

規制法規의 機能과 規制失敗

— 規制法規 解釋의 背景 —

金 裕 煥*

◇ 차 례 ◇

I. 序 論	2. 規制法規 자체의 失敗(Failures in the Original Statute)
II. 規制의 正當化事由와 規制法規의 機能	3. 規制法規의 執行上의 失敗
1. 概 說	4. 規制行政의 過程과 公共選擇의 理論
2. 個別 正當化事由 및 規制法規의 諸機能	5. 規制法規의 機能과 規制失敗의 關係
III. 規制의 失敗(Regulatory Failure)	IV. 結 語
1. 規制失敗의 意味와 原因	

I. 序 論

오늘날의 國家作用에서 현저히 두드러지는 것은, 現代의 國民생활과 企業활동을 다각적으로 規制하는 政府의 規制作用이라고 할 수 있다.¹⁾ 그러므로 오늘날의 行政法規의 많은 부분을 規制法規가 차지하고 있다. 그런데 오늘날 수시로 변화하는 행

* 한남대학교 법정대학 교수, 법학박사.

1) 政府의 規制作用은 행정법적 관점에서는 規制行政이라는 관념에 包攝된다. 다만 規制行政 概念이 어떠한 法學的 道具性을 가지며 다른 行政作用과 어떻게 구별되는가 하는 점은 단순하지 않다. 이 점에 대한 著者의 卑見은, 拙稿, “美國行政法에서의 規制法規解釋과 規制裁量統制—韓國的 狀況에의 應用的 摸索—”, 서울대학교 박사학위논문(1992), 52~72面に 소개되어 있다.

정현상을 규율하는 多種, 多岐한 規制行政法規의 解釋은 전통적인 법해석론의 기반이 되어왔던 民·刑事法의 解釋에 비해 훨씬 複雜하고 微妙하다. 오늘날의 規制法規들은 대체로 어떠한 普遍的이고 一貫性있는 原理에 의해 제정되는 것이 아니라, 個別 規制領域에서의 여러 문제를 合目的的으로 解決하기 위한 좁은 範圍의 政策的 考慮의 產物인 경우가 많으며, 더군다나 행정현상의 변화에 의하여 隨時로 改廢된다. 한편, 個別 規制領域의 여러 규제제도는 다른 규제영역의 規制現象들과 복잡한 關聯을 맺게 된다.

이리하여 規制法規의 解釋에 있어서는 단순히 法文言의 충실한 분석에만 의존할 수 없는 경우가 많고, 法規의 文脈 및 相互關聯性 그리고 法規本文 외의 法制度의 目的과 背景에 의존해서 法을 解釋할 必要性이 생기게 된다.²⁾ 이러한 參照點들은 法規自體의 해석과 이해에서 쉽사리 導出되지 않으며, 기본적으로 법해석자들이 規制法規의 機能과 作用에 대한 理解에 충실할 때, 의미있는 法解釋의 觀點으로 활용될 수 있다. 그리고 이러한 法解釋의 基本觀點에 대한 이해는 法解釋機關의 규제법 規 解釋과 그를 통한 규제법규의 집행에 대한 統制에 있어서 필수적인 要素이다.

이러한 규제법규해석의 요소로서의 法解釋의 參照點은, 첫째, ‘規制法規의 機能 또는 正當化事由’ 둘째, ‘規制法規의 失敗’에 대한 이해의 두가지 側面에서 眺望해 볼 수 있다.

첫째로, 規制制度는 私的秩序에 대한 政府의 干涉이라는 의미를 가지므로 그러한 干涉은 일정한 正當化根據를 가져야 한다. 그러한 정당화근거는 바로 그 규제제도가 存在하는 理由가 되고 그 규제제도의 固有한 機能이 되는 것이다.³⁾ 그러므로 規制法規의 해석자는 이러한 規制制度의 機能 또는 正當化事由를 전제로 하여 구체적인 法規解釋에 임하여야 할 것이며 이러한 측면을 무시한 규제법규의 해석은 현저히 不當한 結果를 야기할 수 있고 窮極의으로 規制制度의 또 하나의 失敗를 야기할 가능성이 있다. 기본적으로 오늘날의 行政法이 더 이상 ‘行政에 대한 授權’이나 ‘限

2) Cass R. Sunstein, "Interpreting Statutes in the Regulatory State", 103 *Harvard Law Review* 405, 1989, pp. 460~462 참조.

3) Breyer는 이를 正當化事由(Justifications for Regulation)의 題下에 다루고 McCraw와 Sunstein은 이를 規制法規의 機能(T. 3 Functions of Regulatory Statutes)이라는 題下에서 다룬다. Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, 1982, pp. 15~35; Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution - Reconceiving the Regulatory State* -, 1990, pp. 47~73; Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 1985, pp. 14~20; Thomas K. McCraw, *Prophets of Regulation - Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn* -, 1984, pp. 301~302.

界附與'에 머무르지 않고 오히려 社會管理나 社會經營을 위한 '任務附與'라는 側面이 強調되는 이상⁴⁾, 행정법규의 올바른 해석과 집행을 위해서는 法規의 機能에 대한 理解가 要緊하다고 할 것이며 이러한 까닭에 오늘날의 법률가는 규제법규가 어떠한 政策的·實體的 任務과 機能을 가지고 있는가에 대한 理解에 根據하여 法解釋에 임하여야 할 것이다.

둘째로, 現實的인 規制制度는 형식상의 正當化事由에 불구하고 많은 부작용과 실패를 가져오는 것이 사실이다. 이러한 이유로 지난 수십년간 規制制度의 存在價値에 대한 많은 批判이 제기되어 오고 있는 것이다.⁵⁾ 그러므로 規制法規의 解釋者는 모름지기 이러한 규제제도의 失敗를 回避할 수 있는 방향으로 법해석에 임하여야 할 것이다. 실제로, 오늘날 美國 公法理論에서 公共選擇理論이 法解釋의 중요한 지침으로 제시되고 있는 것은⁶⁾ 바로 이러한 필요성에 근거한 것이다.

요컨대, 現代國家의 規制法規의 解釋者는 規制制度의 원래의 機能과 正當化事由에 근거하여 法을 解釋하되 現實的으로 存在하는 規制의 부작용과 실패를 회피할 것을 要求받는다고 할 것이다. 그런데 사실상 지금까지 法官들이 이러한 側面을 전혀 고려하지 않은 것은 아니다. 실제로 우리나라 憲法裁判所는 土地去來許可制의 違憲與否의 審判⁷⁾에서 이상의 관점과 같은 맥락의 고려하에 國土利用管理法를 해석한 바 있다. 다만 本稿에서의 論議는 規制行政에 대한 法理論에 있어서 先導的인 國家라 할 수 있는 美國에서의 논의를 참조하여 그러한 考慮의 典據를 보편적·포괄적으로 제시하는데 그 뜻이 있다고 할 것이다. 이하에서의 具體的인 論議를 통하여 이러한 측면에서의 법해석의 중요성이 더욱 부각될 것이다.

II. 規制의 正當化事由와 規制法規의 機能

1. 概 說

(1) 規制의 正當化事由에 대한 論證의 意義

- 4) H. H. Seidler, *Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung*, 1973, S. 51 참조. 徐元宇, "스멘트의 理論과 現代 公法學", 「憲法學說史」(金孝全編), 1982, 213~216面; 崔松和, "法과 政策에 관한 研究-試論的 考察-", 서울대학교 「法學」 제26권 4호, 1985, 81面 등 참조.
- 5) 美國에서의 規制에 대한 批判論議에 대한 概括的 설명은, Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *op. cit.*(註 3), pp. 130~161 및 그에 인용되고 있는 諸文獻 참조.
- 6) 자세한 것은 *Infra*. III. 4. 規制行政의 過程과 公共選擇의 理論 參照.
- 7) 헌법재판소 결정 1989. 12. 22. 88 헌가 13.

規制의 根據 내지 正當化事由에 대한 論證은 公法の 견지에서 중요한 몇가지의 실익을 가지고 있다. 즉 첫째로, 政府의 規制가 어떠한 根據 하에 또는 어떠한 正當化事由를 가지고 행해질 수 있느냐 하는 問題는 政府의 規制權의 限界를 究明하는데 있어서 핵심적인 問題라고 할 수 있으며, 둘째로, 政府의 規制의 根據 내지 正當化事由에 대한 究明은 規制의 目標가 되는 公益과 規制로 인하여 侵害를 받게 되는 私益間의 利益衡量에 있어서 반드시 先決的인 論證의 對象이 되어야 할 問題라고 할 수 있는 것이다.

그런데 規制의 根據 내지 正當化事由에 대한 법학적 論證은 政府의 規制가 憲法上 또는 法律上的 根據를 가지고 있느냐 하는 觀點에서 이루어질 수도 있고 한편 그 規制가 그 規制를 통해 이루려고 하는 公益 내지 正當化事由의 政策的 또는 實體的 根據가 무엇인가 하는 觀點에서 이루어질 수도 있다. 兩者는 사실 매우 밀접한 關係를 가지고 있는 것으로서 前者의 法的 根據條項의 解釋으로부터 後者の 政策的 根據를 導出할 수도 있고 한편 後者에 대한 判斷을 통해 規制裁量의 公益判斷이 瑕疵가 있는가의 여부를 審査함으로써 後者の 判斷을 前者의 法的 問題와 結付시킬 수도 있을 것이다.

그러나 法解釋의 實際問題에 있어서는 前者의 法的 根據를 判斷하는데 있어서 後者の 政策的·實體的 根據에 대한 判斷이 重要な 役割을 하는 경우가 많을 것이다. 왜냐하면 規制法規는 不確定概念과 包括的 規定으로 구성되어 있어서 法文言이 明示하고 있는 바에 대한 解釋이 規制狀況에 대한 實體的 判斷에 依存하여 導出되는 경우가 많기 때문이다. 그러므로 本稿에서의 관심은 기본적으로 規制의 實體的·政策的 正當化事由 또는 規制法規의 機能에 있고 이하의 論議는 이러한 觀點에 根據하여 進行된다.

