

규제연구 제24권 제1호 2015년 6월

# 행정규제 판단기준에 관한 소고: 쟁점과 과제

이혜영\* · 김주찬\*\*

행정규제 여부를 판단하여 규제등록을 하는 것은 체계적이고 효율적인 규제관리를 위한 첫 번째 단계로서 중요하다. 이를 위해 정부는 행정규제 판단기준 관련 지침을 제정하여 운영해 오고 있다. 그럼에도 각 부처의 입장에서 여전히 행정규제 판단기준에 대한 혼란스러움이 존재하는데, 본 연구에서는 각 부처에서 제시한 의견을 중심으로 행정규제 판단기준의 쟁점사항들을 분석함으로써 행정규제 개선에의 시사점을 도출하고 행정규제 판단기준의 주요 개선 내용을 제시하였다. 분석 결과, 규제 효과가 아닌 규제 목적을 근거로 하여 비규제임을 주장하는 것, 특례규정에 대한 해석, 과태료 부과 규정, 행정기관 및 공공기관에 대한 규제, 특허, 실용신안 및 저작권 관련 규정, 임의규정에 대한 규제 여부 판단 문제, 행정규제 기본법의 적용제외 대상 문제, 민간독립기구 및 사업자단체의 사무의 규제 판단 문제, 보조금 및 기금 지원과 관련한 규정, 민법 및 상법 수준 이상의 규제 문제, 법인 설립 허가 및 지도감독 관련 규정, 사회규범적 성격의 규정, 선언적 규정의 규제여부 판단 문제 등이 부처에서 규제/비규제 판단이 어렵거나 문제가 있다고 지적하는 주요한 쟁점사항으로 나타났다. 쟁점사항 검토 결과, 규제를 완전히 면제하는 특례규정의 판단기준, 행정규제기본법의 적용

\* 제1저자, 광운대학교 행정학과 부교수, 서울 노원구 광운로 20(hylee@kw.ac.kr)

\*\* 교신저자, 광운대학교 행정학과 교수, 서울 노원구 광운로 20(jckim@kw.ac.kr)

\*\*\* 본 연구는 2014년 국무총리실 연구용역과제(행정규제 판단기준 개선 및 유형별 사례)의 일부분을 소논문으로 발전시킨 것임을 밝힙니다.

접수일: 2015/05/13, 심사일: 2015/06/10, 게재확정일: 2015/06/10

제의 대상의 범위, 보조금 및 기금 지원 관련 규정, 민상사특별법 관련 규정 등에 대해서는 현행 행정규제 판단기준 지침 상 보완의 여지가 있는 것으로 나타났으며, 임의규정, 사회규범적 규정, 선언적 규정에 대해서는 좀 더 일관되고 체계적인 판단기준과 절차가 필요한 것으로 나타났다. 이와 함께 본 연구는 행정규제 판단기준 개선 시 고려해야 할 사항을 제시하였다.

주제어: 행정규제, 행정규제 판단기준, 규제등록

## I. 서론

‘행정규제’ 여부를 판단하는 것으로 규제관리에 있어서 첫 번째 단계가 된다. 행정규제 여부에 대한 판단이 제대로 이루어지지 않는다면, 이후의 규제관리가 체계적, 합리적으로 이루어질 수 없다. 즉, 행정규제 여부를 판단하는 것은 규제관리의 대상을 정하는 것을 의미하게 되기 때문에 규제관리 또는 규제개혁의 출발점으로서 매우 중요한 의미를 가진다.

체계적이고 합리적인 규제관리를 위하여 정부는 1998년 3월 행정규제기본법 시행과 함께 규제등록제도를 도입하여 운영해 오고 있다. 규제등록제도는 규제 내용을 공개하고 규제 총량 및 품질을 효율적으로 관리하기 위하여 규제등록을 의무화하는 것으로서 모든 규제개혁 및 규제관리에 있어서 바탕이 된다. 신설 또는 강화하는 정부 정책이 있을 경우 이것이 규제로 판단되면 규제등록을 하게 되고 규제관리시스템에 들어오게 된다. 만약 이 단계에서 규제가 아닌 것으로 판단을 하게 되면, 이후의 규제관리는 이루어지지 않게 된다.

규제등록 단계에서 행정규제 여부를 잘 판단하기 위한 그간의 노력은 행정규제 판단기준 관련 지침에 잘 나타난다. 행정규제기본법의 시행과 함께 1999년 ‘행정규제의 분류 및 판단기준’이 제정되었고, 이것은 행정규제기본법의 정의 및 범위 규정에 대한 해석을 제공함으로써 행정규제기본법령의 모호성을 해소하고 실질적인 규제판단기준으로 활용되어 왔다. 그러나 판단기준 지침은 여러 가지 측면에서 문제점이 제기되어 왔고, 2010년에는 ‘행정규제 개념 및 판단기준’으로 개정되어 운영되고 있다.

그러나 이러한 정부의 규제관리 노력에도 불구하고 각 정부부처 내에서는 행정규제 여부 판단기준에 여전히 혼란스러운 부분이 존재한다는 점이 문제가 되고 있다. 동일한 성격의 규정이라 하더라도 각 부처 실무자의 판단에 따라 규제로 등록되어 관리되고 있는가 하면 그렇지 않은 경우도 존재한다. 또 다른 하나의 문제는 현재 제시되고 있는 지침이 형식상

너무 복잡하게 되어 있어서 쉽게 이해하기 어렵다는 문제점이 제기된다. 좀 더 간소하고 명확한 행정규제 판단절차가 필요하다는 것이다.

행정규제등록에 관한 기존 연구들을 살펴보면, 주로 규제등록제도에 초점을 맞추어 진행된 연구들이 많이 있다(최유성 외, 2007; 이주선 외, 2009). 이들 연구들은 규제등록제도의 전반적인 문제점과 개선방안에 대하여 중요한 시사점을 제공해 주지만, 행정규제 여부 판단에 대한 보다 실질적인 분석을 수행하고 있지는 못하다. 또한 규제 개념 및 판단기준에 대한 연구들이 일부 존재하지만 다소 이론적인 접근에 머물러 있거나(최성락, 2008; 이혁우, 2009), 또는 2010년 지침 개정 당시의 논의를 담고 있어서(이주선 외, 2009; 이종한 외, 2009), 2010년 지침 개정 이후 계속되고 있는 행정규제 판단기준상의 혼란이나 어려움을 반영하고 있지 못하다.

따라서 본 연구에서는 최근 이루어진 각 부처 의견조사 결과를 토대로 하여 행정규제 판단기준 상의 쟁점사항들을 분석하고 이를 토대로 하여 행정규제 판단기준 개선에의 시사점을 제시하고자 한다. 실무자들의 의견을 토대로 한 쟁점사항의 분석은 실제 규제 실무를 담당하는 이들에게 행정규제 판단기준에 관한 보다 명확한 정보를 제공해 줄 뿐만 아니라 규제연구의 기초로 활용이 가능할 것이다.

## II. 행정규제 판단기준에 관한 이론적 논의

### 1. 행정규제의 개념과 범위

정부규제는 바람직한 경제사회 질서의 구현을 위해 정부가 시장에 개입하여 기업과 개인의 행위를 제약하는 것(최병선, 1992: 18)이라 할 수 있다. 또한 OECD(1997: 6)는 정부가 기업이나 일반 국민에게 의무를 부과하는 다양한 형태의 수단으로 정의하고 있다.

총래의 규제는 주로 정부가 기준 및 요건을 설정하여 이를 집행하고 이를 준수하지 않을 경우 처벌을 하는 명령지시적 규제가 주를 이루었으나, 최근 들어서는 규제정책의 목적 달성을 위한 다양한 수단과 방식들을 포함하는 개념으로 발전하고 있다(이종한 외, 2009; Baldwin and Cave, 1999).

광의의 개념으로서 규제는 공공의 목적을 실현하거나 이끌어가기 위해 설계된 사적 영역에 대한 정부개입의 모든 종류로서, 의도적인 국가 영향력으로 정의될 수 있다. 이러한 개념 정의는 광범위한 거버넌스 개념이라고 할 수 있으며, 명령에 기초한 체계뿐만 아니라, 보조금, 세금 등의 경제적 유인, 계약권이나 재산권, 정보 제공, 자원배분 등도 규제의 범위에 포함된다고 할 수 있다(Christensen and Laegreid, 2006: 10; 이종한 외, 2009: 7에서 재인용).

행정규제기본법 상의 규제 개념을 살펴보면, 행정규제기본법 제2조 제1항 제1호는 행정규제를 “국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등 또는 조례·규칙에 규정되는 사항”으로 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 아울러 동조 제1항 제2호에서 ‘법령 등’이라 함은 “법률·대통령령·총리령·부령과 그 위임에 의하여 정하여진 고시 등”을 말한다고 하고 있으며 동법 시행령 제2조 제2항에서는 ‘고시 등’은 “훈령·예규·고시 및 공고를 말한다”라고 규정하고 있다. 이렇듯 행정규제기본법은 행정규제를 주체, 객체, 내용과 형식의 네 가지 차원에서 정의하고 있는데 행정규제의 주체가 될 수 있는 자는 국가 또는 지방자치단체이고, 객체는 국내법의 적용을 받는 외국인을 포함한 국민이며, 그 내용은 특정한 행정목적 실현하기 위하여 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것이다. 아울러 행정규제는 법령 등 또는 조례·규칙의 형식으로 규정된 것이라야 한다.

