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

법학석사 학위논문

영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구

2019년 2월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
허 이 훈

영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구

지도교수 박 정 훈

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2018년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

허 이 훈

허이훈의 석사 학위논문을 인준함

2018년 12월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

본 논문은 영국법상 행정재량의 사법통제 방법에 관하여 과거부터 최근까지의 판례들과 학설상의 논의에 관하여 연구하였다. 이를 통해 행정재량에 대한 사법심사의 기준이 과거 사법심사의 강도가 낮은 '합리성 기준'에서 강도가 높은 '비례성 기준'으로 변화하여 왔고, 그 과정에서 행정과 사법의 역할분담, 행정의 효율성, 공익 실현과 당사자의 권리구제의 조화 등 행정재량의에 대한 사법통제의 근거와 그 한계에 관하여 깊이 있는 연구와 토론이 이루어졌음을 확인할 수 있었다. 이와 같은 영국법상 사법통제 방법의 발전과정에 대한 연구를 통해 우리에게의 시사점을 도출하고자 한다.

이와 같은 합리성, 비례성 기준에 따른 심사는 행정기관이 재량을 행사하였으나 그 한계를 벗어난 우리나라의 '재량의 일탈·남용'에 대한 사법심사로 볼 수 있다. 본 논문에서는 행정재량의 위법성의 다른 태양인 법률 등에 의하여 행정기관에 재량이 부여되었음에도 이를 행사하지 않은, 이른바 '재량의 불행사'와 관련하여, ① 규칙, 지침 등의 재량준칙을 기계적으로 적용하는 경우와 ② 행정기관이 사인(私人)과 체결한 계약에 구속되어 재량 행사가 불가능한 경우 문제되는 쟁점에 관한 판례와 관련 논의를 검토하였다. 우리나라와는 다소 다른 관점에서 접근하여 문제를 해결하고자 하는 것을 확인할 수 있는바, 이를 통해 우리나라에서의 착안점을 모색해보고자 하였다.

영국은 일원적 법원체계(一元的 法院體系)를 채택하고 있으면서 1977/1981년의 행정소송 개혁을 통해 별도의 행정소송 절차와 행정사건에 대한 전속적인 제1심의 재판관할이 인정하면서 현재 비교법적 측면에서 우리와 가장 유사한 체계를 갖추고 있는 것으로 평가된다. 그러나 그동안 우리의 비교행정법 연구는 독일, 프랑스 등에 집중되고 영국의 경우 상대적으로 깊이 있는 연구가 이루어지지 않았는데, 그 이유 중 하나

는 영국 법원이 행정재량에 대한 사법심사에 소극적이라는 인식에 기인하였다. 그렇지만 우리나라에서도 종래 행정에 대한 사법의 적극적 역할의 필요성 측면을 강조하였지만, 우리 행정법이 추구하여야 할 방향은 사익과 공익을 조화시키고 공익 실현을 위한 행정의 자율적 책임성을 강조하는 단계로 나아가는 것이다. 오랜 법치주의(法治主義) 전통 속에서 처음부터 행정의 자율적 책임성을 강조하는 입장이었던 영국에서의 행정재량에 대한 사법통제에 관한 연구를 통해 우리의 행정재량에 대한 사법통제의 발전에 있어 단초를 제공받을 수 있을 것이다.

주제어: 행정재량의 사법통제, 재량의 일탈・남용, 사법심사청구, 합리성 심사, 비례성 심사, 재량의 불행사, 비양립성 검증

학　번: 2004-21978

목 차

국문초록

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 및 방법 ····· 3

제1장 예비적 고찰 ····· 8
제1절 영국에서의 행정법의 발전 ····· 8
제2절 영국에서의 행정소송 제도의 확립 ····· 10
제3절 권한유월 원칙에 따른 행정재량에 대한 사법심사 ····· 11
제4절 행정재량에 대한 사법심사 척도 변화의 개관 ····· 13

제2장 합리성 기준에 따른 심사 ····· 16
제1절 개설 ····· 16
제2절 '사법심사 자제'의 이론적 배경 ····· 16
제3절 전통적인 재량 하자의 심사기준 ····· 20
I. 부적절한 목적 ····· 20
II. 부당고려 ····· 24
III. 악의 ····· 28
제4절 Wednesbury 비합리성 : 과거, 현재 그리고 미래 ····· 28
I. 전통적인 Wednesbury 기준의 내용 ····· 28
II. Wednesbury 기준 적용의 구체적인 사례 ····· 31
1. 권리와 관련된 사건에의 적용 ····· 31
2. 권리와 관련 없는 사건에의 적용 ····· 33
III. Wednesbury 기준 활용의 향후 전망 ····· 35

제3장 비례성 기준에 따른 심사 ····· 38
제1절 개설 ····· 38
제2절 재량 하자의 심사기준으로서 비례성의 지위와 적용 ····· 39
I. 비례성 기준 적용 관련 기존 판례의 태도 ····· 39
II. 비례성 기준 적용의 구체적인 사례 ····· 41
1. 인권법 및 유럽연합법 적용 사안에의 적용 ····· 41
2. 일반적인 사안에의 적용 ····· 43
III. 재량 하자 심사의 일반적 표제로서의 비례성에 관한 논의 ····· 45
1. 심사기준의 통일 ····· 47
2. 구조적, 합리적 심사의 가능 ····· 47
3. 보다 높은 심사의 강도 ····· 49

제4장 재량 불행사에 대한 사법심사 ····· 51
제1절 개설 ····· 51
제2절 규칙 등 재량준칙 적용에 기한 재량의 불행사 ····· 51
I. 규칙 등 재량준칙 관련 판례 및 논의 ····· 53
1. 규칙・지침 등에 부여되는 영향력 ····· 53
2. 규칙・지침 등의 내용에 대한 사법심사 ····· 54
3. 규칙의 적용배제를 구하는 경우의 관련 쟁점 ····· 55
4. 규칙의 적용을 구하는 경우의 관련 쟁점 ····· 56
II. 규칙 등 재량준칙 제정의 강제 내지 권고의 적절성 ····· 57
제3절 계약 내용에의 구속에 기한 재량의 불행사 ····· 60
I. 계약 효력의 판단기준 : 비양립성 검증 ····· 60
1. ‘비양립성 검증’의 기원 ····· 60
2. ‘비합리성 검증’의 발전 ····· 61
3. 양립가능 여부의 판단기준 및 적용 ····· 63
II. 양립불가능한 계약의 계약 상대방에 대한 권리구제 ····· 66

제5장 우리나라에의 시사점 ····· 68
제1절 사법심사 방식・강도의 유형화・체계화 필요 ····· 68
제2절 행정재량 판단에 대한 사법적 존중 ····· 70
제3절 재량준칙에 기한 형식적 재량행사의 지양 ····· 73

제6장 요약 및 결어 ····· 77
제1절 요약 ····· 77
제2절 결어 ····· 79

참고문헌 ····· 81

Abstract ····· 84

연구의 목적

영국에서는 20세기 들어 통상법원과 별도로 여러 행정심판소(administrative tribunal)가 만들어져 다양한 행정적 분쟁을 해결할 수 있는 권한이 부여되었고, 법률가들이 점차 특징적이고 실체적인 공법상의 원칙들을 정립하기 시작하였다.[1] 특히 1970년대 후반과 1980년대 초반의 절차적인 개혁(소위 1977/1981년의 행정소송 개혁)이 사법심사청구(Application for Judicial Review; AJR)이라는 공법상 분쟁에 대한 특징적인 절차로 귀결되었고, 공법적 사건에 능통한 일련의 법관들이 사법심사청구 사건을 심리하도록 전문재판부인 국왕사무전담법관(Crown Office List)이 구성되었다. 그리고 급기야 최고법원의 기능을 행사하는 귀족원(House of Lords)[2]은 ***O'Reilly v Mackman*** 판결을 통하여 공법 사건에 대한 절차적 배타성의 원칙(procedural exclusive principal)을 정립하였다.[3]

이와 같이 영미법상 전통적인 공・사법 일원체계(公・私法 一元體系)에서 공・사법 이원체계(公・私法 二元體系)로 전환하여 가면서 단순히 관할 등 절차적인 측면에서만 변화가 있었던 것은 아니다. 실체적인 측면에서 사법(私法)에는 없는 공법(公法)의 특징적 제도 중 하나인 재량통제와 관련하여 이론적인 발전과 함께 판례가 축적되어 왔다. 초기 합리

---

1) 통상적으로 '영국'이라 함은 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드 및 북아일랜드로 구성되어 있는 '대브리튼 및 북아일랜드 연합왕국'(United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)을 의미하는데, 이 중 스코틀랜드와 북아일랜드는 독자적인 사법제도를 갖추고 있다. 본 논문에서는 잉글랜드와 웨일즈에서의 행정재량의 사법통제를 중심으로 검토하도록 하겠다.

2) 'House of Lords'는 일반적인 의회의 기능 이외에도 그 구성원인 법관의원들(law Lords)이 최고법원의 기능을 행사하였다. 실질적으로 대법원의 역할을 한 것으로 평가할 수 있다. 그러다가 2005년 제정된 헌법개혁법(Constitutional Reform Act)에 따라서 2009년 10월에 'Supreme Court of the United Kingdom'(대법원)이 설립되어 기존에 House of Lords가 수행하던 최고법원의 기능을 이전받게 되었다.

3) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년, 제15장 참조

성 심사를 중심으로 한 사법심사에서 점차 비례성 심사로 무게의 중심이 옮겨가는 과정에서 행정권한 행사의 특성, 본질과 그에 대한 사법심사가 당사자의 권리구제는 물론 향후 행정권한의 행사방식, 내용에 미치는 영향 등에 관하여 깊이 있는 연구와 치열한 논쟁이 이루어져왔다. 근 40년 정도의 짧은 기간 동안 집약적으로 행정재량에 대한 사법심사에 관하여 상당한 이론적 성과를 이룬 것으로 평가할 수 있다.

또한 주목할 점은 일원적 법원체계(一元的 法院體系)를 채택하고 있으면서 1977/1981년의 행정소송 개혁을 통해 별도의 행정소송절차와 행정사건에 대한 전속적인 제1심의 재판관할을 인정하면서 현재 비교법적 측면에서 우리와 가장 유사한 체계를 갖추고 있는 것이 바로 영국이라는 점이다.[4] 우리의 행정법 연구는 종래 절차적인 측면 중심에서 벗어나 실체적인 측면에 대한 연구가 점차 활발하게 이루어지고 있고 그 가운데서 핵심은 '행정재량에 대한 사법통제'에 있다고 할 수 있다. 이와 관련하여 우리의 제도와 가장 유사하다고 평가할 수 있는 영국에서의 논의에 대한 고찰은 우리의 행정재량에 대한 사법심사의 방식, 위법성 판단기준 등에 관한 연구에 있어 많은 시사점을 제시해 줄 수 있을 것으로 사료된다.

이에 본 연구는 2016년 출간된 Oxford 대학교(St John's College) Paul Craig 교수의 「Administrative Law」(8th Edition)에서 소개하는 영국에서의 행정재량의 사법통제에 관한 판례와 논의를 기본으로, 관련 단행본, 논문에 대한 분석을 바탕으로 영국의 판례와 학계 논의를 살펴보고, 이와 같은 내용들이 우리에 대하여 시사하는 점을 검토하는 것을 주된 목적으로 한다.

---

4) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년, 제15장 참조

연구의 범위 및 방법

본 논문은 영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 판례 및 학계에서의 논의, 특히 ① 행정재량을 일탈·남용하는 경우에 있어 사법심사의 강도, 위법성 판단기준[제2, 3장]과 ② 행정재량을 제약 내지 구속하기 위한 제도적 수단 및 그에 따른 재량 불행사와 관련한 사법심사 방식[제4장]을 중심으로 연구하였다. 특히 영국법에서는 행정기관의 재량판단을 존중하여 과거 행정재량에 대하여 '합리성'(reasonableness) 심사만이 이루어져 왔는데, 그와 같은 합리성 심사에 터잡은 Wednesbury 기준이 판례에서 어떻게 적용되어 왔는지, 이후 '비례성'(proportionality)이 가지는 지위, 의미와 실제 사례에서의 적용에 관한 고찰을 바탕으로, 영국에서의 재량통제의 구체적인 방식, 내용에 관하여 연구하였다.

이를 바탕으로 행정재량의 사법통제와 관련하여 우리나라 제도에서의 시사점에 관하여 연구하였다.

본 논문의 줄기는 다음과 같다.

1. 예비적 고찰

예비적 고찰의 장[제1장]에서는 본격적인 연구에 앞서, 영국의 행정법, 행정소송의 특징에 관하여 알아보고 그 가운데서 본 논문에서의 주제인 행정재량에 대한 사법통제의 방식, 특히 과거로부터 최근까지의 변천 과정에 관하여 개괄적으로 살펴보겠다.

2. 합리적 기준에 따른 심사

합리성 기준에 따른 심사의 장[제2장]에서는 제3장에서 비례성 심사에 관하여 살펴보기에 앞서 먼저 발전한 합리성 심사에 관하여 살펴보겠다.

본 장에서는 본격적인 검토에 앞서, 먼저 합리성의 의미에 관한 논의를 살펴본 이후, 합리성 심사에 있어 위법성 판단기준으로 제시되는 ① '부적절한 목적'(improper purpose), ② '부당고려'(irrelevancy), ③ '악의'(bad faith)의 구체적인 내용과 관련 사례에 관하여 살펴보겠다. 이와 같은 검토를 바탕으로 합리성 심사 관련 '웬즈베리 검증'(Wednesbury test)으로 옮겨가 검증의 기초 구조와 사법심사의 강도와 내용, 현재 Wednesbury 기준이 활용되는 분야 및 향후 전망에 대하여 살펴보겠다.

3. 비례성 기준에 따른 심사

비례성 기준에 따른 심사의 장[제3장]에서는 행정조치에 대한 사법심사에서 합리성과 비례성의 역할을 살펴보겠다.

영국법은 전통적으로 합리성 심사만을 인정하여 왔는데, 이의가 제기된 행정기관의 결정이 합리적인 행정기관이라면 내리지 않았을 정도로 비합리적이어야만 취소가 가능하였고 이에 따라 사법심사는 매우 제한적일 수밖에 없었다. 그러나 법원은 '기본적 권리'(fundamental right)와 관련된 사건에서 그러한 협소한 형태의 합리성 심사에서 벗어났다. 나아가 기본적 권리에 관한 사건이 아닌 경우에서도 좀 더 면밀한 합리성 심사를 활용하고 있다. 특히 「1998년 인권법」(Human Right Act 1998), 유럽연합법(European Union Law) 적용 사안에서 사법심사 기준으로 비례성을 정면으로 채택하여, 비례성 심사가 활발하게 이루어지고 있다.[5] 아

---

5) 비례원칙(principal of proportionality)은 일찍이 유럽법원에 의하여 인정되어 행정재량에 대한 사법심사 기준으로 기능하여 왔고 현재는 「유럽연합에 관한 조약」(Treaty on European Union)에 의하여 명문으로 구현되어 있으며, 이는 또한 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)에서도 인정하고 있다. 영국은 의회주권의 침해를 이유로 유럽인권조약

직까지는 행정재량에 대하여 일반적으로 비례성 심사가 이루어지고 있다고 평가할 수 없지만, 실질적으로 이미 기존의 Wednebury 기준을 대체하였다고 볼 수 있는 판결도 다수 있다. 여러 사건에서 행정재량에 대한 일반적 심사척도로서 비례성이 활용될 가능성을 시사하는 언급이 이루어졌고, 최근 2016년 대법원은 Y*oussef* 사건[6]을 통해 기본적 권리 관련 사건에서 비례성이 재량심사의 기준이 된다는 입장을 밝히기도 하였다.

본 장에서는 먼저 비례성의 의미를 검토한 후, 행정재량에 대한 사법심사 기준으로서의 비례성의 지위에 관하여 검토하겠다. 그 다음으로 비례성이 행정재량에 대한 사법심사 기준으로 어떻게 적용되고 있는지 구체적인 사례들을 살펴보겠다. 이와 같은 분석을 바탕으로 합리성(Wednesbury 기준)과 비례성의 향후 역할 및 행정재량에 대한 사법심사의 일반적 표제로서 비례원칙의 장단점 등에 관한 최근 영국에서의 논의에 관하여 살펴보겠다.

4. 재량의 불행사

재량의 불행사의 장[제4장]에서는 재량 불행사가 문제되는 유형은 가운데 ① 개별 사안의 구체적인 사정을 고려하지 않고 규칙, 지침 등 재량준칙(裁量準則)을 기계적으로 적용하여 결정하는 경우와 ② 계약을 체결하고 그 내용에 구속되어 법률이 행정기관에 부여하는 재량의 행사가 이루어질 수 없는 경우에서의 사법심사와 관련한 쟁점에 관하여 살펴보겠다.

(European Convention on Human Right, ECHR)을 국내법으로 수용하지 않았고 이에 유럽인권조약을 재판규범으로 적용할 수 없었다. 그러다 1998년 인권법 제정을 통해 법원(court), 행정심판소(tribunal)를 포함하는 공권력 주체(public authorities)로 하여금 유럽인권조약에 복종할 의무를 부과하는 한편 유럽인권조약에 따른 권리 관련 사건에서 법원, 행정심판소는 유럽인권재판소의 판결, 결정, 선언 및 권고적 의견(judgement, decision, declaration or advisory opinion)을 고려하도록 하였다.

6) R. (on the application of Youssef) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2016] UKSC 3 at [55]-[59].

먼저 규칙, 지침 등 재량준칙을 기계적으로 적용함으로써 실질적인 재량행사가 이루어지지 않는 경우에 있어서의 관련 쟁점에 관하여 살펴보겠다. 기존에 제정된 규칙, 지침 등이 존재하는 경우, 규칙 등에 부여될 수 있는 영향력과 그 내용에 대한 통제, 그리고 신청인이 규칙 등의 적용배제를 구하는 경우와 적용을 구하는 경우 각각의 절차상 권리 등에 관한 쟁점에 관하여 살펴보겠다. 이후 반대로 행정기관이 규칙, 지침 등을 제정하지 않은 경우, 법원이 행정기관에 규칙 등을 제정하도록 강제 내지 권고하는 것이 바람직한지에 관한 논의를 소개하겠다.

다음으로 행정기관이 계약을 체결함에 따라 법률에 의하여 부여된 재량의 행사가 제한되는 경우의 관련 쟁점에 관하여 살펴보겠다. 이에 관하여 영국에서는 '비양립성 검증'(The Incompatibility Test)이라는 주제로 논의되어 왔다. 즉, 계약의 내용이 법령 등에 기한 재량과 양립(兩立) 가능한지 여부를 중심으로 그 계약 내용의 효력을 심사하였는데 이와 같은 '비양립성 검증'의 기원과 그 이론의 발전과정에 관하여 살펴본 이후에 그 구체적인 내용을 사례별로 살펴보겠다. 또한 계약이 법령상 행정기관에 부여되는 재량과 양립할 수 없어 계약 내용이 폐기 내지 변경되는 경우 계약 상대방의 손해전보가 문제되는데, 프랑스의 '군주행위 이론'(theorie du fait du prince)이 시사하는 바를 살펴보도록 하겠다.

5. 우리나라에의 시사점

우리나라에의 시사점의 장[제5장] 영국에서의 판례, 학설상의 논의가 우리나라 법체계 및 판례에 시사하는 점들에 관하여 검토하도록 하겠다.

6. 요약 및 결어

이와 같은 내용을 전개해 감에 있어서 관련 내용들을 다루고 있는 영국의 문헌을 비롯하여 국내외의 여러 문헌들을 최대한 정확하게 이해하고 반영하고자 노력하였다. 그리고 특히 영국의 주요한 판례들의 사안에 대한 내용과 논점 및 판시요지 등을 적정하게 소개함으로써 논의의 흐름을 이어가는 것을 주요한 방법론으로 채택하였다.

한편 본 연구는 외국의 법제도를 소개하고 그 내용을 비교법적으로 고찰하는 것을 주된 목적으로 하는 것이므로, 그 서술태도로서 필자의 주관적 견해를 개입시키지 않는 관찰자(observer)의 입장을 기본적인 기조로 하면서 부분적으로 참여자(participant)의 입장에서 개입하여 나름의 의견을 제시하며 평가해 보고자 하였다.

제1장 예비적 고찰

제1절 영국에서의 행정법의 발전

17세기의 절대왕정으로부터 근대국가로 전환하기 시작한 영국은 19세기의 빅토리아 왕조에 이르러 최대의 번성을 이루면서 정치사상의 면에서는 자유주의의 기초 위에 위치하게 되었다. 자유주의는 개인의 자유 확보에 주안점을 두고 있었으므로 개인을 초월하는 어떠한 존재도 허용될 수 없으며, 국가도 개인과 동등한 한도 내에서만 그 존재가 시인되었을 뿐이다. 이러한 자유주의의 산물로 나타난 것이 바로 사법국가의 형태이고, 이와 같은 이론적 배경 하에 등장한 것이 A. V. Dicey의 '법의 지배'(rule of law) 원칙이다. 19세기 말 A. V. Dicey는 법의 지배의 첫 번째 내용으로 일반법(regular law)의 절대적 우위와 최고성을 강조하면서, 행정에게 특별한 권한과 지위를 부여하는 특별한 법영역으로서 공법(public law) 내지 행정법(administrative law)이라는 관념을 거부하고, 프랑스의 '행정법'(droit administratif)은 법의 지배와 모순되는 것이라고 비판하였다.[7)]

다만 당시 영국에서는 이미 산업사회의 발전에 따른 사회적 문제를 해결하기 위해 행정기관에게 특별한 규율권한을 부여하는 법률들이 다수 제정되어 시행되고 있었다. 따라서 Dicey의 주장은 그러한 법률들의 실체법적인 특수성을 부정한 것이 아니라, 그 법률들에 의거한 행정기관의

---

7) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년, 제15장; 안동인, "영국법상의 공사법 이원체계에 관한 연구 – 사법심사청구제도와 관련하여", 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2009년, 30-33면 참조.

