

# 미국 행정법상 행정입법절차와 사전통지, 의견청취 - Azar v. Allina Health Service, 587 U.S. 1804 2019 판결에 대한 분석을 중심으로 -

김 용 민\*

I. 문제의 제기
II. 사실관계와 판결
III. 판결의 구체적 내용
1. Gorsuch의 다수의견
2. Breyer의 반대의견
IV. 평석
1. 연방 행정절차법상 행정입법과 사전통지, 의견청취절차의 의의
2. 연방대법원의 문언 중심 엄격해석의 경향-Perez v. Mortgage Bankers Association 사건과의 비교-
3. 시사점
V. 결론

## I. 문제의 제기

오늘날 행정 국가화 현상에 따라 행정청의 업무가 전문화되고 광역화하면서 헌법상 위임입법 규정에 따라서 이루어지는 행정입법은 국민들의 일상적인 법률관계에 큰 영향을 미치게 되었다. 행정입법은 국회가 제정·개정하는 법률과 비교하였을 때 행정 업무에 영향을 받는 수범자의 법적 지위를 한층 구체적으로 규정한다는 측면에서 국민이나 사업자의 이해관계에 큰 영향을 미치게

\* 논문접수: 2020. 6. 16. \* 심사개시: 2020. 6. 18. \* 게재확정: 2020. 6. 26.

\* 배재대학교(tuebingerin@hanmail.net).

된다. 이는 비단 우리나라에서만 나타나는 현상은 아닌데, 행정입법의 한계와 그 제정절차 등에 대한 논란은 미국과 독일을 비롯하여 법치주의 질서를 가지고 있는 대부분의 국가들에서 어렵지 않게 관찰할 수 있는 매우 보편적인 현상이기 때문이다. 따라서, 권력분립이나 법치 행정의 관점에서 행정입법에 대한 적절한 통제가 필요하다. 대부분의 법치국가들은 행정입법이 입법자의 포괄적 위임에 의하여 제정되는 경우, 위임의 근거가 없거나 위임의 범위를 벗어나서 법률의 내용에 위반하는 경우에는<sup>1)</sup> 이른바 구체적, 부수적 규범통제절차를 통하여 사법부가 이를 무효화 한다.<sup>2)</sup> 그러나 규범통제절차를 통하여 헌법이나 법률에 위반하는 행정입법을 사법부가 사후적으로 무효화시키는 것보다는 행정입법제정이나 개정과정에서 당해 행정법규와 밀접한 이해관계를 가지는 국민들에게 그 내용을 알리고 입법내용에 대하여 의견을 제출할 수 있는 기회를 사전적으로 보장하는 행정절차가 보다 중요한 의미를 가질 수 있지 않을까? 또한, 사법부는 사후의 법적 분쟁에서 규범통제절차를 통하여 행정입법과정에서 사전통지와 의견청취가 법률이 정하는 방식이나 내용에 따라서 충실하게 이루어진 것인지 여부를 심사하게 된다. 우리나라 행정절차법 역시 행정상 입법예고를 통하여 행정청이 법령안의 취지, 주요 내용 또는 전문(全文)을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등의 방법으로 40일 이상 널리 공고하여야 한다고 정하고(제42조 제1항)있으며, 누구든지 예고된 입법안에 대하여 의견을 제출할 수 있도록 하고 있다(제44조 제1항). 문제는, 미국의 경우와는 달리 우

---

1) 법원이 위임의 근거(법률유보), 위임의 한계(법률우위)라는 심사기준을 적용하여 헌법과 법률에 위반하는 명령 등에 대한 규범통제를 통하여 이를 무효화시키는 것이 보편적인 방식이라고 할 수 있다. “일반적으로 법률의 위임에 따라 효력을 갖는 법규명령의 경우에 위임의 근거가 없어 무효였더라도 나중에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령으로 볼 수 있다. 그러나 법규명령이 개정된 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정이어서 위임의 한계를 벗어난 것으로 인정될 경우에는 법규명령은 여전히 무효이다(대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결. 증여세부과처분취소).

2) 우리나라와 독일의 부수적 규범통제에 대한 일반적인 문헌으로는 정상수, 「헌법 제107조 제2항의 문제점 및 개정 방향- 행정입법에 대한 규범통제를 중심으로」, 석사학위논문, 연세대학교 대학원, 2016.

리나라 법원은 행정입법의 위법성 심사기준으로 “행정입법이 행정절차법이 정하는 입법예고절차를 위반하였는지” 여부를 판단한 경우가 거의 없었다는 사실이다.<sup>3)</sup> 이는 행정절차법상 입법예고의 규범적 효력이 미약하기 때문으로 추정된다.<sup>4)</sup> 반면, 미국 행정절차법은 행정청이 법령에 대한 단순해석을 위하여 제정한 해석규정(interpretive rule)의 경우 별도의 절차를 요구하지 않지만, 행정입법 중에서 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 이른바 실체규정(substantive rule)의 경우, 연방 행정절차법에서 규정한 사전통지와 의견청취(notice & comments) 절차를 반드시 거치도록 하고 있다. 본 연구논문의 대상인 2019년 미국 연방대법원 *Azar v. Allina Health Service* 사건 역시 medicare를 감독하는 보건복지부 장관(Secretary of Health and Human Service)이 빈곤층을 위하여 의료서비스를 제공한 요양의료기관에 대한 보상액을 결정하는 규정이 실체규정인지 혹은 해석규정인지가 주된 쟁점이다. 물론 미국식의 실체규정과 해석규정을 행정입법 중 법규명령과 행정규칙으로 단순하게 치환할 수는 없겠지만 아직 법원이 법규명령의 통제에 대한 심사기준으로서 행정절차법이 규정한 행정상 입법예고 규정을 적극적으로 적용하지 않

3) 행정절차법 및 그 하위법령이 행정입법안을 마련한 행정청으로 하여금 입법예고를 하도록 하고, 국민으로부터 의견을 제출받은 경우 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하고 그 처리결과를 통지하도록 하고, 법제처장으로 하여금 법령안에 반영되지 아니한 의견 중 중요 의견이 있는 경우 이를 법령안에 반영하도록 권고할 수 있도록 규정한 취지는, 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는 데에 있다고 할 것이다. 따라서 행정절차법 및 그 하위법령에서 정한 행정상 입법예고절차에 위반하여 입법이 이루어진 경우에 당해 법령 등은 위법하여 무효라고 할 것이다” (서울행정법원 2018. 10. 12. 선고 2017구합88671 판결. 서인천대학설립인가거부처분취소).

4) 위 서울행정법원의 판례는 이 사건에서 문제가 된 대학설립·운영 규정(대통령령)은 학교 법인의 수익용 기본재산 확보의무와 대학설립인가 여부 등에 직접적인 영향을 미치는 것으로서 학교법인으로서의 이와 관련하여 매우 중대한 이해관계를 가진다고 하면서 그렇다면 위 시행령 개정안 부칙 제3조에 대한 입법예고 후 예고내용에 국민의 권리·의무에 직접 관련되는 내용이 추가되거나 법령안의 주요 내용이 변경되어 다시 의견을 수렴할 필요가 있는 등으로 중요한 변경이 발생하였다고 할 것이므로, 행정절차법 제41조 제4항 본문, 구 법제업무 운영규정 제14조 제3항에 따라 개정 규정 부칙 제2조에 대한 입법예고를 다시 하였어야 한다고 보고 있다. 그런데 피고가 이러한 입법예고를 다시 하지 않았으므로, 개정 규정 부칙 제2조는 위 행정절차법 규정에 위반되어 무효라고 판시하고 있다. (서울행정법원 2018. 10. 12. 선고 2017구합88671 판결. 서인천대학설립인가거부처분취소).

고 있다는 점에서 미국의 예는 향후 우리나라 행정절차법상 규정 정비에 유의미한 시사점을 줄 수 있을 것이라고 생각한다. 다만, 본 연구는 미국 행정절차법과 우리나라 행정절차법 간의 비교법적인 방식은 가능한 한 지양하고 미국 연방행정절차법의 해석론을 중심으로 연방대법원의 견해를 평가하고자 한다.

## II. 사실관계와 판결

메디케어법은 빈곤층에 대하여 의료서비스를 제공한 요양기관에 대하여 부가적인 보상을 하도록 규정하고 있다. 보상의 구체적인 액수는 각 요양기관별로 산출한 이른바 “메디케어 分數”(Medicare fraction)에 따라서 산출되는데 메디케어 분수의 분모는 특정 요양기관이 메디케어 파트 A에 속한 수급권을 가진 환자들을 위하여 투입한 총 진료시간이며, 분자는 동일한 요양기관이 사회보장법상 소득보전 혜택에 대한 수급권자로서 메디케어 파트 A의 수급권자인 사람들을 위하여 투입한 총 진료서비스 제공시간이다. 따라서, 분수 값이 커지면 요양기관에 대한 보상액수 또한 늘어나게 된다. 1997년 미국 연방의회는 메디케어 관련 법률을 개정하여 메디케어 파트 C를 신설하였는데, 이 과정에서 요양기관의 메디케어 분수를 계산할 때 메디케어 파트 C에 등록된 사람 역시 기존 파트 A에 해당하는 수급권자들과 동일한 집단으로 보아 분모에 포함시키도록 하여야 하는가에 대한 문제가 제기되었다. 정부는 메디케어 파트 C에 등록된 사람 역시 분모가 포함되어야 한다는 입장을 취하였으나 당해 사건의 원고인 요양기관들은 메디케어 파트 C에 등록된 사람들은 파트 A에 속하는 수급권에 비하여 소득이 높은 사람들이기 때문에 이들을 분모에 포함시킬 경우 요양기관에 대한 정부의 보상액수가 현저하게 감소할 것임을 이유로 강하게 반대하였다.<sup>5)</sup> 2004년 메디케어를 감독하는 행정청은 파트 C에 등록된

5) 실제로 파트 C에 등록된 수급권자들을 파트 A에 의한 수급권자와 동일하게 취급하여 계산하는 경우 정부의 추계에 따를 때에도 해당 요양기관들이 9년간 약 30억에서 40억 달러의

