

[行政分野]

行政規制緩和와 裁量權濫用防止를 위한 法制整備方案*

崔松和**

차 례

- I. 序 論
- II. 行政規制緩和의 方向
 - 1. 規制緩和의 基本觀點
 - 2. 規制緩和의 法的 樣態
 - 3. 現在까지 進行된 規制緩和에 대한 評價
- III. 裁量權濫用防止의 基本方向
 - 1. 裁量權濫用防止의 概念
 - 2. 裁量權濫用防止를 위한 一般的인 方向
- IV. 結 論：規制緩和와 裁量權濫用防止를 위한 法制整備方案
 - 1. 規制緩和와 관련된 法制整備方案
 - 2. 裁量權濫用防止와 관련된 法制整備方案

I. 序 論

(1) 1961년(제3공화국) 이후의 우리나라의 경제·사회·문화는 가히 정부 주도적으로 운영되어 왔다고 할 수 있다. 그리고 적어도 경제에 관한 한, 이러

* 한국법제연구원 제4회 법제세미나 주제발표 원고

** 서울대학교 法科大學 教授

한 정부주도의 운영이 상당기간 효율적이었다는 점을 부인하기는 어렵다. 그러나 오늘에 와서 우리는 이러한 주도적인 정부기능이 많은 부작용과 문제점을 가지고 있는 것으로 인식하기에 이르렀다. 최근의 규제완화 움직임¹⁾은 정부기능, 또는 行政機能이 가지는 逆作用에 대한 문제의식에 근거하여 야기된 것이라고 하겠다. 그러나 우리나라에서의 규제완화 논의의 근본적인 문제점은 그 문제의식 자체가 피상적이라는데 있다. 규제완화 논의이든 재량권남용방지의 논의이건 간에 정부기능에 대한 논의는 우선 오늘날의 행정환경에서의 정부의 역할과 기능에 대한 規範論的 비판에서 출발하여야 할 것이다. 요컨대 政府機能의 실패에 대한 광범위한 인식과 공감대형성이 먼저 필요하다는 것이다.

그러므로 행정규제완화와 재량권남용방지를 위한 방안을 모색함에 있어서도 먼저 정부기능의 실패 또는 규제실패에 관한 실증적인 논의의 바탕 위에서 거시적인 차원에서의 현재의 행정기능에 대한 비판이 필요하며, 그에 근거하여 행정기능의 재조정에 대한 방향이 논의되어야 할 것이다. 사실 그동안 우리나라에 있어서 민간의 자율적인 기능에 대비한 행정기능의 경계선이라는 것이 거의 존재하지 않았다. 일제 식민지치하와 6.25전시통제를 거치면서 정부기능은 국민들의 의식 가운데 무한계의 것으로까지 관념되었을 지도 모른다. 더구나 경제개발과정의 政府主導와 그로 인한 사회적 문제에 대처하는 정부의 대응양식은 모든 문제를 행정기능에 의해 해결하려고 하는 경향을 나타낸 것이 사실이다. 그리하여 행정기능은 작은 정부와 規制緩和를 標榜하던 노태우 정부 하에서도 확장되었으면 되었지 축소된 것 같지는 않다. 이렇게 확장된 행정기능

1) 최근의 규제완화 움직임을 간단히 요약 정리해 보면 다음과 같다.

- 1981. 5 「성장발전저해요인개선심의위원회」 설치
- 1985. 5 「성장발전을 위한 제도개선위원회」 개칭
 - '81 ~ '86간 제도개선과제 1,434건 선정, 연차적으로 개선
- 1988. 5 행정개혁위원회를 대통령자문기관으로 설치
 - '89 「행정개혁에 관한 건의서」
- 1990. 5 행정규제위원회(위원장 국무총리) 설치
 - '90 18개 산업, '91 10개 산업 규제완화 결정
 - 규제완화 575건, 지방이관 518건, 민간위탁 144건 등 총 1,237건에 대해 개선조치
 - '92 1,970건의 개선대상과제 확정(총무처, 행정쇄신백서)
 - '91. 9 ~ '92. 3 행정규제완화민간자문위원회(국무총리 소속)
 - 행정규제완화에 대한 건의 — 총괄편, 국민생활편, 기업활동편, 1992. 3.

이 구체적으로 어떤 문제점을 가지고 있으며 또 그 문제의 근본원인은 무엇인가에 대한 실증적·제도적 연구가 없이 단순히 규제완화와 裁量統制의 열매만을 얻을 수 있을런지 대단히 의문이다. 오늘날 통제하기 힘든 관료기구의 속성은 본질적으로 규제완화와 재량통제를 원래의 의도대로 받아들이지 못하도록 한다. 문제의식이 철저하지 못한 개혁은 결국 기득권 수호를 위한 완고한 반동 앞에서 힘을 쓰지 못하고 때로는 즉각적으로 또는 시간의 경과에 따라 왜곡되어 버린다는 사실은 이미 역사가 증명하고 있다.

(2) 본고의 주제는 규제완화와 재량권 남용방지이지만 여기에서는 이 두 주제가 모두 행정기능의 확대와 행정기능의 부작용이라는 공통적인 문제상황에서 비롯된 문제로서 파악한다. 이 문제상황에 대한 대응책으로서의 규제완화는 불필요하고 부적절한 행정기능의 축소로 이해하며 재량권 통제는 계속 유지되는 행정기능 또는 規制制度의 집행상의 적정성 확보로 이해하고자 한다. 물론 양자는 행정기능의 합리화라는 공통적인 목표를 달성하기 위한 부분적인 수단에 불과하며 행정기능의 합리화를 위한 제수단은 규제완화와 재량통제 이외의 다양한 모습으로 강구될 수 있음이 전제되어야 하며 규제완화와 재량통제의 문제는 행정기능의 합리화의 전반적인 구도와 관련하여 추진되어야 한다.

