

## 뉴거버넌스의 헌법적 함의와 제문제\*

### A Study on the Constitutional Implications and Problems of New Governance

유 은 정(Yoo, Eun Jung)\*\*

#### ABSTRACT

In many public policy areas, new governance mechanism has been adopted and practiced in the US, but as to the constitutional status of new governance, it is still hard to find comprehensive effect of new governance on constitutional law. Nevertheless, both the causes which give rise to new governance movement and the benefits which new governance would bring to the traditional government structure and regulatory regime, its deliberative and participatory device and process of enhancing transparency and accountability of the actors in decision-making, lead us to expect the possibility of new governance to transform traditional constitutional law and legal regime, even though new governance is not to be applied to every area of public policy and the concept of constitutional law and traditional legal regulation continue to be needed and take an important role in social change with new governance mechanism.

New governance has been employed in policy making and administrative process of not only national, regional and local government but also international organization in its diverse forms including Korea. In modern states which can be characterized as democratic constitutional, administrative, and welfare state, new governance seeks participatory and deliberative democracy and has been expected to implement principle of democracy and rule of law(rechtsstaat principle) in more creative and flexible ways, and also it has been asserted that new governance has presented its possibility which active fundamental rights of the people might be more affirmatively and directly realized. However, the selection of the non-state actors to participate in and their decision through new governance program have revealed the problems and difficulties of fairness, transparency, and democratic legitimacy which are components of principle of democracy and rechtsstaat as well. New governance, competing, supplementing and transforming traditional legal regulation as well as directed and limited by the latter and most of all, also allowed by constitutional law would bring new insight and ways to ensure democratic legitimacy and accountability of government in modern administrative government era. Moreover, it is expected that new governance will make a difference in understanding and realizing positive right in constitutional law.

\* 이 논문은 2013년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음  
(NRF-2013S1A5A8025517)

\*\* 숙명여자대학교 법학부 부교수

Key words: new governance, democratic experimentalism, rule of law, democratic legitimacy, accountability, decentralization

## I. 들어가면서

거버넌스는 행정학, 정치학과 사회학, 경영학 등 여러 학문분야에서 자주 등장하는 중요한 개념 중의 하나이며, 각 학문과 학자들에 따라 거버넌스라는 용어가 다양하게 정의되어 왔다.<sup>1)</sup> 행정학에서 뉴거버넌스이론은 1980년대 이후에 나타난 이론으로 전통적으로 거버넌스가 계층제에 의존하던 형태에서 벗어나, 즉 국가만을 지배의 주체로 보는 것이 아니라 정부와 기업, 시민사회가 공공부문에 참여하여 네트워크를 구성하고 이를 통해 공공문제를 해결하는 방법을 지향하는 이론을 일컫는다.<sup>2)</sup> 우리 행정학계에서는 거버넌스를 지배의 유형으로 표현하는 것은 너무 강하고, 관리라고 번역하기에는 너무 약한 인상을 주기 때문에 차라리 ‘거버넌스’라는 표현을 그대로 사용하자는 주장이 다수견해라고 한다.<sup>3)</sup> 거버닝에 참여하는 주체가 정부만이 아니라 기업, 시민사회 등으로 확대가 됨으로써 뉴거버넌스의 새로운 개념은 정부 또는 국가와 시민사회의 전통적인 이분법적인 인식에 변화를 가져왔으며 과거

- 1) 김석준 외, 『뉴거버넌스 연구』, 대영문화사, 2000, 28-29쪽; 김정식, “공공거버넌스 개념의 구성요소 분석과 시사점- ‘대안적 국정운영 패턴’ 가능성 제기를 중심으로 -”, 『경찰학연구』 제9권 제2호, 2009, 5쪽 재인용. 전광석은 사회과학적 논의에서 거버넌스의 개념이 불명확한 여러 가지 원인을 제시한다. 자세한 내용은, 전광석, “공공거버넌스와 공법이론 구조이해와 기능”, 『공법연구』 제38집 제3호 2010, 166-167쪽.
- 2) 다른 학문에서의 뉴거버넌스에 대한 논의는 지면의 한계로 법학적 논의에 초점을 두기 위하여 간략하게만 언급한다.  
[http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic\\_view.php?num=865&page=23&term\\_cate=&term\\_word=&term\\_key=&term\\_auth=](http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic_view.php?num=865&page=23&term_cate=&term_word=&term_key=&term_auth=) 온라인행정학사전 (2014.10.21.)
- 3) 최영출 등은 거버넌스 라는 용어의 다기성 때문에 아직 우리나라에 통일된 번역용어가 없고, ‘국정관리’, ‘협치’라고 일컫는 경우도 있으며, ‘거버넌스’를 번역하지 않고 그대로 사용하기도 한다고 하면서, ‘국정관리’라는 표현도 부적절하다고 한다. 최영출 외, 『지역 경쟁력 강화와 로컬 거버넌스』, 대영문화사, 2006, 17쪽; 유재원·소순창, “정부인가 거버넌스인가? 계층제인가 네트워크인가”, 『한국행정학보』 제39권 제1호, 2005; 김정식, 앞의 글, 5쪽 재인용. 김정식은 같은 글 26쪽에서 거버넌스의 개념 속성에 처방적 성격과 현상으로서의 성격을 갖고 있다는 설명에 어울리는 거버넌스의 정의를 ‘대안적 국정운영의 양식’이라고 한다. 헌법적으로 보면 특히 거버넌스이론은 한편으로는 대의제원리와, 그리고 다른 한편으로는 복지국가 및 법치국가원리와 접점을 형성한다. 전광석, 앞의 글, 170쪽 이하 참조. 그 밖에 거버넌스이론에 대한 법학연구논문으로, 김현경, “차기정부의 “정보화 거버넌스”와 법적 과제”, 『공법학연구』 제13권 제4호, 2012; 김해룡, “법치주의에 대한 신공공관리체제 (New Public Management) 발전의 영향”, 『외법논집』 제25집, 2007; 권영설, “변화하는 헌법과 거버넌스”, 『연세 공공거버넌스와 법』 제3권 제1호, 2012; 이두희, “뉴거버넌스”, 『고시연구』 제33권 제2호 2006.2; 류병운, “세계행정법”, 『행정법연구』 제16권, 2006.10, 2.; 홍석한, “세계화에 따른 주권의 변화에 관한 헌법적 고찰”, 『공법학연구』 제10권, 제2호, 2009 등 참고.

수직적, 위계질서적인 정부의 통치와 다양한 이해관계자의 권력의 공유에 따른 헌법상 주권 논의의 새로운 요청을 불러왔다.<sup>4)</sup> 특히 권력의 공유, 즉 중앙정부와 지방정부, 시민사회와 이해관계자의 권력공유와 이들의 참여로 인한 정책의 결정, 그리고 연성법(soft law)의 문제는 전통적인 민주주의와 법치주의의 근간을 이루는 입법부인 의회의 국민대표성 및 법치국가원리의 의회유보 및 법률유보를 통한 의회와 행정부의 국민에 대한 민주적 정당성과 책임성의 확보와 관련하여 의문을 제기하는 반면 뉴거버넌스는 완전히 새로운 논의와 방법은 아니라고 할 수 있으나 한층 고양된 참여적이고 숙의적인 민주주의를 제안한다.

이하에서는 뉴거버넌스의 의미 및 특성을 살펴보고, 법과 뉴거버넌스의 관계<sup>5)</sup> 및 뉴거버넌스의 헌법적 문제점과 대응을 고찰한다. 따라서 전통적인 통치기관이 아닌 시장과 시민사회의 정책결정과 집행에의 참여에 관련하여 헌법상 민주국가 원리, 특히 대의제원리와의 조화문제, 법치주의 원리와의 관계와 문제점, 연성법(soft law)의 사용에 따른 전통적인 권리 이론과 소송중심이 아닌 이해관계자의 참여를 통한 개인의 권리 보호와 사회적 정의와의 관계 등과 관련한 뉴거버넌스에 대한 비판과 헌법적 문제점 등을 검토하고, 헌법적 조화점을 모색하는 뉴거버넌스 학자들의 대응을 통하여, 뉴거버넌스의 헌법적 함의를 고찰하고자 한다.

본 논문의 뉴거버넌스제도 및 헌법이론적 검토는 뉴거버넌스와 법에 관한 본격적인 논의를 시작한 미국의 연구를 중심으로 한다.<sup>6)</sup> 뉴거버넌스라는 우리 헌법학에서는 다소 생소한 주제의 방대한 범위와 내용을 소개하고 검토하기 위하여 우리나라의 뉴거버넌스 논의와 사례는 포함하지 않는다. 마찬가지로 뉴거버넌스의 법과 정책 및 헌법적 함의에 대한 논의가

4) Amy J. Cohen, "Governance Legalism: Hayek and Sabel on Reason and Rules, Organization and Law", 2010 Wisconsin Law Review 357 (2010).

5) Louise G. Trubek, "New Governance and Soft Law in Health Care Reform", 32-SPG Admin. & Reg. L. News 4 (2007), 4; David M. Trubek & Louise G. Trubek, "Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination", 11 Eur. L. J. 343 (2005); Mark Dawson, 『New Governance and the Transformation of European Law, coordinating EU Social Law and Policy』, Cambridge University Press, 2011 등 참조.

6) 미국의 논의를 중심으로 한 뉴거버넌스와 법에 대하여 탐색적으로 고찰한다. 물론 미국의 경우 공공서비스, 교육이나 복지와 같이 정부가 전통적으로 담당해온 많은 영역이 민간에 의하여 주도되는 점, 공법과 사법의 구별이 대륙법계 국가와 같은 정도의 의의를 가지지는 않는 것으로 인식되어 왔다. 그러나 특히 사인에 의한 기본권 침해로부터의 보호와 관련한 국가행위의제론의 발전 및 정부의 고유한 임무를 계약을 통해서 수행하는 경우 완전한 사법의 영역에 속하는 것이 아니라 정부감독 등 공법적 요소가 들어간다는 점, 그리고 우리나라의 행정계약도 공법적 성격과 사법적 성격이 공존하며, 공공조달계약에 대하여도 사법의 영역으로만 보는 관점에 대한 수정이 요구된다는 점 등에서(이원희 외, "재정운용수단으로서의 행정 계약", 공공기관연구센터 한국조세재정연구원, 2014, 121쪽), 비록 뉴거버넌스 관행의 광범위성이나 수준에 있어서는 현재 미국과 우리나라의 사정에 아직은 차이가 있으나 우리나라에서도 다양한 학문과 행정에서 널리 논의되고 실재하는 뉴거버넌스의 헌법적 함의를, 이 용어를 처음 도입하였을 뿐 아니라 법학 특히 행정법 분야에서 상당히 진행된 미국의 논의를 탐색적으로 고찰하는 것으로부터 시작하는 것은 당연하다.

EU에서 활발하게 이루어지고 있음에도 불구하고 지면의 한계로 본 논문에서는 EU 뉴거버넌스의 논의는 생략한다.

## II. 뉴거버넌스의 이해

### 1. 뉴거버넌스의 개념

유럽과 미국의 뉴거버넌스 연구는 민주적 경험주의<sup>7)</sup> 프로젝트의 Charles Sabel 및 그의 동료들의 연구에 중심을 두고 있으며, 민주주적 경험주의는 John Dewey의 20세기 초의 실용주의 전통에 의지한다.<sup>8)</sup> 경험주의의 주제 중의 하나가 바로 모든 것을 포섭하는 정치적인 이데올로기나 역사적 메타내러티브를 거부하는 것이기 때문에 뉴거버넌스라는 경험주의의 기본메시지 또는 핵심철학을 정의하는 것은 매우 어려울 뿐 아니라,<sup>9)</sup> 뉴거버넌스에 대한 절대적인 통일적 개념정의는 오히려 뉴거버넌스의 본질과 조화될 수 없다.<sup>10)</sup>

뉴거버넌스는 규범적인 측면을 가지긴 하지만, 전통적인 명령과 통제(command-and-control) 형식의 법제도라는 공식적인 메커니즘을 통하여 일차적으로 또는 전혀 작용하지 않는 다양한 프로세스와 관행을 설명하기 위하여 개발된 구조물 또는 관념이라 할 수 있다.<sup>11)</sup> 정부(government)가 아니라 거버넌스라는 용어 자체만으로도 전통적인 정치-법 제도의 독점으로부터의 변화를 의미하는 것이고 고전적인 정부 행위자(actor) 외의 다양한 행위자들의 참여 또는 실제로 EU 등 초국가적 맥락에서 그러하듯이 어떤 전통적인 정부프레임의 부재를 의미하기도 한다.<sup>12)</sup> 또한 뉴거버넌스 메커니즘의 공통된 특징은 전통적인 법제도와 비교할 때 명령과 통제를 강조하는 대신에, 유연하며 위계적인 성격이 약하고, 통일된 결과물의 산출에는 덜 집중한다.<sup>13)</sup> 이와 같이 뉴거버넌스는 그 이름이 암시하는 것처럼

7) 저자들의 정의에 따르면 민주적 경험주의란 연방의 학습(federal learning)과 연방을 구성하는 하위조직의 이익과 개인의 권리의 보호를 결합하는 공공문제 해결의 총괄구조를 칭한다. Michael C. Dorf and Charles F. Sabel, "A constitution of democratic experimentalism"(이하 A constitution), 98 Columbia Law Review 267, 1998, 288쪽.

8) Michael Wilkinson, "Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism", Wisconsin Law Review Symposium Issue on New Governance and the Transformation of Law, 2010 Wis. L. Rev. 673, 2010, 677쪽.

9) 위와 같음.

10) Grainne de Búrca and Joanne Scott, "Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism" in *Law and New Governance in the EU and the US* (edited by Grainne de Búrca and Joanne Scott)(이하 Introduction), Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2006, 3쪽.

11) de Búrca and Scott, Introduction, 3쪽.

12) 앞의 책, 3쪽.

13) 위와 같음.

주로 전통적인 규제방법, 즉 뉴거버넌스가 아닌 것과의 대조를 통하여 식별할 수 있으며, 뉴거버넌스의 새로움은 시간적으로 최근이라는 것에 있지 않고 오히려 전통적인 규제방법, 법제도와 구별된다는 점에서 찾을 수 있다.<sup>14)</sup>

뉴거버넌스의 개념정의들을 종합하면 전통적으로는 규제가 달성하고자 하는 목적이 입법, 행정규제, 그리고 사법적 집행이라는 과정을 통하여 배타적으로 추구되는 반면에, 이러한 명령과 통제라는 전통적인 규제와는 다양한 면에서 구별되는, 즉 실험을 촉진하고, 이해관계자가 해결책을 스스로 고안하도록 정책결정과 이행에 참여시키거나 광범위한 프레임워크, 유연한 규범, 수정 가능한 기준들을 사용하거나, 벤치마킹, 지표 그리고 책임성을 확보하기 위한 동료평가(peer review)를 사용하는 과정이나 절차들을 총괄하여 뉴거버넌스라고 한다.<sup>15)</sup> 즉 뉴거버넌스는 세계화, 기술화의 흐름에서 더 나은 정부구조, 권력구조를 찾으려는 노력이며 제안이라고 할 수 있다.<sup>16)</sup>

## 2. 뉴거버넌스의 특징

뉴거버넌스는 20세기 경제조직의 혁신에 의하여 영향을 받았으며, 특히 Toyota 제조시스템<sup>17)</sup>에 의해 예시된 모니터링을 통한 학습과 지속적인 개선의 관행을 반영한다.<sup>18)</sup> 미국에

14) 앞의 책, 3-4쪽. 그러나 분석의 객체를 정의하기 위하여 이러한 이분법적, 대립적 논의방법은 전통적인 규제방법으로 추정되는 것들과 더 실험적인 접근 즉 뉴거버넌스 사이의 차이점을 과장하고 이들 사이의 연속성을 감춘다는 점에서 한계가 있다.

15) David M. Trubek and Luise G. Trubek, *New governance & legal regulation*, 541쪽. 국제행정법(global administrative law), 신행정관리(new public management), 뉴거버넌스(new governance) 그리고 부드러운 법(soft law) 등과 같은 다양한 여러 용어들이 거버넌스와 그리고 이와 비슷한 발달로의 전환에 있어서의 법적 함의를 설명하기 위하여 사용되었으며, 거버넌스는 제도이론(systems theory), 법적 다원주의(legal pluralism), 그리고 민주적 경험주의(democratic experimentalism) 등의 서로 다른 이론적 관점들로부터 형성되었다. Wilkinson, 앞의 글, 674쪽. 서로 동일한 내용을 가지고 있지는 않지만, 위에서 언급한 특성을 공통적으로 가지기 때문에, 일단 여러 학자들이 일반적으로 지칭하는 바와 같이 저자는 이러한 학문적 경향을 뉴거버넌스라고 통칭하겠다(번역상 필요한 부분에서는 거버넌스라는 용어를 사용한다). 동지: Wilkinson, 앞의 글, 674; Douglas Nejaime, "When New Governance Fails", 70 Ohio St. L.J. 323(2009), 325쪽.

