

# 재량통제와 행정절차법

임 재 홍\*

## I. 서언

재량이론과 재량통제론은 행정법학에 있어서 고전적인 테마의 하나이다. 그런데 이를 절차적으로 규율하는 행정절차법은 1996년에 이르러서야 제정되었다.

주지하듯 현대행정국가에서 행정이 준입법기능 및 준사법기능을 담당하면서 문제가 된 것은 바로 행정을 입법과 사법이 어떻게 통제할 것인가 하는 문제이었다. 행정절차법은 바로 이러한 문제의식에 기인하여 만들어진 법률이다. 따라서 현대행정의 한 특징인 행정재량의 일반화라는 현상에 대처해서 행정민주주의를 담보하는 중요한 법률이라고 말할 수 있다. 또한 현대행정의 한 특징이라고 말할 수 있는 '행정지도에 의한 행정', '행정규칙에 의한 행정'에 대해서도 의미있는 규정들을 담고 있다.

나아가 행정절차법의 제정으로 인하여 행정법학 전반에 걸친 엄청난 변화가 예상된다. 이러한 변화의 영역으로서 들 수 있는 것은 재량통제이론, 행정규칙론, 행정소송론 등 아주 포괄적이다.<sup>1)</sup> 물론 이러한 변화가 아직 우리 행정현실이나 행정법이론에 직접적으로 반영되고 있는 것은 아니다. 유감스럽게도 재량통제론도 마찬가지라고 생각된다.<sup>2)</sup>

---

\* 영남대학교 법과대학 조교수

1) 줄고, 행정절차법상의 처분기준에 관한 연구, 인하대 박사학위논문(법학) 1998, 250쪽 이하 참조

2) 그 이유는 여러 각도에서 설명될 수 있을 것이다. 하나는 이러한 행정절차에 관한 법률이 대륙법적 전통에 있기보다는 영미법적 전통에 있기 때문에 이론적으로 접근하기 어려운 측면도 있다. 다른 하나는 행정실무에서 새로운 제도의 입법에도 불구하고 이를 실행되지 못하는 행정의

필자는 행정절차법의 제정이 종래 행정민주주의의 관점 특히 절차민주주의의 관점에서 아주 바람직한 일이었다고 생각한다. 따라서 행정재량론에 대한 행정절차법상의 규제를 행정법학계나 법원이 채택해 주기를 바라는 심정이다. 이것은 단순한 바람은 아니며 법이론상으로도 근거가 있다. 이하에서는 크게 두 부분으로 나누어 즉 II에서는 종래의 재량이론과 재량행위의 통제이론의 일반적 논의와 딜레마를, III에서는 재량행위의 통제이론의 새로운 모형으로 행정절차법상의 접근을 다룰까 한다.

## II. 재량이론과 재량행위의 통제이론 - 일반적 논의와 딜레마

현재의 행정법이론이나 판례는 재량을 다루는데 있어서 적어도 두 가지 난점에 봉착하고 있다. 하나는 이론상의 문제이요 다른 하나는 효과상의 문제이다. 이러한 문제의 원인은 독일행정부 도그마틱의 시대적 특수성의 반영물이다. 다시 말하면 법영역 외부에 놓여져 있던 재량을 법치주의로 편입시키려는 법치주의투쟁의 결과물이 바로 재량의 사법통제와 등치된 데서 오는 혼란이다. 주지하다시피 독일 공법이론상 재량을 이해하는 두 가지 서로 다른 관점이 있었다. 하나는 재량을 법으로부터 자유로운 행정영역으로 이해하던 독일 관헌국가시대의 입장이며, 다른 하나는 1945년 이후 법치주의적 관점에서 재량을 이해하던 방식이다. 이 두 관점은 법치주의 관점으로 일반화되지만, 이 과정에서 생긴 혼란은 재량통제론에 와서 혼란의 극에 달한다고 할 수 있다.

### 1. 재량이론 - 학계의 일반적 경향

현재의 학설·판례는 법률이 행정청에 그 요건의 판단 또는 효과의 결정에 있어 일정한 독자적 판단권을 인정하고 있는 경우에 당해 행위를 재량행위로 이해한다.<sup>3)</sup> 따라

경직성도 원인이며 나아가 이를 주장하지 못하는 일반 국민의 권리의식의 결여도 이유가 될 것이다.

- 3) 김동희, 행정법 I, 박영사 1997, 221쪽; 우리나라에서는 재량과 불확정개념을 구별하여 이해하는 학자와 구별하지 않는 입장이 있다. 구별하지 않는 예로 참조. 김도창, 일반행정법론(상), 청운사 1993, 287쪽; 이상규, 신행정법론(상), 법문사 1995, 343쪽; 서원우, 현대행정법론(상), 박영사 1988, 376쪽; 구별하는 예로는 참조. 김남진, 행정법의 기본문제, 경문사 1989, 136쪽; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사 1995, 258쪽; 강구철, 행정법I, 학연사

서 행정청이 재량범위 내에서 처분을 한 경우에 설령 재량을 그르쳤더라도 부당행위가 되는데 그치고 위법의 문제는 발생하지 않는다. 따라서 합목적성을 심사대상으로 하는 행정심판의 대상은 되어도 합법성의 문제를 다루는 사법통제의 대상은 되지 않았다.<sup>4)</sup>

이렇게 재량을 이해하는 현재의 다수설적인 입장은 적어도 독일의 초기 관헌국가적 입장이 아니라 1945년 이후 채택된 실질적 법치주의의 입장이라고 말할 수 있다. 즉 법률의 수권에서 재량의 근거를 구하는 것은 법치주의의 관철의 결과이다. 그러나 여전히 사법심사에서 포괄적으로 배제하는 이론구성은 여전히 관헌국가적 재량이론으로부터 완전히 벗어나지 못한 것은 아닌가 한다. 그것은 법치주의를 실체법적 측면에서 만 이해하고 절차법적 관점에서 행정에 부여된 자율적 결정의 특권을 통제하지 못하고 있기 때문이다.

따라서 이러한 실체법적 법치주의관점에서 보면 법률이 재량을 부여하는 것은 행정청의 자율적 책임에 최종적 판단을 맡긴다는 의미이지, 행정청의 자의 즉 위법적 재량 행사를 인정한다는 의미는 아니다. 즉 헌법과 법률의 한계 내에서만 자율적 요소가 인정되는 것이다. 우리 행정소송법은 제27조에서 재량의 일탈·남용의 경우 법원이 취소할 수 있다고 규정하고 있는 것이다.<sup>5)</sup>

## 2. 실체법적 관점에서의 재량통제론과 그 문제점

이런 관점에서 독일이나 우리의 경우 재량통제로서 주로 논해지는 것은 행정소송법 규정에 기초한 일탈과 남용이다. 이것은 실체법적 관점에서의 사법적 통제방식이다.

이를 구체화한 내역을 보면 ① 재량권의 일탈, ② 목적위반, ③ 사실의 정확성, ④ 재량권의 불행사, ⑤ 비례원칙에 기한 통제, ⑥ 평등원칙에 기한 통제, ⑦ 부당결부금

1990, 362쪽; 석종현, 행정법(상), 삼영사 1993, 250쪽; 홍준형, 행정법총론, 한울 1997, 164쪽; 판례는 구별하지 않고 있다. 大判 1964.6.30, 63누194; 大判 1992.4.24, 91누6634

4) 김동희, 앞의 책, 221-222쪽

5) 독일행정재판소법 제114조는 "행정청에 재량이 부여되어 있는 경우에도 재판소는 재량권의 법적 한계를 벗어나거나 또는 그 재량권의 행사가 목적과 부합하지 않음을 이유로 당해 행정행위, 그 거부 또는 부작위의 위법성에 대해서 심사한다"고 규정하고 있다. 독일행정절차법 제40조도 "행정청이 그 재량에 따라 행위할 수 있는 권한이 부여되어 있는 경우 행정청은 그 재량권의 부여목적에 따라 이를 행사하여야 하며 또한 재량권의 법적 한계를 준수하여야 한다"고 규정한다.

