

민간투자법 제3조 제1항- “관계법률에 우선하여 적용”에 대한 해석 Review on the Paragraph (1) of the Article 3 of the Act on Public-Private Partnerships In Infrastructure

이 상 훈*
Lee, Sang-Hoon

목 차

- | | |
|--------------------------------|---------------------------|
| I. 서론-연구의 배경 및 목적 | III. 관계법률 우선 조항의 주요 사례 분석 |
| II. 관계법률 우선 조항의 내용과 해석상의
쟁점 | IV. 글을 맺으며 |

이 글에서는 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’이라 한다) 이 사회기반시설을 규율하는 63개의 개별법률(이하 ‘관계법률’이라 한다)에 대하여 우선하여 적용된다고 규정한 제3조 제1항(이하 관계법률 우선 조항이라 한다.)의 의미, 그 쟁점이 가지는 함의, 실무상이 조항이 어떻게 문제되고 쟁점화 되었는지 그 선례들을 소개하고 분석하여 필자의 견해를 제시한다.

관계법률 우선 조항의 적용범위와 관련하여서는 두 가지 상반된 시각이 존재한다. (1) 민간투자법이 우선할 범위를 민간투자법에 명문의 규정이 있는 것으로 범위를 좁혀서 이해하는 시각(이하 ‘규정중심설’이라 한다)과, (2) 그러한 명문의 규정이 있는 경우는 물론, 그것이 없는 경우에도 민간투자법 전체의 취지를 고려하여 민간투자법이 우선할 범위를 넓혀서 이해하는 시각(이하 ‘취지중심설’이라 한다)이 그것이다. 종래의 실무 경향은 취지중심설에 입각한 것이었으나, 최근의 서울시 지하철 9호선 사안의 행정법원의 판결이 규정중심설에 가까운 입장을 취함으로써 불확실성을 증가시킨 면이 크다. 관계법률 우선 조항은 토지수용, 위수탁 제한규정, 통행료 규정 등 민간투자사업 전반에 걸쳐 반복적으로 쟁점

투고일 : 2015. 12. 30. / 심사회의일 : 2016. 1. 27. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 경북대학교 법학전문대학원 부교수·변호사

Professor of Kyungpook National University Law School

화되는 중요 조항이다. 민간투자의 투자인센티브의 관문이라 할 관계법을 우선 조항을 좁혀서 해석하고 불확실성이 더해진 채 운영되는 것은 바람직하지 않다. 민간의 투자유인을 크게 저감시키고 분쟁 유발요인이 되어 시민들의 통행료 부담 내지 정부의 재정부담 증가로도 작용할 것이 우려된다. 불합리한 규제와 불명확성 노정으로 사회 전체적 효용의 손실 상황이 예상되는바, 취지중심설을 중심으로 이슈를 정돈해 둬으로써 사회적인 비용을 저감시킬 필요가 있다.

[주제어] 관계법률, 민간투자법 제3조 제1항, 서울시지하철9호선, 토지수용, 특별법 우선

I. 서론·연구의 배경 및 목적

정부가 사업을 추진하는 방식은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 정부(국가 또는 지방자치단체)가 직접 자신의 명의로 정부의 재정을 재원으로 사업을 추진하는 것이다. 정부가 예산을 가지고 시공사를 선정하여 고속도로를 건설하는 것이 그 예이다. 이를 재정사업이라 한다. 둘째는 정부가 공기업, 공공기관 등 법인을 설립하여 이들을 통하여 사업을 추진하는 것이다. LH토지주택공사 또는 공무원연금공단이 아파트 주택을 건설하는 것이 그 예이다. 이를 공공기관 투자사업이라 한다. 셋째는 민간이 투자를 하고 여기에 정부가 일정한 보조를 더하고 부담을 지는 형태의 일종의 조합(PPP; Public-Private Partnership¹⁾) 형태로 사업을 추진하는 것이다. 민간이 특수목적법인을 설립하여 인천국제공항고속도로를 짓고 통행료를 통해 투자비를 회수함을 기본으로 하되, 정부가 이에 대하여 일정한 지원을 하는 것이 그 예이다. 이를 민간투자사업²⁾이라고 하며 이를 규율하는 것이 이 글의 검토 대상 법률인 사회기반시설에 관한 민간투자법(이하 민간투자법³⁾)이라 한다)이다.

민간투자사업의 규모는 1999년부터 2014년까지 15년간 총 662건 투자비 규모 합계

1) 영미의 제도로부터 성립 발전한 개념이라고 한다. 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008.6, 466쪽, 민간투자사업의 개념에 관하여, 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 외법논집 34(1), 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.2, 297쪽.

2) 사회기반시설에 관한 민간투자법 제2조 제5호.

3) 후술하는 법제처 법령 해석례들을 보면 이 법의 약칭을 민간투자법이 아닌 사회기반시설법으로 부르고 있다. 순수한 민간투자가 아니라 정부의 지원과 부담이 상당하기 때문에 민간투자라는 용어의 한계가 있음을 고려하면 타당한 점이 있다. 다만, 사회기반시설법이라는 용어는 사회기반시설이라는 용어를 민간투자사업이 독점하는 의미가 있어 여전히 만족스럽지는 않은 것 같다. 여기서는 일단 일반적 실무적으로 많이 쓰이는 민간투자법이라는 용어를 쓰기로 한다.

99.4조원⁴⁾에 달할 정도로 국가적·경제적으로 정부 및 민간 양측에 막대한 영향을 끼쳐왔다. 특히 복지 정책에 대한 수요가 증대하면서 정부예산의 부족을 타개해 나가기 위한 방안 중 하나로 박근혜 정부 들어서는 민간투자사업의 중요성이 더욱 강조되고 있다.

이처럼 민간투자사업은 사회기반시설⁵⁾을 건설함에 있어 정부 재정의 부족을 타개하고 민간의 창의와 효율을 도입하기 위하여 정부의 재정사업을 대체하는 의미를 갖는데, 그러다 보니 종래의 재정사업을 규율하던 개별 법률들에 대한 특별취급이 필요하게 되었다. 이러한 이유로 민간투자법을 제정하여 재정사업과는 다른 체계를 구성하였고⁶⁾ 이러한 민간투자법 규정들이 재정사업으로의 추진을 염두에 두고 만들어진 개별법들에 우선하도록 하는 일괄조항이 필요하게 되었다. 그러한 필요에 따라 만들어진 것이 이 글의 검토대상인 민간투자법 제3조 제1항의 민간투자법이 관계법률에 우선하여 적용된다는 조항이다(이하 “관계법률 우선 조항”이라 한다).

이상에서 본 바와 같이 민간투자사업은 재정사업을 대체하는 의미가 있고, 기존의 사회기반시설의 건설 및 운용을 민간에 맡기는 새로운 패러다임의 도입을 의미한다. 민간이 설계와 건설, 재원조달과 운용을 일체를 도맡아 진행한다는 의미로 민간투자사업의 핵심을 DBFO(Design, Build, Finance, Operate)로 표현하는 것은 이를 잘 보여준다. 이러한 민간투자사업의 동인을 제공하는 것은 여러 가지가 있겠으나, 법적인 관점에서는 관계법률 우선 조항이 핵심이라 할 수 있다. 이 조항이 재정사업 대신 민간투자사업, 즉 민간의 투자 및 운용의 동기를 부여하고 그러한 동기의 실현을 법적으로 가능케 하는 조항이기 때문이다. 민간투자사업의 투자비 규모가 그간 100조원에 달하는 점을 생각하면 이 조항의 의의가 어느 정도인지 짐작해 볼 수 있다.

그런데, 이 ‘우선하여 적용한다.’는 문구의 의미가 개별 사안에서는 항상 명확하지 않아 그 적용에 있어 실무상 종종 쟁점이 된다. 특정 조항에 국한된 것이 아니라, 법률 대 법률로서 통째로, 그것도 상호 체계와 입법목적이 전혀 다른 이질적인 법률간에 ‘우선한다.’고 정해두다 보니 사안별로 우선한다고 보아야 할 충돌관계인지 아닌지 애매한 문제가 생기는 것이다. 게다가 이러한 개별 법률의 개수는 필자의 분석에 따르면 무려

4) 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2014년도 KDI공공투자관리센터 연차보고서, 제86쪽.

5) 민간투자법 제2조 제1호: “사회기반시설”이란 각종 생산활동의 기반이 되는 시설, 해당 시설의 효율을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설 및 국민생활의 편의를 증진시키는 시설로서, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시설을 말한다.

