

## I. 판단여지

오늘날 다수설인 판단수권설에 따르면 행정청의 판단여지는 불확정법개념의 포섭과정에서 주어진다. 확인된 사실관계가 법률요건을 충족시키는지 여부는 인식작용으로서 하나의 올바른 판단을 전제로 한다. 예를 들어 특정 신의료기술의 안전성·유효성 여부가 문제가 되는 경우에 '안전성·유효성의 인정'과 '안전성·유효성의 부정'의 두 가지 판단이 동시에 가능한 것이 아니라, 둘 중에 하나의 판단만이 옳으며 또한 허용되는 것이다. 포섭에 있어서 하나의 올바른 판단에 대한 최종적 인식의 권한은 일반적으로 법원에게 주어지나, 법률요건에 불확정법개념이 사용된 경우에는 행정의 전문성과 책임성, 경험, 행정조직의 구성 등을 고려하여 예외적으로 행정청에게 마지막 인식의 권한이 부여된다는 것이 판단여지의 이론의 핵심이다. 행정청은 유일하게 적법하다고 판단되는 결정에 도달하기 위하여 주어진 법률요건의 의미를 철저히 파악하여야 하나 한계적인 상황에서는 의심이 발생할 수 있다. 판단여지란 그 의심이 근거가 있고, 행정청에 의하여 내려진 결정이 타당하다면 법원이 행정청의 판단을 적법하다고 수인하는데 있다. 독일의 실무에서 판단여지가 인정되는 대표적인 경우들로 ① 비대체적 결정, ② 합의제 행정기관의 구속적 가치평가, ③ 예측결정, ④ 행정정책적인 결정 등이 있다. 판단여지가 인정되어 사법심사가 제한되는 경우에 있어도 법원은 ① 합의제 행정기관이 적법하게 구성되었는지 여부, ② 법에서 규정된 절차의 준수여부, ③ 일반적으로 인정된 평가기준이 준수되었는지 여부, ④ 사안과 무관한 고려 내지는 자의성 개입 여부에 대하여 심사를 하여야 하며, 이러한 한계를 넘는 경우에는 행정청의 결정은 위법하게 된다.

- 정하중, 행정법개론 11판-

[참고로 대법원은 판단여지를 행정재량으로서 인정한다. 즉, 법률효과뿐 아니라 법률요건에도 재량을 인정한다.]

## II. 재량행위, 기속행위

법률효과에 재량을 인정하는 행정행위가 재량행위, 그렇지 않을 때 기속행위라고 한다.

기속행위일 때엔 근거법문언에 의해서만 처분을 해야하고, 재량행위일 때엔 근거법문언의 요건 만족했을 때에도 행정청이 재량에 따라 처분을 할 것인지 선택할 수 있다. 단, 재량의 한계 위반이 없게끔 한다.

### 1. 재량의 한계 위반 종류

1) 재량의 0으로 수축 (생명, 신체 등 중대한 법익에 대한 구체적 위해가 존재하는 경우)

대표적으로 경찰직무법 조항이 이에 해당한다. 경찰직무법에는 '경찰권을 행사할 수 있다'로 재량행위로 적혀있으나 국민의 신체에 중대한 법익에 구체적 위해가 존재하면 재량이 0으로

수축하여 기속행위로 전환된다.

## 2) 확약 및 사전결정에 반하는지 여부

말 그대로 확약 및 사전결정이 있다면 어기면 안된다.

## 3) 신의성실원칙, 실권의 법리, 신뢰보호원칙 위반 여부

신의성실원칙 : 소급적용금지원칙에 후술

신뢰보호원칙 : 행정청의 구체적 의사표시가 있고, 상대방이 이를 신뢰하고, 상대방이 신뢰에 입각하여 행동을 하였고, 이 사이에 인과관계가 있으며, 선행 의사표시와 반대되는 처분을 하면 신뢰보호원칙 위반에 해당한다.

