

# 裁量權濫用에 대한 法的統制

—美國行政法의 一斷面—

徐 元 宇

(副 教 授)

“인간이 天使라면 政府는 필요하지 않을 것이다. 天使가 인간을 다스린다면 政府에 대한 外部統制은 内部統制은 필요하지 않을 것이다.” —James Madison—

## 一. 序 言

민주정치는 공무원의 책임있는 활동을 요구한다. 그러나 오늘날 행정기능의 량적팽창과 질적변화는 행정권력의 비대화와 남용가능성을 초래하게 되었고 특히 행정기관이 행사하는 광범한 裁量權의 증대는 이러한 사태를 더욱 심각하게 만들고 있다. 행정관료에 대한 모든 비판·비난을 特定政府施策에 반대하는 사람들의 惡評으로만 단순히 과소평가할 수 없는 것이 오늘의 실정이며, 공무원이 권한을 남용할 가능성은 항상 어떤 행정기관에 있어서도 존재할 수 있는 것이다. 그리하여 이러한 행정기관의 裁量權의 남용에 대한 統制問題는 현대국가가 당면한 가장 중요한 문제 가운데 하나가 되어있고 行政學에서는 行政統制 내지 行政責任의 보장문제로서<sup>(1)</sup> 그리고 行政法學에서는 이론上 自由裁量行爲에 대한 司法審查의 문제로서<sup>(2)</sup> 우리나라에서도 많이들 논의되고 있다.

본고는 미국行政法에 있어서 行政裁量의 濫用의 현상과 그에 대한 法的統制方案에 관하여 몇몇 중요한 관례와 학자들의 견해를 소개하면서 현대국가에 있어서의 행정기능확대에 따른 裁量權의 증대와 그에 대한 대책으로서 미국의 行政法이 어떻게 對應하고 있는가를 고찰하는데 그 목적이 있다.

## 二. 裁量權이 인정되는 諸行爲

미국에서는 영국의 경우와 마찬가지로 원래 法의支配의 原理에 의해 뒤받침 된 司法過程

(1)拙稿, “行政責任論”, 行政學講義, 文運堂, 1961, pp. 257—298

(2)拙稿, “自由裁量概念의 再檢討 I, II”, 法政, 1964년 5월호, 6월호, 同, “行政裁量과 그에 대한 法的統制—行政立法, 行政強制 및 非權力의行政과 관련하여—” 考試界, 1967년 1월호, 同, “自由裁量論” 考試研究, 1969년 10월호 등 참조.

(judicial process)을 국가작용으로 인식하는 것으로부터 출발하였으나 19세기후반의 이른바 鐵道料金問題에서 발달하는 州際通商法(Interstate Commerce Act, 1887)의 제정과 이 법을 바탕으로 하는 州際通商委員會(Interstate Commerce Commission)의 설치는 그뒤 미국의 聯邦行政過程(그 법적표현으로서의 聯邦行政法)의 본격적 발전을 가져왔다. 그리하여 종래의 普通法을 바탕으로 하는 司法處理方式에 대립되는 것으로서 새로운 行政的處理方式을 갖춘 ICC를 비롯한 각종의 獨立規制委員會의 성격이 중요한 것이 되었다. 이러한 각종의 規制委員會는 각종의 規制行政의 분야에서 필연적으로 행정재량이 부여되었으며 미국의 行政法의 내용은 바로 이러한 規制行政機關의 權限과 節次에 관한 것임은 주지의 일이라 할 수 있다.<sup>(3)</sup>

이제 이러한 行政過程에 있어서 裁量權의 濫用이 문제가 되는 행정기관의 행위를 열거하면 다음과 같다.

(1) 規則制定에 있어서의 裁量權—規則制定(Rule-making)이라 함은 법 또는 정책을 보충, 해석 또는 규정하거나, 혹은 행정기관의 조직, 절차 혹은 實務規則을 정하는 것을 목적으로 하는 행정기관의 의사표시의 전부 또는 일부를 내용으로 하는 「規則」을 제정하는 행정기관의 행위<sup>(4)</sup>를 말한다. 다시 말하자면 行政立法을 말한다. 보통 議會는 어떤 정책실현을 위하여 일반적인 基準 또는 原則을 정하여 그 制定法上의 기준 또는 원칙의 집행에 필요한 세목 또는 구체적 정책은 행정기관의 전문적기술성(expertise)의 발휘에 의한 규칙제정에 맡기게 되므로 이 경우에 당연히 대폭적인 裁量權이 부여된다.<sup>(5)</sup>

(2) 裁決에 있어서의 裁量權—裁決(adjudication)이라 함은 認可行爲까지도 포함하는 행정기관의 최종적 처분의 전부 또는 일부인 命令(order)을 발동하는 행정기관의 절차를 말한다.<sup>(6)</sup> 행정기관은 입법적 기능과 아울러 司法的機能을 가지거나와 制定法 또는 規則上의 裁量基準에 입각하여 구체적 상황에 있어서의 각 事案의 처리는 역시 행정기관의 전문기술성의 발휘에 의해 수행된다.

(3) 訴追에 있어서의 裁量權—訴追(Prosecution)이라 함은 행정처분이 自力執行的이 아닌 경우에 행정기관이 자기의 처분의 집행을 법원에 訴求하는 행위를 말한다. 이 소추권은 행정기관의 채량적 판단에 의한 選擇的訴追(selecting prosecution)를 의미한다.

(4) 監督에 있어서의 裁量權—監督(supervision)이라 함은 위에서 들은 裁決과 規則制定이

(3) K.C. Davis, *Administrative Law and Government*, St. Paul: West Publishing Co., 1960. p. 11

(4) *Administrative Procedure Act* § 2(2), 60 Stat. 243 (1946), 5 U.S.C. § 1001 (d) (1964). 이 하 APA로 약칭함.

(5) 행정기관의 規則制定 일반의 현상에 관해서는 D.L. Shapiro, "The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy," *Harvard Law Review*, Vol. 78 (1965) p.921 참조.

(6) APA 2조 (A)(B)

의의 방법으로 행정기관이 규제의 대상이 되는 사람을 강제력을 배경으로 하여 규제함을 의미한다. 특히 選擇的訴追權을 배경으로 하여 실질적인 강권적 감독을 재량에 따라 행사하는 예같은 것이 그것이다. Davis는 몇몇 규제행정기관 가운데서는 「아마도 원하는 결과의 10분의 9(혹은 그 이상)가 監督權의 행사를 통하여 얻어지고 있다」고 하면서 감독권에 대해서는 보다더 주의가 기울어져야하며 그 행사로 인한 不正의 발생이 다른 권한의 행사로 인한 것보다 아마도 더 많을것이라고 지적하고 있다.<sup>(7)</sup>

이상은 재량권의 남용이 특히 문제가 된다고 생각되는 행위를 편의적으로 類型化한 것이지만 이러한 類型化 아니고도 예컨데 ① 事實認定에 있어서의 재량권, ② 法의 認定, 制定, 適用에 있어서의 재량권, ③ 사실과 법은 알고 있을 경우(혹은 잘 모르더라도 決定이전에 보다 나온 지식이 얻어질 수 없는 경우) 어떤 것을 할것인가, 어떤 것을 하지 않을 것인가의 결정에 있어서의 재량권 따위와 같이 어떤 決定에 이르기까지의 여러 段階에 따른 재량권의 級別방식도 그에 대한 통제방안을 생각하는데 유익할 것이다.<sup>(8)</sup>

그런데 위에서 열거한 (1)과 (2)에 대해서는 司法審查 혹은 行政節次에 의한 事後 혹은 事前에 있어서의 재량권남용의 抑止, 防止 등의 제도가 그 실제상의 효과는 별문제로 하더라도 일종 제도적으로 마련되어 있는데 반해 (3)과 (4)에는 그러한 제도가 불충분하거나 거의 없는 상태가 되어 있다. 한편 (1), (2), (3)은 公式的인 行政過程(formal process)이라 할 수 있고 (4)는 非公式的인 行政過程(informal process)이라 할 수 있을 것이다.<sup>(9)</sup>

한편 Davis는 행정과정이 公式的인 것이냐 非公式的인 것이냐라고 하는 범주에 구애됨이 없이 재량이 따르는 행정과정의 전부를 대상으로하여 재량권의 남용에 대한 통제문제를 검토하려 한다. 즉, 定型的인 행정기관의 행위의 종별과는 관계 없이 행정권이 행사되는 과정에 필연적으로 상반되는 행정재량을 통일적인 관점에서 다루고자 한다. 그리하여 이러한 관점에서 Davis가 특히 문제되는 재량권행사로서 들고 있는 것은 행정기관의 選擇的訴追權, 監督權, 調査權의 행사와 宣言的命令(declaratory order)과 勸告的意見(advisory opinion)등에 서의 재량권의 행사이다.<sup>(10)</sup>

### 三. 裁量權의 滥用을 構成하는 諸形式

재량권의 남용에 대한 통제방안의 현상을 검토하기에 앞서 어떠한 경우에 재량권이 남용

(7) K.C. Davis, *Administrative Law; cases, text, problems*, St. Paul; West Publishing Co., 1965, p.72  
(8) ibid., p.71

(9) 非公式的行政過程에 관한 미국행정법학자의 연구는 그리 많지 않거나와 그 가운데서 代表的인 예로서는 행정학자인 P. Woll의 *Administrative Law, The Informal Process* (1963)라는 저서가 있다.

