
신성장분야 규제법제개선연구(I)

제3편

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및 거버넌스 개편

– 행정법이론을 중심으로 한 접근 –

최승필 · 김대인 · 임현



연구보고 2017-01-③

신성장분야 규제법제개선연구(Ⅰ)

제3편

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및 거버넌스 개편

- 행정법이론을 중심으로 한 접근 -

최 승 필 · 김 대 인 · 임 현



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및 거버넌스 개편

- 행정법이론을 중심으로 한 접근 -

Regulation system and governance reorganization according to
the 4th industrial revolution

- An approach with focus on administrative law theory -

연구자 : 최승필(한국외대 법학전문대학원 교수)

Choi, Seung-Pil

김대인(이화여대 법학전문대학원 교수)

Kim, Dae-In

임 현(고려대학교 행정학과 부교수)

Lim, Hyun

2017. 10. 30.

요 약 문

I. 연구의 배경 및 목적

▶ 연구의 배경

- 제4차산업혁명이 우리 삶의 현실을 바꾸고 있음에 따라 이를 법적으로 어떻게 대응할 것인지가 중요한 과제로 부각. 특히 혁신기술에 적응할 수 있는 법체계와 혁신적 기술이 가져올 수 있는 위험을 관리할 수 있는 법체계 구성이 필요. 여기에 덧붙여 국가, 기업, 시민간 변화된 관계를 반영할 수 있는 법제 형성이 긴요.
- 제4차산업혁명에 관련하여 다른 법분야보다 행정법 분야의 중요성이 강조됨. 혁신기술을 규율하는 것이 규제법이며, 국가와 기업, 시민간 새로운 관계 설정 역시 행정법제의 영역이기 때문임. 따라서 제4차산업혁명에 따른 규제체제 및 거버넌스의 개편을 행정법적 시각으로 바라본 본 연구는 매우 중요한 의미를 가짐.

▶ 연구의 목적

- 제4차산업혁명과 관련한 제반 정책 및 규제동향을 행정법의 관점에서 해석함으로써 법적 체계 내에서의 연구 및 정책구현을 위한 단초를 제공.
- 제4차산업혁명과 관련한 핵심개념에서부터 헌법적 의미 그리고 개별 구체적인 규제법적 이슈를 다룸으로써 법적 쟁점과 법리구성의 방향성을 설정. 아울러 행정의 기본법제와 혁신기술에 관한 개별법제를 모두 검토함으로써 개선방향을 도출.

II. 주요내용

▶ 제4차산업혁명 규제체제의 헌법적 기초

- 전통적인 산업에서 규제특례는 존재하지 않는 반면, 새로운 신기술 산업에서의 특례적용상 평등의 원칙의 문제되며, 불확실한 위험에 대한 대응으로 안전규제 설정시 비례의 원칙 적용
- 프라이버시가 인격권의 영역에서 자산의 영역으로 개념적 이동. 따라서 Opt-in과 Opt-out을 통한 개인정보보호수준의 선택
- 헌법 제119조 제2항을 통한 규제개입과 제124조 소비자보호조항과도 밀접한 관련

▶ 기술변화에 따른 새로운 규제수단의 검토

- 능동적 법은 법적 안정성을 해칠 수 있으며, 수동적 법은 기술변화에 대응하지 못함. 간극을 채우기 위해서는 새로운 규제수단의 필요. 네거티브 규제도 그 중 하나. 다만 네거티브 규제가 도입될 경우 사후적 규제수단이 보완되어야 함.
- 유럽연합의 ‘Better Regulation’ 은 좋은 규제는 달성할 수 있는 가장 최선의 객관적 근거와 이해관계자들의 광범위한 참여 그리고 열려있고 투명한 정치적 의사결정을 요소로 한다고 정의. 좋은 규제를 위해서는 규제에 대한 모니터링, 평가 그리고 결과의 반영이 필요.
- 규제샌드박스(Regulatory Sandbox)의 허용요건으로는 새로운 영업영역, 혁신의 독창성, 소비자보호조치를 둘 것임. 규제샌드박스가 기한을 요소로 한다면 기한부 행정행위이며, 단순히 물적 및 인적요건을 둔 경우는 통상적인 인허가에 해당. 규제샌드박스에서의 행위를 영업행위가 아닌 테스트로 볼 것인가의 여부는

행위의 대상이 특정 불가능한 일반 소비자를 대상으로 하고 있는지의 여부로 판단. 규제샌드박스내에서 허용하는 행위를 열거시 포지티브, 허용되지 않은 행위만을 규정한 경우 네거티브규제임. 즉 일종의 조합구성 가능

- 비조치의견서(No-action Letter)는 불분명한 규제적용상황을 해결한다는 측면에서 제4차산업혁명과 연관성을 가짐. 법적성격은 행정법상 확약으로 보는 것이 다수의 견해. 특히 해제조건부 확약. 비조치의견서의 활용요건으로는 법령상의 규정과 정책이 명확하지 않을 것, 비조치의견서의 활용이 보충적일 것, 합법적일 것 등임.
- RegTech(Regulatory Technology)는 규제요구사항을 효과적으로 달성하기 위해 결합되는 기술로서 비용 및 시간의 감소 등을 통한 효율성 제고. RegTech의 사용가능분야로는 자동화된 내부통제, 보고, 모니터링임. RegTech의 행정법적 의미는 자동화된 보고의무의 이행과 자동화 결정에서 찾을 수 있음. RegTech에 적용가능한 기술로는 Data Mining, Machine Learning, Robotics, Cloud Computing, Biometrics, Visual Analytics, Blockchain을 들 수 있음.
- 국민의 기본권을 보장하면서 각 분야별 규제특성을 반영하기 위해서는 규제된 자율규제(regulated self-regulation)가 필요.

▶ 전통적 법률유보의 재검토

- 새로운 기술변화에 대응하기 위해서는 행정의 구체화기능이 중요. 그러나 전통적인 법률유보이론과 충돌. 그러나 기술규제기준으로 전문행정청이 정한 행정규범의 활용성은 지속적으로 증가.
- 자율주행자동차의 경우, 자동차관리법 제27조 제1항 단서는 자율주행자동차를 시험운행하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 안전운행요건을 갖추어

임시허가를 받아야 한다고 정하고 있으며, 시행규칙 제26조의 2 제3항은 안전운행요건의 확인에 필요한 사항은 국토교통부장관의 고시(자율주행자동차의 안전운행요건 및 시험운행에 관한 규정)로 정하도록 하고 있음.

▶ 행정행위 및 신고법제의 개선방안

- 공무수탁사인의 활용성 증가. 기업활동규제완화에 관한 특별법은 “행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 개인”을 상정. 국가의 정보우위성이 약화되고 민간이 보유한 정보의 증가에 따라 민간과 국가의 정보공유가 이루어지게 됨. 이는 규제의 공유로 연결.
- 기술적 요건의 규정과 위험성 판단 그리고 미래예측적 결정의 여지가 늘어나면서 행정청이 가지는 재량영역도 확대. 특히 전문기술과 미래예측적 작용이 결합된 영역에서의 재량을 단순 일반재량으로 볼 것인지 아니면 판단여지 내지는 계획재량에 준하는 재량으로 볼 것인지 문제. 2007년 독일 연방행정재판소의 통신법 판결은 형량에 가까운 복합적 규제재량을 제시. 그러나 준칙의 활용을 통해 예측가능성을 부여하고 이해관계자의 참여를 통해 사전적 갈등조정이 필요.
- 법령상 규정이 없더라도 부관의 활용을 통한 유연한 인허가, 즉 정지조건부 인허가, 해제조건부 인허가의 활용가능. 이를 통해 샌드박스형 규제형성이 가능. 가인가를 통해서 특정사업행위의 적격자를 선별하고 샌드박스 혹은 요건충족적 기회를 부여한 후 본인가를 통해 복수의 최종사업자 선정하는 방식도 고려 필요.

▶ 행정계약법제의 개선

- 기술정책수단으로서의 혁신지향적 공공조달정책(innovation-oriented public procurement as technology policy)을 통해 기술혁신 유도
- 기존의 일방적 명령방식의 규제에서 벗어나 피규제자와 규제기관간 규제계약(regulatory contract)을 통해 목적지향적, 규제순응적, 비용효율적 규제달성이 가능. 다만 특정업역에서 규제포획 및 무임승차의 문제 우려. 독일 행정절차법상 행정행위를 대체하는 행정계약(Verwaltungsaktersezende Verwaltungsvertrag)을 참고 가능.
- ‘Pitch a Pilot’과 같은 사업자단체의 규제제안과 그리고 원칙중심의 규제체제로 전환필요. 원칙이외의 부수적 사항은 자율규제 영역으로 이관필요. 단 이러한 자율규제 역시 국가의 보장책임하에서 규제된 자율규제로 편성.

▶ 행정절차법 및 행정조직법의 개선

- 다양한 가치들의 충돌하게 됨에 따라 후견적 절차에서 광장적 절차로 이행 필요. 2013년에 제정된 독일의 ‘계획확정절차에 있어 공공참여의 개선과 통일화에 관한 법률’은 참조할 만함.
- Schuppert는 행정조직의 핵심도전과제로 행정조직의 다원화, 경제적 이해의 중시, 공공부문과 민간부문의 중첩, 행정조직간 네트워크화를 들고 있음. 특히 행정조직에서는 횡적거버넌스의 확립이 중요. 관련 행정청간 협력이 중시. 구체적인 예로 법령상 규정 외에 협약을 통한 방식 활용가능.

- 중앙정부와 지방자치단체간 횡적거버넌스도 중요. 제4차산업혁명 관련에서 지방자치단체의 역할 : 사업승인신청권에 불과. 따라서 특·광역시 역할의 재정립이 필요.

▶ 기술혁신관련 법령의 검토

- 정보통신 진흥 및 융합활성화 등에 관한 특별법 상 신속처리제도의 활용성 증가. 임시허가제도의 경우 그 법적성질이 문제. 상황에 따라 단순허가, 특허, 예외적 승인으로 해석가능. 임시허가에 따른 위험의 보완도 중요한 문제.
- 산업융합촉진법상 적합성 인증제도는 임시적 성격이 아닌 통상의 인허가에 해당. 다만 부관의 활용을 통해 신기술의 위험성과 안전성의 수요를 조절 가능.
- 규제프리존법안 상의 규제확인제도는 일본의 산업경쟁력강화법상 그레이존 해소제도와 유사. 규제확인은 기업실증특례와 연결. 특별위원회의 실증판단은 인허가의제효과를 가짐에 따라 실증특례제도의 활용을 위해서는 인허가 의제 일반법리에 따른 상황적 해석이 필요. 신기술기반사업의 승인신청시 조건을 불일 경우 부관의 일반법리에 귀결.
- 최근 제4차산업촉진기본법 제정안 및 디지털기반산업기본법안이 발의됨. 그러나 조직법적 근거와 지원근거에 불과하고 구체적인 규제조치의 통일적 규정 부재. 새로운 규제제도의 포섭이 필요.

▶ 향후의 논의

- 새로운 규제패러다임의 법리적 검토시 영미법과 대륙법계의 특징적 차이에 주목할 필요가 있으며, 공법적 규제체계와 민사책임법적 체계의 연동도 중요한 사항임.

- 이해관계자의 참여를 확대하기 위해 절차적 기회를 보장할 필요가 있으며, 그 과정 역시 투명해야 결과의 수용성 보장.

Ⅲ. 활용 및 기대효과

- 제4차산업혁명과 관련하여 정책적 논의가 중심되어 이루어졌지만 법리적 측면에서의 연구는 다소 부진. 금번 연구결과는 향후 법적 연구의 단초를 제공함과 아울러 정부의 정책수립, 국회의 법안형성, 법원의 사법심사와 관련한 법리형성에 활용 및 기여가능.
- 금번 연구는 법적 연구의 단초제공과 법리구성의 방향성 설정에 있으므로 개별 구체적 사안에 대해 논리가 완벽하지는 않음. 향후 개별 분야별 추가적인 연구가 이를 보완해주기를 기대.

▶ 주제어 : 제4차산업혁명, 혁신, 기술, 규제, 행정법

Abstract

I. Background and purpose of study

▶ Background of study

- As the 4th industrial revolution is changing the reality of our life, it stands out as an important task how to legally respond to this. In particular, configuring of the law system which can adapt to the innovation technology and manage the risks that can be brought by the technology is required. In addition to this, formation of legal system capable of reflecting the changed relationships among countries, businesses and citizens is critical.
- In relation to the 4th industrial revolution, the importance of administrative law area is emphasized more than other law areas. It is because regulating of innovative technology is the regulatory law.

▶ Purpose of study

- The purpose is to provide a clue for study within the legal system and policy realization by interpreting various policies and regulatory trends related to the 4th industrial revolution from the viewpoint of administrative law.
- The study is aimed at setting legal issues related to the 4th industrial revolution and directionality of legal principles and deriving improvement directions for the current legal system.

II. Major contents

▶ Review of new regulatory means according to the technology change

- Active laws can harm legal stability, while passive laws fail to respond to the technology change. To fill the gap, new regulatory means are required. For good regulations, monitoring and evaluation of the regulations as well as a reflection of the results are needed.
- As the acceptance requirements for Regulatory Sandbox, there are new sales domain, creativity of innovation, and equipping with consumer protection actions. No-action Letter is associated with the 4th industrial revolution in the aspect of solving unclear situations for regulation application. Considering the legal nature as an affirmation according to the administrative law is the opinion of multitude.
- RegTech is a technology combined to effectively achieve regulatory requirements, enhancing efficiency through reduction, etc. of cost and time. Usable areas of RegTech include automated inside control, reporting and monitoring. The significance of RegTech from an administrative law standpoint can be found in automated fulfillment of reporting obligation and automation decision.
- To reflect regulation characteristics per area while guaranteeing people's basic rights, regulated self-regulation is necessary.

▶ Re-review of withholding traditional laws

- To respond to the new technology change, the embodiment function of administration is important. However, there is collision with the withholding theory of traditional laws. On the other hand, utility of the administrative norm determined by specialized administrative office as the technology regulation standard continues to increase. Therefore, the withholding theory of traditional laws needs to be re-reviewed within the scope where the protection level for people's rights does not retreat.

▶ Improvement measures for administrative act and reporting law system

- Needs to utilize civilian expertise are increased. Government's information supremacy is weakened and information sharing between civilians and government as well as mandate and consignment of tasks will be realized as a result of increase in the information retained by civilians.
- As the regulations for technological requirements, and the rooms for risk judgement and future predictive determination are increased, discretionary domain retained by the administrative office will also be expanded. However, prediction possibility should be granted through utilization of rules, and proactive conflict adjustment is needed through participation of stakeholders.

▶ Improvement of legal system for administrative contracts

- Through innovation-oriented public procurement as technology policy means, technological innovation is induced. Regulatory contract may be utilized between the regulated party and the regulation institution, breaking away from the regulation in the existing unilateral command style.
- Conversion to regulation suggestions by business groups such as ‘Pitch a Pilot’ and principle-driven regulatory system is needed. Incidental items other than principles shall be transferred to the autonomous regulation domain

▶ Improvement of administrative procedure law and administrative organization law

- As diversified values surrounding the technology come to collide each other, a shift shall occur from the post-quote procedure to the plaza-type procedure.
- In administrative organizations, establishment of lateral governance is important. Cooperation among related administrative offices is emphasized. Lateral governance between the central government and local autonomous groups is also important.

▶ Review of statutes related to technology innovation

- Due to special laws concerning promotion of information & communication and convergence activation, etc. the utility of prompt processing system is increased.

- Adequacy certification system in the promotion act for industry convergence corresponds to a normal license rather than a temporary license. Through utilization of additional clauses, the risks of a new technology and the demands for safety can be controlled
- Regulation confirmation system in the bill for regulation-free zone is connected with the special case for business substantiation. Substantiation judgment by the special committee has the effect of license authorization.
- Recently, the enactment bill for the basic law for promotion of the 4th industry and the basic bill for digital-based industry has been initiated. However, it is nothing but the basis for organization law and a support bases, while a unified provision for the specific regulatory action is absent.

▶ Discussion in the future

- Upon review of legal principles for new regulation paradigm, feature differences between Anglo-American law and continental law systems need to be noted, and connection between the regulation system for public law and the system for civil liability law is also an important item. To expand participation of stakeholders, procedural opportunities need to be guaranteed.

III. Utilization and expected effects

- The present study results are expected to not only provide a clue for future legal studies but also to be utilized for and contribute to policy establishment of the government, bill formation of the national assembly, and legal principle formation related to judicial review of the court.

▶ **Key Words** : 4th Industrial Revolution, Innovation, Technology, Regulation, Administrative Law

목차

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및
거버넌스 개편

korea legislation research institute

요약문	3
Abstract	11

제1장 서론 / 23

제1절 연구의 배경	25
제2절 선행연구	27
제3절 연구의 내용	29

제2장 제4차 산업혁명의 핵심개념과 헌법적 기초 / 33

제1절 제4차 산업혁명의 핵심개념	35
1. 개 관	35
2. 혁신과 탄력성	36
3. 융합과 협력	40
4. 리스크(위험)	42
5. 제4차 산업혁명의 핵심개념들과 ‘새로운 행정법학’	44
제2절 헌법적 기초	48
1. 헌법에 근거한 행정법 체제의 검토	48
2. 제4차 산업혁명과 헌법상 기본원칙	50
3. 주요 기본권과의 관계	52
4. 헌법상 제도조항들과의 관계	57

제3장 규제법체계의 개선방안 / 61

제1절 규제개혁과 관련한 기초논의	63
1. 규제개혁의 기초논의	63
2. 규제의 본질과 새로운 규제수단의 필요성	66
제2절 네거티브규제와 규제완화	67
1. 네거티브규제	67
2. 규제합리화	71
제3절 규제프리존과 규제샌드박스(테스트베드)	73
1. 규제프리존	73
2. 규제샌드박스	75
제4절 비조치의견서의 행정법적 검토	80
1. 제4차산업혁명과 비조치의견서의 의의	80
2. 비조치의견서의 태동과 확산	80
3. 비조치의견서의 법적성격	81
4. 비조치의견을 활용하기 위한 요건	83
5. 주요국의 비조치의견서의 활용	84
제5절 RegTech를 통한 규제부담완화 및 규제간소화	86
1. RegTech(Regulatory Technology)의 정의와 의의	86
2. RegTech 적용기술과 개발	87
3. RegTech 적용분야	88
제6절 자율규제	90
1. 자율규제의 유형	90
2. 자율규제의 장·단점과 개선방안	91

제4장 행정입법의 개선방안 / 95

제1절 법률유보이론의 재검토	97
1. 전통적인 법률유보의 의의와 근거	97
2. 제4차 산업혁명과 법률유보	98
제2절 법규명령에 대한 재검토	100
1. 의회법률과 행정입법으로서의 법규명령	100
2. 제4차 산업혁명과 법규명령	100
제3절 행정규칙에 대한 재검토	103
1. 전통적인 의미의 행정규칙	103
2. 제4차 산업혁명과 행정규칙	103

제5장 행정행위 및 신고법제의 개선방안 / 109

제1절 행정행위와 규제와의 관계에 대한 이론적 단초	111
1. 행정행위로서 규제의 특성과 체제의 구성	111
2. 규제의 개념과 행정행위 그리고 처분	112
3. 행정행위의 성격 - 기속 및 재량과 규제	114
제2절 기존의 행정행위의 변형을 통한 규제개선가능성	122
1. 인·허가의제의 활용	122
2. 부관의 활용을 통한 유연한 인허가	123
3. 가행정행위와 사전결정	123
4. 행정행위의 자동화 - 행정의 자동화결정	124
제3절 신고제도의 재검토와 활용가능성	125

목차

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및
거버넌스 개편

korea legislation research institute

제6장 행정계약법의 개선방안 / 127

제1절 행정계약과 제4차 산업혁명	129
1. 행정계약법제 개관	129
2. 행정계약과 제4차 산업혁명	130
제2절 규제계약	133
1. 의의와 장단점	133
2. 규제계약 관련법제의 개선방안	134
제3절 기술혁신관련 계약제도	137
1. 미국의 기술혁신관련 계약제도	137
2. 영국의 기술혁신관련 계약제도	140
3. 우리나라에 주는 시사점	142
제4절 혁신친화적 계약방식	144
1. EU의 혁신친화적 계약방식	144
2. 우리나라에 주는 시사점	149

제7장 행정절차법의 개선방안 / 153

제1절 제4차 산업혁명과 행정절차	155
제2절 공청회	155
1. 의의와 내용	155
2. 제4차 산업혁명과 공청회 절차	156
제3절 행정상 입법예고절차	158
1. 의의와 내용	158
2. 제4차 산업혁명과 입법예고절차	158
제4절 행정계획에 대한 절차적 통제	161
1. 행정계획에 대한 절차적 통제의 의의	161

목차

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및
거버넌스 개편

korea legislation research institute

2. 제4차 산업혁명과 행정계획에 대한 절차적 통제 162

제8장 행정조직법적 개선방안 / 167

제1절 행정조직형태의 선택 169

 1. 개 관 169

 2. 행정조직형태의 선택 170

제2절 행정기관의 권한분배 및 정책조정 171

 1. 행정기관의 권한분배 171

 2. 행정기관간 정책조정 173

제3절 중앙정부와 지방자치단체간 권한의 배분 179

 1. 지방자치단체의 사무배분과 새로운 기술영역 179

 2. 제4차 산업혁명 관련 법률에서의 지방자치단체의 역할 180

제4절 사인에 의한 행정임무의 수행 182

 1. 사인에 의한 행정임무 수행의 유형 182

 2. 사인에 의한 행정임무 수행과 보장책임 184

제9장 개인정보보호 및 전자정부법제의 개선방향 / 185

제1절 개인정보 보호법제의 쟁점과 개선방안 187

 1. 제4차 산업혁명과 개인정보: 정보의 보호와 활용 187

 2. 유럽연합 개인정보보호규정에 대한 검토 189

 3. 개인정보 보호법의 개선방안 193

제2절 전자정부에서의 개인정보의 보호 196

 1. 전자정부와 개인정보보호 196

 2. 전자정부에서 개인정보보호의 쟁점 197

목차

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및
거버넌스 개편

korea legislation research institute

제10장 관련법제의 개선방안 / 199

제1절 행정법의 기본법률	201
1. 개 관	201
2. 행정절차법	202
3. 행정규제기본법	207
4. 정부조직법	209
제2절 제4차산업혁명 관련 기술법률	211
1. 정보통신 진흥 및 융합활성화 등에 관한 특별법	211
2. 산업융합촉진법 - 적합성인증제도	214
3. 규제프리존법안	215
4. 제4차 산업혁명 관련 최근 발의안에 대한 검토	222

제11장 맺음말 - 향후의 논의 / 227

참고문헌	235
------------	-----

korea
legislation
research
institute

제1장 서론

제1절 연구의 배경

제2절 선행연구

제3절 연구의 내용

제1장 서론

제1절 연구의 배경

2016년 세계경제포럼(World Economic Forum: WEF)에서 처음 제시된 개념인 ‘제4차 산업혁명’은 우리나라에도 많은 영향을 미치고 있다. 디지털과 인터넷, 그리고 인공지능에 의해 자동화와 연결성이 극대화되는 제4차 산업혁명이 우리의 삶에 미치는 영향과 이에 대한 대응을 주제로 한 다양한 연구문헌들이 쏟아져 나오고 있는 데에서 이러한 영향을 실감할 수 있다.¹⁾ 이러한 경향은 법학계에서도 예외가 아니어서 최근에 개최되는 수많은 법학관련 학술대회가 제4차 산업혁명에 초점을 맞추고 있음을 볼 수 있다.²⁾

‘제4차 산업혁명’을 전자, 정보기술, 자동화 생산시스템을 특징으로 하는 ‘제3차 산업혁명’과 구별되는 개념으로 보는 것이 과연 타당한지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다. 이에 대해서 이 개념을 처음으로 주창한 클라우스 슈밥(Klaus Schwab)은 제3차 산업혁명과 구별되는 제4차 산업혁명이 진행 중이라는 사실을 뒷받침할 만한 근거로 세 가지를 들고 있다.

첫째는 속도이다. 제1~3차 산업혁명과는 달리, 제4차 산업혁명은 선형적 속도가 아닌 기하급수적인 속도로 전개 중이다. 이는 우리가 살고 있는 세계가 다면적이고 서로 깊게

1) 김민형·정석·이진영·김양호, 4차 산업혁명의 도래와 인간의 미래: 자동화 사회에 대한 통합 인문학적 연구, 경제인문사회연구회, 2016; 현재호·조경민·한승진·안광석·곽준영, 4차 산업혁명 정의 및 거시적 관점의 대응방안 연구, 산업통상자원부 연구용역보고서, 2016; 김성태, “제4차 산업혁명과 융합혁신경제의 방향과 내용”, 국회입법조사처 통권 제31호, 2016 외 다수가 존재한다.

2) 예를 들어 2017년 3월 18일에는 한국규제법학회와 행정법이론실무학회의 공동주최로 “4차 산업혁명시대 규제 법제의 역사와 미래”를 주제로 학술대회가 개최된 바 있으며, 2017년 4월 17일에는 한국법제연구원 주최로 “제4차 산업혁명시대 행정절차법제 개선”을 주제로 한 학술대회가 개최된 바 있다.

연계되어 있으며, 신기술이 그보다 더 새롭고 뛰어난 역량을 갖춘 기술을 만들어냄으로써 생긴 결과라는 것이다. 둘째는 범위와 깊이이다. 제4차 산업혁명은 디지털 혁명을 기반으로 다양한 과학기술을 융합해 개개인뿐 아니라 경제, 기업, 사회를 유례없는 패러다임 전환으로 유도한다. ‘무엇’을 ‘어떻게’하는 것의 문제뿐 아니라 우리가 ‘누구’인가에 대해서도 변화를 일으키고 있다는 것이다. 셋째는 시스템층격이다. 제4차 산업혁명은 국가간, 기업간, 산업간 그리고 사회전체 시스템의 변화를 일으키고 있다는 것이다.³⁾

이러한 제4차 산업혁명의 개념이 오늘날 삶의 현실을 어느 정도 정확하게 반영하고 있다고 볼 때, 이를 법적으로 어떻게 대응할 것인지는 중요한 과제가 되지 않을 수 없다. 왜냐하면 혁신적인 기술에 적응할 수 있는 법체제, 그러면서도 혁신적인 기술이 가져올 수 있는 리스크(위험)를 관리할 수 있는 법체제의 필요성이 증대할 뿐만 아니라, 국가, 기업, 시민간의 변화된 관계를 반영할 수 있는 법체제가 필요해지기 때문이다.

제4차 산업혁명에 관련해서 여러 법 분야가 관련될 수 있지만 특히 ‘행정법체제’의 중요성을 강조하지 않을 수 없다. 왜냐하면 제4차 산업혁명의 핵심인 혁신적인 기술을 규율하는 법제가 바로 행정법의 핵심영역이라고 할 수 있는 규제법제라는 점에서도 그러하며, 국가, 기업, 시민간의 변화된 거버넌스를 다루는 법 영역 역시 행정법에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다. 최근 미국 변호사협회(American Bar Association)에서 발간되는 ‘행정법 및 규제법 뉴스’(Administrative & Regulatory Law News) 2017년 여름호에서는 ‘행정국가에서의 인공지능’(artificial intelligence in the administrative state)이라는 주제 하에 다양한 기고문들을 다룬 바 있는데,⁴⁾ 이는 제4차 산업혁명에 대응한 행정법 연구가 외국에서도 강조되고 있음을 보여준다. 본 연구는 이러한 맥락에서 제4차 산업혁명에 대응하여 규제법을 포함한 행정법체제가 어떻게 개선되어야 하는지를 살펴보고자 한다.

3) 클라우스 슈밥 저/송경진 역, 제4차 산업혁명, 새로운 현재, 2017, 12-13면.

4) 여기에서는 자율주행자동차, 기계학습(machine learning)을 통한 행정국가의 개선, 블록체인에 기반한 행정청, 디지털 매개체(intermediary)를 통한 규제 등의 이슈 들이 다루어진 바 있다.

제2절 선행연구

제4차 산업혁명에 대응하는 행정법체계의 개선방안을 논의하기 위해서 우선 관련된 선행연구들을 법학분야를 중심으로 살펴보도록 한다. 가장 관련성이 높은 연구들로는 제4차 산업혁명의 특징을 이루는 주요 기술별 연구들을 들 수 있다. 사물인터넷에 대한 연구,⁵⁾ 자율주행자동차에 대한 연구,⁶⁾ 인공지능에 대한 연구,⁷⁾ 빅데이터에 관한 연구⁸⁾ 등을 그 예로 들 수 있다. 또한 제4차 산업혁명의 핵심을 이루는 정보통신기술(ICT) 및 디지털 플랫폼 규제에 대한 연구도 이루어진 바 있다.⁹⁾

다음으로 비록 제4차 산업혁명에 초점을 맞춘 연구들은 아니지만 규제개혁과 관련된 연구들도 관련연구로 볼 수 있다.¹⁰⁾ 특히 혁신이나 신기술(신흥기술)에 초점이 맞추어진 규제법연구는 제4차 산업혁명과 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.¹¹⁾ 또한 제4차 산업혁명에 따라 그 중요성이 높아지고 있는 정보보호법제에 대한 연구도 이루어진 바 있다.¹²⁾

-
- 5) 정원준, “사물인터넷(IoT) 활성화를 위한 법·제도적 개선방안 연구”, 법과 정책연구 제14집 제4호, 2014; 김지영, “개인정보보호를 위한 사물인터넷의 법적 규율에 관한 고찰”, 법과 정책연구 제15권 제4호, 2015 등.
 - 6) 김상태, “자율주행자동차에 관한 법적 문제”, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016; 이준섭, “Level 3의 자율주행자동차 상용화를 위한 도로교통법의 개선방안”, 아주법학 제11권 제1호, 2017; 김상태·김재선, “미국 캘리포니아의 자율주행자동차 관련 법제 분석”, 경제규제와 법 제10권 제1호, 2017 등.
 - 7) 최경진, “빅데이터·사물인터넷 시대 개인정보보호법제의 발전적 전환을 위한 연구”, 중앙법학 제17집 제4호, 2015; 손영화, “인공지능(AI) 시대의 법적 과제”, 법과 정책연구 제16집 제4호, 2016 등.
 - 8) 허성욱, “한국에서 빅데이터를 둘러싼 법적 쟁점과 제도적 과제”, 경제규제와 법 제7권 제2호, 2014 등.
 - 9) 이원태·김정연·이시직·김도승·정경오, 제4차 산업혁명 시대의 ICT법제 주요 현안 및 대응방안, 한국법제연구원, 2016; 이희정, “커뮤니케이션 기술의 발전과 디지털 플랫폼 규제”, 행정법연구 제49호, 2017 등.
 - 10) 이원우, “규제개혁과 규제완화 - 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색”, 저스티스 통권 제106호, 2008; 최승필, “규제완화에 대한 법적 고찰 - 인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로”, 공법학연구 제12권 제1호, 2011; 김재광, “규제품질 제고를 위한 규제 개선방안”, 공법연구 제42집 제3호, 2014; 김유환, 행정법과 규제정책(개정증보판), 삼원사, 2017 등.
 - 11) 제인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 공법연구 제44집 제1호, 2015; 이원우, “혁신과 규제: 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단”, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016; 윤혜선, “신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰”, 경제규제와 법 제10권 제1호, 2017 등.
 - 12) 문재완, “개인정보보호법제의 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 제19권 제2호, 2013; 정남철, “독일의 정보보호정책과 입법과제”, 유럽헌법연구 제22호, 2016 등.

이 외에도 변화된 거버넌스에 따른 행정법의 변화를 다룬 연구들도 관련연구들로 볼 수 있다.¹³⁾ 특히 공무수탁사인 등 민간의 참여와 협력에 관한 연구,¹⁴⁾ 보장책임에 관한 연구,¹⁵⁾ 행정계약에 관한 연구,¹⁶⁾ 행정조직법의 개혁에 관한 연구¹⁷⁾들도 넓게 보면 제4차 산업혁명과 관련된다고 할 수 있다.

위와 같은 선행연구들을 기반으로 하면서도 본 연구에서는 선행연구들이 충분히 다루지 못했던 다음과 같은 점에 초점을 맞추어 연구를 진행하고자 한다. 첫째, 제4차 산업혁명의 핵심개념들이 행정법체계에 갖는 의미를 도출해보도록 한다. 제2장에서 상세하게 검토하겠지만 혁신, 탄력성, 융합, 협력, 위험(리스크) 등 제4차 산업혁명의 핵심개념들은 기존의 행정법 체계에서도 산발적으로 다루어진 바는 있기는 하지만, 이들 개념들이 총체적으로 행정법체계에 어떠한 변화를 가져올 수 있는지에 대한 연구는 이루어졌다고 보기 힘들다. 본 연구에서는 이를 검토함으로써 연구의 공백을 메우고자 한다.

-
- 13) 김남진, “자본주의 4.0과 보장국가·보장행정론”, 법률신문 2011년 10월 17일자; 김현준, “행정개혁의 공법적 과제 - 동반과 보장의 행정개혁 -”, 공법연구 제41집 제2호, 2012; 김중권, “21세기 국가모형을 위한 가장 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 공법연구 제41집 제3호, 2013 등.
- 14) 박정훈, “행정법의 구조변화로서의 ‘참여’와 ‘협력’ - 독일에서의 이론적 논의를 중심으로 -”, 행정법의 체계와 방법론, 2005; 김해룡, “공적 사업의 민간화에 있어서의 법적 과제”, 외법논집 제35권 제1호, 2011; 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 박영사, 2015; 박재운, “행정규제 있어서 사인의 규범정립에 관한 연구”, 행정법연구 제44호, 2016 등.
- 15) 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 한양법학 제23권, 2012; 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의미의 한정 -”, 공법연구 제41집 제4호, 2013; 박재운, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 행정법연구 제41호, 2015; 성봉근, “행정법에서 ‘비용’과 ‘가치’ 재검토 - 경제적 효율성 비중에서 민주성 및 보장책임성 조화 비중으로”, 행정법연구 제43호, 2015 등.
- 16) 김동희, “프랑스 행정법상의 행정계약에 관한 고찰”, 법학(서울대학교) 제34권 제3·4호, 1991; 이광윤, “행정계약론”, 행정법이론 - 비교적 고찰 -, 성균관대학교 출판부, 2000; 박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005; 전훈, “공법상 계약화현상과 한국에서의 행정계약”, 공법학연구 제7권 제5호, 2006; 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007; 강기홍, “EU와 독일법상 공공조달 제도- 건축 하도급의 공정성 제고와 관련하여”, 공법학연구 제13권 제1호, 2012; 임현, “독일연방행정절차법상 공법상 계약”, 지방계약연구 제9호, 2014; 정남철, “행정계약의 현안과 쟁점”, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016; 김판기, 행정계약의 공법적 체계에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문, 2016 등.
- 17) 오준근, “행정조직의 자율성 확대와 관련한 법제 분석과 입법적 대안”, 경희법학 제39권 제2호, 2005; 선정원, “성장발전하는 경제사회에서 행정조직법”, 행정법연구 제47호, 2016; 김성수, “행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리위원회 제도설계를 중심으로 -”, 부산대학교 법학연구 제58권 제2호, 2017 등.

둘째, 기존의 제4차 산업혁명에 대한 직접적인 선행연구들이 주로 개별기술 관련법제의 검토에 머물렀던 점에서 벗어나 제4차 산업혁명에 대응하여 행정법체계 전반에 어떤 변화가 요구되는지를 검토하도록 한다. 이를 위해서 행정입법, 행정행위, 행정계약, 행정절차, 행정조직 등 전통적인 행정법체계의 요소별로 개선이 필요한 점을 밝혀보고자 한다. 이를 검토함에 있어서는 비록 제4차 산업혁명에 초점이 맞추어진 것은 아니지만 독일의 ‘새로운 행정법학’(Neue Verwaltungswissenschaft)에 대한 논의¹⁸⁾나 미국의 ‘새로운 행정법’(new administrative law)에 대한 논의¹⁹⁾가 여러 가지 시사점을 제공하므로 이를 참고하도록 한다.

제3절 연구의 내용

제2장에서는 우선 제4차 산업혁명의 핵심개념들을 추출해내고 이들 개념들이 행정법학에서 갖는 함의를 검토하도록 한다. 그리고 이어서 이들 핵심개념들을 토대로 행정법체계의 개선을 모색함에 있어서 유의해야 할 헌법적 기초를 검토하도록 한다.

제3장에서는 규제법제의 개선방안에 대해서 살펴보도록 한다. 제4차 산업혁명의 핵심이라고 할 수 있는 혁신적인 기술들에 대응하는 대표적인 분야가 규제법제이므로 이를 우선적으로 살펴보도록 한다. 특히 규제프리존, 네거티브규제, 규제샌드박스, 비조치의견서, 자율규제 등 규제개혁과 관련된 사항들을 검토하도록 한다.

제4장에서는 행정입법의 개선방안에 대해서 검토하도록 한다. 제4차 산업혁명에 따른 속도감 있는 새로운 기술의 등장에 적응하기 위해서는 탄력적인 법제운용이 필요해지고, 이로 인해 전통적인 법률유보의 원칙에 변화가 요청될 수 있다. 또한 법규명령과 관련하여

18) Voßkuhle, Andreas, “Neue Verwaltungswissenschaft”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band I, 2. Auflage, München, 2012 등.

19) Aman, Alfred, “Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law”, 10 Ind. J. Global Legal Stud. 125 (2003) 등.

여 위임입법의 한계 논의의 변화, 기술규제에 있어 행정청의 전문성을 활용할 수 있는 규범구체화 행정규칙과 법령보충적 행정규칙 및 가이드라인의 활용 등에 대해 검토한다.

제5장에서는 행정행위 및 신고법제의 개선방안에 대해서 검토하도록 한다. 행정행위와 관련해서는 특히 재량과 판단여지의 문제를 검토하도록 한다. 이는 제4차 산업혁명에서는 과학적 기술적 판단이 중요시되고 위험에 대한 미래예측적 판단이 많아지면서 기존의 재량과 판단여지를 새롭게 돌아볼 필요성이 높아지기 때문이다. 이어서 신고법제도 검토하는데, 행정행위와 신고법제를 함께 검토하는 이유는 제4차 산업혁명에 수반될 수 있는 규제완화과정에서 이들 상호간의 관계가 문제될 수 있기 때문이다. 이 장에서는 특히 인허가의제제도의 개선방안, 임시허가제도의 개선방안, 신고법제의 정립방안 등을 검토하도록 한다.

제6장에서는 행정계약법의 개선방안에 대해서 검토하도록 한다. 행정계약의 일종이라고 할 수 있는 공공조달계약은 기술혁신의 수단으로 널리 활용될 수 있기 때문에 검토의 필요성이 있다. 또한 공공조달 이외에도 기술혁신촉진을 촉진할 수 있는 다양한 계약제도, 계약방식, 그리고 규제계약에 대해서 검토해보도록 한다.

제7장에서는 행정절차법의 개선방안에 대해서 살펴보도록 한다. 특히 제4차 산업혁명에 따른 신기술이 도입됨에 따라 다양한 이해관계의 대립이 발생할 수 있다. 그러나 현행 행정절차법과 개별법상의 참여절차는 이러한 이해관계의 대립을 제대로 반영할 수 있는 틀을 담고 있지 못하다. 의견수렴 및 조정절차, 입법 및 정책결정절차를 중심으로 제4차 산업혁명에 따른 변화를 절차적으로 어떻게 반영할 것인지를 다루어보도록 한다.

제8장에서는 행정조직법의 개선방안에 대해서 살펴보도록 한다. 제4차 산업혁명은 국가, 기업, 시민간의 긴밀한 협력을 필요로 한다. 또한 제4차 산업혁명의 특징이라고 할 수 있는 융합기술의 경우 여러 정부부처의 권한과 관련되기 때문에 이들 정부부처 상호간의 긴밀한 협업 및 권한조정이 필수적이라고 할 수 있다. 또한 사인에 의한 행정업무수행이 늘어날 가능성이 높다. 이러한 행정조직법의 과제들을 검토하도록 한다.

제9장에서는 개인정보보호법 및 전자정부법에 대해서 살펴보도록 한다. 제4차 산업혁명의 특징 중의 하나로 할 수 있는 초연결성은 개인정보보호의 측면에서 많은 리스크를 내포하고 있기 때문에 이에 적절하게 대응하는 것이 중요한 과제로 제시된다. 또한 제4차 산업혁명은 융합행정과 같은 공공부문의 혁신이 발생하게 되며, 빅데이터를 활용한 증거 기반적 행정의 중요성이 높아지게 된다. 이러한 경향에 전자정부법제가 적절하게 대응하는 것이 또한 중요한 과제로 등장하게 된다. 이러한 맥락에서 개인정보보호법 및 전자정부법제를 검토해보도록 한다.

제10장에서는 이상에서 논의한 내용들을 토대로 구체적으로 개선이 필요한 법령내용을 구체적으로 적시해보도록 한다. 크게 둘로 나누어서 1) 행정관련 기본법에 해당하는 행정절차법, 행정규제기본법, 행정조직법 등의 개선방안, 2) 개별기술별 규제법제의 개선방안으로 나누어서 살펴보도록 한다.

제11장에서는 최종적으로 일정한 결론을 도출하고 향후 추가적인 연구과제를 제시하도록 한다.

korea
legislation
research
institute

제2장 제4차 산업혁명의 핵심개념과 헌법적 기초

제1절 제4차 산업혁명의 핵심개념

제2절 헌법적 기초

제2장

제4차 산업혁명의 핵심개념과 헌법적 기초

제1절 제4차 산업혁명의 핵심개념

1. 개 관

클라우드 슈밥은 제4차 산업혁명을 이끄는 기술로 물리학기술, 디지털기술, 생물학 기술을 들면서 여러 분야의 기술이 융합되어 서로 다른 분야에 영향을 미치고 있음을 지적하고 있다.²⁰⁾ 또한 제4차 산업혁명의 영향력을 크게 1) 경제, 2) 기업, 3) 국가·세계, 4) 사회, 5) 개인으로 나누어서 보고 있다. 보다 구체적으로는 1) 경제에서는 성장가능성, 노동력의 위기, 노동의 본질을, 2) 기업에서는 파괴적 혁신과 기업, 고객기대의 변화, 빅데이터를 활용한 품질 향상, 협력을 통한 혁신, 신기업 운영모델을, 3) 국가·세계에서는 정부의 역할, 세계 체제의 개편, 국제안보 문제, 4) 사회에서는 불평등과 중산층, 권력을 얻은(잃은) 시민, 5) 개인에서는 정체성, 도덕성, 윤리, 휴먼 커넥션, 공공 및 개인정보관리를 들고 있다.²¹⁾

위와 같은 제4차 산업혁명의 내용을 보면 주요 핵심개념을 다음과 같이 도출해볼 수 있다. 첫째, ‘혁신’(innovation)이다. 제4차 산업혁명을 주도하는 것은 혁신적인 기술들이라고 할 수 있으며 이러한 혁신이 특히 기업부문에서 지속적으로 강조되고 있음을 볼 수 있다. 둘째, 미래의 급속한 변화에 대해 적응할 수 있는 ‘탄력성’(flexibility)이다. 셋째,

20) 클라우드 슈밥 저/송경진 역, 제4차 산업혁명, 새로운 현재, 2017, 36-53면.

21) 클라우드 슈밥 저/송경진 역, 앞의 책, 56-168면.

‘융합’(convergence)이다. 디지털기술이 경계를 넘어 적용되면서 다양한 융합기술이 발생하고 있고, 이에 대응한 융합행정의 중요성 또한 강조되고 있다. 넷째, ‘협력’(cooperation)이다. 디지털기술을 통한 초연결사회가 가능해지고 이를 통해 기업과 기업간의 협력, 정부와 기업간의 협력, 정부와 민간의 협력이 중시되고 있다. 다섯째, ‘위험’(risk)이다. 제4차 산업혁명은 노동의 상실, 불평등의 확산, 개인정보의 유출 등 다양한 리스크를 일으킬 수 있다.

이러한 주요개념들 중에서 혁신과 탄력성, 융합과 협력은 서로 밀접한 관련이 있다. 규제의 탄력성이 존재해야 기술혁신을 촉진시킬 수 있으며, 기술 및 행정의 융합은 다양한 부문간의 협력을 전제로 하기 때문이다. 따라서 이하에서는 1) 혁신과 탄력성, 2) 융합과 협력, 3) 위험(리스크)의 크게 세 가지로 나누어서 이들 주요개념들에 대해서 행정법이 어떻게 대응할 것인지를 검토할 필요가 있다. 흥미로운 점은 이들 개념들이 행정법학에서 완전히 새로운 개념들이 아니며, 이러한 개념들을 반영하기 위한 노력이 이미 다양하게 이루어져왔다는 점이다. 이하에서는 이들 주요개념들에 대해서 행정법학이 어떻게 대응해왔는지를 살펴보고 향후의 과제는 무엇이 있는지를 살펴보고자 한다.

2. 혁신과 탄력성

‘혁신’(innovation)이라는 개념은 법적 개념이라고 보기는 힘들다. 그러나 ‘혁신’이라는 개념은 사회영역의 발전상을 정확하게 포착하고 ‘혁신에 민감한’ 법이 될 수 있는지 문제의식을 갖게 된다는 점에서 연구가치가 있다. 또한 ‘혁신에 민감한 법’은 사회의 발전을 위해 자유로운 영역이나 이를 촉진하는 수단을 형성하는 이른바 ‘혁신개방성’(Innovationsoffenheit)의 목표를 추구할 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 이 혁신이 다른 공동선에 긍정적, 부정적으로 미치는 영향도 함께 고려해야 한다는 점이 강조되고 있다.²²⁾

22) 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 660면.

이와 같은 맥락에서 과학기술의 혁신에 있어서 법과 규제는 혁신에 수반될 수 있는 위험을 통제할 뿐 아니라, 혁신의 방향을 제시하기도 하고 혁신을 유인하고 지원하는 조종장치 또는 동력장치로서 기능을 수행할 수 있어야 한다고 지적되고 있다. 새로운 과학기술을 대할 때, 법은 위험의 통제라는 관점 뿐 아니라, 어떻게 하면 이러한 혁신을 유도하고 촉진시킬 수 있을지에 대한 고민을 함께 수행해야 한다는 것이다.²³⁾

그런데 이러한 혁신과 규제 간에는 갈등이 발생하는 경우가 많다. 이러한 갈등사례들을 갈등의 원인이 되는 이해관계의 구조와 성격에 따라 크게 4개의 유형으로 구분하는 견해도 제시되고 있다. 이 견해에 따르면 크게 혁신과 규제 간 갈등이 기존사업자와 신규사업자의 경제관계에서 발생하는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분된다. 그리고 다시 전자는 경쟁사업자들이 생산 또는 제공하는 재화나 용역이 동일한 경우(유형 I)와 동일하지는 않으나 대체재관계에 있는 경우(유형 II)로 구분하고 있다. 후자는 새로운 과학기술의 적용이 관계자의 헌법상 기본권이나 법적 권리와 충돌하는 경우(유형 III)와 새로운 과학기술의 적용이 특정인의 이해를 떠나 사회적 가치 내지 이데올로기 차원의 갈등을 야기하는 경우(유형 IV)로 구분해서 보고 있다.²⁴⁾ 이러한 견해에 따르면 혁신을 촉진하기 위한 규제법제를 정립하기 위해서는 이해관계의 갈등을 적절하게 조절할 수 있는 절차가 중요함을 알 수 있다.

다음으로 혁신과 탄력성을 반영하는 행정법학의 발전방안에 대해서는 독일의 호프만-림(Hoffmann-Riem)의 견해를 살펴볼 필요가 있다. 호프만-림은 슈미트-아스만(Schmidt-Aßmann)과 함께 ‘행정법의 개혁’(Reform des Verwaltungsrechts) 시리즈를 1990년대 초반부터 10권으로 간행했는데, 이 중의 한 권이 혁신과 탄력성이라는 주제에 초점을 맞추고 있다. 이 책에서 호프만-림은 행정법에서 탄력성과 혁신개방성(Innovationsoffenheit)을 가능토록 하기 위해서는 6가지 핵심개념을 유의해야 한다는 점을 밝히고 있다. 1) 조종

23) 이원우, “혁신과 규제: 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단”, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016, 11면.

24) 이원우, 앞의 글(각주 9), 11면.

(Steuerung), 2) 결정(Entscheidung), 3) 이익(Interesse), 4) 정보, 의사소통, 그리고 상호작용(Information, Kommunikation und Interaktion), 5) 결정조건(Entscheidungsprämissen), 6) 결정타당성(Entscheidungsrichtigkeit)이 그것이다.²⁵⁾ 이들 6가지 핵심개념을 보다 상세하게 살펴보도록 하자.

첫째, 행정은 법률을 단순히 적용하는 기계에 머무는 것이 아니라, 행정목적의 창출 및 실현을 구체화하고 형성하는, 즉 조종(Steuerung)하는 임무를 수행하는 주체로 이해할 필요가 있다고 본다. 이처럼 행정을 조종주체로 이해하면서도 조종의 다양한 프로그램, 양식, 수단 등은 법치국가원리, 민주주의원리, 사회국가원리에 의해서 구체화되고 통제되는 것이 필요하다는 점 또한 지적하고 있다. 이러한 조종학의 관점에서는 혁신가치가 행정법에 어느 정도 통합되어 있는지가 중요한 과제가 된다.²⁶⁾

둘째, 법질서는 행위자, 이익, 조종목적과 관련되며, 조종행위가 직접적 또는 간접적으로 조종결과에 영향을 미친다는 점을 전제로 한다. 법적인 프로그램화, 그리고 그에 병행하거나 사후적으로 이루어지는 통제의 출발점이 되는 것은 ‘결정’(Entscheidung), 즉 다양한 행정작용수단(예컨대 행정행위, 행정계약) 중에 선택하는 행위를 들 수 있다. 그리고 이러한 결정에 개별적인 타당성(Sachrichtigkeit)이 존재하는지 여부는 결정결과로만 판단되는 것이 아니라, 결정과정의 요소들(절차, 조직, 행위자 등)이 적절한지 여부에 따라 판단된다. 혁신이론의 관점에서는 법질서가 혁신개방적인 결정전제들을 어느 정도 승인하고 있는지, 법질서가 혁신절차로서의 결정절차에 어느 정도 기여하고 있는지가 문제된다.²⁷⁾

셋째, 행정결정의 행위자 및 이해관계인에게 있어서 중요한 것은 이들의 이익(Interesse)라고 할 수 있다. 법질서는 주관적 공권의 형식으로 승인된 이익만을 존중하는 것이 아니라, 이러한 법적으로 보호되지 않는 이익, 더 나아가 미래의 이익 또는 다음 세대의 이익까지 형량하

25) Hoffmann-Riem, Wolfgang, “Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht - Einleitende Problemskizze -”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden, 1994, S. 19-28.

26) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 19-21.

27) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 21, 22.

는 것을 허용한다. 혁신이론적인 관점에서 보면 사회안에 어떠한 혁신친화적 또는 혁신회피적 이익이 존재하는지를 파악하는 것도 중요하지만, 법질서가 얼마나 혁신이익을 승인하고 절차법적, 실체법적으로 혁신이익을 지지하거나 거부할 것인지도 중요하다.²⁸⁾

넷째, 결정작용으로서의 행정작용은 정보의 활용가능성, 그리고 적절한 정보취득 및 정보처리의 확보에 의존하게 된다. 그리고 행정에서의 의사소통과 상호작용모델은, 얼마나 이들이 복잡하고 특히 다극적인 관계에 적합하게 정보취득의 요청을 충족시키는지, 그리고 정보형량을 포함하여 적절한 정보처리를 가능하게 하는지를 점검할 필요가 있다. 행정법은 올바른 결정결과를 낼 수 있도록 상호작용과정을 구조화해야 한다. 이를 위해서 혁신관련정보(규범의 실제영역에 있어서의 혁신필요성, 개별 행위자의 혁신이익, 혁신적인 행정작용형식 등에 대한 정보)가 사용가능해야 하며, 의사소통절차에서의 참여기회, 정보처리 절차에 있어서 고려기회 등이 혁신개방적으로 반영되어야 한다.²⁹⁾

다섯째, 전통적인 법이론은 성문 또는 불문의 구성요건과 법효과라고 하는 규범프로그램에 초점을 맞추고 있다. 규범프로그램은 더 나아가 가장 중요한 결정조건(Entscheidungsprämissen)이라는 점은 명확하며, 혁신과 관련한 정책은 규범프로그램에 의해서 가능해져야 하며, 규범프로그램의 범위 내에서 유지되어야 한다. 그럼에도 불구하고 행정에 의한 혁신동기가 어느 정도 범위 내에서 규정화되었는지를 질문할 필요가 있다. 왜냐하면 행정의 작용모델은 배타적으로 규범프로그램에 의해서 특징지어지는 것은 아니며 다른 전제들도 중요하기 때문이다. 따라서 행정작용의 지향성은 특히 조직, 인사, 그리고 물적인 자원들과 합치될 필요가 있다.³⁰⁾

여섯째, 행정작용의 타당성은 다음과 같이 3가지 범주로 나누어진다고 할 수 있다. 1) 합법성(Rechtmäßigkeit): 한계설정이거나 구속력 있는 목표에 대한 프로그램화된 전제조건이라는 의미를 갖는 법의 준수,³¹⁾ 2) 최적화(Optimalität): 결과책임의 보장을 포함하여 법적인 전제조

28) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 22.

29) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 22-24.

30) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 24-26.

건 내에서 (행정)목적 달성에 있어서 최적화하는 것,³²⁾ 3) 수용성(Akzeptabilität): 법적인 전제조건을 준수하는 의미에서의 합법성을 통해서 뿐만 아니라 결정절차와 이익최적화의 방식에 의해서 수용을 가능토록 하는 것³³⁾이 그것이다. 혁신개방성과 혁신지향성은 특정 조치의 합법성의 수준으로까지 고양될 수도 있지만, 단순히 바람직한 행정정책의 부수적 효과(Begleiterscheinung) 정도가 될 수도 있다.³⁴⁾

호프만-림의 이상의 견해는 행정법의 다양한 측면에 시사점을 제공한다. 혁신과 탄력성을 촉진하기 위해서는 1) 행정작용법의 측면에서 적절한 행정작용선택이 중요하며, 2) 행정절차의 측면에서 다양한 이해관계의 조정이 가능토록 하는 것이 중요함을 알 수 있다. 얀 지코(Jan Ziekow) 등은 행정절차가 복잡성을 감축하는 기능을 담당해야 한다는 점을 강조하고 있는데 호프만-림과 같은 취지로 이해해볼 수 있다.³⁵⁾

3. 융합과 협력

다음으로 살펴볼 개념은 융합과 협력이다. 방송통신융합에서 드러나듯이 기술의 융합은 행정의 융합 또는 협력으로 연결되고 있음을 볼 수 있다. 기술융합에 따라서 서로 다른 정부부처가 통합을 한다든지, 서로 다른 기관간의 긴밀한 협력이 불가피하게 되는 상황이 발생하고 있는 것이다.

이러한 융합 또는 협력이 강조됨에 따라 기존의 행정법 영역에서 주류를 이루었던 명령적 법 또는 명령적 행정작용은 오늘날 증대되는 국가의 임무 혹은 책임의 수행을 위해 충분치 않다는 점이 지적되고 있다. 이러한 문제의식 하에서 임무관련적, 사안 해결의 합목적성, 그리고 지속적인 지식산출을 이끌어내는 법학방법론이 등장하게 되었고, 독일

31) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 27.

32) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 27.

33) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 28.

34) Hoffmann-Riem, 앞의 글, S. 28.

35) Ziekow, Jan & Windoffer, Alexander, Public Private Partnership - Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, Baden-Baden, 2008, S. 35.

에서 조종학(Steuerungswissenschaft)³⁶⁾, 그리고 영미에서의 거버넌스(governance) 이론 등이 행정법학에 영향을 미치게 되었다.³⁷⁾

독일의 새로운 행정법학의 주요한 특성의 하나를 이루고 있는 것이 조종학으로서의 행정법인데, 이러한 조종학의 영향을 받은 것으로 ‘촉진적 법’(stimulierende Recht)을 들 수 있다. 촉진적 법은 행위자의 특정한 행위의무나 행위제한을 구체적으로 전제하거나 정해두는 대신 행위가능성을 넓게 개방한다. 예를 들어 조세감면혜택이나 보조금과 같은 금전적 촉진규제는 특정한 공동선의 실현을 추구하되, 행위자가 이에 참여 및 수행하는 가능성을 개방적으로 남겨둔다. 다른 예로 인프라 사업자가 기술혁신이나 경영합리화를 통해 망효율성을 높이도록 촉진규제를 시행하는 방안도 있다. 이 경우, 각 규제기간마다 망비용에 대한 기준을 규제기관이 일방적으로 정하는 것이 아니라 망서비스를 위한 비용이나 여기에서 최대로 추구되는 수익이 규제기간의 경과에 따라 감축되도록 할 수 있다.³⁸⁾ 이러한 촉진적 법에 관한 이론을 보면 행정목적의 달성에 시민의 참여 또는 협력의 중요성이 강조되고 있음을 볼 수 있다.

다음으로 영미의 거버넌스 이론에서도 행정절차에의 시민의 참여 등을 포함하여 민관협력의 중요성이 강조되고 있다. 미국 행정법학자로서 ‘새로운 행정법’(new administrative law)의 대표적인 주창자인 알프레드 에이먼(Afred Aman)은 새로운 행정법의 특징을 다음과 같이 제시하고 있다. 즉, 1) 모든 행정부 레벨에서 공공부문과 민간부문의 융합이 이루어지고 있으며, 2) 공적인 것이 무엇이고, 사적인 것이 무엇인지 재정의가 이루어지고 있으며, 3) 국가가 권력을 행사함에 있어서 협상모델에 더 많이 의존하고 있으며, 4) 민영화에 따른 시민의 참여가 늘어나며, 민간부문에 공적인 기능의 위탁되고 있으며, 5) 행정의 결정과정에서 경제적 논의가 주를 이루면서 비경제적 가치의 역할이 줄어들고 있다는 것이다.³⁹⁾

36) 이를 ‘제어학’으로 번역하기도 한다. 그런데 ‘제어’라는 표현은 행정작용이 잘못된 방향으로 나가지 않도록 하는 소극적 의미가 강한데, 독일에서 ‘steuerung’이라고 할 때에는 적극적으로 행정목적의 달성을 도모하는 적극적 의미가 강하므로 본 연구보고서에는 ‘조종학’으로 번역하도록 한다.

37) 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 662면.

38) 계인국, 앞의 글, 663-664면.

39) Aman, Alfred, “Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law”, 10 Ind. J. Global Legal

이상의 내용들을 보면 행정조직법의 관점에서의 협력과 참여를 촉진하는 것이 제4차 산업혁명에 대응하여 매우 중요함을 알 수 있다. 행정학분야에서 네트워크 이론에 입각하여 부처 상호간의 정책조정, 융합행정의 중요성이 강조되고 있는 것을 볼 수 있는데,⁴⁰⁾ 이러한 행정학의 논의를 행정법학적으로 재해석해내는 작업도 필요하다고 하겠다.

