

규제연구 제23권 특집호 2014년 9월

규제개혁과 사법부의 역할

김 일 중*

본고는 규제개혁 작업에 있어서의 우리 사법부 역할을 생각해보는데 그 목적이 있다. 규제개혁을 논할 때 여전히 간과되는 측면이 작지 않으나, 사법부가 규제개혁 작업에 공헌할 수 있는 법적 근거는 이미 충분히 마련되어 있다. 헌법 제107조의 제1항 및 제111조에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판권과, 헌법 제107조의 제2항에 의한 행정규칙·처분 등에 대한 대법원의 위헌·위법심판권이 그 법원이다. 나아가 이를 바탕으로 행정소송 등 일반 재판을 통해서, 정당성과 효율성이 떨어지는 규제들의 부적절성을 재판당사자는 물론 규제의 입안 및 집행에 하는 입법부와 행정부 전반에도 널리 신호할 수 있다. 따라서 사법부가 취할 수 있는 이들 방식을 크게 두 가지로 나누어 검토한 후, 향후 적극적 사법심사를 안착시키기 위한 보완책들도 제시해본다. 마지막으로, 사법부가 규제개혁 작업을 수행하는데 일조하고자 사법심사의 실제적 숙고 단계를 제시한다. 구체적으로, 이른바 ‘규제수용’ 이론에 기초하여 오래전부터 갖고 있던 필자의 평소 생각들을 2014년 시점에 맞추어 재조명해본다.

핵심 용어: 규제개혁, 효율적 규제방식, 사법부 역할, 사법심사, 헌정주의, 법경제학

JEL Classification: K22, K42

* 성균관대학교 경제학과 교수, 서울시 종로구 명륜동 3-53(ijkim@skku.edu)

** (감사의 글) 한국 사회에서 사법심사의 좀더 적극적인 방향 일반에 관하여 법원의 여러분들과 오랜 기간 나누었던 대화들이 본고의 기본틀을 마련하는데 큰 도움이 되었다. 특히 본고를 작성하기 훨씬 이전부터 현재 이루어지고 있는 위헌·위법심사 실제에 관하여 평소 많은 설명과 조언을 해주신 조병구 판사와 정기상 판사께 감사한다. 또한 과잉금지원칙 적용의 유용성 등 사법적극주의에 대한 큰 틀에서의 공감대를 바탕으로 매우 건설적 논평을 해주신 홍완식 교수께도 감사를 표한다.

I. 서론

모든 규제는 민간재산권들을 제한하거나 재설정한다(김일중, 1995). 그런데 이러한 규제의 과잉으로 한국 사회가 여전히 몸살을 앓고 있다. 과잉규제 현상을 초래하는 데에는 정치인들의 사적 이해관계가 큰 기여를 했다. 공공선택이론에 따르면 정치인들은 항상 경쟁적인 입법수요에 직면해 있다. 결국 다른 조건이 일정할 때, 정치적으로 영향력 있는 이익집단의 요구가 거세지면 입법자들은 이를 편향적으로 수용해준다는 명제 또한 자명하다. 한편, 상당 수준의 위임입법 권한을 부여받은 규제기관의 관료들 또한 정치인과 비슷한 유인을 갖고 있으며, 나아가 관료집단은 때로 잘 조직된 이익집단의 위치에 스스로 서기도 한다.

이렇게 입법, 행정, 그리고 특수이익집단(special interest group) 사이에 ‘3각-이해관계’가 얽히면서 규제는 과잉생산되어 왔다. 거기에 더하여 규제의 실효성을 담보한다는 미명 아래 그 위반행위에 대해서 형사처벌을 부과하는 입법행태 또한 과잉 수준으로 도입되었는데, 이는 과잉규제를 낳는 것과 흡사한 유인에서 비롯된다(Benson and Kim, 2014). 형사처벌은 양날의 칼로서, 가령 강력흉악범죄를 억지하는 데는 필수적인 제재수단이지만, 반대로 과잉형벌화는 규제범죄 전과자양산, 법치사회의 경시, 경쟁자 배제, 지대추구, 부패 등의 사회폐해는 물론이고, 궁극적으로는 소위 한계억지력(marginal deterrence) 원칙이 깨짐으로써 오히려 필수 규제들의 집행까지도 무력화시킨다(김일중, 2013).

규제만능주의의 폐해에 관한 인식이 국내에 확산되면서 규제개혁에 관한 본격적인 논의는 이미 20년을 넘게 진행되었다. 그럼에도 불구하고, 이 분야 연구자들에게는 이제 매우 익숙한 용어인 ‘규제의 역설(paradox of regulations)’(Sunstein, 1990) 현상이 여전히 만연하고 있다. 사실 ‘규제폐해’ 및 ‘규제개혁’은 이제는 진부하게 들릴 정도로까지 한국 사회의 큰 화두였

다. 하지만 특정 규제의 효과가 미미하거나 부작용이 큰 것으로 판명되어 해당규제를 폐기하거나 다른 비규제적 방식으로의 전환이 거론될 때에는 심한 반론에 부딪히곤 한다. 주지하듯, 규제개혁의 큰 의미는 기존의 행정규제 대신 더욱 친시장적 통제방식으로 대체하는 작업을 포함한다. 예컨대 특정 외부효과를 일으키는 행위를 전통적인 행정규제로 통제하기 보다는 그 행위의 결과에 대하여 법원에서 책임을 묻는 이른바 ‘책임원리(liability rule)’ 등으로 대체하는 것 역시 규제개혁이다. 바로 이러한 의미에서 Posner(2011) 판사는 법원에 의한 사후적 통제기제를 ‘사법적 규제(judicial regulation)’라고 명명하고 있다.

그런데 이러한 제안들은 정치경제학적 이유에서 대개 큰 저항에 부딪힌다. 특히 어떤 규제가 억제하고자 했던 사건이 한 번 발생해버리면 해당 규제는 물론 정부규제 전반을 강화하자는 논리가 고개를 들곤 한다. 숙고해보면 그 사건과 가장 직접적으로 연관된 핵심규제의 준수가 제대로 되지 않았거나, 아니면 그를 둘러싸면서 횡적 또는 종적으로 펼쳐진 여타 관련 ‘규제그물망’이 야기했던 수많은 폐해들이 오히려 그 사건 발생의 근본원인이었음에도 불구하고, 규제강화론은 여전히 세간의 힘을 얻게 된다. 이미 만들어진 규제그물망의 집행비용은 물론 순응비용이 너무 높아 시간이 흐르면서 뇌물 등을 통하여 규제자는 피규제자에게 실질적으로 포획당하기도 한다. 더 나아가서는 ‘부패활성화(corruption-facilitating) 메커니즘’으로서(Cho and Kim, 2001) 규제자와 피규제자 그룹이 안정적으로 유착되어, 가령 전직 규제책임자가 피규제자 또는 그 연관 기관의 수장이 되는 관계로 고착되기도 한다. 이러한 상황에서 정작 가장 핵심적으로 준수되어야 하는 규제마저 이리저리 회피되면서 사건과 사고가 발생하게 된다. 따라서 특정 규제 하나만을 합리화시키는 작업만으로는 근본 해결책이 될 수는 없다. 언제든지 다른 경로를 통하여 결국에는 비슷한 사건을 야기할 수 있는 원천인 그 규제그물망 전체에 대한 대대적인 수술이 함께 전제되어야만 한다.

본고는 규제개혁 작업에 있어서의 사법부 역할을 생각해보는데 그 목적이 있다. 이제까지 간과되어 왔으나, 사법부가 규제개혁 작업에 공헌할 수 있는 법적 근거는 이미 충분히 마련되어 있다. 가장 근본적인 근거는 헌법 제107조의 제1항 및 제111조에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판권과, 헌법 제107조의 제2항에 의한 행정규칙·처분 등에 대한 대법원의 위헌·위법심판권이다.¹⁾ 요컨대 이른바 사법심사(judicial review) 권한을 통하여 규제개혁 차원에서

1) 헌법 제107조 「① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다. ② 명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된

최소한 다음의 두 가지 기능을 할 수 있다.

첫째, 위헌 또는 위법에 해당하는 규제를 철폐하는 것이다. 환언하면 정부규제의 정당절차(due process)와 공정성(fairness)을 사후적으로 그러나 가장 확실하게 확보하기 위한 방안으로 법원의 심사기능을 강화함으로써 규제기관의 자의적인 운용과 집행을 방지하는 것이다. 둘째, 행정소송 등 일반 재판을 통해서 정당성(공익성)과 효율성이 떨어지는 규제들에 대해서는 다양한 방법으로 그 부적절성을 재판당사자는 물론 규제의 입안 및 집행을 하는 입법부와 행정부 전반에 널리 알릴 수 있다.

다른 법의 영역에서도 그렇듯이 사법부는 입법과 행정에 이어 최종 판단을 하는 곳이다. 그러나 그 최종 판단이 어떠한가 또는 어떠한가에 대한 기대에 따라 입법과 행정은 영향 받는다. 경제학의 게임이론 용어를 빌면 ‘후방귀납(backward induction)’이 정부 3부 내에서도 작동하기 때문이다. ‘역추론’이라고도 불리는 이 신호기능이야말로 실로 큰 힘을 발휘할 수 있다. 필자는 규제개혁이라는 정책영역에서도 예측가능성과 함께 작동되는 후방귀납의 신호기능을 충분히 활용할 수 있다고 믿는다. 돌이켜 보건대, 이런저런 규제개혁의 시도가 이루어졌으나 지난 20여 년간 그 성과가 부진한 상황을 감안할 때, 이제 사법부에 거는 기대가 커진다. 또한 후술되듯이 실제 사례들을 보면 규제개혁 작업을 효과적으로 수행할 수 있는 가능성 또한 크다. 따라서 사법부의 배가된 노력을 추구하고 싶다.

본고의 순서는 다음과 같다. 본문에 들어가기 이전 제II절에서는 규제만능주의가 야기하는 폐해의 한 단면과 규제개혁의 핵심개념에 관하여 잠시 생각해본다. 즉, 국내에서 상대적으로 거의 관심을 받지 못한 규제위반에 대한 과잉범죄화가 야기하는 폐해와, 그러한 폐해의 주범인 규제만능주의를 타파하기 위한 기본방향을 짚어 본다. 제III절에서는 규제개혁과 사법부 역할을 본격적으로 논의한다. 한국의 규제개혁 작업에서 상대적으로 매우 작은 비중을 차지한 사법부 역할의 배경을 잠시 설명한 후, 그럼에도 불구하고 사법부 몫의 필요성이 크다는 점을 피력할 것이다. 이어 규제개혁 차원에서의 사법부 역할을 크게 ‘일반적 통제’와 ‘구체적 통제’의 방식으로 나누어 설명한 후, 상응하는 대표적 사례들을 검토해본다. 마지막으로, 향후 사법부 역할의 강화를 위한 대책을 다시 위 두 방식으로 구분하여 잠시 생각해본

경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.」 헌법 제111조 「헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판」

다. 물론 본고에서의 제시는 아직 밑그림 수준의 의미를 가질 뿐이며, 이에 관해서는 계속하여 더욱 충실한 검토가 필요할 것이다. 제IV절에서는 사법부가 규제개혁 작업을 수행하는데 일조하고자 사법심사의 실체적 숙고 단계를 제시한다. 구체적으로, ‘규제수용’ 이론에 기반하여 오래전부터 갖고 있던 필자의 평소 생각들을 현재 시점에 맞추어 재서술한다. 단순한 고충처리 차원이 아니라 헌법 제23조 제3항에 충실한 헌정주의적 접근으로써 규제개혁을 하자는 것이 핵심 메시지이다. 간략한 결론과 함께 제V절을 맺는다.²⁾

II. 규제의 폐해와 규제개혁의 핵심개념

1. 규제만능주의의 한 단면: 규제위반에 대한 과잉형사처벌

규제만능주의가 야기하는 폐해의 종류와 정도에 관해서는 국내에서도 이미 많은 전문가들에 의하여 지적되어 왔다. 규제개혁과 사법부 역할에 관한 본격적인 논의에 들어가기 이전, 아직까지 거의 지적되지 않았던 규제만능주의가 야기하는 폐해 한 가지만 논하고자 한다. 그것은 규제를 위반하여 형벌을 받는 국민들에 관한 것이다. 대검찰청의 『범죄분석』에 의하면, 국내에서 형사처벌의 대상이 되는 범죄는 ‘형법범죄(일반범죄)’와 ‘특별법범죄(행정범죄)’로 구분된다.³⁾ 해외 학계에서 널리 ‘규제범죄(regulatory crime)’라 불리는 후자는 국민들이 흔히 생각하는 형법상의 전통적 범죄들이 아니다. 즉, 입법 또는 위임입법을 통하여 별도로 만들어진 규제들을 위반했을 때 피규제자가 형벌을 받게 되는 경우를 일컫는다. 현재 한국에서는 전체범죄에서 규제범죄가 차지하는 비중이 매우 높고, 가히 충격적인 속도로 증가

2) 요컨대 본고는 규제와 규제개혁에 관하여 오랜 기간 갖고 있었던 필자의 생각들에 기초하여, 우리 사법부 역할과 그 여건 마련을 위한 큰 방향을 한번 독자적으로 생각해보는데 그 목적이 있다. 그러므로 문헌인용에 있어서 해외연구는 필요한 수준에서 최소한으로 소개하되, 규제개혁 관련 국내문헌은(이미 방대하게 존재함에도 불구하고) 주로 필자의 과거 연구들 위주로 인용하고자 한다.

3) ‘일반범죄’는 형법상의 전형적 범죄들로 구성되며 추가로 형법조항을 그대로 준용하는 일부 특별법위반행위도 포함한다. 일반범죄는 크게 재산범죄, 강력흉악범죄, 강력폭력범죄, 위조범죄, 공무원범죄, 풍속범죄, 과실범죄, 기타형법범죄로 구분된다. 작금 사회적으로 그 심각성이 가장 크다고 판단되는 강력흉악범죄는 살인, 강도, 강간, 방화로 구성된다. 반면 ‘행정범죄’는 각종 행정규제 위반행위들 중 형사처벌이 부과된 것들이다.

하는 전체 전과자 양산 속도에 이러한 규제범죄자가 큰 기여를 하고 있다. 김일중(2013)에서 지적된 2000년대의 세 가지 눈에 띄는 경험적 관찰을 간략히 요약하면 다음과 같다.

1) 2010년 한국의 전과자 수는 약 1,100만 명에 근접하였다. 1996년에 비해 1.8배, 2000년에 비해서도 1.4배나 증가한 숫자이다. 2010년의 인구대비 전과자 비중은 약 22%로서 그 수준이 우려될만한 수치이다. 우리나라 국민 다섯 명 중 한 명이 전과자라고 할 만큼(15세 이상은 26.5%로서 네 명 중 한 명) 우려될만한 수치이다. 특별히 그 증가추세가 2000년대 후반에도 계속 가파르다. 2) 각종 행정규제를 위반했을 때 부과되는 매우 다양한 제재수단들 중 형벌의 비중이 한국에서는 무려 44%에 달하고 있다(국가경쟁력강화위원회, 2008). 2000년대 후반 한국의 전체범죄는 200만 건을 초과하였고 그 중 규제범죄는 평균 60%나 차지하였다. 1982년 일반범죄 건수를 추월한 규제범죄는 그 이후 약 20년간 증가세가 매우 가팔랐으며 일반범죄 건수의 2배가 넘는 해도 많았다. 비록 최근에 그 증가추세가 다소 잦아들었지만, 한국의 범죄발생에서 차지하는 비중이 상당히 크다고 할 수 있다. 그만큼 형사처벌 대상이 되는 행정규제가 많다는 의미이다. 3) 그 이전에도 꾸준히 증가해왔던 일반범죄는 2000년대에도 매우 빠른 증가추세를 보이고 있다. 특히 시민들의 공공안전에 가장 위협적인 범죄로 인지되는 강력흉악범죄의 발생추세는 우려할만하다. 증가율 평균이 2000년대 전체로는 4.6%이지만, 최근 4년간은 7%대를 훌쩍 넘어 갔다.

형사정책적 시각에서 보자면, 일반범죄 및 강력흉악범죄의 가파른 증가현상이 특별히 우려된다. 따라서 이 원인을 파악하는 작업은 매우 중요하다. 여러 가지 원인을 진단할 수 있겠으나, 가장 기본적으로 범죄억지가 제대로 이루어지지 않았을 가능성에 대해 생각해볼 수 있다. 그런데 그렇게 범죄억지가 제대로 이루어지지 않은 주요 원인 중 하나가 과잉규제 및 위반에 대한 무분별한 형사처벌 입법에 있다는 것이 김일중(2013)의 주장이었다. 왜냐하면 현재 법 집행은 심각한 자원제약 하에서 이루어지고 있는데, 대표적으로 법 집행이 이 규제범죄자들의 기소에 우선적으로 이루어지면서 현재 법 집행자원 체계의 체증을 겪고 있기 때문이다. 김일중(2013)에 의하면, 법원에서의 유죄판결인원이나 궁극적으로 매년 양산되고 있는 전과자의 절대숫자는 다른 주요 국가들과 비교할 때 매우 높다. 특별히 규제위반자들이 매해 전과자 순증가 숫자의 대략 70%를 채우고 있다는 실험적 실증분석의 결과는 정책입안가나 학자 모두 간과할 수 없는 매우 심각한 수치이다. 따라서 행정규제위반에 대한 무분별한 형사처벌의 문제를 생각해보지 않을 수 없다.