이러한 행정규제기본법 상의 규제 개념은 상당히 협의로 규정된 것이라 할 수 있다. 규제 개념의 협의로 해석하려는 입장에서 보면, 광의의 개념은 행정규제의 범위를 지나치게 확대함으로써 그 한계를 명확하게 규정하기 어렵다는 한계가 있으며, 적극적 유인 및 보상방식에 해당하는 보조금이나 조세감면과 같은 제도는 행정규제가 아니라 행정규제의 수단이므로 이를 구분해야 할 필요가 있다고 본다(최병선, 1992).<sup>2)</sup>

1) 국무총리실 규제절차 매뉴얼(2008)에는 “행정기관이 국민에 대하여 특정한 행정목적 실현을 위하여 권리를 제한하거나 부과하는 것으로 법령 등에서 규정된 것”으로 정의하고 있다.

2) 최성락(2008: 357)은 광의의 규제 개념 정의의 문제점을 지적하고 있다. 규제는 기본적으로 정부의 ‘제약’이라는 속성을 갖는데, 일반적으로 이러한 ‘제약’은 금지, 제한, 통제, 의무 부과 등을 의미하지만, 이에 한정하지 않고 정부의 전체적인 활동을 규제로 정의하는 입장도 있다. 즉, 이러한 입장에 의하면 금지 등 부정적인 조치 외에도 보조 및 지원 등의 정부활동의 모든 수단이 규제에 포함되게 되는데, 이러한 개념 정의에 근거하게 되면 이론적으로는 구분이 가능할 수 있어도 현실적으로 규제를 정책이나 제도 등과 구분하는 것은 사실상 불가능하게 된다.

## 2. 행정규제 판단기준의 의의

### (1) 행정규제 판단기준의 실무적인 의미와 목적

정부가 현행 법령에 따라 무엇을 행정규제로 볼 것인지를 내부적으로 결정하는 기준이라는 점에서 행정지침으로의 성격을 가진다. 이 판단기준은 법령에 의해 일일이 규정할 수 없는 것을 설명하고 있으면서 행정규제기본법에 의한 절차적 통제를 받는지 여부를 결정한다는 점에서 현행 법령의 연장선상에서 행정규제의 대상과 범위를 확정짓는 대외적 효력을 가진다(이주선 외, 2009: 36-37).

행정규제를 판단하는 목적은 법령의 내용 중 행정규제적 성격을 가진 법령을 행정규제로 등록하여 이를 효과적으로 관리하기 위한 것이다(최유성 외, 2007: 137). 행정규제를 ‘관리’한다는 의미는 규제의 신설, 강화, 완화, 폐지, 내용 개선 등을 통해 행정규제의 개선을 도모하는 것을 의미한다. 따라서, 비록 규제적 성격을 가진 법령이라 하더라도, 규제관리의 가능성 및 필요성이 미약한 법령은 등록에서 배제시킬 수 있다. 따라서 행정규제 판단의 기본원칙에는 행정규제 판단의 목적을 분명히 할 필요가 있는데, 규제등록과 관리를 위한 기초작업이라는 점을 명확히 할 필요가 있다.

### (2) 행정규제 판단기준의 실제 운영과 그 한계

규제개혁위원회는 현행 행정규제기본법의 행정규제 정의와 범위규정에 따라 “무엇을 행정규제로 볼 것인가”에 대한 구체적인 ‘판단기준’을 마련하여 지난 1999년부터 운영하고 있다. 중앙행정기관의 장이 규제를 신설 또는 강화하고자 할 경우 법제처의 법령심사 이전에 반드시 규제개혁위원회 심사를 거쳐야 하므로 규제개혁위원회의 「행정규제의 분류 및 판단기준」은 각 부처가 입안하는 정책이나 제도를 행정규제로 포함하여 행정규제기본법에 의한 절차적 통제를 받도록 할 것인가를 사실상 결정짓는 매우 중요한 기준이다. 아울러 이 판단기준은 행정규제기본법의 정의 및 범위 규정에 대한 해석을 제공함으로써 행정규제기본법령의 모호성을 해소하고 입법적 불비를 보완하는 역할도 하고 있다(이주선 외, 2009: 36).<sup>3)</sup>

실제적인 운영 면에서 살펴보면, 규제여부 판단이 이루어지는 시점은 중앙행정기관이 규

3) 행정규제 판단기준의 효력과 중요성을 고려한다면 행정기관 내부의 실무 지침으로 운영하기 보다는 고시나 명령 등의 법규 명령으로 공표하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다(이주선 외, 2009: 39).

제영향분석서를 작성하기 이전 법령안 내용을 확정하는 단계라 할 수 있는데, 이 때 중앙행정기관으로 하여금 규제개혁위원회에 규제여부에 대한 판단을 의뢰하도록 하고 있다. 규제개혁위원회를 통해 ‘신설·강화규제 없음’으로 판단된 법령은 곧바로 법제처 심사단계로 넘어간다. 반면, 심사대상이라고 판단된 경우, 당해 규제를 입안한 부처 담당공무원은 규제영향분석서 등을 포함한 ‘규제심사안건’을 작성하여 해당 행정기관 규제전담부서에 자체심사를 의뢰하게 된다. 이러한 과정에서 일차적으로 해당 부처에서 담당공무원이 행정규제 판단 기준을 가지고서 행정규제 여부를 판단하게 되며 행정규제 판단기준이나 그 판단의 주체가 법에 명시되어 있는 것이 아니기 때문에 행정규제 판단의 일관성이 저해될 우려가 있다.<sup>4)</sup>

실제로 정부(국무총리실)는 행정규제 판단기준 및 분류기준을 제시하였으나, 그 내용이 복잡하고 애매하여 실무자들이 활용하는 데 어려움이 있다(이종한 외, 2009: 3). 실무자들이 이러한 기준을 적용하여 행정규제를 판단하고 규제등록을 하는 데 있어서 많은 어려움을 초래하게 된다면, 규제등록상의 일관성의 결여, 누락되는 규제의 발생, 규제가 아닌 것을 규제로 등록하게 되는 문제 등이 발생할 수 있다.

행정규제 판단기준으로는 행정규제 여부를 판단하기 어려운 회색시대가 발생할 수밖에 없다. 모든 법규정은 직접적이나 간접적이나의 정도의 문제이지 어떤 형태로든 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 측면이 있다. 따라서 규제의 판단기준 설정은 국민에 대한 어느 정도까지의 권리 제한이나 의무 부과를 규제로 판단하는가 하는 것인데, 이러한 ‘정도’의 설정에는 주관적 판단이 개입할 수밖에 없을 것이다(이종한 외, 2009: 4).

### (3) 행정규제 판단기준의 의의: 행정규제 판단과 규제등록

행정규제 판단기준은 규제등록제도의 근간이 된다.<sup>5)</sup> 규제관리라는 관점에서 본다면, 행

4) 아울러 현행 규제심사는 규제개혁위원회가 중앙행정기관으로부터 규제심사요청이 있을 경우 해당규제에 한해서만 심사를 할 수 있으나, 규제위가 적극적으로 심사안을 제기하거나, 심사범위를 확대하여 관련 사안을 포괄적으로 검토할 수 있는 권한의 부여 필요성이 제기되고 있다. 규제개혁위원회는 중앙행정기관으로부터 요청이 있을 경우에 피동적으로 규제를 심사할 수 있으나, 규제위가 능동적으로 특정 사안을 검토하거나 심사할 수 없는 제약이 문제점으로 지적되고 있다(이종한 외, 2009).

5) 일정한 지침에 근거하여 법규정 중 공무원이 규제 여부를 판단하여 별도로 규제로 등록하여 관리하는 방식은 현재 OECD 회원국을 중심으로 한 선진국에서는 찾아볼 수 없는 독특한 방식이다. 미국의 경우 규제의 분류가 매우 광범위하며, 국제나 관세와 같은 조세분야는 물론이고, 국방 및 사법행정 분야까지 걸쳐 있으며, 일분의 경우는 우리와 유사한 규제의 법적개념 및 관리대상을 명시하고 있으나, 우리와 달리 좀 더 구체적인 부분에 대해 적용배제를 명시하고 있다. 우리나라는 비교적 명확한 규제의 법적 개념에 근거하여 규제를 판

정규제와 행정규제가 아닌 것을 명확하게 나누는 것은 매우 중요한데, 그 이유는 이것이 규제개혁(규제관리)을 위한 대상을 정확히 규정하는 것과 직접적으로 관련이 있기 때문이다. 규제로 분류된 정부활동은 규제관리의 대상이 되지만, 행정규제가 아닌 것으로 판단된 규제는 관리대상에서 제외되는 것이 되기 때문에 관리 대상 규제 범위를 명확하게 정하는 것은 규제관리를 체계화하기 위한 출발점이라 할 수 있다.

