이슈페이퍼
23-21-10

ISSUE PAPER

네거티브 규제의 실천방안으로서의 규제대안 검토

김 유 환

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

이슈페이퍼
23-21-10

ISSUE PAPER

네거티브 규제의 실천방안으로서의 규제대안 검토

김 유 환
이화여자대학교 법학전문대학원 교수

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

목차

CONTENTS

PART 1.

네거티브 규제의 개념과 실천방안 06

1 네거티브 규제의 개념과 연원 06

2 규제 Matrix와 네거티브 규제의 실천적 의의 07

3 네거티브 규제의 실천방안으로서의 규제의 대안 09

PART 2.

네거티브 규제 실천방안으로서의 규제의 대안 채택을 위한 전제조건 10

1 규제대안 채택에 있어서의 난점 10

2 네거티브 규제 실천을 위한 규제대안 채택을 위한 전제조건 11

PART 3.

민사실체법과 소송법 등 구제절차의 수정을 통한 네거티브 규제 실현 12

1 개설: 민사법질서를 통한 네거티브 규제의 구현 12

2 불법행위법 등 민사실체법의 개편 13

3 민사소송 등 구제절차의 수정 14

PART 4.
Economic Incentive 규제대안을 통한 네거티브 규제 실현 15

1 네거티브 규제로서의 Economic Incentive 제도 15
2 Economic Incentive 제도와 기술혁신 16

PART 5.
자율규제에 의한 네거티브 규제 실현 17

1 네거티브 규제로서의 자율규제 17
2 네거티브 규제 실천방안으로서의 규제샌드박스 제도 19

PART 6.
기타 규제대안을 통한 네거티브규제 실현 20

1 공공계약 등 정부의 영향력을 통한 네거티브 규제실현 20
2 보험 등 보상계획을 통한 네거티브 규제실현 21

PART 7.
결어 22

참고문헌 24

요약문

SUMMARY

- 네거티브 규제는 오늘날 우리 규제개혁의 방안으로 중요하게 거론되고 있지만, 그 개념은 학문적으로 형성된 것이 아니고 원래 통상법의 실무적 관점에서 사용되던 것이 규제개혁을 위한 정치적·행정적 슬로건으로 채택된 것이다. 그러나 네거티브 규제가 제시하는 방향성이 규제개혁에 있어서 매우 건설적인 측면이 있으므로 이를 실현하기 위하여 구체적인 방법론에 대한 연구가 매우 긴요하다고 생각된다.

- 네거티브 규제의 지향점에 비추어 그 개념에 있어서는 형식적 개념보다도 실질적 개념을 채택하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이런 관점에서 본다면 네거티브 규제의 정책방향을 실질적으로 실현하기 위하여 다양한 규제Matrix를 활용할 것이 강하게 요망된다.

- 특별히 명령-통제식 규제를 대체하는 각종의 규제대안을 채택하는 것이 실질적인 네거티브 규제의 실현을 위하여 긴요하다. 다만 이와 같은 광범위한 규제대안과 규제Matrix를 검토하여 실시하는 규제개혁 작업은 강한 정책조정능력을 가진 통합적인 정치적 능력을 가진 기구가 이를 관장할 것이 요구되며, 그 구체적 실현은 정부 내의 각 부처 간의 협의만이 아니라 입법부 및 사법부 그리고 경제 · 사회단체와의 협의와 협조 까지 필요할 수 있다는 점이 고려되어야 한다. 또한 각종 규제대안에는 피규제자나 규제대상의 활동과 양상에 영향력을 행사할 수 있는 다양한 방안이 포함되므로 깊이 있는 분석과 분석을 위한 방법론에 대한 검토도 이루어져야 한다.

- 현재 선진외국에서 검토되고 실천되고 있는 규제대안에는 먼저 징벌적 손해배상제도의 도입 등을 통한 불법행위법의 개편 등 사법질서로서 규제를 대체하여 네거티브 규제의 효과를 가져 오는 방법과 다음으로 경제적 유인책을 활용하여 기술혁신을 저해하지 않고도 규제목표를 달성하는 방법, 발전된 새로운 과학기술의 불확실성에 대처하여 자율규제를 활용하는 방법 그리고 기타 정부의 영향력이나 보험제도를 활용하는 방법 등 다양한 방법이 존재하고 있다.

- 이러한 각종 규제대안은 모두 여러 가지의 장점과 단점을 가진 정책대안이므로 이러한 정책대안을 활용함에 있어서는 완화된 명령-통제식 규제와의 결합이나 규제대안 상호 간의 결합 등 현실적합성 있는 방안을 도출하기 위한 다양한 정책분석이 이루어져야 할 것이다.

- 규제대안을 잘 활용한다면 네거티브 규제의 실질을 확보하고 효과적으로 규제목표를 달성할 수 있다. 우리나라의 경우, 징벌적 손해배상제도나 규제샌드박스 제도와 같은 규제대안을 도입한 바 있지만 성공적인 규제대안의 도입을 위해서는 규제대안의 작동 조건에 대한 더욱 깊이 있는 검토가 필요하다.

