

# 사회적 부패로서 규제\*

-규제개혁론에 대한 비판적 고찰-

Regulation as Social Corruption

- A Critical Review of the Regulatory Reform in South Korea -

양 천 수(Yang, Chun Soo)\*\*

## ABSTRACT

Recently, a regulatory reform has been raised strongly in our society. Particularly President Park Geun-hye defined regulation as a social cancer that inhibits our economic growth and argued strongly a regulatory reform. According to this regulatory reform, regulation even looks as if it were a social corruption. Of course, the Sewol disaster in last April made a change of this situation. The Sewol disaster made sense that regulation was yet required for our social security. However, the claim of a regulatory reform for our economic growth is again supported. This article is beginning with this social situation and dealing with the question of whether regulation is really a social corruption and the claim of a regulatory reform is really convinced. While understanding that the recently emerging claim of a regulatory reform is based upon neo-liberalism, this article is criticizing that the neo-liberal claim of a regulatory reform is based upon not valid theories and hypotheses. With argumentation of the duality and plurality of a regulation, this article is arguing what we need now is not a regulatory reform based upon neo-liberalism, but in the end a rationalization of regulation. This article proposes four major rationalization of regulation: 'considering the duality and plurality of regulation', 'coherence of regulation', 'regulation based upon rational discourses and discussion', and 'not alienability of basic rights related regulations.'

Key words: regulation, regulatory reform, social corruption, deregulation, the duality of regulation, plurality of regulation, rationalization of regulation, Habermas

## I. 서론

최근 우리 사회에서는 규제에 대해 서로 다른 주장이 제기되고 있다.<sup>1)</sup> 한편으로는

\* 이 글은 지난 5월 16일 금요일에 영남대학교 법학전문대학원에서 개최된 한국부패학회 춘계학술대회에서 필자가 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 그 날 필자의 글에 생산적인 조언을 주신 영남대학교 법학전문대학원의 최성근 교수님과 유익한 심사의견을 제시해주신 익명의 심사위원들에게 감사를 드린다.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사

1) 이 글에서는 법적 규제를 포함하는 개념으로 규제 개념을 파악하고자 한다. 현대사회에서는 법치국가 원리에 따라 대부분의 경우 법을 통해서만 규제가 이루어지기 때문이다. 이에 관한

규제완화를 골자로 하는 ‘규제개혁’이 사회적 이슈가 되었다. 최근 박근혜 대통령이 지속적으로 규제를 사회적 악으로 규정하고, 사회 각 영역에서 규제개혁을 지속적으로 추진할 것을 강력하게 주문하면서, 어느덧 규제 개념은 우리가 혁파해야 할 ‘사회적 부패’로 자리 잡은 듯한 인상을 주었다.<sup>2)</sup> 이를 통해 규제완화를 강조하는 신자유주의적 규제이론이 다시 우리 사회 전반을 엄습하는 것처럼 보였다. 물론 박근혜 대통령이 강조하는 규제개혁론을 보면, 규제개혁론이 반드시 신자유주의와 맞닿아 있는 것은 아닌 듯싶다. 왜냐하면 박근혜 대통령이 대표적인 개혁대상으로 지적한 액티브 X나 공인인증서 문제는 이미 오래 전부터 합리적이지 않은 규제로 비판을 받아왔기 때문이다.<sup>3)</sup> 그런데도 박근혜 대통령은 규제가 우리의 경제성장을 막는, 마치 암과 같은, 거대한 장벽이 되고 있다고 언급함으로써 규제가 사회적 부패가 되고 있다는 인상을 강하게 피력하였다. 이제 규제는 그 자체가 사회적 부패가 되거나 또는 사회적 부패를 야기하는 것으로서 우리가 폐기해야 할 그 무엇이 되어버린 듯싶었다.

그러나 지난 2014년 4월 16일에 발생한 세월호 참사는 규제에 대한 우리의 또 다른 시각을 새롭게 불러일으키고 있다. 세월호 참사의 원인이 무엇인지에 대해서는 여전히 여러 의견이 분분하지만, 선박안전검사 등과 같은 규제를 제대로 하지 않은 것이 중요한 원인이라는 견해 역시 언론을 통해 유력하게 제시되었다.<sup>4)</sup> 안전을 보장하는 데 필요한 규제를 제대로 하지 않아 이번 참사가 발생했다는 것이다. 이를 통해 경제발전을 지향하는 규제완화론이 한 풀 꺾인 듯한 분위기가 사회 전반에 조성되기도 하였다.

이처럼 규제는 우리 사회에서 한편으로는 사회적 암덩어리로, 다른 한편으로는 국민의 안전을 위해 꼭 필요한 수단으로 상이한 평가를 받고 있다. 그런데 필자는 이렇게 상이하면서 모순적인 평가를 받는 것이 규제의 본원적인 속성이라고 생각한다. 어떤 시각에서 보면, 규제는 사회적 부패가 되기도 하고, 또 어떤 시각에서 보면 규제는 ‘사회적 체계들’(soziale Systeme)이 제대로 구성되고 작동하는 데 필수불가결한 매체가 된다. 이 글은 바로 이러한 규제의 야누스적이고 다양한 속성을 분석함으로써, 세월호 참사 이전에 우리 사회를 지배했던 규제개혁론을 비판적으로 재검토하는 것을 목표로 한다. 이를 통해 우리가 지향해야 하는 규제개혁의 방향이 무엇인지에 관해 약간의 시사점을 제공하고자 한다.

## II. 규제에 대한 상이한 시각

기사로는 “朴 대통령 ‘잠깐만요’ ‘송곳질문’에 장관들 진땀”, 『인터넷 한국경제』(입력: 2014. 3. 20. 21:40:13) 참고.

2) 이는 지난 2014년 3월 20일에 있었던 이른바 “규제개혁 끝장토론”을 통해 극명하게 드러났다.

3) 이는 고려대학교 법학전문대학원에 재직하고 있는 김기창 교수가 오래 전부터 문제 삼은 부분이기도 하다. 이에 관한 기사로서 “김기창 교수 ‘공인인증서 외에 공인인증 기술 다양화해야’”, 『인터넷 법률신문』(2010. 5. 7)(방문일자: 2014. 5. 7. 22:14).

4) 이를 보여주는 “싼 것만 찾는 사회, 安全 땀개쳤다”, 『조선일보』(2014. 5. 2), 1쪽.

## 1. 현대 사회국가와 규제의 증가

시민사회에 대한 국가의 개입을 최소화하고자 했던 근대 자유주의 국가와는 달리, 현대 사회에서는 국가가 주도하는 규제가 증가하고 있다. 이는 시민사회에 대한 국가의 적극적인 개입을 정당화하는 사회국가 원리가 현대 국가의 구성원리로 정착하면서 이념적·법적으로 뒷받침된다. 사회국가 원리에 따라 국가가 경제, 교육, 학문, 의료, 보건 등 사회 각 영역에 적극적으로 개입하면서 사회의 많은 부분들이 법제화되고 있다. 이에 비례하여 규제 역시 비약적으로 증대하고 있다. 그런데 이렇게 현대사회에서 비약적으로 증대하고 있는 규제에 관해서는 서로 다른 시각이 존재한다. 규제를 옹호하는 시각과 규제를 사회의 악으로 비판하는 시각이 그것이다. 이러한 상이한 시각은 특히 경제영역을 국가가 어떻게 규제할 것인가를 두고 치열하게 대립하였다.

## 2. 규제비판론

주로 신자유주의 경제학자들에 의해 제기된 규제비판론은 국가가 개입하지 않아도 시장은 자율적으로 작동할 수 있다는 것을 전제로 한다. 이들에 따르면, 시장은 자율적으로 움직이는 독자적인 체계이며, 시장에서 이루어지는 경쟁은 시장의 진화를 촉진한다.<sup>5)</sup> 따라서 국가는 시장에 개입할 필요가 없고, 시장을 대상으로 하는 국가의 규제는 시장의 자율성과 효율성을 약화시켜 결국 규제의 역설에 빠지고 말 것이라고 경고한다. 이러한 시각에서 보면, 현대 사회국가가 사회 각 영역에서 행하는 규제, 특히 경제영역에서 행하는 규제는 과도하고 불필요한 것으로서 폐지하거나 개혁해야 할 대상이다. 이러한 논리에서 보면, 사회국가가 투입하는 규제는 경우에 따라서는 사회, 그 중에서도 시장의 자율성을 훼손하는 것으로서 경제성장을 저해하는 사회의 암적 존재, 즉 사회적 부패가 될 수 있다.

규제비판론은 주로 법경제학적 방법을 원용하여 규제완화론 또는 탈규제론을 논증한다.<sup>6)</sup> 이 중에서도 규제비판론이 자주 원용하는 ‘코스 정리’(coase theorem)는 어떤 근거에서 국가적 규제가 실패할 수밖에 없는지를 법경제학의 측면에서 잘 보여준다. 법경제학의 기초를 다진 미국의 경제학자 로널드 코스(R. Coase)가 제시한 코스 정리는 다음과 같이 말한다.<sup>7)</sup>

5) 이에 관해서는 양천수, “국제경쟁법의 경쟁: 기초법학의 시각에서 본 국제경쟁법의 경쟁정책”, 『국제경제법연구』 제8권 제2호(2010. 12), 71-72쪽.

