

(사)행정법이론실무학회 제282회 정기학술발표회

# 비교행정법의 신동향

- 일시: 2024년 12월 14일 (토) 15:00~18:30
- 장소: 헌법재판연구원 제8층 대회의실
- 주최: (사)행정법이론실무학회, 헌법재판연구원, 법제처



헌법재판소  
헌법재판연구원



법제처

※ 본 학술대회 발표문은 행정법연구 76호(2025. 3.)에 게재될 예정이므로  
인용은 완성된 원고를 이용하여 주시기 바랍니다.

## 프로그램

▶ 전체사회: 윤혜선 연구이사 (한양대학교 교수)

14:30~15:00 등 록

15:00~15:10 개회식

▶ 개회사: 김태호 행정법이론실무학회 회장

▶ 환영사: 지성수 헌법재판연구원 원장

15:10~16:10 [제1주제] 공익산업규제의 기원, 체계 및 그 변용

— 디지털플랫폼에 대한 미국의 공익산업규제 논의를 중심으로 —

▶ 사회: 이원우 회원 (서울대학교 교수)

▶ 발표: 김태오 회원 (창원대학교 교수)

▶ 토론: 윤강욱 회원 (법제처 법제조정정책관)

16:10~16:30 휴 식

16:30~17:20 [제2주제] 쉐브론 독트린 파기 판결의 의의와 평가

▶ 사회: 문상덕 회원 (서울시립대학교 교수)

▶ 발표: 최명지 회원 (인하대학교 교수)

▶ 토론: 방정미 회원 (명지대학교 교수)

17:20~18:10 [제3주제] 절차관념의 형성과 행정절차하자론

— 비교법적 검토를 중심으로 —

▶ 사회: 조성규 회원 (전북대학교 교수)

▶ 발표: 김후신 회원 (헌법재판소 연구관)

▶ 토론: 신호은 박사 (헌법재판연구원)

18:10~ 폐회식 및 만찬

▶ 폐회사: 김태호 행정법이론실무학회 회장

▶ 만찬 및 송년의 밤

※ 본 학술대회 발표문은 행정법연구 76호(2025. 3.)에 게재될 예정이므로 인용은 완성된 원고를 이용하여 주시기 바랍니다.

## 환영사

안녕하십니까, 헌법재판연구원장 지성수입니다.

행정법이론실무학회와 헌법재판연구원이 「비교행정법의 신동향」을 주제로 공동학술대회를 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다. 행정법이론실무학회는 전통 있고 내실 있는 학회로서 국내의 행정법 연구를 이끌며, 국내 대표적 학술지인 「행정법연구」를 통해 훌륭한 논문을 다수 발굴하여 왔습니다. 이러한 성과가 학계와 실무에 상당한 기여를 하고 있음은 물론입니다. 훌륭한 전통을 자랑하는 행정법이론실무학회 여러분께서 이번 학술대회를 위해 저희 헌법재판연구원을 찾아 주심에 대해 환영과 감사의 말씀을 드립니다.

비교행정법의 최근 동향을 소개하는 오늘 학술대회의 주제는 매우 시의적절하다고 생각합니다. 어려운 사례에 부딪힐수록 실무에서는 비교법적 연구가 매우 중요합니다. 오늘 소개될 미국 대법원의 판결들은 행정법적인 차원에서는 물론이고 헌법적인 차원에서도 매우 중요한 쟁점을 담고 있습니다. 아무쪼록 오늘 학술대회에서 풍성하고 활발한 논의가 이루어져 헌법과 행정법 분야의 이론과 실무 사이에 상호 이해와 협력이 증진될 수 있기를 희망합니다. 우리 헌법재판연구원도 이번 논의들을 귀 기울여 듣겠습니다.

끝으로 이번 공동 학술행사 개최를 제안하고 준비해 주신 우리 헌법재판연구원의 구성원이기도 한 행정법이론실무학회의 김태호 회장님과 귀한 발표와 토론, 사회를 맡아주신 여러 선생님들, 그리고 학술행사 준비를 차질 없이 해 주신 행정법이론실무학회와 헌법재판연구원의 관계자 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

저물어 가는 올 한해 마무리 잘하시길 바라며, 참석하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원하겠습니다.

2024년 12월 14일

헌법재판연구원 원장 지성수

※ 본 학술대회 발표문은 행정법연구 76호(2025. 3.)에 게재될 예정이므로 인용은 완성된 원고를 이용하여 주시기 바랍니다.

## 목 차

[제1주제] 공익산업규제의 기원, 체계 및 그 변용	
— 디지털플랫폼에 대한 미국의 공익산업규제 논의를 중심으로 —	김 태 오 1
▶ 토론	윤 강 욱 35
[제2주제] 쉐브론 독트린 파기 판결의 의의와 평가	최 명 지 별첨
▶ 토론	방 정 미 별첨
[제3주제] 절차관념의 형성과 행정절차하자론	
— 비교법적 검토를 중심으로 —	김 후 신 43
▶ 토론	신 호 은 93

※ 본 학술대회 발표문은 행정법연구 76호(2025. 3.)에 게재될 예정이므로 인용은 완성된 원고를 이용하여 주시기 바랍니다.

【제1주제】

## 공익산업규제의 기원, 체계 및 그 변용\*

— 디지털플랫폼에 대한 미국의 공익산업규제 논의를 중심으로 —

김 태 오\*\*

- I. 디지털플랫폼 시대: 무엇이 문제인가?
- II. 공익산업규제의 기원과 체계
- III. 미국의 디지털플랫폼 규제논쟁: 플로리다·텍사스 주의 SNS 규제 사례
- IV. 공익산업규제의 변용: 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제
- V. 결론: 합리적인 디지털플랫폼의 규제근거와 체계 모색

### I. 디지털플랫폼 시대: 무엇이 문제인가?

택배회사가 극우주의 잡지 배송을 거부할 경우를 생각해보자. 택배회사는 자신의 업무와 관련하여 표현의 자유의 주체가 될 수 있을까? 배송대상물이 무엇인지를 개봉하여 파악한 다음 극우주의 잡지는 유해한 콘텐츠이므로 이를 배송할지 여부를 판단할 권리가 있을까? 택배회사는 표현의 자유를 누리지 못한다. 의뢰받은 배송대상을 그것이 무엇인지를 고려하지 않고 목적지까지 전달하는 common carrier(이

\* 이 논문은 2023학년도 창원대학교 연구년교수 연구비에 의하여 연구되었음.

\*\* 국립창원대학교 법학과 부교수.

하 ‘커먼캐리어’라 한다)일 뿐이다.<sup>1)</sup> 극우잡지의 배송을 거부할 수 없다. 어떤 관점을 가지던지간에, 배송서비스는 모두에게 동등한 서비스이며 누구나 이용할 수 있어야 한다. 그런데 신문사가 극우주의 광고를 거부하는 경우를 생각해보자. 사람들은 편집자의 판단을 신뢰하곤 한다. 신문사의 편집자는 선하고 합리적인 견해를 가려낼 것이라고 믿는 것이다. 택배회사와 달리 신문사는 표현의 자유를 향유한다. 어떠한 소재를 선택할 것인지는 신문사에 달려있다. 경우에 따라 신문게재를 거부할 권리도 갖는다.<sup>2)</sup>

디지털플랫폼은 어떠한가? 미국 연방대법원은 소셜미디어(이하 ‘SNS’라 한다.)에 대해 ‘현대적 공론장’(modern public square)이라고 여겼다.<sup>3)</sup> SNS는 최신의 사건을 알 수 있는 주된 원천이며, 여기에서 고용정보를 확인할 수 있고, 현대적 공론장에서 의견을 표현하고 들을 수 있으며, 인간의 사고와 지식의 거대한 왕국을 탐색할 수 있다. 뿐만 아니라, 오늘날 지식정보들은 SNS 외 ‘검색엔진’(search engine)이나, 생성형 AI 서비스를 통해서도 유통·취득·창조할 수 있다. ‘정보인프라’(information infrastructure)라고도 부를 수 있을 정도이다.<sup>4)</sup>

이러한 디지털플랫폼에 대한 규제논의가 있다. 디지털플랫폼이 정보의 ‘경로’(way)를 지배하기 때문이다. 이러한 지위에서 디지털플랫폼이 ‘관점’(viewpoint)을 근거로 차별적으로 정보와 표현을 봉쇄하거나 ‘관리’(moderation)<sup>5)</sup>할 수 있다는 점에 대한 우려가 존재한다. 이러한 상황과 구조는 철도와 전화사업자에 대한 전통적인 법, 즉

1) 이에 대해서는 II에서 상세히 설명하기로 한다.

2) Eugene Volokh, *TREATING SOCIAL MEDIA PLATFORMS LIKE COMMON CARRIERS?*, 1 *Journal of Free Speech Law* 377, 379-381 (2021).

3) *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98, 107 (2017).

4) 플랫폼의 인프라로서의 특성은 김태오, “온라인 플랫폼에 대한 경쟁규제와 전문규제”, 『법학연구』 제25집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2022, 1-42면(5면 이하). Rahman 교수는 진입 및 퇴출을 통제하는 ‘게이트키퍼 권력’, 네트워크에서의 정보와 활동 흐름을 구조화하고 조작할 수 있는 ‘전송 권력’, 데이터를 지수나 점수로 변환하여 이를 온라인 또는 오프라인에서의 의사결정의 근거로 활용하는 ‘스코어링 권력’을 정보인프라의 특성으로 꼽았다. K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, 39 *CARDOZO LAW REVIEW* 1621, 1668 (2018); K. Sabeel Rahman, *REGULATING INFORMATIONAL INFRASTRUCTURE: INTERNET PLATFORMS AS THE NEW PUBLIC UTILITIES*, 2 *GEO. L. TECH. REV.* 234, 242-246 (2018).

5) 콘텐츠 이용자 계정의 탈퇴, 정지를 포함하여 ‘콘텐츠의 게시 또는 노출여부, 콘텐츠의 우선순위를 결정’(curation)하는 것을 의미한다.

공익산업규제 법리 또는 커먼캐리어 규제이론이 등장하게 되었다.<sup>6)</sup>

특히 최근 미국의 디지털플랫폼 규제논쟁은 트럼프의 대선 패배에 불복하여 지지자들이 난입한 2021. 1. 6. 의회 폭동 사태가 계기였다. 그 이후 트럼프와 그 지지자들의 페이스북, 트위터(현재 'X') 등 대형 SNS의 계정은 삭제되었다(이른바 'deplatforming'). 플로리다 주는 이러한 조치가 실리콘밸리의 빅테크 과점주의자들이 보수적 발언을 침묵시키고 급진적 좌파 의제를 선호하려는 시도로 판단하고 이에 대항하기 위해 최초로 SNS의 콘텐츠 관리를 금지하는 규제법을 제정하였다.<sup>7)</sup> 텍사스 주도 여기에 합류하였다.<sup>8)</sup> 이를 지탱하는 규제의 법리는 공익산업규제 또는 커먼캐리어 규제법리였다.<sup>9)</sup>

트럼프 당선인은 '연방통신위원회'(FCC)의 수장으로 현 FCC 위원인 '브렌든 카'(Brendan Carr) 위원을 위원장으로 지명하였다. 브렌든 카 위원장 지명자는 이번 미 대선에서 논란이 되었던 보수의 청사진을 담은 헤리티지 재단의 『2025 Project』 중 FCC에 관한 장(제28장)을 집필하였다. 브렌든 카는 제1순위 의제로 시장지배적 지위를 가지면서 그 지위를 남용하여 사유를 제시하지 않은 채 보수주의 관점의 콘텐츠를 '검열하는'(censor) 디지털플랫폼의 콘텐츠 관리에 대해 규제할 것이라는 입장,<sup>10)</sup> 그리고 FCC의 기능에 SNS에서의 '표현에 대한 경찰'(speech police)로서의 기능을 추가하려는 의도<sup>11)</sup>를 갖고 있는 것으로 알려졌다.

이상과 같이 2021. 1. 6. 이후 의회 폭동에 따른 디지털플랫폼의 콘텐츠 관리, 이에 대응한 플로리다·텍사스 주의 규제입법, 이 입법들에 대한 연방순회항소법원과 대법원의 판결, 향후 트럼프 행정부의 디지털플랫폼에 대한 규제방향 등을 고려할 때, 그 규제법리의 근간인 된 - 그간 통신, 운송, 에너지 등 전통적인 네트워크 산업에 대한 규제근거인 - 공익산업규제 법리<sup>12)</sup>가 디지털플랫폼에 대해서도 적용가능

<sup>6)</sup> James Speta, *Boden Lecture: The Past's Lessons for Today: Can Common-Carrier Principles Make for a Better Internet?*, 106 Marq. L. Rev. 741, 742 (2023).

<sup>7)</sup> S.B. 7072 (Fla. 2021); *NetChoice, LLC v. AG, Fla.*, 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022).

<sup>8)</sup> H.B. 20 (Tex. 2021).

<sup>9)</sup> S.B. 7072 Sec. 1(5); S.B. 7072 Sec. 1(6); H.B. 20 Sec. 1(3); H.B. 20 Sec. 1(4).

<sup>10)</sup> *What Brendan Carr, Trump's FCC Pick, Wrote in 'Project 2025' Chapter*, Newsweek (2024. 11. 18.).

<sup>11)</sup> *Trump's FCC Pick Wants to be the Speech Police. That's Not His Job*, WIRED (2024. 11. 28.).

<sup>12)</sup> 이외에 수정헌법 제1조, 즉 표현의 자유에 대한 쟁점도 중요하다. 그러나 본 논문은 공익산업규

한 것인지를 모색해 볼 필요가 있다. 이를 위해 이하에서는 전통적인 공익산업규제의 기원과 체계(II.), 최근 SNS를 중심으로 한 미국의 디지털플랫폼 논쟁(III.), 공익산업규제 법리의 변용가능성(VI.)에 대해 차례로 논의하기로 한다.

## II. 공익산업규제의 기원과 체계

### 1. ‘공익산업’(public utility)의 개념

먼저 규제대상인 ‘공익산업’(public utility) 개념의 유래를 파악할 수 있어야 한다. ‘공익’ 또는 ‘공공’(public)은 경찰권력을 뜻한다. 이러한 공익은 ‘공동선’(the common good)과 상관성이 있다.<sup>13)</sup> ‘utility’의 어원은 ‘유용성’(usefulness)를 의미하는 라틴어인 ‘utilitas’로부터 유래하였다. 15세기 후반에 이는 ‘유용한 것’(a useful thing)을 뜻하였고, 1930년에는 ‘public utility’ 그 자체의 줄임말로 쓰였다.<sup>14)</sup> 오늘날 공익산업은 대중들에게 운송서비스(버스, 항공사, 철도, 자동차 화물 운송업체, 파이프라인 등); 전화 및 전신; 전력, 난방 및 조명, 수도, 위생 및 이와 유사한 지방 자치단체의 설비 등 특정 종류의 서비스를 제공하는 사업자를 의미하기도 한다.<sup>15)</sup>

### 2. 비교개념: 공익산업과 커먼캐리어

디지털플랫폼에 대한 공익산업규제에 대해 논의에서 자주 접하게 되는 비교개념은 커먼캐리어이다. 연방대법원의 ‘클라렌스 토마스’(Clarence Thomas) 대법관은 대통령직 수행 당시 트럼프 대통령이 트위터에서 일부 이용자들을 ‘차단’(block)시킨 것이 문제된 소송에서 제시한 보충의견을 통해 플랫폼에 대한 커먼캐리어 법리 적

---

제 법리 논의에 충실하기 위해 표현의 자유 문제는 다음 기회에 다루기로 한다.

13) Walton H. Hamilton, *Price—By Way of Litigation*, 38 COLUM. L. REV. 1008, 1030 (1938) [William Boyd, *Public Utility and the Low-Carbon Future*, 61 UCLA L. REV. 1614, 1636-1637 (2014) 재인용].

14) 온라인 어원사전(<https://www.etymonline.com/>).

15) 브리타니카 백과사전(<https://www.britannica.com/technology/public-utility>).



용을 옹호하면서<sup>16)</sup> 주목을 받았다. 플랫폼을 물리적이지 않은 가상의 디지털에 머물기는 하지만 실질적으로 통신 네트워크이며 정보를 누군가로부터 다른자에게로 ‘전달’(carry)한다고 보았다. 전통적인 통신사업자가 물리적인 ‘전선’(wire)을 사람들을 연결하기 위한 네트워크를 만들기 위해 포설하였다면, 디지털플랫폼도 통신사업자의 네트워크와 유사하게 관리되는 정보인프라를 구축할 수 있다고 했다. 이에 토마스 대법관은 지배적인 시장점유율을 갖는 플랫폼에 대한 커먼캐리어 규제는 적절하다고 하였다. 후술할 플로리다<sup>17)</sup>와 텍사스<sup>18)</sup>의 주법은 대형 SNS 플랫폼의 관점에 기반한 콘텐츠 관리를 금지하는 규제의 입법이유를 ‘SNS를 커먼캐리어와 유사하게 취급하여야 한다.’<sup>19)</sup>[S.B. 7072 § 1 (6)], ‘SNS의 기능은 커먼캐리어다.’<sup>20)</sup>[H.B. 20 § 1 (3)] 또는 ‘가장 많은 수의 이용자를 보유한 SNS는 커먼캐리어다.’<sup>21)</sup>[H.B. 20 § 1 (4)]라는 점을 제시하고 있다. 한편 플로리다 주법은 ‘현대 사회를 지탱하는 공익산업만큼이나 공적 견해를 전달하는데 중요해졌다.’[S.B. 7072 § 1 (5)]<sup>22)</sup>고 하여 SNS 플랫폼을 공익산업과 커먼캐리어에 빗대고도 있다. 텍사스 주법의 항소심을 담당한 제5연방순회항소법원(이하 ‘제5항소법원’이라 한다)<sup>23)</sup>도 SNS에 대한 차별금지 의무를 부과한 텍사스 주법 제7조에 대해 플랫폼을 공익산업으로 만든 것으로 평가하기도 하였다.<sup>24)</sup> 이처럼 공익산업과 커먼캐리어를 구분하지 않고 혼용하는 경우도 많다.<sup>25)</sup>

16) Biden v. Knight First Amend. Inst. at Colum. Univ., 141 S. Ct. 1220, 1221 (2021).

17) S.B. 7072 (Fla. 2021).

18) H.B. 20 (Tex. 2021).

19) “Social media platforms ... should be treated similarly to common carriers.”

20) “Social media platforms function as common carriers ... ”

21) “social media platforms with the largest number of users are common carriers ... ”

22) “Social media platforms have become as important for conveying public opinion as public utilities are for supporting modern society.”

23) NetChoice v. Paxton, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022). 제5연방순회항소법원은 주로 텍사스, 루이지애나, 미시시피를 관할한다.

24) NetChoice v. Paxton, at 479.

25) 대표적으로 Ganesh Sitaraman, *Deplatforming*, 133 Yale L.J. 497 (2023); K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities*, 35 Yale Journal on Regulation 911, 917-918 (2018); Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *supra.*, at 1325; 양자를 혼용하는 문헌사례를 제시한 글로는 Christopher S. Yoo & Giovanna Massarotto, “Are Digital Platforms Public Utilities?- Lessons from the Concept’s Historical Foundations in U.S. Law -”, 『경제규제와 법』 제15권 제1호, 2022, 9-19면(10면) 각주 5).

공익산업과 커먼캐리어 개념은 상호 포함관계로도 볼 수도 있다. 공익산업 개념에 커먼캐리어가 포함된다고 보거나(공익산업 $\supset$ 커먼캐리어),<sup>26)</sup> 커먼캐리어 개념에 공익산업이 포함된다는 견해도 있다(공익산업 $\subset$ 커먼캐리어).<sup>27)</sup> 통신은 커먼캐리어이면서도 공익산업에 속하지만, 철도, 버스, 화물운송은 커먼캐리어이지 공익산업에 해당하지는 않는다<sup>28)</sup>고도 하고(공익산업 $\cap$ 커먼캐리어), 커먼캐리어나 공익산업이라고 부르는 것은 부적절하며 ‘네트워크, 플랫폼, 그리고 유틸리티(Utility)의 보통법’이라고 하는 것이 적절하다는 견해도 있다.<sup>29)</sup>

커먼캐리어는 17세기 영국 보통법에서 기원했지만 공익산업규제는 20세기 초 미국 진보주의 시대의 특별법을 통해 생성되었다는 점, 커먼캐리어는 주로 경제문제에 초점을 두지만 공익산업규제는 더 넓은 범위의 사회적 가치와 공익의 반영을 목표로 한다는 점, 커먼캐리어는 기존 설비에 대한 접근을 보장하려 하지만 공익산업규제는 서비스를 받는 장소를 늘려 보편적 서비스를 촉진하려 한다는 점 등의 차이가 존재하지만,<sup>30)</sup> 본 논문에서는 공익산업과 커먼캐리어 개념을 적절히 혼용하여 사용하도록 한다.<sup>31)</sup> 공익산업규제와 커먼캐리어의 법리 모두가 보통법에서 유래하였기 때문에 기계적인 기준과 공식에 따라 개념정의를 될 수 없는 성질의 것이다.<sup>32)</sup> 또한 이 두 개념은 도그마틱적으로 특별한 구별실익은 없을 정도로 법리가 유사하다.<sup>33)</sup>

26) Christopher S. Yoo & Giovanna Massarotto, 앞의 글, 10면; Lawrence J. Spiwak, *Regulatory Implications of Turning Internet Platforms into Common Carrier*, 76 Fed. Comm. L.J. 1, 3 (2023); K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, at 1645.

27) 케이블사업자는 공익산업에 해당하지 않지만 지역사업권의 부여된 권역에서 비차별적으로 케이블서비스를 제공해야 할 커먼캐리어 의무를 부담한다는 것이다. Harold Feld, *My Insanely Long Field Guide To Common Carriage, Public Utility, Public Forum — And Why The Differences Matter* (Sep. 2017) (<https://wetmachine.com/tales-of-the-sausage-factory/my-insanely-long-field-guide-to-common-carriage-public-utility-public-forum-and-why-the-differences-matter/>).

28) Mark Jamison, *Should Google Search Be Regulated as a Public Utility?*, University of Florida, Department of Economics, PURC Working Paper, at 12 (March 17, 2012) (<https://ssrn.com/abstract=2027543orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027543>)

29) Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *Tech Platforms and the Common Law of Carriers*, 73 Duke Law Journal 1037, 1040 (2024).

30) 이러한 차이에 대해 Christopher S. Yoo & Giovanna Massarotto, 앞의 글, 11-13면.

31) Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *Tech Platforms and the Common Law of Carriers*, 73 Duke Law Journal 1037, 1045 (2024).

32) Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1070.

33) Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1039.

### 3. ‘공익산업’(public utility) 개념의 뿌리

#### 가. ‘공익산업’(public utility)과 ‘필수공공비즈니스’(public calling)

공익산업의 개념은 특히 특정 종류의 재화와 서비스에 대한 ‘정당한 가격’(just price)이라는 초대 교회의 교리<sup>34)</sup>와 누구나 서비스를 이용할 수 있도록 하는 특정 사업을 지칭하는 중세의 ‘필수공공비즈니스’(public calling) 개념에서 나타났다.<sup>35)</sup>

‘필수공공비즈니스’(public calling)는 ‘common calling’이라고도 한다.<sup>36)</sup> 해당 비즈니스의 종사자가 (i) 직업으로서 해당 비즈니스를 ‘소명’(calling)을 갖고<sup>37)</sup> 수행하고 (ii) 사적 계약에 따라 귀족에 고용되어 전속적·독점적으로 서비스를 수행하는 것이 아니라 공공 일반에 서비스를 제공하는 것을 의미한다.<sup>38)</sup> 이는 ‘private

34) 정당한 가격은 토마스 아퀴나스의 저서 『신학론』에서도 주장된 개념이다. 시장원리에 의해 결정되는 가격이 아니라 사회적 불평등을 예방하는 재분배적 성격과 남에게 받고 싶은 만큼 베풀라는 성경의 윤리적 가치가 반영된 사회정의를 이루기 위한 가격으로 설명되고 있다. 강형철, “통신 공익 개념의 출발과 제도화: 영·미 사례 분석”, 『정보통신정책연구』 제23권 제2호, 2016, 17-47면(24면).

35) MARTIN G. GLAESER, PUBLIC UTILITIES IN AMERICAN CAPITALISM 195-200, 1951 [*Id.* 재인용]. 한편, ‘calling’은 “기독교적으로는 소명, 즉 천직을, 세속적으로는 직업(vocation) 또는 사업(trade)을 의미한다”고 한다. 이창근, “커먼캐리어(Common Carrier)의 공적(公的) 의무의 기원에 대하여 - 비차별 서비스 의무(Duty to Serve)를 중심으로”, 『언론과 사회』 제10권 제1호, 2001, 8-41면(12-13면); K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, 39 CARDOZO LAW REVIEW 1621, 1635 (2018).

36) Adam Candeub 교수는 필수공공비즈니스를 커먼캐리어의 뿌리로 설명되기도 한다. Adam Candeub, *BARGAINING FOR FREE SPEECH: COMMON CARRIAGE, NETWORK NEUTRALITY, AND SECTION 230*, 22 YALE J.L. & TECH. 391, 403 (2020). public calling이나 common calling의 본질이 다르지 않다는 점에서 후술할 공익산업과 커먼캐리어는 실질적으로 근본이 유사하다고 볼 수 있다.

37) James Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, 54 Federal Communications Law Journal 225, 254 (2002). 숙박계약에서 제공되는 숙박업자의 소명은 계약에 명시된 것은 아니지만 묵시적으로 숙박객의 물건을 안전하게 보관해야 할 의무가 있고, 커먼캐리어의 일종인 운송업자는 그가 운반하는 물건에 대해 책임이 있다. 이러한 의무와 책임을 다하지 못한다면 소송을 통해 이러한 의무나 책임 위반에 따른 손해배상을 물을 수 있게 된다.

38) Sallyanne Payton, *The Duty of a Public Utility to Serve in the Presence of New Competition*, in : Applications of Economic Principles in Public Utility Industries (Werner Sichel & Thomas G. Gies, eds.) 147 (1981) [Barbara A. Cherry, *Historical Distortion: How Misuse of “Public Utility and “Natural Monopoly” Misdirects U.S. Telecommunications Policy Development*, ITS LA Conference 2015 (2015) 재인용].

calling’과 비교하면 더욱 명확해진다. ‘private calling’은 사적 비즈니스로서 누구와 거래할 것인지, 어떠한 품질의 서비스를 제공할 것인지, 어떠한 가격으로 제공할 것인지를 자유롭게 선택할 수 있다. 이에 반해 ‘필수공공비즈니스’(public calling)의 경우에는 특별한 배타적 조건 없이 모든 서비스를 제공해야 하고, 소비자의 모든 수요를 충족하는 적절한 설비를 제공해야 하며, 합리적인 가격을 책정해야 하고, 유사한 상황의 고객 간에 차별이 존재하지 않아야 한다.<sup>39)</sup> 특히 일정 수준 이상의 품질도 보장되어야 한다.<sup>40)</sup>

#### 나. ‘필수공공비즈니스’(public calling)의 법원(法源)

‘필수공공비즈니스’(public calling)은 성문의 법령에서 제도적으로 규율된 것은 아니라 초기 영국의 ‘보통법’(common law)으로 거슬러 올라간다.<sup>41)</sup> 당시 보통법은 특정 유형의 거래, 직업 및 사업에 대한 공적 통제의 법리들을 개발하였다. 초기 영국의 보통법은 ‘필수공공비즈니스’(public calling)의 서비스 제공의무와 그 종사자에 요구되는 ‘일정 수준의 주의의무’(standard of care)에 중점을 두었다.<sup>42)</sup> 서비스를 원하는 모든 자에게 서비스를 제공할 의무, 공정하고 합리적인 조건으로 제공할 의무, 그리고 차별 없이 제공할 의무를 부과했던 것이다.<sup>43)</sup> 그 대신 어느 정도의 시장지배력은 용인되었다.<sup>44)</sup> 다만, ‘허용용량의 제한’(capacity constraints)이 있는 경우, 대가를 지불하지 않는 경우, 다른 자를 다치게 하거나 서비스 그 자체에 손상을 줄 경우에는 예외가 인정되었다.<sup>45)</sup>

대표적으로 외과의사<sup>46)</sup>, 재단사, 대장장이<sup>47)</sup>, 식료품공급자, 제빵사, 제분업자, ‘숙

<sup>39)</sup> Bruce Wyman, *The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem*, 17 HARV. L. REV. 156, 156-157 (1904).

<sup>40)</sup> *Ibid.*, at 157.

<sup>41)</sup> William H. McBratney, *The Doctrine of Public Calling*, 1952 WASH. U. L. Q. 239 (1952); *Constitutional Law-Termination of Utility Services for Nonpayment of Bill Without A Hearing Does Not Violate Due Process Clause of Fourteenth Amendment*, 9 U. Rich. L. Rev. 760 (1975).

<sup>42)</sup> James Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, at 253 (2002).

<sup>43)</sup> *Ibid.*, at 251.

<sup>44)</sup> Adam Candeub, *BARGAINING FOR FREE SPEECH: COMMON CARRIAGE, NETWORK NEUTRALITY, AND SECTION 230*, 22 YALE J.L. & TECH. 391, 403 (2020).

<sup>45)</sup> Ganesh Sitaraman, *Deplatforming*, 133 YALE L.J. 497, 509 (2023).

박업자’(innkeeper), 그리고 커먼캐리어는 업무 수행에 있어 일반적인 사적 거래와는 다른 ‘공법적 기준’(public legal standard)을 적용받았다.<sup>48)</sup> 그 대상이 ‘부두’(wharf)와 크레인 및 기타 편의시설로 확대되었기도 하였다. 이들 시설은 사적 영역에만 해당되는 것이 아니라 공익의 영향을 받기 때문이다.<sup>49)</sup>

한편, 농업사회·봉건제 시기의 보통법은 계약 체결 전 - 보수를 받기 전 - 에 서비스 제공을 거부한 경우 또는 합의된 성과에 대한 ‘명시적인 약정이 없는 경우’에 주의를 소홀히 한 것에 대한 책임에 대해 소송을 통한 구제수단은 존재하지 않았다. 그러나 ‘필수공공비즈니스’(public calling)의 경우 서비스 제공의 거부나 일정 수준의 품질이 보장되지 않거나 주의를 소홀히 하여 손해를 입었다면 소송을 통해 구제 받을 수도 있었다.<sup>50)</sup>

#### 다. ‘필수공공비즈니스’(public calling) 의무의 정당성

‘필수공공비즈니스’(public calling)에 대해 이러한 특별한 의무가 발생한 이유는 무엇이고 이것은 어떻게 정당화되는가? 당시 전문적인 서비스를 제공할 수 있는 자가 희소했기 때문이었다. 예컨대, 중세시대에는 일반적으로 일정 구역에서 외과의술을 펼칠 수 있는 의사가 한 사람에 그쳤기 때문에, 의료서비스 제공을 거부하면 사망에 이를 수밖에 없게 되었다. 상황이 이렇다 보니, 외과치료를 위해 방문하는 모든 사람들을 치료해야 하는 외과의사가 아무런 약정을 하지 않았더라도 주의의무를 기울여 환자를 치료해야 하고, 환자가 수술에 자발적으로 응했더라도 의사가 주의의무를 다하지 않았다면 소송을 당해야 했다.<sup>51)</sup> 또 다른 예로 여행을 하다 여관을 발견하여 머무르려 했는데, 여관업자가 숙박제공을 거부한다면 숙박제공의 거부를 이유로 한 소를 제기할 수 있었다. 여행에 지친 사람이 해질 무렵 여관에 당도하였는

46) private하지 않은 대중을 상대하는 ‘common surgeon’을 의미한다.

47) 특히 말발굽을 만들어 갈아주는 자를 의미한다.

48) William J. Novak, *The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation*, in *CORPORATIONS AND AMERICAN DEMOCRACY* 139-76, 145 (Naomi R. Lamoreaux & William J. Novak eds., 2017).

49) Ganesh Sitaraman, *supra.*, at 508; Nicholas Bagley, *Medicine as a Public Calling*, 114 *MICH. L. REV.* 57, 72 (2015).

50) James Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, at 254.

51) Bruce Wyman, *supra.*, at 157.

데 거부당한다면, 여관업자의 자의에 따라 강도가 득실거리는 야밤에 다른 여관을 찾아 헤매야 하는 상황은 상당히 불합리하다.<sup>52)</sup>

#### 4. 19세기 후반 미국 공익산업규제의 등장과 그 성장

미국의 공익산업규제는 기업을 민주적으로 통제하기 위한 제도의 산물이었다.<sup>53)</sup> ‘사적 권력’(private power)의 문제에 대응하기 위하여 반독점법과 회사법상 내적 거버넌스와 함께 등장하게 된 것이다.<sup>54)</sup> 19세기 후반 철도 및 전력산업의 발전과 새로운 기술의 등장은 비약적 성장의 결실을 가져오기도 하였지만 동시에 경제적 자유와 복지에 위협이 되었다.