Issue Paper

PART 1.

네거티브 규제의 개념과 실천방안

1 네거티브 규제의 개념과 연원

1 | 네거티브 규제의 정의

네거티브 규제란 형식적으로는 규제의 근거가 되는 법령에서 특정한 사항을 열거하여 제한적으로 금지시키고 그 외의 경우에는 자유로운 활동을 허용하는 형식으로 되어 있는 규제를 뜻한다.[1]

그러나 실질적인 의미에서의 네거티브 규제는 훨씬 폭넓게 이해할 수 있다. 즉 실질적 의미의 네거티브 규제란 규제의 입법기술적 표현 여부와 관계 없이 규제수범자 또는 규제 대상의 활동을 원칙적으로 허용하고 예외적으로 그에 대한 제한을 가하여 규제수범자나 규제대상의 자유로운 활동을 최대한 보장해 주는[2] 일련의 규제Matrix[3]를 의미한다. 본고에서는 편의상 이러한 실질적 의미의 네거티브 규제 개념을 중심으로 논의를

1 김유환 외, 『규제방식의 유형과 개선방안에 관한 연구』, 규제개혁위원회, 2008, 12면 참조. 이 연구보고서는 우리나라에서 최초로 네거티브 규제의 실현을 위하여 광범위한 해외사례 검토를 실시하고 우리 입법 현실에서의 네거티브 규제의 방안을 제시한 것이다.

2 김유환 외, 앞의 보고서(각주 1).

3 규제 Matrix라는 개념을 법학문헌에서 최초로 사용한 학자는 미국의 Alfred C. Aman Jr. 교수이다. Alfred C., Aman Jr., "Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of Administrative Presidency", 73 Cornell Law Review 1105, 1988.

전개하고자 한다.

'네거티브 규제'라는 개념은 학문적으로 형성된 것이 아니고 통상법의 실무적 관점에서 사용되던 것을 규제 일반에 적용하는 정치적·행정적 슬로건으로 채택한 것이라고 보여진다. 따라서 네거티브 규제라는 학문적 또는 제도적 개념을 사용하는 국가는 외국에서는 거의 발견되지 않는다.

2 | 네거티브 규제의 연원

우리나라에서 '네거티브 규제'라는 용어는 통상법의 집행과 관련하여 관계 법령이 수출입 허용여부를 어떠한 방식으로 수행할 것인가 하는 방법론에서 유래되었다고 보는 것이 일반적이다. 즉 통상법에서 네거티브 리스트란 수출입이 허용되지 않는 품목의 리스트를 의미하는데, 이러한 방식으로 수출입규제를 할 경우 수출입업자는 규제의 강도를 비교적 약하게 느끼게 된다.[4]

이러한 통상법상의 네거티브 규제라는 개념이 일반적인 정부규제의 방향으로 자리잡은 것이 이명박 정부 시절이라고 할 수 있다. 당시에는 대통령이 규제시스템을 네거티브 규제로 전환할 것을 시사하였고, 이에 따라 네거티브 규제는 규제개혁의 큰 방향으로 설정되기에 이르렀다. 다만 네거티브 규제는 이러한 규제체제의 방향만을 제시하는 정치적·행정적 슬로건으로서의 의미를 가졌으므로 그러한 규제개혁 방향을 뒷받침하기 위한 방법론의 개발과 실천방안에 대한 지속적인 연구가 필요하였다.

2 규제 Matrix와 네거티브 규제의 실천적 의의

규제개혁은 단순한 규제완화를 목적으로 하는 것이 아니라 규제합리화를 목적으로 하는 것으로 이해하여야 한다. 그런데 규제합리화에는 반드시 과도한 규제체제의 완화가 포함된다. 그리고 대부분의 규제개혁에 있어 규제완화는 큰 비중을 차지하게 된다.

---

4 김유환 외, 앞의 보고서(각주 1), 11면.

그런데 규제개혁을 지향하는 사람들이 오해하면 안 되는 것은 규제완화는 단순히 질서의 폐지나 완화를 의미하는 것이 되어서는 안 된다는 것이다. 규제는 어떠한 사회·경제적 질서를 유지하고 리스크를 관리하기 위해 존재하는 것인데 규제의 철폐나 완화가 질서의 폐지나 리스크관리의 포기를 의미한다면 새로운 문제를 야기하게 될 것이다. 따라서 규제의 완화나 철폐는 질서의 유지와 리스크의 다른 방식으로의 관리를 의미하는 것이지, 단순히 무질서나 리스크관리의 포기를 의미하는 것이 아니다.

