

현행법상 규제의 의미와 입법평가*

- 행정규제기본법에 대한 비판적 평가 -

계 인 국**

Contents

- I. 서론
 - II. 문제의 제기
 - III. 규제개념에 대한 이해
 - IV. 현행법상 규제의 의미
 - V. 평가
 - VI. 결어
-

* 이 글은 2017. 5. 26. 입법평가 연합학술회의("입법평가의 이론과 실제")에서 발제된 원고를 수정·보완한 것이다. 지정토론을 통하여 고견을 주신 김연식 교수님과 백옥선 박사님께 감사의 뜻을 표한다.

** 사법정책연구원 연구위원, 법학박사(Dr. jur.).

I. 서론

형식적 관점에서 보면 국가작용의 수단 중 입법부에 속하는 기능을 입법이라고 하며 입법기관은 헌법과 법률이 정하는 절차에 따라 법규범을 제정한다. 또한 입법은 민주적 질서의 테두리 안에서 이뤄지는 정치적 의사형성의 한 형식이므로 헌법상 민주적 정당성을 강하게 요청받으며, 입법과정에서의 자유로운 의사형성과 투명성, 참여, 개별 목적의 추구하고 이익조정, 그리고 예측적 판단을 통해 이뤄져야 한다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 입법, 그리고 이로 인해 산출되는 법규범은 한편으로는 오류가능성이나 예측불가능성이라는 한계에 직면할 수 있을 뿐만 아니라 다른 한편으로는 과잉법제화, 법의 조종능력 저하 또는 상실, 정치적 논리에 의한 법논리의 대체와 같은 장애사유에 다다를 수도 있다. 입법이 정치적 의사형성의 형식이라는 점을 감안할 때, 입법에 대한 평가는 곧 국가기능의 민주적 정당성에 대한 평가가 될 수도 있으며 법치국가적 감시의 의미를 가지기도 한다. 그러므로 입법평가는 실증적인 영향분석과 다양한 학제간 연구방법론을 동원하여 다각도에서 대상을 분석하지만 본질적으로 규범적인 판단이 토대를 이뤄야만 한다.

본고에서는 입법평가의 의미나 대상, 절차, 방식 등에 대해서는 종전의 일반적인 논의를 따를 것이며 따라서 구체적인 내용을 별도로 상술하지 않을 것이다. 중점을 둘 것은 종종 법과 동일시되기도 하며 법의 집행을 의미하기도 하며 나아가 모든 국가작용으로 이해되기도 하는 “규제”의 문제와, 이에 대한 명시적인 법률상 정의를 두고 있는 현행 행정규제기본법에 대한 평가이다. 사실 규제가 무엇인가만으로도 대단히 방대한 논의가 될 것이기에 단일 논문으로 규제 관련 법령의 입법평가를 완료한다는 것은 가능하지도, 적절하지도 않아 보인다. 그러므로 이하에서는 기본법의 사후적 입법평가의 필요성, 고려사항, 판단 기준 등²⁾

1) K. Hesse (게희열 역), Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland(통일독일헌법원론), 20.Aufl., Rn. 503 ff.

2) 이에 대해서는 특히 다음의 문헌의 내용을 토대로 하였다. 박영도, “기본법의 입법모델연구”, 한국법제연구원 (2006); 백옥선, “국가표준기본법에 대한 사후적 입법평가-제품인증 및 시험검사기관 인정 관련 규정을 중심으로-”, 한국법제연구원 (2015); 백옥선, “입법형식과 입법평가”, 「공법연구」 제45집 제2호 (2016) 1면 이하. 이 내용들은 별도로 재론하지 않을 것이다.

을 배경으로 어느 정도 전제하고 현행법상 규제의 의미와 함께 최근 규제개념에 대한 이해 및 발전양상을 병행적으로 제시한다. 행정규제기본법의 입법목적, 규제개념, 기본법으로서의 기능에 대한 비판적 관점을 제시함은 그 자체에 대한 논의가치를 가질 뿐만 아니라, 사후적 입법평가가 소위 객관적·실증적인 평가를 넘어 중국에는 규범적·법이론적 관점을 통해 해석될 필요가 있음을 보여주게 된다.

본격적 논의에 앞서, 이하의 정책적-법적 규제의 구별이라든지 법적 규제의 의미한정, 규제정책의 현황, 그리고 이를 바탕으로 한 행정규제기본법에 대한 비판 등은 본 연구자의 선행연구³⁾를 통해 이미 상세히 논의되고 정리된 바 있음을 미리 상기시켜두고자 한다. 현행법상 규제의 의미를 통해 행정규제기본법의 사후적 입법평가를 시도할 때에 선제적으로 이해해야할 것이 무엇인지, 특히 도식적인 체크리스트나 산술적 영향평가만이 아닌 법학적 논의의 연장선에서 행정규제기본법의 사후적 입법평가에 기여한다는 점을 부각시키기 위해서는 불가피하게 위 선행연구가 포괄적으로 재론될 수밖에 없다. 해당 부분은 가급적 인용 등으로 처리할 것이나 전반적인 논의 흐름 자체를 완전히 새로 기술한다거나 하는 것은 가능하지도 않고 또한 본고의 취지에 부합하기 어려울 것으로 보인다.

II. 문제의 제기

1. 규제란 무엇인가

법적으로 규제가 무엇인지 명확하고 일의적인 개념정의를 내리려는 시도는 지금까지 큰 성과를 내지 못하고 있다. 많은 경우 규제개념의 정의는 규제의

3) 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의의 한정 -”, 「공법연구」 제41집 제4호 (2013. 6.), 155 이하; “광규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 「장원법학」 제39권 (2013. 6.), 67 이하; “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -”, 「안암법학」 제42호 (2013. 9.), 645 이하; “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -” 「공법연구」 제44집 제1호 (2015. 10.), 645 이하; 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.).

각 단편들을 묘사 및 서술한 것들을 모아 집합적인 혹은 추상적인 개념으로 정의하는 식이었다. 위와 같이 규제를 이해하는 경우 규제의 의미내용은 매우 넓어지게 되고 이를 판단하는 논리 역시 다양해진다. 물론 그 자체가 완전히 잘못된 것이 아니며, 경우에 따라 중요한 “종합 사회과학적 통찰”⁴⁾의 과정이 될 수도 있다. 이러한 고찰방식은 학제간 연구, 그리고 법이론적(rechtstheoretisch) 연구에서 의미를 가지게 된다. 실제로 법학에서 규제의 의미를 대단히 넓게 설정해두는 모습은 법정책학과 법사회학에서 자주 찾아볼 수 있다. 법정책학에서는 이러한 규제의 의미⁵⁾를 주로 “국가의 개입(Intervention des Staates)”으로, 법사회학에서는 소위 “규제적 법(regulatorisches Recht)”이란 개념을 통해 논하여 왔다. 그렇다면 문제의식은 규제개념의 다양성이나 광범 그 자체가 아니라, 이러한 정책적·법이론적 개념이 곧바로 법적 개념으로 사용될 수 있는가에 모아져야 한다.⁶⁾

한편, 규제개혁을 위한 제도적·실천적 방안들은 대개 효율성 판단이나 신술적 모델을 중시하나,⁷⁾ (공)법학은 효율성이나 합목적성에 앞서 행정의 법률적합성을 전제한다.⁸⁾ 때문에 법학적 논의에서 규제는 그 행위 자체의 평가보다도 오히려 그 행위의 근거가 되는 법에 대한 평가로 이어지곤 한다. 그렇다면 법학은 규제문제를 법의 문제로, 규제개혁의 문제를 법의 개혁, 법의 발전이라고 보는 것인가? 법의 발전과 혁신이라는 법이론적 논의는 규제개혁과 물론 연결된다.⁹⁾ 그러나 이를 실제 법의 해석과 적용을 위한 체계에 그대로 전용하겠다는 것은 전혀 별개의 문제이다. 그렇게 되면 규제는 법에 관련된 모든 문제를 포괄하는

4) 김유환, 「행정법과 규제정책」, 법문사, 2012, 8면.

5) 미국법적인 규제개념 혹은 어원상의 규제개념이 여기에 속한다.

6) 다소 거친 구분이지만 이하의 논의에서는 법학적 개념을 다음과 같이 분류할 것이다. 법학적(rechtswissenschaftlich) 개념은 법이론적(rechtstheoretisch) 개념과 법적(juristisch) 개념으로 나누어지며, 법적 개념은 다시 상황적 이해와 해결을 지향하는 발견지향적(문제해명적; 휴리스틱적; heuristisch) 개념과 엄격한 형식체계를 지향하는 도그마적(dogmatisch) 개념으로 나누어진다. 법적 개념에 비해 법이론적 개념은 매우 광범위한 대상을 가지는 소위 결합학문적 개념이다. 이에 대해서는, 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -” 「공법연구」 제44집 제1호 (2015. 10.), 645 이하 (647 이하).

7) 그렇기에 인접 학문 분야에서는 규제의 개념 자체에 대해서는 그다지 집중하지 않았고, 경우에 따라서는 여기에 주목하는 것 자체를 불필요하다고 보았을지도 모른다.

8) 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.), 29 이하.

9) 이른바 법의 혁신, 법의 혁신개방성 등에 대해서는 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -” 「공법연구」 제44집 제1호 (2015. 10.), 645 이하 (660 이하).

것이므로 실상 아무런 개요명확성도 없는 개념이 되며, 결국 규제가 도대체 무엇인가라는 질문을 끝없이 반복하게 되는 것이다.¹⁰⁾

2. 법적 정의: 문제의 해결인가, 시작인가?

규제라는 단어 자체는 너무나 다양한 내용을 담고 있기 때문에 그저 기교적이고 조작적으로 규제의 의미를 적당히 재단하여 필요한 개념정의를 만들겠다는 시도는 거의 확실히 무위에 그치게 될 것이다. 또한, 미국법상 규제개념을 그대로 차용하는 것도 한계가 있다. 규제개념을 법제도에 두면서 사실상 공법(public law) 내지 행정법(administrative law) 자체의 의미에 가깝게 사용한 미국법의 특수성과 배경을 우리 법체계에 전면적으로 이식하겠다는 의도가 아니라면, 다른 국가, 특히 보편성과 체계성을 중시하는 대륙법체계 국가에서 미국법상 규제개념을 곧바로 법적 개념으로 수용되기 힘들다. 실제로 각 대륙법체계 국가에서는 그 동안 규제를 일상적 용어¹¹⁾로나 정책적 의미로 사용했는지언정, 엄격한 법적 개념으로 사용하지는 않았다.

