

한국재정법학회 · 콘라드 아데나워 재단 공동학술대회

재정법과 공공조달법

- ❖ 일 시 : 2017년 12월 8일 (금) 오후 1시 - 6시 20분
- ❖ 장 소 : 이화여자대학교 법학전문대학원 법학관 405호
- ❖ 주 최 : 한국재정법학회, 콘라드 아데나워 재단
- ❖ 후 원 : 이화여자대학교 법학연구소

한국재정법학회 · 콘라드 아데나워 재단 공동학술대회

재정법과 공공조달법

- ❖ 일 시 : 2017년 12월 8일 (금) 오후 1시 - 6시 20분
- ❖ 장 소 : 이화여자대학교 법학전문대학원 법학관 405호
- ❖ 주 최 : 한국재정법학회, 콘라드 아데나워 재단
- ❖ 후 원 : 이화여자대학교 법학연구소

한국재정법학회 · 콘라드 아데나워 재단 공동학술대회

- 일 시 : 2017. 12. 8(금), 13:00 - 18:20(만찬)
- 장 소 : 이화여자대학교 법학전문대학원 법학관 405호
- 대주제 : 재정법과 공공조달법

일 시	발 표 및 내 용	비 고
13:00~13:30	등 록	
13:30~13:45	개회식 사 회: 정영철 교수(한국재정법학회 총무이사) 개회사: Stefan Samse 소장(콘라드 아데나워 재단 한국사무소) 김성수 교수(연세대학교, 한국재정법학회회장)	
13:45~13:55	축 사: Weert Börner 부대사(주한 독일 대사관)	
13:55~14:00	기 념 촬 영	
제1부: 유럽연합 공공조달 및 민간투자법제의 수용 사회: Stefan Samse 소장(콘라드 아데나워 재단 한국사무소)		
14:00~15:00	제1주제: EU 민간투자법제 및 공공조달법제의 한국재정법제에의 수용 - 2014년 EU 특허지침(Concession Directive)을 중심으로 발표: 김대인 교수(이화여자대학교 법학전문대학원) 토론: 황창용 교수(원광대학교) / 권경현 변호사(법무법인 진운)	
Coffee Break(15:00-15:20)		
제2부: 유럽연합 신공공조달지침과 한국 지방조달행정 사회: 이전오 교수(성균관대학교 법학전문대학원)		
15:20~16:20	제2주제: EU 신공공조달지침하에서의 독일 법제에 대한 비교연구 - 공법적 제도를 중심으로 발표: 박재윤 교수(충북대학교 법학전문대학원) 토론: 강기홍 교수(서울과기대학교) / 김진영 박사(민주연구원)	
16:20~17:20	제3주제: 한국의 공공구매 기술혁신제도와 재정정책적 개선 방안 발표: 김대식 박사(한국조달연구원) 토론: 박주석 교수(서경대학교) / 이장희 교수(창원대학교)	
종 합 토 론		
17:20~18:20	좌 장: 김성수 교수(연세대학교, 한국재정법학회회장) 종합토론: 정해방 교수(건국대학교, 한국재정법학회 고문) 김해룡 교수(한국외국어대학교, 한국재정법학회 고문) 황도수 교수(건국대학교) 김정훈(한국조세재정연구원 부원장) 옥동석 교수(인천대학교, 前 조세재정연구원장)	
폐 회 식		
만 찬		

*본 행사는 한-독 동시통역으로 진행됩니다.

개 회 사

안녕하십니까?

한국재정법학회 회장 김성수입니다.

바로 엊그제인 12월 6일에 약 429조의 새해 예산안이 국회를 통과하였습니다. 문재인 정부의 시금석이 될 수 있는 새해 예산안이 당초안보다 1,375억 원 정도 삭감된 상태로 통과된 것입니다. 많은 진통과 우여곡절이 있었습니다만 이른바 ‘슈퍼 예산’의 큰 정부가 도래하였다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없는 것 같습니다. 이러한 큰 정부에서는 국가의 공공조달의 규모도 비례해서 커질 수밖에 없으며, 이에 대한 학문적·실제적 논의가 이루어져야 함은 논리적 필연에 가깝습니다.

이러한 배경에서 우리 한국재정법학회에서는 재정 전반과 공공조달의 문제를 이번 동계학술대회를 통하여 다루고자 합니다. 더욱이 이번 학회는 독일을 비롯한 유럽연합의 상황과 정책 등에 대한 비교연구를 통하여 좀더 거시적인 안목에서 이 문제를 조망하고자 합니다. 그리하여 이번 학회의 주제를 ‘재정법과 공공조달법’으로 정하여 콘라드 아테나워 재단과 공동으로 기획하고 이화여자대학교 법학연구소가 후원을 해 주셨습니다.

제1부에서는 김대인 교수께서 ‘유럽연합 공공조달 및 민간투자법제의 한국재정법제에의 수용’이라는 주제로 발제를 맡아주셨습니다. 제2부에서는 박재운 교수께서 ‘유럽연합 신공공조달지침하에서의 독일 법제에 대한 비교연구’라는 주제로 발제를 해 주시고, 제3부에서는 김대식 박사께서 ‘재정법과 지방조달행정법의 관계’라는 주제로 심도 있는 발제를 해 주시겠습니다. 마지막 순서로 다섯 분의 종합토론이 이어지게 됩니다.

아울러 재정법에 대한 여러 전문가들이 토론을 맡아 주셔서 이번 기회에 ‘재정법과 공공조달법’에 대한 여러 쟁점과 대안을 미리 논의할 수 있는 담론의 장이 펼쳐지리라 생각합니다.

바쁘신 와중에도 금번 한국재정법학회와 콘라드 아데나워 재단이 공동으로 마련한 학술대회에 참석하셔서 축사를 해 주시는 베르트 뵈르너(Weert Börner) 주한 독일대사관의 부대사님과 제1부 사회를 맡은 아데나워 한국사무소 소장이신 슈테판 잠제(Stefan Samse) 소장님께도 심심한 감사의 말씀을 전합니다.

추운 날씨에도 시간을 할애해 학술대회에 참석해주신 내외 귀빈 여러분들께 다시 한번 대단히 감사드립니다.

2017년 12월 8일

한국재정법학회장 김성수 올림

목 차

[제1부] 유럽연합 공공조달 및 민간투자법제의 수용

- 제1주제 EU 민간투자법제 및 공공조달법제의 한국재정법제에의 수용
 - 2014년 EU 특허지침(Concession Directive)을 중심으로
 - ▷ 발 표 : 김대인 교수(이화여자대학교 법학전문대학원) 5
 - ▷ 토 론 : 황창용 교수(원광대학교) 38
 - 권경현 변호사(법무법인 진운) 40

[제2부] 유럽연합 신공공조달지침과 한국 지방조달행정

- 제2주제 EU 신공공조달지침하에서의 독일 법제에 대한 비교연구
 - 공법적 제도를 중심으로
 - ▷ 발 표 : 박재윤 교수(충북대학교 법학전문대학원) 49
 - ▷ 토 론 : 강기홍 교수(서울과기대학교) 65
 - 김진영 박사(민주연구원) 66

- 제3주제 한국의 공공구매 기술혁신제도와 재정정책적 개선 방안
 - ▷ 발 표 : 김대식 박사(한국조달연구원) 71
 - ▷ 토 론 : 박주석 교수(서경대학교) 91
 - 이장희 교수(창원대학교) 94



제1부

유럽연합 공공조달 및 민간투자법제의 수용

사회: Stefan Samse 소장
(콘라드 아데나워 재단 한국사무소)

제1주제

**EU 민간투자법제 및 공공조달법제의
한국재정법제에의 수용**

- 2014년 EU 특허지침(Concession Directive)을 중심으로

EU 민간투자법제 및 공공조달법제의 한국재정법제에의 수용*

- 2014년 EU 특허지침(Concession Directive)을 중심으로

김대인 교수 (이화여자대학교 법학전문대학원)

I. 서 론

민간투자를 통해 사회기반시설을 확충하는 민간투자사업은 1994년에 제정된 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법」(이하 민간자본유치촉진법)을 근거로 실시되기 시작하였다.¹⁾ 이러한 민간자본유치촉진법은 2005년에 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 민간투자법)으로 이름이 변경되었고, 현재 이 이름으로 시행되고 있다.²⁾ 이처럼 우리나라에서 민간투자법제가 시행된 지 20년이 넘게 흐르는 동안, 동 법제는 우리나라 사회기반시설의 확충에 여러모로 기여하여 왔으나 시행과정에서 다양한 문제점들이

* 이 글은 이호준·김대인 외, 『서비스 분야 민간투자사업 활성화 방안 연구』, 한국개발연구원, 2015; 이과섭·김대인 외, 『경쟁적 협의 절차에 관한 세부요령 작성 연구』, 한국개발연구원, 2016; 이선정·김대인 외 『민간투자사업의 실시협약 변경에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2017 등의 본인의 선행연구를 종합적으로 정리하면서 논문형식으로 대폭적으로 수정·보완한 것이다.

- 1) 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법」은 제정이유를 “사회간접자본시설분야에 민간의 참여를 촉진하여 창의적이고 효율적으로 사회간접자본시설을 확충·운영하도록 하기 위하여 다양한 사회간접자본시설에 공통적으로 적용될 수 있는 민간자본유치의 절차와 방법, 수익성과 경영권의 보장 및 조세감면등 각종 지원에 관한 사항을 규정함으로써 원활한 사회간접자본 시설사업의 추진이 가능하도록 하여 국토의 균형개발, 산업의 경쟁력 강화 및 국민생활의 편익 증진을 도모하려는 것임”으로 밝히고 있다. 국가법령정보센터(www.law.go.kr) 참조.
- 2) 민간투자법제의 연혁에 관해서는 김광수, “사회기반시설을 위한 민간투자 제도의 법적 문제”, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009 참조.

나타나기도 했다.

1) 최소운영수입보장(Minimum Revenue Guarantee: MRG)제도가 재정낭비의 원인이 되었다는 점,³⁾ 2) 재정사업에 의해서 설치된 사회기반시설과 비교해볼 때 민간투자사업으로 설치된 사회기반시설의 경우 과도한 부담이 이용자에게 전가되고 있다는 점,⁴⁾ 3) 충분한 수요예측이 이루어지지 않은 상태에서 민간투자사업이 추진됨에 따라 운영에 어려움을 겪는 사업이 나타나고 있다는 점⁵⁾ 등이 그것이다.⁶⁾ 위와 같은 문제점들은 민간투자법이 제정당시에 추구했던 목표들, 즉 민간의 창의성과 효율성의 활용, 국민의 편익 증대 등이 제대로 달성되지 못한 경우들이 나타나고 있음을 보여준다.

이와 문제점들을 해결하고, 변화하는 사회기반시설 운영현황에 대응하기 위해서 그동안 다양한 노력이 기울여져 왔는데 행정법적인 관점에서 쟁점이 되었던 것들은 크게 다음의 네 가지로 볼 수 있다. 첫째, 공공조달법제와 민간투자법제의 관계정립의 문제이다. 현재 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)과 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 지방계약법)을 중심으로 한 ‘공공조달법제’와 민간투자법을 중심으로 한 ‘민간투자법제’가 구분되어 있는데, 이 두 법제간의 관계가 명확하지 않다는 점이다. 민간투자법에 의해 체결되는 실시협약도 국가나 지자체가 체결하는 계약의 형식인데, 민간투자법에서 실시협약의 모든 측면을 규율하고 있는 것이 아니기 때문에 국가계약법이나 지방계약법의 준용이 어느 정도 가능한지 등이 지속적으로 문제되어 왔다.⁷⁾

-
- 3) 이러한 비판으로 인해 이 제도는 현재 폐지된 상태이며, 최소비용보전방식(Minimum Cost Compensation: MCC)의 활용이 논의되고 있다.
 - 4) 민자도로의 통행료가 지나치게 높다는 문제 지적에 따라 유료도로법의 개정을 통한 민자도로의 통행료 인하가 최근 논의되고 있다.
 - 5) 의정부경전철, 용인경전철 사례 등을 예로 들 수 있다.
 - 6) 민간투자법제의 문제점에 관해서는 윤성철, “재정누수방지를 위한 민간투자법개정방안 - BTO 민간투자사업의 재정누수원인과 최소운영수입보장약정(MRG)의 분석을 중심으로-”, 대한변호사협회 정책세미나자료 1, 2012; 홍석한, “기반시설 민간투자제도에 관한 헌법적 고찰: 민간투자제도의 목적과 그 한계를 중심으로”, 토지공법연구 제58집, 2012 등 참조.
 - 7) 황창용·홍성필 외, 『사회간접자본시설에 대한 민간투자법과 관련법률의 체계에 관한 연구 - 민간투자법의 주요 쟁점 및 인허가 사항을 중심으로 -』, 국토연구원, 2004; 오준근, “독일법체계

둘째, 공사를 전제로 하지 않은 서비스 부문에 초점이 맞추어진 민관협력⁸⁾에 대한 법적 규율을 어떻게 할 것인지 하는 점이다. 현행 민간투자법에서 주로 활용되고 있는 수익형 민간투자방식(Build-Transfer-Operate: BTO)이나 임대형 민간투자방식(Build-Transfer-Lease: BTL) 모두 공사를 전제로 한 것인데, 이미 건설된 민간투자시설의 운영과 같이 서비스 부문에만 초점이 맞추어진 경우를 어떻게 규율할 것인지를 문제이다. 이는 민간투자법제와 민간위탁법제 상호간의 관계를 어떻게 정립할 것인지를 문제와 연결된다.⁹⁾

셋째, 민간투자사업자의 선정절차를 어떻게 개선할 것인가 하는 점이다. 기존의 민간투자사업자 선정절차는 사업자간의 경쟁을 촉진시키지 못할 뿐만 아니라 민간의 창의성을 극대화하는 데에 한계가 있다는 점이 지적되면서 지속적으로 민간투자사업자의 선정절차의 개선필요성이 논의되어 왔다.¹⁰⁾

넷째, 민간투자사업의 실시 도중에 실시협약의 변경을 어떤 범위 내에서 허용할 것인지, 이와 관련해서 발주처와 민간사업자간의 위험분배를 어떻게 할 것인지 하는 점도 문제가 되어 왔다.¹¹⁾ 이와 관련해서 민간투자법 제47조에 따른 공익처분의 활용가능성도

상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008; 김대인, 『민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구(I) - 정부계약법과의 관계정립을 중심으로-』, 한국법제연구원, 2009 등 참조.

8) 이를 통상적으로 서비스 PPP(Public Private Partnership)라고 부르고 있다. 광의의 서비스 PPP는 ‘사업시행자에 의해 사회기반시설의 신설, 증설, 개량과 함께 서비스가 제공되거나, 서비스만을 제공하는 사업 등과 같이 민간에 의해 공공서비스의 제공이 수반되는 모든 사업’을 의미하는 것으로 정의되고 있다. 그리고 협의의 서비스 PPP는 ‘사업시행자에 의해 사회기반시설의 개량과 함께 서비스가 제공되거나 서비스만을 제공하는 사업’을 의미하는 것으로 정의되고 있다(이호준·김대인 외, 서비스 분야 민간투자사업 활성화 방안 연구, KDI 공공투자관리센터, 2015, 63면 참조). 사회기반시설이 이미 어느 정도 갖추어지고 실시협약기간도 만료된 상태에서 운영과 같은 서비스 자체에 초점이 맞추어진 민관협력의 필요성이 커지고 있다.

9) 황지혜, “운영형 민간투자사업에 관한 비교법적 고찰 - 공공시설 등 운영권 제도를 중심으로 -”, 토지공법연구 제77집, 2017 참조.

10) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 2008; 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 외법논집 제34권 제1호, 2010; 김해룡, “PPP에 있어서의 법적 과제”, 법학논고(경북대학교) 제35집, 2011 등 참조.

11) 황창용, “민간투자사업에 있어서 법령변경에 따른 위험과 그 배분”, 원광법학 제26권 제4호, 2010; 권경현, “지역발전을 위한 민간투자사업법인의 건전화방안”, 지방자치법연구 제11권 제

지속적으로 논의되어 왔다.¹²⁾

이러한 문제점들을 해결하기 위해서는 외국의 법제를 참고할 필요가 있는데, 이 글에서는 유럽연합(European Union: EU)의 민간투자법제를 중점적으로 살펴보고자 한다. EU에서 민간투자법제에 관한 대표적인 법제로는 2014년에 새롭게 제정된 EU 특허지침(Concession Directive)을 들 수 있다.¹³⁾ 이 지침에서는 민간투자(Private Finance Initiative: PFI) 또는 민관협력(Public Private Partnership: PPP)의 개념에 대해서 특별히 정의하고 있지는 않지만, 이의 대표적인 유형이라고 할 수 있는 특허에 대해서 정의하고 있다. 또한 EU 공공조달지침(Public Procurement Directive)도 민간투자와 관련된 계약방식(경쟁적 협의)을 두고 있다.

이 글에서 EU의 특허지침(Concession Directive)을 중점적으로 보고자 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, EU는 2011년 우리나라와 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA)를 체결한 바 있고, 여기에서는 정부조달부문을 두고 있는데 민간투자시장도 일부 개방하는 내용이 포함되어 있다. 특히 동 협정문에는 EU의 특허(concession)개념과 우리나라의 BOT(Build-Operate-Transfer)개념이 함께 병렬적으로 명시되어 있다.¹⁴⁾ EU의 특허법제

1호, 2011; 문수영, 민간투자법상 실시협약에 대한 연구: 영국법제를 중심으로, 이화여대 법학 박사학위논문, 2013 등 참조.

12) 박종준, “공익을 위한 처분’에 관한 소고”, 법학연구(충남대학교) 제27권 제4호, 2016 참조.

13) ‘concession’이라 함은 발주청 또는 발주주체가 공사(또는 서비스)의 수행을 사업자에게 맡기기 위해서 계약을 체결하면서, 이에 대한 대가의 지급이 오직 시설을 사용할 수 있는 권리를 부여함으로써 이루어지거나, 이 권리와 함께 금전적인 대가지급을 하는 방식으로 이루어지는 것을 말한다. 가장 전형적인 경우는 민간자본투자를 통해 도로를 건설하고 사업자는 통행료를 이용자에게 부과하여 투gk자본을 회수하는 방식을 들 수 있다. 이는 우리나라의 수익형 민간투자사업(BTO)과 유사한 개념이라고 할 수 있다. ‘concession’을 ‘양허’로 번역하기도 하지만, 통행료 부과권과 같이 특별한 권한을 사업자에게 설정한다는 측면에서 ‘특허’로 번역하는 것이 보다 적절하다고 판단된다. 행정법학계에서도 이렇게 번역하는 것이 보다 일반적인 것으로 보인다. ‘concession’ 개념의 연혁에 대해서는 송시강, “행정법상 특허 개념의 연혁과 현황”, 홍익법학 제10권 제1호, 2009 참조.

14) 김대식, “한·EU FTA 정부조달분야 예상쟁점 검토”, 국제경제법연구 제7권 제1호, 2009; 김대인, “한·EU FTA의 법적 쟁점: 정부조달분야를 중심으로”, 유럽헌법연구 제10호, 2011 등 참조.

를 한국의 민간투자법제와 비교하여 보는 것은 양 무역당사국간의 거래를 원활하게 하는데 도움을 줄 수 있다.

둘째, EU에서 특허(Concession)는 그 중의 일부(공사특허)가 기존에 공공조달지침(Public Procurement Directive)에서 규율이 되다가 2014년도에 독립하여 특허지침이 제정되기에 이르렀다. 이러한 EU의 특허지침 제정배경은 우리나라에서 공공조달법제와 민간투자법제간의 관계정립을 하는 데 일정한 시사점을 제공해줄 수 있다. 또한 EU 특허지침에서 사용하고 있는 서비스특허의 개념은 우리나라에서 공사를 전제로 하지 않는 서비스부문 민관협력사업의 법령정비를 하는 데에 주요한 참고자료가 될 수 있다.

셋째, EU 특허지침에서는 사업자선정절차와 실시협약의 변경에 관한 규정을 두고 있어서 우리나라의 관련법제의 개선에 중요한 참고자료가 될 수 있다. 사업자선정절차와 관련해서는 EU 공공조달지침에서 규율하고 있는 경쟁적 협의(competitive dialogue)제도도 함께 살펴볼 필요가 있다. EU 특허지침에서는 계약변경의 한계에 관해서도 규정을 두고 있어서 참고의 가치가 크다.

넷째, 현재 2014년 EU 특허지침의 개요에 대해서는 소개가 이루어진 바 있으나,¹⁵⁾ 앞서 본 바와 같은 네 가지 쟁점들을 중심으로 양 법제에 대한 구체적인 비교분석이 이루어진 연구는 찾아보기 힘들다. 이러한 점에서도 연구의 가치가 존재한다.

이하에서는 2014년 EU 특허지침의 제정배경을 우선 살펴보고(II), 2014년 특허지침의 개관과 특허의 유형을 검토한 다음(III), 특허와 관련된 사업자선정절차(IV), 특허계약의 변경(V)을 살펴본다. 이러한 EU법제가 우리나라에 주는 시사점(VI)을 이어서 살펴보고, 일정한 결론을 제시해보도록 한다(VII).

15) 선지원, “특허방식의 조달에 대한 새 유럽연합 지침”, 경제규제와 법 제8권 제1호, 2015 참조.

II. EU 특허지침의 제정배경

1. 2014년 이전

EU의 민간투자법제를 살펴보기 위해서는 우선 공공조달과 관련한 법제들을 살펴볼 필요가 있다. EU는 공공(조달)계약과 관련해서 크게 4가지의 지침을 운영하고 있었다.¹⁶⁾ 물품에 관한 지침(Directive 93/36/EEC), 공사에 관한 지침(Directive 93/37/EEC), 용역에 관한 지침(Directive 92/50/EEC), 공익산업(Utility)에 관한 지침(Directive 93/37/EEC)이 그것이다. 이것이 2004년도에 들어와서 2가지로 단순화되게 된다. 물품, 공사, 용역에 관한 지침이 하나로 통합되었고(Directive 2004/18/EC), 공익산업에 관한 지침은 그대로 단일의 지침으로 남게 되었다(Directive 2004/17/EC). 즉, ‘공공조달에 관한 지침’(이하 2004년 공공조달지침)과 ‘공익산업조달에 관한 지침’(이하 2004년 공익산업조달지침)으로 나누어지게 되었다.¹⁷⁾ 그 외에도 2007년에 국방조달에 관한 지침(Directive 2009/81/EC)¹⁸⁾이 제정됨에 따라 공공조달과 관련해서는 크게 3가지의 지침이 마련되었다.¹⁹⁾

2004년 공공조달지침에서는 ‘공사특허’(work concession)의 개념을 인정하고 여기에도 공공조달지침이 원칙적으로 적용됨을 밝히고 있다. 반면에 ‘서비스 특허’(service

16) EU 공공조달법제 일반에 대해서는 강기홍, “EU와 독일법상 공공조달제도: 건축하도급의 공공성제고와 관련하여”, 공법학연구 제13권 제1호, 2012; 김대인, “EU 공공조달법제에 대한 연구 - 2014년 EU 개정 공공조달지침을 중심으로-”, 행정법연구 제41호, 2015 등 참조.

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

18) EU 국방조달지침에 관한 소개로 박재윤, “유럽법상 나타난 국방조달제도의 개혁”, 공법연구 제39집 제3호, 2011 참조.

19) 다음으로 경쟁입찰에서 탈락한 입찰자를 구제하기 위한 구제절차와 관련하여 2가지의 지침을 운영하고 있었다. 공공조달에 관한 구제절차(Directive 89/665/EEC)와 공익산업에 관한 구제절차(Directive 92/13/EEC)가 그것이다. 이들 지침들은 2007년에 들어와서 ‘권리구제에 관한 지침’(Directive 2007/66/EC, 이하 2007년 권리구제지침)에 의해 실질적으로 변경되었다.

concession)에 대해서는 2004년 공공조달지침의 적용이 배제되었다.²⁰⁾ 그러나 서비스 특허의 경우에도 EU기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)상의 상품의 자유로운 이동의 원칙, 기업설립의 자유, 서비스 제공의 자유, 이로부터 도출되는 동등대우, 무차별, 상호승인, 비례성, 투명성 원칙의 적용을 받는다고 보았다.²¹⁾

2. 2014년 이후

이후에 EU의 경제적, 사회적, 그리고 정치적 상황과 현존하는 예산계약으로 인해 EU 지침의 개정이 필요하게 되었고, 그 결과로 2014년에 공공조달지침이 개정되었고(Directive 2014/24/EU), 공익산업지침도 개정되었다(Directive 2014/25/EU). 또한 기존에 별도의 지침이 존재하지 않았던 특허(Concession)에 관해서도 별도의 지침이 2014년에 제정되었다(Directive 2014/23/EU, 이하 EU 특허지침). 이처럼 특허에 관해서 별도의 지침이 제정된 배경에 대해서 2014년 EU 특허지침의 입법이유(Recital)에서는 다음과 같이 설명하고 있다.

특허(concession)의 낙찰을 규율하는 유럽연합 차원의 분명한 규칙의 부재는 법적인 불안정성을 낳았고 자유로운 서비스의 공급에 장애가 되었으며 역내시장의 기능 왜곡을 가져왔다. 그 결과로 사업자들, 특히 중소기업들은 역내시장에서 자신들의 권리를 박탈당했고, 발주자들은 유럽연합의 시민들이 적절한 가격에 좋은 품질의 서비스로부터 이익을 얻을 수 있도록 공공재원을 최선의 방법으로 사용할 수 있는 방법을 찾을 수 없었다. 특허의 낙찰에 대한 적절하고 균형 잡히고 탄력적인 법적 틀은, 모든 유럽연합의 사업자들에게 효율적이고, 무차별적으로 시장에 접근하는 것을 보장하게 될 것이며, 사회기반시설에 대한 공공투자를 선호하게 만들고 시민들에게 전략적인 서비스를 선호하게 만드는 법적인 안정성을 확보하게 될 것이다. 이러한 법적 틀은 또한 사업자들에게 더 큰 법적인 안정성을 부여하게 될 것이며, 국제공

20) 공공공사특허의 예로는 도로를 민간자본으로 건설하고 이용자로부터 통행료를 받는 것을 들 수 있고, 서비스특허의 예로는 기존에 설치되어 있는 공공화장실에 대해서 민간자본으로 관리 서비스를 제공하고 이용자로부터 화장실이용료를 받는 것을 들 수 있다.