미국 공익산업규제의 제도적 시초는 1887년 ‘주간통상법’(Interstate Commerce Act)이었다. 미국의 19세기 철도산업구조는 독점과 경쟁이 혼재되어 있었다. 단거리 노선은 독점적으로 서비스가 제공되곤 했고, 장거리노선은 경쟁체제를 이루고 있었다. 그 결과 단거리노선의 요금이 이보다 더 긴 노선의 요금보다 비싼 기형적인 요금구조가 초래된 것이다. 철도화주에 대한 독점이 문제가 아니었다. 경쟁적인 장거리노선에서의 다양한 요금과 화주에 대한 차별취급<sup>55)</sup>에 대해서도 민감하게 반응하였다. 차별은 경쟁이 가장 활발한 시기와 장소에서 가장 두드러지게 나타난다. 경쟁은 독점사업자의 과도한 요금에 대한 최소한의 안전장치이지만, 차별에 대해서는 안전장치가 될 수 없다. 오히려 치열한 경쟁으로 인해 리베이트, 사례금 및 기타 많은 대중을 동요시키는 다양한 폐해들이 생겨났다. 이러한 문제에 대응하기 위해 1887년에 주간통상법이 제정된 것이다.<sup>56)</sup>

한편 생존에 기본적인 필수품 및 서비스에 대한 - ‘접근’(access) - 통제도 사적

<sup>52)</sup> *Ibid.*, at 158-159.

<sup>53)</sup> William J. Novak, *The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation*, in *CORPORATIONS AND AMERICAN DEMOCRACY* 139-76, 139 (Naomi R. Lamoreaux & William J. Novak eds., 2017).

<sup>54)</sup> K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, 39 *CARDOZO LAW REVIEW* 1621, 1630-1632; 1678 (2018).

<sup>55)</sup> 경쟁의 결과는 다양한 요금 및 서비스라는 점에서 이러한 대중의 반응은 단순히 독점에 대한 규제적 대응을 요구한 것은 아니라는 것을 알 수 있다.

<sup>56)</sup> Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *supra.*, at 1331.

권력을 형성하게 된 계기였고, 이를 지렛대 삼아 대중을 효과적으로 종속시키고 지배하며 착취할 수 있었다. 사적 권력은 ‘준주권적’(quasi-sovereign) 권력을 행사하지만 규제가 국가행위자(public state actor)에게 적용했던 견제와 균형의 대상에서 제외되었기 때문이다. 이에 대응하기 위해 ‘반독점법’(antitrust law)이 탄생하기도 했지만, ‘공익산업규제’(public utility regulation)의 등장이 오히려 핵심이다. 따라서 공익산업규제는 문제가 되는 사적 권력의 집중을 진단하는 방법과, 공정하고 동등한 접근을 보장하며 이러한 사업자들에 대한 견제 및 균형을 위한 일련의 장치를 제공하였다.<sup>57)</sup>

공익산업규제는 추상적 개념인 ‘공익’, 더 포괄적인 ‘미국 자본주의의 사회적 통제’라는 개념으로 발전하면서 규제의 핵심적인 추진체가 되었다. ‘공익산업’(public utility) 및 ‘공익산업서비스’(public service)는 20세기 미국의 경제정의와 사회개혁의 중심 개념으로 성장하였다. 공익산업은 더 넓게 경제규제와 개혁으로 확장되어 사회경제 문제를 해결하기 위한 키워드이자 규제개입의 근거로 사용하였다. 은행 문제가 발생했을 때 은행을 공익서비스기업이라고 명명하거나, 특정 산업은 공익에 영향을 받는다는 등의 표현이 대표적이다. 개인이 할 수 없는 특정한 활동 영역, 즉 국가라는 거대한 협동 사회가 수행해야 하는 특정한 기능이 있다는 견해가 등장하기 시작하였다. 특히 ‘효용성’(utility)을 근거로 한 ‘시장’(market)은 자원 배분자로서의 충분히 기능할 수 없다는 불만도 표출되었다. 이러한 변화 속에서 ‘공익산업법’(the law of public utility)이 성장한 것이다.<sup>58)</sup>

공익산업 사상은 보통법과 주 경찰권의 전형적인 권한을 넘어 포괄적인 가격 및 요금 통제, 지속적인 행정 및 관료적 감독, 지방자치단체의 소유, 그리고 ‘공공사업’(public work) 분야로 규제를 확장시켰다. 세계 제1차 대전과 제2차 대전 기간 전후(戰後) 전례 없는 개입으로 그 절정에 이르렀다. 그리고 오늘날까지도 ‘규제산업법’(the law of regulated industries) 또는 ‘네트워크산업법’ 또는 ‘공익산업법’(the law of networked or utility industries)이라는 독특한 법률이 적용되는 경제의 중요한 부문에서 계속 영향력을 행사하고 있다.<sup>59)</sup>

57) K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities*, at 916-919.

58) William J. Novak, *supra.*, at 139-140.

59) William J. Novak, *supra.*, at 140-141.

이러한 보통법상 커먼캐리지 또는 ‘필수공공비즈니스’(public calling)는 전기와 통신 등 현대적인 새로운 인프라 형태에 대한 공정하고 동등한 접근의 보장 방식을 제공했다. 실제로 공익산업규제체계는 전기와 교통과 관련한 재화 및 서비스에서 은행, 우유, 얼음, 수도 등의 분야에도 유연하게 퍼져나갔다. 재화와 서비스가 더욱 중요해지고 생산과 공급 방식이 더욱 집중됨에 따라 규제가 필요하게 된 상황에 직면할 경우에는 공익산업규제 개념의 유동성은 강점 중 하나였다.<sup>60)</sup>

### 5. 미국 공익산업규제 법리 형성에 기여한 주요 판례

*Munn v. Illions* 주 판결<sup>61)</sup>은 현대적 공익산업규제의 도그마틱적·개념적 발전의 시초로 소개되고 있다.<sup>62)</sup> 가격규제로서 시카고의 곡물 엘리베이터(저장고)에 최대 보관료를 정한 일리노이 주법의 헌법적 문제이다. 곡물 엘리베이터는 많은 생산자와 화주들이 예치한 대체 가능한 곡물을 안전하게 보관했다가 나중에 동일한 또는 다른 곡물 상인들이 이를 인출할 수 있도록 하는 은행 유사의 서비스를 제공했다. 과점적 집단이 이러한 곡물 저장고를 소유했기 때문에 ‘상업의 관문’으로서 ‘이를 거치는 모든 사람으로부터 통행료’를 받았다. 하지만 ‘저장고로의 접근성’(access)과 ‘가격의 적정성’(affordability)에 대한 공익이 사유 재산의 이익을 능가하므로 주의 가격규제를 정당화했다. ‘평등주의’(egalitarian)와 ‘공리주의’(utilitarian)적 관점에서 ‘필수서비스’(essential service)에 대한 보편적 접근과 공정한 가격 책정의 가치는 공익산업의 초기 정의에 동기 부여가 되었다.

특히 19세기 연방대법원은 수정헌법 제14조의 ‘적법절차’(due process) 조항을 다양한 형태의 경제규제로부터 사유재산권자를 보장해주는 것으로 보았다. 다만, ‘공익에 영향을 받는’(affected with a public interest) 민간 ‘사업’(business)은 경제규제가 허용되는 것으로 보았다. 따라서 이러한 예외에 해당하는 공익에 영향을 받는 민간 사업의 범주가 필요했다. 연방대법원은 “공익의 영향을 받는 ‘폐쇄적인’(closed) 사

<sup>60)</sup> K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities*, at 920.

<sup>61)</sup> *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1887).

<sup>62)</sup> William Boyd, *Just Price, Public Utility, and the Long History of Economic Regulation in America*, 35 *Yale J. on Reg.* 721, 750 (2018); Alan M. White, *Banks as Utilities*, 90 *TUL. L. REV.* 1241, 1245 (2016).



업의 종류나 범주는 존재하지 않는다.”면서, 경제규제의 합헌성은 더 이상 해당 사업의 종류나 범주를 ‘지정’(assigning)하는 데 달려 있지 않다고 선언했다. 그러면서 연방대법원은 구체적으로 ‘공공부문 스스로도 적절하게 수행할 수 있는 종류의 사업이거나, 사업수행이 인허가에 의존해야 하거나, 모든 신청자에게 서비스를 제공할 의무가 있는 사업’을 공익에 영향을 받는 민간 사업으로서 ‘공익산업’의 요건으로 제시한 바도 있다. 공익에 영향을 받은 민간의 사업으로서 ‘자연독점 사업’은 이러한 공익산업과는 별개의 개념으로 이해하고 있다.<sup>63)</sup> 이처럼 공익산업의 정해진 목록은 존재하지 않았지만, 주 의회와 연방의회는 입법적으로 가격규제를 포함한 공익산업규제의 대상으로 특정 산업을 선정했다. 이러한 과정에서 공익산업의 범주는 독점화 경향이 있거나, 다른 경제활동에 필수적인 인프라를 제공하거나, 가격차별에 관여하거나, 소외계층이나 인구집단에 대한 서비스를 완전히 제공하지 못하는 사업을 선별하는 데 사용된다.<sup>64)</sup>

## 6. 공익산업규제의 체계 및 내용

### 가. 규제체계의 변천

미국의 ‘지방자치단체’(municipal)<sup>65)</sup>는 공익산업사업자에게 일정한 사업권역에서 필요한 권리 - ‘가스관 설치 등에 필요한 다른 자의 토지 등 사용에 관한 권리’(right of way) - 를 부여하고 그에 대한 대가로 소비자를 보호하기 위한 가격의 상한을 협상하였다. 이러한 권리의 부여는 공익산업사업자를 통제하기 위한 수단이 되었다.<sup>66)</sup> 일반적으로 ‘프랜차이즈 계약’(franchise contract model)<sup>67)</sup> 기간은 25년에

<sup>63)</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 531 (1934).

<sup>64)</sup> Alan M. White, *supra.*, at 1247.

<sup>65)</sup> municipal은 주 헌법에 따라 다양한 방식으로 구성될 수 있으며 townships, villages, boroughs, cities, 또는 towns 등으로 다양하게 불린다. 일반적으로 인구 중심지를 중심으로 조직되며 대부분의 경우 미국 인구조사국에서 주택 및 인구 통계 보고에 사용하는 지리적 명칭과 일치한다. 뉴욕과 로스앤젤레스와 같은 큰 규모의 municipal에서부터 거주자가 몇 백 명에 불과한 미네소타 주 ‘젠킨스’(Jenkins)에 이르기까지 그 규모가 매우 다양하다. 일반적으로 공원 및 레크리에이션 서비스, 경찰 및 소방서, 주택 서비스, 응급 의료 서비스, 지방 법원, 교통 서비스(대중교통 포함), 공공 사업(도로, 하수도, 제설, 표지판 등)을 책임진다. 이상의 설명은 백악관 홈페이지 참고(<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/state-local-government/>).

<sup>66)</sup> Christopher S. Yoo & Giovanna Massarotto, 앞의 글, 10면.

서 50년 정도였다. 계약은 당사자간의 합의에 기초한다. 그 이후 1900년에서 1909년 사이에는 많은 주들이 직접 요금을 규제할 수 있는 명문의 법을 통과시켰다. 프랜차이즈 계약이 만료될 즈음이었었는데, 명문의 법을 근거로 공익산업에 해당하는 사업자에 대해 일방적으로 요금을 규제할 수 있었다. 1910년에는 전기 및 가스사업 진입규제, 서비스규제, 요금을 심사하고 승인하는 규제를 관할하는 ‘공익산업규제위원회’(public utility commission)을 설치하기 시작하였다.<sup>68)</sup>

#### 나. 공익산업규제를 위한 요건

공익산업규제의 적용대상은 ‘공익에 대한 영향력’(affected with a public interest) 여부에 따라 판단된다. 물론 이 요건은 그 모호함 때문에 연방대법원조차 이 기준을 폐기했다는 비판이 있다.<sup>69)</sup> 그러나 제5항소법원은 여전히 공익에 대한 영향력을 대형 SNS에 대한 커먼캐리어 규제법리의 적용을 위한 판단기준으로 사용하고 있다.<sup>70)</sup> 그리고 공익에 대한 영향력은 해당 서비스와 재화의 ‘필수성’<sup>71)</sup>으로 구체화하거나 대체할 수도 있다. 필수적인 서비스와 재화는 이에 의존하여 ‘하류시장’(downstream)에서 다양한 활동을 가능하게 하고 그 기반이 되며 이를 지원하는 필수적인 ‘생산요소’(input) 또는 ‘자원’(resource)이다. 필수적인 재화와 서비스는 그 사회적 가치가 매우 중요하며, 그 부재가 삶의 기회와 복지에 심각한 불평등을 초래하기 때문에 모든 사회 구성원에게 동등한 조건으로 제공되어야 한다. 접근이 제한되거나 거부되어서는 안 된다.<sup>72)</sup> 필수적인 서비스와 재화에 대한 ‘대안들’(alternatives)이 존재하는지

67) 강학상 특허의 부관을 협상하는 형식이거나, 공법상 계약의 형식으로 토지사용권을 부여하는 대가(반대급부)로 가격에 대한 규제가 이루어지는 것으로 볼 수도 있다. 규제의 관점에서 프랜차이즈에 대한 상세한 설명은 Anthony Ogus, *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, at 318ff. 참고.

68) Alan M. White, *supra.*, at 1248; Werner Troesken, *Regime Change and Corruption: A History of Public Utility Regulation*, in: CORRUPTION AND REFORM: LESSONS FROM AMERICA’S ECONOMIC HISTORY 259, 260-261 (Edward L. Glaeser & Claudia Goldin eds., 2006).

69) Christopher S. Yoo, *WHAT’S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT*, 119 Northwestern University Law Review 49, 58 (2024).

70) *NetChoice v. Paxton*, at 475. 이에 대해서는 후술한다.

71) 여기서의 필수성은 basic necessity 뿐만 아니라, vital foundational, vital backbone 등을 포괄하는 넓은 의미로 사용한다.

72) K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE*,

여부가 중요하다.<sup>73)</sup>

다음 요건으로 ‘비차별적 서비스의 제공의사’(holding out)이다.<sup>74)</sup> 특정한 개인에게 서비스를 제공하는 것이 아니라 누구에게나 서비스를 제공한다는 의사를 표시한 자에게 공익산업규제가 적용되며, 이윤을 목적으로 하는지 여부와 무관하고 실제로 대중에게 서비스를 제공하는지 여부도 상관없다.<sup>75)</sup>

한편, ‘자연독점성’(natural monopoly)이 공익산업규제를 위한 요건인지는 논란이 있다.<sup>76)</sup> 자연독점은 높은 매물 비용과 규모의 경제로 인해 민간 시장에서의 경쟁이 해당 재화를 충분히 공급하지 못하기 때문에 하나의 기업이 모든 수요를 충족시키는 것이 더 효율적인 상황을 의미한다.<sup>77)</sup> 그러나 자연독점에 따른 후생 손실의 방지가 공익산업규제의 적용여부를 좌우하는 결정적인 기준은 아니다.<sup>78)</sup> 공익산업규제를 인정한 대표적인 연방대법원의 판결인 *Munn v. Illions* 주 판결에서 곡물 엘리베이터 운영사업자는 법적으로 독점사업자가 아니었으며,<sup>79)</sup> 요금규제의 대상이 되는 배타적인 ‘지역사업권’(franchise)를 향유했던 것도 아니었다.<sup>80)</sup> 공익산업법의 시초인 주간통상법 제정 이후 1938년까지 미 의회는 이 모델을 해운, 창고, 전화, 전신, 화물운송, 전기, 가스 및 항공 산업에 적용했는데, 일부는 자연독점산업이기도 했지만 다른 산업은 고도로 경쟁적인 시장이었다.<sup>81)</sup> 따라서 자연독점성은 공익산업규제를

---

*AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT, supra.*, at 1641-1643.

<sup>73)</sup> Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1072.

<sup>74)</sup> Ganesh Sitaraman, *supra.*, at 534. 크리스토퍼 유 교수는 이 요건은 커먼캐리어 요건으로서 여전히 정당화되는 합리적인 요건이라고 한다. Christopher S. Yoo, *WHAT'S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT, supra.*, at 67.

<sup>75)</sup> K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities, supra.*, at 928.

<sup>76)</sup> Mark Jamison, *Should Google Search Be Regulated as a Public Utility?*, University of Florida, Department of Economics, PURC Working Paper, at 7-9 (March 17, 2012) (<https://ssrn.com/abstract=2027543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027543>)

<sup>77)</sup> K. Sabeel Rahman, *REGULATING INFORMATIONAL INFRASTRUCTURE: INTERNET PLATFORMS AS THE NEW PUBLIC UTILITIES*, at 236.

<sup>78)</sup> Jim Rossi & Morgan Ricks, *Foreword to Revisiting the Public Utility*, 35 *Yale Journal on Regulation* 711, 714 (2018); Christopher S. Yoo, *WHAT'S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT*, at 60.

<sup>79)</sup> 독점임을 요구하지도 않았다. James Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, at 257.

<sup>80)</sup> William Boyd, *Just Price, Public Utility, and the Long History of Economic Regulation in America*, 35 *Yale J. on Reg.* 721, 752 (2018).

<sup>81)</sup> Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *supra.*, at 1333-1334.

적용하기 위한 필요조건이 아닌 충분조건으로 이해하면 된다.<sup>82)</sup>

물리적 설비와 연결도 요건이 될 수 없다. 철도, 가스 및 전력 회사, 전신, 전화 등과 같은 전통적인 커먼캐리어의 범위에는 문자 그대로의 운송업자뿐만 아니라 창고, 여관, 부두, 방앗간 등과 같은 사업도 포함되었다.<sup>83)</sup> 산업분류가 공익산업규제나 커먼캐리어 규제의 적용여부를 판단하는 기준이 되어서는 안 된다. 이러한 산업들이 역사적으로 규제된 이유, 배경, 목적을 분석하는 것이 중요하다.<sup>84)</sup>

공익산업규제의 요건으로 그 대상 사업자에 대한 다양한 규제의 대가로 정부의 지원과 혜택 또는 면책이 주어질 수 있다는 주장도 있다.<sup>85)</sup> 특허를 통해 경쟁의 부담으로부터 보호하거나, 소송 면책, 1996년에 제정된 ‘통신품위법’(Communications Decency Act) 제230조에 따른 이용자 게시 콘텐츠에 대한 플랫폼의 면책 등이 대표적이다. 그러나 이 요건이 공익산업규제의 적용범위를 결정짓는 기준이 될 수 없다는 비판도 상당하다.<sup>86)</sup>

#### 다. 공익산업규제의 내용

공익산업을 규제대상으로 하는 공익산업규제 또는 커먼캐리어 규제는 대체로 다음과 같은 내용의 핵심적인 규제가 적용된다.<sup>87)</sup> 첫째, 사업자는 적법하고 합리적인 조건으로 모든 이용자에게 서비스를 제공할 의무가 있다[‘동근접근규제’(equal access to all comers)]. 둘째, 사업자는 공정하고 합리적인 가격으로 일정 수준 이상의 서비스를 제공해야 한다[‘비차별적 요금규제’(nondiscriminatory pricing)].<sup>88)</sup> 가격

<sup>82)</sup> Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1050.

<sup>83)</sup> Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1047; at 1072.

<sup>84)</sup> Christopher S. Yoo, *WHAT'S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT*, at 64-65.

<sup>85)</sup> 대표적으로 Adam Candeub, *supra.*, at 410ff.

<sup>86)</sup> 대표적으로 Christopher S. Yoo, *WHAT'S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT*, at 65-67; Blake E. Reid, *Uncommon Carriage*, 76 *Stanford L. REV.* 147-149 (2024).

<sup>87)</sup> 이 외에도 공익산업규제의 내용으로 진입규제 및 퇴출규제의 존재(James Speta, *Boden Lecture: The Past's Lessons for Today: Can Common-Carrier Principles Make for a Better Internet?*, at 747.), 상호접속제공 의무(Adam Candeub, *supra.*, at 409) 등 다양한 사항이 존재할 수 있다. 여기에서는 대표적인 공익산업규제의 내용만을 언급한 것이다.

<sup>88)</sup> 특히 차별금지는 커먼캐리어 규제의 필수요소이다. Christopher S. Yoo, *WHAT'S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT*, 119 *Northwestern*

규제로 발생한 비용을 만회하기 위해 저품질의 서비스를 제공하지 못하도록 일정 수준 이상의 품질기준이 필요한 것이다.<sup>89)</sup> 셋째, 정당한 사유 없이 서비스 제공을 중단해서는 안 된다(reasonable deplatforming).<sup>90)</sup>

## 7. 정리

미국의 공익산업규제 기원과 체계는 필수공공비즈니스에 대한 보통법 법리에서 시작하였고, 19세기 후반 사적 권력을 규제하기 위해 발전되었다. 대부분의 나라의 공익산업은 공공부문에서 제공되었던 서비스였고, 민영화된 이후의 전문규제체계가 정립되었던 구조와는 반대되는 배경을 갖는다.<sup>91)</sup> 특히 생존에 필수적인 서비스와 재화에 대한 사적 권력의 통제가 핵심적인 문제였다. 이러한 문제에 대응하기 위해 동급접근규제, 비차별적 요금규제, 서비스 제공 중지 금지 규제 등의 공익산업규제가 요구된 것이다. 그러나 공익산업규제의 요건에 대해 명확히 정리된 법리가 존재하지 않고 혼란스러운 부분도 있다.<sup>92)</sup>

공익산업규제의 기원과 체계의 맥락에서 공익산업규제 법리의 적용범위가 ‘특정 산업의 유형’(industry-specific)으로 제한되지 않는다는 점도 알 수 있었다. 특정 산업의 유형을 기준으로 공익산업규제 적용범위를 설정할 경우 과잉포함 또는 과소포함 가능성이 초래될 수 있다.<sup>93)</sup>

공익산업규제는 새로운 도전과제에 대한 새로운 아이디어와 접근법을 창출해 낼 수 있는 잠재력을 갖고 있는 것으로 평가된다.<sup>94)</sup> 공익산업규제 아이디어는 제한적으

University L. REV. 49, 55 (2024).

<sup>89)</sup> Alan M. White, *supra.*, at 1271.

<sup>90)</sup> 이에 대해서는 Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1046ff; James Speta, *Boden Lecture: The Past's Lessons for Today: Can Common-Carrier Principles Make for a Better Internet?*, at 747.

<sup>91)</sup> 이원우, “디지털 기술 발전에 따른 국가-시장 관계의 변화와 공법의 역할”, 『경제규제와 법』 제 16권 제2호, 2023, 9-28면(18면); 민영화된 공익산업에 대한 규제에 대해서는 이원우, “경제규제와 공익”, 『서울대학교 법학』, 2006, 89-120면(113면 이하).

<sup>92)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 109ff; Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1072. 이 문헌에서는 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제 법리 원용을 지지하는 토마스 대법관 조차 공익산업규제의 적용 요건에 대한 불분명성을 인지하고 있음을 소개하고 있다.

<sup>93)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 111-112.

<sup>94)</sup> William Boyd, *Public Utility and the Low-Carbon Future*, 61 UCLA L. REV. 1614, 1635

로 적용되지 않고 확장적으로 응용될 수 있다.<sup>95)</sup> 오늘날 의료·의약 분야 뿐 아니라, 은행, 건강보험, 재생에너지 분야에도 과감한 접목이 시도되고 있다.<sup>96)</sup>

### III. 미국의 디지털플랫폼 규제논쟁: 플로리다·텍사스 주의 SNS 규제 사례

#### 1. 논의대상

디지털플랫폼 규제체계와 그 내용들은 디지털플랫폼의 유형별로 차별적이겠지만, 특히 공식적으로 SNS에 대한 규제의 근거를 마련한 텍사스와 플로리다의 주법을 주목해 볼 필요가 있다. 이들의 핵심은 SNS 사업자의 콘텐츠 관리를 금지한 것이다. 이러한 규제의 정당화 근거로 ‘SNS는 현대사회를 지탱하고 있는 공익산업 분야 만큼이나 여론을 전달하는 중요한 역할을 수행하게 되었다.’, ‘SNS는 커먼캐리어의 기능을 수행하고 있다’는 점 등이 제시되었다. 이러한 논증은 향후 디지털플랫폼의 규제근거와 체계의 관점에서 큰 반향을 불러일으킬 수 있는 논의 소재이다. 이하에서는 텍사스와 플로리다의 주법상 규제대상인 SNS의 콘텐츠 관리 금지 규제를 중심으로 그 규제의 논리, 규제의 주요 내용과 이에 대한 사법심사를 다루면서 디지털 플랫폼 규제의 체계에 대해 여전히 계속될 문제를 짚어보도록 한다.

#### 2. SNS의 콘텐츠 관리 금지법의 개요

##### 가. 플로리다 주법

---

(2014).

<sup>95)</sup> Nicholas Bagley, *supra.*, at 73; K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, at 1635.

<sup>96)</sup> K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, 39 *CARDOZO L. REV.* 1621, 1625 (2018); K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities*, at 918; at 920.

플로리다의 주법<sup>97)</sup>은 SNS 플랫폼을 현대 사회에서 중요한 공적 역할을 수행하며, 여론 전달 및 표현의 자유를 보장하는 새로운 ‘공공 광장’(public town square)으로 보았다. 특히 SNS 플랫폼을 공익산업 또는 커먼캐리어로 취급하면서, SNS가 플로리다 주민, 공직후보자 및 이용자(언론기관 포함)에 대해 ‘외설적’(obscene)인 경우를 제외하고[§ 501.2041(4)] 불공정한 검열, 새도우 배닝(shadow banning)<sup>98)</sup>, 계정 삭제 등을 할 경우 이를 규제하기 위한 목적으로 제정되었다.

구체적인 규제내용으로, 우선 SNS 플랫폼은 검열, 새도우 배닝, 계정 삭제의 기준을 명확히 공개하고 일관되게 적용해야 한다[§ 501.2041(2)(a);(b)]. 약관 및 정책 수정 시 이용자에게 이를 알려야 하고 30일마다 한 번 이상 이를 수정하는 것은 금지된다[§ 501.2041(2)(c)]. 이용자 계정을 삭제하거나 콘텐츠를 차단할 경우 7일 이내에 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다[§ 501.2041(3)]. 게시물 조회수도 이용자에게 제공하여야 한다[§ 501.2041(2)(e)]. 계정이 삭제된 이용자는 60일 동안 자신의 데이터와 콘텐츠를 접근 및 다운로드할 수 있어야 한다[§ 501.2041(2)(i)]

플로리다 주법 §§ 106.072(2)와 501.2041(2)(h)는 SNS의 약관 및 정책의 의도적 위반 또는 빈도수, 그리고 대중과 소통할 수 있는 대안적 수단이 무엇이 있는지를 고려하지 않고 공직선거후보자에 대한 계정 삭제, 우선순위 강등, 새도우 배닝을 금지하고 있다. 특히 공직선거후보자를 선거일 또는 그 후보자가 더 이상 후보자가 아닌 날까지 자의적으로 플랫폼에서 삭제할 수 없다[§ 106.072(2)].

플로리다 법무부는 SNS의 범위반에 대한 조사, 민사적 또는 행정적 조치를 할 수 있다[§ 501.2041(5)]. 이용자는 SNS의 범위반에 대해 최대 10만달러의 법정 손해배상 또는 실손해배상을 청구할 수도 있다[§ 501.2041(6)]. 플로리다 선거관리위원회는 SNS의 § 106.072(2) 위반에 대해 주 단위 선거에 대해 하루당 25만달러, 그 이외의 선거에 대해 하루당 2만5천달러의 벌금을 부과할 수 있다[§ 106.072(3)].

<sup>97)</sup> S.B. 7072 (Fla. 2021).

<sup>98)</sup> 새도우 배닝은 소셜 미디어 플랫폼이 사용자의 콘텐츠 가시성을 제한하는 은밀한 형태의 콘텐츠 조정 방식으로서 이용자는 자신의 게시물을 정상적으로 업로드할 수 있으나 다른 이용자들에게는 해당 게시물이 보이지 않도록 하는 조치를 의미한다. Laura Savolainen, *The shadow banning controversy: perceived governance and algorithmic folklore*, 44 Media Culture Society 1091 (2024).

#### 나. 텍사스 주법

텍사스 주법<sup>99)</sup>에 따른 규제대상 SNS는 대중에게 공개되어 있고, 이용자들 간 통신 또는 공유를 허용하며, 국내 월간 5천만 이상의 활성 이용자수를 보유하고 있는 SNS이다(§ 120.002). 이와 같은 법 적용 요건의 설정은 커먼캐리어 규제의 유추를 정당하기 위한 것으로 설명된다. 전통적인 커먼캐리어인 전화사업자도 모든 자에게 서비스를 제공하고, 원칙적으로 ‘연결된 이용자들’(connected users) 간에 서비스를 제공하며, 시장에서 상당한 지위를 보유하고 있다.<sup>100)</sup> 다만, 연방법 위반 콘텐츠, 성적 착취 관련 내용, 특정 개인 괴롭힘, 미성년자 대상 불법 콘텐츠에 대한 SNS의 검열에 대해서는 적용되지 않는다(§ 143A.006).

핵심적인 규제는 이용자의 ‘관점’(viewpoint)에 따라 이용자를 검열하는 행위를 금지하는 것이다. 텍사스 주법에서의 검열이란, 표현을 차단, 금지, 삭제, 플랫폼에서 제외, 수익창출금지, 노출감소, 제한, 동등한 접근 또는 가시성을 부여하지 않거나 그 외의 방식으로 표현을 차별하는 것을 의미한다(§ 143A.001(1)). SNS는 관점에 기반하여 이용자, 이용자의 표현, 이용자가 다른 자의 표현을 받을 수 있는 권한을 검열해서는 안 되는 것이다(§ 143A.002).

또한 SNS는 콘텐츠 관리, 데이터 관리, 비즈니스 실무에 관한 정보를 대중에게 정확하게 공개하여야 한다. 여기에는 자체 콘텐츠, 서비스 및 제품을 포함하여 콘텐츠, 서비스 및 제품을 배치하고 홍보하는 방식, 결과를 결정하는 검색, 순위 지정 또는 기타 알고리즘이나 절차를 사용하는 방식 등이 포함된다(§ 120.051). 특히 SNS는 수용가능한 이용자 정책을 수립할 의무가 있는데 반기별로 투명성 보고서를 통해 콘텐츠에 대한 조치 내역(삭제, 계정 정지 등)을 공개하도록 하였다(§ 120.052; § 120.053).

이용자에 대한 불만처리체계를 구축할 의무도 있다. 이용자의 콘텐츠 삭제 결정에 대한 이의를 접수하고 처리상태를 추적할 수 있는 시스템을 제공해야 하고(§ 120.101) 콘텐츠 삭제 시 이용 설명과 이의제기 절차를 통지해야 한다(§ 120.103)

이용자는 플랫폼에 대한 ‘금지명령’(injunction)을 받기 위해 소송을 제기할 수 있

<sup>99)</sup> H.B. 20 (Tex. 2021).

<sup>100)</sup> James Speta, *Boden Lecture: The Past's Lessons for Today: Can Common-Carrier Principles Make for a Better Internet?*, at 751.



는 사적 규제 수단(§ 143A.007)과 주 법무부 장관(state attorney general)을 통한 규제 수단(§ 143A.008)을 모두 마련하고 있다.

### 3. SNS의 콘텐츠 관리 금지법에 대한 연방순회항소법원의 사법심사

#### 가. 플로리다 주법에 대한 제11연방순회항소법원의 판단<sup>101)</sup>

플로리다 주는 SNS를 커먼캐리어에 해당한다고 함으로써 표현의 자유 위반 심사를 회피하거나 최소화하려는 시도를 하였다. 플로리다 주 주장의 핵심은 SNS는 사람들이 없어서는 안된다고 생각하는 필수서비스라는 점이다.

