

## 행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고 — 미국 행정법상 쉐브론 원칙(Chevron Doctrine)과 해석규범(Canon)의 기능과 상호관계를 중심으로 —\*

허성욱\*\*

### <국문초록>

이 논문은 우리나라 행정재판에 있어서 행정재량에 대한 사법심사기준에 관해 생각해 본 글이다.

행정소송에 있어서 본안판단의 문제는 결국에는 행정작용에 있어서 행정법규의 1차적 해석권한을 가지고 있는 행정청의 재량판단에 대한 법원의 사법심사의 기준과 범위의 문제로 귀착된다. 행정청의 재량판단에 대한 사법심사의 문제는 우리 사회의 공적인 가치(public value)를 어떤 선호체계(preference mechanism)에 따라 결정되도록 할 것인가의 문제이다. 행정청의 재량판단에 대해 보다 적극적이고 넓은 사법심사를 인정하는 것은 그렇지 않은 경우에 비해 사법부의 구성원들의 선호에 더 높은 가중치를 두는 것이 될 것이고, 그 반대의 경우에는 선거로 선출된 대통령이 임면권을 가지는 행정부 구성원들의 선호에 더 높은 가중치를 두는 것이 될 것이다.

이 글에서는 미국행정법상 행정청의 재량판단에 관한 사법심사의 기준으로 확고하게 자리잡은 쉐브론 원칙(Chevron Doctrine)을 살펴보고, 그로부터 우리 행정법학에서 취할 수 있는 함의가 어떤 것인지에 모색하는 것으로 논의를 진행하였다. 쉐브론 원칙은 일차적으로는 행정청의 법률해석을 둘러싼 재량권 행사에 대한 사법심사기준의 문제를 다루고 있지만, 중국에는 국가공동체의 공적인 의사결정을 사법부와 행정부 중 어느 부문에서 담당하는 것이 더 바람직한 것인가에 관한 가치판단의 문제를 내포하고 있는 중요한 원칙이다. 그 중요성에 대한 인식의 공유로 인해 지금 현재 쉐브론 판결은 미국 공법 판결 중에서 가장 많은 인용횟수를 보이고 있는 판결이고, 그 원칙의 내용과 적용범위를 둘러싸고 그 후 후속 판결과 학자들의 논문에서 치열한 논쟁이 진행되고 있다. 특히 새롭게 정립되어 나가고 있는 쉐브론 원칙과 기존의 법률해석에 관한 해석규범(Canons)의 상호관계가 법판단에 있어서 대단히 중요한 문제가 되고 있고, 학자들 사이의 논쟁도 뜨겁다.

\* 이 연구는 한국연구재단 2010년도 대학교수 해외방문연구지원사업[과제번호 013-2010-1-B0003 9]의 지원을 받아서 연구되었음.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학전문대학원 교수.

행정재량에 대한 사법심사기준으로서 쉘브론 원칙의 내용과 해석규범과의 상호관계에 관한 미국 판례, 학계에서의 논의는 향후 우리나라에서 본격적으로 진행될 행정재판에서의 본안판단기준을 둘러싼 논의에도 여러 가지 시사점을 줄 수 있으리라고 생각한다. 이러한 문제의식하에, 이 글의 제II장에서는 미국 행정법상 행정재량판단에 대한 사법심사에 관한 주요 판결에 대한 연혁적 고찰을 통해 판례법을 통해 정립된 사법심사기준의 내용에 관한 개괄적인 내용을 살펴보고, 제III장에서는 이 글의 주된 연구대상인 쉘브론 원칙의 내용에 관해 비교적 자세히 살펴본 후, 제IV장에서는 쉘브론 원칙과 해석규범(Canons) 사이의 범주적 구분과 관련된 논쟁을 살펴보고, 제V장에서 쉘브론 원칙과 해석규범을 둘러싼 이러한 논의로부터 우리가 우리나라 행정법상 재량판단의 사법심사기준 정립에 관하여 얻을 수 있는 함의가 무엇인지 간략하나마 살펴본 후 제VI장 결론으로 글을 마무리하였다.

주제어: 행정재량, 사법심사, 쉘브론 원칙, 쉘브론 존중, 해석규범

## — 목 차 —

- I. 들어가는 말
- II. 미국 행정법상 행정재량판단에 대한 사법심사에 관한 주요 판결의 연혁적 고찰
- III. 쉘브론 원칙 (Chevron doctrine)
- IV. 쉘브론 원칙과 해석규범(Canons) 사이의 범주적 구분(Categorical distinction) 논쟁
- VI. 결론

## I. 들어가는 말

행정법원의 설립으로 인한 본격적인 행정판례의 생산과 함께 우리나라의 행정법학도 비약적인 발전을 해오고 있다.

그러나, 기존의 행정법에 관한 실무와 이론에서의 논의는 취소소송에 있어서 대상적격이나 원고적격과 같은 소송요건의 쟁점을 중심으로 주로 이루어져 오는 경향이 있었고, 이와 관련하여 우리나라의 행정법학이 ‘소송요건법학’에 그치고 있다는 비판이 제기되기도 하였다.<sup>1)</sup> 이러한 상황이 발생하게 된 여러 가지 이유를 생각해볼 수 있겠지만,

1) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능[제2장 행정법원의 임무와 역할], 박영사(2006), 50면.

이는 우리나라 행정법학이 아직도 ‘형성과정 중에 있는 법학’이란 점을 반증하고 있는 것으로 이해될 수 있다.<sup>2)</sup> 물론 대상적격, 원고적격 등과 같은 소송요건에 관한 행정법학의 쟁점들이 아직 완전하게 정리된 것은 아니지만, 이제 우리나라의 행정법학도 행정쟁송에 있어서 본안판단의 문제에 보다 관심을 집중하고 논의의 폭을 확대해나갈 때가 되었다고 필자는 생각한다.

행정소송에 있어서 본안판단의 문제는 결국에는 행정작용에 있어서 행정법규의 1차적 해석권한을 가지고 있는 행정청의 재량판단에 대한 법원의 사법심사의 기준과 범위의 문제로 귀착된다. 행정청의 재량판단에 대한 사법심사의 문제는 우리 사회의 공적인 가치(public value)를 어떤 선호체계(preference mechanism)에 따라 결정되도록 할 것인가의 문제이다.<sup>3)</sup> 행정청의 재량판단에 대해 보다 적극적이고 넓은 사법심사를 인정하는 것은 그렇지 않은 경우에 비해 사법부의 구성원들의 선호에 더 높은 가중치를 두는 것이 될 것이고, 그 반대의 경우에는 선거로 선출된 대통령이 임면권을 가지는 행정부 구성원들의 선호에 더 높은 가중치를 두는 것이 될 것이다.<sup>4)</sup>

이 글에서는 미국행정법상 행정청의 재량판단에 관한 사법심사의 기준으로 확고하게 자리잡은 쉐브론 원칙(Chevron Doctrine)을 살펴보고, 그로부터 우리 행정법학에서 취할 수 있는 함의가 어떤 것인지에 모색하는 것으로 논의를 진행하기로 한다.<sup>5)</sup> 쉐브론 원칙은 일차적으로는 행정청의 법률해석을 둘러싼 재량권 행사에 대한 사법심사기준의 문제를 다루고 있지만, 중국에는 국가공동체의 공적인 의사결정을 사법부와 행정부 중 어느 부문에서 담당하는 것이 더 바람직한 것인가에 관한 가치판단의 문제를 내포하고 있는 중요한 원칙이다. 그 중요성에 대한 인식의 공유로 인해 지금 현재 쉐브론 판결은 미국 공법 판결 중에서 가장 많은 인용횟수를 보이고 있는 판결이고, 그 원칙의 내용과 적용 범위를 둘러싸고 그 후 후속 판결과 학자들의 논문에서 치열한 논쟁이 진행되고 있다.

2) *Id.* [제3장 취소소송의 4유형] 63면.

3) 공법적인 선택의 문제를 사회선호함수 설정의 관점에서 이해하려는 논의에 관해서는 허성욱, 공법이론과 공공정책(I) - 공법이론 연구방법론으로서 공공선택이론 -, 법경제학연구 제6권 제2호, 한국법경제학회 (2009. 12.) 참조.

4) 이 주제에 관한 전반적인 고민에 관해서는 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계, 박영사(2009) 참조.

