

## 넷플릭스 사건과 웹브론 원칙 소고

임 혜 현\*

### 〈국문초록〉

넷플릭스가 한국 시장에 선풍적 인기를 얻으면서, 상당한 발언권을 행사해 우리 기업들을 일압박하고 있다. 단순히 CP와 ISP 간의 힘겨루기, 혹은 망 사용료와 망 중립성, 내지 접속과 전송의 개념에 대한 관점 차가 아니라 새로운 기술 등장과 이에 대한 법률 해석에 우리 기업이 얼마나 큰 손실을 입을 수 있는지 여실히 보여주는 사례라고 하겠다. 이런 문제를 해결하기 위해 ‘넷플릭스법’으로 불리는 법 개정과 시행령 마련이 이루어졌으며, 그 전에 1심 법원이 이를 다른 망 사용료 지불 의무 인정 판결을 내리기도 하였다.

하지만 이것만으로는 충분치 않다고 여겨진다. 그리하여 본고에서는 웹브론 원칙의 수입 문제로 답을 삼고자 하였다.

웹브론 원칙은 입법자가 어떤 해석의 여지를 준 것인지 분명치 않을 때, 행정청이 이를 해석하고 그 해석이 합리성의 원칙에 크게 벗어나지 않는 경우라면, 사법부는 이를 존중하여 바꾸어 말하면 구속되어 판결의 자료나 근거로 삼아야 한다는 논리다. 많은 이견과 변질이 있다는 점은 본고에서 자세히 살피는 바, 다만 우리 법학에 수용될 경우 장점이 크다고 하겠다. 특히, 기술적 발전이 필요하고 불가피한 범영역에서, 매번 수정 입법작업을 재때 할 수 없는 공백상황에도 사건과 재판은 이어진다는 점은 분명 큰 부담이다. 이를 해결하기 위한 가장 적합한 대안으로 이 논리의 수입과 그 제어를 고려할 실익이 있다고 보며, 이번 사안을 계기로 이를 검토하고자 하였다.

주제어 : 망 중립성, 웹브론 원칙, 조용한 웹브론, 행정입법, 재량통제

• 투고일 : 2021.7.5. / 심사일 : 2021.7.25. / 게재확정일 : 2021.7.25.

### I. 서론

우리나라에서 글로벌 콘텐츠 제공사업자(CP)인 넷플릭스가 관심을 모으고 있는 바, 가장 본질적인 시선은 구독경제의 총아<sup>1)</sup>라는 긍정적 대목일 것이다.

\* 신아일보 기자, 법학박사.

1) 넷플릭스가 이른바 “구독경제 기반의 초국가적 텔레비전이라는 정체성 아래 세계 미디어 산업의 공룡으로 미디어 관계자들을 긴장시키고 있다”는 의견이 있다. 아트인사이드,

그러나 IT나 문화 영역에서만이 아니라, 법리적 관점 즉 부정적 논란에서도 그러하다는 점을 이제 외면할 수 없다. 이 기업은 온라인 스트리밍을 주로 하는 업체로서, 국내 OTT(Over The Top, 즉 온라인동영상서비스) 시장에서도 확고하게 뿌리내렸지만, 그 와중에 기존 사업자들과 이해 충돌을 빚기에 이르렀다. 국내 통신사인 SK브로드밴드와 다툼 채무부존재 확인의 소에서 2021년 6월에 1심에서 패소<sup>2)</sup>한 게 좋은 예다. 각종 논란이 소송화된 것과는 별개로, 넷플릭스 주변의 기술적으로 새로운 개념과 정의가 등장하고 이로 인한 분쟁이 발생함에 따라, 이에 입법적 노력도 윤곽을 드러냈다. 상황을 탄력적으로 규율하기 위해 일명 넷플릭스법 즉, 전기통신사업법 및 시행령의 개정안을 통해 이 문제를 해결하자는 시도도 나타난 것이다.

이들 간의 갈등 개념은 기술적으로는 복잡하나, 문외한들이 일반상식적으로 논의하기에는 오히려 간단한 것 같다. 넷플릭스 등 OTT 즉 온라인동영상서비스 업자들 때문에 발생하는 트래픽이 커지고 있는 가운데, 넷플릭스는 고객이 기간통신사업자(ISP)인 SK브로드밴드에게 지급하는 사용료와 별개로 자신도 사용료를 지급해야 하는지 여부<sup>3)</sup>가 쟁점이라고 생각된다. 1심 판결은 CP사 넷플릭스의 채무부존재확인 요구들을 기각 내지 각하함으로써 일응 ISP의 손을 들어준 것으로 보인다. 하지만 핵심 쟁점에 대해서 너무도 간단히 정리했다는 지적 또한 나온다. 따라서 항소심 및 상급심 법원에서 추가적인 논증을 해야 한다는 요청이 적지 않다. 이런 가운데, 민사법적 문제지만 이를 해결하기 위해서는 행정법적 이해가 수반되어야 한다는 게 이 글의 문제 의식이다.

ISP가 실질적으로 입고 있는 트래픽 부담을 넷플릭스 같은 CP들이 책임지지 않는다면, 망 비용 부담은 결국 ISP에게, 그리고 다시 소비자 피해로 전가될 것이란 우려가 나온다. 그 과정에서 우리는 시행령에 문제의 해결 키를 상

“[Opinion] 미디어 산업의 ‘공룡’, 넷플릭스가 이야기하는 글로벌 성공 전략은?”, 2021.1.15. 기사. (<https://www.artinsight.co.kr/news/view.php?no=51740>).

2) 서울중앙지방법원 2021.6.25. 선고 2020가합533643판결.

3) CP, ISP 등 기술적 개념과 관련, 현재 이들의 표기와 번역 문제가 정리된 것은 아니다. 예를 들어 OTT의 경우 ‘오버 더 톱 서비스’로 바로 표기되기도 하지만, 번역하여 ‘온라인 동영상 서비스’로 표기하는 예도 적지 않다. 예를 들어, 법률신문, “[판결] ‘망 사용료 소송’ 1심서 SK브로드밴드, 넷플릭스에 ‘승소’”, 2021.6.25. 기사 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=171011>)에서는 OTT를 괄호 안에도 번역 노력 없이 오버 더 톱으로 원어 그대로 표시한다. 그러나 데일리안, “‘트래픽 폭탄’ 던져놓고 공짜로 韓통신망 쓰겠다는 넷플릭스…법원 판단은?”, 2021.6.24. 기사 (<https://www.dailian.co.kr/news/view/1004355/?sc=Naver>)에서는 OTT를 온라인동영상서비스로 표기한다. 여기서는 가급적 영문 약자 자체를 중심으로 사용하고 필요에 따라 다른 번역 사례를 거론하기로 한다.

당 부분 맡겨 놓은 일명 넷플릭스법에 대해 고심하지 않을 수 없다. 전기통신사업법과 시행령의 논리는 민사소송에도 영향을 미치게 되는 문제로 법 영역간의 복합적 해석이 필요하다, 그 과정에서의 행정청의 역할을 어떻게 보느냐는 미국 판례법상 ‘웹브론 원칙’과 밀접하다고 여겨진다. 일명 넷플릭스법과 판결의 논리 보강에 일말이나마 도움이 되기를 바라며 다음의 논지를 검토해 보고자 한다.

## II. 넷플릭스법과 판결의 쟁점

### 1. 문제의 소재

아직 판결 확정 전이라 조심스럽지만, 이번 소송에서 특기할 만한 부분은 넷플릭스가 초반부에 망 중립성이라는 개념을 적극 활용했다는 점, 이것이 나중에 구렁이 담 넘어가듯 빠졌다는 점, 접속과 전송의 문제를 구분함으로써 콘텐츠 소비자(넷플릭스 이용자)와는 달리 자신은 ISP에게 별도로 비용을 지불하지 않아도 된다는 논리를 정당화하려 했다는 것이다.

그 근거로 넷플릭스는 자신의 창고이자 캐시서버 즉 오픈커넥트(OCA)를 일본 도쿄에 설치했다는 점을 든다. 이 OCA를 국내에 연결해 콘텐츠를 제공하는 자체만으로도 고객에 대한 인터넷 연결 의무를 다했다는 주장을 전개하였다.

바꾸어 말하면, 국내 넷플릭스 이용자는 서비스를 이용할 때, 미국 시애틀 아마존 웹 서비스와 도쿄·홍콩 소재 캐시 서버로 연결된다. 동영상을 시청하면 대용량 스트리밍 데이터는 도쿄·홍콩 서버에서 국내로 전송되는 구조이다. 이러한 구조에서 넷플릭스는 자신의 콘텐츠는 OCA로 일본에 있으므로 고객이 이를 자신의 단말기에 불러들여 사용하려는 것은 고객과 통신사 상호간의 문제일 뿐이고, 여기에 넷플릭스는 관련이 없다고 강변한다.

넷플릭스의 이런 주장이 논리적으로 타당한가는 별론으로 하고, 실질적으로는 이것이 통신사의 과부하 부담을 빚었으며, SK브로드밴드는 넷플릭스 트래픽 전용 국제 구간 전용 회선 용량을 증설하고 있다는 점을 우선 생각하고 넘어가기로 한다. 이렇게 하지 않을 경우 일반 가입자들의 인터넷 품질 저하는 불가피하다는 것에는 이견이 없는 것 같다. 그럼에도 불구하고, 넷플릭스는 SK브로드밴드 측의 전용 회선 투자와 관리 책임이 없다고 주장하는 것이므로,

양자의 주장은 전제 자체가 서로 다르게 평행선을 달리는 셈이다. 이런 넷플릭스 측의 강한 반발과 달리, 페이스북 등 해외 사업자들은 국내 CP와 망 이용 계약을 통해 비용을 내고 있다.

한편, 넷플릭스는 망 중립성 위반 주장을 강력히 펼쳤으나, 1차 변론 이후 이에 대한 언급을 자제했다. 이후 3차 변론에서는 ‘인터넷 기본 원칙’이라는 단어를 등장시켰다. 다만 이 기본 원칙은 결국 망중립성 주장과 맥락을 같이 하고 있다고 본다. 이러한 간주에는 이유가 있다. 망 중립성 개념에서 일찍이 인터넷에서 불공정하게 취급당하지 않을 권리에 대한 논의가 함께 검토된 바 있기 때문이다. 따라서 넷플릭스가 망 이용료를 내지 않기 위해 망중립성 원칙을 아전인수격으로 해석했는지가 논란이 되고 이런 전제에서 논의를 전개하면 족하다고 생각된다.