권한행사에 사인(私人)이 불복하는 경우 그에 대한 재판이 사인 상호간의 분쟁에 있어서와 동일한 재판관할과 소송절차에 따라 이루어져야 한다는 데 핵심이 있었다. 그 이유는 만약 행정기관과 사인(私人) 간의 분쟁에 대해 특별한 법원과 재판절차가 마련된다면 — Dicey가 당시 프랑스의 꽁세유데따(Copnseil d'Etat)에 대해 평가하였듯이 — 항상 행정에게 유리한 재판이 이루어지게 되어 법의 지배가 실현될 수 없다는 것이다.[8)]

그러나 20세기에 접어들어 제1차 세계대전 이후의 경제적 불황, 심각한 실업문제, 1931년의 경제대공황, 제2차 세계대전 등의 전반적인 생활관계의 변동으로 행정의 양적 확대가 초래되자, 이와 같은 사회·경제적 문제를 해결하고자 「1908년 아동법」(Children Act 1908), 「1911년 국민보험법」(National Insurance Act 1911)과 같은 의회의 특별입법이 증가하였다. 이로부터 행정입법 및 행정작용의 통제에 관한 법규들을 중심으로 비로소 행정법의 영역이 자리잡게 되었다 할 수 있다. 그리고 사회복지의 필요성이 더욱 강조됨에 따라 행정기관의 조직과 기능이 확대되자 이에 맞추어 행정기관을 규율하는 행정법의 영역 또한 확대될 수밖에 없게 되었다. 그에 따라 종래 주로 행정입법 및 행정작용의 통제에 머물러 있던 영국의 행정법은 1970년대에 접어들면서 점차 그 범위가 확대되어 결국 행정에 관한 거의 모든 분야를 그 대상으로 하게 되었다. 즉, 공기업을 포함한 행정기관, 재량권, 자연적 정의, 행정입법, 행정구제 및 행정심판 등이 모두 행정법의 대상으로 되었다. 그러나 이때까지도 영국 행정법은 행정에 관한 절차법을 그 주된 내용으로 하고 있었고, 행정을 규율하는 실체법은 관련 제정법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 여전히 권한행사에 관한 커먼로(common law)의 원리에 의존하고 있었다.[9)]

---

8) Loc. cit.

9) Loc. cit.

제2절 영국에서의 행정소송 제도의 확립

그러던 중 영국 행정법은 이른바 1977/1981년의 행정소송 개혁에 의하여 중대한 전환점을 맞이하게 되었다. 즉, 1977년에 제정된 최고법원규칙 제53편(Rules of the Supreme Court Order 53)과 이에 법률적 근거를 부여하기 위하여 1981년에 제정된 「최고법원법」(Supreme Court Act)에 의하여 사법심사청구(application for judicial review; AJR) 제도가 마련되었다.[10)]

이에 관하여 개략적으로 살펴보면, 대신(大臣; 장관, minster) 등 국왕직속기관과 지방자치단체・독립행정기관을 불문하고 모든 행정기관의 공법적 행위에 대한 재판은 반드시 고등법원(High Court) 국왕재판부(Queen's Bench Division)의 전문법관(Crown Office List)이 담당하는 '사법심사청구' 절차에 의하여야 하지만, 프랑스와 같이 사법부와 분리된 행정재판소가 있는 것도 아니고 독일과 같이 사법부 내에 일반(민사・형사)법원과 행정법원이 분리되어 있는 것도 아니라, 대법원(Supreme Court of the United Kingdom)을 정점으로 하는 일원적(一元的) 사법부로 구성되어 있다. 국왕재판부는 고등법원(High Court)의 일부이며, 항소심은 항소법원(Court of Appeal)이, 상고심은 대법원이 맡는다. 따라서 '사법심사청구'에 관해 배타적인 재판관할권이 생긴 것이라고 할 수 없으나, 일반민사소송과는 별개의 '사법심사청구'라는 재판절차에 따라야 하고 제1심 담당법관이 Crown Office List에 의해 사전에 지정되어 있다는 측면에서, 재판절차와 제1심 직무관할의 배타성이 인정되고 있다고 할 수 있다.[11)]

---

10) Loc. cit.

11) Loc. cit. 한편, 2000년 10월 민사소송규칙(Civil Procedure Rules) 제54부가 제정되면서 '사법심사청구' 제도에 약간의 변화가 있었는데 사법심사'청구'를 의미하는 application이 claim으로 바뀌어 claim for judicial review(CRJ)로 되었다(54. 1). 우리말 번역은 그대로 유지될 수 있겠

이러한 행정소송 개혁을 통해 종래 그 내용 및 적용대상의 확대에도 불구하고 여전히 사법과 구분되는 자율적 법질서로서의 공법의 성격이 희미하였던 것에서 나아가, 바야흐로 명확하고도 독자적인 공법소송제도를 구비하게 되었던 것이다. 이에 따라 영국에서도 비로소 공·사법의 구별논의가 실질적인 의미를 지니게 된 것으로 평가할 수 있다.[12)]

이에 더하여 행정심판 제도의 발전 역시 영국 행정법의 중요한 한 가지 특색으로 들 수 있다. 위에서 살펴본 사회상의 변화 및 발전에 대처하기 위하여 행정심판 제도가 수립되었으나, 이에 대해서는 초기부터 법의 지배에 위반되는 것이라는 비판이 계속적으로 제기되어 왔었다. 그러나 현재 영국의 행정심판 제도는 기왕의 논의를 종합하여 1958년 제정된 이래 여러 차례 개정되었던 「행정심판소 및 청문조사에 관한 법률」(Tribunals and Inquiries Act)에 따라 종래의 문제점들 가운데 상당 부분이 해소되었고, 또한 2007년의 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Court and Enforcement Act)에 따라 또 한 차례의 일대 변혁을 이루어 영국의 행정구제제도에 있어서의 한 축을 더욱 공고히 하게 되었다.[13)]

제3절 권한유월 원칙에 따른 행정재량의 사법심사

전통적으로 영국에서 행정에 대한 재판상 특별한 취급이 부정된 것은

으나 영어의 어감으로는 Application보다 민사소송에서 사용하는 Claim이 보다 시민의 지위를 고양시키는 것이라는 점에서 의미가 있다. 또한 특기할만한 것은 '사법심사청구'의 전담재판부의 명칭을 Administrative Court로 개칭하였다는 점이다(54. 4). 아직 조직상으로는 별개의 법원은 아니지만 실질적으로 우리나라의 행정법원과 같이 전문법원으로서의 위상을 갖게 되었다고 할 수 있다(박정훈, "영국법 – 제4장 영국 행정법 개관", 사법연수원, 2012년, 125-126면 참조).

12) Loc. cit.

13) 박정훈, "행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화", 행정법학(제2호), 2012년, 12-17면 참조

‘권한유월’(權限踰越, ultra vires) 원칙이 엄격히 적용되었기 때문이다. 즉, 행정을 담당하는 공무원은 사인(私人) 상호간에 인정되지 않는 특별한 권한을 법률에 의해 부여받을 수 있고, 그 권한 범위 내에서 직무를 수행하는 한, 이로 인해 상대방에게 손해를 끼치더라도 불법행위(tort)책임을 부담하지 않는 등 특별한 지위가 인정되지만, 법률에 의해 부여된 범위를 넘어 권한을 행사함으로써 권한유월이 되는 경우에는 행정기관으로서의 자격을 상실하고 사인과 동일한 입장에 서게 된다는 것이다. 따라서 이러한 권한유월에 대한 재판은 민사소송에 의해 이루어지고, 권한유월이 인정되면 당해 공무원에 대한 사인에 대해 인정되는 통상적 구제수단을 통해 권리구제가 이루어질 수 있다.[14]

그러나 행정에 대한 사법심사 제도가 정비된 17세기부터 20세기 중반에 이르기까지 권한의 지역적·기능적·시간적·금전적인 한계를 넘는 경우 제한적으로 권한유월(ultra vires)이 인정되었다. 다만 이 시기에도 권한의 오용 혹은 남용을 방지하기 위하여 비록 제한적이나마 법원에 의한 재량통제가 이루어졌다. 대표적인 예가 ***Rooke*** 사건[15]으로 하수처리 감독관은 강둑을 수리한 후 수리비용 전액을 다른 토지 소유자들 또한 수리로 인한 이익을 얻었음에도 Rooke에게만 부과한 사안에서, 법원은 감독관에게 비용 부과에 관한 재량이 있음을 인정하면서도 그 재량은 합리성 및 법에 따라 행사되어야 하는바, Rooke에게만 모든 비용을 부담하게 하는 것은 불합리하다는 이유로 위 결정이 위법하다고 판단하였다.

그러다 1947년 ***Wednesbury*** 사건[16]에서 법원은 종래의 합리성 기준에 입각하여 재량행사의 적법 여부를 심사하면서도, 마땅히 고려해야 할 사

---

14) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년, 제15장 참조.

15) Rooke’s Case (1598) 5 Co. Rep. 99b. Paul Craig, Administrative Law(8th Edition), Oxford, 2016년, 562 참조.

16) Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] 2 A all E.R. 680, CA. 유의할 점은 이 사안은 ‘불합리성’이 인정되지 않는다는 이유로 기각되었다는 점이다. 그러나 이 판결은 재량권남용에 해당하는 ‘불합리성’을 권한유궐의 사유로 인정하고 나아가 그 구체적인 기준을 제시하였다는 점에서 선구적인 판례로 평가된다(박정훈, “영국법 – 제4장 영국 행정법 개관”, 사법연수원, 2012년, 100면 참조).

항을 고려하지 않거나 고려하여서는 아니 될 사항을 고려함으로써 말미암아 합리적인 사람이라면 도저히 그러한 결정을 하지 않았을 것이라고 인정되는 이른바 '불합리성'(Unreasonableness)이 인정되는 경우에는 권한유월에 해당한다고 판시하여 심사기준을 보다 명확히 제시하였다.

행정재량에 대한 사법심사의 강도는 합리성 기준에 의해 심사하는지 아니면 비례성 기준에 의해 심사하는지에 따라 달라질 수 있는데, 합리성 기준에 의한 심사가 이루어져 왔던 것이고, Wednesbury 판결에서 제시한 기준에 의할 경우 법원의 사법개입은 매우 제한적일 수밖에 없다. 이는 권력분립의 원칙상 법원의 판단이 행정기관의 판단을 대체할 수 없다는 이론적 배경에 터 잡은 것이기도 하지만, 다른 한편에서 행정에 대한 재판상 특별취급을 부정하고 권한유월이 되는 경우에 한하여 사법심사의 대상이 될 수 있는 것으로 보는 사법제도와도 밀접한 관련이 있다. 단순히 행정기관의 결정이 비례원칙에 위배된다고 하여 그 결정이 행정기관의 결정이 아닌 것으로 의제하는 것은 법리적으로 자연스럽지 않기 때문이다.[17]

제4절 행정재량에 대한 사법심사 척도 변화의 개관

그러나 1947년 Wednesbury 판결 이후, 앞서 본 바와 같은 그 무렵부터의 행정법의 영역 확대와 더불어 행정기관의 결정에 대한 다툼이 증가하면서 법원은 점차 이전과 비교하여 적극적으로 행정, 특히 재량권 행사에 대하여 사법심사를 하였다. Wednesbury 기준에 입각하면서도 사건의 성격과 유형에 따라 심사기준을 강화하여 다수의 사건에서 행정기관의 결정이 권한유월에 해당하는 것으로 판단이 이루어졌다. 행정기관의 결정이 개인의 기본적 권리와 관련 있는 사건에서는 종래 제한적 형태의

17) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년, 제15장 참조.

합리성 기준을 변경하여 심사하였고, 기본적 권리 관련 사건이 아닌 경우에도 좀 더 면밀한 합리성 기준에 따라 심사하였다.[18]

문제는 이와 같이 권한유월(ultra vires)의 사유가 확대되면 권한유월의 경우에는 행정기관으로서의 자격을 상실하고 사인과 동일한 지위에 서게 된다는 전제가 무너지게 된다는 데 있다. 앞서 본 바와 같이 1977/1988년 개혁에 의해 모든 행정기관의 공법적 행위에 대하여 민사소송을 제기할 수 없고 '사법심사청구'를 통해서만 다툴 수 있게 되었는데, 이러한 재판절차의 변화와 권한유월의 확대는 상호 밀접한 관련이 있는 것이다. 즉, 행정기관으로서의 자격을 상실시켜 사인(私人)과 동일한 취급을 할 수 있는 정도의 권한유월은 좁은 범위에서 인정될 수밖에 없는데, 권한유월이 대폭 확대됨으로써 이제 더 이상 행정기관으로서의 자격을 부여할 수 없기 때문에, 그 자격을 전제로 하는 특별한 재판절차(즉, 행정소송)를 마련해야 하는 것이다. 반대로 그러한 재판절차에서는 굳이 행정기관으로서의 자격을 부정할 필요가 없기 때문에 권한유월을 폭넓게 인정할 수 있게 된다. 실제 판례를 살펴보면, '사법심사청구' 제도가 도입된 이래로 더욱 권한유월이 폭넓게 인정되고 있음을 확인할 수 있는 바, 바로 이러한 이유에서라고 할 수 있다. 또한 그러한 이유에서 오랜 역사를 통해 행정기관으로서의 자격을 상실시킨다는 뉘앙스를 가진 권한유월은 이제 적절한 용어가 아니게 된다. 현재 영국의 문헌에서 'ultra vires'라는 용어는 차츰 자취를 감추고 있는 것도 이러한 이유에서라고 볼 수 있다.[19]

한편, 비례성 기준에 따른 심사는 — 유럽인권재판소(European Court of Human Rights) 등의 판례에 따라 — 유럽공동체법이 적용되는 영역과 「1998년 인권법」(Human Rights Act 1998)이 적용되는 영역 등에 한하여 제한적으로 인정되었다. 1991년 ***Brind*** 사건[20]에서 귀족원은 일반

---

18) Paul Craig, Administrative Law(8th Edition), Oxford, 2016년 562 참조.

19) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년, 제15장; Paul Craig, Administrative Law(8th Edition), Oxford, 2016년, 562 참조.

심사기준으로서 비례원칙을 채택할 수는 없다고 보았으나, 행정에 대한 사법통제의 필요성이 증가하고 그에 따라 비례성 기준에 따른 사법심사의 필요성이 강조되면서, 일반적인 심사기준으로서의 비례성 기준의 활용 필요성을 주장하는 목소리가 점차 커지고 있다.[21] 강화된 합리성 기준에 따른 심사와 비례성 기준에 따른 심사 사이에 실질적으로 큰 차이가 없다는 점에서 일반 심사기준으로 비례성 기준을 활용하는 것이 간명하다는 사정을 근거로 들기도 한다. 영국에서 아직까지 비례성이 일반적 심사기준이 되었다고 평가할 수는 없지만 점차 많은 사례에서 비례성 기준에 따른 심사가 이루어지고 있다는 것은 분명하다.

---

20) R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Brind [1991] 1 A.C. 696, HL.

21) Paul Craig, Administrative Law(8th Edition), Oxford, 2016년, 643-644; William Wade & Christopher Forsyth, Administrative Law(11th Edition), Oxford, 2014년 315-316 참조.

제2장 합리성 기준에 따른 심사

제1절 개설

행정재량에 대한 사법심사 방식에는 크게 합리성(reasonability; rationality)과 비례성(proportionality)의 두 가지 심사기준이 적용 가능하다. 행정기관의 권한행사에 재량이 인정된다 할지라도 그 권한의 행사가 비합리적이거나 불균형할 경우 법원의 개입이 가능하다는 것이다.

영국에서는 전통적으로 심사의 강도가 낮은 합리성 심사만이 이루어져 왔는데, 역사적으로 행정에 대한 사법통제보다, 행정과 사법의 권한분리와 그에 따라 사법의 행정영역에의 개입 자제의 요구가 더 컸기 때문인데, 그 구체적인 내용은 제2절에서 살펴보겠다. 제3절에서는 Wednesbury 판결 이전까지 재량 행위가 권한유월(權限踰越)에 해당하는지 여부의 판단기준으로 활용되어 왔던 전통적인 심사기준, 즉 부적절한 목적, 부당고려 및 악의의 구체적인 내용 및 관련 판례를 살펴보겠다. 마지막으로 제4절에서는 Wednesbury 기준과 관련하여 검증의 기초가 되는 가정, 현재 Wednesbury 기준이 활용되는 분야 및 향후 전망 등에 관하여 살펴보겠다.

제2절 '사법심사 자제'의 이론적 배경

(1) 행정기관의 재량에 기한 결정에 대하여 법원이 어느 범위까지 개

입할 수 있는지, 즉 '사법심사의 한계'에 관하여 많은 논의가 있어 왔다. 논의의 기본적인 전제는 법원은 행정기관의 자체적 재량행사 방식에 대하여 대체적(代替的) 방식을 제시하는 역할을 하지 않는다는 것이다. 법원은 행정기관의 의사결정에 개입할 수 없고 개별 결정의 타당성에 관하여 사후적 관점에서 새로이 평가하거나 직접 결정하는 것은 허용될 수 없다. 예를 들어, 보조금 지급 결정을 대상으로 사법심사청구가 이루어지면 그 재량 행사가 적법한지 여부에 관하여 심사할 뿐이지, 법원이 보조금이 다른 방식으로 배분되어야 한다고 결정할 수 없다. 법원은 행정기관의 시각을 법원의 시각으로 대체할 수 없으며, 행정기관이 역할을 수행하는 다른 합리적인 방식이 있을 수도 있다는 이유만으로 행정기관의 결정을 번복해서도 안 된다. 만약 그와 같은 법원의 개입이 허용되는 것으로 본다면, 법원이 행정기관의 결정을 대체하는, 즉 대신 결정하는 것과 마찬가지라는 이유에서이다. 행정재량에 대한 사법심사에서 법원의 역할은 도달해야 하는 결론을 제시하는 것이 아니라, 추구하여서는 안 되는 결론에 대한 한계를 설정하는 것으로 보는 것이다.

그 이론적 배경은 의회주권주의(議會主權主義), 즉 정치·사회적 선택은 의회 내지 의회가 그에 관한 권한을 부여한 행정기관에 의하여 이루어져야 한다는 것에서 출발한다. 행정기관의 선택과는 다른 선택을 법원이 선호한다는 이유만으로 법원의 개입이 가능하다고 본다면, 의사결정의 권한이 의회 내지 행정기관으로부터 법원으로 재분배(再分配)되는 것과 다름없게 된다고 본 것이다.[22]

(2) 법원은 다수의 판결을 통해 법원이 행정기관의 결정을 대체하는 역할을 수행하지 않는다는 점을 분명히 하여왔다. 대표적인 예로 ***Cambridge Health Authority***(캠브리지 보건행정청) 사건[23]을 들 수 있다.

---

22) Paul Carig, op. cit., 634; William Wade & Christopher Forsyth, Administrative Law(11th Edition), Oxford, 2014년. 305-306 참조.

23) R. V Cambridge Health Authority; Ex p. B [1995] 2 All E.R. 129, CA (Civ Div).

청구인의 10살 딸은 중병을 앓고 있었고 그 치료를 위하여 1차 골수이식을 받았으나 치료효과가 없었다. 청구인은 민간병원에서 2차 골수이식을 받기 위하여 보건행정청에 골수이식 수술을 위한 치료비의 지원을 청구하였으나 보건행정청은 '배분 가능한 자금이 제한되어 있고 당해 치료의 성공가능성이 낮다'는 사정을 근거로 위 청구를 거부하였다. 청구인은 위 거부결정에 대하여 사법심사를 청구했으나, 항소법원(Court of Appeal)에서 받아들여지지 않았다. Thomas Bingham 판사는 청구인의 상황에 대하여 안타까움을 표시하면서도, 법원은 당해 성격의 사건에 있어 최종 결정권자가 아니라는 점을 강조했다. 법원의 역할은 의료치료의 성공 내지 실패 가능성에 대하여 의견을 제시하는 것이 아니라, 사법심사청구 대상 결정의 적법성만을 검토하는 것이라고 하였다. 보건행정청이 자원의 희소성을 근거로 청구인의 추가 치료에 대한 치료비 지원을 거부한 것은 적법한 재량행사라고 판단하면서, 다음과 같이 판시하여 그와 같은 재량행사의 적법 여부에 관한 판단에 있어 법원의 역할은 제한된다는 점을 강조하였다.[24)]

> "완벽한 세상에서는 의사들이 치료를 제공할 의향이 있다면 환자가 받고자 하는 치료가 비용과 관계없이, 특히 생사가 달린 상황에서라면 전적으로 제공될 것이다. 그러나 본 재판부가 보기에, 우리가 완벽한 세상에 살고 있다는 가정 하에서 판결을 내리는 것은 현실 세계를 외면하는 것이라고 할 수 있다. 대부분의 경우 보건행정청이 수입과 지출의 균형을 맞춰야 한다는 압박에 끊임없이 시달리고 있다는 사실은 잘 알려져 있다. 그들은 간호사들에게 원하는 만큼 급여를 줄 수 없다. 제공하고자 하는 모든 치료를 제공할 수 없다. 구매하고자 하는 초고가의 의료기기를 전부 구매할 수 없고, 하고 싶은 모든 연구를 할 수도 없다. 또한 원하는 만큼 병원과 특수병동을 만들 수 없다. 제한된 예산을 가장 많은 환자들에게 최대한의 혜택을 줄 수 있도록 배분하려면 어렵고 고통스러운 결정을 내릴 수밖에 없다. 법원은 (보건행정청을 대신하여) 그러한 결정을 내릴 수 없다."

---

24) Paul Carig, op. cit., 634-645 참조.