특히 기본법에 의해 각 부처는 규제개혁위원회의 정비지침에 의해 기존규제에 대한 정비 계획을 매년 수립하여야 하는 것으로 되어 있는데, 이 과정에서도 정비의 대상이 되는 기존 규제가 각 부처에서 등록된 규제로 될 가능성이 높기 때문에 규제와 비규제의 명확한 구분, 특히 규제임에도 불구하고 비규제로 분류되는 것의 문제점을 명확하게 알 수 있게 된다(이혁우, 2011). 이렇게 볼 때 행정규제 여부를 제대로 판단하기 위한 행정규제 판단기준을 재정립하는 것은 규제등록제도를 비롯한 규제관리시스템 전체를 재정립하는 문제와 직결되어 있다고 할 수 있다.

### 3. 기존 연구의 한계와 본 연구의 접근방법

행정규제등록에 관한 기존 연구들을 살펴보면, 주로 규제등록제도에 초점을 맞추어 진행된 연구들이 많이 있다(최유성 외, 2012; 이주선 외, 2009). 이들 연구들은 규제등록제도의 전반적인 문제점과 개선방안 전반에 대하여 중요한 시사점과 함께 실제적인 개선방안을 제공해 준다는 의의가 있다. 그러나 행정규제 여부 판단에 대한 보다 실질적인 분석을 수행하고 있지는 못하기 때문에 행정규제 판단기준에 대한 통찰력을 제공해 주지는 못한다.

규제 개념 및 판단기준에 대한 연구들이 간간히 존재하여 왔다. 그리하여 2010년 행정규제 판단기준 지침을 개정하는 데 토대로 마련해 주기도 하였다(이중한 외, 2009). 그러나 기존 연구들은 다소 이론적인 접근에 머물러 있거나, 주로 2010년 지침 개정 당시의 논의를 담고 있기 때문에, 2010년 지침 개정 이후 지속되고 있는 행정규제 판단기준상의 혼란이나 어려움을 반영하고 있지 못하다.

이에 본 연구는 2014년 하반기에 이루어진 각 부처에 대한 의견조사<sup>6)</sup> 결과를 바탕으로

단하고, 또한 관리대상과 제외대상에 대해 명시하고 있다.

6) 각 부처에 이루어진 조사표의 내용은 1. 부처명 2. 현행 규제사무 3. 개선의견 4. 사유 및 부처의견 5. 담당자

행정규제 판단기준과 관련한 주요 쟁점사항이 무엇인지 분석하고, 이를 토대로 행정규제 판단기준 개선에의 시사점을 도출하고자 한다. 이를 통해 현재 부처에서 실제로 규제 판단을 할 때 어려운 점들을 확인할 수 있을 것이다. 더 나아가 논란의 여지가 될 수 있는 규정을 개선하고 보완함으로써 향후 행정규제 판단이 보다 체계적이고 일관되게 이루어질 수 있을 것이다.

부처의 의견조사 분석을 위한 기준과 방법은 다음과 같다. 첫째로 부처의 의견이 현행 행정규제 판단기준 지침의 어느 부분에 속하는가 하는 것이다. 부처의 의견서에는 현행 규제 사무와 개선의견, 사유 및 부처 의견이 제시되어 있으며 일차적으로 부처의 의견이 현행 행정규제 판단기준 지침의 어느 규정에 대한 것인지를 기준으로 부처 의견을 분류하였다. 이렇게 각 부처의 의견을 검토하고 분석한 결과, 총 12건의 쟁점사항이 파악되었다. 그리고 이러한 12개 쟁점사항을 도출한 뒤 논의를 좀 더 효율적으로 하기 위하여 쟁점사항의 유형을 3가지로 범주화하여 논의하고자 한다. 3가지 범주는 (i) 행정규제인데 비규제로 판단하기 쉬운 유형(1종 오류) (ii) 규제가 아닌데 행정규제로 판단하기 쉬운 유형(2종 오류) (iii) 실질적 효과로 판단하여야 하는 경우(사례별 접근이 필요한 경우)이다. 쟁점사항 분석에 있어서는 구체적인 사례를 중심으로 논의가 이루어질 수 있도록 하였다. 이를 토대로 현행 행정규제 판단기준 개선에의 주요 내용을 도출하고, 개선안을 제안하고자 하며 행정규제 판단기준 개선 시 함께 고려해야 할 사항들을 제시하고자 한다.

### III. 행정규제 판단기준 쟁점사항 분석

#### 1. 개요

본 연구는 부처에서 규제판단기준을 중심으로 의견을 제출한 자료를 토대로 하여 현재 행정규제 판단기준에 있어서의 쟁점사항을 분석하고자 하였다. 총 13개 중앙부처에서 응답을 하였으며 총 123건의 규제 또는 규제판단기준에 대하여 의견을 내거나 이의를 제기하였

---

로 구성되어 있다.

다. 부처에서 이의를 제기한 사항들을 일차적으로 현행 행정규제 판단기준 지침 어느 규정에 속하는지를 기준으로 분류해 보면, <표 1>과 같다.

주요 쟁점사항은 항목별로 2건 이상으로 이의가 제기된 쟁점사항을 정리한 것이다. 규제 효과가 아닌 규제 목적을 근거로 하여 비규제임을 주장하는 것, 특례규정에 대한 해석, 과태료 부과 규정, 행정기관 및 공공기관에 대한 규제, 특히, 실용신안 및 저작권 관련 규정, 임의규정에 대한 규제 여부 판단 문제, 행정규제기본법의 적용제외 대상 문제, 민간독립기구 및 사업자단체의 사무의 규제 판단 문제, 보조금 및 기금 지원과 관련한 규정, 민법 및 상법 수준 이상의 규제 문제, 법인 설립 허가 및 지도감독 관련 규정, 사회규범적 성격 및 선언적 규정의 규제여부 판단 문제 등이 부처에서 규제 및 비규제 판단이 어렵거나 문제가 있다고 지적하는 주요한 쟁점사항으로 나타났다(<표 1> 참고). 이상 12개 쟁점사항들은 행정규제인데 비규제로 판단하기 쉬운 유형(1종 오류), 규제가 아닌데 행정규제로 판단하기 쉬운 유형(2종 오류), 실질적 효과로 판단하여야 하는 경우(사례별 접근이 필요한 경우)로 유형화해

<표 1> 행정규제 여부 판단에 있어서 주요 쟁점사항 도출(현행지침 기준)

주요 쟁점사항	건수	현행지침
규제 효과가 아닌 규제 목적을 중심으로 규제 여부를 파악하는 경우	27	II-1-1
특례규정 관련 문제	5	II-2-16
과태료 부과규정	12	II-2-9
행정기관 및 공공기관에 대한 규제	3	II-1-2
특히, 실용신안, 저작권 등을 제한하는 경우	2	II-2-5
임의규정에 대한 규제 여부 판단 문제	6	II-1-3
행정규제기본법 적용제외 대상 관련	4	I-2-3
민간독립기구 및 사업자단체의 사무	3	I-2-1
보조금 및 기금 지원과 관련한 규정	8	II-2-2
민법 및 상법 수준의 계약/민상사특별법 관련	3	II-1-4
법인설립 허가 및 지도 감독 관련 규정	9	II-2-1
사회규범적 성격 또는 선언적 규정	32	II-2-3
기타	9	
합계	123	

볼 수 있다. 다음에서는 이러한 유형별로 쟁점사항을 논의하고자 한다.

## 2. 주요 쟁점사항 분석

### (1) 행정규제인데 비규제로 판단하기 쉬운 유형(1종 오류형)

행정규제인데 비규제로 판단하기 쉬운 유형으로 첫 번째는 규제 효과가 아닌 규제 목적으로 규제 여부를 판단하는 경우이다. 행정규제는 국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적의 실현하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 또는 조례·규칙에 규정되는 사항을 말하는 것으로, 즉 행정규제 여부는 목적의 유형에 따라 판단되는 것이 아니라 규제의 효과(권리 제한, 의무 부과)에 따라 규정되는 것이라 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 많은 경우 여러 부처에서 규제 목적이 공익지향적이거나 시장경쟁을 촉진하기 위한 것이라는 이유로 규제가 아니라고 판단하는 경향을 보였다. 예를 들어 공정거래위원회는 규제사무 1032번 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정, 규제사무 1427번 부당한 효지 광고행위의 금지 등을 규제 목적이 시장질서 유지 등 공익목적이라는 이유로 비규제로 판단하였다. 또한 소비자 보호나 청소년 보호를 위한 규정 역시 필수 공익이라는 이유로 비규제로 판단하려는 경향이 있었다. 특히 최근에는 국민의 건강 및 안전 관련 규제가 중요해지면서 이러한 목적의 규제를 비규제로 판단하였다.<sup>7)</sup>

그러나, 해당 규정이 공익을 전제로 하므로 규제가 아니라는 것은 행정규제기본법이나 학문적인 규제개념 어디에서도 발견할 수 없는 규제판단의 기준임을 알 수 있다. 이론상의 규제개념을 보면, 규제는 크게 정부라는 주체, 국민이라는 대상, 행위의 제약이라는 내용, 바람직한 경제사회질서의 구현이라는 목적을 그 구성요소로 하고 있다(최병선, 1992). 따라서 해당 규정이 공익을 추구한다고 하더라도 그것이 규제가 아니라는 근거는 존재하지 않을 뿐더러, 만약 국민에 대한 행위의 제약이 있다면, 그것이 공익을 추구한다고 할지라도 당연히 규

7) 이와 같이 공익적인 목적을 위한 것이므로 규제가 아니라고 판단하는 경향이 존재하는데, 이것은 정부가 해당 규제가 명백한 규제사항임에도 불구하고 비규제로 구분하는 데 있어서 가장 많이 활용되는 사유이기도 하다(이혁우, 2011). 이처럼 정부가 공익적인 목적을 들어 규제가 아닌 것으로 분류하는 이유는 해당 규정이 그 자체로 민간의 일탈적 행위에 대한 제약을 통해 사회적 효율성을 증대시키기 위한 것이거나, 민간을 보호하거나 혜택을 제공하는 의도를 가진 것으로 이를 통해 공공의 이익을 향상시키는 것으로 보고 판단하고 있기 때문이다.