이러한 관점을 잘 유지하기 위해 제시된 것이 바로 '규제Matrix' 라는 개념이다. '규제Matrix'란 질서유지와 리스크관리를 위한 명령-통제식 규제와 그에 대한 대안을 포함하여 전통적인 명령-통제식 규제가 아니라도 질서유지를 위하여 동원 가능한 다양한 법적 시스템을 포함하는 것이다. 예컨대, 민사법질서, 형사법질서, 보험제도, 공공계약제도 등도 이러한 의미의 규제Matrix에 포함될 수 있다.[5] 학자들은 명령-통제식 규제를 포함하여 광범위한 규제Matrix를 일별하기 위하여 다양한 기준으로 규제체제를 유형화하여 왔다.[6]

광범위한 규제Matrix 안에서 '네거티브 규제'란 원칙허용, 예외규제라는 규제개혁의 방향을 실현시킬 수 있는 모든 규제적 수단을 의미한다. 이러한 네거티브 규제를 실현하기 위해서는 사전규제보다는 사후규제가, 수단규제보다는 성과규제가 보다 바람직한 것이다.[7] 요컨대, 수범자나 규제 대상에 대한 세세한 간섭보다는 원칙적 자유를 허용하고 리스크관리나 질서유지를 위해 부득이한 경우에만 정부규제나 법질서가 발동하도록 하는 것을 지향하는 모든 규제Matrix를 네거티브 규제라고 지칭할 수 있다.

---

5 김유환, 『행정법과 규제정책』, 삼원사, 2017, 199-200면.

6 김유환, 앞의 책(각주 5), 200-202면; Cary Coglianese, Management-based Regulation: Implications for Public Policy, OECD Working Party on Regulatory Management and Reform 보고서 GOV/PGC/REG, 2008, p. 5-6 참조.

7 사전규제, 사후규제 그리고 수단규제와 성과규제의 유형론에 대해 자세한 것은 김유환, 앞의 책(각주 5), 200-201면 참조.

3 네거티브 규제의 실천방안으로서의 규제의 대안

1 '규제의 대안(Alternatives to Regulation)'의 개념과 네거티브 규제

'규제의 대안(Alternatives to Regulation)'이란 정확하게 말하면 명령-통제식 규제(Command and Control Regulation)를 대체하여 질서유지와 리스크관리를 위하여 마련되는 대안을 의미한다고 할 수 있다.[8] 규제Matrix에서 가장 규제의 폐해가 크고 수범자와 규제대상의 자유를 제한하는 것이 명령-통제식 규제라고 할 수 있고 네거티브 규제는 명령-통제식 규제 가운데 포지티브 방식으로 인한 자유의 제한을 방지하고자 하는 것이므로 모든 명령-통제식 규제의 대안은 본질적으로 네거티브 규제의 방향에 부합하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 이유로 규제의 대안에 대한 논의는 본질적으로 네거티브 규제의 실현을 위한 것이라고 할 수 있다. 규제의 대안은 본질적으로 포지티브 방식의 명령-통제식 제한과 규제가 아니기 때문이다.

2 명령-통제식 규제의 대안

명령-통제식 규제의 대안으로 거론되는 것들은 대개 성과규제나 사후규제의 성격을 가지거나 자율규제를 통한 질서유지로서의 방향성을 가지고 있다. 이러한 규제의 대안으로 꼽을 수 있는 것에는 ① 사법의 실체법 규정이나 형사법 규정의 정비, ② 소송제도의 정비 그리고 ③ 경제적 유인책(Economic Incentive)을 통한 리스크 관리와 질서유지, ④ 자율규제와 규제샌드박스 ⑤ 공공계약 등 정부의 영향력을 통한 질서유지와 리스크관리 그리고 ⑥ 보험 등의 보상계획을 통한 리스크관리 등을 들 수 있다. 이 가운데 형사규범을 통한 범죄 구성요건의 설정을 통한 질서유지는 규제Matrix의 일환이 아니라고 할 수는 없지만 국가 차원의 다른 고려가 강하게 반영되는 것이므로 여기에서는 제외하고, 나머지 규제의 대안이 네거티브 규제의 실천방안으로서 어떠한 의미를 가지고 있는지 개별적으로 검토하기로 한다.

---

8 Michael S. Baram, Alternatives to Regulation, 1982, p. 3-7 참조.

Issue Paper

PART 2.

네거티브 규제 실천방안으로서의 규제의 대안 채택을 위한 전제조건

1 규제대안 채택에 있어서의 난점

명령-통제식 규제를 대체하는 규제대안의 채택이 규제개혁의 가장 이상적인 방안이라고 할 수 있지만, 실제로 규제의 대안을 국가제도로 채택하는 것에는 많은 애로사항이 존재한다. 그러한 애로사항으로 들 수 있는 것은 다음과 같다.

① 기본적으로 업무의 관할이 명확한 관료시스템 하에서 관료기구는 통합적 사고를 요하는 규제의 대안의 채택에 대하여 적극적일 수 없다. 관할의 문제를 극복하고 각 부처의 관할권을 벗어나는 대안을 채택하는 데 대하여 각 정부부처는 그다지 강한 동기를 가지기 어렵다.

