

## 미국법상 비용-편익분석의 통제와 그 교훈

박 종 원\*

### 〈국문초록〉

입법평가를 위한 유용한 도구로 비용-편익분석이 그 중요성을 인정받고 있다. 그러나 비용-편익분석에는 여러 가지 한계가 존재한다. 앞으로 입법평가가 제도화되고 그에 따라 비용-편익분석의 실시 결과에 따라 입법의 여부나 내용이 좌우되게 된다면, 비용-편익분석의 한계를 극복하고 이를 통제하는 것은 무엇보다 중요한 작업이 될 것이다.

이 글은 일찍부터 행정과정에서 비용-편익분석을 실시·활용하고 있는 미국의 사례를 글감으로 하여, 그 속에 투영되어 있는 비용-편익분석의 한계 인식과 그에 대한 통제장치를 검토함으로써, 입법평가의 제도화를 추진함에 있어서 주의 깊게 고려하여야 할 일정한 시사점과 교훈을 도출하는 것을 목적으로 한다.

미국에서는 OMB, 의회, 법원 등 다양한 주체가 비용-편익분석을 통제하고 있다. 그러나 비용-편익분석의 전문성과 복잡성과 더불어 비용-편익분석에 관한 명확한 법적 근거의 결여는 통제를 어렵게 하는 요인이 되고 있다.

결국, 제대로 된 비용-편익분석이 실시되고 그에 더 잡아 입법이 이루어질 수 있도록 하기 위해서는, 법령안의 입안이나 제출 단계에서부터 정부나 의회 차원에서 비용-편익분석을 통제할 수 있는 장치를 마련할 것이 요구되며, 비용-편익분석을 통제할 수 있는 전문성을 확보한 기관이나 인력을 갖출 필요가 있을 것이다. 뿐만 아니라, 부실한 비용-편익분석이 실시되고 그로 인하여 나쁜 입법이 양산되는 결과를 방지하기 위해서는 비용-편익분석의 실시방법, 내용, 기준 등을 법제화하는 것이 필요할 것이다. 이는 비용-편익분석 실시단계에서 일정한 지침을 제공하는 역할을 함과 더불어, 의회나 법원 등의 심사 단계에 있어서도 일정한 심사기준을 제시함으로써 통제기능이 제대로 이루어지게 하는 역할을 할 수 있을 것이다.

※ **주제어** : 입법평가, 비용-편익분석, 규제영향분석, 대통령명령, 규제완화, OMB, 자의적·전단적 심사기준

논문접수일 : 2011.8.20. 심사개시일 : 2011.9.1. 게재확정일 : 2011.9.23.

\* 한국법제연구원 부연구위원

- 
- I. 들어가며
  - II. 비용-편익분석의 의의와 한계
    - 1. 비용-편익분석의 의의
    - 2. 비용-편익분석의 한계와 그 통제의 필요성
  - III. 미국법상 비용-편익분석의 근거
  - IV. 미국법상 비용-편익분석의 통제
    - 1. OMB의 심사를 통한 통제
    - 2. 의회의 심사 등을 통한 통제
    - 3. 법원의 심사를 통한 통제
  - IV. 결론 및 제언
- 

## I. 들어가며

미국, 유럽연합(European Union: EU), 영국, 독일, 오스트리아, 스위스 등 세계 각국에서 입법으로 인한 영향을 평가·분석하고 이를 입법에 반영하기 위한 제도를 실시해 오고 있다.<sup>1)</sup> 이에 따라, 우리나라에서도 입법평가 제도와 이론 연구가 활발하게 이루어지고 있으며, 각국에서 채용하고 있는 평가방법론 가운데 일부는 우리나라에서도 활용되고 있다.

그 대표적인 예가 「행정규제기본법」에 따른 규제영향분석의 내용으로 실시되고 있는 비용-편익분석이다.<sup>2)</sup> 1997년에 제정된 「행정규제기본법」은 필요한 행

---

1) 이들 국가의 관련 제도에 관해서는 박영도·안성경, 『주요국가의 입법평가 관련제도(I): EU의 영향평가제도』, 한국법제연구원 (2007); 박영도·한귀현, 『주요국가의 입법평가 관련제도(II): 미국의 규제영향분석제도』, 한국법제연구원 (2007); 박영도·장병일·안성경, 『주요국가의 입법평가 관련제도(III): 독일의 입법평가제도』, 한국법제연구원 (2007); 박영도·장병일, 『주요국가의 입법평가 관련제도(IV): 영국의 규제영향평가제도』, 한국법제연구원 (2007); 박영도·장병일, 『주요국가의 입법평가 관련제도(V): 오스트리아·스위스의 입법평가제도』, 한국법제연구원 (2007); 박영도·한귀현, 『주요국가의 입법평가 관련제도(VI): 영국의 영향평가제도(개정판)』, 한국법제연구원 (2007) 참조.

정규제의 폐지와 비효율적인 행정규제의 신설 억제를 목적으로 명시하고 있는 바, 규제개혁을 달성하기 위한 수단으로 규제영향분석(Regulatory Impact Analysis: RIA)을 제도화하였다. 규제영향분석은 규제의 신설·강화에 있어서 그 규제의 영향을 분석하여 그 결과를 토대로 이를 철회하거나 개선하도록 함으로써 규제를 합리화하려는 것인데, 규제의 시행에 따라 피규제자 및 국민이 부담하여야 하는 비용과 편익을 비교분석하는 것을 그 핵심적 요소로 하고 있다.

앞으로 우리나라에서 입법평가를 제도화하는 경우 그 대상, 시기, 판단기준, 평가의 범위나 강도, 주체 등에 대한 심층적인 검토가 필요할 것이고,<sup>3)</sup> 아직까지 이들 쟁점이 확정되지 아니한 상태에서 단정하기 곤란한 측면도 있지만, 입법평가는 그 대상을 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 “규제”만을 대상으로 한정하는 것은 아니라는 점, 사전적인 평가뿐만 아니라 사후적인 평가의 제도화 가능성도 열려 있다는 점, 경제적 영향에 대한 평가는 물론 사회적·환경적 영향에 대한 평가, 법령안 자체에 대한 규범적인 평가까지 아우르는 통합적인 평가를 실시한다는 점 등에서 규제영향분석과는 구별되는 것으로 이해된다. 그렇지만, 입법평가는 법의 실효성의 관점을 중시하는 법사회학, 비용과 효용의 관점을 중시하는 법경제학의 기법을 입법에 포섭하여 입법행위의 실시, 효과에 관한 과학적 분석을 하는 것으로,<sup>4)</sup> 그 분석기법으로 비용-편익분석은 여전히 유효할 것이며 널리 쓰이게 될 것으로 예측된다.

필자는 비록 짧은 기간이기는 하지만 입법평가와 관련한 연구를 수행하면서, 입법평가를 위한 경제분석, 특히 비용-편익분석이라는 기법 자체가 여러 가지 한계를 안고 있음을 확인할 수 있었다. 예컨대, EU의 REACH 규칙<sup>5)</sup>에 관한 비

2) 이 법 제7조 제4항은 규제영향분석의 방법 등을 대통령령으로 위임하고 있는데, 이에 따른 시행령 제6조 제2항에서는 가능한 한 계량화된 자료를 사용하도록 하고 있다.

3) 입법평가의 제도화를 위한 과제에 대해서는 박영도, 『입법학 입문』, 한국법제연구원 (2008), 671면 이하에서 자세히 소개하고 있다.

4) 박영도, 註 3, 537면.

5) REGULATION (EC) No 1907/2006 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency, amending Directive

용-편익분석 사례를 살펴보면, 비용이나 편익의 측정을 위하여 수많은 가정을 내리면서도 가정에 대한 구체적인 논증을 하고 있지 않으며, 생태계에 미치는 영향이나 편익의 경우 그에 대한 정량화의 어려움 때문인지 그 측정을 위한 시도조차 하고 있지 못함을 알 수 있다.<sup>6)</sup>

현 시점에서, 앞으로 우리나라에서 입법평가가 제도화될 수 있을지, 제도화된다면 어떠한 방식을 취할 것인지, 법률만을 대상으로 할 것인지 법률을 포함한 법령을 대상으로 할 것인지, 비용-편익분석은 입법평가에 있어서 어떠한 위치에 놓이게 될 것인지, 입법평가의 결과는 어떠한 구속력을 갖게 될 것인지 등을 구체적으로 확정하기는 곤란하다. 그렇지만, 입법평가의 제도화를 논의한다면, 적어도 입법평가를 위한 주요 기법으로 활용될 수 있는 비용-편익분석의 한계를 충분히 인식할 필요가 있을 것이며, 비용-편익분석을 포함하는 입법평가를 제도화할 경우에는, 그러한 한계를 극복하고 이를 통제하기 위한 논의도 함께 이루어져야 할 것이다.

이러한 문제인식하에, 이 글에서는 일찍부터 행정과정에서 비용-편익분석을 실시·활용하고 있는 미국의 사례를 글감으로 하여, 그 속에 투영되어 있는 비용-편익분석의 한계 인식과 그에 대한 통제장치를 검토하기로 한다. 미국에서 비용-편익분석은 경제, 사회 등을 망라한 거의 모든 분야에서 채용되고 있고 분야별로 개별적인 특성을 보이기는 하지만, 이 글은 미국법상 규제영향분석제도에 대한 이론적인 연구를 바탕으로 규제영향분석의 하나의 방법으로서의 비용-편익분석을 주된 논의대상으로 한다는 점에서 한계가 있음은 사실이다. 아울러 미국의 규제영향분석이 행정명령·규칙을 그 대상으로 한다는 점에서 우리가 도입을 검토하고 있는 입법평가제도와 다른 점이 존재하는 것도 사실이다. 그렇지만, 이를 검토하는 작업은 우리가 입법평가의 제도화를 추진함에 있어서, 특히

---

1999/45/EC and repealing Council Regulation (EEC) No 793/93 and Commission Regulation (EC) No 1488/94 as well as Council Directive 76/769/EEC and Commission Directives 91/155/EEC, 93/67/EEC, 93/105/EC and 2000/21/EC, 2006 O. J. (L 396) 1.  
6) 박종원·조영기·최미희, 『「화학물질의 등록 및 평가 등에 관한 법률」(안)에 대한 입법평가 연구』, 한국법제연구원 (2011) 참조.

비용-편익분석 기법을 입법평가의 주요한 방법으로 채용함에 있어서, 주의 깊게 고려하여야 할 일정한 시사점과 교훈을 제공해 줄 수 있을 것이다.

## II. 비용-편익분석의 의의와 한계

### 1. 비용-편익분석의 의의

비용-편익분석은 일정한 가치기준에 의거하여 각종 대안에 따른 비용과 편익을 금전으로 평가하여 비교함으로써, 사회의 순편익을 극대화하는 대안을 택하기 위한 분석기법으로 이해할 수 있다.<sup>7)</sup> 입법평가를 제도화하고 그 방법 가운데 하나로 비용-편익분석을 도입하는 경우, 이는 입법을 하기 전에 입법에 따르는 비용과 편익을 계량해서 이를 교량함으로써 불필요한 행정적·사회적 비용의 발생을 막기 위한 수단으로 기능하게 될 것이다.

