creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사학위논문

미국 행정법상 ‘실질적 증거 심사’ (substantial evidence test)에 관한 연구

- 행정에 대한 ‘존중’(deference)을 중심으로 -

2013年 2月

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
추 효 진

미국 행정법상 ‘실질적 증거 심사’ (substantial evidence test)에 관한 연구

- 행정에 대한 ‘존중’(deference)을 중심으로 -

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2012년 10월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
추 효 진

추효진의 석사 학위논문을 인준함
2012년 12월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

행정소송에서 행정청의 행위에 대해 어떠한 기준을 들이대어 그것의 위법성 여부를 판단할 것인지의 문제는 단순한 문제가 아니다. 이러한 사법심사기준의 문제는 우리 행정소송의 큰 과제중 하나인 본안판단의 부담 문제와 직결되어 있으며, 이를 통해 보다 근원적으로는 입법-행정-사법간의 권력분립의 문제와 그 맥이 닿아 있다. 또한 이는 공법과 사법에 유의미한 차이가 있는지, 차이가 존재한다면 소송 과정에서 이러한 차이점이 어떠한 방식으로 현출되어야 하는지의 문제와도 관련되어 있으며, 이를 통해 다시 행정소송의 장기화라는 당면 과제와도 밀접하게 연관된다.

그럼에도 불구하고 우리 행정법은 미국 행정절차법 제706조와 같은 행정소송 특유의 심사기준에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 실무적으로는 법원이 모든 증거를 판단하고 법원의 판단으로 행정청의 판단을 대체하는 소위 '전면적 재심사'를 그 기본 원칙으로 하고 있다. 이로 인하여 행정소송이 급증하고 법관은 부족한 작금의 현실에서, 본안판단에 대한 부담으로 인해 많은 행정사건들이 본안에 들어가 보지도 못하고 각하되고 있는 것이 우리의 아픈 현실이다. 또한 행정청 역시 이러한 연유로 우리 행정절차법의 입법취지에도 불구하고 이해관계인들의 의견을 충분히 수렴하지 않는 등 미흡한 관행을 이어나가고 있으며 이를 통해 행정의 충분한 권한과 그에 따른 책임이라는 이상이 잘 구현되지 않고 있는 실정이다.

이러한 상황에서 개선책을 모색하기 위하여, 우리와는 또 다른 행정법적 문화를 지닌 타국의 법과 제도를 살펴보고 그로부터 시사점을 얻어내

는 것은 매우 의미 있는 작업일 것이다.

이에 본 논문에서는 미국 행정법에서의 사법심사 방법의 하나인 '실질적 증거 심사'(substantial evidence test)를 미국 행정소송에서의 심사방식과 그 근저에 깔린 행정청에 대한 존중의 정신을 중심으로 고찰함으로써 실질적 증거 심사가 미국 행정법 내에서 어떠한 기능과 역할을 수행하고 있는지 고찰하도록 하겠다.

괴테는 외국어를 배움으로써 비로소 모국어를 더욱 잘 이해할 수 있게 되었다고 말한 바 있다. 괴테의 말이 함의하는 바와 같이, 위와 같은 연구를 통해 우리 행정소송에서의 심사방식과는 상이한 미국의 심사방식을 살펴보고, 이를 바탕으로 한 다양한 심사기준들을 검토함으로써 우리 행정법에서의 현행의 심사기준은 어떠한 형태를 취하고 있는지 더욱 명료하게 이해하고 나아가 관련 문제를 파악하며 이에 대한 실마리를 얻을 수 있기를 기대한다.

주제어 : 실질적 증거 심사, 상소심 심사모델, 행정에 대한 존중, 사법심사 기준, 심사강도, 행정절차법, 미국 행정법

학번 : 2010-21385

목차

국문초록

연구의 목적 ---------- 1

연구의 범위 ---------- 3

제1장 실질적 증거 심사의 의의 및 발전과정 ---------- 5

제1절 행정소송의 심사방식 일반 ---------- 6

제2절 미국 행정소송의 상소심 모델 ---------- 8

Ⅰ. 도입 배경 ---------- 9

1. 정치적・사회적 배경 ---------- 9

2. 사법부의 업무 과중 ---------- 10

Ⅱ. 도입 과정 및 내용 ---------- 12

1. 도입과정 ---------- 12

(1) 헵번법의 입법과 이를 둘러싼 의회의 논란 ---------- 13

(2) 헵번법 입법 이후의 법원의 변화와 상소심 심사모델의 탄생 - 14

2. 상소심 모델의 내용 ---------- 16

Ⅲ. 상소심 심사모델 도입의 효과 ---------- 18

제3절 실질적 증거 심사의 제도적 전제 : 미국 행정절차의 특수성 ---- 20

Ⅰ. 역사적・문화적 배경 ---------- 21
1. 법의 지배와 사법국가의 전통 ---------- 21
2. 적법절차의 원칙 ---------- 23
Ⅱ. 행정절차에서의 사법절차 준용 ---------- 25
1. 행정법판사 ---------- 25
2. 재판유사의 청문절차 ---------- 27
3. 불복과 행정청의 결정 ---------- 28
제4절 미국 행정절차법 제706조와 심사기준 ---------- 29
Ⅰ. 미국 행정절차법 제706조의 내용과 의미 ---------- 30
Ⅱ. 미국 행정법에서의 심사기준 ---------- 32
1. 자의・전단 심사 ---------- 33
2. 실질적 증거 심사 ---------- 34
3. 명백한 오류 심사 ---------- 35
4. 전면적 재심사 ---------- 35

제2장 실질적 증거 심사의 적용 대상과 범위 ---------- 37
제1절 사실문제와 법률문제 ---------- 38
Ⅰ. 사실문제와 법률문제 구별의 모호성 ---------- 38
Ⅱ. 법률문제와 사실문제 구분의 탄력성 : 심사강도 문제로의 치환 -- 40
1. 대표적인 사례 : Federal Trade Commission v. Gratz 판결 ----- 41
2. 영향 ---------- 42

Ⅲ. 판단의 우월성에 대한 기준 설정의 부적절성 ---------- 44
제2절 법률문제 심사에서의 실질적 증거 ---------- 45
Ⅰ. 실질적 증거 심사의 적용 대상에 대한 전통적 견해 ---------- 46
Ⅱ. 전통적 심사기준에 대한 수정이론 ---------- 48
1. 엄격심사원칙 ---------- 49
(1) 기존의 자의・전단 심사 ---------- 49
(2) Overton Park 판결과 엄격심사의 도입 ---------- 50
(3) 평가 : 자의・전단 심사의 실질적 증거 심사로의 접근 ---------- 52
2. 셰브론 존중원칙 ---------- 53
(1) 행정청의 법률해석에 대한 기존의 견해와 문제점 ---------- 54
(2) 셰브론 존중원칙의 내용 ---------- 58
(3) 평가 ---------- 60
Ⅲ. 소결 ---------- 61

제3장 실질적 증거 심사 제도의 영향 ---------- 62
제1절 행정청의 전문성 및 신중성 제고 ---------- 62
Ⅰ. 행정청의 기록작성 의무의 강화 ---------- 63
1. Universal Camera Corp. v. NLRB 판결 ---------- 64
(1) Universal Camera 판결 이전의 상황 ---------- 64
(2) Universal Camera 판결과 '전체 기록에 근거한 판단'의 의미 66
2. Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe 판결 ---------- 68

Ⅱ. 행정청의 이유제시 의무의 강화 ---------- 71
1. Palavra v. Immigration and Naturalization Service 판결 -------- 72
2. 유사 판결들과 법원의 입장 ---------- 74
제2절 법원 업무부담 경감과 적정 심사강도의 확보 ---------- 76
Ⅰ. 법원의 업무부담 경감 ---------- 78
Ⅱ. 행정에 대한 유의미한 통제수단으로서 적정 심사강도 확보 ------- 80
1. 심사범위의 확대 ---------- 80
2. 합리성 심사의 심사강도 ---------- 82

제4장 한국 행정법에의 시사점 ---------- 86
제1절 행정구제 기간 장기화 문제에의 시사점 ---------- 86
1. 한국에서의 행정구제의 장기화 문제 ---------- 87
(1) 행정결정과 행정심판 혹은 행정소송 간의 복심제적 구조 ----- 87
(2) 행정소송에서의 원처분주의와 행정심판의 무용화 ---------- 88
(3) 행정소송에서의 3심제의 도입 ---------- 89
2. 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 시사점 ---------- 90
제2절 본안판단의 부담 문제에의 시사점 ---------- 92
1. 한국에서의 본안판단의 부담 문제 ---------- 92
2. 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 시사점 ---------- 94
제3절 현행 행정절차에의 시사점 ---------- 95
1. 우리나라의 행정절차와 문제점 ---------- 96

2. 실질적 증거 심사와 미국 행정절차법의 시사점 ---------- 97

제5장 요약 및 결론 ---------- 99

제1절 요약 ---------- 99

제2절 결론 ---------- 101

참고문헌 ---------- 104

연구의 목적

미국 행정법에서의 사법심사 과정을 관통하는 키워드를 하나 꼽아보라고 한다면, 단연 행정에 대한 '존중'(deference)을 꼽을 수 있을 것이다.

이러한 행정에 대한 존중은 '존중'이라는 어휘에서 풍기는 바와 달리, 단순히 행정의 권한을 확보하거나 행정의 전문성에 대한 맹목적 믿음의 발로에 불과한 것이 아니라 오히려 행정청과 법원 양자 모두에게 '기능적 전문화'를 요구하는 개념이라는 점에서 인상적이다. 즉, 행정청에게는 헌법에 규정된 행정의 권한을 인정하면서 동시에 그에 합당한 책임을 지게하고, 법원에게는 권력분립이라는 헌법적 가치를 담보케 하면서도 동시에 행정소송에서의 '효율적' 사법심사를 가능케 하는 등 여러 마리 토끼들을 동시에 잡게끔 하는 제도라 할 수 있다.

미국 행정법에서 이러한 점은 특히 행정의 개별결정, 규칙제정을 망라한 각종 행정행위들에 대한 사법심사의 영역에서 다음과 같은 두 가지 모습으로 두드러지게 나타난다. 첫째로 행정소송에서의 심사방식으로 상소심 모델을 취함으로써 행정청의 결정에 대한 사법절차가 법률심에서부터 개시된다는 점, 둘째로 이렇게 개시된 사법절차에서 사용될 구체적 심사기준들이 행정청에 대한 존중을 상정한 채 만들어지고 발달되어 왔다는 점이 그것이라 하겠다.

특히 이들 구체적 심사기준들은 미국 행정절차법에 명문으로 규정되어 있다는 점이 특징적인데, 이들은 또한 다양한 심사강도에 대한 요구를 충족시키기 위해 법원의 축적된 판례를 통해 더욱 세밀하게 조정된다.

이렇게 미국 행정절차법 제706조에 규정된 사법심사기준에 관한 원칙

들이 판례이론을 통해 보다 정밀하게 조정되는 과정에서, 본 논문의 주요한 탐구 대상인 ‘실질적 증거 심사’(substantial evidence test)는 공식적 행정행위에 대한 사법심사라는 본래의 영역을 넘어서 미국 행정소송에서의 주요 심사기준으로 자리매김하게 되었다. 또한 이를 통해 결과적으로 실질적 증거 심사가 본 논문의 주제인 사법심사에서의 ‘행정에 대한 존중’의 한 핵을 이루게 된 것으로 보인다.

따라서, 본 논문에서는 ‘실질적 증거 심사’의 의의와 발생과정, 심사대상과 범위, 기능과 영향 등을 고찰함으로써 그 근저에 있는 미국 행정소송의 사상적 정수인 ‘행정에 대한 존중’을 살피고, 이를 통해 이러한 개념이 한국 행정법에게 던지는 시사점들을 탐구하도록 하겠다.

연구의 범위

이 연구는 미국 행정절차법상의 사법심사 방법 중 하나인 '실질적 증거 심사'에 관한 연구로서, 특히 실질적 증거 심사가 미국 행정법의 '행정청에 대한 존중'에 어떻게 어떠한 영향을 끼쳤는지를 살피고 이것이 우리 행정법에게 던지는 시사점 등을 살필 것이다. 그러기 위해서 우선 제1장에서는 실질적 증거 심사를 등장할 수 있도록 한 미국 행정법의 특유한 배경들을 살펴본 후 제2장에서는 실질적 증거 심사의 범위가 판례이론의 발전을 통해 어떻게 확대되어 가는지 고찰한다. 제3장에서는 이렇게 확대된 실질적 증거 심사의 범위를 바탕으로 실질적 증거 심사가 미국 행정소송과 행정법에 어떠한 기능을 하고 영향을 끼쳤는지 알아보고, 제4장에서는 실질적 증거 심사가 앞에서 살펴본 기능과 영향 면에서 한국 행정법에 던지는 시사점들을 살펴보겠다.

이를 위해 제1장에서는 우선 제1절에서 행정소송에서의 심사방식 일반을 간략히 설명하고 제2절로 넘어가 미국 행정소송의 심사방식인 상소심 심사모델에 대하여 그것이 무엇이고, 어떠한 과정을 통해 미국 행정법에 등장하였는지, 그것이 미친 영향은 무엇인지 등을 살펴보겠다. 또한 제3절에서는 상소심 심사모델 이외에 실질적 증거 심사가 등장하고 기능할 수 있게끔 한 미국 특유의 제도적 전제조건들을 행정절차를 중심으로 살펴볼 것이다. 마지막으로 제4절에서 사법심사기준에 대한 미국 행정절차법 제706조의 내용을 바탕으로 실질적 증거 심사를 포함한 미국 행정법의 사법심사기준들을 설명한다.

제2장에서는 앞의 내용을 바탕으로 실질적 증거 심사의 적용 대상을 살펴본다. 즉, 행정절차법 제706조에 규정된 범위인 공식적 개별결정절차

와 공식적 규칙제정 과정에서의 행정청의 사실인정 심사를 넘어서서 실질적 증거 심사가 어떻게 미국 행정소송의 각종 심사기준들과 관련을 갖게 되었는지에 대한 내용을 다루며, 이는 나아가 제3장에서 다룰 실질적 증거 심사의 영향이 어떻게 미국 행정소송 전반에 끼치게 되었는지에 대한 것이다. 본 장의 제1절에서는 우선 사실문제와 법률문제의 구별 문제와 그 의미에 대해 살펴보고, 제2절에서는 이를 바탕으로 법원이 엄격심사와 셰브론 존중원칙 등을 도입함으로써 자의·전단 심사가 실질적 증거 심사에 점차 접근하게 되고 다시 자의·전단 심사가 사실인정 문제를 뛰어넘어 법률문제의 심사에까지 그 기존으로 이용되게 되어 실질적 증거 심사의 적용 범위가 확대되는 과정을 다룬다.

제3장에서는 실질적 증거 심사의 영향을 살펴보는데, 우선 제1절에서는 행정청에 대한 영향을, 제2절에서는 사법부에 대한 영향을 각각 고찰한다.

제4장에서는 앞에서 살펴본 내용들이 우리 행정법의 당면과제들과 관련하여 어떠한 시사점을 제공하는지 고찰한다. 제4장은 크게 세 부분으로 나누어 제1절에서는 행정소송의 장기화와 관련하여, 제2절에서는 본안판단에서의 부담과 관련하여, 제3절에서는 상대적으로 느슨한 우리의 행정절차와 관련하여 미국 행정소송의 심사방식과 심사기준을 통해 나름의 개선방안을 모색해 본다.

제5장에서는 우에서의 모든 논의를 요약한 후 그 결론을 내리는 것으로 연구를 마친다.

제1장 실질적 증거 심사의 의의 및 발전과정

미국 행정법의 '실질적 증거 심사'란 행정행위에 대한 사법심사기준의 하나로, 행정청이 문제가 된 행정행위를 발함에 있어 행정청의 결정을 뒷받침하고 있는 증거들이 실질적인 것이라면, 다시 말해, 합리적인 사람이 합리적으로 판단하여 충분히 그러한 결론을 이끌어낼 만하다고 판단할 수 있다면 법원은 행정청의 결정을 존중하여 이를 합법적인 것으로 인정하는 심사방식이다. 이러한 심사방식은 '실질적' 이라는 다소 강한 어감이 풍기는 뉘앙스와는 달리, 결국 법원이 행정청의 판단에 '실질적 증거'의 존재 여부만을 기준으로 위법성 판단을 한다는 점에서 우리 입장에서는 매우 약한 강도의 심사기준이라 할 것이다.

미국 행정법에서 실질적 증거 심사의 도입과 발전은 당시 격변하는 미국의 행정 현실과 밀접하게 맞물려서 이루어졌다.

미국의 독특한 역사적·문화적 배경 속에서 행정의 역할에 대한 인식에 획기적인 변화가 있었고, 이와 더불어 행정청과 법원 사이의 관계의 재정립에 대한 사회적·정치적 요구가 잇따르면서 행정소송의 심사방식으로 상소심 모델이 채택 되었다. 이러한 배경은 실질적 증거 심사 등장의 전제조건이면서 동시에 중요한 계기로 작용하였고, 결국 실질적 증거 심사가 미국 행정절차법 제706조를 통해 명문화되기에 이르렀다.

따라서 실질적 증거 심사에 대한 이후의 고찰을 이어나가기 위해서는 우선 미국 행정 특유의 행정절차에 대한 강조와 행정소송의 심사방식으로써의 상소심 모델, 그리고 미국 행정소송에서 사용되는 구체적인 심사기준들에 대한 이해가 선행되어야 하는바, 이하에서는 이러한 내용을 살펴보도록 하겠다.

제1절 행정소송의 심사방식 일반

미국의 행정소송에서 행정행위에 대한 사법심사가 어떠한 방식으로 이루어지고 있는지, 그 의미가 무엇인지를 정확하게 이해하기 위해서는 우선 행정소송의 심사방식 일반에 대해 살펴볼 필요가 있겠다.

여기서 행정소송에서의 심사방식이란 일반적인 행정절차와 행정심판 등을 포함한 행정소송 이전의 행정청에서의 절차와 행정소송절차 사이의 관계를 어떻게 설정할 것인지의 문제이다. 즉, 행정소송에서 완전히 새로운 절차를 시작하는 경우부터 일종의 전심절차로서 행정청의 절차가 정당한 것이었는지에 대한 최소한의 심사만을 진행하는 경우까지 다양한 스펙트럼이 존재할 수 있다.

이에 대해서는 민·형사 소송 등에서 제1심 판결이 정당한지에 대해 심리하는 항소심의 심사방식에 대한 소송법의 개념들 즉, 복심제·속심제·사후심제의 개념을 끌어들여 분류해 볼 수 있을 것이다.

우선 마치 복심제(覆審制)를 취할 경우 항소심에서 제1심의 소송진행이나 소송자료와는 관계없이 독자적으로 절차를 새로이 진행하도록 하는 것[1]과 마찬가지로, 행정청의 구제절차에서의 증거조사나 판단 등을 전혀 고려하지 않고 완전히 새로이 절차를 개시하는 경우가 있을 것이다. 우리나라의 경우가 이러한 경우라고 할 수 있는데, 이러한 심사방식은 심리에 있어 신중을 기할 수 있다는 장점은 있지만 결과적으로 이전의 절차들을 모두 무용지물로 만들며 절차가 지연되어 구제절차 및 행정소송의 장기화를 불러온다는 단점이 있다.[2]

---

1) 호문혁, 민사소송법, 제8판, 법문사, 2010, 602면 참조.

2) 행정심판의 존재의의를 행정의 자기통제(Selbskontrolle der Verwaltung), 개인의 권

두 번째로 제1심의 판결이 정당한지를 심사하는 것에 국한하도록 하는 사후심제[3]의 경우처럼 행정청 구제절차에서 이루어진 증거심사와 동 절차에서 작성된 기록만을 심사대상으로 삼아 행정청 결정의 당부를 판단하는 경우가 있다. 이 경우 법원은 새로운 증거 등 소송자료를 수집하지 않아도 되므로 행정소송에서의 부담을 덜 수 있고 행정소송의 장기화를 피할 수 있다는 장점이 있으나 행정청에서의 심리가 철저하지 못할 경우 당사자 구제가 소홀해 질 수 있다는 단점도 있다.

마지막으로, 복심제와 사후심제의 절충형이라 할 수 있는, 제1심의 소송자료를 이어받되 새로운 소송자료도 제출받아 함께 심리[4]하는 속심제(續審制) 스타일도 생각해볼 수 있을 것이다.

리구제(Rechtsschutz des Bürgers), 법원의 부담경감(Entlastung der Gerichte)으로 보는 견해에 의하면, 행정이 행정심판이라는 광의의 행정절차 내에서 스스로 상대적으로 간단하면서도 융통성 있는 절차를 통하여 행정분쟁을 해결함으로써 행정법원의 부담을 경감시켜줄 것이 기대된다. 그러나 위와 같이 복심제의 심사방식을 취할 경우 청구인이 행정심판에 승복하지 않고 소송으로까지 가는 상황에서는 이러한 기능이 크게 퇴색되게 되며, 나아가 '간이·신속'한 개인의 권리 구제라는 측면에서도 행정심판을 거쳐 행정소송으로 나아갈 경우 행정심판의 존재가 오히려 구제의 지연을 초래하게 될 뿐이다. 민사소송에서도 마찬가지로 '항소심의 속심제도'라는 것이 불완전한 인간의 판단능력을 보충하여 판결의 적정을 가져올 수 있게 하면서도 다른 한편으로는, 권리의 신속한 구제를 지연시키거나 혹은 지연시키기 위한 수단으로 이용되고 있는 것도 사실이다. 우리 소송법은 현재 속심제를 취하고 있으나 때문에 근래에는 항소심 구조에 변경을 가하면서도 적정이념(適定理念)과 신속이념(迅速理念)을 조화시키기 위해 사후심제를 취하자는 주장이 나오고 있는 실정이다. 이와 유사하게 행정심판과 행정소송과의 관계에 있어 심사방식을 어떻게 할 것인가의 문제 역시 고찰할 만하다고 생각한다. 김현준, '행정심판의 대상 및 심판기관·당사자 -행정소송법 개정안과의 조화를 고려한 행정심판법 입법론-', 행정심판과 행정소송의 조화, 한국행정법학회, 2012, 22-23면 ; 김용진, '항소심을 사후심화하는 세계적 추세에 대한 법리적·법정책적 분석과 개정민사소송절차 및 행정소송절차에서의 운영방안', 법조 제53권, 법조협회, 2002, 6-7면 참조.

3) 호문혁, 민사소송법, 제8판, 법문사, 2010, 602면 참조.

4) 호문혁, 민사소송법, 제8판, 법문사, 2010, 603면 참조.

기본적으로 어떠한 심사방식을 택하느냐의 문제는 한편으로는 이후의 소송절차에서 법원이 선택할 수 있는 심사기준의 범위를 제약하며 따라서 행정소송에서의 심사강도 전반에 영향을 미치게 되며, 또 다른 한편으로는 법원의 부담 정도와 전체 구제절차의 기간에도 많은 영향을 끼친다는 점에서 주목할 만하다. 또한 이렇게 일반적인 심사방식을 살핌으로써 우리 제도와 미국의 제도가 구체적으로 어떤 부분이 어떻게 다른지를 보다 명료하게 파악할 수 있으며 어떤 부분에서 두 제도의 기능상 차이점이 발생하는지 파악이 용이할 것으로 보인다. 따라서 우리에게 필요한 부분을 참고하기 위해 개괄적으로나마 위와 같은 분류를 통해 미국의 제도를 살펴보도록 하겠다.

제2절 미국 행정소송의 상소심 모델

위에서 살펴본 바와 같이 행정소송에서의 심사방식을 복심·속심·사후심 중 어떤 방식을 택할 것인가의 문제를 통해 설명한다면, 미국의 상소심 모델은 행정청 구제절차의 결정에 대해 법원에서 사후심의 심사방식을 택하고 있는 모델이라고 설명할 수 있다.

이러한 상소심 모델은 본고의 주제인 미국 법원의 '행정청에 대한 존중'의 핵심을 이루며, 동시에 우리가 본고에서 살펴볼 실질적 증거 심사의 도입과 발전에 커다란 영향을 끼쳤다.

Ⅰ. 도입 배경

1. 정치적・사회적 배경

상소심 모델이 도입되기 이전의 미국에서는 사법심사의 기준으로 전면적 재심사 한 가지만이 존재하고 있었으며 행정행위에 대한 사법심사의 강도는 제리 마쇼(Jerry Mashaw)의 표현에 따르면 '행정행위에 대한 양극단의 통제'[5], 즉, 오직 심사를 하느냐 마느냐의 결정을 통해 조절되고 있었다. 이러한 상황은 법원의 행정청에 대한 지나치게 강력한 통제 혹은 통제의 포기라는 극단적인 결과를 불러일으켰다. 19세기 말에 접어들면서 이러한 관행은 정치적, 사회적 이슈와 맞물리면서 강력한 반발에 마주하게 되었고 결국 변혁의 길을 걷게 되었다.

이 시기에 상소심 모델의 도입과 관련하여 가장 결정적인 사회적 배경은 미국 철도산업의 요금 결정을 둘러싼 이익집단간의 충돌이었다. 당시 미국에서는 1887년 독립위원회인 주간통상위원회(Interstate Commercial Commission)이 설립된 이래로[6], 주된 업무로 미국 철도산업의 요금 등에 대한 규제를 하고 있었는데, 이에 대해 불만을 품은 철도산업 관계자들은 주간통상위원회의 결정에 불복하였고 법원에서는 관련 사건이 폭증하게

---

5) Jerry L. Mashaw, 'Reluctant Nationalists : Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 2007, 1801-1829', Yale Law Journal, p.1636-1741. Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.389-414.에서 재인용.

6) 기업과 도시가 성장하면서 철도의 중요성이 부각되자, 철도회사의 불공정 행위가 심화되었고, 결국 이는 당시 농민운동의 정부에 대한 주요 요구사항 중 하나가 철도산업의 규제일 정도로 심각한 사회 문제를 야기하였다. 프란시스 휘트니 외 지음, 미국의 역사, 미국 국무부 발행, 2004, p.241, p.269 참조.

되었다. 바로 여기서 행정청의 결정에 대해 미국 법원이 어떤 식으로 사법심사를 할 것인가가 주요 논점이 되었는데, 외관상으로는 공법과 사법의 구별이 없고, 민사절차와 행정소송절차에 대해 동일한 절차와 심사방법을 사용하고 있었던 법원의 입장에서는 기존의 판결방식대로 '전면적 재심사'(de novo)[7] 방식으로 사안을 판단하였다.