(2) 規制의 正當化事由 또는 規制法規의 機能에 대한 一般的 考察

規制의 正當化事由에 대하여 厚生經濟學(welfare economics)에서는 이를 ‘市場失敗(market failure)’와 그에 根據한 政府介入에서 찾는다.⁸⁾ 政府規制가 混合經濟를 前提로 주로 市場機能의 失敗를 矯正하기 위해 발전해 왔다는 점을 상기한다면

8) Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *op. cit.*(註 3), pp. 14~15; G. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2 n.1, 1971; (U.S.) President's Commission for a National Agenda for the Eighties, *Government and the Regulation of Corporate and Individual Decisions in the Eighties* (Report of the Panel on Government and the Regulation of Corporate and Individual Decisions), 1980, pp. 7~14 등 참조.

이러한 주장은 상당한 說得力을 가지는 것이며 따라서 대부분의 經濟學者들이 이러한 見解에 同調하고 있다. 그러나 엄밀히 말하면 規制가 반드시 市場機構나 私的自治의 결합에서 發生하는 것만은 아니다.

예컨대, 職業安定및雇傭促進에관한法律 第17條의2 및 同法 施行令 第11條에서 規定하고 있는 身體障礙者의 우선 雇傭을 위한 規制는 市場機構의 失敗를 矯正한다는 說明만으로는 理解되지 않는다. 요컨대, 規制는 社會心理, 政治現實과 法文化 등 과도 복잡한 關聯을 맺는 것이며⁹⁾ 단순한 經濟的 論理만으로 說明될 수 없는 많은 側面을 가지고 있는 것이다. 뿐만 아니라, 美國의 경우, 規制란 바로 私的自治에 대한 干涉을 意味하는 것으로 觀念되어 왔고 사실 國家의 規制權力이 팽창하기 이전에 뚜렷한 私的自治의 社會的 現實과 觀念이 存在하였던 것이지만, 우리나라의 경우 私的自治라는 觀念이 定着되고 뚜렷한 社會的 現實로 자리잡기 전에 이미 많은 종류의 政府規制(日帝下의 軍國主義的 國家統制에 歷史的 뿌리를 둔 것을 포함하여)가 行하여져 왔기 때문에 私的自律性和 國家介入의 원래의 境界線마저도 찾기 쉽지 않은 상황이고 보면, 더욱더, 規制의 正當化事由를 단지 市場失敗에서만 찾을 수 없다고 본다.

그러므로 規制는 市場失敗를 전형적인 正當化事由로 하면서도 그밖의 다양한 觀點에 의해 正當化된다고 할 수 있을 것이다. 한편, 個個의 正當化事由는 하나의 理想型(ideal type)이므로 特정한 政府規制가 반드시 特정한 하나의 正當化事由와 結付되어 있다고 할 수 없고 복합적인 正當化의 根據를 가지는 경우가 오히려 적지 않을 것이다.¹⁰⁾ 바꾸어 말하면 하나의 規制法規는 다양한 機能을 가질 수 있다는 것 이며 法解釋者는 規制法規의 이러한 複合的인 機能에 대한 科學的 洞察에 根據하여 法解釋에 있어서의 方法論에 접근해 나가야 할 것이다. 이하에서 個個의 規制正當化事由 또는 規制法規의 機能에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 個別 正當化事由 및 規制法規의 諸機能

(1) 市場失敗에 대한 矯正¹¹⁾

規制法規의 가장 전형적인 機能으로 꼽히는 市場失敗의 矯正機能은 市場機構가

9) Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 3), pp. 1~5 참조.

10) Stephen Breyer, *op. cit.*(註 3), pp. 34~35; Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 3), pp. 71~73.

11) 이 문제와 관련하여 주로 Stephen Breyer, *op. cit.*(註 3), pp. 15~36; Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *op. cit.*(註 3), pp. 14~20을 광범위하게 인용하였다.

資源의 最適配分이라는 自由經濟體制의 長點을 최대한 발휘하기 위해서는 일정한 前提條件이 充足되어야 하는데 어떠한 事由로 인하여 그러한 條件이 充足되지 못하게 되어 市場機構의 왜곡 현상이 발생하는 경우에 이를 矯正함으로써 市場機能을 補完해 주는 것을 말한다. 아담 스미드는 이러한 前提條件으로 다음의 몇가지를 들었다고 한다.

첫째, 需要者和 供給者は 多數이며 몇몇 供給者나 需要者에 의해 市場이 支配되어서는 안된다.

둘째, 生産者는 그 生産을 위해 소요되는 人的·物的資源에 대한 완전한 對價를 지불하여야 한다.

셋째, 사람들은 市場과 製品에 대한 合理的인 判斷을 하기에 충분한 情報를 가져야 한다.

그러나 現實의 經濟界에서는 이러한 前提條件이 잘 충족될 수 없었다. 첫째로 經濟體制의 여러가지 制約條件으로 인해 獨占의 問題가 發生하였고, 둘째로, 각종의 外部效果(external effect)로 發生하는 社會的 便益이나 費用은 生産決定時에 충분히 고려될 수 없었으며, 셋째로, 사람들이 市場과 製品에 대한 충분한 情報를 가진다는 것은 거의 不可能한 일이었던 것이다.¹²⁾ 그리하여 이러한 市場失敗의 원인이 되는 問題에 대해 政府가 規制를 통하여 介入하는 것이 正當化될 수 있었다. 市場失敗의 矯正을 目標로 하는 規制法規의 機能은 이를 구체적으로 다음과 같이 細分할 수 있다.¹³⁾

1) 市場獨占力의 抑制¹⁴⁾

價格과 利潤規制에 대한 傳統的인 根據는 “自然獨占者(natural monopolist)”에 의한 經濟力의 行使를 統制할 必要性에 기초를 두고 있다. 規模의 經濟(economies of scale)가 매우 커서 하나 이상의 會社가 活動하는 것이 非效率的이어서 獨占이

12) (U.S.)President's Commission for a National Agenda for the Eighties, *op. cit.*(註 8), pp. 7~11.

13) 市場失敗의 근본적인 原因으로서 市場自體의 構造와 關聯된 問題를 지적할 수도 있겠으나 이러한 것들은 基本的으로 市場안의 生産者와 消費者가 각각 자기 自身の 利益을 增大시키려 할 뿐 共同體全體의 利益을 고려하지 않는다는 事實과 關聯이 있다. 이러한 점에서 政府의 規制는 共同體全體의 利益을 保護하기 위하여 市場에 介入하게 되는 것이다. Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 3), pp. 49~51 참조.

14) 獨占規制및 公正去來에 관한法律(1980), 物價安定및 公正去來에 관한法律(1975), 電氣事業法(1990), 가스事業法(1979), 鐵道法(1961), 담배事業法(1988), 自動車運輸事業法(1961), 航空法(1961), 海運業法(1983) 등.

이루어진 때에는 그 會社는 產出을 制限하고 競爭價格보다 높은 價格을 策定함으로써 利潤을 增加시킬 수 있다.

이러한 상황에서 規制는 부분적으로 “配分效率(allocating efficiency)”을 目的으로 한다. 실제의 價格이 競爭條件下의 價格에 가깝게 策定되어야만 그 價格은 사용된 實物資源(real resources)의 見地에서의 比較費用(comparative costs)을 正確하게 반영할 수 있다. 본질적으로 價格이 “配分效率”을 달성하도록 設定되지 않으면 낭비가 생긴다. 즉, 原材料는 좀 더 많은 消費者의 欲求를 만족시킬 수 있도록 結合되어야 하는데, 만약 이것이 잘못된 價格標識에 의하여 誤導된다면, 生産者는 消費者가 별로 원하지 않는 生産物을 生産하도록 原材料를 결합하게 된다. 規制를 하지 않는다면 自然獨占이 本質적으로 價格을 引上시킬 것이라고 믿어지는 한, 規制된 價格이 配分效率을 달성하는데 도움이 될 것이라고(즉, 價格規制는 生産要素의 限定된 供給을 浪費하는 것을 회피하는데 도움이 될 것이라고) 주장하는 것은 合理的이라고 할 수 있다.

規制된 價格이 配分の 낭비를 回避할 것인가의 여부에 관한 經濟學的 論爭은 복잡하다. 그리고 獨占力의 規制를 위한 根據는 經濟的인 要請에서 뿐만 아니라 더 公正한 所得分配, 顧客間의 價格 또는 서비스의 差別 回避, 規制되지 않은 獨占者의 社會的·政治的 세력에 대한 不信과 같은 政治的 問題에도 기초하고 있다.

2) 外部效果費用(spillover costs)¹⁵⁾의 矯正

生産者의 價格이 그 生産物의 生産과 使用으로 인해 社會가 負擔해야 하는 主要한 費用들을 반영하고 있지 않기 때문에 이것을 補償할 必要性에 의하여 規制가 正當化되는 일이 있다.

철강의 價格은 과거 그것의 製造가 大氣汚染의 형태로 賦課하는 “外部效果”費用(the “Spillover” Costs 또는 Externalities)을 반영하고 있지 않았다. 製造者도 消費者도 이러한 費用을 負擔하지 않았고 그 결과 購買者가 그 逆效果에 대한 費用을 지급해야 하는 경우보다 철강에 대한 需要가 더 크게 나타났다.