6) 민간투자법 제1조(목적): “이 법은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운용을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”

63개에 이른다. 이 조항이 빚어내는 이러한 현상 및 쟁점에 관한 선행연구는 현재까지는 보이지 않는다.⁷⁾

이러한 배경 하에 이 조항의 쟁점의 존재 자체를 우선 알리고, 이를 분석하는 것이 본 연구의 주제이다. 구체적인 검토 사항으로는, 우선 이 조항이 쟁점이 되는 법조항의 구조와 특별법의 일반론에 비추어 살펴 본 뒤, 이 조항을 근거로 해석이 이루어졌던 그간의 공간(公刊)된 선례⁸⁾와 필자의 실무 경험을 토대로 중요하다고 생각되는 사례들의 내용을 분석하고자 한다. 이들 사례 분석은 본 조항이 어떠한 형태로 쟁점이 발현되고 해석되었는지 살펴보기 위함이다. 이러한 작업을 통해 이 조항의 의미와 쟁점을 이해하고, 그러한 쟁점을 합리적으로 해석하는 기준을 분석, 제시하며, 아울러 실무 및 학계의 관심과 주의를 촉구하려는 것이 연구의 목적이다.

-
- 7) 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자선택의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008.6; 김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본 참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 43(2), 한국토지공법학회, 2009.2; 김광수, “사회기반시설을 위한 민간투자 제도의 법적 문제”, 토지공법연구 43(2), 한국토지공법학회, 2009.2; 김대인, “지역발전을 위한 지방계약법제와 민간투자법제의 정비방안”, 지방자치법연구 9(2)(통권22호), 한국지방자치법학회, 2009.6; 오준근, “영국법상 사회기반시설에 대한 민간투자사업과 공공계약규정의 관계에 관한 연구”, 토지공법연구 제42집, 한국토지공법학회, 2009.11; 권정현, “지역발전을 위한 민간투자사업법인의 건전화방안”, 지방계약연구 2호, 한국지방계약학회, 2010.1; 김성수/이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014.8; 최선미/홍준형, “민간투자사업 실패요인에 관한 연구”, 한국거버넌스학회보 21(2), 한국거버넌스학회, 2014.8; 길준규, “민간투자사업에서의 공공성과 경제성 확보방안”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014.8; 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 외법논집 34(1), 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.2; 윤준병, “지방자치단체 민간투자사업에 대한 최근 판례의 평가”, 지방자치법연구 14(2)(통권42호), 한국지방자치법학회, 2014.6; 김해룡, “PPP에 있어서의 法的 課題”, 법학논고 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011.2; 박원일, “SOC투자활성화를 위한 민간투자채원 확충방안”, 상사법연구 제24권 제1호, 한국상사법학회, 2005; 홍석한, “기반시설 민간투자제도의 헌법적 고찰-민간투자제도의 목적과 그 한계를 중심으로” 토지공법연구 58집, 한국토지공법학회, 2012.8; 김성수/이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014.8; 박세화, “프로젝트 금융(Project Financing)의 활성화를 위한 법제도 개선에 관한 연구”, 비교사법 13(1)(통권 32), 한국비교사법학회, 2006; 김기수, “프로젝트 파이낸싱에 관한 법적 연구”, 상사법연구 26(1), 한국상사법학회, 2007; 진흥기, “프로젝트 파이낸스(Project Finance)의 經濟的 主體와 讓與契約”, 비교사법 15(4)(통권 43), 한국비교사법학회, 2008. 민간투자법 관련 연구 논문(법률 및 비법률 포함)들의 현황에 대하여 조사한 문헌으로는, 김동욱, “국내 민간투자사업 연구논문 분석”, 상업교육연구 제29권 제3호, 한국상업교육학회, 2015.6, 167-189쪽; 한편, 윤준병, “지방자치단체 민간투자사업에 대한 최근 판례의 평가”, 지방자치법연구 14(2)(통권42호), 한국지방자치법학회, 2014.6.는 후술할 서울지하철 9호선 판결의 내용을 소개하고는 있으나, 이 글에서 다루는 논점을 쟁점으로 제시하거나 이를 분석하고 있지는 않다.
- 8) 민간투자법에 관한 질의회신은 KDI공공투자관리센터의 주요 업무분야 중 하나이나, 이들은 주무관청이나 민원인에 대한 회신형태로서 공개되지 않는 경우가 많다.

II. 관계법률 우선 조항의 내용과 해석상의 쟁점

1. 관계법률 우선 조항의 내용

관계법률 우선 조항은 다음과 같다.

민간투자법 제3조(관계법률과의 관계 등)

① 이 법은 민간투자사업에 관하여 관계법률에 우선하여 적용한다.

위 조항은 민간투자법 전체에서 가장 강력하면서도 중요한 조문 중의 하나라고 할 수 있다. 민간투자사업의 ‘관계법률’ 개수는 63개에 이르는데 무려 63개에 달하는 법률들을 상대로 ‘우선하여 적용한다.’고 특별법적 지위를 부여해 놓았으니 존재 자체로 강력한 ‘제왕(帝王)조항’인 것이다. 또한, 이렇게 많은 법률들과 관계를 맺으니 실무상 그 충돌이 빈번하고 법률별·사안별로 해석이 어려우리라는 점은 미루어 짐작하기 어렵지 않다.

이 조항은 ‘관계법률’에 대하여 특례를 규정함으로써 민간투자의 인센티브를 민간과 정부에 모두 제공하는 핵심조문이라 할 수 있다.⁹⁾ 그렇기 때문에 이 조항이 개별 사안에서 어떻게 해석되는지는 민간투자사업을 추진할 것인지 여부를 결정짓는 요소로까지

9) 헌법재판소 2005. 12. 22. 2004헌바64 결정:

“가. 심판대상 조항의 입법취지 및 성격

민간투자법 소정의 사회간접자본시설은 생산활동의 기반이 되는 시설, 당해 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설 및 국민생활의 편의를 증진시키는 시설 등을 가리킨다(민간투자법 제2조 제1호). 1980년대 중반 이후 우리나라의 경제규모가 확대되고 국민생활수준이 향상되면서 차량 및 물동량이 급격히 증가됨에 따라 사회간접자본시설이 크게 부족하여 우리 경제에 심각한 애로요인으로 작용하게 되었다. 정부는 이러한 애로의 극복을 위하여 신경제 5개년 계획기간(1993년부터 1997년까지)에 교통세를 신설하는 등 사회간접자본분야투자에 필요한 재원확보에 적극적으로 대처하기로 하였으나 급증하는 투자수요를 충족시킬 재원이 부족하자 정부는 기존의 재원조달방식만으로는 사회간접자본시설의 부족문제를 해결할 수 없다고 판단하여 민간의 투자를 촉진하고 창의적이고 효율적인 사회간접자본시설을 확충·운영할 목적으로 민간투자법을 제정하기에 이르렀다. 도로법이나 항만법 등 기존의 사회간접자본 관련 개별법률에도 민자유치의 근거가 일부 마련되어 있기는 하나 체계적이지 못하고 수익성과 경영권을 보장하는 장치도 미흡하여 민간자본이 제대로 유치되지 못하는 문제점이 있었기 때문이다. 민간투자법은 이러한 문제점을 보완하여 다양한 사회간접자본시설에 공통적으로 적용될 수 있는 민간자본유치의 절차와 방법, 수익성과 경영권보장 등 각종 지원사항을 규정하였다.

한편 이러한 입법목적을 달성하기 위하여 민간투자법 제3조는 이 법이 민간자본유치사업에 관하여는 민간투자법 제2조 제13호에 열거된 사회간접자본 관계법률(유료도로법 포함)의 규정에 우선하여 적용되는 것으로 규정하였다.”

작용하기도 한다. 뒤에 보는 토지수용 사례는 그 전형적인 예이다.

2. ‘우선하여 적용한다.’-해석의 일반 원칙

관계법률 우선 조항은 크게 보면 ‘민간투자사업’, ‘관계법률’과 ‘우선하여 적용한다.’는 세 부분으로 구성되어 있다. 이 중 ‘민간투자사업’과 ‘관계법률’의 의미는 법에 정의가 되어 있으므로 비교적 범위가 명확하다.

‘우선하여 적용한다.’는 문구는 법령간의 적용상 우열을 정할 때 쓰이는 표현이다. 법제처 입법정보 홈페이지에서 이 문구가 들어간 법령을 검색하면 358개¹⁰⁾가 올라올 정도로 광범위하게 쓰인다. 법령간의 우선순위에 관하여는 통상 형식적 효력 우선(상위법우선)의 원칙, 신법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙 등이 있는데, 앞의 두 개는 법형식이나 제정일자로 외관상 명백하게 구별되는 경우가 많다. 따라서 ‘우선하여 적용한다.’는 문구의 필요성이 제기되는 것은 주로 특별법우선의 원칙이다. 위 법제처 홈페이지에서 검색된 법령들의 용례들도 주로 동등한 형식적 효력을 갖는 법령간의 특별법과 일반법 관계를 정하기 위한 경우들임을 알 수 있다.

관계법률 우선 조항도 특별법 우선의 원칙을 규정한 것이라고 할 수 있다. 일례로, ‘관계법률’ 중 하나인 도로법의 경우 종래의 정부에 의한 건설·관리 대신 민간에 의한 건설·관리가 도입되자 민간투자법이 도로법에 대한 특별법으로서 우선적으로 적용되도록 하기 위한 것임은 전술한 바와 같다.