그런데 현행법은 이러한 개념정의상의 난맥을 간과하였거나 혹은 의도적으로 배제한 채, 단순한 일상적 언어사용례를 넘어서는 의미를 부여하였다. 행정규제기본법은 마치 규제에 대한 기본법 혹은 영역포괄적인 규제법과 같은 외형을 가지고 있으며 심지어 규제의 성문화된 법적 정의(Legaldefinition)를 두었고 시행령을 통해 행정규제에 해당하는 행위형식을 열거하고 있기도 하다. 이러한 법적 정의로 인해 규제개념에 대한 문제가 과연 해결되었는가 아니면 더 큰 어려움을 가져왔는가? 나아가 이는 행정규제기본법이 추구하고자 하는 정책적 목표 달성에 적절하고 적합한 것인가?

10) 규제의 문제를 온전히 법의 문제로 보아야 하고 이를 위해 규제를 매우 넓은 개념으로 이해하려는 견해는 타당한 문제의식에서 출발했음에도 불구하고 오히려 그 개요명확성을 현저히 해치게 되어 더 이상의 법학적 논의가 가능하지 않게 된다. 박정훈, “지정토론포럼 - 규제개혁과 규제완화”, 『저스티스』, 제106호 (2008. 9.), 396.

11) 즉, 어떤 대상을 단순히 규율한다는 차원에서 “무엇무엇을 규제한다”는 표현을 말한다. 규제의 일상용어적 사용례에 대해서는, 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.). 32, 37 이하.

3. 규제완화의 에토스

행정규제기본법 제1조의 목적규정은 애초부터 “불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제”한다는 규제완화의 에토스를 담고 있다. 즉 행정규제기본법이 의도하는 규제의 개선방안은 본질적으로 양적 완화이다.¹²⁾ 대개 양적 규제완화의 기초는 침해적인 국가개입에 대한 방어와 사회국가적 법제화에 대한 반작용이라는 두 가지 측면으로 나누어볼 수 있다. 행정규제기본법상 규제의 의미는 이 중에서 전자의 태도, 즉 침해적 국가개입을 상정하고 있음이 곳곳에서 발견된다. 행정규제기본법 제2조 제1호 행정규제의 정의규정은 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것을 행정규제로 보고 있다. 즉, 동법의 목적은 불필요하게 또는 비효율적으로 “국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것”을 폐지 혹은 억제하는 데에 있다. 규제완화의 대상인 규제가 무엇인가에 대해 행정규제기본법은 다분히 질서행정(침해행정)적인 관점으로 평가하고 있음을 알 수 있다. 행정규제기본법이 담고 있는 이와 같은 규제완화의 목적이나 완화의 대상이 되는 규제의 침해적 성격이 현재의 규제개혁 논의에 부합하는지 문제된다.

Ⅲ. 규제개념에 대한 이해

1. 규제개념의 접근방식

(1) 의미한정의 필요성

규제를 어떻게 이해할 것인가에 대한 종래 선행연구에서 일관되게 주장되어 온 핵심내용 중 하나는, 적어도 법적 개념으로 규제를 이해하기 위해서는 의미한

12) 물론 동법상의 각종 목표나 수단은 규제의 개선 역시 의도하고 있긴 하다. 그러나 가장 핵심적인 목표, 심지어 규제의 개선을 실현하기 위한 본질적인 방향이 여전히 규제완화에 놓여있음은 부인하기 어렵다.

정이 필수적이라는 점이다. 그렇다면, 규제를 법적 개념으로 볼 때에 왜 의미가 한정될 필요가 있는가의 본질적인 질문이 제기될 것이다. 질문을 달리 표현하면: 의미가 한정되지 않은 규제개념이 법적 개념이 아니라면 그러한 규제개념은 어떤 의미가 있고 어떤 기능을 하는가?

첫째, 이미 언급한 바와 같이, 규제라는 단어는 너무나 많은 내용을 담고 있다. 이는 규제의 어원(regular)이나 일상용어에서부터 출발하여 규제라는 표현이 제도적으로 사용되던 당시의 역사적 배경 및 해당 국가의 법문화, 이를 계수하면서 발생한 의미의 혼용, 그리고 학제간 개념의 영향 등에 기인한다. 이에 따라 규제는 국가의 모든 작용, 규범정립행위는 물론, 경우에 따라 사회적 작용까지도 모두 포함하기도 한다. 이를 의미한정 없이 곧바로 법적 개념(juristischer Begriff)으로 전용할 경우 전래된 법적 체계나 방법론에 부합하지 않으며, 개념의 개요명확성이 현저히 낮아지게 되어 예측가능성이나 안정성을 해하게 되고 궁극적으로는 법의 체계적 기능마저 해치게 된다.

둘째, 종래 논의된 규제 혹은 규제개혁의 논의는 다분히 (법)정책적 영역에 머물러 있었다. 몇몇 기본법을 통해 이 정책적이고 이념적인 규제개념을 법규정에 담고 있다. 이에 대한 학문적 논의가 충분하지 않던 중에 정책적, 이념적 규제개념이 구체적인 행정작용을 지칭하는 법도그마적 개념으로까지 전화되곤 한다. 물론 법적 개념이 정책적 개념과 무관한 것은 아니지만, 정책적 개념은 정수화(결정화: kristalisiert)되어야만 비로소 법적 개념이 될 수 있는 것이다.¹³⁾ 이 기본적인 구도로부터 이미 법적 개념과 정책적 개념의 (최소한의) 구별, 그리고 의미한정을 찾아볼 수 있다.

셋째, 한국의 행정법체계, 나아가 대륙법체계가 전통적으로 취하고 있는 방법론과 이에 따른 작용형식론을 고려할 필요가 있다. 다만 이는 미국법적 관념에 대한 배타적인 태도로 나아가는 것이 아니라, 미국법상 유래된 규제제도를 대륙법체계에서 어떻게 조화롭게 반영할 것인지에 대한 고민이다.

넷째, 규제개혁, 특히 규제완화와 관련된 최근 규제정책의 지각변동은 규제개

13) B. Rühlens, "Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts", Rechts-politisches Forum Bd. 15 (2003), S. 30 ff.

념에 대한 이해 자체에도 큰 변화를 가져오고 있다. 이 변화는 종래 규제를 ‘국가의 사회로의 개입 전반’이라고 이해해오던 관점에 수정을 요하게 한다. 특히 과거의 규제이해를 법적 개념으로 바로 전용할 경우 법과 현실 간의 괴리를 피할 수 없다.

다섯째, 1890년대 미국에서 economic regulation이 출현한 이후 약 100년의 격차를 두고 독일의 이론을 중심으로 형성된 “규제법(Regulierungsrecht)”은 규제개념에 대한 새로운 문제의식을 제공한다. 규제법상의 규제개념은 - 아직 진행 중인 하나 - 의미한정을 통해 규제를 법적 작용형식으로 보려는 시도의 일환이다. 미국의 규제와 독일 및 유럽연합의 규제 어느 한쪽을 반드시 전면적으로 수용하지는 않는다고 하더라도 최근의 이론적, 비교법적 논의를 정확히 이해하기 위해서는 규제개념의 의미한정이 어떻게 이루어지는지를 인식할 필요가 있는 것이다.

사두의 문제제기에서도 암시한 바와 같이, 규제개념의 의미한정은 정책적 규제개념이 무의미하다거나 폐기하자는 것이 결코 아니다. 규제개념의 의미한정은 오히려 정책적 차원의 규제가 법적 개념과 밀접한 상호 영향관계에 놓여있음을 보여준다. 즉 규제개념의 의미한정과 이를 통한 법적 개념의 탐구는 법도그마틱이 현실의 변화에 대해 어떻게 체계적으로 반응하는 지를 보여주는 것이다.

(2) 일의적 개념정의의 가능성?

기대와는 달리 법적 개념의 규제와 정책적 규제를 구별한다고 해서 곧바로 규제에 대한 명확한 개념이 나타나지는 않을 것이다. 이는 첫째로 현재까지의 논의 과정단계의 문제일 수도 있고, 둘째로는 규제개념은 수많은 다른 법개념과 마찬가지로 앞으로도 서술적 개념으로 남게 될 가능성이 매우 크기 때문이다. 이러한 점에서 규제개념은 현 시점에서는 물론, 앞으로도 콘셉트적으로¹⁴⁾ 이해하는 것이 바람직하다.

14) 여기에서 콘셉트란 단지 개념이나 정의를 말하는 것이 아니라 ‘지도이념의 집합체’ 또는 ‘전체적인 방향성’을 의미하며 경우에 따라서는 이를 기반으로 하여 행해지는 각종 행위나 작용에 대해 내려지는 평가를 포함하기도 한다.

현재까지 진전된 규제개념의 논의 수준은 아직, 그리고 당분간 서술적 개념에 머무를 것으로 보인다.¹⁵⁾ 그렇다면 서술적 집합개념(deskriptiver Sammelbegriff)인 규제개념의 의미를 한정시키게 되면, 규제를 어떻게 이해할 것인지, 즉 규제의 콘셉트를 어떻게 설정할 것인지에 대한 대강의 방향을 찾게 된다. 규제의 콘셉트적인 이해는 특히 구체적인 제도의 논의나 실무에 있어 맞닥뜨리게 되는 수많은 유형의 규제를 어떻게 이해할 것인가에 대한 최소한의 지침을 제공한다. 예를 들어, 규제를 법적 문제 그 자체로 보고 현행법상 규제 역시 이와 같이 모든 법적 작용으로 이해해서는 안 된다는 것이나, 규제가 오늘날 단지 침해적 작용만이 아닐 수도 있다는 것, 규제완화가 단순히 양적 변화가 아니라는 점 등이 대표적이다. 규제정책상 획일규제가 문제되듯이, 규제의 이해에 있어서도 획일적이고 일의적인 규제개념정의는 현 상황에서는 물론 앞으로도 적절하지 않을 것이다. 오히려 규제를 콘셉트적으로 이해하는 것이 가장 현명한 전략이다.