5) 이와 관련하여 쉐브론 판결은 우리 행정법상 일반적으로 행정행위와 관련하여 논의되고 있는 전통적인 재량문제가 아니라 법해석의 문제를 다루고 있으므로 이 글의 주제인 행정재량판단에 대한 사법심사의 문제와는 논의의 맥락이 다르다는 주장을 생각해볼 수 있으나, 재량행위 혹은 재량판단의 개념범주는 반드시 ‘행정행위의 하위개념’은 아니라는 점에서 이는 타당하지 않다고 본다. 즉, 일반적으로 법령이 ‘필요한 조치를 취할 수 있다’고 규정하는 경우 그 필요한 조치란 반드시 행정행위에 한정되는 것이 아니고 위임받은 범위 내에서의 행정입법 혹은 사실행위에 관해서도 인정될 수 있는 것이기 때문이다. 재량행위의 문제는 곧 재량권의 문제이며 재량권행사에 의한 행위가 반드시 행정행위일 것을 전제로 하는 것은 아니라고 보아야 한다는 입장에 찬성한다. 홍준형, 행정법, 법문사(2011), 124-125면 참조.

특히 새롭게 정립되어 나가고 있는 웨브론 원칙과 기존의 법률해석에 관한 해석규범(Canons)의 상호관계가 법판단에 있어서 대단히 중요한 문제가 되고 있고, 학자들 사이의 논쟁도 뜨겁다.

행정재량에 대한 사법심사기준으로서 웨브론 원칙의 내용과 해석규범과의 상호관계에 관한 미국 판례, 학계에서의 논의는 향후 우리나라에서 본격적으로 진행될 행정재판에서의 본안판단기준을 둘러싼 논의에도 여러 가지 시사점을 줄 수 있으리라고 생각한다. 이러한 문제의식 하에, 이 글의 제II장에서는 미국 행정법상 행정재량판단에 대한 사법심사에 관한 주요 판결에 대한 연혁적 고찰을 통해 판례법을 통해 정립된 사법심사기준의 내용에 관한 개괄적인 내용을 살펴보고, 제III장에서는 이 글의 주된 연구대상인 웨브론 원칙의 내용에 관해 비교적 자세히 살펴본 후, 제IV장에서는 웨브론 원칙과 해석규범(Canons) 사이의 범주적 구분과 관련된 논쟁을 살펴보고, 제V장에서 웨브론 원칙과 해석규범을 둘러싼 이러한 논의로부터 우리가 우리나라 행정법상 재량판단의 사법심사기준 정립에 관하여 얻을 수 있는 함의가 무엇인지 간략하나마 살펴본 후 제VI장 결론으로 글을 마무리하기로 한다.

## II. 미국 행정법상 행정재량판단에 대한 사법심사에 관한 주요 판결의 연혁적 고찰

### 1. Skidmore (1946)

Skidmore 사건<sup>6)</sup>은 근로자들의 작업중 대기시간이 ‘근로시간’에 해당하여 Fair Labor Standard Act(FLSA)에서 정한 시간외 근무수당(overtime compensation)의 지급대상인지 여부가 다투어진 사건이었다.

결론적으로 이 사건에서 대법원은 해당 쟁점의 법률적인 판단의 최종적인 권한은 의회에 의해 행정청이 아닌 법원에 부여된 것이라고 판단하였다. 이 판결에 따르면 최종적인 법률해석의 권한(authority)을 의회가 법원에 부여한 경우, 법원은 모호함이 있는 법률문언의 해석에 있어서 행정청의 의견을 참조하고 그로부터 설득될 수 있지만<sup>7)</sup>, 어

<sup>6)</sup> Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, (1946).

<sup>7)</sup> 그와 같은 취지에서 Skidmore 판결에서는 다음과 같은 취지의 설시를 하였다.

“We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority; do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with

편 경우에도 법률해석의 문제를 행정청에게 양보(defer)하지는 않는다고 보았다.<sup>8)</sup>

## 2. Citizens to Preserve Overton Park (1971)

다음으로 행정재량에 대한 사법심사에 관한 주요한 판결로 논의되고 있는 것이 이른바 Overton Park 사건<sup>9)</sup>이다.

이 사건은 지역공원지구를 가로질러서 건설되는 연방 고속도로의 건설을 승인한 교통부장관(Secretary of Transportation)의 처분이 적법한 것인지 여부가 다투어진 사건이다.

이 사건에서 대법원은 행정재량에 대한 사법심사의 주요한 두 가지 요소를 지적하고 그에 대한 판단을 하였는데, 그 중 하나는 관련 법규에 의해 부과된 실질적인 재량의 한계에 대한 판단이었고, 두번째는 행정청의 의사결정과정에서 적절성 여부에 대한 판단이었다.

위 두번째 단계의 심사에서 APA에서 정하고 있는 이른바 “자의전단기준” 심사<sup>10)</sup>의 내용에 관한 판단이 이루어졌다.<sup>11)</sup>

earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control.”

<sup>8)</sup> Skidmore, 323 U.S. at 139 (“There is no statutory provision as to what, if any, deference courts should pay to the Administrator's conclusions.”).

<sup>9)</sup> Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, (1971).

<sup>10)</sup> 5 U.S.C. § 706 (2006).

[Scope of Review]

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall--

- (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and
- (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be--
  - (A) *arbitrary, capricious*, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;
  - (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;
  - (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;
  - (D) without observance of procedure required by law;

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.

<sup>11)</sup> Overton Park, 401 U.S. at 416, “To make this finding the court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment. Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The court is not empowered to substitute

그 판단의 내용을 간단히 요약하면 법원은 행정청이 당해 사안의 결론을 내림에 있어서 관련된 요소를 충분히 고려하고 있는지, 그 판단의 내용에 명백한 오류가 있는 것은 아닌지 등의 문제를 심리해서 그렇다고 판단되면 해당 행정청의 판단을 자의전단하다고 보아서 배척할 수 있다는 것이다. 여기서 중요한 것은 이 상황에서 법원이 심사하는 것은 행정청이 절차적으로 필요한 고려를 충분히 하였는지에 관한 것이고, 본안 판단의 결론의 타당성을 법원이 직접 판단하는 것은 아니라는 점이다.

### 3. State Farm (1983)

State Farm사건<sup>12)</sup>은 앞에서 본 Overton Park 사건의 자의전단기준에 관해 대법원에 의해 보다 자세한 판단이 이루어진 사건이다.

이 사건은 레이건 행정부 시절에 NHTSA(National Highway Traffic Safety Administration)에 의해 규제완화의 일환으로 이루어진 자동차의 사고피해방지장치에 관한 규제(passive restraint; seat belt, airbag 등의 의무적 설치에 관한 규제)의 철회의 적법성이 다투어진 사건이었다.

이 사건에서 대법원은 NHTSA의 처분의 적법성은 자의전단기준에 의해 심사되어야 한다고 선언하였고, 그에 따라 Overton Park사건에 비해 자의전단기준의 내용에 관해 훨씬 자세한 설시를 한 후, 심사대상처분은 자동차운전의 안전성과 관련된 제반 요소에 대한 충분한 검토를 거친 것이 아니므로 위법하다고 판단하였다.

Overton Park사건에 비해 자의전단기준에 관해 좀 더 자세한 설명이 있기는 하였지만, 이 사건에서도 위 기준이 행정청의 판단과정에만 적용되는 것인지 아니면 판단의 실제적인 내용 그 자체에 대해서까지도 적용되는지에 관해서는 약간의 불명확함이 남아 있었다. 그렇지만 분명한 것은 위 기준에 의한 주된 심사대상은 행정청의 의사결정 절차(agency's decision making process)에 관한 것이라는 점이였다.

### 4. Chevron (1984)

Chevron 판결에 관해서는 항목을 나누어서 다음 장에서 보다 자세히 살펴보기로 한다.

### 5. Mead (2001)

---

its judgment for that of the agency.”

<sup>12)</sup> Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29, (1983).

Chevron 이후에 연방 대법원에서 행정재량에 대한 사법심사의 문제에 대해 본격적으로 다룬 것은 Mead 판결<sup>13)</sup>이었다.

Chevron 판결 선고로부터 15년 지나서 선고된 Mead 판결은 Skidmore deference가 적용되는 경우와 Chevron deference<sup>14)</sup>가 적용되는 상황을 구별하였다는 점에서 종래 Chevron판결의 적용범위를 둘러싼 논란의 일부에 관한 설명기능을 하고 있다.

이 사건은 일정 계획표(day planners, 수첩 등)를 수입 판매하는 Mead Corp.에 대해 관세청이 부과한 관세율의 적정성이 다투어진 사건이었다. 이 사건에서 관세청은 해당 수입물품에 대하여 관세 면제 물품으로 분류하지 않고 4%의 관세를 부과하는 처분을 하였다.

