

# 재량행위의 통제에 관한 미국의 최근판례분석

김민호\*

I 서론	3. 행정적 통제
II 재량행위의 정의	V. 재량행위에 대한 사법적 통제와 판례의 동향
1. 재량행위의 정의	1. 개설
2. 불확정개념과의 구별	2. 재량준칙 또는 기준에 대한 사법부의 원칙적 존중
III 헌법적 허용성과 적용범위	3. 재량이 아닌 영역에 대한 준칙 또는 기준의 효력
1. 적용범위	4. 준칙 또는 기준의 효력 - 법규성 인정여부
2. 헌법적 허용성	VI 결론
3. 법적 근거	
4. 재량규범의 법적 구조	
IV. 재량통제에 대한 일반론	
1. 재량통제에 대한 최근의 논의	
2. 입법적 통제	

## I. 서론

미국 행정법은 그 연혁적 배경으로 인하여 재량행위에 대한 정의, 인식, 통제 등에 있어서 프랑스, 독일 등과는 상당한 차이를 보이고 있다. 엄격한 형식적 법률유보보다는 권력분립의 이념을 구체화하는 과정에서 행정법을 발전시켜 왔기에 그 만큼 재량의 문제는 행정법의 가장 핵심적 요소로 인식되어지고 다루어져 올 수밖에 없었다. 다시 말해서 대륙법계 국가에서는 의회(국민)의 의사라고 인식되어지는 형식적 법률을 집행하는 것이 행정이고, 이러한 행정의 집행과정상 행정권의 우선적이고 독단적인 판단영역을 재량으로 인식함에 반하여, 미국에서는 행정이란 항상 행정권의 판단작용에 의하여 이루어지는 것이고 이러한 판단작용은 당연히 재량적 판단을 전제로 하는 것으로 이해하였다. 다만 이러한 재량적 판단이 그 한계를 벗어나서 재량적 정의

\* 성균관대학교 법과대학 부교수, 법학박사.

(discretionary justice)에 합치되지 않을 경우, 즉 남용(abuse)이 있을 경우 이에 대한 사법적 통제를 제도화하는 것을 행정법의 가장 중요한 사명으로 이해하여 왔다. 물론 주지하는 바와 같이 미국에서 행정권의 재량행위에 대한 사법적 통제를 함에 있어서도 이른바 실질적 증거법칙(substantial evidence doctrine)이라는 원칙에 의하여 사법부가 고도의 전문적이고 기술적인 영역에 대한 행정권의 결정을 직접 심리할 수는 없고 다만 그 절차나 집행결과 등이 행정객체의 사익을 지나치게 침해하였는지의 여부만을 심리하는 까닭에 행정권의 재량행위를 사법부가 직접적으로 통제하는 것은 아니라고 할 수 있다.

사실인식에 기초하여 단순하게 기계적인 적용을 해야 하는 경우는 처음부터 재량의 문제는 발생하지 않는다. 따라서 미국 행정법은 처음부터 행정권의 재량적 판단을 전제로 하고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 미국 행정법의 거목으로 알려진 Kenneth C. Davis 교수나 Charles H. Koch 교수도 이러한 점을 자신의 저서와 논문에서 '행정법이란 결국 재량에 의해 지배되는 것이고, 이러한 재량은 합리나 불합리나, 정의나 불의의 문제로 귀결 된다'라고 피력하였다.<sup>1)</sup>

따라서 미국에서의 재량행위는 공식적 행정작용(formal agency actions) 및 비공식적 행정작용(Informal Agency Actions)<sup>2)</sup> 등 행정의 거의 모든 영역에서 논의되어진다. 뿐만 아니라 재량이라는 의미를 담보하고 있는 용어로는 discretion이라는 용어뿐만 아니라 평가(assessment), 결정(decision), 유보(waiver), 해석(interpretation) 등 다양한 용어들이 사용되어지고 있다. 물론 재량행위라는 것이 이러한 판단과정(평가, 해석, 결정 등)을 거치는 것이므로 강학상 또는 법령상 법률용어가 특정되어 있지 아니한 미국에서 이러한 용어들이 재량행위의 의미로 사용되어 지는 것은 어쩌면 당연한 것으로 보인다.

결국 미국 행정법에 있어서 재량행위의 개념을 명확히 파악하기 위해서는 우선 미국 행정법상 행정작용(agency actions)<sup>3)</sup>에 대한 개념부터 알아볼 필요가 있다. 왜냐하면 미국 행정법에 있어서 행정작용은 위에서 언급한 바와 같이 이른바 공식적 행정작용(formal agency actions)과 비공식적 행정작용(informal agency actions)으로 대별되는

1) Kenneth C Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, Charles H. Koch, *Judicial Review of Administrative Discretion*, GWLR, vol.54, 1986.

2) 예컨대, 행정청이 행하는 협상(negotiation), 중재(mediation), 조정(arbitration) 등

3) agency actions를 경우에 따라서는 '행정행위'라고 번역하기도 하지만, 우리나라에서는 행정행위를 구체적이고 직접적인 법적효과를 발생케 하는 이른바 처분의 개념으로 인식하는 까닭에 용어의 혼란을 피하기 위해 행정작용이라 번역한다.

바, 이에 대한 명확한 이해 없이는 이들 각 각의 영역에 대한 재량(discretion) 자체의 개념을 설명할 수 없기 때문이다.

공식적 행정작용은 의회제정법, 판례법, 행정입법 등에서 규정하고 있는 절차, 특히 연방행정절차법(이하 APA라 함) 제556조 및 557조가 규정하고 있는 이른바 사실심형 청문(trial-like hearing)<sup>4)</sup>을 거쳐서 공식적 기록에 의하여 모든 과정이 이루어지는 행정작용을 말한다. 이러한 공식적 행정작용은 실제에 있어서 미국의 행정작용 중 약 10% 정도 수준에 머무른다.<sup>5)</sup> 공식적 행정작용은 의회제정법 등에서 규정하고 있는 절차에 따라 형성되어지는 까닭에, 이러한 공식적 행정작용에 있어 재량이란 ‘당해 행정작용에는 구체적으로 어떠한 절차가 적용되는가?, 아니면 특정한 절차에 따를 경우 어떠한 결정에 도달하는가?’ 등과 같이 매우 제한된 영역에서의 재량만이 허용된다.<sup>6)</sup>

이에 반하여 비공식적 행정작용은 사실심형 청문에 의하지 않고 이루어지는 모든 행정작용을 포괄하는 개념으로 사용된다. 예컨대 재결(adjudication)이 사실심형 청문절차에 의하여 이루어진 경우에는 공식적 행정작용이 될 것이며, 그렇지 않은 경우에는 비공식적 행정작용으로 분류된다. 그러나 이러한 기준은 강학상의 기준에 불과하며 실제에 있어서는 양자의 구별이 불분명한 경우 또는 양자가 혼용되어 지는 경우도 상당히 존재한다. 그러나 분명한 것은 공식적 행정작용보다는 비공식적 행정작용에서 행정청의 재량의 폭은 넓게 인정될 수밖에 없다.<sup>7)</sup>

그러나 비공식적 행정작용은 그 절차에 있어 사실심형 청문이 필수적으로 요구되지 않는다는 것이지, 모든 영역에 있어 광범위하게 재량이 인정되는 것은 아니다. 우리나라의 경우와 마찬가지로 비록 비공식적 행정작용이라 할지라도 이를 구체적으로 수행할 때에는 법적, 도의적, 그리고 전문적, 기술적 기준에 의하여 제한을 받으며, 이를 넘어서는 재량행사는 재량권의 남용으로 통제를 받는다. 결국 미국 행정법에 있어서 공식적 행정작용과 비공식적 행정작용은 개념적 분류에 불과할 뿐이며, 실제에 있어서는 그 정도의 차이만이 있을 뿐 재량행사 자체에 대하여 광범위한 통제를 받는다.