6) 법경제학에 관해서는 박세일, 『법경제학』 (박영사, 2009); J. L. Harrison, 명순구 (역), 『법경제학』 (세창출판사, 2006) 등 참고.

7) J. L. Harrison, 위의 책(주6), 65쪽; 번역은 명순구 교수의 번역을 따르되 약간의 수정을 하였다.

“많은 경우에 법원 또는 법적 기관에 의해 이루어지는 권리의 배분은 최종적으로 누가 그러한 권리를 소유하는가 여부와는 대부분 관련이 없다.”

이러한 코스 정리는, 시장은 국가적 규제와는 상관없이 독자적인 시장논리에 따라 자원을 자율적·효율적으로 배분한다는 점을 시사한다. 코스 정리에 따르면, 시장을 규율하고자 하는 국가적 규제는 대부분 실패할 수밖에 없다. 그 이유는 법적 규제는 시장이 진정 원하는 것을 정확하게 파악할 수 없기 때문이다. 따라서 코스 정리에 따르면, 시장에 대한 규제는 본래 의도한 목적을 달성하지 못하고, 오히려 원하지 않았던 부작용, 즉 ‘외부효과’를 초래하는 ‘규제의 역설’에 빠질 수밖에 없다.<sup>8)</sup> 규제비판론은 우리가 이러한 규제의 역설을 피하려면, 대부분의 규제를 ‘탈규제화’하는 수밖에 없다고 강조한다.

### 3. 규제옹호론

그렇지만 이러한 규제비판론을 반박하는 규제옹호론 역시 강력하게 제시된다. 규제옹호론은 크게 두 가지 근거에서 규제비판론의 주장을 반박한다. 첫째는 규제비판론이 강조하는 탈규제화가 오히려 사회적 부패를 심화시키고 있다는 점이고, 둘째는 규제비판론은 비현실적 가정을 전제로 하고 있다는 점이다.

첫째, 규제옹호론은 규제비판론의 탈규제화가 현실적으로 사회적 부패를 초래한다고 반박한다. 탈규제화 명제는 시장의 자율성을 전적으로 신뢰함으로써 국가가 시장을 규제하지 않아도 시장이 자율적·최적적으로 작동해 모든 시장참여자들에게 최대한의 이익을 부여할 것이라고 말한다. 이는 시장참여자들이 이기적이지만 합리적으로 행동할 것이라는 점을 은연중에 가정한다. 그러나 현실적인 시장참여자들은 규제가 없는 경우 이기적으로 그리고 탐욕스럽게 행동한다. 이로 인해 쉽게 사회적 유혹에 빠져들고, 사회적 부패를 자행하게 된다. 이는 지난 2008년에 절정으로 치달은 서브프라임 금융위기가 잘 보여준다. 미국에서 발생한 서브프라임 금융위기는 시장에 대한 규제의 공백이 어떻게 시장참여자들의 도덕적 해이를 불러일으키고, 이것이 어떻게 개인적·사회적 부패로 연결되는지를 잘 보여준다.<sup>9)</sup> 최근에 발생한 세월호 참사 역시 이른바 ‘관피아’의 영향으로 선박운항과 관련된 규제를 느슨하게 함으로써 선박운항 및 검사에 대한 사회적 부패가 발생하고, 이로 인해 세월호 참사가 현실화된 것이라고 볼 수 있다.

둘째, 규제옹호론은 규제비판론이 비현실적인 가정을 전제로 깔고 있다고 비판한다.

8) ‘규제의 역설’ 문제에 대해서는 김영평·최병선·신도철 (편저), 『규제의 역설』 (삼성경제연구원, 2006) 참고.

9) 이에 관해서는 양천수, “금융위기와 새로운 패러다임의 법적 규제: 개인적 부패와 제도적 실패의 변증법”, 『한국부패학회보』 제15권 제1호(2010. 3), 127-155쪽 참고.

이는 규제비판론이 많이 원용하는 코스 정리에서 쉽게 발견할 수 있다. 코스 정리는 몇 가지 기본가정을 전제로 하는데, 이러한 가정들은 현실과는 꽤 동떨어져 있다. 예를 들어, 코스 정리는 시장에서 ‘거래비용’이 ‘제로’(0)일 것을 가정하거나, 시장에 참여하는 행위주체가 경제적 합리성을 지닌 주체로서 합리적으로 선택할 것이라는 가정을 전제로 한다. 그러나 실제 현실에서는 엄연히 거래비용이 존재할 뿐만 아니라, 최근의 행동 경제학이 보여주는 것처럼,<sup>10)</sup> 시장참여자들이 합리적으로만 경제행위를 하는 것은 아니다. 이러한 근거에서 규제옹호론은 개인적 부패를 억제하고 사회가 제대로 작동할 수 있도록 하려면, 여전히 시장에 대한 규제가 필요하다고 말한다.

#### 4. 규제는 사회적 부패인가(?)

이러한 두 가지 관점 가운데 규제비판론을 선택하면, 규제, 그 중에서도 시장에 대한 규제는 시장의 자율성과 효율성을 떨어뜨리는 것으로서 우리의 경제성장을 가로막는 사회적 부패가 된다고 말할 수 있다. 현 박근혜 대통령이 규제를 강력하게 비판한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 물론 시장의 자율성을 저해하거나 효율성을 떨어뜨린다는 것만으로 규제를 부패라고 말할 수는 없을 것이다. 이는 부패를 어떻게 개념 정의할 것인가 하는 문제와 관련을 맺는다.<sup>11)</sup> 그렇지만 만약 규제기관이 규제가 별 실효성이 없다는 점을 알면서도 규제를 폐지하지 않고 존속시킨다면, 이러한 규제는 경제성장을 의도적으로 저해하는 것으로서 부패의 일종이라고 말할 수 있을 것이다. 그러나 모든 규제를 사회적 부패의 일종으로서, 혁파해야 할 대상으로 파악하는 것은 문제가 있다.<sup>12)</sup> 그 이유는 규제 자체가 한편으로는 서로 모순적인, 다른 한편으로는 다원적인 의미를 지니고 있기 때문이다. 이를 아래에서 논증하도록 한다.

### III. 규제의 이중성

#### 1. 출발점

이미 언급한 것처럼, 시장을 법적으로 규제하는 것에 반대하는 자유주의자들은 규제가 시장의 자유를 억압적으로 제한한다고만 이해하는 경향이 있다.<sup>13)</sup> 그러나 규제 개념

10) 대니얼 카너먼, 이진원 (옮김), 『생각에 관한 생각』 (김영사, 2012) 참고.

11) 이에 관해서는 양천수, “기초법학의 관점에서 본 사회부패의 개념, 정당화 근거 및 정책”, 『한국부패학회보』 제11권 제4호(2006. 12), 1-18쪽 참고.

12) 박근혜 대통령 역시 안전, 환경, 복지, 약자보호 규제 등은 필요하다는 언급을 하였다.

13) 규제의 이중성에 관한 내용은 많은 부분 양천수, 『서브프라임 금융위기와 법』 (한국학술정보, 2011)에 바탕을 두고 있다.

은 이보다 더욱 넓은 외연을 지닌다.<sup>14)</sup> 필자는 법적 규제를 포함하는 규제 개념은 우선적으로 서로 모순되는 이중적 의미를 지닌다고 생각한다. ‘행위제한의 속성’과 ‘권리·제도 형성의 속성’이 그것이다. 필자는 이에 대한 이론적인 단서를 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)가 제시한 ‘이원적 법이론’에서 찾는다. 아래에서는 하버마스가 정초한 ‘이원적 법이론’을 간략하게 소개함으로써 어떻게 규제가 이중성을 지닐 수 있는지 논증하도록 한다.

