

민영화에 있어서의 규제행정

Regulatory Administration in Privatization

곽 정 기*
Kwak, Jung-Ki

목 차

- I. 서론
- II. 민영화의 시대적 요청과 그에 따른 법적 논의의 기초
- III. 민영화의 구체적 양태
- IV. 민영화의 한계와 새로운 국가임무
- V. 민영화 이후 규제행정의 방향
- VI. 결론

국문초록

영미국가를 중심으로 신자유주의의 도래와 더불어 등장한 규제완화의 흐름은 시장의 효율성을 높이고 국가의 영향력을 줄이면서 정부기능과 공기업 등의 민영화로 이어졌다. 우리나라도 사회간접시설의 민간위탁에서부터 행정의 고권적 영역이라 여겨졌던 행정분야까지 민영화가 추진되고 있다. 이와 더불어 국민의 생존배려영역을 책임졌던 공기업도 민영화가 진행 중이다.

민영화는 단순히 행정업무의 이전이 아니라 정부 기능 자체를 이전하는 것이며, 이로 인해 국가에 귀속되었던 책임이 어떻게 될 것인가 하는 새로운 문제가 발생하게 된다.

논문접수일 : 2014.09.11

심사완료일 : 2014.10.22

게재확정일 : 2014.10.28

* 충남대학교 법학전문대학원 전문석사과정

본 논고에서는 협력의 관점에서 민영화의 개념을 정립하고, 이에 어떠한 유형들이 있는지 알아보았다. 또한 민영화 이후에 부상하는 문제로서 비효율성, 부패, 새로운 독점상황 등과 특히 생존배려적 급부영역에서의 사적 독점의 위험성도 알 수 있었다. 이에 대한 대응 방안으로 전문규제의 필요성을 알아보았으며, 이와 관련하여 통신시장에서의 경쟁상황평가의 역할에 대해서도 검토하였다.

주제어 : 민영화, 규제완화, 공기업, 전문규제, 경쟁상황평가

1. 서론

신자유주의의 도래와 더불어 등장한 규제완화의 물결은 시장의 효율성과 사회 전체의 합리성을 추구하는 민영화로 이어졌고, 이는 우리나라도 예외가 아닌 현실이 되고 있다. 사회간접시설의 민간위탁에서부터 행정의 고권적 영역이라 여겨졌던 행정분야에 대한 민영화가 추진되고 있다. 이와 더불어 국민의 생존배려영역을 책임졌던 공기업도 민영화되기 시작했다.

민영화는 단순히 행정이 담당했던 업무를 이전하는 차원이 아니라, 정부 기능 자체의 이전이며, 이로 인해 국가에 전속했던 책임이 어떻게 이전되는지가 또 다른 문제로 된다. 민영화 이후에는 국가는 모든 책임을 면하게 되는가? 그렇다면 민영화로 인해 발생하는 문제들에 대해 국가는 방기할 수 있는가? 본 논고에서는 이러한 의문에 대한 해결책에 도달하기 위하여 우선 민영화가 무엇이며 어떠한 유형들이 있는지 알아보고, 민영화 이후에 부상하는 문제 상황에 대해서 국가가 새로운 규제수단을 발동할 수 있는지를 살펴보겠다. 그리고 특히 국민의 기본권과 관련하여 중요한 생존배려영역에서의 전문규제수단을 검토하겠다.

II. 민영화의 시대적 요청과 그에 따른 법적 논의의 기초

1. 민영화의 배경

가. 신자유주의 시대의 규제완화와 민영화

1980년대에 들어 영미지역을 중심으로 소위 신자유주의적 개혁이 본격화되었다. 신자유주의적 개혁의 핵심은 시장을 억압하고 있던 국가의 영향력을 축소시킴으로써 개인의 자유와 경제적 행위자의 활동무대로서의 시장의 자율을 회복시키는 것이었다. 1970년대에 들어 복지국가로 대표되는 국가주의의 한계는 보다 분명해졌다. 무엇보다도 경제운영에 있어서 시장의 논리보다는 정치적 논리가 우선함으로써 경제적 효율성이 저하된 것이 주된 문제점으로 대두되었다. 대량생산시대에 등장했던 포드주의적 생산양식과 노조에 의해 장악된 경직된 노동시장은 시장의 유연화를 가로막는 가장 주된 장애물이었다. 이로써 국가가 시장에 개입함으로써 개인의 경제적 자유가 증진될 수 있다고 보는 케인즈주의가 후퇴하고, 대신 18세기의 아담스미스와 20세기의 하이에크가 주장한 최소국가론이 신자유주의시대를 주도할 새로운 이론으로 부활하였다.¹⁾

신공공관리론(New Public Management: NPM)이라는 명칭으로 알려진 공공부문의 개혁은 새로 선출된 신보수주의 정부들에 의해 의도적으로 추동되었다. 그들은 관료제를 변화시키고 효율적 서비스 제공의 장애로 간주되는 것들을 제거하려는 단호한 의지를 가지고 있었다. NPM은 영국의 대처 정부에 의해 처음 도입되었고, 미국의 레이건, 호주, 뉴질랜드 정부들이 뒤를 따랐다.²⁾ 국가 작용이 특히 경제적인 기준인 효율성과 효과에 따라 측정되는 작은 국가를 추구하는 과정에 탈국가화, 규제완화, 그리고 민영화가 그 주요 수단으로 등장하였다.³⁾

1) 김석준 외, 「거버넌스의 정치학」, 법문사, 2002, 3면

2) Anne Mette Kjaer, 「거버넌스」, 오름, 2007, 39면

3) 문병호, “최근 독일행정법의 변화와 시사점-유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로-”, 「고려법

나. 공공부문의 부채 심화

민영화의 현실적인 배경은 공공기관과 공기업 등의 부채 및 방만한 경영문제에 기인한다. 공공기관의 부채 규모가 국가 채무 규모를 상회할 정도로 심각한 상황임에도 근거가 빈약한 임금체제와 복리후생제도는 공기업과 공공기관의 개혁을 촉진시키고 있다. 지난 2008년 290조원이었던 공공기관 부채는 2012년 493.4조원으로 증가하였으며, 2011년 대비 부채증가율도 7.5%에 달한다. 2012년 국가채무규모가 443.7조원이고 2011년 대비 증가율이 5.5%인 것과 비교하면 공공기관 부채 문제가 매우 심각한 수준임을 알 수 있다.⁴⁾

2. 민영화의 의의

가. 민영화의 개념

민영화(Privatisierung, 민간화, 사유화, 私化)는 정확한 법 개념이라기보다는, 국가가 자신의 임무로부터 후퇴하는 것에 관한, 그리고 다양하고 단계별로 분류된 형태에 대한, 불명료한 집합표시라고 표현되기도 한다(Christof Gramm). 특히 민영화는 법형식적으로 상이하게 분류될 수 있는 여러 다른 형태를 총칭하고 있으며, 관련된 규율도 광범위하게 여러 분야를 망라하고 있기 때문에 더욱 그러하다.⁵⁾ 따라서 민영화에 대한 관점, 접근방법, 강조점 및 기대효과에 따라서 그 개념정의는 달라질 수 있기 때문에, 그 뜻이나 범위 또한 일정하지 않다.

그러나 대체적인 개념을 살펴보면, “공기업의 경영 내지 공임무의 수행에 있어서 사적 요소에 의한 공적 요소의 대체” 내지 “공기업의 경영 내지 공임무의 수행에 있어서 사경제적 방식의 도입”⁶⁾으로 이해되기도 하고, 국가와

학」 vol.52, 2009, 213-214면

4) 이창원, “공기업 개혁과 민영화”, 「고시계」 통권 제685호, 고시계사, 2014, 2면

5) 박재윤, “독일 공법상 국가임무론에 관한 연구-우리나라 전력산업과 관련하여-”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2010, 132면

사회의 구분을 토대로 “국가가 관리하는 영역을 사법의 방식으로 조직화된 자유로운 사회에 돌려주는 것”⁷⁾을 의미한다고 보기도 한다. 한편 민영화를 국가의 임무수행방식의 변화로 이해하여 “사인에게 임무가 이전되거나 임무의 이행에 사인이 참여하여 국가의 책임단계가 변화하거나 책임이 분배되는 현상”⁸⁾으로 정의하기도 한다.

나. 구별개념

민영화와 구별되면서도 그것과 구별하기가 그다지 용이하지 않은 유사한 개념들이 많이 존재한다. 이하에서는 규제완화, 자유화, 민간위탁에 대하여 살펴본다.

(1) 규제완화

규제완화는 국가의 규제를 회피·감소·완화시키거나 여기에 기한을 붙이고, 국가의 독점을 해체하며, 경쟁에 대한 그 밖의 간섭·일반적인 시장진입장벽을 제거하고 혹은 법을 간소화하고 투명하게 하여 이해하기 쉽고 효과적으로 만들어 시민에 더욱 근접한 것으로 바꾸고, 신속하게 기능하도록 하는 것을 의미한다⁹⁾ 규제완화도 민영화와 유사한 목적을 가지고 있으며, 그 수단 및 절차 또한 상호 밀접한 연관을 지니고 있다.