## II. 재량행위의 정의

4) 정식청문, 진술형 청문이라고도 한다.

5) Richard J. Pierce, Jr., *Administrative Law Treatise*, 4th ed., vol.1, Aspen, 2002, p.24.

6) Kenneth F. Warren, *Administrative Law in the Political System*, 4th ed., Westview, 2004, 341.

7) Kenneth F. Warren, *op. cit.*, p.342.

## 1. 재량행위의 정의

미국에서의 재량행위의 정의는 지금까지도 Kenneth C. Davis 교수의 정의를 거의 그대로 따르고 있음을 알 수 있다. 행정청은 특정의 작위 또는 부작위의 형성과정상 다양한 선택가능성을 가지고 있는 바, Davis 교수는 이러한 선택가능성에 대한 행정청의 '유효한 한계(범위)<sup>8)</sup>'를 이른바 재량이라고 정의하였다.<sup>9)</sup> 그러나 이러한 유효한 범위란 '권한이 무엇인가' 또는 '무엇이 법적인가?'<sup>10)</sup> 라는 권한의 범위를 의미하는 것이 아니라, 행정청의 행위가 유효한 범위 내에서 행하여진 것인가? 를 의미한다는 점을 강조하였다.<sup>11)</sup>

그는 또한 구체적으로 행정이 이루어지는 현상을 고찰해 보면, 행정이란 제안(initiating), 업무수행(prosecuting), 협의(negotiating), 계획(planning), 결정(settling), 계약(contracting), 교섭(dealing), 권고(advising), 경고(threatening), 감독(supervising) 등을 통하여 이루어 지는바, 이들 행정과정들을 수행하기 위해서는 행정청의 재량적 판단이 불가피하게 요구되어지며, 따라서 재량행위는 공식적, 비공식적 행정작용을 불문하고 존재한다고 설명하였다. 따라서 우리가 관심을 가져야하는 것은 이러한 행정청의 행위가 '유효한 범위' 내에서 이루어진 것인가를 감시하고 통제하는 것이다. 미국은 이러한 감시 및 통제의 기능을 사법부가 전통적으로 수행하여 왔다. 그러나 Davis 교수뿐만 아니라, Pierce 교수를 비롯한 대부분의 행정법 학자들은 재량행위에 대한 사법부의 통제는 부분적인 문제만을 해결할 수 있을 뿐이지, 궁극적으로 재량남용의 문제를 해결할 수 없다는 결론을 피력하였다.<sup>12)</sup>

실제로 Pierce 교수는 1989년부터 2000년까지 대법원은 행정청의 재량에 대하여 과도할 정도로 통제를 하였으나, 행정청의 재량남용이 가시적으로 줄어들기 보다는 오히려 증가되었다고 분석하였다.<sup>13)</sup> 여러 가지 원인이 있으나 사법적 통제가 재량남용을 막는 완전한 장치가 될 수 없는 가장 커다란 이유는 사법절차의 경직성 및 시간적 지연으로 말미암아 재량남용에 의한 행정결과로 이미 국민이 피해를 입은 이후에 사후적 통제를 해야 하는 한계를 극복할 수 없기 때문이다.<sup>14)</sup> 바로 이러한 이유 때문에

8) effectiveness limit

9) Kenneth C. Davis, op. cit., p.4

10) What is authorized? or what is legal?

11) Kenneth C. Davis, op. cit., p.5

12) Kenneth F. Warren, op. cit., p.343

13) Pierce, Administrative Law Treatise, 4th ed, vol. 3, p.1285

14) Kenneth F. Warren, op. cit., p.344

미국 행정법에서도 재량행위의 사전적 통제방안에 대하여 깊은 관심을 가지게 된 것이다. 이러한 사전적 통제방안의 일환으로 시도된 것이 이른바 directive 또는 guideline 등을 마련하도록 하는 것이다. 이러한 directive 등은 법령이 이에 대한 제정을 직접적으로 요구하는 경우도 있고, 이러한 directive 등을 마련하지 아니하고서 행한 재량행위에 대하여는 사법부가 보다 엄격한 통제를 함으로써 이러한 directive 등을 행정청이 스스로 마련하도록 분위기를 형성하고 있다.

## 2. 불확정개념과의 구별

앞에서 우리는 재량행위를 “행정청은 특정의 작위 또는 부작위의 형성과정상 다양한 선택가능성을 가지고 있는 바, 이러한 선택가능성에 대한 행정청의 유효한 한계(범위)”라고 정의하였다. 그렇다면 이른바 불확정개념과는 어떠한 차이가 있는 것인가? 일단 본 보고서에서는 우리나라와 독일 등에서 논의되고 있는 관련이론들에 대해서는 논의하지 않기로 한다.

미국의 현행 법률에는 adequate, advisable, appropriate, beneficial, convenient, detrimental, expedient, equitable, fair, fit, necessary, practicable, proper, reasonable, reputable, safe, sufficient, wholesome 등과 같은 불확정개념이 수없이 사용되고 있다.<sup>15)</sup> 물론 이러한 불확정개념의 해석이 선행되지 않고서는 구체적인 처분으로 나아가기가 어렵다. 따라서 이러한 불확정개념에 대한 해석과 판단 역시 본질적으로는 재량행위의 범주에 포함된다. 그러나 우리나라에서 논의되는 것처럼, 불확정개념에 대한 판단여지 또는 대체가능성 등이 재량행위와 기속행위를 구별하는 논거로 활용되는 것은 결코 아니다. 불확정개념에 대한 판단작용 또는 해석작용도 이른바 재량행위의 일종으로 이해하고 있다. 미국 행정법 학자들은 행정행위의 발동근거가 되는 법령에 불확정개념이 사용된 경우, 이러한 법령에 근거한 행정행위가 바로 재량행위라고 인식하는 것이 아니라, 불확정개념 자체에 대한 판단작용 또는 해석작용도 다른 여러 형태의 재량행위의 한 유형이라고 인식하고 있다는 것이다. 이러한 인식의 바탕에는 이른바 ‘행정’에 대한 미국 특유의 연혁적 배경과 일반적 의식이 존재하기 때문이다. 이에 관하여는 후술하도록 하겠다.