물론 公害의 해로운 效果는 철강회사의 生産過程으로부터도, 사람이 공장 근처에

15) 外部效果는 어떤 消費者나 生産者가 다른 經濟主體의 活動에 의하여 市場의 媒介를 통하지 않고 無償으로 어떤 影響을 받는 것을 말하며, 이러한 外部效果로 發生되는 社會的 便益이나 費用은 生産決定時에 고려될 수 없게 되어 配分效率을 阻害한다. 예컨대 外部效果가 便益인 경우(例: 教育)에는 社會에 바람직한 수준보다 훨씬 적은 量의 財貨가 生産되게 되고, 反對로 外部效果가 費用인 경우(例: 公害)에는 社會에 바람직한 수준보다 훨씬 많은 量이 生産되기 마련이다.

살고 있다는 사실로부터도 모두 原因力을 가진다. 理論上으로는 鐵鋼使用者들과 公害被害者들이 미리 서로 交渉을 할 수 있다면 그들이 汚染防止施設의 設置를 통하여 汚染을 減少시키는데 드는 費用을 共同으로 負擔하는데 合意할 수 있을 지도 모른다. 그러나 그러한 交渉은 現實性이 없음이 명백하며 外部效果費用이 존재할 때에 規制가 그것을 矯正하는 方法이 된다.

環境規制는 外部效果 問題를 다루기 위하여 마련된 規制의 가장 명백한 예이다.

3) 不適切한 情報의 補完

競爭市場이 잘 機能하기 위해서는, 消費者들이 競爭生産物의 價値를 評價할 수 있는 情報을 필요로 한다. 이러한 情報은 그 自體가, 그것의 供給이 費用과 需要를 반영하는 하나의 商品이다. 그러나 情報市場은 不完全하다. 團體로서의 消費者들은 情報을 얻는데 關心을 가지고 있지만, 그들이 그 費用을 共同으로 부담할 만한 滿足스러운 方法이 없다. 모두가 利益을 얻을 情報, 그러나 단지 몇 명만이 代價를 지불할 情報에 대하여, 個個人은 충분히 값을 치루려 하지 않는다. 또한 어떤 生産物들은 매우 복잡해서 個個의 消費者들은 그것들을 評價할 專門家의 도움을 필요로 한다.

政府의 規制는 때때로 不適切한 情報을 보충하거나 消費者에게 適切한 情報을 얻는데 드는 費用을 引下해 주기 위해 마련되어야 할 때가 있다.¹⁶⁾ 특히, ① 訴訟과 같은 利用可能한 法的 救濟方法이 費用이 많이 들거나 現實性이 없음으로 인해 無力해진 消費者를 供給者들이 誤導한 때, ② 藥의 潛在的인 效果와 같이 消費者들이 미리 入手可能한 情報을 評價할 수 없을 때, ③ 供給市場이 필요한 情報을 提供할 수 없을 때 등의 경우에는 政府의 積極적 活動이 要請된다. 마지막 두 경우에는 政府가 좀 더 다량의, 좀 더 良質의 情報을 提供하거나, 生産者로 하여금 情報을 供給하도록 要求할 수도 있다.

4) 過度한 競爭의 排除¹⁷⁾

‘過度한’, ‘破壞的인’ 또는 ‘不公正한’ 競爭을 規制할 必要性은 여러가지 觀點에서 提示된다.

첫째로, 과도한 競爭으로 가격이 매우 낮아지면 大部分의 회사들이 破滅하게 되고 결국 小數의 회사들이 存續하여 獨寡占 상태를 형성하게 될 可能性이 있기 때문에 過當競爭은 排除되어야 한다.

둘째로, 不公正한 競爭을 배제할 必要性은 거대한 固定費用과 주기적인 需要를

16) 消費者保護法(1980), 工業標準化法(1961), 工產品品質管理法(1986).

17) 獨占規制및公正去來에 관한法律(1990) 등.

가지는 産業의 경우에 나타난다. 그 産業에 從事하고 있는 會社들은 經濟的인 下向期동안의 費用의 증가를 價格에 반영한다면, 生産을 계속하기에 不充分的인 收入을 얻을 것이다. 그러나 어떤 때에는 下向期동안에 공장문을 닫고 다음 上昇期가 되면 다시 工場을 가동시키는 것이, 계속해서 工場을 가동하는 것보다 더 費用이 들기 때문에 工場을 닫는 것이 非經濟的일 수 있다.

세째로, 不公正한 競爭을 배제할 必要性은 “掠奪的” 價格設定의 可能性에 關聯된다. 우세한 會社는 競爭會社들을 破滅시키고 後에 價格을 올려서 새로운 會社가 높은 價格에 끌려 産業에 參入(entry)하기 전에 상실한 利潤을 보충할 목적으로 價格을 可變費用 이하로 설정한다.

5) 供給不足資源의 配分¹⁸⁾

때때로 供給이 不足한 資源을 配分하기 위하여 規制가 필요한 경우가 있다. 갑작스럽고 급격한 價格引上 또는 갑작스러운 供給不足은 競爭市場價格에 의한 配分을 매우 고통스럽고 당혹스럽게 만들어 버리기 때문이다. 이러한 類型의 規制는 源泉的으로 稀少한 資源의 分配를 위하여서 매우 긴요한 때가 있다. 예컨대, 텔레비전 방영에 사용될 수 있는 주파수의 帶域은 절대적으로 限定되어 있기 때문에 政府는 公益을 위하여 주파대의 配分을 담당할 수 밖에 없을 것이다.

주의할 것은 供給不足이 계속되는 規制프로그램의 결과일 수도 있으며 가끔은 明白하지도 具體的이지도 못한 많은 ‘公益’ 目的들을 달성하기 위해 市場經濟를 포기하고 規制的 配分을 사용하려는 意圖的인 決定을 반영할 수도 있다는 점이다.

6) 超過利潤의 統制

企業이 현재 市場價格보다 낮은 수준에서 供給源을 統制할 수 있을 때, 그 企業이 얻을 수 있는 經濟的 利益을 超過利潤이라고 한다. 예컨대, 原油價格이 올랐을 때, 석유의 在庫를 가지고 있는 석유회사는 예기치 않은 利益을 얻을 수 있다. 또 住宅價格이 다른 費用보다 더 빨리 上昇할 때 既存住宅의 所有者가 가지는 利益이나 油田探查費用의 增加로 인하여 既存 油田의 所有者가 얻는 利益 등도 超過利潤에 해당된다.

이러한 超過利潤은 그 자체가 規制의 對象이 되는 것은 아니지만 만약 超過利潤의 發生이 利潤歸屬者의 특별한 努力이나 創意力 등에 기인하지 않은 不勞所得이라면 規制가 필요하다. 그러한 不勞所得은 資源의 효율적인 配分秩序를 왜곡시키고 不健全한 所得移轉을 結果시키기 때문이다.

18) 石油事業法(1975) 第18條 등.

(2) 産業의 保護·育成¹⁹⁾

우리나라의 경우, 단순한 市場失敗의 矯正이라고 볼 수 없는 國家의 적극적인 經濟介入이 특히 지난 60~80年代에 존재해 왔다고 보여진다. 輸出 위주의 성장드라이브 政策이 시행되는 동안, 産業의 保護·育成은 여러가지 차원에서 진행되어 왔지만, 輸出促進, 産業의 合理化, 系列化, 企業體質改善 및 近代化, 中小企業의 保護·育成 등을 위해 國家의 規制的 조치가 중요한 역할과 機能을 가지고 있었던 것이 사실이다.

經濟民主化와 自律化를 강조하는 오늘날에 있어서는 이러한 産業의 保護·育成을 위한 規制프로그램을 줄여 나가려고 애쓰고는 있지만 아직도 이러한 機能을 가진 規制法規가 상당수 존재한다는 것을 否認할 수는 없을 것이다. 다만, 産業의 保護·育成이라는 미명하에 실상 특정의 企業集團에 不當한 惠澤이 부여될 수도 있다는 사실을 法解釋者는 늘 銘心하여야 할 것이다.

(3) 對外關係의 調整과 國內産業의 保護²⁰⁾

우리나라는 地政學的으로 이미 對外關係의 比重이 다른 나라에 비해 높을 수 밖에 없는 要素를 가지고 있다. 더구나 남북분단상황에 따른 고려까지 겹쳐서 해방 이후 우리나라의 對外關係는 政府의 엄격한 統制下에 있었다. 게다가, 우리 經濟가 특히 輸出指向성이 강하고 貿易依存도가 높기 때문에 政府로서는 對外關係에 있어서 政府의 강력한 主導權을 처음부터 確保하고 있었다. 최근들어 國際的인 開放化의 물결에 따라 우리의 對外關係도 規制一邊倒에서 벗어나 自律性을 강화하는 방향으로 나아가고 있으나 아직도 對外關係에 關聯되는 規制는 비교적 많다.

한편, 최근의 貿易開放 압력에 따라 그동안 시행되어왔던 輸入規제도 대폭 緩和되었으나 國內産業保護를 위한 規制프로그램은 앞으로도 어떠한 形態로든 존재하게 될 것이다. 특히 文化産業, 通信産業 등, 國家共同體의 identity나 主權的 영역과 關連되는 産業의 경우, 國內産業의 保護는 필수적이라 할 것이다. 우리 映畫法이 國產映畫上映을 義務化하는 規制를 規定하고 있는 것과 같은 것이 그 전형적인 예라고 할 수 있겠다.

(4) 公益指向的 再分配 및 保護²¹⁾

상당수의 規制法規는 社會集團間의 資源(富 및 기타의 福祉)의 再分配를 目標로

19) 工業發展法(1986), 中小企業事業調整法(1978) 등.

20) 外資導入法, 外國換管理法, 輸出保險法, 輸出檢查法(1962), 對外貿易法(1986).

21) 이하(4~10)의 規制法規의 機能에 대해서는 Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 3), pp. 55~73을 廣範圍하게 引用하였다.

