

事業規制의 類型

鄭泰容*

차 례

I. 개 관

II. 사업규제에 관한 입법례

1. 허 가
2. 인 가
3. 면 허
4. 특 허
5. 등 록
6. 지 정
7. 신고제
8. 통보제

III. 사업규제의 유형에 관한 논의

1. 사업규제유형에 관한 구분의 선례
2. 사업규제유형의 구분의 보완

IV. 결 어

* 法制處 法制官

I. 개 관

일정한 사업을 영위하고자 하는 경우 먼저 행정기관으로부터 면허·허가·인가 등을 받아야 하거나 행정기관에 등록·신고 등을 하여야 하는 경우가 적지 아니하다. 최근 사회 각 분야가 날로 발전해 감에 따라 새로운 사업이 많이 나타나고 있고, 이에 따라 사업규제의 형태와 내용 또한 매우 다양해지고 있다.

강학상의 행정행위 중에서 사업규제와 직접 관련되는 것은 허가와 특허에 불과하지만, 실정법에는 사업규제가 특허·허가·인가·면허·등록·지정·신고 등으로 매우 다양하게 표현되어 있다. 이들 용어는 그 의미가 강학상의 용어와 일치하지 아니할 뿐만 아니라, 동일한 용어가 개별법률마다 각각 다른 의미로 쓰이고 있거나, 다른 용어가 같은 의미로 쓰이고 있어서 개별 용어의 정의를 내리는 것조차 어려운 실정이다.¹⁾ 이러한 용어의 혼란은 일반시민은 물론 직접 법령을 집행하는 공무원으로 하여금 법령의 내용을 쉽게 이해하지 못하게 하거나 틀리게 이해하게 만드는 원인이 되므로 용어를 통일하여야 한다. 용어를 통일하기 위하여는 사업규제의 형태를 유형화할 필요가 있다 할 것인 바, 먼저 사업규제와 관련하여 실제로 쓰이고 있는 입법례를 살펴보는 것이 순서라 할 것이다.

II. 사업규제에 관한 입법례

1. 허 가

(1) 강학상의 허가의 의미로 쓰이는 경우

사업규제의 가장 전형적인 형태가 허가인데,²⁾ 이 때의 “허가”는 강학상의

1) 우리의 실정법에 규정되어 있는 인허가제도는 그 용어에 있어서 특허·허가·면허·등록·승인·신고·지정·확인 등과 같이 워낙 다양하게 사용되고 있어서 인허가의 성질을 규명하는 데에 이들 실정법상의 용어를 기초로 하는 것은 불가능하다. 방기호, “인허가제도설정의 기준”, 『법제연구총서』, 법제처, 1993년, 23면.

2) 종전에는 사업규제라고 하면 허가제를 가리키는 것으로 여겨질 정도이었으나, 최근의 규제완화작업의 결과 종전의 허가제의 상당부분이 등록제 또는 신고제로 전환되어 지금은 오히려 등록제나 신고제를 택하고 있는 입법례가 허가제를 택하고 있는 입법례보다 많아지게 되었다.

허가와 같은 의미로 쓰이는 것을 가리킨다.

강학상의 허가는 법령에 의하여 일반적으로 금지되고 있는 행위를 특정한 경우에 상대방에게 그 금지를 해제하여 적법하게 행할 수 있도록 허용하는 처분을 말한다. 허가는 국민의 자연적 자유를 공익상의 목적을 위하여 법령으로 일반적으로 금지시킨 후 국민이 법령이 정한 일정한 요건을 구비한 경우에는 그 금지를 해제하여 자유로이 행할 수 있도록 하는 것이다. 허가가 있게 되면 금지되어 있던 자연적 자유가 회복되는 데에 불과하며 새로운 권리가 설정되는 것은 아니다. 허가로 인한 이익은 통상 반사적 이익으로 해석되고 있다. 또한 허가를 받아야 하는 행위를 허가 없이 행한 경우 행정상 강제집행이나 처벌의 대상은 되지만 원칙적으로 그 행위의 사법상 효력이 부인되지 아니한다.

실정법상의 허가가 강학상의 허가의 의미로 쓰이고 있는 예로는 식품위생법에 의한 식품위생업허가를 들 수 있다. 식품위생업(식품첨가물제조업·식품조사처리업·단란주점영업 및 유흥주점영업)을 하고자 하는 자는 영업의 종류별·영업소별로 식품의약품안전청장 또는 지방자치단체의 장의 허가를 받아야 하며, 이를 위반한 때에는 5년 이하의 징역이나 3,000만원 이하의 벌금에 처하여진다(식품위생법 §22①, §74).

일반적으로 사업활동과 관한 법제에는 허가를 받을 수 있는 주체, 허가를 받아야 할 사항, 허가권자, 허가의 신청절차, 허가의 요건, 허가의 부관, 허가사항의 변경, 금지사항 또는 준수사항, 허가취소 기타의 행정처분, 결격사유, 유효기간, 허가증, 허가의 지위승계 등을 규정하여야 한다고 설명되고 있다.³⁾ 식품위생업허가의 경우 이러한 입장에 충실히 따르고 있다. 허가를 받고자 하는 자는 시설기준에 적합한 시설을 갖추어야 하며, 시설기준에 적합하지 아니하는 경우 허가권자는 허가를 할 수 없다. 허가권자는 일정한 기간 내에 시설을 갖추어 줄 것을 조건으로 이를 허가할 수 있으며, 조건부로 허가를 받은 자가 정당한 사유 없이 그 기간 내에 시설을 갖추지 아니한 때에는 그 허가를 취소하여야 한다(식품위생법 §21①, §23①②, §24①). 허가권자는 사업활동시설이 시설기준에 적합하지 아니한 때에는 사업활동허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 사업활동의 전부 또는 일부를 정지할 수 있으며, 시설기준에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처한다(식품위생법 §58①, §77). 허가권자는 사업활동허가를 하는 때에는 필요한

3) 박영도, 『입법기술의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 1997, 148~186면.