수급권자도 분모에 포함된다는 최종 규정을 고시하였으나 요양기관들이 이에 대하여 소송으로 대응하면서 위 규정은 폐지되었다. 감독행정청은 2013년에 다시 한 번 파트 C에 해당하는 수급권자들을 분모에 포함시키도록 하는 신규 정을 고시하였으나 신규정이 2013년부터 시행되면서 2012년분 보상액 산정과 관련하여 문제에 봉착하게 된다. 이에 따라 감독행정청은 2014년에 2012년분 요양기관에 대한 보상액을 결정하면서 이미 폐지된 2004년 규정을 적용할 수 없으므로 일단 2012년분 보상액 산정에는 파트 C에 등록된 수급권자들을 포함 시키겠다는 내용을 해당 3500개의 요양기관을 대상으로 긴급 고시하게 된다. 이에 따라 이 사건 원고들은 정부가 웹사이트를 통해 신규정을 적용하겠다고 통보한 것은 보상액 산정 등 요양기관에 대한 보상기준을 결정하거나 변경하는 모든 규정이나 조건 혹은 정책의 공표 등에 대해서 사전통지와 60일간의 의견청취 절차를 규정하고 있는 메디케어법 §1395hh(a)(2)<sup>6)</sup> 위반을 구성한다고 주장하였다. 애초 항소심은 정부의 고시가 위 메디케어법의 내용을 위반하였음을 인정하여 원고의 청구를 인용하였으나<sup>7)</sup> 다른 항소법원이 상반되는 판결을 하면서 사건은 연방대법원으로 이송되게 되었다. 이 사건의 핵심적인 법적 쟁점은 메디케어 감독청이 2014년에 고시한 내용이 과연 요양기관의 법적 지위에 실질적으로 변동을 초래하는가와 관련된 부분이다. 정부는 행정절차법이 이른바 실체규정과 해석규정을 구별하고 있다는 전제하에 전자는 상대방의 권리와 의무에 직접적인 구속력을 가지는 입법이므로 행정절차법에 규정하는 사전통지와 의견청취가 요구되지만, 후자는 단순히 행정청의 법령 해석 지침 내지는 권고의 효력을 가지는데 불과하여, 그와 같은 절차가 필요하지 않다고 주장하였다. 정부는 요양기관에 대한 보상액을 산정하면서 메디케어 파트 C에 등록된 수급권자들을 분모에 포함시키는 고시는 이른바 단순 해

---

손해를 볼 것으로 예측되었다.

6) 42 U.S. Code §1395hh. 이는 사회보장법(Social Security Act) 편에 속하지만 §1395hh는 메디케어에 대하여 규정하고 있으므로 이하에서는 편의상 메디케어법이라고 부른다.

7) *Allina Health Service v. Price*, 863 F.3d 937(D.C. Circuit 2017).

석규정 또는 정책공표의 변경에 해당하는 것이므로 그와 같은 고시 이전에 행정절차법이 규정하는 사전통지와 의견청취를 거칠 의무가 없다는 견해를 제시하였다. 이에 대하여 연방대법원은 행정절차법과 메디케어법이 모두 “실체규정”(substantive rule)이라는 동일한 용어를 사용하고 있기는 하지만, 여기에서 실체규정은 그 용어와 관계없이, 국민 일반에게 법적 효력을 가지는 것인가 아니면 행정청의 해석지침에 불과한 것인가를 기준으로 판단하여야 한다고 보았다. 재판부는 메디케어법 §1395hh(a)(2)이 정부 정책의 공표나 고시에 대하여 실체적인 법적 기준을 규정하고 있는 것에 반하여 행정절차법 §553조 (b)(A)은 정부 정책의 공표나 고시가 개념적이어서 실체적 기준에 해당하는가에 대한 명시적인 내용을 규정한 것이 아님을 지적하면서, 메디케어법 §1395hh(a)(2)를 해석규정으로 볼 수 없다고 판시하였다. 즉, 사전통지와 의견청취를 필요로 하는 실체규정과 그렇지 않은 해석규정이 병렬적으로 규정되어 있는 것으로 본 것이다. 또한, 메디케어법 §1395hh(e)(1)이 정부에게 상대방의 법적 지위에 실질적인 변동을 초래하는 소급적인 규정을 제정할 수 있는 예외적인 권한을 부여하고 있는데 메디케어법이 “실체규정”이라는 용어를 사용하고 있다면 행정절차법이 규정하는 해석규정에 대한 정부 정책의 고시 또는 공표와는 다른 것으로 볼 수 있다고 판단하였다. 다시 말해, 행정절차법 하에서 해석규정이나 정부 정책의 공표 등이 개념상으로 실체규정에 해당하지 않기 때문에 양자의 구별이 용이하다는 것이다. 사안의 메디케어법의 경우 실체 규정에 대한 내용만이 규정되어 있어 해석규정의 적용 자체에 대한 입법적 의도를 원천적으로 배제하고 있다는 점이 행정절차법과 결정적인 차이라고 할 수 있다. 연방대법원은, 만약 행정절차법을 제정한 입법자가 메디케어법에서도 행정절차법의 규정방식을 그대로 수용하고 이른바 해석규정의 경우만은 사전통지와 의견청취절차의 예외로 규정하려고 의도하였다면 매우 간단하게 행정절차법 §553(b)(A)와 같이 실체규정과 함께 적용상 예외로서 해석규정을 병렬적으로 규정하였을 것이지만 메디케어법 §1395hh(a)(2)이 오직 실체규정에 대해서만 규정하고 있음을 들어, 이러한 법적 체계는 입법자가 의도적으

로 선택한 것으로서 결국 행정절차법과는 달리 메디케어법에서는 다른 결과가 나오도록 보다 그 요건을 보다 엄격하게 규정한 것이라고 볼 수 있다고 결정하였다. 법제사적 관점에 비추어 볼 때 연방정부의 주장은 근거가 희박하다고밖에 평가할 수 없을 것으로 보인다. 당해 사안에서 정부가 주로 정책적 측면, 즉, 메디케어법 §1395hh(a)(2)을 실체규정으로 해석하는 것은 행정청에게 시간과 비용 면에서 부담을 주는 것임을 강조, 해석규정을 중심으로 행정절차법 규정을 적용해야 한다는 논리를 펼친 이유다. 그러나 연방대법원은 이러한 정부의 주장을 경청은 하면서도 정부의 주장은 설득력이 약하기 때문에 명시적인 법률규정에 대한 해석을 도외시하고 다른 해석방식을 취할 수 있는 것은 아니라는 입장을 견지하였다.<sup>8)</sup>

### III. 판결의 구체적 내용

#### 1. Gorsuch의 다수의견

다수의견을 작성한 Gorsuch 대법관은, 고령층과 장애인에 대한 의료 급여를 실시하는 medicare 프로그램이 미국 인구의 5분의 1에 해당하는 약 6천만 명을 대상으로 연간 연방 예산 7천억 달러가 소요되는 사회보장제도라는 점을 지적하고 있다. 따라서, 메디케어와 관련된 규정을 조금이라도 개정하는 것은 수많은 수급권자는 물론 요양기관의 법적 지위에 상당한 영향을 초래한다고 보았다. 애초 메디케어법이 제정되었던 1965년경에는 행정청은 관련 규정을 제정 또는 개정하는 경우 행정절차법에 규정된 사전통지와 의견청취절차를 적

8) 연방대법원은 §1395hh(a)(2)에 대한 연방항소법원의 판결을 그대로 수용하기 때문에 원고가 별도로 제기한 문제인 §1395hh(a)(4)의 경우에도 역시 사전통지와 의견청취가 필요하다는 주장에 대하여는 판단하지 않았다. Gorsuch 대법관이 작성한 다수의견에는 Roberts 대법원장, Thomas, Ginsberg, Alito, Sotomayor, Kagan 대법관이 동의하였으며, Breyer 대법관이 반대의견을 작성하였다. Kavanaugh 대법관은 이 사건의 심리와 판결에 참여하지 않았으므로 대법관 7대1로 항소심 판결을 확인하였다.

용하지 않았지만, 이후 한동안은 사전통지와 의견청취절차를 재량규정으로 정하는 행정절차법상 비공식 행정입법(informal rulemaking)의 취지를 고려, 사전통지와 의견청취를 자발적으로 시행하는 경향을 보였다. 그러나 정부가 많은 시간과 비용을 소요로 하는 사전통지 및 의견청취 절차를 점차 부담스럽게 느끼게 되면서 최근에는 그 활용 빈도가 현격히 떨어지게 되었다. 반면, 의회는 행정부와는 대조적으로 사전통지와 의견청취 절차를 강화하여야 한다는 입장을 견지하였는데 이는 이른바 메디케어가 국민에게 광범위한 영향력을 미치기 때문이었다. 결국, 의회는 행정청의 재량사항이었던 사전통지와 의견청취절차를 의무사항으로 규정하게 되었다. 연방의회는 메디케어의 경우 단순히 행정절차법의 통지와 의견청취절차를 준용 이상이 필요하다고 보았는데 이에 따라 1987년 메디케어법 §1395hh(a)(2)에 메디케어법상 수급권의 범위, 의료서비스 제공에 대한 보상, 의료서비스를 받거나 제공하는 개인, 법인, 단체 등의 자격 등에 대한 실체적인 법적 기준을 결정하거나 변경하는 일체의 규정이나 조건 혹은 정책의 공표 등에 대해서 사전통지와 60일간의 의견청취 절차를 규정하게 되었다. 일반적으로 행정절차법이 규정하는 의견청취 기간이 30일임을 고려하였을 때 메디케어법 §1395hh(a)(2)이 행정절차법의 두 배가 넘는 기간을 정하고 있다는 것은 이해관계인의 참여와 의견제출의 기회를 확대하겠다는 입법자의 의지를 엿볼 수 있는 대목이다. 이 사건에서 행정청의 행위는 이른바 정책의 “고시 내지 공표”(statement of policy)에 해당한다. 실체 규정과 절차규정을 구분하는 견해를 제시한 원고는, 실체규정 또는 실체적 기준이란 상대방에게 권리 또는 의무를 발생시키는 것임에 비하여 절차규정은 성립한 권리와 의무를 사후에 구체적으로 집행하는 것이라고 보았다. 따라서, 이 사건 규정의 경우 요양기관의 보상액 산정에 대한 권리를 그 대상으로 하는 것이므로 실체규정에 해당하며, 메디케어법에 따라서 사전통지와 의견청취절차를 거쳐야 하였음을 주장하였다.<sup>9)</sup> 이에 반하여 정부는 전혀 다른 견해를 제

---

9) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1810 (2019).