4. 리스크(위험)

제4차 산업혁명은 다양한 위험(리스크)발생가능성을 내포하고 있는데, 비록 제4차 산업혁명 자체에 초점이 맞추어진 것은 아니지만 위험(리스크)에 대해서는 환경법, 규제법 등의 분야에서 이미 다양한 논의가 이루어진 바 있다.⁴¹⁾

김유환 교수는 과학기술의 발전은 다양한 리스크를 초래하는데 이러한 리스크를 관리하기 위하여 적절한 규제시스템이 도입될 필요성을 강조하면서 다음과 같이 지적하고 있다. 첫째, 과학기술의 발전이 가장 폭넓게 초래하는 위험은 환경리스크 및 그 밖의 안전 리스크이다. 둘째, 오늘날 과학기술이 초래하는 리스크는 과학기술을 활용한 각종 범죄행위 그리고 사이버테러, 바이오테러 등의 각종 테러행위까지 이르고 있다. 셋째, 과학기술이 초래하는 리스크가 관리하기 어렵다는 것은 과학기술의 발전이 가진 불확실성 때문이다. 불가측하고 불확실한 위험을 어떠한 기준에서 관리할 것인가 하는 것이 주요한 과제가 된다. 넷째, 기술과 과학지식의 개발행위 자체가 위험한 경우도 있다. 핵에 대한 연구 등은 연구 자체에 위험을 수반한다. 연구실관리나 연구과정 자체의 리스크를 적절히 관리하는 것도 중요한 규제이슈가 된다.⁴²⁾

Stud. 125 (2003), p. 125.

40) 보다 자세한 논의는 이종현·한경석, “행정기관의 효율적인 협업시스템 도입 필요성에 관한 연구”, 한국정책과학회보 제16권 제1호, 2012; 진종순, “공공부문 융합행정의 성공요인에 관한 연구”, 한국인사행정학회보 제12권 제1호, 2013; 선정원, “성장발전하는 경제사회에서 행정조직법”, 행정법연구 제47호, 2016 등 참조 바람.

41) 리스크와 관련한 선행연구로 윤혜선, 리스크 규제에 관한 공법적 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2009; 김지영·김성원·김형섭·김은주, 위험사회에서의 리스크커뮤니케이션에 관한 법적 연구, 한국법제연구원, 2014 등이 있음.

42) 김유환, 행정법과 규제정책(개정증보판), 삼원사, 2017, 264-265면.

이처럼 리스크의 관리는 규제법의 핵심이라고 할 수 있다. 과학기술의 혁신과 규제가 갈등관계에 있는 경우 이러한 갈등을 어떻게 다룰 것인지 판단함에 있어서, 확률적 방법에 의해 위험을 정의하는 방식을 원용하여 갈등관계를 유형화하는 방안도 제시되고 있다. 즉, 위험의 중대성과 위험의 발생가능성을 기준으로 4개의 유형으로 구분하는 것이다. 1) 위험이 중대하고 발생가능성이 높은 경우(제1유형), 2) 위험이 중대하지만 발생가능성은 낮은 경우(제2유형), 3) 위험이 미약하고 발생가능성이 큰 경우(제3유형), 4) 위험도 미약하고 발생가능성도 낮은 경우(제4유형)이 그것이다. 이러한 유형별로 규제필요성에 차이가 존재하게 되므로, 이러한 규제필요성의 차이를 전제로 과학기술 혁신과 규제 사이의 갈등해소를 위한 원칙을 다르게 설정해야 한다는 것이다.⁴³⁾

리스크에 대응하는 행정법학의 발전방안을 모색함에 있어서는 법경제학 이론도 참고할 필요가 있다. 예를 들어 미국의 데이비드 드리젠(David Driesen)은 기존의 법경제학(law and economics) 이론이 지나치게 정태적인 분석에 머무르고 자원의 효율적 배분에만 초점을 맞추었다는 점을 비판하면서 대안적인 법경제학이론을 ‘법의 경제적 다이내믹’(economic dynamics of law)이라는 이름하에 제시하고 있다. 이 이론에서는 1) 시간의 흐름에 따른 변화에 초점을 맞추고, 2) 과거의 선택이 미래의 결정을 제약한다는 경로의 존성(path dependence)을 강조하며, 3) 규범적인 지향(normative commitment)을 포괄하고, 4) 미시경제학적인 관점에서 자원의 배분자로서의 법보다는 기본틀/framework로서의 법을 중시하고, 5) 균형(equilibrium)이나 선호(preference)를 상대적으로 덜 중시하며, 6) 체계적인 리스크(systemic risk)의 회피를 주요한 목적으로 설정한다.⁴⁴⁾ 이처럼 미래에 발생할 수 있는 리스크의 회피를 주요한 목적으로 삼는다는 점에서 대안적인 법경제학 이론의 특징이 존재한다.

이와 같은 ‘법의 경제적 다이내믹’ 이론에서는 크게 세 가지 점에 초점을 맞추고 있다.

43) 윤혜선, 리스크 규제에 관한 공법적 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2009, 30-49면; 이원우, 앞의 글(각주 9), 12면.

44) Driesen, David M., *The Economic Dynamics of Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 50-61 of 242 (Kindle Version).

첫째, 법적인 세부내용을 신중하게 고려하면서 경제적 인센티브 법을 연구하며, 둘째, 제한적인 합리성 가정을 활용하여 어떠한 행위자들이 명목상 적용되는 인센티브에 주의를 기울일 것인지, 그리고 그들이 어떻게 반응할 것을 찾아내며, 셋째, 상반되는 인센티브가 법적인 인센티브에 어떻게 상반되는 영향을 미칠 것인지를 고려한다.⁴⁵⁾ 이와 같은 인센티브에 관한 내용은 독일 조종학의 영향을 받은 ‘촉진적 법’이론과 일맥상통한다고 할 수 있다.

이상과 같은 리스크(위험)의 개념에 대응한 행정법학의 발전방향을 모색하기 위해서는 미래에 발생할 수 있는 리스크를 최대한 예측하기 위한 데이터분석이 행정절차에서 이루어지도록 하는 것이 중요함을 알 수 있다.

5. 제4차 산업혁명의 핵심개념들과 ‘새로운 행정법학’

이상의 내용을 보면 제4차 산업혁명의 핵심개념들은 행정법이론에서 이미 어느 정도 다루어져 왔음을 알 수 있다. 문제는 이러한 핵심개념들에 대해서 행정법체계가 구체적으로 어떻게 대응할 것인가 하는 점이다. 이와 관련해서는 독일의 ‘새로운 행정법’(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft) 논의가 주는 시사점이 크므로 이를 살펴볼 필요가 있다.

포스쿨레(Voßkuhle)는 새로운 행정법을 촉발하는 원인으로 크게 세 가지를 들고 있다. 첫째, ‘미래적합성이 있는 법’(zukunftsstaugliches Recht)을 추구하게 되는 경향이다. 이러한 경향은 크게 세 가지 요소로 인해 나타나게 되는데, 1) 기존의 금지, 명령 위주의 질서법 또는 규제법의 한계, 2) 사회 및 기술의 변화, 3) 정책적으로 지속적인 과제로서 행정과 행정법의 개혁이 요청된다는 점 등이 그것이다. 둘째, 행정법의 유럽화와 국제화의 영향이다. 셋째, 행정법이 ‘적용관련 해석학’(anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft)으로부터 ‘법정립에 지향된 작용학 및 결정학’(rechtssetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft)으로 그 중점이 옮겨지고 있다는 점이다.⁴⁶⁾

45) Driesen, David M., 앞의 책, p. 67-68 of 242 (Kindle Version).

46) Voßkuhle, 앞의 글, S. 9-21.

새로운 행정법학을 정립함에 있어서는 7가지 방법론적 요소가 강조되고 있다. 첫째, 조종이론적인 접근방법(Steuerungstheoretischer Ansatz)이다. 이 이론은 다음과 같은 장점이 있음이 지적되고 있다. 1) 조사대상을 분별하고 확장하는 것을 가능케 하며, 2) 서로 다른 조종의 주체, 대상, 목적, 수단 간의 효과연관, 상호관계 분석을 가능케 하고, 3) 다른 학문분야와의 대화를 가능토록 한다는 것이다.⁴⁷⁾

둘째, 실제영역(Realbereich)에 대한 분석이다. 조종이론적인 분석의 기초가 되는 것은 실제영역에 대한 정확한 분석이며, 사회적, 경제적, 문화적, 기술적 또는 생태적 현실에 대한 이해가 없이는 이러한 실제영역에 대한 이해가 불가능하다는 것이다.⁴⁸⁾

셋째, 효과 및 결과지향성(Wirkungs- und Folgerorientierung)이다. 효과를 분석함에 있어서는 크게 세 가지로 나누어서 분석한다. ‘산출물’(Output)은 결과물 자체를 의미하며 관련된 조치의 즉각적이고 구체적인 결과를 의미하며, ‘영향’(Impact)는 목표집단의 행태에 대한 단기적인 영향을 의미하며, ‘결과’(Outcome)는 사회적, 경제적, 기타 환경에 대한 조치의 장기적인 영향을 의미한다. 이에 따라 기술영향평가(Technikfolgenabschätzung: TA), 입법영향평가(Gesetzesfolgenabschätzung: GFA) 등이 중시된다.⁴⁹⁾

넷째, 내부적, 다원적, 초경계적, 학제적인 성격(Intra-, Multi-, Trans- and Interdisziplinarität)의 반영이다. 법학내부에서 사법, 공법, 형사법간의 경계를 넘어선 연구가 이루어져야 하며, 행정학 등 다른 학문분야와의 학제적인 연구도 이루어질 필요가 있다는 것이다.⁵⁰⁾

다섯째, 핵심개념(Schüsselbegriff), 모델(Leitbild)을 중심으로 한 연구이다. 이러한 핵심개념으로는 정보, 보장국가, (규제된) 자율규제, 책임(분배) 등을 들 수 있다. 이러한 모델로는 ‘날씬한 국가’(schlanker Staat) 또는 ‘촉진적 국가’(aktivierender Staat) 등을 들 수 있다.⁵¹⁾

47) Voßkuhle, 앞의 글, S. 21-27.

48) Voßkuhle, 앞의 글, S. 27-29.

49) Voßkuhle, 앞의 글, S. 29-33.

50) Voßkuhle, 앞의 글, S. 33-36.

51) Voßkuhle, 앞의 글, S. 36-39.

여섯째, 각론분야(Referenzgebiet)를 염두에 둔 연구이다. 행정법의 총론과 각론이 긴밀한 관계성 가운데 연구될 필요가 있다는 점이다. 각론분야의 개별적인 논의들이 일반적인 문제제기에 개발될 필요가 있으며, 이를 통해서 얻어낸 인식의 일반화가능성을 점검해보는 것이 필요하다는 것이다.⁵²⁾

일곱째, 확장된 체계관점(erweiterte Systemperspektive)이다. 위에서 언급한 조종학적 접근방법을 통해서 다음과 같은 세 단계를 거치는 체계를 구축할 필요가 있다는 것이다. 1단계에서는 유형화된 분석을 통해서 분산된 행정현실을 고찰하면서 질서지우고, 2단계에서는 새로운 지도이념과 핵심개념을 수립하고, 3단계에서는 새로운 일반화된 법사상, 원리, 가치결정, 조직, 작용형식 등을 개발해내는 것이다.⁵³⁾

이러한 독일의 ‘새로운 행정법학’에 대해서는 비판의 목소리 또한 제기될 수 있다. 우선 새로운 행정법학이 학제적인 연구를 강조함으로써 행정법학을 사실의 학문으로 변질시키고 이를 경제학이나 사회학에 용해시켜 그 정체성을 부인하는 것이 아닌가 하는 비판이 제기될 수 있다. 다음으로 ‘조종’이라는 개념이 모호하다는 비판도 제기될 수 있다. 즉, 공공부분의 관련 행정기관을 포함하여 민간부분의 행위주체들을 조율하기 위한 조직, 거버넌스를 구축하고 적정한 절차적 규율과 소통을 통하여 이들 행정주체들을 바람직한 방향으로 지속적인 영향력을 행사하여 최적의 결과를 도출하는 것이 과연 무엇이며 현실 세계에서 가능한 것인가 하는 의문이 제기될 수 있다.⁵⁴⁾

위와 같은 비판을 경청할 필요는 있을 것이나, 제4차 산업혁명이라는 시대변화에 대응하기 위해서는 독일의 ‘새로운 행정법학’에서 강조하고 있는 점들이 적실성이 있음을 부인할 수 없다. 특히 1) 행정현실에 대한 치밀한 분석, 그리고 2) 이에 대한 학제적인 연구의 필요성, 3) 법원중심의 권리구제형 행정법으로부터 정책지향형 행정법으로의 전환은

52) Voßkuhle, 앞의 글, S. 39-40.

53) Voßkuhle, 앞의 글, S. 40-41.

54) 이와 같은 견해를 소개하고 있는 문헌으로 김성수, “독일의 新思潮 행정법학 사반세기 - 평가와 전망”, 강원법학 제51호, 2017이 있음.

제4차 산업혁명에 대응하는 행정법 및 규제법 체계를 정립하고자 하는 본 연구에 여러 가지 시사점을 제공하는 것으로 보아야 할 것이다.

행정법학이 규범학으로서의 정체성을 확립하고 나면 행정학을 매개로 사회학, 정치학, 정책학, 경제학 등과의 학제간 연구를 통하여 종합적 행정과학으로 나아가야 한다는 견해⁵⁵⁾ 역시, 위에서의 논의와 일맥상통한다고 할 수 있다. 제4차 산업혁명에 대응하는 행정법체계를 정립하기 위해서는 이러한 학제적 연구가 필수적이라고 할 수 있다.

학제적 연구의 예를 들어보면 다음과 같다. 우선 사회학적인 관점에서 보면 제4차 산업혁명이 야기하는 다양한 사회현상, 특히 리스크를 분석하는데 유용한 틀을 제공해줄 수 있다. 다음으로 경제학적인 관점에서 보면 제4차 산업혁명은 입법영향평가 또는 규제영향평가에서 이야기하는 ‘비용편익분석’(cost-benefit analysis)의 발전에 기여할 수 있다. 왜냐하면 비용편익분석의 정확성이 확보되기 위해서는 다양한 통계자료가 뒷받침되는 것이 필요한데 제4차 산업혁명의 특징 중의 하나인 빅데이터의 구축은 이에 도움을 줄 수 있기 때문이다. 또한 행정학적인 관점에서는 네트워크이론이나 융합행정에 대한 논의 등이 행정조직법에 많은 시사점을 제공해줄 수 있다.

따라서 본 연구에서는 필요한 범위 내에서 행정학, 경제학, 사회학 등에서의 연구성과를 소개하고 이를 법학적으로 재해석해나가는 작업도 실시하고자 한다.

55) 이에 대해서는 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구 제44집 제2호, 2015 참조. 바람.

제2절 헌법적 기초

1. 헌법에 근거한 행정법 체계의 검토

규제체제의 개편과 거버넌스는 직접적으로 헌법적인 문제라기보다는 행정법적인 문제라고 할 수 있다. 결국은 헌법에서 의회에 위임한 입법권에 의하여 입법자는 광범위한 입법재량권을 가지게 되고 그 재량권을 합법적으로 발동한다는 점에서 단순하게 구성되어 지는 행정수행체계가 갖추어지지만 여전히 근본적으로 헌법의 이념과 제정권력자들의 의도에 부합해야 한다는 내재적 한계가 있다. 따라서 헌법과 행정법과의 관계를 살펴보는 것은 큰 의미가 있다.

(1) 헌법과 행정법의 관계

행정법은 고유한 독자성을 가지는 법 영역이나 그 본질상 헌법과의 관계를 떠나서 검토되기 어렵다. 행정법을 구체화된 헌법(Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht)이나⁵⁶⁾ 활동하는 헌법(tätig werdende Verfassung)으로⁵⁷⁾ 이해했던 독일 학자들의 입장 역시 헌법과 행정법의 긴밀한 관계를 설명해주고 있는 것이며, 따라서 행정법의 체계를 검토할 때에는 헌법과의 관련성을 기본 전제로 하는 것이 필요하다.⁵⁸⁾

이처럼 헌법과 행정법의 긴밀한 관계를 전제로 할 때, 행정법의 규율대상인 행정은 국가목적 내지 공익의 집행작용으로서의 성격, 헌법적 원리에 따른 형성작용으로서의 성격을 갖는다고 이해할 수 있으며,⁵⁹⁾ 그 내용을 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

56) Werner, Fritz, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl, 1959, S. 527.

57) Stein, Lorenz von, Handbuch der Verwaltungslehre, Bd. 1, Stuttgart, 1988, S. 6.

58) 류지태·박종수, 행정법신론(제17판), 박영사, 2017, 50면.

59) 류지태·박종수, 앞의 책, 51면.

(2) 국가목적의 집행작용으로서의 행정에 대한 법

언급한 것처럼 행정은 헌법이 추구하는 목적과 가치를 실현하기 위한 구체적 집행작용으로서의 성격을 갖는다. 이러한 측면에서는 행정법은 행정의 집행작용에 관한 법체계로 이해할 수 있고, 다양한 행정작용 유형을 그 내용으로 담게 되며, 오랫동안 독일과 우리나라의 행정법은 행정작용의 유형 중 행정행위를 중심으로 발전해왔다. 이러한 측면에서는 행정법의 체계에 있어 국가목적(공익) 달성을 위한 행정작용의 효율적 수행이 주된 내용이 되며, 재량행위, 행정입법, 행정계획, 행정지도, 행정계약, 비공식적 행정작용 등의 등장은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.⁶⁰⁾

또한 행정의 집행작용에 대한 법체계로 행정법을 이해할 때, 행정법은 행정현실과 사회변화에 맞추어 그 내용을 유연하고 탄력적으로 변환할 수 있는(또는 변환하여야 하는) 개방성을 갖는다고 이해할 수 있다.⁶¹⁾ 즉 행정은 그 시대의 정치·사회·경제·문화적 상황을 반영하여야 하며, 이에선 현실적인 상황의 반영뿐만 아니라, 시대적 표상(Vorstellung)과 기대(Erwartung)도 중요하게 고려되어야 한다.⁶²⁾ 따라서 제4차 산업혁명에 대응하고 이를 반영하기 위한 행정법은 그에 따른 행정에 대한 수요를 적절히 반영할 수 있고 반영하여야 한다. 이 경우 어떠한 근거와 지향을 바탕으로 변화를 이끌어갈지에 대한 방향성이 전제되는 것이 필요하며, 앞서 검토한 제4차 산업혁명의 핵심개념의 내용들이 중요한 의미를 가질 수 있을 것이다.

(3) 헌법적 원리에 따른 형성작용으로서의 행정에 대한 법

행정은 또한 헌법적 원리에 따른 형성작용으로서의 성격을 갖는다. 즉 행정은 행정주체의 임의적 의사의 표현이 아니라 헌법원리에 의해 구속을 받으며, 특히 행정작용이나 행정제도를 법치국가원리와 민주주의원리에 근거하여 형성하는 것이 중요한 의미를 갖는다.⁶³⁾

60) 류지태·박종수, 앞의 책, 51면.

61) 류지태·박종수, 앞의 책, 52면.

62) Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auf., München, 2008, S. 14.

63) 류지태·박종수, 행정법신론(제17판), 박영사, 2017, 51면.

법치국가원리는 다양한 행정작용의 유형에 대해 엄격한 형식성을 요구함으로써 예측 가능하고 통제가능한 형식으로 행정목적이 달성되도록 한다. 법률우위, 법률유보, 권리구제제도는 이러한 법치국가원리와 관련되는 내용이다. 민주주의원리는 행정작용의 형성과정의 측면을 중시하는데, 행정주체의 일방적 결정이 아닌 당사자의 참여 하에 행정작용을 형성하는 것을 강조하며, 행정절차가 그 대표적인 내용에 해당한다.⁶⁴⁾

헌법적 원리에 따른 형성작용으로서의 행정에 대한 법으로 행정법을 이해하는 측면에서는 당사자의 권리보호가 중요한 의미를 갖는다.⁶⁵⁾ 이러한 당사자의 권리보호는 제4차 산업혁명시대에 있어서도 포기할 수 없는 가치이며, 새로운 제도의 도입에 있어서 항상 고려되어야 하는 점이다. 새로운 기술과 산업의 도입에 있어 당사자의 정보보호 등 권리 보장을 위한 제도를 함께 고려하고, 행정절차의 실질화를 통한 당사자의 참여를 강화하는 것 등은 이와 관련되는 내용에 해당한다.

2. 제4차 산업혁명과 헌법상 기본원칙

(1) 헌법적 기본원칙과의 관계

앞에서 보았듯이 행정법이 제4차 산업혁명에 대응함에 있어서는 1) 혁신과 탄력성, 2) 융합과 협력, 3) 위험(리스크) 관리의 세 가지 요소를 적절하게 반영할 수 있어야 하지만 다른 한편으로는 이 과정에서 민주주의, 법치주의, 사회국가의 원리가 준수되도록 하고 관련된 국민의 기본권이 철저히 보장될 필요가 있다. 이를 위해서는 헌법적 기초에 대한 논의가 필요하다.

64) 류지태·박종수, 앞의 책, 51-52면; 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 354면.

65) 류지태·박종수, 앞의 책, 51-53면.

가. 평등의 원칙

헌법상 기본원칙으로서 평등의 원칙은 새로운 기술혁명사회에서 많은 변화를 겪을 수 있다. 일단 평등의 원칙에 대해서는 정보접근권에 대한 논의가 시작된다. 정보사회에서 정보의 격차는 실질적 평등을 이루기 어렵게 한다는 점이다. 정보의 유무에 따라 재화나 서비스에 대한 접근의 용이성에 차이를 보이게 되기 때문이다. 따라서 정보의 비대칭성을 해소하기 위한 노력은 국가의 새로운 책무 중 하나라고 할 수 있다.

새로운 기술의 도입에 대한 테스트베드 내지는 특정지역을 특화지역으로 하여 양성하는 경우에는 평등권 침해의 논란이 있을 수 있다. 규제특례 제도의 평등권 위반 가능성의 문제이다. 전통적인 산업에 대해서는 규제특례가 존재하지 않는 반면 새로운 신기술 산업에서의 특례를 어떻게 이해할 것인가의 문제, 그리고 새로운 산업기술에 대한 국가의 보조금 형식 또는 조세감면 형식의 지원 등이 있는 경우 이와 같은 혜택을 받지 못하는 분야와의 차이를 어떻게 해결해야 하는가의 문제이다.

우리 헌법상 평등권의 내용은 절대적 평등이 아니며, ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’로 표현되는 상대적 평등의 개념이라는 점에서 의회의 입법재량 및 국가의 정책재량의 범위 내에서 합리적 차별은 가능하다는 것이 일반적인 견해이다. 다만 이와 같은 합리적 차별이라도 법률에 근거를 두어야 하는 바, 헌법 제37조에 의거하여 법률의 근거에 따라 상대적 평등을 구현하는 구조로 이를 정리할 경우 법리상 문제점은 크게 나타나지 않는다.

나. 비례의 원칙

헌법적 원칙으로서 비례의 원칙 역시 기술혁명사회에서 의미를 다시 재확인해야 할 만한 원칙이다. 새로운 기술이 가지는 위험을 명확하게 판단하지 못하는 상태에서 이에 대한 안전규제를 어느 정도 수준까지 부과해야 할 것인가의 문제가 주요한 요소를 차지한다. 그리고 결국에는 정책기조에 따라 불확정개념 내지는 광범위한 재량을 가지고 있는 행정청의 판단을 둘러싸고 분쟁이 발생할 수 있으며, 그 결과가 과도한 경우 비례의 원칙

을 위반하게 되고 결국 재량권의 일탈 및 남용으로 귀결된다. 반면, 재량판단의 하자로 인해 안전사고가 발생하게 되는 경우 국가를 상대로 한 국가배상청구가 제기될 수 있다.

일반적으로 기술을 기반으로 한 재화나 서비스의 공급에 있어서는 위험성을 판단하고 그 위험성에 상응하는 규제들이 부과된다. 그러나 새로운 기술은 그 위험성의 정도를 명확하게 파악하기 어렵다는 점에서 비례적인 규제부과가 현실적으로 어렵다. 이러한 상황을 회피하기 위해 고려되는 것들이 일종의 중간지대로서 규제샌드박스 또는 테스트베드이다. 제한된 범위 내에서 영업행위를 함으로써 영업행위로 인한 위험성을 일정범위로 묶는 것과 동시에 일정기간동안 샌드박스에서 이루어진 행위를 평가하여 위험이 구체적으로 확인된 후 이에 상응하는 규제조치가 부과된다.

3. 주요 기본권과의 관계

(1) 직업의 자유

직업의 자유에는 직업선택의 자유와 직업영위의 자유가 있다. 새로운 규제체제의 개편과 관련하여서는 주로 직업영위의 자유로서 영업의 자유가 문제된다. 그러나 주지하다시피 공공의 이익과의 형량을 통하여 개인의 기본권을 제한할 수 있는 바, 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 근거를 두고 개인의 영업상의 자유를 일정정도로 제한할 수 있다. 여기에서 일정정도의 의미는 이미 언급한 비례의 원칙상 이익형량에 하자가 없는 정도를 의미한다.

그러나 이러한 직업의 자유에 대한 제한은 행정청이 해당 분야에 대한 위험성을 상당한 정도로 알고 있다는 것을 전제로 함에 따라, 새로운 기술규제에 따른 위험성 판단이 사실상 어려운 경우 끊임없이 비례의 원칙과의 관계가 문제될 수 있다. 특히 위험성 판단에 적용되는 기술수준에 대해서 현재까지는 일반적으로 받아들여지는 정도의 기술수준을 중심으로 하였으나 기술발전의 속도와 개발의 촉진 및 장려라는 측면에서 ‘최고수준의 기술’을 그 기준으로 삼아야 한다는 견해들도 일부 제기되고 있다.

(2) 프라이버시(Privacy)권

가. 개인적 공권으로서 프라이버시권

제4차 산업혁명에 따른 기술의 진보가 진행되면서 가장 많은 영향을 받게 되는 분야가 개인정보의 분야이다. 기본권적 측면에서는 프라이버시권으로 부르는 것이다. 프라이버시권이 문제되는 이유는 드론을 통한 촬영을 통해 본인의 의사와 관계없이 노출되는 경우, 빅데이터를 통한 정보관리에서 개인의 프라이버시가 침해되는 경우 등이 있다. 최근의 논의는 개인정보의 비식별화조치가 화두이다. 그러나 프라이버시권을 둘러싸고 인공지능의 활용과 산업계에서의 활용을 위해 그 범위를 점차 확대시켜달라는 것이 주요한 내용을 이룬다.

개인적 공권으로서 프라이버시의 권리가 보호받고 있고, 이러한 프라이버시를 보호해 줄 것을 요구하고 있는 개인적 공권은 개인정보보호법에 의해 보호받고 있다. 따라서 이러한 프라이버시를 보호하기 위한 규제수단의 강구는 행정청의 입장에서는 헌법 및 법률상의 의무이면서, 해당 의무의 효과적 수행은 국가배상청구를 회피할 수 있는 하나의 수단이다.

나. 별도의 기본권 창설의 필요성 논란 - 독일의 IT 기본권 선언을 대상으로 하여

독일 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen)주 헌법보호청은 범죄수사의 방식 중 하나로 상대방의 컴퓨터 보안취약점을 이용하거나 특정 스파이웨어 프로그램을 이식시키는 방식을 사용하고 있었는데 이러한 수사방식의 법적근거는 헌법보호법에 근거하고 있었다. 이에 따라 해당 법률조항이 개인의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법소송의 대상이 되었던 바, 침해되었다는 대상 기본권을 “정보기술시스템의 신뢰성 및 무결성 보장에 대한 기본권 (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer System)”으로 표현하고 있다.⁶⁶⁾ 이러한 표현에 대해서 학자들간에는 기존의 프라이버시권과 다른 새로운 형태의 고양된 기본권을 창설했다고 보는 입장⁶⁷⁾과, 표현은 다르지만 결국 기존의 프라이버시권에서 추출할 수 있는 기본권이라는 견해로 갈리고 있다.

66) BVerfG Urteil vom 2008.2.27. 1 BvR 370/07.

67) 김태오, “사이버안전의 공법적 기초”, 행정법연구 제45호, 2016, 116면.

정보기술시스템의 신뢰성 및 무결성 보장에 대한 기본권이라는 것이 결국 종국적으로는 프라이버시 보호를 위한 것을 목적으로 하고 있고 기본권은 대응되는 보호목적 및 대상이 존재하는데 프라이버시와 정보기술시스템의 신뢰성 및 무결성 보장에 관한 기본권은 종국적으로는 목적과 대상을 같이 한다는 점에서 프라이버시권에 포섭될 수 있는 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 당시의 연방헌법재판소의 판결이 갖는 의미는 지금까지의 주류적 입장이 개인정보를 인격권의 발현이라는 시각에서 출발하여 상대적으로 불가침의 영역이라는 개념을 가졌던 것에 비해, 개인정보를 한 사회가 보유하고 활용할 수 있는 자산이라는 개념으로 보고 대신 국가에 대해서 자신의 개인정보가 비식별화되지 않는 등으로 인하여 남용될 수 있는 경우 그리고 개인정보 자체가 유출되는 경우를 배제할 수 있도록 청구할 수 있는 권리를 인정했다는 점에서 나름의 의미를 갖는다고 할 수 있다.

다. Opt-in, Opt-out을 통한 개인정보보호수준의 선택

개인정보보호를 위한 수단으로 가장 근간을 이루는 것이 Opt-in, Opt-out의 문제이다. 그리고 이를 바탕으로 가급적 정보를 통해 특정 개인의 식별이 불가능하도록 하는 방법이 사용되고 있는데 이를 비식별정보화라고 한다. 이러한 비식별정보화의 방법에는 익명 가공정보화, 가명처리정보화가 포함된다. 그러나 다수의 산재되어 있는 정보를 통합하는 경우 비록 익명가공 내지는 가명처리를 한다고 하더라도 종국적으로 특정인의 식별이 가능하다면 결국에는 개인정보가 보호되지 않는 결과가 발생한다. 이것이 여전히 어느 정도의 수준까지 개인정보보호조치를 강화할 것인가에 대한 기술적 논의가 펼쳐지는 이유이다.

규제와 관련하여 현재 업계에서는 현재의 Opt-in에서 Opt-out으로 전환가능성을 모색하고 있다. 정보를 활용하여 부가가치를 창출한다는 측면에서 보았을 때는 Opt-out이 유리하며 개인정보보호를 위해서는 Opt-in이 보다 강하게 개인정보를 보호할 수 있다는 점에서 개인의 프라이버시권과 산업정책적 고려가 충돌하는 접점이라고 할 수 있다.

2015년 9월 개인정보보호법을 개정하면서 개인정보의 보호 및 활용에 대해 Opt-in에서 Opt-out정책으로 선회하고 있는 일본의 경우도 동 법 제23조 제2항 내지 제4항에서 엄격한 Opt-out 규정을 두고 있는 바, 다음과 같다. Opt-out 규정에 의해 제3자 제공을 하려고 하는 경우, 데이터의 항목 등을 개인정보보호위원회에 신고해야 하며, 개인정보보호위원회는 그 내용을 공표해야 한다. 구체적으로는 첫째, Opt-out의 구체적이 요건이 개인정보보호위원회의 규칙 등을 통해 정하여져 있어야 하며, 둘째, 본인에게 통지 및 본인이 알 수 있도록 하고 본인이 요구하는 사항이 반영될 수 있도록 하여야 하고, 셋째, 정보제공자가 개인정보보호위원회에 신고해야 하는 사항을 정하여 두고 있다.⁶⁸⁾

라. 프라이버시와 개인정보에 대한 새로운 해석

오늘날과 같은 정보사회에서 정보를 하나의 공유자원으로 인식하는 데에서 출발하는 해석이다. 지금까지 우리는 헌법상 프라이버시권의 하나로 개인정보를 인식하고 이를 인격권에 연결시켜왔다. 따라서 이러한 프라이버시권이 인격권으로서 개인정보는 이익형량의 과정에서 매우 강한 보호정도가 요구되었으며, 이는 개인정보의 활용을 통한 사회적 가치의 재창출에 제한을 가져오기도 했다.⁶⁹⁾

따라서 공유자원으로서 개인정보라는 개념을 정립할 경우 일단 활용성에 가치가 주어지며 이에 대한 보호는 제도적 장치 내지는 질서를 통해 보호해 나가자는 견해이다. 결론적으로 보호에서 시작하는 지금의 개념을 활용으로 전환하고 추가적으로 보호기제를 설정해 나가는 방식이다.

68) 최승필 외 5인, 국외전자금융 및 금융보안 법제도·정책조사, 금융보안원 연구용역보고서, 2017, 313면.

69) 서울대학교 공익산업법센터 워크숍 자료집, “혁신과 규제” - 과학기술의 혁신과 경제규제, 2017.1.24., 29면.

(3) 알권리

새로운 거버넌스하에서 알권리 역시 중요한 의미를 갖는다. 전통적인 규제체제는 국가가 우월한 정보를 가지고 있고 이를 바탕으로 위험성과 이익을 형량하여 인허가 제도를 운영해왔다. 그러나 기술사회에서는 국가와 민간이 동등한 정도의 정보력을 가지고 있고 특히 기술이 가지고 있는 위험성과 발전성에 대해서는 민간이 더 우월한 정도의 정보를 가진다는 점에서 민간의 역할이 강조된다.

한편 소비자의 권리 측면에서도 전통적인 소비자들은 보호의 대상으로 인식되어 왔으나, 새로운 기술사회에서 소비자는 스스로가 룰을 형성하는 적극적인 역할이 강조되고 있다는 점 역시 고려해야 한다. 이러한 시각은 규제법의 형성에 있어서 국가의 후견적 역할을 전제로 하였던 전통적 사고에서 시민과 국가가 함께 제도를 형성하고 위험과 안전사이의 합리적 지점을 선택한다는 점에서 공화적 역할로 전환되어 가고 있다고 볼 수 있다.⁷⁰⁾ 따라서 이를 지원하기 위해서 정부는 기술혁신으로 초래될 수 있는 이익과 위험에 대한 정보를 국민들에게 제공하고 국민들은 이를 인지하고 적극적으로 입법과 행정에 참여할 수 있도록 해야한다. 그리고 이 모든 것은 적극적 의미의 기본권으로서 국민의 알권리를 기반으로 한다.

이러한 공화주의적 입장은 규제의 구분방식 중 하나인 밀실규제, 회의장규제, 시장적규제, 광장적규제 중 광장적 규제와도 맥락을 함께 한다. 광장적 규제의 경우 빅데이터와 모바일 통신을 통해 실시간으로 이해관계자들이 규제의 형성과 평가에 참여하게 된다. 여기에서의 광장은 “각 계층의 사람들이 만나고, 다양한 이해관계가 집합하고, 경쟁하고, 조정되는 추상적 의미의 장소”이다.⁷¹⁾

70) 같은 의견으로 이희정 교수는 우리 법학이 후견주의적 접근이 아닌 공화주의적 접근을 통해 신뢰의 토대를 마련해야 하며, 정부는 위험과 이익에 대한 균형있는 정보를 제공하여 국민들이 기술변화의 과정을 인지하도록 해야 한다고 이야기 하고 있다. 서울대학교 공익산업법센터, 앞의 자료, 3면.

71) 김광수, “인공지능의 규제법적 함의”, 제4차 산업혁명시대 규제법제의 역사와 미래 공동학술대회(한국규제법학회, 행정법이론실무학회, 한국법제연구원 한양대 법학연구소), 2017.3.18. 자료집 11면.

4. 헌법상 제도조항들과의 관계

(1) 경제조항과의 관계

헌법 제119조 제1항은 시장경제의 원리에 따라 국민과 기업의 자유를 보장한다는 점을 내용으로 하고 있으며, 제2항은 경제의 영역에서 국가에게 규제와 조정의 권한을 부여하고 있다. 따라서 국가는 공공의 이익과 조화를 이루는 범위 내에서 규제의 설정 및 특례를 부여할 수 있다. 물론 이러한 규제설정과 특례는 비례의 원칙 하에서 최소침해의 원칙을 구현해야 함은 분명하다.

제119조상의 경제조항은 규제특례제도와 관련하여 여러 가지 해석에 활용될 수 있다. 예컨대 네거티브 규제의 경우 본질이 헌법상 보장되어 있는 국민의 경제적 자유를 최대한 보장하기 위한 것이며, 이러한 기업의 자유는 헌법 제15조 직업의 자유에서 도출된다. 따라서 공공의 이익과 조화를 이루는 범위 내에서는 최대한 규제의 범위를 축소해야 한다는 점이 논거로 들어질 수 있으며 비례의 원칙 중 최소침해의 원칙이 강조된다. 이외에도 규제샌드박스과 같은 경우도 법과 현상의 공백사이에서 제119조 제2항에 근거한 개입으로 해석할 수 있다.

(2) 소비자보호조항과의 관계

새로운 기술을 기반으로 한 새로운 재화의 공급 및 서비스는 필연적으로 이를 이용하는 소비자를 상정하게 된다. 따라서 이들 기술기반 재화 및 서비스에 대한 규제는 해당 산업의 육성 및 진흥과 함께 동시에 안전 등을 고려해야 하며 이는 소비자권의 핵심적 내용이라고 할 수 있다. 물론 이외에도 소비자의 권리에 해를 주는 편익에 부합한 적정한 가격 그리고 독과점의 방지 등의 이슈도 있지만 가장 우선적으로는 소비자의 안전이 주요 이슈에 해당한다고 할 수 있다.

이러한 소비자 보호와 관련 하여서는 헌법 제124조에서의 소비자보호운동에 대한 보호 및 장려의 성격을 규명하는 것이 선결적이다. 만약 제124조를 기본권으로서 소비자권의 근거로 본다면 국가는 기본권 보장의 책무를 지는 것이고 따라서 신산업관련 법령의 제정시 반드시 소비자를 보호하기 위한 근거를 마련해야 하기 때문이다. 그러나 제124조를 어떻게 해석해야 할 것인가에 대해서는 일치된 견해는 없다.

제124조에 정하고 있는 소비자보호운동에 대한 보호를 보다 적극적으로 해석하여 소비자권의 근거로 이해하고 이를 구체적으로 자유로운 경제생활에 대한 방어권 내지는 사회권의 하나로 보려는 입장이 있다. 그리고 이 입장은 더 나아가 이러한 소비자의 권리가 소비자의 정당한 법적지위를 보장하는 법질서의 형성과 유지를 촉구하는 성격을 가지고 있다고 본다.⁷²⁾ 또 다른 견해는 헌법 제124조는 소비자보호운동권이라는 기본권을 보장하는 조항이나 오늘날 소비자의 권리를 기본적 권리로 보호해야 할 필요가 있으므로 이를 소비자권이라는 기본권의 근거로 보는 입장으로 이 역시 소비자권을 사회권의 일종으로 확대해석하려는 입장이다.⁷³⁾

헌법상 소비자권이 기본권으로 직접 열거되지 않았지만 현대 사회에서 기업에 비하여 약자로서의 소비자의 권리를 보완하기 위해 국가의 개입 필요성이 있다는 점에서 기본권으로서 소비자권을 인정할 필요가 있으며, 그렇다면 그 근거로 가장 적절한 것이 헌법 제124조가 되는 것이 타당할 것이다. 그러나 구체적으로 소비자권이 무엇인가에 대해서는 헌법상 근거가 없음에 따라 관련 근거법령을 중심으로 살펴볼 수밖에 없는 바, 소비자 기본법상의 소비자권의 내용을 살펴볼 필요가 있다.

소비자기본법 제4조는 소비자권의 내용을 크게 4개의 영역으로 나누어 정리하고 있는 바, 첫째, 재화와 서비스에 대한 정확한 정보를 습득하고 이를 기반으로 최적의 선택을 할 수 있도록 하는 것(최적선택), 둘째, 재화나 물품을 안전하게 사용 및 이용할 수 있도록 하는 것(안전), 셋째, 물품 등의 사용으로 인한 피해 발생시 절적한 배상 및 보상이 있을

72) 장영수, 헌법학 제9판, 홍문사, 2015, 781-782면; 정회철, 기본강의 헌법, 2011, 626면.

73) 양건, 헌법강의 제5판, 홍문사, 2014, 197면.

것(피해의 구제), 넷째, 재화와 서비스의 질 향상을 위한 집단적 행위가 가능할 것(단체행동)으로 설명할 수 있다.⁷⁴⁾

기술기반적 재화 및 서비스의 공급에도 이러한 제4조상의 권리는 그대로 인정되며 따라서 규제체제의 설정에 있어서 첫째 소비자가 최적의 선택을 할 수 있도록 정보가 원활하게 제공되어야 하며, 둘째, 소비자의 안전이 보장받을 수 있도록 인허가 단계에서 안전성에 대한 요건을 검토되어야 하고, 셋째, 피해구제를 위해 - 신속한 피해구제를 위한 ADR 포함 - 공적인 분쟁해결절차를 확보해야 하고, 넷째, 소비자의 단체행동이 보장될 수 있도록 절차가 구비되어야 할 것이다.

74) 최승필, 지방행정과 소비자권에 대한 법적검토, 외법논집, 제41권 제1호(2017), 84면.

제3장

규제법체계의 개선방안

제1절 규제개혁과 관련한 기초논의

제2절 네거티브규제와 규제완화

제3절 규제프리존과 규제샌드박스(테스트베드)

제4절 비조치의견서의 행정법적 검토

제5절 RegTech를 통한 규제부담완화 및 규제간소화

제6절 자율규제

제3장

규제법체계의 개선방안

제1절 규제개혁과 관련한 기초논의

1. 규제개혁의 기초논의

제4차 산업혁명에 대응하여 행정법의 발전방안을 논의함에 있어서 규제법에 대한 논의가 가장 우선순위에 놓이게 된다. 왜냐하면 제4차 산업혁명이 혁신적인 신기술을 주요한 특징으로 하고 있고 이에 법이 어떻게 대응할 것인지가 주요한 과제가 되기 때문이다.

클라우스 슈밥은 제4차 산업혁명에서의 규제와 관련해서 다음과 같은 견해를 제시하고 있다. (규제와 관련해서) 두 가지 개념적 접근법이 있는데, 하나는 명백하게 금지된 것을 뺀 모든 것을 허용하는 것이고, 다른 하나는 명백하게 허용된 일이 아닌 것은 모두 금지하는 방법이다. 정부는 이 두 가지 접근법을 적절하게 조합해야 한다는 것이다.⁷⁵⁾ 이를 보면 제4차 산업혁명을 규제완화의 측면에서만 보는 것은 곤란하다는 점을 알 수 있다.

미국의 카스 선스테인(Cass Sunstein)은 규제를 보는 시각이 지나치게 양극화되었다는 점을 비판하면서, 1980년대와 1990년대의 규제경험으로 다음과 같은 8가지의 교훈을 얻을 수 있다는 점을 지적하고 있다. 첫째, 편익과 비용을 포함하여 규제의 결과를 예상하고, 목록화하고, 계량화할 수 있는 다양한 기술을 가지고 있다. 둘째, 리스크는 시스템의 한 부분에 해당하며, 일정한 리스크를 줄이려는 노력이 오히려 다른 리스크, 때로는 치명적인

75) 클라우스 슈밥 저/송경진 역, 제4차 산업혁명, 117면.

리스크를 증대시킬 수도 있다. 셋째, 선택의 자유를 유지하는 탄력적이고, 혁신적인 접근 방법은 자주 바람직한데, 이는 자유를 보장해준다는 점에서도 그러하지만 비용이 덜 든다는 점에서도 그러하다. 넷째, 겉으로 보기에는 매우 단순하고 작은 단계로 보이는 것(예를 들어 규제조건을 단순화하거나, 정보를 제공하거나, 은퇴저축에 자동가입하도록 하는 것과 같은 합리적인 규칙)으로부터 많은 이익을 얻을 수 있다. 다섯째, 규칙을 구상함에 있어서 시민의 참여를 인정하는 것이 중요하다. 왜냐하면 발생할 가능성이 있는 영향, 존재하는 문제, 창의적인 해결책, 의도하지 않은 결과 등에 대해서 가치있고, 분산된 정보를 시민들이 가지고 있을 가능성이 있기 때문이다. 여섯째, 신중하게 설계가 된다면, 정보공개정책은 정보에 기반한 선택을 증진시키고, 비용을 절감시키며 생명을 보호할 수 있다. 일곱째, 기관(institution)이나 기관의 언사(anecdote)는 모두 신뢰할 만하지 않기 때문에 시범프로그램을 통해서 또는 무작위로 통제실험을 통해서 규칙의 영향에 대한 사전조사를 하는 것은 매우 유익하다. 여덟째, 규제가 편익을 주는지, 아니면 의도하지 않은 손해를 주는지를 알기 위해서, 규제가 실제세계에 미치는 영향을 분석하는 것이 중요하다.⁷⁶⁾

영국의 카렌 영(Karen Yeung)은 영국에서 과학기술규제가 문제된 3가지 사례⁷⁷⁾를 검토한 후 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다고 보고 있다. 첫째, 법적 권한은 새로운 기술이 성공적으로 도입되도록 하기 위한 필요조건이지 충분조건은 아니다. 기술혁신에 대한 국민들의 수용과 지지가 필수적이다. 둘째, 기술혁신의 리스크-편익 비율 그리고 리스크와 편익의 분배가 중요하다. 국민들은 개인과 사회에 명확하고 눈에 보이는 편익을 제공하는 것으로 인식되는 기술을 보다 지지할 것이다. 셋째, 절차가 중요하며 투명성은 필수적이다. 기술혁신이 도입될 때, 특히 그것이 국가에 의해 이루어지는 것일 때에는 투명성, 개방성 그리고 국민의 참여가 필수불가결하다. 넷째, 법적 규제와 규제당국의 활동은 기술혁신을 방해하는 대신, 혁신과 투자를 적극적으로 촉진하는 역할을 담당할 수 있다.

76) Sunstein, Cass, "Smarter Regulation: Remarks from Cass Sunstein, Administrator, Office of Information and Regulatory Affairs", 63 Admin. L. Rev. 7 (2011), p. 7-8.

77) 건강보호 데이터(Cara.data) 사업 실패사례, 미토콘드리아 DNA질환 예방 성공사례, 핀테크 사례가 그것이다.

예를 들어 규제는 기술혁신에 내포되어 있을 수 있는 유해한 효과에 대한 국민의 우려를 경감시키는 데 도움을 줌으로써 기술발전에 대한 국민의 지지를 확보하는 데 매우 중요한 역할을 할 수 있다.⁷⁸⁾

위와 같은 견해들을 보면 공통적인 지적이 이루어지고 있음을 볼 수 있다. 규제에 따른 비용-편익분석이 치밀하게 이루어질 필요가 있다는 점, 시민의 참여와 절차가 중요하다는 점, 리스크를 신중하게 다룰 필요가 있다는 점 등이 그것이다. 이와 같은 지적들은 보다 구체적으로 규제품질을 어떻게 제고할 것인가의 문제로 연결된다.

규제품질제고를 위한 규제법체의 개선방안에 대해서는 다음과 같은 개선의견이 제시된 바 있다. 1) 인허가 규제법체의 개선(네거티브 규제방식의 실질화, 인허가 요건의 구체화 및 명확화 등), 2) 과학적·합리적 규제방식으로의 전환(규제비용의 명확한 반영, 현실적 규제로의 전환, 중복규제의 금지), 3) 국민불편해소적 규제로의 전환(부처별 소관법령의 국민불편 정도 평가제도 도입, 규제사전통보제의 도입), 4) 협력적·자율적 규제방식의 적극활용, 5) 의원입법의 규제개선(의원입법의 사전규제영향분석 및 규제일몰제 도입, 청부입법의 원칙적 금지), 6) 규제총량제(One-in, One-out)를 넘어 규제감량제(One-in, Two-out)의 도입 등이 그것이다.⁷⁹⁾

보다 구체적으로 규제의 합리화 대상유형으로는 1) 과거에 만들어진 제도가 현실의 기술적 발전을 포함하지 못하고 있는 경우, 2) 절차적인 면에서 이중적인 부담을 주는 경우, 3) 인·허가 관련한 요건규정의 미비로 인해 피수범자의 예측가능성을 떨어뜨리는 경우 등이 제시되고 있다. 이는 규제의 양적인 완화와는 별개의 문제로 규제품질에 해당하는 사항들이라고 할 수 있다.⁸⁰⁾

78) Yeung, Karen, "Tensions in Law, Regulation and Technological Innovation: Recent Cases from the UK Experience", *Journal of Law & Economic Regulation* Vol. 9 No. 2, 2016, p. 85-86 (이범수·윤혜선 역, "법, 규제 그리고 기술혁신의 긴장관계: 영국 경험에서 도출한 최근 사례를 중심으로", *경제규제와 법*, 제9권 제2호, 2016, 107-108면).

79) 김재광, "규제품질 제고를 위한 규제 개선방안", *공법연구* 제42집 제3호, 2014, 209면 이하.

80) 최승필, 앞의 글, 337면.

이상과 같은 규제개혁논의를 기반으로 하여 이하에서는 제4차 산업혁명과 관련하여 주로 문제가 될 수 있는 네거티브규제, 규제프리존, 자율규제 등을 차례로 살펴보도록 한다.

2. 규제의 본질과 새로운 규제수단의 필요성

입법과 행정을 포함한 규제는 본질적으로 현상추격적 특성을 갖는다. 먼저 행정의 기반이 되는 입법은 과거의 경험을 기반으로 하고 있으며, 위험성이 인정된다고 해서 현실화될 것이 현저한 혹은 구체화될 개연성이 큰 상황이 아니고서는 선제적으로 규제를 하기에는 쉽지 않기 때문이다. 영업의 자유를 침해함으로써 시장의 기능을 크게 위축시키기도 하거니와 관련 이해관계자들의 반발은 신속한 입법을 막기도 한다.

특히 기술혁명사회에서 혁신은 예측불가능하고 파괴적 속성을 가지고 법이 이를 선제적으로 대응하는 것은 더더욱 어렵다. 따라서 법과 현실사이에 일정한 시차가 발생하게 되며 그 시차사이에 규제의 공백(regulatory asynchronism)이 발생하게 된다. 그러한 규제의 공백은 시장의 왜곡을 발생시키고 종국적으로 소비자의 후생수준을 저하시키기도 하고 더 나아가 안전의 문제를 야기하기도 한다.⁸¹⁾ 따라서 이러한 규제공백을 제거하고 공백기에 합리적인 규제를 하기 위하여 규제샌드박스, 비조치의견서와 같은 사전심사청구제도 등이 필요한 것이다.

81) 2016년 9월 22일부터 23일에 서울대학교 공익산업법 센터가 주최한 제13회 국제학술대회 제2부 ‘유럽대륙국가에서 과학기술의 혁신과 경제규제’ 에서 독일 만하임 대학교의 Thomas Fetzer 교수가 이야기한 사항이다.

제2절 네거티브규제와 규제완화

1. 네거티브규제

(1) 개념과 의의

네거티브 규제란 금지되어야 할 근거와 사유가 있는 경우 외에는 모든 종류의 경제활동이 허용되는 것으로 보아야 한다는 자유주의적 사고를 구현하는 규제방식을 의미한다. 실정법에서 적용유형으로는 1) 일정한 지역 내에서 제한되는 행위의 유형 등을 특정하는 유형, 2) 사업·경제활동 영역 중에서 제한되는 영역을 규정한 유형, 3) 금지대상 행위나 대상물을 특정하는 유형 등을 들 수 있다.⁸²⁾ 지역별 행위제한이 가해지는 경우는 수도법 제7조상의 상수원보호구역 내에서의 행위제한을 들 수 있으며, 사업·경제활동 영역 중에서 제한이 가해지는 경우는 외국인투자촉진법상 투자제한 사항으로 국가안전과 공공질서를 들고 있는 것을 예로 들 수 있다. 금지대상 행위나 대상물을 특정하는 경우는 대외무역법 제19조가 규정하고 있는 바와 같이 국가전략물자의 무역거래 제한을 들 수 있다.⁸³⁾

네거티브규제는 사실 행정법적 영역에서 이를 특별한 도그마에 포함시키기는 어렵다. 이는 행정법적 이론이라기보다는 입법자의 정치적 의사에 기인하기 때문이다. 다만 이를 사후적으로 행정법적 요소로 해석해 본다면 법률유보의 원칙에서 중요한 사항 - 리스크가 있는 사항을 입법자로 반드시 법률로 규정함으로써 이외의 경우에는 규제를 배제하는 것으로 정리할 수 있다.

기존의 인허가제도는 입법자가 할 수 있는 일을 중요한 사항으로 인식하여 규제하는 방식을 취했고, 이를 주로 인허가 및 특허의 방식으로 해왔다. 따라서 입법자의 규율방식이 달라진 것으로 행정법상의 도그마가 본질적으로 바뀐 것으로 보기는 어렵다.

82) 최승필, 앞의 글, 333-335면; 원소연·홍준형, “네거티브 규제의 성과와 개선방안”, 한국행정연구원, 2015, 12-29면.

83) 최승필, 앞의 글, 335면.

제4차 산업혁명에서 논의되고 있는 신기술의 종류에 따라 이러한 네거티브규제의 적용이 가능한 분야와 적용이 곤란한 분야가 나누어진다고 할 수 있다. 자율주행자동차, 맞춤형 아기, 신기술 등 건강이나 생명과 관련한 신기술들은 네거티브 규제를 적용하기 곤란하다고 할 것이다. 또한 네거티브 규제가 가능한 신기술의 경우 네거티브 규제로 인한 규제완화가 실질적으로 이루어지도록 하는 것이 필요하다고 할 수 있다. 이하에서는 네거티브 규제가 가능한 경우와 그렇지 않은 경우를 요건화하여 검토한다.

(2) 네거티브규제의 요건

가. 네거티브규제의 전제요건

네거티브규제가 가능한 유형으로는 1) 불가피한 공익목적이 아닌 경우, 2) 규제대상의 개별적 특성상 네거티브 규제만으로도 공익보호의 목적달성이 가능한 경우, 3) 사후감독을 통해서도 공익목적 달성이 가능한 경우, 4) 네거티브 방식이 피규제자의 재산상의 권리 및 영업의 자유를 보장하는 데 기여하는 경우 등이 제시되고 있다.⁸⁴⁾

같은 취지로 네거티브 규제방식을 적용할 수 있는 분야는 주로 정부의 사전적 규제가 없다하더라도 일정기간 내에 시장이 자정기능을 발휘될 수 있는 시장 및 그 관련 분야에서의 일정한 행위영역에 국한되며, 국민의 건강, 생명, 환경 등과 관련된 분야는 적용하기 곤란한 분야라고 지적되고 있다.⁸⁵⁾ 실제로 지난 2011년에 네거티브 규제개혁을 추진하는 과정에서 먹는 샘물의 제조업허가(먹는물 관리법 제21조)를 네거티브로 전환하려는 시도는 국민의 생명·신체상의 안전이라는 면에서 국회 심의과정에서 삭제되었으며, 인터넷 신문의 등록제(신문 등의 진흥에 관한 법률 제9조) 전환 역시 언론남설을 이유로, 궤도사업의 허가 및 전용궤도의 승인(궤도운송법 제4조 및 제5조)은 환경훼손을 우려하여 전환 과제에서 제외된 바 있다.

84) 최승필, 앞의 글, 335면.

85) 원소연·홍준형, “네거티브 규제의 성과와 개선방안”, 한국행정연구원, 2015, 48-52면.

네거티브규제가 가능한 유형이더라도 네거티브규제로 전환할 것인가를 판단하기 위해서는 몇 가지 추가적인 고려기준을 제시할 수 있다. 1) 시장의 자율규제가 행위 결과에 따른 역기능을 제거할 수 있는가 2) 행위의 역기능에 따른 부작용을 제거하는데 장시간이 소요되는가 3) 특정 영역에서의 행위가 타 영역으로 전이되는 전염효과(contagion effect)가 있는가 4) 행위에 따른 부작용을 부작용이 없었던 원상태로 복구할 수 있는가이다.⁸⁶⁾ 이러한 고려요소가 간과될 경우 규제되어야 할 부분이 규제되지 못하는 규제의 역설이 나타날 수 있다.⁸⁷⁾ 따라서 남은 과제는 고려요소는 모두 고려하되, 적용되는 조치를 어느 정도 수준으로 할 것인가이며, 이때는 위험성에 따라 그 강도가 비례의 원칙, 보다 구체적으로는 공익과 사익의 이익형량을 통해 합리적 수준으로 정해지게 된다.

나. 네거티브규제를 위한 책임법 등의 요건

네거티브 규제에 대한 논의에서 주의해야 할 사항이 규제전반을 구성하는 요소를 고려하지 않는 것이다. 네거티브 규제는 전형적인 사전적 규제의 형태를 갖는다. 즉 네거티브 방식으로 진입장벽을 열어둠으로써 영업활동의 자유를 보장하자는 것이다. 그러나 네거티브 방식이 규제 자체의 공백을 의미하는 것은 아니며, 따라서 사후적 규제수단을 보완해야 하는 문제가 생긴다. 민사상의 책임법제 뿐만 아니라 징벌적 과징금 등 다양한 형태의 사후적 수단이 부과될 필요가 있다.

(3) 네거티브규제의 사례검토

네거티브규제에서 문제점으로 지적되고 있는 부분이 상위법령에서 불확정적 개념의 사용과 함께 네거티브로 규제할 경우 하위법령을 통해 이를 구체화하는 과정에서 본래 의도했던 네거티브의 효과가 반감되는 문제가 나타날 수 있다는 것이다.

86) 최승필, 앞의 글, 336면.

87) 최승필, 앞의 글, 336면; 이원우, 앞의 글(각주 8), 375면; Cass R. Sunstein, Paradoxes of the Regulatory State, 57 U. Chi. L. Rev. 407(1990, Spring), pp. 407-441

외국의 사례로 독일의 영업법(Gewerbeordnung)의 사례는 네거티브의 한 예로 들어진다.⁸⁸⁾ 독일 영업법 제1조 제1항은 “이 법의 제한이나 예외에 해당하지 않거나 허가사항이 아니라면 모든 국민은 영업을 허용된다.” 규정하고 있어 네거티브규제의 형태로 보인다. 그리고 이 법률은 네거티브 방식을 다소 후퇴시키거나 별도의 규율한 특정 영역에 대한 규정을 두고 있는 바, 예컨대 제33a조는 인적공연과 관련하여, 제1항에 따르면 인적공연에 대해서 영업허가를 받아야 하며, 만약 일반대중, 인근주민 등에 대해 불이익을 야기할 수 있다면 허가에 기간, 조건을 부과할 수 있다. 그러나 행위가 예술, 스포츠, 제조 또는 이와 유사한 행위라는 것이 명백한 것이라면 허가를 받을 필요가 없다고 정하고 있다.⁸⁹⁾ 제2항은 허가의 금지요건을 정하고 있는 바, 제1호는 허가요건을 구비하지 못한 경우, 제2호는 전시/공연이 선량한 풍속에 반하는 경우, 제3호는 위치나 장소에 따른 영업을 공익에 반하거나 환경오염을 야기하거나, 일반대중에게 불이익을 줄 경우를 들고 있다.⁹⁰⁾

그러나 이 법은 제1조의 규정방식만을 보았을 때는 네거티브규제의 방식을 취하고 있으나, 특별한 위험이 있는 부분은 별도의 규정을 두고 있다는 점 - 예컨대 민영의료(제30조), 경호업(제34a조), 중개업(제34c조)에서 포지티브방식을 취하고 있다. 따라서 독일의 영업법은 전형적인 네거티브 규제라고 보기는 어려우며 네거티브와 포지티브방식의 혼합형이라고 보는 것이 타당할 것이다.

제4차 산업혁명의 아이콘 중 하나인 자율주행자동차의 개발과 관련하여 우리나라에서는 법률의 수준은 아니지만 고시의 수준에서 네거티브규제의 방식을 일부 도입한 바 있다. 국토교통부의 고시인 자율주행자동차의 안전운행요건 및 시험운행 등에 관한 규정⁹¹⁾에 따르면, 자율주행자동차가 자율주행기능을 사용하여 운행할 경우에는 국토교통부장관이 정한 운행구역에서만 운행이 가능하도록 허용하였다가 이를 개정하여 어린이, 노인 및 장애인 등 교통약자의 보행 안전성 확보를 위해 국토교통부장관이 별도로 정한 구역

88) 황태희, “네거티브 규제와 규제방식의 개선”, 성신법학 제10호, 93-94면.