2. 규제개념의 의미 분석

(1) 최광의의 규제

규제를 가장 넓게 보는 견해는 규제를 “다른 체계에 대한 개입 및 영향력 행사 전반”으로 이해한다. 그러면 규제는 어떤 행위 자체뿐만 아니라 그 행위의 근거라든지 해당 영역을 지배하는 규칙, 관행, 약속 등을 모두 포함한다. 이와 같이 최소한의 개요를 설정하지 못한 채 광범위한 대상에 대해 ‘규제’라는 표현을 사용할 경우, 어떤 명제의 다양한 사용 방식들이 귀속되고 있는 지점이 어디이며 무엇인가를 밝힌다는 개념정정의 본래적 의미는 퇴색되고 개념표지가 분산되어 버린다. 다른 수많은 (법)개념과 마찬가지로 최광의의 규제개념도 일상용어나 어원상 의미보다 어느 정도는 의미가 한정되고 일정한 기준에 의해 체계화되어

15) 물론 비교법적으로는 규제개념을 어느 정도 법적 개념으로 확인하고 있기는 하나 적어도 국내의 논의상으로는 법적 개념으로서의 규제, 즉 보장행정의 작용형식으로서 규제는 이론적 의미에 머무르고 있다. 장기적으로는 이러한 법적 개념으로서의 확인이 필요할 것이나 일단 그 전단계의 논의를 정확히 정리할 필요가 있다.

야 할 필요성이 있다.¹⁶⁾

(2) 광의의 규제

규제의 주체를 ‘국가’로 한정하는 광의의 규제개념은 “국가의 모든 개입 및 영향력 행사의 전반”이다. 이러한 이해방식은 최근 규제개혁과 관련한 각종 논의에서 가장 일반적으로 나타난다. 대표적으로 미국법상의 economic regulation 개념이나 법사회학에서의 규제적 법(regulatives Recht)이 광의의 규제에 분류될 수 있다.

먼저 19세기 철도산업에서 가격조정을 위한 경제적 통제장치로 출발한 economic regulation은 이후 제정된 일련의 법과 독립규제위원회라는 특유의 (규제)기관을 통해 미국법적 규제의 기원적 형태를 갖추게 된다.¹⁷⁾ 다양한 economic regulation 제도 가운데 규제의 공통적인 의미를 찾는다면 바로 “국가의 사회에 대한 영향력 행사 혹은 개입작용 전반”이다. 다만 미국법상의 economic regulation은 미국 보통법과 법체계의 특수성에 강하게 연관되어 있다.¹⁸⁾

한편, 법사회학적 개념인 규제적 법은, 사회적 법치국가에서 국가개입과 영향력 행사는 지속적으로 증가하고 그 근거가 되는 법이 사회체계에서 발견되는 고유한 자기논리나 합리성이 수행하여야 하는 임무를 떠안게 되어 마침내 사회현상에 대한 직접적인 조종력을 행사하게 되는 것을 말한다. 즉 규제적 법은 “복지국가의 위기 (Krise des Wohlfahrtsstaates)”라든지 “과잉법제화(Überlegalisierung)”와 같이 사회적 법치국가에서 보편적으로 발생하는 문제들을¹⁹⁾ 서술하는 개념이다. 따라서 어떤 특정한 법체계의 전통이나 특수성을 초월하여 비교적 보편적으로 발견할 수 있는 문제의식이다.

광의의 규제에 분류되는 가장 전형적인 두 규제개념인 미국법상 economic

16) 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.), 39면.

17) J. Wiedand, Die Entwicklung der Wirtschaftsregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Die Verwaltung 18 (1985), S. 84 (86).

18) I. Kay, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, S. 87.

19) 대표적으로 규제의 트릴레마 현상을 예로 들 수 있다. 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.), 136 이하.

regulation과 법사회학적 개념인 규제적 법은, 그 자체로는 엄격한 법적 개념으로서 규제의 개요를 제공하기에는 여전히 넓다. 다만 미국법상 규제개념은 경쟁법이라는 독자적인 영역에서 의미를 지니게 되었고, 규제적 법은 규제의 문제를 비로소 법치국가이론의 발전단계에 따라 논의를 전개하게 된다는 점과, 오늘날 규제개혁과 규제법 논의의 출발점이 되는 규제완화, 규제개혁 논의에 직결된다는 점에 의미가 있다.

(3) 협의의 규제

협의의 규제는 대개 행정의 유형상 질서행정과 동일하게 여겨지거나 영역특수적(영역전문적: sektorspezifisch) 규제, 그리고 규제법(Regulierungsrecht)상 법적 개념으로서 규제를 지칭한다.

먼저 규제를 질서행정법으로 보는 견해 중 사실 명시적으로 규제와 질서행정법을 동일시하는 경우는 흔치 않다. 그러나 종래 여러 법학 문헌에서 발견되는 “규제적 성격” 이라든지 “규제행정”, “행정규제” 등의 표현이 흔히 담고 있는 내용은 “국가(정부)가 법적 수단을 사용하여 개인의 행위를 통제”한다는 것, 혹은 “공익을 위하여 사익을 제한하는 행위”로 이해되곤 한다. 그러나 규제를 질서행정법적 의미로 이해하는 것은 - 협의의 규제라는 표현이 무색하리만큼 - 여전히 무엇을 지칭하는 지 명확하지 않으며 만약 질서행정법적 의미라면 굳이 규제라는 개념을 사용할 필요성이 많지 않게 된다. 게다가 오늘날 규제는 질서행정법적 작용에만 머무르지도 않는다.²⁰⁾

다음으로 영역특수적 규제(sektorspezifische Regulierung)는 먼저 경제규제와 비경제규제를 구분한 다음, 국가가 경쟁의 보호 혹은 특정 공익의 추구를 위해 해당 산업영역에 고유한 행위논리를 규제하는 것을 말한다. 영역특수적 규제에서 규제 자체의 개념은 광의의 규제, 특히 미국법상 규제개념과 일치하나, 이를 1단계로는 경제규제(혹은 산업규제), 2단계로는 해당 영역에 고유한 논리의 특수규제(전문규제)라는 점에서 의미를 한정시켰다고 보려는 것이다. 왜냐하면 경제

20) 그러나 행정규제기본법상 규제개념은 마치 질서행정법적 작용을 의미하는 인상을 준다. 이하에서 상술한다.

규제로 일단 의미를 한정시킨 이후 경제학적 관점에서 나타나는 수많은 규제 분류를 분석한다고 하여도 개념정의나 유형화에 있어 불명확성이 나타나기 때문이라는 것이다.²¹⁾ 다만, 영역특수적 규제의 “규제”개념은 경제학에서 사용하는, 그리고 미국법상의 규제개념과 큰 차이가 없으며 최근 영역특수적 규제가 경제-비경제적 규제를 엄격히 구별하지 않는 경우가 더 많다는 점에서 현실과의 괴리가 발생하고,²²⁾ 무엇보다도 영역특수적 규제가 분리시킨 영역들에서도 일련의 공통점이 발견되어 오히려 영역포괄적 논의²³⁾가 가능할 것이라는 기대가 나타난다는 점에서도 한계가 있다. 다만 영역특수적 규제법의 등장은 초기 집합적 개념으로서 “규제법(Regulierungsrecht)”을 형성하였고 이로부터 새로운 행정유형인 보장행정의 작용형식으로서 규제라는 방향으로 발전하여 마침내 어느 정도 독자적인 “규제법”을 형성하는데 분류가 되었다고 평가된다.

끝으로, 영역특수적 규제의 헌법적· 개별법적 근거와 이를 통해 형성된 규제적 법제도에서 이미 발견되기 시작하여 이제는 일반적으로 통용되는 제3의 행정유형인 보장행정은 규제를 하나의 작용형식으로 본다. 사실상 여기에 이르러 규제는 비로소 법적 개념으로 의미를 갖기 시작한다.²⁴⁾

3. 정책적 의미의 규제와 법적 개념으로서 규제

(1) 배경

정책적·법적 규제 개념의 구별은 그 배경을 규제완화 논의에 두고 있다. 규제완화는 대체 무엇을 완화하는 것인가라는, 규제개념에 대한 역이해에서 종래 국가작용의 완화, 법의 축소, 진정-부진정 규제완화 등 다양한 견해가 개진되었

21) J. Kießling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 12 ff., 58.

22) J. Kießling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 12 f., 22, 58.

23) 대표적으로, J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D, DJT 66 (2006). 최근의 논의로는 J.-C. Pielow, Regulierung als Infrastrukturregulierungsrecht – oder mehr?, in: Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, (2015), S. 19 ff.

24) 이에 대해 자세한 내용은, 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제 의미의 한정 -”, 「공법연구」 제41집 제4호 (2013. 6.), 155면 이하.

다. 이들은 앞서 살펴본 규제의 이해, 즉 규제는 법인가, 규제는 국가의 개입작용 전반인가 등의 문제를 그대로 재연하고 있었다.²⁵⁾ 어쨌든 크게 나누어 보면 한편으로는 개별적이고 구체적인 사안을 완화하는 것, 다른 한편으로는 그 기초가 되는 법규범 자체를 축소시키는 것이라는 견해로 나뉘게 된다. 여기에서 착안하여, 규제·규제완화를 재구성해볼 수 있게 된다.

(2) 일반적·총론적 의미의 규제

출발점은 비교적 보편성을 유지하고 있는 규제적 법의 개념이다. 규제를 “규제적 법”으로 이해할 때, 규제적 법의 대상은 국가기능 전반을 규율하는 법이다. 그렇다면 규제는 개별법령을 개폐하는 문제를 넘어 사회에 대한 법적 조종 및 절차 자체에 대한 논의가 된다. 이러한 의미에서의 규제는 보다 일반적이고 추상적인 차원에서 본질적인 가치결정과 원칙들이 내재된 총론적 의미를 획득하게 된다.²⁶⁾ 여기까지는 규제를 법과 동일시하거나 규제를 종합 사회과학적 통찰방식으로 이해하는 견해와 같다. 그러나 결정적인 차이점은, 일반적, 총론적 의미의 규제²⁷⁾라는 추상적인 차원에서 곧바로 규제의 법적 개념을 단정적으로 도출하거나 정의하지 않는다는 것이다. 오히려 여기에서는 국가상의 변화와 이에 따른 법의 변화와 현대화 및 규제전략의 변화를 법체계 내에서 어떻게 수용할 것인지에 대한 이론적 출발점이 다뤄진다.²⁸⁾ 즉, 일반적, 총론적 의미의 규제(완화)는 규제를 국가개입이라든지 법 그 자체의 문제로 넓게 이해하되, 법이론적 관점에서 법과 국가의 조종전략이 변화하는 모습과 발전방향을 포착하여 개별법 영역에 지도이념을 제공하는 데 의의를 둔다. 그러므로 여기에서 논의되는 규제는 주로 법이론적, 정책적 의미의 규제이다.²⁹⁾

25) 이에 대해 자세한 내용은, 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 「공법연구」 제44집 제1호 (2015. 10.), 645면 이하.