16) Jamie Alison Lee, "'Can you hear me now?': making participatory governance work for the poor", 7 Harv. L. & Pol'y Rev. 405 (2013), 411쪽. 구체적 사례를 위해 참고.

17) 주류 법학의 법이론의 기본적 전제와 대조비교하면서 새로운 성격의 법학을 암시하면서 뉴거버넌스에서 자주 언급하는 Toyota 제조시스템(Toyota Production System)은 종합적 품질경영/지속적인 품질개선(Total Quality Management/Continuous Quality Improvement-TQM/CQI)의 철학을 수용하여 GM을 능가하게 된 일본 Toyota 자동차제조시스템의 성공사례를 일컫는다. 이 철학의 중심개념은 물품의 품질에 있어서의 편차와 같은 제조과정의 **문제들을** 제조과정에 참여하는 사람들이 잠재적인 시스템의 하자에 대하여 생각하고, 제조시스템의 퍼포먼스와 품질을 향상시킬 장기적인 해결책을 개발할 수 있는 학습기회로 본다. 많은 뉴거버넌스 학자들은 이러한 Toyota 제조시스템의 경영철학이 미국을 비롯하여 국제적인 규제거버넌스의 새로운 동향의 배후에 있는 발상을 반영한다고 생각한다. Chih-Ming Liang, "Boundary doctrine as a research approach for new governance: the

서 뉴거버넌스 메커니즘은 입법에도 포함되어 있으며, 법원 및 행정기관, 사익 및 공익 법인들에 의해 사용되고 있다.<sup>19)</sup> 특히 뉴거버넌스는 금융규제, 공교육 개혁, 그리고 빈곤구제 법 등의 다양한 분야에서 작용하고 있으며, 뉴거버넌스 동향이라고 집합적으로 일컬어지는 이러한 제안들에 공통적인 원칙 또는 특징들을 확인할 수 있다.<sup>20)</sup>

Orly Lobel은 뉴거버넌스의 비전과 평가에 대하여 종합하고 비판적으로 검토하면서<sup>21)</sup> New Deal 규제주의 시대에서 리뉴 딜(Renew Deal) 거버넌스 패러다임으로의 전환을 주장하는 현대 법사상의 여러 동향을 지목하면서, 23개의 다양한 이름으로<sup>22)</sup> 나타난 뉴거버넌스 제안 또는 리뉴 딜 거버넌스(renew deal governance)의 구성원칙(organizing principle)으로 8개의 공통된 성격을 밝힌다.<sup>23)</sup> 이하에서는 Lobel의 논의를 중심으로 뉴거버넌스 메커니즘의 특징을 검토한다.<sup>24)</sup>

health care quality movement and its implication on malpractice as a case study”, dissertation, University of Wisconsin Law School, 2013, 2-3쪽.

- 18) 자세한 내용은 William H. Simon, “Toyota Jurisprudence: Legal theory and rolling rule regimes”, in *Law and New governance in the EU and the US*(이하 *Toyota Jurisprudence*), 37, 44-45쪽; Charles F. Sabel and William H. Simon, “Minimalism and experimentalism in the administrative state”(이하 *Minimalism and experimentalism*), 100 *Geo. L.J.* 53 (2011), 80쪽.
- 19) 위와 같음. 우리나라에서도 여러 분야에서 뉴거버넌스 메커니즘을 이미 사용하고 있다. 2015년 12월 22일 「환경오염시설의 통합관리에 관한 법률」이 제정·공포되었고, 2017년부터 점진적으로 시행되는 통합환경관리제도가 그러한 예이다. 통합환경관리법에서는 사업장에 해당되는 사항을 중심으로 환경오염물질 배출을 최소화할 수 있도록 허가조건과 허가배출기준을 맞춤형으로 부여할 수 있게 하였다. 환경부의 환경오염시설의 통합관리에 관한 법률 및 통합환경관리제도에 대한 설명 참조. <http://m.me.go.kr/issue/iem/> (2016.2.29.방문)
- 20) 뉴거버넌스 특징에 대하여 다음 참조: Lee, 앞의 글, 405쪽 이하; Lisa Blomgren Bingham, “The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance”, 2010 *Wis. L. Rev.* 297 (2010); Nejaime, 앞의 글, 329쪽 이하; Sabel and Simon, *Minimalism and experimentalism*, 79, 80-82쪽.
- 21) Orly Lobel, “THE RENEW DEAL: THE FALL OF REGULATION AND THE RISE OF GOVERNANCE IN CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT”(이하 *The Renew Deal*), 89 *Minn. L. Rev.* 342(2004),
- 22) Lee, 앞의 글, 각주 6; Lobel, *The Renew Deal*, 346-347쪽: 반사적 법(reflexive law), 부드러운 법(soft law), 협력적(collaborative) 거버넌스, 민주적 경험주의(democratic experimentalism), 대응적 규제(responsive regulation), 외부위탁규제(outsourcing regulation), 재구성적 법(reconstitutive law), 탈규제적 법(post-regulatory law), 재활성 규제(revitalizing regulation), 규제 다원주의(regulatory pluralism), 탈중심화 규제(decentering regulation), 메타규제(meta-regulation), 계약주의법(contractarian law), 의사소통 거버넌스(communicative governance), 협상된 거버넌스(negotiated governance), 불안정화 권리(destabilization rights), 협력적 이행(cooperative implementation), 상호적 준수(interactive compliance), 공적 실험실(public laboratories), 심화 민주주의와 강화된 참여 거버넌스(deepened democracy and empowered participatory governance), 실용적 변호사직무(pragmatic lawyering), 비경쟁적 파트너십(nonrival partnerships), and 대담한 법체계(a daring legal system).
- 23) 자세한 내용은 Lobel, *The Renew Deal*, 371-404쪽 참조.
- 24) Lobel은 리뉴딜 거버넌스라는 표현을 쓰지만 본 논문에서는 용어의 혼동을 피하기 위해 뉴거버넌스

## (1) 참여와 파트너십

행정법은 행정부서의 규제정책입안권한이 그들의 지식, 정보 그리고 전문성에 기초한다는 관념 하에 발달하였다.<sup>25)</sup> 이러한 행정부의 전문성에 대한 강조는 위임의 범위로부터 집행 단계까지 어느 정도의 일탈과 재량을 허용하고, 행정부 전문가에게 위임하고 이들의 판단을 존중하는 내용의 법원칙이 발달하게 되었다. 외부와의 공조 또는 파트너십은 전문가 행정부가 사적인 이해에 따라 행동하게 될 우려와 사적 영역(피규제산업)의 외압에 영향을 받을 가능성 때문에 행정국가의 전문성과 정당성에 대한 위협으로 생각되었다.<sup>26)</sup> 그러나 뉴거버넌스 모델은 이러한 전통적인 가설에 도전하여<sup>27)</sup> 법적 절차의 다양한 단계에서 더 많은 다양한 행위자들을 포함시켜 결정의 영역을 확장하며 새로운 세력을 참여시킴으로써 전문성과 실험의 형태를 다양화하고, 시민들이 능동적인 역할을 수행하게 함으로써 규범적 권한의 행사를 다원화한다.<sup>28)</sup>

## (2) 협력

전통적인 규제모델 하에서는 산업과 개인은 규제의 대상일 뿐이었으며, 행정부의 독립된 소규모 전문가집단이 엄격한 지표들에 따라 방대한 계산을 하여 정책을 결정하기 때문에 정보는 선택적으로만 위로 흘러가는 반면 결정은 위에서 아래로 흐른다.<sup>29)</sup> 그리하여 규제 모델에서 규제자와 피규제자가 대립적인 관계라면 거버넌스 모델에서는 피규제자일 뿐이었던 개인들은 규범을 생산하는 주체가 된다. 즉 개인들은 행위규범을 발전시키는 과정에 참여하며 그러한 규범을 변경하기도 한다. 거버넌스 모델은 지속적인 상호작용과 책임을 공유하는 것에 기초한 협력적 거버넌스를 신장하며, 파트너십, 수평적 관계, 그리고 양방향적 소통을 중요시한다.<sup>30)</sup> 이러한 협력적 체제에서의 정부의 역할은 규제자요 통제자가 아닌 촉진자가 되며 법은 명령하는 행위이기보다 공유된 문제의 해결과정이 된다. 정부, 산업, 시민 사회단체는 모두 정책목적을 달성하기 위하여 책임을 분담하게 되고 산업은 단순히 자신들의 경제적 또는 정치적 이익만 추구하는 것이 아니라 공통된 목적을 찾기 위한 일정한 역할을 담당하도록 요구된다.<sup>31)</sup>

로 통일하여 사용한다. Lobel의 뉴거버넌스의 특성에 대한 설명은 본고에서 소개하는 것보다 훨씬 방대하다. 본고는 뉴거버넌스의 특성을 뉴거버넌스모델의 이해를 돕기 위하여 간략히 설명한다.

25) Lobel, *The Renew Deal*, 371쪽 이하.

26) 위와 같음.

27) 위와 같음.

28) 위와 같음.

29) Lobel, 앞의 글, 376-377쪽.

30) 위의 글, 377쪽.

31) 위의 글, 379쪽.

### (3) 다양성과 경쟁

뉴딜시대의 명령과 통제 규제모델은 정부가 시장가격을 조정하고, 산업으로의 새로운 진입을 통제하며 생산과 서비스의 최소조건과 지표를 명령하고 강제하였고, 규제대상의 통일, 표준화(기준의 설정), 행위의 일상화를 추구하고, 빈번하게 일탈을 억제하는 것을 목표로 하는 반면, 뉴거버넌스 모델은 복잡성, 다양성, 그리고 새로운 시장의 민감성의 증가에 따라 다양화, 해결책의 다원화, 경쟁의 증대를 목표로 한다. 옛 규제모델에 대한 주된 비판이 획일적인(one-size-fits-all) 접근이라면, 거버넌스 모델은 법적 체제가 지속되기 위해서는 가치의 다양성을 포함해야 하며 갈등과 타협의 고려를 전제로 한다.<sup>32)</sup>

### (4) 분권화(decentralization)와 보충성

뉴딜시대에는 중앙집권화가 국가가 직면했던 경제위기를 극복하기 위해 필수적이라고 생각했다. 즉 경제대공황은 경제의 광범위한 상호의존성을 드러냈고, 개혁자들은 국가적 위기를 극복하기 위하여 연방정부의 중앙에서의 통제가 필수적이었다고 믿었던 것이다.<sup>33)</sup> 따라서 뉴딜규제모델이 분산되었던 권한들을 새로 형성된 규제 행정부서와 프로그램에 통합하는 것을 추구하였다면, 뉴거버넌스는 주와 지방정부로 그리고 사기업과 비정부 공익단체를 포함한 사적영역으로 책임을 위임함으로써 권력의 아래로 그리고 밖으로의 이동을 추구한다.<sup>34)</sup> 즉 뉴거버넌스 모델은 분권화를 통하여 참여, 다양성, 경쟁, 실험주의와 같은 거버넌스의 원칙들을 신장하며<sup>35)</sup> 인간 지식의 지역적·부분적 한계를 인식하고, 서로 다른 지방과 지역 간의 차이점으로 인한 변용의 어려움을 수용하는 보충성의 원칙의 실용적 아이디어를 제고한다.<sup>36)</sup>

### (5) 정책도메인의 통합

거버넌스모델은 범영역의 원칙적 분리와 경계가 불확정적이며 종종 협상과 수정을 통하여 확정되곤 하는 것을 인정한다. 규제모델에서 법은 구별된, 특정한 하위분야로 파편화되어 있지만, 거버넌스모델은 광범위한 학문분야의 스펙트럼에 걸쳐서 동시에 존재하는 조건들에 대한 개관을 목표로 하며, 문제해결에 대한 전체적 접근을 취한다.<sup>37)</sup> 예를 들면, 뉴거

32) 위의 글, 379-381쪽.

33) 위와 같음.

34) 위와 같음.

35) 위의 글, 382쪽.

36) 위의 글, 382, 383쪽 이하.

37) Lobel, The Renew Deal, 385-86쪽.



버넌스 학자들은 대부분의 사회문제들이 주거, 고용, 가족, 복지, 건강, 교통수단, 은행, 그리고 기업활동 사이의 상호연관을 포함한 다양한 이슈들을 포함한다는 것을 증명하려 한다.<sup>38)</sup>

#### (6) 유연성과 비강제성(또는 연성 법(soft law))

뉴거버넌스 모델은 전통적인 규제모델의 “구속적(hard)” 명령을 대체하거나 보완하는 더 연성의(soft) 절차를 촉진하는 유연하고 유동적인 정책 환경을 만들어내는 것을 목적으로 한다.<sup>39)</sup> 법의 개혁에 있어서 더 부드러운 절차와 증대된 유연성이 무엇을 의미하는 지에 대하여는 광범위한 스펙트럼이 존재하며, “연성법”이라는 용어는 법학에 있어서 다양한 방법으로 사용된다.<sup>40)</sup> 그러나 뉴거버넌스에서의 연성법은 국가와 법체계의 적극적인 역할을 보존하는 좁은 의미이다.<sup>41)</sup> 견성의 규제 절차는 종종 참여의 범위, 참여자 사이의 교류의 형태, 그리고 행정절차법 하의 통지와 논평(notice and comment)의 요건과 같은 정책의 결정에 이르는 방법들에 대한 엄격한 요건들을 포함한다. 반면에 연성의 절차는 열린 소통, 유동적인 참여 그리고 합의에 기초한 심의가 가능하도록 견성의 요건들을 완화시킨다.<sup>42)</sup> 또한 규제모델과 달리 뉴거버넌스 모델은 입법, 이행(implementation), 집행(enforcement), 그리고 사법심사가 별개의 단계라고 주장하지 않는다.<sup>43)</sup> 대신에 이러한 과정들 사이의 역동적인 상호작용의 형성을 추구한다. 뉴거버넌스의 연성법은 법적 지침에 결부된 제재들도 포함하며, 여기서 유연성은 바로 일탈을 통제하고 징계하는 의도를 소통함에 있어서의 변화를 의미한다.<sup>44)</sup> 즉 강제성이 약한 제재를 통하여 이행과 복종에 있어서의 유연성을 신장할 수 있다고 본다.<sup>45)</sup>

38) William H. Simon, *The Community Economic Development Movement: Law, Business, and the New Social Policy* (2002), 50쪽; Lobel, 위의 글, 386쪽 재인용.

39) 위의 글, 388쪽.

40) Annelise Riles, “User Friendly: Informality and Expertise”, 27 *Law & Soc. Inquiry* 613 (2002); Lobel, 위의 글, 388쪽 재인용, 참조. 보다 상세한 내용은, 같은 글, 388-89쪽 참조.

41) 위의 글, 390쪽.

42) 위와 같음.

43) 위의 글, 391쪽.

44) A Hard Look at Soft Law, Annual Meeting of the American Society of International Law, 82 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.* 371 (1988); Lobel, 위의 글, 391쪽 재인용.

45) Lobel, 앞의 글, 391-392쪽. 예를 들면 벌칙부과 대신에 보고의무를 채택하는 것이다. 같은 글, 393-95쪽 참고.