## 2. 이론적 기초

### (1) 하버마스의 이원적 사회이론

하버마스의 이원적 법이론을 검토하려면, 먼저 이원적 법이론의 토대가 되는 이원적 사회이론을 살펴볼 필요가 있다. 이원적 사회이론은 사회 전체를 ‘생활세계’(Lebenswelt)와 ‘체계’(System)로 파악하는 구상을 말한다.<sup>15)</sup> 하버마스가 1981년에 출간한 대표작 『의사소통행위이론』(Theorie des kommunikativen Handelns) 제2권에서 제안한 이원적 사회이론은 전체 사회를 생활세계와 체계로 이원화한다. 하버마스에 따르면, 사회는 진화하면서 생활세계와 체계로 분화된다.<sup>16)</sup> 하버마스에 따르면, 현상학자 훔설(E. Husserl)로 거슬러 올라가는 생활세계는 인격, 문화, 시민사회로 구성되는 영역(혹은 공동체 구성메커니즘)으로서, “문화를 통해 전승되고 언어를 통해 조직된 해석준거틀의 저장소”이다.<sup>17)</sup> 생활세계는 ‘참여자 관점’과 관련을 맺는 영역으로서, 참여자들이 상호이해를 지향하는 의사소통행위를 수행하는 데 필요한 배후근거가 된다.<sup>18)</sup> 이러한 생활세계는 “말하는 사람과 듣는 사람이 만나 자신들의 진술이 세계에 합당한 것이라고 주장할 수 있는 장소이며, 그들이 그러한 타당성의 주장들을 비판하고 확증하는 장소”이다.<sup>19)</sup> 이처럼 생활세계에서는 ‘언어’가 매체로서 작동한다. 이와 달리 사회학자 파슨스(T. Parsons)로 거슬러 올라가는 체계는 목적합리성 또는 기능적 합리성이 지배하는 영역이다. 하버마스는 이 체계를 ‘관찰자 관점’과 연결하는데, 상호이해를 지향하는 언어가 매체로 작동하는 생활세계와는 달리, 체계에서는 권력이나 자본이 매체로 작동한다. 이 점이 시사하듯, 정치체제와 경제체제는 여전히 현대사회의 가장 대표

14) 이에 관해서는 홍성수, “규제학: 개념, 역사, 전망”, 『안암법학』 제26호(2008), 379-406쪽.

15) 하버마스의 이원적 사회이론에 대한 개관으로는 이상돈·홍성수, 『법사회학』(박영사, 2000), 108쪽 아래; 이상돈, 『기초법학』(법문사, 2008), 단락번호[2] “법과 대화이론”; 양화식, “생활세계, 체계 그리고 법: 하버마스의 『의사소통행위이론』을 중심으로”, 『법철학연구』 제11권 제2호(2008. 12), 329-360쪽 등 참고.

16) J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2 (Frankfurt/M., 1981), 230쪽.

17) J. Habermas, 위의 책(주16), 189쪽; 번역은 이상돈·홍성수, 앞의 책(주15), 113쪽을 따랐다.

18) ‘참여자 관점’에 관해서는 양천수, “법 영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점”, 『안암법학』 제23호(2006. 11), 89-120쪽.

19) 이상돈·홍성수, 앞의 책(주15), 113쪽.

적인 체계로서 자리매김하고 있다. 독일의 사회학자 토니스(F. J. Tönnis)가 제안한 ‘공동사회와 이익사회’ 또는 독일의 공법학자 포르스트호프(E. Forsthoff)가 내놓은 ‘지배영역과 기능영역’을 현대적으로 발전시킨 <생활세계-체계 이원론>은 무엇보다도 현대 사회국가에서 발생하는 각종 사회적 병리현상이나 근대화의 역설을 해명하는 데 도움을 준다.<sup>20)</sup>

## (2) 하버마스의 ‘이원적 법이론’

하버마스의 이원적 법이론은 바로 이러한 이원적 사회이론에서 출발한다. ‘이원적 법이론’은 이원적 사회이론과 마찬가지로 『의사소통행위이론』 제2권에서 찾아볼 수 있다.<sup>21)</sup> 하버마스는 체계와 생활세계로 이원화된 사회 틀 안에서 법제화가 진행되는 현상을 분석하면서, 법이 이원적인 역할, 즉 한편으로는 체계통합에 기여하는 ‘매체’(Medium)로서, 다른 한편으로는 생활세계에 정당한 테두리를 그어주는 ‘제도’(Institution)로서 그 역할을 수행한다고 말한다.<sup>22)</sup> 이에 따르면, 한편으로 법은 사회적 하부체계, 가령 정치체계나 경제체계를 구성하는 매체로서 일종의 ‘구성적’(konstitutiv) 역할을 수행한다. 상법이나 경제법 또는 행정법이 이러한 예에 해당한다. 다른 한편으로 법은 생활세계가 의사소통을 통해 정당하게 구성될 수 있도록 하는 제도로서 일종의 ‘규제적’(regulativ) 역할을 수행한다. 헌법이나 형법 등이 이에 대한 대표적인 예가 된다. 이처럼 하버마스의 이원적 법이론에 따르면, 법은 한편으로는 생활세계를 규제하는 역할을, 다른 한편으로는 사회적 하부체계를 구성하는 역할을 수행한다.

## (3) 비 판

하버마스의 이원적 법이론은 어떻게 법적 규제가 서로 모순되는 이중적인 속성을 갖게 되는지에 대해 이론적 기반을 제공한다는 점에서 그 의미가 있다. 그렇지만 하버마스의 이원적 법이론은 다음과 같은 점에서 문제가 있다. 하버마스는 이원적 사회이론에 맞추어 이원적 법이론을 논증한다. 이에 따라 하버마스는 생활세계에서 법이 수행하는 역할을 ‘규제적인 것’으로, 체계에서 법이 수행하는 역할을 ‘구성적인 것’으로 파악한다. 그러나 필자는 법의 역할을 이렇게만 규정하는 것은, 법이 지닌 이중적인 속성을 제대로

20) 포르스트호프의 ‘지배영역’과 ‘기능영역’에 관해서는 양천수, “생존배려 개념의 기원: 법철학의 시각에서 본 포르스트호프(E. Forsthoff)의 사회보장법체계”, 『영남법학』 제26호(2008. 4), 101-126쪽.

21) 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 『의사소통행위이론 2』 (나남출판, 2006), 555쪽 아래; 이를 요약해서 소개하는 이상돈, 앞의 책(주15), 단락번호 [2] “법과 대화이론” 참고.

22) 위르겐 하버마스, 위의 책(주21), 555쪽 아래.

로 읽어내지 못한 것이라고 생각한다. 가령 법은 생활세계에서는 규제적인 역할만을 수행하는 것일까? 필자는 그렇지 않다고 판단한다. 법은 생활세계에서도 구성적인 역할을 수행할 수 있다. 예를 들어, 생활세계를 규율하는 헌법이나 형법이 보호대상으로 삼는 ‘기본권’이나 ‘법익’ 등은, 물론 논란이 없지는 않지만, 법 이전에 존재하는 선형적인 것이 아니라 법적 규제를 통해 비로소 ‘구성’되는 것이라고 볼 수 있다.<sup>23)</sup> 기본권의 경우를 보더라도, 칼 슈미트(C. Schmitt)의 자연권 이론이 아닌 법실증주의의 기본권 이론이나 통합론(Integrationslehre)의 기본권 이론에 따르면, 기본권 역시 법 이전에 존재하는 것이 아니라 법을 통해 비로소 형성된 것이라고 볼 수 있다.<sup>24)</sup> 다른 한편 법은 사회적 하부체계 안에서도 구성적인 역할뿐만 아니라 규제적인 역할 역시 수행한다. 독점시장을 방지하기 위해 마련된 독점규제법이 대표적인 예에 해당한다. 독점규제법은 시장이 독점화되지 않도록 ‘규제’하는 데 우선적인 목표를 둔다. 물론 독점규제법을 통해 시장이 자유롭고 평등한 시장으로 ‘구성’된다고 볼 수도 있다. 그렇지만 다시 강조하지만 독점규제법은 시장이 자유롭고 평등하게 작동하도록 규제하는 데 우선적인 기여를 한다. 이렇게 보면, 법적 규제는 결국 그것이 생활세계를 규율하든 아니면 체계를 규율하든 상관없이, 이중적인 성격을 갖는다고 말할 수 있다. 필자는 이러한 이중성을 좀 더 구체적으로 ‘행위제한의 속성’과 ‘권리·제도 형성의 속성’이라고 말하고자 한다.<sup>25)</sup>

### 3. 규제의 이중성

#### (1) 행위제한의 속성

우선 법을 포함하는 규제 일반은 일정한 행위자가 다른 행위자의 권리를 침해하는 행위를 막거나 사회의 안전을 보장하기 위해 위험한 행위를 제한하는 속성을 갖는다.<sup>26)</sup> 이를 ‘행위제한의 속성’이라고 말할 수 있다. 영국의 철학자 토마스 홉스(T. Hobbes)의 법사상과 독일의 철학자 칸트(I. Kant)의 법 개념에서 이러한 관점을 획득할 수 있다.<sup>27)</sup> 홉스는 인간에게 법이 없으면, 인간은 ‘자연상태’에서 살아갈 수밖에 없다고 말한

23) 이 가운데서 형법상 법익에 관해서는 양천수, “형법상 법익 개념의 새로운 근거설정 필요성과 가능성”, 『고려법학』 제47호(2006. 10), 268쪽 아래.

24) 이에 관해서는 계획열, 『헌법학』 (중)(박영사, 2000), 23쪽 아래 참고.

25) 이에 대해서는 우선 양천수, “지역균형발전과 법학전문대학원 인가: 법정책의 관점에서”, 『영남지역발전연구』 제38집(2008. 2), 19-23쪽.

26) 이는 하버마스가 말한 ‘제도로서 법’이 행하는 기능에 해당한다. 이에 대해서는 위르겐 하버마스, 앞의 책(주21), 561쪽.