제로 보아야 할 것이다. 어떤 정부의 활동이 규제인지 여부에 대한 판단은 그것의 목적이 아닌 피규제자에 대한 효과에 의해서 판단되어야 한다.

두 번째로는 ‘특례규정’과 관련된 것이다. 타법에 인정하고 있는 사항을 개별법으로 특례 인정하는 경우 이를 행정규제로 볼 것인가 논란이 있다. 현행 지침에 의하면, 다른 법령이나 당해 법령의 타조항에 규정된 규제를 완화하기 위한 특례 규정이나 의제 규정도 행정규제로 파악하고 있다.

이러한 조항에도 불구하고 다른 법에 규제를 하고 있는 사항에 대하여 개별법으로 특례를 인정하는 경우 이를 규제로 보기 어렵다는 의견이 제기되었다. 예를 들면 ‘공장의 신설 등에 관한 특례’와 같이 기존 규제를 완화하는 내용의 특례규정(국방부)은 새롭게 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로 보기 어렵다는 것이다. 즉, 타 법에 의해 규제되고 있는 사항을 개별법에서 특례로 인정하는 것은 규제 완화에 해당되므로 특례에 해당하는 편의적, 수혜적 규제를 굳이 규제로 등록관리하는 것은 불합리(예 : 주택공급에 관한 특례, 학교의료 시설 설치특례 등 국토교통부)하다는 것이다.

그러나, 규제 완화의 경우에도 여전히 피규제 대상 국민에게 권리제한 및 의무 부과하는 내용의 규정이므로 여전히 행정규제로 보는 것이 타당하다고 판단된다. 행정규제기본법뿐 아니라 이론적인 규제 개념에서 볼 때 실제 “행위의 제약”이 중요한 것이지 이미 존재하는 규제사항을 덜어주는 것과는 무관하다고 할 수 있다. 따라서 만약 정부가 어떤 규제사안에 대해 특례의 적용을 통해 그 부담을 일부 덜어주었다고 할지라도, 여전히 그 사안에 민간에 대한 행위의 제약이라는 요소가 존재하고 있으면 규제로 판단해야 하는 것이 타당하다. 다만, 여기서 문제가 될 수 있는 부분은 권리 제한이나 의무 부과를 완전히 면제해 주는 규정까지 행정규제로 볼 수 있는지가 문제시될 수 있다. 법령상 규제수준을 완화하는 규정은 그 범위내에서 준수 의무가 부과되므로 규제로 보아야 하나, 의무를 완전히 면제해주는 규정은 비규제로 보아야 타당할 것이다.<sup>8)</sup>

따라서 행정규제 판단기준 지침 2-16 정의 규정, 특례 규정, 의제 규정 관련하여 다른 법

8) 이러한 문제는 특히 지방자치단체 조례 생성 과정에 영향을 주고 있다. 일례로 건축법 상 사용검사 면제 대상 을 조례로 위임하고 있는데, 이런 조항까지 규제로 보게 되면 지자체에서 조항 신설에 소극적으로 대처하게 되는 결과를 초래할 수 있다. 지방자치단체에서 조례를 제정하여 특정 규제의 적용을 배제하는 경우 비규제로 판단함이 바람직할 것이다.

령이나 당해 법령의 타조항에 규정된 규제를 완화하기 위한 특례 규정이나 의제 규정도 행정규제로 보되, 원칙적으로 규제 수준을 완화하는 경우 역시 규제로 보며, 의무부과 또는 권리제한을 완전히 면제해 주는 경우는 비규제로 간주하여야 한다.

세 번째는 과태료 부과 규정과 관련된 것이다. 부처에서는 과태료 부과 규정을 규제로 보기 어렵다는 주장이 많았다. 이는 과태료 규정이 별도의 독립된 규제라기보다는 다른 규제에 부수하는 사항이기 때문에 발생하는 문제이다. 과태료는 엄연한 행정규제에 해당한다고 할 수 있다. 행정형벌은 행정규제기본법 제3조 제2항 제2호에 의해 행정규제에서 제외되고 있으나, 영영정지, 취소, 과징금과 같은 행정제재나 과태료 등 행정질서벌은 행정규제에 포함된다.

방통위 등 관계 부처의 의견을 보면, 과태료 및 과징금, 시정조치 등은 해당무조항(규제)과 연결되어 규제의 실효성 확보를 위해 필요한 사항이라 할 수 있기 때문에 규제가 아니라고 판단하고 있다. 즉, 과태료 규정은 법률 제·개정을 통해 행정기관에게 일정 범위의 과태료 부과 권한을 부여한 뒤 그에 대한 세부적 기준을 정하는 것이므로 새로운 규제 생성으로 볼 수 없다는 것이다.

그러나 이러한 판단은 행정규제나 아니냐에 대한 행정규제 판단기준의 문제라기보다는 ‘주된’ 규제나 ‘부수’ 규제냐의 문제라 할 수 있다. 과태료 규정은 행정규제이지만, 과태료 부과 규정은 독립적 규제로 보기 어렵다. 그러므로 과태료 규정은 규제등록 시 항상 부수규제로 등록될 수 있도록 하는 것이 바람직하다.<sup>9)</sup>

한편, 현행 행정규제 판단기준에 의하면, 특허, 실용신안, 저작권의 경우는 행정규제가 아니며, 그러한 특허, 실용신안, 저작권의 제한은 행정규제로 보고 있다. 이에 대하여 저작권 행사 및 제한은 동전의 양면으로 특허 및 저작권 행사가 행정규제가 아니라면 이에 대한 제한 역시 행정규제로 볼 수 없다는 주장이 있다. 예를 들어 저작권법에서는 일정한 경우 저작재산권을 제한하는 규정을 두고 있는데, 이는 저작재산권자와 이용자 간의 권리행사 범위를 정한 것에 불과한 것으로, 국가가 지방자치단체가 행정 목적을 달성하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부여하는 행정규제가 아니라는 것이다. 또한, 특허 등과 같은 산업

9) 과태료를 규제로 보아야 하는 또 다른 실익은 과태료의 규제 ‘정도’를 파악하고 합리화할 수 있다는 점이다. 유사한 위반행위라 하더라도 과태료 수준은 상이한 경우가 많이 있는데, 과태료를 등록 규제로 관리하게 되면, 과태료 수준을 보다 합리적으로 관리해 나갈 수 있기 때문이다.

재산권의 경우 등록을 해야만 권리가 발생하는 반면, 저작권의 경우 등록제도는 있지만 등록 여부는 권리자의 선택 사항으로, 권리 발생 요건이 아니며, 분쟁 시 창작연도·공표연도 등이 등록부·등록증에 기재되어 있는 경우 권리자로 추정될 뿐이라는 것이다.

그러나 특허 저작권은 특정한 행정 목적을 위하여 정부가 개입하는 것이 아닌, 지적재산권(민법의 특별법 성격)에 관한 사항으로 특허·저작권 자체는 행정규제가 아니라고 보는 것이 타당하다. 반면에 그러한 특정한 행정 목적으로 가지고 특허 저작권을 제한하기 위하여 정부가 개입하는 것은 행정규제라고 보는 것이 타당하다. 예를 들어 저작물은 저작권자의 허가없이 공표·복제 등을 할 수 없으나, 저작물을 학교 교육의 목적, 재판절차 또는 행정목적으로 사용하는 경우에 저작물을 게재 또는 복제할 수 있도록 하는 등 저작권을 일부 제한하는 규정은 행정규제라 볼 수 있다.<sup>10)</sup>

마지막으로 행정규제의 주체와 관련된 사항으로 과연 민간독립기구나 사업자단체가 위임받아 시행하게 되는 규제에 대한 판단 문제이다. 행정규제기본법에 의하면 행정규제의 주체는 행정권한을 위임·위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인, 법령 등 또는 조례·규칙에 의하여 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인이라 할 수 있다.

이에 대하여 방통위의 의견의 보편, 방송통신심의위원회 사무인 방송등급분류, 방송의 공공성 및 공정성 심의는 민간독립기구가 행하는 것이고, 사업자단체나 협회 사무도 규제에서 제외가 필요하다고 주장한다. 그러나, 행정규제기본법에 행정권한을 위임·위탁받은 법인·단체 또는 그 기관도 엄연히 행정규제의 주체가 될 수 있음이 명시되어 있으므로 행정규제의 요건을 갖추고 있다면 그 주체가 행정기관이 아닌 민간독립기구라 하더라도 행정규제로 판단하는 것이 타당하다.