제11항소법원은 플로리다 주가 i) 플랫폼이 이미 커먼캐리어이므로 수정헌법 제1조의 권리가 없거나 최소한의 권리만 가지고 있다고 주장하려는 것인지, 아니면 ii) 법률을 제정하여 플랫폼을 커먼캐리어로 규정하면 이를 통해 플랫폼이 현재 보유하고 있는 표현의 자유를 폐지할 수 있다는 것인지에 대해 다소 간의 불확실성이 있다고 하면서도 플로리다 주의 주장을 인정하지 않았다.<sup>102)</sup>

제11항소법원은 SNS는 커먼캐리어가 아니라고 보았다(i) 쟁점 관련). 제11항소법원에 따르면 커먼캐리어에 해당하려면 이용자가 자신의 의도와 선택에 따라 정보를 전달하거나 소통할 수 있도록 통신설비를 제공하고 거래 여부와 조건에 대한 개별 약정을 하지 않는다는 점을 전제한다. 그러나 SNS는 이용자가 자신의 서비스를 이용하려면 서비스 약관을 수락하고 커뮤니티 기준을 준수할 것을 요구한다. 이는 이용자가 자신의 의도와 선택에 따라 메시지를 자유롭게 전달할 수 없다는 의미이다. 플랫폼이 특정 메시지나 이용자를 허용할지 여부를 개별적으로 내용 및 관점에 기반하여(contents- and viewpoint-based) 결정을 하기 때문이다. 나아가 케이블방송사업자가 전통적인 경제규제 대상인 전기사업자, 운송사업자 또는 철도와 달리 출판사, 팜플렛제작자, 서점과 같은 ‘편집권’(editorial discretion)을 향유하듯이, SNS도 케이블방송사업자와 유사하게 취급되어야 한다고 하였다. 또한, 통신법은[47 U.S.C. § 223(e)(6)]은 ‘상호작용하는 컴퓨터 서비스’(interactive computer service)를 커먼캐

101) NetChoice, LLC v. AG, Fla., 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022). 제11연방순회항소법원은 앨라배마(Alabama), 조지아(Georgia), 플로리다(Florida) 주 등 주로 미국 남동부 지역을 관할한다.

102) NetChoice, LLC v. AG, at 1219-1220.

리어나 통신서비스와 명백히 구분하고 있다. 특히 통신법은 전통적인 커먼캐리어와 달리 인터넷 기업의 경우 문제의 소지가 있는 콘텐츠에 접근을 제한할 수 있도록 조치할 수 있는 권한을 보호하고 있다[47 U.S.C. § 230(c)(2)(A)]. 인터넷 기업에 해당하는 SNS 플랫폼이 메시지를 차별할 수 있는 권한을 인정하고 보호하는 것은 표현의 자유의 보호를 거의 받지 못하는 커먼캐리어가 아니라는 점을 강하게 증명하는 것이라고 보았다.<sup>103)</sup>

한편, 제11항소법원은 법이나 논리만으로 정부가 어떠한 사업자의 표현의 자유를 단순히 커먼캐리어라고 규정하여 삭제할 수 있는 권한을 인정할 수 없다고 하였다 (ii) 쟁점 관련). 만약 SNS 플랫폼이 표현의 자유의 보호를 받는 편집권을 보유하고 있다면(제11항소법원은 편집권을 보유하고 있다고 보았다.), 그러한 권리를 침해하는 모든 법률 — 비록 그것이 커먼캐리어라는 용어를 사용하더라도 — 은 표현의 자유를 제한하는 다른 법률들과 동일한 기준에 따라 평가되어야 한다고 하였다.<sup>104)</sup>

나. 텍사스 주법에 대한 제5연방순회항소법원의 판단<sup>105)</sup>

#### 1) 커먼캐리어 법리

텍사스 주법이 대형 SNS를 커먼캐리어로 규정하고 커먼캐리어 법리에 따른 의무를 부과하고 있기 때문에, 선결문제로서 대형 SNS는 커먼캐리어의 범주에 속한다는 점이 판단되어야 한다. 제5항소법원은 그 판단 기준으로 다음의 두 가지를 제시하고 있다.<sup>106)</sup>

첫째, 개별적인 협상 없이 일반 대중에게 서비스를 제공할 것을 밝혔는지 여부이다(이하 ‘비차별적 서비스 제공 의사’라고 한다). ‘운송’(transportation)의 맥락에서 볼 때 누군가를 이러한 커먼캐리어의 범주에 포함시키려면, 그는 이를 ‘공공종사자’(public employment)으로 수행해야 하고, 특정인이 아닌 ‘모두를 위해’(generally) 물품을 운송해야 하며, 물품 운송을 ‘일시적인 직업’(casual occupation)이 아니라 사업으로서 종사할 준비가 되어 있음을 공개적으로 밝혀야 한다, 둘째, ‘공익에 영향

<sup>103)</sup> NetChoice, LLC v. AG, at 1220-1221.

<sup>104)</sup> NetChoice, LLC v. AG, at 1221-1222.

<sup>105)</sup> NetChoice v. Paxton, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022). 제5연방순회항소법원은 주로 텍사스, 루이지애나, 미시시피를 관할한다.

<sup>106)</sup> 이하의 내용은 NetChoice v. Paxton, at 471-472.

을 미치는지'(affected with a public interest)가 고려된다. 이 기준은 '해석에 의해 활성화되어' 수세기 동안의 보통법 판결을 통해 발전해왔다. 법원은 사업자의 서비스가 사회에서 중심적인 '사회적·경제적 역할'을 하는지 여부를 살펴보았다. 특히 서비스의 공공 편의성 및 공적 편의성 뿐만 아니라, 사업자의 '시장점유율'(market share)와 관련 '시장의 동태성'(dynamics), 특히 서비스를 제공하는 유일한 사업자인지 여부 등을 고려하였다.

## 2) 커먼캐리어 법리 적용

### 가) 비차별적 서비스 제공 의사

제5항소법원은 커먼캐리어 법리는 보통법의 오랜 핵심내용 중 하나라고 전제하며, 이 법리는 모든 구성원에게 개별 협상 없이 서비스를 제공하겠다고 공개적으로 밝힌 통신 및 운송사업자에 대하여 주가 비차별의무를 부과할 수 있는 권한을 부여한다고 설명하고 있다. 그러면서 플랫폼도 개별적인 협상 없이 대중에게 서비스를 제공하겠다고 밝힌, '대단한'(tremendous) 공적 중요성을 갖는 통신 기업이라고 하였다. 따라서 텍사스 주법이 SNS에게 비차별의무를 규정하는 것은 전통적인 커먼캐리어 규제에 속하는 자연스러운 것이라고 판단하였다.<sup>107)</sup>

이에 대해 SNS 사업자들은 표현을 전송하는 방식이 통신과 다르기 때문에 자신들은 '통신산업의 구성원이 아니라'(not member of communications industry)는 항변을 하였다. 그러나 제5항소법원은 전반적인 SNS의 목적은 SNS 가입자가 다른 가입자와 '소통'(communication)할 수 있도록 하는 것이라고 하였다. 페이스북의 약관에도 가입자가 친구, 가족 등과 소통할 수 있음을 페이스북의 목적 또는 기능이라고 설명하고 있다는 점도 지적하였다. 이 점에서는 통신사업자인 AT&T와 다르지 않다고 하였다. 또한, 플랫폼은 대중에게 서비스를 제공할 의사를 표명하고 있는데, 표준 약관에 동의한 후 계정을 만들면 표현을 송신할 수 있게 되고, 이 약관은 개별약정이 아니라 누구에게나 동일하게 적용된다는 것에 대한 명확한 의사표시를 한 것이라고 하였다.<sup>108)</sup>

<sup>107)</sup> NetChoice v. Paxton, at 469.

<sup>108)</sup> NetChoice v. Paxton, at 473-474.

#### 나) 공익에 대한 영향력

나아가 제5항소법원은 미 연방대법원이 SNS를 통해 “많은 사람들이 현재의 사건을 알게 되고, 구직 광고를 확인하고, 현대의 공공 광장에서 말하고 듣고, 그 외에도 인간 사상과 지식의 광대한 영역을 탐구하는 주요한 출처”라는 점에서 ‘현대적 공론장’이라고 인정한 것<sup>109)</sup>을 근거로 플랫폼의 공익에 대한 사회적 영향력을 인정하였다. 대면의 사회적 상호작용, 문화경험, 경제활동은 플랫폼에서의 상호작용과 거래에 의해 대체되고 있고 플랫폼에 대한 의존도가 증가하고 있다고 보았다.<sup>110)</sup>

플랫폼은 경제적 일상에 핵심적인 역할을 수행한다고도 보았다. 정보에 종사하는 사람들, 즉 기자, 학자, 평론가 등에게 플랫폼에 대한 접근은 직업적 성공에 필수적이다. 이는 현대 경제에서 플랫폼이 뉴스, 논평 및 기타 정보를 전파하는 가장 효과적인 방법을 제공하기 때문이다. 다양한 문화 인물, 연예인, 교육자들에게도 해당되며, 그들 중 점점 더 많은 수가 플랫폼에 게시된 표현을 수익화하여 소득의 일부 또는 전부를 의존한다. 물리적 상품을 거래하는 사람들과 기업들도 브랜드를 구축하고 소비자에게 제품을 마케팅하기 위해 플랫폼에 크게 의존하는 경우가 많다. 한 세기 전의 전화기와 마찬가지로 플랫폼은 국가와 문명화된 세계의 비즈니스에서 중요한 요소가 되었다.<sup>111)</sup>

#### 다) 추가 논거: 정부의 지원

1996년에 제정된 ‘통신품위법’(Communications Decency Act) 제230조는 플랫폼 스스로 인정하듯 이 법이 오늘날 모든 주요 인터넷 서비스가 생성될 수 있도록 결정적 기여를 했던 것이다. 제5항소법원은 과거 철도 회사들이 ‘수용된 토지’(eminent domain)를 통해 횡단할 수 있었던 능력에 의존했던 것과 마찬가지로 플랫폼은 통신품위법 제230조의 보호와 지원을 받은 것으로 볼 수 있다고 판단하였으며, 이것이 커먼캐리어 법리에 따른 규제 of 정당성을 뒷받침할 수 있다고 보았다.<sup>112)</sup>

<sup>109)</sup> *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730.

<sup>110)</sup> *NetChoice v. Paxton*, at 475.

<sup>111)</sup> *NetChoice v. Paxton*, at 475-476.

<sup>112)</sup> *NetChoice v. Paxton*, at 477; 법적 책임의 면제에 대한 반대급부로 차별금지 등 특별한 의무를 부과한 것으로 본다. 이러한 관점의 분석으로 Adam Candeb, *BARGAINING FOR FREE SPEECH: COMMON CARRIAGE, NETWORK NEUTRALITY, AND SECTION 230*, 22 *YALE*

#### 4. SNS의 콘텐츠 관리 금지에 대한 연방대법원의 판단<sup>113)</sup>

##### 가. ‘문면 주장’(facial challenge)의 법리

원고인 NetChoice<sup>114)</sup>는 문면 주장 또는 ‘문면 무효’(facially invalidate)를 주장하였다. 문면 주장은 재판에 적용되는 법률조항이 위헌이라면 그 법률조항은 대체적으로 무효라는 주장이다. 이에 반해 당해 사건에 한하여 해당 법률조항이 무효라는 주장은 ‘적용 주장’(as-applied challenge)라고 한다.<sup>115)</sup> 표현의 자유 관련 사건에서 문면 주장이 인용되기 위해서는 당해 법률의 명백히 합헌적인 범위와 비교하였을 때 그 ‘적용사례의 상당수’(substantial number of [the law's] applications)가 위헌적인 것으로 판단되어야 한다. 즉, 법률의 위헌적인 것과 합헌적인 것을 비교형량하여 ‘위헌적인 경우가 합헌적인 경우를 실질적으로 능가’하는 경우에만 법률이 무효화될 수 있다.<sup>116)</sup>

연방대법원은 플로리다와 텍사스 주법에 대한 상반된 제11항소법원과 제5항소법원의 판결에 대해 두 항소법원 모두가 적절한 분석을 수행하지 않았다는 이유로 각 판결들에 대해 과기환송 결정을 내렸다. 특히 두 항소법원은 대형 SNS 플랫폼의 콘텐츠 관리에 초점을 맞추어서만 판단하였는데, 이것을 연방대법원은 NetChoice의 문면 주장에 대한 판단이 아니라 ‘적용 주장’(as-applied)에 대한 소송처럼 다루었다고 보았다.<sup>117)</sup> 대형 SNS 플랫폼의 다이렉트 메세징(소위 DM), 이벤트 관리 등을 포함한 다른 기능들 대해서 뿐 아니라, Gmail과 같은 이메일 제공자가 수신메시지를 필

J.L. & TECH. 391, 396 (2020).

113) 아직 정식으로 판결문이 the United States Reports에 되지 않았다. 판결문에서 권고한 대로 MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024)로 표기하기로 한다.

114) 아마존과 구글을 포함한 여러 온라인기업을 대변하는 단체이다.

115) 문면 주장의 상세는 문재완, “미국 대법원 위헌결정의 대체적 효력”, 『헌법학연구』 제18권 제3호, 2012, 435-464면(438면 이하).

116) MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Opinion of the Court) (slip op., at 14). 원래는 해당 법률조항이 ‘적용되는 모든 사안에서’(in all of its applications) 위헌이어야 한다. 문재완, 앞의 글, 439면. 그러나 표현의 자유 관련 사건에서는 표현의 자유를 위한 여지를 제공한다는 차원에서 연방대법원은 기준을 다소 완화한 것이다. MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Opinion of the Court) (slip op., at 9).

117) MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Opinion of the Court) (slip op., at 10).

터링하는 방식, Etsy와 같은 온라인 마켓플레이스가 고객 리뷰를 표시하는 방식, Venmo와 같은 결제 서비스가 친구들 간의 금융 거래를 관리하는 방식, 또는 Uber와 같은 차량 공유 서비스의 운영 방식에 대해 플로리다와 텍사스 주법이 어떠한 입장을 취하는지 여부, 그 정도 및 의미에 대한 분석이 결여되어 있다는 점을 지적하였다. 이러한 플랫폼과 그 기능들이 플로리다와 텍사스 주법의 콘텐츠 관리 금지 또는 설명의무 때문에 변화해야 할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있기 때문이다.

요컨대, 문면 주장을 본격적으로 다루려면 그 전에 이들 법률의 모든 이슈를 파악해야 하고, 이것은 결국 이들 법률들이 어떠한 이슈들까지 포괄하는지를 정해야 한다.<sup>118)</sup> 그 다음 플로리다와 텍사스 주법이 표현의 자유 관점에서 헌법적으로 허용되는 것과 그렇지 않은 것을 비교해야 한다. 그런데 연방대법원은 이러한 분석들은 모두 하급심 법원의 몫이라고 보았다. NetChoice가 이러한 문제들에 대한 입증 책임을 져야 하고 하급심 법원은 이를 검토했어야 한다고 하였다.

#### 나. 커먼캐리어 법리

연방대법원이 과기환송 결정을 하면서, 플랫폼의 ‘편집권’(editorial discretion)에 대한 제5항소법원의 법해석·적용이 잘못되었다고 지적한 것 외에 하급심 법원에서 심도있게 검토되었던 커먼캐리어 법리에 대해서는 다수의견이 특별한 언급이나 판단을 내리지 않았다.

그러나 플랫폼에 대한 커먼캐리어 법리의 적용을 옹호한 토마스 대법관은 보충의견에서 커먼캐리어 법리가 계속해서 하급심 법원의 검토 방향을 이끌어야 한다고 주장하였다. ‘운송’(transportation)과 ‘통신’(communication)을 전통적인 커먼캐리어로 보고 유사한 방식으로 규제한 선례도 강조하였다. 결론은 달랐지만 제5항소법원과 제11항소법원 모두 커먼캐리어 법리의 적용을 검토하였던 점도 지적하였다.<sup>119)</sup>

‘알리토’(Alito) 대법관도 보충의견을 통해 커먼캐리어 법리에 대해 언급하고 있다. 다수의견이 플랫폼의 콘텐츠 관리행위가 편집권 행사에 해당한다고 판단하였지만,

<sup>118)</sup> MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Opinion of the Court) (slip op., at 10-11).

<sup>119)</sup> MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Thomas, J. Concurring) (slip op., at 3).

제3자의 표현을 게시하는 것이 편집권 행사인지 입력된 것을 단순히 보내는 전통적인 커먼캐리어 기능인 ‘덤 파이프’(dump pipe)인지 구분이 쉽지 않다고 하면서, 다수의견이 이를 충분히 검토하지 않았다고 비판하고 있다.<sup>120)</sup> 표현의 자유를 심사하는 과정에서 표현의 자유의 규제에 정당한 공익이 인정될 경우 위헌의 결과를 피할 수 있는데, 커먼캐리어에 대해 대중이 이용가능한 상품, 서비스, 그 밖의 편익의 분배를 악의적으로 차별하는 것을 금지시키는 것도 표현의 자유의 규제에 대한 정당한 공익으로 항변할 수 있음에도 다수의견은 이에 대한 면밀한 심사를 하지 않았다고도 하였다.<sup>121)</sup> 결국, 알리토 대법관도 21세기의 현대적 공론장에 해당하므로 플랫폼을 커먼캐리어로 보아야 한다는 주들의 주장을 다루지 않은 것은 문제이며, 이 주장을 인정하든 말든 진지한 검토의 가치는 있다고 하였다.<sup>122)</sup>

## 5. 여전히 계속될 문제

플로리다 및 텍사스 주법 이외에도 오하이오 주는 법원이 ‘주의 보통법’(state common law)에 따라 구글은 커먼캐리어임을 ‘확인’(declare)하고, 구글의 검색서비스를 공익산업으로 취급하며, 검색사업을 주 보통법상 비차별 원칙의 대상으로 하고, 다른 서비스의 검색 결과에 비해 자사 서비스와 링크를 우대하는 것을 금지하여야 한다고 주장하였다.<sup>123)</sup> 소의 취지는 금전적인 손해배상을 구한다기 보다 구글에 대한 비차별의무를 부과하기 위한 목적으로 설명된다. 표현의 자유 침해 여부에 대한 문제와 별개로 구글이 커먼캐리어인지, 공익산업의 범주에 해당되는지를 분할하여 판단해달라는 오하이오 주의 신청을 재판부가 받아들였고 2024년 7월 9일에 판결을 예고했으나, 앞서 살펴본 플로리다 및 텍사스 주법에 대한 연방대법원의 판결

<sup>120)</sup> MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Alito, J. Concurring) (slip op., at 18).

<sup>121)</sup> MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Alito, J. Concurring) (slip op., at 21).

<sup>122)</sup> MOODY v. NETCHOICE, LLC 600 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2024) (Alito, J. Concurring) (slip op., at 30).

<sup>123)</sup> STATE OF OHIO ex rel. DAVE YOST v. Google LLC, No. 21-CV-H-06-0274, 2021 WL 2333652 (Ohio C.P. Del. Cnty. June 8, 2021) [Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *Tech Platforms and the Common Law of Carriers*, 73 Duke Law Journal 1037, 1038-1039 (2024) 재인용].

에 영향을 받아 무기한 연기된 것으로 알려졌다.<sup>124)</sup>

나아가 연방대법원은 표현의 자유 보호를 받을 수 있는 SNS의 콘텐츠 관리 외의 서비스나 다른 유형의 플랫폼에 대해 플로리다 및 텍사스 주법이 합헌적으로 적용될 수 있음을 열어두었다. 표현을 대상으로 하지 않는 소비자보호, 데이터, 프라이버시, 경쟁, 광고 및 기타 투명성에 관한 규제에 대해서는 공익산업규제 법리의 내용과 체계를 채택할 여지가 여전히 존재한다.<sup>125)</sup>

#### IV. 공익산업규제의 변용: 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제

##### 1. 디지털플랫폼의 규제목적

디지털플랫폼을 왜 규제해야 하는가? 이러한 규제목적과 이유가 무엇인지를 규명하여야 이러한 규제목적 달성을 위해 적합한 규제체계와 수단을 채택할 수 있다. 오늘날 민주주의와 지식경제 사회에서의 혁신에는 아이디어의 자유로운 흐름이 중요하다. 그러나 지배적인 디지털플랫폼이 온라인에서의 자유로운 아이디어 흐름을 간섭하고 있고, 이러한 우려가 인터넷에 대한 중요한 법적·정책적 논의를 이끌었다.<sup>126)</sup> 이러한 맥락에서 비차별·공정가격·비착취적 약관을 포함한 디지털플랫폼에 대한 동등접근 및 동등취급, 데이터 보호·프라이버시·알고리즘 피해·가짜뉴스 피해 방지를 위한 이용자보호, 디지털플랫폼에 대한 접근과 이용자보호의 가치를 보장할 수 있는 투명성·책임성·적법 절차시스템은 디지털플랫폼을 규제해야 하는 목적으로 제시될 수 있다.<sup>127)</sup>

<sup>124)</sup> American Economic Liberties Project, *Google Derails Ohio Trial Schedule With Irrelevant NetChoice Dicta* (July 15, 2024) (<https://www.economicliberties.us/press-release/google-derails-ohio-trial-schedule-with-irrelevant-netchoice-dicta/>).

<sup>125)</sup> John Bergmayer, *Platform Regulation After the Supreme Court's NetChoice Ruling* (Sep. 13, 2024).

<sup>126)</sup> Adam Candeub, *BARGAINING FOR FREE SPEECH: COMMON CARRIAGE, NETWORK NEUTRALITY, AND SECTION 230*, 22 YALE J.L. & TECH. 391, 393 (2020).

<sup>127)</sup> K. Sabeel Rahman, *REGULATING INFORMATIONAL INFRASTRUCTURE: INTERNET PLATFORMS AS THE NEW PUBLIC UTILITIES*, at 246.



이하에서는 앞서 소개한 법원의 입장 외에 이와 같은 규제목적을 달성하기 위해 디지털플랫폼들이 공익산업규제의 적용대상이 될 수 있는지 여부 - 즉, 공익산업규제의 변용가능성 - 에 대한 미국의 학문적 논의를 살펴보기로 한다.

## 2. 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제 가능론

Candeub 교수는 토마스 대법관의 커먼캐리어 법리 정립 뿐만 아니라, 플로리다 및 텍사스 주법의 논거로 활용되었고, SNS에 대한 커먼캐리어 법리 적용을 긍정한 제5항소법원의 Oldham 판사에도 상당한 영향력을 미친 것으로 알려져 있다.<sup>128)</sup>

Candeub 교수는 보통법에서 발전한 커먼캐리어 규제는 19세기 및 20세기에 접어들며 다양한 산업을 규제하는 지배적인 규제체계가 되었음을 전제하며, 운송서비스, 운항 또는 숙박에 관한 선택권이 없는 소비자를 보호하기 위해 해당 사업자들에게 엄격한 책임(비차별의무, 상호접속의무, 요금규제 등)을 부과하는 대신(채찍), 법적으로 보호되는 독점적 지위, 진입규제에 따른 경쟁압력으로부터의 완화, 공로 사용권 부여 또는 소송으로부터의 면책 등과 같은 법적 혜택을 받는 체계였다고 보았다(당근). 구글 검색결과의 차별문제는 비차별의무와 - 물론 차별여부에 대한 판단은 쉽지 않지만 -, 게시물 배열에 관한 권한을 이용자에게 부여 - 보고싶은 게시물 유형을 결정하거나 그렇지 않은 게시물을 차단하는 등 - 하는 방식으로 해결할 수 있고, 이러한 의무를 부담하는 대신 검색결과에 노출되는 콘텐츠에 대해서 면책되는 것으로 판단하였다.<sup>129)</sup>

Rahman 교수는 구글, 페이스북, 아마존을 새로운 형태의 정보인프라로서 검색, 소통, 상거래에 필요한 정보의 접근을 중앙집중적으로 통제함으로써 규모의 경제를 실현하고 있다고 보았다. 가장 영향력 있고 널리 사용되고 있으면서 개인의 뉴스, 정보, 미디어, 상품 및 서비스의 소비를 만들어 내고, 결국 이를 토대로 ‘하류시장’(downstream)에서의 활용을 가능하게 한다는 것이다. 이러한 지위는 접근이 배제되거나 오염되거나 조작된 정보 흐름을 창출할 취약성을 내포하고 있다. 이러한 문제는 공익산업규제 법리로 해결가능하다고 보았다. 예컨대, ‘기능분리’(firewall)를 통

<sup>128)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 104.

<sup>129)</sup> Adam Candeub, *supra.*, at 401ff; 429-433.

해 자사 브랜드 서비스를 검색 기능과 분리시키거나 소매·유통·물류를 분리하는 것이다. 커먼캐리어와 망중립성 맥락에서의 비차별원칙과 유사한 ‘검색중립성’(search neutrality)을 요구할 수도 있다. 이를 통해 이용자나 소비자에 접근할 수 있는 통로로 디지털플랫폼을 활용하고자 하는 자들 사이에는 ‘공정한 경쟁의 장’(level playing field)을 마련할 것이다.<sup>130)</sup>

### 3. 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제 불가론

이에 반해, Reid 교수는 디지털플랫폼에 적용하려는 논쟁은 디지털플랫폼의 활동과 공적 감독 간의 관계를 재정립하기 위해 역사적 전통이 있는 공익산업규제 또는 커먼캐리어 법리를 주목한 것으로 보고 있다.<sup>131)</sup> 다만, 커먼캐리어 법리의 적용요건이 불분명하고, 산업분야별로 커먼캐리어 법리가 적용되어 발현되는 규제내용이 다양하다는 점에서 일관적이지 않다고 비판하고 있다.

C. Yoo 교수는 공익산업규제의 적용요건에 대한 불분명함을 지적하면서 디지털플랫폼에 대해 공익산업규제 법리를 적용하는 것을 반대한 것이다. 특히 ‘공익에 대한 영향력을 기준’은 연방대법원이 폐기하였기 때문에<sup>132)</sup> 더 이상 유용한 기준이 아니라고 한다. SNS를 법으로 커먼캐리어로 재정의하여 규정하더라도 SNS의 콘텐츠 관리 금지 규제가 헌법상 표현의 자유에 저촉되는지 여부를 판단함에 있어서는 장애가 될 수 없다고 보았다.<sup>133)</sup>

구글이 공익산업 또는 커먼캐리어임을 확인해달라는 오하이오 주의 소송에서 구글은 이용자의 검색어를 자신이 운송하지 않고 실제로는 인터넷서비스제공사업자(이하 ‘ISP’라고 한다.)가 데이터를 전송한다고 항변한 바 있다. 전송의 역할은 자신이 담당하지 않는다는 것이다. 또한 구글은 온라인 검색이 전기, 가스, 수도, 또는 쓰레기 처리와 같이 오하이오 주나 다른 어떤 곳에서도 공익사업으로 규제해온 필수서

<sup>130)</sup> K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, at 1668-1673.

<sup>131)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 106-107

<sup>132)</sup> K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, at 1639.

<sup>133)</sup> Christopher S. Yoo, *WHAT'S IN A NAME? COMMON CARRIAGE, SOCIAL MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT*, at 54-57; 57ff.

비스 유형으로 여겨진 적이 없는 기능이기 때문에 공익사업자가 아니라고 주장하기도 하였다.<sup>134)</sup>

Jamison 교수는 공익산업규제의 요건으로 자연독점성, 공공의 편익과 필요를 위한 정부로부터의 특허권 수여, 사회·경제적 기능에 대한 필수적 영향을 제시하였다. 이에 따를 때, 구글의 경쟁 검색엔진이 존재하며 관련 시장은 끊임없이 변화하므로 독점적 지위가 지속되지 않다는 점, 구글은 특허에 기반한 비즈니스가 아니라는 점, 구글 검색이 되지 않더라도 전기나 물이 공급되지 않아 사회경제적인 마비사태가 초래하지 않다는 점을 고려하면 구글을 공익산업으로 분류할 수 없다는 것이다.<sup>135)</sup>

## V. 결론: 합리적인 디지털플랫폼의 규제근거와 체계 모색

디지털플랫폼은 극우주의 메시지를 차별할 수도 있지만, 진보 성향의 메시지도 차별할 수 있다. 디지털플랫폼이 표현의 자유 주체일 수 있지만, 디지털플랫폼에 의해 콘텐츠 관리를 받는 이용자도 표현의 자유 주체이기도 하다. 공익산업규제 법리에 따라 디지털플랫폼으로 하여금 관점에 근거한 차별을 금지하는 규제는 이용자의 표현을 보호하기 위해 필요한 규제일 수 있다.

미국 역사에서 공익산업규제의 변용 시도는 꾸준히 존재해왔다. TV와 라디오에 대한 ‘공정성 원칙’(fairness doctrine), 케이블방송에 대한 ‘의무전송’(must-carry rules), ISP의 ‘망중립성’(network neutrality)<sup>136)</sup>은 공익산업규제 법리를 확장한 결과이다.<sup>137)</sup> 오늘날 통신사업자는 당연히 커먼캐리어로 여겨지지만, 원래 커먼캐리어가 통신사업자를 염두에 둔 것은 아니다. 커먼캐리어는 실제 물리적 대상을 운송하는

<sup>134)</sup> Motion of Defendant Google LLC To Dismiss Plaintiff the State of Ohio's Complaint at 2, State ex rel. Yost v. Google LLC, No. 21-CV-H-06-0274 (Ohio C.P. Del. Cnty. Aug. 13, 2021) (Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1096 재인용).

<sup>135)</sup> Mark Jamison, *Should Google Search Be Regulated as a Public Utility?*, University of Florida, Department of Economics, PURC Working Paper, at 2-3 (March 17, 2012) (<https://ssrn.com/abstract=2027543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027543>)

<sup>136)</sup> 망중립성 규제를 위해 ISP를 커먼캐리어 규제가 적용되는 통신법 제2장(타이틀II)으로 편입시키고 일부 통신사업자에게 적용되는 규제들을 면제하는 방식이다.

<sup>137)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 101.

것만 초점을 두고 있었을 뿐이고, 커먼캐리어 법리를 어떻게 통신사업에 적용할 것인지는 다소간의 시간이 필요하였다.<sup>138)</sup>

관점에 따라 다양하게 정의되는 공익산업규제의 요건에 의존하면, 디지털플랫폼이 공익산업규제의 적용대상인지에 대한 결론도 제 각각일 수밖에 없다.<sup>139)</sup> 공익산업규제의 요건 자체에 비판은 공익산업규제 법리 자체 - 특히 적용요건 - 를 공격하는 것이지 디지털플랫폼의 공익산업규제의 적용대상성을 직접적으로 판단하고 있는 것은 아니다. 또한, ‘디지털플랫폼은 공익산업규제의 적용대상이 될 수 있는가?’의 문제와 ‘공익산업규제의 적용대상이 되면 표현의 자유 위반으로부터 면책될 수 있는가?’의 문제도 다른 쟁점이다.

그럼에도 공익산업규제 또는 커먼캐리어 법리는 디지털플랫폼의 규제를 고려하는 정책입안자들에게 규제의 정당성과 다양한 규제방식을 제공해주었다.<sup>140)</sup> 입법정책적으로 당대의 사회적 목소리를 반영하여 공익산업규제 법리를 변용한 측면도 있었다.<sup>141)</sup> 20세기 초 공익산업규제 담론의 공통 주제는 사회가 의존하는 기본적인 재화와 서비스를 제공하는 ‘필수산업’(vital industry)에 대해 집단적·사회적 통제를 보장해야 한다는 필요성이다.<sup>142)</sup> 특히 디지털플랫폼의 정당화될 수 없는 차별이 문제인데, 공익산업규제 법리는 모든 고객에 대한 접속허용과 차별금지 의무가 핵심이다.<sup>143)</sup>

엄격하고 치밀한 공익산업규제 요건을 설정하고 공익산업규제 법리의 적용가능성을 타진하는 것은 바람직하지 않다. 디지털플랫폼이 ‘공익에 대한 영향력이 있는지’ - 특히 그 서비스가 필수성이 있는지 -, ‘비차별적인 서비스 제공의사가 있는지’를 기준으로 공익산업규제 법리의 적용가능성을 판단하되, 추가적으로 공익산업규제의

<sup>138)</sup> Will Rinehart/Isaac Crosby, *Is Common Carriage a Good Framework for Social Media Platforms?*, THE CENTER FOR GROWTH AND OPPORTUNITY AT UTAH STATE UNIVERSITY (Nov. 2022) (<https://www.thecgo.org/research/is-common-carriage-a-good-framework-for-social-media-platforms/>.)

<sup>139)</sup> 이러한 문제의식은 Ganesh Sitaraman & Morgan Ricks, *supra.*, at 1070.

<sup>140)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 104.

<sup>141)</sup> Blake E. Reid, *supra.*, at 118.

<sup>142)</sup> K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, at 1640.

<sup>143)</sup> James Speta, *Boden Lecture: The Past's Lessons for Today: Can Common-Carrier Principles Make for a Better Internet?*, at 748.

핵심 규제내용인 동근접근규제, 비차별적 요금규제, 정당한 사유 없는 서비스 제공의 중단 금지 등이 필요한 상황인지를 종합적으로 고려하여 공익산업규제의 변용 범위를 판단해야 한다. 추가적인 핵심 규제내용 중 어느 하나의 규제필요성이 있어도 충분하다.