## III. 헌법적 허용성과 적용범위

15) Oscar Kraunes, *The World and Ideas of Ernest Freund: The Search for General Principles of Legislation and Administration*, Univ of Alabama Press, 1974, p.104

## 1. 적용범위

미국 행정법에는 우리나라와 같이 기속행위의 상대적 개념으로서의 재량행위는 존재하지 않는다. 이러한 기초적 사실을 정확히 이해하지 못하면, 미국의 재량행위를 우리나라의 재량행위와 동일하게 정의하고 또한 이들을 수평적으로 비교하는 커다란 오류를 범하기 쉽다. 극단적으로 미국에서 기속행위라고 할 수 있는 것은 법령의 규정에 의한 기계적 행정집행 정도일 것이다. 법령의 규정이 마치 direction이나 manual처럼 행정처리절차를 세밀하게 규정하고 있어서, 마치 direction 대로 따라가기만 하면 목적지에 도달하는 것처럼 행정이 기계적으로 처리되는 것을 기속행위라고 한다. 물론 미국에서는 기속행위라는 개념 자체가 존재하지 않는다. 결국 미국에서는 모든 행정작용이 일단은 재량행위라고 할 수 있다. 앞에서 Davis 교수가 정의한 재량행위의 개념에서 우리는 그 이유를 쉽게 발견할 수 있다. 재량이란 행정청의 '유효한 한계(범위)'이며, 이러한 유효한 범위란 '권한이 무엇인가' 또는 '무엇이 법적인가?' 라는 '권한의 범위'를 의미하는 것이 아니라 행정청의 행위가 유효한 범위 내에서 행하여진 것인가?를 의미한다고 했다. 따라서 manual에 따른 기계적 행정작용을 제외한 모든 행정청의 행위는 당해 행위의 유효성의 범위가 존재하며, 이러한 유효성의 범위 자체가 재량이기 때문에, 사실상 미국에서는 거의 모든 행정행위가 일단은 재량행위인 것이다. 이는 미국의 행정상 손해배상의 판례법 발전과정을 통해서도 입증되어 진다. 주지하다시피, 미국은 이른바 FTCA의 규정에 의하여 연방정부 또는 공무원에 의한 불법행위책임을 부담하지만, 재량행위의 경우에는 그 책임이 면책되는 이른바 '재량면책' 규정이 존재한다. 앞에서 미국의 거의 모든 행정작용은 재량행위라고 하였는바, 그렇다면 논리적으로 FTCA에 의하여 구제를 받을 수 있는 경우는 사실상 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 미국의 연방대법원은 재량행위를 이른바 계획수립단계(planning level)와 집행단계(operational level)로 이원화하여 FTCA의 규정상 재량면책에 해당하는 것은 planning level이며, operational level은 재량면책에서 제외된다는 판례이론을 형성하여 행정청의 재량행위에 위한 불법행위책임을 상당부분 확대한 것이다.

결론적으로 미국 행정법에 있어서 재량행위는 우리나라처럼 기속행위의 상대적 개념이 아니라, 행정청의 처분에 대하여 그 유효성의 판단여지가 존재하는 것은 모두 재량행위인 것이다. 따라서 재량행위의 적용영역은 모든 행정작용에 미친다고 보아야 할 것이다.

## 2. 헌법적 허용성

재량행위에 대한 헌법적 허용성을 논의하기 위해서는 앞서서도 언급한 바와 같이 미국의 국가형성과정과 정부에 대한 국민적 인식에 관하여 연혁적 고찰이 필요하다. 비교법적 연구방법론을 사용함에 있어서 우리가 쉽게 빠질 수 있는 오류는 당해 국가의 특수한 연혁적 배경을 검토하지 않고서 현재의 시스템만을 수평적으로 비교하는 것이다.

주지하는 바와 같이 미국은 연방국가이며, 영국의 식민통치로부터 독립한 국가이다. 그리고 초기 미국국민의 대부분은 영국의 왕정에 환멸을 느낀 사람들이었다. 따라서 이들은 국가의 존재에 대하여 매우 부정적인 회의를 가지고 있었다. 당시 미국인들의 신념은 청교도 정신에 입각한 자기책임주의였다. 정부는 필요악으로서 최소한의 권한만이 주어져야 한다고 굳게 믿었다. 지금까지 미국인들로부터 존경을 받고 있는 미국 제3대 대통령 토마스 제퍼슨은 ‘정부는 가능한 작아야 하며, 개인의 자유는 최대한 보장되어야 한다. 미국은 바로 小農들에 자유 개인주의를 그 사명으로 하여야 한다’는 것을 평생의 정치철학으로 간직하였다.<sup>16)</sup> 이는 비단 제퍼슨의 생각이 아니라 대다수의 미국인들의 신념이었다. 물론 1930년대의 경제대공황으로 정부의 강력한 경제통제 (economic security)와 복지정책을 강조한 민주당 이 정권을 장악하고 약진을 하였으나, 지금까지도 많은 미국인들은 과거의 자유 개인주의와 자기책임주의를 미국의 정신으로 믿고 있다. 또한 미국은 연방국가이다. 따라서 이러한 정치적 신념과 연방국가라는 특수성이 어우러지면서, 가능한 연방정부보다는 주정부에게, 또한 가능한 주정부보다는 town이나 city에게 권한을 주려는 것이 가장 일반적인 경향이다.

이러한 경향은 최근의 연방대법원 판례들을 통해서도 쉽게 짐작할 수 있다. 이해의 편의를 위해 판례를 하나 소개하고자 한다. 대상판례는 *United States v. Alfonso Lopez, Jr*<sup>17)</sup> 사건이다. 주지하다시피 미국 연방헌법 Section 8은 연방의회의 권한을 규정하고 있는 바, 이는 곧 연방의회가 제정할 수 있는 법률의 범위를 규정하고 있는 것이다. 그런데, Section 8(3)은 연방의회가 제정할 수 있는 법률로서 ‘외국과의, 여러 주 사이의, 그리고 인디언 부족들간의 통상에 관한 것’을 규정하는 것<sup>18)</sup>이라고 규정하고 있다. 이른바 commercial clause라고 하는 것이다. 결국 commercial clause란 외국과의, 여러 주 사이의, 그리고 인디언 부족들간의 통상을 제외한 모든 통상에 관한 규정은 주의 고유한 입법적 권한으로서 이를 위반한 연방법률은 위헌이라는 원칙을 말한다.

다시 판례로 돌아와서, 연방의회는 1990년에 school zone에는 총기를 소지할 수 없

16) Maryanne Kearny Datesman, et. al, *The American Ways*, 2nd ed., Prentice Hall Regents, 1997, p. 130

17) 514 US 549(1995).

도록 규정한 이른바 'The Gun-Free School Zones Act'를 제정하였다. 그런데 텍사스 샌안토니오 에디슨 고등학교 4학년 학생이 38구경 권총을 학교에 가지고 왔다가 발각되어 체포되었고, 동법에 따라 기소되어 재판을 받게 되었다. 피고인측 변호사는 당해 법률이 이른바 commercial clause를 위반한 것으로서 무효하고 주장하였다. 결국 연방 대법원에까지 상고되었는데, 연방대법관들은 school zone에서 총기를 소지하지 못하도록 한 것이 일단은 통상의 문제인가? 만약 통상의 문제라면, 이는 州間通商인가?, 아니면 州內通商인가? 라는 문제들을 검토하였다. 우리의 법상식과 법감정과과는 다르게 결론은 州內通商으로서 당해 법률은 위헌이라는 판결을 하였다. 이는 바로 연방의 입법권한을 제한하고 주의 입법권한을 가능한 인정하려는 미국의 연혁적 전통을 알지 못하고서는 결코 이해할 수 없는 판결인 것이다.