위 관세부과처분의 위법성을 다투면서 제기된 이 사건에서 법원은 행정청의 모든 판단에 대해 쉼브론 존중이 주어지는 것은 아니라고 판단하였다. 쉼브론 판결에 따른 행정판단에 대한 존중이 주어지기 위해서는 관련 법규의 해석으로부터 의회가 행정청에게 법규창조력(agency-defined law)을 명시적 혹은 묵시적으로 부여한 것으로 인정되어야 한다.

즉, Mead판결은 법원이 행정청의 법률해석에 대해 어느 정도의 존중(deference)을 보여야 하는지는 결국 의회에 의해서 결정되어야 한다는 원칙을 확인하고 선언한 것에 그 의미가 있다고 할 수 있다. 그에 따르면, 행정청이 의회로부터 위임 받은 범위 내에서의 법규창조력을 행사하는 경우에는 법원은 행정청의 합리적인 범위 내에서의 법률해석을 존중하여야 하지만, 행정청의 법률해석이 의회로부터 위임 받은 범위 내의 권한 행사가 아니라고 판단되는 경우에는 더 이상 그러한 존중을 받지 않게 된다는 점을 선언한 것이다.<sup>15)</sup>

Mead 판결에 따르는 경우 행정청의 법률해석에 대한 사법심사를 함에 있어서 법원은 먼저 당해 사건이 쉼브론 존중을 받을 수 있는 사건인지 여부에 관해 먼저 심사하는 결과가 된다. 이 단계의 심사를 두고 학자들 사이에서는 Chevron Step Zero라고 표현하기도 한다.

## 6. Brand X (2005)

<sup>13)</sup> United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218, 221 (2001).

<sup>14)</sup> 영어표현인 ‘deference’에 대해서는 ‘존중’이라는 번역표현이 자주 사용되고 있으나, 원단어의 의미를 정확하게 전달하는데는 한계가 있어 보인다. 이 글에서는 문맥에 따라 번역표현과 원단어를 혼용해서 사용하기로 한다.

<sup>15)</sup> Michael P. Healy, *Reconciling Chevron, Mead, and the Review of Agency Discretion: Source of Law and the Standards of Judicial Review*, 19 GMLR 1 (2011), 21.

Brand X 판결<sup>16)</sup>은 행정재량에 대한 사법심사에 관해 가장 최근에 연방 대법원에 의해 선고된 판결이다.

이 판결에서 특히 주목할만한 점은 지금까지 검토한 행정재량에 대한 사법심사에 관한 여러 원칙들이 다시 확인되었다는 점에 있다.

이 사건은 연방통신위원회(Federal Communications Commission, FCC)에 의해 공포된 다음과 같은 행정규칙의 적법성 여부가 다투어진 사건이었다.

“광역인터넷 서비스(broadband Internet Service)를 판매하는 케이블 회사는 통신법(Communications Act)에서 정의하고 있는 바에 따른 ‘통신서비스(telecommunication service)’<sup>17)</sup>를 제공하는 것이 아니므로 공통 통신사업자에 대해 강제적으로 적용되는 규정의 적용을 받지 않는다.”<sup>18)</sup>

이 사건 항소법원에서는 통신위원회가 과거에 “케이블 모뎀 서비스는 통신서비스에 해당한다”는 취지의 결정을 한 바가 있으므로, 그에 배치되는 위 행정규칙은 위법(unlawful)한 것이라고 판단하였다.

이 사건 대법원 판결의 판단 순서에는 주목할 만한 점이 있다.

이 사건에서 대법원은 쉘브론 일단계(Chevron Step One)의 문제를 검토하기 이전에 먼저 이 사건 행정청의 행정작용에 대해서 쉘브론 존중의 원칙(Chevron deference)이 적용될 수 있는지를 검토하였다. 이런 점에서 대법원은 앞에서 본 Mead 테스트를 일종의 쉘브론 영단계(Chevron Step Zero)로 사용한 것으로 이해될 수 있다. 결국 대법원은 이 사건은 Skidmore deference가 아닌 Chevron deference가 적용되는 사건이라고 판단하였다.<sup>19)</sup>

16) Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 545 U.S. 967 (2005).

17) 47 U.S.C.A. § 153 (53) Telecommunications service

[The term “telecommunications service” means the *offering* of telecommunications for a fee directly to the public, or to such classes of users as to be effectively available directly to the public, regardless of the facilities used.]

18) “cable companies that sell broadband Internet service do not provide ‘telecommunications servic[e]’ as the Communications Act defines that term, and hence are exempt from mandatory common carrier regulation under Title II.”

19) Chevron deference의 적용여부에 관한 논쟁 과정에서 원고측은 이 사건에서 행정청은 자신의 법률적 견해를 변경하였기 때문에 Chevron deference가 적용되지 않는다고 주장하였으나, 법원은 이를 받아들이지 아니하였다. 대법원은 Chevron 체제하에서도 행정청은 모호한 법률문언의 해석에 있어서 자신의 입장을 바꿀 수는 있지만, 그것이 받아들여지기 위해서는 그 법률적 견해의 변경을 정당화할 수 있는 충분한 설명이 있어야 한다고 판단하였다. [Brand X, 545 U.S. 981-982, “[C]hange is not invalidating, since the whole point of Chevron is to leave the discretion provided by the ambiguities of a statute with the implementing agency. An initial agency interpretation is not instantly carved in stone. On the contrary, the agency must consider varying interpretations and the wisdom of its policy on a continuing basis, for example, in response to changed factual circumstances, or a change in administrations. That

다음으로 대법원은 쉘브론 사법심사기준(Chevron test)에 따른 심사로 나아가는데, 먼저 쉘브론 일단계(Chevron Step One)에 따라서 행정청의 해석대상인 법규에 모호함이 존재하는지 여부를 판단하였다.

다수의견은 통신법상 통신서비스의 개념규정중 “제공(offer)”이라는 단어의 해석을 둘러싸고 서로 다른 해석의 여지가 있으므로 이는 해석의 대상인 법문언에 모호함(ambiguity)이 존재한다고 판단하였다.<sup>20)</sup> 그에 대해서 위 제공이란 단어의 해석에는 모호함이 존재하지 않는다고 주장한 Scalia대법관의 반대의견이 개진되었다.<sup>21)</sup>

다수의견의 결론에 따라 대법원은 쉘브론 이단계(Chevron Step Two)의 심사로 나아갔고, 결론적으로 통신위원회의 법률문언 해석은 “합리적인 범위 내에서의 정책선택에 해당한다”는 결론을 내렸다. 이는 기본적으로는 기존의 Chevron 심사기준에 따른 결론으로 이해될 수 있으나, 구체적인 내용에 있어서는 쉽게 정형화해서 설명하기 어려운 부분이 있으나 이 글에서는 다루지 않기로 한다.

이 단계의 심사에서 주목할만한 점은 법원이 원고측의 “자의전단(arbitrary and capricious)” 주장을 판단한 점에 있다. 원고측이 이 사건 행정규칙은 통신위원회가 정당한 이유 없이 케이블 모뎀 서비스 회사들을 Digital Subscriber Line(DSL) Service회사들과 차별해서 취급하는 것이므로 자의전단한 것이라고 주장한 것에 대해, 대법원은 전통적인 자의전단 해석규범에 따른 심사를 하고, 행정청이 자신의 결정의 근거에 대해 충분히 설명하고 있으므로 위법하지 않다고 결론을 내린 바 있다.

여기서 생각할 점은 이러한 자의전단기준과 쉘브론 존중의 원칙의 체계상의 상호관계이다. 이에 관해서는 제IV장에서 보다 자세하게 살펴보기로 한다.

---

is no doubt why in Chevron itself, this Court deferred to an agency interpretation that was a recent reversal of agency policy.”]

20) Brand X, 545 U.S. at 991-92 (citation omitted) (quoting *id.* at 1006 (Scalia, J., dissenting)); see also *Id.* at 988 (majority opinion) (“Seen from the consumer’s point of view, the Commission concluded, cable modem service is not a telecommunications offering because the consumer uses the high-speed wire always in connection with the information-processing capabilities provided by Internet access, and because the transmission is a necessary component of Internet access.”); *id.* at 989 (“[O]ffering’ can reasonably be read to mean a ‘stand-alone’ offering of telecommunications, i.e., an offered service that, from the user’s perspective, transmits messages unadulterated by computer processing. That conclusion follows not only from the ordinary meaning of the word ‘offering,’ but also from the regulatory history of the Communications Act.”).

21) *Id.* at 1014 “After all is said and done, after all the regulatory cant has been translated, and the smoke of agency expertise blown away, it remains perfectly clear that someone who sells cable-modem service is “offering” telecommunications. For that simple reason set forth in the statute, I would affirm the Court of Appeals.”