특정 디지털플랫폼이 공익에 대한 영향력이 있는 필수성 여부의 판단은 다음의 사례를 통해 어느 정도 도움을 받을 수 있다. 세계적 클라우드 인프라인 아마존의 AWS(Amazon Web Service)가 보수적인 SNS인 Parler를 차단한 사례이다.<sup>144)</sup> 애플마켓 시장의 양대 기둥이 구글의 구글플레이 스토어와 애플의 앱스토어도 이 SNS를 차단하였다. 공익산업규제 법리나 커먼캐리어 규제는 디지털플랫폼이 만들어지게 하고 고객에게 도달할 수 있게 하는 ‘인프라’를 목표로 해야한다. 디지털플랫폼은 데이터를 전송하는 ISP, 웹사이트와 디지털플랫폼을 호스팅하는 회사, 웹사이트 방어 또는 결제 처리와 같은 서비스를 제공하여 신규 플랫폼과 기존 플랫폼을 모두 지원하는 회사 등 수많은 회사가 이용자에 대한 접근 또는 플랫폼 운영을 가능하게 하는 인프라와 서비스를 제공한다. 이러한 인프라 생태계를 구성하는 사업자 중 일부가 자신의 서비스 제공을 거부하면 여기에 필수적으로 의존하는 사업자는 이용자에게 접근할 수 없거나 플랫폼 운영을 중단해야 한다.<sup>145)</sup>

추가적인 규제필요성 문제는 특정 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제 법리를 적용하더라도 규제의 내용은 해당 디지털플랫폼의 특성에 맞는 맞춤형 규제설계가 가능하다는 의미이기도 하다.<sup>146)</sup> 예컨대, 신규 진입자와 데이터 공유를 가능하게 하고 소비자에게 데이터 이동성을 제공하도록 요구할 수 있다. 프라이버시를 중시하는 이용자들에게 신규 SNS 사업자가 페이스북에 개인정보를 제공하지 않고도 이용자를 그들의 페이스북 친구들과 연결할 수 있도록 상호접속의무를 고려해 볼 수도 있다.<sup>147)</sup>

<sup>144)</sup> Ganesh Sitaraman, *supra.*, at 501-502

<sup>145)</sup> James Speta, *Boden Lecture: The Past's Lessons for Today: Can Common-Carrier Principles Make for a Better Internet?*, at 743-744.

<sup>146)</sup> 망중립성 규제도 통신사업자에 대한 모든 규제를 적용한 것은 아니다. K. Sabeel Rahman, *THE NEW UTILITIES: PRIVATE POWER, SOCIAL INFRASTRUCTURE, AND THE REVIVAL OF THE PUBLIC UTILITY CONCEPT*, at 1654.

<sup>147)</sup> Steve Lohr, *To Rein in Big Tech, Europe Looked Beyond Lawsuits. Will the U.S. Follow?*, N.Y. TIMES (Dec. 10, 2022),

## 참고문헌

권오승/홍대식 외, 『과징금 제도 개선방안 연구』, 공정거래위원회, 2003.

【토론】

## “공익산업규제의 기원, 체계 및 그 변용”에 대한 토론문

윤 강 욱\*

오늘 이처럼 뜻깊은 자리에 토론자로 초청해 주신 것에 대해 감사드립니다. 그리고 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제의 적용과 관련된 미국의 논의를 잘 정리해서 발표해 주신 김태오 교수님께도 감사드립니다.

김태오 교수님의 발표문은 최근 미국에서 SNS 등 디지털플랫폼에 대한 각 주의 규제입법과 이를 둘러싼 연방법원의 판결, 그리고 법학자들의 주장을 자세하게 설명해 주셔서 최근의 법 동향을 충실히 이해할 수 있었습니다. 이 발표문은 법제실무에 종사하는 저에게도 향후 관련 법령을 검토할 때 많은 도움이 될 것이라 생각합니다.

발표문에 대해 건설적인 비평을 하는 것은 저의 지식과 능력을 벗어나는 것이라 생각되므로, 몇 가지 질문을 드리는 방식으로 토론을 하고자 합니다.

첫째, SNS 규제에 대한 공익산업 규제법의 독특한 법리가 있는지에 관한 것입니다. 발표자가 적절히 지적한 바와 같이 커먼캐리어(common carrier)에 관한 관념은 17세기 영국 보통법에서 발원했지만, 19세기 중후반 철도산업 이래 전신과 전화 등의 통신산업, 전력산업 등에 대한 규제 법원리로서 발전되어 온 것입니다. 산업혁명 이후 종전에 존재하지 않았던 철도, 통신, 전기 등 새로운 산업이 등장하였습니다. 이러한 산업이 제공하는 서비스가 일반인의 삶과 공동체에게 필수적인 것이 됨과 동시에 해당 서비스를 제공하는 기업이 사용자를 차별하거나 가격을 지나치게 높이는 등의 문제에 대응하는 법원리로 커먼캐리어 규제법 또는 공익산업 규제법이 출현한 것으로 이해됩니다. 철도산업과 같이 유형의 화물을 운송하는 서비스에서 전기

---

\* 법제처 법제조정정책관 / 법학박사

와 같은 자연력을 전달하는 서비스, 그리고 문자(전신)와 음성(전화)과 같은 정보를 전달하는 서비스로 확대되었는데, 각 서비스마다 특성에 차이가 있고 규제법리 또한 이에 맞추어 진화해 온 것으로 보입니다. 예컨대 전력산업의 경우에는 송전망사업자의 전력망 개방(open access)과 전송요금(transmission tariff) 규제가 중심이었고, 통신사업의 경우에는 보편적 의무 제공, 상호접속제공 의무 등이 중시됩니다. SNS 또는 디지털플랫폼에 대한 새로운 규제법리가 있는지, 만일 있다면 내용이 무엇인지 궁금합니다.

둘째, 연방대법원은 제11항소법원 및 제15항소법원의 판결에 대해 원고가 내세운 문면주장이 아니라 적용주장과 같이 판단하였다는 이유로 파기환송 결정을 내렸습니다. 발표문에서는 연방대법원이 SNS뿐만 아니라 다양한 디지털플랫폼 서비스에 대해 각 주법이 어떠한 입장을 취하는지 여부와 그 정도 및 의미에 대한 분석이 결여되어 있다고 지적했다고 서술하고 있습니다. 연방대법원이 파기환송한 사유에 따르면 각종 다양한 디지털플랫폼 서비스에 대한 분석을 하여야 하는데, 하급심에서 이를 따져 보는 것은 지난한 일이 될 것이라 생각합니다. 연방대법원이 SNS가 메시지의 내용에 따라 해당 메시지의 게시 또는 작성자 계정을 규제할 수 있는가에 대한 핵심적 문제에 대해서 일응의 지침 또는 가이드라인을 제시하였더라면 어땠을까라는 생각이 듭니다. 발표자께서는 결론 부분에서 디지털플랫폼에 대한 규제의 가능성을 인정하였는데, 향후 디지털서비스 규제법의 전개에 대해 어떠한 전망을 가지고 계신지요.

셋째, Christopher Yoo 등의 법학자들이 그 근거는 조금씩 다르지만 디지털플랫폼에 대한 공익산업규제 불가론을 내세우고 있다고 하는데, 그렇다면 디지털플랫폼이 사건의 발단이 된 대형 SNS의 트럼프 지지자들의 계정 삭제와 같은 행위에 대해서도 공적인 통제를 하지 못한다는 것인지, 아니면 공익산업규제법을 통한 규제는 안되지만 표현의 자유에 대한 헌법적 심사를 통과하는 방식 등 다른 방식으로 입법이 가능하다는 주장인지 설명해 주시면 감사하겠습니다.



넷째, 논문에서 헤리티지 재단의 『2025 Project』 중 FCC에 관한 부분을 언급하였는데, 그 내용 중 많은 부분이 트럼프 정권의 디지털플랫폼 정책에 많은 영향을 미칠 것으로 보입니다. 제가 받은 발표문 기준으로 3페이지 상단(I)에서 보수주의 관점의 콘텐츠 검열 규제, FCC 기능에 ‘표현에 대한 경찰’로서의 기능 추가 등을 서술하였는데, 디지털플랫폼이 중립적 위치에서 콘텐츠 내용에 관련없이 그대로 포스팅하여야 한다는 것이지요? 오늘 발표 주제와 관련하여 어떠한 내용을 담고 있는지 간략히 말씀해 주시면 감사하겠습니다.

이상으로 부족한 토론을 마치겠습니다.

감사합니다.

【제2주제】

## 쉐브론 독트린 파기 판결의 의의와 평가

최명지\*

별첨

---

\* 인하대학교 교수

【토론】

“쉐브론 독트린 파기 판결의 의의와 평가”에  
대한 토론문

방 정 미\*

별 첨

---

\* 명지대학교 교수

※ 본 학술대회 발표문은 행정법연구 76호(2025. 3.)에 게재될 예정이므로 인용은 완성된 원고를 이용하여 주시기 바랍니다.

【제3주제】

## 절차관념의 형성과 행정절차하자론\*

— 비교법적 검토를 중심으로 —

김 후 신\*\*

- I. 절차관념과 행정절차
- II. 비교법적 검토
- III. 법이론적 의의
- IV. 도그마틱적 관점
- V. 향후의 과제

### I. 절차관념과 행정절차

#### 1. 법학에서의 절차와 행정절차

사전적인 의미에서 ‘절차’가 ‘일을 치르는 데 거쳐야 하는 순서나 방법’, ‘무언가를 하기 위해서 취하는 일련의 행위’, ‘무언가를 실행하거나 집행하는 방법’과 같이 정의되는 데서 알 수 있듯이, 절차는 어떠한 대상에 의존하므로, 그 개념구성도 경

\* 이 글은 필자의 독자적 견해를 담은 것으로서 소속기관의 입장과는 무관하다.

\*\* 법학박사, 헌법재판소 헌법연구관

험적·맥락적·역사적일 수밖에 없다. 이는 법학에서도 예외가 아니다. 이러한 의존성이 법학에서의 ‘절차이론’을 정립하고자 하는 연구에서도, ‘절차가 무엇인지’ 자체는 단지 용어적 문제 또는 범위설정의 문제일 수밖에 없다고 전제<sup>1)</sup>하는 이유로 이해된다.

절차 개념의 설정은 따라서 기본적으로 구성적이다. 이는 우리가 절차의 대상을 바라보는 사실적·규범적 시각을 반영한다. 이는 행정 영역에서 특히 두드러지는데,<sup>2)</sup> 행정의 본질이 무엇인지에 관하여 공유되는 시각이 역사적으로도 빠르게 변화하는 한편, 동시대 내에서도 이견이 크기 때문이다.<sup>3)</sup> 그러므로 예컨대 ‘행정절차’ 개념이 ‘행정내부절차’ 또는 ‘행정결정과 무관한 절차’까지 포함하게 되었다고 한다면,<sup>4)</sup> 이는 절차 자체가 변했다는 의미보다는 우리의 인식대상으로서 행정의 개념구성 또는 나아가 행정의 구체적 임무가 변했다는 의미를 더 강하게 지닌다고 볼 수도 있다.

하이에크에 따르면, ‘법의 지배’(rule of law)는 ‘법에 대한 규칙’(rule of the law)이 아니라, 법이 무엇이어야 하는지에 관한 규칙, 즉 메타법이론 또는 정치적 이상이다. 그리고 정부에 대하여 법의 지배가 적용되는 국면은 시민의 행동을 강제하는 국면에서 나타나며, 정부의 내적 행위, 즉 인사행정과 예산행정 또는 외교와 같은 영역에서는 시민에 대한 강제가 통상적으로 나타나지 않아 법의 지배와 관련성이 없다.<sup>5)</sup> 한편, 그는 법(Recht)과 법률(Gesetz)의 구별에 착안하여, 법률 중 시민 사이의 관계 또는 국가-시민 관계를 규율하는 극히 일부의 것만이 법에 속하고, 나머지는 대부분은 ‘정부조직을 운영하는 방법과 사용할 수 있는 수단에 관하여 국가가 공무원에게 내린 지시’라고 설명한다. 그리고 입법자가 양자 모두를 결정하게 된 현실은, 실체법<sup>6)</sup>과 국가의 지시 사이에 혼동을 야기할 원인으로 작용할 수 있다고 지적

1) Philipp Reimer, *Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtlicher Verfahrensordnungen*, Tübingen 2015, S. 14 참조.

2) 물론, 입법작용과 사법작용의 현실이 어떠한가, 그리고 어떠한가 하는가의 문제도 대단히 유동적이라고 볼 수 있다. 그러나 근대사적으로 그 역할 변동의 폭이 행정보다 크다고 보기는 어려울 것이다.

3) 행정개념의 유동성과 행정절차 개념의 관계에 관하여, 오준근, 『행정절차법』, 삼지원, 1998, 24-25면 참조.

4) 김용민, “행정절차법의 기능변화와 법적쟁점에 관한 연구”, 『공법연구』 제49집 제3호, 2021, 271면 참조.

5) Friedrich A Hayek, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press 1960), 206 참조.

6) 하이에크가 사용한 표현을 비롯하여 그가 참조하였던 독일 문헌에 비추어 보면 시민 사이 및 국가-시민 관계를 규율하는 법은 기본적으로 ‘실체법’(substantive law; Gesetz im materiellen Sinn)을 의미하는 것으로 이해된다.

하였다.<sup>7)</sup> 한편, 법의 지배는 국가-시민 관계에서 강제력 행사의 요건을 사전에 정할 뿐만 아니라 그 방법도 정하도록 요구하며, 이것이 확보될 수 있는 유일한 방법은, 이를 모두 사법심사의 대상으로 삼는 것이라고 보았다.<sup>8)</sup> 그리고 행정의 재량은 오직 국가 내부관계에 관하여만 인정되어야 한다고 주창하였다.<sup>9)</sup>

이러한 하이에크의 주장은 그가 상정하던 자유주의적 세계관의 결과물로서, 법치와 행정에 대한 제한적 시각의 결과물이라고 비판 받을 수 있다. 그러나 적어도 여기서 관찰해 볼 만한 점이 없지는 않다. 즉 순수한 의미에서 ‘행정절차’는 조직과 예산에 관한 사항이고, 이를 확장하면 순수한 의미에서 행정절차법(하이에크식 표현을 부여하면 행정절차법률)은 정부조직법과 국가재정법이라는 것이다. 그러나 법학에서 주요 관심사로 삼았던 행정절차법은, 국가-시민 관계에서 국가가 강제력을 행사하는 ‘방법’, 즉 실제적 관계를 맺기 위하여 요구되는 행위조건에 관한 것이다.

이러한 측면에서 보면, 독일 조종학과에서 제시하는 행정절차 개념<sup>10)</sup>은 순수한 의미에서 새로운 것은 아니고, 법학에서 의식적으로 중요하지 않은 것으로 받아들였던 영역을 재발견 내지 재해석한 결과물로 볼 수 있다. 그 사상적 기원은 행정절차 자체의 변화에 있다기보다는 행정의 임무에 대한 인식변화, 국가-시민 관계에 대한 시각 변화 또는 국가작용 규율에 있어서 법학의 역할에 관한 인식변화로부터 비롯되었다.<sup>11)</sup> 같은 맥락에서 행정절차의 의미에 관한 ‘통설’이 있다면,<sup>12)</sup> 이는 연구대

7) Hayek, *The Constitution of Liberty*, 207 참조.

8) *ibid* 211 참조

9) *ibid* 212-214 참조.

10) 대표적으로 ‘행정주체의 책임영역에서 이루어지는 체계적인 정보수집 및 처리 과정’이라는 정의에 관하여, *Eberhard Schmidt-Aßmann/Ann-Katrin Kaufhold, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl., München 2022, § 27 Rn. 1 참조. 조종학적 관점에서 행정절차 개념은 “행정의 내부에서 이루어지는 의사결정과정을 동태적으로 포착하기 위한 것”으로 평가된다. 문중흠, 『독일 행정법에 있어 ‘조종학적 방법론’ 논의에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2022, 145면 참조.

11) 변화하는 행정 환경 속에서 행정절차가 결정의 타당성과 결정의 정당성을 높일 수 있다는 점에 관하여, *Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 101-110 참조.

12) 통설은 행정절차를 협의의 행정절차, 즉 일차적 행정절차로서 “행정청이 공권력을 행사하여 행정에 관한 결정을 함에 있어 요구되는 외부와의 일련의 교섭과정”으로 파악한다는 설명에 관하여, 김동희·최계영, 『행정법 I』, 제25판, 박영사, 2019, 381면 참조. 동 문헌은, 이와 대비되는 개념으로서 광의의 행정절차는 “행정권 발동인 행정작용을 행함에 있어 거치는 절차”를 의미한

상의 설정, 혹은 법학의 역할을 바라보는 관점이라는 측면에서 통상적이라는 뜻으로 이해할 수 있다.

국내의 논의로 초점을 옮겨와도, 행정절차 개념이 선형적·연역적 접근이 아니라 경험적·귀납적 접근에 따라 구성되다는 점을 알 수 있다. 예컨대 목춘 김도창 박사는 일찍이 행정절차를 “행정권 발동인 행정작용을 행함에 있어 거치는 절차”로 정의하고, 광의의 행정절차는 “사전절차로서 ① 행정입법절차, ② 계획확정절차, ③ 1차적 행정처분절차(이것을 ‘일반행정절차’라고 하는 때도 있다), ④ 행정계약절차와, 둘째 사후절차로서 ⑤ 행정심판절차가 포함될 수 있고, 그밖에 더 넓게는 ⑥ 행정집행절차, ⑦ 행정처벌절차까지도 포함될 수 있다”고 하며, 협의의 행정절차는 일반행정절차를 중심으로 하지만, 그 밖에 어떤 것을 포함하는지는 각국에 따라 다르다고 설명하였다.<sup>13)</sup> 동 문헌에서 제시한 각국의 예시를 살펴보면, 각국의 비교는 실정법으로서 행정절차법전에 정해진 규율대상을 기준으로 삼았음을 알 수 있다.

## 2. 행정절차법과 방법론

절차법은 절차에 관한 규율의 총체라고 정의할 수 있다. 만일 ‘절차’를 ‘법에 따라 특정한 목적을 이루기 위하여 기관에 의하여 이루어지는 일련의 작용을 포함하는 총체’로 정의하면,<sup>14)</sup> 절차법은 ‘법에 따라 특정한 목적을 이루기 위하여 기관에 의하여 이루어지는 일련의 작용을 규율하는, 기관 및 작용의 이해관계인에 대한 법규범’이라고 정의할 수 있다. 그렇다면 학문상 개념으로서 행정절차법은 ‘행정절차에 관한 규율의 총체’<sup>15)</sup>로서, 법에 따라 특정한 목적을 이루기 위하여 행정에 의하여 이루어지는 일련의 작용을 규율하는, 행정기관 및 과정상 작용의 이해관계인에 대한 법규범이라고 할 수 있다.

행정절차법 연구방법론으로는 여러 가지를 상정해 볼 수 있겠지만, 이 글에서는 법비교를 통한 법이론적 평가기준을 마련하여, 특히 절차하자론을 포함한 국내의 행

---

다고 한다.

13) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 제4전정판, 1993, 530-531면 참조.

14) Reimer, Verfahrenstheorie, S. 15의 정의를 상당 부분 참조하였다.

15) Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht. Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik, Berlin 1999, S. 39.

정절차법 도그마틱에 관하여 논의하여 보고자 한다.<sup>16)</sup> 여기서는 외국법제와의 비교를 시도한다. 비교법방법론의 강점과 정당성은 행정절차법학에서 두드러진다. 행정절차에 관한 규율을 논할 때, 그 논의의 장에서 무언가 공유하는 관념이 있다면, 이는 역사적 경험에 따른 인식과 공감의 산물일 가능성이 높기 때문이다. 근대국가 형성 과정에서 광범위한 법계수가 이루어진 한국의 관점에서 볼 때 이는 절차법 이론과 도그마틱, 특히 이 글에서 주제로 삼고 있는 행정절차법 이론과 도그마틱을 발전시키기 위해서는 행정절차 관념이 먼저 구체화되었던 외국의 사례, 특히 각국의 행정법학에서 절차상 규율을 어떻게 이해하고 있는지, 그러한 규율이 실제로 어떻게 형성되고, 어떤 내용을 지니는지, 그리고 이를 어떻게 관철시키는지를 살펴볼 필요가 있음을 의미한다. 이하에서는 절차보장 논의에서 거의 예외 없이 언급되는 영국, 애당초 절차법 위주로 행정법 분과의 논의가 발달한 미국, 그리고 우리 법이론과 법도그마틱에 오랫동안 영향을 미쳤고 현재까지도 미치고 있는 독일을 검토하기로 한다. 각국 절차법체계 전반을 전방위적으로 검토하지는 않고, 기본법 혹은 일반법 성격을 지닌 몇 가지 주요한 절차규율 중 행정을 통한 국가-시민의 법적 관계를 규율하는 것에 관하여만 검토하기로 한다. 현대행정에서 가장 중요한 절차법 영역이 조직법과 예산법 영역이라는 점을 부정하기 어렵지만, 외부법 관계 중심의 논의를 초월한 다원적 관계에서의 절차법 연구는 추후의 장기적인 과제로 삼고자 한다.

## II. 비교법적 검토

### 1. 영국

#### (1) 마그나 카르타, 투쟁, 법의 지배

1215년 영국의 마그나 카르타 제39조에 자유민의 권리를 제한하기 위한 요건으로 규정된 ‘국가의 법’(law of the land, *legem terre*)에 의한 ‘적법한 판정’(lawful judgement, *legale iudicium*)이 적정절차의 근거조항으로 주장되어 왔다고 한다.<sup>17)</sup>

<sup>16)</sup> 법도그마틱과 법학의 의의와 관계에 관하여, 박정훈, “행정법에 있어서 이론과 실무”, 『행정법의 체계와 방법론』, 중판, 박영사 2010, 제1장, 6면 참조.



관련 문헌을 참조하면, 이 조항에 근대적 의미에서의 ‘법의 적정절차’(due process of law)라는 의미가 부여되기까지는 역사적 맥락이 있었다고 설명된다. 즉 마그나 카르타 자체에는 첫째, 자유민이 확립된 법에 따른 처우를 받고, 국왕이 그 법을 자의로 바꿀 수 없다는 의미, 둘째, 법의 내용이 잘 정의되어 있고, 이에 반하는 국왕의 행위가 자의적이고 허용되지 않는다는 의미가 포함되어 있지만, 절차적 의미에서의 적정절차가 이에 포함되어 있었는지는 불분명하며, 이후 위 조항에 의미를 부여하는 과정에서, 특히 에드워드 코크가 *legem terre*를 적정절차의 관점에서 주창하면서 그러한 인식이 자리잡게 되었다고 한다.<sup>18)</sup> 다만 이때의 적정절차 개념에는 재판 없이 누군가의 권리를 박탈하는 위법이라는 절차적 요소뿐만 아니라, 권한이 없는 자에 의한 권리 박탈도 위법이라는 실체적 요소도 함께 있었다고 한다.<sup>19)</sup> 영국의 법체계가 변혁을 거치면서 *legem terre*는 의회법과 보통법을 의미하게 되었고, 하위기관은 오직 의회법과 보통법에 의한 권한만을 지니게 되었으며, 법과 권한의 문제는 보통법 법원에 의하여 해결이 되었다.<sup>20)</sup> 적정절차와 관련하여 의미를 지니는 변혁은 성실재판소(Star Chamber) 등의 특권적 재판소들이 폐지되고 보통법 법원 중심의 법체계가 자리 잡게 되었다는 것이다.<sup>21)</sup> 다이스의 ‘법의 지배’가 주요 담론을 형성하던 시기에는 그 개념요소에 실체적 측면의 적정절차가 포함되었지만, 절차적 측면의 적정절차는 주요 관심사가 아니었다고 한다. 위와 같은 특별재판소들이 폐지되고 보통법 법원 중심의 법체계가 자리잡게 되면서, 적정절차는 법원절차에 의하여 이미 어느 정도 구현이 된 것으로 받아들여졌기 때문이다.<sup>22)</sup> 영국 행정절차법의 준거로서

17) 황한식, “마그나 카르타”, 『법조』 제68권 제1호, 2019, 13면 참조.

18) Dennis J Galligan, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures* (Clarendon Press 1999), 170-175 참조. 이 문헌은 영국 행정법 주요 교본에서 자연적 정의를 설명할 때 거의 예외 없이 인용되고 있다. 대표적으로 Christopher F Forsyth and Julian Ghosh, *Wade & Forsyth's Administrative Law* (12th edn, Oxford University Press 2023), 358; Paul Craig, *Administrative Law* (8th edn, Thomson Reuters 2016), 337 참조.

19) Galligan, *Due Process and Fair Procedures*, 175 참조.

20) *ibid* 176-178 참조.

21) *ibid*.

22) *ibid* 178-179 참조. 다이스의 법의 지배 원칙의 내용 중 절차적인 요소를 살펴보면, ‘국가의 일반법원에 의한 통상적인 법적 절차’가 없으면 형사처벌이나 신체·재산상 손해를 보지 않는다는 원칙이 포함되어, 법원절차에 초점이 맞춰져 있다는 점을 확인할 수 있다. 다이스의 법의 지배의 내용 및 이에 관한 종합적 평가에 관하여, 안동인, 『영국법상 공·사법 이원체계에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 13-25면 참조.

‘자연적 정의’(natural justice) 또는 ‘절차적 공정성’(procedural fairness)은 이처럼 공법체계의 구조적 변화 속에서 그 적용범위를 찾아가는 동태적 과정이었다고 평가할 수 있다. 그 배경에는 형사절차로부터 시작된 절차보호 관념의 행정절차에의 유추, 사법작용에서 요구되는 절차적 요청의 확장이 있는 것으로 이해된다.<sup>23)</sup>

(2) 행정절차에 대한 규율

1) 행정재결

① 법원(法源)

영국에서 행정절차에 관한 법적 규율로서 주로 논의되는 대상은 보통법상 원칙으로서 자연적 정의와 「인권법」(Human Rights Act)에 따라 국내법화 된<sup>24)</sup> 「유럽인권협약」 제6조 제1항<sup>25)</sup>이다. 물론 그 밖에 개별법령에 따른 절차도 물론 존재한다.<sup>26)</sup> 이들은 독자적인 의미를 지니고 있을 뿐만 아니라, 개별법령에 규정된 절차적 요청을 보충·보완하기도 한다.<sup>27)</sup>

행정법적 맥락에서 「유럽인권협약」 제6조 제1항의 내용은 다른 선행연구를 통해 상세하게 논의된 바 있으므로,<sup>28)</sup> 상론하지는 않고, 영국의 보통법 또는 인권법 외의

23) Galligan, *Due Process and Fair Procedures*, 182-186 참조.

24) 영국 인권법의 제정배경과 인권법의 구조에 관하여, 한성민, 『영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향에 대한 연구』, 서울대학교 석사학위논문, 2018, 제2장 참조.

25) 「유럽인권협약」 제6조 제1항 제1문은, “모든 사람은 자신의 ‘시민적 권리 및 의무’(civil right and obligation) 또는 형사처벌(criminal charge)에 관한 결정을 함에 있어서, 법에 의하여 설립된 독립적이고 공평한 심판기관에 의하여 합리적인 기한 내에 공정한 공개심리를 받을 기회를 가진다.”라고 규정하고 있다. 위 조항에서 ‘civil’은 국내에서 ‘민사적’으로도 소개되고 있지만, 「유럽인권협약」 제6조를 입안하는 과정에서 참조대상이 되었던 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights) 제14조의 내용에 비추어 볼 때 위 권리·의무가 사법상 권리에 한정되지 않는다는 논의를 참조하여 이와 같이 번역하였다. Tom Barkhuysen and others, ‘Right to a Fair Trial’ in Pieter van Dijk and others (eds), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (5th edn, Intersentia 2018), 500-502 참조.

26) 계획절차에 관한 몇 가지 예시에 관하여, Paul Craig, ‘Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political’, (2010) *Public Law* 275, Legal Research Paper Series No 75/2010, 287ff. 참조.

27) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 404-405 참조.

28) 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 『행정법연구』 제63호, 2020 참조.

개별법과의 관계에서 어떠한 기능을 하는지 간략하게 언급하기로 한다. 위 「유럽인권협약」 조항은 ‘시민적 권리 및 의무’ 또는 형사처벌에 관한 결정을 할 때 적용되는데, 반드시 모든 행정결정이 이에 포함되지는 않으므로 적용범위에는 제한성이 있다. 다만, 적용대상임이 확인되는 경우 보통법에서는 확인되지 않는 추가적인 규율이 적용된다. 즉 유럽인권재판소는 비록 이유제시에 관한 명문의 규정이 없더라도 해석상 그 의무가 포함되는 것으로 보므로,<sup>29)</sup> 일반적인 의미에서의 이유제시 의무를 인정하지 않는 보통법 영역을 보충한다. 그리고 보통법상으로는 인정되지 않는 ‘기간의 적시성’ 위반의 문제도 「유럽인권협약」에서는 규율대상으로 삼고 있다.<sup>30)</sup>

## ② 보통법 원칙으로서 자연적 정의

행정법 영역에서 자연적 정의는 공정한 절차에 관하여 두 가지 원칙을 포함하는 기술적인 개념이라고 설명되는데, ‘누구도 자신의 심판관이 될 수 없다’(nemo iudex in re sua), 그리고 ‘상대방을 들어라’(audi alteram partem)가 그것이다.<sup>31)</sup> 이 원칙들은 규칙제정(rulemaking)에 적용되지 않고, 행정재결(adjudication)에만 적용된다. 이하에서는 audi alteram partem을 주요하게 개관한다. nemo iudex in re sua는, 비록 공정한 결정을 확보하기 위한 근본원칙 중 하나이지만, 결정의 공정성 확보는 단순히 재결이라는 직선적 관계에서만 추구되는 목적이 아니라 법체계 전반에 걸친 이해충돌의 문제를 어떻게 규율하여야 하는지의 문제이므로,<sup>32)</sup> 이 글에서는 그 고찰의 의미가 제한적이기 때문이다.<sup>33)</sup>

<sup>29)</sup> Helle v Finland (1998) 26 EHRR 159 para 55 참조.

<sup>30)</sup> Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 391 참조. 재판지연에 관한 「유럽인권협약」의 구조 및 유럽인권재판소의 선례에 관한 상세한 소개는, 헌법재판연구원, 『적절한 기간 내에 재판을 받을 권리와 재판지연에 대한 국가책임』, 연구책임자 공진성, 책임연구원 임기영, 비교헌법연구 2024-B-3, 발간등록번호 33-9750040-000471-01, 2024, 20-34, 46-66면 참조

<sup>31)</sup> Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 360 참조. Audi alteram partem의 국내 의역례는 다음과 같다. “당사자에게 반드시 의견진술의 기회를 주어야 한다는 원칙”(윤세창, 『영미행정법연구』, 고려대학교 출판부, 1976, 84면), “누구든지 변명의 기회를 부여받지 아니한 채 비난당하지 아니한다.”(이상규, 『영미행정법』, 법문사, 2001, 52면)

<sup>32)</sup> 공적영역에서의 이해충돌에 대한 구조적·체계적·제도적 접근에 관하여, 박주철, 『공적영역에서 이해충돌 규제에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2023, 17-19면 참조.

<sup>33)</sup> 공정한 심판관의 문제가 드러나는 사안은 대부분 법원의 구성에 관한 문제이지만, 역사적으로 행정절차에서의 국면에서도, 특히 치안판사에 의한 도로(道路) 행정 또는 주류면허 행정과 같은 영역에서 무리 없이 적용되었다는 점만 언급하여 둔다. Forsyth and Ghosh, *Administrative*

③ *Audi alteram partem*

*Audi alteram partem*의 적용범위에 관하여 영국에서 오랫동안 혼란을 보여왔던 것은 과연 사법작용에서 나아가 행정작용에까지 이 원칙이 적용되는지 여부였다. 역사적으로 시민의 권리와 의무에 영향을 미치는 행정작용에 관하여도 이를 사법작용(judicial act)으로 명명하여 보통법상의 의무를 인정하여 왔으나, 점차적으로 이 원칙이 적용되는 사법작용 혹은 준사법작용(quasi-judicial act)을 협소하게 해석하면서 혼란을 보여왔다.<sup>34)</sup> 이에 대하여 *Ridge v Baldwin* 사건<sup>35)</sup>이 전환점이 되었다고 평가된다.<sup>36)</sup> 이 사건에서 상원은 시민의 권리와 이익에 영향을 미친다는 사실만으로도, 자연적 정의가 적용될 수 있다고 판단하였다.<sup>37)</sup> 이후 자연적 정의의 적용범위에 관하여 권리, 이익 또는 정당한 기대가 있는지 여부를 검토하는 방법이 발달되었다고 한다.<sup>38)</sup> 특히 정당한 기대에 관한 검토는, 현재에는 가지고 있지 않지만 장래에 취득할 수 있을 것이라는 정당한 기대를 지니고 있는 권리와 이익이 있는 경우까지도 절차법상 규율의 대상이 되도록 한다는 데 의의가 있다. 대표적인 예로 면허갱신이 언급된다.<sup>39)</sup> 그 밖에 절차에 관한 공적인 견해 표명이 있었던 경우, 행정기관의 정책을 신뢰하고 행동한 경우에도 정당한 기대가 인정될 수 있다.<sup>40)</sup>

Law, 376-388 참조.

34) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 391-395 참조. 대표적으로 섬유 상인의 면허를 취소하는 데 의견청취가 불필요하다고 한 *Nakkuda Ali v Jayaratne* 사건([1951] AC 66) 및 택시 면허 취소에 관하여 같은 취지의 판단을 한 *R v Metropolitan Police Commissioner ex p Parker* 사건([1953] 1 WLR 1150) 참조.

35) [1964] AC 40. 해당 사안에서는 법령상 제한된 요건하서만 징직 또는 해임이 허용되는 지방경찰청장에 관하여 의견청취 기회를 제공하지 않고 관할 위원회가 그를 해임한 결정이 다투어졌다. 위 사건에 관하여 상원은 관할위원회의 결정을 취소하였는데, 위 결정이 자연적 정의에 반할 뿐만 아니라, 경찰 징계에 관하여 사전통지와 의견제출 기회를 규정하고 있는 명문 법령에도 반하며, 최초 위원회 결정 후 추가적으로 이루어진 변호사의 의견제출 과정에서도 구체적인 징계사유가 제공된 적이 없어 재차 자연적 정의 위반이 발생하였다고 판단하였다

36) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 395f. 참조.

37) 다만, 재판부 구성원에 따라, 이러한 사안의 경우 자연적 정의의 적용맥락에서 사법적으로 볼 수 있다고 판시하거나, 사법적, 행정적, 또는 집행적인지 중요하지 않다고 판시하는 등 구체적인 설시에는 차이가 있었다.

38) Craig, *Administrative Law*, 345-348 참조.

39) *ibid* 347 참조.

40) 체류허가 없이 입국한 사람에 대한 퇴거절차에서 의견청취 의무는 없지만, 정부가 개별적으로 면접을 볼 것이라고 공표하였음을 이유로 정당한 기대가 인정된 사안으로, *Attorney General of Hong Kong v Ng Yuen Schiu* [1983] 2 AC 629 참조. 입국심사를 신청하였으나 거부된 사안에

재판부는 구체적 사안에서 관련된 문제의 성질, 심판기관의 규정, 쟁점 등을 종합적으로 고려하여 자연적 정의의 내용을 확인한다.<sup>41)</sup> 일부 문헌에서는 ‘개인의 이익, 추가적인 절차적 보호장치로부터 발생하는 이익, 그러한 절차적 보호장치를 준수하는 데 소요되는 직접적 또는 간접적 비용을 종합적으로 고려한 형량 심사’를 한다고 설명한다.<sup>42)</sup> 이러한 내용적 탄력성은 사례를 통해 확인해 볼 수 있다. 제량적 종신형을 선고 받은 자의 가석방 거부결정에 대한 이유제시가 요구되는지에 관하여 신체적 자유의 중요도가 감안되어 종전 선례 경향과 달리 이를 긍정적인 사안이 있는 반면,<sup>43)</sup> 정보통신본부에서 근무하는 직원이 더 이상 노동조합에 소속될 수 없다는 정부 결정에 대하여는 국가안보 이익을 이유로 자연적 정의 위반 주장을 받아들이지 않은 사례도 있다.<sup>44)</sup> ‘절차적 보호를 제공하는 것이 결과에 영향을 미칠 가능성이 있는지’는 형량요소에서 제외된다는 것이 대체적인 선례이다.<sup>45)</sup>

그 구체적인 내용에 관하여는 사전통지, 상담·협의, 의견청취, 대리인 선임권, 이유제시가 논의된다. 상담·협의에 관한 일반적인 의무는 의회법 또는 보통법상 확인되지 않고, 다만 개별법상 의무 또는 정당한 기대에 따른 의무는 발생할 수 있다.<sup>46)</sup>

---

서 종전에 회보된 내무부의 심사기준을 신뢰하였음을 근거로 정당한 기대를 긍정한 사안으로, *R v Secretary of State for the Home Department ex p Asif Mahmood Kahn* [1984] 1 WLR 1337 참조.

41) *Russell v Duke of Norfolk* [1949] 1 All ER 109, 118 (Tucker LJ).

42) 상세한 내용에 관하여, Craig, *Administrative Law*, 352-360 참조. 다만, 동 문헌에서는 비용적 고려에 관한 구체적인 재판례를 제시하고 있지는 않고, 법경제학적·공리주의적 접근, 권리중심적 접근, 중간적 접근을 평가하는 데서 그친다. 이러한 형량요소는 적정절차의 내용에 관한 판단기준을 제시한 미국 대법원 판례의 영향을 받은 것으로 보이는데, 이에 관하여는 후술한다.

43) *R v Parole Board ex p Wilson* [1992] QB 740.

44) *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 74.

45) *General Medical Council v Spackman* [1943] AC 627, 644 (Lord Wright) (“어떠한 결정이 자연적 정의에 위반된 경우, 정의의 기본원칙에 반하지 않았더라도 동일한 결정에 도달하였을지 여부는 실제로 중요하지 않고, 그 결정은 무효로 선언해야 한다.”); *R v Chief Constable of North Wales ex p Evans* [1982] 1 WLR 1155; *Secretary of State for the Home Department v AF (No 3)* [2010] 2 AC 269, HL; *R (L) v West London Mental Health NHS Trust* [2014] 1 WLR 3103. 다만, 현행 법률에 따르면 결과에 영향을 미치는지는 사법심사청구를 허가하거나 최종 판결을 할 때 검토사항이 되는데, 이에 관하여는 후술한다.

46) 정당한 기대에 따른 의무의 사례로, *R (LH) v Shropshire Council* [2014] EWCA Civ 404 (보육원 폐쇄 결정 시 지방행정청의 상담 또는 협의 의무를 인정한 사안); *R (Greenpeace Ltd) v Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 311 (정부 백서에서 신규 원자력 발전소 건설을 지원할 의사가 없고, 지원정책 변경 시 협의절차를 거칠 것이라고 설명한 사안에서, 그린피스의 정당한 기대 위반 주장이 받아들여진 사례) 참조.

보통법상 행정절차에서 자유롭게 대리인을 선임할 절대적 권리는 보통법상 확인되지 않지만, 행정청이 이에 관한 재량을 행사할 때 관련 이익의 중대성, 법적인 쟁점의 존부, 결정의 신속성 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 의무를 진다고 한다.<sup>47)</sup> 이하에서는 사전통지와 의견청취 및 이유제시에 관하여 검토한다.

불이익한 결정이 예정되어 있는 경우, 상대방은 그 결정의 요지를 통지 받아 그에 관한 의견을 제출할 수 있어야 한다.<sup>48)</sup> 다만, 체포나 수색과 같이 즉시성을 요구하는 절차의 경우에는 이러한 사전통지가 요구되지는 않는다.<sup>49)</sup> 그리고 자연적 정의에 따라 요구되는 처분사유의 구체적인 공개범위는 그것이 법체계에 초래할 수 있는 불이익과 비교형량이 이루어진다. 예컨대 카지노업 허가 신청인의 신뢰성을 평가하기 위해 경찰을 비롯하여 공개되지 않은 출처로부터 정보를 수집한 경우, 그 출처까지 공개할 필요는 없다.<sup>50)</sup> 상무원에 의한 기업 조사가 이루어지는 경우에도 증인의 신원 또는 관련 조서를 제공할 필요는 없지만, 적어도 관련 사실의 요지는 제공되어야 하고, 그조차 제공할 수 없다면 그 자료는 사용되어서는 안 된다.<sup>51)</sup> 시험 부정행위에서는 부정행위 신고자의 신원을 제공하거나 교호신문의 기회를 보장할 필요는 없고, 관련 사실의 요지를 적절히 제공하는 것으로 족하다.<sup>52)</sup>

의견청취를 반드시 구술로 하여야 할 일반적인 의무는 없지만,<sup>53)</sup> 특히 가석방이 검토되는 사안에서와 같이 신체의 자유가 관련될 경우에는 구술 절차가 의무적일 수 있다.<sup>54)</sup> 불이익한 결정의 근거를 결정 상대방에게 알려야 할 의무와 상응하게, 결정 상대방에게는 그 근거가 되는 사실을 다룰 기회가 보장되어야 한다.<sup>55)</sup> 다만,

47) Craig, *Administrative Law*, 368 참조.

48) *Kanda v Government of Malaya* [1962] AC 322 (사생활 문제가 제기되었음을 이유로 수습경찰관의 사임을 요구한 사안); *R v Assistant Metropolitan Police Commissioner ex p Howell* [1986] RTR 52 (근거가 된 진단서를 공개하지 않고 택시 면허를 취소한 사안).

49) 사전통지 원칙에 관한 예외가 인정될 수 있다고 하면서, 대표적으로 형사절차를 언급한, *R (Anufrijeva) v Home Secretary* [2003] UKHL 36; [2004] 1 AC 604 para 28 참조.

50) *R v Gaming Board for Great Britain ex p Benaim and Khaida* [1970] 2 QB 417.

51) *Re Pergamon Press Ltd* [1971] Ch 388; Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 413 참조.

52) *Ceylon University v Fernando* [1960] 1 WLR 223.

53) *Attorney General v Ryan* [1980] AC 718; *Clayton v Army Board of the Defence Council* [2014] EWHC 1651 (Admin).

54) *R (Osborn) v Parole Board* [2014] AC 1115. 다만, 이 사안은 「인권법」 및 「유럽인권협약」의 적용과 관련된 사안이다.

55) Craig, *Administrative Law*, 365-366 참조.

국가안보 이익 등을 이유로 개별적 증거를 다룰 기회를 제한적으로만 보장하는 경우, 그 증거가 결정의 중요한 근거가 되는 경우라 할지라도 자연적 정의 위반이 부정될 가능성이 있다.<sup>56)</sup>

보통법상 아직 일반적인 의미에서의 이유제시 의무는 확인되지 않는다.<sup>57)</sup> 다만, 개별적인 사안에서 결정이 이례적인 경우<sup>58)</sup> 또는 관련된 이익이 중대한 경우에는 이유제시 의무가 발생할 수 있다.<sup>59)</sup> 개별법령에 의해서 이유제시 의무가 부과될 수 있음은 물론이다.<sup>60)</sup> 대표적으로 「행정심판소와 청문조사에 관한 법률」(Tribunals and Inquires Act 1958)는 이른바 프랭크스 위원회의 권고를 반영하여 이유제시 의무를 명문화하였으며,<sup>61)</sup> 이는 현재까지도 유지되고 있다.<sup>62)</sup> 역으로 법률상 이유제시가 불필요하다고 규정하는 경우도 있다. 다만, 이러한 법률상 예외규정이 있다고 하더라도 곧바로 그에게 불리하게 작용한 사실관계를 알려 반박의 기회를 줄 의무가 면제되지는 않는다.<sup>63)</sup> 이유제시 의무가 인정되는 경우, 주요 쟁점이 어떻게 판단되었는

<sup>56)</sup> *Roberts v Parole Board* [2005] 2 AC 738 (가석방이 문제된 사안에서, 특별대리인(Special Advocate Advocacy) 절차에 관한 의회법상 근거가 없음에도 불구하고, 내무부로부터 제공 받은 자료를 상대방 및 변호인에게 제공하지 않고 특별대리인에게만 제공하여 비공개 절차에서 의견 제출 절차를 진행한 사례이다. 자연적 정의 위반이 부정되었으나, 2인의 반대의견이 있었다.)

<sup>57)</sup> Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 422면; Craig, *Administrative Law*, 369면. 위와 같은 일반적인 의무가 ‘아직’ 확인되지 않는다는 대표적인 판시로, *R v Secretary of State for the Home Department ex p Doody* [1994] 1 A.C. 531, 564 (Lord Mustill). 이는 비교적 최근까지도 확인된다. *R (on the application of Birmingham City Council) v Birmingham Crown Court* [2009] EWHC 3329 (Admin) para 46 (Beatson J). 이유제시 의무를 일반적 의무로 발전시켜야 한다는 논의로는 다음을 참조. Mark Elliot, ‘Has the Common Law Duty to Give Reasons Come of Age Yet?’ (2012) *Legal Studies Research Paper Series*, No 7/2012.

<sup>58)</sup> 부당하게 해임된 경찰관에 대한 보상금이 이례적으로 적었던 사안에서 이유제시 의무를 인정한 사안으로, *R v Civil Service Appeal Board ex p Cunningham* [1991] 4 All ER 310.

<sup>59)</sup> 보통법상 이유제시 의무의 범위에 관한 간략한 역사적 개관에 관하여, Elliot, ‘Has the Common Law Duty to Give Reasons Come of Age Yet?’ 57-59 참조.

<sup>60)</sup> 주택건설계획 허가 시 법령상 이유제시 의무가 부과되어 있는 경우, 비록 이유제시는 요지를 제시하는 것으로 충분하나, 적어도 이해관계가 있는 공중이 그 적법성과 결정의 이유를 알고, 결정권자가 관련된 정책을 타당하게 해석하였는지 확인할 수 있을 정도로는 되어야 한다고 판시한 사례로, *R (Mevagissey Parish Council) v Cornwall Council* [2013] EWHC 3684 (Admin) para 43.

<sup>61)</sup> Tribunals and Inquires Act 1958 s 12(1).

<sup>62)</sup> Tribunals and Inquires Act 1992 s 10(1).

<sup>63)</sup> 예를 들어, 귀화신청 불허가에 관하여 이유제시가 불필요하다고 명문으로 규정하고 있었던 사안에서, 자연적 정의에 따른 통지의무가 인정된 사례가 있다. *R v Secretary of State for the Home Department ex p Fayed* [1997] 1 All ER 228.

지에 관하여 이해 가능하고 적절하게 설명하는 것으로 족하나, 법리 오해가 있었다는 점에 관한 상당한 의심이 들지는 않아야 한다.<sup>64)</sup> 행정결정에 대한 사법심사에서 절차하자의 치유는 원칙적으로 인정되지 않고, 이는 통상적으로 문제가 되는 이유제시에 있어서도 마찬가지이다.<sup>65)</sup> 이유제시의 보완을 허용하게 되면, 결정 당시 고려하였던 이유가 아닌 사후 정당화라는 관점에서의 추가적인 이유제시가 이루어질 위험이 있기 때문이라고 한다.<sup>66)</sup> 다만, 이유제시의 하자만으로 행정작용이 취소되어야 하는지 여부, 또는 이유제시의 보완이 허용되는지 여부에 관한 선례가 일관된 것은 아니다.<sup>67)</sup>

## 2) 규칙제정

### ① 법률의 위임에 따른 규칙

위임입법에 관한 기본절차는 「위임입법법」(Statutory Instruments Act 1946)에 따르는데, 추민원칙령(Order in Council), 법률에 따른 행정권한 행사로서의 규칙, 구 「규칙 공포법」(Rules Publication Act 1893)에 따른 규칙이 포함된다. 위임규칙은 국왕 문서국에 의하여 발행되어야 하는데, 이러한 요건을 준수하지 않는 경우라고 하더라도 위임규칙의 효력에는 지장이 없다는 것이 주된 선례라고 설명된다.<sup>68)</sup>

위임규칙 제개정에 관하여 보통법상 또는 법률상 일반적인 의견수렴 절차 진행의무는 확인되지 않는다.<sup>69)</sup> 다만, 개별법상으로 특정한 절차가 요구될 수는 있고,<sup>70)</sup>

64) *South Bucks District Council v Porter (No 2)* [2004] UKHL 33, [2004] 1 WLR 1953 para 26 (Lord Brown) 참조.

65) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 426-427 참조.

66) *Adami v Ethical Standards Officer* [2005] EWCA Civ 1754 para 24.

67) 여러 사례에 관하여, Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 427-428 참조.

68) Craig, *Administrative Law*, 438 참조. 위임규칙을 위반한 것으로 구성된 범죄 혐의로 기소된 경우, ‘해당 위임규칙이 국왕의 문서국에 의하여 발행되지 않았다는 사실’이 항변사유가 될 수 있다는 「위임입법법」 제3조 제2항을 근거로, 만일 입법자가 발행에 의하여 효력이 없을 것으로 예정하였다면 위와 같은 조항이 불필요하다고 판단하였을 것이라는 논거가 활용되었다. *R v Sheer Metalcraft Ltd* [1954] 1 QB 586 QBD.

69) Craig, *Administrative Law*, 449 참조.

70) 산업연수령을 발령하기 위해서는 관련 단체와 협의절차를 거쳐야 하는 법령 조항의 적용이 문제가 되었던 사례로, *Agricultural etc Training Board v Aylesbury Mushrooms Ltd* [1972] 1 WLR 190. 위 사안에서는 의무 위반이 인정되어 특정 단체의 구성원에 관해서는 위 명령이 무효라고 판단되었다.



사안에 따라서는 규칙 형식을 따랐음에도 불구하고 재결에 준하는 절차상 의무가 인정될 수 있다. 대표적으로 *Bank Mellat* 사건<sup>71)</sup>은 영국 재무부가 이란의 핵 프로그램과 관련이 있다는 의혹으로 은행에 대하여 한 금융제한 조치가 다투어졌는데, 조치가 하위입법의 형식을 따랐더라도 그 실질에 있어서 특정한 표적을 상대로 한 것이기 때문에 절차적 공정성의 요청에 따라 협의의무가 도출된다고 판단하였다.

## ② 법률의 위임이 없는 규칙

법률의 위임이 없는 규칙에 관한 절차법상 규율은 문헌상 확인되지 않는데,<sup>72)</sup> 이는 행정기관의 재량하에 형성되기 때문으로 보인다. 이러한 규칙에는 절차를 정한 규칙, 해석적 규칙, 공무원에 대한 지침 등 여러 가지가 포함될 수 있다.<sup>73)</sup> 앞서 살펴본 바와 같이, 이러한 규칙 자체가 정당한 기대의 법리와 결합하여 특정한 절차적 의무를 발생시킬 수는 있다.

## (3) 사법심사

행정절차법의 연원을 논할 때에는 영국의 예가 거의 빠짐없이 논의되는 반면, 행정절차하자론의 관점에서 영국의 사례는, 독일의 예와는 달리, 그동안 많은 주목을 받지 못하였던 것으로 관찰된다.<sup>74)</sup> 그러나 영국의 행정구제법도 절차하자론적 관점에서, 본래도 그러했지만, 후술할 최근의 법률개정으로 인하여 더욱 주목할 만하게 되었다.

주지하다시피 전통적인 관점에서 영국의 행정소송, 즉 행정결정에 대한 사법심사(judicial review) 구조에서의 판단기준은 권한유월 여부인데, 절차하자도 이러한 권한유월로 관념화된다.<sup>75)</sup> 그러므로 자연적 정의에 위반이 있는 경우 계쟁조치는 처음

<sup>71)</sup> *Bank Mellat (Appellant) v Her Majesty's Treasury (Respondent) (No.2)* [2013] UKSC 39.

<sup>72)</sup> Craig, *Administrative Law*, 464-469 참조.

<sup>73)</sup> 여러 유형에 관하여, John Houghton and Robert Baldwin, 'Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules' (1986) *Public Law* 239, 240-244 참조.

<sup>74)</sup> 선구적인 논의로는 다음 문헌이 있다. 박정훈, "취소소송과 행정절차 (1) - 비교법적 고찰 및 네 개의 접점문제 -", 『행정소송의 구조와 기능』, 중판, 박영사, 2011, 제12장, 561-562, 569, 572면 참조(원전은 『서울대학교 법학』 제45권 제1호, 2004). 동 문헌에서는 영국이 행정활동에 관하여 절차적 지향을 가지게 된 경위, 그리고 사법심사 범위에 절차적 하자가 포함된 경위를 분석하였다.

부터 효력이 없다는 의미에서 취소대상이 된다.<sup>76)</sup> 이러한 계쟁물에는 규칙도 포함된다.<sup>77)</sup> 의회법상 절차는 강행규정인 경우와 훈시규정을 구별하여 원칙적으로 전자에 해당하는 경우에 한하여 취소대상으로 본다. 이는 법률해석의 문제이나, 통상 방어권 차원에서 협의절차가 규정되어 있는 경우 강행규정으로 파악된다.<sup>78)</sup> 경우에 따라서는 절차규정을 지키지 않은 법적 효과가 법률에 규정되기도 한다.<sup>79)</sup>

특기할 만한 것은 영국도 사법심사 맥락에서는 절차하자의 독립취소가능성 문제에 관한 장치가 적어도 세 단계는 존재한다는 것이다.<sup>80)</sup> 이는 특히 비교적 최근에 이루어진 「형사사법 및 법원에 관한 법률」(Criminal Justice and Courts Act 2015)에 따른 법률 개정과 관련된다.<sup>81)</sup>

첫째, 사법심사 청구 허가 여부를 검토하는 단계와 관련된다. 법원(High Court)은 직권으로, 만일 계쟁행위가 없었더라면 원고에 대한 결과에 상당한 차이가 있었을지 여부를 검토할 수 있고[「상급법원법」(Senior Courts Act 1981)<sup>82)</sup> 제31조 제3C항(a)], 피고가 이를 신청하는 경우에는 검토하여야 한다(같은 항 (b)). 위와 같은 검토가 이루어지는 사안에서, 원고에 대한 결과에 상당한 차이가 없었을 가능성이 높다고 판단된다면, 법원은 허가를 거부하여야 한다(같은 조 제3D항). 위와 같은 검토에 따라 허가를 거부하여야 하는 경우라고 하더라도, 법원은 예외적인 공익을 이유로

75) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 400 참조. 규칙도 재결과 마찬가지로 권한유월에 입각한 판단이 이루어진다는 점에 관하여, Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 699 참조.

76) *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40, 80.

77) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 710-711 참조.

78) 일반론적 설명은, Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 248f. 참조. 규칙제정 절차에서의 강행규정을 따르지 않은 경우에 관하여, Craig, *Administrative Law*, 454 참조.

79) 심판소의 위원회 구성의 하자가 법적 효력에 영향을 미치지 않는다는 조항으로 인하여 취소가 부정된 사안으로, *Woollett v Minister of Agriculture and Fisheries* [1955] 1 QB 103.

80) 보통법상 절차적 의무에 관한 탄력적 해석이라는 방법론은 여기서 별론으로 한다. 이는 ‘회피 기술’로도 설명된다. 박정훈, “행정소송과 행정절차 (1)”, 『행정소송의 구조와 기능』, 572면 참조. 영국의 사법심사청구 제도 전반에 관하여는 이 글에서 상론하지 않는다. 이에 관한 상세한 논의는 다음을 참조. 안동인, 영국법상 공·사법 이원체계에 관한 연구, 49-80면; 한성민, 『영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향에 대한 연구』, 제1장 제2절.

81) 입법 배경에 관한 개관은 다음을 참조. Alex Mills, ‘Reforms to Judicial Review in the Criminal Justice and Courts Act 2015: Promoting Efficiency or Weakening the Rule of Law?’ (2015) *Public Law* (forthcoming) 6-9 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2596528](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2596528)> (최종접속일: 2024. 12. 1.).

82) 구 「최고법원법」(Supreme Court Act 1981)의 후신이다. 「헌법개혁법」(Constitutional Reform Act 2005)의 제정으로 대법원이 설립되어, 혼란을 피하기 위하여 제명이 개정되었다.

사법심사청구를 허가할 수 있고(같은 조 제3E항), 그러한 경우에는 위 조항을 근거로 허가를 하였음을 명시하여야 한다(같은 조 제3F항). 여기서 ‘원고에 대한 결과’는 행정청의 결정을 의미하고,<sup>83)</sup> ‘높은 가능성’은 ‘명백함’(self-evident)을 의미한다고 한다.<sup>84)</sup> 이러한 조항에 관하여 영국 내에서는 사법자원의 제한을 근거로 입법취지는 받아들일 수 있다는 견해가 있는 한편,<sup>85)</sup> 절차적 공정성에 더하여 절차 내에서 시민이 지니는 참여자로서의 지위를 무시하고 있다는 반론이 있다.<sup>86)</sup>

둘째, 「상급법원법」 제31조 제2A항은, 사법심사에 관한 본안판결 단계에서도 사법심사 허가와 같은 기준을 규정하고 있다. 즉 계쟁행위가 없었더라면 원고에 대한 결과에 상당한 차이가 없었을 가능성이 높다고 판단되면, 법원은 사법심사에 따른 구제,<sup>87)</sup> 손해배상 또는 원상회복 판결을 할 수 없다. 마찬가지로 법원은 예외적인 공익을 이유로 원고 승소판결을 할 수 있고(같은 조 제2B항), 이 경우 위 조항을 근거로 판결하였음을 명시하여야 한다(같은 조 제2C항). 이러한 기준은 과거의 보통법상 기준에 비하여 절차상 하자를 더 약하게 보호하는 것으로 인식된다.<sup>88)</sup> 이러한 기준은 상급행정심판소(Upper Tribunal)에 의한 심사(review) 과정에서도 적용된다.<sup>89)</sup> 이에 대해서는 사법자원이 이미 투입된 상황이라는 점에서 그 정당성이 사법심사청구 허가단계에서의 적용에 비하여 약하다는 비판이 있다.<sup>90)</sup>

83) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 527 참조. 다만, *R (Bahbahani) v Ealing Magistrates Court* EWHC 1385 paras 63, 77에서는 ‘원고에 대한 결과’에 절차의 진행상황도 포함할 수 있다고 보았다.

84) 대법원 판결의 문언 자체는 다소 불명확하나, *R (Haworth) v HMRC* [2021] UKSC 25 para 76에 대한 Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 527의 해석 참조.

85) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 526 참조.

86) Conor Crummey, ‘Why Fair Procedures Always Make a Difference’ (2020) 83 *Modern Law Review* 1221 참조. 그 취지는, 행정절차의 도구적 기능에는 단순히 타당한 결론에 이르는 데 도움을 준다는 협소한 측면을 넘어서서, 법체계의 정당성에 대한 인식에 큰 영향을 미치는 측면이 존재하고, 공정한 절차는 개인의 존엄성과 자율성을 토대로 거버넌스의 참여자로 포섭시킨다는 고유한 가치를 지니며, 공동체를 구성하는 동등한 주체로서 대하는 통로가 된다는 것이다. 위 입법에 반대하는 취지의 입장으로, Craig, *Administrative Law*, 357 또한 참조.

87) 즉 이행판결(mandatory order), 금지판결(prohibiting order), 취소판결(quashing order), 확인판결(declaration)을 의미한다. 「상급법원법」 제31조 제1항 참조.

88) 보통법상으로는 절차상 하자가 없었더라도 필연적으로 같은 결과에 이르렀을 것이라고 판단되는 경우 구제를 거부할 수 있다고 한다. *R (Smith) v North Eastern Derbyshire Primary Care Trust* [2006] EWCA Civ 1291 para 10 참조. 다만, 이 사안에서는 위 요건 충족이 부정되었다.

89) 「행정심판소, 법원 및 집행에 관한 법률」(Tribunals, Courts and Enforcement Act) 제15조 제5항 (A), (B), 제16조 제3항 (C) 내지 (G).

마지막으로, 사법심사의 구제수단 제공 여부에 관한 법원의 재량이 인정된다는 데서 나타나는 예외가 존재한다. 절차법 위반으로 인하여 청구되는 통상 청구되는 수단<sup>91)</sup>은 법원에 재량이 인정되는 구제수단이므로,<sup>92)</sup> 법원은 특수한 사정을 고려하여 원고패소 판결을 할 수 있다.

## 2. 미국

### (1) 절차법으로서 일반행정법

미국은 상대적으로 실체법 영역에서 일반행정법 이론이 발달되어 있지 않다. 이는 적정절차(due process)에 대한 설명에서 나타난다. 즉 미국 공법학에서는 실체적 적정절차와 절차적 적정절차를 구분하고 있는데,<sup>93)</sup> 전자는 주로 헌법의 과제로, 후자는 행정법의 과제에 해당한다고 설명된다.<sup>94)</sup> 이러한 경향은 행정청(agency)의 구조를 사례 중심으로 설명하거나 주요 행정청을 선정하여 그 권한범위를 개별적으로 소개하는 교본의 편제에서도 확인할 수 있다.<sup>95)</sup> 이러한 현상은 미국 지성사에서 행정국가화에 대한 반감이 항상 수면 위에 있었던 현상과 무관하지 않을 것으로 추측된다.

그러한 이유에서 미국 행정법에서 구심력은 실체법적 측면에서의 일반행정법 담

90) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 604 참조.

91) 주 87 참조.

92) Forsyth and Ghosh, *Administrative Law*, 407 참조.

93) 실제 검토되는 사례를 보면 미국에서 실체적 적정절차는 생명, 자유, 재산에 대한 제한의 정당성의 기준으로 작용한다. 이는 기능적으로 국내 공법실무에서 이루어지는 비례원칙 심사와 상당 부분 중첩된다. 실체적 적정절차에 관한 개념 논쟁 및 주요 사례에 관하여, 김광수, “미국행정절차법 연구 - 미국 행정법상 절차적 권리의 유효사거리에 관하여 -”, 『행정법연구』 제12호, 2004, 280-282면 참조. 종래 절차적으로만 인식되던 적정절차 조항 내용에 실체적 의미가 부여된 것은, 수정헌법 제9조(“헌법에 특정한 권리가 열거되었다는 이유로 이를 국민에게 귀속된 여타의 권리를 부인하거나 제한하는 의미로 해석해서는 아니된다.”)가 연방대법원 판례에 의하여 사실상 의미를 상실하게 된 결과, 헌법정신에 반하는 것처럼 보이는 법률을 심사하기 위하여 개발한 교육지책이라고 한다. 이에 관하여, Hayek, *The Constitution of Liberty*, 188-189 참조.

94) William F Funk and others, *Administrative Procedure and Practice: A Contemporary Approach* (6th edn, West Academic Publishing 2018), 244 참조.

95) Jerry L Mashaw and others, *Administrative Law: The American Public Law System* (8th edn, West Academic 2019), 15-34; Robert L Glicksman and Richard E Levy, *Administrative Law: Agency Action in Legal Context* (3rd edn, 2020), 28-53 참조.

론에서 발견하기는 어렵고, 헌법상 권력분립과 적정절차, 그리고 행정국가화 경향에서 행정을 통제하기 위한 정치적 합의의 산물인,<sup>96)</sup> 의회제정법으로서의 연방 「행정절차법」(APA)이 지니고 있다. 즉 일반행정법에서의 논의는 이러한 절차적 논의로 수렴하는 경향이 있다. 염두에 둘 것은 미국이 연방 행정절차법으로 행정절차에 대한 규율의 통일성을 제고하고자 하였지만, 이는 모든 연방 행정청에 대하여 일용 적용할 수 있는 기초적인 부분에 한한 것이고, 실제로는 개별영역의 개별법에 의하여 달리 정할 수 있는 탄력성을 존재하고 있다는 점이다.<sup>97)</sup>

## (2) 연방행정절차법과 절차적 적정절차

### 1) 연방행정절차법

#### ① 기본구조

미국 연방 「행정절차법」이 규율하고 있는 대상을 파악하기 위해서는 해당 법률이 상정하고 있는 구별선을 이해할 필요가 있다. 이 법률이 상정하고 있는 행정작용은 2×2 행렬로 그릴 수 있다.

	정식(formal)	약식(informal)
규칙제정 (rule-making)	정식 규칙제정	약식 규칙제정
재결 (adjudication)	정식 재결	(약식 재결)

우선 행정작용의 형식을 규칙제정(rulemaking)<sup>98)</sup>과 재결(adjudication)<sup>99)</sup>로 나누

96) 상세한 내용은 다음을 참조. 김재선, “행정입법제정절차 통제방안에 관한 미국 행정법학계의 논쟁과 시사점 - 미국 행정절차법 제553조 공고 및 의견제출 절차 논의를 중심으로 -”, 『공법연구』 제51집 제3호, 2023, 488-489면.

97) Dominique Custos, ‘United States’ in Jean-Bernard Auby (ed), *Codification of Administrative Procedure* (Bruylant 2014), Ch 20, 407

98) ‘규칙제정’으로도 소개되고, ‘행정입법’으로도 소개된다. 김광수, “미국행정절차법 연구”, 283면; 배병호, “미국 연방 행정입법절차에 관한 일고”, 『공법연구』 제44집 제1호, 2015, 548면 참조.

