



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](#)

법학석사학위논문

행정소송상 법해석의 행정준중에 관하여

— 영미법상 논의를 중심으로 —

2015년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

孫 台 浩

행정소송상 법해석의 행정존중에 관하여

— 영미법상 논의를 중심으로 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2015년 4월

서울대학교 대학원

법 학 과

孫 台 浩

孫台浩의 석사 학위논문을 인준함

2015년 7월

위 원 장 _____

위 원 _____

위 원 _____

국문초록

우리나라의 행정소송에서 법원이 행정청에게 고유한 법해석 권한이 있다는 인식을 갖고 있는지는 의문이다. 불확정개념, 재량행위 등에 관한 대법원판결에서 행정청의 판단을 존중한다는 취지의 판시가 있지만, 그것이 어떠한 근거에 의한 것인지, 행정청의 판단을 존중하는 경우에 법원이 어떠한 심사기준에 의하여 판결을 해야 하는지에 관해서는 아무런 언급이 없다.

행정과 사법은 양자가 모두 입법부가 제정한 법률을 적용하여 집행하는 국가작용이고, 삼권분립의 원칙 하에서 한쪽이 더 우월한 지위에 있는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 행정청의 결정이 사법심사의 대상이 되어 법원의 관할로 들어오는 순간부터 행정청의 의사는 전혀 무시되고, 오로지 법원의 의사만이 지배하는 것을 아무런 의문 없이 당연한 것으로 받아들여져 왔다.

이에 반하여, 전통적으로 법적 문제(question of law)에 관해서는 법원에 그 권한이 있다는 입장에 있었던 영미법 국가에서는 행정청의 결정에 대한 행정존중의 원칙에 관하여 논의가 활발하게 이루어지고 있고, 실제로 행정소송에서 행정존중에 따른 심사기준도 마련되어 사용되고 있다.

행정결정에는 당해 분야의 전문가가 관여하거나 다수의 이해관계인의 논의를 거쳐서 이루어지는 경우가 많은데 반하여, 이를 심리하는 법원은 당해 분야의 전문성도 부족하고 이해관계인의 참여도 제한되어 다양한 의견에 대한 접근이 불가능하다. 그럼에도 불구하고 법원이 모든 행정결정에 대하여 민사사건을 심리하는 경우와 똑같은 자세를 가지고 법원의 일방적인 심사기준에 따라 판단을 하는 경우 법원의 부담이 가중될 뿐만 아니라 행정에 의하여 도모하고자 하는 공익에 반하는 판단을 하게 될 위험이 크다.

본 논문에서는 영미법에서 논의되고 있는 행정존중의 이론적, 실제적 근거, 행정존중에 의한 심사기준 등에 관하여 검토해 봄으로써 우리나라의 행정소송에서 법원의 사법심사에 관한 기본적인 인식과 그 심사방식에 대하여 다른 시

각을 제공하려고 시도해 보고자 한다.

주제어 : 행정존중, 심사기준, 입법 의도, 법적 문제, 불합리성, 비례성, 불확
정개념, 재량행위

학번 : 8121-1376

목 차

국문초록

연구의 목적	1
연구의 방법과 범위	6
제1장 행정존중의 의의	9
제1절 개설	9
제2절 정의	9
제3절 행정존중의 실례	11
제4절 행정존중의 2가지 분류	15
제2장 행정존중의 이론적 근거	16
제1절 개설	16
제2절 입법 의도의 실행	16
제3절 행정존중의 전제	19
제4절 권한위임의 범위와 행정존중	21
제3장 행정존중의 실제적 근거	25
제1절 개설	25
제2절 권한위임의 이유	25
제3절 소결	35
제4장 불합리성(Unreasonableness) 심사기준	36
제1절 개설	36
제2절 불합리성(Unreasonableness)의 의의	36
제3절 완화된 심사기준	42

제5장 행정존중의 한계	47
제1절 개설	47
제2절 기본권 침해와 행정존중	48
제3절 법적 문제와 행정존중	58
제6장 우리나라에의 시사점	62
제1절 행정존중의 기본적 인식	62
제2절 불확정개념의 문제	63
제3절 재량행위의 문제	65
제4절 사실인정의 문제	68
제7장 요약 및 결어	69
제1절 요약	69
제2절 결어	71
참고문헌	73
Abstract	76

연구의 목적

최근 동일한 사건에서 본안의 같은 쟁점에 관하여 전혀 다른 취지의 두 개의 판결이 선고되었다. 뒤의 판결은 환송심에서 선고된 것으로서, 대법원이 본안전의 쟁점으로 원심판결을 파기함에 따라 본안전의 쟁점에 관하여 파기환송판결의 취지에 따라 다시 심리하면서 본안의 쟁점에 관하여 환송전 원심의 판단과는 다른 취지로 판단한 것이었다.

쟁점은 상훈법 제8조 제1항 제1호 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’의 해석에 관한 것인데, 원고의 아버지인 망인에 대하여 1982년경 대통령이 건국포장을 수여하였다가 1990년경 건국훈장의 등급 변경에 따라 건국포장을 다시 상향심사하는 절차를 진행하여 건국훈장 애국장을 다시 수여하였는데,¹⁾ 국가보훈처장은 2010. 11. 19. 망인의 친일 행적이 확인되자 원고에게 그에 대한 의견진술의 기회를 부여하고 전문가들로 구성된 자체 위원회의 심의를 거친 다음, 상훈법 제8조 제1항 제1호의 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’에 해당한다는 이유로 행정안전부 장관에게 서훈취소에 관한 국무회의 의안 제출을 요청하였고, 행정안전부 장관이 국무회의에 서훈취소 안건을 상정하여 국무회의의 의결을 거쳐 대통령이 2011. 4. 6. 망인에 대한 서훈취소 결정을 하였고, 그 후 국가보훈처장이 원고에게 서훈취소 결정을 통보하자, 원고는 국가보훈처장을 상대로 위 서훈취소 결정의 취소청구 소송을 제기하였다.

법원(2심)은 상훈법 제8조 제1항 제1호에 해당하는지 여부에 관하여, ‘피고는 망인에게 서훈공적은 인정되나, 그 후 일제치하 말기인 1930년대 후반에서 1940년 사이의 행적을 문제 삼아 서훈취소를 하였고, 당초 서훈공적이 거짓이었다는 자료는 없고, 따라서 망인에게 당초 서훈공적 이후 1930년에서 1940년 사이에 친일행적이 발견되었다고 하더라도, 상훈법 제8조 제1항 제1호의 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’에 해당하지 않으므로, 상훈법 제8조 제1항 제1

1) 서훈공적은 ‘망인은 1919. 3. 해주에서 3·1 독립운동을 주도하다가 붙잡혀 징역 6월의 형을 선고받았고, 1920. 7. 대한독립단 황해도지부 간부로 있으면서 친일 군수를 사살한 행위 등으로 징역 3년 6월의 형을 선고받았다.’는 사실이었다.

호를 근거로 한 서훈취소 결정은 위법하다.’고 판시하였다.

법원은 더 나아가서 부가적으로, 수익적 행정행위는 특별한 법적 근거 없이도 직권취소할 수 있는데, 이 사건의 경우는 처분 후 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나, 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우로서 그 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대하지 않은 경우라고 할 수 없어, 직권으로 서훈취소를 할 수 없다고 판시하였는데, 그 이유로 다음과 같은 사정을 들었다. 첫째, 1982년 당초 서훈공적을 심의할 당시 당초 서훈공적 외에 피고가 이 사건에서 주장하는 1930년 이후의 친일행적이 종합적으로 고려되지 않았는지는 피고가 증명하여야 하는데, 이를 증명할 당시 자료가 없다. 둘째, 당초 서훈공적은 탄압이 심한 일제초기에 2번의 옥고를 치르면서 합계 4년의 형을 살았던 것인 반면, 그 후 발견된 친일행적은 일제말기의 탄압정국 아래에서 도회의원으로 활동하였다는 점 등으로서 그 과오 정도가 심각하다고 보기 어려우며, 그 근거자료도 매일신보 기사 등으로 기사가 과장되었을 가능성을 배제하기 어렵다. 셋째, 국가보훈처장이 새롭게 문제삼은 행적은 당초 서훈공적 당시에 조사하였어야 할 사정이고, 국무회의의 심의를 거치는 등 엄격한 조사를 거쳤음에도 이를 누락한 잘못은 피고에게 있다. 넷째, 애당초 망인이 서훈대상자가 되지 않는 것이 적절하였다고 보더라도, 망인의 경우 공적과 과오를 비교할 때 적어도 공적이 더 많았다고 보는 것이 타당한데, 서훈을 수여하였다가 친일행적을 이유로 박탈하는 것은 처음부터 서훈이 수여되지 않는 것과 비교하여 망인과 그 유족인 원고에게 불이익을 주게 되고, 특히 원고는 망인에 대한 서훈수여로 국립현충원에 망인을 안장하였다가 다시 서훈취소로 망인을 이장하여야 하는 불이익을 입게 되는데, 이와 같은 불이익은 당초 서훈심사를 적절하게 하였다면 막을 수 있었다(서울고등법원 2012. 12. 5. 선고 2012누8467 판결).²⁾

위 사건의 상고심은 본안전의 이유로 원심판결을 파기환송하였다, 즉, 위 서훈취소 결정은 국가보훈처장의 처분이 아니고 대통령령의 처분임에도 그 처분

2) 본 논문에서 부가적 판시를 자세하게 언급하는 이유는 이 사건에 관한 법원의 기본적인 시각을 알 수 있기 때문이다.

이 있음을 알린 기관에 불과한 국가보훈처장을 상대로 제기하여 피고를 잘못 지정한 경우에 해당하므로, 법원은 석명권을 행사하여 원고로 하여금 정당한 피고로 경정하게 하여 소송을 진행하게 하여야 한다는 것이다(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013두116 판결).

환송후 원심은 피고를 대통령으로 경정하는 허가를 한 뒤 본안에 관하여, “상훈법이 대한민국에 공로가 뚜렷한 사람에 대하여 서훈을 수여하고(제1조), 대상자의 공적 내용과 그 공적이 사회에 미친 효과와 정도 및 지위, 그 밖의 사항을 고려하여 서훈 수여 여부를 결정하도록(제3조) 규정하고 있는 점과 함께 국가에 공적이 뚜렷한 사람에게 서훈의 영예를 부여함으로써 국민 일반에 대하여 국가와 민족에 대한 자긍심을 높이고 국가적 가치를 통합·제시하는 서훈의 기본적 성격 등을 고려하면, 상훈법 제8조 제1항 제1호에서 서훈 취소 사유로 규정하고 있는 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’란 서훈 수여의 기초가 되었던 공적 자체가 거짓으로 판명된 경우뿐만 아니라 위와 같은 공적에 반하는 다른 행적이 사후에 밝혀졌고, 그러한 행적과 기존의 공적을 종합적으로 고려하였을 때 상훈법 제1조 등의 취지에 부합하지 아니한다고 판단되는 경우까지 포함된다고 보는 것이 타당하다. 또한 위와 같은 서훈 수여 또는 그 취소의 성격 등에 비추어 보면, 서훈의 취소권자인 피고에게는 서훈 취소사유 의 존부 판단에 관하여 폭넓은 재량 또는 판단여지가 인정된다고 보는 것이 타당하므로, 전제사실에 대한 오류나 절차의 흠결 등 명백한 하자가 없는 이상 존중되어야 할 것이다.”라고 전제한 다음 ... 사실3)이 인정된다는 이유로 망인의 서훈공적과 양립하기 어려운 사실에 기초하여 국가보훈처에 의한 심의와 국무회의의 의결을 거쳐 상훈법에 따라 이루어진 서훈취소 결정은 적법하다고 판단하였다(서울고등법원 2015. 3. 25. 선고 2014누7611 판결).⁴⁾

3) 이 사실은 망인의 몇 가지 친일행적을 말하는데 구체적인 기재는 생략한다.

4) 원고가 상고하였으나, 2015. 7. 9. 심리불속행 기각되었다(대법원 2015두1809호). 그러나 그 이전에 동일한 쟁점을 가진 관련 사건에서 대법원은, “상훈법 제8조 제1항 제1호에서 정한 서훈취소 사유인 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’에는 서훈 수여 당시 조사된 공적사실 자체가 진실에 반하는 경우뿐만 아니라, 서훈 수여 당시 드러나지 않은 사실이 새로 밝혀졌고, 만일 그 사실이 서훈 심사 당시 밝혀졌더라면 당초 조사된 공적사실과 새로 밝혀진 사실을 전체적으로 평가하였을 때 서훈 대상자의 행적을 그 서훈에 관한 공적으로 인정할 수 없음이 객관적으로 뚜렷한 경우도 포함된다고 보아야

국어사전의 정의에 의하면 ‘거짓’이라 함은 ‘사실이 아닌 것’을 말한다. 따라서 망인에 대한 당초의 서훈공적이 사실인 이상 사후에 친일행적이 발견되었다고 하더라도 상훈법 제8조 제1항 제1호에서 규정된 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’라고 할 수 없다. 환송전 원심은 이러한 견해에 기초하고 있고, 그 판시 이유는 개인의 권익보호에 관한 법원의 전통적인 관심사항을 내세운 반면 서훈을 관장하는 행정청의 입장과 그 결론에 이른 행정기관 내부의 논의 과정은 전혀 고려하지 아니한 것이다.

그러나 상훈법상 서훈 자체가 국가에 공로가 뚜렷한 사람에게 수여하는 것이므로 당초의 상훈공적과는 별개의 사실로 인하여 당초의 서훈공적이 서훈을 수여할 만한 서훈공적에 이르지 못하게 된 경우에도 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’에 해당한다고 해석하는 것은 문언에 충실하지는 아니하지만 정당하다고 볼 여지도 있고, 환송후 원심은 이러한 견해에 기초하여 행정청인 대통령령의 판단이 존중되어야 한다는 입장이다. 환송후 원심이 상훈법 제8조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 ‘서훈공적이 거짓임이 판명된 경우’에서 ‘거짓’이라는 문언이 불확정개념이라고 판단한 것인지는 분명하지 않다. ‘거짓’이라는 문언 자체는 그 의미가 모호하다고 할 수는 없으므로 그것이 불확정개념에 해당한다고 단정하기는 어렵다. 여하튼 환송후 원심은 ‘거짓’이라는 문언의 법해석에 관하여 행정청의 견해를 존중한 것임은 틀림없다.

행정에 대한 법원의 적절한 법적 통제는 행정법의 중요한 과제이다. 원래 군주의 권한에서 입법권이 의회로, 민사, 형사재판의 사법권이 법원으로 분리된 대륙법에서는 법 적용작용이 행정의 영역에 당연히 포함되어 있었는데 반하여, 군주의 권한이 없는 상태에서 입법작용은 의회로, 법 적용작용은 법원으로 귀속된 미국의 행정법에서는 원래 법 적용작용이 행정의 영역에 포함되지 아니하였다. 이러한 행정의 개념 형성과정에서 차이점은 있지만 미국에서도 사회의 발전과 함께 다양한 행정청이 등장하고 법원의 업무부담도 가중됨에 따라 개별 법률에 의하여 법적용 권한을 행정기관에 부여함에 따라 법적용작용도 행정의 영역에 포함되기에 이르렀다.⁵⁾ 결국 대륙법이나 미국법하에서 행정

한다.”라고 판시하였다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두26920호 판결 참조).

스스로 법적용을 할 수 있는 권한을 갖고 있는바, 이러한 점에서 법원의 법적용작용과 실질적인 차이점은 없다고 할 수 있다. 따라서 삼권분립하에서 행정청의 법적용작용에 대한 사법심사를 맡게 된 법원으로서는 별개의 법적용기관의 법해석을 무시할 수 없는 것은 불가피하다고 할 수 있다.

그러나 위와 같은 역사적인 배경을 넘어 오늘날 국민 전체의 복지증진과 행복 추구를 국가의 가장 중요한 임무로 여기는 복지국가로 나아가는 과정에서, 행정의 활동 범위는 종래와 비교할 수 없을 정도로 넓어지고 동시에 그 영향력도 증대됨에 따라, 행정법의 주요 관심사를 행정에 대한 법적 통제로 파악하던 시민적 자유주의 시대의 행정법 사고로는 더 이상 법의 테두리 내에서 국가 목적을 효율적으로 달성하는 것이 어려운 시대를 맞이하고 있다. 오히려 행정이 자신의 책임하에서 가능한 행정수단을 자율적으로 선택하여 공익을 실현하는 것을 존중하면서, 국민의 사익이 부당하게 침해되는 것을 방지하는 공익과 사익의 적절한 조화를 도모하는 것이 행정법의 중요한 과제로 등장하였다. 이에 법원은 행정존중의 적절한 수준을 스스로 결정하여 사법심사에 적용하는 것이 필요하게 되었고, 이에 따라 행정결정에 대한 사법심사에서 심사기준 내지 심사강도에 관하여 활발하게 논의 되고 있다.

우리나라의 행정소송에서 재량행위나 불확정개념 등의 분야에서 행정존중을 부여하여야 한다는 취지의 판시가 이루어지고 있지만, 위와 같이 기본적으로 행정청의 법해석에 관한 행정존중이 필요하다는 인식이 법원에 있는지는 의문이다. 위에서 본 환송전 원심의 판시와 같이, 법원이 행정청이 오랫동안 관장해 온 전문영역에서의 법해석을 전혀 존중하지 아니한 채 개인의 권익보호라는 전통적인 사법심사의 가치만 강요할 경우 당해 행정 목적과는 전혀 동떨어진 법해석을 하게 될 위험이 따르고, 이는 공익에 정면으로 배치되는 결과가 될 수 있다.

본 논문에서는 우리나라의 행정소송에서 비교적 생소한 개념이라고 할 수 있는 행정존중에 관한 영미법에서의 다양한 논의를 검토하고, 우리나라의 행정소송에서 이러한 행정존중이 시사하는 문제점에 관하여 언급해 보려고 한다.

5) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 102면 참조.

연구의 방법과 범위

독일에서 행정에 대한 심사강도는 행정청이 내린 결정을 전제로 하여 그 재량하자 여부를 사후적으로 심사하는 사후적·제한적 심사와 행정청의 결정은 제쳐두고 근거 법규 자체를 대상으로 삼아 법원이 스스로 그 법규에 의거한 적법한 결정이 무엇인지를 확정하는 다음 이를 비로소 행정청의 결정과 비교하는 주체적·전면적 심사로 나누고, 재량행위와 기속행위에 대한 사법심사에서 위의 두 가지 심사강도를 구분하여 재량행위에 대하여는 전자의 심사방식을, 기속행위에 대하여는 후자의 심사방식을 적용하고, 다만, 효과재량설에 의할 경우 요건에 관한 불확정개념의 해석, 적용에 관해서는 재량이 부정되어 행정청의 판단이 무시되고 모두 법원의 판단으로 대체되는 부당한 결과를 시정하여, 이러한 심사강도를 통일적으로 적용하기 위하여 이른바 판단여지설이 등장하였다.⁶⁾ 우리나라의 이론과 실무도 대체로 위와 같은 독일의 입장을 따르고 있다고 할 수 있다.

미국은 영국의 전통을 이어받아 ‘법적 문제’(question of law)와 ‘사실의 문제’(question of facts)를 구별하여 그 심사강도를 논하고 있다. 사실의 문제에 대하여는 전면적인 사법심사를 제한하여, 일반적으로 적용되는 가장 낮은 단계의 ‘임의적, 자의적’(arbitrary and capricious)이어서 ‘재량남용’(abuse of discretion)에 해당하는지 여부의 심사, 공식적 처분(formal adjudication)절차 또는 규칙제정(rule-making)절차에 의거한 사실인정에 대하여 ‘실질적 증거’(substantial evidence)에 의하여 뒷받침되는지 여부의 심사, 비공식적 처분절차 또는 규칙제정절차에 의거한 사실인정에 대한 ‘전면적 재심사’(trial de novo)로 나누어지고, 법적 문제는 전통적으로 전면적 사법심사의 대상이 되는 것으로 이해되어 왔으나, 1984년의 Chevron⁷⁾ 판결에 의하여 불확정개념으로부터 입법자가 의도한 ‘명료한 의미’(plain meaning)가 도출되지 않는 경우에는 그 해석은 정책의 문제로서 권력분립 원칙과 행정의 전문성에 의거하여, 행정

6) 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법, 박영사, 2005, 5,6면 참조.

7) Chevron USA Inc. v. National Resources Defence Council, 467 US 837 [1984].

청의 해석이 합리적이고 자의적이지 않는 한 법원은 원칙적으로 이를 번복하지 못한다는 원칙이 확립되었다. 따라서 불확정개념의 해석과 포섭에 대해서도 위와 같은 사실인정의 심사방식이 준용되는 것이다.⁸⁾ 위와 같이 대륙법이나 미국법에서 사법심사의 강도는 약간의 차이를 보이고 있으나, 결국 법원이 행정청의 견해를 어느 수준으로 존중할 것인지에 관한 문제로 귀착된다.

최근 캐나다의 몬트리올대학교(Université de Montréal) Paul Daly 교수의 저서인 『행정법에서 존중의 이론』(Theory of Deference in Administrative Law)이 발간되었는데, 저자는 동 저서에서 영미법의 사법심사에서 행정존중을 부여해야 하는 근거와 행정존중의 기준을 어떻게 결정할 것인지에 관한 새로운 방법론을 제시하고 있다. 본 논문에서는 Paul Daly 교수의 동 저서를 중심으로 영미법상의 행정존중에 관한 논의를 검토해 보고자 한다.