21) SIGMA, Concessions and PPPs, 2011, p. 5 참조.

공조달시장을 더 공개하고, 국제무역을 강화하는 기초이자 수단이 될 수 있다. 특히 유럽연합의 특허시장 전반에서 중소기업의 참여기회를 증대하는 데에 특별히 중점이 주어져야 한다.²²⁾

다음으로 2014년 특허지침에서는 이 지침이 행정서비스제공과 관련한 각국의 민영화(민간위탁)정책에 직접적인 영향을 미치는 것을 피하고자 한다는 점을 다음과 같이 명확히 하고 있다.

이 지침은 회원국들과 행정청들이, 공사를 하고 서비스를 제공하는 가장 적절하다고 판단하는 행정수단을 결정하는 권리를 승인하고 재확인한다. 특히 이 지침은 회원국과 행정청이 직접 공사나 서비스를 제공할지, 아니면 이를 제3자에게 위탁을 하여 제공하도록 할 것인지 여부에 대해서 결정할 수 있는 자유에 어떤 방식으로든 영향을 미치지 않는다. 회원국 또는 행정청은 EU법에 따라, 그들의 공공정책목표를 추구하기 위해서, 서비스의 품질 또는 가격과 관련한 모든 조건을 포함하여 제공되어야 하는 서비스의 성격을 정의하고 특정할 수 있는 자유를 여전히 보유한다.²³⁾

위와 같은 내용이 들어간 것은 수도서비스 민간위탁과 같이 민감한 사안에 대해서는 각국의 상황에 따라 결정할 수 있는 권한을 인정하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이러한 이유로 2014년 특허지침에서는 특허를 통해 민간사업자가 제공해야 하는 서비스와 공공주체가 스스로 제공해야 서비스의 구분기준 등에 대해서는 일체의 규정을 두지 않고 있다.

EU 특허지침에서는 공사특허와 서비스특허를 모두 아우르는 규율을 하고 있다. 앞서 설명했듯이 2014년 이전에 공사특허는 2004년 공공조달지침에서, 서비스특허는 EU기능조약의 규율을 하는 2원 체제를 채택하고 있었는데 이러한 체제에 대해서는 많은 문제점이 지적되었고 그 결과 2014년에 EU 특허지침을 새롭게 제정하면서 양자를 모두 포함하는 규율을 하게 된 것으로 볼 수 있다.²⁴⁾

22) EU 특허지침 Recital (1)

23) EU 특허지침 Recital (5)

24) EU 특허지침 Recital (4)

Ⅲ. EU 특허지침의 개관 및 특허의 유형

1. EU 특허지침의 개관

EU 특허지침은 총 55개 조문으로 구성되어 있다. 이는 크게 5개의 파트로 구성되어 있는데, 1) 계약의 주체, 적용범위, 원리 및 정의(제1조부터 제29조), 2) 특허의 입낙찰절차(사업자선정절차)와 관련된 일반적인 원리 및 절차적인 보장(제30조부터 제41조), 3) 특허의 이행과 관련한 절차(제42조부터 제45조), 4) 기존 지침의 개정(제46조, 제47조), 5) 권한의 위임, 국내법적으로 전환 등 기타 규정(제48조부터 제55조)가 그것이다.²⁵⁾

이러한 EU 특허지침은 2014년 공공조달지침과 상당부분 그 내용이 유사하다. 주요한 용어에 대한 정의(제5조), 사회적 가치를 고려한 계약체결에 대해서 탄력성을 부여하고 있는 내용(제19조), 계약의 변경과 관련한 내용(제43조) 등이 공공조달지침의 내용과 유사하다. 또한 공공공사특허의 경우 특허지침이 적용되는 하한선(5,225,000유로)이 중앙 정부의 공사계약에 대해서 적용되는 공공조달지침의 하한선(5,225,000유로)과 동일하다. 특허의 입낙찰절차(사업자선정절차) 정도가 공공조달지침의 내용과 차이가 있는 점이라고 할 수 있다.²⁶⁾

이처럼 EU 특허지침의 상당부분이 공공조달지침과 같고, 특허의 사업자선정절차도 얼마든지 공공조달지침에서 규율이 가능하다는 점에서 특허에 대해서 독립된 지침을 제정할 필요가 있었는지에 대해서는 의문이 제기되고 있기도 하다.²⁷⁾ 그러나 기존에 서로 다른 취급을 받던 공사특허와 서비스특허를 통일적으로 규율하고 사업자선정절차도 이에 적합하게 구성했다는 점이 특허지침이 독립되게 규율된 취지로 이해해볼 수 있을 것이다.

25) Craven, Richard, “The EU’s 2014 Concession Directive”, P.P.L.R. 2014, 4, p. 190 참조.

26) Craven, Richard, “The EU’s 2014 Concession Directive”, P.P.L.R. 2014, 4, p. 188 참조.

27) 영국의 대표적인 공공조달법 학자인 Sue Arrowsmith(영국 노팅엄대) 교수는 2014년 8월 15일 아일랜드에서 열린 International Public Procurement Conference(필자도 여기에 참석했다)에서 주제발표를 통해 특허는 기존에 장기로 체결되던 공공조달과 근본적인 차이점이 없기 때문에 이를 독립하여 지침으로 규율한 것이 불필요하다는 견해를 강력히 피력한 바 있다.

2. 특허의 유형

EU 특허지침 제5조에서는 특허의 종류를 공사특허와 서비스특허로 나누어서 다음과 같이 정의하고 있다.

EU 특허지침 제5조(정의)

(1) ‘특허’(concession)는 공사특허와 서비스특허를 의미한다.

(a) ‘공사특허’(work concession)이라 함은 하나 또는 그 이상의 발주청 또는 발주주체²⁸⁾가 공사의 수행을 하나 또는 그 이상의 사업자에게 맡기기 위해서 서면에 의해서 체결되는 금전적인 이해관계가 있는 계약을 말한다. 이에 대한 대가의 지급은 오직 시설을 사용할 수 있는 권리를 부여함으로써 이루어지거나, 이 권리와 함께 금전적인 대가지급을 하는 방식으로 이루어진다.

(b) ‘서비스특허’(service concession)라 함은 하나 또는 그 이상의 발주청 또는 발주주체가 (a)에서 언급한 공사의 시행과 관련된 서비스 이외의 서비스의 제공이나 관리를 하나 또는 그 이상의 사업자에게 맡기는 금전적인 이해관계가 있는 계약을 말한다. 이에 대한 대가의 지급은 오직 서비스를 사용할 수 있는 권리를 부여함으로써 이루어지거나, 이 권리와 함께 금전적인 대가지급을 하는 방식으로 이루어진다.

공사나 서비스특허의 낙찰은 수요 또는 공급 리스크 또는 양자를 포함하여 시설 또는 서비스를 사용함에 있어서 운영리스크를 특허권자(concessionaire)에게 이전하는 것을 포함해야 한다. 특허권자는 다음과 같은 경우에 운영리스크를 부담하는 것으로 간주된다. 즉, 일반적인 운용조건하에서 특허의 본체에 해당되는 시설이나 서비스의 운영에서 발생하는 투자나 비용을 보전하는 것이 보장이 되지 않는 경우가 그것이다. 특허권자에게 이전된 리스크의 일부는, 특허권자에게 발생한 잠재적 추정손실이 단순히 형식적이거나 무시가능한 수준이 아닌 것일 수도 있을 정도로 시장의 엄정성에 실재로 노출되는 것을 포함해야 한다.

이처럼 특허(concession)란 하나 또는 그 이상의 발주청 또는 발주주체가 공사의 수행

28) EU 특허지침에서는 발주청(contracting authority)과 발주주체(contracting entity)의 개념을 구분하고 있다. 그리고 발주주체는 부록(Annex) II에 열거된 행위 중 하나를 수행하기 위한 목적으로 특허계약을 낙찰하는 공공기관을 의미한다고 규정하고 있다(EU 특허지침 제7조). 부록 II에 열거된 행위로는 가스, 전기, 교통, 우편서비스 등을 들 수 있다.

이나 서비스의 제공이나 관리를 하나 또는 그 이상의 사업자에게 맡기는 금전적인 이해 관계가 있는 계약을 말한다. 이러한 계약의 목적은 특허의 수단을 이용해서 공사 또는 서비스를 조달하는 데에 있으며, 이에 대한 대가의 지급은 시설이나 서비스를 사용할 수 있는 권리를 부여함으로써 이루어지거나 이와 함께 금적인 대가지급을 하는 방식으로 이루어진다. 이러한 계약은 반드시 소유권을 발주청 또는 발주주체에게 이전하는 것을 포함할 필요는 없으나, 발주청이나 발주주체가 항상 해당 시설이나 서비스로 인한 이익을 취득해야 한다.²⁹⁾ 공사특허와 서비스특허가 혼합된 계약도 가능하다. 이에 관해서 EU 특허지침에서는 제20조³⁰⁾에서 규정을 두고 있다. 위와 같이 특허개념을 정하게 된

29) EU 특허지침 Recital (11) 참조.

30) EU 특허지침 제20조(혼합계약)

- ① 공사와 서비스 양자를 본체로 하는 특허는 해당계약의 주된 본체(main subject-matter)를 이루는 특허의 유형에 적용되는 규정에 따라 낙찰이 이루어져야 한다.
부분적으로 부록IV의 사회 그리고 기타 특정서비스가 들어가고, 부분적으로 나머지 서비스가 들어가는 혼합계약(mixed contract)의 경우에는, 각 서비스의 추정치 중이 어느 것이 더 크지에 따라 주된 본체가 결정되어야 한다.
- ② 해당계약의 서로 다른 부분들이 객관적으로 분리될 수 있는 경우에는, 제3항과 제4항이 적용된다. 해당계약의 서로 다른 부분들이 객관적으로 분리될 수 없는 경우에는, 제5항이 적용된다.
해당계약의 일부분이 EU기능조약 제346조의 적용을 받는 경우에는, 이 지침 제21조가 적용된다.
대여섯가지의 행위들을 다루는 계약으로서, 그 중의 하나가 이 지침 부록II의 적용을 받거나 Directive 2014/25/EU의 적용을 받는 경우에는, 적용받는 규정은 각각 이 지침 제22조 그리고 Directive 2014/25/EU의 적용을 받는다.
- ③ 계약이 이 지침의 적용을 받는 요소뿐만 아니라 이외의 다른 요소들도 본체로 삼는 경우에는, 발주청과 발주주체는 각 부분에 대해서 분리된 계약을 낙찰하는 것을 선택하는 것이 가능하다. 발주청 또는 발주주체가 서로 다른 부분에 대해서 서로 다른 계약을 낙찰하기로 선택하는 경우, 이들 분리된 계약 중 어느 계약에 어느 법이 적용되는지를 결정하는 것은 관련된 분리계약의 특성을 기반으로 하여야 한다.
- ④ 혼합계약이 특허의 요소와 함께 Directive 2014/24/EU의 적용을 받는 공공계약이나, Directive 2014/25/EU의 적용을 받는 공공계약의 요소를 포함하는 경우에는, 혼합계약은 각각 Directive 2014/24/EU과 Directive 2014/25/EU에 따라 낙찰이 이루어져야 한다.
- ⑤ 해당계약의 서로 다른 부분들이 객관적으로 분리가능하지 않는 경우, 적용되는 법은 해당 계약의 주된 본체에 따라서 결정되어야 한다.

취지는 다음과 같이 설명되고 있다.

특허 및 공공계약 개념의 해석과 관련한 어려움으로 인해 이해관계인 간의 법적인 불확실성이 발생했고 유럽법원에 의한 수많은 판결이 나오게 되었다. 따라서 특허 개념의 정의는 특허 ‘운영리스크’(operating risk)라는 개념을 언급하는 것을 통해 명확해져야 한다. 특허의 주된 특징인 시설이나 서비스를 사용하는 권리는 항상 특허권자에게 경제적 성격의 운영리스크를 이전하는 것을 항상 포함한다. 이는 리스크의 일부는 발주청이나 발주주체에게 남을 수도 있기는 하지만, 일반적인 운영조건하에서는 낙찰 받은 시설이나 서비스의 운영을 위한 투자한 비용을 모두 회수하지 못할 수도 있다는 가능성을 내포한다. 특허의 낙찰을 규율하는 특정의 규칙을 적용하는 것은 다음과 같은 경우에는 정당화되지 못할 것이다. 즉, 발주청 또는 발주주체가, 사업자가 계약의 이행과 관련해서 발생하는 비용과 투자금과 동등하거나 그 보다는 높은 수준으로 최소운영수입을 보장하는 것을 통해서 사업자의 잠재적인 손실을 완화해주는 경우가 그것이다. 동시에 발주청이나 발주주체에 의해서 배타적으로 대가가 지급되는 경우에도 다음과 같은 경우에는 특허로 인정될 수 있다. 시설을 공사하거나 서비스를 공급함에 있어서 사업자에게 드는 투자나 비용에 대한 보전이 서비스나 시설에 대한 실제적인 수요 또는 공급에 의존하는 경우가 그것이다.³¹⁾

이러한 특허의 개념은 다음과 같은 개념과 구별된다. 우선 사업자가 토지나 공공재산, 특허 해양, 항구, 공항분야와 같은 특정의 공물이나 자원을 공법 또는 사법에 따라서 사용하는 권리를 목적으로 하는 특정의 협정으로서, 국가 또는 발주청 또는 발주주체가 특정한 공사나 서비스를 조달함이 없이 단지 일반적인 조건하에 이를 사용할 수 있는 권한을 부여하는 것은 이 지침의 의미에서의 특허에 해당되지 않는다. 공공영역이나 토지 임대차계약로서 임차인에 의한 점유가 개시되기 위한 요건, 재산을 사용하는 방식, 재산의 유지와 관련한 임대인과 임차인의 의무, 임대차의 기간, 임대인에게 재산의 반환, 임차인이 지급해야 하는 임대료 및 사용료 등을 내용으로 하는 계약이 이에 일반적으로 해당된다.³²⁾

그러나 계약이 서비스특허와 물품계약의 요소를 모두 포함하는 경우, 각 서비스 또는 물품의 추정가치 중에서 어느 것이 높은지에 따라 결정해야 한다.

31) EU 특허지침 Recital (18)

다음으로 공중에게 서비스를 제공하는 것을 목적으로 하는 고정된 라인이나 네트워크의 제공이나 운용을 위한 공공부동산의 사용에 대한 권리를 부여하는 협정은, 이러한 협정들이 공급의무를 부과하거나, 발주청이나 발주주체에 의해서 자신에 대한 또는 최종소비자에 대한 서비스취득의 요소를 포함하지 않는 한, 이 지침의 의미에서 특허에 해당하지 않는다.³³⁾ 계약상대방에 대한 금전적 대가의 지급을 포함하지 않고, 서비스를 제공하기 위해서 계약상대방이 든 모든 비용과 투자를 보전하기 위해서 산정된, 규제된 사용료 (regulated tariff)를 기반으로 하여 계약상대방이 지급을 받는 계약은 이 지침의 적용대상에 해당하지 않는다.³⁴⁾

IV. 사업자선정절차

1. EU 특허지침상 절차

(1) 기본원리

EU 특허지침에서는 발주청과 발주주체는 사업자를 동등하게 무차별적으로 대우해야 하며, 투명하고 비례원칙에 부합하는 방식으로 행동해야 한다고 규정하고 있다. 따라서 가치의 추정을 포함하여 특허낙찰절차는 지침의 적용을 회피하기 위한 의도로 만들어져서는 안 되며, 특정의 사업자나 특정의 공사, 물품, 서비스에게 부당하게 특혜를 부여하거나 차별을 하기 위한 목적으로 만들어서는 안 된다.(제3조 제1항)

(2) 특허의 기간

특허의 기간은 특허지침상으로 특별하게 제한되어 있지는 않지만, 국내법에 의해서

32) 우리나라에서 국유재산의 목적외 사용으로 언급되는 공물사용관계를 의미한다고 볼 수 있다.
EU 특허지침 Recital (15) 참조.

33) EU 특허지침 Recital (16)

34) EU 특허지침 Recital (17)

일정한 제한을 두어야 한다는 점을 밝히고 있다. 또한 발주청 또는 발주주체는 요구되는 공사나 서비스에 기반하여 기간을 계산해야 하며, 5년 이상 지속되는 특허의 경우 특허의 최장기한은, 특정한 계약목적 달성을 위해서 요구되는 투자를 고려하여 투자한 자본에 대한 수익률과 함께 공사와 서비스의 운영에 들어간 비용을 회수하기 위해서 합리적으로 예상되는 기한을 넘어서는 안 된다. 이 경우 산정을 위해서 고려된 투자금액은 최초의 투자금액과 특허의 기간동안의 투자금액 양자를 포함해야 한다.(제18조)

(3) 특허공고와 낙찰공고

공사특허와 서비스특허가 혼합된 계약의 경우에는 계약의 본체에 해당되는 것이 무엇인지에 따라 적용되는 규정이 달라짐을 알 수 있다. 이처럼 혼합계약의 법적 성질을 공사특허와 서비스특허 중에 무엇으로 볼 것인지에 대한 논의의 실익이 있는 이유는 공사특허에 적용되는 규정과 서비스특허에 적용되는 규정에 차이가 있기 때문이라고 할 수 있다. 예를 들어 특허지침 부록IV에 열거된 사회적 서비스,³⁵⁾ 기타 특정서비스의 특허는 제31조 제3항,³⁶⁾ 제32조, 제46조, 제47조에 의한 의무만을 진다.(제19조)

예를 들면 특허공고에 있어서 다음과 같은 차이가 있다. 공사특허 등의 경우에는 표

35) 부록 IV에 열거된 사회적 서비스로는 1) 의료, 사회, 그리고 관련 서비스, 2) 행정, 사회교육, 의료, 문화서비스, 3) 필수적인 사회적 안전 서비스, 4) 보험금 서비스(benefit service), 5) 노조, 정치단체 등에 제공하는 서비스를 비롯한 다른 지역공동체, 사회적, 인적 서비스 및 기타 회원제기관의 서비스, 6) 종교서비스, 7) 호텔 및 레스토랑 서비스, 8) 법률서비스, 9) 기타 행정서비스 및 정부서비스, 10) 지역공동체에 대한 서비스의 제공, 11) 교도소 관련 서비스, 공공안전 및 구조서비스, 12) 조사 및 안전서비스, 13) 우편서비스, 14) 기타 서비스, 15) 국제서비스 등이 존재한다.

36) EU 특허지침 제31조(특허공고)

- ① 특허를 낙찰하고자 하는 발주청과 발주주체는 이러한 의사를 특허공고(concession notice)를 통해서 알려야 한다.
- ② 특허공고는 부록 V에 언급된 정보를 담아야 하며, 필요시에는 발주청이나 발주주체에 의해서 유용하다고 판단한 기타 정보들을 표준적인 서식에 따라서 담아야 한다.
- ③ 부록 IV에 언급된 사회적, 기타 서비스에 대한 특허를 낙찰하고자 하는 발주청과 발주주체는 사전정보공고(prior information notice)를 통해서 계획된 특허낙찰공고에 대한 의사를 알려야 한다. 이러한 공고는 부록 VI에 언급된 정보를 담아야 한다.

준적인 특허공고를 해야 하나, 특허지침 부록IV에 열거된 사회적 서비스, 기타 특정서비스의 특허는 사전정보공고(prior information notice)의 방식으로 보다 간략한 방식의 특허공고가 허용된다. 그리고 낙찰공고에 있어서도 차이가 있다. 공사특허의 경우에는 각 낙찰된 날로부터 48일 이내에 낙찰결과를 공고해야 하나, 부록IV에 열거된 사회적 서비스, 기타 특정서비스의 특허는 낙찰결과를 각 4분기 종료일로부터 48일 이내에 그룹으로 모아서 공고하는 것이 가능하다. 즉, 낙찰공고에 있어서도 사회적 서비스의 경우에는 일반적인 공사보다 공고의 의무정도가 낮경감되어 있는 것을 볼 수 있다.

이처럼 사회적 서비스와 관련해서 보다 간략한 절차가 적용되는 것으로 보는 이유는 이들 사회적 서비스들의 경우에는 다양한 문화적 전통으로 인해서 각 회원국들간에 서로 매우 다른 맥락가운데 서비스제공이 이루어지기 때문이다. 이러한 이유로 사회적 서비스의 제공자를 선택함에 있어서 각 회원국들의 발주청이 광범위한 재량권을 부여받아야 한다고 보고 있다.³⁷⁾ 이러한 사회적 서비스 이외의 일반적인 서비스 특허와 공사특허의 경우에는 기본적으로 다음과 같은 규정들이 공통적으로 적용된다.

회원국들은 사회적 취약계층 운영상점(sheltered workshop)과 장애인이나 사회적 취약계층의 사회적, 직업적 통합을 주된 목적으로 하는 사업자들에게 특허입찰절차에 참여할 수 있는 우선적인 권리를 부여하거나 그러한 특허들이 사회적 취약계층 고용프로그램의 맥락에서 이행이 되도록 규정하는 것이 가능하다. 단, 이러한 상점, 사업자, 프로그램의 최소 30% 이상이 장애인이거나 사회적 취약계층 근로자이어야 한다. 특허공고나 사전정보공고에서 이러한 우선구매사실에 대해서 언급해야 한다.(제24조)

특허공고시에 기술적 및 기능적 요건으로는 특허의 본체인 공사나 서비스에 요구되는 특성이 반영되어야 한다. 이러한 특성들은 요구된 공사나 서비스의 생산이나 제공의 특정절차와 관련해서 언급될 수도 있다. 다만 이러한 특성들은 계약의 본체와 연결되어야 하며, 그 가치나 목적에 비례해야 한다. 이러한 특성은 예를 들어 품질의 수준, 환경적, 기후변화관련 이행수준, 장애인 친화적 디자인, 그리고 부합성평가(conformity assessment), 이행, 안전 또는 치수(dimension), 용어, 심볼, 테스트, 테스트방법, 효시, 라

37) EU 특허지침 Recital (54), (55) 참조.

벨링, 또는 사용자안내서 등을 포함한다.(제36조 제1항)

계약의 본체에 의해 정당화되지 않는 이상, 기술적 또는 기능적 요건은 특정의 제품이나 자원, 또는 특정의 사업자에 의해서 제공되는 물품이나 서비스를 특징지우는 특정 절차, 특정의 기업이나 특정의 상품에게 특혜를 부여하거나 이를 배제하는 효과를 가져오는 상표, 특허, 유형, 또는 특정 생산품을 언급해서는 안 된다. 이러한 언급은 계약의 본체에 대한 정확하고 가시적인 기술이 불가능한 예외적인 경우에만 허용된다. 이러한 언급은 문자적 설명이나 ‘또한 이에 상응한’(or equivalent)이라는 표현을 반드시 부가해야 한다. 입찰참가자가 적절한 방식에 의해서 자신이 제안한 해결책이 기술적, 기능적 요건을 상응하는 방식으로 충족했다는 점을 입증하는 경우에는, 발주청 또는 발주주체가 기술적, 기능적 요건을 충족하지 못했다는 이유로 해당 입찰참가자의 입찰참가를 거부하는 것은 허용되지 않는다.(제36조 제2항, 제3항)

발주청과 발주주체는 후보자 또는 입찰참가자의 전문적, 기술적 능력과 재정적 그리고 경제적 상태와 관련한 참여조건을, 무차별적이고, 특허의 본체와의 관계에서 비례원칙에 부합하는 특허공고에 정해진 요건과 부합하는 증거로서 제출된 자진신고, 소명자료에 기반하여 확인해야 한다. 참여의 조건은 특허의 본체와 유효한 경쟁을 보장하는 목적을 고려하여, 특허를 이행하는 특허권자의 능력을 보장하는 수요와 관련되고 비례원칙에 부합해야 한다. 위와 같은 참여조건을 충족하기 위해서, 사업자는 특정의 특허에 필요한 경우에는 다른 사업자의 역량에 의존하는 것이 가능하다. 다른 사업자와의 관계의 법적 성질은 이를 불문한다. 사업자가 다른 사업자의 능력에 의존하고자 하는 경우에는, 예를 들어 의존의 대상이 된 사업자가 이 부분에 대해서 인정을 했다는 점을 밝힐 수 있는 자료를 특허의 모든 기간을 통해서 항상 유지하겠다는 점을 발주청 또는 발주주체에게 입증해야 한다(제38조 제1항, 제2항). 입찰참가자격제한과 관련해서도 규정을 두고 있다. (제38조 제3항에서 제10항)

(4) 낙찰의 기준

발주청 또는 발주주체의 전반적인 경제적인 이익을 위해서, 제3조에 정해진 원리들과

부합하고 유효한 경쟁조건하에서 낙찰자가 평가되는 것을 보장하는 객관적인 기준에 기반하여 낙찰이 이루어져야 한다. 낙찰기준은 특허의 본체와 연결이 되어야 하며, 발주청 또는 발주주체에게 무제한적인 자유를 부여하는 것이 되어서는 안 된다. 이들은 예를 들어 환경적, 사회적, 혁신관련 기준들을 포함할 수 있다. 이러한 기준들은 입찰참가자들에게 의해서 제공되는 정보가 효율적으로 확인될 수 있도록 하는 요건을 포함해야 한다. 발주청 또는 발주주체는 입찰이 낙찰기준을 적절하게 충족하였는지 여부를 확인해야 한다. (제41조 제1항, 제2항)

발주청 또는 발주주체는 중요도에 따른 순서대로 기준을 목록화해야 한다. 발주청 또는 발주주체가 성실한 주의에도 불구하고 예상하지 못했던 특별한 수준의 기능적 이행을 가져오는 혁신적 해결책을 입찰참가자가 제시한 경우에는, 예외적으로 이러한 혁신적 해결책을 고려하기 위해서 낙찰기준상의 중요도순서를 변경하는 것이 가능하다. 이러한 경우, 발주청 또는 발주주체는 모든 낙찰자들에게 중요도 순서의 변경에 대해서 알리고, 입찰서를 새롭게 제출하도록 새로운 입찰절차를 진행한다.(제41조 제3항)

2. EU 공공조달지침상 절차³⁸⁾

(1) 경쟁적 협의절차의 적용범위

EU에서 민자사업자(특허사업자)를 선정함에 있어서는 위와 같은 특허지침상의 규정이 적용되는 이외에 EU공공조달지침상의 계약체결방식이 활용될 수 있다. 이와 관련해서 가장 활용가능성이 높은 절차는 경쟁적 협의(competitive dialogue)절차³⁹⁾이다. 이 절차는 2004년 EU 공공조달지침에 새롭게 도입된 절차인데, 이 절차의 목적은 EU 전반적으로 그 중요성이 높아지고 있는 ‘복잡한’(complex) 계약의 체결에 적합한 수단을 제공하는 데에 있다. 이러한 복잡한 계약의 예로는 사회기반시설 프로젝트, 교통망, 주요 정

38) 이 부분은 김대인, “EU의 경쟁적 협의제도에 대한 연구”, 공법학연구 제18권 제1호, 2017을 기본토대로 수정·보완한 것이다.