하고 있다. 生活保護法, 醫療保護法, 社會福祉事業法, 老人福祉法, 災害救護法, 最低賃金法, 職業安定 및 雇傭促進에 관한法律 등에 의한 社會福祉 및 社會保障에 관련된 諸規制들이 이 유형에 속하며 消費者나 勤勞者를 保護하기 위한 각종의 健康 및 安全規제도 이 範疇에 해당된다고 할 것이다.²²⁾ 이러한 機能을 가진 規制法規 가운데는 集團全體의 통일된 交渉力의 不在로 集團의利益을 保障받지 못하는 경우에 이를 規制로써 대신하는 경우도 적지 아니하다. 예컨대, 勤勞基準法에 의한 勤勞基準規制, 消費者의 健康과 安全을 위한 각종 規制 등이 그것이다.

그런데 公益指向的 再分配 및 保護를 위한 規制의 效果는 경우에 따라서 複合的으로 또는 바람직하지 않게 나타나는 경우가 있음을 유의할 필요가 있다. 예컨대, 住宅賃貸借保護法에 의한 借賃增額 및 契約期間에 대한 規制가 오히려 借賃의 극적인 상승을 가져왔던 사실을 기억할 수 있을 것이며 외국에서 나타나는 最低賃金規制로 인한 失業率 增加 등의 현상²³⁾은 이러한 유형의 規制가 複合的인 規制效果에 대한 고려하에 이루어져야 한다는 사실을 反證한다.

(5) 集團의 기대와 共同體倫理

規制法規는 때때로 일정한 共同體倫理나 集團의 기대를 반영하는 경우가 있다. 放送倫理의 規制, 풍속영업에 관한 規制, 家庭儀禮에 관한 規制, 公演法상의 外國公演의 規制 등이 이러한 유형의 것이라 하겠다. 環境規제도, 보통은 外部效果로 인한 市場失敗를 矯正하기 위한 規制의 측면도 가지지만 이 유형의 機能을 아울러 가질 수 있다.

이러한 종류의 規制는 共同體의 集團의 價値나 文化를 반영하는 것으로서 利他的이고 大義名分的인 요소가 강하여 단순한 經濟的·政治的 論理로 설명되지 아니하는 경우도 없지 아니하다. 따라서 國民은 자신의 經濟的 犧牲이나 選好를 고려하지 아니하고 이러한 規制를 지지하는 경향이 없지 않다. 그러므로 이 유형의 規制는 간혹 과장된 모습으로 나타날 수 있고 또는 어떤 意味에서 共同體의 偏見을 反映할 수도 있음을 유의하여야 하며 이러한 점이 法解釋에 있어서 고려되어야 할 것이다.

22) 採算성이 없는 외딴 지역에서의 運輸事業을 유지하도록 하는 規制 등도 이 範疇에 속한다.

23) 最低賃金規制의 受惠者는 最低賃金線 이하의 賃金を 받던 勤勞者이고, 費用負擔者는 企業이라고 할 수 있으나, 이 制度 實施로 인한 雇傭減少는 必然的이고 그 被害는 특히 年少, 未熟練 勤勞者들에게 미친다. 한편, 最低賃金線 이상의 勤勞者 임금이 연쇄적으로 上昇할 可能性도 있으므로 인플레이의 危險마저 있다. 崔炳善, “우리나라 政府規制研究의 方向摸索”, 서울대학교 「行政論叢」 제26권 제2호, 1988, 194~195面 참조.

(6) 多様な 經驗과 選好의 保存 및 形成

어떤 規制프로그램들은 다양한 社會的·文化的·教育的·環境的인 經驗과 선호를 保存하거나 形成하기 위해 의도되어지기도 한다. 예컨대 放送法上的의 放送編成規制는 教育·教養·報道·娛樂 등의 내용을 포함한 다양한 프로그램으로 방송순서를 편성할 것을 요구하고 있다. 또한 都市計画法上的의 地域, 地區制, 都市公園法에 의한 도시에 있어서의 公園環境의 維持, 傳統寺刹保存法, 韓國珍島犬保護育成法, 鳥獸保護 및 狩獵에 관한 法律, 文化財保護法 등에 의한 諸規制도 다양한 經驗과 選好와 關聯된 正當化事由를 가진다고 할 수 있다.

産業化의 進전에 따라 經濟的 動機와 選好가 압도적인 意味를 가지면 가질수록 經濟的 動機와 選好에 의해서 보존될 수 없는 다양한 社會的·文化的·教育的·環境的 經驗에 대한 政府의 의도적인 保護와 育成에 대한 요구도 커질 수 밖에 없을 것이다. 그러므로 다양한 經驗과 選好의 保存 및 形成이라는 規制의 正當化事由도 넓은 의미에서 市場機構의 價値體系에 의한 不作用의 矯正이라고 할 수 있을 것이다.

(7) 社會的 差別 및 從屬의 緩和 및 解消

規制法規 가운데에는 특정 社會集團에 대한 社會的 差別 또는 從屬狀態의 是正을 目的으로 하는 것들도 있다. 우리나라에서 지금까지 문제시되어 왔던 社會的 差別의 問題는 女性에 대한 差別, 그리고 障礙者에 대한 差別 등이었다고 보여진다. 그러나 이러한 差別是正에 대한 관심은 아직 日淺한 것이고 男女僱傭平等法, 障礙人 僱傭促進등에 관한 法律 등의 차별에 대한 規制法規도 최근에 와서야 制定된 바 있다.

앞으로 差別禁止에 관한 規制는 僱傭의 측면뿐 아니라 全 社會的 영역에 걸쳐 과급되어 나갈 展望이다. 人種的·宗教的 社會構成이 비교적 複雜한 國家에 있어서 差別에 대한 規制는 더욱 심각하다. 우리나라의 경우, 外國인력의 수입이 公式化되고 이에 따라 社會構成이 複雜하게 되면 社會적 差別의 問題가 새로운 각도에서 제기될 可能性도 있다.

(8) 有害한 固着的 選好에 대한 統制

麻藥法, 向精神性醫藥品管理法 등에 따른 藥物規制나 未成年者保護法에 의한 不良漫畫販賣規制 등의 規制法規는 有害한 固着的 選好를 統制하는 機能을 가지고 있다. 마약이나 불량만화 등의 財貨는 그에 대한 選好를 習慣化, 固着化시켜 그에 대한 선호를 점점 擴張시켜가는 경향이 있는 반면에 消費者는 자신의 선호에 대한 統制力을 점점 상실해 간다. 그리고 이러한 選好와 소비자의 그 選好에 대한 統制力의

喪失은 결국 反社會的이며 有害하다. 따라서 國家는 이러한 選好와 그의 擴張에 대해 規制할 必要性을 느끼게 된다.

(9) 回復不能한 被害의 豫防

開發制限區域規制나 오존층 保護를 위한 規制²⁴⁾등의 環境規制, 鳥獸保護規制 등은 將來世代나 動物, 自然環境 등에 대하여 돌이킬 수 없는 被害의 發生을 防止하는 機能을 한다. 文化財保護規制 등도 다소간 이러한 機能을 가지고 있다. 그런데 이러한 規制는 두드러지는 規制便益者가 존재하지 않아서 그 利益代辯이나 利益主張을 하지 못하는 경우가 많으므로 엄격한 法解釋이 필요하다고 하겠다.

(10) 利益集團의 利害調整과 行政便宜

規制法規 가운데에는 표면상의 正當化事由에 불문하고, 規制가 特定한 公益目的에 봉사하고 있다는 公益說的 모델로는 正當하게 설명될 수 없는 것들도 있다. 그러한 規制法規는, 처음부터 公益追求의 가면을 썼으나 사실은 특정 利益集團의 規制便益을 위하여 의도된 것이거나 아니면 처음에는 公益說的 모델에 의한 正當化가 가능했으나 規制環境의 變化 등 사정변경에 따라 그 正當化의 根據를 喪失하고 단지 특정한 規制便益集團의 利益만을 도모하게 된 것이라고 할 수 있다.

소위 捕獲理論 등에 의해 批判의 對象이 되는 規制프로그램이 바로 이러한 유형에 속하는 것이다. 따라서 公益說的 모델에 따라 正當化되지 못하는 나머지의 規制프로그램은 이 영역에 속한다고 볼 수 있다. 그런데, 이러한 유형에 속하는 規制프로그램 중에는 規制便益者가 바로 規制行政廳 자신이 되는 경우도 있다. 다른 正當化의 根據는 갖지 못하나 다만 行政의 便宜를 위한 規制措置들이 바로 그것이다.

III. 規制의 失敗(Regulatory Failure)

1. 規制失敗의 意味와 原因

規制體制가 충분한 正當化事由를 가지고 있고 어느 정도 一貫性있고 合理的이라고 해서 그것이 곧 規制行政의 成功을 의미하는 것은 아니다. 理論的인 正當化와 현실세계에 있어서의 規制效果를 통한 改革은 전혀 별개의 것이다. 실제로 社會的·經濟的 規制는 일반적으로 成功하지 못하고 있으며 그것은 막대한 費用을 負擔하지만 그 성과는 不確實하거나 아예 存在하지도 않는다는 批判이 提起되기도 한다. 그

24) 오존층보호를위한特定物質의製造規制등에관한法律.

러나 規制行政의 過程은 失敗作이라고 만은 할 수 없다. 公正하게 말해서, 어떤 規制法規들은 비록 利益을 가져다 주었다 하더라도 많은 費用을 요함으로써 그 成果가 縮小되고, 예기치 못한 逆效果를 갖기도 하며, 어떤 경우에는 그것을 주장했던 사람들이 바라던 效果보다도 훨씬 못미치는 경우도 있으며 심지어는 의도된 結果에 正確하게 反對되는 結果를 產出하는 자멸적인 規制法規들도 存在하지만, 規制法規들은 많은 분야에서 중요한 進歩를 가져오기도 한다.