(3) 이와 같이 법원이 행정기관의 결정을 대체하는 역할을 수행하여서는 안 될 것이지만, 다른 한편으로 재량행사의 적법성에 관하여 그 정도에 있어서는 견해를 달리할지라도 통제의 필요성 자체를 부정할 수는 없을 것이다. Cambridge Health Authority 사건에서와 달리 ***Swindon NHS***[25] ***Primary Care Trust*** 사건[26]에서 법원은 치료비 지원 거부가 위법하다고 판단하였다. 위 Care Trust는 유방암 치료를 위한 임상 요건을 충족하고 담당의의 처방을 받은 모든 환자에 대하여 유방암 치료 자금을 지원할 수 있는 자금을 보유하고 있었다. 그런데 위 Care Trust는 내부 정책에 근거하여 제한적인 요건 하에서만 치료비를 지원하고 그 요건을 충족하지 못하는 경우 치료비의 지원을 거부하여 왔다. 항소법원(Court of Appeal)은 선별적으로만 치료비를 지원할 합당한 사유가 인정되지 않는다는 이유로 위와 같은 Care Trust의 정책에 합리성이 결여되어 있다고 판단하였다.[27]

(4) 행정재량에 대한 사법심사의 기준, 척도에 관한 논의는 결국 과연 법원이 어느 범위까지 행정기관의 결정에 개입하는 것이 타당하다고 볼 것인지에 관한 논쟁이라고 볼 수 있다. 결정의 대체, 의사결정 과정에 대한 과도한 개입으로 이어지지 않도록 하면서도, 유효하게 '사법통제'(judicial control)가 이루어질 수 있도록 하는 기준을 제시하는 것이 필요하다. Paul Craig 교수는 일부 판례법(case law)과 문헌에서 설명하고 있는 법원의 개입을 긍정하는 고려요소(merits review)와 부정하는 고려요소(non-merits review)의 유형화는 실제 사건 해결에서 별다른 도움이 되지 않는다고 본다. 사법심사 과정에서 고려한 개별적인 요소들의 유형화보다 사법심사의 강도가 실제 사안의 해결에 있어 중요한 의미를 가진다고 본다. 따라서 심사강도가 상이한 여러 검증의 방법을 스펙트럼에 따

---

25) 'Department of Health and Human Services'를 의미한다.

26) R. (Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust [2006] 1 W.L.R. 2649, CA (Civ Div).

27) Paul Carig, op. cit., 635 참조.

라 분류해 보는 것이 의미가 있는데, 이에 의할 경우 전통적이고 제한적인 Wednesbury 심사가 스펙트럼의 한 극단에, 법원이 옳다고 믿는 결과로의 대체가 반대편 극단에, 그리고 강화된 Wednesbury 기준과 그보다 더 심사강도가 높은 비례성 심사가 중간 지점에 위치하는 것으로 평가하였다.[28]

제3절 전통적인 재량 하자의 심사기준

I. 부적절한 목적

(1) 전통적인 재량 하자의 심사기준으로 대표적인 것이 행정기관 결정의 '목적의 정당성, 적절성'이다. 행정기관의 결정이 결정의 근거가 되는 법률 등이 예정하는 정당한 목적이 아니라 다른 목적에 따라 이루어진 경우 당해 결정은 비합리적이라고 보았다. 법원이 행정재량이 '부적절한 목적'으로 사용되었음을 이유로 당해 결정이 위법하다고 판단한 사례는 다수 있는데 대표적인 사례는 다음과 같다.[29]

① 공중화장실을 건축할 수 있는 권한을 가진 행정기관이 그 권한을 거리 아래에 지하철을 건설하기 위하여 사용한 사례[30]

② 본국송환(extradition)을 달성하기 위하여 국외추방(deportation)의 권한을 사용한 사례[31]

③ 시민들이 가격 인상을 피하기 위해 신규 라이선스(license)를 조기

---

28) Loc. Cit.

29) Paul Carig, op. cit., 563 참조.

30) Wwstminster corp v L & NW Ry [1905] A.C. 426, HL; Galloway v London Corporation (1966) L.R. 1 h.l. 34, HL.

31) R. v Governor of Brixton Prison, Ex p. Soblen [1963] 2 Q.B. 243, CA.

구입하자 내무장관(Home Secretary)이 텔레비전 라이선스를 취소한 사례[32]

④ 지방자치단체가 투기성 금융 스왑 거래를 한 사례[33]

⑤ 지방자치단체가 법무법인이 자신을 상대로 소송을 제기한 것에 대한 보복으로 법무법인과의 임대차계약 갱신을 거부한 사례[34]

⑥ 지방자치단체가 특정 건물의 철거를 막기 위하여 보존권한(conservation rights)을 부적절하게 사용한 사례[35]

⑦ 지방자치단체가 여당이 선거에서 유리하도록 하기 한 목적으로 토지 처분권한(power to dispose)을 사용한 사례[36]

(2) 이와 같이 '부적절한 목적'에 기한 행위인지 여부에 관한 판단의 전제로서, 법원은 법률 해석을 통해 당해 조치의 정당한 목적을 확정하여야 한다. 그러나 법률 문언의 해석만으로 그에 따른 행정 조치의 목적을 특정하고 다툼의 대상이 되는 행정기관의 결정이 그와 같은 목적의 범위 내인지 여부의 판단이 용이하지 않은 경우가 많다.

특히 각종 개발 관련 허가에 부과된 조건의 적법 여부가 다투어진 사건에서 문제된다. 조건이 당해 개발행위와 상당 정도 합리적으로 관련될 것이 요구된다는 점에 관하여는 대체로 견해가 일치한다. 다만 어느 범위까지를 '상당 정도 합리적으로 관련되어 있다'고 볼 것인지 여부를 판단함에 있어 판단자의 주관이 개재될 수밖에 없다. 조건이 유효하다고 본 사례가 대부분이기는 하지만, 일부 사례에서 조건이 부적절한 목적에 기한 것으로 보아 법원은 그 조건이 위법하다고 판단하였다. 대표적인

---

32) Congreve v Home Office [1976] Q.B. 629, CA (Civ Div).
33) Hazell v Hammersmith and Fulham LBC [1992] 2 A.C. 1, HL.
34) R. (Trafford) v Blackpool BC [2014] EWHC 85 (Admin).
35) R. (Silus Investments SA) v Hounslow LBC [2015] EWHC 358 (Admin).
36) Porter v Magill [2002] 2 A.C. 357, HL.

예로 귀족원은 1965년 카라반 부지사용 허가를 하면서 허가권자가 부지 이용자로부터 받는 이용료를 정함에 있어 지방자치단체로부터 동의를 받아야 한다는 조건이 위법하다고 판단하였다.[37] 귀족원은 허가권자에게 부가되는 조건이 부지사용에 관해서만 부가될 수 있을 뿐, 허가권자가 부지 이용자와 체결하는 계약에 관하여 부가되어서는 안 된다고 보았다. 계약의 자유는 '기본적 권리'(fundamental right)에 해당하므로, 허가 상대방과 제3자 사이의 계약관계에 영향을 미치는 조건을 부가하기 위해서는 법률에 명확한 근거가 있어야 가능하다고 보았다.[38]

조건의 부가는 공익을 목적으로 하는 경우가 대부분이겠지만 그 조건으로 인하여 그 상대방의 사익이 침해될 수밖에 없다. 당해 목적의 적절성 여부를 판단함에 있어, 경우에 따라서는 비례원칙의 요소인 법익균형성에 근거한 판단이 이루어질 수밖에 없다. 아울러 어떠한 목적이 적절하거나 또는 적절하지 않다고 판단함에 있어 정치적, 사회적 선택의 문제가 제기될 수밖에 없다.[39]

(3) 이와 같이 적절한 목적과 부적절한 목적 준별의 어려움은 개발 관련 허가에 국한되지 않는다. 정부, 지방자치단체의 각종 정책 결정에 있어서도 문제되는데 그 예로 ***Roberts*** 사건, ***Bromley*** 사건을 살펴보겠다.[40]

항소법원은 ***Roberts*** 사건[41]에서 미숙련 노동자들에 대한 급여를 주당 4파운드로 정한 포플라 지방의회(Poplar Council)의 결정이 위법하다고 판단하였다. 관련 법률은 지방의회에 급여를 결정할 권한을 부여하였으나, 항소법원은 주당 4파운드의 급여가 과도하다고 판단하였다. 지방의회

---

37) Chertsey Urban DC v Mixnam Properties Ltd [1965] A.C. 735, HL.
38) Paul Carig, op. cit., 563-564 참조.
39) Paul Carig, op. cit., 564 참조.
40) Loc. Cit.
41) Roberts v Hopwood [1925] A.C. 578.

에게 아무런 제한 없이 급여를 결정할 권한이 부여된 것이 아니라 급여 수준이 합리적이어야 한다는 묵시적인 조건 하에 부여된 것이고, 이때 급여 수준의 합리성은 동종업계에서 지급되는 평균적인 급여 수준에 따라 결정되어야 한다고 판단하였다. 동종업계 급여 수준을 초과하는 부분은 팁(gratuity)에 해당하는 것으로서, 최저임금 지급과 같은 사회보장적 목적의 금전 지급은 위법하다고 보았다. 주당 4파운드의 급여는 단순히 근로의 대가로서 지급하기로 한 것이 아니라 사회보장적 목적 등 부적절한 목적에 기한 것으로 본 것이다.[42]

또한 귀족원은 ***Bromley*** 사건[43]에서 교통 요금을 25% 인하한 대런던 지방의회(Great London Council)의 결정이 위법하다고 판단하였다. 지방자치단체는 사업성을 고려하여 교통시설을 운영하여야 할 의무가 있는데, 위 요금 인하가 이에 위배되는 것으로 보았다. 위와 같은 의무와 배치되는 사회정책적 목적 달성을 위한 요금 인하는 지방세 납세자의 부담으로 전가될 수밖에 없는데 이는 지방자치단체가 지방세 납세자에 대하여 부담하는 '선관주의의무'(fiduciary duty) 위반에 해당하는 것으로 보았다. 지방자치단체가 지방세 납세자에 대한 관계에서 선관주의의무를 부담한다는 것은 이전에도 일반적으로 받아들어져 왔으나, 그와 같은 선관주의의무 위반 여부가 소송에서 행정기관 결정의 위법성 여부를 판단함에 있어 판단기준으로 활용된 것은 위 사건이 최초인 것으로 평가되고 있다.[44]

(4) 앞서 본 바와 같이 행정기관 결정의 목적이 적절한지 여부가 명확하지 않은 경우가 있는데, 보다 복잡한 문제는 행정기관의 결정이 반드시 어느 하나의 목적에 기하여 이루어지는 것이 아니라는 점에 있다. 복수의 목적에 기하여 이루어질 수 있는데 그때 그 중 어느 하나의 목적

---

42) Loc. Cit.

43) Bromley LBC v Greater London Council [1983] 1 A.C. 768, HL.

44) Paul Carig, op. cit., 564-565 참조.

은 적절하지만 다른 목적은 절절하지 않다고 볼 경우 당해 결정이 합리적이라고 볼 것인지의 문제가 있다.[45]

법원은 이러한 문제를 해결하기 위하여 개별 사안의 특성을 고려한 다양한 판단기준을 활용하여 왔다. 문제가 되는 행정기관 결정의 진정한 목적 내지 주된 목적을 중심으로 판단함으로써 그 진정한 목적 내지 주된 목적이 적절하다면 부차적 목적이 다소 적절하지 않다는 사정만으로 당해 결정이 위법하게 되는 것은 아니라고 보는 것이 일반적이다. 다만 예외적으로 목적 중 어느 하나라도 적절하면 그것으로서 당해 결정의 적법성을 인정할 수 있다고 본 사례, 적절하지 않는 목적이 결정에 영향을 미쳤는지 여부를 살펴 결정에 영향을 미쳤다면, 즉 부적절한 목적이 없었다면 결정이 이루어지지 않았다면, 그 결정은 부적절한 목적에 기한 것으로 본 사례도 있다.[46]

II. 부당고려

(1) 다음으로 살펴볼 재량 하자의 심사기준은 '관련성'이다. 행정기관의 결정이 관련성이 없는 고려사항에 근거하여 이루어진 경우, 또는 마땅히 고려하였어야 할 사항을 고려하지 않은 경우 당해 결정은 비합리적이라고 판단하여 왔다.[47] 이와 같은 관련성 심사는 부적절한 목적을 통

---

45) Paul Carig, op. cit., 566 참조.

46) Paul Carig, op. cit., 566-567 참조.

47) 우리나라 판례도 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우를 재량하자의 사유로 들고 있는바, 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결은 "행행정주체가 구체적인 도시계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 계획재량을 갖고 있지만, 여기에는 도시계획에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교・교량하여야 한다는 제한이 있는 것이므로, 행정주체가 도시계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라 할 수 있고, (후략)"라고 판시하였다.

한 심사와 중첩될 수 있어, 행정기관의 결정에 합리성이 결여되었다고 판단한 다수의 사례에서 법원은 당해 결정이 부적절한 목적에 기한 것일 뿐만 아니라 관련성 없는 고려사항에 기한 것이라고 중첩적으로 판단하였다.[48]

(2) 법원은 관련사항이 고려되지 않은 경우라면 개입하지만, 1차적 의사 결정권자, 즉 행정기관의 권한이라고 인정하는 '관련성 있는 고려사항이 최종 결정에 미치는 영향력'에 관하여 판단하는 것은 아니다. 다시 말해 행정기관이 특정 고려사항을 고려하였을 시 내렸을 결정의 내용에 관하여 판단하는 것은 아니다. 아울러 법원이 관련성 기준을 적용한 심사강도는 개별 사안에 따라 편차가 있는데, 청구인이 행정기관이 고려하지 않은 관련사항을 증명하였다는 사정만으로 당해 결정의 효력을 부정하지 않는 것이 일반적이다. 특히 ① 행정기관이 청구인이 지적한 관련사항을 고려하였다고 하여 결정에 영향이 없는 경우, 즉 행정기관의 결정에 인과관계가 없는 경우나 ② 심사청구 대상 행정기관의 결정이 최종적인 결정이 아닌 중간결정일 경우 더욱 그러하다.[49]

(3) 부당고려에 기한 합리성 심사와 관련하여 판례에서 특히 문제된 사항은 지방자치단체가 법적 의무를 이행하는 방법을 결정할 때 예산의 부족 등 재정적인 여건을 고려할 수 있는지 여부이다. 귀족원은 ***Barry*** 사건[50]에서 지방자치단체가 「1970년 만성질환자 및 장애인법」(Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970) 제2(1)조에 따라 만성질환자와 장애인에게 제공하는 서비스의 내용을 정함에 있어 재정적인 여건을 고려할 수 있다고 보았다. 이를 근거로 정부가 지방자치단체에 대한 지원금을 삭감함에 따라 지방자치단체가 그 전까지 제공하던 청소

48) Paul Carig, op. cit., 567 참조.
49) Paul Carig, op. cit., 567-567 참조.
50) R. v Gloucestershire CC, Ex Barry [1997] A.C. 584.

및 세탁 서비스의 제공을 중단한 것이 적법하다고 판단하였다.[51]

이와 달리 대법원은 ***Tandy*** 사건[52]에서는 「1993년 교육법」(Education Act 1993) 제298조에 따른 '적절한 교육'(suitable education)의 해석에 있어서 교육은 아이의 연령 및 능력에 맞게 효율적이고 적합해야 하는 것으로서 오로지 교육적 고려사항을 통해서만 결정되어야 한다고 하였다. Browne-Wilkinson 대법관은 당해 사건을 Barry 사건과 달리 보아야 하는 이유에 관하여 밝혔는데, 「1970년 만성질환자 및 장애인법」에 의하여 만성질환자 등에게 제공하여야 하는 서비스의 구체적인 내용이 정해지는 것은 아님에 반하여 당해 사건의 경우 「1993년 교육법」은 '적절한 교육'의 구체적인 내용을 정하면서 그와 같은 '적절한 교육'을 제공할 즉각적인 의무를 부여하고 있다고 하였다.[53]

결국 개별 법률의 해석을 통해 행정기관이 재정적 여건을 고려할 수 있는지 여부가 결정된다고 본 것인데, 실제 개별 사안에서 구분이 쉽지 않을 수 있고 대법원이 위와 같이 달리 판단함에 있어 명확한 기준이 없다는 비판이 가능할 수 있다. 적절한 목적이 무엇인지에 대한 판단에서와 마찬가지로 고려사항의 관련성에 관한 판단 역시도 정치·사회적 가치 평가가 개입될 수밖에 없을 것이다.

(4) 법률 해석을 통해 관련성 있는 고려사항과 관련성 없는 고려사항을 구분하는 것이 용이하지 않다는 것은 ***Corner House*** 사건[54]을 통해서도 확인할 수 있다. 「1987년 형사사법법」(Criminal Justice Act 1987)의 적용을 받는 SFO(Serious Fraud Office; 부정부패중범죄조사국) 국장은 2004년 영국 회사의 부패 혐의에 대한 조사를 개시하였는데, 영국과 사

---

51) Paul Carig, op. cit., 568 참조.

52) R. v East Sussex CC, Ex p. Tandy [1998] A.C. 714.

53) Paul Carig, op. cit., 567-569 참조.

54) R. (Corner House Research) v Director of the Serious Fraud Office [2009] 1 A.C. 756, HL.

우디아라비아 간에 체결된 중요한 무기계약과 관련된 것이었다. SFO는 2006년 가을 사우디아라비아 측에 뇌물이 제공되었는지 여부를 확인하기 위하여 스위스은행 계좌를 조사하려 하였는데, 사우디아라비아 정부는 조사가 진행된다면 영국과 체결한 테러방지 협력 약정을 철회하고, 중동지방에서의 전략적 목표와 관련된 영국과의 협력을 중단할 것이며, 영국과 진행 중이었던 전투기 조달 관련 협상 또한 종료하겠다는 입장을 밝혔다. 내부 논의를 거쳐 SFO 국장은 2006년 12월 조사를 중단하기로 결정했다. 시민단체인 Corner House는 SFO 국장이 조사 계속 여부를 결정함에 있어 영향력을 행사하려는 위협을 불복한 것은 위법하다고 주장했다. 항소법원은 조사중단 결정이 위법하다고 판단하였는데, 조사 계속 여부를 결정함에 있어 고려사항이 될 수 없는 사정에 기하여 조사를 중단한 것으로 보아야 하고 의사결정권자가 위협에 굴복하는 것 이외에 다른 선택의 여지가 없었다는 점을 법원에 증명하는 경우에만 조사중단이 적법할 수 있다고 보았다.[55]

그러나 귀족원은 위 항소법원의 결정을 뒤집었다. SFO 국장에게 조사를 계속할 것인지 여부를 결정할 법률상 재량이 인정된다고 보았다. 따라서 SFO 국장이 이러한 재량권을 어떻게 행사하는지가 문제되는데, 이에 대하여 ① 조사 계속 여부를 결정함에 있어 위와 같은 사우디아라비아 정부의 위협을 고려하는 것이 적법하고, ② SFO 국장의 지위는 위협의 중요도를 판단하기에 하는 적합하며, ③ SFO 국장은 재량권 행사를 포기한 것이 아니라 관련 고려사항을 검토하여 결정을 내린 것이라고 판단하였다. 즉, SFO 국장이 조사중단 결정을 함에 있어 고려한 사우디아라비아 정부의 위협을 부당한 고려사항에 해당하지 않는다고 본 것이다. 행정기관이 위와 같은 사항을 고려할 수 있다고 보는 이상, 당해 고려사항에 대하여 어느 정도 중요성을 부여할 것인지 등을 결정함에 있어 행정기관에게 재량이 인정되고 그 재량행사가 불합리하다고 판단될 정도

55) Paul Carig, op. cit., 569 참조.

에 이르지 않은 이상 그 결정은 적법하다고 본 것으로 평가할 수 있다.[56]

III. 악의

악의라는 개념은 상당 부분 가정적 사례의 영역에 남아 있거나 부적절한 목적 또는 부당고려와 별 구분 없이 취급되어 왔다. 현실에서 앙심(spite), 적의(malice), 부정(dishonesty) 등이 존재하지 않는다는 의미는 아니다. 분명히 존재할 수 있으나, 현실적으로 재량 심사에 있어 악의를 별도의 심사기준으로 활용할 필요성이 인정되는지 여부는 다른 문제이다. 즉, 악의가 인정되는 사안의 대부분은 부적절한 목적, 부당고려의 심사를 통해서도 통제가 가능하기 때문이다.[57]

제4절 Wednesbury 비합리성 : 과거, 현재 그리고 미래

I. 전통적인 Wednesbury 기준의 내용

(1) 앞서 본 바와 같이 Wednesbury 판결 이전부터 재량 심사의 기준으로 ① 부적절한 목적을 위한 행위, ② 부당고려에 의한 행위 및 ③ 악의에 의한 행위 등의 기준이 사용되어왔고 이에 해당하는 행정기관의 결정은 비합리적인 것으로 간주되어 왔다. 그러다 1947년 ***Wednesbury*** 판결[58]에 기하여 합리성 존부의 판단을 위한 구체적인 판단기준이 제시되

56) Paul Carig, op. cit., 569-570 참조.
57) Paul Carig, op. cit., 570 참조.
58) Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] 2 A all E.R.