시하였는데, 연방대법원의 과거 판결을 언급하며, 행정입법에는 실체규정과 해석규정의 두 종류가 있고, 전자는 상대방에 대한 직접적인 법적 구속력을 가지지만 후자는 일반인에게 행정청의 법령해석에 대한 단순한 권고적 효력을 가질 뿐임을 강조하였다. 정부는 따라서, 메디케어법상 파트 C의 수급권자들을 파트 A의 수급권자에 포함시키는 정부의 고시행위는 이 중 단순한 해석규정에 해당하기 때문에 행정절차법상 사전통지와 의견청취절차를 거칠 필요가 없다고 주장한다. 정부의 견해는 다음과 같은 입장에서 비판이 가능한 것으로 보인다. 첫째, 메디케어법이 정부 정책의 고시나 공표행위가 상대방의 실제적인 법적 지위를 결정 또는 변경할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다. 행정청과 Breyer 대법관을 필두로 한 반대의견이 이른바 메디케어법 §1395hh (a)(2)이 사실상 해석규정을 위장한 형태이기 때문에 사전통지와 의견청취의 대상이 아니라고 주장하고 있지만, 연방대법원이 과거의 판결을 통해 행정청이 스스로 사용하는 용어나 포장에 연연하지 않고 그 실체에 입각하여 판단하여야 함을 지속적으로 확인해왔음을 언급하지 않을 수 없다. 둘째, 메디케어법 §1395hh조 (e)(1)은 정부에게 해석규정이나 정부 정책의 공표의 내용에 대하여 소급적으로 “실체적인” 변경을 가할 수 있는 제한적인 권한을 부여하고 있다. 그런데 이와 같은 정부의 제한적인 권한은 메디케어법이 행정절차법과 “실체적”이라는 용어를 동일한 의미로 사용했다면 성립할 수 없다. 행정절차법상 해석규정이나 정부 정책의 공표는 사실상 “실체적인 변경”에 해당하지 않기 때문이다. 다시 말해, 메디케어법이 §1395hh(e)(1)에서 “실체적”(substantive) 변경을 규정한 것은 행정절차법이 규정하는 단순한 해석규정이나 정부 정책의 공표가 아니라 문자 그대로 상대방의 법적 지위에 대한 실체적 변경을 의미한다고 보아야 한다.<sup>10)</sup> 그런데 여기에 대해서도 정부는 만족할 만한 답을 제시하지 못하고 있다. 정부는 반복해서 메디케어법 §1395hh(e)(1)에서 규정하는 “실체적”이라는 개념이 §1395hh(a)(2)에서 말하는 “실체적”이라는 용어

10) Azar v. Allina Health Service, 587 U.S. 1812 (2019).

와 다른 것이라는 주장을 하고 있다. 메디케어법이 §1395hh조에서 실체적이라는 동일한 용어를 반복적으로 사용하고 있음에도 다른 항에서는 서로 다른 의미로 사용된다는 주장을 하는 것이다. 즉 정부는 §1395hh(e)(1)에서 규정한 실체적이라는 의미와 관련하여 원고들의 주장이 잘못되었음을 지적하면서 §1395hh(a)(2)의 실체적이라는 개념은 그것과는 다른, 즉 행정절차법상의 “해석”(interpretive) 규정에 해당하는 것으로 보고 있다. 그러나 연방대법원은 의회가 법률을 제정하면서 동일한 조문에 항을 달리한다고 하여 동일한 “실체적”이라는 용어를 사용하는 경우 상호 간의 의미가 다르다는 근거를 정부가 제대로 제시하고 있지 못한 것으로 판단하였다. 셋째, 정부는 메디케어법이 “실체적인 법적 기준”(substantive legal standard)이라는 용어를 사용하는 것이 행정절차법이 규정하는 사전통지와 의견청취절차를 거치지 않도록 하기 위한 것이었다고 주장하고 있다. 그런데 행정절차법 §553(b)는 행정입법에 있어서 사전통지와 의견청취에 대한 예외를 (A) 해석규정, 정책에 대한 일반적인 공표나 고시, 행정청의 조직, 절차, 집행 등에 대한 규칙을 제정하거나 (B) 행정청이 사전통지와 의견청취가 실행 불가 또는 불필요하거나 공익에 반하는 등 상당한 이유가 있다고 판단하는 경우 두 가지로 한정하고 있다. 주목할 만한 점은 의회가 메디케어법을 제정하면서 §1395hh(b)(2)(C)에 행정절차법 §553(b)의 (B)에 해당하는 예외사유, 즉 “행정청이 상당한 이유가 있다고 판단하는 경우”만을 규정하고 있다는 점이다. 정부의 주장과 같이 만약 의회가 메디케어법 §1395hh(b)(2)(C)에서 행정절차법과 §553(b)(A)와 동일하게 해석규정이나 정부 정책의 공표 등에 대해서도 역시 사전통지와 의견청취절차의 예외로 하기를 원했다면 이를 명시적으로 규정하였어야 한다. 청정대기법 (Clean Air Act) §7607(d)(1)에서 또한 이와같은 명시적 예외사유에 대하여 규정하고 있음을 고려한다면 메디케어법의 경우 의회가 의도적으로 “실체적 기준”의 결정이나 변경의 경우에는 사전통지와 의견청취를 거치도록 한 것으로 이해하여야 한다.<sup>11)</sup> 그 외에도 정부는 메디케어법 제정사를 살펴보면 정부의 단순한 정책공표 내지 고시나 해석규정의 변경은 사전통지와 의견청취의

대상이 아니었다고 주장하고 있는데, 법제사는 애매한 법규정을 해석함에 있어서 일정한 지침을 제공할 수는 있지만 “법제사가 법은 아니다”(But legislative history is not the law)라는 점은 분명해 보인다.<sup>12)</sup> 또한, 정부는 메디케어법상 해석규정에 대한 변경이 있는 경우 사전통지와 의견청취를 거치게 되면 소요되는 시간과 비용이 과다하다는 일종의 정책적 관점을 강조하고 있다. 그러나 메디케어 프로그램을 위해서는 천문학적 단위의 정부 재정이 투입된다는 점, 그 운영 방식 내지 변경은 수많은 미국인, 요양기관에 대하여 그 법적 지위를 변경하도록 한다는 점에서 메디케어 운영 및 관련 규정의 변경으로 인하여 달성할 수 있는 공익과 침해되는 사익 간에 보다 큰 것이 무엇인가에 대한 실증적인 자료나 증거를 제시가 필요함에도 불구하고 정부의 주장은 만연히 시간과 비용이 과다하여 부담이 크다는 점만을 되풀이하고 있다는 점에서 쉽게 납득하기 어렵다.

## 2. Breyer의 반대의견

Kavanaugh 대법관이 심리와 판결에 불참한 상태에서 유일한 반대의견을 제시한 Breyer 대법관은 메디케어법 §1395hh(a)(2)의 규정 내용 및 전체적인 맥락과 법제사적 측면에서 볼 때 정부의 견해가 옳다고 주장하고 있다. Breyer 대법관은 행정절차법에서 규정하는 규칙제정절차의 전체적인 맥락을 고려한다면 입법자가 사전통지와 의견청취절차를 오직 실체규정에 대해서만 적용하려고 한 것으로 해석할 수 있다고 보았다. 1965년 메디케어법이 처음으로 제정될 당시 메디케어법 §1395hh(a)(1)은 “주무장관은 건강보험 제도의 운영을 위하여 필요한 경우 규칙(Regulation)을 제정할 수 있다”라고 규정하였으며<sup>13)</sup> §1395hh(a)(1)은 “수급권의 범위, 의료서비스 제공에 대한 보상, 의료

11) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1814 (2019).

12) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1817 (2019).

13) 이 사건에서 문제가 된 메디케어법 §1395hh(a)(2)와 관련 조항인 §1395hh(b)(1)은 1980년 개정 때 추가되었다.

서비스를 받거나 제공하는 개인, 법인, 단체 등의 자격 등에 대한 실체적인 법적 기준을 결정하거나 변경하는 일체의 규정이나 조건 혹은 정책의 공표 등은 주무장관이 관련 규칙을 제정하는 경우에 한하여 효력이 있다”고 규정하였다. 또한, §1395hh(b)(1)은 “관련 규칙을 제정하기에 앞서 주무장관은 연방 공보를 통하여 대상 규칙의 내용을 사전에 통지하고 최소한 60일 이상 일반인의 의견청취를 구하여야 한다.” 라고 명시하였다. 메디케어법의 이 세 조항의 내용을 종합하여 보면 메디케어의 운영과 관련된 규정, 조건, 정책의 공표가 모두 실체적 기준을 정하는 경우에 한하여 사전통지와 의견청취의 대상이 됨을 알 수 있다.<sup>14)</sup> 따라서, 1980년 개정된 메디케어법에서 입법자가 과연 해석규정의 제정이나 개정에 까지 사전통지와 의견청취를 의도하였다는 것은 과도한 해석론이다. 1980년대 당시 행정법에서는 “규칙”(regulation)과 “실체적”이라는 개념이 매우 특별한 의미를 가지고 있었다. 연방대법원 역시 행정절차법의 구분방식에 따라서 실체규정을 한 카테고리로 설정하고 다른 카테고리로 해석 규정, 정부의 일반적인 정책공표, 행정청 조직 및 절차규칙을 구별하는 것을 수용하고, 전자의 경우에 한하여 일반 국민에 대한 법적 구속력을 인정하였다. 실체규정은 흔히 입법규정(legislative rules)과 동일한 의미로 사용되기도 하였으며 연방대법원은 물론 하급법원들 역시 실체규정과 규칙<sup>15)</sup>, 입법규정을 대체로 혼용하였다. 다만, 점차로 입법규정이라는 개념은 잘 사용되지 않았는데 그럼에도 실체규정과 입법규정은 여전히 실무상 같은 의미로 이해되어 왔다.<sup>16)</sup> 이 사건에서 주목할 부분은 메디케어법 §1395hh(a)(2)가 “정부의 일반적인 정책공표”를 규정하고 있다는 점이다. 앞에서 언급한 바와 같이 전통적으로 행정절차법과 법원의 판례들이 이를 실체규정과 다른 단순 해석규정과 동일한 범주로 이해하였기 때문에 여기에 사전통지와 의견청취절차가 적용된다

14) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1824 (2019).

15) 본 연구에서는 “실체규정”은 국민의 권리와 의무에 관계되는 일반적인 의미로 사용하고 “실체규칙”은 메디케어법 §1395hh(a)(2)에 따라서 행정청이 실제로 제정하는 행정규칙의 의미로 구별하여 사용한다.

16) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1828 (2019).

