

〈특집: 법에 있어서의 공익〉

## 경제규제와 공익\* \*\*

李元雨\*\*\*

“각 개별공법영역에서의 공익판단의 관점과 문제상황에 대한 분석이 공익판단의 법적 해명을 위해 유익할 것”  
- 최송화, 『공익론』, 2002, 277쪽 -

### I. 들어가는 말

인간은 상이한 이념과 이익을 가지고 있다는 점, 다원화된 사회에서 가치의 상대성을 받아들이기 수밖에 없다는 점, 인간의 인식능력에 한계가 존재한다는 점 등을 고려할 때, 공익관념의 불확실성은 필연적이라 할 수 있다.<sup>1)</sup> 특히 실정법적 관점에서 현대 민주적 법치국가에서 하나의 확정적인 공익개념은 존재할 수 없다는 것이 오늘날 법학을 포함한 사회과학계의 일반적인 인식이다.<sup>2)</sup> 공익에 관한 학문적 논의도 이제는 공익을 결정하는 주체와 결정과정 및 그 실현과정을 어떻게 형성하는 것이 민주주의와 법치주의원리에 부합하는가에 대한 논의로 집중되어 가고 있다.

그러나 절차적 관점에 중점을 둔 이러한 논의도 합의점을 만들기는 쉽지 않은 것 같다. 공익에 대한 입장과 정치적 입장 내지 이데올로기에 따라 민주주의와

\* 이 논문은 2006년 8월 23일 법학연구소가 개최한 晴潭 崔松和 教授 정년기념 학술회의 “법에 있어서의 公益”에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다.

\*\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

\*\*\* 서울대학교 법과대학 교수

1) Schuppert, in: Schuppert/Neidhardt (Hg.), *Gemeinwohl - Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 21 f.

2) Münkler/Fischer, in : Münkler/Fischer (Hg.) *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 9.

법치주의에 대한 이해가 다르고 절차적 요건에 관한 다양한 주장이 가능하기 때문이다. 그렇다면 공익 개념으로 확정할 수 있는 규범적 내용이 없으며, 사회적 정치적 영향력을 행사하는 사람들에 의하여 점유되고 왜곡될 우려가 있다는 결론에 이르게 될 것이다. 규제에 관한 포획이론(capture theory)을 비롯한 사익이론은 이러한 관점을 대변하고 있다.<sup>3)</sup> 이런 주장을 그대로 받아들인다면, 공익개념은 공허한 형식(Leerformel)에 불과하며,<sup>4)</sup> 이에 대한 논의는 불필요하다는 입장으로 발전하게 될 것이다. 그러나 민주적 헌정체제가 일반적으로 받아들여지고 제도화된 오늘날 국가와 법을 특정 집단의 도구로만 이해하는 것은 수긍되기 어려울 것이다. 공익개념은 오늘날 학설뿐 아니라 입법과 판례 등 실정법질서에 의해 받아들여지고 있으며, 법의 집행은 물론 입법과정에서 특정인 또는 집단의 사적 이익추구를 제한하고 국가작용을 일정한 방향으로 유도하는 기능을 수행하고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 관점에서 공익은 현대 사회에 있어서 공공 영역은 물론이고 사적 영역의 여러 현상을 이해하기 위한 핵심적 개념이다.<sup>6)</sup> 공익의 내용을 선형적 일의적으로 확정할 수는 없다고 하더라도, 공익은 법발전과 입법의 기초를 구성하는 추상적 원리로서 인정될 수 있을 것이다.<sup>7)</sup> 따라서 공익론의 유용성을 다투기 보다는 ‘오늘’ 그리고 ‘여기’라는 시간적 공간적 제약 하에서 공익이라는 개념이 현실적으로 통용되고 있다는 점을 받아들이고, 이러한 관념을 전제로 개별영역에서 공익개념의 기능과 구체적인 발현형태를 검토함으로써 공익개념과 개개 법제도의 관련성을 규명하는 작업이 요청된다고 할 것이다.<sup>8)</sup>

공익이라는 관념 그 자체를 부인할 사람도 없겠지만, 극단적으로 표현하면 모든 사람이 공익에 대해 다른 관념을 가지고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 공익론이 이렇게 서로 극단적으로 다른 내용을 하나의 관념범주에 포함시켜 논의의 연결점을 제공해준다는 것은 공익개념이 지극히 추상적이라는 것을 말한다. 공익론을 탐구하는 많은 학자들은 이러한 추상성이야말로 공익론의 유용성을 저

3) 사익이론에 대하여 상세한 내용은 이원우, “행정법상 정부규제의 본질”, **육사논문집**, 1990. 6, 146-152면 참조.

4) 예컨대 Denninger, *JZ* 1970, 150.

5) 이러한 관점에서 공익론의 존재의의와 한계에 대한 상세한 논의는 이원우, “행정법상 정부규제의 본질”, **육사논문집**, 1990. 6, 152-156면 참조.

6) 이에 대하여는 제철웅 교수의 발표문에서 다루어질 것이다.

7) Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, S. 420.

8) 이와 유사한 문제의식에 입각한 연구로는 Feintuck, ‘The Public Interest’ in *Regulation*, 2004, passim, 특히 pp.24-31.

해하는 가장 큰 장애물이라고 인식하고 있다. 법에 있어서 공익론이 현실적으로 의미를 가지기 위해서는 공익개념이 가진 추상성을 극복하여야 한다.<sup>9)</sup>

공익개념의 추상성을 극복하기 위해서는 개별 영역에서 공익이 어떻게 구현되어 있고 또 어떻게 구현되어야 하는지에 대한 연구가 축적되어야 한다. 그러나 아직 이러한 연구는 미진한 상태이다.<sup>10)</sup>

요컨대 오늘날 공익론의 과제는 공익개념의 불확정성과 추상성을 극복하는 것이라고 할 수 있다. 이 글은 이러한 인식에 기초하여 경제규제라는 개별 영역에서 공익의 문제를 검토함으로써 공익론이 추상성을 극복하는 데 기여하고자 한다. 또한 이 글은 공익개념의 불확정성에도 불구하고 공익개념이 구체적인 규제법제의 형성·발전 및 그 운용에 어떻게 기여하고 있는지 살펴보고자 한다. 이를 위해 경제규제와 관련되어 야기되고 있는 현실적인 문제상황을 공익론의 관점에서 분석하고, 공익이라는 관점이 이러한 문제상황을 해결하기 위한 경제규제 내지 규제법제의 틀을 구성하는 데 어떠한 방향 내지 지침을 줄 수 있는지를 검토할 것이다.<sup>11)</sup> 이러한 연구목적 달성을 위해 이하에서는 우선 규제의 정당성을 평가하기 위한 기준으로서 공익이 규범적으로 어떠한 성격 내지 근거를 가지고 있으며, 경제규제의 근거가 되는 공익개념의 범주를 설정하기 위한 전제로서 우리나라 헌법상 경제질서에서 경제규제가 정당화될 수 있는 범위와 한계는 어떻게 이해되어야 하는지 검토할 것이다.(II) 다음으로 이러한 헌법적 검토를 전제로 하여 경제규제의 구조와 체계를 이론적으로 분석함으로써 다양한 공익관에 따라 경제규제의 범위에 대한 이해가 어떻게 달라질 수 있는지를 명확하게 할 것이

9) Leisner, "Privatinteressen als öffentliches Interesse", *DÖV* 1970, 217 ff.

10) 최송화, **공익론**, 2002, 277-278면.

11) 경제규제에 관한 실정법질서와 공익개념은 해석론과 입법정책론이라는 두 차원에서 연결된다. 우선 실정법질서 속에 내포된 공익관념을 구체화하는 작업이 요구된다. 민주적 입법질차를 통해 현행 경제규제관련법령에 공익으로 선언된 가치 내지 이익을 구체화함으로써 실정법규범 속에 내재하는 공익요소를 명확하게 하여 실정법의 해석 적용을 통해 공익이 구현될 수 있도록 하여야 할 것이다. 여기서도 단순히 법률규정의 해석을 통해 공익관념이 종국적으로 도출될 수는 없다. 일정한 경우에는 행정부와 사법부에 공익에 대한 판단권한이 부여될 수 있기 때문이다. 다음으로는 현행 헌법질서를 전제로 하여 공익실현에 적합한 경제규제법령을 제정하기 위한 지침을 도출할 필요가 있다. 헌법규범은 다양한 이해를 대변하는 집단간의 정치적 합의로서 입법정책의 출발점이다. 헌법규범속에 내재하고 있는 공익요소들이 어떻게 법제도 속에 구현되어야 할 것인지 개별영역별로 구체화하는 작업이 요청된다. 이 글은 주로 여기에 초점을 둘 것이다.

다.(III) 마지막으로 이상의 논의를 기초로 하여 공익판단에 따라 구체적인 경제영역에서 경제규제수단이 어떻게 달라져야 하는지를 경쟁법의 한계와 공익규제법의 유용성이라는 관점에서 논증할 것이다. 여기서의 논의는 주로 어떠한 영역에서 일반경쟁법적 규제 이외에 전문규제가 요구되며, 전문규제의 내용과 범위는 어떠해야 하는지를 중심으로 전개할 것이다.(IV) 결론으로 대신해서 이 글의 논지를 요약하고, 경제영역에서 규범회피를 규제하기 위한 해석론의 필요성을 강조할 것이다.(V)

## II. 경제규제의 근거와 한계로서 공익의 헌법적 위상과 기능

오늘날 경제영역에서는 규제의 홍수라고 할 만큼 많은 규제가 이루어지고 있다. 이들 개개의 규제수단에 대해서는 물론이고 규제체계 내지 규제의 구조에 대하여 과연 그것이 공익목적에 의해 정당화될 수 있는지에 대한 논란이 끊임없이 야기되고 있다. 공익이 경제규제를 규범적으로 정당화하기 위해서는 스스로 고차원의 규범적 성격을 가지고 있어야 한다. 이하에서는 우리 헌법상 공익이 하나의 법원리로 받아들여지고 있는지, 경제영역에서 공익개념을 구체화하기 위한 전제로서 우리헌법상 경제질서를 어떻게 이해하여야 하는지에 대해 살펴보기로 한다.

### 1. 경제영역에서 공익의 의의·기능에 대한 입장 : 효율성과 공익의 관계를 중심으로

경제규제의 범위와 한계에 대한 입장은 극단적인 규제주의와 자유방임주의를 양극단으로 하여 다양한 스펙트럼을 나타내고 있으며, 이는 경제영역에서 공익의 의의와 기능에 대한 다양한 입장을 반영한 것이다.