② 명령-통제식 규제를 가지고 있는 것은 규제의 원인인 리스크가 현실화되었을 때 정부 부처가 가시적인 조치를 취하여 책임을 면할 수 있는 가장 안전한 방편이다. 더구나 규제의 대안이 어떠한 효과를 가질 수 있을지 명확하지 않을 때에는 규제의 대안의 채택은 관료기구로서는 모험이 될 수도 있다.

③ 각 정부 부처로서는 명령-통제식 규제를 가져야 그에 따른 권한을 가질 수 있으므로 그것을 포기하는 것은 관료기구로서는 쉽지 않다.

④ 관료기구가 아닌 국회의원들은 규제대안 채택을 위한 다양한 분석을 실시할 만한 보조인력을 가지고 있지 못하고 다양한 전문가를 활용하는 데 제약을 가지므로 규제의 대안을 입법하는 데 소극적일 수밖에 없다.

2 네거티브 규제 실천을 위한 규제대안 채택을 위한 전제조건

이상과 같은 난점이 존재하기 때문에 네거티브 규제 실천을 위한 방안으로서 명령-통제식 규제를 대체하는 대안을 채택하기 위해서는 다음과 같은 전제조건이 충족되어야 한다.

① 각 부처의 관할권에 얽매이지 않는 총괄적인 정책조정부서가 규제개혁 작업을 시행하여야 한다. 개별 부처가 규제의 대안을 채택하기를 기대하는 것은 매우 어렵다. 국무조정실이나 대통령실과 같은 총괄적 정책조정이 가능한 곳이 중심이 되어야 한다.

② 강한 정치적 영향력을 행사할 수 있는 기구가 이 업무를 담당하는 것이 좋다. 이런 관점에서 우리나라 상황에서는 대통령실이 이 업무의 중심이 되도록 하는 것도 검토해 볼 만하다. 규제의 대안 채택은 경우에 따라서는 사법질서를 변화시키는 것이 될 수 있으므로 행정기관 상호 간의 협의만이 아니라 사법기관과의 협의와 입법기관의 협조가 필요한 경우가 다반사이다.

③ 고도의 정책분석 역량이 필요하다. 규제대안은 규제로서는 강력하지 않다. 질서를 유지하고 리스크를 관리하는 데 있어서 가장 강력한 것은 명령-통제식 규제이다. 이것을 규제의 대안으로 대체하는 것은 신중한 정책분석을 기반으로 하여야 한다. 경우에 따라서는 복수의 규제대안들 사이의 결합이나 약한 명령-통제식 규제와 특정한 규제대안의 결합 등이 검토되어야 할 필요도 있다. 입법영향분석이나 규제영향분석 등의 전문적 방법론이 동원되어야 할 경우도 많을 것이다.

Issue Paper

PART 3.

민사실체법과 소송법 등 구제절차의 수정을 통한 네거티브 규제 실현

1 개설: 민사법질서를 통한 네거티브 규제의 구현

불법행위법 등의 민사법질서는 본질적으로 사후규제 및 결과규제의 성격을 가진다. 어떠한 질서위반의 행위로 손해 등이 발생하였을 때에 사후적으로 그에 대한 손해배상 등의 조치가 이루어지기 때문이다. 따라서 불법행위법 등의 민사법질서를 통한 리스크관리는 네거티브 규제의 한 모습이라고 할 수 있다.

명령-통제식 규제를 철폐하거나 완화한 이후의 질서 유지와 리스크관리를 위하여 또는 명령-통제식 규제가 부적절한 영역에 있어서 민사법질서의 정비로 규제목표를 달성하고자 하는 시도가 있어 왔다. 그동안 우리나라에서 이루어진 제조물책임법의 입법과 징벌적 손해배상제도의 채택은 바로 이러한 규제의 대안으로서 민사법질서를 개편한 경우에 해당된다. 민사법질서는 결국 사법부의 재판기능에 질서유지와 리스크관리를 맡기는 것이므로 소송절차의 개편이 필요한 경우도 있다. 만약 새로운 불법행위제도를 통하여 질서가 유지되고 리스크관리가 잘 이루어진다면 굳이 명령-통제식 규제를 유지할 필요는 없는 것이다. 특별히 불확실성이 지배하는 과학기술 영역의 경우 명령-통제식 규제를 하고 싶어도 불확실성으로 인하여 규제제도를 마련할 수 없기 때문에 사후 책임을 묻는 불법행위법의 개편을 통하여 리스크관리와 질서유지를 꾀하여야 할 필요가 크다. 오늘날 과학기술의 영향력이 커지고 있는 상황에서 새로운 과학기술이 가진 잠재적 위험에 대한 평가에 대해서 전문가들 사이에서도 의견이 일치하지 않는 경우가 많고 위험방지를 위한 방법에 대한 의견도 일치하지 않을 수 있어서 이러한 새로운 과학기술 영역에서의 리스크관리와 위험 분산을 위하여 명령-통제식 규제의 채택이 적절하지 않은 경우가 많아지고 있다. 따라서 이러한 신기술 영역에서의 불법행위법의 개편이 규제개혁의 중요한 화두로 부상하고 있다.