는 것은 잘못된 것이기 때문이다. 종합해 보면 정부의 일반적인 정책공표는 행정절차법의 취지에 따라서 단순 해석규정의 범주에 해당하는 것으로서 사전통지와 의견청취의 대상이 아니다. 단, 행정절차법과 메디케어법의 체계적인 해석상 정부의 일반적인 정책공표 행위가 해석규정을 넘어서서 국민의 자유와 권리에 직접적인 구속력을 가지는 실체규정에 해당하는 경우에 한하여 사전통지와 의견청취가 적용되게 된다. 이는 메디케어법 §1395hh(a)(2)의 문리해석을 통해서도 분명히 드러나는데 “실체적 법적 기준을 결정하거나 변경하는” 정책의 공표라는 선행사를 수식하는 관계대명사절이 후속한다는 것은 위 조항은 단순히 “정책의 공표”를 언급한 것이 아님을 반증하는 것이라고 할 수 있다. 생각건대, 입법자는 사실은 해석규정을 대 놓고 말하려고 하였으나 관계대명사절을 사용함으로써 해석규정을 “위장”하는 방식을 취한 것으로 보인다. 이러한 해석론은 다소간 낮간지럽다는 비판을 받을 수 있지만, 법제사적 관점에서 보면 입법자가 진정으로 원한 방향이라고 할 수 있다. 따라서 이 사건에서 문제가 되는 변경된 정책의 공표나 고시는 일종의 해석규정에 대한 변경에 해당하는 것으로 이해하여야 하며, 이 경우 사전통지와 의견청취보다는 이해관계인에 대하여 변경된 매뉴얼에 대한 안내와 기타 비공식적인 정보제공방식으로 충분하다는 것을 확인할 수 있다. Breyer 대법관의 반대의견은 정부가 메디케어 프로그램을 집행함에 있어 법원이 그 현실적인 어려움과 복잡성을 고려하여야 함을 주장하고 있다. 즉, 메디케어의 운영을 위해서 정부가 수천 페이지에 달하는 매뉴얼 안내, 해석규정, 기타 관련 문서를 수급권자와 요양기관에 제공하고 있기 때문에 단순한 해석규정, 국민의 권리 의무에 영향을 주지 않는 정부정책의 공표, 변경에까지 사전통지와 의견청취를 요구하는 경우 막대한 시간과 비용이 소요됨을 지적하는 것이다. 통계적으로 하나의 사전통지와 의견청취절차를 진행하는데 평균 약 4년의 기간이 걸린다는 점을 고려할 때 메디케어법이 모든 사소한 해석규정과 정책의 변경에 대하여 사전통지와 의견청취를 요구한다고 해석하는 것 역시 메디케어 행정 자체를 마비시키는 것이라는 점, 입법자의 의도와 합치한다고 볼 수 없다는 점에서 수용하기 어렵다.<sup>17)</sup> Breyer

대법관은 다수의견이 메디케어 파트 C에 속하는 수급권자를 분자에 포함시키는 해석규정이 요양기관의 실제적 법적 지위를 결정 또는 변경하는 것으로서 반드시 사전통지와 의견청취절차를 거쳐야 한다고 말하고 있으나 그 이유를 분명하게 제시하지 않았다고 비판한다. 그 이유가 혹시 요양기관의 보상에 대한 권리에 영향을 주기 때문인가? 혹은 이러한 결정이 정부 재정에 심대한 영향을 미치지 않는 경미한 사안이기 때문인가? 또는 행정청이 유사한 사건에서 이미 사전통지와 의견청취를 거쳐서 확립된 관행이기 때문에 여기에서 벗어나지 못하는 것인가? 여기에 대해 다수의견은 어떠한 대답도 내놓지 않았다. 결국, Breyer 대법관은 메디케어법 §1395hh(a)(2)의 전체적인 맥락, 문언, 법제사 및 현실적인 상황 등을 고려할 때 다수의견은 오류를 범하고 있다는 비판을 제기하고 있다. Breyer 대법관은 정공법은 의회가 위 조항을 개정하여 오류를 바로잡은 것이지만 이는 상당한 시간이 소요되며 의회의 다른 입법현안에 비추어 보면 그리 우선순위에도 해당하지 못하는 경미한 사안이므로 법원은 해석규정이 진정으로 실제적인 기준을 결정하거나 변경하는 경우에 한하여 사전통지와 의견청취가 필요한 것으로 해석론을 유지할 것을 제안하고 있다.<sup>18)</sup>

## IV. 평석

### 1. 연방 행정절차법상 행정입법과 사전통지, 의견청취절차의 의의

#### 가. 이른바 비공식(informal) 행정입법과 공식(formal) 행정입법

이 사건에서 핵심적인 쟁점은 파트 C에 해당하는 수급권자들을 요양기관에 지급하는 보상액 산정에 있어서 분모에 포함시키는 규정의 개정 또는 정부 정책을 변경하는 내용이 메디케어법 §1395hh (a)(2)에서 규정하는 요양기관에

17) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1833 (2019).

18) *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1839 (2019).

적용되는 “실체적인 법적 기준의 변경”에 해당하는지에 관한 부분이다. 만약, 실체적인 법적 기준에 해당된다면, 사전통지와 의견청취절차를 반드시 거쳐야 한다. 물론 메디케어법 §1395hh (a)(2)은 행정절차법 §553(d)(2)가 규정하는 사전통지 및 의견청취와 다소간의 내용 차이가 있지만 대체로 행정절차법 §553(d)(2)이 통지와 의견청취를 위한 일종의 통칙규정에 해당하는 것으로 볼 수 있다는 점에서 그 검토가 필요하다. 행정절차법 §553의 내용은 아래와 같다. 행정절차법 §553의 핵심적인 내용은 (b)의 사전통지와 (c)에 규정된 의견청취 및 (d)의 의견청취의 기간이다. 그런데 일반적으로 행정절차법 §553에 의한 사전통지와 의견청취를 거치는 행정입법절차를 흔히 비공식 행정입법이라고 부른다.<sup>19)</sup> 그 이유는 행정절차법 §553(c)에 따라서 관련 법률이 행정입법절차에서 정식 청문을 개최하고 그 기록에 따르는 입법을 요구하지 않는 한 대부분 서류제출을 통한 의견청취가 이루어지는 것이 일반적이기 때문이다. §553(c)에 의한 행정입법을 공식 행정입법이라고 하고 여기에는 추가로 행정절차법 §556과 §557을 적용하여 비공식 행정입법과 구분하는데, 대부분의 행정입법은 비공식 행정입법에 해당한다. 사전통지는 행정청이 제안한 행정입법을 연방공보에 게시하고 다음과 같은 내용을 포함한다. 의견청취의 기간, 행정입법절차의 장소, 공중이 참여하는 행정입법의 성격, 행정입법의 제정 또는 개정을 제안한 관할 행정청에 대한 정보, 행정입법에 포함된 용어 혹은 실체적 내용, 주제와 쟁점에 대한 記述 등이다. 의견청취는 관할 행정청이 제안한 행정입법안에 대하여 이해관계인에게 서면으로 의견을 제출하도록 하는 것이 통상적인 방법인데, 행정청의 재량에 따라서 구두진술을 할 기회가 부여되기도 한다. 관할 행정청은 이해관계인들의 의견청취절차가 마무리된 이후에 이를 최종 입법안에 반영할지 여부를 고려하며 최종 입법안을 공고할 때 입법안의 취지와 목적에 대한 일반적이고 간명한 설명을 덧붙인다. 최종 입법안은 연방공보에 게시하여 공고하는데, 이에 대한 상세한 절차는 행정절차법

19) Peter Strauss/Todd Rakoff/Cynthia Farina/Gillian Metzger, 『Administrative Law(11th ed.)』, Gellhorn & Byse's, 2011, p. 114.

§552(a)(1)에서 상세하게 규정하고 있다. 그리고 공고된 입법안이 상대방에게 새로운 내용의 의무나 조건을 부과하는 이른바 실제규정인 경우, 공고 후 최소 30일이 경과한 이후에 효력이 발생한다. 행정절차법 §553은 관할 행정청이 제안한 행정입법의 내용에 대하여 이해관계인의 의견을 구하기 위한 목적을 가지고 있으며 이들에게 단순한 의견진술의 기회를 넘어서서 정당한 절차적 권리를 보장한다는 의미를 가진다. 다만, 법원의 판례는 행정청이 이해관계인들이 제출한 의견이나 의견청취절차에서 현출된 증거 등에 반드시 구속되는 것은 아니라는 입장을 보이고 있다. 그보다는 오히려 행정청 자신이 보유하고 있는 증거나 정보, 전문적 지식을 근거로 행정입법을 제정 또는 개정하는 것을 허용하는 입장이다.<sup>20)</sup> 이는 앞서 언급한 공식 행정입법의 경우 행정절차법상 청문에서 제출된 기록을 바탕으로 행정입법이 이루어져야 한다는 것과 차이를 보이는 것으로서 법원은 일반적으로 비공식 행정입법에 대해서는 행정절차법 §706(2)(E)에서 규정하는 실질적 증거(substantial evidence)법칙도 적용하지 않는다. 한편 행정절차법 §553은 상당한 적용상의 예외를 인정하고 있는데, 본 사건과 적용하여 검토할 부분은 행정절차법 §553 (b)(3)(A) 및 (b)(3)(B)로, 전자에 의하여 이른바 비공식 행정입법의 경우 “해석규정, 정책에 대한 일반적인 공표, 행정청의 조직, 절차, 집행 등”에 대해서는 사전통지와 의견청취절차가 적용되지 않으며 후자에 따라 행정청이 사전통지와 의견청취의 실행이 불가능, 불필요, 내지는 공익에 반하는 등의 사유가 있다고 판단하는 경우 마찬가지로 사전통지와 의견청취절차의 배제가 가능하다. 관련 법령이 행정청이 실시한 청문에서 현출된 기록에 따라서 행정입법이 이루어져야 한다고 규정하는 경우 서면제출이 원칙인 비공식 입법절차와는 달리 행정절차법 §556과 §557에 의한 공식 행정입법 절차가 적용된다.<sup>21)</sup> 이른바 기록에 의한

20) Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, 『Administrative Law and Regulatory Policy(8th ed.)』, Wolters Kluwer, 2017, p.476.