자유와 효율성을 중심으로 하는 경제영역에서 공익목적의 규제는 마치 이질적인 요소인 것처럼 이해되기 쉽다. 1980년대 이래 현실정치와 세계경제질서를 주도하고 있는 신자유주의 이념 하에서 효율성은 이제 일종의 도그마처럼 기능하는 경향마저 보이고 있다. 이러한 지적·정치적 분위기에서 경제규제는 구시대의 유물로 이해될 뿐이다. 이러한 관점에서 우리 헌법상 경제조항, 특히 국가의 경제규제의 헌법적 근거로 이해되는 헌법 제119조, 특히 동조 제2항은 폐지되어야 한다는 주장도 제기되고 있다.<sup>12)</sup> 그럼에도 불구하고 경제규제가 존립하고 정당성

을 부여받는 것은 그것이 공익을 위한 규제라는 데 그 근거를 두고 있다. 이러한 논리구조에 따르면 경제영역에서는 마치 자유와 효율성의 보장이 원칙이고, 규제는 공익에 의해 정당화되는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있다고 이해하기 쉬울 것이다. 실제로 우리헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계에 대한 대부분의 헌법해석론도 이러한 논리구조에 기초하여, 개인과 기업의 자유와 창의를 존중하여야 한다는 헌법 제119조 제1항이 원칙이고, 국가의 경제간섭을 정당화하는 제119조 제2항은 예외적인 경우에 개입되는 것으로 이해하고 있다. 이러한 헌법해석은 시장경제에 대한 자유주의적 이해를 전제한 것이며, 필연적으로 경제영역에서 공익의 역할과 기능을 축소하게 된다. 이 입장에서는 효율성과 공익을 갈등관계로 파악하는 경향이 있다.

이에 반하여 효율성과 자유가 중시되는 시장경제에 있어서도 공익이 부수적인 고려요소가 아니라 중심적 고려요소가 되어야 한다는 입장이 있다. 시장은 국가 내지 사회공동체를 전제로 존재하며, 효율적인 시장은 효율적인 시장기능을 보장할 수 있는 국가·사회체제 내에서 그 기능을 발휘할 수 있다. 시장은 사회의 구성부분이지 사회 그 자체는 아니라는 것이다. 이러한 입장에서는 효율성과 자유는 공익과 대립·충돌하는 가치가 아니라 공익의 구성요소로 이해한다.

그렇다면 효율성과 공익의 관계를 어떻게 이해하느냐 하는 것도 경제규제의 정당성을 평가하는 데 중요한 차이점을 가져오는 요소가 될 수 있다. 효율성과 자유를 핵심가치로 하는 경제영역에서 공익을 근거로 규제가 이루어질 수 있는 것이라면, 여기서 효율성과 공익은 어떻게 조화될 수 있는가? 공익과 효율성은 배치되는 개념인가? 아니면 효율성은 공익을 이루는 요소인가?

효율성을 공익의 한 요소로 볼 수 있는가에 대하여는 논란이 있을 수 있다. 이에 대하여는 효율성은 수단일 뿐 그 자체가 목적일 수 없기 때문에 가치가 아니라고 보는 입장(Dworkin)<sup>13)</sup>과 비효율은 부도덕한 것이라며 공익적 가치 중 가장 명확하게 인식할 수 있는 것이 효율성이라며 효율성을 가치로 파악하려는 입장(Posner)<sup>14)</sup> 사이에 논쟁이 있다.<sup>15)</sup> 효율성을 그 자체로 가치로 보건 아니건, 공

12) 예컨대 자유기업센터, **경제헌법 개정을!**, 제7회 자유주의 워크숍, 1998, 54면; 정순훈, “헌법경제조항의 문제”, 최병선/신종의 편저, **시장경제와 규제개혁**, 2002, 398면 등.

13) Dworkin, “Is Wealth Value?”, (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 191, pp.191-208.

14) Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., 1992, p.27. 이러한 입장은 공리주의적 정의관에 철학적 기초를 두고 있는 듯하다. 황경식, **사회정의의 철학적 기초**, 1987, 129면 참조. Posner의 입장에 대한 깊은 이해를 위해서는 Posner, *The Economics of*

익이라는 것이 구체적인 행정현실에 있어서 지향해야 할지도 목표라는 점을 인정하는 한, 효율성만큼 명백한 공익의 요소도 없다. 효율성만을 유일한 가치로 보는 것이 아니라 형평이나 다른 사회적 목표들과 함께 고려하는 한, 효율성은 공익판단의 중요한 요소라고 할 것이다. 효율성을 시장경제를 지배하는 유일한 또는 우선적인 원리로 본다면, 효율성 이외의 다른 목적을 위한 규제는 정당화되기 어려울 것이다. 반대로 효율성과 공익을 충돌하는 개념으로 파악하고 공익적 가치에 우선성을 부여한다면, 공익을 위한 광범위한 규제가 정당화될 것이다. 만일 효율성을 공익의 한 요소로 파악하고 효율성 이외에 다른 공익적 요소와 효율성을 상호 조화되고 형량되어야 할 대등한 원리로 본다면, 경제규제의 정당성은 효율성과 다른 이익 내지 가치들을 형량하여 평가되어야 할 것이다.

공익과 효율성의 관계를 어떻게 이해하든지 공익이나 효율성을 근거로 하여 경제규제의 정당성을 판단하려면, 공익과 효율성을 법적 원리로서 인정할 수 있는지, 법원리라고 한다면 구체적인 규범내용은 무엇인지에 대하여 검토하여야 할 것이다.

## 2. 헌법규범으로서 공익 - 공화주의원리를 중심으로

公益概念은 전통적으로 다양한 의미로 쓰여 왔다. 다양한 공익론에 대한 다양한 입장들 사이의 접점은 共同善 또는 공동체(res publica)라는 관념이다. 이는 공익이라는 관념을 헌법원리와 연결시켜주고, 효율성을 공익의 요소로 연결시켜주는 고리가 된다. 결론부터 말하자면, 우리는 공화주의원리에서 공익의 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 본다.

먼저 공화주의원리를 어떻게 이해할 것인지 검토할 필요가 있다. 현재 통설은 헌법 제1조 제1항을 형식적으로 해석하여 군주제의 부정을 의미하는 소극적 의미로만 이해하고 있다.<sup>16)</sup> 공화주의의 적극적·실질적 내용은 민주주의와 법치주의와 같은 다른 헌법원리로 흡수되어 발전된 것으로 보는 듯 하다.<sup>17)</sup> 그러나 공

*Justice*, 1981, pp.13-115 참조.

15) 이에 대하여는 이원우, “환경규제에 관한 법경제학적 분석”, 서울대학교 석사학위논문, 1988, 20-41면, 특히 22-23면 참조.

16) 다만 공화국의 적극적 개념모색의 가능성에 의문을 제기하면서도 공화국을 소극적 개념으로만 파악하는 것은 충분하지 않다고 보는 견해가 있다. 성낙인, *헌법학*, 2006, 104-105면.

17) 이것이 독일의 통설이다. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.

화국은 단지 국가조직의 원리로만 이해되어서는 안 된다.<sup>18)</sup> 일찍이 R. Thoma가 간파한 바와 같이 공화국은 실질적 내용을 가진 공동체, 즉 *res publica*의 이념을 그 내용으로 하는 것이어야 한다. Thoma는 공화국을 다음과 같이 정의한 바 있다. “이 단어의 적극적이고 본래적 의미는 국가를 하나의 *res publica*로 이해한다. 즉 모든 시민이 지분을 가지고 참여하는 공동체로서 그 공동체 내에서는 모든 권력은 구성원에 봉사하고, 모든 구성원은 전체에 봉사하여야 하는 공동체를 의미한다. 이러한 의미에서 공화국은 신민을 시민으로 만들며, 시민들에게 공동체를 위해 활동할 권한과 의무를 동시에 부여한다.”<sup>19)</sup>

이러한 이해에 따를 때, 우리는 공화주의 원리로부터 군주제의 부정 이외에 다른 원칙들을 도출해낼 수 있다. 공화주의 원칙의 실질적 내용이 무엇인가에 대하여 상세히 논하는 것은 이 글의 범위를 벗어난다. 다만 공화주의가 본래 담고 있었던 내용 가운데 법치주의원리나 민주주의원리로 포섭될 수 없는 것들이 있으며, 이들이 실질적 의미의 공화주의 원리로서 여전히 헌법적 위상을 가지고 있다고 보아야 한다는 점을 지적하고자 한다. 이 글의 주제와 관련이 있는 범위 내에서 살펴보자면, 공익과 효율성이 헌법상 공화주의 원리의 구성요소를 이룬다고 할 것이다.

공화주의 원리는 공익의 원리를 내포하고 있다. 즉 공공주체는 공공의 이익을 위해 활동하여야 한다는 것이다.<sup>20)</sup> 공익이 국가목적이라는 점은 독일의 경우 이미 오래전부터 인정되어 왔다.<sup>21)</sup> 따라서 국가는 공익에 부합하게 활동할 헌법적 의무를 부담하고 있다.<sup>22)</sup> 이러한 관점에서 공익의무란 민주주의원리에서 도출되

I, 2. Aufl., § 17 I 1, S. 576; Doehring, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., 1984, S. 121 f.; Henke, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, § 21, Rdnr 7, 29 ff.; Maihofer, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., 1994, § 12, Rdnr 44 ff.

18) 같은 의견으로는 Isensee, “Republik - Sinnpotenzial eines Begriffs”, *JZ* 1981, 1 ff. 참조.

19) Thoma, in : Anschütz/Thoma (Hg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, 1. Aufl., 1930, unveränderter Nachdruck, 1998, S. 186 f.

20) Isensee, “Republik - Sinnpotenzial eines Begriffs”, *JZ* 1981, 8; v. Münch, *Staatsrecht I*, 5. Aufl., 1993, Rdnr 110; Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd 1, 11. Aufl., 1999, § 29, Rdnr 1.

21) Link, *VVDStRL* 48, 1990, 19 ff. 그밖에 같은 입장을 취하는 견해에 대해서는 Link의 글에 인용된 문헌 참조.

22) 이는 독일연방헌법재판소의 판례이기도 하다. BVerfGE 42, 312, 332.

는 정당화의무와 동전의 양면을 이룬다. 그러나 공화주의원리에서 도출되는 공익의 원리가 구체적으로 어떤 내용을 담고 있는지는 이미 언급한 바와 같이 매우 어려운 문제이다. 독일의 경우 이미 오래전부터 합리성원칙(Rationalitätsgebot)이 주요내용으로 논의되고 있다.<sup>23)</sup> 자원의 희소성을 고려할 때, 공익에 봉사하여야 하는 국가는 자신에게 주어진 자원을 낭비하여서는 아니 된다는 것은 자명하다고 할 수 있다.<sup>24)</sup> 요컨대 자원을 비합리적으로 낭비하는 것은 공화주의 원리에서 도출되는 공익의 원리에 반한다고 할 것이다.<sup>25)</sup> 그러므로 국가의 활동은 그 목적 내지 목표와 관련해서 뿐 아니라 목적달성을 위한 수단의 사용에 있어서도 공익에 의해 정당화되어야 한다.

### 3. 공익원리의 이중적 기능

공익의 기능을 강조하는 견해는 규제론자로 취급되는 경향이 있으며, 실제 공익의 개념이 규제의 정당화를 위해 과다하게 원용되는 경우도 있다. 그러나 이는 공익론의 활성화를 위해 지양되어야 할 것이다.

그 실질적 구성요소를 구체적으로 어떻게 이해하든 공화주의원리는 국가와 국민 모두에 대해서 이중적 기능을 수행한다. 한편으로 국가활동에 대하여 수권의 근거이자 제한으로서 기능하며, 다른 한편으로는 국민에 대하여 권리를 부여하는 동시에 의무를 부여하기도 한다. 공화주의원리의 구성요소인 공익의 원리 역시 이러한 이중적 기능을 수행한다.