2 불법행위법 등 민사실체법의 개편

1 규제목표 달성을 위한 불법행위법 등 민사실체법의 개편

불법행위법은 본질적으로 하나의 보상체계인 동시에 리스크 관리의 기제이다.[9] 미국에서는 Calabresi 판사가 일찍이 1960년대에 불법행위법의 리스크 분배효과에 대해 역설한 이후[10] 불법행위법에는 큰 변화가 일어났다.[11]

이러한 민사실체법의 개정을 통하여 명령-통제식 규제를 대체하는 리스크관리 효과를 기하려는 방식은 불법행위제도의 공공정책적 기능에 대한 인식과 관련이 있다. 불법행위법은 위험과 손해의 분배에 관한 기준을 제시함으로써 수범자의 법준수와 자발적 리스크관리를 유도할 뿐아니라 과실책임의 추구는 사업자가 배상책임을 면하기 위하여 상품이나 서비스 개선 그리고 위험방지를 위하여 노력하게 하는 예방적 효과를 발생시킬 수 있기 때문이다.[12] 불법행위 제도는 이미 일반적인 제도로 존재하고 있기 때문에 명령-통제식 규제를 대체하기 위한 효과를 내기 위해서는 법정손해배상제나 증명책임의 완화 등의 특별한 규율을 가지는 불법행위제도를 만들어냄으로써 명령-통제식 규제를 대체하고자 하는 것이 일반적이다. 또한 징벌적 손해배상제도나 제조물책임제도의 도입도 그 본질은 새로운 불법행위책임의 창설을 통한 명령-통제식 규제의 대체의 의미를 가진다. 좁은 의미의 불법행위제도는 아니지만 위험책임제도나 상린관계에 대한 규율 변경을 통하여서도 명령-통제식 규제를 대체하는 효과를 가져올 수 있다.[13]

---

9 Cane, Peter, "Using Tort Law to Enforce Environmental Regulations?", 41 Washburn Law Journal 427, 2002, p. 428.

10 Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 Yale Law Journal 499, 1961.

11 Hersh, Joni & Viscusi, W Kip, "Assessing the Insurance Role of Tort Liability after Calabresi", 77 Law and Contemporary Problems 135, 2014, p.135.

12 Michael S. Baram, *supra* note 8, p. 9-11 참조.

13 자세한 것은 김유환, 앞의 책(각주 5), 202-207면 참조.

2 네거티브 규제로서의 징벌적 손해배상제도의 문제점과 개선방향

위와 같은 사법질서의 개편이 실질적으로 효과적인가 하는 점에 대해서는 앞으로 많은 연구가 필요하다. 특히 근래 우리나라에서 여러 법률에 도입된 징벌적 손해배상제도의 경우 과연 이 제도가 효과적인 규제의 대안으로 기능하고 있는지 검토해 볼 필요가 있다. 징벌적 손해배상제도는 결국 피해자가 소송을 통해 구제를 받도록 함으로써 잠재적 가해자로 하여금 위험회피행위를 하도록 하여 규제목표를 달성하고자 하는 것인데 소송에서 이기기 위해서는 많은 정보가 필요하고, 피해자가 그러한 정보를 충분히 확보하기 어렵다면 명령-통제식 규제가 보다 규제목표를 달성하는데 유용하다고 할 것이다.[14]

결과적으로 우리나라의 경우 징벌적 손해배상제도의 활용율이 너무 낮아서 과연 의미 있는 규제제도로 기능하고 있는지 의문이다. 이처럼 활용율이 낮은 이유는 3배수나 5배수의 배상액만으로 피해자가 지속적 거래관계의 '갑'의 위치에 있는 가해자에게 징벌적 손해배상 소송을 제기할 것을 결심하기 어렵다는 점, 그리고 실질적으로 가해자의 과실과 손해를 입증하기 어렵다는 점 등이 애로사항으로 작용하였기 때문이라고 추정된다. 따라서 배상액의 배수를 10배 정도로 높이고 증명책임의 완화 등을 도모함으로써 실제 제도가 작동할 수 있게끔 제도를 설계하는 노력이 필요하다고 본다.

3 민사소송 등 구제절차의 수정

민사실체법의 개편만으로 민사법질서를 통한 질서유지와 리스크관리를 달성하기 힘든 경우에는 실제 소송이 활발하게 이루어지고 피해자가 용이하게 구제를 받을 수 있도록 소송법 등 절차법을 수정하는 것도 고려하여야 한다. 이는 민사법질서를 통한 규제목표 달성이 네거티브 규제로서의 효과를 충분히 나타내도록 하기 위한 추가적 고려사항에 해당한다고 할 수 있다. 예컨대, 손해액 입증이 어려운 경우에 법정손해배상제를 도입한다든가 증명책임의 완화를 꾀한다든가 하는 방법이 있고, 집단적 문제제기를 가능하기 위하여 집단소송제를 도입한다든가 행정청의 책임을 묻기 용이하게 원고적격을 확대한다든가 하는 방법 등이 있다.

