

12. 기속 행위와 재량 행위 / 판단 여지의 인정 가능성 (수능 완성 p.137)

단락 분석

(가) (1단락)

① 행정 법규는 '행정청은 A에 해당하면 B를 해야 한다. / B를 할 수 있다.'와 같은 형식을 지닌 '요건-효과'의 조건문 형태로 규정되어 있다. ② 즉 특정의 사실들이 법 규정에서 정한 법률 요건에 해당하면 해당 행정청이 특정의 행정 행위를 해야 하거나 할 수 있는 법률 효과가 발생한다.

- ① 행정 법규가 **조건문 형태**로 규정되어 있다고 제시하고 있어. 행정 법규가 무엇인지는 [8. 정부의 입법 절차]에서 다뤘었지? **정부에서 입법하는 법규 명령**으로 대통령령, 총리령, 부령 등이 있었어.
- ② 이전 문장의 조건문과 연결지어 보자. 특정 사실이 규정된 행정 법규의 A라는 요건(조건)을 충족하면 해당 행정청이 B라는 행위를 해야 하거나 혹은 B라는 행위를 할 수 있는 **법률 효과**가 발생한다. 바로 2문단으로 넘어가보자.

(2단락)

① 이때 'B를 해야 한다'의 경우처럼 법규상 요건이 충족되면 행정청이 반드시 어떠한 행위를 하여야 하는 행정 행위를 기속 행위라고 한다. ② 예를 들어 도로 교통법은 운전자가 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 이유가 있음에도 음주 측정을 거부한 경우 지방 경찰청장은 운전 면허를 취소하여야 한다고 규정하고 있다. ③ 이 경우 행정청인 지방 경찰청장은 음주 측정 거부자의 운전 면허를 취소해야 하는 의무를 지므로 이때의 운전 면허 취소 행위는 기속 행위이다. ④ 반면 'B를 할 수 있다'처럼 법규가 가능 규정 형식으로 행정청에 선택권을 부여한 경우의 행정 행위를 재량 행위라고 한다. ⑤ 도로 교통법은 운전자가 난폭 운전을 한 경우 운전 면허를 취소하거나 정지시킬 수 있다고 규정하여 지방 경찰청장에게 운전 면허의 취소·정지 또는 그 집행에 대해 재량을 부여하고 있다.

- ① 1단락 ①문장에서 제시한 '행정청은 A에 해당하면 B를 해야 한다. / B를 할 수 있다.'라는 조건문에서 'B를 해야 한다.' 'B를 할 수 있다'로 나누어서 설명할 건가봐. '**B를 해야 한다**' 같이 반드시 해야만 하는 행정 행위를 **기속 행위**라고 한대.
- ② 기속 행위의 **예시**를 들어주고 있어. 술에 취한 것 같은데도 음주 측정을 거부하는 상황이면 운전 면허를 취소해야 한대.
- ③ 이때 운전 면허를 취소해야 하는 행위는 **의무** 사항이고, 기속 행위라고 설명해주고 있어.
- ④ 이번엔 'B를 할 수 있다' 같은 **재량 행위**를 설명하고 있네.
- ⑤ 운전자가 난폭 운전을 했다면 면허를 취소 혹은 정지시킬 수 있대. 면허 취소 및 정지 행위는 의무 사항이 아니고 지방 경찰청장의 재량에 달린 재량 행위라고 이해할 수 있겠어. 글쓴이가 굉장히 친절하게 기속 행위와 재량행위를 설명해 주었어.

(3단락)

① 행정청의 위법한 행정 행위는 법원의 통제를 받아야 한다. ② 기속 행위의 경우 행정청에 특정 행위를 하여야 할 의무가 부과되므로 이에 따르지 않은 행정 행위는 법원에서 그 효력이 부정될 수 있다. ③ 재량 행위의 경우 입법자가 가능 규정을 통해 행정청에 선택권을 부여하고 있으므로 법원은 행정청에 주어진 재량권이 주어진 목적을 벗어나 행사된 것인지만 심사할 뿐 재량권의 범위 내에서 행정 행위가 이루어진 경우 위법성을 인정하지 않는다. ④ 다만 법 규정에서 정하지 않은 행위를 택하였거나, 재량을 행사함에 있어 공익과 사익 등 반드시 고려하여야 할 요소를 고려하지 않은 경우에는 재량 행위라도 위법성을 인정할 수 있다. ⑤ 이처럼 어떤 행정 행위가 기속 행위인지 재량 행위인지에 따라 행정 행위에 대한 법원의 통제 범위가 달라진다.