## (7) 실패가능성, 적응성 그리고 역동적 학습

거버넌스모델은 기본전제가 변화의 불가피성과 풍요이기 때문에 오히려 불확실성과 의구심에 대하여 낙관한다.<sup>46)</sup> 규제가 명령하는 행위(ordering act)라면, 거버넌스는 학습 과정(learning process)이며, 여기에서 법의 역할은 수정과 개선이 가능한 관행들을 장려하는 것이다.<sup>47)</sup> 뉴거버넌스 학풍은 자기훈련(self-discipline)과 자기감시(self-surveillance)에 의존하는 제도를 고안함으로써 사적 행위자들의 능력을 제고하는 것의 중요성을 강조한다. 이것은 정보의 공유(information pooling), 모니터링을 통한 학습(learning-by-monitoring), 신뢰할만한 피드백, 지식 네트워크 그리고 모범정책 또는 모범관행의 벤치마킹과 같은 사적 영역의 기술들을 차용한다.<sup>48)</sup> 목적, 업무, 역할에 대하여 지나치게 상세하게 규정하는 것이 학습을 저해할 수 있기에 절차는 반드시 개방되어야 하며,<sup>49)</sup> 이러한 기술과 절차의 모든 것들이 함께 혁신의 긍정적인 사이클을 생산해내면서 반복적이고, 역동적인 시스템을 형성한다.<sup>50)</sup> 오늘날 기술발전이라는 새로운 물리적 기반이 더 진보된 데이터수집 및 결과물 사이의 대조를 가능하게 함으로써 뉴거버넌스의 실행에 기여할 것이다.<sup>51)</sup> 따라서 정부기관의 업무는 오류가 실패로 간주되지 않는 실험주의 윤리를 요건으로 하면서, 규제를 결정하는 것이 아니라 규제적 연구와 개발을 하는 것이 된다.<sup>52)</sup>

## (8) 권한과 조정으로서의 법(law as competence and orchestration)

뉴거버넌스 모델의 마지막 특성은 조정이다.<sup>53)</sup> 분권화의 마이크로렌즈의 시각에서는 뉴거버넌스의 특징개혁 어젠다는 지방(local)정부 수준에서 가장 잘 완수된다고 생각할 수 있지만, 더욱 정확한 관점은, 거버넌스 모델 하에서 광역정부(regional), 주정부 그리고 연방정부라는 더 광범위한 네트워크가 프로그램들을 지원해야 성공할 수 있음을 보여준다.<sup>54)</sup> 지

46) 위의 글, 395쪽.

47) 위의 글, 395-96쪽.

48) David Osborne & Ted Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector* (1992) 195-219; Lobel, 위의 글, 396쪽 재인용.

49) Lobel, 위의 글, 396쪽.

50) 위의 글, 397쪽. 학습의 다른 수준의 사이클을 구별하는 거버넌스 학파 안의 복잡한 분석에 대하여는 같은 글 397쪽 이하 참조.

51) 위의 글, 398-399쪽.

52) Jody Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", 45 *UCLA L. Rev.* 1 (1997), 31쪽; Lobel, 위의 글, 399쪽.

53) 위의 글, 400쪽. Lobel은 권력이양과 탈규제라는 평면적인 과정에서 거버넌스 모델을 분리하여, 거버넌스의 모든 다른 측면에 중요한 의미를 부여하는 특징이 '조정'이라고 한다.

54) 공동체개발과 관련하여서는, William H. Simon, *The Community Economic Development Movement: Law, Business, and the New Social Policy* (2002), 167-93쪽; 새로운 노동시장과 관련하여서는, Orly Lobel, "Orchestrated Experimentalism in the Regulation of Work", 101 *Mich. L.*

방정부가 자신들의 개별적인 상황에 맞는 해결책들을 발견할 수 있도록 권력은 분권화되어야 하는 반면에 이러한 분권화는 광역정부와 국가가 종합적인 방법으로 학습한 것들을 전달하고 지방에서의 노력들을 조직화하기 위하여 헌신적으로 노력하는 것이 반드시 필요하다.<sup>55)</sup> 뉴거버넌스 모델은 한정된 지리적 영역의 특수한 문제들에만 집중하는 전적으로 지방화된 접근보다 더 광범위한 맥락에서 문제들을 다룬다. 여기서 법제도는 광역적으로 그리고 국가적으로 정책을 고려할 수 있는 기회를 만들어내야 한다.<sup>56)</sup> 뉴거버넌스 비전에서, 중앙당국은 문제해결의 필요성과 목적을 선언하고, 이를 위한 자원을 제공할 의지를 표출하며, 지방적으로 그리고 사적으로 이미 시작된 혁신을 신장하고 표준화한다.<sup>57)</sup> 뉴거버넌스 모델 하에서도 법은 정치, 경제, 법, 가족, 종교, 교육과 같은 여러 다양한 사회제도 사이를 조정하는 능력을 통하여 여전히 지배적인 역할을 담당하며,<sup>58)</sup> 뉴거버넌스 정책들은 다양한 범위의 행위들을 조정하면서 하부구조단계의 고립된 노력들을 통합하는데 기여하고,<sup>59)</sup> 법의 조정기능은 이 과정에 참여하는 다른 행위자들의 자격을 판정할 수 있는 권한, 즉 자격을 판단할 권한을 통하여 이행된다.<sup>60)</sup>

### 3. 법과 뉴거버넌스의 관계

많은 뉴거버넌스 학자들이 법이라는 이름으로 일반적으로 표현되는 권리와 규칙의 조직체가 변화하고 있다는 것에 동의하지만<sup>61)</sup> 법이 과연 새로운 변화의 도구가 되는 동시에 정부가 자신의 행위에 대하여 책임지도록 하는 동시에, 시민의 권리를 보장하는 그러한 의미에서의 법이 여전히 될 수 있는지에 관하여 의문을 제기한다.<sup>62)</sup>

즉 전통적인 법과 뉴거버넌스의 관계에 대한 이러한 의문을 de Búrca 와 Scott 과 같은 뉴거버넌스 학자들은 간격 명제(gap thesis), 혼합 명제(hybridity thesis), 그리고 변화 명제

Rev. 2146 (2003), 2157-61쪽; Lobel, The renew deal, 400쪽.

55) Dorf & Sabel, A constitution, 287-88쪽; Lobel, The renew deal, 400쪽 참조.

56) 위와 같음.

57) Lobel, The renew deal, 400쪽.

58) 위의 글, 403쪽.

59) 위의 글, 403쪽.

60) 위와 같음.

61) Sabel and Simon, Epilogue, 395쪽.

62) de Búrca and Scott, Introduction, 4쪽 이하; Sabel and Simon, Epilogue, 395쪽. Trubek & Trubek, New governance & legal regulation, 540쪽. 또한 법과 뉴거버넌스의 관계에 대하여 다음 글 참고: Charles F. Sabel and William H. Simon, "Epilogue: Accountability Without Sovereignty"(이하 Epilogue 라 함), in Law and New Governance in the EU and the US, Gráinne de Búrca & Joanne Scott, editors, Oxford: Hart Publishing, 2006; Gráinne de Búrca, "The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union"(이하 The Constitutional Challenge), Current Legal Problems (2003), No.56, Issue1, 403-437 참조.

(transformation thesis)를 통하여 분석한다.<sup>63)</sup> 간격 명제(gap thesis)에 의하면 법과 뉴거버넌스는 근본적으로 상극관계에 있다.<sup>64)</sup> 이 명제에 따르면 헌법을 포함하는 형식적 법은 대체로 뉴거버넌스에 대하여 무지하다.<sup>65)</sup> 그러나 혼합 명제(hybrid thesis)는 법과 뉴거버넌스의 관계를 더 낙관적이고, 건설적인 방법으로 접근한다. 혼합명제는 법과 뉴거버넌스의 공존과 회합(engagement)을 인정하고 이들 사이의 풍성한 상호작용을 보장하는 다양한 방법들을 탐구한다.<sup>66)</sup> 마지막으로 변화 명제(transformation thesis)에 의하면 뉴거버넌스는 전통적인 법을 변화시키기 위하여 법과 결합될 수 있다.<sup>67)</sup>

유사하게 Trubek & Trubek은 뉴거버넌스와 법이 같은 정책 영역 안에서 작용하는 많은 경우를 확인할 수 있다고 하면서 이것을 공존(coexistence) 상황이라 하면서,<sup>68)</sup> 뉴거버넌스와 법이 공존하는 세 가지 기본적인 형태를 설명한다.<sup>69)</sup> 첫째는 두 제도가 각각 동시에 작용하면서 공통목적에 기여하지만, 하나로 병합되지는 않는 경우로서 상호보완관계라 하고, 더 새로운 형태의 거버넌스가 법규제와 함께 동일한 과제를 수행하되 거버넌스가 더 잘 수

63) de Búrca and Scott, Introduction, 4쪽 이하. Sabel과 Simon은 뉴거버넌스와 법의 관계를 간격명제나 혼합(hybrid) 명제가 아닌 변화명제(transformation thesis)로, 즉 뉴거버넌스를 혁신적인 법(transformative law)이라고 보아야 한다고 주장한다.

64) Mark Dawson, "New Governance and the Transformation of Law TRANSFORMING INTO WHAT? NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE "MANAGERIAL SENSIBILITY" IN MODERN LAW"(이하 Managerial Sensibility), 2010 Wis. L. Rev. 389 (2010) 참조. de Búrca and Scott, Michael Wilkinson, Sabel and Simon 등은 전통적인 법과 뉴거버넌스의 갈등 관계를 간격명제라고 부른다. 간격명제는 뉴거버넌스의 앞에서 법의 불침투성(imperviousness)을 선언하며 형식적인 법과 거버넌스 관행 사이의 간격을 입증한다. Búrca and Scott, Introduction, 4쪽; Wilkinson, 앞의 글, 673-718, 691-92쪽.

65) de Búrca and Scott, Introduction, 4쪽 이하.

66) de Búrca and Scott, Introduction, 6쪽 이하. 혼합명제 안에도 여러 형태의 혼합이 존재할 수 있는데 그 중에 근본적/기본선 혼합(Fundamental/Baseline hybridity), 도구적/발달적 혼합(Instrumental/developmental hybridity) 그리고 디폴트 혼합(법의 그늘 안의 혼합)(Default hybridity(governance in the shadow of law))이 있다고 한다. 특히 EU의 법적 구속력 있는 프레임워크 지침(directive)과 이행을 위한 뉴거버넌스 체제의 결합이 도구적/발달적 혼합의 예다. 상세한 내용은 de Búrca and Scott, Introduction, 6쪽 이하 참조. 디폴트 혼합에서의 법은 뉴거버넌스 요구에 부응하지 못한 경우에만 디폴트 처벌로서 적용가능하다. de Búrca and Scott, Introduction, 9쪽 이하.

67) 변화명제라고도 하고, 급진적인 혼합명제라고도 할 수 있다. 급진적인 혼합명제는 상호적 변화를 의미한다. 원형에서는 찾아볼 수 없는 제도들을 창조하면서 옛것과 새것이 상호작용한다. de Búrca and Scott의 발달중의(developmental) 혼합명제와 "디폴트" 혼합 명제 및 "변화" 명제 그리고 Trubek and Trubek의 변화(혼합)명제가 여기에 해당된다. Sabel and Simon, 404쪽; Trubek and Trubek, New governance and legal regulation 참조. 그러나 변화명제의 경우에도 여전히 변화적 법(transformative law)은 권력분립과 같은 전통적인 법원칙을 의지할 필요가 있을 것이라는 우려가 존재한다. Sabel and Simon, Epilogue, 395쪽.

68) de Búrca and Scott, Sabel과 Simon, Trubek과 Trubek의 법과 뉴거버넌스의 관계에 대한 논의는 유사하나, 조금씩 다름. 예를 들면, Sabel과 Simon의 법과 뉴거버넌스의 양자택일관계를 Trubek 과 Trubek 은 경쟁관계로 설명함.

69) Trubek and Trubek, New governance and legal regulation, 543쪽.

행할 것이라 생각하고 고안된 경우, 또는 거버넌스와 법규제 중에 하나를 필연적으로 선택해야 하는 경우의 공존하는 두 제도 사이의 관계를 경쟁관계라 칭한다.<sup>70)</sup> 변화관계는 뉴거버넌스와 전통적인 법이 서로 보완적일 뿐 아니라 각 요소의 제 기능이 서로의 성공적인 작용을 위하여 필수적인 하나의 시스템으로 통합된 경우를 말한다.<sup>71)</sup> 이와 같이 뉴거버넌스와 전통적 법규제가 공존하는 경우 복잡한 역동관계가 작용하게 된다.<sup>72)</sup>

대표적인 미국의 불법행위소송 중의 하나가 의료과실과 관련된 소송이고, 전통적인 법적, 사법적 해결방법을 보완 또는 대체할 방안으로 뉴거버넌스를 도입하여야 한다는 주장들이 제기되고 있는데,<sup>73)</sup> Trubek 과 Trubek 은 법과 뉴거버넌스가 경쟁관계로 공존하는 상태의 예로 의료과실을 줄이고, 희생자들에게 의료과실에 대하여 신속하고 적절한 배상을 하기 위한 의료과실과 관련한 뉴거버넌스의 실험을 든다.<sup>74)</sup> 뉴거버넌스 실험 이전에는 위의 목적들을 달성하기 위하여 의료과실소송을 통한 배상 및 면허박탈이라는 법적 규제가 사용되었다. 즉 불법행위제도와 면허제도, 의료과실소송은 불법행위법을 통하여 피해자에 대한 배상을 보장하였고, 면허제도는 심각한 의료과실기록을 가진 의사들을 제거함으로써 의료과실을 줄이려는 목적을 달성하려 한 것으로 추정된다. 그러나 많은 사람들이 의료과실소송 및 면허박탈과 같은 기존의 제도가 복잡할 뿐 아니라 고비용의 절차를 거치게 함으로써, 양당사자에게 재정적·심리적 부담을 지우면서도 의료의 질에는 전반적으로 거의 영향을 끼치지 못하는, 즉 의료 과실을 줄이는 것에는 대체적으로 별 효과가 없다는 것에 동의한다. 따라서 의료과실행위를 줄이고, 피해자들에게 적절히 배상하는 동시에 의료서비스의 질을 향상시키기 위한 경쟁메커니즘을 만들려는 시도들이 생겨났고, 이러한 시도들은 의사의 의료서비스결과에 대한 데이터의 공개를 통한 정보에 의한 규제, 병원과 클리닉의 양질의 수행

70) 혼합명제 중 뉴거버넌스와 법의 관계를 경쟁(rivalry)으로 보는 경우 뉴거버넌스와 법규제는 대안으로서 공존하며 잠재적으로 서로 경쟁한다고 본다. 이러한 관계가 생기는 경우란 전통적 법과 뉴거버넌스 모두 효력이 있는 상태에서, 기존의 법적 규제에 대한 뉴거버넌스 대안이 제공된 경우 또는 전통적인 법이 그대로 있는 상태에서 뉴거버넌스 절차가 선호되는 해결책으로 개발된 경우를 말한다. Trubek and Trubek, *New governance and legal regulation*, 547쪽. Trubek and Trubek은 같은 글, 각주 10에서 설명하듯이 자신들을 포함한 여러 뉴거버넌스 학자들이 혼합명제 안에 모든 보완적 형태를 포함하여 광범위하게 설명하기도 하였으나, 위 논문에서의 혼합(변화) 명제는 혼합을 통한 변화의 잠재력을 강조하기 위하여 오직 사실상의 통합과 상호 의존성이 있는 상황만을 언급하기 위하여 이 용어를 사용한다고 설명한다.

71) 위의 글, 543-44쪽.

72) 위와 같음. 역동 관계의 자세한 내용은, 같은 글, 559-560쪽 참조. Sabel과 Simon의 앞의 글(Epilogue)은 특히 뉴거버넌스 법학자들의 법과 뉴거버넌스의 관계에 대한 종합적인 고찰과 의견을 제시한다.

73) Liang, 앞의 글, 6쪽 이하 참조. 우리나라에서도 의료사고 발생시 의료기관의 동의가 없더라도 한국 의료분쟁조정중재원이 분쟁 조정을 시작할 수 있는 일명 '신해철법'이 지난 2월 17일 국회 보건복지위원회를 통과했다. 그러나 이 법안은 환자와 의료진, 의료기관 및 공익단체, 정부가 참여하여 해결책을 찾고, 의료사고의 발생을 감소시키기 위한 뉴거버넌스 메커니즘과는 아직 거리가 멀다.

74) Trubek and Trubek, *New governance and legal regulation*, 547쪽.