(2) 자유화(Liberalisierung)

자유화는 경쟁 체제나 독점적 지위의 철폐와 같은 시장경제적 메커니즘을 도입하는 것을 의미한다. 자유화와 규제완화는 중복되기도 하는데, 규제완화의 대상이 시장진입장벽인 경우 규제완화가 동시에 자유화라는 점에서 그러하다. 특히 종래 공기업이 독점적으로 재화나 용역을 공급하던 영역에서 공

6) 이원우, “민영화에 대한 법적 논의의 기초”, 「한림법학 Forum」, 제7권, 1998, 221면

7) 김중권, “민간화와 국가유보”, 「행정법기본연구Ⅱ」, 법문사, 2010, 432면

8) 박재윤, 각주 5)의 논문, 132-133면

9) R.Stober, Rückzug des staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1996, S. 1ff. (박신, “민영화의 헌법적 문제”, 「국민대학교 법학연구소 법학논총」 제11집, 1999, 420-412면에서 재인용)

기업의 독점적 지위를 철폐하여 자유화가 이루어지면, 민간기업도 시장에서 동일한 종류의 재화나 용역을 공급할 기회를 얻게 되는데, 이 경우 새로이 민간 기업에 의해 생산 및 공급되는 만큼 그 범위에서 실질적 민영화가 부분적으로 일어나게 된다. 그러나 일반적인 경우 양자는 서로 관계가 없다.¹⁰⁾

(3) 민간위탁

민간위탁도 그에 대한 학문적 개념정의가 아직 확립되어 있지 않다. 일반적으로 행정법상 민간위탁은 국민의 권리의무와 직접 관계없는 사무에 대해 법령이 정하는 바에 의하여 행정기관의 권한을 비행정기관인 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁하는 경우를 말한다.¹¹⁾ 행정조직의 비대화를 억제하고 전문기술을 활용하는 능률화를 도모한다는 점에서 민영화와 유사한 목적을 지향한다. 그러나 민간위탁은 행정청의 권한을 이전받은 수탁자가 자기의 이름으로 이를 행사하는 것이고, 민간수탁기관의 처분에 대한 이의신청을 행정심판의 제기로 보고 있는 점에서 국가 또는 지방자치단체 등 공공단체가 담당했던 공기업이나 공공시설을 민간의 손에 맡기는 민영화와 구별된다.¹²⁾

다. 협력에 의한 행정으로서의 민영화

주권자의 단일성, 법률의 완전성, 행정의 단일성 및 전문성, 국가와 사회의 준별을 전제로 하는 독일의 전통적 행정법은 2차 세계대전 이후 대두된 참여(Partizipation)과 협력(Kooperation)의 관념을 통해 근본적인 구조변화를 겪게 된다.¹³⁾ 특히 1970년 독일 국법학자 대회에서 Ossenbühl이 공무수탁사인 등 사인에 의한 행정임무의 수행을 설명하면서 사용한 협력이라는 개념은 1979년 이후 '협력적 국가', '협력적 행정활동' 등 국가와 사회의 관계에 관한 중심 개념으로 부각되었다. '협력적 행정활동'은 전형적인 행정활동인 일방적·고권적

10) 이원우, 각주 6)의 논문, 222-223면

11) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제2조 내지 제16조

12) 박신, 각주 9)의 논문, 421면

13) 박정훈, "행정법의 구조변화로서의 '참여'와 '협력'", 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 244면

행정활동의 반대개념으로서, 협의로 사용될 때에는 비공식적 협약(Absprache)만을 의미하는 것이지만, 광의로는 공법상 계약 내지 행정계약을 포함하고, 최광의로는 일체의 행정과 시민의 접촉활동을 모두 포괄하는 개념으로 사용된다. 일반적으로 '협력적 행정활동'이라고 하면 행정계약과 협약을 가리키는데, '협력적 행정'이라고 할 때에는 이러한 활동형식에다가 임무의 민영화를 통해 공적 임무를 담당하게 된 사적 또는 공사혼합적 조직형태까지 포함하게 된다.¹⁴⁾

협력적 행정에 의한 행정법의 구조적 변화로서 가장 근본적인 현상은 공적 임무의 민영화라고 할 수 있다. 이는 현상적으로 신자유주의에 의한 탈규제 내지 규제완화의 일환으로 이해될 수 있으나, 근본적으로 볼 때 공익실현의 책임을 행정과 사인이 분담한다는 '협력'의 관점에서 파악될 수 있다. 종래에도 사인이 공적 임무를 담당하는 경우로서 공무수탁사인 또는 특허 등이 있었으나 이는 행정이 행정목적의 달성을 하나의 방법으로 관념되었던 것이고 그러한 공무수탁사인 또는 특허기업 또한 행정주체로 파악되었다. 그러나 협력적 행정에 있어서 민영화는 국가와 사회의 이분법을 깨뜨리는, 국가와 사회의 공익실현에 관한 공동책임에 의거하는 것으로 보게 된다.¹⁵⁾ 현대사회에서 행정은 더 이상 공공복리의 독점적 이행자가 아니고 사인과의 협력을 통해 공공복리를 추구하는 것이며, 사인의 자기규제를 통해 공공복리를 추구할 수 있는 한계조절을 정하는 것이 오히려 국가의 역할이 되는 것이다.

3. 민영화의 목적

민영화의 보편적인 목적은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 경제적 효율성이다. 공기업 등의 공공자산을 민간에 매각하여 왜곡된 소유구조를 시정하고, 시장 기준에 의해 서비스 실적을 평가함으로써 공공부문의 비효율성을 개선할 수 있는 것이다.

둘째, 재정적자의 축소이다. 정치적 부담이 있는 공공지출 감축 대신 민영화

14) 박정훈, 각주 13)의 책, 260-262면

15) 박정훈, 각주 13)의 책, 271-272면

를 통한 재정수입의 증대는 재정적자를 보전함과 동시에 사회간접자본 건설 등의 지출증대에 충당될 수 있으며, 적자 공기업에 대한 재정지원 또한 더 이상 필요 없게 되어 재정적자를 줄이는데 도움이 된다. 1991년 마스트리히트조약의 협정과 함께 유럽경제통화연맹(EMU)은 유럽연합 회원국들에 대해 GDP대비 정부 재정적자비율 3%를 준수할 것을 요구한바 있다. 이에 1993년 당시 프랑스의 재정적자는 318조 프랑으로 GDP의 4.43%를 기록하고 있었는데, 이러한 재정적자를 줄이기 위한 방안의 하나로 민영화 정책이 적극적으로 고려되었다.¹⁶⁾

셋째, 작은 정부의 구현이다. 공공부문의 지나친 성장은 재정위기와 비효율 증대, 그리고 민간기능의 상대적 위축이라는 정부실패를 심화시킨다는 이유에서 공공부문의 규모 자체가 축소되어야 할 대상이 된다는 작은 정부의 논리가 확산되었다. 그리고 그 목적을 달성하기 위해 가장 먼저 해야 할 일이 불필요한 사업 조직의 민영화인 것이다.

마지막으로, 소비자의 선택기회 확대이다. 공공부문이 국가경제에서 지나치게 많은 부분을 차지하면 다양성의 결여와 개인적 선호의 무시 등이 나타날 수 있는데 민영화를 통한 정부 영역의 축소는 국민의 선택 영역을 확대시키고 그 결과 일반적으로 보다 더 공정한 편익의 배분이 이루어 질 수 있다.¹⁷⁾

4. 민영화의 유형

민영화를 유형화하는 방법은 학자에 따라 다르나, 일반적으로 형식적 민영화와 실질적 민영화로 나눌 수 있다. 형식적 민영화는 조직민영화라고 하고 실질적 민영화는 임무민영화라고 한다. 여기에 기능민영화와 재산민영화를 포함하여 민영화의 기본유형으로 보기도 한다. 기능민영화는 일정한 과제에 대하여 행정주체가 권한을 가지고 있으나 과제의 수행이나 서비스제공을 통한 과제의 집행은 행정지원자로서 사법상의 주체에게 넘어가는 것으로서 절차민