특별법우선의 원칙에 관한 일반적인 교과서적 설명은 다음과 같다. “동등한 법형식 사이에서 어떤 법령이 규정하고 있는 일반적인 사항과 다른 특정의 경우를 한정하거나 특정의 사람 또는 지역을 한정하여 적용하는 법령이 있는 경우에 이 두개의 법령은 일반법과 특별법의 관계에 있다고 하고, 이 경우에는 특별법이 일반법에 우선한다는 것으로서 신법우선의 원칙의 예외가 된다. 일반법과 특별법의 관계는 다른 법령과 비교하였을 때 그와 같다는 의미로서 상대적인 구별에 지나지 않는다. 예컨대, 상법은 민법에 대하여 특별법이지만 증권거래법이나 은행법 등에 대하여는 일반법이다. 일반법과 특별법 관계에서는 특별법이 규율하고 있는 사항에 관한 한 특별법의 규정이 우선적으로

10) 법제처, 국가법령정보센터,

<<http://www.law.go.kr/lsOrdinBdyTextAstSc.do?schType=0&menuId=9&dataCls=1 sAstSc&query=%EC%9A%B0%EC%84%A0%ED%95%98%EC%97%AC%20%EC%A0%81%EC%9A%A9&ptOfiCd=&tabNo=11#>>, 검색일: 2015.12.27.

적용되고 일반법의 규정은 특별법 규정에 모순·저촉하지 아니하는 범위 안에서 2차적으로 적용된다.”¹¹⁾

위 설명 중 관계법률 우선 조항의 기본적인 해석원칙은 마지막 문장에 담겨있다고 할 수 있다. 위 문장의 ‘특별법’의 자리에 민간투자법을, ‘일반법’의 자리에 해당 63개의 ‘관계법률’을 대입하는 것이다. 이와 같이 위 조항의 의미를 특별법 우선의 원칙에 입각하여 위 밑줄 친 내용처럼 해석하는 것이 현재의 실무라고 할 수 있다. 후술하는 서울지하철9호선 판결도 이러한 법리를 언급하고 있다.

3. 관계법률 우선 조항 해석상의 쟁점

3.1 문제의 소재

이상에서 관계법률 우선 조항의 내용과 문구, 해석의 일반원칙을 살펴보았다. 이 조항이 실무상 쟁점을 빚어내는 이유는 민간투자법을 ‘우선하여 적용’할 대상을 어디까지로 설정할 것인지의 애매함에 있다. 이 문제는 일반법인 ‘관계법률’이 2차적·보충적으로 적용된다고 볼 수 있는 범위가 어디까지인지의 문제와 표리관계에 있다. 민간투자법이 ‘우선하여 적용’되는 분야는 민간투자법과 ‘관계법률’이 서로 충돌하는 분야이고, 그러한 충돌이 없는 분야에서는 ‘관계법률’이 보충적으로 적용될 수 있기 때문이다. 그것이 위 특별법 우선원칙의 마지막 문장의 함의이다.

그렇다면 이 문제는 양 법률이 서로 충돌한다고 보아야 할 범위가 어디까지인지, 그 범위 확정의 문제로 귀결된다. 따라서 양 법률이 충돌된다고 볼 것인지 여부의 판단이 중요한데, 이는 민간투자법과 ‘관계법률’ 양 측을 모두 보아야 한다. 대법원도, “법률이 상호 모순·저촉되는 경우에는 신법이 구법에, 그리고 특별법이 일반법에 우선하여 적용되어야 한다. 이때 법률이 상호 모순·저촉되는지는 각 법률의 입법 목적, 규정 사항 및 그 적용범위 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.”며 양 법률 모두를 보아야 한다는 취지로 판시한 바 있다.¹²⁾

우선 후자의 ‘관계법률’의 경우부터 보면, 이는 각 63개의 법률들을 개별적으로 살펴 보아야 할 문제이므로 각각의 개별성과 상대성 검토에 무게 중심이 놓여 질 영역이다.

11) 법제처, 공공기관 법제교육, 2010, 343쪽.

12) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013두4590 판결 외.

반면, 전자의 민간투자법의 경우는 그 특별법적 성격과 내용을 어떻게 보느냐의 문제로서 민간투자법의 입법목적과 법 전체의 유기적·체계적 성격을 어느 범위에서 파악하고 존중해줄 것이냐는 일반론 성격의 검토라 할 수 있다.

이 두 가지 측면 중 후자의 민간투자법 해석이 문제 해결에 지배적인 요소라고 본다. 애당초 민간투자를 유치하여 재정사업을 대체한다는, 민간에 의한 DBFO라는 특수성이 민간투자법의 제정 배경임을 감안하면, 63개의 개별성을 초월하는 특별법의 일괄적 필요성에서 시작하는 것이 타당해 보이기 때문이다. 이 부분도 ‘관계법률’과의 종합적인 관점에서 파악되어야 할 부분이긴 하겠으나 이 문제가 확립된 뒤에는 63개 개별 법률의 보충 적용 가능성의 사안별 판단도 용이해질 것이다.

이러한 배경 하에 이 글에서는 63개의 관계법률에 대한 분석은 다른 기회로 미루고, 민간투자법의 우선 적용되어야 할 범위를 어떻게 설정하느냐는 일반론적인 문제를 중심으로 살펴보고자 한다. 이에 관하여는 두 가지 상이한 접근 시각이 존재하며 이에 대한 분석이 이 글이 다루려는 핵심이라 할 수 있다.

3.2 두 가지 접근방법

민간투자법의 특별법적 성격, 즉 ‘관계법률’에 우선되어야 할 범위를 어떻게 파악할 것인지에 대하여 실무상 상이한 두 가지 시각의 대립이 존재한다. ① 민간투자법이 우선되어야 할 범위를 민간투자법에 명시적인 규정이 있는 사항을 중심으로 그 범위를 좁혀서 이해하는 시각과, ② 그러한 명문의 규정이 있는 경우는 물론, 명시적인 규정이 없는 경우에도 민간투자법 전체의 취지를 기준으로 판단함으로써 민간투자법이 우선하여야 할 범위를 넓게 이해하는 시각이 그것이다. 양 시각은 본질의 차이라거나 의견대립이라고까지 말하기는 어려우며, 다만 민간투자법의 우선할 범위 인정에 있어 정도 차이 문제에 불과하다고 할 수 있다. 즉, 민간투자법의 전체 취지를 고려한다는 점에는 차이가 없지만 실제 그 범위를 인정하는 정도에 차이가 있는 것이다. 이하 양 시각을 차례로 소개한다.

3.2.1 규정을 중심으로 좁게 해석하는 시각

민간투자법이 우선되어야 할 범위를 민간투자법에 명시적으로 규정하고 있는 사항을 중심으로 이를 좁혀서 해석하는 시각을 말한다. 명문의 규정이 있는 사항을 중심으로,

민간투자법의 의의를 절차적인 특례조항 내지 민간의 사업권 보장의 정도로 목적과 취지를 해석하여 그 범위를 중심으로 민간투자법이 우선한다고 보는 시각이다. 실시협약의 경우도 민간투자법의 위임에 따라 명시적으로 정해진 것을 중심으로 민간투자법과 동등하게 취급하여 우선 적용의 대상이 될 수 있다고 본다.¹³⁾ 그러한 명시적인 규정이 없는 분야는 ‘관계법률’과 저촉되지 아니하므로 ‘관계법률’이 보충적으로 적용된다고 봄으로써 ‘관계법률’의 개입 범위가 넓어진다.

후술하는 서울시 지하철 9호선 사안의 서울행정법원의 판결이 이러한 시각에 입각한 대표적인 사례라고 할 수 있다. ‘관계법률’인 도시철도법에서 통행료 인상을 신고하여 수리하도록 한 의무조항이 민간투자법에서 명문으로 배제된 바 없어 민간투자법과 저촉되지 아니한다는 이유로 보충 적용된다고 판시한 사안이다.

이 시각의 장점은 판단기준이 비교적 명확하고 개별 ‘관계법률’의 대상 시설에 대한 규제의 통일성을 추구할 수 있어 일선 담당 공무원들과 사회기반시설 이용 시민들 입장에서 이질감을 줄일 수 있다는 점이다.¹⁴⁾ 반면, 민간투자법의 명문의 규정을 하나씩 분절하여 규정을 중심으로 파악할 경우 전체 규정과 입법목적의 종합에서 도출되는 취지를 도외시할 위험이 있다는 점이 단점으로 지적될 수 있다.

3.1.2 취지를 중심으로 넓게 해석하는 시각

명문의 규정은 물론, 민간투자법의 취지와 법 전체의 유기적인 구조¹⁵⁾에 대한 체계적 해석을 통해 민간투자법이 우선할 범위를 정한다고 보는 시각이다. 명문의 법규정이나 실시협약 규정이 있는 경우는 물론이고, 그러한 직접적인 규정이 없는 경우에도 민간투자법의 전체 체계성이나 취지를 중심으로 하나의 세트(묶음)로 인정하고, 이것이 훼손된다고 인정될 경우에는 이질적인 ‘관계법률’의 개입을 불허하는 것이다.