(10) Davis, op. cit., pp. 70—81

된 것으로 볼 수 있는가의 문제가 논의 되지 않으면 아니될 것이다.

Jaffe의 정의에 의하면 「재량이란 경합하는 고려사유가운데서 하나의 선택을 하는 보통은 制定法에 의해 부여되는 권한이다.」(Discretion is the power usually given by statute to make a choice among competing considerations.)<sup>(11)</sup> 그런데 Jaffe는 Magruder 판사의 말을 빌려 「재량의 남용이란 관련있는 여러요인을 고려한 끝에 다달은 결론에 있어서의 판단의 분명한 잘못」(a clear error of judgement in the conclusion...reached upon a weighing of the relevant factors)<sup>(12)</sup>이라고 전제하면서 다음과 같이 말하고 있다. 「거의 모든 행위권한에는 비록 단순한 細部에 관한 것이라 할지라도 어느정도의 선택의 요소가 포함되어 있다. 그러나 반면, 거의 모든 행위권한은 선택에 관련있는 考慮要因이 아무리 많고 아무리 폭넓은 것이라 하더라도 선택의 요인으로서 다른 요소의 합법성을 배제하거나 부정한다. 법적으로 관련이 없거나 금지되어있는 고려요인이 決定의 바탕을 만들고 있는 경우에는 재량적요소가 존재한다는 사실이 司法審查를 배제하는 것이 아니될 뿐 아니라 또한 배제되어서도 아니된다. 법원은 공무원이 재량을 가지는가 어떤가, 어떻게 재량을 행사할 것인가에 관해 결정짓기에 앞서 어떠한 관련 있는 재량이 허용되고 있는가를 결정짓지 않으면 아니된다. 그 판단은 권한을 부여한 법률의 규정의 해석에 따라 행해질 것이다.」「우유·버타·치즈공장 개설의 허가여부를 결정함에 있어서 그 허가공무원은 清潔이라는 요인을 고려에 넣어 판단할 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 창가에 묻은 조그마한 한덩어리의 먼지를 이유삼아 不潔이라고 단정, 불 허가로 함은 지지할 수 없다. 이러한 고려요인은 확실히 관련있는 요인이라는 하지만 그것에 대해서 지나치게 큰 중요성을 부여했기 때문이다.」<sup>(13) (14)</sup>

이상과 같은 Jaffe의 논술을 통해 재량권의 날용을 구성하는 경우를 정리해보면 대략 다음과 같이 될 것이다.

첫째 관련없는 요인을 고려에 넣어 판단한 경우.

둘째 고려해야할 요인에 대한 고려를 하지 않고 판단한 경우.

셋째 관련있는 고려요인이지만 불합리하게 큰 비중을 주어 판단한 경우.

(11) Louis L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, p.181

(12) Ibid., p.182, (footnote 150): McBee v. Bomar, 296 F.2d 235, 237 (6th Cir.1961). 이밖에 같은 취지의 판례로서, Rotkiewicz v. Department of Mental Hygiene, 283 App. Div. 458, 128 N.Y.S. 2d 654, aff'd, 307 N.Y. 847, 122 N.E. 2d 742 (1954).

(13) Ibid., pp. 181—182

(14) 다만 Jaffe 자신이 상과같은 분석은 반드시 법원이 언제나 취하는 입장은 아니며 그 예로서 어떤 州法院의 판결 (Scudder v. Board of Selectmen of Sandwich, 309 Mass. 373, 34 N.E. 2d 208, 1941)을 들고있다. 그러나 이러한 재량권의 濫用基準의 指標를 구하려는 시도는 현재 미국행정법학자의 경우 Jaffe뿐이며, 그의 논술은 비록 판례의 충분한 분석에 뒤받침이 되어 있지는 못하지만 先驅的考察로서의 값이 인정되어야 할 것이다.

생각컨대 이상과 같은 裁量權의 濫用基準의 指標는 의회와 행정기관간의 관계에 관련시켜 이해하면 그 의의를 분명히 할 수 있을 것이다. 즉 의회가 立案한 정책을 실시에 옮기는 경우에 행정기관(공무원)이 가지는 특수한 전문지식과 기술이 기대된다. 이 전문지식 때문에 행정기관에게 재량권이 인정되는 것이거니와, 이러한 전문기술성은 정책의 실시단계에 있어서, 또 그 한계내에서, 의회에 의해 의도되고 있는 정책실현에 관련있는 요인을 고려에 넣어 발휘되어야만 비로소 가치있는 것이 된다. 이렇게 생각할것같으면 위에서 들은 세가지 경우는 첫째로 행정기관이 벌써 의회의 요구나 지시에 따라 행동한 것으로 볼 수 없고, 둘째로 전문기관으로서의 행정기관의 가치는 상실되고 있으며, 셋째로 의회는 행정기관에 대하여 專斷的恣意의 행위권한을 위임하고 있는 것이 아니라는 제이유에 의하여 그것은 재량권의 남용이 되는 것으로 생각할 수 있을 것이다。<sup>(15)</sup><sup>(16)</sup>

#### 四. 裁量權濫用에 대한 統制手段

위에서 고찰한바 있는 행정재량의 존재와 그 남용의 가능성에 대하여 어떠한 통제수단이 마련되어 있으며 그것은 또한 어느정도의 實効性을 가지고 있을 것인가? 이제 재량권의 행사 및 그 남용에 대한 法的統制手段으로서 생각할 수 있는 基準의 設定, 行政節次, 司法審查 등에 관해 차례로 검토해 보기로 한다.

##### 1. 基準設定에 의한 裁量權의 統制

재량권의 행사에 있어서 재량의 행위기준이 명확하면 그만큼 專斷的, 恣意的으로 재량권이 행사될 위험성이 감소될 것이다. 여기서는 制定法上의 基準·原則과 행정기관의 재량과의 관계, 재량권이 부여된 행정기관이 스스로 정하는 裁量行爲基準, 그리고 주로 行政學上의 문제라 할 수 있는 行政責任 확보를 위한 기준설정의 문제등 세가지를 중심으로 하여 그 문제점을 고찰해 보기로 한다.

###### (1) 制定法上의 基準과 裁量權

현대국가에 있어서의 이른바 委任立法(행정기관에 의한 규칙제정)의 문제는 현대행정법학의 가장 중요한 연구과제 가운데 하나로 할 수 있거니와 미국행정법학의 경우에 있어서도 그

(15) Jaffe는 또한 「재량의 남용이란 법률의 “文言”은 준수되고 있지만 “精神”이 침해되어 있는 경우 (The “letter” has been observed; the “spirit” has been violated)라고 표현하고 있다.」 ibid., p.586

(16) 영국 행정법에 있어서는 다음과 같은 경우가 재량권의 남용을 구성하는 것으로 되어 있다. ① 부당한 목적을 위한 재량권의 행사. ② 관련없는 사유에 기하거나 관련있는 사유에 대한 고려 없이 행한 재량권의 행사. ③ 재량권의 불합리한 행사. ④ 惡意로서 행한 재량권의 행사 (S.A. de Smith, Judicial Review of Administrative Action, 1959, pp. 181—221), 그리고 Griffith와 Street는 ① 부당한 목적, ② 무관계한 고려사유, ③不合理 등에 기하는 재량권의 행사를 행정재량의 남용을 구성하는 것으로서 法院의 개입이 허용된다고 한다. (Principles of Administrative Law, 3d Ed. 1963, pp.230—234.)