결과적으로 법원이 주간통상위원회의 철도산업에 대한 각종 규제를 연달아 취소함으로써 이에 대한 국민들과 정치권의 반발은 극에 달했고, 당시 엄청난 국민적 인기를 등에 업고 선출되었던 루스벨트 대통령을 필두로 의회에서는 주간통상위원회법을 개정하여 주간통상위원회의 권한을 증대하고 이에 대한 법원의 심사를 제한하기 위한 노력이 이어졌다.[8] 생각건대, 바로 이러한 맥락에서 민사소송과 구별되는, 행정청 결정에 대한 사법심사의 특유성이 강조되게 된 것이다.

2. 사법부의 업무 과중

권력분립에 대한 미국의 전통적 입장은 매우 독특하다. 미국은 고전적인 삼권분립 이론에 따라 전반적으로는 입법, 사법, 행정의 체계를 고수하면서도, 연방국가라는 특징[9]과 영국으로부터의 '법의 지배'라는 전통적

---

7) 행정청의 기존의 심사 내용을 인정하지 않고 법원이 처음부터 다시 심사하는 것. 가. 기록의 작성권자가 누구인가, 나. 법원의 판단이 행정청의 판단을 대체 하는가의 여부가 전면적 재심사의 핵심적 특질이다.

8) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010 참조.

9) 연방제의 특성 때문에 일반적인 입장에서 '행정'으로 여겨지는 업무들은 대부분 각 주가 그 주체로 남아있게 되었다. 미국 헌법을 살펴보아도, 미 헌법 제2조(Article Ⅱ), 수정헌법 제12조, 제20조, 제22조, 제23조, 제25조 등에서 대통령의 선출 방법이나 권한 등에 대하여 다루고 있으나, 각종 독립위원회가 아닌 대통령을 수반으로 하는 각

이념의 영향[10]으로 행정 영역의 법률문제 역시 법원의 업무로 인식하였다. 때문에 실질적으로는 '행정'이라는 영역은 매우 제한적으로 해석되었는데, 이는 오늘날의 개념으로는 행정청의 사실행위나 국방 문제 정도에 불과한 '집행'에 그치는 것이었다.

초기 미국에서는 이러한 전통적 인식에 따라 순회 판사가 사법결정에 더불어 각 지역의 행정결정까지 도맡고 있는 실정이었다. 즉, 다시 말해, 미국에서는 영국의 경우와 마찬가지로 원래 법의 지배의 원리에 의해 뒷받침 된 '사법과정'(judicial process)을 국가작용으로 인식하는 것에서 출발한 것이다.[11] 그러나 이후 야경국가가 종식되고 국가행정 영역이 확장됨과 함께 행정의 전문성에 대한 요청 역시 증대되었는데, 이는 결국 법원의 업무 과중으로 직결되게 되었다.

이러한 까닭에 행정소송의 방식으로써 상소심 모델을 도입하는 것이 외관상 법원의 권한의 축소 내지는 법원 권력의 약화처럼 보였을 수 있음에도 불구하고 실제로는 법원 스스로도 '지루하기 짝이 없는 증거기록'에 대한 심사에 대한 관여를 최소화 하고자 했던 것이다.[12] 사실상 이러

급 행정청에 대한 내용은 존재하지 않는다.

10) 영국에서의 법의 지배는 1. 보통법의 절대적 우위성 2. 법앞의 평등 3. 일반법 형식의 헌법이라는 내용을 그 주요 내용으로 하고 있으나, 그 이면에는 법률문제의 전문가는 법원이며 모든 종류의 법률적 문제에 대해 법원이 최고의 권위를 갖는다는 생각이 전제되어 있다. 미국에서도 영국식의 사법 국가 전통에 충실하여 법률문제에 대한 법원의 권위가 강조되었는데, 이는 오늘날의 일반적 관점에서 행정의 영역에 속하는 문제이더라도 그것이 '법률'과 관련되는 문제라면 이는 법원이 결정할 영역이라는 인식을 포함하는 것이었다. 김이열, 영・미에 있어서의 법의 지배와 행정절차, 법학논문집 vol.2, 중앙대학교 법학연구소, 1974, 81-82면 참조. 이에 대한 자세한 논의는 본장 제3절 Ⅰ. 역사적 배경 부분 참조.

11) 서원우, 재량권남용에 대한 법적 통제 - 미국행정법의 일단면 -, 행정논총 vol.7(2), 서울대학교 행정대학원, 1969, 256-257면 참조.

12) John Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States, New York: Russell&Russell, 1927. Thomas M. Merill, 'The Origins of

한 추세는 법원이 원하든 원하지 않았든 어쩔 수 없는 것이었다.

위에서 살펴본 바와 같이, 첫째로 연방차원에서 시장개입 필요성이 나타났고, 이에 대한 각종 위원회들이 등장하였으며 이러한 위원회의 활동에 대한 법원의 제한 때문에 사회적·정치적으로 법원의 기존의 사법심사 관행에 대해 재고할 필요성이 대두되었고[13], 둘째로 기존의 법원의 업무 과중으로 인해 업무 영역이 재편되어야 했다. 따라서 이러한 다양한 시대적 요청들을 해결할 돌파구의 마련이 요청되었는데, 바로 이러한 상황에서 상소심 심사모델이 도입되게 되었다.

Ⅱ. 도입 과정 및 내용

1. 도입과정

상소심 모델의 도입은 구체적으로 어떠한 이론적 논의나 확고한 법적 근거를 가지고 이루어진 것으로 보기는 어렵다. 그보다는 행정행위에 대한 사법심사의 강도를 낮출 것을 요구하는 사회적 분위기와 정치적 압력 속에서 법원이 스스로 고육지책으로 만들어 낸 것이라고 보는 것이 타당

American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.389-414에서 재인용. 또한 유념해야 할 점은 이하에서 다시 다루겠지만 상소심 모델의 도입이 결코 법원의 권한을 내어주기만 하는 것은 아니었다는 점이다. 법원은 상소심 모델 하에서도 법률문제와 사실문제의 구별 기준의 설정을 통하여 여전히 행정청의 결정에 대한 유의미한 영향을 유지할 수 있었다.

13) 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 555면 참조.

할 것이다.[14]

오히려 당시 학자들은 전면적 재심사를 행하는 복심제적 심사방식을 너무나 당연한 것으로 받아들이고 있었기 때문에 그들에게 심사강도에 대한 방안은 전면적 재심사를 하거나 하지 않는 것의 둘 중 하나뿐이었다. 구체적인 도입과정은 다음과 같다.

(1) 헵번법의 입법과 이를 둘러싼 의회의 논란

강력한 개혁 의지를 가지고 있던 루스벨트 대통령이 압도적인 지지로 재선된 것은 철도산업으로 대변되는 당대의 거대 이익집단에 대한 연방차원의 규제정책들을 둘러싼 혼란의 한복판에서였다. 루스벨트 대통령의 취임 이후인 1906년 윌리엄 헵번 의원은 주간통상위원회에 의해 초안되고 대통령의 전폭적 지지를 받는 새로운 개혁법안을 발의하였는데 이것이 바로 헵번법으로 기존의 주간통상법(Interstate Commerce Act)에 중대한 변화를 가져왔다.

헵번법 제4조는 '위원회의 규칙들은 확정된 후 30일이 지나면 결정권 있는 관할 법원에 의해 유예되거나 취소되지 않는 한 자기집행력을 갖게 된다.'라고 규정함으로써 행정청이 제정한 규칙에 사법적 강제력을 부여하는 내용을 포함하고 있었다. 헵번법 이전에는 위원회가 자신이 제정한 규칙들에 강제력을 부여하기 위해서는 항소법원에 형평법의 법안을 제출해야만 했었다. 이러한 변화는 한편으로는 소송에서 위원회의 부담을 철도업자들에게로 전환시키는 것이었으며, 다른 한편으로는 소송의 초점을

14) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.400 참조.

이미 발효된 합법적 규칙을 철도업자가 위반하였는지 여부에서 주간통상위원회의 규칙이 발효되기 이전에 신청된 가처분 인용여부의 문제로 변경하는 것이었다.[15]

바로 이 두 번째 문제 때문에 상원에서는 가처분을 구하는 경우의 심사기준을 어떻게 할 것인가에 대해 상당한 논란이 벌어졌다. 즉, 심사범위를 좁힘으로써 심사강도를 약하게 하자는 입장과 넓은 심사범위를 고수하여 심사강도를 강하게 하자는 입장이 서로 충돌하였다.[16] 약 4개월간의 논란 끝에 결국 가처분에서의 사법심사기준에 관한 구체적인 부분은 공백으로 남긴 채 헵번법은 통과되었고, 의회에서의 논란은 첫째, 대중들과 정치인들은 주간통상위원회와 관련된 사법심사에서 법원이 기존에 보여주었던 강한 심사에 커다한 불만을 지니고 있으며, 둘째, 그러나 구체적인 심사기준을 어떻게 정할 것인지는 법원의 몫으로 남겨져 있다는 두 개의 강렬한 메시지만을 남긴 채 일단락되었다.[17]

(2) 헵번법 입법 이후의 법원의 변화와 상소심 심사모델의 탄생

헵번법의 입법을 둘러싼 의회에서의 논란 끝에 공은 법원에게로 넘어오게 되었다. 즉, 사법심사의 강도를 보다 약화시키라는 방향성만을 제시

---

15) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.395-396 참조.

16) 미국에서는 심사강도라는 표현은 잘 사용되지 않으며 우리식의 심사강도를 나타내기 위해서 오히려 '심사의 범위'(scope of review)라는 표현을 즐겨 사용한다. 즉, 심사범위가 좁다는 말은 법원이 심사할 수 있는 심사 여지가 줄어들기 때문에 우리식으로는 약한 심사강도를 의미하는 것이고, 반대로 시사 범위가 넓다는 말은 곧 법원이 심사할 수 있는 여지가 크며 우리식으로는 강한 심사강도를 나타내는 것이다.

17) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.397 참조.

한 채 구체적인 방법과 이론적 구성 등은 모두 법원의 과제로 남겨지게 된 것이다.

법원은 이러한 헵번법의 취지에 따라 헵번법 입법 이전과는 사뭇 다른 판결들을 내놓기 시작했는데, 헵번법 이전에는 행정청의 결정을 심사함에 있어 법원이 마치 스스로가 행정결정을 내려야 하는 행정청이 된 것처럼 모든 증거를 스스로 조사하고 스스로 판단하여 새로이 결정한 후 그 결정에 기존의 행정청 결정이 합치되었는가 여부를 판단하는 전면적 재심사방식을 당연시 하였다면, 1906년 헵번법 이후에는 행정청이 법원에 대하여 우선권을 갖는 영역이 존재하며 의회가 행정청에게 그러한 권한을 부여하였음을, 즉, 의회의 위임이 있었음을 명시적으로 인정하게 되었다. 1907년의 Texas and Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co. 판결에서 법원은 주간통상법이 법원이 아닌 주간통상위원회에게 철도요금이 합리적인지 여부를 결정할 권한을 부여하였다고 판시했으며[18], 1910년 Illinois Central Railroad Co. v. ICC 판결에서도 "사법적 권한 행사라는 명목으로 합법적 행정규칙들을 파기함으로써 행정적 기능들을 찬탈할 수 없다"는 점이 의회에 의해 축소될 수 없는 사법의 영역들이 존재한다는 것만큼이나 "분명하다"고 설시하였다.[19]

이와 같이 법원이 대체할 수 없는 행정청의 영역을 인정한다는 것은 곧 법원이 행정소송에서의 사법심사기준으로 직접증거조사와 판단대체를 특성으로 하는 전면적 재심사를 유지할 수 없음을 의미하는 것이었다.

---

18) Texas and Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co., 204 U.S. 426 (1907). 이 사건은 앞에서 헵번법의 입법을 둘러싼 새로운 쟁점으로 소개한 '주간통상위원회의 규칙에 대한 가처분 심사기준'에 관한 사건은 아니다. 그러나 이 사건은 주간통상법의 개정이 철도업자들의 보통법상의 의무를 기반으로 했던 기존의 소송을 대체한 것인지 여부가 문제되었던 사건으로 법원은 요금의 통일성을 확보하고 차별을 근절하기 위하여 이러한 입법을 하게 되었다는 의회의 취지를 강조하였다.

19) Illinois Central Railroad Co. v. ICC, 215 U.S. 452 (1910).

사법심사는 해야 하지만 기존의 심사기준을 사용할 수 없었던 법원은 1907년의 Illinois Central Railroad Co. v. ICC 판결[20]에서 드디어 법률문제와 사실문제의 구별을 강조함으로써 돌파구를 찾아냈다. 즉, 당시 미국의 법관들에게 익숙한 개념이었던 사실문제와 법률문제를 구별하여 상이한 사법심사 방법을 적용한다는 착안을 행정청과 법원의 관계에 끌어옴으로써 사실문제에 대한 결정권한의 우선권을 행정청에게 있다고 설명하기에 이른 것이다. 따라서 법원은 법관의 사실인정에 대한 항소심에서의 심사기준을 위 판결에 끌어와서 '위원회의 결정이 명백하고 틀림없는 오류를 원인으로 할 때에만 번복할 수 있다'고 판시하였으며, 바로 이러한 아이디어에서 상소심 심사모델의 초기 모습을 엿볼 수 있다.

2. 상소심 모델의 내용

결국 상소심 심사모델이란 행정청의 행위에 대해 사법심사를 함에 있어서 심사법원이 행정청을 마치 동일한 법원 시스템 하의 하급심 법원인 것처럼 유추하여 심사하는 것을 말한다.[21]

미국의 항소심에서의 심사방식은 19세기 후반에 기존의 전면적 재심사를 기준으로 한 심사방식 즉, 복심제에서 오늘날의 사후심제로 변화하게 되었는데[22], 이로 인해 배심원의 사실인정에 대해서는 실질적 증거 기준

---

20) Illinois Central Railroad Co. v. ICC, 206 U.S. 441 (1907).

21) Ann Woolhander, 'Judicial Deference to Administrative Action - A Revisionist History', Administrative Law Review, 1991, p.224-225 참조. 저자는 위 논문에서 행정행위에 대한 사법심사방식을 전면적 재심사 모델(de novo model), 일사부재리 모델(res judicata model), 오류 모델(error model)의 세 가지로 분류하여 설명하고 있는데, 전면적 재심사 모델은 복심제에, 일사부재리 모델은 심사를 하지 않는 것에, 오류 모델은 본고에서의 상소심 모델과 각각 상통하는 개념이다.

을, 법관에 의한 사실인정에 대해서는 명백한 오류 기준을 각각 사용하게 되었다. 이들은 심사강도에 있어 미묘한 정도의 차이는 있을지언정 전면적 재심사에 비해 훨씬 행정청을 존중하는 것이었으며 결국 기존의 '전부 혹은 전무'의 양 극단적 심사의 중간에 위치하는 것이었다.

결국 법원은 심사강도의 조정이라는 정치적·대중적 요구에 부딪혀 이러한 항소심에서의 사후심제 방식을 도입함으로써 다양한 심사강도의 확보라는 과제 해결의 단초를 마련할 수 있었던 것이다. 이러한 노력은 이후 실질적 증거 심사, 자의·전단 심사 등의 다양한 심사기준들을 개발함으로써 보다 탄력적인 심사강도의 조정을 가능케 하는 성과를 낳았다.

그러나 이러한 심사방식의 도입은 의문을 남기기도 했다. 사실 영·미에서 사실문제와 법률문제를 구별하는 전통은 배심제와 밀접한 연관이 있다. 미국의 소송구조에서는 법관이 사실문제와 법률문제를 모두 해결하는 '비배심심리'(bench trial)보다 배심을 운영하는 소송방식이 훨씬 일반적이다. 배심에게 사실인정을 맡기는 법적 전통은 1930년 이후 확고히 자리 잡아왔는데[23], 이는 사건에서의 구체적 사실관계의 판단을 피고인의 동료이며 이웃인 일정수의 일반 시민들로 구성된 배심의 건전한 상식과 경험에 맡김으로써 법관이 자의적으로 사실관계를 왜곡시키지 못하게 하는 등 권력으로부터 피고인을 보호하고[24], 법의 적용에 있어 사법판단의 결과물이 일반의 법감정과 유리되는 것을 방지하기 위함이었다. 전문

---

22) Ann Woolhander, 'Judicial Deference to Administrative Action - A Revisionist History', Administrative Law Review, 1991, p.225-226 참조.

23) 정만희, 미국의 배심제도 - 한국의 국민사법참여제도 운연방안에의 시사점, 공법연구 제35집 제1호, 한국 공법학회, 2006, 471면 참조. 1935년 연방대법원 판례에 의해 이러한 법관과 배심의 역할분담에 관한 명확한 기준이 제시되고 있다. Baltimre & Carolina Line, Inc. v. Redman, 296 U.S. 654, at 657 (1936).

24) 정만희, 미국의 배심제도 - 한국의 국민사법참여제도 운연방안에의 시사점, 공법연구 제35집 제1호, 한국 공법학회, 2006, 471면 참조.

가의 식견을 요하는 법률문제보다는 사실문제의 판단을 일반 시민들에게 맡기게 되었던 것이다.

그에 반해 행정청과 법원의 기능적 우위를 분배함에 있어 어째서 사실문제와 법률문제를 기준으로 삼았어야 했는가에 대한 문제는 상당히 모호하다. 상소심 심사모델의 발전과정을 살펴보면, 배심-법관과 행정청-법관 사이의 공통점과 차이점에 대한 심도 있는 고민이나 이론적 배경보다는 오히려 우연의 산물 내지는 필요에 의한 고육지책의 산물로 보는 것이 더 타당할 것으로 보인다.[25]

Ⅲ. 상소심 심사모델 도입의 효과

위와 같은 문제를 남겼음에도 불구하고 상소심 심사모델의 도입은 미국 행정법에 있어서 여러 측면에서 긍정적인 효과를 불러일으켰다.

가장 근본적으로는 형식적 측면에서 볼 때 미국은 공법과 사법의 구별이 없는 공사법일원주의를 채택하고 있음에도 불구하고, 이러한 상소심 심사모델의 도입 등을 통해 '행정소송'의 특수성을 제도적으로 표출함으로써 실질적인 면에서는 사법(私法)과 구별되는 공법의 존재와 특성을 인정하고 있다는 점을 들 수 있다. 물론 몇몇 학자들은 여전히 미국에서

25) 이와 관련하여, Merill은 아래의 논문에서 상소심 심사모델에 의해 생성된 기능의 분화가 과연 최선의 것이었는지, 관련 기관들의 특성이 적절히 반영되었는지에 대해 의문을 제기한다. 그는 오늘날 일반적으로 행정청이 그 전문적 능력과 민주적 책임성으로 인해 정책결정자로 여겨지고 있으며, 법률문제와 사실문제 중 법률문제야말로 행정청의 주요 업무인 정책 결정에 더 가까이 있다고 주장한다. Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.411 참조.

의 공사법 구별이 희미하다고 주장하기도 하지만, 이 역시도 구체적인 면을 살펴보면 미국에 공법이 존재하지 않기 때문이라기보다는 정부의 역할이 증대되면서 공법의 영역이 확장되어, 실질적으로 사법만의 고유의 영역이 더 이상 존재할 수 없게 되었기 때문이라는 점을 근거로 하고 있다는 점에서[26] 미국이 공법적 특수성을 충분히 인지하고 이를 제도화하고 있다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다고 할 것이다.

보다 실제적인 면으로는 진정한 의미의 기능적 전문화가 이루어지는 토양을 제공했다는 점을 들 수 있다. 행정청에 대한 의회의 위임을 법원이 명시적으로 인정하고 행정청의 행위에 대해 법원이 사후심만을 행하게 되면서 행정절차과정과 그 산출물인 행정청 '기록'의 중요성이 강조되었다. 이는 결과적으로 행정청의 보다 책임 있는 의사결정과 행정절차에 대한 제도적 정비를 불러오는 단초가 되었다.

또한 사법심사의 면에서는 심사의 강도나 대상 면에서 탄력적 심사를 가능케 하였다. 전면적 재심사를 행정청 기록에 대한 사후심으로 변경하면서 법원의 본안판단에 대한 부담이 감소하였으며, 법률문제와 사실문제의 판단을 통해 심사강도도 다양화할 수 있었다. 또한 이후 법원은 심사대상이나 심사강도를 더욱 다양화하기 위해 엄격심사나 셰브론 존중원칙 등이 개발하였는데, 이러한 개념들을 도입하기 위해 상소심 심사모델에 약간의 손질만을 가하는 것으로 충분하였다. 변화에 대한 이러한 탄력적 수용은 상소심 심사모델이 기능의 분배라는 아이디어에 기초하고 있었기 때문에 가능했다.[27]

---

26) 정하명, '미국법에서의 공법과 사법의 구별', 공법연구 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009, 59면 참조.

27) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.410 참조.

제3절 실질적 증거 심사의 제도적 전제 : 미국 행정절차의 특수성

살펴본 바와 같이 미국 행정법에 다양한 순기능을 지니는 상소심 심사 방식이 도입되면서 실질적 증거 심사 역시 등장하게 되었는데, 이처럼 상소심 심사모델이나 실질적 증거 심사가 자리 잡을 수 있었던 데에는 그 전제조건으로서 미국 행정절차[28]의 역사적·제도적 특수성이 기여한 바가 컸다.

다시 말해, 강력한 사법국가였던 역사적 전통 탓에 행정영역이 사법영역으로부터 기원함으로써 애초에 행정절차가 사법절차와 유사하게 발전하였고, 실용주의와 적법절차를 강조하는 법문화의 영향으로 행정영역에서의 '절차의 확보'가 중시되면서 행정절차법과 행정절차가 발달하여 결과적으로 실질적 증거 심사나 상소심 심사모델 등을 키워낼 수 있는 토양으로 작용하였다는 것이다. 이하에서는 이러한 전제조건들을 살펴보도록 하겠다.

---

28) 행정절차란, 행정청이 의사결정을 하기 위하여 거치는 일련의 절차로서 넓은 의미로는 입법절차와 사법절차에 대응하는 행정청이 행하는 모든 절차를 말한다. 홍준형/김성수/김유환, 행정절차법제정연구, 1996, 572면. 따라서 넓은 의미에서의 행정절차는 일차적 행정결정을 기준으로 사전·사후절차를 모두 포함하며 행정심판절차도 넓은 의미에서는 행정절차에 포함되게 되는 것이다. 김남철, 행정심판과 행정절차제도와의 조화방안, 부산대학교 법학연구 제53권 제4호, 부산국립대학교, 2012, 106면. 이러한 면에서 미국의 행정절차는 우리에게 익숙한 협의의 행정절차 뿐 아니라 행정심판절차도 행정절차의 일부로써 같은 제도 안에서 함께 이루어지고 있다. 때문에 이하에서 미국의 행정절차에 대한 내용에는 행정심판에 대한 내용도 포함된 것이다.

Ⅰ. 역사적·문화적 배경

1. 법의 지배와 사법국가의 전통

우선 미국은 영국의 영향으로 '법의 지배'의 전통이 이어져왔는데, 프리드먼이 그의 저서 '미국법의 역사' 서문에서 미국을 '판사들의 나라'라고 표현할 정도로[29] 국가 전반에 있어 법원의 영향력이 강하였다. 특히 법률문제에 대해서는 법관이 최고의 권위자이며 최후의 판단자라는 개념이 팽배하여[30] 대부분의 법률문제는 사법의 영역에 남아있었다.

따라서 우리식의 개념으로 '행정'이라고 부르는 개념들도 그것이 법률문제의 판단에 관한 것이라면 법원에서 해결하는 것이 자연스럽게 여겨졌고, 특히 서부개척과 관련하여 순환판사의 역할은 단순히 민사나 형사문제를 해결하는 우리식의 '판사'의 역할을 넘어 실질적인 행정청의 역할을 포함하는 것이었다. 이로 인하여 상당수의 행정결정들 역시 재판의 형식을 띠고 이루어지게 되었었다. 초기 연방제적 특성[31]과 더불어 바로 이러한 배경 때문에 당시 행정이라 불리는 것은 순수한 집행행위 즉, 사실행위나 국방 정도에 국한되는 것으로 행정의 개념이 매우 좁게 설정되어 있었다.

그러나 이후 이어지는 시장실패와 더불어 이러한 기존의 인식은 큰 변

---

29) 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판사, 21면 참조.

30) "판사들이야말로 모든 사건을 결정해야 하며, 국법에 따라 재판할 것을 선서한 살아있는 신기판관(神記判官)이며 일체의 법의 보관자이다." 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 27면.

31) 오늘날에 비하여 초기 미국의 연방제는 매우 느슨한 것이었다. 오히려 각 주들의 연합체라는 느낌이 강했기에, 행정적인 과업 등은 거의 각 주의 자율에 맡겨져 있었고 자연스럽게 연방 차원에서의 행정이라는 것의 개념은 매우 생소한 것이었다.

화에 직면하게 되었다. 우선 각종 사회 경제적 변화로 이전과는 다른 차원의 연방정부의 역할이 요청되었다. 특히 철도산업의 발달이 엄청난 영향을 끼치게 되었는데, 전국을 달리는 철도에 관한 한 주 정부의 규제는 무의미한 것이었기 때문이다. 주 정부의 규제는 오직 그 주 안에서만 통용되었을 뿐, 철도산업 전반을 규제하기에는 적절치 않았다. 또한 철도업자들 역시, 각 주 정부의 보조 등으로 과열 양상을 보여 중복 투자가 극심해지는 등 여러 부작용이 초래되었다. 이러한 까닭에 1887년 주간통상법(Interstate Commerce Act)가 입법되고, 이에 의해 최초의 독립규제위원회인 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission, ICC)가 설립되었다. 이후 각종 독립위원회들이 우후죽순처럼 생겨나면서 본격적인 연방단위 행정의 시대가 열리게 되었다.

결정적인 계기는 1929년의 세계대공황(Depression)과 이에 따른 1933년의 뉴딜정책이었다. 뉴딜정책으로 인해 연방행정청의 권한은 이전과 비할 바 없이 강화되었고, 최소한의 연방정부를 중심으로 한 느슨한 연방제라는 미국의 기존의 헌법적 구상은 변화를 맞게 된다. 다시 말해, 미국 헌법구조의 주축이라고 할 수 있는 연방주의, 견제와 균형, 그리고 인권보호를 재편성하는 정책이었던 것으로 평가되는 것이다.[32]

정리하자면 복지국가에 대한 요청과 시장에 대한 규제 필요성 등으로 인해 국가의 행정 업무의 필요성이 증대되었고, 더불어 세밀한 부분까지 국가의 손길을 요하게 되면서 행정의 전문성에 대한 요청 역시 증가하였으며 더 이상 기존과 같은 일방적인 사법부의 행정에 대한 우월적 지위를 유지하기에는 많은 어려움이 있었던 것이다. 때문에 결국 법원의 업무 중 행정에 관련된 결정권한들이 독립규제위원회를 비롯한 각 행정청

32) 정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학 연구 제8권 제2호, 2007, 424면 참조.