지원칙에 기한 통제, ⑧ 타사고려금지 및 적정형량의 원칙 ⑨ 재량권의 0으로의 수축 등이다.<sup>6)</sup> 이 내용을 개괄적으로 보면 다음과 같다.

① 재량권의 일탈 - 재량권의 일탈이란 관계법상의 재량권의 범위를 유월한 것 즉 법에 3-6개월의 영업정지를 정하고 있는데 행정청이 영업허가를 취소하는 처분을 내린 경우이다.

② 목적위반 - 관계법에 규정된 목적 즉 추상적 공익목적과 관계법규상의 구체적인 공익목적에 위반하는 것으로 소방법상 화재예방을 이유로 했지만 실제로는 범죄의 예방을 목적으로 하는 가택출입을 하는 경우이다.

③ 사실의 정확성 - 재량처분의 요건인 사실의 존재 여부 및 법정요건에의 해당여부에 대한 판단, 즉 처분이유가 된 사실이 실제와 다른 경우를 말한다.

④ 재량권의 불행사 - 이것은 재량행위를 기속행위로 오인해서 재량권을 행사하지 않거나, 구체적 사정을 고려하지 않은 일반적 기준에 따라 재량처분을 하는 것이다.

⑤ 비례원칙에 기한 통제 - 행정이 추구하는 목적과 수단의 불비례, 즉 경미한 위법 사실에 대해서 중징계를 가하는 경우를 말한다.

⑥ 평등원칙에 기한 통제 - 동일사안에 대하여 동일하지 않은 처분을 하는 경우, 예컨대 99명에 대해서는 면세를 해주면서 동일한 사안의 특정인에게만 과세를 하는 경우를 말한다. 실제 평등원칙에 기한 통제는 확립된 관행에 위반하는 것을 말하며 확립된 관행과 평등원칙이 결합되어 자기구속의 원리로 설명되고 있다.

⑦ 부당결부금지원칙에 기한 통제 - 관계법이 추구하는 목적과 관련이 없는 급부를 조건으로 하는 경우, 건축허가를 해주면서 건축법과 관련이 없는 공도설치를 조건으로 하는 경우를 말한다.

⑧ 타사고려금지 및 적정형량의 원칙 - 고려해야 할 사항을 충분히 고려하지 않았

6) 김동희, 앞의 책, 233-237쪽; 김남진교수는 (가) 재량의 유월, (나) 재량의 남용, (다) 재량의 흠결 또는 해태, (라) 재량권의 0으로의 수축과 행정개입청구권을 들고 있다. 김남진, 행정법 I, 법문사 1998, 232-234쪽; 홍정선교수는 재량하자의 유형으로 (1) 사실의 오인, (2) 절차상의 하자, (3) 재량권의 일탈, (4) 재량권의 남용을 들고 있고 남용의 예로는 재량권의 불행사, 평등위반의 재량행사, 비례원칙위반, 비이성적인 형량, 주관적 동기에 따른 형량을 들고 있다. 홍정선, 앞의 책, 272-273쪽; 홍준형교수는 재량하자로서 재량권의 일탈 또는 유월, 재량권의 남용, 재량권의 불행사, 재량행위에 의한 기본권 및 행정법의 일반원리에 대한 침해 등이 재량행위의 위법성을 구성하는 사유로 열거되고 있다고 한다. 홍준형, 앞의 책, 165쪽; 이상규교수도 재량권의 외적 한계와 내적 한계로 이론구성하고 있다. 이상규, 앞의 책, 344-345쪽

거나 또는 고려할 필요가 없는 사안을 중요하게 고려해서 결정한 경우(주로 계획재량에서 고려해야 할 요소)를 말한다.

⑨ 재량권의 0으로의 수축 - 예외적 상황에서 오직 하나의 결정만이 의무에 합당한 재량권행사로 인정되는 경우에 이를 그르친 경우이다.

그런데 이들 요소중 재량의 일탈에 속하는 것으로는 재량권의 일탈, 목적위반, 사실의 정확성, 재량권의 불행사, 부당결부금지원칙 및 재량권의 0의로의 수축 등을 들 수 있다. 그런데 학설이 드는 재량의 일탈에 기한 재량통제는 두 가지 면에서 문제점을 갖는다. 하나는 효과상의 문제이고 다른 하나는 이론상의 문제이다.

판례는 일탈의 법리를 적용하면서 “목적에 반하여 처분을 했다”<sup>7)</sup>, “재량권을 일탈했다”<sup>8)</sup>, “전혀 사실상의 근거에 기초하지 않았다”<sup>9)</sup>, “제반사정을 고려하지 않았다”<sup>10)</sup>, “사회통념상 재량권의 범위를 일탈했다”<sup>11)</sup>로 표현한다. 이렇듯 재량통제기준이 사회통념, 일탈이라는 전형적인 불확정법개념에 의존하는 것이 많다. 이것은 결국 법관의 주관적인 판단에 의존하는 것이 많다는 문제점을 보여준다.

또한 앞서 본 바와 같이 ‘법률의 목적에 어긋난다’거나 ‘법률이 정한 범위를 벗어나는 것’은 재량에 특유한 통제사유라고 보기는 힘들다. 이는 행정행위 일반의 위법사유가 되는 것이다. 법치주의가 공법의 대원칙이라면 법률의 목적이나 범위를 벗어난 행위는 당연히 위법이 되는 것이다. 따라서 재량의 자율적 요소에 대한 통제라고 말하기 힘들다.

여기서 행정행위 일반에 대한 통제와 재량에 특유한 통제라는 개념을 구별할 필요가 생긴다. 재량에 특유한 통제라는 것은 행정청에 부여된 자율적 요소에 대한 통제를 의미하는 것이지 법치주의에 기한 통제는 아니라는 것을 알 수 있다.

재량은 원래 합법성의 문제가 아니고 합목적성의 문제이기 때문에 합법의 영역 내에서 내려진 판단결과는 설령 그것이 부당하다 하더라도 존중되어야 한다. 따라서 부당한 경우에 그치는 재량권 행사는 행정 내부의 통제인 행정심판의 대상이 될지언정 행정소송의 대상은 되지 않는 것이다. 그런데 경우에 따라서는 이 부당한 행위가 단지 단순한 부당에 그치는 것이 아니라 자율적 요소에 대한 통제의 결과 위법이 되어야 만

7) 大判 1984.1.31, 83누451

8) 大判 1991.11.26, 91누8258; 大判 1991.6.11, 91누2083

9) 大判 1966.10.25, 65누61

10) 大判 1972.10.10, 72누147

11) 大判 1991.12.27, 91누744

이 정의로울 때가 있다. 요약하면 법률적·합목적적인 판단을 할 때 합법·부당한 것에 그치지만 '일정한 요소'의 개입의 결과 위법이 되는 효과를 가져오는 것이 소위 재량통제라고 말할 수 있다. 이것이 바로 절차적 통제인 것이다.<sup>12)</sup>