위 서울시 지하철 9호선 사건에서 원고가 주장한 내용도 같은 입장으로 보인다. 원고는, 실시협약으로 결정되는 통행료 구조는 민간투자사업의 본질적인 요소이며, 따라서 명문의 법이나 실시협약 규정에 ‘관계법률’의 신고 수리 절차를 배제하는 내용이 없더라

13) 실시협약이 계약임에도 불구하고 공법적 원리에 의한 수정이 가능한지 쟁점이 될 수 있을 것이다. 황창용, “민간투자협사업 실시협약의 공법적 특수성”, 연세대학교 법학연구 25(3), 연세대학교 법학연구원, 2015.9, 황창용, “민관협력사업에 있어서 행정주체의 사업위험분담”, 원광법학 27(4), 원광대학교 법학연구소, 358쪽.

14) 이와 같은 규제의 통일성이 도모되지 않는다는 이유로 민간투자법의 관계법률 우선조항이 헌법상 평등권을 침해한다며 헌법소원이 제기된 사실이 이를 잘 보여준다(헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64 결정).

15) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64 결정에서도 민간투자법 전체의 유기적인 해석을 통해 그 입법취지를 파악할 필요가 있음을 강조한 바 있다.

도 그러한 절차는 적용되지 않는다고 주장하였다. 사건으로는 종래의 민간투자 실무담당자들의 시각도 이 취지 중심의 시각에 가까운 것이었다고 생각된다. 비록 관계법률 우선 조항의 적용범위가 쟁점으로 된 사안은 아니었지만, 민간투자법의 통행료 징수는 법 전체의 유기적 체계적 해석을 통해 그 본질을 이해하여야 한다고 판시한 헌법재판소 결정¹⁶⁾도 취지중심설과 같은 맥락에 선 것이라고 본다.

이 시각의 장점은, 민간투자사업의 활성화와 특별법제정이라는 민간투자법의 본래 취지를 충분히 살릴 수 있다는 점, 민간투자법의 유기적·체계적인 특성상 취지 중심의 해석이 바람직할 수 있다는 점 등이 제시될 수 있다.

3.1.3 검토

규정 중심의 시각과 취지 중심의 시각, 양자의 차이는 본질적인 차이가 아니라, 민간투자법의 입법취지와 적용체계를 어느 범위로 인정할 것이며, 개별 ‘관계법률’의 개입을 어느 정도로 허용할 것인지 정도 차이의 문제다.

현실에서는 주무관청 또는 규제당국의 담당 공무원의 경우 사안별로 규정중심설의 경향이 상대적으로 강한 것으로 생각된다. 규정중심으로 접근하는 공공조직의 업무 특성상 배제한다는 명확한 규정이 없으면 일단 중복적용 쪽으로 접근하는 것이 일하기 쉽고 감사의 부담도 덜 수 있다는 점이 작용할 수 있다. 특히 민간투자법과 실시협약은 유기적 연결성과 체계성으로 상당한 전문성을 요하는데, 많은 경우 기존의 재정사업에 익숙한 일선 공무원들은 잦은 업무교체로 전문성 축적 기회가 부족한 것도 이러한 경향을 더하게 만들었을 수 있다.

사건으로는 규정 중심의 시각은 체계적 해석이 필요한 민간투자법의 본질을 도외시키고 당초 관계법률 우선 조항을 마련해 둔 민간투자법의 취지를 반감시킬 위험이 있으므로 취지 중심의 시각을 견지하여, 합부로 관계법률에 의한 개입을 인정하지 않도록 유의할 필요가 있다.

특히 규정 중심의 시각에 따른 결론이 사업 확정 전에 미리 정해져 있는 것도 아니다가 사업을 출범하여 진행 중에 건별로 문제가 불거짐으로써(앞서 본 서울시 지하철 9호선 사건도 이에 해당한다) 불확실성을 가중시키는 문제도 있다. 민간의 투자유치, 투자인센티브의 관문이라 할 관계법률 우선 조항의 취지를 충분히 감안하지 못한 나머지 이를 좁혀서 해석하고 거기에 불확실성까지 더해지면 민간의 투자유인을 크게 저감시키고

16) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64 결정.

시민들의 통행료 부담 내지 정부의 재정부담 증가 요인이 될 수 있다. 이는 불합리한 규제와 불명확성 노정으로 인하여 당사자들 모두에게 불이익이 돌아가는 사회 전체적 효용의 순손실 상황에 해당한다. 취지중심의 시각에 따라 이슈를 정돈해 됨으로써 사회적인 비용을 저감시킬 필요가 있다.

III. 관계법률 우선 조항의 주요 사례 분석

1. 관광진흥법 상의 토지수용과 관계법률 우선 조항

1.1 토지수용에 있어서의 관계법률 우선 조항

민간투자사업 중 토지취득이 필요한 분야에서는 토지수용이 가장 중요한 문제가 된다. 특히 실무상 관광단지 조성을 내용으로 하는 BOO(Build-Own-Operate) 사업 유형에서 주로 문제가 되는데, 관계법률 우선 조항의 힘을 빌리고자 개별 ‘관계법률’인 관광진흥법으로 진행해도 될 것을 굳이 민간투자사업의 방식을 빌린다고 해도 과언이 아니다. 관광진흥법상 규정된 토지 3분의 2의 선취득 요건을 면제받을 수 있느냐가 관건인 것이다.

1.2 쟁점 및 분석

1.2.1 쟁점

관광진흥법 제2조 제7호에 따른 관광단지의 조성사업을 관광진흥법으로 진행할 경우 동법 제54조 제4항에 따라 부지면적 중 사유지의 3분의 2 이상을 취득한 경우 남은 사유지에 대해서만 토지 등을 수용할 수 있다(이하 ‘3분의 2 선취득요건’이라 한다). 그런데 동일한 사업을 민간투자사업으로 진행하면 민간투자법상의 토지수용 조항인 제20조 제1항에 따라 3분의 2 선취득요건의 적용 없이 전체 민간투자사업 대상 부지에 대하여 토지 등을 수용할 수 있는지가 쟁점이 된다.

이에 대하여는 규정중심 시각과 취지중심 시각의 결론이 나눌 수 있다. 민간투자법 제20조 제1항은 민간인인 사업시행자가 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제3조에 따른 토지·물건 또는 권리를 토지수용을 할 수 있음을 규정하고

있을 뿐 어떤 법에 의하여야 한다는 언급이 없다. ‘관계법률’인 관광진흥법요건이 배제되는지 여부에 대하여도 함구하고 있다. 오히려 제4항에서는 ‘관계법률’의 3분의 2 선취득요건의 보충적 적용도 가능한 것처럼 혼동을 준다.

민간투자법 제20조(토지등의 수용 또는 사용)

- ① 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 필요한 경우에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제3조에 따른 토지·물건 또는 권리(이하 “토지등”이라 한다)를 수용 또는 사용할 수 있다.
- ② 제1항을 적용할 때 제15조제2항에 따른 실시계획의 고시가 있는 때에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제20조제1항 및 제22조에 따른 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 보며, 재결(재결)의 신청은 같은 법 제23조제1항 및 제28조제1항에도 불구하고 실시계획에서 정하는 사업의 시행 기간에 할 수 있다.
- ③ 사업시행자는 토지등의 수용 또는 사용과 관련한 토지매수업무, 손실보상업무, 이주대책사업 등의 시행을 대통령령으로 정하는 바에 따라 주무관청 또는 관계 지방자치단체의 장에게 위탁할 수 있다. 이 경우 위탁수수료 등에 관하여는 대통령령으로 정한다.
- ④ 제1항에 따른 토지등의 수용 또는 사용에 관하여 이 법 또는 관계법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

1.2.2 분석

규정중심의 시각에 따르면, 명시적으로 상기 제20조 제1항에서 ‘관계법률’을 배제하는 조항을 두고 있지 않으므로 동 제4항에 따라 ‘관계법률’이 적용되어야 하고 따라서 3분의 2 취득요건이 적용된다고 보게 될 것이다.

반면 취지중심의 시각에 따르면, 상기 제20조 제1항에 명시적인 규정이 없지만, 민간투자법에서 특별히 토지수용을 원활히 하기 위하여 특례규정을 둔 것으로 보아 ‘관계법률’의 3분의 2 취득요건이 개입할 여지는 없다고 보게 될 것이다. 제1항 단계에서 배제되었으므로, 제4항의 ‘관계법률’ 적용에 대한 언급은 이러한 결론에 영향을 미치지 아니한다.