27) 홉스와 칸트의 법사상에 관해서는 많은 문헌을 대신해서 심재우, “T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상”, 『법률행정논집』 (고려대) 제17집(1979. 12), 119-142쪽; 심재우, “칸트의 법철학에 대한 현대적 조명: 칸트의 법철학”, 『법철학연구』 제8권 제2호(2005. 12), 7-26쪽; 윤재왕, “개인주의적 절대주의: 토마스 홉스의 국가철학과 법철학에 관하여”, 『원광법학』 제28권 제2호(2012. 6), 7-35쪽 등 참고.



다. 이 자연상태에서 인간은 “서로가 서로에 대해 늑대”가 되며, “만인에 대한 만인의 투쟁상태” 속에서 살아가야 한다. 이러한 자연상태가 지속되면, 인간은 자신의 생존마저 보존하기 어려워진다. 이러한 이유에서 인간은 서로 사회계약을 체결하여 국가를 창설한 후, 이 국가에게 자신들의 주권을 양도한다. 각 인간들로부터 주권을 넘겨받은 국가는 법으로 각 인간들의 행위를 규제하고, 이를 통해 자연상태를 종식시킨다. 이러한 홉스의 시각에서 보면, 법은 각 인간의 행위를 적절하게 제한하는 수단으로 기능한다.<sup>28)</sup> 이와 같은 시각은 칸트에게서 더욱 정교하게 발전한다. 기본적으로 도덕과 법을 분리하는 칸트는 도덕 영역에서는 ‘내면적인 자율성’을 강조한 반면, 법 영역에서는 ‘외부적인 자유’를 강조한다.<sup>29)</sup> 칸트에 따를 때, 법은 인간의 외부적인 자유가 남용되는 것을 규제하는 수단이 된다. 이는 “법이란 한 사람의 자연적 자유가 다른 사람의 자연적 자유와 자유의 일반법칙에 따라 양립할 수 있는 조건의 총체”라고 한 칸트의 언명에서 쉽게 읽어낼 수 있다.<sup>30)</sup>

이렇게 규제를 행위제한의 수단으로 파악하는 관점은 오늘날에도 여전히 유효하다. 왜냐하면 오늘날 규제는 시장이 자유롭게 작동할 수 있도록 시장의 자유를 침해하거나 왜곡하는 행위를 제한하기 때문이다. 물론 만약 시장이 ‘보이지 않는 손’에 의해 자율적으로 스스로를 조종할 수 있다면, 행위제한의 수단인 규제가 필요하지 않을지 모른다. 시장 스스로가 시장에 참여하는 모든 이들의 행위를 조종하고 규율할 수 있기 때문이다. 그러나 지난 경제사가 보여주는 것처럼, 시장은 ‘시장의 실패’에서 자유로울 수 없었다. 이는 최근 세계경제를 뒤흔든 ‘서브프라임 금융위기’에서도 다시 확인할 수 있다. 시장의 자율성을 존중하는 것은 시장경제의 ‘최적화’를 위해서 기본적으로 필요한 것이지만, 시장이 자유롭게 작동할 수 있도록 외적인 행위제한의 틀을 규제가 마련하지 않는다면, 시장은 한 순간 좌초할 수밖에 없다. 요컨대, 자유 자체를 보장하기 위해서 규제는 필요할 수밖에 없다.

## (2) 권리·제도 형성의 속성

나아가 규제는 권리나 제도를 형성하는 역할을 수행한다. 하버마스의 용어를 빌어 말하면, 법은 사회의 하부체계를 형성하고 통합하는 ‘매체’(Medium)로서 기능을 한다.<sup>31)</sup> 필자는 이를 ‘권리·제도 형성의 속성’이라고 말하고자 한다. 그러면 이렇게 규제가 권리·제도 형성의 속성을 가질 수 있는 그리고 가져야만 하는 이유는 무엇인가? 이에 대해 아래에서는 소유권을 예로 하여 대답해 보도록 한다.

28) 이러한 법 이해는 동양 법사상에서도 찾아볼 수 있다. 예를 들어, 심재우, “순자의 법사상”, 『법학논집』 (고려대) 제29집(1993. 12), 39-68쪽.

29) 도덕과 법을 분리하는 칸트의 태도에 대해서는 이상영·이재승, 『법사상사』 (한국방송통신대학교출판부, 2007), 190-193쪽.

30) I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), *Einleitung in die Rechtslehre*, § B, 337쪽.

31) 위르겐 하버마스, 앞의 책(주21), 560-561쪽.

오늘날 자본주의 시장경제는 소유권 제도를 필수불가결한 요소로 삼는다. 만약 소유권을 법적인 권리로 보장하지 않으면, 자본주의 시장은 작동할 수 없다. 소유권이 전제가 되어야만 이 소유권을 대상으로 하는 거래가 이루어질 수 있고, 그래야만 비로소 시장이 작동할 수 있기 때문이다. 그런데 이렇게 자본주의의 기반을 이루는 소유권은 ‘선협적으로’ 존재하는 것이 아니다. 물론 영국의 철학자 로크(J. Locke)의 소유권 이론을 받아들인다면, 소유권은 자연권으로 파악할 수도 있다. 자연권은 시간과 공간이라는 변수에 의존하지 않는, 즉 경험 이전에 존재하는 선협적인 권리라고 말할 수 있으므로,<sup>32)</sup> 소유권을 이러한 자연권으로 파악하면 소유권 역시 시간과 공간에 상관없이 존재하는 선협적 권리로 파악할 수도 있다. 그러나 설사 소유권을 자연권으로 파악한다 하더라도, 이러한 권리는 법적인 권리가 아니라 도덕적인 권리에 불과하다.<sup>33)</sup> 소유권이 법적인 권리로 변모하기 위해서는 법적인 규정, 즉 규제가 필요할 수밖에 없다. 예를 들어, 우리 법체계에서 소유권은 헌법 제23조와 민법 제211조를 통해 법적인 권리로 보장된다.

나아가 역사적으로 보면, 이러한 소유권 개념이 오래 전부터 인류와 함께 한 것은 아니라는 점을 발견할 수 있다. 만약 로크가 말한 것처럼 소유권이 본래 자연권이었다면, 이 소유권은 인류 역사에서 언제나 동일하게 존재해 왔어야 한다. 그렇지만 오늘날 우리가 누리고 있는 소유권은, 서구법의 역사적 사실에 한정해 보면, 비교적 최근에 개념화된 것이다. 19세기 독일의 로마법학이 개념법학적 방법을 사용하여 로마법 원전에서 오늘날의 소유권 개념을 이끌어내어 정립하기 전까지,<sup>34)</sup> 서구 유럽은 오랫동안 오늘날과 같은 소유권 개념을 알지 못했다.<sup>35)</sup> 이렇게 자본주의 시장경제의 기반이 되는 소유권 개념은 본래부터 존재했던 것이 아니라 역사적으로 형성된 개념이고, 이 개념은 법적인 제도화라는 규제를 거쳐 비로소 법적인 생명력을 얻을 수 있었다. 여기서 우리는 법적 규제가 권리를 형성하고 유지하는 데 핵심적인 역할을 수행한다는 점을 알 수 있다.

뿐만 아니라, 규제는 현대사회를 구성하는 각종 제도나 사회적 하부체계를 형성하고 유지하는 데 필수적인 매체로 작동한다. 예를 들어, 현대 사회국가의 중심을 이루는 행정체계는 법치국가 원칙에 따라 법적 규제를 통해서만 비로소 형성되고 작동할 수 있다. 법적 규제가 없으면, 법치국가적인 행정체계는 성립할 수 없다. 이는 법체계의 중심축을 이루는 사법제도나, 정치체계와 법체계가 구조적으로 결합되는 지점인 입법제도에 대해서도 그대로 타당하다. 이 뿐만 아니라, 규제는 자본주의적 경제체계의 근간을

32) 이러한 로크의 자연권 이론에 관해서는 임재홍, “근대 인권의 확립”, 인권법교재발간위원회 (편저), 『인권법』 (아카넷, 2006), 27쪽 아래.

33) 법적 권리와 도덕적 권리에 대한 논의는 김도균, 『권리의 문법』 (박영사, 2008) 참고.

34) 로마법학과 개념법학적 방법에 관해서는 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』 제10권 제1호(2007. 5), 233-258쪽 참고.

35) 이에 관해서는 K. Kroeschell, 양창수 (역), “「게르만적」 소유권개념의 이론에 대하여”, 『서울대학교 법학』 제91호(1993. 2), 205-241쪽.

이루는 시장제도나 교육·보건제도 등 사회를 지탱하는 핵심제도들이 형성되고 유지되도록 하는 매체가 된다. 예를 들어, 현대 자본주의 아래에서 시장은 자연적으로 형성되기보다는 오히려 규제를 통해 구성되는 경우가 많다. 말하자면, 눈에 보이지 않는 관념적인 시장이 형성되는 것이다. 이를테면 증권시장을 필두로 하는 각종 금융시장은 ‘자본의 유동화’ 경향에 따라 점차 관념화되는데, 이 경우 규제는 이렇게 관념화된 시장이 제대로 작동할 수 있도록 그 방향과 틀을 제공한다. 이는 교육제도나 보건제도에 대해서도 마찬가지이다. 규제가 없으면, 교육제도나 보건제도 등은 성립할 수도, 작동하지도 못한다.