흥미롭게도 형벌 또한 규제와 매우 비슷한 속성을 갖는다. 전자는 후자를 달성하기 위한 가장 강력한 도구의 성격을 띠므로, 특정 규제의 수혜자는 그 위반에 대하여 가급적 형벌을 도입하려는 유인을 갖게 된다. 가령 경쟁자를 축출하여 지대를 창출하는데 가장 강력한 수단이기 때문이다. 따라서 그 지대를 확보하고자 형사절차까지도 포획하려는(규제집행자를 포함한) ‘특수이익집단’들의 유인 또한 지극히 자연스럽게 예측된다. 전통적인 형벌의 대상(예: 살인, 역모, 강도, 강간, 폭행, 횡령 등)에 사용되던 수식어들(예: ‘잔인’, ‘파렴치’, ‘사회파괴적’, ‘비도덕적’, ‘문란’ 등)을 일상의 경제행위에 대해서도 동일하게 적용하여 해당 규제의 위반을 범죄화 시키려고 한다. 또는 이미 형벌의 대상으로 된 행위에 대해서도 그 처벌강도를 더 높이려는 각종 입법노력이 경주된다. 이렇게 강력한 통제수단으로 무장된 규제기관은 무소불위의 모습을 띠게 된다. 규제위반자에 대하여 무거운 형사처벌이 수반될수록 규제 집행과정에서 점점 높은 수준의 재량권(discretionary power)을 갖게 된다. 막대한 재량권은 금전적 및 비금전적 편익으로 연결되므로 부패의 근원이 된다. 전술한대로 부패가 고착될수록 이제 정작 준수되어야 할 규제마저도 ‘거래’의 대상으로 전락할 수 있다.⁴⁾

바로 이런 맥락에서 필자는 과잉규제와 과잉형벌화는 대개 ‘동시 진행’된다는 생각을 평소 강하게 갖고 있다. 과잉규제의 원인이 되었던 ‘배경과 힘’이 형벌화에서도 동일한 방향으로 작용할 것이기 때문이다. 문제는 규제를 많이 도입하고 형벌을 과하게 부과한다고 해서 우리가 막고자 했던 사회의 각종 위험들을 제대로 통제할 수 있는가 여부이다. 오히려 다수에게 불필요한 제약을 가하고 있지는 않는가? 특히 정작 통제해야 할 위험들은 방치하고 있지 않는가? 나아가 행정규제가 아닌 다른 법들의 집행(예: 흉악범죄의 억지)에서 체증을 일으키고 있는 것 아닌가? 장기적으로, 국민들은 법치라는 용어 자체를 경시하지는 않을까? 이

4) 일반적으로 과잉범죄화 속에서 살아가는 경제주체들은 늘 불안하고, 억울하고, 궁극적으로는 법체계 전반을 불신하게 된다. 주지하듯 위태행위에 대한 ‘최후수단 또는 후방방어벽(last resort or as back-stop)’이라고도 불리는 형벌은 가장 강력하고 낙인효과까지 동반하므로 예방적 질서를 위해서 가급적 비형벌적 제재수단을 동원한 후에도 불가피할 때 비로소 사용해야 한다는 것이 법학계의 일반적 시각이다. 범경제학적으로 보아도 형벌이 비교우위를 갖는 위태행위의 그룹은 선별적이어야 한다(김일중, 2012). 그럼에도 불구하고 20세기 출현했던 무수한 종류의 범죄들은 사실상 형사처벌의 대상으로서 부적절하다는 지적이 외국에서도 많았다. 특히 ‘각종 규제위반 및 민사소송대상 행위들에 대한 형벌의 확장’을 피하면서 대략 20세기 중반부터 갑자기 ‘규제범죄(regulatory crimes)’라는 이름의 범죄유형이 급팽창하였다. 규제범죄의 창궐이 시작된 것이다. 따라서 규제범죄에 대한 과잉형벌화 현상은 비단 한국만의 문제는 아니라고 할 수 있다. 다만 2000년대의 여러 실증결과를 보면 국제기준으로 보아도 한국의 현실은 지나치다는 의미이다.

러한 질문들을 하다 보면 규제개혁의 필요성은 더욱 강하게 체감된다.

2. 규제개혁에 관한 오류

평소 필자가 생각해온 한국 규제개혁의 핵심 세부목표를 설정한다면 다음과 같이 요약할 수 있다. 즉, ① 시장과 민간의 자율경쟁·책임시스템을 통한 경제효율성의 극대화, ② 규제로 창출되는 지대 또는 비합리적 규제에 대한 회피비용 극소화를 위하여 그간 축적된 부패와 유착 고리의 근원적 단절, ③ 비필수적 규제로 인한 정부자원의 낭비 극소화 및 정작 핵심재산권 보호효과가 큰 필수규제의 엄격집행 강화, ④ 글로벌시대를 맞아 선진외국의 제도 및 규범과의 조화 제고 등을 꼽을 수 있을 것이다.

전술한대로 20여 년 동안 추진해왔음에도 불구하고 여전히 우리 사회에서 하루가 멀다 하고 규제개혁의 필요성이 제기되는 것은 그간의 작업이 성공하지 못했기 때문이다. 물론 그 원인을 다양한 각도로 규명할 수 있을 것이다. 본고에서 필자는 그 주요 원인 중의 하나를 우리의 잘못된 인식에서부터 찾고자 한다. 구체적으로, 규제개혁에 관한 전문가 및 개혁추진 종사자는 물론 일반 국민들 상당수가 규제개혁 작업의 본질에 관하여 다음과 같이 부정확하거나 때론 편향적 생각을 하기 때문이 아닌가 싶다. 편의상 ‘규제개혁에 관한 오류’라 칭하고 네 가지만 요약한다.⁵⁾

첫 번째 오류는 ‘규제개혁 = 피규제자(예: 기업) 고충해결’이라는 사고방식이다. 전술한대로 규제개혁의 세부목표 ①에서의 ‘민간’은 모든 시장참여자, 즉 일반국민이지 특정 집단을 지칭하는 것이 아니다. 따라서 여기서의 민간을(물론 특정 소비자단체를 의미하는 것도 결코 아니지만) 특정 기업 또는 업계와 동일한 집합으로 취급해서는 안된다. 그럼에도 불구하고 규제개혁의 초기부터 지금까지도 규제개혁을 특정 집단의(단기적 또는 편향적) 고충을 처리하는 작업이라고 오해하는 상황을 자주 보게 된다. 경기침체를 빠져나오기 위해서는 기업의 생산활동 등을 촉진시켜야 한다는 명목으로, 시장효율성의 유지 또는 여타 시민들의 핵심재산권 보호

5) 이하는 2000년대 중반 한국개발연구원의 의뢰를 받아 수행한 연구용역보고서 내용의 일부분을 발췌한 후 그 이후 몇 년간의 생각을 반영하여 수정하고 첨언한 것이다. 놀랍게도, 당시 필자가 생각했던 오류의 큰 틀에는 여전히 변화가 없다. 특별히 셋째와 넷째 오류의 심각성은 최근 들어 더욱 심해지고 있는 듯하다.

차원에서 그 정당성이 충분히 인정되는 규제까지도 폐지하려는 주장들이 그 한 예이다. 가령 투자자 보호를 위한 상장사들의 공시규제는 적정수준에서⁶⁾ 엄수되어야 하고, 반대로 단 순히 기업의 규모가 크다고 불이익을 받게 하는 규제 또한 사라져야 한다.

거듭, 규제는 본질적으로 민간 누군가의 재산권(property right)을 필연적으로 제한하는 속성을 갖고 있다(김일중, 1995). 따라서 실제로 제한을 받는다면 피규제자가 폐지를 원하는 것은 너무나 당연한 일이다. 그러나 제한한다고 해서 무조건 폐지하는 것은 규제개혁의 목표가 아니다. 폐지 여부의 잣대는 그 특정 집단만의 이해보다는 가능한 한 국민 전체에 미치는 순편익이 되어야 한다. 甲에게 100의 부담을 주던 규제를 풀게 되자, 이제 허용된 甲의 잘못된 행위 때문에 乙(특히 국민일반)이 100의 피해를 고스란히 보게 된다면 그 규제의 폐지는 재고되어야 한다는 것이다. 乙의 피해가 200이라면 두말할 나위가 없다.⁷⁾

규제개혁에 관한 두 번째 오류는 ‘규제개혁 = 규제폐기’라는 인식이다. 이는 첫 번째 오류와도 밀접한 관계를 갖고 있으나, 놀랍게도 “규제개혁 = 규제(숫자)의 극소화”라는 등식은 정치인, 개혁담당자뿐만 아니라 학계나 민간경제계에도 의외로 광범위하게 퍼져 있는 듯하다. 그러한 맥락에서 이제까지 모든 정권에서 규제의 숫자 줄이기를 규제개혁의 성과로서 부각시켜 온 것이 사실이다. 그러나 법률, 시행령, 시행규칙, 조례 등에서 한 규제 조항이 갖는 구속력, 사회편익, 또는 폐해는 모두 다르다. 하나의 母규제(예: 진입규제)가 존재하는 한, 그 밑의 다수 子규제들을 폐기하는 작업은 별 의미가 없다. 때로는 엄청난 수준의 재량권을 부여하거나 애매모호함으로 가득 찬 규제 하나만으로도 수십, 수백 개 규제의 효과를 만들어 낼 수도 있다.

더욱 중요한 사실은(위 세부목표 ③에서 명기한 것처럼) 현 시점에서 불필요하고 부작용만 양

6) 여기서의 ‘적정’은 여러 의미를 가질 수 있지만, 대표적으로 당사자 간 손해배상소송을 통한 권리구제를 활성화시키기 위한 보완도구로서의 역할을 할 수 있는 수준을 의미한다(Kim, 2008). 이러한 ‘규제와 책임원리의 병용(joint use of regulation and liability)’에 관한 더욱 자세한 법경제학적 논의들은 Kim(forthcoming)에 설명되어 있다.

7) 아쉽게도 이제까지의 규제개혁 실적을 보면 이런 종류의 선심성 규제폐지가 매우 많은 것이 사실이다. 심각한 교통체증을 유발하는 시설에게 입지제한 규제를 완화시켜주는 경우가 단적인 예이다. 한 집단에 대한 배려가 다른 경쟁집단 내지는 여타 시장참여자의 권리를 제한하거나, 또는 더 큰 부가가치의 창출에 역행하는 결과를 초래한다면 결코 이상적인 규제개혁이라 할 수 없다. 이는 규제개혁이기보다는 특혜이며, 1960년대 이후 소위 개발시기동안 특정 집단을 위해 선별적으로 규제를 도입하던 시기의 행태와 다를 바 없는 것이다. 전반적으로, 이런 상황에서는 공정성은 물론 경제효율성까지 왜곡시키게 된다.

산하는 규제는 줄이는 반면 정작 순편익이 큰 필수규제에 대해서는 그 집행을 강화하는 등 정부자원 배분의 효율성을 극대화하는 것이 규제개혁이라는 점이다. 따라서 필자는 규제총량제와 같은 정책수단에서 큰 의미를 찾지 못한다. 규제의 물리적 숫자를 아는 것이 정책수행에 일부 참고는 되겠지만 그것이 성과의 주요 지표가 되어서는 안된다. 결국, 이 두 번째 오류와 관련해서는 ‘규제개혁 = 규제방식의 합리화’가 더욱 정확한 인식이다.⁸⁾ 물론 규제방식을 합리화하는 작업이 말처럼 쉽지는 않다. 해당 분야 고급전문가들 몫이다. 가령 항공기나 선박에 대한 안전규제의 경우 그만큼 전문가들이 머리를 모아야 한다.

세 번째로 필자가 자주 관찰하는 오류는 ‘사건·사고발생 → 규제강화론’이다. 이는 서론에서도 지적한 문제로서, 규제(또는 규제개혁)와 시장결과 사이의 인과관계에 대한 부정확한 인식에서 비롯된다. 예를 들어 부실공사를 억제하겠다고 애초 무리(내지는 무지)하게 도입한 면허·입찰 등 관련 진입·가격규제의 경직성이 초래하는 부작용이 커져서 이를 완화한 직후 대형사고가 발생하게 되면 그 비난의 화살이 무조건 규제완화 쪽으로 날아간다. 둘 사이의 인과관계에 대한 명확한 검증도 없이 곧바로 규제완화 추진자들에 대한 책임론이 등장한다. 어쩌면 질적 경쟁을 하지 못하게 했던 과거의 무리한 규제로 인하여, 부실한 공사와 관리 행태가 축적되면서 해당 사고가 일어난 것일 수도 있는데도 말이다. 즉, 과거의 규제그물망이 사고의 주범인데, 정책당국이나 언론 등에서 그와 반대로 주장되는 것은 핵심 인과관

8) 좀 다른 각도에서 표현하면 첫 번째는 일차적으로 계층 간 공정성을 해치게 되는 오류이고, 이 두 번째 오류는 대체로 효율성까지도 저해하게 된다. 예컨대 본문의 앞 예에서, 이미 설정된 재산권 분포에서 ‘피해의 근원이 甲의 행위였다면’, 규제폐지로 인하여 설사 甲이(100보다 큰) 200의 득을 보고 乙(경쟁자 또는 일반국민)이 100의 재산권 피해만을 본다고 하더라도 그 폐지가 해법이 될 수는 없다. 어떤 식으로든 甲이 乙에게 100의 보상(또는 배상)을 해줄 수 있는 메커니즘이 존재해야 한다. 그렇지 않으면 공정성을 훼손하게 될 것이다. 환언하면 이른바 ‘교정정의(corrective justice)’를 살리면서(김일중, 2008), 직면한 문제를 가장 효율적으로 처리할 수 있는 제도로 바뀌어나가는 작업이 규제개혁의 목표가 되어야 한다. 가령 만약(다수로 구성된 그룹) 乙이 규제의 원인이었던 피해의 방지에서 비교우위가 있다는 사실을 정책담당자가 규명해냈다고 하자. 그 경우 규제를 폐기하면, 甲은 200의 득을 보고 乙은 -100의 피해를 보게 되어 총부가가치가 100에 머문다. 그런데 만약 정부가 乙로 하여금 50의 비용이 드는 방식(예: 방지시설)을 의무화하는 규제를 하고, 그 비용은 甲으로 하여금 부담토록 할 수 있을 것이다. 즉, 그룹 사이에 존재하는 대내거래비용을(Calabresi and Melamed, 1972) 없애주는 역할을 정부가 하게 되는 것이다. 그러면 공정성의 침해 없이 총부가가치가 150(= 200 - 50)이 되어 경제효율성이 극대화될 것이다. 말하자면 합리적인 규제방식을 모색하는 규제개혁 작업은 바로 이렇게 ‘배상을 시켜야 하나 아니면 방지시설을 설치해야 하나?’, 또는(후자가 저렴하다면) ‘누가 방지시설을 설치토록 해야 하나?’ 등의 질문들을 체계적으로 검토해나가는 과정이다.

계를 정확히 따질 시간적 여유나 능력이 충분하지 않기 때문으로 보인다. 더군다나 이러한 사건이 발생할 때마다, 기회를 놓치지 않고 과거 ‘기득권적 규제체제’에 익숙했던 이해당사자들로부터 유사한 비판이 거세어지는 것을 쉽게 관찰할 수 있다. 이 상황에서 전문성이 없는 국민들은 잘못된 인과관계를 진실로서 받아들일 수밖에 없다. 그밖에도 흑백논리를 따르는 이러한 모순의 예는 산적해 있다.