논의의 개략적인 내용을 소개하면 다음과 같다. 제1장에서는 행정존중의 의미와 영미법 국가에서 행정존중의 적용 실례를 살펴본 다음, 행정존중을 그 적용되는 형태에 따라 ‘인식적 행정존중’(epistemic deference)과 ‘원리적 행정존중’(doctrinal deference)으로 분류하고, 본 논문에서는 원리적 행정존중에 관하여 다루는 것임을 밝힌다. 제2장에서는 행정존중의 이론적 근거로서, 입법부가 법률에서 행정청에 의사결정의 권한을 위임한 경우에는 법원은 그에 상응하는 심사기준을 적용하여 행정존중을 해야 한다는 ‘입법 의도’(legislative intent)의 실행에 관한 논의를 검토한 다음, 행정존중이 적용되기 위한 전제로서 입법부의 행정청에 대한 권한위임 및 그 권한위임의 범위에 따른 법원의 행정존중에 관하여 검토한다. 제3장에서는 입법부의 행정청에 대한 권한위임의 이유로서 행정존중의 실제적 근거가 되는 전문성, 복잡성, 민주적 정당성, 참여의 정당성 등에 관하여 살펴보고, 제4장에서는 행정존중에 따른 통상의 심사기준으로서 논의되는 ‘불합리성’(unreasonableness)과 보다 완화된 심사기준으로서 ‘명백한 불합리성’(patent unreasonableness)과 ‘관련성’(relevancy)에 관하여 살펴본다. 제5장에서는 행정존중이 적용되는 한계로서, 행정결정에 대한 사법심사에서 기본권 침해가 문제되는 경우의 ‘비례성’(proportionality) 심사에 관

⁸⁾ 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법, 박영사, 2005, 13면 참조.

하여 검토하고, 영미법상의 전통적인 법적 문제(question of law)에 대한 행정존중에 관한 논의를 살펴본다. 제6장에서 이러한 행정존중에 관한 논의가 우리나라의 행정소송에 시사하는 문제점들에 관하여 언급하고, 제7장에서는 본 논문의 결어로서, 우리나라 법원도 행정청의 법해석에 대한 경시 태도를 버리고 적절한 심사기준의 적용을 통한 행정존중이 요구됨을 밝힌다.

제1장 행정존중의 의의

제1절 개설

사법심사에서 행정존중은 상이한 행정소송 제도를 도입하고 있는 대륙법과 영미법에서 다르게 작용하지만 양쪽 모두에 의미가 있는 것이다. 미국에서는 Skidmore 존중, Chevron 존중, 영국에서는 Wendnesbury 불합리성 등으로 행정존중에 관한 논의가 이루어져 왔는데, 이들 행정존중의 형태는 두 가지로 분류할 수 있고, 소위 ‘인식적 행정존중’(episdemic deference)과 ‘원리적 행정존중’(doctrinal deference)이 그것이다. 전자는 법원이 행정청의 판단을 심사하면서 그 판단을 존중해 줄 필요가 있다고 인식되는 경우에 한하여 존중적 입장을 취하는 것임에 반하여, 후자는 처음부터 행정청의 판단에 대하여 존중적인 입장을 갖추고 사안을 심사한다는 의미인데, 인식적 행정존중은 법원의 통상적인 사건처리 방식과 별다른 차이가 없고, 원리적 행정존중만이 이론으로서의 가치가 있는 것이다.

제2절 정의

서두에서 언급한 서울고등법원 2014누7611 판결에서도 행정청의 판단을 존중한다는 취지를 실시하고 있는 바와 같이, 행정존중(deference)라고 함은 법원이 행정청의 결정을 심사하면서 문제된 쟁점에 관하여 법원 자신의 판단을 앞세우지 않고 행정청의 판단이 타당한 것으로 간주하여 법원이 이에 따라 판단을 내리는 것을 말한다. 우리나라의 대법원 판결에서도 재량행위에 관한 판단에서 ‘행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다’⁹⁾ 또는 ‘행정청이 ... 내린 전문적·기술적 판단은 ... 특별한 사정이 없다면 최대한 존중되어야 한다’¹⁰⁾

⁹⁾ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두23033 판결 참조.

등으로 실시하고 있는바, 이러한 점에서 행정존중은 우리나라의 행정소송에서도 전혀 생소한 용어는 아니라고 할 수 있다. 그러나 행정존중에 대한 태도는 영미법과 대륙법에서 각각 상이할 수밖에 없다.

프랑스는 조직편제상 행정부에 소속되어 있으면서 행정으로부터 실질적인 독립과 권위를 확보한 국참사원(콩세이유·데따)에서 행정재판을 담당해 오다가, 1953년 업무부담의 경감을 위하여 일반적 1심으로 지방행정재판소가 설립되었다. 독일은 민사·형사사건을 다루는 일반법원과는 별도로 각종 행정재판소를 행정부 내에 설치하여 행정사건을 전담해 오다가 2차대전 이후 사법부로 소속되었다.¹¹⁾ 이와 같이 일반 판사가 아니라 전문적인 행정인력으로 구성된 행정재판소가 행정사건을 심리하는 대륙법계 국가에서는 행정존중이라는 용어는 생소할 수 있고, 심지어 행정존중은 없어야 한다고 생각될 수도 있다. 그러나 이들 국가에서도 법원의 상급심을 통하여 최종적인 사법심사가 이루어지고, 이러한 경우 행정존중은 법원의 상급심에서 하급 행정법원의 판단을 심사함에 있어 적용될 수 있는 것이므로¹²⁾ 행정존중의 논의가 무의미하다고 할 수 없다.

참고로 영미법에서는 행정존중의 용어로서 ‘deference’ 또는 ‘judicial deference’가 사용되는데, ‘deference’만으로는 복종, 동의라는 의미가 함축될 수 있어 법원의 자발적인 면이 가려지게 되고, ‘judicial deference’에는 법원의 권능이 그 중심에 있는 것처럼 보인다는 이유에서, 상대방(행정청)의 능력에 대한 (법원의) 존중을 표시한다는 의미로 ‘curial deference’라는 용어가 사용되기도 한다.¹³⁾

10) 대법원 2000. 10. 27. 선고 99두264 판결 참조.

11) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 29-32면, 463면 참조.

12) Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.14 참조.

13) Paul Daily, 전게서 p.9-10 참조.

제3절 행정존중의 실례

1. 미국

미국에서 Chevron¹⁴⁾ 원칙이 도입되기 이전에는 원칙적으로 법원이 모든 종류의 법적 문제에서 행정청에 대하여 우월성을 지니는 것으로 이해되었는데, 이러한 인식은 영국에서의 전통적인 ‘법의 지배’ 즉 일반법의 절대적 우위와 최고성을 강조하여 행정에 특별한 지위를 부여함으로써 일반 사법과는 구별되는 공법이라는 관념을 거부하는 데에서¹⁵⁾ 기인하였다. 그러나 행정존중의 관념이 전혀 없었다고 할 수는 없다. 즉 Skidmore v. Swift & Co.¹⁶⁾ 사건에서 법원은 관련법에 명시적으로 규정되지 않은 특별한 형태의 시간외 근무에 관한 행정기관의 해석을 받아들였는데, 수권법률에 대한 행정기관의 해석에 대해서는 오랜 기간 상당한 정도의 중요성이 인정되었고, 때로는 그것이 법원의 판단에 결정적인 영향을 미쳤으며, 행정기관은 자신의 수권법률을 공적인 의무에 따라 특별한 전문성에 근거하여 해석하기 때문에 그러한 행정기관의 해석은 존중할 만하다고 판시하여, 이른바 Skidmore 원칙이 확립되었다.¹⁷⁾

Skidmore 사건에서 법원은, 수권법률에 대한 행정기관의 해석권한을 인정하여 심사를 자제한 것은 아니고, 오히려 행정기관의 해석이 전문적인 경험을 바탕으로 충분한 정보에 근거해 내려진 판단이어서, 법원이 판결을 내릴 때 적절히 고려할 수 있는 중요한 자원으로 인식한 것이었고, 이러한 이유로 법원이 특정한 행정기관의 해석에 부여하는 중요성은 사건마다 상이했다. 요컨

¹⁴⁾ Chevron USA, Inc. v. National Resources Defence Council, 467 US 867 [1984].

¹⁵⁾ 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 52면 참조.

¹⁶⁾ Skidmore v. Swift & Co. 323 U.S. 134 (1944).

¹⁷⁾ Skidmore 사건 판결에 관하여, Breyer / Stewart / Sunstein / Vermeule / Herz, Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases. 7.ed., 2011, p.278-282; Strauss / Rakoff / Farina / Metzger, Gellhorn & Byse's Administrative Law. Cases and Comments. 11.ed., 2011, p.972-976 ; 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 37집 3호, 2009, 315면 참조.

대 Skidmore 원칙에서 법원이 행정기관의 판단을 존중하는 것은 권한의 문제가 아니라 행정기관의 유능함에 근거하는 것이었고, 따라서 법원은 행정기관의 수권법률을 해석할 권한 있는 기관으로서 입법자의 의도를 모색함에 있어 법률해석을 위한 모든 전통적인 요소들을 검토하는 데 자유로웠다.¹⁸⁾

Chevron 원칙은 행정청의 법해석을 심사할 때 두 단계의 분석 즉 법률의 의미가 명확한지 여부를 심사하여 명확한 경우(첫째 단계)에는 규정의 명확한 의미를 적용하여야 하고, 그 의미가 모호한 경우(둘째 단계)에는 법원이 행정청의 해석이 불합리한 경우, 임의적 또는 자의적이거나 법규정에 명백히 배치되는 경우¹⁹⁾에 한하여 이를 번복하여 법원의 견해로 대체할 수 있다는 것이다. Chevron 원칙은 최근에 영(0)의 단계가 더해져서,²⁰⁾ Chevron의 2단계 심사가 모든 법률의 해석에 적용되는 것이 아니고, 당해 행정청이 수권법률(enabling act)을 해석한 경우에 한하여 적용된다고 하여²¹⁾ 종전의 Chevron 원칙을 제한하였다.

Chevron 원칙은 법률의 의미가 모호한 경우에는 입법부가 행정청에 해석의 여지를 부여한 것으로 보아 행정청에 정책결정의 권한을 인정한다는 취지로써, 행정청의 법률해석 권한이 당해 사건에서 법원에 우선한다는 것을 인정한 것이고, 따라서 Chevron 원칙은 무엇이 법인가를 판단함에 있어 행정청과 법원 간의 권한 분배라는 문제에 대한 가장 중요한 연방대법원 판결이라고 일컬어지고 있다.²²⁾

18) 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 37집 3호, 2009, 316면 참조.

19) United States v. Mead (2001) 533 US 218, Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.18에서 재인용.

20) Cass Sunstein, 'Chevron Step Zero' (2006) 92 Va LR 187, Paul Daly, 전게서, p.18에서 재인용.

21) 김은주, 전계 논문 325면 참조.

22) Chevron 사건 판결에 관하여, Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases. 7.ed., 2011, p.282-304; Richard J. Pierce, Administrative Law Treatise. vol. I. 5.ed., 2010, p.157-166; Strauss/Rakoff/Farina/Metzger, Gellhorn & Byse's Administrative Law. Cases and Comments. 11.ed., 2011, p.1014-1047; Bernard Schwartz, Administrative Law. 3.ed., 1991, p.701-703; 김은주, 전계 논문, 315면 참조.

2. 영국

영국에서는 *Congreve v. Home Office*²³⁾ 판결에서 “대부분의 사건에서 의회의 입법 의도는 관련된 법률 또는 위임 법령에서만 확인되는 것이고, 내무성이 어떻게 해석하였는지 또는 어떻게 시행하려고 하였는지는 아무 관련이 없다.”라고 판시한 바와 같이, 법적 문제에 관하여 행정존중의 관념은 거의 존재하지 않는다.²⁴⁾ 그 대신 재량행위에 대한 사법심사에서 이른바 *Wednesbury* 불합리성(*Wednesbury unreasonableness*) 기준이 적용되고 있는데, 이는 행정청은 자신의 재량을 구속하거나 악의에 의하거나 관련 없는 것을 고려할 권한이 없을 뿐만 아니라 불합리한 결정을 할 권한도 없다는 것, 즉 행정청이 합리적인 행정청이라면 내릴 수 없는 결정을 내린 경우에 한하여 법원이 개입할 수 있다는 것이다.²⁵⁾ 최근에 이르러 다양한 불합리성의 심사기준이 채택되고 있는데, 즉 문제된 행정청의 결정이 개인에 미치는 영향력이 클수록 그 정당성은 더 요구된다고 하여, 강화된 심사기준으로서 소위 ‘약한 *Wednesbury*’ (*sub-Wednesbury*) 심사가 적용되고, 법원이 감당하기 어려운 전문적이고 복잡한 문제에 대하여는 ‘초 *Wednesbury*’(*super-Wednesbury*) 심사가 적용되어, *Hammersmith and Fullham* 사건²⁶⁾에서 *Bridge of Harwich* 대법관은 중앙정부의 예산을 지방정부에 할당하는 국무장관의 결정은 *Wednesbury* 불합리성이 아닌 법적인 오류, 악의, 부적합한 목적 또는 명백한 모순이 있는 경우에만 심사가 가능하다고 판시했다.²⁷⁾

3. 캐나다

23) [1976] QB 629.

24) Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.19 참조.

25) Paul Daly, 전제서 p.19, 20 참조.

26) *R v. Secretary of State for the Environment, ex p. Hammersmith and Fullham London Borough Council* [1991] 1 AC 521 at 596, Paul Daly, 전제서, 각주 75에서 재인용.

27) Paul Daly, 전제서, p.20, 21 참조.

캐나다는 New Brunswick Liquor 사건²⁸⁾에서 처음으로 종전의 전통적인 간접적 심사로부터의 변화가 선언되었다. 위 사건에서 캐나다 연방대법원은 노동심판소에 법률상 권한이 부여되었고, 그 권한이 ‘이의불가’(privative clause) 조항에 의하여 보호되기 때문에 입법목적 달성을 위해서는 노동심판소의 기민함과 특별한 전문성이 필요한데, 해당 사안은 노동심판소의 관할에 속하므로 노동심판소의 법해석이 반드시 법원의 법해석과 일치해야 할 필요는 없고, 잘못이 있는 경우에도 이의불가 조항에 의하여 보호가 되는 것이어서, 노동심판소의 법해석이 명백하게 불합리할 경우에만 사법심사가 가능하다고 판시했다.²⁹⁾ 그 뒤 법원에 의하여 실용적, 기능적 분석이 이루어져서 4가지 요소가 개발되었는데, 첫째, 행정청의 결정이 이의불가 조항에 의하여 보호되는지 여부, 둘째, 법원과 비교하여 행정청의 상대적 전문성이 있는지 여부, 셋째, 관련 법규정의 목적, 넷째, 사안이 법적 문제에 가까와 사법적 해결이 적합한지 아니면 사실문제에 가까와 행정적 해결에 적합한지 등이 그것이다. 이들 4가지 요인의 상호 작용에 의하여 행정결정에 대한 존중의 정도가 마련되어 3가지 심사기준이 적용되었는데, 법원의 고유한 판단이 요구되는 정확성(correctness), 어느 정도의 심사(somewhat probing examination)를 통과할 수 있는지 여부를 확인해야 하는 합리성(reasonableness), 그것이 명백히 불합리하여 법령에 의하여 지지될 수 없는 것이어서 법원의 개입이 요구되지 않는 한 법원이 승인해야 하는 명백한 불합리성(patent unreasonableness)이 그것이다.³⁰⁾ 그 후 명백한 불합리성의 심사기준은 사용되지 않았고, 4가지 요인을 통한 접근방식에 대한懷疑로 範疇的 접근방식이 사용되었는데, 헌법상 쟁점, 법 체계에 중요하고 행정 공무원의 전문성이 미치지 못하는 일반적인 법 문제, 재판소 사이의 관할 문제, 행정청의 관할권 문제에 대하여는 정확성(correctness) 기준이 적용되고, 행정심판소의 기능과 밀접하게 관련되어 친숙한 법규정의 해석에 관한 문제, 사실, 재량 또는 정책, 또는 사실과 법이 불가분적으로 얽혀있는 법적 사실적

28) Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation [1979] 2 SCR 227.

29) Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.15 참조.

30) Paul Daiy, 전제서, p.16 참조.

문제에 대하여는 합리성(reasonableness) 기준이 적용되고 있다.³¹⁾

제4절 행정존중의 2가지 분류

위에서 본 바와 같이 미국의 Skidmore 원칙과 Chevron 원칙은 행정존중에서도 그 입장을 달리하고 있는바, Skidmore 원칙은 행정청의 판단에 무게를 두므로써 그 판단을 존중한다는 것임에 반하여, Chevron 원칙은 입법부가 행정청에 권한을 부여함으로써 인하여 일정한 조건, 예를 들면 그 판단이 불합리하지 않다는 조건하에서 행정청의 판단이 최종적이라는 의미이다. Paul Daly는 전자를 ‘episodic deference’, 후자를 ‘doctrinal deference’라고 명명하고 있는바,³²⁾ 본 논문에서는 이해의 편의상 전자를 ‘인식적 행정존중’, 후자를 ‘원리적 행정존중’으로 번역하여 사용하기로 한다.

인식적 행정존중은 개별 사안과 불가분적으로 관련되어 있고, 충돌하는 법익을 교량하여 그 사안에 관하여 책임을 지고 전문적 지식을 가지고 있는 당사자의 판단에 적절한 비중을 주는 법원의 통상적 사건처리 방식과 별다른 차이가 없어 독립한 이론으로서의 가치는 없다고 할 수 있다.³³⁾ 그러나 Chevron 원칙과 같은 원리적 행정존중은 사안의 실체와는 무관하게 법률 문언에만 의존하여 법률 규정이 모호한 경우에는 법원이 행정청의 결정이 잘못된 것이라고 판단하더라도 이를 시정할 수 없고, 다만 그 결정이 불합리한 경우에만 시정할 수 있는 것이기 때문에, 법원으로 하여금 특정한 결론에 이르는 것을 강제적으로 차단하는 것이고, 따라서 독립한 이론으로서의 가치가 있다고 할 수 있다.³⁴⁾ 따라서 본 논문에서는 원리적 행정존중을 중심으로 살펴보기로 한다.

³¹⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.16, 17 참조.

³²⁾ Paul Daly, 전제서 p.7, 8 참조.

³³⁾ Paul Daly, 전제서, pp.26-28 참조.

³⁴⁾ Paul Daly, 전제서, p.31 참조.

제2장 행정존중의 이론적 근거

제1절 개설

행정존중의 이론적 근거로는 입법 의도(legislative intent)의 실행을 들 수 있다. 즉 입법부가 법률에서 행정청에 의사결정의 권한을 위임한 경우에는 법원은 그러한 권한위임의 범위, 이유 등을 파악하여 그에 상응하는 심사기준을 적용함으로써 행정청에 권한을 위임한 입법 의도를 실행해야 하고, 입법 의도를 실행해야 하는 법원의 임무는 헌법상 원칙에 근거하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 행정존중의 전제로서 입법부의 행정청에 대한 권한위임이 있어야 하는데, 입법부에 의한 권한위임은 그 범위가 다양하게 이루어지므로, 법원은 권한위임의 범위를 파악하여 그에 상응하는 행정존중을 부여하여야 한다.

제2절 입법 의도의 실행

행정존중은 행정청에 고유한 법령해석권이 있음을 전제로 하는데, 행정청은 법률을 집행하는 과정에서 필수적으로 법해석을 하게 된다. 의회의 위임입법에 따라 구체적인 하위 규정을 정하는 경우는 물론 국민에게 직접 행정권을 행사하는 과정, 즉 사실관계에 법령을 적용하는 경우에도 법해석을 하게 된다.³⁵⁾

미국 연방헌법 제3조는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 규정하고 있으나, 사법심사의 일반 원칙에 관한 법규정은 없고, 최종적인 법해석권이 누구에게 있는지에 대해서도 침묵하고 있다.³⁶⁾ 미국의 행정절차법 제706조도

35) 이성엽, 정부의 법령해석권 정립에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2011, 44면 참조.

36) 이성엽, 전제논문 118면 참조.

법원은 ‘법에 관련된 모든 문제’(all relevant questions of law)를 결정한다고 규정하고 있지만 ‘법에 관련된 모든 문제’에 대한 정의는 없고 법원의 해석에 맡겨져 있다.³⁷⁾ 이러한 이유로 미국에서는 *Mabury v. Madison* 사건 등에서 행정부와 사법부 사이에 법해석의 갈등을 겪어 왔지만, 양자가 헌법상 규정에 따라 각각 헌법해석 권한이 있다는 점에서는 이견이 없고, 다만 원칙적으로 법해석에서 사법부 우위를 강조하는 견해와 행정부 자율성을 강조하는 견해가 대립되어 왔다.³⁸⁾

Paul Daly에 의하면, 만약 입법부가 법률을 통하여 법원으로 하여금 어떠한 심사기준을 적용해야 할 것을 규정하거나 또는 법률에서 그러한 취지가 도출될 수 있으면 법원은 그에 맞는 사법심사 기준을 개발하고 적용해야 하는데, 입법부의 위와 같은 취지는 법률의 해석 과정에서 권한위임의 범위나 이유 등으로부터 확인할 수 있다고 한다. Paul Daly는 이는 대다수의 법체계에서 공통적으로 받아들여지고 있는 ‘법원은 입법 의도(legislative intent)를 실행해야 한다.’는 헌법상 원칙에 근거하고 있고, 여기서 ‘입법 의도’라고 함은 입법부 구성원 중 법안의 발의자 또는 법안 의결에 참가한 다수 국회의원의 실제 의도가 아니라, 입법 과정을 거쳐 공식적으로 법률의 문언에 나타난 의도를 가리킨다고 주장한다.³⁹⁾

생각건대, 행정존중은 법원이 구체적인 사안에 관련된 법해석에 부여하는 것이므로, 행정존중의 타당한 근거를 찾고자 한다면 당해 사안에 적용되는 법률 규정에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 또 헌법상 의회민주주의 하에서 법률이 재판규범으로 기능하는 한 법원이 국민의 의사를 대변하는 입법부가 제정한 법률에 담긴 입법 의도를 실행해야 함은 사법작용상 당연한 이치이고, 권

37) Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.36 참조.