었다. 영화관을 운영하는 청구인은 공휴일 상영허가(licenses for Sunday entertainment)에 부가된 '15세 미만 관람제한'의 조건이 비합리적이라고 주장하였는데, 항소법원(Court of Appeal)의 Greene 판사는 비합리성의 의미와 관련하여 "어떠한 결정이 합리적인 행정기관이라면 그러한 결정을 내릴 수 없을 정도로 비합리적인 경우, 그러한 결정은 이의제기의 대상이 될 수 있다"고 하였다. 비합리성(Unreasonableness)의 의미는 다양할 수 있는데, 위와 같이 Wednesbury 판결에서 Greene 판사가 제시한 비합리성 판단기준을 가리켜 'Wednesbury 비합리성'이라고 한다. Greene 판사는 위와 같은 판단기준에 따른 비합리성의 예로 '빨간 머리라는 이유로 해고당한 교사'를 들었다. 이러한 판단기준을 부적절한 목적, 부당고려 등의 기준에 따른 비합리성 심사와 구분하여, 영국 문헌에서는 일반적으로 비합리성에 대한 '실질적 개념'(substantive sense)이라고 한다.[59]

(2) 이후 1985년 ***GCHQ(Government Communications Headquarters)*** 사건[60]에서 Lord Diplock은 Wednesbury 사건에서 제시된 기준과 유사한 기준을 제시하였는데, 비합리성의 의미를 "해당 결정이 논리나 일반적으로 수용되는 도덕적 기준에 도전하는 것이어서 합리적인 자라면 사안을 고려했을 때 도저히 그러한 결정에 다다를 수 없을 정도로 터무니없는 경우"라고 하였다.[61]

(3) 여기서 주목하여야 할 점은 Wednesbury 판결에서 '실질적 개념의 비합리성' 심사기준을 제시한 것은, 이전의 행정재량에 대한 사법심사와 비교하여 행정재량에 대한 합리성 심사를 강화하기 위한 시도였다

680, CA.

59) Paul Carig, op. cit., 638 참조.

60) Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374, HL. at 410.

61) Loc. Cit.

는 점이다. 실질적 개념의 비합리성 심사는 특정 사안에 대하여 부적절한 목적, 부당고려 등의 심사기준에 따른 심사를 하여 그에 해당하지 않는다는 판단이 이루어진 경우에도, 행정재량에 대한 사법심사가 가능할 수 있도록 하는 장치로서 고안된 것이다. 즉, 법원은 먼저 문제된 행정기관의 결정이 부적절한 목적 등에 의한 것인지 여부를 심사하여 그에 해당하지 않는다고 판단하더라도, '실질적 개념의 비합리성'의 요건을 충족한다면 그 결정을 비합리적이라고 판단할 수 있다는 것이다.

또한 Wednesbury 판결은 권한유월(ultra vires)의 경우에 한하여 법원이 개입할 수 있다는 전통적인 관념에서 벗어나기 위한 단초를 제공한 것으로도 평가된다. 이전에도 행정기관의 권한범위 내의 결정에 대하여도 사안에 따라서는 법원의 개입이 허용되어야 한다는 견해가 제시되어 왔는데, 이는 '실질적 개념의 비합리성'의 근거라고 볼 수 있다. 이의가 제기된 결정이 합리적인 행정기관이라면 내리지 않을 정도로 비합리적 결정인 경우 반드시 권한의 범위를 벗어난 것으로 의제하지 않더라도 법원이 그 결정의 효력을 부정하는 것이 정당화될 수 있었던 것이다.

(4) 다만 Wednesbury 판결은 당해 사안에서 청구인에게 부가된 조건이 비합리적이지 않다고 판단하였고 실질적 의미의 비합리성을 '빨간 머리라는 이유로 해고당한 교사'와 같이 극단적인 가상의 사례에서만 고려하였다는 점에서 한계가 있다. 위와 같이 극단적인 경우를 비합리성이 인정되는 사례로 제시함으로써 '비합리성'(unreasonableness)의 사전적 의미보다도 그 인정범위를 제한하였다. 행정기관의 권한 범위 내의 행위에 대해서도 사법심사의 가능성을 열어두면서도, 비합리성의 인정범위를 제한함으로써 법원이 행정기관의 결정에 과도하게 개입한다는 비판을 모면하고자 한 것으로도 평가할 수 있다.

II. Wednesbury 기준 적용의 구체적인 태양

Wednesbury 기준은 오랜 기간 목적의 부적절성, 부당고려 등의 난관을 넘어선 행정재량을 통제하기 위한 주요한 도구로 활용되어 왔다. Wednesbury 판결에서 제시한 판단기준을 본래의 의미대로 적용한다면, 극히 소수의 사례만이 비합리성의 요건을 충족할 수 있을 것이다. 그러나 법원은 Wednesbury 기준의 기본 구조를 유지하면서도 사안의 성격에 따라 사법심사의 강도를 달리 적용하면서 실질적으로 심사강도를 강화하여 왔다. 특히 권리와 관련된 사건에서 그러한 경향이 두드러졌는데 이하에서는 먼저 권리와 관련된 사건에 관한 판례들을 살펴보고 그리고 다음으로 권리와 관련 없는 사건에 관한 판례들을 살펴보겠다.[62]

1. 권리와 관련된 사건에의 적용

(1) 법원은 특히 '기본적 권리'(fundamental rights)와 관련된 사건에서 Wednesbury 기준의 실질적인 심사강도를 강화하여 왔다. 권리의 중요성에 대한 높아진 인식은 비합리성 판단기준의 실질적인 변경을 초래하였다. 대표적인 사례로 ***Brind*** 사건[63]을 들 수 있는데, 위 사건에서 Lord Bridge는 개인의 권리를 침해하는 행정기관의 결정에 관한 사건에서 법원은 합리적인 장관(secretary of state)이라면 당해 결정을 할 수 있을지에 관하여 근거 제시를 요구하여야 한다고 보았다. 이와 같은 판단은 합당한 근거가 있는 공공의 이익만이 권리 침해를 정당화할 수 있다는 전제에 서 있는 것으로 볼 수 있다. ***Cambridge Health Authority*** 사

---

62) Paul Carig, op. cit., 639 참조.

63) R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Brind [1991] 1 A.C. 696, HL.

건[64]에서 Thomas Bingham 판사가 제시한 판단기준 또한 이와 유사하다. 법원은 당해 결정이 합리적인 결정권자가 할 수 있는 조치의 범위를 넘어서는지 여부를 심사하여야 하고, '인권'(human rights)에 대한 침해의 정도가 높을수록 법원은 더 높은 수준의 정당화를 행정기관에 요구하여야 한다고 하였다.[65]

(2) 이와 같은 판례의 경향에 대하여 단순히 당해 사안의 성격을 고려하여 Wednesbury 기준을 적용한 것에 불과하다는 평가도 가능할 수 있다. 그러나 Paul Craig 교수는 권리와 관련된 사건에서의 강화된 검증을 단순히 본래의 Wednesbury 기준의 변종으로 평가할 수 없다고 보았다. 검증의 근간이 되는 이론적 전제가 다르다고 보았다. 전통적인 Wednesbury 기준을 뒷받침하는 전제는 법원은 행정재량에 대한 사법심사에 있어 제한적 역할만을 하여야 한다는 것이다. 즉, 사회적, 정치적 선택은 의회가 장관 등 행정기관에 위임한 것이므로 법원이 사법심사를 할 때 그 경계를 침범해서는 안 된다는 것이었다. 그러나 권리와 관련된 사건 판결에서의 전제는 이와 다르다고 보았다. 물론 법원이 행정기관의 결정을 대체할 수 없고 권리 침해를 근거로 주요 입법사항을 무효화할 수 없다는 권력분립의 전통적 관점을 부정하는 것은 아니다. 그렇지만 법원은 권리를 침해하는 행정기관의 결정이 반드시 '사법적 존중'(judicial deference)에 입각하여 이루어진 것이 아니라는 전제 하에 판단하게 된 것으로 보았다. 이에 따라 행정기관 결정의 위법을 주장하는 자가 증명하여야 하는 비합리성의 정도는 전통적인 Wednesbury 기준보다 완화되었고, 법원은 행정기관에 권리 침해가 정당화되기 위하여 좀 더 설득력 있는 정당화를 요구하게 되었다.[66]

---

64) R. v Cambridge Health Authority; Ex p. B [1995] 2 All E.R. 129, CA (Civ Div).
65) Paul Carig, op. cit., 641 참조.
66) Paul Carig, op. cit., 641-642 참조.

2. 권리와 관련 없는 사건에의 적용

(1) 법원은 기본적 권리와 관련 없는 사건의 경우 전통적인 Wednesbury 기준의 심사기준에 따라 사법심사를 하는 것이 일반적이기는 하나, 일부 사례에서 강화된 심사기준을 적용하여 사법심사를 하고 있다. 특히 강화된 심사기준을 적용하여 계획행정 분야에서 계획승인에 부가된 조건이 위법하다고 판단한 사례가 다수 있는데, 그 대표적인 사례는 다음과 같다.[67]

① 개발부지 정면에 제3자의 통행을 목적으로 하는 부속도로를 건설하여야 하는 개발사의 의무를 폐기한 사례[68]

② 임대차를 통해 계속 보유하는 주택의 목록을 제공하여야 하는 부동산 개발업자의 의무를 폐기한 사례[69]

(2) 법원은 위 사례들에서 Wednesbury 기준을 적용하여 당해 행정기관의 결정이 위법하다고 판단하였지만, 전통적인 Wednesbury 기준의 심사기준을 그대로 적용하였을 경우 비합리적이라고 보기 어려운 사안이었다. 즉, 너무나도 비합리적이어서 합리적인 행정기관이라면 그러한 결정을 내릴 수 없다고 평가하기는 쉽지 않았다. 법원은 표면적으로 Wednesbury 기준을 적용하였으나, 실제 검증은 법원이 행정재량의 행사를 합리적이라고 믿는지에 대해 질문하는 것에 가깝게 이루어졌다.[70]

이러한 경향은 이후의 판례들에서 더욱 명백하게 드러난다. 여러 사건에서 행정기관의 결정이 누구나 받아들이기 어려울 정도로 이상하다고

---

67) Paul Carig, op. cit., 639 참조.
68) Hall & Co Ltd v Shoreham-by-Sea Urban DC [1964] 1 W.L.R. 240, CA.
69) R. v Hillingdon LBC, Ex p. Royco Homes Ltd [1974] Q.B. 720 QBD.
70) Loc. Cit.

볼 수 없더라도 결정권자가 결정 과정에서 관련 규정을 잘못 적용하였다면 그와 같은 사정은 결정에 하자가 인정된다는 근거가 될 수 있는 것으로 보았다. ***Balchin*** 사건[71]에서 Sedley 판사는 결정 과정에 논리적 오류가 인정되는 행정기관의 결정은 Wednesbury 기준상 비합리적이라고 하였다. 또한 ***Coughlan*** 사건[72]에서 법원은 이해가 되지 않는 결정만이 아니라 '논리적 결함'(flawed logic)이 있는 결정 또한 비합리적일 수 있다고 하였다. 최근 2014년 ***Kennedy*** 사건[73]에서 Mance 대법관은 Wednesbury 기준 하에서 가능하다고 생각되었던 합리성에 대한 융통성 없는 검증의 획일적 적용을 커먼로(common law)가 고수하지 않으며, 따라서 사법심사의 기준은 개별 사건에 따라 달라질 수 있다고 하였다. 이러한 입장은 2015년 ***Pham*** 사건[74]에서 다시 한 번 확인되었다.[75]

(3) 그럼에도 불구하고 전통적인 Wednesbury 기준은 많은 사례에서 행정재량에 대한 실질적인 사법심사에 있어 장해가 되었던 것은 분명하다. 이러한 이유로 ***ITF(International Trader's Ferry)*** 사건[76]에서 Lord Cooke는 Wednesbury 기준 하에서 비합리성이 인정되기 위한 요건을 완화하여야 한다는 입장을 명시적으로 지지했다. Lord Cooke는 Greene 판사가 사용했던 공식이 중복적이고 과장되었다고 하면서, 법원이 '권한분리'(separation of powers) 원칙에 의거하여 제한된 권한 내에 머물러 있어야 한다고 하여, 그것이 Wednesbury 기준과 같은 극단적인 검증을

---

71) R. v Parliamentary Commissioner for Administration, Ex p. Balchin [1997] C.O.D. 146 QBD.

72) R. v North and East Devon Health Authority, Ex p. Coughlan [2001] Q.B. 213, CA (C iv Div).

73) Kennedy v Charity Commission [2014] UKSC 20 at [51].

74) Pham v Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19 at [94], [109]-[110].

75) Paul Carig, op. cit., 640 참조.

76) R. v Chief Constable of Sussex, Ex p. International Trader's Ferry Ltd [1999] 2 A.C. 418, HL at 452.

적용하여야만 하는 것을 의미하지 않는다고 보았다. 당해 결정이 합리적인 행정기관이 내릴 수 있는 결정인지를 살펴보는 좀 더 간단하면서도 강화된 심사기준을 지지하였다. Lord Cooke는 ***Daly*** 사건[77]에서도 같은 취지에서 다음과 같은 의견을 개진하였다.[78]

> "Wednesbury 기준이 비합리성에 정도가 있으며 극단적으로 비합리적인 행정적 결정만이 사법부에 의하여 적법하게 무효화될 수 있다고 시사하는 한, Wednesbury 기준이 영국 행정법상 유감스러울 정도로 시대를 역행하는 결정이라는 점이 좀 더 널리 인정될 날이 올 것이라 생각한다. 사법심사의 정도 및 행정재량으로 인한 존중은 사안에 따라 달라진다. 그러나 사법심사 대상 결정이 변덕스럽거나(capricious) 터무니없지(absurd) 않다는 결론만으로는 어떠한 행정 분야에서도 법률을 충족시키지 못할 것이다."

III. Wednesbury 기준 활용의 향후 전망

Wednesbury 기준은 오랜 기간 동안 행정재량 통제 있어 중요한 역할을 하여 온 것을 부정할 수는 없다. Wednesbury 기준의 유연성은 Wednesbury 기준이 오래 동안 존속하는데 기여하였다. 다만 앞으로도 Wednesbury 기준이 계속해서 존속할 수 있을지 여부에 대하여 회의적인 시각 또한 적지 않은데, Paul Carig 교수는 그 원인으로 다음과 같은 요인을 제시한다.[79]

첫째, 그동안 Wednesbury 기준에 따라 판단이 이루어진 사례 가운데 일부는 1998년 인권법에 따른 권리 기반 청구로 재구성될 가능성이 있다. 인권법상 검증은 전통적인 Wednesbury 기준과 비교하여 보다 강화

---

77) R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Daly [2001] 2 A.C. 532, HL, at 549.

78) Paul Carig, op. cit., 640-641; William Wade & Christopher Forsyth, Administrative Law(11th Edition), Oxford, 2014년, 310-123 참조.

79) Paul Carig, op. cit., 643 참조.

된 기준에 의하여 사법심사가 이루어진다. 예를 들어 영화관을 운영하는 청구인이 공휴일 상영허가를 받음에 있어 그에 부가된 '15세 미만 관람 제한'의 조건이 가정생활에 관한 권리(right to family life) 내지 심지어 표현의 자유에 관한 권리(right to free speech)를 침해한다고 주장할 수 있을 것이다.[80]

둘째, 유럽연합법 및 인권법에 따른 심사기준의 영향이다. 유럽연합법은 비례성을 일반적인 심사기준으로 활용하고 있으며 인권법 적용 사건의 경우에도 마찬가지로 비례성 검증이 활용되고 있다. 유럽연합법 내지 인권법 적용 사안이라고 주장하는 사건이 증가하면서 Wednesbury 기준이 독립적인 검증 수단으로 기능하지 않게 되는 상황이 발생할 수 있다. Paul Carig 교수는 이를 "유럽연합법 및 인권법하의 검증의 협공에 포획될 수 있다"고 표현하였다. 또한 비례성 검증이 융통성 있는 다양한 수준의 강도로 적용될 수 있다는 점도 Wednesbury 기준에 대한 회의적인 시각의 근거이다. 완화된 형태의 비례성 검증을 통해 Wednesbury 기준의 이론적 근거이기도 한 '권한 분리에 따른 제한적인 사법부 역할' 관련 비판에서 상당 정도 벗어날 수 있다. 법원이 하나의 사법심사청구에 수반되는 다양한 주장에 대하여 각각 다른 심사기준을 적용하여 판단하는 것이 용이하지 않다는 현실적인 측면도 고려될 수 있다. 하나의 사건에서 인권법 적용 관련 주장과 그렇지 않은 주장이 함께 이루어질 수 있는데 이때 재판부로서는 각각의 주장에 대하여 별도의 심사기준을 적용하는 것이 아니라, 부분적으로 심사의 강도를 달리하더라도 하나의 심사기준을 적용하고픈 유혹을 느낄 수밖에 없다.[81]

셋째, Wednesbury 기준 하에서 비합리성이 인정되기 위한 요건의 엄격성이 완화되면서 그 내용이 비례성 검증에 근접하게 되었다. 앞서 본 바와 같이 ITF(International Trader's Ferry Ltd) 사건에서 Cooke 대법관

---

80) Paul Carig, op. cit., 643-644 참조.
81) Paul Carig, op. cit., 644 참조.

이 제안한 바와 같이 비합리성 인정 요건을 완화한다면, 그러한 변경된 합리성 검증이 비례성 검증과 실질적인 내용에 있어 차이가 크지 않다고 볼 수 있다.[82]

이와 같은 근거를 바탕으로 영국에서도 행정재량에 대한 사법심사에 있어 비례성이 일반적 심사기준이 되어야 한다는 견해가 점차 힘을 얻고 있는데 이에 관하여는 다음 장에서 상세히 살펴보도록 하겠다.

82) Loc. Cit.

제3장 비례성 기준에 따른 심사

제1절 개설

영국에서의 비례성의 의미 또한 우리나라에서의 비례성 의미와 크게 차이가 없는데 다음과 같이 정리할 수 있다.

① 당해 조치가 바람직한 목표를 달성하기에 적절한지 여부(= 목적의 정당성)

② 당해 조치가 바람직한 목표를 달성하기 위해 필요한지 여부(= 수단의 적합성)

③ 그럼에도 불구하고 당해 조치가 개인에게 과도한 부담을 주는지 여부(= 법익의 균형성, 좁은 의미의 비례성)

'비례성'은 17세기부터 영국에서 사법심사 기준으로 활용되었기 때문에 커먼로(common law)에서 생소한 개념이 아니지만, 행정재량에 대한 사법심사에 있어 일반적인 심사 표제는 아니었다. 앞서 본 바와 같이 전통적으로 행정재량에 대하여 합리성 기준에 의한 심사만이 이루어졌고, 행정재량에 대한 법원의 개입은 제한적이었다. 그러나 법원은 권리 관련 사건에서 그와 같이 제한적인 합리성 심사를 변경시켰다. 또한 권리와 관련 없는 사건에서도 좀 더 면밀한 합리성 심사가 이루어지고 있다. 그러다가 비례성을 심사기준으로 활용하는 유럽연합법의 영향 등에 기하여 비례성 심사가 부분적으로 도입되기 시작하였고 아직까지 일반적 심사기준이 되었다고 평가할 수는 없지만 점차 많은 사례에서 활용되고 있다.

먼저 제2절에서는 현재 비례성이 행정재량에 대한 사법심사에서 어떠한 지위에 있고 실제 사례에서 어떻게 적용되고 있는지에 관하여 살펴보겠다. 그리고 다음으로 제3절에서 비례성이 사법심사의 일반적 표제가 되어야 하는지 여부에 관한 논쟁에 관하여 살펴보겠다.

제2절 재량 하자의 심사기준으로서 비례성의 지위와 적용

I. 비례성 기준 적용 관련 기존 판례의 태도

(1) 1991년 ***Brind***[83] 사건을 계기로 행정재량에 대한 심사척도로서 비례성에 관하여 본격적인 논의가 이루어지기 시작하였다. 내무장관(Home Secretary)은 BBC와 IBA[84]로 하여금 테러방지 관련 법률에서 금지하고 있는 단체의 대표자에 의한 특정 사안을 방송하지 못하도록 하는 「1981년 방송법」(Broadcasting Act 1981)에 따른 지침(directives)을 내렸다. 영상 자체를 방송하는 것을 금지하지는 않고 금지의 대상을 위 단체 소속 관계자의 직접적인 발언에 한정하면서 다른 인물이 대신 말하는 보이스오버 효과(voice-over account)를 사용하도록 하였다. 위와 같은 지침의 목적은 테러 관련 단체에 정치적 정당성이 있는 것처럼 보이지 않도록 하고, 또한 그 단체에 의한 협박을 방지하기 위한 것이었다. Brind는 위 지침이 비례원칙에 위반된다고 주장하였으나, 귀족원은 비례성을 독립적인 심사 근거(ground of review)로 인정하지 않았다. Lord Bridge는 위 지침은 비합리적이지 않고 청구인의 주장과 달리 당해 사안에서 비례성 심사가 이루어질 수 없다고 하였다. 향후 비례성이 일반적인 심사기준을

---

83) R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Brind [1991] 1 A. C. 696, HL.
84) 'Independent Broadcasting Authority'(독립방송협회)를 의미한다.

기능할 가능성을 전적으로 배제하는 것은 아니라고 하면서도, 당해 사건이 비례성 심사에 부적절한 사건이라고 보았는데, 그 이유는 법원이 내무장관의 시각을 대체하는 결과로 이어질 수 있다는 이유에서였다.[85]

Brind 사건 이외에도 비례성이 독립적인 심사기준으로 활용될 수 없다고 판단한 사례들은 다수 있다. ***ABCIFER*** 사건[86]에서 항소법원은 비례성 검증이 유럽연합법 및 인권법 관련 사건에만 적용될 수 있다고 하면서, Wednesbury 원칙의 장례식을 거행하는 것은 항소법원이 아니라 귀족원의 임무이므로, 그동안에는 비례원칙이 영국법의 일부임을 인정하지 않았던 Brind 판결에서 정립된 법원칙은 여전히 적용된다고 판시하였다. 최근 2015년 ***Keyu*** 사건[87]에서 5인의 대법관으로 구성된 대법원 재판부는 비례성이 영국법에 있어 일반적이고 독립적인 심사 표제(head of review)로 취급되어야 하는지 여부에 관한 최종적인 결정을 유보하면서, 그에 관한 결정은 좀 더 많은 수의 대법관으로 구성된 재판부가 결정할 사안이라고 하였다.[88]

(2) 대법원은 비례성이 행정재량에 대한 사법심사의 일반적인 심사기준이 되어야 할지에 대해 아직 최종적인 결정을 내리지 못하고 있으나, 최근 들어 실질적으로 비례성이 심사기준으로서 기능하고 있음을 시사하는 언급도 이루어지고 있다. 2015년 ***Pham*** 사건[89]에서 Sumption 대법관은 영국법이 비례성 심사를 행정재량에 대한 사법심사에 있어서의 일반원칙(general principle)으로 채택하고 있는 것은 아니라고 하면서도, "비례성은 여러 해 동안 그와 유사한 중요한 개념(concept)이 되어 왔고, 지

---

85) Paul Carig, op. cit., 645 참조.