에 대한 재정적 인센티브, 근로자배상(workers compensation)과 유사한 간편한 행정절차를 통한 대안적 형태의 피해자배상 그리고 의료과실에 대하여 설명하고 사죄하는 비공식적 절차를 통한 갈등회피와 같은 뉴거버넌스 테크닉을 사용한다.<sup>75)</sup>

법과 뉴거버넌스가 공존하는 또 하나의 예로 미국 위스컨신(Wisconsin)주 환경법의 새로운 접근법을 들 수 있다. 위스컨신 주정부의 환경보호 및 규제 담당기관은 깨끗한 공기와 물 보존을 위한 새로운 실험을 하였다. 이 주정부의 자연자원부는 깨끗한 공기 및 물 보존을 위한 상세한 규제프레임은 유지하는 동시에 “Green Tier”라는 프로그램 하에서 선택가능한 방법들을 통하여 법적으로 명령된 기준을 초과하는 성과를 달성하고, 환경보호의 목적을 달성하기 위해 다양한 다른 방법들을 개발하는 것에 동의하는 피규제산업에게는 법상의 규제기준을 집행하는 절차를 포기 또는 유예한다. 규제의 집행이 디폴트 옵션으로 배후에 남아있긴 하지만 혁신, 협상 그리고 자기모니터링이 중시되는 법과 뉴거버넌스의 혼합시스템(변화명제)의 예라 할 수 있다.<sup>76)</sup>

#### 4. 소결

위에서 살펴본 뉴거버넌스의 여러 특징들은 사실 헌법의 가치와 그것을 구현하기 위한 질서,<sup>77)</sup> 기본권과 기본원리가 구현된 다양한 형태 및 방법들이라고 할 수 있다. 참여와 파트너십, 다양성, 경쟁, 협력이란 뉴거버넌스의 특징은 민주주의, 국민주권과 대의제의 보완,<sup>78)</sup> 참여민주주의<sup>79)</sup> 및 숙의민주주의,<sup>80)</sup> 다수결원리<sup>81)</sup> 및 다원적 민주주의,<sup>82)</sup> 법치국가

75) Louise G. Trubek, “New governance and soft law in health care reform”, 3 Ind. Health L. Rev. 140, 165쪽; Trubek and Trubek, New governance and legal regulation, 548쪽.

76) Trubek & Trubek, New governance & legal regulation, 540-541쪽. 또 다른 뉴거버넌스의 예로 경찰개혁을 들 수 있다. 자세한 내용은 Archon Fung, “Accountable Autonomy: Toward Empowered Deliberation in Chicago Schools and Policing”, 29 Pol. & Soc’y 73, 73-76 (2001). Cincinnati 경찰개혁과 관련해서는 Kami Chavis Simmons, “New Governance and the “New Paradigm” of Police Accountability: A democratic approach to police reform”, 59 Cath. U. L. Rev. 373(2010), 412, 423-424 참고. 그 밖에 EU에서의 OMC(Open Method of Coordination)도 뉴거버넌스의 한 예이다. OMC는 전체적인 과정에 대한 일반적인 특성으로서의 참여와 투명성, 그리고 그러한 과정의 주요한 단계로서 지침(guidelines), 지표(indicators), 국가적 계획(national plans), 제3자 검토(peer review), 모니터링(monitoring)과 피드백(feedback) 등을 포함한다. Claudio M. Radaelli, “The Open Method of Coordination: A new governance architecture for the European Union?” Rapport nr 1 March/2003 Publisher: Swedish Institute for European Policy Studies. <http://www.sieps.se/sites/default/files/3-20031.pdf> (2016/3/4)

77) 헌법의 기본가치에 대하여, 홍성방, 『헌법학(상)』, 박영사, 2013년, 296쪽 이하 참조.

78) 민주주의 및 국민주권, 대의제에 대한 논의는 허영, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 153쪽 이하 참조.

79) 참여민주주의에 대하여, 이재명, “정당과 시민단체”, 『공법학연구』, 제5권 제2호, 2004.5, 73쪽; 장영수, “참여민주주의의 실현과 국민소환제 도입의 문제점”, 『공법학연구』, 제7권 제2호, 2006.6. 3쪽; 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015, 134쪽 이하 참조.

80) 숙의민주주의에 대하여, 한수웅, 앞의 책, 119쪽 이하 참조.

원리의 권력통제의 관점에서의 권력분립이론과<sup>83)</sup> 민주주의와 법치주의원리에 그 헌법적 근거를 두는 법률유보<sup>84)</sup>와 관련지을 수 있고; 분권화와 보충성이라는 뉴거버넌스의 특징은 역시 국민주권, 지방분권, 보충성의 원리<sup>85)</sup>와 관계된다. 또한 뉴거버넌스 메커니즘은 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 등 표현의 자유와 선거권, 정당의 자유, 청원권 등의 민주적 참여의 자유, 국민의 정치적 기본권의 행사가 적극적으로 보장될 수 있는 다양한 루트와 영업의 자유, 재산권의 행사와 보장과 관련한 경제적 영역에서의 기본권의 보장과 실현, 그리고 사회국가원리와 사회적 기본권의 실현 및 보장에 있어서 국가의 한계와 국민의 자율권의 행사를 보충할 방법을 제공한다. 그리고 뉴거버넌스의 유연성과 비강제성, 실패가능성, 적응성, 역동적 학습, 권한과 조정으로서의 법 등의 특징은 연방주의적 또는 지방자치 및 분권주의의 가치<sup>86)</sup> 및 이를 위한 방법과 관련된다. 즉 뉴거버넌스 동향은, 뉴거버넌스 메커니즘이 헌법과 법의 주류이론에서 벗어난 부수적인 것으로 여겨졌든지, 아니면 법이 규제하지 않아 반사적으로 허용되었지 간에, 공적 영역이 아닌 사적 영역의 기술로 여겨져 왔던 여러 방법들이 마치 법제도처럼, 연성법(soft law)으로서 전통적인 법과 함께 공존하고, 법에 의해 인식되기 시작되었고, 뉴거버넌스 역시 법을 인식하게 되었다는 것을 보여준다.

법과 뉴거버넌스의 관계에서 살펴보았듯이 법과 뉴거버넌스가 상극 즉 법이 뉴거버넌스를 무시하거나 적대시하는 것으로 보이든, 또는 서로 교류함이 없이 평행선상에서 운영되는 것처럼 보이든, 뉴거버넌스가 법의 전통적인 역할의 효과적인 수행을 보조하는 역할을 하든, 법과 뉴거버넌스가 경쟁하거나, 뉴거버넌스가 법과 변호사의 역할에 대한 새로운 이해와 재구성을 요구하든지 간에, 다양한 형태의 법과 뉴거버넌스의 공존을 많은 영역에서 발견할 수 있다. 어떤 공존의 상황이건 간에 뉴거버넌스가 전통적인 법의 형식과 내용을 완전히 부인하는 것은 아니며 오히려 전통적인 법의 틀 안에서, 또는 법이 기존에 제공하던 법적 도구를 사용하거나 그와 더불어 새로운 방법으로 정책을 실현하려 함을 볼 수 있다. 즉 법은 디폴트(default) 처벌로서, 뉴거버넌스 실험의 촉진제이며, 뉴거버넌스를 가능하게 하는 프레임으로서, 또는 뉴거버넌스를 조정, 제한하는 구속력있는 규범으로서 여전히 중요한 역할을 수행한다. 최소한 법과 뉴거버넌스의 관계를 상극으로, 또는 뉴거버넌스가 단지 법의 자비 또는 은혜로만(즉 법이 규율하지 않는 영역과 범위 내에서만) 허용되는 것으로 제한하지 않는 한, 즉 법과 뉴거버넌스의 공존상태에서의 뉴거버넌스의 헌법적 의미를 찾지

81) 다수결원리에 대하여, 정종섭, 앞의 책, 133-34쪽. 소수의 보호와 관련하여, 같은 책, 136쪽 이하 참조.

82) 다원적 민주주의에 대하여, 한수웅, 앞의 책, 129-132쪽, 135쪽 참조.

83) 권력분립이론에 대하여, 정종섭, 앞의 책, 946쪽 이하; 허영, 앞의 책, 158쪽.

84) 의회유보 및 법률유보에 대하여, 한수웅, 앞의 책, 243쪽; 허영, 앞의 책, 290쪽 이하.

85) 보충성의 원리에 관하여, 정극원, “헌법상 보충성의 원리”, 『헌법학연구』 제12권 제3호, 2006, 187쪽 이하 참고.

86) 지방자치, 연방주의 등에 대하여 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014, 984쪽 이하; 한수웅, 앞의 책, 1276쪽 이하 참조.

않을 수 없다.

### Ⅲ. 뉴거버넌스의 헌법적 함의

헌법제정권자인 국민이 정당성을 부여한 경성의 성문헌법에(불문헌법에 관한 논의는 제쳐놓고) 위반되는 정부의 행위는 위헌이고, 합법성이 부인되어야 하지만, 만약 국가의 행위가 성문의, 고정된(fixed) 헌법에 합치하게 행동하는 경우에만 합법적이라면 국가는 사회의 변화하는 필요에 어떻게 대응할 수 있는가라는 질문<sup>87)</sup>에 대하여 이미 헌법재판 또는 사법 심사를 하는 헌법국가들은 그 대답을 알고 있다.<sup>88)</sup> 헌법재판기관은 헌법상의 권력의 분립과 소재의 문제 뿐 아니라 개인의 헌법적인 자유와 권리에 대한 헌법의 구조적 개방성을 인정하는 광범위한 해석을 통하여 변화하는 환경에 대응하고 있으며, 이러한 사법적 해결은 또한 미국의 경우 소위 사법부의 반다수주의의 문제와 관련한 비판 뿐 아니라 전통적인 성문헌법의 역할, 즉 국민주권원리로부터 도출되는, 성문의, 권력남용을 방지하고 이를 통하여 개인의 권리를 보호하는 것을 궁극적인 목적으로 하는 헌법주의, 특히 의회의 우위를 강조하는 영국식 헌법주의가 재조명되기도 하였다.<sup>89)</sup> 이에 대하여 뉴거버넌스 법학자 중 특히 Dorf와 Sabel은 뉴거버넌스 모델이 급속히 변화하는 환경에 효과적으로 대응하면서도 헌법재판기관의 반다수주의의 문제와 정부의 권력을 제한하고 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 해결책을 제시할 수 있다고 주장하면서, 뉴거버넌스 실험을 가능하게 하는 새로운 형태의 정부인 민주적 경험주의(democratic experimentalism)<sup>90)</sup> 구상을 제안한다.<sup>91)</sup> Dorf와 Sabel은 복잡한 권력분립에 의해 보장되는 James Madison의 제한정부의 이상과 그러나 다른 한편으로는 개인의 권리를 침해하는 경우 법원에 의해 심판을 받지만, 그 밖의 경우에는(전능한) 의회가, 공익을 위해서 행동하는 것으로 추정되는 전문행정기관에게 많은 권한을 이양한다는 점에서 권력분립의 제한된 정부와, 효과적인 규제를 위한 통합된 정부를 추구한 뉴딜 정부 사이의 딜레마라는 현실의 괴리를 지적한다.<sup>92)</sup> 그리고 분권화와 민주적 경험주의의 상호 모니터링 등의 결합이 고전적인 연방주의와 권력분립보다 헌법의 목적, 즉 권력분립과 통제, 이를 통한 개인의 자유와 권리의 보호를 더 효과적으로 보장할 것이라고 한다.<sup>93)</sup> 이러한 민주적 경험주의의 실험은 개인의 권리에 대한 존중 및 미국 헌법의 전통 안

87) Dorf and Sabel, A constitution, 470쪽.

88) 위의 글 참고.

89) 위의 글, 470-471쪽.

90) 앞에 뉴거버넌스의 의미에서 살펴본 바와 같이 민주적 경험주의도 대표적인 뉴거버넌스 이론이다.

91) 위의 글, 470-473쪽.

92) Dorf and Sabel, A constitution, 276쪽 이하, 283-284쪽.

93) 위의 글, 283쪽 이하.



에서 다수 및 권력자들의 독재를 방지할 보호수단을 보장해야 하는 한편, 경험주의적 구체화와 변화하는 다양한 상황을 수용하기 위하여 수정이 가능하고, 이러한 개방성에 불가피하게 수반되는 자기거래(self-dealing)의 기회를 확실하게 제한해야 하며, 정부의 권력집중 및 남용에 대한 위험 뿐 아니라, 정책결정에 있어서의 지방과 사적인 이해당사자의 참여를 강조함으로써 인한 지방에서의 과두정치의 위험에 대한 대책도 고려하는 민주적 경험주의 정부 형태를 구상한다.<sup>94)</sup>

이하에서는 Dorf와 Sabel의 뉴거버넌스 이론인 민주적 경험주의에 대하여 간단히 소개하고,<sup>95)</sup> 뉴거버넌스에 대한 헌법적 비판 및, 헌법과 조화하는 뉴거버넌스의 이해가 가능한지 검토한다.<sup>96)</sup>

## 1. 뉴거버넌스의 헌법적 의미 및 역할 – Dorf and Sabel의 민주적 경험주의의 헌법구상에 관하여

Dorf와 Sabel은 전통적인 권력분립과 연방주의에 대한 새로운 해석과 접근방법을 제시함으로써 민주적 경험주의<sup>97)</sup>라는 새로운 헌법의 이해를 제안한다.

94) Dorf and Sable, A constitution, 283-289쪽.

95) Dorf와 Sabel의 글 “A constitution of democratic experimentalism”은 뉴거버넌스의 헌법에 대한 200쪽이 넘는 방대한 구상을 제시한다. 저자는 본고의 논의의 범위를 이들이 제안하는 뉴거버넌스의 헌법의 내용을 간단히 소개함으로써 뉴거버넌스라는 실험을 가능하게 하는 헌법의 해석이 가능한지, 즉 뉴거버넌스의 합헌적 해석이 어떠한 지에 대한 대략의 밑그림을 보여주는 것으로 한정한다.

96) 이하의 미국의 헌법과 헌법원리를 중심으로 한 뉴거버넌스에 대한 헌법이론적인 고찰에서 저자가 우리나라의 헌법해석과 헌법학에 바로 수용되거나 적용될 수 있음을 주장하는 것은 아니다. 그러나 경성헌법과 기본권의 보장, 국민주권, 공화주의(republican idea) 또는 대의제, 삼권분립, 연방주의 또는 지방자치 및 분권의 가치, 법률유보(포괄위임입법의 금지 등을 통한), 민주적 정당성과, 법원을 통한 권리구제라는 큰 틀에서의 유사성을 중심으로 이해할 때 우리나라의 뉴거버넌스에 대한 헌법적 비판과 헌법적 해석가능성에 중요한 시사점을 제공한다.

97) 민주적 경험주의의 개념은 앞의 각주7 참조. Dorf와 Sabel은 실험적인 결과의 포괄적인 패턴에 대한 다양한 여러 해석을 하면서, 경험주의와 이에 해당되는 제도들의 방향을 다시 설정하기 위하여 실험의 결과물과 그것의 함의에 중점을 두는 새로운 국가 정치공동체와, 다른 지방정부에서 보여준 가능성을 정보공유를 통해서 인지하면서 자신의 선택의 장점과 약점에 대한 시민들의 구체적인 토론이 가능함으로 책임성이 제고되는 새로운 지방 정치공동체를 만들어 낼 수 있을 것이라 한다. Dorf and Sabel, 앞의 글, 288-289쪽. 뉴거버넌스 특히 민주적 경험주의가 풀뿌리 민주주의나 지방자치 및 분권주의의 구별되는 특징은 지방적인, 그러나 동시에 보편적이기도 한 문제의 해결을 위해 지역적, 광역적 그리고 국가적으로 가장 나은 정책을 개발, 학습, 표준화 할 수 있는 기회를 만들어 낼 헌신적인 조정자 및 지원자로서의 중앙정부와 법의 역할이라고 할 수 있다. 자세한 내용은 앞의 II. 2. 뉴거버넌스의 특징 참조.