## 2. 망 중립성의 개념 변화

이번 소송에서 넷플릭스의 핵심 주장이 중간에 변화를 겪었음은 상술한 바와 같다. 이에 따라, 망 중립성이라는 개념을 계속 적극 활용한 것인지 혹은 이를 포기하고 신개념을 창출한 것인지, 혹은 이것이 기존 업계 특히 ISP와 실질적인 의견과 철학의 차이인지 아니면 개념의 아전인수 내지 악용인지 판가름하기는 쉽지 않다.

다만 분명한 점은 앞서 미국 법학 현장에서 망 중립성의 개념 자체가 큰 변화를 겪었다는 점이고 그 와중에 상당한 개념 변화도 있었다는 것이다. 망 중립성(Net Neutrality)는 현재 세계적인 공감대를 얻으며 널리 받아들여지고 있는 중요 개념이긴 하나, 불과 2003년에 팀 우라는 사람이 주창해 부각되어 아직 역사는 일천하다. 연방 통신 당국이 그 개념을 2005년에 업무에 받아들였고 네트워크 세상의 발전으로 중요한 개념으로 부각되고 있는, 다만 아직 완성되지 않은 개념이다.

초기에 인터넷이 오픈 액세스(열린 접근)이라는 관점에서 통신이 논의됐다는 점<sup>4)</sup>은 사전에 짚고 넘어갈 만하다. 즉, 인터넷의 초창기에 연방 통신 당국은 이를 ‘오픈 액세스’의 관점에서만 바라 보았으며 이는 전화 사업자가 회선을 열었다는 점은 다른 제공자에게 이를 사용할 수 있도록 해 주어야 한다는

4) Jesse King, “Net Neutrality: What to Expect from California’s Net Neutrality Bill”, 29 *DePaul J. Tech. & Intell. Prop. L.* 37(2019), pp.39-40.

논리 구조였다.

그러던 망 중립성은 이후 2010년에 이르러 연방 통신위원회(FCC)의 3대 원칙으로 정리되면서 다음과 같은 내용을 포함하는 것으로 규정되었다. 첫째, 투명성이다. 즉 ISP들은 그들의 서비스 상태와 내용이 명확히 드러나도록 하여야 한다. 둘째, 무계약성이다. ‘합법적인 연결’이라면, ISP는 사용자의 접속을 막거나 방해할 수 없다. 셋째, 불합리한 차별을 하여서는 안 된다. 즉 합법적 콘텐츠와 사용자에 대하여 차별을 하거나 간섭을 하는 식으로 통제하여서는 안 된다는 것이다.<sup>5)</sup>

이른바 버라이즌 판결, 즉 2014년 사건은 다시금 망 중립성 원칙이 변곡점에 선 계기로 평가되었다. 이 판결로 이 원칙이 이제 파기된 것이 아니냐는 지적이 있다. 버라이즌과 연방 FCC 사이의 갈등에서, 미국 법원은 그간 통신사의 인터넷 콘텐츠 서비스 과금·차단 자율성을 규제해 온 FCC의 판단에 문제가 있다고 보았는데 이를 놓고, 일각에서는 곧 망 중립성 원칙이 법적 효력을 갖지 않는다는 판결로까지 해석하였던 것이다. 미국 인터넷 서비스 업체에 비용 부담의 자율성 즉 증가 후폭풍이 본격화할 것이라는 전망이 나온 것도 이러한 맥락이다.

하지만 결과론적으로 이 연방 항소심 사건 판결을 망 중립성 자체의 폐기로 보는 것은 결국 기우였던 것으로 생각된다. 이 직후 연방 정부가 관련 제도를 정비했고, 해석론에서도 망 중립성 기조는 유지된다는 의견이 강하게 대두되었다.

즉, 망 중립성 자체를 주장하는 FCC의 의견이 법원에서 논파당한 것이 아니라, FCC가 망중립성을 이유로 관할권을 행사하는 범위 내지 대상의 문제에서 법원이 문제점을 지적했다는 것이다. 즉 이 사건에서는 1심에 이어 항소심에서까지도 망 중립성 그 자체에 대한 판단이 아니라 통신규제 기관인 FCC의 규제 관할권이 ‘인터넷 접속 사업자에까지 미치는지’ 여부가 쟁점이었다.

인터넷 사업자를 모두 ISP로 볼 수 있는 우리나라와 달리, 미국은 전통적인 통신서비스 사업자(CC:Common Carrier)와 인터넷 접속 서비스를 제공하는 사업자(ISP)가 분리 가능한데, FCC의 규제는 이 범위를 무너뜨리고 ISP 망중립성 관리 관할권을 인정하면서, 또 이를 매개로 CP에까지 규제 영향력 행사가 가능해진다는 문제가 있었고 이를 해결하는 판결이 이루어진 선에서 매듭지어졌던 것이다.

왜 망 중립성 논의 자체의 붕괴는 일어나지 않았을까? 판결 하나로 논쟁이

5) Ibid., pp.40-44.

불거질 정도로 아직 개념이 확고하지는 못한 것은 사실이지만, 이것이 이미 상당히 유용한 사회적 약속으로 부각되었다는 점 역시 엄연한 현실이기 때문이다. 이는 공감대가 형성, 확산되기 용이한 IT 영역의 특성이 작용했기 때문이라고 할 수 있다. 이를 두고 한 연구자는 첫째, 망 중립성이란 이미 경제성의 문제나 소비자 권리가 아니라 사회적이고 정치적인 권리 보장이라는 프레임워크를 지탱하는 기본 원칙으로 확장되었다고 주장하였다. 둘째, 망 중립성은 세계무역기구(WTO)를 지탱하는 것과 동일하게 자유의 기준 문제로 받아들여졌다면서, WTO 체제의 한 구성 부분인 통신 서비스 무역의 기본 합의(BATS) 유지에 망 중립성이 필요하다고 분석하였다. 셋째, FCC의 오픈 인터넷 규정은 이미 다른 나라들에 상당한 모델로 계수되었다고 하였다.<sup>6)</sup>

결론적으로, 미국 학계의 논의를 살펴 보면, 한국 법정에서 초반부에 넷플릭스가 망 중립성을 꺼내 들고 다시 인터넷 기본 원칙으로 변주된 개념 주장을 하는 것에는 모순이 존재한다고 볼 수 있다. 첫째, 망 중립성의 길지 않은 역사에서 볼 때에도, 어디까지나 접근성과 동일 취급이라는 점에서 바라볼 논의라는 기본 궤도상에서는 논의가 전혀 이탈한 바가 없다는 것이다. 이는 접근성의 문제이자 공평과 평등의 문제이다. 따라서 돈을 내지 않은 무임승차자에 대해서까지 이용을 보장해야 한다는 건강부회는 어디에서고 가능하지 않기에 넷플릭스의 망 중립성 논의 혹은 기본 원칙 주장은 이해하기 어렵다.

둘째, 망 중립성은 정치적 인권 보장에 기여하는 등 거대 담론화되고 있다. 하지만, 기본적으로 경제적 관점에서의 논의에서 출발했기 때문에 이 요청을 전혀 도외시하는 주장 즉 자신이 빚은 비용과 편익 문제에서 망 중립성을 아전인수하는 것은 문제다.

셋째, 경제적 대가를 지불하지 않은 경우 망 중립성을 누릴 수 있는 FCC식 이해의 기본적인 전제 자체를 벗어난다. 즉 합법적 접근, 합법적 콘텐츠 등의 항목 전제 자체에서 벗어나는 주체가 다시 망 접근성을 주장하는 것은 금반언 원칙에도 어긋난다고 사료된다.

즉, 망 중립성이 계속 존재해야 CP 이용 가격이 낮게 유지될 것이고 망 중립성이 판결로 부정당하면 CP 이용료 상승이 우려된다는 논란이 한때(버라이즌 사건 판결 직후) 미국 일각에서 있었던 바, 오늘날 넷플릭스의 망 중립성 주장은 이런 전장에서 일부만을 편집한 논리라고 할 수 있다. 이런 주장이 오늘날의 한국에서도 그대로 통용되어야 한다는 주장이라는 의미 외에는 큰 설

6) Arturo J.Carrillo, "Are There Universal Standards for Network Neutrality?", 80 *UPTLR* 789(2019), pp.835-836.

득력이 없다고 지적하지 않을 수 없다.

### 3. 접속과 전송의 차이점

넷플릭스는 접속과 전송을 작위적으로 구분하였다는 지적을 받는다. SK브로드밴드는 망의 이용대가인 접속료를 요구할 수 있을 뿐 전송료를 CP에 강요할 수 있는 없다는 것이 넷플릭스의 주장이다. 즉 SK브로드밴드와는 '접속' 아닌 '연결'만 했기 때문에 접속료를 지급할 수 없다는 이야기다.

넷플릭스의 이러한 주장은 캐시 서버로 볼 수 있는 오픈 커넥트(OCA)를 일본 도쿄에 연결한 것 자체만으로도 인터넷 연결 의무를 다했다는 것으로 정리된다. 국내 넷플릭스 이용자는 서비스 이용 시 미국 시애틀 아마존 웹 서비스와 도쿄·홍콩 소재 캐시 서버로 연결되며, 동영상을 시청하면 대용량 스트리밍 데이터는 도쿄·홍콩 서버에서 제공됨은 이미 언급한 바와 같다.

그런데, 이 주장이 얼마나 논리적인지는 차치하고라도, 이 주장이 SK브로드밴드가 현실적으로 입고 있는 피해 즉 넷플릭스 트래픽 전용 국제 구간 전용 회선 용량을 증설하고 있으며, 이렇게 하지 않을 경우 일반 가입자들의 인터넷 품질 저하는 불가피하다는 점을 충분히 배제할 수 있는지는 문제다. 공평의 관념상 부정하는 것이 쉽지 않다는 것이다.

이미 넷플릭스는 2020년 국정감사에서 증인 소환된 바 있고, 당시에 이러한 주장의 기초는 완성되어 있었던 것으로 보인다. 켄 플로런스 넷플릭스 콘텐츠 전송 부사장은 “전세계 어떤 ISP에게도 망 이용대가(Network usage fee)를 내고 있지 않다”고 증언했다. 그러나 이는 사실과 다르다. 플로런스 부사장은 2014년 FCC에 답변서를 통해 “당사는 ISP인 컴캐스트·AT&T·버라이즌·TWC에 착신망 요금(Terminating access fee)을 지불해 왔다”고 인정한 바 있다.

