creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사논문

프랑스 월권소송에서 재량통제에 관한 연구

— 개별 행정행위에 대한 심사기준과 심사강도를 중심으로 —

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

강 화 연

프랑스 월권소송에서 재량통제에 관한 연구

— 개별 행정행위에 대한 심사기준과 심사강도를 중심으로 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학박사논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

강 화 연

강화연의 박사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

민주법치국가에서 국가의 행정권력을 어떻게, 어디까지 감시 · 통제할 수 있는지, 국가 권력이 개인의 이익을 위법하게 침해하는 경우 이를 어떻게 구제할 것인지에 관한 고민은 행정법학의 시작이자 존재 이유이고, 아직 해결되지 않은 숙제이기도 하다. 프랑스는 최고행정재판소인 꽁세유 데따(Conseil d'État)를 주축으로 장기간 행정소송 제도를 안정적으로 운용함으로써 행정권력의 위법한 재량권 행사를 통제해 왔다. 월권소송(le recours pour excès de pouvoir) 판례를 매개로 재량행위의 위법 여부를 판단하는 심사척도로서의 '취소사유'(le moyen d'annulation)와 위법성 심사를 얼마나 강하게 또는 약하게 할 것인지를 결정하는 심사강도에 관한 고유한 법 이론이 상당히 축적되었다. 재량행위에 대한 재판상 통제에 있어서 프랑스 행정재판소의 주된 고민은 행정의 자율성과 전문성 존중을 위해 과도한 개입을 자제하여야 한다는 요청과 위법한 행정행위를 시정하여야 한다는 과제 간의 충돌을 어떻게 조율할 것인지이다. 이러한 행정재량의 존중과 행정의 적법성 보장 간의 적절한 조율은 비단 프랑스뿐 아니라 우리나라를 비롯한 전 세계 국가들의 공통 과제이기도 하다. 프랑스에서의 개별 재량행위에 대한 재판상 통제이론의 변화과정과 최근 동향을 살펴봄으로써 우리나라의 재량통제 체계를 더 깊이 성찰하고, 나아가 행정소송에서의 재량통제 발전을 위한 시사점을 얻는 것이 이 연구의 목적이다.

프랑스에서는 모든 행정행위에는 그 행위를 발령하게 된 처분이유 · 동기가 된 기초사실인 '사실문제'를 어떻게 법적으로 평가할지에 있어 다소간의 재량권이 보장되어 있다고 본다. 19세기 말까지는 월권소송은 행정주체가 법을 제대로 적용하였는지에 관한 '법률문제'만 판단하여야 하므로 사실문제에 관한 재량 행사는 행정 고유의 영역이고 재판에서 위법

성을 심사받을 수 없다는 인식이 주를 이루었다. 그리하여 명백한 법률 문제, 즉 행위의 권한 · 절차 · 형식 등 외형상 문제가 있는 경우에만 위법성 심사가 이루어지고 사실문제인 실체적 내용이 위법한 경우에 관해서는 본격적인 위법성 심사가 이루어지지 않았다. 이후 20세기부터 위법한 행정행위에 의한 기본권 침해에 대한 문제의식이 확산되었고, 그 결과 재량통제의 지평이 행위의 내용과 동기 등 실체적 내용까지 넓어졌다. 그 바탕에는 재량의 행사 자체에는 행정청의 자유로운 결정권이 보장된다고 하더라도 그 재량 행사의 기초가 된 사실관계의 파악에 잘못이 있는 경우에는 위법성 통제가 가능하다는 인식의 변화가 있었다. 이러한 변화를 바탕으로 프랑스 행정재판소에서의 재량통제는 소송요건 단계에서 재량에 관한 월권소송의 대상적격을 확대하여 심사가능성을 넓히는 대신, 본안 단계에서 심사강도를 조절하여 행정재량을 존중하는 방향으로 발전되어 왔다.

월권소송의 위법성 심사기준인 취소사유는 꽁세유 데따 판례를 통해 순차적으로 형성되었다. 꽁세유 데따는 장기간에 걸쳐 월권소송 판례에서 취소사유를 추가 및 발전시키며 심사의 범위를 행위의 외적 형식에 대한 심사에서 실체적 내용에 대한 심사로, 그리고 법률문제에 대한 통제에서 사실문제에 대한 통제로 점차 확장하였다. 특히 1910년대에 들어 '처분이유'(le motif)에 관한 취소사유에 있어서 큰 변화가 있었다. 종래 꽁세유 데따는 행정주체가 행위의 근거 법률을 적용하는 데 오류를 범한 '법 오류'(l'erreur de droit)만 취소사유로 인정했다. 1914년 고멜(Gomel) 판결에서 최초로 사실관계가 법률요건에 해당하는지에 관한 포섭, 즉 불확정개념의 해석 및 적용에 오류가 있는 경우인 '사실에 대한 법적 평가'(la qualification juridique des faits)에 관한 재량통제를 시작하였다. 그로부터 2년 후인 1916년에는 까미노(Camino) 판결을 통해 사실관계의 정확성에 오류가 있는 '사실오인'(l'erreur de fait)을 취소사유로 인정한다. 이 두 판결에서 사실문제도 월권소송의 심사대상으로 포용하는 중대한 태도의 전환이 있었다.

이후, 행정재판소는 사실에 대한 법적 평가의 오류 심사를 확대하면서 사안에 따라 위법성의 심사강도를 유연하게 조절하였다. 이러한 심사강도의 분화 경향은 꽁세유 데따가 1950-1960년대경 몇몇 사안에서 심사강도를 약화시켜 '제한심사'(le contrôle restreint)를 하면서 본격화되었다. 대회에서의 채점 · 공무원에 대한 직무평정 · 외국인에 대한 추방과 같이 꽁세유 데따가 과거에 위법성 심사가 부적절한 영역으로 보아 심사하지 않던 문제에 관해 재량통제를 확대하면서 그 대신 행정청의 판단에 '명백한 평가의 오류'(l'erreur manifeste d'appréciation)가 있는 경우에만 위법하다고 판단하는 것으로 강도를 약화한 것이다. 최근에는 경찰행정 · 징계 등 침익적 행정행위의 위법성 심사에 적용되는 '비례성 심사'(le contrôle de proportionnalité), 도시개발 등 계획행정에 활용되는 '대조표 심사'(le contrôle du bilan)를 통해 행정청의 효과재량 단계의 판단에 관해 재량행위의 내용이 적절하게 결정되었는지까지 심사강도를 강화하기도 한다.

프랑스에서의 재량통제 이론은 우리나라 행정소송에서의 재량행위에 대한 통제권의 확장과 행정의 적법성 보장에 있어서 다음과 같은 시사점을 제공해준다. 첫째, 프랑스의 주류적 견해가 요건재량과 효과재량을 특별히 구별하지 않는다는 점은, 요건재량과 효과재량을 구별하는 전제에서 '판단여지'의 개념을 인정할 것인지 여부에 집중되어 온 기존 우리나라 통설의 효과재량론을 극복할 수 있는 새로운 시각을 제시한다. 둘째, 모든 행정행위를 의무적으로 재량행위와 기속행위 중 하나로 양분하고 양자 간 위법성 심사방법을 달리하는 우리의 관행과 비교해 보면, 행정행위에 재량권과 기속의무가 동시에 존재할 수 있음을 인정하고 재량권과 기속의무의 위법성 심사를 특별히 달리하지 않는 프랑스식 재량통제 체제는 재량권 행사의 현실에 보다 적합하여 운용이 용이하다는 강점이 있음을 알 수 있다. 셋째, 개별 행정분야마다 심사강도를 약화하거나 때로는 강화해 온 프랑스의 재량통제 사례를 참고하는 것은 앞으로 개별 분야에서 우리나라 고유의 재량통제 이론체계를 발전시켜 나가는 데 도움이 된다.

주요어 : 재량행위, 재판상 통제, 취소사유, 월권소송, 꽁세유 데따, 불확정개념, 심사기준, 심사강도, 대조표 심사, 명백한 평가의 오류 심사, 비례성 심사

학 번 : 2015-31073

대 목 차

국문초록 ····· i
약어표 ····· xii

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 8

제1장 예비적 고찰 ····· 11
제1절 월권소송 ····· 12
제2절 재량 ····· 22
제3절 심사기준과 심사강도 ····· 36
제4절 소결 ····· 58

제2장 재량행위에 대한 심사기준 ····· 59
제1절 개설 ····· 59
제2절 외적 위법성 ····· 66
제3절 내적 위법성 ····· 86
제4절 소결 ····· 109

제3장 재량행위에 대한 심사강도 ····· 112
제1절 개설 ····· 112
제2절 심사강도의 유형 ····· 112
제3절 심사강도의 변화 ····· 169
제4절 심사강도의 결정요소 ····· 181

제4장 우리나라에 대한 시사점 ····· 190
제1절 개설 ····· 190

제2절 효과재량설의 극복 ····· 191
제3절 재량권 일탈 · 남용이론의 재고 ····· 195
제4절 심사강도의 다양화 ····· 199
제5절 소결 ····· 214

제5장 요약 및 결어 ····· 216
제1절 요 약 ····· 216
제2절 결 어 ····· 222

참고문헌 ····· 224

Résumé ····· 236

목 차

국문초록 ····· i
약어표 ····· xii

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 8

제1장 예비적 고찰 ····· 11
제1절 월권소송 ····· 12
Ⅰ. 의의 ····· 12
Ⅱ. 특징 ····· 16
Ⅲ. 대상 ····· 19
제2절 재량 ····· 22
Ⅰ. 재량의 개념 ····· 22
Ⅱ. 사실에 대한 법적 평가 ····· 26
Ⅲ. 재량에 대한 재판상 통제와 한계 ····· 31
제3절 심사기준과 심사강도 ····· 36
Ⅰ. 문제의 소재 : 양자의 관계 ····· 36
Ⅱ. 심사기준 ····· 36
1. 의의 ····· 36
2. 종류 ····· 38
3. 특징 ····· 46
Ⅲ. 심사강도 ····· 49
1. 의의 ····· 49
2. 종류 ····· 52
제4절 소결 ····· 58

제2장 재량행위에 대한 심사기준 ····· 59
제1절 개설 ····· 59
Ⅰ. 1800년경~1910년경 : 법률에 대한 통제의 시작 ····· 60
Ⅱ. 1910년경 이후 : 사실에 대한 통제로의 확장 ····· 64
제2절 외적 위법성 ····· 66
Ⅰ. 무권한 ····· 66
1. 의의 ····· 66
2. 내용 ····· 68
Ⅱ. 절차위반 · 형식위반 ····· 71
1. 의의 ····· 72
2. 내용 ····· 74
3. 효과 ····· 85
제3절 내적 위법성 ····· 86
Ⅰ. 권한남용 ····· 87
1. 의의 ····· 87
2. 특징 ····· 88
3. 내용 ····· 89
Ⅱ. 직접적인 법률 위반 ····· 93
1. 의의 ····· 93
2. 내용 ····· 94
Ⅲ. 처분이유의 위법 ····· 97
1. 의의 ····· 97
2. 유형 ····· 97
제4절 소결 ····· 109

제3장 재량행위에 대한 심사강도 ····· 112
제1절 개설 ····· 112
제2절 심사강도의 유형 ····· 112
Ⅰ. 제한심사 ····· 112

1. 명백한 평가의 오류 심사 ····· 113
2. 심사의 면제 ····· 129
Ⅱ. 보통심사 ····· 134
1. 의의 ····· 134
2. 내용 ····· 136
3. 비례성 심사 ····· 140
4. 대조표 심사 ····· 148
Ⅲ. 검토 ····· 158
1. 요건재량과 효과재량의 구별 ····· 158
2. 최대심사의 인정 여부 ····· 163
3. 심사강도의 비교 ····· 166
Ⅳ. 소결 ····· 168
제3절 심사강도의 변화 ····· 169
Ⅰ. 외국인의 추방 ····· 171
Ⅱ. 징계 ····· 175
Ⅲ. 청소년 유해서적, 유해 외국서적의 출판금지 ····· 180
제4절 심사강도의 결정요소 ····· 181
Ⅰ. 객관적 요소 ····· 182
1. 법 문언 ····· 182
2. 개별 행정분야의 특징 ····· 184
3. 기타 요소 ····· 185
Ⅱ. 주관적 요소 ····· 185
1. 통제를 자제하는 경우 ····· 186
2. 통제를 강화하는 경우 ····· 187
Ⅲ. 소결 ····· 189