89) 황태희, 앞의 글, 94면.

90) 황태희, 앞의 글, 94면.

91) 국토교통부 고시 제2017-198호.

을 제외한 모든 도로에서 시험운행이 가능하도록 함으로써 네거티브 규제의 방식을 취하고 있다.

2. 규제합리화

일반적으로 사용하는 규제완화 대신에 규제합리화라는 용어를 사용한 것은 규제를 일방적으로 완화하는 것이 과연 공공의 이익에 기여할 것인가에 대한 의문이 있기 때문이다. 그리고 활용도가 높아지고 있는 규제일몰제의 경우 규제검토 결과 또다시 동일한 규제가 가해질 수 있다는 점에서 이를 규제완화의 범주에 포함시키기는 어렵다. 또한 최근 유럽연합의 경우 규제완화가 아닌 ‘Better Regulation’을 표방하며 규제평가-피드백(feedback)-규제개선의 순환고리를 활용한다는 점에서 규제합리화의 측면에서 규제완화, 규제일몰, 유럽식의 Better Regulation을 살펴본다.

(1) 규제완화

새로운 기술의 적용으로 인하여 일정한 재화나 서비스에서 기존에 발생하였던 위험성이 현저히 제거된 경우에는 기존에 위험성을 이유로 강화된 규제를 적용했던 부분에 대해서는 그 제한을 제거하거나 완화할 필요성이 있다. 그 구체적 수단으로서의 규제영향평가가 있으나 본 연구에서는 규제영향평가의 세부적인 내용에 대해서는 설명을 약한다.

(2) 규제일몰

규제일몰은 입법적방식으로 법령에 권리의 제한 또는 의무의 부과에 대한 시기적 제한을 부과함으로써 행위상의 자유를 회복시키거나, 규제조치를 재검토하여 지속여부를 결정할 수 있는 기회를 보장하기 위한 수단이다. 전자의 경우를 효력상실형 일몰, 후자의 경우를 재검토형 일몰로 구분하기도 한다. 법치행정이 추구하는 궁극적인 목적은 국민의 기본권을 보장함과 아울러 동시에 공공의 이익을 추구한다는 점에서 합리적인 규제는

법치행정의 구체적인 목표 중 하나라고 볼 수 있다. 규제일몰을 통한 규제합리화는 이미 행정규제기본법에 ‘규제의 재검토기한의 설정’을 통해 구현되고 있다.

새로운 기술규제의 경우 일단 위험성이 확인되지 않았다는 점에서 규제를 설정하고, 일정기간 운영 후에도 예상되는 위험성이 확인되지 않았다면 규제일몰을 통해 해당 규제를 제거해주는 방식을 생각해 볼 수 있다. 그러나 초기 규제를 설정하는데 있어서 위험성이 확인되지 않은 상태에서 위험의 추정만을 이유로 규제를 설정하기에는 한계가 있다는 점 그리고 경기활성화가 주요 국정목표인 상태에서 이러한 규제방식을 취하기는 쉽지 않다는 점에서 실질적 활용가능성에는 여전히 의문이 있다.

(3) Better Regulation

유럽연합이 추진하고 있는 Better Regulation은 특별하게 제4차 산업혁명에 따른 기술의 활용에 적용되는 것은 아니며 일반적인 규제개선에 해당하지만 우리의 경우에 활용가능성이 높아 이를 소개하고자 한다. Better Regulation의 특징은 피규제자들이 예측할 수 있도록 원칙을 설정하고 피규제자들 스스로 컴플라이언스가 가능하도록 체크리스트를 제공함으로써 자율규제의 기반을 조성하고 있으며, 관리적 측면에서는 규제의 평가·개선·실행·평가의 순환고리를 채택하고 있다.

유럽연합은 2015년 5월, Better Regulation Guideline을 발표한 바, 주요한 내용은 다음과 같다. 먼저 좋은 규제를 정의하고 있는데, 다음과 같다.

“좋은 규제 = 달성할 수 있는 가장 최선의 객관적 증거 + 이해관계자들의 광범위한 참여 + 열려있고 투명한 정치적인 의사결정”⁹²⁾

92) 최승필, 공공행정과 규제개혁, Global Legal Issues(III) - 글로벌 법제동향 모니터링 및 이슈분석보고서 시리즈, 한국법제연구원, 2016, 222면.

연합은 규제영향평가를 실시하는 과정에서 필수적으로 고려해야 하는 사항에 대해서 실무담당자가 이를 검토할 수 있도록 일종의 체크리스트를 제공하고 있는 바,

첫째, 무엇이 문제이고 왜 문제인가, 둘째 왜 유럽연합은 행동해야 하는가, 셋째, 무엇을 달성해야 하는가, 넷째, 목표를 달성하기 위한 다양한 옵션은 어떤 것들인가, 다섯째, 무엇이 경제, 사회 그리고 환경적 영향을 미치고 누가 영향을 받는가, 여섯째, 효과성과 효율성에 대해서 어떻게 다른 옵션들과 비교할 것인가, 일곱째, 어떻게 모니터링하고 후속적인 평가를 할 것인가이다.⁹³⁾

유럽연합의 Better Regulation은 모니터링과 평가 그리고 결과의 반영이라는 순환적 구조를 기반으로 하고 있다. 규제의 평가에 적용되는 원칙으로는 첫째, 포괄성의 원칙으로 효과성, 효율성, 관련성, 일관성, 유럽연합의 새로운 가치 창출이라는 기준이 모두 고려될 것, 둘째, 평가의 범위와 분석이 비례적일 것, 셋째, 평가과정은 독립적이고 객관적일 것, 넷째, 증거기반의 투명한 평가가 이루어질 것을 들 수 있다. 이러한 평가의 과정은 이해관계자들에 의한 영향을 배제하고 규제자체의 객관성 평가에 중점을 둬으로써 규제개선외의 효율성과 효과성을 제고하고 있다.⁹⁴⁾

제3절 규제프리존과 규제샌드박스(테스트베드)

1. 규제프리존

규제프리존과 관련해서는 2016년 3월에 국회에 여야 공동발의로 「지역전략산업 육성을 위한 규제프리존의 지정과 운영에 관한 특별법안」(이하 규제프리존 특별법안)이 국회에 제출된 바 있다. 이 법안은 규제프리존을 운영하고자 하는 시·도지사가 육성계획안을 수립하고 규제프리존 지정을 기획재정부장관에게 신청하여야 하며, 신청을 받은 기획재

93) 최승필, 전게서, 223면

94) 최승필, 전게서, 226-227면.

정부장관은 관계 중앙행정기관의 장과의 협의 및 특별위원회의 심의·의결을 거쳐 육성계획안을 승인하고 규제프리존을 지정할 수 있도록 하였다. 특히 위 법안은 규제프리존 내 자율주행자동차와 연료전자자동차의 시험·연구를 목적으로 임시운행을 허가할 수 있고(법률안 제35조), 규제프리존 내 사물인터넷 관련 사업을 경영하는 역내사업자에 대하여 규제프리존 내 설치된 사물인터넷 기반을 통하여 수집한 개인정보에 대하여 특정 개인을 식별할 수 없도록 조치한 경우에는 시·도의 조례에 따라 영상정보처리기기를 설치·운영할 수 있도록 허용하는(법률안 제39조) 등 제4차 산업혁명기술의 활용과 관련한 다양한 특칙을 두고 있었다.⁹⁵⁾

그런데 위 법안에 대해서는 1) 지역적 규제의 불평등에 따른 지역적 분권의 한계, 2) 규제프리존 지정 신청 결정권한에 지방의회나 주민의 개입가능성, 3) 규제프리존 지정결정권한을 행정청에 위임한 것에 대한 법률유보 원칙상의 검토 등 세 가지 쟁점에 있어서 법이론적으로 충분한 정당성을 갖추지 못한 것으로 평가된 바 있다. 즉, 규제프리존 지정 신청에 있어 지방의회 기타 주민의 의사가 반영될 절차가 부재하다는 점, 규범의 제정과 사실상 동일한 효과를 가져오는 기획재정부장관의 규제프리존 지정은 해당 지역주민에게(지정받지 아니한 지역과 차별적으로) 기본권과 관련한 ‘본질적 사항’의 변동을 초래함에도 불구하고 의회의 관여가 사후적 절차도 없이 배제되어 있다는 점 등이 그것이다.⁹⁶⁾

제4차 산업혁명과 관련한 신기술개발과 관련하여 특정지역을 규제프리존으로 지정하는 것은 긍정적으로 검토해볼 수 있다. 그러나 위에서 지적한 바와 같이 규제프리존 지정의 문제는 단지 규제법의 관점에서만 볼 것은 아니고, 주민의 참여라고 하는 지방자치법적인 관점과 국토의 균형개발이라는 국토계획법적인 관점을 함께 보는 것이 중요하다.

95) 김도승·전주열, “규제프리존의 공법적 함의와 정당화요소”, 정보법학 제20권 제2호, 2016, 203면.

96) 김도승·전주열, 앞의 글, 224면.

2. 규제샌드박스

(1) 규제샌드박스의 개념과 의의

규제를 설정하는데 있어서 일정한 제한조건을 두고 해당 제한조건하에서는 규제의 적용을 배제하거나 완화하는 방법이 활용되고 있다. 일정한 조건의 유형은 크게 장소적 측면에서의 제한과 행위적 측면에서의 제한이다. 장소적 측면에서의 제한을 둔 것으로 들 수 있는 것이 과거 박근혜 정부 후반에 국회에 제출되었던 규제프리존법이다. 이에 비해 규제샌드박스는 행위적 측면에서 이를 규율하고 있다.

신기술이 도입되면서 새로운 상품 및 서비스가 출현하고 있다. 그러나 새로운 기술이 가지고 있는 부작용 또는 위험성이 확인이 되지 않은 상태에서 이를 시장에 도입하기는 어려운 구조이다. 국민들의 안전권 및 소비자의 권리 등의 이슈가 있기 때문이다. 반대로 시장에 부작용과 위험성이 있을 수 있다는 예단만으로 헌법상 보장되어 있는 직업영위의 자유를 제한하기는 어렵다. 따라서 새로운 기술을 제한된 범위에서 허용하고 그 범위 내에서 영업을 영위할 수 있도록 하는 것이 규제샌드박스의 원리이다. 샌드박스라는 말을 사용한 이유는 놀이터에 모래박스를 마련해 두고 그 모래위에서는 무슨 장난이든 쳐도 다치지 않기 때문에 일종의 안전지역을 설정할 때 샌드박스를 사용한테에서 기인한다.

규제샌드박스가 사용되고 있는 분야는 다양하다. 이 중에서 최근에 규제샌드박스에 대한 관심이 크게 높아진 곳이 금융분야이다. 금융분야의 경우 최근 핀테크의 발전에 따라 새로운 형태의 금융상품을 출시하려고 하나 금융상품이 가지고 있는 복잡성 그리고 내재된 위험가능성으로 인해 출시에 어려움을 겪고 있어 이에 대한 제한된 구역을 설정하고 해당 범위 내에서 영업을 가능하도록 하는 것이다.

(2) 규제샌드박스 또는 테스트베드의 요건

규제샌드박스나 테스트베드를 어떠한 경우에 설치할 수 있도록 해야 하는가가 논의될 필요가 있다. 지금까지의 연구는 대체로 제도설계의 필요성 내지는 당위성에 집중해왔으

며, 그 구체적인 요건에 대한 논의는 없었다. 결국 이 사항은 규제샌드박스와 테스트베드라는 일종의 규제특례 그리고 더 나아가 본질적 요소로 국가행정권의 선택적 발동을 언제 어떤 상황에서 허용할 것인가의 문제이다.

가. 영업영역

해당 영업영역이 새로운 기술적 요소를 기반으로 한 산업으로 국가정책적 입장에서 혹은 전체적인 발전의 과정에서 특별한 고려가 필요한 지에 대한 판단이다. 대체적으로 신기술의 경우 위험성에 대한 명확한 판단이 어렵다는 본질적 속성이 있으므로 이를 단순히 신고 또는 허가로 하여 기속적 규율을 하기는 쉽지 않다. 따라서 결국 재량판단을 하여야 하며, 이 과정에서 해당 업역에 대한 특별한 취급을 해야 하는가에 대한 공익적 판단이 이루어질 수 있다. 여기에는 시장에 대한 긍정적 영향력을 함께 고려할 수 있다.

나. 혁신의 독창성

새로운 혁신을 통해 독창성을 가지고 있고, 이러한 독창성으로 인하여 현재 시장에는 이와 유사한 기술적 구조를 갖춘 유사재화 내지는 서비스가 존재하지 않아야 한다는 점이다. 만약에 이미 인허가를 받은 기술적 구조를 가지고 재화 내지 서비스를 가지고 있다면 기존 사업자와의 다른 취급은 평등의 원칙의 위반 그리고 자기구속의 원리 위반을 구성하게 되며, 아울러 제3자가 제기하는 경쟁자 소송의 대상이 될 수 있다. 결국 핵심적인 사항은 독창성으로 인하여 종전의 규제틀을 적용할 수 없는 경우이다.

다. 소비자보호조치

새로운 기술이 재화나 서비스로 제공될 경우 위험적 요소들로 인한 소비자피해가 발생할 수 있다. 신기술의 독창성으로 인한 규제의 특례가 인정되는 경우라도 소비자피해에 대한 사항은 구제가 필요하다. 물론 재화의 경우에는 민법 제756조상의 공작물책임을 통해 그리고 일반적인 경우에는 민법 제750조상의 불법행위책임을 통해 권리구제를 받을

수 있다. 그러나 통상적인 권리구제절차의 경우 분쟁해결절차가 장기간 소요된다는 점이 가장 큰 문제로 지적될 수 있다.

새로운 기술의 적용을 통해 위험성을 확인하고 이를 일반 상용화하기 위해서는 신속한 분쟁해결과 대응이 필요한 바, 기존의 구제절차는 이에 대해서 한계를 가진다. 따라서 별도의 신속분쟁해결제도가 필요한 바, 호주의 경우 핀테크와 관련한 규제샌드박스에서 신속한 절차로 진행될 수 있는 대체적 분쟁해결제도(ADR)를 제도 내에 편입해둠으로써 빠른 분쟁해결과 동시에 기술적용의 활성화를 도모하고 있다.

(3) 규제샌드박스의 설치와 운영에 대한 검토 - 핀테크산업에 대하여

가. 핀테크산업에서의 규제샌드박스의 구조

금융분야에서 규제샌드박스는 주로 핀테크 산업에서 찾아볼 수 있다. 영국의 경우 일종의 샌드박스의 형태로 2014년 Project Innovate를 발표하고 2016년 5월, 테스트베드에 들어올 1차 집단을 신청을 마감하고 해당 기업들을 상대로 규제샌드박스를 운영 중이다. 영국의 규제샌드박스는 샌드박스 내에 들어온 기업들을 두 개의 그룹으로 나누어 관리하고 있다. 기존 금융업 인가를 받은 기업의 경우에는 그레이존의 해소 및 특례조항, 비조치 의견서를 활용하도록 하고, 기존 금융업 인가를 받지 못한 신규기업의 경우에는 맞춤형 인가 내지는 제한된 인가를 부여함으로써 새로운 상품과 서비스를 테스트 할 수 있도록 하고 있다. 그리고 감독당국은 규제샌드박스에서의 상품 및 서비스의 테스트 결과를 반영하여 일반적인 규제기준을 설정하게 되며, 샌드박스에서 영업행위를 했던 기업들은 추가적인 규제요건을 충족하면 통상의 시장에서도 해당 상품과 서비스를 대상으로 한 영업이 가능하도록 하고 있다.⁹⁷⁾

97) 구자현 외 5명, KDI 연구용역보고서 - 미래금융 선진사례 분석 및 금융규제 테스트베드 도입방안, 2016, 140-142면.

나. 규제샌드박스의 구성요소에 대한 행정법적 접근

규제샌드박스는 제4차 산업혁명 관련 산업, 특히 금융분야에서의 핀테크와 관련하여 새롭게 관심이 집중되는 개념이다. 그러나 그 본질은 기존 규제에 대한 변형적 적용이라고 할 수 있다. 그리고 그 규제는 국가가 행하는 행정작용이다. 따라서 규제샌드박스를 행정법적 개념으로 분석해보는 것은 규제샌드박스의 법적구조 및 설정과 관련하여 의미를 갖는다.

먼저 규제샌드박스의 형태에 따라서 테스트의 기한을 제한하는 요소를 생각해 볼 수 있다. 현재 네덜란드의 중앙은행과 금융감독원(AFM)이 구상하고 있는 규제샌드박스의 경우 기업의 한시적 허가를 전제로 하고 있다.⁹⁸⁾ 이를 행정법적 요소로 정리하면 일정한 행위의 허가를 하되 허가의 유효기간을 제한하는 기한부 허가행위라고 할 수 있다. 그러나 호주의 경우처럼 제한되는 것이 기한이 아니라 일정한 인적(예컨대, 투자상담사 또는 공인회계사가 있는 경우를 요건으로 하는 경우) 혹은 물적요건을 갖춘 경우에 한하여 샌드박스 내에서 영업행위가 가능한 경우⁹⁹⁾라면 이는 단순히 인허가의 요건에 해당한다. 대부분의 국가들이 규제샌드박스에서 취하고 있는 것 중의 하나가 인가절차의 간소화이다. 이러한 인가절차의 간소화는 개별법령에 절차상의 특례를 두거나 혹은 인허가를 의제하는 방식의 활용으로 볼 수 있다.

한편, 혁신기업이 샌드박스에서 하는 행위에 대하여 이를 영업행위로 간주하지 않고 일종의 테스트행위로 보아 규제샌드박스내에서의 행위에 대해 영업행위규제를 하지 말자는 논의도 있다. 그러나 샌드박스에서의 행위가 단순한 테스트가 아닌 일반투자자 내지는 기관투자자를 대상으로 영업행위가 이루어지는 경우라면 이는 단순한 테스트 행위로 보기는 어려우며, 규제를 면제할 경우 시장의 안정위협 내지는 소비자 보호 등 위험성이 상존함에 따라 본질적 위험에 대한 최소한의 규제조치를 두고 민사상 별도의 배상체계를 갖춘 경우에 한하여 가능할 것이다. 하지만 여전히 해당 샌드박스에서의 규제면제로 인해

98) 구자현 외 5인, 앞의 자료, 127면.

99) 구자현 외 5인, 앞의 자료, 161면.

개인의 권익이 침해되는 경우에 헌법적 측면에서의 국가의 보호의무 위반에 따른 헌법소원의 문제, 행정법적 입장에서는 해당 감독행정청을 상대로 한 의무이행심판 및 부작위위법확인소송이 제기될 수 있다.

(4) 규제샌드박스와 기타 규제완화수단과의 결합

규제샌드박스는 개념적 측면에서 첫째, 현존하는 규제를 적용할 수 없는 새로운 기술 변화, 둘째, 기존규제의 변형 내지는 적용유예를 통한 규제완화 그리고 셋째, 이를 통한 실험적 기술적용이라는 세 가지 요건을 요소로 하고 있다. 그러나 그 구체적인 구현형태는 매우 다양한 바, 특례규정(Waiver), 규제면제(industry-wide relief), 한정인가(tailored authorization) 등의 다양한 형태를 혼합하여 사용할 수 있다. 따라서 규제샌드박스의 모습은 다양한 형태로 나타날 수 있다. 아울러 각 개별적인 사안에 대한 불확실성의 제거는 비조치의견서의 활용을 통해 해결해 나갈 수 있다.

한편, 규제샌드박스는 샌드박스에서 요구하는 요건의 구현방식에 따라 네거티브 규제와도 결합이 가능하다. 즉 규제샌드박스에서 허용하는 행위를 열거하는 경우는 포지티브 방식이지만, 반면 허용되지 않는 행위만을 적시하고 있는 경우에는 네거티브 규제에 해당한다. 그리고 설정된 샌드박스내에서 새롭게 발생하는 법령해석의 문제 및 규제적용의 모호성은 비조치의견서를 통해 줄어나갈 수도 있다. 결론적으로 규제샌드박스과 비조치의견서 그리고 네거티브 시스템은 상호 배타적인 것이 아니며 각각의 조합을 통해 중첩적으로 이를 활용할 수 있다.

제4절 비조치의견서의 행정법적 검토

1. 제4차산업혁명과 비조치의견서의 의의

제4차산업혁명의 특징 중 하나는 혁신이다. 혁신은 새로운 재화나 서비스가 제공되는 것을 핵심으로 한다. 재화와 서비스는 이를 이용하는 사람들에게 편익을 주기도 하지만 피해를 야기시킬 수도 있다. 그리고 더 나아가 시장 전체의 안정을 위협하기도 하고, 사회공동체의 이익을 침해하기도 한다. 따라서 위험의 정도에 따라 국가는 각기 강도가 다른 규제의 형태로 개입해왔다. 그러나 새로운 재화나 서비스는 때때로 기존의 규제가 적용가능한 것인지가 불분명한 상황을 야기하기도 하며, 이러한 불확실성은 혁신에 장애요소로 작용한다.

물론 현재 일부 시행중인 신속처리제도 및 적합성인증 제도 역시 이러한 불확실한 상황에 대처한다는 점에서 비조치의견서와 유사한 점이 있지만 그 목적 및 요건이 다르다. 실지로 규제로 인해 문제가 발생하는 상황은 규제자체에 결함이 있는 경우도 있지만, 상당한 부분은 규제의 해석과 적용의 과정에서의 유연성이 부족한 것에 기인한다. 따라서 비조치의견서제도는 규제조치의 불확실성을 가장 간이하게 제거해준다는 점에서 다른 규제개선조치 등과 함께 그 활용가능성이 높은 제도라고 할 수 있다. 실제로 최근 금융분야에서 시작되었던 비조치의견서 제도를 다른 분야에도 활용하려는 움직임이 가시화되고 있다는 점도 이를 반증한다고 할 수 있다.

2. 비조치의견서의 태동과 확산

1930년대 중반, 미국 주식시장의 발달과 함께 증권법령의 해석과 관련한 분쟁이 증가하였지만, 법령의 해석의 수단은 거의 쟁송을 통해서만 가능하다는 점에서 분쟁해결의 효율성이 문제가 되었다. 이에 1936년 미국 증권거래위원회(SEC)는 이러한 법령해석상의 분쟁을 미연에 방지하고 사업자의 영업활동에 도움을 주고자 법률자문의견서(opinion of counsel)제도를 도입하였다.

법률자문의견서의 발령주체는 기관이 아니었으며 순수하게 개인 직원의 차원에서 법령해석상의 의견을 제시하는 것이었다. 이러한 법령해석이 필요한 분야는 크게 두 가지의 난점을 가지고 있었는데 첫째, 법령해석에 모호성이 있다는 점, 둘째, 법령해석을 위해서는 시간이 소요된다는 점이다. 이 경우 법령해석을 기다렸다가 영업행위를 하기에는 영업자는 기회를 상실할 수 있으며 적절한 투자를 받지 못할 수도 있다는 문제가 있었다. 따라서 개인차원에서라도 일견의 의견을 전달함으로써 문제해결에 기여하고자 한 것이다.¹⁰⁰⁾ 그러나 이미 언급한 것처럼 법률자문의견서의 발령주체는 개인이어서 SEC 자체를 구속하지도 못한다는 점에서 매우 불완전한 것이었다. 그럼에도 불구하고 비조치의견서의 활용도가 꾸준히 높아지면서 하나의 제도로 편입하고자 직원 개인의 의견이 아닌 기관의 의견형식으로 바뀌게 된다. SEC의 비조치의견서는 현재 SEC뿐만 아니라 상품선물거래위원회, 연방에너지규제위원회, 연방주택재정위원회 등 다양한 규제분야에서 활용되고 있다.

3. 비조치의견서의 법적성격

비조치의견서의 법적성격에 대해서는 명확히 정해지지 않고 있다. 비조치의견서의 법적성격에 대해서는 이를 행정법상의 확약으로 보는 입장과 행정지도의 입장으로 보는 입장이 있다.

(1) 행정법상 확약으로 보는 견해

비조치의견서의 핵심적인 내용을 정리해보면 첫째, 현재 감독당국의 법적 해석을 물었을 때의 조건이 유지된다면, 둘째, 현재 감독당국에게 허용이 되는지 묻는 행위가 수행된다면, 셋째, 해당 행위자의 사익보다 특별히 공공의 이익을 우선해야 하는 상황이 없다면, 규제당국은 제재조치를 취하지 않겠다는 약속을 한다는 점이다. 따라서 행정청이 취할

100) 한국금융연구원, 금융분야 비조치의견서 활성화 방안 (금융위원회 연구용역보고서), 2015, 12면.

수 있는 행위 중에서 우리 행정법 체계 내에서 가장 유사한 것은 확약이라고 할 수 있으며, 상대방의 임의적 협력을 통해 행정청의 의사가 준수되는 것은 아니라는 점에서 이를 행정지도로 보기는 어렵다.¹⁰¹⁾

그렇다면 이를 확약으로 볼 경우에도 보다 세부적으로 조건부 확약인지 아니면 철회권을 유보한 확약인지에 대한 검토가 필요하다. 철회권을 유보한다고 보는 경우 비조치의견서에 대한 감독당국의 자유로운 철회가 이루어질 수 있다는 점에서 사실은 법적불안정 상태가 된다는 문제가 존재한다. 그리고 비조치의견서에도 불구하고 제재를 가하는 경우라면 이 경우 행정청은 비조치의견서를 철회한다는 철회의 의사표시를 함과 동시에 제재를 가하는 절차를 밟고 있다고 보기는 어렵다. 그러나 이를 조건부 확약으로 본다면 그 중에서도 해제조건부 확약이라고 볼 수 있고 비조치의견서의 본질적 요소는 현재상태의 변화 혹은 공공의 이익의 보호필요성이 발동되었을 때 별도의 의사표시 없이 해제조건의 완성으로 그 법률효과가 발생한다는 점에서 조건부 확약으로 보는 것이 합리적인 해석일 것이다.

확약을 위반한 경우 항고소송을 통해 권리구제를 받을 수 있는가의 문제는 행정법상 가장 중국적인 문제이며, 그 전제는 처분성이 인정되는 것인가이다. 이에 대해서는 처분성을 긍정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉘는 바, 현재 다수설의 입장은 권익구제의 확대라는 측면에서 긍정하고 있는 것으로 보인다.¹⁰²⁾ 판례는 이에 대해서 명확한 입장을 보이고 있지 않으나, 사전에 특정 사안을 검토하고 이에 대한 의견을 발령한 사건인 사전 심사결과통보사건에서 직접 어떠한 불이익을 발생시킨 것이 아니라는 점 등을 들어 그 처분성을 부인¹⁰³⁾하고 있어 비조치의견서 위반사건에 대한 사법심사가 이루어지더라도 본안전 요건을 충족하지 못할 가능성이 있다.

101) 한국금융연구원, 앞의 자료(각주 100), 98-100, 105-106면.

102) 한국금융연구원, 앞의 자료(각주 100), 100면.

103) 대법원 2014.4.24. 선고 2013두7834.

(2) 행정지도로 보는 견해

비조치의견서제도를 행정지도의 일종으로 보는 견해가 있다.¹⁰⁴⁾ 피규제자와 규제자간 대화를 통해 규제자의 비공식적인 의견이 상대방의 수용에 의해서 관철된다는 점에서 종국적으로 행정지도의 효과를 갖춘 것으로 보는 것으로 보인다. 그러나 행정지도와는 달리 비조치의견서는 피규제자의 신청에 의해서 행정청이 행하는 법령의 해석에 해당하는 부분이며, 오늘날에 세계각국의 비조치의견서 운용실태를 보면 전형적인 신청과 발급의 구조를 갖추고 있다는 점에서 행정지도의 일종으로 보기에 무리가 있다.

4. 비조치의견을 활용하기 위한 요건

비조치의견을 활용하기 위한 요건을 살펴보면 이론적인 논의가 있었던 것이 아니므로 이 요건은 해당 비조치의견서 제도를 활용하고 있는 국가들의 사례를 검토하여 공통요소를 추출할 필요가 있다. 다음은 호주의 증권투자감독위원회의 가이드라인에서 정하고 있는 비조치의견서를 받을 가능성이 높은 사유들을 소개한다. 이는 비조치의견서를 발급받기 위한 요건들이라고 보아도 무방하다.¹⁰⁵⁾

<표 1> 호주 증권투자감독위원회 비조치의견 가이드라인

구분	주요내용
정책목적	정책에서 해당 사안에 대한 명확한 입장을 가지고 있지 않음. 이전에도 해당 상황에 대한 조사가 실시되지 않았음.
수단의 보충성 ¹⁰⁶⁾	다른 수단이 존재한다면 다른 수단을 우선적으로 사용하고 비조치의견서는 보충적으로 활용
행위의 성격	향후 수행하고자 하는 행위가 합법적인 것인지에 대한 의심의 여지가 존재
신청자의 행위	법적용의 모호성이 태만이나 사실을 정확히 알지 못하는데 또는 부주의함에 기인하지 않아야 함. 문제발생시 보고를 지체하지 않을 것

104) 한국금융연구원, 앞의 자료(각주 100), 105-106면.

105) 최승필 외 5인, 앞의 자료(각주 68), 427면.

106) 보다 자세한 관련 사항은 RG 51.71-RG 51.75.

구 분	주요내용
신청자의 과거행위	신청자의 지금까지의 컴플라이언스 행위가 만족스러울 것. 과거 컴플라이언스가 부적절해왔다면 비조치의견서를 발급받는데 어려움이 있음.
제3자와의 관계	제3자에 주는 부정적 영향이 최소화되어야 하며, 투자자보호와 금융시스템의 효율성과 신뢰성에 부정적 영향을 주지 않을 것

출처 : ASIC, No-action letters, 2009. 12, p. 12에 있는 Table 1 : Factors making it more likely we will give a no-action letter상의 주요내용을 요약정리

5. 주요국의 비조치의견서의 활용

(1) 우리나라

우리나라의 경우 비조치의견서의 대표적인 활용사례는 금융감독에서 발견할 수 있다. 현재 일부 다른 분야에서도 비조치의견서를 검토하고 있지만 금융감독분야에서 주로 활용되고 있다. 우리나라의 경우 비조치의견서제도는 사전심사청구제도 운영규칙(금융위고시 제2012-12호)에 의해 운영된다. 금융감독원의 비조치의견서에 대한 설명을 살펴보면 다음과 같다.

“비조치의견서 제도란 금융회사 등이 특정행위(신규영업, 신상품 개발 등)를 시행하기 이전에 그 행위가 금융감독법규에 위반되는지 여부에 대해 금융감독당국에 사전심사를 청구하면, 금융감독당국이 이를 심사하여 금융감독법규에 근거한 제재 등의 조치를 취할지 여부를 회신해 줌으로써 금융회사 등의 법적 불안정성을 제거하고 발생가능한 불이익을 사전에 예방하기 위한 제도이다.

다만, 금융감독당국에서 검사 또는 심의가 진행중이거나 예비인가에 해당하는 행위 등은 청구대상에서 제외되며, 청구내용이 단순한 규정해석 등의 사항으로 금융감독당국의 실무부서장이 회신하게 되는 경우 금융감독위원회·증권선물위원회 또는 금융감독원장의 향후 의사결정을 구속하지 않는다.

한편, 청구인 금융회사가 인적사항 및 청구내용 등이 기재된 비조치의견 청구서를 금

용감독당국에 제출할 경우 원칙적으로 30일 이내에 회신하며, 동 청구 및 회신내용은 10일 이내에 금융감독원 홈페이지를 통해 공개된다. 다만, 청구인의 기밀에 관한 사항 등 비공개성의 필요성이 인정되는 경우에는 일정기간 공개를 연기할 수 있다.”

이러한 비조치의견서가 발령되었더라도 다음의 행위에 해당할 경우에는 감독당국은 비조치의견서와 다른 조치를 취할 수 있다. 1) 청구인이 청구서에 기재한 내용 또는 제출한 자료의 내용이 사실과 다른 경우 2) 청구인이 중요한 자료를 제출하지 아니한 사실이 발견된 경우, 3) 청구인이 청구서에 기재한 내용과 상이한 행위를 한 경우, 4) 관련 금융감독법규가 변경된 경우, 5) 판단의 기초가 되는 사실관계의 변동 등 기타 사정변경이 발생하여 기존의견을 유지할 수 없는 특별한 사유가 있는 경우이다.¹⁰⁷⁾

비조치의견서제도는 법령의 적용여부가 불분명한 상황 하에서 신속하게 불확실성을 제거함으로써 국민들이 다음의 행위로 나아갈 수 있도록 한다는 점에서 그 활용가능성이 높다. 그러나 현실적으로 비조치의견서는 제도의 운영에 따른 내재적 한계를 가지고 있다.

비조치의견서는 규제당국이 특정한 개인의 신청을 받아 특정한 개인에 대해서 규제해석 및 조치여부를 알려주는 것으로 개별사업자 중심으로 운영됨에 따라 관련 산업전체에 미치는 혁신적 효과는 제한적이라는 점이다.¹⁰⁸⁾ 이러한 우려는 비조치의견서제도 자체의 성격에서 기인한 바, 우려를 불식시키고 새로운 혁신에 대한 탄력적 대응수단으로 기능하기 위해서는 해당 비조치의견을 경영상의 비밀을 보장하는 범위에서 상세히 공개하고, 새로운 신기술에 대응하기 위한 법령정비가 이루어지기 전이라면 기존의 비조치의견과 동일한 조건을 가진 행위에 대해서는 자기구속의 원리가 적용될 수 있어 제한적이거나 비조치의견을 내용을 확대 적용할 여지가 있다.

107) 최승필, “금융규제행정의 공법적 해석 - 금융행정법의 정립을 위한 은행법상 쟁점 제기를 중심으로”, 공법학연구 제17권 제1호, 2016, 321면.

108) 안수현, 한국형 금융규제 테스트베드의 법적쟁점, 한국법제연구원 워크숍 자료집 - 금융규제테스트베드 및 보조적 금융감독조치에 관한 법제분석 및 시사점 도출, 한국법제연구원, 2017.9, 7면.

(2) 일본

일본의 비조치의견서는 각의 결정에 따른 행동계획에서 시작되었다. 2000년 12월 내각은 ‘경제구조변혁과 창조를 위한 행동계획’에서 “IT혁명의 도래 가운데서 민간기업의 사업활용이 신속하고 공평하게 이루어지는 것을 시야에 넣어서 행정처분을 행하는 행정기관이 그 처분에 관한 법령해석을 신속하고 명확한 절차를 일본의 법령체계에 적합한 형식으로 도입하도록 한다”고 계획에 합의함에 따라 2001년 3월, ‘행정기관에 의한 법령적용사전확인제도’로 정식으로 도입하기로 각의결정을 하였다.¹⁰⁹⁾

제5절 RegTech를 통한 규제부담완화 및 규제간소화

1. RegTech(Regulatory Technology)의 정의와 의의

RegTech는 규제에서 기술적 요소를 활용함으로써 규제 및 컴플라이언스의 효율화를 달성하는 것을 말한다.¹¹⁰⁾ RegTech에 대한 다른 정의로는 “규제 및 컴플라이언스의 요구사항을 효과적으로 해결하기 위한 새로운 기술의 사용”¹¹¹⁾ 을 들 수 있다. 두 정의 모두 일반적인 규제개선을 통한 규제완화 이외에 규제기술을 개발하여 실질적으로 피규제자에게 부과되는 규제부담의 크기를 최소화 하려는 노력을 의미한다. 이러한 RegTech는 기술적 요소가 많이 활용되는 금융분야에서 주로 활용되고 있는 바, 영국, 호주 등에서 FinTech의 부각과 함께 맞물려 규제개선의 중요한 한 분야로 부각되고 있다.

호주증권투자관리위원회(ASIC)는 규제적 요구사항을 보다 효과적이고 효율적으로 전달하는데 주안을 두고 새로운 RegTech 관련 산업과도 소통을 활성화하고 있으며, RegTech가 한 조직이 컴플라이언스 문화를 형성하고 새롭게 배울 수 있는 기회를 제공하며, 규제관련 시간과 비용을 절감한다고 인식하고 적극적으로 활용하고 있다.

109) 최승필 외 5인, 앞의 자료(각주 68), 321면.

110) https://en.wikipedia.org/wiki/Regulatory_technology(2017.10.30 방문)

111) <http://asic.gov.au/for-business/your-business/innovation-hub/regtech/>(2017.9.30 방문)

2. RegTech 적용기술과 개발

RegTech에 적용가능한 주요기술로는 Data Mining, Machine Learning, Robotics, Cloud Computing, Biometrics, Visual Analytics, Blockchain 기술이 있다. 데이터 마이닝을 통하여 대량의 데이터를 분석 후 이상징후를 판별하고 대처하거나, 클라우드를 이용하여 규제 대상기관들이 정기적 보고서를 제출하고 감독당국 역시 클라우드를 통해 보고서를 접수할 수 있다. 이 클라우드 기술에 로보틱스를 기술을 결합할 경우 로봇이 데이터전송을 포함한 프로세스를 자동제어할 수도 있다. 한편, 머신러닝을 통해 미래예측적 동향판단은 물론 실시간 거래감시활동을 할 수 있다.¹¹²⁾ 이러한 자동화된 절차는 피규제기관이 직접 보고서를 작성하여 제출하는 것들을 대폭 감소시킨다는 점에서 규제부담의 총량을 줄여주는 효과가 있다. 그리고 RegTech를 공유되는 자료의 보안을 위해서는 블록체인기술의 활용이 가능하다.¹¹³⁾

효과적이고 효율적인 RegTech의 개발을 위해서는 감독당국의 적극적인 역할이 중요하다. RegTech는 감독당국의 규제조치에 대해 그 부담을 줄여주는 것이므로 감독당국의 선도적 방향성 제시와 각 단계별 지침의 제공은 RegTech의 개발을 지원한다. 영국의 금융행위규제원(FCA)이 제시하고 있는 몇 가지 질문은 이러한 감독당국의 역할을 가늠하게 해준다.

“첫째, 어떤 RegTech가 금융회사와 감독당국을 보다 낮은 비용과 부담으로 보다 쉽게 연결해주는가? 둘째, FCA가 RegTech의 개발과 적용을 위해 어떤 역할을 해야 하고 무슨 방법을 사용하는 것이 가장 적합한가?, 셋째, RegTech의 적용과 혁신에 장애가 되는 특정한 규제물과 정책이 있는가? 넷째, RegTech의 적용과 혁신을 위해 도입이 필요한 특정한 규제물과 정책이 있는가? 다섯째, 기존 규제컴플라이언스 또는 규제보고사항 중 어느 분야가 RegTech의 가장 큰 수혜를 받는가?”¹¹⁴⁾이다.

112) 금융보안원, 금융규제이행을 위한 RegTech의 필요성 및 향후과제, 보안연구부, 2017-008, 2017.3.13

113) 보다 자세한 사항은 최승필, 공공행정/규제개혁 - 2017 글로벌리걸이슈(III), 한국법제연구원, 2017 관련 내용을 참조 바람.

3. RegTech 적용분야

RegTech 적용분야로 신분확인, 거래분석을 통한 사기방지, 거래추적 및 분석, 돈세탁방지(AMI), 고객확인의무(KYC : know your customer)에 대한 컴플라이언스, 모니터링을 들 수 있다. 여기에 추가적으로 사전적인 매뉴얼절차의 자동화, 실시간으로 표준화된 컴플라이언스 데이터의 수집, 컴플라이언스 리스크와 이에 대한 모니터링을 위해 대용량 데이터 셀의 분석, 보고서의 자동산출도 RegTech에 해당한다. 실제로 피규제자에게 부과된 의무 - 법령상 공의무 부담을 포함하여 - 중에는 단순한 확인 및 보고 등의 절차가 많은 바 이를 규제기술로 대체할 경우 현장에서 느끼는 규제부담은 크게 줄어들 것으로 보인다.

호주증권투자위원회는 RegTech를 금융산업의 혁신정책에 활용계획이며, 이와 함께 RegTech 관련 기술의 개발을 포함한 관련 산업을 지원할 계획을 발표하고 이를 추진하고 있다. 미국의 경우에도 금융분야에서 RegTech의 활용이 논의되고 있다. 예를 들어 매뉴얼화된 감시의 경우 자동화할 수 있으며, 오히려 사람이 업무를 수행하는 것보다 분야별 내지는 요소별 누락 없이 보다 잘 수행할 수 있다는 평가도 존재한다.¹¹⁵⁾ 여기에서 더 나아가 재량영역이 점점 늘어가는 현재 행정에서 재량판단을 위한 필요한 정보를 매년 금융기관으로부터 징구하는 것보다는 전자적 방식에 의해 자동적으로 데이터가 수집되어 최적화된 의사결정을 지원할 수도 있다. 그리고 이를 통해 규제자들은 자료수집보다 수집된 자료를 분석하여 의사결정하는데 보다 많은 시간을 할애할 수 있다. 현재 RegTech의 활용도가 높은 분야로는 자동화된 내부통제, 보고, 모니터링분야가 있다.¹¹⁶⁾

RegTech의 적용분야를 보여주는 가장 좋은 자료로 세계적인 컨설팅그룹인 딜로이트의 ‘Deloitte RegTech Universe’ 를 들 수 있다. 이 자료는 RegTech의 기술과 적용분야를 선도업체별로 정리한 자료로 이 중 주요한 사항을 요약하면 다음과 같다.¹¹⁷⁾

114) FCA, FCA Supporting the development and adoption of RegTech, Call for Input, Nov. 2015

115) Lawrence G. Baxter, Adaptive Financial Regulation and RegTech : A concept article on realistic protection for victims of bank failures, Duke Law Journal, 66 Duke L.J. 567, 2016.12, p. 597.

116) Lawrence G. Baxter, *ibid*, pp. 598-599.

117) 최승필, 공공행정/규제개혁 - 2017 글로벌리걸이슈(III), 한국법제연구원, 2017 상의 자료를 요약·정리하

RegTech를 크게 5개분야로 나누고 각 분야별로 사용되는 기술들을 종류별로 정리하고 있다. 분야와 기술의 종류로는, 첫째, 규제보고(8개종), 둘째, 리스크관리(13개종), 셋째, 신원확인 및 통제(22개종), 넷째, 컴플라이언스(23개종), 거래모니터링(14개종)이 있다. 이 중 주요한 사항이 규제보고와 컴플라이언스이다. 먼저 규제보고분야에서는 규제보고 솔루션이 개발되고 이를 통해 보고서를 복수의 감독당국에 보고하게 되며, 보고데이터는 별도로 관리된다. 구체적인 예로 스위스의 Deltacon X가 개발한 솔루션은 EMIR(유럽시장인프라규제), MIFID II(금융상품투자지침 II)와 같은 금융규제의 요구사항을 전제로 규제부합적 솔루션으로 개발되었으며, 이를 통해 규제부합적 보고 및 감독당국과 소통이 가능하도록 하고 있다. 이러한 선도적 기술동향은 미국, 영국, 룩셈부르크 등 금융선진국에서 찾아볼 수 있다.

컴플라이언스의 경우, 규제의 가장 말단에 속하면서 자율규제의 한 축을 구성한다. 이 역시 큰 범위의 규제체제에 포함되며, 오늘날은 기업의 컴플라이언스 역시 자동화되고 있고 자동화된 컴플라이언스의 결과는 감독당국의 시스템과 연결되어 별도의 인위적 개입행위를 줄여도 상호소통 할 수 있도록 하고 있다. 컴플라이언스 분야의 적용예로, 미국의 Comply365사가 개발한 솔루션은 실시간 데이터를 분석·감사하고 보고서를 도출할 수 있도록 하고 있으며, 영국의 Behavox사의 솔루션은 컴플라이언스 보고 및 평가툴을 제공하고 리스크를 스코어링할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁸⁾

여 소개하였다.

118) 이들 각 회사별 솔루션의 특징에 대해서는 최승필, 앞의 자료(각주 117)를 참조 바람.

제6절 자율규제

1. 자율규제의 유형

자율규제(self-regulation)는 매우 폭넓은 개념으로 다양한 유형이 존재한다. 먼저 개별기업이 채택하는 자율규제인 경우와 단체가 채택하는 자율규제인 경우를 구별하여 개별 자율규제(individual self-regulation)와 단체자율규제(group self-regulation)로 나눌 수 있으며, 정부 개입정도에 따라 임의자율규제(voluntary self-regulation)와 위임자율규제(mandated self-regulation)로 구분할 수 있다. 임의자율규제는 표준설정이나 집행 등이 정부의 개입이 없이 이루어지는 순수한 자율규제를 말하며, 위임자율규제는 자율적인 실무강령 위반에 대해 벌칙을 규정하거나 자율강령 준수가 규제준수로 간주되도록 하는 등 자율강령 준수에 일정한 법적 효력을 부여하는 경우가 많다.¹¹⁹⁾

‘자기통제형 자율규제’와 ‘기능자치형 자율규제’로 구분하는 견해도 제시되고 있는데 이 견해는 이에 따라서 서로 다른 헌법적 원리들이 적용된다고 보고 있다. 우선 ‘자기통제형 자율규제’의 경우에는 안전을 확보하기 위한 국가의 임무와 연관되기 때문에 국민의 중대한 기본권을 과소하게 보호해서는 안 된다는 기본권 보호 원칙이 적용된다. 따라서 행정이 필요한 경우에 언제든지 규제집행을 대체할 수 있는 관계에 있으며, 바로 이와 같은 행정의 개입 가능성은 자발적인 의무 이행의 실효성을 확보하는 데 영향을 미친다는 것이다.¹²⁰⁾

다음으로 ‘기능자치형 자율규제’는 영업의 자유를 실현하기 위한 것이므로 자율조직에서 행위준칙을 정하여 자율적으로 적용하는 과정에서 다른 사업자의 영업의 자유를 제한하게 될 가능성이 있는데, 이러한 경우에는 과잉금지원칙에 위배되어서는 안 된다는 한계가 존재한다. 기능자치형 자율규제는 공적으로 설정된 최소한의 기준과 모순되지 않는

119) 김유환, 행정법과 규제정책(개정증보판), 삼원사, 2017, 212면.

120) 왕승혜, 경제행정법상 자율규제에 관한 연구: EU·프랑스·한국 식품법제의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 2014, 284면.

영역에서 보충적으로 자율기준을 정립하고 실행할 수 있다는 점에서 공적 규제와 보완적 상관관계에 있는데, 바로 이와 같은 보완적 성질이 품질규제 영역에서 자율규제가 실행될 수 있는 범위와 한계를 설정하는 데 영향을 미친다고 보고 있다.¹²¹⁾

제4차 산업혁명에 대응하는 규제법체계에서는 자율규제가 중시될 가능성이 높다. 이 경우 위에서 소개한 바와 같이 자율규제의 유형에 따라 적절한 헌법원리적용이 이루어지도록 할 필요가 있다고 하겠다.

2. 자율규제의 장·단점과 개선방안

자율규제의 장단점으로는 다음과 같이 점들이 지적되고 있다. 우선 장점으로는 규제속도, 유연성, 시장상황에 대한 민감성, 비용효율성, 집행의 용이성과 준수의 확보 등을 들 수 있다. 또한 일단 규제의 실체를 이루는 표준의 준수가 하나의 관행으로 정착하게 되면 그것은 법적인 강제와 차원을 넘어 윤리적·도덕적 기준을 형성하는 경우도 있어서 행위의 기준과 범위를 규율하는 수준을 높이기도 한다.¹²²⁾

그러나 자율규제는 어떤 형태로든 피규제자 스스로가 규율을 정하거나 집행하도록 하고 있는 것이므로, 피규제자가 자율규제의 표준을 적절히 설정하고 효율적으로 집행할 것이라는 전제가 충족되지 않으면 규제체제로서의 성공을 기약하기 힘들 수 있다. 또한 자율규제는 피규제자 스스로가 제정하는 것이니 만큼 피규제자들의 규제적 입법의도 선점전략에 이용되거나 다른 기업의 진입을 제한하는 진입장벽으로 악용될 수도 있다는 점 등이 문제점으로 지적된다.¹²³⁾

제4차 산업혁명에 대응한 자율규제 체계정립을 함에 있어서는 위와 같은 장점을 최대한화하면서 단점을 최소화하는 방향으로 제도개선이 이루어져야 할 것이다. 이를 위해서는

121) 왕승혜, 앞의 글, 284면.

122) 김유환, 행정법과 규제정책(개정증보판), 213면.

123) 김유환, 행정법과 규제정책(개정증보판), 213-214면.

크게 두 가지 논의를 참고할 필요가 있다. 우선 귄터 토이브너(Günther Teubner)의 이론이다. 토이브너는 니클라스 루만(Niklas Luhmann)의 체계이론(Systemtheorie)을 토대로 하여 자신의 법철학이론을 정립하고 있는데, 그의 근본적 전제는 오늘날 사회는 여러 자율적 부분사회로 나뉘어져 있다는 것이다. 이에 따르면 전체 사회는 사회에서 요청되는 각자의 기능에 근거하여 독특한 소통 패턴을 가진 기능체계, 즉 정치, 경제, 법, 과학, 학문, 예술 등과 같은 부분사회로 분화(differentiation)된다고 보고 있다.¹²⁴⁾ 이러한 관점에서 보면 기존의 명령-통제방식의 규제보다는 자율규제의 중요성이 강조되지 않을 수 없다.¹²⁵⁾

토이브너나 루만의 이론에 대해서는 다양한 평가가 이루어지고 있지만, 제4차 산업혁명시대에서 그 적실성이 높아지고 있는 이론으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 보면 사회 부문별 자율규제와 국가에 의한 조정적 규제간의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 문제의 핵심이라고 보아야 할 것이다.

다음으로 독일의 보장국가론의 관점에서 제시되고 있는 ‘규제된 자율규제’(regulierte regulierung)에 대한 논의도 참고할 필요가 있다.¹²⁶⁾ 이에 대한 설명을 인용해보면 다음과 같다.

“사회적 갈등은 대부분 언제나 국가의 도움 없이 사회영역 내에서 극복되어 왔으며, 국가는 대부분 법적인 보호의 대상이 보호 받아야 할 필요가 생기게 되면 개입했다. 그리고 이 경우에는 국가의 전통적 수단, 특히 고권적 규제의 수단을 동원했다. 그러나 과거 국가가 일방적으로 권력을 행사하던 영역에서도 그 대신 점점 사회의 자율규제 능력을 신뢰하고 또 신뢰해야만 한다는 것은 새로이 나타나는 경향이라고 할 수 있다. 자율규제는 과거 고권적 규제가 행사되던 분야에서도

124) 김연식, “토이브너의 헌법 다원주의의 관점에서 본 경제 영역에서 국가의 역할: 헌법 제119조 제2항의 “경제의 민주화”와 관련하여”, 법과 사회 제46호, 2014, 331면.

125) 토이브너의 이론을 토대로 규제법을 접근한 문헌으로 홍성수, “규제학-개념, 역사, 전망”, 안암법학 제26호, 2008; Hirsch, Dennis D., “Green Business and the Importance of Reflexive Law: What Michael didn’t Say”, 61 Admin. L. Rev. 1063 (2010) 등이 있음.

126) 이에 관한 문헌으로 홍석한, 국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구 : 개인정보보호 영역을 중심으로, 성균관대학교 법학박사학위논문, 2009; Eifert, Martin, “Regulierungsstrategien”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band I, 2. Auflage, München, 2012 등이 있음.

갈등해결의 방식이 되고 있다. 하지만 자율규제가 그 기능을 발휘하기 위해 국가는 불가피하게 민간의 자율규제가 공익을 지향하도록 하기 위한 기준을 마련해야만 한다. 보장국가의 이러한 이념에 따라 이루어지는 자율규제는 결국 '규제된 자율규제'라고 한다.”¹²⁷⁾

위와 같은 논의들은 체계의 복잡성 및 하부단위의 자율성의 증대에 따라 자율규제의 중요성이 강조되면서도 동시에 이러한 자율규제의 부작용을 제어하고 공익을 추구하기 위한 적절한 국가의 역할이 필요함을 보여준다. 제4차 산업혁명에 따른 신기술에 대해서 자율규제를 적용할 경우에도 이와 같은 점들을 유의할 필요가 있다.

127) 홍석한, 국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구 : 개인정보보호 영역을 중심으로, 성균관대학교 법학박사학위논문, 2009, 116-117면.

제4장

행정입법의 개선방안

제1절 법률유보이론의 재검토

제2절 법규명령에 대한 재검토

제3절 행정규칙에 대한 재검토

제4장

행정입법의 개선방안

제1절 법률유보이론의 재검토

1. 전통적인 법률유보의 의의와 근거

법률유보원칙(Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)은 행정작용은 법률에 근거해서만 행해질 수 있다는 원칙으로 행정은 법의 수권이 있는 때에 한하여 일정한 요건 하에서만 행해질 수 있음을 의미한다. 이러한 법률유보원칙의 이론적 근거로는 법치국가원리와 이에 근거한 기본권 보장이념, 법률의 민주적 정당성 측면에서의 민주주의원리를 들 수 있다.¹²⁸⁾

법치국가원리는 행정작용이 명확하고 예측가능하며 법적 안정성을 가질 것을 요구하는데, 이를 위해 국가와 사인의 법적 관계를 일반적·추상적으로 규정함으로써 그 남용과 자의를 방지하는 것을 목적으로 한다. 이러한 바탕 위에서 기본권에 대한 법률유보(*grundrechtliche Gesetzesvorbehalt*)가 논의되는데, 이는 사인의 기본권에 대한 제한뿐만 아니라 기본권의 보장이 법률이나 법률에 근거해서만 가능하다는 것을 뜻한다.¹²⁹⁾

민주주의원리로부터는 국민의 대표인 의회가 공동체를 규율하기 위한 결정을 스스로 내려야 한다는 내용이 도출될 수 있으며, 이는 입법위임과 관련하여 논의된다.¹³⁰⁾ 관련되는 개념으로 의회유보(*Parlamentsvorbehalt*)는 법률유보원칙이 규율대상의 위임금지로 강

128) 류지태·박종수, 행정법신론(제17판), 박영사, 2017, 60-61면; Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auf., München, 2008, S. 116.

129) 류지태·박종수, 앞의 책, 61면; Maurer, a.a.O., S. 117.

130) 류지태·박종수, 앞의 책, 61면; Maurer, 앞의 책, S. 117.

화된 개념이라고 할 수 있다. 그러나 독일의 판례와 이론에 의해 형성된 의회유보 논의는 반드시 형식적 법률을 통한 의회의 결정만을 의미하는 것은 아니며, 의회에 의한 동의형 식만 필요한 경우에도 의회유보의 내용에 포함되게 된다.¹³¹⁾ 따라서 독일에서의 논의에 비추어볼 때, 의회유보는 반드시 본질성이론과 연결되는 개념은 아니다.

독일의 논의에서는 법규유보(Rechtssatzvorbehalt)의 개념이 또한 존재하는데, 이는 행정작용이 법적 구속력 있는 근거를 가져야 하며, 이에 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법규명령과 조례가 해당된다는 것을 뜻한다. 전통적으로는 법률유보의 개념 하에 법률의 위임에 근거한 법규명령에 의한 규율이 포함되는 것으로 이해하였으나, 이를 좀 더 엄격하게 구분하여 법률에 의한 근거가 필요한 경우와 법규명령 등으로 충분한 경우, 이른바 법규유보를 구분하려는 경향을 찾아볼 수 있다.¹³²⁾

2. 제4차 산업혁명과 법률유보

제4차 산업혁명에 대응하기 위한 규제 및 입법의 대응은 전통적인 법률유보이론의 변형을 가져올 수 있다. 법률유보의 근거가 되는 법치주의는 행정작용이 명확하고 예측가능하며 법적 안정성을 가질 것을 요구하는데, 앞서 살펴 본 새로운 기술의 도입 등에 있어 논의되는 네거티브 규제, 규제프리존 등은 이러한 법치주의의 내용을 쉽게 충족하기는 어렵다. 또한 규제프리존법과 관련하여 논의되는 기업실증특례, 신기술 기반사업 승인 등의 제도는 입법자가 행정청의 전문성을 인정하고 규범구체화 권한을 인정한 것이라고 이해될 수 있다. 그러나 이는 행정기관이 법률의 제한을 받지 않고 스스로 규율할 수 있는 고유한 영역을 뜻하는 행정유보와는¹³³⁾ 다른 개념이며, 이러한 제도들이 어떠한 절차를 거쳐 구체화될 것인지, 어떠한 근거에 따른 것인지에 따라 그 형태가 달라질 수 있다. 물론 여기에서는 규범의 민주적 정당성을 전제로 한다.

131) Maurer, 앞의 책, S. 117-118.

132) Maurer, 앞의 책, S. 118.

133) 류지태·박종수, 앞의 책, 62면.

그러나 전통적인 법률유보이론에 부합하지 않는 내용이라고 해서 현실에 있어서의 새롭고 중요한 요청을 포기할 수 없으며, 행정법은 이러한 새로운 요청들을 행정법의 체계 내에 자리매김할 수 있도록 하여야 하는 과제를 부담하게 된다. 이는 또한 입법자의 과제이기도 하다. 즉 제4차 산업혁명에 대응하기 위해 이를 합리적 규범체계 내에 편입시키는 방법에 대한 고찰이 필요하다.

이러한 제도들을 제4차 산업혁명의 기본개념들을 기준으로 검토해보면, 네거티브 규제, 규제프리존 등은 혁신, 탄력성을 잘 구현하는 제도들이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 제도들의 도입에 있어 위험에 대한 고려가 충분히 이루어질 수 있도록 신중히 검토하는 것이 필요하다. 이러한 제도들의 필요성이 인정됨에도 불구하고, 그만큼의 강한 반대 에 부딪히고 있는 이유는 이로 인해 야기될 수 있는 위험의 관리에 대해서 충분한 고려와 규율이 이루어질 것인지에 대한 의문이 해소되지 않고 있기 때문이다. 이러한 제도들이 수용될 수 있기 위해서는 위험에 대한 관리를 포함한 국가의 근본적인 방향성 내지 전략 및 의사형성과정이 설득력을 갖는 것이 필요하다. 입법자는 이러한 과정과 결정이 가능할 수 있는 법적 전제조건을 형성하고 관련된 이해관계를 형량할 수 있는 구조를 형성할 책임을 갖는다. 즉 과학기술의 발전과 이용에 관한 윤곽조건을 형성할 책임을 부담하며, 이는 과학기술을 ‘(헌)법친화적’으로 발전시킴과 동시에 국민의 기본권을 특히 절차보장을 통해 강화하는 의미를 갖는다.¹³⁴⁾ 또한 법률유보의 근거인 법치국가원리와 민주주의 원리를 제4차 산업혁명에 대응하기 위해 적절하게 변화시킨 내용으로 이해할 수 있을 것이며, 국가목적의 집행작용이자 헌법원리의 형성작용인 행정에 대한 법으로서의 행정법의 성격을 유지할 수 있을 것이다.

134) 김일환, “첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 이론적 고찰”, 토지공법연구 제37집 제2호, 2007, 300-302면.

