3호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2008. 8.
- 김재호, “보장국가에서의 녹색성장을 위한 법제 개선방안 연구 : 저탄소녹색성장기본법을 중심으로”, 「토지공법연구」 제65집, 한국토지공법학회, 2014. 5.
- 김춘환, “리스크사회에 있어서 사회보장행정에 관한 검토”, 「국가법연구」 제16집 제3호, 한국국가법학회, 2020. 10.
- 김춘환, “보장행정의 법이론에 관한 기초적 연구”, 「국가법연구」 제16집 제1호, 한국국가법학회, 2020. 2.
- 김태윤, “규제영향분석을 위한 비용편익분석의 이론적 고찰”, 「한국행정연구」 제7권 제1호, 1998.
- 김해룡, “PPP에 있어서의 법적 과제”, 「법학논고」 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 2.
- 김현준, “공공갈등과 행정법학 : 보장국가에서의 갈등해결형 행정법 서설”, 「서강

- 법학」 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2009. 6.
- 김환학, “법률유보 : 중요성설은 보장행정에서도 타당한가”, 「행정법연구」 제40호, 한국행정법연구소, 2014. 11.
- 류지태, “통신행정에서의 국가의 역할”, 「공법연구」 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001. 12.
- 류춘호, “지방정부 민간투자사업 정책수단의 효과성과 정책방향”, 「한국행정학회 추계학술발표논문집」, 2013.
- 문병호, “최근 독일행정법의 변화와 시사점 : 유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로”, 「고려법학」 제52호, 고려대학교 법학연구소, 2009. 4.
- 문현철, “해외 감염병재난 대응체계의 개선 방안에 관한 연구 : 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」의 대응규정을 중심으로”, 「인문사회 21」 제11권 제1호, 아시아문화학술원, 2020.
- 박균성, “폐기물관리법상 폐기물 처리책임 및 관리감독책임 : 폐기물배출자, 처리업자 및 행정청의 책임 강화를 중심으로”, 「공법학연구」 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019. 8.
- 박성완, “코로나 이후... 큰 정부의 함정,” 모바일 한국경제, 2020. 4. 28.
- 박영도, “노력의무규정의 입법론적 고찰”, 「법제연구」 제49호, 한국법제연구원, 2015. 12.
- 박우경, “프랑스 공공안전 영역에서 민간역할의 한계”, 「법과정책연구」 제18집 제2호, 한국법정책학회, 2018. 6.
- 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제, 「행정법연구」 제41호, 행정법이론실무학회, 2015. 2.
- 서보국, “독일 공법상 규제된 자율규제제도 : 우리의 지방공기업법과 지방자치법과의 관련성에 대하여 -,” 「지방자치법연구」 제19권 제1호(통권 제61호), 한국지방자치법학회, 2019. 3.
- 선정원, “민간위탁사업에 대한 지방자치단체의 재공영화정책에 관한 법적 고찰 : 영국과 독일의 재공영화정책을 중심으로-,” 「지방자치법연구」 제20권 2호(통권 제66호), 사단법인 한국지방자치법학회, 2020. 6.
- 성봉근, “보장국가로 인한 행정법의 구조변화”, 「지방자치법연구」 제15권 제3호(통권 제47호), 한국지방자치법학회, 2015. 9.
- 성봉근, “보장국가에서의 위험에 대한 대응 : 전자정부를 통한 보장국가의 관점에