결국 미국에서 재량행위의 헌법적 허용성을 논의하기 위해서는 앞에서 강조한 바와 같이 미국의 연혁적 배경을 충분히 이해한 이후에야 그 분석이 가능한 것이다. 이러한 자유 개인주의적 전통과 작은 정부에 대한 인식은 헌법에 그대로 반영되어 입법기관, 사법기관, 행정기관 상호간의 견제와 균형을 가장 커다란 헌법의 사명으로 인식하고 있다. 그러나 일단 행정기관의 고유한 권한에 대해서는 그 허용성 역시 헌법은 최대한 보장을 하고 있다. 따라서 재량행위에 대한 헌법적 허용성은 특별한 헌법상의 조항이나 헌법이론에 의해서가 아니라 미국의 특유한 연혁적 배경에 의하여 당연한 논리귀결로 인정되는 것이다.

### 3. 법적 근거

재량행위의 법적 근거 역시 재량행위에 대한 헌법적 허용성 문제와 관련하여 논의하여야 한다. 우리나라에서는 행정청의 권한은 조직법적 근거만으로는 인정될 수 없고 반드시 작용법적 근거를 요하는 것으로 이해하고 있다. 이른바 법률유보의 전통에서 비롯된 것이다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 미국은 법률유보의 이념을 알지 못하고, 다만 권력분립의 이념으로부터 행정을 정의하고 있다. 따라서 재량행위 역시 작용법적 근거를 반드시 요하지 않는다. 다만 행정청의 재량권 행사가 헌법의 정신에 반하 경우, 다시 말해서 재량이 남용된 경우에는 견제와 균형을 원리에 의하여 입법기관 또는 시법기관의 통제를 받는 것이다. 물론 이러한 시스템은 아무래도 사후통제적 성격을 띠 수밖에 없다. 사후통제, 특히 사법적 통제는 제도적 결함이 있고 충분한 통제가 어렵다는 것은 미국 역시 고민하고 있는 부분이다. 따라서 앞으로 논의하게 될 이른바 재량권 행사의 방향과 기준을 미리 설정하도록 강제하고 이러한 준칙 등에 반하는 재

량은 위법한 것으로 취급하는 시스템을 발전시켜 나가고 있는 것이다.

#### 4. 재량규범의 법적 구조

재량행위의 작용법적 근거를 반드시 요하지 않는다는 것은 위에서 언급하였다. 그렇다면 재량규범의 법적 구조 역시 중요한 논의 대상은 아니다. 그러나 의회가 제정한 제정법률들(statutes) 중에는 재량규범적 성질을 가지는 경우가 있다. 이러한 규범들을 유형화하면, 첫째, 의회가 특정한 영역에 대한 집행권한과 그 책임을 행정청에게 전적으로 부여하는 것이고, 둘째, 의회가 행정청의 권한행사에 대한 지침을 제정하였으나 당해 지침이 불명확한 경우, 셋째, 특정의 행정행위에 대한 사법심사를 배제하는 경우 등이다.<sup>18)</sup>

그러나 이처럼 입법자에 의해 직접 제정되는 재량규범들은 첫째, 오히려 과도한 재량권을 행정청에게 부여할 우려가 있고, 둘째, 재량권의 행사를 무책임하고 무분별하게 하급행정청 등에게 위임함으로써 책임소재의 불명확, 정책결정의 혼선초래 등과 같은 문제점을 발생시킬 우려가 있으며, 셋째, 애매하고 불분명한 재량규범으로 오히려 행정청의 재량행사를 방해할 우려가 있음을 지적하고 있다.<sup>19)</sup>

최근에는 후술하는 바와 같이, 재량행위의 남용을 사전에 방지하고 통제하기 위하여 이른바 재량준칙 또는 재량기준의 설정을 제정법에서 직접 강제하거나, 또는 이러한 재량준칙 또는 재량기준을 위반한 처분은 위법하다는 것을 제정법에서 직접 선언하거나, 재량준칙 또는 재량기준이 규칙의 제정을 대신할 수 없다는 주의적 규정을 제정법에서 직접 규정하는 재량규범이 늘어가고 있는 추세이다.

### IV. 재량통제에 대한 일반론

#### 1. 재량통제에 대한 최근의 논의

Davis교수가 지적한 것처럼 재량행위란 그 행사를 어떻게 하느냐에 따라서 합리(reason) 또는 정의(justice)에 합치될 수도 있고, 불합리(unreason) 또는 불의(unjustice)의 결과를 초래할 수도 있는 것이다. 후자의 경우를 이른바 재량의 남용(abuse)이라 하는 바, 이러한 재량의 남용은 행정의 민주화를 저해하고 국민생활을 불편하게 할 수

18) 이동수, 미국행정법상 재량행위, 공법연구 제24집 제4호, 1995, 298면.

19) 위 논문, 299면

있다. 따라서 행정의 투명화라는 것은 결국 비록 재량행위라 할지라도 예측가능한 범위 내에서 합리적인 재량권의 행사가 담보되어야 할 것이다. 이러한 고민은 미국에서도 오랫동안 행정법의 과제로 인식하여 왔다는 점은 앞에서도 설명하였다.

그러나 전술한 것처럼 미국에서의 Discretion과 우리나라에서의 이른바 재량행위는 그 의미와 적용 영역에 있어 차이가 있는 까닭에 양자를 수평적으로 비교하기는 곤란하다. 특히 우리나라에서는 법률유보의 이념 하에서 법률의 근거 하에서만 행정권의 발동이 가능하고 다만 그 근거법령이 다소 추상적이거나 판단의 여지가 유보되어 있는 경우에 이에 대한 독자적 판단을 이른바 재량행위라고 하지만, 미국에서는 엄격한 의미의 법률유보를 전제로 하지 않고서 행정은 입법 또는 사법의 영역을 침해하지 않는 범위 내에서, 다시 말해서 권력분립의 이념을 훼손하지 않는 범위 내에서 행사되어 지는 것이므로 명백한 법률적 근거가 없이도 행정권의 발동이 가능하며 이러한 경우에 행정권의 독자적 판단이나 결정 등을 이른바 Discretion으로 인식하고 있는 것이다.

따라서 이러한 재량행위의 기준을 정하고 재량권행사의 투명화를 확보하려는 시도 자체도 그 접근방식에 있어 상당한 차이를 보이는 것이다. 우리나라에서는 이른바 재량권남용을 방지하기 위한 방안으로서 법령에서 사용하고 있는 불확정개념을 가능한 보다 명확히 규정하고, 만약 불확정개념의 사용이 불가피하다면 그 기준을 설정하여 재량권행사의 투명화를 담보하려 하고 있다. 이에 반하여 미국에서는 행정권발동의 근거가 되는 법령의 정비를 통하여 재량권행사의 남용을 예방한다는 것은 처음부터 불가능한 이야기이다. 왜냐하면 법령이 모든 행정현상을 매우 철저히 세밀하게 규정하고 있다면 처음부터 재량의 문제가 발생하지 않겠지만 현실적으로 그러하지 못하다면 미국에서는 행정권 발동에 언제나 재량을 전제로 하고 있는 것이기 때문이다. 따라서 미국에서는 재량권행사의 남용을 예방하는 최선의 방법을 이른바 사법적 통제에서 구하고 있는 것이다.