제2절 법규명령에 대한 재검토

1. 의회법률과 행정입법으로서의 법규명령

법규명령은 행정기관이 제정하는 일반적·추상적 행정입법으로서 대외적 구속력을 갖는 규범을 뜻한다. 법규명령을 포함한 행정입법의 필요성은 행정현실의 변화에 따른 탄력적인 규율의 필요성이 존재하는 경우에 인정되며, 특히 그 규율대상이 과학기술의 전문성을 요하는 경우에는 법률의 형식보다는 행정입법에 의한 경우가 보다 바람직할 수 있다.¹³⁵⁾

그러나 행정입법의 필요성과 함께 고려되어야 하는 점은 행정입법의 인정이 의회입법주의원칙을 침해하여서는 안 된다는 점이다. 이를 위해 행정입법의 한계가 논의되었으며, 그 구체적인 내용에는 의회유보사항에 대한 위임금지와 법규명령은 법률에서 위임하지 않은 입법사항에 대해 규율할 수 없으며, 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 이루어져야 한다는 내용(포괄위임금지원칙)이 포함된다.¹³⁶⁾

2. 제4차 산업혁명과 법규명령

(1) 위임입법에 관한 논의

과학기술의 발전으로 인해 의회로부터 행정부로의 입법위임이 증가하는 것은 규율영역의 복잡성과 전문성을 고려할 때 필요하며, 의회의 법률제정에 관한 부담과 능력의 한계를 극복할 수 있는 방안이라 할 수 있다. 또한 국민들의 입장에서라도 발전되는 기술에 보다 효율적인 대응이 가능한 행정부에 의해 규율이 구체화되는 것을 희망할 수 있으며, 이는 현실적인 측면에서 민주적 정당성을 갖는 것으로 평가할 수 있다.¹³⁷⁾

135) 류지태·박종수, 앞의 책, 307면.

136) 류지태·박종수, 앞의 책, 310-312면; 김현준, “법률과 행정입법의 관계 - 독일 의회의 행정입법 관여의 비교법적 검토”, 공법연구 제45집 제1호, 2016, 110-111면.

137) 김민호·김현정, “전자정부와 법률유보”, 토지공법연구 제38집, 2007, 441면.

제4차 산업혁명에 대응하기 위한 입법들은 많은 경우 복잡성과 전문성을 갖는 규율대상에 관한 것이며, 따라서 행정부에 의한 내용의 구체화가 불가피한 영역이 많은 부분 존재한다. 그러나 이 경우에도 의회입법원칙을 통해 구현하고자 하는 헌법원리인 법치주의와 민주주의가 실현되는 것이 필요하다. 이와 관련하여 다음의 두 가지 사항을 특히 지적하고자 한다.

먼저 법률과 법규명령의 입법목적의 상이가 나타날 수 있다는 점이다. 우리 헌법은 제75조와 제95조에서 법규명령은 헌법과 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 대해 규율할 수 있음을 규정하고 있으며, 독일 기본법은 보다 구체적으로 제80조에서 위임의 내용과 목적 및 범위를 정하여 위임하여야 함을 규정하고 있다. 이러한 규정내용에 비추어볼 때, 포괄위임금지원칙 등 위임입법의 한계의 완화가 나타나고 있지만, 법률의 위임의 필요성과 법률과 위임입법의 목적이 동일한 방향성을 가져야 하는 것은 반드시 지켜져야 하는 최소한의 요구에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 실제로는 규율의 복잡성과 전문성으로 인해 행정입법을 통해 그 내용이 구체화되는 경우 수권법률의 목적에 위배되는 내용을 규율할 가능성이 있다. 예컨대, 규제를 목적으로 하는 법률로부터 규제의 완화를 규정하는 권한을 시행령으로 위임하는 경우이다. 이러한 입법례는 일반적으로도 찾아볼 수는 있으나, 위임의 근거규정에서 위임의 목적을 명확히 하여 법률의 원래 목적이 행정입법을 통해 형해화되는 것을 방지하여야 한다. 제4차 산업혁명시대에 있어 기술혁신과 함께 중요성이 강조되는 영역으로 개인정보의 이용과 보호에 관한 영역을 들 수 있는데, 수권법률과 행정입법의 목적의 부합성을 신중히 고려해야 하는 대표적 분야로 들 수 있다. 규율대상에 대한 중요한 가치들이 지속적으로 충돌하는 경우 수권법률의 목적을 재검토하여 합리적으로 설정하고, 규율대상을 명확히 하며 규제수단을 적정화하려는 노력이 필요하다.¹³⁸⁾

138) 최경진, “빅데이터·사물인터넷 시대 개인정보보호법제의 발전적 전환을 위한 연구”, 중앙법학 제17집 제4호, 2015, 45-46면.

(2) 입법절차에 관한 논의

법규명령은 법률의 위임범위 내에서 입법사항을 규정하게 되므로, 이러한 법규명령이 갖는 중요성을 고려하여 그 제정절차를 일정한 법적 통제 하에 둬으로써 국민의 참여를 활성화하고, 사전적으로 법규명령의 내용을 국민들에게 알리는 것이 필요하다. 현행 행정절차법은 행정입법의 예고절차를 규정하고 있다.

제4차 산업혁명시대에 있어서는 앞서 언급한 것처럼 특히 입법위임이 증가하고, 법규명령을 통해 규율하는 내용의 범위가 확대될 것이므로 이러한 절차적 통제는 더욱 중요하게 되었다. 즉 행정입법에 대한 절차적 통제를 통해 행정입법의 민주적 정당성을 확보하는 것이 중요한 의미를 갖는다.

이외에도 행정입법절차와 관련하여 논의가 필요한 내용은 행정입법과정에 의회가 어떠한 정도로 개입 가능한지에 대한 문제의 검토이다. 독일의 경우 각 주의 대표로 구성되는 연방참사원(Bundesrat)의 일정 법규명령에 대한 동의권한 및 법규명령안의 제출권한은 기본법 제80조 제2항과 제3항에 규정되어 있다. 그러나 우리의 경우 연방주의 하에서 주의 이익을 대변하는 연방참사원에 해당하는 조직은 현재 존재하지 않기 때문에, 연방의회(Bundestag)의 행정입법에 대한 개입논의가 중요한 의미를 갖는다.

독일 연방의회의 행정입법에 대한 개입권한은 기본법상 명문화되어 있지 않지만, 실제로는 여러 가지 방식을 통한 개입이 이루어지고 있다. 그 중 우리의 정치체제 및 법체계에 비추어 참고가 될 수 있는 점은 독일의 경우 개별법률의 근거조항에서 연방의회의 동의권을 규정하고 있다는 점이다. 즉 2015년 문제가 되었던 국회법 개정과 같이, 행정입법에 대한 의회의 관여를 일반적으로 인정하기보다는 필요한 경우 개별법률에서 이를 규정하는 방식이다. 예컨대, 독일 소득세법 제51조 제2항은 근로소득의 원천징수 등을 포함하여 소득세를 조정하는 내용의 법규명령은 연방참사원의 동의뿐만 아니라 연방의회의 동의를 받도록 규정하고 있다.¹³⁹⁾ 조세법의 경우 대표적으로 전문성과 기술성이 요

139) 이에 대한 상세한 사항은 김현준, “법률과 행정입법의 관계 - 독일 의회의 행정입법 관여의 비교법적 검토”,

구되는 행정영역이며, 규율대상의 특성을 고려하여 이의 구체화를 행정부에 맡기되, 조세가 국민의 재산권 등에 미치는 영향을 고려하여 이에 대한 동의권을 연방의회에 부여한 것이라고 이해할 수 있다. 제4차 산업혁명의 내용으로 새로운 기술의 도입, 사업의 인·허가기준 등의 문제는 매우 전문적이고 기술적인 영역임과 동시에 국민의 다양한 기본권에 관련되는 중요한 사항이기도 하다. 따라서 행정부에 의한 구체화를 허용하되, 이에 관한 최종적 동의권을 의회에 유보하여 그 민주적 정당성을 확보하는 방안을 고려해볼 수 있을 것이다.

제3절 행정규칙에 대한 재검토

1. 전통적인 의미의 행정규칙

행정규칙은 전통적인 의미에서는 행정청이 행정조직 내부 또는 특별행정법관계 내부에서의 조직과 활동을 규율할 목적으로, 행정조직 내부에서 법률의 수권없이 정립하는 일반적·추상적 규정을 뜻한다. 법규명령과 함께 행정입법의 한 내용으로 분류되지만, 헌법이나 법률의 수권여부, 수범자, 외부적 효력 측면에서 차이를 갖는다.

2. 제4차 산업혁명과 행정규칙

행정규칙의 전통적인 의미에도 불구하고 제4차 산업혁명과 관련하여 행정규칙에 대해 새로운 요청들이 제기되고 있다. 즉 기술적이고 전문성을 요하는 규제기준 등에 대해 행정규칙을 통한 구체화권한을 위임하거나(이른바 규범구체화 행정규칙 또는 법령보충적 행정규칙), 법령의 위임을 얻은 법규명령 또는 행정규칙을 통한 규율을 넘어, 위임없는 행정규칙에 의한 구체화가 논의되고 있다. 제4차 산업혁명에 있어 행정규칙과 관련한 중요 논의를 이하에서 좀 더 자세히 살펴해보도록 하겠다.

공법연구 제45집 제1호, 2016, 118-119면.

(1) 지원에 관한 규범으로서의 행정규칙

먼저 행정규칙의 역할을 기술개발 등에 대한 지원에 관한 근거규범으로 설정하는 것이다. 법률유보이론, 본질(중요)사항유보설은 침해행정의 영역에만 적용되는 논의는 아니며, 기본권의 실현에 중요한 내용 역시 법률의 근거를 요함을 그 내용으로 한다. 그러나 지원행정은 침해행정과는 구별되는 성격이 있는 것은 분명하며, 기술개발에 관한 지원의 시급성 등을 고려할 때 그 지원에 관한 사항은 조직법적 권한범위 내에서 행정청이 행정규칙을 통해 구체화할 수 있는 가능성이 긍정될 수 있다고 생각되며, 이러한 규율은 법치주의와 민주주의의 훼손 문제 역시 거의 제기하지 않을 것이라 판단된다. 다만 행정규칙의 구체화에 있어서도 의견수렴절차 등을 거치는 것이 바람직할 것이다.

(2) 기술규제기준으로서의 행정규칙

제4차 산업혁명과 행정규칙의 문제에 있어 핵심이 되는 내용은 기술규제기준을 행정규칙을 통해 구체화할 수 있는지의 문제이다. 이와 관련해서는 행정법상 오랜 논의인 규범구체화 행정규칙, 법령보충적 행정규칙에 대한 논의로 거슬러 올라갈 필요가 있다.

규범구체화 행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)은 독일연방행정법원의 판례를¹⁴⁰⁾ 통해 형성된 개념으로 환경 및 기술영역에서 불확정개념이나 개방된 구성요건의 적법한 구체화 권한을 법률의 위임에 의해 부여받은 경우 행정청이 당해 규범을 구체화하는 내용으로 발하는 행정규칙을 뜻하며, 이에 대해서는 제한된 사법심사만이 가능하게 된다.¹⁴¹⁾ 규범구체화행정규칙의 개념은 1985년 독일연방행정법원의 Whyl 판결에서 원자력법의 영역에 적용되는 ‘배출공기나 지표수를 통한 방사능의 유출에 있어서의 방사선 노출에 관한 일반적 산정기준’이라는 내무부장관의 지침을 규범구체화 행정규칙으로 이해하고 이에 대해서는 법원의 사법심사가 제한되는 내용을 인정함으로써 비롯되

140) Whyl 판결: BVerwGE 72, 300(320). 또한 환경법상 대기오염(TA Luft)에 대한 규제기준에 대한 연방헌법재판소의 판례가 있음(BVerfGE 78, 214(227)).

141) Maurer, 앞의 책, S. 629-630.

었다. 즉 규범구체화 행정규칙으로 인정되는 경우 법원의 심사권한은 행정규칙 내용의 정립에 있어 자의적이지 않은 조사가 이루어졌는지 등에 대해서만 심사할 수 있다고 보았다. 그러나 1991년 유럽재판소(Court of Justice of the European Union)는 아황산가스에 관한 지침(EC Directive 80/779/EEC)과 납에 관한 지침(EC Directive 82/884/EEC)의 국내 법으로의 전환을 행정규칙인 TA Luft의 형식으로 하자, 구속력이 없는 행정규칙으로의 전환은 적절하지 않으며, 유럽연합의 지침은 법적 안정성과 구속력이 보장되는 규범형식을 통해 전환되어야 함을 판시하였다.¹⁴²⁾

우리나라의 경우 국세청장 훈령인 ‘재산세세조사사무처리규정’에 대한 판례와¹⁴³⁾ 관련 하여 동 규정이 규범구체화 행정규칙의 성격을 갖는지에 대해서 학계의 논의가 있었으며, 이를 규범구체화행정규칙으로¹⁴⁴⁾ 보는 견해도 있으나, 일반적인 견해는 규범구체화행정규칙으로서의 성격을 부정하고 있다. 우리의 판례와 학계의 논의에 따를 때 동 규정은 규범구체화행정규칙의 경우처럼 불확정법개념의 구체화에 관련되지 않는다는 점에서 차이가 있고, 실질적으로는 수권법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로서의 성격을 갖는다고 본다.

제4차 산업혁명과 관련된 내용은 고도의 기술성과 전문성을 가지므로 규범구체화 행정규칙의 논의가 적합한 영역에 해당할 수 있다. 또한 법률이나 법규명령에 의한 규율보다는 행정규칙에 의한 구체화가 제4차 산업혁명의 기본 개념에 해당하는 기술에 대한 탄력성 등을 구현하기 위해 보다 적합할 수 있다. 그러나 규범구체화행정규칙과 법령보충적행정규칙 모두 상위법령의 수권을 전제로 한다는 점, 양 규범의 대외적 구속력과 관련하여 법규명령으로서의 성격을 사실상 인정하고 있다는 점에서 법규명령이 아닌 행정규칙의 적극적 활용에 있어서는 신중한 검토가 필요하다.

142) EuGH Urt. vom 30. 5. 1991 - Rs C-361/88, EuGH Urt. vom 30. 5. 1991 - Rs C 59/89. 류지태·박종수, 행정법신론(제17판), 박영사, 2017, 327면. 송동수, “규범구체화 행정규칙과 법규범체계의 재정비 - 독일 행정규칙이론과 유럽재판소 판결을 중심으로 -”, 토지공법연구 제39집, 2008, 298-299면.

143) 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 결정; 1989. 11. 14. 선고 89누5676 판결.

144) 김남진·김연태, 행정법I(제21판), 2017.

최종적인 구속력을 갖는 것을 목적으로 하는 규범의 경우 가능한 한 행정규칙에 의한 규율보다는 법규명령을 통한 규율이 바람직하다고 보며, 행정규칙에 의한 규율은 아직까지 최종적인 법적 구속력을 갖도록 하기보다는 제도의 도입단계에서 산업계 등의 자율적인 시범적용을 거치고, 상위법령과의 정합성을 갖추도록 하는 단계에서 활용하는 것이 타당하다고 판단된다. 최근 많이 활용되고 있는 개인정보보호에 관한 가이드라인들의 경우 이러한 의미를 갖는 것이라고 해석될 수 있다.

또한 제4차 산업혁명과 관련하여 많이 논의되고 있는 자율주행자동차에 대한 임시운행허가를 규정하고 있는 자동차관리법은 자율주행자동차를 시험·연구 목적으로 운행하려는 자는 허가대상, 고장감지 및 경고장치, 기능해제장치, 운행구역, 운전자 준수 사항 등과 관련하여 국토교통부령으로 정하는 안전운행요건을 갖추어 국토교통부장관의 임시운행허가를 받아야 함을 규정하고 있다(제27조 제1항 단서). 또한 동법 시행규칙은 동 규칙에서 정한 사항 외에 안전운행요건의 확인에 필요한 세부사항은 국토교통부장관이 정하여 고시하도록 규정하고 있으며(제26조의2 제3항), 이에 국토교통부장관 고시인 ‘자율주행자동차의 안전운행요건 및 시험운행 등에 관한 규정’이 2016년 마련되어 2017년 한 차례 개정되었다. 자율주행자동차의 경우 현재는 시험운행허가만이 인정되고 있으며, 그 요건을 행정규칙으로 구체화하는 것은 제도의 도입단계에 있어 시범적용에 적합한 규율 형식으로 이해할 수 있으며, 자율주행자동차의 운행이 상용화되는 시점에는 현재 행정규칙에서 정하고 있는 사항들 중 중요한 내용은 상위법령에 규정하는 것이 타당할 것이다. 즉 입법사항을 규율하는 경우에는 가능하면 그 효력면에서 형식과 실질이 일치하도록 하는 것이 바람직할 것이라 생각된다.

그러나 제도의 도입단계에서 탄력적인 규제를 통해 기술혁신에 기여하는 규범적 근거로서 행정규칙의 유용성은 간과될 수 없다. 따라서 대상사안에 따른 규범형식을 적절히 활용하되, 행정규칙을 통해 규제의 중요한 내용을 정하는 경우, 특히 행정규칙을 통한 구체화 권한을 법령에서 부여하고 있는 경우에는 행정규칙이 의견수렴을 통한 민주적 정당성과 수용성일 확보할 수 있도록 사전통제절차를 거치도록 하는 것이 필요하다.¹⁴⁵⁾

145) 송동수, 앞의 글, 302면.

(3) 가이드라인의 활용가능성

행정규칙과 관련하여 또 살펴봐야 할 점은 기술적인 전문영역에서의 가이드라인의 활용에 관한 문제이다. 또한 이러한 가이드라인이 대외적 구속력이 없는 권고의 성격을 갖는 것인지, 앞서 살펴 본 법령보충적 행정규칙 내지 규범구체화 행정규칙의 성격을 갖는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

새로운 기술규제의 구체적인 내용에 대해서는 이를 모두 법률 내지는 법규명령에 규정하기 어려우며, 기술의 급격한 변화에 대응하기 위하여 이를 행정규칙 형식 내지는 가이드라인의 형태로 정하는 경우가 잦아졌다. 이를 법령보충적 행정규칙이나 규범구체화 행정규칙으로 설정하는 경우, 즉 국민의 권리의무에 직접적인 영향력을 갖는 사항을 상위 법령의 위임 하에 행정규칙으로 구체화하는 경우에는 그 구속력을 인정할 수 있을 것이다.

그러나 권고적 성격을 갖는 가이드라인의 경우에는 그 구속력에 관한 검토가 필요하다. 2013년 미래창조과학부는 포털업계에 인터넷 검색서비스 가이드라인을 권고하였다. 이 가이드라인은 직접적인 구속력이 없는 권고형식의 가이드라인이었지만, 실질적으로는 구글 등 해외 인터넷 서비스업체를 제외한 국내 네이버, 다음, 네이트 등의 업체는 이를 수용함으로써 실질적인 인터넷 검색서비스 행위의 지침으로 기능하였다.

외국의 경우를 살펴보면, 이러한 가이드라인들이 자율규제기관에 의해 마련되거나 이해관계자가 참여하는 거버넌스의 형성을 통해 마련되는 경우를 많이 찾아볼 수 있다는 점을 특징으로 들 수 있다. 독일의 경우를 예로 들어보면, 독일은행산업위원회(The German Banking Industry Committee, GBIC / Deutsche Kreditwirtschaft, dK)는 독일은행협동조합(the National Association of German Cooperative Banks: BVR), 독일은행협회(the Association of German Banks: BdB), 독일공공은행협회(the Association of German Public Banks :VÖB), 독일저축은행협회(the German Savings Banks Association: DSGV), 그리고 Pfandbrief은행협회(the Association of German Pfandbrief Banks: vdp)로 구성된다. 그리고

동 위원회는 카드결제 방식을 포함하여 지급결제부문에 대한 표준화(standards) 규칙의 초안을 제시하는 역할을 담당한다. 이는 위원회의 가장 중요한 업무 중 하나로서, 표준화 규칙은 참여협회들의 규약(Vertrag, 일반적으로 동 위원회의 규약은 Abkommen으로 표시됨)으로서 지급결제거래에 대한 효력을 가진다.¹⁴⁶⁾ 이처럼 가이드라인의 마련에 수범자를 참여하게 하거나 수범자가 되는 산업계 등을 가이드라인의 작성 주체로 함으로써 자율규제의 기준이 될 수 있도록 한 점은 우리에게도 시사하는 바가 크다. 가이드라인의 법적 효력이 명확하지 않은 점을 감안한다면, 거버넌스의 형성 내지는 자율규제의 방식으로 가이드라인의 내용을 마련하는 방안에 대해 적극적으로 검토할 필요가 있다.

가이드라인과 관련하여서는 또한 행정지도가 문제될 수 있다. 기술탄력성과 적응성을 확보하기 위한 가이드라인은 그 장점에도 불구하고 비공식적 기준을 제시하고 행정지도를 통해 이를 관철시키는 수단으로 활용될 수 있는 단점이 있다. 호주의 경우 이러한 가이드라인이 활성화되어 있지만, 호주를 비롯한 영미국가에서는 우리와 같은 행정지도의 형식이 존재하지 않는다는 점에서 문제가 될 소지가 적다. 그러나 우리의 경우 전통적인 행정수단으로 행정지도의 활용성을 검토할 때 그 부작용을 함께 검토하고 방지가능성을 살펴볼 필요가 있다.

146) 예컨대 고객과 은행간의 데이터 전송에 관한 규약(Abkommen über die Datenfernübertragung zwischen Kunden und Kreditinstituten, DFÜ-Abkommen). <https://die-dk.de/zahlungs-verkehr/electronic-banking/dfu-verfahren-ebics/> (접속일: 2017. 9. 20.)

제5장 행정행위 및 신고법제의 개선방안

- 제1절 행정행위와 규제와의 관계에 대한 이론적 단초
- 제2절 기존의 행정행위의 변형을 통한 규제개선가능성
- 제3절 신고제도의 재검토와 활용가능성

제5장

행정행위 및 신고법제의 개선방안

제1절 행정행위와 규제와의 관계에 대한 이론적 단초

1. 행정행위로서 규제의 특성과 체제의 구성

기술의 급격한 변화에 따른 규제의 적용과 관련하여 “현상지향성, 기술지향성, 미완성성, 비체계성, 국제규범민감성”이 들어지고 있다. 현상지향성은 일반적 가치의 달성이 아닌 현상 대응적 법의 역할을 강조한 것이며, 기술지향성은 법과 규제의 변화가 기술의존적이라는 점이다. 그리고 이러한 기술의 급격한 변화는 당시 기술의 미완성성과 비체계성에 직면하기 쉽다는 점이며, 국경을 넘어서는 서비스 내지는 기술표준화를 통한 호환성 확보를 위해 국제표준을 만들 경우 국제규범에 민감하게 반응할 수 밖에 없다는 것이다.¹⁴⁷⁾

여기에서 기술의 변화에 따른 기술규제의 현황에 대해서 현상지향성에 대해서는 일응 동의하나 그 현상지향성이 법적가치 보다 구체적으로는 보호법익 내지는 보호이익의 가치를 도외시하는 것은 아니며, 규제의 정도에 있어서도 결국 비례성의 심사가 개입되는 바 종국적으로 가치를 매개로 한 현상대응이라는 점에서 가치를 도외시한 단순한 현상지향성으로 보기는 어렵다. 둘째 기술지향성에 대해서는 기술지향적이라는 점에서 기술의존적이라는 점에서 이에 대한 법의 탄력적 대응이 필요함에는 이견이 없을 것으로 보이며, 기술지향성에 종속적으로 부응하는 미완성 및 비체계성의 경우가 존재함에 따라 결국에는 규

147) 김현경, “ICT 규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구”, 성균관법학 제26권 제3호, 2014, 497면.

제샌드박스 내지는 테스트베드를 통해 미완성성 및 비체계성이 나타나는 것을 극복하려는 노력이 가해진다고 할 수 있다. 그리고 국제표준성의 경우에는 오늘날 일반적인 법의 현상으로 사실 제4차 산업혁명 내지는 기술혁명에 고유한 것이라고 보기는 어려울 것이다.

2. 규제의 개념과 행정행위 그리고 처분

(1) 논의의 의의

규제에 대해서는 매우 다양한 정의가 내려지고 있어 일의적으로 어떠한 정의가 타당한가로 명확하게 가를 수 없다. 현행법령에서 사용하고 있는 규제의 정의를 토대로 행정법적 요소를 살펴본다. 먼저 행정규제기본법상의 규제의 개념을 살펴보면, 행정규제기본법은 행정규제란 “국가나 지방자치단체가 특정한 행정목적 실현하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다”고 정하고 있다.

그러나 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법 역시 행정규제에 대해서 규정하고 있는 바, “국가, 지방자치단체 또는 법령에 따라 행정권한을 행사하거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 개인이 특정한 행정목적 실현하기 위하여 기업활동에 직접적 또는 간접적으로 개입하는 것을 말한다”고 정하고 있다. 따라서 우리가 말하는 규제가 행정행위 중에서 어디에 속하는지 아니면 직접적으로 처분의 개념과 동일한 것인지에 대해서 혼란스럽다. 따라서 이를 주체와 행위적 측면에 주안을 두어 살펴보면 다음과 같다.

(2) 행정주체

행정규제기본법상의 규제주체에는 국가와 지방자치단체만을 명시적으로 정하고 있어 민간전문기구가 수행하는 공무수탁사인으로서의 지위는 이에 해당하지 않는다. 그러나 향후 민간의 전문지식을 활용하여 공무수탁사인의 지위에서 행하는 행위도 포섭할 수

있어야 함에 따라 이러한 행정주체성의 한정은 개선의 필요가 있다. 이에 비해 개념 2에 해당하는 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법은 행정주체의 범위를 보다 넓게 상정하고 있는 바, “행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 개인”을 상정함으로써 공무수탁사인을 통한 규제행정에의 적용성을 담보하고 있다.

(3) 행정행위

행정규제기본법은 가장 좁은 의미의 규제를 상정하고 있음에 따라 상정하고 있는 행정청의 행위는 처분을 의미한다. 즉 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하고 있다는 표지는 처분에 해당되는 것으로 소위 고권성에 수인의무가 굳이 함께 표현되고 있지 않아도 그 의미는 처분을 의미하는 것임을 추론할 수 있다.

이에 반해 기업활동 규제완화에 관한 특별조치법은 행정규제를 수행하는 행정청의 행위에 대해 “특정한 행정목적의 실현하기 위하여 기업활동에 직접적 또는 간접적으로 개입”하는 것을 정하고 있어 행정법체계 내에서 논할 수 있는 모든 행위형식을 포괄하고 있다. 따라서 이 개념 하에서는 규제에는 형식적으로는 행정지도나 권고 또는 유도행위도 포함될 수 있는 여지가 있어 민간의 활동에 대한 국가의 개입행위를 너무 광범하게 보고 있는 단점이 있다. 특히 국가의 개입행위에 권리제한성과 의무성을 포함시키지 않고 있어 규제의 범위가 과도하게 확대될 우려가 있다.

한편 인허가 행위의 전제로서는 질서유지 및 공공정책적 목표가 전제가 됨에 대해서는 큰 이의가 없다. 질서유지의 경우에는 허가에서 공공정책적 목표에 대한 고려는 인가나 특허에서 강하게 드러난다. 이는 목적상의 전제조건이며, 해당 인허가의 근본적인 전제조건으로서 정보의 우위성을 들 수 있다. 국가의 공권력 작용이 이를 수용하는 민간에게 그 효과가 발휘되는 것은 정부의 행정에 대한 신뢰가 전제되어 있는 경우이며 그 신뢰의 한 요소가 정보의 우위성이다. 그러나 기술혁명 사회에서는 국가나 민간이 가지는 정보의 수준이 비슷하거나 혹은 민간이 가지는 정보가 우위에 있을 수 있는 분야들이 있다. 따라서 기존의 인허가를 중심으로 행정행위의 재해석과 활용가능성을 논해보는 일이 필요하다.

3. 행정행위의 성격 - 기속 및 재량과 규제

(1) 기속행위와 규제

기속적 규정에 의한 규제의 경우 전통적으로 허가와 인가에서 규제의 예를 발견할 수 있다. 특히 허가인 경우 기속적 요건을 중심으로 한다는 점에서 허가의 형식으로 규정되어 있는 규제를 찾아볼 수 있다. 규제의 탄력성을 높이기 위해서는 허가를 신고로 전환하는 방법을 모색할 필요가 있으며, 이러한 사고는 지금까지의 규제개선의 일반적 경향이였다. 신고로 전환하는 경우 자기완결적신고와 수리를 요하는 신고로 바꿀 수 있는 바, 핵심은 어떠한 신고로 갈 것인가에 대한 기준이다. 현재 수리를 요하는 신고는 수리를 요하는 신고의 경우는 사실상 허가와의 차이가 없이 활용되고 있어 신고의 개선이 규제효과를 나타내기 위해서는 자기완결적 신고에 주안을 두고 자기완결적 신고로 전환되는 영역에서는 모니터링을 통한 감시와 법규위반사항에 대한 사후적 제재의 강화가 함께 병행될 필요가 있다.

(2) 재량행위와 규제

규제개선의 대표적인 쟁점 중 하나가 규율법조가 재량적으로 규정되어 있는 경우 기속적 규정보다 규제가능성이 높은가의 여부이다. 결국, 규제가능성이 확대되는가의 여부는 재량준칙의 운영과 밀접한 관련을 갖게 된다. 즉 기본적으로 행정청의 재량영역이 넓을수록 행정청의 선택가능성이 커지게 된다. 따라서 만약 행정청이 규제강화의 입장에 서게 될 경우 해당 재량은 규제강화로 나타나게 된다. 그러나 현대행정에서는 이미 재량권이 일탈 및 남용을 방지하기 위하여 재량준칙을 설정하여 운영하고 있다는 점, 그리고 이러한 재량준칙은 통상 법령보충적 행정규칙 형식으로 형성되면서 사법심사를 받게 되고 그 과정에서 행정법상 일반원칙에 의해 통제된다는 점, 행정부 내에서도 상시적인 규제심사가 진행되고 있다는 점을 고려할 때 재량권의 확보가 규제강화로 연결될 수도 있지만 일정한 제한을 가진다고 할 수 있다. 반면 정부가 산업의 육성을 통한 경기활성화에 관심

을 가질 경우 반대로 재량권은 규제완화의 형태로 나타나게 되며, 재량의 범위 내에서 다양한 형태의 인허가 그리고 부관을 통하여 규제완화의 효과가 있을 수 있다.

<표 2> 재량권의 크기에 따른 규제형식의 선택

구분	법령상 높은 수준의 의무부과	법령상 낮은 수준의 의무부과
행정청의 넓은 재량	행정청의 규제설정 규제위원회에 의한 규제조정 사법심사를 통한 권한제한	다양한 방식의 규제조정 (개방형 조정)
행정청의 좁은 재량	행정청의 규제기준 설정 절차적 통제	자율규제

출처 : 이성우, 21세기형 규제거버넌스의 설계, 국정관리연구, 2007면에 실린 Knull & Lenschow(2004: 220)의 표에서 착안하여 내용 재구성

제4차 산업혁명을 통해 신기술과 산업의 성장이 이루어지는 영역에 있어 행정청의 재량은 매우 중요한 의미를 갖는다. 제4차 산업혁명과 관련한 대표적 입법으로 논의되었던 「지역전략산업 육성을 위한 규제프리존의 지정과 운영에 관한 특별법안」의 경우를 예로 살펴보면, 동 법안의 핵심적인 사항이었던 자율주행자동차의 임시운행허가(동 법안 제35조 제1항),¹⁴⁸⁾ 기업실증특례의 부여(동 법안 제13조 제5항, 제6항),¹⁴⁹⁾ 신기술 기반사

148) 제35조(「자동차관리법」에 관한 특례) ① 시·도지사는 규제프리존 내 지역전략산업과 관련하여 「자동차관리법」 제27조제1항 단서에도 불구하고 자율주행자동차 및 「환경친화적 자동차 개발 및 보급 촉진에 관한 법률」 제2조제6호에 따른 연료전지자동차(연료전지버스를 포함한다)를 시험·연구목적으로 운행하려는 자가 시·도 조례로 정하는 안전운행요건을 갖춘 경우 임시운행을 허가할 수 있다.

149) 제13조(기업실증특례의 신청 등) ① 규제프리존에서 지역전략산업등을 추진하고자 하는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 시·도지사에게 기업실증특례 적용의 신청을 요청할 수 있다. 이 경우 사업 등에 대한 안전성 등을 실증할 수 있는 자료를 함께 제출하여야 한다.

1. 허가등의 근거가 되는 법령에 기준·규격·요건 등이 없는 경우
2. 허가등의 근거가 되는 법령에 따른 기준·규격·요건 등을 적용하는 것이 부적합한 경우
3. 허가등의 근거가 되는 법령의 입법 목적에 비추어 해당 법령을 적용하는 것이 불합리한 경우

② 시·도지사는 제1항에 따른 요청을 검토하여 기업실증특례의 적용이 필요하다고 인정하는 경우 기획재정부장관에게 기업실증특례의 적용을 신청하여야 한다.

⑤ 기획재정부장관은 제4항에 따른 결과 등을 바탕으로 안전성 등의 측면에서 특별히 문제가 없는 경우 특별위원회의 심의·의결을 거쳐 기업실증특례를 부여할 수 있다.

⑥ 기획재정부장관은 안전성 등을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 제5항에 따라 부여한 기업실증특례에 조건을 붙일 수 있다.

업 승인(제15조 제5항)¹⁵⁰⁾에 관해 행정청의 재량을 인정하고 있다. 즉 각각의 허가와 승인 행위 등을 모두 행정청의 재량에 의하도록 규정하고 있다. 또한 기업실증특례, 신기술 기반사업의 승인의 경우 법령에 구체적이고 명확한 인·허가의 요건을 규정하고 인·허가의 부여 여부를 행정청의 재량으로 하는 일반적인 재량행위의 형식이 아닌 신청자의 실증과 계획에 근거해 행정청이 이를 재량으로 판단하는 구조를 취하고 있다. 따라서 제4차 산업혁명과 행정청의 재량에 관한 논의는 단순히 재량행위를 통한 규제가 확대되는 의미를 넘어 지금까지의 행정법상 재량행위에 관한 법리를 보다 정교하게 체계화하여야 할 필요성을 제기하고 있다. 이에선 지금까지 우리 학계에서 그 관련성을 인정하면서도 개별적으로 주로 논의되었던 재량, 계획재량, 판단여지에 관한 법리를 유기적으로 결합하고 체계화해야 하는 문제가 포함되게 된다. 구체적으로는 새로운 기술 분야에 대한 정책판단 중 미래예측적 내지는 위협예측적 작용에서 작동하는 것이 통상적인 일반재량인지 아니면 판단여지라는 별도의 개념으로 포섭해야 하는지, 양자의 법리의 결합과 체계화가 이루어져야 하는지의 문제를 들 수 있다. 또한 과학기술정책의 수립 및 지원계획의 수립에서의 행정청의 재량이 역시 일반재량과는 다른 계획재량, 형량명령의 개념을 포섭해야 하는지도 검토해볼 필요가 있다. 나아가 행정청의 재량을 통한 규제와 사업자의 자율규제가 규제 거버넌스를 형성하여 효과적으로 작동할 수 있는 방안 역시 제4차 산업혁명과 행정청의 재량의 논의에 있어 중요한 의미를 갖는다.

150) 제15조(신기술 기반사업의 승인 신청 등) ① 규제프리존에서 지역전략산업등을 추진하고자 하는 자는 제13조 제1항의 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 기술 검증과 시장 반응의 파악을 위하여 사업계획을 수립하여 시·도지사에게 신기술 기반사업의 승인 신청을 요청할 수 있다.

② 시·도지사는 제1항에 따른 신청내용을 검토하여 신기술 기반사업의 승인이 필요하다고 인정되는 경우 기획재정부장관에게 신기술 기반사업의 승인을 신청하여야 한다.

⑤ 기획재정부장관은 제4항에 따른 결과 등을 바탕으로 특별위원회의 심의·의결을 거쳐 대통령령으로 정하는 기간 이내에 신기술 기반사업을 승인할 수 있다. 이 경우 안전성 등을 위하여 지역·규모 제한 등 필요한 조건을 붙일 수 있다.

(3) 재량개념의 재평가가능성

가. 문제의 제기

앞서 간략히 언급한 바와 같이 제4차 산업혁명의 영향으로 다양한 신기술이 등장함에 따라 이러한 신기술을 규제하는 과정에서 재량의 문제를 검토하지 않을 수 없다. 미래에 축의 필요성이 높아짐에 따라 규제법분야의 구성요건에서 불확정개념의 사용이 늘어나고, 법률효과에서 재량이 넓어지는 추세가 발생하기 때문이다. 이러한 추세는 기존의 판단여지, 재량, 계획재량 등에 여러 가지 검토과제를 제공한다.

이러한 검토과제들을 두 가지만 제시해보면 첫째, 규제분야의 재량을 일반행정분야의 재량과 독립해서 취급할 가치가 있는가 하는 점이 문제되며, 둘째, 우리나라의 통설이 인정하고 있는 판단여지, 재량, 계획재량의 구분을 그대로 유지하는 것이 타당한가 하는 점이 문제된다. 이러한 문제들을 풀기 위해서는 우리나라의 판단여지, 재량, 계획재량이론에 주요한 영향력을 미치고 있는 독일 행정법상의 재량논의를 살펴볼 필요가 있다.

독일에서는 2007년 연방행정법원에서 ‘규제재량’(Regulierungsermessen)의 개념을 인정하였고 이는 우리나라에서도 활발한 논의의 대상이 되고 있다.¹⁵¹⁾ 판단여지의 개념에 대해서도 비판적으로 검토하는 지속적으로 연구가 나타나고 있으며,¹⁵²⁾ 요건부문에서 불확정개념이 사용되고, 요건에서 재량이 인정되는 결합규정(Koppelungsvorschriften)에 대한 연구들도 나타나고 있다.¹⁵³⁾ 이하에서는 이러한 선행연구들을 기반으로 하여 위에서 제기한 문제들을 검토해보도록 한다.

151) 이에 대한 논의는 문병호, “규제재량과 행정법원의 통제”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014; 김태오, “방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사: 독일 연방행정법원(BVerwG)의 규제재량을 중심으로”, 성균관법학 제26권 제3호, 2014를 참조 바람.

152) 최근의 연구로 서보국, “판단여지이론의 재고”, 외법논집 제40권 제4호, 2016이 있음.

153) 이에 대해서는 홍강훈, “결합규정(Koppelungsvorschriften)의 해석방법에 관한 연구: 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결의 비판적 분석”, 공법학연구 제13권 제3호, 2012를 참조 바람.

나. 독일의 규제재량

독일에서 ‘규제재량’ 개념의 발생은 연방행정법원(BVerwG)의 판결에서 비롯되었다. 독일연방행정법원은 2007년 11월 28일 판결에서 처음으로 규제재량이라는 개념을 사용하였다.¹⁵⁴⁾ 동 판결은 통신업자인 City Carrier가 연방통신위원회(Bundesnetzagentur)로 하여금 시장지배적 사업자인 통신회사에게 추가적인 규제 의무를 부과할 것을 요구하는 의무 이행소송을 법원에 제기하였으나 기각된 사건에 대한 상고심판결이었다. 판결의 결과는 기각이었으나, 연방행정법원은 이 판결에서 독일통신법(TKG) 제13조, 제21조에 의한 규제처분과 관련하여 규제재량이라는 개념을 사용했는데, 법원은 규제재량의 불가분의 요소를 다수의 불확정법개념에 의해 조정되는 형량으로 보았고 이는 불가피하게 결정여지와 결합되어 있다고 보았다. 연방행정법원은 연방통신위원회(BNetzA)가 참여자들의 이익을 조사했는지 여부, 형량에 본질적인 인식을 고려한 필요한 모든 인식을 획득했는지 여부, 이질적인 고려를 하지 않았는지 여부의 심사에 제한하였다.¹⁵⁵⁾

독일연방행정법원은 2008년 4월 2일 판결에서 더 나아가 계획재량에서의 형량하자론을 그대로 적용하고 있다. 즉, 통신법 제21조 제1항 1문에 따라 연방통신위원회는 시장지배적 통신망운영자에 대하여 동 조항의 일정한 요건 하에 타 업자에 대하여 진입(Zugang)을 보장할 의무를 부과할 수 있는데, 그 진입의무가 정당한지 여부와 통신법 제2조 제2항에 따른 규제목표와 적정한 관계에 있는지 여부를 심사할 때 연방통신위원회는 7개의 항목을 포함하는 카탈로그를 넓은 형량의 관점으로 고려하여야 한다는 것이다.(통신법 제21조 제1항 2문). 이러한 다수의 불확정법개념에 의해 조정되는 포괄적인 형량은 연방통신위원회의 재량활동과 분리될 수 없으며 오히려 계획재량에 의존하여 그에게 부여된 규제재량의 요소라고 보고 있다.¹⁵⁶⁾

154) BVerwG, Urteil des 6. Senats vom 28.11.2007 - 6 C 45/06.

155) 문병효, “규제재량과 행정법원의 통제”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014, 210-211면.

156) BVerwG, Urteil vom 2. April 2008 - 6 C 15/07.

이러한 독일 행정법원의 규제재량은 사실 독일연방행정법원이 규제재량이라는 개념을 사용함으로써 규제기관의 재량에 대한 법원의 통제밀도를 축소한 사례는 독일에서 “행정”에 대한 올바른 이해를 둘러싼 논쟁과도 관련이 있는데, 이는 행정의 전문성을 강조하는 기능주의(Funktionalismus)와 법치국가적 절대주의(Absolutismus)간에 적당한 타협의 산물로 평가되고 있다.¹⁵⁷⁾

다. 독일의 규제재량논의가 주는 시사점

독일의 규제재량의 사례는 다음과 같은 시사점을 제공해준다는 견해가 제시되고 있다. 규제재량이라는 새로운 범주의 개념이 재량개념, 판단여지, 계획재량 3분론을 유지하면서도 통일적인 재량개념으로 한발을 옮긴 것으로 볼 여지가 있다는 점이다. 이것은 유럽 통합이 장기간 지속되면서 법의 유럽화 경향을 반영한 것으로 평가되고 있다.¹⁵⁸⁾

이러한 맥락에서 재량과 판단여지, 계획재량은 완전히 일치하는 것은 아니나 중첩되는 측면이 있고 재량과 판단여지와 차이 그리고 재량과 계획재량의 차이는 질적인 차이라기보다는 양적인 차이로 볼 수도 있다는 입장들이 나타나기 시작했다. 이러한 재량의 본질에 대한 새로운 시각들에 따르면 판단여지도 재량행위와 별도로 구분하여 인정하지 않고 통일적으로 파악하여 판단여지를 법률의 구성요건부분에 예외적으로 인정되는 - 요건재량설을 받아들이는 것은 아니지만 예외적인 요건으로 보는 - 재량의 한 내용으로 볼 수도 있다는 것이다.¹⁵⁹⁾

이와 같은 취지에서 특히 오늘날 규제법 영역에서 규제재량은 예외가 아니라 규제행정청이 기본적으로 갖추고 있어야 할 수단이라는 지적도 있다. 규제재량은 구체적으로 불확정개념, 전통적인 재량규정, 행정계획에서의 중국목적 규율, 경우에 따라서는 이들 상호간이 모두 결합된 방식으로 구현된다는 것이다. 물론, 규제재량은 판단여지나 계획재량과

157) 문병효, “규제재량과 행정법원의 통제”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014, 232면.

158) 문병효, “규제재량과 행정법원의 통제”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014, 226-227면.

159) 문병효, “규제재량과 행정법원의 통제”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014, 228-229면.

명확히 구분되지 않을 수 있고, 독자적인 유형화의 실익도 없을 수 있지만, 현대의 경제감독 수단 중 가장 핵심이라고 할 수 있는 규제분야에서는 전통적인 3분론(재량, 판단여지, 계획재량)과 같은 도그마티이 더 이상 유지될 수 명분이 없다는 점을 규제재량이론을 통해 확인할 수 있다는 것이다.¹⁶⁰⁾

판단여지, 재량, 계획재량의 3분론에 대해서는 이미 이를 비판적으로 검토하면서 통일적인 이해가 필요하다는 견해가 이미 제시된 바 있다.¹⁶¹⁾ 이는 독일의 규제재량이론과 맥락을 같이 한다고 할 수 있다. 다만 규제법 분야에만 독특한 재량개념을 인정하는 것이 바람직한가 하는 점에 대해서는 의문을 가져볼 수 있다. 그러나 행정재량, 판단여지, 계획재량을 통일적으로 이해하면서, 이에 대한 법원의 통제강도를 분야의 특성에 맞추어서 조정하는 것은 제4차 산업혁명의 추세와도 부합하면서도, 기존의 3분류설이 가졌던 여러 가지 난점을 극복하는 중요한 계기가 될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 입장은 행정청의 재량이 사법부에 의해서 재단되는 사법의존적 행정으로 흐를 수 있는 우려도 있다. 즉 규제적 측면에서의 재량을 단순히 사법부에 맡겨서는 안되며, 입법적 측면에서의 합리적 재량의 부여, 행정적 측면에서의 준칙의 활용을 통한 예측가능성의 부여 및 이해관계자 참여를 통한 갈등조정, 그리고 사법부에 의한 최종적 통제라는 삼각체제로 재편될 필요가 있다.

라. 불확정법개념의 구체화

행정청이 갖는 자유를 재량과 판단여지로 구분하거나 그에 대한 사법심사의 범위와 가능성을 검토하는 것은 제4차 산업혁명과 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 또한 이러한 논의에 덧붙여 불확정법개념(unbestimmter Rechtsbegriff)을 사전적으로 구체화하여 법의 적용과 집행의 기준을 마련하는 것이 제4차 산업혁명에 대응하기 위한 효과적인 방안일 수 있다. 즉 가능한 범위 내에서 불확정법개념을 구체화하고 명확화하여 시민과 행정의 1차적 결정권의 행사에 기여할 수 있다. 불확정법개념을 구체화함에 있어서는 법에 대한

160) 김태오, “방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사: 독일 연방행정법원(BVerwG)의 규제재량을 중심으로”, 성균관법학 제26권 제3호, 2014, 118면.

161) 이에 대한 자세한 논의는 류지태, “재량행위이론의 이해”, 공법연구 제34집 제4-2호, 2006을 참조 바람.

이해와 함께 기술에 대한 이해가 필요하며, 전문성을 갖춘 민간의 역량을 활용할 필요가 있다.

최근 독일표준화협회(Deutsches Institut für Normung e. V.)는 브레멘 대학교와(Universität Bremen) “IT-Security Navigator”를 운영하여 정보보안에 관한 다양한 법령상 기준을 제공하고 불확정법개념을 구체화하는 역할을 하고 있다.¹⁶²⁾ 독일표준화협회는 전문성을 갖춘 민간의 기구이지만 동 협회가 마련하는 기술기준은 연방정부와의 협약(Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, und dem DIN Deutsches Institut für Normung e. V., vertreten durch dessen Präsidenten)을 통해 존중되고 있다.

독일의 경우 민간이 정하는 기술기준은 특히 환경법의 영역에서 ‘선취된 전문가의 감정(antizipierte Sachverständigengutachten)’ 이론으로¹⁶³⁾ 논의되며, 그러한 기준의 엄격한 재판규범성은 일반적으로 긍정되기 어려우나 법원의 판단에 있어 사실상 영향력을 미침은 부인할 수 없다. 또한 법률에 민간에서 설정한 기술기준의 적용을 규정함으로써 그 법적 구속력이 인정되는 방식을 취하기도 한다.

이러한 논의는 재량이나 판단여지이론과 분명히 연결되는 논의이지만, 그 사법적 통제 등에 관해 명확한 답을 제시하는 수준은 아니다. 그러나 사법적 통제 자체보다는 불확정법개념의 구체화라는 문제에 보다 중점을 두어 규제 거버넌스를 새롭게 하고 비실체법적 규제가¹⁶⁴⁾ 효과적으로 작동할 수 있는 메커니즘을 구축하는 것은 제4차 산업혁명에 효과적으로 대응하기 위한 이론적·정책적 논의로서 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다.

162) https://www.jura.uni-bremen.de/uploads/IGMR/Pressemitteilung_IT-Security_Navigator_3.8.2017.pdf (접속일: 2017. 9. 20.)

163) Klaus Vieweg, Antizipierte Sachverständigengutachten- Funktion, Verwertungsformen, rechtliche Bedeutung, NJW 1986, 2473.

164) 박효근, 기술기준과 법원의 심사밀도, 토지공법연구 제20집, 2003, 464-466면.

제2절 기존의 행정행위의 변형을 통한 규제개선가능성

1. 인·허가의제의 활용

입법자는 규제완화요구에 대응하고자 인·허가의제제도를 도입하였다. 하지만, 이로 인해 법집행의 불명확성은 증가하고 인근 주민들의 법률상 이익에 대한 침해도 증가하고 있으며, 더 나아가 사업자들의 사업활동을 촉진시켜주고자 의도한 규제개혁이 오히려 사업자의 경제적 자유를 더 제한하는 경우도 생겨났다는 비판이 이루어지고 있다.¹⁶⁵⁾

대법원은 “사업 관련 모든 인허가의제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 일괄하여 사전 협의를 거칠 것을 요건으로 하는 것은 아니고, 사업시행승인 후 인허가의제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의를 거치면 그때 해당 인허가가 의제된다고 보는 것이 타당하다”(대법원 2012. 2. 9. 선고 2009두16305판결)라고 판시하여 일부인허가를 인정하는 입장을 취한 바 있다.

이 판례에 대해서는 일부효력발생설을 채택하여 입법자가 지나치게 단순한 의제규정 하나로 대규모자본이 투자되는 사업문제를 규율하려고 했던 것에 대해 문제유형에 맞게 법적용의 방법을 보다 정교하게 수정했다고 평가하면서, 사업규모에 상응하여 그 사안의 복잡성을 감당할 수 있는 사업계획의 확정절차, 보다 정교한 세부기준과 절차가 우리나라 에도 필요하다는 지적이 있다.¹⁶⁶⁾

제4차 산업혁명과 관련한 신기술을 적용한 사업을 실시함에 있어서도 위와 같은 인·허가의제제도의 활용이 가능할 수 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 인·허가의제제도에 대해서 다양한 비판이 존재한다는 점을 고려하면 이해관계인의 참여에 의해 관련인허가의 총체적인 검토가 이루어지는 독일식의 계획확정절차를 차제에 도입하는 것도 긍정적으로 검토해볼 필요가 있다.

165) 선정원, 선정원, “성장발전하는 경제사회에서 행정조직법”, 행정법연구 제47호, 2016, 62면.

166) 선정원, “성장발전하는 경제사회에서 행정조직법”, 행정법연구 제47호, 2016, 62면.

2. 부관의 활용을 통한 유연한 인허가

최근 논의되고 있는 제4차 산업혁명 관련 규제의 탄력적 운영의 상당부분은 부관의 활용과 밀접한 관련을 갖는다. 부관의 대표적인 형태인 부담, 조건, 기한, 철회권의 유보 중 정지조건부 또는 해제조건부 행정행위 내지는 인허가의 기한을 제한하는 등의 형태를 활용할 수 있다.

임시허가의 경우 일정한 기간을 정해두는 것에서부터 일정한 행위로 행위를 제한하는 것을 혼합하여 사용할 수 있는 바, 일정한 행위를 제한하는 것은 허용된 행위를 벗어난 행위를 할 경우 허가를 정지하거나 취소하게 할 수 있어 해제조건부 부관이라고 볼 수 있다.

규제샌드박스의 경우 샌드박스 내에서 허용되는 일정한 행위를 정하여 두고 이를 위반한 경우 역시 샌드박스에서 행위를 할 수 있는 허가를 정지하거나 취소할 수 있어 역시 해제조건부 부관을 활용할 수 있다. 물론 굳이 부관을 사용하지 않더라도 샌드박스용 별도의 허가제도를 만들고 기존의 허가와 요건을 달리하여 동일한 행정목적을 달성할 수 있다.

이외에 새로운 기술을 기반으로 한 행위허가 신청시 행정청이 허가를 하도록 하되, 일정한 요건의 충족을 전제로 하는, 즉 일종의 요건충족적 부관을 붙일 수도 있다. 이는 요건의 미충족을 이유로 시장진입을 막는 것보다 시장진입을 허용하되, 철회권을 유보하여 두고 일정기간 내에 요건을 충족하도록 요구하는 것으로 기술탄력적 규제에 보다 부합하다고 할 수 있다.

3. 가행정행위와 사전결정

새로운 기술의 도입에 따라 안전성이 검증되기 전까지 특정한 조건의 충족을 전제로 가인가를 내어주고 가인가 단계에서 안전성을 검증 한 후 본인가를 내주는 방식의 가인가-본인가 방식을 고려해볼 수 있다. 가인가-본인가 방식의 경우는 공공에 대한 위험도가

높은 상황에서 안전성을 검증하기 위한 절차로 두 단계로 분리하여 진행한다는 점에서 통상적인 인허가 절차와 차이를 보인다. 가인가-본인가의 대표적 방식으로는 폐기물처리 업허가를 들 수 있다.

가인가와 본인가 방식은 규제샌드박스내에서만 허용되는 영업허가와 본 허가와의 유사한 바, 규제샌드박스가 활용되는 이유는 특정 행위가 가지고 있는 위험성이 불확실한 경우 이를 기간과 행위를 제한하여 운영하고 그 결과로 위험성을 표지화 한 후 이에 상응하는 규제를 설정하고 본 인가를 통해서 완전하게 해당 사업을 영위할 수 있도록 하기 때문이다. 그러나 규제샌드박스는 위험성 및 수요요건의 확인을 위해 활용되는 반면, 가인가-본인가는 가인가를 통해 특정 사업행위의 적격자를 선별하고 이들을 대상으로 요건 충족기회를 부여하고 요건을 충족할 경우 본인가를 통해 완전한 권리를 형성해준다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.

4. 행정행위의 자동화 - 행정의 자동화결정

행정의 자동화 결정체제의 도입은 주로 재량판단이 필요가 없는 허가, 신고 중 자기완결적 신고에서 큰 의미를 가지고 일부 재량의 영역이 비교적 단순하고 고려요소가 적은 경우 활용가능성이 높다고 할 수 있다. 즉 일정한 요건이 기속적으로 규정되어 있고 행정청의 해석재량이 필요없는 경우에는 자동적으로 행정행위가 이루어지도록 할 수 있다. 특히 향후 행정분야에서 전자화 내지는 인공지능의 활용이 이루어질 경우에는 이러한 행정의 자동화결정은 큰 의미를 가질 수 있다.

제3절 신고제도의 재검토와 활용가능성

강학상의 신고는 ‘수리를 요하지 않는 신고’이지만, 우리나라 판례는 ‘수리를 요하는 신고’의 개념을 인정하고 있다. 이와 관련해서 대법원은 인·허가의제의 효과를 수반하는 건축신고를 ‘수리를 요하는 신고’라고 판시한 바 있는데(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두 14964 판결), 이 판례에 대해서는 다음과 같은 평가가 이루어지고 있다.

“대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14964 전원합의체판결은 나름대로 불가피한 법제도적 제약이 있었고 또 다른 분야로까지 일반화할 수는 없다고 할지라도, 그 반대의견에서 설득력있게 주장한 바 있듯이, 수리를 요하는 신고와 허가의 수렵 가능성, 자기완결적 신고의 위축, 자기완결적 신고에 대한 행정절차법적 규율의 실익 감소 등 규제법체계의 정합성이란 관점에서 적지 않은 문제점을 남기고 있다. 그러나 무엇보다도 심각한 문제점은 그 결과 건축규제의 개혁을 표방했지만 건축신고 수리여부에 대한 결정을 통해 행정청의 개입여지를 허용하여 오히려 양적 완화의 대가로 질적 강화라는 결과를 가져옴으로써 건축규제에 있어서 허가제의 완화로서 신고제를 채택한 취지를 몰각시키고 건축규제를 왜곡시킬 우려가 없지 않다는 데 있다.”¹⁶⁷⁾

위와 같은 견해는 규제완화를 통해 허가가 신고로 전환되었다고 하더라도, 수리를 요하지 않는 신고로 해석될 경우에는 실질적인 규제완화의 효력을 거두기 힘들다는 점을 지적한 것으로 볼 수 있다. 제4차 산업혁명관련 신기술사업과 관련해서도 ‘신고’제도를 도입할 경우에는 ‘수리를 요하지 않는 신고’로 도입하여 규제완화의 실효성을 확보하도록 하는 것이 필요할 것이다.

신고절차의 간소화도 중요한 과제로 지적되고 있다. 정부의 규제완화노력의 결과로 인·허가 등의 행정규제, 특히 허가사항으로 광범위하게 묶어져 있던 규제들이 신고제로

167) 홍준형, “사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰 - 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고에 관한 대법원판례를 중심으로 -”, 공법연구 제40집 제4호, 2012, 354면.

의 전환을 통해 완화되어 가고 있다. 그러나 신고제로 전환한 이후에도 신고절차가 복잡하거나, 신고에 필요한 사항이 불명확한 경우 등에는 이러한 절차적 요건을 구비하는 데 있어서도 많은 시간적, 인적 비용이 수반된다. 따라서 신고절차의 간소화 역시 인·허가의 신고제 전환 이후 매우 중요한 사항이라고 할 수 있다. 이를 위해서 신고시에 불필요한 서류제출을 줄이고, 전자정부법 제36조의 규정이 행정정보의 공동이용을 통해 민원서류의 중복적 제출을 방지하고자 하는 점을 감안할 때 타 행정기관에 제출되어 관리되고 있는 서류에 대해서는 이에 대한 추가제출 요구를 하지 않도록 하는 것이 필요하다는 지적이 있다.¹⁶⁸⁾ 이러한 지적은 제4차 산업혁명관련 신기술사업관련 신고제도에도 마찬가지로 적용된다고 하겠다.

168) 최승필, 앞의 글(각주 10), 338-339면.

제6장

행정계약법의 개선방안

제1절 행정계약과 제4차 산업혁명

제2절 규제계약

제3절 기술혁신관련 계약제도

제4절 혁신친화적 계약방식

제6장

행정계약법의 개선방안

제1절 행정계약과 제4차 산업혁명

1. 행정계약법제 개관

행정계약에는 행정주체가 체결하는 다양한 유형의 계약이 포함되는데, 공공조달계약, 민관협력계약, 민간위탁계약, 규제계약, 공무원고용계약, 성과계약 등을 들 수 있다.¹⁶⁹⁾ 공법상 계약에 대한 규정을 행정절차법에 두고 있는 독일과는 달리 우리나라는 행정절차법에서 공법상 계약에 대한 규정을 두지 않고 있으며, 국가가 체결하는 계약을 규율하는 기본법으로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)을 두고 있다.

그런데 실제로는 국가계약법은 공공조달계약(public procurement law)을 중심으로 구성되어 있고, 기타의 계약들은 사실상 별도의 법령으로 규율되고 있다. 예를 들어 민관협력계약(Public Private Partnership Contract)의 대표적인 예라고 할 수 있는 실시협약에 관해서는 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 민간투자법)에서 규율하고 있다.¹⁷⁰⁾ 또한 민간위탁계약은 현재는 정부조직법, 지방자치법, 행정권한의 위임위탁에 관한 규정 등에서 규율되고 있으며, 2017년 8월 현재 「민간위탁기본법」의 제정이 입법예고되어 있는 상태이다.

169) 다양한 행정계약의 유형에 대해서 상세히는 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007, 271면.

170) 국가계약법 제3조에서는 “국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”라고 규정하고 있어서 행정계약과 관련하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 해당법률이 국가계약법에 우선하여 적용된다.

다양한 행정계약유형 중 공공조달계약은 실무상 사법상 계약(민사소송의 대상이 된다)으로 보고 있으며, 민간투자법상의 실시협약, 공무원채용계약 등은 공법상 계약(행정소송, 특히 당사자소송의 대상이 된다)으로 보고 있다. 그러나 공공조달계약을 사법상 계약으로 보는 것에 대해서는 학계에서 많은 비판이 있다.¹⁷¹⁾ 민간부문에서의 계약과는 다른 다양한 특수성(입찰절차, 정책수단으로의 활용 등)이 존재하는 점을 고려하면 공법상 계약으로 이해하는 것이 바람직하다는 것이다. 제4차 산업혁명에 따른 정책실현수단으로 공공조달계약이 활용될 수 있는 여지가 많은 점을 고려하면 공공조달계약을 공법상 계약으로 이해하는 것이 필요하다고 하겠다.