1.3 법제처의 해석례

법제처는 이 쟁점이 문제된 기획재정부의 질의에 대하여, 위 취지중심 시각의 결론을 내렸다.¹⁷⁾ 기획재정부의 질의 내용도 ‘규정중심’과 ‘취지중심’ 등의 표현을 언급하지는

17) 법제처 법령해석례(11-0387): “사회기반시설법 제20조 제1항에서는 민간투자사업의 사업시행자가 그 시행을 위하여 필요한 경우에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “공익사업보상법”이라 함) 제3조에 따른 토지·물건 또는 권리(이하 “토지등”이라 함)를 수용 또는 사용할 수 있도록 정하고 있는바, 이 사안과 같이 「관광진흥법」 제2조 제7호에 따른 관광단지 조성사업을 사회기반시설법에 따라 민간투자사업으로 시행하는 경우, 비록 「관광진흥법」 제54조 제4항에서 민간개발자가 관광단지를 개발하는 경우에는 토지등을 수용할 수 있도록 한 같은 법 제61조를 적용하지 아니함을 원칙으로 하고, 다만 조성계획상의 조성 대상 부지면적 중 사유지의 3분의 2 이상을 취득한 경우 남은 사유지에 대해서만 토지등을 수용할

아니하였으나, 두 시각에 따른 결론의 내용을 설명하면서 둘 중 어느 것이 타당한지 묻는 형태로 쟁점화시켜 질의하였다.

이러한 질의 회신은 두 가지를 시사한다. 첫째, 규정중심과 취지중심의 대립적 시각은 실무상 언제든지 나타날 수 있는 쟁점임을 보여준다는 점이다. 둘째, 법제처는 규정중심과 취지중심 중 후자에 가까운 결론을 선택하였다는 점이다.

1.4 종합 검토

1.4.1 상기 결론의 함의

법제처의 해석결론은 필자의 견해(취지중심)와 일치하였는데, 그 함의는 음미해 볼 필요가 있다. 관광진흥법에 따라 토지 수용을 하려면 우선대상 토지의 3분의 2의 소유권 취득이 선행되어야 한다. 3분의 2 토지 소유주들을 만나 개별적 협상으로 취득하는 것은 그 자체가 큰 부담일 뿐 아니라 그 과정에서 지가가 급등할 가능성이 높다. 그렇게 취득한 뒤 나머지 3분의 1을 수용하려면 이미 3분의 2를 취득하면서 상승시켜 놓은 땅값이 수용가격도 상승시켜 사업의 추진에 큰 걸림돌이 될 수 있다. 반면, 관광단지 사업을 관광진흥법이 아닌 민간투자법으로 진행하면 민간투자법의 토지 수용 조항에는 위와 같은 3분의 2 선취득 요건이 없으므로 관계법률 우선 조항에 따라 3분의 2취득 요건을 피할 수 있다. 이것이 법제처가 내린 결론의 함의이고, 정부와 민간사업자 입장에서 관광단지 사업을 민간투자법에 의하여 추진하고 싶게 만드는 핵심 동인이다. 관계법률 우선 조항이 사업의 추진방식과 추진여부에 결정적 영향을 줄 수 있음을 가장 극적으로 보여주는 경우라 할 수 있다.

1.4.2 규정중심의 시각에서 생각해 볼 수 있는 반론 및 검토

위와 같은 결론에 대하여는 규정중심의 관점에서, 3분의 2 선취득 요건은 민간투자법에 그와 저촉되는 명시적인 규정이 없으므로 보충적으로 적용될 수 있다는 취지의 반론이 제기될 수 있다. 질의자인 기획재정부가 문의한 부분도 그 쟁점이었음은 전술한 바와

수 있도록 정하고 있다고 하더라도, 사회기반시설법 제3조 제1항에서 같은 법 제2조 제13호에 따라 정의하고 있는 관계법률과의 관계에 대하여 사회기반시설법이 민간투자사업에 관해서는 관계법률의 규정에 우선하여 적용하도록 정하고 있음을 고려할 때, 관계법률에 해당하는 「관광진흥법」 제54조 제4항에 우선하여 사회기반시설법 제20조 제1항이 적용되는 것으로 보아야 할 것이므로, 민간투자사업의 사업시행자가 그 시행을 위하여 필요한 경우에는 민간투자사업 대상 부지의 토지등을 수용 또는 사용할 수 있다고 보아야 할 것입니다.”

같다.

취지중심의 시각을 지지하는 필자의 입장에서는 법제처가 내린 결론이 타당하다고 본다. 다만, 이에 따라 3분의 2 선취득 요건을 면제해 줄 경우 민간투자사업자가 토지소유자들의 토지를 염가에 취득하여 개발이익을 독차지하게 되는 것은 문제소지가 있다. 관광단지법 하에선 취득자가 3분의 2 선취득 요건 때문에 취득과정에서의 지가상승을 감내하며 3분의 2의 주민들에게 높은 값을 지불하며 개별 동의를 얻는 셈이라 할 수 있다. 그러나 이를 민간투자법에 의한 추진으로 바꾸면 주민들 동의 없이 사업자에게 부를 몰아주는 효과가 생길 수 있다. 특히 관광지사업과 같은 BOO 사업은 취득한 토지의 소유권이 정부로 이전되는 것이 아니라 해당 민간사업자에게 잔류되고 매각(분양)도 가능한 특성이 있기 때문에 민간투자법의 특례조항이 부동산개발 투기수단으로 악용되거나 주민들의 부의 부당한 이전을 눈감아주는 도구로 전락할 우려가 있다. 따라서 부의 이전과 관련한 민사적 형평성, 토지소유와 공공적 합리성에 대한 면밀한 검토가 필요할 수 있다.

규정중심 시각에서는 이러한 우려는 토지수용단계에서 관계법률의 보충적용(3분의 2 요건 적용)을 통해 바로 잡아져야 한다고 주장할 여지가 있다. 그러나 취지중심의 입장에서 볼 때, 이 문제를 관계법률 우선 조항의 문제로 다루는 것은 타당하지 않다. 나아가 정책적 관점에서도, 위와 같은 형평성 및 공공성에 대한 우려를 법조항 적용 여부라는 일도양단(一刀兩斷) 방식으로 결정하기 보다는, 타당성 검토(KDI공공투자관리센터에서 수행하는 타당성 분석) 등의 절차를 통해 사업통과단계에서 완료단계에 이르기까지 지속적인 모니터링과 계획안의 수정 및 보완을 통해 개선해 나갈 여지를 두는 방향이 바람직하다고 본다. 또한 법이 문제라면 해석론의 문제로서 규정중심으로 좁혀 해석하는 방법보다는 관계법률 우선 조항 중 관광진흥법에 관한 부분의 헌법합치여부의 문제로 접근하는 것이 합리적이라고 여겨진다.

2. 사회기반시설의 위·수탁과 관계법률 우선 조항

2.1 쟁점

사회기반시설은 통상 재정사업으로 운용되는 것이 원칙이나 그 운용 사업을 제3자에게 위탁하는 경우가 많다. ‘관계법률’ 중 도시철도법(제24조), 수도법(제23조), 하수도법

(제18조) 등이 그 예인데 상기 조항들에 보듯이 통상 위와 같은 위수탁 규제에서는 위탁을 받을 자 또는 그 업무를 대행하게 할 자의 자격요건이나 관련 절차, 위탁기간 등에 대해서 규정을 둔다. 이러한 자격요건이나 절차, 위탁기간에 대한 규정이 해당 시설을 민간투자사업으로 운영하는 경우에도 적용되는지가 쟁점이 된다.

2.2 쟁점의 분석

상기 도시철도법, 수도법, 하수도법 등 ‘관계법률’의 위수탁 조항 또는 업무대행계약에 관한 조항(이하 총칭하여 ‘위수탁 규제’라 한다)은 모두 정부가 사업주체로서 그 사업(재정사업)의 관리를 민간에게 위탁하는 구조이다. 그러나 민간투자법은 사업의 내용이 재정사업이 아니라 DBFO를 요소로 하는 민간투자사업이고 사업주체도 정부가 아니라 민간사업자이다. 사업주체인 정부가 그 재정사업을 민간에게 관리 위탁하는 것이 아니라 처음부터 민간이 사업주체이며, 사업의 내용도 시설을 민간사업자 스스로의 부담과 자금조달로 건설하여 정부에게 소유권을 넘김과 동시에 이용권을 설정 받아 자신이 투하한 투자비와 운영비를 회수하는 구조이다.

이처럼 사업의 내용과 사업의 주체, 당사자 구조, 관계설정의 목적과 취지가 다르므로 애당초 ‘관계법률’에서 규율하는 사업구조 및 위수탁 관계와는 다르다. 민간투자사업의 사업 내용과 사업주체, 당사자 구조, 법률관계의 목적과 본질이, ‘관계법률’에는 근거가 없는 형태이고, 따라서 ‘관계법률’하에서는 허용되기 어려운 운용방식이다. 단지 민간투자법에 이러한 형태의 사업구조가 허용되어 있고, 관계법률 우선 조항에 의하여 민간투자법이 수도법에 우선하기에 가능하게 된 것 뿐이라고 보아야 할 것이다. 따라서 ‘관계법률’의 위수탁 규제는 보충적으로도 적용될 여지가 없으며, 이는 규정중심과 취지중심의 어느 시각에 의하건 동일하다고 봄이 합리적이다.