재량남용의 요소도 절차적 통제와 비슷한 구조를 취하고는 있다. 그렇지만 정확히 말한다면 재량에 특유한 통제요소라고 말할 수는 없다. 종래 재량남용의 요소로 주로 논의되는 것이 비례원칙과 평등원칙이다. 즉 재량권 행사는 법률이 정한 테두리에서 행해졌지만 목적과 수단이 전혀 균형에 맞지 않거나 평등원칙에 위반되는 경우이다. 이러한 비례원칙이나 평등원칙에 기한 통제는 일견 앞서 정의한 재량통제의 요소처럼 보일 수 있다. 왜냐하면 이러한 통제는 법률이 정한 목적이나 구체적인 목적범위 내에서 일단 재량행사가 합법적으로 이루어진 것을 전제하지만, 그러나 이러한 행위가 불문법적인 원리인 비례원칙이나 평등원칙이 개입됨에 따라 위법이 되는 결과를 발생시키기 때문이다. 그러나 이러한 사고는 법률실증주의에 입각할 때에만 가능한 것이다. 오늘날처럼 법률에 의한 행정이 아니라 헌법과 법률에 의한 행정을 염두에 둔다면 결과는 달라질 수 있다.

다수설은 평등원칙이나 비례원칙의 근거를 헌법 제11조의 평등원칙, 헌법 제37조 2항의 기본권 제약시의 최소침해원리에서 구하고 있다. 그리고 평등원칙이나 비례원칙을 위반하면 위헌·위법이 되는 것으로 보고 있다.<sup>13)</sup> 또한 행정소송제기의 요건인 위법개념에도 평등원칙이나 비례원칙위반은 위법사유로 보고 있다.<sup>14)</sup>

다수설의 이러한 입장은 당연히 타당한 것이다. 그리고 이러한 입장에 선다면 재량통제의 요소로서 남용이론은 재량에 특유한 통제요소로 이론상 구성하기 힘들다. '헌법의 구체화법으로서의 행정법'론을 염두에 둔다면 헌법의 원리는 당연히 행정법에 적용되는 것이고 그것도 재량행위뿐만 아니라 모든 행정행위에 적용되어야 하는 것이다.

12) 이런 점에서 본다면 재량통제란 법으로부터 자유로운 행정영역인 재량을 법치주의 틀로 끌어들이는 것과는 성질이 다르다. 즉 종래의 실체법적 통제는 사실 법으로부터 자유로운 행정영역을 법치주의 틀로 끌어들이는 과정에서 모색된 논리들이라고 말할 수 있다. 따라서 법치주의 하에서도 자율적 요소로 남아있는 자율적 요소로서의 재량에 대한 통제는 범주가 다른 것이고 별도의 논의가 필요하다.

13) 김동희, 앞의 책, 55-56쪽: 물론 이들 원리를 헌법에서 도출하는 것이 아니라 일반 불문법원리로 보는 경우에도 그 효력은 헌법적 효력으로 보고 있고 효과 또한 결과적으로 다르지 않다.

14) 김동희, 앞의 책, 630쪽

이런 점에서 본다면 재량남용론 역시 재량에 특유한 통제요소라고 말하기는 힘들다.

더욱이 이러한 재량남용이 현실적으로 얼마나 유의미한 통제수단인가라고 반문한다면 자신있게 말하기는 힘들 것이다. 판례는 남용의 법리를 적용하는 기준으로서 “재량의 행사가 심히 남용되거나 부당한 경우”<sup>15)</sup>, “현저한 균형 상실”<sup>16)</sup>, “옹보의 균형을 상실한 경우”<sup>17)</sup>를 드는 것이 적지 않다. 즉 행정법의 일반원칙인 비례원칙, 평등원칙, 신의성실의 원칙 내지는 금반언의 원칙, 타사안의 고려 등 일반 법원칙을 제시한다 해도 법관의 주관적인 판단에 의존하는 것이 많다.<sup>18)</sup>

비례원칙에 기한 통제도 수단과 목적사이의 비례관계가 현격하게 부조화하는 것을 제외하고는 판단상의 어려움이 있다. 평등원칙에 기한 통제는 행정법 교과서에서 많이 거론되는 통제방식이지만, 실무에서는 잘 활용되지 못하고 있다. 이론적 구조를 보면 이미 형성된 관행의 존재를 전제로 하여 뚜렷한 이유없이 이러한 관행에서 행정관청이 이탈하여 재량을 행사하면 평등원칙에 반하여 위법이 된다는 방식을 취하고 있다. 그러나 시민의 입장에서 행정관행의 형성여부 및 행정관행의 인식상의 어려움이 있다.<sup>19)</sup> 또한 행정관행의 징표로 추정되는 것이 재량준칙(행정규칙)인데 시민이 행정규칙에 접근하는 것이 쉽지 않다. 이 점에서 재량남용의 법리가 실제로는 효과가 크지 않음을 알 수 있다.

### 3. 실체법적 재량통제론의 혼란과 비판

이렇게 볼 때 실체법적인 재량통제가 이론상으로나 실무상 큰 의미나 효과를 갖지 못한다는 것이 드러난다. 그러면 이러한 상황인데도 불구하고 학설·판례는 이러한 실체법적 재량통제를 금과옥조처럼 여기고 있다. 그 이유는 무엇일까? 이것은 재량이론이 형성된 독일상황의 역사적 특수성이 반영된 결과이다.

15) 大判 1973.6.26, 72누232

16) 大判 1992.3.27, 91누13069

17) 大判 1977.9.13, 77누18

18) 이것은 실체법적인 이탈·남용론에 의할 때 생기는 문제들이다. 일본도 유사한 상황에 있다. 西尾勝, “行政國家における行政裁量—その豫備的考察”(溪内謙外編, 現代行政と官僚制(上), 東京大出版會 1974, 81-118쪽 수록), 90쪽

19) 김동희, 앞의 책, 233-237쪽; 홍준형, 앞의 책, 165-166쪽; 김남진, 앞의 책, 232-234쪽; 홍정선, 앞의 책, 272-273쪽; 이상규, 앞의 책, 344-345쪽; 석종현, 앞의 책, 242-246쪽; 이석선, 판례행정소송법, 한국사법행정학회 1996, 156쪽 아래

원래 대륙법 전통상 재량이란 법률의 수권과 무관하게 '행정의 자유로운 영역'으로 간주되고 이 자유로운 행정영역은 법치주의의 배제영역이기 때문에 포괄적으로 사법심사의 대상에서 제외되었다. 그리고 당시의 지배적인 학설은 요건부분에 재량이 인정된다고 보았기 때문에 사법심사의 대상에서 제외되는 재량영역은 매우 광범위했다. 이것이 독일의 초기 관헌국가적 법치국가론의 현실이었다.<sup>20)</sup>

이러한 초기 법치주의 현실에서 그나마 재량영역의 일부를 법치주의에 포함시켜 사법통제의 대상에 포함시키려고 한 것이 재량통제론으로 발전된 것이다. 이것은 19세기부터 시작해서 법치주의 재량개념이 출현하던 시기까지 재량통제론의 역사를 보면 쉽게 이해가 된다. 베르나찌크로부터 발터 엘리네크에 이르는 재량한계론의 발전은 법으로부터 자유로운 행정으로서 재량을 법에 기속되는 영역으로 포함시키려는 시도로 볼 수 있다. 이러한 변화는 무엇보다도 법치국가사상의 발전과 맥락을 같이 한다고 보여진다. 즉 19세기말부터 20세기초에 걸쳐 독일에서도 경찰국가와 대비되는 자유주의 입법국가권이 법치국가의 기본적 원리를 형성하고 행정부의 자유재량을 축소하여 가능한 한 입법사항으로서 상세히 규정하려고 하는 방향으로 실현되고 있었던 것을 지적할 수 있다. 그리고 법률에 의한 행정의 원리의 보장으로서의 행정재판소의 발전은 자유재량의 영역에도 적극적인 판례법을 형성한 것이다.