으로 이관되었으며 이 과정에서 기존의 익숙한 스타일이었던 법원의 업무방식을 많이 차용하게 되었다. 때문에 대심구조가 발달한 청문절차 등 사법절차를 준용하는 행정절차들이 많이 발달되는 특징을 보였다고 할 수 있겠다.

2. 적법절차의 원칙

또한 적법절차(due process)의 원칙 역시 법의 지배 원리와 더불어 미국의 행정절차가 고도로 발전하게 되는 주요 동력 중 하나로 기능했다.

적법절차의 원칙을 사전적으로 좁게 해석하면 개인의 권리를 보장하고 집행하기 위하여 소송절차는 확립된 관행과 원칙에 따라야 한다는 원칙을 말한다.[33] 그러나 오늘날 적법절차는 위의 정의와 같이 단순하게 해석되고 있지는 않으며, 각국의 실정에 따라 그 내용은 매우 다양하게 이해되고 있다. 예를 들면, 절차적 측면에 한정하는 경우도 있고 실체적 측면으로 확대하는 것도 있으며, 절차적 측면에 한정하는 경우에도 절차의 적법성에 그치는 것이 있는가 하면, 절차의 적정성 까지 나아가기도 한다. 마찬가지로 실체적 측면으로 확대되는 경우 역시 다양한 스펙트럼이 존재한다.[34]

이 중 미국의 경우에는 실체적 적법절차를 상정하는 국가로, 적법절차의 내용이 '실체적 적정성'(substantive fairness)까지 확대되는 경우라 할 수 있겠다. 다시 말해, 미국의 수정헌법 제5조와 제14조에 명문으로 규정

---

33) Black's Law Dictionary 7th ed., West Group, 1999, p.516. 강승식, 적법절차에 관한 연구, 토지공법연구 제40집, 토지공법학회, 2008, 182면에서 재인용.

34) 강승식, 적법절차에 관한 연구, 토지공법연구 제40집, 토지공법학회, 2008, 182-183면 참조.

된 적법절차의 법리는 절차적 적법절차에 그치는 것이 아니라, 공권력행사의 근거가 되는 법률이 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 실체적 적법절차까지 포함하는 의미로 쓰이고 있다는 것이다. 이와 같이 적법절차의 원칙을 절차적 정당성을 넘어선 실체적 적정성에까지 확대시키는 것은 적법절차의 원칙이 미국에서 얼마나 중시되는 법리인지를 에둘러 보여주는 것이라 하겠다.

때문에 미국에서는 대부분의 대륙법계 국가들과는 달리 행정절차에 유난히 큰 관심을 기울이고 절차의 확보를 통해 내용의 적정성까지 확보하려는 노력을 기울이게 되는 것이다. 어쩌면 내용 그 자체를 직접 문제삼고 평가하는 대륙법적 법문화와는 달리, 결정이 이루어지는 절차를 통제함으로써 내용의 정당성까지 확보하려는 미국적 법문화가 이러한 형태로 발현된 것이라고도 볼 수 있겠다.

위에서 살펴본 것과 같이 미국에서 대륙법계 국가들과는 달리 행정절차가 더욱 발달하게 된 것은 미국의 독특한 역사적·문화적 전통으로 인한 것이었다.[35] 체계적인 행정법이라고 칭할 만한 성문법도 없는 미국에서, 가장 대표적인 행정 성문법이 바로 연방 행정절차법(Administrative Procedure Act, APA)이라는 점은 바로 이러한 연유에 기인한 것일 것이다. 이하에서는 구체적으로 미국 행정절차의 어떠한 특성들이 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 전제조건을 이루었는지 살펴보겠다.

---

35) 대륙법계 국가이며 주로 독일법을 많이 계수한 우리나라에서도 행정절차법 만큼은 미국의 영향을 가장 많이 받았다 하겠다. 특히 우리 행정절차법 제21조의 처분의 사전 통지와 제27조의 의견제출 등은 미국의 영향을 강하게 받은 것이다.

Ⅱ. 행정절차에서의 사법절차 준용

위와 같은 역사적·문화적 배경의 영향으로 미국의 행정절차[36]는 절차적 엄정성이 특히 강조되며 동시에 사법절차를 강하게 준용하는 특징을 보인다. 대표적인 것으로 행정법판사(administrative law judge)와 대심구조의 청문 제도가 있다.

1. 행정법판사

미국 행정절차법상의 공식적 개별결정(formal adjudication) 혹은 공식적 규칙제정절차(formal rule-making process)는 그 과정에서 청문(hearing)을 거치도록 되어 있으며, 비공식적 행정결정의 경우에도 일차적으로 적용되는 개별법의 기준에 따라 다소간의 차이는 있으나, 당사자가 이에 대해 불복할 경우에도 청문을 요구할 수 있도록 되어 있다. 이

36) 덧붙여 미국의 행정절차의 특수성을 이해할 필요가 있다. 미국의 행정절차는 다른 많은 나라들에서 행정절차와 행정심판이 상당히 명료하게 분리되어 있는 것과 달리 독립된 행정심판이 존재한다기보다는 상당부분 행정절차의 안에 행정심판의 요소들이 포함되어 있는 형태를 취하고 있다. 미국의 행정결정 절차는 크게 공식적 결정 절차(공식적 개별결정과 공식적 규칙제정 포함)와 비공식적 결정 절차(비공식적 개별결정과 비공식적 규칙제정 포함)로 나누어진다. 이때, 공식적 결정 절차의 경우 기본적으로 행정법판사(ALJ)가 주관하는 대심구조의 청문절차를 거쳐 결정이 이루어지며, 비공식적 결정 절차의 경우 약식절차(고지와 의견제시)를 통해 이루어지지만 이에 대해 당사자가 불복할 경우 다시 행정법판사의 재심사를 받을 수 있다. 행정법판사의 결정에 대해서도 불복이 가능한데, 대부분 같은 행정청 안에 있는 '불복심사위원회'(Appeals Council)에 항소가 가능하며 불복심사위원회에서는 행정법판사의 결정을 심사한다. 이렇게 약식절차에서의 결정에 대한 행정법판사의 심사나 행정법판사의 결정에 대한 불복심사위원회의 심사 등은 모두 '행정절차'의 일부로써 다루어지나, 불복과 구제가 이루어진다는 점에서 일반적인 행정심판의 요소들을 포함하고 있는 것이다.

때 청문절차의 주재자를 행정법판사라 부른다.

여기서 '행정법판사'라는 용어가 과연 적절한가에 대해서는 다소의 논란이 있다. 이는 행정법판사가 'judge'라는 용어에도 불구하고 본질적으로는 사법부 소송의 법관이 아니라 행정부 소속의 공무원이며, 그 역할에 있어서도 청문절차를 주관하는 모습은 업무의 외형상 판사와 상당한 유사성을 지니면서도[37] 동시에 그러한 청문절차가 행정심판적인 요소를 지니는 행정절차 뿐 아니라 처분적 성격의 개별결정이나 정책결정적인 성격의 규칙제정 절차에도 속하기 때문이다.

행정법판사의 권한 내지 책임의 내용에 변동이 없음에도 불구하고, 1978년 행정절차법을 개정하면서 연방의회는 기존의 '청문조사관'(hearing examiner)이라는 명칭을 '행정법판사'(administrative law judge)라는 명칭으로 변경하였다. 이는 아마도 청문주재자의 공정성 및 신뢰성을 확고하게 하고, 공식적 개별결정절차가 행정기관의 사법적 기능이라는 측면을 더욱 강조하기 위한 것으로 보인다.[38][39]

---

37) 미국 행정절차법 제556조의 (c)에 따르면, 행정법판사는 ① 선서 및 확약을 집행하고, ②입증에 대한 결정과 관련 증거를 수집하고, ③법률에 의한 소환장을 발부하고, ④정의의 목적에 도움이 될 경우 증언조서를 채택하거나 증언조서가 채택되도록 하고, ⑤청문과정을 규율하며, ⑥ 당사자의 동의에 의하여 문제를 해결·조율하기 위한 협의를 하거나 대안적 분쟁해결수단을 이용하여 문제를 해결하는 등 광범위한 활동을 하도록 권한이 부여되는데, 확실히 많은 부분에서 연방이나 주법원의 사실심판사와 기능적으로는 대등함을 알 수 있다. 양승업, 미국 행정법판사의 독립성론에 관한 고찰 - 우리 청문주재자와의 독립성 비교를 중심으로 -, 공법학연구 제11권 제4호, 공법학회, 2010, 249면 참조.

38) 전인환, '미국 행정절차법상 개별결정(adjudication)의 공정성 확보 방안에 관한 연구', 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2011. 25면 참조.

39) 최문기/김형남, 미국법 강의, 세종출판사, 2001, 103면 참조. 저자는 이러한 명칭변화를 그 전보다 행정법판사에게 더욱 강한 독립성을 보장하기 위함이라고 설명하고 있다.

2. 재판유사의 청문절차

이러한 청문절차는 대심구조로 마치 재판과 같이 이루어진다. 즉, 이해관계인들이 절차에 참고인으로서가 아니라 당사자로서 참가하여 자신에게 유리한 증거를 제출하고 의견을 개진하며 행정법판사는 이를 심리하여 개별결정 혹은 규칙제정에 임하게 되는 것이다. 다시 말해, 정식 규칙제정의 경우에는 이해관계인이 문서로 제출한 공식적인 증거를 바탕으로 하여 재판 유사의 청문절차를 거쳐 규칙을 제정・개정・폐지하는 절차이다. 또한 정식 개별결정 절차의 경우에는 역시 재판절차와 유사한 형태의 청문을 거치는데, 당사자, 청문의 공식 기록, 증거제출절차, 사실조사절차, 증인・전문가의 채택절차 및 반대신문절차 등 일반민사소송절차에서의 소송절차를 일부 채택하고 있다.

이러한 재판 유사의 청문절차들은 비록 비용과 시간이 많이 소모된다는 단점이 있으나, 반면에 명확한 증거를 바탕으로 이해관계인의 권리・의무를 반영시킬 수 있다는 점은 장점으로 평가된다. 또한 이러한 절차를 통해 이해관계인들의 구제절차가 이미 발령된 행정처분이나 입법된 행정규칙에 대해 사후적으로 이루어지는 것이 아니라 행정절차 과정에서 사전적으로 이루어짐으로써 피해의 발생 자체를 미연에 방지한다는 점도 큰 장점이다. 손해가 이미 발생한 후에는 원상회복이란 사실 어려운 것이고 금전적 구제로는 완벽한 구제가 이루어질 수 없으므로 이러한 사전구제의 의의는 더욱 커질 수밖에 없다. 나아가 권리구제에 드는 기간이 단축된다는 점에서도 그러한 의의를 찾을 수 있다.

3. 불복과 행정청의 결정

위와 같은 청문절차의 결과물에 대해서 당사자가 불복하게 되면 사안은 다시 행정청의 불복심사위원회(Appeals Council)로 넘겨지는데, 불복심사위원회에서의 심사는 우리식으로 생각하면 일종의 행정심판 유사의 제도라 볼 수 있을 것이다.[40] 다만 이 역시도 최종적 결정이 이루어지기 전에 앞당겨져서 다투는 구제절차라는 점은 위에서 설명한 청문과 유사하다.

불복심사위원회에서는 행정법판사의 결정에 대해 전면적 재심사를 행하는 복심제를 취하고 있으나 실질적인 면에서는 행정법판사의 의견을 많이 존중하는 태도를 보이는데, 특히 사실인정과 관련하여 증인신문이나 증거의 수집에 있어 더욱 그러하다. 사실 불복심사위원회에서의 심사의 실질적 기능은 행정청 내부에서의 구제절차의 일부라는 점에서 행정심판과 유사하다 할 수 있겠으나, 여기서는 청문에서와 같이 재판절차를 준용한 대심적 구조에서 심사가 이루어지지는 않는다. 사실 바로 이 때문에 행정법판사의 사실인정, 특히 증인신문에서의 판단을 존중하는 것이다. 보다 정밀하게 나누어보자면, 증인신문 중에서도 증인이 증언 중에 불안해 보이는 표정을 지었다든지 헛기침을 많이 했다는 것과 같은 1차적 추론에 대해서는 그 증인을 직접 신문하였던 행정법판사의 의견에 더욱 무게가 실리는 것이고, 이러한 정황들을 바탕으로 한 2차적인 추론에 있어서는 행정법판사의 판단의 무게가 조금 더 약해진다.

여하튼 이렇게 행정청 안에서 행정결정을 내림에 있어 여러 단계의 심

---

40) 약식절차를 거치게 되어 청문이 이루어지지 않는 경우라 하더라도, 약식절차의 결과에 대해 당사자가 불복하는 경우 대부분 다시 청문을 거치게 되며, 이에 대해 또다시 불복하게 되면 역시 불복심사위원회로 넘어오게 된다.

사구조를 갖추고 있다는 것은 미국에서 행정절차의 엄정성을 유지하기 위해 얼마나 노력하고 있는지를 반영하고 있는 것이라 하겠다.

이처럼 세밀하고 정밀한 행정절차들을 지니고 있다는 점은 앞서 살펴본 상소심 심사모델이 제대로 기능하고 나아가 실질적 증거 심사가 자리잡게 되는 전제조건으로 작용하게 된다. 행정청에서의 사실인정 과정이 법원의 그것만큼이나 엄밀한 절차를 거쳐 신중하게 진행되었다는 믿음이 있으며, 또한 그러한 절차가 어떻게 진행되었으며 무엇을 근거로 판단이 이루어졌는가에 대한 세밀한 기록이 작성되기 때문에 법원이 행정청 결정을 '리뷰'하는 것만으로도 충분한 사법심사가 가능하게 되는 것이다.

제4절 미국 행정절차법 제706조와 심사기준

제2절에서 살펴본 것과 같은 우여곡절을 겪으면서 미국에서는 상소심 심사모델이 행정소송의 심사방식으로 자리잡게 되었다. 이와 더불어 미국 행정절차법 제706조가 입법되기 이전에 이미 법원에서는 각각의 판결을 통해 다양한 형태의 사법심사기준들이 시도되고 있었는데, 예를 들면, 실질적 증거 기준의 경우에는 1912년 ICC v. Union Pacific Railroad Co. 사건[41]에서 Lamar 법관의 의견에서 최초로 그 모습을 드러냈다.[42] 그러

41) ICC v. Union Pacific Railroad Co., 222 U.S. 541 (1912).

42) Lamar 법관은 위 사건에서 '사실문제와 법률문제의 혼합 문제'에 대해 다음과 같이 설시했다. "이러한 '사실과 법률의 혼합 문제'는 사법심사의 대상이 된다. … 최종적으로 승인된 증거에 의해 지지되는 경우에는 사실과 법률의 혼합 문제는 단지 아주 적은 양의 증거에 의해서도 지지될 수 있다." ICC v. Union Pacific Railroad Co., 222

나 이러한 심사기준들은 법원에 의해 당해 사안의 구체적 타당성을 추구하는 과정에서 우연히 개발된 것에 가까웠으며 이들의 적용에 대한 일관된 법이론은 아직 존재하지 않고 있었다.

이러한 상황에서 행정절차법이 제정되면서 제706조를 통해 각종의 심사기준들이 입법적으로 정해지게 된다. 제706조의 구체적인 내용과, 미국 행정법에서의 다양한 심사기준들에는 어떤 것들이 있는지, 아래에서 살펴보겠다.

Ⅰ. 미국 행정절차법 제706조의 내용과 의미

미국 행정절차법 제706조는 미국 행정법상 중요한 위치를 점하는 조문으로, 여기서 그 전체 규정을 소개할 만한 가치가 있다.

> 제706조 심사의 범위(Scope of Review) 소가 제기되었을 때 심사법원은 결정에 필요한 정도까지 모든 관련 법률문제를 결정하고, 헌법과 법률의 조문들을 해석하며, 행정행위에 있어서 용어의 의미나 적용 가능성을 정한다.
>
> 심사법원은 다음과 같은 경우에 -
>
> (1) 불법적으로 보류되거나 불합리하게 지연된 행정행위를 하도록 강제하고
>
> (2) 다음과 같은 것으로 판명된 행정행위, 판정, 그리고 결정을 위법하다고 판결하고 취소한다.
>
> (A) 자의적이고, 전단적이고, 재량의 남용 혹은 법에 합치되지 아니하며

U.S. 541 (1912).

(B) 헌법상의 권리, 권한, 특권, 혹은 면제에 반하며

(C) 법률상의 관할, 권한, 혹은 한계를 유월하거나 혹은 법률상 권리에 미치지 아니하거나

(D) 법률에 의해 요구되는 절차를 준수하지 않고

(E) 556조와 557조의 대상 사건에 있어 혹은 행정청이 법률에 따라 실시해야 하는 청문의 기록을 심사함에 있어 실질적 증거에 의해 뒷받침되지 아니하고,

(F) 사실관계가 심사법원의 전면적 재심사대상이 될 정도로 사실관계가 보장되지 못하는 경우

이상의 결정을 함에 있어 법원은 그 전체 기록 또는 일방의 당사자가 인용한 부분들을 심사하며, 사법 절차 이전 단계에서의 오류에 대해 적절히 설시하여야 한다.

보다시피 미국 행정절차법 제706조의 표제는 '심사의 범위'(scope of review)이다. 그러나 미국 행정절차법 제706조의 본문에서 볼 수 있듯이 제706조의 (2)의 각 항목에서는 법원이 행정행위, 판정, 결정을 위법하다고 판결하고 취소하는 '심사의 기준'들을 다루고 있다.

여기서 한번쯤 생각해 볼 것은 미국 행정법에서 심사의 범위와 심사의 기준이라는 말이 정확히 무엇을 의미하는가 하는 점이다. 기술적으로, 판단의 기준은 법원이 행정청의 결정을 존중하는 정도, 즉, 심사강도를 의미하며 판단의 범위는 판단에 기속되는 쟁점들이 어디까지인가의 문제를 의미한다. 그러나 두 가지는 종종 합쳐져서 용어들이 서로 구분 없이 사용되며, 결국 보다 근본적인 관점에서는 판단의 범위와 기준은 모두 의회, 행정부, 법원에 있어서 권력의 분배를 결정하는 개념으로 사용되는 것이다.[43] 앞서 각주 14에서 언급한 것처럼, 실제 미국 문헌들에서는 심

43) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation

사기준 문제에 가까운 심사강도를 나타내기 위해 '심사범위가 넓다, 좁다'로 표현하고는 한다.[44] 따라서 제706조는 보통 심사강도를 결정짓는 '심사의 기준'에 대한 조문으로서 설명되고는 한다.

구체적으로 살펴보자면 제706조의 (2)에서 (A)는 우리에게 익숙한 자의·전단 심사를 나타내는 것으로서 자의적, 전단적인(arbitrary and capricious) 경우를, (B)는 위헌적인(unconstitutional) 경우를, (C)는 관할(jurisdiction)이나 권한을 유월하는 경우를, (D)는 적법절차(due process)를 위반하는 경우를, (E)는 본 연구의 테마인 실질적 증거 심사를 나타내는 것으로 실질적 증거(substantial evidence)에 의해 뒷받침되지 않는 경우를, 마지막으로 (F)는 전면적 재심사(de novo)를 요할 정도로 사실관계가 보장되지 못하는 경우를 각각 규정하고 있다.

Ⅱ. 미국 행정법에서의 심사기준

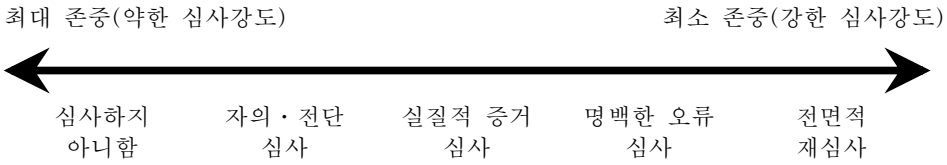
이러한 다양한 기준들은 서로 상이한 심사강도들을 지니고 있다. 위에서 살펴본 심사기준들 중 가장 대표적인 것들인 제706조(2)(A)의 자의·전단 심사, 동조(2)(E)의 실질적 증거 심사, 동조(2)(F)의 전면적 재심사에 판사의 사실인정에 대한 심사방법인 명백한 오류 심사를 더하여 일반적인 심사강도 순서대로 늘어놓으면 아래의 그림과 같다.[45]

Press, 2010, p.146.

44) 한편, 위의책에서 Glicksman과 Levy는 심사기준 내지 심사강도의 문제를 보다 근본적인 관점에서 고찰하여 행정청에 대한 '존중의 정도'로 설명하고 있기도 하다. 우리가 흔히 미국 행정법에서의 심사기준의 강도로 설명하는 도표에 '존중의 스펙트럼'이라는 제목을 붙인 것은 상당히 흥미롭다.

45) 다만 주의할 점은 여기서의 심사강도 순서라는 것은 기본적이고 원칙적인 관점에서

도표1. 존중의 스펙트럼(심사강도)[46]



1. 자의・전단 심사

심사를 전혀 하지 않는 경우를 제외하고는 자의・전단 심사가 심사기준들 중 가장 약한 심사강도를 지니는 것으로 디자인되었음을 알 수 있다. 자의・전단 심사는 제706조의 문헌상으로는 자의적이고, 전단적이고, 재량의 남용 혹은 법에 합치되지 않는지 여부를 심사기준으로 삼는데, 이는 대체로 행정청 판단이 현저히 자의적인지 여부만의 심사로 이해된다.[47] 법원이 자신의 판단으로 행정청의 판단을 대체하지 않으며 따라서

의 순서이며, 후술하는바와 같이 판례이론의 발달과 더불어 약간씩 수정되는 경향이 있다는 점이다. 예를 들어, 자의・전단 심사의 경우 가장 약한 심사강도를 갖는 심사방법으로 고안되었으나, 이후 엄격심사원칙 등의 영향으로 그 심사강도가 강화되어 오늘날 실질적 증거 심사와 거의 구별되지 않게 되었다. 물론 미국 행정절차법의 입법의도는 자의・전단 심사와 실질적 증거 심사의 구별을 전제로 심사강도를 달리하려 하는 점에 있음을 강조하는 입장도 있으나, 실상 미국 교과서는 오히려 양 기준이 서로 융합되어 양자 간에 실질적 차이가 없다고 서술하고 있다. 차이를 강조하는 의견은 금태환, 미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, 318면 참조, 뒤의 의견은 Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.182 참조.

46) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.168 참조.

47) Glicksman/Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.227 참조.

직접 기록을 작성하거나 증거를 수집하지 않는다는 점에서는 이견이 없으나, 구체적인 내용에 대해서는 정해진 바는 없어 결국 후에 판례를 통해 그 내용이 구체화된다. 대체로 특히 다른 마땅한 기준이 존재하지 않을 경우 널리 쓰이는 경향이 있다.[48]

2. 실질적 증거 심사

실질적 증거 심사는 행정청의 판단을 심사함에 있어 합리적인 사람이 합리적으로 판단하였을 때 그러한 결론에 도달할 수 있는지 여부를 기준으로 하는 심사로 소위 합리성 심사라고도 한다.[49] 실질적 증거 심사는 심사법원이 행정청에서의 전체 기록을 검토하여 행정청이 제시한 이유 등이 합리적인지 여부를 '리뷰'하는 식으로 이루어지는데, 이는 기존에 배심원 평결에 대한 사법심사기준으로 사용되고 있던 것을 행정청의 결정에 대한 심사에 도입한 것이다.

연방대법원은 이러한 도입 취지에 대해, 배심과 행정청 모두 증거를 수집하고 증인을 신문함으로써, 증인의 신뢰성을 밝히고 그로부터 추론을 이끌어 낸다는 공통점이 있다고 설시하였다.[50] 또한 연방대법원은 행정청에 대한 강한 존중을 보이는 이러한 심사기준을 취하는 근거로, 위에서 언급한 배심과 행정청의 공통점 이외에도 심사법원의 본안 판단에서의 업무부담의 감소, 행정청의 결정을 되도록 존중함으로써 행정청의 전문 지식을 십분 활용하며 일관된 법적용과 행정작용을 확보할 수 있다

---

48) 최문기/김형남, 미국법 강의, 세종출판사, 2001, 126면 참조.

49) 금태환, 미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, 299면 참조.

50) Nevada consolidated Cooper Corp., 316 U.S. 105 (1942).

는 점 등을 들기도 했다.[51]

3. 명백한 오류 심사

명백한 오류 심사는 비배심 심리에서의 판사의 사실인정에 대한 심사기준으로, 하급심에서 실수가 있었다는 확신이 없는 한 심사법원은 기존의 사실인정을 뒤집지 않는다는 것을 그 내용으로 한다. 이러한 정의만으로는 마치 법관의 판단을 매우 존중하는 약한 강도의 심사기준처럼 보이지만, 심사법원에 의해 증인신문과 전문가 감정이 이루어 질 수 있다는 점에서 실질적 증거 심사보다 조금 더 강한 심사강도를 지니고 있다고 할 것이다.

4. 전면적 재심사

마지막으로 가장 강한 강도의 심사는 전면적 재심사이다. 이는 마치 행정청의 기존의 판단 과정이 존재하지 않았던 것처럼, 법원이 직접 증인을 신문하고 증거를 수집하며 기록을 작성함으로써 심사법원 자신의 고유한 판단으로 행정청의 판단을 대체한다.

이상에서 실질적 증거 심사가 나타나게 된 배경과, 실질적 증거 심사가 등장할 수 있었던 전제조건들, 그리고 미국 행정소송에서의 사법심사기준으로는 어떠한 것들이 있는지를 개략적으로 살펴보았다. 그러나 최

---

51) Consolo v. Federal Maritime Commission, 383 U.S. 607 (1966).

종적으로 실질적 증거 심사가 미국 행정법에서 어떠한 기능을 담당하고 어떠한 영향을 끼치게 되었는지를 살펴보기 위해서는 그에 대한 사전작업으로써 실질적 증거 심사가 미국 행정법에서 구체적으로 무엇을 그 대상으로 하며, 어느 범위까지 적용되는지 명료하게 정리할 필요가 있다. 그래야만 실질적 증거 심사가 어느 범위까지 영향을 미치게 되는지가 드러나기 때문이다. 이에 대해서는 장을 바꾸어 설명하겠다.