이 세 번째 오류 때문에 어렵게 완화시킨 규제가 재도입되거나 강화될 수 있다. 그런데 문제는 여기에서 그치지 않는다. 이러한 현상을 잘 알고 있는 규제개혁의 담당자들이 갖는 유인에 치명적 악영향을 미치기 때문이다. 요컨대 세 번째 오류는 규제개혁 추진 담당자들이 소극적이거나 수세적 자세를 갖게 만든다. 규제개혁은 그 속성상 상당히 힘든 작업이다. 규제는 피규제자에게 피해를 주기도 하지만, 반대로 일부(응집화된) 집단에게는 혜택을 주는 일이 비일비재하다. 뭔가 흠결있는 규제일수록 더욱 그러하다. 따라서 대부분의 경우 규제개혁에 저항하는 그룹이 생기기 마련이기 때문이다. 또한 예컨대 규제완화에서 얻게 되는 편익은 대개 장기적으로 실현될 것인데 반하여, 그 부작용처럼 인식되는 민감한 현상들은(초)단기적으로 나타날 수 있다. 자연스럽게 규제개혁에는 불확실성과 잠재적 책임이 따른다. 그런데 만약 어떤 사건이 발생했을 때 인과관계에 대한 정확한 숙고 없이 쉽게 그 책임을 규제완화 쪽으로 돌려 버리면, 규제개혁 종사자들의 추진유인이 위축될 수밖에 없다. 한편 으론 추진종사자들의 책무성을 강조해야 하겠지만, 다른 한편으론 불필요하고 근거 없는 책임으로부터 자유롭게 만들어 줄 수 있는 균형된 제도장치가 필요하다고 보겠다.

마지막으로, 강조하고 싶은 네 번째 오류는 ‘경제규제 폐기 & 사회규제 강화’라는 구호이다. 역시 의외로 많은 전문가들이 이 잘못된 명제를 수용하는 듯하다. 소득의 증가와 함께 과거에 비하여 국민의 관심이 커지고 있는 치안, 환경, 안전, 위생 등의 분야에 있어서 반드시 새로 도입하거나 강화해야 할 규제들이 존재한다. 이러한 규제를 ‘사회(적)규제’라고 지칭하는 수준에서 일면 타당성이 있을지도 모른다. 그런데 실상은 그렇지 않은 것 같다. 생산, 회사조직, 상거래, 금융, 가격, 임금, 통신 등 ‘경제(돈)’를 쉽게 떠올릴 수 있는 분야의 제한이 아니면 무조건 모두 사회규제라고 통칭하는 그릇된 관계가 정책입안가, 언론, 일반국민은 물론 학계에서도 빈번히 통용되고 있다는 것이 더욱 적절한 관찰로 판단된다.

필자의 위 관찰이 맞다면 ‘경제규제 폐기 & 사회규제 강화’라는 구호는 오류이다. 기업들의 입찰담합, 부당광고, 허위공시 등에 관련된 전형적인 경제규제는 오히려 강화되어야 한

다. 그런데 더욱 중요한 사실은 흔히 사회규제라고 불리는 것들 중 그 방식이 개선되거나 완전히 폐기되어야 하는 것 또한 부지기수라는 점이다. 따지고 보면 흔히 사회규제라고 불리는 것들 중 어느 것 하나 경제(즉, 돈)와 관련되지 않은 것이 별로 없다. 예컨대 교육, 예술, 전통문화, 치안, 체육, 환경, 복지, 안전 등에 속하는 굵직한 규제 하나만으로도 천문학적 액수의 돈과 직결되어 있다. 단적인 예로, 속칭 사회규제를 담당하는 부처 및 산하규제기관들 주변에서 활약하는 무수한 숫자의 사업자단체들을 보라. 그들의 설립목적이나 실제 운용형태에서 경제적 유인은 대단히 큰 비중을 차지할 것으로 확신한다. 따라서 그들 역시 대부분 이익단체라고 불러도 별 무리가 아니라는 것이 필자의 생각이다.

이제까지 학계에서 논의된 규제(폐해)이론은 상기 단체들과 연관된 속칭 사회규제 대부분에 적용된다고 판단해도 무리가 없다. 그렇다면 사회규제들 중에도 예컨대 지대를 창출하고, 경쟁을 막고, 국민일반에게 부담을 가중시키고, 부패와 유착을 낳는 것들이 얼마든지 있을 것이라는 추론이 매우 쉽게 가능하다. 거듭 소위 사회규제라고 구분되는 분야에도 실제로는 경제유인이 매우 강하게 깔려 있기 때문이다. 따라서 ‘경제규제 폐기 & 사회규제 강화’라는 이분법적 구분방식은 별 실효성을 갖지 못한다. 자칫 잘못하면 이 구분방식은 규제개혁의 추진과정에서 치명적으로 잘못된 방향설정을 유도할 수도 있다.⁹⁾

요컨대 경제 대 사회의 이분법적 구분보다는 ‘비필수규제 폐기 & 필수규제 강화’라는 구분방식의 실효성이 더욱 크다. 여기서의 ‘필수규제’는 헌법상 규정된 기본권을 우선적으로 훼손하는 행위들에 대한 규제를 일컫는다. 필수규제의 집합을 파악하는 작업이야말로 규제개혁의 핵심 밑그림을 제공할 것이며, 그야말로 일화성 구호나 담론적 토의가 아닌 그야말로 사계의 전문가들이 동참하여 고민하면서 그 집합을 추려내야 한다. 그럼에도 불구하고, 논의의 동어반복성을 조금이라도 줄이기 위하여 부연설명하면 다음과 같다.

‘국민안위에 치명적인 피해를 주거나 줄 개연성이 매우 높은 행위’들을 사전적으로 통제하는 것이 필수규제이다. 그렇다면 비슷한 맥락에서, ‘국민의 금전적 재산권을 심각하게 침해하는 행위’ 또한 이 필수규제의 범주에 들어가야 한다.¹⁰⁾ 이러한 필수규제의 대상이 되는

9) 속칭 사회규제를 다루는 부처의 장이나 고위관료들이 언론 등에서 표방하는 논리 중 가장 흔히 접하는 것이 “우리는 사회규제를 다루므로 규제개혁의 우선순위 대상이 아니거나 제외되어야 한다” 식의 주장이다. 매우 잘못된 주장이다. “우리는 경제문제와 연관있으나 경제체제의 근본을 다루므로 ...” 식의 주장도 마찬가지이다. 근본 또는 필수적 규제는 역시 속칭 경제규제를 다루는 모든 부처에 있기 마련이다.

행위들은(행위자의 고의성을 필요조건으로 하지는 않으며) 높은 수준의 주의의무 방지 자체가 규제의 대상이 된다. 단지 몇 가지 예만 들면 총기소지, 개인금융 정보관리, 보험사 이행의무, 독극물운반 및 관리, 안전사고 방지 및 사고처리 준비, 불량먹거리 유통, 정상영업방해, 장기매매, 의료기록보호, 주식회사의 공시의무, 상품의 설명 및 광고, 학교폭력방지, 건설사 폭약물 사용, 전력·방송·가스·상수도 기간시설보호 등이 필수규제에 포함될 것이다. 그리고 위반하면 행정적 제재를 부과하되, 특별히 가벌성(culpability)이 큰 경우에 한하여 형사처벌도 가능하다(김일중, 2012).¹¹⁾

따라서 반드시 유지해야 할 규제는 상당히 많으며 이들에 대해서는 엄격한 집행이 필요하다. 다만, 실효성을 담보하기 위해서는 이러한 규제를 튼튼 ‘지대추구 가능성’과 ‘규제자 재량’ 모두 극소화되도록 설계해야 한다. 즉, 이들 필수규제들 역시 ‘규제개혁 = 규제방식의 합리화’ 대상의 예외가 될 수 없다. 그러므로 필자를 포함하여 국내 많은 학자들이 규제혁파를 주창했던 대상에는 비필수규제들이 우선적으로 포함된다고 보겠다. 그들 중 많은 것들은 폐기의 대상이며, 또 다른 많은 것들은 규제방식합리화의 대상이다. 거듭, 이들 비본질적인 규제들은 속칭 경제규제와 사회규제를 막론하고 우리 사회에 만연되어 있다.

10) 사적 이유에서의 침해는 당연히 억지되어야 하고, 설사 공익을 위한다는 명목이라 하더라도 재산의 직접적 수용(taking)에 대해서도 헌법 제23조 제3항의 정당보상 의무가 전제되어야 할 것이다. 후자의 경우 피규제자는 주로 공공기관들이 될 것이다. 한편, 아버지를 죽인 원수보다도 재산 뺏은 자를 더 용서하지 않는다는 사문 파격적인 말을 오래전 어디에선가 읽었던 기억이 난다. 헌법학 분야에서 이제는 매우 유명한 용어로 자리잡은 Michelman(1967)의 ‘탈도덕화비용(demoralization costs)’은 공교롭게도 Machiavelli의 위 말을 정교하게 개념화시킨 것으로 생각된다. 그런 맥락에서 필자는 금전적 재산권의 명백한 침해는 국민안위를 위협하는 행위라고 판단한다.

11) 이상의 논의에도 불구하고, ‘필수규제’의 정의에는 여전히 추상성이 내재되어 있다. 결국은 억제하고자 하는 행위로부터 야기되는 (기대)사회피해가 가장 중요한 잣대가 될 것인 바, 바로 이런 연유에서 규제의 입안 또는 개혁 과정에서는(예컨대 관련 단체의 대표들이나 사회의 덕망있는 인사들보다는) 사계의 전문가들에 의해 그 필수성이 결정되어야 한다고 필자는 믿는다.

III. 규제개혁에서의 사법부 역할

1. 사법심사(judicial review)에 의한 규제개혁: 개관 및 기대

지난 20년 이상 모든 정권에서 규제개혁은 사회의 큰 화두가 되어 왔지만, 최소한 규제개혁 작업의 추진주체로서 한국의 사법부가 진정한 조명을 받은 적은 없었다. “터무니없는 규제에 대해서는 사법부가 최종보루로서 여과기능을 해주어야 한다” 식의 주장은 간간이 있었으나, 대개 담론적 수준에서 더 나아가지는 않았다. 일일이 문헌조사를 다 해보지는 않았지만, 설사 문헌이 존재하더라도 규제개혁에 있어서 우리 법원의 역할분담에 관한 논의는 여전히 담론적 수준일 것이라고 필자는 추측한다. 그만큼 한국 사회에서 규제개혁은 대통령과 행정부가 논의의 중심에 있었다. 매우 제한된 수준에서 입법부의 역할이 강조되었지만, 만들어진 규제에 대한 개혁보다는 애초 규제 입법과정에서의 통제 부분에 주요 초점이 맞춰졌던 것으로 평가한다.

필자 개인적인 경우로는 이미 1990년대 중반부터 김일중(1995) 등을 통하여 사법부의 역할을 제고시켜야 한다는 주장을 해왔으며 가령 미국 법원의 사법심사 기능들을 소개하였다.¹²⁾ 좀더 시간이 흐른 뒤 김일중(2007) 또는 Kim(2008) 등에서는 좀더 구체적 논의로서, 효율적 규제방식으로의 전환을 위하여 우리 사법부가 동참해야 한다는 주장을 피력한 바 있다. 그러나 돌이켜 보면, 규제개혁 작업의 주요 주체로서 사법부의 ‘실제동참’에 관한 상세한 플랫폼 및 향후 제반 필요조건 등에 관하여 충분히 고민하지는 못했다. 따라서 제III절 이하 논의는 여전히 다소 실험적 성격을 갖는다는 점을 먼저 밝히고자 한다.¹³⁾

그런데, 역시 돌이켜 보면 우리 법원 역시 이 분야에 있어서는 전반적으로 보아 다분히 소극적이지 않았나 하는 판단도 든다. 법원은 입법권과 행정권을 견제하되 동시에 입법재량

12) 예를 들어, 대체로 국민의 다수입장을 대변하게 되는 입법부나 행정부와 달리 사법부는 소수의 권리에 비중을 둘 수 있고, 또한 전향적이며 창의적인 법 해석을 통해 입법부와 행정부를 견제함으로써 궁극적으로는 국가 전체의 정책형성에 동참하는 순기능을 할 수 있으므로 규제개혁에도 동참할 수 있다는 주장 등이었다 (김일중, 1995, pp.270~310).

13) 다만 지난 몇 년간 우리 법원의 운용에 관하여 좀더 가까이 관찰하고 법원종사자들과 많은 대화를 나눌 수 있는 기회를 갖게 되면서, 평소 갖고 있었던 생각들의 기본틀에 대한 확신이 커졌고 더욱 높은 수준의 현실감은 확보할 수 있었다.

과 행정재량을 존중한다는 삼권분립이라는 본질적 한계를 갖고 있다. 따라서 규제법률 자체에 대한 엄격한 심판기능보다는 주어진 법률의 해석에 충실하였고, 다만 그 법률의 집행 과정에서 발생하는 재량의 과다함과 일탈에 대한 심판자의 역할을 맡아 왔다. 이런 면에서 헌법재판소 또한 대법원과 큰 차이를 보이지 않고 입법재량을 상당히 존중해왔다는 것이 중론으로 보인다.¹⁴⁾ 더군다나 헌법재판소는 규제 자체의 위헌성이 현저하지 않은 이상 실제 집행의 단계에서 벌어지는 위법행위, 부당함, 내지는 각종 부패성 행위들에 대해서도 심사하지 않는다. 이러한 제반 상황을 고려하면, 법률과 그 하위법령 전반에 걸친 현상임에도 불구하고 ‘규제개혁’이라는 정책 분야에 대하여 대법원이나 헌법재판소 모두 적극적 자세를 보이기 쉽지 않았을 것이라는 사실은 일면 동감할 수 있는 부분이기도 하다.

그럼에도 불구하고, 제II절에서 언급한 비필수규제 및 더 나아가 전혀 필요치 않은 규제들, 현재 규제자들이 보편적으로 갖는 ‘규제능력·전문성’ 상으로 미루어 정상적 집행이 거의 불가능한 규제들, 한편으론 피규제자들의 순응비용이 너무 높아 역시 집행이 힘든 규제들, 집행과정에서의 자의적 재량과 일탈, 유착과 비리 등 무수한 문제점들에 대해서 사법부는 적절한 통제를 하는데 일조할 수 있다는 믿음이 있다. 그렇게 된다면 정작 우리 사회에서 급증하고 있는 위험, 위협, 사회피해를 관리하는데 공헌하게 될 것이다.

필자가 그러한 생각을 하는 이유는 여러 가지 있다. 무엇보다도 입법부는 태생적으로 ‘과잉입법 성향’을 강하게 지니고 있다(Benson and Kim, 2014). ‘19대 국회 1년 반 동안 의원입법 8,184건을 포함 8,684건의 법안 발의’ 식의 언론기사제목은 이러한 공공선택이론적 학술주장을 상당히 대변한다. 아니 거의 기형에 가까운 현상이다. 또한 Benson and Kim(2014)에는 (입법부뿐만 아니라) 행정부 역시 규제 관련 과잉입법은 물론 규제위반에 대해서 과잉범죄화하려는 성향이 있다는 무수한 숫자의 영향력있는 기존연구들을 방대하게 소개한 바 있다. 이

14) 본고에서 우리 법원이 취해왔던 사법심사 소극주의의 정도 및 그 발원에 대하여 깊은 논의를 할 생각은 없다. 그러나 그간 소수의 문헌들이나마 섭렵해본 바에 따르면, 1988년 헌법재판소가 세워지기 이전 대법원을 정점으로 했던 우리나라 사법부는 대체로 사법소극주의적인 경향을 보였다는 결론에 도달하게 된다. 특히 지난 몇 년간 김일중(2013)을 통하여 우리의 형벌제도 및 형사정책에 관하여 연구하면서 접했던 여러 문헌들을 보면 그러한 결론이 더욱 두드러진다. 예를 들어 형법각칙과 형사특별법에서 지나치게 가중된 법정형들에 대해서 결정할 때, 헌법재판소는 전반적으로 책임과 형벌 간의 비례성에 위반되지 아니한다는 소극적 입장을 취해왔다는 주장이 많았다. 또한 형사처벌규정을 비롯한 형사·사법제도의 여러 사안들이 광범위한 입법재량에 속하는 분야임을 인정하는 헌법재판소의 소극적 판례 경향도 자주 언급되고 있었다.

에 더하여, 규제개혁에 관한 한 행정부는 규제자로서 자체견제와 감시기능의 유인이 낮으며, 설사 문제점을 인지하더라도 해당 부처 및 정부에 줄 정치적 부담 때문에 그 문제점의 공론화를 기피하려는 유인이 크다. 이제까지 축적된 규제이론에 따르면, 악성규제들의 ‘정부 내’ 최고 수혜자는 법안통과를 주도한 정치인들과 집행을 담당하는 관료들이다. 이를 상기할 때, 규제개혁 작업을 행정부가 전담하거나 또는 그 추진을 위하여 입법부에 무조건 큰 기대를 거는 것에 무리가 있다는 사실을 추측하는 것은 그리 어렵지 않다.

이에 반하여, 같은 정부부문에 속하지만 법정에서는 상대적으로 공개된 절차를 통하여 증거가 제시되고 주장이 교환된다. 따라서 상대적으로 높은 수준의 투명성이 보장된 절차를 통해 통제기제를 발동시킬 수 있다. 아울러 법관의 독립이 충분히 확보된다는 전제 아래 각종 정치적 영향력에서 상대적으로 훨씬 더 자유로울 수 있다. 나아가 판결문 공개 및 3심제도를 통하여 법원 내에서 편익이 있는 판결에 대한 자정장치가 마련된다면 그 통제기제는 효율적으로 작동하게 될 것이다. 물론 법관의 완벽한 독립성 및 법원 내 완벽한 자정장치 등의 존재는 우리들의 이상적 전제이자 바람으로서 향후 지속적인 검증의 대상이 되어야 할 것이다.