(3) 논의를 규제완화와 재량통제로 축소시킨다 하더라도 궁극적으로는 이 문제 조차 단순한 법제정비로서만 이루어질 문제가 아님을 전제하고자 한다. 오히려 더 중요한 것은 정부기능 또는 행정기능에 대한 관료집단과 피규제자들의 인식의 전환이며 행정청과 사법부 및 국회의 관행과 제도의 재조정의 문제이다. 특별법 제정 등의 法制整備만으로는 이러한 거시적인 행정환경을 다룰 수 없다. 요컨대 法制整備도 중요하지만 그 이후의 재판기능, 개별적 입법기능, 行政慣行, 국민의식의 변화 등의 행정환경의 뒷받침이 더욱 중요하다는 것이다. 그러므로 법제정비차원에서부터 이러한 점에 대한 고려가 필요한 것이다.

Ⅱ. 行政規制緩和의 方向

1. 規制緩和의 基本觀點

이미 밝힌 바처럼 본고는 규제완화와 재량통제 모두를 행정기능의 합리화라

는 공통의 관점에서 검토하고 있다. 따라서 여기에서의 규제완화의 개념도 規制合理化的 한 내용으로 파악하고자 한다. 외국의 예를 보더라도 규제완화는 규제합리화를 위한 규제개혁프로그램의 내용 중의 하나를 이루는 것이었다. 規制改革의 방안을 잠깐 소개하면 규제완화, 목적에 적합하도록 하기 위한 規制手段의 재조정, 規制目標의 명확화, 規制機關의 인적 구성의 개선, 규제기관에 대한 외부적 통제의 강화, 규제기관의 개편, 행정절차의 개선, 規制影響評價制度의 도입 등이다. 규제완화는 이상과 같은 규제개혁조치들과 유기적인 연관 하에 그리고 방법론과 문제의식의 공유하에 이루어져야 할 문제이지 단독적으로 추구될 문제는 아닐 것이다.

다음으로 규제완화에 있어서는 분명한 목표의식이 있어야 한다. 맹목적인 규제완화는 무정부상태를 야기할 뿐이다. 규제완화는 행정기능이 필요없거나 현재의 기능보다 약화되어야 할 필요성이 있는 영역에서 이루어져야 하며 어떤 行政領域—특히 사회적 規制領域—에서는 규제의 강화와 실효성확보가 더 중요한 문제가 될 수도 있다. 문제는 행정기능의 필요여부를 어떤 기준에서 판단할 것인가 하는데 있다. 法學的 次元에서는 보충의 원리가 이 점에 대한 추상적인 기준을 제시할 수 있다. 요컨대 행정기능은 민간의 자율성만으로는 해결할 수 없는 문제가 존재하는 영역에서만 정당화될 수 있다. 민간의 自律性만으로 해결할 수 없는 영역이란 무엇인가, 그에 대한 구체적인 판단은 때로는 입법부가 때로는 사법부와 헌법재판소가 분명히 밝혀주어야 한다. 입법부와 裁判機關의 침묵이 있는 곳에서는 규제는 강화될 수 밖에 없는 속성을 가지고 있다. 왜냐하면 규제는 관료의 영향력을 확대시키는 것인데, 관료가 스스로 그 영향력을 축소할 것을 기대하기는 어렵기 때문이다.

그리고 규제완화의 대상이 되는 규제체도는 법적 관점에서 파악될 것이 아니라 사실적인 관점에서 파악되어야 한다. 학문적 의미에서의 규제개념은 이러한 실제적인 차원의 논의에서 관철될 필요가 없다. 모든 형태의 정부간섭은 규제완화의 대상이 되는 행정기능이다. 따라서 특정 사업의 국가적 독점, 사실상 허가제로 운영되는 신고제, 직업면허, 국가간섭적 성격이 강한 조세제도, 행정지도에 의한 국가간섭 등도 일단 규제완화의 대상목록에 올려야 할 것이다.

마지막으로 규제완화는 game-rule의 변화를 의미하는 것이므로 본질적으로 정치적 성격을 띤다는 사실을 잊어서는 안된다. 그러므로 조금이라도 중요성이 있는 규제완화는 관계이익의 대변과정을 거쳐 신중히 결정되어야 할 것이

며 그렇지 않은 경우 規制權限을 가진 관료들과 規制受益者 등으로부터의 상당한 정치적 저항에 직면하게 될 가능성이 있다. 그러나 規制緩和의 수익자의 입장을 지나치게 반영할 경우, 규제완화가 이루어질 가능성은 없게 될 가능성도 있다. 규제완화를 추진하는 당국의 입장에서는 규제완화를 둘러싼 정치적 상황에 대해 정확한 파악을 하여야 한다. 규제완화의 수익자와 피해자가 모두 강한 이익대변을 하는 경우와 모두 이익대변활동을 하지 않는 경우, 또는 어느 한 쪽은 이익대변을 할 조직을 갖추고 있으나 다른 쪽은 그렇지 못한 경우 등에 따라 利益對辯過程은 달라질 것이다. 이 점에 있어 균형을 잃지 않도록 하는 배려가 필요하다.