38) 이성엽, 정부의 법령해석권 정립에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2011, 119면 참조.

39) Paul Daly, 전게서, p.39, 40 참조; 그밖에 행정존중의 근거로서, 삼권분립의 원칙에 기하여 ①견제와 균형, ②명확하게 입법을 하라는 입법부에 대한 훈육지침, ③모호한 입법에 의한 사법부에 대한 자동적 행정존중, ④행정청에 대한 입법부의 사법심사 차단 권한 등이 거론되지만(Paul Daly, 전게서, pp.45-48 참조), Paul Daly는 이들은 모두 이론적 흠결이 있다는 이유로 배척하였다.

력분립의 원칙에도 부합하는 것이다. 결국 법원은 법률 규정을 통하여 행정청에 대한 권한위임의 범위, 이유 등을 파악하여 그에 상응하는 심사기준을 적용함으로써 입법 의도를 실행해야 하고, 그에 따라 적절한 수준의 행정존중이 부여될 수 있는 것이다.⁴⁰⁾

다만 미국의 행정절차법은 일반적인 경우에 적용되는 심사기준을 규정하고 있지만⁴¹⁾ 개별 법률에서는 이러한 심사기준에 관한 규정은 찾아볼 수 없다. 결국 당해 사건에 적용되는 법률의 해석을 통하여 입법부가 행정청에 대하여 의사결정의 권한을 부여한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 법원으로서도 행정결정에 관한 행정청의 견해를 존중함이 입법 의도를 실행하는 것이라고 할 수 있다.

Chevron 판결 이유에서 “때때로 구체적 사안에 관한 행정청에 대한 입법부의 위임은 명백하기보다는 **암묵적**이다. 그러한 경우에 법원은 자신의 법률조항에 대한 해석으로 행정청에 의한 합리적인 해석을 대체해서는 안 된다.”⁴²⁾ 라고 판시한 부분에 대하여, Paul Daly는 법률에서 모호한 문언의 사용은 그 입법 의도가 결정권을 행정청에 암묵적으로 위임한 것이라는 취지의 판시는 의회와 행정청 사이에서 권한위임의 적절한 근거로 볼 수 없다고 비판한다. 그 이유로서, 보통법상 의사결정의 시스템은 사법적 정책결정을 근간으로 하고 있어 법원도 정책결정을 담당하고 있으므로,⁴³⁾ 암묵적 권한위임이 있다고 볼 경우 권한위임이 반드시 행정청에 대하여 이루어진 것으로 볼 수는 없고, 오히려 가장 합리적이고 공평하게 해석할 수 있는 법원에 대한 권한위임으로

40) 입법 의도와 관련하여, 다수의 의회 구성원 사이에서 단일한 의도가 존재한다는 것이 가능한 것인지, 실제의 입법 의도는 매우 유해한 것일 수도 있는데 이러한 의도도 고려되어야 하는 것인지 등의 논의도 있으나(Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.39-42 참조), 우리나라의 대법원 판례, 헌법재판소 결정에서는 법규정의 해석과 관련하여 입법 의도 또는 입법취지 등이 자주 인용되고 있다.

41) 미국의 행정절차법 제706조는 심사강도로서 자의·전단심사, 실질적 증거심사, 전면적 재심사를 규정하고 있다. 추효진, 미국 행정법상 ‘실질적 증거심사’에 관한 연구, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2013, 31, 32면 참조.

42) 황의관, 미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구, 미국헌법연구 24권 1호, 2013, 410면 참조.

43) 황의관, 전제 논문, 412면 참조.

불 여지도 있으며, 특정한 정책을 지지하기 위한 도구로서 입법부의 암묵적인 의사가 이용될 위험도 있다는 것을 제시한다.⁴⁴⁾

Chevron 판결은 법원의 개입을 제한하는 이유로서 환경보호청의 전문성과 정치적 책임성도 함께 지적하고 있으므로⁴⁵⁾, 모호한 법률 문언에 의한 암묵적 권한위임을 행정존중의 유일한 근거라는 취지로 보기는 어렵고, 개별 법률에 나타난 특수한 사정에서 밝혀진 권한위임의 입법 의도를 그 근거로 한다는 취지로 보아야 할 것이다.

제3절 행정존중의 전제

행정존중의 근거를 앞에서 본 입법 의도에 두는 이상 행정존중은 입법부에 의한 행정청에 결정권한의 위임을 전제로 한다.⁴⁶⁾ Chevron 판결에서도 “의회가 창설한 프로그램을 집행하는 행정청의 권한은 필수적으로 정책과 공백으로 남겨진 것을 채우는 규칙제정을 암묵적으로 또는 명백하게 의회가 부여하는 것이다. 만일 의회가 명백하게 행정청이 채워야 할 공백을 남겨두었다면 그것은 행정청에게 규정을 통해서 구체적인 법률조항을 해석할 수 있는 권한을 분명하게 위임한 것이다. ... 때때로 구체적인 사안에 관한 행정청에 대한 입법부의 위임은 명백하기보다는 암묵적이다.”라고 판시하여 명시적, 묵시적 권한위임을 들고 있다.⁴⁷⁾

영국의 *Wednesbury* 사건⁴⁸⁾에서 “법률은 법원을 하나의 견해에 의해 다른 견해를 시정하는 결정자로서 세운 것은 아니기 때문에 지방정부가 법을 위반했

44) Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.51, 52 참조.

45) 황의관, 미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구, 미국헌법연구 24권 1호, 2013, 411면 참조. 이들은 뒤에서 보는 바와 같이 행정존중의 실제적 근거가 된다.

46) Paul Daly, 전제서, p.53 참조.

47) 황의관, 전제 논문, 409면 참조.

48) *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Coporation* [1948] 1 KB 223.

다고 주장하는 모든 경우에 법원은 자신이 그 권한을 대체해서는 안된다.”라는 판시,⁴⁹⁾ 영국의 R (Corner House Research And Campaign Against Arms Trade) v. Director of the Serious Fraud Office 사건에서 “권한은 법원이 아니라 행정 공무원에게 위임되었기 때문에 법원은 자제를 해야 한다.”라는 판시,⁵⁰⁾ 캐나다의 Dunsmuir v. New Brunswick⁵¹⁾ 사건에서 “법원에 제소할 수 있는 완전한 법률상 권리가 없거나 정확성(correctness)이 심사기준이라고 해석되지 아니하는 경우에 왜 행정청의 정책이나 재량행사의 합리성에 대한 판사의 견해가 의회가 결정권을 부여한 행정공무원의 그것보다 우월해야 하는가는 명백하지 않다.”라는 판시 등에서도 이러한 권한위임에 따른 행정존중을 밝히고 있다.⁵²⁾

반면에, 행정청에 의사결정의 권한위임이 이루어지지 아니한 경우에는 행정존중이 요구되지 않는다. 미국 연방대법원은 의회가 행정청에게 일반적인 법률을 해석하는 권한을 위임하지 않았기 때문에 일반적인 법률의 해석에 대하여는 행정존중을 부여하지 않았고,⁵³⁾ 오로지 행정청이 수행할 임무가 있는 법률의 해석에 대해서만 행정존중이 부여된다는 입장이다.⁵⁴⁾

49) Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.54 참조.

50) [2008] UKHL 60; [2009] AC 756 at 841, per Bingham of Cornhill ; Paul Daly, 전게서, p.54에서 재인용.

51) [2008] SCC 9; [2008] 1SCR 190.

52) Paul Daly, 전게서, p.54 참조.

53) Adams Fruit Company v. Barrett (1990) 494 US 638 at 649, per Marshall J., Paul Daly, 전게서, p.55에서 재인용.

54) Metropolitan Stevedore v. Rambo (1997) 521 US 121 at 137, n.9, per Souter J., Paul Daly, 전게서, p.55에서 재인용.

제4절 권한위임의 범위와 행정존중

1. 권한위임의 다양함

법률에 의한 권한의 위임은 다양한 행정청에게 그 범위를 달리하여 이루어지고, 권한 행사의 요건이나 절차도 각각 다르다. 특히 권한위임의 범위와 관련하여 권한 행사의 요건에 관한 규정 방식을 달리한다. 그에 따라 권한을 행사하는 행정청의 독립성, 책임성도 각각 다를 수 있다. 권한 행사의 요건이나 절차가 구체적일수록 권한위임의 범위가 상대적으로 좁고, 포괄적일수록 상대적으로 넓다고 할 수 있다. Paul Daly에 의하면, 이와 같이 권한위임의 방식이 다양한 이상, 법원은 입법 의도를 실행하기 위하여 다양한 접근방법에 따라야 하고, 모든 사건에 똑같은 사법심사 기준을 적용하는 것은 다양한 권한위임을 한 입법 의도에 배치되므로, 결국 다양한 권한위임에 의한 행정청의 결정에 대하여 법원은 각각 상이한 정도의 행정존중을 부여하여 심사해야 된다는 것이다.⁵⁵⁾

2. 행정존중의 다양함

미국의 *Christensen v. Harris County*⁵⁶⁾사건의 판결은 Chevron 원칙에 처음으로 변경을 가한 것인데, 연방노동부는 Harris County의 정책이 연방노동부의 법률집행에 관한 지침과 충돌되는 사안에서, 연방노동부의 법률해석에 대하여는 Chevron 존중이 적용되어야 한다고 주장하였으나, 다수 견해는 행정청의 정책설명, 매뉴얼, 집행지침에 들어있는 해석은 법적인 효력이 결여되어 있어서, 이에 대하여는 Chevron 존중이 보장되지 않는다고 판시하였고,⁵⁷⁾ Breyer

⁵⁵⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.55 참조.

⁵⁶⁾ (2000) 529 US 576, Paul Daly, 전제서, p.58에서 재인용.

대법관도 이를 지지하면서 의회가 실제로 권한위임을 하려고 하였는지 의문이 있을 경우에는 Skidmore 존중이 법적으로 효력이 있다는 의견을 제시했다.⁵⁸⁾

미국의 *United States v. Mead Corporation*⁵⁹⁾ 사건에서는 상품의 수입에 관한 규칙을 제정할 수 있는 재무성의 권한 하에서 세관이 특정한 상품거래의 이해 관계자에 대하여 제공한 관세분류에 관한 구속력 있는 유권해석의 효력이 문제되었는데, Souter 대법관은 세관의 법해석에는 Chevron 원칙은 적용되지 않는다고 판단하면서, “사법부가 다양한 행정부의 행위에 대하여 존중을 해야 한다는 입장은 받아들이지만 그 다양성의 광범위한 범위를 어떻게 고려할 것 인지를 결정해야 한다. 의회가 광범위한 법률상의 권한에 대하여 Chevron 존중 아니면 존중불가 둘 중 하나만 적용되는 것으로 의도하지는 않았을 것이고, 따라서 행정청의 가능한 행위의 범위가 고려되어야 한다.”고 판시하여, Chevron 존중보다 완화된 Skidmore 존중이 적용되었다.⁶⁰⁾

위와 같이 미국 연방대법원은 권한위임의 정도에 따라 Chevron 존중 또는 Skidmore 존중을 적용하였는바, 이는 행정청에 대한 다양한 권한위임에 따라 행정존중을 다르게 부여해야 한다는 취지이다.

3. 권한위임 범위의 확인

입법부에 의한 권한위임의 범위는 다음과 같은 요소에 의하여 확인될 수 있는데, 첫째, 그 권한이 전반적인 것인지 아니면 특수한 부분에 국한된 것인지, 둘째, 그 권한이 외부적으로 행사되어 강제가 가능한 것인지 아니면 행정청 내부적으로만 행사되는 것인지, 셋째, 행정청의 관할의 영역이 넓은지 여부, 넷째, 자율성 즉 행정청이 외부의 통제를 받는지, 외부와 협의 등을 거쳐야 하

57) 황의관, 미국 사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구, 미국헌법연구 24권 1호, 2013, 434면 참조.

58) Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.58 참조.

59) (2001) 533 US 218.

60) Paul Daly, 전제서, p.59, 60 참조.

는지 여부 등이다.⁶¹⁾

권한위임 범위의 확인과 관련하여 대조적인 아래 두 사건을 비교해 볼 필요가 있다. 미국의 *Gonzales v. Oregon*⁶²⁾ 사건에서 연방대법원은 연방 통제물질법(Controlled Substances Act) 하에서 통제물질의 처분과 의사의 등록, 등록취소를 관장하는 법률상 권한에 기초하여, 연방 검찰총장이 통제물질법에 규정된 ‘정당한 치료목적’의 해석에 관하여 제정한 규칙은 위법하다고 판시하였다. 즉 연방검찰총장은 오레곤주의 존엄사법(Death with Dignity Act)에 따라 안락사를 원하는 말기 중환자에게 안락사 처방을 하는 것을 범죄로 만들기 위해서 의사의 안락사 처방행위는 정당한 치료목적에 해당하지 않는다는 규칙을 제정하였는데, *Kennedy* 대법관은 검찰총장의 해석규칙에는 *Chevron* 존중이 부여될 수 없다고 판단하면서 그 이유로, 통제물질법상 통제물질의 처분을 관장하는 검찰총장의 권한은 오로지 공중에 대한 사전고지 및 의견진술, 건강청장의 평가를 거쳐야만 행사할 수 있고, 의사의 등록도 5가지 요인에 의하여 제한을 받기 때문에 의회는 검찰총장에게 통제물질법의 모든 규정을 수행하는 권한을 위임하지 않았다는 것을 설시하였다.⁶³⁾ 이는 법률에 의하여 위임된 검찰총장의 권한의 범위가 좁고, 다른 공무원의 자문을 거쳐서만 행사할 수 있는 등 간섭적인 것이 아니기 때문에 *Chevron* 존중이 적용될 수 없다는 취지이다.

반면 캐나다의 *Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers v. Paccar of Canada*⁶⁴⁾ 사건에서 *La Forest* 대법관은, 관련 노동법전에서 위원회의 목적이 위원회의 기능을 공중의 양호한 작업조건과 복지를 유지 및 달성하기 위하여 효율적인 노사관계를 개발하는 것으로 규정되고, 신청과 민원을 심리하고 결정하는 배타적인 권한이 주어졌으며, 일반 법원이 위원회의 결정을 심리하지 못하도록 하여 최종적인 것이라고 규정되어 있다면, 위원회에 상당한 권한이 부여되었고, 따라서 그 결정은 명백한 불합리성이 있는

⁶¹⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.61 참조.

⁶²⁾ (2006) 546 US 243.

⁶³⁾ Paul Daly, 전제서, p.63, 64 참조.

⁶⁴⁾ [1989] 2 SCR 983.

경우에 한하여 취소될 수 있다고 판시했다.⁶⁵⁾

참고로 캐나다에서 법률에 ‘異議不可 조항’(privative clause)이 있는 경우에 입법 의도에 관한 해석은 특이하다. 캐나다 연방대법원은 이의불가 조항은 관사에 대한 입법 의도의 표시로 받아들여지되, 다만 강제적인 것으로 취급하지는 않음으로써 법의 지배와의 충돌되는 것을 피하고 있다. 한편 영국 대법원은 이의불가 조항을 전혀 무시하고 있다.⁶⁶⁾ 그와 반대로 법률에 법원 등에 소제기를 할 수 있다는 규정이 있는 경우에, Paul Daly는 행정존중이 불가한 것은 아니지만 행정청에 대한 권한위임의 범위를 법원과 비교하여 상대적으로 축소시킨다고 해석하는데, 이는 입법부가 행정청에 권한위임을 하였음이 인정되는 이상 행정존중은 불가피하고, 소제기 가능 조항을 이유로 법원의 행정존중이 불가하다면 권한위임의 이유를 설명할 수 없기 때문이라고 설명한다.⁶⁷⁾

⁶⁵⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.62 참조.

⁶⁶⁾ Paul Daly, 전제서, p.68 참조.

⁶⁷⁾ Paul Daly, 전제서, p.68 참조.

제3장 행정존중의 실제적 근거

제1절 개설

법률에 의하여 행정청에 대한 권한위임이 이루어진 경우에 법률의 규정으로부터 권한위임의 범위를 확인할 수 있을 뿐만 아니라 권한위임의 이유도 찾아볼 수 있다. 그러한 권한위임의 이유에는 행정청의 전문성, 복잡성, 민주적 정당성, 참여의 정당성 등이 있는데, 이들은 행정존중의 실제적 근거가 된다. 따라서 법원은 권한위임의 범위와 행정존중의 이유 양쪽을 동시에 고려하여 그 상관관계 하에서 적절한 사법심사의 기준점을 찾아야 한다. 다만 이러한 행정존중의 실제적 근거는 법률에서 확인되는 것만 관련이 있고, 기타의 실제적 근거는 입법 의도와 관계에서 고려의 대상에서 제외된다.

제2절 권한위임의 이유

행정존중의 근거가 입법 의도에 있다고 보는 경우, 법률의 규정으로부터 입법부가 행정청에 권한위임을 한 실제적인 이유도 찾을 수 있다. 법률의 규정을 면밀히 검토하면, 권한위임의 범위와는 별도로 법률이 행정청에 대하여 요구하는 전문성, 민주적 정당성, 절차적 정당성, 행정청을 통해서 해결하고자 하는 문제의 복잡성 등을 알 수 있다.⁶⁸⁾ Paul Daly는 이러한 권한위임의 ‘이유’는 입법부가 사법부 이외의 행정부에 권한을 위임하는 데 영향을 미친 이유로서 행정존중의 실제적 근거가 되고, 입법 의도를 실행하는 법원으로는 행정존중의 정도를 결정함에 있어 이를 고려해야 한다고 주장한다. 다만 입법 의도에서 검토한 바와 마찬가지로 법률 자체로부터 확인되는 이유만이 관련이

⁶⁸⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.70 참조.

있고, 따라서 법원은 권한위임에 관한 입법부의 내부적 의사나 실제의 이유를 찾을 필요는 없다고 하면서,⁶⁹⁾ 아래에서와 같이 전문성, 복잡성, 민주적 정당성, 참여의 정당성 등을 들고 있다.

1. 전문성

(1) 의의

행정청은 법률의 계획과 규제대상인 산업의 문제에 관하여 법원보다 더 깊게 알고 있고, 행정청의 조사에 응하여 정보를 제공하는 전문가에 더 쉽게 접근하며, 일상적으로 일어나는 법적인 쟁점을 취급함으로써 얻는 실무상의 지혜를 가지고 있다. 이와 같이 전문성은 행정존중의 강력한 실제적 근거가 된다.⁷⁰⁾

행정청의 전문성은 특수한 자격요건 등을 통하여 갖추게 될 수도 있지만 법률상 자신이 담당하는 사무를 처리하면서 오랜 기간동안 경험에 의하여 개발, 축적된 것이 중요하다. 영국의 *R v. Chief Constable of Sussex, ex p. International Trader's Ferry*⁷¹⁾ 사건에서, 영업을 방해하는 항의시위를 진압하기 위하여 경찰자원을 어떻게 배치하느냐를 결정함에 있어서 지서장이 행한 이익형량에 대한 평가에 대하여 대법원은, 지서장은 현장의 상황, 인력과 재정적 자원의 가용성, 지역사회의 경찰수요를 잘 알고 있다는 이유 즉 축적된 전문성을 이유로 그 이익형량은 존중해야 한다고 판시하였다.⁷²⁾ *Chevron* 판결에서도 대기정화법 규정에 대한 전문성과 집행의 책임을 가진 환경청이 정책적 결정을 할 수 있는 보다 좋은 위치에 있다고 판시하여, 규제의 영역에서 행정기관의 우월한 경험과 전문성이 *Chevron* 존중에 대한 근거를 제공하고 있다.⁷³⁾

⁶⁹⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.72 참조.

⁷⁰⁾ Paul Daly, 전게서, p.73 참조.

⁷¹⁾ [1999] 2 AC 418, Paul Daly, 전게서, p.76에서 재인용.

⁷²⁾ Paul Daly, 전게서, p.77 참조.

⁷³⁾ 김은주, 미국 행정법에 있어서 *Chevron* 판결의 현대적 의의, 공법연구 37집 3호 2009, 323면 참조.

(2) 입법 의도와 전문성

이러한 전문성은 입법 의도와 연결성이 있어야 하는데, 일반적으로 행정청의 자격요건이 법률에 규정되어 있으면 이를 통하여 입법부가 전문성을 이유로 행정청에 권한위임을 한 것임을 알 수 있다. 또 만약 행정청에게 법률에 의하여 조사, 정책입안, 규칙제정 및 집행권이 부여되었다면 입법부는 행정청이 이러한 기능을 수행하는 과정에서 전문성을 축적하도록 한 것이라고 추론할 수도 있다.⁷⁴⁾ 다만 실제로 입법부가 전문성을 이유로 권한을 위임할 의도를 가졌는지 여부는 중요하지 않다.⁷⁵⁾

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam⁷⁶⁾ 사건에서 Iacobucci 대법관은 “법원은 경쟁위원회의 경제적, 상업적 영향을 이해하는 데 어려움이 있고 그로 인하여 경쟁위원회보다는 경쟁법의 목적을 더 잘 수행할 수는 없다. 따라서 법의 목적은 경쟁위원회의 결정을 존중함으로써 더 잘 이루어질 수 있다고 볼 수 있다.”라고 판시했다.⁷⁷⁾

Paul Daly는 전문성을 입법 의도와 연결짓기 위해서는 법률에서 입법부가 전문성을 가지고 있거나 앞으로 전문성을 개발할 행정청을 설립하였음이 드러나야 하고, 이러한 전문성만이 권한위임의 이유가 될 수 있는데, 단순히 권한위임이 있다고 하여 전문성이 추정된다고 할 수는 없다고 주장한다.⁷⁸⁾

(3) 전문성의 비교

일반적인 법적 문제(question of law)에 관하여는 법원에 더 전문성이 있고, 행정청의 관할범위 내에 있는 문제에 관하여는 법원의 전문성은 상대적으로

⁷⁴⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.78 참조.