다만, 이러한 분석에 대하여 규정중심의 입장에서는, 비록 당사자 구조가 동일하지는 않으나 내용상 ‘관계법률’상의 위수탁규제와 배치되는 민간투자법상의 규정은 존재하지 아니하므로 배치되는 것은 아니며, 따라서 유추적용이 가능하고, 이를 통해서라도 ‘관계법률’의 위수탁 규제의 취지를 관철해야 한다는 시각(=규정중심 시각+유추적용)도 상정해 볼 수 있다. 그러나 취지중심 시각에서는, 민간투자사업은 사업자의 재량 즉 창의와 효율¹⁸⁾을 최대한 보장함으로써 스스로 실시협약에 약속한 조건을 지키면 자유로운 경영

18) 민간투자법 제1조.

이 보장되도록 하는 것이 법의 목적과 체계에 부합하므로, 위수탁 규제가 실시협약에 편입되어 있지 않는 이상, 유추적용은 불가하다고 봄이 합리적일 것이다.

2.3 법제처의 해석례

상기 쟁점에 대하여 법제처도 상기 필자의 분석과 동일한 취지로 판단한 바 있다. 구도시철도법 제15조의2의 위수탁규정에 관한 질의였는데, 동 조항의 위수탁 구조가 민간투자법과는 다른 것이어서 도시철도법의 적용여지가 없으며 관계법률 우선 조항에 따라 민간투자법이 적용된다는 취지로 판단하였다.¹⁹⁾

3. 통행료와 관계법률 우선 조항 ① - 서울시 지하철 9호선 행정소송²⁰⁾ 사례

3.1 사안의 개요

이 사안은 2013년도 서울시 지하철 9호선의 사업자가 서울시에게 제출한 운임신고에 대하여 서울시가 이를 받아들이지 않고 반려처분을 하였다며 그 반려처분의 취소를 구하는 행정소송으로 이어졌다. 당시 언론을 떠들썩하게 하며 사회적으로도 상당한 화제가 되었던 사안으로 그 후 맥쿼리가 사업을 매각하고 철수한 바 있다.²¹⁾

19) 법제처 법령해석례(12-0651, 2013.2.5.서울특별시): “「도시철도법」 제15조 제1항에 따르면 국가나 지방자치단체가 도시철도건설자인 경우에는 도시철도의 건설과 운영을 법인에 위탁할 수 있도록 하고, 같은 조 제5항에 따르면 도시철도의 건설과 운영을 수탁한 자는 그 건설과 운영에 관하여 책임을 진다고 하고 있는바, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 따른 사업시행자인 법인(A법인)이 도시철도의 유지보수 및 관리 또는 운영업무를 다른 법인(B법인)에 위탁하는 것이 「도시철도법」 제15조에 비추어 가능한지가 문제될 수 있습니다. 먼저, 「도시철도법」 제15조는 국가나 지방자치단체가 도시철도건설자인 경우에 위탁에 관한 규정이므로 「사회기반시설에 대한 민간투자법」이 적용되는 이 사안의 경우에는 적용될 여지가 없다고 할 것입니다. 또한, 「도시철도법」 제15조 제5항은 위탁자의 권한을 수탁자에게 이전하여 수탁자의 책임으로 사무를 처리하는 것을 전제로 하고 있으므로, A법인이 법적 의무와 책임을 유지한 채로 도시철도의 유지보수 및 관리 또는 운영업무를 위임하고 B법인은 도시철도의 유지보수 및 관리 또는 운영업무를 위임하는 관리운영계약(이하 “관리운영계약”이라 함)에 따라 사실상 업무를 수행하는 것에 불과한 이 사안과는 성격이 다르다고 할 것입니다.[중략]

따라서, A법인이 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제24조에 따라 실시협약에서 정한대로 관리운영계약을 체결하는 것은 「도시철도법」 제15조에 따른 위탁이 아니라 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 의한 것이므로 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에서 허용할 경우 가능하다고 할 것입니다.”

20) 서울행정법원 2013. 5. 30. 선고 2012구합15029 판결.

21) 경향신문 2013.5.30, “지하철9호선 측 기본료 인상안 서울시의 거부 처분은 정당”, <<http://news.khan.co>.

3.2 쟁점과 판시내용

3.2.1 쟁점의 개요

서울시와 당시 민간사업자인 서울시 메트로 9호선 주식회사 사이에 상당한 기간에 걸쳐 형성된 분쟁 사안이다. 여러 쟁점 중 관계법률 우선 조항과 관련한 쟁점은, 관계법률 우선 조항에 의하여 실시협약이 우선하며 도시철도법 상의 운임신고 절차는 필요 없다고 볼 것인지, 아니면 서로 저촉되는 바 없으므로 도시철도법 상의 운임신고 절차가 보충적으로 적용되는지 여부이다.

3.2.2 양측의 주장 및 판시 내용

가. 원고(사업자)의 주장은 다음 세 가지로 제시되었다.

① 원고는 운임자율권에 따라 부록 11의 범위 내에서 운임을 정하여 실시협약에 규정된 절차에 따라 신고하였다. 그럼에도 원고의 운임신고를 반려했던 피고의 이 사건 처분은 실시 협약에서 보장된 원고의 운임자율권을 침해하는 것이므로 위법하다.

② 민간투자법 제26조 제1항은 사회기반시설사업을 시행한 사업시행자에게 무상 사용기간 동안 해당 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는

kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201305302216145&code=950201>, 2015.12.25.접속; 서울지하철 9호선의 기본요금을 한꺼번에 500원 인상하겠다는 업체 측의 신고를 거부한 서울시 처분은 정당하다는 법원의 판단이 나왔다. 서울행정법원 행정2부(윤인성 부장판사)는 30일 서울시 메트로 9호선(주)이 서울시장을 상대로 낸 운임신고반려처분 취소소송에서 원고패소 판결했다.

2005.5. 민간투자사업 실시협약에 따라 민간사업자에게 넘어간 서울 메트로 9호선은 2009.7. 기본운임 900원에 개통됐다. 서울시 메트로9호선(주)은 당시 2010.6.까지 약 1년간 순 승차 및 환승 수요를 조사해 운임을 재정산하자고 서울시에 제안했다. 서울시는 “실제 이용수요 조사를 해 필요한 경우 상호협상을 거쳐 요금조정을 하자”고 답변했다.

1년 뒤인 2010.7. 서울시 메트로 9호선(주)과 서울시가 운임 조정 협상을 시작했지만 결렬됐다. 이에 서울시 메트로 9호선(주)은 지난해 두 차례에 걸쳐 기본 운임을 1050원에서 1550원으로 올리겠다고 신고했으나 서울시는 이를 반려했다. 그러자 서울시 메트로 9호선(주)은 서울시장을 상대로 처분 취소소송을 제기했다. 서울시 메트로 9호선(주)은 서울시가 부당하게 요금조정 협상을 결렬시키고 일방적으로 기존 요금을 강요했다고 주장했다.

그러나 재판부는 서울시의 처분이 적법하다고 판단했다. 재판부는 “협의절차가 완료되지 못한 원인이 서울시의 의도적인 협의절차 진행 거부나 부당한 요구에 있다고 보기 어렵다”면서 “결국 실시협약이 변경돼 그에 따른 협의절차가 진행 중이었음에도 메트로 측이 협의절차와 관계없이 운임신고를 한 것은 변경된 실시협약에 위배된다.”고 봤다. 재판부는 또 “운임신고가 도시철도법의 요건을 충족했는지 실질적으로 심사하고 그 심사 결과를 바탕으로 수리를 거부한 서울시의 처분은 정당하며 신뢰보호의 원칙을 위반했다고 보기 어렵다”고 덧붙였다.

현재 서울지하철 9호선 기본요금은 다른 노선과 동일한 1050원이다.”

사회기반시설관리운영권(이하 ‘관리운영권’이라 한다)을 설정할 수 있다고 규정하고, 민간투자법 제27조 제1항은 관리운영권은 물권(物權)으로 보며, 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법 중 부동산에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 따라서 물권인 관리운영권을 제한하기 위해서는 물권자의 동의가 있거나 법령 또는 계약에 명확한 근거가 있어야 함에도, 그러한 근거 없이 원고의 운임신고를 반려한 이 사건 처분은 관리운영권을 물권으로 보호하고자 하는 위 민간투자법 규정에 위배되어 위법하다.

③ 민간투자법 제3조 제1항은 “이 법은 민간투자사업에 관하여 관계 법률의 규정에 우선하여 적용한다.”고 규정하고 있다. 따라서 원고의 이 사건 운임신고는 민간투자법과 그에 따른 실시협약에서 정하는 요건을 갖추기만 하면 적법하다고 보아야 하고 특히 도시철도법이 정하는 요건을 충족할 필요는 없다. 그럼에도 원고가 도시철도법 제15조의2 제1항에 규정된 운임신고의 요건을 갖추지 않았음을 이유로 운임신고를 반려한 이 사건 처분은 위법하다.

나. 이에 대한 피고의 답변 주장은 간략하게 제시되었다.

민간투자법이 도시철도법을 비롯한 관계 법령에 우선하여 적용되는 범위는 민간투자사업의 절차 간소 및 사업권 보장에 관한 부분에 국한되고, 민간투자법이 도시 철도법상 운임신고 규정을 배제하고 있지도 않으므로 운임신고에 관하여는 민간투자법 외에 도시 철도법도 함께 적용된다. 따라서 도시철도운영자인 원고는 도시철도법 제15조의2 제1항에 따라 피고에게 운임을 신고할 의무가 있다.