하지만, 최소한 경제학적 시각에 볼 때 법관들은 악성·저질규제들을 존속시키려는 유인을 상대적으로 작게 가질 것이라는 추론은 가능하다. 지극히 일탈적인 상황을 제외한다면, 법관들이 이익집단들로부터 정기적인 정치후원금을 받는 것도 아니고 퇴임 후 ‘피규제기관장으로의 전직’이라는 개념도 강하게 성립하지 않기 때문이다.¹⁵⁾ 따라서 작업성격이나 근무형태로 보아 규제개혁과 사법부의 공합은 잘 맞아 보인다. 사법부는 최종적으로 판단하는 주체이지만, ‘후방귀납(backward induction)’이 정부 3부 내에서도 작동하기 때문에 규제개혁에 기여할 수 있다. 왜냐하면 법원의 오늘 판결이 내일의 규제입법 및 규제집행에 영향을 주기 때문이다. 필자는 규제개혁이라는 정책영역에서도 예측가능성과 함께 작동되는 후방귀납의 신호기능을 충분히 활용할 수 있다고 믿는다.

사실 다음 소절에서의 사례들에서도 보듯이 법원에서의 사법심사는 매우 유익한 규제 또는 규제개혁 가이드라인의 제시기능을 할 수 있다고 판단한다. 특정 규제를 ‘폐기할 것인가

15) 이는 작금 화두가 되고 있는 법조계의 전관예우 논란과는 성격이 다른 문제이다. 악성규제의 항상성을 담보하려는 체계적 유인이 법관에게는 덜 존재한다는 의미이다.

아니면 존속할 것인가'의 측면에만 초점을 맞추기 보다는 규제목적의 정당성을 넘어 그 방법론에 대한 숙고를 거치게 된다. 그리고 그 과정에서는 규제자와 피규제자 사이의 치열한 공방이 진행되는데, 그때 제시되는 '절실한' 주장들을 근거로 판결을 내리는 만큼 '옳은 의사결정'을 할 확률이 커진다고 필자는 판단한다.¹⁶⁾ 특히 비슷한 유형의 사건들에 대하여 장기간 선례들이 축적된다면 그 자체로 훌륭한 규제 또는 규제개혁을 위한 지침으로 기능할 수도 있을 것이다.

2. 사법부의 규제개혁 방식: 사례

(1) 일반적 통제

규제개혁 차원에서(헌법재판소 포함) 사법부가 할 수 있는 일은 크게 두 가지이다. 편의상 '일반적 또는 규범적 통제'와 '구체적 또는 직접적 통제'로 구분하여 설명해보자. 첫째 '일반적 또는 규범적 통제'는 이는 모든 재판에서 그 재판의 전제가 되는 규제 관련 법률이나 대통령령 등이 각각 헌법과 법률의 취지에 부합하지 않을 때 그 규제 자체를 폐기하는 방식을 일컫는다. 법률의 경우에는 헌법재판소에서 위헌성을, 그리고 대통령령 및 기타 행정명령에 대해서는 대법원에서 직접 위헌·위법성을 판단하여 무효화시킬 수 있다.

일례로서 지상파 광고와 관련되어 헌법재판소에서 다루었던 헌법소원 한 가지를 보자(헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2006헌마352 전원재판부 결정). 이 헌법소원의 청구인은 국내의 지상파 방송광고 판매대행 사업 및 국내의 CATV, 위성방송, DMB 등의 방송광고 판매대행 사업 등을 목적으로 2006년 2월 설립된 주식회사였다. 당시 CATV나 위성방송, DMB 등에 대하여 방송광고 판매대행 사업을 하고 있었다. 그런데 방송법 제73조 제5항에 따르면, 지상파

16) 규제개혁을 하는데 있어서는 찬반론자들 간 '공방의 절실함'이 매우 중요하다고 본다.(규제개혁 작업에 직접 참여해 본 필자의 짧은 경험으로 볼 때) 가령 위원회 형태에서의 토론은 소송에서의 다툼에 비하여 상대적으로 덜 절실하다. 물리적으로 숙고의 시간이 부족한 것도 물론이지만, 제시되는 증거들의 정확성이나 그를 판단하는 주체의 집중력이나 책무성 또한 재판에서보다는 전반적으로 떨어지는 것 같기 때문이다. 물론 모든 사안에서 그러한 것은 아니고 이해관계가 첨예하게 대립된다든지 아니면 시시비비를 가리기 위해서 상당한 지적에너지를 필요로 하는 경우에 더욱 그러한 것 같다. 이는 사람들 자질의 문제라기보다는 유인의 문제로 보인다. 법적구속력이 뒷받침되지 않으므로 특히 규제개혁을 하려는 자들의 유인이 그만큼 강하지 않기 때문으로 추측된다. 규제개혁 추진종사자들의 유인이 중요하다는 또 하나의 방증이다.

방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없도록 하고 있었다. 또한 방송법시행령 제59조 제5항에 따르면, 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사는 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사이되 한국방송광고공사가 출자한 회사로 한정하고 있었다.¹⁷⁾

한편 청구인 회사는 한국방송광고공사의 출자 없이 설립된 주식회사였다. 따라서 위 방송법 조항과 시행령 조항에 의해 청구인은 지상파방송사에 대해서는 방송광고 판매대행 사업을 할 수 없게 된다. 이에 청구인은 위 규정들이 청구인의 직업선택의 자유와 평등권 등을 침해한다고 주장하며 2006년 3월 이에 대한 헌법소원심판을 청구하였다. 간략히 요약하면, 지상파 방송광고 판매대행 시장에서의 진입규제에 대한 위헌성을 주장하는 청구였다.

2008년, 헌재는 이 사건에 대하여 ‘헌법불합치’ 결정을 하게 된다. 그 결정문의 요지는 다음과 같다. 이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 대한 ‘제한적 경쟁체제의 도입’과 더불어 ‘방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성 확보’를 위해, 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 했다는 점을 먼저 강조하였다. 그러나 그때까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없어 여전히 한국방송광고공사의 독점체제가 유지되고 있다는 사실을 지적하였다. 따라서 당시 상황을 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 볼 수 없다고 헌재는 인식하였다.

필자는 특히 다음의 헌재 판단에 주목하였다. “또한 입법자는 지상파 방송광고 판매대행 사업을 일정한 요건을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을 조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지 하는 등의 방법으로 이 사건 규정의 입법목적은 달성하면서도 기본권 침해를 최소화시킬 수 있으나...”(강조 추가) 즉, 헌재는 여타 ‘대체수단’이 있음에도 불구하고 입법자가 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에 대해서만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있을 뿐이라는 규정에서 흠결을 찾았다. 결국 헌재는 이 사건 규정이 헌법상의 ‘과잉금지의 원칙’을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다고 결정한 것이다.¹⁸⁾

17) 본문의 조항들은 방송법의 경우 2007. 1. 26. 개정된 법률 제8301호, 방송법시행령의 경우 2007. 8. 7. 개정된 대통령령 제20219호에 각각 포함된 것들이다.

18) 과잉금지의 원칙은 다음의 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되었다. “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도

거듭, 해당 규제수단의 합리성에 초점을 둔 현재의 논리를 눈여겨 볼 필요가 있다. 현재는 “이 사건 규정의 입법목적 달성은 지상파 방송광고 판매대행사에 공적 부분의 출자가 있었는지 등의 여부를 불문하고 실질적인 경쟁관계를 형성하면서 방송의 공공성이나 다양성 등을 제고하기 위한 실질적인 제도를 구축하고 있는지 여부에 달려 있다”(강조 추가)고 판단하였다. 그런데 지상파 방송광고 판매대행사를 단지 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사로 한정하고 있는 해당 규정은 적절하지 못하다는 것이었다. 요컨대 “차별목적과 수단 사이에 비례성을 상실한 것”으로서 청구인의 기본권한을 침해한다고 보았다.

다만 현재는 이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거 규정이 당장 사라지게 되는 현상을 우려하였다. 따라서 헌법불합치결정을 하면서 유예기간을 허용하였다. 즉, 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항은 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되지만(즉 잠정적 효력 유지), 늦어도 2009년 12월 31까지는 위헌요소를 없애는 방향으로 규정들을 개정해야 한다고 결정하였다.¹⁹⁾

주지하듯 위 사건은 헌법재판소의 심판 이전에도 전문가들 사이에 오랜 기간 동안 논란의 대상이었다. 간략히 표현하면 ‘영업권 침해 대 지상파방송 특수성’이라는 두 주장이 오랜 기간 첨예한 대립을 보였었다. 물론 본고에서는 이 결정이 그간 축적되어 온 진입규제 및 인위적 독점보호 관련 이론에 근거할 때 결과적으로 옳은 방향의 판단이었다는 평가만을 제시할 뿐, 다양한 집단과 학역에서 장기간 진행되었던 그 공방들을 되풀이 할 생각은 없다. 다만, 필자가 이 사건을 통하여 강조하고 싶은 점은 현재가 인용했던 주요 논리이다. 요컨대 그 입법목적의 정당성을 감안하더라도 해당 조항들은 ‘과도한’ 규제였으며, 동일한 입법 목적을 달성할 수 있는 ‘대안’이 존재할 수 있다는 현재의 시각에 주목하고자 한다. 이 논리는 앞서 제Ⅱ.2절에서 필자가 강조한 ‘규제개혁 = 규제방식의 합리화’ 주장과 일치하며, 결론적으로 현재는 이 결정을 통하여 규제개혁 작업을 완료한 것이다.

자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.” 규제의 맥락에서 재서술하면, 목적이 정당화되더라도 그 규제의 수단이 적절해야 하고, 규제에 의하여 달성되는 법익에 상응하는 여타 재산권의 침해는 최소화되어야 비로소 합리성을 가지게 된다는 원칙이다.

19) 참고로, 헌법재판소가 일정한 법률을 위헌으로 선언하면 그 법률은 효력을 상실하게 된다. 그런데 위헌결정에 의하여 관련 규제의 공백이 발생할 수 있다고 판단되는 경우에는 이처럼 개정시한을 주어 개정을 권고하되 그 개정 이전까지는 위헌인 법률을 잠정적으로 적용할 수 있도록 결정한다.

입법목적이 정당성을 갖지 못하는 경우는 당연하고, 설사 정당성은 인정되더라도 규제방식이 과도함을 보일 때 그 근거법률의 효력을 상실시키는 것만큼 실효성 있는 규제개혁의 방법은 없을 것이다. 하지만 필자가 강조하고 싶은 점은 규제개혁 작업에서 사법부의 위헌·위법성 심판이 갖는 실효성이다. 위 결정이 나온 직후 지상파 광고대행업 시장에는 실로 여러 가지 긍정적 변화들이 있었다고 추측하며, 그 각각에 대한 정확한 평가는 해당 전문가들의 몫이다. 그런데 만약 해당 진입규제의 개혁을 2006년 정치권이나 행정부 소속의 규제개혁 담당부서 또는 위원회에 맡겼더라면 과연 어떤 결과가 나왔을까? 가시적 변화는 아직까지도 없었을 것으로 필자는 거의 확신한다. 후술되는대로 현재의 위헌결정에는 당연히 많은 부담이 따를 것이며 막중한 책임도 병행되어야 한다. 그러나 이 사건을 통해서 기득권(vested interests) 축적을 공고히 해 버린 규제의 실타래를 푸는 가장 효과적인 방식 중 하나로서 헌법재판소 위헌심사의 실효성은 명백히 증명되었다. 그 결정을 하는데 비록 2년 반이라는 시간이 소요되었으나 무려 30년 긴 시간동안 축적된(매우 공고한) 기득권으로부터의 각종 방해와 입김이라는 장애물을 극복할 수 있었다.

(2) 구체적 통제

규제개혁 차원에서 사법부가 할 수 있는 둘째 기능은 ‘구체적 또는 직접적 통제’이다. 이는 규제의 부작용과 관련하여 주로 행정소송을 통하는 방식이다. 즉, 규제법령에 반하는 규제자의 행정처분을 심리한 후 행정법원은 그의 취소와 함께 무효확인을 선언할 수 있다.²⁰⁾ 주지하듯 이 방식은 구체적 행정처분에 대한 통제라는 외형을 취하고 있다. 역시 주지하듯 규제의 내용을 법령으로써 완벽히 규정하기는 불가능한 경우가 많다. 대개 공무원의 재량이 함께 작동되는 그 집행과정을 통하여 규제의 완벽한 내용은 실질적으로 결정된다. 따라서 이 무효확인 청구소송은 일찍이 Becker and Stigler(1974)가 강조한 법 집행 과정에서 발생하는 각종 부정행위(malfesance) 또는 Breton and Wintrobe(1982)에서 강조한 지나친 재량권(discretionary power)을 억제할 수 있다. 더욱 중요한 사실로서, 그러한 선례들을 축적해나감으

20) 물론 규제집행 단계에서 공무원이 예컨대 수뢰를 하였다면 형사처벌의 대상까지 될 것이다. 또한 규제행위와 관련한 부작용을 관계 공무원이 악의적으로 작출해 낸 경우 민사배상책임을 공무원 개인에게 부여하는 사례도 간혹 있었던 것으로 알고 있다. 그런데 본고에서는 이 형사처벌이나 민사배상책임보다는 항상적으로 이루어지는 규제개혁 작업으로서의 행정소송에 초점을 맞춘다.

로써 그 효과가 행정처분에 그치지 않고 실질적으로는 규제법령들 자체를 겨냥한 일반적 통제의 효과도 기대해볼 수 있는 것이다.

역시 일례로서 학원수강료 동결규제와 관련된 행정처분의 무효 여부를 다루었던 소송을 보자(서울행정법원 2012. 5. 3. 선고 2011구합38940 판결). 이 사건의 원고들은 초·중·고등학생 등을 대상으로 국어·영어·수학·과학 등을 교육하는 학원을 운영하는 사업자들이었고, 피고는 서울특별시 강남교육지원청 교육장이었다. 피고가 속한 기관은 2010년 자체적으로 학원수강료 조정위원회의 심의를 거쳐 ‘학원수강료 기준’이라는 임의장대를 발표하였다. 피고는 이후 원고들이 수강료를 인상하려고 하자 수강료를 동결시키는 내용의 수강료 조정명령을 하였다. 이에 대하여 자신들의 인상폭이 과다하지 않다는 이유로 원고들은 2011년 수강료 조정명령의 취소를 서울행정법원에 구하였다.

(2011. 7. 25. 법률 제10916호로 개정되기 이전의) 구 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 제15조 제4항에 의하면, 교육감은 학교교과 교습학원 또는 교습소가 정한 수강료가 과다하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 수강료의 조정을 명할 수 있었다. 재판부는 이 사건의 원고들이 정한 각 수강료가 2010년 학원수강료 기준을 초과한다는 점은 인정하였다. 하지만 비록 그렇다 하더라도 그 수강료가 사회통념상 지나치게 많아서 일반적으로 용인되기 어려운 수준이라고 볼 수 없다고 재판부는 평가하였다. 결국 해당 사건의 수강료는 위 법률규정에 비추어 ‘과다한 경우’에는 해당하지 않는다고 판단하였으며, 따라서 피고의 수강료 조정명령이 위법하다고 판단하였다. 즉, 해당 행정처분을 무효화하였다.

위 재판에서 수강료의 과다함을 입증하고 반박하는 여러 자료들이 오갔다. 그런데 이 사건은 규제개혁 차원에서 원고들의 수강료 인상을 허용한 것 또는 피고의 행정처분을 무효화시킨 것 훨씬 이상의 함의를 준다. 즉, 표면적으로는 수강료의 과다함이 쟁송의 대상이었으나, 실질적으로는 그 과다함을 판단하는 일률적인 기준으로서 피고가 내세운 ‘학원수강료 기준’을 무력화하였다는 점에서 이 판결이 규제개혁에 주는 함의가 크다. 왜냐하면 자체적으로 만든 그 학원수강료 기준을 마치 금과옥조처럼 삼고 수강료의 과다함을 판단해 온 종래의 실무관행은 이제 수정될 수밖에 없기 때문이다. 특수한 상황에서 행정청이 나서서 수강료를 조정할 수 있다는 현실적인 필요성에 수긍하더라도, 이렇게(자의적으로) 수강료의 상한선을 정하여 학원영업의 기초인 수강료를 통제하는 것에 대하여 제동을 걸었기 때문이다. 요컨대 일률적인 가격규제를 이제 함부로 사용할 수 없게 된다.