16) 박재정·심창학, “프랑스 공기업의 민영화와 국가역할”, 「국제정치논총」 제40집 2호, 2000, 249-250면

17) 김태윤, “민영화, 규제개혁, 그리고 시장의제”, 「한국행정학보」 제34권 제3호, 2000, 265면

영화나 Contracting out과 같은 것을 말한다.¹⁸⁾

가. 임무민영화

임무민영화란 국가가 어떤 임무에서 완전히 물러나서 지금까지 국가에 의하여 수행된 임무를 사인, 즉 사회경제적 영역과 거기에서 지배적인 원리인 경쟁원리에 맡기는 것을 의미한다.¹⁹⁾ 임무민영화의 허용여부에 대하여 캐머러(Kämmerer)와 바이스(Weiss)가 서로 다른 입장을 보이고 있는데²⁰⁾, 이는 '민영화의 대상을 무엇으로 볼 것인가' 혹은 '임무를 어떻게 정의할 것인가'와 관련한 개념정의 문제로서의 성격이 크다. 가령 사회국가원리나 환경보호와 같은 국가목적과 그 차원이 동일한 것으로 본다면, 이러한 임무를 수행할 책임은 근본적으로 국가에게 남아있는 것이기 때문에 사인에게 이전될 수 없다고 보는 것이다. 따라서 국가가 이행책임을 지고 직접 수행하던 활동범위를 사인에게 이전하여 사인이 자신의 책임으로 이행하고 국가는 보장책임만을 지는 경우를 임무민영화로 파악할 수 있을 것이다.²¹⁾²²⁾

18) 문병효, 각주 3)의 논문, 224면

19) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16.Aufl., München 2006, S.621 (박재운, 각주 5)의 논문, 133면에서 재인용)

20) 자세한 내용은 박재운, 각주 5)의 논문, 133면 참고 (캐머러는 임무자체는 양도될 수 없고 임무와 관련된 변형만이 양도가능하다고 보아 임무민영화의 허용여부에 대해 부정적 입장)

21) Wolfgang Weiss, Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002, S.32f (박재운, 각주 5)의 논문, 134면에서 재인용)

22) 국가의 책임을 3단계로 구별하는 관점에 의하면 이행책임, 보장책임, 보충책임을 국가의 책임으로 본다. 이행책임은 행정이 각각의 해당임무를 법률의 기준에 따라서 자신의 운영으로 자신의 인원을 가지고 직접적으로 이행하거나 자신의 영향 하에 있는 사인을 개입시키면서 간접적으로 이행하고 이러한 이행을 책임지는 것을 말한다. 보장책임은 국가로부터 독립적인 사인이 공공임무의 전체 또는 일부를 이행하는 모든 상황에서 제대로 된 임무수행의 보장을 위하여 행정에 남아 있는 책임으로 감시책임, 규제책임, 틀설정책임, 기간설정책임 등이 있다. 보충책임은 민영화를 통해 평소 독립적인 사인이 자신의 책임으로 급부를 공급하고 행정은 단지 보장책임을 부담하게 되었을 때, 그 급부가 충분히 보장되지 못하는 경우 국가가 명형행정 및 급부행정수단을 사용하여 스스로 임무를 이행하는 것을 말한다. (박재운, 각주 5)의 논문, 119-125면)

나. 조직민영화(형식적민영화)

실체적 민영화에 대치되는 개념으로 이른바 조직민영화 혹은 형식적민영화가 있다. 이는 국가가 특정한 급부행정의 임무를 수행하기 위하여 사법적인 조직, 특히 유한회사 혹은 주식회사의 형태로 자본회사를 설립하는 것을 말한다. 조직민영화에는 조직의 형식만이 변형될 뿐 공공주체가 임무의 이행을 포기하거나 그 책임에서 벗어나지 못한다. 따라서 조직민영화에 있어서 국가는 여전히 임무처리에 대한 세부적인 책임, 즉 이행책임을 유지하게 된다.²³⁾

다. 기능민영화

임무 자체를 완전히 민영화하는 것은 법령의 규정이나 헌법구조상 어려운 경우가 많다. 따라서 임무 자체는 공공주체에게 남겨두고 임무의 실질적인 수행만을 사인에게 넘겨주는 대안적 모색이 중요해진다. 이에 등장한 기능민영화는 임무주체성과 이행책임이 바뀌는 것 없이, 공법적인 임무이행에 필수적인 실제행동이 사인에게 위임되는 것을 의미한다. 여기서 사인은 단지 공법적인 임무와 기능적으로 관련되어 있는 준비나 수행업무에 부분적으로 기여할 뿐이다. 행정은 여전히 이행책임을 부담하지만, 행정의 내부에서 임무를 담당하는 사인에게 책임이 분배된다.²⁴⁾ 최근에는 임무의 담당을 임무수행의 단계라는 관점에서 계획, 수행, 재정조달, 통제라는 4가지 단계로 나누어 유형화하고, 여기에 절차민영화를 추가하여 설명하기도 한다.²⁵⁾

라. 재산권민영화

재산권민영화는 국가가 보유자산, 특히 부동산이나 영리기업에의 지분을 사인에게 매각하는 경우에 발생한다. 이는 무엇보다도 국가가 산업기업을 소유

23) 박재윤, 각주 5)의 논문, 134-135면

24) 박재윤, 각주 5)의 논문, 135면

25) 이원우, 각주 6)의 논문, 219-220면

하고 있는 경우와 관련된다. 재산권민영화는 일반적인 자산매각과 다를 것이 없어, 매각 이후에 후속적인 문제가 남지 않게 된다. 재산권민영화에서 행정의 책임이 변화하는지 여부는 실질적으로 그 자산을 통하여 어떠한 임무를 수행하였는가에 달려 있다.²⁶⁾

Ⅲ. 민영화의 구체적 양태

1. 정부기능의 민영화

가. 기능민영화 논의의 필요성

우리 나라에서의 민영화는 주로 공기업의 민영화문제로 논의되어 왔으나, IMF체제 이후 경제사회 전반에 위기극복이 국가적 과제로 제기됨에 따라 공공부문 전체의 대대적인 구조조정이 요구되었고, 그 일환으로 정부 기능의 민영화도 중요한 과제의 하나로 부각되었다.

기능민영화의 허용성에 대한 논의는 '보장책임과 수행(이행)책임의 분리'를 이론적 기초로 하고 있다. 즉 공공주체는 모든 임무를 스스로 이행할 필요가 없으며, 특정 임무를 누군가에 의해서든 수행되도록 할 책임만을 부담한다. 이러한 의미에서 '행정의 기능전환' 혹은 '행정의 기능 내지역할에 대한 이해의 변화'가 화두로 논의된다. 따라서 공공주체가 부담하는 책임의 성격도 급부책임, 이행책임 혹은 집행책임으로부터 보장 내지는 규제책임으로 변화하고 있다.²⁷⁾ 이러한 책임의 정도와 유형에 따라 민영화의 정도와 유형도 다양하게 형성되어야 한다.²⁸⁾

26) 박재윤, 각주 5)의 논문, 136면

27) 이원우, "정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰", 「행정법연구」 제3호, 1998, 108-111면

28) Schoch, DVBl. 1994, 963; Schuppert, in: J. Ipsen (Hg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S.27 ff. (이원우, 각주 27)의 논문, 111면에서 재인용

기능민영화에 있어서 핵심적인 문제는 결국 공공주체와 민간부문 사이의 기능 및 책임의 배분문제이다.(공동책임의 원리) 이하에서는 기능민영화를 위한 다양한 법적 수단들을 유형화하고, 정부의 기능과 책임이 어떻게 변화되는지를 논의하겠다.

나. 기능민영화를 위한 법적 수단

(1) 기능민영화의 전통적인 수단들

(가) 공무수탁사인

공무수탁사인은 특정한 공법상의 임무와 권한을 자신의 이름으로 그리고 공법상의 활동형식으로 수행할 권한이 허가된 사법상의 자연인 혹은 법인을 의미한다. 공무수탁사인은 사법상의 주체이지만 기능적으로 제한된 범위 내에서는 고권적으로 활동하며 이 점에서 간접적 국가행정에 포함된다. 공무수탁사인을 임무민영화의 일종으로 파악하는 견해도 있지만, 공무수탁의 경우 임무의 귀속이 변경되는 것은 아니라는 점에서 기능민영화에 해당한다.²⁹⁾ 사인에 의하여 공임무가 수행되는 과정에서 법적안정성의 확보가 현저히 중요한 의미를 지니는 경우에는 공무수탁사인의 제도를 이용하는 것이 타당하다. 예컨대 임무수행에 수반하여 공적 증명서를 발급하거나, 강제력을 동원해야 하는 경우 등이 이에 해당한다.³⁰⁾

(나) 공의무부담

공의무부담은 행정임무의 원활한 이행을 위하여 사인에게 부과된 직업상, 재산 및 기업과 관련된 그리고 국민으로서의 의무를 의미한다. 공의무부담 임무민영화로 파악하는 일부견해도 있지만, 일반적으로 의무는 임무 그 자체는 아니고 임무 그 자체는 행정에 남아있으므로 기능민영화로 보아야 할 것이다. 여기서의 사인은 일방적으로 법률에 의하여 의무를 부담하는 것이라는 점에서 행정보조자와 구별되고, 고권적 권한을 행사할 수 없고 제3자와의 관계에