⁷⁵⁾ Chevron 판결에서도 실제로 정책적 결정을 환경청에 위임하기 위한 의사를 공유하였는지 여부는 중요하지 않다고 판시했다. 김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 37집 3호 2009, 323면 참조.

⁷⁶⁾ Canada(Director of Investigation and Research v. Southam [1997] 1 SCR p.772

⁷⁷⁾ Paul Daly, 전게서, p.79 참조.

⁷⁸⁾ Paul Daly, 전게서, p.79 참조.

낮다고 할 수 있지만, 반드시 그렇게 보아야 하는지에 관해서는 논란이 있다. Canada (Attorney General) v. Mossop⁷⁹⁾ 사건에서 La Forest 대법관은 인권위원회의 법률 해석에 행정존중을 부여하여야 하는지 여부에 관하여, 일반적인 법적 문제는 궁극적으로 법원의 영역 내에 있고, 그것은 법원이 수행할 능력이 있는 것으로 생각되는 법률의 해석과 일반적 법 이론도 포함한다고 실시하였으나, L'Heureux-Dubé 대법관은 인권위원회의 권한의 기능의 행사를 통해서 인권위원회는 인권 쟁점에 관한 전문성과 법이론을 축적할 수 있었을 것이라 하고 반대의견을 밝혔다.⁸⁰⁾

Paul Daly는 일반적인 법적 문제에 관한 법규정이라고 하여 반드시 행정존중이 부정된다고 하기는 어렵다고 주장한다. 캐나다의 Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada⁸¹⁾ 사건에서 Avella 대법관은, 실제로는 근거 법률에 의하여 권한이 위임되고 수행되는 기능에 대하여 법률 해석, 인권 등의 꼬리표를 붙임으로써 전문성을 법원에 양보하게 되는 것에 불과하다고 지적했다.⁸²⁾

당해 사안에서 다른 행정청과의 사이에서 전문성이 상대적으로 비교될 수도 있는데, Pushpanathan v. Canada (Citizenship and Immigration)⁸³⁾ 사건에서 이민난민위원회는 약품밀수행위가 UN난민협약의 목적과 원칙에 위반되는 것인지를 결정함에 있어서 인권위원회와 비교하여 그 전문성이 훨씬 떨어지므로, 인권보장의 광범위한 정의를 이민난민위원회에 맡기는 것은 있을 수 없다고 판시했다.⁸⁴⁾

79) [1993] 1 SCR 554.

80) Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.82 참조.

81) [2007] SCC 15; [2007] 1 SCR 650, Paul Daly, 전게서, p.80에서 재인용.

82) Paul Daly, 전게서, p.82 참조.

83) Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1998] 1 SCR 982 at 1007.

84) Paul Daly, 전게서, p.81 참조.

2. 복잡성

복잡한 영역도 법원이나 국회보다 행정청이 더 잘 해결할 수 있다. 일반적으로 복잡한 분야에서 행정청의 이점은 그 전문성에 있는 것이지만, 그밖에도 행정청은 절차적 유연성을 가지고 있어 복잡한 문제, 특히 다원적인 문제를 해결하는 데 더 적합하다.⁸⁵⁾ 법원은 대립관계에 있는 양쪽 당사자만의 참여하에 양쪽 당사자에 의하여 제출된 주장에 대하여 엄격한 증거법에 따른 자료에만 의존하여 판단할 수밖에 없음에 반하여, 행정청은 광범위한 이해관계자들로부터 얻은 정보와 조직 내에서의 심도있는 연구 등을 기초로 다원적으로 엮힌 복잡한 문제에서 법원보다 더 적합한 결정을 내릴 수 있다. 따라서 복잡성은 전문성과 함께 입법부가 법원 이외의 조직에 권한을 부여할 수 있는 충분한 이유가 될 수 있다. 즉 복잡성은 전문성과 함께 권한위임에 의하여 문제를 효율적으로 해결하는 입법적 수단이 된다.⁸⁶⁾ Paul Daly는 기술적으로 복잡한 문제는 전문성을 가진 행정청에 의하여 해결될 수 있다는 이유로, 복잡성에서 다원성과 불확실성을 중요한 요인으로 들고 있다.⁸⁷⁾

캐나다의 *Pushpanathan v. Canada*⁸⁸⁾ 사건에서 Bastarache 대법관은 “사법절차는 양쪽의 당사자, 이해관계, 사실발견을 전제로 하고 있음에 반하여 어떤 문제는 수많은 이해관계를 동시에 고려하고 많은 당사자의 이익과 비용의 균형을 동시에 해결할 것을 요구한다. 이는 행정적 구조에 더 가깝기 때문에 법원은 자제를 보여야 한다.”⁸⁹⁾라고 밝혔는데, 이는 다원성에 관한 판결이다.

영국의 *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Launder*⁹⁰⁾ 사건에서는 원고를 홍콩으로 추방하는 장관의 결정의 합리성이 문제되었는데,

85) Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.89, 90 참조.

86) Paul Daly, 전게서, p.91 참조.

87) Paul Daly, 전게서, p.91 참조.

88) *Pushpanathan v. Canada* [1998] 1 SCR 982 p.1009.

89) Paul Daly, 전게서 93 참조.

90) [1997] 3 All ER 961, Paul Daly, 전게서, p.94에서 재인용.

Hope of Craighead 대법관은 “그 결정은 불신과 의심스러운 가운데 내려질 수밖에 없다. … 원고가 추방된 후 홍콩에서 사법을 담당하는 사람들의 마음은 눈으로 볼 수 없는 부분이고, 분석이 불가능하다. 결국 이는 법원의 전문성 범위를 넘어선 판단에 달려있고, 그 때문에 영장의 승인 여부의 결정은 의회에 의하여 국무성장관에게 부여된 것이다.”라고 밝혔다.⁹¹⁾ 이는 추방결정의 불확실성에 관한 판결인데, 결과를 정확하게 예측할 수 없는 불확실성도 행정의 복잡성의 한 요인으로 볼 수 있고, 이러한 복잡성은 특히 안보, 경제정책 분야에서 많이 볼 수 있다.

복잡성도 전문성과 마찬가지로 입법 의도와 연결성이 있어야 하는데, 이는 단순히 복잡한 문제를 해결하는 권한을 위임한 것만으로는 안되고, 법률이 복잡한 문제의 해결을 전문적인 행정청에게 위임하였거나, 다원적 또는 불확실한 문제를 해결하기 위하여 유연한 절차를 제공하고 있는 경우에 복잡성이 권한위임에 영향을 미친 것으로 추론할 수 있다.⁹²⁾ 미국 연방대법원의 Breyer 대법관도 “법률이 수많은 주장을 불러일으키는 복잡한 것이고, 그로 인하여 행정청의 전문성과 행정적인 경험이 요구되는 경우에 그 법률은 행정청에 대하여 법률의 해석이나 그 시행 과정에서 상당한 권한을 위임한 것으로 해석된다.”라고 판시했다.⁹³⁾

다만 대부분의 법률사건에서 복잡성은 정도의 차이에 불과할 뿐 어느 정도는 다 가지고 있는 것이므로, 복잡성만으로 행정존중을 부여하는 것은 부적절하고, 또 복잡성 주장은 쉽게 행정존중의 이유로 남용될 위험도 있기 때문에, 복잡성은 항상 전문성 등과 복합적으로 고려됨이 상당할 것이다.

3. 민주적 정당성

법원과 비교하여 행정청이 가진 이점 중에는 민주적 정당성을 가지고 있다는

⁹¹⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, 전제서, p.98 참조.

⁹²⁾ Paul Daly, p.97 참조.

⁹³⁾ *Barnhart v. Walton* (2002) 535 US 212 at 225, Paul Daly, 전제서, p.99에서 재인용.

점도 있다. 국민에 의하여 선출된 행정청은 선출되지 아니한 판사보다는 더 정당한 결정을 할 수 있고, 의회에 대하여 책임을 지는 정부를 구성하는 행정청과 그 구성원의 결정은 민주국가에서 존중을 받을 자격이 있다는 것이다.⁹⁴⁾ 민주주의 하에서 선출직인 정치인이 비선출직인 판사보다는 훨씬 정당성이 있다는 것은 당연한 사실이다. 따라서 행정청의 결정은 민주적으로 더 정당할 것이라는 이유에서 행정청에게 권한위임이 이루어진 것이라고 볼 수도 있다.

Chevron 사건에서 Stevens 대법관은 “판사는 그 분야에서 전문가가 아니고 정부의 정치적인 부서도 아니다. ... 행정청은 국민에 직접적으로 책임지는 것은 아니고 대통령이 지는 것이지만 정부의 정치적 부서가 이러한 정책선택을 하는 것이 전적으로 적절하다. ... 선거구민을 갖고 있지 아니한 연방 판사는 이들이 행한 정당한 정책선택을 존중할 임무가 있다. 정책선택의 지혜를 평가하고 공익에 관한 상이한 견해 사이의 갈등을 해결하는 책임은 사법부의 몫이 아니다.”라고 판시하여,⁹⁵⁾ 민주적 정당성을 행정존중의 근거로 실시하였다.

다만 Paul Daly는 민주적 정당성은 전문성, 복잡성 등과 같은 정도로 법률상 권한위임의 이유로 들기는 어렵다고 주장한다. 적어도 입법부가 행정청보다는 민주적 정당성이 더 있다고 할 수 있고, 행정청은 국민에 의하여 직접 선출된 경우 외에도 선출 공무원이 행정청에 대한 감독권만 가지는 경우도 있는 데다가,⁹⁶⁾ 이러한 행정청의 민주적 정당성이 다른 기관보다 더 나은 결정을 할 수 있을 것임을 시사하지는 않기 때문이다.⁹⁷⁾ 행정의 전문성은 정치와 특별이익의 영향력으로부터 자유로운 결정이라는 의미도 포함하고 있는 점에서 민주적 정당성은 전문성과 배치되는 면도 있다.⁹⁸⁾ 이러한 이유 등에서 법원이 행정존중의 적절한 정도를 결정하는 경우에 민주적 정당성은 전문성과 복잡성보다

⁹⁴⁾ Meadows v. Minister for Justice, Equality and Law Reform [2010] IESC 3; [2010] 2 IR 701 at [200], Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.101에서 재인용.

⁹⁵⁾ Chevron USA v. Natural Resources Defence Council (1984) 467 US 837 at 865-6, Paul Daly, 전제서, p.107에서 재인용.

⁹⁶⁾ 오히려 이러한 종류의 행정청이 대부분이라고 할 수 있다.

⁹⁷⁾ Paul Daly, 전제서, p.103 참조.

⁹⁸⁾ Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p.357 참조.

자주 인용되지 아니한다.

캐나다의 Mount Sinai Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services)⁹⁹⁾ 사건에서 Binnie 대법관은, 장관의 재량행사를 심사하는 경우에는 반대의 사정이 없는 한 최고의 행정존중이 적절하다고 밝혔고,¹⁰⁰⁾ 캐나다의 Nanaimo (City) v. Rascal Trucking¹⁰¹⁾ 사건에서 Major 대법관은, “지방의회 의원은 그들이 대표하는 선거구민에 의하여 선출되었고, 법원보다 그들의 지역의 긴급사태에 관하여 더 친숙하다. 지방의회의원들은 지역에서 선출된 대표자이고 선거구민에 책임을 진다는 사실은 결정을 심사하는 데 중요한 의미가 있다. 지방자치단체는 공익에 관한 결정을 함에 있어 다양하고 복잡한 이익 사이에 균형을 잡는다는 현실도 중요하다. 이러한 점들은 지방자치단체의 권한 내 결정이 존중적 기준에서 심사되는 것을 보장한다.”라는 견해를 제시했다.¹⁰²⁾ Paul Daly는 법률이 선출직 공무원에게 결정권한을 위임한 경우에는 이들의 정치적 책임성이 일정한 역할을 한다는 입법 의도를 나타내는 것이고, 따라서 입법부가 민주적 정당성을 갖춘 행정청에게 권한을 위임한 경우 어느 정도까지는 행정존중의 근거가 된다고 주장한다.¹⁰³⁾

4. 참여의 정당성

소송은 대립하는 쌍방 당사자의 대립구조에 의존하고 있어 그 과정에 다수의 이해관계자가 참여하는 것은 불가능하다. 반면에 시민들은 참여를 통하여 그들의 생활에 영향을 미치는 문제들에 관하여 언제든지 의사를 표시할 수 있어 직접 민주주의적 정당성을 부여하고, 정책목적 달성을 위한 수단의 선택을 심의를 통해서 이루어지게 하여 정확한 결정에 이르는 것을 가능하게 하는데,

⁹⁹⁾ [2001] SCC 41;[2001] 2 SCR 281, Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.103에서 재인용.

¹⁰⁰⁾ Paul Daly, 전게서, p.103 참조.

¹⁰¹⁾ [2000] SCC 13 ; [200] 1 SCR 342, Paul Daly, 전게서, p.104에서 재인용.

¹⁰²⁾ Paul Daly, 전게서, p.104 참조.

¹⁰³⁾ Paul Daly, 전게서, p.106 참조.

이는 전문성을 가지고 정책실현을 위한 각종 대안의 평가를 하는 행정조직에 의해서 가능한 것이다. 따라서 입법부는 참여를 넓히는 행정청의 장점을 이용하기 위하여 권한위임을 할 이유가 있다.¹⁰⁴⁾

1989년 영국의 In re Harvey 사건에서, 학생 수 부족을 이유로 6개 중 3개의 학교를 폐교하면서 교육당국은 3개의 구역에서 각각 1개의 학교를 각 구역의 나머지 1개의 학교와 합병하기로 한 결정에 대하여, 교육당국이 학생은 학부모의 뜻에 따라 교육을 받아야 한다는 원칙을 실현해야 한다는 법규정을 위반하였다는 주장이 제기되었는데, 대법원은 학부모들을 포함한 광범위한 대표자로 구성된 심사단이 조직되었고, 3,000여 명의 학부모와 상담, 의견진술이 이루어졌으며, 다른 법규정에 따른 상담서류 배포 및 의견진술이 있었다는 사실은 교육당국이 위 원칙을 유념하고 있었다고 보기에 충분할 뿐만 아니라 그 결정의 합리성을 입증하는데 도움을 주었다는 이유로, 교육당국의 결정은 상담서와 보고서 등에 의하여 지지될 수 있다고 판시했다.¹⁰⁵⁾ United States v. Mead Coporation 사건에서 Scouter 대법관은 “의회가 상대적으로 공식적인 행정절차를 제공할 때에는 당해 행정행위가 효력의 근거를 이루는 공정함과 심의를 촉진할 것으로 예상된다” 라는 이유로 더 높은 행정존중이 부여되어야 한다고 밝혔다.¹⁰⁶⁾

참여의 절차에도 결함이 있을 수 있는데, 중요한 이해관계인의 참여가 이루어지지 않고, 너무 많은 이해관계인의 참여나 시간 부족으로 인해 심의가 제대로 이루어지지 않는 등 절차적으로 결함이 있을 수 있다. 과도한 참여는 결정 과정에 장애가 될 수 있다. 이러한 이유로 미국 연방대법원은 공식적 규칙 제정 절차는 실정법에 명확하게 규정된 경우에만 적용되어야 하고, 법원이 비공식적으로 행정청이 채용한 절차에 추가적인 절차를 요구할 수는 없다고 판시하였다.¹⁰⁷⁾

¹⁰⁴⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.114 참조.

¹⁰⁵⁾ Paul Daly, 전제서, p.123 참조.

¹⁰⁶⁾ United States v. Mead Corporation (2001) 533 US 218 at 230, Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.120에서 재인용.

¹⁰⁷⁾ Vermont Yankee Nuclear Power Corporation v. Natural Resources Defense Council (1978)

참여의 절차가 행정존중의 실제적 근거가 되는 것은 그 절차가 적절하게 이행되었다는 것을 전제로 하므로, 법원은 적어도 다양한 이해관계인의 의견 제시를 촉진시킬 수 있는 절차에 해당하고, 실제로 그러한 참여절차가 제대로 이행되었는지 여부를 확인하여야 할 것이다.

참여의 정당성도 행정존중의 근거인 입법 의도와 연결되어야 하므로, 법원이 참여를 이유로 행정존중을 부여하는 것은 법률에서 참여를 요구하거나 허용한 경우에 한한다. 참여의 절차가 법률에 규정되어 있지 아니한 경우에는 행정존중의 근거는 약해진다. 다만 Paul Daly에 의하면, 헌법상의 원칙으로서의 적법절차 또는 자연적 정의에서 참여가 요구되는 경우가 있는데, 실정법의 해석상 이러한 절차가 요구된다고 판단되는 경우에는 참여를 입법 의도로 취급해야 한다.¹⁰⁸⁾

5. 법률에 근거하지 아니한 기타 실제적 근거

영국에서 *Wednesbury* 불합리성의 심사기준을 개발함에 있어 개별 사안에만 의존하였고 입법 의도의 중요성은 강조하지 않았다. *R. v. Ministry of Defense, ex p. Smith*¹⁰⁹⁾ 사건에서도 Thomas Bingham MR 대법관은 초(super) *Wednesbury* 심사기준을 언급하면서, “어느 결정이 중요한 정책에 관한 것일수록 그 결정에 관한 사건은 통상의 법원의 경험에서 떨어져 있고, 법원은 그 결정에 비합리적이라고 주장하는 것을 주저하게 될 것임이 틀림없다. 그것이 좋은 법이고 상식이다.”라고 표현했다.¹¹⁰⁾ Paul Daly는, 입법 의도를 제외한다면 사법심사의 기준을 어디에서도 찾을 수 없고, 입법 의도와 사법심사의 기준이 무관하다고 할 경우 첫째, 행정존중의 근거가 입법 의도와 연결되지 아니하여 법적 근거가 약

435 US 519, Paul Daly, 전게서, p.127에서 재인용.

¹⁰⁸⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.130 참조.

¹⁰⁹⁾ [1996] QB 517.

¹¹⁰⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.132 참조.

하게 되고, 둘째, 사건마다 행정존중의 실제적 근거, 즉 전문성, 복잡성의 유무, 적절한 참여 여부 등에 관하여 살펴보아야 하는데, 이는 법원의 시간과 자원 낭비를 초래하며. 셋째, 행정존중의 실제적 근거가 무한히 많아질 수 있어, 판사는 이를 찾기 위하여 입법 연혁 등을 살살이 조사해야 할 수도 있는 문제점이 있으므로, 행정존중의 실제적 근거를 입법 의도와 연결시켜야만 이러한 법원의 부담은 감소하고 법적 확실성이 증대된다고 주장한다.¹¹¹⁾

제3절 소결

입법부에 의한 권한위임의 정도와 권한위임의 실제적 근거는 사안에 따라 달라지므로, 입법 의도를 실행하는 법원은 사안에 따라 적절한 심사기준을 마련해야 한다. 권한위임의 범위가 다양한 것과 마찬가지로 행정존중의 실제적 근거도 다양한 것인데, Paul Daly에 의하면, 법원은 심사기준을 정함에 있어서 권한위임과 관련된 요소, 즉 권한의 다양함, 권한의 성질, 관할의 영역, 자율성 등을 한쪽(X) 함수로 하고, 행정존중의 실제적 근거에 관한 요소, 즉 전문성, 복잡성, 민주적 정당성, 참여의 정당성 등을 다른 쪽(Y) 함수로 하여, 이들 양쪽 함수를 동시에 고려하여 그 상관관계 하에서 적절한 사법심사의 기준점을 찾을 수 있다고 한다.¹¹²⁾

111) Paul Daly, 전게서, p.134 참조.

112) Paul Daly, 전게서, p.135, 136 참조.

제4장 불합리성(Unreasonableness) 심사기준

제1절 개설

다양한 행정존중에 의한 심사기준으로는 전통적인 '불합리성'(unreasonableness) 기준이 유용한 도구를 제공한다. 불합리성의 표지에는 비논리성, 불비례성, 범위반, 차별취급, 설명할 수 없는 정책변경 등이 있고, 그 입증책임은 원고에게 있는데, 행정결정에서 불합리성의 표지가 입증되었음에도 불구하고, 행정청은 실제로 그 결정이 정당화될 수 있는 것임을 입증함으로써 결국 합리적이라는 것을 증명할 수 있고, 행정존중은 행정청의 이러한 정당화 입증에 받아들이는 데에 그 의미가 있다. 나아가 통상의 경우보다 더 높은 수준의 행정존중을 부여해야 할 경우가 있을 수 있고, 또한 통상적인 불합리성 심사기준의 정확한 적용을 점검하기 위한 척도로서 불합리성 이외에 보다 완화된 심사기준을 마련할 필요성이 있고, 캐나다에서는 완화된 심사기준으로서 '명백한 불합리성'(patent unreasonableness)이 이러한 심사기준으로 사용되었으나, 이론상 난점이 있다는 이유로 이미 폐기되었다. Paul Daly는 그 대신 관련성(relevancy) 기준, 즉 행정결정이 관련된 논리나 증거에 의하여 지지될 수 있는지 여부가 보다 행정존중적인 심사기준으로서 적절한 것으로 제시한다.

