

## 보장국가론의 이해를 위한 소고\*

임 현\*\*

이 논문은 1990년대 중반 이후 독일 공법학계에서 논의되고 있는 보장국가론에 대해 검토하는 것을 내용으로 한다. 이를 통해 민영화와 공사협력의 배경에서 국가의 새로운 역할과 책임 및 국가와 사회, 국가와 시민간의 바람직한 관계를 모색하고자 하는 것이 연구의 목적이다. 논문은 크게 세 단계로 진행되는데 먼저 독일에서 보장국가론이 등장하게 된 배경과 보장국가의 구상을 선행연구와 관련 법제를 바탕으로 검토한다. 다음으로는 국가의 보장책임의 구체적 내용을 살펴보고, 마지막으로 보장행정의 입법과 보장행정의 행위형식으로서의 규제에 관해 검토한다. 이러한 검토를 통해 민영화와 공사협력 등으로 인해 사적 주체에 의해 공적 임무가 수행되는 경우에도 국가가 어떻게 공공복리의 실현을 보증할 수 있는지에 대해 살펴보고, 독일의 보장국가론을 우리의 법제가 어떻게 비판적으로 수용해야 하는지를 제시해보고자 한다. 나아가 행정과 행정법의 변화의 방향성을 찾아가고 국가의 역할과 책임에 관한 학문적 논의의 내용과 범주를 보다 풍부하게 하는데 이 연구의 의의가 있다.

주제어: 보장국가, 보장책임, 보장행정, 규제된 자율규제

### 1. 시작하는 말

1990년대부터 시작된 행정 임무의 민영화의 흐름 속에서 독일 공법학은 보장국가론을 탄생시켰다. 보장국가(Gewährleistungsstaat, Guarantor State, Ensuring

\* 이 논문의 초고는 2015년 고려대학교 행정학과 60주년 학술대회 및 한국행정학회 동계학술대회에서 발표되었음을 밝힙니다. 토론을 맡아 유익한 논평을 해주신 최승필 교수님과 신동면 교수님, 그리고 익명의 심사위원님들께 깊이 감사드립니다. 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A3A2046562).

\*\* 독일 레겐스부르크대학교에서 법학박사학위를 취득하고, 현재 고려대학교 행정학과 부교수로 있다. 주요 관심분야는 지방자치, 행정계획 등이다(hyuntree2@korea.ac.kr).

State)는 복지국가의 대안으로 영미에서 주장된 조성국가(Enabling State)의 개념을 발전시킨 것으로, 독일에서는 기존의 국가 임무영역이 민영화되고 공사협력을 통해 국가의 임무가 수행되는 흐름 속에서 새로운 국가의 모습으로 논의되기 시작하였다. 즉 민간에 의해 또는 민간과의 협력에 의해 국가의 임무가 수행되는 경우에도 국가가 적당하고 충분하게 그 임무의 수행을 보장할 수 있는 구조와 법적 틀을 마련하기 위한 논의로서 등장하였다(홍석한, 2009: 501). 보장국가는 국가가 임무의 많은 부분을 사인에게 위탁하거나 사인과의 협력을 통해 수행함을 원칙으로 하면서도, 국가가 그러한 임무들이 올바르게 수행되도록 보증하는 보장책임을 지는 국가의 모습이다(김남진, 2012: 42). 국가에 의한 보장은 국가가 직접적인 급부의 이행주체에서 물러선 후에도 이를 감독하는 역할을 수행한다는 의미에 그치지 않고, 사적 동력을 활성화하고 공공복리의 실현을 보증하는 규범구조를 갖추으로써 공적 임무수행을 가능하게 하는 국가를 의미한다(Franzius, 2003: 81, 계인국, 2013a: 163).

우리의 경우에도 민영화와 공사협력의 경향은 계속하여 나타나고 있으며, 민간에 의한 행정 임무의 수행에 있어 서비스의 질 저하나 취약계층의 소외 등의 문제가 지속적으로 제기되고 있다. 최근의 메르스 사태를 비롯하여 국민적 비극이었던 세월호 사태, 어린이집 아동 학대 등은 모두 민간에 의한 공적 임무의 수행에 있어 서비스의 질과 공공성에 대한 인식의 중요성을 보여주는 사례라고 하겠다. 이같은 상황 하에서 국가와 민간을 공적 임무의 협력적 수행주체로 하는 구조를 형성하고 사적 주체에 의한 공적 임무의 수행이 이루어지는 경우에도 공공복리의 실현에 대한 국가의 역할을 강조하는 보장국가, 보장책임, 보장행정에 대한 논의가 우리의 현실에서도 중요한 의미를 가질 수 있다.

이러한 문제의식에 근거하여 이 글에서는 독일 공법학에서의 보장국가 논의를 소개하고 이를 통해 국가의 새로운 역할과 책임 및 국가와 사회, 국가와 시민간의 바람직한 관계를 모색해보고자 한다. 또한 독일의 보장국가론을 우리의 현실에 적합한 내용으로 법제와 행정에 수용하는 것이 중요하다는 점을 강조하고자 한다.

## II. 보장국가와 보장책임

### 1. 보장국가론의 등장

독일 공법학에 있어 보장국가에 대한 논의는 1990년대 중반부터 시작되었으며, 이

논의를 본격화한 연구로 지금은 Humboldt대학교의 교수가 된 Martin Eifert의 1998년 박사학위논문 “보장국가에서의 통신서비스의 기본적 공급(Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat)”를 일반적으로 들고 있다(정기태, 2015: 462, Hoffmann-Riem, 2005: 89). 이 논문의 제목에 나타난 것처럼 보장국가에 대한 논의는 통신서비스의 민영화로부터 비롯되었다고 할 수 있다. 독일은 오랫동안 연방체신청(Bundespost)에 의해 통신사업이 독점되어 오다가 1989년의 제1차 개혁을 통해 전기통신장비의 공급과 통신서비스시장에 사기업의 참여를 허용하여 경쟁체제를 도입하게 되었다. 제1차 개혁을 통해 이동전화서비스와 통신장비판매 등에 사기업이 참여하게 되었고, 연방체신청이 우편, 은행(Post Bank), 통신(Deutsche Telekom)의 세 부문으로 분리되었다. 이로 인해 통신서비스의 제공 주체는 독일텔레콤으로, 이에 대한 감독기관은 연방체신부(Bundesministerium für Post und Telekommunikation)로 분리되는 결과가 나타났다. 또한 독일텔레콤과 이용자 사이의 관계는 공법관계에서 사법관계로 변화하게 되었다(류지태, 2001: 97-98, Oertel, 2000: 45-59). 1994년의 제2차 개혁은 기본법의 개정까지 이끌어 냈는데, 새롭게 도입된 기본법 제87f조는 사적 주체에 의한 통신서비스의 제공을 규정하였고(동조 제2항), 이와 함께 연방은 통신서비스의 적정하고 충분한 제공을 보장할 것을 동시에 규정하였다(동조 제1항). 보장국가 논의에서는 이러한 기본법의 규정 내용을 보장국가의 직접적 근거로 보고, 기본법 규정의 취지를 확대하여 모든 사인에 의한 공익적 임무의 수행에 있어 국가의 보장책임을 적용하려는 논의가 이루어지게 되었다(Franzius, 2008: 351-352, 정기태, 2015: 463). 1994년의 제2차 개혁을 통해 독일텔레콤이 독일텔레콤 주식회사(Deutsche Telekom AG)로 조직을 민영화하였고, 새로운 감독기구로서 연방우편통신국(Bundesanstalt für Post und Telekommunikation)이 설치되었다. 그러나 제2차 개혁을 통해서도 기본전화서비스에 대한 독일텔레콤 주식회사의 독점을 종식시키지는 못하는 한계가 나타났다(류지태, 2001: 98, Oertel, 2000: 60-80). 1996년의 제3차 개혁을 통해 통신법(Telekommunikationsgesetz)이 제정되었고, 1998년부터 통신시장에 경쟁체제가 구축되게 되었다. 통신법은 통신시장의 개방과 함께 개방된 시장에 대한 규제 내용을 담았으며, 연방경제노동성(Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit) 산하에 통신과 우편에 대한 새로운 규제기관이(Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post) 설치되었다(1996년 구 통신법 제66조 제1항, 류지태, 2001: 98-99, Oertel, 2000: 81).<sup>1)</sup>