위와 같은 행정계약법제는 다음과 같은 점에서 문제점을 지적해볼 수 있다. 우선 공법상 계약과 관련한 규정이 행정절차법에 존재하지 않고, 공법상 계약에 관한 규율이 개별법령의 규율에 맡겨져 있다 보니 공법상 계약의 활용이 이루어지기 힘들고 이와 관련한 공법상 당사자소송 법리의 발달도 저해하고 있다. 이러한 점을 극복하기 위해서는 공법상 계약과 관련한 일반규정이 행정절차법에 들어갈 필요가 있다고 하겠다. 다만 행정절차법에 공공조달계약에 관한 세부적인 사항을 넣는 것은 비교법적으로도 유례가 없기 때문에, 이에 관한 세부적인 사항은 현재와 같이 국가계약법에서 주로 규율하는 체계가 바람직하다.¹⁷²⁾

2. 행정계약과 제4차 산업혁명

행정계약법은 여러 가지 측면에서 제4차 산업혁명과 관련해서 의미가 큰 행위형식이라고 할 수 있다. 첫째, 제4차 산업혁명에서는 거버넌스의 변화에 따라 기존의 명령-통제방식의 규제방식으로부터 협력적 방식에서의 규제방식의 전환이 강조된다. 이러한 맥락에

171) 이에 대한 논의로는 박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005; 김대인, “공법상 계약 관련판례에 대한 고찰”, 특별법연구 제9권, 2011; 정호경·신지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 - 공법상 계약 이론을 중심으로”, 법제연구 제46호, 2014를 참조 바람. 한편, 공공조달계약을 공사혼합계약으로 이해하는 견해로 김판기, 행정계약의 공법적 체계에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문, 2016이 있음.

172) 다만 행정절차법에서 공공조달계약도 공법상 계약의 일종이라는 점을 명확하게 해줌으로서 공공조달에 대한 행정소송의 활용가능성이 열리도록 하는 것이 필요하다.

서 규제계약(regulatory contract)과 같이 계약방식에 의한 규제방식의 중요성이 높아지게 되고, 민관협력계약과 같이 민간참여가 증시되는 계약방식이 적극적으로 활용되게 된다.

둘째, 제4차 산업혁명에서는 앞서 보았듯이 혁신촉진적 법의 중요성이 강조되고 있다. 그런데 계약은 이러한 혁신을 촉진할 수 있는 대표적인 수단이 될 수 있다. 즉, 조달절차 자체를 개선하여 혁신적인 조달이 이루어지도록 하거나, 혁신적인 제품을 우선적으로 구매해주는 방법 등을 활용해볼 수 있다. 미국과 같이 공공조달계약 이외의 다양한 계약방식을 활용하여 기술혁신을 촉진시켜 볼 수도 있다.

외국의 예를 보면 행정계약이 기술혁신정책의 수단으로 다양하게 활용되고 있을 볼 수 있다. 각국에서 공공조달계약을 기술혁신정책의 수단으로 활용하고 있는 사례를 비교 연구한 선행연구에서는 ‘공공조달을 통한 기술혁신’의 유형을 크게 4가지 유형으로 분류하고 있다. 첫째는 환경보호를 위한 기술개발의 필요성이라든지, 특정 산업분야의 육성을 위한 필요성을 충족하기 위해서 혁신지향적인 공공조달정책을 취하는 ‘기술정책수단으로서의 혁신지향적인 공공조달정책’(innovation-oriented public procurement as technology policy)이다.¹⁷³⁾

둘째는 과학, 기술, 혁신의 지식창출을 위한 연구개발정책을 강화하는 수단으로 공공조달을 활용하는 ‘연구개발정책으로서의 혁신지향적 공공조달’(innovation-oriented public procurement as R&D policy)이다.¹⁷⁴⁾

셋째는 성능기반의 규격(performance specification)이나 경쟁적 협의(competitive dialogue) 등을 혁신적인 공공조달제도 자체를 통해서 다른 분야의 혁신을 촉진시키는 ‘일반적인 혁신지향적인 공공조달정책’(generic innovation-oriented public-procurement policy)이다.¹⁷⁵⁾

173) Lember, Veiko et al. ed., Public Procurement for Innovation Policy - International Perspective, Springer, 2013, p. 22-24 이하.

174) Lember, 앞의 책, p. 25-27.

175) Lember, 앞의 책, p. 27-28.

넷째, 완전경쟁의 부수적인 결과로 혁신이 이루어지는 ‘특정의 정책을 취하지 않는 혁신지향적 공공조달’(innovation-oriented public-procurement as ‘no policy’ policy)이 그것이다.¹⁷⁶⁾

우리나라의 경우에도 위와 같은 다양한 정책을 복합적으로 활용하고 있다. 「산업기술혁신 촉진법」에 따라 신기술인증제품을 우선구매하는 제도를 두고 있는 것은 첫 번째 유형이라고 할 수 있으며,¹⁷⁷⁾ 신기술의 연구개발과 관련한 협약제도는 두 번째 유형이라고 할 수 있다. 민간투자법제에 최근에 도입된 경쟁적 협의제도는 세 번째 유형이라고 할 수 있다.

이 중에서도 우리나라에서는 첫 번째 유형이 가장 활발하게 활용되고 있는 것으로 볼 수 있다. 그런데 이러한 우선구매제도가 실질적으로 기술혁신촉진의 효과를 거두고 있는지는 긍정적으로만 평가하기 힘든 측면이 존재한다. 단순한 구매목표달성의 측면에서만 접근하고 있고 이로 인한 기술혁신촉진의 효과성에 대한 검토가 이루어지지 못하고 있는 것으로 보이고 있기 때문이다. 이에 관한 데이터관리를 통해 우선구매제도가 기술혁신촉진의 실효성을 발휘할 수 있도록 하는 것이 필요할 것으로 보여진다.

다음으로 연구개발 협약제도도 활용되고 있으나 선정절차의 투명성 확보, 협약이행과정에서의 공정성 확보 등에서 여전히 해결해야 할 문제가 많다고 할 수 있다. 또한 협약 해지의 법적 성격을 행정행위로 볼 것인지, 행정계약의 해지로 볼 것인지에 대해서 실무상 어려움이 나타나고 있다. 이러한 문제는 우리나라의 행정법이론이 지나치게 행정행위 중심으로 이루어지고 있는 데 기인한 것으로 볼 수 있다.

176) Lember, 앞의 책, p. 28-29.

177) 대법원은 이 제도와 관련하여 구매의무를 위반에 대한 국가배상청구가 문제된 사안에서 “구 산업기술혁신 촉진법 및 그 시행령의 목적과 내용 등을 종합하여 보면, 위 법령이 공공기관에 부과한 인증신제품 구매의무는 기업에 신기술개발제품의 판로를 확보하여 줌으로써 산업기술개발을 촉진하기 위한 국가적 지원책의 하나로 국민경제의 지속적인 발전과 국민의 삶의 질 향상이라는 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것으로 봄이 타당하고, 공공기관이 구매의무를 이행한 결과 신제품 인증을 받은 자가 재산상 이익을 얻게 되더라도 이는 반사적 이익에 불과할 뿐 위 법령이 보호하고자 하는 이익으로 보기는 어렵다. 따라서 피고들이 위 법령에서 정한 인증신제품 구매의무를 위반하였다고 하더라도, 이를 이유로 원고에 대하여 국가배상법 제2조가 정한 배상책임이나 불법행위를 이유로 한 손해배상책임을 지는 것은 아니라고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.(대법원 2015.05.28. 선고 2013다41431 판결)

경쟁적 협의제도가 민간투자기본계획에 2015년부터 들어오게 되었는데, 이 제도는 유럽연합(EU) 공공조달지침상의 경쟁적 협의제도를 모태로 한 것이다. 그런데 유럽연합에 서는 이 제도가 민간투자에 제한되지 않고 공공조달전반에 적용되는 제도로 들어와 있는데 우리나라에서는 민간투자에 제한되어 채택되어 있다는 점이 특징이다. 또한 유럽연합에 비해서 우리나라에서는 이 제도의 ‘혁신지향성’에 대한 강조가 상대적으로 덜 이루어 지고 있다는 점도 차이점이다.

제2절 규제계약¹⁷⁸⁾

1. 의의와 장단점

규제계약(regulatory contract)은 기존의 일방적인 명령방식의 규제에서 벗어나 피규제자와 규제기관간의 계약을 통해서 규제를 실시하는 제도를 말한다. 이러한 규제계약은 주로 환경법, 에너지법 분야에서 널리 사용되고 있다. 환경법분야에서 주로 활용되고 있는 자발적 협약(voluntary agreement)제도가 대표적이며, 전기사업법 분야에서 규제기관의 강제하에 판매사와 발전사가 전력거래계약을 체결하는 제도도 이에 포함시켜 볼 수 있다.¹⁷⁹⁾ 이러한 규제계약의 장단점은 다음과 같다.

규제계약의 장점으로는 첫째, 피규제자의 순응을 촉진할 수 있다는 점이다. 규제계약에 서는 특정의 규제목적을 달성하기 위해 협상하는 과정을 통해 피규제자의 방어적인 태도를 극복할 수 있다는 점이다. 둘째, 비용효율적인 규제가 가능하다는 점이다. 규제계약의 경우 피규제자(산업계)에 어떻게 규제목적을 달성할 것인지에 대해서 상당한 재량을 부여할 수 있고, 이를 통해 산업계는 자신의 투자비용대비 효율적인 규제목적 달성수단을

178) 이하의 내용은 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007, 347면 이하를 주로 기반으로 한 것이다.

179) 이에 관한 국내문헌으로는 정우현 외, 자발적 협약의 현황 진단 및 효과적 활용방안, 한국환경정책평가연구원, 2012; 백철우·유승훈, “전력시장 규제계약(vesting contract) 제도의 해외 사례 및 주요 시사점”, 저널 물 정책·경제 제23권, 2014가 있음. 관련된 외국문헌으로는 Orts, Eric W./Deketelaere, Kurt (ed.), Environmental Contracts, Kluwer Law International, 2000; Hammond, Emily and Spence, David B., “The Regulatory Contract in the Marketplace”, 69 Vand. L. Rev. 141 (2016)이 있음.

고려할 수 있기 때문이다. 셋째, 규제목적은 보다 신속하게 달성할 수 있다는 점이다. 목표집단이 제한적인 수의 사업자로 구성되어 있는 경우에는 계약방식이 법령제정보다 신속한 목표달성이 가능해진다는 것이다.¹⁸⁰⁾ 규제계약의 단점으로는 피규제자에 의해 규제주체가 포획(capture)되는 문제, 규제계약을 체결하지 않은 회사가 무임승차를 하는 문제 등이 지적되고 있다.¹⁸¹⁾

위와 같은 규제계약의 단점을 해결하기 위해서는 규제계약의 체결과정에서 정보공개, 이해관계인의 참여를 통해 투명성이 제고되어야 하고, 제3자의 권리구제수단이 확보되어야 한다는 점이 지적되고 있다. 또한 규제계약을 체결하지 않는 기업이 무임승차를 하는 현상을 막기 위해서는 계약이 해당 산업계의 상당부분에 효력을 미쳐야 하고, 일반공중이나 소비자가 이 협약의 중요성을 인식하도록 하여 해당 기업이 계약체결에의 압박을 받도록 하는 것이 필요하다는 점이 지적되고 있다.¹⁸²⁾

2. 규제계약 관련법제의 개선방안

규제계약의 일종이라고 할 수 있는 자발적 협약의 개선방안에 대해서는 다음과 같은 점들이 제시되고 있다. 자발적 협약의 환경적 효과성은 일반적으로 강제적 수단에 비해 약하거나 불확실하므로, 강하고 분명한 효과가 요구되는 상황에서는 비자발적 수단을 우선 고려하고 기존 수단을 활용하기 어렵거나 적절하지 않은 경우 혹은 환경적 효과성이 다소 떨어지더라도 자발적 협약의 다른 장점을 활용하고자 하는 목적이 분명할 때 자발적 협약을 활용하는 것이 바람직하다는 것이다. 또한 뚜렷한 효과성을 담보하기 위해서는 환경개선목표, 인센티브와 제재조치, 모니터링 체계 등을 명확히 설계하고 이행할 필요가 있으며, 프로그램 설계시부터 체계적인 성과관리 시스템을 포함하는 것이 바람직하다는 것이다.¹⁸³⁾

180) Commission of the European Union, Environmental Agreement, 1996, p. 7-8.

181) Freeman, Jody, "The Contracting State", 28 Fla. St. U. L. Rev. 155 (2000), p. 157 이하.

182) Freeman, "The Contracting State", p. 201 이하.

183) 정우현 외, 자발적 협약의 현황 진단 및 효과적 활용방안, 한국환경정책평가연구원, 2012, 115면 이하.

그러나 규제계약은 단지 환경분야의 자발적 협약에서 뿐만 아니라 보다 더 넓은 범위 내에서 활용될 수 있다. 특히 제4차 산업혁명과 관련된 신기술분야 규제에서도 규제계약이 활용될 수 있다. 이를 위해서는 다음과 같은 점들에 대한 개선이 필요하다.

첫째, 규제계약과 관련한 법령체계의 개선이 필요하다. 현재 규제계약은 환경 및 에너지관련 개별법령에서 별도로 규율되고 있다. 이는 국가가 체결하는 계약에 관해서 국가계약법이 기본법으로 존재하고, 국가계약법과 다른 규율이 필요한 경우 별도의 법령에 의해서 규율되는 모습을 취하고 있기 때문이다. 그러나 국가계약법이 공공조달계약을 위주로 규율하고 있기 때문에 실제로는 규제계약은 개별법령의 규율에 맡겨져 있다고 해도 과언이 아니다.

그러나 앞으로 제4차 산업혁명의 영향으로 신기술에 대한 규제가 이루어질 경우에는 규제계약의 형식이 적극적으로 활용될 가능성이 크기 때문에 이러한 규제계약을 보다 체계적으로 규율하는 기본법이 존재할 필요가 있다. 이를 위해서는 공법상의 계약에 관한 규정을 두고 있고 독일 연방행정절차법의 예를 참고하여, 우리나라의 경우에도 규제계약을 포함하여 행정계약에 관한 규정을 행정절차법에 두는 방안을 적극적으로 모색해볼 필요가 있다. 독일의 경우 연방행정절차법에서 ‘행정행위를 대체하는 행정계약’(verwaltungsakt-ersetzende Verwaltungsvertrag)의 개념을 인정하고 있는데, 이러한 개념은 규제계약을 활용할 수 있는 좋은 통로가 될 수 있기 때문이다.¹⁸⁴⁾

이처럼 규제계약의 일반적인 근거를 행정절차법에 두는 것에 대해서는 다음과 같은 반론이 제시될 수 있다. 즉, 규제계약도 규제와 관련된 것이라는 점을 고려하면 이의 기본법은 행정규제기본법이 되어야 하며, 행정절차법이 기본법이 되는 것은 적절하지 않다는 견해가 제시될 수 있다. 그러나 규제계약에 대한 기본법적 근거를 마련하려고 하는 것은 어디까지나 이에 대한 절차적 통제가 가장 핵심이라는 점, 행정계약과 행정처분(행정행

184) 전통적인 규제가 행정행위 방식으로 이루어져 왔던 점을 고려하면 행정행위를 대체하는 행정계약의 개념을 인정할 경우에는 규제계약을 인정하는 통로가 될 수 있다.

위)의 관계정립이 규제계약을 운영함에 있어서 중요할 수밖에 없다는 점 등을 고려하면 행정절차법에서 규제계약의 일반적인 토대를 마련하는 것이 필요하다고 하겠다.

둘째, 행정절차법에 규제계약의 근거를 둘 경우 행정계약과 행정처분(행정행위)간의 관계정립이 매우 중요한 행정법총론적인 과제로 등장하게 된다. 독일의 경우 행정절차법을 근거로 하여 개별법령상의 별도의 근거가 없어도 행정행위를 대체하는 행정계약이 허용된다는 입장을 취하고 있다. 우리나라의 경우에도 독일과 같이 해석하는 것이 타당한지 여부는 신중하게 검토할 필요가 있다. 위와 같이 접근할 경우 행정행위에 대한 법치국가적 통제장치를 우회하는 통로가 마련될 가능성이 존재하기 때문이다. 독일과 같은 방식으로 해석하기 위해서는 행정계약에 대한 당사자소송 법제의 정비 등이 함께 필요하다고 보아야 한다.

셋째, 규제계약과 관련해서 추가적으로 검토해야 하는 사항은 자율규제와의 관계이다. 앞서 보았듯이 제4차 산업혁명의 신기술규제에 있어서는 산업계의 자율규제를 적극적으로 활용할 필요가 있지만, 동시에 이에 대한 국가의 적절한 보장책임이 동시에 요구된다. 이 경우 자율규제의 ‘자율성’을 확보하는 한도 내에서 보장책임을 확보하기 위해서는 ‘계약’방식이 장점이 있다고 할 수 있다. 즉 자율적인 규제가 필요한 범위와 국가의 개입이 필요한 범위를 분리해내는 작업은 규제대상기술의 특성과 규제시점에 따라 매우 다양한 양태를 띌 수 있기 때문에 이는 일방적인 방식이 아닌 협의를 통해 결정하는 것이 효율적이기 때문이다.

다만 이러한 자율규제와 연계된 규제계약을 활성화하기 위해서는 다음과 같은 점을 유의할 필요가 있다. 즉, 국가가 산업계간의 규제계약이 ‘산업계에 의한 국가의 포획’으로 전락하지 않도록 하기 위해서는 국가에게 일정한 수준의 협상능력이 필요하다. 이를 위해서는 국가 자체가 신기술에 대한 일정한 수준의 정보를 갖고 있는 것이 필수적이라고 할 수 있으며, 이를 위해서 일정한 수준의 신기술관련 정보공개의무를 산업계에 부여하는 것도 고려해볼 수 있다. 물론 이러한 것이 영업상의 비밀을 침해하는 것이 되어서는 곤란할 것이다.

제3절 기술혁신관련 계약제도

1. 미국의 기술혁신관련 계약제도¹⁸⁵⁾

계약제도를 통한 기술혁신정책은 공공조달계약을 통해서만 이루어지고 있는 것은 아니며 그 외에도 다양한 계약형식이 존재할 수 있다. 이와 관련해서는 기술혁신을 세계적으로 선도하고 있는 미국법제를 참고할 필요가 있다.

이를 위해서 우선적으로 보아야 하는 것은 ‘연방보조금 및 협력협약법’(Federal Grant and Cooperative Agreement Act: 이하 연방보조금법)이다. 동법 제2조에서 주요개념들에 대한 정의규정을 두고 있다. 이 법에 따른 ‘보조금협약’(grant agreement) 또는 ‘협력협약’(cooperative agreement)은, 1) 미국정부로부터 개인으로의 직접 현금지원(cash assistance), 2) 직접보조(subsidy), 3) 대출(loan), 4) 대출보증(loan guarantee), 5) 보험(insurance) 등과 관련해서 체결되는 협약은 포함하지 않는다.¹⁸⁶⁾

이 법에 따른 보조사업자¹⁸⁷⁾는 크게 둘로 나누어진다. 지방자치단체와 ‘기타 보조사업자’(other recipient)가 그것이다. 지방자치단체는 주 및 지방정부를 포함하며, 기타 보조사업자는 주나 지방정부 이외에 미국정부로부터 지원을 받거나 조달계약을 체결할 수 있는 권한을 부여받은 자를 의미하며, 자선재단이나 교육기관을 포함한다.¹⁸⁸⁾

185) 아래의 내용은 주로 김대인, “미국의 보조금협약에 대한 연구”, 행정법연구 제48호, 2017의 내용을 기본토대로 한 것이다.

186) 미국의 ‘연방보조금 및 협력협약법’의 ‘grant’는 용도를 지정하여 지급하는 것이기 때문에 우리나라의 ‘보조금’ 개념에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다. 이러한 이유로 선행연구들에서도 ‘연방보조금 및 협력협약법’의 ‘grant’는 보조금으로 번역하고 있다. 보다 자세한 논의는 김태희, “미국 연방보조금(Federal Grants) 제도와 정책 시사점”, 지방재정과 지방세 통권 제48호, 2011을 참조 바람.

187) 우리나라 「보조금의 관리에 관한 법률」 제2조 제8호에서는 ‘보조금수령자’를 보조사업자로부터 최종적으로 보조금을 지급받는 자를 의미하는 것으로 사용하면서 보조사업(보조금의 교부대상이 되는 사업)을 수행하는 자를 의미하는 ‘보조사업자’ 개념과 구별하고 있다. 미국 ‘연방보조금 및 협력협약법’에서 ‘recipient of grant’라고 할 때에는 우리나라의 보조사업자 개념에 보다 가깝기 때문에 보조사업자로 번역하기로 한다.

188) 31 USC §6302 (3), (4).

다음으로 동법에서는 이 법에 따른 조달계약(procurement contract), 보조금협약(grant agreement), 협력협약(cooperative agreement)이 사용되는 요건에 대해서 규정하고 있다. 우선 ‘조달계약’은 행정청이 미국정부와 주, 지방정부, 기타 보조사업자간의 관계를 반영하여 1) 수단을 사용하는 주된 목적이 구매, 리스, 교환 등을 통하여 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 물품 또는 용역을 획득하는 데에 있고, 2) 행정청이 특정한 경우에 조달계약의 사용이 적절하다고 생각하는 경우에 사용된다.¹⁸⁹⁾ 이러한 조달계약은 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation: FAR)에 따른 엄격한 절차의 적용을 받는다.

다음으로 ‘보조금협약’은 행정청이 미국정부와 주, 지방정부, 기타 보조사업자간의 관계를 반영하여 1) 이러한 법적 관계의 주된 목적이, 매매, 리스 또는 교환 등을 통해 물품이나 용역을 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 획득하는 대신에 미국법에 의해서 승인된 지원이나 축진의 공적 목적을 위해서 가치 있는 것을 주정부, 지방정부 또는 기타 보조사업자에게 이전하는 데에 있고, 2) 협약에 있는 행위를 수행함에 있어서 행정부와 주정부, 지방정부 또는 다른 보조사업자간의 실질적인 관여(substantial involvement)는 기대되지 않는 경우에 사용된다.¹⁹⁰⁾

마지막으로 ‘협력협약’은 행정청이 미국정부와 주, 지방정부, 기타 보조사업자간의 관계를 반영하여 1) 이러한 법적 관계의 주된 목적이, 매매, 리스, 또는 교환 등을 통해 물품이나 용역을 미국정부의 직접적인 이익을 위해서 획득하는 대신에 미국법에 의해서 승인된 지원이나 축진의 공적 목적을 위해서 가치 있는 것을 주정부, 지방정부 또는 기타 보조사업자에게 이전하는 데에 있고, 2) 협약에 있는 행위를 수행함에 있어서 행정부와 주정부, 지방정부 또는 다른 보조사업자간의 실질적인 관여가 기대되는 경우에 사용된다.¹⁹¹⁾

이러한 보조금협약 및 협력협약과 구별해야 할 몇 가지 개념이 존재한다. 우선 ‘공동연구개발협약’(Cooperative Research and Development Agreement: CRADA)이다. 이는 단일

189) 31 USC §6303.

190) 31 USC §6304.

191) 31 USC §6305.

또는 복수의 연방연구소(Federal laboratory)와 단일 또는 복수의 비연방주체(non-Federal party)¹⁹²⁾간에 체결되는 협약이다. 이 협약을 통해 연방정부는 연구소를 통해서 인력, 서비스, 시설, 설비, 지식재산 기타 자원을 비용상환(reimbursement)과 함께, 또는 비용상환이 없이 제공하고, 비연방주체는 연방연구소의 임무와 부합하는 특정 연구개발을 수행하기 위해서 자금, 인력, 서비스, 시설, 설비, 지식재산 또는 기타자원을 제공한다.¹⁹³⁾

이러한 ‘공동연구개발협약’은 기술혁신과 관련된 Stevenson-Wylder법에 법적 기반을 두고 있다. 이러한 공동연구개발협약이 조달계약이나 보조금협약, 협력협약과 구별되는 점으로는 ‘연방정부’가 민간에게 자금을 제공하는 것이 아니라 ‘민간’이 연방정부에 자금을 제공한다는 점에 있다. 이러한 이유로 연구개발에 대한 주도권을 민간이 가지고, 연구개발의 실패에 따른 리스크도 민간이 부담한다. 조달계약과 달리 이러한 공동연구개발협약을 규율하는 법정조항이나 규제가 존재하지 않는 것도 이러한 리스크분담 구조와 연관성이 있다.¹⁹⁴⁾

다음으로 보조금협약 및 협력협약과 구별해야 개념으로는 ‘기타거래권한’(Other Transaction Authority: OTA)이다. 이는 조달계약, 보조금협약, 협력협약, 공동연구개발협약에 해당하지 않는 기타의 거래를 할 수 있는 권한이다. 이는 조달계약, 보조금협약, 협력협약, 공동연구개발협약에 비해서 연방법령의 규율을 덜 받는 절차라는 점에서 차이가 있다. 이러한 이유로 이를 ‘계약의 자유’(freedom of contract) 수단이라고 부르기도 한다. 이러한 기타거래권한은 국방부, 국립항공우주국(National Aeronautics and Space Administration: NASA)과 같이 일부기관에 한해서만 인정된다.¹⁹⁵⁾ 그러나 이러한 기타거래권한은 연방조달규칙등과 같은 법령의 제한을 피할 수 있도록 한다는 점에서 그 투명성에서 많은 문제점이 지적되고 있다.¹⁹⁶⁾

192) 통상적으로 민간의 연구소가 된다.

193) 15 USC §3701a(d)(1).

194) Conway-Jones, Danielle, “Research and Development Deliverables Under Government Contracts, Grants, Cooperative Agreements and CRADAS: University Roles, Government Responsibilities and Contractor Rights”, 9 Computer L. Rev. & Tech. J. 181(2004), p. 200.

195) Conway-Jones, Danielle, 앞의 글, p. 198.

196) 이에 관해서 상세히는 Strauss, Andrew, “Failure to Launch: Why NASA’s Unchecked Use of OTA Power

2. 영국의 기술혁신관련 계약제도¹⁹⁷⁾

영국의 기술혁신관련계약제도로 대표적인 것으로는 중소기업연구지원 이니셔티브 (Small Business Research Initiative: SBRI)를 들 수 있다. 이는 장래의 공공수요에 필요할 것을 예상되는 신제품 및 솔루션 개발을 위한 공급업체의 연구개발 비용을 지원하는 제도로서, 2001년 처음 도입되었으나 별다른 성과를 내지 못했으며, 2008년 들어 기술전략 위원회에 의해 다시 시작되었다. 2009년 4월부터 현재까지 총 1,300건의 지원이 이루어졌으며, 약 1억 3천만 파운드(약 2,300억원)의 지원이 이루어졌다. 이러한 SBRI 제도의 추진 절차는 다음과 같다.¹⁹⁸⁾

- ① 수요기관에서 해결이 필요한 문제를 확인
 - ② 이러한 문제를 해결하기 위한 새로운 기술과 아이디어를 공모
 - ③ 관심있는 기업들의 신청서 제출
 - ④ 모든 제출 아이디어는 문제해결능력 및 기술적/상업적 가능성 평가
 - ⑤ 평가결과에 따라 가장 우수한 제안들에 대해 타당성 검토 계약 체결 (Phase 1. 계약, 통상 9천만 ~ 1억 8천만원)
 - ⑥ 1단계 타당성 검토 시행 (통상 2~6개월)
 - ⑦ 타당성검토 결과에 기반한 2차 평가 (Phase 2 계약을 체결할 지 여부를 결정, 약 40% 통과)
 - ⑧ 2단계 시제품 개발 계약 체결 - 최대 2년간 통상 100만파운드(18억원) 상당이며, 이 기간은 최대한 잘 정의된 시제품 개발이 목적임
- ※ 시제품을 개발한 업체는 추가적인 개발 및 시제품/서비스에 활용하거나, 타 기업(조직)에의 매각, 혹은 상업화 등 원하는 대안을 자유로이 추진 가능

May One Day Doom the Agency”, 40 U. Dayton L. Rev. 131 (2015)를 참조 바람.

197) 아래 내용은 김대식 박사(한국조달연구원 조달제도연구팀장)의 자문내용을 기본토대로 한 것이다.

198) <https://www.gov.uk/government/collections/sbri-the-small-business-research-initiative> (2017. 11. 24 방문).

다음으로 영국의 또 다른 기술혁신관련 계약제도로 ‘사전약정조달’(Forward Commitment Procurement: FCP)을 들 수 있다. 이는 현재의 조달수요를 충족하는 제품 및 서비스를 구매하는 것이 아니라, 일정시점 이후의 장래 시점의 조달수요에 기반한 조달계약을 체결하는 제도로서, 환경분야의 시장실패를 보완하기 위한 목적으로 정부가 지원하여 산업의 혁신을 유도하기 위해 고안된 개념이다.¹⁹⁹⁾

영국에서 FCP 제도에 대한 필요성이 제기된 것은 영국이 환경관련 제품 및 서비스 혁신의 실패 원인은 기업들의 기술개발에 대한 염원이 부족해서가 아니라, 신뢰할 수 있는 분명한 수요가 부족하기 때문이라는 인식에 기반하였고, 이후 사전약정조달(FCP)은 주로 환경 및 보건의료(healthcare) 분야에서 주로 활용되었다.²⁰⁰⁾

특히 FCP는 기술개발 비용은 지원하지 않는 반면, 향후 개발된 제품/서비스가 당초 약정한 요구조건을 충족할 경우 발주기관은 반드시 해당 제품/서비스를 구매해야 한다는 특징을 지니고 있다.²⁰¹⁾

동 제도의 구체적 절차는 먼저, 수요기관은 ‘구매수요 사전고지(PIN, Prior Information Notice)’를 통해 현재 해당 부처가 갖고 있는 혁신적인 솔루션에 대한 수요를 표명하며, 동 PIN에는 구매(조달)수요의 구체적인 요구사항을 결과기반(performance outcomes)으로 제시하도록 한다. 두 번째로, 잠재적인 공급업체와의 연계를 개시하게 되는데 즉, 시장조사, 공급망 검토 및 피드백 등을 시행한다. 마지막 단계에서 실제적으로 조달절차를 개시하게 되는데, 동 조달절차는 수요기관과 잠재공급업체들과의 향후의 구매를 위한 사전적인 약정을 수반하게 된다. 즉, 향후 개발된 솔루션을 동 솔루션이 제공하는 혜택에 적합한 수준의 가격으로 구매한다는 약정을 체결한다.²⁰²⁾

199) 이 제도에 관해 상세히는 Department for Business Innovation and Skills, Forward Commitment Procurement: Pathways to Buying Innovative Solutions, 2011, p. 6-8.

200) Department for Business Innovation and Skills, 위의 글, p. 11.

201) Department for Business Innovation and Skills, 위의 글, p. 25-28.

202) Department for Business Innovation and Skills, 위의 글, p. 9-28.

이러한 FCP의 대표적인 성공사례로 영국 교정청(HM Prison Service)의 ‘매트리스 폐기물 제로 프로젝트’와 로더햄 국민건강서비스(National Health Service: NHS) 재단에서 추진한 ‘초절전 조명시스템 프로젝트’를 들 수 있다. 교정청 사례는 낭비되고 있는 교도소의 매트리스와 베개 등을 재활용하는 새로운 솔루션을 적용함으로써 약 300~500만 파운드(50~90억원)의 비용절감을 한 사례이다.²⁰³⁾

3. 우리나라에 주는 시사점

미국의 다양한 기술혁신관련 계약제도들을 전체적으로 보면 1) 조달계약 - 2) 보조금 협약 또는 협력협약 - 3) 공동연구개발협약(CRADA) - 4) 기타거래권한(OTA)의 순서로 연방법령의 규율이 점차로 완화되고, 계약의 탄력성이 높아짐을 알 수 있다. 가장 탄력성이 높고, 연방법령의 규율을 덜 받는 기타거래권한은 국방부와 국립항공우주국에만 예외적으로 인정하고 있음을 볼 수 있다.

위와 같은 미국의 법제는 우리나라에게 여러 가지 시사점을 제공한다. 무엇보다 중요한 것은 연구개발(R&D)의 성격에 따라 규제의 강도가 매우 다양하다는 점이다. 우리나라의 경우에도 공공조달계약에 주로 적용되는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)이 존재하고, 연구개발에 관해서는 기타 개별법령에 의해 국가계약법과 다른 규율이 가능하기 때문에 미국과 유사한 측면이 존재하는 것은 사실이지만, 국가가 체결하는 모든 연구개발협약에는 국가계약법이 원칙적으로 적용된다는 점에서는 미국보다 상대적으로 엄격한 절차가 적용된다고 할 수 있다.

또한 공공조달계약과 관련한 미국의 연방조달규칙(FAR)에서는 경쟁적 협상(competitive negotiation)제도와 같이 탄력적인 계약방식이 존재하나, 우리나라 국가계약법에 의한 ‘협상에 의한 계약제도’는 낙찰방식의 하나로 그 활용이 제한적으로 이루어진다는 점에서 차이가

203) Department for Business Innovation and Skills, 위의 글, p. 8-9.

있다. 즉, 우리나라의 경우 연구개발에 적용될 수 있는 탄력적인 계약방식이 공공조달계약법 제 내에서도 부족하다고 할 수 있다.

이러한 비교를 통해 다음과 같은 개선방안을 제시해볼 수 있다. 제4차 산업혁명과 관련한 신기술개발을 촉진하기 위해서는 보다 탄력적인 계약방식이 국가계약법에 도입될 필요가 있으며, 동시에 개별법령을 통해 적절한 수준에서 국가계약법의 예외를 인정함으로써 보다 효과적인 연구개발이 가능토록 할 필요가 있다. 물론 이러한 탄력적 계약방식으로 인해 발생할 수 있는 투명성, 공정성 저하는 부정당업자제재나 감사제도 등을 통해 예방하는 것도 동시에 필요하다.

영국의 경우 공공조달을 기술혁신이라는 정책목표의 중요한 수단으로 제시하고, 민간 및 학계에서도 그 필요성에 대해 지지를 보내고 있다. 하지만, 이러한 정책적 강조에도 불구하고, 실제 적용된 다양한 혁신조달프로그램 등이 범정부적인 제도로 자리잡기보다는 여전히 일부 성공사례에 머물고 있는데, 이는 영국의 조달제도 및 행태가 매우 분권적으로 운영되고 있으며, 조달관련 의사결정들이 너무 다양한 의사결정자들의 관여로 결정되고 있기 때문으로 판단된다.

또한, 기업의 R&D를 지원하기 위해 지원금이나, 재정적인 인센티브를 주는 방식이 여전히 대부분 나라의 정책적이 주류이며, 공급 측면의 기술혁신 전문가는 많지만, 수요적인 관점에서 산업혁신을 유도하는 분야의 전문가는 부족한 것이 애로 사항이다.

우리나라의 경우 영국 및 기타 EU 국가들에 비해 조달청(PPS)을 통한 중앙집중조달 시스템이 잘 구축되어 있기 때문에 영국이 시도하였으나 시범사례로 머문 제도들을 보완하여 적용할 경우 성공적으로 구축·확산될 가능성이 있다고 보아야 할 것이다.

제4절 혁신친화적 계약방식²⁰⁴⁾

1. EU의 혁신친화적 계약방식

2014년 EU는 역내 회원국 정부조달제도에 중요한 영향을 미치는 EU조달지침(Public Contracts Directive 2014/24/EU)의 개정을 완료하였는데, 동 지침은 더욱 친환경적이고 사회적(공공적)이며 혁신적이고 경제통합적인 EU를 목표로 하는 ‘EU 2020 Strategy’를 달성하기 위한 공공조달제도 개혁의 일환으로 추진되었다.

기존의 혁신과 관련된 수단들(기능적 요건의 관점에서 기술규격의 제시, 대안제시, 상용화이전제품의 조달 등을 포함하여 연구개발프로젝트의 적용배제)을 유지하면서도, 개정 EU조달지침은 사업자들이 혁신역량을 강화할 수 있도록 규정을 두고 있으며, 입찰이 평가될 경우 모든 절차는 전체 생애주기비용을 고려할 수 있도록 하고 있다.

따라서 혁신적인 제품의 입찰은 장기간 재정이익의 관점에서 보다 많은 점수를 얻을 수 있으며, 사회와 의료서비스에서의 혁신은 보다 탄력적이고 단순화된 시스템 하에서 보다 쉽게 획득될 수 있고, 특정의 기술적, 재정적으로 복잡한 프로젝트에 대해서 경쟁적 대화절차는 보다 단순화될 수 있다.²⁰⁵⁾

다만, 혁신적 아이디어를 지닌 주체들간에 지식융합적 협업의 방법이 활성화되지 않으면 지식융합을 기반으로한 4차 산업혁명시기의 정책적 목적을 달성하기 어려울 것이다. 이러한 문제의식 하에, 개정 EU조달지침에서는 ‘혁신파트너십’(innovation partnership)제도를 새로이 법제화하게 되었다.

이러한 혁신파트너십제도는 독립적인 사업자로서는 달성하기 어려운 지식융합적 테마에 대해 가장 적합한 사업자들이 그들의 기술, 능력, 가격을 협업하여 기안한 뒤, 사업자

204) 이 부분은 김대식 박사(한국조달연구원 계약제도팀장)의 자문내용 및 김대인, “EU의 경쟁적 협의제도에 대한 연구”, 공법학연구 제18권 제1호, 비교공법학회, 2017의 내용을 기본토대로 한 것이다.

205) European Commission, Public Procurement Reform, FACTSHEET No. 9: Innovation, p. 1.

로 선정됨으로써 혁신 목적을 달성하게 한다. 동 절차에 의해, 발주기관은 장래에 필요한 혁신적 제품/서비스 개발에 ‘협력관계(partnership)’를 구축할 하나 또는 그 이상의 파트너를 선정할 수 있으며, 추후 동 파트너가 개발한 결과물을 구매할 수 있다.

이러한 혁신파트너십 절차의 초반에 사업자간 경쟁의 구도는 기본적으로 전제되어 있다. 발주청으로 하여금 경쟁을 기반으로 사업자를 선정하도록 하고, 발주청의 수요에 맞춘 혁신적인 해결책을 개발하도록 하는 체계이다. 혁신파트너십에 관해서는 2014년 EU 공공조달지침 제31조에서 규정을 두고 있는데 그 내용은 다음과 같다.

2014년 EU 공공조달지침 제31조(혁신파트너십)

① 혁신파트너십에서 모든 사업자들은 발주청에서 요청한 품질선택에 대한 정보를 제공하는 것을 통해서 계약공고에 응해서 참여요청서를 제출할 수 있다.

조달문서에서 발주청은 이미 시장에서 조달이 가능한 물품, 서비스 또는 공사를 구매하는 것을 통해서 충족될 수 없는 혁신물품·서비스·공사의 수요가 있다는 점을 적시해야 한다. 이러한 설명 중의 어느 요소가 모든 입찰참가자들이 충족해야 하는 최소한의 요건인지를 적시해야 한다. 사업자들이 필요한 해결책의 성격과 범위를 확인하고 절차에의 참여요청을 할 것인지 여부를 결정할 수 있도록 제공된 정보의 내용은 충분히 정확해야 한다.

발주청은 한 파트너 또는 서로 다른 연구개발행위를 하는 대여섯개의 파트너들과 혁신파트너십을 설정하기로 결정하는 것이 가능하다.

계약공고가 이루어진 날로부터 참가요청서를 수령하기까지의 최소한의 기한은 30일이 되어야 한다. 정보에 대한 평가 이후에 발주청에 의해서 초청된 사업자만이 절차에 참여할 수 있다. 발주청은 제65조에 따라서 절차에 참여하도록 초청하는 적절한 후보자의 숫자를 제한할 수 있다. 계약은 제67조에 따라 최선의 가격-품질 비율(best price-quality ratio)의 낙찰기준을 유일한 기반으로 하여 낙찰되어야 한다.

② 혁신파트너십은 혁신물품·서비스·공사의 개발 및 그 결과물로서의 물품·서비스·공사의 연계구매를 추구해야 한다. 단 이러한 구매는 발주청과 참여자간에 합의된 이행수준과 최대비용의 범위에 부합해야 한다.

혁신파트너십은 일련의 절차를 통해서 구조화되어야 하는데, 연구개발단계 다음으로 물품의 생산, 서비스의 제공 또는 공사의 완료를 포함할 수 있다. 혁신파트너십은 파트너가 달성해야 하는 중간목표를 설정할 수 있으며 적절한 할부를 통해서 수수료를 지급할 수 있다.

이러한 목표에 기반해서, 발주청은 혁신파트너십의 각 단계 이후에 계약을 해지할 수 있고, 또는 대여섯개의 사업자와 혁신파트너십을 체결한 경우에는 개별계약을 해지하는 것을 통해서 파트너의 숫자를 줄일 수 있다. 단, 발주청이 이러한 가능성과 이의 사용조건에 대해서 조달문서에서 명시해야 한다.

③ 이 조항에서 다르게 규정하지 않은 이상, 발주청은 마지막 입찰을 제외하고 최초의 입찰과 이후 이어지는 모든 입찰에서 그 내용을 향상시키기 위해서 입찰참가자와 협상을 해야 한다. 최소한의 요건과 낙찰기준은 협상의 대상이 되지 않는다.

④ 발주청은 협상 중에 모든 입찰참가자의 동등한 취급을 보장해야 한다. 이러한 목표를 위해서, 일정한 입찰참가자에게 다른 입찰참가자에 비해서 특혜를 주는 차별적인 방식으로 정보를 제공해서는 안 된다. 발주청은 모든 입찰참가자격이 배제되지 않은 모든 입찰참가자들에게 제5항에 따라 서면으로 기술규격의 변화나 최소요건을 정하는 것 이외의 다른 기타 조달문서에 관한 정보를 제공해야 한다. 이러한 변화에 따라서 발주청은 필요시에는 입찰참가자에게 입찰을 변경하거나 변경된 입찰을 다시 제출할 수 있는 충분한 시간을 부여해야 한다.

⑤ 계약공고, 참여의사 확인초청, 또는 조달문서에서 정해진 낙찰기준을 적용하여 협상을 하기 위한 입찰의 숫자를 줄여가기 위해서 혁신파트너십의 각 단계에서 협상이 이루어질 수 있다. 계약공고, 참여의사 확인초청, 또는 조달문서에서 발주청은 이 옵션을 사용할 것인지를 명시해야 한다.

⑥ 후보자를 선정함에 있어서, 발주청은 특히 연구개발분야와 혁신적 해결책의 개발 및 이행분야의 역량과 관련된 기준을 적용해야 한다.

요구된 정보에 대한 평가에 따라 발주청이 초청한 사업자만이, 현존하는 해결책으로는 충족되지 않는 발주청에 의해서 확인된 수요를 충족시키는 것을 목표로 하는 연구개발프로젝트에 제안서를 제출할 수 있다.

조달문서에서, 발주청은 지식재산권에 적용되는 합의내용을 정의해야 한다. 대여섯개의 파트너가 있는 혁신파트너십의 경우 발주청은 제21조에 따라 파트너의 동의가 없이는 파트너십의 틀 안에서 파트너가 제안한 해결책이나 제공한 비밀정보를 다른 파트너들에게 누설하지 않아

야 한다. 이러한 동의는 일반적인 포기의 방식으로 이루어져서는 안 되며, 특정한 정보와 관련된 의도된 의사소통과 관련해서 이루어져야 한다.

⑦ 발주청은 파트너십의 구조, 특히 서로 다른 단계의 기간과 가치가, 제안된 해결책의 혁신의 정도 및 아직 시장에서 상용화되지 않은 혁신적 해결책의 개발을 위해서 요구되는 개발과 혁신행위의 연속적 사건(sequence)을 반영하는 것을 보장해야 한다. 물품, 서비스, 공사의 추정 가치는 이들의 개발을 위해서 필요한 투자와 비교하여 비례원칙에 위반되지 않도록 해야 한다.

다음으로 EU의 혁신친화적 계약방식으로 ‘경쟁적 협의제도’(competitive dialogue)를 들 수 있다. 이는 2004년 EU 공공조달지침에 처음으로 도입되었는데, 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 정보통신시스템 등에 관한 계약을 들 수 있다. 이들 계약들은 대규모의 재원을 필요로 한다는 점에서도 중요하지만, 효율적인 공공서비스와 사회기반시설을 확보한다는 점에서도 중요하다. 2004년 이전의 EU법은 이러한 복잡한 계약을 체결하는 데 부적합하다는 비판이 있었고 이러한 문제를 극복하기 위해서 경쟁적 협의절차가 도입되었다.²⁰⁶⁾ 이 계약제도는 2014년에 개정된 EU 공공조달지침에서 규정을 두고 있는데 그 내용은 다음과 같다.

2014년 EU 공공조달지침 제30조(경쟁적 협의)

① 경쟁적 협의에서는 어느 사업자이든기간에 발주청에 의해서 요청된 정보와 품질선택사항을 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 협의 절차에 참가할 수 있는 적합한 후보자의 숫자를 제한할 수 있다. 계약은 제67조 제2항에 따라 ‘최고 가격-품질 비율’(best price-quality ratio)의 단일기준에 의해서만 낙찰이 이루어져야 한다.

206) 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.

② 발주청은 계약공고에 필요사항과 요청사항을 담아야 하며, 계약공고 및/또는 지방서에서 자신의 필요사항과 요청사항을 정의해야 한다. 동시에 같은 문서에서 선택한 낙찰기준을 제시하고 이를 정의해야 하며, 향후 일정을 제시해야 한다.

③ 발주청은 제56조부터 제66조의 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. 제21조에 따라서 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 의사소통을 언급하면서 이루어져야 한다.

④ 경쟁적 협의는 계약공고 또는 지방서에 정해진 낙찰기준을 적용함으로써 협의과정에서 논의된 해결책(solution)의 개수를 줄이기 위해서 단계적으로 이루어질 수 있다. 발주청은 이러한 옵션을 사용할지 여부에 대해서 계약공고 또는 지방서에서 명시해야 한다.

⑤ 발주청은 자신의 필요를 충족할 수 있는 단수 또는 복수의 해결책을 발견할 때까지 협의를 지속해야 한다.

⑥ 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 지방서에 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.

⑦ 발주청은 계약공고 또는 지방서(descriptive document)에 정해진 낙찰기준에 따라 입찰내용을 평가해야 한다. 발주청의 요청에 따라, 제67조에 따라 최고의 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 협의는 계약공고나 지방서에 정해진 요청사항 및 필요사항을 포함하여 입찰 또는 공공조달의 본질적인 측면

면들을 현저하게 변경하는 효력이 있어서는 안 되며, 경쟁을 왜곡하거나 차별을 가져오는 위험을 발생시켜서도 안 된다.

⑧ 발주청은 협의과정에서 협의참가자에게 가격이나 대가지급에 관한 내용을 특정할 수 있다.

2. 우리나라에 주는 시사점

EU의 혁신친화적 계약제도와 우리나라의 그것을 비교해보면 EU는 혁신파트너십을 공공조달지침의 정식의 계약제도 중 하나로 인정하고 있음에 반해서, 우리나라의 국가계약법에서는 이를 별도의 계약방식으로 인정하지 않고 있고, EU의 경쟁적 협의제도는 민간투자에만 제한되는 제도가 아님에 반해 우리나라의 경우에는 민간투자에만 제한되고 있다는 점에서 차이가 나타나고 있음을 알 수 있다.

물론 국가계약법에서 명문의 규정을 두고 있지는 않지만 우리나라에서도 연구개발(R&D)과 관련된 개별법령을 근거로 연구개발협정이 체결되고 있고, 그 내용은 EU의 혁신파트너십과 유사한 측면이 있기는 하다. 그러나 국가계약법에서 이와 같이 다양한 계약방식을 포괄적으로 규율하지 못하는 것은 문제가 있다고 할 수 있다. 다양한 계약방식 상호간의 관계가 명확하게 정립될 수 있도록 하기 위해서는 국가계약법에서 보다 포괄적으로 혁신친화적 계약방식들을 규율하는 것이 필요하다고 할 수 있다.

경쟁적 협의제도는 현재 민간투자기본계획에만 근거를 두고 있는데 이의 법령상 근거를 민간투자법 또는 국가계약법에 두는 것이 바람직하다. 그리고 이와 관련된 주요 용어를 정의할 필요성이 있다. 즉, 경쟁적 협의에 의한 계약의 입찰에 참가하고자 하는 자에게 제안서의 제출을 요청하기 위하여 교부 또는 열람하도록 하는 기본 제안서와 본격적 경쟁적 대화과정에 참여한 자에게 최종적으로 제안서의 제출을 요청하기 위하여 교부 또는 열람하도록 하는 최종 제안서 등을 정의한다. 또한 기본 제안서 평가결과에 따라 본격적 경쟁적 협의 절차에 참여될 수 있는 자격을 갖춘 자를 참여적격자로 정의할 수 있다.

기본 제안서 제출기간, 내용, 평가방법, 경쟁적 대화 참여적격자 수 과업내용, 요구사항, 기본 제안서의 평가요소 및 평가방법 등등을 고지하기 위한 입찰공고의 절차가 필요하다.

또한, 경쟁적 협의 참가 신청 및 참가자격 심사와 관련해, 기본 제안서를 작성하여 계약담당공무원에게 제출하여 경쟁적 협의 참가 신청에 갈음하고, 기본 제안서를 평가하여 본격적 경쟁적 협의과정에 참여할 자를 복수로 선정하고, 선정된 자에게 이를 통보하는 내용이 필요하다.

한편, 경쟁적 협의 절차의 구체적 내용은 다음과 같이 구성할 수 있다. 2회 이상에 걸쳐 경쟁적 대화과정에 참여한 자들과 개별적으로 과업에 대한 기술적 요구내용(기술적 아이디어를 포함) 및 재무적 요구내용에 대하여 대화하고, 대화참여자가 경쟁적 대화 과정에서 제시한 기술적 사항을 확인하기 위해 대화참여자의 사업지에 대해 현장점검을 실시할 수 있으며, 현장점검 내용을 최종 제안서 평가시 평가에 반영하도록 한다. 이때 계약담당공무원은 대화참여자와의 대화내용 중 대화참여자가 제시한 기술적·재무적 내용을 다른 참여자나 제3자에게 누설하지 않도록 한다.

최종 제안요청서의 교부 및 열람, 최종 제안서 제출과 관련하여, 경쟁적 대화과정에 참여한 자를 대상으로 최종 제안요청서를 교부/전자조달시스템 게재로 갈음하도록 하며, 최종 제안요청서에는 과업내용, 최종 요구사항, 낙찰자 선정을 위한 평가요소와 평가방법, 최종 제안서의 규격 등등 명시하며, 경쟁적 협의 참여적격자로 선정되어 본격적 경쟁적 협의과정에 참여한 자는 최종 제안요청서에 정한 바에 따라 제안서 및 가격 입찰서를 별도로 작성하여 계약담당공무원에게 제출하도록 한다.

최종 제안서 평가는 기술능력 평가 90점, 입찰가격 평가 10점으로 기술능력 위주 평가하는데, 기술능력 평가는 재무능력이나 실적을 배제하고 기술·지식능력, 사업수행계획, 지원기술 등으로 평가를 진행하며, 제안서 평가결과 기술능력평가와 입찰가격 평가를 합산한 점수가 최종제안서 제출자 중에서 가장 고득점인 자를 낙찰자로 선정한다.

마지막으로 활발한 아이디어 경쟁 참여를 독려하기 위해, 최종제안서를 제출한 후 최종 낙찰에 탈락한 자에게 전체 사업예산의 20/1,000에 해당되는 금액의 범위 내에서 평가 순위에 따라 분할 배분하여 보상하도록 할 필요성이 제기된다.

제7장

행정절차법의 개선방안

제1절 제4차 산업혁명과 행정절차

제2절 공정회

제3절 행정상 입법예고절차

제4절 행정계획에 대한 절차적 통제

제7장

행정절차법의 개선방안

제1절 제4차 산업혁명과 행정절차

사회현상이 복잡해지고 다양한 이해관계가 존재함에 따라 무엇이 최선의 결정인가에 대한 법적 판단보다는 어떠한 논의과정을 거쳐 해결책을 찾을 것인가에 대한 법적 보장이 중요하게 되었다.²⁰⁷⁾ 제4차 산업혁명과 관련하여 법적 규율이 필요한 분야들은 대표적인 불확실성의 영역이라고 할 수 있으며, 따라서 규범의 민주적 정당성과 수용력을 높이기 위해서는 무엇보다 정책과 입법의 절차적 과정이 중요한 의미를 갖는다. 행정절차는 행정과정의 민주화와 사전적 권리구제제도로서의 기능을 담당하게 되며, 이는 특히 재량 행위나 행정계획에 대한 통제에 있어 의미가 크다. 이하에서는 특히 관련성이 큰 제도인 공청회, 입법예고절차에 대해서 살펴보고, 행정계획에 대한 절차적 통제의 내용을 검토해 보고자 한다.

제2절 공청회

1. 의의와 내용

공청회는 특정사항에 대하여 발표자와 이해관계인들이 서로 질문과 답변을 통하여 행정결정을 위해 필요로 되는 의사를 형성하는 절차이다. 청문과 달리 공청사항에 대해 이해관계 없는 사람도 참가가능하며, 중요한 국가시책, 국토계획, 입법안 등 그 대상이 광범

207) 홍준형, “행정절차법상 계약확정절차 도입의 필요성” 토지보상법연구 제14집, 2014, 352면.

위하다. 공청회는 당사자, 전문가, 일반시민 등 다수의 의견을 수렴하여 사전적으로 이해관계를 조정하고자 하는데 그 목적이 있다(행정절차법 제2조 제6호). 그러나 공청회의 경우 형식적 절차로서만 치러진다는 비판이 다수 존재하고 있으며,²⁰⁸⁾ 공청회가 형식적 통과절차로만 운영되는 경우 공청회를 통한 이해관계의 조정은 기대하기 어렵다.²⁰⁹⁾

2. 제4차 산업혁명과 공청회 절차

제4차 산업혁명 관련 정책과 입법의 경우, 예컨대 신규사업의 인·허가에 있어서는 직접적인 수범자인 산업계의 의견과, 새로운 산업의 인정으로 인해 충돌되는 다양한 가치들, 즉, 리스크·시민의 안전·권리보장 등의 문제가 고려되어야 하기 때문에 당사자와 전문가 및 일반시민이 참여하여 토론의 장을 이룰 수 있도록 공청회 절차가 실질적으로 운영되는 것이 중요하며 필요하다.

현행 행정절차법상 공청회 절차의 문제점으로 지적되고 있는 내용으로는 먼저 공청회의 개최사유를 들 수 있다. 행정절차법은 행정청이 처분을 할 때 다른 법령 등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우와 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우를 공청회 개최사유로 규정하고 있다(제22조 제2항).

공청회 절차가 관련 당사자의 권익을 보장하고 중요한 입법이나 정책 과정에 일반 국민의 참여를 보장하는 역할을 수행하는 점을 고려한다면, 공청회 개최에 대한 당사자나 일반 국민의 신청을 배제하고 있는 것은 타당하지 않다. 특히 공청회 개최를 규정하고 있는 개별법은 많지 않기 때문에,²¹⁰⁾ 일반법인 행정절차법에서 개최사유를 확대하는 것이 중요한 의미를 갖는다.

208) 고인석, “입법예고제도에 대한 개선방안 연구”, 유럽헌법연구 제21호, 2016, 564면.

209) 김유환, “입법과정에서의 갈등해결: 한국의 상황과 문제점”, 법학논집 제14권 제3호, 2010, 219면.

210) 예컨대 행정규제기본법 제9조, 환경영향평가법 제13조 등. 환경영향평가법은 제13조 제1항에서 ‘개발기본계획을 수립하려는 행정기관의 장은 개발기본계획에 대한 전략환경영향평가서 초안을 공고·공람하고 설명회를 개최하여 해당 평가 대상지역 주민의 의견을 들어야 하며, 대통령령으로 정하는 범위의 주민이 공청회의 개최를 요구하면 공청회를 개최하여야 함을 규정하고 있다.

제4차 산업혁명과 관련하여 많이 논의되었던, 이른바 규제프리존 특별법안의 경우에도 공청회 절차를 별도로 규정하고 있지는 않다. 동법안 제5조 제3항은 지역전략산업 육성 계획안(지역전략산업 육성을 위한 규제프리존의 지정과 운영에 관한 특별법안)을 30일 이상 공고하고 주민·기업·지방의회의 의견을 들어야 한다는 규정을 두고 있는데, 이는 ‘행정예고절차’에 해당한다. 이처럼 동법안이 별도의 공청회 절차에 대해 규정하지 않음으로써 공청회를 개최하려는 경우 행정절차법의 관련 규정이 적용되게 되며, 따라서 개별 법령의 규정에 의해서나 당사자의 신청에 의한 공청회의 개최는 어려우며 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에만 공청회가 개최될 수 있는 한계가 있다.

국회법은 위원회가 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건을 심사하기 위하여 위원회의 의결 또는 재적위원 3분의 1 이상의 요구로 공청회를 열어 이해관계자 또는 학식·경험이 있는 자 등으로부터 의견을 들을 수 있다고 규정하고 있다(제64조 제1항). 또한 위원회에서 심의하는 법률안 가운데 제정법률안과 전부개정법률안에 대해서는 공청회 개최를 의무화 하되, 위원회의 의결로 생략할 수 있도록 하였다(제58조 제6항). 국회법은 공청회에 관해 하나의 조문만을 두고 있고, 동조에서 규정한 사항 외에 공청회 운영에 필요한 사항을 국회규칙으로 정하도록 하고 있으나(제64조 제4항), 이에 대한 규정이 마련되어 있지 않은 상황이다. 국회법상 공청회제도가 전문가의 의견수렴을 주된 목적으로 하는 현재의 의미에서 일반 국민의 의견수렴의 장이 될 수 있도록 제도가 운영되는 것이 필요하다.

우리 행정절차법은 2007년 개정을 통해 전자공청회절차를 도입하였다(제38조의2). 동 규정에 따르면, 행정청은 오프라인상에서의 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회를 실시할 수 있으며, 행정청은 전자공청회를 실시하는 경우 의견제출 및 토론 참여가 가능하도록 적절한 전자적 처리능력을 갖춘 정보통신망을 구축·운영하여야 함을 규정하고 있다. 시간과 장소의 제약 없이 공청회에 참여할 수 있는 절차를 마련하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있으며, 보다 참여를 활성화하는 방안으로 추후 전자공청회를 반드시 오프라인상의 공청회와 병행하도록 할 것인지에 대한 검토가 필요하다.

제3절 행정상 입법예고절차

1. 의의와 내용

입법예고절차는 법령안의 내용을 제·개정 또는 폐지함에 앞서 국민들에게 예고함으로써 국민들의 참여기회를 보장하여 입법과정의 민주화를 확보하고, 법령의 실효성을 높여 정책수행의 효율화를 도모하기 위한 절차로서의 의의를 갖는다. 정부입법과 관련해서는 현행 행정절차법 제41조 이하, 그리고 법제업무운영규정 제14조 이하에서 규율하고 있다. 또한 2016년에 정부입법지원센터²¹¹⁾ 구축하여 통합적인 정부입법의 예고를 시행함으로써, 국민이 입법예고에 대한 접근과 원활한 의견제출에 기여하고 있다.