- 서 본 위험-, 「법과정책연구」 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015. 9.
- 성봉근, “제어국가에서의 규제”, 「공법연구」 제44집 제4호, 한국공법학회, 2016. 6.
- 성홍재, “내적 안전권과 자유권적 기본권간의 관계에 대한 새로운 접근방법 모색 : ‘본질적 사항 보장(Wesengehaltgarantie)’을 중심으로”, 「경찰학연구」 제15권 제4호(통권 제44호), 경찰대학, 2015. 12.
- 신상민, “행정사무의 민간위탁에 관한 행정법적 고찰”, 「법학논총」 제32집, 숭실대학교 법학연구소, 2014. 7.
- 안찬수, “신자유주의 대체할 새경제 패러다임”, 「내일신문」, 2011. 8. 19.
- 오승규, “2013년 프랑스 행정관례의 동향 연구”, 「행정관례연구」 제19권 제2호, 한국행정관례연구회, 2014. 12.
- 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008. 10.
- 윤석진, “보장국가에 있어서 복지거버넌스를 위한 입법정책 구상”, 「사회복지법제연구」 제8권 제2호, 사회복지법제학회, 2017. 11.
- 윤지원, “보장국가의 배경과 내용연구”, 「국가법연구」 제15집 제2호, 한국국가법학회, 2019. 6.
- 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 「헌법학연구」 제22권 제1호, 한국헌법학회, 2016. 3.
- 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할 : 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며”, 「법학」 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015. 3.
- 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013. 6.
- 이상해, “국가업무의 민영화에 관한 법적 문제 : 안전영역에서의 행정부문을 중심으로”, 「지방자치법연구」 제11권 제4호, 한국지방자치법학회, 2011. 12.
- 이성용, “사인의 경찰작용에서의 국가책임”, 「공법학연구」 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011. 5.
- 이재삼·조만형, “위험방지 관리 책임을 위한 법적 개선방안 연구”, 「동북아법연구」 제14권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2020. 5.
- 이종영, “환경경영감사체제(EMAS)와 환경법상 기업의 환경친화적 경영조직”,

- 「환경법연구」 제20권, 한국환경법학회, 1998. 11.
- 이종용·조병선, “독일의 보편적 서비스 정책 분석”, 「한국통신학회 학술대회논문집」, 한국통신학회, 2014.
- 이효경, “일본의 우정민영화의 현황과 과제”, 「성균관법학」 제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2008. 8.
- 임 현, “보장국가론의 이해를 위한 소고”, 「정부학연구」 제22권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2016. 4.
- 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 「공법연구」 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015. 10.
- 정남철, “생존배려영역에서의 민관협력과 공법적 문제 : 특히 공공수도의 민영화를 중심으로”, 「환경법연구」 제32권 2호, 한국환경법학회, 2010, 8.
- 정남철, “생존배려영역에서의 민영화와 보장책임 : 특히 보장책임의 실현가능성을 중심으로”, 「법조」 제65권 제6호, 법조협회, 2016. 6.
- 정남철, “현대국가의 규제구조와 규제된 자율규제 : 특히 규제거버넌스의 구축과 실현방안을 중심으로”, 「공법연구」 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018. 6.
- 정홍식, “해외 민관협력(PPP)의 주요 법률적·실무적 쟁점”, 「국제거래법연구」 제27집 제1호, 국제거래법학회, 2018. 7.
- 조인성, “물 공급의 자유화, 민영화 및 법적 규율 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 「과학기술법연구」 제16집 제2호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2010. 12.
- 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 「한양법학」 제38집, 한양법학회, 2012. 5.
- 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적 기준의 설정과 한계”, 「법학논총」 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008. 8.
- 한귀현, “폐기물법제의 최근 동향에 관한 소고 : 일본의 폐기물처리법을 중심으로”, 「공법학연구」 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011. 5.
- 홍석한, “민영화에 따른 국가의 책임에 관한 독일에서의 논의”, 「법학논총」 제17집 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010. 12.
- 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009. 3.
- 홍석한, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 「공법학연구」 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016. 5.



- 황선훈, “再公化(재국영화·재공영화)에 관한 공법적 연구 : 독일의 논의를 중심으로”, 「행정법연구」 제60호, 행정법이론실무학회, 2020. 2.
- 황지혜, “민간투자법제에 있어서의 국가와 민간의 역할 분담 확립에 관한 연구 : 네트워크 이론과 보장국가론의 관점을 중심으로”, 「토지공법연구」 제89집, 한국토지공법학회, 2020. 2.
- 황지혜, “민간투자법제에 있어서의 국가와 민간의 역할 분담 확립에 관한 연구 : 네트워크 이론과 보장국가론의 관점을 중심으로”, 「토지공법연구」 제89집, 한국토지공법학회, 2020. 2.
- 황지혜, “민간투자법제에서 국가의 보장책임을 실현하기 위한 비교법적 연구 : 일본 민간투자법제와의 비교를 중심으로”, 「토지공법연구」 제83집, 한국토지공법학회, 2018. 8.
- 황지혜, “민간투자사업 관리체계 확립에 관한 비교법적 연구 : 일본의 지정관리자 제도를 대상으로”, 「외법논집」 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016. 5.
- 황지혜, “사회기반시설에 대한 민간투자에서의 보장행정의 구체화”, 「외법논집」 제39권 제4집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015. 11.