제4장 우리나라에 대한 시사점 ····· 190
제1절 개설 ····· 190
제2절 효과재량설의 극복 ····· 191

Ⅰ. 요건재량과 효과재량의 구별 ····· 191
Ⅱ. 재량의 본질에 대한 재인식 ····· 194
제3절 재량권 일탈 · 남용이론의 재고 ····· 195
Ⅰ. 용어의 모호성 ····· 195
Ⅱ. 행위 차원 논의의 한계 ····· 196
Ⅲ. 권한 차원 논의로의 전환 ····· 197
제4절 심사강도의 다양화 ····· 199
Ⅰ. 불확정개념의 해석 · 적용에 대한 심사강도의 약화 ····· 199
1. 논의 상황 ····· 199
2. 권력분립상 한계 차원의 당위성 ····· 202
3. 법관의 심리 및 판단능력 차원의 필요성 ····· 205
Ⅱ. 심사강도 강화의 모색 ····· 206
1. 기본권 관련 사안에 관한 사법심사 강화 ····· 206
2. 심사강도의 탄력성 ····· 212
3. 재량통제 이론 발전의 필요성 ····· 213
제5절 소결 ····· 214

제5장 요약 및 결어 ····· 216
제1절 요 약 ····· 216
제2절 결 어 ····· 222

참고문헌 ····· 224

Résumé ····· 236

표 목 차

표 1 : 라페리에르의 분류법 ····· 41
표 2 : 가지에의 분류법 ····· 42
표 3 : 행정행위의 구성요소와 취소사유 ····· 45
표 4 : 재량의 결정단계 · 행정재판소의 심사내용 · 취소사유의 관계 ····· 98
표 5 : 프랑스의 개별 재량행위에 대한 심사강도의 유형 ····· 168

그 림 목 차

그림 1 : 프랑스에서 재량의 행사과정 ····· 27
그림 2 : 우리나라에서 재량의 행사과정 ····· 158

약 어 표

AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
AJDA	Actualité juridique droit administratif
APT	Administration Publique (Trimestriel)
c.	contre
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'État
CE, ass.	Conseil d'État, assemblée du contentieux
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CE, sect.	Conseil d'État, section du contentieux
CC	Conseil constitutionnel
Con.	Conclusion
EDCE	Études et document du Conseil d'État
F.	Fascicule
L.	Loi
R.	Règlement
RA	La Revue administrative
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil Lebon
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RGA	Revue générale d'administration
RJE	Revue juridique de l'environnement
RFDA	Revue française de droit administratif
TA	Tribunal administratif

연구의 목적

민주법치국가에서 강력한 국가의 행정권력을 어떻게, 어디까지 감시·통제할 수 있는지, 국가 권력이 개인의 이익을 위법하게 침해하는 경우 이를 어떻게 구제할 것인지에 관한 고민은 행정법학의 시작이자 존재 이유이고, 아직 해결되지 않은 숙제이기도 하다. 대부분의 현대 민주주의 국가들은 행정에 대한 외부적 통제 기능을 수행하기 위해 행정소송 제도를 구축하여 이를 통해 공권력의 행사로 인해 자신의 권리 내지 이익을 침해받은 개인을 보호하고 있다.[1] 행정부로부터 독립된 사법부가 담당하는 행정소송 제도는 민주법치국가의 기초가 되는 권력의 분립과 견제, 그리고 실질적 법치주의 실현의 핵심이 된다. 그런데 이 행정소송에는 민·형사소송과는 구별되는 특징이 있다. 바로 사법부가 행정재량을 과도하게 침해하지 말아야 한다는 것이다. 행정소송에서는 행정주체가 어떤 결정이 공익에 부합하는지 자율적으로 판단하고 행정 내부의 책임으로 공익을 실현할 수 있는 재량이 일정 정도 존중될 필요가 있기 때문이다.

행정부의 활동은 여러 가지 대립되는 이익과 갈등 상황을 동시에 고려하여야 하고 때로는 정치적이고 전략적인 판단을 내려야 하기도 한다. 따라서 자율적인 행정활동의 영역에 대한 보장은 필수적이다. 행정재량의 일환으로 행하여진 행정부의 활동에 대하여 사후적으로 사법부가 법의 잣대를 엄격하게 들이댄다면 행정은 경직되고 소극적 태도로 전환될 우려가 있다. 법원이 행정소송에서 행정의 자율적 책임의 영역을 보장하여야 하는 이유이다. 그러나 다른 한편, 그 행정재량이 법에서 정한 재량의 범위를 일탈하였거나 재량권이 남용되는 경우에는 위법한 재량행위가 된다. 이는 사법부에 의한 재량통제의 대상이 된다. 행정소송은 행정부의 재량을 보장하면서도 이를 법치주의의 경계 내에서 통제하여야 하는 이

---

[1] Braibant et al., Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens : Étude comparative, 1973, pp. 281-282.

중적인 역할을 떠안고 있다. 이러한 행정소송의 특수성이 잘 드러나는 것은 행정소송의 소송요건 심사 단계보다는 본안심리 단계에서다. 본안심리 단계에서도 위법성 심사기준의 결정과 심사강도의 선택의 문제는 행정소송의 행정재량에 대한 이중적 접근방식이 가장 잘 드러나는 영역이다. 위법성 심사기준의 결정이란 사법부가 어떠한 객관적 척도로 행정재량의 위법을 통제할 것인지의 문제이다. 심사강도의 선택이란 재량의 위법성 판단을 어느 정도로 엄밀하게 할 것인지를 결정하는 것이다.

우리 법원의 실무에서도 종종 행정청의 고유한 판단에 대한 司法的 관점에서의 적법성 판단의 어려움이 드러난다. 대표적 사례가 공무원이나 교원에 대한 징계 분야로, 행정조직 내부에서 이루어지는 인사 결정이라는 특수한 성격이 있기 때문이다. 대법원은 징계처분이 "사회통념상 현저하게 타당성을 잃어" 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있다고 하면서 징계재량을 존중하여 심사강도를 약화한다는 원칙을 반복하여 설시한다.[2] 그러면서도 실제 사안에서 위 원칙을 적용하여 재량의 하자를 판단함에 있어서는 행정청의 판단을 존중하기보다는 독자적으로 사실을 인정하고 행정청의 판단을 대체하여 징계가 과도하였는지 판단하는 등 실제로는 심사강도를 강화하는 경우가 적지 않다. 원심과 대법원에서 심사강도를 원칙과 동일하게 유지할지 아니면 특별히 약화할지에 있어 판단이 달라지면서 원심과 대법원의 최종 결론이 달라지는 결과로 이어지기도 한다.

性 관련 비위행위를 이유로 교원을 징계한 최근의 두 가지 사례를 통해 이 점을 보다 구체적으로 살펴본다. 교육부는 성범죄에 대한 사회적 비난이 높아지는 분위기에서 징계에 관한 행정규칙의 성격을 갖는 「교육

---

2) "공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었는지는 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 한다." 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019두48684 판결, 2011. 11. 10. 선고 2011두13767 판결 등.

공무원 징계양정 등에 관한 규칙」 제2조 제1항 별표 징계기준을 강화하고,[3] 비위를 저지른 교원들에게 파면 · 해임 등 강력한 징계조치를 단행했다. 이에 따라 징계대상이 된 교원들이 교원소청심사위원회를 거쳐 법원에 징계처분 취소소송을 제기하는 사례가 빈번하다. 최근에는 공립 초등학교 교감인 원고가 여성 택시기사를 강제추행하여 해임처분을 받고 취소소송을 제기한 사례가 있다. 이 해임처분은 성폭력 행위에 대한 징계수준을 최소 해임으로 정한 위 별표를 따른 것이었다. 이 사건 원심[4]은 원고에 대한 해임이 행정청 내부의 징계양정 기준에 따른 것임에도 불구하고 법원의 독자 판단을 거쳐 행정청의 징계양정은 징계재량권을 일탈 · 남용하여 위법하였다는 이유로 해임을 취소하였다.[5] 원심은 판결 이유에서 "제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다"고 하면서 이 사건의 경우 위 징계양정 규칙 외에도 "피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위 태양, 주위의 객관

---

3) 2015. 4. 9. 교육부령 제61호로 「교육공무원 징계양정 등에 관한 규칙」이 개정되어 제2조 제1항 별표의 징계양정 기준이 대폭 강화되었다. 공무원이 성폭력을 범한 경우 "비위의 정도가 심하고 중과실인 경우 또는 비위의 정도가 약하고 고의가 있는 경우"에는 공무원을 파면(2022. 12. 12. 개정 전의 구 제2조 제1항 별표에서는 해임)하도록 하고, "비위의 정도가 심하고 경과실인 경우" 또는 "비위의 정도가 약하고 중과실인 경우"에는 파면-해임(위 구 별표에서는 강등-정직)하도록 하며, 비위의 정도가 약하고 경과실인 경우에는 해임(위 구 별표에서는 감봉-견책)하도록 규정하였다. 또한, 2019. 3. 18. 교육부령 제178호로 개정된 동 규칙에서는 공무원이 미성년자 또는 장애인을 성희롱한 경우에 관한 징계양정을 신설하면서 "비위의 정도가 심하고 경과실인 경우" 또는 "비위의 정도가 약하고 중과실인 경우" 해임-강등(2019. 3. 18. 개정 전 구 제2조 제1항 별표의 경우 강등-정직)을 하도록 기준을 강화하였다.

4) 광주고등법원 2019. 7. 11. 선고 2019누10176 판결.

5) 원심은 징계권자가 징계양정에 있어 원고가 순간적 · 우발적으로 한 범행인 점, 옷 위로 옆구리와 가슴을 만져 추행의 정도가 심하지는 않은 점, 피해자의 고령과 피해자가 원고에 대한 처벌불원의사를 표시한 점에 비추어 피해자의 충격이 크지 않았던 것으로 보이는 점, 원고는 평소 여러 차례 표창을 받아 근무태도가 훌륭하였던 점 등의 재량고려사유(정상참작사실)를 고려하여야 하였음에도 이를 고려하지 아니하여 징계재량권의 일탈 · 남용이 인정된다고 판시하였다.

적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 함께 고려해야 한다"는 독자적 판단기준을 밝혔다.

대법원[6]은 위 해임처분이 징계재량 남용이 아니라고 보아 원심판결을 파기환송하였다. 판결이유를 보면, "징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정하는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있다."고 하면서 행정청 내부 징계양정기준에 따른 징계처분이 내려진 경우 "징계양정기준이 합리성이 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다고 섣불리 판단하여서는 아니 된다."고 하여 징계처분의 내용에 관하여 심사강도를 낮추어야 한다고 판시한다. 그러면서도 원고 행위의 내용 및 정도, 원고가 교단에 복귀할 경우 학생들의 헌법상 교육권 침해가능성 등을 판단하고 비교형량함에 있어 행정청의 판단을 존중하지 않고 독자적으로 판단한다.[7]

보다 최근의 사례를 살펴본다. 사립학교 교수[8]인 원고가 소속 학과 여학생들에게 성희롱 및 강제추행을 하여 해임된 사안에서, 원심[9]은 "각 발언이 이루어진 상황, 각 발언의 맥락, 구체적인 내용이나 수위 내지 정

---

6) 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019두48684 판결.

7) 대법원은 원고의 행위가 심야에 피해자의 택시에 승객으로 탑승하여 운전 중이던 피해자의 성적으로 민감한 신체 부위를 기습적으로 만지는 방법으로 강제추행한 것으로서, 당시 피해자는 상당한 정신적 충격과 성적 수치심을 느낀 나머지 택시운행을 중지하고 원고에게 즉시 하차를 요구한 점 등을 근거로 재량권의 일탈 · 남용을 인정하였다.

8) 사립학교 교원에 대한 징계의 위법성을 다투는 경우 사립학교 법인과 교원이 공법상의 권력관계에 있다고 볼 수 없으므로 징계에 처분성이 인정되지 아니하여 사립학교 교원은 징계의 효력을 행정소송을 통해 다툴 수 없다(대법원 1993. 2. 12. 선고 92누13707 판결 참조). 징계대상이 된 사립학교 교원은 학교법인을 상대로 민사소송절차에서 징계처분무효확인소송을 제기하거나 교원소청심사위원회에 소청을 제기할 수 있다. 소청절차를 통해 교원소청심사위원회의 결정이 내려진 경우 교원은 교원소청심사위원회의 결정을 원행정처분으로 삼아 이 결정의 취소를 행정소송으로 청구할 수 있다(위 92누13707 판결 참조). 행정소송에서 학교법인의 징계재량권 남용을 판단하는 경우 법원은 사립학교와 국 · 공립학교와 특별히 달리 취급하지 않는다(대법원 1999. 8. 20. 선고 99두2611 판결 등).

9) 서울고등법원 2021. 12. 17. 선고 2021누30749 판결.

도, 각 행위의 내용 및 정도 등에 비추어 볼 때, 그 비위의 정도가 원고의 신분을 배제하고 원고를 대학으로부터 추방하여 연구자, 교육자로서의 지위를 박탈하는 결과에 이르게 할 정도로 중하다고 보기는 어렵다." 고 판단하면서 "사회통념상 현저하게 타당성을 잃어" 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정하였다. 대법원[10]에서는 그 반대로 대학교수로서의 지위, 원고가 장기간에 걸쳐 성희롱 발언을 반복한 점, 다시 교단에 복귀할 경우 학생들이 헌법상 교육을 받을 권리를 누리는 것에 지장을 받을 수 있다는 점, 종교적 이념에 입각한 해당 사립학교의 설립취지, 이 사건 규칙 제2조 제1항 [별표]의 교육공무원에 대한 징계와의 형평 등을 고려하여 볼 때 "사회통념상 현저하게 타당성을 잃지" 않았다고 하여 징계재량권 남용이 아니라고 하였다.