다만, 현실적으로, 規制의 實際的 結果를 評價하는 데에는 엄청난 어려움이 따른다.²⁵⁾ 가장 根本적인 어려움은, 비록 사실이 정확하게 밝혀지더라도, 어떤 사람에게는 失敗인 規制가 다른 사람에게는 成功일 수도 있다는 점이다. 게다가 그 둘 사이의 區別을 위한 基準을 발전시키는 것도 어렵다. 그러므로 成功 혹은 失敗에 관한 判斷은 規制의 타당한 目標과 範圍에 관한 觀點에 따라 달라질 것이다. 그리고 만약 이 問題에 대해서 合意가 이루어졌다고 해도 여전히 중요한 方法論적인 問題點들이 남을 것이다.

무엇보다도 먼저, 規制로 인한 費用과 便益을 평가해 보려는 노력은 가치와 사실 양쪽에 대한 첨예한 論爭을 유발한다. 그 評價는 規制財(regulatory goods; 規制를 통해 얻어지는 財貨·用役)에 대한 私적인 支拂意思에 기초하여야 하는가? 만일 그렇다면, 무엇에 주목해야 하는가? 즉, 規制에 대하여 지불하려는 수혜자의 意思(offer price)에 주목할 것인가 아니면 수혜자가 規制的 保護를 拋棄하는 對價로 要求하는 것(asking price)에 주목할 것인가. 이들 사이에는 本質적인 差異가 있다. 예컨대, 雇傭人들은 일정한 수준의 安全에 대한 權利를 拋棄하는 대신 상당히 많은 金額(asking price)을 요구할 것인데, 애초에 그들이 그 權利를 획득하기 위해서는 그렇게까지 많은 액수(offer price)를 지불하려고 하지 않았을 것이다. 또, 이 問題가 해결된다고 해도, 支拂意思의 基準이 客觀性을 가질 수 있는가 하는 것이 問題가 된다.

問題는 여기에서 그치지 않는다. 많은 경우에 있어서 일정한 結果와 그 原因에 관하여 확실하게 陳述하기는 곤란하다. 이러한 因果關係에 대해서 科學的 不確實性이 만연해 있다. 예컨대 規制後의 사고와 사망률의 減少가 規制的 統制 이외의 다른 요소들에 기인하는 것일 수 있다. 또한, 規制는 반드시 고려되어야 하는, 一連의 附隨的이고 우연한 費用과 便益을 포함하고 있는데, 그것은 무시되기 쉬우며 測定하기도 어렵다. 예컨대, 운전자 좌석벨트規制의 도입으로 운전자들이 덜 주의를 기울이

25) Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 2), pp. 75~77 참조.

게 되는데, 이로 인하여 步行者들의 負傷은 增加하게 된다. 規制로 인한 影響을 測定하려고 시도하는 데 있어, 모든 것을 不變하는 恒久的인 것으로 포착하는 것은 어려운 일인 것이다.

이러한 여러 問題點들에도 불구하고, 規制後의 세상의 狀態와 規制가 도입되지 않았을 경우의 가능한 상태 사이의 약간의 一般的인 比較는 可能하고 有益하다고 본다. 더욱이 과학적인 費用과 便益의 分析을 통한 一律的인 計算은, 다양한 規制프로그램이 어떻게 서로 비교되는가에 대하여 인식하게 해 줄 것이다. 그리고 結論들이 명백한 것은 아니더라도, 이런 식의 접근을 통하여 어떤 規制는 중요한 利益을 가져왔다는 사실이 나타날 수 있다.

다만, 銘心할 것은, 앞에서도 언급한 바 있듯이, 規制法規가 失敗했다는 주장은, 그것이 성공했다는 주장과 같이, 오직 經驗的이고 技術的인 것일 수는 없다는 사실이다. 規制가 失敗했다고 주장하기 위해서는, 價値判斷이 介在된 判斷基準이 있어야 한다. 따라서, 여기에서는 第2節에서 언급한 規制의 正當化事由 내지 規制法規의 機能 또는 目標을 잘 수행하고 또한 가능한 가장 낮은 費用으로 그것을 수행한다면 規制는 成功的이라고 評價하기로 하는 것이 좋겠다. 그러므로 그러한 목표중 어느 것도 수행해 내지 못하는 法規나, 또한 상당히 잘못된 副作用을 수반하는 法規, 그리고 가능한 어떤 견해에 의하건 利益을 縮小시키는 費用을 심히 야기시키는 法規 또는 公益的 正當化事由의 측면보다도 私益의 利害調整의 국면이 더욱 심하게 나타나는 法規도 마찬가지로 失敗한 것으로 볼 수 있을 것이다.

規制體制의 效果에 대한 費用-便益分析 등의 實證的 分析은 아직 우리나라에서는 시도된 바가 별로 없다고 생각되지만 美國의 경우 이에 대한 實證的 研究가 행해져왔고 그에 根據하여 規制의 失敗는 다음의 몇가지 事由에 기인하고 있다고 한다.²⁶⁾ 물론 이러한 分析은 美國의 規制行政過程에 대한 評價結果를 말하는 것이지만 우리나라의 規制行政過程이 가지는 問題點과 공통되는 점이 분명히 있다고 생각된다. 첫째로, 規制行政이 충분히 正當化된다고 할지라도, 政府의 規制는 成功的이 아닐 수 있다는 사실이다. 法規에 의한 規制措置는 애초에 그 規制를 야기시켰던 市場 失敗와 동일하거나 혹은 더 많은 비용이 요구되는 '政府失敗'를 만들어 낼 정도로 형편없이 고안된 것일지도 모른다. 둘째로, 規制法規가 잘 만들어진 경우에도 規制法規들은 그 施行過程에서 뒤엎어질 수 있다. 無知, 誤判, 行政官僚들의 빈약한 施行動機, 市場에 대한 誤解 그리고 강력한 私的 集團의 壓力 등은 그 法의 執行을 非

26) *Ibid.*, pp. 83~84.

生産的으로 만들고, 잘못된 방향으로 이끈다.²⁷⁾

이하에서는 이러한 規制失敗의 原因들에 대해서 살펴본다.

2. 規制法規 자체의 失敗(Failures in the Original Statute)

規制的 失敗는 종종 法規 자체의 제정에 있어서의 失敗로 인한 경우가 있다. 나쁜 法規를 충실하게 執行하는 것은 狀況을 改善시키기 보다는 惡化시키게 된다. 유능한 行政官僚가 좋은 동기를 가지고 있더라도 規制法規 자체가 狀況을 改善시키는데 조금도 도움이 되지 못하는 것이라면, 그들 法施行者가 그러한 法規를 전혀 施行하지 않기로 決定하지 않는 한, 法施行의 결과는 成功的일 수 없다. 한편, 規制法規의 충실한 이행을 통하여 社會的 改善이 이루어지게 되는 경우에도 規制法規 자체의 失敗라고 할 수 있는 상황이 발생될 수 있다. 즉, 肯定的 機能을 나타내는 規制法規라 할지라도, 그것이 同時に 不必要하고 지나친 費用을 負擔시키고, 不合理한 것과 不正義를 副產物로서 양산해내며, 잘 機能하는 規制體制가 가져올 수 있는 利益보다 훨씬 적은 낮은 利益만을 가져다 준다면 그 規制法規는 失敗라고 보아야 할 것이다.

현대국가에 있어서 이러한 規制機能의 失敗는 어느 정도는 피할 수 없는 것으로서 規制法規의 解釋者는 이러한 失敗를 모면할 수 있도록 法解釋이 許容하는 範圍 안에서 최선을 다하여야 할 것이다. 이하에서는 規制法規 자체의 具體的 失敗事由를 檢討하기로 한다.

(1) 利益集團의 利害反映

결과적으로 私的인 富나 資源의 移轉을 가져오는 規制法規들은 失敗로 이해되어져야만 한다. 그러한 法規들이 실사 再分配나 經濟的 生産性的 提高 등과 관련되는 다른 公益說的 正當化事由와 다소 關聯이 있다고 하더라도 全體的인 結果가 私益說的 理解를 더 타당한 것으로 만든다면 그러한 規制가 公益을 增進시킨다고 보기는 힘들기 때문이다.

(2) 잘못된 判斷과 政策分析의 不足

規制프로그램은, 法規制定者들이 問題에 대한 잘못된 진단과 빈약한 政策分析, 또는 不適切한 情報에 기초하여 法規를 制定하였기 때문에, 失敗하는 경우가 있다. 이

27) 美國에서의 廣範圍한 經驗的 研究結果에 의하면 政府介入이 상당히 영향력 있는 경우라 하더라도 規制프로그램이 失敗하는 경우가 종종 있다. *Ibid.*, p. 83 및 (註 35) 참조.

러한 형태의 規制失敗는 특히 法規制定者가, 持續的인 分析의 뒷받침 없이 일회적 인 事件의 發生에 따른, 強烈하지만 短期的인 公共의 抗議에 급속히 대응하거나 政策分析이나 技術的 側面이 복잡한 分野에서 특정한 意圖를 관철시키기 위한 規制法規를 制定할 때 發生한다.

이 유형의 失敗는 具體的으로는 어떠한 規制에 대한 附隨的 효과-예컨대 逆機能-를 고려하지 못했거나 規制手段의 問題解決에 있어서의 不適切성과 不合致(mismatch)에 의해 야기되는 것이 보통이다.