예외가 아니다. 그러나 미국행정법에 있어서도 위임입법이 삼권분립의 원리를 침해하며 違憲이 된다는 주장은 이제 거의 완전히 과거의 것이 되었다. 현재에 있어서는 위임입법의 合憲性을 당연한 것으로 전제하고 여하히 최저한의 기준을 制定法上 확보하는가 하는 문제에 그 초점이 옮겨지고 있다.<sup>(17)</sup> 억제할 수 없는 행정재량의 확대라고 하는 상황에 당면하여 制定法上의 기준을 가능한 한 명확히 함으로써 재량권의 남용의 방지를 피하는 것이 오늘날의 議會에 기대되어 있다.<sup>(18)</sup> 그러나 制定法上의 이러한 기준이 설정되는 경우에 있어서도 그 기준이 극히 애매불분명함이 크게 지적되고 있는 것이 오늘의 현상이라 할 수 있다.<sup>(19)</sup>

이러한 일반적인 경향에도 불구하고 재량권의 남용을 통제하기 위한 수단으로서의 制定法上의 基準 및 原則의 의의 및 필요성은 부인될 수 없을 것이다. Davison과 Grundstein은 이러한 제정법상의 기준의 의의 및 필요성에 관해 다음과 같은 점을 들고 있다. ① 결정을 위한 指標, ② 기준을 이유로 하여 부당한 壓力團體의要素의混入의 배제, ③ 법원에 의한 재량권 행사의 審查에 있어서의 쓸데없는 혼란의 배제등이 그것이다..<sup>(20)</sup> 그러나 이들은 또한 현대에 있어서는 의회가 행정기관의 전문기술성에 의지하는 나머지 불명요한 기준그대로(혹은 全面的委任의 형식으로) 행정기관에게 정책의 구체화를 맡겨버리는 경향이 있다는 것도 동시에 지적하고 있다. 그것은 의회의 基準輕視의 경향을 가져오게 하며 또 基準의不明瞭, 疊昧로 인한 결정의 곤란성을 행정기관이 부담하지 않으면 아니됨을 의미함과 동시에 본래

(17) B. Schwartz, American Administrative Law, London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1958, p.28

(18) 委任立法에 있어서의 재량권위임의 한계에 관한 가장 대표적인 판결로서는 Schechter Poultry Corp. v. U.S. 295 N.S. 551이라 할 수 있다.

(19) 制定法上의 기준의 애매성에 관해서는 Shapiro, op. cit. 참조. 재량을 행정기관에게 부여하는 이상 그 利點을 죽여버리는 것과 같은 오히려 역효과를 가지고 오는 것이 된다는 전제 아래 委任立法에 있어서 지나치게 상세한 기준을 설정하는데 반대하는 견해라든가 판례들이 없지 않다. 예컨대 Schwartz는 유명한 Schechter 事件과 관련시켜 다음과 같이 말하고 있다. 「Schechter 판결에서 요구하고 있는 것은 행정권의 통제를 위해서는 근본적인 것이기는 하지만 授權的立法에 있어서의 기준을 지나치게 精密하게 公式化하는 것은 오히려 커다란 害를 가져올 수 있다.」  
이것이 강조되지 않으면 아니 될 것이다. .... Schechter 사건에서 나타나고 있는 것은 결코 立法府에 의한 基準設定이 지나치게 形式化되는 것을 요구한 것이 아니다. 행정기관에 대한 指針이 廣義의 그리고 一般的인 말로서 적절하게 규정되는 것은 당연한 일이라 할 수 있다. 행정기관이 따라야 할 方針을 지나치게 상세하게 규정하도록 立法府에 요구하게 되면 委任이 가지는 많은 利點은 상실하게 될 것이다.」 Schwartz, op. cit., pp. 39—40. 그리고 委任立法에 있어서의 지나치게 상세한 기준의 설정방식을 반대하는 입장을 취하는 초기의 판례로는 Mutual Film Corp. v. Industrial Commission, 236 N.S. 230 (1915)이 있다.

(20) J. F. Davison and N.D. Grundstein, Administrative Law and Regulatory System, Washington D.C.: Lerner Law Book Co., 1966. pp. 635—646. 이들은 또한 행정기관이 재량권을 행사할 경우 다음과 같은 「決定을 위한 基準과 裁量에 의한 選擇」의 諸類型을 들고 있다. (pp.647—700)

① 행정기관의 慈惠와 判斷(Administrative Grace and Opinion)

② 특별한 지식과 전문기술성(Specialized Knowledge and Expertise)

③ 법률의 文言(Statutory Language)

④ 행정기관의 방침(Administrative Policy)

⑤ 다수요인(Multiple Factors)

⑥ 多目的基準(Multiple Purposes Criteria)

적으로 政策執行機關이어야 할 행정기관에 의한 基本政策의決定이라는 사태가 일어나게 된다는 것이다. 이들이 裁量基準의 不明瞭함이 비록 불가피하다 하더라도 政治權力的인 성질을 가지는 기본적 정책의 선택은 의회가 결정하여야 할 것이라고 주장한다.<sup>(21)</sup> 어째튼 이와 같이 전문기술성이 작용하는 범위가 확대되고 혹은 그것에 安易하게 의지하는 형식으로 의회가 명확한 기준을 설정하는 범위가 축소됨에 이르고 있음은 커다란 문제가 아닐 수 없다. 司法審查에 있어서의 行政行爲의 當否의 판단의 기초를 制定法上의 일반적인 기준과 그 기준에 의거하여 행해진 행정기관의 具體的處分과의 相關關係에다 구하려는 法院이 裁量問題의 司法審查에 있어서 自己抑制의 경향을 나타내고 있는 원인 가운데 하나도 아마 이상과 같은 상황에 대응하는 것이라 할 수 있을 것이다. 그리하여 이러한 현대적인 상황을 생각할 때 Davis의 다음과 같은 發言은 결코 과소평가 할 수 없는 의미를 가지는 것이라 할 수 있다. 즉 「委任과 관련하여 하나의 근본을 이루는 생각은 많은 경우에 있어서 第一義的으로 필요한 것은 基準같은 것보다도 權利保護의 방법이 마련되어 있는가 어떤가 하는 것이다. 훌륭한 감각을 가지고 있는 법원의 거의 대부분은 基準에 관한 원칙같은 것보다 專斷으로부터의 보호의 정도에 보다 많은 관심을 기울이고 있다.」<sup>(22)</sup>는 것이다.

- (21) 필자도 우리나라의 行政立法에 있어서의 行政裁量의 통제와 관련하여 이들과 비슷한 견해를 피력한바가 있다. 즉 「다 같은 行政立法인 경우에 있어서도 예컨대 火藥類의 제조시설, 제조방법 등에 관한 기술상의 기준 (총포화약류 단속법시행령, 동시행규칙), 食用의食品의 제조가공, 사용, 조리, 보존의 방법등에 관한 기준 (식품위생법시행령, 동시행규칙, 조리사에 관한 규칙, 영양사에 관한 규칙등)을 정하는 行政立法등에 있어서는 어디까지나 행정관료의 전문기술적인 지식과 경험에 의존하고 事態變化에 卽應코자하는 그야말로 기술적 필요에 의한 授權立法이기 때문에 授權 내지 委任의 취지, 목적도 국민에게 별다른 疑義를 주는 일도 드물 뿐 아니라 비합리적인 行政立法에로 인도될 업려도 적기때문에立法權의 포기라든가 簡奪과 같은 문제가 일어날 가능성이 적다. 이에 反하여 예컨대 國家公務員法 제65조의 규정에 의하여 공무원의 政治的行爲의 限界를 公務員服務規程(제26조)에 위임한 경우와 같은 것은 공무원들의 基本的人權의 제한과도 관련되는 비교적 政治性을 놓후하게 떠운 行政立法이다 할 수 있어 전술한 경우와 같은 순수한立法技術上의 요청이라든가 行政技術上의 요청에 기하는 行政입법과는 그 類型 내지 기반을 달리하는 行政입법이라 할 수 있으며 특히 行政裁量의 政治性이 문제되는 경우라 할 수 있으며 따라서 行政입법의 한계문제가 가장 예리하게 논난되는 경우라 할 수 있다. 이러한 분야의 行政입법에서 흔히 國會에서 법률의 형식으로 마땅히 政治的으로 결정되어야 할 문제가 非公開의 閭議, 次官會議 등에서 법률상의 指針인 原則, 基準을 의식적, 무의식적으로 무시한채 行政의 편의에 따라 다루어질 가능성이 있게 된다고 지적하면서立法權委任의 한계 내지 行政裁量附與의 한계의 하나의 기준을 제시한바 있다.拙稿, “行政裁量과 그에 대한 法的統制—行政立法, 行政強制 및 非權力的行政과 관련하여”, 考試界, 1967년 1월호 pp. 109—110.

- (22) K. C. Davis, "Judicial Control of Administrative Action, A Review," Columbia Law Review, Vol. 66, 1966. p.638. Davis는 이 논문에서 그의 생각을 뒤받침하는 판례의 예로서 다음과 같은 두가지를 들고 있다.