종래부터 지적되고 있는 비용-편익분석의 장점을 고려할 때, 비용-편익분석을 입법평가의 기법으로 활용하는 경우 다음과 같은 효과가 기대될 수 있을 것이다.<sup>8)</sup> 비용-편익분석은 제안된 법령안에 대해서뿐만 아니라 다른 대안에 대해서도 분석함으로써 의사결정권자에게 입법에 따른 실제적 효과를 각인시켜 비합리적인 결정에 이르는 것을 막는 효과가 있고, 비용-편익분석이 일반화되면 비용과 편익에 관한 일정한 기준이 생기고, 이를 토대로 하면 일관성 있는 입법형성이 가능해지고, 입법의 우선순위를 객관적 기준하에 세울 수 있게 될 것이다. 비용-편익분석은 비용보다 편익이 큰 법령만을 선별하여 제정·시행하도록 함으

7) 비용-편익분석이란 국가적인 차원에서 정해진 공공목표를 달성하기 위하여 예상되는 여러 대안을 각각의 비용과 편익을 측정하고 비교평가하여 최선의 대안을 도출하는 기술적 방법이라고 규정할 수 있다. 김동진, 『비용·편익분석』, 박영사 (2008), 2면.

8) Thomas O. McGarity, *A Cost-Benefit State*, 50 Admin. L. Rev. 7 (1998), pp.32-50 참조. 비용-편익분석의 장점에 대한 국내 소개로는 조홍식, “리스크 법: 리스크관리체계로서의 환경법”, 『서울대학교 법학』 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2002. 12), 103-104면 참조.

로써 불필요한 입법이 경제성장을 저하시키고 실업을 부추기고 대외경쟁력을 저하시키는 것을 방지하여 결국 국가 체제 전체의 효율성을 진작시킬 수 있을 것이다. 또한, 입법의 영향을 받는 일반국민으로 하여금 보다 정확한 정보에 근거하여 여론을 형성하게 하는 효과가 있고, 입법을 제안하는 자에 대해서는 쟁점에 관한 객관적이고 분명한 결정기준을 제시할 수 있도록 할 수 있을 것이다.

## 2. 비용-편익분석의 한계와 그 통제의 필요성

비용-편익분석을 실시하는 데는 실제로 많은 비용과 노력이 소요된다. 따라서 입법평가를 제도화하고 비용-편익분석을 입법평가의 기법으로 활용하는 경우, 많은 인적 자원이 낭비될 여지가 있고 입법이 지체될 가능성이 있을 것이다.<sup>9)</sup> 아울러 입법을 위한 필수요건으로 비용-편익분석의 실시를 요구하고, 의회의 심사과정이나 공청회 등에서 이를 공개하도록 하거나, 법원의 사법심사 대상으로 하는 경우에는 입법의 추진 자체가 위축되거나 회피될 가능성도 없지 않을 것이다.<sup>10)</sup> 그러나 자원의 낭비라는 지적에 대해서는 보다 큰 낭비를 막을 수 있고, 민주주의의 관점에서 행정기관이 설명책임을 다할 수 있게 된다는 논거로써 어느 정도 대응이 가능할 것이다. 또한, 후술하는 미국의 경우와 같이 일정 규모 이상의 경제적 효과를 갖는 것에 대해서만 비용-편익분석을 실시하도록 한정하

---

9) Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 Duke L.J. 1385 (1992), p.1387; McGarity, *supra* note 8, p.50; Jody Freeman & Laura I. Langbein, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, 9 N.Y.U. Envtl. L.J. 60 (2000), p.70 참조.

10) Thomas O. McGarity, *The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld*, 75 Tex. L. Rev. 525 (1997), pp.528-529; McGarity, *supra* note 9, p.1387; William W. Buzbee & Robert A. Schapiro, *Legislative Record Review*, 54 Stan. L. Rev. 87 (2001), p.128; William S. Jordan, III, *Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability To Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?*, 94 NW. U. L. REV. 393 (2000), p.394; Richard J. Pierce, Jr., *Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources*, 49 Admin. L. Rev. 61 (1997), p.71 참조.

다면, 어느 정도 시간과 자원의 낭비를 피하는 것도 가능할 것이다.<sup>11)</sup>

결국 문제되는 것은 비용-편익분석의 성질상·기술상 한계이다. 비용-편익분석은 그 방법론 자체의 특성상 사람의 감정적인 요소를 경시하는 경향이 있다는 점, 장애에 발생될 수 있는 가치를 과소평가하는 경향이 있다는 점, 금전으로의 환산이 제대로 이루어질 수 없는 경우가 있다는 점 등의 한계가 지적되고 있다.<sup>12)</sup>

경제학자들은 환경가치와 같이 시장이 형성되지 아니한 재화의 가치를 측정하는 방식으로 흔히 지불의사(willingness to pay: WTP 기준<sup>13)</sup>)을 사용하고 있는데, 이에 대해서도 여러 가지 문제점이 지적되고 있다. 첫째, WTP 기준은 근로자와 소비자가 자신이 직면하고 있는 리스크의 크기를 올바르게 이해하기 위한 정보를 충분히 갖고 있고, 그 리스크의 복잡성에 구애됨 없이 올바른 결정을 내릴 수 있다고 가정하고 있으나, 이러한 가정이 현실에서 그대로 적용되기는 곤

11) Lisa Schultz Bressman, *Procedures as Politics in Administrative Law*, 107 Colum. L. Rev. 1749 (2007), p.1778; Emily Hammond Meazell, *Super Deference, the Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science*, 109 Mich. L. Rev. 733 (2011), pp.742-743 참조.

12) McGarity, *supra* note 8, pp.58-72; David M. Driesen, *The Societal Cost of Environmental Regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis*, 24 Ecology L. Q. 545 (1997), p.604; Sidney A. Shapiro & Robert L. Glicksman, *Risk Regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach*, Stanford Law and Politics (2004), pp.4-13; Lisa Heinzerling, *Markets for Arsenic*, 90 Geo. L.J. 2311 (2002), p.2313; Howard Latin, *Ideal versus Regulatory Efficiency: Implementation of Uniform Standards and "Fine-Tuning" Regulatory Reform*, 37 Stan. L. Rev. 1267 (1985).

13) WTP 기준은 어떠한 대안을 채용하였을 경우의 가치 증가나 감소가 개인이 기꺼이 지불하려는 최대의 금액 또는 보상으로서 받아들이는 최소의 금액으로 표현된다는 가정을 전제로 하고 있다. 시장가격이 존재하는 경우에는 그에 따르면 될 것이지만, 인간의 생명이나 환경의 가치 등 시장가격으로 나타내기 어려운 경우도 있다. 그러한 경우에는 시장에서 교환되고 있는 유사한 재화, 서비스 등을 통해 가격을 유추하거나, 대상자에 대한 인터뷰 등의 방법으로 가격을 산정한다. Christopher M. Heimann et al., *PROJECT: The Impact of Cost-Benefit Analysis on Federal Administrative Law*, 42 Admin. L. Rev. 545 (1990), pp.566-568.

란하다. 둘째, 보건이나 환경 문제와 관련해서는, 시장은 사람들의 선호를 올바르게 계산할 수 있는 최선의 장소라 하기 어렵다. 셋째, 공원이나 산림의 가치를 개인의 캠프여행이나 기호에 따른 지출로써 추측하려는 것은 공동체 구성원 전원이 이들 공유자원에 대하여 매기고 있는 가치를 완전히 반영하지 못한다. 그리고 WTP 기준은 그 응답자에게 있어서 이용가능한 자원에 기초하는 것이기 때문에, 빈곤층에게 불리한 방향으로 편향될 수 있다.<sup>14)</sup>

이와 같은 지적에 대한 반론도 제기되고 있다. 이에 따르면, 비용-편익분석이 시장재화가치에만 의거하고 있다는 비판은 잘못된 것이라고 보고, 비용-편익분석에서의 시장은 대안의 장(場)이며 모든 가치가 교환되는 장이라고 한다.<sup>15)</sup> 또한, 법률상의 권리와 심리상의 권리 모두를 고려할 필요가 있으며, 비용-편익분석에 있어서 가치의 계량은 궁극적으로는 심리적인 것이 되며, 손실은 심리적인 상태라고 한다.<sup>16)</sup> 그리고 이에 따르면, 비용-편익분석에서는 사람의 감정이 반영되어야 하는데, 이를 위해서는 WTP 기준과 수용용의액(willingness to accept: WTA) 기준 가운데 무엇을 택할지를 결정하여야 한다.<sup>17)</sup> 사람은 보유하고 있는 자산에는 한정이 있으나, 획득하려는 자산에는 한정이 없기 때문에, 일반적으로 WTA 기준에 따른 가격이 WTP 기준에 따른 가격보다 높아지기 마련이다.<sup>18)</sup> 즉, 심리적인 손해의 경우에는 WTA 기준을 이용함으로써 경제상의 능력을 지나치게 우선시킨다는 문제점을 극복할 수 있다는 것이다.

한편, 금전에 의한 계량이 가장 뛰어난 방법이라는 견해도 제시되고 있다. 즉,

---

14) McGarity, *supra* note 8, pp.64~69.

15) Richard O. Zerbe, Jr., *Is Cost-Benefit Analysis Legal? Three Rules*, 17 J. Pol'y Analysis & Mgmt. 419 (1998), p.425.

16) Richard O. Zerbe, Jr., *Ethical Benefit Cost Analysis as Art and Science: Ten Rules for Benefit-Cost Analysis*, 12 U. Pa. J. L. & Soc. Change 73 (2008-2009), pp.83-84; Zerbe, *supra* note 15, p.443.

17) Richard O. Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar Pub (2002), pp.98~104.

18) Richard O. Zerbe, Jr. & Dwight Dively, *Benefit-Cost Analysis in Theory and Practice*, HarperCollins College Publishers (1994), pp.96~104.



금전이 수단으로서 광범위하고, 시장에서 거래되고 있는 재화, 서비스 등 구성 요소의 다수가 이미 공연하게 금전으로 환산되고 있다는 것이다. 그리고 “通約不能性(Incommensurability)<sup>19)</sup>”은 일정한 기준으로 결정할 수 있는 기준이 없음을 의미하는 것으로 보고, 완전하게 통약불가능한 것은 없다고 한다. 이에 따르면, 복지라는 것도 개인 간의 비교를 전제로 하는 것이며, 따라서 통약가능하다고 한다. 금전화를 통하여 어떠한 복지에 대하여 수치를 부여하고 순위를 매기는 것이 불가능한 경우는 있으나, 순위를 매기는 것이 불가능하다는 것은 각각의 대안의 관계를 정확하게 반영한 결과이며, 이것이 비용-편익분석을 통해 분명하게 드러난 것이라고 평가하여야 한다는 것이다.<sup>20)</sup>

그러나 어떤 법령을 제정하면 어린이의 생명을 위협에 노출시킬 가능성이 있는 사례에서, 자신의 아이를 잃을지도 모르는 부모의 감정을 금전으로 평가하는 것이 가능할 것인가? 그 가치를 기업 등이 얻을지도 모르는 편익과 비교할 수 있을 것인가? 그러한 행위가 도덕적으로 문제되지 않을 것인가? 이들 의문에 대해서도, 비용-편익분석은 도덕적인 옳음이나 미덕의 기준으로 옹호할 수는 없지만, 법원의 입장에서 옹호할 수 없는 것은 아니라고 주장하면서, 미국의 배심

19) 통약불능성 개념은 Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford University Press (1969)에서 최초로 제시된 것이다. 통약불능성(incommensurability)은 양립불능성(uncombinability)과 구별된다. 통약불능성은 가치와 관계되어 있는 개념으로, 각각의 가치가 객관적으로 타당하지만 이들의 우선순위를 정할 수 있는 공통된 척도가 존재하지 않기 때문에 상호 조화될 수 없음을 의미한다. 흔히 환경보전과 경제적 가치는 통약불능의 관계에 있는 것으로 설명된다. 반면, 양립불능성은 실현가능성에 관계되어 있는 개념이다. 예컨대 자원의 유한성으로 인하여 개인이나 집단이 완전하게는 만족할 수 없다는 것을 의미한다. 통약불능성의 경우와 같이, 복수의 이익 사이에 공통된 척도가 있는지 여부는 문제로 하고 있지 않은 것이다. 양립불능성의 문제는 금전으로 수량화될 수 있는 경우가 많고, 이를 위한 수단으로 비용-편익분석이 사용되기도 하는 것이다. 이에 관한 구체적인 분석은 Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press (1986) 참조.