일반적으로 공익은 기본권 제한의 근거로 인식되고 제도화되어 있다.<sup>26)</sup> 기본권 제한의 일반적 법률유보조항은 제37조 제2항은 물론이고, 우리헌법은 사적 유용성을 위해 특정대상을 개인에게 귀속시키는 재산권보장조항에서 공공복리적합의무를 명시적으로 규정하고 있다.<sup>27)</sup> 이들 규정의 외견에 기초하여 기본권과 공익의 관계를 살펴보면, 기본권에 의해 보호되는 개인의 자유라는 이익과 공익, 즉

23) 이에 대한 좀더 구체적인 논의와 관련 문헌에 대해서는 Lee, *Privatisierung als Rechtsproblem*, 1997, S. 81 f.

24) 이러한 입장으로는 Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th eds., 1992, p.27.

25) 독일 라인란트-팔츠 주 헌법재판소도 효율성원칙은 공익의 원리에 근거를 두고 있다고 판시한 바 있다. VerfGH RP, DÖV 1997, 246, 249.

26) 이에 대한 체계적이고 상세한 논의는 Wyss, *Öffentliche Interessen*, 2001, S. 197-509 참조.

27) 재산권의 공공복리적합의무에 대하여 상세한 논의는 Bumke, "Eigentum", in : Münkler/Fischer (Hg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 179 ff.



국가에 의한 기본권제한을 정당화시키는 이익은 서로 충돌되는 것으로 나타난다.<sup>28)</sup> 방어권으로서 기본권은 개인의 이익보호를 위해 공익과 충돌하는 모습을 전제한 것이며, 공익은 기본권제한을 정당화시키기 위한 목적으로서 사익과 충돌하는 것은 분명하다.

그러나 공익이 기본권 제한 내지 국가의 규제를 정당화하는 기능만을 수행하는 것으로 이해하여서는 아니 된다. 기본권과 국가의 공익실현의 문제를 좀더 면밀하게 살펴보면, 국가의 개입을 정당화하는 공익과 개인의 이익을 분리할 수 없음을 알 수 있다. 첫째, 어떤 법률에 의해 어떤 이익의 내용을 구체화할 권능이 부여되는 경우, 이러한 권능은 한편으로 당해 법률의 입법자가 가지는 권능의 범위 내에서 제한되고 또한 입법자가 당해 법률을 통해 규정하고자 했던 이익에 국한된다. 둘째, 기본권은 국가의 개입에 대한 방어권으로서의 성격뿐 아니라, 기본권보호를 위해 제3자의 기본권을 제한하기 위한 정당화근거로서의 성격도 아울러 가지고 있다. 서로 다른 기본권이 충돌하는 경우 공익을 위해 하나의 기본권을 제한하는 경우 이는 다른 기본권주체의 기본권보장기능을 수행하게 된다. 즉 국가의 개입을 요구하는 사인의 보호이익으로서의 성격을 가진다는 것이다. 이 경우 기본권은 여전히 개인의 이익으로서의 성질을 가지지만, 국가의 개입이 없는 사회의 영역에 머물러 있는 것이 아니라 국가의 적극적인 활동을 요구한다.<sup>29)</sup>

민주적 법치국가에 있어서 모든 국가작용은 공익에 의해 정당화되어야 한다.<sup>30)</sup> 경제규제의 개념을 구체적으로 어떻게 설정하건 국가작용의 일환으로 이해될 수 있는 한, 경제규제 역시 공익에 의해 정당화될 수 있어야 한다. 그러므로 궁극적으로 개개의 경제규제작용이 공익목적에 부합하는지 여부가 심사되어야 한다.

#### 4. 우리 헌법상 경제질서 : 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계

경제규제작용이 개개의 경우에 공익목적에 의해 정당화될 수 있는지 검토함에 앞서서 우리 헌법상 경제질서에 대한 고찰이 필요하다. 헌법상 경제질서를 어떻

<sup>28)</sup> Uerpmann, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 58 ff.

<sup>29)</sup> Uerpmann, *a.a.O.*, S. 69.

<sup>30)</sup> Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip", in : Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 1987, § 22 Rdnr. 11; Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. Aufl., 1994, § 11 III 1, S. 64 f.

게 이해하느냐에 따라 경제영역에서 정당화의 근거로 인정될 수 있는 공익의 요소를 다르게 이해할 수 있기 때문이다.

우리 헌법 제119조 제1항에 따르면 우리나라의 경제질서는 개인과 기업의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. 또한 동조 제2항에 따르면, 국가는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득분배, 시장의 지배와 경제력의 남용방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 규제와 조정을 할 수 있다. 따라서 **우리 헌법상 경제질서의 근간은 제119조 제1항에서 규정한 “개인과 기업의 자유와 창위의 존중”과 동조 제2항에서 규정하고 있는 “국가의 규제와 조정”을 두 축으로 하여 이루어져 있다고 할 것이다.** 두 조항은 모두 정의롭고 효율적인 시장질서를 만들기 위한 시장경제질서의 핵심요소라고 할 것이다. 그런데 이 두 요소의 관계를 원칙과 예외의 관계로 보는 입장이 있다.<sup>31)</sup> 그러한 주장이 전혀 근거가 없는 것은 아니지만, 이러한 관념은 우리 헌법상 경제질서를 자칫 자유방임주의적 시장경제라는 특정한 질서로 바라보는 우를 범할 우려가 있다.

발터 오이켄(Walter Eucken)은 시장경쟁의 자유로운 운동이 시장경쟁의 조건 자체를 파괴하는 경향, 즉 독점화경향과 계급대립의 경향을 가진다고 설파하고, 따라서 국가는 이러한 경향을 차단하는 정책으로 시장경쟁질서를 유지하여야 한다고 하였다.<sup>32)</sup> 그 예로는 시장권력의 억제 및 수정을 위한 정책과 사회복지정책을 들고 있다. 이러한 국가의 조절적 개입으로 경쟁질서가 유지될 경우에 비로소 시장에서의 자유로운 운동은 최적 균형을 보장할 수 있다. 위에서 언급한 바와 같이 시장은 우리 사회 그 자체가 아니라 그 구성요소이므로 시장의 보호는 사회 전체의 맥락에서 이루어져야 한다.

시장은 경쟁을 통하여 혁신과 효율을 이루어낸다. 경쟁은 능력있는 기업의 승리를 보장하고 무능한 기업을 시장에서 퇴출시킴으로써, 끊임없는 혁신과 효율을 보장하지만, 그 결과 종국적으로는 가장 능력있는 하나의 기업만이 생존할 수밖에 없게 되며, 이는 필연적으로 사적독점의 폐해를 야기하게 된다. 이것이 근대 서구역사에서 나타난 자유방임주의적 시장경제의 폐해라는 점은 주지의 사실이다. 이러한 관점에서 시장의 지배와 경제력남용에 대한 국가의 규제와 조정은 시

31) 예컨대 이덕연, “한국헌법의 경제적 좌표”, *공법연구* 제33집 제2호, 2005. 2, 1-31면, 특히 12면 이하.

32) 이러한 오이켄의 경제이론에 대해서는 Walter Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl., 1990, passim. 참조.

장경제질서를 유지하기 위한 기본전제로서의 성질을 가진다고 보아야 할 것이다. 따라서 우리 헌법 제119조 제2항은 이러한 시장경제의 보장조건으로서 국가에게 규제와 조정의 임무를 부여한 것이다. 이러한 관점에서 종래 헌법 제119조 제1항이 헌법상 경제질서의 원칙이고 동조 제2항은 예외라고 이해하는 방식은 수정을 요한다. 동조 제2항은 제1항의 전제조건 내지 기반을 규정하는 것이지, 제1항의 예외에 불과하다고 볼 수 없다. 따라서 경제규제의 정당성을 판단함에 있어서 효율성과 자유를 제1차적이고 원칙적인 가치로 이해하여 우선적인 가치를 부여해서는 안 될 것이다. 오히려 제2항의 조건이 충족되지 않으면 제1항에서 선언하고 있는 개인의 자유와 창의를 보장될 수 없다는 점을 고려하여야 할 것이다. 요컨대 효율과 자유는 그것을 포함한 넓은 의미의 공익 안에서 이익형량의 요소로 고려되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 공익은 모든 관계이익들의 형량으로부터 도출된다는 위르프만의 형량이론적 공익론은 경청할 필요가 있을 것이다.<sup>33)</sup>

시장구조는 일단 왜곡되면 회복되기 어렵다. 일단 확장된 시장지배력이나 경제력을 감소시키는 것은 매우 어렵거나 사실상 거의 불가능하다. 따라서 시장의 지배와 경제력 남용을 방지하기 위한 경제행정의 영역에서는 장래 효과에 대한 예측판단을 기초로 하여 광범위한 규제와 조정이 이루어질 수밖에 없다. 일반적인 기본권제한에 관하여 헌법 제37조 제2항이 규정되어 있음에도 불구하고, 헌법 제119조 제2항이 국가의 규제와 조정에 관하여 특별히 규정한 것은 경제질서의 영역에서 입법자에게 더욱 광범위한 형성의 여지를 부여한 것이라고 해석하여야 할 것이다.

### III. 공익관에 따른 경제규제의 범위

위에서 언급한 바와 같이 공익론이 의미를 가지기 위해서는 공익 개념이 남용되지 않고, 그 사용이 적절히 필요한 범위 내에서 한정되어야 할 것이다. 이를 위해서는 공익목적달성을 위해 경제규제를 할 수 있다는 극히 추상적이고 일반적인 언명에 머무르지 않고, 진정으로 보호되어야 할 공익이 어떤 것이며, 어느 경우에

33) 위르프만의 형량이론적 공익론에 대해서 상세한 내용은 Uerpmann, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 269-315 참조.

그러한 공익이 문제되는지 검토되어야 한다. 경제규제와 관련해서 이 문제를 검토하기 위해서는 경제영역에서의 규제작용을 그 성격에 따라 이론적으로 분석하여 유형화하고, 각각의 경우 문제되는 공익요소를 명확하게 할 필요가 있다.

### 1. 경제규제의 개념

규제, 감독, 유도, 지도, 조종 등 국가가 경제영역에 개입하는 현상을 설명하는 용어는 매우 다양하며, 여기에 통일된 어법은 아직 존재하지 않는다. 규제의 개념에 대해서도 다양한 이해가 가능하지만, 규제란 공공주체가 생산이나 급부의 주체가 아닌 제3자로서 경제과정에 개입하여 경제주체들의 행위를 규율·유도·조성·금지·통제하는 작용 전체를 의미하는 것으로 파악하는 것이 타당하다고 본다.<sup>34)</sup>

규제의 개념을 이렇게 넓게 파악하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 경제규제를 좁게 정의하면, 경제영역에서 제기되는 중요한 규제이슈를 논의에서 제외시킬 우려가 있다. 둘째, 다른 사회과학에서의 논의와 학제적 연구를 위해 경제학, 행정학, 정치학 등에서 사용되는 용어법과 가능하면 동일한 용어법을 채택할 필요가 있다.

규제와 유사한 개념으로 사용되는 유도란 의도하는 일정한 상태에 도달하기 위하여나 그러한 상태를 유지하기 위하여 장래예측적·능동적으로 경제현상에 영향력을 행사하는 작용을 의미한다.<sup>35)</sup> 경제규제와 유사한 용어 가운데 가장 고전적인 용어는 감독이다. 종래 경제감독은 전통적인 국가임무의 하나로서 경제영역에서 위협의 예방 및 제거를 그 내용으로 하는 것으로 이해되었으나, 오늘날에는 나아가 사인의 경제활동에 대한 국가의 포괄적 감독이라는 넓은 의미로 파악하고 있다.<sup>36)</sup> 감독의 개념을 이와 같이 포괄적으로 이해하면, 경제규제를 위한 실정법상 제도들은 대부분 경제감독의 범주 내에 포섭된다고 할 수 있다. 물론 경제감독은 규제체계 가운데 관련법령의 준수확보에 그 중점이 있기 때문에 규제기준의 설정 자체는 감독목적의 범위 내에서만 부수적으로 고려될 것이다.