앞서 2006헌마352 사건에서와 마찬가지로 필자가 이 사건을 통하여 재강조하고 싶은 점은 법원이 ‘규제의 필요성’과 ‘규제방식의 합리성’을 전혀 별개의 사안으로서 인지했다는 점이다. 나아가, 일정한 규제가 합리성을 띠고 사회 전반에서 원만하게 수용될 수 있는지 여부를 가늠하는 주된 기준은 결국(앞서 ‘과잉금지의 원칙’과 동일한 의미를 갖는) ‘비례원칙’의 준수 여부이다. 거듭 규제의 목적이 아무리 정당하더라도 규제가 합리성을 가지려면 여러 가지 추가조건들이 필요하다는 의미이다. 이 판결을 보면, 규제수단이 적절성을 가져야 하고, 규제에 의하여 달성되는 법익에 상응하는 여타 재산권의 침해는 최소화되어야 비로소 합리성을 가지게 된다는 점을 강조하고 있다.²¹⁾ 이 판결에서는 일률적 가격규제가 타당하지 않다고 판단한 것으로 보아, 특히 규제수단의 적절성에 초점을 맞춘 것으로 보인다. 따라서 이 판결의 주요 논리 역시 제II.2절에서 강조한 ‘규제개혁 = 규제방식의 합리화’ 주장과 일치한다. 결국 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 제15조 제4항의 입법목적에 충실하여 지나친 학원수강료에 대한 통제를 하기 위해 이제 행정청으로 하여금 다른 합리적 방식을 모색해야만 하도록 판결을 통해 유도한 것이다.²²⁾

3. 규제개혁에서의 사법부 역할 강화를 위한 단상

전술한대로 우리 사법부는 사법심사에서 소극주의를 취해 왔다는 것이 중론이다. 규제개혁이라는 정책 차원에서도 행정부에 압도적인 의존을 해왔으며, 입법부의 중요성은 비교적 자주 강조되었으나 실제 역할은 크지 않았다. 그런데 사법부에 의한 규제개혁 추진은 정책 입안가와 학자들에 의하여 극히 간헐적으로만 언급되어 왔을 뿐이다. 사법부 스스로 강력한 추진의지를 밝힌 적은 거의 없다. 그럼에도 불구하고, 앞 소절들에서 보았듯이 규제개혁에

21) 이러한 우리 법원의 핵심원칙은 다음 제IV절에서 보듯이 Epstein 교수의 규제수용 이론과도 상당히 공통점을 갖고 있다.

22) 지면제약상 더 이상의 논의는 하지 않으나, 일반 법원에서 규제개혁 차원의 구체적 통제를 하는데 있어서는 다른 방식도 가능하다고 판단된다. 예를 들어 모든 규제법령에는 위반시 부과되는 제재가 명기되어 있다. 김일중(2013)에 의하면, 전술한대로 한국에서는 행정규제 위반에 대한 형사처벌 규정이 매우 많고 규제범죄의 발생(즉 실제로 형사처벌을 받는 경우)이 2000년대 전체범죄의 60% 정도를 차지한다. 따라서 특정 규제가 갖는 정당성이 낮다고 판단되는 경우 법원은 형사처벌 적용을 보수적으로 함으로써 실질적으로는 규제의 효과를 경감시킬 수도 있다. 이른바 ‘관대성원칙’이라 불리는 이 방식에 대해서는 김일중·정기상(2014)을 참조할 수 있다.

서 헌법재판소나 법원의 역할이 갖는 실효성은 상당히 높아 보인다. 따라서 본 소절에서는 이제까지의 역할이 활발하지 않았던 원인 및 보완대책에 관하여 잠시 살펴본다.²³⁾

(1) 일반적 통제가 활발하지 않은 원인 및 대책

사법부가 특히 입법부나 행정부와 직결된 결정을 할 때 그리 자신감 있는 추진력을 보이지 못한다는 관찰은 이미 전술한 바와 같다. 가장 근본적으로는 사법부 인원구성 측면에서 이른바 민주주적 정당성이 상대적으로 약하다는 부담감이 자리잡고 있는 듯하다는 것이 필자의 소견이다. 법관이나 재판관이 국민에 의하여 직접 선출되는 지위에 있지 않기 때문에 국민의 의사가 반영된 일정한 정책에 제동을 거는 것은 늘 부담일 수밖에 없다. 사법심사에 의한 통제가 본질적으로 사후적 통제로서의 특성을 갖는다는 점을 차치하고라도 위와 같은 부담감이 사법소극주의의 근저에 깔려 있음은 부인할 수 없어 보인다.

특별히 ‘일반적 또는 규범적 통제’는 법률이나 대통령령 등의 규정이 갖는 효력을 전면 배제한다는 절대적 효력을 가질 수 있기 때문에 위와 같은 부담감이 좀더 크게 작용하고 있지 않나 싶다. 실제로 다수의 결정에서 가령 “해당 쟁점은 입법의 영역 내에 있다”고 명기하며 헌법재판소가 더 이상의 구체적 판단을 자제하는 것도 이러한 부담감에서 상당 부분 기인하였다고 볼 수 있다. 그런데 이 문제는 한 국가의 권력체계와 직접 연관되는 것이기 때문에 그에 대한 근본적인 타결방안을 찾는 것 역시 쉽지 않다. 찾더라도 많은 시간이 소요될 것이다. 극히 원론적으로 들릴 수 있겠지만, 국민이 사법부를 신뢰하는 사회적 풍토가 조성되어야 사법적극주의로 발돋움할 수 있을 것이다. 반면, 동일한 맥락에서 볼 때, 터무니없는 규제법령에 대해서는 지금보다 신속하고 단호한 위헌 또는 위법 판단을 내리는 사법부의 의지 또한 필요하다.

물론 특정 규제영역에 대한 법관들의 전문성 미흡 또한 빼놓을 수 없는 부분이다. 규제의 영역이 워낙 방대하고 각 영역에서 요구되는 전문성도 점차 깊어져서 사회 일반의 모든 유형의 사건을 담당하여야 하는 법관이나 재판관들이 그 전문성을 두루 갖추는 날을 기대할

23) 이들에 관한 심층적 연구는 국내에서 거의 이루어지지 않았다. 관심을 촉구하는 차원에서 평소 필자의 생각과 법관들과의 대화에 근거한 논의들이므로 단상이라 명명할 정도의 논의들임을 밝힌다. 이들에 대한 향후 정교한 분석들이 이루어져야 할 것이다.

수는 없다. 따라서 심리과정에서도 관계 규제행정청이 제출하는 자료에 크게 의존할 수밖에 없다. 그런데 그러한 자료가 편향성을 띠 경우에는 그 영향력을 배제한 채 판단하기는 더욱 어려워진다(Benson and Kim, 2014). 사실 행정청이 제출하는 자료에서 늘 정확성과 중립성이 담보될 것이라는 기대 자체가 무리라고 본다.

따라서 상대적으로 전문지식이 많이 필요한 일정한 분야에 대해서는 주요 분야별로 전문성을 지닌 재판보조인력이 그 분야 재판에 좀더 장기간 종사할 수 있도록 인사발령 및 사무분담을 조정할 필요가 있다. 그러나 일반적 통제를 위하여 법관이나 재판관이 직접 사계의 전문가가 될 필요 또한 없다는 것이 필자의 견해이다(이는 가령 대법원 재판연구관에게도 동일하게 적용되는 생각이다). 재판관에게 요구되는 것은 해당 분야의 기초지식 및 건전한 상식으로 써 제시된 증거들의 신뢰성을 확보하려고 노력한 후, 확보된 증거들과 당사자들의 항변들로부터 집합적 추론 및 논리구성을 통하여 최선의 결론을 도출해내는 능력이다. 따라서 법관에게 보편적으로 요구되는 책무성과 더불어 노력과 능력을 보완해주면 된다.²⁴⁾ 그런 맥락에서 외부전문가 의견청취를 더욱 활성화시키고, 동시에 분야별 재판자료 축적작업을 지속적으로 해나가는 것 또한 재판의 중립성을 확보하는데 많은 도움이 될 것이다.

(2) 개별적 통제가 활발하지 않은 원인 및 대책

법원의 개별적 통제에 관한 한 규제기관의 재량이라는 문제를 다시 한번 거론하지 않을 수 없다. 규제자들의 입장에서는 규제의 구체적 내용 또는 방법 등에 있어(다른 일탈적 유인은 차치하더라도) 자신들의 편의를 도모하기 위해서 높은 수준의 재량을 갖고자 하는 유인을 갖게 되는데, 상당수의 규제법령들에서 그러한 재량권을 애초 허용하고 있으며 실제 집행에서는 그 이상의 재량권이 발휘되고 있다고 판단된다.

그런데 재량행위를 사법적으로 통제하는 데 있어서 법리상의 제약에 따른 어려움이 있다. 즉, 재량행위는 그 정의상 판단의 여지나 운용의 폭을 일정 정도 인정하는 것을 본질로 하기 때문에, 재량권의 행사가 위법하다는 판단에 이르기 위해서는 재량권의 ‘일탈 또는 남용’이

24) 모두에서 지적인 것처럼 이러한 노력과 능력을 보완해주는 구체적 방법에 관해서는 더욱 심도있는 논의와 연구가 필요할 것이다. 하지만 가령 독극·폐기물관리 규제를 심사한다고 해서 법관들이 해당 분야의 훌륭한 전문가가 될 필요가 없다는 점을 거듭 강조하고자 한다. 이는 전술했던 지상파 방송광고 대행사업 관련 규제를 논할 때 현재의 재판관들이 방송 및 광고 분야 전문가가 될 필요가 없는 것과 같은 이치이다.

라고 확신할 만한 구체적 사정이 인정되어야 한다. 그런데 일탈 또는 남용은 그 자체로 특정 한계를 넘어가는 예외적 상황을 염두에 둔 개념이다. 따라서 법원이 그 예외적 상황을 선언하는 작업이 생각보다 쉽지는 않다. 일반적 통제 때와 마찬가지로 행정처분의 무효청구 소송에서도 규제행정청이 제출하는 자료나 항변은 자신들에게 이로운 방향으로 편향성을 띠 가능성이 크므로 이를 거를 수 있는 장치가 필요하다. 하지만 이 경우에도 법관의 충분한 전문성 확보만이 그 해결책은 아니라고 판단된다. 헌법재판소나 대법원의 경우와 마찬가지로 개별적 통제의 영역에서도 법관에게 요구되는 가장 중요한 덕목은 최소한의 기초지식에 더해지는 집합적 추론 및 논리구성 능력이기 때문이다. 역시 앞서와 마찬가지로 재판보조 인력, 외부전문가 의견청취 확대, 재판자료 축적 등 전문성 보완을 위한 기타 장치들은 비교적 단기간에 도입 가능하다고 판단된다.

다만, 규제개혁 차원에서의 개별적 통제의 대부분은 일차적으로 행정소송을 통하여 이루어진다는 점을 감안할 때 평소 생각하는 한 가지를 덧붙인다. 필자가 주로 연구해온 소주제 분야들만 보더라도 작금 관련 행정소송 빈도수가 급증하고 있다. 따라서 규제개혁 작업에의 동참을 향후 더욱 활성화시키려면 각 법원의 행정부 인력에 대한 보강이 일차적으로 필요하다. 한국에서 행정소송을 전담하는 전문법원은 서울행정법원이 유일하다. 다른 관할지역에서는 지방법원이 담당하고 있다. 그나마 현재 총 11개의 합의부를 갖고 있는 서울행정법원 역시 그 인력과 규모가 행정부 및 행정처분 규모의 거대성에 비하여 지나치게 작아서 과부하가 걸린 상황이다. 그런데 나머지 관할구역에서는 극소수의 행정합의부만을 운영하고 있는 실정이다.²⁵⁾ 이러한 상황에서 매일 엄청난 빈도로 발생하는 규제관련 행정처분들을 적시에 사후 통제하기는 쉽지 않아 보인다. 또한 행정부 사건들이 갖는 광범위한 영역까지 고려하면, 법관이 해당 분야의 재판을 좀더 장기간 수행토록 하고, 필요한 경우 행정부를 더욱 세분화하는 방식(예: 공정거래, 공용수용 등)도 고려해볼 만하다.

25) 4개 행정합의부를 운영하고 있는 수원지방법원을 제외하고, 2개를 운영하는 소수의 지방법원(부산, 대구, 대전, 인천)이 있고, 나머지는 1개 이하를 운영하고 있는 실정이다. 매년 임용되는 판사들의 극소수만이 행정법원에서 근무해왔다는 사실을 감안할 때, 법원 인사정책에서 다소 획기적인 변화가 필요하다는 점을 시사한다.

IV. 사법부의 규제개혁 작업과 규제수용이론

1. 헌법 제23조 제3항의 중요성

규제개혁 작업에서의 사법부 역할을 더욱 구체적으로 논하기 앞서 본 소절에서는 규제와 규제개혁에 대한 평소 필자의 헌정주의적 사고방식을 잠시 소개하고자 한다. 전술한 헌법 제107조의 제1항 및 제111조에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판권과 헌법 제107조의 제2항에 의한 행정규칙·처분 등에 대한 대법원의 위헌·위법심판권을 작동시키는 데에는 당연히 여러 헌법상의 조항들(및 그로부터 파생된 헌법적 원칙들)이 그 판단기반을 제공하게 된다.

그런데 제II절에서 논의한대로 ‘규제 = 민간재산권 제한’이라는 큰 틀에서, 그리고 ‘규제개혁 = 규제방식의 합리화’라는 맥락에서 헌법 제23조(“① 모든 국민의 재산권은 보장된다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 해야 한다. 행사는 공공복리에 적합하도록 해야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한시 그에 대한 보상은 정당하게 지급돼야 한다.”)는 매우 중요하다. 특히 국가가 민간의 재산권을 강제로 가져갈 때에는 반드시 ‘공공복리(public interest)’와 ‘정당보상(just compensation)’이 전제돼야 함이 제3항에 명시되어 있다. 필자는 헌법 제23조 제3항이 규제개혁의 근간이 되어야 한다고 믿는다. 이는 규제개혁 작업도 헌정주의(constitutionalism)에 입각한 논리와 실제 운용규칙에 따라 이루어져야 한다는 Tullock 교수(1993, pp.78~79)의 주장과도 일치한다.

민간재산권 제한의 가장 극단적 형태는 가령 도로를 내기 위해 甲의 땅을 강제취득하는 것이다. 그런데 민간재산권의 부당한 제약은 토지 강제취득 이외에도 그 종류로 보아 이루어질 수 없다. 가령 고도제한규제와 같이 甲이 자신의 토지에 건축할 수 있는 권리에 제약을 가하는 것도 甲의 재산권을 부분적으로 제한하는 것임에 틀림없다. 토지를 물리적으로 빼앗아가는 경우를 ‘공용수용(eminent domain 또는 takings)’이라 부르며, 민간 재산권을 부분적으로만 제한하는 국가행위는 ‘공용제한 또는 규제수용(regulatory takings)’이라 일컫는다. 이하에서는 규제개혁 작업에 적극적으로 참여하게 될 사법부가 실체적 차원에서 유익한 함의를 얻을 수 있을 것으로 기대되어, Epstein 교수의 1985년 저서(및 그 이후 여러 저작물)에 나온 이론을 중심으로 규제수용논리에 관한 평소 필자의 생각을 정리한다.²⁶⁾

한 마디로 제23조 제3항은 국가와 민간 사이에 발생하는 재산권침해 갈등해결의 근본을

제공한다. 수용을 위해서는 두 가지 요건이 동시에 충족되어야 한다고 명시한다. 첫째는 공익을 위한 수용이어야 하며, 둘째는 정당보상해야 한다는 조건이다. 이 조항은 우리의 일상 생활과는 무관한 듯 보일지 모르나 사실상 매우 밀접한 관계를 갖고 있다. Epstein은 미국의 경우 수정헌법 제5조(“Nor shall private property be taken for public use, without just compensation”)에 기초한 이 공용수용이론이 정부의 모든 규제정책의 근간이 되어야 한다고 하였다.²⁷⁾

이상의 규범적 주장에 그치지 않고 Epstein은 법원에서 실제 활용가능한 지침(workable formula)을 설득력 있게 제시하고 있다. 그리고 이후 상당수의 저서와 논문에서(대표적 예: Epstein, 1993a, 1993b, 2003 등) 이 지침을 사용하고 있다. 구체적으로, Epstein(1985, p.31)은 법관이 거쳐야 할 몇 가지 숙고과정을 설명한다. 이제까지 형성된 필자 개인의 견해를 반영하여 그 과정을 <그림 1>에 여섯 단계로 표시하였다. 특정 규제와 관련하여 이루어진 ‘행정처분에 대한 무효확인’을 구하는 소송이 행정법원에 제소되었는데, 그 과정에서 재판부는 해당 규제의 ‘위헌성 심판’을 헌법 제107조의 제2항에 따라 대법원에 물었다고 가정해보자. 대법원은 다음의 순서로 숙고하면서 심판할 수 있을 것이다. 물론 위법성 심판도 대략 같은 순서를 따를 것이다.