20) Matthew Adler, *Incommensurability and Cost-Benefit Analysis*, 146 U. Pa. L. Rev. 1371 (1998), pp.1376-1407; Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 Yale L.J. 165 (1999), p.239; Richard Craswell, *Incommensurability, Welfare Economics, and the Law*, 146 U. Pa. L. Rev. 1419 (1998), pp.1429-1432.

이 부모에 의해 제기된 아이의 사망에 관한 소송에서 아이의 생명을 금전으로 평가해왔음을 그 예로 든다.<sup>21)</sup> 소송과정에서 배심이 아이의 생명을 금전으로 환산하는 것에 아무런 제약이 없는 것이라면, 마찬가지로 비용-편익분석 과정에서 행정기관이 금전으로 계량하는 것에도 제약은 없다는 것이다.<sup>22)</sup>

이상에서 살펴본 바와 같이, 비용-편익분석에 대해서는 여러 가지 문제점이 지적되고 있는 반면, 그에 대한 반론도 만만치 않다. 여하튼, 아직까지는 전문가가 실시하는 비용-편익분석의 결과를 그대로 신뢰하여도 좋다는 합의가 형성되어 있는 것으로 보기 어렵다고 할 것이다. 설령 비용-편익분석을 옹호하는 자들이 주장하는 바와 같이 비용-편익분석의 문제점이 어느 정도 해소될 수 있다고 하더라도, 비용-편익분석 자체가 언제나 모든 대안에서의 모든 요인을 금전으로 평가할 수 있는 것은 아니며, 일정 부분은 비용-편익분석을 실시하는 주체의 재량에 따라 대안 간의 순위가 결정될 여지가 남아 있음을 부정할 수 없을 것이다. 결국 비용-편익분석의 한계를 극복하고 그 신뢰성을 확보하기 위해서는 비용-편익분석을 실시하는 주체의 재량에 맡겨져 있는 부분을 통제할 수 있는 시스템을 마련할 것이 요구된다 할 것이다.

---

21) Viviana A. Zelizer, *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*, Princeton University Press (1985), pp.138-168; Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press (1996), pp.102~104 참조. 국내에도 이와 유사하게 사람의 생명, 신체의 자유 등과 같이 금전적 가치 평가에 친하지 않은 것 같이 보이는 가치들에 대해서도 WTP 개념을 통하여 얼마든지 그 가치를 금전적으로 평가할 수 있으며, 실제로 손해배상소송에 있어서 이러한 가치들에 대한 금전적 평가가 이루어지고 있음을 쉽게 발견할 수 있다고 설명하는 견해가 있다. 허성욱, “법의 경제적 분석에 관한 몇 가지 오해에 관한 고찰”, 『서울대학교 법학』 제48권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2007. 12), 179면 이하, 특히 191~192면 참조.

22) Adler, *supra* note 20, pp.1415~1417.

### Ⅲ. 미국법상 비용-편익분석의 근거

미국에서는 1960년대 중반 이후 급증한 규제 법령으로 인하여 편익보다 비용이 더 많이 소요된다는 인식이 산업계는 물론, 의회와 행정부에서도 공유되기에 이르렀고, 이에 따라 규제완화(deregulation)에 대한 공감대가 광범위하게 형성되었다.<sup>23)</sup> 1981년 2월 17일, 레이건 대통령은 규제완화를 위하여 연방행정부에 대하여 대통령명령 제12291호<sup>24)</sup>를 공포하였다. 이 명령은 규제를 신설하기 위하여 충족하여야 할 실체적 요건으로 “법이 허용하는 한도 내에서(to the extent permitted by law)” 비용-편익분석을 실시하고 그 결과 순편익이 없는 규제를 시행하여서는 안 되며, 여러 대안이 있으면 비용이 가장 적게 되는 대안을 선택하여야 한다고 규정하였다. 또한, 이러한 실체적 요건을 충족하기 위한 절차적 요건으로, 국가 경제에 매년 1억 달러 이상의 영향을 미치는 행정명령·규칙을 제정하기 전에 대통령 직속의 관리예산실(Office of Management and Budget: OMB)의 심사를 받도록 의무화하였다.<sup>25)</sup> 그 후, 클린턴 대통령은 대통령명령 제12291호를 폐지하는 한편, 1993년 3월 30일 대통령명령 제12866호<sup>26)</sup>를 공포하였고, 부시 대통령은 동 명령을 일부 개정하였다. 이에 따르더라도, 여전히 연방

23) McGarity, *supra* note 8, p.34; Stephen F. Williams, *Squaring the Vicious Circle*, 53 Admin. L. Rev. 257 (2000), pp.264-270; Amy Sinden, *In Defense of Absolutes: Combating the Politics of Power in Environmental Law*, 90 Iowa L. Rev. 1405 (2005), pp.1418-1419; Cass R. Sunstein, *Legislative Foreword: Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State*, 48 Stan. L. Rev. 247 (1996), p.307 참조.

24) Executive Order 12291, 3 C. F. R 127 (1981).

25) Richard L. Revesz, *Foundations of Environmental Law and Policy*, Oxford University Press (1997), pp.76-79; 조홍식, 註 8, 90면. 이와 같은 대통령명령에 근거한 대통령의 규칙제정통제권은 헌법에서 규정하고 있는 대통령의 권한을 일탈하는 것이며, 의회가 개개의 행정기관에게 위임한 입법권을 침해하는 것으로, 적법절차와 행정절차법에 위배된다는 비판이 제기된 바 있다. 이에 관한 자세한 내용은 이상돈, “행정입법절차”, 김이열(편), 『행정절차법연구』, 삼영사 (1989), 197~209면 참조.

26) Executive Order 12866, 3 C. F. R. 638 (1993).

행정부는 새로운 규제에 대한 비용-편익분석 및 그에 따른 대안을 포함하는 규제계획(Regulatory Plan)을 작성·제출할 것이 의무화된다.<sup>27)</sup>

한편, 비용-편익분석의 실시의무를 규정한 대통령령 제12291호와 그 이후의 일련의 대통령령에 대해서는, 법률이 아니라 대통령령에 근거하여 일반적·포괄적으로 비용-편익분석의 실시를 의무화한다는 점에서 위헌·위법이라는 주장이 제기된 바 있다.<sup>28)</sup> 그러나 현재에는 헌법 제2조 제3항에 따른 대통령의 법률집행배려의무<sup>29)</sup>를 근거로 합헌·합법이라는 견해가 더욱 설득력을 얻고 있는 것으로 보인다. 미국 연방대법원은 관리과면권과 정보수집권에 근거하여 일관적인 대통령령의 합헌성을 긍정하고 있는데, 그 근거가 된 것이 바로 대통

27) 일련의 대통령령에 따른 비용-편익분석 등의 실시에 관한 자세한 설명은 박영도·한귀현, 『주요국가의 입법평가 관련제도(II): 미국의 규제영향분석제도』, 한국법제연구원 (2007) 참조.

28) 즉, ① 헌법은 대통령에게 행정기관의 의사결정을 통제하는 일반적 관할권을 부여하고 있지 않고, ② 규칙제정절차에 관한 대통령의 권한에 대한 제한이 관례법에 따라 변경된 것도 아니며, ③ 대통령령의 형식으로 대통령이 집행부의 규칙제정절차를 통제하는 것을 인정하는 법률이 없고, ④ 행정절차법은 약식규칙제정절차에 관하여 행정기관에게 광범한 재량을 부여하고 있음에도 불구하고, 대통령령에 근거하여 비용-편익분석의 실시를 의무화함으로써 행정기관의 재량을 현저하게 제한하는 것은 행정절차법 위반이라고 한다. 박영도·한귀현, 註 27, 24-26면 참조.

29) 미국 헌법 제2조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다: “He shall from time to time give to the Congress information of the state of the union, and recommend to their consideration such measures as he shall judge necessary and expedient; he may, on extraordinary occasions, convene both Houses, or either of them, and in case of disagreement between them, with respect to the time of adjournment, he may adjourn them to such time as he shall think proper; he shall receive ambassadors and other public ministers; **he shall take care that the laws be faithfully executed**, and shall commission all the officers of the United States.” Article 2, Section 3, of the U.S. Constitution. 합헌·합법설에서는 이 규정에 따라 대통령이 법의 통일적인 집행을 보장하기 위하여 집행부 공무원을 감독할 수 있는 권한을 가지며, 법률의 범위 내에서만 비용-편익분석을 실시하므로 위법하지 아니하다고 한다. 또한, OMB는 행정기관이 비용-편익분석을 적절하게 실시하였는지 여부를 심사할 뿐이므로 그 역할이 한정되어 있고, 행정절차법은 약식규칙제정절차에 대한 규정을 두고 있지 아니하므로 행정절차법 위반이 아니라고 한다.

령의 법률집행배려의무이었다.<sup>30)</sup>

후술하는 *Cotton Dust* 사건에서 볼 수 있는 바와 같이, 연방대법원은 비용-편익분석의 실시를 위해서는 법률상 명시적 규정이 있어야 한다고 판시한 바 있지만,<sup>31)</sup> 현실적으로는 법률상 명시적인 규정이 없음에도 불구하고, 대통령명령만을 근거로 행정기관의 비용-편익분석 실시가 의무화되는 경우가 많다. 후술하는 바와 같이, 일부 개별 법률에서 비용-편익분석에 관한 규정을 두고 있는 경우도 있으나, 실제로는 법률상의 문언이 애매하거나, 비용-편익분석의 실시 여부 또는 그 내용에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 아니한 경우가 많으며, 이에 따라 행정기관의 전문가가 독자적인 판단을 내리게 될 가능성이 상존하는 것이다. 결국 비용-편익분석 자체가 안고 있는 여러 문제점과 한계와 더불어, 명시적인 법률이 없는 상태에서 행정기관의 전문가가 주체가 되어 본질적으로 많은 요소를 고려할 것이 요구되고 일반인의 의견 일치를 기대하기 어려운 사안에 대하여 비용-편익분석을 실시하고, 그 결과가 국민의 권리·의무에 영향을 미칠 수 있게 된다는 점은 비용-편익분석에 대한 통제의 필요성을 한층 높이는 것으로 이해될 수 있을 것이다.