21) 앞서 언급한 바와 같이 §706(2)(E)에 의한 정식청문 또는 다른 법령에 따라서 실시한 청문절차에 의하여 수집된 증거와 기록을 실질적 증거라고 부르는데, 법원은 행정행위의 의미, 헌법, 법률을 포함한 모든 법적 쟁점을 검토한 후 행정행위가 실질적 증거에 의하



행정입법(on-the-record rulemaking)이라고도 부르는 공식입법 절차는 사전통지와 의견청취를 핵심으로 하는 통상적인 비공식 행정입법과는 달리 행정법 판사(administrative law judge)로 알려진 청문 주재자 혹은 행정청의 청문 주재자와의 대심구조의 정식청문을 통하여 증거와 기록을 확보하고 필요한 경우 전문가의 증언을 청취한다. 더 나아가 한 상대방이 다른 상대방의 주장과 기록을 반박하는 등 재판절차에 준하여 일차적 결정을 내리는데 이에 불복하는 상대방은 행정기관의 장 앞에서 청문 주재자의 기록과 증거에 대하여 재차 다룰 수 있는 기회가 주어진다. 공식입법절차에서는 당사자에 대하여 청문 주재자가 청문 과정은 물론 청문을 전후하여 수집한 증거와 기록이 공평하게 제공되며 일차적 결정을 다투는 불복을 통하여 자신에게 유리한 최종결정을 유도할 수 있는 기회 또한 보장된다.<sup>22)</sup> 행정절차법을 시행한 초기에는 일반적으로 공식입법절차를 통하여 행정입법이 이루어지는 것이 보편적이었다.<sup>23)</sup> 또한, 공식입법절차가 이루어진 영역은 행정절차법 §551(4)에서 규정하는 것으로서 대부분 경제문제와 관련된 공공요금이나 임금 등에 대한 행정청의 결정 또는 변경 등이었다. 이는 공공요금이나 임금의 경우 국민의 일반적인 권리 의무에 실질적인 영향을 끼치는 중요한 사항이기 때문에 의회가 직접 법률로서 그 내용을 규정하여야 하지만 행정절차법을 통하여 적법절차가 상당한 정도로 완비되었다는 점을 고려하였을 때 공식입법절차를 거친다면 의회의 입법에 비교할 수 있을 정도로 이해관계인의 권리보장이 이루어질 수 있다는 확신이 있었기 때문으로 보인다. 비록 본 사건에서는 비공식 행정입법에서 통상적인 사전통지와 의견청취절차의 적용 여부가 핵심적인 쟁점이지만, 파트 C의 수급권자를 포함하도록 규정을 변경하는 것은 요양기관의 법적 지위에 상당한 영향을 준다는 측면에서 이를 과거 행정절차법 시행 초기 이른바 “공식입법”에 준하는 문제라고 볼 여지도 있다. 관련 법령이 초기 경제문제와 관련된 공공요금이나

---

여 뒷받침되지 않는 경우 그 효력을 부인한다.

22) Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz (각주 22), 477.

23) Peter Strauss/Todd Rakoff/Cynthia Farina/Gillian Metzger, (각주 21), 114.

임금에 대한 행정청의 결정, 또는 변경 등의 사항에 대하여 공식절차를 따르도록 요구한 것은, 공공재를 포함하여 기업의 수익성을 좌우하는 요금이나 임금을 행정청이 결정 또는 변경하는 것은 기업경영에 대한 직접적인 영향을 주는 것이고, 공공요금과 임금의 수준은 재화와 용역을 소비·제공하는 일반 국민 입장에서 민감한 사안이라고 볼 수 있었기 때문으로 생각된다. 그러나 점차로 시간이 지나면서 공식입법절차가 오히려 예외적이고 비공식 절차를 선호하는 경향이 나타나게 된다.<sup>24)</sup> 그 이유는 공식절차가 행정청에게 과도한 시간과 비용을 부담시킨다는 비판과 더불어 행정청과 대립적인 위치에 있는 기업이나 개인에게도 공식입법절차를 통하여 행정청이 과도한 통제를 하고 있다는 우려가 제기되었기 때문이다. 사실, 일반 국민에게 공개된 청문 절차에서 특정 기업의 이해관계와 영업비밀 등이 노출된다면 이를 꺼리는 경향이 나타나는 것은 자연스러운 현상이다. 일례로 미국 FDA는 관련 법령에 따라서 공식입법절차를 적용하는 것을 원칙으로 하는데, 이와 관련하여 버터에 땅콩 성분이 어느 정도로 함유되어야 식품의 라벨을 “땅콩버터”로 붙여서 시중에 판매할 수 있는가와 관련된 공식입법절차는 너무도 유명한 사건이다. 당시 FDA는 버터에 땅콩이 90% 이상 포함되어야 “땅콩버터”로 출시할 수 있다는 고작 6페이지의 행정입법 공고를 하기 위해서 무려 9년의 시간, 20주의 청문절차를 거쳐야 했으며, 8천 페이지에 이르는 청문보고서를 작성하여야 했다. 이는 공식입법이 얼마나 소모적인 절차인지 단적으로 보여주는 사건이라고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 사실 본 사건에서 Breyer 대법관이 메디케어 행정의 복잡성과 양으로 볼 때 요양기관에 대한 보상기준을 단순한 해석규정의 변경이나 정부 정책의 공표로 보고 사전 통지와 의견청취절차를 거치지 않는 것이 행정의 현실에 보다 부합한다고 주장하는 것을 그렇게 가벼이 흘릴 수 없는 이유가 바로 여기에 있다.

24) 이에 대한 상세한 논의는 Hamilton, Robert W. "Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking." Calif. L. Rev. 60 (1972): 1312-1313.

25) Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz (각주 22), 477.

나. 메디케어법 §1395hh(a)(2) - 실체규정인가 혹은 해석규정인가?

(1) 메디케어법의 정책공표 및 해석규칙과 행정절차법의 해석규칙의 차이 앞서 언급한 바와 같이 본 사건에서 문제가 되는 메디케어법 §1395hh(a)(2)의 해석에 대해 각 다수의견과 반대의견이 주장하는 견해를 보다 심층적으로 살펴볼 필요가 있다. 메디케어법 §1395hh(a)(2)에서 장관이 제정하는 규칙(rule)은 (1)의 규칙(regulation)과 같은 의미이고 정책의 공표(statement of policy)는 행정절차법 §553조의 공표와 역시 동일한 의미로 사용되고 있다. 다만, 차이점은 메디케어법 §1395hh(a)(2)가 단순히 rule, regulation이라는 용어만을 사용하고 있는데 반하여, 행정절차법 §553(d)는 장관의 규칙을 실체규칙(substantive rule)과 해석규칙(interpretive rule)으로 두 가지로 구분하여 사전통지와 의견청취의 필요성 여부를 판단하고 있다는 점이다. 다만, 메디케어법의 경우 “실체적 법적 기준을 결정 또는 변경하는 규칙 또는 정책의 공표”라는 표현을 통하여 이 기준에 부합하는 규칙(rule 또는 regulation 모두 포함)에는 실체규정은 물론 해석규정의 경우라도 그 실질이 실체규정이라고 볼 수 있는 경우 사전통지와 의견청취의 대상이 될 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 행정절차법과 비교하였을 때 사실상 메디케어법은 사전통지와 의견청취의 대상이 되는 규칙의 범위를 확대한 것이라는 해석이 가능한 부분이다. 이는 본 사건에서 실체규정의 의미를 둘러싸고 다수의견과 반대의견이 치열한 의견대립을 벌이는 근본적인 원인이라고 할 수 있다. 그렇다면 과연 실체규정과 해석규정이란 무엇인지에 관한 근본적인 문제로 돌아올 수밖에 없다. 직관적으로는 실체규정이 국민의 자유와 권리에 직접적인 변동을 초래할 수 있는 입법사항에 준하는 행정입법이라고 볼 여지가 있다. 그 이유는 앞서 언급한 바와 같이 미국행정법에서 실체규정을 흔히 입법규정(legislative rule)이라는 용어와 동일한 것으로 이해하기 때문이다. 우리나라 식으로 말하자면 법령의 위임을 받은 법규명령, 조례 등 자치법규 등을 그 예로 들 수 있다. 반면 해석규정은 행정청 내부의 조직, 절차 집행을 위하여 내부적인 효력만을 가지는 것으로

로 우리 식으로 말하자면 이른바 법규성이 없는 행정규칙으로 이해할 수 있다. 법규성을 가지는 실체규정에 대해서 행정절차법이나 메디케어법이 일반 국민에 대한 사전통지와 의견청취를 위한 절차를 마련하고 있다고 볼 여지가 있기 때문이다. 그런데 이와 같은 직관적인 법리에도 불구하고 실제로 미국행정법에서 실체규정과 해석규정의 구별기준을 밝히는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 최근 연방대법관으로 합류한 Kavanaugh도 워싱턴 D.C. 항소법원 판사 시절 양자를 구별하는 명확하고 예측 가능한 기준을 발견하고 확립하는 것이 정부는 물론 법원, 의회, 행정법 학계의 중요한 과제라고 밝힌 바 있지만<sup>26)</sup> 일각에서 이는 아직은 요원하고 어떻게 보면 불가능한 것이라는 비관론이 제기되는 이유다. 오히려 앞서 언급한 바와 같이 미국 행정법 실무자들은 비록 이론적으로는 실체규정에 해당하는 규칙, 정책공표에 해당되는 경우라도 행정 현실과 비용, 시간 등을 고려할 때, 과도한 부담을 주는 비공식 행정입법절차를 지양하고 이를 단순한 해석규정 혹은 정책공표에 준하는 것으로 보아야 한다고 주장한다. 행정청 역시 현대행정의 복잡성, 전문성을 근거로 내세우며 유연하고 탄력적인 행정이 국익과 국민권리 보호에 보다 효과적임을 강조하고 있다. 사실 상 본 사건에서 Breyer 대법관의 반대의견은 미국 내 이러한 흐름을 반영하는 것으로 이해할 수 있다. Nina Mendelson은 이러한 행정행태와 현실을 경험적으로 분석하였는데, 실제로 미국 내 수많은 연방독립행정청들(예를 들어 Federal Aviation Administration, Environmental Protection Agency, Occupational Safety and Health Administration of the Department of Labor, Office of Management and Budget 등)은 사전통지와 의견청취절차를 대신하여 사업자 등에게 이른바 정보안내문서(guidance documents)를 제공하고 있는 것으로 파악되고 있다.<sup>27)</sup> 본 사건에서도 정보안내문서가 비공식 행정입법 절차를 대신할 수 있다는 Breyer 대법관의 이야기가 생각나는 대목이다. 최근

26) National Mining Ass'n v. McCarthy, 758 F.3d 243(D.C. Cir. 2014).