정치적으로는 1998년 이후 사회민주당(Sozialdemokratische Partei)과 동맹

90/녹색당(Bündnis 90/Die Grünen)의 연정(rot-grünen Koalition) 하에서 활성화 국가(Aktivierender Staat)가 국가와 행정 현대화의 지도형상(Leitbild)으로 강조되었으나, 그 내용의 어려움과 불명확성 등으로 인해 성과와 지지를 거두지 못했다. 이에 시민당은 활성화 국가를 대체하는 국가상으로서 보장국가를 Schröder 정부 제2기에 등장시켰다(Adam, 2004). Schröder 정부는 급부국가(Leistungsstaat)에서 보장국가로의 전환을 정책이념의 한 내용으로 삼고(정기태, 2015: 462, Reichard, 2003: 1), 보장국가는 독일식 복지국가와 Thatcher와 Reagan이 주장했던 최소국가(Minimalstaat)의 중간형태임을 밝혔으며, 이를 자유시장경제와 조정적 계획경제의 장점을 결합한 제3의 길로 제시하였다(Adam, 2004). 이러한 정치적 배경과 앞서 언급한 사회기반시설의 민영화의 흐름 속에서 2000년대 이후 새로운 국가상으로서의 보장국가에 대한 논의가 공법학에서 보다 본격적으로 이루어지게 되었다.

## 2. 보장국가론의 구상과 보장책임

앞서 살펴본 것처럼 보장국가는 기존의 국가 임무영역의 민영화와 공사협력을 통한 국가임무 수행의 흐름 속에서 새로운 국가의 모습으로 1990년대 중반부터 독일 공법학계에서 논의되었다. 지금까지의 관료주의를 극복하고 작은 국가, 활성화 국가와는 다른 내용으로 독일식 복지국가를 대체하거나 보완하는 새로운 국가상으로서 논의의 의미를 가졌으며(Hoffmann-Riem, 2005: 89), 현실적으로는 언급한 것처럼 민영화의 경향이 보장국가론 등장的重要原因이 되었다. 즉 민영화에도 불구하고 잔존하는 국가책임에 대한 논의로서 의미를 가졌다.

보장국가론을 구체적으로 검토하기 전에 보장국가의 구상에 대한 보다 용이한 이해를 위해 보장국가와 다른 국가상을 간략히 비교해보고자 한다. 보장국가는 특히 생존배려 영역에서 재화와 서비스의 기본적 공급을 보장한다는 측면에서 사회국가적(복지국가적) 임무의 계속으로서의 성격을 갖지만, 국가가 직접 개입하여 분배하고 조정하는 사회국가(Sozialstaat)와는<sup>2)</sup> 달리 사회문제의 해결에 원칙적으로 직접적인 영

1) 현재의 규제기관은 연방경제에너지성(Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) 산하의 연방네트워크행정청(Bundesnetzagentur)이다(통신법 제116조). 현재 연방네트워크행정청은 전기, 가스, 통신, 우편, 철도에 대한 규제기관으로서의 역할을 하고 있다. 독일연방네트워크행정청 홈페이지 참고 ([http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Home/home\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Home/home_node.html)).

2) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2002헌마52 결정: “사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역

향을 주지 않으며, 다만 민간에 의한 임무의 이행이 위험상황에 있거나 공급실패가 나타나는 경우에 한해 보장책임에 근거한 국가의 직접적 개입이 이루어지게 된다(계민국, 2013a: 169). 또한 보장국가는 시민국가의 기반 위에서 사회국가원리를 수용하여 사회적 자율성을 존중하고 이를 활용하기 위한 국가의 역할을 제시한다는 측면에서 자유국가(Liberaler Staat)와 사회국가의 성격이 혼재되고 변용되어 나타나는 특성을 갖는다(계민국, 2013a: 170, Franzius, 2003: 135). 보장국가는 협력국가(Kooperativer Staat)와도 비교될 수 있는데,<sup>3)</sup> 보장국가에 있어서도 협력은 중요한 요소이지만 임무의 협력적 이행이나 단순한 절차 참여 또는 국가와 사회의 수적 합계만을 의미하는 것이 아니라 양자의 상호주체성의 보장과 공공복리성의 실현을 위한 분업적 구조를 형성하는 것을 의미한다는 점에서 협력국가와도 차이를 갖는다. 즉 보장국가는 절차적 협력만을 의미하는 것이 아닌 구조의 조종을 보다 본질적인 내용으로 한다(계민국, 2013a: 168, Franzius, 2003: 493). 작은국가(Schlanker Staat)와 보장국가는 모두 국가에 의한 임무수행을 축소한다는 공통점을 갖지만, 보장국가는 민간에 의한 임무수행을 활성화시키고 가능하게 하며(김현준, 2012: 165), 민영화 후속책임을 부담한다는 점에서 차이를 갖는다. 그러나 작은국가 역시 단순한 국가의 감량프로그램으로 이해해서는 안되는데(Ziekow, 2015: 86), 독일의 경우 작은국가는 독일 행정현대화의 지도형상으로서 1990년대 초반 Kohl 정부 당시 국가임무론이나 민영화, 규제완화, 자율화 등의 논의에 적용되었다(Ziekow, 2015: 86-87). 이 당시 작은국가에 대한 논의가 단순히 국가 임무의 민영화와 규제완화에 그치지지는 않았으며, 공익적 임무가 민간과 시장의 자율적 구조로 이행되는 경우에도 국가가 그 처리 및 보장체계를 가져야 한다는 점을 고려하였다(Ziekow, 2015: 87). 이후 1990년대 후반부터 시작된 Schröder 정부 제1기의 활성화 국가에서 이러한 점이 더욱 강조되었으며, 행정 현대화에서 나아가 시민사회의 자율적 문제해결능력을 활성화하기 위해 국가와 사회의 동반자관계에 주목하고, 공익적 임무의 수행을 촉진하고 장려하기 위해 국가와 사회의 관계가 역동적이어야 함을 강조하였다. 즉 국가와 사회의 책임을 배

---

에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다.”

- 3) Baer는 국가의 모습을 관현국가, 자유국가, 사회국가, 협력국가, 작은국가, 보장국가로 구분하였으며, 협력국가는 다원화된 사회에서의 규제와 분배의 어려움, 국가작용에 대한 국민들의 낮은 수용도 등을 해결하고자 등장한 국가로서 국가가 명령하거나 공급하는 전통적인 형식을 넘어 협력의 방식으로 작용하는 국가라고 설명하였다(Baer, 2006: 130, Schmidt-Preuß, 1997: 95, 김현준, 2012: 161).