26) I. Kay, Regulierungs als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, S. 121 ff.

27) 이와 같이 일반-특별법의 관계를 설정하는 방법으로는 특히, T. Groß, Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2 (1999), S. 57 ff.

28) 이 점에서 일반적, 총론적 의미의 규제개념은 보장국가론과 이에 따른 규제의 의미, 다양한 규제전략들을 발견하고 이를 각 영역에 구현시키며 마침내 규제의 법적 개념을 형성하는 데에 기여한다.

(3) 사안관련적 규제

사안에 관련되는 규제의 문제는 일단 위의 일반적·총론적 규제에서 출발한다. 개별적인 사안별로 발생하는 많은 문제에서 규제가 무엇인가의 의문이 발생할 때, 위 일반적이고 총론적 규제개념은 비록 규제개념이 무엇이라고 정해주는 것은 아니나, 일정한 지도원리를 제공하게 된다.

예를 들어, 어떤 구체적 사안에 대한 규제완화가 필요하다고 가정해보자. 규제를 넓게 보는 관점에서 특정 사안의 규제완화란 국가개입과 그 근거인 법을 축소하는 것이 목적이 될 것이다. 그러나 구체적인 사안에 관련되는 규제의 문제에 이르게 되면 단지 폐지시키거나 축소시키는 혹은 그저 네거티브 규제로 만드는 것이 전부가 될 수 없고 규제완화의 목적을 달성하기 위해 해당 사안을 규율하는 영역질서를 어떻게 설정해야 할 것이냐가 문제된다.³⁰⁾ 규제완화가 국가의 임무이행을 사적 수행자에게 넘겨주는 것을 의미한다고 할 때에도, 해당 영역이 민사법적 법률관계에 따라 설정될 것인지, 국가에게 유보된 책임을 인정할 것인지는 여전히 문제된다.

매우 다양하고 구체적인 내용을 담고 있는 사안들에서 논의되는 사안관련적 규제개념은 그의 지도이념이 되는 일반적, 총론적 의미의 규제완화를 현실화시킨다. 즉, 사안관련적 규제는 일반적, 총론적 의미의 규제와 피드백관계를 설정하게 되고, 일반적, 총론적 규제는 단순한 법의 감소라든지 재규제와 같은 양적 순환관계를 넘어 마침내 질적으로 변화된 국가의 행동양식을 포착하게 된다. 이 행동양식은 해당 산업영역에서 특유한 규제논리를 형성해간다(영역특수적 규제). 그리고 이 영역특수적 규제가 점차 하나의 공통의 요소, 동질적 내용을 발견해가면 마침내 법적 의미의 규제를 도출해내는 것이다.

(4) 양자의 관계

일반적·총론적 의미의 규제와 사안관련적 규제의 구별, 그리고 이를 통한 정

29) 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.), 69면 이하.

30) 이와 관련하여, W. Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgabe*, S. 95.

책적 의미의 규제와 법적 개념으로서의 규제를 구별하는 것은 일견 장황해보일 수도 있다. 그러나 실상 이러한 구도 자체는 대륙법체계에서 사용되는 일반-특별 법의 논리체계에 부합하는 것이다.³¹⁾ 논증내용을 순차적으로 정리해보면 다음과 같다.³²⁾

- (i) 정책적 의미의 규제는 일반적, 추상적, 총론적, 규범관련적 차원에서 지도이념을 제공한다.
- (ii) 이를 바탕으로 해당 영역의 (법)질서가 구축되어간다.
- (iii) 이렇게 형성된 세부적인 규제제도에서 다양한 문제들이 법적으로 다뤄진다.
- (iv) 구체적인 사안에서 발견되는 법적 문제들을 판단해가면서, 법이 지향하는 일련의 규제개혁 방향이 경험적으로 축적된다.
- (v) 현행법 질서가 미처 예상하지 못한 규제 혹은 규제완화 필요성 등이 발견될 경우 위 지도이념이 문제해결능력을 제공해준다.
- (vi) 현행법과 그 해석만으로 해결하기 어려운 문제(규제체계나 전략 자체의 변화 등)는 다시 일반적 차원에 피드백 되어 지도이념의 변화 및 발전을 촉진한다.
- (vii) 이로서 법체계의 계속성과 개방성이 유지된 채로 규제개혁이 지속적으로 추진된다.
- (viii) 법체계 내에서 수용 가능한 규제개념이 행동양식으로(법형식, 작용형식, 행위형식 등) 혹은 서술적 개념으로 정형화되면 마침내 법적 개념으로서 규제가 인정된다.

이렇게 보면 법이론적, 정책적 의미의 규제를 법적 개념의 규제로 곧바로 전용시켜버리려는 종전의 규제 이해는 위의 (i)에서 (viii)까지의 단계를 곧장 뛰어넘어 버리는 논리적 비약임이 나타난다.

결론적으로, 정책적 의미의 규제는 다양한 관점을 통해 국가가 언제, 어떻게, 무엇을 목표로 개입할 것인가를 논하게 된다. 국가개입이라는 차원에서, 정책적 의미의 규제는 현대 국가상의 변화, 이에 따른 행위전략³³⁾의 변화를 논의하게

31) I. Köy, Regulierungs als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, S. 121 ff.

32) 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4.), 71.

33) 그러므로 규제전략(Regulierungsstrategie)에 있어서는 포괄적인 규제개념을 논의의 출발점으로 삼게 될 것이지만, 이를 법적으로 규명할수록 점차 규제개념의 의미한정이 이뤄진다. 이러한 예로는 M. Eifert, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 19. Rn. 5. 그러므로, 여기에서 Eifert가 기원적 의미 및 이론적 논의의 출발점으로 전제한 광의의 규제개념을 곧바로 “최근 독일에서의 규제에 대한 법적 개념정의”라고 이해하는 것은 명백한 오류이다.

되며,³⁴⁾ 이 논의의 결과로 나타나는 법의 변화가 어떻게 법체계 내에 수용되고 제도화되어 마침내 영역특수화된 협의의 규제개념으로 형성될 것인지에 연결되는 것이다.³⁵⁾ 당연히, 정책적 규제개념은 곧바로 법적 개념이 되는 것이 아니다. 이러한 규제미의 한정은 특히 보장국가 이념의 수용을 통해 규제법의 기본 원칙을 설정하려는 최근의 이론적 연구방향³⁶⁾의 전제조건이기도 하다.³⁷⁾

(5) 반론 및 재비판

이와 같이 규제개념을 정책적 개념과 법적 개념으로 구별하여, 광의의 규제개념, 즉 “국가의 사회영역에 대한 개입 및 영향력 행사 전반”을 정책적 의미로 한정시킨다는 견해에 대해 종래 여러 비판이 제기되어왔다. 먼저 규제의 법적 개념을 보장국가의 작용형식으로 한정한다는 점에 대해, “광범위한 범위에서 규제개념을 활용해 온 우리 실정법의 태도와 용어례와 부합하지 않으며”, “규제라는 일종의 결합개념을 활용함으로써 규제의 주체, 규제의 목적, 규제의 형식 등과 같이 전체적인 체계를 종합적으로 고려할 수 있는 것”이고 또한 “보장국가를 실현하기 위한 규제전략은 대부분 입법자의 법률을 통하여 나타날 것”이므로 “입법자의 역할이 중요”하다는 것이다.³⁸⁾ 그러나 이 비판은 도리어 위에서 언급한 정책적 개념이 수행하는 역할에 정확히 부합하는 내용임을 알 수 있다. 규제

34) 동일한 방법론에 기초하여 분리해 낸 정치적 규제개념을 바탕으로 규제개혁제도를 설명하는 예로, J. Ziekow(김훈학 역), *Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschland: From deregulation to smart regulation*(독일의 보장국가와 규제개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동), 「법학논집(이화여대)」, 제19권 제4호(2015), 81면 이하.

35) 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 「공법연구」 제44집 제1호(2015. 10.), 645, 655 이하. 오늘날 이 견해는 독일에서도 통설로 점차 굳어지고 있다. 예를 들어, J. P. Schaefer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, (2016), S. 334 ff.

36) 이와 같은 기본적 구도설정에 대해서는 독일 학계에서도 지지하는 견해가 다수 발견된다. 예를 들어, J.-C. Pielow, *Regulierung als Infrastrukturregulierungsrecht - oder mehr?*, in: *Säcker/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Grundsatzfragen des Regulierungsrechts*, S. 19 (25). M. Knauff, *Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, in: *Schmidt/Wollenschläger* (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl., 2016, § 6, Rn. 13.

37) 즉, 규제미의 한정한다는 것이 기존의 여러 규제에 대한 논의들, 특히 비용편익분석이라든지 규제총량제, 규제일몰제 등의 다양한 소재들을 도외시하거나 부정하는 것이 결코 아님을 주의해야 한다. 정책적 의미의 규제 논의는 다양한 규제완화 및 개혁의 관점을 다룸에 이에 따라 개별 제도에 제공할 지도이념을 형성하여 각 제도에 지속적인 영향을 미치게 된다.

38) 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 「행정법연구」 제41호(2015. 2.), 204면.

의 의미한정을 정책적 의미의 규제개념을 무의미하다거나 폐기하는 것으로 오인해서는 안 된다. 정책적 의미의 규제개념이 위 반론이 지적하는 내용을 오히려 더 적절히 수행할 수 있다는 점에서 보면, 위 반론은 반대견해라기보다 오히려 규제를 정책적-법적 개념으로 나누고 양자가 널리 피드백관계에 있다는 것을 방증하는, 동일한 견해의 테두리에 있다고 보인다.