2. 위헌성 심판에서의 여섯 단계 숙고: 규제수용이론

(1) 첫 번째 숙고(RT1): 수용발생 여부의 검토

대법원의 첫 번째 숙고 단계는 과연 해당 규제에 따라 민간재산권의 수용이 발생했는가를 검토하는 것이다. <그림 1>의 RT1에서 수용의 범위는 매우 넓게 사용되고 있음을 유의

26) 이하의 여섯 가지 숙고에 관한 간략한 설명은 이미 김일중(2007, pp.82-88)에서 한 바 있다. 그 기초설명에 기반하여 우리 법원의 위헌(또는 위법)심판 과정에 도움되고자 하는 목적으로 대폭 재서술한 것이다. <그림 1>의 초안은 김일중(2007, p.85)에서 발췌하였다. 이러한 규제수용이론의 기초가 되는 공용수용법제가 한국에서 어떻게 운영되는가에 관한 방대한 연구결과는 김일중 외(2013)를 참조할 수 있다.

27) “공용수용에 대한 논리는 민간 재산의 소유, 사용, 및 양도를 규제하려는 정부행위에도 똑같이 적용된다. 이러한 규제들이 무수히 사용되고 있다. 자신 토지에 타인이 진입해도 주인들을 속수무책으로 만들어 버리는 규제들이 많다. 사용용도를 거주지, 상업지역, 산업지역 등으로 묶어 버리는 규제들도 많다. 자기 땅 안에서 특정 행위는 할 수 없다고 금지해버리는 규제들도 있다. …… 법적인 정당성과 경제적 영향을 평가하는데 있어서 이렇게 다양한 규제들이 저마다 차이를 보이는 것은 사실이다. 그러나 민간재산을 부분적으로 수용 (partially taking)했다는 점에서 이 모든 규제들은 동질성을 보인다”(Epstein, 1985, pp.110-111).

해야 한다. 사실 이는 Epstein 교수의 저서가 이룩한 가장 큰 공헌 중의 하나라고 볼 수 있다. 무수한 정부행위가 사용·수익·양도 등 어떤 식으로든 재산권에 영향을 주었다면 (부분) 수용 발생의 가능성이 크다는 것이다(chs. 4-6). 예컨대 각종 가격·진입규제 및 지방자치단체의 토지이용규제(chs. 8, 16)에서부터 각종 세제(chs. 8, 18), 복지정책(ch. 19), 나아가서는 불법행위상의 책임원리의 변동(chs. 8, 16)에 이르기까지 그 범위를 확대시키고 있다. 제II절에서 언급했던, 무수한 다른 종류의 정부규제들도 마찬가지이다.

‘규제 = 민간재산권 제한’이라는 범경제학적 정의를 상기한다면, 이 첫 번째 과정은 대부분 통과하게 될 것이다. 현실적으로 보아도 재산권 제한이 확실하지 않은 상황에서 행정법원이 대법원에 위헌심판을 요청할 리는 없을 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이 과정이 중요한 이유는 민간재산권을 침해하는 정부규제의 범주가 실로 매우 넓다는 사실을 부각하고 있기 때문이다. 수용이 있었다면 다음 단계로 넘어가고, 없었다면 해당 심판은 종결된다.

(2) 두 번째 숙고(RT2): 공익성 여부의 검토

수용발생을 확인한 후에는 해당 규제가 공익을 위한 것이었는가를 대법원은 검토한다. Epstein에게 RT2에서의 공익을 위한 규제란 주로 공공재, 공유문제, 외부효과가 발생하는 경우를 의미한다(chs. 12, 15). 필자 판단으로, Epstein 교수는 ‘공익 제고 = 시장실패의 극복’이라는 항등식을 염두에 두었던 것 같다. 주지하듯, 공익성에 대해서 모두가 공감하는 단일 정의는 태생적으로 도출하기 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고, (역시 경제학적 사고방식을 다분히 반영하여) 필자는 공공성(publicness), 배분효율성(allocative efficiency), 및 공정성(fairness)의 ‘동시 만족’을 ‘공익성’의 개념으로 정의하는데 큰 무리는 없을 듯하다(김일중 외, 2013).²⁸⁾

따라서 대법원은 입법재량이나 행정부의 결정에 무조건 수긍할 것이 아니라, 이러한 개념들을 숙지하여 규제의 공익성 충족 여부를 철저히 판별해야 한다. 가령 특정 제한된 그룹의

28) 해당 규제가 국민전체, 도시전체, 또는 지역전체 등과 같이 다수의 시민들 후생에 직결된 것이어야 한다는 것이 공공성 또는 공공필수성(public necessity)이며, 사회 내 자원이 각각 가장 필요로 하는 곳에 투입되어야 하는 것이 배분효율성이고, 규제로부터의 혜택과 피해는 비례성을 띠어야 하는데 만약 후자가 전자보다 클 때에는 차이만큼 보상해주어야 한다는 것이 공정성이다. 그러나 Epstein 교수의 숙고에서, 먼저 공정성은 후술되는대로 정당보상에 관한 숙고(넷째와 다섯 번째 숙고)에서 집중적으로 다루어진다. 한편, 배분효율성은 그의 저서 전체를 통해 강조되는 개념이지만 그 중요성을 감안하여 본고에서는 여섯 번째 숙고로서 별도로 논의한다. 그렇게 되면 이 두 번째 단계에서는 사실상 공공성 또는 공공필수성을 따지게 될 것이다.

이익을 ‘궁극적으로’ 위하는 취지를 가지면서 재산권 제한은 전혀 무관한 집단에게 부과되고 있다면 해당 규제는 정당성을 잃게 되면서 위헌확률이 커질 것이다. 따라서 해당 규제는 폐기될 것이다. 그러므로 지난 몇십 년 동안 공공선택이론에서 질타되어 왔던 특수이익집단을 위한 특혜성 규제들은 RT2에서 원칙상 걸러지게 된다. 반면, 제II절에서 논의되었던 국민의 안위나 금전적 재산권 보호와 직결되는 규제들은 위헌심판을 무난히 통과할 것이다. 요컨대 ‘필수규제 강화’론이 사법부에 의해 인용되는 것이다.

(3) 세 번째 숙고(RT3): 규제수단 합리성 여부의 검토

공익성 조건을 충족시킨다면 다음에는 규제방식의 적정성 여부를 검토한다. 사실 Epstein은 <그림 1>의 이 RT3을 위해 저서에서 별도의 장을 할애하지는 않았다. 그러나 그의 저서 여러 곳에서는 (비용이 일정할 때) “동일한 목적을 위해 사용가능한 다양한 정책들 중 해당 규제가 가장 효과적 수단이라 판단되어야 한다”는 점을 강조하고 있다. 규제의 목적이 정당화된다고 해서 그 수단이 자동적으로 담보되지 않는 때문이다. 결국 이 단계는 ‘효율적 규제 방식을 모색’하는 과정이다. 이 검토순서가 <그림 1>에서와 같이 꼭 세 번째에 위치할 필요는 없다. 다만 규제개혁에서 최적의 방식을 찾아내는 작업의 중요성을 강조하기 위함이다.

제II절에서 지적된 ‘규제개혁 = 규제폐기’라는 오류도 알고 보면 RT3에 대한 충분한 이해가 부족하기 때문에 생기는 현상이다. 특정 규제가 RT1 및 RT2에서 정당화되더라도 그 방식이 잘못 되었다면 효율적 방식으로의 전환에 대하여 고민할 수 있기 때문이다. 예컨대 안전규제의 경우 사고라는 위험과 직결된 부분에 대하여 행위제한을 부과해야 하고, 정보공시규제의 경우에도 투자자 의사결정에 핵심이 되는 사항들에 국한되어야 한다. 각각 사고와 밀접한 인과관계를 갖지 못하는 부문에 제한을 가한다든지, 경쟁사와의 경쟁전략 등까지 공시를 요구한다면 피규제자에게 불필요한 순응비용만 유발시키게 된다. 따라서 비싼 규제를 회피하려고 불법적인 방법을 찾을 것이다. 따라서 이 숙고과정은 제III.2절에서 확인하였듯이, 우리 사법부가 위헌이나 행정처분 무효소송에서 매우 중시하는 이른바 ‘과잉금지의 원칙’ 또는 ‘비례의 원칙’과 거의 동일하게 보아도 무방하다. 생산기술은 물론 소비자의 선호 및 정보력이 급변하고 있는 만큼 향후 규제개혁에서는 <그림 1>의 이 RT3 및 RT3' 과정이 큰 비중을 차지해야 한다. 따라서 이는 법의 공적집행(public enforcement)을 담당하는 규제자들에게 전문성과 끊임없는 숙고를 요구하는 과정이다(Kim, forthcoming).²⁹⁾ 그리고 그 요구되는 전환(문제

점)의 정도에 따라 대법원은 위헌 또는 헌법불합치의 형태로써 신호할 수 있다.

(4) 네 번째 숙고(RT4): 경찰권능과 자발적 승낙 여부의 검토

다음은 ‘경찰권능(police power)’과 피규제자의 ‘승낙(consent)’에 관한 것이다. 전술하였듯이 공용수용 조항에는 정당보상이 명시되어 있으므로, 규제수용에서도 보상의 문제를 다루어야 한다. Epstein은 보상의 부재를 정당화하는 상황을 크게 두 가지로 요약하고 있다. 그 첫 번째가 민간의 명백한 불법행위를 억제하기 위한 경찰권능으로서 규제를 할 때이다(chs. 9, 10). 경찰권능은 국민의 주요 안위와 후생 증진을 위해 국가의 본연업무로서 주어진 통제권한을 의미한다.³⁰⁾ 경찰권능의 범주에 관해서는 물론 여러 논의가 있어 왔으나, 높은 수준의 합리성(high standard of reasonability)이 요구된다는 것이 통설로 자리 잡았다. 즉, 헌법에 의해 부여된 기본권의 보호에 부합되는 입법목적의 테두리에서 부여되는 국가의 권한이라는 뜻이다. 따라서 경찰권능이 비록 원래 영미법체계로부터 발현한 개념이지만, 헌법 제37조 제2항 등에 근거하여 우리나라 법체계로의 적응에도 큰 무리가 없다고 본다. 구체적으로 무엇이 경찰권능에 해당하는 규제인가에 관해서는 사안별로 또다시 숙고가 필요하겠지만, 개략적으로 보아 제II절에서 언급한 ‘필수규제’들이 이에 해당한다고 보아도 무방하다.

Epstein 교수에 의하면, 규제에 의한 재산권 수용이 명백히 발생하였다 하더라도 피규제자의 자발적 승낙이 있었을 때에도 보상을 면제할 수 있다(ch. 11). 이러한 규제의 교과서적 사례는 지역주민들이 특정 자원의 과도사용이나 황폐화를 막기 위하여 자발적으로 사용규제를 국가에 오히려 청원하는 경우이다. 천연기념물 또는 희귀종 동물 보호나 어류와 같은 자연자원의 남획방지를 위한 각종 규제들이 이에 해당한다. 당장의 생활이나 채취활동에 지장을 주지만 그러한 규제들이 공유의 비극을 막아 줄 것을 알기 때문에 법적 구속력을 확보

29) 가령 경제주체들의 특정 행위 내지는 과실이 야기하는 피해규모가 다양하게 분포할 때, 기초 수준의 주의의무는 행정규제로써 유도하고 그 이상의 주의의무는 손해배상의무로써 확보하는 것이다. 손해배상만 사용하면 여러 불완전성으로 과소주의의무가 나타나고, 규제만 사용한다면 상당수의 경제주체에게는 불필요한 부담을 주게 될 것이므로, 규제와 책임원리를 적절히 조합하여 사용함으로써 사회후생을 높일 수 있다. 따라서 Kim(forthcoming)에서 요약된 바와 같이, 이러한 조합사용을 정당화시키는 상황들에 관한 연구들은 규제의 필요성을 이미 전제한다고 볼 수 있다. 즉, 규제개혁은 무조건 규제폐기를 의미하는 것이 결코 아니다.

30) “[P]olice power is the capacity of the states to regulate behavior and enforce order within their territory for the betterment of the health, safety, morals, and general welfare of their inhabitants”(Encyclopedia Britannica).

하기 위하여 정부규제를 자발적으로 선택한 것이다. 장기적으로는 관광객을 유치하거나 재
 생가능한 자원체계(resource system)를 유지할 수 있게 된다. 결론적으로, 자발적 승낙이나 전
 술한 경찰권능이 입증되면 해당 규제는 물론 무보상이 정당화되고, 그렇지 못하면 <그림 1>
 의 다음 단계로 넘어 간다. 그럼에도 불구하고, 필자의 관찰에 의하면 우리 사회에서는 일단
 규제의 공익성이 인정되면, 민간피해에 대해서는 상대적으로 둔감한 경향이 강한 듯하다.³¹⁾
 따라서 향후 RT4의 중요성은 커질 것으로 기대된다.

(5) 다섯 번째 숙고(RT5): 묵시적 동종보상 여부의 검토

그 다음 숙고 역시 보상에 관한 추가 검토과정이다. 승낙이나 경찰권능이 입증되지 않았
 다면, 해당 규제에 의하여 어떤 다른 방식으로든 피규제자에게 보상이 돌아갔는가를 숙고해
 야 한다(chs. 13, 14). Epstein은 이러한 비금전적 보상을 ‘묵시적 동종보상(implicit in-kind
 compensation)’이라 명명하였다. Michelman(1967)에 의해 처음 논의된 이 개념은 규제로 인한
 비용과 편익이 장기적으로 서로 상쇄되는 경향이 있을 때에는 국가가 피규제자에게 보상해
 줄 필요가 없다는 것이다. Epstein은 이를 이익의 상호성(reciprocity of advantages)으로 간주하
 면서, 피규제자에게 돌아가는 편익과 부담을 세심히 검토해야 한다고 주장한다.

대법원이 특정 규제를 심판할 때 묵시적 동종보상은 매우 유익한 개념임에 틀림없다. 우
 선 총기소지규제나 불량먹거리 유통 억제에 대해 취해지는 규제들처럼 앞서 언급한 이른바
 필수규제들의 묵시적 동종보상은 대부분 명백하다. 하지만 묵시적 동종보상은 역시 자칫 잘
 못하면 특정 피규제자에게 위헌적 피해를 초래할 수 있다. 구체적으로, 피규제자에게 ‘불비
 례적(disproportional)’ 부담을 지우게 된다.³²⁾ 가령 특정 대도시의 환경보호를 위하여 주변 지

31) 규제로 인한 피해가 특별히 크지 않은 이상 보상을 하지 않는 경향이 강했다고 판단된다. 이른바 ‘특별희생
 설’을 사용하고 있다. 지면관계상 자세한 논의는 생략하지만, 이 통설에 대한 다양한 주장들 및 특히 2000년
 대 이전의 대법원판결들을 보면, 개별 사건에의 적용이라는 현실문제에서 이 특별희생의 범주에 관하여 제3
 자에게 명쾌한 지침을 주지는 못하는 듯하다. 대표적인 예가 향후 도시개발을 위해 설정한 토지사용규제를
 장기간 사용할 때인데, 대법원은 토지소유자들이 감수하는 피해를 대개 ‘수인가능한’ 수준으로 판단했으나
 2000년대 들어 그 입장에 다소 변화가 있었다.

32) 따라서 Epstein 교수의 주장은 편익과 비용의 비례성을 철저히 검토하자는 것이다. 그리고 만약 피리가 존재
 한다면 보상을 해야 한다는 논리로써, 단순히 일부 편익이 있는지 여부만 보는 것이 아니라 ‘공정성 측면을
 더욱 세밀히 따져보자는’ 의미이다. 극단적으로, 토지에 대한 물리적인 공용수용의 경우라면 해당 공익사업
 으로 피수용자가 일부 혜택을 보더라도 수용자는 대개 그 토지에 대한 시가 전체를 보상해주는 것과 같은
 이치이다. 한편, Epstein은 공용수용을 통한 공익사업으로부터 발생한 순편익 역시(물론 사업시행자도 그 대

역을 갑자기 그린벨트로 묶어버리는 규제가 여기에 해당한다. 묶인 토지의 소유자들이 설사 환경보호로부터 일정 수준의 혜택을 얻게 된다고 가정하더라도, 혜택총량의 부담은 모든 수혜자들이 비례적으로 부담해야 공정하다.³³⁾ 작금 그 소송빈도가 높아지고 있는 송배전시설과 관련된 규제들도 마찬가지이다. 전력공급시설이 국가의 기간시설임에 틀림없고 모든 국민들이 묵시적 동종보상을 받는 것도 사실이다. 그러나 송배전시설이 甲의 토지를 점유한다든지, 아니면 토지 위를 지나는 송배전선로 때문에 甲의 행위들이 추가로 규제되거나 자기장으로 인한 피해를 보게 된다면 이것은 완전히 다른 문제이다. 전자의 경우에는 명백한 수용이므로 보상해야 하고, 후자의 경우에는 상응하는 배상을 해야 한다. 甲이 불비례적으로 비용을 부담하는 규제이기 때문이다. 즉, RT5에서 묵시적 동종보상이 비례적으로 존재하지 않는다고 판단되면 규제폐기는 아니더라도 정부가 보상의무를 갖도록 대법원은 심판해야 한다.