조건을 붙일 수 있으며, 이 조건에 위반한 사업활동자는 2년 이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처한다(식품위생법 §22③, §77).

허가제에 있어서 일정한 요건을 갖추도록 하고 있는 경우가 대부분인데, 허가는 금지되어 있던 국민의 자연적 자유를 회복시켜주는 것이므로 허가를 받고자 하는 자가 허가요건을 갖추고 있는 경우에는 반드시 허가를 하여야 한다. 즉 허가는 기속행위이다. 허가가 기속행위이므로 허가신청이 경합되는 경우에는 먼저 신청한 것부터 심사하여 그 신청이 허가요건을 갖춘 때에는 허가를 하여야 한다(先頭主義).⁴⁾ 허가가 기속행위라고 하여 행정기관이 허가신청을 받아들일 것인지 여부에 대하여 전혀 재량을 행사할 수 없는 것은 아니다. 허가요건이 추상적·다의적으로 되어 있는 경우에는 행정기관이 허가요건에 적합한지 여부를 판단할 필요가 있게 되고, 이 범위 안에서 행정기관은 재량을 행사할 여지가 있게 된다. 또한 허가요건 그 자체는 추상적·다의적으로 되어 있지 아니하지만 그 내용이 전문적이어서 행정기관의 전문적인 판단을 거치지 아니하고는 허가기준을 구비하였는지 여부를 확인하기 곤란한 경우 행정기관은 전문가로서 재량을 행사할 수 있게 된다. 실정법에서는 행정기관이 허가요건을 갖추었는지 여부를 판단함에 있어서 재량을 가지는 경우가 대부분이고, 행정기관이 허가요건을 갖추었는지 여부를 판단함에 있어서 전혀 재량을 가지지 못하는 경우는 오히려 드물다 할 것이다.

식품위생업의 경우 식품위생업자가 갖추어야 할 시설기준이 영업의 종류별로 건물, 작업장, 식품취급시설, 냉동·냉장시설, 가열처리시설, 판매시설, 급수시설, 화장실, 창고, 검사실, 운반시설, 세차시설, 차고, 영업소, 영업장, 조리장, 조명시설, 소방·방화시설 등 각종의 시설에 걸쳐 매우 상세하게 규정되어 있다(식품위생법시행규칙 §20, [별표 9]). 이러한 기준을 갖추었는지 여부는 객관적으로 명확하게 나타나는 경우가 대부분이지만, 행정기관의 판단이 개입될 수밖에 없는 경우가 있다. 예를 들어 “작업장은 독립된 건물이어야 한다.”거나, “소방법령이 정하는 소방·방화시설을 갖추어야 한다.”거나, “객실면적은 객석면적의 1/2을 초과할 수 없다.”는 기준에 해당하는지 여부는 외부적으로 명확하다. 그러나 “건물의 위치가 오염물질의 발생시설로부터 식품에 나쁜 영향을 주지 아니하는 거리에 있어야 한다.”거나, “건물의 자재는 식품에

4) 박윤훈, 『최신 행정법강의(상)』, 박영사, 2000, 358면.

나쁜 영향을 주지 아니하고 식품을 오염시키지 아니하여야 한다.”거나, “충분히 환기를 시킬 수 있는 시설을 설치하여야 한다.”거나, “화장실은 조리장에 영향을 미치지 아니하는 장소에 설치하여야 한다.”는 요건의 경우에는 불가불 행정기관의 판단이 개입되게 된다.

(2) 강학상의 특허의 의미로 쓰이는 경우

허가가 강학상의 특허(공기업특허)와 같은 의미로 사용되는 경우가 있다. 이러한 예로는 도시가스사업허가가 있는 바, 도시가스사업(가스도매사업 및 일반도시가스사업)을 하고자 하는 자는 산업자원부장관이나 특별시장·광역시장 또는 도지사의 허가를 받아야 하며, 이를 위반한 때에는 3년 이하의 징역이나 3,000만원 이하의 벌금에 처하여야 한다(도시가스사업법 §3①②, §49).

허가가 강학상의 특허와 같은 의미로 쓰이는 경우에는 그 요건이 추상적·다의적이어서 허가권자가 재량을 행사할 여지가 매우 많게 되어 있다. 도시가스사업허가의 경우 도시가스사업법 및 동법시행규칙에 다음과 같이 허가기준과 그 세부기준이 규정되어 있는 바(도시가스사업법 §3③), 법률에 규정된 기준은 물론 시행규칙에 규정된 세부기준조차 그 내용이 매우 추상적·다의적으로 되어 있어서 허가요건을 갖추었는지 여부를 객관적으로 판단하기 어렵게 되어 있다.⁵⁾

① 허가기준

- 도시가스사업이 공공의 이익 및 일반수요에 적합한 경제규모가 될 수 있을 것
- 도시가스사업을 적정하게 수행하는 데 필요한 자원 및 기술적 능력이 있을 것
- 도시가스의 안정적 공급을 위하여 적합한 공급시설을 설치·유지할 능력이 있을 것

5) 도시가스사업법에서는 동법 및 동법시행규칙에 규정된 기준의 범위 안에서 특별시장·광역시장 또는 도지사가 지역특성에 적합하도록 허가의 세부기준을 정하거나 도시가스공급권역을 설정하여 고시할 수 있도록 하고 있는 바(도시가스사업법 §3⑤), 도시가스사업허가를 받고자 하는 자는 이 고시를 보지 아니하면 허가기준의 구체적인 내용을 알 수 없게 된다.