27) Nina Mendelson, "Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policymaking", 92 Cornell L. Rev. 397, 398-399 (2007).

에는 미국인들의 건강 및 안전과 직결되는 업무를 수행하는 FDA에서마저도 정보안내문서의 양이 급증하고 상대적으로 사전통지와 의견청취절차는 왜소해 지고 있는 것으로 보고되고 있다. 앞서 언급한 “땅콩버터 사건”의 영향이 너무 컸던 탓일까? 과거 연방대법원을 비롯한 연방법원들은 실체규정 내지는 입법규정에 대하여 이른바 Chevron 존중원칙에 따라 행정부와 독립행정청의 행정입법의 적법성을 판단함에 있어서 완화된 심사기준을 적용하는 반면, 해석규정에 대해서는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔다. 이러한 점으로 판단하였을 때 결국 법규정을 실체규정으로 볼 것이냐 해석규정으로 볼 것이냐의 문제는 사법부의 태도 여하에 달려있다고 하여도 과언이 아니다. 그런 의미에서 본 사건에서 다수의견이 요양기관의 보상액에 직접적인 변동을 초래하는 규칙이 메디케어법 § 1395hh(a)에 의한 실체적 법적 기준에 대한 변화를 야기하는 규칙으로서 메디케어법 §1395hh(b)(1)(2)(C)에 의한 사전통지와 의견청취절차가 적용된다는 견해는 주목할 만하다. 결국, 본 사건에서 연방대법원이 이른바 엄격 심사기준을 적용하여 판결을 내린 것은 현재의 잘못된 행정 관행에 제동을 걸었다는 평가가 가능하다. 향후 유사한 사건에서 그 귀추가 주목되는 이유다.

## (2) Breyer 해석론에 대한 비판

다수의견과 반대의견의 요지를 중심으로 기술하였지만, 종국적으로는 메디케어법 §1395hh(a)(2)와 행정절차법 §553(d)에 대한 문언을 중심으로 양 조항에 대한 체계적인 해석이 문제해결의 출발점이 되어야 한다. 일단 행정절차법 §553조 규정된 행정입법절차 중 이른바 비공식 입법절차에 적용되는 사전통지와 의견청취는 일반적인 조항으로서 다른 법률 조항에서 특칙 등을 규정하지 않는 한 그에 따르게 된다. 여기에서 다른 법률 조항에서 특칙을 규정하는 경우란 예를 들어 다른 법률에서 비공식 행정입법이 아닌 기록과 증거에 근거한 행정입법을 요구하는 이른바 공식행정입법이 필요한 경우 등이다. 행정절차법 §553(c)에 따라서 관련 법률이 행정입법절차에서 정식 청문을 개최하고

그 기록에 따르는 입법을 요구하는 경우 행정절차법 §556조와 §557이라는 일종의 특칙이 적용된다. 이와 동일하게 메디케어법에 의한 행정입법절차에는 일반조항인 행정절차법 §553이 적용되는 것이 아니라 메디케어에 대한 특칙으로서 메디케어법 §1395hh(a)(2)가 우선적으로 적용되기 때문에 행정절차법은 일반조항, 메디케어법은 특별조항으로서 적용상 우선순위가 결정된다. 이런 점을 고려할 때 소수의견을 제시한 Breyer 대법관이 주장하는 바와 같이 메디케어법 §1395hh(a)(2)에서 규정한 정부의 일반적인 정책공표는 행정절차법의 취지에 따라서 단순 해석규정의 범주에 해당하는 것으로서 사전통지와 의견청취의 대상이 아니라는 의견은 사실 당해 조항의 해석론으로는 근거가 희박하다고 할 수 있다. Breyer 대법관은 정부의 일반적인 정책공표, 변경이 해석규정에 해당한다는 주장만을 되풀이하고 있을 뿐 본 사건에서 문제가 된 정책변경이 요양기관을 포함한 메디케어 프로그램의 적용대상자들의 권리와 의무에 직접적인 영향이나 변동을 초래하고 있는지에 대하여 검토하지 않고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 본 사건에서 정책변경 공표는 해당 요양기관의 수익성과 경영에 막대한 영향을 가지게 되므로 메디케어법 §1395hh(a)(2)가 “실체적 법적 기준을 결정 또는 변경하는 규칙 또는 정책의 공표”라고 규정하고 있다면 당연히 당해 규정이 실체규정에 해당하는가를 살피는 것이 우선이 되어야 하기 때문이다. Breyer 대법관은 만연히 당해 조항이 법제사적 관점이나 메디케어 운영이라는 현대 대규모 행정의 복잡성 때문에 단순한 정책변경에 대하여 사전통지와 의견청취를 시행하게 되면 초래될 수 있는 시간과 비용을 우선적으로 고려하여야 한다는 정책적인 측면만 계속하여 부각하고 있을 뿐이다. 메디케어법 §1395hh(a)(2)에서 규정한 규칙이나 정책공표가 설사 그 명칭에 있어서 Breyer가 지적하는 이른바 해석규정에 해당한다고 하더라도 실제로는 메디케어와 관련되는 사람들의 실체적인 권리와 의무에 직접적인 변동을 초래하는 경우에는 이를 실체규정으로 보아 사전통지와 의견청취절차를 적용하겠다는 것이 입법자의 의사에 가까운 것임을 인지하여야 한다. 따라서, 메디케어법 §1395hh(a)(2)는 행정절차법 §553조에 대한 특별규정으로

서 그 명칭이나 용어에 관계없이 실제적인 효력을 가지는 규정이나 정책변경에 대하여 사전통지와 의견청취절차가 적용되는 것으로 보아야 한다. 메디케어법 §1395hh(a)(2)이 의견청취 기간을 60일 이상으로 설정, 행정절차법상 인정되는 30일의 두 배에 해당하는 기간을 정하는 것은 메디케어법의 변동이 당사자들의 이해관계에 미치는 영향력이 매우 크다는 사실을 보여주는 것이며 동시에 이러한 이유로 이해 당사자들에게 광범위한 참여가 보장되어야 할 필요가 있다는 의미이기 때문이다. 행정절차법 §553(b)(3)의 경우 특히 비공식 행정입법에 있어서 사전통지와 의견청취에 대한 예외를 다음과 같이 두 가지 경우로 한정하여 규정하고 있다. (A) 해석적 규칙, 정책에 대한 일반적인 공표나 고시, 행정청의 조직, 절차, 집행 등에 대한 규칙 (B) 행정청이 사전통지와 의견청취가 실행 불가 또는 불필요하거나 공익에 반하는 등 상당한 이유가 있다고 판단하는 경우. 그런데 다수의견이 적절하게 지적하고 있는 바와 같이 메디케어법 §1395hh(b)(2)(C)에서는 행정절차법 §553(b)(3)(B)에 해당하는 예외사유, 즉 “행정청이 사전통지와 의견청취가 실행불가 또는 불필요하거나 공익에 반하는 등 상당한 이유가 있다고 판단하는 경우”만을 준용하고 있다. 소수의견이 설득력을 가지려면 메디케어법 §1395hh(b)(2)(C)에서 행정절차법 §553(b)(3)(A)와 동일하게 해석규칙이나 정부 정책의 공표 등에 대해서도 역시 사전통지와 의견청취절차의 예외사유로서 명시적으로 규정하였어야 한다. 생각건대, 이는 결국 입법자가 메디케어 프로그램의 운영과 관련된 대부분의 해석규정과 정책변경이 실제로는 이해관계인들의 권리와 의무에 직접적인 영향을 줄 수 있다는 판단하에 의도적으로 행정절차법 §553(b)(3)(A)의 예외사유인 “해석규칙, 정책에 대한 일반적인 공표나 고시, 행정청의 조직, 절차, 집행 등에 대한 규칙”은 적어도 메디케어법의 경우 그 존재 자체를 인정하지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 추정할 수 있다.

## 2. 연방대법원의 문언 중심 엄격해석의 경향 – Perez v. Mortgage Bankers Association 사건과의 비교 –

메디케어법의 법제사적 해석론을 강조하는 Breyer 대법관에 대하여 다수의 견이 “법제사가 법은 아니다”(But legislative history is not the law)라고 반박하는 부분은 매우 인상적이다. 물론 법제사는 당해 법률이나 문제되는 조항을 해석하는데 있어 중요한 단서를 제공할 수 있다. 또한, 모호한 법률규정을 해석하면서 법령의 내용과 취지 목적 등을 고려하는 이른바 목적론적 해석론 (teleologische Auslegung) 또한 자주 사용되는 방법론이다. 그러나 법령해석에서 무엇보다 핵심적인 문제는 해석자의 주관과 편견을 최대한 배제하고 문언의 언어적이고 객관적인 내용을 파악하는 것이다. 이러한 관점에서 본다면 이 사건에서도 이른바 텍스트 주의(Textualism)<sup>28)</sup>가 법제사를 압도한 경우라고 할 수도 있을 것이다. 주목할 만한 사실은 이러한 경향이 본 사건에 그치는 것이 아니라는 점이다. 이는 현재 John Roberts 대법원장이 이끄는 연방대법원이 보수화하는 경향과도 무관하지 않으며, 유사한 사건에서도 반복적으로 나타나고 있다. 일례로 연방대법원은 2015년 모기지 은행의 직원들이 관련 법에 의하여 최저임금과 초과근무수당의 지급권자에 해당하는지에 대하여 연방 노동성이 수차례에 걸쳐서 자신의 행정입법에 대한 해석을 변경, 이러한 해석의 변경이 행정절차법 §553에 의한 사전통지와 의견청취의 대상이 되는가의 여부가 쟁점이 된 Perez v. Mortgage Bankers Association 사건을 통해<sup>29)</sup> 전술한 텍스트 주의적 해석 관점을 분명히 하였다. 워싱턴 D.C. 항소심은 행정청이 행한 행정입법에 대한 최종적인 해석은 당해 행정입법 자체를 제정하는 것과 같은 의미를 가지는 바, 행정절차법 §553에 의한 사전통지와 의견청취절차를 거치지 않는 것이 위법하다고 판시하여 워싱턴 D.C. 항소법원이 선례로

28) 국내에서는 이를 이른바 原文主義(originalism) 혹은 해석주의(interpretism)로 해석하기도 한다. 석인선, “미국헌법판례상 권력분립이론의 전개에 관한 소고”, 법학논총, 2000, 8면, 각주 40.

29) 135 U.S. 1199 (2015).