## IV. 미국법상 비용-편익분석의 통제

### 1. OMB의 심사를 통한 통제

대통령 직속의 OMB는 행정기관이 제출하는 규칙안이 대통령명령 제12291호 등에 따른 요건에 부합하는지 심사하는 역할을 담당해 오고 있다. OMB가 실시하는 심사의 성격은 단순한 권고에 머무르는 것은 아니지만, 명령이 아니라 대통령의 개입을 배경으로 한 교섭과 조정이라 할 수 있다. 이러한 교섭과 조정을 통하여 OMB의 정보·규제관리국(Office of Information and Regulatory Affairs:

30) *Myers, v. United States*, 272 U. S. 52 (1926).

31) *American Textile Mfrs. Inst. v. Donovan*, 452 U. S. 490 (1981).

OIRA)은 행정기관이 제출한 규칙안을 심사하고, 추가적인 정보를 요구하거나 해당 규칙안을 제출한 행정기관 및 관계 행정기관과 협의한다. 이러한 심사과정에서 OMB는 비용-편익분석의 내용과 관련하여 해당 행정기관이 적절한 대안을 확인·평가하지 아니하였는지, 편익을 이중으로 고려하지는 아니하였는지, 부정확한 기록을 제공하고 있지는 않은지 등을 확인한다.<sup>32)</sup>

OMB의 심사는 국민 전체의 대표자인 대통령의 권위를 배경으로, 행정기관이 실시한 비용-편익분석에 대하여 민주적 정당성을 부여하는 역할을 한다. OMB의 심사는 각각의 행정기관이 대통령이 제시하는 정책에 부합하는 규칙을 제정하도록 하는 기능을 하는 것이다.<sup>33)</sup> 결국, OMB는 모든 행정기관으로 하여금 대통령이 제시하는 가치기준에 부합하는 방식으로 비용-편익분석을 실시하게 하는 역할을 하는 것으로, 이로써 비용-편익분석이 국민의 총의에 기초하는 것으로 볼 수 있게 되는 것이다. 그리고 OMB는 각각의 행정기관이 실시하는 비용-편익분석의 내용이 보다 정확성을 기할 수 있도록 심사하는 한편, 대통령의 우선순위(President's priorities)에 합치하도록 심사함으로써, 행정기관의 재량을 일정 부분 통제해왔다. 이와 같이 OMB의 심사는 행정기관의 비용-편익분석에 대하여 민주적 정당성을 부여하는 한편, 행정기관의 재량에 일정한 통제를 가함으로써 전문가의 기술에 대한 불신을 해소시키는 역할을 해왔다.<sup>34)</sup>

## 2. 의회의 심사 등을 통한 통제

전술한 바와 같이, 현재까지 비용-편익분석의 실시, 내용, 방법 등에 관하여 일반적·포괄적으로 정하고 있는 법률은 없다. 몇몇 개별법률에서 비용-편익분석에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다.

1995년 개정 문서업무경감법(Paperwork Reduction Act: PRA)<sup>35)</sup>은 행정기관

32) 이에 관한 구체적인 소개는 박영도·한귀현, 註 27, 36~54면 참조.

33) OMB의 심사는 단지 행정기관이 실시한 비용-편익분석을 기술적으로 심사하는 데 그치는 것이 아니라, 행정기관의 전문가를 대통령의 통제하에 둬으로써 대통령의 정책수행을 실현할 수 있도록 하는 역할까지 해왔다고 할 수 있다.

34) Heimann, *supra* note 13, p.595.

이 보유하고 있는 정보를 수집하기 위하여 OIRA에게 보다 광범위한 권한을 부여하고 있는데, 이 법에 따라 OIRA와 OMB는 행정기관에 대하여 강력한 영향력을 행사할 수 있게 되었다.<sup>36)</sup> 그리고 1996년에는, 규제유연성법(Regulatory Flexibility Act: RFA)<sup>37)</sup>에 근거하여 중소기업공정규제법(Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act: SBREFA)<sup>38)</sup>, 그리고 그 일환으로 의회심사법(Congressional Review Act: CRA)<sup>39)</sup>이 제정되었다. 이에 따라, 모든 행정기관은 규칙이 발효되기 이전에 의회 및 회계검사원(General Accounting Office: GAO)의 심사를 받기 위하여 해당 규칙을 의회와 GAO에 제출하여야 할 의무가 있다. 그리고 해당 규칙에 대하여 비용-편익분석을 실시한 경우에는 그 결과도 제출할 것이 요구된다. 한편, 주요한 규칙(major rule)에 해당하는 경우에는, 의회가 해당 규칙의 발효를 늦추는 것도 가능하다.<sup>40)</sup>

이상과 같은 입법적 조치를 통하여, 의회는 중소기업보호와 관련하여 행정기관으로 하여금 비용-편익분석을 포괄적으로 실시하도록 요구하는 한편, 의회가 그 내용에 대한 심사까지 하도록 한 것이다. 이와 관련해서는, 전문성을 갖추고 있는 OMB에서 이미 비용-편익분석에 대한 심사를 실시함에도 불구하고 의회가 이를 다시 심사하도록 하는 것이 규칙 제정의 지연 및 그에 따른 비용 증가를 상쇄할 수 있을 정도로 편익이 있는지에 대하여 의문을 제기하고, 의회의 심사가 오히려 보다 나은 규칙을 제정하는 데 도움이 되지 않고 규칙 제정에 드는 비용을 증가시키며 일반국민의 불신을 증가시킬 우려가 있음을 지적하는 견해

35) Pub. L. No. 104-113, 109 Stat. 163 (May 22, 1995), codified at 44 U.S.C. 3501 et seq.

36) Jeffrey S. Lubbers, *Paperwork Redux: The (Stronger) Paperwork Reduction Act of 1995*, 49 Admin. L. Rev. 111 (1996), p.112.

37) Pub. L. No. 96-354, 94 Stat. 1164 (1980), codified as amended at 5 U. S. C. § § 601-612 (2006).

38) Pub. L. No. 104-121, 110 Stat. 857 (1996), codified as amended at 5 U. S. C. § § 801-808 (2006).

39) Pub. L. No. 104-121, 110 Stat. 868, codified at 5 U.S.C. § § 801-808 (2006).

40) 5 U. S. C. § 801(a). 이에 관한 보다 구체적인 설명은 박영도·한귀현, 註 27, 33~36면 참조.

도 있다.<sup>41)</sup> 그러나 의회의 심사는 비용-편익분석 자체가 안고 있는 한계와 더불어 행정기관이 주도적으로 비용-편익분석을 실시하도록 함에 따른 한계를 극복하기 위한 중요한 수단이라 생각된다. 행정기관의 전문가가 실시한 비용-편익분석을 의회가 심사함으로써, 비용-편익분석에 내재되어 있는 가치판단에 대한 정치적 합의를 이끌어내게 되고, 이로써 해당 비용-편익분석에 대하여 민주적 정당성이 부여될 수 있는 것이다. 아울러 대통령과는 다른 가치기준을 가질 가능성이 있는 의회가 심사함으로써, OMB의 심사를 통한 통제의 한계를 극복할 수도 있을 것이다. 이는 OMB의 통제가 제대로 미치지 않는 독립규제위원회 (Independent Regulatory Commission)에 대해서까지 통제를 미칠 수 있다는 점에서도 그 의의가 있다고 볼 수 있다.<sup>42)</sup>

이상과 같이 법률상의 근거에 따른 의회의 통제 이외에도, 행정기관의 기능에 대한 위원회의 감독, 예산에 대한 통제 등을 통해서도, 의회는 행정기관의 비용-편익분석에 대하여 일정 부분 통제를 할 수 있다. 의회의 위원회는 청문회를 개최하거나 법안에 대한 보고를 요구하는 등의 방식으로 행정기관에 대한 감독권을 행사하게 되는데, 이 과정에서 행정기관에 대하여 비용-편익분석의 실시를 요구하거나 그 실시결과의 보고를 요구하거나, 혹은 비용편익 분석의 실시에 관한 기본적인 지침을 제시할 수 있다. 그 구체적인 예로, 국제통상위원회 (International Trade Commission: ITC)는 의회 상원 재정위원회의 요구에 따라 비용-편익분석을 실시하는 경우가 있다. ITC는 어떠한 재화의 수입 또는 통상행위가 국내산업에 대하여 어떠한 영향을 미칠지를 조사하는 역할을 수행하는데, 법률상으로는 비용-편익분석의 실시에 관한 규정이 없다. 오히려 법률상으로는

---

41) Daniel Cohen & Peter L. Strauss, *Congressional Review of Agency Regulations*, 49 Admin. L. Rev. 95 (1997), pp.109-110; David H. Rosenbloom, *1946: Framing a Lasting Congressional Response to the Administrative State*, 50 Admin. L. Rev. 173 (1998), p.195.

42) Cristina M. Rodríguez, *Constraint through Delegation: The Case of Executive Control over Immigration Policy*, 59 Duke L.J. 1787 (2010), pp.1827-1833; J.R. DeShazo & Jody Freeman, *The Congressional Competition to Control Delegated Power*, 81 Tex. L. Rev. 1443 (2003), pp.1456-1459 참조.



불공정거래와 관련하여 대통령에게 보고하는 경우, 소비자와 관련되는 비용을 고려하는 것이 금지되어 있다. 그러나 실제로는 ITC가 의회 상원 재정위원회의 요구에 따라 비용-편익분석을 실시하고 그 결과를 보고하며, 의회는 그에 근거하여 입법 작업을 하고 있는 것이 현실이다.<sup>43)</sup>

비용-편익분석에 대한 의회의 통제는 예산 통제를 통해서도 이루어진다.<sup>44)</sup> 그 예로, 1982년 장애인을 위한 전기통신법(Telecommunications for the Disabled Act: TDA)<sup>45)</sup>이 제정되었는데, 이 법의 시행은 연방통신위원회(Federal Communication Commission: FCC)의 권한에 맡겨져 있었다. 1983년, 의회 예산국(Congressional Budget Office: CBO)은 연방정부가 TDA를 시행하기 위하여 필요한 금액을 약 20만 달러로 추산하였는데, 하원 에너지·상업위원회 역시 의회 예산국의 추산결과를 받아들였고 이에 근거하여 FCC가 TDA의 시행에 필요한 규칙을 제정하도록 지시하였으며, FCC는 따로 비용-편익분석을 실시하지 않고 그 지시를 따른 바 있다. 그리고 1988년에는 보청기호환성인증법(Hearing Aid Compatibility Act: HAC Act)이 제정되었는데, 당시 CBO는 이 법의 시행과 관련하여 연방정부와 주정부가 거의 비용을 부담하지 않게 될 것이라고 추산하였고, FCC는 의회의 요구에 따라 비용-편익분석을 실시하였는데, CBO의 추산결과와 동일하게 비용이 거의 들지 않는다는 분석결과를 제시한 바 있다.<sup>46)</sup>

### 3. 법원의 심사를 통한 통제

OMB나 의회의 심사를 통한 통제가 행정기관의 전문가가 실시하는 비용-편익 분석의 한계로 지적되는 민주적 정당성의 결여 문제를 해소하는 역할을 하고 있다면, 법원은 비록 비용-편익분석과 관련해서는 전문가가 아니지만 법률전문가

43) Heimann, *supra* note 13, pp.649-652.

44) 우리나라에서는 「국회법」 제79조의2, 「국가재정법」 제87조 등에 근거하여 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 법안을 제출하는 경우 그 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서나 재원조달방안을 제출하도록 하는 내용의 비용추계제도가 실시되고 있다.

45) Pub. L. No. 97-410, 96 Stat. 2043 (1982), codified as 47 U. S. C. § 610 (1988).

46) Heimann, *supra* note 13, pp.582-585.