제2절 불합리성(Unreasonableness)의 의의

1. 의의

영미법에서는 오래 전부터 행정결정에 대하여 정확성(correctness)과 불합리성(unreasonableness)이라는 두 가지 심사기준이 적용되어 왔다. 정확성 심사기준

이 적용되는 경우 법원은 행정결정을 전면적으로 재심사하는 자세로 자신의 판단으로 행정청의 판단을 대체할 수 있어 최종 결정권은 법원에 있다. 다만 이 경우에도 행정존중이 전혀 없다고 할 수는 없다. 즉, 법원은 관련된 사정을 모두 고려하여야 하기 때문에 행정청의 논리를 고려하지 않을 수 없고, 특히 당해 결정이 행정청의 전문적인 지식에 기초한 경우에는 거기에 무게를 두지 않을 수 없으므로, 앞에서 본 ‘인식적 행정존중’은 언제든지 부여될 수 있고, 따라서 정확성 심사기준이 오로지 법원에 전권을 인정하는 것이라고 할 수는 없다.¹¹³⁾

불합리성(unreasonableness)은 영국의 *Wednesbury* 판결에서, 마땅히 고려해야 할 사항을 고려하지 않거나 고려하여서는 아니 될 사항을 고려함으로써 합리적인 사람이라면 도저히 그러한 결정을 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우는 통상적 구제대상이 되는 권한유월(*ultra vires*)에 해당한다고 판시함으로써 등장한 개념이다.¹¹⁴⁾ Paul Daly에 의하면, 불합리성은 이성애 근거한 심사기준으로 이미 친숙한 개념이어서 다양한 심사기준에 적합한 도구로서 사용될 수 있다고 한다.¹¹⁵⁾

2. 불합리성의 표지

불합리성이라는 용어 자체에서 사법 개입의 충분한 근거가 될 수 있는 내용은 발견할 수 없다. 오히려 왜 불합리한 것인지에 관한 설명이 더 필요하다고 할 수 있다. Paul Daly에 의하면, 판례에서 불합리성을 구성하는 내용으로 비논리성, 불비례성, 법위반, 차별취급, 설명할 수 없는 정책변경 등을 확인할 수 있다고 한다.¹¹⁶⁾ 비논리성이라 함은 특정한 목적을 달성하기 위하여 선택한

¹¹³⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.139 참조.

¹¹⁴⁾ Paul Craig, *Administrative Law*. 5.ed., 2008, p.615-622; Wade / Forsyth, *Administrative Law*. 10.ed., 2009, p.328-349; 박정훈, *행정소송의 구조와 기능*, 박영사, 2011, 648면 참조.

¹¹⁵⁾ Paul Daly, *전개서*, p.137 참조.

수단이 그 목적을 달성하는 데 적합하지 않다는 것을 의미한다. 불비례성이라 함은 특정한 목적을 달성하기 위하여 사용된 수단으로 인하여 개인이 받는 불이익이 그로 인하여 달성하고자 하는 공익과의 균형을 상실한 것 또는 개인에게 그러한 불이익을 미치지 아니하는 다른 수단을 사용할 수 있었다는 것을 의미한다. 범위반에는 법 규정의 의미와의 괴리 뿐만 아니라 법이 요구하는 의무를 이행하지 않는 것, 법의 기초가 되는 목적, 정책, 가치와의 불일치도 포함한다. 차별취급은 유사한 사실관계임에도 불구하고 결정이 달리 내려진 것을 의미한다. 정책변경과 관련해서 일반적으로는 정책변경의 이유까지 설명할 필요는 없지만, 종전의 정책을 신뢰하여 이해관계가 이미 형성되었을 경우에는 정책변경의 이유를 설명하는 것이 필요하다. 이러한 불합리성의 표지의 원천으로는 ‘좋은 행정’(good public administration)의 원칙과 ‘법의 지배’(rule of law) 어느 한쪽 또는 양쪽 모두로 설명한다.¹¹⁷⁾

불합리성의 입증책임은 이를 주장하는 원고에게 있다. 원고는 단순히 행정 결정에 불합리성이 있다고 주장할 것이 아니라, 앞에서 본 구체적인 불합리성의 표지가 있다는 것을 입증해야 하고, 이를 입증하는 데 실패하면 그 결정은 불합리성을 이유로 취소될 수 없다. 다만, 이는 합리성에 의문을 던질 수 있는 사정을 지적하는 방법으로 이루어질 수 있는 것이어서¹¹⁸⁾ 불합리성의 표지를 입증하는 데에는 그다지 어려움이 있다고 하기는 어렵다.

3. 정당화의 입증책임

불합리성의 표지가 입증되었다고 하여 법원이 당연히 그 행정결정을 취소할 수 있는 것은 아니고, 행정청은 불합리성의 표지에도 불구하고 그 결정은 실제로 정당화될 수 있어 전체적으로 보아 합리성이 있다는 것을 설명할 수 있

¹¹⁶⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.143 참조.

¹¹⁷⁾ Paul Daly, 전제서, p.165 참조.

¹¹⁸⁾ Paul Daly, 전제서, p.152 참조.

다. 행정청이 사용한 수단과 그로 인하여 달성하고자 하는 목적 사이에 사소한 불일치가 있더라도 행정청이 이를 합리적으로 설명할 수 있는 경우에는 행정결정 전체의 효력을 해하지 않는다는 것이다. 불합리성의 표지가 확인된 경우 그 행정결정이 불합리하지 않은 것으로서 정당화될 수 있다는 것을 입증할 책임은 행정청에 있는데, 이는 정당화가 충분히 설득력이 있는 것인지 여부에 달려 있다. 행정존중이란 행정청의 결정에 하자가 있음에도 법원이 인내해야 한다는 것이 아니라, 불합리한 요소가 있음에도 불구하고 행정청의 정당화 설명을 받아들이는 것을 의미한다고 볼 수 있다.¹¹⁹⁾

행정청의 정당화 사례로 다음 사건들을 들 수 있다. 앞에서 본 영국의 R v. Chief Constable of Sussex, ex p. International Trader's Ferry 사건에서, 원고는 불법 항의집회를 진압하기 위해서는 가용 병력의 1/3 이상을 투입해야 했음에도 경찰서장은 제한된 보호만 제공하였고, 결국 원고가 사용하는 항구가 폐쇄되었다는 이유로 경찰서장의 행위는 법을 지켜야 하는 의무를 위반한 것이라고 주장하였다. 대법원은 경찰서장이 1/3 이상의 병력을 파견하는 것은 경찰의 우선적인 목적 수행상 현실적으로 불가능했고, 재정도 충분하지 않았다는 이유로, 경찰서장은 불법집회를 저지하기 위하여 그가 할 수 있는 것을 다 하지 않는 않았다는 점에서 범위반이 있고, 따라서 불합리성의 표지는 존재하지만, 당시의 인력과 재정적인 제한으로 인하여 경찰서장의 결정은 정당화될 수 있다고 판시하였다.¹²⁰⁾

미국의 Mayo Foundation v. United States¹²¹⁾ 사건에서, 병원 레지던트의 근무가 학업에 부수적인 것으로 볼 수 없다는 이유로, 레지던트를 소정 시간 이상 근무하는 근로자와 마찬가지로 사회보장의 분담금 면제대상에서 제외시킨 재무부의 해석에 대하여, 원고는 레지던트의 근무는 학업에 부수적인 것임이 그 자체로 명백하므로 재무부의 해석은 Chevron 2단계에서 불합리성이 있다고 주

¹¹⁹⁾ Robert Leckey, Territoriality in Canadian Administrative Law (2004) 24 UTLJ 327, 356, Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.154에서 재인용.

¹²⁰⁾ Paul Daly, 전제서, p.155 참조.

¹²¹⁾ (2011) 131 S Ct 704.

장했다. 그러나 연방 대법원은 레지던트를 분담금 면제대상으로 할 경우 사회보장이 제공하는 장해수당과 생존수당이 박탈된다는 이유로 재무부의 해석은 법의 목적에 부합한다고 판시하였다. 이는 정당화의 입증으로 재무부의 레지던트에 대한 차별취급을 인정한 것이다.¹²²⁾

행정청의 정당화 주장에 대하여, 법원은 첫째, 행정청의 논리의 타당성을 심사하고, 둘째, 그에 관한 충분한 증거가 있는지를 평가한다. 미국의 *AT&T v. Iowa Utilities Board*¹²³⁾ 사건은 기존 통신사업자는 새로 진입하는 통신사업자에게 망접근이 필요하고 망접근이 없으면 서비스에 유해할 경우에는 망접근을 제공하여야 한다는 법률 규정 하에서, 연방통신위원회가 사실상 무조건 접속을 요구할 수 있는 규칙을 제정한 사안에 관한 것인데, *Scalia* 대법관은, “법률은 연방통신위원회가 법률의 목적과 관련하여 합리적으로 제한된 기준을 적용할 것을 요구한다. 단순히 비용의 증가 또는 서비스 품질의 저하가 있다고 하여 망접근의 필요성과 유해성이 있다고 가정함으로써 연방통신위원회는 사실상 진입자가 스스로 망을 제공할지 아니면 현 사업자로부터 망을 빌릴지에 관한 고려를 사실상 봉쇄해 버렸다. 연방통신위원회의 논리의 난점은 그 전제의 흠결에 있다. 즉 모든 통신회사가 그 서비스를 한계 비용으로 제공하는 완전 경쟁의 세계에서는 비용증가나 품질저하를 필요성 및 유해성과 동일시하는 것은 합리적일 수 있다. 그러나 그러한 이상적인 세계의 존재는 입증되지 않았다.”라는 이유로 규칙은 불합리하다고 판시했다. 이는 규칙이 법률 문언과 불일치한 것은 불합리성의 표지가 있는 것인데, 그 정당화에는 논리적 결함이 있으므로 정당화는 충분한 타당성을 인정받기에 부족하다는 취지이다.¹²⁴⁾

캐나다의 *Dunsmuir v. New Brunswick*¹²⁵⁾ 사건에서 캐나다 연방 대법원은 “법원이 합리성의 심사를 하는 것은 이유를 설명하는 과정과 결과 양자에 관하여 합리적인지를 조사하는 것이다. 합리성은 정당성의 존재, 결정 과정에서

¹²²⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.156 참조.

¹²³⁾ (1999) 525 US 366.

¹²⁴⁾ Paul Daly, 전게서, p.158 참조.

¹²⁵⁾ [2008] SCC 9; [2008] 1 SCR 190.

의 투명성, 이해가능성에 관한 것이다. 뿐만 아니라 그 결정이 사실과 법적인 관점에서 유지될 수 있는 가능하고 받아들일 수 있는 결과의 범위 내에 있어야 한다.”라고 판시하였다.¹²⁶⁾ 이 역시 ‘이유의 타당성’과 ‘충분한 증거’로 단순화할 수 있다.

법원의 불합리성의 판단은 위와 같이 먼저 원고에 의한 불합리성 표지의 입증과 행정청에 의한 정당화의 입증에 의하여 이루어진다. 이러한 불합리성 판단의 구조에 관한 분석은 지금까지 그 내용에 관해서 아무런 정의도 없는 상태에서 적용되어 온 불합리성이라는 도구에 어느 정도 유용한 판단 과정을 제공해 준다고 할 수 있다.

4. 적용

앞에서 살펴본 바와 같이 권한위임의 범위에 따라 심사기준도 다양해야 하는바, 여기서 ‘다양’하다고 함은 정당화의 입증책임이 권한위임의 범위에 따라 가변적임을 의미한다. 불합리성의 표지는 존재하거나 존재하지 않거나 둘 중 하나에 속하기 때문에 가변적일 수가 없다. 불합리성의 표지가 있음에도 불구하고 그 결정이 정당화 될 수 있는 범위가 넓어질 수도 있고 좁아질 수도 있다는 것이다.¹²⁷⁾

영국의 ‘엄격심사’(anxious scrutiny) 기준에 관한 초기의 표현에서 불합리성의 개념 안에서 정당화의 입증책임이 어떻게 변하는지 알 수 있다. 즉 “법원은 행정 재량행사에 대하여 그 결정이 합리적인 행정청이라면 취할 수 있는 합리적인 범위를 넘어서 불합리한 경우를 제외하고는 실체에 관한 이유로 간섭해서는 안된다. 그러나 행정청이 그 한계를 넘어섰는지 여부를 결정함에 있어서는 관련된 인권이 중요하다. 인권에 대한 침해가 본질적일수록 법원은 결정이 합리적이라고 만족하기 전에 정당화에서 더 많은 것을 요구한다.”¹²⁸⁾ 즉, 엄격

¹²⁶⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.167 참조.

¹²⁷⁾ Paul Daly, 전제서, p.166 참조.

심사에서는 *Wednesbury* 불합리성이 심사기준일 경우에 정당화의 입증책임을 이행하기 위해서 행정청에게 요구하는 이유보다 상대적으로 더 확실한 이유가 있어야 한다는 것이다. 결국 사안에 따라 정당화의 입증책임을 증가하거나 감소하고, 그에 따라 불합리성의 범위가 달라지게 되는 것이다.

제3절 완화된 심사기준

1. 필요성

불합리성의 판단이 위와 같은 과정을 거친다고 하더라도 문제는 여전히 남는다. 가장 먼저 다가오는 문제로는 이유의 타당성과 증거의 충분함에 관한 기준이 모호하다는 점이다. 즉, 불합리성의 표지는 실제로 그것이 존재하는 경우 이를 입증하는 데에 그다지 어려움이 없으나, 정당화에서는 그 이유에 어느 정도의 타당성이 있어야 하는지, 어느 정도로 증거가 충분하여야 정당화의 입증이 이루어졌다고 볼 수 있는지에 관하여 여전히 어려움이 남는다. 여기서 이유의 타당성과 증거의 충분함과는 구별되는 정당화 기준이 개발되어야 하는 필요성이 있고, 종래의 정확성(correctness)과 불합리성(unreasonableness) 이외에 제3의 심사기준으로서 논의되고 있다. Paul Daly는 제3의 심사기준의 필요성으로서 다음과 같은 근거를 제시하고 있다.

첫째, 권한위임과 행정존중의 이유가 아주 강하게 결합되어 있는 경우와 그렇지 아니한 경우를 똑같이 취급하는 것은 적절하지 않고, 법원은 극심한 상황에서만 개입해야 하는 경우가 있을 수 있으며, 이는 다양한 심사기준으로 행정존중의 핵심 가치를 실현하는 데 도움을 줄 수 있다. 둘째, 불합리성은 법원에게 자제적인 자체 훈육을 요구하는데, 그 기준이 유동적인 나머지 법원은 심사기준을 정확성(correctness)에 잘못 맞춤으로써 결정이 불합리하다고 선언

¹²⁸⁾ R v. Ministry of Defence, ex p. Smith [1996] QB 517 at 554, Paul Daly, 전게서, p.168에서 재인용.

할 수도 있어 적절한 수준의 행정존중이 부여되지 않을 가능성이 있다. 셋째, 제3의 심사기준은 타당한 이유와 충분한 증거에 의해 정당화의 입증책임이 이행되었는지 여부를 판단할 때 시금석 역할을 할 수 있는바, 즉 법원이 중간 정도의 행정존중적 심사기준을 적용하고자 하는 경우 정확성의 심사기준을 적용해서는 안될 뿐만 아니라 마찬가지로 더 높은 행정존중적 심사기준도 적용해서는 안되는데, 법원은 각각의 심사기준에 의하여 정당화 입증의 결과를 상호 비교하여 그 판단이 달라질 수 있는지 여부를 확인함으로써 당초 적용하고자 의도한 심사기준을 제대로 적용할 수 있게 되어 불합리성의 적용에 통일성과 일관성을 기할 수 있다. 넷째, 불합리성의 개념을 넓게 확장하려고 시도할 경우 당초의 정확성과 불합리성의 심사기준을 결정할 때 고려된 요인들이 불합리성 심사기준을 적용하면서 중복해서 고려될 위험이 있어 부적절한 행정존중의 결과가 될 수 있다.¹²⁹⁾

2. 명백한 불합리성(Patent Unreasonableness)

캐나다 대법원은 앞에서 본 New Brunswick Liquor 사건¹³⁰⁾ 등에서 불합리성과 구별되는 ‘명백한 비합리성’ 기준을 개발하여 수년간 적용하여 왔다. 그러나 그 구별에 대해서는 다음과 같은 비판을 받았다. 즉, 명백히 불합리한 결정은 단순히 불합리한 결정에 대비하여 그 특징이 하자의 중대성에 있느냐 아니면 명백성에 있느냐에 관하여 법원은 아무런 답변을 주지 않았다. 하자의 중대성에 있다고 볼 경우 하자가 중대하여 불합리하다는 것과 하자가 매우 중대하여 명백히 불합리하다는 것은 의미 없는 동어반복에 불과하고, 하자의 명백성에 있다고 볼 경우 매우 심각한 하자이더라도 숨겨져 있어 쉽게 발견되지 않는 경우에는 불합리하지 않게 되어, 이는 법의 지배에 위배된다. 명백한 불합리성

¹²⁹⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, pp.171-173 참조.

¹³⁰⁾ Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation [1979] 2 SCR 227.

이 최소한의 심사기준으로 적용되는 경우 명백한 하자는 왜 숨어있는 하자보다 법원의 간섭이 더 요구되는 것인지 설명할 수 없으며, 또 명백성을 정의하는 경우에 그 의미가 사법심사에서 쉽게 발견될 수 있다는 의미인지, 아니면 일단 발견이 되면 쉽게 중대한 것으로 확인될 수 있다는 의미인지도 알 수 없다. 나아가 명백한 불합리성의 심사기준에 따라 높은 정도의 행정존중을 부여하는 판사는 그렇지 아니한 판사보다 당사자의 서면을 주의 깊게 읽지 않아도 된다는 매우 이상한 결론에 이르게 된다. 이러한 난점은 불합리성의 표지나 정당화의 입증책임 양쪽 모두에 있을 수 있다.¹³¹⁾ 결국 명백한 불합리성 심사기준은 캐나다의 *Dunsmuir v. New Brunswick*¹³²⁾ 판결에서 폐기되었다.

3. 관련성(Relevancy)

위와 같이 명백한 불합리성의 심사기준은 불합리성과 비교하여 의미 있는 구별이라고 할 수 없다. Paul Daly는 그에 대신할 수 있는 심사기준으로 ‘관련성’(relevancy) 기준을 제시한다. 이는 행정청의 결정은 관련된 논리와 증거에 의하여 지지될 수 없는 것이 아닌 한 적법하다는 것인데, 아일랜드 대법원의 *Wednesbury* 불합리성에 관한 주석,¹³³⁾ 즉 “원고는 행정청이 그 결정을 지지하는 관련 자료가 없다는 것을 입증하는 것이 필요하다.”에서 착안한 것이다. 뉴질랜드의 항소법원도 *Discount Brands v. Westfield (New Zealand)*¹³⁴⁾ 사건에서, “그 결정을 지지할 수 있는 관련 자료가 있음이 틀림없다.”라고 판시한 바 있고, 비록 상급심인 대법원의 다수 의견은 그 기준이 부적절하다고 판단했지만, Keith 대법관은 “항소법원이 존중적 입장을 취함에 있어 의존한 사례들은 전문성과 민주적인 신뢰성을 가지고 있는 공공단체가 내린 실제적인 결정에 관

¹³¹⁾ Paul daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.175, 176 참조.

¹³²⁾ [2008] 1 SCR 190.

¹³³⁾ *O’Keeffe v. An Bord Pleanála* [1993] 1 IR 39 at 72, Paul Daly, 전게서, p.177에서 재인용.

¹³⁴⁾ [2004] 3 NZLR 619.

한 것이다.”라는 의견을 제시하였는바, 위 의견에 따르면 전문성이나 민주적 신뢰성을 가진 행정청의 결정에 대하여는 관련성 기준이 적절할 수 있다는 취지로 유추할 수 있다고 Paul Daly는 설명한다.¹³⁵⁾

관련성 기준은 매우 행정존중적이어서 행정결정에 관한 이유와 증거가 타당하지 않거나 충분하지 않아도 되고, 단지 관련성만 결여되지 않으면 된다. 따라서 이 기준은 매우 높은 행정존중이 부여되어야 하는 경우에 적절한 심사기준이다. 관련성 심사기준에 대하여 Paul Daly는 다음과 같이 타당성을 주장한다.¹³⁶⁾

첫째, 관련성은 수량화할 수 없지만 그것은 정도에 기초한 정당화의 입증책임보다는 유형적이다. 관련성 기준은 법원으로 하여금 ‘정당화 입증책임을 다하기 위하여 필요한 타당성과 증거가 행정청의 결정에 대하여 관련성이 있는가’라고 단순한 질문을 하도록 하기 때문에, 타당성과 충분성에 기초한 불합리성에 의하는 경우보다는 행정청의 결정을 취소할 수 있는 여지가 적어진다. 둘째, 예를 들면 ‘증거는 관련이 있는 것만 제출될 수 있다’는 말에서 볼 수 있는 바와 같이, 관련성은 특정 사안과의 관계에서 판단되는 것으로서, 이를 평가하는 것은 법원에 매우 친숙한 일이다. 셋째, 관련성 기준이 결코 사법 기능의 포기나 불합리성 결정의 인내로 나아가는 것이 아니다.

관련성이 없다는 이유로 행정청의 결정이 취소된 사례로서 미국의 *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*¹³⁷⁾ 사건이 있다. 환경보호청(EPA)은 온실가스에 관한 규칙을 제정할 것을 요구하는 청원을 거절하였는데, 그 이유는 첫째 실정법상 권한이 없다는 것이고, 둘째 이를 제정하는 것은 온실가스를 줄이기 위한 다른 조치와 충돌할 수 있다는 것이었다. 법 규정은 EPA가 공중의 건강이나 복지에 위해를 미칠 수 있는 공기 오염의 원인이 될 수 있다고 판단되는 신차나 신차 엔진의 대기오염물질 배출에 적용할 수 있는 기준을 EPA가 제정해야 한다고 규정하고 있었다. Stevens 대법관은 EPA는 그

¹³⁵⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.177 참조.