제2장 실질적 증거 심사의 적용 대상과 범위

앞서 살펴본 상소심 심사모델의 기본적인 아이디어에 의거하자면 실질적 증거 심사는 행정청 결정에서도 사실인정 부분에 대해서만 적용되는 것이 타당하다. 즉, 행정청의 행위를 '사실문제'와 '법률문제'로 양분하여 각각에 대한 행정청과 법원의 기능적 우월성을 인정함으로써 심사강도를 달리하자는 아이디어 말이다. 이에 따르면 행정청의 행위에 대한 사법심사에서 법률문제에 한한 한 법원이 이에 대한 기능적 우월성을 지니므로 법률문제의 심사기준은 '전면적 재심사'(de novo)일 수밖에 없다.

그러나 미국 행정법은 일반규정인 행정절차법 외에도 무수히 많은 개별 조직법 등으로 이루어져 있으며 그러한 개별법들은 각각의 경우에 사법심사 방법이나 심사기준에 대해 따로 규정하고 있는 경우도 허다하다. 즉, 개별 조직법등의 규정에 의해 실질적 증거 심사는 단지 행정청의 사실인정 외에 법률문제 등에도 적용이 가능하게 되는 것이다.

뿐만 아니라 실질적 증거 심사의 핵심이라고 할 수 있는 '합리성 심사'는 각종 판례와 이를 통해 개발된 여러 법이론들을 타고 들어가 결과적으로 법률문제 판단에서까지 주요한 심사기준의 하나로 자리매김하게 되었는데, 실질적은 면에서 보자면 이는 실질적 증거 심사의 적용 대상이 행정청의 법률문제 결정에까지 넓어지는 효과로 귀결되었다.

제1절 사실문제와 법률문제

위에서 말한 바와 같이 실질적 증거 심사의 적용 범위가 확대되게 된 까닭은 여러 가지 측면에서 설명이 가능할 것이다. 우선, 법률문제와 사실문제의 구별이 명쾌하지 못하였기 때문에 행정청과 법원 중 누가 판단의 우월성을 갖는가를 판단하는 것이 생각처럼 쉽지 않았다. 둘째로, 이러한 어려움을 법원이 자기 나름대로 이용했다는 점도 생각해 볼 수 있다. 즉, 사실문제와 법률문제의 구별의 모호성은 법원이 행정청의 결정에 대한 자신의 영향력의 정도를 스스로 결정할 수 있게끔 하는 도구로 이용되었다. 마지막으로 애초에 사실문제에 대해서는 행정청이, 법률문제에 대해서는 법원이 기능적 우월성을 갖는다는 전제 자체가 잘못되었다. 법률문제에 있어서도 행정청의 판단이 우선시 되어야 하는 경우가 현실에서 나타나기 시작하였다.

그러나 이러한 이유들은 서로 조금씩 달라 보이지만 결국 '행정청과 법원의 우월성을 기반으로 한 기능적 분배가 법률문제냐 사실문제냐를 기준으로 삼았기 때문'이라는 한 문장으로 집약될 수 있을 것이다.

Ⅰ. 사실문제와 법률문제 구별의 모호성

법학에 있어 사실문제와 법률문제의 구별은 오래된 영역이다. 흔히 행정청의 몫으로 여겨지는 '법집행'의 문제이든 법원의 몫으로 여겨지는 '법적용'의 문제이든 간에 근본적으로는 법을 해석하여 적용하는 활동이

라 할 수 있다.[52] 그리고 이는 다시 '법을 해석'하는 '법률문제'와 '법을 적용'하기 위한 준비 작업으로써의 '사실문제'를 포함하는 것이다. 그러나 이러한 오랜 전통에도 불구하고 사실문제와 법률문제는 명쾌하게 무 자르듯 구별되는 문제가 아니라는 난점을 지닌다.

보다 구체적으로 살펴보기 위해 법적용 과정을 전통적 방법인 삼단논법에 따라 설명하면, ① 불확정개념을 해석하여 법규의 요건 내용을 파악하고(제1단계 - 대전제), ② 당해 사실관계를 확정한 다음(제2단계 - 소전제), ③ 그 사실관계가 위 법규의 요건내용에 해당함으로써 그 요건이 충족되는지 여부를 판단하여(포섭 Subsumption), ④ 요건 충족의 경우에는 그 법규가 규정하고 있는 효과내용에 따라 행정결정을 내리게 되는데(제3단계 - 결론)[53], 보다시피 설령 제1단계는 법률문제로, 제2단계는 사실문제로 생각한다 하더라도, 제3단계의 포섭의 문제는 법률문제나 사실문제 어느 한쪽으로 단정하기 어려운 것이다.

이에 대해서는 미국의 선구적인 행정법학자인 Louis L. Jaffe의 적절한 설명이 있으므로 이를 인용하기로 한다.

> 지난 10년간 미국의 법원들, 입법자들, 그리고 저술가들은 행정상의 사실인정에 대한 사법심사의 바탕을 이룰 통일된 개념을 발전시키기 위해 지속적이고 강력한 노력을 쏟아왔다. 오늘날의 이론에 따르면 행

---

52) 법집행과 법적용이 이루어지는 과정을 면밀히 들여다보면, 결국 아래에서 설명하는 삼단논법에 의해 이루어진다는 점에서 엄밀한 의미에서 질적으로는 동일한 활동으로 파악할 수 있다. 다시 말해, 양자 모두 법령을 해석·적용하는 활동이다. 박정훈, 한국에 있어 행정의 개념, 2010. 9. 15.자 서울대학교 법과대학-프라이부르크 법과대학 학술대회 발표문 참조. 전인환, '미국 행정절차법상 개별결정(adjudication)의 공정성 확보 방안에 관한 연구', 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2011. 9면에서 재인용.

53) 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 「행정작용법」, 중범김동희교수정년기념논문집, 박영사, 2005, 250-251면 참조.

정청은 '사실의 탐색자'(fact finder)이다. 사법심사는 행정행위가 법에 합치되는지를 결정하는 기능만을 지닐 뿐, 그 이상은 아니다. 그러나 일반적으로 사실인정을 지지하기 위해 제출된 증거의 적절성 문제는 법률문제이다. 이것은 배심원 평결에 대한 심사에서 오랫동안 받아들여져 왔던 공식이며, 행정법의 분야로 이식되어진 공식이다. 따라서 만일 법조문이 오직 법률문제의 심사만을 규정하고 있다면, 그럼에도 불구하고 그 심사는 증거의 적절성 문제에까지 이르는 것이다. 그리고 심지어 사실인정이 '종국적'이라는 법조문도 그 문장이나 문맥상 그러한 입법 의도가 의심의 여지없이 명백한 것이 아닌 한 심사를 배제할 수는 없다.[54]

이와 같이 법률문제와 사실문제는 명료하게 나누어지는 개념이 아니며, 애매모호한 중간영역이 다수 존재하므로 결국 이러한 중간영역을 어떻게 해결해야 할 것인지가 문제되었다.

Ⅱ. 법률문제와 사실문제 구분의 탄력성 : 심사강도 문제로의 치환

헵번법의 입법 이후 상소심 심사모델의 정착 과정에서 법원은 바로 이러한 점을 적절히 이용하여, 자신의 입맛에 맞게 법률문제와 사실문제를 탄력적으로 판단하기에 이른다. 즉, 심사강도를 높이거나 결정을 뒤집고 싶은 경우에는 주요 문제를 '법률문제'라고 규정함으로써 법원의 개입을 늘리고, 반대의 경우에는 '사실문제'로 평가하면서 심사강도를 낮추어 중복된 노력의 투입 없이 행정청의 결정을 존중하는 식이었다. 결국 법원

54) Louis L. Jaffe, Question of Fact, Harvard Law Review, Vol. 69, No. 6, The Harvard Law Review Association, 1956, p.1020 참조.

의 이러한 태도를 통해 법률문제와 사실문제의 구별이라는 문제가 실질에 있어 심사강도의 문제로 치환되기에 이른 것이다.

1. 대표적인 사례 : Federal Trade Commission v. Gratz, 253 U.S. 421 (1920)

1914년 입법된 연방통상위원회법 제5조는 1906년 헵번법 이후 법원이 도입한 상소심 심사모델을 의회가 승인하는 듯 한 내용을 포함하고 있었다. 동 조항은 특정한 회사들이 주간 통상에서의 '불공정 경쟁'에 관여되었는지 여부를 결정하는 절차의 주재 권한을 연방통상위원회(Federal Trade Commission, FTC)에게 부여하면서, 이 절차에서의 행정청의 인용결정이 '만일 증언에 의해 지지받는다면 위원회의 사실인정은 최종적일 것이다'라고 규정하였다.[55] 이는 사실상 실질적 증거 기준을 표현한 것이었는데, 그러나 법률문제나 사업 관행이 '불공정 행위'인가 여부를 결정하기 위한 심사기준에 관해서는 공백으로 남아있었다.

Federal Trade Commission v. Gratz 사건에서 연방대법원이 처음으로 이 법률을 직면하게 되었을 때, 법원은 어떤 관행이 불공정 경쟁인지를 결정하는 것은 법률문제이며 따라서 이에 대한 결정 권한은 법원의 몫이라고 판단하였다. 또한 이러한 판단을 바탕으로 법원은 위원회의 규칙을 파기하였는데, 이는 위원회가 불공정 행위로 판단했던 강철이나 면, 화물 등의 구매를 직물 꾸러미의 구매와 결부시키는 행위가 일반적 관행이었다는 점을 근거로 한 것이었다.

이러한 법원의 결론에 대해 평가하자면, 아마도 법원은 법률에 명시된

55) Act of Sept. 26, 1914, §5.

사실문제에 대한 존중적인 심사기준에 각을 세우는 것이 어렵다고 판단하고는, 판결의 근거를 '불공정 경쟁방법'의 '법적 정의'의 문제에서 찾았을 것이다.[56] 그리고 이를 법률문제로 봄으로써 위원회의 결정을 뒤집을 수 있었다. 만일 이를 사실문제로 판단했더라면 위원회의 결정이 합리적인 사람이 합리적으로 판단할 때 동일한 결론이 도출될 수 없어야만 뒤집을 수 있었을 것이다. 다시 말해, 위 사건은 행정청의 결정에 대한 심사강도를 높이기 위해 법률문제의 범위를 확대 해석한 대표적 사례였던 것이다.

2. 영향

이렇게 법률문제와 사실문제의 구별을 심사강도 결정의 수단으로 삼음으로써 법원은 헵번법의 입법 이후에도 여전히 행정청 결정에 대한 어느 정도의 영향력을 유지할 수 있었다. 이는 어떻게 보면 헵번법이 입법될 당시의 사법심사강도를 낮추려는 사회적 분위기에 휩쓸려 지나치게 행정청 존중 일변의 분위기로 흐를 수도 있었던 상황에서, 법원이 나름의 중심을 잡을 수 있도록 하는 수단으로 평가될 수도 있을 것이다.

흔히 영미법에서는 '선판례'(precedent)에 의존하는 것이 일반적인 원칙이기 때문에 많은 사람들은 선판례가 난공불락의 철칙으로 작용하여 이에 강하게 구속된다고 오해하고는 한다. 그러나 이러한 선례구속의 원칙에도 불구하고 아니, 오히려 이 원칙에 의거하여 미국의 판사들은 선판례와 당해사건의 사실관계의 상이성을 발견하고 선례와 다른 판결을

56) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.403 참조.

이끌어냄으로써 이에 부합하면서도 보다 타당한 결정을 할 수 있었다.[57] 마찬가지로 법원은 행정사건에서 사실문제와 법률문제의 구별 기준을 각 사건의 특성에 맞추어 최적의 지점에 둠으로써, 각 사건의 개별·구체적 타당성을 추구할 수 있었던 것이다.

이상에서 살펴본 것처럼 법원의 다소 자의적인 법률문제/사실문제 판단은 이미 주어진 상황 속에서 법원의 입장에서는 최선의 선택이었을지도 모른다. 오히려 한 가지 원칙을 세워두고 그것만을 고집하였다면 오히려 그 과정에서 구제되지 못했을 피해들만 속출했을지도 모르겠다. 때문에 이러한 유연성을 상소심 심사모델의 큰 장점으로 여기는 견해도 존재하는 것일 것이다.[58] 그러나 사법심사에 있어서 법적 안정성이나 예측가능성이 얼마나 중요한 것인지, 그것들이 어떠한 가치를 갖는지는 상술할 필요조차 없을 것이다. 뿐만 아니라 법원이 항상 객관적이고 공정함을 유지할 수 있다면 애초에 법원을 구속하는 어떠한 법이론도 필요하지 않을 터지만, 현실은 그렇지 않기에 원칙이나 이론들이 필요한 것임을 상기하여보면, 이와 같은 법원의 자의적 판단은 위험하기까지 하다는 것을 쉽게 알 수 있다.[59]

실상 이러한 문제점이 발생하게 된 것은 어쩌면 상소심 심사모델을 도

---

57) 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 27면 참조.

58) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.409 참조.

59) 이에 비해 우리나라의 경우 행정행위에 대한 심사강도는 당해 행정행위가 기속행위인가 재량행위인가의 구별에서 크게 영향 받는데, 이에 대해서는 애초에 입법자의 당해 행정행위의 성격에 대한 입법자의 평가가 어느 정도 반영된 것이다. 이에 반해 미국 행정절차법에서는 행정행위를 기속행위나 재량행위로 구분하고 이에 대해 서로 다른 정도의 통제를 하는 부분을 찾아볼 수 없다. 최문기/김형남, 미국법 강의, 세종출판사, 2001, 123면 참조.

입함에 있어 법원과 행정청의 '기능적 우월성'에 따라 재심사 혹은 리뷰라는 심사강도 조정 방법을 고안한 것은 훌륭하였지만, 그 기준을 설정함에 있어 법률문제/사실문제라는 도식을 고민 없이 끌어온 것 때문이 아닐까 싶다. 이에 대해서는 제목을 바꾸어 살펴보겠다.

Ⅲ. 판단의 우월성에 대한 기준 설정의 부적절성

앞서 살펴보았듯이 행정청과 법원이 각각 어떤 경우에 판단의 우월성을 갖는가를 결정하는 기준으로 '법률문제/사실문제'를 끌어오게 된 것은 진지한 성찰이나 연구의 결과물이라기보다는 시대적 흐름에 의해 다소 즉흥적인 결과물이라고 보는 것이 더 타당할 것이다. 이러한 개념은 배심원와 판사의 업무 분장에서 착안되었으며, 나아가 심사기준을 설정할 때에도 계속하여 영향을 미쳤다. 실제로 합리성 심사를 강조하는 '실질적 증거 심사' 역시 본래는 배심원 평결에 대한 사법심사의 기준으로 널리 알려진 것이었다.

때문에 법률문제와 사실문제를 행정청과 법원 사이의 기능적 우월성을 지니는 영역을 구별하는 기준으로 삼고, 나아가 심사강도 설정에까지 강한 영향을 끼치도록 한 것이 적절한 것인가에 대한 의문도 제기되었다. 즉, 오늘날 행정청은 단지 정책의 집행자인 것이 아니라 전문성이나 민주적 책임성으로 인해 정책의 결정자로서 더 널리 인식되고 있는데, 그러한 정책결정 문제에 사실문제보다는 오히려 법률문제가 더 긴밀한 관련성을 지니고 있다는 것이다.[60][61] 실제로 법해석에 있어서도 특정분야

60) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative

의 법해석에 있어서는 법원보다 오히려 이를 담당하는 행정청이 더욱 전문성을 지닌다는 셰브론 판결[62] 등의 문제의식도 이와 맥락을 같이 하는 것이라 할 수 있다. 뿐만 아니라 이와 유사하게 실질적 증거 심사에 대해서도 배심원 평결에 대한 심사와의 차이점을 인식해야 한다는 입장들도 등장하고 있다.[63]

제2절 법률문제 심사에서의 실질적 증거

위에서 살펴본 세 가지 문제들은 공통적으로 보다 적절한 심사강도를 확보하기 위한 여정들이라고 생각할 수 있다. 마지막에서 살펴본 부적절한 기준 설정의 문제점 때문에 보다 타당한 심사기준, 심사강도를 찾아 헤매게 된 것이다. 이러한 문제의식들의 영향으로 법원은 보다 세밀한 심사기준을 확립하기 위해 여러 판례들을 개발하기에 이르렀는데, 대표적인 것이 Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe[64]을 기점으로 한 '엄격 심사원칙'(hark look review)와 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council[65] 사건을 기점으로 한 '셰브론 존중원칙'이라 할 수 있을

Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.411 참조.

61) 미국 행정청에서 점차 개별결정(adjudication)을 통한 일종의 행정 처분에 비해 규칙 제정(rule-making)을 통한 행정 입법 활동이 활발해지고 있다는 점을 통해서도 미국에서 행정청의 정책 결정자로서의 역할이 점차 강화되고 있음을 짐작할 수 있다.

62) Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

63) Chen v. Mukasey, 510 F.3d 797 (8th Cir. 2007). Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise. 3.Vols., 5.ed., 2010, pp.977-978에서 재인용.

64) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

것이다. 이를 통해 행정행위에 대한 심사기준이 다양화 되었고, 결과적으로 행정청이 행한 사실인정의 문제 즉, 사실문제에 대한 사법심사에만 적용된다고 여겨졌던 실질적 증거 심사의 핵심인 '합리성 심사'가 이들 이론들을 타고 들어가 법률문제에 대한 심사기준으로까지 영향력을 확대하는 계기가 되었다.

Ⅰ. 실질적 증거 심사의 적용 대상에 대한 전통적 견해

본래 실질적 증거 심사의 적용 대상은 행정청의 사실인정에 대한 사법심사에 국한된다는 것이 전통적인 입장이었다. 그럴 수밖에 없었던 것이, 상소심 심사모델을 받아들이면서 앞서 설명하였듯이 행정청과 법원의 기능적 우월성을 어떤 영역에 둘 것인가의 문제를 '법률문제'와 '사실문제'로 풀어나갔기 때문에 사실인정 문제가 아닌 영역은 법원의 전면적 재심사가 기본원칙이 될 수밖에 없었기 때문이다.

뿐만 아니라 미국 행정절차법이 1946년 입법되면서 제706조 (2)의 (E)에서 실질적 증거 심사의 적용영역을 동법 제556-667조에 속하는 사례로 제한하였는데, 이는 미국 행정행위들 중 정식 개별결정절차와 정식 규칙제정절차만을 포함하는 것이었다.[66] 때문에 실질적 증거 심사는 정

---

65) Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

66) 미국의 행정절차는 크게 규칙제정절차(rulemaking procedure)와 개별결정절차(adjudication)으로 나누어 볼 수 있는데, 규칙제정은 행정입법에, 개별결정은 행정처분에 해당한다고 생각하면 무리가 없다. 각각의 절차는 다시 정식(formal)절차와 약식(informal)절차로 나뉜다. 개별결정의 경우 adjudication이라는 용어를 '재결'로 번역하는 경우도 많은데, 그 실질을 살펴보면 오히려 행정처분에 더 가까움을 알 수 있다. 미국의 경우 우리와 달리 행정심판 유사의 기능이 보다 앞당겨져서 처분 절차에 포함

식절차에서의 사실인정에만 적용된다고 보는 것이 일반적이다. 이를 도표로 정리해보면 다음과 같다.

도표 2. 각종 심사기준의 적용 기준

	정식절차	약식절차
행정청의 사실판단	실질적 증거 심사	자의전단
행정청의 법률해석	de novo	de novo

그러나 연방행정절차법은 어디까지나 보충적으로 적용되는 것이므로, 개별적인 행정조직법에 다른 규정이 있으면 통지를 하거나 입법에 대한 설명을 하는 등의 약식절차에 의한 행위를 할 때에도 실질적 증거 기준의 적용이 가능하다.[67] 또한 행정조직법 7 U.S.C. §2022에서처럼 드물긴 하지만 행정청의 사실인정이 행정조직법에 의한 심사의 대상이 되는 경우도 있다.[68] 그러나 위와 같이 개별 행정조직법에 의해 달리 규정된 경우가 그리 많은 것은 아니다. 또한 노동관계위원회(National Labor Relations Board, NLRB)나 사회보장국(Social Security Administration, SSA)의 경우처럼, 실질적 증거 심사를 적용하게끔 하는 조직규정과 행정절차법의 규정 내용이 동일한 경우도 상당하다.[69] 이러한 연유로 실질적 증거 심사는 대체로 행정청의 '정식절차'에서의 '사실인정'에 대한 심사기준으로써만 사용되는 것으로 여겨져 왔다.

이러한 생각은 법원의 주요 판례들 중 하나인 Citizens to Pres.

되어 있는데 이 때문에 그 성격을 오해할 소지가 더욱 큰 것으로 보인다.

67) Glicksman/Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.167 참조.

68) Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise. 3.Vols., 5.ed., 2010, p.976 참조.

69) 위와 같은 조직 규정이 적용되는 NLRB와 SSA의 기록 판정 절차가 정식절차에 의해 이루어지기 때문에 어차피 행정절차법 제706조 (2)(E)의 적용대상이기도 하다.

Overton Park v. Volpe판결[70]과 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council판결[71]이 예기치 않게 실질적 증거 심사의 적용 범위에 영향을 끼치게 되면서 변화의 필요성에 직면하게 되었다. 이에 대해서는 아래에서 자세히 살펴보겠다.

Ⅱ. 전통적 심사기준에 대한 수정이론

사법심사의 기준이라는 문제를 쪼개어 보면, 어떤 문제에 대해 법원이 어떤 기준을 사용할 것인지, 각 기준의 구체적인 내용과 심사 방법은 무엇인지, 법원이 어느 정도의 적극성을 취할 것인지 등으로 나누어 생각할 수 있다. 이들의 문제는 모두 '본안에서의 심사강도'와 밀접한 관련을 가지고 있기 때문에, 결국 무엇을 심사기준으로 삼을 것인가의 문제는 실상 본안에서의 심사강도의 측면으로 접근해 볼 필요성이 있다.

미국 행정절차법에서는 앞서 살폈듯 거칠게 보아 각 논점에 대한 사법심사기준을 결정함에 있어 그것이 사실문제인지 법률문제인지 여부와 정식절차를 거쳤는지 약식절차를 거쳤는지 여부의 두 가지 기준의 조합을 이용하고 있다. 때문에 도표2.와 같은 4가지 모습으로 설명되는 것이다. 그러나 이러한 기준들이 결과적으로 사법심사의 강도를 결정하는 기준이 된 것이지 처음부터 사법심사의 강도를 달리하기 위해 이러한 기준들을 차용한 것이 아니다 보니, 과연 위와 같은 기준으로 사법심사의 강도를 달리하는 것이 타당한 것인가에 대한 의구심이 드는 것도 사실이다. 다

70) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).
71) Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

시 말하면, 위와 같은 기준들의 조합을 통해 심사강도가 결정되는 것이 개별 사건에서의 구체적 타당성을 추구하기에 적절치 못하게 되는 경우가 다수 발생하게 되었다.

따라서 법원 역시 이러한 문제점들을 시정하고자 여러 고민들을 하게 되는데, 아래의 판례들과 이론들이 바로 이러한 고민의 결과물들이다.

1. 엄격심사원칙

엄격심사원칙은 한마디로 자의・전단 심사의 내용을 보완하는 것이다. 본래 자의・전단 심사는 실질적 증거 심사보다 더 약한 심사강도를 지니는 것으로 알려져 있었으나, 실질적으로 미국 행정절차법 제706조상의 규정만으로는 그 구체적인 내용을 짐작하기 어려웠다. 이에 법원은 이 기준의 내용을 명확히 하기 위해 여러 판결들에 걸쳐 노력하게 되는데, 흥미롭게도 바로 이러한 판결들을 통해 서로 다른 것으로 여겨졌던 자의・전단 심사와 실질적 증거 심사가 수렴하게 된다.[72]

(1) 기존의 자의・전단 심사

미국 행정절차법 제706조는 (2)의 (A)에서 '자의적이고, 전단적이고, 재량의 남용 혹은 법에 합치되지 아니하며'라는 표현을 사용하고 있는데, 문언에서는 서로 다른 네 개의 표현이 사용되었으나, 그 기준은 통상 하나의 기준으로 여겨지며 통상 '자의・전단 심사'(arbitrary and capricious

72) Glicksman/Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.242-243 참조.

test)로 불린다. 일반적으로 자의·전단 심사는 기술적인 지식과 전문성을 지니는 행정청에 대하여 의회가 위임한 정책형성 재량을 매우 존중하는 것으로 간주되고 있다.[73] 그러나 이러한 자의·전단 기준이 어떤 기준인가는 명확하지 않기 때문에 연방법원이 어떠한 심사기준을 적용하여 심사할 것인가는 결국 연방법원의 해석에 맡겨져 있었다.[74]

그리하여 그 구체적인 의미를 다룬 첫 번째 판결이 바로 Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe 판결[75]이었는데[76] 바로 이 판결에서 엄격심사가 등장하였다.

(2) Overton Park 판결과 엄격심사의 도입

Overton Park 판결은 시립공원을 관통하는 고속도로를 건설하려는 교통부장관의 결정을 법원이 심사하였던 사건이다. 법원은 이 사건에서 어떤 심사기준을 적용할 것인가를 검토하면서 이 사건에 미국 행정절차법 제706조 (2)(E)의 실질적 증거 심사나 동조 (2)(F)의 전면적 재심사 모두 적용되지 않는다고 결론지었는데, 그러면서도 "제706조에 따라 일반적으로 적용할 수 있는 기준은 법원으로 하여금 실질적인 심리를 요구한다. 분명히 교통부장관의 결정은 … 신중한 것으로 추정된다. 그러나 그러한 추정이 철저하고 면밀하며, 심도 있는 심사를 면하게 해주지는 않는다

---

73) Glicksman/Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.227 참조.

74) 정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호, 2007, 427면 참조.

75) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

76) Glicksman/Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.227 참조.

."[77]라고 판시하였다. 법원은 제706조 (2)(A)가 법원으로 하여금 "행정결정이 관련된 모든 요소들을 기초로 한 결정인지 여부, 그리고 행정청의 판단에 명백한 오류가 있는지 여부를 고려해 줄 것을 요구"[78]한다면서 "비록 면밀하고 신중한 심리를 요구하기는 하나 최종적인 심사기준은 좁은 것[79]이다. 법원은 행정기관의 판단을 대체할 권한을 부여받은 것은 아니"[80]라고 하였다.