34) 이에 대하여는 상세한 논의는 이원우, “행정법상 정부규제의 본질”, **육사논문집** 제38집, 1990. 6, 138-142면 참조.

35) 김동희, **행정법 II**, 2006, 557면; 홍정선, **행정법원론(하)**, 2004, 647-648면에서는 유도라는 용어 대신에 지도라는 개념을 사용한다.

36) 김동희, **행정법 II**, 2006, 554면; 홍정선, **행정법원론(하)**, 2004, 637-638면 참조.

## 2. 경제규제의 세 가지 차원

경제규제의 개념을 위와 같이 파악할 때, 경제영역에서 공익실현을 위해 법제도가 개입하는 방식, 즉 경제규제의 방식은 이론적으로 세 가지 차원에서 검토될 수 있다.

첫째, 경제규제의 가장 기본적인 요소는 계약의 자유를 중심으로 하는 계약법제와 재산권보장이다. 이는 자유로운 시장질서가 형성되기 위한 최소한의 법제도적 요청이다.<sup>37)</sup>

둘째, 계약법제와 재산권보장에 더하여 자유로운 경쟁질서 그 자체를 보호하기 위한 경쟁법적 규제가 동원될 수 있다. 경쟁법적 규제의 범위와 정도에 대해서는 다시 여러 가지 차원이 존재하지만, 경쟁질서 자체를 파괴하는 행위를 금지하고 제재하여야 한다는 관점을 공유하고 있다는 점에서 이론적으로 하나의 부류도 분류할 수 있다. 여기서의 경쟁법적 규제란 시장경쟁질서를 전제로 한 경찰법적 규제를 의미한다.

셋째, 계약법제, 재산권보장 및 경쟁법적 규제에서 더 나아가 효율적이고 정의로운 경쟁질서의 형성을 위한 추가적인 규제가 사용되기도 한다. 이는 기존의 시장경쟁질서를 보호하고 유지하는 단순한 경찰행정작용의 차원에 그치는 것이 아니라, 경쟁조건을 적극적으로 형성하고 때로는 사회적 목적 실현을 위해 국가가 개입한다는 점에서 정서행정 내지 유도행정, 나아가 사회행정목적의 규제까지 포함하는 것이다. 이러한 규제를 전문규제(sector-specific regulation)라 하며, 이에 관한 법제를 일용 공익규제법이라 칭할 수 있을 것이다. 전문규제수단으로는 진입규제, 가격규제, 보편적 역무의무, 지배적 사업자에 대한 강화된 의무부과 등이 존재한다. 이러한 유형의 규제는 그 기능 내지 목적을 기준으로 유효경쟁 형성을 위한 적극적 경쟁형성규제·영업법적 규제(협회의 경제규제)·기술안전규제·사회정책적 규제·산업정책적 규제 등으로 세분하여 유형화할 수 있다. 이들은 경쟁형성을 목적으로 하는 유효경쟁규제와 경쟁 이외의 공익목적을 위한 규제로나눌 수 있으며, 후자는 다시 영업법상 규제나 산업정책적 규제와 같이 경쟁의 형성·보호와는 무관하지만 경제적 목적을 달성하기 위한 규제와 환경규제, 보편적 서비스 제공과 같이 사회적 목적을 위한 규제, 공공의 안전을 위한 기술규제 등으로 구분할 수 있다. 이상의 분류를 도식화 하면 아래 표와 같다. 요컨대 이

<sup>37)</sup> 이에 대하여 상세한 내용은 Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl., 1990, S. 254 ff., 270 ff; 권영철, “국가경제와 법”, *공법연구* 제29집 제2호, 2001, 1-2면 참조.

큰바 전문규제는 유효경쟁규제 이외에도 매우 복잡적이고 다양한 정책목표의 달성을 위해 다양한 규제수단을 사용하여야 한다. 역으로 말하면, 경제규제의 다양한 유형별로 달성하고자 하는 공익목적에 차이가 존재하며, 경제규제가 달성하고자 하는 공익의 요소를 시장의 존재, 경쟁보호, 경쟁형성, 영업상 위해방지·제거, 경제성장, 기술상 위해방지·제거, 환경보호, 소득분배·계층대립해소·사회적 연대강화와 같은 형평성 등으로 세분화할 수 있다.

<규제목적에 따른 경제규제의 유형>

규제목적·기능		경제영역에서 규제유형
시장의 구성요소		재산권법제
		계약법제
경제적 목적	경쟁	일반경쟁규제(소극적 경쟁질서보호)
		유효경쟁규제(적극적 경쟁형성규제)
	영업법상 위해(경제적 위해)방지 및 제거	영업법적 규제 (협의의 경제규제 : 진입규제·사업영역규제·가격규제·품질규제 등)
	경제성장·발전	산업정책적 규제
비경제적 목적	기술상 위해의 방지 및 제거	기술·안전규제
	환경보호	환경규제
	형평	사회정책적 규제
	기타	기타

### 3. 경제영역에서 공익개념과 경제규제의 범위와 한계에 대한 입장

자유로운 시장경제질서를 헌법상 경제질서로 받아들이는 경우에도, 경제규제를 함에 있어서 위의 세 가지 방식을 어느 경우에 어느 정도까지 채택할 것인가에 따라 경제규제의 범위와 한계에 대한 입장에 차이가 발생한다.<sup>38)</sup> 이는 경제영역에서 국가개입을 정당화시켜 주는 공익의 범주에 대한 이해의 차이를 반영한다

<sup>38)</sup> 이하의 분류는 이론적인 논의를 위한 이념형으로서의 의미를 가질 뿐이다. 구체적인 경우에 있어서는 세 가지 입장의 중간형태나 복합적인 형태의 입장이 대부분일 것이다. 또한 이하에서는 사회주의적 시장경제를 지향하는 입장에 대한 설명도 생략할 것이다. 이러한 입장이 현단계에서 입법정책형성의 대안으로 논의된다는 것은 우리나라의 정치적 여건상 현실성이 떨어지기 때문이다. 다만 이에 대하여는 최송화/이원우 역, 롤프 슈토버 저, **독일경제행정법**, 69-71면 참조.

고 할 수 있다.

첫째, 자유와 효율을 강조하는 자유주의적 견해에 따르면, 경제규제는 개인들 상호간의 자유로운 계약체결이 보장되고 소유권이 보장되면 시장기구에 의해 효율적인 자원의 배분과 개인의 자유가 보장될 수 있으며, 그 이상의 국가개입은 불필요할 뿐 아니라, 자원배분을 왜곡시키고 개인의 자유를 침해한다고 보는 입장이 있다. 이에 따르면 경쟁법적 규제도 예외적인 경우로 한정하여야 하며, 독점 그 자체도 경쟁의 결과일 뿐 경쟁질서에 반하지 않는다고 본다.<sup>39)</sup>

이러한 입장에 따르는 경우에도 공익에 의한 계약자유를 어느 정도 인정할 것인가에 따라 다양한 입장이 있을 수 있다. 이는 사적 영역에서 공익이 어떻게 준수되어야 하는가의 문제이다. 예컨대 약관의 내용에 대한 통제에서 공익이 고려되어야 하는지에 대하여 견해대립이 있을 수 있다.<sup>40)</sup> 또한 규제법규에 위반한 계약의 효력을 어떻게 볼 것인가의 문제도 이와 관련하여 중요한 쟁점이 될 것이다.<sup>41)</sup> 전통적인 민사법이론은 공익에 의한 통제에 대해 소극적인 입장을 취하여 자유방임주의적 경향을 보이지만, 공익에 의한 내용통제를 인정하는 입장도 존재한다. 사법질서에서 공익에 의한 사적자치의 제한을 소극적으로 보는 입장은 공익의 개념을 부정하거나 인정하더라도 그것은 모두 사익으로 환원될 수 있다는 인식을 전제로 하는 것이다. 여기서 공익이란 사익의 총체를 의미할 뿐이다.<sup>42)</sup> 이러한 입장은 합리적 인간을 전제로 하여 각 개인의 합리적 행위의 총합은 사회적으로도 합리적이라는 가정을 받아들일 때에만 타당하다. 그러나 각 개인이 합리적으로 행동한다고 하더라도 그러한 개인의 합리적 행위의 총합이 사

39) 이러한 주장의 이론적 근거로는 이른바 “contestable market theory”가 제시되고 있다. 이에 대하여 상세한 내용은 Baumol/Panzar/Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, 1982; Vickers/Yarrow, *Privatization: An Economic Analysis*, 1988, 53 ff. 참조. 이 이론에 대한 비판적 견해로는 G. Yarrow, *Privatization in Theory and Practice, Economic Policy* 1986, V. 2, 343 f.; Vickers/Yarrow, *Privatization: An Economic Analysis*, 1988, 58 ff. 참조.

40) 이 문제에 대한 독일에서의 논의는 Baetge, “Allgemeininteressen in der Inhaltskontrolle”, *AcP* 2002, 972-993 참조.

41) 이에 대하여는 서원우, “행정법규위반행위의 사법적 효력”, *행정판례연구* 제8집, 2003, 193-217면; 김재형, “법률에 위반한 법률행위”, *인권과 정의* 제327호, 2003. 11, 142-162면 참조.

42) 자유주의와 공화주의 입장에 따른 공익관의 차이에 대하여는 Won-Woo Lee, *Privatisierung als Rechtsproblem*, 1997, S. 40-43 참조. 규제에 관한 전통적 공익이론과 이에 반대하는 다양한 이론적 입장에 대한 상세한 설명은 이원우, “행정법상 정부규제의 본질”, *육사논문집* 제38집, 1990. 6, 131-162면, 특히 142-156면 참조.

회적으로 반드시 합리적인 것은 아니다.<sup>43)</sup> 사적자치와 공익의 관계에 대한 더 이상의 논의는 이 글의 범위를 넘어서는 것으로 다른 기회로 미룬다. 다만 계약자유 원리로 공익을 고려하는 경우에도 이는 공익의 파괴를 소극적으로 방지하는 데 머무르는 것이라는 점을 지적한다.

둘째, 경제규제는 계약법제와 재산권법제에 더하여 경쟁법적 규제를 필수적인 요소로 한다고 보는 입장이 있다. 경쟁에 대한 제한을 제거함으로써 시장이 효율적으로 기능할 수 있도록 규제하여야 한다는 것이다. 이러한 규제는 시장 내지 경쟁 그 자체의 보호를 목적으로 하며, 이러한 규제를 일반경쟁규제라 한다. 시장지배력은 국가권력보다 더 위험한 존재이며, 이러한 시장권력에 의한 일반국민의 기본권침해를 방지하기 위해서는 경쟁법적 규제가 필수적이라고 본다. 그러나 경제과정에 대한 개입은 시장기능을 저해하고 개인의 자유를 침해하는 것으로서 원칙적으로 부인되어야 한다고 본다. 독일의 사회적 시장경제를 제안했던 신자유주의<sup>44)</sup> 내지 질서자유주의가 대체로 이러한 입장에 속한다.<sup>45)</sup> 이 입장에서는 경제영역에서의 공익이란 결국 기존의 시장질서 내지 경쟁질서의 보호, 즉 기존의 시장 내지 그 시장에서의 경쟁 그 자체로 이해한다.