### (1) 권력의 분권 및 분산, 정부의 역할의 변화

민주적 경험주의 헌법구상 하에서 정부의 권력은 분권화되고 지리적으로 분산되며, 광역 및 특히 중앙정부(연방정부)의 주된 기능은 구체적 개별적 상황에 적합한 해결책을 발견하기 위하여 자신들의 지방적(local) 지식을 사용할 수 있도록 시민들과 다른 행위자들에게 적극적인 역할을 부여하는 한편, 광역적 그리고 국가적 조정기능을 담당하는 정부기관은 행위자들이 비슷한 문제들에 직면한 다른 행위자들과 서로 지식과 정보를 공유하도록 요구하는 역할을 하게 된다.<sup>98)</sup> 민주적 경험주의에서는 정책결정과 이행에 참여하는 지방정부 등 중앙정부의 하부기관들은 정책목표를 설정하고, 이를 위한 수단을 선택함에 있어서 광범위한 재량을 갖게 된다.<sup>99)</sup> 민주적 경험주의에서 모니터링을 통해 학습하는 사적 영역의 제도가 제안하는 공적 영역의 문제해결모델은, 일괄적인 국가적 조치가 지방 경험의 특수성을 고려하기 어려운 한편, 지방정부들은 서로에게서 고립되어 있음으로써 자신들의 문제에 대한 가장 바로 유력한 해결책조차 조사하고 평가할 수 없는, 그러한 정치 공동체에 적합하다.<sup>100)</sup> 이러한 모델은 지방과 지방사이 그리고 연방정부의 정보공유의 연결구조의 성립을 요건으로 하며, 각각의 행위자들은 자신의 영역에서 벤치마킹, 동시적 관리(simultaneous engineering), 그리고 오류수정의 원칙을 적용함으로써, 자신들의 문제와 가능한 해결책들에 대하여 처음부터 검증된 이해를 할 수 있게 된다.<sup>101)</sup> 이러한 원칙들을 통하여 행위자들은, 각각 해결책을 찾기 위한 분권화된 조사의 한계에서 발생할 수 있는 취약점을 감소시키는 한편, 서로의 성공과 실패로부터 배울 수 있게 되어 공공 정책의 효율성을 증대시킨다.<sup>102)</sup> 이를 통하여 각 지방의 시민들은 자신이 속한 지방 정부와 유사한 조건에 있는 다른 지방 정부의 정책수행을 비교할 수 있게 되기 때문에 지방정부가 제공하는 서비스의 유용성을 결정하고 평가하는데 시민들이 직접 참여하게 됨으로써 정책결정과정의 투명성과 책임성을 제고하게 된다.<sup>103)</sup>

### (2) 의회의 역할의 변화

민주적 경험주의에서 의회의 중요한 역할은 복지, 직업훈련 또는 환경보호와 같은 광범위한 공공행위의 영역에서 주와 다른 지방정부에 의한 실험적인 혁신을 허용하며, 재정을 지원하는 것이 될 것이다. 그러나 위의 실험적인 혁신의 허가와 재정지원은 민주적 경험주의

98) Dorf and Sabel, A constitution, 267 쪽.

99) 위와 같음

100) 위의 글, 287쪽.

101) 위와 같음.

102) 위의 글, 287-288쪽.

103) 위의 글, 288쪽 참고. Dorf 와 Sabel은 이러한 정치형태를 직접적이고 숙의적인 다두정치라고 한다.

의 정책이행이라는 실험에 참여하는 자들이 공개적으로 자신들의 목표를 선언하고, 그 목표의 달성을 위한 이행 수단을 제안해야 하며, 이러한 수단들은 참여자 간의 상호교류를 통하여 그리고 그에 상응하여 재조직된 행정기관의 도움을 받아 정기적으로 개선되어야 한다는 유보 하에 있게 될 것이다.<sup>104)</sup>

### (3) 법원의 역할의 변화

민주적 경험주의의 정부형태에서의 법원의 주된 역할은 첫째, 국가 하부기관의 실험이 그것을 허가한 입법(모법) 내에 있는지를 심사하고, 둘째 그러한 실험이 시민들의 권리를 침해하지 않도록 보장하는데 있다. 이러한 두 종류의 사법심사의 기준은 부분적으로는 실험 그 자체를 통하여 계속적으로 발견되는 가능성을 참고함으로써 규정될 수 있다. 공동체는 이러한 실험할 권리를 위하여 자신의 관할 및 다른 관할 지역의 시민들에게 자신들의 수행을 평가하고 판단할 수 있는 정보 및 수행을 판단할 수 있는 기준을 제공해야 한다. 이러한 정보는 개인과 집단이 자신들의 헌법적 권리와 다른 권리들을 위반한다고 생각하는 정부의 조치들에 대하여, 권리를 위반하지 않으면서도 적절하게 작용하는 대안들을 참고하여 법원에 소제기하는 것을 가능하게 한다. 이러한 방법을 통한 개인의 권리의 정당화는 상호 학습을 촉진하고, 그 역도 성립시키게 된다. 그리고 이러한 광범위하고 포괄적인 원칙들을 적용함에 있어서 판사의 재량은 계속적이고 실제적인 이러한 민주적 경험주의의 실험을 통하여 교육되고 제한된다.<sup>105)</sup>

### (4) 헌법상 권리 보호의 내용과 방법의 변화

권력분립과 연방주의에 대한 민주적 경험주의의 새로운 이해는 헌법상 권리보호의 내용과 방법에도 영향을 미칠 것이라 한다. 미국연방대법원이 개인의 헌법적 권리의 보장에 대

104) 위의 글, 288쪽.

105) Dorf and Sabel, A constitution, 288쪽. 전통적인 행정법이 행정기관에 대한 외부적 사법심사를 통하여 판사에게 형식적 타당성이라는 피상적인 사법심사와 이상적인 행정기관이라면 어떻게 하는 것이 요구되는 지에 대한 분열적인, 실제로는 종종 행정기관을 무력화시키는 심사 사이에서 선택하도록 강요한다면, 민주적 경험주의는 사회적 행위자들이 각각 그리고 서로 정보를 교환하면서 자신들의 결정에 있어서 헌법적인 고려를 하도록 요구한다. 여기서 행정기관의 역할은 다른 행위자들에 의한 관련된 제안들에 대한 각각의 대응을 자세히 검토함으로써 행위자들의 수행을 모니터링하는 경우에도 행위자들을 조력하는 것이다. 따라서 민주적 경험주의의 체제에서 법원은 행정기관이 이러한 정보공유의 결과물을 발전시키고, 일반화할 의무를 이행했는가 여부를 심사하게 된다. 행정기관과 법원은, 당사자들의 의사를 판단할 수 있는 실험 그 자체의 지속적인 비교 평가에 포함되며, 행위자들의 행동에 의해 해석되는 풍부한 자료를 이용한다. 행정과 그리고 관련된 환경에서 민주적 경험주의의 목적은 사법부의 짐을 덜어주고 공공정책의 결정을 민주화하는데 있다. 같은 글, 268쪽.

하여도 헌법적으로 명령된 목적의 달성을 위하여 수용할 수 있는 다양한 방법과 권리위반에 대한 다양한 구제책이 있음을 인정한 바와 같이<sup>106)</sup> 사법부의 일반적이고 핵심적인 권리의 인식은 어떻게 그러한 권리를 이행할 것인지에 대한 실질적인(substantive) 실험을 허용할 것이라고 민주적 경험주의자들은 주장한다.<sup>107)</sup> 자유의 보장이 헌법의 권력분립의 주된 이유이며, 수평적인 권력분립과 수직적인 연방주의는 헌법의 기본권조항의 실질적인 해석에 있어서 중요한 역할을 담당하고,<sup>108)</sup> 특히 경제적 자유, 인종분리, 권리장전의 편입, 표현의 자유 그리고 형사피고인의 권리 그리고 출산의 자유 같은 프라이버시권 등의 중요한 권리들은 내용적인 규범과 마찬가지로 연방 사법부의 한계에도 관련되어 있다. 따라서 민주적 경험주의라는 새로운 헌법구조의 이해-권력분립과 연방주의에 대한 새로운 이해-는 헌법상의 개인의 권리의 이해도 다시 형성할 것이라 한다.<sup>109)</sup>

## 2. 뉴거버넌스에 대한 헌법적 비판

### (1) 대의제 민주주의의 약화 및 민주적 정당성의 훼손

뉴거버넌스가 법치주의와 중앙집권적으로 통일된 입법이라는 전통적 자유민주주의의 제도적 성취를 부인하며, 다수의 견해와 이익을 고려하기에 최적의 제도적 메커니즘인 대의제의 직접민주제에 대한 이론적이고 실제적인 탁월성을 부정하는 동시에 변형된 직접민주주의를 주장하는 것이 아닌가라는 의문을 제기할 수 있다.<sup>110)</sup> 헌법적 위기를 제외하고는 일반적으로 국민은 정치를 위해 사용할 제한적인 시간과 에너지를 가지고 있을 뿐이라는 관점에서 위 뉴거버넌스에 대한 비판을 제기할 수 있다.<sup>111)</sup> 또한 뉴거버넌스는 소수자 압제 및, 지역이기주의를 조장하여 국가적으로 중요한 정책의 지연 또는 무산을 가져올 수 있

106) 연방대법원은 특히 Miranda 원칙과 연방수정헌법 제4조의 배제원칙에 관하여 주정부의 실험을 허용하였다. 물론 모든 헌법적 권리에 있어서 실험주의를 허용한 것은 아니다. 자세한 내용은, Dorf and Sabel, 위의 글, 452쪽 이하 참고.

107) 위의 글, 268쪽, 466쪽 이하.

108) 위의 글, 445쪽

109) 상세한 내용은 위의 글, 445쪽 이하 참조.

110) William E. Scheuerman, "Democratic experimentalism or capitalist synchronisation? Critical reflections on directly-deliberative polyarchy", 17 Canadian J.L. & Jurisdiction 101 (2004), 102, 119쪽; Wilkinson, 앞의 글, 699쪽 재인용. 대의제의 한계 및 보완에 대하여, 장영수, 앞의 글, 3쪽 이하; 조원용, "대의제 의회 입법과정에서 '민주'의 의미에 관한 일고찰", 『헌법학연구』 제20권 제3호, 2014.9, 295쪽 이하; 조한상, "대의제는 위기에 처했는가?", 『법학논총』, 전남대학교 법학연구소, 제29권 제2호, 2009.12, 315쪽 이하 참조.

111) Bruce Ackerman, "The Living Constitution", 120 Harv. L. Rev. 1737(2007) 1763, 1810-11쪽; Sabel and Simon, Minimalism and experimentalism, 57쪽. Ackerman은 고도의 민중동원과 숙의의 "헌법적 순간"이라는 예외를 둔다. 자세한 내용은 Sabel and Simon, 같은 글, 58쪽 이하.

는 지역주의(local parochialism)에 대한 우려를 잊은 것이라는 비판을 받는다.<sup>112)</sup> 그리고 일반시민에게 실질적인 정책참여의 기회를 더 많이 제공한다는 뉴거버넌스 이론에도 불구하고, 현실에서는 민주적 또는 광범위한 참여 네트워크 보다는 오히려 엘리트주의라는 비판을 받는다.<sup>113)</sup> 또한 스스로 선택하는(self-selecting) 그리고 이미 영향력을 보유한 이해관계자의 참여라는 제한적인 참여범위 덕분에 뉴거버넌스는 성질상 정치적이기 보다 기술관료적(technocratic)이며 통제적이라 한이다. 결국 뉴거버넌스의 민주적 약속은 공허할 뿐이며 오히려 민주적 정당성을 무시하고, 왜곡한다는 것이다.<sup>114)</sup>

## (2) 법치주의의 약화

뉴거버넌스가 형식적 법의 중요성과 역할을 무시하고 약화시킨다고 보는 견해는 뉴거버넌스의 부드러움이 바로 국가의 법체제가 확보하는 정당성을 우회할 수단을 제공하는 역할을 할 것이라고 한다. 즉 대의제의, 민주적(정치적)으로 책임지며, 명령과 통제의 위계질서와 법원중심의 법치주의에 종속되는 중앙집권적인 입법부라는 정당성의 메커니즘을 우회하여, 이익집단, 피규제자들이 자신의 사적이익을 정치적, 법적 책임을 지지 않으면서 공적 통로를 통하여 달성하는 것을 용이하게 한다는 것이다.<sup>115)</sup> 특히 뉴거버넌스는 법규를 집행하고 또 준수해야 하는 자들, 즉 피규제자로 하여금 법규의 집행과 적용 과정에서 법규를 수정할 수 있게 한다. 이러한 재량의 불가피한 사용은 바로 헌법과 행정법에서 민주국가의 시민에게 정당하게 보장하는 책임성의 구조, 법률유보와 모순된다고 할 수 있다.<sup>116)</sup> 즉 민주적 경험주의가 주장하는 바와 같은 뉴거버넌스적 권리의 발견과 보장은 바로 개인의 권리를 헌법에 특별히 규정하고, 입법, 행정, 사법 어떤 정부도 이러한 권리들을 침해하고, 수정하는 것을 어렵게 한 헌법주의와 어긋난다고 할 수 있다.<sup>117)</sup>

또한 뉴거버넌스는 법의 재개념화 또는 변화보다는 대안을 제공하며, 내부적인 책임성보다는 결과를 통한 정당화로써 법적, 도덕적 원칙을 희생하고, 대신에 정책의 결과물을 우선

112) Wilkinson, 앞의 글, 699-700쪽.

113) Gráinne de Búrca, Symposium: New governance and the transformation of law, "New governance and experimentalism: an introduction"(이하에서는 New governance and experimentalism), 2010 Wis. L. Rev. 227 (2010), 235-36쪽.

114) de Búrca, New governance and experimentalism, 236쪽; David A. Super, "Laboratories of Destitution: Democratic Experimentalism and the Failure of Anti-Poverty Law", 157 U. Pa. L. Rev. 541(2008) 참고.

115) Wilkinson, 앞의 글, 673-718쪽 참고. 법치주의원리에서 뉴거버넌스 비판에 관하여, 김해룡, 앞의 글 참고.

116) Sabel and Simon, Epilogue, 397쪽 이하. 법형식주의의 완화에 관하여, 박은정, 『법철학의 문제들』, 박영사, 2007, 353쪽 이하; 이현환, "21세기 법치주의의 신경향", 『공법연구』 제44집 제1호 2015년 10월, 74쪽 이하 재인용 등 참조.

117) Sabel and Simon, Epilogue, 397-98쪽.

시한다는 비판을 받는다.<sup>118)</sup> 즉 뉴거버넌스는 전문가에 대한 근거 없는 찬사이며, 일반적으로 법치주의와 결합된 법적 보장에 종속되지 않은 비공식적인 결정 양식을 규범화한다.<sup>119)</sup>

또한 민주적 경험주의는 형식적인 평등 즉 법 앞의 평등과 법원중심의 개인의 법적 권리의 보호에 의해 보장되는 안정성을 저해한다는 비판을 받는다.<sup>120)</sup> 전통적인 자유주의적 법치주의<sup>121)</sup>의 합법성의 모범적 이미지에서 개인은 자신의 권리를 헌법의 도덕적 이해에 헌신된 사법부에 의해 실현되는 마지막 수단(최후의 보루)으로 보유한다.<sup>122)</sup> 법의 지배를 통한 법에 의한 통치(rule by law qua rule of law)는 개인의 안전과 자유를 간섭으로부터 보호할 수 있는 능력 때문에 중요하며,<sup>123)</sup> 법제정에 있어서의 안정성과 일반성, 명확성과 정확성을 보장하는 것은 개인의 자치의 효과적인 행사를 가능하게 한다.<sup>124)</sup> 개인의 법적 권리의 보호는 개인의 자치의 행사를 용이하게 할 뿐 아니라, 더 근본적으로는 권리는 (비록 이러한 자치의 개념이 자치의 공적 측면을 소홀히 하기 때문에 불충분하더라도) 바로 개인의 자치를 구성한다고 할 수 있다.<sup>125)</sup> 사회-역사적 관점에서도 개인의 법적 권리는 현대 자유주의 이데올로기의 중심을 이루는 한 부분이며 이데올로기로서 이러한 개인의 권리가 최종의, 절대적인 또는 불가양의 권리이고, 이러한 권리들의 가치는 단순히 도구적이거나 외부적인 것이라기보다 최종적이며 본성적이며,<sup>126)</sup> 법은 현대 인간의 본래적인 존엄과 자유를 나타낸다.<sup>127)</sup> 이러한 점에서 뉴거버넌스 제도는 법제정에 있어서 일반성, 공공성, 명확성을 훼손하며 모순을 창조하고 예측가능성 심사를 통과할 수 없으며 법제정은 선언된 법과 그

118) Wilkinson, 앞의 글, 700쪽. 특히 공무원의 개방적 인사제도와 민간과의 협치제도 등은 공무원의 책임성, 통일적 전문성, 위계질서 등의 전통적인 관료제의 장점을 잃게 할 수 있다. 김해룡, 앞의 글, 307쪽 이하.

119) 위와 같음.

120) Wilkinson, 앞의 글, 700쪽. 물론 법의 지배의 이데올로기는 형식적 평등을 실현하는 경향이 있고 그렇게 함에 있어서 힘 있는 특정한 행위자와 기관들에게 특권을 부여하며 현상유지(status quo)를 고착화한다. 법의 지배가 도덕적 가치, 정의를 위반해서는 안 된다. Wilkinson, 위의 글, 708-9쪽.