결국 법원은 여기에서 법원에게 행정결정이 모든 관련 요소를 고려하여 이루어진 것인지, 행정청의 판단에 명백한 오류가 있는지 여부를 고려하도록 하는 것이다. 이러한 법원의 기조는 이후의 판결에서도 이어져서, Baltimore Gas & Elec. Co. v. Natural Res Def.Council, Inc. 판결[81]에서는 "행정청이 관련 요소들을 고려하였는지, 그리고 관련된 사실과 선택된 결정 사이의 합리적 관련성을 분명히 설명하였는지를 밝혀내는 일 뿐이다."라고 판시하였으며, Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut Auto. Ins. Co. 판결[82]에서는 "행정청이 부적절한 요소들에

---

77) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402, 415 (1971). "the generally applicable standards of §706 require the reviewing court to engage in a substantial inquiry. Certainly, the Secretary's decision is entitled to a presumption of regularity … But that presumption is not to shield his action from a thorough, probing, in-depth review."

78) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402, 416 (1971). "whether the [administrative] decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgement."

79) 즉, 우리식으로는 최종적인 심사강도는 약한 것이다.

80) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402, 416 (1971). "Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The court is not empowered to substitute its judgement for that of the agency."

81) Baltimore Gas & Elec. Co. v. Natural Res Def.Council, Inc., 462 U.S. 87 (1983).

82) Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983).

의존하였거나, 문제의 중요한 요소를 고려하지 않았거나, 행정기관의 설명이 행정기록상의 증거에 반하거나, 견해차이나 전문성의 차이로 인정될 수 없을 만큼 설득력이 없는 경우"에 행정청의 판단이 자의·전단적인 것으로 인정될 수 있다고 하였다. 특히 State Farm 판결에서의 위의 네 가지 판단 요소들은 하급법원들에서 엄격심사의 판단 기준으로서 자주 인용되었다.[83]

(3) 평가 : 자의·전단 심사의 실질적 증거 심사로의 접근

실질적 증거 심사보다 더욱 낮은 심사강도를 지니는 것으로 이해되었던 자의·전단 심사가 위와 같은 판결들의 영향으로 점차 엄격한 심사기준으로 해석되게 되면서, 질적인 면에서 실질적 증거 심사와 자의·전단 심사와의 실질적 차이점이 흐려지게 만드는 효과가 나타났다.

우선 양자 심사기준 모두, 행정청이 심사대상인 자신의 판단에 대해서 기록으로써 설명하여야 하고, 이에 대한 사법심사는 행정청의 그러한 판단이 옳은지 여부가 아니라 행정청이 제시한 이유가 그 결과에 대한 적절한 설명이 되는지 여부에 집중해야 한다는 점이 동일하다. 이러한 점에 대한 인식은 특히 D.C. 항소법원의 판결에서 잘 드러난다. D.C. 항소법원은 EarthLink, Inc. v. FCC 판결[84]에서는 자의·전단 기준을 적용하여 행정청의 사실판단을 심사하면서, "행정청 판단이 실질적 증거에 의해 뒷받침되지 않은 경우 자의적이거나 변덕스러운 것"이라고 밝힘으로써 실질적 증거 심사와 자의·전단 심사를 통합하였고, 뒤이어

83) Glicksman/Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, pp. 229-230 참조.

84) EarthLink, Inc. v. FCC, 462 F.3d 1 (D.C. Cir. 2006).

American Radio Relay League, Inc. v. FCC 판결에서는 “미국 행정절차법의 맥락상 자의·전단 심사와 실질적 증거 심사가 ‘어느 정도 이상 증거에 의한 뒷받침’을 요구하는 한 하나이며 같은 것”이라고 판시하였다.[85]

한 마디로 말해, 자의·전단 심사의 구체적 내용으로 엄격심사가 도입되면서, 기존의 막연하게 ‘매우 약한 심사강도’로 이해되었던 자의·전단 심사의 심사강도가 강화되었고 이로 인해 결과적으로 자의·전단 심사와 실질적 증거 심사간의 실제적 차이점을 없어지게 만드는 효과가 나타난 것이라 할 수 있다. 여기까지만 보면 엄격심사의 도입이 실질적 증거 심사의 적용 대상의 확대와 어떤 관계가 있는지 명료하게 드러나지 않는다. 그러나 이는 아래에서 설명할 셰브론 존중원칙과 결합하여 실질적 증거 심사의 적용 대상을 넓히는 징검다리로 작용한다.

2. 셰브론 존중원칙

민사사건과는 달리 행정사건의 경우에는 법원의 결정에 앞서 통상 행정기관의 결정이 존재하기 때문에 이를 두고 “민사법원은 결정하지만 행정법원은 통제한다.”라고 설명할 정도로[86], 행정소송의 대상이 되는 행정행위는 그 안에 필연적으로 행정청의 법적 판단을 내포할 수밖에 없다. 또한 점차 복잡해져 가는 기술적, 경제적 발전에 직면하여 행정부의 재량 영역이 확대되는 것은 현대국가의 특징 중 하나일 것이다.[87]

---

85) American Radio Relay League, Inc. v. FCC, 524 F.3d 227 (D.C. Cir. 2008).

86) Jan S. Oster, The scope of judicial review in the german and U.S. administrative legal system, 9 German L.J., 2008, p.1267. 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 312면에서 재인용.

이러한 환경 변화 속에서 셰브론 판결[88]은 행정청의 법률해석에 대한 기존의 해석 즉, 법률문제에 대해서는 행정청에 비해 법원이 언제나 기능적 우월성을 지닌다는 기존의 해석에 대해 근본적 변화를 꾀한 판결이었다. 물론 이 이전에도 Skidmore v. Swift & Co. 사건[89]에서 정립된 '스키드모어 존중원칙'이 존재하였지만 법원이 행정청의 법률해석 결정을 '존중'하는 이유에 있어서는 셰브론 존중원칙과 매우 상이한 모습을 보이고 있다는 점에서 기존 해석에 대한 '근본적 변화'라고 명명하기에는 부족한 것이었다. 구체적인 내용은 이하에서 살펴보겠다.

(1) 행정청의 법률해석에 대한 기존의 견해와 문제점

셰브론 존중원칙이 도입되기 이전에는 원칙적으로 법원이 모든 종류의 법률문제에 대해서 우월성을 지니는 것으로 이해되었다. 이러한 인식은 '법의 지배'에 대한 오랜 전통에서부터 기인한다. 영미에서의 법의 지배란 '법의 우위'(supremacy of law) 혹은 '법치행정'을 의미하는 것이지만 여기에서의 법은 우리가 흔히 '법'하면 떠올리는 제정법(制定法)이 아니라 판례법(case law)이라는 점에서, 우리에게 익숙한 제정법을 기본으로 한 법치행정의 개념과는 약간 다르다고 할 수 있다. 즉, 보통법의 제정 주체라고 할 수 있는 사법부인 보통법 법원이 행정부에 대하여 우위를 지키며 이를 지배한다는 원칙이라 할 수 있는 것이다. 반면에 판례법은

---

87) Antonin Scalia, Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law, Duke L.J. 511, 1989, p.518. 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 312면에서 재인용.

88) Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

89) Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).

단지 행정부에 대하여 우위를 점할 뿐 입법부인 의회에는 그렇지 않다는 사상 역시 내재되어 있다.[90] 때문에 법률문제에 있어서는 어떠한 종류의 법적 문제인가를 차치하고 법원이 행정청에 대해 우월적인 판단권을 지닌다는 것이다. 그러나 이러한 견해는 뉴딜정책 이후 변화에 직면하게 된다.

뉴딜정책은 단순히 효과적인 경기 부양책이나 새로운 개념의 정책이었다는 의의를 뛰어넘어 미국 사회 전반에 대해 엄청난 변화를 불러일으켰는데,[91] 행정법적 측면에서는 아마도 연방의 개념이 재정립되고, '제한된 중앙정부'라는 본래의 착안을 뛰어넘어 질적인 면에서 오늘날과 같은 연방행정청이 '탄생'하는 계기가 되었다는 점을 꼽을 수 있을 것이다. 이를 통해서 1887년 최초로 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission, ICC)가 설립을 기점으로 점차 확대되어 오던 행정청의 권한과 업무는 엄청나게 확대되었고, 그 전문성과 복잡성을 더 이상 법원이 대체할 수 없게 되었음이 명백해졌다.

앞에서 여러 번 인용했던, 정책판단은 사실문제보다는 법률문제에 가깝고 이러한 정책적 문제는 행정청의 판단이 더 우월하다는 Merill의 견해[92] 역시 유사한 맥락으로 볼 수 있다. 법률문제라 하더라도 항상 당해 행정청의 업무 범위 내에서는 반복적으로 법을 해석하고 앞뒤 사정에 정통한 행정청이 오히려 적합한 해석자일 수 있다는 것이다. 1980년대에 접어들면서 비판은 강화되었는데, 법원의 구조적 한계로 인해 법원은 다원적인 사회문제들을 다루기에는 제한적인 능력만을 가지고 있다든지[93]

---

90) 최문기/김형남, 미국법 강의, 세종출판사, 2001, 13-14면 참조.

91) 정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호, 2007, 424면 참조.

92) Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.411 참조.

행정청의 전문성을 근거로 행정청에 더 많은 권한을 부여해야 한다는 의견 등이 그러한 것이다.

> 법규의 의미에 대해 논란이 있는 경우에 '법률의 의미가 무엇인지'를 확정하는 것은 본질적으로 사법의 기능 중 하나이다. 그러나 한편으로는 '성공적인 행정'이라는 가치를 고려한다면, 해당 규정을 지속적으로 다루는 '전문가'집단인 행정청에게 주요한 해석 책임을 부영하는 것이 타당하지 않는가라는 의문이 들기도 한다.[94]

이러한 비판들은 행정청과 법원 사이의 기능적 우월성을 배분함에 있어 더 이상 사실문제와 법률문제의 구분을 경계로 삼는 것이 적절치 않다는 것을 여실히 보여준다. 특히 오히려 행정청이 더욱 전문성을 지닐 가능성이 높은 영역임에도 기존의 도식에 사로잡혀 법원의 판단을 우선하게 된다면, 행정의 일관성을 불필요하게 저해하게 될 우려가 증대되는 등 사회경제적 비용도 증가하며 '기능의 분배'라는 상소심 심사의 기본 아이디어에도 배치되는 것이라는 점에서 그러하다. 때문에 위에서 살펴본 사회적 변화와 맞물려 이러한 상황을 수정하기 위한 필요성이 더욱 강해지고 있었다. 바로 이러한 문제의식 하에서 기존의 견해를 수정・보완하기 위한 다양한 이론들이 고안되었는데, 셰브론 판결 등장 이전의 것들 중 주요한 것으로는 스키드모어 존중원칙이 있다.

스키드모어 존중원칙은 Skidmore v. Swift & Co. 판결[95]에서 확립된

---

93) 정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호, 2007, 431면 참조.

94) Cynthia R. Farina, Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State, 8 COLIUM L. REV., 1989, p.452. Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.186.에서 재인용.

95) Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).

이론으로, 관련법에 명시적으로 규정되지 않은 특별한 형태의 '시간 외 근무'에 대한 행정청의 해석을 법원이 받아들인 사건이다. 이 사건에서 법원은 행정청의 해석이 오랜 기간에 걸쳐 상당한 정도로 그 중요성이 인정되었으며 때때로 그것이 법원의 판단에 결정적인 영향을 미쳤다고 설명하면서, 행정청은 자신의 수권법을 공적 의무에 따라 강화된 전문성을 바탕으로 해석하기 때문에 행정기관의 해석은 존중할 만하다고 설시하였다.[96]

이러한 법원의 판결 내용에서 볼 수 있듯이 법원의 입장은 어느 정도는 행정청의 법률해석을 존중하는 것이었다. 법원이 언급한 행정청의 강화된 전문성이라는 것은 기술적·과학적 지식 뿐 아니라 법률의 집행과정에서 축적된 행정영역에서의 전문성도 포함되는 것으로 인식되었다.[97]

그럼에도 불구하고 스키드모어 존중원칙에서 법원의 행정청에 대한 '존중'은 셰브론 판결에서의 그것과는 질적으로 궤를 달리하는 것이었다. 다시 말해, 법원이 행정기관이 지니는 고유한 해석 '권한'을 인정하였다기보다는, 단지 행정기관의 법률해석이 전문적 경험을 바탕으로 충분한 정보에 근거하여 내려진 판단이기 때문에 법원 스스로 판단함에 있어 참고할 만한 중요 자원으로 여겼다고 보는 것이 더 정확하다는 말이다.[98] 결국 판단의 주체는 여전히 법원이며, 법원의 판단이 궁극적으로 행정청의 판단을 대체하는 위치에 있다는 점은 비판의 대상이었던 기존의 인식과 동일한 것이었다. 다만, 법원이 행정청의 판단을 하나의 주요 자료로

---

96) Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).

97) Keith Werhan, Principles of administrative law, Thomson/West, 2008, p.329 참조. 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 316면에서 재인용.

98) 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 316면 참조.

삼음으로써 즉, 행정청 판단의 자료적 가치를 높게 쳐줌으로써 외관상 행정청의 법률해석에 보다 존중적인 입장을 취한 것처럼 보인 것이었다. 결국 스키드모어 존중원칙은 사법부의 독립성을 오히려 인정하는 쪽이었으며 법원의 법률해석 권한도 고스란히 유지하였다.

(2) 셰브론 존중원칙의 내용

셰브론 존중원칙이 스키드모어 존중원칙과 다른 점은 법률해석에 대한 행정청의 존중의 근거를 의회로부터의 행정청에 대한 권한의 위임에서 찾았다는 점이다. 즉, 행정청이 당해 사건에 대해 의회로부터 법률을 해석할 권한을 위임받은 것으로 인정된다면, 행정청의 법률해석 권한이 최소한 당해 사건에서는 법원에 앞선다고 인정한 셈이었다. 때문에 셰브론 존중원칙은 '무엇이 법인가를 판단함에 있어 행정청과 법원 간의 권한의 분배라는 문제에 대한 가장 중요한 연방대법원 판결'이라고 일컬어지기도 한다.[99]

그 구체적인 내용은 다음과 같다. 셰브론 존중원칙은 간단하게 말해 행정청의 법률해석에 대한 사법심사 과정을 2단계로 나누어, 제1단계에서는 의회가 행정청에게 당해 법률을 해석할 권한을 부여하려 했는지 여부를 파악하고, 그러한 의도가 인정된다면 다시 제2단계에서 행정청의 판단을 존중적으로 심사하는 것이다.

다시 한 번 살펴보면, 결국 제1단계에서 의회가 제정한 법률을 해석하

---

99) Thomas W. Merill, The Mead Doctrine: Rules and Standards, Mera-Rules and Meta-Standards, 54 Administrative Law Research 807, 2002, p.809 참조. 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 317면에서 재인용.

여 그 법률의 '명확한 의미'(plain meaning)가 파악될 수 있다면 행정청은 당연히 그 법률을 따라야 하는 것이므로 법원이 행정청의 '해석'을 존중할 여지 자체가 없게 되는 것이다. 사견으로는 이는 우리나라에서 말하는 기속행위에 해당하는 것이라고 볼 수 있다. 반면에 제1단계에서 이러한 명확한 의미가 도출되지 않는다면 제2단계의 심사로 나아가는데, 이는 결국 의회가 행정청에게 '해석의 여지를 부여'한 것으로 보아 행정청에게 정책결정의 여지를 인정하는 것이다. 때문에 ① 행정청은 의회에 의해 정책을 결정한 권한을 인정받은 것이고, ② 더욱이 행정청은 당해 문제에 대하여 전문성을 인정받으며, 나아가 ③ 행정기관의 장은 국민들에 대해 정치적 책임을 진다는 점에서도 정책결정자로서 더 적합하다는 세 가지 근거를 기반으로 연방대법원은 법원이 행정청의 판단에 대해 보다 낮은 강도의 심사만을 해야 한다는 결론을 이끌어냈다.[100] 이러한 개념은 우리식으로는 재량행위에 가깝다. 이상이 셰브론 존중원칙의 기본 아이디어이며 이에 덧붙여 몇가지 파생적 문제들이 나타나게 된다.[101]

본 연구의 관심사와 관련 있는 파생적 문제만을 살펴본다면 우선 셰브론 제2단계에서 법원이 '어떤 기준'을 이용하여 행정청의 법률해석을 심사할 것인가의 문제를 들 수 있겠다. 실제로 셰브론 판결은 제2단계가 어떻게 적용되어야 하는지에 대해 거의 언급하지 않았다. 그러나 City of Chicago v. Environmental Def. Fund 사건[102]에서 대법원은 셰브론 제2단계에 따라 행정청의 법령 해석 방식이 법률의 모호함에 의해 정당화될 수 있는 수준을 넘어섰다면서 환경보호국의 규제기준을 무효화시킨 바

---

100) Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

101) 예를 들면, 1단계 심사에 있어 문언주의를 따를 것인지 의도주의를 따를 것인지의 문제라든지, 뒤에서 언급할 2단계에서 법원이 사용할 심사기준은 어떤 것이어야 하는가의 문제라든지, 후에 Mead 판결에서 나타나는 셰브론 0단계의 문제 등이 있다.

102) City of Chicago v. Environmental Def. Fund, 511 U.S. 328 (1994).

있는데, 이러한 판시에 비추어 볼 때 2단계에서 고려하는 것은 결국 제1단계에서 확인된 재량범위 내에서 행정청의 판단이 이루어졌는지 여부라고 할 수 있다.[103] 결국은 행정청이 법률을 해석함에 있어 주어진 재량을 벗어나 '자의·전단적으로' 판단했는지 여부를 심사하게 되는 것이다. 바로 이러한 점에 착안하여 일부 학자들은 두 기준이 하나로 결합되어야 한다고 주장하기도 한다. 여하튼 결과적으로 셰브론 존중원칙에 의거하여 행정청의 법률해석을 심사할 때 셰브론 제2단계를 통해 자의·전단 심사가 다시금 적용되게 된다 할 수 있겠다.

(3) 평가

앞에서 우리는 자의·전단 심사의 내용을 보충하기 위해 엄격심사원칙이 채택되었음을 살펴본 바 있다. 바꿔 말해 엄격심사를 통해 자의·전단 심사의 구체적 내용으로 실질적 증거 심사에서의 '합리성 심사'가 들어오게 되었으며 이는 다시 자의·전단 심사가 실질적 증거 심사로 수렴하여 결과적으로 양자 사이의 질적인 차이를 증발시켰던 것이다.

바로 이러한 자의·전단 심사가 셰브론 존중원칙 제2단계에 사용되었다는 점은 상당히 흥미롭다. 이는 곧 실질적 증거 심사가 셰브론 존중원칙의 내용의 일부를 구성하며, 행정청의 법률문제 심사에까지 널리 사용되게 되었음을 의미하는 것이다. 결국, 이를 통해 실질적 증거 심사의 적용 범위가 행정청 행위에 대한 사법심사 전반으로 넓어지게 되는 효과가 나타났다 하겠다.

---

103) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.190 참조.

Ⅲ. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 엄격심사의 도입과 셰브론 존중원칙을 거쳐 실질적 증거 심사는 미국 행정소송의 사법심사에서 법률문제와 사실문제, 공식절차와 비공식절차의 구별을 넘어서서 전반적으로 적용되는 대표적인 심사기준으로 자리매김하게 되었다. 따라서 실질적 증거 심사가 끼친 영향은 미국 행정소송의 사법심사 전 영역에 걸쳐 나타나게 되는 것이나 다름없다 할 것이다. 우리가 미국 행정절차법과 행정소송 실무상 다양한 심사기준들이 존재함에도 불구하고, 실질적 증거 심사에 특히 주목해야 하는 것은 바로 이 때문이다.

제3장 실질적 증거 심사 제도의 영향

실질적 증거 심사의 적용 범위가 사실문제와 법률문제를 가리지 않는 행정작용 전반으로 넓어짐에 따라, 실질적 증거 심사에서 찾아볼 수 있는 행정청에 대한 존중의 정신 즉, 권한과 의무를 동시에 강화함으로써 행정청으로 하여금 보다 넓은 재량을 지니면서도 동시에 절차적 엄정성을 스스로 확보하게 만드는 메커니즘이 사법심사 전반에서 나타나게 되었다. 이를 통해 미국 행정법은 행정에 대한 사법적 통제를 유지하면서 창의적이면서도 책임 있는 행정의 발전을 동시에 꾀하는 방향으로 발전할 수 있었다고 평가된다.

제1절 행정청의 전문성 및 신중성 제고

실질적 증거 심사 제도의 영향은 크게 두 가지 방면으로 나타난다. 즉, 행정청에 대해서는 실질적 증거 심사의 영향이 행정청에게 행정절차를 더욱 중시하게 하고 행정결정을 함에 있어 보다 신중을 기하도록 만들어 준다. 반면, 법원에 대해서는 실질적 증거 심사 등의 도입이 기존의 심사 방식에 비해서 본안판단에서의 심사 부담은 경감시키면서도 오히려 심사 대상을 넓히고 각각의 경우들을 나누어 다양한 심사기준들과 심사강도들을 마련함으로써 적정 심사강도를 유지할 수 있도록 기능하였다.

아래에서는 이렇게 두 가지 영역에서의 영향 중 우선 행정청에 대한

부분부터 살펴보도록 하겠다. 행정청에 대한 영향은 다시 크게 두 부분으로 나누어볼 수 있는데, 우선 행정청의 기록작성 의무가 강화된 점과 둘째로 행정청의 이유제시 의무가 강화된 점이 그것이다.

Ⅰ. 행정청의 기록작성 의무의 강화

미국 행정절차법 제706조는 마지막 문장에서 심사법원으로 하여금 어떠한 심사에서든 "모든 기록 또는 당사자에 의해 인용된 모든 부분들"을 심사하도록 규정하고 있다. 이처럼 미국 행정법에서의 사법심사는 애초에 행정청에서 작성한 '기록'(record)를 바탕으로 이루어지며, 앞서 살펴본 것처럼 실질적 증거 심사의 합리성 심사가 행정소송에서의 사법심사 전반에 널리 퍼짐으로써, 사법심사 과정에서 행정결정의 적법성을 검토하기 위해 바로 그 기록의 '합리성'을 심사하는 경우가 대다수이게 되었다. 이러한 상황에서 행정청이 어떤 경우에서든 '기록을 작성하고', 그 작성된 기록의 내용에 더욱 심혈을 기울이는 것은 어쩌면 당연하다 할 것이다.

특히 실질적 증거 심사에 있어 그 심사대상이 되는 기록의 범위를 어떻게 볼 것인가의 문제를 통해 이러한 행정청의 기록작성 의무는 더욱 강화되었다고 할 수 있겠다. 기록의 범위에 대해 가장 큰 영향을 끼친 판결은 바로 1951년의 Universal Camera Corp. v. NLRB 사건[104]이라 할 수 있겠다. 또한 1971년의 Overton Park 판결[105]에서는 행정기관이

104) Universal Camera Corp. v. NLRB, 340 U.S. 474 (1951).
105) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

약식절차를 따르고 제556조와 제557조에 따라 만들어지는 종류의 행정기록이 없는 경우에도, 사법심사는 행정청에 의한 기록에 근거하여 이루어짐을 강조하였다.[106] 즉, 정식절차에 따른 개별결정이나 규칙제정의 경우가 아니더라도, 행정절차 안에서 작성된 행정청의 기록이 사법심사의 일차적 대상이 된다는 것이다.

이하에서는 위의 두 판결을 중심으로 실질적 증거 심사와 행정존중적 사법심사의 맥락에서, 법원이 사법심사에서의 '행정청 작성 기록'을 어떻게 해석하였는지 그리하여 그것이 행정청에게 어떤 영향을 끼치게 되었는지 살펴보도록 하겠다.

1. Universal Camera Corp. v. NLRB 판결

(1) Universal Camera 판결 이전의 상황

사실 실질적 증거 심사라는 것이 처음 만들어지게 된 것은 행정청의 결정을 보다 존중하기 위해 행정청의 사실인정에 대해서 종국성을 부여하려는 시도의 일환이었다. 이와 관련된 법조문들에서는 '사실의 인정이 증거에 의해 지지된다면', '증언에 의해 지지된다면', '실질적 증거에 의해 지지된다면' '종국적이다'(conclusive)라고 하였는데 여기서의 증거나 증언 혹은 실질적 증거는 같은 의미로 해석되었다.[107] 따라서 행정청의 사

---

106) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.242.

107) E. Blythe Stason, 'Substantial Evidence' in the Administrative Law, 89 U. PA. L. Rev., 1941, p.1028. 금태환, 미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, p.304에서 재인용.

실인정에 증거·증언·실질적 증거 등에 의해, 즉, 일정한 증거들에 의해 일반적 수준의 합리성이 담보된다면 이를 종국적인 것으로 인정하라는 의회의 의지를 표명한 것이었다.

문제는 이러한 문구들을 어떻게 해석할 것인지에 대해 법원들 사이의 의견이 분분했다는 점이다. 법조문에서 말하는 '증거'란 어떤 것들을 의미하는지, 이러한 증거를 살피기 위해 법원은 행정청이 작성한 기록들 중 어느 부분까지를 살펴야 하는지 등이 논란의 중심이었다. 이러한 문제점은 주로 노동관계위원회(National Labor Relations Board, NLRB) 관련 사건들을 중심으로 나타났는데, NLRB 위원회의 결론을 뒷받침하고 있는 증거 이외의 증거들도 법원이 판단에 고려할 수 있는지 여부에 대해 하급법원들 간에 의견이 나뉘고 있었다.

이에 대해 전미 노동관계위원회의 사실판단은 만약 여러 증거들 중 어떤 하나의 증거에 의해 뒷받침되기만 한다면 대체로 결정적인 것으로 여겨졌다. 때문에 Universal Camera 판결 이전에는 많은 법원들이 압도적인 반대의 증거들이 존재함에도 불구하고 위원회의 결정에 부합하는 기록에 나타난 증거만을 고려하여 위원회의 결정을 유지하고는 하였다. 이러한 상황에 대해 많은 불만들이 쌓여가던 가운데 1946년 연방행정절차법이 입법되고 기존의 Wagner법이 Taft-Hartley법으로 개정되면서 법은 실질적 증거 기준을 적용하면서도 '전 기록에 근거하여' 판단할 것을 요구하기에 이른 것이다. 그러나 이러한 '전체 기록에 근거하여'라는 표현을 과연 어떻게 해석할 것인가에 대해 여전히 법원들 간 의견이 일치되지 않고 있었는데, 그 의미를 최초로 규명한 것이 바로 1951년의 Universal Camera Corp. v. NLRB 판결이다.