(6) 여섯 번째 속고(RT6): 규제의 사회순편익 여부의 검토

대법원의 최종 속고는 해당 규제의 사회순편익을 점검하는 과정이다. Epstein 교수는 이에 대해서도 별도의 장에서 서술하지는 않았으나, 사회순편익의 존재는 그의 저서 기저에 깔린 대전제라고 할 있다. 시장실패의 극복을 했다면 사회순편익은 (+)일 것이기 때문이다. 환언하면, 규제로 인한 편익이 아무리 인정되더라도 그로 인한 각종 비용이 더욱 크다면 정당화될 수 없다는 의미이다. 이 논리는 헌법 제23조 제3항의 ‘공익성’ 요건에 이미 함축되어 있다(김일중 외, 2013). 따라서 규제에 대해서도 동일한 잣대를 사용해야 하며, 이는 작금 우리 사회에서 흔히들 규제의 비용편익분석 또는 규제영향평가(regulatory impact analysis; RIA)라고 부르는 과정과 일맥상통하다. 세 가지 유의할 점이 있다.

첫째, 사실 RT6은 <그림 1>의 RT4 및 RT5에서 ‘yes’라고 판단되는 경우에도 적용되어야 한다. 하지만 RT4에서 규제의 필요성이 경찰권능이나 자발적 승낙에 기인했다면, 논리적으로 보아 규제의 순편익이 (+)일 확률이 클 것이다. 또한 RT5에서도 묵시적 동종보상이 충분

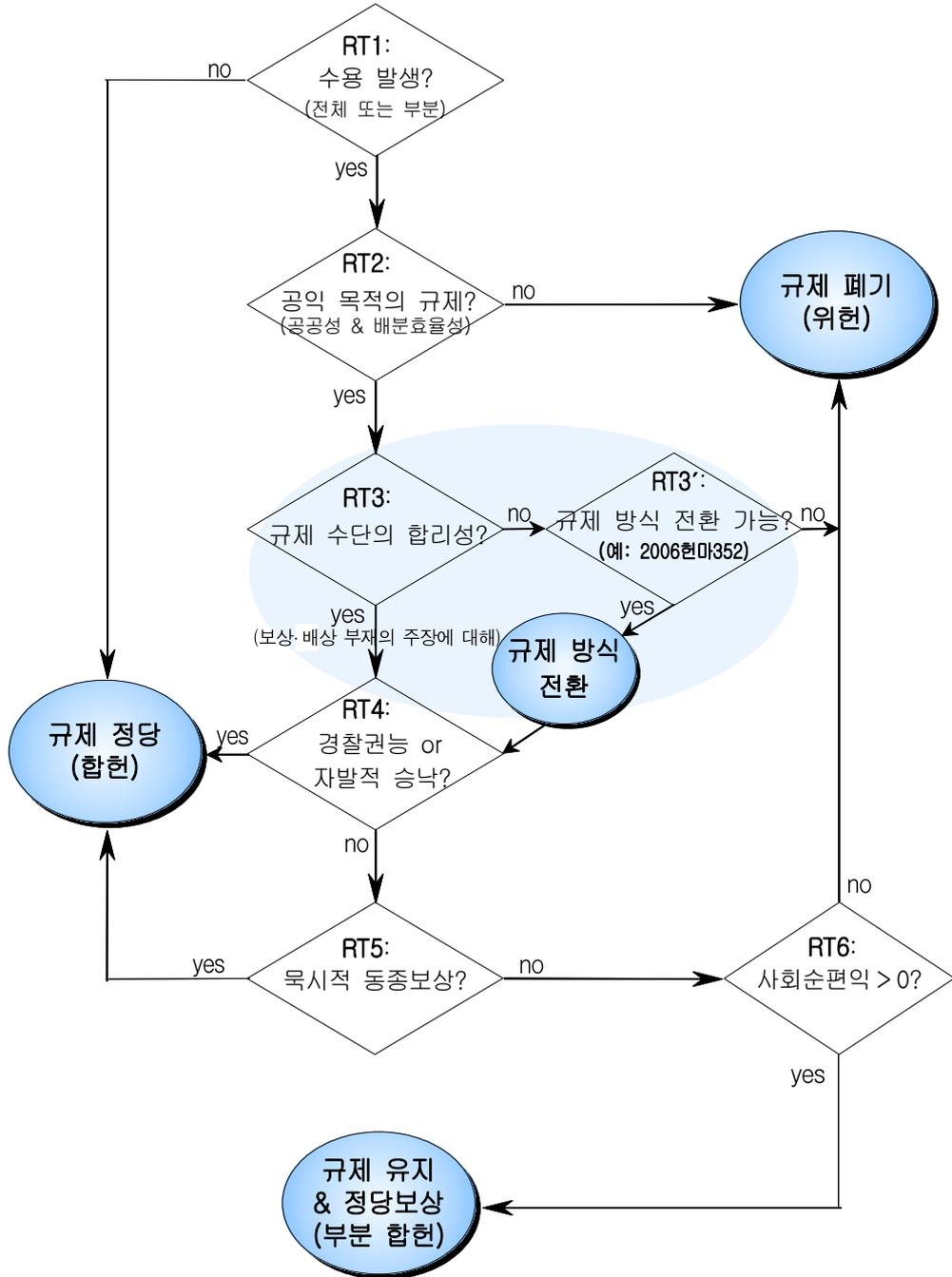
상에 포함하되) 피수용자들 토지에 비례하여 분배되어야 한다고 강하게 주장한 바 있다. 이른바 ‘과실의 공동 향유’ 원칙이다(Kim and Park, 2014).

33) 비례적으로 부담하는 대표적인 방식 중 하나가 수혜정도가 큰 지역주민들에게 부과하는 세제이며, 그 재원으로써 행위제한을 받게 된 주민들을 보상해야 한다.

히 존재한다면 역시 순편익이 (+)일 가능성이 클 것이다. 이런 이유에서 편의상 RT5의 'no'에 해당하는 흐름에 RT6을 표시하였다. 둘째, 설사 RT6에서 순편익이 (+)라고 해서 해당 규제가 무조건 정당화되는 것이 아니라는 사실을 늘 기억해야 한다. 이른바 RT1에서 시작하여 RT5에 이르기까지 다양한 숙고과정을 이미 통과했다는 점을 잊지 말아야 한다. 환언하면 '사회순편익 > 0'은 규제수용이 정당화되는 충분조건이 아니라 넓은 의미에서의 공익성을 충족시키는 하나의 필요조건에 해당할 뿐이라는 점을 인식해야 한다. 이는 공용수용의 논리에서도 정확히 동일하게 적용되는 논리이다(김일중 외, 2013). 최소한의 필요조건에 불과한 소위 Kaldor-Hicks (정태적) 경제효율성 기준을 혹시라도 규제수용의 충분조건으로 사용하게 되면 편익과 비용의 비례성은 이미 상실하고, 대개는 일부 집단의 사적 이익만을 위한 악성 규제들이 창궐하게 된다. 셋째, 이미 많은 전문가들에 의해 지적되었듯이 규제의 영향 평가를 하다보면 편익은 과다계상되고 비용은 과소계상되는 경향을 자주 발견하게 된다. 편익은 즉각적으로 인지되는 경향이 있는데 비하여 비용은 장기간에 걸쳐 발생하는 것이 근본적인 이유이다. 하지만, 규제를 도입하려는 측에서의 능동적 노력에 의하여 이 현상이 증폭되는 개연성도 높다. 또한, 금전적 편익과 비용의 계상이 가능한 일부 규제들을 제외하고는, 특히 단순화된 정량적 환산은 판단을 흐리게 할 수 있다. 사법부의 엄격한 잣대가 필요한 부분으로서 전문성 제고 및 전문가 활용 노력이 절실하다.³⁴⁾

34) 예를 들어 대형마트 휴일업무 규제가 미치는 영향을 평가할 때, 가령 대형마트의 단기 손실액이 그대로 소규모상인들에게 옮겨 간다고 전제하면서 골목상권 유지라는 사회적 편익이 발생할 것이라는 논리나 평가방식은 거의 숫자놀음에 불과하다. 여러 점검 포인트들에 직면하게 된다. 핵심은 관련 모든 이해관계자들이 취할 대체행위들이다. 지면제약상 논의를 축소하지만, 무엇보다도 대형마트의 손실액이 그대로 이전된다는 가정은 그야말로 희망일 뿐이다. 더불어 비록 일정 부분이 이전되더라도 골목상권의 생존력이 담보되지도 않으며, 해당 규제에 관련된 소비자층을 비롯한 각종 집단에 미친 비용 또한 면밀히 파악해봐야 할 것이다. 설사 비정량화 상태에서 이루어지더라도 이들 각 쟁점에 대한 법원의 논리적 추론이 어찌면 무책임한 숫자들의 나열보다도 더 정확한 판단근거를 제공할 수 있다. 사실 상기 여러 점검포인트들 각각에 대해서는 그간 축적된 자료로써 전문가들의 정교한 분석이 이제 비로소 어느 정도 가능할 듯하다.

〈그림 1〉 정부규제에 대한 위헌심판의 숙고 단계: 규제수용 논리의 적용



V. 결론

세월호 참사를 놓고 일각에서는 규제완화 때문이라고 주장하지만 필자는 결코 그렇게 생각하지 않는다. 이미 매우 많은 숫자의 안전규제들이 만들어져 있었으나, 가장 기본적인 규제들마저 준수되지 않았기 때문이다. 비슷한 사례는 여기서 열거하기 힘들 정도로 많다. 물론 준수되지 않은 근본원인은 규제당국자들이 집행하지 않았기 때문이다. 집행하지 않았던 원인들은 다각적인 차원에서 찾을 수 있다. 그런데 그 대표적인 원인은 규제당국, 규제집행의 상당부분을 위임받은 민간단체들, 그리고 피규제자들 사이의 은밀한 유착에 있다. 필수적인 규제들은 물론이고 지키지도 못할 엉터리 규제들을 관료들이 잔뜩 만들어놓고, 퇴임 후 민간단체들로 전직하여 규제라는 엄청난 지렛대를 악용하여 호의호식하는 메커니즘은 전문성보다는 부패활성화기제(corruption-facilitating mechanism)이다(Cho and Kim, 2001). 나아가, 언론 등에서는 상대적으로 덜 빈번히 지적되었지만, 가령 인천-제주 간 선반운행의 독점권, 진입규제 역시 세월호 참사를 불러 온 근본원인 중 하나라고 생각한다. 따라서 참사의 근본원인은 규제와 그를 둘러싼 먹이사슬에 있었다.

규제개혁은 여전히 현재진행형이 되어야 한다. 지지부진했던 지난 20여년의 규제개혁 성과를 보면서, 본고에서 향후 규제개혁 작업에 있어서의 사법부 역할을 생각해보았다. 거듭 우리 사법부가 공헌할 수 있는 법적 근거는 헌법 제107조의 제1항 및 제111조에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판권과, 헌법 제107조의 제2항에 의한 행정규칙·처분 등에 대한 대법원의 위헌·위법심판권으로써 이미 충분하다. 또한 현재, 대법원, 행정법원 등에서의 최근 사례를 보면 매우 전향적인 기대를 하게 된다. 다만, 사법적극주의를 좀더 지향하려는 원천적인 노력에 더하여, 현재 법원이 직면한 심각한 인적·물적 자원제약을 해소시킬 수 있는 정책적 고려 및 그를 위해 향후 정치한 연구가 필요하다는 사실은 이미 본문에서 지적한 바와 같다.

규제개혁과 사법부의 역할이라는 주제를 논하다 보니 필자의 머릿속에서 결국 핵심으로 부각되는 문헌이 있다. 공용수용에 관한 Michelman 교수의 1967년 고전논문이다. 소재는 공용수용이었으나, 전술한대로 규제(수용)에 대해서도 그의 이론은 거의 대부분 적용될 수 있다. 주지하듯 그 이론에서는 정당화되지 못하는 규제들로 인한 피규제자들이 갖게 되는 소위 ‘탈도덕화비용(demoralization costs)’이 매우 중요한 역할을 한다. 이는 피규제자와 그의 동

조자들이 갖는 억울함이나 분노 등은 물론, 투자위축이나 생산중단 등과 같이 향후 이들이 취할 각종 비생산적 행위로부터 야기되는 비용들을 포괄하는 상당히 광범위한 개념이다. 논문 말미에 이러한 탈도덕화비용을 줄이는 방법을 논하면서 Michelman은 결국 정치시장 내지는 공공선택과정과 연계하여 논의를 전개한 바 있다. 그는 우선 ‘공정성장기(fairness machine)’의 개념을 소개하였다(Michelman, 1967, p.1246).

공정성장기는 부당한 규제(수용)가 발생하면 점증하는 탈도덕화비용 때문에 정치시장 내에서 그를 교정하기 위한 절차(예: 입법단계 상의 각종 제도적 장치들)가 시작될 수도 있다는 구조적 가능성을 의미한다. 따라서 그런 장치가 작동하는 상황에서는 별도의 사법심사가 필요치 않을 것이라 하였다. 그러나 재산권보호를 위한 이러한 구조적 장치가 만약 작동하지 않는다면 이제 법원에 의한 사법심사가 필요하다고 주장하면서 그는 이를 ‘공정성훈련(fairness discipline)’의 기제라고 명명했다. 그리고 공정성훈련 기제는 다른 조건이 일정할 때 중앙보다는 덜 경쟁적인 지방정치시장(및 행정부처들)에 의한 입법적 활동에 더 필요할 것이라는 예측을 한 바 있다. 그러나 중앙정치시장(즉, 국회) 역시 태생적으로 과잉입법의 유인을 갖고 있는 만큼(Benson and Kim, 2014), 그리고 작금 한국에서 국회를 통한 양산이 그치지 않고 있는 각종 규제입법들을 고려할 때, 사법심사라는 Michelman의 공정성 장치는 중앙과 지방을 막론하고 지금보다 확충되어야 한다. 따라서 규제개혁에 있어서의 향후 사법부 역할에 대한 기대가 사뭇 크며, 그의 실현을 위한 구체적인 보완조치들을 다양하게 모색할 시점에 왔다.

참고문헌

국가경쟁력강화위원회, “제5차 회의자료 - 행정형벌의 합리화 방안”, 국가경쟁력강화위원회, 2008.

김일중, 『규제와 재산권: 법경제학적으로 본 정부 3부의 역할』, 자유주의 시리즈 제I권, 한국경제연구원, 1995.

김일중, “한국 규제개혁의 실제적 핵심에 관한 법경제학적 소고: ‘효율적 규제방식’으로의 전환’을 중심으로”, 『한국경제연구』, 제18권, 한국경제연구학회, 2007, pp.79~120.

김일중, 『법경제학 연구: 핵심이론과 사례분석』, 한국법제연구원, 2008.

김일중, “범죄와 형벌에 관한 법경제학적 일고”, 『법경제학연구』, 제9권 제1호, 한국법경제학회, 2012, pp.123~155.

김일중, 『과잉범죄화의 법경제학적 분석 - 공정거래 분야를 중심으로』, 한국경제연구원, 2013.

김일중·정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구 - 다각적인 접근방안의 모색”, 『저스티스』, 통권 140호, 한국법학원, 2014, pp.311~333.

김일중·조병구·김두얼·박성규·이호준·정기상, 『우리나라 수용법제에 대한 법경제학적 검토』, 공공토지관리센터 정책연구보고서, 한국개발연구원, 2013.

Becker, Gary and George Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, *Journal of Legal Studies*, vol.3, 1974, pp.1~18.

Benson, Bruce and Iljoong Kim, “Causes and Consequences of Over-Criminalization”, Dept. of Economics Working Paper, SungKyunKwan University, 2014.

Breton, Albert and Ronald Wintrobe, *The Logic of Bureaucratic Conduct: An Economic Analysis of Compensation, Exchange, and Efficiency in Private and Public Organizations*, 1982, New York: Cambridge University Press.

Calabresi, Guido and Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol.85, 1972, pp.1089~1128.