다른 기업의 사례이기는 하나, 프랑스에서도 CP의 이용료 문제에 대하여 현재 한국에서 넷플릭스가 제기하는 것과 같은 이용료 지급 의무 재판이 열린 바 있었다. 프랑스 공정거래당국(CPCE)은 구글(및 프랑스 현지 업무 회사)과 프랑스 통신사(ISP) 사이에 불거진 망 사용료 지급 의무 부정 논쟁에서 자국 ISP 논리를 수용하였으며, 이에 불복하여 구글(및 현지 회사) 측은 소송을 제기하였다. 이에 2013년 12월 19일 파리 항소법원(Cour d'appel de Paris)은 “상호 접속 증설에 따른 망 이용 대가를 부과하는 것은 불공정 거래로 저촉되지 않는다”고 하고 아울러 “망 이용대가를 지불하지 않는 경우 상대방이 상호 접속 용량을 제한하더라도 적법하다”는 취지로 판결을 내렸다.<sup>7)</sup> ‘접속 아닌 연결’

만 했기 때문에 접속료를 지급할 수 없다는 논리는 인정되기 어렵다는 것이고, 접속과 연결의 일련선상에서 망 사용 부담(데이터 패킷 문제)은 용당 지불 처리되어야 할 부분이다.

#### 4. 판결의 태도와 시사점

다시 지난 6월의 1심 판결로 돌아가 보자. 서울중앙지법 민사20부(재판장 김형석 부장판사)는 넷플릭스서비스스코리아와 넷플릭스 인코퍼레이티드가 SK브로드밴드를 상대로 낸 채무부존재 확인소송에서 “협상의무 부존재 확인 부분은 각하하고, 원고의 나머지 청구를 기각한다”고 판시했다.

원고 패소 판결의 골자는 두 가지다. 먼저 재판부는 넷플릭스의 협상의무 부존재 확인 청구에 대해 “확인 소에서 확인의 이익은 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 그 불안·위험을 제거함에는 확인 판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때 인정된다”고 전제하였다.

이를 기반으로 재판부는 “원고들과 피고는 여전히 망 연결 등에 관한 대가의 범위와 지급 방식 등을 협상하는 과정에 있는 것으로 보이고, 넷플릭스 서비스 제공으로 유발되는 트래픽과 관련해 대가를 지급하거나 비용을 분담하는 것에 관한 이들의 협상이 중국적으로 결렬된 상태에 있다고 볼 수도 없다”고 지적했다. 즉, 원고들의 권리 또는 법률상의 지위에 불안이 현저하다고는 판단치 않았다.

아울러, “원고들로서는 대가지급 채무 부존재 확인판결만으로도 방송통신위원회의 재정결정으로 협상의무 등을 부담하게 될 위험에서 벗어날 수 있는 점 등에 비취 피고의 망 이용에 관련한 대가지급 채무의 부존재 확인을 구하는 것이 아니라 이에 관한 협상의무의 부존재 확인을 구하는 것은 원고들의 권리 또는 지위의 불안을 해소시킴에 있어 가장 유효·적절한 수단이라 인정하기 어렵다”고 설시했다.

둘째, 넷플릭스의 대가지급 채무 부존재 확인 청구에 대해서는 “원고는 피고를 통해 인터넷 망에 접속하고 있거나 적어도 피고로부터 피고의 인터넷 망에 대한 연결과 그 연결 상태의 유지라는 유상의 역무를 제공받고 있다고 봐야

7) Catherine Jasserand, “Critical Views on the French Approach to Net Neutrality”, 16 No. 9 JINTLAW 18(2013), pp.21-23.



한다”는 점을 거론했다.

재판부는 여기서 더 나아가 “통신사가 자사망에 흐르는 합법적 트래픽을 불합리하게 차별하는 것을 금지하는 원칙인 ‘망 중립성’에 관한 논의나 ‘전송의 유사성’에 관한 논의와는 직접적 관련이 없으므로 결국 원고들은 피고에게 적어도 피고로부터 인터넷 망에 대한 연결 등의 유사한 역무를 제공받는 것에 대한 대가를 지급할 의무를 부담한다고 봄이 타당하고, 원고들과 피고 사이의 형평에 부합한다”고 덧붙였다.

다만, 재판부는 “원고들이 피고의 망에 연결돼 있는 것에 관해 그 대가의 지급 방식과 규모, 기준, 시기 등을 협상하는 과정에 있다”고 규정하였다. 따라서 “협상 결렬로 볼 수 없는 현재로서 원고들이 피고에 대해 대가 자체를 지급할 채무가 있음을 넘어 그 지급채무의 범위를 확정할 수는 없다”고 판단을 유보했다.

망 중립성과 접속 및 전송 등에 대한 면밀한 검토보다는 현실적인 역무(서비스) 존재 여부에 치중하는 느낌을 준다는 지적을 피하기는 어려워 보인다. 따라서 이 같은 문제점의 반복을 방지하기 위해서는 결국 법과 시행령의 손질이 불가피하다는 것이다. 1심 재판이 진행 중인 2020년에 일명 넷플릭스법으로 불리는 전기통신사업법과 그 시행령 개정에 국회와 정부가 박차를 가했던 것은 이런 맥락 때문이다.

물론 이 법이 중간에 개정된다고 해서 판결의 결론이 바뀌는 것은 아니라고 지적할 수도 있을 것이다. 다만, 여기에는 다음의 두 가지 논점이 뒤따른다. 첫째, 현실적으로 넷플릭스법이 개정된 상황에서 이와 모순된 판결이 등장하게 되는 것은 문제일 것이므로 사법부에서 이 법의 기본 정신을 존중하는 판결을 하지 않겠느냐는 반론이 나온다. 둘째, 이 같은 논점의 연장선상에서, 또한 해당 법의 규정이 철두철미하지 않은 구조라면 사법부에서는 결국 그 시행령을 만드는 정부의 태도 즉 행정청의 법 해석에 상당히 좌우되거나 이를 존중해야 하느냐의 문제가 불거질 수밖에 없다. 이 점이 바로 웹브론 원칙의 한국적 수입 문제인데, 이에 대하여서는 후술한다.

## 5. 전기통신사업법 및 시행령 개정안의 쟁점

위 사건 실시 내용에서 보듯, 최근 넷플릭스 등의 OTT가 발전하고 그 이용자가 급격히 증가하면서, 이것이 인터넷 망에서 과도한 트래픽을 발생시키고 있다는 점은 분명해지, 이 성격의 규명 문제는 최근까지도 미답의 영역으로 남

아 있었던 것이다.

이에 국회에서 전기통신사업법 일부개정안이 발의되었다. 이 안에서는 대형 CP에 전기통신서비스 품질유지를 위한 각종 의무를 부과한다. 즉, 일정 규모 이상의 트래픽을 차지하는 주요 CP는 일정한 서비스망의 품질 유지를 위해 기술적으로 필요한 조치를 해야하는 새로운 책임을 부과받는 것이다. 아울러 통신망 이용 및 제공 관계에서 불합리하거나 차별적인 조건을 부당하게 부과하는 행위, 계약 체결을 부당하게 거부하거나 불이행하는 행위를 금지하는 방안도 포함되었다.

당연히 이 법이 통과되는 경우, 넷플릭스는 SK브로드밴드 등 국내 통신사가입자가 자사 콘텐츠를 보는 데 장애가 없도록 설비를 구매하는 등 지출이 불가피하며 이는 이 법이 이른바 ‘넷플릭스법’으로 불리게 된 이유다.

하지만 이런 입법 움직임에 대해 글로벌 CP는 물론 국내 인터넷 업계에서도 반대 목소리가 등장하였다. 네이버와 카카오, 왓챠 등 국내 CP들도 규율 대상에 포섭되기 때문이다. 일각에서는 “국내 기업만 옥죄 될 것”이라는 우려 섞인 전망도 등장하였다. 넷플릭스법이 통과될 경우 글로벌 CP들에게 망 품질 유지책임이 생기고, 이들이 국내 통신사에 망 사용료를 내야 할 근거가 생기는 셈이지만, 네이버와 카카오 등 국내 CP들 역시 더 성장할 경우 더 큰 사용료를 내야 한다는 우려가 그 부정적 의견의 대표적 예이다<sup>8)</sup>.

전기통신사업법 개정 국면에서 이른바 ‘넷플릭스 못 잡는 넷플릭스법’ 내지 ‘열린 결말’로 지칭되는 상황이 연출된 것은 대단한 아이러니였다. 따라서 시행령을 통하여 이를 보완해야 할 필요성이 강하게 대두되었다. 예를 들어, 이대호 성균관대 사이언스학과 교수는 “해외 부가통신사업자(즉 CP)의 경우 해외에서 데이터가 오고 가므로, 통신사업자와 주고 받는 데이터 양을 정확하게 측정하기가 어렵다”는 점을 한 세미나에서 지적하였다. 이 교수는 아울러 “해외 사업자 중에는 국내 부가통신사업자로 신고를 안하는 경우가 있어 모든 사업자에게 법을 적용할 수 없는 문제도 있다”고도 지적하였는 바 이런 과제들은 고스란히 시행령을 통해 보완해야 한다는 숙제가 정부에 지워진 셈이었다.<sup>9)</sup> 특히, 네이버와 카카오 등을 회원사로 둔 인터넷기업협회는 “이용자 보호를 앞

8) 이 법안은 지난 20대 국회 임기 막바지까지 지루한 갑론을박을 겪은 끝에 통과되었다. SBS 비즈, “IT 관련 법안 20대 국회 막바지...곳곳에서 우려와 기대 봇물”, 2020.5.20. 기사 (<https://biz.sbs.co.kr/article/10000983536?division=NAVER>) 등이 국내 CP들에게만 비용 부담 역차별이 일어날 것이라고 짚었다.