99) 재결은 그 ‘효과’ 측면에서 법원에 의한 결정과 유사하다는 의미를 지닌다고도 설명된다. Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 22 참조. 행정기관의 결정권한은 본래 법원에 속하던 법적인 결정권한을 위임한 것이라는 관념이 있었다는 점에 관하여, 박정훈, “행정소

고,<sup>100)</sup> 다음으로 이를 다시 정식과 약식으로 나눈다.<sup>101)</sup> 재결은 규칙을 제외한 모든 처분을 의미한다.<sup>102)</sup> ‘규칙’은 ‘행정청의 의사표시로서 법 또는 정책을 집행, 해석, 규정하는, 장래효를 지닌 것’<sup>103)</sup>이다.<sup>104)</sup> 개념의 추상도로 인하여 규칙제정과 재결의 구별이 항상 용이하지는 않은데, 20세기 초 이래 재결에 해당하기 위해서는 이해관계인의 규모가 크지 않을 것, 해당 결정으로 인하여 특별히 영향을 받을 것, 해당 결정이 당사자와 개별적으로 관련된 근거로 이루어져야 한다고 설명된다.<sup>105)</sup>

정식절차에 따라야 하는지 여부는 원칙적으로 행정청에 권한을 부여하는 법률에서 ‘기록에 의하여 결정’하도록 한 때에 해당하는지 여부에 의하여 결정된다.<sup>106)</sup> 그 밖에 「행정절차법」 외의 법률에 따라 추가적인 절차상 의무를 부과할 수 있는데, 통상 이를 혼합절차(hybrid procedure)라고 칭한다. 행정청은 스스로 재량을 행사하여 추가적인 절차상 보장을 제공할 수 있지만, 법원이 해석에 의하여 법률 또는 적정절차를 초과하는 절차상 의무를 새로이 부과할 수는 없다.<sup>107)</sup>

약식 규칙제정 절차의 경우 의견수렴(notice and comment) 절차를 규정하고 있는 제553조를 적용 받는 경우와 적용이 면제되는 경우로 구분된다. 전자는 구속력이

송과 행정절차 (1)’, 『행정소송의 구조와 기능』, 제12장, 563면 참조.

<sup>100)</sup> 규칙제정과 재결의 분류는 20세기경 대법원 판례에 의하여 나타나기 시작했다. Custos, ‘United States’ in Auby (ed), *Codification of Administrative Procedure*, 387 참조.

<sup>101)</sup> 정식 및 약식이라는 분류는 연방 「행정절차법」에 의하여 형성되었다. *ibid* 388.

<sup>102)</sup> 5 USC § 551(6)-(7); Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 27; Glicksman and Levy, *Administrative Law*, 55 참조.

<sup>103)</sup> 5 USC § 551(4).

<sup>104)</sup> 실제 ‘명령’, ‘규칙’ 조항은 더 많은 개념요소를 포함하고 있는데, 상세히 소개하지는 않는다. 전문을 소개한 국내 문헌으로는 다음을 참조. 배병호, “미국 연방 행정입법절차에 관한 일고”, 554면.

<sup>105)</sup> *Londoner v City and County of Denver* 210 US 373 (1908); *Bi-Metallic Inv Co v Stated Bd of Equalization* 239 US 441 (1915); Glicksman and Levy, *Administrative Law*, 363 참조. 재결에서의 사실과 입법에서의 사실을 구별하면서, 전자는 통상 누가 무엇을, 어디서, 언제, 어떻게, 왜, 어떤 동기로 하였는지에 관한 사실이고, 후자는 통상 정부기관이 법, 정책, 재량에 관한 쟁점을 해결하는 데 도움이 되는 일반적인 사실에 해당한다고도 한다. Kenneth Culp Davis, ‘Approach To the Problems of Evidence’ (1942) 55 *Harvard Law Review* 364, 402-416 참조.

<sup>106)</sup> 규칙제정의 경우 5 USC § 553(c), 재결의 경우 5 USC § 554(a) 참조. 다만, 후술하듯이 규칙제정의 경우 정식 절차 진행 의무가 존재하는지 여부가 더 엄격하게 판단된다.

<sup>107)</sup> *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v Natural Resources Defense Council, Inc.* 435 US 519 (1978).

있는 규칙, 즉 ‘입법적 규칙’(legislative rule)에 해당하고 후자는 통상 구속력이 없는 규칙, 즉 ‘비입법적 규칙’(nonlegislative rule)에 해당한다. 정식 재결은 후술하듯이 재판과 유사한 절차를 따르게 되지만, 약식 재결의 절차상 의무에 관하여는 「행정절차법」에 개별적인 명문의 규정이 없어 「행정절차법」 규정과 어떤 관계가 있는지, 어떠한 법원(法源)과 기준에 의하여 절차적 보호가 제공되는지 논의된다. 정식 재결 절차를 따르는지 약식 재결 절차를 따르는지는 행정청에 재결권한을 부여한 근거법률의 해석에 의하는데, 이에 관하여는 쉘브론 존중<sup>108)</sup>이 적용된 사례가 있다.<sup>109)</sup> 그러나 쉘브론 존중의 폐기로 인하여 이러한 선례는 향후 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

행정청이 규칙제정 또는 재결을 발급하기 위해서는 개별법에 따라 그러한 권한이 부여되어야 한다. 그러한 권한이 없는 경우, 법 위반행위에 대한 제재를 집행하기 위해서는 연방법원에 소를 제기하여야 한다. 대표적인 예로, 법무부 반독점국은 위와 같은 권한이 없어 셔먼법상 의무이행을 확보하기 위해서 연방법원에 소를 제기하여야 한다.<sup>110)</sup>

## ② 정식 재결

정식 재결을 발급하기 위해서는 청문 기회를 보장하기 위하여 청문의 시간·장소·성질에 관한 설명, 청문의 법적 근거 및 쟁점이 통지되어야 한다.<sup>111)</sup> 사건이 당사자간 동의로 해결되지 않으면 청문이 진행되는데, 행정청, 행정청의 구성원 또는 행정법판사(administrative law judge)가 청문주재자가 된다.<sup>112)</sup> 실무적으로는 대다수의 사안에서 행정법판사가 주재한다.<sup>113)</sup> 연방 「행정절차법」은 청문 절차에서의 증명책

108) 주지하다시피 *Loper Bright Enterprises v Raimondo* 144 S Ct 2244 (2024)로 쉘브론 존중이 폐기되기 이전에는 ① 행정청이 집행하는 법률조항에 대한 구속력 있는 해석에 대하여 적용하는 쉘브론 존중(Chevron deference), ② 행정청 스스로의 규정의 해석에 대하여 적용되는 아워 존중(Auer deference), 그리고 ③ 법률조항에 대한 행정청의 해석에 설득적 가치를 부여하는 스킴모어 존중(Skidmore weight)가 있었다. Jonathan M Gaffney, ‘Judicial Review Under the Administrative Procedure Act (APA)’ Congressional Research Service (updated 16 Sep 2024)

109) 예를 들어, *Chemical Waste Management Inc v EPA* 873 F.2d 1477 (DC Cir 1989); *Dominion Energy v Johnson* 443 F.3d 12 (1st Cir 2006).

110) 해당 사례는 Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 22-23 참조.

111) 5 USC § 554(b).

112) 5 USC §§ 554(c), 556(d).

113) Glicksman and Levy, *Administrative Law*, 60 참조.

입, 증언, 증거제출, 교차검증, 조서작성 등에 관한 규정을 두어 재판보다는 느슨하지만 이와 유사한 절차로 정식 재결절차를 규율하고 있다.<sup>114)</sup>

### ③ 약식 재결

약식 재결은 정식 재결을 제외한 모든 재결을 의미하고, 개별법률에 따라 그 구체적 양태가 달라지므로, 포괄하는 유형이 매우 많다. 즉 정식절차와 유사하게 재판과 유사한 절차를 요구하는 경우도, 사실상 아무런 사전 의견청취가 없는 경우도 있다. 약식 재결을 개별적으로 규율하는 연방 「행정절차법」 규정은 없다. 따라서 통상적으로는 구체적 사안에서 약식재결이 헌법상 절차적 적정절차의 적용범위 내에 들어오는지, 들어온다면 어떠한 절차적 보호를 받을 수 있는지 논의된다. 다만, 모든 행정작용에 적용되는 조항으로서, 행정절차에서 대리인에 관한 권리, 적시 처리에 관한 권리 등을 규정한 제555조 및 면허 정지, 철회, 취소의 경우 합리적인 통지를 받고 면허에 관한 법률상 요건이 충족되었다는 점을 설명하거나 충족시킬 기회를 제공받을 권리를 규정한 제558조는 적용된다.

### ④ 정식 규칙제정

정식 규칙제정 절차의 경우 이를 따르도록 규정한 법률 자체도 극소수에 불과하고, 대법원도 정식 규칙제정 절차 해당성을 매우 엄격한 요건하에 인정하여,<sup>115)</sup> 사례가 많지 않고, 현재는 거의 사용되지 않는다고 한다.<sup>116)</sup> 정식 규칙제정 절차에서는 「행정절차법」 제556조, 제557조에 따라 소송과 유사한 절차가 진행된다. 즉 제안된 규칙에 의하여 영향을 받는 사람들은 증거제출, 증인신청, 선서 및 증언, 교호신문 등이 진행된다.<sup>117)</sup>

<sup>114)</sup> 5 USC §§ 556(d)-(e), 557(d) 등 참조.

<sup>115)</sup> 규칙제정의 정식절차 이행의무 존부는 행정재결에 비하여 엄격하게 판단된다. 예컨대 연방대법원은 ‘청문 기회를 부과한 후에 기록에 의하여 결정’하는 경우 정식 절차를 따르도록 규정하고 있는 법문언에 착안하여, ‘기록에 의하여’ 규칙을 제정하도록 한 규정을 정식 규칙제정으로 보지 않는다. *United States v Allgehy-Ludlum Steel Corp* 406 US 742 (1972).

<sup>116)</sup> Custos, ‘United States’ in Auby (ed), *Codification of Administrative Procedure*, 395 참조. 연방대법원이 정식 규칙제정에 적대적이 된 데는 지나치게 비효율적인 실례들을 인식하고 있었던 점도 작용하였다고 설명된다. 예컨대 땅콩버터에서 땅콩함유 비율에 관한 규칙제정에 10년이 넘게 소요되었다고 한다. Robert W Hamilton, ‘Rulemaking on a Record by the Food and Drug Administration’ (1972) 50 *Texas Law Review* 1132, 1150 참조.



### ⑤ 약식 규칙제정

약식 규칙제정 절차에서 중추를 이루는 절차는 의견수렴 절차이다. 이 절차는 사전통지, 이해당사자의 의견제출 및 검토, 효력발생일 30일 이전에 규칙의 근거와 목적에 관한 설명이 포함된 최종규칙의 공포로 이루어진다.<sup>118)</sup>

만일 사전통지된 규칙안과 최종규칙 사이에 예견할 수 없는 변동이 생겼음에도 불구하고 최종규칙에 대하여 의견수렴 절차를 거치지 않았다면, 이는 절차상 하자를 구성한다.<sup>119)</sup> 이를 이른바 ‘논리적 결과기준’(logical outgrowth test)라고 한다.<sup>120)</sup> 이러한 의무는 당초 간결하고 일반적인 설명을 포함한 입법예고로 족하다고 보았던 연방 「행정절차법」의 입법의도와는 다르게, 판례에 의하여 점차 엄격한 기준으로 변화한 것이라고 한다.<sup>121)</sup> 한편, 판례는 이유제시, 즉 ‘규칙의 근거와 목적에 관한 설명’을 제공할 의무를 절차적 문제로 보지 않고, 합리성 심사를 위한 기초라는 관점에서 검토한다.<sup>122)</sup>

다만, 정식 규칙제정이 아닌 모든 규칙제정이 이 절차를 거쳐야 하는 것은 아니다. 군사 또는 외교에 관한 규칙, 행정청의 인사·운영에 관한 규칙, 공공재산, 국채, 보조금, 공적지원, 공공계약에 관한 규칙은 절차상 의무가 전체적으로 면제된다.<sup>123)</sup> 해석규칙, 정책 개요, 행정청의 조직, 절차 또는 관행에 관한 규칙은 입법예고 의무가 면제되고,<sup>124)</sup> 따라서 그 이후에 진행되는 의견제출 절차도 의무사항이 아니다. 다만, 이것이 실질적으로는 은폐된 입법적 규칙에 해당한다면, 의견수렴 절차를 거쳐야 한다. 정책 개요에 해당하더라도 직접적·구체적으로 규율대상에 대하여 의무를 부과하는 경우, 해석규칙이 법령으로부터 지나치게 멀어진 경우 등이 그 예이다.<sup>125)</sup>

117) Custos, ‘United States’ in Auby (ed), *Codification of Administrative Procedure*, 407 참조.

118) 5 USC § 553(c).

119) *Chocolate Manufacturers Association v Block* 755 F.2d 1098 (4th Cir 1985).

120) 이에 관한 상세한 논의는 다음을 참조. 박균성, “미국 행정입법제도의 시사점 - 사법적 통제를 중심으로 -”, 『행정법연구』 제46호, 2016, 85-86면.

121) Custos, ‘United States’ in Auby (ed), *Codification of Administrative Procedure*, 395; 박균성, “미국 행정입법제도의 시사점”, 82면 참조.

122) Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 167 참조.

123) 5 USC § 553(a) 참조.

124) 5 USC § 553(b)(A).

125) Nicholas Bagley, ‘Remedial Restraint in Administrative Law’ (2017) 117 *Columbia Law Review* 253, 269 참조. 다만, 이들 사이의 구별은 쉽지 않다. 「행정절차법」이 적용되는 규칙과 그렇지 않은 규칙 사이의 구별이 ‘마치 스모그에 둘러싸여 있는 것 같다’고 표현한 사례로,



## 2) 절차적 적정절차

### ① 적용범위

미국 수정헌법 제5조, 제14조에 따르면 어느 누구도 법의 적정절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않는다.<sup>126)</sup> 절차적 적정절차는 공권력에 의하여 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하는 경우 상대방의 의견을 듣는 절차를 거쳐야 한다는 의미를 지닌다.<sup>127)</sup> 이는 특정한 개인 또는 집단과 관련하여 사실관계에 관한 잠재적인 쟁점이 존재하는 경우에 한하여 적용된다.<sup>128)</sup> 그 적용범위는 ‘생명, 자유 또는 재산’, 그리고 ‘박탈’의 해석에 의존하고 있다. 박탈은 원칙적으로 고의적인 공권력행사를 의미하고, 중과실로도 인정되지 않으며, 사인으로부터의 보호 국면에서도 적용되지 않는다.<sup>129)</sup> 신청에 대한 거부에 대해서도 하급심 판례는 절차적 적정절차를 적용하는 것이 류류적이거나,<sup>130)</sup> 대법원이 이를 명시적으로 밝힌 적은 없었다고 한다.<sup>131)</sup> ‘생명’의 의미는 비교적 명확하여 주된 논쟁대상은 아닌 것으로 보인다. ‘자유’는 신체적 자유에 한정되지 않고, 계약을 체결할 자유, 통상적인 직업에 종사할 자유, 교육의 자유, 혼인의 자유, 가족형성의 자유, 신앙·종교의 자유, 일반적으로 인정되어 온 혜택을 향유할 자유, 그 밖에 행복추구에 핵심적인 사항이 포함된다.<sup>132)</sup> 한편, 재산상 이익이 있다고 보기 위해서는 권익에 관한 정당한 주장이 있어야 하고, 단순한 추상적 필요나 욕구 또는 단순한 일방적 기대만으로는 부족하다.<sup>133)</sup>

전통적으로 미국 판례는 권리와 혜택의 구별을 따르면서 전자에 한하여 절차적 적정절차의 적용범위에 들어온다고 하였다.<sup>134)</sup> 그러나 이러한 경향은 *Goldberg v Kelly* 사건<sup>135)</sup>을 계기로 전환을 맞이하였다. 이 사건에서는 뉴욕 시에 의한 사회보

<sup>126)</sup> 수정헌법 제5조는 연방에 관한 조항이고, 수정헌법 제14조는 주에 관한 조항이다.

<sup>127)</sup> Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 244.

<sup>128)</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* (5th edn, Wolters Kluwer 2015), 604 참조. 개별결정 절차에서만 적용된다는 점에 관하여, Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 244-248 참조.

<sup>129)</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law*, 574-578 참조.

<sup>130)</sup> 예를 들어, *Mallette v Arlington County Employees' Supplemental Retirement System II* 91 F.3d 630, 638 (4th Cir 1996).

<sup>131)</sup> Funk and others, *Administrative Procedure and Practice*, 251 참조.

<sup>132)</sup> *Roth v Board of Regents* 408 US 564, 562 (1972).

<sup>133)</sup> *ibid* 577.

<sup>134)</sup> Chemerinsky, *Constitutional Law*, 581f. 참조.

장 지급이 종료되었는데, 대법원은 현대 사회에서 많은 부(富)가 전통적인 보통법 개념에서의 재산에 포섭되지 않는 경우가 많은 점을 언급하면서, 위 사회보장 수급권이 단순한 시혜가 아니라 재산이라고 보는 것이 현실적이라고 하였다.<sup>136)</sup>

② 절차상 요청

앞선 *Goldberg v Kelly* 사건에서는 저소득층에게 제공되던 일반 공공지원 프로그램의 종료가 문제되었는데, 연방대법원은 그와 같은 종료 이전에 증거심리가 포함된 청문이 필요하다고 판단하였다. 비록 준수법적인 절차까지 필요한 것은 아니지만, 대심적 청문, 증거 및 증인신청권의 보장, 중립적 결정권자가 요구되었다. 그러나 절차적 적정절차에 따라 의견청취를 거쳐야 하는 경우 항상 이와 같은 수준의 보장이 요구되는 것은 아니다. 즉 헌법적으로 요구되는 수준은 개별적·구체적 사안마다 탄력적으로 판단된다. 이와 관련한 준거가 되는 선례가 *Mathews v Eldridge* 사건<sup>137)</sup>이다.<sup>138)</sup> 이 사건에서는 장애급여 지급 종료 결정에 대하여 개별적 의견청취 절차를 진행하여야 하는지가 쟁점이 되었다. 연방대법원은 다음의 세 가지 고려사항, 즉 ① 공적 행위로 인하여 영향을 받을 개인의 이익, ② 절차를 통하여 그러한 이익이 잘못 박탈될 위험, 그리고 추가적·대체적 절차보호 장치가 제공할 수 있는 잠재적 가치, ③ 추가적·대체적 절차보호 장치에 동원되는 기능과 이에 수반할 재정적 및 행정적 부담을 포함한 정부의 이익을 형량하여 결정하여야 된다고 판단하였다.<sup>139)</sup> 연방대법원은 사전 청문은 불필요하고, 결정 후 의견청취가 진행되고 있는 것으로 절차적 적정절차가 충족되었다고 보았다. 장애급여가 재정적 필요를 요건으로 하는 급여가 아닌 점,<sup>140)</sup> 요건에 대한 판단이 상대적으로 정형화되어 있는 점이 고려되었다.<sup>141)</sup>

<sup>135)</sup> 397 US 254 (1970).

<sup>136)</sup> *ibid* 262.

<sup>137)</sup> 424 US 319 (1976).

<sup>138)</sup> 이 사건은 외국의 비교행정법학 연구뿐만 아니라 법철학 연구에서도 주목하는 사례이다. *Eberhard Schmidt-Aßmann, Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren. Eine vergleichende Untersuchung zum amerikanischen und deutschen Verwaltungsverfahrenrecht, AöR, Bd. 142, 2017, S. 325 (333-336); Ronald Dworkin, 'Principle, Policy, Procedure' in A Matter of Principle (Harvard University Press 1986), Ch 3, 99-101 참조.*

<sup>139)</sup> 424 US 335.

<sup>140)</sup> *ibid* 340-341.

### (3) 사법심사

연방 「행정절차법」 제702조는, 관련 법률이 의미하는 범위 내에서, 행정작용으로 인하여 법적 피해를 입거나 불이익을 받은 자가 사법심사를 구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정은 그 자체로 연방법원에 재판권을 부여하고 있는 것은 아니고, 다른 개별법 규정이 재판권을 부여하고 있을 때 사법심사의 근거가 된다.<sup>142)</sup>

사법심사 측면에서 「행정절차법」은 개별법의 조항을 보충한다. 「행정절차법」에서 규율하고 있는 행정작용에 대하여, 개별법에 사법심사에 관한 별도의 규정이 없는 경우, 원칙적으로 사법심사의 대상이 된다.<sup>143)</sup> 다만, 개별 법률 규정에서 사법심사를 배제하거나, 행정작용이 행정청의 재량에 위임된 경우<sup>144)</sup>에는 사법심사의 대상에서 제외된다. 사법심사 기준도 개별법에 따라 달리 정할 수 있다.<sup>145)</sup>

「행정절차법」에 따른 사법심사에서 연방법원은 원칙적으로 행정청이 결정 시 판단근거가 되었던 기록의 자료를 기초로 심사를 하고, 사후에 추가되는 자료를 근거로 행정결정의 합리성을 심사하여서는 안 된다. 사후 정당화의 위험이 있기 때문이다.<sup>146)</sup> 이러한 관점에서 이유제시의 추가 등은 허용되지 않는다.<sup>147)</sup>

「행정절차법」은 법률이 정한 절차에 따르지 않은 것을 행정작용의 위법사유로 명시하고 있다.<sup>148)</sup> 행정작용이 사법심사 기준을 충족하지 못하였을 경우, 법원은 원칙적으로 그 행정작용을 취소·환송한다.<sup>149)</sup> 그런데 이와 관련하여 절차적 하자에 통제와 관련하여서 탄력성을 유지하기 위한 법리 또는 제도가 존재한다. 여기서는 두 가지를 소개하기로 한다.

141) *ibid* 343-345.

142) Mashaw and others, *Administrative Law*, 883-884 참조.

143) 5 USC § 702.

144) 5 USC § 701(a). 여기서 말하는 행정청의 재량은 일반적인 의미에서의 재량이 아니라 사법심사가 실질적으로 불가능할 정도의 재량을 의미하는데, 이는 권한 해석의 문제로 귀결된다. Glicksman and Levy, *Administrative Law*, 1143 참조.

145) 「청정대기법」(Clean Air Act)상 사법심사를 예로 들 수 있다. 42 USC § 7607 (b).

146) 5 USC § 706; *Preserve Overton Park Inc v Volpe* 410 US 402, 419 (1971).

147) 이는 연방 「행정절차법」 이전부터의 관례이다. *Securities and Exchange Comm'n v Chenery* 318 US 80, 88 (1943)

148) 5 USC § 706(2)(D).

149) Ronald M Levin, 'Judicial Remedies' in Richard W Murphy and others (eds) *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies* (2nd edn, American Bar Association 2015), 251 참조.

첫째는 ‘손해 없는 하자 원칙’(harmless doctrine)이다. 연방 「행정절차법」 제706조 제2항 (D)는 연방법원으로 하여금 법률에 정한 절차에 따르지 않은 행정작용을 위법하다고 판단하고 취소하도록 규정하고 있다.<sup>150)</sup> 그런데 같은 조항은 이러한 판단을 함에 있어서 법원이 전체 기록 또는 당사자에 의하여 인용된 부분을 심사하여야 하고, ‘결과상 오류의 원칙’(rule of prejudicial error)<sup>151)</sup>을 적절하게 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 ‘손해 없는 하자 원칙’(harmless error rule)을 규정한 것이라고 해석된다.<sup>152)</sup> 비록 하급심 판례에 의해서 이 원칙이 적용된 사례는 있었으나,<sup>153)</sup> 대법원 행정사건에서 ‘손해 없는 하자 원칙’을 적용한 것은 2007년이 최초이고,<sup>154)</sup> 2009년에야 비로소 *Shinseki v Sanders* 사건<sup>155)</sup>에서 위 규정 자체의 해석론에 관한 실질적인 논의가 이루어졌다고 한다.<sup>156)</sup> 이 사건에서는 장애보상 신청에 대한 심사 과정에서 신청인이 제출하여야 하는 증거의 종류 등을 안내하여야 할 법률상<sup>157)</sup> 통지의무 위반 문제가 되었다. 연방대법원은 이 사건에서, 행정작용을 다투는 당사자는 그에 존재하는 오류로 인하여 어떠한 손해를 보았는지 설명하여야 하고, 그에 관한 증명책임은 원칙적으로 행정작용을 다투는 상대방에 있다고 판단하였다. 이는 일반 민사사건에서의 원리를 그대로 적용한 결과물이었다.<sup>158)</sup> 이에 대해서는 대법관 3인의 반대의견이 있었는데, 이 사건에서 문제가 된 재향군인사무소는 신청

<sup>150)</sup> 5 USC § 706(2).

<sup>151)</sup> ‘해로운 하자 원칙’로 번역되기도 한다. 강정연, 『미국 행정법상 ‘손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)’에 관한 연구 - 행정절차상 하자 이론과 관련하여 -』, 서울대학교 석사학위논문, 2018, 16면 참조. ‘prejudicial error’는 통상 상급법원에 의한 재판 맥락에서 ‘결과에 영향을 미쳤을 것으로 추정되는 오류’를 의미한다. Justia Legal Dictionary 참조.

<sup>152)</sup> 연방 「행정절차법」에 대한 법무부장관의 매뉴얼은, 이 조항이 상급법원에 의한 하급법원 및 행정기관의 결정을 심사할 때 적용되는 ‘손해 없는 하자’ 원칙을 간명하게 규정한 것이라고 하였다. US Department of Justice, *Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act* (1947), 110 참조.

<sup>153)</sup> 한 가지 예로, 신청인이 실제로 제출하여야 되는 서류를 알고 있었으므로 절차 하자로 인한 손해가 없었다고 판단한 사례를 들 수 있다. *Holmes v Peake*, No. 06-0852, 2008 WL 974728, \*2 (Vet App, 3 April 3, 2008) (Table).

<sup>154)</sup> *Nat’l Ass’n of Home Builders v Defenders of Wildlife* 551 US 644, 659 (2007).

<sup>155)</sup> 556 US 396 (2009).

<sup>156)</sup> 연방대법원의 판례 연혁에 관하여, Nicholas Bagley, ‘Remedial Restraint in Administrative Law’ (2017) 117 *Columbia Law Review* 253, 259 참조.

<sup>157)</sup> 이 사건에서는 「재향군인청구보조법」(Veterans Claims Assistance Act)상 의무가 쟁점이 되었다.

<sup>158)</sup> 556 US 406-410 참조. 연방대법원은 위 법무부장관의 매뉴얼(주 152)의 설명을 전거로 삼았다.

인을 조력할 의무가 있는 기관이고, 행정청에 증명책임을 부과한다고 하더라도 행정청으로서의 신청인이 통지가 이루어졌어야 하는 내용을 알고 있었다거나 예상할 수 있었다는 등의 사정을 주장·증명할 수 있으므로 그것이 과도한 요구라고 보기 어려우며, 행정청의 절차적 의무 이행에 유인을 제공한다는 점을 논거로 하였다.<sup>159)</sup> 미국 행정판례에서 절차하자로 인한 ‘손해’를 어떻게 구성하는지에 관하여서는 논쟁이 남아 있다.<sup>160)</sup>

둘째는 효력을 유지하면서 행정결정을 환송하는 ‘취소 없는 환송’(remand without vacatur) 판결이다.<sup>161)</sup> 이 유형의 판결은 규칙 및 재결에 대한 소송 모두에서 논의되는데,<sup>162)</sup> D.C. 연방항소법원에서 1970년대부터 나타났다고 설명된다.<sup>163)</sup> 여기서 법원은 ① 하자의 중대성, 그리고 그에 따라 나타나는, 행정청이 한 선택의 타당성에 대한 의심의 정도와 ② 행정작용의 잠정적 변경이 발생시킬 수 있는 파괴적인 결과를 고려하여 취소 없는 환송판결 여부를 판단한다.<sup>164)</sup> 행정작용을 취소하였을 때 발생할 수 있는 결과는 다양할 수 있다. 예컨대 환경법적 맥락에서, ‘하자가 있는 규칙을 준수하여야 함으로써 발생하는 기업의 불이익’ 및 ‘규칙을 유지함으로써 인하여 발생할 수 있는 환경상 피해’ 모두가 상정될 수 있는데, 법원 판례에서 나타나는 고려요소는 일관되지 않다고 평가된다.<sup>165)</sup> 미국 내에서는 이러한 판결 형태가 위법하다고 보는 실무가들도 있다.<sup>166)</sup>

<sup>159)</sup> 556 US 414-417 (Souter J dissenting).

<sup>160)</sup> 상세한 논의에 관하여, 강정연, 『미국 행정법상 ‘손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)’에 관한 연구』, 제3장 참조.

<sup>161)</sup> 국내에서 이를 소개한 연구로는 다음을 참조. 박균성, “미국 행정입법제도의 시사점”, 91-92면.

<sup>162)</sup> 취소 없는 환송 판결에 대한 종합 연구로는 다음을 참조. Stephanie J Tatham, *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur*, Administrative Conference of the United States, Final Report (3 January 2014). 동 자료 54면 이하는 1972-2013년 사이에 있었던 취소 없는 환송 판결 사례를 행정작용 유형, 법적 근거, 주심판사에 따라 분류되어 있다.

<sup>163)</sup> Kristina Daugirdas, ‘Evaluating Remand Without Vacatur’ (2005) 80 *New York University Law Review* 278, 290 참조.

<sup>164)</sup> *Allied-Signal Inc v US Nuclear Regulatory Commission* 988 F.2d 146, 150-151 (DC Cir 1993).

<sup>165)</sup> Andrew Slottje ‘Remand Without Vacatur in a Changing Environment’ *Yale Law Journal Forum* (17 Feb 2023), 942-943 참조.

<sup>166)</sup> *Checkosky v SEC* 23 F.3d 452, 491 (DC Cir 1994) (Randolph J dissenting); *Milk Train Inc v Veneman* 310 F.3d 747, 758 (DC Cir 2002) (Sentelle J dissenting).

### 3. 독일

#### (1) 기본권 보장과 봉사적 기능론

19세기 독일 행정법이 오토 마이어의 이론에 의하여 윤곽을 잡게 되고, 특히 행정 행위 중심의 사고가 발달하게 되면서, 행정절차는 행정법학의 관심사항이 아니었다. 행정법학의 주요 관심사는 행정작용을 구속하는 일반규율을 발전시키는 데 있었다. 이에 따라 절차권에 관한 법률 규정은 그 수도 적었고, 개별영역에 파편적으로 규정되어 있었다. 그러나 「행정송달법」(VwZG), 「행정집행법」(VwVG), 「행정법원법」(VwGO)이 각각 1952년, 1953년, 1960년 제정되었고, 1956년 이래 연방 차원의 초안 작업을 거친 「행정절차법」(VwVfG)이 1977년에 발효되었다.<sup>167)</sup>

한편, 독일 행정절차법학에 오랫동안 자리 잡고 있었던 관념은 절차가 ‘봉사적 기능’(dienende Funktion)을 지닌다는 것이다. 조금 더 엄밀하게 말하자면, 이는 절차가 실체에 봉사하는 기능만(*nur dienende Funktion*)을 가지고 있다는 소극적 의미의 봉사적 기능을 의미한다.<sup>168)</sup> 이러한 관념은, 관할, 절차 또는 형식의 하자가 실제적 결정에 영향을 미치지 않았음이 명백한 경우에는 그러한 하자만으로 행정행위를 취소할 수 없다고 규정하는 독일 「행정절차법」 제46조에 실정법화 되어 있다.

미국과 달리, 독일 「기본법」에는 절차적 기본권 보장에 관한 일반 의무를 부과하는 명시적인 규정이 없다. 「기본법」 제13조, 제104조에 규정된 법관유보가 보여주듯이 독일 「기본법」이 절차법적 보장의 중요성을 고려하기는 하였지만, 미국의 적정절차 조항이 보여주는 정도로 연방과 주에 공히 적용되는 공정한 절차의 요청이 명시적으로 규정되어 있었던 것은 아니다. 결국 헌법적 차원에서 기본권 보장은 실체법적 관점에서 다루어졌다.<sup>169)</sup> 이러한 이유에서 연방헌법재판소가 재산권을 보호하기

167) 이상의 간략한 역사적 개관에 관하여, *Andreas Voßkuhle/Jakob Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Verwaltungsverfahren, JuS 2022, S. 717 (717).*

168) 이와 비교하여 영미법계에서 법의 적정절차가 가지는 도구적 의의를 논할 때는, 절차의 실체에 대한 열위를 전제하지 않고, 결과의 합리성(Rationalität)을 증진시키는 기능에 중점을 둔다고 한다. 실체법이 사안을 완전히 포착하고 있지 못하기 때문이다. 이를 적극적 의미의 봉사적 기능이라고도 한다. *Christian Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, Tübingen 2010, S. 8-12* 참조. 독일 내에서는 이러한 봉사적 기능론에 대하여 많은 비판이 있지만, 여기서 상론하지는 않는다.