셋째, 시장경제가 정당성을 획득하려면, 시장에서의 경쟁이 유효경쟁이라는 것이 전제되어야 하는바, 일정한 경우에는 유효경쟁을 형성하기 위해 공정한 경쟁의 조건을 형성하고, 시장경쟁에 의해서 제공될 수 없는 재화와 급부를 적절하게 제공하기 위해서 경제과정에 직접 개입할 필요가 있다는 입장이다. 또한 시장은 인간의 사회적 생활의 일부분에 불과하기 때문에 일반경쟁법적 규제만으로는 그러한 수요에 대응할 수 없으며, 공공서비스 내지 공익적 성격이 강한 경제영역에

43) ‘합리적인 개인의 행위의 총합이 사회적으로 반드시 합리적인 것은 아니다’라는 입장의 타당성을 근거지울 수 있는 이론으로는 이른바 ‘죄수의 딜레마’(prisoner's dilemma)와 하던의 ‘공유의 비극’(the Tragedy of the Commons)을 들 수 있다. 이 두 이론의 내용에 대한 설명은 이원우, “행정부패: 행정규제의 부패구조에 대한 법적정책적 대응”, **비리와 합리의 한국사회**, 1999, 221-226면 참조.

44) 경제이론사에서 신자유주의란 원래 1930년대 Eucken, Röpke, Böhm 등에 의하여 정립·발전되어 전후 독일의 사회적 시장경제질서의 형성에 기여한 경제이론을 지칭하는 것이다. 오늘날 영미권의 신보수주의에 입각한 경제정책도 신자유주의라고 칭하고 있으나 양자는 그 이론적 배경이나 내용에 있어서 전혀 다른 이론이다. 이들 두 이론적 입장의 구별에 대하여는 김성구, **경제위기와 신자유주의**, 1998, 109-115면 참조.

45) 이러한 독일의 사회적 시장경제이론은 사회정책의 중요성을 강조하고 있다는 점에서 세 번째 입장과 일부 유사한 측면이 있으나, 경제규제로서 경제과정에 대한 개입은 부인한다는 점에서 두 번째 부류에 가깝다고 본다.



대한 사회정책적 규제가 동시에 이루어져야 한다는 입장도 여기에 포함된다. 요컨대 계약법제, 재산권법제, 경쟁법제와 더불어 경쟁조건형성을 위한 특별경쟁법적 규제와 경제적 이외의 사유를 근거로 한 공익규제법제, 즉 전문규제가 필요하다는 것이다. 이에 따르면 경제규제에서 추구되어야 할 공익으로 효율적인 시장의 형성(소극적 보호가 아니라 적극적 형성)과 생존배려의 실현 등 사회적 권리 보호 등도 포함되는 것으로 보게 된다.

적극적 경쟁형성규제(유효경쟁규제)는 공정한 경쟁의 조건을 형성하는 데 목적이 있기 때문에 비대칭규제와 같이 현상적으로 경쟁을 저해하는 것으로 보이는 규제수단을 사용하기도 한다. 이러한 이유로 인하여 유효경쟁규제에 대하여 시장원리에 반하는 관리경제수단이라는 비판이 제기되기도 한다. 유효경쟁규제도 궁극적으로 시장경쟁의 효율성을 인정하고 경제영역에서 시장기능을 통해 경제질서 전체의 효율성을 추구한다는 점에서 일반경쟁규제와 기본적으로 동일한 입장에서 있다고 할 수 있다. 그러나 일반경쟁규제는 단기적인 관점에서 현재 시장에서 시장원리에 따라 효율성을 추구하는 데 반해, 유효경쟁규제는 단기적으로 시장원리에 반하는 것처럼 보이지만, 이를 통해 공정한 시장경쟁질서를 마련함으로써 장기적인 관점에서 효율성을 추구한다는 점에서 기본적인 차이가 있다. 단기적인 효율성은 비교적 명확하게 인식할 수 있는 데 반해, 장기적인 관점에서의 효율성은 상대적으로 확정하기 어렵다. 따라서 경찰행정을 본질로 하는 일반경쟁규제는 단기적인 효율성을 목표로 하는 것이 일반적이다. 이러한 관점에서 일반경쟁규제와 유효경쟁규제는 그 목표와 판단기준이 근본적으로 다르다.

이상에서 경제규제의 범위에 대한 입장을 크게 세 가지로 분류하였지만, 경쟁법의 필요성까지 부인하는 첫 번째 입장은 거의 찾아보기 어렵다.<sup>46)</sup> 따라서 뒤의 두 견해에 대한 정당성을 검토할 것이다. 그러나 두 가지 견해 중 어느 견해가 타당하다는 식의 논의는 경제규제에 있어서 공익의 기능을 적절히 설명할 수 없다. 모두에서 언급한 바와 같이 공익론의 추상성과 불명확성을 극복하기 위해서

46) 물론 우리나라의 경쟁법의 일반법인 독점규제및공정거래에관한법률은 시장지배적 지위의 남용이나 부당한 공동행위 등 시장구조에 대한 침해행위뿐 아니라 불공정거래행위에 대한 행태규제를 포함하고 있는바, 공정거래위원회에 의한 불공정거래행위규제는 불필요하다는 주장이 강력히 제기되고 있다. 예컨대 권오승, **경제법**, 2005, 336-337면. 그러나 이러한 주장은 경쟁법 자체의 축소를 의미하는 것이 아니라, 불공정거래행위규제의 집행을 행정기관인 공정거래위원회가 아니라 직접 당사자들의 소제기에 의해 법원에서 담당하도록 하자는 것으로서, 관할의 변경을 의미할 뿐이다.

는 어떠한 경제규제의 경우에 일반경쟁법적 규제만으로는 부족하고 공익규제법 내지 전문규제법적 규제가 필요한지, 이러한 경제규제를 정당화하는 공익요소는 무엇이며, 이러한 공익목적에 부합하는 규제의 내용은 어떠한지 등에 대하여 살펴보아야 할 것이다. 특히 위에서 언급한 바와 같이 전문규제에 해당하는 규제는 다양하고도 복합적인 성격을 가진 여러 가지 유형의 규제로 구성되어 있다는 점을 고려하면 이는 더욱 그렇다. 전문규제의 필요성을 인정한다고 하더라도 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 규제수단들을 사용하여야 하는지에 대하여 다양한 입장의 차이가 존재하기 때문이다. 즉 개개 영역에서 달성하여야 할 공익 목적을 어느 정도 긍정할 것인가에 따라 투입할 규제수단의 조합에 차이가 있게 되고, 이에 따라 경제규제의 범위에 차이가 나타나게 될 것이다.

#### IV. 공익판단에 따른 경제규제의 구조의 분석 : 일반경쟁법과 전문규제법의 관계를 중심으로

##### 1. 문제상황 : 규제, 규제완화, 재규제

앞에서 언급한 바와 같이 오늘날 자유와 효율성을 중시하는 경제영역에서 경쟁보호를 위한 일반경쟁법적 규제 이외에 추가적인 공익규제를 하는 것은 경쟁질서를 왜곡시킴으로써 자원배분의 왜곡을 야기하여 비효율과 낭비의 원인이 된다는 주장이 학계와 실무계 모두에서 강력하게 제기되고 있다.<sup>47)</sup> 이러한 경향은 이른바 세계화의 영향에 따라 더욱 힘을 얻어가고 있는 것으로 보인다. 이에 따라 전통적으로 공익규제가 지배해오던 통신, 방송, 전기·가스·석유 등 에너지, 운송 등 이른바 공공서비스 분야에서도 민영화와 규제완화를 통해 일반경쟁법적 규제로 경제규제를 제한하여야 한다는 주장이 확대되고 있다. 실제로 세계경제질서를 주도하는 OECD, IMF, WTO 등 국제기구는 다양한 방식으로 각국의 경제규제완화 내지 규제철폐를 요구하고 있다. 이러한 입장은 경제규제 영역에서 공익요소를 가능한 축소하여 현재 존재하는 시장질서의 소극적 보장에 최우선의 정책적 가치를 부여하고 있는 것이다.

그러나 일반경쟁법적 규제만을 옹호했던 OECD도 최근에는 규제완화 내지 탈

47) 예컨대 최병선/신종익 편저, **시장경제와 규제개혁**, 2002.

규제가 아니라 규제를 전제로 한 규제체계의 개선으로 관심의 중심을 옮겨 가고 있으며, WTO체제 내에서도 공공서비스에 있어서 경쟁법의 한계가 존재한다는 점에 대해서는 누구도 의문을 제기하지 않고 있다.<sup>48)</sup> 공동체내 자유경쟁질서를 제1차적 목표로 하고 있는 유럽연합도 공공서비스 부문에 대해서는 공익적 규제가 광범위하게 허용되고 있다.<sup>49)</sup> 이는 다른 한편에서 경제규제 영역에서 인정되는 공익요소가 점차 확대되고 있다는 것을 의미한다.

규제완화가 사회적 합리성을 약속한다는 생각은 검증되지 않은 가설이며 도그마에 불과하다. 규제완화는 종종 새로운 경제적 비효율성이나 사회적 문제를 야기하고, 따라서 재규제(reregulation)의 필요성을 불러일으킨다. Cudahy는 이를 규제와 규제완화 사이의 진자운동(swing of the pendulum between regulation and deregulation)이라고 칭한 바 있다. 규제완화는 경쟁과파괴적 경쟁을 낳기도 하고, 환경·보건·안전상의 위험을 노출시키기도 한다. 이러한 규제완화의 폐해는 규제완화의 세계화에 전도사역할을 하고 있는 미국에서도 다수의 사례들이 보고되고 있다.<sup>50)</sup> 우리나라의 경우 1999년 건설산업에 대한 진입규제완화는 건설산업의 총체적 위기 내지 건설업붕괴의 위기를 야기하여 2001년 진입규제의 재강화로 회귀한 것도 맹목적 규제완화가 사회경제적으로 얼마나 커다란 위해를 야기하는지를 보여준 예라고 하겠다.<sup>51)</sup> 특히 1990년대 전반의 금융규제완화는 금융기관의 부실을 야기하여, 1997년 IMF 외환위기의 주범이 되기도 하였으며, 이에 따라 외환위기의 극복과정에서 금융기관에 대한 건전성 규제를 강화하는 입법이 핵심적인 개혁과제로 인식된 바 있다.<sup>52)</sup>

이와 같이 과도한 규제완화로 인하여 야기된 규제개혁의 실패는 규제완화를 그 자체로서 가치 있는 것으로 파악하는 이데올로기적 태도에 그 근본적 원인을

48) 이에 대한 상세한 설명과 그 근거에 대해서는 Prosser, *The Limits of Competition Law*, 2005, pp.4-7 참조.

49) 이에 대하여 상세한 내용은 Goyder, *EC Competition Law*, 4th eds., 2003, pp.482-495; Prosser, *The Limits of Competition Law*, 2005, pp.121-206 참조.