분하여 시민사회의 자율성과 국가의 현대화가 상승작용을 일으킬 수 있도록 함을 목표로 삼았다. 이처럼 독일에서 작은국가와 활성화 국가의 구상은 모두 국가와 사회의 보장국가적 역할분배로 이어지는 목표를 설정하였다고 이해되어야 한다(Ziekow, 2015: 87). 활성화 국가는 영미의 조성국가(enabling State)의 개념을 차용한 것이며(Schuppert, 2008: 190), 보장국가는 조성국가를 발전시킨 구상이지만 공적 임무가 사인에 의해 이행된 이후의 국가의 책임을 강조한다는 점에서 차이가 있다는 지적은(Schuppert, 2003: 13, 박재윤, 2015: 194, 정기태, 2015: 465) 활성화 국가와 보장국가의 비교에도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

보장국가의 구상은 사회기반시설의 민영화와 그에 따른 민영화 후속책임으로 한정되는 것은 아니며 모든 공익적 임무의 사인에 의한 수행에 적용될 수 있는 내용이지만, 계속하여 언급한 것처럼 보장국가론이 본격적으로 전개되는데 직접적인 영향을 준 것은 기본법에 근거한 우편, 통신, 철도의 민영화와 그에 뒤따르는 국가의 보장책임이라고 할 수 있다. 즉 국가와 민간의 책임영역이 분리되면서도 국가는 여전히 적정하고 충분한 임무의 수행, 즉 재화와 서비스의 질과 충분한 급부의 제공을 보장하기 위한 책임을 부담해야 되었고(기본법 제87f조 제1항), 민간과의 책임분배와 시장의 구조를 마련하기 위한 법적 틀을 창출해야 하게 되었다(Kloepfer, 2002: 452).

보장국가론의 구상에 따른 국가의 보장책임을 이해함에 있어 ‘보장(Gewährleistung)’ 개념의 다의성과 불명확성은(Franzius, 2006: 547-581) 어려움을 주지만, 독일에서는 ‘보장책임(Gewährleistungsverantwortung)’이 다양한 책임 모델 중 하나로 이해되고 있으며, 소위 ‘보장패러다임’으로 표현되고 있다(계인국, 2013a: 162). 보장패러다임은 국가가 국가의 임무로 여겨지던 급부의 이행책임에서 물러난 뒤에도 보장책임을 통해 공공복리 지향적 목표를 추구하고 그 이행을 보증하며(계인국, 2013a: 162, Hoffmann-Riem, 1997: 441), 국가와 사회(민간)의 합리성간의 조정을 피하여 사적 동력에 의한 공공복리 실현을 활성화시키며, 사적 수행자의 임무 수행이 실패하거나 어려움을 겪는 경우 그 문제를 다시 국가가 해결하여야 한다는 구상을 뜻한다(Hoffmann-Riem, 2005: 89). 즉 국가는 급부의 이행책임에서 물러나더라도 보장책임에 의거하여 이와 여전히 질적으로 동등한 다른 형태의 책임을 부담하는 것이 필요하다는 구상이다(계인국, 2013a: 163). 이렇게 이해할 때, 보장국가론은 국가의 책임내용과 행위형식의 질적 변화를 초래하는 논의이며, 행정법학은 이러한 국가 역할의 변화를 법치국가원리와 행정법학에 연계하여 규범적으로 수용하는 노력을 기울여야 한다(계인국, 2013a: 168). 독일연방헌법재판소장인 Voßkuhle는(2003: 327-328) “보장행정법의 도그마틱의 발전은 우리 시대의 소명”이라고까지

천명한 바 있다.

보장국가론의 가장 전형적인 논의영역인 민영화는 일반적으로 시장에서의 이행이 보다 바람직한 국가의 임무를 사인에게 이전하는 것이며 일차적으로는 국가역할의 양적 변화를 의미한다. 그러나 민영화 논의의 실현과정이나 법학에의 수용과정에 있어 단순한 국가 임무의 양적 변화와 국가책임의 단절이라는 태도는 극복되어야 할 대상으로 여겨지고 있다. 즉 국가 임무의 양적 변화에서 출발한 민영화 논의는 그 실현과정과 학문적 수용과정에서 새로운 질적인 변화로 나아가고 있다(계인국, 2013a: 165-166). 오늘날 민영화 논의의 중점은 민영화의 대상의 문제가 아닌 민영화 후속책임, 즉 민영화에도 불구하고 잔존하는 또한 민영화로부터 새로이 주어지는 국가의 책임의 문제, 즉, 보장책임의 문제에 있다(Schröder, 2007: 156, 계인국, 2013a: 167). 그러나 보장국가에서 민영화 논의의 핵심이 민영화 대상의 문제가 아닌 민영화 후속책임으로 옮겨지게 되었다고 하더라도, 어떠한 공익적 임무에 대해 국가가 보장 책임을 부담하고 급부의 질과 제공에 대한 보장이 이루어져야 할 것인지는 여전히 매우 중요한 문제이다. 모든 공익적 서비스의 공급을 보장하는 것은 현실적으로 어렵거나 불가능할 수 있으며, 따라서 그 적절한 범위설정이 문제되고, 그 범위는 시대적·사회적 상황에 따라 달라질 수 있을 것이다. 앞서 언급한 것처럼 모든 사인에 의한 공익적 임무의 수행에 있어 국가의 보장책임을 적용하려는 논의가 이루어지고 있으나, 보장책임은 주로 생존배려 영역의 민영화에 있어서 논의되었다. 즉 물·에너지 등의 공급, 폐기물 등의 처리, 우편·통신업무, 교통·수송업무, 보건·사회안전·교육 등이 이에 포함될 수 있을 것이다(김현준, 2012: 166, Krajewski, 2008: 174). 그러나 우리의 경우 통신을 제외하고는 실제적인 민영화가 이루어지지 않았으므로 독일과는 다른 논의가 필요하며(박재윤, 2015: 195), 나아가 생존배려에 해당하지 않는 영역에서 민간에 의해 공익적 임무가 수행되는 경우에 보장국가론은 어떠한 내용으로 적용되어야 하는지에 대한 깊이있는 검토가 필요하다.