#### 4. 중간결론

이처럼 규제는 특정한 행위를 ‘제한’하는 속성뿐만 아니라 권리나 제도를 ‘형성’하는 속성도 갖는다. 현대 언어학의 개념을 여기에 적용해서 말하면,<sup>36)</sup> ‘의미론’론의 차원에서 볼 때 규제 개념은 서로 모순되는 이중적인 의미를 갖는다. 다시 말해, 규제라는 의미 자체가 단일한 의미를 갖는 것이 아니라, ‘제한’과 ‘형성’이라는 서로 모순되는 의미를 갖고 있는 것이다. 이러한 점을 고려하면, 규제 자체를 우리 사회에 불필요한 것으로, 불편하고 비효율적인 것으로 치부하는 것은 너무 성급한 판단이다. 물론 특정한 법적 규제는 우리 사회의 발전을 저해하는 사회적 부패라고 말할 수도 있지만, 법적 규제가운데는 우리 사회가 지탱하는 데 꼭 필요한 것들도 많다. 이 점에서 규제개혁을 논의할 때는 이러한 규제의 의미론적 이중성을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다.

### IV. 규제의 다원성

#### 1. 출발점

이처럼 규제는 의미론적 차원에서 볼 때 이중적인 속성을 지닌다. 이 때문에 규제를 성급하게 사회적 부패와 연결하는 것은 타당하지 않다. 이 뿐만 아니라, 규제는 다원적인 속성도 지닌다. 어떤 관점에서 규제를 바라보는가, 규제가 어떤 상황이나 맥락에 놓

36) 현대 언어학의 성과를 빌어 말하면, 언어로 구성된 일정한 개념은 크게 의미론, 구문론, 화용론의 차원에서 각각 구체적인 의미를 획득한다. 여기서 의미론이란 일정한 개념과 이 개념이 지시하는 대상 사이의 관계에서 획득하는 의미를 다루는 분야이고, 구문론이란 일정한 개념이 다른 개념들에 대한 관계에서 획득하는 의미를 다루는 분야이며, 화용론이란 일정한 개념이 구체적인 언어행위상황에서 획득하는 의미를 다루는 분야이다. 동일한 개념이라 할지라도, 이 개념이 어떤 개념들과 함께 사용되는가에 따라, 또 어떤 상황에서 사용되는가에 따라 그 구체적인 의미가 달라질 수 있다. 이에 관해서는 이상돈, 『법이론』(박영사, 1996), 339쪽 아래 참고.

이는가에 따라 규제는 긍정적인 의미를 가질 수도 있고 또는 그 반대로 부정적인 의미를 가질 수 있는 것이다.

## 2. 이론적 기초

규제의 다원성은 크게 두 가지 이론적 측면에 기반을 둔다. 관점주의와 사회의 다원화가 바로 그것이다.

### (1) 관점주의

우선 규제의 다원성은 ‘관점주의’(Perspektivismus)에 바탕을 둔다. 독일의 철학자 니체(F.W. Nietzsche)의 철학 그리고 가다머(H.-G. Gadamer)가 정립한 철학적 해석학(philosophische Hermeneutik)에서 그 예를 찾아볼 수 있는 관점주의는, 이 세계를 구성하는 인식대상이나 가치 등이 우리의 관점과는 무관하게 선형적으로 존재한다는 점을 거부한다.<sup>37)</sup> 그 대신 관점주의는 모든 인식대상이나 가치, 달리 말해 진리나 가치 등은 인식주체가 지닌 관점에 의존한다고 말한다. 이를테면 니체는 “신은 죽었다.”는 유명한 언명을 통해 서구의 거대 형이상학 또는 이성 중심의 거대이론을 비판하면서, 진리 역시 영원불변하는 것이 아니라 각기 다른 관점에 의존한다고 외친다.<sup>38)</sup> 또한 하이데거(M. Heidegger)의 존재론을 수용한 가다머는 이해주체가 지닌 ‘선입견’(Vorurteil)으로부터 자유로운 이해과정은 존재하지 않는다고 말한다.<sup>39)</sup>

필자는 이러한 관점주의가 규제 개념에 대해서도 적용된다고 생각한다. 규제를 옹호하는 관점을 갖는가, 또는 이를 비판하는 관점을 갖는가에 따라 규제의 의미는 달라진다. 예를 들어, 국가가 규제으로써 시장에 적극 개입하는 것을 옹호하는 관점에서는 규제에서 일단 긍정적인 측면을 찾으려 할 것이다. 이에 반해 탈규제를 강조하는 시장주의자의 관점에서 규제를 보면, 규제는 거추장스럽고 불필요한, 경우에 따라서는 사회적 부패를 야기하는 것으로 보일 것이다.<sup>40)</sup>

### (2) 사회의 다원화

규제의 다원화는 사회의 다원화로부터도 영향을 받는다. 왜냐하면 사회가 다원화되

37) 니체의 관점주의에 관해서는 이상엽, “니체의 관점주의”, 『니체연구』 제16집(2009. 가을), 99-128쪽 참고.

38) 이에 관해서는 최순영, “니체의 진리비판의 의의와 한계에 대하여”, 『니체연구』 제15집(2009. 봄), 177-211쪽.

39) H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode* (Tübingen, 1975), 250쪽 아래.

40) 이러한 시각을 반영하는 김태윤, “꼭 필요한 규제, 좋은 규제란 없다”, 『매일경제』 (2014. 4. 18).

면, 규제가 어떤 사회적 상황이나 맥락에 처해 있는가에 따라 그 의미가 달라지기 때문이다. 여기서 사회가 다원화된다는 것은, 체계이론(Systemtheorie)의 관점에서 보면, 사회 전체가 다양한 사회적 하부체계로 기능적으로 분화된다는 것을 뜻한다.<sup>41)</sup> 이를테면 사회가 점점 복잡해지고 전문화되면서, 전체 사회는 정치체계, 경제체계, 법체계, 교육체계, 학문체계, 예술체계, 종교체계 등으로 분화된다. 이를 체계이론에서는 ‘기능적 분화’라고 말한다. 이렇게 사회가 각각의 전문화된 영역으로 다원적으로 분화되면서, 사회를 규율하는 각종 기준이나 틀 역시 다원적으로 분화된다. 예를 들어, 사회를 지탱하는 합리성이나 가치 혹은 규범적 기준 등이 사회체계의 기능적 분화에 맞춰 다원적으로 분화된다.<sup>42)</sup> 이에 따라 규범적 기준 역시 분화된다. 가령 경제영역에서는 새로운 경영기법으로 인정되는 ‘차입매수’(LBO)나 ‘프로젝트 파이낸싱’ 등이 법영역에서는 위법한 행위로 평가될 가능성이 높아진다.<sup>43)</sup> 사회체계의 기능적 분화에 맞게 권리가 다원적으로 형성·분화되는 것도 이에 대한 예로 꼽을 수 있다. 이를테면 경제체계를 위해서는 경제체계의 기능을 보장하는 경제적 권리가 강조되는데 반해, 교육체계에서는 교육체계의 기능을 보장하는 교육 관련 권리가 강조된다.<sup>44)</sup>

이렇게 사회가 다원적으로 분화되면, 규제를 바라보는 관점 역시 다원적으로 분화된다. 왜냐하면 관점이라는 것은 결국 합리성이나 가치, 규범적 기준 등으로 채워지기 마련인데, 이러한 합리성이나 가치, 규범적 기준 등이 다원화되면, 이에 따라 규제를 바라보는 관점 역시 다원화되기 때문이다. 이를 통해 다음과 같은 관계가 형성된다. 즉 사회가 다원화되면, 관점이 다원화되고, 이를 통해 규제의 의미 역시 다원화된다는 것이다. 이를 도식화하면 아래와 같다.

<도 식> 사회·관점·규제의미의 다원화 사이의 상관관계

사회의 다원화 ⇨ 관점의 다원화 ⇨ 규제 의미의 다원화

### 3. 규제의 다원성

이렇게 사회가 다원화되고, 이를 통해 관점이 다원화되면서 규제의 다원성, 즉 규제

41) 체계이론에 관해서는 N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt/M., 1984) 참고.

42) 이러한 분석으로 양천수, “합리성 개념의 분화와 충돌: 독일의 논의를 중심으로 하여”, 『법과 사회』 제31호(2006. 12), 211-234쪽.

43) 차입매수에 관해서는 이상돈·지유미, “경영판단과 경영배임”, 『사법』 제24호(2013. 6), 43-79쪽; 프로젝트 파이낸싱에 관해서는 이정민, “프로젝트 파이낸싱(Project Financing)에서의 배임죄”, 『비교형사법연구』 제24호(2011. 7), 95-123쪽 등 참고.