9) 아주경제, “N번방 못막는 N번방법, 넷플릭스 못잡는 넷플릭스법”, 2020.6.19. 기사. (<https://www.ajunews.com/view/20200619142542241>)

세워 부가통신사업자에게만 의무를 전가하겠다는 이번 시행령안에 심각한 우려를 표한다”며 “시행령안이 모호한 표현과 근거 없는 적용 기준을 담고 있어 헌법상 기본권을 침해할 우려가 있다”고 언론에 성토했기도 하면서 정부 입장을 더욱 어렵게 하였다.<sup>10)</sup>

결국 20대 국회 막바지인 2020년 5월 처리된 일명 넷플릭스법은 시행령을 통한 내용 구체화의 격렬한 2라운드를 잉태한 절반의 법이었으며, 이 시행령을 통한 공백 해결 작업과 논쟁은 그 해 연말까지 지속되었다. 그 결과, 시행령은 전기통신사업법 제22조의7 신설에 따른 내용을 대폭 구체화하는 막중한 책임을 지게 되었다. 즉 적용대상이 되는 기준과 필요한 조치사항 등 법률에서 위임된 사항을 규정했다.<sup>11)</sup>

첫째, 과학기술정보통신부는 시행령에 모범 취지에 맞춰 국민의 일상생활과 경제·사회적 활동에 영향이 큰 국내외 사업자를 포함하되, 대상을 최소화할 수 있도록 이용자 수와 트래픽 양 기준을 규정했다. 구체적으로는 전년도 말 3개월간 하루 평균 국내 이용자 수와 트래픽 양이 각각 100만명 이상이면서 전체 국내 트래픽 양의 1% 이상인 CP를 적용 대상으로 정했다.

둘째, CP가 자신의 권한과 책임 범위 내에서 수행하여야 할 필요한 조치 즉, 서비스 안정수단의 확보를 위한 조치와 이용자 요구사항 처리를 위한 조치로 구분해 세부적으로 명시하였다.

과학기술정보통신부는 “시행령 관련 적용대상 사업자들의 혼란을 미연에 방지하고 이용자들의 편익 증진의 결과로 이어질 수 있도록 만전을 기할 계획”이라고 강조했다.

### III. 웹브론 원칙과 시사점

#### 1. 한국 행정법에의 시사점

미국의 행정법 체계는 우리의 그것과 바로 치환하여 보기 어려운 점이 있다. 우선 개념 이해에 대한 차이로 인하여 행정행위에 대한 정확한 단어 대치

10) 한국일보, “넷플릭스 잡는다더니 서비스 안정성, 네이버·카카오가 책임져라?”, 2020.9.8. 기사.(<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2020090809390001266?did=NA>)

11) 프라임경제, “넷플릭스법 시행령 통과…구글·페북도 망품질 의무”, 2020.12.1.기사. (<http://www.newsprime.co.kr/news/article/?no=526001>)

부터가 어렵다. 연방행정절차법상 Agency Action만 하더라도 보통은 이를 ‘행정행위’로 번역하는 경우가 많으나, 이를 규칙과 명령, 인허가, 제재 등을 포함하는 것으로 해석해야 한다는 지적이 있다. 우리 행정법에서 생각하는 행정행위는 오히려 명령으로 보통 해석하는 ‘Order’가 가깝다고도 한다.<sup>12)</sup>

어쨌든 행정규칙의 해석론에서 미국은 일찍부터 입법적 해석규칙과 비입법적 해석규칙의 구분과 그 존중 문제에 대하여 치열한 논쟁을 전개하면서 판례이론을 개발해 왔고, 이 점은 과학과 기술이 발전하고 행정이 고도화되는 경향이 강해질수록 그 의의가 있다고 생각된다. 즉 바꾸어 말하면 행정국가화의 경향이 강해지는 상황에 ‘행정부의 판단에 대한 사법부의 존중’ 문제라고 할 수 있는 미국적 논의를 우리 행정법에서 어떤 형식으로 흡수할 것인가는 분명 나름대로의 의미가 있다고 여겨진다.

이른바 입법적 행정규칙과 비입법적 행정규칙을 구분하는 미국식 기준을 참조하고, 그 존중의 폭을 정하는 쉼브론 원칙도 우리가 검토해야 하는 이유는 이렇다. 입법적 규칙과 비입법적 규칙은 성립 과정의 절차가 다르고, 도입 이후 미치는 법적 효과가 다르다. 하지만 양자간에 중요한 다른 문제가 또 있으니 바로 규칙 적용이 문제가 되어 사법심사에 들어갔을 때 심사기준 적용상의 효력에서 차이를 보인다는 부분이다.

즉 제정 과정에서의 용이성이나 의도 등에 따라 일반 국민들에게 효력이 있는 것으로 작용하는지 혹은 행정청 내부의 지침으로만 한정되는지에 대한 차이를 구분하려는 노력은 미국 법학계와 실무계의 고심을 잘 드러낸 것이자 그 결정체라고 할 수 있다.

우리나라 행정법도 법규명령과 행정규칙의 구별 문제를 명쾌히 일도양단적으로 해결하지 못한 상황에서 이런 해외의 과정은 참고할 만하다고 여겨진다.

우리 행정법에서는 대외적 구속력이 인정되고 일반적으로 국민 전반을 규율하는 법적 기준이 되는 것을 법규명령, 그렇지 못한 것을 행정규칙으로 보나, 구별의 상대화라는 또다른 문제 상황에 진입하여 있다. 특히나, ‘법령보충적 행정규칙’이라는 특수한 형식까지도 논의되고 있다. 법령의 위임에 의하여 법령을 보충하는 법규사항을 정하는 행정규칙을 말하는 바, 이는 행정규칙인가 혹은 법규명령인가에 학설상 해석 차이가 날카롭게 대립한다.

여기서 한국의 행정입법 즉 행정부에서 법규명령과 행정규칙을 만드는 상황과 이를 둘러싼 논리상 대결을 간단히 언급하고 넘어 가기로 하자.

12) 박민영/심민석, “미 연방 행정절차법상 사법심사에 관한 고찰”, 『미국헌법연구』 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009, 82면.

대외적 구속력이 있는 행정입법을 법규명령, 행정조직 내부에서만 작동하는 것을 행정규칙이라고 흔히 대조하여 설명하지만 그 구분이 명확한 것이 아님은 위에서 이미 언급한 바와 같다. 형식설이 외형에 치중한다면, 실질설은 당해 규범의 수범자, 규율 대상의 내용과 그 법적 효과 등을 동원해 실제로 어떤 성격을 갖는지 규명하고자 한다.<sup>13)</sup> 그 외에도 수권여부기준설은 행정청 내부의 관계만을 규율하는 사항이라도 법령의 위임을 받아 법규명령 형식으로 제정했다면 법규명령으로, 위임이 없이 제정했다면 행정규칙으로 보는 학설이다. 이 설에서는 반대로, 행정규칙 형식의 법규명령을 해석할 때에도 위임 여부를 기준으로 삼고자 한다.<sup>14)</sup>

그런데 우리나라 법원의 해석 태도는 논리일관성이 부족한 것으로 보인다. 전원합의체에서 다룬 이른바 영업정지처분 취소사건<sup>15)</sup>에서 당시 이강국 대법관은 별개의견을 통해 “종래 대법원 판례는 제재적 처분기준에 관하여 그 규정형식이 대통령령으로 규정되어 있으면 법규성을 인정하였으나, 그 규정 형식이 부령으로 규정된 경우에는 그 처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하다는 입장을 확고히 견지하고 있다”고 전제하고 “그러나 대통령령과 부령은 모두 헌법에서 정하고 있는 위임명령이고 제정절차의 차이가 있을 뿐인데 그 법적 효력을 달리 볼 근거로 삼기는 부족”하다고 지적하였다. 아울러 그는 “제재적 처분기준은 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 이를 단순히 행정청 내부의 사무처리 기준에 불과하다고 볼 수 없다”는 점을 지적하고 “종래의 제재적 처분기준은 대개 명료하지 않거나 획일적으로 규정되어 있었으나 현재는 위반행위의 유형 및 정도를 구체적으로 세분하고 있고 더욱이 감경규정도 두고 있어 구체적 타당성 있는 제재가 가능해졌다”는 점, “법적 안정성과 예측가능성을 고려해야 한다”는 점 등을 지적, 판례의 다수적 입장인 해석론(대통령령 형식이면 법규명령/부령 이하의 형식이면 행정규칙)을 비판하였다.

여기에 일명 법령보충형 행정규칙 문제까지도 더해진다. 법원은 법령보충형 태도를 긍정하나, 국회의 입법권 독점에서 예외적으로 행정입법이 인정되는 것인데, 아예 예정에 없는 또다른 형식을 창조하는 데까지 변질된 법령보충형 행정규칙의 효력은 결코 인정할 수 없다<sup>16)</sup>는 반대 의견이 유력하다.

13) 류지태/박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2019, 339-340면.

14) 홍정선, 「기본행정법」, 박영사, 2020, 76-78면.

15) 대법원 2006.6.22.선고 2003두1684(전원합의체) 판결.

16) 김기진, “행정입법에 대한 입법정비의 필요성에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제2호, 연세

이런 점을 일명 넷플릭스법에 비추어 보자. 법의 공백이 상당히 존재하는 상황이고, 이를 시행령 등에 의해 보충해야 하는 것이 사실상 예고된 상황이다. 비록 시행령(대통령령)을 통하여 공백을 해결했다고 하지만 그 해석상 또 다른 문제가 발생할 경우, 이를 다시 하위 규칙으로 보충 및 처리할 가능성이 전혀 없다고 할 수 있는가? 혹은 시행령 자체가 일정한 공백을 일명 법령보충적 행정규칙을 예비하고 넘겨 놓았다면 이에 대한 효력 논쟁과 사회적 합의는 어떻게 해결해야 하는가? 이런 상황에 단순히 ‘법령보충적 행정규칙에 대하여 법원 판례는 물론 헌법재판소도 긍정설’이라는 결정례<sup>17)</sup>를 기계적으로 떠올리며 정당화하려는 것은 안정지향적 태도인지는 몰라도 진정한 해결 방안 도출로는 부족할 것이다. 미국인들도 이와 유사한 상황에서 입법적 행정규칙과 비입법적 행정규칙 등 논쟁을 치렀고, 이는 다시 쉼브론 원칙으로 귀결되었다. 이에 대한 해석 문제를 참고해 볼 여지가 이런 바탕 위에 있다고 생각된다.

## 2. 입법적 규칙과 비입법적 규칙의 심사기준과 판례

단순히 내부적인 지침인 해석규칙, 대외적인 행보라고는 하나 선언적인 것에 그치는 정책선언규칙은 고지와 의견 접수 등을 강제하지 않으며 이것이 원론적 의미에서의 비입법적 규칙이다. 반면 엄격한 고지와 의견 접수 등을 거쳐 만들어지며 대국민적 효력을 갖는 것이 입법적 규칙이다.