다. 법원은 피고의 답변 주장을 그대로 채택하였다.

민간투자법이 도시철도법을 비롯한 관계 법령에 우선하여 적용되는 범위는 민간투자사업의 절차 간소 및 사업권 보장에 관한 부분에 국한되고, 민간투자법이 도시 철도법상 운임신고 규정을 배제하고 있지도 않으므로, 운임신고에 관하여는 민간투자법 외에 도시철도법도 함께 적용된다. 따라서 도시철도운영자인 원고는 도시철도법 제15조의2 제1항에 따라 피고에게 운임을 신고할 의무가 있다.

3.3 분석

원고의 주장은 운임신고의 허용여부에 관한 민간투자법 또는 실시협약에 명시적인 규정이 없더라도 전체 규정의 취지를 고려하여 판단해야 한다는 논지로서, 앞서 살펴 보았던 법제처의 법령해석례, 헌법재판소의 결정과 상통하는 것이자, 필자의 견해에

부합(취지중심)하는 반면, 피고와 법원의 입장은 이와 배치된다(규정중심).

이와 관련하여 두 가지를 지적하고자 한다.

첫째, 결론의 당부를 떠나, 이러한 식의 쟁점 가능성이 민간투자사업에는 상존하며 그에 따른 결과의 차이는 심대하다는 점이다. 이는 민간투자사업에 참여하는 민간사업자는 물론 제도를 운용하는 정부, 그 이용자인 시민들 입장에서 중요한 법률 위험(legal risk)을 시사한다. 특히 상기 판결로 인하여 이 쟁점의 불확실성, 관계법률 우선 조항의 리스크는 더 증대된 면이 있다. 그간 필자가 이해하고 있는 민간투자 담당자들의 실무경향, 전술하였던 법제처의 법령해석 선례들, 앞서 소개한 헌법재판소의 결정례들은 민자사업을 전체적 유기적인 관점에서 일체로서 파악하여 관계법률 우선 조항의 적용범위를 판정한 것으로 이해된다. 종종 쟁점이 생기고 논란이 없었던 것은 아니지만 그러한 해석경향이 대체적인 실무에서의 해석론이었던 것으로 이해된다. 상기 서울시 지하철 9호선의 사례도 이러한 종래의 해석론에 따르면 원고의 주장이 타당하다고 인정되었어야 할 사안이라고 보인다. 비록 상기 판결은 1심법원의 판결이지만, 서울행정법원의 판결이고 법제처의 해석례나 헌법재판소의 결정보다 근자의 것이면서 종래의 경향과는 배치되는 논리를 개진하였기에, 이 분야에 불확실성을 증가시켰으며 실무에도 이러한 영향이 나타나고 있다고 생각된다.

둘째, 위 첫째의 점과 연결되어 있는 점으로, 상기 법원 판결의 논리는 타당성을 인정하기 어려우며 법리 정돈을 통해 실무상 혼선을 줄여줄 필요가 있다는 점이다. 통행료가 민간투자사업에서 차지하는 체계적 지위와 중요성, 민간투자사업의 핵심개념인 관리운영권의 핵심요소라는 점(법 제25조-제28조, 민간투자사업 기본계획 제11조), 실시협약을 통해 협상으로 정해지는 사항, 민간투자법의 전체 체계는 투자비 회수를 정점으로 전체가 패키지처럼 연결되어 있다는 점이 간과되어서는 안 될 것이다. 위 판결은 이러한 부분에 대한 이론적 천착이나 이렇다 할 이유 설시가 없고 원고의 주장에 대한 개별적인 반박도 제시되어 있지 않은 채 피고의 주장을 무비판적으로 답습한 면이 있다. 이는 앞서 언급한 통행료를 통한 투자비 회수가 민간투자사업의 본질임을 실시한 헌법재판소의 결정²²⁾과 크게 대비되는 부분이다.

22) 아래 각주 23항 참조.

3.4 소결

상기 판결의 판시 이유 중 관계법률 우선 조항에 관한 부분(규정중심)에 대하여는 필요 이상으로 가중치가 부여되어서는 곤란하며, 이례적인 판단으로 그 의의가 축소 파악될 필요가 있다고 본다.²³⁾

4. 통행료와 관계법률 우선 조항 ② - 인천국제공항고속도로 헌법소원 사례

4.1 사안의 개요

이 사안은 인천국제공항에 접근하는 고속도로가 개통되었을 당시 통행료가 지나치게 비싸다며 영종도 주민들이 낸 위헌소원 사안이다. 헌법에 위반된다는 근거로 주장된 논점은 네 가지였는데, 그 중 관계법률 우선 조항과 관련된 사항은 두 가지이다. ① 민간투자법상의 도로가 유료도로법과 달리 통행료를 받는 것이 평등권에 위배된다(평등권침해), ② 그 통행료 수준 및 징수기간이 명시되어 있지 않은 채 대통령령에 위임되어 있어 포괄위임금지에 위배된다(포괄위임금지위배)는 것이다.

4.2 주요 판시 내용

4.2.1 평등권 침해 주장에 대한 판단

유료도로법은 부근에 대체도로가 없는 경우 통행료를 받지 못하도록 되어 있는데, 이와 달리 민간투자법은 통행료를 징수함으로써, 유료도로법상의 도로 사용자와 사이에 평등권을 침해하였다는 것이 주장의 요지이다. 이에 대하여 헌법재판소는, 민간투자에 의한 도로는 그 투입된 자본의 회수와 수익의 도출을 위한 통행료 징수를 최대한 보장하여야 하는 것이라는 이유로 양자는 통행료 징수의 본질이 달라 평등권을 침해하지 않는

23) 다만, 이 글이 판결의 최종 결론의 당부에 대해서까지 평가하는 의미는 아님을 밝혀 둔다. 민간사업자 스스로 관계법률 우선 조항의 적용을 주장하고자 한다면 사실은 도시철도법상의 운임신고 요건과 절차를 준수할 필요도 없는 것이고, 그것을 취소한다면 행정소송을 낼 필요는 더더욱 없을 것이다. 그렇기에 민간사업자가 자진해서 신고를 하고 소송까지 제기하였던 점은 논리상 납득하기 어려운 면이 있다. 위 법원의 판결 결론은 이러한 점들을 종합적으로 고려하여 당사자들 간의 분쟁의 맥락과 개별적 사실관계를 존중하고 인정하는 전제하에서 구체적 타당성을 추구하였을 가능성을 배제할 수 없고 이것은 이 판결을 이례적인 판결로 보아야 하는 근거가 될 수 있다고 본다.

다고 판단하였다.²⁴⁾

4.2.2 포괄위임금지 위배 주장에 대한 판단

민간투자법 제25조 제4항이 사용료 및 사용료 징수기간에 관하여 구체적인 기준을 설정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 포괄위임 금지에 위배하였다는 주장에 대하여, 헌법재판소는 사용료와 징수기간은 투자자본의 회수라는 민간투자법의 입법목적상 실시협약에 명시된 총사업비의 범위 내에서 그 회수에 필요한 기간임을 충분히 예측할 수 있다는 이유로 청구인의 주장을 배척하였다.

4.3 분석

상기의 두가지 판단은 모두 관계법률 우선 조항의 기본 구조를 인정하는 전제에 선 것이다. 관계법률 우선 조항에 의거하여 유료도로법상의 차별이 법상 유효하다는 점이 전제되어야 비로소 그러한 차별이 평등권 침해인지 그리고 유료도로법과 달리 통행료 수준과 징수기간을 규정한 것이 위임입법 금지원칙에 위배되는지를 논할 단계로 나아갈 수 있기 때문이다. 따라서 평등권 침해가 아니며 위임입법금지 위배가 아니라는 판단 속에는 관계법률 우선 조항의 기본 구조에 대한 확인이 포함되어 있다고 할 것이며 그 점에 상기 결정의 의의가 있다고 본다(결정문상 심판 대상 조문은 ‘관계법률’ 중 유료도로법에 관한 부분과 제25조 제4항에 관한 부분이라고 적시되어 있고, 판단이유의 총론에서도 관계법률 우선 조항이 언급되어 있다).

24) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64 결정: “구 유료도로법이 원칙적으로 국가 등의 공공재정에 의한 도로건설을 전제로 하고 있는 반면 민간투자법은 투입된 자본의 회수 및 상당한 수익의 보장을 전제로 하는 민간투자에 의한 도로의 건설을 내용으로 하는 것이므로 양자 사이에는 그 재원의 성질상 본질적인 차이가 있다. 그러므로 이 사건의 공항고속도로와 같이 민간투자에 의한 도로는 그 투입된 자본의 회수와 수익의 도출을 위한 방법으로 통행료의 징수를 최대한 보장하여야 하는 것임에 반하여 구 유료도로법에 의한 도로는 수익자부담의 원칙을 적용하는 것이 가능하고 또 그 적용이 필요하다고 정책적으로 판단되는 범위 내에서 통행료를 징수하여야 하는 것이므로 민간투자법에 의한 도로의 경우와 같이 통행료의 징수를 최대한 보장하여야 하는 것은 아니다.