50) Cudahy, "The Coming Demise of Deregulation", *Yale Journal on Regulation*, vol. 10, 1993, pp.1-15.

51) 이에 대하여 상세한 내용은 선정원, "규제개혁과 정부책임", *공법연구*, 제30집 제1호, 2001. 12, 377-401면 참조.

52) 금융에 대한 규제완화로 인한 금융위기와 이에 따른 규제강화는 이미 70년대 이래 미국, 영국 등에서 겪어온 경로이다. 이에 대하여 상세한 내용은 이원우, "변화하는 금융환경 하에서 금융감독체계 개선을 위한 법적 과제", *공법연구* 제33집 제2호, 2005. 2, 50-53면 참조.

두고 있다. 규제완화는 헌법과 법질서를 통해 합의된 사회공동체질서의 올바른 형성을 위해 법질서가 국가에 부여한 다양한 국가임무수행방식 가운데 하나일 뿐이다.

## 2. 일반경쟁규제의 의의와 한계

일반경쟁규제란 경쟁을 보호하기 위하여 시장에 개입하는 것을 말한다.<sup>53)</sup> 일반경쟁법적 규제를 수행하기 위한 개별적 수단으로는 시장지배적 지위의 남용금지, 부당한 공동행위규제, 기업결합규제 등이 있다. 이러한 규제는 시장이 이미 형성되어 있으며, 그 시장이 경쟁적이라는 것을 전제로 하는 규제이다. 일반경쟁규제는 다음과 같은 점에서 정당성을 인정받고 있다.

첫째, 일반경쟁규제는 시장을 경쟁적이고 개방적으로 유지하기 위한 규제로서, 경쟁을 통한 효율성을 극대화하여 소비자후생을 증진시킬 뿐 아니라, 소비자의 선택권, 즉 소비자주권을 보장해준다.<sup>54)</sup>

둘째, 특히 일반경쟁규제는 시장구조에 대하여만 개입하며, 경제과정에 직접 개입하지는 않기 때문에 시장기능을 최대한 존중하는 규제라고 할 수 있다.

셋째, 일반경쟁규제수단은 시장의 경쟁을 저해하는 위협이나 장해가 발생한 경우 이를 제거하는 데 일차적인 목적을 두고 있다는 점에서 전통적인 경찰행정의 영역에 속한다. 따라서 경찰권, 즉 규제권의 발동을 위해서는 위협이 존재하여야 하며, 경찰권의 한계나 책임에 관한 일반행정법상 도그마틱이 그대로 적용되는 영역이다. 이러한 규제방식에 대해서는 비교적 확립된 학설과 판례가 존재하며, 전통적인 규제수단과 규제절차에 따라 규제가 이루어지기 때문에 피규제자의 기본권을 최대한 보장할 수 있는 장점이 있을 것이다.

그러나 이러한 일반경쟁규제는 다음과 같은 경우에 근본적인 한계를 가진다.

첫째, 일반경쟁규제는 유효경쟁이 존재하는 시장을 전제로 할 때에만 의미가 있다. 시장이 형성되어 있지 못한 경우, 시장이 형성되어 있더라도 경제적 이유든 역사적 이유든 구조적으로 경쟁이 존재하지 않거나 유효경쟁에 이르지 못한 경우에는 보호의 대상인 유효경쟁이 존재하지 않기 때문에 일반경쟁규제는 논리적으로나 현실적으로 적절한 수단이 될 수 없다. 유효경쟁이 존재하지 않는 곳에

<sup>53)</sup> Kühling, *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, 2004, S. 20.

<sup>54)</sup> Prosser, *The Limits of Competition Law*, 2005, pp.17-20 참조.

서 일반경쟁법적 수단에 의한 경찰규제를 한다는 것은 불공정한 경쟁질서 내지 독점시장의 구조를 고착화시켜서 종국적으로 시장경쟁질서에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다. 이러한 경우에는 공정한 경쟁의 조건을 형성하기 위한 규제가 필요하다. 예컨대 국가독점사업이 민영화되는 경우 경쟁조건의 형성을 위한 규제가 없다면, 시장경제의 효율성을 도입하고자 하는 민영화의 목적을 달성하지 못할 뿐 아니라 사적독점의 출현이라는 부정적인 결과를 야기하게 될 것이다.<sup>55)</sup>

둘째, 경제규제는 필연적으로 경제정책적 효과를 수반하며, 장래 야기될 경제적 효과에 대한 예측을 필요로 한다. 따라서 규제체계는 지금 당장의 현실이 아니라 미래사회의 현실도 고려하여야 한다. 또한 규제체계의 변화를 통해 시장구조의 개선을 유도할 수 있다는 점도 고려하여야 한다. 따라서 규제체계는 현재의 시장구조와 지향점으로서 장래 시장구조를 적절하게 반영할 수 있어야 할 것이다. 따라서 경제행정의 목적을 달성하기 위해서는 전통적인 경찰행정적 수단에만 의존할 수 없다. 경제영역에 대한 위해는 일단 발생하면 회복이 불가능한 경우가 많고, 국민경제 전체에 치명적인 위해를 가할 수 있기 때문에 위해가 발생한 뒤에는 규제를 하더라도 규제의 목적을 달성할 수 없는 경우가 많다. 따라서 전통적 경찰행정의 중심개념인 위험(Gefahren)으로는 경제(규제)행정의 목적을 적절히 수행할 수 없다. 위해의 방지 및 제거가 아니라 리스크(Risiko)의 관리가 경제행정의 중심개념으로 자리 잡고 있는 것은 이 때문이다.

셋째, 시장과 무관하게 부여된 권리가 존재하는 경우에는 일반경쟁법적 규제만으로 이러한 권리를 보장할 수 없다. 이러한 권리가 경제영역에서 실현되어야 하는 경우에는 시장메카니즘에 대한 교정적 개입이 필요하게 된다. 예컨대 에너지, 통신, 수도 등 생존배려적 성격을 가진 급부가 독점적 사인에 의해 제공되는 경우에는 급부강제, 가격규제 등 일정한 공익목적의 규제가 요구된다. 이러한 규제는 일정한 정책목표를 달성하기 위한 것이기 때문에, 규제 당시에 규제대상산업이 어떠한 역사적 경제적 혹은 사회적 성격을 가지는가에 따라 규제의 여부 및

<sup>55)</sup> 이러한 관점에서 다양한 경제규제의 필요성에 대하여는 Hoffmann-Riem, DVBl. 1999, 125 ff.; Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Band 1, 11. Aufl., 1999, § 3 II 2, Rdnr 6; Eisenblätter, *Regulierung in der Telekommunikation*, 2000, S. 89 ff.; Burgi, in : Schmidt-ABmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 162 ff.; Voßkuhle, *VVDStRL 62* (2003), 268, 296 f.; Holoubek, in : Potacs (Hg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht I*, 2002, S. 971, 976; Fechner, *JZ* 2003, 224, 230 등 참조.

규제의 정도 그리고 규제방식을 결정하는 데 중요한 차이를 가져온다.

### 3. 공익목적을 위한 전문규제의 필요성과 문제점

#### (1) 전문규제가 요청되는 문제영역

일반적으로 논하면, 위에서 제시한 일반경쟁규제의 한계는 곧 전문규제의 필요성을 말해주고 있다. 이러한 특성이 나타나는 경제영역은 이론적으로 다음과 같이 유형화할 수 있다.

첫째, 독점, 공공재, 외부효과, 정보의 비대칭성 등 시장실패가 발생하는 영역에서는 시장실패를 교정하기 위한 규제가 요구되며, 이러한 한도에서 일반경쟁법의 예외가 적용되어야 한다. 시장실패에 대한 이론은 이미 일반적으로 통용되고 상당부분 국내에도 소개되어 있기 때문에, 독점, 공공재, 외부효과, 정보의 비대칭성 등 개별적인 문제상황에 대한 상론은 피한다.<sup>56)</sup> 다만 독점과 관련해서 최근 특히 중요한 문제로 제기되고 있는 ‘민영화 이후의 사적독점의 규제문제’에 대하여만 간단히 언급한다. 민영화는 종래 국가가 직접 제공하던 급부를 시장메카니즘을 통해 제공함으로써 효율성을 제고할 것을 핵심적인 목표로 하고 있다. 그런데 민영화가 곧 경쟁시장의 형성을 보장하지 않으며, 오히려 대부분의 경우에는 종래 국가독점기업이 사적독점으로 전환하게 되는 문제를 야기하게 된다. 특히 종래 국가 또는 공기업이 수행하던 공익적 기능이 존속되어야 하는 경우에는 민간사업자에 대하여 공익적 의무를 부과하여야 할 필요성이 있게 된다. 이러한 관점에서 민영화는 시장 및 경쟁의 형성, 민영화 이후에도 여전히 존속하는 공익의 보장 등 공익목적 실현을 위한 새로운 규제의 필요성을 제기한다.<sup>57)</sup>

둘째, 파괴적 과잉경쟁이 야기되는 경우에도 일반경쟁법적 규제로는 효율적인 시장경쟁을 보장할 수 없다. 상대적으로 높은 고정비용이 요구되고, 단기의 한계비용이 저렴한데, - 통신산업이 가장 대표적인 예가 될 수 있다 - 수요가 감소하

56) 이에 대한 상세한 설명은 Sunstein, *After the Rights Revolution*, 1990, pp.47-71; Berringer, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, 2004, S. 30-44 등 참조.

57) 이에 대하여 상세한 논의는 이원우, “공기업 민영화와 공공성 확보를 위한 제도개혁의 과제”, **공법연구** 제31집 제1호, 2002. 11, 21-58, 특히 46-57면 참조. 특히 통신법의 영역에서 민영화 이후 공익규제의 필요성과 그 내용에 대하여 상세한 논의는 이원우, “통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점”, **행정법연구** 제11호, 2004. 5, 61-95면 참조.

거나 정체하게 되면, 가동률이 낮아 유휴설비가 증대된다. 이 경우 기업은 비용 이하의 가격설정을 통해서라도 가동률을 높이려 할 것이므로, 한계비용을 기준으로 가격을 설정하게 될 것이다. 이는 평균비용에 못 미치는 가격이 설정된다는 것을 의미한다. 따라서 약탈적 가격설정 등 파괴적인 과잉경쟁이 발생한다. 이러한 상황에서는 효율적인 기업이 과잉경쟁을 이기지 못해 도산하는 비효율적인 시장구조가 형성될 수 있다. 이러한 시장여건 하에서는 일반경쟁법적 규제만으로는 효율적인 시장구조를 보호할 수 없으며, 가격규제와 같은 전문규제가 요구될 것이다.<sup>58)</sup>

셋째, 동태적 효율성의 증진을 위한 영역에서는 경쟁법에 대한 예외가 허용된다. 연구개발에 대한 지원, 기업간 연구개발협력의 증진, 지적재산권에 관한 특례, 그밖에 산업정책적 목적의 실현 등이 여기에 해당한다.