### III. 웨브론 원칙 (Chevron doctrine)

#### 1. 웨브론 원칙의 개요

1984년에 선고된 *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 판결은 그 후 미국 공법 사건들 중에서 가장 많이 인용된 사건이 되었다.<sup>22)</sup><sup>23)</sup>

이 사건은 Clean Air Act(CAA)에서 정하고 있는 ‘고정오염원(stationary source)’의 개념을 ‘bubble concept’로 이해할 수 있는 것인지에 관한 행정법규의 해석의 문제를 둘러싸고 제기된 것이었다.<sup>24)</sup>

Stevens 대법관에 의해 집필된 대법관 만장일치<sup>25)</sup>의 Chevron 판결에서는 다음과 같은 근거를 들어서 법원이 행정청의 법률해석의 내용을 존중하는 것이 바람직하다고 판단하였다. 그 판단의 근거는 다음과 같다.

(1) 우선, 그렇게 하는 것이 의회의 의도(Intention)에 부합하는 것이고, (2) 행정청이 법률해석을 하는 것은 의회로부터 위임 받은 범위 내의 입법권을 행사하는 것이며, (3) 행정청이 법원에 비해서 자신의 결정에 대해 더 정치적으로 책임을 지는 위치에 있고, (4) 행정청이 전문적이고 기술적인 분야에 관해 법원에 비해 더 전문가적인 판단을 할 수 있는 전문가를 확보하고 있다.<sup>26)</sup>

흔히 웨브론 이단계 심사의 원칙(Chevron Two-Step)이라고 불리는 웨브론 원칙의 내용은 다음과 같다.

22) Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 U. Chi. L. Rev. 823, 823 (2006). 위 문헌의 설명에 의하면 Chevron 판결은 선고된 이후 10년 동안(1984년부터 1994년 1월까지) 2,424번, 그 후 6년 동안(1994년 1월부터 2000년 1월까지) 2,584번, 그 후 5년 동안(2000년 1월부터 2005년 1월까지) 2,235번이 인용되어서 7,000번 이상 인용되었고 이는 헌법, 행정법 판결들 중에서 가장 많이 인용된 것에 해당한다고 한다.

23) 웨브론 판결 및 미국 행정법상 재량행위에 대한 사법심사와 관련된 국내의 선행연구논문으로는 이광윤, *Chevron* 판결의 파장과 행정국가, *미국헌법연구* Vol. 6, 미국헌법학회 (1995), 김형남, *미국 행정법상 재량행위의 사법적 통제*, *공법학연구* Vol. 2, 한국비교공법학회 (2000), 정하명, *미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위*, *공법학연구* 제8권 제2호, 한국비교공법학회 (2007) 등 다수의 문헌 참조.

24) Chevron 사건의 사실관계에 관해서는 Thomas W. Merrill, *The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark*, *Administrative Law Stories* (edited by Peter L. Strauss, 2006), 402면 이하 참조.

25) 이 사건은 6:0의 만장일치의 의견으로 선고되었다. 9인의 대법관 중 Marshall 대법관과 Rehnquist 대법원장은 평의와 결정에 관여하지 않았고, O'Connor 대법관은 스스로 그 결정에서 회피하였다.

26) See *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 844, 865-66 (1984).

법원에 의해 행정청의 법률해석에 대한 사법심사는 다음의 두 단계를 거치면서 이루어진다.

우선, 첫번째 단계(Chevron Step One)는 문제가 되고 있는 그 쟁점에 관해 의회가 직접적으로 입장을 밝히고 있는지 여부에 관한 검토이다. 만약 그 쟁점에 관한 의회의 의도(intent)가 명백하다면 그걸로 문제는 해결된다. 행정청이든 법원이든 명시적으로 표시된 의회의 의사가 충분히 실현될 수 있도록 하는 문제만 남게 된다.

문제는 법원이 보기에 해당 쟁점에 관한 의회의 의사가 명확하지 않은 경우이다. 이 경우 쉘브론 이단계(Chevron Step Two)의 상황이 발생하게 되는데, Chevron 판결에서는 이 경우 법원은 해당 사건의 본안에 관해 직접 판단할 것이 아니라, 행정청의 법률해석이 합리적인 것으로서 허용될 수 있는(permissible) 범위 내의 해석인지 여부만 판단하고 만약 그렇다면 행정청의 법률해석의 결과를 존중하는 입장을 취해야 한다고 판단하였다.<sup>27)</sup>

## 2. 행정재량판단에 대한 사법심사에 있어서 쉘브론 원칙이 주는 함의

쉘브론 판결이 행정재량판단에 대한 사법심사의 문제를 포함해서 행정법 전반에 미친 영향의 크기를 둘러싸고 논쟁이 있었다.

어떤 학자는 쉘브론 판결은 이미 그 전부터 미국 법원에서 이루어지고 있던 사법심사의 내용을 언어적인 공식을 사용해서 정리한 것에 불과하므로 실질적인 영향력은 크지 않았다고 비판하기도 하고<sup>28)</sup> 29), 또 어떤 학자는 쉘브론 판결은 미국 행정법 이론에 중요하지만 그리 크지 않은(significant but subtle) 영향을 미치는데 그쳤다고 분석<sup>30)</sup>하기도 하였다.

그렇지만, 쉘브론 판결은 다음과 같은 점에서 미국 행정법 이론에 대단히 중대한 영향을 미쳤다고 볼 수 있다.

우선, 쉘브론 판결은 행정법규의 해석과 그로 인한 실질적인 행정집행에 있어서 행정부와 법원 사이의 힘의 균형을 현저하게 행정부 쪽으로 옮겨 놓았다. 또한 행정부 내부

27) Chevron, 467 U.S. at 842-845.

28) Peter M. Shane, *Ambiguity and Policy Making: A Cognitive Approach to Synthesizing Chevron and Mead*, 16 Vill. Envtl. L. J. 19 (2005), 20.

29) 심지어 쉘브론 판결을 직접 집필한 Stevens대법관도 퇴임 이후 사석에서 “What did you intend when you wrote Chevron?”라는 질문에 대하여 이미 존재하는 사법심사의 법리를 단순히 정리해서 반복한다는 생각, 그 이상도 이하도 아니었다는 대답을 한 것으로 전해지고 있다. Thomas W. Merrill, *supra*, 420.

30) Peter H. Schuck & E. Donald Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 Duke L.J. 984, 1026 (1991).

에서도 법률가들의 영향력이 점차 줄어들고, 다른 영역에서의 전문적인 지식을 가진 공무원들의 영향력이 점차 늘어나는 변화가 일어나게 되었다.

쉐브론 이전에는 연방 항소법원들이 법률의 문언에 모호함이 있는 경우 ‘무엇이 법인가’를 결정하는 주된 역할을 하고 있었음에 비해, 쉐브론 이후에는 그 역할의 실질적인 부분이 행정부에 의해서 이루어지게 되었다.

이는 한 국가의 행정작용의 주된 의사결정과정에서 법률가들보다는 각 분야의 전문가들 (experts)이 보다 적극적인 역할을 할 수 있도록 하는 상황의 변화를 가져온 것으로 평가되고 있다. 이러한 과정을 통해서 그 전까지 행정청 내부 및 재판과정에서 지배적인 영향력을 행사하고 있었던 형식주의 법학(legal formalism)을 극복하는 단초가 마련되었다.<sup>31)</sup>

쉐브론 판결에 의해 환경행정법과 같이 빠르게 변화하고 과학기술의존성이 강한 행정법분야에 있어서는 행정법규의 해석과 집행의 과정이 형식적인 법이론이나 입법의 연혁에 관한 모호한 논쟁에 의존하기보다는 과학적 근거에 바탕을 둔 전문가적인 판단에 의해 이루어지는 시대가 열리게 된 것이다.<sup>32)</sup>

물론 공법질서 형성의 과정으로서 행정작용의 주된 의사결정이 기술관료들에 의해 이루어지는 것이 더 바람직한 것인지, 아니면 보다 민주주의 과정에 의해 이루어지는 것이 바람직한 것인지를 둘러싼 기술관료주의와 민주주의(Technocracy vs. Democracy) 사이의 논쟁은 쉽게 결론을 내리기 어려운 주제이다.<sup>33)</sup> 그렇지만, 환경행정법의 영역과 같이 과학기술의존성이 강한 영역에 있어서는 대중들의 편향(Bias)에 직접적으로 노출되어 있는 정치의 과정이나 민주주의 과정 보다는 과학적 근거를 가지고 판단하는 전문가들의 판단이 보다 적극적인 역할을 수행할 필요가 있다는 점은 부인하기 어려운 사실이다.