39) ‘경쟁적 대화’절차로 번역하기도 하나 2016년에 우리나라에서 이 제도를 도입하면서 ‘경쟁적 협의절차’로 번역하여 사용하고 있기 때문에 경쟁적 협의절차로 번역하기로 한다.

보통신시스템 등에 관한 계약을 들 수 있다. 이들 계약들은 대규모의 재원을 필요로 한다는 점에서도 중요하지만, 효율적인 공공서비스와 사회기반시설을 확보한다는 점에서도 중요하다.⁴⁰⁾

2004년 공공조달지침 제29조에서는 ‘특별히 복잡한 계약’에서만 경쟁적 협의절차가 활용될 수 있었으나, 2014년 공공조달지침 제30조에서는 이러한 제한적인 요건이 삭제되었다. 그러나 2014년 공공조달지침 제26조 제4항에서는 여러 가지 조건 중 하나⁴¹⁾를 충족할 경우 경쟁적 협의절차를 사용할 수 있다고 규정하고 있어서 실질적으로는 위의 제한이 어느 정도는 유지되고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만 여러 가지 조건 중의 어느 하나만 충족해도 되기 때문에 2004년 지침에 의하면 ‘특별히 복잡한 계약’에 해당하지 않는 경우에도 2014년 지침에 의하면 경쟁적 협의의 활용이 가능해졌다는 점에서는 그 요건이 완화된 것으로 볼 수 있다.⁴²⁾

(2) 경쟁적 협의의 단계별 절차

경쟁적 협의에서는 어느 사업자이든지간에 발주청에 의해서 요청된 정보와 품질선택 사항을 제시함으로써 계약공고에 응해서 참가요청서를 제출하는 것이 가능하다. 참가요청서를 제출하는 기한은 계약공고가 된 날로부터 최소 30일 이상이 되어야 한다. 제공된 정보에 대한 평가 후에 발주청에 의해서 초청된 사업자만이 협의에 참가할 수 있다. 발주청은 제65조에 따라 협의절차에 참가할 수 있는 적합한 후보자의 숫자를 제한할 수

40) Sue Arrowsmith & Steen Treumer, “Competitive dialogue in EU law: a critical review”, in: Sue Arrowsmith and Steen Treumer ed., *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012, p. 3 참조.

41) 1) 기존의 해결책을 그대로 사용해서는 발주청의 필요를 충족하기 힘든 경우, 2) 설계나 혁신적인 해결책이 포함된 경우, 3) 계약의 성격, 복잡성 또는 법적이고 재정적인 구조와 관련한 특정한 상황 또는 이에 수반한 리스크로 인해 사전협상이 없이는 계약이 낙찰되기 힘든 경우, 4) 발주청에 의해서 충분한 정확성을 가지고 기술규격을 수립하기가 힘든 경우가 이에 해당한다.

42) Andrecka, Marta, *Public-Private Partnership in the EU Public Procurement Regime*, GlobeEdit, p. 267 참조.

있다. 계약은 제67조 제2항에 따라 ‘최적의 가격-품질 비율’(best price-quality ratio)의 단일기준에 의해서만 낙찰이 이루어져야 한다.(제30조 제1항) ‘최적의 가격-품질 비율’은 2004년 지침상의 ‘경제적으로 가장 유리한 입찰’(most economically advantageous tender)와 유사한 것으로서 최적가치(best value)를 추구하는 낙찰방식이다.⁴³⁾ 발주청은 계약공고에 수요 및 요구사항을 담아야 하며, 계약공고 또는 시방서에서 자신의 수요와 요구사항을 정의해야 한다. 동시에 같은 문서에서 선택한 낙찰기준을 제시하고 이를 정의해야 하며, 향후 일정을 제시해야 한다.(제30조 제2항)

발주청은 관련규정에 따라 선정된 참가자들과 자신의 필요를 충족시킬 수 있는 최선의 수단을 발견하고 이를 정하기 위한 목적으로 협의를 개시해야 한다. 발주청은 이러한 대화과정에서 선정된 참가자들과 조달의 모든 측면에서 협의를 할 수 있다. 협의를 하는 과정에서 발주청은 모든 참가자들 사이에 평등한 대우를 보장해야 한다. 이를 위해서 다른 참가자에 비해서 특정의 참가자에게 차별적인 방식으로 정보를 제공해서는 안 된다. 발주청은 다른 참가자의 동의가 없어 다른 참가자가 제안한 해결책이나 다른 비밀정보를 제공해서는 안 된다. 이러한 동의는 일반적인 포기의 형태로 이루어져서는 안 되며 특정정보에 대한 의도된 의견을 적시하여 이루어져야 한다.(제30조 제3항)

이처럼 2014년 공공조달지침에서 사업자의 비밀보호(confidentiality)와 관련하여 비밀보호의 대상이 되는 정보, 그리고 공개의 방법 등을 특정하도록 하고 있는 것은 2004년 공공조달지침에서 비밀보호의 범위가 모호하다는 비판을 반영한 것이라고 할 수 있다. 이와 같은 규정을 통해 어떤 종류의 정보가, 누구에게, 어떤 방식으로 제공될 수 있는지에 대해서 사업자가 보다 넓은 통제권을 가지게 되었다는 평가가 이루어지고 있다.⁴⁴⁾

경쟁적 협의는 계약공고 또는 시방서에 정해진 낙찰기준을 적용함으로써 협의과정에서 논의된 해결책(solution)의 개수를 줄이기 위해서 단계적으로 이루어질 수 있다. 발주청은 이러한 옵션을 사용할지 여부에 대해서 계약공고 또는 시방서에서 명시해야 한다.(제30조 제4항) 발주청은 자신의 필요를 충족할 수 있는 단수 또는 복수의 해결책을 발

43) 이에 대해서 자세히는 김대인, “EU 공공조달법제에 대한 연구 - 2014년 EU 개정 공공조달지침을 중심으로-”, 행정법연구 제41호, 2015 참조.

44) Andrecka, 위의 책, p. 268-269 참조.

견할 때까지 협의를 지속해야 한다.(제30조 제5항)

협이가 종료되었다고 선언하고 나머지 참가자들에게도 이렇게 고지를 하고 난 후에, 발주청은 각 참가자들에게 협의절차에서 제시되고 구체화된 단수 또는 복수의 해결책을 토대로 하여 최종 입찰내용을 제시해줄 것을 요청해야 한다. 이러한 입찰내용은 사업의 이행을 위해서 요청되고 필요한 모든 요소들을 담아야 한다. 이러한 입찰내용은 발주청의 요청에 의해서 명확화되고, 구체화되고, 최적화될 수 있다. 그러나 이러한 명확화, 구체화, 최적화로 인해 계약공고나 시방서에 정해진 요청사항 및 필요사항을 포함하여 입찰 또는 공공조달의 본질적인 측면들이 현저하게 변경되어서는 안 된다. 특히 이러한 측면들 및 요청사항과 필요사항을 변경하는 것이 경쟁을 왜곡하거나 차별적인 효과를 낳을 경우에 그러하다.(제30조 제6항)

발주청은 계약공고 또는 시방서에 정해진 낙찰기준에 따라 입찰내용을 평가해야 한다. 발주청의 요청에 따라, 최적의 가격-품질 비율을 담은 입찰내용을 제출한 입찰참가자와 계약의 조건을 최종적으로 정함으로써 입찰내용에 담긴 금전적인 책임 또는 다른 조건들을 확정하기 위한 협이가 이루어질 수 있다. 단, 이러한 협이는 계약공고나 시방서에 정해진 요청사항 및 필요사항을 포함하여 입찰 또는 공공조달의 본질적인 측면들을 현저하게 변경하는 효력이 있어서는 안 되며, 경쟁을 왜곡하거나 차별을 가져오는 위험을 발생시켜서도 안 된다.(제30조 제7항) 발주청은 협의과정에서 협의참가자에게 가격이나 대가지급에 관한 내용을 특정할 수 있다.(제30조 제8항) 이처럼 최종사업계획서 제출 이후에도 협상을 명시적으로 허용하고 있다는 점에서 2014년 공공조달지침은 2004년 공공조달지침보다 허용적 접근방법에 가까운 것으로 평가할 수 있다.⁴⁵⁾

V. 특허계약의 변경

EU 특허지침 제43조에서는 재입찰을 거치지 않아도 되는 계약변경의 사유로 크게 5

45) Andrecka, 위의 책, p. 270 참조.

가지를 언급하고 있다. 1) 특허계약서에 미리 정해진 변경사유가 발생한 경우, 2) 추가적인 공사나 서비스를 원래의 사업자로부터 공급받는 것이 불가피한 경우, 3) 발주청이 예견하지 못하는 상황이 발생한 경우, 4) 새로운 사업시행자가 원래 사업시행자의 법적 지위를 승계한 경우, 5) 계약의 현저한 변경을 가져오지 않는 경우가 그것이다. 이를 나누어서 살펴보도록 한다.

1. 특허계약서에 미리 정해진 변경사유가 발생한 경우

원래의 특허계약서에 변경에 관한 조항이 ‘분명하고, 정확하고, 명확하게’ 규정된 경우에는 재입찰을 거칠 필요가 없다. 이러한 조항들은 가능한 변경 또는 대안의 범위와 성격, 그리고 이러한 변경 또는 대안이 언제 사용될 수 있는지에 대한 내용을 담아야 한다. 이들 조항들은 특허의 전체적인 성격을 바꾸는 변경이나 대안을 포함해서는 안 된다. 이 사유에 의한 계약변경에 대해서는 금전적인 가치의 제한이 존재하지 않는다는 점도 특징이다.[제43조 제1항 (a)]

2. 추가적인 공사나 서비스를 원래의 사업자로부터 공급받는 것이 불가피한 경우

추가적인 공사가 서비스를 원래의 사업자로부터 공급받는 것이 불가피한 경우에 해당되기 위해서는 두 가지 요건을 모두 갖추어야 한다. 즉, 1) 원래의 사업시행자를 변경하는 것이, 원래의 특허로 조달된 현존하는 시설, 서비스, 또는 설비와의 교체가능성 또는 연동성 등의 요건 등으로 인해 경제적 또는 기술적 이유로 불가능한 경우이어야 하고, 2) 원래의 사업시행자를 변경하는 것이 발주청에게 심각한 불편함을 초래하거나 현저히 비용의 중복을 발생시킬 경우이어야 한다.[제43조 제1항 (b)]

이 사유는 변경되는 금전적 가치에 제한(50%)이 존재하는데 이러한 제한은 일반적인 행정기관에서 특허를 하는 경우에 적용된다. 즉 공익산업(public utilities)과 관련된

특허의 경우에는 이러한 금전적 가치의 제한이 없다. 이처럼 EU 특허지침에서 발주청과 발주주체의 개념을 구분하고 있는 것은 공공조달지침과 공익산업조달지침이 구분되어 있는 것에 대응하는 것이다. 즉, 가스, 전기, 교통, 우편 등 공익산업과 관련된 조달지침에서는 일반적인 공공조달지침에 비해서 탄력적인 규정을 두고 있는데, 이러한 취지를 반영하여 2014년 특허지침에서도 공익산업과 관련된 특허의 경우에는 금전가치의 증가범위에 대한 제한을 두지 않는 반면 일반적인 특허의 경우에는 50%의 제한을 둔 것이다.⁴⁶⁾

3. 발주청이 예견하지 못하는 상황이 발생한 경우

발주청이 예견하지 못하는 상황이 발생한 경우로 재입찰을 거치지 않아도 되기 위해서는 다음의 세 가지의 요건을 모두 충족해야 한다. 즉, 1) 성실한 발주청이 예견하지 못하는 상황이 발생하여 변경의 필요성이 있어야 하고, 2) 계약의 변경이 특허의 전체적인 성격을 바꾸지 않는 경우이어야 하며, 3) 금전적 가치의 제한범위 내에서 이루어져야 한다. 3) 부분은 ‘추가적인 공사나 서비스를 원래의 사업자로부터 공급받는 것이 불가피한 경우’에서 설명한 내용이 그대로 유효하다. 문제는 “1) 발주청이 예견하지 못하는 상황”을 구체적으로 언제 인정할 수 있는지 하는 점이다. 이에 관한 EU 특허지침의 입법이유(Recital)의 설명은 다음과 같다.

발주청과 발주주체는 그들이 특허를 낙찰했을 때 예상할 수 없었던 외부적인 상황을 만날 수 있다. 이는 특히 특허의 이행이 장기간을 요하는 경우에 그러하다. 이러한 경우에는 새로운 낙찰절차를 거치지 않고 상황에 특허를 적용시키기 위해서 일정한 정도의 탄력성이 필요하다. 예측불가능한 상황이라는 것은 발주청 또는 발주주체가, 가용한 수단, 특정사업의 성격과 특성, 해당분야의 모범사례, 그리고 낙찰을 준비하기 위해서 사용된 자원과 그의 예측가능한 가치간의 적절한 관계를 보장하기 위한 필요 등을 고려하여 최초 낙찰을 합리적이고 성실하게 준비하였음에도 불구하고 예측하는

46) 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력 - 변경 및 해지가능성과 보상가능성을 중심으로 -”, 유럽헌법연구 제17호, 2015 참조.

것이 불가능했던 상황을 의미한다. 그러나 계약의 변경이 전체적인 특허의 성격을 바꾸는 경우에는 적용될 수 없다. 예를 들어 수행되어야 할 공사나 제공되어야 할 서비스를 다른 것으로, 또는 근본적으로 변화된 특허방식으로 대체하는 경우를 들 수 있다. 이러한 경우에는 결과에 영향을 미쳤으리라는 점이 추정된다.⁴⁷⁾

위와 같은 내용을 보면 교통수요량 예측이 잘못되었다는 점만으로 당연히 예측불가능한 상황으로 보는 것은 아니며, 발주청 또는 발주주체가 최초의 낙찰을 합리적으로 성실하게 준비했음에도 불구하고 예측하는 것이 불가능했어야 함을 알 수 있다. 또한 이 외에도 특허의 전체적인 성격을 바꾸지 않아야 하며, 공익산업과 관련되지 않은 일반적인 특허의 경우에는 50%의 제한요건이 적용됨을 알 수 있다.

4. 새로운 사업시행자가 원래 사업시행자의 법적 지위를 승계한 경우

새로운 사업자로 계약상대방을 대체하는 경우는 원칙적으로 계약의 본질적인 내용의 변경이 이루어지는 것으로 보아서 재입찰이 필요하다고 보는 것이 유럽법원의 태도이다.⁴⁸⁾ 그러나 새로운 사업자로 계약상대방이 대체되더라도 재입찰이 불필요하다고 보는 경우가 존재하는 데 이러한 경우로는 크게 세 가지 사례가 존재한다. 즉, 1) 최초 계약에 이에 관한 명확한 조항 또는 대안이 존재하는 경우, 2) 다른 사업자의 구조조정, 즉 영업양도, 합병, 인수 또는 도산 등에 따라 원래의 사업시행자의 지위를 전체적으로 또는 부분적으로 승계한 경우로서 원래 정했던 질적인 선택기준을 충족하는 경우, 3) 발주청 스스로가 원수급업체의 의무를 하수급업체에 대해서 부담하는 경우로서 이러한 의무부담이 국내법에 의해서 허용되는 경우 등이 그것이다.

47) Directive 2014/23/EU Recital (76); 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력 - 변경 및 해지가능성과 보상가능성을 중심으로 -”, 유럽헌법연구 제17호, 2015 참조.

48) Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Austria (C-454/06) [2008] E.C.R. I-4401 (ECJ) 이 판결에 대해서는 Brown, Adrian, “When do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purpose of the EU Procurement Rules?” Guidance at Last in Case C-454/06”, P.P.L.R. 2008, 6, NA 253-267 참조.

이 중에서도 특히 2)가 중요한데, 유럽법원은 *Presstext* 판결에서 내부적인 조직변경에 해당되는 자회사로의 계약상대방변경은 재입찰이 불필하다고 보았다. 이러한 2)는 유럽법의 취지를 면탈하는 의도로 남용될 가능성이 존재하기 때문에 위 지침에서는 “이러한 변경이 원래의 계약을 현저하게 변경하거나 이 지침의 적용을 회피하는 목적으로 이루어져서는 안 된다”는 제한조건을 두고 있다.

5. 계약의 현저한 변경을 가져오지 않는 경우

계약의 현저한 변경을 가져오지 않는 경우에도 재입찰이 필요하지 않는데, 이와 관련해서는 유럽법원의 *Presstext* 판결이 제시했던 기준이 입법화되어, 다음과 같은 사유들 중의 어느 하나라도 존재하면 계약의 현저한 변경이 존재하는 것으로 보아 재입찰이 필요하다. 즉, 1) 변경사항이 원래의 특허 부여 절차에 포함되어 있었다면, 원래 선정된 자 이외의 입찰자가 선정되거나 원래 낙찰된 입찰과 다른 내용의 입찰에 대하여 낙찰이 이루어지거나 특허 부여 절차에 다른 자가 참여하였을 가능성이 있는 경우, 2) 변경으로 인해 원래의 특허에서 예정하지 아니한 방식으로 특허사업자에게 유리한 방향으로 특허의 경제적 수지가 변동되는 경우, 3) 변경이 특허의 범위를 상당한 정도로 확대하는 경우, 4) 법적 지위 승계 등의 요건이 충족되지 않은 계약상대방 변경의 경우 중 어느 하나에 해당하면 재입찰이 필요하다.(제43조 제4항)

이 중에서 4)와 관련해서는 하도급업체의 변경이 현저한 계약변경에 해당하는지가 유럽법원의 *Wall* 판결⁴⁹⁾에서 문제가 되었는데, 유럽법원은 원래 계약시에 하도급업체의 존재가 계약체결에 중요한 요소였는지를 주된 기준으로 보는 입장이다. 이 외에도 1) 요건과 관련하여 계약내용의 축소가 현저한 계약변경에 해당되는지 여부가 유럽법원의 *Frogne* 판결⁵⁰⁾에서 문제된 바 있는데, 계약내용이 최초부터 축소된 내용이었다면 다른

49) *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main* (C-91/08) [2010] E.C.R. I-2815 (ECJ) 이 판결에 대해서는 Brown, Adrian, “Changing a Sub-Contractor under a Public Services Concession: *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main* (C-91/08)”, P.P.L.R. 2010, 5, NA 160-166을 주로 참고하였다.

50) *Finn Frogne A/S v Centre for Emergency Communication of the National Police, Denmark*

사업자들이 입찰에 참여했을 가능성이 있는지 여부를 중시하여 보고 있다.

Ⅵ. 우리나라 법제에 주는 시사점

1. 민간투자법제와 공공조달법제의 관계

EU의 2014년 특허지침의 제정과정을 보면 특허가 공공조달지침의 일부로 규율이 되다가 공사특허와 서비스특허를 통합적으로 규율할 필요성이 제기되면서 특허지침으로 독립된 것을 볼 수 있다. 이러한 EU의 입법사례는 일견 우리나라에서도 공공조달법제와 민간투자법제가 독립적으로 규율될 필요성이 있다는 것을 뒷받침해주는 것으로 보일 수 있다.

그러나 이러한 해석은 타당하다고 보기 힘들다. 앞서 보았듯이 EU의 특허지침과 공공조달지침을 비교해보면 상당부분의 내용이 유사한 것을 알 수 있고 이러한 이유로 양지침이 독립적으로 운영되는 데에는 입법론적인 비판이 있다. 또한 공공조달지침이 민간투자사업에의 적용이 전적으로 배제되는 것은 아니며, 공공조달지침에서 규율하고 있는 경쟁적 협의절차가 널리 특허에도 활용되고 있음을 볼 수 있다.

이러한 EU의 사례는 우리나라에서 공공조달법제와 민간투자법제간의 관계를 볼 때 다음과 같은 시사점을 제공해준다. 즉, 공공조달과 민간투자의 여러 가지 차이점(재원조달, 계약기간 등)을 고려할 때 현재와 같이 양 법제를 구분되어 있는 것 자체를 비판하는 것은 곤란하지만, 양자의 관련성을 배제하고 완전히 독립된 법제처럼 양자를 운영하는 것이 바람직하다고 보기는 힘들다는 점이다. 특히 ‘계약의 체결과 변경’이라는 관점에서는 양 법제는 통일적인 규율이 필요하다고 보아야 한다.

(C-549/14) [2016], 이 판결에 대해서는 Brown, Adrian, “Whether a New Tendering Procedure is Required When a Public Contract is Amended under a Settlement Agreement: the EU Court of Justice Ruling in Case C-549/14 Finn Frogne A/S 1”, P.P.L.R. 2017, 1, NA5-NA10을 주로 참고하였다.

이러한 점에서 사업자선정절차나 계약의 변경 등과 관련해서는 국가계약법과 지방계약법에 법률적 근거를 마련해두고 이를 민간투자법에 준용하거나, 아니면 양 법제에 동일한 내용을 확인적 차원에서 두는 등 양자의 공통적인 부분에 대한 입법적인 연계성을 강화하는 것이 바람직하다.

이와 함께 살펴보아야 하는 점은 계약의 법적 성질이다. 현재 판례에서는 국가계약법 등에 대한 공공조달계약은 ‘사법상 계약’으로, 민간투자법상의 실시협약은 ‘공법상 계약’으로 구분하여 취급하고 있는데 양자를 이렇게 구분할 합리적인 근거가 있다고 보기는 힘들다. 국가계약법이나 지방계약법상의 공공조달계약, 민간투자법상의 실시협약을 통일적으로 공법상 계약으로 이해할 필요가 있다.⁵¹⁾ 양자의 유사한 부분에 대해서 통일적인 규율을 추구함에 있어서는 이러한 공법적인 관점이 일관되게 관철될 필요가 있다.

2. 서비스분야 민관협력

EU 특허지침에서 공사특허와 서비스특허를 함께 규율하고 있는 것은 현재 공사를 전제로 한 민간투자사업을 위주로 규율하고 있는 우리나라 민간투자법에 시사점을 제공할 수 있다. 즉, 공사를 전제로 하지 않은 서비스(시설운영서비스가 대표적인 예이다)에 초점이 맞추어진 민간투자사업도 민간투자법에서 규율하는 것이 필요할 수 있다는 점이 그것이다. 그러나 우리나라에서는 민간위탁과 관련한 별도의 법제가 존재하는 데 반해⁵²⁾ EU는 그렇지 않다는 점에서 양 법제의 차이점도 충분히 고려할 필요가 있다.

51) 민간투자법상 실시협약의 공법적 특성에 관해서는 황창용, “민간투자사업 실시협약의 공법적 특수성”, 법학연구(연세대학교) 제25권 제3호, 2015; 이문섭·이광윤, “「사회기반시설에 대한 민간투자사업법」에 따른 행정계약의 법적 성격에 관한 연구 (서울시메트로9호선(주)의 서울시 운임신고 반려처분 취소 소송사건을 중심으로)”, 유럽헌법연구 제17호, 2015 등 참조.

52) 현재 ‘국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무’는 국가의 경우는 「정부조직법」 제6조 제3항, 「행정권한의 위임·위탁에 관한 규정」(대통령령)에 의해서 민간위탁이 이루어지고 있으며, 지방자치단체의 경우에는 「지방자치법」 제104조 제3항 및 조례(예를 들어 「서울특별시 행정사무의 민간위탁에 대한 조례」)에 의해서 민간위탁이 이루어지고 있다. ‘국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무’는 개별법률(예를 들어 「민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률」)에 의해서 규율되고 있다. 그리고 2016. 10. 28 행정자치부에서 입법예고한 「민간

서비스 PPP를 ‘시설기반형’과 ‘비시설기반형’으로 나누어서 생각해 보는 것이 필요하다. 여기서 시설기반형은 다시 노후시설을 철거하지 않고 골조를 유지하면서 개량 후 운영하는 것과 같은 개량·운영형과 도로공사가 운영 중인 고속도로운영권을 민간에게 매각하는 것과 같은 단순운영형으로 다시 나뉘어진다. 비시설기반형은 민간에 의한 교육이나 복지 서비스 등을 제공하는 등 시설을 기반으로 하지 않는 것을 의미한다.⁵³⁾ 이러한 ‘시설기반형 서비스사업’은 ‘사회기반시설의 운영을 민간이 수행하도록 하는 사업’으로 정의해 볼 수 있으며, ‘비시설기반형 서비스사업’은 ‘무형의 서비스제공을 필요로 하는 행정사무를 민간이 수행하도록 하는 사업으로서 사회기반시설과 무관한 사업’으로 정의해 볼 수 있다.

이 중에서 ‘시설기반형 서비스사업’은 현행 민간투자법 제2조 제2호(이에 따르면 사회기반시설사업이란 사회기반시설의 신설·증설·개량 또는 운영에 관한 사업을 의미한다)에서 이미 예정하고 있는 것이어서 이 개념을 민간투자법에 포섭하는 데에는 어려움이 없다고 할 수 있다.