2. 規制緩和의 法的 樣態

규제완화는 다양한 법적 형태를 띠 수 있다. 이는 규제 자체의 법적 형식에 대응하는 것이다. 규제의 법적 형태를 보면, 법령에 의한 직접규제, 행정처분에 의한 규제, 행정지도 등의 사실행위에 의한 규제 등이 있다. 어느 경우이거나 가장 전형적인 규제완화는 規制根據法令의 폐지(규제해제)이다. 때로는 국회 입법의 폐지가 요구되는 경우도 있겠으나 모법인 법률은 그대로 두고 그 具體化方法의 변경을 위한 행정입법상의 근거조항 삭제를 통해서도 규제해제를 이룰 수 있다. 둘째로 부칙 개정, 기타의 調整制度를 통한 규제의 시행정지 또는 시행의 연기의 방법이 있다. 셋째로, 규제여부를 재량사항으로 볼 수 있는 경우, 법령의 재해석을 통하여 규제를 불필요한 것으로 해석하거나 또는 법적 요건의 해석을 보다 완화함으로써 규제완화의 효과를 가져올 수 있다. 법령의 해석, 적용과 관련된 행정규칙의 개정이나 집행관행의 변경을 통해 이와같은 규제완화의 실을 거둘 수 있을 것이다. 넷째로, 엄격한 규제수단을 완화된 형태로 변경하는 입법 및 해석을 통한 규제완화이다.

어떠한 방법으로 이루어지든 規制緩和는 그것이 헌법과 법률이 허용하는 입법형성의 자유나 법령해석 및 執行上의 재량의 범위안에서 이루어져야 할 것이며 이러한 점에서 사법부와 憲法裁判所의 裁判統制하에 놓이게 될 가능성이 있다.

문제는 事實行爲로서의 규제조치 곧 행정지도 등에 의한 규제조치인데, 이는 형식적인 법적 효력을 결여하고 있으므로 행정청의 관행의 조정에 의해 해결할

수 밖에 없는 문제라 할 것이며 행정 내부적 통제장치로써 대응하여야 할 것이다.

3. 現在까지 進行된 規制緩和에 대한 評價

우리나라의 규제완화는 1981년 전두환 정부에서부터 비롯된 것으로 1990년 대에 들어와 정부내에 규제완화위원회가 구성됨으로써 더욱 활발히 추진되어 오늘에 이르고 있다. 그러나 현재까지 추진된 규제완화를 간단히 평가해 보면 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 규제완화를 전반적인 규제개혁구도하에 추진하지 아니하고, 문제시되는 局部的 領域에서의 단기적 대처의 수준에 머물렀다는 점이다. 이리하여 이념적인 차원에서는 국민의 변화하는 규제 및 規制緩和에 대한 요구를 충분히 반영하지 못하였고, 실제적인 차원에서는 국부적인 解決策만으로 충분한 정책 효과를 가져오지 못하고 파생되는 부작용을 예상하지 못하는 경우를 야기하게 되었다.

둘째, 규제완화의 문제의식이 피상적이었던 관계로 규제완화추진의 목표는 修辭的 단면적 수준을 벗어나지 못하였다는 점이다. 이것은 규제완화가 가지는 정치경제적 효과에 대한 인식부족에 어느 정도의 원인이 있다고 생각되며 결과적으로는 우리 정책당국이 규제와 규제완화가 가지는 복합적인 정책효과의 고려에 있어 실패를 야기하게 하는 원인이 되기도 하였다.

셋째, 규제완화가 주로 관련산업의 요청에 따른 관료들의 대응이라는 형태로 이루어짐으로 인하여 本質的인 한계를 가지고 있었다. 행정관료와 관련업계는 규제완화에 있어서 모두 이해관계가 있다. 행정관료는 규제완화로 자신의 권한이 축소되기 때문에 구조적 성격을 가지는 것이나 중요 부분의 규제완화에는 소극적일 수 밖에 없다. 또한 관련업계는 이해관계의 한 당사자로서 업계의 일방적인 이해관계를 주장할 수 밖에 없다.

넷째, 認識論的인 개혁이 수반되지 않음으로 인하여 제도변화와 변화된 제도의 집행에 정부와 기업, 국민이 능동적인 반응을 보일 수 없었다. 국민과 기업은 아직도 모든 문제를 정부에 의존하고 정부에 기대하는 속성을 버리지 못하고 있다. 이러한 상황 하에서 규제완화는 유지될 수 없는 것이다.

Ⅲ. 裁量權濫用防止의 基本方向

1. 裁量權濫用防止의 概念

(1) 여기서의 재량권남용방지의 개념은 전체적인 행정기능의 개선이라는 관점, 특히 규제개혁의 관점에서 조망하기로 한다. 그러므로 여기서의 재량권남용의 방지라는 개념은 법학적 차원에서의 그것 만은 아니다. 그러므로 이 논의에 있어서는 재량권남용의 방지를 위한 관료조직의 정치경제학과 그 밖의 제반 行政環境에 대한 종합적인 고려가 요구된다.

(2) 행정청의 재량권에는 행정입법상의 형성의 자유와 구체적 처분에 있어서의 재량권의 두 종류가 있다. 본고의 통일적 관점인 규제개혁의 측면에서는 처분에 있어서의 재량보다도 행정입법상의 형성의 자유가 더욱 중요한 문제가 된다. 물론 엄밀히 말하면 立法形成의 자유가 인정되는 것은 법규명령 뿐이고 행정규칙은 통설상 외부적 구속력이 부인되므로 전적으로 행정청의 재량의 영역에 있다고 할 수는 없다.