169) 이상의 기본법 구조에 관하여, *Schmidt-Aßmann, Due Process und Grundrechtsschutz durch*



위한 효과적인 구제수단이 기본권 자체의 중요한 요소를 이룬다고 판단했을 때,<sup>170)</sup> 그리고 *Mülheim-Kärlich* 결정에서, 기본권은 상당 부분 절차의 형성을 통하여 달성된다는 것이 확립된 판례라고 판시하였을 때,<sup>171)</sup> 절차에 대한 관점의 전환이 있었다고 평가된다.<sup>172)</sup>

그러나 이러한 ‘절차를 통한 기본권 보장’(Grundrechtsschutz durch Verfahren)<sup>173)</sup>이 권리실현적 측면에 관한 인식을 제고시켰지만, 그 도그마틱적인 영향력에는 한계가 있었다고 한다. 기본권과 관련이 있는 절차규정 위반이 있는 경우 「행정절차법」 제46조가 적용되지 않는다는 해석이 받아들여지지 않았기 때문이다. 이는 기본권에 의하여 반드시 요구되는 절차적 규율은 극히 일부에 불과하고, 심지어 이 영역에서도 행정에 대한 제재를 형성하는 데 대한 입법자의 광범위한 형성의 재량이 인정된다는 점을 근거로 한다.<sup>174)</sup>

## (2) 연방 행정절차법의 규율내용

이하에서는 독일 연방 「행정절차법」의 주요 내용을 개관한다. 조세 영역에서는 「국세기본법」(AO), 사회보장 영역에서는 「사회법전」(SGB) 제1권, 제10권에 관련 절차

---

Verfahren. S. 338-339 참조.

<sup>170)</sup> BVerfGE 24, 367 (401).

<sup>171)</sup> BVerfGE 53, 30 (65).

<sup>172)</sup> *Schmidt-Aßmann*, Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren. S. 339 참조. 다만, 행정과 사법의 구별을 근거로, 원자력법상 허가절차가 문제된 위 연방헌법재판소 결정에서, 사법 절차에 관한 판결을 인용하면서 절차를 통한 기본권 보장의 필요성에 관한 사항을 확립된 판례라고 판시한 것은 설득력이 없다는 설명도 있다. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *Kommentar zum VwVfG*, Werkstand: 4. EL, 2023, Einleitung Rn. 309 참조. 위 결정 이전부터 독일 학계에서 기본권과 절차의 관계에 관한 인식이 있었다고 한다. 대표적으로 계획법, 임미시운법, 상린관계법 등에서 기본권은 행정절차를 통해 현실화 되고, 이 맥락에서 기본권은 ‘국가작용의 과정에 절차적으로 참여할 권리’의 의미를 지닌다는 점에 관하여, *Peter Häberle*, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30, 1972, S. 43 (89) 참조.

<sup>173)</sup> 이는 기존에 이미 존재하는 절차의 합헌적 해석과 관련된 ‘절차 내의 기존권 보장’(Grundrechtsschutz im Verfahren)과 구별된다. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwVfG*, Werkstand: 4. EL, 2023, Einleitung Rn. 310 참조.

<sup>174)</sup> *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, § 27 Rn. 108; *Quabeck*, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, S. 25 참조.

가 규정되어 있는 한편, 다른 여러 개별법, 예를 들어 「환경영향평가법」(UVPG), 「조정법」(MediationsG) 등에서도 행정절차에 관한 사항을 규정하고 있지만, 일반법의 지위를 지니고 있는 연방 행정절차법을 살펴봄으로써 독일 실정법 분야에서 나타나는 절차적 규율 관한 전반적인 인식을 관찰해 볼 수 있을 것이다.<sup>175)</sup>

행정작용 형식의 측면에서 독일 「행정절차법」은 행정행위 및 공법상 계약에 관한 행정청의 외부적 활동을 규율 대상으로 삼고 있다(제9조). 여기서는 행정행위에 관한 몇 가지 주요 절차만을 간략하게 살펴보기로 한다.

독일의 행정행위 발급 절차에서는 원칙적으로 직권탐지주의에 따라 사실관계를 조사한다. 즉 행정청은 조사의 종류와 범위를 결정하며, 관련 당사자의 증거제출 또는 증거신청에 구속되지 않는다(제24조 제1항 제1문). 행정청은 당사자에게 유리한 상황을 포함하여 개별 사안과 관련된 모든 사정을 고려하여야 한다(제24조 제2항).<sup>176)</sup> 이러한 규율은 절차의 공정성과 행정의 적법성을 포함하는 법치국가원리의 결과물로서 설명되나,<sup>177)</sup> 당사자의 참여에 방점을 두는 미국의 적정절차 관념과의 비교를 통해 그 타당성에 의문이 제기되기도 한다.<sup>178)</sup>

행정행위가 발급되기 전에 그로 인하여 권리를 제한 받는 당사자에게는, 그 결정과 관련된 사실관계에 관하여 의견을 제출할 기회가 주어져야 한다(제28조 제1항). 다만, 공익에 대한 임박한 위협으로 인하여 즉시 결정이 필요한 경우, 의견청취로 인하여 처분기간을 준수하지 못하게 될 경우, 당사자가 제출한 사실관계가 그에게 불리하게 달리 판단되지 않을 경우, 행정청이 일반처분, 대량으로 유사한 행정행위

175) 독일은 행정입법절차 일반에 관한 법률규정은 없어, 행정규칙으로 이를 규율하고 있다. 연방 법규명령은 「연방각부 공동 사무처리지침」(Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, GGO) 제62조에서 제68조까지의 규정, 행정규칙은 위 지침 제69조부터 제71조까지의 규정에 따른다. 이 글에서는 자세히 살펴보지는 않는다. 이에 관한 상세한 논의는, 신지원, 『행정입법에 대한 의견수렴절차 연구 - 독일과 미국의 고찰을 통한 새로운 모델의 모색』, 서울대학교 석사학위논문, 2014, 제3장 제1절 참조. 독일에서는 위 사무지침의 대외적 구속력이 부정되므로 그 하자를 명령제정 절차의 하자로 주장할 수 없다고 한다. 김현준, “행정입법절차의 쟁점과 과제 - 독일법과의 비교를 중심으로 -”, 『공법학연구』 제17권 제1호, 2016, 345면 참조.

176) 이러한 직권탐지주의는 결정과 관련된 사정의 조사를 당사자의 통제와 처분권한에서 벗어나게 한다고 설명된다. *Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, § 28 Rn. 37.

177) *Ulrich Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), *Kommentar zum VwVfG*, 24. Aufl., München 2023, § 24 Rn. 3 참조.

178) *Schmidt-Aßmann*, *Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren*. S. 359 참조.

또는 자동적 장치를 활용한 행정행위를 발급하고자 하는 경우, 행정집행 조치에 해당하는 경우에는 의견청취 의무가 없다(제28조 제2항). 국가안전보장 등의 공익상 필요가 인정되는 경우에도 마찬가지이다(제28조 제3항). 행정청은 당사자의 의견제출 기회를 보장하기 위해서 절차의 개시 또는 행정행위의 발급 의사를 적시에 통지하여야 하고, 의견을 준비할 충분한 시간을 제공하여야 한다.<sup>179)</sup> 예정된 행정조치를 사전에 개별적·구체적으로 통지하여야 하며, 일반적인 법적 상황에 관한 언급만으로는 부족하다.<sup>180)</sup>

의견청취 의무의 대상이 되는 행정행위에 수익적 행정행위의 거부도 포함되는지에 관하여, 판례는 독일 「행정절차법」 제28조의 문언상 침익적 행정행위에 대해서만 의견청취 의무가 적용된다고 한다.<sup>181)</sup> 그러나 학설상 지배적 견해는 의견청취 의무의 법치국가적 의의를 고려하여 수익적 행정행위의 거부도 제28조의 적용범위에 포함되어야 한다고 한다.<sup>182)</sup>

행정청은 당사자가 법적 이익의 주장·방어하기 위하여 필요한 경우 문서열람 기회를 제공하여야 한다. 다만, 행정절차의 종료 전의 결정 초안 또는 그를 위한 직접적인 준비과정에서의 문서에 대하여 열람 기회를 제공할 의무는 없다(제29조 제1항 제1문, 제2문). 문서 열람으로 인하여 행정 임무의 적절한 수행이 저해되거나, 주 또는 연방의 복리에 반할 경우, 또는 다른 당사자 또는 제3자의 정당한 이익 등을 이유로 비밀유지가 필요한 경우에도 문서열람 기회를 제공할 의무가 없다(제29조 제2항).

행정행위를 서면 등으로 발급하는 때에는 원칙적으로 이유가 제시되어야 하고, 이에는 행정행위 발급의 기초가 된 주요한 사실적·법적 근거를 포함하여야 한다(제39조 제1항 제1문, 제2문). 재량행위의 경우에는 행정청이 행정행위에 이르게 된 관점을 제시하여야 한다(같은 항 제3문). 신청한 행정행위를 발급하는 경우, 행정행위의 상대방이 이미 행정청의 사실적·법적 상황에 대한 관점을 알고 있거나 이유제시 없이도 알 수 있는 경우, 행정청이 대량으로 유사한 행정행위를 발급하고자 하거나 자

<sup>179)</sup> Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, 2023, § 28 Rn. 19 참조.

<sup>180)</sup> Ebd., § 28 Rn. 19a 참조.

<sup>181)</sup> BVerwGE 66, 184 (186); BVerwGE 68, 267 (270).

<sup>182)</sup> Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, 2023, § 28 Rn. 26a 참조. 독일 학자들이 제시하는 다른 여러 주요 논거에 관하여, 최계영, “거부처분의 사전통지 - 법치행정과 행정의 효율성의 조화 -”, 『행정법연구』 제18호, 2007, 275-276면 참조.

동적 장치를 활용하여 행정행위를 발급하고자 하는 때로서 개별적 사안에 따른 이유제시의 필요성이 없는 경우, 법규정에 의하여 이유제시 의무가 배제되는 경우, 일반처분이 이루어지는 경우에는 이유제시 의무가 없다(제39조 제2항).<sup>183)</sup>

### (3) 사법심사

#### 1) 행정행위 취소청구권과 절차하자

행정행위에 대한 불복수단인 취소소송에서 절차적 하자가 어떻게 검토되는지 살펴보기로 한다. 우선 취소소송의 본안단계에서 인용판결을 받기 위해서는 행정법원 법 제113조 제1항에 따라 피고본안적격(Pasivlegitimation)이 있을 것, 계쟁 행정행위가 위법할 것, 그로 인하여 원고의 권리가 침해되었을 것을 요하고, 이 요건들을 충족한 경우 원고에게 취소청구권(Anfechtungsanspruch)이 있는 것으로 관념화된다.<sup>184)</sup>

취소청구권이 있는지 여부와는 무관하게, 절차규정을 위반한 행정행위는 항상 위법하다.<sup>185)</sup> 행정행위의 위법성을 초래한다는 의미에서 절대적 위법사유와 상대적 위법사유는 존재하지 않는다.<sup>186)</sup> 절차하자가 발생한 상황임에도 불구하고 취소를 면하는 예외상황이 바로 하자의 치유가 인정되는 경우와 절차하자가 독립적 취소사유로 인정되지 않는 경우인데, 이는 각각 위법성과 권리침해 요건과 관련된다.<sup>187)</sup>

#### 2) 하자의 치유

독일 「행정절차법」 제45조는 행정행위의 치유에 관하여 규정하고 있다. 제45조 제1항에 따르면, 행정행위의 발급을 위하여 필요한 신청이 추후 이루어진 경우(제1호), 필요한 이유제시가 추후 이루어진 경우(제2호), 필요한 의견청취가 추후 이루어진 경우(제3호), 행정행위의 발급을 위하여 참여가 필요한 위원회 결정이 추후 이루어진 경우(제4호), 참여가 필요한 다른 행정청의 참여가 추후 이루어진 경우(제5호)에

183) 이유제시 의무에 관한 상세한 논의는 다음을 참조. 정하중, “이유제시하자의 치유의 처분사유의 추가·변경 - 독일법과의 비교연구 -”, 『인권과 정의』 제364호, 2006, 133-135면.

184) *Friedhelm Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl., München 2023, § 24 Rn. 3, § 25 Rn. 1, 41 참조.

185) *Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 6. Aufl., Baden-Baden 2018, Rn. 792, 801 참조.

186) *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, § 25 Rn. 6 참조.

187) *Ebd.*, § 25 Rn. 9 참조.

는 무효사유에 이르지 않는 절차상·형식상 하자가 독립취소 사유를 구성하지 않는다. 이는 치유가 가능한 사안유형을 제한적으로 열거한 규정으로 해석된다.<sup>188)</sup> 규정상 위와 같은 하자의 치유는 사실심 변론종결 시까지 가능한데(제45조 제2항 참조), 이러한 하자 치유의 기한은 종래 행정심판절차 종료 시 또는 소 제기 이전 시까지만 치유에 관하여 규정하고 있던 것이 1996년 확대된 것이다.

문언상 치유의 범위가 매우 넓은 듯 하나, 실제 치유를 인정하기 위해서는 ‘그러한 하자가 없었더라면 있었을 지위’로 회복할 수 있어야 한다거나,<sup>189)</sup> 절차작용을 통하여 달성하고자 하는 목적이 완전히 충족되어야 한다고 설명된다.<sup>190)</sup> 위 규정에 포함된 하자의 치유가 얼마나 용이한지는 각 호마다 다른데, 여기서는 제2호, 제3호의 사유에 관하여만 검토하기로 한다. 제2호의 이유제시 하자의 치유는 결정 내용의 변경과는 무관하게 그 이유에 관한 설명을 제시하는 것으로서, 실제 고려사항에 관한 정정을 포함하는 처분사유의 추가·변경과는 구별된다.<sup>191)</sup> 가장 문제가 되는 것은 제3호의 의견청취 절차이다. 의견청취 절차는 그 본질상 통상 행정행위가 발급되기 전에 이루어져야 그 절차적 목적을 완전히 충족시킬 수 있기 때문이다.<sup>192)</sup> 위 조항에 따른 치유가 인정되기 위해서는 앞서 살펴본 독일 「행정절차법」 제28조에 따른 의견청취 절차와 동일한 수준의 절차를 거치고,<sup>193)</sup> 이미 발급된 행정행위를 정당화하는 데 그치지 않고 비판적으로 재검토 할 계기가 되어야 한다.<sup>194)</sup>

### 3. 독립취소사유 불인정

독일 「행정절차법」 제46조에 따르면 절차적 하다가 실체적 결정에 영향을 미치지 않았음이 명백한 경우에 행정행위를 취소할 수 없다. 상론하였다시피 이는 소극적 관점의 봉사적 기능론을 입법적으로 구현한 것이다. 다만, 이는 일반법적 지위를 가

<sup>188)</sup> *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 938 참조.

<sup>189)</sup> *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 7 참조.

<sup>190)</sup> *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), VwVfG, § 28 Rn. 12 참조.

<sup>191)</sup> *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), VwVfG, § 45 Rn. 18 참조.

<sup>192)</sup> *Ebd.*, § 45 Rn. 23 참조.

<sup>193)</sup> *Ebd.*

<sup>194)</sup> 이미 구급된 강제퇴거 대상자에 대한 강제퇴거명령에 관하여, 의견청취 절차의무를 이행하여 하자가 치유되었다고 판단한, BVerwGE 164, 317 Rn. 25 참조.

지고 있으므로 별도의 규율에 따라 절대적 절차적 권리가 인정되면 적용되지 않는다. 그 예로는 「연방자연보호법」(BNatSchG) 제63조에 따른 계획확정절차에서 승인된 자연보호단체의 참여권<sup>195)</sup> 등이 있다.<sup>196)</sup> 근래에는 EU의 절차중시 경향의 영향을 받아 개정된 연방 「환경권리구제법」(UmwRG) 제4조 제1항에 규정된 환경영향평가와 관련된 권리가 절대적 절차적 권리의 대표적인 사례로 언급된다.<sup>197)</sup> 그 외의 대부분의 절차상 하자, 예컨대 의견청취, 문서열람, 이유제시, 인적 배제(「행정절차법」 제20조), 상담·정보제공(「행정절차법」 제25조) 의무와 관련된 하자는 모두 상대적 하자에 해당한다.<sup>198)</sup> 상대적 하자의 취소사유 구성 여부는 그러한 하자가 없는 사유와의 비교를 통하여 판단되고, 이때 판단기준은 개별적·구체적 사안에서 행정청이 문제가 된 하자가 없었더라도 “정확하게 같은 결정을 하였을 것이라는 모든 의심을 배제할 수 있는지 여부”<sup>199)</sup>로 본다.

### III. 법이론적 의의

#### 1. 보편적 원리로서 절차보호

비교대상 국가들을 살펴보면, 침익성이 있는 행정작용에 관하여 특정한 절차법적 보장이 이루어져야 한다는 원리, 특히 결정의 상대방이 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회가 보장되어야 한다는 원리는 모든 국가들에서 공히 공감을 받고 실정법적

<sup>195)</sup> BVerwGE 41, 64; 44, 239.

<sup>196)</sup> 독일 취소소송의 본안판단에서 절차하자의 의의를 비롯하여 절대적 절차적 권리의 다른 여러 사례에 관하여, 최계영, “항고소송에서의 본안판단 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로 -”, 『행정법연구』 제42호, 2015, 118면 참조.

<sup>197)</sup> 유럽사법재판소의 알트립(Altrip) 판결에 따른 독일 환경권리구제법의 개정 과정에 관한 소개는 다음을 참조. 박신재, 『주관소송과 객관소송 체계의 특성에 관한 연구 - 원고적격, 본안심사 범위, 재량심사 강도에 관한 비교법적 검토를 중심으로 -』, 서울대학교 박사학위논문, 2024, 288-290면.

<sup>198)</sup> 이승훈, “절차적 하자의 독자적 위법성에 관한 재검토”, 『행정법학』 제34호, 2024, 313-314면 참조.

<sup>199)</sup> 이승훈, “절차적 하자의 독자적 위법성에 관한 재검토”, 317-318면 참조.

으로도 인정을 받고 있음을 알 수 있다. 헌법재판소가 「대한민국헌법」 규정상의 적법절차 원칙의 적용범위를 확장하여 해석하여 온 동력을 재론할 필요 없이, 위와 같은 원리는 우리 국가 공동체의 전통을 이루며, 다수에 의하여 거의 의문의 여지 없이 공유되는 보편적 원리로서 받아들일 수 있을 것으로 생각된다. 그 이념적 근거는 법치국가 원리, 적법절차 원칙, 인간의 존엄과 가치 등의 원리에서 복합적으로 찾아볼 수 있을 것이다. 다만, 각국이 절차법적 보장에 관한 담론을 형성하는 방식에서 차이를 나타내고 있다는 점에서 알 수 있듯이, 국내법 차원에서 도그마틱적 가치가 있는 법의 일반원칙 또는 행정법의 일반원칙으로 구체화된 범명제를 도출하기 위해서는 조금 더 세밀한 접근이 필요하다. 프랑스에서는 일찍이 ‘방어권 존중의 원칙’, 즉 “당사자의 신상에 관한 판단 또는 행정이 일방적으로 주장한 요소들에 기인하는 것으로서 중대성을 띠는 제재적 조치(경찰에 의한 조치는 제외)는 해당 조치가 있기 전에 그 조치로 정신적 또는 물질적 이익을 침해받을 수 있는 당사자에게 그에 관한 의견을 진술할 기회를 부여하지 않고서는 취해질 수 없다는 원칙”<sup>200)</sup>이 법의 일반원칙으로 선언된 바 있어서, 향후 참고가치가 높을 것으로 생각된다. 이에 관한 연구는 추후의 과제로 남긴다.<sup>201)</sup>

## 2. 이익 중심으로의 이행

영국과 미국의 사례에서 관찰할 수 있는 것은 절차권이 인정되는 범위가 보통법상 私權으로부터 시작하여 이를 넘어서는, 과거에는 특권 내지 시혜적인 것으로 이해되던 이익으로 점차 확대되어 왔다는 것이다. 종래의 사권중심적 사고는, 다이시적인 법의 지배 관념하에, 私法의 理想과 公法의 理想을 하나의 재판절차에 묶으면서 발생한 현상으로 추측된다. 그러나 행정국가에서 시민의 지위와 법적 관계가 재인식되면서, 민사적 관점에서의 권리뿐만 아니라 공적 영역에서 나타날 수 있는 이익, 그리고 장래의 이익에 대한 정당한 기대까지 절차법의 영역에 포함되게 되었다. 앞서 살펴본 영국의 *Ridge v Baldwin* 사건, 그리고 미국의 *Goldberg v Kelly* 사건

200) 박우경, “프랑스 행정법상 법의 일반원칙의 체계와 유형” 『행정법연구』 제68호, 2022, 70면.

201) 행정법의 일반원칙으로서 적법절차원칙을 포함하는 것이 타당한지 여부에 관한 논의는 다음을 참조. 김성수, “헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다”, 『공법연구』 제41집 제4호, 2013, 84-88면; 홍준형, “적법절차와 행정절차법”, 『공법연구』 제47집 제1호, 2018, 74-80면.

이 상징적이다. 독일은 그에 비하여, 적어도 실정법 체계에서는 외부를 향한 법적 효과를 개념요소로 삼고 있는 행정행위 개념의 영향으로, 권리 개념 자체가 지니는 확장가능성은 별론으로 하고, 권리중심적 사고가 유지되고 있는 것으로 이해된다. 거부처분에 대한 사전통지 및 의견청취 절차에 관한 독일의 판례가 그 단면을 보여준다고 할 수 있다. 공익과 사익의 조화 및 증진을 통한 국가임무의 수행이라는 행정의 이상을 고려할 때, 이익 중심적 사고와 그러한 방향으로의 이행이 바람직하다.

행정절차에서 포착하는 이익의 범위에 어떤 것까지 포함될 수 있는지는 법해석뿐만 아니라 입법 영역에서 특히 고려할 필요가 있다. 특히 직권주의적 혹은 방어적 관점으로부터 참여를 통한 민주적 통제 관점에서의 확대를 어떻게 달성할지는 입법자의 역할이 중차대 하다.<sup>202)</sup> 그러한 맥락에서 공적 참여 기반 모델로 스스로를 인식하고 있고 절차 자체를 권리 관점에서 이해하고 있는<sup>203)</sup> 미국 「행정절차법」 모델이 국내외적으로 비교법적 검토의 대상이 되어왔던 것으로 이해된다. 그러나 이러한 참여모델은 자칫 참여의 여력이 있는 자본의 이익만을 대변하게 될 위험이 있다는 점에서, 그 실재를 깊이 들여다보고 그 가치에 더하여 부작용과 실패, 극복사도까지 관찰할 필요가 있다.

### 3. 탄력성 확보와 ‘비용’ 관점

비교대상 국가의 절차법 및 사법심사 체계를 검토한 결과, 대소의 차이는 있을지라도, 법형성 단계에서 절차규율의 적용에 관한 어느 정도의 탄력성을 지니고 있고, 더욱 중요하게는, 사법심사 단계에서도 절차하자가 발생한 행정작용의 취소 여부에 관한 탄력성도 지니고 있음을 알 수 있다. 절차의무의 형성 단계에서, 영국은 자연적 정의의 적용범위 내에 들어온 사안에서 문제의 성질, 심판기관의 규정, 쟁점 등을 고려하여 절차의무의 내용을 법원이 확인한다. 관련된 개인의 이익, 추가적·대체적 절차의 효과, 그리고 그로 인한 비용이라는 형량요소를 제시한 *Mathews v Eldridge* 사건에서 확인할 수 있듯이, 이는 미국의 적정절차 심사에서도 마찬가지로

202) ‘참여’라는 말은 행정작용의 모습과 결부되어 있다고 볼 수 있다. 개별결정 절차에서도 참여는 그러한 절차에서 자신의 의견을 진술하는 형태로 존재한다.

203) Custos, ‘United States’ in Auby (ed), *Codification of Administrative Procedure*, 415-416 참조.



다. 의견청취, 문서열람 등에 관하여 공익상 예외를 두거나, 이유제시에 관하여 실질적으로 불필요한 상정하여 이를 의무배제 요건으로 명문화 한 독일의 예는 입법 단계에서 규범적 탄력성을 부여한 예라고 볼 수 있다.

사법심사 단계에서는 하자가 발생한 행정청의 외부적 행위에 대하여 그 효력을 보전하는 탄력성을 보여주고 있음을 알 수 있다. 종래 국내에서 절차상 하자가 그 결과물의 당연한 취소로 이어지지 않는 길을 보여주는 사례로 독일과 프랑스가 주로 검토되었지만,<sup>204)</sup> 전통적으로 절차법적 통제가 강하다고 소개되었던 영국과 미국도,<sup>205)</sup> 절차하자가 유일한 하자인 때 취소로 이어지지 않도록 하는 제도와 판례가 점차적으로 발달하고 있음을 알 수 있다. 영국에서는 절차상 하자가 없더라도 필연적으로 같은 결과에 이르렀을 것이라고 판단되는 경우 구제를 거부할 수 있었던 보통법상 예외, 그리고 사법구제의 재량성 법리를 넘어서서, 의회입법에 의하여, 계쟁행위가 없었더라면 원고에 대한 결과에 상당한 차이가 없었을 가능성이 높다면 사법심사청구 허가도 거부하고, 본안에서도 원칙적으로 패소판결을 하여야 하도록 규정하였다. 미국의 경우 연방법원에서 적용되던 ‘손해 없는 하자 원칙’이 2000년대에 들어서 연방대법원에 의하여 재발굴 되었다. 연방법원에서는 ‘취소 없는 환송’이라는 판결형태까지 고안하였다. 이러한 사법심사 단계에서의 탄력성 확보는 일종의 글로벌한 수렴현상으로 평가할 수 있고,<sup>206)</sup> 현대 행정조직의 임무확대와 그에 따라 형성되는 다층적·다원적 법관계를 고려한 귀결로 이해된다. 일부 문헌에서는 독일의 봉사적 기능론이 영미법과는 확실하게 구별되는, 독일식의 이상주의 철학이 반영된 독일 행정법의 특징이라고 설명한다.<sup>207)</sup> 이로부터 절차가 가지는 의미에 관한 철학

204) 김동희, “절차상 하자 있는 행정행위의 효력 - 독일연방행정절차법 제46조를 중심으로 하여 -”, 『서울대학교 법학』 제37권 제2호, 1996, 34-49면; 박정훈, “취소소송과 행정절차 (1)”, 『행정소송의 구조와 기능』, 제12장, 559-561, 570-571면 참조.

205) 박정훈, “취소소송과 행정절차 (1)”, 『행정소송의 구조와 기능』, 제12장, 561-563, 569, 572-573면 참조.

206) 이 글에서 상세히 검토하지는 않았지만, 유럽연합사법재판소의 재판절차에서도 절차하자가 검토되는 양상은 유사하다. 「유럽연합기능조약」(TFEU) 제263조에 따른 취소소송에서 재판소는 유럽연합 기관 등의 조치를 무권한, ‘중요한 절차적 조건의 침해’(infringement of an essential procedural requirement), 조약 또는 그에 관한 법 위반, 권한남용 등을 이유로 취소할 수 있다. 이때 절차하자로 인한 취소사유는, ① 절차하자가 없었더라면 계쟁조치에 상당한 차이가 있었을 것으로 판단되는 경우 및 ② 근본적인 절차규칙을 위반한 경우에 인정된다. 상세한 내용에 관하여, Koen Lenaerts and others, *EU Procedural Law* (Oxford University Press 2014), 317-382 참조.

적, 이론적 관점에는 차이가 발생할 수 있겠지만, 결국 실정법과 도그마틱 차원에서 점차적으로 수렴해가는 현상 앞에서 이러한 설명의 의미는 제한적이다. 효력에 영향을 미쳐서는 안 되는 정도의 절차하자가 존재할 수 있다는 점은 대부분 국가의 법실무에서 인지되고 있다.

법이론적 관점에서 중요한 것은 이에 대한 정당화 가부에 대한 검토이다. 절차법에서 논의되는 국민의 권리보장과 행정의 효율성 사이의 형량이라는 것은 과연 가능한 것인가. 행정의 효율, 달리 표현하면 절차비용의 절감은 법형성과 관철의 관점에서 어떤 메커니즘으로 정당한 고려사유가 되는가. 수익적 작용 차원에서는 상대적으로 법이론적 근거가 분명해보인다. 즉 헌법은 행정으로 하여금 국가임무의 중요한 영역을 담당하도록 하였는데, 완전한 절차적 통제는 무한한 비용을 발생시켜 국가가 요구한 임무에 대한 기능마비를 초래할 수 있다는 것이다. 따라서 이 영역에서 법에 의하여 행정에 부여한 국가임무의 원활한 수행을 위하여, 행정의 기능성과 효율성을 법치주의 및 민주주의 원칙과 조화를 이룰 수 있게 해야한다.<sup>208)</sup> 이는 단순한 공익 증진 또는 사회적 이익 증진이라는 표면적인, 또는 공리주의적인 논거를 넘어선 규범적 차원의 정당화이다.

조금 더 문제가 되는 것은 침익적 차원이다. 반대되는 법익이 더 선명하기 때문이다. 이와 관해서는 로날드 드워킨의 논의를 출발점으로 삼을 수 있다.<sup>209)</sup> 그는 형사 사건을 소재로 논의를 전개하지만, 이는 행정법 작용에도 유추될 수 있다.<sup>210)</sup> 그의 기본 논제는 다음과 같다. ‘무죄인 사람이 유죄판결을 받아서는 안 된다는 것이 확립된 권리이고, 추가적인 비용을 통한 절차의 개선이 오류가능성을 줄일 수 있다면, 오류가능성을 줄일 수 있는 데까지 무한한 비용을 추가해야 하는가.’ 그는 처벌에 수반되는 주관적 해악으로서 ‘순수한 해악’(bare harm)과 잘못된 처벌로부터 발생하

207) *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, § 1 Rn. 8 참조.

208) *Park*, *Rechtsfindung im Verwaltungsrecht*, S. 305 참조.

209) 드워킨의 논의를 출발점으로 삼는 이유는, 그 스스로가 출발점을 자처했기 때문이다. “이 문제 (필자 주: 비용과 결과의 정확성 문제의 관계)에 관하여 정치철학에서의 어떠한 체계적인 논의도 알고 있지 못하다. 증거와 절차의 문제가 개인의 이익과 공동체의 이익 사이에서 올바른 균형에 따라 결정되어야 한다는 단순한 공식에 맡겨졌을 뿐이다.” Dworkin, ‘Principle, Policy, Procedure’ in *A Matter of Principle*, Ch 3, 73.

210) 드워킨 스스로도 이를 시사한다. Dworkin, ‘Principle, Policy, Procedure’ in *A Matter of Principle*, Ch 3, 99-101 참조.

는 객관적 해악, 즉 부정으로부터 발생하는 ‘도덕적 해악’(moral harm)을 구별하고,<sup>211)</sup> 사회가 한 가지 도덕적 해악을 제거하기 위하여 지나친 자원을 소모하면 다른 도덕적 해악, 예컨대 미성년자의 교육권 침해와 같은 해악이 발생할 수 있음을 지적한다.<sup>212)</sup> 이러한 토대 위에서 드워킨은 두 가지 원칙을 제시하는데, 첫째, 어떠한 정치적 결정도 그 결정과정에서 모든 시민을 동등하게 고려·존중하여야 하고, 둘째, 그러한 원칙을 준수한 정치적 결정을 선언한 이후 그에 대한 집행은 새로운 정치적 결정이 아니며 그 효과의 동등성까지 보장할 필요는 없다는 것이다.<sup>213)</sup> 동등한 주체로서 시민들이 형사증거법을 채택한 후에 그로 인하여 발생하는 위험은, 고의적인 침해행위가 아닌 한, 함께 부담함으로써 다른 여러 사회적 가치의 실현을 누릴 수 있다는 것이다.<sup>214)</sup> 이는 행정절차에서의 비용 문제에도 유추될 수 있는 관점이다. 이러한 논변에 대하여 반론을 제기하거나 재구조화하려는 시도도 적지 않지만,<sup>215)</sup> 여기서 상론하지는 않고, 우리의 법이론과 법도그마틱을 더 견고하게 발전시키기 위해서는 기초법학적 고찰, 예컨대 법철학적, 법사회학적, 법경제학적 고찰이 다각도로 요청된다는 점을 언급하는 것으로 논의를 맺고자 한다.

#### 4. 절차이익 침해의 회복방법

절차하자에 관한 여러 가지 논의 국면에서 관찰할 수 있는 것은, 절차의 결과물이 지니는, 혹은 지녀야 할 효력의 문제를 절차 자체의 가치에 대한 인식과 논리필연적으로 연동시키고 있는 경우가 많다는 것이다. 즉 인간의 존엄과 가치, 민주적 참여, 법질서 내에서의 인간으로서의 도덕적 주체성 확보 등 그 사상적 근거를 어디서 찾

211) *ibid* 79-80 참조.

212) *ibid* 84 참조.

213) *ibid* 85 참조.

214) *ibid*.