2. 제4차 산업혁명과 입법예고절차

입법예고절차의 실질적 운영은 제4차 산업혁명과 관련된 입법에 있어 중요한 의미를 갖는다. 즉 입법의 민주적 정당성과 수용성을 확보하기 위한 절차로서의 의미를 가질 수 있다. 행정절차법은 제4장을 행정상 입법예고에 대한 장으로 하고 있으며(제41조-제45조), 동법 시행령은 행정상 입법예고에 관하여는 법제업무운영규정이 정하는 바에 따르도록 규정함으로써(제23조), 대통령령인 법제업무운영규정에서 행정상 입법예고에 관해 자세한 사항을 규정하고 있다(제14조-제20조). 행정절차법상 입법예고절차는 그동안 수회 개정을 거치면서 다양한 측면에서 개선되어 왔지만,²¹²⁾ 여전히 여러 가지 문제점이 지적되고 있다. 행정상 입법예고제도는 아니지만, 국회법은 상임위원회의 심사단계에서 심사대상법률안에 대한 입법예고에 대해 규정하고 있으며(제82조의2), 지방자치법도 지방의회의 입법예고에 대해 규정하고 있다(제66조의2).

211) <http://www.lawmaking.go.kr/main> (접속일: 2017. 9. 20.)

212) 이에 대한 상세는 오준근, “행정절차법·행정쟁송법의 제·개정과 공법학자의 역할”, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 308-309면.

행정절차법은 행정청은 입법(법령의 제정·개정·폐지)을 하려는 경우에는 이를 예고하여야 함을 규정하고 있으며, 입법예고의 예외사유로 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우, 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우, 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우, 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우, 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 규정하고 있다(제41조 제1항). 이러한 예외사유의 불명확성이 지적되고 있으며 입법예고의 생략이 광범위하게 인정됨으로써 동 절차를 통한 입법의 질의 확보를 어렵게 하는 원인이 되고 있다.²¹³⁾ 국회법은 입법예고를 생략할 수 있는 사유로 입법이 긴급을 요하는 경우, 입법내용의 성질 또는 그 밖의 사유로 입법예고를 할 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우로 규정하고 있어(제82조의2 제1항), 역시 입법예고 생략사유의 불명확성을 문제점으로 지적할 수 있다.

입법예고기간에 대해 행정절차법은 특별한 사정이 없으면 40일, 자치법규는 20일 이상으로 하도록 규정하고 있다. 그러나 실제 이러한 기간이 잘 준수되고 있지 못하는 경우를 흔히 발견할 수 있다. 미국의 경우 일반적으로 행정청은 의견제출 기간을 30일에서 60일 사이로 하며, 연방관보문서(Federal Register Document)에 기간을 특정한다(5 U.S. Code § 553 (b) (1)). 또한 복잡한 행정입법의 경우 행정청은 180일이나 그 이상의 장기간을 입법예고기간으로 할 수 있으며, 정당화 사유가 있는 경우 보다 짧은 의견제출기간을 둘 수 있다.²¹⁴⁾ 입법예고절차의 실질화를 위해서는 의견수렴기간이 충분히 제공되는 것이 중요하다는 점에서 미국의 입법절차는 시사하는 바가 크다.

또한 국회법은 일부개정법률안의 경우 10일 이상, 제정법률안 및 전부개정법률안의 경우에는 15일 이상으로 입법예고기간을 규정하고 있다(국회법 제82조의2 제3항, 동법 시

213) 고인석, “입법예고제도에 대한 개선방안 연구”, 유럽헌법연구 제21호, 2016, 568-569면.

214) Gellhorn, Ernest & Levin, Ronald M., *Administrative Law and Process*, Thomson/West, 2006, p. 323.

https://www.federalregister.gov/uploads/2011/01/the_rulemaking_process.pdf (접속일: 2017. 9. 20.). 배병호, “미국 연방 행정입법절차에 관한 일고”, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 567면.

행규칙 제4조 제1항). 그러나 특별한 사정이 있는 경우 위원장은 간사와 협의하여 이를 단축할 수 있도록 규정하고 있으며, 이러한 특별한 사유에 어떠한 경우가 해당하는지에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 지방자치법은 지방의회가 심사대상인 조례안에 대하여 5일 이상의 기간을 정하여 그 취지, 주요 내용, 전문을 공보나 인터넷 홈페이지 등에 게재하는 방법으로 예고할 수 있음을 규정하고 있다(제66조의2 제1항). 국회와 지방 의회의 입법예고기간은 시민들이 법률안과 조례안에 대해 충분히 이해하고 그에 대한 의견을 제출하기에는 더욱 부족한 기간이라고 평가할 수 있다.²¹⁵⁾ 복잡하고 다양한 이해 관계를 반영하기에 국회와 지방의회, 즉 대의기관을 통한 견해표명에 한계가 있는 점을 고려한다면, 입법예고기간을 보다 확대하는 것이 필요하다.

또한 행정절차법은 누구든지 예고된 입법안에 대해 의견을 제출할 수 있으며, 입법안에 대한 의견이 제출된 경우 행정청은 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하여야 하고, 의견을 제출한 자에게 그 제출된 의견의 처리결과를 통지하여야 함을 규정하고 있다(제44조 제3항, 제4항). 그러나 국회법은 제출된 의견 중 법률안의 체계, 적용범위 및 형평성 침해 여부 등 중요한 사항을 위원회 또는 소위원회에 보고하도록 하는 규정만 두고 있을 뿐(국회법 제82조의2 제3항, 동법 시행규칙 제5조 제2항), 의견제출자에 대한 처리결과의 통지에 대해서는 어떠한 내용도 규정하고 있지 않다.²¹⁶⁾ 국회법의 이러한 규정태도는 국민의 의견을 적극적으로 수렴하려는 태도로 보기 어려우며, 입법예고절차의 실질적 운영에 바람직하지 않다.

이러한 입법예고제도가 갖는 문제점에도 불구하고 지난 해 4월 20일 정부입법지원센터가 구축된 이후 7월 29일까지 100일간을 기준으로 살펴볼 때, 총 652건의 입법예고가 있었으며 22,457건의 의견제출이 있었던 것으로 나타났다.²¹⁷⁾ 이는 국민의 입법참여가

215) 이세정, “의원입법과정에서 국민참여기능 확대 방안”, 법제연구 제43호, 2012, 422면.

216) 임중훈, “우리나라 입법과정에 대한 국민 참여”, 입법학연구 제13집 제2호, 2016, 20면.

217) 고인석, 앞의 글, 570면. 2017년 1월 6일까지 입법예고 실적은 총 925건(법률안 109건, 대통령령안 409건, 총리령안 42건, 부령안 365건)으로 나타났다.

<https://www.moleg.go.kr/openarea/publicInformation/publicInformationRetrieve/partAndType?pstSeq=78526&pageIndex=2> (접속일: 2017. 9. 20).

비교적 활발하게 이루어지고 있다는 것을 보여주며, 앞으로도 입법예고절차를 통해 법령의 민주적 정당성과 수용성을 높이기 위한 노력이 유용할 것이고 계속되어야 함을 보여주는 것으로 이해할 수 있다. 이를 위해서는 입법예고 생략사유의 제한, 충분한 입법예고 기간의 보장, 제출된 의견의 반영 등에 대한 노력이 계속해서 필요하다.²¹⁸⁾ 제4차 산업혁명과 관련된 입법대상의 경우 산업계와 소비자, 기술혁신·탄력성의 가치와 리스크·안전·권리보장 등 다양한 이해관계가 관련되는 경우가 많으며, 그 중요성에도 불구하고 기술적인 전문성 등을 이유로 행정입법을 통한 구체화가 불가피한 경우가 많을 것으로 보인다. 따라서 입법의 민주적 정당성과 수용성을 확보하기 위해서는 입법예고절차에서 시민들의 참여절차가 보장되는 것이 필요하다.

제4절 행정계획에 대한 절차적 통제

1. 행정계획에 대한 절차적 통제의 의의

행정계획에 대한 사전적·절차적 통제는 행정계획의 경우 수립·확정과정에서 계획주체가 갖는 광범위한 형성여지로 인해 사후적 사법심사가 제한되고, 계획이 확정된 후에는 사법적 통제가 실효성을 갖기 어렵다는 문제 등으로 인해 중요한 의미를 갖는다.

그러나 행정절차에 관한 일반법인 현행 행정절차법은 행정계획의 확정절차에 관한 통일적인 규정을 마련하고 있지 않으므로²¹⁹⁾ 행정계획의 확정절차는 개별법의 내용에 따라 행해지게 된다. 현행 행정절차법은 행정예고에 관한 제46조에서만 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 그 밖에 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항에 해당하는 정책, 제도

218) 고인석, “입법예고제도에 대한 개선방안 연구”, 유럽헌법연구 제21호, 2016, 570면; 배병호, “미국 연방 행정입법절차에 관한 일고”, 공법연구 제44집 제1호, 2015, 575-576면.

219) 1987년 입법예고되었던 행정절차법안은 행정계획의 수립에 있어 관련 행정청과의 협의, 계획안의 공고와 열람, 계획안에 대한 의견제출, 청문절차 및 공청회절차, 행정계획의 확정 내용 담는 계획의 수립·확정절차를 담고 있었으나, 법률로 제정되지 못하였다.

및 계획을 수립·시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하도록 규정함으로써, 계획에 대한 언급을 하고 있다.²²⁰⁾ 이는 국민생활에 큰 영향을 미치는 계획들이 행정절차법의 규율범위에서 배제되는 결과를 가져왔고, 우리사회가 직면한 공공갈등들을 제도권 내에서 충분히 해소하지 못하는 문제로 이어졌다.²²¹⁾

2. 제4차 산업혁명과 행정계획에 대한 절차적 통제

제4차 산업혁명 관련 입법에서 당사자와 이해관계인 및 일반 시민의 참여가 매우 중요함은 계속하여 언급하였다. 따라서 관련 입법뿐만 아니라 입법의 전제가 되는 정책이나 계획의 수립과 확정과정에 절차적 참여가 보장될 필요성이 있다. 일반법인 행정절차법이 행정예고에 대한 하나의 조문에서만 계획에 대해 언급하고 있음으로 인해 계획의 수립 및 확정절차가 개별법의 규정내용에 전적으로 의존되는 것은 문제가 있다.

우리 행정절차법에 독일 연방행정절차법(Bundesverwaltungs- verfahrensgesetz)상 계획 확정절차(Planfeststellungsverfahren)를 도입하는 방안에 관한 논의는 그동안 많은 선행연구들에서 이루어졌다.²²²⁾ 독일연방행정절차법은 제5장 특별절차(besondere Verfahrenarten)의 제2절에서 계획확정절차에 대해 규정하고 있다. 구체적으로는 계획확정절차에 관한 규정의 적용(제72조), 청문절차(제73조), 계획확정결정(제74조), 계획확정의 법적 효과(제75조), 계획실행 전의 계획변경(제76조), 계획확정결정의 폐지(제77조), 계획의 경합(제78조)에 대해 규정하고 있다. 그러나 행정계획이 갖는 다양한 특성들을 고려하면 모든 계획 유형에 대한 통일적 규율은 사실상 불가능하기 때문에 연방행정절차법은 ‘다른 법령에서 계획확정절차를 거치도록 규정되어 있는 경우’에 한하여 연방행정절차법의 계획

220) 행정절차법의 제정 당시 계획확정절차에 대한 별도의 규정을 두지 않고, 행정예고절차를 도입한 소극적 입법이 이루어진 경과에 대한 자세한 내용은 홍준형, “행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성”, 토지보상법연구 제14집, 2014, 141-145면.

221) 홍준형, “행정절차법상 계약확정절차 도입의 필요성” 토지보상법연구 제14집, 2014, 145면.

222) 김종보, “계획확정절차의 도입 - 계획확정절차의 형식과 실질”, 대한변호사협회·한국행정법학회 공동학술대회 발표논문, 2013, 황혜봉, “독일의 계획확정절차와 수용가능성”, 토지공법연구 제68집, 2015 등.

확정절차에 관한 규정들이 적용되도록 하는(제72조) 입법방식을 취하였다. 계획확정절차는 공익에 대한 고려와 이해관계의 조정을 목적으로 하며, 계획확정에 관한 실질적 법치주의원리를 근거로 한다.²²³⁾ 주로 도로·철도·폐기물처리장의 건설 등 다수의 이해관계인에게 구속적 영향력을 미치는 대규모사업계획에 적용되며, 이해관계인의 집중적 참여 하에 계획을 결정하기 위한 절차이다.²²⁴⁾ 연방행정절차법상 계획확정절차는 계획확정결정에 의하여 종결되며, 이 결정은 다른 관계법률에 따라 요구되는 모든 행정결정들을 대치하고 절차참가자들 사이의 법적 관계를 규율하는 행정행위의 일종으로서, 포괄적인 집중효 및 형성효를 발생한다. 그 결과 특정한 사업계획에 있어 여러 행정청에 의한 복잡한 절차들을 거칠 필요가 없이 하나의 절차를 통해 최종 계획확정결정에 도달할 수 있게 된다. 즉 절차통합의 효율성을 확보할 수 있다.

또한 독일의 경우 2013년 계획확정절차에 있어 공공참여의 개선과 통일화에 관한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren)을 제정하였다. 동 법률은 계획확정절차에 대한 법제의 통일화를 추진하고, 조기공공참여(frühe Öffentlichkeitsbeteiligung)를 도입하여 계획입안과정에서의 최적화와 투명성을 확보하여 계획확정결정의 수용성을 확보하기 위한 목적으로 제정되었다.²²⁵⁾

독일식 계획확정절차의 도입에 관한 대립적인 두 연구를 살펴보면, 먼저 홍준형 교수는 독일연방행정절차법상 계획확정절차와 같은 유형의 절차를 도입할 필요가 있다는 입장을 취하고 있다. 계획확정절차 도입의 필요성으로는 공공참여와 숙의를 가능하게 하고, 계획확정결정의 집중효 보장을 통해 행정의 효율성을 확보할 수 있으며, 공공갈등의 해소를 위한 해법으로서 기능할 수 있고, 개별법에 난립한 계획절차를 정비해 나갈 수 있다는 점을 들고 있다. 행정절차법상 계획확정절차의 도입 방안과 관련하여서는 먼저, 계획확정

223) Kopp, Ferdinand & Raumsauer, Ulrich, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, München, 2005, §72 Rdnr. 4.

224) 홍준형, “행정절차법상 계약확정절차 도입의 필요성” 토지보상법연구 제14집, 2014, 149면.

225) 홍준형, 앞의 글, 156-158면.

절차의 대상은 전문계획 중 특정 유형의 대규모 공간을 요하거나 중대한 공간영향을 미치는 계획들만을 대상으로 하되, 다중영향보다는 오히려 공간적으로 중대한 영향을 미치는 사업계획 또는 대규모 공간을 요하는 시설의 설치계획 등을 대상으로 독일과 유사한 계획확정절차를 도입하는 방안을 제시한다. 또한 이러한 방식으로 계획확정절차를 도입하는 경우 국민생활에 매우 밀접하며 중대한 영향을 미치는 구속적 계획들을 우선적인 적용대상으로 삼되, 일정 규모 이상의 관할 행정청의 승인을 필요로 하는 공공사업계획으로서 사업계획의 승인이 있으면 인·허가 의제가 수반되는 등 행정계획에 준하는 효력이 보장된 사업계획을 ‘공공사업계획’이란 범주로 설정하여 계획확정절차의 대상에 포함시키는 것이 합당하다고 보고 있다. 또한 행정절차법에 계획확정절차를 규정하는 방식으로 국민생활에 밀접한 관련을 갖거나 지대한 영향을 미치는 행정계획 일반에 통일적으로 적용될 공통절차를 정하되, 개별법에 특별한 규정이 없는 한 이를 직접 적용하도록 하는 방안(직접규율방식)과 행정절차법에 계획확정절차에 관한 표준적 규정을 두되, 이를 일정한 대상에 대하여 직접 효력을 발하도록 하지 않고, 독일 연방행정절차법처럼 ‘다른 법령에 계획확정절차를 거치도록 규정되어 있는 경우’에 한하여 적용되도록 하는 방안(간접규율방식)을 제시하고 있다.²²⁶⁾

황해봉 박사는 독일식 계획확정절차의 우리 법제에의 도입, 특히 일반법인 행정절차법상의 도입이 어렵다는 입장을 취하고 있다. 독일법상 계획확정절차가 이론적으로는 공공갈등의 법제도적 해결방안으로 우리 행정절차법에의 수용을 고려해 볼 수 있지만, 우리의 법제도와 현실을 감안할 때 수용에 많은 한계가 있다는 점을 지적한다. 구체적으로는 공공참여와 숙의제도가 우리나라의 의사소통 문화에 흔히 나타나는 제도가 아니며, 계획확정절차가 적용되는 계획의 범위에 대해 독일의 내용을 그대로 가져올 수 없고 이에 대한 합의가 필요하며, 우리나라에서는 일정 규모 이상의, 관할 행정청의 승인을 필요로 하는 공공사업계획의 경우 사업계획의 승인이 있으면 인·허가 의제가 수반되는데, 독일의 계획확정절차의 집중효와는 다른 성격을 갖기 때문에, 양자의 관계에 있어 법적 문제가 발

226) 홍준형, 앞의 글, 172면, 174-175면.

생활 수 있고, 이러한 문제점들에도 불구하고 독일식의 계획확정절차를 우리 행정절차법에 도입하는 경우 독일의 행정절차법에서처럼 간접규율방식이 일면 타당해 보이나, 실제 규정하는데 많은 어려움이 있을 것이므로 필요한 경우 개별법에 규정할 수밖에 없을 것이라고 설명한다.²²⁷⁾

이처럼 독일연방행정절차법상 계획확정절차와 유사한 내용의 계획확정절차를 우리 행정절차법이나 개별법에 도입하는 방안은 앞서 언급된 다양한 문제점을 갖는다. 논의가 필요한 핵심적 사항들은 계획확정절차가 적용되는 계획의 범위를 어떻게 설정할 것인지의 문제, 입법방식을 일반법인 행정절차법에 규율하여 개별법에 별도의 규정이 없는 한 행정절차법상 표준화된 계획확정절차가 직접 적용되도록 할 것인지, 독일의 경우처럼 개별법에 규정이 있는 경우에만 행정절차법상 계획확정절차를 적용할 것인지의 문제이다. 또한 계획확정절정으로서의 집중효의 인정문제와 기존의 인허가 의제와의 관계를 어떻게 설정할 것인지의 문제가 검토되어야 한다.

이러한 지난한 난제에도 불구하고 계획의 수립 및 확정절차에 대한 체계화는 일반적 요청으로 보여진다. 독일식의 계획확정절차를 완전히 수용하는데 어려움이 있다고 하더라도, 계획의 수립 및 확정절차에 대한 입법적 정비는 필요하다고 판단된다. 1987년 입법 예고 되었던 행정절차법안은 제3장을 행정계획의 확정절차로 하여 제50조-제58조까지 그 내용을 규정하였다. 제50조는 행정계획의 입안과 협의, 제51조는 행정계획안의 공고·열람, 제52조 의견제출, 제53조 청문, 제54조 공청회, 제55조 행정계획의 확정, 제56조 행정계획의 변경·폐지, 제57조 행정계획의 실효, 제58조 행정계획으로 인한 피해구제의 내용을 담고 있다. 동 법률안이 적용되는 계획의 범위는 ‘국민생활과 밀접한 관련이 있는 공공사업계획 기타 대통령령으로 정하는 행정계획’으로 규정하였다(제50조 제1항). 따라서 국민생활과 밀접한 관련이 있는 공공사업계획에 다양한 계획유형이 포함될 수 있도록 규정하고 있다.

227) 황해봉, “독일의 계획확정절차와 수용가능성”, 토지공법연구 제68집, 2015, 45-46면.

또한 동 법률안 제3조는 행정청의 행정처분·행정계획의 확정·행정입법의 예고·행정예고·행정지도 기타 행정절차에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 적용됨을 규정함으로써, 행정계획 확정절차에 대한 규정 역시 개별법상의 규정이 없다면 행정절차법이 일반법으로서 직접 적용되도록 규정하였다. 그리고 동 법안은 계획확정절차의 효력, 즉 집중효의 발생여부에 대해서는 명시하지 않고 있다. 1987년 법률안의 내용도 앞으로 행정절차법에 계획확정절차를 도입하는 경우 좋은 참고가 될 수 있을 것이다.

현행 행정절차법이 계획확정절차를 두지 않고 행정예고제도만을 두고 있으며, 앞서 살펴본 것처럼 규제프리존 특별법안의 경우에도 행정예고제도만을 두고 있다. 실제 행정예고절차의 이행과정에서 공청회가 개최되는 경우가 매우 저조하다는 점을 감안하면, 국민 생활에 밀접한 관련성을 가지고 중대한 영향을 미치는 계획에 대한 의견수렴절차가 계획 확정절차를 통해 마련되는 것이 필요하다. 이러한 입법을 함에 있어서는 개별 계획의 특성을 반영하여 개별법에 그 절차가 구체화되는 방안도 타당성을 가지나, 우리사회가 직면한 여러 가지 갈등상황과 분쟁의 증가상황을 고려한다면 일반법인 행정절차법에 그 표준적인 절차가 마련되는 것이 불가피한 현실일 수 있다.²²⁸⁾ 추후 행정절차법의 개정을 통해 계획의 수립과 확정절차에 대한 규정을 신설함으로써 제4차 산업혁명 관련 계획에 있어 다양한 이해관계가 조기에 반영될 수 있도록 입법이 이루어지는 것이 필요하다.

228) 정남철, “행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성 토론편”, 토지보상법연구 제14집, 2014, 191면.

제8장

행정조직법적 개선방안

제1절 행정조직형태의 선택

제2절 행정기관의 권한분배 및 정책조정

제3절 중앙정부와 지방자치단체간 권한의 배분

제4절 사인에 의한 행정임무의 수행

제8장

행정조직법적 개선방안

제1절 행정조직형태의 선택

1. 개 관

제4차 산업혁명에 대응하기 위해서는 스마트한 행정조직이 갖추어질 필요가 있다. 즉, 제4차 산업혁명으로 인한 신기술규제를 효율적으로 수행할 수 있는 행정조직이 필요하다. 이처럼 규제 중요성이 높아지는 현대행정에서 행정조직법제의 개선과 관련해서는 다양한 논의가 이미 이루어진 바 있다.

예를 들어 독일의 슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)는 행정조직 및 행정조직법이 직면하고 있는 핵심적인 도전과제로 크게 7가지를 들고 있다. 첫째, 행정조직의 형태가 다원화되고, 내부적으로도 분화되고 있다는 점이다. 둘째, 공적인 행정작용권한과 사적인 행정작용권한간에 상호영향을 미치는 질서가 정립되고 있다는 점이다. 셋째, 적절한 규제시스템의 필요성이 높아지면서 규제국가의 성격이 강화되고 있는 점이다. 넷째, 행정법에 대한 경제적인 이해의 중요성이 더 높아지고 있다는 점이다. 다섯째, 점차로 공공부문과 민간부문의 중첩이 발생하면서 공적인 임무수행주체가 복잡화되고 있다는 점이다. 여섯째, 행정조직들간의 네트워크설정이 증시되고 있다는 점이다. 일곱째, 유럽화, 국제화, 세계화의 영향이 커지고 있다는 점이다.²²⁹⁾

229) Schuppert, Gunnar Folke, “Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrecht, 2. Auflage, München, 2012, S.

위와 같은 행정조직법제의 도전과제들, 특히 규제국가의 강화경향이나 행정조직의 다양화 경향 등은 제4차 산업혁명과도 밀접한 관련이 있는 것으로 볼 수 있다. 이하에서는 행정조직의 다양화 경향과 관련하여 행정조직형태의 선택 문제를 보다 집중적으로 다루어보도록 한다.

2. 행정조직형태의 선택

현대행정의 주요한 특징 중의 하나는 행정조직의 형태가 다양해지고 있다는 점이다. ‘공공기관’(öffentliche Einrichtungen), ‘공사혼합조직’(Gemischtwirtschaftliche Organisationen), ‘사경제적-상업적 조직’(privatwirtschaftlich-kommerzielle Organisationen), ‘비정부기구와 같은 제3섹터’(Organisation des dritten Sektors), ‘가족이나 가정연합과 같은 자조조직’(Selbstversorgung im Familien-/Haushaltsverband)등 그 형태가 매우 다양하며, 이들 내에서도 다양한 변종이 존재한다.²³⁰⁾

이러한 다양한 행정조직형태 중에서 선택하는 일반적인 기준으로는 1) 목표관련성(해당임무를 수행할 수 있는 준비를 해당조직이 갖추고 있는지 여부), 2) 행정임무부여자를 통한 조종가능성(민간기관에 의한 행정임무수행이 이루어지는 경우 민간기관의 지배구조), 3) 조직의 임무수행능력(실효성, 신속성, 허용성, 품질, 고객친화성, 효율성 등), 4) 조직의 중장기 발전가능성, 5) 고유한 자원조달가능성, 6) 네트워크 구축가능성(수직적 또는 수평적으로 다른 조직과 연계될 수 있는 가능성), 7) 목표집단(Zielgruppen)을 통한 수용성과 정당성 등을 들고 있다.²³¹⁾

이러한 행정조직형태의 선택문제는 제4차 산업혁명과 관련된 기술규제권한의 분장 과정에서 발생할 수 있다. 행정조직의 선택과 관련해서는 크게 3가지 위계의 선택지가 존재한다고 할 수 있다. 첫째, 국가에서 행정임무를 수행할 경우 국가 내에서 어떤 부처가

1099 이하.

230) Schuppert, 앞의 글, S. 1149 이하.

231) Schuppert, 앞의 글, S. 1153.

업무를 수행할 것인지, 독임제 행정기관과 합의제 행정기관 중 어느 기관이 업무를 수행할 것인지 하는 점 등을 검토할 필요가 있다.

둘째, 국가가 행정임무를 수행하는 방법과 지자체가 수행하는 방법 중 어느 방법을 선택할 것인지를 검토할 필요가 있다. 국가와 지자체간의 관계의 문제는 보충성의 원칙에 따라 최대한 지자체에게 권한을 부여하는 방향이 되어야 한다. 특히 규제프리존의 인정여부 등과 관련해서는 해당 지자체의 의사가 최대한 존중되는 것이 필요하다고 할 수 있다. 판례에서 흔히 드는 “전국적으로 통일적인 처리를 요하는 사무인지”여부는 국가와 지자체의 임무수행역할을 구분하는 데 여전히 유용한 기준으로 볼 것이지만, 여기서 통일적 처리를 요하는 사무인지 여부를 지나치게 좁게 해석하여 보충성의 원칙이 훼손되지 않도록 해야 한다.

셋째, 사인에 의한 행정임무수행의 범위를 어느 정도 인정할 것인지를 검토해볼 필요가 있다. 앞서 본 자율규제와 같은 경우 사인이 수행하는 것이 원칙적인 모습이 될 것이지만, 보장국가론의 입장에서 보면 국가에게도 일정한 감독책임이 따른다고 볼 수 있다. 민간위탁의 기준이 정립될 필요도 있다.

이상의 세 가지 문제를 절을 나누어서 하나씩 보다 상세하게 살펴보도록 하겠다.

제2절 행정기관의 권한분배 및 정책조정²³²⁾

1. 행정기관의 권한분배

제4차 산업혁명에 대응하는 행정조직법제의 개선을 논의함에 있어서는 제4차 산업혁명과 관련된 신기술규제와 관련한 담당부처를 어떻게 선정할 것인지, 그리고 다양한 부처

232) 이하의 내용은 2017년 5월 26일 개최된 행정법학회에서 본인이 “행정권한의 분배와 조정을 위한 행정조직법적 과제”라는 제목으로 발표한 발표문 중의 일부를 기반으로 한 것이다.

간의 협업을 어떻게 추진할 것인지, 부처들간의 이견이 있을 때 어떻게 이를 조정할 것인지 등이 문제가 된다.

예를 들면 비록 제4차 산업혁명과 직접적으로 관련된 것은 아니지만, 최근의 정부조직법 개정과정에서는 수자원관리를 담당하는 기관(환경부와 국토교통부)을 통합하는 방안에 대한 논의가 이루어졌던 바 있다. 수질에 초점을 맞추는 환경부와 수량에 초점을 맞추는 국토교통부의 입장이 항상 긴장관계에 있었던 점은 주지의 사실이며 이를 이유로 양자의 통합에 대한 논의가 지속적으로 이루어져 왔던 것이 사실이다. 그러나 양자를 분리해둠으로써 서로 다른 행정목적 또는 가치간의 균형과 견제가 필요하다는 견해 또한 제시되어 왔다.²³³⁾

이와 같은 문제는 제4차 산업혁명과 관련해서 발생할 수 있다. 예를 들어 보건의료와 관련된 신기술의 경우 보건복지부, 과학기술정보통신부, 산업통산자원부 등이 관련되는 부처라고 할 수 있다. 이들 상호간의 권한분배가 제대로 이루어지지 못할 경우에는 신기술규제의 효율성이 저해될 수밖에 없다.

행정권한의 분배를 결정함에 있어서는 무엇보다 해당 기술에 대한 전문성과 역량을 갖춘 조직인지가 중요한 판단기준이 된다고 보아야 한다. 이 경우 원칙적으로 보건복지부는 보건의료정책에, 과학기술정보통신부는 기술혁신정책에, 산업부는 산업정책 및 통상정책에 관련되는 것으로 볼 수 있으며 이에 따른 권한분배가 필요하게 될 것이다.

그러나 위와 같이 권한분배를 할 경우 보건의료와 관련된 신기술을 어느 한 부처가 주도하기는 힘든 구조가 된다. 이 경우 칸막이식 행정의 폐해가 발생하는 것을 방지하기 위해서 정책조정이 불가피하게 된다. 또한 협업의 활성화를 위한 노력도 필요하게 된다. 이 부분은 뒤에서 보다 상세하게 살펴보도록 한다.

233) 이러한 논의에 대해서 자세한 사항은 김성수, “행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리위원회 제도설계를 중심으로 -”, 부산대학교 법학연구 제58권 제2호, 2017을 참조 바람.

다음으로 독립제와 합의제간의 선택문제와 관련해서 정부조직법 제5조에서는 “행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다”라고 하여 독립성을 합의제 행정기관 설립의 주된 근거로 삼고 있다. 그러나 독립성만을 기준으로 하는 것은 합의제의 현실에 부합하는 것으로 보기는 힘들다. 독립성 이외에 전문성의 확보도 합의제의 중요한 기준으로 삼을 필요가 존재한다고 하겠다.

2. 행정기관간 정책조정

(1) 개 관

조디 프리만(Jody Freeman)등은 행정기관간 정책조정 수단을 크게 네 가지로 나누어서 설명하고 있다. 1) 기관간 협의(interagency consultation), 2) 기관간 협약(interagency agreement), 3) 공동법령 등 공동정책수립(joint policy making), 4) 대통령에 의한 조정관리(presidential management coordination)가 그것이다.²³⁴⁾ 제니퍼 누(Jennifer Nou)는 행정기관의 권한조정체제로 1) 중앙집권화(centralization), 2) 전문화(specialization), 3) 분리(separation), 4) 표준화(standardization), 5) 절차(procedure)를 들고 있다.²³⁵⁾

우리나라에서도 다양한 조정수단이 활용되고 있는데 1) 대통령 또는 국무총리(국무조정실)를 중심으로 한 정책조정, 2) 법제처를 중심으로 한 입법과정에서의 조정, 3) 기관간 협약을 통한 조정 등이 대표적이다. 그 외에도 4) 복수의 행정기관이 법령에 대한 관할권을 공동으로 행사하는 공동법령제도, 5) 인허가의제제도 등을 포함한 행정기관간 협의제도,²³⁶⁾ 6) 행정응원²³⁷⁾ 등이 존재한다.

234) Freeman, Jody and Rossi, Jim, “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, 125 Harvard Law Review 1131 (2012), p. 1151 이하.

235) 절차로는 행정기관의 장이 공식적으로 정책을 발표하기 전에 내부적으로 전문성 있는 인사의 점검을 받는 내부통제절차(internal clearance), 행정기관의 장이 우선적으로 추구할 규제내용 등을 정해두는 우선순위설정(priority-setting) 절차 등이 언급되고 있다. Nou, Jennifer, Intra-Agency Coordination, 129 Harvard Law Review 421 (2015), p. 451-473.

236) 인허가의제제도는 특히 행정조직에 대한 네트워크이론의 관점에서 의미가 크다는 점이 지적되고 있다.

제4차 산업혁명에 따른 신기술을 규제하는 기관들이 복수가 될 경우 위와 같은 정책조정제도의 효율성이 신기술규제의 효율성과 연결될 가능성이 높다. 따라서 이하에서는 국무총리(국무조정실)를 통한 조정, 법제처를 통한 조정, 기관간 협약을 통한 조정, 기관통합 등을 중심으로 정책조정 활성화방안을 집중적으로 살펴보도록 한다.

(2) 국무총리(국무조정실)을 통한 조정

국가정책조정회의는 국무총리가 주재하는 내각의 최고정책조정기구로서, 정례적인 회의를 통해 국무총리의 행정각부 통할·감독기능 수행, 범정부적인 중요 국책사업 및 국가적 현안과제 해결, 국가전략 차원에서 수립되는 중장기계획 등을 효과적으로 조정하고 추진상황을 점검하는 역할을 담당하고 있다. 이러한 국가정책조정회의는 복잡한 정책이슈 협의 및 정책갈등의 조정과정에서 매우 중요한 역할과 기능을 수행하고 있다는 평가가 이루어지고 있다.²³⁸⁾

국무총리(국무조정실)의 정책조정권한은 국무총리의 행정각부의 통할권(헌법 제86조), 국무회의 부의장(헌법 제88조)으로서 ‘국정의 기본계획 및 정부의 주요 정책’ 및 ‘행정각부의 주요한 정책의 수립 및 조정’ 등을 심의하는 권한(헌법 제89조) 등에 그 근거를 두고 있다. 그런데 헌법에서는 “국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다” 라고 규정하고 있기 때문에 정책조정기능도 이러한 국무총리의 지위에 의해서 실질적인 범위가 정해진다고 평가되고 있다.²³⁹⁾

선정원, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 157면 이하.

237) 행정절차법에서는 1) 법령 등의 이유로 독자적인 직무 수행이 어려운 경우, 2) 인원·장비의 부족 등 사실상의 이유로 독자적인 직무 수행이 어려운 경우, 3) 다른 행정청에 소속되어 있는 전문기관의 협조가 필요한 경우, 4) 다른 행정청이 관리하고 있는 문서·통계 등 행정자료가 직무 수행을 위하여 필요한 경우, 5) 다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우에 다른 행정청에 행정응원을 요청할 수 있다고 규정하고 있다.(제8조)

238) 권용식, “중앙부처의 정책조정 관련 연구 - 정책조정 결과에 대한 ‘조정 주체요인’의 영향력을 중심으로 -”, 한국정책학회보 제25권 제1호, 2016, 109-110면.

239) 권용식, 앞의 글, 94면.

또한 대통령실과 기획재정부의 정책조정 기능은 국무총리실의 정책조정 기능과 상호 중첩되면서 일정부분 경쟁관계가 성립될 수 있다는 점이 지적되고 있다. 특히, 정책문제가 경제분야와 비경제분야를 명확히 구분하기 어렵다는 점에서 기획재정부의 정책조정 기능 및 조정범위가 국무총리실의 정책조정 기능과 상당부분 중첩될 수 있다는 점도 언급되고 있다.²⁴⁰⁾

역사적으로 우리나라에서 대통령실의 무제한적인 정책조정기능이 가져온 폐해를 고려하면 국무총리가 주재하는 국가정책조정회의가 실질적으로 작동하도록 하는 것이 향후 중요할 것으로 보인다. 국가정책조정회의에는 대통령실에서도 참여를 하기 때문에 이를 통해 대통령과 국무총리의 정책조정기능이 조화를 이루도록 하는 것이 필요하다.

제4차 산업혁명과 관련해서도 대통령실의 과도한 정책조정기능 행사보다는 국무조정실을 중심으로 한 정책조정기능이 중심이 되는 것이 바람직하다고 보아야 할 것이다.

(3) 법제처를 중심으로 한 입법과정에서의 조정

법제업무운영규정(대통령령)에서는 입법과정에서의 기관 간 협조에 관한 규정을 두고 있다. 정부입법의 경우 법령안 주관기관의 장은 법령안의 입안 초기단계부터 관계 기관의 장과 협의하여야 하며, 법령안을 입안하였을 때에는 해당 법령안의 내용을 관계 기관의 장에게 보내 그 의견을 들어야 한다. 법령안 주관기관의 장 및 법제처장은 법령안의 입안과 심사 및 공포 등 입법과정 전반에 걸쳐 정부입법에 관한 협의, 의견 조정, 그 밖에 정부기관 간의 효율적인 업무협조가 이루어지도록 하여야 한다.(동 규정 제11조 제1항, 제5항)

법제업무운영규정에서 주목할 점은 법령안에 대한 관계 기관 간 이견의 해소와 국회 심의과정에서 정부입법정책의 일관성 있는 추진을 위하여 법제처에 ‘정부입법정책협의회’를 두도록 하고 있는 점이다. 정부입법정책협의회의 심의사항으로는 1) 정부 입법과정

240) 권용식, 앞의 글, 104-105면.

에서 법령안의 내용에 대하여 법령안 주관기관의 장과 관계 기관의 장 사이에 법리적 쟁점으로 견해 차이가 발생한 사항, 2) 국회에서 심의 중인 법률안에 대한 정부의 통일적 의견 제시에 관한 사항, 3) 대통령훈령안, 국무총리훈령안의 내용에 대하여 해당 중앙행정기관의 장과 관계 기관의 장 사이에 법리적 쟁점으로 견해 차이가 발생한 사항, 4) 헌법 제53조제2항에 따른 재의요구와 관련한 부처 간 협조 및 대책에 관한 사항 등이 있다.(동규정 제12조의 2 제1항, 제2항) 이러한 규정들을 보면 법제처는 입법과정에서 정책조정이 이루어지도록 하는 데에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있음을 볼 수 있다.²⁴¹⁾

제4차 산업혁명과 관련한 법령을 제정하는 과정에서도 정부입법정책협의회를 적절하게 활용할 필요가 있다. 신기술규제와 관련한 새로운 정부입법과 기존의 기술규제관련 정부입법들간 체계적인 관계 정립 등이 중요한 입법과제로 다루어질 수 있는데 이는 법제처를 중심으로 한 정부입법정책협의회에서 다루어질 수 있는 이슈라고 하겠다.

(4) 기관간 협약을 통한 조정

행정절차법에서는 “행정청은 행정의 원활한 수행을 위하여 서로 협조하여야 한다”라고 규정하고 있다.(제7조) 이를 보다 구체화하기 위해서 ‘행정효율과 협업촉진에 관한 규정’(대통령령)을 두고 있다. 행정기관의 장은 업무의 효율성을 높이고 행정서비스에 대한 국민의 만족도를 높이기 위하여 다른 행정기관과 공동의 목표를 설정하고 해당 행정기관 상호간의 기능을 연계하거나 시설·장비 및 정보 등을 공동으로 활용하는 방식의 행정기관 간 협업을 촉진하고 이에 적합한 업무과제를 발굴하여야 한다.(동 규정 제41조 제1항) 또한 행정기관은 행정협업과제의 효율적인 수행을 위하여 필요한 경우 관련 행정기관과 협의체를 구성하거나 행정협업과제의 목적, 협력 범위 및 기능 분담 등에 관한 업무협약을 체결할 수 있다.(동 규정 제45조)²⁴²⁾

241) 정부입법정책협의회의 활성화를 주장하고 있는 문헌으로 박군성, “정부입법 60년의 평가와 과제”, 입법학연구 제5호, 2009이 있음.

242) 예를 들어 방위사업청과 조달청은 2012년 6월에 원자재비축업무 협력약정을 체결한 바 있다.

기관간 협약은 보통 법적으로 구속력이 없는 양해각서(Memorandum of Understanding: MOU)의 형식으로 이루어지게 되는데, 이는 상대적인 비공식성, 시행의 용이성, 적응성으로 인해서 가치가 크다는 지적이 있다. 양해각서(MOU)는 모든 유형의 의회의 행정부에 대한 권한부여(위임)유형에 활용될 수 있다는 점에서 장점이 있다는 것이다. 다만 이는 국민들에게 의무를 부과하는 정책을 수립하는 경우보다는 행정기관의 내부적인 문제를 돕는데 보다 적절하다고 평가되고 있다. 이러한 양해각서는 일반적으로는 법적으로 집행 가능하지 않기 때문에 대부분의 경우 사법심사의 대상이 되지 못하는 것이 사실이지만, 광범위한 정책적 함의를 가지고 있거나 시민의 권리나 이익에 영향을 미칠 가능성이 높은 양해각서의 경우에는 대외적으로 공개하는 것이 필요하다는 지적이 있다.²⁴³⁾

그러나 이러한 양해각서를 통한 행정청간 협력이 공행정행위에 적합한가에 대한 몇 가지 의문이 제기된다. 첫째, 각 부처는 근거법령에 의해 부여된 임무가 있는 바, 이러한 임무를 별도의 권한의 위임 및 위탁의 과정이 없이 단순한 내부적인 양해각서를 통해서 수행하도록 할 수 있는가의 문제이다. 둘째, 주로 많이 사용하는 것이 상호간의 정보의 공유에서 주로 양해각서가 사용되는 바, 각 부처들이 가지고 있는 정보는 각 부처가 근거로 하는 법령에 의해서 수취한 정보인바, 이들 정보를 정보제공자의 승낙없이 부처간 공유를 해도 되는가의 문제이다. 즉 정보제공자에 대한 별도의 통지와 허락 없이 단순히 행정내부적인 원활한 협조를 이유로 비공식적인 정보제공이 가능한가의 문제이다. 셋째, 양해각서를 위반해도 특별한 제재조치가 없는 등 구속력이 부여되어 있지 않다는 점에서 여전히 불안정한 요소가 있다는 점이다.

따라서 이를 단순히 영미법상의 양해각서의 방식이 아닌 행정청간 공법상계약의 방식으로 이를 수행할 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 그러나 계약을 위해서는 양자가 법인격을 가지고 있는 주체이어야 한다는 점에서 공법상 계약의 방식을 이용하는 것도 법리적으로는 한계가 있다. 따라서 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체간에는 이러한 공법상계약 형식의 업무협력계약이 가능하나, 정부 내 각 행정부처들간의 계약이 이루어

243) Freeman, Jody and Rossi, Jim, "Agency Coordination in Shared Regulatory Space", p. 1192, 1195-1196.

기는 어렵다. 따라서 법적인 계약의 방식은 아니나 구속력을 가지고 이행을 담보하는 내용을 보완하고 각 당사자가 이행의무의 내용을 명확히 한 협력각서를 형태를 만들 필요가 있다. 즉 지금의 양해각서의 내용을 보완하여 보다 계약적 내용을 강화하는 방식을 구현할 필요가 있다.

여기에 추가적으로 고려해야 하는 것이 국민의 권리와 의무에 관계되는 사항을 단순히 비공식적 양해각서로 규율하는 것의 문제점을 개선하기 위하여 협력각서를 교환할 경우 이를 의무적으로 공개함으로써 투명성을 강화시킬 필요가 있다. 현재는 이러한 양해각서의 공개가 의무화되어 있지 않아, 행정청별 그리고 같은 행정청에서도 기준이 없이 공개되는 것이 있고 비공개로 처리된 경우가 있는 등 정비의 필요성이 있다 할 것이다.

위와 같은 기관간 협약은 제4차 산업혁명과 관련해서 가장 활용도가 높은 정책조정방식이 될 수 있다. 정부부처조직의 변화가 없이도 활용이 가능하고, 양 기관간의 자발적인 합의에 의해서 이루어지기 때문에 순응도가 높을 수 있기 때문이다. 다만 이러한 기관간 협약의 체결여부를 순수한 정부부처간 자발성에 맡길 경우에는 오히려 활용도가 저하될 수 있다. 따라서 국무조정실 등에서 기관간 협약의 양식 등을 제공하는 등의 방식으로 이의 활용이 활성화될 수 있도록 노력하는 것이 필요할 것으로 보인다.

(5) 별도의 전담행정기구를 설립하는 방식

기관간 업무조정 방식으로도 들 수 있는 것이 별도의 행정청을 설립하는 방식이다. 실제로 신속하게 기술변화에 대응하고 규제특례를 적용하기 위해서는 그 행정적 결단에 대해서 책임을 질 수 있는 기구가 필요하다는 것이다. 공행정 영역에서 각 부처간 총리실과 같은 상급기관이 개입하는 경우라도 업무조정이 잘 이루어지지 않는 이유는 각 부처별 업무에 책임성이 부여되어 있기 때문이다. 이러한 책임성은 해당 부처가 부여된 업무를 충실하게 수행하게 하는 기제이지만 업무상 정책협조의 과정에서는 위험에 따른 책임성의 훼손을 이유로 협조에 소극적일 수 있기 때문이다. 따라서 별도의 기구를 둬으로써 온전한 책임성하에 정책을 추진할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이러한 별도의 행정청

이 설립되는 것이 쉽지 않은 이유는 신기술의 개발이 기존 기술의 연장선상 혹은 변용에 의한 것일 가능성이 높기 때문이다.

별도의 행정청이 설치된 사례를 살펴보면 싱가포르의 경우 별도의 핀테크청을 설치한 바 있다 여기에서 기존의 감독기능을 담당하는 통화감독청(MAS)와 기술개발을 담당하는 국가연구재단이 공동으로 참여하며, 핀테크 산업과 관련한 허브로서의 역할을 담당하도록 하고 있다.

제4차 산업혁명과 관련한 신기술의 경우에도 이러한 전담기구를 설치하는 방안도 모색해볼 수 있다. 다만 기존의 부처와의 업무중복 문제 등이 발생할 수 있으므로 이는 신중하게 접근하는 것이 필요하다.

제3절 중앙정부와 지방자치단체간 권한의 배분

1. 지방자치단체의 사무배분과 새로운 기술영역

오늘날 중앙정부와 지방자치단체와의 관계에서 중요한 이슈는 지방분권이라고 할 수 있다. 지방이양사무에 대한 논의와 지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 특별법을 통해 지방자치단체에 보다 많은 권한을 부여하려는 노력이 있었지만 제4차 산업혁명과 관련한 논의는 거의 없었다. 그러나 새로운 패러다임 하에서 국가 또는 지방자치단체가 산업을 육성 또는 유도하고 이에 따른 적절한 규제를 부과하여야 하는 당면한 과제 속에서 이를 누가 수행하는 것이 적절한 것인가에 대해 논의를 제기할 필요가 있다.

제4차 산업혁명과 관련한 법률들에서는 대체적으로 지방자치단체에게 특정한 권한을 이양하고 이를 토대로 한 조례제정권의 이양 등에 대해서 명시적 규정을 두고 있는 경우는 많지 않다. 중앙정부의 역할에 조언 내지는 자료제출 및 보고의무 그리고 사업·승인 신청권을 부여한 경우가 대부분이다. 이는 해당 법률을 만들면서 국가 주도적 기술 산업 육성이라는 목표가 중시되는 과정에서 지방의 역할을 제한적으로 평가한 경우라고 할

수 있다. 그러나 재정자립도가 낮은 대부분의 지방자치단체의 경우는 독자적인 사업을 추진하기가 현실적으로 어렵다는 점이 있으나 특·광역시 경우에는 지역기반산업을 중심으로 국가가 주도하는 산업과의 연관선상에서 별도의 사업의 추진이 가능하다.²⁴⁴⁾

지방자치단체의 독자적 사업 추진을 위해 가장 중요한 요소가 조례제정권의 문제이다. 현재 제4차 산업혁명과 관련된 법률들의 대부분은 법이 규율하는 해당 영역에서 지방자치단체가 독자적인 사업추진을 위해 조례를 제정할 수 있는지의 여부에 대해 별도의 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 관련 법령에서의 규정이 반드시 해당 사무를 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니라면 각 지방자치단체는 그 지방자치단체의 실정에 맞고 별도로 규율을 제정할 수 있다는 점에서 지방자치단체의 독자적인 사업추진도 가능하다고 할 수 있다.²⁴⁵⁾ 그러나 현재까지는 제4차 산업혁명과 관련하여 지방자치단체의 조례가 제정된 경우를 찾아보기 어려웠다.

2. 제4차 산업혁명 관련 법률에서의 지방자치단체의 역할

ICT 특별법이라고 부르는 정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법은 지방자치단체의 역할에 대해서 다음과 같이 규정하고 있다. 먼저 제3조는 정보통신 진흥과 활성화를 위한 노력의무, 제5조제4항 및 제6조 제3항은 과학기술정보통신부 장관이 계획수립시 자료제공 등의 협조의무, 제28조 제1항과 제2항은 정보통신장비구축 사업시 편의제공 및 지방자치단체 자체사업 추진시 과기정장관과 행정안전부장관에 대한 통보, 제29조 제1항, 제2항, 제3항은 정보통신장비구축 사업에서 지방자치단체 자체사업 추진시 정보보고 의무를 정하고 있다.

244) 2016년도를 기준으로 서울의 재정자립도는 84.7%, 경기 67.4%, 인천 67.0%였으나 전남은 23.8%, 전북은 29.7%, 강원은 27.1%로 재정자립도는 지방자치단체별로 큰 차이를 보이고 있다. 출처 : 행정안전부 2016 재정자립도(일반) 시·도별 현황.

245) 대법원 1997.4.25. 선고 96추244. 관련조문 대법원 1999.9.17. 선고 99추30; 대법원 2001.11.27. 선고 2001추57; 대법원 2014.2.27. 선고 2012추145

산업융합촉진법의 경우, 제3조 제1항과 제2항은 국가와 지방자치단체가 산업융합을 촉진하기 위한 시책을 마련하고 노력해야 한다는 일반적인 책무조항을 두고 있다. 그리고 제35조는 국가와 지방자치단체가 산업융합의 촉진을 통하여 산업경쟁력을 강화하고 융합신산업을 발전시키기 위하여 재정 및 금융지원을 할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 해당 법률은 이외에 구체적으로 지방자치단체의 역할에 대한 규정을 두고 있지 않다.

지역전략산업을 위한 규제프리존의 지정과 운영에 관한 특별법안(규제프리존법안)은 입법목적 자체가 지역단위 전략산업의 육성임에 따라 타 법률에 비해 지방자치단체의 역할이 상대적으로 주어지고 있다. 동 법 제12조는 규제프리존에서 전략산업을 추진하고자 하는 자가 이를 규제하는 법령의 적용여부 및 해석이 불분명하여 이에 대한 확인을 하고자 하는 경우에는 시도지사에게 이를 요청할 수 있으며, 시도지사는 요청을 받은 경우 권한범위내의 것인지를 확인하고 권한범위 내인 경우에는 시도지사가, 범위 밖의 경우에는 기획재정부장관에게 규제확인을 요청할 수 있도록 하고 있다.

또한 동 법 제13조는 기업실증특례를 신청하는 데 있어서 시도지사에게 이를 신청하고 시도지사가 이를 기획재정부장관에게 신청하는 과정을 거치도록 하고 있다. 아울러 동 법 제15조는 신기술기반사업의 승인 신청에 대해서도 기업실증특례와 마찬가지로 과정을 거치도록 함으로서 시도지사의 역할은 일종의 매개역할에 그치고 있다는 한계가 있다.

이미 언급한 바와 같이 재정자립도가 높은 일부 시·도·광역시의 경우에도 지방자치단체 차원의 독자사업을 위한 조례 제정 등이 이루어지지 않았으며, 이상에서 본 바와 같이 4차산업혁명 관련 법률에도 지방자치단체의 뚜렷한 역할이 보이지 않고 있다는 점에서 향후 지방자치단체 차원에서의 역할 정립과 중앙정부와 지방자치단체간 관련 사무의 배분 내지 지방자치단체의 적극적 역할을 기반으로 하는 협력적 구조가 갖추어질 필요가 있다.

제4절 사인에 의한 행정임무의 수행

1. 사인에 의한 행정임무 수행의 유형

클라우드 슈باط은 제4차 산업혁명이 정부에 미치는 영향을 언급하면서 다음과 같은 견해를 제시하고 있다. 즉, 필수적인 공공기능과 사회적 소통, 개인정보가 디지털 플랫폼으로 편입되고 있는 요즘 시대에는, 정부가 업계, 시민사회와 협력해 정의, 경쟁력, 공정성, 포용적 지적재산, 안전 그리고 신뢰를 유지하기 위한 새로운 규정 그리고 견제와 균형을 만들어 나갈 필요가 있다는 것이다.²⁴⁶⁾ 이러한 맥락에서 공무수탁사인에 의한 행정임무의 수행을 검토해볼 필요가 있다.

사인에 의한 행정임무의 수행과 관련해서는 다음과 같은 지적이 이루어지고 있다. ‘국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무’의 민간위탁에 관해서는 정부조직법, 지방자치법 등에서 비교적 상세한 법적 규율이 이루어지고 있지만, 오히려 그보다 영향력이 훨씬 큰 ‘국민의 권리·의무와 직접 관계되는 사무’에 대해서는 공무수탁사인에 대한 최소한의 일반법적 규율이 결여되어 있고 각각의 개별법상의 규율도 국민의 권리보장이나 보장책임과 법적 통제 확보 등의 측면에서 미흡한 수준임을 고려할 때, 사인에게 공무를 위탁하기 위한 최소한의 요건과 기준, 한계, 감독 및 법적 통제 등을 포함한 일반법적 규율을 더 이상 미룰 수 없는 시점이라는 것이다.²⁴⁷⁾ 최근에 「민간위탁기본법」이 입법에 고된 것은 이러한 지적을 반영한 것으로 긍정적으로 평가할 수 있다고 하겠다.

민관협력(Public Private Partnership: PPP)은 다양한 분야에서 활용되고 있다. 우리나라에서는 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 민간투자법)을 중심으로 민관협력에 대해서 논의가 이루어지고 있으나, 외국에서는 보다 다양한 분야에서 민관협력이 논의되고 있다. 예를 들어 독일의 경우 경찰법분야에서 민관협력이 적극적으로 활용되고 있는데,

246) 클라우드 슈باط 지/송경진 역, 제4차 산업혁명, 116-117면.

247) 홍준형, “사인에 의한 행정임무의 수행 - 공무수탁사인을 둘러싼 법적 쟁점을 중심으로 -”, 공법연구 제39집 제2호, 2010, 646면.

1) 위임에 의하여 사인에게 행정조직의 일부임무를 맡기는 공적 안전확보업무의 민간위탁모델, 2) 경찰과 사인이 각각 고유한 활동을 하면서도 서로 협력하고 공동임무를 처리하는 협동모델 등 다양한 모델들이 존재한다.²⁴⁸⁾

제4차 산업혁명에서 사인에 의한 행정임무수행이 보다 활성화될 가능성이 높다는 점을 고려할 때 앞으로 입법예고된 민간위탁기본법과 민간투자법의 관계설정이 중요한 과제가 될 것으로 보인다. 민간투자법이 그동안 사회기반시설의 공사에 주로 초점이 맞추어져서 민간위탁법제와의 충돌이 별로 문제되지 않았으나, 향후 관리운영권의 민간위탁에 초점이 맞추어질 경우에는 입법예고된 민간위탁기본법과의 충돌이 발생할 수 있기 때문이다. 양법의 적용범위를 정확하게 확정하되, 제4차 산업혁명의 변화에 따라 민간위탁 또는 민간투자의 효과성이 최대한 발휘될 수 있도록 하는 것이 무엇보다 중요하다고 하겠다.

최근 새롭게 의미가 부여되고 있는 것이 업계주도의 기술표준의 제시이다. 이는 공무수탁사인의 개념, 공의무개념도 아니며, 국가와 민간간의 계약방식의 협력도 아니다. 본질을 살펴보면 공행정영역이 판단해야 할 사항에 대한 기초적 사항을 해당 분야의 전문가인 민간이 직접 자료를 제공함으로써 공행정청이 이를 판단하게 하는 단순한 구조이다. 그러나 이를 행정절차화하여 하나의 의무적 프로세스로 구성하는 경우 민간의 제안에 대한 행정청의 심의 그리고 결과에 대한 회신통보는 공행정청의 의무화되고, 반대로 민간에게는 자신의 의사를 최소한 절차적 검토를 거치도록 하는 권리가 형성된다고 할 수 있다. 이는 기존의 민간제안에 보다 절차적 구속력을 부여한 형태로도 파악할 수 있으며, 큰 범위에서는 민관협력의 새로운 유형으로 파악할 수 있을 것이다.

민간제안의 대표적인 하나의 예로 들 수 있는 것이 핀테크의 선두주자인 영국에서의 업계주도의 패널수립을 통한 정책전략 제시이다. 이는 영국 재무부의 FinTech 전략의 핵심요소로서 영국정부는 이를 통해 특정 산업부문에 대한 이니셔티브 출시 시간을 단축하고 업계와 정부간 갈등을 축소해 나가고 있다.²⁴⁹⁾

248) 성봉근, “행정법에서 ‘비용’과 ‘가치’ 재검토 - 경제적 효율성 비중에서 민주성 및 보장책임성 조화 비중으로”, 행정법연구 제43호, 2015, 70-71면.

249) 최승필 외 5인, 앞의 자료(각주 68), 197면.

2. 사인에 의한 행정업무 수행과 보장책임

사인에 의한 행정업무수행에 있어서 일정한 공익적 가치를 보장할 수 있는 국가의 ‘보장책임’에 대한 논의가 지속적으로 이루어지고 있다. 보장책임에는 다음과 같은 내용이 포함된다고 지적되고 있다. 첫째, 민간사업자에 의한 업무가 계속해서 행해져야 하고, 지역적으로 편재해서는 아니 된다. 둘째, 국가는 서비스 등에 대한 수급계획을 수립하고, 수요에 맞는 서비스제공이 확보되도록 할 의무가 있으며, 그에 따라 사업을 적절하게 실시할 수 있는 사업자를 결정해야 한다. 셋째, 사업자 등에 의해 업무가 적절하게 실시되도록 감독이나 유도하는 것도 국가의 책무인데, 이러한 감독은 법령이나 계약을 통해 실시될 수 있다. 넷째, 구체적인 성과가 확보될 수 있도록 사업자에게 재정적 조치, 사업자의 등록인증, 각종의 유도조치 등을 취할 수 있다. 다섯째, 업무의 성격이나 민영화의 방식에 따라 민영화 이후의 적절한 업무집행을 보장하기 위한 국가 관여의 구체적인 형태도 다양해질 수 있다.²⁵⁰⁾

제4차 산업혁명에서는 사인에 의한 행정업무수행이 늘어날 가능성이 높는데 이 경우에도 위와 같은 보장책임에 입각한 공익보호가 충실하게 이루어지도록 해야 한다.

250) 김현준, “행정개혁의 공법적 과제 - 동반과 보증의 행정개혁 -”, 166-167면.

제9장 개인정보보호 및 전자정부법제의 개선방향

제1절 개인정보 보호법제의 쟁점과 개선방안

제2절 전자정부에서의 개인정보의 보호

제9장

개인정보보호 및 전자정부법제의 개선방향

정보의 디지털화는 전자정부의 발전을 견인하고 행정의 투명성과 국민의 알 권리를 신장하는데 기여하고 있다. 그러나 이와 동시에 개인정보보호의 문제가 제4차 산업혁명의 선결문제로서 그 중요성이 강조되고 있다. 본 장에서는 제4차 산업혁명시대에 있어서의 개인정보 보호법제, 전자정부법제와 관련된 논의를 살펴보고자 한다. 이러한 검토를 통해 제4차 산업혁명에 대응할 수 있는 전자정부 관련법제와 정보보호법제의 방향성을 제시해보고자 한다.