전술한 바와 같이 최근 미국에서는 이른바 directive나 guideline 등을 마련하여 사전적으로 재량통제를 행하는 경향을 보이고 있다. directive는 재량행사의 방향과 정도에 대한 지침적 성격을 띠는 것으로 우리나라의 재량준칙이나 훈령과 그 성격이 유사하며, directive라는 용어 대신에 command, dictate, edict, fiat, instruction, mandate, order<sup>20)</sup> 등의 용어를 사용하기도 한다. 한편 guidelines는 매우 기술적이고 전문적인 행정

20) 그러나, 이러한 용어들이 항상 discretionary directives와 유사한 의미로 사용되어지는 것은 아니다. 예컨대 fiat는 우리나라의 허가, 즉 license와 동일한 의미로 사용되어 지는 것이 보다 일반적이다.

영역이나, 보상금산정, 급여산정, 요금산정 등과 같은 요율 등을 정할 때 주로 사용되어지는 이른바 산정표 또는 기준표의 의미를 담고 있다. 이 역시 guidelines라는 용어 대신에 management manual, methodology, objectives, policy, principles<sup>21)</sup>라는 용어를 사용하기도 한다. 그런데 이러한 directives(이하 용어의 통일성을 위하여 '준칙'이라함)나 guideline(이하 용어의 통일성을 위하여 '기준'이라함)은 그 체가 사법적 통제의 대상이 될 뿐만 아니라, 후술하는 바와 같이 이러한 준칙이나 기준이 rule(이하 용어의 통일과 개념의 혼돈을 막기 위해 '법규명령'이라 함)을 대체하여 규정될 수 없음에도 불구하고 법규명령을 제정함이 없이 바로 이러한 준칙 등을 마련하여 이에 근거한 재량권행사를 하는 경우에는 이를 재량권의 남용으로 인식하고 있다.

미국의 연방 및 주 법률에서 재량행위와 관련하여 규정된 법문언을 분석하여 보면 크게 4가지 정도의 유형으로 분류된다. 첫째는 행정권에게 재량행사의 법적 근거를 마련해 주는 규정이고, 둘째는 재량권을 행사함에 있어 이를 남용하여서는 안 된다는 주의적 규정이고, 셋째는 재량권행사를 위하여 행정권이 준칙이나 기준을 마련하도록 하는 근거규정이고, 마지막으로 네 번째는 재량준칙이나 기준이 법규명령을 대신할 수 없다는 주의적 규정이다. 특히 마지막 유형의 규정은 우리나라에서의 행정규칙 법규성 문제와 매우 유사한 맥락에서 논의되어 지고 있는 바, 매우 엄격한 절차와 사후통제 시스템이 마련되어 있는 법규명령 대신에 상대적으로 그 체정이 용이한 준칙이나 기준을 마련함으로써 행정입법에 대한 절차적, 정치적, 사법적 통제를 비껴가려는 경향을 사전에 차단하려는 의도에서 국민의 생활에 중요한 영향을 미치거나 기본권침해의 가능성이 큰 영역에 있어서는 이러한 준칙이나 기준이 법규명령을 대신할 수 없음을 명백히 천명하고 있는 규정들이다. 이러한 예로는 미국연방행정절차법 제553조이 '행정청은 rule을 대신하여 guideline 이나 정책적 directive를 채택할 수 없다.'라고 규정하고 있는 것 등을 들 수 있다.<sup>22)</sup> 따라서 국민의 기본권 및 생활에 중요한 영향을 미칠 수 있는 영역에서 행정청이 법규명령이 아닌 준칙이나 기준 등을 근거로 재량권행사를 한 경우에는 이러한 처분을 위법한 것으로 평가하고 있다. 최근의 사례로 Ronald case<sup>23)</sup>를 들 수 있다. 뉴욕주 교정국은 교도소 수감자의 편지자유양래기준을 규정하고 이에 따라 수감자의 편지수발신을 통제하였는데 Ronald는 교정국의 이러한 기준은 행

21) 이 역시 directive의 경우와 마찬가지로 이러한 용어들이 항상 discretionary guidelines라는 의미로 사용되어 지는 것은 아니다. 예컨대 principles는 판례법으로 형성된 판례원칙을 의미하는 것이 보다 일반적이다.

22) APA; 5 U.S.C.A. Sec 553(b)(3)(A)

23) Ronald L. Jordan v Dep of Corrections, 165 Mich App. 20, 418 N.W.2d 914

정절차법 제553조를 위반한 것으로 위법하다는 취지의 소송을 제기하였고, 법원이 인용판결을 한 사건이다.

전술한 바와 같이 전통적으로 미국 행정법은 행정권의 재량권행사는 입법과 사법의 본질적 영역을 침해하지 않는 범위 내에서 행정권이 독자적으로 행사할 수 있는 것으로 전제한 다음, 이러한 재량권의 행사가 독단적이고 남용된 경우에 구체적 사건성과 성숙성이 충족된 사건을 사법적으로 사후통제하는 시스템을 견지해 왔으나, 최근에는 사전적으로 준칙이나 기준의 마련을 강제하는 입법적 규정을 정비하는 경향을 보이고 있다.

## 2 입법적 통제

행정청의 재량권 행사에 대한 입법기관의 통제는 크게 두 가지로 대별된다. 하나는 제정법의 제정을 통한 직접적 통제이고, 다른 하나는 청문 등에 통한 간접적 통제이다. 전자에 관해서는 전술하였다.

간접적 통제로는, 청문을 실시하거나, 중요한 행정작용을 하기 전에 관련 상임위원회에 보고서를 제출하도록 명령하거나, 일반회계국(General Account Office)이나 의회예산국(Congressional Budget Office) 등이 예산을 통제하는 방법 등이 있다.

## 3 행정적 통제

### (1) 일반론

미국 역시 행정청의 재량권행사에 대하여 행정권 스스로가 자율적으로 통제할 수 있는 다양한 시스템을 개발하여 운영하고 있다. 우선 행정부의 최고책임자인 대통령은 담당 공무원의 임명, 담당 부서의 조직 및 개편, 예산통제, 집행명령(Executive Order)의 제정 등을 통하여 하급행정조직의 재량권 행사를 통제할 수 있다. 특히 대통령 산하의 예산조정기구인 관리·예산국(the Office of Management and Budget)의 예산통제는 가장 강력한 행정통제 시스템 중에 하나이다. OMB의 통제시스템에 관하여는 이미 선행연구가 많이 있으므로 더 이상의 논의는 생략한다.

행정위원회의 준입법적(quasi-legislative), 준사법적(quasi-judicial) 권한 역시 재량통제의 중요한 시스템 중에 하나이다.

아울러, 앞에서 언급한 이른바 재량준칙 또는 재량기준을 입법부의 직접적인 강제규정에 근거하여 또는 행정권 스스로가 임의로<sup>24)</sup> 마련하여 하급 행정청에게 하달하는

것도 매우 중요한 통제시스템의 하나이다

## (2) 행정심판

주지하는 바와 같이, 미국은 우리나라와 같은 형태의 행정심판제도를 가지고 있지 않다. 그러나 각종 행정위원회의 준사법적 절차는 거의 우리나라와 같은 행정심판의 역할을 수행하고 있다.