② 허가세부기준

- 도시가스사업이 사업계획대로 확실히 수행될 수 있을 것
- 도시가스를 공급하고자 하는 권역이 다른 도시가스사업자의 공급권역과 중복되지 아니할 것
- 도시가스사업이 적정하게 수행될 수 있도록 자기자본비율이 가스공급개시 연도까지는 30% 이상이고, 개시연도의 다음 연도부터는 계속 20% 이상 유지되도록 사업계획이 수립되어 있을 것
- 도시가스가 공급권역 안에서 안정적으로 공급될 수 있도록 원료조달 및 간선배관망건설에 관한 사업계획이 수립되어 있을 것
- 도시가스공급이 특정지역에 편중되지 아니할 것
- 도시가스의 안정적 공급을 위하여 산업자원부장관이 정하는 예비시설을 갖출 것
- 천연가스를 도시가스원료로 사용할 계획인 경우에는 사업계획이 천연가스를 공급받는데 적합할 것

강학상의 특허의 경우에는 신청인이 요건을 갖춘 때에도 공익상의 필요가 있는 경우에는 특허를 하지 아니할 수 있으며, 신청이 경합되는 경우에는 신청순서에 관계없이 공익상 가장 유익하다고 인정되는 신청인에게 특허를 할 수 있다. 도시가스사업허가의 경우에도 신청인이 요건을 모두 갖춘 경우에도 허가권자는 가스의 수급상황, 가스의 안정적 공급, 가스공급권역별 도시가스사업자의 분포 등을 감안하여 허가를 거부할 수 있다 할 것이다.

특허기업에 대하여는 재화 또는 용역의 공급의무를 부여하거나 재화 또는 용역의 질과 가격에 대하여 통제하는 등 포괄적인 규제를 하는 경우가 있는 바, 가스사업자의 경우에도 공급계획을 제출하게 하고, 공급규정 및 안전관리규정을 작성하여 승인을 받도록 하며, 산업자원부장관이 가스의 수급상 필요한 때에는 조정명령을 할 수 있게 하고 있다(도시가스사업법 §18, §20, §26, §40).

그리고 허가가 특허의 의미로 쓰이는 경우에도 신청절차, 부관, 금지사항 또는 준수사항, 특허의 취소 기타의 행정처분, 결격사유, 유효기간, 특허의 지위승계 등을 규정하게 됨은 물론이다.

2. 인 가

강학상의 인가는 특정법률관계의 당사자의 행위에 대하여 동의를 부여하여 그 행위에 대한 효력을 보충함으로써 법률상의 효력을 완성시키는 행정행위를 가리킨다. 이러한 의미의 인가는 사업활동에 대한 규제분야에서는 적용될 여지가 없다.

인가는 실정법에서는 주로 특허적 성격이 강한 사업에 대한 허가의 의미로 사용되고 있는 바, 이러한 예로는 은행업인가가 있다. 은행업을 영위하고자 하는 자는 금융감독위원회의 인가를 받아야 하며, 이를 위반한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금에 처하여야 한다(은행법 §8①, §67).

은행업인가의 경우에는 인가요건에 대하여는 따로 규정하지 아니한 채 인가권자인 금융감독위원회로 하여금 사업계획의 타당성, 자본금 및 주주구성과 주식인수자금의 적정성, 발기인 또는 경영진의 경영능력과 성실성 및 공익성을 확인하도록 하고 있다(은행법 §8②). 따라서 인가여부를 결정함에 있어서 인가권자의 재량권행사가 폭넓게 인정되는 바, 신청이 요건을 갖추었는지 여부를 판단함에 있어서 인가권자의 재량이 작용할 여지가 많을 뿐만 아니라, 신청이 요건을 갖추었다고 판단되는 경우에도 인가권자는 금융시장의 동향 등 경제여건을 감안하여 인가를 거부할 수 있다. 이는 보험업인가·신탁업인가 등 금융업에 관한 인가에 공통된다.

그리고 인가의 경우에도 신청절차, 부관, 금지사항 또는 준수사항, 인가의 취소 기타의 행정처분, 결격사유, 유효기간, 인가의 지위승계 등을 규정하게 된다.⁶⁾

3. 면 허

(1) 강학상의 허가의 의미로 쓰이는 경우

면허는 강학상의 용어가 아니라 실정법상의 용어인 바, 면허는 강학상의 허가 또는 특허의 의미로 사용된다. 면허가 강학상의 허가의 의미로 사용되는

6) 그러나 금융관련법률에서는 금융업의 인가를 받은 자가 당초의 인가요건에 미달하게 되는 경우에도 이를 인가취소요건으로 하지 아니하는 것이 일반적이다.

경우는 주로 특허적 성격이 강한 사업에 관한 분야인데, 여객자동차운수사업 면허·주류제조면허 등이 이에 해당된다.

면허는 그 기준이 추상적·다의적으로 되어 있어서 강학상의 허가에 비하여 행정기관이 재량을 행사할 여지가 많다. 법률에는 면허기준을 추상적으로 규정한 후 보다 구체적인 기준은 지침·예규의 형식으로 정하는 경우가 많다. 또한 면허기준이 구비된 경우에도 공익상의 필요가 있는 경우에는 면허를 거부할 수 있다.

여객자동차운수사업법에 의한 여객자동차운송사업의 면허기준은 다음과 같이 되어 있는 바(법 §6①), 특히 첫째 요건의 경우 그 내용이 추상적이어서 면허관청의 재량이 개입할 여지가 많다.