86) R. (Association of British Civilian Internees: Far East Region) v Secretary of State for Defence [2003] Q.B. 1397, CA (Civ Div) at [34]-[35].

87) Kery v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2015] UKSC 69.

88) Paul Carig, op. cit., 646 참조.

89) Pham v Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19 at [94], [109]-[110].

난 30년 동안 유럽연합법 및 국제인권법의 범위를 넘어서는 법률의 영역에서도 유럽법학(European jurisprudence)을 통해 영국법에 영향을 미쳐왔다"고 하였다. 같은 사건에서 Reed 대법관은 비례성과 좀 더 강도 높은 합리성이 동일하지는 않다 하더라도 각각의 심사기준을 구체적인 사안에 적용한 결과에 있어 실질적으로 차이가 없을 수 있는데, 특히 비례성 심사 그 자체의 심사강도가 다양할 수 있다는 점에서 그러하다고 하였다.[90]

II. 비례성 기준 적용의 구체적인 사례

1. 인권법 및 유럽연합법 적용 사안에의 적용

(1) 영국은 의회주권의 침해를 이유로 유럽인권조약(European Convention on Human Right, ECHR)을 국내법으로 수용하지 않았고 따라서 법원은 유럽인권조약을 재판규범으로 적용할 수 없었다. 이에 유럽인권조약상의 권리를 주장하고자 하는 개인들은 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)에 제소할 수밖에 없었고 영국 내에서도 유럽인권조약을 국내법에 편입시켜야 한다는 요구가 점차 커져갔다.

이러한 요구를 받아들여 1998년 인권법이 제정되었다. 인권법은 제6조에서 법원(court), 행정심판소(tribunal)를 포함하는 공권력 주체(public authorities)로 하여금 유럽인권조약에 복종할 의무를 부과하는 한편 제2조에서 법원, 행정심판소는 유럽인권조약에 따른 권리 관련 사건에서 유럽인권재판소의 판결, 결정, 선언 및 권고적 의견(judgement, decision, declaration or advisory opinion)을 고려하도록 하였다. 유럽연합법에서

90) Paul Carig, op. cit., 647-648 참조.

는 일찍이 비례성을 행정재량에 대한 사법심사의 일반적 표제로 사용하여 왔고, 그에 관한 사항은 「유럽연합에 관한 조약」(Treaty on European Union)에 반영되어 있을 뿐만 아니라, 유럽인권재판소에서도 비례원칙을 행정재량에 대한 통제에 있어 재판규범으로 인정하고 있었다. 이에 따라 영국 법원은 인권법 제정 이후 인권법 적용 사안에서 비례성을 기준으로 행정재량에 대하여 사법심사를 하고 있다. 인권법 적용 사안에서의 비례성 심사의 역할에 관한 내용은 그 자체가 별도 논문의 주제가 될 정도로 방대한 내용이어서 본 논문에서 그에 관한 구체적인 내용에 관한 검토는 생략하겠다.

2001년 ***Daly*** 사건[91]에서 Lord Steyn은 합리성 심사가 본래의 의미보다 심사강도가 강화되었다 할지라도, 그와 같이 강화된 합리성 심사와 비례성 심사 사이에 중대한 차이가 있다는 점을 분명히 하였다. 물론 비례성 심사의 심사강도가 더 높다고 보았는데, 그 이유에 관하여 비례성은 법원으로 하여금 단순히 행정기관의 결정이 합리적 결정의 범위 내에 있는지의 여부만을 검토하게 하는 것이 아니라 행정기관의 결정이 균형을 갖추었는지 평가하도록 하기 때문이라고 설명하였다.[92]

(2) 법원은 인권법 제정 이전에도 유럽연합법상 원칙에 구속되고 유럽연합법적 요소가 있는 사건에 대하여는 유럽연합법에서 일반적인 행정재량에 대한 사법심사 척도로 채택하고 있는 비례성을 기준으로 사법심사를 하였었다. 대표적인 예로 1999년 ***ITF*** 사건[93]을 들 수 있다. ITF는 유럽 본토로 살아있는 동물을 수출하는 수출업자였다. 선적 등이 이루어지는 항만에서 동물보호단체에 의하여 선적 등을 방해하는 격렬한 시위

---

91) R. (Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 A.C. 532, HR. 이 판결에서는 교도관이 재소자의 적법하게 허가된 서신을 검사할 경우 수형자로 하여금 감방에서 떠나 있을 수 있도록 할 수 있는 정책이 비례원칙에 위배하여 재소자의 권리를 과도하게 침해하는 것으로 위법하다고 판단하였다.

92) Paul Carig, op. cit., 648 참조.

93) International Traders's Ferry [1999] 2 A.C. 418, HL.

가 발생하였고 이에 Sussex 지방경찰청장은 처음에는 시위를 통제하기 위하여 상당한 인력을 투입하였으나, 이후에는 부족한 인력으로 인하여 1주일에 이틀만 수출업자를 위하여 필요한 경찰 인력을 투입하였다. 이에 선적을 할 수 없게 된 ITF는 이러한 결정이 국내법에 의거하여 비합리적임을 물론 유럽연합법에 위반된다고 주장하였다. 귀족원은 국내법에 따른 주장을 받아들이지 않았는데, 정해된 인력을 어떻게 배분할 것인지는 지방경찰청장이 결정할 사항이고, 위와 같은 결정이 Wednesbury 기준상 비합리적이지 않다고 판단하였다. Sussex 지방경찰청장의 결정이 수출을 금지하는 것과 마찬가지 결과를 초래하고, 이는 유럽연합운영조약(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 제35조 위반된다는 유럽연합법에 따른 주장 또한 받아들이지 않았다. 유럽연합운영조약 제35조를 위반하여 유럽연합 내 물품의 자유로운 이동을 제한하는 행위에 대하여 공공안전 또는 공공보건을 근거로 공권력을 행사할 수 있도록 하는 유럽연합운영조약 제36조에 따른 결정에 대하여 비례성 심사가 가능하다고 보면서도, 위와 같은 Sussex 지방경찰청장의 결정은 비례원칙에 부합한다고 판단하였다.[94]

2. 일반적인 사안에의 적용

(1) 인권법, 유럽연합법 적용 사안이 아닌 경우에도 명시적으로 또는 비록 명시하지 않았지만 실질적으로 비례성을 기준으로 행정재량에 대한 사법심사를 한 사건들도 다수 있다. 대표적인 예로 ***Hook*** 사건[95]을 들 수 있는데, 노점상이 노상방뇨를 하고 공격적인 언어를 사용했다는 이유로 면허를 취소당한 사건인데 법원은 위반행위에 비해 제재가 과도하여 비

94) Paul Carig, op. cit., 649 참조.

95) R. v Barnsley MBC, Ex p. Hook [1976] 1 W.L.R. 1052, CA (Civ Div) at 1057.

례적이지 않다는 이유로 면허취소가 위법하다고 판단하였다.[96]

이와 같은 판례의 태도는 행정기관의 결정에 의하여 영향을 받는 권리가 '기본적 권리'(fundamental right)인 사건들에서 두드러진다. 앞서 본 바와 같이 1991년 Brind 사건에서 귀족원은 비례성을 독립적인 심사기준으로 인정하지 않았지만, 귀족원의 여러 판사들은 비례성과 유사한 방식을 사용하여 판결을 내렸다. Brind 사건에서도 Lord Templeman은 합리적인 장관이라면 문제가 제기된 권리 침해가 정당화될 수 있다고 합리적으로 결정을 내렸을 것인지에 대하여 질문을 던져 보아야 한다고 하면서 그 제한(제재적 행정결정)은 공익을 위하여 그 필요성이 인정되어야 할 뿐만 아니라 제재 상대방의 손해에 비례하여야 한다는 의견을 밝혔다. 1996년 ***Smith*** 사건[97]에서 Lord Bridge 판사의 추론 또한 이와 유사하다. 최근 2016년 대법원은 ***Youssef*** 사건[98]에서 비례성이 기본적 권리 관련 사건에서 재량심사의 기준이 된다는 점을 분명히 하였다. 다만 대법원은 결과가 좀 더 강도 높은 합리성 심사에 의한 결과와 반드시 달라야 할 필요가 없으며, 비례성 심사를 하는 법원이 행정부가 내린 결정에 대한 요구사항에 부합하여 비례성 심사를 하여야 한다고 강조하였다.[99]

(2) 이와 같은 사례들은 비례성 혹은 그와 유사한 검증을 특정 유형의 사건에만 적용한 것이었다. 그런데 ***Walker*** 사건[100]에서 Laws 판사는 Wednesbury 기준의 비합리성이 현재는 '구시대적인 법률 해석'(old-fashioned legal construct)처럼 보인다는 의견을 밝히면서 법원이 행정기관의 결정에 대한 의제기를 유럽연합법 및 인권법의 맥락에서뿐만 아니라 비례성의 틀 안에서 보는 것에 점점 익숙해지고 있다고 하였다. ***Alconbury*** 사건[101]에서 Slynn 판사는 비례성이 인권법 또는 유럽연합법

---

96) Paul Carig, op. cit., 646-647 참조.

97) Smith [1996] Q.B. 517.

98) R. (on the application of Youssef) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2016] UKSC 3 at [55]-[59].

99) Paul Carig, op. cit., 647 참조.

100) Walker [2008] EWCA Civ 30 at [38].

과 관련되어 있는지를 불문하고 영국 국내법상에서 사법심사의 일반 표제로 인정되어야 한다는 의견을 표명하였다. 대법원은 비례성이 행정재량의 사법심사의 일반적인 심사기준이 되어야 할지에 대해 아직 최종적인 결정을 내리지 못하고 있으나, 앞서 본 바와 같이 2015년 Pham 사건에서의 Sumption 대법관 발언을 비롯하여 최근 들어 여러 차례 일반적 심사기준으로 채택할 필요성 내지 그 가능성에 관한 언급이 이루어지고 있다.[102]

III. 재량 하자 심사의 일반적 표제로서의 비례성에 관한 논의

이와 같은 판례의 흐름 속에서 비례성이 심사의 일반적 표제로 간주되어야 하는지, 아니면 실질적 심사의 영역이 합리성과 비례성으로 구분되어야 하는지, 즉 대법원이 비례성이 재량심사의 기준이 된다고 판단한 기본적 권리 관련 사건 등에 국한되어 사법심사의 기준이 되어야 하는지 등에 관하여 활발한 논쟁이 이루어지고 있다. 비례성이 일반적 심사기준이 되어야 한다는 견해가 점차 힘을 얻고 있으나, 아직까지 그러한 견해가 통설적인 견해라고까지 평가하기는 어렵다. 이와 관련하여 일반적 심사기준으로서 비례성의 장단점에 관한 Paul Carig 교수의 견해는 다음과 같다.

비례성 심사가 일반적 심사기준이 되어서는 안 된다는 견해의 주된 논거는 합리성 심사가 이루어져야 한다는 근거이기도 한, 법원이 행정기관의 권한에 지나치게 개입하게 되고 이는 권한 분리의 원칙에 반한다는 것이다. 비례원칙에 따른 사법심사의 강화는 법원의 역할인 '행정기관의

101) Alconbury [2003] 2 A.C. 209 at [51].
102) Loc. Cit.

결정에 대한 심사'와 행정기관의 역할인 '결정을 하는 것' 사이의 권한 분리 관점에서의 경계를 허물어뜨릴 수 있다는 것이다.[103] 그러나 권한의 분리로 인하여 합리성 심사와 같이 최소한의 사법적 감독만이 가능하다고 볼 규범적 근거가 명확하지 않다. 법원은 스스로가 처음부터 증거를 수집하고 그에 대한 평가를 하는 것이 아니라 어디까지나 행정의 일차적 판단에 대하여 심사를 하는 것이고, 그 심사에 있어 그 판단에 이르게 된 추론과정에 대한 평가를 통하여 행정의 결정이 비례원칙에 부합하는 결과인지 여부만을 심사하기 때문이다. 권리 관련 사건과 권리와 관련 없는 사건들을 구분하여 전자만 비례성 심사가 가능하고 후자의 경우 가능하지 않다고 볼 근거 또한 명확하지 않다. 권리 관련 사건의 사법심사에 활용되는 보다 강도 높은 합리성 심사가 권리가 침해되었다는 확신이 아닌 침해되었다는 주장만을 전제로 한다는 점을 고려하였을 때 더욱 그러하다. 비록 권리 관련 사건이 아닌 경우에도 중요한 이권(利權)과 관련될 수 있고, 이는 권리 기반 사건에서와 같이 높은 강도는 아니더라도 유의미한 사법심사가 이루어져야 한다는 충분한 근거가 된다.[104]

비례성이 일반적 심사기준이 되어서는 안 된다는 반대논거로 제시되는 근거로 비례성 검증이 비용 증가와 행정기관 의사결정의 경직을 야기할 것이라는 주장이 있다. 이러한 문제제기는 가능할 수 있다 할 것이지만, 이에 관한 객관적인 근거가 제시된 것은 없다. 현재로서는 비례성이 좀 더 강도 높은 사법심사를 수반한다고 하여 행정에 대한 전반적인 비용을 증가시킨다는 결론을 도출할만한 실증적 증거가 없다. 심사기준 변화로 인한 전반적 예산 비용을 계산하는 것은 복잡한 작업이고, 얼마나 많은 사건들이 제기될지, 합의 건수는 어느 정도일지, 소송 기간은 어느 정도일지와 같은 요인들을 고려해야 한다. 비례성 심사가 비용 증가로 이어질 것이라고 단정하기 어렵다 할 것인바, 비용이 감소할 수도 있는

---

103) William Wade & Christopher Forsyth, Administrative Law(11th Edition), Oxford, 2014년 308-310 참조.

104) Paul Carig, op. cit., 662-663 참조.

것이다. 비례성 심사가 행정기관의 의사결정을 경직시킨다는 실증적 증거 또한 존재하지 않는다. 비례성이 행정재량에 대한 사법심사의 일반적 표제인 유럽연합에서도 그러한 증거를 찾을 수 없다.[105]

Paul Carig 교수는 이와 같은 이유에서 비례성이 일반적 심사기준이 되어서는 안 된다는 주장의 논거들이 설득력이 없다고 보았다. 오히려 이하에서 보는 일반적 심사기준으로서의 비례성의 장점을 근거로 이제는 행정재량의 사법통제에서 비례성을 일반적 심사기준으로 활용하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.

1. 심사기준의 통일

현재 실질적으로 비례성이 유럽연합법, 인권법 적용 영역을 비롯한 여러 영역에서 사법심사의 기준으로 적용되는 상황에서 일반적 심사기준으로 보는 것이 행정재량에 대한 사법심사에 있어 간명하다는 장점이 있다. 앞서도 여러 예에서 본 바와 같이 이미 주장의 근거가 비례성 심사기준이 적용되는 유럽연합법 등에 근거한 주장과 그렇지 않은 주장이 함께 주장되는 등 여러 영역의 주장이 중복되는 경우가 점차 증가하고 있다. 특히 인권법 적용 사안으로 볼 수 있을 것인지에 관하여 경계에 있는 사건들이 있을 수 있는데, 당해 사안이 어느 법률영역에 속하는지에 따라 심사기준이 극단적으로 달라지는 것은 타당하다고 볼 수 없다.[106]

2. 구조적, 합리적 심사의 가능

105) Paul Carig, op. cit., 667-668 참조.
106) Paul Carig, op. cit., 661 참조.

비례성 검증은 구조화된 형태의 질의를 가능하게 한다. 목적의 정당성, 수단의 적합성, 법익의 균형성이라는 비례성 심사기준은 심사대상이 되는 행정기관과 심사주체인 법원에 초점을 둔다. 먼저 행정기관은 이러한 질의가 요구하는 측면에 있어 그 행위를 정당화해야 한다. 이의가 제기된 조치가 정말로 필요하고 바람직한 결과를 위하여 적절하다고 판단한 근거를 설명해야 하고, 당해 조치가 신청인에게 과도한 부담이 되지 않을 것이라고 판단한 근거 또한 제시되어야 한다. 아울러 사법심사를 행하는 법원은 행정기관의 결정을 번복하기로 결정한 경우, 제반 정황상 당해 조치가 불필요한 이유 등에 대하여 설명하여야 한다. 획일적인 Wednesbury 기준을 적용할 시에는 이와 같은 구조화된 분석이 이루어지기 어려웠다. 판사의 주관에 따라 결과가 좌우될 수 있는 위험이 내재되어 있었던 것이다. ***Kennedy*** 사건[107]에서 Mance 대법관은 이러한 비례성 심사의 장점을 인정하며 다음과 같이 설명하였다.[108]

> "비례성이라는 용어의 장점은 이익 또는 불이익의 적절성이나 적합성, 필요성과 균형 또는 불균형과 같은 요소에 관심을 기울이도록 지시함으로써 실행에 있어 구조 요소를 도입한다는 것이다. 관습법과 유럽연합법의 범위 외에서 보더라도 사법심사에 그러한 요소들이 개입되지 않아야 할 이유는 없는 것으로 보인다. 맥락이 어떠하든지, 그러한 요소들을 고안하는 법원은 당해 요소들이 중첩될 수 있는 가능성과 맥락에 과도하게 의존하여 적용될 때의 강도에 대하여 반드시 인지해야 한다. 기본적 권리의 맥락 하에서, 면밀한 사법심사가 다른 권리와 관련된 경우보다 좀 더 집중적으로 실행될 가능성이 높다는 건 자명하다."

아울러 비례성 검증은 전통적인 Wednesbury 접근법 하에서는 결여되었던 유형의 합리적 질의를 가능하게 한다. 이와 같은 비례성 심사의 장점에 관하여 ***First City Trading*** 사건[109]에서 Laws 판사는 다음과 같이

---

107) Kennedy [2014] UKSK 20 at [54].

108) Paul Carig, op. cit., 661 참조.

109) First City Trading [1997] 1 C.M.L.R. 250 at 279.

설명하였다.[110)]

> "장관의 선택이 합리적인 장관이라면 내릴 수 있는 결론이라는 요건에만 매달려 단순히 문제를 정하고 장관이 장관의 권한 내에서 이러 이러한 해결책을 선택했다는 주장이 비례성 하에서는 충분하지 않다. 법원은 장관의 선택에 대한 정당화에 있어 실질적인 사실적 고려사항, 즉 심사 대상이 되는 목적과의 관련성, 합리성 및 비례성에 대한 고려사항이 제기되는 경우에서만 도달된 해결책을 검증하고 통과시켜야 한다."

3. 보다 높은 심사의 강도

유럽연합법은 사법심사 대상이 되는 서로 상이한 유형의 결정을 수용하기 위하여 비례성이 다양한 수준의 강도에 적용될 수 있음을 보여준다. 비례성이 심사의 일반적 표제가 된다고 하여 권리 관련 사건과 권리와 관련 없는 사건에 동일한 방식으로 적용될 것임을 의미하는 것은 아니다. 개별 사안의 성격에 따라 비례성 심사의 강도가 달라져야 함은 일반적으로 받아들여지고 있다. 재원 배분 및 사회·경제적 권리 관련 사건에서 적절한 심사 강도를 결정할 때 고려해야 하는 요인의 유형을 구체화 하는 연구결과가 발표되고 있다.[111)]

유럽연합법 적용 사안을 분석해보면 심사의 강도가 낮은 경우에도 비례성 심사의 장점이 드러난다. 일부 학자들은 낮은 강도의 비례성 심사가 Wednesbury 심사와 거의 똑같다고 평가하기도 하나, 각각의 심사를 통해 내려지는 결론은 동일할 수 있으나, 그 구체적인 적용 방식을 보면 중대한 차이가 있다. 즉, 구조화된 형태의 비례성 질의는 일반적으로 유럽사법재판소(European Court of Justice, ECJ)가 Wednesbury 기준을 활용하는 사건에서는 거의 찾아보기 힘든 정도의 세밀한 분석을 통해 당사

---

110) Paul Carig, op. cit., 661-662 참조.
111) Paul Carig, op. cit., 662 참조.

자의 주장에 대한 검토가 이루어지는 것을 확인할 수 있다.[112)]

112) Loc. Cit.

제4장 재량 불행사에 대한 사법심사

제1절 개설

행정기관의 재량 불행사가 문제되는 유형은 다양하다. 본 장에서는 그 가운데 ① 개별 사안의 구체적인 사정을 고려하지 않고 규칙(rule), 지침(policy)[113] 등을 기계적으로 적용하여 결정하는 경우와 ② 계약을 체결하고 그 내용에 구속되어 법률이 행정기관에 부여하는 재량의 행사가 이루어질 수 없는 경우에 관한 쟁점에 관하여 살펴보겠다.

제2절 규칙 등 재량준칙 적용에 기한 재량의 불행사

우리나라에서 법률이 행정기관에 행정 권한행사에 있어 재량을 부여하나, 행정규칙, 지침, 훈령, 내규 등의 형식에 의하여 재량행사의 기준, 이른바 재량준칙(裁量準則)을 마련하고 이에 따라 재량행사를 하는 경우가 많다. 그와 같은 규칙 제정 등 자체를 재량행사의 한 태양으로 평가할 수도 있을 것이나, 개별 사안에서 구체적인 사정을 고려하지 않고 실질적인 재량행사가 이루어지지 않는 경우가 많다.

113) '재량 불행사에 대한 사법심사'와 관련하여 영국 문헌에서 자주 등장하는 'policy'는 직역하면 정책이지만 전후 맥락에 따라 우리나라에서의 지침, 예규 내지 훈령 등의 의미로도 사용되는 바, 문맥에 따라 '지침' 내지 '정책'으로 번역하도록 하겠다. 규칙과 지침이라는 용어는 본 장에서 상호 대체적으로 사용하도록 하겠다.