(3) 危險管理로서의 認識이 아닌 妥協 不可能한 權利로서의 認識

많은 規制法規들이 規制的 目的에는 예민한 관심을 가지지만 그러한 目的의 성취를 저해하는 여러 障礙物에 대해서는 鈍感하다. 地域的 多樣性, 産業種類別 상황의 相異性, 規制目標과 관련되거나 저촉되는 다양한 다른 社會的 目標와의 均衡에 대한 要求, 그리고 方法論에 있어서의 制限 등의 問題는 規制法規의 制定과 執行에서 반드시 고려되지 않으면 안되는 요소들이다.

그러나 規制法規는 실제와는 달리, 때때로 規制便益은 不可讓하고 따라서 妥協이 不可能한 權利(예컨대, 環境權에 根據한 環境規制를 생각해 볼 수 있다)²⁸⁾인 것처럼 취급하여 다른 고려요소와의 關係에서의 柔軟性を 喪失하게 하고 다른 고려요소의 관점에서 失敗의 結果를 야기하는 경우가 있다. 規制便益의 重要性은 마땅히 강조되어야 할 것이지만 다른 社會的 目標나 障礙要素, 方法論的 限界를 고려하지 않고 강행되는 規制프로그램은 결국 失敗로 끝나기 마련이다.

(4) 複合的인 構造效果와 예기치 못한 結果

規制의 失敗에의 중요한 원인 중의 하나는 法的 干涉의 複合的·體系의 影響을 法規制定者가 잘 이해하지 못하는 데에도 있다. 특히 再分配를 위한 規制의 경우 이 問題는 비교적 심각하다. 最低賃金制를 비롯한 각종 근로자의 積極的 保護制度는 복합적인 構造效果의 結果, 오히려 勤勞者에게 불리하게 作用할 위험을 내포하고 있는 경우가 있다.

最低賃金은 많은 노동자들에게 도움이 되지만 또한 그들을 雇傭市場으로부터 쫓아낼 수도 있다. 이와 비슷하게 住宅供給과 賃貸料에 대한 法的인 介入은 最下層民이 주택을 소유하는 것을 막음으로써 그들에게 해로운 效果를 낳는다. 또한, 健康과 安全을 위하여 새로운 위험을 規制하는 것은 기존의 위험을 永續化시킬 可能性이

28) 다만 우리나라의 現實에서 環境規制는 強化되어야 할 側面이 있다고 본다. 그러나 環境規制가 社會의 莫強한 輿論의 뒷받침으로 強行된다고 할 때, 이것이 妥協不可能한 權利로서 認識될 可能性이 우리나라에서도 충분히 存在한다.

있으며 따라서 오히려 健康과 安全을 阻害할 수 있다.

傳統的인 産業보다 新興産業을 規制하기 쉽다는 이유로 新興産業에 대한 規制를 보다 엄격하게 하는 경우도 비슷한 危險을 가지게 된다.²⁹⁾ 또한 현안의 問題를 解決하기 위한 최우선 規制對象의 設定은 심각하게 왜곡되거나 과도한 規制를 초래하기 쉽다. 물론, 規制法規를 통한 再分配의 노력이 언제나 失敗할 것이라는 생각은, 그것이 언제나 성공할 것이라는 생각만큼이나 近視眼의이다. 그러나 그 效果는 規制法規의 立法者들이 기대했던 것보다 훨씬 複雜하며 종종 歪曲되기도 한다는 사실을 銘心하여야 한다.

(5) 調整의 失敗 : 法規의 矛盾과 不一致

어떤 規制法規는 동일한 對象을 規制하는 다른 法規와 조화되지 못하거나 아예 矛盾, 抵觸되어서 失敗하기도 한다. 즉, 法規의 矛盾과 不一致가 規制失敗를 초래하는 것이다. 規制體制의 조화의 缺如는 많은 분야에서 責任感과 呼應度의 減少 및 規制者側의 내부적 紛爭의 위험을 增大시키며, 그만큼 矛盾없고 一貫性 있는 規制프로그램을 計劃하기 어렵게 만든다. 多數關與者사이의 責任分散, 다양한 指示와 豫定表들은 合理的인 政策遂行을 어렵게 만드는 것이다.

(6) 狀況의 變化

規制法規는 規制法規 制定당시의 事實關係와 法的 構造 및 社會的 價値를 反映하는 것이다. 그러나 세월이 흘러가면서 規制法規의 前提나 背景이 되었던 이러한 상황들은 쉽사리 변한다. 그럼에도 불구하고 規制法規는 廢止되지 않는 한 여전히 實定法規로 남아 있다. 예컨대, 發癌物質에 대한 규명이 분명하지 않았던 시대에 만들어진 規制는 發癌物質에 대한 糾明이 보다 정밀하게 이루어진 오늘날에 있어서는 適實性을 喪失할 것이다. 또한 社會主義 國家와의 敵對關係가 뚜렷하던 50~60年代에 만들어진 法規 가운데에는 오늘날의 상황과 맞지 않는 規制的 要素를 온존시키고 있는 경우도 예상될 수 있다.³⁰⁾

法規의 立法者는 이러한 狀況變化에 늘 민감하게 대응해 주지는 못한다. 이러한 類의 缺陷으로 인한 規制失敗도 역시 조화로운 法解釋을 통하여 어느 정도 匡正되

29) 이러한 規制는 革新(innovation)을 阻害하고 정작 規制對象이 되어야 할 有害한 舊式商品들을 市場에 오래 붙잡아 두는 不幸한 結果를 낳을 가능성이 있다. 또한 이러한 規制는 有望한 新參企業을 排斥하기 위해 規制戰略을 이용하는 既存企業의 파워게임(power game)에도 그 原因이 있을 수 있다.

30) 예컨대, 1948년에 制定된 臨時郵便團東法에 의한 郵便檢閱規制가 오늘날에 있어서도 存立의 妥當性이 있는 것인지에 대해서 懷疑되고 있다. 東亞日報 1991년 11월 8일자 17面 참조.

어야 할 것이다.

(7) 政治的 判斷事項을 技術的 判斷으로 代置

規制프로그램은 때때로 복잡한 價値判斷과 關聯되는 심각한 判斷의 어려움에 직면하는 수가 있다. 어떠한 規制프로그램이 經濟成長이나 環境保護, 에너지保存, 雇傭, 生命과 健康 등의 중요 價値와 複合的인 聯關을 가지는 경우가 그것이다. 이러한 경우 規制法規의 立法者는 복잡한 價値判斷의 問題를 技術的 또는 科學的 判斷의 結果에 맡겨버리고 싶은 유혹을 느낄 수 있다. 예컨대, 環境汚染源을 분산시키는 規制는 얼핏 技術的 判斷 事項인 것처럼 보이지만, 사실은 政治的 判斷의 對象이 되는 것이다. 汚染源의 분산은 集中的 汚染地域의 위험은 防止해 주지만 산성비의 위험을 增大시키므로, 결국 이에 대한 判斷은 政治的인 것이 되어야 할 것이다.

3. 規制法規 執行上의 失敗

規制의 失敗는 規制法規 자체가 잘 立法되었다 하더라도 그 法規의 執行過程에서도 발생할 수 있다. 이러한 規制法規 執行上의 失敗는 行政廳의 規制的 裁量의 행사에서의 失敗라고 할 수 있을 것이다.

規制法規 執行上의 失敗는 規制法規 자체의 失敗의 原因으로 앞에서 지적한 바로 그 原因으로부터 발생하기도 한다. 規制法規의 立法을 失敗하게 하는 바로 그 이유가 만들어진 規制法規의 執行을 失敗하게 하는 동일한 원인을 형성하는 것이다. 그러나 그 原因들에 대해서는 이미 살펴보았으므로 되풀이하지 않기로 하고 다만 規制法規 執行上의 失敗에 특유한 規制失敗의 원인에 대해서만 檢討하기로 한다.

(1) 不充分的 執行

어떤 規制法規들은 단지 象徴的인 意味 이상을 가지지 못하고 현실세계에 아무런 結果를 가져오지 못한다. 이러한 현상은 行政廳이 그 規制法規를 執行하려고 하지 않거나 執行하는 적만 하는 데에서 비롯된다. 이 경우 法治主義는 官僚體制에 무참히 敗北하고 마는 것이다.³¹⁾ 規制法規가 충분히 執行되지 못하는 데에는 여러가지 이유가 있겠지만 그것들은 대체로 規制에 대한 私益說的 說明을 뒷받침하는 것들이다. 첫째로, 規制行政廳이나 官僚가 利益集團의 捕虜가 된다는 주장은 다소 論難의 對象이 될 可能性이 있겠지만 잘 조직된 이익집단의 利益表出活動이 規制法規의 執

31) 實質的인 法治主義의 確立을 위해서 行政法的 觀點에서 官僚와 官僚的 意思決定過程에 대한 研究가 필요하다. 이 점에 대한 중요한 연구문헌으로, Jerry L. Mashaw, *Bureaucratic Justice*, 1983 참조.

行過程을 무력하게 만들 가능성은 상당 부분 시인될 수 있을 것이다. 둘째로, 行政官僚들의 集團利己主義가 執行過程에서의 規制失敗를 야기할 수도 있다.³²⁾

行政官僚들은 자신들의 힘과 지위가 강화되는 것을 바라고 있으며 스스로 팽창하려고 하는 屬性이 있다. 한편 이러한 屬性은 어떠한 變化를 拒否하는 保守的 側面을 가지고 있을 수도 있는 것이다. 셋째로, 執行上의 節次의 煩雜이나 執行에 있어서의 현실적 困難이 執行을 遲延시키고 無力化시키는 경우도 있다.