---

14 Stephen Breyer et al., Administrative Law and Regulatory Policy, 2022, p. 7 참조.

Issue Paper

PART 4.
Economic Incentive 규제대안을 통한 네거티브 규제 실현

1 네거티브 규제로서의 Economic Incentive 제도

수범자들의 경제적 동기를 자극하여 규제목표를 달성하고자 하는 Economic Incentive를 통한 규제대안은 탄소배출권 거래제도에서 그 전형적인 모습을 발견할 수 있다. 이 제도 하에서 기업은 탄소배출권을 구입함으로써 탄소배출을 합법적으로 할 수 있는 기회를 가질 수 있지만, 탄소배출은 곧 비용을 의미하므로 기업 스스로 비용을 줄이기 위한 노력을 할 수밖에 없는 것이다.

경제적 유인책에는 탄소배출권 거래제도처럼 규제대상 행위를 할 수 있는 권리를 구입할 수 있도록 하는 방식 이외에도 각종 조세와 공과금을 활용하는 방안, 대출과 대출보증을 규제의 대안으로 활용하는 방안, 경쟁의 촉진이나 경쟁의 제한 그리고 공적 소유를 통한 정부부문의 서비스 직접 수행 등의 다양한 방식이 있다. 이러한 하나하나의 방식을 네거티브 규제로 활용하기 위해서는 깊이 있고 광범위한 법경제학적 연구가 이루어져야 할 것이다.

2 Economic Incentive 제도와 기술혁신

탄소세 또는 탄소배출권 제도로 대표되는 경제적 유인책(Economic Incentive)은 단순히 네거티브 규제를 실현하는 방안의 하나에 그치지 않고, 기술혁신을 저해하지 않고 규제목표를 달성시킬 수 있는 중요한 명령-통제식 규제에 대한 대안이라는 점을 간과해서는 안 된다.

이러한 경제적 유인책이 기술혁신을 저해하지 않는 규제수단이 되는 이유는 기업 등의 수범자 입장에서는 규제대상 행위를 하기 위해서는 비용을 지불하여야 하므로 비용을 줄이기 위하여 단순한 회피를 하는 정도가 아니라 기술혁신을 시도할 수밖에 없기 때문이다.

Economic Incentive 또는 Market Incentive를 활용한 규제의 대안은 이처럼 기술혁신을 유도하면서도 규제목표를 달성시킬 수 있는 방안이 될 수 있으므로 분야별로 어떠한 유인책이 효과적인지에 대한 깊은 연구가 필요하다고 할 것이다.[15]

15 규제와 혁신에 대한 고전적 이론적 검토로서 Stewart, Richard B., "Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework", 69 California Law Review 1256, 1981 참조.

Issue Paper

PART 5.

자율규제에 의한 네거티브 규제 실현

1 네거티브 규제로서의 자율규제

1 네거티브 규제로서의 자율규제

자율규제(self-regulation)란 일반적으로 정부의 규제기관이 아닌 민간 부문의 개별기업이나 조직화된 전문단체 또는 동업자단체가 구성원이나 산업체의 행위를 통제하도록 하는 것을 말한다.[16] 그러므로 자율규제란 피규제자 스스로의 자기통제이므로 이를 규제Matrix의 일환으로 볼 수는 있지만 정부규제나 명령-통제식 규제의 범주에 포함시킬 수는 없다. 이런 이유로 자율규제는 피규제자에게 부담을 덜어주고 자유를 주는 것으로서 네거티브 규제의 일환이라고 할 수 있다.

그러나 오늘날 자율규제도 다양한 형태로 분화 발전되고 있으므로 자율규제 모두를 명령-통제식 규제와 전혀 관련이 없는 것이라고 치부할 수는 없다. 개념상 자율규제에는 임의자율규제도 있지만 위임자율규제(mandated self-regulation)가 있고 후자의 경우에는 자율적인 강령 위반에 대해 벌칙을 규정하거나 자율강령준수가 규제준수로 간주되는 등 자율질서 준수에 일정한 법적 효력이 인정되고 있다.[17] 그러므로 영미권에서

16 김유환, 앞의 책(각주 15), 211면.

17 김유환, 앞의 책(각주 15), 212면.

지칭되는 공동규제(co-regulation)나 메타규제(meta-regulation) 그리고 독일에서 개념화된 규제된 자율규제(regulierte Selbst-Regulierung) 등의 개념은 모두 일정 부분 정부의 역할을 인정하고 있는 것이므로 순수한 자율규제와는 다른 성격의 것이다. 그러나 어쨌든 정부의 일정한 감시역할을 인정한다고 하더라도 규제의 중심내용을 자율적으로 정하는 것이라면 그것은 네거티브 규제의 방향에 부합하는 것이고 이를 실질적 의미의 네거티브 규제에 해당한다고 하여야 할 것이다. 따라서 자율규제를 잘 활용하는 것이 네거티브 규제라는 규제개혁 방향에 일치한다고 생각된다.