다음으로, 학제간 개념 등을 포함하여 규제개념을 넓게 이해하는 것이 행정법의 발전과 기능향상에 일조할 것이라는 견해가 있다. 그러나 학제간 연구의 출발선이자 장점은 각자의 방법론을 버리는 것이 아니라 상호 승인하되 병행하는 데에 있다. 또한 법적 개념으로서 규제를 보장행정의 작용형식으로 보는 견해에서는 오히려 행위형식의 발전을 촉진하고 있다. 비록 현행법상 아직은 법적 개념으로서의 규제를 인정할 현행법상의 규정을 찾기는 힘들고 따라서 이론적 차원에 머물러 있긴 하나, 만약 이와 같은 이론적 논의가 점차 정착되고 제도화된다면 오히려 종전의 체계와 형식론을 통해 규제개념을 보다 정치하게 수용할 수 있다. 뿐만 아니라 법적 개념으로서의 규제는 정책적 개념으로서의 규제와 계속적 피드백 관계에 있기 때문에 적어도 우리 법체계에서는 법체계의 계속적 발전과 함께 유연성을 모두 이룰 수 있는 방안이 될 것이다. 실제로 이를 실현하고 있는 독일 행정법에서는 소위 “고답적인 행위형식론이 그저 답습되는 것”이 아니라 오히려 행위형식의 변화와 발전이 진행되고 있음이 목도된다. 그 출발점은 미국법상 규제와 같이 넓은, 형식에 구애받지 않는 규제체계로 종전의 행위형식 체계를 대체함이 아니었다. 오히려 미국법적 규제개념을 그대로 법적 개념화시키기 어렵다는 판단과 새롭게 규제개념을 이해하는 데에서 시작되었음을 주의해야 한다.

세 번째로, 규제는 그 기원상 본질적으로 행정현상을 설명하는 실제적인 개념이므로 이를 한정시킬 필요가 없다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 반복하여 말하거니와, 이러한 현상적, 서술적 개념을 어떻게 곧바로 법적 개념으로 인정할 것인가에 대한 의문이 남는다. 또한 ‘본질적으로’ 현상적이고 서술적인 규제개념이라면 더더욱 이를 곧바로 법적 개념과 동일시할 수는 없다. 나아가 이런 견해에 의할 경우 법률상의 규제개념을 정하는 것은 본질적으로 불가능한 것이기도 하다.

끝으로, 이렇게 의미한정을 하고 나면 우리가 규제라고 말하는 것들 중에서 법적 개념으로서 규제라고 볼 것이 생각보다 많지 않다는 데에서, 의미한정이 무슨 실익이 있는가라는 질문을 던질 수도 있다. 국내법상으로는 아직 영역특수적 규제법조차 일관된 이론 혹은 법적 논리에 따라 체계화되지 못한 채 산개되어 있는 상황이므로 법적 개념으로서의 규제, 즉 보장행정의 작용형식으로서 규제는 상당부분 이론적 논의에 머무르는 것이 현실이다. 그러나 정책적 차원에서 이미 자율규제 및 규제적 자율규제 등의 규제전략이 논의되고 있으며, 규제완화나 민영화에 대한 이해 및 한계논의 역시 마찬가지로 중요한 규제개혁의 테마이다. 이에 대한 가장 최신의 논의이자 이미 독일과 유럽연합에서 비교적 성공적으로 진행되고 있는 보장행정에 대한 논의 역시 이미 상당 수준 진척되어있다. “우리 현실에 맞는지도 모르는 독일의 보장국가 이론을 무작정 따라하려는 것 아닌가”라는 우려에 대해서는, 보편성에 기초한 법이론적 개념인 ‘규제적 법’에서 출발하여 법치국가의 발전단계에 따라 논의를 진행하는 보장국가 이론과, 미국법의 역사적, 법체계적 특수성에 기반한 규제개념을 그대로 법적 개념으로 전용하려는 것 어느 쪽이 더 외국 이론에 대해 무비판적인가를 반문하지 않을 수 없다. 나아가 “우리식 규제개념”을 주장하면서 한자어 規制로부터 현대 법치국가원리에 상응하는 어떤 확정적인 의미를 찾고 나아가 이를 법적 개념으로 정립시키려는 것은 오늘날 규제 논의에 비추어볼 때 다소 공상적 시도에 가깝다.

현행법상으로는 상당부분 아직은 이론적, 비교법적 의미를 가지는 “법적 개념으로서의 규제”는 행정규제기본법에 대한 사후적 입법평가에 있어 대단히 중요한 의미를 가질 것이다. 또한 정책적 의미의 규제를 함부로 법적 개념으로 전용하지 않는다는 것 자체가 큰 의미를 가진다. 정책적 차원에서 제기되는 규제에 대한 많은 논점들은 법학에 이르러서는 입법에 있어서는 규제전략, 규제제도 등으로 발전될 수 있고 법적 개념으로 발전하게 될 경우 형식체계에 대한 반향을 가져올 것이다. 바로 이것이 종래 행정법학의 방법론이 유지하고 발전시켜온 형식체계의 장점이며 이를 규제 논의에도 적용시킬 수 있게 된다.

IV. 현행법상 규제의 의미

1. 규제의 법률상 정의

현행법상 규제라는 표현은 빈번히 사용되며 법령명에 규제가 사용되는 경우도 흔히 발견할 수 있다. 예를 들어 약관의 규제에 관한 법률이라든지 질서위반 행위규제법, 풍속영업의 규제에 관한 법률, 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법, 지역특화발전특구에 대한 규제특례법, 나아가 경찰제복 및 경찰장비의 규제에 관한 법률도 법령명에 규제라는 표현을 사용한다. 그러나 위 법령에서 규제가 무엇인지 명확하게 나타나지는 않는다. 여기서 규제는 일상적 언어사용례와 크게 다르지 않게 사용되고 있다.

비교적 규제의 의미가 부각되는 것으로는 먼저 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하, 공정거래법)이다. 비록 공정거래법이 법률상 규제가 무엇이라고 정의해두고 있지는 않으나 동법 제36조 1호 내지 4호가 정해두고 있는 공정거래위원회의 소관사무에서는 시장지배적지위의 남용행위 규제, 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제, 부당한 공동행위 및 사업자단체의 경쟁제한행위 규제, 불공정 거래행위 및 재판매가격유지행위 규제를 언급하고 있다.³⁹⁾

현행법이 규제의 법률상 정의를 특별히 예정하고 있는 경우에는 「행정규제기본법」과 「기업활동규제완화에 관한 특별조치법」(이하, 기업규제완화법)을 들 수가 있다.⁴⁰⁾ 행정규제기본법 제2조 제1항 제1호는 “국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의

39) 규제법상 규제와 공정거래법상의 규제와의 구별이 문제된다. 이에 대해서는 현행법상 규제의 의미를 분석하는 것 이상의 논의가 필요하므로 일단 본고에서는 재론하지 않는다. 이에 대해서는, 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 「강원법학」 제39권 (2013. 6.), 67면 이하 참조.

40) 이와 대비하여, 독일 규제법상 규제의 법률상 정의는 과거 통신법과 같은 영역특수적 규제법에 존재하였으나 대부분 폐지되었다. 현행 독일규제법은 규제의 정의는 어떤 행위에 관련시켜 정의하지 않으며 대부분 목표, 목적, 관할 그리고 임무의 확정, 다시 말해 규제의 콘셉트를 통해 규정하고 있다. 이러한 입법기술은 규제를 정의함에 있어 규제가 사안적 행위공식이 아니라 구조관련적이며 목표지향적 행위공식임을 보여주는 것이다. 자세한 내용은, 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 「강원법학」 제39권 (2013. 6.), 67면 이하 (91면) 참조.

권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등이나 조례·규칙에 규정되는 사항”으로 행정규제를 정의해두고 있으며, 기업규제완화법은 “국가, 지방자치단체 또는 법령에 따라 행정권한을 행사하거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 개인이 특정한 행정목적 실현하기 위하여 기업활동에 직접적 또는 간접적으로 개입하는 것”으로 행정규제를 정의하여 행정규제기본법보다 주체의 범위를 확장하는 한편 대상 영역은 기업활동으로, 행위양태를 직접적 또는 간접적 개입으로 서술하고 있다.

2. 행정규제기본법에 대한 비판적 검토

(1) 입법목적

위에서도 언급한 바와 같이, 행정규제기본법은 불필요하게 또는 비효율적으로 “국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것”을 폐지 혹은 억제하는 것을 목적으로 한다. 행정규제가 행위제한적인 규율 및 행위메커니즘이라고 정의된 만큼, 이를 폐지 혹은 억제한다는 것은 개입적 작용 및 그 근거가 되는 법령을 양적으로 줄인다는 것을 의미한다. 먼저 양적 완화를 본질로 하는 입법목적이 현대 규제정책상 의미가 있는 것인지부터 문제이다. 양적 완화를 목적으로 하는 규제정책은 규제완화 - 재규제의 순환을 반복할 뿐이기 때문이다.⁴¹⁾ 법에 의한 혹은 개별적 처분 등에 의한 국가의 개입의 개선은 양적 축소의 문제는 물론이거니와 “최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법”⁴²⁾이라는 효율성의 개선에만 그치지 않는다. 경우에 따라 최적의 규제보다 공동선적합적인 규제가 요청되기도 하며 양적으로 분명한 축소 혹은 증가에도 불구하고 질적으로 증가 혹은 축소된 규제가 될 수도 있다.⁴³⁾ 물론 행정규제기본법의 개별 규정상으로는 양적 완화

41) 법학뿐만 아니라 인접학문분야에서도 규제개혁 또는 규제완화의 방향을 그저 “규제개혁=규제 폐기”라든지 반대로 “사건·사고 발생=규제강화”와 같은 양적 차원의 접근이 되어서는 안 될 것이라는 지적이 발견된다. 김일중, “규제개혁과 사법부의 역할”, 「규제연구」 제23권 (2014. 9.), 115면 이하 (123면 이하).

42) 행정규제기본법 제5조 제3항.

43) 이에 대한 예시로는, 계인국, “망규제법상 규제목적의 결과와 그 의의 - 보장행정의 공동선실현

뿐만 아니라 부분적으로 소위 ‘좋은 규제’의 관념을 보여주고 있기는 하지만 입법목적에 따른 규제개혁의 논의는 대부분 양적 완화를 추구하고 있다.