제1절 개인정보 보호법제의 쟁점과 개선방안

1. 제4차 산업혁명과 개인정보: 정보의 보호와 활용

제4차 산업혁명을 통한 기술의 발전이 실질적으로 우리의 삶의 질과 경제성장에 도움이 되기 위해서는 개인정보에 대한 보호가 제도적·기술적으로 전제되어야 한다. 개인정보의 보호가 담보되지 않아 이용자의 신뢰가 결여된 제4차 산업혁명은 사상누각에 불과하기 때문이다. 많은 국민들이 기술발전의 필요성을 긍정하면서도 동시에 자신의 개인정보가 안전하게 보호받고 있지 않다는 생각에서 더 강한 개인정보보호를 요구하고 있고, 데이터의 활용에 대한 우려를 나타내고 있다. 다른 한편, 데이터를 기반으로 새로운 산업을 시작하고자 하는 기업들은 개인정보보호제도가 걸림돌이 된다고 주장하고 있다.²⁵¹⁾

251) 문병순, “핀테크의 동향과 과제”, 은행법연구 제8권 제1호, 2015, 50면.

제4차 산업혁명시대의 개인정보 보호법제는 이러한 상반된 입장을 고려하여 적절한 해결책을 모색할 필요가 있다.

본 절에서는 개인정보의 보호와 활용이라는 상반된 입장을 현행 우리 개인정보 보호법제가 어떻게 수용하고 있고, 어떠한 개선점을 모색할 수 있는지를 살펴보고자 한다. 또한 우리 법제의 분석에 앞서 최근 제정되어 2018년 5월 시행을 앞두고 있는 유럽연합의 개인정보보호규정(General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, GDPR)을 함께 살펴보고자 한다. 세계적으로 유명한 정보기술 시장 조사업체인 포레스터 리서치(Forrester Research)는 지난 5년간의 ‘데이터 프라이버시(Data Privacy)’를 주제로 한 연구조사의 결과로 3가지의 주요 트렌드를 발표했는데, 그 중 첫 번째가 세계 각국이 유럽연합의 개인정보 보호법제를 기준으로 삼아 변화하고 있는 현상이며,²⁵²⁾ 두 번째가 새롭게 제정된 개인정보보호규정이 유럽연합 뿐만 아니라 여타 다른 지역 국가의 개인정보 보호법제의 기준을 상향시키는 현상이라 지적하였다.²⁵³⁾ 이처럼 유럽연합이 세계의 개인정보 보호법제를 선도하고 있고,²⁵⁴⁾ 내년 시행을 앞두고 있는 개인정보보호규정은 유럽연합 역내에서 활동하거나 유럽연합 회원국 국민을 고객으로 하여 활동하고자 하는 우리 기업에도 적용되게 되므로, 동 규정을 살펴보는 것은 우리 법제의 분석에 의미있는 시사점을 제공할 수 있을 것이라 생각된다. 특히 동 규정이 개인정보의 보호와 활용의 조화에 중점을 두고 있다는 점도 중요하다. 개인정보보호규정은 유럽을 하나의 시장으로 묶는 ‘디지털 단일 시장(Digital Single Market)’을 이루는 데 있어 개인정보의 자유로운 이동을 보장하는 동시에 정보주체의 권리를 강화한다는 점에서 개인정보의 활용과 보호를 동시에 추구하고 있다

252) 1995년 제정된 유럽연합의 기존 개인정보보호지침은 전 세계적으로 각국의 개인정보 보호법제에 널리 수용되었다고 평가된다(고학수·최경진, “개인정보의 비식별화 처리가 개인정보 보호에 미치는 영향에 관한 연구”, 2015, 266면).

253) Christopher Sherman, The 2016 Forrester Data Privacy Heatmap Points to Continued EU Influence on Global Regulations, Forrester / Blogs / Privacy, Security & Risk, 2016. 10.31.

254) 문재완, “유럽연합(EU) 개인정보보호법의 특징과 최근 발전”, 외법논집 제40권 제1호, 2016, 2면.

2. 유럽연합 개인정보보호규정에 대한 검토

(1) 제정배경

유럽연합 개인정보보호규정은 2016년 5월 제정되어, 2018년 5월 시행을 앞두고 있으며,²⁵⁵⁾ 자연인의 개인정보를 보호하고(제1조 제2항), 유럽연합 역내에서의 개인정보의 자유로운 이동(제1조 제3항)을 보장하는 것을 목적으로 제정되었다. 동 규정의 가장 중요한 목적은 정보주체가 자신의 개인정보 사용방식에 대해 통제권을 갖도록 보장하는 것이다. 종래에도 유럽연합의 개인정보보호수준이 높은 편이었으며, 개인정보보호규정의 제정을 통해 보다 엄격한 수준의 개인정보보호에 관한 내용을 담게 되었다.²⁵⁶⁾

개인정보의 보호는 제4차 산업혁명 관련 산업의 추진에 있어 가장 우선적인 선결과제들 중 하나라고 할 수 있다. 예컨대 핀테크 산업에 있어서는 전통적인 금융시스템과 달리 다수의 주체가 공존하고, 이러한 다수의 주체가 정보를 공유함으로써 해킹 등 보안사고가 발생할 가능성이 커질 수밖에 없는 구조이기 때문이다. 유럽연합이 개인정보보호규정을 제정하여 개인정보보호를 강화한 것 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

(2) 적용범위

개인정보보호규정은 개인정보의 처리에 대하여 적용된다. 개인정보는 식별되었거나 식별 가능한 자연인(정보주체)에 관한 모든 정보를 뜻하는데(제4조 제1호), 식별가능한 자연인은 직·간접적으로, 특히 이름, 식별번호, 위치정보, 온라인 식별자(identifier)나 개인의 신체적·생리적·유전적·정신적·경제적·문화적 또는 사회적 정체성에 관한 하나 이상의 요소들과 같은 식별자와 연계하여 식별할 수 있는 자로 규정하고 있다(제4조 제1호). 동 규정의 해석상 온라인 식별자에는 IP 주소, 쿠키 식별자 등이 포함된다고 이해된다(전문 (30)).

255) http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm (접속일: 2017. 9. 20.).

256) IT Chosun, EU 일반 개인정보 보호법(GDPR) 시행 D-1년, 과징금 폭탄 피하려면? 2017. 5. 22.

또한 동 규정은 민감정보를 “특별한 유형의 개인정보”로 규정하였다(전문 (10)).²⁵⁷⁾ 민감정보는 인종·민족, 정치적 견해, 종교적·철학적 신념, 노동조합 가입여부, 유전자정보 또는 자연인을 식별하기 위한 목적의 생체정보, 건강, 성생활 또는 성적 지향에 관한 정보를 의미하며, 민감정보는 정보주체의 명시적 동의를 얻는 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 처리가 금지된다(제9조 제1항, 제2항). 개인정보보호규정은 생체정보(제4조 제14호)를 별도로 규정한 대표적 입법사례인데,²⁵⁸⁾ 이는 유럽연합 회원국들이 개인정보보호의 범주에 생체정보를 포함시켜 체계적인 보호·관리가 이루어질 수 있도록 하기 위한 취지로 이해할 수 있으며, 유전정보(제4조 제13호), 건강 관련 정보(제4조 제15호) 역시 별도의 명시적 규정을 두고 있다.

개인정보보호규정은 익명화된 정보(anonymous information)에는 적용되지 않는다. 익명화된 정보는 식별된 또는 식별할 수 있는 자연인에 관련된 정보가 아니거나 또는 정보주체를 식별할 수 없거나 더 이상 식별할 수 없는 방식으로 익명으로 처리되는 정보를 뜻한다(전문 (26)).²⁵⁹⁾ 또한 개인정보보호규정은 가명화(pseudonymization)라는 개념을 도입하였다. 가명화는 어떠한 정보를 추가적 정보의 이용 없이는 특정 정보주체에게 귀속될 수 없도록 하는 정보의 처리를 의미한다. 추가적인 정보는 식별되거나 식별가능한 정보주체에게 귀속되지 않도록 기술적·조직적으로 분리하여 관리되어야 한다(제4조 제5호).

(3) 정보의 적법한 활용

개인정보보호규정은 개인정보처리의 적법절차에 관해 규정하고 있는데, 정보주체의 동의, 정보주체와의 계약 이행이나 계약체결을 위해 필요한 처리, 법적 의무 이행을 위해 필요한 처리, 정보주체 또는 다른 사람의 중대한 이익을 위해 필요한 처리, 공익을 위한

257) <https://ico.org.uk/for-organisations/data-protection-reform/overview-of-the-gdpr/> (접속일: 2017. 9. 20).

258) <http://www.gemalto.com/govt/biometrics/biometric-data> (접속일: 2017. 9. 20.)

259) 유럽연합 개인정보보호규정은 미국에서 사용되는 비식별화(de-identification)란 개념은 사용하지 않고 익명정보(anonymous information)란 개념을 사용하고 있다. 비식별화와 익명화의 개념적 차이에 대해서는 장여경, “4차 산업혁명과 정보인권: 개인정보보호 규제완화론을 중심으로”, 한국과학기술학회 학술대회 자료집, 2017, 49-50면.

임무의 수행 또는 개인정보처리자(controller)에게 부여된 공적 권한의 행사를 위해 필요한 처리, 개인정보처리자 또는 제3자의 적법한 이익 추구 목적을 위해 필요한 처리(단, 정보주체의 이익, 권리 또는 자유가 개인정보처리자 또는 제3자의 이익보다 중요한 경우는 제외)가 그 구체적 내용이다(제6조 제1항).

한편 개인정보보호규정은 개인정보의 목적 외 처리를 광범위하게 허용하여 정보 활용 측면 역시 고려하고 있다. 개인정보처리규정은 정보주체의 동의를 받은 경우, 국가안보, 공공안전 등 제23조 제1항에 명시된 목적을 보호하기 위한 경우, 유럽연합 또는 회원국 법률에 근거한 경우, 개인정보의 최초 수집 당시 동의를 얻은 활용목적과 다른 목적이 최초 수집목적과 양립 가능한 경우에는 목적 외 활용을 허용하고 있다(제6조 제4항). 특히 최초 수집목적과 양립 가능한 목적 외 처리를 허용하는 경우 최초 수집목적과 추가적 처리의 목적의 연관성, 개인정보 처리자와 정보주체의 관계, 개인정보의 특성, 개인정보의 가명화 또는 암호화(encryption)와 같은 적절한 보호수단의 등을 고려해야 함을 규정하고 있다(제6조 제4항). 즉 개인정보보호규정은 최초 수집목적과 양립 가능하며 해당 정보가 가명화 또는 암호화되어 안전장치(safeguards)만 확보한다면 목적 외 처리가 가능하도록 규정하여 정보의 활용을 고려하고 있다고 볼 수 있다. 또한 가명화된 정보는 정보주체의 동의없이 공익, 연구, 통계작성의 목적으로 활용할 수 있음을 규정하여(제89조) 빅데이터 활용의 법적 근거를 마련하였다. 이는 사전동의원칙(opt-in)의 완화 내지 변경이라고 볼 수 있다.²⁶⁰⁾ 즉 개인정보보호규정은 가명화된 정보는 익명정보와는 달리 원칙적으로 개인정보보호규정이 적용되는 개인정보에 해당한다고 봄으로써 개인정보보호를 충실히 하면서도 빅데이터 분석·활용 등의 새로운 산업 활성화에 기여할 수 있도록 개인정보보호와 활용의 두 가지 목적을 조화시키고자 한 것으로 평가된다.

260) 이순환·박종수, “개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법적 문제와 개인정보 보호법제 개선방향”, 공법연구 제45집 제2호, 2016, 281면.

(4) 정보주체의 권리와 기업의 책임성

개인정보보호규정은 정보주체의 권리로서, 정보를 제공받을 권리, 열람권, 정정권, 잊힐 권리, 처리 제한권, 개인정보 이동권, 반대권, 자동화된 결정 및 프로파일링 권리에 대해 규정하고 있다(제13조~제22조). 개인정보 이동권(right to data portability)은 개인데이터를 자신이 다운로드 받거나 제3자에게 이관하도록 요청할 수 있는 권리이며(제20조), 이는 개인정보를 이동시키는 주체가 기업뿐만이 아닌 개인이 되도록 하는 규정이며 개인정보 자기결정권을 강화하는 의미를 갖는다.

개인정보보호규정은 기업의 책임성을 강화하기 위해 개인정보 처리활동의 기록(제30조), 적정한 기술적·조직적 조치의 실시(제25조), 개인정보 영향평가의 실시(제35조), 행동강령 및 인증제도의 권장(제40조)을 규정하고 있다. 개인정보 처리활동 기록이 필요한 경우는 기업의 종업원이 250명 이상인 경우이며, 이는 개인정보보호규정이 영세 및 중소기업의 상황을 고려하여, 종업원 수 250명 이상의 기업에 한해 개인정보 처리활동에 대한 기록을 의무적으로 문서화하고 보유하도록 규정하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 해당 기업이 수행하는 개인정보의 처리가 정보주체의 권리와 자유에 위협을 초래할 가능성이 있는 경우, 민감정보의 처리, 범죄경력 및 범죄행위에 관련된 개인정보처리에 해당하는 경우, 종업원 수와 무관하게 개인정보 처리활동의 기록이 필요하다. 문서화의 내용은 개인정보처리자(controller) 등의 이름 및 연락처, 처리의 목적, 정보주체의 유형 및 개인정보의 범주에 대한 설명, 개인정보 수령인의 범위, (적용되는 경우) 제3국으로 개인정보가 이전되는 경우 국외이전 방식에 대한 체계와 보호 조치, (가능한 경우) 보유기간, (가능한 경우) 기술적·조직적 보안조치에 대한 설명이다.²⁶¹⁾

개인정보의 침해는 적절하고 시의적절하게 해결되지 않을 경우, 정보주체의 개인정보에 대한 통제권 상실이나 권리 제한, 차별, 신용도용 및 신용사기, 재정적 손실, 가명화의 무단 재식별, 명예훼손, 직무상 비밀인 개인정보의 기밀성 상실과 기타 경제적 또는 사회적 불이익 등과 같은 신체적, 물질적 그리고 비물질적 피해를 초래할 수 있다(전문 (85)).

261) 행정자치부·한국인터넷진흥원, 우리 기업을 위한 「유럽 일반 개인정보 보호법」 안내서, 2017, 48-49면.

개인정보보호규정은 개인정보처리자(controller 또는 processor)가 개인정보 침해를 인지하면 감독기관 또는 정보주체에게 통지할 의무를 신설하였고(제33조, 제34조), 이러한 통지 의무를 위반한 경우 전 세계 매출액의 2% 또는 최대 1천만 유로 중 더 높은 금액의 과징금이 부과된다(제83조 제4호 (a)).

모든 정보주체는 감독기구에 민원을 제기할 권리가 있으며(제77조), 자연인 또는 법인은 감독기구의 법적 구속력 있는 결정에 불복하여 사법적 권리구제를 구할 권리가 있다(제78조). 감독기구의 법적 구속력 있는 결정에는 감독기구의 조사, 시정권한 및 허가권한의 행사 또는 민원의 기각 또는 각하가 포함된다(전문 제143조). 권리가 침해된 정보주체는 위반 책임이 있는 컨트롤러나 프로세서를 상대로 사법적 권리구제를 강구할 수 있다(제79조). 개인정보보호규정 위반으로 물질적 또는 비물질적 피해를 입은 자는 누구든지 개인정보처리자(controller 또는 processor)에게 손해배상을 청구할 권리가 있으며(제82조), 동 규정상의 의무위반에 대한 과징금 부과에 대해서도 규정하고 있다(제83조).

3. 개인정보 보호법의 개선방안

유럽연합의 개인정보보호규정과 비교하여 우리 개인정보 보호법의 쟁점을 검토하면 다음과 같다.

(1) 적용범위

우리 개인정보 보호법의 개인정보의 범위에 대해서 몇 가지 검토가 필요한 사항을 지적할 수 있다. 먼저 개인정보의 개념과 관련하여 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것의 의미, 즉 ‘쉽게’ 결합한다는 의미가 불명확하다는 점이다. 우리 판례는 대부분의 사례에서 쉽게 결합하여 개인을 식별 가능하게 하는 정보의 범위를 넓게 해석해왔다고 평가되고 있으며,²⁶²⁾ 이러한 입장을 견

262) 이순환·박중수, “개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법적 문제와 개인정보 보호법제 개선방향”, 공법연구

지하는 한 쉽게 결합한다는 불명확한 표현이 굳이 개인정보의 개념에 포함될 필요가 있는지를 검토해볼 필요가 있다.

다음으로는 유럽연합 개인정보보호규정의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 정보주체에 대한 상세한 개념규정을 통해(제4조 제1호) 개인정보의 개념 역시 보다 구체화하고 있다는 점이다. 우리 개인정보보호법은 개인정보를 ‘살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함)’(제2조 제1호), 정보주체를 ‘처리되는 정보에 의하여 알아볼 수 있는 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 사람’으로(제2조 제3호) 포괄적으로 규정함으로써²⁶³⁾ 법률상 그 내용이 상세히 구체화되고 있지는 않다. 예컨대 제4차 산업혁명으로 인해 개인을 식별하기 위한 목적의 생체정보의 활용 등이 예상되므로 개인정보 보호법의 적용을 받는 개인정보의 의미와 범위를 보다 구체화하고 명확화할 필요가 있다. 이러한 측면에서 유럽연합 개인정보보호규정이 개인정보와 정보주체의 의미를 명확히 하고 생체정보, 유전자 정보, 건강과 관련된 정보 등의 개념을 명확히 하고 있는 점은 참고가 될 수 있다. 우리의 경우에도 개인정보의 개념과 범위를 구체화하고 세분화하여 그 적용범위를 명확히 하고 각 정보에 대한 규제의 내용과 강도를 차별화하는 방안에 대한 검토가 필요하다.

(2) 정보의 적법한 활용

제4차 산업혁명과 관련하여 개인정보는 충실히 보호되어야 하는 한편 적절한 활용이 보장될 필요가 있다. 우리 개인정보 보호법과 유럽연합 개인정보보호규정 양자 모두 개인정보의 보호와 정보의 목적 외 활용에 대한 규정을 마련하고 있다. 이와 관련하여 유럽연합 개인정보보호규정이 우리에게 줄 수 있는 시사점은 개인정보의 목적 외 활용이 허용되는 경우 필요한 안전조치를 암호화, 가명화 등으로 구체적으로 명시하고 있다는 점이

제45집 제2호, 2016, 260-262면.

263) 이인호, “『개인정보 보호법』상의 ‘개인정보’ 개념에 대한 해석론”, 정보법학 제19권 제1호, 2015, 69면.

다. 우리의 경우 ‘개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 조치’로 포괄적으로 규정하고 있기 때문에(제18조 제5항) 이를 보다 구체화하는 것이 필요하다. 또한 유럽연합 개인정보보호규정은 가명화된 정보를 개인정보보호규정이 적용되는 개인정보로 이해하면서도 정보주체의 동의없이 공익, 연구, 통계작성의 목적으로 활용할 수 있음을 규정하여(제89조) 개인정보보호를 충실히 하면서도 빅데이터 활용의 법적 근거를 마련하여 사전동의원칙을 완화하고 있다는 점 역시 참고가 될 수 있다. 이는 우리 ‘개인정보 비식별 조치 가이드라인’이 가명처리를 비식별조치의 한 내용에 포함시키고²⁶⁴⁾ 따라서 가명처리된 정보는 개인정보에 해당하지 않는다고 보는 점과 차이를 갖는다.²⁶⁵⁾

유럽연합 개인정보보호규정이 개인정보 이동권과 반대권을 규정함으로써 정보주체의 자기결정권을 강화하고 있는 점 역시 참고가 될 수 있다.²⁶⁶⁾ 제4차 산업혁명시대에 있어서는 기업들이 자율적으로 보안을 강화하도록 유도하고, 합리적인 수준에서 보호조치 미이행에 따른 개인정보유출사고에 대해서는 과징금과 손해배상 등을 통한 기업의 책임을 물을 필요가 있다. 대신 안전성이 전제된 개인정보에 대해서는 활용가능성을 보장하여 기업들이 데이터를 기반으로 관련 산업을 추진할 수 있는 환경을 조성할 필요가 있다. 앞으로 사물인터넷과 빅데이터의 발달에 따라 막대한 양의 정보를 처리하는 과정에서 정보주체의 동의를 받기 어려운 경우가 계속해서 증가할 것으로 예상된다. 이러한 변화에 따라 개인정보의 보호방식이 정보주체의 동의에서 정보처리자의 책임으로 패러다임이 전환되는 것이 필요하다. 즉 사전동의제, 사후동의제의 선택의 문제에 국한하지 않고 동의주의에서 책임주의로의 패러다임 전환에 대한 검토가 필요하다. 정보처리자의 엄격한 책임을 통해 정보주체의 동의요건을 완화하는 경우에도 사업자의 정보이용을 허용할 수 있도록 함으로써 개인정보의 보호와 활용이라는 가치를 균형있게 추구하는 방안에 대한 모색이 필요하다.²⁶⁷⁾

264) 국무조정실·행정자치부·방송통신위원회·금융위원회·미래창조과학부·보건복지부, 개인정보 비식별 조치 가이드라인, 2016, 7면.

265) 장여경, “4차 산업혁명과 정보인권- 개인정보보호 규제완화론을 중심으로”, 한국과학기술학회 학술대회 자료집, 2017, 50면.

266) 디지털타임스, 개인데이터 활용촉진 ‘K-마이데이터’ 추진, 2017. 6. 20.

267) 이순환·박종수, “개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법적 문제와 개인정보 보호법제 개선방향”, 공법연구

제2절 전자정부에서의 개인정보의 보호

1. 전자정부와 개인정보보호

전자정부는 정보통신기술을 이용하여 행정기관의 조직이나 관할, 절차 등을 전자화하는 정부이며,²⁶⁸⁾ 제4차 산업혁명은 전자정부의 발전을 더욱 가속화할 것으로 예상된다. 전자정부는 행정의 효율성, 국민의 행정에의 접근성, 절차의 신속성, 경제의 활성화, 민주주의의 증진을 목적으로 한다.²⁶⁹⁾ 오늘날 전자정부는 인프라의 구축을 넘어 정보의 획득과 처리를 포함하는 논의이며, 행정의 영역에 축적되어 있는 정보를 기관 상호간에 제공·교환·재처리하는 공동이용이 요청되어 왔고, 빅데이터 기술의 발전을 통해 처리 정보의 양적·질적 증가가 예상되고 있다.²⁷⁰⁾ 이러한 상황 하에서 전자정부에서의 개인정보보호는 매우 중요한 의미를 갖는다.

그러나 한편 전자정부와 개인정보보호의 문제는 해결하기 어려운 문제를 내포하고 있다. 전자정부의 이념 및 목적과 개인정보보호의 원칙을 어떻게 조화되거나 양립가능하도록 할 것인지의 문제이다. 개인정보보호의 원칙으로 논의되는 목적구속의 원칙, 필요성의 원칙, 최소수집의 원칙, 정보의 권력분립원칙, 투명성의 원칙은 전자정부의 운영에 있어 양립하기 어려운 원칙들일 수 있기 때문이다. 즉 개인정보보호는 전자정부 실현의 선결과제로서 중요한 의미를 가지나,²⁷¹⁾ 전자정부에서의 개인정보보호가 어떻게 이루어져야 할 것인지의 문제는 지난한 과제이다. 이하에서는 전자정부에서의 개인정보보호에 관한 쟁점들을 살펴보도록 하겠다.

제45집 제2호, 2016, 282면.

268) 계인국, “빅데이터 시대 전자정부에서의 개인정보보호”, 안암법학 제50권, 2016, 199면.

269) 계인국, 앞의 논문, 207면-211면.

270) 계인국, 앞의 논문, 201면.

271) 김일환, 전자정부와 개인정보보호, 공법연구 제37집 제1호, 2008, 368면.

2. 전자정부에서 개인정보보호의 쟁점

먼저 개인정보보호원칙으로서 목적구속의 원칙과의 관계이다. 전자정부는 행정절차를 간소화하고 효율성을 증진하는데 그 목적이 있으며, 이의 실현을 위해서는 행정기관간 정보의 교환과 네트워크가 필요하다. 전자정부의 이념이나 목적을 고려하지 않더라도 행정기관은 상호 업무의 수행을 위해 협조하여야 하는데, 이러한 협력의무가 전자정부에 있어서도 헌법합치적으로 해석될 수 있는지의 문제가 있게 되며, 그러한 한계를 설정하는 것이 바로 개인정보보호의 문제이다.²⁷²⁾

개인정보보호원칙은 개인정보가 특정 목적을 위해서 수집되고 그 목적을 위해서만 이용되어야 함을 원칙으로 하고 있다. 따라서 이러한 목적구속원칙을 엄격하게 관철한다면 행정정보의 공동이용은 많은 경우 제한되게 되며, 반대의 경우에는 개인정보보호에 충실하지 않을 수 있다. 행정정보의 공동이용은 또한 정보처리의 필요성 원칙, 최소수집원칙과도 충돌하게 되며, 정부의 집중을 가져올 수 있다. 또한 윈스탑 서비스 등을 가능하게 하기 위해서는 투명한 정보처리 역시 어려워지는 문제가 있으며, 정보주체의 자기결정권을 제한할 수 있다.²⁷³⁾

목적구속원칙과 관련하여서는 유럽연합 개인정보보호규정이 당초 동의한 수집목적과 양립 가능한 목적(목적합치가능성)의 경우 목적 외 활용을 허용하고 있는 점을 참고할 수 있다. 그러나 이 경우 양립 가능한 목적이 무엇인지에 대해서는 다시 해석을 필요로 하며 명확한 기준을 제시하고 있지는 못하다. 또한 목적 외 활용을 허용하는 경우 가명화나 암호화와 같은 안전한 처리를 요건으로 하는 방안을 검토해볼 수 있다. 또한 전자정부의 정보처리에 있어서는 동의의 방식을 사전동의에서 사후동의로 변경하는 방안을 생각해볼 수 있다. 그러나 일반적인 사후동의방식으로의 변경은 정보주체의 자기결정권을 침해하는 것이며, 개인정보보호를 형해화할 수 있는 문제점을 안고 있다. 즉 목적구속원칙

272) 김일환, 앞의 논문, 369면.

273) 계인국, 앞의 논문, 220-222면.

과 사전동의원칙의 일반적 부정은 정보주체의 자기결정권에 대한 침해를 야기할 수 있으며, 전자정부에 있어서도 정보의 보호와 활용의 적정한 균형이 필요하다. 이러한 균형이 어떻게 설정되어야 하는지는 어려운 문제이지만, 행정정보의 성격에 따른 차별적 규율, 정보처리자로서의 행정의 자율규제 등이 필요하다고 생각된다.²⁷⁴⁾

필요성의 원칙, 최소수집의 원칙은 현실적으로는 선언적인 노력의무로 이해될 수 밖에 없는 한계가 있으며, 정보의 권력분립원칙과 행정정보의 공동이용의 문제는 권력분립원칙이 본래 국민의 기본권 보호에 기여할 목적을 가지는 점을 감안하여, 행정정보의 공동이용이 국민의 기본권 보호에 보다 기능할 수 있는 점을 근거로 정당화될 수 있을 것이며, 이 경우에도 이익형량이 필요하다.²⁷⁵⁾

274) 계인국, 앞의 논문, 228-234면.

275) 계인국, 앞의 논문, 234-235면.

korea
legislation
research
institute

제10장

관련법제의 개선방안

제1절 행정법의 기본법률

제2절 제4차산업혁명 관련 기술법률

제10장

관련법제의 개선방안

제1절 행정법의 기본법률

1. 개 관

행정법의 기본법률들로 행정절차법, 행정규제기본법, 정부조직법 등을 들 수 있다. 김종권 교수는 행정법의 기본인 행정법일반이론의 존재와 기능 자체가 심각히 의문시되고 있으며, 그리하여 행정법의 존재이유 역시 위협받고 있다고 지적하면서, 행정영역의 기본법률들이라고 할 수 있는 행정규제기본법, 행정절차법, 행정대집행법, 행정심판법 등의 주요 내용을 하나의 법전에 수록하여 통합법(가칭 행정기본법)을 만드는 방안을 제시한 바 있다. 이 견해에 의하면 행정기본법의 편제는 제1편 총칙, 제2편 행정조직, 제3편 행정규제와 행정작용, 제4편 행정절차, 제5편 행정강제, 제6편 이의신청과 행정심판으로 구성된다.²⁷⁶⁾

위와 같은 행정기본법의 제정은 비록 제4차 산업혁명과 직접적인 관계 가운데 주장된 것은 아니지만, 새롭게 변화된 행정현실 가운데 행정법총론 체계를 총체적으로 점검해볼 수 있는 계기가 될 수 있다는 점에서 경청의 가치가 충분히 존재한다. 다만 위와 같은 행정기본법의 제정이 단순히 기존 법률들의 규정을 모으는 데에 그쳐서는 안 될 것이며, 새로운 행정법현실과 행정법이론을 반영하여 행정법총론을 체계화하는 계기로 작동해야 할 것이다.

276) 김종권, “21세기 국가모형을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 공법연구 제41집 제3호, 2013, 32면.

행정기본법의 제정이 당장 현실화되기는 쉽지 않다는 점을 고려하여 이 글에서는 제4차 산업혁명의 키워드들, 즉 혁신과 탄력성, 융합과 협력, 리스크 등을 행정기본법 체제에 반영하기 위해서 행정법의 기본법틀들이 어떻게 개선되어야 하는지를 법률별로 살펴보도록 한다. 이를 위해서 행정절차법, 행정규제기본법, 행정조직법의 규정을 살펴보도록 한다.

2. 행정절차법

(1) 공법상 계약

우선 공법상 계약과 관련한 규정이 행정절차법에 신설될 필요가 있다. 비교법적으로 보면 미국과 프랑스는 행정절차법에 계약에 관한 규정을 두지 않고 있고, 독일은 행정절차법은 계약에 관한 규정을 두고 있다. 이러한 점을 보면 반드시 행정절차법에 계약에 관한 규정을 두어야 할 이유는 없는 것으로 보일 수도 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서 행정절차법에 공법상 계약에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

첫째, 현재 국가계약법에서는 공공조달계약을 중심으로 규율하고 있으며, 규제계약 등 공법상 계약에 적합한 규율을 하고 있다고 보기는 힘들다. 제4차 산업혁명에 따라 규제계약 등 협력적 방식의 규제가 늘어날 가능성이 높다는 점을 고려하면 이에 대한 규율을 행정절차법에서 할 필요성이 크다.

둘째, 현재 행정절차법은 행정처분(행정행위)을 중심으로 규율하고 있다. 이는 행정소송법에서 행정처분에 대응하는 항고소송 위주로 규율하고 있는 것과 짝을 이루고 있다. 독일의 경우 행정절차법내에서 행정행위와 행정계약을 함께 규율하는 관계로 행정계약이 행정행위와 동등한 주요한 행정작용형식으로 자리잡고 있다. 행정계약의 중요성이 늘어나더라도 행정행위와의 관계가 지속적으로 문제될 수밖에 없고, 이를 총체적으로 규율하기 위해서는 행정절차법에서 이를 규율하는 것이 바람직하다고 보아야 한다.

공법상 계약에 관한 규정을 행정절차법에 두더라도 공공조달계약을 규율하는 국가계약법은 그대로 유지하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 왜냐하면 독일의 경우에도 공공조달계약은 행정절차법이 아니라 경쟁제한방지법에서 규율하고 있고, 공공조달계약에 관한 규정까지 행정절차법에 둘 경우 행정절차법의 규정이 지나치게 복잡해질 가능성이 있으며, 공공조달계약은 WTO 정부조달협정과의 관계 등으로 일정한 독자적인 법리가 형성되어 있어서 이를 별도로 규율하는 것이 바람직하기 때문이다.

행정절차법에 공법상 계약에 관한 규정을 둘 경우 구체적으로 어떤 규정들이 들어가는 것이 바람직한지 검토가 필요하다. 독일의 연방행정절차법은 화해계약(제55조), 교환계약(제56조), 서면주의(제57조), 행정행위를 대체하는 행정계약의 유효요건(제58조), 공법상 계약의 무효사유(제59조), 계약의 변경 또는 해지(제60조), 즉시집행(제61조)에 관한 규정 등을 두고 있다. 이러한 독일의 입법례는 우리나라의 경우에도 중요한 참고자료가 된다고 볼 수 있다.²⁷⁷⁾ 제4차 산업혁명의 관점에서는 특히 행정행위를 대체하는 행정계약의 유효요건을 명확하게 규정하는 것이 무엇보다 중요하다고 할 것이다.

(2) 공청회 절차

행정절차법상 공청회 절차 역시 개선이 필요하다. 제4차 산업혁명 시대의 정책과 입법의 경우 대부분 신규사업의 진흥과 리스크 관리, 시민의 안전 및 권리보장의 문제 등이 복잡하게 관련되어 있다. 따라서 관련 당사자와 전문가 및 일반시민이 정책과 입법에 대해 토론을 펼치고 이해관계를 조정할 수 있는 절차의 보장이 매우 중요하며, 그러한 역할을 수행할 수 있는 절차인 공청회 제도가 실질적으로 운영될 수 있도록 입법적 개선이 필요하다.

277) 이에 관해 상세히는 김병기, “행정절차법 개정을 통한 행정계약법 총론의 법제화방안”, 행정법학 제5호, 2013을 참조 바람.

앞서 살펴보았듯이 현행 행정절차법상 공청회 절차의 경우 먼저 개최사유에 대한 개선이 필요하다. 행정절차법은 공청회 개최사유를 행정청이 처분을 할 때 다른 법령 등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우와 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우로 하고 있다(제22조 제2항). 공청회 절차가 관련 당사자의 권익을 보장하고 중요한 입법이나 정책 과정에 일반 국민의 참여를 보장하는 역할을 수행하는 점을 고려한다면, 공청회 개최에 대한 당사자나 일반 국민의 신청을 배제하고 있는 것은 타당하지 않다. 개별법에서 공청회 개최를 규정하고 있는 경우는 많지 않고,²⁷⁸⁾ 행정청의 직권에 의한 공청회 개최 역시 활성화되어 있지 않은 점을 고려하면 일반법인 행정절차법상 개최사유를 확대하는 것이 필요하다. 다른 의견수렴절차인 정식 청문절차의 경우, 종전에는 공청회 절차와 마찬가지로 다른 법령 등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우와 행정청이 필요하다고 인정하는 경우를 실시사유로 규정하였으나, 당사자의 신청에 의한 실시 가능성을 인정하는 것이 필요하다는 지속적인 문제제기로 2014년 1월 28일 개정을 통해 일부 불이익처분(인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소)에 대해서는 처분 당사자 등의 청문 신청권을 신설하였다(제22조 제1항).²⁷⁹⁾ 공청회의 경우에도 일정 사유에 대해서는 당사자나 이해관계인의 신청에 의한 개최를 허용하는 것이 필요하다.

또한 전자공청회절차의 개최사유 역시 검토가 필요하다. 현행 행정절차법은 오프라인 상에서의 공청회와 병행하여서만 정보통신망을 이용한 공청회 실시가 가능하도록 규정하고 있다(제38조의2). 공청회를 통한 입법과 정책에 대한 참여를 활성화하기 위해서는 전자공청회를 단독으로 개최할 수 없고 반드시 오프라인상의 공청회와 병행하도록 한 현행법에 대해 재검토가 필요하다.

278) 예컨대 행정규제기본법 제9조, 환경영향평가법 제13조 등. 환경영향평가법은 제13조 제1항에서 ‘개발기본계획을 수립하려는 행정기관의 장은 개발기본계획에 대한 전략환경영향평가서 초안을 공고·공람하고 설명회를 개최하여 해당 평가 대상지역 주민의 의견을 들어야 하며, 대통령령으로 정하는 범위의 주민이 공청회의 개최를 요구하면 공청회를 개최하여야 함을 규정하고 있다.

279) 김남철, 행정법강론(제2판), 박영사, 2014, 358면.

(3) 입법예고절차

입법예고절차는 입법과정에 대한 국민의 참여를 통해 입법의 민주적 정당성과 수용성을 확보하기 위한 절차로서 제4차 산업혁명에 대응하기 위한 중요한 절차적 의미를 갖는다. 앞서 살펴보았듯이 입법예고절차의 경우 그 생략사유의 불명확성과 광범위성을 문제로 지적할 수 있다. 현행 행정절차법은 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우, 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우, 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우, 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우, 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 입법예고절차의 생략사유로 규정하고 있다(제41조 제1항). 동법 시행령과 법제업무운영규정에서도 더 이상 생략사유를 구체화하고 있지 않아 그 불명확성과 광범위성을 해소하지 못하고 있다. 입법예고 생략사유의 재검토 및 입법예고 생략사유의 제시의무, 입법예고 생략에 대한 통제방안²⁸⁰⁾ 마련과 강화가 필요하다. 또한 국민의 의사결정과 참여를 보장할 수 있는 수준으로 입법예고기간을 충분하게 보장하고 실제 절차의 운영과정에서 입법예고기간이 준수되는 것이 필요하다.

(4) 행정계획 확정절차

행정절차에 관한 일반법인 행정절차법은 행정계획의 확정절차에 관한 통일적인 규정을 마련하고 있지 않다. 제4차 산업혁명에 대응하기 위해서는 절차적 참여가 중요하며, 이러한 절차적 참여는 관련 입법과정 뿐만 아니라 그 전제가 되는 정책과 계획의 수립·확정절차에도 보장되는 것이 필요하다.

280) 현행 행정절차법은 법제처장이 입법예고를 하지 않은 법령안의 심사 요청을 받은 경우 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는 해당 행정청에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있도록 규정하고 있다(제41조 제3항).

행정계획절차의 개선방안을 검토함에 있어서는 우리 행정절차법이 이에 대한 규정을 별도로 마련하고 있지 않으며, 따라서 행정절차법에 계획절차를 어떠한 내용으로 규정할 것인지가 가장 중요한 논의의 대상이다. 이와 관련하여 독일의 계획확정절차의 도입 가능성에 대한 논의가 있어 왔으며, 살펴본 바와 같이 독일연방행정절차법상 계획확정절차와 유사한 내용의 계획절차를 우리 행정절차법에 도입하는 방안은 몇 가지 어려운 선결과제를 안고 있다. 논의가 필요한 중요한 사항으로는 계획확정절차가 적용되는 계획의 범위를 어떠한 내용으로 규정할 것인지, 일반법인 행정절차법에 계획절차를 규정하고 개별법에 별도의 규정이 없는 한 행정절차법상의 계획절차를 적용하도록 할 것인지, 독일의 경우처럼 개별법에 행정절차법상 계획절차를 준용하도록 규정되어 있는 경우에만 적용할 것인지, 우리법제상 인허가 의제의 효력과 독일의 계획확정절차의 집중효의 관계는 어떻게 볼 것인지를 문제이다.

이처럼 입법 이전에 해결되어야 할 어려운 과제들이 있음에도 불구하고 계획의 수립 및 확정절차에 대한 일반법적 규정의 마련은 필요하다고 판단된다. 앞서 살펴보았듯이 1987년 입법예고되었던 행정절차법안은 제3장을 행정계획의 확정절차로 하여 제50조-제58조까지 그에 관한 내용을 규정하였다. 구체적으로는 행정계획의 입안과 협의(제50조), 행정계획안의 공고·열람(제51조), 의견제출(제52조), 청문(제53조), 공청회(제54조), 행정계획의 확정(제55조), 행정계획의 변경·폐지(제56조), 행정계획의 실효(제57조), 행정계획(제58조)으로 인한 피해구제의 내용을 담고 있다. 또한 법안은 행정절차법안상 행정계획 확정절차가 적용되는 계획의 범위를 ‘국민생활과 밀접한 관련이 있는 공공사업계획 기타 대통령령으로 정하는 행정계획’으로 규정하여(제50조 제1항), 국민생활과 밀접한 관련이 있는 다양한 공공사업계획이 포함될 수 있도록 규정하였고, 동 법률안 제3조는 행정계획의 확정에 대해 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 적용됨을 규정하였다. 우리가 행정계획 확정절차를 입법함에 있어 독일식의 계획확정절차에 반드시 얼마일 필요없이 우리의 법제와 행정실무에 적합한 제도를 마련하는 것이 의미있다고 생각되며, 1987년 행정절차법안상의 행정계획 확정절차에 대한 이러한 규정내용은 앞으로 행정절차법에 계획확정절차를 도입하는 경우 좋은 참고가 될 수 있을 것이다. 행정절

차법의 개정을 통해 계획의 수립과 확정절차에 대한 규정을 신설함으로써 제4차 산업혁명 관련 계획에 있어 다양한 이해관계가 조기에 반영될 수 있도록 입법이 이루어지는 것이 필요하다.

3. 행정규제기본법

행정규제기본법은 제1조에서 “이 법은 행정규제에 관한 기본적인 사항을 규정하여 불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제함으로써 사회·경제활동의 자율과 창의를 촉진하여 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력이 지속적으로 향상되도록 함을 목적으로 한다”라고 그 목적을 밝히고 있는 데에서 알 수 있듯이 규제개혁의 법적인 토대를 마련하는 데에 입법취지가 있다. 이를 입법취지를 달성하기 위해서 동법은 제1장 총칙, 제2장 규제의 신설·강화에 대한 원칙과 심사, 제3장 기존규제의 정비, 제4장 규제개혁위원회, 제5장 보칙 등으로 구성되어 있다.

이러한 행정규제기본법은 규제개혁위원회의 설립근거가 되었고, 규제개혁을 지속적으로 추진하는 근거법률이 되었다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있는 부분이 존재하는 것이 사실이다. 그러나 행정법총론체계에서 행정규제기본법은 중요한 지위를 차지하지 못했던 것이 사실이다. 그 원인으로는 여러 가지를 지적해볼 수 있다. 첫째, 행정규제기본법이 규제개혁에 초점을 맞추고 있는데, 학문적으로 이러한 규제개혁은 행정학과 경제학의 주된 영역으로 취급되었던 측면이 있다. 둘째, 행정규제기본법이 제정되는 과정에서 행정절차법과의 관계가 진지하게 다루어지지 못하였다. 이로 인해 행정절차법을 중심으로 한 행정작용법제와 행정규제기본법의 관계가 정립되지 못하고, 따라서 행정작용법 중심의 행정법총론체계에 제대로 포섭되지 못했다.

이처럼 행정법총론체계에서 행정규제기본법이 제대로 된 위상을 부여받지 못한 것은 바람직하다고 보기는 힘들다. 더구나 제4차 산업혁명의 핵심이 규제법제의 개선에 있다는 점을 고려하면 행정규제기본법을 행정법학의 관점에서 보다 체계적으로 다룰 필요가 있다.

이러한 맥락에서 행정규제기본법의 개선방안을 제시해보면 다음과 같다. 우선 ‘규제’ 개념을 재검토할 필요가 있다.²⁸¹⁾ 행정규제기본법에서는 규제의 개념을 “국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항”으로 규정하고 있다.(동법 제2조 제1항 제1호)

그런데 위와 같은 규제개념은 명령-통제방식의 규제를 염두에 둔 협소한 개념이라는 점을 지적하지 않을 수 없다. 위와 같은 현행 규제개념을 제4차 산업혁명에서 활성화가 될 것으로 예상되는 ‘자율규제’의 개념을 포섭하기 힘들다. 보장국가론, 그리고 ‘규제된 자율규제’ 개념에서 나타나듯이 자율규제의 경우에도 국가에게 일정한 보장책임이 존재한다는 점을 행정규제기본법에서도 명시할 필요가 있다. 이를 위해서는 자율규제의 개념을 포섭할 수 있는 ‘규제’개념을 정립할 필요가 있다.

다음으로 행정규제기본법과 행정절차법간의 관계를 정립할 필요가 있다. 이를 위해서는 우선 행정규제기본법에서 규율하고 있는 규제심사제도 등의 절차와 행정절차법에서 규율하고 있는 입법예고제도²⁸²⁾ 등의 절차는 총체적인 관점에서 접근할 필요가 있다. 규제심사과정에 시민의 참여가 보다 활성화되도록 할 필요가 있다는 점을 고려할 때 양 절차가 분리되어 운영되지 않도록 하는 것이 바람직하다. 특히 제4차 산업혁명에 따른 신기술규제와 관련해서는 더더욱 이러한 시민참여가 강조될 필요가 있다.

행정규제기본법과 행정절차법간의 관계에서 검토해야 할 또 다른 점으로는 규제계약이다. 앞서 본 바와 같이 행정절차법에서 공법상 계약 규정을 도입하여 규제계약에 대한 규율이 가능해지게 되면 이러한 행정절차법과 행정규제기본법의 관계정립문제가 발생하지 않을 수 없다. 규제계약의 경우에도 투명성과 책임성 확보의 중요성이 강조되고 있는

281) 이에 관한 문헌으로 계인국, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -”, 안암법학 제42권, 2013이 있음.

282) 입법예고제도에 대한 선행연구로 고인석, “입법예고제도에 대한 개선방안 연구”, 유럽헌법연구 제21호, 2016이 있음.

점을 고려하면 이에 관한 절차적인 규율이 행정규제기본법과 행정절차법에서 총체적으로 다루어질 필요가 있다.

이러한 점들을 고려하면 장기적으로 행정규제기본법과 행정절차법이 통합되는 것도 생각해볼 수 있는 대안이라고 할 수 있다. 다만 이것이 현실적으로 당장 실현되기 어렵다고 하더라도 행정규제기본법과 행정절차법의 관계를 긴밀하게 정립함으로써 행정규제기본법이 행정법총론체계에서 제대로 된 위상을 확보하도록 하는 것은 제4차 산업혁명에 대응한 주요한 입법과제로 보아야 할 것이다.

4. 정부조직법

앞서 보았듯이 제4차 산업혁명에서는 정부조직간의 긴밀한 협력과 융합이 무엇보다 중요하며, 정부부처간 의견대립이 있을 때 이를 합리적으로 조정하는 것이 중요하다. 현행 정부조직법 제7조 제5항에서 “부·처의 장은 그 소관사무의 효율적 추진을 위하여 필요한 경우에는 국무총리에게 소관사무와 관련되는 다른 행정기관의 사무에 대한 조정을 요청할 수 있다.”라고 하여 권한조정에 관한 규정을 두고 있고, 동법 제20조에서는 국무조정실의 설치에 관한 규정도 두고 있으나 이러한 규정들이 정책조정 기능을 뒷받침하는 데에 충분하다고 보기는 힘들다. 국무조정실과 법제처의 정책조정기능이 보다 활성화될 수 있도록 정부조직법 및 관련법률의 개선이 필요하다.

다음으로 정부조직법 제6조에서는 행정권한의 위임·위탁에 관한 규정을 두고 있다. 특히 동법 제6조 제3항에서는 “행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.”라고 규정하여 민간위탁의 근거규정을 두고 있다. 그러나 실제로는 정부조직법 제6조 제3항의 규정에도 불구하고 국민의 권리·의무와 직접 관계되는 많은 행정사무들이 개별법령의 근거를 토대로 민간에게 위탁되고 있다.

제4차 산업혁명에서는 행정사무의 민간위탁이 활성화될 수밖에 없는 현실임을 고려할 때 위와 같이 현실과는 동떨어진 간략한 규율에 머물고 있는 정부조직법의 규정은 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 이러한 문제점을 극복하기 위해서 행정자치부에서는 2016년 10월 28일에 민간위탁기본법(안)을 입법예고 한 바 있다.

이 법안의 주요내용을 보면 행정기관은 매 5년마다 민간위탁운영 기본계획을 행정자치부에 제출하고(제5조), 민간위탁운영위원회 및 민간위탁심의위원회 설치 및 운영하며(제6-8조), 수탁기관 선정시 공개모집을 원칙으로 하며 심의위원회에서 적격자를 선정하고(제12조), 위탁기관과 수탁기관간 계약 체결 및 계약만료시 수행평가 실시한다.(제14조, 제20조) 또한 민간위탁의 존속기한은 5년을 초과할 수 없고, 존속기한 연장필요시 또는 존속기한의 90일 전까지 심의위원회에서 심사하며(제21조), 성과평가 등을 토대로 연 1회 민간위탁 운영상황 평가(제22조)하도록 하는 내용들이다.

위와 같은 민간위탁기본법(안)은 제4차 산업혁명으로 인해 활성화될 가능성이 높은 민간위탁의 공정성을 확보하도록 하는데 초점을 맞추고 있다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 민간위탁기본법이 제정될 경우에는 정부조직법 제6조 제3항의 내용은 삭제될 하거나 민간위탁기본법의 내용과 부합하게 수정하는 것이 필요하다고 하겠다.²⁸³⁾

283) 또한 민간위탁기본법을 시행함에 있어서는 민간투자법, 국가계약법과의 관계도 치밀하게 검토할 필요가 있다. 사회기반시설에서 서비스 부분만의 민관협력이 이루어질 경우에는 민간위탁법기본법과 민간투자법간의 관계가 충돌을 빚을 수 있다. 또한 민간위탁시에 계약이 체결될 수 있는데 이 때 국가계약법과의 관계가 문제될 수 있다.

제2절 제4차산업혁명 관련 기술법률

1. 정보통신 진흥 및 융합활성화 등에 관한 특별법

정보통신 진흥 및 융합활성화 등에 관한 특별법은 일명 ICT 특별법이라고 부르는 것으로 ICT 분야의 신기술 출현에 능동적으로 대응하기 위하여 임시허가제도를 두고 있다. 이 법률 제2조 제1항 2호는 정보통신융합에 대하여 “ "정보통신융합"이란 정보통신 간 또는 정보통신과 다른 산업 간에 기술 또는 서비스의 결합 또는 복합을 통하여 새로운 사회적·시장적 가치를 창출하는 창의적이고 혁신적인 활동 및 현상을 말한다”고 정의함으로써 해당 법제가 융합을 기반으로 혁신기술에 적용된다는 점을 밝히고 있다. 이를 구체적인 측면에서 해석하면 지금까지 각 개별부처 중심의 개별 인허가로 관리되어 오던 기술이 하나로 통합되어 명확한 부처 내지는 관리수단이 존재하지 않는 것을 의미한다. 따라서 이 법률은 그 핵심적인 내용으로 신속처리와 임시허가제도를 두고 있다.

(1) 신속처리제도

신규 정보통신융합 등 기술 및 서비스를 개발하였는데 1) 허가 등의 근거가 되는 법령에 해당 신규 정보통신융합 등 기술·서비스에 맞는 기준·규격·요건 등이 없는 경우 2) 허가 등의 근거가 되는 법령에 따른 기준·규격·요건 등을 해당 신규 정보통신융합 등 기술·서비스에 적용하는 것이 맞지 아니한 경우의 사유로 인하여 적절한 인허가를 받지 못한 경우에는 과학기술정보통신부장관에게 신규 정보통신융합 등 기술·서비스의 신속처리를 신청할 수 있다.(제36조 제1항)

신속처리를 신청받은 장관은 관련되는 중앙행정기관의 장에게 신청사실 및 신청내용을 통보하고(제2항), 관계 중앙행정기관의 장은 통보를 받은 날부터 30일 이내에 신규 정보통신융합 등 기술·서비스의 소관 업무 여부 및 허가 등의 필요 여부를 과학기술정보통신부장관에게 회신하여야 한다. 만약 30일 이내에 회신하지 아니할 경우 소관 업무에

해당하지 아니하거나 해당 중앙행정기관의 장의 허가 등이 필요하지 않는 것으로 보도록 하였다.(제3항)

회신의 결과 관계 중앙행정기관의 소관이 아니거나 허가 등이 필요하지 않는 경우에는 곧바로 해당 기술 및 서비스를 출시할 수 있으며, 장관이 과학기술정보통신부 소관 법률 상 별도의 허가가 필요한 경우에는 허가를 그리고 그렇지 않지만 인허가를 통한 관리가 필요하다고 판단한 경우에는 임시허가를 신청할 수 있도록 하고 있다.(제4항, 제5항)

지금까지는 인허가를 발령할 부처가 없거나 적용할 법조가 없는 경우에 행위로 나아가야 할지에 대해서 혼란스러운 상황이었다. 법리적인 측면에서 적용법조가 없는 행위에 대해서 이를 자유롭게 허용해야 할지 아니면 다른 조치가 있어야 할지에 대해서 의견이 분분하였으며, 기업들 역시 혼란스러운 상황이라는 마찬가지였다. 따라서 신속처리제도를 둔 것은 매우 바람직한 제도로 평가할 수 있다.

(2) 임시허가제도

가. 임시허가제도의 내용과 법적성격

과학기술정보통신부장관은 신규 정보통신융합 등 기술·서비스가 같은 조에 따라 다른 관계 중앙행정기관의 장의 소관 업무에 해당하지 아니한다는 회신을 받거나 해당하지 아니한다고 간주된 경우, 해당 신규 정보통신융합 등 기술·서비스의 특성을 고려할 때 그에 맞거나 적합한 기준·규격·요건 등을 설정할 필요가 있는 경우에는 임시로 허가를 할 수 있도록 하고 있다.(제37조 제1항) 이때 필요한 경우 기술·서비스의 안정성을 위해 필요한 부관을 붙일 수 있도록 하고 있다. 임시허가의 유효기간은 1년이며, 1회에 한정하여 연장이 가능하여 최대 2년까지 받을 수 있다. 이 기간이 의미하는 것은 최대 2년 이내에 과학기술정보통신부 장관은 명확한 규제요건을 설정해야 한다는 점이다.

임시허가와 관련하여 그 법적성질에 대해서는 견해가 갈릴 수 있다. 하나는 이를 특허로 보는 입장이다. 일단 허가의 요건이 정해져 있지 않으며, 기준, 규격, 요건이 향후에 설정되므로 이들 요건들은 여전히 재량적 영역에 놓여있다는 점, 그리고 필요에 따라 기술·서비스의 안정성을 위해 부관을 붙일 수 있다는 점을 고려한다면 이를 단순한 허가로 보기보다는 주무부처 장관에게 광범위한 재량권이 부여된 특허로 볼 수 있기 때문이다. 또 다른 입장에서는 이를 예외적 승인으로도 볼 수 있다. 근거법조가 없어 재화 및 기술 서비스를 출시하기가 어려움에도 불구하고 기술·서비스의 촉진을 위해 기간을 정해 예외적으로 이를 승인하였기 때문이다. 그러나 근거 법조가 없는 경우 형식적 법리에 따르면 자유롭게 행위를 할 수 있어야 하며 이에 대해서 예외적으로 별도의 권리를 창설한다는 것은 다소 합리적이지 않으며, 오히려 특허의 경우처럼 명확한 적용법조가 없지만 임시로 설권적 처분을 내림으로서 완전한 권리를 행사하도록 하는 것이 보다 합리적이라는 논리 구성이 가능하다. 특히 예외적 승인은 중요한 공적이익을 전제로 하여- 예컨대 개발제한 구역 내 예외적 건축허가 - 자유를 제한하고 있다는 점에서 예외적 승인의 요건에 명확히 부합한다고 보기도 어렵다.

나. 임시허가에 따른 위협의 보완

기술혁신에 따른 규제외의 경우 위험성이 명확하지 않다는 점에서 시장에 진입할 경우 잠재적 위협에 대한 안전조치들이 필요하다. 이러한 사전규제로서 진입을 위한 일정한 조건이자 사후적 책임으로서 이중적 성격을 갖는다.

임시허가제도는 제4항에 신규 정보통신융합 등 기술·서비스를 제공하려는 자가 그 서비스를 제공할 수 없게 됨으로써 해당 이용자가 입게 되는 손해를 배상할 수 있도록 원칙적으로 서비스를 제공하기 전에 미리 받으려는 이용요금 총액의 범위 내에서 보증보험에 가입하도록 하고 있다. 다만, 신규 정보통신융합 등 기술·서비스의 성격이나 사업자의 재정적 능력을 고려하여 과학기술정보통신부 장관이 필요하지 않다고 판단한 경우에는 이를 면제할 수 있다.

2. 산업융합촉진법 - 적합성인증제도

산업융합촉진법은 적합성 인증제도라는 특별한 수단을 두고 있어 이를 살펴보고자 한다. 산업융합촉진법은 개별 산업에서 다루었던 기술이 융합되면서 나타난 새로운 혁신기술을 규율·촉진하기 위해 제정되었다.

이 법률은 중요한 몇 가지 개념을 선행적으로 정의하고 있는 바, 제2조 제1호에 따르면, 산업융합을 “산업 간, 기술과 산업 간, 기술 간의 창의적인 결합과 복합화를 통하여 기존 산업을 혁신하거나 새로운 사회적·시장적 가치가 있는 산업을 창출하는 활동”으로 정의하고 있으며, 산업융합 신제품이란 “산업융합의 성과로 만들어진 제품으로서 경제적·기술적 파급효과가 크고 성능과 품질이 우수한 제품”으로, 융합 신산업을 “산업융합을 통하여 새롭게 창출된 산업 부문 중에서 시장성, 파급효과, 성장 잠재력과 국민경제 발전에 대한 기여도가 높은 새로운 산업”으로 정의하고 있다. 그리고 이들 산업으로서 1) 허가 등의 근거가 되는 법령에 산업융합 신제품에 맞는 기준·규격·요건 등이 없는 경우, 2) 허가 등의 근거가 되는 법령에 따른 기준·규격·요건 등을 산업융합 신제품에 적용하는 것이 맞지 아니한 경우에는 제11조에 따라 산업융합신제품의 적합성 인증을 소관 중앙행정기관의 장(복수일 경우에는 그 중 하나에게 신청하고 소관행정기관의 장이 다른 소관행정기관의 장에게 통보)에게 신청할 수 있도록 하고 있다.

적합성 인증 신청결과 안전성 등의 측면에서 특별한 문제가 없는 경우로서 산업융합 신제품의 특성을 고려할 때 그에 맞거나 적용할 수 있는 기준·규격·요건 등을 설정할 수 있는 경우에는 적합성 인증의 신청을 받은 날부터 6개월 내에 적합성을 인증하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 그 기간을 한차례만 30일까지 연장할 수 있다. 이때도 역시 신산업융합 신제품의 안전성 등을 확보하기 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다.(제13조 제1항, 제2항)

여기에서도 임시허가제도와 같은 적합성 인증의 법적성질을 검토해 필요가 있다. 제13조 제1항의 규정에 따르면 적합성인증이 하기 위해서는 안전성에 특별한 문제가 없고,

신제품에 맞거나 적용할 수 있는 기준·규격·요건을 설정할 수 있을 때 적합성 인증이 이루어지고, 적합성 인증의 요건이 구체화되어 있다는 점에서 별도의 재량규정을 두지 않는 한 이를 허가로 볼 수 있을 것이다. 임시허가제도는 1년이라는 기간 동안 임시적으로 기술·서비스 등 사업행위를 할 수 있는 반면, 적합성 인증은 인증을 통해 정상적인 승인을 득한 경우라는 점에서 양자간에는 차이가 있다.

그런데 이 법률 제13조 제3항은 적합성 인증을 받은 경우에 허가 등의 근거가 되는 법령에 따른 허가 등을 받은 것으로 본다고 규정하고 있어 이러한 적합성 인증이 허가 의제되어 허가의 효과를 가지는 것으로 규정하고 있다. 그러나 여기에서 의문이 드는 것은 적합성 인증이라는 이름을 붙여도 강화상 허가로 운영할 수 있다는 점, 법령에 따른 허가 등을 받은 것으로 본다는 것의 전제는 적용할 법령이 있는데 그 근거가 불명확한 경우로 추정할 수 있으며, 따라서 적합성 인증을 통해 그 법령상의 허가로 의제할 수 있다는 점에서 오히려 허가의 근거법률에 임시허가를 규정해두고 법령상 미비한 기준 및 요건 등이 구비된 후 본허가로 이를 전환하는 과정을 밟도록 하는 것도 고려해 볼만 하다. 특히 적합성 인증제도는 임시허가제도의 요건과 사실상 거의 차이가 없다는 점에서 이를 통합하여 일관된 법리로 구성하는 것도 고려할 필요가 있다.