보장국가의 구상은 공공임무의 실현에 관한 역할분배에 기초한 것이며, 이는 곧 책임분배를 의미하고 나아가 역할과 책임분배를 실현할 협력의 장을 마련하는 것을 내포한다(Ziekow, 2015: 88). 책임을 분배함으로써 국가가 임무실현에서 물러나는 것이 아니고, 국가권력 행사의 형식이 변화하는 것이며, 사회적 자율과 정책적 조종의 협동과 조합이 이루어지는 것이다(Ziekow, 2015: 88). 국가의 책임의 단계는 이행책임(Erfüllungsverantwortung), 보장책임(Gewährleistungsverantwortung), 보충책임(Auffangverantwortung)으로 설명될 수 있다. 국가가 이행책임을 부담할 때는 자신의 기관에 의해 공적 임무를 수행하고, 보장책임을 부담하는 경우 국가는 직접

임무를 이행하는 것에서 벗어나 민간과 함께 수행하거나 민간에 의해 수행되도록 한다. 이 경우 국가의 책임은 공적 임무가 민간에 의해 잘 수행될 수 있도록 하는 것이며, 이는 감시책임과 규제책임으로 구체화된다. 보충책임은 민간에 의한 공적 임무의 수행이 목적인 결과를 이루지 못한 경우 국가의 사후개입이 이루어지는 것을 의미한다(Ziekow, 2015: 89-90). 보장책임은 준비책임(Bereitstellungsverantwortung), 보충책임(Auffangverantwortung), 완충책임(Abfederungsverantwortung)으로 유형화되어 논의되기도 한다(Hoffmann-Riem, 2005: 25., 정기태, 2015: 467) 준비책임은 문제해결에 적합한 기본조건과 행위형식, 갈등해결수단을 마련하는 것을 내용으로 한다. 이를 위해서는 민간의 자율 규범, 상호작용 수행체계 구축, 합법적 행위의 다양한 선택 가능성과 한계의 설정, 유인과 규제장치를 통한 민간의 자발적 공익실현에 대한 지원 등이 중요한 의미를 갖는다. 보충책임은 민간에 의해 공공복리 실현의 목표가 달성되지 못할 경우를 대비한 장치를 마련하는 것을 내용으로 하며 대행책임(Einspringverantwortung)이라고도 한다. 보충책임의 내용으로 국가의 잠재적인 직접 개입 가능성을 입법을 통해 규정하여 민간에 의한 공익실현을 유도하는 방안을 생각해볼 수 있다. 완충책임은 사인이 그들의 범위를 벗어나거나 바람직한 방향으로 가지 않을 때 국가가 나서서 바로잡고 도와주는 책임을 부담하는 것을 의미한다. Schuppert와(1998: 426) Hoffmann-Riem(2005: 95-98)은 보충책임을 축구경기에서 대기벤치에 있다가 경기가 뜻대로 되지 않을 때 투입되는 선수로, 완충책임은 선수들이 밟고 경기에 집중할 수 있도록 해주는 부상에 대비한 의료요원으로 비유하였다(김남진, 2011: 6-7). 독일의 경우 또한 보충규제(Auffangregulierung)의 예로 폐기물 처리에 있어서의 이중시스템을, 완충법(Abfederungsrecht)의 예로 실업자 지원 등에 관한 사회법 규정을 든다(Hoffmann-Riem, 2005: 97, 정기태, 2015: 467). 이러한 보장책임은 결국 공법적 규율을 통해 구체화되는데, 보장책임과 사기업의 기본권 제한에 관한 비례성원칙이 엄격히 검토되어야 하고 시장의 합리성을 존중하고 시장원리와 조화되는 규제수단의 신중한 선택이 필요할 것이다.

### Ⅲ. 보장행정과 규제

#### 1. 보장행정

살펴본 것처럼 보장국가에서 강조되는 수단은 시장에서의 행위가 공공복리의 실현

에 적합하도록 유인하고 규제하는 것이며, 국가가 형성한 적절한 틀 안에서 민간의 자율 규제력이 발휘되도록 하는 것이다. 이러한 보장책임을 구현할 수 있는 보장국가의 행정은 적극적 급부행정에 대한 반작용이나 질서행정법으로의 회귀가 아닌 진전된 의미이며,<sup>4)</sup> 구체적인 개별 행정작용 자체보다 목적달성을 위한 구조의 형성과 조종 및 보호에 그 의미를 둔다(Franzius, 2003: 142, 계인국, 2013a: 170). 즉 법률에 분업적인 공공복리의 실현구조를 형성하고, 이러한 구조가 행위자들간의 합리성을 서로 존중하며, 자기감시가 가능하게 만들어주어야 한다(Schmidt-Abmann, 2006: 116, 계인국, 2013a: 170). 또한 보장행정은 단순히 시장실패를 교정하기 위한 국가의 개입이 아니며, 정책적으로 지향되는 목표를 위해 법적 구조를 설정하고 그 이행 자체는 시장의 합리성에 맡기되 효율성이나 이윤을 넘어서는 경제외적 공동선을 추구한다. 따라서 생존배려영역의 자유화 및 민영화의 문제와 중요하게 관련되나, 경제행정법 영역에 국한되는 논의는 아니며, 정보보호, 청소년보호 등 비경제적 영역에도 보장국가적 행정이 널리 적용될 수 있다(계인국, 2013a: 171).

보장행정법의 도그마틱의 발전은 우리 시대의 소명이라고 한 Voßkuhle는 보장행정법 도그마틱의 초석으로 6가지 사항을 소개하였다(2003: 310-326). 구체적으로는 1) 사인의 급부제공의 질과 성과를 확보하기 위한 수단의 마련, 2) 사적 행위주체의 자격검증 및 선정절차의 확립, 3) 사적 경합자·이용자, 소비자 등 제3자의 보호, 4) 감독, 감시, 정보공개 등을 포함한 유도과 통제수단, 5) 시스템의 정기적 평가 및 평가결과를 반영한 참여의 법적 근거의 개선, 6) 사적 주체의 임무수행 실패시 국가의 실효적 환수조치라는 선택지가 그 내용이다.<sup>5)</sup> Schoch는(2008: 245) Voßkuhle가 주장한 보장행정법의 6가지 내용에 '공법적 행위형식과 사법적 형성수단의 포괄'이라는 내용을 추가한 7가지 사항을 보장행정법의 특징으로 언급하고 있다. 김남진은(2014b: 2-6) Voßkuhle의 7가지 내용에 '공무 위탁자와 수탁자 등의 유착방지'를 추가한 7가지 내용을 보장행정법의 특징으로 설명하고 있다(정기태, 2015: 471). 보장국가의 행정에 공법과 사법 양자의 원리와 규율이 모두 적용된다는 점, 우리의 경우

4) 김남진은 종래 국가에 의해 행해졌던 급부행정과 보장행정은 '사회에 대한 자제'에 차이가 있으며, 급부행정은 '국가의 급부활동을 통해 공동체 구성원의 이익추구를 직접적으로 촉진하는 행정활동'이며, 보장행정은 사회의 적절한 자율적 조직능력에 의거한, 시장과 경쟁구조의 조직화, 촉진, 최적화를 지향하며, 무엇보다 국가와 사회가 분업을 통해 공동선을 실현한다는 사상에 기초하고 있는 점이 차이를 갖는다고 지적하였다(김남진, 2011: 7).

5) Voßkuhle의 보장행정법의 초석의 구체적 내용에 대해서는 국내의 선행연구에서도 이미 자세한 소개를 하고 있으므로(김남진, 2015: 5-6, 조태제, 2012: 283-288, 정기태, 2015: 471-475), 이 글에서는 상세한 설명을 생략하기로 한다.

보장국가의 구현에 있어 부패의 방지와 극복이 전제되어야 한다는 점 등을 감안하면 이러한 주장들은 모두 설득력이 있다고 평가할 수 있다.