Butler v. United Cerebral Palsy of Northern Ky., Inc. (1961)—「따라서 이 법을 効果的인 政府라고 하는 實際의必要라는 견지와 濫用과 不正에 대한 保護手段이라는 관점에서 검토해보자」 Warren v. Morion County (1960)—「중요한 고려가 필요로 하는 것은 權限을 위임하고 있는當該制定法이 基準을 명확히 하고 있는가에 있지 않고 그 權限行使를 위해 설정된 節次가 行政 행위에 의해 침해를 받을 사람들에 대한 적절한 防禦手段을 마련하고 있는가 어떤가에 있다.」

## (2) 内部基準—「秘密의 法」(secret law)

재량권이 부여된 행정기관은 재량권 행사에 있어서의 행위기준을 그의 필요에 따라 내부적으로 정립하는 경우가 있다. 그것은 행정기관의 個別的事案의 결정을 위해서도 필요할 뿐 아니라 재량권의 남용억제라는 관점에서 행정기관 자신 뿐 아니라 그 재량행위의 대상자에게도 극히 有意義함은 두말할 필요가 없다. 그러나 이러한 내부기준이 문자 그대로 행정기관의 내부적인 기준에 그치고 관계 당사자에의 告知 혹은 필요에 따라 一般公開가 보장되지 않을 것 같으면 내부기준이 가지는 재량권의 남용억제기능은 크게 손상되게 될 것이다. Davis가 완전히 對外秘로 되어 있어, 경우에 따라서는 오히려 재량권의 남용에 拍車를 가하는 형식이 되어 있는 현재의 내부기준을 「秘密의 法」(secret law)라고 부르면서 그 위험성을 염중히 경고하는 까닭도 바로 그러한데 있다.<sup>(23)</sup> 이제 이러한 「秘密의 法」이 가장 노골적인 형태로 운용되고 있는 典型的인 예로서 미국의 移民歸化局(Immigration and Naturalization Service)의 행정의 실태를 살펴보기로 한다. 보통 행정기관은 經濟的利益에 관계하는데 비하여 이 移民歸化局의 경우에는 주로 보다 人間的利益을 다루기 때문에 그것이 미치는 바 영향은 특히 심각한 바가 있다.

移民籍法(The Immigration and Nationality Act)은 그 여러곳에서 「法務長官은 자기의 재량으로……을 할 수 있다」고 규정하고 있다. 한편, 예컨대 이민신청자는 법무부장관이 이민을 허가하는 경우에 있어서의 内部基準에 관한 정보나 지식은 전혀 가지지 않는다. 따라서 그는 법률이 요구하는 일정한 書式을 충족시킴과 동시에 법무부장관이 바라는 바를 推量하여 재량이 자기에게 유리하게 행사되도록 힘쓰지 않으면 아니된다. 왜냐하면 移民局은 첫째 이민신청의 許可, 또는 却下를 하는 경우의 기준에 관한 실질적인 방침을 밝히지 않으며 둘째로 실제사무처리에 종사하는 직원에 대한 사무요령의 내용을 일체 비밀로 하고 있다. 그리고 셋째로 裁決結果의 거의 전부를 公表하지 않기 때문이다. Davis는 이와 같은 현상에 주목하여 内部基準을 비밀로 해두는 것은 不當할 뿐 아니라 특히 그것이 實質的인 法으로서 작용하고 있는 사정을 중시하면서 그 불합리성을 강력히 비판하고 있다. 즉 그는 「秘密의 法이라는 제도는 많은 사람에게 커다란 괴로움을 주고 있다. 그 가장 나쁜 점은 그 법을 비밀화함으로써 아무에게도 아무런 利益을 주지 않고 있다는 점이다.」<sup>(24)</sup>라고 지적하고 있다.

## (3) 行政責任確保를 위한 基準設定

행정학에서 행정책임의 문제가 다루어 질 경우 그 책임은 누구에 대한 책임이며 행정기관이 바쳐야 할 궁극적인 충성(ultimate loyalty)의 기준은 어떤 것인가가 문제된다. Pfiffner와 Presthus에 의하면 행정책임의 소재를 명확히 하기 위한 기준으로서 ① 「公益」와 같은 規範

(23) Davis, Administrative Law (1965) pp. 85—92

(24) Ibid.

의基準(normative standard), ②職業集團의 윤리적 기술적 기준(ethical and technical standard), ③당해 행정기관의 가장 강력하고 요구가 많은受惠者集團(clientele group)에 대한 책임이라고 하는 세 가지를 들면서 행정책임의 기준을 명확히 파악하기 위하여서는 행정관에게 영향을 미치는價值를 분석할 필요가 있다. 많은價值가 행정관의 행태에 영향을 끼치고 있다고 볼 수 있으나 일정한 상황아래에 있어서 행정관이 취할 행태에 대하여 이러한價值는 각각 그比重을 달리하기 때문에 이를바價值의階層制(hierarchy of values)를 현성한다고 한다.<sup>(25)</sup> 이러한價值의階層制로서 전술한 행정관의公益概念·職業的基準·지배적인受惠者集團의價值등을 생각할 수 있겠으나 일반적으로는 이러한 여러 가치의 혼합체에 입각하여 행정기관의 결정이 내려지는 경우가 많을 것이다. 그리고 행정기관은 어떤意思決定(재량권의 행사)을 행함에 있어서 이러한 모든 요인을 참작하기는 하겠지만 반드시 동등하게 참작하지 않을 수도 있을 것이다. 다시 말하자면 행정기관이 이러한 요인을 고려하는 방법은 특정상황·행정관의 개성·당해 행정기관의 위신과 독립성·利害關係있는 개인 또는 집단의 권력과 지위와 기타 여러가지 요인에 따라 달라질 것이다.<sup>(26)</sup> 따라서 행정기관은 비록 어떤基準이 설정되었다 하더라도 구체적인 행정 결정에 있어서는 여러가지變數를 고려에 넣어야 할 것이고 이러한變數는 행정관의 개성과 일정한 상황에 미치는 특정한與件에 따라 상이한比重을 나타내게 될 것이다. 물론 경우에 따라서는 職業的基準이라든가 주요한受益者集團의 이해관계같은價值가 더 큰比重을 차지하는 경우도 없지 않겠으나 일반적으로 볼 때는公益概念이 最優先順位를 차지하게 되므로 결국은 행정책임학보를 위한 기준설정의 문제는公益의概念을 어떻게 규정지우며 그것을 어떻게 구체화하는가의 문제에 귀착하게 된다.<sup>(27)</sup>

## 2. 行政節次에 의한裁量權의統制

행정과정을 통일적인 절차아래 규제함으로써 법에 있어서의普遍性, 統一性 및確實性이라고 하는法律家的理想을 엠그로·아메리칸적 법제도로서 정착시킨 것이行政節次法(APA)이라 할 수 있다. 행정기관의 재량권행사에도 APA의 일반적규제(適正節次의 요청)가 미치고 있음은 두말할 필요가 없다. 그리하여 이 APA의 존재 그 자체가 미국행정법을 특색짓

(25) John M. Pfiffner and Robert V. Preisthus, *Public Administration*, 4th ed. New York: The Ronald Press Co., 1960, p.553

(26) Wayne, A. R. Leys, *Ethics for Policy Decision*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, Inc., 1952, chaps xix, xx, xxi.

(27) Pfiffner and Preisthus, op. cit., pp.550—560 「公益」에 관한 관계문헌으로서는 E. Pendleton Herring, *Public Administration and Public Interest*, New York; Mc Graw-Hill Book Co., 1936 Glendon A. Schubert, Jr., "The Pnblc Interest in Administrative Decision-Making, *American Political Science Review*, Vol. 51, June 1967. Avery Leiserson, *Administrative Regulation*, Chicago: University of Chicago Press, 1942. Frank J. Sorauf, "The Public Interest Reconsidered," *Jurnal of Politics*, Nov., 1957. E. E. Schattschneider, "Political Parties and the Pnblc Interest," *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, March, 1952, 등 참조.

고 있으며 그 일반적 효과도 대단히 크다.<sup>(28)</sup> 왜냐하면 APA에 의하면 規則制定에는 告知(notice)가 원칙적으로 요구되고 있으며(4조 (a)), 또한 행정기관은 이해관계인에 대하여 文書에 의한 참고자료, 의견, 혹은 변론의 제출에 의해 規則制定에 참가할 기회가 주어지지 않으면 아니된다. 법률이 聽聞(hearing)의 기회를 이해관계인에게 주고 있을 경우에는 7조(聽聞)와 8조(決定)의 규정에 행정기관은 따라야 한다(4조 (b)). 그리고 裁決에 있어서도 告知와 聽聞을 경유할 것이 일반적으로 요구되고 있다(5조, 7조).

그러나 이상과 같은 APA에 의한 節次的規制에도 약간의 한계와 문제점이 없을 수 없다. 예컨대 規則制定에 있어서 이해관계인에게 어떤 방법으로든 口頭로서 진술의 기회를 부여할 것인가의 여부는 당해 행정기관의 판단에 맡겨져 있다(4조 (1) (b)). 행정기관의 내부관리, 인사, 公用財產, 貸付金, 交付金, 扶助 혹은 契約에 관한 규칙제정에는 聽聞은 커녕 告知의 절차를 경유하는 것조차 요구되고 있지 않다(4조 (2)). 또한 3조는 대부분의 意見, 命令, 規則을 公告하도록 정하고 있기는 하지만 이 조항은 意見, 命令, 規則이외의 다른 형식을 취하는 재량행위에는 미치지 않고 있다. 뿐만 아니라 그 公告制度는 상당한 정도 지켜지지 않음에도 불구하고 그것을 강제하는 조치는 마련되어 있지 않다. 이러한 현실은 앞서 고찰한 바 있는 이른바「秘密의 法」의 실정에서 쉽게 짐작할 수 있다.