다만, 위임받은 기관의 성격이 정부에 충분히 독립적이어서 그 기관의 규제 개선에 소관부처의 통제력을 실질적으로 미치기 어려운 경우가 있을 수 있는데, 그런 경우에 규제를 등록 관리하는 데 있어서 소관부처의 역할이 제한될 수밖에 없는 경우가 존재할 수 있다. 이런 경우, 별도의 기관 분류를 통해 규제를 등록 관리하는 것을 고려할 필요가 있다. 예를 들어 방송통신심의위원회와 같은 조직의 경우 독립성 보장을 위해 소관부처가 실질적으로 규제

10) 또한, 저작권은 기본적으로 행정규제가 아니나, 등록할 수 있는 대상을 선택적으로 제한하거나 특정한 절차를 요구한다면 그 부분의 규제 여부는 실질적 효과를 감안하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

개선에 간여하는 것이 바람직하지 않다면, 이를 등록 규제에서 제외한다기 보다는, 별도의 기관 분류(가칭 ‘자율규제기관’)를 통해 규제를 등록하고 관리해 나갈 수 있을 것이다. 방송통신심의위원회 외에도 이러한 특성을 가진 기관들을 하나의 분류 기관으로 통괄하여 관리할 수 있을 것이다.

## (2) 실질적 효과를 파악해야 하는 유형

이 유형은 일률적으로 선형적으로 판단하는 것이 가능하지 않은 경우로서 개별 사례를 중심으로 실질적 효과를 파악하여야 하는 경우이다. 첫째로는 임의적 규정에 대한 행정규제 판단과 관련된 것이다. 기본적으로 임의 규정이라도 피규제자가 실질적으로 따르지 않을 수 없는 경우는 행정규제이나, 피규제자가 자율적 의사에 의해 선택할 수 있는 성격은 규제가 아니라고 판단하고 있는데, 실제 그 기준을 적용하기 어려운 측면이 있다. 또한, 하위규정에서 구체적으로 준수 절차가 마련되어 있고, 따르지 않을 경우 불이익 처분 등이 규정되어 있는 경우는 행정규제라고 하고 있는데, 사실상 준수하지 않을 수 없는 경우의 의미가 불분명하다고 할 수 있다.

예를 들어 언론보도 시정권고(문체부)는 피규제자가 자율적 의사에 의해 선택하는 것으로 법에서도 권고적 효력에 그침을 명시하고 있고 따르지 않더라도 불이익을 주는 처분이 전혀 없는 상태다. 그러나, 직접적인 처분 규정이 없다 하더라도 해당 규정을 전제로 하여 다른 규정(행위)들이 존재하고 실질적으로 피규제자의 권리제한이나 의무부과가 이루어지게 되므로 행정규제로 보는 것이 타당하다.

이와 관련하여 의무화하지 않은 각종 검사 및 인증 관련 규정이 문제가 되는데, 실제 지자체에서 우수 농산물 인증제도를 운영하면서 검사신청은 의무화되어 있지는 않으나, 상위 법령 위임 없이 신청대상을 제한하거나 인증 후 사용 취소 규정을 두는 경우가 많아서 이에 대하여 통일된 판단기준이 필요한 실정이다. 이와 같은 문제에 있어서도 앞서 살펴본 임의 규정과 마찬가지로 해당 조항(규정)이 실제 가지는 효과 측면에서 규제 여부를 판단해야 한다. 즉, 인증이나 검사가 의무화되지는 않았다 하더라도 하지 않으면 실질적인 혜택에서 배제되어 사실상 불이익을 받게 된다거나 국가공인검사가 사실상 필요하고 검사기관이 독점되는 경우는 행정규제로 판단하여야 한다.

두 번째는 보조금이나 기금 지원과 관련하여 수반되는 규정에 대한 행정규제 판단기준

문제이다. 일부 기관에서는 국가보조금 또는 기금에서 지원하는 사업에 대한 사업자 선정 기준, 지급 기준 등에 대한 것은 한정된 자원을 공정하게 배분하기 위한 것이므로 규제에서 제외가 필요하다고 주장하나, 관련 규정들을 일률적으로 행정규제 적용제외로 볼 것이 아니라, 보조금 지급대상자의 선정기준이 보조금 목적과 직접적인 관련이 없이 여타 행정목적 실현을 위하여 설정하는 기준인지 아닌지를 파악하여야 한다. 보조금 및 기금 지원과 관련해 과연 해당 규정이 기술적인 선정기준에 불과한 것인지, 또는 추가적인 규제 성격을 가지는 것인지에 대한 판단이 어려운 측면이 있는 것이 사실이다.<sup>11)</sup>

또한, 보조금 지급을 위한 지급 기준, 선정 기준, 제외 대상 등이 보조금의 목적과 관련이 있는 것이라면 원칙적으로 규제가 아닌 것으로 판단하는 것이 일반적이며, 따라서 지자체에서 정하는 보조금 지원 ‘제외대상’이 보조금 목적과 관련이 있는 것인지 파악하여야 한다. 보조금 등 지원 후의 의무사항 및 감독관련 규정 관련해서도 보조금의 지급 범위 내에서 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률에 따라 보조금의 사용 목적에 적합한 정도의 지도·감독은 원칙적으로 행정규제가 아니라 할 수 있으며, 이를 벗어나는 경우 행정규제로 볼 수 있는데, 이에 대한 보다 구체적인 판단 기준을 선형적으로 정하는 것은 쉽지 않다.<sup>12)</sup>

다음으로 행정규제 판단을 둘러싼 또 하나의 쟁점 사항은 행정기관이나 공공기관을 대상으로 하는 규제에 관한 문제이다. 즉, 규제의 대상이 행정기관 및 공공기관일 경우 어떻게 판단할 것인가의 문제인데, 이에 대해 현행 행정규제 판단기준에 의하면, 기본적으로 국민을 대상으로 하는 규제가 행정규제이지만, 행정기관 및 공공기관에 대한 규제가 궁극적으로 국민의 권리제한이나 의무 부여를 가져온다면 실질적으로 행정규제라 할 수 있다. 예를 들어 보면, 권익위의 부패방지 및 국민권익위원회 설치와 운영에 관한 법률 제42조의 경우 권익위원회는 “관계 행정기관등의 직원·신청인·이해관계인이나 참고인의 출석 및 의견진술 등의 요구”할 수 있으며 “관계 행정기관등의 장은 권익위원회의 요구나 조사에 성실하게 응하고 이에 협조”하도록 하고 있어 국민에게 실질적인 의무 부여 효과를 가지므로 행정규제

11) 일반적으로 보조금 지원대상과 지원 제외대상을 함께 규정되어 있으나, 지자체에서 제외대상은 권리제한으로 판단하여 규제에 등록하고 있어 명확히 할 필요가 있다.

12) 이와 함께 공공부조 관련 규정을 분명히 할 필요가 있는데, 지침에는 공공부조에 대한 명확한 규정이 없어서 공공부조의 신청 및 지급절차 관련 규정들이 정부규제라 할 수 있는지에 대해 각 부처마다 의견을 달리하고 있다. 따라서 보조금 규정에 근거하여 공공부조 역시 공공부조(기초생활, 긴급지원, 의료급여, 기초연금, 장애인연금 등)의 신청 및 지급절차 등은 행정규제가 아닌 것으로 판단할 수 있으며, 공공부조의 신청 및 지급절차 등을 행정규제에서 제외하는 것을 행정규제 판단기준 지침에 명확히 할 필요가 있다.

로 판단하는 것이 정당하다.

마지막으로 사회규범적 규정, 선언적 규정과 관련된 것이다. 건전한 시민의 당연한 의무 및 사회통념상 일반적 사회규범에 속하는 사항은 행정규제로 판단하지 않는다. 이는 관련 처벌 규정이나 구체적인 하위 의무 규정이 존재하지 않는 경우이다. 그러나, 관련 처벌 규정이 존재하고 의무를 구체화하는 규정이 존재하는 경우 행정규제라 할 수 있다. 예를 들어 인사혁신처의 시험 또는 임용의 방해 행위 금지, 시험 또는 임용의 방해 행위 금지 공무원시험 또는 임용에 관한 방해 행위 금지를 나타내는 규정이 있는데, 이는 이를 따르지 않는 경우 구체적인 권리제한 또는 처벌이 이루어지므로 단순히 일반적 사회규범이라고 판단할 수 없다. 또한 인사에 관한 부정행위 금지 규정, 채용시험, 승진, 임용 등에 대한 부정행위 금지 규정들도 마찬가지이다. 즉 하위규정 등으로 의무화의 구체성이 있거나, 따르지 않을 경우 불이익이 있거나 이익이 크게 줄어드는 등 규제대상자에게 실질적인 부담이 요구되는 경우 행정규제로 보는 것이 타당하다.<sup>13)</sup>

단순한 선언적인 규정은 실효성이 없으므로 규제가 아닌 것으로 판단하는 경우가 많은데 이에 대해서도 주의가 필요하다. 부처가 이들 규정을 규제가 아닌 것으로 판단하는 근거는 해당 규정이 국민의 행위를 제약하는 규제적 속성이 존재한다 하더라도 이를 구체화하는 하위법령이 존재하지 않아 실제 실현될 가능성이 없으며 또한 처벌규정이 존재하지 않기 때문에 위반하더라도 피규제자에 아무런 제재도 이루어지지 않는다고 보기 때문이다.