따라서 이상의 내용은 법으로부터 자유로운 행정영역을 법치주의 영역으로 끌어들이는 노력의 일환으로 재량통제론이 발전된 점이다. 그러나 분명히 할 것은 이것이 법률에 의하여 수권된 재량영역에 대한 통제의 문제와는 그 내용이 본질상 다르다는 것이다. 따라서 1945년이후 독일에서 형성된 법치주의적 재량개념에 입각해서 과연 무엇이 재량통제론의 내용이 되어야 하는지를 이제 고민할 때가 되지 않았는가 한다. 현재 독일이나 일본 우리나라에서 아직도 이러한 재량통제론은 사법적 통제의 방법이 주

20) 베르나찌크가 배제근거를 잘 설명하고 있다. 그는 단순한 사실상의 요소뿐 아니라 정신적인 활동도 재량고려서 필요한 것이라고 한다. 그래서 행정청의 판단에 대해서 행정청이외의 제3자가 그 옳고 그름을 판단할 수 없는 한계가 정신활동의 영역에서 발생한다. 예를 들면 법률상의 카테고리가 '공익' 혹은 '일반적 이익'의 인식만을 요구할 정도로 추상적일 때, 이 법규범은 공익에 적합하게 행동하도록 행정청에 명령하는 것이다. 따라서 공익에 반하여 행정행위를 하는 것은 행정의 의무위반이 되나, 행정청은 "무엇이 공익에 합치하는가"라는 정신활동에 대해서 전문가로서 판단하는 것이기 때문에 행정재판관도 개입할 수 없다. 그래서 법률요건재량에 대해서 행정재판소는 사법심사를 할 수 없게 되고, 다만 행정내적인 의무위반의 결과로 징계상 혹은 형사상의 책임이 발생한다고 한다. E. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, 41쪽.



로 거론되고 위법의 문제를 다루는 것은 발전된 모습은 아니라고 생각된다.

### III. 재량행위의 통제이론의 새로운 모형 - 행정절차법상의 접근

#### 1. 절차법적 접근의 필요성

##### 1) 행정자율통제로서의 재량통제

앞서 보았듯이 재량이란 법률에 의하여 행정에 인정된 자율영역이다. 따라서 재량의 통제란 기본적으로 자율적 요소에 대한 자율적 통제로부터 시작할 필요가 있다. 물론 행정의 자율적 요소이고 자율적 통제라고 하여 행정청의 임의에 맡긴다는 의미는 아니다. 오히려 자율적 요소를 유형화하고 자율적 통제를 외적으로 강제지우는 방법이 있을 것이다. 예컨대 자율적으로 어떠한 결정을 내릴지에 대해서는 궁극적으로 행정에 결정권을 부여하더라도 적어도 절차법적 관점에서 어떠한 절차, 어떠한 기준, 처분에 대한 일정한 배경설명, 이해당사자의 의견청취 때로는 청문 공청회를 거치도록 하고 이를 어떻게 반영했는지를 강제하는 방법일 것이다. 물론 이 강제는 대륙법계국가에서 법률의 형태로 이루어져야 되고 그 일반적 절차를 규율한 법이 행정절차법이 되는 것이다. 그리고 이러한 절차를 준수했는지 여부는 당연히 사법적 심사의 대상이 되어야 한다.<sup>21)</sup>

##### 2) 행정환경의 급속한 변화

물론 이러한 절차적 관점을 도입해야 하는 이유는 이러한 재량이론에서만 도출되는 것만은 아니다. 그것은 행정환경의 변화로 인하여 더우기 요청된다고 할 것이다. 초기

21) 법규명령에 의한 재량통제도 우리나라에서는 행정의 자율적 통제로 이해할 수 있을 것이다. 왜냐하면 법규명령이란 법률의 위임을 받은 범위내에서 행정운영에 대한 규범적 원리를 규정하고 있기 때문이다. 그러나 행정의 자율적 요소를 대외적 규범력을 갖는 법규명령이란 형식으로 채택하는 것은 무리일 것이다. 왜냐하면 자율적 요소를 존중한다면 몰라도 그 획일적이고 예외가 별로 없는 강행적 성격으로 인해 자율적 자기통제의 방식이라고 말하기는 힘들 것이다.

의 실체법적 관점에서의 재량통제는 그 나름대로의 사회적 배경을 가지고 있었다.

행정내용이 대체로 정형적인 단순함을 보이고 있기 때문에 실체법이 행정작용의 요건을 정함으로써 유효하게 규제할 수 있었고, 이러한 실체법적 규율을 사후에 재판절차로 보장하면 된다고 생각했었다. 이것이 행정재판의 고전적인 방식이다. 그러나 초기 법치국가의 실체는 이미 존재하지 않는다. 오늘날의 국가는 행정국가, 복지국가, 사회국가 등으로 불리울 정도로 경제행정, 사회행정, 복지행정, 그리고 환경행정 등 새로운 행정분야의 출현과 광범한 발전, 행정전체의 복잡화와 다양화로 인해 과거의 단순한 행정체계가 복잡해진 것이다. 행정법의 성격을 보더라도 권력의 발동을 법령으로 구속할 수 있는 명확함이 상실된다. 또한 행정에 대해서 새로운 임무를 부과하는데 필요한 권한을 주지 않을 수 없게 되고,<sup>22)</sup> 또 재량범위의 확대를 피할 수 없다.

행정실체법이 행정에 대해서 재량을 광범위하게 허용하면, 실체법적 측면에서의 재판적 통제는 한계가 있다. 무엇보다 합법성과 합목적성의 구별이 실체법상 애매해 진다. 실체법이 행정작용의 요건을 정하는데 있어서 불확정법개념을 많이 사용하게 되고 행정에 대해서 행정작용의 지침이나 기준을 구체적으로 정하지 못한다. 이런 규정은 이론적으로는 법개념이더라도 사실상은 그 구체화에 행정에 판단의 여지나 선택의 여지가 남는 따라서 행정의 합목적적 활동을 허용하지 않을 수 없다. 더불어 행정의 전문기술화가 진행되게 되면, 재판소의 실체적 판단의 능력이 미치지 못하는 문제가 다수 발생하게 된다.<sup>23)</sup> 위와 같이 실체법적 측면에서의 재판적 통제에 한도가 있다고 한다면, 행정활동의 절차의 통제에 의존하지 않을 수 없다. 절차법적 통제의 한 방안인 무하자재량행사청구권이 독일이나 우리나라에서 논의된<sup>24)</sup> 것도 이런 연유이며, 이