여기에 특히 주목할 점은 APA가 그 대상으로 하고 있는 것은 이른바 formal한 行政이지 informal한 行政에 대한 절차적 규제에는 거의 손을 대고 있지 않다는 점이다. 그리하여 이러한 사실이 행정의 節次的統制의 中核으로서의 聽聞制度가 예컨대 選擇的訴追權의 행사라든가 選擇的訴追權을 배경으로 하는 이른바 監督行政, 또는 約定이나 同意命令을 바탕으로 하는 規制行政에는 거의 미치지 못하는 결과를 초래하고 있는 것이다. 그런대 이러한 이른바 informal한 행정은 대체로 그 내용에 있어서 행정재량의 행사에 始終하고 있을 뿐 아니라 裁決이나 規則制定에 있어서의 행정보다 때로는 보다 더 큰 역할을 하고 있다는 점을 생각할 때<sup>(29)</sup> 행정의 民主的統制라는 관점에서 결코 看過할 수 없을 것이다. 그리하여 이해관계인에게 informal한 行政決定過程에의 참가의 기회를 보장하는 聽聞의 결여는 금후의 APA에게 과해진 중요한 과제 가운데 하나가 될 것이다.<sup>(30)</sup>

(28) W. Gellhorn과 C. Byse는 「미국행정법의 節次的側面의 발달에 있어서의 지배적요소는 아무도 “正當한 法의 節次”없이는 생명, 자유, 또는 재산을 박탈당하지 않는다고 하는 연방헌법과 주 헌법의 조항이었다. 행정기관이 關係當事者에게 通知를 發하고 聆聞을 받을 기회를 줄것인가 어떤가에 관해서는 흔히 法令解釋上の 어려운 문제 가 따르기는 하지만 궁극적인 法律上の 문제는 利用된 절차가 정당한 법의 절차의 보장을 충족시켰는가의 여부에 있다.」고 말하고 있다. (Administrative Law, Cases and Comments, Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1960, p.709.)

(29) Schwartz, op. cit., p. 105

(30) 미국에 있어서의 APA의 제정과정에 관해서는拙稿“새로운 行政法의 課題—美國行政手續法의 性格을 中心으로—”行政論叢, 創刊號, 1962, pp. 152—161 장조.

### 3. 司法審查에 의한 裁量權의 約制

19세기에 있어서의 非司法機關에 의한 행정의 개시는 전통적인 司法行政에 대한 커다란挑戰을 의미하였다. 그 결과 행정과정에 대한 司法審查의 형식으로 행정과정과 사법부를 판련시킴으로써 문제 해결의 실마리를 찾고자 하였다. 이제 행정재량에 대한 司法審查의 문제를 Dickinson의 견해<sup>(31)</sup>에 따라 잠간 검토해보기로 한다.

Dickinson에 의하면 정부를 둘러싼 문제는 원래 能率本位의 「裁量에 의한 政府」가 아니면統制中心의 「法에 의한 政府」중의 어느 하나를 택하는데 있으며 양자는 각 시대에 따라 적절히 균형이 잡혀져야 하는 것으로 생각된다. 그런데 재량을 완전히 없앨 수는 없으나 문제는 「재량이란 확실이 능률의 필요조건이기는 하지만 거기에는 專斷이라는 代價가 따르기 쉽다」<sup>(32)</sup>는 점이다. 그러나 法을 가지고 재량을 전적으로 義束하기란 사실상 불가능하기 때문에 法이외의 어떤 제도에 의한 재량의 통제에 의존할 필요가 있으며 여기에 司法審查가 크로즈·엎된다는 것이다. 그에 의하면 「이 司法의 優越性은 우리 앵그로·아메리칸의 法의 支配의 코로라리」<sup>(33)</sup>이며 모든 사람이 普通法에 따른다고 하는 法의 支配의 原理는 행정에 대한 통제기관으로서의 법원의 존재가치의 유력한 단서가 된다는 것이다.

미국행정법에 있어서 행정기관의 재량권의 남용에 대하여 법원이 개입할 수 있는 법적근거는 APA에 있다. APA 제10조는 「① 법률이 司法審查를 배제하거나 ② 행정기관의 행위가 법률에 의하여 행정기관의 재량에 속하는 경우를 제외하고는……審查法院은 ③ 불법하게 거부되었거나 부당하게 치연된 행정기관의 행위를 행하도록 강제하고 ④ 다음 각호의 1에 해당한다고 인정되는 행정기관의 행위·사실인정 및 결론을 위법이라 하여 취소하여야 한다.」……고 규정하면서 여섯가지 경우를 열거하고 있는데 그 제1호에 「專斷的·恣意的·裁量權의濫用 기타 法律에 위반한 것」이라고 되어 있다<sup>(34)</sup>(점은 편자의 것임).

그런데 本條의 文言을 어떻게 해석할 것인가에 관해서는 미국행정법학자간에도 적지 않은論爭이 있으며<sup>(35)</sup> 또한 APA의立法에 이르는 과정에서의 논의도 결코 단순하지 않다. 그

(31) J. Dickinson, "Judicial Control of Official Discretion", American Political Science Review, Vol. 22, 1928.

(32) Ibid., p.276

(33) Ibid., p.298.

(34) 專斷, 恣意, 數量의濫用이라는 말은 법원에서 相互交換으로 사용되고 있는 것 같다. 예컨대 “재량의 남용이란…정당화 할 수 없는 專斷的行爲이다” (NLRB v. Guernsey-Muskinyum Elec. Corp., Inc., 285 F. 2d 8, 11, 1960)라는가 “재량은 행위가 專斷的, 非現實的, 不合理的 일때에 남용될 것이 된다.” (Delno v. Marketstreet Ry. 124 F.2d 965, 967, 1942)는 文言들을 들 수 있다.

(35) 가장 문제가 되는 것은 同條의 앞의 부분에서는 “법률에 의하여 행정기관의 재량에 속하는 경우를 제외하고는…”이라고 규정하여 마치 행정기관의 재량행위에는 법원이 전혀 개입하지 못하는 것처럼 해석되는데 반하여 뒷 부분에서는 “專斷的, 恣意的, 裁量權의濫用”에 대해서는 司法審查를 할 수 있는 것으로 규정하고 있기 때문이다.

APA 10조의 文理解釋,立法過程의 분석, 헌법과의 관련, 판례법의 분석 등을 논점으로 하여

리고 재량권 남용에 대한 司法審查가 어느정도까지 연방헌법의 요구하는 바인가에 대해서도  
전해가 통일되어 있지 않다.

미국헌법에는 재량권의 남용은 통제되어야 한다는 明文上의 규정은 없다. 따라서 헌법의  
정신 혹은 원리에 입각하여 문제를 따질 수 밖에 없다. 이 문제에 관하여 재량권의 남용은  
일체 헌법이 적용하는바가 아니라고 하면서 APA 10조를 積極的으로 해석하려는 것이 Raoul  
Berger의 입장이라 할 수 있거니와 그는 「專斷으로부터 지켜져야할 권리는 헌법에 근거가  
있으며 專斷的行政行爲에 대한 방어의 요구는 憲法的次元에서의 문제인데 반하여 그 專斷을  
옹호하는 것과 같은 주장은 기껏해야 便宜性과 行政本位의 考慮에서 나온것에 불과하다.」<sup>(36)</sup>  
「專斷的인 행정행위에 대한 사법심사는 權利에 관한 사항이지 慈惠(grace)의인 사항에 관한  
문제가 아니다.」<sup>(37)</sup> 「委任된 권한은 專斷的으로 행사될 수 없다고 하는 命題의 근원은……헌  
법에서 구해져야 할 것이다」<sup>(38)</sup>고 주장하고 있다.<sup>(39)</sup>

이상과 같은 Berger의 주장을 일정한 한도내에서는 기본적으로 타당한 것으로 받아드리면  
서도 異議를 제기하는 것이 Davis의 입장이다. Davis의 반대이유는 Berger가 「모든 재량이  
그 專斷的行使 및 濫用에 해당될 때에는 사법심사의 대상이 되는 것」으로 보는 점에 있다  
(점은 필자가 적은 것임). 즉 Davis에 의하면 「어떤 종류의 행정행위에 대한 사법심사를 특정  
한 상황아래에서도 배제하더라도 헌법에 위반하는 것이 되지 않을 것」이라는 것이다. 「요컨  
대 나의 입장은 어떤 종류의 몇몇 행정행위는 APA 아래에서도 그 專斷的行使 및 濫用이 있  
는 경우라 하더라도 사법심사를 받지 않는 것으로 생각」하는데 있다는 것이다.<sup>(40)</sup>

---

행정재량의 남용의 통제와 관련된 K.C. Davis와 R. Berger의 論爭은 유명하다. 이에 관해서는  
다음의 순서의 文獻을 참조할 것.

i Davis, *Administrative Law Treatise* I, II, III, IV, (1958)

ii Berger, "Administrative Arbitrariness and Judicial Review," *Columbia Law Review*, Vol.  
65, p.55 (1965)

iii Davis, *Administrative Law* (1965)

iv Berger, "Administrative Arbitrariness— A Reply to Prof. Davis," *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 114, p.783 (1966)

v Davis, "Administrative Arbitrariness— A Final Word," *U. PA. L. Rev.*, p.814 (1966)

vi Berger, "Administrative Arbitrariness— A Rejoinder to Prof. Davis, 'Final Word,'" *U. PA. L. Rev.* Vol. 114, p.816 (1966)

vii Davis, "Administrative Arbitrariness— A Postscript," *U. PA. L. Rev.* Vol. 114, p.823  
(1966).