어쨌든 규제개혁이라는 관점에서 재량권남용방지의 문제의식은, 법규명령, 행정규칙, 그 밖의 행정상의 준칙설정에 있어서의 재량 내지 형성의 자유와 구체적 처분에 있어서의 재량권의 행사를 모두 포괄하는 것이어야 할 것이다.

2. 裁量權濫用防止를 위한 一般的인 方向

(1) 관료조직과 규제기관의 이기주의적 행태에 관한 실증적 검토를 바탕으로 규제실패를 야기하는 관료조직의 관행을 방지할 수 있는 방안이 모색되어야 한다. 일례로, 정경유착의 관행이 존재한다면 이를 방지하기 위한 제도적 방안이 모색되어야 할 것이다. 또한 규제기관의 力學構造와 운영논리 등에 의한 구조적인 規制失敗(재량권남용) 등에 대한 문제도 다루어져야 할 것이다.

한편 규제집행에 있어서의 공무원들의 관행을 올바르게 계도할 교육, 근무지도 등의 차원에서도 대책이 논의되어야 할 것이다.

(2) 행정입법에 대한 행정부 내외에서의 통제제도가 마련될 필요가 있다. 우

리나라의 재판통제는 구체적 규범통제제도를 채택하고 있으므로 행정입법에 의한 權益侵害에 대해 간접적, 우회적인 성격을 가질 수 밖에 없지만 규제개혁의 목표를 위해서는 규범통제의 요건을 완화하고 규범통제의 가능성을 현저히 확대할 필요성이 있다. 裁判統制는 그야말로 재판을 통한 行政統制일 것이 요구된다. 현대국가에 있어서 특히 우리나라의 최근 역사에 있어서 행정권에 대한 통제기능의 부재로 많은 부작용이 있어 왔다는 점을 감안한다면 굳이 권의 구체적 의미를 부여하지 않더라도 행정통제 자체가 재판통제의 목적으로 인식될 필요가 있다. 이러한 관점에서 행정입법에 대한 재판통제의 확대는 매우 중요한 면이 있다. 재판통제 이외에도 입법부에 의한 제반 통제제도, 행정내부의 감사 및 통제기능 등이 필요할 것이다.

(3) 裁量統制를 위해서는 재량을 부여하는 입법 자체가 명확하여야 하며 재량을 구조화, 준칙화함으로써 통제의 근거를 만들어야 한다. 우선, 광범위한 위임입법을 통제할 수 있는 장치가 필요하며 위임입법에 있어서의 명확한 기준의 설정이 필요하다. 한편, 재량의 준칙화·구조화는 재량행사의 경직화를 야기할 수 있으므로 이를 회피할 수 있는 방안이 모색되어야 할 것이다. 예외를 인정하는 재량준칙, 재량의 정도와 범위를 한정하는 재량가이드(재량지침)의 설정 등은 이와같은 목적을 달성함에 있어서 의미있는 방안이 될 수 있을 것이다.

IV. 結 論 : 規制緩和와 裁量權濫用防止를 위한 法制整備方案

지금까지의 논의를 통해 드러난 바와 같이, 規制改革은 보다 광범위하고 종합적·구조적 차원에서 추진될 필요성이 있다. 정부와 기업 및 시민단체, 일반 국민들의 意識轉換이 먼저 있어야 하며 그 바탕 위에 관행과 제도의 개선이 뒤따라야 한다. 또한 이 작업은 행정부의 일방적인 주도만으로는 결코 마무리지어질 수 없다. 입법부와 사법부 및 헌법재판소 등의 정치적·법적 기능이 뒷받침되지 않으면 안되는 것이다.

規制緩和와 裁量權濫用防止는 이러한 규제개혁의 바탕 위에서 그 일부로 이루어지는 것이며 그를 위한 法制整備는 규제개혁의 전반적인 구도와 구상하에 논의되어야 한다. 이러한 관점하에 이하 규제완화와 재량권남용방지를 위한 방

안을 제시하고자 한다. 편의상 규제완화와 관련된 법제정비방안과 재량권남용방지를 위한 법제정비방안을 구별하여 논하지만 양자는 규제개혁이라는 관점에서 서로 連結·重疊되는 측면이 많은 점을 먼저 지적해 둔다.

1. 規制緩和와 관련된 法制整備方案

(1) 特別法制定의 必要성과 問題點

최근 규제완화의 문제가 심각한 국가적 과제로 인식되면서 特別法制定을 통한 규제완화작업의 수행이 일각에서 논의되고 있다.²⁾ 규제완화의 효율적 수행을 위한 특별법제정은 規制問題를 다룸에 있어서 공통적인 問題意識과 方法論에 대한 인식이 보편적인 공감대를 형성하지 못하고 있는 지금의 시점에서는 분명히 나름의 필요성이 있다고 본다. 그러나 장기적인 관점에서는 이 문제가 1개 내지 수개의 특별법의 제정으로 해결될 수 있는 단순한 문제가 아님이 인식되어야 한다. 행정기능의 임무와 유효범위에 대한 탐구는 시대변화에 따라 지속적으로 논의될 항구적인 성격의 문제이며 아울러 立法府·司法府·行政府 사이의 相互牽制와 均衡의 맥락에서 거시적으로 구조적으로 논의될 사항이기 때문이다. 그러므로 특별법의 제정은 주로 행정부 차원의 규제개선프로그램 및 방법론의 의미를 가지는 것으로 이해되어야 하고 이에 대한 응답이 별도로 입법기관과 재판기관의 구체적인 활동에서 나타나지 않는다면 장기적인 개선의 효과를 기대하기 힘들다는 점이 인식되어야 할 것이다. 그러므로 특별법 제정을 통해서 이루어야 할 것은 장기적, 항구적인 규제개선과 감시의 틀을 형성하는데 있어서의 기본적인 토대와 출발점을 구축하는 점에 있다고 할 것이다.