이렇듯 우리 실무에서는 징계재량에 관한 행정청의 독자적 판단을 존중하여야 한다는 일반적인 기준을 설시하면서도, 결국 구체적인 사안에의 적용에 있어서는 일반적인 재량권 남용에 관한 판단과 크게 다르지 않게 법원의 독자적인 심사기준에 따라 적극적으로 비례원칙 · 평등원칙 등을 적용하면서 상세히 위법성을 판단하고 있다. 그리하여 실제로 징계분야에서 법원이 행정재량을 존중하고 심사강도를 약화하고 있다고 단언하기는 쉽지 않다.[11] 분명한 것은 우리 실무에서도 점차 재량을 통제함에 있어 개별 사안에 따라 심사강도를 조절할 필요성을 인정해 나가고 있다는 점이다.

이러한 상황에서, 우리나라에는 독일, 프랑스, 미국을 중심으로 외국의 재량행위에 관한 사법심사에 관한 연구가 축적되어 왔다.[12] 이 중 프랑

---

10) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022두31136 판결.

11) 공무원에 대한 징계는 임용 · 승진 등의 결정에 비해 공무원 개인에 대한 침익적 성격이 강하므로 권익 보호의 필요성이 비교적 강하기 때문일 것이다. 이에 관하여는 후술하는 제4장 제4절 Ⅱ. 1. 가. '공무원 · 교원에 대한 징계' 참조.

12) 독일 행정소송에서의 재량통제와 우리나라의 비교에 초점을 맞춘 연구로 문병효, 규제재량과 행정법원의 통제, 공법학연구 제15권 제1호, 2001, 207-241면; 임성훈, 불확정개념의 해석 · 적용에 대한 사법심사에 관한 연구 : 한국 · 미국 · 독일법의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2011; 조원경, 행정소송에서의 불확

스의 취소소송에서 행정행위의 취소사유에 관한 선행 연구[13]는 연구의 초점을 프랑스 월권소송(le recours pour excès de pouvoir)에서 행정행위에 대한 취소사유에 두었다. 이 글에서는 2000년대 이후에 내려진 꽁세유 데따 월권소송 판례와 최근 학계의 논의를 보강하였다. 더불어 프랑스에서 월권소송에 적용되는 행정재량에 대한 사법심사의 '강도'에 관한 분석을 더하였다.

우리나라 대법원에서도 2002년부터 행정소송법의 개정을 추진하면서

정개념에 대한 사법심사강도 : 독일법 · 프랑스법 · 영국법 · 미국법의 비교법적 고찰을 통한 우리나라 판례의 검토, 서울대학교 법학석사논문, 2003 등이, EU 행정법에서의 재량에 관한 연구로는 장경원, EU 행정법상의 재량에 관한 연구, 행정법연구 제23권, 2009, 41-65면이 있다.

미국 행정소송에서의 재량통제, 특히 사법심사 기준과 강도에 관하여 연방행정절차법(Administrative Procedure Act) 제706조상의 심사기준과 쉐브론(Chevron) 판결과 스키드모어(Skidmore) 판결 등 특유의 '사법적 존중'(judicial deference)의 원칙을 연구한 김민호, 재량행위의 통제에 관한 미국의 최근판례분석, 성균관법학 제16권 제3호, 2004, 171-191면, 학위논문으로 김유환, 미국행정법에서의 규제법규해석과 규제재량통제 : 한국적 상황에서의 응용의 모색, 서울대학교 법학박사논문, 1992, 백윤기, 미국 행정소송상의 엄격심사원리(The Hard Look Doctrine)에 관한 연구 : 한국판례와의 비교분석을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 1995; 추효진, 미국 행정법상 '실질적 증거 심사'(substantial evidence test)에 관한 연구 : 행정에 대한 '존중'(deference)을 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 2013; 손태호, 행정소송상 법해석의 행정존중에 관하여 : 영미법상 논의를 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 2015; 신유리, 미국 행정법상 입법적 규칙과 비입법적 규칙의 구별에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 2017; 유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도에 관한 연구 : 미국의 판례이론과 그 시사점을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2019; 손호영, 비용편익분석에 대한 사법심사 기준 및 방법에 관한 연구 : 미국의 논의와 그 시사점을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2021 등이 있다. 영국 행정소송에서의 재량통제에 관한 연구로는 허이훈, 영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 2019 등이 있다.

프랑스에서의 행정재량과 행정소송에서의 위법성 심사에 관한 선행연구로는 김동희, 프랑스 행정법상의 행정행위의 개념에 대한 일고, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 2005. 238-277면; 이광윤, 프랑스법상 이유제시의무와 위법성 심사, 성균관법학 제27권 제4호, 2015, 247-269면이 있다. 학위논문으로는 홍준형, 프랑스 월권소송에 있어서 취소사유에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 1982; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001; 윤성운, 프랑스 행정법상 '행정으로서의 행정재판'에 관한 연구 : 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 2014 등이 있다.

13) 조춘, 위의 논문, 2001.

항고소송의 대상적격인 처분 개념을 확대하자는 논의가 이루어지고 있다. 이러한 논의 과정에서 대상적격을 폭넓게 허용하는 프랑스의 월권소송 제도가 많은 관심을 받아 왔다. 항고소송의 대상인 처분 개념이 넓어진다면 소송요건이 넓어져 국민이 자신의 권리 침해를 법원의 심리를 통해 구제받을 수 있는 길이 확대될 수 있을 것이다. 한편, 소송요건의 확대로 종전에 제한적으로 허용되던 행정소송이 본격적으로 확대될 경우 이를 본안 단계에서 어떻게 심리할 것인지 본격적으로 논의되어야 한다. 법원이 행정의 전문성과 효율성을 존중하면서도 행정에 대한 사법심사를 균형 있게 수행하여 국민의 권익 보호를 실현하기 위해서는 이에 관하여 예측 가능하고 객관적인 심사기준을 미리 확립해야 한다. 이러한 관점에서 앞으로 우리나라의 행정법 학계에서는 본안 단계에서 국내 행정과 사법의 현실 및 전 세계적 동향을 반영하여, 우리나라 고유의 사법심사 척도와 사법심사의 강도를 어떻게 설정하여야 할 것인지에 관한 논의가 더욱 활발해질 것으로 기대되는 바이다.

프랑스에서는 오랜 기간에 걸쳐 축적된 판례를 통하여 사법심사의 척도인 취소사유 체계를 발전시켰고, 그 과정에서 재량에 대한 통제범위를 법률심에서 사실심으로 확대하였다. 그 대신 본안에 대한 심사에서 사법심사의 강도를 제한하여 행정청의 판단을 존중하는 쪽으로 발전해 왔다. 최근에는 경찰 · 징계에 관하여 비례성 심사, 토지 강제수용에 있어서 대조표 심사를 도입하여 심사강도를 강화하는 경우도 있다. 이러한 프랑스에서의 개별 재량행위에 대한 이론의 변화과정과 최근 동향을 살펴봄으로써 우리나라의 재량통제 체계를 더 깊이 성찰하고, 나아가 우리나라의 행정소송을 통한 재량통제 기능의 발전을 위한 시사점을 얻는 것이 이 연구의 목적이다.

연구의 범위

프랑스 행정소송에서 개별 재량행위에 대한 '재판상 통제'(le contrôle juridictionnel)[14]를 고찰함으로써 우리나라의 행정소송에 대한 시사점을 얻기 위해서는 먼저 프랑스의 행정소송 제도와 재량통제 체계가 어떠한 역사, 정치구조, 사회적, 문화적 배경에서 형성되었는지에 관하여 그 나라의 관점에서 전반적인 이해가 이루어져야 한다. 해당 나라에서 어떠한 법 제도가 발생하고 발전하게 된 고유한 특성과 맥락에 대하여 고려하지 않고 그 제도를 일차원적으로 우리나라의 제도와 맞대응하여 비교하는 것은 완전한 비교법 연구라고 할 수 없기 때문이다.

따라서 우선 제1장에서는 예비적 고찰을 통하여 프랑스의 행정행위에 대한 재량통제 체제를 간략히 개관한다. 우선 프랑스에서 재량통제를 수행하는 소송 형태로 월권소송이 어떻게 형성되고 발전되어 왔는지, 재량통제에 관련한 프랑스 고유의 특징이 무엇인지에 관해 살펴본다(제1절). 다음으로 재량에 관하여 개념상 기속행위와의 구별, 재량의 행사구조, 재량에 대한 통제에 관하여 살펴본다(제2절). 그리고 재량의 위법성 심사기준인 취소사유 및 위법성 심사강도의 개념과 그 분류법, 구별의 실익 등에 관한 일반적 논의를 개관한다(제3절). 그리하여 이 논문에서 바탕하는 취소사유 분류체계와 심사강도 분류체계를 확정하고자 한다(제4절).

제2장에서는 재량행위에 대한 심사척도인 취소사유를 개별 취소사유 중심으로 다룬다. 먼저 위법성 심사기준으로서 프랑스 행정재판소 판례를 통해 취소사유들이 차례로 형성되고 정립되어 온 발전과정을 개관한다(제1절). 다음으로 개별 취소사유들에 초점을 맞추어 '무권한'(l'in-

---

14) 프랑스에서 'le contrôle juridictionnel'은 행정의 적법성에 대하여 객관 · 독립적인 기관이 판단한다는 의미에서 우리나라 행정소송에서 통용되는 표현인 '사법심사'와 대응될 수 있다. 그런데 프랑스에서 행정재판소는 사법부가 아니라 행정부 조직 내에 소속되어 있으므로, '사법'심사라고 표현하는 것은 프랑스 행정재판의 본질과 맞지 않는다. 따라서 이 논문에서는 오해를 방지하고자 '재판상 통제'라고 표기하였다.

compétence), ‘절차위반’(le vice de procédure), ‘형식위반’(le vice de forme) 등 ‘외적 위법성’(l’illégalité externe)에 관한 취소사유의 의의와 내용과 특징 등을 고찰한다(제2절). 그리고 ‘권한남용’(le détournement de pouvoir), ‘직접적인 법률 위반’(la violation directe de la loi), ‘처분이유의 위법’(l'illégalité aux motifs de l'acte) 등 ‘내적 위법성’(l’illégalité interne)에 관한 취소사유의 의의, 특징, 유형 등을 살펴본다(제3절). 그리하여 취소사유에 대한 일반적인 논의를 정리하고, 최근 프랑스의 재량통제에 관하여 주목받고 있는 개별 재량행위에 있어서 처분이유의 위법과 관련하여 심사강도를 본격적으로 논의하기 위한 기틀을 다지고자 한다(제4절).

제3장에서는 개별 재량행위에 있어서 처분이유의 위법성 심사에서 이루어지는 심사강도의 강약 조절을 다룬다. 우선 프랑스 행정재판소가 사안에 따라 심사강도를 달리하게 된 배경은 행정의 자율적 판단을 과도하게 침해하지 않으면서도 위법한 재량행위에 대한 통제를 확대하기 위함에 있었음을 개설한다(제1절). 다음으로 공시적 관점에서 현재 프랑스 월권소송에서 개별 재량행위에 적용하는 심사강도로서 제한심사와 보통심사를 각각 살펴본다(제2절). 그리고 통시적 관점에서 개별 재량행위에 대한 심사강도가 어떻게 변화하여 왔는지 보면서, 특히 현대에 들어 유럽법이 프랑스의 재량통제에 미친 영향에 주목하여 개별 행정분야별 심사강도의 강화 흐름을 살펴본다(제3절). 이어서 제2, 3절의 논의와 개별 꽁세유 데따 판결에 대한 분석을 바탕으로 프랑스 월권소송에서 개별 재량행위에 대한 심사강도를 결정하는 요소들이 무엇인지 추출하여, 우리나라에서의 개별 재량행위에 대한 심사강도를 결정하는 요소들과 비교하기 위한 접점을 모색해 본다(제4절).

제4장에서는 지금까지의 프랑스 월권소송에서의 개별 재량행위에 대한 재판상 통제에 관하여 심사기준과 심사강도를 중심으로 수행한 연구결과를 바탕으로 이를 우리나라 항고소송에서의 재량통제 체제와 비교하고 시사점이 무엇인지 살펴본다(제1절). 먼저 재량의 본질론에 관하여, 요건재량과 효과재량을 구별하지 않는 프랑스 다수설의 시각에서 요건재량과

효과재량을 구별하는 우리나라의 통설을 비판적으로 분석한다(제2절). 다음으로 개별 재량행위에 관한 위법성 심사기준 차원에서, 프랑스의 취소사유 개념과의 비교를 통하여 우리나라의 재량의 일탈 · 남용이론의 기능과 효용에 관해 문제를 제기한다(제3절). 마지막으로 우리 판례가 일부 행정분야에서 불확정개념의 해석 · 적용에 관한 심사강도를 약화하는 경향을 보이고 있음을 분석한 다음, 공무원 · 교원에 대한 징계와 외국인에 대한 출국조치 등 개별 행정분야에서의 위법성 심사강도 조절 가능성을 논한다(제4절). 그리하여 우리나라에서 취소소송을 통해 재량행위의 위법성 통제를 확대할 수 있는 이론적 발전의 토대를 마련하고자 한다(제5절).