## 2. 보장행정과 법률유보

독일의 기본법이나 우리 헌법은 민영화의 명령도 금지(영역)도 규정하고 있지 않으며, 독일의 경우도 앞서 살펴본 통신의 민영화와 철도, 우편의 민영화에 대한 기본법 규정들(제87e조 제3항, 제143b조 제1항) 제외하면 동일한 상황이다(조태제, 2012: 277). 따라서 다양한 방식으로 공적 임무를 수행하거나 참여하는 사인에게 어떠한 내용적·조직적·절차적 권한과 권리 및 의무를 부여할 것인지 헌법으로부터 그 구체적 내용을 도출하기는 어렵다(Burgi, 200: 196, 조태제, 2012: 277-278). 결국 헌법에서 요구하는 민주적 정당성, 기본권 보호, 법치국가적 절차 정당성의 요구 등에 기초하여 입법자가 구체적 내용을 형성하여야 하며, 국가에게 정당화책임(Trute, 1996: 955), 구조창출의무(Burgi, 2000: 200)가 주어지게 된다(조태제, 2012: 278).

보장행정에 대한 법적 규율은 국가와 사회의 합리성을 모두 유지하고 활용할 수 있도록 형성되어야 한다. 이를 위해 먼저 국가가 사회 각 시스템의 자율성에는 개입하지 않고 외적 상황을 변화시킴으로써 자율적이고 협동적인 틀에의 참가가 직접 자기이익이 되도록 동기를 부여하는 규제가 이루어져야 한다(조태제, 2012: 282). 또한 협업과 분업을 이끄는 조직규범과 절차규범을 마련하는 것이 중요하다(조태제, 2012: 283). 독일에서도 오랫동안 행정조직법은 행정법에서 관심을 받지 못하는 분야였으나 최근 제도적 법률유보론(Institutioneller Gesetzesvorbehalt)이 강조되고 있다(Schmidt-Aßmann, 2004: 254, 김남진, 2014a: 59).<sup>6)</sup> 제도적 법률유보론은 기본적인 조직문제, 특히 행정의 계층구성과 구조, 행정주체의 설립, 행정청의 소관사무의 범위, 행정절차의 대강은 법률로 정해져야 한다는 것이다(Schmidt-Aßmann, 2004: 254). 이러한 주장은 행정절차와 함께 행정조직은 중요한 법률유보의 대상이고, 현대 국가는 국가를 구성하는 조직법을 통해서 결정능력과 활동능력을 갖춘 주체로서 존재할 수 있다는 점에 근거하고 있으며(김남진, 2014a: 59), 행정법의 체계에서 조직법이 중요한 의미와 역할을 갖는다는 주장이다(Schmidt-Aßmann, 2004, 239). 보장

6) 행정작용의 근거가 법률에 있어야 한다는 법률유보론은 독일 행정법을 체계화한 Otto Mayer 이래 법치행정의 중심내용으로 인식되었다. 그러나 앞서 언급한 것처럼 행정의 법적 근거는 조직이나 절차적 측면보다는 작용법적 근거에 치중하였으며, 침해유보설, 급부행정유보설, 전부유보설, 중요사항유보설 등이 그동안 논의되어 왔다.

국가의 경우에도 민영화나 공사협력을 통한 임무의 수행에 있어 그 조직과 절차에 대한 법적 틀이 마련되는 것은 중요한 의미를 갖는다. 제도적 법률유보론과는 다른 입장으로 보장행정의 영역에서 실체적 의미의 법률유보가 현실적으로 어려운 경우 중요사항유보설에 절차적 요소를 결합시킴으로써 보장행정에서의 법률유보의 한계를 보완하고자 하는 입장이 있다(김환학, 2014: 24-25).

보장행정의 입법과 집행에 있어서는 또한 공익적 임무가 더 이상 공법적으로 수행되지 않고 국가와 민간의 협력을 통한 법률관계 및 민간에 의한 사법적 법률관계의 형성을 통해 수행될 수 있다는 점을 고려하여 공법과 사법의 상호보완이 보장국가의 행정에서는 보다 적극적으로 이루어져야 한다.

### 3. 보장행정과 규제

#### 1) 보장국가, 보장행정과 규제

규제에 대한 하나의 일관된 개념은 존재하지 않는다.<sup>7)</sup> 독일에서의 규제개념은 1970년대 이래 규제정책(regulative Politik) 등의 표현으로 사회과학 분야에서 사용되고 있다(Ziekow, 2015: 83, 김환학, 2015: 113). 규제의 개념에 대한 다양한 학문적 논의에도 불구하고 법학적 측면에서의 규제에 대한 고찰은 헌법을 비롯한 관련 법령의 규율내용으로부터 출발하게 되는데(최승필, 2013: 35), 독일의 경우 법적 측면에서의 규제는 국가에 의해 이행되었던 사회기반시설의 민영화와 관련되어 본격적으로 논의되기 시작하였다.

앞서 살펴본 것처럼 1994년 독일은 통신사업의 민영화를 위하여 독일텔레콤을 독일텔레콤 주식회사로 조직을 민영화하고, 사적 주체에 의해 통신서비스 제공이 이루어지도록 기본법을 개정하였다(독일 기본법 제87f조 제2항). 또한 독일 기본법은 사적 주체에 의한 통신서비스의 제공에도 불구하고 연방은 보편적이고 적정하며 충분한 우편과 통신서비스를 보장할 것을 함께 규정하였는데(동조 제1항), 이로부터 국가와

7) 규제의 개념에 대한 연구는 다양한 학문분야에서 계속해서 이루어지고 있으며, 국내에서도 이에 관한 연구가 다수 행해지고 있다. 행정법적 관점에서의 규제개념에 대한 연구(계인국, 2013b, 김유환, 2012, 최승필, 2011 등), 특히 보장국가에서의 규제개념에 대한 연구(계인국, 2013a, 박재운, 2015 등), 그 외 사회과학 분야의 다양한 연구들(최진욱, 2002, 조성한, 2008 등)을 찾아볼 수 있다. 그러나 이 논문에서는 규제개념에 대한 전반적 논의는 다루지 않고 보장국가에서의 규제, 특히 독일의 보장국가와 규제에 관한 논의를 주된 검토의 대상으로 삼았다.

민간의 책임영역이 분리되면서도 국가는 여전히 적정하고 충분한 서비스의 보장에 대한 책임을 부담하고, 이러한 시장의 구조를 마련하기 위한 법적 틀을 창출해야 하게 되었다(Kloepfer, 2002: 452, 홍석한, 2009: 501). 즉 국가의 보장책임 및 규제 필요성이 등장하게 된 것이며, 국가는 급부제공의 주체에서 규제의 주체로 변화하게 되었다(류지태, 2001: 96). 이러한 변화로 인해 구 통신과 우편의 규제에 관한 법률(Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens)이 제정되었고, 규제기관으로서 연방우편통신국을 설치하였다. 이러한 변화과정에서 1994년 구 통신과 우편의 규제에 관한 법률에 규제(Regulierung)라는 용어가 실정 법상 처음 사용되었다.