또한 이른바 연방행정절차법상 특정의 처분을 하기 위해서는 청문 또는 공청의 절차를 거쳐야 하는 바, 이러한 청문, 특히 사실심형 청문(trial-like hearing)절차는 거의 사법적 절차를 취하고 있는 까닭에 이 역시 우리나라의 행정심판과 거의 동일한 기능을 수행하고 있다.

이올러 사법절차의 전단계에서 분쟁을 효과적으로 해결하기 위하여 이른바 Alternative Dispute Resolution Act(이하 ADR이라 함)이 1996년에 제정되어 운영되고 있는 바, 이 제도와 미국 민사소송절차의 특수한 제도라고 할 수 이른바 재판전사실심문절차(Discovery Procedure)가 결합하여 정식 재판이전에 행정사건을 통제하는 시스템이 운영되고 있다. 물론 ADR이나 재판전사실심문절차 등은 행정재판절차가 아닌 일반 민사소송절차의 특례를 규정하고 있는 것이지만, 주지하는 바와 같이 미국의 행정소송은 일반 민사소송절차에 의하여 민사법원에서 행하여지는 바, 이제도가 행정소송에도 준용되는 것은 당연한 논리 귀결이라 할 것이다. 사실 행정재판에 나아가기 전에 이러한 ADR에 의하여 협의조정되는 사건이 발생 사건의 90~95% 정도에 이른다는 통계가 있다.<sup>25)</sup> 미국 민사소송절차에서 이른바 Discovery Procedure는 매우 특이한 제도로서, 소송당사자가 향후 본안소송에서 제출하거나 주장할 증거 등에 관하여 원고 및 피고의 변호사가 서면질의를 하거나 경우에 따라서는 당사자 또는 증인 등을 직접 심문할 수 있는 제도를 말한다.<sup>26)</sup> Rule 26(c)(1)~(8)에 규정된 면책규정을 제외하고는 원칙적으로 당사자 또는 증인 등은 상대방 변호사의 서면질의나 출석요구 등에 응해야 한다. 물론 이러한 요구에 응해야 하는 것이 반드시 강제되는 것은 아니지만, 만약 이에 불응할 경우에는 이에 대한 증거능력을 재판부가 인정하지 않음으로써 사실상 이러한

24) 물론 법률에 '행정청이 rule의 제정을 대신하여 discretionary directives 또는 guidelines를 제정하여서는 아니 된다'는 특별한 규정이 있는 경우에는 행정청의 재량준칙 또는 재량기준의 제정행위가 금지된다.

25) John C Reitz, Outline of US Civil Procedure, College of Law, Univ. of Iowa, Aug 9, 2001, page.6.

26) Federal Rule of Civil Procedure, Rule 26.

요구에 응할 수밖에 없도록 하고 있는 것이다 따라서 이러한 과정을 거치면서 분쟁 사건의 사실인정이 어느 정도 해결되는 까닭에 당사자는 본안에 나아가기 전에 분쟁에 대하여 합의를 하는 경우가 대부분인 것이다 물론 이러한 제도가 그 분류상 행정 심판절차에 해당하기 보다는 행정소송절차에 해당한다고 하는 것이 보다 정확하겠지만, 이러한 절차를 통하여 행정청이 자신의 재량처분을 수정 또는 변경하게 되는 바, 이 역시 본질적으로는 행정청 스스로가 재량처분을 통제하는 절차로서의 기능을 수행한다고 보아도 무방할 것이다.

## V. 재량행위에 대한 사법적 통제와 판례의 동향

### 1. 개설

앞에서 고찰한 바와 같이 최근의 미국 행정법은 법률에서 재량에 대한 기준의 설정을 강제하거나 또는 정반대로 재량준칙 등이 행정입법(rule)을 대신할 수 없도록 함으로써 이른바 재량권행사의 남용을 통제하고 있다.

그런데 이러한 재량준칙 또는 재량기준을 위반한 재량처분에 대하여 사법부는 어떠한 태도를 견지하고 있는지에 관하여 고찰할 필요가 있다. 최근 Syracuse Law review에 발표된 “2002-2003 New York州 행정법동향”이라는 논문<sup>27)</sup>에서 이러한 내용을 분석적으로 다루고 있는 바, 그 내용을 소개하면 다음과 같다. 논의의 대상이 되는 대상 판례는 Conroy v. Dep. of Correctional Services<sup>28)</sup>(이하 Conroy case라 함)와, New York State Ass'n of Nurse Anesthetists v. Novello<sup>29)</sup>(이하 Novello case라 함)와, Abdil v. Martinez<sup>30)</sup>(이하 Abdil case라 함) 등 이다.

### 2 재량준칙 또는 기준에 대한 사법부의 원칙적 존중

Conroy case는 Belinda Fountain이라는 사람이 연방교정국의 고용인 이었는바, 교정국의 재량준칙(directive)에는 모든 고용인은 일정기간 이상 결근을 한 경우 업무 복귀

27) Joseph J. Saltarelli, 2002-2003 Survey of New York Law - Administrative Law, Syracuse Law Review, Vol 54, No. 4, 2004, pp.787-805.

28) 333 F.3d 88, 91-92(2nd Cir. 2003)

29) 301 A.D.2d 895, 896, 753 N.Y.S.2d 615(3d Dep't 2003)

30) 194 Misc. 2d 203, 204, 754 N.Y.S.2d 145, 146(Sup. Ct. N.Y. Co 2002), reversed, 307 A.D.2d 238, 763 N.Y.S.2d 262(1st Dep't 2003)

시 건강증명(medical certification)을 제출하도록 규정되어 있었다. 당시 천식과 폐질을 앓고 있었던 Belinda는 자신의 건강증명을 제출할 수 없으며, 건강증명의 제출을 강제하고 있는 교정국의 준칙은 연방장애인보호법<sup>31)</sup>(이하 ADA라 함)을 위반한 것으로서 위법하며, 따라서 이에 근거한 교정국의 건강진단체출명령은 재량권의 남용이라는 주장을 하면서 소송을 제기하였다. 지방법원<sup>32)</sup>은 교정국의 directive는 ADA를 위반한 것으로서 이에 근거한 건강증명제출명령은 위법하다는 취지의 인용판결을 하였다. ADA는 개인의 건강기록은 보호되는 개인정보이며, 이러한 개인정보를 심사할 수 있는 예외적 경우는 당해 고용인이 업무를 수행함에 있어서 그 기능상 요구되어지는 건강상태를 확인해야하는 때로 한정되어야 한다고 규정하고 있는 바, Belinda의 경우에는 그의 수행업무의 성질상 개인정보를 열람할 수 있는 예외적 경우, 즉 '업무상 필요(business necessity)'에 해당하지 않는다는 것이 지방법원의 판단이었다.