제5장에서는 이상의 논의를 바탕으로 내용을 요약, 평가한다.

제1장 예비적 고찰

이 논문은 프랑스 월권소송에서 개별 재량행위의 위법성을 심사하는 기준과 그 강도에 관하여 연구한다. 위법성 심사기준과 심사강도에 대한 비교법 연구에 앞서, 프랑스에서의 행정청의 재량행위에 대한 '재판상 통제'(le contrôle juridictionnel) 체제 전반을 간단히 살피고자 한다. 이 논문의 목적은 프랑스의 재량통제 제도를 그 나라의 시각에서 정확히 이해하고 우리나라에서의 시사점을 발견하는 데 있는데, 프랑스 제도를 인식하는 과정에서 이미 익숙한 우리나라식의 개념이 혼입되어 오해가 일어나는 것을 경계하여야 한다. "비교는 차이점을 확인하는 데서 출발하므로, 1차적으로 자국법과 비교대상 국가의 차이점에 주목하여 이에 대한 정확한 인식과 이해가 이루어진 후에 비교를 시작하여야 한다[15]"는 방법론에 따라 제1장에서는 우리나라와 프랑스의 재량통제 제도의 주요한 차이점을 예비적 고찰 단계에서 주지한다.

프랑스의 재량통제 이론은 위법한 행정행위를 통제하기 위한 목적의 소송유형인 월권소송 제도의 발생 배경, 그리고 위법성 심사기준으로서의 '취소사유'(le moyen d'annulation)의 발전과정과 밀접한 관련이 있다. 따라서 먼저 재량행위의 위법성을 통제하기 위한 소송유형으로서 월권소송을 개관한다(제1절). 다음으로 프랑스의 재량 개념과 재량통제 이론을 소개하되, 우리나라의 유사개념과의 차이를 자각할 수 있는 수준에서 간단히 살펴본다(제2절). 마지막으로, 위법성 심사기준과 심사강도에 관한 세부적 논의 이전에 프랑스에서도 심사기준과 심사강도에 관한 인식과 분류법이 통일되어 있지 않아 그 체계를 미리 정리한다(제3절). 이와 같이 이 장에서는 프랑스에서의 재량통제 체제에 대한 서론 단계의 고찰을 바탕으로 본문에서의 위법성 심사기준과 심사강도에 관한 논의를 준비한

15) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 : 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가?, 법철학의 모색과 탐구, 2011, 499면 참조.

다(제4절).

제1절 월권소송

I. 의의

프랑스에서 재판절차에 의한 행정재량의 통제를 수행하는 대표적인 소송유형은 '월권소송'(le recours pour excès de pouvoir)이다. 월권소송은 원고가 행정재판소에 재량권의 행사가 위법하다고 주장하면서, 이에 재판부가 해당 재량행위의 위법성을 확인하고 그 행위를 취소(l'annulation)할 것을 구하는 행정소송의 일종이다. 월권소송은 위법한 재량행위를 그 위법함을 이유로 취소함으로써 위법성을 시정한다는 점에서 가장 직접적인 재량통제 기능을 갖는 소송유형이다. 프랑스에서 재량통제는 행정을 지배하는 '적법성 원칙[16]'에서 출발하고, 월권소송은 꽁세유 데따가 위 적법성 원칙을 실현하고 행정행위의 적법성을 효율적으로 보장하기 위한 목적 자체로 판례를 통해 만들어 온 소송제도이기 때문이다.[17] 이에 이 논문에서는 프랑스에서의 재량행위에 대한 재판상 통제를 월권소송에서의 본안심사 문제로 보고, 논의의 범위를 월권소송의 본안심사에 있어서 재량행위에 대한 심사로 한정하기로 한다.

재량행위의 위법성에 대한 평가 및 그 통제가 유일하게 월권소송에서만 수행되는 것은 아니다. 완전심판소송에서도 위법한 행정계약을 직접

---

16) '적법성 원칙'(le principe de légalité)이란 행정이 법 규범에 합치하여야 한다는 원칙이다. 여기서 법 규범은 개별 법 규정이 아니라 헌법, 조약, 법률, 판례, 행정입법 등 행정법의 法源을 이루는 규범의 총체를 의미한다. 적법성의 원칙을 위반한 행정행위는 위법하고, 행정재판소가 개입하여 이를 통제하는 근거가 된다. Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1011.

17) Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., p. 473; Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 693 참조.

취소하거나, 위법한 행정행위로 인해 발생한 손해에 관하여 배상을 명함으로써 간접적으로 행정행위의 위법성을 확인하는 경우가 있다. 그리고 행정심판이나 행정소송, 또는 司法재판소의 민 · 형사소송[18]에서의 '위법성 항변'(l'exception d'illégalité)[19]에서 행정행위의 위법성이 평가되기도 한다. 월권소송 판례에서 정립된 심사기준과 심사강도 등에 관한 적법성의 판단 원리는 이러한 소송에서의 행정행위 적법성 판단에도 활용된다.[20]

행정의 적법성 통제에 있어서 월권소송이 중요한 만큼, 꽁세유 데따가 역사적으로 행정행위에 대한 통제의 범위를 점차 확대해 온 과정도 월권소송을 통해 이루어졌다. 프랑스 행정재판소의 초기 역사는 월권소송의 발전史와 같고, 이는 민주법치주의의 확대와 사실상 같다고 해도 과언이 아니다. 월권소송의 발전은 강력한 군주정의 영향 아래 있던 사법권에서 민중세력인 행정권이 독립하는 프랑스 고유의 권력분립 과정이라고 할

---

18) '위법성 항변'(l'exception d'illégalité)은 행정행위를 선행하는 결정에 관한 행정심판이나 행정소송, 기타 민 · 형사소송 등에서 그 행정행위가 위법하다는 항변을 하는 것이다. 행정심판이나 행정소송에서의 위법성 항변은 제소기간이 주로 문제되지만 민 · 형사소송에서는 재판권까지 문제된다. 형사법원에는 행정행위의 위법성에 대한 평가가 재판의 결과에 영향을 미치는 경우 행정입법 또는 개별 행정행위의 위법성을 판단할 권한이 있다(프랑스 형법 L.111-5조). 민사법원에서 분쟁해결에 있어서 행정행위의 적법성에 관한 판단이 필수적인 경우, 그 행정행위가 행정입법이라면 법률의 해석 문제로 간주되어 민사법원이 직접 판단할 수 있다. 그러나 문제된 행정행위가 개별 행정행위인 경우에는 민사법원에는 위법성을 판단할 수 있는 권한이 없고 해당 사건을 '선결문제'(une question préjudicielle)로 하여 행정재판소로 이송하여야 한다. Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 923-931; Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, pp. 630-634 참조.

19) 행정심판이나 행정소송에서는 행정입법에 관하여 위법성 항변을 제기할 수 있으나 개별 행정행위에 대하여는 위법성 항변을 제기할 수 없음이 원칙이다. Chapus, op. cit., 2001, pp. 803-805; Petit & Frier, op. cit., p. 693; 최계영, 행정소송의 제소기간에 관한 연구, 서울대학교 법학박사논문, 2008, 244-251면 참조.
최근 꽁세유 데따는 절차 내지 형식의 하자가 지나치게 강조되어 법적 안정성이 저해되는 것을 방지하고자 행정입법의 경우에도 절차하자의 경우 위법성 항변을 제한하는 모습을 보인다. 행정입법의 절차하자는 행정입법 자체에 대한 제소기간이 도과한 경우 위법성 항변으로 주장될 수 없다는 판례로 CE, Ass., 18 mai 2018, *CFDT finances* (판례 출처 : Petit & Frier, op. cit., p. 700) 참조.

20) Chapus, op. cit., 2001, p. 1019; Petit & Frier, op. cit., p. 693 참조.

수 있다.[21]

1789년 프랑스 혁명기를 즈음하여 개혁세력들 사이에서는 사법부에 대한 불신이 가득하였다. 앙시앙 레짐하의 '빠를르멍'(le parlement)으로 대표되는 당시 사법부는 지방 귀족세력과 결탁하여 강력한 사회적 영향력을 발휘하고 있었다. 당시에는 삼권분립이 정착되지 않았기에 빠를르멍은 재판뿐 아니라 입법 · 행정기능까지 넘나들며 계급사회의 전통을 수호하고 중앙정부 차원에서 이루어지는 각종 개혁 시도를 방어하였다. 이에 혁명세력은 개혁적 성격을 갖는 행정부에 강력한 권한을 부여하는 반면 司法재판소의 힘은 약화시켜 사회 개혁을 위한 시도를 방해하지 못하도록 하고자 하였다. 이러한 배경에서 「1799년 11월 9일 헌법」 제52조에 따라 꽁세유 데따가 행정부 산하 독립된 자문기관으로 설치되었다. 1799년 꽁세유 데따가 설립되기 전까지 행정재판은 司法재판소에서 '통상소송'(le recours contentieux ordinaire)으로 수행되고 있었다.[22] 당시 꽁세유 데따가 행정법 규범이 본격적으로 마련되기도 전에 설치되면서, 꽁세유 데따는 이후 판례를 통해 불문법적 성격을 갖는 행정법 규범을 성문법보다 먼저 형성하게 된다.[23]

초기 월권소송은 재판으로서의 성격보다는 행정 내부 구제절차로서의 성격이 강하였다.[24] 초기 월권소송 판례들은 1807년부터 등장하는데,[25] 특별히 꽁세유 데따가 행정행위의 위법성에 대한 재판권을 갖는 근거 법

---

21) Guyomar & Seiller, Contentieux administratif, 6e éd., 2021, p. 7; Corre-Basset, La « conception française de la separation des pouvoirs » et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif : Perspective historique et comparée, RDP, n° 4, 2020, p. 871 참조. 프랑스의 행정부의 사법부로부터의 독립과정에 관해 다룬 단행본으로 Troper, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, 1973, LGDJ 참조.

22) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 368 참조.

23) Guyomar & Seiller, op. cit., p. 7; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 464면 참조.

24) Chapus, Droit du contentieux administratif, 13e éd. 2008, p. 72 참조.

25) 예를 들어 CE, 28 mars 1807, *Dupuy-Briac, CE, 22 jan 1808, Hours*(판례 출처: Laferrière, op. cit., 1896, p. 377).

규를 설시하지 않으면서도 과거의 전통이나 기존 판례의 문구, “행정과 司法재판소가 충돌하는 경우”라는 다소 추상적인 법 문언 등을 근거로 행정행위를 통제하는 경우가 많았다.[26]

1832년 7월 15일에 이루어진 월권소송 판결[27]에서 꽁세유 데따는 최초로 월권소송의 근거 법규를 설시하였다. 「1790년 10월 7일-14일 혁명법」에서 “행정주체의 권한(l’incompétence)에 관한 소송은 司法재판소(les tribunaux)의 관할이 아닌 ‘일반행정의 대표자’(le chef de l’administration)인 국왕의 관할에 속한다”고 규정한 것을 토대로 재판을 수행한 것이다.[28] 이러한 법 문언을 보더라도 당시 월권소송은 독립된 재판상 통제가 아니라 ‘행정조직 내부적 통제’(le recours administratif hiéarchique)로서의 성격을 갖고 있었으며, 군주로부터 일종의 ‘유보된 재판권’(la justice retenue)을 수여받은 것에 불과하였다.[29]

이후 「1872년 5월 24일 법률」에서 “꽁세유 데따는 다양한 행정주체의 행위에 관하여 발생한 월권행위의 취소청구에 관하여 독점적으로 판단한다.”[30]고 규정하여 꽁세유 데따가 ‘위임된 재판권’(la justice déléguée)를 얻으면서 본격적으로 행정 통제의 역할을 수행하게 되었다. 이와 같이 프랑스 월권소송은 司法재판소로부터 독립하여 행정에 대한 행정 스스로의 재판권을 쟁취하는 방향으로 발전해 왔다.[31]

---

26) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 377 참조.

27) CE, 15 juillet 1832, *Garde nationale de Paris.* 판례 출처: Laferrière, op. cit., p. 372.

28) Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., p. 473 참조.

29) Sandevoir, Études sur le recours de pleine juridiction, 1964, p. 228, Brisson, Le recours pour excès de pouvoir, 2004, p. 6에서 재인용.

30) 이 조문은 추후 「1940년 12월 18일자 법률」 제28조 및 「1945년 7월 31일자 오르도낭스」 제32조로 계승된다.