(2) Universal Camera 판결과 '전체 기록에 근거한 판단'의 의미

본 판결은 Universal Camera Corp.의 감독직으로 근무하던 Chairman이 업무상 불복종을 이유로 해고된 사안에 대하여 노동위원회는 그 해고가 Chairman이 회사에 대해 적대적인 증언을 하였던 전력 때문이라고 판단하고 Chairman의 복직과 해고 기간 동안의 임금을 지급하라는 명령이 문제되었던 사건이다. 여기서 Chairman의 증언과 해고 사이에는 2개월이라는 시간적 여유가 있었는데, 이에 대해 청문조사관(현재의 행정법판사)은 회사 측의 의견을 받아들여 보복적 동기를 인정하지 않았으나 노동위원회는 그럼에도 불구하고 이 사건의 해고가 보복적 동기에서 나온 것으로 판단하였다.

이에 대하여 연방항소법원은 "Wagner법에서 Taft-Hartley법으로 변경되면서 발생한 차이는 '실질적인'이라는 형용사와 '전체로서의 기록'이라는 말이 추가되었다는 점인데, 이는 새로운 심사범위를 규정하는 것이라기보다는 이미 존재하던 관행을 보다 분명히 규정한 것뿐이다."라고 판시하면서 위원회의 결정을 뒷받침하는 증거와 기록들만을 기반으로 판단하였고, 위원회의 결정을 지지하였다.[108] 즉, 청문조사관과 위원회의 판단에 각각을 뒷받침하는 증거들이 존재하였음에도, 본 사안에서 위원회에 비해 청문조사관의 전문성을 인정할 특별한 이유가 없으며 위원회의 결론을 뒷받침하는 기록들만을 검토하면 족하다는 입장을 취하였던 것이다.

반면 연방대법원은 '전체 기록'의 의미를 연방항소법원과는 달리 판단하였다. 연방대법원은 '사실에 관한 위원회의 결정이 증거에 의하여 뒷받

108) Universal Camera Corp. v. NLRB, 179 F. 2d 749 (1950).

침된다면 종국적'이라는 Wagner법의 기존 규정의 의미를 해석하면서, '실질적 증거'라는 것은 단순히 '증거가 있음'을 의미하는 것이 아니며, '확정해야 할 사실의 존재에 대해 가능성을 창조하는 것 이상이어야' 한다고, 배심재판이라면 배심원이 사실인정을 함에 있어 '지시평결'(directed verdict)을 거부할 수 있을 정도의 정당성이 있어야 한다고 설명했다. 즉, 기존의 Wagner법 하에서도 실질적 증거란 단순히 몇몇 증거들에 의해 뒷받침되는 것 보다는 좀 더 강한 정당성을 요구한다는 것이다. 그럼에도 불구하고 당시의 법원들은 사건에서의 모순된 증거들에 대해 위와 같은 기준을 탄력적으로 적용시킴으로써 위의 규정을 단지 '위원회의 결론을 뒷받침하는 그 증거가 실질적이라는 것으로 족하다'라는 개념으로 축소하고 있었으며, 바로 이 때문에 위원회의 결정을 실질화하는 증거를 기록 속에서 찾아내었을 때, Wagner법의 요구를 충족시켰다는 추정이 성립한다고 말할 수 있었다는 것이다.[109]

연방대법원은 위와 같은 해석 하에서는 법원은 사건의 한 단면만을 보게 되고 거기에서 어떠한 증거라도 인정되면 그 결정은 유지될 수밖에 없으며 반대되는 기록과 증거는 무시될 수밖에 없다는 법무장관 산하 위원회의 견해를 소개하면서, 미국 행정절차법의 입법의 역사나 Taft-Hartley법의 입법 역사는 바로 이러한 문제의식들을 포함하고 있는 것이라고 설시했다. 양 법률에서 법원이 '전체 기록을 고려해야 한다'라고 요구하고 있는 것은 바로 이러한 점이 명료하게 드러나고 있는 것이라는 것이다. "실질성을 확인하기 위하여 전체 기록을 조사해야 한다는 요구는, 법원이 증거를 평가할 계산 방법을 제시하려는 것은 아니며 또한 그것이 전문성을 가지는 노동위원회의 기능을 부정하기 위한 것도 아니다. … 단지 의회가 분명히 하고자 하는 것은, 위원회의 견해에 반대되는 증거를

109) Universal Camera Corp. v. NLRB, 341 U.S. 474, 488 (1951).

포함하여 기록 전체로 보아 결정을 뒷받침할 증거가 실질적이지 않다면 법원은 위원회의 결정을 번복할 수 있다는 것이다.”

이처럼 기존의 모든 논란들을 종식시키며 연방대법원이 “법원이 전체 기록을 고려하는 것은 행정절차법 제706조의 명백하게 중대한 요청이다” 라고 밝힘으로써[110] ‘전체 기록에 근거한 판단’이라는 문구의 의미는 분명해졌다. 행정결정을 뒷받침하는 증거는 행정청의 결정과 일치하는 증거 뿐 아니라 합리적인 사람이 전체 기록에서의 모든 증거를 고려한 후에 그러한 결론의 근거로 삼기에 충분해야 실질적 증거 심사의 요구를 충족시킬 수 있다는 것이다. 즉, 문자 그대로 ‘전체 기록’을 대상으로 심사 해야만 한다는 점을 명료히 한 것이다.

이러한 Universal Camera 판결은 행정청에 대해서는 기록작성 의무를 강화시키는 영향을 끼쳤다. 실질적 증거 심사가 적용되는 것으로 전통적으로 여겨졌던 정식절차에서의 기록작성은 말할 것도 없고 곧이어 살펴볼 Overton Park 판결 이후로 자의·전단 심사가 적용되는 약식절차에서도 기록을 바탕으로 ‘엄격한 심사’ 즉, 합리성 심사가 이루어지게 되면서, 법원의 엄격심사를 견뎌내기 위하여 약식절차에서도 보다 광범위한 행정기록의 작성이 요구되게 된 것이다.

2. Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe 판결[111]

Overton Park 판결은 사실 엄격심사의 도입과 관련하여 더욱 잘 알려진 판결이다. 그러나 이 판결에서 사법심사의 대상으로서의 행정청 기록

110) Universal Camera Corp. v. NLRB, 341 U.S. 474, 488 (1951).
111) Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

에 대해서도 참고할 만한 내용을 포함하고 있음으로 여기에서는 이를 살펴보기로 한다.

Overton Park는 멤피스(Memphis)시 중심부근에 있는 시립공원이었는데, 새로운 6차선의 주간 고속도로가 이 공원을 관통하여 건설되도록 승인된 것이 문제의 발단이었다. 이러한 계획을 반대하는 시민들은 장관이 사안의 심사과정에서 가능하고도 적절한 대체적인 고속도로 경로가 왜 없는지, 또는 고속도로의 공원 침해를 줄일 수 있는 설계의 변경이 왜 이루어지지 않는지에 대하여 지적하지 아니하였으므로 위 승인이 미국 건설교통부법(Department of Transportation Act) 제4조 (f)[112]에 위반하는 것이라고 주장했다.

위 사건의 경우 건설교통부법 제4조 (f)나 미국 행정절차법 양쪽 모두에서 장관이 특정한 절차에 따르거나 공식적인 답신을 하도록 요구하고 있지 않았기 때문에 이에 대한 행정청 작성의 기록이 부재했는데, 때문에 테네시 서부지구연방지방법원은 피고의 선서진술서(affidavits)를 바탕

112) Department of Transportation Act, 49 U.S.C. §1653 (f) (1966). "공원, 휴양지 기타 국토의 자연을 보호하고, 야생생물 및 물새의 보호구 및 역사적 경관을 보전하기 위해 특별한 노력을 하는 것이 국가의 정책임을 여기에 선언한다. 건설교통부장관은 해정자치부장관, 주택·고시개발장관 및 농림부장관 또는 각주와 협의하여 교통망의 정비계획을 책정함으로써 이 계획에는 교통의 이용에 제공되는 토지의 자연보호를 촉진하는 수단을 강구하여야 한다. 1968년 8월 23일 이후 교통망의 정비에 관한 계획 또는 사업에 있어서 연방, 주 기타의 권한을 가진 국방부 직할부대 및 기관이 지정한 공원, 휴양지, 야생생물 또는 물새의 보호구에 존재하는 공유지의 사용을 필요로 하는 것 및 전기의 기관이 지정한 사유에 존재하는 토지사용을 필요로 하는 것에 관해서는 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 경우가 아니면 장관은 이를 허가해서는 안된다.

(1) 그러한 계획을 대체할 수 있는 가능하면서고 적절한 토지 이용 방안이 달리 없는 경우

(2) 그러한 계획이 그 사용으로 인한 공원 및 레크리에이션 부지, 야생동물, 그리고 물새들의 피난처 또는 역사적 유적지의 침해를 최소화 할 수 있는 가능한 모든 계획을 포함하고 있는 경우

으로 심리한 후 피고의 결정이 권한을 일탈하지 않았다고 판시하였다.[113] 제6항소법원도 지방법원의 판결을 지지하였고[114] 결국 이 사건은 연방대법원으로 넘어가게 되었다.[115]

연방대법원은 하급심 법원이 소송상의 선서진술서를 심사대상으로 삼은 방식에 대하여, 이러한 접근 방법은 동 선서진술서가 명백하게 행정청이 만든 기록 전체에 포함되지 않는 것이며 단지 사후적인 이유제시에 불과하다고 하여 하급심 판결을 기각하였다. 따라서 법원은 장관이 공원을 통과하는 경로를 승인하기 전에 행정청에 의해 작성된 기록 전체에 근거하여 심사할 것을 요구하면서 당해 사건을 지방법원으로 환송하였다. 더욱이 대법원은 만약 행정청의 기록이 장관이 고려한 요소들을 드러내지 않고 있다면 지방법원은 장관이 그의 권한 범위 내에서 행동하였는지, 그리고 그의 행위가 자의적 기준 하에서 정당화될 수 있는지를 판단할 수 있도록 그에 대한 설명을 요구하였어야 했을 것이라고 판시했다. 즉, 그 결정에 참여한 행정부의 관료들을 소환하여 이에 대해 증언하도록 했어야 한다는 것이다.[116]

이처럼 Overton Park 판결 이후 법원은 사법심사에 적합한 기록을 확보하는 데 초점을 맞추었다. 더불어 정식 개별결정이나 정식 규칙제정 절차를 거치는 경우가 아닌, 약식절차에 대해서도 행정청의 기록을 요구하게 된 것이다. 때문에 오늘날 행정청은 정식절차는 말할 것도 없고 약식절차에서도 통상적으로 그게 관한 기록을 포함하게 되었다.

---

113) Citizens to Pres. Overton Park, Inc. v. Volpe, 309 F. Supp. 1189.

114) Citizens to Pres. Overton Park, Inc. v. Volpe, 432 F. 2d 1307.

115) 김춘환, 미국 연방대법원의 Overton Park 사건에 관한 판례의 검토, 토지공법연구 제18권, 2003, 599면 참조.

116) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.151 참조.

물론 이 두 판결을 통해 법원이 행정청에게 직접적으로 어떠한 의무를 부과하려는 의도를 표출하였다고 보는 것은 무리가 있을 것이다. 그러나 대법원이 하급법원들에게 행정행위에 대한 사법심사 지침으로서, '행정청의 결정을 뒷받침하는 기록뿐만이 아닌, 작성된 모든 기록을 바탕으로 할 것', 그리고 '약식절차를 통한 행정행위를 심사할 때에도 행정청의 기록을 바탕으로 할 것'을 제시한 것은 결과적으로 행정청에게 '소송에서의 방어를 위해 기록작성에 더욱 심혈을 기울이게 하는' 영향을 끼쳤다. 실제로 행정청들은 당해 사안에 대하여 '엄격하게 심사'하기 위하여 그리고 법원의 엄격심사를 견뎌내기 위하여 약식절차에서도 보다 광범위한 행정기록을 편찬하기 시작했다.[117] 또한 이러한 법원의 입장은 행정청에게 더 많은 권한을 부여하는 만큼 더 큰 책임을 부담하게 하는 미국식의 '행정에 대한 존중의 정신'에도 부합하는 것이었다.

Ⅱ. 행정청의 이유제시 의무의 강화

위에서 반복적으로 살펴보았듯이 실질적 증거 심사라는 것은 결국 행정청에 대한 존중의 발로로서 행정청의 사실인정에 대해서 기존의 전면적 재심사에 비해 비교적 낮은 강도로 그 종국성을 인정하기 위한 것이라 할 수 있다. 다시 말해, 이는 합리성 심사로써 합리적 사람이 합리적으로 판단하였을 때 행정청의 결론을 뒷받침하는 증거가 실질적인 것이

117) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.242.

라고 인정된다면 곧 행정청이 정당한 결정을 내린 것으로 보아 주는 것이다. 이는 행정청에 대해서 상당히 낮은 심사강도로 심사하는 것이라 할 수 있겠지만 그렇다고 행정청에게 마냥 편안한 심사방법은 아니다.

이는 특히 행정청에게 이유제시 의무가 부여된다는 점에서 그러하다. 우선 1943년의 Chenery 판결[118]은 "법원이 행정청이 제시한 이유에 근거하여 행정청의 결정이 유지될 수 없다고 판단할 때에는 다른 대체적인 이유를 들어 그 결정을 유지하여서는 안된다."고 천명하였는데, 때문에 행정청은 법원이 납득할만한 합당한 이유를 제시해야만 했다. 뿐만 아니라 실질적 증거 심사는 행정청의 행위에 대한 사법심사의 과정에서 상반되는 여러 주장들이 각축전을 벌이게 되는 경우, 양쪽의 두 주장 모두가 어느 정도 신빙성 있는 증거와 일치한다면 법원에게 두 입장들 중 어느 하나를 지지할 것을 요구한다. 그러나 행정청은 몇몇 증거들이 자신의 결정과 반대될 때, 어째서 다른 증거들에 기대어 그러한 결정을 선택하게 되었는지 반드시 설명해야 한다.[119] 이러한 법원의 입장은 다음과 같은 판례들에서 잘 드러나고 있다.

1. Palavra v. Immigration and Naturalization Service 판결[120]

Palavra와 그의 가족들은 본래 보스니아에 거주하고 있었으나 1995년에 크로아티아에서 발행된 방문비자를 받아 미국에 입국하였다. 이후 비자에 기재된 기간이 만료되었고, 1996년 그들에 대한 강제추방 절차가 개시되었다. Palavra는 자신들이 그들이 강제추방 대상자라는 점을 인정

118) Securities and Exchange Comm'n v. Chenery Corp., 318 U.S. 80 (1943).
119) Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise. 3.Vols., 5.ed., AspenPub, 2010, p.989.
120) Palavra v. INS, 287 F.3d 690 (8th Cir. 2002).

하면서도 그들이 크로아티아 시민권자라는 사실은 부인하면서, 그들이 보스니아로부터의 난민임을 주장했다. 그러나 이 사건에서 이민국 판사(immigration judge)는 그들의 여권이 크로아티아에서 발행된 것임을 근거로, 그들은 크로아티아 시민권자들이며 그들이 보스니아가 아닌 크로아티아로 강제추방될 것이라면서 난민신청을 거부하였다. Palavra는 자신들이 어떻게 크로아티아 여권을 구하게 되었는지에 대해 자신의 아버지인 Vlado Palavra의 선서진술서를 근거로 결정을 재고해 줄 것을 요청했다. 그럼에도 이 사건에 대해 이민항소위원회(Board of Immigration Appeals, BIA)는 이민국 판사의 결정을 확정했다.[121]

그러나 제8항소법원은 이 사건에 대해 다르게 판결했다. 제8항소법원은 '여권은 시민권의 증거이지만, 그것이 종국적인 것은 아니'라면서 만일 여권의 소지자가 발행국의 시민권자가 아니라는 충분한 증거가 있다면 이는 극복될 수 있는 것이라고 설시하였다. 결국 Palavra가 크로아티아인이라는 점이 실질적 증거에 의해 뒷받침되고 있는지가 문제의 핵심이라는 것인데, 이에 대해 기록의 일부분이 이민항소위원회의 결정을 뒷받침하고 있음은 인정되지만 이민항소위원회가 다른 중요한 기록들을 고려하지 않았다면서 이민항소위원회로 위 사건을 환송하였다. 즉, 이민항소위원회가 Palavra의 아버지의 선서진술서에서 Palavra와 그의 가족들이 어떻게 크로아티아 여권을 손에 넣을 수 있었는지 상세하게 설명하고 있었다는 점이나, Palavra의 가족들이 크로아티아 민족임에도 불구하고 4대에 걸쳐 보스니아 땅에 태어나서 거주하였으며 그 중 누구도 크로아티아에서 거주한 적이 없다는 기록 등을 고려하지 않았다는 것이다.[122]

반대의견의 판사들이 지적했듯이[123], 이민귀화국은 자신의 결정을 뒷

121) Palavra v. INS, 287 F.3d 690 (8th Cir. 2002), p.690 참조.
122) Palavra v. INS, 287 F.3d 690 (8th Cir. 2002), p.691-692 참조.

받침할만한 체류자들의 증언과 그들이 소지하고 있었던 유효한 크로아티아 여권을 포함한 충분한 증거들을 지니고 있었다. 그럼에도 불구하고 다수의견은 이민귀화국이 어쨌든 Palara의 아버지의 선서진술서라는 '중요한 증거'를 논하는 데 실패했기 때문에 이민귀화국의 결정을 파기한 것이다. 즉, 제8항소법원은 이러한 여러 상반된 증거들에도 불구하고 이민귀화국이 왜 선서진술서나 다른 기록들을 배척하고 여권 등 몇몇 증거들에 기대어 강제 추방 결정을 내리게 되었는지 그 결정 근거가 충분히 제시되지 않았다고 보았으며, 이러한 행정청의 불충분한 이유제시는 환송 사유가 된다고 판단하였다.[124]

2. 유사 판결들과 법원의 입장

위의 판례에서와 같이 법원이 행정청의 이유 제시가 충분하지 못했음을 이유로 행정청의 결정을 파기하거나 환송한 사건들은 매우 다양하다.

Vemco, Inc. v. NLRB 사건[125]에서는 행정청이 어째서 의심스러운 증인의 입증되지 않은 증언을 신뢰하였고 동시에 작성된 문서에 의해 뒷받침되는 반대의 증언을 거절하였는지 설명하지 않았기 때문에 행정청의 결정은 파기되었으며, Adorno v. Shalala 판결[126]에서는 행정청이 왜 신빙성 있는 증거를 거부하였는지 그 이유를 설명하지 않아 행정청의 결정이 파기되었다. Sanchet v. Chater 판결[127]에서는 행정법판사가 증거에

---

123) Palavra v. INS, 287 F.3d 690 (8th Cir. 2002), p.694 참조.
124) Palavra v. INS, 287 F.3d 690 (8th Cir. 2002), p. 292-294 참조.
125) Vemco, Inc. v. NLRB, 79 F.3d 526 (6th Cir. 1996).
126) Adorno v. Shalala, 40 F.3d 43 (3rd Cir. 1994).
127) Sanchet v. Chater, 78 F.3d 305 (7th Cir. 1996)

대해 제시한 이유가 “당해 병에 대한 세간의 만연한 오해”임을 밝혀져 행정청에 의해 수용되었던 행정법판사의 결정이 폐기되었다. Sahara Coal Co. v. Fitts 판결[128]에서도 이와 유사하게 행정청이 왜 특정 증언에 기대어 한 쪽을 선택하였는지 반드시 설명해야 했음에도 불구하고 양쪽 증인들을 단순히 모두 고려하다가 증거에 대한 분쟁을 해결하는 데 실패하였다. 또한 Green v. Fitts 판결[129]에서 법원은 ‘만일 행정법판사가 자신의 결정을 반박할 수 있는 중요한 증거에 대해 어떠한 언급도 하지 않았다면, 그 결정은 반드시 폐기되거나 퇴출되어야 한다’고 판시하였다.

이처럼 법원은 행정청에게 행정결정을 함에 있어 단순히 절차를 밟고 증언과 증거를 수집하고 이에 대한 기록을 작성하면서 어떠한 결정을 내리는 것에 그치지 않고 ‘왜 그러한 결정에 도달하게 되었는지’에 대한 합당한 이유를 제시할 것을, 어떤 이유로 다른 증거들보다 특정 증거들에 기대어 그러한 결정을 내리게 된 것인지에 대해 충분한 이유를 제시할 것을 요구하는 것이다. 이와 같이 법원이 행정청에 대해 이유제시를 요구하는 것은 법원이 상소심 심사모델과 실질적 증거 심사 방법 등을 통해 행정청의 결정에 대해 더 많은 존중을 부여하면서도 동시에 행정청 스스로 보다 신중한 결정을 하게 만들고 그렇지 않을 경우 법원이 이를 파기하는 길을 열어줌으로써 행정결정에 대한 사법심사의 균형 감각을 강화하는 역할을 수행한다.

위에서 살펴본 바와 같은 행정청의 의무의 강화들은 단순히 행정청을 더욱 옥죄는 굴레로 작용한다기보다는, 실질적 증거 심사와 그 바탕이 되는 상소심 심사모델 하에서, 행정청이 기존의 구조에서보다 더 많은

128) Sahara Coal Co. v. Fitts, 39 F.3d 781 (7th Cir. 1994)
129) Green v. Shalala, 51 F.3d 96 (7th Cir. 1995).

권한을 합법적으로 지니게 된 것과 비례하여 강화되는 행정청의 책임들이라 할 수 있을 것이다. 바꾸어 말하면 이러한 사법심사방식과 기준을 취함으로써 겉으로 보기에는 행정청의 권한이 더욱 확대되고 법원의 행정청에 대한 개입이 줄어든 것처럼 보이지만 한편으로는 절차의 강화를 외부적으로 강제함으로써 행정청의 자기 통제가 강화되는 효과를 낳았다고도 볼 수 있는 것이다. 바로 이러한 점들이 행정청이 그 절차상의 적정성이나 정책판단상의 합리성에 대한 자신감만 있으면 보다 창조적인 행정 활동을 마음껏 펼쳐나갈 수 있게 하는 바탕이 되며, 동시에 일단 대강 저지르고 후에 사법심사에서 문제가 지적되면 그때서야 뒤늦게 시정하는 식의 무책임한 태도를 일소하게끔 하는 것이다.

나아가 위와 같은 의무들을 행정청에 부과함으로써 반대로 이러한 의무에 소홀할 경우 법원이 개입할 수 있는 여지를 남기게 되는데, 이는 다시 아래에서 살펴볼 적정 심사강도의 유지와 연관 지어 생각해 볼 수 있다.

제2절 법원 업무부담 경감과 적정 심사강도의 확보

상소심 심사모델과 이를 바탕으로 발달한 실질적 증거 심사가 행정절차의 발전과 행정결정시의 행정청의 여러 의무들에 대해 큰 영향을 끼쳤음은 주지한 바와 같다. 그러나 상소심 심사모델이나 실질적 증거 심사가 나타나게 된 배경 등을 살펴보면 사실 행정청 보다는 사법부에게 어떠한 영향을 끼칠 것을 목적으로 등장하게 된 것임을 알 수 있다.

그 중 가장 두드러진 이유는 행정청의 결정을 자꾸만 파기하는 법원의 강한 심사강도에 대한 불만이 정치적으로 표출된 것이라고 하겠다. 다시 말해, 행정청에 대한 보다 약한 심사를 확보하기 위한 의회의 움직임과 정치적 여론 법원을 압박했다는 것이다. 그러나 이 또한 어느 정도 표면적인 이유에 지나지 않는다. 사실 당시 행정소송의 가장 큰 문제점은 오히려 제리 마쇼(Jerry Mashaw)의 표현대로 '행정행위에 대한 양 극단의 통제'[130] 즉, 심사를 하면 너무 강하게 아니면 아예 심사 가능성조차 없는 들쭉날쭉한 사법심사 관행이었다. 때문에 심사의 공백은 메우면서 전체적인 심사강도는 합리적인 수준으로 조정하여 결과적으로 모든 행정행위들에 대해 균질적은 사법심사의 가능성을 확보하는 것이 당시의 당면과제였던 것이다.

바로 이러한 면에서 상소심 심사모델과 실질적 증거 심사는 행정부 못지않게 사법부에게도 많은 영향을 끼치게 되었는데, 그 중 가장 주요한 것 두 가지가 바로 아래에서 살펴볼 법원의 업무부담 경감과 적정 심사강도의 확보였을 것이다. 이 두 가지는 일견 동시에 이루어지기 어려운 상반되는 영향 같이 보이나, 그럼에도 불구하고 이 두 가지 목표를 동시에 달성하게끔 작용하였다는 것이 바로 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 매력일 것이다.

---

130) Jerry L. Mashaw, 'Reluctant Nationalists : Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 2007, 1801-1829', Yale Law Journal, 1636-1741. Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.389-414.에서 재인용.

Ⅰ. 법원의 업무부담 경감

우선 가장 눈에 띄는 부분은 본안판단에서의 법원의 부담이 크게 경감되었다는 점일 것이다.

상소심 심사모델이나 실질적 증거 심사가 미국 행정법에 자리 잡기 이전의 관행에서는 법원은 행정청의 결정을 심사함에 있어 오직 전면적 재심사(de novo)만을 고수하였다. 보다 정확하게는 다른 심사기준이라는 개념 자체가 존재하지 않았기 때문이었지만, 어찌 되었든 서로 다른 다양한 행정행위들에 대해서 일단 사법심사의 대상이 되어 본안판단이 이루어지게 된다면 그에 대해서 법원이 마치 행정청이 된 것처럼 모든 증거를 새로이 수집하여 완전히 직접 판단하여야만 하였다. 다시 말해, 행정청이 이미 행하였던 증거 수집이나 증인 신문 등을 법원이 고스란히 새로 해야 하는 상황이었던 것인데, 당연히 시간과 비용이 많이 들고 법원 역시 모든 사항을 일일이 직접 확인하고 판단해야 함으로 막대한 업무량을 감당할 수밖에 없었다. 뿐만 아니라 이러한 심사방식은 부수적으로 필연적인 강한 심사강도라는 문제점을 낳았는데, 이는 행정청이 나름의 합리적인 판단을 하였더라도 법원의 결론과 일치하지 않으면 배척되게 되는 전면적 재심사의 특성상 어쩔 수 없는 것이었다. 바로 이 때문에 제1장에 살펴본 것과 같은 주간통상위원회에 대한 법원의 태도를 둘러싼 논란이 벌어졌던 것이다.