- 1) 사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것
- 2) 최저의 면허기준대수·보유차고면적·부대시설 기타 건설교통부령이 정하는 기준에 적합할 것
- 3) 운전경력·교통사고유무·거주지 등 건설교통부령이 정하는 기준에 적합할 것

그리고 면허의 경우에도 신청절차, 부관, 금지사항 또는 준수사항, 면허의 취소 기타의 행정처분, 결격사유, 유효기간, 인가의 지위승계 등을 규정하게 된다.

(2) 강학상의 특허의 의미로 쓰이는 경우

면허는 강학상의 특허의 의미로도 사용되는데, 어업면허·전용철도경영면허 등이 이에 해당한다.

정치망어업·해조류양식어업·패류양식어업·어류등양식어업·복합양식어업·협동양식어업 및 마을어업을 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 자치구의 구청장의 면허를 받아야 하며, 이를 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하여진다(수산업법 §8①, §95).

강학상의 특허의 경우 자유재량행위이므로 신청이 요건에 적합하더라도 특허를 하지 아니할 수 있으므로 허가의 경우에 비하여 요건을 정하는 의의가 반감되는 바, 수산업법에서는 어업면허기준에 대하여는 별도로 규정하지 아니한 채 면허권자가 어업면허를 할 때에는 어장이용개발계획의 범위 안에서 하

도록 하는 추상적인 규정만 두고 있다(수산업법 §8②). 이는 전용철도경영면허에 관하여 규정하고 있는 철도법에서도 마찬가지인 바, 동법에서는 아예 면허요건에 관한 규정을 두고 있지 아니하다(철도법 §5).

4. 특 허

강학상의 특허는 특정인에 대하여 새로운 권리·능력 또는 포괄적 법률관계를 설정하는 행정행위를 가리킨다. 사업활동과 관련하여 특허가 사용되는 예로는 특허보세구역의 설정에 관한 특허가 있다.

특허보세구역을 설정하고자 하는 자는 세관장의 특허를 받아야 하는 바, 특허를 받을 수 있는 요건은 보세구역의 종류에 따라 대통령령이 정하는 기준에 따라 관세청장이 정한다(관세법 §78). 특허요건을 법령에 명시하고 있지 아니하고 관세청장이 정하도록 하고 있는데, 설사 관세청장이 정하는 요건이 구비된 경우에도 공익상의 필요가 있는 경우에는 특허권자는 특허를 거부할 수 있다.

사업활동과 관련하여 특허의 용어가 사용되는 예는 특허보세구역의 설정에 관한 특허 외에는 찾아보기 어렵다. 이는 특허라는 용어가 특정인에 대한 특혜라는 인상을 주기 때문에 사용을 기피하고, 그 대신 사용하기에 무난한 허가 또는 면허라는 용어를 선호하는 것으로 보인다.

5. 등 록

(1) 강학상의 등록

강학상의 등록은 일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 비치되어 있는 장부에 등재하고 이에 따라 일정한 사실이나 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 것이다. 등록은 사실이나 법률관계의 존부를 형식적으로 증명하는 것이므로 사업활동에 대한 규제와는 전혀 다른 차원의 문제이다.

(2) 약화된 허가의 의미로 쓰이는 경우

실정법상에서는 등록을 규제의 정도가 허가와 신고의 중간에 속하는 의미로 사용하고 있다. 즉 등록제를 약화된 허가제로 보는 것이다. 등록제로 하고 있

는 경우는 일정한 행정기관의 인·허가가 단순히 사업활동의 개시요건에 불과한 경우와 사업활동의 허용 여부에 관한 별도의 처분요건이 없는 경우를 들 수 있다. 체육시설업(골프장업·스키장업·요트장업·조정장업·카누장업·빙상장업·자동차경주장업·승마장업 또는 종합체육시설업)의 경우 먼저 사업계획의 승인을 얻어 필요한 시설을 갖춘 후 사업활동을 개시하기 전에 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 등록하도록 하고 있고(체육시설의설치·이용에 관한법률 §21), 변리사·세무사·공인회계사 등 일정한 자격을 가진 자가 사무소를 개설하고자 하는 때에도 등록을 하게 하고 있다.

등록의 경우 등록요건, 결격사유, 등록의 취소(말소라는 용어를 사용하기도 함) 및 사업활동의 정지, 무등록사업활동자에 대한 처벌 등 전체적인 내용이 허가에 준하고 있는 바, 허가에 비하여 행정기관의 재량의 폭이 다소 적다는 점을 제외하고는 허가과 별로 구분되지 아니한다. 따라서 등록신청의 수리·거부에 대한 행정기관의 재량의 여지를 두게 되면 등록제는 허가제와 같게 되어 양자를 구분할 의의가 없게 되므로 등록의 경우에는 등록여부를 결정함에 있어서 공익성의 판단 등 행정기관의 재량이 개입될 여지가 없도록 등록기준을 구체적이고 일의적으로 규정함으로써 그 구비여부가 외관상 명백하게 판단될 수 있도록 하여야 한다.

(3) 면허제 또는 허가제의 전환

강학상의 등록이 사실이나 법률관계의 존부를 형식적으로 증명하는 것에 불과하므로 등록관청은 등록의 수리여부에 대하여 전혀 재량을 가지지 아니한다. 허가 또는 면허신청이 있는 경우 행정기관이 요건에 해당되는지 여부에 관하여 과도하게 재량을 행사하여 국민에게 불편을 주는 사례가 적지 아니하였다. 이러한 폐해를 없애기 위하여 강학상의 등록의 경우 행정기관의 재량이 별로 인정되지 아니한다는 점에 착안하여 면허 또는 허가에 있어서의 행정기관의 재량의 여지를 없애고 민원인의 편의를 도모하기 위하여 면허제 또는 허가제를 등록제로 전환하는 예가 늘어나고 있다.