그러나 제2항소법원은 ADA의 규정이 모든 일반적인 건강증명의 제출을 금지하고 있는 것인지에 대하여 보다 세밀한 판단이 요구되어 진다는 것을 전제하면서, 지방법원은 ADA의 예외적 규정인 이른바 '업무상 필요성'에 대한 판단을 위하여 사실인정에 대한 재검토가 필요하다고 판시하였다. 교정국의 준칙을 보다 깊이 있게 관찰해 보면, 고용인에게 건강증명의 제출을 기계적으로 요구하기 보다는 자신의 건강상태가 당해 업무의 수행에 아무런 지장을 초래하지 않음을 스스로 입증하도록 하고 있는 것이며, 이러한 입증책임은 당연히 고용인에게 있음을 지방법원은 간과하고 있으며, 뿐만 아니라 교정국이 고용인들에게 건강증명을 제출하도록 준칙을 마련한 취지는 다른 고용인이나 민원인들을 전염성 질병으로부터 보호하기 위한 조치이며, 이는 이른바 '업무상 필요', 즉 ADA의 예외적 경우에 해당하는 것으로 보아야할 것이라는 것이 항소법원의 판단이었다. 결론적으로 교정국이 모든 고용인들에게 4일 이상 질병으로 인하여 결근한 경우에 업무복귀시 최소한의 일반적인 진단서를 제출하도록 규정하고 있는 준칙은 ADA의 예외적 규정, 즉 '업무상 필요성'에 의한 건강정보 심사를 허용하는 예외적 규정에 반하지 않는 것이라는 것이 항소법원의 판단이었다.<sup>33)</sup>

앞에서 언급한 바와 같이 최근의 미국 판례의 동향은 재량행위의 남용을 막기 위해 사후구제적 사법심사를 하기에 앞서 재량을 행하는 행정청이나 감독청이 재량권행사의 방향이나 범위를 설정하도록 법령에 직접적인 근거를 두거나 최소한 법령에서 반드시 법규명령에 의하도록 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 행정청이 설정한 재량기

31) Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §12112(d)(4)(A)(2003)

32) Fountain v. Dep of Corr Servs., 190 F. Supp 2d 335, 340(N.D.N.Y. 2002)

33) Joseph J Saltarelli, op cit., pp.787-788.

준을 인정하는 경향을 나타내고 있으며, 동 판례는 이를 가장 잘 대변해 주는 사례라고 할 수 있다.

### 3. 재량이 아닌 영역에 대한 준칙 또는 기준의 효력

다음으로 *Novello case*는 뉴욕주 보건국의 개인외과의원의 수술시술기준(이하 '수술시술기준'이라 함)<sup>34)</sup>을 무효로 판시한 사건이다. 종합병원이 공중보건법 제28조의 적용을 받는 것과는 달리 동 규정의 적용을 받지 않는 개인외과의원은 수술을 행함에 있어 어떠한 법령상 제한을 받은 적이 없었다. 그런데 뉴욕주 보건국은 개인외과의원들이 수술을 시술함에 있어서 갖추어야 할 기준을 마련하여 이른바 수술시술기준을 제정하였다. 동 수술시술기준이 시행될 경우 마취전문의의 감독 없이는 마취간호사들이 자신들의 서비스를 더 이상 제공할 수 없게 되자, 원고 *Novello*는 750명의 마취간호사들로 구성된 비영리사단법인을 대표하여 뉴욕주 보건국의 수술시술기준의 무효를 주장하면서 소를 제기하였다.

항소법원에서는 동 사건을 심리함에 있어서 2가지의 쟁점을 도출하였는바, 하나는 원고가 수술시술기준의 무효를 다룰 수 있는 원고적격을 가지는 것인가라는 것과, 다른 하나는 보건국이 법령에 의하여 규정된 바 없는 개인외과의원의 수술시술기준을 정하는 것이 가능한 것인가라는 문제였다. 첫 번째 쟁점에 대해서는 수소법원이 비교적 쉽게 결론을 내렸다. 마취간호사가 서비스를 제공할 때 반드시 마취전문의의 참관을 강제할 경우, 개인외과의원들은 동 기준을 준수하고 동시에 비용을 절감하기 위하여 마취간호사의 고용을 기피할 것이 자명하며, 따라서 마취간호사들의 이익에 심각한 영향을 미칠 수 있으므로 원고에게 원고적격이 있다고 판단하였다.

다음으로 두 번째 쟁점에 대해서 보건국은 자신들이 마련한 수술시술기준은 구속력이 있는 '법령'이 아니라 단순히 '주의적 권고(nonmandatory recommendations)'에 불과하다는 주장을 하였다.<sup>35)</sup> 그러나 법원은 보건국이 수술시술기준을 제정하는 목적은 '법령상 요구되는 의료시술자의 의무를 명확히 하기 위하여 전문적 기준을 제시'하는 데에 있음을 동 기준에서 밝히고 있는 점을 고려할 때, 동 기준은 보건국의 주장과는 달리 법규적 성질을 가지는 것으로서 동 기준의 제정은 뉴욕주 의회의 입법적 권한을 침해한 권한남용에 해당하여 무효라고 판시하였다.

전술한 바와 같이 준칙 또는 기준은 재량권 자체가 법령상 인정되어질 때 그 재량

34) Clinical Guidelines of Office-based Surgery

35) Joseph J. Saltarelli, op cit., p 789.

권행사의 방향이나 범위를 정하는 것을 목적으로 제정되어야 하는 바, 법령이 제량 자체를 인정하지 아니한 영역에 대하여 어떠한 준칙이나 기준 등을 제정하는 것은 무효이며, 동 판례는 이러한 원칙을 다시 한 번 확인해 준 사례라고 할 수 있다.

#### 4. 준칙 또는 기준의 효력 - 법규성 인정여부

다음으로 Abdil case는 준칙 또는 기준의 법적 성질이 법령에 해당하는지 아니면 단순한 정책적 선언(표명)에 불과한 것인지에 대한 뉴욕주 대법원의 견해를 표명한 사례이다. 동 case에서, 원고 Abdil는 뉴욕주 주택국의 처분이 공공주택법 제54조 제1항<sup>36)</sup>을 위반하여 무효인 주택국의 관리지침(management manual)에 근거한 것이므로 당해 처분은 위법하다는 취지의 소송을 제기하였다.

원고는 자신의 사망한 부친이 사망하기 전까지 거주하고 있던 공공주택의 임대권을 자신이 승계하여 거주하게 해달라는 취지의 민원을 신청하였고, 주택국은 공공주택의 임대권 승계는 동거인이 동거 개시 전에 동일세대의 구성원으로 인정한다는 문서화된 허가서를 주택국으로부터 승인받은 자들 간에만 허용된다는 주택국의 관리지침(management manual)에 따라, 부친의 사망 전에 자신이 부친과 동일한 세대의 구성원이라는 사실을 문서로서 허가받지 아니한 원고에게는 임대권이 승계되지 않는다는 거부처분을 하였다. 이에 원고는 주택국의 이러한 관리지침은 공공주택법상의 절차를 위반한 것으로서 무효이며, 이에 근거한 처분은 위법하다는 주장을 하였다.

법원은 우선 원고가 당해 관리지침의 무효에 대하여 다룰 수 있는 것인지에 대하여 심리하였다. 왜냐하면 원고는 법규명령이나 기타 명령이 당해 행정처분의 직접적인 근거가 되는 경우에만 당해 명령 등의 무효를 다룰 수가 있기 때문이다. 동 사건에서 주택국의 처분은 당해 관리지침에 근거하였음 피고 행정청 스스로가 인정하였으므로 당해 관리지침의 무효에 대하여 원고가 다룰 수 있는 것으로 법원은 판단하였다.