### 3. 학위논문

- 김기홍, “미국에 있어서의 민영화와 그 공법적 한계 : 책임적합성(Accountability) 이론을 중심으로”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2014.
- 김남욱, “경제규제완화의 법리에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위논문, 2000.
- 김유정, “공적 과제수행에 있어 공사협력에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2015.
- 유상현, “독일 행정법상 공기업에 대한 연구 : 공공성 확보를 위한 법리를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2018.
- 윤상근, “사인에 의한 행정에 관한 연구 : 경찰작용을 중심으로” 계명대학교 박사학위논문, 2011.
- 홍석환, “국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구 : 개인정보보호 영역을 중심으로”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2008.

#### 4. 번역논문

- Hans D. Jarass, 박정훈 역, “독일행정법과 비교하여 본 프랑스 행정법의 특수성”, 「행정법연구」, 제5호, 행정법이론실무학회, 1999. 11.
- Jan Ziekow, 김환학 역, “독일의 보장국가와 규제 개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동”, 「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6.
- Ladeur Karl-Heinz, 山本隆司 譯, “環境行政における秩序法の限界と新しい經濟的および計劃的手法の投入の可能性”, 「法政研究」 64卷 4号, 九州大學法政學會, 1998.
- Neil Gilbert, 김영화 · 임성옥 · 공정원 공역, 「복지국가에서 능력개발국가로 : 미국 사회복지의 이해」, 한울아카데미, 2001.
- 板垣勝彦, 최환용 역, “일본에서의 민영화와 규제개혁 : 日本における民營化と規整改革”, 「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015. 6.

#### ◆ 서양문헌

- Alexandra Duda/Andrea Hausmann, Public Private Partnerships zur Resourcenbündelung im Kulturbereich, ZögU 2002.
- Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2003.
- Anselm Christian Thoma, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008.
- Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M., Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice (2nd ed. Oxford, 2011).
- Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB. 14. Aufl., 2019.
- Begriffsprägend Stober, Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997.
- Breuer, R., Öffentliches und privates Wasserrecht, 3.Aufl. München, 2004.
- C. Scott, ‘Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism’ in D. Oliver, T.Prosser and R. Rawling (eds), The Regulatory State, Oxford,

- Oxford University Press, 2012.
- Catherine Schümperli Younossian/Edouard Dommen, Öffentlich-private Partnerschaften : Bedeutung und Herausforderungen für die Entwicklungszusammenarbeit, Schweizerisches Jahrbuch für Entwicklungspolitik, 2005.
- Christian Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004.
- Christof Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001.
- chulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabewahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, u.a.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht I, 2.Aufl. 2012.
- Claudio Franzius, Der "Gewährleistungsstaat" - Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat Bd.42 Hf.4, Duncker - Humblot, 2003.
- Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, 2009.
- Conseil d'État, Le Conseil d'État et la juridiction administrative accompagnent les mutations de la société française, 2014.
- Cour des comptes, Rapport public annuel, 2018.
- Daniel Schweiger, Malusregelungen in PPP-Verträge, NZBau 2011.
- Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL 56, 1997.
- Dietrich Budäus/Birgit Grüb, Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits und Sozialwesen, *Sozialer Fortschritt* Vol.56, No.3, 2007.
- E.S. Savas, Privatization And The New Public Mangement, 28 Fordham Urb. L. J. 1731, 1731, 2001.
- E. Schmidt-Amann/W. Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.
- Eberhard Schmidt-Abmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd. 34, 1975.
- Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2.Aufl., 2006.

- Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2.Aufl., 2004.
- Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundfragen der Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Reformbedarf und Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, 2.Auflage, 2012.
- Eifert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I.
- Elina LEMAIR, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA, 2009.
- Eric Posner & Jacob Gersen "Soft Law" University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No.213, 2008.
- Foroud Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011.
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München, 1973.
- Franck Moderne · Gerard Marcou, L'idée de service public dans le droit des Etats de L'union Europeenne, Harmattan, 2001.
- Franz Joseph Peine, Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, in: Die öffentliche Verwaltung 1997.
- Friedrich Schoch, Gewährleistungsverwaltung : Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008.
- Georg Hermes, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung, in: Schuppert(Hg.), Der Gewährleistungsstaat, Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005.
- Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Mohr Siebeck, 1998.
- Gunnar F. Schuppert, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungs -wissenschaft, 2011.
- Gunnar Folke Schuppert, Die neue Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaftoder: Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, vhw FW 4, 2008.
- Hans Heinrich Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und

- staatlicher Institutionalisierung : Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Jus Publicum, 1994.
- Hans Heinrich Trute, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungs-organisationsrecht als Steuerungsresource, 1997.
- Hans Heinrich Trute, in: Schppert(Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat, 1998.
- Hans Heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff einen sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor in: Schuppert(Hrsg.) Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat, Baden-Baden 1999.
- Hans Ulrich Gallwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Bd.29, 1970.
- Hartmut Bauer, Verwaltungskooperation - Public Private Partnerships und Public Public Partnerships - Einführende Problemskizze, *Verwaltungskooperation Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*, Universität Potsdam, 2008.
- Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München 2006.
- Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.
- Helmuth Schulze Fielitz, §12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in : Hoffmann Riem/Schmidt Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I , 2006.
- Hoffmann-Riem, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl 1996.
- Holznagel, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Beiheft 4 zu Die Verwaltung, 2001.
- J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse(Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001.
- J.P. Schneider, Die Verwaltung 1995.
- Jacint Jordana/David Fevi-Faur, The politics of regulation in the age of governance, In : Jordana/Fevi-Faur(ed.), The Politics of Regulation, 2004.

- Joachim Wieland, Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung DV Bd. 28, 1995.
- Jörn Axel Kämmerer, Verwaltungsstaat auf Diät?, Jz 1996.
- K. Yeung, The Regulatory State in D. Oliver, T. Prosser and R. Rawling (eds), The Oxford Handbook of Regulation, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Kenneth W. Abbott/Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, International Organization 54/3, 2000.
- Kunig, in : Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung, durch Verhandlungen, Bd. I. 1990.
- Kurt Kiethe, Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, NZG 2012.
- Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999.
- Mathisa Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand - Gesellschaftliche Analyse, ZGR 1996.
- Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, 1997.
- Michael Fehling, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland-Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: Hermann Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2006.
- Michael Fehling, Zur Bahnreform-Eine Zwischenbilanz im Spiegel erfolgreicherer “Schwesterreformen”, DÖV 2002.
- Pascal MBONGO(dir.), Traité de droit de la police et de la sécurité, LGDJ, 2014.
- Peter J. Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen Sachstandsbericht, NWVBl. 2005.
- R. Cjapus, Droit administratif general, t.1.,13 ed, Montchrestien, 1999.
- Reinhard, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory

- State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin, 2003.
- Risiko und Innovationsrecht im Verbund, in : Die Verwaltung, Bd. 38, 2005.
- Rollenfisch, Daseinvorsorgen als Rechtsbegriff, in: Blüml (Hrsg.), Forsthoff, Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags, 2003.
- Ruge, Reinhard, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin, 2003.
- Scheurle/Mayen(Hrsg.), Telekommunikationsgesetz(TKG), Verlag C.H.Brvk: Munchen, 2002.
- Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann(Hrsg.), 1 Aufl., 1996.
- Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft, NVwZ 2008.
- Schulze-Fielitz, in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995.
- Schutz/Cornils, "Universaldienst und Telekommunikation", DVBL. 1997.
- Steiner, Technische Kontrolle im privaten Bereich- insbesondere Eigenüberwachung und Betriebsbeauftragte, in: UTR Band 4, DVBl, 1987.
- Thoma, Anselm Christian. Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- Thomas Giegerich, Internationale Standards- aus Volkerrechtlicher Perspektive, in :Andreas Paulus/Nina Dethloff/Thomas Giegerich/Ingeborg Schwenzer /Heike Krieger/Andreas R. Ziegler/Stefan Talmon/Haimo Schack Internationales, Nationales und Private Recht. Hibridisierung der Rechtsordnungen, C.F Muller : Heidelberg 2014.
- Udo Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, 1997.
- Vgl. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999.
- Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Gunnar



Folke Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat –Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Nomos, 2005.