그렇다면 양자는 통행료 징수 문제에 있어서 그 본질이 같은 것이라고 할 수 없으므로 그것이 같음을 전제로 하는 평등원칙 위반의 문제는 생기지 않는다.”

4.4 소결

이상에서 본 바와 같이 상기 헌법재판소의 결정은 관계법률 우선 조항의 해석에 관하여 앞서 본 법제처의 법령해석례 및 필자의 논지와 상통한다고 생각된다(취지중심). 특히, 민간투자법이 투자자본의 회수가 중요하며 그 유기적 체계적 해석의 필요성을 강조하며 ‘관계법률’ 중 하나인 유료도로법과 달리 취급될 수 있는 근거를 찾은 부분은 상기 서울시 지하철 9호선의 행정법원 판결과 비견되는 부분이며, 합리적인 태도라고 본다.

5. 소결

이상에서 관계법률 우선 조항이 쟁점으로 부각되었거나 판단의 근거로 삼아진 주요 실무 선례들을 살펴보았다. 행정법원 판결을 제외하면 법제처 해석례나 헌법재판소의 결정례, 필자가 이해하는 민간투자 담당자들의 실무 해석론은 대체로 전체 취지를 중심으로 해석하는 유사한 경향을 보인다고 생각된다.

IV. 글을 맺으며

이상에서 관계법률 우선 조항의 의미, 그 쟁점이 가지는 함의, 실무상 이 조항이 어떻게 문제되고 쟁점화 되었는지 그 선례들을 소개하고 분석하여 필자의 견해를 제시하였다.

관계법률 우선 조항의 해석은 실무상 반복적으로 쟁점화 되는 경향이 있다. 민간투자법이 건설과 재무, 금융과 법이 얹혀 있는 전문 분야의 체계로 실시협약 중심으로 돌아가다 보니 이러한 점을 충분히 음미하지 못한 채 자칫 법에 규정이 없다는 이유로 함부로 개별법의 보충해석을 인정하려는 경향이 있을 수 있다. 이러한 경향은 특히 빈번하게 교체되는, 보수적인 경향을 가지기 쉬운 일선 주무관청의 담당 공무원의 경우 보이기 쉬울 수 있다. 서울시 지하철 9호선 사건에서 서울행정법원이 다소 이례적인 판시를 한 바 있으나, 민간투자법의 근본취지와 전체 구조를 충분히 음미하고 그에 대한 정확한 이해 위에 해석론이 펼쳐질 수 있도록 하여야 할 것이다.

본 쟁점과 관련하여서는 기존의 헌법재판소 결정례와 법제처의 해석례들은 상당한

참고가 될 수 있다고 보며 앞으로도 이에 관한 논리가 좀 더 정치하게 가다듬어지고 발전되어가기를 바라면서 글을 맺는다.

참고문헌

1. 단행본

법제처, 공공기관 법제교육, 2010.

한국개발연구원 공공투자관리센터, 2014년도 KDI공공투자관리센터 연차보고서, 2014.

2. 학술지

권경현, “지역발전을 위한 민간투자사업법인의 건전화방안”, 지방계약연구 2호, 한국지방계약학회, 2010.1, 21-56쪽.

길준규, “민간투자사업에서의 공공성과 경제성 확보방안”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014.8, 251-278쪽.

김기수, “프로젝트 파이낸싱에 관한 법적 연구”, 상사법연구 26(1), 한국상사법학회, 2007, 한국상사법학회, 85-135쪽.

김광수, “사회기반시설을 위한 민간투자 제도의 법적 문제”, 토지공법연구 43(2), 한국토지공법학회, 2009.2, 167-181쪽.

김동욱, “국내 민간투자사업 연구논문 분석” 상업교육연구 제29권 제3호, 한국상업교육학회, 2015.6, 167-189쪽.

김대인, “사회기반시설을 위한 민간자본 참여에 대한 법적 검토”, 토지공법연구 43(2), 한국토지공법학회, 2009.2, 183-206쪽.

_____, “지역발전을 위한 지방계약법제와 민간투자법제의 정비방안”, 지방자치법연구 9(2)(통권22호), 한국지방자치법학회, 2009.6, 247-272쪽.

김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008.6, 461-488쪽.

_____/이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014.8, 227-250쪽.

김해룡, “PPP에 있어서의 法的 課題”, 법학논고 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011.2, 149-172쪽.

박세화, “프로젝트 금융(Project Financing)의 활성화를 위한 법제도 개선에 관한 연구”,

- 비교사법 13(1)(통권 32호), 한국비교사법학회, 2006, 561-587쪽.
- 박현일, “SOC투자활성화를 위한 민간투자자원 확충방안”, 상사법연구 제24권 제1호, 한국상사법학회, 2005, 111-149쪽.
- 오준근, “영국법상 사회기반시설에 대한 민간투자사업과 공공계약규정의 관계에 관한 연구”, 토지공법연구 제42집, 한국토지공법학회, 2009.11, 413-434쪽.
- 윤준병, “지방자치단체 민간투자사업에 대한 최근 판례의 평가”, 지방자치법연구 14(2) (통권 42호), 한국지방자치법학회, 2014.6, 125-152쪽.
- 진흥기, “프로젝트 파이낸스(Project Finance)의 經濟的 主體와 讓許契約”, 비교사법, 15(4) (통권 43), 2008, 759-801쪽.
- 최선미/홍준형, “민간투자사업 실패요인에 관한 연구”, 한국거버넌스학회보 21(2), 한국거버넌스학회, 2014.8, 1-28쪽.
- 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 외법논집 34(1), 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.2, 297-314쪽.
- 홍석한, “기반시설 민간투자제도의 헌법적 고찰-민간투자제도의 목적과 그 한계를 중심으로”, 토지공법연구 58집, 한국토지공법학회, 2012.8, 221-243쪽.
- 황창용, “민간투자협사업 실시협약의 공법적 특수성”, 연세대학교 법학연구 25(3), 연세대학교 법학연구원, 2015.9, 67-94쪽.
- _____, “민관협력사업에 있어서 행정주체의 사업위험분담”, 원광법학 27(4), 원광대학교 법학연구소, 2011, 353-378쪽.

3. 웹자료

법제처, 국가법령정보센터,

<<http://www.law.go.kr/lsOrdinBdyTextAstSc.do?schType=0&menuId=9&dataCls=lsAstSc&query=%EC%9A%B0%EC%84%A0%ED%95%98%EC%97%AC%20%EC%A0%81%EC%9A%A9&cptOfiCd=&tabNo=11#>>.

경향신문, 2013.5.30, “지하철9호선 측 기본료 인상안 서울시의 거부 처분은 정당”,

<http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201305302216145&code=950201>.

[Abstract]

Review on the Paragraph (1) of the Article 3 of the Act on Public-Private Partnerships In Infrastructure

Lee, Sang-Hoon*

This article presents the interpretation on the Paragraph (1) of the Article 3 (hereinafter, the “Article 3.1”) of the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure(hereinafter, the “PPP Act”), which is the first trial. The Article 3.1 provides that the PPP Act shall prevail over the 63 acts governing the relevant infrastructures(hereinafter, the “Relevant Acts”).

The meaning of the Article 3.1 is not clear when being applied to a specific case because it is not clear when the PPP Act will exclusively apply and when not. In the latter case the Relevant Act can apply subsidiarily, which will create uncertainty as to whether and in what degree the specific clauses of the Relevant Acts will apply despite the existence of the PPP Act. This possibility means that the purpose and original plans of PPP projects may be impaired by the intervention and operation of the Relevant Acts that are made not for PPP investment but for fiscal investment. This uncertainty may greatly reduce the attractiveness of PPP investment and discourage the investors, which will inevitably entail the increase of required rate of return and the toll level that will make citizens and the government end up paying more.

There have been two ways in interpreting the Act 3.1; One is to set the scope of PPP Act prevailing broadly in consideration of the purpose and the overall systematic activating mechanism of the PPP Act. The other is to set narrowly making much weight on the languages of the PPP Act. Analyzing the precedents such as the rulings of Ministry of Legislature, Constitutional Court, the broader way of interpretation seem to have been prevailing in the past. However, the Seould Administration Court rendered a ruling recently in the Seoul Metro

* Professor of Kyungpook National University Law School

9 case to the effect of the way of narrow interpretation, which increased considerably the uncertainty on this issue. This uncertainty is not desirable in that such uncertainty will be a great obstacle for the Act 3.1 to play its role as a key enabler in inducing PPP investors. This issue is a recurring issue in PPP projects including expropriation case and delegation issue. In this regard, this issue should be discussed and settled as soon as possible so that the uncertainty should be decreased and PPP projects be more invigorated.

This article aims to contribute to the above purpose and provide reviews and summaries of major precedents with respect to the Article 3.1, which is the most important gate provision to the PPP Act.

[Key Words] PPP Act, Article 3 of PPP Act, Seoul Metro 9, Expropriation, Lex speciali