그러나 엄격한 절차를 회피하기 위하여 형식이 악용되는 등 문제의 태양은 다양하다. 이에 따라 법률에서 행정청에 규칙의 제정 권한을 위임하였는지 여부에 따라 성격을 구분하는 전통적 논리가 있었다. 아울러 행정청의 의도에 따라 양자의 효력을 구분한다는 의도설이 존재한다.<sup>18)</sup> 한편, 번거로운 절차를 따라 마련되었다면 입법적 규칙이고 이런 절차를 생략하는 데 행정청의 의도가 있었다면 비입법적 규칙이라는 절차설도 있다. 일반 국민의 권리나 의무와 연관되었는지에 따라 성격을 판가름하는 법적 효과 기준설이 상대적으로 중요하게 인정받고 있다. 이런 가운데 실질적 영향력 기준설에 따르면 피영향이익이라는 관점에서 국민에게 널리 적용되는지, 다른 법령 또는 행정행위 없이 해당 행정입법 자체로 효력이 발생되는지, 행정청의 지위에 영향을 미치는지 등을

대학교 법학연구원, 2009, 146면.

17) 헌법재판소 2004.10.28.선고 99헌바91 결정.

18) SBC Inc. FCC, 414 F.3d 486, 295(3rd Cir. 2005) 등 연방항소법원에서 등장한 바 있는 논의다.

기준으로 판단한다.<sup>19)</sup>

이런 기존 논의 전제를 참조하여 주요 판례를 일별해 본다.

### 1) Skidmore 판결

스키드모어 사건은<sup>20)</sup> 사법부가 행정청의 해석 문제에 대한 존중을 거론한 초창기 판결이자, 쉘브론 원칙을 적용받지 못 하는 경우의 차선택이라는 의미가 있다.

사건 당시 미국 근로기준법에는 업무대기시간이 근로시간에 포함되는지 여부의 명시적 규정이 존재하지 않았다. 이에 노동부 장관은 실무적 필요로, 근로기준법상 공백에 대하여 해석이나 비공식 판단으로 질의에 답신을 주고는 하였다. 이는 우리의 고시나 유권해석에 비교할 수 있을 것이다.

그런데 이러한 기준에 대하여 노동부 장관은 어느 정도 유연하게 그 대기시간을 보낼 수 있는지에 따라 판단을 세분, 구분하였다. 수면과 식사 소요 시간은 대기시간이 아니더라도 필요한 시간(지출되어야 하는 시간)이므로 근무로 볼 게 아니라고 하였고, 나머지 시간은 근로시간으로 보아야 한다는 것이었다.

공장의 소방시설 관리자인 원고들은 야간에 화재경보가 울릴 것에 대비해 직장 내에 대기하는 시간의 근로시간 합산에 대하여 소송을 제기하면서, 이러한 장관의 해석지침을 거론하였다.

법원은 이 같은 행정청의 판단은 비입법적 해석규칙으로 결론지었으며, 또한 이에 법원이 법률해석의 문제를 행정청에게 구속되거나 권한을 양보하지도 않는다고 보았다. 다만 그러한 해석과 의견(고시, 지침 등) 법원이 어느 정도 존중할 수 있다고 보면서, 이 같은 행정청의 해석을 존중하는 것은 증거와 논증 검토의 유효성, 설득력 여부 등 요소에 좌우된다고 판결하였다.<sup>21)</sup>

### 2) Chevron 판결

쉘브론 원칙의 바탕이 되는 쉘브론 사건은 1984년 연방대법원의 판결<sup>22)</sup>에서 나왔으며 이후 행정법학의 뜨거운 화두로 오랜 시간 독보적 위치를 차지하고 있다.

19) 류지태, “행정입법의 형식적 논의의 헌법적 평가”, 『토지공법연구』 제25집, 한국토지공법학회, 2005, 435면.

20) Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 1134(1944).

21) 허성욱, “행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고”, 『공법연구』 제41권 제3호, 한국공법학회, 2013, 530-531면.

22) Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. 467 U.S. 837(1984).

이 사건의 쟁점은 clean Air Act에서 정하고 있던 고정오염원의 개념을 버블 콘셉트라는 개념으로 이해할 수 있는지의 여부다. 행정청이 법에서 정한 오염원 해석에 버블 콘셉트라는 융통성을 발휘하는 것이 가능한지, 그 해석에 법원이 행정청의 해석을 존중하고 구속되는지의 갈림길에서 법원이 이정표를 세운 사건이다. 즉 버블 콘셉트라는 집합적 개념을 인정하면, 집합적 공장에서 배출되는 공해물질의 총량에만 집중하면 되므로 각 개별 배출 시설별로 공해물질 배출량을 관리하지 않아도 전체적인 집합적 오염물의 총량에만 집중하면 되었다.

이 사안을 맡은 연방대법원에서는 당시 법을 해석할 때, 의회가 이 버블 콘셉트의 해석 가능성에 대하여 어떤 입법 의도였는지 태도가 명확하지 않았다고 지적하였다. 즉 이후 웨브론 1단계로 불리는 심사 단계에서 연방대법원은 법률이 가진 해석 공백에 행정청이 답을 할 권한을 의회가 주었는지 검토하였다. 의회가 해석 권한 유무를 확고히 밝혔다면 그에 따라 해석을 할 의무가 생기거나 그렇지 않거나 명쾌해진다. 즉 의무 유무만 있는 것이지, 재량의 발생 여부는 논외가 된다. 다만 이 사건에서는 법적 쟁점에 대하여 의회가 명시적으로 이를 어떻게 하라는 것인지 의사를 표시하지 않았기 때문에 행정청의 해석 여지가 발생한다고 보았다.

이후 2단계에서 법원은 이 재량 여지에 입각하여 행정청이 발휘한 법률 해석이 합리적인 것으로 허용될 수 있는지를 검토하였다. 합리성 범위에 있다면, 법원은 이를 존중하여야만 한다고 보았다. 즉 이 같은 총 2단계의 합리적 해석 요건들을 갖춘다면, 법원이 해당 사건의 본안에 직접 판단할 것이 아니라 행정청의 법률 해석이 합리적인 것으로 허용되지만 판단하여 그 범주 내의 판단에는 존중을 부여, 판결하여야 한다는 결론이다.<sup>23)</sup>

그 이유로 당시 연방대법원에서는 첫째, 그렇게 존중하는 것이 해석 여지를 행정청에게 부여한 의회의 의도에 부합하는 것이고, 둘째, 행정청이 법률을 해석하는 것은 의회로부터 위임받은 범위 내의 입법권을 행사하는 것인 동시에, 셋째, 행정청은 전문적이고 기술적이며 정치적인 책임에서도 법원에 비해 판단력과 정통성이 앞선다고 보았다.<sup>24)</sup>

이 판결은 만장일치로 선고되었다. 다만, 당시 사건을 맡았던 대법관들은 이 사건의 버블이라는 개념 즉 공해 총량 문제에서 전체적으로 총량 범위를 충족

23) 허성욱, 앞의 논문, 536면.

24) Justin Levine, "A Clash of Canon: Lenity, Chevron, and the One-Statute, One-Interpretation Rule", 107 *Geo.L.J.* 1423(2019), pp.1431-1432.



하기만 하면 그 세부 내용에 대해서는 인정하기만 하면 되는지, 즉 버블이라는 개념을 풀어내는 과정에 집중하였을 뿐 이에 대한 법의 해석 문제, 행정청의 판단과 그 존중 문제에 대하여 그 파급 효과까지 생각하지는 않은 것이라는 점은 두고두고 논쟁의 여지가 되고 있다. 이 판결의 중대성 자체에 의문을 품는 시각 더 나아가 정당성에 회의적인 시각<sup>25)</sup>이 그래서 존재, 확장되는 상황이다.

어쨌든, 웹브론 원칙은 법원이 행정입법을 두 단계의 심사과정을 거쳐 정당성을 판단, 그에 따른다는 기준을 사람들에게 제시하였다. 1단계 심사는 먼저 의회가 그 쟁점에 대해 질문을 받았을 때 행정청이 답할 권한 부여의 여지를 두었는가를 살핌으로써 이루어진다. 해석의 여지가 행정청에게 부여된 경우라면, 이제 2단계 심사가 시작된다. 이제 법원은 행정청의 해석이 법률의 허용가능한 해석, 즉 합리적 해석인지를 따지게 된다. 이런 과정을 거쳐, 그런 행정청의 해석이 합리적인 범위를 벗어나지 않는다면, 법원은 그 해석을 존중하여야 한다는 게 골자다.

앞서, 스킨드모어 판결에서 탄생한 스킨드모어 존중은 법이 행정청의 해석에 권위를 부여하지는 않았지만 행정청의 해석이 공무를 수행하는 과정에서 구축된 지식과 전문성을 이루는 경험, 조사와 정보력이 함께 빛을 결과라는 점에서 상당한 존중을 받을 만하다고 하였다는 것이 비슷하면서도 결국 둘이 합쳐질 수 없는 차이점이고 하겠다.

### 3) Mead 판결

이 사건은<sup>26)</sup> 행정청이 관련법의 해석을 내놓았을 때, 의미있는 방식으로 지침을 만든 것인지 여부에서 중요한 시사점을 준 사례다.

미드 사는 수첩과 플래너 등 지류 제품을 수입해 미국 국내 시장에 판매하던 기업이다. 미드사에서는 3공 바인딩 형식의 데이플래너를 수입, 판매했는데 바 관세율표 분류에 따르면 바인딩된 다이어리, 공책, 주소록 등은 일정 관세를 물어야 하는 대상이었으며 그 외 품목은 비관세 대상이었다.

미국 세관에서는 과거에는 이 3공 바인더 즉 데이플래너를 기타 물품으로 분류해 주었지만, 어느 해부터 갑자기 이를 바인딩된 ‘다이어리’로 보겠다고 태도를 바꾸었다. 세관 본부에서는 사전적 정의에서 다이어리 부분에 이 상품이 해당될 여지가 많다는 점을 행정 입장의 변화 근거로 거론했지만, 미드사에서

25) 허성욱, 앞의 논문, 537면.

26) United States v. Mead, 533 U.S.218(2001).

는 이를 납득하지 못 하고 소송을 제기하였다.