¹³⁶⁾ Paul Daly, 전제서, p.178 참조.

¹³⁷⁾ (2007) 549 US 497.

입장을 설명하지 못했고, 따라서 자의적이고 변덕스럽게 행동하였다고 판단하였는데, 그 이유는 EPA가 규칙을 제정하지 않기로 하는 결정은 대기오염물질이 공중의 건강이나 복지에 위협이 되는지 여부와 관련이 있어야 한다는 것이었다. 즉, EPA가 규칙을 제정하지 않는 이유에는 행정부의 자발적인 감축조치 또는 대통령의 온실가스 감축을 위한 개발도상국과의 협상을 방해하지 않으려는 욕구, 또는 불충분하고 단편적인 조치가 나타날 것에 대한 우려가 포함되어 있었는데, 이러한 이유는 “비록 우리는 전문성이나 이들 정책 판단을 평가할 수 있는 권한은 없지만 그것들은 온실가스 배출이 기후 변화를 초래하는지 여부와는 아무런 관련성이 없다.”라는 것이고, 기후변화의 과학에서의 불확실성에 관한 언급도 불충분하다고 판시하면서, “만약 과학적 불확실성이 매우 깊어서 EPA가 지구온난화에 영향을 미치는지 여부에 관하여 판단을 할 수 없다면 EPA는 그렇게 말했어야 한다. 법 규정상의 쟁점은 위해에 관한 충분한 정보가 있는지 여부이다.”라고 판시했다. 결국 EPA의 결정에 관련성이 있는 논리와 증거가 없다는 것이 결정적 이유가 되었다.¹³⁸⁾

Paul Daly는 이러한 관련성 기준에 따르면 법원은 정당화의 입증책임을 이행하기 위하여 제공된 논리의 타당성과 증거의 충분함을 평가할 필요가 없고, 다만 관련된 논리와 증거만 추출되면 되고, 관련성을 요건으로 함으로써 자의적인 결정이 법원에 의하여 승인되는 위험도 없으며, 행정청에 대한 권한위임과 행정존중의 실제적 이유가 강하게 결합되어 있는 곳에서만 적용될 수 있다고 주장한다.¹³⁹⁾

¹³⁸⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.179, 180 참조.

¹³⁹⁾ Paul Daly, 전제서, p.180, 181 참조.

제5장 행정존중의 한계

제1절 개설

헌법상 기본권 침해 여부가 문제되는 위헌심사에는 정확성(correctness)의 심사기준이 적용되어야 하고, 따라서 위헌심사에서는 불합리성(unreasonableness)의 심사기준은 적절하지 아니하다. 행정결정에 대한 사법심사에서 기본권 침해의 주장이 있는 경우 위헌심사를 별도로 할 필요 없이 행정법적 심사로서 족하다는 견해도 있으나, 이 견해에 따를 경우 기본권 침해가 있는 경우에 반드시 충족되어야 하는 비례의 원칙이 적용되지 아니하게 되어, 기본권의 과다 보호가 되거나 아니면 과소보호로 되는 결과가 되어 받아들이기 어렵다.

위헌심사에서는 정확성(correctness)의 심사기준이 적용되므로 원칙적으로 원리적 행정존중은 적절하지 아니하고, 다만 인식적 행정존중은 여기에도 적절하다. 위헌심사에서는 기본권 침해에 관한 비례성 심사를 통과하여야 하는데, 비례성 심사는 목적의 정당성, 합리적 연관성, 필요성, 균형성으로 구성되고, 그 중 불합리성 심사와 실질적으로 차이가 나는 것은 필요성과 균형성에 있다.

영미법에서 전통적으로 법적 문제(question of law)에 대해서는 법원에 그 권한이 있다는 인식에서, 모든 법적 문제에는 정확성(correctness)의 심사기준이 적용되었으나, 미국에서는 최근의 Chevron 판결에 의하여 법률의 의미가 모호한 경우에는 행정기관의 법해석에 우선권을 인정하였음은 앞에서 본 바와 같다. 그러나 법적 문제를 다른 문제와 구분하는 기준은 명확하지 않고, Chevron 원칙에서도 첫째 단계에서 법원이 법률의 의미가 모호하지 않고 명확하다고 해석하는 경우 그 정확성을 담보할 수 없으므로, 영미법의 법적 문제에 관한 이러한 접근방식은 근거가 약하고, 결국 중요한 것은 입법부의 행정청에 대한 권한위임에 있으며, 그에 따른 심사기준을 적용하는 것이 입법 의도에도 부합하는 것이다.

제2절 기본권 침해와 행정존중

1. 위헌심사와 행정심사의 차이점

행정존중의 원칙에 따르면 행정청은 구체적인 사안에서 자신의 결정에 정당성을 부여하고, 법원은 행정청의 결정이 합리성 또는 관련성의 기준을 충족하는 한 사법자제를 하게 된다. 그러나 기본권¹⁴⁰⁾ 침해가 문제되는 행정결정에서 이러한 접근방법에 따를 경우 기본권과 행정정책의 상대적인 중요성에 따라서 심사기준이 강화되거나 약화될 수 있다.

국가에 의한 침해로부터 개인의 기본권을 보호하는 임무를 법원에 부여한 사법체계에서, 기본권에 관한 선언을 헌법 또는 법률에 명문화한 것은 기본권의 해석에 관한 권한을 정치적 집단으로부터 분리하여 법원에 준 것을 의미하고, 따라서 기본권 침해가 문제되는 행정청의 결정에 대하여는 정확성(correctness) 기준을 적용하고 있다.¹⁴¹⁾ 따라서 법원은 기본권이 침해되었는지 여부, 그 침해가 정당화 될 수 있는지 여부에 관하여 궁극적인 판단을 해야 하고, 이는 당해 법률에서 행정청에 얼마나 많은 권한이 위임되었는지 여부와는 무관하다.¹⁴²⁾

¹⁴⁰⁾ Paul Daly는 기본권(fundamental rights)이라고 함은 ‘특정 법체계에서 가장 높은 보호를 받는 권리’를 가리킨다고 설명하면서 미국의 연방 헌법, 캐나다의 권리장전(Charter of Rights and Freedom), 영국의 인권법(Human Rights Act)에서 인정하는 기본권을 예를 들고 있다. 우리나라에서는 기본권을 좁은 의미로 볼 경우에는 자유-자율의 개념으로 이해하여 권력이나 다른 사회단체 구성원에 대하여 권리주체의 안전과 자율을 직접 보장하는 조건으로 이해하고, 넓은 의미로 볼 경우에는 자유-참여의 개념으로 확대되어, 개인이 스스로 자유를 선택하고 실현할 수 있도록 개인에게 인정된 사상의 자유, 표현의 자유, 결사의 자유, 정치적 권리까지 포괄하며, 가장 넓은 의미에서는 생존권까지도 포괄하여 급부적 성격의 교육에 대한 권리, 고용에 대한 권리, 사회보장에 대한 권리 등도 포괄한다고 설명하는 바(성낙인, 헌법학, 법문사 2014년 883 참조), Paul Daly의 기본권의 개념이 우리나라의 위와 같은 기본권 개념 중 어느 것을 의미하는지는 알 수 없으나, 적어도 우리 헌법상의 모든 기본권을 의미하지는 않는 것이 분명하다.

¹⁴¹⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.188, 189 참조.

¹⁴²⁾ Paul Daly, 전계서, p.190 참조.

2. 행정심사에서의 위헌심사

행정결정에 대한 사법심사에서 위헌심사를 어떻게 할 것인지에 관한 논의가 있다. 이는 기본권 침해의 정당화의 심사기준으로 일반적으로 적용되는 ‘비례성 심사’(proportionality test)¹⁴³⁾를 적용할 것인지 여부와 관련된 것이다. 비례성 심사가 행정결정에 대한 사법심사에서도 적용될 수 있는지, 아니면 규범에 대한 사법심사에만 적용되는지에 관하여 다툼이 있다.

캐나다의 *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*¹⁴⁴⁾ 사건에서 시크교도 학생이 종교적 이유로 단검의 휴대를 금하는 학교 당국의 결정이 문제가 되었고, 그 결정의 근거는 무기나 위험한 물건의 휴대를 금하는 행동규범을 위반한 것이라는 데 있었다. *Charron* 대법관은 원고의 주장은 학교당국의 결정에 대한 것이지 행동규범 또는 실정법 규정에 대한 것은 아니고, 학교당국의 행위는 실정법상의 권한의 범위 내에 있기 때문에 쟁점은 헌법적 성질을 가지고 있다고 판시하고서, 그 결정은 헌법상 보장된 학생의 양심과 종교의 자유에 대한 정당화될 수 없는 침해라는 이유로 위법하다고 판시하였다. *Deschamps* 대법관과 *Abella* 대법관은 별개 의견으로서, 행정기관에 의한 결정을 심사할 때에는 행정법적 접근을 해야 하고, 반면에 법, 규칙 또는 그와 유사하게 일반적으로 적용되는 법 규범의 유효성을 심사할 때에는 헌법적 접근을 해야 한다고 주장했는데, 그 이유로서 첫째, 기본권 침해가 정당화되는지 여부에 관한 권리장전 제1조의 비례성 심사는 일반적 규범에만 적용되고 개별 결정에는 적용되지 않고,¹⁴⁵⁾ 둘째, 행정법과 헌법 양쪽에 근거하여 개별 결정

¹⁴³⁾ 우리 헌법 제37조 제항은 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한 할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.’라고 규정하고 있는바, 이는 비례원칙의 헌법적 근거로 인정되고 있고, 비례원칙은 법률이나 공권력 행사의 위헌 여부를 판단할 때 사용하는 위헌심사 척도의 하나이다(헌법재판소 2014. 12. 19.자 2013헌다1 결정 참조).

¹⁴⁴⁾ [2006] SCC 6; [2006] 1 SCR 256.

¹⁴⁵⁾ 그 근거로서 영국의 권리장전 제1조가 법률에 규정되고 비례성 심사의 요건을 충족하는 경우에는 기본권 제한을 허용하는 것을 들었다. Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.191 참조.

을 다투는 것을 허용하는 경우에는 당사자는 법원이 어떠한 근거를 채택할지 알 수 없어 혼란이 생길 수 있으므로, 행정청의 결정을 다투 때에는 행정법적 분석이 행해져야 한다는 것이다.¹⁴⁶⁾

Deschamps 대법관과 Abella 대법관의 주장은 기본권 침해가 정당화되는지 여부에 관한 비례성 심사는 일반적 규범에만 적용되고 개별 행정결정에는 적용되지 않는다는 입장이다. 비례성 심사가 개별 행정결정에 적용될 수 없다고 하는 경우에는 기본권의 과다보호 또는 과소보호를 남긴다는 비판이 있다. 과다보호가 된다고 함은, 어떠한 헌법상 권리의 침해가 있는 경우에는 헌법상의 비례성 요건을 충족하는지 여부가 쟁점이 되는데, 헌법상의 비례원칙 규정이 행정결정에는 적용되지 않는다고 한다면 모든 기본권 침해 결정은 위법하다는 결과로 될 수 있다. 다만 Deschamps 대법관과 Abella 대법관은 기본권 침해를 행정결정의 불합리성을 심사하는 데 고려하는 요소로 취급하여, 이사회 결정은 종교의 자유를 충분히 고려하지 않았다는 이유로 불합리하다고 판단한 것이다. 그런데 이러한 입장은 기본권 보호가 소홀하게 될 수 있다. 즉, 관련 요소를 고려하지 아니한 것 또는 관련 요소에 큰 비중을 두지 아니한 것은 불합리성의 표지가 될 수 있을 뿐이고, 정당화의 가능성은 남아있게 되어 기본권 보호의 측면에서 충분하지 못하다. 왜냐하면 헌법에서 승인된 기본권은 최소한의 보호이고, 법원이 행정청의 결정이 불합리하지 않다는 데 만족한다면 이는 헌법상의 기본권을 불충분하게 보호하는 것이기 때문이다.¹⁴⁷⁾ Charron 대법관은 행정심사와 위헌심사의 구별을 없애는 것에 대하여, “헌법적 권리와 자유를 단순히 행정법의 원칙으로 끌어내리고 양자를 동일시 한다. 행정행위에서 헌법적 권리에 관련하여 다툼이 일어난다는 것은 헌법적 기준이 행정적 기준에 들어 가야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 캐나다의 권리장전에서 승인된 권리와 자유는 최소한의 헌법적 보호를 규정한 것이다”라고 비판했다.¹⁴⁸⁾

¹⁴⁶⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.190-192 참조.

¹⁴⁷⁾ Paul Daly, 전제서, p.193 참조.

¹⁴⁸⁾ [2006] SCC 6; [2006] 1SCR 256 pp270-1, Paul Daly, 전제서, p.193에서 재인용.

3. 심사기준

위에서 본 바와 같은 행정심사와 위헌심사의 차이점에도 불구하고 양자 사이에는 겹치는 부분이 있는 것은 사실이다. 즉 미국 연방대법원의 위헌심사에서는 다단계 심사기준(multi-level system of scrutiny)을 적용하여 관련된 정당한 정부목적과 합리적 관련(rationally related)이 있는 경우에 합헌으로 인정되는 ‘합리성 심사’(rational basis test), 중요한 정부목적과 실질적으로 관련이 있는 경우에 합헌으로 인정되는 ‘중간심사’(intermediate scrutiny), 필요 불가결한 정부 목적을 달성하기 위해 불가피한 경우에만 합헌으로 인정되는 ‘엄격심사’(strict scrutiny) 등 다단계 심사기준이 적용되고 있는데,¹⁴⁹⁾ ¹⁵⁰⁾ 여기서 합리성 심사는 행정심사에서 심사기준이 되는 불합리성 심사와 분명 닮은 점이 있다.

그러나 위헌심사는 헌법 규정의 해석의 결과이고, 행정심사는 법률 규정의 해석의 결과인 점에서 분명히 다르다. 위헌심사에서는 먼저 국가의 행위에 의하여 헌법 규정이 침해되었는지를 정확성(correctness) 기준으로 해석한 다음 그 권리가 합리적으로 또는 정당하게 제한된 것을 심사하게 된다. 또 미국 연방대법원의 ‘필요 불가결한 국가의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 제한’이라는 위헌 심사기준은 ‘엄격심사’(strict scrutiny)로 표현되지만 실제로는 ‘치명적’인 것이다.¹⁵¹⁾ 다만 가벼운 권리나 이해가 침해되었을 경우에는 단지 침해와 목적 사이에 ‘합리적 연관성’(rational connection)을 증명하면 되는바,¹⁵²⁾ 이

149) 김문현, 평등에 관한 헌법재판소 판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가, 미국헌법연구 17권 2호, 2006, 109-111면 참조.

150) 우리나라의 헌법재판소도 엄격한 심사기준으로 비례성심사, 완화된 심사기준으로 자의 심사, 그리고 완화된 엄격심사기준을 적용하고 있다. 김문현, 전제논문, 104-106면 참조.

151) Gerald Gunther, ‘The Supreme Court, 1971 Term - Foreword : In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court : A Model for a Newer Equal Protection’ (1972) 86 Harv LR 1, 8. Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge university Press, 2012, p.196에서 재인용.

152) 예를 들면 United States v. Carolene Products (1938) 304 US 144 at 152에서, Stone 대법관은 통상적인 상품거래에 관한 규제 법률은 밝혀진 사실관계에 비추어 볼 때 그것이 입법자의 지식이나 경험의 범위 내에서 이성적인 기초에 근거하고 있다는 가정을 배제하는 정도가 아니라면 헌법에 위반된다고 선언해서는 안된다고 판시했다. Paul Daly, A

와 같은 상이한 보호의 정도는 권리에 관한 헌법 규정을 정확성(correctness) 기준에 따라 해석한 결과일 뿐이다. Paul Daly는 위와 같은 이유로 행정심사와 위헌심사는 구별되어야 한다고 주장한다.

4. 위헌심사에서 행정존중의 적용

헌법상 기본권 침해에 관한 행정심사에서 정확성의 기준이 적용되므로 행정존중은 적용되지 않은 것이 원칙이다. 다만 앞에서 본 행정존중이 행정청의 전문성, 복잡성 등에 그 근거를 두고 있고, 헌법 규정에 따라 그 보호의 정도를 달리하는 점에 비추어, 행정결정의 위헌심사에서 모든 문제에 대하여 법원이 정확성(correctness) 기준에 따라 결론을 내리도록 하는 것은 합리적이라고 할 수 없고, 위헌심사에서도 행정존중이 적용될 수도 있다. 그러나 일반적인 행정심사에서는 불합리성의 기준에 의한 제한을 받는데 반하여, 위헌심사에서는 엄격심사, 즉 비례성 심사에 의한 추가적인 제한을 받을 수도 있어 양자 사이에는 실제로 현저한 차이가 있으므로, 일반적으로 그 정당화가 훨씬 어렵게 인정될 수밖에 없다. 다만 인식적 행정존중은 위헌심사에서도 전적으로 적절하다. 이는 행정심사에서 정확성이 심사기준일 경우에 인식적 행정존중이 부여될 수 있는 것과 마찬가지로이다. 예를 들면 기본권의 정의나 그 적용에 관한 쟁점에서 행정청이 법원보다 더 많은 정보를 가지고 있고 전문성이 있는 경우에는 행정청에 대하여 존중적인 입장이 될 수 있다.¹⁵³⁾

5. 위헌심사에서 행정존중의 실제적 근거

위헌심사에서는 정확성 심사기준이 요구되므로 행정존중의 실제적 근거는

Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.196에서 재인용.

¹⁵³⁾ Paul Daly, 전제서, p.197, 198 참조.

행정심사에서만큼 중요하지 않다. 그러나 전문성, 복잡성, 민주적 정당성, 참여의 정당성 등은 기본권이 부당하게 침해되었는지 여부를 평가할 때 중요하게 작용할 수 있다. 기본권의 영역에서의 결정은 법원에 그 권한이 위임되었음을 전제로 한다고 하여 위헌심사에서 행정존중의 실제적 근거가 제한된다고 할 수는 없다. Paul Daly는 예를 들어 앞에서 본 Denbigh High School 사건에서 학교 당국이 채택한 참여 절차는 행정존중의 이유가 될 수 있고, 권력분립과 법원의 자원부족에 관한 우려 등도 법원이 행정존중에 의한 기본권 제한을 승인하는 이유가 될 수도 있다고 주장한다.¹⁵⁴⁾ 다만 행정심사에서와 마찬가지로 입법 의도와 연결성이 있어야 하는데, 위헌심사에서는 행정심사에서의 행정존중의 이론적 근거, 즉 입법부에 의한 권한위임에 관한 입법 의도의 실행에 상응하는 헌법상 원칙이 없기 때문에 행정존중의 실제적 근거는 행정심사의 경우보다 약해질 수밖에 없다고 본다.¹⁵⁵⁾

6. 비례성과 불합리성

세계적으로 비례성은 기본권이 침해되는 경우에 충족시켜야 하는 절대적인 심사기준으로 채택되고 있다. 비례성 심사는 불합리성 심사와 비교하여 더 간섭적인 심사기준이 아니라는 주장도 있으나, 영국에서 비례성이 우월한 지위를 차지하게 된 것은 바로 간섭적인 심사형태 때문인데, 영국의 R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department¹⁵⁶⁾에서 Steyn 대법관은 Wednesbury 심사기준과 비례성 심사 사이에는 중대한 차이가 있다고 주장하면서, 첫째, 비례성은 법원으로 하여금 결정이 합리적인 범위 내인지를 평가하는 것이 아니라 행정청이 취한 균형을 평가할 것을 요구하고, 둘째, 비례성 심사는 이해관계 등 고려요소들에 부여된 상대적 비중을 주목해야 하는 만큼 전통적인 심사

¹⁵⁴⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.201 참조.

¹⁵⁵⁾ Paul Daly, 전제서, p.202 참조.

¹⁵⁶⁾ [2001] UKHL 26; [2001] 2 WLR 1622.

에서 더 나아간다는 것을 들었다.¹⁵⁷⁾ 위헌심사에서 행정존중이 적용된다고 하더라도 위와 같은 비례성 심사의 불합리성 심사와의 차이로 말미암아 불합리성 심사에서만큼 존중적인 입장이 될 수 없다.

7. 비례성의 구성요소

비례성 심사는 4가지 요소로 구성되어 있다. 첫째, 행정행위의 목적이 정당한가(정당성), 둘째, 목적으로 사용된 수단이 그 목적달성에 적합한가(합리적 연관성), 셋째, 그 수단이 목적달성에 필요한 것이고 덜 제한적인 수단이 존재하는가(최소한의 제한), 넷째, 행위의 결과가 개인에게 미치는 해악에 비례하는가(균형성) 등이 그것이다. 그 중 마지막의 요소를 엄밀한 의미에서의 비례성이라고도 한다.

(1) 목적의 정당성(legitimate objectives)

기본권 제한을 정당화하는 충분하고 중요한 목적이 있어야 한다는 것인데, 이는 불합리성 심사와 어느 정도 겹친다고 할 수 있다. 전통적으로 부적절한 목적으로 권한을 행사한 경우에는 권한유월(*ultra vires*) 행위로 평가되었고, 이를 면하기 위해서 행정청은 모법에 담긴 목적을 실현하기 위하여 노력했다는 것을 증명하여야 한다.¹⁵⁸⁾ 행정결정에 비례성 심사를 적용하는 경우에는 목적의 정당성은 불필요하다는 주장도 있고, 이는 행정결정의 근거 법 규정의 존재 자체가 목적의 심사를 의미 없게 만든다는 것인데, 불합리성 심사와 달리 비례성 심사에서 행정결정이 법의 목적을 추구한 것이라는 입증책임은 행정청에게 있고, 이를 만족시키기 위해서 행정청은 먼저 어느 한가지 목적을 선택하였고, 그 목적은 모법에 예상되었다는 것을 입증해야 하므로, 효용이 없다고

¹⁵⁷⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.203 참조.