또한 특별법의 제정은 단순한 규제완화의 문제의 범위를 벗어나서 전반적인 규제개혁의 관점에서 다루어져야 한다. 규제완화가 지금의 시점에서 중요하기는 하나 규제완화 자체가 목표가 될 수는 없는 것이며 규제체제 전반의 목표에 비추어 규제기능의 효율성을 확보하고, 그 폐해를 방지하기 위한 한 방안으로서 일정영역에서의 규제완화가 시도되는 것에 불과하기 때문이다.

2) “정부와 민자당은 27일 기업활동규제완화특별법안을 확정, 이번 임시국회에서 제정을 추진할 방침이다”라는 세계일보 1993. 4. 28. 보도 참조.

(2) 規制改革機構의 設置 · 運營

규제완화 및 그에 관련된 規制改革課題를 달성하기 위해서 강력한 規制改革機構의 설립이 필요하다고 본다. 1980년대 미국의 경우 대통령직속으로 부통령이 이끄는 規制改革專擔班이 가동되어 이 문제를 다룬 바 있거니와, 우리나라의 경우에도 대통령직속으로 규제기능에 대한 종합적인 조정과 감시활동을 수행할 규제개혁기구를 설립할 것이 요청된다. 종래 規制改善業務를 맡아왔던 行政規制緩和委員會의 경우 업무의 진행을 각 부처의 主導權에 맡기고 있는 형태인데, 관료조직의 속성상 각 부처가 자율적으로 규제개선을 하도록 맡기는 것은 바람직하지 않다고 본다. 규제개혁의 전반적인 틀은 종합조정기능을 가진 規制改革機構가 짜고 그것의 시행에 관련되는 개선과제를 각 부처에 맡기는 것이 바람직할 것이다. 그러므로 규제개혁기구의 위상은 각 부처 장 · 차관들의 협의체적인 성격을 벗어나서 독자적인 개혁구도를 입안, 추진할 수 있는 것이 되어야 할 것이다. 물론 이를 위해서 장 · 차관급의 협의기구가 자문 · 심의 · 한정적인 의결 등의 기능을 가지도록 하는 것이 필요하다면 고려해 볼 수도 있을 것이다.

신설될 규제개혁기구가 담당하여야 할 업무는 규제개혁의 전 단계로서의 규제실패에 대한 감시와 규제실패의 확인, 규제체제에 대한 전반적 재검토와 규제수단의 재조정, 각종 관행에 의한 규제의 통제, 새로 만들어지는 규제제도의 타당성 심사 등이 될 것이다. 다만 구체적인 규제개혁의 실행은 관계부처의 執行機能에 맡겨져야 할 것이다.

(3) 規制影響評價制度의 導入 및 規制正當化의 審査

정부규제는 실로 다양한 원인에 의해 촉발되지만 많은 규제제도가 뚜렷한 합리적인 정당화 사유없이 정치 · 경제적 제요인에 의해 도입되기도 한다. 그러므로 신규규제의 도입에 있어서 그러한 규제가 과연 정당화될 수 있는가에 대한 광범위한 관점에서의 평가가 필요하다. 일찌기 미국의 規制立法統制制度로 활용된 규제영향분석 또는 규제영향평가제도는 이러한 점에서 도입을 검토해 볼 만한 제도이다.

규제영향분석을 어떠한 방법에 의해 시도할 것인가는 논란의 소지가 있으나

미국 등의 規制緩和先導國에서 채택하는 방법중의 하나는 비용-편익분석(cost-benefit analysis)이라는 방법이다.³⁾ 어떠한 규제제도를 도입함으로써 얻게 되는 사회적 편익의 총량과 그로 인해 사회가 부담하여야 할 비용의 총량을 교량함으로써 規制制度의 실용성을 평가하는 방법이 비용-편익분석인데 이 방법은 사실 모든 규제영역에 일률적으로 적용할 수 있는 것은 아니다. 특히 사회적 규제영역의 경우에는 규제의 편익은 계산불가능한 경우가 많고 그에 비해 규제의 비용은 명백한 수치로 표현될 수 있기 때문에 비용-편익교량의 본질적 한계를 드러내기도 한다. 그러나 비용-편익교량에 있어서 다양한 방안을 모색함으로써 절대적이 아닌 일응의 정책평가방법을 개발함이 필요하다고 본다.

규제영향의 분석은 여러 차원에서 이루어져야 할 것이지만 첫째, 신규규제제도의 도입에 있어서의 사전심사, 둘째, 기존 규제에 대한 5년~10년 주기의 정기적 재검토, 셋째, 규제제도의 시험적 도입이 있을 경우의 시험기간 도과 후의 평가 등의 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

(4) 規制手段의 再調整

규제개혁에 있어서 또 하나의 중요한 문제는 規制目標와 規制手段의 적절한 결합이다. 규제수단의 부적합(mismatch)은 규제가 불필요한 영역에서의 規制體制의 존재 이상으로 복합적인 규제기능의 실패를 가져온다. 그러므로 전반적인 규제체제가 규제목표에 비추어 볼 때, 적절한 규제수단을 선택하고 있는가 하는 것이 규제제도 재정비의 중요 목표가 되어야 할 것이다. 규제목표를 명확히 하고 규제의 비용과 편익을 적절히 교량하며 침해가 비교적 가벼운 대안을 선택하는 것 등이 규제수단의 재조정的基本적인 틀이 될 것이다.