연방대법원은 미드사의 주장을 받아들이는 취지로 다시 판결하라며 파기환송하였다. 여기서 연방대법원은 세관 관행상 관세 적용의 폭과 대상 등에 대해 많은 레터, 해석, 고지 등이 발행된다는 점, 그 내용이 지역과 발행 기관에 따라 전국적으로도 많이 다를 수 있다는 점을 들었다. 이른바 세관 본부의 해석이 국내 다른 내부 관련 조직들을 구속하는지에 대해서 ‘회의적’이라는 점이 연방대법원의 판단에 영향을 미쳤다. 즉 이 같은 행정지침(행정입법)은 그 발령 형식상 입법의 확고성이 뒷받침되지 않는다고 보았다. 아울러, 의회의 의도가 행정청에서 이러한 부분에 대해 권위있는 해석(행정입법)을 만들도록 위임을 하였는지 등도 문제가 되었다.<sup>27)</sup> 연방대법원은 이에 해당하지 않아 문제의 해석은 그저 전국적으로 많은 지침 해석 중 하나일 뿐이라며, 스킨드모어 존중은 받을 수 있더라도 웨브론 원칙상 법원의 판단 방향을 구속하는 존중은 받을 수 없다고 판결하였다.<sup>28)</sup>

#### 4) Barnhart 사건

여기서는<sup>29)</sup> 반드시 입법적 행정규칙을 만드는 방식에 의해야만 웨브론 원칙심사상 2단계를 충족하는지에 예외적 언급을 제시한다.<sup>30)</sup> 월튼이라는 교사는 정서적 문제로 인하여 일을 계속 할 수 없었는데, 당시 사회보장법은 이렇게 일을 할 수 없는 기간을 해석함에 있어서 의학적 손상 개념을 ‘적어도 12개월 간 진행되었거나 12개월 이상 진행될 것이 예상되는 경우’라고만 규정하였다. 실제 현장에서는 해석이 제시되어야 하는 공백이 있는 규정이라 하겠다.

이런 가운데 연방사회보장국은 손상 뿐만 아니라 실질적인 경제 활동 불가 기간도 12개월이 되어야 한다고 축소 해석을 내놓았고, 1950년대, 1960년대, 1980년대에 의견서와 매뉴얼 등의 방식으로 이러한 입장이 나온 바 있었다. 그 후 2001년에 이러한 내용을 고지 및 의견제출을 거친 규칙을 비로소 마련함으로써 보완하였다. 이미 2001년은 소송이 제기돼 사건 계류 중이었으므로, 소송 중에 입법적 행정규칙을 만들어 해석을 보장하는 게 과연 온당한지도 함께 문

27) Cary Coglianese, “Chevron’s Interstitial Steps”, 85 *G.Washington.L.R.* 1351(2017), pp.1351-1352.

28) John Coverdale, “Cheron’s Reduced Domain: Judicial Review of Treasury Regulations and Revenue Ruling after Mead”, 55 *Admin.L.Rev.* 39(2003), pp.48-52.

29) Barnhart v. Walton, 535 U.S.212(2002).

30) Richard Murphy, “Abandon Chevron and Modernize Stare Decisis for the Administrative State”, 69 *Ala.L.Rev.* 1(2017), pp.29-30.

제가 되었다.

그런데 연방대법원에서는 이 사안에 대해 쉘브론 원칙이 적용된다고 인정하였다. 법률이 기준에 대한 규제(재량 해석을 통한 해석폭의 증감 처리)를 명확히 금지한 것이 아니므로 행정청의 해석의 여지가 발생하였다는 것이다.<sup>31)</sup> 행정청의 해석은 행정청의 해석 합리성을 검증하는 데에는 오랜 시간을 두고 법적인 파장이 나타나는 정도, 전문성, 해당 법률을 집행하는 데 있어서의 효과, 그 판단 기준을 만들고 발표하는 과정에서의 신중함의 정도 등을 다양하게 검토하는 것으로 간주되었다.<sup>32)</sup> 물론 후에 논쟁이 되자, 입법적 행정규칙을 만드는 식으로 보완이 되기는 하였음은 일종의 면피성 행보로 볼 여지도 있을 것이다. 하지만 그 공백의 명확한 처리 전에도 이러한 요건을 충족하였기 때문에 단순히 해석의 형식만으로 그 효과를 부정할 수 없다고 판단하였다. 고지 및 의견의 제출 기회를 주지 않았더라도 해석의 타당성이 쉘브론 존중을 받기에 적당한 선까지 다다른 경우가 발생할 수 있다는 의미심장한 사례다.

##### 5) Brand X 사건과 Kisor 사건

브랜드 X 사건<sup>33)</sup>은 기존의 통신법에서 예정하지 않았던 새 개념을 놓고, 이를 연방통신위원회 즉 FCC가 판단할 수 있겠는지의 다툼이 골자를 이룬다. 즉 새로운 개념인 케이블모뎀서비스의 속성을 판단하여야 하는 상황에 직면한 행정청(FCC)의 고심과 그 정당성에 대한 법원의 판단이 낳은 사건이다. 아울러, 쉘브론 원칙을 계속 유지할 것인지 학계와 실무계의 치열한 논쟁이 존재하였는 바 그 끝에 쉘브론 원칙의 유지라는 결과가 나타난 경우다.

행정청은 케이블모뎀은 정보서비스인지 통신서비스인지 모호하다는 지적을 받아 결국 사건이 수면 위로 떠올랐다. 양자의 차이는 ‘보조금 차이’로 귀결되는 것이었는데, FCC는 케이블모뎀서비스는 비록 인터넷폰과 같이 통신을 가능하게 해 주는 부분이 있으나 통신서비스가 아니라 정보서비스에 해당한다고 보았다. 케이블서비스라고 하기도 어렵고 정보서비스제공자들에게 통신서비스가 개별적으로 제공되지도 않는 점이 판단에 주효했다. 결국 통신서비스가 아닌 정보서비스에 해당하고, 이는 통신법 적용 대상이 아니라는 해석을 제시하

31) Daniel J.Gifford, “The Emerging Outlines of a Revised Chevron Doctrine:Congressional Intent, Judicial Judgement, and Adminstrative Autonomy”, 59 *Admin.L.Rev.*783(2007), pp.810-811.

32) Richard Murphy, *supra* note 26, pp.29-31.

33) National Cable&Telecommunication Association.et.al. v. Brand X International Services. 125 S.Ct. 2688(2005).

였다.

항소법원(순회법원)의 판단은 회사와 행정청 모두가 불복하는 격렬한 반발을 불러왔으며, 결국 연방대법원이 사건을 다시 심리하게 되었다. 이때 행정입법재량권과 해석권을 인정하는 존중의 원칙을 채택, 판단할지(셰브론 원칙), 법원에서 엄격한 사법적 우위론에 입각하여 전면적으로 내용을 재심사할지 문제가 되었던 것이다.

이 2005년의 브랜드 X 판결은 연방대법원이 1984년의 셰브론 원칙 수립 이래, 이에 대한 많은 불만과 비판에도 불구하고 폐기 선언 대신, 골격을 여전히 인정한다는 의미에서 대단히 중요한 의미를 갖는다.<sup>34)</sup>

이런 논쟁은 이후 최근까지도 존재하나, 2019년 *Kisor v. Wilkie* 사건<sup>35)</sup>에서 근소한 차이로 셰브론 원칙을 유지하기로 결정이 내려졌다. 앞으로 셰브론이라는 주제를 상당 기간 우리가 주목해야 할 요인을 제공하고 있는 것이다. 일각에서는 이 원칙이 언젠가, 특히 빠른 시간 내에 폐기될 수도 있다는 데 주안점을 두고 바라보기도 한다. 하지만 이런 비판 논리는 셰브론 원칙 등장 이래 공존하다시피 해 온 것임을 감안하면 맥락 자체를 상당 기간 들여다 볼 필요는 여전히 있다고 하겠다.

#### IV. 셰브론 위상 변화와 일반원칙과의 공존

##### 1. 셰브론에 대한 반격과 재반격

근래의 동향에서 셰브론과 스킴드모어 두 원칙이 더 이상 금성탕지와 같은 굳건한 보호를 받지는 못 하는 상황임은 상술한 바와 같다.

예를 들어, 스칼리아 대법관 시대의 바통을 잇는 고서치 대법관의 셰브론 관련 입장은 대단히 회의적이다. 스칼리아 사후 임명된 고서치는 셰브론 원칙은 법의 판단 의무를 포기한 선언이라고까지 말한다. 정치적인 바람에 따라 각도가 180도 바뀔 수 있는 위험성이 있다는 것을 특히 우려한다.<sup>36)</sup>

34) 정하명, “미국 연방대법원의 행정입법재량통제”, 『행정법판례연구 XII』, 법원행정처, 2007, 161면.

35) *Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. 2400(2019).

36) Catherine Sharkey, “Cutting in on the Chevron Two-Step”, 86 *Fordham L.Rev.*2359 (2018), pp.2361-2363.

니키 포드 교수는 “스키드모어 원칙은 ‘규정’에 대한 존중이지 과거의 상황과 같은 존중은 아니다. 스킴모어는 행정청(행정기관)에게 권위를 이유로 법원을 콘트롤하는 것을 시도하지 않도록 한계로 기능한다. 다만 법원이 행정청의 의견을 ‘경험 및 기성에 이루어진 결정이 응축된 실체’로 존중하는 것”이라고 지적하였다.<sup>37)</sup>

그러나 이런 반격에 대한 재반격도 만만치 않다. 쉘브론 원칙은 반드시 입법적 규칙에만 적용되어야 한다는 극히 엄격한 관점에서는 이 검토를 쉘브론 1단계(법이 행정청에게 해석의 재량 여지를 주었는가)와 2단계(행정청의 해석이 합리적인가) 전에 예비 단계인 0단계로 존재하여야 한다고 본다.

하지만 쉘브론 원칙을 기본적으로 존중하고 그 유용성을 인정하는 쪽에서는 쉘브론 0단계를 포함한 쉘브론 존중 각 단계의 구성에서 그러한 엄격성을 굳이 유지할 필요가 있는지 반문한다. 2017년의 한 논문에서 “쉘브론 0단계란 쉘브론 1단계와 2단계의 이전에 있어야 한다는 게 많은 독자들에게 익숙한 프레임워크다. 질문의 여지 없이 쉘브론 0 단계는 다른 요소들과 친하다고 생각한다. 하지만 쉘브론 1단계의 뒤에, 쉘브론 2단계의 앞에서 논의되는 게 더 나은 경우도 있다.”는 주장이 제기된 것이 그 예이다.<sup>38)</sup>

이 같은 논의의 실효성은 쉘브론 원칙의 대상이 아닌지 불명확한 상태에서 선행적으로 1단계나 2단계를 진행하여도 된다는 것으로, 결국에는 비입법적 규칙에 대한 쉘브론 원칙 허용 가능성을 긍정하는 주장과 맞닿는 것이라고 볼 수 있다. 앞서 반하트 사건에서 해당 규칙이 중간에 입법화되는 등 우여곡절이 있었다 하여도 쉘브론 원칙 적용을 허락한 논리와 연결해 보면 좋을 것이다.