(2) 규제의 법률상 정의: 정책적 개념인가 법적 개념인가?

현행법상 규제의 정의규정은 앞서 살펴본 규제의 각 의미단계 중 광의의 규제, 그 중에서도 미국법상의 규제개념에 가깝다. 이와 같은 규제의 정의는 국가의 모든 행위제한적 규율 및 제한을 위한 행위메커니즘을 포괄하게 된다. 이미 상세히 살펴본 바와 같이 이와 같은 광의의 규제개념은 그 자체로 법적 개념이 되기 힘들다. 나아가 위의 입법목적에서도 나타나듯이 행정규제기본법은 규제를 엄격한 법적 개념으로 설정하고 규제목적에 지향되는 규제처분이 일정한 구조를 이루는 규제법(Regulierungsrecht)과는 완전히 구별된다. 행정규제기본법은 그 성격상으로도 정책적·이념적 기본법이며 동법상의 규제 정의 역시 법적 개념으로 보기 힘들다. 즉, 행정규제기본법상의 규제정의를 정책적·법이론적 개념으로 이해하여야만 한다.

역시 앞서 언급한 바와 같이, 정책적 규제개념은 규제정책에 대한 일반적인 지도이념을 제공하는 기능을 수행하는 것이지 그 자체로 일의적인 규제의 내용이나 범위를 지정하지 않는다. 그러므로 정책적 규제개념을 마치 법적 개념에서 그러하듯 엄격하게 범위를 한정하고 하위법령을 통해 범위와 내용을 설정할수록 획일규제로 빠져들게 된다. 특히 아래에서 보는 바와 같이 현행 행정규제기본법상 규제개념이 질서법적 관념에 한정되어 있으면서도 기본법적 기능과 동시에 마치 법적 개념처럼 사용됨으로 인한 폐해는 행정법체계 전반에 대한 매우 큰 위협 요소로 작용한다.

(3) 질서법적 규제개념과 사회적 법치국가

행정규제기본법상 행정규제는 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민의

메커니즘 -”, 「강원법학」 제39권 (2013. 6.), 67 (80 이하).

권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로 정의된다. 여기에서 행정목적 실현을 위한 권리제한과 의무부과는 전형적인 질서법적 행정작용을 의미한다. 규제정책 및 법이론적 규제 논의에 따라 살펴보면, 이와 같은 질서법적 '규제'에 대한 개선은 양적 완화나 품질의 개선 및 효율성 증대와 같은 차원이 아니라 보다 질적인 변화에 해당하는 새로운 '규제'로 전개되었다. 이를 다시 법치국가의 발전 단계에 대입시켜볼 경우, 국가는 침해적인 개입작용을 폐지 및 억제하고 대신 다양한 사회적 요청을 위해 국가가 개입하는 소위 사회국가적 법제화의 방향이다. 이는 현학적 사유에 그치는 것이 아니다. 대부분의 서구 사회에서도 이와 같은 발전양상이 목도되었고⁴⁴⁾ 현행 행정규제기본법에 따른 규제개혁위원회의 활동 역시 국가의 질서법적 개입은 축소하면서 사회국가적 개입행위는 규제개혁 사례로 보는 경우를 흔히 발견할 수 있다.⁴⁵⁾ 동법 상 입법목적이 본질적인 내용으로 하는 규제의 (양적) 완화와 행정규제의 질서법적 관념을 연결시켜보면, 행정규제기본법상의 규제완화는 질서행정적 차원에서의 배타적, 서열적인 개입의 '침해'수준을 낮추거나 폐지하여 그 결과 개인의 자유를 보장하고 실질화하는데 있음은 알 수 있다.⁴⁶⁾

행정규제기본법의 규제정의와 입법목적에서 예측되는 이와 같은 전개양상은 과거 시점에서야 단계적 발전과정으로 적합하다고 판단될지 모르지만, 적어도 오늘날의 규제개혁 논의에 비추어 볼 때에는 여전히 적합한 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다. 보장국가론을 굳이 꺼내지 않고 규제완화의 문제만 놓고 보더라도, 오늘날 규제완화의 문제는 특히 사회국가적 법제화의 문제, 즉 규제적법의 해소문제에서 비롯되었기 때문이다. 그렇다면 입법목적과 정의규정의 관계에서 규제의 개념 및 범위를 대단히 넓게 확장시켰음에도 불구하고 오히려 동법상 규제완화의 대상은 사실상 극히 일부분에 그치는 것이고 결국 적절한 규제정책의 시행을 위한 기본법이라고 보기 어렵게 된다.⁴⁷⁾

44) G. Mamsen, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, S. 107.

45) 계인국, "규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -", 「안암법학」 제42호 (2013. 9.), 645 (655 이하).

46) 계인국, "규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -", 「안암법학」 제42호 (2013. 9.), 645 (655).

47) 물론 사회 변혁에 맞추어 규제개혁위원회의 활동이나 실제 규제완화의 프로세스는 이러한 동법의

(4) 행정작용법적 원칙의 천명?

행정규제기본법 제2조 제1항 제1호의 정의규정과 제2항에 따라 행정규제기본법 시행령 제2조 제1호 내지 제4호는 행정규제의 범위를 정하고 있는데⁴⁸⁾ 행정기관이 국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분과 행정의무이행 확보를 위한 행정처분, 작위 또는 부작위의무를 부과하는 행위, 그리고 사실행위에까지 이르고 있다. 나아가 행정규제기본법 제3조 제1항은 동법이 일반법적 기능을 수행함을 선언하고 있고 심지어 제4조 제2항은 일반행정법상 행정의 법률적합성에 유사한 규제법정주의와 위임에 관한 규정을 두었다.

위 규정체계와 내용을 표면 그대로 받아들인다면 행정규제기본법은 행정법학계에서 논하고 있는 “행정기본법” 또는 “행정법총칙”에 가깝다. 즉, 행정규제법상의 규제정의와 이하의 규정체계대로라면 ‘행정규제’기본법은 국가의 행위제한 규율과 제한행위의 메커니즘에 대한 기본법이 되고 행정규제기본법의 위상은 ‘행정작용일반에 관한’ 기본법이 되는 것이다. 과연 행정규제기본법이 이러한 역할을 수행할 능력이 있는지, 나아가 그러한 목적으로 만들어진 법인지에 대한 의문과 우려를 제기하지 않을 수 없다.⁴⁹⁾

적어도 학계에서는 행정규제기본법을 행정작용의 일반법 또는 행정작용의 기본법으로 보아야 한다는 견해는 찾아보기 힘들고⁵⁰⁾ 또한 매우 위험하다. 이미

체계적 모순에도 불구하고 현재 시점의 규제정책을 반영할 것으로 예상되지만, 그렇다면 더욱 행정규제기본법의 기본법으로서의 의미는 퇴색되는 것이다.

48) 1. 허가·인가·특허·면허·승인·지정·인정·시험·검사·검정·확인·증명 등 일정한 요건과 기준을 정하여 놓고 행정기관이 국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분 또는 이와 유사한 사항

2. 허가취소·영업정지·등록말소·시정명령·확인·조사·단속·과태료부과·과징금부과 등 행정의무의 이행을 확보하기 위하여 행정기관이 행하는 행정처분 또는 감독에 관한 사항

3. 고용의무·신고의무·등록의무·보고의무·공급의무·출자금지·명의대여금지 기타 영업 등과 관련하여 일정한 작위 또는 부작위의무를 부과하는 사항

4. 기타 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정행위(사실행위를 포함한다)에 관한 사항

49) 기본적인 논의의 배경이나 전개는, 계인국, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -”, 「안암법학」 제42호 (2013. 9.), 645 (651 이하)에 의하였다.

50) 행정규제기본법에 행정규제의 일반법적 성격을 부여하자는 견해로는 이원우, “규제 패러다임의 변화와 행정법학”, 한국행정법학회 연합학술대회 (2015. 3. 27. 발표), 4면.

수차례 언급한 바와 같이 이와 같은 규제개념은 미국법상 규제개념을 그대로 차용하게 되는 것인데, 이에 따라 우리 행정법 체계를 재단하려할 때, 행정작용에 대한 기본적 질서나 기능준거점을 거의 제공하지 못한다.⁵¹⁾ 또한 행정규제기본법이 규제를 넘어 행정작용에 대한 기본법이 되기 위해서는 행정작용 혹은 규제가 무엇이며 어떤 기능원리를 가지고 있는지 등에 대한 최소한의 지도원리를 담아야 할 것이다. 그러나, 개념정의의 출발점은 분명히 질서행정법적 의미의 규제에 놓여있으나 목적에 있어서는 법령의 축소, 즉 양적 규제완화를 주된 내용으로 하게 되면서 규제를 국가의 작용은 물론 법령까지 모두 포함하는 넓은 의미로 설정되었고 규제 혹은 행정작용이 결국 “국가개입”과 크게 다르지 않게 되었다. 이런 상황에서 행정규제기본법이 마치 행정작용기본법인 것처럼 원용되는 것은 바람직하지 못하다.

그러나 행정규제기본법이 ‘기본법’이라는 법령명과, 넓은 규제의 범위, 그리고 일반행정법적 원칙들을 선언하면서 행정작용기본법과 같이 원용되는 예는 이미 흔히 찾아볼 수 있다. 예를 들어 지방자치단체의 조례를 통해 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정하는 경우를 생각해볼 수 있다.⁵²⁾ 이미 헌법 제117조와 지방자치법 제22조 및 조례에 관한 이론을 통해 조례에 대한 법률우위의 원칙 및 법률유보의 원칙을 설명함에는 전혀 무리가 없다. 그런데 여기에서 행정규제기본법 제4조 제3항을 기본법적 규정으로 원용하는 것은 “국민의 권리제한 또는 의무부과”를 “규제”라고 보고 이를 하나의 확정된 “범형식”으로 인식하는 것이다. 이는 단순히 근거법령의 원용의 차원에 끝나지 않는다. 규제의 의미를 무한정적으로 확장시키고 정책적 규제개념을 법적 개념으로 곧장 전용할 뿐만 아니라, 나아가 공법체계 전반에 대한 재편을 시도하는 것에 가깝다.

51) 이에 대한 자세한 논증은, 규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -, 「안암법학」 제42호 (2013. 9.), 645면 이하 (648면 이하, 653면 이하).

52) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007추134 판결; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결.

(5) 연혁적 측면에서의 비판

행정규제기본법이 이와 같이 외견상 행정작용에 대한 기본법의 모습을 가지게 된 것은, 동법을 통해 행정작용의 기본법으로 삼자는 취지보다는 입법연혁에 그 원인이 있다. 행정규제기본법은 연혁적으로 행정규제 및 민원사무기본법(법률 제4735호)에서 분리되어 나온 일부분이며 현행 행정규제기본법의 규제개념 역시 과거 행정규제 및 민원사무기본법의 규제개념과 거의 차이가 없다.⁵³⁾ 행정규제 및 민원사무기본법은 행정절차법과 행정규제기본법, 그리고 구 민원사무처리에관한법률⁵⁴⁾로 나누어졌다.

연혁적인 차원에서 이해한다면, 행정규제기본법상 행정작용기본법을 연상시키는 각 규정들은 행정절차나 행정규제관련 민원사무처리에 대한 선언적 규범이라는 의미와, 행정규제기본법이 추구하는 규제의 양적 축소를 위하여 행정청이 규제법령을 제정함에 있어 법적 근거를 명확히 하고 규제법령의 무분별한 양산을 차단하기 위해 법치행정의 원칙을 재차 선언하는 규정이라고 축소해석할 수밖에 없다.⁵⁵⁾ 심지어 현행법상 규제의 법률상 정의는 구 행정규제 및 민원사무기본법상 규제의 정의와 차이점을 찾아보기 힘들다. 개정논의 중 규제개혁을 위한 법, 즉 규제개혁기본법의 제정이 논의되었다고 하여도 실상 규제관념의 차원에서 구법상의 규제이해와 전혀 다르지 않다는 것이다. 결국 연혁적 측면에서 보아도 규제의 정의에서부터 규제법정주의에 이르는 일련의 행정규제기본법의 규정 내용 및 체계가 입법목적의 달성에 적절한가, 또는 - 이미 대법원 판결에서 다수 나타나는 바와 같이 - 행정작용기본법이라는 불필요한 오해를 낳고 있지는 않은가 등에 대해 문제를 제기할 수밖에 없다.

53) 행정규제 및 민원사무기본법 제2조 제1호의 규제개념은 “국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적의 실현을 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것”이라고 정의하고 있었다.

54) 현 「민원 처리에 관한 법률」 [시행 2016.2.12.] [법률 제13459호, 2015.8.11., 전부개정].

55) 이상의 논의는, 계인국, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -”, 「안암법학」 제42호 (2013. 9.), 645면 이하 (653면 이하); 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원, 55면 이하.

(6) 정리

행정규제기본법상 규제개념은 규제의 논의를 법적 영역으로 끌어들이고 행정 규제의 범위를 설정하며 규제규범기반을 형성하기 위한 불가피한 법적 기술이라고 볼 수도 있다.⁵⁶⁾ 일정부분 이러한 점을 수긍할 수는 있다. 특히 우리 행정현실에 비추어보아 법률상 일의적이고 명확하게 규제가 무엇이라고 정의하지 않을 경우 규제개혁위원회나 일선 행정기관에서 ‘규제’를 완화하기 위한 실제적인 액션이 취해지기 힘들 수도 있다. 그러나 이러한 현실을 충분히 감안하더라도 행정규제기본법상의 규제정의가 한편으로는 질서법적 관점의 협소한 범위를 정하는 반면, 작용법적 관점에서는 포괄적인 범위를 정하고 있음이 용인되어서는 안 된다. 오히려 이는 행정편의적 발상에 의해 종래 행정법 체계의 근간을 이루는 형식론을 무력화시키는 것이다.

문제의 출발점과 경과는 다음과 같다. 순차적으로 설명해보면, (i) 행정규제기본법은 정책적 차원에서 규제개혁, 특히 양적 규제완화를 의도하고 있다. (ii) 행정규제기본법의 규제개념은 따라서 정책적 규제개념이 되어야 한다. (iii) 현행법상 정의는 정책적 규제개념의 성격을 가짐과 동시에 질서법적 관념에 머무르고 있다. (iv) 이러한 법률상 정의를 곧바로 법적 개념으로 볼 수 없거니와 개요불명확성으로 그 의미를 발견할 수 없고, 정책적 개념으로 볼 때에는 규제개혁의 흐름을 반영하지 못하는 정의이다. (v) 행정규제기본법의 양적 완화라는 입법목적과 연계하면 이러한 규제정의는 법 내부적으로도 모순에 빠질 수 있다. (vi) 행정규제기본법 각 규정 및 시행령상의 내용은 동법의 규제정의를 마치 법적 개념, 특히 행정작용에 대한 기본법으로 보게 할 소지가 매우 높고⁵⁷⁾ 실제 오인되는 사례가 다수 발견된다.

56) 동일한 취지에서, 박인수, “행정법상 사전진입규제방식과 사후조치규제방식의 체계정당성 모색 - 제재적 행정처분기준을 중심으로 -”, KHU 글로벌 기업법무 리뷰, 203 (205).

57) 보다 직선적으로 말하자면 정책적-법적 개념에 대한 구별 내지 최소한 이에 대한 인식 자체가 존재하였는지부터 문제시해야 할 것이다.

V. 평가

1. 사후적 입법평가

서론에서 언급한 바와 같이 본고에서는 기존 입법영향분석 기준에 대한 논의를 따로 설명하지는 않을 것이며, 또한 연구방향에 비추어 실제 영향분석, 즉 입법영향분석 점검표에 의한 평가 및 영향분석 등이 행해지지도 않을 것이다. 다만 지금까지의 논의들이 사후적 입법평가, 특히 기본법의 사후적 입법평가에 있어 실증적·학제간 방법론 이외에 법학적 관점에 따라 논의될 수 있는 지점을 제시하는 것으로 대체한다.

2. 정책방향의 설정

행정규제기본법은 그 입법취지나 내용상 일단은 정책형 또는 이념형 기본법에 가깝다고 볼 수 있다. 그렇다면 행정규제기본법은 최근의 규제 및 규제개혁에 대한 정책적 방향을 제시할 수 있어야 한다. 일반적이고 총론적인, 그러므로 법이론적이고 (법)정책적인 차원에서의 규제는 사회에 대한 법적 조종 및 절차 자체에 대한 논의라고 볼 수 있으며 여기에서는 현대 국가상의 변화와 이에 따른 법의 변화와 현대화 및 규제전략의 변화를 다루게 된다. 사후적 입법평가가 가지는 반성적 측면과 개선의 측면 중 특히 후자의 관점이 이에 속한다고 보여진다.

오늘날 규제개혁에 적합한 국가상은 국가의 개입이 점차 확대되어가는 사회 국가만을 지향하는 것도, 그렇다고 다시 최소한의 국가로 회귀하는 것도 아니다. 효율성과 함께 사회적 목표의 충분하고 적절한 실현을 위해 국가와 사회의 관계를 새롭게 규명되고 있으며 이는 특히 보장국가론으로 설명되고 있다. 새로운 국가상의 요청에서 발견되는 규제개혁, 즉 행정규제기본법이 담아야 할 정책적 방향은 다음과 같다.

첫째, 일단 규제개혁은 과도한 국가의 개입, 즉 과잉규제를 반드시 해소하여야 한다. 그러나 양적 규제완화에만 집중할 경우 한계에 봉착할 것이기 때문에 과잉

규제를 줄이면서도 여전히 국가가 담당하여야 하는 어떤 임무나 책임이 인정될 것인가, 이를 어떻게 설계할 것인가의 문제의식이 필요하다. 둘째, 규제개혁은 특정한 공동선 목표를 실현해야만 한다. 종전에 “작은 국가”나 사회국가와는 달리 오늘날 규제개혁의 방향은 특정한 공동선 사안을 국가 혹은 사인에게 지정하기보다는 공동선 실현을 위한 책임을 분배한다.⁵⁸⁾ 특히 이 점에서 오늘날 요청되는 규제개혁의 방향성은 차별성을 갖게 된다. 셋째, 규제개혁은 다양한 규제전략을 표방한다. 종래 국가의 개입은 일방적이고 서열적이라는 공통점을 가지고 있었다. 새로운 국가상에서는 주체에서부터 규제수단, 강도 등이 다양화될 것을 요구하고 있다. 즉 규제주체는 국가 외에도 사회 또는 국가와 사회의 중간단계 등으로 다양화되며 근거법령도 경성법과 연성법(soft law)이 모두 투입될 수 있다. 특히 규제적 자율규제와 같은 새로운 규제전략 역시 제시되고 있다.

그러나 행정규제기본법은 이하에서 살펴보는 입법목적, 규제의 법률상 정의, 행정작용기본법으로의 오인가능성, 연혁적 측면 등으로 인해 현대 규제정책의 발전상을 충분히 제시하고 있지 못하다고 판단된다. 만약 이러한 문제점들에 대해, 행정규제기본법은 본래 이념적 성격을 가지는 만큼 행정규제기본법 제1조의 목적규정이나 제5조 3항의 효율성 원칙을 적극적으로 선택함으로써 통해 해결할 수 있다고 본다면 이는 매우 자의적 해석으로 치닫게 될 것이며 실제적으로도 단기적·잠정적인 해소방안 이상이 될 수 없다.

3. 입법목적의 적정성

규제완화를 목적으로 하는 행정규제기본법의 입법목적은 분명히 재고할 필요가 있다. 규제완화는 규제개혁을 위한 매우 중요한 수단이자 부분적 목표임은 분명하다. 그렇다고 해도 행정규제기본법이 표방하는 규제정책의 목적이 규제완화에만 머무르는 것은 적어도 현시점의 규제정책방향으로만 놓고 본다면 하역도 적절하지 않다. 특히 행정규제기본법의 본질적인 목적이 규제완화라는 점과 동법상 규제정의가 상당부분 획일적으로 질서법적 관점의 행정작용에 머물러 있다

58) 이 점은 행정규제와 공정거래법, 즉 경쟁법상 규제와의 결정적인 차이점이기도 하다.

는 점이 결합될 경우 기본법과 개별법 간의 정합성이 약화될 우려도 있다.