건설산업기본법에 의한 건설업등록의 경우 종전의 면허제에서 전환된 것이다. 전환의 가장 큰 이유는 면허시기를 제한하고, 면허기준에 해당하는 경우에도 면허를 발급하지 아니하는 관행을 없애기 위한 것이었다. 일반건설업 또

는 전문건설업을 영위하고자 하는 자는 건설교통부장관 또는 시·도지사에게 등록하여야 하며, 등록을 하지 아니하거나 부정한 방법으로 등록을 하고 건설업을 영위한 자는 1년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다(건설산업기본법 §10, §96). 건설업등록을 하고자 하는 자는 기술능력·자본금·시설·장비 등 등록기준을 갖추어야 하며, 등록관청은 건설업자가 등록기준에 미달하게 된 때에는 건설업등록을 말소하거나 사업활동정지를 명할 수 있다(건설산업기본법 §10, §83①).

이와 같이 면허제 또는 허가제를 등록제로 전환하는 경우 신청요건 등 실제적인 내용은 전혀 변경하지 아니하고 절차도 면허 또는 허가의 경우와 동일하게 운영하면서 단지 용어만 등록으로 변경하는 때에는 오히려 국민의 혼란을 야기하고 행정불신을 초래하게 될 우려가 있다. 면허제 또는 허가제를 등록제로 전환하는 경우에는 신청의 수리·거부에 대한 행정기관의 재량의 여지를 대폭 축소하고 그 절차도 간소화하여야 할 것이다. 만일 신청에 대한 수리·거부에 관하여 행정기관의 재량의 여지를 둬으로써 사실상의 허가제로 운영하고자 하는 경우에는 등록제로 전환하기보다는 면허제 또는 허가제로 운영하는 것이 바람직할 것이다.

6. 지 정

지정은 사람·사업활동·상품 등을 특정하는 행정기관의 행위를 가리키는 데, 사업활동에 대한 규제와 관련하여 사업활동허가에 준하는 의미로 사용된다.⁷⁾ 제조담배의 소매업을 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 구청장으로부터 소매인지정을 받아야 한다(담배사업법 §16).

다른 허가에 비하여 행정기관의 재량이 폭넓게 작용함을 강조하기 위하여 허가라는 용어대신 지정이라는 용어를 사용하는 예가 많다. 안전검사와 같이 공익적 성격이 강한 특정의 업무를 행하게 할 때에 많이 이용된다. 산업자원부장관은 품질경영을 촉진하기 위하여 기업의 품질보증체제의 보증능력 및 신

7) 기존의 사업활동 또는 사업자중 특히 능력이 있거나 공신력이 있는 자를 지정하여 특정의 업무를 행하게 하거나 특별한 지원을 하는 경우가 있는 바, 이는 사업활동의 허용 그 자체와는 별개의 문제라 할 것이다. 기존의 체인사업자 중에서 일정한 요건을 갖춘 자를 지정체인사업자로 지정하여 유통산업발전법에 의한 지원을 하는 것이 그 예이다(유통산업발전법 §41).

퇴성에 대한 인증을 하는 기관을 지정할 수 있는 바, 지정기준이 다음과 같이 추상적으로 규정되어 있다(품질경영촉진법 §6, 동법시행규칙 §14).

- ① 품질보증체제인증업무를 수행할 전담조직을 갖춘 법인 또는 단체일 것
- ② 인증업무수행범위별로 산업자원부장관이 정하여 고시하는 인증심사원 기타 능력을 갖추고 있을 것
- ③ 인증업무규정에 따라 인증업무를 수행할 능력을 갖추고 있을 것

7. 신고제

신고는 일반법령에서는 특정의 사실 또는 법률관계의 존부에 관하여 행정기관에 이를 알리는 행위로서 그에 대한 행정기관의 반사적 행위를 필요로 하지 아니하는 보고적 성격을 지닌다. 이 경우 신고사항은 어디까지나 행정기관이 필요로 하는 관련자료 또는 정보에 지나지 아니한다. 이러한 의미에서의 신고제는 특정사업활동의 현황을 파악하는 데에 그치는 경우에 적합한 바, 면허제·허가제 또는 등록제의 경우와는 달리 별도의 물적 또는 인적기준의 설정을 필요로 하지 아니한다.⁸⁾ 규제완화가 진행됨에 따라 위와 같은 의미의 신고제는 통보제로 전환되거나 자유업으로 바뀌어 실정법에서는 찾아보기 어렵게 되었다.

실정법에서의 신고제는 일정한 요건에 해당하는 경우에만 신고필증을 교부하거나, 신고의 수리에 있어서 행정기관의 재량의 여지를 두거나, 무신고사업활동에 대하여 처벌하거나, 의무위반자에 대하여 영업폐쇄 등의 행정처분을 하는 등 허가제에 준하여 운영되는 것이 대부분이다. 식품위생업(식품제조·가공업, 즉석판매제조·가공업, 식품운반업, 식품소분·판매업, 식품냉동·냉장업, 용기·포장류제조업, 휴게음식점영업, 일반음식점영업)의 신고가 이러한 예에 해당된다(식품위생법 §22⑤, 동법시행령 §13).

특히 최근에는 등록제의 경우와 마찬가지로 행정기관의 재량을 없애고 민원인의 편의를 도모한다는 취지에서 기존의 면허제·허가제 또는 등록제를 신고제로 전환하는 예가 늘어나고 있다. 그러나 신고제로 전환한 후 실질적으로는 종전의 면허제·허가제 또는 등록제와 같이 운영하는 경우에는 오히려 신고제로의 전환을 삼가야 할 것이다.

8) 신고제에 있어서는 결격사유를 규정할 필요도 그리 많지 아닐 것이다.