그러나 ‘비시설기반형 서비스사업’은 사회기반시설을 염두에 두고 있지 않기 때문에 현행 민간투자법 제2조 제2호의 ‘사회기반시설사업’에 해당한다고 보기 힘들고, 따라서 이를 포섭하기 위해서는 민간투자법의 개정이 요구된다고 할 수 있다. 특히 이를 민간투자법 개정을 통해 포함시킬 경우에는 현재 민간투자법과 구별된 별도의 법제에 의해서 규율되고 있는 ‘민간위탁’의 개념과 중첩된다고 볼 가능성이 매우 높다는 문제점이 존재한다.

따라서 ‘서비스 PPP’ 개념을 민간투자법에 도입할 경우 ‘시설기반형 서비스사업’을 포함시키는 것은 당연히 가능하다고 하겠으나, ‘비시설기반형 서비스사업’까지 포함시키는 것은 민간위탁법제와의 관계를 고려하여 신중하게 접근하는 것이 필요하다고 하겠다.

위탁기본법(안)에서는 이러한 기존의 민간위탁법제를 총체적으로 정리하여 규율하고 있다.
53) 이호준·김대인 외, 서비스 분야 민간투자사업 활성화 방안 연구, KDI 공공투자관리센터, 2015, 63-67면 참조.

3. 사업자선정절차

우선 EU 특허지침에서 공사특허와 서비스특허를 나누고, 이에 적용되는 특허공고나 낙찰공고의 절차에 차이점을 인정하고 있는 것은 서비스특허를 민간투자법제에 포함시켜 활성화하려고 하는 우리나라에도 주는 시사점이 크다고 할 것이다.

다음으로 EU 공공조달지침에서 규정하고 있는 ‘경쟁적 협의’제도도 참고의 가치가 크다. 우리나라에서도 2015년부터 ‘민간투자사업기본계획’에서 경쟁적 협의절차를 규율하고 있으면서(동 기본계획 제147조), 2016년도에는 ‘경쟁적 협의절차에 관한 세부요령’도 마련한 바 있다. 이 제도의 모태가 된 것이 바로 EU의 경쟁적 협의제도이다. 그런데 우리나라가 도입된 경쟁적 협의제도는 EU의 그것과 동일하지는 않으며 몇 가지 차이점을 나타내고 있다. 1) 우리나라는 민간투자사업에만 이 제도가 적용되지만, EU는 민간투자사업 이외에도 IT등 복잡한 공공조달계약에도 적용된다는 점, 2) 우리나라의 세부요령에서는 경쟁적 협의절차를 감시하고 투명성을 담보할 수 있는 ‘감시인’의 역할을 중시하고 있으나, EU는 이와 관련한 규정을 두지 않고 있다는 점 등이 그것이다.

현재 우리나라에서 경쟁적 협의절차는 시범적으로 운영 중에 있으며 아직 본격적인 운영이 이루어지지는 못하고 있다. 경쟁적 협의과정에서 민감한 사업정보가 유출될 가능성이 있다는 점, 이러한 경쟁적 협의절차가 가격을 낮추는 수단으로 남용될 수 있다는 점 등이 이 절차를 적극적으로 활용하는 걸림돌로 작동하고 있는 것으로 보인다.

이러한 문제점들에도 불구하고 순위를 정하여 순차적으로 협상을 진행하는 기존의 사업자선정방식이 갖는 여러 가지 문제점(경쟁의 약화, 민간의 창의성 제고의 어려움)들을 극복하기 위해서 경쟁적 협의절차가 도입되었다는 점을 고려하면 EU의 회원국들의 경쟁적 협의절차 운용사례를 충분히 비교검토하여 우리나라에 맞게 운영할 필요가 있다. 특히 2014년 공공조달지침에서 비밀보호를 위한 구체적인 규정을 두고 있는 점은 참고의 가치가 크다고 할 수 있다.

무엇보다 경쟁적 협의절차의 법적인 근거를 보다 명확하게 할 필요가 있다. 현재 민간투자사업기본계획에서 이를 규율하고 있는데, 국가계약법상 계약방식(일반경쟁입찰,

제한경쟁입찰, 지명경쟁입찰, 수의계약)과 같은 수준으로 법률상 근거를 두는 것이 바람직하다. 장기적으로 경쟁적 협의를 국가계약법에 근거를 두고 이를 민간투자법에서 준용하는 방법을 채택하는 것이 바람직할 것으로 보이나, 단기적으로는 민간투자법에서라도 근거를 마련해두는 것이 바람직하다.

4. 실시협약의 변경

EU의 특허지침상의 특허계약변경내용을 우리나라에 받아들이는 것이 바람직한지에 대해서는 다음과 같은 주장이 제기될 수 있다. EU는 기본적으로 역내시장자유화를 위해 동등취급의 원칙이나 투명성 원칙을 엄격하게 적용하고 있지만, 우리나라는 그러한 역내 시장자유화에 대한 부담이 없기 때문에 유럽연합의 특허계약변경법제를 그대로 들여오는 것은 불필요하며, 바람직하지도 않다는 주장이 그것이다.

이러한 주장은 충분히 고려할 가치가 있는 것은 사실이다. 그러나 우리나라의 경우에도 실시협약 관련법제상 공정성, 투명성, 경쟁성 등의 기본원리는 EU와 유사하게 공유하고 있는 것으로 볼 수 있다. 물론 공정성, 투명성, 경쟁성 확보의 동기가 다르다는 점(유럽연합은 역내시장의 자유화, 우리나라는 계약의 공정성, 투명성, 경쟁성을 통한 공익추구)에서 유럽연합과 우리나라의 법제가 약간의 차이가 발생할 수는 있다. 그러나 이러한 차이를 극단적으로 강조하는 것은 바람직하지 않다. 더구나 우리나라의 경우에도 WTO 정부조달협정, 한-EU FTA 등을 통해 민간투자분야도 일정부분 개방이 이루어져 있다는 점에서도 그러하다. 이러한 점들을 종합해보면 기본적으로 EU 특허지침에서 ‘계약의 본질적 변경’여부를 기준으로 재입찰을 거칠 필요가 있는 경우와 계약변경으로 충분한 경우를 구분하는 것은 우리나라 법제에도 중요한 입법적 참고자료가 된다고 볼 수 있다.

EU에서 사업주체가 변경되는 경우는 계약내용의 본질적인 변경이 있는 것으로 보는 것이 일반적이라는 점을 고려하면 우리나라에서도 사업재구조화를 통해 사업주체가 실질적으로 변경되는 경우에는 재입찰 절차를 거치거나 이에 준하는 투명한 절차를 거치

는 것이 바람직하다고 볼 것이다. 다만 EU의 경우 사업주체가 변경된 경우라고 하더라도 최초의 실시협약에 이에 관한 명확한 조항이 존재하는 경우에는 허용될 수 있다고 보고 있으므로, 우리나라의 경우에도 사업재구조화를 통한 사업주체의 변경을 실시협약 변경만으로도 가능하도록 하기 위해서는 이에 관해 실시협약에서 미리 규정을 두는 것이 바람직하다.

Ⅶ. 결 론

이상에서 EU의 특허지침을 중심으로 EU의 민간투자법제를 살펴보고 우리나라에 주는 시사점을 검토해보았다. EU의 민간투자법제는 1) 민간투자법제와 공공조달법제의 관계, 2) 서비스분야 민관협력, 3) 사업자선정절차, 4) 실시협약의 변경이라는 측면에서 우리나라 민간투자법제의 개선에 여러 가지 시사점을 제공해주는 것으로 볼 수 있다.

우리나라와 EU의 민간투자법제가 공정성, 투명성, 경쟁성이라는 기본원리 측면에서 공통점이 있다는 점을 고려하면서도, 양 법제가 가지고 있는 여러 가지 차이점, 즉 EU의 법제는 역내시장의 자유화에 보다 초점을 맞추고 있다는 점, 민간투자법제와 민간위탁법제의 관계 등 관련법제와의 관계가 다르다는 점, EU는 최고가치에 초점이 맞추어져 있으나 우리나라는 전통적으로 가격경쟁에 초점이 맞추어진 계약문화를 가지고 있다는 점 등을 충분히 고려하여 우리나라의 상황에 맞게 EU의 법제들을 참고할 필요가 있을 것이다. 한-EU FTA로 민간투자분야에서 우리나라와 EU간의 긴밀한 협력이 요구되는 상황에서, 본 연구가 이러한 양자간 협력에 작으나마 기여하게 되길 기대해본다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강기홍, “EU와 독일법상 공공조달제도: 건축하도급의 공공성제고와 관련하여”, 공법학연구 제13권 제1호, 2012.
- 권경현, “지역발전을 위한 민간투자사업법인의 건전화방안”, 지방자치법연구 제11권 제1호, 2011.
- 김광수, “사회기반시설을 위한 민간투자 제도의 법적 문제”, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009.
- 김대식, “한·EU FTA 정부조달분야 예상쟁점 검토”, 국제경제법연구 제7권 제1호, 2009.
- 김대인, “한-EU FTA의 법적 쟁점: 정부조달분야를 중심으로”, 유럽헌법연구 제10호, 2011.
- 김대인, 『민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구(I) - 정부계약법과의 관계정립을 중심으로-』, 한국법제연구원, 2009.
- 김대인, “EU 공공조달법제에 대한 연구 - 2014년 EU 개정 공공조달지침을 중심으로 -”, 행정법연구 제41호, 2015.
- 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력 - 변경 및 해지가능성과 보상가능성을 중심으로 -”, 유럽헌법연구 제17호, 2015.
- 김대인, “EU의 경쟁적 협의제도에 대한 연구”, 공법학연구 제18권 제1호, 2017.
- 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 2008.
- 김성수, “공공조달행정법상 경쟁보장적 대화와 협상과의 관계”, 공법학연구 제9권 제2호, 2008.
- 김성수, 『민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구(II) - 공공성과 투명성 제고를 중심으로』, 한국법제연구원, 2009.
- 김성수·이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 2014.

- 김해룡, “PPP에 있어서의 법적 과제”, 법학논고(경북대학교) 제35집, 2011.
- 문수영, 민간투자법상 실시협약에 대한 연구: 영국법제를 중심으로, 이화여대 법학박사학위논문, 2013.
- 박재윤, “유럽법상 나타난 국방조달제도의 개혁”, 공법연구 제39집 제3호, 2011.
- 박종준, “공익을 위한 처분’에 관한 소고”, 법학연구(충남대학교) 제27권 제4호, 2016.
- 선지원, “특허방식의 조달에 대한 새 유럽연합 지침”, 경제규제와 법 제8권 제1호, 2015.
- 송시강, “행정법상 특허 개념의 연혁과 현황”, 홍익법학 제10권 제1호, 2009.
- 오준근, “독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구”, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008.
- 윤성철, “재정누수방지를 위한 민간투자법개정방안 - BTO 민간투자사업의 재정누수원인과 최소운영수입보장약정[MRG]의 분석을 중심으로-”, 대한변호사협회 정책세미나자료 1, 2012.
- 이과섭·김대인 외, 『경쟁적 협의 절차에 관한 세부요령 작성 연구』, 한국개발연구원, 2016.
- 이문섭·이광윤, “「사회기반시설에 대한 민간투자사업법」에 따른 행정계약의 법적 성격에 관한 연구 (서울시메트로9호선(주)의 서울시 운임신고 반려처분 취소 소송사건을 중심으로)”, 유럽헌법연구 제17호, 2015.
- 이선정·김대인 외 『민간투자사업의 실시협약 변경에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2017.
- 이호준·김대인 외, 『서비스 분야 민간투자사업 활성화 방안 연구』, 한국개발연구원, 2015.
- 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 외법논집 제34권 제1호, 2010.
- 홍석한, “기반시설 민간투자제도에 관한 헌법적 고찰: 민간투자제도의 목적과 그 한계를 중심으로”, 토지공법연구 제58집, 2012.
- 홍성필·노승범·선지원, 『사회기반시설에 대한 민간투자법 해설』, 한국개발연구원, 2009.
- 홍성필·윤성철, 『민간투자사업분쟁관계법』, 법과 교육, 2014.
- 황지혜, “운영형 민간투자사업에 관한 비교법적 고찰 - 공공시설 등 운영권 제도를 중심으로 -”, 토지공법연구 제77집, 2017.
- 황창용, “민간투자사업에 있어서 법령변경에 따른 위험과 그 배분”, 원광법학 제26권 제4

호, 2010.

황창용, “민관협력사업에 있어서 행정주체의 사업위험분담”, 원광법학 제27권 제4호, 2011.

황창용, “한국의 BTO·BTL사업추진방식의 소유권귀속에 관한 개선방안”, 동북아법연구 제6권 제1호, 2012.

황창용, “민간투자사업 실시협약의 공법적 특수성”, 법학연구(연세대학교) 제25권 제3호, 2015.

황창용·홍성필 외, 『사회간접자본시설에 대한 민간투자법과 관련법률의 체계에 관한 연구 - 민간투자법의 주요 쟁점 및 인허가 사항을 중심으로 -』, 국토연구원, 2004.

2. 외국문헌

Andrecka, Marta, *Public-Private Partnership in the EU Public Procurement Regime*, GlobeEdit, 2014.

Arrowsmith, Sue & Treumer, Steen ed., *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012.

Ashmore, Rory, “The Concessions Contracts Regulations 2016”, P.P.L.R. 2016, 4, NA 138-143.

Brown, Adrian, “When do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purpose of the EU Procurement Rules?” *Guidance at Last in Case C-454/06*”, P.P.L.R. 2008, 6, NA 253-267.

Brown, Adrian, “Changing a Sub-Contractor under a Public Services Concession: *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)*”, P.P.L.R. 2010, 5, NA 160-166.

Brown, Adrian, “Whether a New Tendering Procedure is Required When a Public Contract is Amended under a Settlement Agreement: the EU Court of Justice Ruling in *Case C-549/14 Finn Frogne A/S 1*”, P.P.L.R. 2017, 1, NA5-NA10.

Craven, Richard, “The EU’s 2014 Concession Directive”, P.P.L.R. 2014, 4, 188-200.

SIGMA(Support for Improvement in Governance and Management), *Concessions and PPPs*, 2011.

〈토론〉

「EU 민간투자법제 및 공공조달법제의 한국재정법제에의 수용」에 대한 토론문

황창용 교수 (원광대학교 법학전문대학원)

김대인 교수님의 “EU민간투자법제 및 공공조달법제의 한국재정법제에의 수용” 발표는 현재 EU 민간투자법제 및 공공조달법제를 간략하면서도 핵심적으로 잘 제시해 주시면서, 동시에 우리나라 민간투자사업 운영실태에서 제기되는 쟁점들과 그 해결의 시사점을 생각해 주시는 좋은 발표이었습니다. 특히 우리나라 공공조달법제와 민간투자법제, 민간투자법제와 민간위탁법제의 정립이라는 거시적인 문제 제기에 대하여는 적극적으로 동의하고, 이는 우리나라 민간투자법제가 정착하지 못하고 아직 형성 중인 단계에 있음을 단정적으로 나타내 주고 징표라고도 생각합니다. 발표 내용 중, 제가 늘 가지는 의문이기도 한 점인데, 2가지 질문으로 제 토론을 대신하려 합니다.

1. 먼저, EU 특허지침에서는 “특허”의 핵심적인 요소로 특허를 받은 민간사업자가 ‘운영리스크’를 부담한다는 점을 규정하고 있습니다. 즉 민간사업자는 공급, 수요 등 시장위험에 노출되어야 한다는 점입니다. 그렇지 아니하면 이는 EU 특허지침의 규율대상인 특허가 아니라고 보고 있습니다. 이는 저도 민간투자사업의 원칙적인 모습이라고 생각합니다. 그런데 우리나라의 경우 BTO방식은 수요위험 등에 대하여 사업시행자가 충분히 시장에 위험에 노출되어 있지만, BTL방식의 경우는 수요위험이 거의 없어(물론 다른 운영위험을 부담하기는 하지만) 상당한 수준으로 시장위험을 제거되어 있다고 볼 수 있어 특허에 포함되기에 충분한지 의문이 있습니다. 또한 최근 등장한 재구조화 방식은 최소비용보전방식으로 시행되어 있어(최소비용보전방식은 일정기간마다 사업자이 비용

을 보전하는 방식으로 정해짐) 수요위험이 제거되어 있을 뿐만 아니라 상당한 수준으로 운영비용의 변동위험도 제거되어 있습니다. 그렇다면 이러한 재구조화방식은 단순한 위수탁에 불과한 것이 아닌지 의문이 제기되기도 합니다. 이러한 재구조화방식도 역시 특허로 보는 것이 타당한지 의견을 듣고 싶습니다.

추가적으로, 컨세션에 대하여는, 다른 관점에서, 즉 사용자의 사용료로 투자재원을 회수하는 경우는 컨세션으로, 정부의 사용료로 투자재원을 회수하는 경우는 PFI로 보는 경우도 있는 것으로 알고 있습니다. 즉 사용자의 사용료에 기반을 둔 방식을 컨세션으로 보는 견해도 있는 것으로 알고 있습니다. EU 특허지침은 이러한 방식의 분류에 대하여는 별도의 고려를 하고 있는지 알고 싶습니다.

2. (법률적 범위를 벗어날 수 있는데, 민간투자사업의 근본적인 질문이라 질의하겠습니다) 컨세션 사업, 즉 민간투자사업은 사업시행자가 수요위험 등 사업위험을 부담하는 것이 본질적 요소로 볼 수 있는데, 과연 대규모 재원이 필요하고, 사업시행법인은 주로 주식회사로서 책임이 제한적이며, 사업기간은 상당히 장기간인 특징을 가진 민간투자사업에서 그 민간사업자가 그 사업위험(특히 수요위험)을 실제로 부담할 수 있는 능력이 되는지, 그리고 그러한 방식이 적정한지 의문입니다. 대부분 민간사업자는 사업위험을 이전받는다 하더라도 주식회사로서 무제한으로 사업시행 위험을 부담할 수 없고, 장기간의 수요예측은 사실상 쉽지 아니하거니와 이러한 수요는 민간사업자가 통제할 수 없는 영역도 보통 아니기 때문입니다. 어찌면 민간투자사업에서 수요위험을 배제하거나(그렇다면 더 이상 특허가 아닐 수 있습니다) 아니면 극단적으로 민간투자사업은 더 이상 시행하지 말아야 하는 것이 아닌지 회의가 들 수 있습니다. 이러한 의문에 대하여 어떠한 의견을 가지고 계신지요.

〈토론〉

「EU 민간투자법제 및 공공조달법제의 한국재정법제에의 수용」에 대한 토론문

권경현 변호사(법무법인 진운)

I. 서론

발표자의 논문은 공공조달 분야에서의 국내 국가계약법, 지방계약법제와 민간투자법제와의 관계 설정에 대한 검토에 있어 비교법적인 시사점을 제공하고, 서비스 부문 민관협력 분야에 대한 발전 방향 및 최근 민간투자사업의 재구조화와 관련해서도 어떻게 위험 배분을 예정하고, 공공계약 법제를 갖춰야 할지에 대한 의미 있는 연구라고 봅니다.

II. 공공조달 분야에서 공공계약법과 민간투자법의 관계 설정에 대한 논의

발표자는 개념 구성에서 공공조달법제와 민간투자법제의 관계 정립 문제를 논의하셨는데, 개념 정의에 공공조달법제와 민간투자법제를 분리하여 볼 것인지, 공공조달법제에 국가계약, 지방계약법의 공공계약법 체계와 민간투자법제를 포함하여 이 범주에 두 계약 체계가 포함되도록 볼 것인지의 개념 정립에 대한 논의가 필요하다고 판단됩니다. 물론 민간투자사업에서 체결되는 실시협약은 국내외를 막론하고 concession agreement 또는 concession contract라 하여 정부조달을 위한 계약을 지칭하는 procurement contract와는 완전히 구분하여 사용됩니다.¹⁾

1) 권경현, FTA에 따른 민간투자법령 개정 방향 연구, KDI 공공투자관리센터, 2010.7.

그러나 WTO GPA의 정부조달에는 공공조달만이 아니라 민간투자 부분도 정부조달에 포함하고, 한-미 FTA 제17.2조²⁾는 한-미 FTA의 정부조달규정이 적용되는 적용대상조달을 “구매, 리스, 매입선택권을 갖거나 갖지 아니하는 임차 또는 임차 후 구매, 건설·운영·이전 방식 계약 및 공공사업 실시 협약을 포함하여 모든 계약적 수단에 의한 것”이라고 정의함으로써, BOT(Build·Operate·Transfer, 건설·운영·이전) 방식을 비롯하여 모든 방식의 민간투자사업이 정부조달에 명시적으로 포함되었습니다. 나아가 한-미 FTA는 적용대상조달에 대하여 WTO GPA의 조항의 상당 부분을 그대로 준용하면서 “이러한 정부조달협정의 조항 및 부록은 필요한 변경을 가하여 이 장에 통합하여 그 일부가 된다”고 규정하여[한-미 FTA 제17.3조(정부조달협정 규정의 통합)]³⁾ 한-미 FTA는 일부 절차 관련 규정이나 성질상 준용이 곤란한 조항들을 제외하고 사실상 WTO GPA의 대부분의 규정들을 준용하고 있으므로 결국 한-미 FTA를 통하여 WTO GPA 정부조달협정 관련 사항은 민간투자법제에도 적용이 됩니다.

2) 한-미 FTA 제17.2조(적용범위) 제2항

“이 장의 목적상 적용대상조달이라 함은 정부 목적을 위한 다음의 조달을 말한다.

- 가. 1) 부속서 17-1가의 어느 한 쪽 당사국의 양허표에 명시된 대로, 그리고
 - 2) 상업적 판매 또는 재판매를 목적으로 하거나, 상업적 판매 또는 재판매를 위한 상품 또는 서비스의 생산이나 공급에 사용되기 위하여 조달하지 아니하는 상품, 서비스 또는 그 조합의 것.
- 나. 구매, 리스, 매입선택권을 갖거나 갖지 아니하는 임차 또는 임차 후 구매, 건설·운영·이전 방식 계약 및 공공사업 실시 협약을 포함하여 모든 계약적 수단에 의한 것
- 다. 부속서 17-가에 규정된 관련 기준가와 같거나 초과하는 가액의 것
- 라. 조달기관에 의한 것, 그리고
- 마. 제3항 또는 부속서 17-가상의 적용범위로부터 달리 배제되지 아니하는 것”

3) 한-미 FTA가 준용하고 있는 WTO GPA 조항은 제1조 제3항(미양허기관에 대한 적용) 제2조(계약대상가액 산정), 3조(내국민대우 및 비차별), 제4조 제1항(원산지규정), 제6조(기술규격), 제7조(입찰절차), 제8조(공급자 자격심사), 제9조(예정된 조달에 대한 참가초청), 제10조(선정절차), 제11조 제4항(납품기한), 제12조(입찰에 관한 서류), 제13조(입찰서의 제출, 접수, 개찰 및 낙찰), 제14조(협상), 제15조(제한입찰절차), 제16조 제1항(대응구매), 제18조(조달기관의 의무에 관한 정보 및 검토), 제19조 제1항 내지 제4항(당사국의 의무에 관한 정보 및 검토), 제20조(이의신청절차), 제23조(협정에 대한 예외)가 있습니다.

반면 한-EU FTA 건설·운영·이전 방식 계약에 대하여는 별도로 부속서 9를 두어, 민간 투자사업(BOT)과 관련된 정의 규정을 두고, 내국민대우 및 비차별, 예정된 조달의 공고, 낙찰 공고, 재심, 그 밖의 규칙 및 절차, 안보 및 일반적인 예외, 적용범위를 규정하고 있습니다.

국내 법규는 국가계약법과 지방계약법의 공공계약법 분야와 사회기반시설에 대한 민간투자법이 특별법으로 적용되는 민간투자법제가 구분되어 있는데, 이를 어떻게 법 체계를 정립할 지와 관련하여 WTO GPA 및 FTA 체결국이 확장되는 시점에서 공공조달 분야의 개념, 공공계약법과 민간투자법제를 통합할 것인지, 분리하여 별개의 법체계로 가져갈 것인지를 입법체계 논의가 더욱 필요합니다. 이런 점에서 발표자의 EU 사례는 이러한 특허지침(Concession)이 별도로 규정될 수밖에 없었던 현실과 제도적 설명으로 특히 의의가 있다고 판단됩니다.

Ⅲ. EU 특허지침 개별 내용 부분과 관련한 논의

발표자께서 소개한 EU 특허지침 제5조 서비스 특허와 관련해 국내 법제에서도 시설 기반형 서비스사업은 현행 민간투자법 제2조 제2호에서 사회기반시설의 신설, 증설, 개량 또는 운영을 규정하고 있으므로 우리나라 민간투자분야에서도 포섭할 수 있고, 노후 시설에 대한 개량이 필요한 점에서 이를 구분해 활성화할 필요가 있다고 판단됩니다. 특히 서비스 분야와 관련해서 민관협력에 관한 법률을 신규로 제정한 국가에 따라서는 공사와 서비스 분야에서의 민관협력 내용을 확대해서 규정하는 부분을 고려할 때 서비스 민관협력에 대한 논의는 필요하다고 판단됩니다.⁴⁾

4) 카자흐스탄 민관협력에 관한 법률

7조. 민관 협력의 방법

1. 민관 협력은 이행의 방법을 두고 기관과 계약으로 구분된다.
2. 기관적 민관 협력은 민관 협력 계약의 규정에 준하여 민관 협력 회사가 이행한다.
3. 다른 경우에 있어서, 민관 협력은 계약적 민관 협력의 방법에 의해 실행된다.