22) 田中二郎, 新版行政法(上), 弘文堂 1972, 249쪽 아래

23) 雄川一郎, “行政の法的統制”(公法研究 39號(1977), 109-129쪽 수록), 116-117쪽

24) 무하자재량행사청구권은 재량의 영역에서 실체적인 권리가 없더라도 추상적으로 적정한 재량 행사를 요구하는 절차적 권리가 인정되는 한, 실체적인 권리에 대비되는 의미에서 재량의 하자없는 행사를 청구할 수 있다. 바호프는 재량통제와 권리침해의 문제를 결합시켜 무하자재량행사청구권을 이론적으로 도출한다. 이 바호프의 주장을 판례가 적극적으로 받아들이어 이러한 절차적 권리를 긍정하기 시작했다. 판례는 “명문의 규정이 없더라도 행정은 하자있는 행위를 해서는 안되는 의무를 갖고, 이에 대응하여 개인의 권리가 긍정된다”고 하여 무하자재량행사청구권을 인정한다. Hamburg OVG, v. 10.3.1949, MDR 1949, 315; 이를 인정한 판결로는 아래와 같은 것이 있다. VGH Stuttgart U. v. 29.10.1951, DVBl. 1952, 522; Hamburg OVG U. v. 30.8.1950, DVBl. 1951, 479; Hamburg OVG U. v. 14.6.1951, DVBl. 1952, 246; OVG Hamburg U. v. 26.11.1951, VerwRspr. Bd. 4, Nr. 186; LVGE Minden, 30.7.1951, JZ. 1952, 490; BVerwG. U. v. 24.4.1959, DöV 1960, 632; Bayer. VGHE v. 1.3.1950; VGHE Württ.-Bad.

것은 독일행정절차법 제정에 일익을 했다. 우리의 경우에도 독일, 일본에 이어 행정의 절차적 규율을 목적으로 하는 행정절차법을 제정하였다.

## 2. 절차적 통제의 기법

1996년에 제정된 우리 행정절차법은 행정청이 행정처분을 함에 있어서 절차법적 규율로 첫째, 의견제출 및 청문(동법 제27조 내지 제36조) 둘째, 문서의 열람(동법 제37조) 셋째, 처분의 이유부기(동법 제23조) 넷째, 처분기준의 설정·공표(동법 제20조), 등 4가지를 규정하고 있다. 이중 앞의 3개는 독일의 행정절차법에도 규정되고 있는 내용이다. 그러나 처분기준의 설정·공표제도는 독일행정절차법에 없는 것으로 일본과 우리행정절차법의 독특한 내용의 하나라고 할 수 있다. 시오노 히로시는 고지·청문, 문서열람, 이유부기, 처분기준의 설정·공표가 말하자면 적정절차 4원칙이라고도 볼 수 있는 것으로 보편화되어 있다고 한다.<sup>25)</sup>

### 1) 의견제출, 청문, 공청회

의견제출이나 청문 등의 제도는 행정청이 결정을 내리기 전에 관계인의 의견을 청취함으로써 행정청의 적정한 결정을 도와준다. 이것은 다음과 같은 4가지 요소로 구성된다.

먼저 ① 사전통지란 행정과정에 국민이 참가하는 기본적인 요소로 행정청이 행정결정을 하기 전에 그 상대방 또는 이해관계인에게 당해 결정의 내용 이유 및 그에 관한 청문의 일시 장소 등을 알리는 행위를 말한다. 이것은 상대방 등에게 청문시의 의견진술 권리주장 자료제출 등을 미리 준비할 수 있도록 하기 위한 것이므로 의견진술이나 청문이 있기 상당기간전에 행해져야 한다. ② 의견제출은 행정청이 일정한 결정을 하기에 앞서 당사자 등에게 의견을 제시할 기회를 주는 것이다. 우리 행정절차법상 의견제출은 불이익처분의 경우 의무적 절차로 규정하고 있다. ③ 청문은 행정청이 결정을 내리기에 앞서 그 결정의 당사자 또는 이해관계인으로 하여금 자기에게 유리한 증거를 제출하고 의견을 진술하게 함으로써 사실조사를 하는 절차를 말한다. 우리 행정절차법

31.3.1951, 121; 이들 판례를 통해 보면, 재량남용으로부터 보호되는 개인의 권리는 재량의 일탈남용의 경우에 그 행위의 절차만을 거부하는 것을 의미한다.

25) 塩野宏, 塩野宏, 일본행정법론(서원우·오세탁 공역, 법문사 1996), 209쪽

상 청문은 법령에 규정되거나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우 실시할 수 있다. ④ 공청회는 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자 등, 전문지식과 경험을 가진 자 기타 일반 행정인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차를 말한다.

이러한 의견제출이나 청문등은 당사자 등의 의견을 들음으로써 적어도 행정청의 자의나 독단을 피할 수 있는 가능성을 부여한다는 점에서 행정민주주의의 내용이 실현되는 것이라고 할 수 있다.

## 2) 서류열람청구권

서류열람청구권은 청문의 단계에서 정보를 획득하게 해주는 점에서 의미가 있다. 우리 행정절차법은 "당사자 등은 청문의 통지가 있는 날부터 청문이 끝날 때까지 행정청에 대하여 당해 사안의 조사결과에 관한 문서 기타 당해 처분과 관련되는 문서의 열람 또는 복사를 요청할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 법령에 의하여 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 이를 거부할 수 없다"고 규정하여 열람청구 및 복사권을 인정하고 있다.

이러한 서류열람청구권의 인정은 정보가 지배하는 현대정보사회에서 큰 의미를 갖는다. 이미 행정기관의 정보공개에 관한 일반법이 제정되어 있지만 행정절차법에서 다시 행정과정에서 필요한 정보를 얻을 수 있음을 강조하고 있는 것이다. 국민이 행정과정에 참여한다 하더라도 정보가 없이 맨주먹으로 참가한다면 참가의 의미는 반감되어 버린다. 이 점에서 무기대등의 원칙을 인정한 것으로 큰 의미를 갖는다.

## 3) 이유부기

이유부기란 행정처분을 함에 있어 그 이유를 처분문서에 부기하여 상대방에게 알리는 것이다. 이유부기제도는 행정청으로 하여금 처분 등을 보다 신중하게 하여 자의적 처분을 방지하고 또한 쟁송단계에서 그 상대방이 당해 처분에 대하여 다툴 수 있는 구체적 근거를 미리 제공하여 준다는 점에서 중요한 의미가 있다. 재량행사에 있어서 이유부기는 자의적인 재량 행사를 막아주는 실효적인 제도가 될 것이다. 이유부기는 또한 국민에 대해서 설득적 기능을 할 수 있는 것으로 소송예방의 효과도 갖는다.

#### 4) 처분기준의 설정 공표

현대행정의 문제라 할 수 있는 법률상의 규율밀도의 부족을 해결하기 위해서 행정청의 재량행사과정에 이해관계인을 참여시켜야 한다. 나아가 법률적 규율밀도의 부족을 행정청이 사전에 보충하도록 만들 필요가 있다.

현대국가에서 국민의 행정수요를 만족시키기 위해 전문기술적인 내용의 법률이 대량으로 그리고 신속하게 제정되어야 한다. 그런데 의회는 이러한 입법을 제정할 능력을 상실하고 있다. 설령 입법되더라도 극도로 추상적이고 개괄적인 수준에 그친다. 일반적으로 법률문언은 적극적인 행정활동을 기대하고 의도적으로 그렇게 만들어진 것이다.<sup>26)</sup> 따라서 법률의 실시단계에서 구체화가 필요해지며, 이 작업은 행정권에 넘겨진다. 그래서 행정처분의 지침을 행정 스스로 설정하게 된다. 이런 상황에서 행정 내부에서 설정되는 처분기준(행위지도규칙)에 대한 절차법적 통제는 중요한 문제이다. 적어도 재량이나 불확정법개념을 규율하는 기준의 설정의무, 외부에 대한 공표의무가 절차법상 확보될 필요가 있다.