29) 박재윤, 각주 5)의 논문, 146-147면

30) 이원우, 각주 27)의 논문, 135면

서는 사법상의 관계가 형성된다는 점에서 공무수탁사인가 구별된다.³¹⁾

문제된 임무가 국민경제적 관점에서 보면 당해 사인에 의하여 수행되는 것이 효율적이지만 당해 사인의 관점에서는 부담이 되어 자발적 의사에 의한 임무수행이 기대될 수 없는 경우에는 공의무부담제도가 채택될 수 있다. 이 경우 당해 사인의 기본권 제한은 수인 가능한 범위 내에 그쳐야 한다.³²⁾

(다) 행정보조자

행정보조자는 관청을 위한 광의의 임시관리인으로서 관청을 위해 비독립적인 보조기관으로 활동하고 단지 고권적 임무의 처리에만 개입되어 있는 사인을 의미한다. 이는 기능민영화의 일종으로서 외주, 청부, 리싱(Leasing), 경영수행위탁모델, 민간경영자모델 등의 다양한 형태를 포괄한다. 행정보조자는 비독립적으로 활동한다는 점에서 자신의 이름으로 활동하며 제3자와 직접적으로 관련을 갖는 공무수탁사인과는 구별된다.³³⁾

행정보조자의 경우 당해 사인은 공공주체에 대하여만 책임을 지므로, 법적 책임과 경제적 책임이 서로 분리되어 자기책임원리에 의한 효율성원칙을 충실히 관철할 수 없다는 문제가 있다. 따라서 당해 급부의 제공에 대한 법적 책임을 공공주체가 직접 부담해야 할 만큼 중대한 공익상의 필요 혹은 기본권 내지 사회국가원리상의 요청이 있는 경우에는 행정보조자 방식을 채택하여야 할 것이다.³⁴⁾

(2) 특허모델

공임무수행에 이용되는 사인이 외부에 대하여 독립적으로 활동하는 경우에 이 사인은 제3자와 직접적인 법률관계에 선다. 이때 그 사인이 강제적으로 임무수행의 책임을 부담한 것이 아니라 공임무수행에 자발적인 의사로 참여하였고, 고권적인 권한을 행사하지 않는 경우를 특허모델이라 한다. 공공주체는

31) 박재윤, 각주 5)의 논문, 147면

32) 이원우, 각주 27)의 논문, 135-136면

33) 박재윤, 각주 5)의 논문, 147면

34) 이원우, 각주 27)의 논문, 136면

일정한 활동에 대하여 특허권을 유보하고 특허를 통해 사인에게 이러한 활동을 할 권리와 의무를 부여한다. 이러한 행정행위를 통해서 완전한 주관적 공권이 창설된다. 공공주체가 특허권을 유보하고 있는 경우에는 당해 임무영역이 공공부문에 있다는 것을 의미하며, 이 경우 특허를 통해 사인에게 당해 활동을 하도록 한다면 공임무수행에 사인이 개입하는 기능민영화가 이루어진 것을 의미하게 된다.³⁵⁾

특허권자는 제3자에 대하여 책임을 부담하므로 자기책임의 원리가 가장 잘 실현될 수 있다. 공공주체는 제3자에 대한 책임을 지지 않으므로 재정적, 정치적 부담을 덜 수 있고, 특허권자는 자신의 판단 아래 독자적으로 시장경제원리에 따라 임무를 수행하므로 민영화의 본래 취지에도 부합한다. 단, 사인에 대한 영향력행사 및 통제가능성이 행정정보조자모델에 비해 상대적으로 약하므로, 계약강제, 가격통제, 승인유보, 특허권의 기한설정 등 다양한 통제권한을 유보하는 한, 원칙적으로 특허모델이 기능민영화의 방식으로 상대적 타당성을 갖는다.³⁶⁾

특허모델의 구체화로 프랜차이즈 모델, BOT모델(Build-Operate-Transfer), BO모델, BTL(Build-Transfer-Lease)모델 등을 들 수 있다. 최근 국가의 주요 SOC사업에 있어서 이러한 방식들이 적용되고 있으며, 국공립대학의 기숙사 건설 등에서 BTL모델이 많이 이루어지고 있다.

(3) 참가모델

참가모델은 분쟁중재와 프로젝트 관리 등에서 예를 찾을 수 있는데, 보통 공공주체가 공공임무를 수행하기 위하여 사인과 함께 참가회사를 설립하는 방식의 책임분배형태를 의미하고, 민관협동모델(Public-Private-Partnership) 혹은 협력모델이라고도 한다. 이는 공공주체와 사인이 동등한 자격으로 협력관계를 형성하는 데에 그 특징이 있으므로 당해 임무는 공공주체와 사인이 공동으로 수행한다. 다만 새로운 참가회사가 창설되는 경우에는 조직민영화가 수반되므로 외부에 대한 책임의 주체는 이 참가회사로 변경되고, 공공주체와의 사이에서 내부적인 책임의 분배가 이루어지므로 공공주체의 절차지배를

35) 이원우, 각주 27)의 논문, 130-131면

36) 이원우, 각주 27)의 논문, 136면

실무적으로 보장할 것인지가 문제된다. 그러나 공공주체가 참가회사를 지배하는 한에서는 여전히 (간접적) 이행책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.³⁷⁾

공공주체가 일정한 활동을 위해 민간부문의 노하우나 자본을 긴절히 필요로 하나 사회경제적 이유 때문에 그 활동 자체가 민간부문으로 이전되어서는 곤란하다고 판단되는 경우, 혹은 그 활동 자체를 민영화해서는 안되지만 국민주나 우리사주 등을 통한 재산형성정책상 공기업의 지분 중 일부를 사인에게 매각하려는 경우에는 참가모델이 고려될 수 있다.³⁸⁾

최근 민영교도소 도입과 관련하여서도 이러한 방식이 이용되고 있음을 알 수 있다.³⁹⁾⁴⁰⁾

2. 공기업 민영화

가. 공공부문 개혁과 공기업 민영화

안전행정부(당시 행정안전부)가 방만하게 운영되어온 지방공기업 26곳에 대하여 청산과 통폐합, 조건부 청산, 자체 경영 개선 등 경영개선 명령을 내린 적이 있다.⁴¹⁾ 공공부문 개혁의 일환으로 추진되는 공기업 민영화는 새로운 정부가 들어설 때마다 이슈가 되는 중요 쟁점 중 하나이다. 2007년 감사원의 감사결과에 따르면, 153개의 공기업의 5년간 수익성이 51%로 줄어든데 반해 부채는 240% 증가하였고, 임직원 임금은 정부의 가이드라인보다 최고3.5배까지

37) 박재윤, 각주 5)의 논문, 148-149면

38) 이원우, 각주 27)의 논문, 136면

39) 교정행정의 효과성과 효율성을 증대시키고자 도입되고 있는 민영교도소는 1999년 교도소 등 설치·운영의 민간위탁에 관해 행형법에 도입근거를 마련하였고, 2000년 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률이 제정되었다. 이에 의거하여 2003년 2월 법무부는 기독교연합 단체인 재단법인 '아가페 민영교도소'와 위탁계약을 체결하였고, 2010년 10월 경기도 여주에 국내 최초의 민영교도소인 '소망교도소'가 문을 열었다.

40) 이에 대해 민영교도소는 영미식의 형사사법체구의 민영화로 형사사법절차의 산업화를 초래한다는 점에 대한 비판적인 시각도 존재한다. (허경미, "독일의 교정 및 보호관찰의 특징에 관한 연구", 「교정연구」 제62호, 한국교정학회, 2014., 98면)

41) 연합뉴스 2010년 3월 18일자 "방만·부실 지방공기업 26곳에 사상 첫 '철퇴'", www.yna.co.kr

인상되었다. 이는 공기업의 방만한 운영 현실을 단적으로 보여주는 자료이며, 공공부문의 개혁을 위해 공기업에 대한 개혁이 필수적임을 나타낸다.⁴²⁾

나. 공기업 민영화의 진행 상황

공기업 민영화는 과거에도 민간기업 육성, 공공부문 축소, 경제 효율화 등을 명분으로 모두 5차례에 걸쳐 공기업 민영화 작업이 진행됐다.

1968년부터 1973년까지 진행된 1차 공기업 민영화는 대한통운, 대한항공, 인천중공업 등 제조·운수·항공 분야의 11개 공기업이 대상이었다. 주로 주식매각과 시중은행 현물출자 방식으로 이뤄졌는데 민영화 이전에 대부분 적자에서 흑자로 전환되어 그나마 성공한 민영화라는 평가를 받았지만 경제력 집중의 시발점이 됐다는 혹평도 나온다.

1980년부터 시작된 2차 공기업 민영화는 금융자율화라는 목표 아래 한일·제일·신탁·조흥은행 등 4개 시중은행을 중심으로 추진됐다. 공개경쟁입찰 방식으로 민영화를 추진하되 대주주의 소유지분 한도를 5%로 설정하는 등 당시에는 획기적이라는 평가를 받았지만 정부가 은행 경영에 계속 간섭하면서 민영화 작업은 실패에 가까웠다.