¹⁵⁸⁾ Paul Daly, 전제서, p.205 참조.

할 수 없다.¹⁵⁹⁾

(2) 합리적 연관성(rational connection)

행정청이 채택한 수단은 목적 달성을 위하여 주의 깊게 마련된 것이어야 한다는 것이다. 이것도 불합리성 심사 특히 불합리성의 표시 중 비논리성(illogicality)과 겹친다. 다만 그에 대한 입증책임이 행정청에 있고, 불합리성 심사에서 불합리성의 표시가 인정된 후 행정청에게 정당화에 관한 입증책임이 부과될 수 있는 반면에, 비례성 심사에서는 합리적 연관성 자체에 행정청의 입증책임이 부과되므로 역시 불합리성 심사보다는 행정청에 더 큰 부담을 지운다.¹⁶⁰⁾ 이와 같이 비례성 심사에서 목적의 정당성과 수단의 합리적 연관성은 불합리성 심사와 사이에 주로 절차적인 면에서 차이가 있고, 비례성 심사는 입증책임을 행정청에 부과함으로써 불합리성 심사보다는 더 강한 심사에 해당한다. 그러나 비례성 심사의 실질적인 차이는 아래에서 보는 필요성과 균형성에 있다.

(3) 필요성(necessity)

필요성은 그 수단이 목적과 연관된 경우에 권리나 자유에 대한 침해의 최소한에 그쳐야 한다는 것으로서, 권리를 최소한으로 제한하는 방안만이 가능하다는 것을 의미한다. 따라서 행정청은 목적 달성을 위하여 이보다 덜 침해적인 수단은 불가능하다는 것을 증명해야 한다. 불합리성 심사에서는 이와 같은 필요성의 개념에 대응하는 것은 없고, 행정청이 가능한 방안 중에서 선택, 즉 합리적인 해결책의 범위 내에서 일정한 재량을 허용한다는 점에서 다르다. 다만, 목적이 추상적일수록 선택된 수단은 목적을 달성하기 위하여 필요한 것으로 보일 수 있는 가능성은 더 커질 수 있다.

¹⁵⁹⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.206 참조.

¹⁶⁰⁾ Paul Daly, 전제서, p.207 참조.

문언 그대로 적용한다면 필요성 요건은 절대로 만족시킬 수 없다. 왜냐하면 법원은 목적 달성을 위하여 개인의 권리를 보다 덜 침해할 수 있는 대안을 쉽게 생각해 낼 수 있기 때문이다. 캐나다의 *RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General)* ¹⁶¹⁾ 사건에서, 대법원은 권리 침해가 완벽하게 최소한이라고 인정할 수 있는 경우는 거의 없고, 따라서 법원은 입법자에게 재량을 부여해야 한다. 법이 합리적인 대안의 범위에 있는 이상 법원은 단지 침해가 더 적은 대안을 생각해 낼 수 있다는 이유만으로 지나치게 광범위한 침해라고 할 수는 없다고 판시하여, 필요성의 요건을 완화하기도 하였다.¹⁶²⁾

Paul Daly에 의하면, 이러한 점에서 필요성 요건의 적용에 인식적 행정존중이 적합할 수 있다고 한다. 즉 행정청의 결정이 합리적인지 여부를 평가하는 것이 아니라 목적달성을 위한 최소한의 침해적인 수단이 사용되었는지 여부를 심사하되, 행정청의 평가와 대안들 사이에서 행정청의 선택에 무게를 둔다는 것이다. 미국의 *Pocunier v. Martinez*¹⁶³⁾ 사건에서 Powell 대법관은 교도소 당국은 특정 편지를 검열하지 못함으로써 바람직하지 못한 결과가 반드시 발생한다는 것을 보여줄 필요는 없고, 교도소 내에서의 표현을 허용함으로써 생기는 결과의 예측에서 행정청에 재량을 인정하는 것이 필요하다고 판시하였는데, Paul Daly는 위 판시에는 교도소 당국의 결정에 무게를 둔다는 취지가 포함되어 있는 것으로 해석한다.¹⁶⁴⁾

(4) 균형성 - 엄밀한 의미의 비례성

기본권을 제한하는 조치의 결과와 그 목적 사이에 비례성이 있어야 한다는 것이다. 균형성은 비례성에서 가장 자주 인용되는 요소이다. 앞에서 본 목적의 정당성, 관련성, 필요성을 모두 갖춘 이상 그 결과가 너무 가혹한 것으로 평가될 수는 없다는 이유로 균형성은 불필요하다는 주장도 있는데, Paul Daly는 균

¹⁶¹⁾ *RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General)* [1995] 3 SCR 199 at 342.

¹⁶²⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge university Press, 2012, p.209 참조.

¹⁶³⁾ (1974) 416 US 396.

¹⁶⁴⁾ Paul Daly, 전제서, p.210 참조.

형성은 다른 비례성 요인 심사에서 인식적 행정존중이 부여됨으로써 행정청에게 유리하게 작용할 수 있는 경우에 중요한 권리보호의 수단을 제공할 수 있다고 본다.¹⁶⁵⁾ 균형성 심사는 행정 목적을 달성할 수 있는 다른 대안이 없는 경우에도 권리침해의 결과가 그로 인한 혜택에 대하여 비례적인가 하는 심사에 나아감으로써 불합리성 심사보다는 더 엄격한 조사를 하게 된다. 행정청은 그로 인한 혜택이 개인에게 주어진 해악보다 더 우월하다는 것을 입증해야 하고, 이러한 이익의 비교형량은 불합리성 심사에는 찾아볼 수 없다.

캐나다의 행정심사에서는 모든 관련 요소들이 고려된 이상 그 고려에 대하여 적당하다고 생각하는 만큼의 비중을 할당하는 것은 전적으로 행정청의 몫이고,¹⁶⁶⁾ 행정청에 의하여 고려된 요인들에 대하여 법원이 재차 비중을 평가하는 것을 삼가고 있다.¹⁶⁷⁾ 영국의 R(Association of British Civilian Internees; Far East Region) v. Secretary of State for Defense¹⁶⁸⁾ 사건에서 항소법원은 “가끔 비례성은 법원으로 하여금 행정청이 채택한 비교형량에 대하여 자신이 평가를 할 것을 요구할 수 있다. 그래서 Wednesbury 심사에 의하여 도달할 수 있었던 결과와는 다른 결과를 도출할 수 있다.”라고 판시하여¹⁶⁹⁾ 불합리성 심사와의 명백한 차이를 지적하였다. 다만 균형성의 심사에서 인식적 행정존중이 배제되는 것은 아니다.

8. 불합리성 대체 가부

비례성 심사는 더욱 조리정연하고 조직적인 심사의 형태를 제공하기 때문에 행정행위의 실체에 대한 모든 사법심사로 확장하여 결정의 대상에 따라 다양

¹⁶⁵⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge university Press, 2012, p.211 참조.

¹⁶⁶⁾ Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment [1995] 2 All ER 636 at 842. per Lord Keith of Kinkel, Paul Daly, 전게서, p.211에서 재인용.

¹⁶⁷⁾ Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [2002] SCC 1 ; [2002] 1 SCR 3 pp 23-4, Paul Daly, 전게서, p.211에서 재인용.

¹⁶⁸⁾ [2003] EWCA Civ 473;[2003] QB 1397.

¹⁶⁹⁾ Paul Daly, 전게서, p.211, 212 참조.

한 심사기준이 유연하게 적용될 수 있다는 주장이 있다.¹⁷⁰⁾ 이것은 불비례성을 불합리성의 한 표지로 보는 것에서 더 나아가 비례성 심사를 약화시키고자 하는 것이다.

강화된 심사기준인 비례성 심사를 적용하는 것은 기본권을 보호하고 결정을 정당화함에 국가에 무거운 부담을 지우기 위함인데, 이를 일반적인 행정심사의 기준으로 채택하는 것은 불필요한 비용과 혼란을 초래하고, 비례성 심사 내에서 행정결정의 대상에 따라 심사기준을 다양화 시키는 것은 본래의 비례성 심사의 목적에도 맞지 않고, 기본권 침해가 문제되는 사건에까지 영향을 미칠 위험이 있으며,¹⁷¹⁾ 행정통제의 수준을 넘어 행정재량권에 대하여 사법판단권이 우선한다는 결과에 이르게 되어 권력분립상의 문제도 야기하는 것이어서¹⁷²⁾ 받아들이기 어렵다.

제3절 법적 문제와 행정존중

1. 영미법에서의 접근 방법

법적 문제(questions of law)에 대하여 영국과 미국에서 각각 접근 방법을 달리 하였다. 미국은 Chevron 사건에서 행정청의 법해석에 대한 행정존중의 원칙을 선언했는데, Chevron 사건에서는 ‘stationary source’라는 법 문언의 해석이 문제되었다. Stevens 대법관은 그 문언이 모호하다고 하면서, 법이 특정한 쟁점에 관하여 규정이 없거나 모호한 경우에는 법원은 행정청의 합리적 해석을 존중해야 한다고 밝혔다. 그러나 Chevron 판결에 의하더라도 특정 문제에 관한 입법 의도가 명백히 증명될 경우 법원이나 행정청은 입법 의도에 효력을

¹⁷⁰⁾ Paul Craig, ‘Unreasonableness and Proportionality in United Kingdom Law’ in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Oxford, Hart, 1999), p.85, Paul Daly, 전제서, p.212에서 재인용.

¹⁷¹⁾ Paul Daly, 전제서, p.213 참조.

¹⁷²⁾ 안동인, ‘비례원칙과 사법판단권의 범위’, *행정법연구* 제34호 2012, 16면 참조.

부여할 수밖에 없고, 따라서 이러한 경우에는 하나의 가능한 해석만이 있을 뿐이다.¹⁷³⁾

영국에서는 법적 문제에 관한 기본적인 입장은 R v. Hull University Visitor ex p. Page¹⁷⁴⁾ 사건에서 Griffiths 대법관에 의하여 다음과 같이 표현되었다. “법원이 아닌 다른 기관이 법을 적용하는 것이 필요할 때에는 정확하게 적용할 것이 요구된다. 만약 그들이 법을 부정확하게 적용하면 그들은 의무를 정확하게 수행하지 아니한 것이 되고, 그들이 법을 제대로 이해하고서 결정을 내릴 수 있도록 그 오류를 시정하기 위한 사법심사가 가능하다.”¹⁷⁵⁾ 즉 입법부가 행정청에게 법적 문제를 해결하는 권한을 행정청에게 위임하였을 가능성도 있고, 이는 권력분립의 원칙상으로도 가능한 것이지만 모든 법해석에서는 법원의 정확성(correctness)이 심사기준이라는 것이다.¹⁷⁶⁾

2. 문제점

미국의 Chevron 원칙에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다. 법 규정의 명확함과 모호함은 양도일단적인 것이 아니고, 법에 담겨있는 본래의 의미의 확실성을 전제로 하는 것인데, 실제로 의미가 불명확하여 복수의 해석이 가능할 수도 있고, 서로 다른 해석 사이에서 입법부가 그 선택을 행정청에 부여했을 수도 있음에도 법원은 자신의 해석을 앞세워 법 규정이 명확한 것임을 선언할 수 있다. Chevron 원칙에서 명확한 해석이 존재한다고 하는 가정은 이론적으로 가능하지만 법원이 명확하다고 선언한 해석의 정확성은 이를 측정할 수 있는 잣대가 없다.¹⁷⁷⁾

¹⁷³⁾ 구체적인 판시 내용은 다음과 같다. “의회가 정확하게 쟁점으로 등장한 사안에 관하여 직접적으로 언급을 하고 있는지 여부이다. 만일 의회의 의도가 명확하다면 그것으로 문제는 종결된다. 법원이나 행정청 모두에게 있어서 이처럼 명확한 의회의 의도에 효과를 부여하는 것은 당연한 것이다.”

¹⁷⁴⁾ [1993] AC 682

¹⁷⁵⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.234에서 재인용.

¹⁷⁶⁾ Paul Daly, 전제서, p.234 참조.

영국의 접근방식은 법원이 모든 법적 문제에 법원이 개입하는 것을 허용함으로써 법률 규정의 의미가 명확한 경우에만 법원이 개입할 수 있는 미국의 Chevron 원칙보다 법원에 더 큰 권한을 부여한 것으로 볼 수 있다. 이는 법적 문제와 사실의 문제의 구별을 전제로 하고 있지만, 무엇이 법적 문제인지 정의하는 것은 어렵다는 비판이 있다. 즉 사실의 문제, 법적 문제, 사실을 법에 적용하는 문제는 구별이 어렵고 사실상 서로 겹치는 부분도 많다. 영국의 접근방식에 의하면 법적 문제를 분류하는 최종 권한은 법원이 가지고 있는데, 이는 법원이 어떤 문제를 임의로 법적 문제로 선언함으로써 정확성(correctness)의 기준에 의한 사법적 간섭을 할 수도 있다.¹⁷⁸⁾

3. 법적 문제에 대한 행정존중

이와 같이 영국의 접근방식에서의 ‘법적 문제’, 미국의 Chevron 원칙에서의 ‘명확한 법적 문제’는 그 구분이 분명하지 않고, 행정청의 법해석은 법원에 의하여 통제를 받아야 한다는 것을 당연한 전제로 하는 것이어서 법적 문제에 대한 영미법의 접근방식은 그 근거가 약하다. 실제로 법원은 문제된 행정결정과 관련하여 행정청과의 사이에서 최적의 책임분배를 통하여 결론에 이르게 되는바, 법적 문제에 대한 사법심사에서도 가장 중요한 것은 법률에 의하여 행정청에 위임된 권한의 범위이고, 법률이 특정 문제에 대한 해결을 행정청에 위임하였는지 아니면 법원에 위임하였는지, 그리고 법적 문제인지 사실문제인지 아니면 중간영역의 문제인지 여부를 조사하여 그에 따른 심사기준을 적용하는 것이 적절하고, 입법 의도에도 부합한다.¹⁷⁹⁾

전문가인 행정청은 적어도 법규정이나 법제정의 연혁, 원래의 입법 목적 등은 판사보다는 일반적으로 더 잘 알고 있다고 할 수 있다. 미국의 연방대법원

¹⁷⁷⁾ Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge University Press, 2012, p.235,236 참조.

¹⁷⁸⁾ Paul Daly, 전게서, p.241 참조.

¹⁷⁹⁾ Paul Daly, 전게서, p.243 참조.

과 항소법원에서 Chevron 원칙이 적용된 사례를 조사한 결과에 의하면 Chevron 원칙은 주로 행정청의 결정을 유효하다고 할 것인지에 관한 판사의 이념적 취향과 강하게 연관되어 있다고 한다.¹⁸⁰⁾ 이러한 경험적 결과에 의하면 행정청에 대한 반감이 법적 문제에 대한 법원의 사법심사의 주된 이유가 될 수도 있다.

입법 의도에 따라 법적 문제에 대한 행정청의 결정에 행정존중을 부여하는 경우 Chevron 원칙과 같이 복수의 해석이 가능한 경우가 그 전제조건이 될 수는 없다. 다만 특정 행정청에 대하여 그 권한을 부여하는 수권법률에 관한 문제가 아닌 모든 행정청에 일률적으로 적용되는 일반적인 법에 관한 문제는 법원이 정확성(correctness)의 심사기준을 적용하는 것이 적절하다. 이는 입법부가 행정청에 그 해석을 맡겼다고 보는 것은 적절하지 아니한 분야이기 때문이다.

¹⁸⁰⁾ Cass Sunstein/Thomas Miles, 'Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron' (2006) 73 U Chi LR 823, 825-6, Paul daly 전제서, p.254에서 재 인용.

제6장 우리나라에의 시사점

제1절 행정존중의 기본적 인식

Kelsen · Merkl의 순수법학에서의 ‘행정과 사법의 실질적 동일성 테제’에 의하면, 행정과 사법은 입법자가 제정한 법률을 적용 · 집행한다는 측면에서는 행정과 사법이 실질적으로 차이가 없고, 직접적 행정(unmittelbare Verwaltung), 즉 건설과 서비스제공 등 사실상의 국가활동은 전형적인 행정에 속하지만, 간접적 행정(mittelbare Verwaltung), 즉 허가, 특허 등 수익적 처분과 의무위반에 대한 제재처분과 같이 법률을 적용하여 법적 효과를 발생시키는 작용은 사법과 실질적으로 다르지 않고, 단지 담당기관의 조직상의 차이점밖에 없어,¹⁸¹⁾ 어떤 법률집행기능을 상명하복적이고 신속한 임무수행이 가능한 국가기관(행정)에게 맡길 것인가, 독립적이고 신중한 절차에 의해 임무를 수행하는 국가기관(사법)에게 맡길 것인가 라는 입법재량의 한계가 주어져 있을 뿐이다.¹⁸²⁾

이와 같은 순수법학적 행정개념에 의하면, 입법자가 행정에게 맡긴 법 적용 작용에 대해 다시 법원으로 하여금 행정소송의 형식으로 사법심사를 하게 하는 것은, 국가권력의 신중성과 객관성을 담보한다는 취지에서 행정기관에 의한 법 적용을 다시 그와 독립된 기관에서 신중한 절차를 통해 한번 더 - 동일한 법 적용 과정을 통해 - 심사하는 데, 글자 그대로 Judicial Review에 있는 것이지, 법원이 본질적으로 배타적인 또는 최소한 최종적인 법 적용 권한을 갖고 있기 때문에 당연히 법원에 의한 행정소송이 인정되는 것은 아니다.¹⁸³⁾

이러한 행정 내지 행정소송의 개념에 더하여 실제로 수권법률에 의하여 행정청에 대하여 의사결정의 권한이 부여되어 있는 이상 행정소송을 담당하는

¹⁸¹⁾ Hans Kelsen, *Justiz und Verwaltung*, in : *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Bd. II, Wien 1968, S. 1781-1811(1788-1789); 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사 2010, 100면에서 재인용.

¹⁸²⁾ 박정훈, 전계서, 74면 참조.

¹⁸³⁾ 박정훈, 전계서, 103, 104면 참조.

법원은 당해 사안을 심사하면서 행정청의 법해석에 대한 존중적인 입장을 기본적으로 가지고 있어야 하고, 모든 사안에서 처음부터 행정청의 입장과 무관한 정확성(correctness)의 심사기준을 고집하는 것은 적절하지 않고, 오히려 이러한 심사기준은 예외적으로 적용되어야 함을 인식하는 것이 필요하다.

제2절 불확정개념의 문제

불확정개념이라 함은 법규의 요건 부분에 사용된 추상적, 다의적 또는 불명확한 개념을 일컫는 것으로서 독일의 학설·판례에서 비롯된 용어인데, 불확정개념에 대해서는 일정한 조건하에서 행정청에게 판단여지 또는 재량이 인정됨으로써 법원의 전면적 심사가 제한된다.¹⁸⁴⁾ 우리나라에서는 불확정개념의 해석·적용에 관하여 인정되는 판단여지와 법규의 효과 부분에 관하여 인정되는 재량을 구별할 것인지(2원론), 아니면 양자를 재량이라는 동일한 범주로 파악할 것인지(1원론)가 학설상 다투어지고 있다.

대법원 2009. 7. 9. 선고 2009두1877 판결은 “구 액화석유가스의 안전관리 및 사업법(2007. 4. 11. 법률 제8358호로 전문 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제2호에 정한 허가일로부터 1년 이내에 사업개시를 하지 못한 ‘정당한 사유’란 불확정개념으로서 그 존부는 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 하고 ...”라고 실시하여 불확정개념이라는 용어를 사용하였으나, 이에 관한 행정청의 판단에 대한 사법심사에 관하여는 언급을 하지 아니하였다.

대법원 2000. 10. 27. 선고 99두264 판결은 “구 문화재보호법(1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것) 제44조 제1항 단서 제3호¹⁸⁵⁾의 규정에 의하여 문화체육부장관 또는 그 권한을 위임 받은 문화재관리국장 등이 건설공사를 계속하기 위한 발굴허가신청에 대하여 그 공사를 계속하기 위하여 부득이

¹⁸⁴⁾ 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(中凡 김동희 교수 정년 기념논문집), 박영사, 2005, 250면 참조.

¹⁸⁵⁾ ‘3. 건설공사 시행중 그 토지 및 해저에 매장문화재가 포장된 것으로 인정된 경우로서 그 공사를 계속하기 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우’

발굴할 필요가 있는지의 여부를 결정하여 발굴을 허가하거나 이를 허가하지 아니함으로써 원형 그대로 매장되어 있는 상태를 유지하는 조치는 허가권자의 재량행위에 속하는 것이므로, 행정청은 발굴허가가 신청된 고분 등의 역사적 의의와 현상, 주변의 문화적 상황 등을 고려하여 역사적으로 보존되어 온 매장문화재의 현상이 파괴되어 다시는 회복할 수 없게 되거나 관련된 역사문화 자료가 멸실되는 것을 방지하고 그 원형을 보존하기 위한 공익상의 필요에 기하여 그로 인한 개인의 재산권 침해 등 불이익이 훨씬 크다고 여겨지는 경우가 아닌 한 발굴을 허가하지 아니할 수 있다 할 것이고, 행정청이 매장문화재의 원형보존이라는 목표를 추구하기 위하여 문화재보호법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 전문적·기술적 판단은 특별히 다른 사정이 없는 한 이를 최대한 존중하여야 한다.”라고 판시하여, ‘부득이 발굴할 필요가 있는 경우’의 불확정개념에 대한 행정존중을 인정하였다.