Wolfgang Hofmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, in :  
AoR, Bd.130, 2005.

Wolfgang Weiss, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002.

## ◆ 일본문헌

ヤン ツイーコウ, 高橋明男 譯, “國家と私人による公共の福祉の具體化,” 「阪大法學」 59卷 1号, 大阪大學法學會, 2009. 5.

角松生史, “民間化の法律學 –西ドイツPrivatisierung論を素材として,” 「國家學會雜誌」 第102卷 11・12号, 國家學會, 1989. 11.

大塚直, 「環境法」, 有斐閣, 2010.

大脇成昭, “民營化法理の類型論的考察”, 「法政研究」 第66卷 第1号, 九州大學法政學會, 1999.

瀨川晃, “行刑改革の現在を課題”, 「ジュリスト」 1414号, 有斐閣, 2011. 1.

劉淑範, “公私夥伴關係(PPP)於歐盟法制下發展之初探 : 兼論德國公私合營事業(組織型之公私夥伴關係)適用政府採購法之爭議”, 「臺大法學論叢」, 40卷 2期, 2011. 6.

劉淑範, “公私夥伴關係(PPP)於歐盟法制下發展之初探 : 兼論德國公私合營事業(組織型之公私夥伴關係)適用政府採購法之爭議”, 「臺大法學論叢」, 40卷 2期, 2011. 6.

劉宗德, “公私協働論に關する一考察”, 「CALE Discussion Paper」 제8권, Nagoya University Center for Asian Legal Exchange, 2012. 9.

劉宗德, “公私協働論に關する一考察”, 「CALE Discussion Paper」 第8卷, Nagoya University Center for Asian Legal Exchange, 2012. 9.

米田雅宏, “私人による警察活動とその統制”, 岡村周一・人見 剛 編, 「世界の公私協働 : 制度と理論」, 日本評論社, 2013.

米田雅弘, “私人による警察活動とその統制—ドイツ警察法における公私協働論を素材にして”, 「法律時報」 81卷 13号, 2009.

米丸恒治, 「私人による行政」, 日本評論社, 1999.

- 北村喜宣, 「環境法」, 弘文堂, 2011.
- 山本隆司, “公私協働の法構造”, 「公法學の法と政策(下)」(金子 宏先生古稀祝賀), 有斐閣, 2000.
- 山本隆司, “工業製品の安全性に関する非集權的な公益實現の法構造”, 「ジュリスト」 1245号, 2003.
- 山本隆司, “獨立行政法人”, 「ジュリスト」, 1161号, 1999.
- 山本隆司, “日本における公私協働”, 「行政法の思考様式」(藤田宙靖博士東北大學退官記念), 青林書院, 2008.
- 山本隆司, “日本における公私協働論”, 稻葉 馨・亘理 格 編, 「行政法の思考様式」(藤田宙靖退職記念), 青林書院, 2008.
- 山本隆司, “行政法システムにおける市場經濟システムの位置づけに関する緒論”, 森島 昭夫・塩野 宏 編集, 「変動する日本社會と法」(加藤一郎追悼論文集), 有斐閣, 2011.
- 山本隆司, 「行政上の主觀法と法關係」, 有斐閣, 2000
- 山田洋, “「保障行政」における規制と協働: 日本の廢棄物行政を例として”, 「법학논총」 제29집, 숭실대학교 법학연구소, 2013.
- 山田洋, “保證國家とはなにか”, 岡村周一・人見 剛 編, 「世界の公私協働: 制度と理論」, 日本評論社, 2013.
- 山田洋, 「參加と協働」自治研究 第80卷 第8号, 第一法規, 2004. 8.
- 三宅雄彦, “國家目的としての安全”, 「法學教室」 第329号, 有斐閣, 2008.
- 三宅雄彦, “保障國家と公法理論: ドイツ規制緩和における國家任務の位置”, 「社會科學論集」 第126号, 埼玉大學經濟學會, 2009. 1.
- 松塚晋輔, 「民營化の責任論」, 成文堂, 2003.
- 櫻井美穂子・國領二郎, 「自治体ICT ネットワーキング -3・11後の災害對應・情報發信・教育・地域活性化」, 慶應義塾大學出版會, 2012.
- 塩野 宏, 「法治主義の諸相」(行政法研究 7), 有斐閣, 2001.
- 塩野 宏, 「行政法概念の諸相」(行政法研究 8卷), 有斐閣, 2011.
- 人見剛, “公權力・公益の担い手の擴散に関する一考察”, 「公法研究」 第70号, 日本公法學會, 2008. 10.
- 中島撤, “個人の自律, 市場の自律性, 政府の存在理由(変容する公共性)”, 「公法研究」 第70号, 日本公法學會, 2008.