1987년부터 시작된 3차 민영화는 한국전력, 국민은행, 한국통신, 포항제철 등 우량 공기업을 대상으로 국민주 방식의 민영화를 추진했지만, 주식이 대량 공급되면서 증권시장이 침체되는 결과를 낳았다.

김영삼 정부는 '작은 정부'를 표방하면서 4차 공기업 민영화 작업에 착수했다. 58개 공기업 매각, 11개 기관 통·폐합을 목표로 내세웠지만 실제로는 22개 공기업의 경영권 이양과 지분매각에 그쳤다.

김대중 정부 때 단행된 5차 민영화는 '공기업 민영화 추진위원회'를 별도로 조직해 11개 공기업 민영화와 77개 자회사 매각이 추진됐다. 하지만 '혈값 매각' 논란이 제기되면서 공기업 민영화 작업은 정권 후반기 급격하게 추진력을 상실했고, 한국전력·가스공사·지역난방공사 등은 부분 민영화에 그쳤다.⁴³⁾

42) 이원우, "공기업 민영화 정책의 전략과 과제-법 및 법정책의 역할을 중심으로-", 「재정법연구」 창간호, 2008, 129면

이후 한국통신, 포항제철, 한국담배인삼공사 등이 완전민영화에 성공하였고, 예금보험공사 및 자산관리공사 등의 기능 축소, 에너지이용합리화법에 따른 에너지관리공단의 기능조정, 한국전력공사법에 의한 한국전력공사의 송변전사업과 배전사업의 기능조정 등이 이루어졌다. 현재 한국공항공사와 인천국제공항공사의 민영화도 추진되고 있다.⁴⁴⁾

다. 공기업 민영화의 단계별 과정 - 통신시장을 예로

민영화와 규제체계를 적절히 설계하기 위해서는 민영화를 일회적인 결정으로 보아서 안되고, 일련의 과정으로 파악할 필요가 있다. 특히 민영화를 국가가능변화에 대응하는 행정개혁이라는 관점에서 보는 경우에는 직접적인 민영화조치 뿐 아니라 그 이전 단계까지 포괄하여 파악할 필요가 있다.

공공주체가 공적 임무를 기업적 방식에 의해 수행하고 있다가 이를 민영화하는 데에는 일련의 단계적 과정이 필요하다. 예컨대 행정기업 내지 정부기업의 형태로 수행되던 것을(1단계), 법적으로는 여전히 비독립적이지만 경제적으로 독립성이 부여된 자기기업의 형태로 전환하고(2단계), 이를 다시 법적 경제적으로 독립적이지만 공법형식을 가진 공사형태의 공기업으로 전환하였다(3단계), 이를 주식회사형태의 공기업으로 전환한 다음(4단계), 주식의 매각을 통해 최종적으로 완전 민영화의 단계(5단계)로 들어갈 수 있다.⁴⁵⁾ 통신시장을 예로 각 단계별 과정을 살펴보겠다.⁴⁶⁾

(1) 1단계

1단계에서는 통신사업의 특성상 미국을 제외한 대부분의 나라에서 통신업무는 일반 행정조직에 의한 국가직영으로 출발했다. 이는 법형식적으로는 행정기업의 조직형식에 의한 공기업 수행으로 나타난다. 국가에 통신사업에 대

43) 경향신문 2008년 8월 11일자 "'역대 민영화 모두 실패작' 1차는 경제집중 시발 폭평", www.khan.co.kr

44) 문병효, 각주 3)의 논문, 252-253면

45) 이원우, 각주 42)의 논문, 146-147면

46) 이하 이원우, 각주 42)의 논문, 147-151면

한 독점권이 보장되는 단계이다.

(2) 2단계

2단계는 통신사업의 영역에서 기업성을 추구하기 시작하는 단계로서 이를 위해 고권적·정책적 기능과 기업적·경영적 기능의 분리가 시작된다. 그러나 통신사업은 여전히 국가에 의해 독점되어야 하는 것으로 인식되며, 다만 공기업경영상의 합리화·효율화를 위해 일반행정조직에 예산상의 독립성을 부여하는 데 만족한다.

(3) 3단계

3단계는 통신사업에 있어서 기업성의 요구가 강하게 제기되는 단계이다. 예산상의 독립만으로는 통신사업의 기업성을 달성할 수 없기 때문에 통신사업을 법적 독립성이 부여된 공법상의 영조물법인을 통해 수행한다. 기업의 경영적 기능과 정책적 기능이 분리되는 시기이다. 한편 경쟁도입의 문제가 본격적으로 제기되는데, 정책적 결정에 따라 민간부문의 자본능력과 기술력의 성장 정도를 고려하여 경쟁을 도입할 수 있다. 다만 경쟁질서 창출을 위한 비대칭적 규제가 이루어진다.

(4) 4단계

3단계가 성공적으로 진행되어 통신시장이 발전하면, 더 이상 국가가 직접 공기업을 통해 통신급부를 제공할 필요성은 사라지고, 자유로운 시장의 형성·유지 및 공익적 규제만이 국가의 임무로 남는다. 이러한 사회경제적 상황에서 공기업은 사기업과의 경쟁에서 비효율성을 노정하므로 공공부문의 혁신이라는 압력을 받게 된다. 또한 경제활동 영역에 있어서의 정부의 역할에 의문을 갖게 되면서 통신사업과 관련된 정책적 기능은 수행하되 기업적 기능은 정부가 맡아서는 안된다는 결론에 이르게 된다. 그리하여 통신사업의 완전한 민영화가 요구되지만, 사회정책적 고려, 정치적 고려 등 다양한 현실적 고려들로 인해 법적 조직 형식만 사법상의 주식회사로 전환되는 조직민영화가 이루어진다. 정부는 여전히 지배주주로서 영향력을 행사한다. 이 과정에서 기업 내부에 있어

서 정부와 민간주주 혹은 정부와 회사이익 사이에 충돌이 일어나기도 한다.

(5) 5단계

시장여건이 성숙되고, 통신사업의 민영화에 대한 사회적 정치적 합의가 이루어지면, 최후의 단계로서 주식매각을 통한 소유권의 완전민영화의 단계로 들어가게 된다. 사회적 정치적 합의는 통신사업에 대한 공적 규제만으로 통신 서비스에 대한 기본적 수요가 누구에게나 보장될 수 있다는 신뢰의 형성을 의미한다. 이를 위해 중요한 것은, ① 사적 독점의 폐해에 대한 규제 장치, 즉 독점금지법의 정비가 이루어져야 하고, ② 보편적 서비스의 보장을 위한 법제가 성공적으로 수행되어야 하며, ③ 소비자보호를 위한 법제가 정비되어야 한다는 점이다.

기업적 기능과 정책적 기능이 완전히 분리되면, 행정조직법적 규율은 완전히 해소되고 상법상의 지배구조만이 남는다. 공법적으로는 규제기관에 대한 조직법적 정비만이 문제되어 일반경쟁정책을 수행하는 규제기관(공정거래위원회)과 경제정책을 수행하는 전문규제기관(정보통신부, 방송통신위원회) 사이에 규제권한의 합리적 배분이 새로운 과제로 제기된다. 공기업의 민영화정책을 수행함에 있어서는 위의 각 단계별 요소를 고려하여 정책목표와 수단을 설계하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

IV. 민영화의 한계와 새로운 국가임무

1. 민영화 이후에 부상하는 문제들

가. 민영화 자체의 효율성 확보 문제

앞에서 제시된 여러 유형의 민영화가 장밋빛 미래만을 보장하는 것은 아니

47) 이원우, 각주 42)의 논문, 151면

다. 공법상 조직형태보다 사경제조직이 우월하다는 것이 입증될 수 없다는 점에서 민영화에 대한 비판의 목소리도 높아지고 있다. 공행정이 사인보다 이타적이고 정의롭고 저렴하며 더 나을 것이라는 편견처럼, 사인이 공행정보다 효율적이며 저렴하고 더 나을 것이라는 것도 편견이라는 것이다. 사경제적 과제 수행이 우월한지 여부는 공적과제의 유형이나 지역적 관계 등 개별적인 경우에 따라 달라지는 문제이다. 경우에 따라서 공법상의 조직이 사조직 형태보다 경영학적 측면에서 더 효율적이고 더 저렴한 경우가 나올 수 있다.⁴⁸⁾