이와 관련하여 규제수단의 선택에 있어서 수단의 강도에 따라 그러한 규제수단의 선택을 위해서 어떠한 요건이 필요한 것인가하는 객관적인 기준이 제시될 것이 요망된다. 행정의 편익을 위해서는 보다 강력한 규제수단의 선택이 선호될 것이기 때문에 그것을 방지할 객관적 기준의 제시가 필요하다고 할 것이다 예컨대, 職業免許 또는 營業許可에 있어서 등록(registration), 공인

3) 規制行政法에 있어서의 費用-便益分析에 관하여 金裕煥, 美國行政法에서의 規制法規解釋과 規制裁量統制(서울대학교 法學博士學位論文), 135~170면.

(certification), 면허(licensing) 등의 각 단계의 규제수단이 정당화되기 위한 단계적인 요건의 설정도 생각해 볼 만하다.

이러한 규제수단의 재조정의 작업을 위한 先決的인 課題는 각 규제수단의 權益侵害의 정도와 범위에 대한 유형별 분류이며 이것은 학문적인 연구의 성과에 기반을 두고 이루어져야 할 성질의 것이라고 본다.

(5) 規制緩和를 위한 限時的 措置의 導入

규제체제의 변경은 심각한 정치·경제적 문제를 일으키며 때로는 구조적인 법질서의 변경을 요하기도 한다. 따라서 규제체제의 변경은 정치적·법적 위험 부담이 따르는 문제이고 단기간에 체계적인 조정이 이루어지기 힘든 측면이 있다. 이러한 까닭에 미국의 레이건 행정부도 規制法規의 시행연기 등의 한시적인 조치들을 활용한 바 있다.⁴⁾ 우리의 경우도 시의적절한 규제완화조치를 위해 규제의 한시적 완화 및 猶豫措置를 강구할 필요성이 있다. 물론 이를 위해서는 법적 근거가 마련되어야 할 것이다.

한시적 규제완화조치와 함께 논의되어야 할 것으로 한시적인 규제제도의 도입이 있다. 新規規制를 도입하면서 그 규제의 유효기간을 정해놓고 규제의 영향을 분석한 다음, 규제제도의 存續與否를 사후에 결정하는 방식이다(sunset 방식). 이 방식은 개별 규제제도와 아울러 규제기관에 대한 존폐여부의 결정을 유보하는 형태로 활용될 수도 있다.

(6) 각종 規制體制上的의 要件整備 및 法的 基準의 現實化

각종 규제제도는 피규제자의 활동을 위한 다양한 허용요건이 규정되어 있다. 구체적으로는 이러한 요건의 설정이 규제장벽을 형성하게 되는데 각종 요건 규정의 정비와 규제개혁을 위해 매우 필요하다. 개별요건이 과연 규제목표에 비추어 필요한 것인가 개별요건의 존재로 인한 비용—편익의 추이는 어떻게 되는가 등에 관한 심사를 통하여 규제요건을 재정비하는 것이 필요하다고 할 것이다. 또한 인·허가, 면허, 승인 등 행정적 허용조치들의 유효기간이 규제목표에 비추어 정당화되는가 아니면 행정편의 또는 사익적 利益代辦의 영향하

4) Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, Administrative Law and Regulatory Policy, 1985, p.167.

에 존재하고 있는가 하는 점을 심사하여 가능하다면 그 유효기간을 연장하는 방안이 모색되어질 필요성이 있다.

또한 현존하는 각종 규제제도의 법적 기준이 비현실적임으로 인하여 발생하는 제반 문제점을 해결하기 위하여 법적 기준의 재정비가 필요하다. 현재의 각종 行政規範상의 법적 기준들은 行爲規範으로서 보다는 유사시의 團束規範으로 예정되어 현실적으로 지키기 어려운 정도로 강화되어 있는 경우가 많다. 정상적이고 일반적인 피규제자가 준수하기 어려운 규제기준은 이미 규제기준으로서의 적실성을 상실하고 있는 것이므로 규제기준의 광범위한 재조정이 필요하다고 할 것이다.

(7) 複合規制의 一括處理制의 合理化 및 擴大

단일 사안에 대해 여러가지 관점에서의 다양한 규제가 이루어지고 있는 경우에 있어 피규제자의 부담은 그러한 규제의 단순한 산술적인 합계 이상이다. 重複規制와 과다한 규제, 상호조정이 필요한 규제제도 사이의 충돌 등의 문제는 합리적인 해결절차가 없을 때, 때로는 예상치 못한 이상한 형태로 해결되기도 한다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 단일 사안에 대한 복합적인 제규제제도를 일괄처리하는 제도가 필요하다. 그러나 이러한 제도의 설치·운영에 있어서 주의할 점은 일괄처리가 자칫 어느 한 규제관점으로의 규제위축으로 나타남으로써 필요한 규제기능을 사실상 사장시킬 위험이다. 그러므로 일괄처리제도는 다양한 規制觀點과 피규제자의 편익이 모두 존중될 수 있는 기술적인 고려가 필요하다고 할 것이다.

(8) 사소한 것의 例外의 認定

규제의 비용이 규제의 편익을 압도하는 예외적인 경우에 규제의 예외를 인정하는 것이 필요하다. 예외없는 규제는 뜻하지 않은 부작용을 가져올 소지가 있다. 따라서 規制立法 당시부터 피규제대상의 예외에 대한 고려를 해야 되겠으나 때로는 명문의 규정이 없어도 예외의 인정을 위한 행정쟁송 등의 방법에 의해서라도 예외조치를 사안별로 인정하는 것이 필요할 것이다. 물론 이러한 고려가 모든 規制領域에 보편적으로 인정되어야 한다는 것이 아니라 개별 規制領域의 운용상의 필요를 감안하여 例外認定與否를 결정하는 것이 필요하다.