Cho, Joonmo and Iljoong Kim, “Jobs in the Bureaucratic Afterlife: A Corruption-Facilitating

- Mechanism Associated with Law Enforcement”, *Southern Economic Journal*, vol.68, 2001, pp.330~348.
- Epstein, Richard, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Epstein, Richard, *Bargaining with the State*, 1993a, Princeton: Princeton University Press.
- Epstein, Richard, “Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase”, *Journal of Law and Economics*, vol.36, 1993b, pp.553~586.
- Epstein, Richard, *Skepticism and Freedom: A Modern Case for Classical Liberalism*, Chicago: University of Chicago Press, 2003.
- Kim, Iljoong, “Securities Laws ‘Facilitating’ Private Enforcement”, *European Journal of Law and Economics*, vol.25, 2008, pp.17~38.
- Kim, Iljoong, “Public Enforcement”, in Backhaus, Jürgen (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Amsterdam: Springer(forthcoming).
- Kim, Iljoong and Sungkyu Park, “Are Private Takings Efficient?: An Empirical Investigation”, Dept. of Economics Working Paper, SungKyunKwan University, 2014.
- Michelman, Frank, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law”, *Harvard Law Review*, vol.80, 1967, pp.1165~1258.
- Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*(8th ed.), 2011, New York: Aspen Publishers.
- Sunstein, Cass, “Paradoxes of the Regulatory State”, *The University of Chicago Law Review*, vol.57, 1990, pp.407~441.
- Tullock, Gordon, *Rent Seeking*, The Shaftesbury Papers, 2, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1993.

Regulatory Reform and the Role of the Judiciary in Korea

Iljoong Kim

As the main purpose of this paper I probe the role of the judiciary in embarking with fuller force the regulatory reform in Korea. Although courts, in general, have been very passive in regulatory reform over the past decades, they are equipped with solid bases of the Korean Constitutional such as §107-1 and §111(for the Constitutional Court of Korea) and §107-2(for the Supreme Court of Korea) in order to make meaningful contribution to regulatory reform. First of all, I define regulatory reform as exerting efforts to find an optimal method of constraining private property rights when it is necessary. I then demonstrate how judicial review can be set in motion regarding inappropriate regulations, In particular, I emphasize the comparative advantage of judicial review in regulatory review in terms of sufficient evidence, transparency, accountability, and relatively stronger independence from interest groups. Finally, I explain the doctrine of 'regulatory taking,' which is stipulated in §23-3 of the Korean Constitution, as a backbone of the innovative regulatory reform. I have stressed its importance over the past two decades, but, in this paper, I reexamine the doctrine and add new examples as I currently perceive its wider applicability as of 2014.

Key Words: regulatory reform, efficient methods of regulation, role of the judiciary, constitutionalism, law and economics

JEL Classification: K22, K42

지 정 토 론

주 제: ‘규제개혁과 사법부의 역할’에 대한 토론문

논평자: 홍완식(전국대학교 법학전문대학원)

1. 머리말

대개의 규제개혁 논의에 있어서는 행정부와 입법부의 역할을 중심으로 논의되는데, 발표자의 글에서는 규제개혁에 있어서 사법부의 역할에 관해서 논의를 전개하고 있어서, 새롭고 신선한 시도로 받아들여졌다.

규제개혁 논의에 있어서는 행정부와 입법부의 역할을 중심으로 논의가 전개되는 것은 이 유가 있다. 기본적으로 입법부는 법률의 입법권³⁵⁾이 있고, 행정부는 행정입법(시행령, 시행규칙 및 고시 등 하위법령)의 입법권³⁶⁾이 있기 때문에, 법률이나 행정입법의 형태로 규제가 만들어지기 때문이다. 규제에 관한 기본법이라고 할 수 있는 행정규제기본법 제4조³⁷⁾에서는 규제가 법령의 형태로 규정되어야 함을 명시하고 있다. 사법부는 단지 대법원예규 등 소송이나 법원 내부규율 등에 관한 한정적인 사항만을 입법할 권한³⁸⁾이 있기 때문에 원칙적으로 보면 규제를 입법(제정·개정·폐지)할 수 있는 권한이 없다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 위헌법률심판권과 대법원의 명령규칙심사권도 위헌인 법률과 위헌·위법인 명령·규

35) 헌법 제40조 : 입법권은 국회에 속한다.

36) 헌법 제75조 : 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다. 헌법 제95조 : 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

37) 행정규제기본법 제4조(규제법정주의) ① 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. ② 규제는 법률에 직접 규정되되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다. ③ 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다.

38) 헌법 제108조 : 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

칙을 무효로 하거나 적용을 거부하는 효력이 있기 때문에, 부분적으로 입법(폐지)의 기능을 수행한다는 의미에서는 규제를 폐지하는 효과가 있다. 이러한 의미에서는 규제개혁에 있어서 사법부도 제한적이거나 역할을 수행하는 것으로 평가할 수 있다.

발표문에 대한 토론을 함에 있어서는 어려운 점이 있다. 경제학에서 사용되는 개념과 법학에서 사용되는 개념이 상당한 차이가 있기 때문에, 논의의 전개에 있어서 어려운 점이 있다. 예를 들어, ‘재산권’, ‘규제’, ‘특별범죄(행정범죄)’ 등의 개념이나 용어사용에 다름이 있으며, 사법부의 ‘일반적 통제’ 내지 ‘구체적 통제’의 용어도 법학분야와는 다른 의미로 사용되고 있다.

II. 규제의 폐해와 규제개혁의 핵심개념

발표자는 ‘비필수규제 폐기 & 필수규제 강화’ 구분방식의 실효성이 크다고 하면서, “필수규제는 헌법상 규정된 기본권을 우선적으로 훼손하는 행위들에 대한 규제를 일컫는다”고 한다. 필수규제에 대한 부연설명에서 “‘국민안위에 치명적인 피해를 주거나 줄 개연성이 매우 높은 행위’들을 사전적으로 통제하는 것이 필수규제”이고 “‘국민의 금전적 재산을 심각하게 침해하는 행위’ 또한 이 필수규제의 범주에 들어가야” 한다고 설명하고 있다. 원칙적인 면에서는 필수적이지도 않은 규제는 폐기해야 마땅하다는 점에 이의를 제기할 사람은 없을 것이다. 또한 “비본질적인 규제들은 속칭 경제규제와 사회규제를 막론하고 우리 사회에 만연되어 있다”는 점도 충분히 공감이 가는 설명이다. 그러나 이러한 개념정의와 부연설명에도 불구하고, 구체적으로 어떠한 규제가 ‘비필수적’ 혹은 ‘비본질적’인지를 가려내기는 쉽지 않으리라고 본다. 즉, ‘필수규제와 비필수규제’ 혹은 ‘본질규제와 비본질규제’를 구분하기 위한 또 다른 세부적인 기준이 필요할 정도로, 이러한 구분이 합리적이라고 할지라도 그 자체가 규제개혁의 결정적인 기준이 될 수 있을까 하는 의문이 든다. 비유하자면, ‘나쁜 규제와 좋은 규제’를 구분하여 나쁜 규제를 없애고 좋은 규제는 유지하자는 것과 유사한 설명이지 않을까 한다. 즉, ‘비필수규제 폐기 & 필수규제 강화’의 구분이 규제정책의 방향성이나 목표는 될 수 있어도, 이러한 구분 그 자체가 하나의 기준이 되기는 어렵지 않을까 하는 우려이다.

“실효성을 담보하기 위해서는 이러한 규제를 틈탄 ‘지대추구 가능성’과 ‘규제자 재량’ 모

두 극소화되도록 설계해야 한다.” 이러한 설명에도 충분한 공감의 간다. 그러나 ‘지대추구 가능성’과 ‘규제자 재량’을 줄이기 위해서는, 법률집행자(규제집행자)의 재량이 ‘0으로 수축’될 정도로 상세한 룰이 만들어져야 한다는 것이 법학에서 ‘재량의 0으로의 수축론’이라고 할 수 있는데, 입법자가 재량을 최소화할 정도의 상세한 규정(그것이 법률이건 시행령·시행규칙이건, 고시 이건)을 만드는 것이 과연 현실적으로 가능한지에 대한 의문이 있다.

III. 규제개혁에서의 사법부 역할

“한국 사회에서 규제개혁은 대통령과 행정부가 논의의 중심에 있었다”는 설명은 전술한 바와 같이 헌법에 의하여 국가권력이 국회와 행정부 및 법원에 배분되는 것과 관련된 것이다. 앞서 행정규제기본법상의 규제법정주의에 관해서 언급한 바 있지만, 규제가 법률에 근거한다고 하더라도, 규제의 설정이나 폐지는 실질적으로 행정입법에 의하여 수행되기 때문에 규제개혁도 당연히 대통령과 행정부가 논의의 중심에 있어 왔다. 규제를 내용으로 하는 법률의 입법(제정·개정·폐지)을 통한 규제개혁이 중요하지만, 우리 국회는 규제개혁의 주체가 되었거나 논의의 중심에 있었던 적이 거의 없다. 이러한 이유 등으로 의원발의 법률안에 대한 규제심사제도 도입의 필요성이 강조되고 있다.

규제개혁에서 사법부의 역할을 제고시켜야 한다는 이러한 논의는 발표자도 스스로 “다소 실험적 성격을 갖는다”고 밝혔듯이, 구조적으로 혹은 제도의 본질상 규제개혁에 있어서 사법부의 역할은 제한적이라는 점은 이미 전술한 바와 같다. 그러나 이러한 구조적인 제한에도 불구하고 ‘사법 적극주의’를 통한 사법부의 역할 강화에 대한 논의는 가능하다고 본다. 발표자가 ‘일반적 통제’ 사례로서 제시한 헌법재판소의 결정(헌재 2008. 11. 27. 선고 2006헌마352)을 통해서 “헌재는 이 결정을 통하여 규제개혁 작업을 한 것”과 ‘구체적 통제’로서 제시한 법원의 판결(서울행정법원 2012. 5. 3. 선고 2011구합38940)을 통해서 학원 수강료에 대한 “일률적인 가격규제를 이제 함부로 사용할 수 없게 된” 것은 규제개혁에서의 사법부의 역할에 관한 예로서 적절하다고 본다.

토론자도 ‘규제개혁과 입법정책’이라는 글에서 규제의 목적과 수단이 적절하여야 한다는 맥락에서 헌법재판소 결정을 인용하여 다음과 같이 설명한 적이 있다. “규제의 목적은 정당하여야 하며 규제수단은 규제목적 달성을 위하여 적정한 것이어야 한다. 다음의 자도소

주구입명령제도에 관한 헌법재판소 결정에서는 규제의 목적과 수단 그리고 규제와 경쟁의 관계에 대하여 실시하고 있다. 정부는 1976년부터는 자도소주구입제도(1976. 6. 24. 국세청훈령 제534호)를 시행하였고, 1981년에는 400여개의 소주업체를 10개 업체로 통합·축소하였다.³⁹⁾ 자도소주구입제도는 소주도매업자로 하여금 자도소주를 의무적으로 총구입액의 100분의 50 이상을 구입하도록 제도화함으로써 경쟁을 억제하고 소주시장의 현상태를 유지하는데 기여하였다고 평가되었다. 경제행정규제완화위원회가 1990. 5. 소비자에 대한 서비스를 향상하고 자유경쟁을 통한 주류산업의 경쟁력을 제고하기 위하여 주류산업에 대한 규제를 완화하기로 결정함에 따라 자도소주구입제도를 1991년말에 폐지하였다. 그러나 자도소주구입제도는 주세법의 개정으로 재도입되어 1996년 1월 1일부터 다시 시행되었다. 그러나 이후 주세법(1950. 4. 28. 법률 제132호 제정, 1995. 12. 29. 법률 제5036호 최종 개정) 개정으로 재도입된 자도소주구입명령제도의 근거규정은 1996년 12월 26일에 헌법재판소에 의하여 위헌결정이 내려졌다.⁴⁰⁾ 이 사건에서 헌법재판소는 주류산업에 대한 규제는 국민보건과 재정의 확보를 위한 주세보전을 목적으로 하되, 주류의 제조 및 판매에 관한 면허제도, 음주허용연령의 법적 규제, 광고의 규제, 판매시간의 규제 등 각 나라마다 국민의 음주습관과 사회·문화적 여러 요소를 고려하여 다양한 규제수단을 선택하여 시행할 수 있다고 하였다. 주류는 국민건강에 미치는 영향이 크고, 국가의 재정에도 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 다른 상품과는 달리 폭넓은 국가의 규제를 받도록 하고 있으며, 이에 따라 입법자는 주류에 대하여 “국민보건”과 “세수확보”를 위한 규제에 있어서는 일반 상품과는 달리 광범위한 입법형성의 자유를 가진다는 것이다. 그러나 소주판매업자가 매월 소주류 총구입액의 100분의 50 이상을 자도소주로 구입하도록 하는 구입명령제도는 실질적으로는 지방소주제조업자에게 경쟁으로부터의 면제라는 특권을 부여하고, 그로 말미암아 기업의 능력과 관계없이 구입명령제도를 통하여 확보되고 유지되는 현상태에 안주하는 결과를 가져오게 한다고 판단하였다. 결국 구입명령제도는 전국적으로 자유경쟁을 배제한 채 지역 나누어먹기 식의 지역할거주의로 자리잡게 하고, 그로써 지방소주업체들이 각 도마다 최소한 50%의 지역시장 점유율을 보유하게

39) 자도소주구입제도라는 규제를 ‘훈령’의 형식으로 하는 것과 국가가 소주업체를 그 의사에 반하여 강제로 통합·축소하는 것은 다분히 위헌의 소지가 있으나, 당시에는 정치환경과 헌법재판기능의 비활성화 등의 이유로 인하여 이러한 국가활동에 대한 위헌의 문제가 적극적으로 제기되지 않았다.

40) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18.

하여 지역 독과점적 현상의 고착화를 초래하게 한다. 이로 말미암아 사실상 경쟁이 본래의 기능을 잃고, 경쟁을 통하여 얻으려는 효과는 얻을 수 없게 된다. 그러므로 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 지방소주업체를 경쟁으로부터 직접 보호함으로써 오히려 경쟁을 저해하는 것이기 때문에 공정하고 자유로운 경쟁을 유지하고 촉진하려는 목적인 “독과점 규제”라는 공익을 달성하기 위한 적절한 규제라고 볼 수 없는 것이다. 즉, 규제목적은 정당할 수 있지만 규제수단이 주류시장에서의 경쟁을 저해하는 방법을 선택하였기 때문에, 이러한 극단적인 규제는 우리 헌법질서가 수용할 수 있는 한계를 넘어섰다는 판단을 한 것이다. 이렇게 규제의 목적과 그에 합당한 규제수단을 선택함에 있어서는 과잉금지의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 규제의 목적은 정당한지, 규제의 수단은 규제목적을 달성하기 위하여 적합한지, 규제에 의하여 발생하는 피해가 가장 적은 규제수단이 선택되었는지, 규제에 의하여 발생하는 유용성과 손실 사이에 합리적인 균형관계가 있는지 등은 기존규제의 완화나 새로운 규제의 도입에 있어서도 유용한 기준이 될 것이다.”⁴¹⁾

IV. 사법부의 규제개혁 작업과 규제수용 이론

II에서 “흥미롭게도 형벌 또한 규제와 매우 비슷한 속성을 갖는다. 전자는 후자를 달성하기 위한 가장 강력한 도구의 성격을 띠지만, 두 공권력 모두 누군가의 재산권을 제한한다”고 하는데, 규제가 반드시 누군가의 ‘재산권’을 제한하는 것은 아니다. 재산권은 기본권의 한 종류일 뿐이고, 규제는 누군가의 ‘여러 권리’를 제한하거나 의무를 부담하게 하는 것이라고 할 수 있다. IV에서 ‘규제 = 민간재산권 제한’의 등식도 동일한 맥락에서 볼 수 있다. 규제가 재산권을 제한하는 경우에 특히 문제된다는 점을 강조하는 표현하는 것으로 이해할 수 있지만, 규제는 보다 포괄적인 권리의 제한을 의미한다는 점이 배제될 수는 없을 것이다.

그러나 경제학에서의 분석이 반드시 헌법적 틀에서만 수행되어야 할 필요는 없다고 본다. 다만, ‘규제 = 민간재산권 제한’이라는 전제 하에 논의를 전개한다면, ‘재산권 제한에 관한 규제개혁’ 논의로는 적합하지만, ‘일반적인 규제개혁’의 논의로서는 한계가 있다는 점이 지적될 수 있지 않을까 한다.

41) 홍완식, 규제개혁과 입법정책, 공법연구, 제36집 제3호, 2008, 344-345면.

V. 맺음말

사법부도 규제개혁에 있어서 일정한 역할을 할 수 있고 ‘사법 적극주의’를 통하여 그 역할을 확대하여야 한다는 점에 대해서 충분히 공감할 수 있다. 그러나 사법 적극주의의 강화에도 한계가 있다는 점은 분명히 인식되어야 한다. 사법 적극주의가 강화되는 경우에는 재판의 본질을 벗어날 수 있다는 지적은 ‘사법적극주의 vs 사법소극주의’의 논쟁에 있어서 항상 나오는 주장이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 전술한 바와 같이 현재의 위헌법률심판제도나 법원의 명령규칙심사제도에 있어서 과잉금지원칙의 적용은 규제에 관한 법령이 합헌적인지 및 정당한 것인지를 판단하는데 있어서 유용성이 크다고 본다.