한편 의도했던 이익을 얻었더라도, 의도하지 않았던 새로운 비용의 문제가 발생할 수 있다. 재정적자를 축소하기 위한 민영화가 또 다른 재정적 부담을 야기하기도 한다. 사회간접시설에 대한 투자를 확대하기 위하여 1994년에 「사회간접자본시설에 대한 민간투자 촉진법」이 제정된 후 BTO(Build-Transfer-Operate)방식을 통하여 많은 민간투자사업이 추진되었다. 그러나 BTO 방식의 민간투자사업은 사업타당성이 부족할 경우에 투자가 이루어지지 않는 문제점이 있어서, 민간의 투자를 활성화하기 위하여 최소수익보장 규정을 부가하였다. 그러나 이 'BTO+최소수익보장' 방식의 민간투자방식은 사업타당성의 기초가 되는 수요 예측이 잘못되면 정부의 재정 부담이 장기간 가중되는 문제점을 안게 된다.⁴⁹⁾ 인천공항고속도로의 경우 2008년 예상 통행량은 하루 평균 13만8930대였으나 실제 교통량은 46.7%인 6만4956대에 그쳐 900억원의 보장금을 지급했다. 2009년 중앙정부가 적자가 난 도로, 철도에 최소운영수입 보장금으로 보전해준 액수는 3830억 원에 이른다.⁵⁰⁾

나. 민영화 과정에서의 부패 문제

48) 문병효, 각주 3)의 논문, 229면

49) 양채열, “민자유치사업에 대한 비판적 검토”, 「한국행정학회 2006년도 동계학술대회 발표논문집(上)」, 2006, p.253

50) 조선일보 2010년 3월 8일자, “‘혈세 3830억’ 삼킨 민자사업”, www.chosun.com. 2009년 민자사업으로 추진한 도로와 철도에 대해 최소운영수입 보장금으로 지급한 액수는 다음과 같다. 인천공항고속도로(985억), 천안논산고속도로(550억), 대구부산고속도로(626억), 서울의곽순환고속도로(178억), 부산울산고속도로(245억), 목포신항(58억), 인천공항철도(1188억)

Rose-Ackerman은 민영화 과정에서 부패가 일어날 가능성을 특히 3가지 측면에서 강조한다. 첫째, 매각될 자산의 적절한 가치평가가 어렵다는 점이다. 대규모의 공기업이 민영화되는 경우, 믿을만한 자산평가방법이 없는 경우가 있고, 낙찰 이후 적용되는 세금과 규제체제를 명확히 규정하기 어려운 경우가 많다는 것이다. 둘째, 그러한 평가과정에 대한 투명성이 부족하다는 점이다. 즉 부패한 공무원들은 대중에게는 민영화 대상 기업이 부실하게 보이도록 하는 정보를 제공하는 반면, 그들이 선호하는 내부인들에게는 반대의 정보를 전달한다는 것이다. 셋째, 이윤 극대화와 시장 경쟁 사이의 근원적인 충돌이 그것이다. 만약 민영화된 기업이 공공기업이 보유하고 있던 독점권을 민영화 이후에도 보유한다면 이 기업의 가치는 훨씬 크다. 그러나 이러한 독점적 지대의 유지는 민영화의 정당성을 훼손한다. 따라서 민영화에 있어 국가의 재정 수입 극대화와 시장 경쟁 간에 상충문제가 발생한다는 주장이다.⁵¹⁾

다. 새로운 독점시장의 형성

공기업 민영화는 경제정책 내지 경쟁정책의 중요한 요소를 구성한다. 공기업 민영화는 시장구조의 근본적인 전환을 가져오기 때문이다. 시장이 없던 영역에 새로운 시장을 형성하기도 하고, 이미 시장이 존재하던 경우에는 기존의 시장규모를 확대시키고, 시장의 경쟁구조에 변화를 가져온다. 그러나 시장의 확대가 반드시 시장'경쟁'질서의 확대를 의미하지 않는다. 오히려 공기업 민영화가 적절한 경쟁정책적 배려 없이 진행된다면, 그 자체만으로 시장의 경쟁상황을 악화시킬 가능성이 크다. 공기업 민영화는 독점적 시장을 형성하기 때문이다.⁵²⁾ 민영화를 통해 민간업자에게 배타적 독점권이 주어졌을 때 이들은 더욱 더 사익추구적인 행위를 할 가능성이 있고 이것을 통제하기는 더욱 어려워져, 결국 민영화 이전보다도 더 비효율적인 결과를 가져오게 될 뿐만 아니

51) Rose-Ackerman, S. (1999). *Corruption and Government: cause, consequences and reform*. Cambridge: University Press (조은경, “민영화와 부패: 민영화 유형에 따른 부패 발생요인에 대한 사례분석을 중심으로”, 2005년도 한국행정학회 춘계학술대회 발표문에서 재인용)

52) 이원우, 각주 42)의 논문, 130면

라 공공성을 해칠 가능성마저 내포하게 된다. 특히 해당 공기업이 생존배려적 급부영역을 담당하고 있을 경우, 또 다른 문제가 예상된다.

2. 생존배려적 급부행정의 영역에서 사적 독점의 규제문제

가. 생존배려와 국가의 의무

독일연방헌법재판소는 생존배려에 대하여 “에너지공급은 생존배려 분야에 속하는데, 생존배려는 시민에게 인간의 존엄성이 있는 존재를 확보하기 위하여 절대적으로 필요한 급부이다.”라고 판시한 바 있다.⁵³⁾ Forsthoff가 제시한 생존배려의 개념은 산업화와 도시화를 거치고, 현대사회에 이르면서 그 의미가 변화했는데, 수도, 가스, 전력의 공급에서부터 통신, 교통과 같은 서비스도 생존배려의 범주에 포함된다. 우리나라는 국가의 생존배려의무에 대하여 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 제10조 제2문의 기본권보호의무에서 규정하고 있다. 따라서 인간으로서 존엄과 가치, 행복추구권, 일반적 행동의 자유권, 인간다운 생활을 할 권리를 위해 요구되는 필수적인 요소는 국가가 이를 보장할 의무를 지는 것으로 이해할 수 있다.

나. 생존배려영역의 민영화와 사적독점의 위험성

종래 수도, 전기, 가스, 통신, 교통 등의 생존배려영역은 자연독점적 산업으로서 국가가 담당하는 고유의 영역이었으나, 민영화의 바람은 생존배려영역에도 예외는 아니었다. 그러나 민영화 된 기업의 사적 이윤추구는 2001년 초 미국 캘리포니아 주에서 일어난 대규모 정전 사태로 이 지역을 한순간에 혼란의 도가니로 몰아넣었다. 이후에도 캘리포니아 주에서는 정전이 끊이지 않고 있다. 폭풍, 홍수 등 자연재해가 주원인이 되었지만, 보다 근본적인 원인은 전

53) BVerfGE 66,248 (258)(길준규, “세계화시대의 생존배려 개념의 변화”, 「공법학연구」 제7권 제5호, 2006, 355-356면에서 재인용)

력 판매에만 치중하고 설비 투자를 등한시한 결과라는 분석이 지배적이다. 2008년 2월 말에는 플로리다 주에서 예상치 못한 정전 사태로 남부 지역 400만여 명의 주민이 피해를 봤다. 플로리다 주 상징인 월트 디즈니월드도 이날 일부 시설 운영을 중단해야했다.⁵⁴⁾ 민영화가 공적독점에서 사적독점으로 전락하는 것을 통제하기 위해서라도 생존배려영역에서의 새로운 규제가 요청된다.

3. 공공성 확보를 위한 새로운 규제의 필요성

규제완화가 사회적 합리성을 약속한다는 생각은 검증되지 않은 가설이며 도그마에 불과하다. 규제완화는 종종 새로운 경제적 비효율성이나 사회적 문제를 야기하고, 따라서 Cudahy가 규제와 규제완화 사이의 진자운동이라고 칭한 재규제의 필요성이 부각된다.⁵⁵⁾

공기업 민영화 정책의 성공 여부는 민영화 이후 당해 서비스가 적절히 제공되는지 여부에 의해 결정된다. 흔히 민영화와 규제완화는 하나의 묶음으로 다루어져 병행하는 정책처럼 이해되었으나, 공기업 민영화는 오히려 새로운 규제를 수반한다. 민영화 이후 당해 서비스의 공공성 보장을 위해서이다. 통신사업이 민영화되기 이전에는 보편적서비스의 보장을 위한 규제는 불필요했으며, 통신규제기관도 불필요했다. 한국전기통신공사라는 공기업이 스스로 정책당국과 일체가 되어 정책을 형성하고 집행했기 때문이다. 그러나 통신사업의 민영화로 인하여 통신서비스에 있어서 보편적 서비스 개념이 도입되고 이를 보장하기 위한 규제체계가 도입되었다.