(9) 規制에 관한 爭訟制度의 擴大·強化

모든 법제도의 운용이 그러하듯이 규제개혁의 문제도 궁극적으로 재판기관의 활동에 의하여 보장받아야 할 것이다. 그러나 규제의 경우 개별적인 규제조치의 타당성의 문제는 대부분 규제제도 자체의 타당성의 문제와 연루되어 있어서 규제입법 자체에 대한 재판통제의 길이 현재보다 확대되지 않는다면 규제제도에 대한 재판통제의 실익은 크게 도모할 수 없을 것이다. 그러므로 규제입법에 대한 재판통제의 가능성 확대를 위한 법제정비가 필요하다고 본다. 외국의 경우 行政訴訟 등의 전제가 되어 있는 사건의 성숙성의 개념이 우리나라보다 훨씬 완화되어 있는 경우가 많으며 이러한 완화가 個別法規定에 의해 확보되어 있는 경우도 많다. 우리나라의 경우에도, 行政爭訟의 전제가 되어 있는 處分性概念을 대폭 완화하여 규제에 대한 爭訟가능성을 대폭 열어주는 것이 필요하다. 규제나 규제완화 자체로 인하여 권익의 침해나 의무의 부과가 이루어지거나, 개별적 처분 자체를 따지는 것보다 규제입법 자체를 따지는 것이 權益救濟를 위해 바람직하다고 인정될 때에는 과감히 爭訟의 대상요건을 충족시키는 것으로 인정하는 전향적인 입법 및 판례의 태도가 요구된다고 하겠다.

(10) 行政節次制度의 擴大·強化

規制行政은 참으로 복잡한 정치경제적 효과를 낳는 行政領域이고 그 때문에 이해관계도 복잡하게 얽히는 경우가 많다. 또 하나의 규제제도는 2중·3중의 파급효과를 낳는 경우도 있다. 그러므로 규제제도의 신설, 변경, 폐지에는 關係利益의 代辯過程이 필요하다. 關係利益의 대변이 없이 추상적으로 규제정책의 복합적인 효과를 다 상상한다는 것은 불가능하다. 따라서 규제행정과정 전반에 걸쳐 청문·의견제출 등을 요지로 하는 행정절차제도를 현저히 확대할 필요성이 있다고 본다. 이러한 점에서 一般行政節次法의 제정이 다시 한번 요청된다고 하겠다.

2. 裁量權濫用防止와 관련된 法制整備方案

(1) 包括的 委任에 대한 統制 및 立法方式의 轉換

오늘날의 우리나라의 委任立法은 별다른 법적 통제없이 대단히 포괄적으로

이루어지고 있는데 이것이 재량권남용의 한 원인이 되고 있다. 그러므로 위임 입법에 있어서 포괄적인 授權規定을 대폭 정리함으로써 행정입법에 있어서의 立法形成의 자유 또는 재량권에 대한 통제의 실익을 거둘 수 있다고 본다. 한편 사법부와 헌법재판소에서도 관련 판례를 통하여 위임입법의 기준을 명확히 하고 포괄적인 위임에 대한 통제의 기능을 확대해 갈 것이 필요하다.

또한 입법방식에 있어서도 행정청에게 포괄적인 規制權限을 부여하는 방식을 지양하고 規制權限은 예외적으로 제한적 상황하에서 인정되는 방향으로의 입법정비가 필요하다고 할 것이다.

(2) 規制法規의 合理化·明確化

- 規制目標·處理基準·節次의 合理化·明確化

재량권남용의 일차적인 원인은 법규정이 명확하지 않은데 있다고 보아도 과언이 아닐 것이다. 그러므로 個別規制法規의 規制目標를 명확히 함으로써 재량 행사에 대한 合目的性의 한계를 분명히 설정하고, 요건 및 처리기준과 절차를 보다 명확히 함으로써 법적 판단에 있어서의 공백을 최소한으로 축소시키는 것이 필요하다. 또한 업무처리에 있어서의 기간제한을 강화함(예컨대, 표준처리 기간의 설정 등)으로써 처리지연으로 인한 規制弊害와 재량남용의 여지를 없애야 할 것이다.

(3) 能力規制보다는 行爲規制로

규제의 방식에 있어서 어떠한 행위를 할 수 있는 法的 權能 또는 능력의 부여 또는 박탈이라는 방법에 의한 규제는 행정청에 대해 광범위한 행정상의 권한을 부여하게 된다. 그러므로 法的 權能 또는 능력의 심사를 통해 행위에 대한 사전 규제를 도모하는 것보다 일정한 행위가 이루어졌을 때, 그것을 사후에 규제하는 행위규제제도가 보다 바람직한 것이라고 하겠다.

(4) 裁量基準의 設定·合理化 및 公開

재량권의 남용은 재량기준의 不在에서 비롯된다는 점을 감안한다면 법령이 설사 행정청에게 재량을 부여하였다 하더라도 행정청 내부에서 일정한 재량

기준을 제정하여 활용한다면 재량권 남용을 상당히 방지할 수 있을 것이다.⁵⁾ 行政内部의 行政規範 곧 行政規則은 규제체제의 最下部를 구성하는 것으로 규제체제의 합리화를 위해서는 규제에 관한 이와같은 내부기준의 합리화가 긴요하며 규제완화에 있어서도 이러한 내부기준에 의한 規制撤廢가 상당히 중요한 문제로 대두되고 있다. 그러므로 행정규칙의 형태로 존재하는 내부기준의 합리화와 그것의 외부에의 공개는 行政裁量의 합리화의 필요불가결의 요건이라고 하겠다.