- ① 행정 기관의 **위법한 행정 행위**는 **사법 기관인 법원에서 통제**할 수 있나봐. 기속, 재량 행위와 이어서 설명해주겠지?
- ② 역시 의무에 해당하는 **기속 행위대로 하지 않으면** 행정청이 위법한 행정 행위를 하게 되는 거니까 법원의 통제를 받네. 2단락 예시와 연결지어서 이해하자. 술에 취해 보이는 운전자가 음주 측정을 거부했는데도 지방 경찰청장이 면허 취소를 하지 않거나 면허를 6개월만 정지했을 경우 법원에서 면허를 취소시키게끔 할 수 있나봐.

[Legal Mind] EBS analysis

- ③ 이번엔 재량 행위에 대해 법원이 어떻게 통제할 수 있는지 알려줄 차례. 행정 법규를 만든 입법자가 행정청이 재량껏 할 수 있게끔 권한을 부여한거니까 **재량권이 주어진 목적**을 벗어나지 않았는지만 심사하고 **재량권 범위 내**에서 행정 행위를 했으면 **위법성은 인정하지 않는다**. 위법성 인정 여부가 기속 행위와의 차이점이네.
- ④ '**다만**' 이라고 했으니, 재량권 범위를 넘어가면 위법성을 인정하는 경우가 있다고 하겠지. 또한 재량권이 주어진 목적을 벗어나는 경우에도 위법하다고 할 거야. **법 규정에서 정하지 않은 행위를 했거나 공익과 사익 등 반드시 고려해야 할 요소**를 고려하지 않았다면 위법성을 인정할 수 있네. 어떤 경우가 재량권 범위를 벗어나는 건지, 어떤 경우가 재량권이 주어진 목적을 벗어나는 건지, 공익과 사익 등을 반드시 고려해야 한다는 것은 무슨 뜻인지 더 설명해주지는 않아. 이런 경우 <보기>문제로 구체적인 예시 상황을 던져준 다음 추론을 시키거나, 위 내용을 구체적으로 이해하지 않더라도 문제는 풀 수 있게끔 만들었을 거니까 일단은 공금증을 가지고 계속 읽어가야 해.
- 나는 해설을 해야하니 지금 간단하게 설명해줄게. 예를 들어, 행정 법규에 'A에 해당하면 행정청은 B나 C를 할 수 있다.'라고 규정되었는데 행정청이 D를 행한 경우 재량권의 범위를 벗어난 경우라고 하고, 이를 재량의 일탈이라고 불러. 한편 행정 법규에 'A에 해당하면 행정청은 B나 C를 할 수 있다.'라고 규정되었는데 행정청이 B를 행했어. 그런데 공익과 사익을 모두 고려했더니 C가 아닌 B를 행한 것이 현저하게 불합리한 경우 재량권이 주어진 목적을 벗어나 행사된 경우라고 하고, 이를 재량의 남용이라고 불러. 이해할 수 있겠지?
- ⑤ **기속 행위이나 재량 행위이나에 따라 법원 통제가 달라진다**고 설명하며 지문 마무리. (가)지문은 이해가 어렵지 않지?

(나) (1단락)

①법률 요건에 추상적인 법 개념이 사용되는 경우가 있다. ②예를 들어 공공의 복지·공적 질서·위험 등과 같은 법 개념은 그 해석뿐 아니라 구체적인 상황에서의 적용 여부를 판단하는 데 어려움이 있다. ③이와 같이 법 규정의 의미가 일의적이지 아니하다의적이어서 진정한 의미가 무엇인지 구체적인 상황에 따라 판단되는 법 개념을 '불확정 법 개념'이라고 한다. ④법 규정이 발생 가능한 모든 경우를 구체적으로 예측하는 것은 불가능하므로 불확정 법 개념을 사용하여 추상적으로 규정할 수밖에 없다. ⑤그런데 불확정 법 개념이 사용된 경우 행정청의 광범위한 판단권을 인정할 수 있을 것인가에 대해 견해의 대립이 있다.