의 견지에서 해당 비용-편익분석에 있어서 법률로부터 부여받은 재량을 일탈하고 있지 않은지를 심사하는 역할을 하고 있다고 할 수 있다.

행정기관이 실시하는 비용-편익분석에 대한 법원의 심사를 통한 통제는 크게 3단계로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 법원은 먼저 해당 문제가 사법심사의 대상이 될 수 있는지 여부를 판단한다. 즉, 심사가능성(Reviewability)을 판단하는 것이다.<sup>47)</sup> 둘째, 비용-편익분석을 실시할 수 있는지 혹은 실시하여야 하는지 여부를 판단한다. 셋째, 행정기관이 실시한 비용-편익분석의 내용, 예컨대 각각의 대안의 금전화, 비교분석 등에 관하여 심사한다.<sup>48)</sup>

### (1) 심사가능성에 대한 판단

#### 1) *United States v. West Virginia Power Co.* 사건

이 사건은 1936년 홍수통제법(Flood Control Act)에 따라 육군공병대(Army Corps of Engineers)가 실시한 비용-편익분석이 문제되었는데, 법원은 해당 비

---

47) 행정입법 일반에 대한 사법심사가능성에 관한 설명은 김수경 (역), 『미국 연방 행정입법 지침과 규제평가절차: A Guide to Federal Agency Rulemaking』, 한국법제연구원 (2008), 267~271면 참조.

48) 이하에서 소개하는 판례 이외에도, 비용편익분석을 다루고 있는 중요한 판례로 *Union Electric Co. v. EPA* 사건, *Ashton v. Pierce* 사건, *Center for Science in the Public Interest v. Department of the Treasury* 사건 등을 들 수 있다. 이에 관한 국내 소개는 김유환, “미국행정법에 있어서의 비용-편익분석”, 『서울대학교 법학』 제27권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (1986. 12), 149-153면 참조. 이 글은 *Cotton Dust* 사건과 *Air Bag* 사건에 대해서도 구체적으로 분석하고 있으며, 이들 판례에 대한 종합적 검토 결과로서, (i) 근거제정법이 행정청에게 비용-편익분석에 입각한 결정을 하도록 하는 경우 행정청은 대통령명령에 따른 비용-편익분석 요건에 따라 행위할 수 있고, (ii) 근거제정법이 비용-편익분석에 입각한 결정을 금하고 있을 때에는 비용-편익분석이 허용될 수 없으며, (iii) 근거제정법이 행정청의 결정에 있어서 제한된 범위 내에서 비용 요소를 고려하는 것을 허용하는 경우에는 그러한 고려의 정도가 문제되는데, “as far as practical”이라는 문언은 비용 요소의 고려를 엄격히 제한하고 있고, “reasonably necessary”라는 문언은 보다 많은 정도로 그러한 고려를 할 수 있는 것으로 해석된다고 설명하면서, 근거행정법이 전혀 침묵하고 있는 경우가 앞으로 더욱 어려운 문제가 될 것이라고 전망하고 있다.

용-편익분석이 의회의 승인을 얻은 것임을 고려할 때 법원이 해당 비용-편익분석을 심사함으로써 의회의 권한을 침범해서는 아니 된다고 하면서, 소를 각하하였다.<sup>49)</sup> 이밖에도, *Environmental Defense Fund, Inc. v. Froehlke* 사건<sup>50)</sup>, *Mardis v. Big Nance Creek Water Mgmt. Dist.* 사건<sup>51)</sup>, *Sierra Club v. Froehlke* 사건<sup>52)</sup> 등에서도 법원은 동일한 입장을 취하였다.

### 2) *Concerned Residents of Bunk Hill Falls v. Grant* 사건

이 사건은 유역보호·홍수방지법(Watershed Protection and Flood Prevention Act)에 따라 농무부(Department of Agriculture) 토양보전국(Soil Conservation Service)이 실시한 비용-편익분석이 문제되었던 사건인데, 법원은 해당 법률의 문언 및 입법취지 등을 고려할 때 의회만이 비용-편익분석을 심사할 수 있는 것은 아니라고 하여, 법원의 심사대상이 된다고 판시하였다.<sup>53)</sup>

### 3) 평가

위 두 사건을 종합한다면, 법원은 먼저 법률의 문언, 입법취지·배경 등을 고려할 때 의회가 행정기관이 실시한 비용-편익분석을 개별적으로 심사하여 승인하고 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 입법작용의 문제로 보아 사법심사의 대상이 되지 않는 것으로 보지만, 단지 비용-편익분석의 실시를 요구하고 있을 뿐인 경우에는 사법심사의 대상이 되는 것으로 해석하고 있는 것으로 보인다. 즉, 행정기관의 판단을 의회가 형식적으로 승인하는 수준에 불과한 경우에는 법원의 심사대상으로 하지만, 의회가 법률제정에 준하는 수준의 내용심사를 하고 있는 경우에는 법원의 심사대상으로 하지 않는다는 것이다.

---

49) 122 F. 2d 733 (4th Cir.), cert. denied, 314 U. S. 683 (1941).

50) 473 F. 2d 346 (8th Cir. 1972).

51) 578 F. Supp.770 (N.D. Ala. 1983), aff'd, 749 F. 2d 732 (11th Cir. 1984).

52) 392 F. Supp.130 (E.D. Mo. 1975), aff'd, 534 F. 2d 1289 (8th Cir. 1976).

53) 537 F. 2d 29 (3rd Cir. 1976).

## (2) 비용-편익분석의 실시의무 유무에 대한 판단

법원은 법률의 목적 등에 비추어 행정기관이 비용-편익분석을 실시할 의무가 있는지 여부에 따라 행정기관의 판단을 심사할 수 있다. 이하에서는 *Benzene* 사건<sup>54)</sup>과 *Cotton Dust* 사건<sup>55)</sup>을 중심으로 살펴보기로 한다. 이들 두 사건 모두 화학물질 규제 강화에 관한 사안이다.<sup>56)</sup>

### 1) *Benzene* 사건

1970년 직업안전보건법(Occupational Safety and Health Act: OSH Act) 제6 조는 노동부 직업안전보건국(Occupational Safety and Health Administration: OSHA)으로 하여금 직장 내의 유해물질 노출로 인하여 근로자의 건강이나 생리 기능을 실질적으로 악화시키지 아니하도록 할 목적으로 노출허용기준을 설정하도록 하는 한편, 그에 있어서 “최선의 이용가능한 증거(best available evidence)”와 “실행가능성(feasibility)”을 제시할 것을 요구하고 있다.<sup>57)</sup> *Benzene* 사건은 OSHA가 근로자의 벤젠 노출허용기준을 10ppm에서 1ppm으로 인하하는 결정을 내린 것과 관련하여,<sup>58)</sup> 피규제자인 기업이 해당 결정이 재량권 남용에 해당한다고 주장하면서 OSHA를 상대로 행정소송을 제기한 사건이다.

이 사건에서는 비용-편익분석의 실시 여부와 관련하여, 고용상의 안전과 건강을 보장하기 위하여 “합리적으로 필요하거나 적절한(reasonably necessary or appropriate)” 노출허용기준의 설정, 그리고 “실행가능한 범위에서(to the extent feasible)” 근로자의 건강을 충분히 보호한다는 문언<sup>59)</sup>을 두고 비용-편익 분석을 의무화하고 있는 것으로 해석할 수 있는지 여부가 다투어졌는데, OSHA

54) *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*, 448 U. S. 607 (1980).

55) *American Textile Mfrs. Inst., Inc. v. Donovan*, 452 U. S. 490 (1981).

56) Heimann, *supra* note 13, pp.606~607 참조.

57) 29 U. S. C. § 655(b)(5).

58) Howard Latin, *The “Significance” of Toxic Health Risks: An Essay on Legal Decisionmaking Under Uncertainty*, 10 Ecology L.Q. 339 (1982), pp.360~362 참조.

59) 29 U. S. C. § 652(8).

는 법률문언상 비용-편익분석이 의무화되지 않는다고 판단한 반면, 항소법원은 비용-편익분석이 의무화되어 있는 것으로 판시하였다. 이에 대하여, 연방대법원의 다수의견은 법률문언에 대한 직접적인 판단을 회피하고, 실질적으로는 항소법원의 판단을 지지하였다. 반면, 반대의견에서는 법률상 명시적인 규정이 결여되어 있다는 점 등을 들어 비용-편익분석이 의무화되지 않는다고 판단하였다.

구체적으로 살펴보자면, 다수의견은 OSHA가 “최첨단의 과학적 지식으로 사실판단을 하여야 하는 경우에는 재량의 여지가 인정되어야” 한다고 설시하였다. 즉, 벤젠의 노출한계기준을 10ppm에서 1ppm으로 인하하는 것과 관련하여, 건강에 대한 유해성에 관하여 과학적 불확실성이 있고 과학적 불확실성하에서의 정책결정에 있어서는 행정에 대하여 막대한 재량이 생긴다는 것을 인정한 것이다. 그렇지만, 다수의견은 법문상의 “최선의 이용가능한 증거”가 전통적인 증거기준인 “실질적 증거(substantial evidence)”를 의미하는 것이라고 해석하고, 행정기관이 일정 수준 이상의 리스크의 존재를 명확하게 인정할 수 있을 정도까지 정량화할 수 없다면 재량권의 남용에 해당한다고 판시하였다. 즉, 연방대법원의 다수의견은 유해물질의 리스크가 “중대하다고 판단할 정도까지 정량화되어야 한다.”고 판시함으로써, 비용-편익분석의 실시를 의무화하는 것으로 해석하였다.<sup>60)</sup>

60) 이와 관련하여, Latin은 환경이나 보건 문제와 같이 과학적 불확실성으로 인하여 리스크를 정량화할 수 없는 경우에조차 행정기관에 대하여 비용-편익분석의 실시를 통한 정량화를 의무화한다면, 행정기관은 규제조치를 취할 수 없게 되고 결국 사전배려적인(precautionary) 대응을 요구하는 OSH Act의 입법목적을 훼손하는 것이라고 주장하면서, *Benzene* 사건에 대한 연방대법원의 판결이 리스크에 관한 불확실성을 제대로 인식하지 못한 것이라고 비판하였다. Latin, *supra* note 58, pp.380-381. 또한, Fisher는 불확실성이 존재하는 상황에서의 정책결정과정에 관하여 행정기관에게 실질적인 증거를 요구하게 되면, 이는 행정기관에게 불가능한 입증을 요구하는 것으로, 결국 정책결정과정이 왜곡될 수 있다고 주장하면서, *Benzene* 사건에 대한 연방대법원의 판결이 증거의 정량화에만 초점을 두고 정책결정의 합리성에 초점을 두지 않았다고 비판한 바 있다. 결국 불확실성이 존재하는 국면에서의 정책결정의 합리성은 과학적 판단의 문제가 아니므로, 정책결정이 합리적인지 여부는 정량화만으로 판단하여서는 아니 되며, 시민의 판단이나 행정기관의 진지한 노력 등과 같이 다른 요소까지도 고려하여 판단하여야 한다는 것이다.