넷째, 헌법상 기본권보장의 요구에 부응하기 위하여 경제영역에서 일정한 규제가 요구될 수 있다. 가장 대표적인 예가 생존배려적 급부제공의 영역이다. 통신, 에너지, 수도 등 생존배려급부 영역에서는 모든 국민에게 공동체구성원으로서 최소한 기본적인 수요에 대응하는 급부가 제공되어야 한다. 즉 사회정책적 재분배 목적을 위해 특별한 규제가 허용되어야 한다. 그밖에 전통적인 생존배려 개념으로 설명할 수 없는 경우라도 헌법상 기본권보장의 관점에서 특별한 경제규제가 요구될 수 있다. 예컨대 인격발현의 자유를 보장한다거나, 정치적 공동체의 의사결정(여론형성)에 참여권을 보장하기 위해 정보통신 또는 방송 영역에서 시장 외적 이유를 근거로 규제가 이루어지는 경우가 이에 해당한다. 이상의 규제목적은 위해 계약장제, 보편적 역무제공의무, 가격규제, 접근권 보장 등 일반경쟁규제 이외에 다양한 규제가 추가적으로 요구된다.

## (2) 전문규제의 문제점에 대한 비판 검토

이러한 전문규제에 대하여 다음과 같은 근본적인 문제제기가 이루어지고 있다.

첫째, 이는 자유 내지 자유경쟁에 대한 제한이라는 비판이 있다. 물론 전문규제가 외형상 그렇게 보일 수 있을 것이다. 그러나 유효경쟁규제는 장기적인 관점에서 자유로운 시장경쟁의 형성을 통하여 효율성을 증진시키고자 하는 것이며, 그밖에 전문규제 역시 실질적인 자유의 보장으로 이해되어야 한다. 이러한 관점

<sup>58)</sup> Berringer, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, 2004, S. 32 f.

에서, 이른바 “공유의 비극”(the Tragedy of the Commons)이 야기되는 경우에는 상호합의된 강제가 필요하다고 한 하딘(Garrett Hardin)의 주장은 중요한 시사점을 제공해준다.<sup>59)</sup> 하딘에 따르면 헤겔(Hegel)의 말처럼 자유란 필요성의 인식이다. 상호합의된 강제는 외형상 개인의 자유에 대한 침해를 가져오는 것처럼 보이지만, 이것이야말로 진정한 자유를 얻기 위한 것이다.<sup>60)</sup>

둘째, 특히 유효경쟁정책에 대하여는 관리경제적 요소를 가지고 있기 때문에 시장경제원리에 반한다는 비판이 제기되고 있다. 그러나 이는 유효경쟁정책에 대한 오해에 기인한다. 유효경쟁정책이 관리경제정책의 문제점을 나타내는 것은 그것이 특정한 경쟁상황을 이상적 경쟁모델로 설정하고 이를 적극적으로 추구할 때 발생하는 것이다. 경쟁조건의 형성을 위한 적극적 경쟁형성적 규제는 예컨대 독점구조의 제거, 왜곡된 구조시정 등 최소한의 기준만을 설정하고 이를 위한 경쟁조건을 형성하고자 하는 것이 원칙이다. 따라서 관리경제의 문제점은 발생하지 않을 것이다. 요컨대 적극적 경쟁형성정책 내지 유효경쟁정책은 특정한 상태를 바람직한 경쟁상태의 모델로 설정할 것이 아니라, 최소한의 유효경쟁상태를 설정하는 데 그치도록 하여야 할 것이다. 아래 표는 이러한 관계를 도식화한 것이다.

#### <규제정책의 성격과 규제목표의 수준>

규제정책성격	규제의 목표 및 기준설정수준
관리경제정책	이상적 모델 (최대한 최적상태추구)
유효경쟁규제 (경쟁형성정책, 적극적 경쟁규제)	최소한의 기준추구
일반경쟁규제 (경쟁보호정책, 소극적 경쟁질서유지)	현상유지

셋째, 유효경쟁규제는 유효경쟁이 존재하지 않는 상황에서만 그 정당성이 인정될 수 있는데, 유효경쟁의 존재 여부가 매우 불명확하며 논쟁적이라는 문제가 있다. 이러한 문제점을 극복하기 위해서 오늘날 유효경쟁규제는 경쟁상황에 대한 평가를 전제로 하여야 한다고 본다. 유럽연합이 통신향의 영역에서 유효경쟁의

<sup>59)</sup> Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 1968, pp.1243-1248 참조.

<sup>60)</sup> 하딘의 “공유의 비극”에 대한 설명은 이원우, “행정부패 : 행정규제의 부패구조에 대한 법정정책적 대응”, *비리와 합리의 한국사회*, 1999, 224-226면 참조.



전제조건으로 경쟁상황평가를 의무화한 것은 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 경쟁상황 평가의 결과 시장구조가 변화하여 유효경쟁이 달성되었다고 판단되는 경우에는, 이에 상응하여 규제체계도 일반경쟁규제에 의한 규제로 전환되어야 할 것이다.<sup>61)</sup> 요컨대 국가독점사업 → 민영화 이후 독과점시장 → 유효경쟁시장으로 시장구조가 변화함에 따라서 규제체계의 성격도 행정조직법적 규제 내지 예산회계법상의 규제 → 시장형성을 위한 적극적 공정경쟁규제와 엄격한 이용자보호 → 일반 영업법적 규제(경쟁법적 규제 및 소비자보호규제는 다른 사업에 대한 규제와 차별 없이 일반적 경쟁법 및 일반 소비자보호법 적용)로 변화하여야 한다. 이를 위해서는 각 시장의 특수성에 부합하는 경쟁상황평가제도의 도입이 필수적이라고 하겠다.

#### 4. 공익목적을 위한 전문규제의 구체적 내용 : 민영화된 공익산업을 중심으로

##### (1) 개관

이상에서 일정한 상황에서는 경쟁법적 규제만으로는 불충분하고 전문규제, 이른바 공익목적의 전문규제가 요구된다고 하였다. 그렇다면, 공익 확보라는 공적 임무란 구체적으로 어떠한 임무를 말하는가를 구체적으로 검토할 필요가 있다. 공익 확보를 위한 구체적 법제도 역시 문제된 당해 경제영역에 따라 개별적인 검토를 요한다.

전문규제는 매우 광범위하고 다양한 내용으로 구성되어 있다. 그러나 오늘날 전문규제의 문제에 대해서는 주로 통신·방송·전기·가스·석유 등 민영화된 공익산업의 영역에서 쟁점으로 논의되고 있다. 따라서 이하에서는 이들 영역에서 공통적으로 문제될 수 있는 사항에 대하여 간략히 검토하기로 한다.

일반적으로 말하자면, 당해 공기업이 담당하던 기능 내지 임무를 망라적으로 열거하여 그 중 민영화 이후에 국가가 담보하여야 할 공적 임무를 추출해 내어야 할 것이다. 즉 당해 공기업이 수행하던 기능 내지 임무를 정책적 기능과 기업적 기능으로 분류하여, 기업적 기능은 민영화되는 기업에게 맡기고, 정책적 기능은 규제임무로 재구성하여 규제체계를 설계하여야 한다는 것이다. 이 과정에서

61) 시장구조의 변화와 이에 대응한 규제체계의 전환에 대하여 체계적 논의는 이원우, “통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점”, **행정법연구** 제11호, 2004. 5, 64-67면 참조.

해당 기업이 제공하던 급부의 특수성과 헌법상 국가임무를 검토하여 민영화의 범위와 민영화 방식의 기본방향이 명확하게 정립되어야 한다. 이에 터잡아 이러한 기본방향에 부합하는 규제체계, 즉 규제기관과 규제수단을 선택하여야 할 것이다. 또한 이러한 규제체계의 수립에 있어서는 이해관계자들의 충돌하는 이익을 적절히 조절할 수 있는 절차도 마련되어야 한다.<sup>62)</sup> 이러한 연구에 있어서 외국의 사례를 비교법적으로 검토하는 작업도 함께 병행되어야 할 것이다.<sup>63)</sup>

이하에서는 민영화된 공익산업에서 일반적으로 문제될 수 있는 공적 임무의 대표적인 경우를 보편적 서비스 제공, 공정한 경쟁질서의 확립, 소비자보호, 가격 규제, 규제기관의 조직체계 등으로 나누어, 각각의 경우에 제도형성에 있어서 고려하여야 할 점과 구체화를 위한 법적 수단들을 검토하기로 한다. 이에 대하여는 이미 다른 글에서 상론한 바 있으므로 여기서는 그 주요내용을 간략히 정리하기로 한다.<sup>64)</sup>

### (2) 보편적 서비스의 제공

민영화 이후 공공성 확보에서 가장 핵심적인 것은 보편적 서비스의 보장에 있다. 공기업에 의하여 제공되던 서비스, 예컨대 통신·전력·가스·교통 서비스 등이 모든 국민에게 적절한 가격으로 공급되어야 한다.<sup>65)</sup> 이를 위해서는 당해 서비스를 제공하는 민간사업자에 대하여 계약장제가 규정되어야 할 뿐 아니라, 보편적 서비스의 내용과 기준이 결정되어야 한다. 보편적 서비스의 내용과 기준의 결정권한은 일반적으로 주무부서에 유보되는 것이 일반적이지만, 전문가와 이해관계자가 참여하는 심의절차가 마련되어야 한다.

### (3) 공정한 경쟁질서의 확립

공기업 민영화 이후 공정경쟁질서의 확립을 위한 규제는 대체로 세 가지 유형

62) 규제체계의 설계에 있어서 규제목적, 규제원칙, 규제기관, 규제기준, 규제수단 등의 상호관계와 이해관계의 복합성 및 이해조정 중요성에 대하여는 이원우, “통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점”, **행정법연구** 제11호, 2004. 5, 68-72면 참조.

63) 통신사업 민영화와 관련하여 독일사례의 연구로는 이원우, “통신시장의 구조변화 하에서 공공성확보를 위한 법적 규제: 독일의 경험과 그 교훈을 중심으로”, 한양대학교 법학연구소, **법학논총**, 제18집, 2001. 12., 161-188면 참조.

64) 이하의 논의는 이원우, “공기업 민영화와 공공성 확보를 위한 제도개혁의 과제”, **공법연구** 제31집 제1호, 2002. 11, 21-58면, 특히 50-57면의 내용을 요약하고 보완한 것이다.

65) 보편적 서비스의 헌법적 근거에 대하여는 이원우, 위 논문, 39-42면 참조.

으로 구분할 수 있다. 첫째는 독점금지이고, 둘째는 유효경쟁질서의 창출, 그리고 셋째는 불공정경쟁행위규제이다.

민영화 이전의 공기업은 일반적으로 독점적 지위를 누리는 경우가 많다. 따라서 민영화는 공기업을 사적독점에 의해 대체하게 될 우려가 크다. 특히 민영화된, 과거 공기업이었던 기업과 새로이 시장에 진입한 기업 사이에는 출발점에서부터 커다란 차이가 존재하기 때문에 유효경쟁이 사실상 불가능하게 된다. 이 경우에는 유효경쟁질서의 형성을 중요한 경쟁정책의 목표로 삼아야 하며, 이를 위해서는 이른바 비대칭적 규제수단들을 채택하여야 할 것이다.

#### (4) 소비자(이용자)보호

공기업이 제공하던 서비스는 필수적 생활수요를 충족시키는 데 불가결한 서비스로서의 성질을 가지는 경우가 많고, 당해 서비스가 공공재적 성격을 가진다거나 당해 산업이 거대한 투자를 요하는 장치산업이어서 독점 내지 과점의 우려가 강한 경우가 많으며, 또한 이용조건에 대한 판단을 위해서는 고도의 전문성을 요하는 경우가 많다. 이러한 상황 하에서는 소비자의 계약의 자유는 사실상 보장될 수 없다. 따라서 이용약관규제와 같은 강력한 소비자보호정책이 요구된다.