- ① 이제 (나)지문. (가)지문과 최대한 연결지어서 읽어보자. **법률 요건(조건)에 추상적인 법 개념**이 사용되는 경우가 있다. (가)지문 1단락 ①문장을 보면 '행정청은 A에 해당하면 B를 해야 한다 / B를 할 수 있다.'는 조건문에서 '**A에 해당하면**' 이 법률 요건이라고 제시했었어. 그렇다면 추상적인 법 개념이 뭘 말하는 걸까?라는 의문을 가지고 계속 읽자.
- ② 바로 추상적인 법 개념의 예시를 들었네. 공공 복지, 공적 질서, 위험 등과 같은 법 개념이 추상적인 법 개념이래. 이러한 개념이 사용되면 해당 법을 해석하고 어떤 상황에 적용해야 할지 판단하기 어렵다는 거지. 수능 문제 풀 때도 관련 개념 자체가 어렵거나 추상적이거나, 중의적이면 문제에 적용할 때 곤란할 때가 많잖아.
- ③ **다의적**이기에('우리 엄마는 손이 크다' 처럼) 상황에 따라 다르게 해석해서 판단해야 하는 법 개념을 '**불확정 법 개념**'이라고 한대. 크리스마스에 엄마 장갑을 선물하려는 상황에서는 '우리 엄마는 손이 크다' 라는 문장을 손 사이즈가 크다고 해석하는 것이 자연스럽고, 엄마랑 같이 요리를 하는 상황에서는 '우리 엄마는 손이 크다' 라는 문장을 엄마가 요리하는 양이 많다고 해석하는 것이 자연스럽잖아.
- ④ '**~므로**' 라는 표현이 사용되었으니 **인과!** 이제는 인과 표시해두는 게 습관이 되었지? 법 규정이 발생가능한 모든 경우를 구체적으로 예측하는 것은 불가능하대. 바꿔말하자면, 처음에 법 규정을 만들 때 모든 경우를 다 고려하도록 완벽하게 만들기는 불가능하다는 얘기가. 국어 문법도 **언제나 예외**가 있잖아. (조사가 단어임에도 붙여쓰는 경우처럼) 그래서 법 지문에서도 항상 예외 경우나 예외 조항을 설명하고 문제로 내는 것을 좋아하는 것 같아.
- ⑤ 'A에 해당하면' 이라는 법률 요건에 불확정 법 개념이 사용되었을 때 행정청이 해당 법 조항을 해석하고 적용할 경우, 행정청이 **광범위한 판단권을 가질 수 있는지에 대해 견해 대립**이 있다. 앞으로 최소 2가지 이상의 견해가 제시되겠지? 앞으로 제시될 견해들이 어떻게 대립되는 건지 명확히 파악해야 문제를 수월하게 풀 수 있을 거야!

(2단락)

①판단 여지설은 법률 요건에 불확정 법 개념이 사용된 경우 하나의 결정만이 아닌 다양한 판단 가능성이 행정청에 주어진다 고 보고, 이를 행정청의 판단 여지라고 정의한다. ②이 입장은 법 적용 과정을 사실 관계의 확인, 법률 요건에 사용된 법 개념의 해석, 확인된 사실 관계의 법률 요건으로서의 포섭으로 구분한다. ③여기서 사실 관계의 확인과 법 개념의 해석은 사법 심사의 대상이 되지만, 확인된 사실 관계가 불확정 법 개념에 포섭될 수 있는지 판단하는 것은 행정청의 전문성과 주관적인 가치 판단을 동시에 요구하므로 행정청의 판단 여지가 인정된다고 본다. ④즉 행정의 특수성으로 인해 사법 심사가 곤란한 영역이 존재한다는 것이다.

- ① 첫 번째, **판단 여지설**이라는 견해부터 소개하고 있어. 'A에 해당하면'이라는 법률 요건에 불확정 법 개념(=추상적인 표현이나 개념)이 사용되었다면 행정청이 해당 법 조항을 특정 상황에 적용할 때 다양하게 판단할 수 있다는, 즉 **행정청이 광범위한 판단권을 가질 수 있다**는 이론이야.