그러나, 이러한 규제에 대한 판단은 선언적이라는 의미 자체가 매우 모호할 뿐만 아니라, 자의적이기 때문에 규제와 비규제를 판단하는 기준으로 삼는 것에 유의하여야 한다(이혁우, 2011: 143-144). 예를 들어 국가기술자격법 시행령 제24조의 국가기술자격 취득자가 이미 취득한 동일한 국가기술 자격을 이중으로 취득하지 못하도록 규정하고 있는데, 이는 관련 제재 규정이 없다 해도 국민들에게 동일 국가기술자 자격의 이중취득을 금지하고 있는 것으

13) 일반적 사회규범 관련해 문제가 되는 것은, 명백히 특수 행정목적 달성하기 위한 것으로서 구체적인 권리 제한이나 의무부과가 이루어지는 하위 규정을 수반함에도 불구하고, 사회에 바람직하다는 이유로 ‘일반 사회규범’이라고 하면서 비규제로 간주하려는 경향이 있다는 것이다. 예를 들면 소비자 보호를 위한 공정위 규제, 청소년 보호를 위한 여가부 규제 등, 소비자 보호나 청소년 보호, 또는 시장규율 등을 일반적 사회규범이라 해석하여 해당 규제들을 비규제라고 주장하는 사례가 많이 나타났다. 그러나 이들은 사회규범이 아닌, 특정 행정 목적을 실현하기 위한 법규범으로서 행정규제의 영역에 속하는 것이다. 요컨대, 건전한 시민의 의무 및 일반적 사회규범에 속하는 규정이라 할지라도 이를 준수하기 위해서는 규제대상자의 입장에서 비용 등 실질적인 부담을 갖게 되는 경우는 행정규제라 할 수 있다.

로 명확하게 규제에 해당되는 것이라 할 수 있다. 한편, 처벌규정을 수반하지 않기 때문에 규제 아니고 단순히 선언적 규정에 불과하다는 논리는 규제라는 것이 항상 벌금이나 감금, 다른 유형의 처벌과 같은 부정적인 제재의 위협과 관련되는 것은 아니라는 점에서 문제가 있다. 즉 규제는 굳이 부정적 제재와 연계되지 않더라도 민간의 행위에 분명히 영향을 미치고 있는 것이고 구체적으로는 이들의 의사결정에 실질적으로 일정한 제약을 가하고 있다고 보아야 한다(Vedung, 1998, 이혁우, 2011: 144에서 재인용).

이와 같이 실질적인 권리제한이나 의무부여 측면에서 해당 조항(규정)을 규제로 볼 것인가 아닌가는 규제의 실질적인 효과에 대한 판단의 문제로 귀결된다고 할 수 있다. 즉, 선형적으로 어떤 규정은 규제에 해당하며 또 그렇지 않다는 가능한 모든 기준을 만들어내는 것은 불가능하다. 따라서 이러한 판단의 문제는 궁극적으로 규제조정실에서 행정규제여부에 대한 판단이 이루어질 수 있도록 행정규제 최종판단을 위한 절차를 마련하는 것이 중요하다 할 것이다. 판단이 어려운 경우 최종적으로 규제조정실에서 규제 목적의 타당성과 그 실질적 효과를 감안하여 판단이 이루어져야 일관적인 규제관리가 가능해질 것이다.

### (3) 비규제인데 행정규제로 판단하기 쉬운 유형(2종 오류형)

먼저 행정규제기본법 행정규제기본법 적용제외 사항과 관련된 것이다. 현행 법령에 의하면 형사·행형 및 보안처분에 관한 사무, 국가정보원법에 의한 정보·보안업무에 관한 사항, 병역법·통합방위법·향토예비군설치법·민방위기본법·비상대비자원관리법 및 재난 및 안전관리기본법의 규정에 의한 징집·소집·동원·훈련에 관한 사항, 군사시설·군사기밀 보호 및 방위사업에 관한 사항, 조세의 종목·세율·부과 및 징수에 관한 사항은 행정규제기본법의 적용제외 대상이다.

위에 제시된 적용제외 대상에 더하여, 국제협정과 관련된 부분도 행정규제기본법의 적용제외로 적시하는 것이 바람직하다는 의견이 있다. 예를 들어 「배타적 경제수역에서의 외국인 어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률」은 해양법에 관한 국제연합협약의 발효와 국가 간 조약을 근거하여 자국의 해양영토에서의 주권적 권리를 법률상 규정한 것으로 외국인의 어업활동에 대한 규제라고 볼 수 없으며, 규제사무로 분류할 실익이 없다고 할 수 있다. 또한 이를 규제사무로 분류하여 완화·폐지하게 되는 경우 국제법에 따른 주권의 포기·훼손 우려도 존재한다. 따라서 국제협정 등에 따른 국가의 주권적 권리의 행사에 관한

사항 및 외국과의 협정 등의 이행에 관한 사항은 규제등록의 실익을 고려할 때 행정규제기 본법 적용제외를 검토할 필요가 있다.

다음은 민상사특별법 관련 규정이다. 행정규제는 특정한 행정목적의 실현을 위한 것인 바, 민법, 상법은 국민의 일반적인 민사, 상사생활을 규율하는 것으로 특정한 행정목적의 실현하기 위한 경우가 아니므로 규제에 해당하지 않는다고 할 수 있다. 포괄적, 추상적인 특성을 가진 민법을 보완하기 위해 일반 민사 중 특정 분야에 관한 법률을 제정하여 민법을 보완할 필요가 있으며, 이에 따라 민법을 보완하는 것이 특별사법이라 할 수 있는데, 대표적 특별사법으로 상사 분야를 규율하는 상법, 유가증권을 규율하는 어음법과 수표법, 회생 및 파산 분야를 규율하는 도산법 등이 있다. 즉, 특별사법은 민법을 보완하여 국민의 일반적인 민사, 상사생활을 규율하기 때문에 특정인이나 특정 집단이 아닌 모든 국민의 일반적인 법률관계를 규정하며, 특정 행정목적의 실현과는 무관하므로 민법, 상법과 같이 행정규제에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.<sup>14)</sup>

따라서 원칙적으로 국민의 일반적인 민사, 상사생활을 규율하는 민법, 상법, 민·상사특별법은 ‘특정행정목적’에 해당하지 않는 것으로 규정하는 것이 타당하다고 할 수 있으나, 개별 행정법령 내에 법적 명확성을 위한 민·상사특별법과 동일한 정도의 규정이나 민·상사특별법 정도의 규제수준을 일률적으로 행정규제에 해당하지 않는 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 특별사법의 범위가 너무 광범위하고 다양하기 때문에 비록 국민의 사적 생활을 규율하는 법이라 하더라도 상당한 규제 수준(권리제한 및 의무부과 수준)을 가지고 있는 특별사법도 존재한다. 결국 민·상사특별법의 규제 정도의 수준은 민법이나 상법과 같이 일반적 수준이라 말하기 어려우며, 개별 사례를 가지고 판단할 수밖에 없는 문제라 볼 수 있다.<sup>15)</sup>

14) 이는 「상법」이 회사의 이사 등이 등기를 게을리 하거나, 주권의 명의개서를 하지 아니하거나, 이사회에 승인 없이 회사와 거래하는 행위 등에 관하여 과태료까지 부과하도록 규정(제635조 등)함에도 특정인이나 특정 집단이 아닌 모든 국민의 상사관계를 규율하기 위한 것이기 때문에 행정규제로 보지 아니하는 것과 마찬가지로 이다.

15) 이와 관련하여 민법 및 상법 수준을 벗어나는 공법상 계약이 행정규제인가 하는 것이 문제가 된다. 공법상 계약 형태의 행정행위는 원칙적으로 행정규제가 아니기 때문에 계약과 관련된 규정은 비규제로 판단되는 경향이 있다(이혜영 외, 2010). 그러나, 계약당사자인 국민이 계약과 관련하여 민법에 정하는 것보다 지나치게 과도한 내용(계약의 일방적 해지시 국민의 수인의무, 사정변경시 신고의무 등)을 계약에 명시적으로 포함시키도록 규정하는 경우는 행정규제라 할 수 있다. 특히 지방자치단체의 경우 공익상 이유를 들어 위탁계약을 해지할 수 있도록 규정한 자치법규가 많은 것으로 파악되고 있다. 위탁계약 시, 법령 및 조례, 그에 따른 명령 등 위반 이외에 공익상 필요를 이유로 지자체장이 일방적으로 위탁 해지할 수 있도록 규정하는

다음은 법인 설립 허가 및 지도 감독 관련 규정이다. 설립 절차, 정관, 사업범위, 이사회 구성·운영, 자본금, 임원 근거, 회계 등에 대한 것으로 원칙적으로 설립절차, 정관의 내용, 사업범위, 이사회 구성·운영 등에 대한 개별법령의 규정이 민법, 상법에서 정한 법인 혹은 회사의 설립관련 규정과 동일하거나 완화된 수준인 경우 행정규제가 아니라고 할 수 있다. 예를 들어 법인 설립 허가 신청 시 일반적인 서류제출 의무, 법인사무의 검사 및 감독 규제는 행정규제로 보기 어렵다. 다만, 공익법인에 관하여 민법에 대한 특례규정을 마련함으로써 사법자치의 원칙아래 공익성을 보장하여 그 본래의 목적사업에 충실하게 하려는 공익법인 설립 및 운영에 관한 법률에서 정하고 있는 것과 동일한 수준의 규정의 경우 설립절차 등에 대한 규제의 정도가 민법, 상법 정도를 넘어서는 경우로 볼 수 있으므로 공익법인 설립 및 운영에 관한 법률의 규정에 따르는 경우 행정규제라 할 수 있다.