31) 1872년 이전까지의 초기 월권소송의 형성과정이 프랑스식 권력분립 과정으로 요약될 수 있다면, 1872년 이후 월권소송의 발전과정은 법률에 대한 통제에서 사실에 대한 통제로의 심사범위 확대 과정이라고 요약될 수 있다. 이 장에서는 초기 월권소송의 형성과정만 다루고, 1872년 이후 본격적인 월권소송의 발전과정에 관하여는 개별 취소사유의 등장과 연결하여 제2장 제1절 ‘개설’에서 후술한다.

II. 특징

이와 같이 프랑스 고유의 권력분립 과정에서 등장한 월권소송은 이러한 역사적 특징으로 말미암아 재량통제에 있어 아래와 같은 세 가지 특징을 보유하게 되었다. 이하에서는 월권소송의 특징을 간명히 요약하고 이러한 각각의 특징에서 기인한 프랑스의 재량통제의 특징을 설명한다.

첫째, 월권소송은 행정부 산하에서 꽁세유 데따 및 각급 행정재판소에서 수행되므로 행정부 스스로가 적법성을 통제하는 셈이다. 꽁세유 데따는 정부의 행정작용에 대한 최고자문기관으로서 의견(l'avis)제공 기능과 행정재판작용에 관한 최고재판소로서의 재판 기능을 동시에 담당하여 '이원주의'(le dualisme)적 성격을 갖는다. 일반 민 · 형사사건들이 파기원(Cour de cassation)을 최고법원으로 하는 司法 체계에서 수행되는 것과 대비된다. 이렇게 '행정이 행정 스스로를 통제한다는' 성격 때문에 꽁세유 데따는 전통적으로 다른 나라에 비해 비교적 재량의 영역을 넓게 인정하고 행정의 자율적 판단을 존중하는 경향을 띠며, 재량의 통제에 있어 비교적 소극적인 입장을 보인다는 평가도 있다.[32)33)]

둘째, 월권소송은 행정 스스로 행정행위의 위법을 시정하여 적법성의 원칙을 수호한다는 목적이 있으므로 원고적격이 넓은 대신 행정법원의 재판권이 제한적이다. 먼저 월권소송은 '객관소송'(le contentieux objectif)

---

32) Braibant et al., Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens: Étude comparative, 1973, p. 292; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 468-469면 참조.

33) 꽁세유 데따의 전통적 이원주의는 유럽 인권재판소에서 1995년 이러한 이원주의가 유럽인권협약의 공정한 재판을 받을 권리(제6조 제1항)를 침해할 수 있음을 인정하는 판결이 내려지면서 일부 수정되기도 했다(CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 94). 프랑스처럼 이원주의를 채택한 룩셈부르그 꽁세유 데따에서 행정소송 판사 5인 중 4인이 종전 꽁세유 데따의 의견제공 부서 출신이라는 점에서 공정성이 문제된 것이다. 이후 프랑스는 2008년 3월 6일 데크레를 통하여 "꽁세유 데따 구성원은 자신이 관여하여 꽁세유 데따 의견을 사전에 제공하였고 그 의견을 제공받아 발령된 행위에 관하여 추후 소송이 제기된 경우, 그 소송의 심리에 관여할 수 없다."는 규정을 마련하여 전통적 이원주의에 약간의 수정을 가하게 된다. Morand-Deviller et al., op. cit., p. 94 참조.

으로, 직접 권리를 침해받지 않더라도 ‘개인적 이익’(l’intérêt personnel)만 있다면 누구나 소송을 제기하여 행정행위의 위법성을 시정할 수 있다는 점에서 원고적격이 넓다.[34] 한편, 월권소송은 그 통제권을 문제된 행정행위와 법 규범 간의 대립을 확인하는 데 한정한다.[35] 행정행위의 위법성이 확인되는 경우 원칙적으로 행정행위 전체를 취소하는 판결만 내릴 수 있다. 원고가 제소기간,[36] 소의 이익 등 월권소송을 제기할 수 있는 소송요건을 모두 충족하여 소가 적법한지 판단한 다음, 이어 본안심리에서 원고가 주장하는 취소사유를 적법성 원칙에 비추어 판단함으로써 문제가 된 행정행위에 위법성이 있는지를 판단한다.

셋째, 심리를 통해 적법성의 원칙 위반이 확인되는 경우 그 행정행위는 위법을 이유로 ‘취소’(l'annulation)[37]된다.[38] 또한 취소판결의 효력은 당사자뿐 아니라 관련 행정행위의 대상자들 모두와 행정청을 구속하는 ‘대세효’(erga omnes)를 갖는다. 이러한 점에서 프랑스의 재량통제는 주로 행위의 위법성 확인 및 전체 취소의 방식으로 이루어지고, 그 재량으로 인해 권익을 침해받은 개인에 대한 구제수단이 다소 한정적이다. 행정재

---

34) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 787; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 123면 참조.

35) Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., p. 475 참조.

36) 월권소송의 제소기간은 결정이 ‘통지’(la notification)되거나 ‘공고’(la publication)된 때로부터 2개월이다(행정재판법전 R.421-1조). 제소기간이 지난 새로운 청구에 관해 행정재판소는 심사가능성(la recevabilité)이 없다고 선언한다. 그러나 이 경우에도 어떠한 취소사유가 공공질서 위반의 사유에 해당하여 직권조사사항이라면 제소기간의 제한을 받지 않고 심리가 종결되기 전이라면 언제나 주장할 수 있다.

37) 월권소송의 재판부가 원고의 청구를 인용하면서 내리는 ‘l’annulation’ 판결은 행정행위의 효력이 위법성 때문에 처음부터 무효였음을 선언하며 유권적으로 확인하는 성격을 갖는다. 이러한 점에서 ‘l’annulation’이 우리나라의 ‘무효’와 가까운 면이 있기도 하다. 그러나 우리나라의 무효확인소송과는 달리 월권소송에서 ‘l’annulation’의 주장은 제소기간의 제한을 받고, 행정행위가 처음부터 부존재하였다는 것을 주장하는 경우에는 부존재(l’inexistence) 주장으로서 제소기간의 제한이 없다. 따라서 부존재가 우리나라의 ‘무효’에 보다 가깝다고 볼 수 있고, ‘l’annulation’에 대응하는 국문 표현으로는 ‘취소’를 사용하는 것이 적절하다고 판단된다.

38) 월권소송에서 취소판결의 효력에 관하여 박현정, 프랑스 월권소송에서 취소판결의 효력, 행정절차와 행정소송, 2017, 804-837면 참조.

판소가 행정청의 역할을 대신하는 것처럼 결정을 새로 내릴 수 없기 때문이다. 이에 월권소송의 이러한 전통적인 특징들, 특히 취소판결을 받더라도 그 효력은 행정행위의 취소에 국한되어 행정청에게 적극적으로 이행의무를 지울 수는 없어 다소 제한적이라는 점에서 월권소송의 비율이 점차 축소되고, 반대로 이행명령, 집행명령, 배상명령 등 재판관의 권한이 더 넓은 완전심판소송이 증가하고 있다.[39]

최근에는 월권소송에서 행정행위의 위법성이 확인되는 경우 행정재판소는 해당 행정행위의 취소판결만을 내릴 수 있다는 기본 원칙이 다소 변화하고 있다. 「1995년 2월 8일 법률 95-125호」로 월권소송에서 원고의 청구가 인용되어 행정행위가 취소되는 경우 행정재판소는 취소판결에 병과하여 행정청에 대한 '이행명령'(l'injonction)과 원고에게 지급할 '지연배상금'(l'astreinte)을 명할 수 있게 되었다.[40] 그리하여 월권소송은 객관소송으로서의 성격을 유지하면서도 원고의 권리구제를 도모하는 주관소송의 요소를 가미하는 방향으로 변화하고 있다.[41] 또한, 2004년부터는 월권소송에서 행정행위가 잘못된 근거 법률을 적용하여 위법함이 확인되더라도 다른 법률을 근거로 할 경우 그 행위가 적법하다면 소송 중 '근거법률의 변경'(la substitution de la base légale)을 허용하고 취소판결을 내리

---

39) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 693; 박재현, 최근 프랑스 완전심리소송의 변화, 법학논문집 제41집 제2호, 2017, p. 84 참조.

40) 월권소송에서 본안판결로 이루어지는 '이행명령'(l'injonction)은 행정재판소가 행정행위를 취소하는 판결을 내리는 경우 판결주문에서 행정행위의 발령 또는 재결정을 명할 수 있는 것이다. 1995년 개정법에 의하면 원고의 청구에 의하여만 이행명령을 부가할 수 있었다. 이후 행정재판소 판례는 일정한 경우 재판소의 직권으로도 이행명령을 선고할 수 있다고 이행명령의 범위를 확대하였고, 2019년에는 이러한 내용이 「행정재판법전」(Code de justice administrative) L.911-1, L.911-2, L.911-4조에 반영되었다. 월권소송에서의 이행명령에 관하여 박정훈, 인류의 보편적 지혜로서의 행정소송 : 다원적 법비교를 통해 본 우리나라 행정소송의 현상과 발전방향, 재판관할과 소송유형을 중심으로, 서울대학교 법학 제42권 제4호, 2001, 83-84면; 박재현, 프랑스의 injonction(이행명령)과 한국의 부작위위법확인소송, 공법학연구 제7권 제1호, 2006; 박현정, 프랑스 행정소송에서 이행명령 : 월권소송과 이행명령의 관계를 중심으로, 행정법연구 제18호, 2020 참조.

41) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, pp. 711-712; Guyomar & Seiller, Contentieux administratif, 6e éd., 2022, p. 139 참조.

지 않는다.[42] 이는 취소판결 후 행정청이 다시 동일한 내용의 결정을 내려 절차가 무용하게 반복되는 것을 막는 데 그 취지가 있다.[43]

III. 대상

이하 제2, 3장에서는 월권소송의 본안심사 단계의 위법성 판단을 다룬다. 그러나 특히 심사강도에서 '심사의 면제'와 관련하여 월권소송의 소송요건 심사도 함께 비교하여 논의하게 되므로, 본문에서의 논의에 필요한 수준에서 월권소송의 대상적격에 관하여 살펴본다. 월권소송에서 '심사가능성'(la recevabilité)이 있는 대상은 권력적 단독행위인 '일방적 행정행위'(l'acte administratif unilatéral)이다.[44] 일방적 행정행위가 아닌 행정계약에 관하여 이의가 있으면 완전심판소송을 제기하여야 한다.

프랑스에서 행정행위의 개념에는 개별 행정행위뿐 아니라 행정입법까지 포함된다.[45] 월권소송의 대상적격이 인정되려면 실체법상 일방적 행정행위 중에서도 '예선적 특권'(le privilège du préalable), 즉 다른 집행행위의 매개 없이 스스로 권리 · 의무를 변동시키는 집행력이 있는 '집행적

---

42) CE, 6 fèvrier 2004, *Hallal.* 판례 출처: Bonichot et al., Les grands arrêts du contentieux administratif, 6e éd., 2018, p. 69.

43) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 711 참조.

44) 각주 19에서 언급한 것처럼 1945년 7월 31일 오르도낭스 제32조가 "꽁세유 데따는 다양한 행정주체의 '행위'(l'acte)에 관하여 발생한 월권의 취소청구에 관하여 독점적으로 판단한다."고 규정한 데서 그 근거를 찾을 수도 있을 것이나, 꽁세유 데따는 월권소송의 심사가능성을 판단하면서 이 조항에 근거하지는 않고 "행정행위의 성격이 있는 행위"(l'acte présentant le caractère d'un acte administratif)인지 여부라는 판례상의 기준을 설시하여 판단한다(Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., p. 476).

45) 행정행위의 개념에 관하여 Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 491-524; J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, pp. 447-462; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, pp. 359-384; Rousset, Droit administratif, Tome 1, L'action administrative, PUG, 1994, pp. 135-137 참조. 프랑스법상 행정행위의 개념에 관한 국내문헌으로는 김동희, 프랑스 행정법상의 행정행위의 관념에 대한 일고, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 2005, 24면; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 482면; 이광윤, 행정법이론: 비교적 고찰, 2000, 76면 등 참조.

결정’(la décision exécutoire)[46]이어야 한다. 행정재판소 판례에서는 ‘침익적 영향을 초래하는 결정’(la décision faisant grief)[47]이라는 표현을 사용한다. 침익적 영향을 초래하는 결정인 경우 위법성 여부를 심사하고, 그렇지 않을 경우 심사가능성이 없다고 선언한다. ‘침익적 영향’이란 일방적 행정행위 중에서도 이해관계인에게 권리를 수여하거나 의무를 부과하는 기존의 법적 상황을 변동시킨다는 의미로, 침익적 영향을 초래하는 결정에는 우리나라의 침익적 행정행위뿐 아니라 수익적 행정행위도 포함된다.[48] 침익적 영향을 초래하는 결정의 형식은 다양하지만 ‘데크레’(le décret)[49]와 구속력을 갖는 ‘명령적 훈령’(la circulaire impérative)[50]이 대표적이다. 행정행위라 하더라도 침익적 영향을 초래하는 결정에 해당하지

---

46) 프랑스에서 통용되는 표현인 ‘집행적 결정’(la décision exécutoire)에 대하여 쁘띠 · 프리에는 민사법에서 ‘집행력이 있다’는 표현이 강제집행을 개시할 수 있는 상태를 의미하지만 행정행위의 강제집행은 당연히 허용되는 것이 아니라는 점에서 ‘집행이 가능한 결정’(la décision exécutable)이 더 정확하다고 지적한다(Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 376; 송시강, 행정제재에 관한 법제 개선 방안 : 벌칙 중심 규제의 개혁을 위한 시론, 홍익법학 제23권 제4호, 2022, 57면 참조.)