## 2. 환경과 조세 등 전문 영역에서의 종합적 고려론

특히, 미드 판결에 따르면, 쉘브론 원칙을 검토하던 중에, 법 해석을 만들 힘이나 권위가 주어지지 않은 영역인 것으로 판명되더라도, 법원은 행정청의 이러한 해석이나 지침 발령 상황을 스킴모어 원칙에는 해당하는지 다시 검토할 수 있는 이중적 그물망을 인정한다.

아울러 브랜드 X 사건에서 확인된 논리는 명확한 해석은 법원을 구속한다는 것이었다. 쉘브론의 1단계 심사에서 행정청 해석이 존중의 대상이 된다고

37) Niki Ford, “Tax Reform in a ‘World Without Chevron’: Will Tax Regulations Withstand the Review of Justice Gorsuch?”, *71 Tax Law 973*(2018), p.1003.

38) Cary Coglianese, *supra* note 23, pp. 1367-1369.

한다면, 그것은 의심의 여지가 더 이상 없는 것이었다.

하지만 세금 등 전문성이 극히 두드러지는 영역의 규정 해석에서도 셰브론 원칙을 반드시 관철하지 않는 판결이 상당히 나오고 있다. 재무부와 내국세의 담세 능력 해석이 문제가 된 사건에서, 순회법정은 납세자에 의한 과장(증액 보고)은 총수입금 누락에 포함되지 않는다고 해석하였다. 총수입금(판매나 교환에 의한)은 납세자의 아이템을 매각하는 방식에 의한 것이다. 재무부는 내국세의 누락을 무역이나 비즈니스를 재화와 용역의 판매로 한다는 것을 세금규정의 해석 방침으로 세웠다. 그런 가운데 2개의 순회법정은 재산의 산정법으로 세금(담세) 능력을 줄여잡는 것을 제외한다고 하였고, 3개의 다른 순회법정은 이를 인정하여<sup>39)</sup> 해석 수용에서 엇갈린 태도가 관찰되었다.

이를 두고, 일부 연구자들은 첫째, 마법의 단어인 ‘명확한’ 혹은 ‘불분명한’의 사용 그리고 둘째, 셰브론 존중 이전 단계로 ‘의견의 종합성’ 검토 등 우회로가 뚫렸다고 본다. 한 세금 사안을 다룬 재판부는 사건에서 법의 해석은 지역의 입법 역사에서 문제의 개념이 어떻게 사용되어 왔는지 역사적 해석과, 정책이 왜 어떻게 집행되어야 한다고 보았는지의 지역 정치의 의도 등에 따라 대법원의 브랜드 X 해석을 위치시켜야 할 것이라는 주장이다.

### 3. 정치적 문제와 종합적 고려론

셰브론 원칙을 사용하면 법원은 하나의 법에 최종적으로 권위있는 행정청 해석을 따르게 되므로, ‘하나의 법에 하나의 해석’이라는 원칙 즉 법적 안정성을 손쉽게 확립할 수 있다.<sup>40)</sup> 하지만 여기에 반대가 생기는 상황이다.

일부 법원은 셰브론이나 스킴드모어 등의 논리 활용에 전체적인 맥락, 특히 정치적 고려를 할 수 있다는 시각을 받아들이기 시작했다. 정치적 판단 내지 다른 재판부를 의식해 셰브론 판단 적용 여부를 가늠하는 순회법원들도 있다. 셰브론 존중 하에서 법원은 오피니언(의견)의 42.11%에서 ‘조문의 목적’을 논의한다. 아울러 순회법원들은 ‘법의 역사(입법사적 배경)’를 의견 결정시 32.16% 반영한다.<sup>41)</sup>

39) Sebastian Watt, “Abolishing the Shelter of Ambiguity: A New Framework for Treasury Regulation Deference Clarifying Chevron and Brand X”, *117 Penn St.L.Rev.* 617(2012), pp.620-621.

40) Justin Levine, *supra* note 20, p.1440.

41) Stephen Johnson, “The Brand X Effect: Declining Chevron Deference for EPA and Increased Success for Environmental Groups in the 21st Century”, *69 Case*

법원이 하나의 해석에 공통적으로 귀속되어야 한다는 논리는 판례법상 명확한 것이라고 할 수 있다. 다만 이는 동일한 논리 구조에 관한 사건을 의미하는 것이지 유사한 사안에서 맥락 판단을 할 때에도 그렇다는 것은 아니라고 할 수 있다고 보면, 동일한 법에 대한 여러 사건을 여러 법원이 나누어 맡은 경우 꼭 셰브론 원칙에 따라 같은 해석이 통일적으로 나오지 않아도 된다는 결론에 도달할 수도 있는 것이다.

셰브론 원칙의 기본 정신을 존중하되 해석의 범주를 좁히는 식으로만 이를 활용하는 경우가 나타나게 되었다. “경제 및 정치적 이유로 인해 법원은 *King v. Burwell* 사건에서 흔들렸다. 법은 IRS에 해석권을 주었지만 수백만 달러의 지출 결의를 의회가 흔쾌히 처리할 것인지 의문이다. 따라서 법원은 이 같은 셰브론 원칙에 입각한 해석 거절한 것”이라는 논문의 서술은 시사하는 바가 크다.<sup>42)</sup>

셰브론 존중 자체를 인정하면서도 적용을 거부하는 움직임도 유의해 볼 만하다. 여기에는 두 가지 유형이 있는데, 이를 ‘조용한 셰브론’과 ‘무력한 셰브론’으로 부르기로 하자. 조용한 셰브론이란, 셰브론 존중과 연관있거나 적용에 적절한 경우로 보이는 건이지만 그럼에도 불구하고 판결에서 셰브론 원칙을 언급하지 않는 경우다.

연방대법원의 사례 중에도 이런 것들이 있는 것으로 보인다. 셰브론 존중을 거론하지 않았으므로 웨스트로나 렉시스 같은 검색용 엔진을 동원해 검색해도 찾기가 어렵다. 이들은 부차적인 평설의 개념으로만 거론된다.

반면, 무력한 셰브론은 셰브론 존중의 위상을 알고 있고, 이를 사용은 하면서도 이를 쓸 데 없는 것으로 치부한다는 것이다. *Esquivel-Quintana v. Sessions* 사건을 들 수 있다. 소수자 성폭력의 문제에 판단하면서 연방 이민청은 소수자 성학대의 기준을 ‘16세 이하’로 좁게 정했고, 이 규정 해석 판단에 대해 대법원은 셰브론 존중을 거론할 필요가 없다며 조문은 애매모호한 것인지 묻는 대신에 그 조문이 공정하게 판독된 것이냐는 공정성 문제를 언급, 적용함으로써 결론으로 바로 귀결했다.<sup>43)</sup>

결국 셰브론 원칙은 이제 금과옥조라기 보다는 ‘기술적인 수단’으로 더 강조되어 받아들여지는 것이 아닌지 의문이 제기되는 상황이다. 행정청의 노력과

---

*L.Rev.63*(2018), pp.106-107.

42) Andrew Hessick, “Remedial Chevron”, *97 N.C.Rev.1*(2018), pp.24-25.

43) Michael Kagan, “Loud and Soft Anti-Chevron Decisions”, *53 Wake Forest L.Rev.37*(2018), pp.50-52.

실력에 대한 존중은 인정하되, 법의 일반원칙으로 돌아가 판단할 수 있다는 유연한 해석이 미국 사법부에서 점차 퍼지고 있는 것이다.

## V. 결론

생각하건대, 일명 넷플릭스의 횡포와 이에 대응해 한국 사법부가 사건을 심리 중인 상황(항소와 상고가 불가피할 것으로 예상) 그리고 넷플릭스법(법과 대통령령을 모두 가리킴) 등장이라는 일련의 상황 속에서 우리는 민사적 식견 외에도 행정법학적 사고의 융합을 구할 필요가 높다. 이를 통해 문제의 최종적인 해결 즉 실체적 진실 발견은 물론 당사자들의 납득과 승복 확보가 가능할 것으로 본다.

그 방편으로 미국적 쉼브론 원칙의 수입에 대하여 제안한다. 그런데, 우리의 이번 넷플릭스 상황을 보면 아직 1심 판결에 한정된 것이기는 하나 법원은 쉼브론 원칙 적용에 입각하여 처리할 대목에서 일종의 ‘무력한 쉼브론’으로 처리를 택한 것이 아닌가 의구심이 든다.

즉, 그 기본 형식이 채무부존재확인 소 즉 민사사건이라고는 하나 과연 망 사용료를 낼 의무가 있는지가 관건이므로 여기에는 당국의 유권해석 등 이른 전제가 된다고 보는 것이 훨씬 합리적이라 하겠다. 이에 더하여, 이 사안 전에 방송통신위원회의 재정 신청을 먼저 받던 중, 이를 중단하고 민사법정에선 상황이라는 점도 감안해 볼 필요가 있다. 결국 망 사용료는 물론 이에 수반된 각종 개념들에 대한 유권해석 등 행정청의 판단 여지는 대단히 많았다고 여겨진다. 즉, 당시 개정 전 법의 해석 공백을 과연 행정청(여기서는 방통위)이 어느 정도 메울 수 있는 자격을 인정받는지의 전제 위에서 ‘사정이 그러하다면 민사적인 답은 무엇인가?’를 한꺼번에 논하는 통섭적 해결이 항소심이나 상고심에서는 고려될지 귀추가 주목된다고 하겠다.

쉼브론 원칙의 한국 행정법학에서의 수용 문제에 대해서도 이야기할 필요가 있겠다. 쉼브론 원칙은 법규명령과 행정규칙의 구분론과 유사한 느낌을 준다. 하지만 일제강점기와 군사정권을 거치면서 국가우선주의 행정법학의 잔재를 완전히 지우지 못한 우리와 사법우위주의의 미국 행정법학의 기반이 다른 만큼, 양자의 논리적 차이는 분명히 존재함을 인정하지 않을 수 없다. 특히, 논리의 수정이나 변형 등 절충이 언제든 가능할 수 있다는 전제에서 쉼브론 원칙



을 둘러싼 대결이 전개되고 있는 점은 우리나라 행정입법 관련 학설의 변화 필요와 그 가능성에 시사하는 바가 있다. 법규 개념에 매달려 해석을 한 뒤, 그 다음 예외를 가미하려는 행정입법 구분론이 계속 변주되는 것을 타파할 필요가 존재하기 때문이다.