215) 예컨대 드워킨이 절차적 권리를 실체적 권리에 의존하고, 개인에게 영향을 미치는 정책적 결정에 관하여는 절차적 권리를 무시하고 있다는 비판으로, Galligan, *Due Process and Fair Procedures*, 104-107면 참조. 드워킨의 논의는 결과론적인 측면이 있고, 일부의 절차법적 문제는 도덕적 해악과 연동하여 검토할 것이 아니라 법 원리의 문제로서 직접 다루는 것이 더 타당하다는 입장에 관하여, Hamish Stewart, ‘Concern and Respect in Procedural Law’ in Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (eds), *The Legacy of Ronald Dworkin* (Oxford University Press 2016), Ch 16 참조.

든지 간에, 절차 자체가 하나의 목적으로 이해된다면 절차 위반은 행정작용의 취소, 무효확인 등 효력배제로 이어져야 한다는 것이다. 이는 하자론에 관한 국내의 여러 논의에서도 전제로 삼고 있는 사항이다. 물론 양자 사이에 관련성이 있다는 점은 부정하기 어렵겠지만, 그것이 과연 당연한 전제인지는 재고를 요한다. 이는 사후적 관점에서 보았을 때 실제법적 이익의 침해가 없음이 분명하다고 판단되는 사안에서, 절차이익의 침해가 어떤 의미를 지니고, 이를 위하여 어떠한 회복수단을 마련하여야 하는가의 문제이다. 사건에 따르면 행정작용의 효력 소멸이 가장 분명한 방법 중 하나이기는 하지만, 그것만이 유일한 회복수단은 아니다. 국가의 절차의무 이행의 미비로 인하여 도덕적 행위주체로서 평등한 대우를 받아야 할 지위가 침해되었다면, 국가가 다시 절차를 이행하는 것도 회복방법이지만, 국가가 절차하자를 공언하는 것도 실제적 법률관계와 독립적으로 존재하는 고유가치의 회복방법일 수 있다. 환언하면, 비실체적인 침해를 비실체적으로 회복할 가능성을 배제할 수 없다. 독일 취소소송에서 법원이 절차하자를 인정하되 행정행위의 효력을 소멸시키지 않는 상황을 상정할 때, 절차하자를 공적으로 인정한 것 자체가 절차이익의 회복방법이 아니라고 하기 위해서는 추가적인 논증이 요구된다.<sup>216)</sup> 고유가치론은 절차의 가치 자체를 실체와 무관한 데서 찾기 때문이다. 행정작용의 결과물의 제거가 요구되는 절대적 절차적 하자가 존재할 수는 있지만, 이는 입법과 법해석의 공동작업이다.

이러한 주장에 대해서는 정책적 고려에 입각한 반론이 제기될 수도 있다. 절차하자가 발생한 행정작용에 대하여 효력배제를 인정하지 않는다면 절차경시 풍조가 강화된다는 것이다.<sup>217)</sup> 당연히 타당성이 있는 고려사항이지만, 그것이 과연 실재하는 효과인지는 실증의 영역이고, 실증이 가능한지는 의문이다. 법원이 절차위반으로 인하여 행정작용의 결과에 변동이 있을 가능성이 없었다고 사후적으로 판단할 것임을 선형적으로 알 수 없거나 알기 어려운 상황에서, 적법한 행정을 할 의무가 있는 공무원이, 공무원 개개인의 책임도 점차적으로 엄중하게 다루어지고 있는 현실에서,

216) 다만, 독일은 취소소송 계속 중 행정소송법 제45조에 따른 치유가 발생한 상황에 대해서는 「행정법원법」 제161조 제2항에 따라 그러한 사정을 고려하지만, 제46조가 적용되는 사안에서는 절차하자의 문제를 별도로 고려하지는 않는다. *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), *VwVfG*, § 45 Rn. 39 참조. 이를 참조할 때 독일의 기본적 이해는 애당초 고유한 절차이익의 침해라는 것을 인정하지 않는다는 것임을 추론할 수 있다. 필자는 이러한 체계에 동의하지는 않는다.

217) 예컨대, 서울행정법원 1999. 8. 31. 선고 99구23709, 99구23938, 99구24160(병합) 판결 참조.

절차규정을 경시하여 절차를 무시할 유인이 실제로 발생할지는 의문이다.<sup>218)</sup>

#### IV. 도그마틱적 관점

##### 1. 절차규율 해석의 방향성

앞서 제시한 보편적 원리로서 절차보호의 필요성을 고려할 때, 행정절차법의 적용 예외 사유를 비롯해 개별 절차상 의무를 엄격하게 해석하고 있는 입장에 동의하고,<sup>219)</sup> 실정법상 규율공백이 있는 사안에서 적법절차원칙에 따른 구체적인 절차의무를 부과하는 판결례<sup>220)</sup>에도 동의한다. 절차법에 대한 이익중심적 접근의 필요성이라는 관점에서는 거부처분에 대해서 일률적으로 사전통지 의무가 없다는 취지의 판례에는 동의하기 어렵다.<sup>221)</sup> 한국 「행정절차법」은 문언 자체에서도 이익중심적 사고를 지향하고 있다(제1조, 제21조 제1항, 제22조 제3항).<sup>222)</sup>

이러한 관점에서 행정입법과 관련하여서는 재판실무상 우려되는 경향이 관찰되기도 한다. 대표적으로 수용자 처우와 관련된 헌법재판소 결정례에서는 권력적 사실행위의 근거가 되는 법령보충적 행정규칙에 관하여 실체심사를 하지만, 절차에 관한 고려는 판단내용에 드러나지 않는다. 예를 들어 헌법재판소 결정례들을 보면 법무부훈령인 구 ‘계호업무지침’ 또는 ‘수용관리 및 계호업무 등에 관한 지침’을 권력적 사

218) 행정절차 규범의 행위규범으로서의 성질이 비추어 볼 때, 행정이 절차규정을 위반할 가능성이 높지 않다는 점에 관하여, 김태오, “행정절차 하자의 독자적 취소사유에 대한 기능론적 재검토 - 시정자 의견청취절차의 부실이행을 이유로 한 방송사업 재허가 거부처분 취소소송을 중심으로 -”, 『행정법연구』 제42호, 2015, 43면 참조.

219) 행정절차법 제3조 제2항에 대한 엄격한 해석을 따르는 판결례로는 다음과 같은 예가 있다. 대법원 2002. 9. 26. 선고 2002두554 판결; 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결. 한편, 이유제시 의무의 엄격해석에 관하여는, 정의석·장윤영, “행정절차법상 사전통지와 의견청취의 예외사유”, 『경희법학』 제56권 제3호, 532-534면 참조.

220) 대표적으로, 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체 판결(“개별 세법에 납세고지에 관한 별도의 규정이 없더라도 국세징수법이 정한 것과 같은 납세고지의 요건을 갖추지 않으면 안 된다는 것이고, 이는 적법절차의 원칙이 과세처분에도 적용됨에 따른 당연한 귀결이다.”).

221) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결.

222) ‘권익’ 개념과 신청권, 각종 기본권·권리의 비교를 통한 논증은 다음을 참조. 최계영, “거부처분의 사전통지”, 280-284면.

실행위와 법률 사이의 연결점으로 삼으면서도, 그것이 미공개 규칙으로서, 개별적인 정보공개청구에 따른 공개 사례가 있을 수 있음은 별론으로 하고, 공고된 적이 없다는 점에 관하여는 별도로 언급하고 있지 않다.<sup>223)</sup> 미공개 행정규칙에 의한 행정작용에 대한 통제 문제는 향후에 규명이 더 필요한 영역이다.

## 2. 취소로부터의 해방영역

절차보장과 효력배제의 관계 차원에서, 대법원 판례가 반드시 모든 절차하자를 행정처분의 취소사유로 보지 않고 이에 관한 판례군을 형성하고 있는 방향으로 나아가는 점에 동의한다.<sup>224)</sup> 광범위한 절차보호가 행정법 영역에 편입됨으로써 발생할 수 있는 비용을 이로써 감소시킬 수 있다. 이 점에서 모든 절차규정 위반을 절대적 취소사유로 구성하는 것에 대한 재고의 필요성을 검토하거나 유형론적 고찰을 통하여 취소사유에서 배제되거나 배제될 수 있는 사례군을 모색하는 방향성<sup>225)</sup>에도 공

223) 현재 2018. 7. 26. 2017헌마1238, 판례집 30-2, 194; 현재 2021. 11. 25. 2018헌마598, 공보 302, 1518; 현재 2024. 1. 25. 2020헌마1725, 공보 328, 226

224) 대표적으로, 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결; 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019두 55392 판결 참조.

225) 김동희, “절차상 하자 있는 행정행위의 효력”, 57면; 박정훈, “취소소송과 행정절차 (1)”, 『행정소송의 구조와 기능』, 제12장, 573-575면; 김유환, “행정절차하자의 법적 효과: 유형론과 절차적 권리의 관점에서의 검토”, 『한국공법이론의 새로운 전개』(목촌 김도창박사 팔순기념논문집), 2005, 70-71면; 김중권, “독일 행정절차법의 유럽화에 관한 소고”, 『법조』 제57권 제11호, 2008, 161면(각주 12); 김중권, “행정판례 30년의 회고와 전망 - 행정절차, 정보공개, 행정조사, 행정의 실효성확보의 분야”, 『행정판례연구』 제19권 제2호, 2014, 466면; 김태오, “행정절차 하자의 독자적 취소사유에 대한 기능론적 재검토”, 31-34면; 김창조, “행정처분의 절차적 하자”, 『법학논고』 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017, 126-130면; 이승훈, “절차적 하자의 독자적 위법성에 관한 재검토”, 321-334면 등 참조.

다른 한편, 절차상 위법만을 이유로 처분의 취소를 인정하는 것이 행정의 공공성, 투명성, 신뢰성 확보 차원에서 타당하다는 입장에 관하여, 오준근 “행정절차법 위반의 효과”, 한국행정판례연구회, 『행정판례평선』 개정판, 박영사, 2016, 361면 참조. 적절한 절차를 통한 기본권 실현의 관점에서 절차하자의 독자적 위법사유를 부정하는 데 회의적이라는 취지의 문헌으로는, 정영철, “행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자과 행정행위의 효력”, 『홍익법학』 제14권 제3호, 2013, 476면 참조(다만, 동 문헌은 절차하자가 무효사유를 구성하는 조건에 관하여 더 집중적으로 논의하고 있다). 행정기관의 절차주의의 사고가 확립되기 전까지는 절차하자의 취소사유 구성을 부정하는 데 어려움이 있다는 입장에 관하여, 안동인, “행정절차법의 처분절차상 주요 쟁점 - 절차보장의 확대를 위한 적극적 해석의 필요성 -”, 『행정법연구』 제49호, 2017, 21-22면 참조.

감한다. 「행정소송법」 제30조 제3항이 절차하자론의 맥락에서 논의되는 경우가 있는데, 이 조항은 ‘신청에 따른 처분’만을 규정하고 있을뿐만 아니라, 직권에 따른 처분에 유추적용된다고 보더라도, 이 조항에서 ‘절차의 위법을 이유로 취소되는 경우’를 규정하고 있다는 점이 모든 절차하자를 취소사유로 보아야 한다는 것을 의미한다고 보기는 어렵다. 이러한 탄력성 확보의 필요성은 비단 행정처분과 관련하여서만 발생하는 문제는 아니다. 입법예고 또는 재입법예고를 거치지 않은 행정입법은 그 절차적 하자로 인하여 무효인 것으로 판단될 수 있다고 설명된다.<sup>226)</sup> 그런데 만일 재입법예고를 하였으나 그것이 법정기간에 미달하여, 예컨대 39일 동안 이루어진 경우에도 이를 독자적인 이유로 행정입법을 무효로 보기는 어렵다.<sup>227)</sup>

### 3. 소송물 개념과의 관계

마지막으로 언급하고자 하는 문제는 취소소송의 소송물 개념에 관한 것이다. 독일의 취소소송은 위법성과 별개로 권리침해를 취소소송의 본안요건으로 삼고 있으므로, 절차하자를 모두 행정행위의 위법으로 이해하더라도 권리침해 요건의 불충족으로 절차하자로 인한 취소를 면할 수 있는 가능성이 열려있다. 그에 반해 국내 취소소송에서는 ‘처분의 위법성 일반’을 소송물로 이해하고 있기 때문에, 독일과 같이 간명한 처리는 어렵다. 사정판결의 예외를 제외하면, 통상 “취소소송에서는 처분이 위법하면 필연적으로 처분이 취소된다”<sup>228)</sup>고 보기 때문이다. 절차규정 위반이 발생한 경우에 취소를 면할 수 있는 방법은 크게 두 가지로 관념화 할 수 있을 것인데, 하나는 처분의 내용 형성과 성립에 관련된 절차규정과 그렇지 않은 절차규정을 나누어서 최대한 후자로 관념화하는 방법이다. 예를 들어 불복방법 고지에 관한 사안<sup>229)</sup>에서 대법원은 그러한 절차상 하자가 처분을 위법한 것으로 할 정도가 아니라

226) 입법예고 하자의 효과에 대한 학설 및 판례에 관하여, 윤강욱, “입법예고의 하자과 그 효과 - 행정입법에 관한 입법예고절차를 중심으로 -”, 『법제연구』 제59호, 2020, 322-330면 참조.

227) 종래에는 전자관보의 효력발생 시점과 관련하여서도 이따금씩 혼선이 나타났었다. 전자관보가 0시에 게재되어 즉시 열람이 가능한 것으로 공표된 바 있으므로(행정안전부 2018. 10. 8.자 보도자료), 초일산입이 가능하다는 의심이 들 수 있다. 그러나 정부 법제업무 운영 과정에서 법령 시행일 계산은 관행에 따라 초일불산입으로 이해하여 왔던 것으로 보인다. 이는 2021. 3. 23. 「행정기본법」이 제정되면서 입법으로 초일불산입이 명확해졌다(제7조 제2호).

228) 이윤정, 『취소소송의 소송물에 관한 연구』, 서울대학교 전문박사학위논문, 2023, 78면.

는 취지로 판시하였다. 그러나 위와 같은 절차상 하자가 처분의 내용 형성과 성립에 관한 절차가 아니므로 처분 자체의 위법성에 영향을 미치지 않는다고 불복청구 기간에 대하여만 영향을 미친다고 판단할 수도 있었을 것이다.

그러나 모든 절차규정이 이와 같이 분류될 수는 없다. 대표적으로 징계심의위원회에서 변호사 출석을 차단하거나,<sup>230)</sup> 사전통지 및 의견진술 절차 절차가 결여된 경우<sup>231)</sup>에는 처분 내용의 형성과 성립과 관련된 절차에 문제가 있었다는 점이 분명하다. 이때 대법원이 사용한 판시는 다음과 같다. “행정청이 처분절차에서 관계 법령의 절차 규정을 위반하여 절차적 정당성이 상실된 경우에는 해당 처분은 위법하고 원칙적으로 취소하여야 한다. 다만 처분상대방이나 관계인의 의견진술권이나 방어권 행사에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는, 절차 규정 위반으로 인하여 처분절차의 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없으므로 해당 처분을 취소할 것은 아니다.”<sup>232)</sup> 추측건대 대법원은 의식적으로 처분의 ‘위법’을 발생시키기 위한 조건으로 ‘절차 규정 위반’에 더하여 ‘절차적 정당성 상실’을 언급하였고, 이로써 ‘위법하지만 취소하지는 않는다’는 표현을 회피하였다. 다분히 개념조작적이지만, 소송물 이론에 균열이 가하는 것은 방어하였다고 평가할 수 있다.

## V. 향후의 과제

이 글은 행정절차에 대한 각국의 전통적인 이해가 어떻게 형성되었는지를 바탕으로 법이론적 함의를 도출하고 국내법 해석에 관한 해석지침을 제한적으로나마 얻고자 하였다. 시민에 대한 침익적인 조치가 이루어지기 위해서는, 적어도 특정 단계에서는, 시민이 자신의 입장을 제시할 수 있는 기회가 원칙적으로 제공될 필요가 있다는 점은 보편적 원리로 삼을 수 있을 것이다. 현대국가에서 행정의 임무범위 확장, 공익실현 의무의 강화, 민주주의의 각성 정도를 고려할 때, 절차법도 이익중심적, 참

229) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2005두5390 판결.

230) 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결 참조.

231) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019두55392 판결 참조.

232) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019두55392 판결.



여중심적 체계를 향하여 계속적으로 이행할 필요가 있다. 그러나 동시에 바로 그러한 행정의 임무 수행을 위하여, 그리고 공사의익의 조화와 증진을 위하여, 행정절차 형성 단계에서든 사법심사에 의한 행정절차의 관철 단계에서든, 유연성과 탄력성을 확보할 필요가 있다. 이 글에서는 사법심사 단계에서의 탄력성이라는 관점에서 절차하자론을 검토하였다. 필자는 이것이 절차규범 자체의 약화를 주장하는 것으로 읽힐 필요는 없다고 생각한다. 적어도 엄격하게 제한된 조건하에서라도 절차하자가 행정작용의 효력배제로 이어지지 않을 수 있는 법이론적 근거와 도그마틱적 유형론은 지속적으로 연구되어야 하며, 실무를 뒷받침 하여야 한다. 강한 절차중심적 사고를 보이던 국내 판례체계에 균열이 발생한 데는 선학들이 쌓아온 지적인 토대가 자리 잡고 있었을 것임은 분명하다. 대법원은 ‘절차적 정당성 상실’이라는 대단히 추상적인 판단기준을 제시하였고, 그 의미에 대한 규명은 앞으로의 여러 과제 중 하나로 남겨져 있다. 이러한 기준에 따른 판단이 행정작용 상대방의 절차이익을 회복하는데 충분한지도 끊임 없는 반성적 고찰도 물론 병행되어야 한다.

## 참고문헌

- 강정연, 『미국 행정법상 ‘손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)’에 관한 연구 - 행정절차상 하자 이론과 관련하여 -』, 서울대학교 석사학위논문, 2018
- 곽신재, 『주관소송과 객관소송 체계의 특성에 관한 연구 - 원고적격, 본안심사 범위, 재량심사 강도에 관한 비교법적 검토를 중심으로 -』, 서울대학교 박사학위논문, 2024
- 김광수, “미국행정절차법 연구”, 『행정법연구』 제12호, 2004
- 김동희, “절차상 하자 있는 행정행위의 효력 - 독일연방행정절차법 제46조를 중심으로 하여 -”, 『서울대학교 법학』 제37권 제2호, 1996
- 김성수, “헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다”, 『공법연구』 제41집 제4호, 2013
- 김재선, “행정입법제정절차 통제방안에 관한 미국 행정법학계의 논쟁과 시사점 - 미국 행정절차법 제553조 공고 및 의견제출 절차 논의를 중심으로 -”, 『공법연구』 제51집 제3호, 2023
- 김중권, “독일 행정절차법의 유럽화에 관한 소고”, 『법조』 제57권 제11호, 2008
- 김중권, “행정판례 30年の 회고와 전망 - 행정절차, 정보공개, 행정조사, 행정의 실효성확보의 분야”, 『행정판례연구』 제19권 제2호, 2014
- 김용민, “행정절차법의 기능변화와 법적쟁점에 관한 연구”, 『공법연구』 제49집 제3호, 2021
- 김유환, “행정절차하자의 법적 효과: 유형론과 절차적 권리의 관점에서의 검토”, 『한국공법이론의 새로운 전개』(목촌 김도창박사 팔순기념논문집), 2005
- 김창조, “행정처분의 절차적 하자”, 『법학논고』 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017
- 김태오, “행정절차 하자의 독자적 취소사유에 대한 기능론적 재검토 - 시청자 의견청취절차의 부실이행을 이유로 한 방송사업 재허가 거부처분 취소소송을 중심으로 -”, 『행정법연구』 제42호, 2015
- 김현준, “행정입법절차의 쟁점과 과제 - 독일법과의 비교를 중심으로 -”, 『공법학연구』 제17권 제1호, 2016
- 문중흠, 『독일 행정법에 있어 ‘조종학적 방법론’ 논의에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2022
- 박근성, “미국 행정입법제도의 시사점 - 사법적 통제를 중심으로 -”, 『행정법연구』 제46호, 2016
- 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 중판, 박영사, 2010
- 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 중판, 박영사, 2011
- 배병호, “미국 연방 행정입법절차에 관한 일고”, 『공법연구』 제44집 제1호, 2015

- 안동인, “행정절차법의 처분절차상 주요 쟁점 - 절차보장의 확대를 위한 적극적 해석의 필요성 -”, 『행정법연구』 제49호, 2017
- 이승훈, “절차적 하자의 독자적 위법성에 관한 재검토”, 『행정법학』 제34호, 2024
- 박주철, 『공적영역에서 이해충돌 규제에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2023
- 신지원, 『행정입법에 대한 의견수렴절차 연구 — 독일과 미국의 고찰을 통한 새로운 모델의 모색』, 서울대학교 석사학위논문, 2014
- 안동인, 『영국법상 공·사법 이원체계에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2009
- 이상규, 『영미행정법』, 법문사, 2001
- 이윤정, 『취소소송의 소송물에 관한 연구』, 서울대학교 전문박사학위논문, 2023
- 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 『행정법연구』 제63호, 2020
- 오준근, 『행정절차법』, 삼지원, 1998
- 윤강욱, “입법예고의 하자과 그 효과 - 행정입법에 관한 입법예고절차를 중심으로 -”, 『법제연구』 제59호, 2020
- 윤세창, 『영미행정법연구』, 고려대학교 출판부, 1976
- 정영철, “행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자과 행정행위의 효력”, 『홍익법학』 제14권 제3호, 2013
- 정하중, “이유제시하자의 치유의 처분사유의 추가·변경 - 독일법과의 비교연구 -”, 『인권과 정의』 제364호, 2006
- 최계영, “거부처분의 사전통지 - 법치행정과 행정의 효율성의 조화 -”, 『행정법연구』 제18호, 2007
- 최계영, “항고소송에서의 본안판단 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로 -”, 『행정법연구』 제42호, 2015
- 한성민, 『영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향에 대한 연구』, 서울대학교 석사학위논문, 2018
- 홍준형, “적법절차화 행정절차법”, 『공법연구』 제47집 제1호, 2018
- 한국행정판례연구회, 『행정판례평선』 개정판, 박영사, 2016
- 헌법재판연구원, 『적절한 기간 내에 재판받을 권리와 재판지연에 대한 국가책임』, 연구책임자 공진성, 책임연구관 임기영, 비교헌법연구 2024-B-3, 발간등록번호 33-9750040-000471-01, 2024

- Auby J (ed), *Codification of Administrative Procedure* (Bruylant 2014)
- Bagley N, 'Remedial Restraint in Administrative Law' (2017) 117 *Columbia Law Review* 253
- Chemerinsky E, *Constitutional Law: Principles and Policies* (5th edn, Wolters Kluwer 2015)
- Craig P, 'Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political', (2010) *Public Law* 275
- Craig P, *Administrative Law* (8th edn, Thomson Reuters 2016)
- Crummey C, 'Why Fair Procedures Always Make a Difference' (2020) 83 *Modern Law Review* 1221
- Daugirdas K, 'Evaluating Remand Without Vacatur' (2005) 80 *New York University Law Review* 278
- Davis KC, 'Approach To the Problems of Evidence' (1942) 55 *Harvard Law Review* 364
- van Dijk P and others (eds), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (5th edn, Intersentia 2018)
- Dworkin R, *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1986)
- Elliot M, 'Has the Common Law Duty to Give Reasons Come of Age Yet?' (2012) *Legal Studies Research Paper Series*, No 7/2012
- Forsyth CF and J Ghosh, *Wade & Forsyth's Administrative Law* (12th edn, Oxford University Press 2023)
- Funk WF and others, *Administrative Procedure and Practice: A Contemporary Approach* (6th edn, West Academic Publishing 2018)
- Gaffney JM, 'Judicial Review Under the Administrative Procedure Act (APA)' Congressional Research Service (updated 16 Sep 2024)
- Galligan DJ, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures* (Clarendon Press 1999)
- Glicksman RL and RE Levy, *Administrative Law: Agency Action in Legal Context* (3rd edn, 2020)
- Hamilton RW, 'Rulemaking on a Record by the Food and Drug Administration' (1972) 50 *Texas Law Review* 1132
- Hayek FA, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press 1960)
- Houghton J and R Baldwin, 'Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules' (1986) *Public Law* 239

- Lenaerts K and others, *EU Procedural Law* (Oxford University Press 2014)
- Mashaw JL and others, *Administrative Law: The American Public Law System* (8th edn, West Academic 2019)
- Mills A, ‘Reforms to Judicial Review in the Criminal Justice and Courts Act 2015: Promoting Efficiency or Weakening the Rule of Law?’ (2015) *Public Law* (forthcoming) 6-9 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2596528](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2596528)> (최종접속일: 2024. 12. 1.)
- Murphy RW and others (eds) *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies* (2nd edn, American Bar Association 2015)
- Tatham SJ, *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur*, Administrative Conference of the United States, Final Report (3 January 2014).
- Waluchow W and S Sciaraffa (eds), *The Legacy of Ronald Dworkin* (Oxford University Press 2016)
- Department of Justice, *Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act* (1947)
- Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 43*
- Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., München 2023*
- Hufen, Friedhelm/Thorsten Siegel: Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl., Baden-Baden 2018*
- Kopp/Ramsauer (Hrsg.), *Kommentar zum VwVfG, 24. Aufl., München 2023*
- Park, Jeong Hoon: Rechtsfindung im Verwaltungsrecht. Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik, Berlin 1999*
- Quabeck, Christian: Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, Tübingen 2010*
- Reimer, Philipp: Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtlicher Verfahrensordnungen, Tübingen 2015*
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004*
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren. Eine vergleichende Untersuchung zum amerikanischen und deutschen Verwaltungsverfahrensrecht, AöR, Bd. 142, 2017, S. 325*

Schoch/Schneider (Hrsg.): Kommentar zum VwVfG, Werkstand: 4. EL, 2023

Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl.,  
München 2022

*Voßkuhle*, Andreas/Jakob *Schemmel*: Grundwissen — Öffentliches Recht: Das  
Verwaltungsverfahren, JuS 2022, S. 717

【토론】

## “절차관념의 형성과 행정절차하자론”에 대한 토론문

신 호 은\*

최근 발생하는 일련의 사안들을 보며, 절차의 중요성을 다시금 되새겨봅니다. 물론, 절차가 발해지는 대상이나 맥락에 따라 그 요소나 과정은 다르겠지만, 절차를 ‘일을 치르는 데 거쳐야 하는 순서나 방법’으로 (사전적으로) 정의하는 한, 그 본질은 어느 곳에서도 같다고 생각합니다. 발제자께서는 학술대회의 대주제에 맞게 행정절차와 관련하여 다각적인 관점에서 방대하고도 깊은 연구를 수행하신 것 같습니다. 행정법을 전공하였지만, 행정절차에 대해 그리 심도 깊은 연구를 하지 못했던 저에게 공부할 수 있는 기회를 제공해주신 발제자님께 감사드리며, 몇 가지 질문과 의견을 더하는 것으로 토론을 갈음하겠습니다.

1. 영국과의 비교법적 검토 부분에서, 사법적 혹은 준사법적 영역에만 국한되어 적용되었던 자연적 정의(natural justice)는 Ridge 사건을 계기로 절차적 공정성(procedural fairness)으로 구체화되었고 결국 행정영역에서도 자연적 정의 원칙이 적용되는 것으로 보인다. 이러한 측면에서 자연적 정의와 절차적 공정성은 전혀 별개의 개념이 아니고, 맥락을 같이 하는 개념으로 파악된다. 한편, 행정절차 하자로 인하여 사법심사의 영역으로 넘어간 경우, 해당 행정절차가 자연적 정의를 위반하여 절차권 침해로 이어지는 결정구조의 과정에서, 소위 그 판단기준은 ‘권한유월’로 보인다. 그러나 법률상 권리, 이익, 심지어 장래의 이익에 대한 정당한 기대(legitimate expectation)까지도 절차권으로 인정하여 논의하고 있는 영국의 현실을 볼 때, 비교적 그 범위가 명확하지 않은 이익의 경우 어느 범위까지를 한정하는 것이냐가 궁금

---

\* 헌법재판연구원 책임연구원

하다. 그리고 이러한 이익, 정당한 기대에서의 ‘권한유월’ 판단기준이 어떻게 형성되는지 궁금하다(물론, 개별 사례에 따라 다를 것으로 예상한다).

2. 영국과 미국의 사례로부터 이익 중심으로의 이행이라는 결론을 도출하였다. 물론 앞선 질문과 같이 어느 정도로 이익을 보호하는 것인지와 차이는 있겠으나, 국내도 법률상 보호하는 이익까지 확장하고 있고, 신뢰보호 원칙을 위반한 행정처분을 위법한 것으로 판단하고 있다. 더욱이 후술하는 것과 같이 사법적 판단에서도 효율성이라는 가치를 고려하여 유연하게 접근하고 있다. 이러한 상황에서 영국 및 미국과의 사례와 우리나라의 사례에 뚜렷한 차이가 있는 것으로 보아야 하는지 추가적인 설명을 부탁드립니다.

3. 행정행위의 절차적 하자가 독자적 취소사유인가에 대한 문제는 오랫동안 논의되어 왔지만 해결점이 보이지 않는 문제 중 하나이다. 이 문제는 학설상으로도 많은 진통을 겪고 있지만, 비교적 엄격한 입장을 취해왔던 대법원 판례도 유연한 입장에 들어선 것으로 보인다. 발제문을 읽으며 다소 흥미로웠던 것은, 미국이나 영국 등 절차보호의 관념이 강했던 국가에서도 사안을 둘러싼 제반 이익을 고려하여 행정절차의 하자를 곧바로 효력배제로 이어지지 않게 한다든가, 행정행위의 절차적 하자라고 하여도 실제적 결론과의 연결을 피하여 손해여부를 통해 궁극적으로 효력이 결정된다든가 하는 국내와 유사한 고민을 겪었다는 점이다.

그러나 한편으로는 우리 행정법체계의 근간이 되는 원칙인 법치행정의 관점에서 생각해 보면, 법치행정은 실제적인 결과물뿐만 아니라 절차적 과정도 보장하는 것을 의미한다. 심지어 법치행정의 절차적 보장은 우리 헌법 제12조를 근거로 한다는 점에서 행정절차는 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 그러나 많은 부분에서 우려되는 사실, 즉 행정절차의 하자가 독자적 위법사유를 구성할 경우 실제적 위법성 심사의 부실 우려, 무용한 절차의 반복 우려, 다변화한 현대 행정환경 등의 상황을 고려한다면 법치원칙의 행정에서만 행정절차의 하자를 바라보는 것이 타당한 것인지 고찰할 필요가 있다. 대법원도 이러한 상황을 적극 인식하고 있으며, 그에 따라 절차적 하자가 있어도 그 처분에 취소사유에 이를 정도의 하자가 존재한다고 보기 어렵다든가<sup>1)</sup>, 절차적 하자가 존재할 경우 취소하여야 한다는 것을 원칙으로 보면서도 처



분의 상대방의 방어권 행사에 실질적으로 지장이 없어 처분 절차의 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없다<sup>2)</sup>는 등의 판시를 통해 접근하고 있다.

궁극적으로 생각해보면, 이 문제는 효율성과 법치행정을 기반으로 하는 절차적 권리의 관계를 어떻게 조화롭게 형성해 갈 것인가의 문제이다. 효율성은 현대 행정에 있어 중요한 공익적 가치이며, 법치행정을 기반으로 하는 절차적 권리보다 열등한 위치를 차지한다거나 하는 것은 아니다. 그렇다면 법치행정을 기반으로 하는 절차적 권리를 보장하면서도 효율성의 가치를 지키기 위한 방법으로는 탄력적인 사법적 판단에만 의존할 것이 아니라 보다 명확한 입법이 전제되어야 할 필요가 있다. 헌법 제37조 제2항에 따르면 권리의 제한에 있어서는 공공복리를 위해 법률로서 해야 한다. 명백히 법률에 절차에 관한 규정이 있음에도 불구하고, 절차적 정당성의 상실이라는 모호한 표현이나, 취소사유에 이를 정도의 하자가 무엇인지에 대한 명확한 관계 설명 없이 판단이 행해지는 것은 지양할 필요가 있다. 앞서 효율성도 현대 행정에 있어서 중요한 공적 가치라고 언급한 것과 같이, 일례로 경미한 하자로서 실체에 영향을 미치지 않는 절차적 하자에 대해서는 위법사유를 구성하지 않는 영역 등 효율성의 가치를 고려한 사안들을 열거하여 입법을 형성할 수 있다면 효율성과 절차적 권리라는 양 가치를 모두 조화롭게 이끌어 갈 수 있는 방안이 될 것으로 생각한다.

---

1) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013두1560 판결.

2) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019두55392 판결.