(36) Berger, *ibid.*, ii p.57

(37) Berger, *Ibid.*, iv, p.114

(38) Berger, *Ibid.*

(39) 이와 거의 비슷한 論旨의 판례로는 *Garfield v. U.S. ex rel. Goldsby*, 211 U.S. 249, 262,  
(1908)와 *ICC v. Louisville & NRR*, 227 U.S. 88, 91, (1913) 등을 들 수 있다.

(40) Davis, *op. cit.*, vii, pp. 830—831: Davis는 그의 이러한 주장은 판례법에 의하여 암도적으로  
지지되고 있다고 하면서 다음과 같은 판례를 들고 있다. *Perkins v. Lukens Steel Co.*, 310  
U.S. 113 (1940). *Switchman's Union v. National Mediation Bd.*, 320 U.S. 297 (1943).  
*Brotherhood of Ry. Clerks v. Association for the Benefit of Non-Contract Employees*, 380  
U.S. 650 (1965).

Davis 가 모든 행정재량이 사법심사의 대상이 되는 것이 아니라고 주장하는 論據가운데 하나는 APA 제2조에 「행정기관」에 관한 정의가 있는데, 그것에 의하면 大統領, 閣僚, 기타의 高級公務員 및 軍隊 (軍法會議, 軍事委員會, 戰時交戰地帶, 占領地에 있어서 행사되는 陸海空軍의 권한은 제외) 등이 모두 「행정기관」에 포함되는 것으로 되어있다. 따라서 법대로 해석하면 APA 제10조에 의하여 이들 행정기관에 의한 재량권의 행사에도 사법심사가 미치는 것이 되거니와 그것은 타당하지 못하다는 것이다. Davis 에 의하면 ① 國內의 軍事據點에서 陸海空軍의 장교에 의하여 행해지는 결정에 있어서의 재량행사와 ② 大統領의 國제외교문제에 관한 재량에 의한 決斷 내지 決定에 대해서는 비록 그것이 재량의 남용으로 생각되는 경우에도 사법심사는 미칠 필요가 없는 것으로 생각하고 있다.<sup>(41)</sup>

이상과 같이 APA 제10조의 文言의 해석을 둘러싸고 적지 않은 論爭이 교환되고 있으나, 예컨대 그 일반적 해석으로는 어떤 문제가 일단 행정기관의 재량에 맡겨져 그에 대한 司法審查가 배제된 경우에는 그 決定이 「專斷的」「恣意的」「裁量權의 濫用」「法에 위반한 것」인 경우에 한하여 그 행정기관의 재량권행사에 기한 決定은 법원에 의해 취소될 수 있는 것으로 해석하는 것이 同條項의 합리적인 해석이라 할 수 있을 것이다.<sup>(42)</sup>

그러면 이러한 APA 제10조를 그 법적근거로 하는 재량권의 남용에 대한 司法審查에 관한 실제판례의 경향은 어떠한가? 먼저 아무리 재량권의 남용이 있었다하더라도 법원이 하등 개입하지 않는 것으로 하고 있는 것으로는 大統領의 國際外交問題에 관해 행하는 재량권의 행사<sup>(43)</sup>와 陸海空軍將校에 의해 행해지는 군대내에서의 재량적결정 등이 있음은 앞서 Davis의 견해와 관련시켜 언급한바가 있다.<sup>(44)</sup>

그러나 그 밖의 행정영역에 있어서는 판례의 동향이 일정하지 않아 통일적으로 파악하기 어렵다. 예컨대 행정기관의 재량에 의하는 選擇的訴追權<sup>(45)</sup> 혹은 移民에 관한 각종의 재량처분 등은 법원이 개입할 수 없는 것으로 判示하는 것도 있지만 그 반대도 있고해서 일정하지 않다.<sup>(46)</sup>

(41) Davis, Ibid.

(42) Davis 는 APA 의 제정이 법원의 司法審查可能範圍에 관한 판례법의 종래의 태도를 그 이전과 本質的으로 별로 다른것으로 하고 있지 않다고 보고있다. (Davis, ibid., p.828). Jaffe 도 「APA 는 司法審查라는 基本的權利에 대해서 無視할 수 있을 정도의 영향밖에 주지 아니하였다」고 보고 있다. (Jaffe, op, cit., p.372)

(43) National City Bank v. Republilcs of China, 348 U.S. 356, 358 (1955); Lundecke v. Watkins, 355 U.S. 160, 164 (1948) 등 참조.

(44) 주 (41) 참조.

(45) 訴追權의 행사는 사법심사의 대상이 되지 않는다는 판례로서는 Crooker v. SEC 161 F 2d. 299 (1st Cir. 1947); Hour-ham v. NLRB, 91 U.S. App. D.C. 316, 201 F 2d. 187 (1952) 등이 있다. 또 반대로 사법심사를 인정한 판례로는 C.E. Niehoff & Co. v. FTC, 241 F. 2d. 37 (7th Cir. 1957); Universal-Rundle Corp. v. FTB, 320 F. 2d 831 (7th Cir. 1965) 등이 있다.

(46) 外國人의 國外追放을 명하는 처분은 심사할 수 없다는 판례가 많다. 예컨대 United States ex rel. Ickowicz v. Day, 18 F 2d 962 (S.D.N.Y 1926)이 있는데 반하여 그 반대의 입장을 취하는 판례로는 Chi Sheng Liu v. Holton, 297 F 2d 740 (1961)이 있다.

그리고 APA 제10조의 「法에 의하여 행정기관의 재량에 맡겨져 있는」이라는 文言을 엄격히 해석하여 法(律)이 행정기관의 재량에 맡긴 이상 비록 남용이 있는 경우(있다고 생각되는 경우)라 하더라도 법원의 개입을 거부하는 판례가 많을 뿐 아니라 오히려 오늘의 大勢를 이루고 있다고 볼 수 있다.<sup>(47)</sup> 그런가 하면 APA 10조에 관해서는 아무런 言及 없이 단순히 재량의 존재를 이유로 하여 司法的介入은 허용되지 않는 것으로 하고 있는 판례도 나타나고 있다.<sup>(48)</sup> 그리고 또 「명백한 재량의 남용」이 아니면 법원은 자기의 견해를 행정기관의 그것에 代置시킬 수 없다고 하는 판례도 유력하다.<sup>(49)</sup> 그리하여 이상에서 보는 바와같이 이른바 Judge-made law의 특색을 역역히 찾아볼 수 있거니와 어쨌든 미국의 연방법원은 재량(의 남용)에 대한 司法審查를 여하히 實質化해나가는가에 관해서 확고한 통일적인 어떤 指標를 내세우고 있지 못하는 것이 현실이라 할 수 있다.

그러나 총체적으로 볼 때 행정재량의 司法審查에 관해서 연방법원은 현재 대체로 自己抑制의 태도를 취하려는 것처럼 보인다. 그 가장 뚜렷한 指標는 행정기관이 가지는 專門的 技術性에 있다고 할 것이다.<sup>(50)</sup> 이 專門技術性이라는 指標는 행정행위에 대한 사법심사에 있어서 이른바 事實問題와 法律問題를 구별하여 司法이 개입하는 범위를 한정지워온 이제까지의 理論을 한거름 進步시킨 셈이 된다. 확실히 행정기관이 가지는 專門技術性은 바로 행정기관 그 자체의 존재를 정당화하는 것이라 생각되며 여기에 專門技術性=行政裁量=法院의 自己抑制=司法審查의 排除라고 하는 일련의 圖式이 나타나게 되는 것이다.

그러나 법원의 이러한 自己抑制는 언제까지나 계속되는 것으로 생각할 수 없을 것이다. 최근의 이른바 實質的證據의 原則(substantial evidence rule)<sup>(51)</sup>의導入은 금후 재량남용에 대한 사법심사의 하나의 活路로서 주목할 만한 것이 있다. Davison과 Grundstein은 이러한 展望과 관련하여 「특히 證據支持의 定式은 법원으로하여금 재량적 행정권력이라는 문제를 고려함에 있어서 다시금 중요한 地位를 占하게 될 가능성이 있다……」<sup>(52)</sup>고 지적하고 있다.