47) ‘침익적 영향을 초래하는 결정’(la décision faisant grief)에서 ‘침익적 영향’이란 프랑스에서 이해관계인의 권리 · 의무상태를 일방적으로 변경할 수 있다는 의미로 사용된다. 우리나라의 침익적 행정행위뿐 아니라 수익적 행정행위도 포함하는 개념이다.

48) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 346. 한편 국내에서는 “프랑스 월권소송의 제기요건인 결정에 의한 원고가 주장하는 법적 상태의 침해 혹은 변경의 야기”라는 정의가 소개되어 있다. 전훈, 항고소송의 대상에 관한 비교법적 검토 : 프랑스 행정소송을 중심으로, 공법학연구 제13권 제2호, 2012, 5, 331-332면 참조.

49) ‘데크레’(le décret)는 대통령, 수상, 중앙부처 장관 등이 발령하는 명령이다. 우리나라의 법규명령 내지 행정규칙에 대응되나, 법규명령 내지 행정규칙이 행정입법으로서의 성격만 갖는 우리나라와는 달리 데크레는 구체적 · 개별적 처분성을 갖는 개별 행정행위로도 발령될 수 있다는 점이 다르다.

50) 꽁세유 데따은 ‘훈령’(la circulaire)을 ‘명령적 훈령’(la circulaire impérative)과 ‘지침적 훈령’(la circulaire indicative)을 구별하여, 전자는 적법한 경우 외부적 구속력을 가지고, 후자는 외부적 구속력이 없다는 입장이다. 지침적 훈령은 그 자체로 법질서에 새로운 요소를 도입하지 않고 외부적 구속력도 부정되지만, 명령적 훈령은 법질서에 ‘명령적’인 새로운 요소를 도입하는 것이므로 월권소송의 대상으로 된다. 김혜진, 공법상 신뢰보호에 관한 연구 : 독일과 프랑스의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2021. 118면 참조.

않으면 월권소송의 대상적격이 없다. 예컨대, '준비조치'(la mesure préparatoire),[51] 행정내부조치,[52] 구속력을 갖지 않는 '지침적 훈령'(la circulaire indicative),[53] 지침 등은 대상적격이 없다.

월권소송을 우리나라의 항고소송과 비교하여 볼 때 가장 뚜렷한 차이점은 월권소송은 법규명령 · 행정규칙 등 행정입법을 대상으로 보아 대상의 범위가 더 넓다는 것이다. 프랑스 월권소송의 심사대상은 우리나라의 '처분'보다 그 범위가 넓다. 개별 재량행위의 경우 과거에는 타당성 통제의 영역으로 보아 심사불가능 판단을 받는 경우가 많았지만, 현재 행정재판소는 재량행위라 하더라도 그 결정의 바탕이 된 사실관계에 대하여는 심사가 가능하다는 이유에서 대부분 월권소송의 대상적격을 인정하고 본안심사를 하고 있다. 우리 판례는 침익적인 개별 재량행위의 경우 대부분 개별적 · 구체적 이익에 대한 직접 침해가 인정되므로 처분성을 인정하지만, 수익적 개별 재량행위에 대한 거부처분에 관하여는 원고에게 법률상 · 조리상 신청권이 있는지를 판단하여 신청권이 인정되지 않는 경우 각하판결을 내리고 있다.

나아가 프랑스 재판 실무는 월권소송의 활용범위를 넓히고자 심사가능성을 넓게 해석하려는 경향을 보인다.[54] 일단 일방적 행정행위에 해당하면 대부분 실제 이익에 대한 침해가 있는지는 중요하게 심사하지 않고 거의 대부분 침익적 영향을 초래하는 결정이라고 인정한다.

프랑스에서 재량통제에 관한 논의는 따로 개별 행정행위와 행정입법을 구별하지는 않지만, 이 논문에서는 효과적인 비교법 연구를 위해 논의

---

51) CE, 13 fèvrier 1991, *Sté "Île-de-France Média" et a.*; CE, 13 fèvrier 1991, *Association Radio-Alpes Info*. 판례 출처: Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 164.

52) CE, 14 décembre 2007, *Garde des Sceaux c. Boussouar.* 판례 출처: Gaudemet, op. cit., p. 163. 그리하여 월권소송에서는 종종 월권소송에서 심사가능성이 있는 '침익적 영향을 초래하는 결정'과 심사가능성이 없는 '행정내부조치' 간의 구별이 문제된다.

53) CE, ass., 29 janvier 1954, *Institution N. D. du Kreisker,* CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignières.* 판례 출처: Gaudemet, op. cit., p. 164.

54) Gaudemet, op. cit., p. 161 참조.

대상을 월권소송에서의 ‘개별 행정행위’(l’acte non réglementaire ou individuel)에 대한 재량통제로 한정하고 행정입법에 대한 논의를 제외하기로 한다. 우리나라에서 항고소송의 대상은 개별 재량행위에 한정되고, 행정입법에 관한 직접적 사법통제는 원칙적으로 헌법재판소에서 하고 있다.[55] 따라서 우리나라와 동일 차원에서의 비교를 위해 프랑스에서의 행정입법에 있어서 재량통제는 추후의 연구과제로 남겨 두고 개별 행정행위에 주목하고자 하는 것이다.

제2절 재량

I. 재량의 개념

프랑스 행정법에서 재량의 개념은 행정재판소가 재량에 대하여 재판상 통제를 하기 시작하면서 판례를 통해 정립되었다.[56] 재량에 대한 논의는 1902년 꽁세유 데따(Conseil d’État)[57]가 그라제띠(Grazietti) 판결[58]에서 최

55) 그러나 현재 일반적 · 추상적 행정행위를 항고소송에서 제외하고 개별적 · 구체적 행위만을 항고소송의 대상으로 한정하는 것은 법치국가의 원리와 행정에 대한 사법통제의 보장 측면에서 바람직하지 않고, 해석론 또는 입법론적으로 국민의 권익 보호의 확대와 행정의 적법성 보장을 위하여 행정입법을 항고소송의 대상으로 삼아야 한다는 주장이 유력하게 제기된다. 이러한 주장은 행정소송법 개정 논의에도 중요하게 다루어지고 있다. 이에 대한 다수의 선행연구 중 일부를 소개하면, 우리나라의 항고소송에는 객관소송으로서의 성격이 있어 행정입법에도 항고소송의 대상적격이 인정된다는 견해로 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 165면 이하가, 모든 행정작용에 대한 재판통제가 보장되어야 한다는 점을 근거로 헌법소원에 의한 행정입법에 대한 통제의 한계를 지적하는 견해로 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제 : 기능과 한계, 공법연구 제37권 제2호, 2008; 이광윤, 행정소송법상 ‘처분’ 개념의 확대와 관련된 여러 문제 : 현행법을 중심으로, 사법 제18호, 2011 등이 있다.

56) Woehrling, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, RA, 52e année, n° spécial 7, 1999, p 78; Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Institut français des sciences administratives, n° 16, 1978, p. 10 참조.

57) 국내 번역표현으로는 국사원, 국참사원, 최고행정법원 등이 쓰인다. 그러나 이 논

초로 재량행위가 행정재판소에 의한 재판상 통제의 대상이 될 수 있다고 인정한 것에서 시작되었다. 꽁세유 데따는 전통적으로 재량행위는 재판상 통제의 대상으로 할 수 없다는 입장이었는데, 위 판결에서 베짜니(Vezzani) 꼬뮌[59] 지방의회의 해산을 명하는 내용의 데크레에 대하여 이를 발령할 수 있는 권한에 관한 위법이 있었다는 이유로 취소하였다. 위 판결의 평석에서 오리우(Hauriou)가 "재량은 '활동행정'(l'administration active)[60]이 타당성(l'opportunité)[61]에 대한 모든 판단권(l'appréciation)을 갖는 것"이라고 정의한 것이 재량에 관한 프랑스 최초의 정의로 받아들여진다.[62] 1910년대에 재량 내지 재량권(le pouvoir discrétionnaire)을 선행적으로 연구한 미슈(Michoud)는 위 오리우의 정의를 발전시켜 "재량은 사전에 법 문언으로 정해진 바가 없는 경우에 행정주체가 언제나 자유롭게

문에서 위 번역표현을 사용하는 것은 행정부로부터 독립하여 재판 기능을 수행하면서도 사법부가 아닌 행정부 소속 기관이라는 꽁세유 데따의 이원적 특성을 반영하기에 부족함이 있다고 판단된다. 꽁세유 데따의 재판 기능에 주목하고자 하는 이 논문에서는 이러한 프랑스 행정재판소 고유의 특징을 반영하고 司法재판소 체계와의 혼동을 막고자 원문 그대로 사용하기로 한다.

58) CE, 31 janvier 1902, *Grazietti.* 판례 출처: Woehrling, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, RA, 52e année, n° spécial 7, 1999, p 78.

59) 꼬뮌(la commune)은 프랑스의 가장 기초적인 지방자치단체로 우리나라의 시 · 군 · 구 개념과 유사하다.

60) 이 판결 이후로 활동행정과 '재판행정'(la juridiction administrative)이 분리된다는 인식이 확립되었다. 활동행정은 '타당성 판단'(l'appréciation de l'opportunité)을 전적으로 담당하고, 재판행정을 수행하는 꽁세유 데따는 이를 통제할 수 없다는 것이다(Vautrot-Schwartz, La qualification juridique en droit administratif, 2009, pp. 471-472 참조).

61) 'l'opportunité'는 프랑스 법률용어사전에서 "(행정법에서) 행정이 자신의 행위에 갖는 자유. 기속행위에는 없는, 재량행위만 갖는 특징"이라고 설명된다. Bénabent & Gaudemet, Dictionnaire juridique 2023, 2e éd., 2022, p. 289 참조. 재량통제 이론에서 'l'opportunité'는 적법성(la légalité)과의 반대어 차원에서 많이 사용된다. 행정의 합목적적 · 정책적 성격을 고려하여 복잡다기한 사회문제를 해결하기 위해 행정청이 자율책임하에 공권력을 행사하는 것을 의미한다. 이러한 원문의 뉘앙스를 그대로 반영하는 한글 표현을 찾기는 어렵고, '합목적성', '타당성', '시의성', '적시성'으로 번역되고 있다. 이 논문에서는 적법성과의 대립구도에서 법률의 잣대를 들이대 평가하기에 적절하지 않은 행정의 미묘한 영역을 의미하는 맥락에서 사용되는 맥락에 주목하여 '타당성'으로 번역한다.

62) CE, 31 janvier 1902, *Grazietti,* note. Hauriou.

행정행위를 할 수 있는 것”이라 설명하였다.[63] 보나르(Bonnard)도 재량은 “법 문언이 행정주체에 ‘자유로운 판단권’(un pouvoir de libre appréciation)을 부여하는 것”이라 설명하였다.[64] 현대 학자들은 대체로 재량을 법 문언이 행정주체에 ‘평가의 여지’(une marge d’appréciation)[65]를 부여하고 있어서 행정주체가 복수의 선택지 중 하나를 결정하거나, 어떠한 결정을 내릴지 또는 내리지 않을지에 있어서 자유로운 선택이 보장되는 것이라고 정의한다.[66] 재량을 행정청의 ‘판단’에 관한 문제로 파악하는 것이다. “행정주체가 두 가지 이상의 선택지 중 어느 것을 선택하더라도 모두 적법하다고 평가받는 것”[67]이라고 정의하는 관점도 있다. 이는 행정청의 자유로운 판단보다는 판단에 따르는 ‘책임의 면제’에 초점을 맞추는 것으로 보인다.

라페리에르(Laferrière) 이후 전통적으로 프랑스에서는 재량을 왕정 시대의 ‘자의적 행위’(l’acte discrétionnaire) 개념과 구별한다.[68] 자의적 행위

---

63) Michoud, Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l’Administration, Tome 3, RGA, 1914, p. 10 참조.

64) Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP, 1923, p. 364 참조.