8. 통보제

이는 종전의 신고제가 전환된 것으로서 자유업으로 할 경우 위반행위에 대한 제재가 불가능하게 되는 점을 고려하여 일정한 시설 및 설비를 갖춘 자는 행정기관에 통보만 하면 영업을 할 수 있도록 하고, 위반행위를 한 때에는 영업정지·영업소폐쇄 등의 행정처분을 할 수 있도록 하였다.

공중위생영업자는 영업소를 개설한 때에는 시장·군수 또는 구청장에게 영업소개설사실을 통보하여야 하며, 시장·군수 또는 구청장은 매월 말일 현재 그 관할구역 안의 공중위생영업자의 현황을 파악·관리하여야 한다(공중위생관리법 §3). 공중위생영업자가 법령을 위반한 때에는 시장·군수 또는 구청장은 6월 이내의 기간을 정하여 영업정지·시설사용중지·영업소폐쇄 등을 명할 수 있으며, 영업소폐쇄명령을 받은 후 6월이 지나지 아니한 경우에는 동일한 장소에서 폐쇄명령을 받은 영업과 같은 종류의 영업을 할 수 없다. 영업소폐쇄명령을 받고도 계속하여 영업을 하는 때에는 관계공무원이 영업표지물을 제거하거나 위법한 영업소임을 알리는 게시물을 부착할 수 있으며, 영업에 필요한 기구 또는 시설에 대한 봉인을 할 수 있다(공중위생관리법 §11).

Ⅲ. 사업규제의 유형에 관한 논의

1. 사업규제유형에 관한 구분의 선례⁹⁾

(1) 면허영업·허가영업·등록영업 및 신고영업

실정법에 규정되어 있는 사업규제의 유형을 단순화·체계화할 필요가 있지만, 이 문제에 관하여 언급하고 있는 사례는 찾아보기 어렵다. 다행스럽게도 법제처 이원 심의관이 이에 대한 방안을 제시하고 있으므로 이를 간추려 소개한다.

이원 심의관은 사업규제의 유형을 영업에 대한 국가의 규제와 영업자의 권리 또는 이익의 보호의 정도를 기준으로 할 때 이론상의 개념의 중심이 되는 특허영업·허가영업·신고영업으로 나눌 수 있고, 여기에 허가영업과

9) 이원, “사업활동인·허가제도에 관한 입법론적 고찰”, 『법제개선연구』(제2집), 법제처, 1996, 296~311면.

신고영업의 중간정도가 되는 영업을 추가하여 4가지 형태로 구분할 수 있다고 한다. 이 경우 “특허”라는 용어는 실정법에서는 전혀 사용되고 있지 아니하여 생소하고 자칫 특허기업이라는 인상을 줄 우려가 있으므로 실정법에서 특허의 의미로 사용되고 있는 “면허”로 대체하고, 허가영업과 신고영업의 중간정도가 되는 영업은 허가제에 의한 규제완화의 결과로서 최근 실정법에 많이 나타나고 있는 등록영업을 제시하고 있다. 이 결과 영업의 형태는 면허영업·허가영업·등록영업 및 신고영업의 4가지로 구분되는데, 영업을 하고자 하는 자가 지방자치단체·공공단체 등이어서 일반인과 같이 면허·허가 등을 받도록 하는 것이 어색한 경우에는 “승인”이라는 용어를 사용하도록 하고, 주무관청이 지방자치단체의 장이고 영업을 하고자 하는 자가 국가이거나, 주무관청이 기초지방자치단체의 장이고 영업을 하고자 하는 자가 국가 또는 광역지방자치단체의 장인 경우에는 “인정”이라는 용어를 사용하는 방안을 제시하고 있다.

(2) 면허영업

면허영업은 소극적인 사회질서의 유지를 위하여 국가의 관여가 요구되는 것이 아니라 적극적인 공익의 증진을 위하여 국가의 관여가 요구된다는 점에서 공익성이 강하고 국가가 그 권리성(독점성)을 보장하는 반면 국가의 보호 내지는 간섭의 필요성도 큰 영업이 그 대상이 된다. 국가의 독점사업을 개방하는 경우의 그 영업(수도사업, 철도사업, 우편사업, 담배제조업 등), 막대한 자본·시설·인력 등이 소요됨에 따라 자연적으로 독·과점상태에 있게 되는 영업(발전사업, 가스사업), 공익상 목적으로 독·과점을 인정하는 영업(노선버스사업), 정부의 업무를 대행하는 영업(검사·검정·환경영향평가·교육 등의 대행), 그리고 원래 금지된 것을 공익상 목적으로 특별히 허용하는 영업(경마·경륜·복권발행 등)이 이에 해당한다.

면허영업에 대하여는 다른 영업과는 달리 영업자의 기존의 투자를 보호하고 중복투자를 방지하기 위하여 면허를 제한하는 경우(예: 막대한 자본·시설·인력 등이 소요됨에 따라 자연적으로 독·과점상태에 있게 되는 영업), 면허기준의 준수여부나 공익상의 필요여부를 재점검하기 위하여 면허유효기간을 두는 경우(예: 금지된 것을 특별히 허용하는 영업), 그리고 재화 또는 용역의 공급의무를 부여하거나 재화 또는 용역의 질과 가격에 대하여 통제하는 등 영업자에 대한 포괄적인 규제를 인정하는 경우(예: 독·과점이 인정되는 영업)가 있다.

(3) 허가영업

허가영업은 소극적으로 사회질서의 유지를 위하여 국가의 관여가 필요한 분야의 영업으로서 등록영업의 경우와는 달리 허가여부에 대하여 행정기관이 다소간의 재량을 갖도록 할 필요가 있는 영업이다.