행정청에 의한 규율밀도의 보충은 법치주의의 보완이라는 차원에서도 필요하다. 따라서 행정청이 선행적으로 자신이 행할 재량권 행사의 지침을 설정하고 시민이 이 행정과정에 참여하기 전에 이 지침을 알고 있어야 한다. 즉 일반적인 공표가 필요한 것이다.

특히 이 제도는 독일 행정절차법에는 규정되고 있지 않은 제도이다. 그만큼 논란의 소지가 많은 부분이다. 그럼에도 우리 행정절차법에 규정된 것은 앞의 다른 제도들 즉 고지·청문, 문서열람, 이유부기 등의 절차적 규율만으로 재량통제가 쉬지 않을 것이라는 것을 염두에 둔 것이라 할 수 있다.

즉 의견진술이나 청문제도, 서류열람청구권은 나름대로의 의의가 있지만, 재량행사의 폭이 광범위한 경우 충분히 기능하지 못하는 약점이 있다. 왜냐하면 재량행사의 지침이 설정되지 않은 경우 내지 설정되었더라도 참가하는 시민이 이를 알지 못하는 경우 행정과정에 참여하고 적절한 의견을 진술하는 것이 쉽지가 않기 때문이다. 아울러 자의·독단적인 재량행사의 우려도 남는다.<sup>27)</sup> 이것은 이유부기의 경우에도 마찬가지이다. 행정청에 인정된 재량폭이 넓을 수록 행정청은 이유부기를 통해 자신의 결정을 합리화할 수 있다. 그래서 이유부기는 법령상 규율밀도의 부족을 보충하지 못한다. 이런

26) 手島孝, 行政國家の法理, 學陽書房 1976, 67-68쪽

27) 塩野宏, 앞의 책, 212쪽

점에서 처분기준의 설정 및 공표제도의 의의는 다른 어떠한 절차적 규율보다 중요한 것이라 할 수 있다.

### 3. 처분기준의 설정 및 공표제도에 대한 검토

#### 1) 우리 학계의 논의와 문제점

이상에서 보았듯이 처분기준의 설정 및 공표제도는 재량통제에 있어서 아주 중요한 행위유형이다. 남은 문제는 앞에서 이미 밝힌 바 있지만 행정절차법에서 말하는 처분기준이 독자적인 행위유형으로 안정될 수 있을 것인가 하는 문제이다. 행정절차법에서 말하는 처리기준에 대한 우리 학계의 입장은 아직 뚜렷하지 않다. 그러나 이를 실체법적으로 이해하려고 하는 사고방식이 현재로서는 다수이다.

대법원 역시 이 처분기준 제도에 대해서 명확한 입장을 밝힌 적은 없다. 그러나 종래 판례 등을 검토할 때 특히 사무처리준칙에 대한 확고한 입장 등을 종합하여 볼 때 행정규칙에 불과한 것으로 이해할 가능성이 높다.

그런데 행정절차법에 규정된 처분기준을 절차법적 관점에서 보게 되면 다른 결론에 도달할 수도 있다. 그리고 정확히 이 규정을 이해하자면 실체법적 관점에서 접근하면 안된다. 왜냐하면 종래 실체법적 관점에서 보면 행정청은 행정규칙을 설정해서 공표해야 할 의무는 없는 것이다. 즉 행정내부의 가이드라인에 불과하기 때문에 작성이나 공표는 행정청의 임의사항 즉 재량사항에 불과한 것이기 때문이다.

그런데 이러한 임의적 재량사항을 절차법적 관점에서 보면 몇 가지 의무가 행정청에 부과된다. 즉 설정 및 공표가 의무화되고 있다. 따라서 이렇게 절차법적으로 처분기준을 설정 공표하도록 한 다음 이것을 준수하든지 준수하지 않든지 그 여부를 행정청의 임의적 의사판단에 맡겨버린다면 행정절차법에 이 규정을 법률적 의무조항으로 할 이유는 하나도 없었을 것이기 때문이다. 이런 의문에 기초해서 이 제도가 갖는 의미를 다시금 새길 필요가 있다.

#### 2) 처분기준 제도의 비교법상 위치

이러한 재량통제를 위해 처분기준을 설정·공표하도록 하는 제도는 입법상으로는 일본행정절차법에서 처음 나타나고 있다. 일본행정절차법은 “행정운영에 있어서의 공정

의 확보와 투명성의 향상을 도모하고 국민의 권리·이익의 보호에 기여함을 목적으로 하고”(동법 제1조) 있다. 심사기준의 설정·공표(동법 제5조), 처분기준의 설정·공표(동법 제12조)는 행정의 공정성과 투명성의 확보를 위한 방안중의 하나이다. 이 제도가 일본의 행정절차법에 들어오게 된 발단은 동경지방법재판소의 1963년 9월 18일 판결<sup>28)</sup>과 1963년 12월 25일 판결<sup>29)</sup> 및 일본최고재판소 1971년 10월 12일 판결<sup>30)</sup>이었다. 이 판결들은 적정절차를 위해서 심사기준의 사전의 설정 및 관계인에 대한 고지가 필요하다고 하고 있다.

이 판결들이 1964년도에 보고된 임시행정조사회 행정절차법초안과 1983년의 제1차 행정절차법연구회 · 법률안요강(안) 및 1989년의 제2차 행정절차법연구회 · 행정절차법요강(안), 및 현행 행정절차법에까지 영향을 미친 것이다. 위 판결들은 기준의 설

28) 1963년 9월 18일 판결은 행정절차법상 처분기준 설정 및 공표에 큰 영향을 준 것으로 일반적으로 인용되고 있다. 일본의 도로운송법은 면허신청의 가부를 결정하는 절차에 대해서 특별한 경우에 청문절차를 실시할 것을 요구하고 있는 것(제122조의 2) 외에 어떠한 규정도 하고 있지 않다. 따라서 특정한 경우 이외에 어떠한 절차를 채용할 것인가는 행정청의 재량에 맡겨진 것으로 볼 수 있다. 그러나 재판소는 이 경우 “어떠한 방법·절차를 취할 것인가에 대한 행정청의 재량권에도 일정한 한계 내지 제한이 있다고 하면서 불공정한, 사실인정에 있어 행정청의 독단이 의심되는 절차를 채용할 수 없다”고 한다. 그리고 행정청이 취해야 하는 공정한 절차라는 것은 당해 행정행위의 목적, 성질 및 규제를 받는 권리, 자유의 성질 기타 구체적 사정을 감안하여 결정하지 않으면 안된다고 한다. 즉 “일반적으로 말하면 다수중에서 특정 소수를 구체적, 개별적 사실인정에 기초해서 선정하는 한, 구체적 기준의 설정없이 공정한 취급을 한다는 것은 불가능하기 때문에, 구체적 기준을 설정하지 않은 처분은 불공정한 절차에 의한 처분으로 위법하다고 해석된다. ... 설정된 기준의 내용이 미묘하고 고도의 인정을 요하는 것으로 그 내용을 이해관계인에게 고지하고 이 점에 대한 주장과 증거제출의 기회를 부여하지 않으면 사실인정의 독단을 피하는 것이 곤란한 경우, 행정청은 이해관계인에 기준의 내용을 고지하고 이에 대해 주장과 증거제출할 기회를 부여하지 않고 절차를 진행하는 재량의 자유를 갖지 않으며, ... 이 경우 위 기회를 부여하지 아니하고 행해진 사실인정절차는 행정청의 독단이 의심되는 절차에 해당한다”라고 하고 있다. 이 판례는 행정절차의 설정의무를 인정하고 있지만 일반적 공표의무를 인정한 것은 아니다. 오히려 행정절차에서 참여자의 권리로 이해한 면이 있다. 東京地判昭38-9-18行集14卷9號 1666