마찬가지로 영국에서도 행정기관이 규칙, 지침 등을 제정하여 그에 따라 행정재량을 행사하는 것이 일반적이다. 영국에서도 일찌감치 판례는 이와 같은 규칙, 지침 등에 따른 행정기관의 의사결정의 한계로, 법률상 재량(statutory discretion)을 부여받은 행정기관이 개별 신청에 대하여 규칙 등만을 기계적으로 적용하여 구체적인 사정을 고려하지 않고 결정하여서는 안 된다는 점을 분명히 하여왔다. 대표적인 사례로 ***Corrie*** 사건[114]을 들 수 있다. Corrie는 공원에서 개최되는 회의에서의 팜플렛(pamphlets) 판매의 승인을 신청하였는데, 관할 행정기관은 공원 내에서는 어떠한 판매도 이루어질 수 없다는 런던카운티 지방의회(London County Council) 조례(bylaw) 규정을 근거로 거부하였다. 이에 사법심사를 청구하였는데, 법원은 위 승인거부 결정이 위법하다고 판단하였다. 행정기관은 개별적인 신청에 대하여 그 이유를 청취하여야 하고 규칙 등을 근거로 모든 승인 신청에 대하여 일률적으로 거부하는 허용될 수 없다고 보았다. 규칙, 지침 등의 내용이 행정기관의 권한 내(intra vires)인 이상, 행정기관은 규칙, 지침 등을 제정하여 이를 의사결정에 반영하는 것은 가능하겠지만, 규칙 등을 근거로 개별 사건에서의 구체적 사정을 고려하지 않고, 즉 재량행사 없이 업무를 처리하는 것은 허용될 수 없다고 본 것이다.[115]

본 절에서는 먼저 규칙, 지침 등이 존재하는 경우, 규칙 등에 부여될 수 있는 영향력과 그 내용에 대한 통제, 그리고 신청인이 규칙의 적용배제를 구하는 경우와 적용을 구하는 경우 각각의 절차상 권리 등에 관한 쟁점에 관하여 살펴보겠다. 이후 반대로 행정기관이 현재 규칙, 지침 등을 제정하지 않은 경우, 법원이 행정기관에 규칙 등을 제정하도록 강제 내지 권고하는 것이 바람직한지에 관한 논의를 소개하겠다.

---

114) R. v London Country Council, Ex p. Corrie [1918] 1 K.B. 68 KDB.

115) Paul Carig, op. cit., 536-537 참조.

I. 규칙 등 재량준칙 관련 판례 및 논의

1. 규칙·지침 등에 부여되는 영향력

행정기관의 법률상의 재량권(statutory discretionary power) 행사에 있어 규칙, 지침 등 재량준칙에 부여되는 영향력의 정도에 관하여 판례의 태도가 일관된 것은 아니다.[116]

주류적인 판례는 신청인이 당해 사안에서 규칙 등의 적용에 대하여 이의를 제기할 수 있는 기회가 부여되는 경우 행정기관이 규칙 등을 적용하는 것이 허용된다고 본다. ***Kinoch*** 사건[117]에서는 규칙의 적용이 허용될 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하였다. 먼저 특별한 사정이 없는 한, 행정기관이 ① 신청인에게 규칙의 내용을 고지하고 ② 의견청취 절차(hearing)를 거친 이후 규칙을 적용하는 것은 허용되는 것으로 보았다. 반면, 행정기관이 개별 신청에 대하여 의견청취 절차조차 거치지 않은 채 규칙을 근거로 결정하는 것은 허용되지 않는 것으로 보았다. ***British Oxygen*** 사건[118]에서도 이와 유사한 판단기준이 제시되었다. 「1966년 산업개발법」(Industrial Develoopment Act 1966)에 따르면 보조금(grants) 지급에 관하여 무역위원회(Board of Trade)가 재량을 갖는데, 무역위원회의 정책에 따르면 개별 제품별 비용지출(expenditure)이 25파운드 이하인 경우를 보조금 지급대상에서 제외하였다. 이에 따라 많은 비용을 들여 가스 실린더(gas cylinder)를 개발하였으나 제품당 비용지출은 20파운드였기 때문에 보조금을 지급받을 수 없었던 British Oxygen은 무역위원회의 보조금 지급 관련 결정에 대하여 사법심사를 청

116) Paul Carig, op. cit., 537 참조.
117) R. v Port of London Authority, Ex p. Kynoch Ltd [1919] 1 K.B. 176, CA at 184.
118) British Oxygen Co Ltd v Board of Trade [1971] A.C. 610, HL.

구하였다. 귀족원은 행정기관은 자체적으로 정책을 수립할 수 있고 그와 같은 정책은 다양한 유형의 사건들을 처리하면서 발전되어 규칙이 만들어지는 것으로 보았다. 다만 재량을 가진 행정기관은 신청의 내용을 고려하지 않은 채 규칙 등만을 근거로 신청을 거부할 수 없고 또한 규칙이 변경되어야 하는 경우도 존재하는바, 행정기관이 그에 관한 신청인의 의견을 경청하는 한, 규칙은 용인될 수 있다고 보았다.[119]

그러나 다른 판결에서는 정책에 부여되는 영향력을 제한적으로 해석하여, 행정기관이 결정을 내릴 때 참고할 수 있는 관련 고려요소의 하나에 불과한 것으로 보았다.[120] ***Stringer*** 사건[121]에서 Cooke 대법관은 Jodrell Bank 천문대[122]의 망원경의 성능을 저해할 수 있는 주택건설 계획승인을 제한하는 정책의 적법성에 관하여 판단하면서, 행정기관이 일반적인 정책을 수립하는 것은 가능하나, 그 정책이 결정 과정에서 개별 사안과 관련된 구체적인 사정을 고려하는 것을 방해하여서는 안 된다고 하였다.[123]

2. 규칙·지침 등의 내용에 대한 사법심사

재량행사의 기준이 되는 규칙, 지침 등의 내용 또한 재량을 부여하는 법률 체계를 고려하여 적법성의 요건을 충족하여야 함은 물론이다. 규칙, 지침 등의 기반이 되는 정책은 법률의 관련 고려사항에 기반해야 하며, 부적절한 목적을 추구할 수 없다. 행정기관이 규칙, 지침 등을 제정하고

---

119) Paul Carig, op. cit., 538 참조.

120) 전체적으로 우리나라 판례의 태도과도 크게 다르지 않은 것으로 평가할 수 있다.

121) Stinger v Minister of Housing and Local Government [1970] 1 W.L.R. 1281 QBD at 1297-1298.

122) Jodrell Bank 천문대는 영국 일글랜드 맨체스터 남쪽 32km 지점의 조드럴 뱅크에 위치한 맨체스터 대학교의 천문대이다.

123) Paul Carig, op. cit., 538-539 참조.

이를 적용함으로써 재량행사에 있어서의 일반적인 제약을 회피하고자 할 수 있기 때문에, 규칙, 지침 등에 대한 통제는 중요한 의미를 가진다. ***Venables*** 사건[124]에서 내무장관(Home Secretary)은 가석방 관련 결정을 함에 있어 소년 범죄자라는 사정을 고려하여야 하므로, 내무장관이 이를 고려하지 않는 정책을 채택한 것은 위법하다고 판단하였다. 이와 같은 정책을 바탕으로 내부장관이 11살의 나이로 살인범죄를 범한 Jon Venables를 가석방 하지 않은 결정은 재량의 불행사에 기한 것으로서 위법하다고 보았다.[125]

다만 법원이 규칙, 지침 등의 내용에 대하여 어느 범위까지 사법심사를 할 것인지는 간단하지 않은 주제이다. 특히 법원이 실증적인 분석이 쉽지 않은 가설에 대하여 객관적인 근거를 요구하는 것이 가능한지가 문제된다. 앞서 본 Stringer 사건과 같이 주택건설 계획승인이 Jodrell Bank 청문대의 망원경의 성능을 저해되는지 여부에 관한 검증은 가능하겠지만, 전자게임장(amusement arcade)이 어린이와 청소년에게 사회적으로 유해하다는 가설은 쉽게 검증할 수 있는 성질의 것이 아니다. ***Sagnata Investments Ltd*** 사건[126]에서 법원은 검증이 어려운 가설에 근거한 정책에 따른 행정기관의 결정이 위법하다고 판단하였다. 법원은 대부분의 사람들이 전자게임장이 유해한 것으로 인식한다는 사실적 근거(factual "back-up")에 기반하여 전자게임장 허가신청을 불허하는 정책의 정당성을 주장하는 행정기관의 주장에 대하여, 위와 같은 사회적인 인식만으로 정책의 정당성이 인정될 수 없다고 보았다.[127]

3. 규칙의 적용배제를 구하는 경우의 관련 쟁점

---

124) R. v Secretary of State for the Home Department, Ex p. Venables [1998] A.C. 407, HL.
125) Paul Carig, op. cit., 539 참조.
126) Sagnata Investments Ltd v Norwich Corp [1971] 2 Q.B. 616.
127) Loc. Cit.

규칙, 지침 등이 제정되었을 때, 먼저 ① 규칙 등의 내용 자체에 대하여도 이의 제기를 할 수 있을지 문제와 ② 신청인이 당해 사안에 한하여 규칙 등의 적용에 대하여 이의를 제기할 수 있을지의 문제가 있다.[128] 다만 절차상 권리 보장의 경우 후자가 더 넓을 수밖에 없고 학설상으로도 주로 당사자가 규칙, 지침 등이 특정 사건에는 적용되어서는 안 된다고 주장하는 경우 인정되는 절차상 권리를 중심으로 논의가 이루어지고 있다. 이 경우 신청인이 규칙, 지침 등의 시행·적용에 수반하는 결과에 대하여 안내받아야 할 권리가 인정되는 것으로 보는 것이 일반적인데, 그 구체적인 범위에 관하여는 견해가 일치된 것이 아니다. 구체적인 사안에 따라 의견진술 기회가 부여되어야 한다고 볼 수 있는 경우도 있겠지만, 그 경우에도 청문 기회까지 부여되어야 한다고 볼 것인지의 문제가 있다.[129]

4. 규칙의 적용을 구하는 경우의 관련 쟁점

반대로, 행정기관이 기존의 규칙 등을 폐기하거나 변경하려 함에 반하여, 이해관계인이 특정 사건에서 기존의 규칙 등이 적용되기를 원할 수 있다. 이는 우리나라에서 신뢰보호원칙으로 논의되는 주제와 관련이 있는 '정당한 신뢰'(legitimate expectations)를 고려하여야 하는지 여부와 관련된다. 다양한 견해가 제시될 수 있는데, 이에 관하여 Paul Craig 교수는 당사자의 절차상 권리가 폭넓게 인정되어야 하는 것으로 보고 있다. 규칙 등이 존재하는 상태에서 허가 등을 신청한 경우 행정기관은 원칙적으로 정당한 신뢰가 형성된 것으로 보아 그 규칙 등에 따른 결정을

128) 각각 우리나라의 추상적 규범통제, 구체적 규범통제와 유사한데, 우리나라에서 원칙적으로 허용되지 않는 규칙 등 자체에 대한 이의제기가 허용되는 것으로 보고 있다. 다만 소송제도가 달라 엄밀한 의미에서 서로 대응하는 것으로 보기는 어렵다.

129) Paul Carig, op. cit., 539-540 참조.

하여야 하는 경우가 있을 수 있고, 행정기관이 정책의 변경 내지 폐기하려 하는 경우 그에 관한 충분한 근거가 있어야 하고 그 근거가 신청인에게 제시되어야 하는 것으로 보고 있다. 나아가 행정기관이 특정 개인 내지 단체에게 기존의 정책을 유지하겠다고 하거나 향후 정책 변경이 있을 경우 먼저 알려주겠다고 한 경우, 위 개인, 단체는 정책의 변경 내지 폐기 이전에 그에 대하여 의견을 개진할 권리가 인정된다고 보는 것이 일반적이다. 또한 '정당한 신뢰'가 형성된 개인 내지 단체는 정책의 변경 내지 폐기 시 행정기관으로부터 그 경위에 관한 설명(statement of reasons)을 들을 권리가 인정되고, 나아가 행정기관의 견해표명 내지 협의관행 등에 근거하여 행정기관과 협의할 권리까지도 인정되는 것으로 보고 있다.[130]

II. 규칙 등 재량준칙 제정의 강제 내지 권고의 적절성

지금까지 행정기관의 규칙, 지침 등의 제정 및 적용과 관련한 쟁점에 관하여 살펴보았다. 다른 한편으로, 행정기관이 개별적인 재량에만 기반하여 결정하기보다 규칙 등을 통해 업무를 처리하도록 권장되는 범위, 정도가 문제될 수 있다. 이에 관한 논의가 우리나라에서도 시사하는 바가 있는 것으로 판단되어 그에 관한 Kenneth Davis 교수[131]의 연구결과를 소개한다.[132]

Kenneth Davis 교수는 재량의 중요성을 강조하면서, 재량의 행사는 '사법의 개별화'(individualization of justice)에 있어 필수적 요소이고, 재

130) Paul Carig, op. cit., 540 참조.

131) Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry, Louisiana State University Press, 1969년, Discretionary Justice in Europe and America, University of Illinois Press, 1990년 참조.

132) Paul Carig, op. cit., 541 참조.

량이 부재한 사회는 존재하지 않는 것으로 보았다. 재량이 없어지고 규칙 등에만 기반한 정부를 옹호했던 학자들은 달성 불가능한 이상을 상정한 것으로 보았다. 다만 재량을 필수불가결한 요소로 보면서도 무제한적으로 부여되는 것도 바람직하지 않다고 하면서 재량을 적절한 범위에서 제한, 통제하는 것이 필요하다고 보았는데 그 방법으로 세 가지를 제시하였다.[133]

첫 번째 방법은 불필요한 재량권을 없애거나 필요한 범위 내로 한정하는 것이다. 이는 행정기관에 모호한 법적 기준을 분명하게 만드는 기준과 규칙을 만들도록 권장함으로써 달성될 수 있다고 보았다. 법원은 행정기관이 적절한 시일 내에 기준과 규칙을 제정하도록 요구하여야 한다고 보았다. 행정기관은 지나친 일반화의 우려 때문에 규칙 제정을 망설여서는 안 된다고 주장하였는데, 그 이유는 규칙은 적용 과정에서 한정된 범위로 제한될 수 있기 때문이라고 보았다.[134]

재량을 통제하기 위한 두 번째 방법은 재량을 구조화시키는 것이다. 재량의 한정은 재량을 특정 범위 내에 두려는 조치인 반면, 재량의 구조화는 재량권이 특정 범위 내에서 행사되는 방식을 통제하기 위한 것이다. 이를 달성하기 위하여, Kenneth Davis 교수는 공개적인 계획 수립, 정책 설명 및 규칙 제정과 공개적인 사실관계 파악, 처분의 근거와 이유 제시 등 행정절차의 진행 및 판결의 공개 등의 방법을 제시했다. 전반적인 목표는 재량을 배제시키지 않는 것이다. 각각의 재량권에 대한 최적화된 수준의 구조화를 발견하는 것이다.[135]

Kenneth Davis 교수가 주장하는 세 번째 방법은 재량행사가 상급기관의 감독, 행정심판, 사법심사 등을 통해 그 적법성이 확인되어야 한다는 것이다. 다른 학자들이 유사한 주장을 한바 있다. Jeffrey Jowell 교수[136]는 규칙의 장단점을 도표화하였다. 규칙의 장점으로는 조직 목표가

133) Loc. Cit.
134) Loc. Cit.
135) Loc. Cit.

명료해짐에 따라 공무원이 부적절한 기준에 따라 결정을 내릴 가능성이 줄어드는 점과 규칙에 대한 공개 조사의 빈도수가 증가함에 따라 행정 책임이 증가하는 점에 있다고 보았다. 나아가, 유사한 사례들이 유사한 방식으로 처리됨에 따라 행정의 효율성이 증대되고 형평에 부합하는 업무처리가 이루어질 수 있는 장점이 있고, 기준 설정에 더 많은 이해관계자의 참여가 이루어질 수 있도록 한다. 다만 단점으로는 규칙에 수반될 수 있는 과도한 법치주의(legalism)와 경직성 등을 들 수 있다. 그러한 단점에도 불구하고, 많은 학자들이 재량의 구조화를 지지하고 있다.[137]

그렇지만 재량이 여전이 규칙 등을 제정하는 것보다 결정권자에게 개별적인 사정을 고려하여 조치의 내용을 결정할 수 있도록 재량을 유보하여 두는 것이 적절한 분야도 분명 있을 것이다. 재량 문제가 본질적으로 주관적인 경우, 예를 들어 사회복지체계 내의 필요와 같은 경우, 규칙 적용은 적절하지 않을 수 있다. 아울러 사안의 핵심이 다중심적(polycentric)인 경우 규칙은 영향력이 서로 상호작용하는 복수의 지점을 통하여 한정적으로 중요해지고, 따라서 한 가지 변수의 변경은 다른 요인들에도 영향을 미칠 수 있다. 이러한 경우에는 사안이 복잡하거나 논란의 여지가 있으므로 행정기관이 규칙을 제정할 수 없으며, 그 결과 행정기관이 자체적으로 규칙을 제정하기에 아직 이르다고 생각하거나, 규칙 제정 이전에 더 많은 사례의 축적이 필요할 수 있다는 견해도 제시되고 있다.[138]

규칙과 재량 간의 최적의 균형점은 분야에 따라 상이할 것이다. 개별적 규제 맥락에 대한 깊이 있는 분석을 통해서만 그 균형점을 찾을 수 있다. 따라서 법원이 행정기관이 규칙을 제정하도록 강제하거나 설득해야 한다는 제안은 상당히 유보적인 시각에서 다루어져야 할 것이다. 법

---

136) Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Louisiana State University Press, 1969년; Discretionary Justice in Europe and America, University of Illinois Press, 1990년 참조.

137) Paul Carig, op. cit., 541-542 참조.

138) Paul Carig, op. cit., 542 참조.

원은 규칙 제정을 찬성하거나 반대하는 여러 다양한 주장 속에서 특정 영역에서 규칙의 영향력이 증가하는 것이 바람직한지 여부를 판단함에 있어 적절한 위치에 있다고 보기 어렵기 때문이다.[139]

제3절 계약 내용에의 구속에 기한 재량의 불행사

제2절에서는 행정기관이 재량을 보유할 때 결정에 앞서 자체적인 규칙을 활용할 수 있는 범위를 살펴보았다. 그 결과 행정기관의 재량행사에 대한 적법하지 않은 구속이 아닌 한, 법원은 행정기관을 자체 규칙의 제정을 허용한다는 점을 알 수 있었다.

재량권과 행정기관이 계약적 의무가 서로 상충할 때, 유사한 문제가 발생한다. 행정기관은 다양한 법률상의 권한과 의무를 가지는데, 이와 같은 행정기관의 권한과 의무가 행정기관이 사인(私人)과 체결한 기존의 계약적 의무가 충돌하게 된다. 법원은 법률상의 권한 내지 의무에 구속되어 어떠한 경우 계약의 내용이 무효화되는지 및 그 경우 계약 상대방이 계약의 내용이 폐기 내지 변경됨에 따라 발생하는 손해의 배상과 관련한 쟁점에 관하여 살펴보겠다.

I. 계약의 효력 판단기준 : 비양립성 검증

1. '비양립성 검증'의 기원

이른바 '비양립성 검증'(incompatibility test)이 최초로 이루어졌던 것

139) Paul Carig, op. cit., 544 참조.

은 1833년 ***Leake*** 사건[140]이다. 위 사건에서 법원은 배수시설로 사용되던 토지를 향후 25년간 고속도로로 활용되도록 공유지로 제공하는 것이 가능한지 여부를 판단함에 있어 '비양립성 검증'을 활용하였다. 법률의 목적이 고속도로로 활용되도록 공유지로 제공하는 것과 양립 불가능하다면, 당해 토지를 공유지화 할 수 없다는 것이었다. 그러나 공유지로서의 사용이 법률상 목적과 양립하는 경우, 당해 토지는 공유지화 될 수 있는 것으로 보았다.[141]

만약 행정기관이 사인(私人)과 체결한 계약이 다른 행정기관의 권한을 구속하는 경우 계약이 성립할 수 없다고 본다면, 매우 소수의 계약만이 유효하게 될 것이다. 그러나 이러한 접근은 비단 계약 상대방에 그치지 않고 행정기관에도 손해가 될 수 있는데, 행정기관도 통상적인 상거래의 당사자로서 계약을 체결할 필요가 인정되기 때문이다. 행정기관의 계약 체결 필요성, 계약 상대방에 대한 공정성, 그리고 당해 계약이 법적 권한을 제한하지 않도록 보장해야 하는 점 사이에서 균형을 찾아야 한다. 위와 같은 '비양립성 검증'은 계약이 다른 법적 권한 내지 의무와 양립하지 않는 경우가 아닌 한 계약이 유효하다는 기준을 제시함으로써 균형을 달성하고자 한 것으로 평가되고 있다.[142]

2. '비합리성 검증'의 발전

'비양립성 검증'에 기하여 계약의 내용을 유효화한 대표적인 예로 **Ayr Harbour** 사건[143]이 있다. Ayr Harbour 사건에서 행정기관으로부터 권한을 위탁받아 항구 관리를 담당하는 수탁인들(trustees)은 법률에 의

---

140) R. v Inhabitants of Leake (1833) 5 B. & Ad. 469.
141) Paul Carig, op. cit., 545 참조.
142) Paul Carig, op. cit., 545-546 참조.
143) Ayr Harbour Trustees v Oswald (1883) 8 App. Cas. 623.