2 | 자율규제의 전제조건과 네거티브 규제 실현을 위한 한국적 모델의 모색 필요성

자율규제는 규제대상에 존재하는 불확실성이나 정부의 규제능력의 한계영역에서 피규제자 스스로가 리스크를 관리하도록 하는 시스템이다. 그러므로 자율규제라는 방식을 채택하기 위해서는 자율적 규제시스템이 건전하게 작동할 수 있다는 확신이 필요하다. 자율규제의 자율적 규제시스템은 원래 동일 영역의 전문가들이 서로 견제할 수 있다는 전제 하에 작동한다. 전문가 peer group이 자신의 전문성의 영역에서 일어나는 부당한 행동 등을 서로서로 감시하고 견제하여 리스크를 관리할 수 있어야 한다는 것이다. 이러한 대전제가 성립하지 않는다면 자율규제는 "고양이에게 생선을 맡긴다."라는 속담을 실현한 것에 지나지 않는다. 따라서 자율규제의 성공을 위해서는 어떤 형태로든 peer group에 의한 견제와 감시가 실질적으로 형성되도록 기반을 마련하여야 한다. 우리나라 상황에서 전문가층이 두텁지 않은데다가 문화적으로 peer group 사이에서 견제가 용이하지 않는 등 여러 가지 이유로 이러한 peer group에 의한 견제와 감시가 건실히 이루어지기 어렵다. 따라서 순수한 자율규제가 제대로 작동하리라고 기대하기는 어렵다고 본다. 그러므로 우리나라에서의 자율규제의 채택은 위임된 자율규제를 중심으로 하는 것이 타당하다고 본다. 위임된 자율규제에 있어서도 세계적으로 다양한 방식이 활용되고 있기 때문에 이에 대한 깊이 있는 연구가 필요하다. 가장 중요한 것은 자율규제의 기준의 설정이 공정하고 규제목표에 적실하게 이루어지도록 감시하는 것과 규제기준의 적절한 이행이 담보되도록 하는 장치를 마련하는 것이라고 본다.

3 | 자율규제와 다른 규제 Matrix의 연계

우리나라의 상황이 peer group에 의한 견제와 감시 기능에 대한 신뢰를 하기 어렵다면 이에 대한 보완책으로 일정 정도의 정부의 관여를 통해 그러한 문제를 해결하는 것이 바람직하지만 정부의 관여가 매우 부적절할 때에는 어떻게 할 것인가가 문제된다. 그러한 경우에 네거티브 규제의 정책 방향을 온전히 추구하기 위하여 다른

규제대안들을 자율규제와 연계하는 방안을 검토할 필요가 있다. 예컨대 자율규제시스템과 새로운 불법행위법을 연계한다든가, 자율규제와 보험제도의 개편을 연계한다든가 하는 등의 방안이다. 이러한 다양한 규제Matrix의 조합에 대한 연구도 네거티브 규제의 실천방안을 위한 연구로 매우 긴요하다고 본다.

2 네거티브 규제 실천방안으로서의 규제샌드박스 제도

문재인 정부는 규제개혁의 상징적인 조치로 규제샌드박스 제도를 도입하여 이 제도는 오늘날 까지 유지되고 있다. 현행 규제샌드박스 제도에 대해서 다양한 평가가 이루어지고 있지만 대체적으로 현행의 제도가 원래의 목표를 충실히 달성하고 있는가에 대해서는 쉽게 긍정적으로 답하기 어렵다. 그동안 이 제도가 가져온 긍정적 효과를 부인할 수는 없지만 좀 더 네거티브 규제로서의 기능을 충분히 나타낼 수 있도록 제도 개선이 필요하다고 본다.

이와 같은 제도 개선의 관점에서 규제샌드박스 제도는 본질적으로 자율규제를 전제하는 제도라는 점을 분명히 할 필요가 있다. 정부규제가 아직은 섣부른 영역, 부적절한 영역에서 규제샌드박스제도가 큰 의미를 가지기 때문이다. 향후 한국형 규제샌드박스의 발전을 위해서는 규제샌드박스가 본질적으로 자율규제를 전제로 하고 있다는 점에 착안한 보완이 있어야 할 것이다.

다음으로 규제샌드박스 제도는 규제당국과 피규제자의 소통을 매우 중요시하는 제도여야 한다. 단순히 규제당국이 어떤 새로운 기술을 활용하는 기업의 활동을 허용하였다는 점만이 중요한 것이 아니라 그러한 새로운 기술을 활용한 제품이나 서비스가 장차 어떠한 위험을 가져오고 그 위험을 어떻게 정부 차원에서 관리할 것인가 하는 아이디어를 규제샌드박스 운용과정에서 얻도록 하여야 한다. 따라서 규제당국과 피규제자 사이의 소통이 매우 중요하다.