이러한 문제점들은 상소심 심사모델의 도입기의 시대적 변화와 더불어 새로운 문제들을 계속하여 양산하게 되었다. 1887년 주간통상위원회를 필두로 다양한 독립규제위원회들이 유행처럼 창설되었고[131], 1933년의

131) 흥미로운 것은 애초에 이러한 독립규제위원회들의 설립 자체가 사람들의 삶을 옥죄

뉴딜정책의 시행은 불에 기름을 붓듯이 연방행정청의 역할과 업무량을 증대시켰다. 이와 같은 행정청의 권한과 기능의 확대는 필연적으로 행정분쟁의 폭증을 불러일으켰으며 더불어 점차 높아지는 행정영역의 전문성으로 인해 법원이 이에 대해 기존의 방식대로 판단한다는 것은 불가능에 가깝게 되었다. 더욱이 주와 연방에서의 다양한 각급 법원들의 판단들이 오히려 행정의 일관성을 해치는 등 사회적으로 그다지 바람직하지 않은 경우까지 발생하였다.

이렇게 기존의 심사방식이 여러 난관에 봉착해 있었기 때문에 실질적 증거 심사와 상소심 모델의 도입으로 행정청이 이미 내린 결정에 대해 그 결정이 이루어진 절차에 대한 기록들을 '리뷰'하여 심사하는 방식이 자리 잡은 후 복합적인 긍정적 효과들이 나타나게 되었던 것이다. 그 중심에는 법원의 업무부담 감소가 있었으며, 법원은 보다 여유 있는 상태에서 합리성 심사를 행함으로써 업무량은 감소하였음에도 오히려 사법심사의 질과 결과의 타당성은 전보다 높일 수 있었다. 정리하자면 행정청에 대해 보다 존중적인 태도를 취함으로써 이전보다 행정결정에서의 일관성을 확보하기에 용이해졌으며 절차의 무용한 반복을 줄임으로써 전체 행정구제 기간을 단축시키고 비용과 노력을 감소시키는 긍정적 영향을 끼쳤다.

기 시작한 기업들에 대한 '법적 통제'를 목적으로 하고 있었다는 점이다. 대규모 시장, 대량 생산, 거대기업의 사회에서 개인은 점차 무가치한 것으로 여겨지기 십상이었고 일반 국민으로서는 이들 대기업을 통제할 수 있는 유일한 원천은 법이라는 이름의 제도뿐이었다. 때문에 바로 이러한 법적 통제권을 발휘하는 주체로서 행정위원회들이 등장하게 된 것이다. 법원은 규제자로서는 적격자가 아닌 것으로 평가되었는데, 프리드먼의 표현을 빌자면 "그들은 수동적이다 못해 반동적이고 유능한 규제자에게 요구되는 기술과 지식이 결여되어" 있었다. 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 555면.

Ⅱ. 행정에 대한 유의미한 통제수단으로서 적정 심사강도 확보

법원에 대한 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 영향에서 가장 중요한 포인트는 앞서 본 것처럼 법원의 전체적인 업무량은 줄었는데도 불구하고 여전히 행정에 대해 적정한 심사강도를 확보할 수 있었다는 점이다. 아니 어쩌면 오히려 행정청 입장에서의 체감 심사강도 내지는 행정청이 사법심사를 염두에 두고 스스로를 통제하게 되는 효과는 이전보다 더욱 강해졌다고 생각할 수도 있겠다.

1. 심사범위의 확대

19세기 미국 법원이 행정행위에 대한 사법심사에서 취한 태도는 상당히 극단적인 것이었다. 행정행위에 대한 심사는 특정 유형의 몇몇 소송들을 통해서만 이루어질 수 있었으며, 이에 해당하지 않는 경우에는 법원의 사법심사를 받을 길이 요원하였다. 예를 들면, 법원은 공무원의 행위에 대해 형평법상의 '공무원 소송'(officer suit)[132]이나 '원안 소송'(original bill)[133]의 경우에는 행정청의 행위를 전면적으로 재심사 하였으나 행정

---

132) 공무원의 불법행위에 대한 소송. 특히 관세나 세입에 관한 사안들에서 문제가 생길 경우, 그 업무를 맡은 책임 있는 공무원에 대한 불법행위의 일환으로써 심사되는 경향이 있었다. Jerry L. Mashaw, 'Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801', Yale Law Journal, 2006. Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.391에서 재인용.

133) 여기서 원안소송(original bill)이란 다른 기관 등을 거치지 않고 법원에 바로 제기된 소송을 말한다. 즉, 법원이 필연적으로 전면적으로 재심사 할 수밖에 없으며 따라서 증거의 수집과 기록의 작성의 1차적 주체가 법원이 되는 소송이다.

구제를 원하는 청구인들이 행정청에 고충을 제기하거나 의회에 구제를 탄원한 경우에는 전혀 심사하지 않았다.[134] 이러한 면에서 19세기 미국에서는 비록 사법심사의 대상이 될 경우 강한 심사강도를 지니는 전면적 재심사의 방법으로 심사 받게 된다 하더라도 좁은 심사범위로 인해 애초에 소송까지 갈 가능성이 적었으므로 행정청이 피부로 느끼는 사법심사의 부담은 그리 크지 않았을 것임을 짐작할 수 있다.

그러나 이러한 경향은 19세기 중엽에 이르러 미국 내에서의 민사소송제도 정비 운동과 함께 많은 변화를 겪게 된다. 특히 1848년 뉴욕 주가 「법원의 소송관행, 소장 및 소송절차를 단순화하고 간소화하기 위한 법령」[135], 일명 '필드법전'(Field Code)을 통과시킨 것은 매우 획기적이었으며 미국의 다른 주들에서 일어난 소송절차 개혁에 촉매제 역할을 하였다.[136] 이 법전은 제62항에서 '커먼로상의 소송'(actions at law)과 '형평법상의 소송'(suits in equity)간의 구별과 당시까지 존재하였던 모든 형태의 소송의 폐지를 천명하면서 사적 권리의 실현 혹은 보호와 사적 부당행위의 구제 혹은 예방을 위하여 '민사소송'(civil action)이라는 오직 한 가지 형태의 소송형태만을 인정하였다.[137] 이로 인해 기존에 존재하

---

134) Ann Woolhander, 'Judicial Deference to Administrative Action - A Revisionist History', Administrative Law Review, 1991. : Frederic P. Lee, 'The Origins of Judicial Control of Federal Executive Action', Georgetown Law Journal, 1948. : Jerry L. Mashaw, 'Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801', Yale Law Journal, 2006. Thomas M. Merill, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010, p.390에서 재인용.

135) Laws N.Y. 1848, ch. 379. 이 법전의 기안과 실행의 공헌자인 데이비드 더들리 필드(David Dudley Field)의 이름을 따서 필드법전(Field Code)라고 알려져 있다.

136) Daun van Ee, David Dudley Field and the Reconstruction of the Law, 1986. 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 493면에서 재인용.

137) 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 494-495면 참조.

던 모든 형태의 소송 및 영장(writ)제도가 폐지되었으며 한 가지 형태로 소송이 단순화되게 된 것이다.

이러한 필드 법전은 사업가들 등에게 많은 지지를 받았고, 1900년까지 필드 법전은 널리 채택되고 모방, 수정되어 19세기가 끝나기 전에 거의 모든 주들은 자신들의 소송절차를 조금이라도 개혁하려고 노력하게 되었다.[138] 이러한 소송절차의 간결화의 영향으로 민사소송을 제기할 수 있는 사건 범위가 늘어나게 되었는데, 생각건대 미국에서는 민사소송과 행정소송의 제도적 구별이 없는 까닭에[139] 이는 곧 행정소송의 심사범위의 확대를 의미하는 것이었다. 요컨대, 19세기 말 이와 같은 제도적 개혁으로 인한 소송 요건의 간결화와 상소심 심사모델과 합리성 심사로 인한 법원의 본안판단 부담 경감이 결합되어 전체 행정소송의 심사범위가 확대되는 결과를 불러일으키게 되었다.

2. 합리성 심사의 심사강도

행정청의 판단 과정과 그 근거에 대한 기록을 바탕으로 그 내용이 합리적인지 여부를 살피는 합리성 심사에서는 우선 행정청의 기록작성과 이유제시가 필수적이다. 행정청은 자신의 결정에 대해서 이유를 제시해야 하고 이에 대한 사법심사는 제시된 이유에 집중해야 한다. 즉, 사법심사는 행정청의 결정이 옳은지 여부가 아니라 그 이유가 그 결론에 대한 적절한 설명이 되는지 여부에 초점이 맞춰져야 하는 것이다.[140] 때문에

---

138) 로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001, 495면 참조.

139) 이상윤, 영미법, 박영사, 2003, 434면 참조.

140) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.151 참조.

실질적 증거 심사의 영향으로 행정청의 기록작성과 이유 제시 의무가 강조되고 있음은 앞에서 이미 본 바와 같다. 따라서 법원이 행정청에 대해 보다 존중적인 태도를 견지하고 이전에 비해 이론적으로 낮은 심사강도를 적용하는 것과 별개로, 결국 행정청이 제시한 기록이 불충분하거나 이유가 합리적이지 않을 때에는 여전히 법원의 입장에서는 행정결정의 파기가 가능한 것이다.

이러한 행정청의 의무는 일차적으로는 되도록 소송절차로 나아가지 않기 위해, 그리고 설령 나아간다 하더라도 되도록 법원의 사법심사에서 무사히 버티기 위해 행정청 스스로에 대한 심리적 기제로 작용하여 행정 내부적 통제를 강화시킬 뿐만 아니라 일단 개시된 사법심사에서는 법원으로 하여금 행정청을 향해 휘두를 수 있는 칼로 기능하여 심사강도의 균형추 역할까지 수행한다. 사실 고도로 전문화되어가는 현대 행정 환경에서 법원이 스스로 행정청의 입장에서 판단하여 심사하는 기존의 방식은 오히려 법원에게 자신감 있는 판단이나 결정을 부담스럽게 만들 우려가 있다. 행정 영역에 대한 전문가는 행정청이기 때문에 어떤 정책을 펼치고 행정행위를 할 것인가를 행정청이 결정하는 것이 적절하다는 데에는 이론이 없을 것이다. 때문에 법원이 백지 상태에서 행정청과 똑같은 수준의 결정을 내리거나 판단을 해내기를 바라는 것은 무리이며 누구보다도 그 사실을 잘 알고 있는 것은 법원 스스로일 것이다.

그러나 법원은 객관적인 입장에서 행정청에 의해 제시된 여러 정책 대안들을 살피고 그에 대해 행정청이 판단한 근거와 결정과정, 사고의 흐름을 좇아서 그것이 합리적이었는지 여부를 판단하는데 있어서는 적격자이며 전문가라고 할 수 있다. 때문에 행정청에게도 오히려 직접 판단하는 법원보다 자신의 판단을 검토하고 불합리한 부분을 지적하는 법원이 더욱 부담스러운 존재일 것이다. 바로 이러한 점이 전보다 넓어진 심사

범위와 결합하여 행정청의 행위에 대한 유의미한 통제수단으로서 적정한 사법심사강도를 확보하게끔 하는 것이다.

사실 행정청에 대해 존중적인 심사를 하게 되면 아무래도 전면적 재심사에 비해서는 심사강도가 약해지므로 행정청에 대한 사법적 통제에 문제가 생기는 것은 아닌가 하는 우려가 들 수도 있다. 특히 우리나라와 같이 지나치게 강한 권력기관으로서의 행정청을 경험했던 나라들에서는 무조건 행정을 옥죄는 가장 강한 통제만이 행정을 다스리고 적정하게 굴러가게 만드는 필요악이라고 생각하는 경향이 있다.[141] 그러나 과연 가장 강한 강도의 심사기준을 유지하는 것이 실질적인 면에서 정말로 행정을 가장 강하게 압박하고 통제하는 효과적인[142] 수단인지에 대해서는 재고해볼 필요가 있다.

행정청에 대한 사법적 통제의 필요성이라는 것이, 행정청이 월권행위를 하거나 자의적이고 불합리한 결정을 함으로써 국민들이나 국가가 피해를 입는 일을 방지하고, 실제 피해를 입은 경우에는 이를 돌이키고 보상하기 위함에 있다는 점을 고려하건데, 무조건 강한 통제보다는 효과적인 통제의 필요성이 요청된다 할 것이다. 바로 이러한 점에서 미국에서의 실질적 증거 심사를 통해 오히려 행정청 스스로가 기록을 작성하고 합리적 이유를 제시하게 하는 존중적 심사가 행정 통제라는 목적에 있어 결코 유약하지 않으며 오히려 기존의 것보다도 강력한 도구라는 점을 느

---

141) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실재, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2002, 제 37면 참조.

142) 효율적인이 아니라 '효과적인' 수단인지에 대해서 논의해보고자 한다. 적절한 정도로 탄력적인 심사강도와 심사방식에 대한 고민은 단순히 투입대비 효과/결과의 면에서 뿐만 아니라 투입된 비용과 노력을 고려하지 않은 순수한 효과의 측면에서도 오히려 더욱 바람직한 결과를 가져올 수 있다고 본다.

낄 수 있는 것이다.

제4장 한국 행정법에의 시사점

이상의 논의를 통해 실질적 증거 심사를 중심으로 미국 행정청에서 사법심사의 방식과 기준에 대해, 그리고 그 근저에 흐르는 '존중'의 의미에 대해 살펴보았다. 본 장에서는 우리 행정법의 여러 과제들 중 특히 행정소송에 있어 소송기간의 장기화, 본안판단의 부담 문제, 그리고 현행 행정절차의 문제점 이렇게 세 가지를 중심으로 이러한 미국 행정법의 특성들이 어떻게 결합하여 우리에게 영감을 줄 수 있는지에 대해서 살펴보도록 하겠다.

제1절 행정구제 기간 장기화 문제에의 시사점

대한민국 사법 60주년을 기념하여 법원행정처에서 출간한 「사법부의 어제와 오늘 그리고 내일」에서 우리 행정소송 위기의 요인을 다루면서 첫 번째 꼭지로 꼽은 것이 바로 '행정소송의 장기화' 문제이다.[143] 그만큼 우리나라 행정법에서의 주요 당면 과제 중 하나인 셈인데, 이를 좀 더 범위를 넓혀 생각해 본다면 우리 행정구제 기간의 장기화 문제로 치환할 수 있을 것이다.

여기서는 우리 행정구제 기간의 장기화 문제가 발생하게 된 원인이 무

143) 박정훈/이계수/정호경, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일, 사법발전재단, 2008, 967면 참조.

엇인지 간단히 살펴보고 이 문제에 대해 여태껏 살펴본 미국 행정법의 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델이 어떤 시사점을 던지고 있는지 생각해보겠다.

1. 한국에서의 행정구제의 장기화 문제

우리 행정법에서 행정구제절차가 장기화 되는 원인은 여러 가지가 있겠지만, 가장 먼저 생각해 볼 수 있는 것들로는 다음과 같은 것들이 있을 것이다.

(1) 행정결정과 행정심판 혹은 행정소송 간의 복심제적 구조

우리 행정구제절차에서는 행정청의 행정행위를 심사함에 있어 행정절차에서 작성된 기록이나 행정청이 판단한 결정 이유 등은 큰 비중을 차지하지 않고 있다. 행정소송법은 소송절차에서의 사법심사 방법에 대해 구체적인 지침을 제시하지 않고 있으며 이 때문에 우리 법원은 전면적 재심사방식을 통해 행정행위를 심사하고 있다. 이를 달리 표현하면 행정결정과 행정심판, 행정결정과 행정소송 사이의 관계에 소송법적 개념으로 '복심제적 구조'를 취하고 있다고도 할 수 있는 것이다.

이 때문에 우리 행정절차가 말 그대로 '행정절차법을 준수하기 위한 절차'정도의 의미만을 갖게 되고 따라서 행정절차가 사법심사에서는 절차적 위법이 있었는지 여부를 살피는 것 외에 실체적인 의미를 갖지 못하게 되고 있다는 행정절차와 관련된 문제는 차치하고서라도, 이러한 소

위 복심제적 구조는 행정구제 기간에도 큰 영향을 끼치고 있다. 즉, 이러한 구조로 인해 행정절차와 법원의 절차 사이에서 비용과 노력이 중복되는 문제가 발행할 수 있는 것이다. 법원이 전면적 재심사방식으로만 사법심사에 임할 경우 어떤 면에서 비용과 노력, 그리고 시간의 비효율이 발생하는지는 앞에서 여러 번 살폈으므로 구체적인 설명은 생략하겠다.

(2) 행정소송에서의 원처분주의와 행정심판의 무용화

행정소송에서 원처분주의를 취하고 있는 것 역시 어떤 의미에서는 행정구제절차의 장기화를 초래하는 한 원인이 되고 있다고 볼 수 있다.

원처분주의란 원처분과 행정심판의 재결에 대하여 다 같이 소를 제기할 수 있게 하되, 원처분의 위법은 원처분항고소송에서만 주장할 수 있고 재결에 대한 항고소송에 있어서는 원처분의 하자가 아닌 재결의 고유한 하자에 대해서만 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.[144] 이에 반해 재결주의는 원처분에 대해서는 제소 자체가 허용되지 않고 재결에 대해서만 항고소송의 대상으로 인정하되, 재결 자체의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 재결항고소송에서 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.[145] 우리 행정법의 경우 원처분주의를 취하여, 행정심판을 거치는 경우에도 원처분에 대한 행정소송에서라면 재결의 내용은 다루지 않고 원처분만을 대상으로 사법심사를 행하도록 하고 있다.

여기서 원처분주의가 행정구제 기간의 장기화에 기여한다고 말하는 것

---

144) 윤영선, 항고소송 대상으로서의 행정심판재결, 특별법연구 제4권, 398면 참조. 서정우, 원처분주의와 재결주의, 영남법학 제11권 제1호, 2005, 258면 참조.

145) 윤영선, 항고소송 대상으로서의 행정심판재결, 특별법연구 제4권, 398면 참조. 서정우, 원처분주의와 재결주의, 영남법학 제11권 제1호, 2005, 258면 참조.

은 원처분주의와 앞서 말한 복심제 스타일의 전면적 재심사가 합쳐져서 행정심판을 거친 후 행정소송이 제기될 경우 행정심판에서의 논의나 기록이 마치 전혀 존재하지 않았던 것처럼, 이후의 절차에 아무런 영향을 주지 않게 되기 때문이다.[146] 이것은 다시 말하면, 어차피 행정소송이 제기된다면 그 이전의 행정심판은 거치지 않은 것이나 다름없게 된다는 것으로, 상대방이 행정심판의 재결에 불복하여 행정소송이 제기되면 오히려 분쟁 해결 기간만 연장될 뿐 심판을 거친 것의 실익이 전혀 없게 되는 것이다. 행정심판의 존재 의의를 신속한 분쟁 해결과 이로 인한 법원의 법원 부담의 경감이라는 측면에서 찾는 입장에서는[147] 이러한 문제야말로 행정심판의 존재 근거 자체를 뒤흔드는 것이 아닐 수 없다.

(3) 행정소송에서의 3심제의 도입

우리나라의 행정소송은 1998년 행정법원의 설치와 행정소송 3심제의 도입에 힘입어 양적·질적 양면에서 모두 상당한 성장을 이루었으나, 한편으로는 이와 동시에 행정소송의 장기화라는 문제를 불러일으키는 주범으로 지목되기도 하였다.[148] 1998년 행정소송에 3심제가 도입되기 이전, 행정소송 2심제를 취하고 있던 시절에는 전심급 합계 행정사건 처리기간

---

146) 이것이 여기서 원처분주의를 문제 삼는다하여 그렇다고 행정구제 기간을 단축시키기 위해 재결주의를 취해야 한다는 주장으로 나아가지는 않는 까닭이다. 그보다는 행정심판에서의 기록과 판단 근거를 살려 활용함으로써 소송의 경제성을 도모하고 전체 기간을 단축시키는데 기여할 수 있을 것이다.

147) 김현준, '행정심판의 대상 및 심판기관·당사자 - 행정소송법 개정안과의 조화를 고려한 행정심판법 입법론-', 행정심판과 행정소송의 조화, 한국행정법학회, 2012, 22-23면 참조.

148) 박정훈/이계수/정호경, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일, 사법발전재단, 2008, 967면 참조.

이 평균 20개월 미만이었고 특히 1992년부터 1998년 까지는 15-17개월 수준까지 떨어졌었으나 1998년 이후에는 평균 2년을 상회하고 있음을 확인할 수 있다는 것이다.[149] 물론 일반적으로 3심제는 개인의 권리구제를 두터이 하기 위한 목적의 제도로서 오심을 줄일 수 있고 여러 단계의 구제절차를 거치는 과정에서 개인의 심적 정화에도 도움을 주는 순기능이 있는 것으로 알려져 있지만, 공법소송인 행정소송인 경우에는 오히려 이러한 순기능을 넘어서는 부작용이 큰 것도 사실이다.

행정소송의 경우에는 사인과 사인 사이의 문제인 일반적인 민사소송과는 달리 국가기관인 행정청이 관련되며 행정행위 등의 위법 혹은 무효 여부가 문제되기 때문에, 사건의 당사자 외에도 많은 사람들이 관련 문제에 대해 이해관계를 갖게 되는 경우가 많다. 때문에 행정소송에서는 정확한 구제만큼이나 신속한 안정도 중요한 가치인 것이다. 더더욱 우리 행정소송에서 행정의 적법성 통제라는 객관소송적인 기능 역시 중요한 만큼 1심법원부터의 차근차근 심급을 거치기보다는 권위 있는 법원의 신속한 판단이 더욱 필요하다 할 것이다. 다시 말해, “행정소송의 대상이 되는 행정작용이 중요한 것일수록 신속한 법률관계의 안정이 필요하고 행정소송에서의 신속한 판단이 요구된다.”[150]

2. 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 시사점

미국의 상소심 심사모델은 위에서 행정구제 장기화의 원인으로 제시된

149) 박정훈/이계수/정호경, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일, 사법발전재단, 2008, 967면 참조.

150) 박정훈/이계수/정호경, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일, 사법발전재단, 2008, 969면.

(1) 행정결정과 구제절차 사이의 복심제적 구조의 채택, (2) 행정소송에서의 원처분주의와 행정심판의 무용화에 대해 상당히 유용한 아이디어를 제공한다. 사실 상소심 심사모델은 위에서 설명한 (1), (2)의 대척점에 서있는 제도이다. 우선 상소심 심사모델은 사후심적 구조를 취함으로써 법원은 행정결정 과정에서의 기록을 바탕으로 사법심사를 하게 된다. 또한 미국에서는 우리나라에서 행정심판에 대응하는 행정청 내부의 항소위원회에서의 결정 기록을 행정소송의 심사대상으로 삼는다는 점에서 굳이 따지자면 재결주의에 더 가까운 입장을 취하고 있다고 할 수 있다.

이러한 상소심 심사모델의 특성을 한 마디로 정리하면 '이전 절차에서 이루어진 판단 과정을 소홀히 하지 않음'이라고 할 수 있겠다. 때문에 당사자가 계속하여 불복하여 다음 절차로 계속하여 넘어가더라도 무용하게 버려지는 절차가 존재하지 않게 되고, 다음 절차에서는 이전 절차에서 이루어진 판단의 사고의 흐름만을 중심으로 합리성 심사를 하기 때문에 훨씬 적은 노력으로 사법심사를 행할 수 있게 된다. 즉, 기록을 검토하는 방식의 심사 방법은 완전히 새롭게 판단을 해야 하는 것에 비해 법원의 본안 판단 부담은 현저하게 줄어들게 하며, 증거 심사나 증인 증언의 청취 등의 절차를 반복할 필요가 없기 때문에 훨씬 신속하게 절차를 마무리 할 수 있게 되는 것이다. 나아가 미국에서와 같이 행정청에서의 절차에 대해 사후심적 심사방식을 취할 경우, 행정청에서의 구제 결과가 어느 정도 합리성을 지니고 있는 한 그와 다른 결과를 법원에서 기대하기 어려워지기 때문에 행정청의 구제 결과가 명백히 불합리한 것이 아니라면 대체로 분쟁은 행정청 단계에서 끝나게 된다.

또한 원칙적으로 연방에서의 미국 행정소송은 연방항소법원에서부터 개시되어 연방항소법원-연방대법원의 2심제를 취하고 있는데,[151] 이는 사

151) 후쿠다 모리토시, 미국법과 법률영어, 박영사, 2009, 303면 참조.

실상 행정청에서의 절차를 1심으로 바라보는 시각에 기인하고 있다. 이러한 점 역시 행정청에서의 불복절차와 행정소송의 관계를 완전히 별개의 절차로 나누어 생각하고, 행정소송만으로 새로이 3심제를 마련함으로써 행정구제 기간의 장기화라는 예기치 못한 부작용을 초래한 우리가 참고할만한 점일 것이다.

바로 이러한 점에서 미국 행정소송에서의 심사방식과 심사기준이 우리 행정구제 기간의 장기화 문제에 시사점을 제공한다 하겠다.

제2절 본안판단의 부담 문제에의 시사점

또한 우리 행정 소송에서의 주요 문제점 중 하나는 바로 법원의 본안판단에서의 심사 부담이다. 이에 대해서도 역시 실질적 증거 심사를 필두로 미국 행정법이 우리에게 약간의 실마리를 줄 수 있을 것으로 보인다.

1. 한국에서의 본안판단의 부담 문제

앞에서도 몇 번 언급하였듯이 우리 행정소송 제도에서는 법원이 행정청의 행위를 심사함에 있어 전면적 재심사를 하는 것이 원칙이다. 이는 원고가 직접 행정소송을 제기한 경우뿐 아니라 행정심판을 거쳐서 소를 제기하는 경우에도 역시 적용되어 바로 위에서 살펴본 것처럼 권리구제

기간의 장기화의 주범이기도 하다. 이러한 심사기준은 행정소송의 장기화 문제뿐 아니라 본안심사의 부담이라는 또 다른 문제를 불러일으켰다. 이전 절차에서 이루어진 증인의 신문이나 증거 수집의 양과 질에 상관없이 법원이 모든 과정을 새로이 해야 하므로 이를 담당하는 법원 입장에서는 우선 양적인 업무부담을 떠안게 된다. 또한 행정의 전문성 증대 등으로 인해 법원의 입장에서는 고도로 전문화된 까다로운 문제를 해결하고 판단해야 할 상황에 처하게 되는데, 이는 법원에게 심적 부담을 가져다 줄 수 있으며 이러한 전문적 식견 등을 보완하고자 전문가 감정 등을 요청하는 것은 또다시 비용과 노력의 추가적 부담을 불러일으키고 있는 것이다. 행정청의 업무량이 증가하고 전문성이 강화되는 오늘날의 현실에서 판사들이 직적 행정적인 이슈를 판단하여 소위 전문가인 행정청의 결정을 대체한다는 것이 비단 미국에서만 부적절한 것은 아닐 것이다.