(47) Davis, Administrative, Law, 1965, p.513: 한 판례에서는 「APA 10조는 司法審查의 대상이 되는 사건의 範疇속에서 法에 의하여 행정기관의 재량에 위임된 것을 除外하였다」고 말하고 있다. Panama Canal Co. v. Grace Line, 356 U.S. 309, 317, 78 S. Ct. 752, 757, 2L, Ed. 2d 788 (1958).

(48) Jay. v. Bayd, 351 U.S. 345, 75 S. Ct. 919, 100 L. Ed. 1242 (1056); United States ex rel. Accardi v. Saughnessy, 347 U.S. 260, 74 S. Ct. 499, 98 L. Ed. 681 (1954).

(49) 예컨대 Moog Indus. Inc., v. FTC, 355 U.S. 411 (1958)

(50) FPC v. Natural Gas Pipe Line Co. 315 U.S. 575, 62 S. Ct. 736, 86 L. Ed. 1037 (1942) 사전에 다음과 같은 多數意見이 있다. 「料金의 基礎에 관한 事項에의 개입은 법원에서 허용되지 않는 것으로 생각한다. EPC는 타당한 料金의 基礎를 선택하기 위한 넓은 裁量領域이 부여되어 있다. … 일정한 상황아래에서 容認될 수 있는 利潤率은 고도로 專門的인 판단을 필요로 한다. 그리고 그 판단은 EPC에 맡겨져 있는 것이다.」

(51) 李尙圭著 新行政法論(上), 法文社, 1969, p.437

(52) Davison and Grundstein, op. cit., p.638

## 五. 裁量權의 統制問題를 둘러싼 새로운 動向

이상에서 보아온바에 의하면 裁量權의 남용을 통제하는 여러가지 수단 가운데서 어느 하나의 수단만으로서는 상당히 넓은 裁量領域을 실제로 전부 카버할 수 없을 뿐 아니라 비록 理論的으로는 司法的 統制가豫定되어 있다 하더라도 법원의 自己抑制가顯著하다는가 자꾸만 새로운 형태로 대폭적으로 등장하는 행정재량에 도저히 대응할 수 없는 경우들이 적지 않다. 그런가하면 이른바「秘密의 法」이라는 장막속에 매몰되어 내부적으로는 재량행위의 기준을 설정하고 있으면서도 아무런 公開도 없이 實質의 法으로서 기능하게 됨을 부정할 수 없다.

그리하여 이러한 현상에 대처하여 일부 학자들 가운데는 법원의 介入範圍의 明確化를 시도하거나, 새로운 형태의 統制手段의 제창, 혹은 재량문제에 대하여 傳統的인 法의 接近法에 그치지 말고 보다 새로운 分析視角을 제시하는 등 여러가지 새로운 움직임이 나타나고 있다.

### (1) Friedmann의 主張

Friedmann은 그의 유명한 「變化하는 社會에 있어서의 法」(Law in a Changing Society)<sup>(53)</sup>라는 저서에서 大陸의 行政法은 사법심사를 받지 않는 자유로운 재량의 한계를 명확히 確定하는 것을 단념하고僅少한一般的定式을 제시함에 그치고 있으며<sup>(54)</sup> 英美法院 또한 이 문제에 관한 판단의 일관성을 결여하고 있으며 혼란을 면치 못하고 있다고 지적하면서 다음과 같이 행정재량에 대한 사법심사의 범위 설정에 관해 언급하고 있다. 즉 Friedmann에 의하면 행정기관의 활동을 「計劃作成活動(planning activities)과 實施活動(operation activities)으로 분류할 때 우리는 英美的 法院에서 흔히 국도의 혼란성을 보이고 있는 해석을 명확히 해주는데 공헌할 약간의 결론을 얻을 수 있을 것이다.」「指標가 되는 것은 이러한 “planning”과 “operational” 한 단계(level)라고 하는 구별이다. 영미의 法院은 共히 ① 심사의 대상으로 할 필요가 없는 행정개량의 행사와 ② 그러한 재량의 행사를 거치고 난 뒤의 어떤 행정결정의 實施와를 구별하는 것을 완전히 실패하고 있다. 후자 ②가 法의 責任이라고 하는 일반원칙에 따를 성질의 것이다.」<sup>(55)</sup>

이와같이 planning level을 심사의 대상에서 제외하려는 Friedmann의 견해는 행정기관이

(53) W. Friedmann, Law in a Changing Society, abridged ed., (1964), Part IV, Public Law, pp. 256—320

(54) Friedmann에 의하면 프랑스와 독일에서의 재량권의 남용사유는 다음과 같다고 한다. (Ibid., p.283) 프랑스: 權能의 非存在, 形式의 瑕疵, 法의 侵害, 그릇된 動機, 公益에 입각하지 않는 行爲 (Waline, Droit Administratif, 7th ed., 1957, § 683)

독일: 재량의 존재 혹은 행사의 한계에 관한 瑕疵 혹은 그 故意의 逸脫, 정당한 動機에 관한 瑕疵 혹은 그 故意의 無視, 관련있는 事實의 인식에 있어서의 瑕疵(E, Forsthoff, Lehrbuch der Verwaltungsrecht, 7th ed., 1958, f.87)

(55) Ibid., p.289

그 기능을 효과적으로 수행하기 위해서는 그를 행정기관에게 맡겨지는選擇을 행사할 자유가 주어지지 않으면 아니되며 이러한決定에 담겨진 행정기관의 예지(wisdom)는事後的으로 행해지는 법원의 판결등으로 인하여攪亂될 성질의 것이 못된다는는데 그 배경이 있는것 같다. 동시에 행정활동의 확대강화라는 관점에 볼 때 이와같이司法審查에서 배제되는計劃行政의 영역이 앞으로의 행정의 중심영역이 될것이 추측된다는 의미에서 Friedmann의 견해는 행정재량의 통제에 관한 다른 각도에서의 새로운 하나의 적극적인 발언이라 할 수 있는 것이다.

## (2) Davis의 主張

이제까지 Davis의 견해가 여러번 소개되었으나 요컨대 Davis의 기본적 입장을 한마디로 말하자면 현대행정에 있어서의 재량의 불가피와 필요성을 十二分 인식하면서 그 재량의 남용을 여하히 방지할 것인가를 중대한 과제로 한다는데 있다. 따라서 법원에 의한 심사기능의 범위의 확대를 폐합과 동시에 재량가운데 어떤 종류의 것은 본질적으로 사법심사에 적합하지 않음을 시인하지 않을 수 없기때문에 재량의專斷的行使에 대한 투쟁을 금후로는 사법심사 이외의 방법에 기대할 것이 요망된다고 보고 있다.<sup>(56)</sup> 그러하여 현대 및 장래의 행정법학에 있어서의 최대의 과제는 행정재량의 남용, 특히 聽聞이나司法審查에 의한防禦手段이 미치지 않는 영역에 있어서의 행정재량의 남용을 통제하는理論을 모색하는데 있다고 한다.<sup>(57)</sup> 그리하여 그는 전통적인裁量統制手段(基準設定, 聽聞節次,司法審查)의 한계를 인정하면서 그것만으로 만족하지 않고 다음의 「18개의 行政裁量統制手段」(18 ways to control administrative discretion)과 이를바 「護民官制度」(Ombudsman system)를 새로운 가능성으로서 제창하고 있다. 이제 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

### 가. 18개의 行政裁量統制手段<sup>(58)</sup>

(56) Davis, op. cit., vii p.833

(57) Davis에 의하면 미국의 행정법학은 다음과 같은 네가지發展段階를 나타내고 있다고 한다.

제1단계 : 焦點은 행정과정의憲法上의 뒷받침에 있었으며 1920년대부터 1940년대 초기까지.

제2단계 : 關心은司法審查에 옮겨졌으며 예컨대 Dickinson, Administrative Justice and Supremacy of Law (1927)의 주요관심은司法審查였으며 Frankfurter의 Casebook (1930년 말)도 헌법문제와 사법심사로 내용이 한정되어 있다.

제3단계 : 1930년대 후반까지 관심은 公式的인裁決과規則制定을 위한節次문제로 옮겨져 가고 있었다. APA (1946) 및 이에따른 여러著作은 대체로 이에 속한다.

제4단계 : 아직은 겨우 몇몇勞作밖에 나타나 있지 않지만 聽聞이라고 하는防禦手段이 존재하지 않는 경우에 있어서의政策決定 및裁量의行使에 관한 중요한 연구가 바야흐로胎動하고 있다. Davis, Administrative Law, 1965, p.70

(58) Ibid., pp.92—64 우리나라에도 최근護民官制度에 대한 소개가 나타나고 있다. 李尚圭著「前揭書」pp. 330—331 拙稿, “行政監察과行政救濟—行政監察長官制를 中心으로—”監查月報, 1966년 1월호. pp. 15—20.