허가여부에 대하여 행정기관의 재량을 인정할 필요가 있는 영업(예: 식품위생업), 허가기준이 추상적·다의적이거나(예: 보험업) 매우 전문적이어서(예: 석유정제업) 허가기준의 구비여부를 판단함에 있어서 행정기관의 재량이 필요한 영업을 허가영업에 해당된다.

(4) 등록영업

등록영업은 등록기준의 구비여부를 판단하는 데에 행정기관이 재량을 가질 여지가 없고 영업에 대한 정부의 간섭의 필요성이 크지 아니한 분야, 즉 등록기준을 충족하는 한 등록을 받아 주어야 하는 영업이다.

등록여부를 판단함에 있어서 공익성의 판단 등 행정기관의 재량이 개입될 여지가 없도록 등록기준을 구체적·일의적으로 규정하여 기준의 구비여부가 외관상 명백하게 되도록 하여야 한다. 그 외의 사항은 허가영업의 경우와 같다.

(5) 신고영업

신고영업은 신고만으로 적법하게 영위할 수 있는 영업으로서 허가영업 또는 등록영업과는 달리 별도의 물적 또는 인적 기준의 설정을 필요로 하지 아니하는 영업분야이다. 이 경우 신고사항은 어디까지나 행정기관이 필요로 하는 관련 자료 또는 정보에 지나지 아니한다. 따라서 이념적으로는 정부의 규제 없이 자유업으로 하는 것이 바람직한 분야이나 관련분야의 정책수립이나 행정지도를 위하여 정부가 최소한의 정보를 획득하고자 하는 분야가 대상이 된다. 만약 그 이상의 것을 목적으로 하거나 의무위반자에게 영업정지를 시켜야 할 필요성이 있는 분야라면 신고영업으로 하기보다는 등록영업 또는 허가영업으로 하여야 할 것이다.

신고영업에 있어서 신고의 법적 성격, 신고영업에 대한 규제의 필요성 등을 감안하면 신고영업의 경우에는 결격사유를 두지 아니하는 것이 바람직하며, 의무위반에 대하여는 영업정지를 하기보다는 과태료를 부과하는 것이 바람직하다.

2. 사업규제유형의 구분의 보완

보통의 허가의 경우 허가를 하는 것이 원칙이고 허가를 하지 아니하는 것이 예외이지만, 이와 반대로 예외적 허가(예: 자연공원안에서의 행위허가)의 경우에는 금지가 원칙이고 허가가 예외이다. 보통의 허가의 경우 사회질서유지를 목적으로 하므로 사회질서유지에 장해만 되지 아니하면 원칙적으로 허가하는 것을 전제로 하는데 반하여, 예외적 허가의 경우에는 원래 사회적으로 유해한 행위를 금지하는 것을 목적으로 하므로 원칙적으로 금지하고 예외적으로만 허가하는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 양자는 모두 금지의 해제라는 점에서는 법적 성격은 동일하고, 단지 허가 여부를 결정함에 있어서 행정기관의 재량의 정도가 다를 뿐이다.¹⁰⁾ 즉 보통의 허가에 있어서는 허가여부가 원칙적으로 지속재량이지만, 예외적 허가에 있어서는 허가여부는 자유재량이다. 보통의 허가에 있어서는 허가요건에 해당함에도 불구하고 허가를 하지 아니하는 것은 필요 없이 개인의 자연적 자유를 더 묶어 두는 것이므로 행정기관이 자유로이 결정하지 못하며, 예외적 허가에 있어서는 일반적으로 금지되는 사항을 특별한 사정이 있는 경우에는 한하여 이를 허용하는 것이기 때문이다.¹¹⁾

그리고 허가와 특허간의 관계에 대하여도 허가를 명령적 행위로 보고 특허를 형성적 행위로 보아 온 종전의 견해에 대하여 허가를 권리설정행위로 보아 허가와 특허를 모두 형성적 행위에 포함시키는 견해와 특허를 자유회복행위로 보아 허가와 특허를 모두 명령적 행위로 보는 견해가 있다.¹²⁾ 그리고 종전과 같이 허가와 특허를 구분하는 견해에서도 허가가 특정의 권리를 부여하는 것은 아니라도 일정한 자연의 자유를 누릴 수 있는 지위를 부여함으로써 당사자의 기본권행사가 비로소 가능하게 한다는 점을 감안할 때 그 범위 안에서는 일종의 형성적 행정행위라고 설명하고 있으며, 실정법에서도 가스사업허가와 전기사업허가의 경우에는 특허와 허가의 성질을 겸하고 있으며, 석유정제업등록의 경우에는 특허와 허가의 중간적 성질을 가지고 있다고 설명하고 있다.¹³⁾

10) 박윤훈, 『최신 행정법강의(상)』, 박영사, 2000, 355면.

11) 전게서, 358면.

12) 전게서, 356면.

13) 전게서, 357면.

이와 같이 예외적 허가의 경우에는 행정기관의 재량이 폭넓게 인정되고 있고, 자연적 자유를 회복시켜주는 범위 안에서는 허가도 형성적 행정행위로서의 성질을 가지며, 허가과 특허와의 구분에 대하여도 대립되는 견해가 있고, 실정법상 허가과 특허의 성질을 겸하거나 그 중간적 성격을 가진 사례가 있는 실정에서 강화상의 특허와 허가의 성질을 대비시켜 이를 중심으로 하여 사업규제의 유형을 설명하는 방법은 무리하다 할 것이다. 따라서 국가의 규제 정도와 사업자의 권리 또는 이익의 보호의 정도를 기준으로 하여 사업규제의 유형을 면허영업·허가영업·등록영업 및 신고영업으로 구분한 것은 매우 타당하다고 여겨진다.