때때로 裁量基準이 존재하지 않고 있는 경우도 있는데 이러한 경우에는 합리적인 재량기준의 설정을 통해 재량통제의 실익을 거둘 수 있다. 재량기준의 설정 또는 재량기준의 합리화를 위해 사용할 수 있는 유효한 방법으로서, 법규 제정 이후의 재량행사의 선례를 정리하여 재량기준으로 설정하거나 裁量合理化의 모델로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다.

그러나 엄격한 재량기준의 설정은 재량권부여의 본래의 뜻에 반하여 행정권의 행사를 경직시킬 가능성이 있다. 이러한 위험에 대비하기 위해, 미국의 저명한 행정법학자 Davis교수는 재량기준에는 예외규정을 두어 경직화를 방지하는 것이 바람직하며 재량기준은 엄밀히 적용되기보다는 재량guide(재량행사 지침)로 활용되는 것이 타당하다고 한다.

행정청의 활동 중 특히 큰 비중을 차지하는 것이 일정한 의무위반을 이유로 각종 인·허가, 면허 등의 효력을 정지, 소멸시키는 제재조치이다. 이는 특히 국민의 권익을 침해하는 침익적 행정행위로서 이러한 행정처분의 기준은 보다 세분화될 필요성이 있고 또한 재량행사의 준칙 또는 지침이 필요한 분야이다. 그러므로, 法規違反行爲의 종류와 위반의 정도, 불이익처분의 종류를 세분하고 그에 대한 제재 정도도 단계화 하여 裁量準則 또는 裁量指針으로 규정해 둘 필요성이 있다. 물론, 이 경우에도 정상참작과 예외가 인정되어야만 裁量附與의 취지를 살릴 수 있을 것이다.

(5) 行政情報公開

행정청이 가지고 있는 정보의 공개는 행정청의 자의적인 판단을 견제할 수

5) 지난번 14대 대통령선거에서 민주자유당의 김영삼 후보는 「사업의 취소·정지 등에 대한 행정처분기준을 세분화하여 처분관청의 재량권남용을 사전에 방지」 하겠다는 공약을 한 바 있다.

있는 유력한 하나의 방안이 될 수 있다. 최근 情報公開法의 제정이 논란되고 있거니와 재량권의 남용방지를 위해서도 行政情報公開法의 제정이 필요하다고 할 것이다.

(6) 公職退任후 일정기간 사기업 就任禁止制度

규제실패를 야기한 근본적인 원인을 연구한 많은 문헌들이 규제행정청이 피규제기업의 포로가 되어 있다는 사실을 지적하고 있다(capture scenario). 우리식으로 소위 政經癒着이라는 관념으로 묘사되고 있는 것이기도 한데, 이러한 정경유착은 행정청의 고위관리가 퇴임 후 관련 피규제기업의 간부로 취임하는 이른바 회전문(revolving door)현상으로 더욱 악화되고 있기도 하다. 그러므로 차제에 공직을 퇴임한 사람은 일정기간 동안 관련 被規制産業에 취업할 수 없도록 하는 규제제도가 모색될 필요성이 있지 않은가 한다.⁶⁾ 다만 이 문제는 직업선택의 자유와의 관계상 공직 취임 당시의 행정청과 피규제산업과의 관계가 분명한 규제, 피규제의 관계에 있는 경우에 한정되도록 하는 보다 기술적인 입법적 고려가 필요하다고 하겠다.

(7) 法令解釋申請制度의 導入

法令解釋의 기준이 애매하여 행정청의 자의적인 裁量行使가 염려될 때, 이해관계자가 정부의 有權解釋을 신청할 수 있게 한다면 그 범위 내에서 재량권에 대한 통제가 이루어질 수 있을 것이다. 다만 이러한 제도는 행정적인 절차로서만 운용되어야 할 것이다. 법해석의 최종적인 권한은 대법원과 헌법재판소에 있기 때문이다.⁷⁾

(8) 行政介入申請制度의 導入

행정청의 개입이 요청됨에도 불구하고 행정청의 개입이 의심스러운 경우 이

6) 공직자윤리법 제17조는 “대통령령이 정하는 직급 또는 직무분야에 종사했던 공무원과 공직유관단체의 임직원 은 퇴직일로부터 2년간 퇴직전 2년 이내에 담당했던 업무와 밀접한 관련이 있는 일정 규모 이상의 영리를 목적으로 하는 사기업체에 취업할 수 없다”라고 규정하고 있는 바, 정부는 위 취업이 제한되는 사기업체로서 1,338업체의 이름을 1992년 12월 31일자 관보에 게재하였으며, 1993년 3월 2,404명의 공무원에 위 사기업체에의 취업이 제한된다는 사실을 알린 바 있다고 한다.

7) 金道昶, 一般行政法論(上), 1992, 245면.

해관계인이 직접 행정청의 개입을 요청할 수 있는 행정상의 제도의 도입도 재량권남용의 관점에서 검토될 만하다. 이 경우 물론 행정청의 行政介入이 의무화되는 경우는 신청인에게 行政介入請求權이 인정된다고 볼 수 있는 경우에 한할 것이지만 개입신청 자체는 청구권 없는 자에게도 한정적으로 허용할 수 있을 것이다.⁸⁾

8) 金道稔, 一般行政法論(上), 1992, 245면.