29) 東京地判昭38-12-25行集14卷12號 2255: 外間寛/宇賀克也, “研究會/行政手続法(第1回)”(ジュリスト 1049號(1994), 44-68쪽 수록), 50쪽

30) 위의 1963년 9월 18일 판결의 상고심에서 최고재판소는 동경지방법재판소판결의 입장을 그대로 유지하고 있다. 즉 “내부적이더라도, 그 취지를 구체화한 심사기준을 설정하고, 이를 공정하고 합리적으로 적용시키고, 특히 위 기준의 내용이 미묘, 고도의 인정을 요하는 그러한 경우에는 위기준을 적용하는데 필요로 하는 사항에 대해서 신청인에 대하여, 그 주장과 증거제출의 기회를 부여하지 않으면 안된다”고 하고 있다. (最一判昭46-10-12民集25卷7號 1037)

정·공표에 직접적인 영향을 미쳤지만, 일본행정절차법 제정과정에서 이론적 배경이 된 것은 이 판결들뿐만 아니라 일본헌법의 적법절차조항, 미국의 정보공개제도와 적정절차의 법리 및 이에 관련된 미국판례법의 일관된 경향 등이다.<sup>31)</sup> 여기서 미국판례법의 경향이란<sup>32)</sup> 재량통제를 위해 규칙을 사전에 작성하여 두어야 한다는 것인데 이 경향은 크게 보아 두 흐름이 있다. 하나는 입법적 규칙(Legislative rule)의 제정을 통한 재량통제를 염두에 두고 있는 연방대법원의 입장이며, 다른 하나는 기준의 설정(입법적 규칙이나 해석적 규칙, 정책의 일반적 설명을 모두 포함하는)을 통한 재량통제를 염두에 두고 있는 연방항소법원의 입장이다.<sup>33)</sup> 일본행정절차법(안)중에는 심사기준의 경우에는 법령에 의한 규율을 염두에 둔 적도 있다는 점(제2차행정절차법연구회안 제 0501조 제2항)을 감안하면 이러한 두 흐름의 소개는 이해되는 측면이 있다. 그러나 이 두 흐름중 일본에서 채택된 것은 연방대법원이 입장이 아니고 연방항소법원과 데이비스교수의 입장이었다.<sup>34)</sup>

31) 일본행정절차법 제정이후 행정절차법 제정에 참여한 일본학자들의 좌담을 보면, 기준설정 및 공개제도는 앞의 일본 판례들 및 미국의 적정절차법리의 강한 영향속에 만들어 졌음을 알 수 있다. 또한 미국판례법의 경향을 완전히 무시할 수는 없었다고 한다. 外間寛/宇賀克也, “研究會/行政手続法(第1回)” (ジュリスト 1049號(1994), 44-68쪽 수록), 65-66쪽

32) 일본 행정절차법제정과정에 참여했고, 미국법의 이론을 적극적으로 도입하고 있는 宇賀克也교수의 미국행정법연구의 내용을 통해서 보면, 다음과 같은 판결들이 판례법의 경향으로 소개되고 있다. SEC v. Chenery, 332 U.S. 194(1947); NLRB v. Guy F. Atkinson Co., 195 F. 2d 141(9th Cir. 1952); Hornsby v. Allen, 326 F. 2d 605(5th Cir. 1964); Holmes v. New York City Housing Authority, 398 F. 2d 262, 265(2d Cir. 1968); Morton v. Ruiz, 415 U.S. 199(1974); 이중 데이비스교수의 주장에 따른 판결로는 Hornsby v. Allen사건과 Holmes v. New York City Housing Authority사건을 들 수 있다. 이 판결들은 해석적 규칙의 설정을 의무지우고 있다. 반면 SEC v. Chenery사건과 Morton v. Ruiz사건은 입법적 규칙의 설정이 필요하다고 한 사례에 속한다. 이 점에서 보아 宇賀克也교수는 입법적 규칙에 의한 재량통제와 해석적 규칙에 의한 재량통제 모두를 염두에 두고 있는 것 같다. 宇賀克也, 行政手続法の理論, 東京大出版會 1995, 167-169쪽

33) 연방항소법원은 미국의 행정법학자인 데이비스의 주장을 채택하고 있다.

34) 동경지방법재판소의 1963년 9월 18일 판결이후 일본행정학 및 행정법학에서 미국의 규칙제정(내지 설정) 및 공개제도에 초점을 둔 연구를 많이 찾아 볼 수 있다. 몇몇 사례를 든다면 다음과 같다. 西村康雄, “行政裁量の內在的統制”(日本行政學會編, 日本の行政裁量, 1984 ぎょうせい, 89-112쪽 수록); 神長勳, “K. C. デイビスの裁量統制論”(室井力先生還暦記念論文集, 現代行政法の理論, 法律文化社 1991, 22-38쪽 수록); 東平好史, “行政手続における公開の機能”(神戸法學雜誌, 第20卷 1號(1970), 1-31쪽 수록); 西尾勝, “行政國家における行政裁量-その豫備的考察”(溪内謙外編, 現代行政と官僚制(上), 東京大出版會 1974, 81-118쪽 수록); 雄川一郎, “行政の法的統制”(公法研究 39號(1977), 109-129쪽 수록)



미국연방행정절차법은 우리나라 행정절차법 제20조에 해당하는 처분기준에 관한 규정은 없다. 이러한 절차법적 접근은 미국판례와 학설을 통해 제기된 것이다. '기준'(Standard)설정을 통한 행정재량의 통제는 구태여 입법적 규칙(우리의 경우 법규 명령)이나 해석적 규칙(우리의 경우 행위지도규칙 내지 행정절차법상의 처분규칙)의 어느 하나만을 기준으로 고집할 이유는 없다. 법률의 수권과 법정 절차를 밟아서 이루어지면 더 좋겠지만, 법령에 의해서 재량을 통제하는 것이 어렵다고 한다면 행정청의 자율적인 기준설정에 의해서도 이루어질 수 있는 것이다. 미국 판례법은 이러한 두 가지 흐름을 모두 보여주고 있다.

연방행정절차법상 '처분기준의 설정의무'가 없기 때문에 일반적으로 행정청은 규칙제정(내지 설정)없이 (우리나라의 행정처분에 유사한) 재결에 의하여 해당사안만을 위해 (ad hoc하게) 처분기준을 형성할 재량을 갖는다.<sup>35)</sup> 그러나 연방대법원은 체르니사건에서 재결에 의하여 설정된 규칙(Rule)의 소급적 적용이 당사자에 중대한 불이익을 초래하는 경우에는 규칙에 의하여 일반적 지침을 미리 설정하는 것 없이 재결로 사안별(case by case)로 지침을 설정하는 것은 재량권의 남용으로 위법이 된다고 판결한다.<sup>36)</sup> 이어 1974년의 루이즈사건<sup>37)</sup>에서는 행정청은 정책의 관리에 있어서 입법적 규칙을 제정할 권한과 의무를 가지며, 행정절차법은 행정청에 대해 공표된 입법적 규칙에 따른 결정을 요구한다고 하면서, 공표되지 않은 해석규칙에 기초한 결정은 무효라고 판결한다. 이 판결은 공표되지 않은 해석규칙에 따른 결정은 자의라고 하여 재량권남용이론을 전개한 판결이라고 할 수 있다.<sup>38)</sup> 이러한 연방대법원의 판결은 법률상의 특별한 수권규정이 있는 경우에는 별 문제가 없다. 그러나 수권규정이 없는 경우에도 연방대법원은 수권규정(specific statutory delegation)이 없어도 일반적 근거 규정(a general delegation of regulatory authority)만 있으면 규칙제정의 권한이 행정청에 부여된다<sup>39)</sup>고 하여 규칙제정이 가능하다고 한다. 전통적 해석에 의하