## IV. 행정규제 판단기준 개선에의 시사점

### 1. 행정 규제 판단기준 주요 개선내용의 도출

Ⅲ장의 논의를 토대로 하여 행정규제 판단기준의 구체적인 개선 내용을 도출하고자 한다. 또한, 기준을 개선하고 명확히 한다고 해도 실제 ‘판단’에 어려움이 있는 항목들이 존재하므로 행정규제 판단 절차를 명확하게 할 필요가 있을 것이다. 행정규제 판단기준에 대한 쟁점 사항을 분석한 것을 토대로 하여 구체적인 개선 내용을 도출하고자 한다. 쟁점사항별 개선 반영 여부 및 개선안을 정리하면 <표 2>와 같다.

---

것은 행정규제라 할 수 있다. 따라서 계약과 관련된 규정에 있어서 민법에서 정하는 것보다 과도한 내용이 포함되어 있는 경우 적극적으로 행정규제로 판단해야 한다.

〈표 2〉 쟁점사항별 반영 여부 및 개선안

구분	쟁점사항	규제판단 및 주요개선안
규제 목적 vs. 규제 효과	▶규제 목적을 판단기준으로 하여 행정규제 여부를 판단하는 경향	▶행정규제의 판단기준은 규제 목적인 아닌 규제 효과로 판단해야 함
특례 규정	▶규제를 완화하거나 면제하는 특례 규정 또는 조례가 행정규제에 속하는가에 대한 판단	▶규제완화의 경우는 행정기본법 상 그리고 이론적 규제 개념에 명확히 포함되는 것임 ▶완전히 규제를 면제하는 경우는 행정규제로 보지 않는 것이 타당함: ‘특례 규정이나 조례에 의해 규제 의무부과 또는 권리제한을 완전히 면제해주는 경우는 행정규제가 아님’
과태료 부과 규정	▶과태료 부과규정은 독립적인 규제로 보기 어려움	▶과태료 규정은 독립적인 규정으로 보기 어려우나, 명백히 행정규제임 ▶과태료 규정은 주된 규제의 ‘부수규제’로 관리함
행정기관, 공공기관에 대한 규제	▶행정규제의 객체가 국민이 아닌 행정기관 및 공공기관인 경우 규제 판단 여부	▶행정기관 및 공공기관에 대한 규제가 실질적으로 국민에 대한 규제를 의미하면 행정규제로 보는 것이 타당함
특허, 실용신안, 저작권의 경우	▶특허 저작권이 규제가 아니라면 특허 및 저작권의 제약도 규제로 보기 어려움	▶권리 제한 측면에서 특허 및 저작권 제한은 행정규제로 보는 것이 타당함
임의 규정에 대한 규제 여부 판단	▶임의 규정에 있어 실질적인 의무부과임을 판단하기 어려우며, 세부 기준 필요 ▶의무화하지 않은 각종 검사 및 인증 관련 규정: 실질적인 의무부과임을 판단하기 어려우며, 세부 기준 필요	▶실질적 효과 면에서 임의 규정의 규제 여부를 판단해야 함 ▶하위규정에 구체적으로 준수 절차가 있고 따르지 않으면 상당한 불이익이 있어 준수하지 않을 수 없는 경우 규제로 봄 ▶혜택으로 보아 사실상 신청하지 않을 수 없는 경우 행정규제임 ▶판단 주체 및 절차를 명확히 할 필요
행정규제기본법 적용제의 대상	▶국제법 관련 조항을 행정규제기본법 적용제의 필요	▶규제관리 등록의 실익을 고려할 때 적용제의 대상에 포함시키는 것이 바람직함 ▶행정규제 적용제의 대상에 국제 협정 조항 명시함
민간독립기구 및 사업자단체의 사무	▶행정규제의 주체 문제	▶위임·위탁기관은 행정규제의 주체로 간주됨 ▶다만, 독립적 기관인 경우 관리상 기

		관 분류를 별도로 하여 관리할 수 있음: ‘기타’ 또는 ‘자율규제기관’ 항목을 별도로 마련함
보조금 및 기금 지원과 관련한 규정	▶보조금 및 기금 지원 관련 규정의 규제 여부	▶합목적성을 벗어나는 것에 대한 판단이 필요하며, 세부 판단기준을 명확히 하는 것이 어려우므로 최종적인 행정규제 판단 주체를 명확히 할 필요 ▶보조금과 유사한 맥락에서 공공부조의 신청 및 지급절차 등을 행정규제에서 제외하는 것을 명시하도록 함
민·상사특별법 관련	▶민·상사특별법의 규제 여부 ▶일반 민법, 상법의 제한을 벗어나는 범위의 공법상 계약의 형식을 취하는 규정	▶원칙적으로 민법 및 상법과 같이 취급하는 것이 타당하나, 그 범위에 대해서는 개별적 검토 필요하며, 지침에 관련 내용 보완 필요함 ▶민법, 상법에 비하여 과도한 제약은 규제로 판단
법인 설립 허가 및 지도 감독 관련 규정	▶법인 설립 허가 및 지도 감독 관련 규정 ▶공익 법인에 대한 규정	▶원칙적으로 민법 상법 수준의 법인 설립 허가 및 지도 감독 관련 규정은 행정규제가 아님 ▶공익 법인에 대한 규정은 민법, 상법에 비하여 강화된 규정이므로 행정규제라 할 수 있음
사회규범적, 선언적 성격의 규정	▶사회규범 해석의 기준 ▶구체적 의무사항이나 관련 제재가 수반되지 않는 경우	▶처벌규정이 있거나 하위규정 등으로 의무화의 구체성이 있는 경우 행정규제로 봄 ▶실질적 권리제한이나 의무부과를 포함하는가에 대한 판단 필요 ▶판단 주체 및 절차를 명확히 할 필요

## 2. 행정규제 판단 주체 및 절차 명확화

제Ⅲ장의 분석과 <표 2>에서 보듯이, 쟁점사항에 따라서는 구체적인 판단 ‘기준’이 존재하는가에 대한 문제라기보다는 ‘판단’ 자체의 문제인 경우가 존재한다. 예를 들어 임의 조항의 규제 여부를 판단하기 위해서는 원칙적으로 법령상의 규정이 강제적이나, 임의적이거나 따라 규제여부를 판단하는 것이 아니라 실질적인 권리제한, 의무 부여 여부로 판단하는 것이 타당하다.

그렇다면, 실질적인 권리제한이나 의무 부여 측면에서 해당 조항(규정)을 규제로 볼 것인가 아닌가는 규제의 실질적인 효과에 대한 판단의 문제로 귀결된다고 할 수 있다. 즉, 선험적으로 어떤 규정은 규제에 해당하며 또 그렇지 않다는 가능한 모든 기준을 만들어내는 것은 불가능하다. 따라서 이러한 판단의 문제는 궁극적으로 규제조정실에서 행정규제여부에 대한 판단이 이루어질 수 있도록 행정규제 최종판단을 위한 절차를 마련하는 것이 중요하다고 본다. 따라서 일차적으로 규제 여부 판단은 부처에서 수행하지만, 판단이 명확하지 않은 경우, 특히, 임의규정이나, 보조금 관련 규정 등 실질적인 규제 효과 면에서 판단이 필요한 경우 규제조정실에서 판단절차에 따른 최종 판단이 이루어질 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

규제조정실에서 행정규제 여부에 대한 최종 판단을 실시할 경우, 일관성과 전문성을 확보하기 위하여 별도의 위원회 구성을 고려할 필요가 있다. (가칭)‘행정규제판단위원회’를 전문가 및 관련 공무원으로 구성하여 행정규제 여부의 최종 판단을 수행할 수 있다. 새로운 위원회 구성이 어려울 경우, 기존의 전문위원회 등에서 해당 기능을 수행할 수도 있을 것이다. 중요한 것은 일관성과 전문성을 가지고 행정규제 여부 판단을 수행해 나가야 한다는 것이다.

아울러 애매한 규정에 대해서는 1997년 행정규제기본법 시행이후 지금까지 축적된 규제개혁위원회의 심사결과 등을 검토하여 사례들을 유형화하고 분석한다면, 좀 더 구체적인 기준을 도출할 수 있으리라 생각된다.

### 3. 행정규제 판단기준 개선 시 고려사항

행정규제 판단기준을 명확히 하는데 있어서 현행 규제 분류기준을 고려할 필요가 있다. 특히, 주규제이나 부수적 규제이나를 명확히 구분하여 규제를 관리할 필요가 있다. 주규제는 행정목적 실현을 위한 가장 핵심적인 내용을 말하며, 부수적 규제는 주규제를 부과하기 위한 사전절차적 규제, 주규제의 이행을 담보하기 위한 사후보완적 규제라 할 수 있다. 별도의 규제등록이 불가능한 경우, 부수규제로 포함하여 등록하는 것이 필요할 것이다. 이를 통해 독립된 규정이 아니라는 이유로 행정규제에서 배제될 가능성을 최소화하여야 할 것이다.