이처럼 새롭고 전문적인 분야에서의 행정적인 결정은 사전에 의회에 의해 명령된 내용을 그대로 집행하는 것이 아니라 그 결정의 단계에서 누군가가 새롭게 그 상황에 가장 적절한 결정을 내려야만 하는 성격을 가지고 있는 것이다. 그렇다면, 중요한 것은 여러 공적인 주체들 중에서 과연 누가 쟁점 별로 그러한 결정을 가장 잘 할 수 있을 것인가를 생각해보고 그 결론에 따른 주체에 의해 그 결정이 원만히 이루어질 수 있는 제도적 시스템을 갖추는 것이 될 것이다.

기후변화의 문제 혹은 환경행정법과 같이 현대 사회의 리스크 관리가 문제되는 새로운 행정법 분야에 있어서 실시간으로 발생하는 문제들은 입법자들이 법률의 문언을 다

31) E. Donald Elliott, *Chevron Matters: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law*, 16 Vill. Envtl. L.J. 1 (2005), 13-17.

32) *Id.* 16.

33) 이에 관한 자세한 논의로는 조홍식, “리스크 법”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, 27-128면 (2002) 참조.

수결로 통과시키면서 미리 예측을 해서 그 상황에 맞는 정책수단의 내용을 미리 예정해 둘 수 있는 성격의 것들이 아니다. 이러한 점을 고려하면 실제로 새로운 상황에서 법률 문언의 해석을 하면서 그로부터 일의적인 ‘입법자의 의도’를 발견할 수 있다고 주장하는 것은 법적 허구(legal fiction)일 가능성이 높다.

특히, 입법자의 의도 혹은 의회의 의도가 만들어지는 의회가 하나의 단일한 의사결정 주체로 이루어진 것이 아니라 상당히 많은 숫자의 서로 다른 생각을 가지고 있는 의원들로 구성되어 있다는 점을 고려하면 쉐브론 판결의 의미는 더욱 의미심장한 것이 된다.

여러 정치적 고려에 의해 서로 치열하게 다른 의견을 가진 의원들이 상원과 하원에서 복잡다양한 협상과 거래를 통해 통과시킨 법률의 문언에서 읽어낼 수 있는 정확한 ‘입법자의 의도’는 과연 무엇인가? 그 입법과 논쟁의 과정을 정리한 의회의 의사록 혹은 속기록에 표현되어 있는 개별 의원들의 진술에 대해서 법률해석의 근거로서 얼마나 높은 가중치를 부여할 것인가? 문언주의(Textualism)는 과연 이러한 법률해석에 있어서 발생하는 난제를 얼마나 잘 해결할 수 있는 것인가?<sup>34)</sup>

이런 질문들에 대한 답을 찾기 위해서는 쉐브론 판결의 의미를 이른바 해석규범(Canons)과의 관련성 하에서 다시 고민해볼 필요가 있다.

#### IV. 쉐브론 원칙과 해석규범(Canons) 사이의 범주적 구분(Categorical distinction) 논쟁

##### 1. 해석규범(Canons)

상대적으로 간명한 구조를 가지고 있는 쉐브론 존중의 원칙(Chevron deference rule)과는 달리 실제 법규에 대한 해석규범(the substantive canons)은 그 적용의 상황에 따라 매우 다양한 모습과 내용을 가진다. 이러한 해석규범은 필연적으로 법문언의 모호함의 문제가 발생할 수밖에 없는 법률해석의 과정에서 법관들로 하여금 주어진 문제를 해결하기 위해 필요한 정보가 바닥난 경우 의지할 수 있는 가이드라인으로서의 기능을 수행한다.<sup>35)</sup> 물론 해석규범의 역할이 법문언의 모호함을 해결하는데만 한정된 것은 아니다.

<sup>34)</sup> 이러한 주제들에 관해서는 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press (1997), Jerry L. Mashaw, Greed, Chaos, & Governance: *Using Public Choice to Improve Public Law*, Yale University Press (1997), Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Law and Public Choice*, The University of Chicago Press (1991), 허성욱, *공공선택이론과 사법심사에 관한 연구: 사법심사의 준거기준으로서 공공선택이론의 함의에 관하여*, 서울대학교 대학원 법학과 박사논문 (2008) 등의 문헌 참조.

예를 들어서 ‘헌법상 회피의 해석규범(constitutional avoidance canon)’은 법문언의 모호함의 문제를 해결하기 위한 것이라기보다는 일반적으로는 문제가 없는 내용의 법률해석이 특정한 상황에서 심각한 헌법상의 문제를 발생시키는 경우에는 그와 같은 위험을 피하기 위해 실용주의적인 관점에서 다른 취지의 해석을 하는 해석규범인데, 이는 일견 법문언의 모호함의 문제와는 별개의 문제에 관한 것이다.<sup>36)</sup> 그렇지만, 많은 해석규범들의 주된 역할은 주어진 법문언의 모호함의 문제를 해결하기 위한 것인 경우가 많다.

해석규범은 다양한 분야에서 다양한 형태로 발전되어 왔다. 미국행정법상 비교적 자주 이용되고 있는 해석규범으로는 위임입법금지의 원칙(Non-delegation doctrine), 연방주의의 보호원칙(Presumption against preemption), 형사절차에 있어서 의심스러운 때는 피고인의 이익보호의 원칙(Traditional rule of lenity), 국내법의 역외적용금지의 원칙(Canon against extraterritorial application of U.S. law), 소급적용금지의 원칙(Clear statement rule against retroactivity) 등과 같은 것들을 들 수 있다. 물론 앞에서 살펴본 자의전단 기준도 일종의 해석규범으로 이해될 수 있을 것이다.

우리나라 행정법상 행정재량판단에 대한 사법시사의 기준으로 설명되고 있는 제반 원칙들, 예를 들어서 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 등과 같은 법도그마틱(Dogmatik)<sup>37)</sup>들<sup>38)</sup>도 이러한 해석규범의 예들이라고 볼 수 있을 것이다.

이러한 해석규범들은 법해석의 다양한 영역에서 다양한 형태로 적용될 뿐만 아니라 그 적용의 강도도 해석규범의 종류와 상황에 따라 달라지게 된다. 경험법칙(Rule of

35) Note, *Chevron and the Substantive Canons: A Categorical Distinction*, 124 Harv. L. Rev. 594 (2010-2011), 596. “The Substantive Canons are responses to the ambiguity inherent in statutory interpretation, ‘designed to guide judges when the available information about intended meaning has run out.’”

36) *Id.*

37) 도그마틱의 개념에 관해서는, 김태호, “행정법에서 학설과 판례”, 공법연구 제40집 제1호(2011. 10.), 한국공법학회, 4-5면 “독일어인 ‘Recht dogmatik(법도그마틱)’은 ‘구체적 사안 또는 사안유형에 타당한 범명제를 정립하고 근거를 부여하는 활동 또는 그 활동의 결과로서 수립된 이론 체계’를 가리키는 것으로 설명되고 있다. 종래 법해석학의 의미로 이 단어가 사용되기도 하였으나 법도그마틱을 좁은 의미의 법률의 해석에 한정할 수는 없고, 추상적으로 법체계 전체를 관통하는 이념이나 체계, 방법을 의미하는 것이 타당하다고 할 것이다. 결국 법도그마틱을 실무에서 자주 사용하는 이른바 ‘법리(doctrine, Dogmatik)’으로 이해하여도 무방할 것으로 생각되고 그러한 의미에서 ‘법리’의 형성이라면 그 모습과 정도의 차이는 있으나 대륙법계뿐만 아니라 영미법계 국가에서도 법학의 작업 수행의 방식이라는 점에서 일반적으로 이루어지고 있다고 보아야 할 것이다.” 부분 참조.

38) 김동희, 행정법 I (제13판), 박영사 (2007), 274면 이하에서는 재량처분의 위법사유로서 재량권의 일탈, 목적위반, 사실의 정확성, 재량권의 불행사, 비례원칙에 기한 통제, 평등원칙에 근거한 통제, 부당결부금지원칙에 근거한 통제, 타사고려금지 및 적정형량의 원칙, 재량권의 영으로의 수축을 들고 있다.

thumb)에서부터 추정의 법칙(presumption) 또는 통상적거나 강력한 선언의 법칙(ordinary and even “super-strong” clear statement rules)에 이르기까지 다양한 스펙트럼 상의 적용의 강도를 가질 수 있다.<sup>39)</sup>

## 2. Chevron vs. Canon

Chevron 원칙의 정립과 이해에 있어서 중요한 부분 중 하나는 그 원칙과 전통적인 해석규범 사이의 관계의 설정이다.