35) 1947년에 유명한 *Cherney*사건에서 연방대법원은 행정청이 규칙제정을 할 수 있다고 해서 동일한 효과를 가져오는 재결을 할 수 없는 것은 아니라고 판시하였다. Bernard Schwartz, *Administrative Law*, Little, Brown and Company 1991, 214쪽

36) *SEC v. Chenery* 332 U.S. 194(1947)

37) *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199(1974)

38) Collins S. Diver, "Policymaking Paradigms in Administrative Law"(Harvard Law Review Vol. 95(1981), 393-434쪽 수록), 410쪽

39) 대표적인 판결로 다음을 참조. *H. P. Welch Co. v. State*, 199 A. 886(N.H. 1938), *aff'd*, 306 U.S. 79(1939); *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190(1943); *Frozen Food Express v. United States*, 351 U.S. 40(1956);

면 일반적 근거규정은 해석적 규칙의 설정권한을 확인적으로 정한 것에 불과한 것으로 이해하여 왔다.<sup>40)</sup> 연방대법원의 판례경향은 재량남용의 통제를 목적으로 절차적 규제를 도입하는 것이기는 하지만, 부당한 위임권한의 확대라고 하지 않을 수 없다.<sup>41)</sup> 오히려 다음의 데이비스의 주장이나 이를 받아들인 연방항소법원의 입장이 더 논리적이라고 생각된다.

데이비스는 재량통제라는 목적을 달성하기 위해 행정청의 처분기준(Standards)설정이 필요하다<sup>42)</sup>는 것이다. 그런데 이 기준이란 입법적 규칙뿐 아니라, 해석적 규칙, 심지어 행정청의 '정책의 일반적 설명'(General statements of policy)이나 '정책설명'(Policy statement)까지 포함하는 것이다.<sup>43)</sup> 다만 이해관계인의 참가절차를 보장하기 위하여 연방행정절차법상의 규칙제정절차를 이용하지는 것이다.<sup>44)</sup> 이런 입장에 설 때, 연방대법원처럼 일반적 근거규정에 기초해서 설정된 '해석적 규칙'을 '입법적 규칙'으로 의제할 것없이 해석적 규칙으로 보면서도 충분히 재량통제를 할 수 있다. 다만 데이비스의 이론에 의할 때 생기는 문제점은 행정청이 입법적 규칙이나 해석적 규칙을 발할 권한은 갖지만 의무는 없다는 점이다. 이 점 때문에 데이비스는 법원의 역할을 중

---

Toilet Goods Association v. Gardner, 387 U. S. 158(1967)

40) Bernard Schwartz, 앞의 책, 169쪽

41) 연방대법원의 위임권한 확대를 통한 재량통제의 방안은 해석적 규칙을 입법적 규칙으로 본다는 점에서 앞서 본 독일행정법학의 실체법적 접근과는 유사한 측면도 있지만 기본적인 관점에서 큰 차이가 있다. 미국연방대법원은 재량의 절차적 규율을 위해 규칙의 제정을 강제하면서 동시에 고지와 평론이라는 절차적 요건을 취할 것을 주된 목적으로 하기 때문이다. 이런 점에서 연방대법원의 입장은 실체법적 위임요건의 완화를 통해 절차적 규제범위를 확대시키는 것이라고 할 수 있는 것이다. 연방대법원의 입장에 대해서는 절차적 방어수단이 부당한 위임을 합리화시키지는 못한다는 슈발츠의 비판이 적합하다. Bernard Schwartz, 앞의 책, 72쪽

42) Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Louisiana State Univ. Press 1969, 55쪽

43) Kenneth Culp Davis, 앞의 책, 56쪽: 데이비스는 "재량(discretion)으로부터 나오는 문제에 대한 치료가 규칙(rules)이라면, 집행공무원의 과도한 재량(excessive discretion)에서 나오는 문제에 대한 치료는 해석적 규칙(interpretative rules)이다"고 함으로써 해석적 규칙을 특히 중시하는 입장을 보이고 있다. 앞의 책, 77쪽

44) 연방행정절차법 제4조(현행법 제553조, 규칙제정)는 해석적 규칙이나 정책에 관한 일반적 설명은 규칙제정절차를 요하지 않는다고 명백히 면제하고 있다. 그러나 데이비스는 "이 면제란 규칙제정절차의 금지를 의미하는 것은 아니라고 해석한다." 그는 예를 들어 재무부가 해석규칙을 설정할 때 규칙제정절차를 사용하여 일반적 지지를 얻고 있다고 한다. Kenneth Culp Davis, 앞의 책, 76쪽:

시킨다. 즉 “법원은 행정청에 처분기준설정(Standards)을 요구하여야 한다.”<sup>45)</sup> 데이비스의 이런 주장을 법원은 적정절차라는 관점에서 채택하고 있다.<sup>46)</sup> 데이비스교수의 재량통제에 관한 주장은 기준의 설정, 공개, 체크라는 세 분야로 구성되어 있다. 이중 기준의 설정과 공개가 우리 행정절차법에 도입된 것이라고 할 수 있다. 따라서 우리 행정절차법 제20조의 운용과정에서 데이비스의 입론들은 많은 시사점을 줄 것이다.

#### IV. 결론

이상에서 필자는 재량통제에 국한해서 행정절차법이 갖는 의미를 다루었지만 적어도 행정절차법이 재량통제의 모형변화에 큰 영향을 주리라는 것은 명백하다. 그리고 그 영향도 구체적으로 본다면 실체법적 통제 즉 일탈과 남용론에 대하여 보완적 의미를 갖겠지만 시간이 흐르고 행정절차법이 정착되면 실체법적 통제를 대체하는 효과도 가지리라고 본다. 이러한 것은 이론상의 의미뿐만 아니라 현대행정국가가 처한 문제상황에서 민주주의와 법치주의를 실현하는 길이 될 수도 있을 것이다. 다만 문제는 부당한 요구의 결과 입법된 행정절차법이 학계의 무관심이나 이해부족으로 인하여 사문화되는 것만큼은 막아야 하는 것이 행정법학의 과제가 아닌가 생각된다.

45) Kenneth Culp Davis, 앞의 책, 58쪽

46) 데이비스의 주장을 채택한 것은 연방항소법원이다. 다음 사례가 대표적인 판결들이다. *Environmental Defence Fund v. Ruckelhaus*, 439 F. 2d 584(D.C. Cir. 1968); *Holmes v. New York City Housing Authority*, 398 F. 2d 262(2d Cir. 1968); *White v. Roughton*, 530 F. 2d 750(7th. Cir 1976); *Warren v. Morion County*(222 Or. 307, 353 P 2d 257(1960)); *Hornsby v. Allen* 326 F. 2d 605(5th Cir. 1964); *Soglin v. Kauffman* 418 F. 2d 163(7th Cir. 1969); *United States v. Bryant* 439 F. 2d 642(D. C. Cir. 1971) 기타 다른 판결들에 대해서는 다음을 참조. Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, vol. 2, 2 ed., San Diego 1979, 128-140쪽