EU 특허지침 제43조 재입찰을 거치지 않아도 되는 계약변경 사유 규정과 관련하여 우리의 경우에 민자사업 진행과정에서 추가적인 공사의 총사업비 변경 기준을 어떻게 볼 것인지, 동일 사업의 총사업비 범위 내라고 볼 수 없기 때문에 기존 사업자에 대한 총사업비 증액으로 해결할 수 없고 별도 민간투자사업 절차를 통해 진행해야 한다고 보는 기준은 다음과 같습니다. 즉, 기획재정부에서는 국가재정법령, 총사업비 관리지침상 총사업비 30% 이상 초과인 경우 타당성 재조사를 거쳐야 하는 부분을 고려해 총사업비 30% 범위 내라면 경미한 사업으로 민간투자시설사업기본계획 변경에도 민간투자심의위원회 심의를 거치지 않아도 되는 가이드라인으로 제시한 바 있습니다.⁵⁾ EU 특허지침에서는 추가적인 공사나 서비스를 원래 사업자로부터 공급받는 경우 변경되는 금전적 가치에 대해 50% 제한이 있고, 이러한 부분이 공익산업과 관련된 특허에는 금전가치 증가범위 제한을 두지 않는 반면 일반 특허엔 50% 제한이 있는 점이 우리와 차이가 있습니다.

특히 EU 특허 지침에서는 새로운 사업시행자가 원래 사업시행자의 법적 지위를 승계한 경우 재입찰을 거치지 않아도 되는 경우로 1) 최초 계약에 명확한 조항 또는 대안이

민관 협력 계약의 체결에 의해 이행되는 계약적 민관 협력은 다음 내용들을 포함한다.

- 1) 양여(讓與)
- 2) 정부 자산의 위탁관리
- 3) 정부자산의 대여
- 4) 대여
- 5) 기술, 시제품화, 예비시험 소규모 생산의 개발을 위해 체결하는 계약
- 6) 생활주기 계약
- 7) 서비스 계약
- 8) 민관 협력의 특성에 부합하는 다른 계약

계약적 민관 협력의 어떤 유형을 이행함에 있어, 본 법률이 규정하고 있지 않은 범위에 있어서는, “양여”에 관한 카자흐스탄의 법률이 정하고 있는 특성을 포함하여, 카자흐스탄의 관련 법률 규정들이 적용된다.

- 5) 2017.12.1.자 기획재정부 규제개혁법무담당관 유권해석 “법령에서 총사업비 규모를 경미한 사항의 판단기준으로 규정한 것은 기존 시설사업기본계획에서 건설, 운영계획 등이 변경되더라도 총사업비가 30% 미만으로 변경되는 경우에는 민간투자사업심의위원회 심의를 거치지 않아도 된다는 취지입니다. 따라서 총사업비 30% 범위 내에서 시설사업기본계획이 변경되는 경우에는 민간투자법 시행령 제9조 제1호에서 정한 경미한 사항의 변경으로 볼 수 있습니다.”

있는 경우, 2) 다른 사업자의 구조조정, 즉 영업양도, 합병, 인수 또는 도산 등에 따라 원래 사업시행자의 지위를 전체적으로 또는 부분적으로 승계한 경우로서 원래 정했던 질적인 선택기준을 충족하는 경우, 3) 발주청 스스로 원수급업체의 의무를 하수급업체에 대해 부담하는 경우로서 이러한 의무부담이 국내법에 의해 허용되는 경우를 규정하고 있습니다. 특히 유럽법원에서 제시한 새로운 사업자로 계약상대방을 대체하는 경우 원칙적으로 계약의 본질적인 내용의 변경이 이루어지는 것으로 보아서 재입찰이 필요하다고 판단했습니다.

이와 비교하여 볼 때 우리의 민자사업 운영기간 중 발생하는 재구조화 사업 경우 당초의 사업시행자인 사업주체가 변경되었다고 판단될 경우라면 재구조화를 협약 변경을 통해 진행할 사안이 아니라 주무관청이 귀속 후 재입찰을 거치거나 사업진행 과정에서 이와 관련된 재구조화 문제가 우려되는 사안에 대해서는 명확하게 가이드라인을 제시해 시설사업기본계획(또는 제3자 공고)에서 절차상 반영하고 협약에도 근거 조항을 두어 투명한 절차 확보를 해 두는 것도 방법일 수 있다고 생각합니다.

당초 입찰 과정을 통해 사업 조건의 중요사항이 전제되어 입찰에 참여했는데, 평가를 통해 선정된 이후 사업구조가 변경되는 재구조화가 발생하는 부분은 입찰절차를 형해화시키고 투명성과 안정적인 절차 보장을 저해할 수도 있기 때문입니다. 물론 현재의 재구조화 논의가 최소운영수입보장이 있던 당시 사업의 문제점을 개선하고자 재구조화 방식을 통해서라도 정보비대칭하에서 체결된 주무관청과 사업시행자간 사업구조를 개선하고자 하는 취지가 있기는 하지만, 민간투자사업이 장기간 프로젝트를 염두에 두고 위험분담 사항을 사전에 정해 협약을 체결하는 취지를 고려한다면 사업주체 변경에 대한 절차와 요건에 대한 사전 조율은 필요하다고 생각합니다.

제2부

유럽연합 신공공조달지침과 한국 지방조달행정

사회: 이 전 오 교수
(성균관대학교 법학전문대학원)

제2주제

**EU 신공공조달지침하에서의
독일 법제에 대한 비교연구**
- 공법적 제도를 중심으로

EU 신공공조달지침하에서의 독일 법제에 대한 비교연구*

- 공법적 제도를 중심으로

박재운 교수 (충북대학교 법학전문대학원)

I. 들어가며

1. EU 공공조달법제의 비교법적 의의

공공조달법은 비교법에 친숙한 법제이다. EU 공공조달법제와의 비교법 연구를 촉진하는 조건으로는, 실용적 관점에서 보면 우리나라와 EU 사이에 정부조달협정(Agreement on Government Procurement, GPA)이나 FTA의 차원에서 EU의 조달제도가 유럽시장에 진출하려는 우리 기업들에게 적용될 가능성이 있다는 점을 지적할 수 있다.¹⁾ 그러나 보다 중요한 연구의 관점은 유럽법의 원리와 제도가 EU 회원국들에 반영되는 과정을 통하여 이론적인 차원에서의 관심을 불러일으킨다는 점이라고 할 것이다.²⁾ 이런 차원에서 보면 조달제도는 지난 수십년간 유럽법상 지속적인 개혁의 과정을 통하여 회원국에 지속적인 변화과정을 선도하였다는 점에서 유럽법을 연구하는 국내 학계의 중요한 참조분야가 되고 있다.³⁾ 특히 유럽법은 역내시장을 달성해야 한다는 목표 아래에서 시장개방을 추진하

* 본 발표문은 아직 완결된 것이 아니므로, 인용을 삼가시길 바랍니다.

1) 김대인, EU 공공조달법제에 대한 연구 -2014년 EU 개정 공공조달지침을 중심으로-, 행정법연구 제41호, 2015. 2, 165면; Martin Burgi, Vergaberecht, 2016, S.60 참조.

2) 박재운, 유럽법상 나타난 국방조달제도의 개혁, 공법연구 제39집 제3호, 2011. 2, 394면 참조.

3) (국내문헌 추가예정)

고 있어서 공공조달법이 각 회원국의 진입장벽의 철폐를 판단하는 중요한 기준이 되고 있다는 것이다.⁴⁾

유럽 공공조달법제에 있어서는 EU 지침(Directive/Richtlinie)이 2차 法源으로서 중요한 연구대상이 되는바, 각 회원국은 지침을 회원국의 국내법규로 전환할 의무를 부담하게 된다. 회원국은 이러한 지침의 전환과정에서 그 법형식이나 구체적인 내용형성 등에 있어서 일정 정도 자율권을 갖게 되므로, 각국의 사정에 따라 다소간에 상이한 법체계를 갖게 된다. 여기서 비교법의 방법론으로서 유럽 공공조달법제의 전모를 파악하기 위해서는 지침의 내용과 함께 이러한 내용이 회원국의 기존 공공조달법 질서에 어떻게 편입되고 있는지를 살펴보아야 할 필요가 생기는 것이다.

비교법 연구의 대상으로서 우리의 우선적인 관심을 끄는 법제는 단연코 우리 법제와 가장 유사한 체계를 갖고, 우리 법제의 해석에 있어서 지대한 영향을 미친 독일법이 될 것이다. 주지하다시피 독일의 공공조달법제는 전통적인 國庫이론의 영향으로 私法관계로 취급되어 왔으며, EU법의 영향으로 한계치 초과 공공조달에 있어서는 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)에 관련조항이 편입되는 방식으로 규율되고, 한계치 이하에 있어서는 예산법(Haushaltsrecht)에 의한 규율을 받는 이원적인 체계를 갖고 있다.⁵⁾ 비록 경쟁제한방지법에 의한 조달법체계가 권리구제에 있어서 낙찰탈락자에 대한 권리구제를 보장하는 등 공법적인 특징을 갖추고 있으나, 여전히 그 소송 형태는 통상법원에 제기하는 사법관계의 특징을 유지하고 있는 실정이다.⁶⁾ 이러한 배경은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’)을 기본법으로 하여 조달계약을 私法관계로 파악하는 우리 법제에 매우 유용한 비교척도를 제공하고 있다.

4) Burgi, a.a.O., S.24 참조.

5) 독일 공공조달제도의 개괄적 변천과정 및 구조에 관하여는 박정훈, 행정법의 체계와 방법론[행정법연구 1], 2005, 173면 이하; 박재윤, 앞의 글, 400-401면 참조.

6) 박정훈, 위의 책, 191면 이하 참조.

2. 우리 법제의 비교법적 특징

우리 공공조달법제는 독일 법제와 비교하여 부정당업자의 입찰참가자격 제한을 일종의 행정처분으로서 규정함으로써, 私法을 중심으로 한 조달계약의 분쟁해결과정에 중대한 예외를 마련하고 있다. 이러한 처분은 사법상 계약체결에 있어서 사전에 심사하는 소극적인 자격요건으로서 기능하지만, 다른 한편으로는 형사적인 처벌에 준하는 제재의 성질을 갖는 것으로 평가된다.⁷⁾ 반면, 독일 법제는 개발 입찰에서 배제하는 사법상 제도로부터 확장된 발주차단(Vergabesperre)이라는 제도를 두고 있지만, 이것이 일종의 私法상 통지행위로서 여전히 私法적 제도로 다루어진다는 점은 우리 법제와 근본적인 차이가 있다.⁸⁾

다른 한편으로, 우리 국가계약법은 그 적용범위에 있어서 “국제입찰에 따른 정부조달계약과 국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약[세입(歲入)의 원인이 되는 계약을 포함한다] 등 국가를 당사자로 하는 계약”에 모두 적용되도록 함으로써, 형식적으로 조달계약이 아닌 모든 국가계약을 포괄하고 있다. 그에 따라 가령 세입의 원인이 되는 국유재산법상의 잡종재산의 매각이나 대부와 같은 계약이 동법의 적용범위에 포함될 수 있는 것이다. 이 점은 독일 법제와는 차이가 있다.⁹⁾ 그러나 이처럼 형식적으로 조달이 아닌 계약을 포괄하는 적용범위를 가짐으로써 입찰의 과정을 거치거나 조달에 비견될만한 희소한 자원의 배분이라는 행정목적은 수행하면서도, 국가계약법에 포섭되지 않는 광범위한 예외영역이 상정될 수 있게 된다. 가령, 전파법에 의한 주파수 경매, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 따른 우선협상대상자의 지정, 지방자치단체에 의한 폐기물처리업체의 선정 등은 일종의 행정임무의 위탁과정을 규율하는 규정으로서, 임무의 이행과정에서 공법적인 협약이나 계약을 체결하는 것이 전제되는 경우라도, 상대방에 대한 선정결정은 일종의 특허로서 행정처분으로서 파악된다고 할 것이다. 따라서 실

7) 박정훈, 부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제, 법학(서울대학교) 제46권 제1호, 2005. 293면 참조.

8) 박정훈, 위의 글, 288면 참조.

9) Burgi, a.a.O., S.18.

질적으로 경쟁입찰과 같은 과정을 거치더라도 구체적인 규율에 있어서는 국가계약법은 (사실상 혹은 법적으로) 적용배제되는 것으로 파악된다. 이러한 법현상은 최근 유럽 공공조달법제에 의하여 도입된 특허발주에 관한 규정과 비교할 수 있는 중요한 지점이라고 할 것이다.

결국, 우리 법제는 독일과 마찬가지로 국고이론을 기반으로 한 私法상의 조달제도를 따르면서도, 입찰참가자격 제한과 특허의 부여라는 중요한 공법적 제도를 보충적으로 마련하고 있는 것이다. 독일법제에서도 이 두 분야는 일반적인 私法상의 조달제도와는 다른 독특한 특성(가령, 제재를 통한 부패방지)을 갖고 있어서 이를 공적인 제도로 파악하는 것이 가능하다고 본다. 결국 이 분야들이 비교법적으로 양국의 법제도에 매우 중요한 비교지점이 되면서, 향후 구체적인 EU 법제의 개혁과정을 우리의 모델로 삼는데 있어서도 중요한 관점을 제공한다고 할 것이다. 따라서 이러한 공법적 제도들이 바로 본 논문에서 신공공조달지침의 영향을 받은 독일법과 비교하기 위한 중요한 연구분야가 될 것이다.

II. 신공공조달지침과 독일법 전환과정

1. 기존 EU 조달법체계

2014년 신공공조달지침이 도입되기 이전에 유럽 공공발주제도의 기본틀은 2004년 통합공공발주지침(Richtlinie 2004/18/EG)이 기본이 되었다. 이는 기존 물품, 용역, 공사로 나뉘어져 있던 지침들을 단순화, 선진화, 유연화 등의 목적으로 하나의 지침으로 통합한 것이다. 물, 에너지, 교통공급 및 우편서비스 영역에서는 이른바 기간시설영역지침(Richtlinie 2004/17/EG)이 제정되어, 이 영역에서 유럽조달법상 의무를 부담한 국가발주자와 사기업을 대상으로 하였다. 더불어 2007년 구제수단지침(Richtmittelrichtlinie)에 의하여 위 두 영역에 대한 심사절차를 규율하게 되었다. 국방조달분야에서는 2007. 12. 집행위원회에 의하여 채택된 방위패키지(Defence Package)의 일환으로, 2009년 국방관련

물자의 역내이송조건의 단순화에 관한 지침(Richtlinie 2009/43/EG)와 국방조달지침(Richtlinie 2009/81/EG)가 시행되었다. 그밖에 회원국에 직접적 효력을 갖는 명령으로서 일반용어명령(Common Procurement Vocabulary, CPV-Verordnung)과 공적 여객운송명령(öffentlichen Personenverkehrsdienste, ÖPNV-Verordnung)이 제정되어 보충적인 法源이 되었다.¹⁰⁾

2. 신지침의 제정 및 전환과정

유럽연합은 2010년부터 공공조달법제에 대한 근본적인 개혁작업을 추진하였는데, 먼저 2011. 1. EU 집행위원회의 녹색(Grünbuch)이 발간되어 논의가 시작되었고, 그해 12. 경 위원회는 새로운 일반발주지침 및 기간시설영역지침에 대한 공식적인 제안과 함께 새로운 서비스특허에 대한 발주와 관련된 지침이 제안되었다. 이러한 일련의 개혁안(Modernierungspaket)은 공공조달분야에서 ‘2020 유럽 전략’(Strategie Europa 2020)의 실현하기 위한 것으로, 입법과정에서 상당한 개정을 겪은 후 세 가지 신공공조달지침이 2014. 4. 17. 시행되었다.

신공공조달지침은 기존 통합공공발주지침을 대체하는 신 공공발주지침(Richtlinie 2014/24/EU), 기존 기간시설영역지침을 대체하는 물공급, 에너지공급, 교통공급 및 우편 서비스 영역에서의 신 기간시설공공발주지침(Richtlinie 2014/25/EU) 및 처음으로 특허발주에 관하여 완결된 규율을 시도한 특허조달지침(Richtlinie 2014/23/EU)으로 구성된다. 우선적인 관심은 전체 조달체계의 기본틀을 구성하는 신 공공발주지침에 모아지는데, 이 지침의 목표로는 단순하고 유연한 조달절차(절차의 효율화), 유럽사법재판소 판례의 조문화를 통한 법적 안정성의 증대, 생태적, 환경적 목표설정의 도구로서 전략적 활용의 강화, 중소기업의 공공발주절차에의 접근성 향상, EU와 회원국이 협력하여 지침을 관철하는 거버넌스 구조의 개선 등이 언급되고 있다. 다만, EU의 1차 법원인 협약이 변경되지 않은 상태에서 근본적인 변화보다는 개혁의 필요를 충족한 것으로 평가되고 있다.¹¹⁾

10) Burgi, a.a.O., S.38ff 참조.

반면, 신 공공발주지침이 단순화의 목표를 제대로 달성하지 못하였고, 세가지 별도의 지침을 마련하는 것은 불필요하다는 Arrowsmith의 비판도 있다.¹²⁾

한편, 새롭게 제정된 특허조달지침은 다른 회원국에서 국내 시장에 접근성을 개선하고, 특허발주에서 법적 안정성을 제공하여 패배한 응찰자가 쟁송을 할 수 있도록 한다는 목표를 가지고 있다.¹³⁾ 더 나아가 기간시설 및 전략적 서비스에 대한 공적 투자를 증진하고, 민관협력을 증진시키는 목적이 언급되고 있다.¹⁴⁾

EU의 공공조달지침들은 독일 경쟁제한방지법에 편입되는 형태로 독일 국내법으로 전환되어 왔는데, 2004년의 지침은 동법 제97조 이하에 관련 규정이 마련되어 있었다. 2014년 신공공조달지침을 전환하기 위하여 2015년 연방내각은 ‘Eckpunkt Papier’를 발간하였고, 같은 해 정부법률안이 마련되었다. 법률안은 연방상원의 자문을 거쳐 연방 하원에서 2015. 12. 17. 가결되었다. 그에 따라 경쟁제한법 제97조부터 제184조에 편입되는 형태로 새로운 공공조달법은 2016. 4. 18. 시행되었다.¹⁵⁾ 이하에서는 우리 법제와 중요한 비교점을 이루는 배제 및 발주차단제도와 특허발주제도에 관한 내용을 중심으로 EU 지침과 독일법제를 개관하기로 한다.

Ⅲ. 발주배제제도

1. 필요적 혹은 임의적 배제사유

배제사유는 유럽법상 지금까지 그 중요성이 비교적 적게 다루어지다가 2014년 개정

11) Burgi, a.a.O., S.40f. 참조.

12) 김대인, 앞의 글, 179면에서 재인용.

13) Burgi, a.a.O., S.264 참조.

14) Roland M. Stein, Mehr Regeln (und Ausnahmen): Die neue Konzessionsvergaberichtlinie, in: Hermann Pünder/Hans-Joachim Prieß(Hg.), Vergaberecht im Umbruch II - Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung, 2015, S.103 참조.

15) Burgi, a.a.O., S.52f. 참조.

서 이른바 부패 및 경쟁제한적인 행위에 대한 방지 차원에서 중요성이 증가하였다.¹⁶⁾ 신 공공발주지침 제57조 제1항 및 제2항은 필수적인 배제사유에 대하여 규정하고 있고, 제4항은 임의적 배제사유에 대하여 규정하고 있는바, 2004년 통합공공발주지침에 비하여 그 사유를 일부 추가하고 있다.¹⁷⁾ 의무적 제재사유는 첫째 범죄조직에의 참여, 뇌물, 사기, 테러범죄, 돈세탁 및 테러재정지원, 아동노동 및 인신매매 등의 사유로 입찰참가자가 확정판결을 받은 경우이고, 두 번째는 입찰참가자가 조세나 사회보장보험료의 납부의무를 이행하지 않은 경우이다.¹⁸⁾ 이 규정은 독일 경쟁제한방지법 제123조에 반영되어 있다. 동조 제5항은 ‘공익상의 필연적인 이유’가 있을 때 필수적 배제로부터 면제될 수 있도록 규정하고 있다. 여기에는 예방접종이나 응급장비 등이 예로 들어진다.¹⁹⁾

동 지침 제57조 제4항은 a)부터 i)까지 환경·사회·노동관련 법적 의무위반이나 파산, 도산, 경쟁을 제한하는 합의, 이익충돌 등의 사유를 임의적 배제사유로 규정하고, 이를 회원국이 필수적 사유로 전환할 수 있도록 하고 있다. 그에 따라 경쟁제한방지법 제124조 제1항은 9가지 사유가 있을 때 비례원칙을 고려하여 배제할 수 있도록 규정하고 있다. 동조 제1항 제3호는 일종의 보충적 요건으로서 “기업이 직업 활동의 범위에서 중대한 과실을 범하였다고 증명되고, 이로 인해 기업의 성실성(Integrität)이 문제되는 경우”에 배제할 수 있도록 규정하고 있다.

이에 비해 우리 국가계약법 제27조 제1항은 입찰참가자격 제한에 있어서 선택재량은 있을지라도 제한 자체는 필수적인 것으로 규정하고 있다. 동법 시행령 제76조 제2항은 ‘1개월 이상 2년 이하의 범위’에서 입찰참가자격을 제한하는바, 동조 제3항이 “법 제27조제1항 각 호에 해당하는 행위별로 부실벌점, 하자비율, 부정행위 유형, 고의·과실 여부, 뇌물 액수 및 국가에 손해를 끼친 정도 등을 고려하여 기획재정부령으로 정한다”고 위임하여, 동법 시행규칙 제76조, [별표2]에서 구체적인 제한기준이 정해지고 있다. 이러

16) Hans-Joachim Prieß, Eignung und Ausschluss nach der neuen Vergaberichtlinie, in: Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S.27 참조.

17) Prieß, a.a.O., S.29.

18) 이하 EU법상 구체적인 배제사유에 대한 분석으로는 김대인, EU법의 부정당업자제재제도에 대한 연구, 공법연구 제45집 제3호, 2017. 2.

19) Burgi, a.a.O., S.185; Prieß, a.a.O., S.30 참조.

한 제한기준은 일종의 부령으로 정해진 제재적 처분기준에 해당한다고 할 것이므로 우리의 판례이론에 따르면 행정규칙(재량준칙)의 성질을 갖는 것으로 파악된다.²⁰⁾

한편, 계약상대자가 법인인 경우 동법 시행령 제76조 제2항 단서는 “계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 법 제27조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가자격 제한 사유가 발생한 경우로서 계약상대자등이 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인의 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 계약상대자등에 대한 입찰참가자격을 제한하지 아니한다”고 규정하고 있다. 이에 반해 독일 경쟁제한방지법 제123조 제3항은 “유죄의 확정판결을 받은 사람의 행위는, 이 사람이 기업의 관리에 책임자로서 행동한 경우 기업에게 귀속시킬 수 있다. 여기에는 운영의 감독 혹은 지도적 지위에서 감사권한을 특별히 행사한 경우가 포함된다”라고 규정하고 있어서 양 법제의 차이가 주목된다.²¹⁾

2. 배제의 효과

(1) 발주차단(Vergabesperre)의 효과 여부

신공공발주지침이나 경쟁제한방지법은 필수적 혹은 임의적 배제사유가 있을 경우 발주자가 입찰참가자를 특정한 하나의 발주절차의 참여로부터(‘von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren’, ‘zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme’) 배제하는 것만을 예정하고 있다(지침 제57조 제1항, 법 제123조 제1항). 그러나 전통적으로 독일에서는 발주기관의 배제의 효력을 일정한 시간적 범위에서 장래에 확장하는 ‘발주차단’(Auftragssperre/Vergabesperre)과 그 효력을 동일한 행정주체인 주에 속하는 다른 발주기관으로 확장하는 ‘통합적 발주차단’(koordinierte Vergabesperre)이 인정되고 있다. 발주

20) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두 18964 판결 참조.

21) (3) Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat; dazu gehört auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung.

차단은 근로자 파견법, 최저임금법, 불법취업방지법(Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz)과 같은 일부 연방법률과 주공공조달법에 부분적으로 법적 근거를 마련하고 있다. 다만, 통합적 발주차단에 대하여는 주의 행정규칙으로만 규율될 뿐 특별한 법적 근거가 마련되어 있지 않다는 점이 비판되고 있다.²²⁾

우리 국가계약법 및 공공조달법제는 법률 자체에 부정당업자에 대한 제재로서 입찰참가자격 제한을 할 수 있는 근거를 마련하고 있으므로 독일과 같은 법적 근거의 문제는 발생하지 않고 있다. 즉, 국가계약법 제27조 제1항은 중앙관서의 장이 입찰 참가자격을 제한하면, 그 사실을 다른 중앙관서의 장에게 통보하고, 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장이 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한함으로써 제한의 효력이 다른 중앙관서에 미치도록 하고 있다. 또한 그 효력범위는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’) 제31조 제4항에 따라 각 지방자치에서 시행하는 모든 입찰에도 미치게 된다. 지방자치단체의 경우에는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’)에 제31조 제4항에 따라 입찰 참가자격을 제한받은 자는 그 제한기간 동안 각 지방자치단체에서 시행하는 모든 입찰에 대하여 참가자격이 제한되며, 그 제한의 효력은 국가계약법 시행령 제76조 제11항에 따라 국가를 당사자로 하는 계약의 입찰에도 미치게 된다. 즉, 우리의 입찰참가자격 제한의 효력은 법률적 근거를 갖추고는 있으나 그 효력범위가 동일한 행정주체에 한정되지 않고, 국가와 지방자치단체 및 공공기관에까지 광범위하게 미친다는 점에 차이가 있다.

(2) 계약의 해지

신공공발주지침 제73조 b)에서 수주자가 낙찰시점에 제57조 제1항의 필수적 배제사유가 있고 이로 인해 발주절차에서 배제되었어야 하는 경우에는 이를 해지할 수 있는 사유로 보장하도록 정하고 있다. 이는 최저요건이므로 임의적 배제사유를 해지사유로 정할 것인지는 회원국에게 달려있다고 할 것이다.²³⁾ 독일 경쟁제한방지법 제133조는 공공발

22) 박정훈, 앞의 글, 285-286면; Burgi, a.a.O., S.189f. 참조.

23) Prieß, a.a.O., S.,30 참조.