이 지문에서는 예시를 들어주지 않아서 따로 예시를 들어볼게. 어떤 외국인이 우리나라에 **귀화**를 신청했어. 그런데 관련 행정청에서 **'품행 미단정'**을 이유로 귀화 거부 처분을 한 거야. 처분 근거로 국적법 제5조 제3호에 명시된 '품행 단정'이라는 귀화 요건을 갖추지 못했다고 판단한 거지. '대한민국 국적을 취득한 사실이 없는 외국인의 귀화 신청을 받아 귀화 요건을 갖추었는지 심사 후 그 요건(국적법 제5조)을 갖춘 경우(A에 해당하면), 법무부장관은 귀화를 허가를 할 수 있다.(B를 할 수 있다)'라는 조건문 형태로 쓰인 국적법 제4조에서 **법률 요건(귀화 조건)**을 충족하지 못했다고 행정청이 판단했음을 알 수 있어. 귀화 신청을 한 외국인이 **불법체류**를 했는데 불법체류한 사실을 행정청이 '품행 미단정'이라고 판단해서 **귀화 거부**를 했어. 외국인은 행정청을 상대로 소송을 했고, 이제 **법원에서 판결**을 내려야 해. 일단 다음 문장 읽고 다시 설명할게.

- ② 판단 여지설은 **법 적용 과정**을 1) 사실 관계 확인 → 2) 법률 요건에 사용된 법 개념의 해석 → 3) 확인된 사실 관계의 법률 요건으로서의 포섭의 **3단계**로 구분한대.
- ③ 3단계 중 **1), 2)단계는 법원에서 심사**해야 하지만, **3)단계를 판단하는 것은 행정청의 판단 여지가 인정**된다고 본다. 그리고 지금 이문장에서도 **'~므로'**라는 **인과** 표현이 들어갔어. 법 지문에서 꼭 물어보는 선지가 '법원이 왜 그러한 판단을 했는가. 법을 만든 목적이 무엇인가.'와 같은 **법(판결)의 이유와 목적**이야. 당연히 법원이 왜 행정청의 판단 여지를 인정하는지 선지에서 물어볼 테니까 꼭 표시해줬다가 선지나오면 기분 좋게 풀고 넘어가자!
- ④ **'~는 것이다'**라는 표현은 이전 문장의 **부연 설명!** 법원이 행정청의 광범위한 판단권을 인정해야 하는 이유는 첫째, '3) 확인된 사실 관계의 법률 요건으로서의 포섭'을 판단하는 것은 행정청의 전문성과 주관적 가치판단이라는 특수성이 요구되어 법원의 심사가 곤란하기 때문이라고 볼 수 있어.

다시 위 예시로 돌아가서 설명할게. 행정청이 귀화를 신청한 외국인이 불법 체류를 한 사실이 있었음을 확인한 게 '1) 사실 관계 확인' 과정이겠지? 이후 법률 요건에 사용된 '품행 단정' 및 '품행 미단정'이라는 불확정 법 개념을 해석한 것이 '2) 법률 요건에 사용된 법 개념의 해석' 과정. 마지막으로 **불법 체류 사실은 '품행 미단정'이라는 법 개념에 속해 국적법 제5조 '품행 단정'이라는 귀화 요건에 포섭되지 않는다고 판단한 것이 '3) 확인된 사실 관계의 법률 요건으로서의 포섭' 과정**임을 생각할 수 있어. 찬찬히 읽으면 충분히 이해할 수 있을거야!

귀화를 거부당한 외국인이 소송을 제기했고, 법원이 판단 여지설을 바탕으로 판결한다고 해보자. 일단 1), 2) 단계를 법원에서 심사해야 한다고 ③문장에서 말했으니 법원도 불법 체류 사실을 확인하고, 국적법 제4조 및 제5조 법률 요건 및 법 개념을 해석할 거야. 하지만 3) 과정, 즉 행정청이 불법 체류 사실을 '품행 미단정'에 포섭한 판단에 대해서는 심사하지 않고 행정청의 판단을 인정해줄거야. 만약 설명이 어려워도 꼭 참고 좀만 더 힘내자…!

(3단락)

①판단 수권설은 불확정 법 개념의 해석에 행정청의 선택권이 인정될 수 없으므로 하나의 올바른 결정만이 존재한다고 본다. ②불확정 법 개념은 그것을 적용할 때 그 시대의 사회·경제·기술 분야의 평균적이고 지배적인 견해에 따라 특정한 내용으로 구체화할 수 있다고 본 것이다. ③따라서 이 입장에 따르면 행정청의 판단 여지는 입법자인 의회가 행정청에 불확정 법 개념의 판단에 관한 권한을 부여한 경우에만 예외적으로 인정될 수 있다. ④행정청의 판단 여지는 불확정 법 개념에 내재하는 것이 아니라 입법자의 수권*에 근거하고 있는 판단 수권*이라는 것이다.