Chevron 원칙의 정립에 의해 적어도 행정재량에 대한 사법심사의 문제에 있어서는 전통적인 해석규범의 역할은 더 이상 의미가 없게 된 것인가, 아니면 반대로 상황에 따라서는 해석규범에 의해 Chevron 원칙이 대체될 수 있는 것인가, 또는 아니면 Chevron 원칙의 적용과정, 예를 들어서 쉘브론 일단계(Chevron Step One) 또는 쉘브론 이단계(Chevron Step Two)의 내용으로 해석규범이 어떤 역할을 할 수 있을 것인가 등의 문제가 비중 있게 검토될 필요가 있다.

사실 이 문제는 실제 재판에서 쉘브론 존중(Chevron deference)이 적용되는 과정에서 가장 중심적인 문제임에도 불구하고, 미국 연방대법원은 그에 대해서 아직 정리된 의견을 제시한 바가 없다. 또한 실질적으로 대부분의 행정사건의 판결이 이루어지는 D.C. Circuit 항소법원에서도 1984년 Chevron판결 선고 이후 20여년 동안 수많은 행정사건에서 쉘브론 원칙을 적용하여 사건을 해결하는 과정에서도 아직 쉘브론 존중의 원칙과 다른 해석규범 사이의 상호관계에 관해서는 상대적으로 많은 관심을 기울이지 않고 있었다. 이런 점에서 쉘브론 존중의 원칙과 해석규범 사이의 상호관계는 쉘브론 원칙에 있어서 현재까지 가장 불명확한 부분으로 남아 있다.<sup>40)</sup>

이 문제에 관해서는 많은 학자들이 서로 다른 입장을 보이고 있다.

Adrian Vermeule 교수는 행정청의 해석대상인 법률문언에 조금이라도 모호함이 있는 경우에는 법원은 행정청의 법률해석을 존중하여야 한다고 주장한다. 그에 따르면, 심지어 해당 법률의 다른 규정과 관련지어서 해석대상인 법률문언을 읽거나, 널리 보편적으로 받아들여지고 있는 해석규범의 사용을 통해 비교적 쉽게 해당 법률문언의 모호함이 제거될 수 있는 경우에도 법원은 그와 같은 해석규범을 사용해서는 안된다고 주장한다. 그는 또한 여러 해석규범들 사이에서의 중요도 혹은 비중의 차이도 인정해서는 안된다고 주장하고 있다. 결국 그의 주장에 따르면 쉘브론 존중의 원칙(Chevron deference)은

<sup>39)</sup> *Id.* 597.

<sup>40)</sup> Caleb Nelson, *Statutory Interpretation and Decision Theory*, 74 U. Chi. L. Rev. 329 (2007), 347.

언제나 모든 종류의 전통적인 해석규범에 대해 우월적 지위를 가지게 되는 것이다 (Chevron deference should trump all the traditional tools of statutory construction).<sup>41)</sup>

한편, Cass R. Sunstein교수는 Chevron 판결이 미국 현대 행정법에 있어서 가장 지배적인 영향력을 미치고 있는 판결이기는 하지만, 그 판결에 따른 쉐브론 존중의 원칙 (Chevron deference)이 언제나 해석규범에 우월한 효력을 가지고 있는 것은 아니라고 주장한다.<sup>42)</sup>

특히 Chevron 판결에 의해, 법률문언에 모호함이 있는 경우에 그 법률문언은 관계된 행정청이 의도하고자 하는 그 의미를 갖는 것으로 해석된다는 새로운 해석규범이 만들어 졌다<sup>43)</sup>는 점을 고려하면 Chevron canon은 위임입법금지의 원칙(Nondelegation canon)에 의해 적절히 제한될 필요가 있다고 주장한다.<sup>44)</sup>

그러면서, 쉐브론 존중의 원칙(Chevron deference)에 대해 우월적인 지위에 있는 위임 입법금지의 원칙(Nondelegation canon)을 다음과 같은 세 가지 유형으로 나누어서 설명하고 있다. (1) 헌법상 위임입법금지원칙에 근거한 해석규범(Constitutionally inspired nondelegation canons)<sup>45)</sup>, (2) 국가주권개념에 근거한 해석규범(Sovereignty-inspired nondelegation canons)<sup>46)</sup>, (3) 공공정책결정 관점에서의 해석규범(Nondelegation canons inspired by perceived public policy).<sup>47)48)</sup>

한편, William Kelley 교수는 쉐브론 존중의 원칙의 해석규범에 대한 더욱 전면적인 우월을 주장하였는데, 그는 판사의 해석규범에 따른 법률해석은 일반적으로도 여러 가지 문제점을 내포하고 있지만 특히 Chevron의 적용상황에서는 더욱 그러하다고 주장하면서

41) Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty – An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press (2006), 210-211. Vermeule은 이러한 결론을 도출함에 있어서 의사결정이론(decision theory)의 방법론을 차용하고 있다. Vermeule의 이러한 주장에 대한 긍정적인 검토에 관해서는 Nelson, *supra* 참조.

42) Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. Chi. L. Rev. 315 (2000), 329 이하 참조.

43) “Indeed, *Chevron* establishes a novel canon of construction: In the face of ambiguity, statutes mean what the relevant agency takes them to mean.” *Id.* 329.

44) “executive interpretation of a vague statute is not enough when the purpose of the canon is to require Congress to make its instructions clear”, *Id.* 331.

45) 행정청의 법률해석이 헌법위반이 되지 않도록 하기 위한 해석규범, 연방주의의 보장을 위한 해석규범(canons against preemption), 소급적용금지를 위한 해석규범(canons against retroactivity), 형사법에서 피고인의 이익보호를 위한 해석규범(the rule of lenity) 등.

46) 헌법적 근거까지는 아니지만, 정부의 권위로서 sovereignty에 근거한 해석규범, canons against extraterritorial application of statutes, canons against statutes and treaties unfavorable to Native Americans 등.

47) Public policy측면에서의 해석규범, narrow construction of exemption from taxation canons 등. 이러한 공공정책의 결정과정에서는 행정청이 이익집단들의 로비의 노력에 더 많이 노출되어 있으므로 그에 관한 결정은 전적으로 행정청에 맡겨져서는 안된다는 신념에 근거하고 있음.

48) *Id.* 330-335.

다음과 같은 근거를 제시하고 있다.

(1) 해석규범에 따르는 판사들은 행정청의 합리적인 법률해석의 결과가 전혀 위헌적이지 않음에도 불구하고 이를 무효로 할 수 있다, (2) 해석규범은 헌법판단에 있어서 행정청의 역할의 여지를 완전히 없앤다.<sup>49)</sup>

한편, 이 주제에 관한 아주 최근의 주장으로는 Kenneth Bamberger 교수의 주장이 있다. 그의 주장은 Chevron 원칙과 해석규범을 범주적으로 구별하려는 기존의 입장을 비판하고 실제적 판단에 관한 규범적 해석기준이 쉘브론 이단계(Chevron Step Two)에서 사법심사의 준거기준으로 이용되어야 한다는 것이다.<sup>50)</sup> 이렇게 하는 경우 행정청은 스스로의 법률해석단계에서 해석규범에 대한 고려를 자연스럽게 하게 될 것이고, 또한 법원은 전문적인 영역에 있어서의 행정청의 판단을 존중하면서도 법률해석에 있어서 가장 최종적인 권위자로서의 지위를 유지할 수 있게 된다는 주장이다.

이러한 주장에 관해서는 법원이 쉘브론 이단계(Chevron Step Two)에서 해석규범을 통해 법률문언을 해석하는 과정에서 행정청의 해석을 전면적으로 재심사하게 되는 결과가 될 것이므로 이는 쉘브론 원칙의 기본취지를 몰각시킬 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다.<sup>51)</sup>

이상으로 미국 행정법학계에서 논의되고 있는 쉘브론 원칙과 해석규범 사이의 관계설정을 둘러싼 논쟁의 개략을 살펴보았다. 이 글에서는 위 각 논쟁들에 대한 당부판단은 일단 유보하고, 그 논쟁의 진행과정과 내용에 관한 기술적인(descriptive) 설명과 소개를 하고 그로부터 우리 행정법상 재량판단 준거기준 정립에 관해 얻을 수 있는 함의를 모색하는 것으로 논의의 범위를 한정짓기로 한다.

## V. 쉘브론 원칙이 우리 행정법상 재량판단 준거기준 정립에 주는 함의

지금까지 쉘브론 원칙을 중심으로 미국 행정법에서 논의되고 있는 재량판단 사법심사기준에 관한 주요 논의들을 살펴보았다. 그로부터 우리가 얻을 수 있는 시사점은 어떤 것이 있을까.