주자는 필수적 배제사유가 낙찰시점에 있었던 경우 공공발주를 계약기간내에 해지할 수 있도록 규정하고 있다.

우리 국가계약법에는 독일법제에 비견될만한 해지사유가 규정되어 있지 않다. 다만, 동법 제5조의2는 입찰자 또는 계약상대자로 하여금 입찰·낙찰, 계약체결 또는 계약이행 등의 과정에서 직접적·간접적으로 금품·향응 등을 주거나 받지 아니할 것을 약정하게 하고 이를 지키지 아니한 경우에는 해당 입찰·낙찰을 취소하거나 계약을 해제·해지할 수 있다는 조건의 이른바 ‘청렴계약’의 체결을 의무화하고, 동법 제5조의3에서 청렴계약 위반에 따른 입찰·낙찰을 취소하거나 계약을 해제·해지하는 효과를 규정하고 있다. 더 나아가 동법 시행령 제39조 제4항, 동법 시행규칙 제44조 제1항 제1호에 따라 입찰참가 자격이 없는 자가 한 입찰을 무효로 하고 있다. 따라서 우리의 경우에는 더욱 강력한 효력이 부정당업자에 대한 제재로서 인정되고 있는 셈이다.

(3) 부패등록부

공공조달계약에서 지속적으로 나타나는 규율의 확장과 강화된 의무는 부패방지에 핵심적인 기능을 담당하는 것으로 인식되고 있다. 여기서 공정경쟁방지법에서 규정된 발주 배제와 발주차단이 중요한 수단으로 고려된다. 이러한 배제를 위해서는 발주기관이 가령, 국제적으로 활동하는 기업 등에 관한 정보가 필요하게 된다. 그에 따라 여러 주에서 이른바 부패등록부(Korruptionsregister)를 마련해서 형사소추기관으로 하여금 특정한 부패관련된 사건을 중앙집중적인 등록부에 통지하도록 하고 있으며, 추가적으로 노동법, 조세법, 독점방지법 등에 대한 위반사항도 기재되기도 한다는 것이다.²⁴⁾

독일의 부패등록부에 상응하는 정보제공의 도구로서 우리 법은 입찰참가자격 제한사실을 통보하거나 전자조달시스템에 게재하는 방식을 활용하고 있는 것으로 보인다(동법 시행령 제76조 제11항). 우리 법제는 ‘뇌물을 준 자’(동법 제27조 제7호)의 경우 뇌물죄 처벌 자체가 요건이 아니고 이에 대한 통보제도도 없는 반면, 발주기관이 알 수 있는 조달계약 자체에 관한 사항이 아닌 다른 법률위반의 경우(제5호, 제6호) 공정거래위원회나

24) Burgi, a.a.O., S.191f. 참조.

중소벤처기업부 장관의 요청이 있어야 제한사유로 하고 있다는 특징이 있다.

3. 자율정화

신공공조달지침 제57조 제6항은 입찰참가자가 배제사유에도 불구하고 신뢰성을 증명하는 조치를 충분히 하였다고 입증하여 배제로부터 면제될 수 있는 자율정화제도를 규정하고 있다. 이는 독일 법제에서 이전부터 법률의 규율이 없이도 비례원칙에 의하여 인정되었다고 한다.²⁵⁾ 유럽법제는 이러한 독일법상의 제도를 받아들인 것인데, 경쟁제한방지법 제125조는 그 내용을 다시 명시적으로 규정하고 있다.

제125조

(1) 동조에 의하여 공공발주자자는 필수적 혹은 임의적 배제사유가 있는 경우, 기업이 다음 사실을 증명하면 발주절차의 참여로부터 배제하지 않는다.

1. 형사범죄 혹은 과실행위로 야기된 손해의 보상을 지급하거나 보상의 지급을 약속했고,
2. 형사범죄 혹은 과실행위 및 이를 통해 야기된 손해와 관련이 있는 사실관계를, 조사기관과 공공발주자와의 적극적 협력을 통하여 포괄적으로 규명하였으며, 그리고
3. 추가적인 형사범죄 혹은 추가적인 과실행위를 방지하기에 적합한 구체적인 기술적, 조직적²⁶⁾ 및 인사적 조치²⁷⁾를 취했다는 사실.

제123조 제4항 제2문은 그대로 적용된다.

(2) 공공발주자는 기업에 의하여 취해진 자기정화조치를 평가하고, 그 과정에서 형사범죄 혹은 과실행위의 중대성과 특별한 사정을 고려한다. 공공발주자는 기업의 자기정화조치가 불충분하다고 여기면, 이 기업에게 이 결정에 대한 이유를 제시하여야 한다.

25) Prieß, a.a.O., S.36 참조.

26) 기술적, 조직적 조치로는 이른바 준법시스템(Compliance-System)을 구축하는 것이 문제되는데, 그 형태는 보고나 통제기구, 감사구조, 내부적인 제재 내지 책임규율의 도입 등이 될 수 있다고 한다. Burgi, a.a.O., S.188 참조.

27) 인사적 조치는 대개 책임있는 인물을 기업으로부터 분리하는 것을 의미한다. Prieß, a.a.O., S.37 참조.

충분한 자기정화의 조치를 취한 사실을 제출하고 증명할 책임은 해당 기업에게 있다.²⁸⁾ 이를 판단하는 것은 해당 기관의 재량에 속한다. 다만, 자기정화가 충분하다고 결정하여 공공발주에 참여를 허용하면 이는 사법심사를 할 수 있는 결정에 해당한다. 그에 따라 제3자가 경쟁자의 재허용에 대한 취소를 구할 수 있다고 한다.²⁹⁾

우리 법제는 독일의 제도에 비견할만한 제재의 면책규정이 마련되어 있지 않다. 다만 국가계약법 시행규칙 [별표2]에서 입찰참가자격제한기간의 감경제도를 두고 있고, 동법 제27조의2에서 부정당업자의 위반행위가 예견할 수 없음이 명백한 경제여건 변화에 기인하는 등 부정당업자의 책임이 경미한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 위반행위와 관련된 계약의 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 과징금으로써 입찰참가자격 제한에 갈음하는 제도를 마련하고 있다.

IV. 특허발주

1. 개념 및 적용범위

특허발주에 있어서 서비스특허(Dienstleistungskonzession)의 개념은 서비스발주(Dienstleistungsauftrag)과 구분하여 규율체계를 정하는데 있어서 핵심적인 역할을 담당한다.³⁰⁾ 특허발주지침 제5조 1.b)의 규정을 따라서 독일 경쟁제한방지법 제105조 제1항 제2호는 서비스특허를 “하나나 다수의 발주자가 하나나 다수의 기업에게, 건축특허의 대상이 아닌 서비스의 공급과 관리를 위탁하는 유상계약으로서, 여기에 반대급부로서 서비스의 활용권만 있거나 이 권한에 추가적인 지불이 있는 것을 말한다”고 규정하고 있다. 이에 더하여 제105조 제2항은 서비스특허와 일반발주를 구분하기 위한 기준으로 서비스의 활용에 대한 운영리스크가 특허수령자에게 이전된다고 규정한다. 동조는 이러한

28) Burgi, a.a.O., S.187 참조.

29) Prieß, a.a.O., S.38 참조.

30) Burgi, a.a.O., S.264.

운영리스크의 이전은 1. 일반적인 운영조건에서는 투자비용 혹은 서비스 공급을 위한 비용이 다시 회수될 수 있도록 보장되지 않고, 2. 특허수령자가 평가할 수 없는 시장에 사실상 처해져서 잠재적으로 평가된 그의 손실이 무시될 수 없는 경우에 발생한다고 본다. 운영리스크는 수요와 공급의 리스크일 수 있다고 한다고 규정하는데, 잘못된 운영으로 계약에서 탈락하는 상실리스크(Verlustrisk)는 모든 계약에 내재되므로, 동조의 리스크로 보기는 어렵다고 한다.³¹⁾

문제는 특허수령자가 어느 정도의 리스크를 이전받아야 하는지가 지침이나 법령상 명백하지 않다는 점이다. 가령, 특허권자가 요금의 인하를 위하여 보조금을 받거나, 일정한 수익을 보장받는 경우가 문제된다. 이에 대하여 특허발주지침의 해석으로도 특허수령권자가 ‘본질적인’(wesentlichen) 혹은 ‘압도적인’(überwiegenden) 부분의 리스크를 인수하여야 한다는 점은 불명확하므로, 단지 실질적(substantiell)이어야 하고, 발주자의 리스크의 부분을 능가할 필요는 없다고 한다.³²⁾ 이처럼 특허발주에 있어서는 리스크의 개념을 기본으로 하는데, 그 개념전제상 단지 이용권을 국가가 분배한다는 것만으로는 부족하고 조달의 요소가 있어야 한다(예: 에너지산업법상 도로특허(Wegekonzession)).³³⁾

한편, 경쟁방지법 제107조는 중재법원, 부동산의 임대차, 근로계약, 응급서비스(구급차 제외), 제108조는 공공기관 사이의 협력에 대한 일반적인 예외를 두고 있다. 더 나아가 제149조는 공적인 통신서비스, 복권서비스, 항공교통서비스, 음용수특허(Trinkwasserkonzession) 등에 대한 특별예외를 규정하고, 제150조는 국방 및 안보분야에서의 예외를 규정하고 있다.

우리 국가계약법의 경우 독일의 특허발주에 비견할만한 개념정의를 가지고 있지는 않다. 다만, 적용범위에 세입(歲入)의 원인이 되는 계약을 포함하고(제2조), 1. 개발시제품(開發試製品)의 제조계약, 2. 시험·조사·연구 용역계약, 3. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관과의 관계 법령에 따른 위탁 또는 대행 계약, 4. 시간적 여유가 없는 긴급한 재해복구를 위한 계약으로서 미리 가격을 정할 수 없을 때에는 개산계약을 체결할

31) Burgi, a.a.O., S.267 참조.

32) Stein, a.a.O., S.110; Burgi, a.a.O, S.

33) Burgi, a.a.O., S.263 참조.

수 있도록 규정하고 있다(제23조). 그러나 이미 언급한 바와 같이 동법은 국가가 당사자가 되는 계약을 형식적으로 파악하여 적용하는 것이므로, 독일법에서 논의되는 서비스나 건축이 특허라는 처분의 형태로 부여되는 경우에는 직접 적용될 여지가 없는 것으로 보인다. 이 경우에는 각각 해당하는 근거 법률, 가령, 민간투자법, 전파법 등에 계약체결이나 입찰에 관한 규율을 마련하고 있다. 판례는 폐기물관리법상 위탁업체 선정에 있어서 “입찰참가의 자격이 없는 자가 참가한 입찰을 무효로 한다고 규정하고 있는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제13조 제1항, 제39조 제4항을 수의계약에도 유추적용할 수 있다”고 판시하고 있다.³⁴⁾ 폐기물관리법은 폐기물처리업의 허가 이외에 위탁업체의 선정과 위탁계약이라는 절차를 거치므로 계약이 관여된다는 점에서 지방계약법의 적용가능성은 열려있다고 할 것이다. 다만, 판례도 경쟁입찰에 관한 규정이나 규정 전체의 유추적용을 염두에 둔 것으로 보이지 않는다는 점에서 허가라는 처분에 부수하는 계약에 대하여 국가계약법 등을 전면적으로 적용할 수는 없다고 보인다.

2. 발주절차 등

특허발주지침 제30조 이하에서 발주절차에 대한 원칙으로서 발주절차의 선택과 형성에 있어서 발주자의 광범위한 재량을 인정하고 있다.³⁵⁾ 그에 따라 독일 경쟁제한방지법 제151조는 다음과 같이 규정하고 있다.

특허발주자는 특허를 발주하겠다는 계획을 공고한다. 특허발주계획의 공고는 이 법에서 허용하는 한에서 포기할 수 있다. 그밖에 특허발주자는 이 법에 의하여 발주절차의 구체화를 위하여 발령한 명령의 유보하에 절차를 자유롭게 형성할 수 있다.

그에 따라 독점경쟁방지법은 제154조에서 완화된 형태로 일반발주절차의 규정을 준용하는 입법방식을 마련하고 있다. 특허발주자는 입찰자들과 협상에 의한 절차를 취할 수 있으나, 특허발주명령 제12조 제2항 제2호에 따라 특허대상, 공급에 대한 최소요건, 낙

34) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다236625 판결.

35) Stein, a.a.O, S.115 참조.

참기준은 변경될 수 없다.³⁶⁾

우리의 경우 전파법 제11조에 따라 대가에 의한 주파수 할당에 있어서 경매 등의 방식에 관한 규율의 근거를 마련하고 있으나, 민간투자법을 비롯한 대부분의 처분절차에서는 개별적인 협상을 전제로 한 것으로 파악된다. 국유재산법 제43조는 “일반재산을 처분하는 계약을 체결할 경우에는 그 뜻을 공고하여 일반경쟁에 부쳐야 한다. 다만, 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약으로 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 국가계약법의 특별규정에 해당하므로, 이러한 절차 이외에 별도의 국유재산법을 적용할 가능성은 적다고 생각된다. 다만, 대부에 있어서는 이러한 규정의 제한이 없다.

V. 시사점

1. 우리 법제의 문제점

- 우리의 경우 일반 공공조달에 있어서는 지나친 형식성, 비효율성 등이 문제됨. 가령, 형식적 자격심사, 나라장터의 시장가보다 과도한 가격이 문제됨.
- 입찰참가자격 제한에 있어서는 법원의 집행정지신청의 인용 등으로 인한 제재의 실효성이 지적되지만, 과도한 입찰참가자격 제한사유 및 이중처벌의 문제도 지적되고 있음.³⁷⁾ 즉, 효력은 강하지만 유연한 적용은 못하는 문제.
- 특허권 등 처분을 통한 배분절차에 있어서는 부패의 문제가 심각함. 가령, 관세청 면세점사업권 입찰 등.
- 유연성의 확보와 공정성의 확대라는 두 가지 목표를 동시에 추구하는 것이 공공조

36) Burgi, a.a.O, S.20 참조.

37) 김민창/권순조, 공공조달 부정당업자 제재제도의 주요 쟁점과 개선방안, 입법조사처 현안보고서 Vol.282, 2015. 12. 14면, 19면 참조.

달법의 어려운 과제가 됨.

2. 개선방향

- 우리의 경우 입찰참가자격 제한의 효력범위가 지나치게 넓은 만큼 그 충격을 완화하고 유연성을 확보하기 위하여 임의적 배제사유에 준하여 재량으로 제한할 수 있는 사유와 기속적 사유를 구분하여 한정하는 방향이 모색될 필요가 있음.
- 반면, 부패방지제도로써 특정한 형사범죄는 필수적으로 배제사유로 하고, 이를 좀 더 완비된 통지 및 등록시스템을 통하여 관리할 필요가 있음.
- 처분을 통한 배분절차에서 입찰이나 협상 등의 공통적인 절차가 필요한 경우에는 이를 국가계약법에 반영하거나, 국가계약법을 준용하는 방안을 고려할 수 있음. 그러나 그 절차의 특수성을 배려하기 위하여 함부로 계약적 규율을 도입하는 것은 경계.
- 계약의 요소가 포함되는 경우에도 이른바 잡종재산의 매각, 대부 등 세출을 위한 계약의 경우에도 처분절차에 준하여 수의계약이 일반적이라고 할 것이므로, 이를 위한 특별한 규율과 구별기준을 국가계약법에 마련할 필요가 있음.

〈토론〉

「EU 신공공조달지침하에서의 독일 법제에
대한 비교연구」에 대한 토론문

강기홍 교수 (서울과기대학교)

〈토론〉

「EU 신공공조달지침하에서의 독일 법제에 대한 비교연구」에 대한 토론문

김진영 박사(민주연구원)

1. 부정당업자 제재제도 관련

① 임의적 제재사유 및 자율적 정화제도 도입

EU 신공공조달지침은 부정당업자에 대한 의무적 제재사유와 임의적 제재사유를 나누어서 규율하고 있으며 이는 독일법제에 있어서도 마찬가지이다. 의무 사항 또는 임의적 사항인지에 따라 제재근거에 차이를 두고 있으며 재량 여지도 부여하고 있다.

반면 부정당업자 제재과정에서 재량이 거의 인정되지 않는 우리나라의 법제에서 발표문에서 언급된 이와 같은 방안이 유의미한 대안이며 검토 가치가 크다고 본다. 더욱이 유럽 내 각 국가별로 활용정도에 차이는 있으나 독일에서 적극적으로 활용하고 있는 자율적 정화제도는 우리나라도 참고할 필요가 있다. 즉, 일방적으로 제재하는 것이 아니라 협약을 통해 자율적인 준법을 유도하는 것은 분명 바람직한 면이 존재한다.

② 재량의 존중과 법적규제

EU 신공공조달지침 및 독일법제에서 활용중인 자율적 정화제도 및 임의적 제재 사유 등은 입찰참가자격을 제한하는 효력범위를 줄이고 참가 유연성을 확보한다는 측면에서 의의가 있으나 재량이 넓어지는 만큼 이에 대한 우려가 존재하는 것도 사실이다.

다시 말해 재량이 넓어지게 되면 판단범위가 커지고 자의가 개입될 소지가 증가하게

된다. 이 경우 참가자가 부당제재라고 판단하게 되면 불복소송 등으로 자신의 권리를 찾고자 할 것인데 결국 재량이 넓어져 오히려 번거로운 소송절차 및 건수가 늘어나는 것이다.

물론 독일의 경우 비례성의 원칙 등을 고려하여 부정당업자 제재 여부를 판단하고 있는 것으로 보이며 이를 어떻게 우리나라 법제에 적용할지가 주요한 쟁점이라고 생각된다.

그러므로 부정당업자제재사유를 의무적 또는 임의적으로 나눌 경우 임의적 사유의 경우 경미한 위반행위가 있는 경우에는 제재를 면제하거나 과징금으로 대체하되 준법을 위해서 협상절차를 거치도록 하는 것이 타당하다. 미국의 경우 부정당업자제재에 대한 행정소송(집행정지 포함)이 인용되는 비율이 우리나라에 비해서 훨씬 낮은 것으로 보이는데 이는 행정부의 결정을 존중하는 원칙이 공공조달 분야에서 광범위하여 인정되기 때문이기도 하지만 입찰참가자격정지나 제한조치에 이르기 전에 행정협약을 통해서 문제가 해결되는 경우가 많다는 것도 중요 이유이다.¹⁾

이를 위해서는 입법적으로 재량판단의 준거가 될 수 있는 비례성의 원칙 등 일반원칙이 규율되어야 하며 자율적 정화제도의 세부적 절차사항에 대한 내용이 조달참가자가 납득할 수 있는 수준으로 법령에 규율되어야 한다.

2. 서비스 특허 관련

① 서비스 특허 리스크

특허발주에 있어서 서비스특허의 개념은 서비스발주와 구분되며 독일 경쟁제한방지법 제105조 제1항 제2호는 “...건축특허의 대상이 아닌 서비스의 공급과 관리를 위탁하는 유상계약으로서, 반대급부로서 서비스의 활용권만 있거나 이 권한에 추가적인 지불이 있는 것을 말한다.”고 규정하고 있다. 즉, 서비스 활용에 대한 운영리스크를 특허 수령자에게 이전하는 것이다.

1) 한국조달연구원, 「부정당제재제도 실효성강화방안 연구」, 조달청, 2016, 120면.

쟁점은 특허수령자가 어느 정도의 위험을 감수하고 특허권 등을 배분받을 수 있는지 그 범위와 내용을 설정하는 것이다. 사실 특허권의 내용이 다양하고 새로운 내용이 발생할 수 있기 때문에 일률적 기준을 적용하기 어렵다. 또한 요금인하에 따른 금전적 지원·수익보장 약정 등의 경우는 그 한도를 어떻게 설정해야 하는지에 대한 논의도 필요하다.

② 리스크 범위 설정과 규율

특허발주지침 해석상 “특허수령권자가 ‘본질적인’(wesentlichen) 혹은 ‘압도적인’(überwiegenden) 부분의 리스크를 인수하여야 한다는 점은 불명확하므로, 단지 실질적(substantiell)이어야 하고, 발주자의 리스크의 부분을 능가할 필요는 없다고 한다.”고 한 것은 리스크에 대한 한도 및 일종의 기준을 제시한 것으로 보인다. 위험에 대한 인수가 참가자 재산권에 대한 침해 또는 예측가능성을 저해할 수 있기 때문에 현실적이고 실질적인 리스크를 의미한다고 보아야 할 것이다. 따라서 발주자가 예상 가능한 리스크를 초과하지 않는 범위에서 참가자에 대한 부담이 요청되며 이에 대한 반대급부로 보조금이나 수익보장이 검토되어야 할 것이다.

사실 서비스 특허 및 리스크와 관련된 사항은 우리나라에서 국가계약법 보다는 사회기반시설에 대한 민간투자법에서 유사한 내용을 규정하고 있다. 현재 민간투자 기본계획에 담여 있지는 않지만 동 법령에서 최소운영수입보장제도²⁾ 등 재정지원에 대한 사항을 규정하고 있다.

결국 이러한 리스크의 범위와 배분에 대한 내용은 일반적 사항은 아니며 개별 사업의 특성에 따라 판단되어야 할 것이다. 따라서 일률적으로 본 사항을 국가계약법에 반영하기 보다는 일반적이고 공통적인 내용·절차는 규율하지만 세부적인 사항은 개별 법률에 따라 판단하여야 할 것으로 보인다.

2) 민간투자법 제53조(재정지원) 국가 또는 지방자치단체는 귀속시설사업을 원활하게 시행하기 위하여 필요하면 대통령령으로 정하는 경우에 한정하여 사업시행자에게 보조금을 지급하거나 장기대부를 할 수 있다.

제3주제

한국의 공공구매 기술혁신제도와
재정정책적 개선 방안

한국의 공공구매 기술혁신제도와 재정정책적 개선 방안

김대식 박사(한국조달연구원)

I. 들어가며

대기업 위주의 한국 산업구조 속에서 중소기업은 독자적 판로개척이 어렵고 대기업의 하청의 형태나 영세한 규모를 벗어나기 어려운 경향이 많이 나타나고 있다.¹⁾ 따라서 혁신적 기술에 기반한 중소기업을 활성화하기 위해 기술개발의 직접적·간접적 지원 이외에 초기 시장 정착을 위한 안정적 판로 확보 형성의 필요성이 크다는 정부차원의 고민이 우리나라 기술혁신 공공구매 지원제도에 담겨 있다.

특히 민간시장의 자율성을 침해하지 않는 범위에서 또 다른 시장을 형성하고 있는 공공기관의 조달시장은 정부의 적극적 정책 활용 가능성이 상대적 높다고 할 수 있다. 현재 공공조달의 규모는 연간 약 120조 원의 수준(중소기업제품구매 비율은 '15년 85.5조 원, 전체 공공조달의 71.7%)이며, 국내 GDP의 약 5% 정도에 이르는 하나의 중요 시장을 형성하고 있다.

현재 한국의 중소기업벤처부와 조달청을 중심으로 다양한 기술혁신형 중소기업지원제도가 마련되어 있다. 하지만 기술개발제품구매의 경우 2조원~3조원 정도로 전체 중소기

1) 참고로 '17년 현재까지 증시상장사 중 상위 3개 대기업군(삼성·LG·SK) 순이익이 전체 상장사 순이익의 60.7%에 달할 정도로 편중 현상이 심화되고 있음 (테일리한국, “코스피 쏠림 ‘심화’...삼성·LG·SK그룹주만 날았다”, 2017.11.16. 기사 (<http://daily.hankooki.com/lpage/economy/201711/dh20171116110528138080.htm>))

업체품 공공구매의 약 3% 수준에 머무르고 있으며 체계적인 예산 및 재정제도를 통해 뒷받침되지 못하고 있는 것이 현실이다.

〈표 1〉 최근 3년간 공공구매 관련 실적 추이

(단위 : 조원)

	'13년	'14년	'15년
중기제품 구매액(비율)	78.8(69.7%)	78(70.0%)	85.5(71.7%)
기술개발제품 구매액	2.5	2.6	3.1
총 구매액	113	111.5	119.2
대상기관	516	740	765

자료: 중소기업벤처부

따라서 본고에서는 공공구매를 통해 기술혁신을 지원하는 국내 제도의 현황을 살펴보고 이러한 지원제도의 재정정책적 문제점과 함께 예산제도를 중심으로 대안 마련을 모색해 보고자 한다.

II. 현행 기술혁신형 공공구매제도 개관

1. 국내 기술혁신형 구매지원제도 개요

가. 조달청

(1) 우수조달물품 지정제도²⁾

조달청의 우수조달물품 지정제도는 '96년도에 도입하였고, 조달물자의 품질향상을 위해 중소기업이 생산한 제품 중 기술 및 품질이 우수한 제품에 대해 엄격한 평가를 통해

2) 최종화 외, 기술혁신형 중소벤처기업을 위한 공공구매시장 확대방안, 2014, 과학기술정책연구원, p.48.

우수제품으로 지정하는 제도이다. 우수제품으로 지정되면 국가계약법령에 따라 계약을 체결한 후 각급 수요기관에 조달하게 된다. 조달청 우수조달물품은 「조달사업에 관한 법률」 제9조의2 및 동법 시행령 제18조(우수조달물품등의지정)와 『우수조달물품지정관리규정』(조달청고시)에 의하여 지정 및 관리하고 있다.

중소·벤처기업에서 생산된 것으로 물품 및 소프트웨어를 대상으로 기술인증 및 품질인증을 획득한 제품을 지정하게 되며, 지정대상 기술인증 및 품질인증은 아래(표5)와 같다. 우수조달물품 신청자격은 여섯 가지 경우가 있는데, 신제품 인증(NEP)을 받은 경우, NET, 전력신기술, 건설신기술, 교통신기술, 환경신기술, 보건신기술, 또는 방재신기술 등을 적용하여 생산한 제품으로서, 품질인증을 1개 이상 획득한 경우에 가능하다. 특허·실용신안 제품으로 품질인증을 1개 이상 획득한 경우와 녹색기술 및 국내 특허를 적용하여 생산한 제품으로서 품질인증을 1개 이상 획득한 경우도 가능하다. 신성장산업 제품도 가능한데 이는 국내 특허를 적용하여 생산한 제품으로 신성장산업제품인증(R마크, GH인증, 부품소재 신뢰성인증)을 1개 이상 획득한 경우도 마찬가지로 신청이 가능하다.