44) 이는 사회의 기능적 분화에 따라 권리 역시 각 영역에 맞게 분화된다는 의미로 새길 수 있다.

의미의 다원성 역시 심화된다. 규제의 다원성은 현대사회의 복잡화·전문화·다원화가 규제에 적용된 결과라고 말할 수 있다. 이는 규제가 다원적인 상황에 의존한다는 점을 보여준다. 규제의 의미는 다원적인 관점이나 상황, 맥락에 의존하는 것이다. 이는 언어학의 용어를 빌어 ‘규제의 화용론적 다원성’이라고 바꾸어 말할 수 있다. 규제의 의미는 규제가 어떤 관점이나 상황, 맥락에 놓이는가에 따라 그 구체적인 의미가 다원적으로 달라진다는 것이다.

필자는 이를 보여주는 예로서 학교 인근의 호텔건축규제를 들 수 있다고 생각한다.<sup>45)</sup> 이는 지난 번 박근혜 대통령이 주도한 규제개혁 토론회에서도 문제가 된 바 있다. 호텔경영을 통한 경제성장을 강조하는 진영에서는 호텔건축에 대한 건축규제를 풀면 더욱 많은 호텔을 신축할 수 있고, 이는 해외관광객을 유치하는 데 기여할 것이며, 이렇게 함으로써 우리의 경제성장을 촉진하는 데 도움을 줄 수 있다고 주장한다. 이는 해외관광객 유치 및 경제성장의 관점에서 호텔건축규제를 바라본 것이다. 이에 반해 학교의 교육환경을 강조하는 진영에서는 호텔사업은 우리의 현실상 단란주점과 같은 유흥사업을 필연적으로 동반하게 되고, 그렇게 되면 한참 감수성이 예민한 학생들에게 교육상 악영향을 미칠 것이므로 학교 인근에 호텔을 신축하는 행위는 여전히 금지해야 한다고 주장한다. 이처럼 학교인근의 호텔건축을 금지하는 규제는 다원적인 관점과 의미맥락에 둘러싸여 있다. 따라서 이 중에서 어느 관점이나 맥락을 중요한 것으로 선별하는가에 따라 규제의 의미가 어떤 경우에는 긍정적으로, 또 어떤 경우에는 부정적으로 달라질 수 있다.

#### 4. 중간결론

지금까지 논증한 규제의 이중적·다원적 속성에 비추어볼 때, 규제를 사회적 부패로 규정하는 것은 타당하지 않은 성급한 주장이라는 점을 알 수 있다. 물론 특정한 경우에 사회적 규제는 우리 사회의 경제성장을 가로막는 사회적 부패가 될 수 있지만, 또 다른 경우에는 우리 사회구성원들의 기본적 권리, 즉 생명, 신체, 자유, 재산, 안전 등을 보장하는 데 꼭 필요한 제도적 장치일 수 있다. 최근에 발생한 세월호 참사는 이를 잘 예증한다. 많은 언론이 지적하는 것처럼, 세월호 참사는 불필요한 규제 때문에 발생한 것이 아니라, 규제가 잘 마련되지 않아 발생한 것이다. 이 때문에 우리에게 필요한 것은 규제완화가 아니라 규제의 합리화일 수밖에 없다.

### V. 합리적 규제개혁을 위한 방향

45) 이를 분석하는 조인식·임주현, “학교 주변 관광호텔 건립 관련 쟁점과 과제”, 『이슈와 논점』 제825호(2014. 4. 8) 참고.

## 1. 규제개혁의 방향으로서 규제의 합리화

이상의 논의에 비추어보면, 규제개혁에 관해 우리가 추구해야 할 방향이 무엇인지 이제 분명해진다. 그것은 규제를 사회적 부패와 연결하여 무조건적으로 척결해야 할 대상으로 보는 것이 아니라, 합리화해야 할 대상으로 보는 것이다. 규제완화가 아닌 규제의 합리화가 우리가 추구해야 할 방향인 것이다. 그럼 어떻게 규제를 하는 것이 규제를 합리화하는 것인가? 아래에서 이에 대한 방향을 대략적으로 제시해 보도록 한다.

## 2. 기본방향

### (1) 규제의 이중성 · 다원성 고려

규제를 합리화하고자 할 때는 가장 우선적으로 규제가 안고 있는 이중성과 다원성을 고려해야 한다. 이미 논증한 것처럼, 규제는 의미론적 차원과 화용론적 차원에서 각각 이중적인 성격과 다원적인 성격을 갖는다. 먼저 의미론적 차원에서 규제는 특정한 행위를 제한하는 ‘행위제한’의 속성과 특정한 권리 또는 제도를 형성하는 ‘권리 · 체계 형성’의 성격을 갖는다. 나아가 화용론적 차원에서 규제는 현대 다원주의사회에서 비롯되는 관점 및 맥락의 다원성에 의존한다. 동일한 규제라 할지라도 이 규제가 어떤 관점과 맥락에 놓여 있는가에 따라 그 구체적인 의미가 달라질 수 있다. 특정한 규제를 합리화하고자 할 때는 바로 이러한 규제의 의미론적 이중성 · 화용론적 다원성을 항상 염두에 두어야 한다.

### (2) 규제의 정합성

다음으로 합리적인 규제는 정합성을 갖고 있어야 한다. 정합적인 규제를 해야 합리적인 규제가 될 수 있다. 여기서 ‘정합성’이라는 개념은 본래 철학에서 유래하는 것이다.<sup>46)</sup> 이 개념을 정면에서 다루는 것은 이 지면에서는 적합하지 않으므로, 이에 대한 필자의 생각만을 간략하게 제시하도록 한다. 규제 개념을 의미론적 차원과 화용론적 차원에서 각기 살펴본 것처럼, 정합성 개념 역시 이 두 차원에서 접근할 수 있다.<sup>47)</sup> 첫째, 의미론적 차원에서 볼 때 정합성이란 각 규제의 의미내용이 체계적으로 서로 모순되지

46) ‘정합성’ 개념에 관해서는 강일신, “정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서”, 『법철학연구』 제17권 제1호(2014. 4), 225-248쪽 참고.

47) 의미론적 차원과 화용론적 차원에서 정합성 개념을 다루는 경우로서 이상돈, 앞의 책(주36), 316쪽 아래.

않도록 규제의 내용을 만드는 것을 뜻한다. 다시 말해, 규제체계 안에서 발생하는 체계 모순을 가능한 한 최소화하라는 요청을 의미한다. 둘째, 화용론적 차원에서 볼 때 정합성이란 특정한 규제와 관련된 관점이나 상황적 맥락 등을 최대한 반영하여 비교·평가하라는 것을 뜻한다. 이를테면 학교인근에 대한 호텔건축규제가 있을 경우, 이 규제와 관련되어 있는 관점이나 상황적 맥락을 최대한 수집하여 이를 비교·평가하는 것을 생각할 수 있다. 이는 독일의 법철학자 클라우스 귄터(Klaus Günther)가 규범적용의 ‘적절성’(Angemessenheit)을 위해 강조한 ‘완벽한 상황서술’에 상응한다.<sup>48)</sup>

이상의 논의에 비추어볼 때, 규제의 정합성을 추구하라는 요청은 다음과 같이 풀어 말할 수 있다. 즉 의미론적 차원에서는 규제내용에 체계적 모순이 없도록, 화용론적 차원에서는 규제와 관련된 관점이나 상황적 맥락을 최대한 고려하여 규제를 하라는 요청이 바로 그것이다.

### (3) 합리적 대화와 토론에 바탕을 둔 규제

나아가 일정한 규제를 마련하고자 할 때는 어느 일방의 관점만을 반영해서 규제를 하는 것이 아니라, 합리적 대화와 토론에 바탕을 두어 규제를 할 수 있도록 해야 한다.<sup>49)</sup> 이를 법철학적으로는 ‘절차주의적 규제’라고 말한다.<sup>50)</sup> 이렇게 해야만 규제의 의미론적 이중성과 화용론적 다원성을 규제에 반영할 수 있을 뿐만 아니라, 정합성인 규제 역시 실현할 수 있다. 이렇게 해야만 특정한 규제가 어느 일방의 관점, 예를 들어 경제체계의 관점만을 반영하는 것을 막을 수 있다. 우리 사회에서 경제체계가 차지하는 비중과 역할 등을 고려할 때, 모든 규제에는 경제적 관점이 압도적으로 반영될 우려가 상존한다. 절차주의적 규제는 바로 이러한 위험을 막는 데 기여한다. 이를 제도적으로 실현하려면, 각기 다양한 전문가들이 참여하는 전문위원회를 통해 규제개혁 논의가 이루어질 수 있도록 해야 한다.