우선 생각해볼 점은 앞에서 논의했던 쉘브론 원칙과 해석규범 등에 관한 내용이 우리

49) William K. Kelley, *Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem*, 86 Cornell L. Rev. 831 (2001) 882-883.

50) Kenneth A. Bamberger, *Normative Canons in the Review of Administrative Policymaking*, 118 Yale L.J. 64 (2008), 66-69.

51) Matthew C. Stephenson & Adrian Vermeule, *Chevron Has Only One Step*, 95 Va. L. Rev. 597 (2009), 599.

행정법상 어떤 쟁점에 해당하는 것인지에 관한 것이다.

일단 생각해볼 수 있는 내용은 이른바 강학상 재량행위의 개념과 관련하여 ‘불확정개념 혹은 판단여지’를 인정할 것인가, 인정된다면 그 성격과 내용은 어떤 것인가에 관한 논의가 있다. 또한 본안판단으로서 재량판단에 대한 사법심사기준으로 원용되고 있는 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 등의 해석규범에 관한 논의도 직접적으로 관련성이 인정된다고 볼 수 있다. 나아가 행정규칙의 법규성을 둘러싸고 정리되지 않은 채 진행되고 있는 논의들도 관련성을 가진다고 볼 수 있다.

이러한 쟁점들을 검토함에 있어서 쉘브론 원칙 등 앞에서 살펴본 미국 행정법의 논의로부터 우리가 가장 우선적으로 얻을 수 있는 시사점은 행정재판의 권력분립의 원칙과의 관련성 하에서의 이해이다.

행정재량에 대한 사법심사의 기준과 범위를 논함에 있어서 가장 선행적으로 검토되어야 할 사항은 공익판단의 주된 역할을 행정부와 사법부 중 어느 부문이 담당하는 것이 공동체의 발전에 더 기여할 것인가에 관한 사회적 합의의 도출이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 쉘브론 원칙의 배경에는 적어도 전문적인 행정의 영역에 있어서는 행정부의 전문가적인 판단을 우선하는 것이 국가의 발전에 더 기여할 것이라는 믿음이 자리잡고 있다. 물론 이러한 믿음이 가능하기 위해서는 행정부 내부에서의 의사결정 과정에 대한 민주적 정당성과 절차적 정당성이 충분히 담보되고 있는 상황이 전제되어야 할 것이다.

재량과 불확정개념을 둘러싼 논의에 관해서 생각해본다.

양자의 관계 및 그 구별에 관한 문제는 아직 완전히 해결된 문제라기보기도 어렵고 아직 논란이 진행되고 있다. 일반적인 설명으로는 재량은 법률효과에 관한 것으로서 복수의 적법한 결정이 가능한 결정의 여지를 두고 있음에 비해서, 불확정개념은 주로 법률요건에 관한 것으로서 오직 하나의 결정만이 적법한 것이라는 평가를 받는다는 것이다.<sup>52)</sup> 이로부터 불확정개념에 대해서는 ‘재량(Ermessen)’은 있을 수 없지만, 일정한 조건 하에서 행정청에게 ‘판단여지(Beurteilungsspielraum)’가 인정됨으로써 법원의 전면적 심사가 제한되는 경우가 있다는 ‘판단여지설’이 도출된다.<sup>53)</sup>

그러나 요건과 효과의 측면을 구분해서 양자에서 발생하는 법문언의 모호함, 혹은 의회에서 수권된 행정청의 선택의 여지를 판단여지와 재량으로 구분하는 것은 아무래도 어색하다. 우리나라 대법원 판례도 요건과 효과, 재량과 판단여지를 위 학설의 입장과 같이 나누어서 보고 있지는 않은 것으로 보인다.

필자의 견해로는 이 문제는 미국 행정법의 경우와 같이 별도로 요건과 효과의 경우로

52) 홍준형, 전제서, 136면.

53) 박정훈, “불확정개념과 판단여지”, 행정작용법(김동희 편, 2005), 255면.

구분하지 않고 입법부에 의한 행정부에 대한 수권의 범위의 문제로 이해하는 것이 타당하다고 본다. 쉘브론 일단계(Chevron Step One)에서의 심사와 같이 법문언에 나타난 입법자의 의사가 일의적이고 명확한 것인지 여부를 먼저 판단하고 만약 그렇다면 행정청이든 법원이든 주어진 임무는 그 법문언에 나타난 입법자의 의사가 충실히 실현될 수 있도록 행정작용을 집행하거나 사법심사에 임하는 것이 될 것이다. 이와 같은 상황은 우리 행정법 논의에서 기속행위의 문제로 다루어질 수 있을 것이다.

문제는 법문언에 나타난 입법자의 의사에 모호함이 있어서 그 법문언의 집행의 과정에서 필연적으로 행정청 나름의 법률해석이 수반되는 상황이다.

우리 행정법 논의에서 불확정개념으로 분류되는 ‘공익’, ‘중대한 사유’, ‘공공질서’, ‘현저한 곤란’, ‘공공의 필요’ 등이 대표적으로 그에 해당할 것이다. 그러나 조금만 생각해 보면 법문언에 사용되는 ‘언어’가 생래적으로 가질 수밖에 없는 불명확함, 모호함의 문제로 인해 실질적으로는 행정청이 의회로부터 수권 받은 범위 내에서 근거법규를 해석하고 집행하는 과정에서는 언제나 행정청의 법률해석의 문제 - 그것을 재량으로 이해하든, 판단여지로 이해하든 관계없이 - 가 발생할 수밖에 없고, 이러한 상황에서 법원이 어떤 태도를 가지고 사법심사에 임할 것인가는 결과에 큰 영향을 미칠 수밖에 없다.

앞에서 본 바와 같이 이러한 상황에서 적용되는 미국 행정법원칙이 쉘브론 이단계(Chevron Step Two)에서의 심사의 문제이다. 우리나라의 경우 이 문제는 학계에서 이른바 ‘심사강도’의 문제로 제한적으로 다루어지고 있다.<sup>54)</sup>

한편, 행정재판 실무의 경우에는 적어도 필자의 이해로는 아직 이 문제에 관한 본격적인 기준정립의 시도는 이루어지지 못하고 있는 것으로 보인다. 원고적격과 대상적격 등의 소송요건을 통과하여 본안에 관한 판단이 이루어지는 경우에 법원은 일반적으로 비례의 원칙 등과 같은 해석규범을 이용하여 행정청의 실제적 판단의 내용 그 자체에 대한 위법 혹은 당부 판단에 직접 나서려는 경향을 보인다.

문제는 전문적인 영역에 속하는 행정판단의 경우나 국가의 공공정책 결정에 해당하는 사안이어서 근본적으로 민주주의 과정을 통한 정치 혹은 행정의 영역에서 결정되어야 하는 사안의 경우에도 법원이 전통적인 해석규범을 이용하여 본안에 관한 판단에 나서 는 과정에서 실질적인 공익판단은 이루어지지 못한 채, 형식적인 법논리에 의존하게 되고 결국 실제적 결론에 관해서는 설득력이 떨어지는 판결들이 양산될 수 있다는 점이다.

예를 들어서 행정재량판단에 대한 본안심사에 있어서 자주 이용되고 있는 ‘비례의 원칙’의 경우를 보자.

비례의 원칙은 다시 그 내용으로 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙을 두

54) 박정훈, 전계논문, 267-270면.

고 있는데, 실제 우리나라 행정재판에 있어서도 자주 판단의 근거로 사용되고 있다. 그렇지만, 특히 전문적인 영역에 있어서의 행정작용 혹은 공공정책의 결정에 관한 행정작용에 대한 사법심사에 있어서 과연 법원이 해당 사안을 ‘적합성’, ‘필요성’, ‘상당성’의 관점에서 설득력 있는 근거를 제시하면서 판단할 수 있는 것인가에 관해서는 겸허하게 다시 돌아볼 필요가 있다고 생각한다.

만약, 우리나라 행정재판의 실질에서 그러한 전문적인 영역에서의 판단, 공공정책 결정에 관한 법원의 사법심사 과정에서 법원에 의한 행정청의 판단에 대한 존중(deference)의 경향이 발견될 수 있다면, 그 문제의 체계적인 해결을 위해 우리나라의 행정재판 실무에서도 미국 행정법의 쉘브론 존중의 원칙(Chevron deference)과 같은 법리의 발견 및 정립을 시도해보는 것이 어떨까 제안해본다.