3. 규제프리존법안

(1) 법안의 경과

2015년 12월 기획재정부, 2016년 1월에는 국토교통부가 민간투자활성화를 목표로 정책을 발표하였다. 두 부처의 정책방향은 신산업전략을 지방단위별로 분산시키고 해당 산업에 대해서는 전국적인 규제기준이 적용되지 않으며, 해당 지방단위별로 특화된 산업지구내에서는 규제의 특례를 광범위하게 인정해주는 것이 골자였다. 그리고 이를 뒷받침하기 위해 의원발의의 형식으로 ‘지역전략산업을 위한 규제프리존의 지정과 운영에 관한 특별법안’이 발의가 되었으나 의회를 통과하지 못하고 부결되어 안으로만 남게 되었

다.284) 그러나 규제프리존법에서 포함하고 있는 일부 긍정적인 규제특례제도는 향후의 규제제도 개선에도 활용이 가능한 정도의 긍정적인 평가를 받고 있다.

(2) 규제프리존법에 대한 검토

가. 규제프리존의 지역의 설치에 관한 특례

규제프리존법상 지역 특례는 ‘지역적 특성에 맞는 지역전략산업의 육성을 위해 규제특례가 적용되는 구역을 설정’²⁸⁵⁾하는 것이다. 이러한 지역차등적 규제완화 정책은 상대적으로 전국 일반적 규제기준에 의해서 보호되고 있던 인근주민들의 보호수준이 일정정도 후퇴한다는 것을 의미한다. 예컨대 환경권 등의 권리가 모든 국민에게 일률적으로 동일한 수준으로 보장되지 않고 지역에 따라 차등적으로 보장된다는 것이다. 따라서 정책 추진을 위해서는 헌법 제37조의 취지에 따라 법률에 근거를 두어야 하며, 규제프리존법안은 이러한 차등적 규제완화의 법률적 근거를 제시하고 있다.

<표 3> 지역별 전략산업

지역	전략산업
부산	해양관광, IoT 융합 도시기반서비스
대구	자율주행자동차, IoT 기반 웰니스 산업
광주	친환경자동차, 에너지신산업
대전	첨단센서, 유전자약
울산	친환경자동차, 3D 프린팅
세종	에너지 IoT
강원	스마트 헬스케어, 관광
충남	태양광, 수소연료전지, 자동차부품
충북	바이오의약, 화장품
전남	에너지신산업, 드론

284) 최승필, “민간투자활성화 정책의 법적 검토”, 토지공법연구 제74집, 2016, 28면.

285) 규제프리존법 제2조상의 규제프리존의 정의

지역	전략산업
전북	탄소산업, 농생명
경남	지능형기계, 항공산업
경북	스마트기기, 타이타늄
제주	스마트관광, 전기차인프라

출처 : 정부 관계부처 합동, 규제프리존 도입을 통한 지역경제 발전방안, 2015. 12. 16.

나. 규제프리존지역 개발을 위한 특례 - 차등규제, 인허가의제 등

규제프리존법은 규제프리존에 들어오는 사업시설 개발을 위해 입지규제최소구역요건을 완화하고 개발진흥지구 지정을 활용하여 건폐율, 용적률 등의 특례를 적용하는 것을 내용으로 하고 있다. 새로운 사업시설의 설치를 용이하게 하기 위해 이러한 국토계획법상의 최소구역요건을 추가적으로 더 완화시킨다는 점에서 입지개발상의 특례를 두고 있다.

한편 부지의 확보를 위해 개발제한구역을 해제하고 보전부담금의 납부를 통해 훼손지 복구 의무를 대체하는 것으로 하였다. 이러한 훼손지 복구의 목적은 녹지를 훼손한 것에 대해 녹지기능을 회복할 수 있도록 비용부담을 하는 것을 의미한다. 그러나 기존의 산업단지 내지는 준산업단지가 산재하고 이들 산업단지의 활용 및 재정비가 아닌 손쉬운 방법으로 공공필요에 의한 개발을 제한하였던 구역(그린벨트)을 산업활성화 차원에서 해제할 수 있는 특례를 주었다는 점 그리고 개발제한구역을 개발하면 녹지 기능의 상실은 필연적이고 이를 금전적 부담으로 녹지기능을 회복한다는 것은 실효성이 없다는 점에서 법의 의도하는 규제완화의 목적에 해당하는지가 논란이 되었던 부분이다. 즉 제4차 산업혁명에 따른 기술발달에 부응하여 기업의 창의적 활동을 목적으로 한 규제개선이 필요한 상황에서 기존의 국토개발법제상의 특례가 주요한 부분을 차지하는 것은 정책적 의도의 본질을 흐릴 수 있다.²⁸⁶⁾

286) 최승필, 앞의 글(각주 284), 40면.

규제프리존법상 지역개발의 특례 중 다른 하나가 산업단지의 개발과 인허가의제이다. 이 법률 제70조는 규제프리존 내 개발사업시에는 통합심의위원회를 열고 여기에서 심의를 받은 경우 지역개발조정위원회, 산업입지정책심의위원회, 도시계획위원회, 교통영향평가심의위원회의 심의를 받거나 거친 것으로 본다고 규정하고 있다. 이러한 인허가 의제는 단지개발의 절차를 간소화 및 신속한 처리를 위한 것으로서 매우 중요한 의미를 갖는다.²⁸⁷⁾

<표 4> 특화사업별 인허가의제 대상

사업	구체적 사업형태	인허가의제대상
신에너지사업	태양열 집열판, 풍력윈드밀 설치	집열판, 윈드밀 설치를 위한 국공유재산의 사용, 공유수면매립면허에 대한 인허가의제
농생명과학	바이오 종자 실험 및 개발 / 관련 시설 건설	농림지역내 관련 시설건설을 위해 농업진흥지역 해제 / 농지법상의 인허가 의제
드론산업	공유수면매립 간척지에 시행비행시설 설치	공유수면매립면허 및 간척지 매립목적 변경 등에 대한 인허가 의제

출처 : 최승필, “민간투자활성화 정책의 법적 검토”, 토지공법연구 제74집, 2016, 42면상의 내용을 표로 일부 정리

추가적인 또 하나의 논란이 환경영향평가를 간소화 내지 대체하는 것이다. 규제프리존법은 산업시설 설치시 환경영향평가를 간소화하는 방식을 규정하고 있다. 예컨대 드론산업의 경우 국가종합비행성능 시험장을 설치하는데 환경영향평가를 실시하는 대신 지난 5년간 환경영향조사자료를 통해 현지조사를 대체하는 것을 내용으로 하고 있다. 지난 5년간의 환경영향조사자료를 활용한다면 실제로 환경영향평가를 하는 것과 크게 다르지 않은 결과가 나올 수 있으나, 문제는 기존에 없던 새로운 시설이 설치된다는 점에서 기존 자료로 이를 대체하기는 어려우며, 새로운 시설물에 대한 주민의 의견 등이 함께 고려될 필요가 있다는 점에서 간소화는 필요하나 환경영향평가 자체를 대체하는 경우라면 그 허용성에서 재검토가 필요한 부분이라고 볼 수 있다. 만약에 대체를 하지 않고 간소화를

287) 최승필, 앞의 글(각주 284), 42면.

하는 경우라면 현재 환경영향평가서의 작성을 포함한 세부적 절차 및 사항은 환경부의 고시로 이를 정하고 있어 별도의 법률의 제정이 없이도 이를 통해 쉽게 간소화를 진행할 수 있어 신규시설의 설치로 인한 필수적 조사사항은 거치되 나머지 절차를 간소화하는 방향을 검토해 볼 필요가 있다.²⁸⁸⁾

다. 규제프리존 지역내에서의 사업행위에 관한 특례

규제프리존법은 다양한 형태의 규제특례제도를 운영하고 있어 향후 규제특례제도의 활용에서 참고할 만하다.

(가) 규제확인

규제프리존법 제12조는 규제프리존에서 지역전략산업 등을 추진하고자 하는 자가 이를 규제하는 법령의 적용 여부 및 해석 등에 대해서 불분명할 경우 이에 대한 확인을 시도지사에게 요청할 수 있으며, 시도지사는 그러한 요청을 받은 경우 일단 권한범위 내에 속한 것인지를 확인하고 권한범위 내에 확인된 경우 어떠한 규제가 적용되는지를 확인해 줄 수 있다. 그리고 만약 해당 규제가 소관범위를 벗어난 것일 경우에는 기획재정부 장관에게 규제확인을 요청할 수 있다.

이러한 규제확인제도는 그 전제가 적용가능한 규제가 있는지를 사전에 확인하기가 어렵다는 것을 전제로 하며, 그 처리에 있어서는 법적 해석을 통해 적용규제를 확인하는 것을 예정하고 있다. 그러나 실제로 적용여부가 불분명한 경우에는 신사업실증특례 등의 제도로 이행할 수밖에 없어 규제확인제도는 다른 특례제도와 함께 논의되어야 할 필요가 있다.

일본의 경우 역시 2013년 산업경쟁력 강화법을 제정하여 우리의 규제확인제도와 유사한 그레이존(gray-zone) 해소제도를 두고 있는 바, 동 법 제2조 3항은 신사업활동, 즉 새로운 제품 또는 서비스를 개발하거나 생산하는 것 이외에 기존 제품에 대해 새로운 생산·판

288) 최승필, 앞의 글(각주 284), 40면.

때 방식을 도입하거나 기존 서비스에 대해 새로운 제공방식을 도입할 경우 이러한 행위가 규제대상인지의 여부를 원칙적으로 1개월 이내에 확인해 주도록 하고 있다. 만약 신사업이 기존 규제에는 해당하나 새로운 방식으로 안전성을 확보할 수 있다면 해당 행위에 대해서 별도의 규제특례를 둘 수 있도록 함으로써 양자를 혼합하여 사용하고 있다. 규제특례를 두는 절차는 첫째, 신사업을 하려는 자는 요망서에 새로운 특례조치의 내용을 기재하여 제출, 둘째, 사업자로부터 요망서를 제출받은 주무대신은 특례조치의 필요성 검토, 셋째, 특례의 승인 또는 거부의 순으로 진행된다. 만약 규제특례가 거부되는 경우에도 주무대신은 산업경쟁력 강화의 관점에서 현행 규제 하에서 대응가능한 사업의 실시내용 및 범위에 대해서도 구체적인 사항을 제시하여야 한다.

한편, 규제프리존법안은 관련 규제가 어느 중앙행정기관의 소관인지 여부를 판단하는 기관을 기획재정부로 두고 있다. 그러나 신산업과 관련한 업무와의 밀접성 측면에서 다른 과학기술부서가 아닌 기획재정부가 이를 담당하는 것이 타당한지에 대해서는 논란의 여지가 있었다.

(나) 기업실증특례

규제프리존에서 지역전략산업을 추진하고자 하는 경우에는 이 법률 제13조에 따라 기업실증특례를 신청할 수 있도록 하고 있다. 실증특례를 신청하기 위한 조건은 첫째, 허가 등의 근거가 되는 법령에 기준·규격·요건 등이 없는 경우, 둘째, 허가 등의 근거가 되는 법령에 따른 기준·규격·요건 등을 적용하는 것이 부적합한 경우, 셋째, 허가 등의 근거가 되는 법령의 입법목적에 비추어 해당 법령을 적용하는 것이 불합리한 경우이다.

실증특례의 절차로는 신청을 받은 시도지사는 이를 기획재정부장관에게 신청하고 기획재정부장관은 관계 중앙행정기관의 장에게 이를 통과하여 의견을 회신받아 특별위원회의 심의·의결을 거쳐 실증특례를 부여하게 된다. 그러나 이 경우에 있어서도 관계 중앙행정기관은 단순히 의견제출에 그치고 별도의 특별위원회가 실증여부를 판단하는 것이 각자의 분야별 소관법률을 정하여 운영하고 있는 취지에 부합한지에 대해서는 의문이

든다. 물론 그 전제조건으로 특별위원회의 구성이 문제되는 바, 특별위원회의 구성에 관련 부처의 참여가 전제되는 경우라면 이러한 특례의 합리성이 담보될 수 있으나 그렇지 않은 경우라면 논란의 가능성이 있다. 특히 소관 중앙행정기관이 제출한 의견에 특별위원회가 구속되는지의 여부가 불분명한 상태에서 실제적 권한 자체를 특별위원회가 모두 행사하는 것이 인허가의제에서의 집중효과를 벗어난 것이 아닌지에 대해서도 논란이 있을 수 있다.

기업실증특례를 적용받은 경우에는 지역전략산업 등을 추진하기 위한 근거가 되는 법령에 따른 허가 등을 받은 것으로 본다. 따라서 일종의 의제효과를 가진다고 할 수 있다. 그리고 이 법률은 의제되는 효과를 “허가 등”이라고 규정하고 있음에 따라 어떠한 의제효과가 발생하는지에 대해서는 개별적으로 파악해야 할 필요가 있다.

(다) 신기술기반사업의 승인신청

규제프리존에서 지역전략산업을 추진하고자 하는 자는 제15조에 따라 기업실증특례의 요건 중 어느 하나에 해당하는 경우 기술검증과 시장반응의 파악을 위하여 사업계획을 수립하여 시도지사에게 신기술 기반사업의 승인신청을 요청할 수 있다. 그리고 신기술기반사업의 승인을 받은 경우에는 승인된 내용과 조건에 따라 신기술기반사업을 실시할 수 있도록 하고 있다.

기업실증특례의 요건은 이미 살펴본 바와 같이 허가 등의 근거가 되는 법령에 기준·규격·요건 등이 없는 경우, 허가 등의 근거가 되는 법령에 따른 기준·규격·요건 등을 적용하는 것이 부적합한 경우, 허가 등의 근거가 되는 법령의 입법목적에 비추어 해당 법령을 적용하는 것이 불합리한 경우이다. 신청이 있는 경우 기획재정부장관은 특별위원회의 심의·의결을 거쳐 해당사업을 승인할 수 있으며, 이때 필요시 조건을 붙일 수 있다.

신기술기반사업의 승인신청은 기업실증특례의 경우와 같은 완전한 허가 등의 의제가 아니라 기술검증과 시장반응의 파악을 위한 목적으로 한다는 점, 승인의 내용과 조건에 따라 제한적 범위내에서 신기술 기반사업을 한다는 점에서 규제샌드박스의 속성을 가지고

있다고 할 수 있다. 한편, 기획재정부장관은 승인에 조건을 붙일 수 있다고 하고 있는 바, 그 조건의 법적 성질을 해제조건부 부관으로 볼 수 있을지 아니면 철회권의 유보로 볼 수 있을지는 당시 조건과 본 행정행위의 내용을 종합적으로 판단하여 결정할 수밖에 없다.

4. 제4차 산업혁명 관련 최근 발의안에 대한 검토

(1) 제4차 산업혁명 촉진 기본법 제정안

현재 4차 산업혁명 관련 제정 법률(안) 또는 네거티브 규제를 도입하는 방식의 개정(안)이 국회에 다수 발의되어 있다. 대표적으로, 제4차 산업혁명 촉진 기본법(안)²⁸⁹⁾은 제4차 산업혁명을 인공지능 및 데이터기술 등이 전 산업 분야에 적용되어 경제·사회구조에 근본적인 변화를 일으키는 산업상의 변화로 정의하고, 국무총리 소속의 제4차 산업혁명 전략위원회를 설치·운영하는 한편 제4차 산업혁명 지원센터의 설립·운영, 학계·연구기관 및 산업계 간의 공동연구개발 촉진 등을 주요 내용으로 한다. 4차 산업혁명 촉진 기본법 제정안에서 제시하고 있는 주요 내용은 아래와 같다.

- 가. 제4차 산업혁명을 인공지능 및 데이터기술 등이 전 산업 분야에 적용되어 경제·사회구조에 근본적인 변화를 일으키는 산업상의 변화로 정의함(안 제2조).
- 나. 국무총리는 제4차 산업혁명을 효율적으로 촉진시키기 위하여 제4차 산업혁명 촉진 기본계획을 5년마다 수립·시행하고, 관계 중앙행정기관의 장은 기본계획에 따라 시행계획을 수립·시행하도록 함(안 제5조 및 제6조).
- 다. 제4차 산업혁명 촉진에 관한 정부의 주요 정책과 계획을 심의·조정하고 그 추진사항을 점검·평가하기 위하여 국무총리 소속으로 제4차 산업혁명 전략위원회를 설치·운영함(안 제9조부터 제12조까지).
- 라. 제4차 산업혁명 촉진을 전문적으로 지원하기 위하여 제4차 산업혁명 지원센터를 설립 또는 지정하여 운영함(안 제13조).

289) 의안번호 2006507, 최연혜 의원 등 12인, 2017.3.30. 발의

- 마. 정부는 제4차 산업혁명 전문인력 양성계획을 세우고, 교육·훈련 프로그램의 개설, 전문인력의 해외연수 및 해외우수인력의 유치·활용 등에 관한 시책을 강구하도록 함(안 제15조).
- 바. 정부는 학계·연구기관 및 산업계 간의 공동 연구개발을 촉진하고, 산업체의 연구개발 결과의 산업화를 촉진하기 위한 지원을 하며, 선진기술의 도입을 위한 효율적인 방안을 강구하도록 함(안 제16조부터 제18조까지).

그러나 이 기본법안은 규제체제에 직접적인 관련을 갖는 것은 아니고 제4차 산업혁명 전략위원회와 제4차 산업혁명 지원센터 그리고 이를 통한 지원을 법적근거를 마련하는 것에 주안을 둔 법률안으로 직접적으로 정부가 수행해야 할 규제적 조치수단을 담고 있지 않다.

(2) 디지털기반산업기본법안

디지털기반 산업 기본법(안)²⁹⁰은 「정보통신산업 진흥법」 제2조 제1호에 따른 정보통신에 관한 기술과 「전기통신사업법」 제2조 제2호에 따른 전기통신설비 등을 이용하여 전자적인 방식으로 정보를 수집·가공·저장·검색·송신·수신·활용하여 상황을 인지·판단하거나 기계장치 등을 작동시키는 기술을 디지털기반 기술로 정의하고, 디지털기반 산업추진위원회를 두는 한편 디지털기반 산업 종합지원센터 설립, 디지털기반 산업 영향평가, 디지털기반 산업에 대한 고용영향평가 등에 대해 규정하고 있다. 디지털기반 산업 기본법 제정안에서 제시하고 있는 주요 내용은 아래와 같다.

- 가. 이 법은 디지털기반 산업의 발전 및 장기적으로 지속가능한 생산 환경의 조성 등에 필요한 기본적인 사항을 규정하여 국내 산업에 새로운 성장 기회를 제공함으로써 국가 경제의 발전과 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 함(안 제1조).
- 나. 「정보통신산업 진흥법」 제2조제1호에 따른 정보통신에 관한 기술과 「전기통신사업법」 제2조

290) 의안번호 2006030, 정세균 의원 등 21인, 2017.3.7. 발의

제2호에 따른 전기통신설비 등을 이용하여 전자적인 방식으로 정보를 수집·가공·저장·검색·송신·수신·활용하여 상황을 인지·판단하거나 기계장치 등을 작동시키는 기술을 디지털기반 기술로 정의함(안 제2조).

다. 정부가 디지털기반 산업을 발전시키기 위하여 지방자치단체장 및 디지털기반 산업 협의회 의견에 반영하여 매년 디지털기반 산업 전략을 수립하고, 이를 디지털기반 산업 추진위원회의 심의를 거쳐 확정하도록 함(안 제5조).

라. 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체장이 디지털기반 산업과 관련된 소관 정책을 추진할 때 디지털기반 산업 전략을 적극 반영하도록 함(안 제6조).

마. 디지털기반 산업 발전에 관한 정책을 심의·의결하기 위하여 국무총리 소속으로 디지털기반 산업 추진위원회를 두고, 추진위원회의 심의·의결 사항을 규정함(안 제7조 및 제8조).

바. 디지털기반 산업 전략을 수립할 때 사회 각 분야의 의견을 수렴하고 협의하기 위하여 미래창조과학부장관이 디지털기반 산업 협의회를 구성·운영하도록 함(안 제9조).

사. 미래창조과학부장관이 디지털기반 산업을 지원하기 위한 디지털기반 산업 종합지원센터를 설립하도록 하고, 디지털기반 산업 종합지원센터의 사업을 규정함(안 제10조).

아. 정부가 디지털기반 산업 영향평가를 하여 그 결과를 정책에 반영하도록 하고, 추진위원회가 디지털기반 산업 영향평가 결과 등을 고려하여 디지털기반 우선 산업을 선정하도록 함(안 제11조 및 제12조).

자. 디지털기반 산업의 시장 진출을 용이하게 하기 위하여 소관 중앙행정기관의 확인 및 법·제도 개선 요청을 위한 제도를 마련함(안 제13조).

차. 디지털기반 기술의 수요를 확대하기 위하여 국가와 지방자치단체가 공공부문에 디지털기반 기술을 적극적으로 적용하도록 하고, 부처간 적극적으로 협력하도록 함(안 제14조 및 제15조).

카. 정부가 중소기업과 1인 창조기업의 신기술 개발을 위한 기반을 마련하고, 디지털기반 기술을 활용한 창업을 지원하도록 하며, 국민과 관련 근로자, 공무원 등을 위한 교육을 실시하도록 함(안 제16조부터 제18조까지).

타. 중앙행정기관의 장과 지방자치단체장이 소관 분야의 디지털기반 산업에 대하여 고용영향평가를 하고, 정부가 디지털기반 산업으로 인하여 새로운 일자리가 창출되도록 시책을 마련하고 규제를 개선하도록 함(안 제19조부터 제21조까지).

파. 미래창조과학부장관이 디지털기반 산업의 발전을 위하여 「과학기술기본법」 제22조에 따른

과학기술진흥기금, 「방송통신발전 기본법」 제24조에 따른 방송통신발전기금 및 「정보통신산업 진흥법」 제41조에 따른 정보통신진흥기금을 사용할 수 있도록 하며, 정부가 디지털기반 산업 발전에 관한 연차보고서를 작성하여 국회에 제출하도록 함(안 제22조 및 제23조).

이 법안 역시 구체적인 규제방식에 대한 사항을 규율하는 것은 아니고 디지털기술을 기반으로 한 산업의 육성을 위해 디지털기반산업전략의 수립, 총리소속으로 디지털기반 산업추진위원회를 두고 산업협의체로 디지털기반산업협의회를 두도록 하고 있다. 아울러 제4차 산업혁명 기본법안과 유사하게 디지털기반산업 종합지원센터를 두도록 하고 있다.

최근에 발의된 양 법안을 살펴보면 기본법안이라는 점에서 구체적 수단을 두지 않고 위원회 등의 조직구성 그리고 산업육성을 위한 지원의 외연을 그리고 있다. 양 법안은 새로운 산업의 육성을 위해 추진위원회 그리고 구체적 지원을 위한 지원센터 및 정부나 지방자치단체 차원의 지원을 규정하였다는 점에서 양 법안을 통합하여 하나로 구성할 수도 있을 것으로 보인다.

korea
legislation
research
institute

제11장

맺음말 - 향후의 논의

제11장

맺음말 - 향후의 논의

새로운 신기술을 기반으로 한 제4차 산업혁명은 그간의 행정규제와 행정법체제에도 큰 변화를 야기하고 있다. 이러한 현상의 원인은 새로운 기술의 발전에 비해 입법과 행정의 그 속도를 따르지 못하고 있기 때문이다. 이러한 속도 간 미스매치는 입법과 행정의 안정성 추구라는 속성에 기인하고 있다. 즉 법적안정성과 사회적 예측가능성을 필수적인 요소로 하고 있기 때문에 본질적으로 자연스럽게 나타나는 현상이다. 따라서 기술과 행정 및 입법 간 간극을 어떻게 줄여가고 제거해 나갈 것인가는 행정법학의 중요한 과제이기도 하다. 금번 연구에서는 이러한 노력 중 규제부문에서의 쟁점과 개선방안을 밝히는데 주안을 두었다.

행정법적 보다 좁게는 규제법적 연구를 위해서는 제4차 산업혁명이 가져오는 변화의 속성을 정리해볼 필요가 있다. 그 첫째가 혁신이며, 둘째가 탄력성, 셋째가 융합, 넷째가 협력, 다섯째가 위험이다. 이러한 5가지 키워드는 기술과 사회의 변화이지만 이에 대응한 입법과 행정의 키워드이기도 하다.

구체적으로 규제개혁과 관련한 논의는 기존규제의 형태, 즉 명령 및 금지를 중심으로 규제가 아닌 미래적합성이 있는 법으로 중심이 옮겨가고 있다. 미래적합성은 기술의 발전에 동행적인 탄력적 규제, 이해관계자들의 참여와 이해가 반영되는 포용적 규제 그리고 실제 영역을 기반으로 한 증거기반적 규제체제로의 이동이다. 기술발전에 동행적 규제의 예로 현재 논의되고 있는 것이 규제샌드박스, 실증특례, 비조치의견서, 네거티브 규제를 들 수 있다. 그리고 포용적 규제의 예로서 행정절차상의 이해관계자 참여는 물론 피규제자 스스로가 국가의 역할을 일부 수행하는 자율규제체제를 들 수 있다. 마지막으로 증거

를 기반으로 한 객관적이지자 투명한 규제는 규제영향평가를 비롯한 각종 규제의 평가와 그 결과를 반영한 규제의 순환적 개선체제에서 찾아볼 수 있다.

현재의 규제개선안으로 제시되는 대표적인 것들 - 네거티브규제, 규제샌드박스, 비조치의견서, 자율규제의 확대 등 - 의 향후 방향성을 살펴보면 다음과 같다. 네거티브규제의 긍정적 취지에도 불구하고 이로 인한 이익과 위험의 발생간 균형성의 문제가 불확실함에 따라 적극적인 네거티브 규제사례의 발굴이 어려운 상황이다. 따라서 공행정의 측면에서는 위험의 인지 및 측정 그리고 이해관계자의 참여를 통해 이해의 균형을 달성하는 과정이 필요하겠지만 네거티브 제도의 정착을 위해서는 민사상 손해전보제도의 개선 역시 그 전제가 되어야 한다. 따라서 공행정규제와 민사상 손해전보제도간 학제적 검토가 이루어져야 할 필요가 있다.

규제샌드박스의 경우, 규제샌드박스에 들어올 수 있는 사업행위가 무엇인지에 대한 명확한 기준제시가 필요한 바, 기존사업과의 차별화된 점이 없는 경우가 샌드박스에서 특례를 인정받을 경우 규제회피 내지는 포럼쇼핑의 현상이 발생할 수 있다. 아울러 규제샌드박스에 인정되고 있는 각종 맞춤형 규제들의 법적 성격 역시 규명되어야 하는바, 기존에 존재하지 않은 별도의 인허가제도인지 아니면 기존규제체제와 동일하며 기본행위의 규제적 효과를 제한하는 부관을 부과한 것인지에 대한 사항들이다. 이러한 법적 성격의 규명은 향후 규제샌드박스의 활성화로 인해 발생하는 법률적 분쟁을 해결하는데 그 단초가 되기 때문이다. 이와 더불어 규제샌드박스의 활용가능성을 높이기 위해서는 규제샌드박스과 다른 새로운 규제수단인 네거티브규제, 비조치의견서 등의 조합형 활용 역시 법리적인 검토가 수반될 필요가 있다.

제4차 산업혁명과 관련하여 논의를 확장할 필요가 있는 것이 재량의 문제이다. 모든 새로운 기술상황을 모두 예측할 수 없음에 따라 행정청의 재량영역이 필수적인 바, 이러한 재량이 그간의 일반적인 행정재량인지 아니면 광범위한 행정청의 판단영역이 인정되는 차별화된 재량인지도 판명이 되어야 한다. 이는 행정청을 상대로 한 소송에서 사법심사의 범위와 재량권의 일탈 및 남용을 판단하는데 기준이 되기 때문이다. 아울러 현재의

쟁송 형태뿐만 아니라 의무이행소송, 예방적 금지소송 등의 소송유형의 검토 및 당사자소송의 활용가능성 역시도 함께 논의해야 할 부분이라고 할 수 있다.

비조치의견서에 대해서는 그간 활용도는 미진하였으나 점점 그 가능성이 높아지고 있는 현실에서 그 법적성격을 보다 명확히 규명하고 비조치의견서가 발급되었음에도 불구하고 의견서의 전제가 된 상황이 변하지 않았는데도 조치가 이루어지는 경우에 대한 권리구제 역시 함께 검토할 필요가 있다. 그간 비조치의견서제도가 금융법에서 주로 활성화되었지만 공법적 논의가 없이 이루어진 것으로 이에 대한 공법적 검토는 필요하다고 할 수 있다.

그러나 이러한 새로운 규제수단 말고도 기존의 규제수단을 변형을 거쳐 새로운 환경에 적합하게 활용하는 것에 대한 관심도 지속적으로 유지될 필요가 있다. 그 대표적인 것이 인허가 의제에 대한 것으로 인허가의제는 그 활용성에 따라 효과가 크게 달라질 수 있기 때문이다. 사실 규제특례로 인정되는 실증제도는 속성 일부는 인허가의제의 효과와 유사하다는 점에서 그 접점은 맞닿아 있다고 할 수 있다.

자율규제는 새로운 광장적 민주주의 및 참여적 규제체제의 형성이라는 점에서 매우 중요한 아이콘이라고 할 수 있다. 그러나 자율규제는 내재된 한계가 존재하는 바, 공익성 담보의 미흡, 자율규제가 또 다른 진입장벽으로 작용될 여지가 있다는 점들이다. 따라서 자율규제에 대해서 현재 논의되고 있는 보장국가론을 이론적 토대로 한 규제된 자율규제의 활용모델을 개발할 필요가 있으며, 여기에서 “규제된”의 정도를 어느 수준까지로 할 것인가에 대한 비용편익 분석 역시 함께 이루어질 필요가 있다.

규제는 본질적으로 권리를 제한하고 의무를 부과함에 따라 반드시 법령상의 근거가 필요하다. 그러나 법령의 제·개정에는 시간이 오래 걸리는 등 새로운 기술변화에 따르지 못한다는 점에서 새로운 방식으로 가이드라인의 활용가능성이 논의되고 있다. 이는 주로 영미법에서 발달한 것으로 가이드라인을 통해 시장의 모범규준을 형성하고 이를 바탕으로 원칙중심적 규제가 이루어지는 방식이다. 그러나 이러한 방식은 기존의 대륙법계 체계와는 다소 차이가 있는 것으로 현재의 우리 행정법체계 내에서 이러한 방식의 탄력적

대응을 어떻게 조화시킬 것인가에 대한 고민이 필요하며, 이는 자율규제체제의 확대와도 밀접한 관련성을 가지고 있다.

계약을 통한 규제패러다임의 재편 역시 관심을 가져야 할 부분이다. 과거의 규제가 국가의 고권적 지시나 금지를 기반으로 하였다면 새로운 규제체제는 국가와 민간의 상호협조가 불가피하기 때문이다. 국가나 기업의 상호협조가 불가피한 가장 큰 이유는 정보의 비대칭성 때문이다. 따라서 현대 행정에서 꾸준히 관심거리가 되어온 PPP개념의 확장과 계약을 통한 PPP의 구체적 모델의 개발은 향후 지속적 연구과제가 될 수 있을 것이다. 특히 새로운 모델로서 규제계약은 환경법, 에너지법 분야에서 그 활용도가 높은 바, 이를 소비자 보호영역까지 확장시킬 수 있을 것으로 보인다. 아울러 계약의 구체적 방식에 있어서도 유럽에서 주요하게 논의가 되어 왔던 경쟁보장적 대화의 방식을 적극적으로 활용하여 혁신에 가장 최적화된 계약당사자를 선정할 수 있는 장점을 극대화할 수 있다.

행정계획의 분야도 새로운 변화가능성이 높은 바, 과거 국토개발에 집중되어 논의되어 오던 행정계획과 그 통제문제가 행정절차에서의 참여제도와 함께 연동함으로써 사전에 갈등을 완화하고 수용성이 높은 사업추진이 가능하게 하는 기제가 될 수 있기 때문이다. 특히 독일행정법에서 채택하고 있는 계획확정절차의 도입과 산업 및 기술분야에서의 활용가능성은 향후 지속적 논의과제가 될 수 있다.

행정조직적 측면에서의 거버넌스는 문제는 수직적 거버넌스에서 수평적 거버넌스로의 이동이라고 할 수 있다. 이를 위해서는 행정법학에서 전통적으로 논의해온 부처 간 책임주의를 이를 횡으로 확장시켜 공동책임 내지는 공동위험이 분담방식으로 재편할 필요가 있다. 이를 위해서는 권한의 위임 및 위탁 법리의 발전, 공동결정의 결과에 따른 책임의 분할에 대한 법리적 검토가 필요하다. 아울러 현재 횡적거버넌스 달성을 위해 빈번히 활용되고 있는 양해각서(MOU) 역시 행정법체계에 부합하도록 법리구성을 할 필요가 있으며, 이를 우리 행정법체계 내에서의 공법상 계약의 체제에 어떻게 수용할 수 있을 것인가에 대해서도 고민이 필요하다. 한편, 횡적거버넌스로의 확장에는 지방자치단체로의 권한의 위임도 필요한 바, 제4차 산업혁명시대의 지방분권이라는 과제와 함께 검토할 필요가 있다.

관련법제의 개선을 위한 향후 방향성으로는 먼저 행정법의 기본법률을 중심으로 살펴 보면 다음과 같다. 공법상 계약과 관련된 규정이 행정절차법에 신설될 필요가 있으며, 특히 행정행위를 대체하는 행정계약의 유효요건을 명확하게 규정할 필요가 있다. 행정절차법상 공청회 역시 형식적으로 운영되어 온 것들을 실질적 운영이 가능하도록 할 필요가 있으며, 대표적으로 일정사유에 대해서는 당사자나 이해관계인의 신청에 의한 개최를 허용할 필요가 있다. 아울러 이미 언급한 바와 같이 계획확정절차를 통한 이해관계인의 참여를 확대하는 방안도 도입할 필요가 있다.

한편, 규제와 관련하여 기본법적 지위를 가지고 있는 행정규제기본법의 행정법적 편입에 대한 검토가 이루어질 필요가 있다. 즉 행정규제기본법상의 규제를 행정법 체계와 정합성을 추구하되 새로운 규제수단에 맞도록 재정의할 필요가 있다. 아울러 새로운 규제수단과 탄력적 규제 역시 행정규제기본법의 범위에 포섭할 수 있도록 개정논의가 필요하다.

이외에 제4차 산업혁명과 관련한 특별법의 경우도 개선의 필요가 있는 바, 현재 정보통신 진흥 및 융합활성화에 등에 관한 특별법상의 신속처리제도, 임시허가제도는 산업융합 촉진법상의 적합성인증제도와 매우 유사한 바, 분야별 별도의 규제수단을 두지 말고 하나의 기본법 체계하에서 함께 규율할 필요가 있다. 아울러 법안에서 논의되었던 규제수단 역시 이들 제도들과 유사한 경우를 찾아볼 수 있는 바, 규제프리존법상의 규제확인 및 기업실증특례, 신기술기반사업의 승인신청 제도를 들 수 있다. 이러한 규제수단들을 하나로 묶어낼 수 있는 기본법적 지위의 법률이 필요한 바, 방향성은 기존의 행정규제기본법에 포섭하거나 아니면 별도의 제4차 산업혁명 기본법을 제정하여 여기에 포함시키는 방법이 있다. 현재 제4차 산업혁명 촉진 기본법안 및 디지털기반산업기본법안이 제출된 바 있으며, 이들 법안들은 주로 조직법적 측면에서의 위원회 및 지원센터의 설치 그리고 포괄적 지원근거 제시에 국한되어 있어 그 활용성이 제한적이다. 따라서 이들 법안을 활용한 포섭방안 역시 하나의 가능성으로 남겨둘 수 있을 것이다.

제4차 산업혁명이라는 이름을 굳이 달지 않더라도 새로운 기술이 가져올 사회변화에 대해서는 모두 다 공감하고 있다. 사회는 수많은 이해가 대립되며 그 이해의 충돌을 해결

하거나 조율하는 일은 법의 중요한 역할이다. 특히 새로운 기술사회에서 국가는 주도적인 역할을 수행할 수밖에 없는 구조라는 점에서 행정법의 역할은 더더욱 중요하다고 할 수 있다. 아무쪼록 금번의 연구 제4차 산업혁명시대를 맞이하여 행정법학의 새로운 확장이 라는 단초를 마련하는데 기여할 수 있었으면 한다.

korea
legislation
research
institute

참고 문헌

참고문헌

I. 국내문헌

(1) 단행본, 연구보고서

김남진·김연태, 행정법I(제21판), 법문사, 2017.

김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007.

김민형·정석·이진영·김양호, 4차 산업혁명의 도래와 인간의 미래: 자동화 사회에 대한
통합 인문학적 연구, 경제인문사회연구회, 2016.

김유환, 행정법과 규제정책(개정증보판), 삼원사, 2017.

김지영·김성원·김형섭·김은주, 위험사회에서의 리스크커뮤니케이션에 관한 법적
연구, 한국법제연구원, 2014.

김철용 편, 행정절차와 행정소송, 박영사, 2017.

류지태·박종수, 행정법신문(제17판), 박영사, 2017.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.

원소연·홍준형, 네거티브 규제의 성과와 개선방안, 한국행정연구원, 2015.

이광윤, 행정법이론 - 비교적 고찰 -, 성균관대학교 출판부, 2000.

이월우, 경제규제법론, 홍문사, 2010.

이원태·김정연·이시직·김도승·정경오, 제4차 산업혁명 시대의 ICT법제 주요 현안 및 대응방안, 한국법제연구원, 2016.

이현우·이미애, 국가경쟁력 제고를 위한 네거티브 규제방식 전환 필요성에 관한 연구, 정책연구, 경기개발연구원, 2015.

정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016.

정우현·장기복·문현주·이정석·김갑철·이경선·한동훈, 자발적 협약의 현황 진단 및 효과적 활용방안, 한국환경정책평가연구원, 2012.

최승필·권현영·임현·김정애·이효경·김태호, 국외전자금융 및 금융보안 법제도·정책조사, 금융보안원, 2017.

클라우드 슈밥 저/송경진 역, 제4차 산업혁명, 새로운 현재, 2017.

현재호·조경민·한승진·안광석·곽준영, 4차 산업혁명 정의 및 거시적 관점의 대응방안 연구, 산업통상자원부 연구용역보고서, 2016.

홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 박영사, 2015.

(2) 학위논문, 학술지논문, 기타

강기홍, “EU와 독일법상 공공조달 제도- 건축 하도급의 공정성 제고와 관련하여”, 공법학연구 제13권 제1호, 2012.

계인국, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교 -”, 안암법학 제42권, 2013.

계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제여의의 한정 -”, 공법연구 제41집 제4호, 2013.

- 계인국, “규제개혁과 행정법 - 규제완화와 혁신, 규제전략 -”, 공법연구 제44집 제1호, 2015.
- 계인국, “빅데이터 시대 전자정부에서의 개인정보보호- 개인정보보호원칙의 변화와 도전-” 안암법학 제50권, 2016.
- 고인석, 입법갈등해소 방안에 관한 연구 : 입법갈등해소를 위한 입법평가제도의 적용방안을 중심으로, 동국대학교 법학박사학위논문, 2010.
- 고인석, “입법예고제도에 대한 개선방안 연구”, 유럽헌법연구 제21호, 2016.
- 고학수·최경진, 개인정보의 비식별화 처리가 개인정보 보호에 미치는 영향에 관한 연구, 개인정보보호위원회, 2015.
- 국무조정실·행정자치부·방송통신위원회·금융위원회·미래창조과학부·보건복지부, 개인정보 비식별 조치 가이드라인, 2016.
- 권용식, “중앙부처의 정책조정에 관한 연구 - 정책조정 결과에 대한 ‘조정 주체요인’의 영향력을 중심으로 -”, 한국정책학회보 제25권 제1호, 2016.
- 금융보안원, 금융규제이행을 위한 RegTech의 필요성 및 향후과제, 보안연구부, 2017-008, 2017.3.13.
- 김광수, “인공지능의 규제법적 함의”, 제4차 산업혁명시대 규제법제의 역사와 미래 공동학술대회(한국규제법학회, 행정법이론실무학회, 한국법제연구원 한양대 법학연구소) 자료집, 2017. 3. 18.
- 김근혜, “제4차 산업혁명에 대응하기 위한 정부의 규제방식 전환에 관한 연구”, 서울행정학회 학술대회 발표논문집, 2017.
- 김남진, “자본주의 4.0과 보장국가·보장행정론”, 법률신문 2011년 10월 17일자.

- 김대인, “공법상 계약 관련판례에 대한 고찰”, 특별법연구 제9권, 2011.
- 김대인, “세계행정법과 국제기구 - 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로 -”, 행정법연구 제45호, 2016.
- 김대인, “미국의 보조금협약에 대한 연구”, 행정법연구 제48호, 2017.
- 김대인, “EU의 경쟁적 협의제도에 대한 연구”, 공법학연구 제18권 제1호, 비교공법학회, 2017.
- 김도승·전주열, “규제프리존의 공법적 함의와 정당화요소”, 정보법학 제20권 제2호, 2016.
- 김동희, “프랑스 행정법상의 행정계약에 관한 고찰”, 법학(서울대학교) 제34권 제3·4호, 1991.
- 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 법학(서울대학교) 제28권 제1호, 1998.
- 김민호, “인허가 기준의 법적 문제와 개선방안”, 공법연구 제38집 제2호, 2009.
- 김민호·김현정, “전자정부와 법률유보”, 토지공법연구 제38집, 2007.
- 김병기, “행정절차법 개정을 통한 행정계약법 총론의 법제화방안”, 행정법학 제5호, 2013.
- 김상태, “자율주행자동차에 관한 법적 문제”, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016.
- 김상태·김재선, “미국 캘리포니아의 자율주행자동차 관련 법제 분석”, 경제규제와 법 제10권 제1호, 2017.
- 김성수, “행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리위원회 제도설계를 중심으로 -”, 부산대학교 법학연구 제58권 제2호, 2017.

- 김성수, “독일의 新思潮 행정법학 사반세기 - 평가와 전망”, 강원법학 제51호, 2017.
- 김성태, “제4차 산업혁명과 융합혁신경제의 방향과 내용”, 국회입법조사처 통권 제31호, 2016.
- 김연식, “토이브너의 헌법 다원주의의 관점에서 본 경제 영역에서 국가의 역할: 헌법 제119조 제2항의 “경제의 민주화”와 관련하여”, 법과 사회 제46호, 2014.
- 김영수, “자율규제와 규제권한 확대간의 갈등 및 해결방안에 관한 연구 - 신문고시제도 사례를 중심으로”, 지방정부연구 제8권 제4호, 2005.
- 김유환, “입법과정에서의 갈등해결: 한국의 상황과 문제점”, 법학논집 제14권 제3호, 2010.
- 김일환, “첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰”, 토지공법연구 제37집 제2호, 2007.
- 김일환, “전자정부와 개인정보보호”, 공법연구 제37집 제1호, 2008.
- 김재광, “규제품질 제고를 위한 규제 개선방안”, 공법연구 제42집 제3호, 2014.
- 김중보, “계획확정절차의 도입 - 계획확정절차의 형식과 실질”, 대한변호사협회·한국행정법학회 공동학술대회 발표논문, 2013.
- 김중권, “21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 공법연구 제41집 제3호, 2013.
- 김중권, “공법(행정법)의 현대화를 통한 규제개혁”, 안암법학 제45권, 2014.
- 김지영, “개인정보보호를 위한 사물인터넷의 법적 규율에 관한 고찰”, 법과 정책연구 제15권 제4호, 2015.

- 김태오, “방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사: 독일 연방행정법원(BVerwG)의 규제재량을 중심으로”, 성균관법학 제26권 제3호, 2014.
- 김태오, “사이버안전의 공법적 기초”, 행정법연구 제45호, 2016.
- 김태희, “미국 연방보조금(Federal Grants)제도와 정책 시사점”, 지방재정과 지방세 통권 제48호, 2011.
- 김판기, 행정계약의 공법적 체계에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문, 2016.
- 김해룡, “공적 사업의 민간화에 있어서의 법적 과제”, 외법논집 제35권 제1호, 2011.
- 김현경, “ICT 규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구”, 성균관법학 제26권 제3호, 2014.
- 김현준, “행정개혁의 공법적 과제 - 동반과 보증의 행정개혁 -”, 공법연구 제41집 제2호, 2012.
- 김현준, “법률과 행정입법의 관계 - 독일 의회의 행정입법 관여의 비교법적 검토”, 공법연구 제45집 제1호, 2016.
- 디지털타임스, 개인데이터 활용촉진 ‘K-마이데이터’ 추진, 2017. 6. 20.
- 류지태, “재량행위이론의 이해”, 공법연구 제34집 제4-2호, 2006.
- 문병순, 핀테크의 동향과 과제, 은행법연구 제8권 제1호, 2015.
- 문병효, “규제재량과 행정법원의 통제”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014.
- 문재완, “개인정보보호법제의 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 제19권 제2호, 2013.
- 문재완, “유럽연합(EU) 개인정보보호법의 특징과 최근 발전”, 외법연구 제40권 제1호, 2016.

- 박균성, “정부입법 60년의 평가와 과제”, 입법학연구 제5호, 2009.
- 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 행정법연구 제41호, 2015.
- 박재윤, “행정규제 있어서 사인의 규범정립에 관한 연구”, 행정법연구 제44호, 2016.
- 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구 제44집 제2호, 2015.
- 박천오·주재현·진종순, “우리나라 융합행정의 정책방향과 추진방안에 관한 연구”, 행정논총 제50권 제2호, 2012.
- 박효근, “기술기준과 법원의 심사밀도”, 토지공법연구 제20집, 2003.
- 배병호, “미국 연방 행정입법절차에 관한 일고”, 공법연구 제44집 제1호, 2015.
- 백철우·유승훈, “전력시장 규제계약(vesting contract) 제도의 해외 사례 및 주요 시사점”, 저널 물 정책·경제 제23권, 2014.
- 서울대학교 공익산업법센터 워크숍 자료집, “혁신과 규제” - 과학기술의 혁신과 경제규제, 2017.1.24.
- 서보국, “판단여지이론의 재고”, 외법논집 제40권 제4호, 2016.
- 석종현, “토지이용규제법제의 개선방안”, 법학논총(단국대학교) 제19집, 1993.
- 선정원, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 행정법연구 제34호, 2012.
- 선정원, “성장발전하는 경제사회에서 행정조직법”, 행정법연구 제47호, 2016.
- 성봉근, “행정법에서 ‘비용’과 ‘가치’ 재검토 - 경제적 효율성 비중에서 민주성 및 보장책임성 조화 비중으로”, 행정법연구 제43호, 2015.
- 손영화, “인공지능(AI) 시대의 법적 과제”, 법과 정책연구 제16집 제4호, 2016.

- 송동수, “규범구체화 행정규칙과 법규범체계의 재정비 - 독일 행정규칙이론과 유럽재판소 판결을 중심으로 -”, 토지공법연구 제39집, 2008.
- 안희남·정성범, “현대 네트워크 조직에 관한 핵심쟁점 - 네트워크 조직의 본질, 결정요인, 그 밖의 남은 몇 가지 논란”, 한국행정논집 제25권 제2호, 2013.
- 오준근, “행정조직의 자율성 확대와 관련한 법제 분석과 입법적 대안”, 경희법학 제39권 제2호, 2005.
- 오준근, “행정절차법·행정쟁송법의 제·개정과 공법학자의 역할”, 공법연구 제44집 제1호, 2015.
- 임성훈, 불확정법개념의 해석·적용에 대한 사법심사에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2012.
- 왕승혜, 경제행정법상 자율규제에 관한 연구: EU·프랑스·한국 식품법제의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 2014.
- 윤혜선, 리스크 규제에 관한 공법적 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2009.
- 윤혜선, “신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰”, 경제규제와 법 제10권 제1호, 2017.
- 윤혜선, “신흥기술 규제(emerging technologies regulation) 연구방법론 개발을 위한 기초 연구 - 기술규제 시 고려요소를 중심으로 -”, 행정법연구 제49호, 2017.
- 이광호, “기술규제, 사례와 정책적 시사점”, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016.
- 이민영, “인터넷 자율규제의 법적 의의”, 저스티스 통권 제115호, 2010.
- 이상훈, “민간투자법 제3조 제1항 - "관계법률에 우선하여 적용"에 대한 해석”, 일감법학 제33호, 2016.

- 이성우, “21세기형 규제거버넌스의 설계”, 국정관리연구 제2권 제1호, 2007.
- 이세정, “의원입법과정에서 국민참여기능 확대 방안”, 법제연구 제43호, 2012.
- 이순환·박종수, “개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법적 문제와 개인정보 보호법제 개선방향”, 공법연구 제45집 제2호, 2016.
- 이원우, “규제개혁과 규제완화 - 올바른 규제정책 실현을 위한 법정정책의 모색”, 저스티스 통권 제106호, 2008.
- 이원우, “혁신과 규제: 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단”, 경제규제와 법 제9권 제2호, 2016.
- 이인호, 「개인정보 보호법」상의 ‘개인정보’ 개념에 대한 해석론, 정보법학 제19권 제1호, 2015.
- 이종현·한경석, “행정기관의 효율적인 협업시스템 도입 필요성에 관한 연구”, 한국정책과학회보 제16권 제1호, 2012.
- 이준섭, “Level 3의 자율주행자동차 상용화를 위한 도로교통법의 개선방안”, 아주법학 제11권 제1호, 2017.
- 이호선, “연성규범을 통한 부패 방지를 위한 투명성 실천 방안 모색 - EU 로비 규제를 중심으로”, 유럽헌법연구 제15호, 2014.
- 이희정, “커뮤니케이션 기술의 발전과 디지털 플랫폼 규제”, 행정법연구 제49호, 2017.
- 임현, “독일연방행정절차법상 공법상 계약”, 지방계약연구 제9호, 2014.
- 장교식, “인허가제도의 개선방안에 관한 연구”, 토지공법연구 제62집, 2013.

- 장여경, “4차 산업혁명과 정보인권- 개인정보보호 규제완화론을 중심으로”,
한국과학기술학회 학술대회 자료집, 2017.
- 전훈, “공법상 계약화현상과 한국에서의 행정계약”, 공법학연구 제7권 제5호, 2006.
- 정남철, “행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성 토론편”, 토지보상법연구 제14집,
2014.
- 정남철, “독일의 정보보호정책과 입법과제”, 유럽헌법연구 제22호, 2016.
- 정부 관계부처 합동, “규제프리존 도입을 통한 지역경제 발전방안”, 2015.12.16
- 정원준, “사물인터넷(IoT) 활성화를 위한 법·제도적 개선방안 연구”, 법과 정책연구
제14집 제4호, 2014.
- 정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 - 공법상 계약
이론을 중심으로”, 법제연구 제46호, 2014.
- 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”,
한양법학 제23권, 2012.
- 진중순, “공공부문 융합행정의 성공요인에 관한 연구”, 한국인사행정학회보 제12권
제1호, 2013.
- 최경진, “빅데이터·사물인터넷 시대 개인정보보호법제의 발전적 전환을 위한 연구”,
중앙법학 제17집 제4호, 2015.
- 최난설현, “연성규범(Soft Law)의 기능과 법적 효력 - EU 경쟁법상의 논의를
중심으로”, 법학연구 제16권 제2호, 2013.
- 최성락·이혜영·서재효, “한국 자율규제의 특성에 관한 연구 - 자율규제 유형화를
중심으로”, 한국공공관리학보 제21권 제4호, 2007.

- 최승원, “행정조직법의 기초”, 행정법연구 제27호, 2010.
- 최승필, “규제완화에 대한 법적 고찰 - 인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로”, 공법학연구 제12권 제1호, 2011.
- 최승필, “금융규제행정의 공법적 해석 - 금융행정법의 정립을 위한 은행법상 쟁점 제기를 중심으로”, 공법학연구 제17권 제1호, 2016.
- 최승필, “민간투자활성화 정책의 법적 검토”, 토지공법연구 제74집, 2016.
- 최승필, 공공행정/규제개혁 - 2017 글로벌리걸이슈(III), 한국법제연구원, 2017
- 최철호, “행정법상의 자율규제의 입법형태에 관한 연구”, 법학논총(숭실대) 제23호, 2010.
- 한국개발연구원, 경쟁적 협의절차에 관한 세부요령, 2016.
- 한국금융연구원, 금융분야 비조치의견서 활성화방안, 2015.
- 행정자치부·한국인터넷진흥원, 우리 기업을 위한 「유럽 일반 개인정보 보호법」 안내서, 2017.
- 허성욱, “한국에서 빅데이터를 둘러싼 법적 쟁점과 제도적 과제”, 경제규제와 법 제7권 제2호, 2014.
- 허성욱, “규제행정의 규범적·실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성 - SSM 규제에 대한 효율성 분석을 중심으로”, 법경제학연구 제12권 제1호, 2015.
- 홍강훈, “결합규정(Koppelungsvorschriften)의 해석방법에 관한 연구: 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결의 비판적 분석”, 공법학연구 제13권 제3호, 2012.

홍석한, 국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구 : 개인정보보호 영역을 중심으로, 성균관대학교 법학박사학위논문, 2009.

홍성수, “규제학-개념, 역사, 전망”, 안암법학 제26호, 2008.

홍준형, “사인에 의한 행정임무의 수행 - 공무수탁사인을 둘러싼 법적 쟁점을 중심으로 -”, 공법연구 제39집 제2호, 2010.

홍준형, “사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰 - 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고에 관한 대법원판례를 중심으로 -”, 공법연구 제40집 제4호, 2012.

홍준형, “행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성”, 토지보상법연구 제14집, 2014.

황태희, “네거티브 규제와 규제방식의 개선”, 성신법학 제10호, 2011.

황해봉, “독일의 계획확정절차와 수용가능성”, 토지공법연구 제68집, 2015.

IT Chosun, EU 일반 개인정보 보호법(GDPR) 시행 D-1년, 과징금 폭탄 피하려면?
2017. 5. 22.

II. 국외문헌

(1) 독일문헌

Eifert, Martin, “Regulierungsstrategien”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/
Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band I, 2. Auflage, München, 2012.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, “Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im
Verwaltungsrecht - Einleitende Problemskizze -”, in:
Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des
Verwaltungshandelns, Baden-Baden, 1994.

Klaus Vieweg, Antizipierte Sachverständigengutachten- Funktion, Verwertungs-
formen,
rechtliche Bedeutung, NJW 1986.

Kopp, Ferdinand & Raumsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar,
München, 2005.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auf., München, 2008.

Otting, Olaf & Olgemöller, Udo, Innovation und Bürgerbeteiligung im Wettbewerblichen
Dialog, NVwZ 2011, S. 1225-1230.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Flexibilität und Innovationsoffenheit als
Entwicklungsperspectiven des Verwaltungsrechts”, in: Hoffmann-Riem/
Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns,
Baden-Baden, 1994.

Schuppert, Gunnar Folke, “Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht
als Steuerrungsfaktoren”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle,
Grundlagen des Verwaltungsrecht, 2. Auflage, München, 2012.

Schulz-Fielitz, Helmuth, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, in:
Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrecht,
Band I, 2. Auflage, München, 2012.

Stein, Lorenz von, Handbuch der Verwaltungslehre, Bd. 1, Stuttgart, 1988.

Voßkuhle, Andreas, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in: Hoffmann-Riem/
Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band I, 2.
Auflage, München, 2012.

Werner, Fritz, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl, 1959,
527-533.

Ziekow, Jan & Windoffer, Alexander, Public Private Partnership - Struktur und
Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, Baden-Baden, 2008.

(2) 영미문헌

Aman, Alfred, “Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law”,
10 Ind. J. Global Legal Stud. 125 (2003).

Australian Securities and Investment Commission (ASIC), No-Action Letters, 2009.

Cass R. Sunstein, “Paradoxes of the Regulatory State”, 57 U. Chi. L. Rev. 407(1990,
Spring).

Cassese, Sabino, “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, I·CON 10(2012),
603-613.

Commission of the European Union, Environmental Agreement, 1996.

- Conway-Jones, Danielle, “Research and Development Deliverables Under Government Contracts, Grants, Cooperative Agreements and CRADAS: University Roles, Government Responsibilities and Contractor Rights”, 9 Computer L. Rev. & Tech. J. 181(2004).
- Department for Business Innovation and Skills, Forward Commitment Procurement: Pathways to Buying Innovative Solutions, 2011.
- Driesen, David M., The Economic Dynamics of Law, Cambridge University Press, 2012.
- European Commission, Better Regulation for Better Results - An EU agenda, 2015.
- Fetzer, Thomas, “Innovation and Regulation: Static Law in Dynamic Markets - How to Regulate the Unpredictable”, Journal of Law & Economic Regulation Vol. 9 No. 2, 2016.(김태오 역, “혁신과 규제: 동태적 시장에서의 정태적인 법 - 예측불가능한 것에 대한 규제방식”, 경제규제와 법, 제9권 제2호, 2016).
- Freeman, Jody and Rossi, Jim, “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, 125 Harvard Law Review 1131 (2012).
- Freeman, Jody, “The Contracting State”, 28 Fla. St. U. L. Rev. 155 (2000).
- Gellhorn, Ernest & Levin, Ronald M., Administrative Law and Process, Thomson/West, 2006.
- Hammond, Emily and Spence, David B., “The Regulatory Contract in the Marketplace”, 69 Vand. L. Rev. 141 (2016).
- Hirsch, Dennis D., “Green Business and the Importance of Reflexive Law: What Michael Porter didn’t Say”, 61 Admin. L. Rev. 1063 (2010).

- Kaiser, Frederick M., *Interagency Collaborative Arrangements and Activities: Types, Rationales, Considerations*, Congressional Research Service (CRS), 2011.
- Lember, Veiko et al. ed., *Public Procurement for Innovation Policy - International Perspective*, Springer, 2013.
- Loughlin, Martin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003.
- Marais, Bertrand du, “Uberizing Regulators?”, *Journal of Law & Economic Regulation* Vol. 9 No. 2, 2016.(윤상필·임지훈·권현영 역, “규제기관의 우버(Uber)화”, *경제규제와 법*, 제9권 제2호, 2016).
- Nou, Jennifer, “Intra-Agency Coordination”, 129 *Harvard Law Review* 421 (2015).
- Orts, Eric W./Deketelaere, Kurt (ed.), *Environmental Contracts*, Kluwer Law International, 2000.
- Sherman, Christopher, *The 2016 Forrester Data Privacy Heatmap Points to Continued EU Influence on Global Regulations*, Forrester / Blogs / Privacy, Security & Risk, 2016. 10. 31.
- Strauss, Andrew, “Failure to Launch: Why NASA’s Unchecked Use of OTA Power May One Day Doom the Agency”, 40 *U. Dayton L. Rev.* 131 (2015).
- Sunstein, Cass, “Smarter Regulation: Remarks from Cass Sunstein, Administrator, Office of Information and Regulatory Affairs”, 63 *Admin. L. Rev.* 7 (2011).
- Yeung, Karen, “Tensions in Law, Regulation and Technological Innovation: Recent Cases from the UK Experience”, *Journal of Law & Economic Regulation* Vol. 9 No. 2, 2016.(이범수·윤혜선 역, “법, 규제 그리고 기술혁신의 긴장관계: 영국 경험에서 도출한 최근 사례를 중심으로”, *경제규제와 법*, 제9권 제2호, 2016).

연구보고 2017-01-③

제4차 산업혁명에 따른 규제체제 및 거버넌스 개편
- 행정법이론을 중심으로 한 접근 -

2017년 10월 28일 印刷

2017년 10월 30일 發行

發行人 이 익 현

發行處 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15

(반곡동, 한국법제연구원)

전 화 : (044)861-0300

등록번호 : 1981.8.11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

값 9,000원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 978-89-6684-797-6 93360

KLRI KOREA LEGISLATION
RESEARCH INSTITUTE