확립한 이른바 Paralyzed Veterans doctrine<sup>30)</sup> 확인하였다.<sup>31)</sup> Paralyzed Veterans doctrine에 따르면 이른바 해석규정의 경우에도 행정입법에 대한 행정청의 최종적인 해석이 당해 행정입법 자체를 제정하는 것에 해당된다고 볼 수 있는 경우 사전통지와 의견청취의 대상이 된다. 그런데 이에 대하여 연방대법원은 워싱턴 D.C. 항소법원 의 판결과 Paralyzed Veterans doctrine이 이른바 법관법(judge made law)을 인정하는 보통법의 잘못된 전통에 따라 연방행정절차법의 명문규정을 정면으로 위반하고 있다고 판단, 이를 파기하였다. 연방대법원은 행정절차법이 실체규정에 해당하는 입법규정과 해석규정을 명확하게 구분하고 전자의 경우에는 법적 구속력을 인정하고 있지만, 정부의 일반적인 정책의 공표, 행정청의 조직, 절차, 집행을 규율하는 해석규칙은 단순히 상대방에 대한 권고적 효력만을 부여하고 있다고 보았다. 따라서 해석규정의 변경에 대하여 사전통지와 의견청취를 요구하는 워싱턴 D.C. 항소법원의 Paralyzed Veterans doctrine은 행정청에 대하여 법령에도 없는 의무를 부과하는 것으로서 연방행정절차법을 정면으로 위반한 위법이 있다고 보아 Paralyzed Veterans doctrine 자체를 파기하였다.<sup>32)</sup> 물론 연방대법원은 *Perez v. Mortgage Bankers Association* 사건에서는 본 사건과는 정반대로 해석규칙의 변경은 행정절차법의 사전통지와 의견청취의 대상이 되어서는 아니 된다는 판결을 하고 있지만 두 사건 모두 실체규정과 해석규정을 구분하고 각각 그에 따르는 절차적 요건을 달리 규정하고 있는 행정절차법의 명문규정을 준수하여야 한다는 점에서는 동일한 맥락에서 이해할 수 있다. 단, *Perez v.*

30) *Paralyzed Veterans v. of Am. v. D.C. Arena L.P.* 117 F.3d 579 (D.C. Cir. 1997).

31) *Mortgage Bankers Ass'n v. Harris*, 720 F.3d 966, 968 (D.C. Cir. 2013).

32) 연방대법원은 결정문에서 "Paralyzed Veterans doctrine은 법원 내지는 법관이 법령의 근거가 없거나 그 내용을 위반하면서까지 행정청에게 공익상 보다 나은 대안을 찾으라는 모호하고 불명확한 의무를 지우는 것에 불과하다 법령이 규정하는 것 이외에 추가적 의무를 행정청에 부과하는 것은 법원 내지 법관이 할 수 있는 권한을 넘어서는 것으로서 입법자의 권한을 침해하는 결과가 된다." 라고 판시하였다. 이에 대한 자세한 내용은 Kathryn Kovacs, Kathryn E. "Pixelating Administrative Common Law in *Perez v. Mortgage Bankers Association*." *Yale LJF* 125 (2015):31, 37 참고.

Mortgage Bankers Association 사건에서는 법원이 행정청의 해석이나 결정을 존중하는 이른바 행정청 존중 독트린(Agency Deference Doctrine) 문제와도 결부되어 있다.<sup>33)</sup> 그런데 이러한 행정청 존중 원칙이 역시 미국 헌법 제3조와 연방 행정절차법 제706조의 명문 규정에 정면으로 배치된다는 연방대법원 스스로와 미국학계의 비판에도 불구하고 *Perez v. Mortgage Bankers Association* 사건의 다수의견을 이 문제를 정면으로 다루지는 않았다. 이후 연방대법원은 2019년 *Kisor v. Wilkie* 판결에서<sup>34)</sup> 대법관 5대4의 결정으로 간신히 행정청 존중의 원칙을 재확인하였으나 향후 유사한 사건에서는 그 존속을 확신할 수 없을 것으로 보인다. 연방대법원의 이러한 일련의 판결들은 최근 보수주의 대법관들이 엄격한 Textualism을 강조하는 경향과 무관하지 않은 것으로 보이는데, 이는 개별사건을 넘어서서 21세기 중반 보통법과 행정법의 대립이라는 새로운 시각에서 보다 심층적인 분석이 필요한 부분으로 생각된다.

### 3. 시사점

미국 행정절차법은 행정입법 절차를 공식과 비공식 절차로 나누고 있으며 법령에서 정식청문을 요청하고, 그 기록에 의하여 입법할 것을 별도로 요구하지 않는 한 이른바 비공식적 입법절차에 따라 사전통지와 서류제출을 통한 의견 청취 과정을 거치도록 하고 있다.<sup>35)</sup> 또한, 행정입법의 종류를 실체규정과 해석규정으로 나누어 국민의 권리와 의무에 직접적인 구속력을 가지는 실체규정의 경우 연방 행정절차법상 절차요건의 준수를 의무화하지만, 행정청의 내부사무지침에 불과한 해석규정의 경우 제553조에 따른 사전통지, 의견제출 절차를 요구하지 않고 있다. 연방대법원의 결정은 크게 두 가지 측면, 1) 행정

33) 이에 대한 상세한 논의는 Leske, Kevin O. "Chipping Away at the Rock: *Perez v. Mortgage Bankers Association* and the Seminole Rock Deference Doctrine." *Loy. LAL Rev.* 49 (2016): 375, 381 참고.

34) 588 U.S. 2400, 2019.

35) 김용민, "미국식 의약품 심사체계가 우리 법제도 개선에 주는 함의", 법학논총, 2020, 495면.

입법의 종류를 세분화하여 행정절차법의 적용 대상이 되는 법령을 구체화하였다는 점, 2) 행정입법의 경우도 행정절차법상 청문 적용 대상이 된다는 점에서 향후 우리 행정절차법 적용에 큰 시사점을 제공한다고 평가할 수 있다. 행정절차법 또한 제4장 제41조 이하에 행정상 입법 예고에 관한 규정을 두고 있지만 “법령 등을 제정, 개정, 또는 폐지하려는 경우 해당 입법안을 마련한 행정청이 이를 예고하여야 한다.”라고 명시하고 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 법령이 입법 예고 절차의 대상이 되는지 불분명하기 때문이다. 최근 우리 입법자는 행정기본법안 제2조를 통하여 종전 구분 없이 사용되어 오던 “법령”의 개념을 법률 및 대통령령, 총리령, 부령을 포함하여 조례 및 규칙으로 한정하였는데, 양자를 단순화하여 적용하기는 어렵겠지만 우리나라의 경우 연방대법원의 해석론을 적용하여 실체규정을 법규명령으로, 해석규범을 행정규칙으로 이해한다면 그 개념상의 구별을 통해, 종국적으로 법규명령만이 입법 예고 절차의 대상이 되는 행정입법의 종류임이 명확해질 것이다. 현행 행정절차법이 가지는 또 다른 문제점 중 하나는 동 법 제2절 제27조 이하에 의견제출을 포함하여 청문 절차 전반에 관한 규정이 존재함에도 종전까지 대부분의 청문 절차가 행정처분, 그중에서도 불이익처분을 대상으로 이루어져 왔다는 점에 있다. 미국의 경우 법령에서 청문을 명시하고 있는 경우는 물론이거니와 행정입법의 성질이 실체규정에 해당되는 것으로 판단되는 경우 이른바 비공식 절차, 사전통지와 서면을 통한 의견제출을 의무화하고 있으므로 종국적으로 미국의 예와 같이 행정입법절차에서도 청문 절차를 활성화하여 우리 사회의 다양한 의견을 수용하도록 하여야 한다. 전통적인 행정절차가 불이익 처분을 중심으로 하는 사전통지와 의견청취를 주된 기능으로 하였다면 오늘날 행정절차는 행정입법절차와 더불어 경원자 및 경업자 구도를 연상시키는 수익적 처분 내지 제3자효적 행정처분절차를 포함하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 따라서 미국뿐만 아니라 최근 유럽연합을 중심으로 독일 등 회원국들에서는 행정절차의 중심이 오히려 이러한 새로운 문제들을 일거에 해결하기 위하여 처분절차로부터 행정입법절차로 이행하는 느낌을 받을 정도로 다수의 이해관계인이 청문절차에 참여하여

행정입법의 민주적 정당성 확보와 참여의 보장이라는 목표를 실현하고 있다.<sup>36)</sup> 이렇게 볼 때 우리나라 행정절차법 역시 행정처분, 그 중에서도 불이익 처분을 중심으로 하는 매우 협소한 의미의 행정절차법의 기능에서 벗어나서 국민의 행정법상 생활관계에 보다 지속적이고 광역적인 영향력을 미치는 행정입법절차에 대해 보다 세심한 입법적인 배려가 있어야 할 것이다. 특히 미국의 경우 공식입법절차에 소요되는 비용과 시간이 과다하여 심각한 부작용을 우려하는 목소리가 많고 따라서 실무에서는 비공식 입법절차를 선호하고 있는 점을 감안하여 우리나라의 행정절차법에서 행정입법예고절차를 정비하는 경우에 이러한 점을 적극적으로 고려할 필요가 있다. 이러한 의미에서 이 번 연방대법원의 판결이 우리 행정절차법과 입법예고절차의 개정론에 주는 함의가 적지 않다고 볼 수 있는 것이다.

## V. 결론

본 사건은 미시적으로 보면 메디케어법 조항을 둘러싸고 벌어진 미국 연방대법관들의 해석에 대한 견해 차이 정도로 볼 수 있는 작은 사건일 수 있다. 입법자가 명확한 내용을 법률에 규정하였다면 그에 따르는 문리적인 해석만이 가능할 뿐 다른 해석의 여지는 없다는 다수의견과 법률해석, 특히 그것이 행정법규인 경우에는 입법의 취지 등 법제사, 입법자의 명시적, 묵시적 의도, 행정현실 등 환경적인 요인과 법사회학적인 고려가 필요하다는 반대의견의 세계관의 차이 정도가 관심을 끌 수 있다는 평가도 가능하다. 그러나 행정법규가 건강보험과 같이 수많은 국민들의 일상적인 행정법 관계에서 권리와 의무를 심층적으로 규율하는 경우에 행정청이 행정입법 등 하위규범을 통하여 그 해석이나 기존의 입장을 바꾸는 경우 단순히 행정편의만을 고려하여 국민에게 그 내

36) Hermann Hill/Mario Martini, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, Hoffmann-Riem/Schmitt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II, § 34.