(2) 과도한 統制와 非效率性

어떤 規制法規들은 正當하게 立法되었으나 執行過程에서 차라리 規制하지 않는 것보다 더 심각한 非效率를 낳기도 한다. 즉, 規制의 費用이 規制의 便益보다 현저하게 크게 나타나는 경우가 있는 것이다. 이러한 경우는 흔히 環境規制 등과 같이 外部效果費用을 矯正함에 있어서 市場機能에 가까운 방식보다 命令-統制式 規制方式에 의할 때 나타나며³³⁾ 柔軟性없는 硬直된 規制執行으로도 말미암는다. 예컨대 사소한 예외도 인정하지 않는 規制의 執行은 오히려 심각한 非效率를 자초하게 된다.

한편, 지나치게 엄격한 統制가 規制執行 行政廳의 自由裁量과 結付될 때, 規制는 지극히 미미하게 執行된다. 그 이유는 만약 일단 모든 것에 대해 規制를 하기로 하면 論理上 당연히 全體産業의 生存에 威脅을 야기시킬 만한 정도로 不合理한 수준까지 統制의 정도를 심화시켜야 한다는 것을 規制行政廳이 알고 있기 때문이다. 그러므로 이 경우에는 오히려 産業의 生存과의 均衡을 고려한 法規가 오히려 健康問題에만 초점을 맞춘 法規보다 더 效率的인 規制結果를 가져올 수 있을 것이다.

(3) 非民主的 執行過程

規制法規의 執行을 맡고 있는 行政廳에 대하여 政治的 責任을 물을 방법이 없는 것도 規制執行上의 失敗를 가져오는 요인 중의 하나이다. 規制法規는 대체로 政治經濟的 含意를 가진 것으로서 執行上의 決定도 단순한 경험과 논리 이상의 政治的 考慮가 필요한데, 規制執行機關은 政治的으로 責任을 지지 않는다면 그 執行過程이 歪曲될 可能性이 있다. 또한 이와 유사하게 規制執行上의 決定이 좁은 범위의 利益代辯만으로 이루어지거나 密室決定에 의한다면 弊害는 역시 심각할 것이다. 그러므로 規制的 決定에 있어서 行政節次를 통한 利益代辯이 강조되고 있기는 하나 利益

32) 이와 관련되는 비용을 agency costs라 한다. Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 3), p. 99.

33) 命令-統制式(Command and Control) 規制의 問題點과 그것이 産業界의 革新에 가져오는 否定的인 結果에 대하여, Richard B. Stewart, "Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework", 69 *California Law Review* 1256, 1981, pp. 1277~1288.

代辯過程에서도 代表性的 問題³⁴⁾ 등 여러가지 問題가 存在한다고 볼 수 있다.

4. 規制行政의 過程과 公共選擇의 理論

政府의 規制는 立法過程을 통하여 이루어지는 公共選擇을 反映하는 것이라고 할 수 있다. 規制行政領域에서 問題되는 것은 倫理的·道德的 含蓄을 가진 社會에토스라기보다는 當면한 國家共同體의 問題의 解決方法에 대한 政策의 選擇이기 때문에 規制의 決定은 각 利益集團간의 衝突과 妥協, 利害關係의 反映이라는 現實을 배경으로 하여 이루어진다. 그러므로 規制의 實際는 이러한 利益集團들에 의한 政治狀況에 의해 中대한 影響을 받게 된다. 또한, 規制프로그램의 成功 또는 失敗는 이러한 利益集團間的의 力學關係에 의해서 크게 좌우된다. 이리하여 美國의 公法理論에서는 公共選擇理論의 影響이 폭넓게 나타나고 있다.³⁵⁾

政府規制를 政治過程的으로 分析하는데 크게 기여한 Wilson에 의하면 政府規制에 대한 利益表出에 있어서의 政治狀況의 모델은 費用과 便益의 分散度에 따라 ① 大衆的 政治(majoritarian politics)모델: 規制에 따른 費用과 便益이 모두 넓게 分散되는 경우, ② 企業家的 政治(entrepreneurial politics)모델: 規制에 따른 費用은 特定集團에 좁게 集中되는데 반하여 規制에 따른 便益은 넓게 分散되는 경우, ③ 顧客政治(client politics)모델: 規制에 따른 費用은 넓게 分散되어 부담되는데 비해 便益은 特定集團에 좁게 集中되는 경우, ④ 利益集團政治(interest-group politics) 모델: 規制에 따른 費用과 便益이 모두 좁게 特定利益集團들에 集中되어 이해 상반되는 集團間的의 尖銳한 利害對立이 있는 경우 등으로 나누어진다. 그리하여 각각의 경우의 規制法規의 執行은 相異한 樣相을 띠게 된다.³⁶⁾

첫째로, 大衆的 政治모델의 경우에는 費用과 便益이 모두 넓게 분산되어 規制의

34) 崔炳善, “政府規制의 原因 및 過程理論 考察”, 서울大學校 「行政論叢」 제27권 제2호, 1989, 262面; Barry M. Mitnick, *The Political Economy of Regulation*, 1980, pp. 144~151, 308~363 참조.

35) 이러한 이론경향은 美國의 Virginia School에 의해 도입되었다고 한다. Susan Rose-Ackerman, *Progressive Law and Economics—And the New Administrative Law*, 98 *Yale Law Journal* 341, 1988, p. 342; 우리나라에서도 最近 이러한 美國의 公共選擇理論에 대한 소개가 있었다. 鄭淳勳, “公共選擇理論의 公法에의 適用”, 韓國公法學會 제14회 月例發表會 資料 (1991.1.28), 29面 이하.

36) James Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, 1980, Ch. 10; 이에 대한 國內文獻으로, 崔炳善, 前揭論文(註 34), 263~269面 參照.

費用負擔集團과 便益享受集團 모두에게 集團行動의 딜레마 問題³⁷⁾가 발생하여 規制로 인한 費用負擔集團과 便益享受集團 모두 規制政策의 決定에 組織的으로 기민하게 反應하지 못하므로 政府規制는 利益表出活動의 關心事가 되지 못하고, 官僚의 判斷에 의해 주로 좌우된다. 따라서 이러한 경우에 行政廳의 執行過程도 느슨하기 쉽고 변화된 規制環境에 적응하지 못하는 경우도 발생할 것이므로 規制失敗가 發生하기 쉽다.

둘째로, 企業家的 政治모델의 경우는 주로 環境規制 등의 社會的 規制의 경우에 妥當한 것인데, 規制에 따른 費用을 負擔하게 되는 企業들은 組織的인 政治的 行動을 하고자 하는 강한 誘因을 가지지만 一般國民들은 자기들에게 有益한 政府規制를 원하면서도 그와 관련되는 組織的 活動은 등한시하게 되어 集團行動의 딜레마에 빠지게 된다. 이 경우에 規制法規는 執行의 不充分으로 인하여 象徴的인 것으로 轉落하거나 形式的인 것으로 되어버릴 가능성이 있어서 規制失敗가 야기될 수 있다.

셋째로, 顧客政治모델의 경우, 規制便益은 대단히 크고 特定集團에 集中되지만 (예컨대, 工產品 輸入規制, 醫師·藥師·辯護士 등의 職業免許, 特定 產業의 參入制限 등) 規制로 인한 費用은 相對的으로 작고 또한 異質的인 不特定 多數人에게 歸屬되기 때문에, 政府規制는 規制便益享受集團의 組織的 活動에 의해 支配되기 쉽다. 그리하여 소위 政府規制의 捕獲(capture) 現象이 전형적으로 발생할 수 있다. 그러므로 이 경우야 말로 전형적인 規制失敗가 발생할 可能性이 있다고 하겠다.

넷째로, 利益集團政治모델의 경우는 勞使問題와 관련되는 政府의 規制와 制度 등과 같이, 規制와 관련되는 利害關係集團 雙方이 모두 強한 結束力을 가지고 組織的인 活動을 하기 때문에 集團行動의 딜레마는 거의 問題가 되지 않는다.

5. 規制法規의 機能과 規制失敗의 關係

오늘날과 같은 規制機能的 國家에서 規制의 必要性和 規制失敗의 상황에서 規制法規를 어떻게 원래의 正當化事由와 일치하게 機能할 수 있도록 할 것인가 하는 점이 公法의 중요한 關心事가 되어야 한다.³⁸⁾ 그렇게 하기 위해서는, 가능한 한 確認

37) 集團行動의 딜레마(collective action dilemma)란 利害關係를 같이하는 集團이 多數者로 構成되어 있는 경우, 公共財 또는 集團財(public goods, collective goods)에 흔히 나타나는 無賃乘車者(free-rider)의 問題로 인하여 그 스스로는 자기들에게 有利한 最善의 解決策을 마련하지 못하는 狀況을 일컫는다. Barry M. Mitnick, *op. cit.*(註 34), pp. 164~165, 143~144, 319~333 參照.

38) Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 2), pp. 411~413.

가능한 法令의 機能(identifiable statutory functions)과 法令의 失敗의 特정한 形態(particular forms of statutory failure) 사이에 긴밀한 關聯을 살펴보는 것이 특히 價値있는 일이 될 것이다.³⁹⁾ 다만, 이러한 작업을 가능하게 할 社會的·經濟的 規制의 結果에 대한 經驗的인 研究는, 우리나라에서는 거의 찾아보기 힘들고 美國의 경우도 아직 그리 發展된 段階가 아니다.