그렇게 함으로써 처음부터 법원에 의해 ‘적합성’, ‘필요성’, ‘상당성’ 등과 같은 도구적 개념에 의해 판단되기 어려운 사안을 무리하게 그와 같은 범주적 개념들 속에 포섭하여 법적 판단을 시도하는 과정에서 나타날 수 있는 법판단의 현실과의 괴리감을 조금이라도 줄일 수 있지 않을까 기대되기 때문이다.

물론 우리나라의 상황에 맞는 쉘브론 판단의 각 단계들(Chevron Step One, Step Two, 혹은 나아가 Step Zero)을 설계하고 그 구조와 우리의 전통적인 해석규범 혹은 도그마틱과의 조화로우음을 완성해나가는 것은 쉬운 일은 아닐 것이다.

그렇지만, 서문에서 언급한 바와 같이 우리나라 행정법학이 더 이상 형성과정 중에 있는 법학의 단계를 넘어서서 행정국가의 실질에 부합하는 법리적 토대의 풍부함을 제공할 수 있기 위해서는 지금부터라도 본안판단의 심사기준에 관한 체계적인 고민과 노력이 시작되어야 할 것이라고 생각한다.

## VI. 결 론

지금까지 행정재판의 본안판단의 문제로서 행정재량판단에 관한 사법심사기준의 문제에 관해서 살펴보았다.

우리나라의 행정법학은 전통적으로 독일, 프랑스와 같은 대륙법계 국가의 영향을 많이 받았고, 모든 방면에서 수월성이 있는 선형 연구자들의 노력에 의해 비교적 짧은 기간 내에 비약적인 발전을 이루어 내었다. 그리하여 행정법에 있어서의 기본적인 개념적 도구들과 도그마틱의 체계구성과 그에 터잡은 이론과 실무의 토대구축이라는 면에서는 상당한 완성도를 갖추었다고 볼 수 있다.

그러나 우리나라 행정법학이 한 단계 더 도약하기 위해서는 몇 가지 측면에서 새로운

노력이 더해져야 한다고 본다.

우선, 이 논문에서 다룬 바와 같이 기존의 소송요건에 관한 논의로부터 벗어나서 본안으로서 행정재량판단에 대한 사법심사의 기준과 범위의 문제에 관해 학계와 실무계에서의 본격적인 연구와 논의가 시작되어야 할 것으로 생각한다.

다음으로 행정법을 연구하는 방법론으로서 보다 다양한 학문 분야와의 학제간(Interdisciplinary) 연구방법론에 행정법 학자들의 관심이 주어져야 할 것으로 생각한다. 연구자에 따라서는 ‘인류의 보편적 지혜로서의 행정법’<sup>55)</sup>이라는 평가를 받는 행정법이 그 평가에 부합하는 시사점을 우리 공동체에 줄 수 있기 위해서는 우리 공동체에 있어서 공법담론이 형성되고 그것이 구성원들 사이의 상호작용을 거쳐서 공법이론화되고 다시 공법질서에 영향을 주는 상호관계에 대한 보다 넓은 시각에서의 접근이 필수적이라고 할 것이다. 이를 위해서는 기존의 대륙법을 주된 연구의 대상으로 하던 것에 더하여 미국 등 다른 국가의 공법 논의에 대해 보다 많은 관심을 가질 필요가 있고, 공법 연구 방법론으로서 정치학, 경제학, 공공선택이론 등 인접 사회과학에서의 학문적 성과를 유연하게 우리 행정법학에 수용할 수 있는 인식의 대전환이 필요하다는 점을 지적하면서 글을 마치기로 한다.

(논문접수일: 2013.01.22, 논문심사일: 2013.02.13, 게재확정일: (2013.02.14.)

---

55) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사(2006), 제4장 참조

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김동희, 행정법 I (제13판), 박영사 (2007)
- 김태호, “행정법에서 학설과 판례”, 공법연구 제40집 제1호(2011. 10.), 한국공법학회
- 김형남, 미국 행정법상 재량행위의 사법적 통제, 공법학연구 Vol. 2, 한국비교공법학회 (2000)
- 박정훈, “불확정개념과 판단여지”, 행정작용법(김동희 편, 2005)
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사(2006)
- 이광운, Chevron 판결의 과장과 행정국가, 미국헌법연구 Vol. 6, 미국헌법학회 (1995)
- 정하명, 미국 행정법상 행정부의 법률해석에 관한 사법심사의 범위, 공법학연구 제8권 제2호, 한국비교공법학회 (2007)
- 조홍식, “리스크 법”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, 27-128면 (2002)
- 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계, 박영사(2009)
- 허성욱, 공공선택이론과 사법심사에 관한 연구: 사법심사의 준거기준으로서 공공선택이론의 함의에 관하여, 서울대학교 대학원 법학과 박사논문 (2008)
- 허성욱, 공법이론과 공공정책(I) - 공법이론 연구방법론으로서 공공선택이론 -, 법경제학 연구 제6권 2호, 한국법경제학회 (2009. 12.)
- 홍준형, 행정법, 법문사(2011)

### [외국문헌]

- Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty - An Institutional Theory of Legal Interpretation* -, Harvard University Press (2006)
- Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press (1997)
- Caleb Nelson, *Statutory Interpretation and Decision Theory*, 74 U. Chi. L. Rev. 329 (2007)
- Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. Chi. L. Rev. 315 (2000)
- Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Law and Public Choice*, The University of Chicago Press (1991)
- E. Donald Elliott, *Chevron Matters: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law*, 16 Vill. Environl. L.J. 1 (2005)

- Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, & Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, Yale University Press (1997)
- Kenneth A. Bamberger, *Normative Canons in the Review of Administrative Policymaking*, 118 Yale L.J. 64 (2008)
- Matthew C. Stephenson & Adrian Vermeule, *Chevron Has Only One Step*, 95 Va. L. Rev. 597 (2009)
- Michael P. Healy, *Reconciling Chevron, Mead, and the Review of Agency Discretion: Source of Law and the Standards of Judicial Review*, 19 GMLR 1 (2011)
- Note, *Chevron and the Substantive Canons: A Categorical Distinction*, 124 Harv. L. Rev. 594 (2010-2011)
- Peter H. Schuck & E. Donald Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 Duke L.J. 984, 1026 (1991)
- Peter M. Shane, *Ambiguity and Policy Making: A Cognitive Approach to Synthesizing Chevron and Mead*, 16 Vill. Envtl. L. J. 19 (2005)
- Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 U. Chi. L. Rev. 823, 823 (2006)
- Thomas W. Merrill, *The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark*, *Administrative Law Stories* (edited by Peter L. Strauss, 2006)
- William K. Kelley, *Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem*, 86 Cornell L. Rev. 831 (2001)

<Abstract>

**A Study on the Scope and Criterion of Judicial Review  
in Administrative Discretion**

Heo, Seong Wook\*

This paper is a study on the scope and criterion of judicial review on administrative action and this research aims to establish more sophisticated criteria of judicial review on the agency discretionary decisions.

Since the establishment of administrative court, there have been made many administrative court decisions, and the academic deliberation has been actively made among public law scholars. However, much of the academic discussions on administrative law has been mainly focused on the issues of requirements for lawful lawsuit, for example the issue of standing or the issue of the agency action which can be claimed against in administrative law cases.

Compared to that, the issues on merit have not been fully discussed by academia yet. The issues on merit in administrative trial is basically about the criteria and scope of judicial review on the agency discretionary decisions. And the judicial review on agency discretion is generally accompanied by the subject of how to find out public interest in public law and how to find out the balancing point between competing public interests and private interests.

Many principles on judicial review of agency discretion are enumerated in academic textbooks, but it is far from satisfactory to understand how judges can use those principles in the real cases. By reviewing the real court decisions on agency discretion related to public interest finding and analyzing the domestic and comparative academic discussions on judicial review, this research project aims to level up our administrative law studying.

In doing this research, I first begin with the review of the Chevron doctrine in U.S. administrative law. As we all know very well, the Chevron doctrine is one of the most important principle in U.S. administrative law. And it is about the judicial

---

\* Associate professor of Law, Seoul National University Law School

deference to agency decisions. By reviewing the Chevron doctrine, we can understand the U.S. court's attitude on the separation of powers between the administrative agencies and the judiciary. The Chevron doctrine has still the governing power in U.S. administrative law cases, and it is applied to many diverse fields of economic regulations. After that, I also tried to understand the relative relationship between the Chevron doctrine and the traditional canons commonly used in statutory interpretation.

I sincerely hope and expect that this paper can be used as a stepping stone for our administrative law academics to be leveled up one more step.

Key words: Administrative discretion, Judicial review, Chevron doctrine, Chevron deference, Canon