## 2) Cotton Dust 사건

*Cotton Dust* 사건은 OSHA의 면진(綿塵) 노출허용기준 인하가 다투어진 사건으로, “실행가능한 범위”라는 문언의 해석이 주된 논점이 되었는데, 법원은 이를 “행해질 수 있는(capable of being done)” 범위로 해석하였다. 연방대법원 다수의견은 OSH Act가 다른 법률과 비교하여 비용-편익분석에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않음을 고려할 때 비용-편익분석을 의무화하고 있지 아니하고, 의회가 정책목적으로 근로자의 안전과 건강보호를 우선시시킬 것을 요구하고 있다고 하면서, 비용-편익분석의 실시 의무를 부정하였다. 또한 다수의견은 “최선의 이용가능한 증거”와 관련해서도, 행정기관은 리스크나 비용을 정량화할 의무가 없으며 합리적으로 리스크를 추측하였음을 증명하는 것으로 족하다고 보았다. 한편, 비용효과분석을 활용할 수는 있다고 판시하였다.

*Cotton Dust* 사건에서 OSHA는 규제강화를 위하여 제시하여야 하는 증거와 관련하여 부정확한 부분이 있음을 스스로 인정하고 있었다. 그럼에도 불구하고, 다수의견은 비용-편익분석의 실시가 규제조치를 위한 필수적인 법적 문제로 요구되지는 않는다고 하면서, OSHA가 수집한 증거에 비추어볼 때 합리적으로 노출허용기준을 설정하고 해당 기준의 설정으로 인하여 발생하는 비용을 책임 있게 예측한 것이라고 판단하였다.

## 3) 평가

이상의 2개 판결은 동일한 OSH Act를 두고 각기 다른 판단을 제시하고 있다. Benzene 사건에서 법원은 “합리적”이라는 문언을 중시함으로써 합리성을 추구하기 위하여 행정기관이 비용-편익분석을 실시하여야 하는 것으로 판단한 반면, *Cotton Dust* 사건에서 법원은 “실시가능한 범위”라는 문언이 포함되어 있음을 고려하여 반드시 비용-편익분석의 실시가 요구되는 것은 아니라고 판단하였다.<sup>61)</sup>

---

Elizabeth C. Fisher, *The Risks of Quantifying Justice: The Use of the Substantial Evidence Test in Judicial Review of OSHA Rule-Making*, in Robert Baldwin (ed.), *Law and Uncertainty: Risks and Legal Process*, Kluwer (1997), pp.301-305.

### (3) 비용-편익분석의 내용에 대한 판단

#### 1) *Air Bag* 사건

이른바 *Air Bag* 사건<sup>62)</sup>은 행정기관의 비용-편익분석 결과에 근거하여 에어백 또는 안전벨트 장비를 의무화하는 규칙을 폐지한 것과 관련된 다툼에 관한 사건이다. 도로교통안전국(National Highway Traffic Safety Administration: NHTSA)은 1996년 국가교통자동차안전법(National Traffic and Motor Vehicle Safety Act: NTMVSA)에 따라 자동차안전기준을 설정할 수 있고, 이에 따라 에어백 또는 안전벨트 장비를 의무화하는 규칙을 정하였는데, 그 후 레이건 정부는 규제 완화시책에 따라 (i) 안전벨트와 에어백 가운데 어느 하나를 선택할지는 자동차회사에게 맡겨져 있고 실제로 대부분의 경우 안전벨트를 채용하고 있는 것이 현실이라는 점, (ii) 자동차 이용자의 대부분이 안전벨트를 착용하지 않고 자동차를 이용할 가능성이 있다는 점 등을 고려하여 안전벨트를 의무화함에 따른 편익이 그에 따른 비용에 비추어 정당화될 수 없을 정도로 작다고 판단하였고, 그 결과 해당 규칙을 폐지하기로 결정하게 된 것이다. 이에 대하여 보험회사 등은 해당 결정이 행정절차법(Administrative Procedure Act: APA)상의 고지 및 의견 제출(notice and comment) 절차를 결여하였고, 충분한 증거 및 설명으로 뒷받침되고 있지 아니한바, 자의적(恣意的, arbitrary)이고 전단적(專斷的, capricious)인 것으로 위법하다고 주장하였다. 이에 대하여 연방대법원은 설령 안전벨트의 편익이 작다고 하더라도 즉시 규칙을 폐지하는 것은 허용되지 아니하며, 안전벨트의 장착을 금지하고 에어백 장비를 의무화하는 등의 다른 대안이 있었을 것임에도 이를 고려하지 아니한 것은 전단적인 것이어서, APA의 심사기준을 충족하지 못하는 것으로 위법하다고 판단하였다.

---

61) 한편, *Whitman v. American Trucking Associations* 사건에서 법원은 청정대기법(Clean Air Act: CAA)상의 불명확한 규정은 EPA가 비용을 고려하는 것을 금지하는 것으로 해석되어야 한다고 판시한 바 있다. 531 U.S. 457 (2001).

62) *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto Ins. Co.*, 463 U. S. 29 (1983).

## 2) Chevron 사건

Chevron 사건<sup>63)</sup>에서는 1977년 개정 청정대기법(Clean Air Act)에 따라 환경 보호처(Environment Protection Agency: EPA)가 제정한 1982년 규칙의 위법성이 다투어졌다.

개정 CAA는 각 주정부로 하여금 구체적인 대기기준을 정하고 정해진 기간 내에 이를 충족하도록 노력할 것을 요구하는 한편, 대기기준을 구체적으로 어떻게 이행할 것인지를 정한 이행계획을 수립하여 EPA에 제출하고 심사 및 승인을 받을 것을 요구하고 있었는데, 그 이행계획의 내용으로 엄격한 요건하에서만 대기 오염의 주요한 “고정오염원”의 신설 또는 변경을 허용하는 허가제도를 포함시킬 것을 의무화하였다. 개정 CAA의 시행을 위하여 EPA가 제정한 1980년 규칙에서는 허가제도의 대상이 되는 “고정오염원”을 공장은 물론 공장 내부의 각각의 공정설비 양자 모두를 의미하는 것으로 보는, 이른바 이중정의(dual definition) 방식을 채용하였는데, 1981년 규칙에서는 이러한 이중정의 방식을 폐기하고 “버블 개념(bubble concept)” 방식을 채용하게 된 것이다.

이를 두고 자연자원보호협회(Natural Resources Defense Council: NRDC) 등은 1981년 규칙이 CAA의 문언, 목적, 입법취지·배경 등에 반한다고 주장하였는데, 그 주된 논점은 고정오염원이라는 용어의 정의로 “bubble concept” 방식이 채용될 수 있는가에 관한 것이었다. 반면, EPA는 “bubble concept” 방식을 채용한 근거로 (i) 이중정의방식을 채용함에 따라, 기존시설과 신규시설의 교체가 이루어지지 않았고, 생산성 향상은 물론 배출량 저감에도 방해가 되었다는 점, (ii) “bubble concept” 방식을 채용하더라도 환경개선을 달성하는 것이 불

---

63) Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U. S. 837 (1984). 이 사건은 행정청의 법률해석에 대한 사법심사에 관한 대표적인 판례로, 국내 문헌에서도 많이 소개되고 있다. 자세한 내용은 이광윤, “CHEVRON 판결의 파장과 행정국가”, 『미국헌법연구』 제6호, 미국헌법학회 (1995. 7), 222면 이하; 김은주, “미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의”, 『공법연구』 제37집 제3호, 한국공법학회 (2009. 2), 311면 이하; 조상희, “미국 FCC의 결정에 대한 미국 법원의 행정청의 해석 존중의 원칙의 적용”, 『행정법연구』 제18호, 행정법이론실무학회 (2007. 8), 92~95면 등 참조.



가능하지 않다는 점 등을 내세우고 있었다.

이에 대하여 연방대법원 전원일치의견은 (i) 개정 CAA의 입법취지를 고려할 때 의회가 경제적 이익과 환경적 이익 간의 대립을 조정하려고 의도하고 있었음이 분명하다는 점, (ii) EPA가 1981년 규칙에 대하여 합리적으로 설명하고 있고, 규칙제정과정에서의 공식기록 역시 이를 뒷받침하고 있다는 점, (iii) 이 사건의 규칙제정은 대립하는 여러 정책의 조정을 필연적으로 수반하는 것으로, 국민에 대하여 직접 정치적 책임을 지지 않는 법원이 관여하여야 할 문제가 아니라는 점 등을 고려하여, 1981년 규칙이 허용가능한 법률해석에 근거하고 있다고 판단하였다.

### 3) *American Fin. Servs. Ass'n v. FTC* 사건

*American Fin. Servs. Ass'n v. FTC* 사건<sup>64)</sup>은 FTC가 금융기관으로 하여금 임금양도, 가채도구 등에 대한 담보를 금지하는 내용의 규칙(credit practices rule)을 제정한 것과 관련한 사건이다. 본 사건에서, FTC는 위 규칙 제정과 관련하여 실시한 비용-편익분석에서 (i) 임금양도, 가채도구 등에 대한 담보가 금지되더라도 금융기관으로서 이 밖의 규제수단을 이용할 수 있으므로, 이를 금지함으로써 인한 영향이 크지 않으며, (ii) 임금양도, 가채도구 등에 대한 담보로 인하여 소비자가 실질적인 경제적·금전적 피해를 입거나 그 법적 권리를 침해받을 리스크가 신용 이용의 증대에 비하여 중대하다고 판단하고, 이러한 사실을 전제한 상태에서 비용-편익분석을 실시하고 그 결과에 따라 규칙을 제정하였다. 이에 대하여, 금융회사는 이와 같은 FTC의 전제가 합리적인 근거를 결여하고 있음을 이유로 규칙의 폐지를 요구한 것이다.

항소법원은 기록으로 보아 FTC의 결정이 실질적인 증거에 의해 뒷받침되고 있다고 판단하였다. 그리고 FTC가 어떠한 행위가 불공정한지 여부를 결정하기 위한 비용-편익분석을 실시함에 있어서 내리는 예측이나 결정은 하나의 엄격한 계량경제학적 분석에만 근거하여야 할 필요는 없으며, 하나 이상의 합리적인 해

64) 767 F. 2d 985 (D.C. Cir. 1985).

석이 가능한 경우라면 법원은 FTC의 결정을 존중하여야 한다는 입장을 제시하였다.

#### 4) *Center for Auto Safety v. Peck* 사건

*Center for Auto Safety v. Peck* 사건<sup>65)</sup>은 NHTSA가 자동차범퍼 강도기준을 완화함에 따라 자동차안전센터(Center for Auto Safety) 등이 그 위법성을 다툰 사건이다.

1996년 NTMVSA는 NHTSA로 하여금 자동차범퍼의 강도기준을 정하는 규칙을 정하도록 하고 있는 한편, 1972년 자동차정보·비용절감법(Motor Vehicle Information and Cost Saving Act) 역시 NHTSA로 하여금 일반공중과 소비자로서 실행가능한 최대한의 비용절감을 얻을 수 있는 범퍼 강도기준을 설정할 것을 요구하고 있었다. NHTSA는 이들 두 법률에 따라 (i) 범퍼 강도기준을 이행하는 데 드는 비용과 그 이행을 통하여 얻을 수 있는 편익, (ii) 해당 기준의 이행이 보험 및 법정비용에 미치는 영향, (iii) 소비자의 시간절약 및 불편 저감, (iv) 배출기준을 비롯한 보건 및 안전에 관한 사항 등을 고려하고, 그 결과에 따라 범퍼 강도기준을 정하였다.