121) Legalism을 법치주의라 번역하였음. 여기서 자유주의는 Hayak의 자유시장 자유주의로부터 Ronald Dworkin의 형평적 자유주의의 넓은 스펙트럼을 포함함. Wilkinson, 앞의 글, 700쪽. 자유주의에 대하여, 안준홍, “자유주의와 법치주의의 관계에 대하여”, 『외법논집』, 제38권 제4호, 2014. 11, 61쪽 이하 참조.

122) Wilkinson, 앞의 글, 700쪽.

123) 위의 글, 700-701쪽.

124) 특히 국민이 준수해야할 공법적 의무사항에 대하여 행정청이 당사자와의 조정과 타협을 통하여 실현하는 행정수단은 엄격한 의미의 법치주의에 반한다는 비판이 있다. 김해룡, 앞의 글, 310쪽.

125) 이러한 현대적 법의 지배의 이해에 대하여는 Friedric A. Hayek, The Road to Serfdom, 72-72(1944); Wilkinson, 앞의 글, 701쪽 재인용. 사적 재산권과 상업적 거래에서의 안정성에 기초한 경제의 안전성의 보장을 목표로 하는 현대 자본주의 사회의 부르주아의 자유는 형식적인 평등의 이데올로기에 기초한다. 위와 같음.

126) Wilkinson, 앞의 글, 701쪽 이하.

127) Wilkinson, 위의 글, 701-2쪽.

것을 집행하기 위하여 취해진 공적인 행위 사이의 일정한 수준의 합치를 입증해야 한다는 요건을 위반한다는 것이다.<sup>128)</sup>

### 3. 뉴거버넌스의 반론

#### (1) 대의제의 보완 및 민주적 정당성 강화의 다양한 루트 제공

뉴거버넌스 체제가 과연 충분히 포섭적인지 그렇지 않으면 이해관계자 편견(stakeholder bias)에 종속되어 있는 지 여부에 대한 대답에 따라 이 제도의 정당성에 의문을 제기할 수 있다.<sup>129)</sup> 만약 이해관계자의 참여가 왜곡된다면 참여와 분배결과의 정당성도 도전을 받게 되고 그 결과 역시 왜곡될 것이다.<sup>130)</sup> 가장 기본적인 다수결 제도조차도 어젠다를 결정하는 권한을 가진 사람을 향하여 편향되어 있다는 정치학과 경제학의 논제와 같이, 뉴거버넌스는 집단행동문제(collective action problem)를 극복하고, 어젠다를 설정하는 실제적인 능력을, 약자에 해당하는 이해관계자와 공유할 방법을 찾아야 한다.<sup>131)</sup>

따라서 Trubek 등은 뉴거버넌스 성공의 조건으로 중요한 이해관계자를 새로운 참여메커니즘에 포함시키는 것이 뉴거버넌스의 민주적 정당성을 확보하는 방법이 될 것이라고 하였다. 특히 조직화되지 않고, 잘 대표되지 않은 집단을 참여시키려는 특별한 노력의 중요성을

128) Mark Dawson, "Soft law and the rule of law in the European Union: Revision or Redundancy?" (이하 Soft law) 6-7쪽 (Robert Schuman Centre for Advanced Stud., European U. Inst. Working Papers, No. RSCAS 2009/24, 2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1415003>; Wilkinson, 앞의 글, 703쪽. 이러한 논의와 관련하여 Wilkinson은 Lon Fuller의 논거에 많이 의존한다. Lon Fuller, *The morality of law* (rev. ed. 1969); Wilkinson, 위의 글, 재인용. 피규제자들의 자율적 통제를 가능하게 하고, 협력적 규제행정을 수행함에 있어서도 일정한 한계가 존재하며, 전체적인 법 질서의 침해가 예상되는 경우 단호한 행정조치를 내릴 수 있는 제도가 뒷받침 되어야 한다는 의견으로, 김해룡, 앞의 글, 312쪽 참조.

129) Victorial Nourse and Gregory Shaffer, "Expiricism, experimentalism, and conditional theory", 67 *SMU L. Rev.* 141 (2014), 171쪽.

130) Nourse and Shaffer, 앞의 글, 172쪽. 의료보험 개혁을 예로 들면 정부기관과 사적 단체의 자기규제에 대한 동의를 강조하는 뉴거버넌스 실험을 한다고 하면서, 주된 역할담당자가 의료보험을 구입하는 평균적인 개인을 단순히 무시해 버리는 경우, 결과적인 합의를 찾는다 하더라도 전체적인 의료보험제도는 개인들에게 불이익한 것이 될 수 있다. 만약 개인 참여자가 고려되지 않는다면 최종적인 규제는 뉴거버넌스 지지자가 바라는 바대로 반응적(responsive)일 수 없다. 더 많은 사례는 다음을 참조: Tim Sinclair, *The new masters of capital: American bond rating agencies and the politics of creditworthiness* (2005); Sheila Bair, *Bull by the horns: fighting to save Main Street from Wall Street and Wall Street from itself* 27 (2012); Nourse and Shaffer, 앞의 글, 172쪽 각주 137 재인용.

131) 비슷한 취지로, Nourse and Shaffer, 앞의 글, 173쪽. 또한 백수원, "법치주의와 투명성에 관하여, 법치주의의 현대적 변화와 투명성에 대한 헌법적 고찰", 『헌법학연구』 제17권 제3호(2011. 9.), 1쪽 이하 참조.

강조한다.<sup>132)</sup> John Dewey는 전문가는 평범한 이해관계자가 제공할 수 있는 일선의(직접적인) 지방적 지식의 도움이 없이는 효과적일 수 없으며, 민주주의는 평범한 사람이 논의에 있어서 접근가능한 형태의 기술적이고 경험적인 지식을 개발하는 그러한 종류의 전문가를 요구한다고 하였다.<sup>133)</sup> 더욱이 Dewey가 예상했던 바와 같이 경험주의의 실험은 전문가 참여자의 자격을 해당 학문의 증명에 의지하지 않고 문제와 관련된 경험에 의거하여 정의함으로써 전통적인 전문가의 권위를 약화시킬 것이라고 뉴거버넌스 학자들은 대응한다.<sup>134)</sup> 예를 들면 법원에 부속된 마약치료제도에서 중요한 역할을 하는 마약 법원 전문가 협회(Association of Drug Court Professionals)의 구성원들은 변호사, 사회복지사, 의사, 간호사 그리고 심리학자들을 포함한다.<sup>135)</sup> 사회복지 서비스 이행에 있어서도 특정한 전문가에 의해서가 아니라 학제간(분야간) 팀들이 결정하는 경향이 증가하고 있다.<sup>136)</sup> 즉 전통적인 형태의 민주적 정당성은 뉴거버넌스에 적용되기 어렵기 때문에 뉴거버넌스의 책임성을 확보할 다른 방법이 제공되어야 한다.<sup>137)</sup> 자료를 입수하고, 이해관계자들로부터 지식과 정보를 획득하며, 발전을 모니터하는 것을 용이하게 하는 오늘날 컴퓨터 및 정보산업 발달의 새로운 기술이 책임성을 확보하는 새로운 방법을 제시할 수 있다.<sup>138)</sup> 또한 뉴거버넌스 정책결정 과정에 사회적으로 소외된 세력을 포함한 다양한 이해관계자를 포섭하고, 이들의 참여가 실질적인 의미를 가지게 된다면, 일반적인 선거에서 투표를 통하여 제공하는 것보다 관련된 문제들에 대한 더욱 풍성하고 효과적인 민주적 참여의 형태를 제공할 수 있을 것이다.<sup>139)</sup>

132) Trubek and Trubek, *New governance & legal regulation*, 562쪽 이하. 또한 John Dewey, *The Public and the Problems: an Essay in Political Inquiry* (1946); William H. Simon, *Wisconsin Law Review Symposium "Afterword Part II: New Governance Anxieties: A Deweyan Response"*, 2010 *Wis. L. Rev.* 727, 734쪽 참조.

133) John Dewey, 앞의 책; Simon, *New governance anxieties*, 734쪽 재인용.

134) Simon, *New governance anxieties*, 734쪽.

135) Michael Dorf & Charles Sabel, "Drug treatment courts and emergent experimentalist government"(이하 *Drug treatment courts*), 53 *Vand. L. Rev.* 831, 859쪽 (2000); Simon, *New governance anxieties*, 734쪽.

136) Simon, *New governance anxieties*, 734쪽.

137) Trubek and Trubek, *New governance and legal regulation*, 542쪽.

138) Orly Lobel, *The Renew Deal*, 468-470쪽; Gráinne de Búrca, "EU Race Discrimination Law: A Hybrid Model?", in *LAW AND NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE US*, 97쪽; Joanne Scott & David M. Trubek, "Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union", 8 *EUR. L. REV.* 1, 18 (2002); David M. Trubek & Louise G. Trubek, "Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination", 11 *EUR. L. J.* 3, 343 (2005); Trubek and Trubek, *New governance and legal regulation*, 각주 5 재인용, 참조.

139) Sabel and Simon, *Epilogue*, 402쪽. 참여민주주의와 지방자치에 관하여 김승환, "참여민주주의의 공법적 지평, 희망은 있는가", 『공법연구』 제35집 제1호, 2006. 10, 300쪽 이하.



## (2) 법치국가원리와 조화하는 연성법을 통한 보완

뉴거버넌스가 법치주의를 약화시킨다는 비판은 고전적 민주주의 이론과 이에 따른 자유주의적 법치주의의 이해와 맥락을 같이 한다.<sup>140)</sup> 그러나 이러한 민주주의의 개념에는 심각한 한계가 있음은 널리 주지된 사실이다. 먼저 대의제 민주주의에서 대표자들은 국민들 및 구체적인 문제들과 괴리되어 있으며, 국민(the people) 역시 자신들의 의사를 선거에서만 오직 일반적이고 추상적인 형태로만 주장할 수 있을 뿐이며,<sup>141)</sup> 이러한 대의민주주의 구조에서는 광범위한 정부의 행위가 법적 책임으로부터 면제된다.<sup>142)</sup> 반면에 뉴거버넌스는 행정관료들에게 자신들의 행동을 상세하고 투명하게 설명하고, 정당화하며, 그리고 다양한 형태의 수행측정(performance measurement)을 받도록 요구하며, 행정부의 재량의 필요가 사법심사의 면제(immunity)를 요구한다고 생각되는 영역에 있어서나,<sup>143)</sup> 법규의 형식을 취하지 않고, 개별적인 청문권을 보장하지는 않으나 공적인 중요성을 지닌 정부의 행위에도 동료심사를 적용할 수 있다.<sup>144)</sup> 고전적인 자유주의적 법치주의 이론에서 공식화(형식화)<sup>145)</sup>의 역할이 과거에 제정된 모법의 수권과 요건에 정책결정을 제한시키는 것이라면 뉴거버넌스에서 공식화의 역할은 이행을 투명하게 만드는 것이다.<sup>146)</sup> 따라서 뉴거버넌스에서 행위자들은 법규가 근본적인 목적을 이행할 수 없는 경우조차 반드시 그것을 준수하도록 제한하지 않는다. 대신에 법규에서 벗어나는 행동에 대하여 책임성을 묻는 과정이 바로 EU에서 표현하는 “준수하거나 설명하라(comply or explain)”이다.<sup>147)</sup> 그러므로 뉴거버넌스 메커니즘이 행정의 이행(implementation) 및 집행(execution) 과정을 입법부와 법원에게 투명하게 보여줌으로써, 즉 투명한 자기평가와 동료심사는 사법부와 입법부의 책임성도 함께 제고할 것이다.<sup>148)</sup>

140) Simon, *New governance anxieties*, 735쪽: 전통적인 민주주의를 선출된 대표를 통하여 입법으로 표현된 통합된 국민의사를 행정과 사법공무원이 충실하게 집행하는 것을 통하여 국민의 의사에 충성하는 것이라고 이해하는 것으로 표현한다.

141) 정당국가적 경향도 마찬가지로 대의제민주주의의 위기와 관련 있으나 여기서는 지면의 한계 상 논하지 않는다.

142) Simon, *New governance anxieties*, 735쪽. 자세한 내용은 Wilkinson, 앞의 글; Adrian Vermeule, “Our Schmittian administrative law”, 122 *Harv. L. Rev.* 1095 (2009). 규제법의 집행이 아닌, 즉 재량적인 정부의 행위 또는 개인의 자유와 권리를 침해하지 않는 정부의 행위는 사법적(司法的)으로 문제 삼기 매우 어렵고, 청문권의 보장도 실질적인 도움이 되지 않는다. Simon, 같은 글. 735-36쪽.

143) 사법심사 기준의 존부 또는 사법심사의 대상 여부에 대한 논의 등에 대하여 한수웅, 앞의 책, 1319쪽 이하; 허영, 앞의 책, 902-3쪽 참조.

144) Simon, *New governance anxieties*, 736쪽.

145) 2. (2)의 법치주의의 약화에서의 비판 내용 참조.

146) 위의 글, 734-35쪽.

147) 위의 글, 735쪽.

이러한 동료심사와 자기평가의 적절성과 책임성의 확보와 관련하여도 결국 법치주의의 과정중심의 모델로 회귀하게 될 것이며, 그것의 이행에 있어서 사법심사의 역할이 더 중요하게 될 것이라는 의견도 있지만,<sup>149)</sup> 다른 한편으로는 공공연한 정치적인 논의를 가능하게 함으로써 뉴거버넌스의 민주적 성격을 강화하고, 사법심사에만 의존하거나 사법심사를 강화하기 보다는 옴부즈맨 같은 비사법기구와 ADR(대체적 분쟁해결) 등의 수단을 통하여 법치 국가 원리의 요소들을 보장하고, 절차적인 정당성을 확보하는 방법들을 검토할 필요가 있다는 의견도 있다.<sup>150)</sup>

마지막으로 법과 뉴거버넌스의 관계의 측면에서 뉴거버넌스 체제에서 전통적인 형식적 법과 정부의 강제는 뉴거버넌스의 촉매제의 기능을 수행한다.<sup>151)</sup> 뉴거버넌스는 결국 실험주의적인 조직적 노력을 유도하기 위하여 법적 인센티브나 명령에 의존하지 않을 수 없기에 형식적 법의 중요한 역할을 주지해야 한다.<sup>152)</sup> 뉴거버넌스 논문들을 주의 깊게 읽어보면 경험주의 거버넌스 안에 형식적인 법의 역할과 위치가 있다는 것을 인정하는 조건부 주장을 하는 것을 확인할 수 있다.<sup>153)</sup> 결국 사회적 그리고 규제적 학습을 촉진하는 연성법(soft law) 메커니즘을 강조하는 한편 견성법(전통적인 법, hard law)과 연성법을 포함하는 혼합 거버넌스를 요청하는 것이다.<sup>154)</sup>

148) 위의 글, 735-36쪽. 또한 Sabel and Simon, Epilogue, 402쪽; Wilkinson, 683쪽 참고. 입법부에 의한 행정통제로부터 행정과 민간의 협치에 의한 자율적 통제로 비중이 옮겨 가는 것에 대비하여 행정의 결정과정에 대한 절차법적 규율을 강화하여, 직접적인 이해관계자의 참여강화를 보장하여 행정결정의 합법성을 담보해야 한다는 주장, 김해룡, 앞의 글, 314쪽 이하.

149) 이와 같은 뉴거버넌스에서의 법원의 역할의 중요성에 대하여 Scott and Sturm, "Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance", 13 Colum. J. Eur. L. 565 (2007); Wilkinson, 앞의 글, 683, 691쪽 참조. 또한 박정훈, 『행정법의 체계구조변화로써의 참여와 협력 - 독일에서의 이론적 논의를 중심으로, 행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005; 김해룡, 앞의 글, 316쪽 이하 참조, 재인용.

150) Mark Dawson, "Constitutionalizing new governance", in New Governance and the Transformation of European Law, Coordinating EU Social Law and Policy, Cambridge University Press(이하 Constitutionalizing new governance), 2011, 235쪽 이하. 그러나 ADR을 통한 협의와 조정 과정이 가진 장점에도 불구하고, 분쟁의 궁극적 해결을 제공하지 못한다는 한계 등으로 인한 문제점도 있다. 김해룡, 앞의 글, 308쪽 이하.

151) Nourse and Shaffer, 앞의 글, 170쪽. 또한 Simon, Anxieties, 729-30쪽; Nourse and Shaffer, 앞의 글, 169-170쪽: 1982년 개정된 멸종위기종에 관한 법(Endangered Species Act)하에서 사개발업자는 지방의 이해관계자와 서식지 보존계획(Habitat Conservation Plan)을 체결하지 않으면 심각한 처벌을 받을 위험에 처해지고, 또한 그들은 그러한 계획을 관계기관에 보고할 의무를 진다. 이러한 방법으로 동법은 사개발업자가 환경주의자들과 협상하도록 강제하는 배정규범으로서 작용한다.