공기업 민영화 정책에 반대하는 입장들의 주된 논거는 그것이 당해 공기업의 공익적 성질을 훼손시킨다는 점 때문이다. 이러한 반대를 극복하기 위해서는 민영화가 공공성을 손상시키지 않도록 하여야 한다. 따라서 종래 공기업이 수행하고 있는 공적 기능을 검토하고, 민영화 이후에도 이러한 기능이 계속 유지될 수 있도록 제도 설계가 이루어져야 할 것이다. 결국 민영화 이후의 규

54) 매일경제 2008년 10월 28일자, “전기료 결단못내리는 정부”, www.mk.co.kr

55) 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010, 52면

체체계를 어떻게 설계하느냐가 주된 문제가 된다.⁵⁶⁾

V. 민영화 이후 규제행정의 방향

1. 공익목적을 위한 전문규제의 필요성

가. 일반경쟁규제의 한계

민영화 이후의 공공성 확보를 위해 할 수 있는 규제의 방법론으로 전문규제가 제시되고 있다. 경쟁을 보호하기 위해 시장에 개입하는 일반경쟁규제는 민영화 이후의 규제에 있어 한계를 노출했기 때문이다. 일반경쟁규제는 유효경쟁이 존재하는 시장을 전제로 할 때에만 의미가 있다. 유효경쟁이 존재하지 않는 곳에서 일반경쟁법적 수단에 의한 경찰규제를 한다는 것은 불공정한 경쟁질서 내지 독점시장의 구조를 고착화시켜서 종국적으로 시장경쟁질서에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다. 국가독점사업이 민영화되는 경우 경쟁조건의 형성을 위한 규제가 없다면, 시장경제의 효율성을 도입하고자 하는 민영화의 목적을 달성하지 못할 뿐 아니라 사적 독점의 출현이라는 부정적인 결과를 야기하게 될 것이다.

한편 시장과 무관하게 부여된 권리가 존재하는 경우에도 일반경쟁규제만으로 이러한 권리를 보장할 수 없다. 이러한 권리가 경제영역에서 실현되어야 하는 경우에는 시장메커니즘에 대한 교정적 개입이 필요하게 된다. 예컨대 생존배려적 성질을 가진 급부가 독점적 사인에 의해 제공되는 경우에는 급부강제, 가격규제 등 일정한 공익목적의 규제가 요구된다. 이러한 규제는 일정한 정책목표를 달성하기 위한 것이기 때문에, 규제 당시에 규제대상이 어떠한 역사적, 경제적 혹은 사회적 성격을 가지는지에 따라 규제의 여부 및 규제의 정도 그리고 규제방식을 결정하는 데 중요한 차이를 가져온다.⁵⁷⁾

56) 이원우, 각주 42)의 논문, 131면

나. 전문규제의 요청

전문규제의 필요성은 곧 일반경쟁규제의 한계에서 드러난다. 전문규제는 독점, 공공재, 외부효과, 정보의 비대칭성 등 시장실패가 발생하는 영역에서 시장실패를 교정하기 위한 규제로서 요청된다. 특히 민영화 이후의 사적 독점의 규제문제와 관련하여, 민영화가 곧 경쟁시장의 형성을 보장하지 않으며 오히려 대부분의 경우에는 종래 국가독점기업이 사적 독점으로 전환하게 되는 문제를 야기하게 된다. 특히 종래 국가 또는 공기업이 수행하던 공익적 기능이 존속되어야 하는 경우에는 민간사업자에 대하여 공익적 의무를 부과하여야 할 필요성이 있게 된다. 이러한 관점에서 민영화는 시장 및 경쟁의 형성, 민영화 이후에도 여전히 존속하는 공익의 보장 등 공익목적 실현을 위한 새로운 규제의 필요성을 제기한다.

또한 생존배려적 급부제공의 영역에서 헌법상 기본권 보장의 요구에 부응하기 위하여 모든 국민에게 공동체구성원으로서 최소한 기본적인 수요에 대응하는 급부가 제공되어야 한다. 즉 사회정책적 재분배 목적을 위해 특별한 규제가 허용되어야 한다. 그밖에 전통적인 생존배려의 개념으로 설명할 수 없는 경우라도 헌법상 기본권보장의 관점에서 특별한 경제규제가 요구될 수 있다. 이러한 규제목적은 위해 다음에서 제시되는 일반경쟁규제 이외의 다양한 규제가 추가적으로 요구된다.⁵⁸⁾

2. 전문규제의 구체적인 내용⁵⁹⁾

가. 보편적 서비스의 제공

민영화 이후 공공성 확보에서 가장 핵심적인 것은 보편적 서비스의 보장에 있다. 공기업에 의하여 제공되던 통신·전력·가스·교통 서비스 등이 모든 국민

57) 이원우, 각주 55)의 책, 53-54면

58) 이원우, 각주 55)의 책, 55-57면

59) 이원우, "경제규제와 공익", 「서울대학교 법학」 제47권 제3호, 2006, 114-116면

에게 적절한 가격으로 공급되어야 한다. 이를 위해서는 당해 서비스를 제공하는 민간사업자에 대하여 계약강제가 규정되어야 할 뿐 아니라, 보편적 서비스의 내용과 기준이 결정되어야 한다. 보편적 서비스의 내용과 기준의 결정에 전문가와 이해관계자가 참여하는 심의절차가 마련되어야 한다.

나. 공정한 경쟁질서의 확립

공기업 민영화 이후 공정경쟁질서의 확립을 위한 규제는 ① 독점금지, ② 유효경쟁질서의 창출, ③ 불공정경쟁행위규제로 구분할 수 있다. 민영화 이전의 공기업은 일반적으로 독점적 지위를 누리는 경우가 많다. 과거에 공기업이었던 민영화된 기업과 새로이 시장에 진입한 기업 사이에는 출발점에서부터 큰 차이가 존재하므로 유효경쟁이 사실상 불가능하다. 이를 위해서는 비대칭적 규제수단이 모색되어야 한다.

다. 소비자 보호

공기업이 제공하던 서비스는 필수적 생활수요를 충족시키는 데 불가결한 서비스로서의 성질을 가지는 경우가 많고, 당해 서비스가 공공재적 성격을 가진다거나 당해 산업이 거대한 투자를 요하는 장치산업이어서 독점 내지 과점의 우려가 강한 경우가 많으며, 또한 이용조건에 대한 판단을 위해서는 고도의 전문성을 요하는 경우가 많다. 이러한 상황 하에서는 소비자의 계약의 자유는 사실상 보장될 수 없다. 따라서 이용약관규제와 같은 강력한 소비자보호 정책이 요구된다.

라. 가격규제

가격규제는 생존배려를 위한 급부의 제공이 적절한 가격에 의하여 이루어질 것을 요구한다는 점과 소비자보호의 관점에서 요구된다. 소비자가 당해 서비스의 이용을 거부하는 것이 사실상 불가능한 경우 또는 시장지배적 사업자

에 의하여 당해 서비스가 공급되는 경우 등의 상황에서는 가격의 형성이 적정한 수준에서 이루어지지 않고 일반적으로 사업자에게 유리하게 결정될 우려가 있다. 따라서 다양한 가격규제수단이 필요하다. 한편 가격규제의 공정성과 투명성을 확보하고 분쟁의 소지를 방지하기 위하여 가격규제절차에 이해관계인의 참여를 보장할 필요가 있다.

마. 규제기관의 조직체계

아무리 훌륭한 규제수단이 마련되더라도 이를 행사할 규제기관이 적절히 조직되지 않으면 그 실효성을 얻을 수 없다. 규제조직체계의 정비에서 고려되어야 할 원칙은 공정성, 전문성, 독립성의 원칙이다. 규제기관의 전문성, 공정성, 독립성이 보장되지 않으면 부당한 규제로 인하여 민강경제의 자율성이 훼손되고, 민영화를 통해 달성하고자 했던 효율적 경제질서의 형성을 저해하게 될 것이다. 이와 관련하여 전문규제기관과 일반경쟁규제기관 상호간의 권한분⁶⁰⁾ 및 상호협력관계를 어떻게 설계할 것인가도 문제로 제기되고 있다.

3. 경쟁상황평가의 도입

가. 경쟁상황평가의 의의

‘경쟁상황평가에 기초한 규제’는 통신서비스 또는 통신설비시장에서 경쟁이 이루어지고 있는 정도를 경제학적 분석을 통해 평가하며, 당해 시장에서 효과적인 경쟁이 이루어지고 있다고 평가되는 경우에는 ‘경쟁형성’을 목적으로 한

60) 이와 관련하여 어느 규제기관에게 어떠한 권한을 부여하는 것이 타당할 것인가라는 행정조직이론 내지 행정조직법리가 문제된다. 법률의 집행단계에서 어느 규제기관이 규제관할권을 가지는가는 당해 사안에 대하여 적용법규가 어느 법률인가에 따라서 결정되기 때문에 논의의 중점도 일반법과 특별법 상호간의 법 적용문제로 옮겨간다. 적용법규를 정하는 해석론을 전개함에 있어 목적론적 해석이 요구되는 경우에는 행정조직이론에 입각하여 어느 기관에게 규제관할권을 부여하는 것이 바람직한 것인가에 관한 논의가 고려될 수 있다. (이원우, “통신시장규제에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 「행정법연구」 제14호, 2005, 320면)

사전규제를 철폐하거나 신규 규제를 도입하지 않는 반면, 그렇지 않은 경우에는 유효경쟁이 이루어지도록 하는데 필요한 조건을 통신사업자에 대한 사전 규제를 통해 형성하고자 하는 것이다.⁶¹⁾ 우리나라는 종래에 법적 근거 없이 경쟁상황평가를 실시하였으나, 2007.1.3. 전기통신사업법을 개정하여 경쟁상황 평가의 실시를 명시하였다.⁶²⁾