이후 독일은 통신시장의 자유화와 시장의 조화에 대한 유럽연합지침의 내용을 이행하기 위하여 1996년 통신법을 제정하였으며, 이를 통해 1998년부터 통신시장에 경쟁체제가 도입되었다. 통신법은 시장의 개방과 개방된 시장에 대한 규제의 전반적 내용을 규정하였고, 연방경제노동성 산하에 통신과 우편에 대한 새로운 규제기관이 설치되었다(1996년 구 통신법 제66조 제1항, 류지태, 2001: 98-99). 1996년의 구 통신법은 제2조에서 통신에 대한 규제는 연방의 고권적 임무임을 명시함과(동조 제1항) 동시에 규제의 목적을 규정하였다(제2항). 제2조 제2항에 규정된 규제의 목적은 1) 통신분야에서의 이용자의 이익과 통신비밀의 보장, 2) 기회균등하며 기능을 발휘할 수 있는 통신시장에서의 경쟁의 보장, 3) 전 국토에 걸친 적정한 가격에 의한 기본적 통신서비스(보편적 서비스)의 보장, 4) 공공시설에서의 정보통신서비스의 장려, 5) 방송의 이해관계를 고려한 효과적이고 장애없는 주파수 이용의 보장, 6) 공공의 안전에 대한 이익보장을 그 내용으로 하였다. 이어 동법 제3조 제13호는 “이 법률에서의 규제는 제2조 제2항에 규정한 목표를 달성하기 위해 행해지고, 통신기업이 통신서비스나 단말기 또는 전파시설을 제공함에 있어 그 행위를 규율하는 조치 및 전파를 효율적이고 장애없이 사용하도록 보장하는 조치”라고 정의하였다. 이후 2004년 통신법의 개정에서 규제의 정의규정이 삭제됨으로써<sup>8)</sup> 독일의 현행법에서 규제개념을 정의한 명시적 규정은 찾아볼 수 없게 되었지만, 대부분의 규제법에서 규제는 법의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이해되고 있다(Ziekow, 2015: 83-84). 특히 앞서 통신법의 규정내용에서(동법 제2조 제2항) 확인한 것처럼 과거 국가에 의해 이행되었던 사회기반시설과 관련하여 시장의 실패를 교정하고 공공복리의 실현을 위해 경쟁을 형성하고 유지하면서 그 공급기능을 확보하는 것을 규제의 목적으로 이해하며(Ziekow, 2015:

8) 2004년 전면 개정된 독일통신법의 기본 구조와 내용에 대해서는 류지태 외(2007) 참조.

84, Manssen, 2001: 72, 임현, 2001: 85), 이는 곧 보장국가의 구상과 연결되게 된다.

## 2) 보장행정의 작용형식으로서의 규제된 자율규제

보장국가의 구상이 사적 주체의 자율성과 합리성을 존중하고 그로부터 공공복리를 실현하는데 있다면, 보장국가의 규제도 이러한 구상을 실현할 수 있는 방식으로 이루어져야 할 것이다. 보장국가에서의 규제의 방식은 다양하게 논의될 수 있지만,<sup>9)</sup> 이 글에서는 보장국가의 대표적 규제전략으로 제시되는 규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung)로(박재운, 2015: 206, Scuppert, 2003: 65-66) 논의의 범위를 한정하고자 한다. 규제된 자율규제는 행위자 스스로의 자율규제와 국가에 의한 규제 부분을 구분하고, 행위자의 자율규제를 통해 규제의 수요도와 효과를 제고하고자 하는 규제모델이다(Ziekow, 2015: 91-92). 즉 규제된 자율규제에서는 사인의 자기책임과 동기 및 혁신이 가능한 유지됨과 동시에 국가는 공공복리사항을 보장하는 틀을 설정하게 되며, 이러한 틀은 목표설정과 절차규정으로 이루어지고, 사인에 대한 자질 요구와 국가의 감독이 필요하게 되며(박재운, 2015: 206, Thoma, 2008: 30), 이는 곧 보장국가의 구상과 연결되는 내용이다. Ziekow는 독일 통신법의 보편적 의무에 관한 규율내용을 규제된 자율규제의 좋은 예로 설명하였다. 즉 헌법 제87f조 제1항에 따라 연방은 보편적이고 적정하며 충분한 통신서비스를 보장하여야 하며, 이를 위한 구체적 법적 규율은 통신법 제6장의 보편적 의무(Universaldienst)에 대한 규정으로 구체화되고, 이 내용이 규제된 자율규제의 예로 설명될 수 있다고 한다(Ziekow, 2015: 95-97). 독일 통신법에 의하면 보편적 서비스란 공중을 위한 최소한의 서비스의 제공으로서, 이에 대한 일정한 품질이 확정되고 모든 최종이용자가 그의 거주지나 사업장소에 상관없이 저렴한 가격으로 이용가능하여야 하며, 이러한 서비스의 제공이 공중을 위한 기본적 공급으로서 필수불가결하게 된 것을 말한다(통신법 제78조 제1항). 즉 보편적 서비스의 개념요소는 서비스의 질적 보장, 서비스의 이용가능성, 합리적 가격이라고 할 수 있으며(Schütz·Cornils, 1997: 1147), 보편적 서비스의 구체적 내용이 무엇인지에 대해 통신법에서 명시적 규정을 두고 있다(통신법 제78조 제2항

9) Ziekow는 독일의 규제개혁을 보장국가와 관련하여 설명하면서, 규제완화(와 이에 따른 재규제), 규제된 자율규제, 규제의 질의 세 가지 내용으로 검토하였다(Ziekow, 2015: 92-101). 계인국은 규제의 각 단계, 즉 고권적 규제, 사회적 자율규제 그리고 규제적 자율규제의 규제 전략들은 모두 보장행정의 양식으로서의 규제론으로 논의될 수 있다고 보았다(계인국, 2013a: 177).

제1호-제6호). 기본법 제87f조 제2항에 따라 보편적 서비스는 시장에서 사적 주체에 의해 우선적으로 제공되며, 시장에 의한 보편적이고 적정하며 충분한 통신서비스가 제공되지 않는 경우 국가의 개입이 행해지게 된다. 먼저 첫 번째 단계로서 연방네트워크행정청은 어떤 시장 또는 지역에 보편적 서비스가 적정하게 또는 충분히 제공되지 않는지, 또는 그러한 공급이 보장되지 않을 우려가 있는지를 확인하여 공표한다. 이러한 공표 후 한달 이내에 어떠한 사업자든 보편적 서비스를 손실보전없이 제공할 수 있다는 의사를 표시할 수 있다(통신법 제81조 제1항). 즉 이 첫 번째 개입 내지 규제 단계는 기업의 자율적 결정에 바탕을 두게 된다(Ziekow, 2015: 96). 자발적인 보편적 서비스의 제공의사를 가진 사업자가 없는 경우 두 번째 단계로 이행하게 되는데, 연방네트워크행정청은 사업자들의 의견청취를 거친 후에 하나 또는 다수의 사업자에게 보편적 서비스를 제공하도록 의무지울 것인지 여부와 어느 정도로 의무지울 것인지에 대한 결정을 할 수 있다(통신법 제81조 제2항). 그런데 이 단계에서 보편적 서비스의 제공의무가 부과되는 사업자가 손실보전을 요구할 수 있음을 수증할 수 있을 정도로 소명하면, 연방네트워크행정청은 의무를 부과하는 대신 보편적 서비스 제공을 입찰절차에 의해 공모하고 그 중 적합하다고 인정되고 가장 저렴한 재정적 손실보전을 요구하는 지원자에게 보편적 서비스를 제공하도록 한다(통신법 제81조 제3항). 즉 이 단계에서도 국가의 개입은 가능한 한 시장친화적이며 시장에 유사한 방식으로 이루어지게 된다(Ziekow, 2015: 96).<sup>10)</sup> 마지막 단계로서 입찰절차를 통해서 보편적 서비스를 제공할 사업자가 확정되지 않으면 연방네트워크행정청은 동조 제2항에 의해 결정된 사업자에게 통신법의 기준에 따라 서비스를 제공할 의무를 부과하게 된다(통신법 제81조 제5항). 이러한 규율내용을 종합적으로 정리하면, 보편적 서비스의 제공은 국가에 의해 이행되는 것이 아니라 사적 주체에 의해 행해지며 국가의 보장책임은 시장에 의한 서비스 제공이 제대로 이루어지지 않을 때 구체화된다. 또한 이 경우 국가의 규제는 가능한 시장과 기업의 자율성을 존중하고 시장친화적이며 시장에 유사한 방식에 따른 해결을 우선하게 되며, 국가의 강제력은 최후에 동원된다(Ziekow, 2015: 97).