하여 특정 토지를 특정한 작업에 취득할 수 있는 권한을 부여받았다. 수탁인들은 Oswald의 토지 일부만을 취득하고 Oswald의 나머지 토지에서 항구로 접근할 수 있도록 허용함으로써 수탁인들이 지급해야 하는 보상금액을 줄이는 것을 내용으로 하는 약정을 체결했다. 귀족원은 그와 같은 약정이 유효하지 않다고 판단하였는데, 의회가 토지를 강제로 취득할 수 있는 권한을 부여한 경우, 그러한 권한을 행사하지 않도록 구속하기 위한 계약은 무효라는 이유에서였다. 위와 같은 약정은 수탁인들에게 부여된 법률상의 권한을 무효화시킨다고 판단될 수 있고, 따라서 법률과 양립하지 않는다는 것이다. 이후 Ayr Harbour 판결은 행정기관이 법률상의 재량과 양립하지 않을 수 있는 사법(私法)상 의무를 부담하지 않아야 한다는 주장에 대한 근거가 되었다. 다른 사건들에서는 Leake 판결에서보다 더욱 엄격한 수준의 비양립성 검증 적용이 필요하다는 의견이 제시되기도 하였다.[144]

그에 반하여 비양립성 검증을 적용하면서도 보다 완화된 검증을 적용한 판결들도 있다. 항소법원은 ***South Easter Ry Co*** 사건[145], ***Stourcliffe Estates Co Ltd*** 사건[146] 등에서 법적 권한과 양립할 수 있는 한 행정기관은 제한적 약정을 체결할 수 있다고 보았는데, 행정기관이 그러한 약정을 체결할 수 없다면 잠재적 매도인이 매각 거래에 동의할 가능성이 낮아지기 때문에 행정기관에게도 불리하게 작용한다는 점을 강조하였다. 귀족원 또한 ***Birkdale District Electricity Supply*** 사건[147]에서 같은 취지로 판단하였다. Lord Sumner는 Southport Corporation이 부과하는 금액 이상으로 전기료를 인상하지 않겠다는 Birkdale Electricity Supply의 계약이 권한 외 계약이 아니라고 판단하였다. Lord Sumner은 당해 계약과 특정 금액 범위 내에서 원하는 금액을 청구할 수 있는 법적 권한 사이에

---

144) Paul Carig, op. cit., 546 참조.

145) South Eastern Ry Co v Cooper [1924] 1 Ch. 211, CA.

146) Stourcliffe Estates Co Ltd v Bournemouth Corp [1910] 2 Ch. 12, CA.

147) Birkdale District Electricity Supply Co Ltd v Southport Corp [1926] A.C. 355, HL.

비양립성이 존재하지 않는다고 판결했다. 위와 같은 판결은 재산권에 상응하는 무언가를 설정한 계약만이 법적 권한과 양립하지 않는다고 볼 수 있다고 해석될 여지가 있다. 즉, Lord Sumner는 Ayr Harbour 판결과의 차이점과 관하여 Ayr Harbour 사건에서는 수탁인들이 약정을 통하여 법률상 취득 가능한 토지를 취득하지 못하게 됨으로써 수탁인들의 법률상의 권한이 무효화되었는바, 이는 단순한 계약관계와는 차이가 있다고 보았다. 그러면서 만약 수탁인들이 Oswald에게 부두에 바지선을 정박할 수 있도록 영속적으로 허용하는 약정을 체결하였다면 Ayr Harbour 사건에서의 결론은 달라졌을 것이라고도 하였다.[148]

3. 양립가능 여부의 판단기준 및 적용

비양립성 검증은 British Transport Commission 판결을 통하여 검증법의 하나로서 완전히 자리 잡게 되었다. 양립성은 합리적 예측을 통하여 판정된다. 문제는 계약과 법령 간의 분쟁 발생에 대하여 합리적으로 예측할 수 있는지 여부이다. 분쟁이 발생할 수 있는 가능성만으로는 충분하지 않다. 따라서 비양립성의 존재는 일부는 사실관계에 대한 질의를 통하여, 그리고 일부는 법률의 구성에 따라 결정된다. ***Kilby*** 사건[149]에서는 법률이 결정적 역할을 하였는데, 법원은 지방자치단체의 임대차계약이 일방적 통지를 통하여 변경될 수 있다고 법률상 명시된 경우 임차인 측에 계약변경에 대한 완전한 거부권을 부여함으로써 위와 같은 권한을 제약하는 계약은 법률과 양립할 수 없다고 판단하였다.[150]

그러나 이때 유념하여야 할 것이 '비양립성 검증'이 법적 권한의 유효한 행사를 제한하는 것까지 제한하는 것은 아니라는 것이다. 즉, 비양

148) Paul Carig, op. cit., 546-547 참조.
149) R. (Kilby) v Basildon DC [2007] EWCA Civ 479.
150) Paul Carig, op. cit., 547 참조.

립성 검증은 법적 권한의 유효한 행사가 아닌 계약을 통해 미래의 법적 권한의 행사를 미리 구속하려는 시도가 허용되어서는 안 된다는 것이다. 이에 관한 예로 ***Dowty Boulton Paul*** 사건[151]을 들 수 있다. 1936년 피고 회사는 공장 설립을 위하여 항공사에 일구획의 토지를 양도하며 항공사가 공항을 지역공항으로 유지하는 한 99년 이상의 기간 동안 사업 목적으로 지역 공항을 사용할 수 있는 권리도 함께 양도했다. 또한 위 양도 약정에서 항공사의 공항 관련 사업 처리 권한을 침해하지 않으면서 양 당사자들의 권한행사가 원고의 권리에 부적절한 영향을 미쳐서는 안된다고 정했다. 이후 1970년에 피고 회사는 입장을 바꿔 위 토지를 주거지로 사용하고자 하였고, 이에 비행장 용도 승인의 갱신을 거부하였다. 이에 대하여 원고는 임대차계약에 의존하였으며, 피고 회사는 원고의 행위가 주거지를 제공할 법적 권한을 구속하므로 권한 외 행위에 해당한다고 주장했다. Pennycuick 판사는 원고의 손을 들어주었다. 비양립성 관련 사건은 법적 권한의 유효한 행사가 아닌 미래의 법적 권한의 행사를 미리 구속하려는 시도와 관련되어 있고, 법적 권한이 유효하게 행사되어 수년 동안 기간을 연장할 수 있는 권한을 발생시키는 경우와는 관련 없다고 보았다. 권한의 존재는 동일한 사안에 대하여 다른 법적 권한을 배제시켰으나, 향후의 권한행사를 구속한다고는 판단될 수는 없다고 보았다. 이러한 판결은 하나의 법적 권한에 따라 (임대차)계약이 체결되는 경우 그러한 법적 권한은 또 다른 법적 권한과 양립할 수 없다는 의미이다. 어떠한 법에 의하여 행정기관이 토지의 임대차와 관련된 일반적인 권한을 부여받을 수는 있지만, 그러한 권한은 이후의 법적 권한과는 양립하지 않게 된다.[152]

비양립성 검증의 적용에 관한 이와 같은 판례의 입장은 ***Blake*** 사건[153]에서 보다 명확히 드러났다. 회사는 1875년 법령에 따라 공원 용도

---

151) Dowty Boulton Paul Ltd v Wolverhampton Corp [1971] 1 W.L.R. 204 Ch D.

152) Paul Carig, op. cit., 548 참조.

153) Blake (Valuation Officer) v Hendon Corp (No. 1) [1962] 1 Q.B. 283, CA.

의 토지를 취득하면서 국가가 평가 목적으로 실소유권을 보유한다고 주장하였다. 평가 담당관(valuation officer)이 이에 이의를 제기하여 그러한 국유지화는 공원의 경우 지방자치단체에게 임대권한을 부여하는 「1933년 지방정부법」(Local Government Act 1933)과 양립할 수 없다고 주장했다. 위와 같은 방식으로 공원 용도의 토지를 취득할 수 없다는 것이었다. Devlin 판사는 두 개의 법적 권한이 충돌하는 경우는 양 법률의 해석문제에 해당한다고 판단했다. 1933년 법상의 임대권은 1875년 법에 종속되는 것으로 보았다. 다만 1933년 법이 우세한 경우가 있을 수 있다고 하면서 1933년 법이 공원용 토지의 임대를 허용하는 특정한 조항을 명시하는 경우를 예로 들었다.[154]

Paul Carig 교수는 Devlin 판사의 분석방법이 보다 정교한 것으로 볼 수 있다고 평가하였다. 두 개의 법적 권한은 해석이 대상이 되고, 더 늦은 시점에 제기되는 법적 권한이 이전의 권한에 의한 행위와 비양립적 관계에 있는지 여부에 관한 판단이 이루어져야 한다. 이전의 법적 권한에 의한 임대권의 부여가 이후의 법적 권한에 기하여 무효가 된다고 볼 수 없는 것이다. 다만 Devlin 판사의 예에서 볼 수 있듯이, 이후에 제정된 법률이 과거의 법률에 따른 법적 권한의 행사와 양립하지 않는 결과를 강제하는 조항을 포함할 가능성도 존재한다.[155]

그러나 이후의 법률이 단순히 더 넓은 범위의 재량을 정하고 있고, 행정기관이 이를 계약 또는 과거의 법률에 따라 설정된 재산권에 부합하지 않는 방식으로 행사하려 하는 경우도 있을 것이다. 이러한 경우에 대하여, Anne Davies 교수[156]는 법원이 이후에 등장한 법적 권한의 행사를 위하여 계약의 이행을 방해하는 것이 반드시 필요한지에 대하여 평가하여야 한다는 설득력 있는 주장을 했다. 이때 법원은 '비례성 검증'(pro-

154) Paul Carig, op. cit., 548-549 참조.

155) Paul Carig, op. cit., 549 참조.

156) Anne Davies, "Ultra Vires Problems in Government Contracts", 122 L.Q.R. 98, 2006년, 110 참조.

portionality test) 방식을 사용하고, 행정기관에 이후에 등장한 법적 권한의 행사를 통해 증진하고자 하는 공공의 이익을 설명하도록 요구하며, 그러한 공공의 이익 목표가 계약 상대방에 대한 침해를 정당화할 정도로 충분히 우선하는 공공의 이익이 인정되는지 여부를 판단할 수 있다고 보았다.[157]

II. 양립불가능한 계약의 계약 상대방에 대한 권리구제

계약의 내용이 법적 권한, 의무와 양립하지 않는 것으로 판단될 경우 계약 상대방이 그로 인하여 발생한 손해를 전보 받을 방법이 문제된다. '비양립성 검증'에 기하여 계약의 효력이 부정되는 경우 계약 상대방이 행정기관을 상대로 한 손해배상 청구 소송에서 손해배상청구권의 요건인 '계약위반'을 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 이때 행정기관의 의무위반을 인정하기 어려울 수 있는데, 계약 상대방의 손해는 행정기관의 권한행사 내지 의무이행으로 인하여 발생한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이는 행정기관이 상거래의 당사자로 행위하는 동시에 공적으로 기능할 수 있는 사실을 뚜렷하게 보여줄 뿐이다. 따라서 계약위반이 인정되는 것은 행정기관이 계약과 양립하지 않는 행정기관으로서의 역할을 하지 않겠다는 명시적 또는 묵시적인 약속을 하는 경우에만 가능할 수 있다. 그러나 행정기관이 그와 같은 약속을 하는 것이 가능하지 않을뿐더러, 현실적으로도 그러한 약속을 하는 경우를 찾기는 어려울 것이다. 명시적 약속은 분명 권한외 행위에 해당하므로 묵시적 약속 또한 있을 수 없다. 즉, 일반적인 계약위반에 기한 손해배상책임의 문제로 접근하여서는 해결이 쉽지 않을 수 있다.[158]

---

157) Loc. Cit.

158) Paul Carig, op. cit., 549-550 참조.

그렇지만 계약이 양립불가능하다고 보아 계약 내용이 폐기 내지 변경되는 경우에 있어 계약 상대방이 이로 인하여 상당한 손해를 입을 수 있다는 점에서, 아무런 배상도 받을 수 없다는 것은 계약 상대방인 사인(私人)에게 가혹한 처사가 될 수 있다. 따라서 행정기관의 행위의 적법성을 인정하면서도 손해의 배상이 가능할 수 있는 구제수단이 요구된다.[159]

이와 관련하여 프랑스의 '군주행위 이론'(theorie du fait du prince)이 시사하는 바가 크다고 보여진다. 프랑스에서는 계약의 공법적인 성격으로부터 도출되는 이른바 '군주행위 이론'에 의해 공익상 불가피성을 근거로 한 행정의 일방적 해지특권이 인정되는 것으로 보는데, 이 경우 계약 상대방은 손해배상을 받을 수 있다. 계약 상대방은 행정기관과 동일한 일방적 해지권은 없고, '불가항력'(force majeure)의 경우에만 예외적으로 계약을 해지할 수 있을 뿐이다. 이른바 '불예견 이론'(theorie de 1'imprevision)에 의해 행정기관과 계약 상대방은 공히 계약내용의 변경을 요구할 수 있다.[160] 이와 같은 군주행위 이론을 적용한다면 양 당사자들이 예측 불가능한 손실을 함께 부담하고, 행정기관과 계약을 체결한 상대방은 계약의 내용이 폐기 내지 변경된 경우 그로 인하여 발생하게 되는 손해를 배상받을 수 있다. 행정기관이 공적 역할을 수행하면서 한 행위에 계약이 영향을 받아 계약 상대방에게 손해가 발생하는 경우 적용 가능한 유연성을 갖춘 구제수단이 될 수 있을 것으로 판단된다.[161]

---

159) Loc. Cit.

160) 박정훈, "행정조달계약의 공법적 성격", 국방 조달계약 연구논집, 2005년, 19-20면 참조

161) Paul Carig, op. cit., 551-552 참조.

제5장 우리나라에의 시사점

제1절 사법심사 방식·강도의 유형화·체계화 필요

앞서 본 바와 같이 영국법상 행정재량의 사법통제에 있어 가장 특징적인 사항은 역사적으로 합리성 심사에서 비례성 심사로 심사기준이 변경되어 왔다는 것이다. 그에 반하여 우리나라의 경우 처음부터 비례원칙은 모든 국가작용에 적용되는 헌법상의 법원칙이면서 행정재량에 대한 통제에 있어서 중요한 수단이었다.

> "징계처분에 있어 재량권의 행사가 비례의 원칙을 위반하였는지 여부는, 징계사유로 인정된 비행의 내용과 정도, 그 경위 내지 동기, 그 비행이 당해 행정조직 및 국민에게 끼치는 영향의 정도, 행위자의 직위 및 수행직무의 내용, 평소의 소행과 직무성적, 징계처분으로 인한 불이익의 정도 등 여러 사정을 건전한 사회통념에 따라 종합적으로 판단하여 결정하여야 할 것이다(대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결)"
> "제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교 교량하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결)."

이를 통해 처음부터 행정재량에 대한 적극적인 사법통제가 가능할 수 있었다는 점은 긍정적인 부분이라 할 것이다. 다만 위와 같은 영국에서의 행정재량에 대한 사법심사 기준의 변화 과정에서 주목하여야 할 부분

은 합리성 심사와 비례성 심사 기준의 대립 과정에서 행정재량에 대한 사법통제의 본질, 한계에 관하여 치열한 고민과 논쟁이 있어 왔고 이와 같은 점진적인 발전과정에서 행정재량에 대한 사법통제가 행정행위의 성격, 당사자에게 미치는 영향 등을 기준으로 사법심사 방식의 유형화가 이루어질 수 있었다는 점이다. 예를 들어 행정기관의 결정이 '기본적 권리'(fundamental right)와 관계된 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 전자에 대하여 현재 영국 대법원은 비례성이 일반적 심사기준이 될 수 있는 것으로 보고 있을 뿐만 아니라 비례성이 일반적 심사기준이 되어야 한다는 견해에서도 심사강도를 달리하여야 한다는 점에 대하여는 대체로 견해가 일치하고 있다.

우리나라에서도 개발제한구역지정처분 등 행정계획의 영역에 있어서는 이른바 '계획재량처분'이라고 하고 하여, 비례성 심사를 하면서도 일반적인 행정결정과 비교하여 보다 훨씬 더 넓은 재량권을 인정하여 사법심사의 강도를 달리하고 있기는 하다.

> "개발제한구역지정처분은 건설부장관이 법령의 범위 내에서 도시의 무질서한 확산 방지 등을 목적으로 도시정책상의 전문적·기술적 판단에 기초하여 행하는 일종의 행정계획으로서 그 입안·결정에 관하여 광범위한 형성의 자유를 가지는 계획재량처분이므로, 그 지정에 관련된 공익과 사익을 전혀 비교교량하지 아니하였거나 비교교량을 하였더라도 그 정당성과 객관성이 결여되어 비례의 원칙에 위반되었다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 그 개발제한구역지정처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 것이라고 할 수 없다(대법원 1997. 6. 24. 선고 96누1313 판결)."

다만 이와 같이 계획행정결정의 영역을 제외하면, 아직까지 행정재량의 유형별로 사법심사에서의 고려요소, 사법심사의 강도 등에 관하여 깊이 있는 분석이 이루어지고 있지 않은 실정이다. 물론 이러한 분석은 선험적으로 이루어질 성질의 것이 아니라 일차적으로 축적된 사례에 대한 분석에 터 잡아 이루어질 수밖에 없는바, 과거 행정재량에 대한 사법심

사가 이루어진 행정 영역이 제한적이었다는 점에서 기인한 측면도 있다. 그러나 이제는 과거 행정청과의 관계를 고려하여 소송을 제기하지 못하거나 자제할 수밖에 없었던 방송통신, 금융, 환경 등 다양한 분야에서 점차 사례가 축적되어 가고 있는 상황이다. 행정법 각론으로 들어가 개별 영역에서의 행정재량의 특성을 바탕으로 그에 대한 당사자의 권리구제 측면은 물론 행정비용의 증가, 향후 재량행사 방식에 미치는 영향 등까지 고려한 적절한 사법통제의 방식에 관한 분석이 이루어져야 할 것으로 사료된다. 이와 같은 분석이 선행되지 않는다면, 개별 사건에서 당사자의 주장과 판사의 판단에 전적으로 의존할 수밖에 없을 것이다.

이와 같은 분석 과정에서 영국에서의 사례들은 도움이 될 수 있을 것으로 판단된다. 예를 들어 우리나라에서 점차 급부행정의 중요성이 커지고 있는데 그 구체적인 내용을 결정할 때 예산의 부족 등 재정적인 여건을 고려할 수 있는지, 고려한다면 어느 범위에서까지 고려할 수 있을 것인지와 관련하여, 앞서 소개된 Barry 사건와 Tandy 사건 사례는 분석의 단초가 될 수 있을 것이다.

제2절 행정재량 판단에 대한 사법적 존중

영국법상 행정재량에 대한 사법심사에 있어 또 하나 주목하여야 할 사항은 법원은 행정의 재량평가를 대체할 수 없다는 전제 하에 행정재량에 대하여 제한적인 사법심사가 이루어져야 한다는 점을 강조하여 왔다는 것이다. 비례성 심사로 사법심사 방식의 중심이 이동하여 가는 상황하에서도, 행정재량 판단에 대한 존중을 바탕으로 법익의 균형성 등에 대한 심사가 자칫 행정에 대한 과도한 개입이 이루어져서는 안 된다는 점은 지속적으로 강조되고 있다.

이에 반하여 우리나라에서는 종래 행정재량에 대한 통제를 강조하여 왔다. 이는 과거 권위주의 정부 하에서 행정에 대한 불신에 터 잡아 당사자의 권리구제를 위하여 법원이 좀 더 적극적인 역할을 하여야 한다는 국민적 요구에서 비롯된 것으로도 볼 수 있다.

다만 그 과정에서 일부 부작용도 있었다. 재량권이란 행정기관이 행정권을 행사함에 있어서 둘 이상의 다른 내용의 결정 또는 형태 중에서 선택할 수 있는 권한을 말한다. 재량권은 구체적 타당성(합목적성)이 있는 행정을 위하여 입법자에 의해 행정권에 부여되고, 재량권의 행사에 의해 행해지는 행정행위를 재량행위라고 한다. 다만 행정청에 재량권이 부여된 경우에도 재량권은 무한적한 것은 아니면 일정한 법적 한계가 있는데 그 한계를 넘은 재량권 행사에 대한 사법심사로서 비례원칙 등에 따른 심사가 이루어지는 것이다. 즉, 행정재량에 대한 사법심사는 일정 범위에서 행정기관에 선택의 권한이 인정됨을 전제로 그 선택의 한계를 벗어난 결정 등에 대하여 법원이 개입하는 것이다. 예를 들어, 1부터 10까지의 선택 중 4부터 7까지가 행정청에 부여된 정당한 재량의 범위라고 한다면, 3 내지 8, 9의 결정이 이루어지는 경우 법원의 개입이 정당화될 수 있는 것이다.

그런데 당사자의 권리구제 측면이 치중하여 사법심사를 하다보면 행정청이 7의 결정을 하였는데 법원이 판단하기에 5 내지 6의 결정이 보다 타당하다는 이유에서 비례원칙에 위배됨을 이유로 7의 결정을 취소하였다는 비판이 제기될 수 있는 사례도 엿보인다. 특히 징계처분에 대한 사법심사에서 그러한 측면이 없지 않은데, 이는 법원에 익숙한 영역이라는 사정도 일부 기인한 것으로 볼 여지가 있다. 그와 같은 적극적인 사법심사가 개별 사안에서 보다 구체적 타당성 있는 결과로 귀결되는 경우도 물론 있겠지만, 법원이 과연 그러한 결정을 할 만한 역량을 갖추었는지 여부는 차치하고서라도, 권력분립의 원칙에 비추어 바람직하다고 볼 수 있는지, 장기적으로 보았을 때 공익과 사익의 조화 및 행정의 효율 제고

에 기여할 수 있을 것인지의 문제가 제기될 수 있다.

이와 같은 문제의식에 비추어 보았을 때, 최근 선고된 대법원 2017. 10. 31. 선고 2017두46783 판결은 시사하는 바가 크다. 위 대법원 판결은 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 폭넓게 존중될 필요가 있다는 점을 분명히 하면서 이러한 사항은 재량권 일탈·남용 심사를 함에 있어 고려되어야 한다고 보았다. 그 판단의 근거로 환경보전 의무에 관한 헌법 제35조 제1항, 환경정책기본법상 관련 제 규정을 드는 등 판시의 직접적인 적용범위는 환경 영역으로 한정되기는 하지만, 판례가 행정재량 판단을 존중하는 방향으로 전환을 모색하고 있는 것으로 평가할 여지가 있다.