오늘날 산업체들이 규제샌드박스 제도를 반기면서도 한편으로는 이를 또 다른 규제에 불과하다고 불평하는 것은 위에 지적한 대로 규제샌드박스제도의 자율규제로서의 측면이 무시되고 규제당국과 피규제자 사이에 소통이 원활하지 않은 결과, 결국 규제샌드박스가 단순히 종전방식의 규제의 다른 모습으로 비추이고 있기 때문이라고 생각한다.

Issue Paper

PART 6.

기타 규제대안을 통한 네거티브규제 실현

1 공공계약 등 정부의 영향력을 통한 네거티브 규제실현

규제의 대안은 피규제자나 규제대상의 활동이나 양상에 영향을 줌으로써 명령-통제식 규제제도를 채택하지 않으면서도 규제목표를 달성하고자 하는 것이므로 반드시 고정된 제도를 전제로 하는 것이 아니다. 따라서 중앙정부나 지방정부 또는 공공기관이 공공계약을 체결하면서 피규제자나 규제대상의 활동과 양상을 제한하는 방식도 얼마든지 가능한 규제의 대안에 해당될 수 있다. 예컨대 환경법 위반자들은 공공계약을 체결하지 못하도록 하는 방안 등이 그것이다.[18] 이외에도 정보공개와 공표, 교육이나 홍보 등 다양한 정부활동을 통해서도 규제목표를 달성할 수 있다면 네거티브 규제의 실을 기할 수 있을 것이다.[19]

18 Michael S. Baram, *supra* note 8, p.109 참조.

19 김유환, 앞의 책(각주 15), 217-220면 참조.

2 보험 등 보상계획을 통한 네거티브 규제실현

산업재해보험 등 보험제도는 보험회사가 비용을 줄이기 위하여 여러 가지 노력을 하는 가운데 리스크를 관리할 수 있는 대안이 되며 리스크가 현실화되었을 때에도 이에 대한 보상이 가능하게 되어 위험을 분산하는 효과를 가질 수 있으므로 효과적인 규제의 대안이 될 수 있다. 다만 보험이나 기타의 보상계획만으로 바람직한 실질적인 규제 효과를 달성할 수 없는 경우가 많으므로 이러한 방식의 네거티브 규제 실현방안은 보조적 수단으로 활용하는 것이 적절한 경우가 많다고 본다.

Issue Paper

PART 7.
결어

네거티브 규제라는 정책방향을 실현시키기 위해서는 실질적으로 네거티브 규제가 지향하는 목표를 달성할 수 있다면 형식에 구애받지 않고 다양한 방법, 다양한 규제Matrix를 동원하도록 하여야 할 것이다. 이러한 실천적인 관점에서는 실질적 의미의 네거티브 규제 개념이 채택되어야 할 것이다.

그리고 이러한 관점에서 보면 다양한 규제의 대안과 그들의 조합 그리고 약한 명령-통제식 규제와 규제대안의 조합 등에 대한 광범위한 연구가 규제개혁을 위하여 이루어져야 한다. 본고에서 다룬 것은 일반론이지만 실질적으로 규제개혁의 효율적 실천을 위해서는 일반론의 범주를 벗어나 각 산업별, 규제영역별로 적절한 규제대안과 다른 규제대안의 조합 그리고 명령-통제식 규제와 규제대안의 결합에 대한 연구가 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

REFERENCES

[국내 문헌]

- 김유환, 『행정법과 규제정책』, 삼원사, 2017
- 김유환, 황태희, 『규제방식의 유형과 개선방안에 관한 연구』, 규제개혁위원회, 2008

[해외 문헌]

- Aman Jr., Alfred C., "Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of Administrative Presidency", 73 Cornell Law Review 1105, 1988
- Baram, Michael S., Alternatives to Regulation, 1982
- Breyer, Stephen, et al. Administrative Law and Regulatory Policy, 9th ed. 2022
- Cane, Peter, "Using Tort Law to Enforce Environmental Regulations?", 41 Washburn Law Journal 427, 2002
- Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 Yale Law Journal 499, 1961
- Coglianese Cary, Management-based Regulation: Implications for Public Policy, OECD Working Party on Regulatory Management and Reform 보고서 GOV/PGC/REG, 2008
- Hersh, Joni & Viscusi, W Kip, "Assessing the Insurance Role of Tort Liability after Calabresi",

77 Law and Contemporary Problems 135, 2014

• Stewart, Richard B., “Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework”, 69 California Law Review 1256, 1981

이슈페이퍼 23-21-10

네거티브 규제의 실천방안으로서의 규제대안 검토

발행일 2023년 7월 31일
발행인 한영수
발행처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15 (반곡동, 한국법제연구원)
T. 044)861-0300 F. 044)863-9915
등록번호 1981. 8.11. 제2014-000009호
http://www.klri.re.kr

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
2. 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 979-11-92875-72-9 93360

KLRI
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

비매품

93360
9 791192 875729
ISBN 979-11-92875-72-9

OPEN
출처표시
공공누리 공공저작물 자유이용허락