용을 알리고 국민의 의견을 반드시 들어야 한다는 절차를 과연 생략할 수 있을까? 다수의견이 법률에 대한 문리적 해석을 고집하는 이유는 이른바 FDA의 “땅콩버터”사건에도 불구하고 입법자의 명시적인 의사가 국민이 사안을 인지하고 그에 대해 의사를 표출하도록 하였다면 법원은 당연히 그에 따라야 한다는 원칙을 재확인한 것이며 영미의 보통법의 전통에 의한 법관법도 실정법을 제정한 입법자의 의사를 거스를 수 없다는 의지를 표명한 것이다. 행정청의 결정을 존중하는 법관법의 대표적인 예로서 이른바 쉘브론 존중(Chevron Deference)<sup>37)</sup>의 2단계(two step)이론도 실은 첫 단계에서 입법자가 명확한 내용의 입법을 하였다면 법관의 역할은 그것을 충실하게 해석하는 것으로 끝나게 된다. 다만, 입법의 내용이 모호한(ambiguous) 경우 두 번째 단계에서 행정청이 전문적인 관점에서 이를 해석하면 법원은 행정청의 해석이 합리적인 선을 넘지 않는 한 이를 존중한다는 의미를 갖는다. 최근 Chevron 존중 독트린마저도 상당한 비판의 대상이 되고 있고 간신히 그 명맥만을 유지하고 있다는 점으로 고려할 때 연방대법원의 텍스트주의에 한층 힘이 실릴 것으로 보인다. 텍스트주의에 대하여 법이 제정된 역사적 맥락, 입법자의 숨은 의도, 시대적 변화에 따르는 법관의 유연한 해석과 절연하여 법을 기계적, 형식적으로 해석하는 것으로 그친다는 비판이 가능할까? 주목하여야 할 사실은 본 사건에서 다수의견이 메디케어법에 대한 기계적인 문언 해석을 일방적으로 따르고 있는 것은 아니라는 사실이다. 오히려 법률 문언을 입법자가 분명하게 규정하고 또한 그렇게 해석되기를 원했다면 입법자의 의사를 존중하는 것이 우선이라는 점을 강조하고 있다. 따라서, 입법자가 달리 해석되기를 원한다면 역시 이것도 입법 사항이며, 법률을 개정하여 행정절차를 생략할 수도 있다고 이해하여야 한다.

37) 연방대법원의 Chevron 판결(467 U.S. 837, 1984)은 미국 학계와 법원의 판결에서 Brown v. Board of Education 판결, Roe v. Wade 판결, Marbury v. Madison 판결보다도 훨씬 많이 인용되었다. 2016년을 기준으로 Chevron 판결은 각급 연방법원에서 무려 14,000번 인용되었는데, 이는 위 세 건의 역사적 판결에 비하여 평균 3배 이상으로 인용된 것이다. 이런 의미에서 Chevron 사건은 행정법 영역에서 챔피언으로 등극하였다고 평하는 학자도 있다. Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz (각주 22), 256.

따라서 연방대법원의 결정은 현대행정에서 행정청의 판단과 결정이 중요하고 또 이를 법원이 존중하더라도 법률을 제정한 입법자의 의사가 더욱 중요하다는 법치 행정의 원리와<sup>38)</sup> 권력분립의 원칙을 재차 확인하였다는 의미를 가지고 있다. 연방대법원의 결정이 주는 또 다른 시사점은 이른바 해석규범과 실제 규범이라는 분류방법이 현행 행정절차법상 매우 모호하였던 행정입법 대상으로서의 “법령”의 개념을 보다 구체화하였다는 점에 있다. 행정입법의 경우도 사전통지와 의견 청취의 대상이 될 수 있다는 점도 주목할 만한 부분이다. 이를 우리 법체계에 수용할 경우, 종전 실무상 주목받지 못하였던 행정입법 예고 절차를 활성화할 수 있을 것이며, 사전통지 및 의견 청취를 행정입법에 확대하여 종전 문제점으로 제기되어왔던 행정청의 개별 사건별로 이루어진 법적 불안정성을 지양하고 다수의 이해관계인에게 영향을 주는 문제에 대하여 행정입법을 통한 보다 일괄적인 문제 해결방식을 찾을 수 있을 것으로 기대한다.<sup>39)</sup>

---

38) 이러한 이유에서 본 판결을 “법의 지배의 작은 승리”(tiny victory for the rule of law)라고 평가하는 사람도 있다. Adam Carrington, Supreme Court’s Azar v. Allina decision is a tiny victory for the rule of law. Washington Examiner June 3, 2019.

39) 김용민, “미국식 의약품 심사체계가 우리 법제도 개선에 주는 함의”, 법학논총, 2020, 499면.

[ 참 고 문 헌 ]

- 김용민, 미국식 의약품 심사체계가 우리 법제도 개선에 주는 함의, 『법학논총』, 2020.
- 석인선, “미국헌법판례상 권력분립이론의 전개에 관한 소고”, 『법학논총』, 2000.
- 정상수, 「헌법 제107조 제2항의 문제점 및 개정 방향 - 행정입법에 대한 규범통제를 중심으로」, 석사학위논문, 연세대학교 대학원, 2016.
- Adam Carrington, Supreme Court’s Azar v. Allina decision is a tiny victory for the rule of law. Washington Examiner June 3, 2019.
- Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, 『Administrative Law and Regulatory Policy (8th ed.)』, Wolters Kluwer, 2017.
- Hamilton, Robert W. “Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking.” Calif. L. Rev. 60 (1972).
- Hoffmann-Riem/Schmitt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II.
- Kovacs, Kathryn E. “Pixelating Administrative Common Law in Perez v. Mortgage Bankers Association.” Yale L&J 125 (2015).
- Leske, Kevin O. “Chipping Away at the Rock: Perez v. Mortgage Bankers Association and the Seminole Rock Deference Doctrine.” Loy. LAL Rev. 49 (2016).
- Mendelson, Nina A. “Regulatory beneficiaries and informal agency policymaking.” Cornell L. Rev. 92 (2006).
- Peter Strauss/Todd Rakoff/Cynthia Farina/Gillian Metzger, 『Administrative Law(11th ed.)』, Gellhorn & Byse’s, 2011.

[국문초록]

미국 행정법상 행정입법절차와 사전통지, 의견청취  
- 연방대법원 *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1804,  
2019 판결에 대한 분석을 중심으로 -

김용민 (배재대학교)

오늘날 행정입법은 국민의 법적 생활 관계를 매우 구체적이고 상세하게 설정할 뿐 아니라, 수범자가 가지는 권리·의무의 발생, 소멸, 변경 등과 밀접한 관련성을 가진다는 점에서 그 중요성이 점점 더 커지고 있다. 미국의 경우 행정입법의 종류를 실체규정과 해석규정으로 나누어 이른바 실체규정으로서 “국민의 권리와 의무에 영향을 미치는” 행정입법의 경우 연방 행정절차법 제553조에 따라 공식 혹은 비공식 행정절차를 통해 이해 당사자에 대한 사전통지와 의견제출의 기회를 부여하고 있다. 반면, 행정청이 “법령의 단순해석을 위하여 제정한 규정”인 해석규정의 경우 국민의 권리 의무관계에 영향을 주지 않는다고 보아 사전통지와 의견제출을 요구하지 않는다. 본 연구논문의 대상이 된 미국 연방대법원의 *Azar v. Allina Health Service*, 587 U.S. 1804, 2019 판결은 2014년 메디케어 감독청이 빈곤층을 위하여 의료서비스를 제공한 요양의료기관에 대하여 보상액을 결정하도록 하는 신규정을 둘러싼 논쟁에 관한 것으로 당해 규정을 행정절차법상 실체규정으로 보아 청문과 사전통지 절차를 부여하여야 하는지 혹은 단순한 내부 사무처리 지침인 해석규정으로 보아 그와 같은 절차를 필요로 하지 않는다고 보아야 하는 것인지와 관련된 내용이다. 우리나라의 현행 행정절차법이 제42조 1항 및 제44조 1항을 통하여 행정상 입법예고의 절차에 관하여 규정하고 있지만 여태까지 우리 법원이 행정절차법상 입법예고절차의 위반을 행정입법 위법성 심사기준으로 판단한 바 없다는 점에서 미국 연방대법원의 논쟁은 단순한 법률해석을 넘어 법규명령 통제에 대한 새로운 시사점을 제공할 것이며, 향후 행정절차법상 관련 규정 정비 측면에서 큰 의미를 갖는다고 평가할 수 있다.

주제어 : 미국 행정법, 행정입법절차, 사전통지, 의견청취, 행정절차법



**Administrative Legislation Procedures, Pre-Notices, Listening to Opinions under the Administrative Law of the United States - Focusing on the Analysis of the 2019 Ruling, Federal Supreme Court Azar v. Allina Health Service, 587 U.S. 1804 -**

Kim, Yong-Min

*Pai Chai University*

**=ABSTRACT=**

Today, administrative legislation is becoming more and more important in that it not only sets the legal life relationship of the people in great detail and detail, but is closely related to the occurrence, extinction, and alteration of rights and obligations held by prisoners. In the United States, the types of administrative legislation are divided into substantive and interpretative regulations, so-called substantive regulations, which give prior notice and opportunity to comment on interested parties through formal or informal administrative procedures in accordance with Article 553 of the Federal Administrative Procedures Act. On the other hand, the interpretation regulation, which is “the regulation established by the Administration for the simple interpretation of statutes,” does not require prior notice or comment because it does not affect the people's rights obligations. The Azar v. Allina Health Service, 587 U.S. 1804, 2019 ruling by the U.S. Constitutional Court, subject to this research paper, is about a dispute over a new decision to require Medicare to determine the amount of compensation for care providers that provide medical services for the poor, and should the regulations be regarded as substantive under the Administrative Procedures Act and should not be given a hearing or a simple internal process for processing. Given that the current administrative procedure law of our country stipulates the procedures for administrative pre-announcement through Articles 42.1 and 44.1, but that our courts have not judged violations of legislative pre-announcement procedures under the Administrative Procedures Act

so far as to judge the illegality of administrative legislation, the dispute of the U.S. Constitutional Court will provide new implications for controlling legal orders beyond simple legal interpretation and has great significance in terms of readjustment of relevant regulations under future administrative procedures.

Keyword: United States Administrative Law, Administrative Legislation Procedures, Pre-Notices, Listening to Opinions, Administrative Procedures Act.