*수권: 일정한 자격, 권한, 권리 따위를 특정인에게 부여하는 일.

- ① 이번엔 **판단 수권설**. 판단 여지설과 어떻게 **대립**하는지 확인하며 읽어야겠지? 불확정 법 개념 해석에 하나의 결정만 존재한 대. **인과**가 쓰였고 하나의 결정만 존재하는 이유는 행정청의 선택권이 인정될 수 없기 때문.
- ② 위 문장을 **부연 설명**하고 있어. 불확정 법 개념을 적용할 때 그 시대의 지배적 견해에 따라 특정 내용으로 구체화해서 적용할 수 있다고 보았다. 불확정 법 개념을 적용할 때 행정청에서 다양하게 판단할 이유가 없다는 거지.
- ③ 불확정 법 개념에 대한 행정청의 광범위한 판단권이 **예외적으로** 인정되는 경우를 말하고 있어. **입법자(국회)**가 불확정 법 개념의 판단에 관한 권한, 즉 ①문장에서 말한 법 개념의 해석에 대한 행정청의 **선택권을 부여한** 경우에만 인정!
- ④ 판단 여지를 인정하는 것은 판단 **수권**, 즉 판단 여지를 행정청에게 부여할 수 있는 **국회의 권한**이라고 설명한 거야.

판단 여지설과 판단 수권설을 간단하게 대립해서 정리해보자. 법원이 행정청의 불확정 법 개념에 대한 해석 및 적용을 심사하는 경우, 법원이 바로 행정청의 판단 여지를 인정해주면 판단 여지설. 국회에서 행정청의 판단 권한을 부여한 경우에만 법원에서도 인정할 수 있다는 것이 판단 수권설.

이번에는 아까 외국인 귀화 거부 관련 소송에서 법원이 판단 수권설을 따를 때 어떻게 판결할지 따져보자. **국회에서 '품행 미 단정'이라는 불확정 법 개념 해석 및 판단에 행정청의 판단 권한을 부여했다면**, 법원에서도 아까와 마찬가지로 귀화 거부에 대한 행정청에 판단을 인정할 거야. 그러나 **국회에서 행정청의 판단 권한을 부여하지 않았다면**, 행정청이 불법 체류 사실을 '품행 미 단정'이라는 불확정 법 개념에 포섭한 판단을 인정하지 않을 거야. 그러면 귀화를 거부한 행정청의 판단이 취소되어 소송을 제기한 외국인은 우리나라 국민이 될 수 있을까? **(가)지문까지 고려**해서 판단해보자. '대한민국 국적을 취득한 사실이 없는 외국인의 귀화 신청을 받아 귀화 요건을 갖추었는지 심사 후 그 요건(국적법 제5조)을 갖춘 경우(A에 해당하면), 법무부장관은 귀화를 허가할 수 있다.(B를 할 수 있다)' 라는 조건문 형태로 쓰인 국적법 제4조는 바로 **재량 행위**야! (가)지문 3단락을 다시 보면 재량권이 주어진 목적에 벗어나지 않고, 재량권의 범위 내에서 행정 행위가 이루어진 경우, 법원은 귀화를 거부한 행정청의 **재량 행위의 위법성을 인정하지 않아**. 결국 **행정청의 귀화 거부 행위는 위법하지 않으므로, 귀화 거부 인정!** 3점짜리 <보기>문제에서 물어볼 거 같지 않니? ㅎㅎ (이 예시 쓰느라 실제 법원 판례까지 찾아가며 주말 내내 머리를 싸맸어...)

(4단락)

①행정청의 판단 여지 인정 여부는 행정의 탄력성과 국민의 권익 구제를 고려하여 엄격하게 해석해야 한다. ②일반적으로 시험 및 평가 등에 대한 교육적인 판단, 주택 시장 변화에 대한 예측 등과 같은 고도의 전문성이 필요한 행정 영역에서는 행정청의 판단을 존중해야 할 필요가 있다.

- ① 불확정 법 개념(=추상적인 법 개념)이 포함된 법률 요건에 대한 행정청의 판단 여지(=광범위한 판단권)를 인정할지 말지 법원이 판단할 때에는 **행정의 탄력성과 국민의 권익 구제를 고려**해 엄격하게 해석해야 한다.
- ② 특정 행정 영역에서는 행정청의 판단 여지를 인정할 필요가 있다고 하며 글을 마치고 있어. 이제 끝!