152) Nourse and Shaffer, 앞의 글, 171쪽.

153) Lobel, The Renew Deal, 452-53쪽.

154) Nourse and Shaffer, 앞의 글, 175. 또한 같은 글, 각주 153: David M. Trubek, Patrick Cottrell & Mark Nance, "'Soft Law', 'Hard Law', and European Integration: Toward a Theory of Hybridity", in Law and New Governance in the EU and the US, 65쪽 참고.

#### 4. 소결

뉴거버넌스는 모든 분야를 포섭하는 이론으로, 모든 종류의 문제에 대하여 적절한 해결책을 도출할 수 있는 절차는 아니다. 명백한 위계적인 법규가 필요한 영역에서는 분명히 전통적인 법의 역할이 필요하다.<sup>155)</sup> 뉴거버넌스가 적절한,<sup>156)</sup> 성공적인 결과를 도출한 경우도 있고, 뉴거버넌스가 온전한 성공으로 받아들여질 수 없는 사례들과<sup>157)</sup> 아무런 성과도 낼 수 없었던 분야들도 존재한다. 분명 뉴거버넌스 이론이 거버넌스의 성공스토리만 너무 강조하는 경향도 존재한다.<sup>158)</sup> Nejaime는 뉴거버넌스 메커니즘이 적합하지 않은 것으로 여겨지는 곳 중에 하나가 바로 정체성기반의 맥락이라고 하면서<sup>159)</sup> 그러한 예로 특별히 공립학교와 성정체성 및 종교기반 프로젝트와 관련한 사례를 제시한다.<sup>160)</sup> 뉴거버넌스의 성공여부는 관련된 당사자들의 관계에 많은 부분 의지할 수밖에 없으며, 해결해야 할 문제의 성격과 내용, 그리고 전통적인 법의 역할,<sup>161)</sup> 그리고 이해관계자들의 광범위하고, 의미있는 실질적인 참여의 확보가 중요하다.<sup>162)</sup> 동시에 이러한 뉴거버넌스의 실패 사례는 소외된 집단과 개인을 위한 본질적인(substantive) 평등을 향상시키는 방법으로써 권리기반의 소송도 계속적으로

155) William E. Scheurman, "Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization: Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy", 17 Canadian J.L. & Jurisprudence 101 (2004); de Búrca, New governance and experimentalism, 236쪽 재인용. 특히 반빈곤법과 관련하여 비판함. Super, 앞의 글도 같은 맥락에서 뉴거버넌스를 비판함. 그 밖에 Alexander, 앞의 글; Bach, 앞의 글 참고.

156) 상세한 내용은 Wendy Netter Epstein, "Bottoms Up: A Toast to the Success of Health Care Collaboratives . . . What Can We Learn?", 56 Admin. L. Rev. 739 (2004), 771-773쪽 참조.

157) 특히 경찰개혁과 관련하여 기존에 권한을 가지고 있던 상급관청과 새롭게 권한을 가지게 된 뉴거버넌스 메커니즘에 참여하는 이해관계자들 사이의 갈등문제와, 참여하는 이해관계자 사이에서의 힘의 불균형도 뉴거버넌스를 통한 경찰개혁의 성공을 불투명하게 그리고 일관되게 하지 못하는 측면이 있다. 그러나 지속적인 중앙정부에 의한 주민의 교육과 자원제공 및 모임의 조정 및 지원, 책임성 제고를 위한 지속적인 모니터링 등은 지방자치제를 제고하는 효과를 가져왔다. Fung, 앞의 글, 75-76쪽.

158) de Búrca, New governance and experimentalism, 236쪽. 이와 관련하여 Christie Ford, "New Governance in the Teeth of Human Frailty: Lessons from Financial Regulation", 2010 Wis. L. Rev. 441 (2010) 참고.

159) Nejaime, 앞의 글, 327쪽.

160) Nejaime, 앞의 글, 327쪽 이하: 2006년 초당적인 수정헌법 제1조 센터는 학교들이 성정체성과 종교의 문제에 대한 공통적 이해에 도달하기 위하여 뉴거버넌스 도구를 사용하도록 촉구하는 가이드를 출판하였다. 2006년과 2007년 Maryland 주의 몽고메리 카운티에서의 성교육교과과정을 둘러싼 격렬한 소송이후 해당지역은 협력적 과정 안에서 교과과정을 수정하기 위한 종교인 및 성소수자 등 이해관계자의 참여를 이용하는 뉴거버넌스 전략을 시도하였으나 결국 소송으로 회귀하였다.

161) 행정예의 뉴거버넌스의 도입과 관련한 절차법적 통제 및 사법적 통제의 강화의 필요성에 대하여, 김해룡, 앞의 글, 315쪽 이하.

162) Nejaime, 앞의 글, 399쪽. 또한 뉴거버넌스 체제("의" 삭제함) 안팎의 변호사의 역할이 중요하다고 주장한다.

중요한 도구로 필요하다는 것을 보여준다.<sup>163)</sup> 따라서 뉴거버넌스의 긍정적인 역할과 변화는 인정해야 하고, 필요한 분야에 도입하기 위한 적절한 노력을 기울여야지만, 전통적인 법과 뉴거버넌스는 계속 공존하며, 특히 양자가 상호보완, 경쟁하며 변화시키는 관계로 발전할 것이라 예상할 수 있다.

뉴거버넌스의 헌법적 의미와 관련하여, 건강, 의료, 근로, 취업, 환경, 빈곤, 형사법, 원자력발전소 등 위험시설과 유해시설의 안전유지 등 다양한 공공정책의 영역에서 뉴거버넌스 메커니즘이 도입되었지만<sup>164)</sup> 아직 Dorf와 Sabel이 구상하는 총체적이고 전반적인 뉴거버넌스 헌법으로의 변화를 미국에서 찾는 것은 아직 어렵다.<sup>165)</sup> 그러나 뉴거버넌스가 등장하게 된 배경이나 뉴거버넌스가 가진 민주적 정당성과 책임성을 새롭게 제고하는 측면을 고려할 때 전통적인 대의제 민주주의나 법치주의가 완전한 새로운 모습을 취하는 것은 아니라 하더라도 이를 보완하며 변화시킬 가능성은 충분히 있다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 뉴거버넌스를 전통적인 헌법과 법의 형식과 테두리 안에 포섭하는 것, 소위 경성법(hard law)화 하는 것은 오히려 뉴거버넌스의 유연성을 훼손할 수 있다. 이미 뉴거버넌스의 실험은 전통적인 법과 재량의 행사가 가능한 곳, 규제되지 않은 영역 사이에서 활발히 이루어지고 있다. 뉴거버넌스 메커니즘이 헌법의 가치를 지향하고, 헌법에 합치하며, 그리고 다른 법과 조화하는 것이어야 함은 당연하다. 뉴거버넌스를 헌법에 구체적으로 특정한 모델과 내용을 택하여 규정하는 것보다 뉴거버넌스를 불가분하게 하지 않는 헌법의 해석과 정치적인 과정을 통한 뉴거버넌스 메커니즘의 도입과 사용이 뉴거버넌스의 의미와 헌법의 특성을 고려할 때 타당하다.<sup>166)</sup>

163) 위와 같음. 또한 뉴거버넌스의 이해관계자의 참여와 규범의 계속적인 수정이라는 메커니즘은 이해 당사자들의 실질적인 정책입안과 이행 등에서의 참여와 피드백을 통하여 기본권제한의 헌법적 요청인 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙 등의 현실적인 지표를 정책을 입안하고 집행하는 입법부, 집행부 뿐 아니라 사법부에게도 제공할 수 있을 것이다. 자세한 내용은 민주적 경험주의 헌법 구상에 관한 III. 1. 본문 내용 및 각주 참조.

164) 치안유지 및 경찰개혁과 관련한 뉴거버넌스의 도입과 실행에 대하여 Archon Fung, "Accountable Autonomy: Toward Empowered Deliberation in Chicago Schools and Policing", 29 Pol. & Soc'y 73 (2001), 73-76쪽. Cincinnati 경찰개혁과 관련해서는 Kami Chavis Simmons, "New Governance and the 'New Paradigm' of Police Accountability: A democratic approach to police reform", 59 Cath. U. L. Rev. 373 (2010), 412, 423-424쪽 참고.

165) 그러나 EU의 경우는 미국과 달리 메타논의가 가능하다. 특히 EU의 뉴거버넌스 학자들은 비록 EU 헌법은 존재하지 않지만 이러한 뉴거버넌스 관행이 전반적으로 EU법의 다양한 분야에 반영되고 이행되고 있다고 보고 있으며, 장래의 EU 헌법의 제정논의와 관련된 미국 및 유럽의 뉴거버넌스 학자들의 활발한 논의가 진행 중이다.

166) Dawson, Constitutionalizing new governance, 동지, 참조.

#### IV. 사회정의와 실질적 평등의 실현에 있어서 뉴거버넌스의 역할

전통적 규제모델로부터 뉴거버넌스로의 이동 사례 중에는 사회적 보호의 효과성을 증대하기 위한 방법이 아니라 경우에 따라 오히려 특정한 사회적 보호를 포기하거나 탈규제를 숨기기 위한 연막을 치는 것으로 보이는 것들도 있다.<sup>167)</sup> 특히 뉴거버넌스는 규범적으로 공허하기 때문에 사회정의와 평등을 신장하는 수단과 관련하여 신자유주의 탈규제 어젠다의 도구가 되기 쉽다는 비판을 받기도 한다.<sup>168)</sup> 또한 경험주의 거버넌스가 배분적 정의의 특정한 이론을 전제하거나, 정의에 대한 질문을 아예 고려의 대상 밖에 두었거나, 아니면 어떠한 정의의 이론도 추구하지 않는다는 비판도 존재한다.<sup>169)</sup>

그러나 뉴거버넌스 학자들이 정의의 개념이 무한대로 개방되어 있는 다원적인 패러다임을 추구하는 것은 아니다.<sup>170)</sup> 대부분의 뉴거버넌스 학자들은 배분적 정의를 추구하며, 경험주의 거버넌스를 그러한 정의를 실현하기 위한 수단으로 생각하고, 실제로도 그러한 목적으로 뉴거버넌스를 사용한다.<sup>171)</sup> 그리고 뉴거버넌스 메커니즘은 실제로 빈곤퇴치, 의료, 복지, 노동, 교육 등 사회정의와 관련된 분야에서 자주 도입되어 사용되고 있다. 민주적 경험주의자들의 숙의(deliberation)가 배분의 문제를 “한편으로 제쳐 놓는다(bracket or put aside)”는 비판에 대하여<sup>172)</sup> Simon은, 가장 다루기 어려운 문제들은 일단 제외하고, 더 공통적인 근거(ground)를 발견할 수 있는 문제들에 집중하는 것이 숙의 과정의 기본 기술이라고 하면서, 그렇게 하는 이유는 어려운 문제들에 대하여 완전하게 대응하지 못하더라도 어느 정도의 진보가 있기를 기대하면서 또는 다른 문제들이 그러한 어려운 문제들의 해결을 한층 더 가능하게 재구성하는 것을 기대하기 때문이라고 한다.<sup>173)</sup> 또한 Simon은 뉴거버넌스가 배분적 정의를 이미 결정된(settled) 한계로 취급해야 한다는 주장에 대하여는 어떤 이슈가

167) Trubek and Trubek, New governance and legal regulation, 563쪽.

168) de Búrca, New governance and experimentalism, 237쪽. 이와 관련하여 Cohen, 앞의 글 참고.

169) 특히 Cohen, 앞의 글, 35-36쪽.

170) Lobel, The Renew Deal, 467쪽.

171) de Búrca, New governance and experimentalism, 238쪽. 특히 EU에서 뉴거버넌스는 신자유주의 목적을 따르기보다 사회정책의 영역에 있어서 견성의 법적 수단에 대한 합의에 이르기 어렵다는 특성 때문에 초국가적 사회적 교정(social correction)의 중요한 메커니즘이 되었다. Wiklinson, 앞의 글, 694. 그러나 빈곤극복과 관련된 뉴거버넌스 수단들이 수혜자 중심의, 빈곤층 공동체에 실질적으로 민감한 정책들을 생산하고 이행할 것이라는 기대에 대해 오히려 뉴거버넌스가 관련 정부 및 행위자의 책임과 반응성을 감소, 약화시키며, 오히려 빈곤층 공동체의 실질적인 참여의 부재를 통하여 뉴거버넌스 실험이 사실상 실패했다는 비판이 제기된다. Super, 앞의 글. 또한 관련된 논의로 Wendy Bach, “Governance, Accountability, and the New Poverty Agenda”, 2010 Wis. L. Rev. 239 (2010) 참고.

172) Lisa Alexander, “Stakeholder participation in new governance: lessons from Chicago’s public housing reform experiment”, 16 Geo. J. on Poverty L. & Pol’y 117(2009), 133쪽; Cohen, 앞의 글, 35-6쪽; Simon, New Governance Anxieties, 732쪽.

173) Simon, new governance anxieties, 733쪽.

이미 결정되어 있는지, 그렇지 않으면 여전히 논의를 해야 하는지는 시스템의 어떤 부분에 우리가 위치하는지에 달려있다고 설명한다.<sup>174)</sup> 즉 연방국가의 연방차원에서는 여전히 논의해야 할 문제로 여겨지는 것이 연방의 회원국(주정부 등) 내에서는 해결된 것으로 여겨질 수 있으며, 연방차원에서 해결된 것으로 생각되는 문제들이 여전히 국제체제 안에서는 논의되어야 하는 문제로 여겨질 수 있다는 것이다.<sup>175)</sup>

Lobel은 새로운 법적 패러다임을 계속 개발하기 위하여 뉴거버넌스 학자들은 거버넌스 모델의 특정한 형태가, 규범적·예방적 판단을 내리고, 공공의 목적을 증진하기 위한 우리의 능력에 어떠한 영향을 미치는지 고려해야 한다고 하면서, 불공정하고 불평등한 사회 현실에 대한 도전은 특정한 현실을 거절하고 대안적인 현실을 증진하는데서 생기며, 거버넌스에 참여할 능력은 옳은 것과 그른 것에 대한 개념을 보유할 능력에 달려있다고 하였다.<sup>176)</sup> 또한 과정 또는 방법론적 프레임워크만으로는 충분하지가 않을 경우, 절차적 정당성에 의미를 부여하기 위해서는 권력과 부가 심한 불균형상태가 되는 경우 위험에 처하게 되는 정치적 평등과 같은 공적 가치를 보호하기 위하여 전념할 것을 제안한다.<sup>177)</sup> 특히 소수자 보호와 배분적 정의 등의 문제에 대하여도 뉴거버넌스와 전통적인 법의 역할이 동시에 필요하다.

현대 급부국가에서 사회적 기본권의 보장 및 보호, 사회국가원리의 이행과 관련하여 뉴거버넌스는 앞에서 제기한 문제점들이 보완된다면 정부 및 사회복지, 또는 공공부조를 이행하는 개인과 사적 단체의 책임성을 제고하고 수혜를 받는 국민의 적극적인 참여를 보장하여 실질적인 필요를 발견하고 공급하는데 있어서도 입법부와 행정부뿐만 아니라 사법심사를 담당하는 법원 및 헌법재판소의 현실 판단을 위한 자료 조사, 수집 및 분석과 심사기준의 발견에도 기여할 것으로 보인다.<sup>178)</sup>

174) 위와 같음.

175) Simon, new governance anxieties, 733쪽. 예를 들면 혐오표현(hate speech)의 광범위한 금지의 허용이 독일과 미국 내에서는 상당부분 결정된 문제로 여겨질 수 있으나, 각각 다른 방법에 의해서이다. 적어도 이러한 문제가 이들 국가 내에서는 이해관계자 체제 안에서 예를 들면 공동체의 치안유지와 같은 일정한 목적에 있어서는 해결된 것으로 취급될 가능성이 있지만, 이 두 국가가 참여하는 국제인권체제에서는 명확하게 결정된 것으로 취급될 수 없다. 이러한 맥락에서 공공주택의 철거민들의 복귀 권리와 같은 특별한 공정성의 개념이, 뉴거버넌스의 한계로 취급되어야 한다는 주장 역시 그 문제를 논의하는 정치공동체의 지위에 달려 있다고 할 수 있다.

176) Lobel, 앞의 글, 468쪽.