65) ‘Une marge d’appréciation’은 독일의 판단여지(Beurteilungsspielraum)에 대응하는 표현이다. 그러나 ‘판단여지’라는 표현은 우리나라에서 법률효과의 선택 단계의 재량만 인정하고, 법률요건의 해석에 관해서는 행정청의 재량을 부정하는 대신 판단여지라는 별도의 개념을 두는 독일 통설 · 판례 이론으로 널리 알려져 있다. 그러나 프랑스에서는 위와 같이 재량을 포괄적으로 정의하는 데서도 알 수 있듯이 요건재량과 효과재량을 구별하지 않고, 법률요건의 해석에 있어서도 재량이 있을 수 있다고 본다(후술하는 제3장 제2절 Ⅲ. 1. ‘요건재량과 효과재량과의 구별’ 참조). 따라서 프랑스와 독일의 표현은 유사하지만 그 의미는 다른 것이다. 이를 ‘판단의 여지’라고 번역하면 독일의 판단여지 개념과 혼동되어 재량과는 구별되는 것으로 오인될 소지가 있으므로 여기에서는 ‘평가의 여지’라고 번역하였다.

66) M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, p. 198; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1055-1056; J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 466 참조.

67) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, pp. 295-297 참조.

68) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 425; M. Waline, op. cit., pp. 197-198; J. Waline, op. cit., p. 466 참조.

는 과거 왕정시대의 '자의적 권력'(le pouvoir arbitraire)의 행사 내지 '통치행위'(l'acte de gouvernement), '고등행정행위'(l'acte de haute administration), '순수행정행위'(l'acte de pure administration)와 동일시되는 개념이다.[69] 과거 왕정시대 국왕은 재량이 아닌 자의적 권력을 행사하였는데, 이러한 왕권의 행사에 관하여는 재판상 통제가 불가능하다고 인식되었고 월권소송의 대상적격이 인정되지 않았다.[70] 1900년대경부터 위 그라제띠(Grazietti) 판결을 필두로 하여 재량행위도 재판상 통제의 대상이 되면서 자의적 행위 개념이 폐기되었다.[71] 행정주체의 선택권은 여전히 법률에 정해진 재량의 범위 내에서 법률요건을 준수하여 행사되어야 하며, 그 한계를 벗어난 재량행위에 대하여는 재판상 통제가 가능하다는 인식이 확산되었다.[72]

프랑스에서는 모든 행정행위에 다소간의 일정한 재량권이 부여되어 있다는 점에서 특별히 '기속의무'(la compétence liée)가 부여되지 않은 이상 원칙적으로 모든 행정행위에는 재량권이 있다고 본다.[73] 기속의무란 "법문언에서 이를 집행하는 행정주체에 아무런 선택권도 보장하고 있지 않아서 특정한 하나의 결정을 반드시 내려야 할 의무가 있는 것"이라고 정의된다.[74] 법 문언에서 요건이 충족되는 경우 반드시 특정 행위를 취하여야 한다고 규정하고 있지 않다면, 일단 행정주체에게는 행위를 취할지, 아니할지, 무슨 행위를 취할지 선택할 재량권이 있다.[75] 특별히 해당 법

---

69) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 425; J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 466 참조.

70) Laferrière, op. cit., p. 425.; Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Institut Français des Sciences Administratives, n° 16, 1978, p. 10; J. Waline, op. cit., p. 466 참조.

71) M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, pp. 197-198; Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP 1980, p. 822 참조.

72) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1057 참조.

73) CE, 31 janvier 1902, *Grazietti,* note. Hauriou 참조.

74) Chapus, op. cit., p. 1058 참조.

75) 이 논문은 우리나라 행정법 체계와의 직접 비교를 위하여 논의의 범주를 개별

문언이나 판례에서 행정청에게 평가의 여지나 자유로운 선택권을 배제한 경우에만 기속의무가 있다고 본다.[76] 우리나라에서는 재량을 행위 차원의 문제로 보아 모든 행정행위가 재량행위 또는 기속행위로 일도양단식으로 구별된다고 보는 것에 비해,[77] 프랑스에서는 재량을 행정청의 권한 차원의 문제로 보아 모든 행정행위에 원칙적으로 재량권이 있다고 보는 차이가 있는 것이다.[78] 프랑스에서는 우리나라의 재량행위와 기속행위에 해당하는 'l'acte discrétionnaire'와 'l'acte lié'라는 표현을 거의 사용하지 않고, 재량권과 기속의무로 번역되는 'le pouvoir discrétionnaire'와 'la compétence liée'라는 표현을 널리 사용한다. 이 논문에서는 문맥에 따라 우리나라에서 더 익숙한 표현인 재량행위와 기속행위라는 용어를 병용하기로 한다.

II. 사실에 대한 법적 평가

프랑스에서는 행정주체가 행정행위를 내리는 과정이 크게 3단계에 걸쳐 이루어지는데, ① 행정주체가 행정행위의 필요성을 인식하고 행위의 목적을 설정하는 단계,[79] ② '사실'(les faits)을 파악하고 평가하는 단계,

---

행정행위에 한정하였지만 프랑스 실무에서는 행정의 입법기능 수행에 있어서 재량권이 부여되는 경우가 가장 많다. 선행 법 규정에서 어떠한 내용도 강제하고 있지 않다면 행정청은 행정입법을 제정할 수 있는 권한이 있다. 그 외에도 행정의 집행기능에 있어서도 재량권이 부여되는 경우가 흔히 있고, 예외적이긴 하지만 행정의 사법기능 수행에 있어서도 재량권이 인정되기도 한다(Michoud, Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, Tome 3, RGA, 1914, p. 10; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1057; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 468면 참조). 관련 판례로 CE, Sect. 15 mars 1983, *Cie Electro-mécanique* 참조. 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1057.

76) Chapus, op. cit., p. 1058 참조.

77) 우리나라는 모든 행정행위는 재량행위 또는 기속행위로 구별된다고 하면서 재량행위와 기속행위의 위법성 심사방법과 기준도 다르게 적용한다. 재량행위의 경우 재량의 일탈 · 남용 여부를 중심으로 위법성을 판단한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결 등 참조).

78) 우리나라의 행위 차원 재량에 대한 인식을 프랑스의 권한 차원 인식으로 전환할 필요가 있다는 점은 제4장 제3절 '재량권 일탈 · 남용이론의 재고'에서 후술한다.

③ 사실을 ‘법’(le droit)에 적용하여 행정행위의 내용을 결정하는 단계 등이고 한다.[80] 행정행위를 발령한다는 것은 아래 그림 1과 같이 판단 대상이 된 구체적 사실관계를 법률 · 행정입법 등 추상적 규범에 연결 내지 포섭하여 법적 결론을 도출하는 것이다.[81]

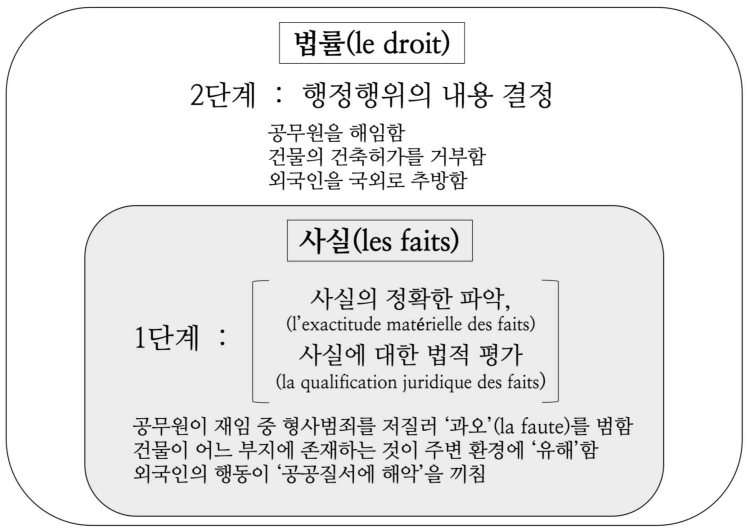

그림 1 : 프랑스에서 재량의 행사과정

사실과 법의 이원론적 사고방식은 켈젠(Kelsen)이 순수법학 이론에서 ‘존재’(Sein)의 문제와 ‘당위’(Sollen)의 문제를 구별한 것에 기원한다.[82] 이러한 이원적 사고방식은 행정재판에서 사실문제와 법률문제에 대한 철

79) 왈린(Waline)은 이 단계의 사례로 시장이 도로교통을 개선하기 위한 행정조치를 취하기 전 “이 도로에 교통량을 줄이는 행정조치를 취해 혼잡을 줄여야겠다.”고 마음먹는 것, 기관장이 소속 공무원에 대한 징계처분을 내리기 전 “이러한 비위행위는 척결해야 한다. 징계처분을 내려 공무가 적법하게 처리되고 다른 공무원들에게도 모범이 되도록 해야겠다.”고 마음먹는 것을 든다. M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, pp. 216-217 참조.

80) M. Waline, op. cit., pp. 215-221 참조.

81) Vautrot-Schwartz, La qualification juridique en droit administratif, 2009, pp. 51-52 참조.

82) Vautrot-Schwartz, op. cit., pp. 51-52.

저한 구별 및 사실의 문제의 배제로까지 이어진다.[83] 요컨대, 행정작용과 행정재판작용에서의 심리범위가 모두 사실과 법의 이원론에 뿌리를 두고 있다고 할 수 있다.

이 가운데 사실을 파악하고 평가하는 단계는 다시 그림 1과 같이 ① 실체적 사실을 객관적 증거를 통해 정확히 인식하는 문제인 '사실의 정확한 파악'(l'exactitude matérielle des faits)과 ② 사실을 법률에 맞추어 해석하는 문제, 즉 '사실에 대한 법적 평가'(la qualification juridique des faits)로 나뉜다.[84] 사실에 대한 법적 평가는 일종의 포섭행위라고 할 수 있다. 주어진 사실관계를 토대로 법적 결론을 내는 작용, 즉 법 문언의 개념과 요건 등을 해석하고 특정 사실관계를 이에 연결하여 개별적 결론을 도출하는 것이다.[85] 프랑스 학자들은 사실에 대한 법적 평가를 "법률을 사실에 적용하는 것",[86] "사실관계를 법적 개념으로 특정하는 것",[87] "판단대상을 법률체계 또는 문제된 개념에 연결된 법적 효과에 적용하고자…판단대상을 법적 유형에 포섭하는 법적 논증 작용"[88]이라고 정의한

---

83) 꽁세유 데따가 수행하는 월권소송에서는 전통적으로 법률문제만 다루고 사실문제를 판단하지 않아, 司法재판소에서 민·형사사건에서의 사실관계에 대한 최종 판단권이 있는 것과 차이가 있었다. 행정사건에 있어 사실문제에 대한 판단권은 활동행정에 있고, 꽁세유 데따는 법률문제만 판단할 수 있는 일종의 상고심이라고 보았기 때문이다. 역사적으로 꽁세유 데따는 월권소송의 판단 대상을 법의 문제에서 점차 사실문제로 확장시켜 왔는데, 이에 관해서는 Ⅲ. '재량에 대한 재판상 통제와 한계'에서 후술한다.

84) M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, pp. 216-217; Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP 1980, pp. 809-810 참조.

85) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 725; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1043-1046; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 681-689, 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005, pp. 250-270 참조.

86) Vedel, Essai sur la notion de cause en droit administratif, thèse de doctorat, Sirey, 1934, Vautrot-Schwartz, La qualification juridique en droit administratif, 2009, p. 18에서 재인용.

87) Boré, La cassation en matière civile, Dalloz Action 2003/2004, p. 474, Vautrot-Schwartz, op. cit., p. 18에서 재인용.

88) Vautrot-Schwartz, La qualification juridique en droit administratif, 2009, p. 23 참조.

다. 사실의 법적 평가 사례로는 다음과 같은 것들이 있다. 법 문언에 “공무원이 ‘과오’(la faute)를 범한 경우에는 징계할 수 있다.”[89]고 규정한 경우 어떤 공무원이 무단으로 결근한 것이 법률에서 정한 ‘과오를 범한 경우’에 해당하는지,[90] “건축물이 주변 환경에 유해한 경우에는 건축허가를 거부할 수 있다.”는 법률에서 특정 건축물이 어느 부지에 존재하는 것이 주변 환경에 ‘유해한’ 경우에 해당하는지,[91] “공공질서에 해악을 끼치는 외국인은 추방할 수 있다.”는 법 문언에 의하여 외국인을 추방한 경우, 그 외국인의 행동이 ‘공공질서에 해악을 끼치는’ 경우에 해당하는지에 관한 판단 등이다.[92]

재판상 통제의 대상이 되는 행정청의 재량은 사실에 대한 법적 평가에 있어 행사될 수 있는 것이다.[93] 위 1단계인 행정주체가 행정행위 발령의 필요성을 인식하고 행정목표를 설정하는 과정과 위 2단계 중 사실을 정확히 인식하는 단계에서는 행정청은 수권규범에 따라 성실히 권한을 행사하여야 할 뿐 달리 재량을 행사할 여지가 없다.[94] 위 3단계인 사실을 법에 적용하여 행정행위의 내용을 결정하는 단계에서는 가장 재량이 크게 행사되기는 하나, 원칙적으로 행정의 자유로운 판단이 보장되어야 하는 영역이므로 재판상 통제의 대상이 되지 않는다.[95]

행정청의 재량이 사실에 대한 법적 평가에 있어서만 존재할 수 있음은 앞서 본 행정의 결정과정 차원만이 아니라 행정행위의 구성요소, 즉 권

---

89) 프랑스에서의 공무원 징계 법체계에 관하여 각주 343 참조.