우리의 경우에도 통신사업의 민영화가 이루어졌으며, 전기통신사업법은 전기통신사업의 적절한 운영과 전기통신의 효율적 관리를 통하여 전기통신사업의 건전한 발전과 이용자의 편의를 도모함으로써 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 규정하고

10) Ziekow는 보편적 서비스 제공의무 사업자의 결정과 손실보전 요구의 소명에 따라 의무부과를 하지 않는 단계와 입찰을 통한 보편적 서비스 제공단계를 구분하여 설명하였으나, 이 글에서는 함께 검토하였다(Ziekow, 2015: 96).

있다(동법 제1조). 즉 우리 전기통신사업법 역시 단순한 경쟁법적 차원을 넘어 국가의 보장책임을 전제하고 있다고 이해할 수 있다(박재윤, 2015: 199). 또한 우리 전기통신사업법도 보편적 역무의 개념과 이의 제공의무에 관한 규정을 두고 있다. 동법은 보편적 역무를 '모든 이용자가 언제 어디서나 적절한 요금으로 제공받을 수 있는 기본적인 전기통신역무'라고 정의하고(동법 제2조 제10호), 보편적 역무의 구체적 내용은 정보통신기술의 발전 정도, 전기통신역무의 보급 정도, 공공의 이익과 안전, 사회복지 증진, 정보화 촉진을 고려하여 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다(동법 제4조 제3항). 보편적 역무의 제공의무에 대해서는 모든 전기통신사업자는 보편적 역무를 제공하거나 그 제공에 따른 손실을 보전할 의무가 있으며(동법 제4조 제1항), 미래창조과학부장관은 보편적 역무를 효율적이고 안정적으로 제공하기 위하여 보편적 역무의 사업규모·품질 및 요금수준과 전기통신사업자의 기술적 능력 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 기준과 절차에 따라 보편적 역무를 제공하는 전기통신사업자를 지정할 수 있고, 보편적 역무의 제공에 따른 손실에 대하여 대통령령으로 정하는 방법과 절차에 따라 전기통신사업자에게 그 매출액을 기준으로 분담시킬 수 있도록 규정하고 있다.

독일 통신법과 우리 전기통신사업법을 비교하면 몇 가지 차이점을 발견할 수 있다. 가장 중요한 차이점은 보편적 역무의 내용, 역무제공 사업자의 지정, 손실보전과 재원 마련 등에 관해 법률이 직접 규정하지 않고 시행령에 이를 위임하고 있다는 점이다. 독일의 경우 보편적 서비스의 내용을 법률에서 명확히 구체화하고 제공 사업자의 지정과 손실보전에 관한 중요한 내용, 예컨대 의견청취와 사업자의 의사표명절차 등을 법률에서 규정하고 있다. 또한 우리의 경우에도 실제로는 사업자의 의견수렴절차 등 절차적 보장이 대통령령과 하위법령에 근거해서 이루어지고 있지만 법률 차원에서 이러한 절차적 보장이나 시장친화적 해결구조 등을 찾아볼 수 없다는 점이다. 이용자의 입장에서 국가를 통해 어떠한 서비스가 사적 기업에 의해, 그러나 보충적 또는 최종적으로는 국가의 규제에 의해 보장되는지를 법률에서 구체적이고 명확한 내용으로 확인할 수 있도록 하는 것은 보장국가의 최소한이자, 필연적으로 불명확한 개념일 수 밖에 없는 '보장'이라는 개념을 보완하는 길일 것이다. 또한 보장국가에서의 국가는 사업자를 규제의 대상으로 바라보기 이전에 성숙한 협력자로 이해하는 것이 필요하며, 사업자의 자율규제가 제대로 작동하지 않는 경우에 국가의 사업자에 대한 규제가 필요하게 된다(박재윤, 2015: 207). 이는 국가와 사회의 합리성을 모두 최대화하려는 보장국가의 구성에 필수적인 내용이며, 따라서 국가의 사업자에 대한 규제에 있어서도 절차적 보장과 시장친화적인 해결구조가 마련되는 것이 필요하다. 이러한 측면에서 볼

때 우리 전기통신사업법의 경우 보편적 역무의 내용과 사업자의 지정절차 및 손실보전의 중요한 내용을 의회의 법률로 규율하는 것이 필요하며, 절차의 마련에 있어서는 시장친화적 구조를 염두에 두어야 할 것이다.

#### IV. 맺는 말

종래 국가와 행정의 임무로 여겨졌던 공공 서비스의 제공주체가 계속하여 사적 주체로 변화하고 있는 경향은 국가와 사회가 서로 그 기능을 배분하고 책임을 부담하는 새로운 구조를 형성하고 있다. 즉 국가에 의한 임무의 수행이 아닌 시장경제에 의한 임무 수행이 이루어지고 있으며, 사적 주체는 직접 공적 임무를 수행하고 국가는 외곽에서 이를 보장하는 구조로 그 기능과 책임분배가 이루어지고 있다. 이러한 급부행정의 제공방식의 변화는 국가역할의 변화를 야기하게 되었으며, 국가 스스로 급부를 제공하는 형식에서 벗어나 사적 주체들간의 공정한 경쟁을 보장하고 급부제공의 보장체제를 구비하여야 한다. 또한 공적 임무를 수행하는 사적 주체는 영리추구라는 원래의 이해관계와 공공복리의 실현이라는 주어진 이해관계를 조화시켜야 한다. 즉 민영화와 공사협력은 결과적으로는 오히려 국가의 규제를 필요로 하게 되었으며, 국가의 역할은 ‘급부제공의 주체에서 규제의 주체로’ 변화되었다(류지태, 2001: 95-96).

이러한 공적 임무의 민영화 내지 공사협력의 배경에서 독일 공법학계에서 논의가 시작된 보장국가론은 거버넌스 구조를 통한 민간과의 협력과 공공복리 실현의 최종적인 책임자로서의 국가를 강조하면서 그에 적합한 국가의 역할과 규범구조를 제시한다는 점에서 앞으로 우리 행정이 나아가야 할 방향에 대해서도 유용한 시사점을 제공하는 측면이 있다. 그러나 보장국가론을 우리의 법제와 행정에 수용함에 있어 생존배려 영역의 민영화 논의를 넘어 전 행정영역에 있어 임무수행방식과 국가의 역할 변화의 문제로 인식하고, 특히 복지국가와 급부행정의 문제를 해결하기 위한 대안으로 받아들이는 것에 대해서는 신중한 검토가 필요하다(박재운, 2015: 207-208). 즉 복지국가나 급부행정의 문제를 회피하기 위한 대안으로서 보장국가론이 적용될 수 있는 문제를 인식하고, 보장국가론이 논의될 수 있는 우리의 사회적·경제적 여건에 대한 충분한 실증적 분석을 거쳐 독일의 보장국가론을 어떠한 범위와 내용으로 우리의 문제 상황에 적용할 것인지에 대해 논의하는 것이 필요하다.