또한 우리나라에서 행정소송은 매년 크게 증가하고 있는데 매년 제기된 행정소송사건 건수를 비교해보면 2002년 11,312건, 2003년에는 11,411건이었던 것이 2010년에는 17,434건, 2011년에는 16,924건으로 10년도 되지 않는 기간 동안 거의 1.5배 가까이 증가한 것을 알 수 있다.[152] 이처럼 우리나라와 같이 폭증하는 행정소송에 비해 전담 판사 인원이 충분치 않고 판사들이 만성적으로 과다한 업무에 시달리고 있는 경우에는 어쩔 수 없이 판결의 질적 저하 혹은 신뢰성의 저하라는 문제를 불러일으킬 우려마저 있다. 실상 사건에 대한 각 요소들을 꼼꼼히 검토하고 차분히 판단하기 어려워지는 것이다. 나아가 이러한 본안심사의 부담 문제는 소송요건을 제한적으로 해석하는 부정적인 관행에 기여하기도 한다.

---

152) 2011년 사법연감, 대법원 홈페이지, www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10, 최종검색일 : 2013. 1. 22.

2. 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 시사점

이러한 다양한 문제를 불러일으키는 본안판단의 부담 역시 미국 행정소송에서의 심사방식이나 심사기준 등을 참고함으로써 상당한 실마리를 얻을 수 있다. 즉, 행정청의 판단을 존중하면서 사후심적 심사방식을 취함으로써 판사의 업무를 기록의 검토로 확 줄일 수 있으며, 이에 대한 합리성 심사를 통해서 보다 효율적으로 행정을 통제할 수 있게 하는 것이다. 이렇게 본안판단의 부담을 줄이게 되면 이로부터 파생된 문제였던 소송요건의 문제도 같이 해결이 가능하다.

또한 이러한 방책은 행정청에게 있어서도 더욱 엄정한 행정절차의 준수와 신중한 결정을 요구하는 촉매제로서도 기능할 수 있다. 즉, 소송요건을 넓게 보아 보다 많은 사건들에 대해 본안 판단으로 나아감으로써 행정청에게는 오히려 본안에 쉽게 갈 수 있으며 내가 지금 처리한 이 사건이 법원의 심사대상이 될 수도 있다는 심리적 긴장감을 부여하는 것이다. 이는 곧 법원이나 국민에 입장에서도 보다 적은 부담으로, 효율적으로 행정을 통제할 수 있다는 의미이기도 하다.

오늘날 행정소송 뿐 아니라 민사소송 등에서도 항소심을 사후심화하는 것이 세계적 추세이며, 우리 민사소송법도 이러한 추세에 대비해야 한다는 이야기도 나오고 있음에 비추어 보건데[153] 사후심제의 제도적 장점에 대한 관심이 더욱 커져가고 있음을 알 수 있다. 항소심을 순수한 속심구조로 운영하고 있는 나라의 경우 항소법원의 문턱을 넘나드는 사건의 수와 이로 인한 사법부담은 항소심을 심사기능 내지는 사후심으로 운영

153) 김용진, '항소심을 사후심화하는 세계적 추세에 대한 법리적·법정책적 분석과 개정 민사소송절차 및 행정소송절차에서의 운영방안', 법조 제53권, 법조협회, 2002 참조.

하는 법제의 경우보다 무려 수배에 이르고 있는 실정이라는 것이다.[154] 뿐만 아니라 준사법적 전문행정기관이나 노동위원회 등에게 제1심의 기능을 맡기면서 이러한 사후심제를 도입한다면 행정 영역의 고유한 전문성이나 행정의 정책적 일관성 등의 확보에도 유리할 것이다.[155] 즉, 공법소송으로서의 행정소송의 고유성과 특수성도 더욱 살리게 되는 것이다.

제3절 현행 행정절차에의 시사점

미국 행정소송의 심사방식과 심사기준이 우리에게 주는 시사점은 비단 사법부에게만 해당 되는 것이 아니라 행정청과 행정절차에도 유효하다. 미국 행정절차의 엄격성에 대해서는 미국의 사법심사방식과 기준의 제도적 전제조건 부분과 실질적 증거 심사의 영향 부분에서 다루었는데, 이는 곧 이러한 미국법의 특색이 행정절차의 발달 및 행정청의 책임 고양과 밀접한 상호관계를 지닌다는 점을 보여주는 것이다.

---

154) 김용진, '항소심을 사후심화하는 세계적 추세에 대한 법리적·법정책적 분석과 개정 민사소송절차 및 행정소송절차에서의 운영방안', 법조 제53권, 법조협회, 2002, 5면 참조.

155) 김용진, '항소심을 사후심화하는 세계적 추세에 대한 법리적·법정책적 분석과 개정 민사소송절차 및 행정소송절차에서의 운영방안', 법조 제53권, 법조협회, 2002, 33면 이하 참조. 저자는 여기에서 특허법원과 기술판사제도, 노동사건에 대한 노동위원회 판정의 강화 등에 대해 고찰하고 있다.

1. 우리나라의 행정절차와 문제점

우리나라에서 행정절차에 대한 관심은 군부 독재 등을 겪으면서 권력 집중에 힘입어 국민에게 군림하는 행정에 대한 트라우마에서 비롯되었다. 마치 나치 체제하에서 합법적 불법국가를 경험한 독일이 강력한 제2단계 행정법 국가로 거듭났던 것처럼, 우리 역시 행정에 대해 색안경을 끼고 행정이 조금이라도 국민의 인권과 권리를 침해하지는 않을까하는 불신 속에서 행정을 의심스럽게 바라보았던 것이다.[156] 때문에 한동안 우리나라에서의 행정에 대한 관심사는 오직 행정 통제에 맞춰져 있었고, 행정청이 외부로부터의 통제가 아닌 자율적 통제 속에서 책임을 바탕으로 정당한 권한을 건강하게 행사하게끔 제도를 설계하는 데에는 많이 소홀했던 것도 사실이다. 때문에 상대적으로 강력한 미국의 행정절차법을 들여올 때조차 행정의 권한 인정을 바탕으로 자율적 통제를 추구한다는 미국 행정절차법의 그 정신보다는 단지 강력한 행정절차의 마련을 통해 행정을 사전적으로도 사후적으로도 통제하려는 데에 초점을 맞추었던 것이다.

그런데 이렇게 행정에 대한 통제의 중요성만이 강조되어 왔던 우리 행정 현실에서 과연 행정절차법에 규정된 제도들이 그 도입 취지에 맞게 잘 운영되고 있는가 하면 또 그렇지 않다는 점은 상당히 아이러니 하다. 법률상의 의무 때문에 국민들에게 사전고지를 하거나 처분 이유를 밝히면서도 오히려 '되도록 꼬투리 잡히지 않도록 최대한 개략적으로, 간단하게 기술할 것'이 노하우 아닌 노하우로 공무원들 사이에서 전수되어 오고 있는 것이 오늘날 우리 행정의 현실인 것이다. 결과적으로 이러한 현

156) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실재, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 37-38면 참조.

실과 우리의 굳어진 인식은 행정을 삼권분립의 엄연한 한 축으로서 온전히 존중받는 것도 아니고 그렇다고 확실하게 절차적인 엄정성을 기하여 국민에게 투명하고 신중한 행정행위를 담보하는 것도 아닌, 어정쩡한 상태에 머물게 하고 있다.

2. 실질적 증거 심사와 미국 행정절차법의 시사점

때문에 이제는 행정청을 바라보는 관점을 바꾸어 제3단계 행정법[157]의 시대로 나아갈 필요가 있다. 오히려 행정의 자율성을 충분히 보장하고 인정함으로써 행정이 최대한 전문성을 살리고 소신 있는 정책 결정을 할 수 있도록 배려하면서 문제가 제기될 경우에는 신속하게 행정구제가 이루어질 수 있도록 제도를 마련하는 것이 더욱 바람직할 것이다. 이러한 부분 역시 미국 행정절차법의 제도들과 실질적 증거 심사가 우리에게 주는 시사점이다.

미국의 법문화에서는 본래 '적법절차'(due process of law)가 강조되고 있으며 이에 힘입어 상당히 강력하고 구체적인 행정절차법이 발전되기도 하였지만, 그럼에도 불구하고 이러한 행정절차가 강조되고 잘 운영되게 된 데에는 실질적 증거 심사의 역할이 크다고 할 수 있다. 실질적 증거

---

157) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실재, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 37-39면 참조. 행정법의 발전 단계를 3단계로 나누어 제1단계를 '국가주의 행정법', 제2단계를 '자유주의 행정법', 제3단계를 '공동체주의 행정법'으로 보는 견해에 의하면, 우리 행정법은 1970년대까지 제1단계 행정법을 겪은 후 현재까지 이론적으로 주로 독일 행정법을 모범으로 제2단계의 행정법을 지향하여 왔다고 한다. 때문에 참다운 의미의 행정법인 제3단계 행정법, 즉, 공익실현을 위한 행정의 기능과 핵임을 법적 판단에서 제외시키지 않고 이를 적극적으로 고려하면서도 국민의 권리보호를 위한 입법적·사법적 통제를 꾀하는 단계로 발전하여야 할 것이다.

심사에서 뻗어 나온 합리성 심사가 미국 행정소송에서의 주요 심사 방법으로 자리 잡았기 때문에 행정절차의 일차적 결과물인 행정청 작성 기록과 여기에 제시된 결정 이유들이 단순히 절차적 하자가 있느냐의 문제를 넘어서서 실체적 심사의 면에서도 의미를 갖고 살아 숨쉬게 된 것이다. 만약 이전과 같이 전면적 재심사를 중심으로 사법심사가 이루어졌다면 법정에서 행정절차의 준수 여부의 문제는 단지 법문에 규정된 절차를 피상적으로 지켰는가 여부만을 확인하는데 그쳤을 것이다. 즉, 실질적 증거심사를 통해 행정절차에서의 결과물이 실체 심사와 긴밀하게 연결되었기 때문에 행정의 입장에서는 기록과 이유라는 그 결과물의 질까지 확보하기 위한 노력을 기울이게 된 것이다. 이야 말로 행정절차의 존재 의의를 잘 구현하고 있는 모습이라 하겠다.

따라서 행정청에게 진정 국민에게 도움이 되고 가장 적절한 결정을 할 수 있도록 자율과 존중을 인정하는 분위기를 조성해주되, 기록작성이나 이유를 제시 의무를 강화하고 이를 바탕으로 사법심사를 하게 된다면 오히려 절차상의 신중성과 엄정성은 증대시킬 수 있을 것이라고 사료된다. 즉, 행정청의 권한을 충분히 인정하면서 동시에 그에 합당한 책임을 요구하는 방향으로 나아가자는 것이며, 이를 통해 진정한 의미의 제3단계 행정법을 구축하자는 것이다.

이상에서 미국 행정소송의 실질적 증거 심사와 그 바탕이 되는 심사방식인 상소심 심사모델이 우리 행정법에 어떠한 시사점들을 던져주고 있는지 살펴보았다. 이처럼 미국 행정법을 살핌으로써 우리 행정법의 여러 당면 과제들에 대해 기술적인 해결책에 대한 힌트를 얻을 수 있었으며, 나아가 좀 더 근원적인 관점에서 행정법과 행정의 역할과 모습에 대한 고찰의 계기로 삼을 수 있었다.

제5장 요약 및 결론

제1절 요약

이상으로 미국 행정법에서 실질적 증거 심사를 기준으로 미국행정소송에서의 심사방식인 상소심 심사모델과 각종 심사기준들이 미국 행정법에 어떠한 영향을 끼쳤으며, 또한 그러한 것들이 우리 행정법의 제 문제들에 대해서는 어떤 시사점을 주고 있는지 까지 살펴보았다.

미국의 상소심 심사모델은 사회·경제적 변화 속에서 우연히 미국 행정법에 등장하였지만 결과적으로 그 영향은 엄청난 것이었다. 이는 마치 단지 경제부흥 정책으로서 고안되었던 뉴딜 정책이 결과적으로 미국 헌법의 주요 원리들을 재편하는 결과를 가져온 것과도 비견해 볼 수 있겠다. 상소심 심사모델은 법원의 심사강도를 약화시키기 위한 목적으로 도입되었으나 결과적으로는 법원과 행정청 사이의 기능적 분배를 중심으로 양자 사이의 권한을 조정하는 제도였는데, 이러한 기능적 분배의 기준으로는 당시 미국법에서 익숙한 것이었던 사실문제와 법률문제의 구분이 채택되었다.

이후 상소심 심사모델을 바탕으로 행정청의 결정을 심사하기 위한 다양한 사법심사기준들이 개발되었고, 이후 미 행정절차법 제706조에 명문화되기에 이르렀다. 그들 중 특히 중요한 것은 자의·전단 심사와 실질적 증거 심사, 그리고 전면적 재심사가 있다.

이들의 의미와 내용, 적용 범위 등은 이후 다양한 판례가 개발되면서 조금씩 변경을 거듭하였는데, 그 중 특기할 만한 것으로는 엄격심사의

도입과 셰브론 존중원칙의 등장이 있다. 엄격심사원칙을 통해 자의·전단 심사가 실질적 증거 심사와 질적인 면에서 크게 수렴하여 자의·전단 심사도 일종의 합리성 심사로 거듭나게 되었다. 또한 셰브론 존중원칙을 불러온 셰브론 판결은 전 세계에서 가장 많이 인용된 판결로도 유명할 만큼, 미 행정법에 엄청난 파장을 일으킨 것이었다. 셰브론 판결의 제2단계에서는 다시 자의·전단 심사가 이용되었는데, 결과적으로 이는 합리성 심사와 그 내용을 같이 하는 것이었다. 이러한 과정을 통해 실질적 증거 심사의 핵심적 내용인 '합리성 심사'는 미 행정소송의 전체 심사기준에 널리 퍼지게 되었다.

이러한 실질적 증거 심사는 결과적으로 행정청에게 보다 엄정한 행정절차와 책임 있는 신중한 판단을 요구하였고, 법원에 대해서는 기존의 골칫거리였던 심사 부담을 크게 덜어주면서 동시에 행정행위에 대한 여전히 실효성 있는 사법심사를 가능하게 해주었다.

이상에서 살펴본 실질적 증거 심사와 상소심 심사모델의 주요 개념은 행정소송의 장기화, 본안 판단의 부담, 그리고 비교적 느슨한 행정절차라는 우리 행정법의 여러 문제들에게도 상당한 시사점을 제공한다는 점에서 더욱 주목할 만하다. 즉, 전면적 재심사를 행정청 결정 기록에 대한 '리뷰'로 대체할 수 있다면, 행정소송의 기간도 크게 단축할 수 있을 것이며 본안판단의 부담 역시 줄어들 것임을 예견할 수 있다. 또한 이러한 심사방식을 도입한다면 자연스럽게 행정청의 자율성을 보장하면서도 이에 걸맞은 책임을 요구하게 되므로 보다 바람직한 행정청으로 발전할 수 있을 것이다.

제2절 결론

미국 행정법에서의 구제 방법과 우리의 그것과는 사실 많은 제도적 차이를 지니고 있다.

우선 우리나라에서는 행정절차를 거쳐 행정행위가 이루어지고 나서 이에 대해 불복이 있는 경우, 행정심판으로 나아가고 다시 이에 불복할 경우 3심제의 행정소송으로 나아가거나 행정심판을 건너뛰고 바로 행정소송을 진행할 수 있다. 이에 있어 행정행위가 발하기 이전에 이해당사자들이 개입할 수 있는 기회가 완전히 차단된 것은 아니나, 상대적으로 그 정도는 한계가 있으며 따라서 전체적인 행정구제는 행정심판이나 행정소송 등 사후적 절차를 통해 이루어지게 된다. 미국의 경우에는 앞서 살핀 바와 같이 행정절차가 매우 강조되는데, 이는 실질적 의미에서 우리의 행정심판과 유사한 절차가 행정행위의 결정 이전에 전치되어 이루어지는 것이라고 생각하면 적절하다. 다시 말해, 행정구제절차가 행정행위 이전 절차에서 함께 이루어지는 것이다.

또한 우리의 경우 행정절차와 행정심판, 행정절차와 행정소송 사이의 관계가 모두 소송제도상 복심제와 같은 구조를 취하고 있어 결과적으로 전면적 재심사를 통해 사법심사가 이루어진다는 점이 특질이라 하겠다. 즉, 법원이 스스로 행정청의 입장에 서서 증거와 증언을 수집하고 기록을 작성하면서 사안에 대해 판단하며, 이 판단으로 행정청의 판단을 완전히 대체하여 평가하는 것이다. 행정심판과 행정소송과의 관계도 흥미로운데, 우리나라는 재결주의가 아닌 원처분주의를 취하고 있어 사실상 행정심판을 거쳐서 다시 행정소송이 제기될 경우 행정심판에서의 절차는 아무런 실효적 영향이 없는 절차의 낭비로 전락할 우려가 존재한다. 반

면에 미국의 경우는 행정절차에서 행정법판사의 청문과 이에 대한 불복이 있을 경우 불복심사위원회의 결정을 거쳐 행정소송으로 이어지는 구조를 지니고 있는데, 각 절차 사이의 관계는 사후심적인 구조를 취하고 있어 이전 절차에서 이루어진 기록들을 바탕으로 심사가 이루어진다. 이러한 점에서 행정심판(보다 정확하게는 불복심사위원회에서의 절차)과 행정소송의 관계는 일종의 재결주의로 보아도 무방할 것이다.

한국과 미국의 행정구제 제도는 이렇게 많은 구조적 차이를 지니고 있으며, 미국의 실질적 증거 심사나 상소심 모델은 당연하게도 미국식 제도를 바탕으로 발전해온 것이 사실이다. 또한 상소심 심사모델이 아무리 매력적이라 하여도 이를 참고하기 위해 우리 법과 제도를 미국식으로 전면 개정하는 것은 불가능할 것이다. 바로 여기에서 다음과 같은 질문들이 떠오를지도 모른다. 그렇다면 여태까지 실질적 증거 심사를 살펴본 이유는 무엇인가? 미국 제도에 이렇게 많은 장점이 있으니 모두 미국식으로 바꾸어야 한다는 말인가? 우리 제도를 유지·고수하면서 실질적 증거 심사가 대체 우리에게 어떤 의미가 있는가?

그러나 우리가 여태 살펴본 제도들이 우리 행정법과 제도에 직접적으로 연결되는 것은 아니라 하더라도 미국 행정법에서 나타나는 다양한 아이디어들은 우리 행정법 안에서도 충분히 수용하여 응용할 수 있는 것들이다. 제4장에서 살펴본 것처럼 한국 행정법의 당면 문제들을 해결하는데 여러 실마리들을 제공하고 있는 것이다.

하지만 연구목적에서 논한 바와 같이, 보다 근본적으로는 이 연구에서 살펴보려고 하는 것은 결국 미국 행정법에서 나타나는 '행정에 대한 존중'이라는 개념이다. 미국 행정소송에서의 심사방식과 심사기준들을 살펴보면 그 기저에 흐르고 있는 행정법의 본질적 문제를 만나게 된다. 즉, 행정 효율을 염두에 두고 보다 느슨한 심사를 할 것인가, 아니면 행정의

오남용을 방지하기 위해 더 엄격한 심사를 할 것인가의 다소 기술적인 문제로만 생각했던 사법심사 이론이 사실은 단순히 심사의 방식이나 기준을 결정하는 기술적인 문제들에 그치는 것이 아니라 그 깊숙한 곳에 권력 분립과 법의 지배의 기본적 이해들을 반영하고 있음을 알 수 있게 되는 것이다. 달리 말하면 심사의 범위와 기준은 곧 의회와 행정청, 그리고 법원 사이의 권한의 배분을 결정한다고도[158] 할 수 있겠다.

바로 이 때문에 우리 행정법에서 이러한 사법심사의 문제를 어떠한 시각으로, 어떠한 관점으로 바라보고 있었는지 다시 한 번 생각해보게 된다. 사법심사 방법의 문제를 단순히 기술적인 면이나 능률적인 면으로만 접근해서는 안 되는 문제임을 새삼 깨달으면서, 그렇다면 우리는 어떠한 방향성을 지니고 이 문제에 접근해야 하는지 고민하게 되는 것이다.

158) Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010, p.146에서 인용.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

김홍우, 법과 정치 : 보통법의 길, 인간사랑, 2012

로렌스 M. 프리드먼, 미국법의 역사, 청림출판, 2001

박균성, 행정법론, 박영사, 2012

박정훈 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005

_____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006

_____/이계수/정호경, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일, 사법발전재단, 2008

이상윤, 영미법, 박영사, 2003

최문기/김형남, 미국법 강의, 세종출판사, 2001

프란시스 휘트니 외 지음, *미국의 역사*, 미국 국무부, 2004

호문혁, 민사소송법, 법문사, 2010

후쿠다 모리토시, 미국법과 법률영어, 박영사, 2009

(2) 논문

강승식, 적법절차에 관한 연구, 토지공법연구 제40집, 토지공법학회, 2008

금태환, 미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007

김남철, 행정심판과 행정절차제도와의 조화방안, 부산대학교 법학연구 제53권 제4호, 부산국립대학교, 2012

김용진, '항소심을 사후심화하는 세계적 추세에 대한 법리적·법정책적 분석과 개정민사소송절차 및 행정소송절차에서의 운영방안', 법조 제53권, 2002

김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 제37집 제3호, 2009

김이열, 영·미에 있어서의 법의 지배와 행정절차, 법학논문집 vol.2, 중앙대학교 법학연구소, 1974

김춘환, 미국 연방대법원의 Overton Park 사건에 관한 판례의 검토, 토지공법연구 제18권, 2003

김현준, '행정심판의 대상 및 심판기관·당사자 - 행정소송법 개정안과의 조화를 고려한 행정심판법 입법론-', 한국행정법학회, 2012

박정훈, 불확정개념과 판단여지, 「행정작용법」, 중범김동희교수정년기념논문집, 박영사, 2005

_____, 한국에 있어 행정의 개념, 2010. 9. 15.자 서울대학교 법과대학-프라이부르크 법과대학 학술대회 발표문

서원우, 재량권남용에 대한 법적 통제 - 미국행정법의 일단면 -, 행정

논총 vol.7(2), 서울대학교 행정대학원, 1969

서정우, 원처분주의와 재결주의, 영남법학 제11권 제1호, 2005

양승업, 미국 행정법판사의 독립성론에 관한 고찰 - 우리 청문주재자와의 독립성 비교를 중심으로 -, 공법학연구 제11권 제4호, 공법학회, 2010

윤영선, 항고소송 대상으로서의 행정심판재결, 특별법연구 제4권, 1994

전인환, '미국 행정절차법상 개별결정(adjudication)의 공정성 확보 방안에 관한 연구', 석사학위논문, 서울대학교, 2011

정만희, 미국의 배심제도 - 한국의 국민사법참여제도 운연방안에의 시사점, 공법연구 제35집 제1호, 2006

정하명, '미국법에서의 공법과 사법의 구별', 공법연구 제37집 제3호, 2009

_____, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학 연구 제8권 제2호, 2007

2. 외국문헌

(1) 단행본

John Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States, Russell&Russell, 1927

Glicksman/Levy, Administrative Law : Agency Action in Legal Context, Foundation Press, 2010

Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise. 3.Vols., 5.ed., AspenPub, 2010

(2) 논문

Daun van Ee, David Dudley Field and the Reconstruction of the Law, 1986

Cynthia R. Farina, Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State, 8 COLIUM L. REV., 1989

Julius Goebel, Jr., The Law Practice of Alexander Hamilton, 1757-1804, Documents and Commentary, 1964

Louis L. Jaffe, Question of Fact, Harvard Law Review, Vol. 69, No. 6, The Harvard Law Review Association, 1956

Frederic P. Lee, 'The Origins of Judicial Control of Federal Executive Action', Georgetown Law Journal, 1948

Jerry L. Mashaw, 'Reluctant Nationalists : Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 1801-1829', Yale Law Journal, 2007

_____, 'Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801', Yale Law Journal, 2006

Thomas M. Merill, Thomas W. Merill, The Mead Doctrine: Rules and Standards, Mera-Rules and Meta-Standards, 54 Administrative Law Research, 2002

_____, 'The Origins of American-style judicial review', Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2010

Antonin Scalia, Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law, Duke L.J. 511, 1989

Blythe E. Stason, 'Substantial Evidence' in the Administrative Law, 89 U. PA. L. Rev., 1941

Keith Werhan, Principles of administrative law, Thomson/West, 2008

Ann Woolhander, 'Judicial Deference to Administrative Action - A Revisionist History', Administrative Law Review, 1991

<Abstracts>

A study on the substantial evidence test in the U.S. administrative law

- Focused on the deference to administration -

Choo, Hyo Jin

The substantial evidence test is one of the methods of reviewing agency actions in U.S. administrative law. It demands courts to accept agency's finding if the finding has some relevant evidences as a resonable mind might accept as adequate to support a conclusion. It is very different from 'de novo test' which traditionally used for standard of judicial review of agency action. De novo test is characterized by records made by court and substitution of judgement by court. On the other hands, the substantial evidence test bases on record made by agency and more deferential to agency's judgement. In other words, substantial evidence test stresses the principle of separation of powers and regards authorities and responsibilities of administration as important.

Traditionally, substantial evidence test applied only to formal adjudication and formal rulemaking, while the arbitrary and capricious test applied to informal rulemaking and informal adjudication. Moreover, the Administrative Procedure Act (APA), adopted in 1946, reflects this dichotomy by mandating substantial evidence review only for finding adopted through formal rulemaking and formal adjudication.

But this dichotomy has been adjusted by findings like Overton Park case(401 U.S. 402 (1971)) which is famous for its adoption of 'hard look review' and Chevron case(467 U.S. 837 (1984)) which is also famous for 'Chevron deference doctrine'. In other words, because of these two cases, nowadays arbitrary and capricious test has broader scope of review and takes an element of 'reasonableness test' like substantial evidence test. So, these two tests became very similar, and the core of substantial evidence test - deference to administration - is applied to wider range of administrative cases.

On the other hands, Korean administrative law has only one standard of judicial review of agency action - the de novo test. Besides there are many different things between Korean and U.S. administrative law especially with lack of deference to administration. However, because of these differences, U.S. administrative law and systems can give us some brilliant hints to solve our system's problems and improve our administrative laws. So, in this study, I tried to compare U.S. and Korean standards of judicial review of agency action, and to find the way to improve Korean administrative law particularly the aspect of the deference to administration.

Key word : substantial evidence test, appellate review model, deference, APA(the Administrative Procedure Act), U.S. administrative law, scope of review, judicial review

Student number : 2010-21385