우수조달물품으로 지정된 제품에 대해서는 국가계약법령에 따라 수의계약이 가능하며 제3자단가계약 또는 총액계약을 체결하여 수요기관에 공급하고, 전시회 개최, 카탈로그 발간, 조달청 인터넷 홈페이지 게재 등의 홍보를 지원하고 있다.

(2) 공공조달 최소녹색기준제품 구매제도³⁾

공공조달 최소녹색기준제품 구매제도는 조달청의 공공구매력을 활용하여 우리기업의 녹색기술 제품에 대한 초기시장 진입을 지원하기 위해 컴퓨터, LED조명 등 100개 품목에 최소녹색기준을 적용한 제품만 조달시장 진입을 허용하는 제도다. 2010년 2월부터 조달청에서 시행하고 있고, 「저탄소녹색성장기본법시행령」 제20조제2항 및 「녹색제품의 공공구매촉진을 위한 구매요령(조달청 고시 제2010-33호)」 제10조에 의거한다.

본 제도는 저탄소 녹색성장 정책에 따라 조달청 물품구매 계약 시 조달구매물품규격에 에너지 소비, 유해물질저감, 재활용 등 환경요소를 반영하여 이를 충족시킬 경우에만

3) 조달청 홈페이지(2014년 기준) 및 보도자료 등을 토대로 작성

조달시장 진입을 허용한다. 최소녹색기준은 관련부처, 인증기관, 기업의 의견을 바탕으로 기술 수준, 시장 구조, 대중소기업 간 기술격차 등을 고려해 해당 업계에 미치는 충격은 최소화하면서 공공조달을 통한 기술개발 극대화에 중점을 두고 있다. 시행 첫 해에 31개 품목을 시작으로 2011년 19개, 2012년 25개, 2014년에 25개를 추가해 총 100개 품목이 지정되어 있다.

<공공조달 최소녹색기준 대상 제품>

- 친환경 분야: 인쇄용지, 재활용 점토벽돌, 인조잔디, 탄성포장재, 제설제 등
- 에너지 절감분야: 컴퓨터, 모니터, 프린트, 김치냉장고, 제습기, 전기스토브, 방열기 등

자료: 조달청(2014), 「공공조달 최소녹색기준제품」 구매 가이드라인, 2014.6.30

공급자는 최소녹색기준을 충족하는 제품으로 다수공급자계약 등 단가계약에 참가해야 하고, 공공기관은 「저탄소녹색성장기본법시행령」제20조제2항 및 「녹색제품의 공공구매 촉진을 위한 구매요령(조달청 고시 제2010-33호)」제10조에 따라 녹색제품을 구매하거나 설계에 반영해야 한다. 최소녹색기준 적용대상 제품에 대해서는 다수공급자계약(MAS) 등으로 국가종합전자조달시스템의 종합쇼핑몰을 통해 공공기관에 공급하고 있다.

나. 산업통상자원부

(1) 신기술(NET) 인증제도⁴⁾

정부는 개발기술의 실용화를 촉진하고 기업이 개발한 신기술제품이 사장되지 않도록 판로 및 시장 개척을 통한 사업화 성공을 지원하기 위하여 신기술(NET: New Excellent Technology)·신제품(NEP: New Excellent Product) 인증 제도의 도입을 추진하였다. 1993년 신기술(NT)인증제도가 도입되었고, 2006년 1월, 5개 부처의 7개 인증 제도를 신기술(NET)·신제품(NEP) 인증으로 통합하였다. 「산업기술혁신 촉진법」에 의거하여 2008년 2월부터 산업통상자원부에서 인증 관련 업무를 총괄하고 있다.

4) 최중화 외, 앞의 책, p.48.

신기술(NET) 인증제도는 국내기업 및 연구기관, 대학 등에서 개발한 신기술을 조기에 발굴하여 그 우수성을 인증함으로써 신기술의 상용화와 기술거래를 촉진하고, 신기술 제품의 신뢰성 제고로 구매력 창출 및 초기시장 진출기반 조성을 목적으로 시행되고 있다.

인증주체는 산업통상자원부 장관(기술표준원장 업무위임)이고, 인증 유효기간은 최대 3년이다. 지원 내용은 국가 및 공공기관 등의 구매 지원, 정부 기술개발사업 신청 시 가점 부여 및 우대, 정부 인력지원사업 신청 시 가점을 부여하고 있고, 연구 및 인력개발을 위한 설비투자에 대한 세액공제 등 조세지원도 받을 수 있다.

(2) 녹색인증제도⁵⁾

녹색성장 목표 달성 기반을 조성하고, 민간의 적극적인 참여를 유도하여 녹색성장정책의 실질적 성과를 창출하는 제도이다. 특히, 정부가 신성장동력인 녹색기술 및 산업에 대한 민간자금의 유입을 촉진할 수 있도록 특정 기술 및 사업이 녹색분야에 해당하는지를 확인하는 제도이다. 민간 투자를 유인하여 녹색성장 정책의 실효성을 제고하기 위해 유망 녹색기술 및 사업을 명확화한다.

녹색기술인증은 온실가스 감축기술, 에너지 이용 효율화 기술, 청정생산기술, 청정에너지기술, 자원순환 및 친환경기술(관련 융합기술 포함) 등 사회·경제활동의 전 과정에 걸쳐 에너지와 자원을 절약하고 효율적으로 사용하여 온실가스 및 오염물질의 배출을 최소화하는 기술이다.

(3) 신제품(NEP) 인증제도⁶⁾

신제품(NEP) 인증 제도는 국내에서 최초로 개발된 신기술 또는 기존 기술을 혁신적으로 개선한 기술이 적용된 신제품을 평가하여 정부가 인증함으로써, 판로확대를 지원하기 위하여 만들어졌다. 인증대상은 사용자에게 판매된 이후 3년이 경과하지 않은 신제품, 국내 최초 개발기술 또는 대체기술로 기존 기술을 혁신적으로 개선하고 개량한 기술

5) 산업통상자원부 홈페이지 및 보도자료 등을 토대로 작성

6) 산업통상자원부 및 기술표준원 홈페이지(2014년 기준) 및 보도자료 등을 토대로 작성

을 적용한 제품, 성능과 품질이 같은 종류의 제품과 비교하여 탁월하게 우수한 제품이다. 인증주체는 산업통상자원부 장관이고, 인증 유효기간은 3년이다. 지원내용으로는 정부, 지자체, 공기업 등 공공기관의 20%이상 의무구매를 지원하고, 「국가계약법」에 따른 우선 구매 지원, 조달청 우수조달제품지정 시 우대하고 있다. 또한 정부 기술개발사업 선정 가점 우대, 세계일류상품선정 우대, 영문인증서 발급을 위한 해외마케팅 지원도 함께 하고 있다.

(4) 중소기업 인증신제품(NEP) 의무구매제도⁷⁾

중소기업 인증신제품(NEP) 의무구매제도는 신기술 인증제품 초기 판로확대에 공공기관의 구매력 활용을 목적으로 2006년부터 시행되었다. 「산업기술혁신촉진법」 제16조(신제품의 인증) 및 동법 시행령 제18조 및 제19조에 의거하여 공공기관이 구매하는 품목 중 인증신제품(NEP)이 있는 경우, 해당 품목 구매금액 중 100분의 20 이상을 중소기업 인증신제품으로 구매토록 하고 있다.

공공기관은 구매하고자 하는 품목 중 인증신제품이 있는 경우에는 해당품목(조달청 G2B분류번호 기준)의 구매액 중 100분의 20 이상을 인증신제품으로 구매하여야 한다. 2006년 공공구매의무화로 구매확대를 추진하였고, 공공구매기관을 380개 기관으로 범위를 조정하여 지정하였다. 의무구매 공공기관은 중앙행정기관, 지방자치단체, 공기업 및 준정부기관, 기타 산업통상자원부장관이 고시하는 기관이다. 공공기관이 구매하기 곤란한 사유가 있어 20% 의무구매를 할 수 없는 경우, 구매면제를 산업통상자원부에 신청할 수 있다.

다. 중소기업벤처부

(1) 구매조건부 신제품개발사업⁸⁾

구매조건부 신제품개발사업은 기술개발제품의 구매 연계를 위해 구매기관(공공기관,

7) 산업통상자원부 홈페이지 및 보도자료 등을 토대로 작성

8) 최종화 외, 앞의 책, pp.132~134.

민간기업 등 국내 수요처)이 제안한 과제의 경우 중소기업이 개발하는 비용을 지원하고, 개발단계부터 제품의 판로확보를 통해 중소기업의 기술개발 의욕 고취를 촉진시키는 것을 목적으로 2002년부터 시작된 사업이다. 중소기업청이 본 사업의 총괄 담당기관으로 「중소기업기술혁신촉진법」 제9조에 의거하고 있다.

구매조건부 신제품개발사업은 대기업, 공공기관, 정부 등 국내 수요처에서 구매의사를 밝히고 기술개발을 제안하여 채택한 과제를 지원하고, 중소기업이 기술개발과 상용화에 성공하면 수요처에서 일정기간 구매하여 판로를 확보할 수 있는 사업이다. 개발단계부터 제품의 판로확보를 통해 기술개발 의욕을 고취하고 경영안정을 지원하여 국산화 및 신제품 개발을 촉진하고, 기술개발에 필요한 자금은 담보와 이자 없이 지원하고, 기술개발에 성공하면 지원금액의 일정금액을 기술료로 돌려받는다. 개발과제의 기술개발(Main-R&D) 및 제품화 과정(Post-R&D)⁹⁾에 필요한 자금을 지원해 준다.

과제유형에는 수요조사과제와 기업제안과제로 구분된다. 수요조사과제는 대기업, 공공기관 등 국내 기술수요처에서 구매의사를 밝히고 기술개발을 제안하여 채택한 과제를 지원하는 것이고, 기업제안과제는 중소기업의 자체적인 아이디어(기술)나 개발된 기술을 수요처에 제안하여 자발적 구매협약 동의서를 받아 제안한 과제를 지원하는 것이다.

<국내 수요조사과제 세부 발굴유형>

- ① 일반과제: 국내 수요처에서 구매의사를 밝히고 개발을 제안한 과제
- ② 전략과제: 공공분야(국방·기상·소방 등) 외국산 장비 및 부품의 국산화와 신제품 개발 과제
- ③ 다수요처과제: 단일과제에 다수의 수요처(협회, 조합, 병원 등)가 참여하여 공동구매가 가능한 제품 개발을 지원하는 과제(단, 복수 이상의 수요처는 공공부문 및 민간부문의 수요처 자격범위의 1개사 이상 포함하며, 수요처별 ‘자발적 구매협약 동의서’ 제출 필수)
- ④ 패키지형과제: 제품완성도 향상을 위해 동일 완제품에 필요한 다수의 부품을 패키지화하여 제안한 과제

자료: 중소기업청, 2014년도 구매조건부 신제품개발사업 시행계획 공고(중소기업청 공고 제2014 - 52호), 2014.2.13.

9) 제품화 과정: 목형제작, 시험분석, 성능인증, 디자인 등이 해당됨

(2) 중소기업 기술개발제품 우선구매제도¹⁰⁾

기술개발제품 우선구매제도는 공공기관이 중소기업에서 개발한 기술개발제품을 우선적으로 구매함으로써, 중소기업 기술개발제품 판로지원 및 중소기업 기술개발 의욕을 고취하는 제도다. 중소기업청에서는 1996년부터 중소기업 기술개발제품 우선구매제도를 실시하였다. 『판로지원법』에서는 공공기관별로 중소기업 물품구매액의 10% 이상을 기술개발제품으로 구매하도록 권고하고 있다.

우선구매 대상 기술개발제품으로 성능인증, NET, NEP, GS, 우수조달물품, 우수조달 공동상표 지정물품, 구매조건부 R&D사업, 민관공동투자 기술개발사업(중소기업청), 녹색인증대상제품 등 9종을 지정하여 운영하였다. 기술개발제품 구매액은 증가 추세를 보이고는 있으나, 중소기업물품 구매액 대비 기술개발제품 구매액 비율은 목표 수준에 달하지 못하였다.

2014년부터는 중소기업 융복합기술개발제품, 산업융합품목, 개발선정품, 성과공유 기술과제로 등록되어 기술개발에 성공한 제품 등 4종을 추가한 13종으로 확대하였다. 이는 공공기관이 기술개발 제품 구입을 희망하지만 충분한 종류와 수가 부족하여 구매력을 증대하는데 어려움이 있어 이를 해소하기 위하여 확대하게 되었다. 또한 기술개발에 성공해도 신뢰성 및 자금 부족에 따른 사업화 초기 일반시장 진입에 어려움을 겪는 중소·벤처기업의 판로를 지원하기 위함이다.¹¹⁾

해당 기술개발제품은 「국가계약법」 시행령 제26조제1항에 따라 수의계약이 가능하며, 공공기관은 2006년 구매목표비율제의 시행 이후 중소기업 물품의 10% 이상을 중소기업 기술개발제품으로 구매하여야 한다.

(3) 중소기업 기술혁신지원제도(KOSBIR)¹²⁾

중소기업 기술혁신지원제도(KOSBIR: Korea Small Business Innovation Research

10) 중소기업청 홈페이지(2014년 기준) 및 보도자료 등을 토대로 작성

11) 중소기업청, “공공기관 기술개발제품 우선구매 확대 중소기업 판로지원”, 2014.2.13. 보도자료

12) 최종화 외, 앞의 책, pp.136~141.

Program)는 대규모 R&D 예산을 운영하는 정부 및 공공기관이 소관 R&D 예산의 일정 비율 이상을 중소기업에 지원해 중소기업에 대한 R&D 지원을 확대하고자 하는 제도다. 미국의 SBIR¹³⁾ 제도를 벤치마킹하여 '98년에 도입되었고, 「중소기업기술혁신촉진법」 제 13조에 법적근거가 마련되어 있다. 그동안 권고제로 운영되었으나, 「중소기업기술혁신촉진법」 개정(13.8월)을 통해 '14년부터 의무제로 전환되었다.

KOSBIR의 시행기관은 소관 R&D 예산이 300억 원 이상인 정부, 공공기관(19개)으로 「중소기업기술혁신 촉진법」 시행령에 명시하고 있다. 정부기관은 미래창조과학부, 문화체육관광부 등 정부기관 13개, 한국전력공사, 한국토지주택공사 등 공공기관 6개 등 전체 19개 기관이다. 현재는 시행기관에 대한 선정기준 없이 시행령에 기관명이 나열되어 있는 수준이다. 이에 중소기업청은 2014년 8월 선정기준을 「중소기업기술혁신촉진법」에 명시하고 대상사업 선정 기준 또한 구체화 하는 방향으로 개선할 것을 발표하였다.

중소기업 지원 비율이 30% 이상이거나 지원 금액이 10억 원 이상인 사업만을 KOSBIR 사업으로 인정해 중소기업 지원 실적에 포함시키고, 실적점검을 강화해 실효성을 높여나갈 계획이다. 이와 함께, 시행기관의 지원범위를 기존 기술개발 단계위주에서 사업화 지원 단계까지 확대하고 중소기업청이 후속사업을 연계함으로써 지원 사업성과를 높이기로 했다.¹⁴⁾

2. 현행 공공구매 기술혁신 지원제도의 문제점과 공공혁신조달(PPI)

기존의 기술촉진(Technology push)형 구매지원제도는 공공의 수요에 기반하여 기획된 제도라기 보다는 기술형 제품 공급을 확대하는 것과 인증이라는 “타이틀” 획득에 국한되는 등 실제 창의적 기술의 진보에 크게 기여하기 보다는, “제도”를 위한 “제도”에 마

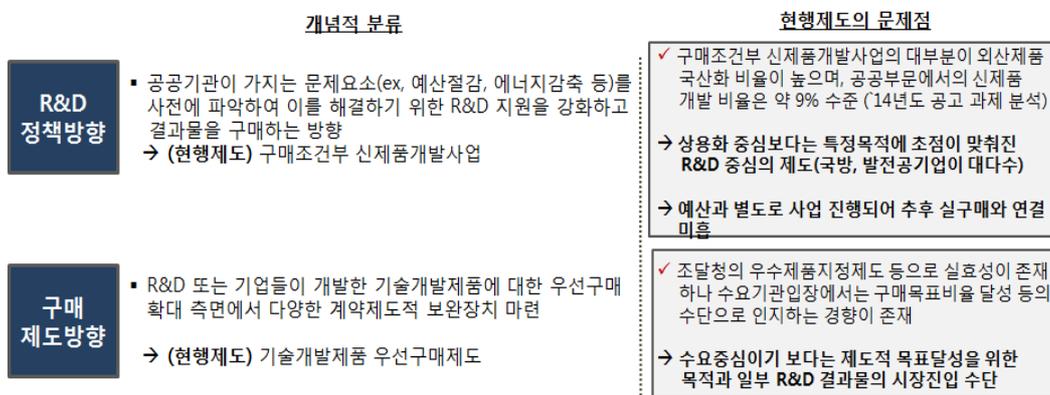
13) 미국은 「중소기업 혁신개발법」에 의거, 대외 R&D 예산이 1억 달러 이상인 연방정부기관(11개)으로 하여금 R&D 예산의 2.5%를 중소기업 전용 R&D인 SBIR 프로그램으로 운영토록 하고 있음.

14) 중소기업청(2014), 정부 및 공공기관의 중소기업 기술혁신 지원(KOSBIR)제도 실효성 제고방안(안)

물려 있다. 즉, 기존 공공구매 기술혁신지원제도는 시장 수요에 입각한 아이디어 경쟁을 촉진하는 체계로는 한계를 지니고 있으며, 더불어 예산회계제도 등을 통한 직접적 재정 지원 기반을 마련하고 있지 못하여, 결국 해당 기술형 제품이 지속적 구매를 통해 시장에 안착하는 선순환 구조에 정착하기에 부족한 면이 있다.

따라서 공공기관의 수요를 이끌어내는 수요견인(Demand pull) 관점으로 전환하여 공공조달의 역할을 극대화할 필요성이 있다. 이에 따라 최근 국내 공공혁신조달의 도입방향은 크게 R&D 정책과 구매제도 개선의 방향으로 설명될 수 있다.

〈그림 1〉 국내 공공구매 기술혁신 지원제도의 문제점 개관



이러한 수요견인형 공공혁신조달제도의 관점에서 실제 '16년 미래창조과학부는 시범사업으로 다음의 6개 과제 및 연구개발수행자를 선정한 바 있다.

〈그림 2〉 '16년 미래창조과학부 무인이동체 공공혁신조달 시범사업 개관

수요 부처/기관	과제명
경찰청	실종자 수색을 위한 소형무인기 및 영상분석 S/W 개발
국방부	군사용 다목적 국방 무인 비행시스템 개발

수요 부처/기관	과제명
부산지방 해양수산청 (해수부)	항로표지 유지관리를 위한 해상, 야간 장거리 비행용 소형무인기 시스템 개발
기상청	소형무인기 탑재형 실시간 기상관측용 복합센서 및 영상시스템 개발
국립수산과학원 (해수부)	연근해 적조, 해양오염 감시 및 해양환경 측정을 위한 하이브리드형 소형무인기 시스템 개발
한국국토정보공사	해안안전지도를 구축하기 위한 소형무인기 기반의 해안 맵핑 시스템 개발

자료: 미래창조과학부

이러한 무인항공기 개발 및 구매 절차의 경우, 현재의 조달수요를 충족하는 제품 및 서비스를 구매하는 것이 아니라, 일정시점 이후 장래 시점의 조달수요에 기반한 조달계약을 체결하는 영국의 선도약정조달(FCP; forward commitment procurement) 제도를 벤치마킹해 다음과 같이 실행하였다.

〈그림 3〉 무인항공기 공공혁신조달 시범사업 진행 사례(경쟁적 대화방식 적용)

단계	세부 내용
1단계 수요확인	<ul style="list-style-type: none"> • 수요기관을 대상으로 무인항공기(드론) 활용 목적에 따른 요구사항 취합 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 도입 및 활용시점, 가용예산, 구매목적, 요구기능 등 • 무인항공기(도입) 프로젝트 검토 및 승인 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 이해관계자를 제외한 제3자 검토 필요
2단계 시장연계	<ul style="list-style-type: none"> • 무인항공기 관련 업체 및 이해관계자들 대상 의견수렴 절차 진행 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 공청회(워크숍) 또는 세미나를 통해 시장의견 조사 • 기술수준 파악 및 업체 의견 수렴 내용 등 시장조사 결과 바탕으로 혁신조달 공고 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 약정요건, 예산, 성과(결과)기반의 기술규격 등 포함
3단계 계약체결	<ul style="list-style-type: none"> • 혁신조달 참여 업체를 대상으로 경쟁적 대화 진행 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 워크숍 또는 세미나를 통해 시장의견 조사 • 최적의 제안업체 선정 및 약정 체결 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 개발기간, 가격 등을 종합적으로 고려 • 구매절차 개시

Ⅲ. 기술혁신형 공공구매 확대에 있어 현행 예산제도의 한계와 개선 방안

1. 문제점

한편, 대표적인 기술혁신형 제품의 직접 구매 제도인 구매조건부 사업에서 확인할 수 있듯이, 혁신적 공공구매를 진행하는 데 있어 가장 큰 문제점으로 나타나는 것은 바로 현행 ‘예산 제도의 경직성’이다.

첫째, 기술혁신적 제품의 구매 역시 공공구매의 일환이라는 점에서 일반적 공공구매에 적용되는 비용 최소화의 제약에서 자유로울 수 없다. 만약 혁신형 제품의 구매 추진 과정에서 다양한 이유로 소요 재원이 당초 예상보다 급증할 경우, 실제 구매 계획 자체가 유지되기 어려워질 가능성이 있다. 조달청·중소기업청(2013. 8. 21) 역시 신기술 개발 제품의 경우 일반 제품보다 약 50% 이상 높은 가격을 요구하여 소요 예산 범위 내에서 구매가 어렵다는 점을 들어 본질적인 문제점을 지적하였다¹⁵⁾.

둘째, 기술개발 및 구매 약정 시점과 실제 공고구매 시점 사이의 ‘시차’가 존재할 수 있다는 점은 단년도 예산 편성을 기준으로 하는 우리의 예산 제도를 고려할 때, 제도운영의 약점이 될 수 있다.¹⁶⁾ 공공구매 역시 정부 혹은 공공기관이 재화와 용역을 획득하는 활동이라는 점에서 정부의 예산을 통해 이루어진다. 한국의 예산 제도는 1년 단위로 편성하는 단년도 예산 제도¹⁷⁾라는 특징을 가지고 있다. 즉 특정 연도를 기준으로 기관이 필요한 제품에 대한 구매 계획은 그 연도의 예산 범위 내에서 반드시 구매해야 함을 의미한다. 일례로 기상청의 2016년 기상관측장비 구매 계획을 살펴보면 다음과 같다.

15) 예정가격 대비 평균 낙찰율은 2013년 기준, 일반경쟁이 70~80%, 중기 간 경쟁이 85%이다(조달청·중소기업청, 2013.8.21).

16) 최중화·정장훈 외(2016), 기술혁신형 공공구매 체계 구축과 추진 전략, 과학기술정책연구원, pp.17~19.

17) 국가재정법 제2조(회계연도) 국가의 회계 연도는 매년 1월 1일로 시작하여 12월 31일로 종료한다.

〈표 2〉 2016년 기상관측장비 구매 계획 목록

장비명	수량 (조)	용도	예산 (백만원)	자금구분 계약방법	발주시기 (완료시기)
지진관측장비	25	지진관측	4,390	외자, 협상계약	2월 (11월)
지진검정장비	2	지진관측장비 검정용 기준기	250	외자, 미확정	5월 (11월)
ARGO플로트	13	전지구 실시간 해양관측	230	외자, 규격가격 동시입찰	8월 (11월)
연직강우레이더	1	기상조절 및 구름물리 연구	40	외자, 미확정	1월 (5월)
총수농도 응결핵계수기	1	기상항공기 탑재 에어로졸 관측	40	외자, 미확정	3월 (7월)

자료: 한국기상산업협회 홈페이지¹⁸⁾, 재수정, 검색일(2016. 5. 10).

중요한 검토 부분은 발주 시기 및 완료 시기이다. 기상청은 2016년 구매 계획에 따른 5개 구매 대상은 발주부터 완료까지 2016년 내에 마무리되어야 한다. 이러한 구매 대상은 R&D 사업을 통해 실제 제품화할 경우, 단년도 예산 편성으로는 구매가 불가능하다. 2016년의 사업비는 2016년 회계 연도 예산이므로 당해 내에 미집행한 금액은 원칙적으로 반납하여야 하기 때문이다.

2. EU 기술혁신형 공공구매 관련 예산 사례

가. Horizon 2020¹⁹⁾

EU의 연구 및 혁신 예산 사업인 Horizon 2020은 2014~2020년에 걸쳐 770억 유로를

18) http://www.kmia.biz/sub/sub03_01.php?mNum=1&sNum=1&boardid=notice&mode=view&idx=50/

19) EC Horizon 2020 홈페이지. <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/> (2016.08.23.). Lieve Bos, PCP and PPI: European opportunities in 2016-2017, http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=11453 (2016.08.23.).

지원하는 것으로 계획되어 있다. 기술혁신형 공공구매는 Horizon 2020의 목표달성을 위한 예산 지원 방법들 중 한 가지 유형이다. 2016~2017 Horizon 2020 예산회기 내 예산 지원 방법은 총 7가지(Research & innovation actions(RIA), Innovation actions(IA), Coordination & support actions(CSA), SME instrument actions, ERA-NET Cofund actions, Pre-commercial procurement(PCP) & Public procurement of Innovative solutions(PPI) actions, European Joint Programme(EJP), Cofund actions)로 이 중 PCP와 PPI 및 CSA가 기술혁신형 공공구매사업과 직접적으로 관련이 있다. 현재 EU 기술혁신형 공공구매 사업의 대부분은 Horizon 2020의 투자로 이루어지고 있다. Horizon 2020은 2014~2015년 기술혁신형 공공구매 사업으로 약 1,400만 유로 규모의 사업을 진행하였으며 2016년에는 400만 유로, 2017년에는 840만 유로의 규모이다.