우리나라에서 보장국가 논의를 의미있게 전개되기 위해서는 또한 보장행정의 양식으로서의 규제에 대한 학계간 연구가 본격적으로 이루어지는 것이 필요하다고 생각된다.

다. 특히 보장국가가 공공복리를 저렴하게가 아니라 더 낮게 실현하고(Ziekow, 2015: 90), 따라서 더 나은 규제를 필요로 한다면(Ziekow, 2015: 98), 이 글에서는 다루지 않았지만 규제의 질을 확보할 수 있는 방안에 대한 논의가 이루어지는 것이 필요하다. 이와 관련하여서는 입법영향평가 등이 중요한 의미를 가지며, 우리나라에서 입법영향평가제도의 확립과 발전을 위해서는 학제간 연구가 필요하다. 또한 국가와 공적 임무의 사적 제공주체와의 관계를 주로 검토하는데서 나아가, 보장국가에서의 국가와 시민, 중앙과 지방, 시민 상호간의 바람직한 관계를 설정할 수 있는 공법의 방향과 내용에 대한 종합적이고 전반적인 연구가 이루어지는 것이 필요하다.

## ■ 참고문헌

- 계인국. 2013a. “보장행정의 작용형식으로서 규제.” 《공법연구》 41(4): 155-184.
- \_\_\_\_\_. 2013b. “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고: 「행정규제기본법」상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교.” 《안암법학》 42: 645-680.
- 김남진. 2011. “자본주의 4.0과 보장국가·보장책임론.” 《학술원통신》 221: 5-7.
- \_\_\_\_\_. 2014a. “법률유보이론의 재조명.” 《법연》 43: 56-61.
- \_\_\_\_\_. 2014b. “보장국가시대의 입법과 관련문제.” 《학술원통신》 255: 2-6.
- \_\_\_\_\_. 2015. “한국에서의 보장국가론과 규제개혁.” 《학술원통신》 261: 2-7.
- 김유환. 2012. 《행정법과 규제정책》. 서울: 법문사.
- 김현준. 2012. “행정개혁의 공법적 과제.” 《공법연구》 41(2): 155-185.
- 김환학. 2014. “법률유보: 중요성설은 보장행정에서도 타당한가” 《행정법연구》 40: 1-28.
- \_\_\_\_\_. 2015. “독일의 보장국가와 규제개혁: 규제완화에서 스마트규제로의 이동.” (Ziekow, Jan. 2015. “Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschland: From deregulation to smart regulation.” 《법학논집》 19(4): 81-111 번역문). 《법학논집》 19(4): 112-124.
- 류지태. 2001. “통신행정에서의 국가의 역할.” 《공법연구》 30(2): 93-141.
- 류지태·문병호·박중수·임현. 2007. 《독일통신법》. 정보통신법 포럼 연구자료 제1권. 서울: 법원사.

- 박재윤. 2015. “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제.” 《행정법연구》 41: 191-212.
- 임 현. 2001. “통신사업에서의 국가의 역할.” (Manssen, Gerrit. 2001. “Der Staat in der Telekommunikation.” 《공법연구》 30(2): 69-81 번역문). 《공법연구》 30(2): 83-91.
- 정기태. 2015. “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임.” 《공법연구》 44(1): 457-491.
- 조성한. 2008. “좋은규제: 통제수단에서 정책도구로.” 《정부학연구》 14(4): 347-368.
- 조태제. 2012. “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개.” 《한양법학》 38: 273-297.
- 최승필. 2013. “경제적 규제에 있어 중앙정부와 지방자치단체간 협력과 역할.” 《지방자치법연구》 13(4): 33-62.
- \_\_\_\_\_. 2011. “규제완화에 대한 법적 고찰- 인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로.” 《공법학연구》 12(1): 317-347.
- 최진욱. 2002. “규제연구에 대한 제도주의적 접근.” 《정부학연구》 8(2): 144-178.
- 홍석한. 2009. “보장국가론의 전개와 공법적 의의.” 《헌법학연구》 15(1): 497-526.
- Adam, Konrad. 2004. “Lang lede der Gewährleistungsstaat.” Die Welt. 5. 5. 2004(<http://www.welt.de/print-welt/article311388/Lang-lebe-der-Gewae-hrleistungsstaat.html>).
- Baer, Susne. 2006. *Der Bürger im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bauer, Hartmut. 1995. “Privatisierung von Verwaltungsaufgaben.” VVDStRL 54: 243-286.
- Burgi, Martin. 1999. *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik - Phänomenologie- Verfassungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Di Fabio, Udo. 1997. “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung.” VVDStRL 56: 235-282.
- Franzius, Claudio. 2003. “Der “Gewährleistungsstaat”- Ein Neues Leitbild für den

- sich wandelenden Staat?“ Der Staat 42: 493-517.
- Franzius, Claudio. 2006. “Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates.” Der Staat 45: 547-581.
- Franzius, Claudio. 2008. “Der Gewährleistungsstaat.” VerwArch 98: 351-379.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. 1997. “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung.” DÖV 1997: 433-442.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. 2005. “Das Recht des Gewährleistungsstaates.” in: Schuppert(Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat- Ein Leitbild auf dem Prüfstand*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Kloepfer, Michael. 2002. *Informationsrecht*. München: C. H. Beck.
- Krajewski, Markus. 2008. “Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?” VerwArch 99: 174-196.
- Manssen, Gerrit. 2001. “Der Staat in der Telekommunikation.” <<공법연구>> 30(2): 69-81.
- Oertel, Klaus. 2000. *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§66 ff. TKG*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Reichard, Christoph. 2003. “Das Konzept der Gewährleistungsstaat.” Referat auf der Jahrestagung 2003 des wissenschaftlichen Beirats der GÖW.
- Ruge, Reinhard. 2004. *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der regulatory State*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmidt-Abmann, Eberhard. 2004. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee- Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin·Heidelberg: Springer.
- Schmidt-Abmann, Eberhard. 2006. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee- Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin·Heidelberg: Springer.
- Schoch, Friedrich. 2008. “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechts-gesellschaft?”. NVwZ 2008: 241-247.
- Schuppert, Gunnar Folke. 1998. “Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung.” Die Verwaltung 31:

415-447.

- Schuppert, Gunnar Folke. 2001. "Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft." in: Die Verwaltung Beiheft 4. *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schuppert, Gunnar Folke. 2003. "The Ensuring State." in: Giddens(ed). *The Progressive Manifesto*. 54-72. Cambridge: Policy Network.
- Schuppert, Gunnar Folke. 2008. "Die neue Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft – oder: Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?" vhw FW 4/ Aug.-Sept. 2008: 189-193.
- Schütz, Raimund und Matthias Cornils. 1997. "Universaldienst und Telekommunikation." DVBl 1997: 1146-1155.
- Schröder, Rainer. 2007. *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Thoma, Anselm Christian. 2008. *Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Trute, Hans-Heinrich. 1996. "Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung." DVBl 1996: 950-964.
- Voßkuhle, Andreas. 2003. "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verwaltung." VVDStRL 62: 266-328.
- Ziekow, Jan. 2015. "Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschland: From deregulation to smart regulation." 《법학논집》 19(4): 81-111.