## 4) 재량의 하자 (재량의 일탈, 비례원칙, 평등원칙, 자기구속원칙, 부당결부금지의 원칙 위반 등)

비례원칙 : 수단의 적절성(목적 달성에 적절한지), 필요성 (최소침해 수단인지), 상당성 (침해되는 국민 사익이 달성하고자 하는 공익보다 작은지)

### III. 소급적용금지원칙

#### 1. 개념

행정청은 이미 종결된 사안에 대하여 신법을 적용하여 행정처분해선 안된다.

소급적용엔 진정소급적용과 부진정소급적용이 존재한다. 소급입법과 유사하게 진정소급적용은 원칙상 금지되고, 부진정소급적용은 허용된다. 단, 진정소급적용이라 할지라도 국민에게 유리한 경우엔 허용된다.

#### 2. 신의성실원칙

행정기본법 제 11조 : ① 행정청은 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다.

이에 따라 행정청의 불성실로 인해 국민의 법적지위가 악화되는 것은 금지된다.

만약 국민이 적법한 신고 혹은 허가 신청을 하였는데 행정청의 불성실로 인하여 처리가 지연되었고, 그 중 법령개정이 일어나 신고 혹은 허가 신청이 부적법하게 되었다고 하자. 이 때, 부진정소급적용은 제한된다. 신의성실원칙이 이를 제한하는 것이다.

## IV. 행정입법

### 1. 위임명령

위임명령이란 상위 법령의 수권에 따라 만들어지는 법규명령을 말한다. 그 형식은 대통령령, 부령 등이다.

위임명령의 한계는 다음과 같다.

#### 1) 수권상의 한계

##### i) 포괄적 위임의 금지

(a) 헌법 제 75조에 의하면 구체적으로 정한 범위 내에서만 개별적 위임이 가능하다. (b) 구체적인 범위는, “법률 규정에 의하여 위임된 법규명령으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라 도 당해 법률로부터 법규명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하고, 예측가능성의 유무는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토해야 한다.”

ii) 재위임의 금지 “법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 복위임금지 원칙에 반할 뿐 아니라 위임명령의 제정 형식에 관한 수권법의 내용을 변경하는 것이 되므로 허용되지 않으나, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정 사항을 범위를 정하여 하위 법령에 다시 위임하는 경우에는 재위임이 허용된다.”

#### 2) 제정상의 한계

##### i) 법률유보의 원칙 및 의회유보의 원칙

“헌법은 법치주의를 기본원리로 하고 있으며 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용으로 하고 있는데, 오늘날 법률 유보원칙이란 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 한다는 것까지 내포한다.”

##### ii) 법률우위의 원칙

소극적 의미의 법률적합성의 원칙으로서, 법치주의 하에서 행정주체의 모든 행정작용은 그를 규율하는 상위 법률에 위배되어서는 안 된다.

## 2. 행정규칙

행정규칙은 행정청 내부의 규율을 위한 것. 따라서 이는 법은 아니다. 훈령, 공고 등이 행정규칙에 해당한다. (대표적으로 경찰청 훈시 - 음주운전자에 대한 면허정지 기준 등)

[법에서는 '면허정지 혹은 취소 할 수 있다'로 재량으로 되어있음. 즉, 이에 대한 재량권을 행사하기 위한 기준이라고 보면 된다.]

## 3. 행정규칙 형식의 법규명령, 소위 재량준칙

그 형식이 대통령령 혹은 부령이나 그 내용은 재량권 행사에 대한 기준 등인 것을 말한다. 상위법령 수권이 있을 시엔 당연히 그 형식에 따라 위임명령으로 보는 것이 옳다.

그러나 판례는 별다른 이유 없이 대통령령은 법규명령으로 보나, 부령은 행정규칙으로 보고 있어 학계의 비판을 받고 있다.

## 4. 법규명령 형식의 행정규칙, 소위 법령보충규칙

형식은 훈령, 공고 등인데 상위법령의 수권을 받아 제정된 경우를 말한다. 상위법령의 수권을 받은 행정입법은 대외적 구속력이 발생하는 바, 법규명령으로 보는 것이 타당하다. 행정기본법도 이와 같은 형식을 법의 일종으로 인정하였다.