나. European Structural & Investment Funds(ESIF)²⁰⁾

ESIF는 재정투자를 위한 EU의 주요 투자기금으로, 2014년에서 2020년에 걸쳐 4,540억 유로를 일자리 창출, 인프라 구축 등에 투자하는 것으로 계획되어 있다. 특히 인프라 구축 분야의 경우 유럽 내 저개발국가에의 투자를 통해 이들 국가 국민의 삶의 질을 높이고 경쟁적인 기업 환경을 조성할 수 있도록 하는 것을 목표로 하고 있다. 최근 들어 EU에서는 규모가 큰 ESIF와 Horizon 2020을 연계하여 PCP와 PPI사업을 진행하도록 권장되고 있다.

두 기금을 연계하기 위해서는 우선 Horizon2020과 ESIF 자금의 중복투자 금지와 Horizon 2020 또는 ESIF 지원 자금을 이용한 본인 부담금 지출 금지라는 두 가지 원칙을 지켜야만 한다. EU는 이 두 사업의 연계방식을 다음과 같이 제안하고 있다. 첫 번째 연계방식은 동시적 자금 제공 방식으로, 동일사업에 대해 다양한 참여자가 서로 다른 자금을 이용하는 방식이다. 기본적으로는 Horizon 2020의 사업 추진 과정에 따르나, 같은

20) Vasileios Tzanidis, Possible Synergies for innovation procurement between ESIF and Horizon 2020 in the programming period 2014-2020, <http://s3platform.jrc.ec.europa.eu/documents/20182/138105/ESIF-H2020synergiesforinnovationprocurement2016-17.pdf/1ab24a75-4168-4ebc-ab1d-a67e1ce85af4> (2016.08.23.).

사업을 함께 진행하는 서로 다른 수요자들 중 일부는 ESIF에서 나머지는 Horizon 2020에서 자금을 분산하여 지원받는 방식이다. 이 방식을 이용하면 PPI의 경우 Horizon 2020의 예산 기준으로는 전체 사업 금액의 35%만 지원 가능하나 추가적 재원 지원이 필요한 경우 ESIF를 통해 분담금액 기준 85%까지를 지원받을 수 있다. 따라서 혁신형 공공구매를 위한 분담금을 많이 지출하지 못하는 국가의 경우에도 ESIF를 통해 사업을 추진할 수 있다. 다만, 이 경우에는 엄격한 예산 관리가 필요하다.

두 번째 방식은 순차적 자금 제공 방식으로, 법적 또는 재정적으로 분리된 두 개 사업을 연속적으로 지원을 받도록 하는 방식이다. 예를 들어, PCP사업은 Horizon 2020 지원을 통해 추진하고, PPI사업은 이후 ESIF 지원을 통해 추진한다는 것이다. 그러나 Horizon 2020과 ESIF 중 어느 자금을 먼저 지원받고 어느 자금을 후에 지원받아야 하는지는 지정되어 있지 않다. 세 번째 방식은 대안적 재정투자자로, Horizon 2020을 통해서도 자금을 지원받지 못하였으나, 긍정적인 평가를 받은 제안서를 ESIF 자금으로 사업화하는 방식이다. 마지막 네 번째 방식은 공공구매 사업을 뒷받침하기 위한 전반적 역량 제고에 ESIF 자금을 지원하는 방식으로, 수요기관의 사업기획·관리 역량 향상, 전문 인력 양성 등에 예산을 활용하는 방식이다.

3. 기술혁신형 공공구매 확대를 위한 예산제도 개선 방안

기술혁신형 공공구매에 있어 성공적인 평가를 받고 있는 스웨덴, 핀란드의 국가들은 중앙정부 차원에서 자금지원을 추진하고 있으며, EU는 앞서 살펴 본 바 대로, Horizon 2020, ESIF 기금 등을 통해 추가적인 예산지원을 실시하고 수요기관에 인센티브를 제공하고 있다. 즉 문제 해결 방안에 대해 수요기관들이 적극적으로 투자하고 구매하기 위해선 수요기관에 대한 예산 지원을 통해 동기부여를 이끌어내는 것이 필요하다. 현재 기술혁신형 공공구매를 위한 예산이 부재하다는 점을 고려한다면, 전략적 대안으로서 기금의 신설 또는 기존 기금의 활용이 요구된다.

한국의 재정 상황을 감안할 때, 기금의 신설보다는 기존 기금의 활용을 통한 재원 조

달이 필요하다. 유사 사례로, 산업부가 결성한 신성장동력기금 ‘성장동력펀드’이다. 산업부는 지난 2013년 제조업의 고도화와 산업 생태계 조성을 위해 4개 산업 분야에서 13대 산업엔진을 발굴하였고, 2015년 신기술의 사업화 투자를 지원하기 위해 1,050억원 규모의 기금 결성을 완료하였다(산업통상자원부, 2015. 9. 11).

이 기금은 신성장동력 전 분야를 투자 대상으로 한다는 점에서 동 분야 기술혁신형 공공구매 사업으로의 활용이 가능하다. 기술혁신을 위해 결성된 컨소시엄이 공동출자하여 조성된 예산에 신성장동력기금을 추가적으로 지원하는 형태로 기술혁신형 공공구매 사업을 추진하는 것도 하나의 방안이라 할 수 있다.²¹⁾

만약 개별 수요기관의 예산을 중심으로 기술혁신형 공공구매를 진행하여야 할 경우에는 부처별 예산 확보를 위해 중기 재정계획과의 연계가 필요하다. 즉 중기 재정계획과 수요기관별 구매 계획 간 연계를 명확하게 하여 부처별 예산을 확보하는 것이다. 이는 기존 상용품 구매와 기술혁신형 공공구매가 가진 특성의 차이에서 유래한다. 기술개발 및 구매를 약정하는 기획 단계와 실제 수요기관이 구매를 시작하는 시점 간에는 시차가 존재할 수밖에 없다. 문제는 현재 단년도 예산 체제 하에서는 수요기관이 구매 예산을 원활하게 확보하는 데 한계가 있다는 점이다. 따라서 5년 단위의 중기재정계획에 수요기관별 혁신형 솔루션 구매 계획을 연계함으로써 명확한 예산 확보를 유도하는 것이 필요하다. 이는 기업의 투자를 적극적으로 유도한다는 점에서도 중요하다. 사업 초기 단계부터 수요기관의 명확한 구매 의사와 예산 확보가 기업의 의사결정에 있어 중요한 변수이기 때문이다.

또한, 기존 구매 예산을 활용하는 과정에서 혁신적 솔루션을 구매하는 경우에 한해, 재정적 인센티브를 발생시킴으로써 수요기관의 적극적인 변화를 유도하는 방안을 모색할 수 있다. 혁신적 솔루션을 구매할 때 발생할 수 있는 예산절감분을 수요기관이 직접 활용하는 방안을 들 수 있다. 수요기관이 기존 선진국에서 특정 제품을 수입하는 경우를 가정하여, 이러한 제품을 국내 기업과 연구개발을 통해 개발할 경우 국산화를 통해 원가절감이 가능하다면, 원가절감의 일부를 수요기관이 활용할 수 있는 적립금으로 인정하

21) 최중화·정장훈 외(2016), 앞의 책, pp.132~133.

고, 수요기관의 경상운영비 또는 자체 인센티브 활용이 가능하도록 제도화하는 것이다. 이를 통해 혁신적 솔루션 구매에 대한 동기부여를 유도하는 방식을 고려할 수 있다.

한편, 위험관리의 측면에서 사후환급형 예산지원 도입도 검토가 필요하다. EU가 추진하는 PCP와 PPI는 ‘사후환급형 지원’을 통해 예산을 투자한다. 사후환급형 지원이란 수요기관이 자체 자금으로 먼저 사업을 수행하고, 관련 성과가 성실하게 수행되었거나 우수하다고 판단될 경우에 예산을 사후 환급하는 형태로 진행된다. 이러한 사후환급형 지원은 예산의 효율적 집행과 더불어 부적절한 자금 운용 등 사업을 진행하는 과정에 나타날 수 있는 위험을 관리할 수 있는 전략으로 평가할 수 있다. 다만, 기술혁신형 공공구매 사업에 있어 사후환급형 지원의 효과성이 제고되기 위해선 수요기관과 결성된 컨소시엄이 자율적으로 예산을 운용할 수 있는 구조, 즉 사업 기획을 담당하고 연구 방법을 결정하는 충분한 자율성의 확보가 전제되어야 한다.²²⁾

마지막으로, 현재 정부예산회계 특별회계 기관인 조달청이 보유하고 있는 조달 회전자금을 활용하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 조달 회전자금은 조달청을 통해 수요기관이 구매한 물품의 대가를 계약자에게 대지급한 후 수요기관에 납입 고지하여 회수하거나, 비철금속, 희소금속 등 원자재를 비축 후 필요할 때 중소기업에 방출하여 회수하는 용도로 조성된 약 1.3조원 정도의 조달청 보유자금을 말한다.

〈표 3〉 조달 회전자금의 재원과 용도

재 원	용 도
<ul style="list-style-type: none"> · 조달사업에 관한 법률 부칙 제3항에 따른 조달 특별회계의 고유자본 · 조달특별회계로부터의 전입금 · 법 제10조 및 영 제3조에 따라 승인받은 고유자본 · 다른 회계로부터의 전입금 등 	<ul style="list-style-type: none"> · 조달사업에 관한 법률 제3조에서 정한 조달사업을 위하여 사용 * 상세용도 <ul style="list-style-type: none"> · 수요물자사업비 : 내자물품 대금 등 대지급 · 비축물자 구매대금 및 물류비 지급 · 여유자금은 시중은행예치

22) 최중화·정장훈 외(2016), 앞의 책, p.133.

현재 조달청의 회전자금은 정부기업예산법(구 기업예산회계법)상 기업형태로 운영에 필요한 세입·세출 외 운영자금(일종의 일반기업의 운전자금)의 성격을 지니며, 동법 제 13조 제3항에 의거, 국고금 관리법 제30조상의 ‘자금계획’ 조문의 적용을 받지 아니하여 운영에 상당한 자율성이 부여되어 있다.²³⁾

〈정부기업예산법〉

제9조(다른 법률과의 관계) ① 특별회계의 예산에 관하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 「국가재정법」을 적용한다.

② 특별회계의 수입 및 지출 등 국고금의 관리에 관하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 「국고금관리법」을 적용한다.

제10조(기본순자산의 증감) 정부는 필요하다고 인정하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별회계의 기본순자산을 증감시킬 수 있다.

제13조(회전자금의 보유 및 운용) ① 특별회계는 세입·세출 외에 사업의 운영에 필요한 자금(이하 이 조에서 “회전자금”이라 한다)을 보유할 수 있다.

② 특별회계가 회전자금을 보유하여 운용하려는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관의 승인을 받아야 한다.

③ 제9조제2항에도 불구하고 회전자금 운용과 관련하여 「국고금관리법」 제30조는 적용하지 아니한다.

〈국고금관리법〉

제26조(선급과 개산급) 지출관은 운임, 용선료(傭船料), 공사·제조·용역 계약의 대가, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경비로서 그 성질상 미리 지급하지 아니하거나 개산(概算)하여 지급하지 아니하면 해당 사무나 사업에 지장을 가져올 우려가 있는 경비의 경우에는 이를 미리 지급하거나 개산하여 지급할 수 있다.[전문개정 2011.4.4]

제30조(자금계획) ① 예산이 성립되면 중앙관서의 장은 수입·지출의 전망과 그 밖에 자금의 출납에 관한 사항을 종합적으로 고려한 월별 자금계획서를 작성하여 기획재정부장관에게 제출하여야 한다.

② 기획재정부장관은 제1항에 따른 계획서를 종합하여 월별 자금계획을 작성한다.

③ 중앙관서의 장은 제2항에 따라 작성된 월별 자금계획에 따라 월별 세부자금계획서를 작성하여 매월 기획재정부장관에게 제출하여야 한다.

23) 한국조달연구원(2014), 국방조달 회전자금 도입방안연구, 국방부, pp.119~123.

- ④ 기획재정부장관은 제3항에 따라 중앙관서의 장이 제출한 월별 세부자금계획서를 종합하여 월별 세부자금계획을 작성하고 이를 중앙관서의 장 및 한국은행에 통지하여야 한다.
- ⑤ 기획재정부장관은 자금의 수급상 필요하다고 인정하는 경우에는 제4항에 따른 월별 세부자금계획을 조정할 수 있다. 이 경우 기획재정부장관은 해당 중앙관서의 장 및 한국은행에 통지하여야 한다.
- ⑥ 중앙관서의 장은 제4항 및 제5항에 따라 월별 세부자금계획을 통지받았을 때에는 그 소속 지출관별로 월별 세부자금계획을 통지하여야 한다.
- ⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정에 따른 자금계획의 작성 및 조정에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이러한 조달청의 회전자금의 일부를 자금원으로 하여, 조달청이 수요기관을 대신해 선제적인 기술혁신 공공구매를 통해 수요기관의 수요 물품을 전달하고, 추후 수요기관은 대납대금의 환급을 위한 예산확보 활동을 적극적으로 진행하도록 하는 방안도 공공혁신 조달 확대를 위해 고려할 필요가 있다.

참고문헌

[국내문헌]

김대인, 문수영(2011), 영국의‘경쟁적 대화절차(competitive dialogue procedure)’에 대한 고찰, 한국구매조달학회

백성진(2012), Horizon 2020의 예산 및 주요 특징, 산업기술정책 브리프 2012-42, KIAT
이도형(2011), 기술혁신형 기업 육성을 위한 기술혁신지원제도의 현황 및 정책적 이슈, KISTEP

최종화 외(2014), 기술혁신형 중소기업 육성을 위한 공공구매제도 개선방안, 과학기술정책연구원

최종화·정장훈 외(2016), 기술혁신형 공공구매 체계 구축과 추진 전략, 과학기술정책연구원

한국조달연구원(2014), 국방조달 회전자금 도입방안연구, 국방부

한국조달연구원(2016), 공공혁신조달 도입방안 연구, 조달청

[해외문헌]

Forward Commitment Procurement-Practical Pathways to Buying Innovative Solutions(2011), BIS

Pre-Commercial Procurement (PCP) COFUND (2014), V.11, European Commission
Veiko Lember, Rainer Kattel and Tarmo Kalvet (2014), Public Procurement and Innovation: Theory and Practice,

Review of Pre-commercial Procurement Approaches and Effects on Innovation(2013), Manchester Business School, University of Manchester

〈토론〉

「한국의 공공구매 기술혁신제도와 재정정책적 개선 방안」에 대한 토론문

박주석 교수 (서경대학교)

먼저 본 학술대회 토론자로 기회를 마련해주신 한국재정법학회 김성수 회장님과 학회 관계자분들께 감사인사를 전합니다. 그리고 조달과 지방재정 분야에 대해 새로운 시각을 가질 수 있도록 발제문을 준비해주신 한국조달연구원 김대식 박사님께 감사합니다.

최근 기사에 따르면 정부는 벤처에 대한 투자 증가세를 이어가 벤처를 통한 혁신창업으로 혁신성장을 이루겠다는 전략이며, 벤처 창업 활성화를 위해 정부가 제시한 카드는 벤처에 돈과 인재가 모이게 하고 이를 통한 성과가 시장에서 공유될 수 있도록 하겠다는 것입니다.

중소벤처기업부 등에 따르면 정부는 앞으로 3년간 30조원을 공급해 기술혁신형 창업기업을 육성할 계획이며, 정부가 재정과 정책금융 출자 등을 통해 3조원 안팎의 재원을 마련하고 민간에서 7조원 정도 매칭 방식으로 더해 총 10조원 규모 혁신모험펀드를 조성하고, 혁신모험펀드를 조성해 투자할 경우 국내총생산(GDP) 대비 벤처투자 비중이 2015년 0.13%에서 2020~2023년에는 0.23%까지 확대될 것으로 전망하고 있다고 합니다.

이에 더해 신용보증기금, 기술보증기금 등 정책금융기관과 민간이 20조원 규모의 대출프로그램을 마련해 혁신모험펀드가 투자하는 기업 등에 자금을 공급할 예정이며, 이에 더해 창업기업의 해외 진출 지원을 위해 모태펀드와 공동으로 외자유치펀드를 조성함으로써 글로벌 수준의 유니콘 기업을 육성한다는 계획이라고 합니다.

다양한 기사에 따르면, 정부는 창업의 핵심 요소인 ‘인재’와 ‘자금’을 터주고 벤처 투

자의 과실이 시장에 공유되도록 함으로써 혁신창업을 활성화하고 이를 통해 ‘네 바퀴 경제성장론’(일자리·소득주도성장·혁신성장·공정경제) 중 하나인 혁신성장을 이루겠다는 의지를 표명하였습니다.

토론에 들어가며, 그동안 우리는 규제를 기술혁신 방해 요소로 인식해왔으며, 기술발전 속도를 제도가 따라잡기 쉽지 않기 때문에 진부한 규정이 기술 발전의 발목을 잡았던 것도 사실입니다.

본 발제문에도 검토된바와 같이 유럽연합(EU)은 일찍부터 이러한 스마트한 규제에 많은 관심을 가져왔습니다.

1980년대 말부터 ‘새로운 규제 접근법’ 일환으로 혁신 조달을 실험적으로 도입하기 시작했고, 혁신조달은 정부가 물품을 대량 구매하는 기존 공공조달 제도를 기술혁신 활성화 수단으로 활용하기 위한 제도입니다. 정부가 직접 수요자가 돼 혁신 부문 시장을 선제 창출하는 것이 목표이며, 특정 기술이 반영된 제품이나 서비스를 정부나 공공기관이 미리 구매함으로써 아직 시장이 형성되지 못했거나 상용화 단계에 이르지 못한 기술을 중소·벤처기업이 적극 개발할 수 있도록 지원하는 성과 지향 제도입니다.

관련 자료에 따르면 EU의 많은 국가는 이러한 혁신 조달제도를 일찌감치 도입했다고 합니다. 핀란드는 친환경 기술이 적용된 에너지 절약형 건물 건설 등 미래 지향적 기술 개발은 물론 아동보호를 위한 위치 추적 기술 개발 등 사회 이슈가 되는 공익 기술 개발도 혁신 조달로 지원하고 있고, 이는 핀란드 정부가 혁신조달을 민간 기술혁신 촉진과 사회가 당면한 문제 해결이라는 복합적인 정책 목표를 달성하기 위한 수단으로 활용하고 있음을 시사합니다.

최근에는 EU 차원의 대형 혁신 조달 프로젝트도 추진되고 있다고 합니다. 즉 통합 교통관리 체계인 ‘CHARM’ 프로젝트가 대표적이며, 총 410만유로가 투입된 이 프로젝트는 영국, 네덜란드, 벨기에 고속도로에 통합 적용될 수 있는 정보통신기술(ICT) 기반 도로 관제망 통합 모듈 개발이 목표라고 한다. 유럽 전역의 기술력 있는 많은 중소기업이 참여했고, 이러한 혁신 조달은 정부나 공공기관이 미리 수요를 창출함으로써 기술 개발 과정에서 발생할 수 있는 여러 위험을 줄여주는 효과가 있다는 분석입니다.

따라서 중소·벤처기업 입장에서는 연구개발(R&D) 실패 위험에도 불구하고 기술혁신에 대한 투자를 공격적으로 진행할 수 있으며, 또한 시장이 잠재적으로 형성돼 사업화를 성공적으로 이룰 수 있는 가능성도 높아진다는 예상입니다.

본 발제문에는 기술혁신형 공공구매 확대를 위한 예산제도 개선 방안이 잘 정리되어 있습니다. 발제자 분께 제시된 몇 가지 개선방안 중에서 제도적인 관점에서의 가장 빠른 적용이 가능한 대안은 어떤 것이며, 적용이 된다면 기술혁신에는 어떠한 변화가 되는지 소개를 듣고 싶습니다. 특히 정부의 재정정책이 없다면 기술혁신은 어려운 것인지에 대한 발제자의 생각도 함께 듣고 싶습니다.

마지막으로 과거 규제가 특정 행위를 금지하는 ‘명령’ 형태의 규정이었다면 4차 산업혁명 시대에 필요한 규제는 혁신조달처럼 성과 지향적 형태의 규제여야 한다는 의견에 대해서 발제자분의 고견을 부탁드립니다. 고맙습니다.

〈토론〉

「한국의 공공구매 기술혁신제도와 재정정책적 개선 방안」에 대한 토론문

이장희 교수 (창원대학교)

먼저, 공공구매 기술혁신제도에 관하여 훌륭한 발표를 해주신 김대식 박사님께 감사드리며, 이 소중한 자리에 토론 기회를 마련해 주신 재정법학회의 관계자분들께도 깊이 감사드립니다. 저는 이번 발표를 통해 공공조달의 규모가 상당하다는 것을 새삼 알게 되었고, 또 공공조달행정이 국가의 경제적 역할에서 차지하는 의미도 상당할 것이라는 생각이 들었습니다. 또한 무엇보다 김대식 박사님처럼 공공조달 분야에서 깊이 연구하고 애쓰는 분들이 있어 우리의 국가재정이 효율적이고 또 건전하게 유지되는 것 아닌가 생각도 들었습니다.

저는 헌법학을 전공하여 가르치고 있고, 개인적으로 특히 경제헌법에 관한 부분을 조금 공부한 경험이 있을 뿐, 사실 공공조달에 대해 깊은 지식을 가지고 있지는 못합니다. 그래서 이번 발표를 통해 깊은 토론을 전개하지 못하여 매우 아쉽고 죄송하다는 말씀과 함께, 공공조달에 관한 문외한의 한 사람으로서 발표문을 읽으면서 들었던 의문점을 말씀드려보는 것으로 토론에 갈음할까 합니다.

첫 번째 의문은 공공조달이 시장질서에서 경쟁의 원칙과 어떤 관계를 가질까하는, 다소 원론적인 질문입니다. 발표문의 서론에서 잠깐 언급되고 있듯이, “민간시장의 자율성을 침해하지 않는 범위에서” 공공조달이 활용되어야 한다고 할 텐데, 새로운 신기술을 개발하고 새로운 사업부문에 진출하고자 하는 기업들 입장에서는 공공조달을 통해 지원을 입느냐 입지 못하느냐는 해당 기업의 운명을 좌우하는 문제가 될 듯합니다. 국가의

공공조달이 중소기업들에게는 희망의 사다리가 될 수도 있고, 또 그들의 기술개발을 자극하고 또 안정적 발전을 돕는다는 취지에서 필요한 점도 있겠지만, 거꾸로 시장진입에 장애를 야기하는 문턱이 되거나 오히려 사업자들 간 경쟁을 왜곡하는 문제는 없을지 궁금합니다. 예컨대 저탄소 녹색성장이란 정책의 취지는 공감하지만, 결국 그런 녹색기술을 가진 기업 혹은 대기업에 친화적인 공공조달시장이 형성되어, 그런 조건을 갖추지 못한 기업에게는 거대한 진입장벽이 되었고, 그래서 신기술을 갖추기 위해 또 다른 비용부담을 저야하는 이중고의 상황이 되지 않았을까 합니다.

물론 이것은 경제헌법의 관점에서 보면 경제와 환경의 조화를 위한 국가의 적절한 규제제와 조정에 해당한다고 볼 수 있습니다만, 재정법 및 조달실무의 관점에서는 이것을 어떻게 고려하고 있는지도 궁금합니다.

둘째, 재정 지원의 성과에 관한 질문입니다. 우리 국가재정법은 재정지출의 성과를 고려한 재정운용을 지시하고 있습니다. 지금껏 국가의 크고 작은 지원을 통해 중소기업의 기술개발제품이나 신제품, 기술혁신이 아마도 적지 않게 이루어졌다고 생각되는데, 과연 공공조달을 통한 지원으로 이루어진 기술혁신의 성과가 실제 얼마나 되는지, 또 그 품질은 만족스러운 것인지가 궁금합니다. (예컨대 개인적으로 중소기업제품 우선구매 등 몇 가지 조달 물품에 대해서는 만족도가 높지 않았습니다.)

물론 그러한 점은 발표자께서 잘 지적하고 계시듯이, 실제 수요를 통해 입증될 것입니다. 수요가 그 성과의 가치를 증명할 것이기 때문입니다. 그래서 ‘수요견인의 관점’에서 공공조달의 역할을 극대화하도록 하여야 한다는 발표자의 지적에 동감합니다.

다만, 발표자께서 제안하신 회계년도를 넘어선 중기재정계획이나 조달청 회전자금 활용같은 제도개선의 요구가 좀 더 국민적 설득력을 얻으려면, 아마도 공공조달에 의해 이루어진 가시적인 성과나 수요자의 사후 만족도 등이 그에 앞서 제시되는 것도 좋을 것입니다.

셋째, 마지막으로 사후환급형 예산지원에 대한 질문입니다. 발표자께서 위험관리의 측면에서 이것이 필요하다고 하셨는데, 앞서 드린 질문과의 연속선상에서 보면, 이것은 그간 공공조달을 통한 예산지원에도 불구하고 성과는커녕 예산 낭비의 사례가 적지 않았을 것으로 짐작되는 대목입니다. 그런 사례가 함께 제시된다면 좀 더 분명하게 이해되지 않을까 싶습니다.

또 발표자께서 강조하셨듯이, 수요기관이 자체 자금으로 먼저 사업을 수행하려면 먼저 수요기관이 자율적으로 운용되는 예산이 있어야 할텐데, 재정법의 원칙 하에서 과연 그것이 가능할까 의문이 듭니다. 말하자면 예산이란 것이 재정지출을 규제하는 범규범인데, 법집행자의 폭넓은 자율을 위해 내용적 제한을 해제한 범규범이 가능할까 의문이 들었습니다.

감사합니다.