본래 사업활동에 관한 규제를 어떻게 정할 것인가는 입법정책에 속하는 사항이라 할 것인 바, 국가가 사업활동에 관한 규제를 정함에 있어서 규제의 정도를 어느 만큼 할 것인지, 그리고 사업자의 권리 또는 이익을 어느 정도까지 보호할 것인지를 먼저 정한 후 이에 따라 필요한 내용을 정하게 되는 것은 순리라 할 것이다. 그런데 면허영업의 경우 규제의 정도와 사업자의 이익에 대한 보호의 정도가 매우 높아 다른 영업과 구별되지만, 허가영업과 등록영업 상호간에는 규제의 정도와 사업자의 이익에 대한 보호의 정도는 그리 두드러지지 아니하고 행정기관이 행사할 수 있는 재량의 폭에서 차이가 날 뿐이다. 그런데다가 규제완화추세에 따라 종전의 허가제 또는 등록제가 신고제로 전환되고, 종전의 신고제는 통보제로 전환되거나 자유업종으로 바뀐 결과, 종전의 신고제는 대부분 약한 의미의 허가제로 되고, 행정기관이 필요로 하는 관련 자료 또는 정보를 제공한다는 의미의 순수한 신고제는 그 예를 찾아보기 어렵게 되었다. 규제완화의 차원에서 면허제 및 허가제를 등록제로, 허가제 및 등록제를 신고제, 신고제를 통보제로 전환하게 된 가장 큰 이유 또한 행정기관의 재량이 개입할 여지를 줄이는 데에 있었는 바, 이는 면허제·허가제·등록제·신고제·통보제의 순으로 재량행사의 폭이 적어진다고 본 것이다.¹⁴⁾ 실제로도 허가제·등록제 및 신고제는 행정기관의 행사하는 재량의 폭이 다르다는 점 이외에는 본질적인 차이를 찾아보기 어렵게 되어 있다. 그렇다면 행정기관이 행사할 수 있는 재량의 정도를 사업규제의 유형을 구분하는 기준의 하

14) 이 원 심의관이 제시한 면허영업·허가영업·등록영업 및 신고영업의 구분도 결과적으로는 행정기관의 재량의 폭이 적어지는 순으로 되어 있다.

나로 삼을 수 있을 것인 바,¹⁵⁾ 이 경우 약화된 허가의 의미로 쓰이는 신고제를 기존의 신고제로 대체하는 대신, 새로이 나타난 통보제를 추가할 필요가 있다 할 것이다. 그리고 특정의 기관 또는 단체에 공익적 업무를 담당하게 하는 지정의 경우 그 존재이유가 기존의 허가에 비하여 재량의 여지가 많은 점을 강조하기 위한 것이니 만큼 면허영업에 두기보다는 별도로 분리하는 것이 좋을 것이다.

이렇게 하는 경우 사업규제의 유형은 다음과 같이 구분할 수 있게 된다.

- ① 면허영업: 공기업에 해당되는 경우, 새로운 권리를 설정하는 경우, 공익상 목적으로 독·과점을 인정하게 되는 경우의 영업(특허보세구역의 설립에 관한 특허, 도시가스사업허가, 여객자동차운수사업면허, 주류제조면허, 어업면허·전용철도경영면허)
- ② 지정영업: 검사·검정·환경영향평가·교육 등 공익성이 높은 분야로서 지정 및 지정취소에 관하여 행정기관의 재량이 폭넓게 인정되는 영업(품질보증체제인증기관지정, 전기용품안전관리법에 의한 지정시험기관의 지정)
- ③ 허가영업: 소극적으로 사회질서의 유지를 위하여 국가의 관여가 필요한 분야로서 허가여부에 대하여 행정기관이 다소간의 재량을 갖도록 할 필요가 있는 영업(예: 식품위생업허가, 은행업인가, 제조담배소매인지정)
- ④ 등록영업: 등록이 단순히 사업활동의 개시요건에 불과한 경우, 영업의 허용 여부에 관한 별도의 요건이 없는 경우 등 행정기관이 기준을 갖추었는지 여부에 관하여 재량을 가지지 아니하고 기준이 갖추어진 경우에는 등록을 받아 주어야 하는 영업(체육시설업등록, 변리사·세무사·공인회계사 등의 사무소개설등록, 건설업등록)
- ⑤ 신고영업: 일정한 물적 또는 인적 기준을 갖춘 경우 신고만으로 적법하게 영위할 수 있는 영업(식품위생업신고)
- ⑥ 통보영업: 신고만으로 적법하게 영위할 수 있는 영업으로서 다른 영업과는 달리 별도의 물적 또는 인적 기준을 둘 필요가 없는 영업(공중위생업통보)

15) 이 경우 각각의 단계에 있어서 재량의 정도의 차이를 어떻게 정하느냐는 문제가 남지만 이는 다른 기준을 적용하더라도 유사한 문제에 봉착하게 될 것이다.

IV. 결 어

사업규제의 유형을 어떻게 구분하느냐 하는 문제도 중요하지만, 입법과정과 집행과정에서 이를 받아들이지 아니하면 아무리 훌륭한 논의도 탁상공론에 불과하게 된다 할 것이다. 향후 입법을 함에 있어서 새로운 사업규제를 도입할 때에는 반드시 규제의 정도가 당해 규제를 도입하는 목적의 달성에 필요한 최소한도에 그치도록 하되 규제의 형태와 내용이 이에 적합하도록 정하고, 기존의 사업규제를 개정할 때에도 가급적 규제의 형태와 내용이 일치되도록 손질하여야 할 것이다. 그리고 규제완화를 위하여 면허제 또는 허가제를 등록제로, 면허제·허가제 또는 등록제를 신고제로, 신고제로 통보제로 전환하면서 제도만 바꾸고 실질적인 운영은 종전 그대로 하는 일이 없도록 하여야 할 것이다.