### (4) 기본권 관련 규제의 처분불가능성

마지막으로 국민의 기본권과 직접적으로 관련되는 규제는 처분하지 말고 유지해야 한다. 예를 들어, 국민의 생명, 신체, 자유, 재산, 안전 등과 관련을 맺는 규제는 폐지해서는 안 된다.<sup>51)</sup> 여기서 좀 더 고려해야 할 대상은 바로 안전과 관련을 맺는 규제이다.

48) K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit* (Frankfurt/M., 1988).

49) 합리적 대화(rationaler Diskurs) 개념에 관해서는 J. Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt/M., 1994), 제3장 참고.

50) 이에 관해서는 G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht* (Baden-Baden, 1998) 참고.

51) 이를 위해 해당 규제가 합리적 규제인지 여부를 판단할 때 인권영향평가를 거치도록 하는 것도 한 가지 대안이 될 수 있다.



독일의 사회학자 울리히 벡(U. Beck)이 지적한 것처럼,<sup>52)</sup> 현대사회는 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)라는 특징을 갖는다. 국민의 안전을 위협하는 거대한 위험들이 현대사회 곳곳에 존재한다. 문제는 이러한 위험들이 현대사회의 체계들과 구조적으로 연계되어 있다는 점이다. 이는 위험이 단일한 원인에 기인하는 것이 아니라, 다양한 원인들이 구조적으로 중첩되어 위험이 현실화된다는 것을 뜻한다. 이를테면 국민의 안전을 위협하는 위험을 직접적으로 규율하는 것으로 보이지 않는 규제들이 서로 구조적으로 결합되어 총체적으로 위험을 규율하는 것이다. 이는 세월호 참사가 잘 보여준다. 선박안전검사에 관한 규제 등 선박운행과 관련된 규제의 부실화가 총체적으로 결합되어 현실화된 것이 바로 세월호 참사였다. 이는 현대 위험사회의 위험이 구조적인 위험이라는 것을 잘 예증한다. 이로 인해 세월호 참사의 책임 역시 구조적으로 분산된다. 그러므로 국민의 안전과 관련된 규제인지 여부를 판단할 때는 해당 규제가 국민의 안전과 직접적으로 관련되는지 여부뿐만 아니라, 구조적으로 관련되는지 여부 또한 검토해야 한다. 직접적으로 관련되어 있지 않다 하더라도 구조적으로 밀접하게 관련을 맺는 경우에는 해당 규제 역시 폐지하거나 완화해서는 안 된다. 물론 이를 판단하는 것은 쉽지 않을 것이다. 바로 그 때문에 이를 판단하기 위해 절차주의적 규제가 필요할 수밖에 없는 것이다.

### 3. 불합리한 규제의 예

마지막으로 위에서 제시한 기본방향을 토대로 하여 불합리한 규제의 몇 가지 예를 언급해 보도록 한다.

#### (1) 위헌·위법적 규제

헌법이나 법률이 정한 내용이나 절차 등을 위반한 위헌·위법적 규제는 당연히 금지된다. 헌법이 보장하는 기본권이나, 특히 비례성원칙을 침해하는 규제 등이 이러한 예에 해당한다. 이러한 규제는 위헌·위법적인 규제로서 당연히 폐지되어야 한다. 보통 이러한 역할은 헌법재판소에 의해 수행될 것이다. 그러나 여기서 한 가지 지적해야 할 점이 있다. 독일과는 달리, 우리는 위헌법률심판에서 구체적 규범통제제도만을 채택하고 있다는 점이다.<sup>53)</sup> 우리는 추상적 규범통제제도는 수용하지 않았다. 이로 인해 특정한 규제가 위헌·위법적인 규제인지 여부를 판단하려면, 해당 규제와 관련된 구체적인 법적 분쟁이 발생해야 한다. 구체적인 법적 분쟁에서 관련 규제가 재판의 전제가 되어야만 비로소 법원은 위헌법률심판을 제청하거나 당사자가 위헌소원을 제기할 수 있기

52) U. Beck, *Risikogesellschaft* (Frankfurt/M., 1986).

53) 헌법재판소법 제41조.

때문이다. 이 점을 고려하면, 아직 위헌 혹은 위법으로 평가되지 않은 규제 중에도 실제로는 위헌·위법적인 규제가 있을 수 있다. 규제의 합리화는 우선적으로 이러한 규제들을 찾아 개선하는 것에서 출발해야 한다.

## (2) 자기만족적 규제

헌법이나 법률이 정한 내용이나 절차 등을 위반하는 규제는 아니지만 불합리한 규제로서 자기만족적 규제를 들 수 있다. 자기만족적 규제는 헌법상 기본권이나 공익 등을 침해하지는 않지만 그렇다고 이를 보장하지도 않는 규제를 말한다. 개념법학적 형식논리에 기반을 둔 규제이다.<sup>54)</sup> 상위법의 규범목적은 고려하지 않고 이를 기계적으로 해석하여 마련한 하위규제 등도 이러한 예에 해당한다. 예를 들어, 과거 변호사시험의 합격자 명단을 기계적으로 공표하도록 한 규제가 이러한 자기만족적 규제에 속한다고 말할 수 있다.

## (3) 규제기관의 권한강화만을 지향하는 규제

규제기관만의 권한강화만을 지향하는 규제 역시 불합리한 규제에 해당한다. 이는 자기만족적 규제의 한 유형이라고 말할 수 있다. 특정한 규제가 국민의 기본권이나 공익 등과는 관련이 적고 실상은 규제기관의 권한만을 강화하고 있다면, 이는 불합리한 규제로서 개혁되어야 한다. 이를테면 규제하고자 하는 대상이나 행위에 대해 비례성 원칙에 어긋나는 과도한 제재를 하는 규제 또는 규제목적에 비해 과도한 권한을 규제기관에 부여하는 규제 등을 언급할 수 있다.<sup>55)</sup> 이 같은 규제는 비례성 원칙 위반을 근거로 하여 위헌적인 규제로도 볼 수 있다.

## (4) 부처이기주의에서 비롯된 규제

규제기관의 부처이기주의에서 비롯된 규제도 불합리한 규제에 해당한다. 우리는 현실적으로 이러한 규제를 자주 접한다. 규제권한을 갖고 있는 각 부처가 서로 소통을 하지 않음으로써 수범자에게 동일한 요청을 반복하는 규제가 대표적인 예에 속한다. 이러한 일은 우리 대학행정에서도 비일비재하다. 필자가 재직하고 있는 대학의 예를 들면

54) 개념법학적 형식논리에 관해서는 김영환, “법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 『법철학연구』 제4권 제1호(2001. 5), 149-174쪽 참고.

55) 신자유주의 계열에 속하는 학자들은 현행 경제법이 비효율적으로 공정거래관리위원회에 규제권한을 부여한다고 비판한다. 이러한 학자들의 견지에서 보면, 공정거래위원회가 권한을 강화하는 것이야말로 규제기관의 권한강화만을 지향하는 규제에 해당한다. 공정거래위원회가 권한을 강화해 온 역사에 관해서는 양천수, “경제영역에 대한 법체계의 대응: 경제민주화 담론과 관련하여”, 『법학논총』 (한양대) 제30집 제4호(2013. 12), 395-418쪽 참고.

다음과 같다. 필자의 대학에서 교외연구비로 해외출장을 다녀온 경우에는 먼저 교원인사팀에 출입국 관련 서류를 제출해야 한다. 그런데 사후적으로 교외연구비로 출장비를 정산해 받기 위해서는 동일한 출입국 관련 서류를 산학연구관리팀에 제출해야 한다. 교원인사팀과 산학연구관리팀이 서로 소통하지 않음으로써 수범자인 교수는 동일한 업무를 반복해야 하는 것이다. 이 얼마나 비효율적인 일인가? 이러한 규제야말로 규제기관의 편익만을 도모하는 자기만족적이고 비효율적인 규제의 전형이라고 말할 수 있다.

### (5) 시대에 뒤떨어진 규제

시대에 뒤떨어진 규제, 특히 과학기술적인 면에서 시대에 적합하지 않은 규제 역시 불합리한 규제라 할 수 있다. 박근혜 대통령이 직접 언급한 액티브 X나 공인인증서가 대표적인 경우에 해당한다. 예를 들어, 우리가 amazon.com이나 priceline.com 등과 같은 해외의 대표적인 인터넷 구매사이트를 이용하는 경우에는 액티브 X나 공인인증서와 같은 보안프로그램을 사용할 필요가 없다. 그런데도 이들 사이트들은 자체적으로 신용카드 등이 남용되는 것을 막기 위한 별도의 보안시스템을 갖추고 있다. 상황이 이러한 데도 액티브 X를 강제로 사용하도록 하는 것은 시대에 뒤떨어진 규제라고밖에 말할 수 없다. 이러한 규제들은 시대에 적합하게 합리화해야 한다. 그야말로 ‘글로벌 스탠더드’(global standard)가 필요한 경우에 해당한다.