177) 위의 글, 468-69쪽.

178) 이와 관련한 우리나라의 뉴거버넌스 이론 및 사례의 소개와 이에 대한 헌법적 검토는 후속 연구를 기약한다.

## V. 맺으면서

민주적 헌법국가, 행정국가, 복지국가라는 현대의 국가공동체에서 뉴거버넌스는 참여, 속의 민주주의를 추구하며, 전통적인 민주국가원리와 법치국가원리가 더욱 창의적이며 탄력적으로 해석, 실현되고, 국민의 능동적 기본권이 선거 외에서 실질적인 의미를 가질 수 있는 가능성과, 뉴거버넌스 정책결정과 집행에 참여하는 국민 개개인을 비롯한 비정부세력 등의 참여자들의 결정과 이들이 내린 결정의 공정성, 투명성과 책임성의 제고, 민주적 정당성 및 적법절차라는 법치국가와 민주국가원리와 관련한 비판 및 뉴거버넌스의 민주적 정당성 및 책임성에 대한 새로운 접근과 대응에 대하여 검토하였다.

뉴거버넌스는 이미 우리나라를 비롯한 여러 나라에서 다양한 영역에서, 여러 형태와 방법으로 국제기구, 또한 중앙 및 지방정부의 정책의 결정과 집행에 사용되어 왔다. 그러나 뉴거버넌스는 민주국가원리와 법치국가원리 등을 기본원리로 하며 국민의 기본권을 보장하는 국가권력구조와 의사결정의 민주적 정당성 및 책임성을 확보<sup>179)</sup>하는 우리 헌법 및 행정법에서는 여전히 낯선 개념이다. 그러나 뉴거버넌스가 민주주의와 법치주의의 제고를 위한 혁신적이고 다양한 루트를 제공할 수 있다고 한다면, 즉 뉴거버넌스가 헌법의 기본가치의 보장에 기여한다면, 이것을 헌법적, 법적으로 인식하는 것이 필요하다. 그리고 헌법에 특정한 뉴거버넌스의 모델과 내용을 택하여 구체적으로 규정하는 것보다 뉴거버넌스를 불가능하게 하지 않는 헌법의 해석과 정치적 과정을 통하여 뉴거버넌스 메커니즘을 포섭하는 것이 더 바람직해 보인다. 또한 뉴거버넌스 메커니즘은 분명 헌법이나 법이 수행하는 역할을 대체하는 것이 아니라 헌법의 가치를 지향하고, 헌법에 합치하는 그리고 다른 법과 조화하는 것이야 한다.

뉴거버넌스는 완전히 새로운 개념도, 새로운 제도의 발명도 아니다. 현대 국가의 모든 문제의 대안이 될 수 없고, 모든 영역과 모든 정부수준에서의 도입을 고려하기 위해 획일화 또는 표준화될 수 있는 과정이나 절차도 아니다. 전통적인 법과 뉴거버넌스는 계속 경쟁하며, 상호보완하고 상호변화를 도모하면서 발전할 것이다. 그리고 이러한 과정은 헌법과 조화하는 한에서 이루어져야 할 것이다. 그러나 우리나라에서, 이를테면 법이라는 종교의 이단아와 같은 뉴거버넌스가 헌법의 무관심 또는 무시 속에서 또는 헌법합치적, 포괄적인 해석 안에서 또는 뉴거버넌스를 헌법 안에 포섭하는 더욱 적극적인 조치를 통하여 어떻게 헌법과 조화할지 예상하기는 아직 이른 듯하다.

179) 이기우, “지방자치와 민주주의 및 법치주의의 원칙”, 『공법연구』 제29집 제4호, 2001, 140쪽.

## 참고문헌

- 김석준 외, 뉴거버넌스 연구, 대영문화사, 2000
- 박은정, 법철학의 문제들, 박영사, 2007
- 박정훈, “행정법의 구조변화로서의 ‘참여’와 ‘협력’ - 독일에서의 이론적 논의를 중심으로”, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005
- 이원희 외, “재정운용수단으로서의 행정 계약”, 공공기관연구센터 한국조세재정연구원, 2014
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014
- 최영출 외, 지역 경쟁력 강화와 로컬 거버넌스, 대영문화사, 2006
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2015
- 홍성방, 『헌법학』(상), 박영사, 2013
- 
- 김승환, “참여민주주의의 공법적 지평, 희망은 있는가”, 공법연구, 한국공법학회, 제35집 제1호, 2006. 10
- 김정식, 공공거버넌스 개념의 구성요소 분석과 시사점- ‘대안적 국정운영 패턴’ 가능성 제기를 중심으로 -, 경찰학연구, 제9권 제2호, 2009
- 김현경, 차기정부의 “정보화 거버넌스”와 법적 과제, 한국비교공법학회, 공법학연구, 제13권 제4호, 2012.11
- 김해룡, 법치주의에 대한 신공공관리체제 (New Public Management) 발전의 영향, 외법논집 제25집, 2007.2
- 권영설, 변화하는 헌법과 거버넌스, 연세 공공거버넌스와 법, 제3권 제1호, 2012.3
- 류병운, 세계행정법, 행정법이론실무학회, 행정법연구, 제16권, 2006.10
- 백수원, 법치주의와 투명성에 관하여, 법치주의의 현대적 변화와 투명성에 대한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제17권 제3호, 2011.9
- 안준홍, 자유와주의 법치주의의 관계에 대하여, 외법논집, 제38권 제4호, 2014.11
- 이기우, 지방자치와 민주주의 및 법치주의의 원칙, 공법연구, 제29집 제4호, 2001
- 이두희, 뉴거버넌스, 고시연구, 제33권 제2호 2006.2
- 이재명, 정당과 시민단체, 공법학연구, 제5권 제2호, 2004.5
- 이현환, 21세기 법치주의의 신경향, 공법연구 제44집 제1호 2015.10
- 유재원 · 소순창, “정부인가 거버넌스인가? 계층제인가 네트워크인가”, 『한국행정학보』 제39권 제1호, 2005
- 정극원, “헌법상 보충성의 원리”, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006
- 장영수, 참여민주주의의 실현과 국민소환제 도입의 문제점, 공법학연구, 제7권 제2호, 2006.6
- 조원용, 대의제 의회 입법과정에서 ‘민주’의 의미에 관한 일고찰, 헌법학연구 제20권 제3호, 2014.9
- 조한상, 대의제는 위기에 처했는가?, 법학논총, 전남대학교 법학연구소, 제29권 제2호, 2009.12
- 전광석, 공공거버넌스와 공법이론 구조이해와 기능, 공법연구 제38집 제3호, 2010
- 정극원, 헌법상 보충성의 원리, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006



홍석한, 세계화에 따른 주권의 변화에 관한 헌법적 고찰, 한국비교공법학회, 공법학연구, 제10권 제2호, 2009.5

[http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic\\_view.php?num=865&page=23&term\\_cate=&term\\_word=&term\\_key=&term\\_auth=](http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic_view.php?num=865&page=23&term_cate=&term_word=&term_key=&term_auth=) 온라인행정학사전 (2014.10.21.)

Bruce Ackerman, The Living Constitution, 120 Harv. L. Rev. 1737 (2007)

Lisa Alexander, Stakeholder participation in new governance: lessons from Chicago's public housing reform experiment, 16 Geo. J. on Poverty L. & Pol'y 117 (2009)

Wendy Bach, Governance, Accountability, and the New Poverty Agenda, 2010 Wis. L. Rev. 239 (2010)

Lisa Blomgren Bingham, The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance, 2010 Wis. L. Rev. 297 (2010)

Gráinne de Búrca, The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union, Current Legal Problems (2003) 56 (1): 403-437.

Gráinne de Búrca and Joanne Scott, Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism in Law and New Governance in the EU and the US (edited by Gráinne de Búrca and Joanne Scott), Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2006

Gráinne de Búrca, Symposium: New governance and the transformation of law, New governance and experimentalism: an introduction, 2010 Wis. L. Rev. 227 (2010)

Amy J. Cohen, Governance Legalism: Hayek and Sabel on Reason and Rules, Organization and Law, 2010 Wisconsin Law Review 357, (2010)

Mark Dawson, Soft law and the rule of law in the European Union: Revision or Redundancy?(Robert Schuman Centre for Advanced Stud., European U. Inst. Working Papers, No. RSCAS 2009/24, 2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1415003>

Mark Dawson, New Governance and the Transformation of Law TRANSFORMING INTO WHAT? NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE "MANAGERIAL SENSIBILITY" IN MODERN LAW, 2010 Wis. L. Rev. 389 (2010).

\_\_\_\_\_, New Governance and the Transformation of European Law, coordinating EU Social Law and Policy, Cambridge University Press, 2011

Mark Dawson, Constitutionalizing new governance, in New Governance and the Transformation of European Law, Coordinating EU Social Law and Policy, Cambridge University Press, 2011.

Michael C. Dorf and Charles F. Sabel, A constitution of democratic experimentalism(이하 A constitution), 98 Columbia Law Review 267, 1998.

Michael Dorf & Charles Sabel, Drug treatment courts and emergent experimentalist government, 53 Vand. L. Rev. 831 (2000)

Wendy Netter Epstein, Bottoms Up: A Toast to the Success of Health Care Collaboratives . . . What Can We Learn?, 56 Admin. L. Rev. 739 (2004)

- Christie Ford, *New Governance in the Teeth of Human Frailty: Lessons from Financial Regulation*, 2010 *Wis. L. Rev.* 441 (2010)
- Archon Fung, *Accountable Autonomy: Toward Empowered Deliberation in Chicago Schools and Policing*, 29 *Pol. & Soc'y* 73, 73-76 (2001)
- Jamie Alison Lee, "Can you hear me now?": making participatory governance work for the poor, 7 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 405 (2013)
- Chih-Ming Liang, *Boundary doctrine as a research approach for new governance: the health care quality movement and its implication on malpractice as a case study*, dissertation, University of Wisconsin Law School, 2013
- Orly Lobel, *THE RENEW DEAL: THE FALL OF REGULATION AND THE RISE OF GOVERNANCE IN CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT*(이하 *The Renew Deal*), 89 *Minn. L. Rev.* 342(2004)
- Douglas NeJaime, *When New Governance Fails*, 70 *Ohio St. L.J.* 323(2009)
- Victorial Nourse and Gregory Shaffer, *Expiricism, experimentalism, and conditional theory*, 67 *SMU L. Rev.* 141 (2014)
- Claudio M. Radaelli, *The Open Method of Coordination: A new governance architecture for the European Union? Rapport nr 1 March/2003* Publisher: Swedish Institute for European Policy Studies, available at <http://www.sieps.se/sites/default/files/3-20031.pdf> (2016/3/4)
- Charles F. Sabel and William H. Simon, *Epilogue: Accountability Without Sovereignty*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, Gráinne de Búrca & Joanne Scott, editors, Oxford: Hart Publishing, 2006
- \_\_\_\_\_, *Minimalism and experimentalism in the administrative state*, 100 *Geo. L.J.* 53 (2011)
- William E. Scheuerman, *Democratic experimentalism or capitalist synchronisation? Critical reflections on directly-deliberative polyarchy*, 17 *Canadian J.L. & Jurisdiction* 101 (2004)
- Kami Chavis Simmons, *New Governance and the "New Paradigm" of Police Accountability: A democratic approach to police reform*, 59 *Cath. U. L. Rev.* 373(2010)
- Scott and Sturn, *Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance*, 13 *Colum. J. Eur. L.* 565 (2007)
- William H. Simon, *Toyota Jurisprudence: Legal theory and rolling rule regimes*, in *Law and New governance in the EU and the US*(edited by Gráinne de Búrca and Joanne Scott), Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2006
- William H. Simon, *Wisconsin Law Review Symposium Afterword Part II: New Governance Anxieties: A Deweyan Response*, 2010 *Wis. L. Rev.* 727 (2010)
- David A. Super, *Laboratories of Destitution: Democratic Experimentalism and the Failure of Anti-Poverty Law*, 157 *U. Pa. L. Rev.* 541 (2008)
- David M. Trubek & Louise G. Trubek, *New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation*, 13 *Colum. J. Eur. L.* 539 (2007)
- \_\_\_\_\_, *Hard and Soft Law in the Construction of Social*

- Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination, 11 Eur. L. J. 343 (2005)
- Louise G. Trubek, New Governance and Soft Law in Health Care Reform, 32-SPG Admin. & Reg. L. News 4 (2007)
- Adrian Vermeule, Our Schmittian administrative law, 122 Harv. L. Rev. 1095 (2009)
- Michael Wilkinson, Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism, Wisconsin Law Review Symposium Issue on New Governance and the Transformation of Law, 2010 Wis. L. Rev. 673 (2010)

투고일자 : 2016. 03. 24

수정일자 : 2016. 03. 29

게재일자 : 2016. 03. 30

## &lt;국문초록&gt;

## 뉴거버넌스의 헌법적 함의와 제문제

유 은 정

뉴거버넌스의 헌법적 의미와 관련하여, 다양한 공공정책 영역에서 뉴거버넌스 메커니즘이 도입되었지만 아직 총체적이고 전반적인 뉴거버넌스 헌법으로의 변화를 미국에서 찾는 것은 아직 어렵다. 그러나 뉴거버넌스가 등장하게 된 배경이나 뉴거버넌스가 가진 민주적 정당성과 책임성을 새롭게 제고하는 측면을 고려할 때 전통적인 대의제 민주주의나 법치주의가 완전한 새로운 모습을 취하는 것은 아니라 하더라도 이를 보완하며 변화시킬 가능성은 충분히 있다고 볼 수 있다. 또한 뉴거버넌스를 헌법에 구체적으로 특정한 모델과 내용을 택하여 규정하는 것보다 뉴거버넌스를 불가능하게 하지 않는 헌법의 해석과 정치적인 과정을 통한 뉴거버넌스 메커니즘의 도입과 사용이 뉴거버넌스의 의미와 헌법의 특성을 고려할 때 더 합당하다. 또한 뉴거버넌스는 모든 분야를 포섭하는 이론으로, 모든 종류의 문제에 대한 적절한 해답을 제시하는 절차는 아니다. 명백한 위계적인 법규가 필요한 영역에서는 전통적인 법의 역할이 필요하다. 즉 뉴거버넌스의 긍정적인 역할과 변화는 인정해야 하고, 필요한 분야에 도입을 위한 적절한 노력이 있어야 하지만, 전통적인 법과 뉴거버넌스는 공존하며, 특히 양자가 상호보완, 경쟁하며 변화시키는 관계로 발전할 것이라 예상할 수 있다. 뉴거버넌스의 성공여부는 관련된 당사자들의 관계에 많은 부분 의지할 수밖에 없으며, 해결해야 할 문제의 성격과 내용, 그리고 전통적인 법의 역할, 특히 소외된 집단의 이해관계자의 실질적인 참여의 보장이 중요하다.

뉴거버넌스는 이미 우리나라를 비롯한 여러 나라에서 다양한 모습으로 국제기구, 또한 중앙 및 지방정부의 정책의 결정과 집행에 사용되어 왔다. 민주적 헌법국가, 행정국가, 복지국가라고 특징지을 수 있는 현대 국가에서 뉴거버넌스는 참여적, 숙의적 민주주의를 추구하며, 전통적인 민주국가원리와 법치국가원리가 더욱 창의적이며 탄력적으로 이행되고, 국민의 능동적 기본권이 적극적으로 실현될 수 있는 가능성과, 뉴거버넌스 정책결정과 집행에 참여하는 국민 개개인을 비롯한 비정부세력 등 참여자들의 결정과 이들이 내린 결정의 공정성, 투명성과 책임성의 제고, 민주적 정당성 및 적법절차라는 법치국가와 민주국가원리와 관련한 비판 및 뉴거버넌스의 대응 및 민주적 정당성 및 책임성에 대한 새로운 접근에 대하여 검토하였다. 마지막으로 현대 급부국가에서 사회적 기본권의 보장 및 보호, 사회국가원리의 이행과 관련하여 뉴거버넌스는 국가를 향한 이 적극적 기본권의 실현에 있어서도,

뉴거버넌스의 위에서 제기한 문제점들이 보완된다면 정부 및 사회복지, 또는 공공부조를 이행하는 개인과 사적 단체의 책임성을 제고하고 수혜를 받는 국민의 적극적인 참여를 보장하여 실질적인 필요를 발견하고 공급하는데 있어서도 기여할 것으로 보인다.

주제어: 뉴거버넌스, 민주적 경험주의, 법치주의, 민주적 정당성, 책임성, 분권화