더욱이 그러한 結果에 대한 評價는 사실에 根據해야 할 뿐 아니라, 다양한 분야에서 規制的 統制는 어느 범위에서 遂行되는 것이 적절한가라는 問題에 대한 價値判斷的 理解에도 根據해야 한다. 이러한 조건을 充足시키기는 쉽지 않으나, 여기서는 다만 현재의 정보들—그것은 주로 美國에서의 研究結果에 기초한 것이지만—에만 根據하여서도 일반적인 경향을 알 수 있으며, 이를 통해 다양한 범주의 法令들이 다양한 病理現象들에 의해 어떻게 影響을 받는지를 分析해 볼 수 있다.⁴⁰⁾

① 社會的·經濟的 規制는, 그것의 立法 및 法執行의 段階에서, 集團行動과 公共選擇의 問題에 의해 영향을 받는다. 이미 이것은 앞에서 檢討한 바와 같이 4개의 範疇에 따라 規制體制의 運營에 상이한 영향을 미친다. 다만, 앞에서 檢討한 集團行動의 딜레마가 항상 克服되지 못하는 것은 아니다. 規制法規는, 때로는 分散된 利害關係를 凝集하여 유력한 政治的 힘으로 변형시키는 과감한 “公益”團體 設立의 原因이 되기도 하고, 때로는 그러한 團體設立의 結果로서 規制法規가 制定되기도 한다. 물론 또 다른 변수들도 있다. 결론적으로, 이러한 4개의 範疇의 類型化를 통한 설명은 커다란 說明力을 갖는다. 不適切한 보호와 지나친 統制는 많은 경우에 있어서 法令의 制定 및 그 執行段階에서의 政治的 組織化에 원인이 있다고 보여진다.

② 公益指向的 再分配와 保護를 위해 기획된 法規들은 종종 계획의 빈약함과 法執行의 失敗로 인하여 矛盾되고 不適切한 分配結果를 낳기도 한다. 이러한 범주에 속하는 法規는 흔히 規制가 市場과 어떠한 方式으로 相互作用하는지에 대한 깊은 이해없이 制定된 것이다. 이는 立法目的인 再分配效果를 쉽게 喪失케 하거나 縮小시키게 한다. 法令의 草案作成 및 그 執行의 단계에서 市場의 作動原理를 잘 인식함으로써 이러한 問題를 減少시킬 수 있다. 동일한 맥락에서, 가난한 사람들과 신체 장애자들에 配分되어야 할 資源 중 많은 부분이 오히려 그와 關聯되는 다른 集團에게로 轉移되는 현상을 의아하게 여길 필요가 없다. 의도되었던 受益者層의 政治的 힘이 相對的으로 작은 경우 이러한 問題는 더욱 악화된다.

39) Cass R. Sunstein, *op. cit.*(註 3), p. 102.

40) 이하 *Ibid.*, pp. 102~106을 광범위하게 인용하였다.

③ 利益集團의 利害調整 및 行政便宜, 그리고 產業의 保護·育成을 위한 法規는 특히 지나친 擴大解釋의 위험이 많다. 法執行의 단계에서 잘 組織化된 團體는 상당한 影響力을 발휘할 수 있기 때문이다.

④ 差別禁止나 사회적으로 疏外된 階層의 社會的 從屬을 줄이거나 제거하기 위하여 고안된 法規들은 흔히 그 執行上의 不適切性으로 인하여 再分配가 歪曲되기 쉽다. 또, 그러한 法令을 요구하는, 바로 그 差別의 問題들 때문에 그 法令의 執行이 곤란하게 되는 경향이 있다. 더욱이 다양한 이유로 인하여 私的인 行爲者는 法規의 施行節次(enforcement proceedings)와 關聯하여 일련의 障礙에 직면한다. 이러한 障礙에는, 不平分子로 분류되는 汚名, 미래의 僱傭展望에 대한 危險, 差別主義者와 公的으로 다시 만나야 하는 恥辱, 이러한 영역에서 訴訟과 관련된 커다란 混亂, 권위있는 지위에 있는 사람들의 差別的 行動에 대해 不平을 호소해야 하는 個人的·經濟的·社會的 犧牲 등이 포함된다. 이러한 요소들은 執行을 阻害하는 중대한 요인으로 作用한다.

⑤ 集團的 期待나 共同體倫理, 非商品的인 價値의 保護, 다양한 經驗과 選好의 形成, 그리고 回復할 수 없는 피해로부터 미래세대를 보호하려는 法規들은, 잘 조직화된 단체가 그 法令의 執行節次를 감시할 수 없는 한, 그 執行이 適切하게 되기 어려우며, 또한 非民主的인 節次와 非民主的인 結果들로 困難을 겪기 쉽다. 여기에서 社會的 從屬 禁止立法에서와 마찬가지로, 그 規制法規를 요구하는 바로 그 요소가 政府失敗의 원인이 되는 경향이 있다.

⑥ 단기적으로 대중의 요구에 의하여 制定된 法令은, 전형적으로 立法上의 分析이나 規制體制의 矛盾으로 인한 失敗를 경험한다. 이 法令들은 또한 市場에 지나치게 간섭하는 경향이 있다. 危險防止의 規制가 대체로 그러하다. 특히 問題되는 것으로는 規制가 가져오는 복합적인 構造的·體系의 효과에 대한 誤解, 危險管理로서가 아니라 權利로서의 주장으로 인한 柔軟性和 tradeoffs의 不可避性에 대한 無關心 등이다.

⑦ 規制法規는 거의 一般的으로 政治的 責任性이나 政治的 熟考의 缺如, 狀況의 變化, 構造的 效果에 대한 誤解, 法規의 矛盾·抵觸에 대한 調整의 결핍 등으로 인하여 失敗한다.

IV. 結 語

行政法規의 解釋이 民·刑事法의 해석에 비해 현저히 다른 점은 행정법규의 해석

은 그 법규의 制定趣旨에 대한 理解와 그와 관련된 行政廳의 政策의 實體에 대한 이해에 근거해서 이루어질 것이 要望된다는 점이다. 그러므로 행정사건에 대한 법적 판단은 다분히 專門的인 領域으로 이해되어도 좋을 것이다. 사실 行政法規에 있어서 法規의 制定과 그것의 執行 그리고 法解釋을 통한 裁判統制는 法治主義와 行政의 合目的性이라는 공동의 목표를 떠받치고 있는 삼각의 기둥이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 실상 행정법규는 일단 제정되고 나면 본래의 公益的 目的이 어느 정도 잊혀지고 執行의 便宜에 의해 왜곡된 형태로 집행되기도 하며 利益團體의 활동을 통하여 그로 인한 規制의 초점이 흐려지기도 한다. 이러한 까닭에 裁判機關은 어떤 規制制度가 執行됨에 있어서 그것이 固有的으로 또는 追加的으로 가지게 된 機能에 충실하게 집행되고 있는가 하는 점에 대한 統制의 고삐를 늦추지 말아야 할 것이다. 그리고 사실 다양한 規制領域에 적용되는 수많은 法規들은 실제로 많은 衝突과 抵觸現象을 가져오기 마련이며, 法規 그대로의 執行은 많은 不合理를 가져오기도 한다. 그러므로 裁判機關의 法的 統制는 얼마간 이러한 立法的 失敗와 不合理를 矯正하는 機能도 하여야 할 것이다.

요컨대, 裁判機關의 法解釋은 規制立法 및 規制執行에 대한 矯正의 의미를 가지는 것이어야 할 것이다. 물론, 현재의 우리 裁判機關(司法院 및 憲法裁判所)이 실제로 그러한 機能을 감당할 수 있는 制度的·政治的 여건이 되어 있는가 하는 것은 별도의 문제이다. 그러나 公法學의 問題意識과, 裁判機關이 國法秩序上 가지는 地位와 權限에 비추어 볼 때, 혼란스러운 規制立法과 規制制度의 집행에 있어서 균형과 질서를 부여하여 法秩序 및 社會의 統合의 役割을 감당할 기관은 재판기관 이외의 다른 기관이 될 수 없다고 할 것이다. 그렇다고 한다면 재판기관의 법해석은 規制制度의 作用實態와 規制政策의 實體에 根據하여 이루어져야 함이 필연적으로 요구된다.

本稿에서 다룬 規制의 正當化事由와 規制失敗에 대한 諸論議는 바로 이러한 점에서 規制法規解釋의 핵심을 이루는 문제라고 할 것이다. 다만, 方法論上 이러한 논의를 實際의 법해석에 어떻게 반영할 것인가 하는 점이 문제가 될 것이나, 오늘날의 法學方法論은 이러한 접근방법을 이미 충분히 이론화하고 있다. 그리고 현실적으로, 이러한 방법론은 補充의 原理 또는 過剩禁止의 原則 등의 一般的인 公法原理를 통하여 반영될 수 있다. 실제로, 成文法規 아닌 公法原理들이 國內외의 判例에서 援用되는 것들을 살펴보면 실상 公法原理는 이상에서 밝힌 法制度의 實體的인 側面에 대한 고려를 반영하는 道具로 활용되고 있는 것을 알 수 있다.

소위 問題的 思考에서 법해석의 방법론으로 제시하는 觀點目錄이 바로 公法原理라는 형태로 實際의 法解釋에서 원용되는 것이다. 일례로, 土地去來許可規制의 違憲與否에 대한 審査에서 憲法裁判所는 土地去來許可規制의 實體的, 또는 政策的 正當化事由를, 그 判斷에 있어서의 중요한 準據點으로 삼고 있음을 분명히 볼 수 있다.

사실, 裁判機關이 公法原理를 원활히 활용한다면, 그것은 行政의 實體的·政策的 면에 대한 裁判機關의 理解가 활발하다는 것을 反證하는 것이 될지도 모른다. 한편, 裁判機關이 行政政策의 기본적인 방향을 監視하기 위해 이러한 公法原理를 중요시할 수 있도록 行政法學은 인접 社會科學과의 활발한 교류를 통하여 規制制度의 創設과 그 執行의 올바른 機能에 대한 理解와 그것이 實體的으로 가져오는 問題點에 대한 넓고 깊은 理解와 眺望의 틀을 제시하여야 할 것이다. 본고의 試論的 論議가 행정법학의 이러한 學際的 論議의 方向을 보여주는 하나의 모델이 되기를 기대한다.