> "행정청이 적합 여부 결정을 위하여 '환경기준의 유지를 곤란하게 하는지 여부'를 검토할 때에는 사람의 건강이나 주변 환경에 영향을 미치는지 여부 등 생활환경과 자연환경에 미치는 영향을 두루 검토하여 그 적합 여부를 판단할 수 있다고 봄이 타당하다. 이것이 법률의 문언이나 입법 목적에 부합할 뿐만 아니라 위에서 본 헌법 규정과 관련 법령의 취지에도 합치된다. 이러한 적합 여부 결정은 공익에 관한 판단을 해야 하는 것으로서 행정청에 광범위한 재량권이 인정된다. 적합 여부 결정과 관련한 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 당해 지역의 자연환경, 주민들의 생활환경 등 구체적 지역 상황, 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형과 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. 따라서 '자연환경·생활환경에 미치는 영향'과 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리적이지 않다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있다. 이러한 사항은 적합 여부 결정에 관한 재량권의 일탈·남용 여부를 심사하여 판단할 때에도 고려하여야 한다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결 등 참조)."

물론 행정재량 판단에 대한 존중이 자칫 행정기관의 자의적인 권한행

사로 이어지지 않도록 항상 경계하여야 할 것이다. 행정재량 판단을 존중하면서 재량을 적절한 범위에서 제한, 통제하는 것은 필수불가결하다 할 것인데, 이를 위한 제도적 수단은 반드시 법원의 사법심사에 한정되는 것은 아닐 것이다. 이러한 측면에서 논문에서 소개한 Kenneth Davis 교수의 제시하는 방법론은 시사하는 바가 크다고 할 것이다. ① 추상적인 법적 요건을 보다 구체화하거나 체계적인 규칙을 만드는 등의 방법을 통해 불필요한 재량권을 없애거나 필요한 범위 내로 한정하고, ② 공개적인 계획 수립, 정책 설명 및 규칙 제정과 공개적인 사실관계 파악, 처분의 근거와 이유 제시 등 행정절차의 진행 및 판결의 공개 등의 방법을 통한 재량을 구조화하며, ③ 사법심사 이외에도 상급기관의 감독, 행정심판 등을 통해 재량행사의 적법성을 확인함으로써 재량을 통제할 수 있을 것이다. 이를 위하여 행정학, 재정학 등 다른 인접 학문 분야와의 통섭(統攝)적인 연구를 필요로 할 수도 있다.

제3절 재량준칙에 기한 형식적 재량행사의 지양

행정규칙이란 행정조직내부에서의 행정의 사무처리준칙으로서 제정된 일반적·추상적 규범을 말한다. 그 중 재량권 행사의 기준을 정하는 행정규칙을 재량준칙(載量準則)이라 한다. 재량준칙의 제정에는 별도의 법적 근거를 요하지 아니하는바, 행정기관의 처분권 및 자율권에 근거하여 자유롭게 제정할 수 있다. 판례는 원칙적으로 행정규칙에 대하여 대외적 구속력을 인정하지 않지만, 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행이 성립한 경우 당해 재량준칙에 자기구속력을 인정하고 재량준칙이 객관적으로 보아 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 수 없는 이상 그에 관한 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다고 보아, 재량준칙에 대하여 사실상의 대외적 구속력을 인정하는 학설상의 다수적인 견해와 사

안 해결에 있어 큰 차이가 없는 것으로 볼 수 있다.

> "재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7967 판결)."

> "설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 보이는 경우 또는 그러한 기준을 설정하지 않은 채 구체적이고 합리적인 이유의 제시 없이 사업계획의 부적정 통보를 하거나 사업계획서를 반려하는 경우에까지 단지 행정청의 재량에 속하는 사항이라는 이유만으로 그 행정청의 의사를 존중하여야 하는 것은 아니고, 이러한 경우의 처분은 재량권을 남용하거나 그 범위를 일탈한 조치로서 위법하다고 할 것이다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2004두961 판결)."
> "야생동·식물보호법 제16조 제3항에 의한 용도변경승인은 특정인에게만 용도 외의 사용을 허용해주는 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위로서 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, (중략) 용도변경을 승인하기 위한 요건으로서의 용도변경의 불가피성에 관한 판단에 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(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두23033 판결)."

실제 재량행사에 있어 대부분의 사안은 재량준칙에 근거하여 이루어지는 것이 일반적이다. 물론 특별한 사정이 있는 경우 재량준칙에서 정한 기준에서 벗어나거나 재량기준을 추가하여 결정하는 것도 가능하지만(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7967 판결 참조), 행정청의 의사결정의 특성을 고려하였을 때 주민의 반대 등을 의식한 지방자치단체 장의 정치적인 판단이 개재되어 있는 경우 등과 같은 예외적인 경우를 제외하면 위와 같은 경우는 이례적이다. 즉, 재량준칙은 재량요건의 포섭 판단과

함께, 행정재량 행사에 있어 핵심이라 할 것이다. 그러나 재량준칙의 법적 성격을 그 실질과 달리 국민의 법적 지위에 직접적인 영향을 미치지 않는 행정내부조치로 봄으로써 그 자체가 항고소송의 대상이 아닌 것으로 봄에 따라 재량준칙에 대한 효과적인 사법통제가 이루어지기 않고 있다. 법원에서는 처분이 매개된 경우 간접적 통제(부수적 통제)가 이루어질 뿐이고 예외적으로 헌법재판소의 어지고 헌법소원을 통해 그 적법성에 대한 심사가 이루어지고 있다.

영국에서도 우리나라와 마찬가지로 재량준칙이 행정재량 판단에 있어 중요한 역할을 하고 있음을 확인할 수 있었다. 그런데 여기서 주목할 점은 재량준칙에 따른 재량행사의 사법심사와 관련하여 '재량의 불행사'의 관점에서 접근하고 있다는 것이다. 즉, 개별 사건의 구체적인 사정에 대한 고려 없이 재량준칙에 기해서만 행정기관의 결정이 이루어지는 경우 이는 '재량의 불행사'(failure to exercise discretion)로서 허용될 수 없다고 보는 것이다.

우리나라에서도 '재량의 불행사'를 위법한 재량행사의 한 태양으로 설명하는 것이 일반적이지만, 재량준칙의 존부 및 그 내용과의 관계 측면에서의 분석은 활발하게 이루어지고 있지 않다. 그런데 영국에서의 논의와 같이, 어떠한 경우 재량준칙을 만드는 것이 적합한지에 관한 깊이 있는 고민 없이 책임모면 등 여러 복합적인 요인으로 무수한 재량준칙이 만들어지고 점차 그 내용이 세분화면서 재량준칙에 따른 재량행사가 사실상 '재량의 불행사'와 실질적인 차이가 없을 수 있다. 이는 법률에서 행정청에 당해 행정결정을 함에 있어 재량을 부여한 취지와는 배치될 수 있다.

이에 대한 대처방안으로는 처분의 근거와 이유 제시의 실질화 등을 통해 개별 행정결정에 있어 신청인의 구체적인 사정을 고려할 수 있도록 하는 제도적 장치를 확립하는 방안이 고려될 수 있을 것이다. 아울러 법원에서도 보다 전향적으로 재량준칙에 대한 사법심사의 범위를 확대하는

것을 적극적으로 고려할 시점이라고 판단된다. 이를 위한 구체적인 방법에 관하여는 이미 많은 논의와 의견제시가 있어왔기 때문에 그에 관한 내용은 생략하도록 하겠다.

제6장 요약 및 결어

제1절 요약

본 연구는 영국법상 행정재량에 대한 사법통제와 관련한 판례의 흐름 등을 검토해 본 후, 영국법상의 발전이 우리에게 시사하는 점들을 고찰해 보는 것을 그 내용으로 하였다.

예비적 고찰의 장[제1장]에서는 영국에서 전통적인 공・사법 이원체계(公・私法 一元體系)에서 공・사법 이원체계(公・私法 二元體系)로 전환하는 과정에서의 행정법의 발전 민 행정소송 제도의 확립에 관한 살펴보았다. 그리고 다음으로 과거 Wednesbury 판결을 비롯하여 권한유월 원칙에 따른 행정재량에 대한 사법심사와 이후 비례성 심사기준의 도입 등 사법심사 척도의 변화와 관한 내용을 개관하였다. 이와 같은 내용들은 대륙법계에 속하는 우리법과는 그 체계를 달리하는 영국법의 내용 및 사법체계를 적절하게 이해하는데 필요한 기초로서 기능할 수도 있을 것이다.

재량에 대한 합리성 기준에 따른 심가[제2잠]에서는 먼저 Wednesbury 판결 이전까지 위법성 판단기준으로 활용되었던 ① '부적절한 목적'(improper purpose), ② '부당고려'(irrelevancy), ③ '악의'(bad faith)의 구체적인 내용과 관련 사례에 관하여 살펴보았다. 그리고 다음으로 Wednesbury 판결에서 제시된 비합리성의 구체적인 내용과 Wednesbury 판결에서 제시한 비합리성 기준에 따라 합리성 심사기 이루어진 판례들을 기본적 권리와 관련된 사건과 그렇지 않은 사건으로 나눠 살펴보았다. 영국법은 전통적으로 합리성 심사만을 인정하여 왔고 이

에 따라 사법심사가 제한적일 수밖에 없었다. 그러나 일찍부터 기본적 권리와 관련된 사건에서 그러한 협소한 형태의 합리성 심사에서 벗어나 법원이 적극적 역할을 하였을 뿐만 아니라, 기본적 권리에 관한 사건이 아닌 경우에서도 좀 더 면밀한 합리성 심사를 활용하고 있음을 확인할 수 있었다. 이를 바탕으로 향후 행정재량에 대한 사법심사의 기준으로서 Wednesbury 기준의 활용 가능성에 관하여 살펴보았다.

재량에 대한 비례성 기준에 따른 심사의 장[제3장]에서는 행정재량에 대한 비례성 기준에 의한 심사와 관련하여 인권법 및 유럽연합법 적용 사안와 일반적인 사안에서 비례성 기준이 어떻게 적용되어 왔는지 구체적인 사례들을 분석하였다. 「1998년 인권법」, 유럽연합법 적용 사안에서 시작하여 이제는 다른 일반적인 사건에서도 비례성 심사가 활발하게 이루어지고 있음을 확인할 수 있었다. 이에 아직까지는 행정재량에 대하여 일반적으로 비례성 심사가 이루어지고 있다고 평가할 수는 없겠지만, 일반적인 심사기준이 되어야 한다는 견해가 점차 힘을 얻고 있으며, 최근 2016년 대법원은 Toussef 사건에서 기본적 권리 관련 사건에서 비례성이 재량심사의 기준이 된다고 판단하기도 하였다. 이와 같은 분석을 바탕으로 합리성과 비례성의 향후 역할 및 비례성이 사법심사의 일반적 표제가 되어야 하는지 여부에 관한 최근 영국에서의 논의에 관하여 살펴보았다.

재량의 불행사의 장[제4장]에서는 재량 불행사가 문제되는 유형은 가운데 ① 개별 사안의 구체적인 사정을 고려하지 않고 규칙, 지침 등을 기계적으로 적용하여 결정하는 경우와 ② 계약을 체결하고 그 내용에 기속되어 법률이 행정기관에 부여하는 재량의 행사가 이루어질 수 없는 경우에 관한 쟁점에 관하여 살펴보았다. 먼저 규칙, 지침 등 재량준칙을 기계적으로 적용함으로써 실질적인 재량행사가 이루어지지 않는 경우에 있어서의 관련 쟁점에 관하여 살펴보았다. 기존에 제정되어 있은 규칙, 지침 등이 존재하는 경우, 규칙 등에 부여될 수 있는 영향력과 그 내용에

대한 통제, 그리고 신청인이 규칙의 적용배제를 구하는 경우와 적용을 구하는 경우 각각의 절차상 권리 등에 관한 쟁점에 관하여 살펴보았다. 이후 반대로 행정기관이 현재 규칙, 지침 등을 제정하지 않은 경우, 법원이 행정기관에 규칙 등을 제정하도록 강제 내지 권고하는 것이 바람직한지에 관하여 살펴보았다. 다음으로 행정기관이 계약을 체결함에 따라 법률에 의하여 부여된 재량의 행사가 제한되는 경우에 있어서의 관련 쟁점에 관하여 살펴보았다. 이에 관하여 영국에서는 '비양립성 검증'(The Incompatibility Test)이라는 주제로 논의되어 왔는데, '비양립성 검증'의 기원과 그 이론의 발전과정, 그리고 그 구체적인 적용 사례에 관하여 살펴보았다. 또한 계약이 법령상 행정청에 부여되는 재량과 양립할 수 없어 계약 내용이 폐기 내지 변경되는 경우 계약 상대방의 손해전보와 관련하여, 프랑스에서의 '군주행위 이론'(theorie du fait du prince)의 활용 가능성에 관하여 살펴보았다.

마지막으로 우리나라의 시사점의 장[제5장]에서는 영국에서의 논쟁점을 바탕으로 우리에게 시사하는 점들을 제시하여 보았다. ① 사법심사 방식·강도의 유형화·체계화, ② 행정재량 판단에 대한 존중 및 ③ 재량준칙에 기한 형식적 재량행사의 지양에 관한 내용을 제시하였다.

제2절 결어

앞서 본 바와 같이 행정재량에 대한 사법심사의 기준이 과거 사법심사의 강도가 낮은 '합리성 기준'에서 강도가 높은 '비례성 기준'으로 변화하여 왔고, 그 과정에서 행정과 사법의 역할분담, 행정의 효율성, 공익실현 및 당사자의 권리구제의 조화 등 행정재량에 대한 사법통제의 근거와 그 한계에 관하여 깊이 있는 연구와 토론이 이루어졌음을 확인할 수 있었다. 이와 같은 영국법상 사법통제 방법의 발전과정에 대한 연구를

통해 우리나라 제도에 있어서도 몇 가지 시사점을 얻을 수 있었다.

이와 같은 합리성, 비례성 기준에 따른 심사와 비례성 심사는 행정기관이 재량을 행사하였으나 그 한계를 벗어난 우리나라의 '재량의 일탈·남용'에 대한 사법심사로 볼 수 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 재량의 일탈·남용과는 구분되는 행정재량의 위법성의 다른 태양인 법률 등에 의하여 행정기관에 재량이 부여되었음에도 이를 행사하지 않는, 이른바 '재량 불행사'와 관련하여, ① 규칙, 지침 등의 재량준칙을 기계적으로 적용하는 경우와 ② 행정기관이 사인과 체결한 계약에 구속되어 재량 행사가 불가능한 경우 문제되는 쟁점에 관한 판례와 관련 논의를 검토하였다. 우리나라와는 다소 다른 관점에서 접근하여 문제를 해결하고자 하는 것을 확인할 수 있는바, 이를 통해 우리나라에서의 착안점을 모색해 볼 수 있었다.

영국은 일원적 법원체계를 채택하고 있으면서 1977/1981년의 행정소송 개혁을 통해 별도의 행정소송절차와 행정사건에 대한 전속적인 제1심의 재판관할이 인정하면서 현재 비교법적 측면에서 우리와 가장 유사한 체계를 갖추고 있는 것으로 평가된다. 그러나 그동안 우리의 비교행정법 연구는 독일, 프랑스 등에 집중되고 영국의 경우 상대적으로 깊이 있는 연구가 이루어지지 않았는데, 그 이유 중 하나는 영국 법원이 행정재량에 대한 사법심사에 소극적이라는 인식에 기인하였다. 그렇지만 우리나라에서도 종래 행정에 대한 사법의 적극적 역할의 필요성을 강조하였지만, 우리 행정법이 추구하여야 할 방향은 사익과 공익을 조화시키고 공익 실현을 위한 행정의 자율적 책임성을 강조하는 단계로 나아가는 것이다.[162] 오랜 법치주의의 전통 속에서 처음부터 행정의 자율적 책임성을 강조하는 입장이었던 영국 행정법상 행정재량에 대한 사법통제에 관한 연구를 통해 우리의 행정재량에 대한 사법통제의 발전에 있어 단초를 제공받을 수 있을 것이다.

---

162) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2015년, 제1장 참조

참고문헌

Ⅰ. 국내 문헌

1. 단행본

김남진・김연태, 행정법1, 제19판, 법문사, 2015년

김동희, 행정법1, 제24판, 박영사, 2018년

박균성, 行政法論(上), 제17판, 박영사, 2018년

박윤흔, 최신행정법강의(상)(개정30판), 박영사, 2009년

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005년

_____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2016년

이상규, 영미행정법, 법문사, 2001년

홍정선, 행정법원론(상), 제26판, 박영사, 2018년

2. 논문

김두현, "영국의 행정입법제도에 관한 연구", 공법연구(제26집 제2호), 한국공법학회, 1998년

박정훈, "상호관련적 법구체화 절차로서 행정절차와 행정소송", 법학(45권 1호), 서울대학교 법학연구소, 2004년

_____, "영국법 – 제4장 영국 행정법 개관", 사법연수원, 2012년(93-162면)

_____, "행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화", 행정법학(제2호), 2012년

_____, "행정조달계약의 공법적 성격", 국방 조달계약 연구논집, 2005년

안동인, "영국법상 신뢰보호원칙에 대한 연구 – 다원적 법비교를 통한 우리나라 판례의 비판적 검토", 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2004년

_____, “영국법상의 공사법 이원체계에 관한 연구 – 사법심사청구제도와 관련하여”, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2009년

윤진수, “영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향”, 서울대학교 법학(제43권 제1호), 서울대학교 법과대학, 2002년

이재석, “2005년 헌법개혁법에 나타난 영국의 사법개혁에 대한 개괄적 고찰: 대법관 신설과 법관인사제도 개력을 중심으로”, 외국사법연수논집 27(재판자료 제113집), 법원도서관, 2007년

이정선, “1972년 유럽공동체법과 1998년 인권법이 영국의 의회주권에 미친 영향”, 공법연구(7권), 서울대학교 법과대학, 2000년

폴크마르 괴츠(박정훈 역), “유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙“, 법학(제38권 3・4호), 서울대학교 법학연구소, 1997년

Ⅱ. 국외 문헌

1. 단행본

Carol Harlow & Richard Rawlings, Law and Administration(3rd Edition), Cambridge, 2009년

Jeffrey L. Jowell, Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the limits of Legal Action, Irvington Pub, 1984년

Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Louisiana State University Press, 1969년

_____, Discretionary Justice in Europe and America, University of Illinois Press, 1990년

Paul Craig, Administrative Law(8th Edition), Oxford, 2016년

_____, EU Administrative Law(2nd Edition), Oxford, 2012년

_____, EU Law: Text, Cases, and Materials(6th Edition), Oxford, 2015년

_____, The Evolution of EU Law(2nd Edition), Oxford, 2011년

_____, UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challengers(The Hamlyn Lectures), Cambridge, 2016년

Peter Cane, Controlling Administrative Power: An historical Comparison, Cambridge, 2016년

Timothy Endicott, Administrative(4th Edition), Oxford, 2018년

William Wade & Christopher Forsyth, Administrative Law(11th Edition), Oxford, 2014년

2. 논문

Anne Davies, "Ultra Vires Problems in Government Contracts", 122 LQR 98, 2006년

Abstract

A Study on the Judicial Control of Administrative Discretion in English Law

Ihoon Her

Seoul National University

This thesis deals with numerous precedents and theories to date concerning the judicial control of administrative discretion in the UK. It shows that the standard of judicial review for administrative discretion has been changed from less intensive "rationality criteria" to more intensive "proportionality criteria," and during this process, there have been in-depth researches and discussions about the basis and limitations of judicial control over administrative discretion on, including but not limited to, roles of the administration and judiciary, efficiency of administration, harmonization of public interest, parties' rights. Through the study on the development process of judicial control methods in English law presented in this thesis, I would like to draw some implications referable and applicable to the Korean system.

The Judgment in accordance with such rationality and proportionality reviews can be regarded as a judicial review in Korea involving "deviation and/or abuse of discretion," under which the administration has exercised its discretion but is beyond its limits.

Furthermore, in relation to the "failure to exercise discretion," which constitutes the other type of illegality of the administrative discretion and refers to a case in which the administrative body does not exercise its discretion obtained by the laws, the relevant precedents and theories on fetter of discretion due to (i) discretionary criteria such as rules, policies, etc. and (i) contracts with private parties were analyzed as well. Through this analysis, it was found that the UK is approaching from a different point of view in solving the problem from that of Korea, and based on this finding, I tried to seek the point of view applied in Korea.

According to the general assessment, in terms of comparative law, the UK has the legal system, notably, the administrative litigation system, most similar to the Korean legal system, considering that the UK adopts a unified court system and has the separate procedures for administrative litigation as well as the exclusive first trial of administrative cases as a result of the reform of administrative litigation in 1977/1981. However, the comparative administrative law research activities in Korea have mainly focused on the administrative legal systems of Germany, France, or other countries, whereas there has been no in-depth reviews on the UK system. One of the reasons for such lack of study on the UK system is the recognition that the UK courts are passive in judicial review of administrative discretion. Although we have emphasized mainly the protection of private parties' rights from administration, from now on, we should pursue moving toward the step of harmonizing the public interest and the public and private interests and emphasizing the autonomous accountability of administration for the public interest realization. The study on the judicial control of administrative discretion in the UK, which emphasizes the

autonomous accountability of the administration from the beginning in the long tradition of the rule of law, could establish a foundation and provide directions in the development of judicial control over the administrative discretion in Korea.

Keywords: Judicial control of administrative discretion, abuse of dis cretion, claim for judicial review, rationality criteria, proportionality criteria, misconduct of discretion, incompatibility test

Student Number: 2004-21978