나. 경쟁상황평가의 장점

경쟁상황평가는 '평가 대상 시장의 획정→시장분석'의 순으로 이루어지는데, 시장획정에서 실질적인 경쟁관계에 놓여있는 상품군과 거래지역 등의 범위를 획정하고, 시장지배적 지위 남용행위인지를 판단한다. 이에 경제학적 분석 자체가 합리적이라는 점과 그러한 근거 이외의 다른 정책적 고려를 적게 받음으로써 통신규제에 관한 결정의 객관성을 제고할 수 있게 된다. 또한 그 개념상 시장의 상태에 필요한 만큼의 규제를 할 수 있어 비례원칙에도 부합된다.⁶³⁾

다. 경쟁상황평가제도의 개선점

경쟁상황평가제도의 위와 같은 장점에도 불구하고 불확실성, 전문성, 비용의 측면에서 한계도 노출된다. 통신시장에 대한 경쟁상황평가는 현재 상태에 대한 평가뿐만 아니라 가상적 상황(유효경쟁상황)에 대한 평가와 장래 예측적 평가의 측면도 있어서 평가의 불확실성은 더욱 높아진다. 이러한 요소들은 경쟁상황평가로 인한 규제의 합리화 기능을 상쇄시켜, 시장점유율 등의 단순·명료한 기준에 비해 오히려 피규제자의 규제에 대한 예측가능성을 떨어뜨리는 등 부정적 효과를 가져 올 수 있다. 또한 규제를 집행하는 행정청의 재량권 행사가 경쟁상황평가라는 전문적 평가를 정당화 근거로 내세워서 실제로는 자의적으

61) 이희정, “경쟁상황평가를 기초로 한 통신규제 모델”, 「행정법연구」 제18호, 2007, 2-3면

62) 전기통신사업법 제34조 (경쟁의 촉진) ② 미래창조과학부장관은 제1항에 따라 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁환경의 조성을 위한 경쟁정책을 수립하기 위하여 매년 기간통신사업에 대한 경쟁상황 평가를 실시하여야 한다.

63) 이희정, 각주 61)의 논문, 3-4면

로 이루어 질 수도 있다. 경제학적 분석에 대해서는 그 전문성으로 인해 사후적 심사 특히 사법심사가 용이하지 않다.⁶⁴⁾ 그리고 규제비용이 높다는 점 자체도 단점이지만, 이러한 규제비용이 충분히 조달되지 못함으로 인해 경쟁상황평가의 빈도나 질적 수준이 확보되지 못한다면, 경쟁상황평가의 장점이 구현될 가능성보다는 오히려 위에서 말한 단점이 더 두드러지게 될 것이다.⁶⁵⁾

따라서 실제로 경쟁상황평가에 기초한 규제가 장점을 발휘하려면, 평가의 독립성과 전문성, 이해관계인의 수렴절차, 평가결과와 규제결정이 관련성 등 여러 조건이 충족되어야 한다. 경쟁상황평가는 완성된 제도가 아니라 아직 발전 단계에 있는 제도로서, 정부는 단계별로 경쟁상황평가 활용의 정도와 규제와의 연관성 등에 대해 명확히 밝히고 이에 대해 피규제자인 통신사업자들과 통신규제로 인한 공익의 궁극적인 수혜자인 소비자집단의 피드백과 합의를 구해나갈 필요가 있다.⁶⁶⁾

VI. 결론

이상에서 규제완화, 규제개혁의 기치아래 추진되고 있는 민영화의 다양한 양태와 그 과정에서 일어나는 제반 문제들, 그리고 이에 대처하는 국가에게 요구되는 새로운 임무와 규제에 대해서 알아보았다. 민영화 그 자체는 국가의 정책적 목적을 실현하기 위한 수단일 뿐, 그 자체가 목적이 될 수는 없다. 민영화의 대상과 형태는 다양하기 때문에, 어떠한 정책목적을 달성하기 위하여 어떠한 임무를 수행하는 어떠한 공기업을 어떠한 수단에 의하여 어디까지 민영화할 것이며, 또한 민영화 이후의 규제체계를 어떻게 마련할 것인가는 국가의 재량 영역에 해당한다. 중요한 것은 민영화로 인해 국민의 기본권보호가 흔들려서는 안된다는 점, 사회국가원리상의 생존배려영역에 대한 국가의 개입

64) 영국에서는 통신규제 관련 결정에 관한 불복심사를 위해 별도의 전문기관-경쟁이의심판소(Competition Appeal Tribunal)-를 설치하고 있어, 우리의 경우도 고려해볼 필요가 있다.

65) 이회정, 각주 61)의 논문, 15면

66) 이회정, 각주 61)의 논문, 26면

의무는 여전히 유지되어야 한다는 점, 그리고 민영화와 새로운 규제 과정에 이해당사자의 참여를 보장하여 민주주의 원리와 사회통합을 지켜야 한다는 점일 것이다.

참고문헌

[단행본]

- 김석준 외, 「거버넌스의 정치학」, 법문사, 2002.
김중권, 「행정법기본연구Ⅱ」, 법문사, 2010.
박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010.
Anne Mette Kjær, 이유진 역, 「거버넌스」, 오름, 2007.

[논문]

- 길준규, “세계화시대의 생존배려 개념의 변화”, 「공법학연구」 제7권 제5호, 2006.
김태윤, “민영화, 규제개혁, 그리고 시장의제”, 「한국행정학보」 제34권 제3호, 2000.
문병효, “최근 독일행정법의 변화와 시사점-유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로-”, 「고려법학」 vol.52, 2009.
박 신, “민영화의 헌법적 문제”, 「법학논총」 제11집, 국민대학교 법학연구소, 1999.
박재윤, “독일 공법상 국가임무론에 관한 연구-우리나라 전력산업과 관련하여-”, 서울대학교 박사학위논문, 2010.
박재정·심창학, “프랑스 공기업의 민영화와 국가역할”, 「국제정치논총」 제40집 2호, 2000.
양채열, “민자유치사업에 대한 비판적 검토”, 「한국행정학회 2006년도 동계학술대회 발표논문집(上)」, 2006.
이원우, “민영화에 대한 법적 논의의 기초”, 「한림법학 Forum」 제7권, 1998.
_____, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰”, 「행정법연구」 제3호, 1998.

- _____, "경제규제와 공익", 『서울대학교 법학』 제47권 제3호, 2006.
- _____, "공기업 민영화 정책의 전략과 과제-법 및 법정정책의 역할을 중심으로-", 『재정법연구』 창간호, 2008.
- _____, "통신시장규제에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계", 『행정법연구』 제14호, 2005.
- 이창원, "공기업 개혁과 민영화", 『고시계』 통권 제685호, 고시계사, 2014.
- 이희정, "경쟁상황평가를 기초로 한 통신규제 모델", 『행정법연구』 제18호, 2007.
- 조은경, "민영화와 부패:민영화 유에 따른 부패 발생요인에 대한 사례분석을 중심으로", 2005년도 한국행정학회 춘계학술대회, 2005.
- 허경미, "독일의 교정 및 보호관찰의 특징에 관한 연구", 『교정연구』 제62호, 한국교정학회, 2014.

[기타]

경향신문 2008.8.11. www.khan.co.kr

매일경제 2008.10.28. www.mk.co.kr

연합뉴스 2010.3.18. www.yna.co.kr

조선일보 2010.3.8. www.chosun.com

[Abstract]

Regulatory Administration in Privatization

Kwak, Jung-Ki

The Master's Course, Law School, Chungnam National University

Due to the Thatcherism of the 1970s, a wave of neo-liberalism has been propagating through the world around the United Kingdom and the United

States. The governments sought to relax the regulations and increase the efficiency of the market. So, they tried to find the way of reducing the influence of the government and this extended to the privatization of the function of government and public companies

In South Korea, the privatizations are being promoted from the areas of contracting-out for social overhead capital facilities to the criminal administration as a exclusive administrative field. In addition, even the public company that was responsible for the care for survival of the nation is promoting the process of the privatization.

Privatization is to transfer the administrative functions of the government itself, rather than is to transfer the administrative tasks simply. And it causes a new problem what would be happened to the former responsibilities belonged by the government.

In this these, I arranged the concept of privatization in terms of cooperation and investigated the types of privatization. In addition, I found the situations of inefficiency, corruption and monopoly as a problem that emerged after the privatization and the risk of private monopoly in the area of governmental benefits about the care for survival of the nation. I recognized the need for professional regulation as countermeasures for these problems, in this regard, I reviewed the role of the competitive assessments in the telecommunication market. Above all, protecting the human rights, the principles of democracy and social integration through the participation of stakeholders are required in the process of the privatization.

Key words : Privatization, deregulation, public company, professional regulation, competitive assessment