## VI. 결론을 대신하여

어느 순간부터 매년 정부가 바뀔 때마다 규제개혁이 화두가 되고 있다. 지난 김대중 정부에서 민영화 논의를 통해 규제개혁논쟁이 본격적으로 촉발된 이래, 규제개혁논의는 여전히 현재진행형이 되고 있다. 하이에크(F.A.v. Hayek)와 프리드만(M. Friedman)의 후예들은 시장의 자율성을 맹신하면서 규제는 불필요하고 거추장스러운 것임을 역설한다. 그러나 이는 규제가 갖고 있는 다양한 얼굴 가운데 추한 한 쪽만을 강조한 것에 지나지 않는다. 규제는 매 순간 서로 다른 다양한 얼굴을 갖고 있고, 그래서 규제의 진짜 모습이 무엇인지 파악하는 것은 쉽지 않다. 또 규제는 마치 공기나 물과 같이 우리에게 다양한 편익을 주는데도 우리가 그것을 알아차리지 못하는 경우가 많다. 세월호 참사 같은 참담한 일이 발생해야, 너무나 많은 분들의 희생을 겪고 나서야 비로소 우리는 규제가 필요하다는 것을 절실하게 깨달을 때가 많다. 그러나 그 때는 이미 너무 늦어버린 경우가 대부분이다. 규제를 논할 때는, 규제를 합리화하고자 할 때는 규제가 지닌 복잡성을 충분히 고려해야 한다. 왜냐하면 규제는 점점 더 복잡해지고 있는 현대사회의 모습을 그대로 반영한 것이기 때문이다.

## 참 고 문 헌

- 강일신, “정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서”, 『법철학연구』 제17권 제1호(2014. 4).
- 계희열, 『헌법학』 (중)(박영사, 2000).
- 김도균, 『권리의 문법』 (박영사, 2008).
- 김영평 · 최병선 · 신도철 (편저), 『규제의 역설』 (삼성경제연구소, 2006).
- 김영환, “법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 『법철학연구』 제4권 제1호(2001. 5).
- 김태운, “꼭 필요한 규제, 좋은 규제란 없다”, 『매일경제』, (2014. 4. 18).
- 박세일, 『법경제학』 (박영사, 2009).
- 심재우, “T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상”, 『법률행정논집』 (고려대) 제17집(1979. 12).
- 심재우, “순자의 법사상”, 『법학논집』 (고려대) 제29집(1993. 12).
- 심재우, “칸트의 법철학에 대한 현대적 조명: 칸트의 법철학”, 『법철학연구』 제8권 제2호(2005. 12).
- 양천수, “형법상 법익 개념의 새로운 근거설정 필요성과 가능성”, 『고려법학』 제47호(2006. 10).
- 양천수, “법 영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점”, 『안암법학』 제23호(2006. 11).
- 양천수, “합리성 개념의 분화와 충돌: 독일의 논의를 중심으로 하여”, 『법과 사회』 제31호(2006. 12).
- 양천수, “기초법학의 관점에서 본 사회부패의 개념, 정당화 근거 및 정책”, 『한국부패학회보』 제11권 제4호(2006. 12).
- 양천수, “개념법학: 형성, 철학적 · 정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』 제10권 제1호(2007. 5).
- 양천수, “지역균형발전과 법학전문대학원 인가: 법정책의 관점에서”, 『영남지역발전연구』 제38집(2008. 2).
- 양천수, “생존배려 개념의 기원: 법철학의 시각에서 본 포르스트호프(E. Forsthoff)의 사회보장법체계”, 『영남법학』 제26호(2008. 4).
- 양천수, “금융위기와 새로운 패러다임의 법적 규제: 개인적 부패와 제도적 실패의 변증법”, 『한국부패학회보』 제15권 제1호(2010. 3).
- 양천수, “국제경쟁법의 경쟁: 기초법학의 시각에서 본 국제경쟁법의 경쟁정책”, 『국제경제법연구』 제8권 제2호(2010. 12).
- 양천수, 『서브프라임 금융위기와 법』 (한국학술정보, 2011).
- 양천수, “경제영역에 대한 법체계의 대응: 경제민주화 담론과 관련하여”, 『법학논총』

- (한양대) 제30집 제4호(2013. 12).
- 양화식, “생활세계, 체계 그리고 법: 하버마스의 『의사소통행위이론』을 중심으로”, 『법철학연구』 제11권 제2호(2008. 12).
- 윤재왕, “개인주의적 절대주의: 토마스 홉스의 국가철학과 법철학에 관하여”, 『원광법학』 제28권 제2호(2012. 6).
- 이상돈, 『법이론』 (박영사, 1996).
- 이상돈, 『기초법학』 (법문사, 2008).
- 이상돈 · 홍성수, 『법사회학』 (박영사, 2000).
- 이상돈 · 지유미, “경영판단과 경영배임”, 『사법』 제24호(2013. 6).
- 이상엽, “니체의 관점주의”, 『니체연구』 제16집(2009. 가을).
- 이상영 · 이재승, 『법사상사』 (한국방송통신대학교출판부, 2007).
- 이정민, “프로젝트 파이낸싱(Project Financing)에서의 배임죄”, 『비교형사법연구』 제24호(2011. 7).
- 임재홍, “근대 인권의 확립”, 인권법교재발간위원회 (편저), 『인권법』 (아카넷, 2006).
- 조인식 · 임주현, “학교 주변 관광호텔 건립 관련 쟁점과 과제”, 『이슈와 논점』 제825호(2014. 4. 8).
- 최순영, “니체의 진리비판의 의의와 한계에 대하여”, 『니체연구』 제15집(2009. 봄).
- 홍성수, “규제학: 개념, 역사, 전망”, 『안암법학』 제26호(2008).
- 대니얼 카너먼, 이진원 (옮김), 『생각에 관한 생각』 (김영사, 2012).
- K. Kroeschell, 양창수 (역), “「게르만적」 소유권개념의 이론에 대하여”, 『서울대학교 법학』 제91호(1993. 2).
- 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 『의사소통행위이론 2』 (나남출판, 2006).
- J. L. Harrison, 명순구 (역), 『법경제학』 (세창출판사, 2006).
- U. Beck, Risikogesellschaft (Frankfurt/M., 1986).
- H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode (Tübingen, 1975).
- G.-P. Calliess, Prozedurales Recht (Baden-Baden, 1998).
- K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit (Frankfurt/M., 1988).
- J. Habermas, Faktizität und Geltung (Frankfurt/M., 1994).
- J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2 (Frankfurt/M., 1981).
- N. Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie (Frankfurt/M., 1984).
- “김기창 교수 ‘공인인증서 외에 공인인증 기술 다양화해야’”, 『인터넷 법률신문』, (2010. 5. 7)(방문일자: 2014. 5. 7. 22:14).
- “朴 대통령 ‘잠깐만요’ ‘송곳질문’에 장관들 진땀”, 『인터넷 한국경제』, (입력: 2014. 3. 20. 21:40:13).
- “싼 것만 찾는 사회, 安全 팽개쳤다”, 『조선일보』, (2014. 5. 2).

투고일자 : 2014. 08. 13

수정일자 : 2014. 09. 22

게재일자 : 2014. 09. 29

국문초록

## 사회적 부패로서 규제 - 규제개혁론에 대한 비판적 고찰 -

양천수(영남대학교)

최근 우리 사회에서는 규제개혁론이 강하게 제기되었다. 특히 박근혜 대통령은 규제를 우리의 경제성장을 저해하는 사회적 암으로 규정하면서 규제개혁론을 강하게 주장하였다. 이러한 규제개혁론에 따르면, 심지어 규제가 사회적 부패가 되고 있다는 인상을 주기도 하였다. 물론 이러한 상황은 지난 4월 ‘세월호 참사’가 발생하면서 변하기는 하였다. ‘세월호 참사’ 직후에는 사회의 안전을 위해 규제가 필요하다는 주장이 지배적이었다. 그러나 최근 들어 경제성장을 이유로 규제개혁이 필요하다는 주장이 다시 힘을 얻고 있다. 이 글은 이러한 문제의식에서 출발하면서 규제가 과연 사회적 부패가 될 수 있는지, 규제개혁론이 과연 타당한 주장인지 비판적으로 점검한다. 이 글은 현재 제기되고 있는 규제개혁론이 신자유주의에 기반을 두고 있다고 파악하면서, 신자유주의의 규제완화론이 타당하지 않은 이론적 기반에 서있다고 비판한다. 그러면서 이 글은 규제의 이중성과 다원성을 논증함으로써, 결국 우리에게 필요한 것은 규제완화가 아니라 규제의 합리화라는 점을 주장한다. 이 글은 규제의 합리화를 위한 방향으로 크게 네 가지를 제안한다. ‘규제의 이중성·다원성 고려’, ‘규제의 정합성’, ‘합리적 대화와 토론에 바탕을 둔 규제’, ‘기본권 관련 규제의 처분불가능성’이 그것이다. 마지막으로 이 글은 불합리한 규제가 무엇인지 몇 가지 예를 제시한다.

주제어 : 규제, 규제개혁, 사회적 부패, 규제완화, 규제의 이중성, 규제의 다원성, 규제의 합리화, 하버마스