미국의 이에 관한 연구의 대표적 학자로는 Gelhorn과 Rowat를 들수 있다. cf. W. Gelhorn, When Americans Complaint: Government Grievance Procedure (1966); Ombudsman and Others: Citizens Protectors in Nine Countries (1966); Rowat, The Ombudsman (1966)

- ① 특별한 이유가 없는 한 가능한 경우에는 재량에 의한 결정은 언제나 公開로 할것.
- ② 公開로 함으로써 행정결정 및 결정 재료에 대한 部外者의 비판의 기회가 생긴다. 자기가 결정이 면밀한 含味를 받을 가능성이 있음을 아는 행정판은 보다 양호한 행위를 할 가능성이 있다.
- ③ 部外者에 의한 비판은 專門的, 科學的 分野에 유효하다. 같은 專門分野의 동지들은 서로 상호간의 의견에 민감하여 專門的科學的面에서의 비판은 재량권에 대한 효과적인 통제가 된다.
- ④ 행정조직 내부에서의 비판은 강력하고도 효과적인 制裁가 된다. 상사의 부하에 대한 비판이라든가 동료상호간의 비판, 그리고 상사는 부하의 자기에 대한 악평을 의식하게 된다.
- ⑤ 재량통제수단으로서의 비판의 유용성을 생각할 때 聯邦, 州, 地方自治團體 및 政府當局은 비판작업만에 종사하는 공식적인 바판의 제도를 창설할 수 있을 것이다. 北歐의 護民官制度같은 것이 그 예라 할 수 있다.
- ⑥ 결정이 논란의 대상이 되거나 불명료한 사실에 기한 경우에는 그 사실인정에 대한 체계적인 증명을 요구하도록 함이 필요할 것이다.
- ⑦ 행정판에게 그가 행한 법과 政策의 選擇理由를 개진하도록 요구한다. 控訴法院에 있어서의 理由陳述樣式의 踏襲은 그 실행이 가능하다.
- ⑧ 사실인정 및 결정이유에 있어서의 一貫性을 유지할 것. 왜냐하면 취급상의 평등과一律性은 正義를 구성하며 一貫性追求의 과정은 專斷을 강력히 배제한다.
- ⑨ 一貫性과 함께 행정결정의 先例集편찬의 제도(각 결정의 先例的決定과의 관련)을 마련할 것.
- ⑩ 합리성있는 판단에 기하는 先例의 集積은 原則 혹은 法形成을 가져오게 한다.
- ⑪ 행정기관의 방침의 내용을 내부만의 비밀사항으로 할 것이 아니라 일적 명확히 할 것. 部內者와 部外者間의 정보와 지식면의 격차를 해소시킬 것.
- ⑫ 재량에 대한 세한을 너무 많이 설정하는 폐단을 피할 것. 不正의 요인 가운데 하나는 너무 윤통성이 없는 원칙의 과잉한 존재에 있다. 既述한 諸對策에 첨가하여 가장 중요한 방어수단 가운데 하나는 재량에 따라 행할 수 있는 개개의 면밀한 판단을 위해 충분한 신축성을 행정판에게 부여 할 것이 필요하다.
- ⑬ 일정한 상황과 시간 내에 있어서의 일정한 事案에 관하여 행정재량의 廣狹에 관하여 좀 더 적절한 조건을 발견할 것.
- ⑭ 政府權限의 분리의 기본원리로서 均衡과 抑制를 활용할 것. 특히 informal한 경정에 대한 抑制를 강조할 것.
- ⑮ 抑制의 원리를 행정기관내의 것으로 그치지 않고 행정기관전체에 대한 밖으로부터의 抑

制에 활용할 것.

(16) 제도상의 개선과 병행하여 높은 資質을 가진 행정관의 양성.

(17) 비록 스템들이 일정한 수준밖에 되지 않는 경우라 하더라도 적절한 人事計劃, 직원의 훈련, 감독, 양성이 재량남용의 유효한 예방에 도움을 준다.

(18) 適正節次는 informal 한 節次에도 결정적으로 중요하다. 會話, 전화에 의한 會話, 書簡, 전보등에 의한 거래 전부가 그러하다.

이상이 Davis 가 제창하는 18개의 통제방법을 요약한 것이거니와 公開, 部外者에 의한 비판, 一貫性있는 決定의 추구(先例尊重, 原則, 法理의 形成), 높은 資質의 행정직원의 양성, 抑制, informal 한 節次에 있어서 適正節次의 채용등이 그 주요내용이 되어있다. 다시 말하자면 公開와 批判의 二大支柱를 이룬다고 볼 수 있거니와 전자는 이른바「秘密의 法」과 관련되며 후자는 다음에 설명할 護民官制度와 관련된다.

#### 나. 護民官(Ombudsman)制度

Davis 는 모든 종류의 재량적 행위에 있어서의 不正과 非能率에 대한 抑制를 할 수 있는 제도로서 원래 北歐 스칸지나비아 諸國에서 발달한 이른바 護民官制度의 미국에서의 활용을 제창하고 있다.

Davis 는 「세계의 어느 나라에 있어서나 積極的政府의 발전이 과거 4半世紀동안 대단한 세력으로 박차를 가하고 있으며, 이에 따라 政府權力의 부당한 행사로부터 나타나는 위험이 倍加하는 결과가 나타나고 있다. 미국에 있어서의 節次의 保護의 발달, 抑制의 원칙의 발달은 다른 나라에 비해 상당한 것으로 생각 한다.……防禦手段과 審查가 비교적 잘 발달했기 때문에 우리나라에서는 대부분의 구라파의 여러나라보다 護民官制度를 고려 할 필요성이 아마도 적을련지도 모른다. 그러나 이미 보아온바와 같이 聽聞에 의한 保護 혹은 사법심사에 의한 抑制措置가 마련되어 있지 않는 대량의 재량권이 행사되고 있는 것이다.」<sup>(59)</sup>고 말하고 있다. 이상과 같이 Davis 의 발언은 문자그대로 아직 제창의 단계를 벗어 나지는 못 했지만 적어도 종래의 傳統的인 法的統制手段에만 의지하려들지 않고 보다 有効한 통제수단을 모색 하려는 노력을 엿볼 수 있고 재량의 남용통제의 문제의 중요성과 미국행정 법학자들의 일반적인 현황을 고려할 때 그의 이러한 노력은 크게 評價받을만 하다 할것이다.

## 六. 結 言

이상 미국 행정법에 있어서의 재량권남용에 대한 법적통제문제에 관하여 그 상황을 개관하여 보았거니와 이러한 고찰를 통하여 엄어지는 인상은 미국행정법에서도 行政裁量의濫用

(59) Davis, Ibid., p.94

論이라는 것이 아직 대체로 未發達의 영역을 벗어나 보지 못하다는 것이다. 선구적인 연구자들의 문제제기가 한편으로는 눈에 띠움과 아울러 다른 한편으로는 制定法上의 基準의 明確性의 後退, 行政節次的規制의 限界 혹은 법원의 自己抑制 등의 현상이 눈에 띠기도 한다. 그리하여 이러한 상황은 결국 壓倒的으로 증대하고 있는 행정재량에 대하여 적절히 對應하지 못하는 既存의 法制度의 문제로서 나타나게 되며, 보다 구체적으로는 미국에서 가장 발달한 것으로 인식되는 行政節次, 혹은 司法審查制度의 해당초의 制度的 意義와 그 現實的 限界에 관한 문제로서 크로즈·업하게 된다.

재량권의 남용을 여전히 통제할 것인가의 방안을 고려함에 있어서는 무엇보다 먼저 재량권의 남용(존재형식 내지 양식)을 각각의 경우에 따라 개별적으로 고찰 인식할 필요가 있을 것이다. 그리하여 이러한 前提作業에 의하여 각각의 경우에 있어서의 재량권의 남용에 상응한 개별적이며 구체적인 통제방법도 적절히 밝혀내어 질 것이다. 예컨대 재량권남용에 대한 통제수단으로서의 司法審查, 行政節次, 법률상의 기준, 내부기준의 확립과 공개, 部外者에 의한 비판, 監察의 制度 따위도 그 제마다의 특색을 살려가면서 有機的인 관련아래 각각의 구체적인 상황에 적응되어 활용되지 않으면 아니된 것이다.

그러나 한가지 분명한 것은 단순히 傳統的인 法律學의 試圖에 의한 고찰만으로서는 불충분하고 현대사회의 복잡성과 그에 따른 행정재량남용의 복잡성 등을 고려할 때 보다 綜合的인 視角에서의 문제해결이 시도되지 않으면 아니됨을 알 수 있고 바로 이러한 試圖가 행정재량의 통제를 둘러싼 앞으로의 과제 가운데 하나가 아닌가 생각된다. 어찌든 現代行政의 質的 量的變化에 適應하여 行政裁量의 濫用論도 개별적인 行政領域의 구체적인 상황에 상응하는 보다 정밀한 理論的檢討가 강력히 요구된다고 볼 수 있을 것이고 行政法學과 行政學의 相依相補의 提携가 필요함을 다시 한번 강조하면서 본고를 맺기로 한다.<sup>(61)</sup>

---

(60)拙稿“行政法學과 行政學의 關係”法政, 1966년 3월호, 4월호 참조.