한편, 관리상의 규제 개념과 등록 관리 규제로서의 실익을 고려할 필요가 있을 것이다. 이론적인 규제의 개념과는 달리, 규제관리상의 규제개념은 그야말로 규제에 대한 체계적인

관리를 위해 국가차원에서 정부 활동 중 규제로 구분하고 관리할 대상을 정하는 것이라 할 수 있다. 특히 규제의 성격상 필수불가결하면서 변경이 전혀 어려운 규제의 경우 예를 들면 국제협정관련 규제의 경우, 행정규제 제외 대상으로 하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 다른 한편, 행정규제기본법에서 규제로 분류되지 않은 국가 활동에 대해 규제관리의 영역에 포함시켜야 한다는 주장이 지속적으로 제기되고 있기도 하다(OECD, 2007). 이론적인 측면에서는 논란이 있을 수 있지만 규제관리의 차원에서 보면, 적극적으로 규제로 분류될 것이 요구되는 정부의 활동도 있을 수 있다. 규제판단을 하는 데 있어서 이러한 관리상의 실익을 고려할 필요가 있을 것이다.

행정규제 판단 시 더욱 어려워진 점은 기존 규제의 정비가 양적 규제완화 및 폐지로 이루어지면서 공무원의 입장에서는 더 소극적으로 행정규제를 판단할 수 있는 유인이 생겼다는 점이다(이혜영 외, 2015). 따라서 그러한 유인을 감소시키기 위해서는 일부 규제에 대해서는 등록규제에서 관리는 하지만, 기존 규제 정비 대상의 모수에서는 명확하게 제외할 것이 요구된다. 특히 국민의 건강과 안전을 담보하는 아주 핵심적인 규제와 같이 폐지가 전혀 불가능한 규제의 경우 기존 규제 정비 대상의 모수에서 제외를 하는 것이다. 이를 위해서는 기존 규제 정비 대상에서 제외되는 규제의 기준을 명확히 할 필요가 있다. 즉, 규제기본법에 의해서 ‘관리’의 대상이 되지만, ‘폐지’의 대상이 되지 않는 규제의 영역을 분명히 할 필요가 있다. 그렇지 않다면, 그러한 규제들은 규제등록시에 필수불가결한 규제라는 이유로 ‘관리’ 대상에서 조차 벗어나게 될 가능성이 크다. 비용총량제 도입과 관련해서도 마찬가지로 등록 규제와 별도로 비용총량제 적용 여부에 대한 명확한 판단기준이 필요할 것으로 보인다.

## V. 결론

행정규제와 행정규제가 아닌 것을 명확하게 구분해야 하는 것은 우리나라에서 규제관리와 규제개혁을 제대로 하기 위한 기본적인 전제라 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 각 부처의 입장에서 여전히 행정규제 여부에 대한 판단 기준이 혼란스러운 부분이 존재하는데 기존 연구들에서는 이에 대한 충분한 논의가 이루어지지 못하였다. 이에 본 연구에서는 각 부처에서 제시한 의견을 중심으로 행정규제 판단기준의 쟁점사항들을 분석함으로써 행정규제 개

선예의 시사점을 도출하고 행정규제 판단기준의 주요 개선 내용을 제시하였다.

분석 결과, 규제 효과가 아닌 규제 목적을 근거로 하여 비규제임을 주장하는 것, 특례규정에 대한 해석, 과태료 부과 규정, 행정기관 및 공공기관에 대한 규제, 특히, 실용신안 및 저작권 관련 규정, 임의규정에 대한 규제 여부 판단 문제, 행정규제기본법의 적용제외 대상 문제, 민간독립기구 및 사업자단체의 사무의 규제 판단 문제, 보조금 및 기금 지원과 관련한 규정, 민법 및 상법 수준 이상의 규제 문제, 법인 설립 허가 및 지도감독 관련 규정, 사회규범적 성격의 규정, 선언적 규정의 규제여부 판단 문제 등이 부처에서 규제 및 비규제 판단이 어렵거나 문제가 있다고 지적하는 주요한 쟁점사항으로 나타났다.

또한 이 중에서 규제를 완전히 면제하는 특례규정의 판단기준, 행정규제기본법의 적용제외 대상의 범위, 보조금 및 기금 지원 관련 규정, 민상사특별법 관련 규정 등에 대해서는 현행 행정규제판단기준에 개선 및 보완의 여지가 있는 것으로 나타났으며, 임의규정, 사회규범적 규정, 선언적 규정에 대해서는 좀 더 일관되고 체계적인 판단기준과 절차가 필요한 것으로 나타났다. 이와 함께 행정규제 판단기준 개선 시 고려해야 할 사항을 검토하였다. 특히 ‘양적 완화’중심의 규제개혁 과정에서 각 부처의 입장에서 규제등록을 하지 않으려는 유인이 존재할 수 있으며 따라서 기존 규제 정비 및 규제비용총량제 관리와의 관계를 고려하여야 할 것이다.

규제등록에 있어서 모든 규제에 명확하고 일관되게 적용되는 행정규제 판단기준을 만드는 것은 쉽지 않다. 이러한 점을 고려한다면, 규제를 등록하는 실무 공무원들의 지침에 대한 이해를 극대화 하고 혼동을 최소화하기 위한 교육과 학습이 충분히 이루어져야 할 것이다. 또한 규제등록의 정확성과 일관성을 유지하기 위해 이해가 어렵거나 혼선의 여지가 있는 기준에 해당되는 규제 사례들을 분석하고 유형화하여 실무자들에게 관련 정보를 충분히 제공해 주어야 할 것이다.

본 연구를 부처의 의견조사를 중심으로 실제적인 규제판단기준의 문제점 및 개선안을 제시하였다 데 의의가 있다. 향후 개선된 행정규제 판단기준을 실제 여러가지 사례에 적용해 봄으로써 그 타당성을 확인하는 작업이 이루어져야 할 것이다.

## 참고문헌

- 규제개혁위원회, 『행정규제의 판단 및 분류기준』, 2000
- 국무총리실, 『행정규제 개념 및 판단기준』, 2010
- 이종한 외, 『규제개념 재정립 및 규제법령 개선방안 연구』, 한국행정연구원, 2009
- 이주선·정현용, 『규제등록제도 개선방안 연구』, 한국경제연구원, 2009
- 이주선 외, 『미등록규제 총조사 보고서』, 한국경제연구원, 2008
- 이혜영 외, 「금융분야 유사행정규제에 관한 연구」, 『규제연구』, 19(4), 2010
- 이혜영·양홍석, 「건강 안전분야 규제개혁 방안에 관한 탐색적 연구」, 『한국거버넌스학회보』, 22(1), 2015
- 이혁우, 「규제의 개념에 관한 소고」, 『행정논총』, 47(3), 2009
- \_\_\_\_\_, 「규제/비규제 구분 논리의 분석」, 『서울행정학회 동계학술대회 발표논문집』, 2011, pp. 121-149
- 최병선, 『정부규제론』, 서울: 법문사, 1992
- 최성락, 「정책과 규제 개념에 관한 연구」, 『한국정책학회 학술대회논문집』, 2008
- 최유성 외, 『규제등록 및 관리제도 개선방안에 관한 연구』, 한국행정연구원, 2007
- 최유성·최무현, 「현행 규제등록제도의 규제분류체계의 문제점과 개선방안에 관한 연구」, 『규제연구』, 21(1), 2012, pp. 223-265
- Baldwin, Robert & Cave, Martin, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press, 1999
- Christensen and Laegreid, *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006
- Vedung, Evert, “Policy Instruments: Typologies and Theories, Carrots, Sticks & Sermons”, *Policy Instruments & Their Evaluation* (eds.) Marie-Louise Bemelmans-Videc, Ray C. Rist & Evert Vedung, London(U.K): Transaction Publishers, 1998
- OECD, *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*, Paris: OECD, 1997
- OECD, *OECD Reviews of Regulatory Reform Korea: Progress in Implementing Regulatory Reform*, 2007

## A Brief Review of Current Issues about Judgement Criteria for Administrative Regulations

Hye-Young Lee & Juchan Kim

This study aims to analyze current issues about criteria on whether a certain article (or clause) is an administrative regulation based on the results of survey asked to government departments. According to the analysis result, the existing issues are as follows: Judging whether a certain article is an administrative regulation by its purpose instead of its effect, the interpretation of exceptional clauses, matters of administrative penalties, regulations for public agencies, exceptional rules in applying the Framework Act on Administrative Regulations, matters related to patents on new devices and copyrights, non-mandatory provision, mandated regulations of private independent agencies and business associations, rules about subsidies and funding, excessive restriction compared to civil law and commercial law, matters related to proclamatory clauses or social normative rules. From the analytical review, revision or supplementation is needed in regard to exceptional rules in applying the Framework Act on Administrative Regulations, rules about subsidies and funding, and excessive restriction compared to civil law and commercial law. In addition, more systematic criteria or procedures are required when it comes to non-mandatory provisions and proclamatory clauses or social normative rules.

Keywords: administrative regulation, criteria for administrative regulations, registration of regulations