자동차안전센터 등은 NHTSA가 정한 범퍼 강도기준과 관련하여, (i) 다년간 지속되어온 정책에 역행하는 결정이므로, 법원이 보다 심도 있고 엄격한 정밀조사(heightened and exacting scrutiny)를 하여야 하고 “특히 신중한 사법심사(particularly careful judicial review)”를 적용하여야 하며, (ii) NHTSA가 정한 범퍼 강도기준이 종래 알려져 있는 안전성 고려와 부합하지 않는다고 하면서, 자의적이고 전단적이라고 주장하였다.

항소법원은 먼저 이들 법률상에는 특별한 규정이 없으므로 APA에 따른 자의적·전단적 재량남용기준을 심사기준으로 적용하여야 함을 명확히 하였다. 그리고 비용-편익분석은 행정기관의 전문성에 맡기는 것이 가장 적절한 유형의 전형적인 예로서, 법원이 행정기관 고유의 판단을 대체하여서는 아니 되는바, 법원

---

65) 751 F. 2d 1336 (D.C. Cir. 1985).

의 역할은 행정기관의 판단이 정당한 요인에 대한 고려에 기초하고 있는지 여부, 그리고 그 판단에 있어서 명백한 잘못이 있는지 여부로 한정되어야 한다고 판시하였다.

### 5) 평가

이상에서 개괄적으로나마 대표적인 판결을 살펴본 결과, 법원은 대체로 행정기관의 판단을 존중하는 경향을 보이고 있음을 확인할 수 있다. 물론 이와 같은 법원의 태도에 대하여 비판적인 시각을 제시하는 견해도 제시되고 있고,<sup>66)</sup> 이와 상반되는 판례도 없지 않으나,<sup>67)</sup> 비용-편익분석의 내용에 관한 한 이와 같은 법원의 태도는 최근까지도 대체로 유지되고 있는 것으로 보인다.<sup>68)</sup> 다만, 판결 1)의 경우에는 자의적·전단적 심사기준에 따라 위법한 것으로 판시하고 있으나, 이 역시 비용-편익분석의 내용으로서 금전화 부분에 대해서는 심사하지 아니하였음을 유의할 필요가 있다. 즉, 다른 대안이 존재함에도 불구하고 이를 고려하지 아니하였음을 문제삼았을 뿐이다. 결국, 법원은 정량화와 같은 전문적인 분야에 관해서는 행정기관의 판단을 우선시하는 한편, 다른 대안의 존재 등을 살피는 역할을 하고 있는 것이다.

마찬가지로 전문성이 요구되는 환경영향평가와 관련해서도 이와 같은 법원의 태도를 확인할 수 있다.<sup>69)</sup> 미국 법원은 환경영향평가서가 검토되어야 할 대안을 제시하지 않았거나 구체성이 없는(remote and speculative) 대안을 제시하고 있는 경우, 위법한 것으로 보고 있다.<sup>70)</sup> 검토되어야 하는 대안의 범위는 모든 가능

66) Evan J. Criddle, *Chevron's consensus*, 88 B.U. L. Rev. 1271 (2008), p.1228; Cass R. Sunstein, *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*, 115 Yale L.J. 2580 (2006), p.2587.

67) *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006).

68) *Brand X*, 545 U.S. 967 (2005); *Verizon Communications Inc. v. FCC*, 535 U.S. 467 (2002); *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, (2001); *International Fabricare Inst. v. EPA*, 972 F. 2d 384 (D.C. Cir. 1992); *Reynolds Metals Co. v. EPA*, 760 F. 2d 549 (4th Cir. 1985).

69) 김홍균, 『환경법: 문제·사례』, 홍문사 (2007), 101-102면.

70) *NRDC v. Morton*, 458 F.2d 827 (D.C. Cir. 1972).

한(every possible) 대안일 필요는 없으나 합리적으로 판단하였을 때 실행가능한 것이어야 한다.<sup>71)</sup> 저감방안(mitigation)과 관련해서도 환경 악영향을 저감하기 위한 합리적인 대안들이 고려되어야 한다.<sup>72)</sup> 그렇지만, 법원은 환경영향평가에서도 역시 공무원의 전문적인 판단을 존중하는 경향을 보이고 있다.<sup>73)</sup>

여하튼, 이상의 판결을 통하여 법원이 행정기관의 판단을 존중하는 경향을 보이고 있음을 확인할 수 있다. 법률이 비용-편익분석의 내용에 관하여 침묵하고 있는 경우, 어떠한 내용으로 비용-편익분석을 실시할 것인지에 관하여 행정기관의 재량에 맡겨져 있다고 보고, 특별한 규정이 없으면 자의적·전단적 심사기준을 적용한다는 것이 법원의 입장이라고 이해할 수 있다.<sup>74)</sup> 이에 따라 법원은 행정기관의 전문성을 존중하는 한편, 행정기관 고유의 판단을 대체하지 아니할 것이 요구되는 것이다.

법원은 해당 분야의 전문가가 아닌 법률가의 입장에서 증거 전체로 보아 행정기관이 내린 판단이 타당한지 여부를 결정하는 역할을 담당하고 있는 것이다. 해당 분야에 대한 법원의 비전문성을 고려하더라도, 법원이 금전적 평가의 내용에 대해서까지 심사하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다. 그리고 법원이 비용-편익분석에서의 구체적인 수치에 구애받는다면 사법통제가 제대로 기능하기 어려울 수도 있을 것이다. 그렇지만, 법원은 실질적 증거 기준을 적용함으로써 증거 전체로 보아 행정기관의 판단이 합리적이지 않다고 한다면 해당 행정기관의 판단은 위법하게 되는 것이므로, 오히려 사법통제가 더욱 효과적으로 이루어질 수도 있다. 즉, 자의적·전단적 심사기준에 따라 각 대안에 따른 비용·편익 각각의 금전적 평가 그 자체에 대해서까지 재량의 남용이 있는지 여부를 심사할

---

71) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC*, 435 U.S. 519, 98 S. Ct. 1197; 55 L. Ed. 2d 460 (1978).

72) *Roberston v. Methow Valley Citizens Council*, 490 U.S. 332; 109 S. Ct. 1835; 104 L. Ed. 2d 351 (1989).

73) *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U.S. 390; 96 S. Ct. 2718; 49 L. Ed. 2d 576 (1976); *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*, 490 U.S. 360, 109 S. Ct. 1851; 104 L. Ed. 2d 377 (1989).

74) Heimann, *supra* note 13, p.618 참조.

것이 아니라, 오히려 실질적 증거기준에 따라 금전적 평가 그 자체는 일응 합리적일 것으로 추정하되, 증거 전체로 보아 고려되어야 할 대안이 충분히 고려되었는지, 만약 법률에서 비용-편익분석의 기준이나 방법을 정하고 있다면 이를 제대로 준수하였는지 등을 심사함으로써 오히려 기능적인 심사가 가능할 것으로 판단된다.

#### IV. 결론 및 제언

입법평가를 위한 유용한 도구로 비용-편익분석이 그 중요성을 인정받고 있다. 그러나 비용-편익분석에는 여러 가지 한계가 존재한다. 만약 앞으로 입법평가가 제도화되고 그에 따라 비용-편익분석의 실시 결과에 따라 입법의 여부나 내용이 좌우되게 된다면, 비용-편익분석의 한계를 극복하고 통제하는 것은 무엇보다 중요한 작업이 될 것이다.

우리 헌법 제40조는 입법권은 국회에 속한다고 규정하고 있다. 즉 적어도 “법률”의 형식인 법규범의 정립작용은 그 내용을 불문하고 반드시 국민의 대표기관인 국회가 담당하여야 한다. 그렇지만, 입법평가, 특히 비용-편익분석은 그 전문성과 복잡성 때문에 국회에서 직접 실시하는 것이 사실상 곤란할 것이다.

미국에서는 일부 개별 법률의 경우를 제외하고는 법률상 명시적인 규정이 없음에도 불구하고, 대통령명령만을 근거로 행정기관의 비용-편익분석 실시가 의무화되는 경우가 많다. 그리고 실제로 법률상의 문언이 애매하거나, 비용-편익분석의 실시 여부 또는 그 내용에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 아니한 경우가 많으며, 이에 따라 행정기관의 전문가가 그 실시 여부나 내용을 판단하여 실시하고 있는 것이 현실이다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 OMB, 의회, 법원 등 다양한 주체를 통한 통제가 이루어지고 있는 것이다.

비용-편익분석의 전문성과 복잡성이 그에 대한 통제를 어렵게 하는 요인이 될 것임은 우리나라의 경우에도 다르지 않다. 비용-편익분석이 직접 관련된 사례는 아니지만, 그와 마찬가지로 고도의 전문성을 필요로 하는 환경영향평가와 관련

하여, 우리 법원은 “녹지자연도의 등급평가와 희귀식물의 서식분포에 관한 조사를 다소 잘못하였다고 하더라도 그 후 환경부장관과의 협의를 거친 이상(이는 그와 같은 환경영향평가의 부실 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상이라는 취지로 이해된다), 그 때문에 이 사건 승인처분이 위법하다고 할 수 없으며”라고 판시하고 있는바,<sup>75)</sup> 환경부장관의 검토·협의 및 그에 기초한 판단을 존중한다는 취지로 읽힌다. 우리나라에서도 역시 전문성과 복잡성, 그리고 행정기관 판단에 대한 존중 등에서 기인하는 법원 통제의 한계가 있을 것임을 보여주는 대목이다.

새만금 판결에서도 역시 법령 등에 대한 비용-편익분석이 아니라 공공사업에 대한 비용-편익분석과 관련된 사안이라는 하지만, 이를 통해서도 비용-편익분석에 대한 법원의 심사가 안고 있는 한계를 가늠할 수 있다. 즉, 법원은 “... 공공사업에 경제성 내지 사업성이 있는지 여부는 공공사업이 그 시행 당시 적용되는 법률의 요건을 모두 충족하고 있는지 여부에 따라 판단되어야 함은 물론, 경제성 내지 사업성 평가와 관련하여서는 그 평가 당시의 모든 관련 법률의 목적과 의미, 내용 그리고 학문적 성과가 반영된 평가기법에 따라 가장 객관적이고 공정한 방법을 사용하여 평가되었는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이다.”라고 하면서, “장래 시행할 사업에 대한 경제성 분석이란 그 분석방법이나 고려요소 여하는 물론 분석을 담당할 전문가의 견해 차이에 따라 분석결과가 크게 달라질 수 있고, ... 간척지 매립사업의 경우 편익항목과 비용항목의 요소와 각 항목에 대한 평가방법에 관하여 확립된 기준이 없고 어느 이론이 특히 우월하다고 볼 수 없는 상황에서, 공공투자분석 전문가들이 편익과 비용항목들에 관한 이견을 고려하여 편익과 비용 중 일부 항목을 포함시키거나 제외시키는 등의 여러 가지의 경우를 조합하여 각종 시나리오를 만들어 일정한 원칙에 따라 경제성을 분석

---

75) 이른바 “남대전양수발전소 사건”이라 불리는 사건이다. 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누 19571 판결. 이와 같은 법원의 태도는 현재까지 일관되게 유지되고 있다. 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12073 판결; 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두 330 판결 등.