#### (5) 가격규제

가격규제는 다음의 두 가지 관점에서 요구된다. 첫째, 생존배려를 위한 급부의 제공은 그것이 적절한 가격에 의하여 이루어질 것을 요구한다. 둘째, 소비자보호의 관점에서 가격규제가 요구된다. 소비자가 당해 서비스의 이용을 거부하는 것이 사실상 불가능한 경우 또는 시장지배적 사업자에 의하여 당해 서비스가 공급되는 경우 등의 상황에서는 가격의 형성이 적절한 수준에서 이루어지지 않고 일반적으로 사업자에게 유리하게 결정될 우려가 있다. 따라서 다양한 가격규제수단이 필요하다.

당해 서비스의 성격상 공공성이 강하고, 가격결정에 있어서 원가산정이 용이하지 않는 등의 사유로 인하여 적정가격이 객관적으로 명확하게 결정되기 어려운 경우, 그리고 다양한 이해관계인의 이익이 충돌하는 경우에는, 가격규제의 공정성과 투명성을 확보하고 분쟁의 소지를 방지하기 위하여 가격규제절차에 이해관계인의 참여를 보장할 필요가 있다. 따라서 사업자가 가격을 신고하거나 인가를 신청한 경우에 그 타당성을 심사하는 조직과 절차를 규정하여야 할 것이다. 이러

한 가격심사절차에는 관계전문가와 당해 사업자 및 경쟁사업자는 물론이고 소비자의 이익을 대변할 수 있는 자, 예컨대 일정한 요건을 갖춘 소비자단체의 참여가 보장되어야 할 것이다.

#### (6) 규제기관의 조직체계 : 관료적 개입의 방지

공기업 민영화가 성공하려면 공공성확보를 위한 규제제도가 보장되어야 한다. 그런데 아무리 훌륭한 규제수단이 마련되더라도, 이를 행사할 규제기관이 적절히 조직되지 않으면 그 실효성을 얻을 수 없다. 규제조직체계의 정비에서 고려되어야 할 원칙은 공정성, 전문성, 독립성의 원칙이다. 규제기관의 전문성, 공정성, 독립성이 보장되지 않으면, 부당한 규제에 의하여 민간경제의 자율성이 훼손되고 따라서 민영화를 통해 달성하고자 했던 효율적 경제질서의 형성을 저해하게 될 것이다. 이와 관련해서 전문규제기관과 일반경쟁규제기관 상호간의 권한배분 및 상호협력관계를 어떻게 설계할 것인가가 중요한 문제로 제기되고 있다.<sup>66)</sup> 요컨대 앞에서 논한 바와 같이 일반경쟁규제와 전문규제는 그 성격과 권한발동기준 등 상이한 성질을 가지고 있으며, 전문규제의 경우 당해 영역의 특수성이 규제의 핵심적 내용을 결정하기 때문에, 전문규제는 전문규제기관이 담당하는 것이 타당할 것이다.<sup>67)</sup>

## V. 나가는 말

### 1. 요약 및 결론

이상의 논의결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 공익목적을 위한 경제규제는 허용된다. 여기서 공익에는 효율과 자유를

66) 이에 대하여는 이미 다른 글에서 심층적으로 분석한 바 있으므로 생략하기로 한다. 이원우, “통신시장에 있어서 전문규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, *행정법연구* 제 14호, 2005. 10, 319-345 참조.

67) 비교법적으로도 이러한 입장이 주류를 이루고 있다. 이에 대하여 상세한 내용은 Graham, *Regulating Public Utilities*, 2000; Geradin/Kerf, *Controlling Market Power in Telecommunications*, 2003; Prosser, *The Limits of Competition Law*, 2005; Moss (ed.), *Network Access, Regulation and Antitrust*, 2005; Kühling, *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, 2004 등 참조.

내포한 개념이다. 일반경쟁법적 규제는 그 취지에 비추어 볼 때 경제영역에서 효율성과 자유를 보장하기 위한 규제라는 점이 명확하다.

둘째, 그러면 경제영역에서의 규제는 효율성과 자유를 목적으로 할 때만 정당화될 수 있는가? 경제영역에서 규제의 정당성을 평가함에 있어서 효율성이나 자유가 우선적 지위를 가진다고 할 법적 정당화 사유는 존재하지 않는다. 따라서 다른 공익적 요소에 의해 정당화되는지 여부도 대등하게 평가되어야 한다.

셋째, 적극적 경쟁형성적 규제는 장기적인 효율성을 목적으로 한다. 사회적 목적의 규제는 시장에 의해 달성될 수 없는 기본적 권리를 보장하기 위한 것으로서 우리 헌법질서가 요구하는 바이다.

넷째, 정의로운 경제질서의 형성을 위해서는 소극적 경쟁규제만으로는 부족하며, 적극적 경쟁형성적 규제는 물론 사회정책적 규제 등 다양한 규제수단의 복합적인 조합이 동원되어야 한다. 특히 민영화된 공익산업의 영역에서 이러한 전문 규제의 중요성이 인정된다.

다섯째, 경제규제의 체계는 시장구조의 반영이다. 시장구조는 각국의 역사적 발전과정에 의해 규정되며, 개개 경제영역에 따라 상이하다. 따라서 문제되는 영역의 시장구조에 부합하는 올바른 규제체계의 정립이 요구될 것이다. 시장구조에 대한 지속적이고 면밀한 평가가 이루어지고 이에 따라 규제체계를 지속적으로 정비할 때 경제규제의 정당화 근거로서 공익이 제대로 기능할 수 있을 것이다.

## 2. 규범회피행위에 대한 해석론적 대응의 필요성

이상의 논의는 주로 우리 헌법질서를 전제로 하여 바람직한 경제규제의 구조를 설계하기 위한 방향을 제시하는 데 중점을 둔 것이다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 공익개념이 경제규제 영역에서 의미 있게 기능하기 위해서는 해석론에 있어서 공익개념의 기능에 대한 연구도 이루어져야 한다. 이러한 관점에서 경제규제 영역에서 규범회피에 대한 해석론적 대응에 대한 연구가 절실히 요청된다. 규범은 동태적 현실을 정태적 틀 속에서 규율하여야 한다는 숙명을 가지고 있다. 정도의 차이는 있으나, 규범과 현실의 괴리는 상존할 수밖에 없는 것이다. 법학은 그 간격을 채우기 위해 일차적으로 해석론의 발전으로 대응하여야 한다. 이러한 관점에서 공익개념을 매개로 하여 규범회피작용에 대하여 규제의 실효성을 확보하기 위한 해석론적 대응방안이 마련되어야 할 것이다. 이를 위해서는 유추해석의 한계에 대한 방법론적 검토가 이루어져야 할 것이고, 규범회피행위들을

일률적으로 평가할 것이 아니라, 다양한 척도에 의해 유형화하고, 각 유형별로 법치주의와 민주주의의 원칙에 입각하여 정당화될 수 있는 해석방식에 의하여 처리할 수 있는 기준을 제시하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 경제영역에 있어서 규제체계를 더욱 탄력적으로 정비할 필요성도 제기되고 있다. 규제체계의 유연성 확보와 공익개념을 매개로 한 규범회피행위 규제는 자칫 법치주의와 민주주의에 의한 통제를 약화시킬 우려를 수반한다. 합목적성을 위하여 민주적 법치주의적 통제를 약화시키고 싶은 유혹에 쉽게 빠져서는 아니 될 것이다. 그러나 현대의 민주적 헌정체제 하에서 민주주의와 법치주의는 형식적 엄밀성에 치우쳐 해석되어서도 아니 될 것이며, 기능적 관점에서 재해석되어야 할 것이다. 전문성을 갖춘 피규제자의 규범회피추구행위가 끊임없이 이루어지는 경제규제영역에서 합목적적 규제체계를 입안하고 적용하기 위한 노력이 이루어져야 할 것이다.

주제어: 공익, 규제, 전문규제, 일반경쟁규제, 유효경쟁, 비대칭규제, 경제질서, 공화주의, 효율성, 민영화

<Zusammenfassung>

## Wirtschaftsregulierung und öffentliche Interessen

Won-Woo Lee\*

Der einheitliche Begriff des öffentlichen Interesses ist dem demokratischen Rechtsstaat fremd. So kann er nur unbestimmt und abstrakt gefasst werden, was konsequenterweise zu Konkretisierungsproblemen führt, die als Kernaufgabe der heutigen Diskussion um das öffentliche Interesse gilt. Um diese Aufgabe richtig wahrzunehmen, sollen nun untersucht werden, wie sich öffentliche Interessen in einzelnen Bereichen konkret erscheinen und welche Funktionen sie übernehmen.

Zunächst wird in der vorliegenden Arbeit geprüft, ob das öffentliche Interesse als verfassungsrechtlich verankertes Rechtsprinzip anerkannt werden kann. In diesem Zusammenhang sollen dem republikanischen Prinzip material-rechtliche Inhalte zugewiesen werden. Dann wird auf die Frage der Wirtschaftsordnung nach der Verfassung eingegangen, wobei der Schwerpunkt auf das Verhältnis zwischen Art. 119 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 2 der Verfassung auferlegt wird. Der Abs. 2 ist als Voraussetzung bzw. Basis für den Abs. 1 zu qualifizieren. So soll das Verhältnis nicht als Regel-Ausnahme angenommen werden. Danach sind Wirtschaftsregulierungen theoretisch zu analysieren und zu klassifizieren, wobei drei Ebenen unterschieden werden können: Eigentums- und Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, und Rechtsinstitut zur sektor-spezifischen Regulierung. Je nach den Vorstellungen über das öffentliche Interesse in der Wirtschaftsordnung werden diese Rechtsinstitute der drei Ebenen in die Regulierungspolitik der Wirtschaft verschieden gemischt eingesetzt. Zum ersten wird teilweise behauptet, dass die Wirtschaftspolitik grundsätzlich aufgrund des Eigentums- und Vertragsrechts aufgebaut und die Wettbewerbspolitik nötigenfalls nur beschränkend getrieben werden soll. Zum zweiten wird z.T. vertreten, dass nicht nur das

---

\* Prof. Dr. iur., Seoul National University

Eigentums- und Vertragsrecht, sondern auch das Wettbewerbsrecht Rahmenbedingungen für den Markt darstellen sollen. Zum dritten gibt es folgende republikanisch orientierte Meinung, wonach der effektive Marktwettbewerb auch sektorspezifische Regulierungen benötigen, vor allem in den Bereichen der sog. service public, wie z.B. Telekommunikation- und Energiewirtschaft.

Schließlich sind zu betrachten, in welchen Bereichen, unter welchen Bedingungen sektorspezifische Regulierungen zu rechtfertigen sind, und was sie beinhalten sollten. Als wesentliche Inhalte der sektorspezifischen Regulierung sind beispielsweise Universaldienst, Gestaltung und Gewährleistung der fairen Wettbewerbsordnung, Verbraucherschutz, Entgeltregulierung, Organisation der Regulierungsbehörde zu behandeln.

Schlagwörter: öffentliches Interesse, Regulierung, sektorspezifische Regulierung, allgemeine Wettbewerbsaufsicht, effektiver Wettbewerb, asymmetrische Regulierung, Wirtschaftsordnung, republikanisches Prinzip, Effizienz, Privatisierung