서울고등법원 2013. 6. 20. 선고 2012누16291 판결은 “행정기관이 법률요건으로 규정된 개념 자체로는 의미가 명확하지 않고 해석의 여지가 있는 불확정개념을 해석·적용함에 있어서 둘 이상의 다른 판단이 행하여질 수 있는 사안에서, 전문성과 대체불가능성 때문에 법률요건에서의 전제사실을 인정하거나 또는 인정사실을 포섭하는 법적 평가에 관하여 판단여지가 인정되는 경우가 있고, 이러한 판단에 대하여 법원은 행정기관이 판단의 여지 내에서 내린 결정이라면 수용하여야 한다. 그러나 이와 같이 피고에게 법률요건상 불확정개념에 대하여 판단의 여지가 인정되는 경우에도 법원의 심사가 완전히 배제되는 것은 아니고, 예를 들면 ① 전제되는 사실의 인정을 잘못하였다거나, ② 인정사실을 포섭하는 법적 평가에서 객관적인 판단 기준을 위반하였다거나, ③ 평등원칙 등의 일반원칙을 위반한 경우에는 위법한 처분이고, 따라서 법원의 심사대상이 된다.”라고 판시하여, 불확정개념에 관한 행정존중의 원칙과 나아가 그 심사기준까지 언급하였다.

따라서 우리나라에서도 불확정개념의 해석, 적용에 관해서는 영미법상의 행정존중의 원칙이 그대로 타당하다고 할 수 있다. 다만 판례에서는 행정존중의 근거로서 판단여지 뿐만 아니라 행정청의 전문성 등을 내세우고 있는 점에 비

추어 전문가에 의한 행정결정의 입법 의도를 고려한 판시라고 볼 수 있다.

그러나 법률에 불확정개념이 사용된 경우에만 행정존중이 부여되어야 한다고 볼 수는 없다. 이 논문의 서두에서 언급한 고등법원 판결의 사안에서 ‘거짓’이라는 용어는 그 의미가 분명하므로 엄격하게 말하면 불확정개념에 해당한다고 보기는 어렵다. 앞에서 본 바와 같이 이와 쟁점이 동일한 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두26920호 판결¹⁸⁶⁾에서 대법원은 이를 불확정개념이라고 판단하지는 아니하였는바, 오히려 그 판시 내용은 당초의 공적사실 자체에 거짓이 있는 경우에는 해당하지 않으므로 이 점에서 행정청의 판단은 법에 위반될 수 있지만 새로 밝혀진 사실을 전체적으로 평가하였을 때 서훈을 수여할 만한 공적으로 인정되지 않는 경우에도 위 규정에 해당하는 것으로 볼 수 있다는 행정청의 판단은 충분히 정당성이 있으므로 이를 적법하다고 판단한 것으로, 결국 소관 행정청의 법해석을 존중한 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

제3절 재량행위의 문제

1. 행정존중의 독자적 영역 여부

대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결, 2007. 54. 31. 선고 2005두1329 판결, 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결 등은 “행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 경우 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량

¹⁸⁶⁾ 각주 4 참조

권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다.”라고 판시하였다. 위 판시에서는 행정존중이라는 용어를 사용하지 않았지만 ‘법원은 독자의 결론을 도출함이 없이’라는 문구가 바로 행정존중을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006두15783 판결, 1996. 10. 11. 선고 96누6172 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 97누13061 판결, 대법원 4. 14. 선고 98두984 판결 등에서는 “자동차 운수사업법에 의한 개인택시운송사업면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 그 면허를 위하여 필요한 기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다.”라고 판시하여, 재량행위에 관한 사법심사에서는 행정존중이 부여되어야 함을 밝혔다.

위에서 논의한 바와 같이 법원이 행정청의 법해석에 대하여 존중적인 입장을 전제로 한다면 재량행위를 행정존중의 별도의 범주로 인정할 필요가 있는지는 의문이다. 왜냐하면 재량행위는 재량권의 행사에 의하여 행해지는 행정행위를 말하는데, 재량행위는 무한정의 재량이 인정되는 것은 아니며 재량권이 인정된 범위 내에서만 허용되고, 어떤 행정행위가 재량행위라고 하여도 모든 부분이 재량인 것이 아니라 통상 재량권이 인정된 부분과 재량권이 인정되지 않고 법에 엄격히 기속된 부분이 혼재하는 것이므로,¹⁸⁷⁾ 재량행위에 대한 사법심사는 결국 재량권의 범위에서 법에 기속된 부분의 위반이 있는지 여부를 심사하는 것이어서, 결국 법적 문제에 대한 심사로 귀착되고, 판례가 재량을 구속하는 도구로 사용하고 있는 사실오인, 비례, 평등의 원칙도 결국 법적 원칙이기 때문이다. 재량권은 법률에 의하여 행정청에게 위임되는 것이므로, 관련 법규정의 검토를 통해서 당해 행정청에 위임된 결정권한의 범위와 행정청의 전문성 등 행정존중의 실제적 근거를 파악하여 그 심사기준을 정하면 될 것이다.

¹⁸⁷⁾ 박군성, 행정법론(상) 제7판 박영사, 2008, 276면 참조.

다만, 대법원판례는 비례 원칙을 재량행위에 대한 심사근거로 예외 없이 열거하고 있으나, 행정재량권의 통제원리로서 작용하는 비례 원칙은 사실상 형량에 사용할 합리적이고 구속력 있는 구체적인 기준이 마땅치 않다는 점에서 자칫 법원의 주관적인 판단이 개입할 가능성이 높고, 나아가 궁극적으로 법원의 판단으로 행정청의 판단을 같음한다는 것을 의미하는 것이어서¹⁸⁸⁾ 이를 일방적인 심사근거로 적용하는 것은 지양되어야 할 것이다. 영국 대법원도 비례의 원칙 위반만을 이유로 행정결정의 위법성을 인정하지 않고 있다.¹⁸⁹⁾

2. 고려사항

대법원 2005. 9. 15. 선고 2005두3257 판결 등에 의하면 “행정행위를 함에 있어 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정행위는 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다.”라고 판시하였다. 영국에서도 타사고려(irrelevant consideration)는 권한유월(ultra vires)의 사유를 구성하는바, 무엇이 관련 고려대상인지 아닌지에 관한 법원의 판단은 행정청의 결정에 대한 광범위한 개입으로 작용할 여지가 있다.¹⁹⁰⁾ 그러나 법원 보다는 행정청이 관련 고려대상이 무엇인지, 법이 어느 정도까지 고려할 것을 요구하는지에 관해서는 전문성을 가지고 있고, 결정 과정에 이해관계인을 참여시킬 수 있는 행정청이 더 잘 평가할 수 있는 것이므로, 법원의 일방적인 판단은 자제되어야 할 것이다.

188) 안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위, 행정법연구 제34호 행정법이론실무학회, 2012, 3면 참조.

189) 조원경, ‘행정소송에서의 불확정개념에 대한 사법심사강도’, 서울대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2003, 65면 참조.

190) 조원경, 전제논문, 62면 참조.

제4절 사실인정의 문제

미국의 행정소송은 상소심 심사모델을 취함으로써 법률심으로 이루어지고 있는바, 이는 행정청에 대한 의회의 권한위임을 법원이 인정하면서, 먼저 사실 인정에 관해서 행정청에 우선권을 부여한 것이고, 그 후 법률문제에 대해서도 Chevron 원칙을 개발하여 법원의 심사강도를 제한하기에 이르렀다.

미국의 상소심 심사모델은 행정절차에서 이루어진 판단 과정을 심사하게 됨으로써 당사자가 불복하여 소송절차로 넘어가더라도 무용하게 버려지는 절차가 존재하지 않게 되고, 소송절차에서는 행정절차에서 이루어진 사실인정의 흐름만을 중심으로 합리성 심사를 하기 때문에 훨씬 적은 노력으로 사법심사를 행할 수 있게 된다. 특히 기록을 검토하는 방식의 심사 방법은 완전히 새롭게 판단을 하는 것에 비해 법원의 본안판단 부담을 현저하게 줄어들게 하고, 증인신문 등의 절차를 반복할 필요가 없기 때문에 훨씬 신속하게 절차를 마무리 할 수 있게 된다.

우리나라는 법원의 판사에 의한 1심 민사재판에 대한 항소심도 사후심 구조를 채택하고 있지 아니하면서 행정청의 결정에 대해서는 사후심으로 운영함이 적절한지는 논란이 있다. 그러나 미국의 상소심 심사모델은 행정절차의 중요성을 제고하는 한편, 그 절차의 결과물인 행정결정에 대하여는 기록을 통하여 사후적으로 통제함으로써, 행정청에게 행정결정에 이르는 절차를 통하여 신중하게 판단할 것을 요구함과 동시에, 법원으로 하여금 사실인정을 위한 무용한 시간과 노력의 소모를 덜고 효율적으로 사법심사를 가능하게 한다. 따라서 우리나라의 행정소송도 장래에는 그러한 방향으로 발전을 이루어가야 할 모델로 삼는 것이 타당하다고 생각되고, 그에 필요한 행정절차, 행정심판 제도의 사전정비가 필요할 것이다.

제7장 요약 및 결어

제1절 요약

행정이나 사법은 둘 다 법률의 해석작용이라는 점에서 우열이 있을 수 없고, 실제로도 법률에서 행정청에게 법규제정권을 부여한 예에서 알 수 있는 바와 같이 법률이 행정청에게 관련 법해석에 관한 권한을 부여한 것도 부인할 수 없으므로, 헌법상 행정청의 행정결정에 대한 사법심사 임무를 부여받은 법원으로서의 자신의 견해를 내세워 행정청을 당연히 대체할 수는 없고, 적절한 심사의 범위 또는 기준이 존재한다고 할 수밖에 없다. 마찬가지로 행정청에게 결정권한을 위임하는 수권법률이 있다고 하여 행정청이 당해 법률에서 발생하는 모든 문제에 대한 결정권한이 위임되었다고 할 수는 없다. 예를 들면 일반적인 법원칙의 해석, 적용까지도 법률이 행정청에게 위임한 것으로 보기는 어렵다. 결국 문제는 행정청의 법해석에 관하여 행정청과 법원 사이에 권한을 분배하는 기준이 마련되어야 한다는 것이다.

우리는 지금까지 법원의 법해석은 당연히 행정청의 법해석에 대하여 우월하다고 인식하여 왔다. 행정부는 권력분립의 원칙에 따라 법률집행권자로서 권한을 가지고 법해석을 하고 있고, 이는 행정기능의 확대에 따라 계속 증가할 가능성이 높으므로 행정청의 법해석권의 위상을 올바르게 정립하는 것이 무엇보다 중요하고, 행정의 적극적이고 자율적인 법해석권을 정립하기 위해서는 행정의 법해석권에 대한 사법부의 경시현상은 극복되어야 한다.¹⁹¹⁾

원리적 행정존중에 따르는 것은 행정통제에서 후퇴하는 것이라는 우려가 있을 수 있으나, 행정존중은 사법통제의 포기를 의미하는 것이 아니다. 법원의 심사기준 선택이 적절함을 전제로 할 경우 불합리성의 심사기준에 의하더라도 행정청의 법해석이 합리적인지 여부를 심사하여 행정청의 권한남용을 통제할

¹⁹¹⁾ 이성엽, 정부의 법령해석권 정립에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2011, 4면 참조

권한을 가지고 있고, 불합리성의 개념에 종래의 위법, 부당한 모든 요인들을 포섭시킬 수 있으므로 문제가 되지 않으며, 법원이 심사기준을 잘못 적용한 경우, 즉 정확성의 기준을 적용하지 않고 불합리성의 기준을 잘못 적용하였을 경우 이는 상소에 의하여 시정될 수 있으므로 역시 문제가 되지 않는다.

본 논문에서는 영미법에서의 논의만 살펴보았지만 행정존중에 관한 이론의 등장은 대륙법계 국가에서도 마찬가지이고, 심지어 독재정권을 경험하였던 대만, 폴란드, 남아프리카 공화국 등 신흥 개발국에서도 공통되는 현상이다.¹⁹²⁾ 이와 같이 행정존중의 이론이 등장하는 것은 행정행위에 의하여 개인의 권리와 자유를 침해하는 경우보다도 행정에서 법원이 일방적으로 개입하는 것이 부적절한 전문적이고 복잡하며, 이해관계인의 참여에 의한 행정의 영역이 확대된 것을 의미하므로, 결코 법치주의 원리와 배치된다고 볼 수 없다. 오히려 법원의 시각에서 범위반, 비논리성 등 객관적인 하자가 있는 경우에도 행정청으로 하여금 이를 정당화시킬 수 있는 기회를 허용함으로써, 행정청은 당해 행정에 고유한 특수한 사정을 들어 법원을 설득할 수 있어, 형식적인 적법성에만 얽매이지 않고 실질적인 타당성 있는 행정의 수행을 가능하게 한다. 미국과 캐나다에서는 판사가 행정청을 철저하게 감독해야 한다는 오래된 권위적인 통설을 포기함으로써 이제 지금까지 법체계상 아무런 유해한 결과가 발생하지 않았다고 한다.¹⁹³⁾

앞에서 본 원리적 행정존중 이론에 의하면 당해 법률의 규정을 자세히 검토함으로써 입법부의 권한위임과 그에 따른 심사기준의 파악이 가능하다는 것이나, 실제로는 법률의 규정에서 행정청에 대한 권한위임이 포괄적이냐 아니면 일부분에 그치느냐 정도만 알아낼 수 있을 뿐 법률 규정의 검토에서 바로 특정한 심사기준을 마련하기는 어렵다. 먼저 법원이 종래의 법원 중심적인 입장에서 벗어나서 기본적으로 행정존중적인 인식부터 하는 것이 중요하다. 법원

¹⁹²⁾ Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited 2010, p.466-481에 폴란드, 대만, 남아프리카공화국의 행정존중에 관하여 설명이 되어 있다.

¹⁹³⁾ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law*, Cambridge University Press, 2012, p.266 참조.

이 일단 이러한 인식을 갖추게 되면 법원은 일반적인 경우에 쉽게 적용될 수 있는 불합리성의 기준을 적용하여 심리를 하는 과정에서 증거채택에 관한 결정을 하고, 당사자의 법률적 주장에 대하여 심리를 하는 과정에서 지속적으로 자신의 판단의 타당성을 검증하게 됨으로써 법원의 적절한 개입 범위를 알 수 있고, 결국 심사기준은 이와 같은 심리의 결과물로서 결정될 수 있을 것으로 추측된다. 예를 들면 공원관리청이 아닌 자가 공원시설을 설치하려고 자연공원법 제20조에 의하여 신청한 공원사업의 시행허가가 거부되어 공원관리청을 상대로 그 거부처분의 취소를 구하는 경우 법원은 원고가 당해 공원시설이 자연친화적인 시설이라고 주장하면서 현장검증을 통하여 이를 입증하려고 할 경우 법원은 현장검증으로 이를 판단하는 것이 타당한지 여부를 검토하게 될 것이고, 그 과정에서 자연스럽게 적절한 법원의 심사기준이 마련될 수 있을 것이다.

제2절 결어

본 논문에서 소개한 원리적 행정존중 이론은 현대 행정국가에서 논의되고 있는 행정존중에 관한 우리의 관심을 제고시킴과 동시에 그 이론적 근거를 추상적인 법이론이나 법체계에서 찾는 것이 아니라 바로 관련 법률 규정에 들어 있는 입법 의도와 법원은 이를 실행해야 한다는 일반적인 헌법 원칙에서 찾고 있다는 점에서 설득력이 있고 이론적 타당성도 갖추고 있다고 평가할 수 있다. 원리적 행정존중에 의한 심사기준을 마련하는 것은 추상적일 수밖에 없지만 우선 정확성, 불합리성, 관련성이라는 3가지 심사기준의 적용에서부터 시작하는 것은 기존의 기속행위, 재량행위로 나눈 2가지 사법심사 방식에서 크게 벗어나는 것이라고는 할 수 없어 별다른 무리가 없을 것이다.

이제 법원은 자신의 견해를 일방적으로 내세워 행정청을 제압할 것인지 아니면 아예 사법적 자제를 할 것인지를 전통적인 일도양단적인 태도에서 벗어나 입법 의도를 실행하는 헌법상 임무를 인식하여, 법률 규정에서 행정존중의

정당한 이유가 발견될 경우 불합리성 등의 적절한 심사기준을 사용하여 사법 개입의 적절한 범위 안에서 활동공간을 마련해야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

김종보, 『기본권의 객관적 규범성에 관한 연구』, 부산대학교 대학원, 2009.

박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2008.

박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2010.

박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2011.

성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2014.

(2) 논문

김문현, 평등에 관한 헌법재판소 판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가, 미
국헌법연구 17권 2호, 2006, 97-130면.

김은주, 미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의, 공법연구 37집 3
호, 2009, 311-334면.

박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(中凡 김동희 교수 정년 기념논문
집), 박영사, 2005, 250-270면.

안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위, 행정법연구 제34호, 2012, 1-26면.

우성기, 공법상의 비례원칙 - 프랑스 공법을 중심으로, 서울대학교 대학원 박
사학위 논문, 1994.

이상경, 독일 연방헌법재판소와 미국 연방대법원의 위헌심사기준론, 2008,
205-231면.

이성엽, 정부의 법령해석권 정립에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문,

2011.

이원우, 현대적 법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점, 행정법연구 제29호, 행정법이론실무학회, 2011, 105-133면.

장경원, EU법상 좋은 행정의 의미, 행정법연구 제25호, 행정법이론실무학회, 2009, 273-305면.

정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호, 2006, 419-440면.

조원경, 행정소송에서의 불확정개념에 대한 사법심사강도, 서울대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2003.

추효진, 미국 행정법상 ‘실질적 증거 심사’에 관한 연구, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2013.

황의관, 미국 사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구, 미국헌법연구 24권 1호, 2013, 399-463면.

2. 외국문헌

(1) 단행본

Breyer / Stewart / Sunstein / Vermeule / Herz, Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases. 7.ed., 2011.

Paul Craig, Administrative Law. 5.ed., London 2008 [Sweet & Maxwell].

Kenneth Culp Davis, Administrative Law Text. 3.ed., St. Paul 1972 [West Publishing].

William F. Fox, Understanding Administrative Law. 5.ed., 2003 [LexisNexis].

Paul Daly, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge university Press, 2012.

Gellhorn/Levin, Administrative Law and Process in A Nutshell. 5.ed., St. Paul
2006 [Thomson West].

Hans Kelsen, Justiz und Verwaltung, in : Die Wiener rechtstheoretische Schule.
Bd. II, Wien 1968, S. 1781-1811(1788-1789).

Richard J. Pierce, Administrative Law Treatise. vol. I. 5.ed., 2010.

Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Comparative Administrative Law,
Edward Elgar Publishing Limited 2010.

Peter H. Schuck, Foundations of Administrative Law. 2.ed., New York 2004
[Foundation Press].

Bernard Schwartz, Administrative Law. 3.ed., 1991.

Strauss / Rakoff / Farina / Metzger, Gellhorn & Byse's Administrative Law. Cases
and Comments. 11.ed., 2011Wade / Forsyth, Administrative Law. 10.ed.,
2009 [Oxford University Press].

Keith Werhan, Principles of Administrative Law, St. Paul 2008 [Thomson West].

(2) 논문

Paul Craig, 'Unreasonableness and Proportionality in United Kingdom Law' in
Evelyn Ellis (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe
(Oxford, Hart,1999).

Gerald Gunther, 'The Supreme Court, 1971 Term - Foreword : In Search of
Evolving Doctrine on a Changing Court : A Model for a Newer Equal
Protection' (1972) 86 Harv LR 1.

Robert Leckey, 'Territoriality in Canadian Administrative Law' (2004) 24 UTLJ.

Cass Sunstein/Thomas Miles, 'Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical
Investigation of Chevron' (2006) 73 U Chi LR.

Abstract

A Study on judicial deference in administrative law

- focus on discussions in Anglo-American jurisdictions

Taeho Son

Administrative Law

The Graduate School

Seoul National University

There is some doubt whether Korean courts perceive that the administrative agency has a right of its own to make a statutory interpretation when they are addressing administrative litigation cases. Although in some Supreme Court cases where ambiguous terms or discretionary decisions were at issue the Supreme Court held that agency's interpretations should be respected by the Court, it did not state anything about why such decisions should be respected or by what standard of review the court should make a judgment when respecting agency interpretations of statutes.

Both of the administration and the judiciary are the state action which administrate the laws legislated by the legislature and one is not more superior than the other under the principle of checks and balances. Nonetheless in Korea the agency's intent tends to be totally disregarded when the agency's decision becomes the subject of the court's review, and it has been conventionally accepted that only the reasoning of the Court matters when it comes to the court's review.

On the contrary, in the Anglo-American jurisdictions where it has been

traditionally considered that only the Court is empowered when it comes to the question of law, there have been active discussions on the doctrine of judicial deference. Also, in those jurisdictions, the standard of review according to such doctrine has actually been introduced and applied in addressing administrative litigation cases.

Whereas the agency's decision is often made as a result of the expert participation and/or discussion among a number of interested parties, the Court often lacks such expertise in the relevant field at issue as well as the access to various opinion due to limited participation by interested parties. Therefore, if the Court makes a judgement on the agency's decision in the same manner as in civil cases which unilaterally rely on the standard of review which has been applied by the Court, it will only add to the burden borne by the Court and it is highly likely that such a judgement would be contrary to the public interest which was originally pursued by the administration.

This study tries to propose a different perspective regarding the basic perception and the judicial review of Korean courts in addressing administrative litigation cases by reviewing the theoretical and practical grounds of the doctrine of judicial deference which are discussed in the Anglo-American jurisdictions as well as the standard of review under such doctrine.

Key Words: judicial deference, standard of review, legislative intent, questions of law, unreasonableness, proportionality, ambiguous term, discretionary decision

Student Number: 8121-1376