하였다면, 위 시나리오의 설정 자체나 위 시나리오의 전부가 합리성을 결여하였음을 입증하지 아니하는 한 그 중 어느 한 시나리오에 포함된 특정 일부 항목이 편익이나 비용에 잘못 산입되었다거나 그 평가방법이 잘못되었다고 지적하여 사업 전체에 관하여 경제성이 없다고 주장하는 것은 올바른 탄핵방법이 될 수 없다.”고 판시하고 있다.<sup>76)</sup>

이상에서 볼 수 있는 바와 같이, 사법심사를 통한 통제의 경우에는 비용-편익 분석에 대한 전문가가 아니라 법률전문가로서의 심사라는 성질에서 기인하는 한계가 존재한다. 더구나 “법률안”에 대하여 비용-편익분석이 실시되고, 그 결과를 고려하여 의회가 해당 법률안을 통과시킨 경우라면, 입법형성권 내지 입법 재량권의 견지에서 법원이 이를 통제하는 데에는 한계가 있다 할 것이다.

결국, 제대로 된 비용-편익분석이 실시되고 그에 터 잡아 입법이 이루어질 수 있도록 하기 위해서는, 법령안의 입안이나 제출 단계에서부터 정부나 의회 차원에서 비용-편익분석을 일정한 기준이나 방법에 따라 타당하게 실시하도록 의무화하고, 그에 따라 비용-편익분석을 통제할 수 있는 장치를 마련할 것이 요구되며, 미국의 OMB 또는 OIRA와 같이 비용-편익분석을 통제할 수 있는 전문성을 확보한 기관이나 인력을 갖출 필요가 있을 것이다. 경우에 따라서는 일정한 자격을 갖춘 기관으로 하여금 실시하도록 위탁하거나, 전문기관을 지정하는 방안도 고려할 필요가 있을 것이다. 뿐만 아니라, 부실한 비용-편익분석이 실시되고 그로 인하여 나쁜 입법이 양산되는 결과를 방지하기 위해서는 비용-편익분석의 실시방법, 내용, 기준 등을 법제화하는 것이 필요할 것이다. 이는 비용-편익분석 실시단계에서 일정한 지침을 제공하는 역할을 함과 더불어, 의회나 법원 등의 심사 단계에 있어서도 일정한 심사기준을 제시함으로써 통제기능이 제대로 이루어지게 하는 역할을 할 수 있을 것이다. 정부입법의 경우라면, 행정기관의 전문가가 어떠한 방식으로 비용-편익분석을 실시하고 그에 따라 법안을 입안하였는지를 보다 명확하게 설명할 수 있게 한다는 점에서 행정의 자기설명성(自己說明性, accountability)을 제고하는 효과도 있을 것이다.

76) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결.

지금까지의 입법평가 제도화 논의에서는 입법평가의 개념, 입법평가의 주체, 평가기준, 평가방법, 입법평가의 구속력 등의 문제가 선결과제로 거론되어 왔다. 물론 입법평가에 대한 관리·통제의 수준 역시 입법평가의 개념을 어떻게 설정할 것인지, 누가 입법평가를 실시할 것인지, 입법평가의 구속력을 어떻게 설정할 것인지 등에 따라 달리 설정될 수 있을 것이다. 입법평가의 제도화 논의에서, 기존의 제도, 특히 비용-편익분석기법을 주요 기법으로 포함하고 있는 규제영향분석, 법안비용추계 등의 제도를 통합하는 형태로 입법평가를 제도화하든, 혹은 병존하는 형태로 입법평가를 제도화하든, 비용-편익분석의 통제와 관련하여 종래의 제도가 안고 있던 여러 문제점과 한계를 극복하기 위한 제도적 장치 마련은 무엇보다 우선되어야 할 과제이다. 앞으로 입법평가를 위한 다양한 평가기법, 특히 비용-편익분석 그 자체의 성질에서 기인하는 한계를 인식하고, 이를 적절하게 관리·통제하기 위한 시스템을 어떠한 방식으로 제도화할 것인지에 대한 논의도 활발하게 이루어질 수 있기를 기대해 본다.



## 참고문헌

- 김동건, 『비용·편익분석』, 박영사 (2008).
- 김수경 (역), 『미국 연방 행정입법지침과 규제평가절차: A Guide to Federal Agency Rulemaking』, 한국법제연구원 (2008).
- 김유환, “미국행정법에 있어서의 비용-편익분석”, 『서울대학교 법학』 제27권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (1986. 12).
- 김은주, “미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의”, 『공법연구』 제37집 제3호, 한국공법학회 (2009. 2).
- 김이열 (편), 『행정절차법연구』, 삼영사 (1989).
- 김홍균, 『환경법: 문제·사례』, 홍문사 (2007).
- 박영도, 『입법학 입문』, 한국법제연구원 (2008).
- 박영도·안성경, 『주요국가의 입법평가 관련제도(I): EU의 영향평가제도』, 한국법제연구원 (2007).
- 박영도·장병일, 『주요국가의 입법평가 관련제도(IV): 영국의 규제영향평가제도』, 한국법제연구원 (2007).
- 박영도·장병일, 『주요국가의 입법평가 관련제도(V): 오스트리아·스위스의 입법평가제도』, 한국법제연구원 (2007).
- 박영도·장병일·안성경, 『주요국가의 입법평가 관련제도(III): 독일의 입법평가제도』, 한국법제연구원 (2007).
- 박영도·한귀현, 『주요국가의 입법평가 관련제도(VI): 영국의 영향평가제도(개정판)』, 한국법제연구원 (2007).
- 박종원·조영기·최미희, 『「화학물질의 등록 및 평가 등에 관한 법률」(안)에 대한 입법평가 연구』, 한국법제연구원 (2011).
- 이광윤, “CHEVRON 판결의 과장과 행정국가”, 『미국헌법연구』 제6호, 미국헌법학회 (1995. 7).
- 조상희, “미국 FCC의 결정에 대한 미국 법원의 행정청의 해석 존중의 원칙의 적용”, 『행정법연구』 제18호, 행정법이론실무학회 (2007. 8).
- 조홍식, “리스크 법: 리스크관리체계로서의 환경법”, 『서울대학교 법학』 제43권

제4호, 서울대학교 법학연구소 (2002. 12).

허성욱, “법의 경제적 분석에 관한 몇 가지 오해에 관한 고찰”, 『서울대학교 법학』 제48권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2007. 12).

Amy Sinden, *In Defense of Absolutes: Combating the Politics of Power in Environmental Law*, 90 Iowa L. Rev. 1405 (2005).

Cass R. Sunstein, *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*, 115 Yale L.J. 2580 (2006).

Cass R. Sunstein, *Legislative Foreword: Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State*, 48 Stan. L. Rev. 247 (1996).

Christopher M. Heimann et al., *PROJECT: The Impact of Cost-Benefit Analysis on Federal Administrative Law*, 42 Admin. L. Rev. 545 (1990).

Cristina M. Rodríguez, *Constraint through Delegation: The Case of Executive Control over Immigration Policy*, 59 Duke L.J. 1787 (2010).

Daniel Cohen & Peter L. Strauss, *Congressional Review of Agency Regulations*, 49 Admin. L. Rev. 95 (1997).

David H. Rosenbloom, *1946: Framing a Lasting Congressional Response to the Administrative State*, 50 Admin. L. Rev. 173 (1998).

David M. Driesen, *The Societal Cost of Environmental Regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis*, 24 Ecology L. Q. 545 (1997).

Emily Hammond Meazell, *Super Deference, the Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science*, 109 Mich. L. Rev. 733 (2011).

Evan J. Criddle, *Chevron's consensus*, 88 B.U. L. Rev. 1271 (2008).

Howard Latin, *The “Significance” of Toxic Health Risks: An Essay on Legal Decisionmaking Under Uncertainty*, 10 Ecology L.Q. 339 (1982).

Howard Latin, *Ideal versus Regulatory Efficiency: Implementation of Uniform Standards and “Fine-Tuning” Regulatory Reform*, 37 Stan. L. Rev. 1267 (1985).

- Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford University Press (1969).
- J.R. DeShazo & Jody Freeman, *The Congressional Competition to Control Delegated Power*, 81 *Tex. L. Rev.* 1443 (2003).
- Jeffrey S. Lubbers, *Paperwork Redux: The (Stronger) Paperwork Reduction Act of 1995*, 49 *Admin. L. Rev.* 111 (1996).
- Jody Freeman & Laura I. Langbein, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, 9 *N.Y.U. Envtl. L.J.* 60 (2000).
- Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press (1986).
- Lisa Heinzerling, *Markets for Arsenic*, 90 *Geo. L.J.* 2311 (2002).
- Lisa Schultz Bressman, *Procedures as Politics in Administrative Law*, 107 *Colum. L. Rev.* 1749 (2007).
- Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press (1996).
- Matthew Adler, *Incommensurability and Cost-Benefit Analysis*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 1371 (1998).
- Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 *Yale L.J.* 165 (1999).
- Richard Craswell, *Incommensurability, Welfare Economics, and the Law*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 1419 (1998).
- Richard J. Pierce, Jr., *Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources*, 49 *Admin. L. Rev.* 61 (1997).
- Richard L. Revesz, *Foundations of Environmental Law and Policy*, Oxford University Press (1997).
- Richard O. Zerbe, Jr. & Dwight Dively, *Benefit-Cost Analysis in Theory and Practice*, HarperCollins College Publishers (1994).
- Richard O. Zerbe, Jr., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar Pub (2002).
- Richard O. Zerbe, Jr., *Ethical Benefit Cost Analysis as Art and Science: Ten Rules for Benefit-Cost Analysis*, 12 *U. Pa. J. L. & Soc. Change* 73

(2008-2009).

Richard O. Zerbe, Jr., *Is Cost-Benefit Analysis Legal? Three Rules*, 17 J. Pol'y Analysis & Mgmt. 419 (1998).

Robert Baldwin (ed.), *Law and Uncertainty: Risks and Legal Process*, Kluwer (1997).

Sidney A. Shapiro & Robert L. Glicksman, *Risk Regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach*, Stanford Law and Politics (2004).

Stephen F. Williams, *Squaring the Vicious Circle*, 53 Admin. L. Rev. 257 (2000).

Thomas O. McGarity, *A Cost-Benefit State*, 50 Admin. L. Rev. 7 (1998).

Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 Duke L.J. 1385 (1992).

Thomas O. McGarity, *The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld*, 75 Tex. L. Rev. 525 (1997).

Viviana A. Zelizer, *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*, Princeton University Press (1985).

William S. Jordan, III, *Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability To Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?*, 94 NW. U. L. REV. 393 (2000).

William W. Buzbee & Robert A. Schapiro, *Legislative Record Review*, 54 Stan. L. Rev. 87 (2001).

〈Abstract〉

## Control of Cost-Benefit Analysis in U.S. and Its Lessons

Park, Jong-Won

(Korea Legislation Research Institute)

Cost-benefit analysis (CBA) can be a useful tool for a legislative evaluation. While it has many virtues, it has many important practical limitations, as well. If we institutionalize a legislative evaluation, controls of CBA will become more important.

This article reviews executive, congressional and judicial control of CBA in U.S., which has much experience with CBA, and has developed the framework for the CBA presented in the Regulatory Impact Assessment.

Based on these reviews, I draws some lessons and suggestions to guide policy-makers, lawmakers and researchers interested in the topic of institutionalization of legislative evaluation. They include making systems to control CBA or legislative evaluation; setting up an organization to take over the control; enact provisions on the methods, contents, and criteria of CBA or legislative evaluation.

※ **Keywords** : Legislative Evaluation, Cost-Benefit Analysis, Regulatory Impact Analysis, Executive Order, Deregulation, OMB, Arbitrary and Capricious Standard