다음은 당해 관리지침의 법적 성질에 대하여 심리하였다. 피고 행정청은 당해 관리지침은 법규명령적 성질을 가지는 것이 아니라 단순한 정책적 선언(표명)에 불과하므로 공공주택법 제54조 제1항의 절차<sup>37)</sup>에 구속받지 않는다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은 첫째, 뉴욕주 항소법원 및 지방법원의 다른 판례들에서 일관되

36) section 54(1) of New York Public Housing Law.

37) 동 조항은 주택국이 공공주택관리에 필요한 조례, 명령 등을 제정할 때에는 당해 조례안, 명령안 등을 뉴욕주 주택 및 지역사회 재개발국(New York State Division of Housing and Community Renewal)(이하 DHCR이라 함)에 제출하여 승인을 얻도록 규정하고 있다.

게 당해 관리지침에 대하여 법규성을 인정하고 있으며, 둘째, 관리지침의 내용을 살펴 보더라도 'regulation'이나 'rule'이라는 용어를 사용하고 있지 그 어디에도 'policy'라는 문언을 사용한 것을 찾아 볼 수가 없으며, 셋째, 뉴욕주 법원의 어떠한 판례에서도 명령은 반드시 입법적 또는 준입법적 형식을 갖춘 경우에만 인정되어진다고 판시한 바가 없다는 3가지의 논거를 들어 당해 관리지침은 공동주택법 제54조 제1항의 규정이 적용되는 법규명령에 해당한다고 판시하였다. 이에 따라 원고에게 대한 임대권승계거부처분은 무효인 관리지침에 근거한 것으로서 재량의 남용에 해당하여 무효라고 판시하였다.

이 판례는 우리에게 시사하는 바가 매우 크다. 우리나라에서는 행정입법의 법규성과 관련하여 재량준칙의 법규성인정여부문제에 관하여 다툼이 있고, 판례는 대체로 재량준칙의 직접적인 법규성을 인정하지 않고 있는 경향이다. 그러나 당해 판례에서 법원은 법규적 규범력을 가지는 행정입법은 그 형식에 구애되지 않으며 내용이 rule에 해당하면 rule로 보아야 한다는 것을 분명히 밝히고 있다. 다시 말해서, 준칙이나 기준들이 그 명칭을 어떻게 사용하였던. 행정청이 당해 준칙이나 기준에 근거하여 재량권을 행사한 것이 명백한 이상 당해 준칙이나 기준은 법규적 규범력을 가지는 것으로서 이른바 rule 또는 regulation에 해당하며, 단순한 정책적 선언(표명)은 아니라는 것이 법원의 태도이다.

## VI. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 미국 역시 행정현상의 특질상 재량행위의 존재는 불가피한 것으로 보인다. 사법국가주의의 오랜 역사적 전통을 가지고 있는 미국에서 재량에 대한 통제를 사법부에게 의존하는 것은 당연한 현상이다. 그러나 사법적 통제는 사후통제라는 한계를 항상 내포하고 있다. 행정행위의 결과는 행위 즉시 또는 비교적 단기간에 그 법적 효과가 발생한다. 따라서 행정청의 재량남용으로 인하여 행정객체가 입게 되는 침해는 사후구제만으로는 충분하지 못한 것이 일반적이다. 미국의 사법부와 행정법학자들이 안고 있는 고민이 바로 이 문제였다. 재량남용에 대한 사전적 통제 시스템의 정비가 무엇보다 중요하다는 것을 인식하였다. 사전적 통제 시스템의 일환으로 도입된 것이 이른바 directive 또는 guideline 등을 마련하는 것이었다. 재량권 행사의 구체적 방향을 정하는 directive와, 재량권행사의 구체적 기준을 정하는 guideline 등은 법령에 의하여 그 제정이 강제되어지는 경우도 있고, 행정청이 독자적으로 마련하는

경우도 있다. directive 등의 제정이 법령에 규정되어 있음에도 불구하고 이를 마련하지 아니한 채 재량권이 행사된 경우, 반대로 법령이 반드시 rule 등으로 재량권행사의 방향을 정하도록 규정하고 있음에도 불구하고 rule의 제정 대신 directive 등을 마련하여 재량권을 행사한 경우에는 당해 재량행위는 위법한 재량남용으로 취급된다.

물론 directive 등을 제정하여 그 기준에 따라 재량권이 행사되면 항상 적법성이 담보되는 것은 아니다. 왜냐하면 재량행위의 남용여부에 대하여 사법심사를 할 때에는 당해 재량권행사의 기준이 된 directive 자체에 대한 적합성 및 적법성 심사를 먼저 할 뿐만 아니라, directive 자체에 대한 사법심사의 청구가 가능하기 때문이다. 다시 말해서 directive 자체가 사법심사의 대상이 되기 때문에 재량권행사가 directive 등에 따라 이루어졌다고 해서 항상 적법성이 보장되는 것은 아니라는 것이다.

그러나 최근 사법부의 태도는 가능한 행정청의 directive 등의 적합성 또는 적법성을 유연하게 인정하려는 경향을 보이고 있다. 아울러 비록 법령상 directive 등의 제정을 강제하고는 있지 않으나, 행정청이 스스로 directive 등을 마련하여 재량권을 행사한 경우에는 재량권행사의 적법성을 비교적 넓게 인정함으로써 행정청들이 directive 등의 제정에 보다 적극적으로 관심을 가질 수 있도록 유도하는 분위기가 전개되고 있는 것으로 분석된다.



### ● 김민호

재량행위(discretionary acts) 재량통제(controlling discretion)

재량준칙(discretionary directives) 재량기준(discretionary guidelines)

규칙제정(rule making)

[ABSTRACT]

## A Study on Controlling Methods of Discretion

Kim, Min-Ho

Professor Kenneth C. Davis explains that sometimes discretionary power can be too restricted, while at other times it can be too broad. If administrative discretion is too limited, injustices can result from the lack of special consideration given to individual's unique situation or problem. But when discretionary power is too broad, inequitable, and arbitrary, discretions tend to create injustices.

As a general rule, in the American administrative system, discretion is rather limited at the lower administrative levels, where red tape tends to restrict severely the decisionmaking alternatives of those workers performing relatively routine tasks. Although Davis acknowledges that injustices occur to individuals because discretion may be too confined, he argues that in the American system most injustices occur because the exercise of discretion is much too broad.

In American legal system, the agencies have exercised more power than the statutes permitted, and discretionary power is in every their exercising progress composed with judgements, interpretations, or decisions. Therefore, it is necessary to devise methods for controlling agency's discretionary actions. Historically, in American legal system, judicial branch takes charge of the major roll of controlling agency's discretionary actions. However, judicial review of agency action does not serve as perfect solution. Since courts work too slowly, the damage of the person opposite to agency has already occurred or agency's purpose has been achieved before review is given. Therefore, now days, for protection person's rights or interests prior to abuse of discretion, it is used so called 'directives' or 'guidelines' of discretion.

By the way, when we analyse recent cases related to discretionary

directives or guidelines, we recognize that the Federal and State courts formulate principles or doctrines of review about discretionary directives or guidelines. First, so far as the statute does not prohibit from adopting guideline or policy directive in lieu of rule, courts presume discretionary directives' or guidelines' legality as far as possible. Second, if the agency makes directives or guidelines even though the actions are not belong to the scope of discretion, these are invalid. Finally, even though the agencies assert that the directives or guidelines made by them are mere 'policies', the court recognizes it's legal binding power as far as it influences people's rights directly.