- 中島徹, “規制緩和は憲法學の主題たりうるか,” 「法學セミナー」 51卷 7号(619号), 日本評論社, 2006. 7.
- 中里實, “情報, 法, 國家,” 「法治國家と行政訴訟」(原田尚彦先生古稀記念), 有斐閣, 2004.
- 總務省, “公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査結果”, 總務省, 2016.
- 板垣勝彦, “保障國家における私法理論 : 契約・不法行爲・団体理論への新たな視角”, 「行政法研究」 第4号, 信山社, 2013. 12.
- 板垣勝彦, 「自治体職員のためのようこそ地方自治法」, 第一法規, 2018.
- 板垣勝彦, 「保障行政の法理論」, 弘文堂, 2013.

## Abstract

# A Study on the Legal Principles of Guaranteed Administration in Modern Countries

Yoon, Ji-Won

Advisor : Prof. Kim, Choon-Hwan, Ph.D.

Department of law

Graduate School of Chosun University

The role of a modern nation is expanding too much to be handled with the human and physical resources of a huge nation. Thus, the handling of public tasks and the security of quality of service while expanding the number of people in charge of public power and public interest are new duties of the administrative law. Private participation and cooperation cast new doubts on the governmental accountability and lead to conflicts between the traditional rule of law and the values of participatory democracy. Moreover, they question the standards that have been used to differentiate the Korean public law from the Korean private law.

This paper deals with the study on the legal theory of Guarantee administration receiving attention from German academia of public law. The theory of Guaranteed human status from Gallwas is the first Guarantee administration.

Guarantee administration forms an idea of the state that does not directly provide benefits for their people's livelihood, but entrust civil organizations to play the role to deal public tasks on condition that the States support.

This legal theory of Guarantee administration supports distributing responsibilities among public and private entities. A guarantor state should ensure relevant and enough implementation in the private sector by policing and

regulating transferred authorities. Also, the Guarantee State takes count of private-public partnerships to provide structural frameworks to let social autonomy work smoothly and establish appropriate legal frameworks.

Above all, Guarantee responsibility, market control, regulated self-regulation, responsibility distribution, public-private cooperation and renationalization are the key factors in Guarantee administration.

This legal theory of Guarantee administration has many advantages as follows. Above all, it can help us to understand the features of current national situations. Moreover, it suggests an alternative to solve the modern states' contradictory situation by emphasizing the importance of harmony between regulation and autonomy.

However, despite many advantages it can not be ignored that the idea is on a path to progress and lacks clarity and experience in specifics yet. It is also difficult to mix regulation and autonomy in an effective way.

By studying the legal theory of Guarantee administration, I hope we find the best way to overcome the above problems for the future.

The discussion about the legal theory of Guarantee administration in Germany is worthy of our notice because it offers basic material for the debate on desirable roles of a state in the modern Society.

Key words: legal principles of Guaranteed administration, Regulated self-regulation, Guarantee responsibility, public-private cooperation, responsibility distribution