물론 합리적인 해석 결정이 아니거나 최상의 결정이 아닌 경우에만 웹브론 원칙이 주어지는 경우가 발생할 수 있는 한계상 그 수입과 적용은 조심해야 한다는 우려가 존재하며, 이는 극히 타당한 것이다.<sup>44)</sup> 다만 정의나 전문성 없는 입법 그리고 행정청 중심의 국가운영철학에서 법규명령으로 빈 칸을 해결하려는 편의적 태도, 법령보충형 행정규칙까지 남용되는 상황 전반에 경종을 울리기 위해서는 사법우선주의를 전제로 하되 행정청의 전문성을 인정하는 웹브론식 논리 전개는 ‘적절한 통제 방법’을 전제로 고려해 볼 필요가 있어 보인다.

넷플릭스법으로 다시 돌아가자면, 아무리 입법 기술이 발달하더라도 모든 것을 명확히 규정해 두는 행정법학의 완벽성은 기대하기 어렵다. 앞으로도 매번 이처럼 거대 글로벌 기업의 논리 아전인수 내지 새로운 기술과 서비스 관념의 등장에 시달리고, 그때마다 법 개정과 시행령 손질 등을 서둘러 할 수도 없다.

가장 큰 문제로는, 입법 공백 와중에 제기된 소송에 대해서는 ‘구법에 따라’ 혹은 ‘공백을 메우기 위한 행정청의 무리한 해석이라는 재량 일탈에 대한’ 전제를 감수하면서 재판을 진행할 수밖에 없다는 점을 지적하고 싶다.

즉, 지금 넷플릭스 사건의 구조는 이렇다. 행정청의 권위있는 해석을 무시하고(중재 중간에 불리한 결론을 예상하고 이탈하여) 아예 민사상 소송으로 선택지를 이동했으며, 법원에서는 이를 채무부존재 문제라는 민사소송으로 진행해 준 상황이다. 이런 상황에서는 기술적 발전이라는 쟁점을 전부 심리하는 데 큰 부담이 생기므로, 민사법 규정 외에도 공평과 선 등 추상적인 논리마저도 직간접적으로 채용해 판결을 할 수밖에 없다.

이를 행정소송으로 해결하고자 하면, 새 법과 시행령이 행여 놓친 공백이 생길 경우에 행정입법상 법규명령과 행정규칙 해석의 논쟁, 법령보충형 행정규칙의 효력론 등 다양한 논쟁을 감수하여야 한다.

이에 반하여 웹브론 원칙을 수입하여 우리 현실에 맞게 접목하여 두면, 이러한 논의에서 간단명료한 해결을 도모할 수 있다. 행정청에서 ISP와 CP 사이의 각종 신개념 문제, 그로 인한 이익과 비용 문제 등에 대해 권위 있는 해석

44) 이비안, “이익형량의 입장에서 바라본 행정법: 불확정개념”, 『법학논고』 제38집, 경북대학교 법학연구원, 2012, 68면.

을 하여 두면, 행정소송에서 이를 굳이 법원이 새로 규명할 필요가 없어진다. 더욱이 민사소송에서 이를 다투겠다는 일종의 편법적 소송행위가 있더라도 담당 재판부에서 이와 연관된 (행정)소송의 결과를 참고하겠다는 식으로 ‘사실적인 쉼브론 존중을 선언’할 수도 있고, 경우에 따라서는 민사법원에 제기된 소송의 행정법원 이관 등 방법을 통해 문제를 해결할 수 있는 경우도 존재할 것이다.<sup>45)</sup> 민사 재판부에서 굳이 쉼브론 원칙을 거론하지 않더라도 그 이론의 내용을 모두 ‘사실상 수용하되 외형적 형식은 다른 법원칙을 통해’ 구성하는 조용한 쉼브론으로 문제를 해결하는 것도 가능하다.

이런 경우들을 모두 감안할 때, 만약에 일부 재판부에서 조용한 쉼브론, 무기력한 쉼브론으로 도피할 권한을 강조하더라도, 쉼브론 원칙 자체를 터부시하지 않고 수용하여 둘 실익은 크다. 전혀 새 길을 여는 것도 필요하지 않을까?

---

45) 예를 들어, 대법원 2017.11.9.선고 2015다215526 판결에서는 KHP 비용 사건을 민사소송이 아닌 행정소송으로 다투어야 한다면서 민사법원에서 행정법원으로의 이송 필요를 인정하는 등, 민사소송 형식으로 제기되더라도 다툼의 내용상 행정법원으로 이송 필요성이 인정되는 사례가 종종 나오고 있다. 만약 넷플릭스 사건에서도 재판의 성격 논쟁이 제기됐다면, 방송통신위원회의 망 사용료 판단 전제가 중요함을 이유로 민사법원에서 행정법원으로의 이송이 결정됐을 가능성을 전혀 부인할 수는 없는 것이다. 사정이 이렇고 보면, 쉼브론 중요성이 더욱 부각된다.

[참고문헌]

1. 국내자료

<단행본>

류지태/박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2019.

홍정선, 「기본행정법」, 박영사, 2020.

<논문>

김기진, “행정입법에 대한 입법정비의 필요성에 관한 연구”, 「법학연구」 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2009.

류지태, “행정입법의 형식적 논의의 헌법적 평가”, 「토지공법연구」 제25집, 한국토지공법학회, 2005.

박민영/심민석, “미 연방 행정절차법상 사법심사에 관한 고찰”, 「미국헌법연구」 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009.

이비안, “이익형량의 입장에서 바라본 행정법: 불확정개념”, 「법학논고」 제38집, 경북대학교 법학연구원, 2012.

정하명, “미국 연방대법원의 행정입법재량통제”, 「행정법판례연구 XII」, 법원행정처, 2007.

허성욱, “행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고”, 「공법연구」 제41권 제3호, 한국공법학회, 2013.

<언론기사>

데일리안, “‘트래픽 폭탄’ 던져놓고 공짜로 韓통신망 쓰겠다는 넷플릭스…법원 판단은?”, 2021.6.24.기사.

(<https://www.dailian.co.kr/news/view/1004355/?sc=Naver>)

법률신문, “[판결] ‘망 사용료 소송’ 1심서 SK브로드밴드, 넷플릭스에 ‘승소’”, 2021.6.25. (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=171011>)

아트인사이드, “[Opinion] 미디어 산업의 ‘공룡’, 넷플릭스가 이야기하는 글로벌 성공 전략은?”, 2021.1.15.기사.

(<https://www.artinsight.co.kr/news/view.php?no=51740>).

아주경제, “N번방 못막는 N번방법, 넷플릭스 못잡는 넷플릭스법”, 2020.6.19.기사.

(<https://www.ajunews.com/view/20200619142542241>)

- 프라임경제, “넷플릭스법 시행령 통과…구글·페북도 망품질 의무”, 2020.12.1. 기사.  
(<http://www.newsprime.co.kr/news/article/?no=526001>)
- 한국일보, “넷플릭스 잡는다더니 서비스 안정성, 네이버·카카오가 책임져라?”,  
2020.9.8. (<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2020090809390001266?did=NA>)
- SBS 비즈, “IT 관련 법안 20대 국회 막차…곳곳에서 우려와 기대 봇물”, 2020.5.20.  
기사. (<https://biz.sbs.co.kr/article/10000983536?division=NAVER>)

## 2. 외국자료

### <논문>

- CARRILLO, Arturo J., “Are There Universal Standards for Network Neutrality?”, *80 UPTLR* 789(2019).
- COGLIANESE, Cary, “Chevron’s Interstitial Steps”, *85 Washington.L.R* 5(2017).
- COVERDALE, John, “Cheron’s Reduced Domain: Judicial Review of Treasury Regulations and Revenue Rulling after Mead”, *55 Admin.L.Rev.*39 (2003).
- FORD, Niki, “Tax Reform in a ‘World Without Chevron’: Will Tax Regulations Withstand the Review of Justice Gorsuch?”, *71 Tax Law* 975(2018).
- GIFFORD, Daniel J., “The Emerging Outlines of a Revised Chevron Doctrine:Congressional Intent, Judicial Judgement, and Adminstrative Autonomy”, *59 Admin.L.Rev.*783(2007).
- HESSICK, Andrew, “Remedial Chevron”, *97 N.C.Rev.*1(2018).
- JASSERAND, Catherine, “Critical Views on the French Approach to Net Neutrality”, *16 No. 9 JINTLAW* 18(2013).
- KAGAN, Michael, “Loud and Soft Anti-Chevron Decisions”, *53 Wake Forest L.Rev.*37(2018).
- KING, Jesse, “Net Neutrality:What to Expect from California’s Net Neutrality Bill”, *29 DePaul J.Tech.&Intell.Prop.L.*37(2019).
- LAVINE, Justin, “A Clash of Canon:Lenity, Chevron, and the One-Statute, One-Interpretation Rule”, *107 Geo.L.J.*1423(2019).

MURPHY, Richard, "Abandon Chevron and Modernize Stare Decisis for the Administrative State", *69 Ala.L.Rev.1*(2017).

SHARKEY, Catherine, "Cutting in on the Chevron Two-Step", *86 Fordham L.Rev.2359*(2018).

WATT, Sebastian, "Abolishing the Shelter of Ambiguity:A New Framewok for Treasury Regulation Deference Clarifying Chevron and Brand X", *117 Penn St.L.Rev.617*(2012).

[Abstract]

## A Brief about Chevron Doctrine&Korean Netflix Order

LIM HAE HYUN\*

Now Netflix makes 'new normal' in Internet Streaming Services, not only in Korea but also worldwide. But the company has exclusive logic about CP, ISP, fee for Net Using and Network Neutrality, so this situation makes struggles between CP&ISP.

Korean district court denied Netflix's sue. And National Assembly&Administrative Agency makes Netflix Law&detail order. But frankly speaking, it is not enough,so I suggest to import Chevron Doctrine.

Under the Chevron Doctrine, the court must obey the agency's opinion when it is reasonable. In U.S. many administrative judges and professors dislike this logic, but the Federal Courts have strengthen Chevron Doctrine with many cases, Mead, Barnhart, Brand X, etc.

I think we will meet many 'new services&technology', and our worries about finding solutions of explaining and judging the new ones will also enlarge. Then we will be able to use Chevron Doctrine in administrative suits. On the occasion of Netflix sue case and Netflix Law, I hope that we think about the benefit of Chevron seriously.

Keywords : Network Neutrality, Chevron Doctrine, Silent Chevron, Administrative Rule-making, Discretionary Control

---

\* SHINA DAILY NEWS Journalist