4. 기본법으로서의 기능유지 여부

행정규제기본법은 연혁적으로 행정절차 및 민원사무처리와 하나의 기원을 가지고 있으며 행정규제의 개념은 물론 세부 규정들이 사실상 3개의 법으로 나누어지지만 했을 뿐 전체적 체계나 기존 개념정의를 그대로 유지하고 있다. 결국 규제가 무엇이며 어떤 기능원리를 가지고 있는지 등에 대해서는 취약하다고 볼 수 있다. 개념은 분명히 질서행정법적 의미의 규제에서 출발하나 입법목적이 양적 완화를 추구하고 범위 역시 매우 포괄적으로 설정하게 되면서 규제는 국가의 작용은 물론 법령까지 모두 포함하는 넓은 의미가 되어 마침내 “국가개입”과 크게 다르지 않게 되었다. 이런 상황에서 행정규제기본법이 규제의 일반법으로 기능할 수는 없다. 오히려 이 법이 가지는 중요한 의미는 규제완화를 위한 규제개혁위원회의 설립과 운영에 대한 규정을 두었다는 점과, 무엇보다도 규제영향분석을 도입하였다는 데에 있다. 그렇게 보면 현행 행정규제기본법이 고유한 의미를 가지는 것, 혹은 규제에 대한 기본법으로 가지는 기능은 사실상 규제개혁위원회의 설치와 운영에 관한 것이다. 행정규제기본법은 규제영향분석의 목적, 규제개혁위원회의 활동방향에 대한 정책적, 이념적 지도원리를 제공하는 법이 되어야 하며 장기적으로 동법의 명칭이나 구조 전반을 재고할 필요가 있다.

VI. 결어

행정규제기본법은 물론 다양한 규제개혁 논의에서 규제완화, 즉 국가개입의 축소는 중요한 주제로 다뤄지고 있다. 이는 오늘날 합리적인 규제, 더 나아가 국가의 활동전략이 더 이상 국가주도적이고 국가후견적인 방향이 되어서는 안 된다는 것을 보여주는 것이다. 우리 현실에서도 이미 다양한 영역에서 국가주도적인 정책이 한계에 봉착하고 있음이 목도되고 있다. 그럼에도 국가는 자신이

취고 있는 규제 이니셔티브를 공고히 하고자 하며 국민들은 한편으로는 이를 비판하면서도 각종 사고나 문제 상황 앞에서는 다시 규제의 부재를 질타한다. 적시에 적절한 규제를 완벽히 행할 수 있고 그래야만 한다는 생각은 이미 규제실패를 예정하는 것이나 마찬가지이다. 동시에 공동선의 실현은 국가의 본질적인 과제이며 이에 대한 최종적인 책임 역시 국가가 지기 때문에 규제임무를 방기할 수도 없다. 이러한 고민에서 소위 “규제전략의 다층화”, “분업적 공동선 실현”, “보장국가”와 같은 논의가 전개된 것이다. 국가가 법에 의하여 사회에 개입하는 방식은 더 이상 일방적이고 일의적일 수 없기 때문에 다양한 규제전략이 요청되고 또한 특정 행정유형에 국한되지도 않으며 나아가 양적 완화가 전부일 수도 없다.

행정규제기본법은 행정규제를 ‘규제’하는 “규제의 규제”법이라고 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 규제를 법적으로 규제하고 관리한다는 것은 결국 현대 국가의 공동선 실현과 이를 위한 규제의 문제를 공법적으로 해명하려는 시도이다. 그러나 이는 광범위한 범위에서 나타나는 병렬적인 이해관계와 체계논리를 합리적으로 설정하는 매우 어려운 작업이다. 그런데도 이론적이고 정책적인 차원에서 논의되는 현상과 규범적 진단을 곧바로, 그것도 획일적으로 법제화하려는 시도가 일차적으로 법학적 사고방식에서 가능한 것인지, 이차적으로 그것이 현대 규제정책에 부합하는 것인지를 숙고할 필요가 있다.

당연히도 어떻게 이를 해결할 것인가를 간단히 말하기는 어렵다. 다만 해결의 단초는 행정현실에 부합하도록 정책적 의미의 규제개념을 법률에 두면서도 이 규제개념이 설불리 법적 개념으로 전용되는 것을 방지하는 데에 있다. 정책적이고 추상적인 규제개념은 장기적으로는 영역특수적 규제를 거쳐 법적 개념으로 발전되어야 할 것이다. 현 시점에서는 일단 행정규제기본법상 규제정의를 정책적 규제개념으로 두고 규제개혁의 방향에 적합하도록 수정하는 방안을 생각해볼 수 있다. 개정의 방향은 행정규제기본법상의 입법목적이나 정의규정을 수정하는 방안뿐만 아니라, 현행 행정규제기본법을 가칭 규제개혁위원회법으로 개정하고

59) 이 표현은 2017. 5. 26. 학술대회에서 본 발제문에 대한 김연식 교수의 지정토론문에서 인용하였다. 마찬가지로 백옥선 박사의 지정토론문에도 “행정규제를 관리하기 위한 법률”이라는 표현이 있으므로 동일한 취지에서 “규제의 규제”라는 표현으로 통일하여 인용한다.

행정규제에 대한 정책적 정의규정과 예시적인 범위만을 설정하는⁶⁰⁾ 방안도 생각해볼 수 있다. 세부적인 설계에 대해서는 여러 가지 방안이 모색될 수 있을 것이나, 어떤 방안이든 현행법상의 입법목적이나 규제정의, 규제의 범위 등에 대해서는 충분한 재고가 필요하다는 점에 있어서는 동일하다.

60) 즉 개념적 규율방식을 말한다.

참고문헌

- 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의미의 한정 -”, 공법연구 제41집 제4호 (2013. 6.), 155면 이하.
- _____, “명규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013. 6.), 67면 이하.
- _____, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -”, 안암법학 제42호 (2013. 9.), 645면 이하.
- _____, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -” 공법연구 제44집 제1호 (2015. 10.), 645면 이하.
- 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 (2017. 4).
- 김유환, 행정법과 규제정책, 개정증보판, 삼원사 (2017).
- 김일중, “규제개혁과 사법부의 역할”, 규제연구 제23권 (2014. 9.), 115면 이하
- 박영도, 기본법의 입법모델연구, 한국법제연구원 (2006).
- 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 행정법연구 제41호 (2015. 2.), 191면 이하.
- 백옥선, 국가표준기본법에 대한 사후적 입법평가-제품인증 및 시험검사기관 인정 관련 규정을 중심으로-, 한국법제연구원 (2015).
- 백옥선, “입법형식과 입법평가”, 공법연구 제45집 제2호 (2016) 1면 이하.
- M. Eifert*, Regulierungsstrategien, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, § 19.
- T. Groß*, Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2 (1999), S. 57 ff.
- I. Kay*, *Regulierungs als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung*, Frankfurt am Main 2013.

- M. *Knauff*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, in: *Schmidt/Wollenschläger* (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2016, § 6.
- J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004.
- J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D, DJT 66 (2006).
- J.-C. Pielow, Regulierung als Infrastrukturegulierungsrecht – oder mehr?, in: Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, (2015), S. 19 ff.
- B. *Rütbers*, “Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts”, Rechts- politisches Forum Bd. 15 (2003), S. 5 ff.
- J. P. *Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016.
- W. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgabe, Tübingen 2002.
- J. *Wieland*, Die Entwicklung der Wirtschaftsregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Die Verwaltung 18 (1985), S. 84 ff.
- J. Ziekow (김환학 역), Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschland: From deregulation to smart regulation(독일의 보장국가와 규제 개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동), 법학논집(이화여대), 제19권 제4호 (2015), 81면 이하.

국문초록

법학에서 규제개념을 일의적이고 이론의 여지없이 확정하는 것은 가능하지 않으나 적어도 규제개념이 정책적인 차원에서 사용되는 것인지, 엄격한 의미한정을 거쳐 법적 개념으로 사용되는 것인지는 구별될 필요가 있다. 대부분의 규제개혁 논의들은 정책적 의미의 규제에서 출발하며 장기적으로 법적 개념으로 전용되거나 그 과정에서 다양한 논점을 제공한다. 그러나 이러한 중간단계 없이 규제개념을 바로 법적 개념으로 전용할 경우 논리적 비약은 물론 기존 공법 체계의 왜곡과 파괴를 가져오게 될 뿐이다. 이러한 문제의식 하에서 현행 행정규제기본법을 살펴보면 동법의 규제정의는 한편으로는 지나치게 넓은 행위유형을 포섭하고 있으나 반대로 성격에 있어서는 개입적 성격에 한정되고 규제의 양적 완화라는 기초에 국한되고 있다. 또한 의미한정을 거친 법적 개념으로 보기 힘든 정책적 개념임에도 불구하고 이를 통해 마치 행정작용기본법과 같은 역할을 이미 수행하고 있다는 것도 문제이다. 이에 대해 입법목적의 개선, 규제정의의 수정 혹은 삭제, 동법의 명칭 변경 등을 대안으로 제시하였다.

주제어

행정규제기본법, 규제개혁, 규제완화, 사후적 입법평가, 보장국가

Abstract

A Concept of Regulation and Legislative Evaluation
- Evaluation of Framework Act on Administrative Regulations -

Kay, In-Kook*

To define a regulation unequivocally and definitively is almost impossible. A definition of regulation has to be defined as a policy concept and as a narrowly constructed legal concept. Most of debates about regulatory reform originated from a policy concept of regulation and are diverted to legal concepts. In this process, various issues were provided by a policy concept of regulation. If the definition of regulation is directly transferred to a legal concept without such an intermediate step, it will lead to a logical leap as well as distortion and destruction of the public law system. The definition of Regulation in the “Framework Act on Administrative Regulations”, under the current awareness of these issues, encompasses an overly broad type of administrative acts, but on the other hand it is confined to the interventional nature and is limited to the quantitative deregulation. It is also a problem that it is already doing the same role as the “Framework Act on Administrative Acts”, even though it is a policy concept that is hardly seen as a legal concept. Finally, a recommendation was proposed for amending of legislative purpose, amendment or deletion of regulation’s legal definition, and change of the title of the law.

Key Words

Framework Act on Administrative Regulations, regulatory reform, de-regulation, ex post legislative evaluation, Gewährleistungsstaat

* Dr. jur. Research Fellow, Judicial Policy Research Institute(JPRI)