90) CE, ass. 13 novembre 2013, *Dahan.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 711.

91) CE, ass., 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*. 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 709.

92) CE, 24 octobre 1990, *Ragusi*. 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 710.

93) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 297; Braibant et al., Le contrôle de l’administration et la protection des citoyens: Étude comparative, 1973, pp. 292; Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Institut Français des Sciences Administratives, n° 16, 1978, p. 10 참조.

94) M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, p. 215 참조.

95) M. Waline, op. cit., p. 216 참조.

한 · 절차 · 형식 · 목적 · 내용 · 동기 차원에서도 같다.[96] 재량권의 행사는 사실에 대한 법적 평가에 있어 존재하는 것이고 그 외 행정행위의 결정을 위해 고려하여야 하는 요소들에 있어서는 행정이 재량을 발휘할 수 있는 여지가 없다.[97] 가령, 권한 · 절차 · 형식에 관한 사항은 재량행위라 할지라도 기속행위와 다름없이 해당 법 규범에 따라 이루어져야 한다.[98] 재량행위라도 공익이 아닌 사익을 목적으로 행정권을 발동하거나, 상위법 규정에 위배되거나 사실관계의 파악을 부정확하게 하는 등 행위의 목적, 법률, 사실에 관한 사항에 있어서도 재량을 발휘할 수 없다.[99]

한편, 기속행위의 경우에는 사실에 대한 법적 평가에 있어서도 법 문언에 규정된 대로 행위하여야 할 뿐 행정청에게 자유로운 판단 내지 선택의 여지가 없다. 따라서 기속행위에 관하여 원고가 사실에 대한 법적 평가에 위법이 있다고 주장하더라도, 행정청의 평가가 개입할 여지가 없기 때문에 원칙적으로 이는 '무익한 청구이유'(le moyen inopérant)가 된다. 행정재판소는 그러한 주장에 관하여 실체판단을 하지 않는다.[100]

사실에 대한 법적 평가에 있어서의 재량은 우리나라의 요건재량[101] 내지 불확정개념의 해석 · 적용에 대한 판단여지에 대응한다고 할 수 있지

---

96) 행정행위의 구성요소에 관하여 후술하는 45면의 표 3 : 행정행위의 구성요소와 취소사유 참조.

97) Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP, 1923, p. 362; Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP 1980, p. 822 참조.

98) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1057; Braibant et al., Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens : Étude comparative, 1973, p. 291 참조.

99) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17^{e} éd., 2021, p. 297; Braibant et al., op. cit., p. 292.

100) CE, sect., 3 fèvrier 1999, *M.*; CE, 14 mai 2003, *Syndicat sylviculteurs Sud- Ouest*. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 78(서울대학교 도서관 학외접속 이용, 2022. 11. 21. 최종접속).

101) 요건재량의 개념에 관하여 후술하는 160-161면의 제3장 제2절 Ⅲ. 1. 가. '요건재량과 효과재량의 개념' 참조.

만, 일부 경우에는 사실에 대한 법적 평가 개념이 더 넓은 의미에서 위 3단계인 사실을 법에 적용하여 행정행위의 내용을 결정하는 단계와 유사한 결정까지 포괄하여 사용되는 경우도 있다. 개인의 자유나 기본권 침해가 문제되는 경찰행정 영역 등에서 행정재판소가 법률효과의 선택에 관하여 재량통제를 하는 경우가 있기 때문이다.[102] 앞 Ⅰ. '재량의 개념'에서 살펴보았듯, 프랑스에서 재량은 법 문언에서 행정청에게 평가의 여지를 부여한 경우를 포괄적으로 지칭하는 개념으로 사용되고 있어, 특별히 요건재량과 효과재량을 구별하지 않는다. 이렇게 법률효과의 선택이 적절하였는지를 판단하는 경우에 행정재판소는 사실에 대한 법적 평가에서의 재량을 통제한다고 판시하기도 한다. 이 경우에는 사실에 대한 법적 평가의 개념 범주에 법률효과의 선택까지도 포함된다.[103]

III. 재량에 대한 재판상 통제와 한계

프랑스에서 재량은 행정이 그 고유한 판단을 존중받고 보장받아야 하는 영역이라는 개념적 의미가 있으므로 오랫동안 행정재판에 의한 적법성 통제의 대상이 될 수 없다고 인식되었다. 이러한 행정청의 재량은 '이의신청'(le recours gracieux)[104], '상급기관에 대한 지휘신청'(le recours hiérarchique)[105] 등 활동행정 내부에서의 '행정적 통제'(le contrôle administratif)만 받았다. 그러다 20세기 초반에 들어서야 '재판상 통제'(le contrôle juridictionnel)의 대상이 되었다.[106] 아래에서 그 변화의 과정을

---

102) 예를 들어 CE, 19 mai 1933, *Benjamin.* 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{e} éd., 2017, pp. 265-272.

103) 이에 관하여 후술하는 160면 이하 제3장 제2절 Ⅲ. 1. '요건재량과 효과재량의 구별' 참조.

104) 시장(le maire), 도지사(le préfet) 등 행정행위의 주체에 대하여 이의를 제기하여 행정행위를 시정해 줄 것을 요청하는 것.

105) 행정청이 내린 처분에 대하여 그 상급조직인 '내무부 장관'(le ministre de l'intérieur)에게 시정하는 지휘명령을 내려줄 것을 요청하는 것.

106) Ghezzou. Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse de doctorat en Droit public, Université

살펴본다.

프랑스에서는 전통적으로 재량의 통제에 관하여 '타당성(l'opportunité) 통제'[107]와 '적법성(la légalité)[108] 통제'를 대립 관계로 설정하고, 재량은 타당성의 영역에 속하므로 월권소송을 통해 통제될 수 없다는 입장을 취해 왔다.[109] 행정 내부에서 이루어지는 타당성 통제는 월권소송으로 대표되는 행정재판에서 다루는 적법성 통제와 명확하게 구별되고 서로의 영역을 존중하며 서로 개입하지 않는다.[110] 행정청은 재량행위에 있어 스스로 자신의 행위의 '타당성'에 대한 판단자가 된다.[111] 이러한 타당성 통제와 적법성 통제를 구별하는 근거는 법률문제와 사실문제의 구별에서 비롯된다. 뒤기(Duguit), 미슈(Michoud), 보나르(Bonnard), 레글라드(Reglade)와 같은 '법률주의자'(le légaliste)[112]들은 법률문제와 사실문제를 엄격

Bourgogne Franche-Comté, 2017, p. 16 참조.

107) '타당성(l'opportunité) 통제'는 행정 내부에서의 자율적 통제로, 행정조직 내 위계질서에 의하여 상위 행정권력의 지도를 통하여 자체적으로 시정하거나 행정심판 등 내부적 불복절차를 통하여 적절하지 않은 행정결정을 시정하는 것이다(Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1057 참조). 한편, 통제는 그 기준이 되는 규범(la norme)을 전제로 하는데, 타당성은 그 본질상 규범 영역 밖에 존재하는 것이므로 타당성에 대한 통제는 그 개념상 불가능하다는 점에서 '타당성 통제'라는 용어보다 '통제에 있어서의 타당성 존중(l'opportunité dans le contrôle)'이 더 정확한 표현이라는 지적이 있다(Devolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Conseil constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, 1988, p. 271 참조).

108) '적법성'(la légalité)이란 행정은 법, 정확히는 개별 법 규정이 아니라 총체적인 행정법 규범체계를 준수하여야 한다는 개념이다. 프랑스 행정을 지배하는 대원리인 '적법성의 원칙'은 모든 형태의 행정작용이 원칙적으로 적법하여야 한다는 것이다. 행정재판소가 위법한 행정행위를 통제할 수 있는 근거다.

109) Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP, 1923, pp. 364-364; Reglade, Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, RDP, 1925, p. 415; M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, pp. 198-199; Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958, p. 11 참조.

110) Schwartz, La qualification juridique en droit administratif, LGDJ, 2009, p. 471 참조.

111) Bonnard, op. cit., p. 364 참조.

112) '법률주의'(le légalisme)는 법의 해석 · 적용에 있어서 다른 어떠한 고려요소보다 법 문언을 우선하는 법방법론의 일종이다. Bénabent & Gaudemet, Dictionnaire

히 구별하고, 적법성을 판단하는 행정재판소는 재량에 관하여 법률문제가 있는 경우에만 판단할 수 있다고 주장했다.[113] 사실문제인 사실에 대한 법적 평가는 행정청에게 최종 판단권이 있는 타당성 통제의 영역이어서 행정재판소는 그 당부에 관하여 판단할 수 없는 것이다. 이렇게 과거에는 사실문제는 타당성 통제만 가능하여 재판상 통제를 할 수 없고 법률문제에 관해서만 재판상 통제가 가능하다고 비교적 단순하게 구별되었다.[114]

1910년대 이후에 타당성 통제와 적법성 통제의 절대적인 구별선이 모호해지면서 재판상 통제가 가능한 범위가 확대되기 시작된다. 이러한 변화의 배경은 20세기 초반에 들어 위법한 재량행위에 대한 국민의 권익을 보호하고 위법성을 시정한다는 차원에서 행정청의 사실에 대한 법적 평가에 관한 심사, 즉 사실문제에 대한 재량통제의 필요성이 대두된 데 있다. 이에 행정재판소는 1910년대 사실에 대한 법적 평가에 관한 적법성 통제를 확대하여 타당성의 영역을 축소하고 적법성의 영역을 확장하였다.[115] 사실에 대한 법적 통제권이 확대된 이후로는 행정재판소가 어느 정도까지 사실에 관한 재량통제권을 행사할 것인지에 관한 고민이 새롭게 대두된다. 재판상 통제의 '범위 내지 폭'(l'étendue)을 어떻게 결정할지의 문제가 새롭게 논의되기 시작하였다. 법률주의자들은 월권소송이 적법성의 원칙에 위반하는 행정행위를 통제하기 위한 목적을 갖는 소송이

---

juridique 2023, LGDJ, 2022, p. 233 참조. 행정재판소 초기 프랑스 혁명세력은 사회 민주화를 목표로 하는 행정부의 행정활동이 사법부의 개입으로 제약을 받는 것을 경계하고자 하였다. 이러한 인식을 계승한 진보주의자들로 평가되는 법률주의자들은 법률문제가 있을 때만 행정재판소가 행정행위를 통제할 수 있다고 하여 행정의 자율적 활동을 최대한 보장하고자 한다. 행정이 법률에 적합한지 여부만 판단하면 된다는 의미를 살리고자 법률주의자라고 번역하였다.

113) Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958, pp. 14-21 참조.

114) Pasbecq, op. cit., pp. 804-805 참조.

115) 대표적인 판례가 CE, 4 avril 1914, Gomel; CE, 14 janvier 1916, Camino(판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{e} éd., 2017, 2017, pp. 160-174)이다. 이 판례들에 관하여 후술하는 63면 이하 제2장 제1절 Ⅱ. '1910년경 이후 : 사실에 대한 통제로의 확장' 참조.

므로 적법성의 판단기준이 되는 법률에 관한 심사를 하는 것은 당연하지만, 적법성 심사에서 사실에 대한 심리까지 할 수는 없다고 주장하면서 1910년대에 등장한 새로운 판례들도 법률에 대한 통제의 일종이라고 한다.[116] 한편, 이러한 꽁세유 데따 판례를 사실심의 시작으로 보면서, 예외적인 경우에는 행정재판소가 타당성 통제를 할 수 있다고 주장하는 학자들이 생겼다. 대표적으로 예즈(Yèze), 알리베르(Alibert), M. 왈린(Waline)이 있고, '신 법률주의자'(le néo-légaliste)로 분류된다.[117]

위 두 견해는 외관상으로는 분명히 대립하고 있으나 그 주장의 내용은 크게 다르지 않다.[118] 이는 관념상으로는 재량의 행사가 사실과 법률의 문제로 나뉘지만, 재량이 행사되는 현실에서는 법률의 문제와 사실의 문제가 명확히 구분되지 않고 사실의 문제가 결국 법률의 문제로 이어지는 경우가 있기 때문이다.[119] 예컨대, 사실에 대한 법적 평가, 즉 불확정개념의 해석에 있어서는 사실관계에 대한 고려를 전혀 하지 않고 이에 적용되는 법률을 결정할 수 없다. 이러한 경우에는 사실관계를 객관적이고 명확하게 파악하는 것은 적용되는 법률을 결정하고 법 문언이 규정한 선택 중 가장 적절한 선택을 취하는 데 있어 첫걸음이 된다.

이러한 재판상 통제의 범위에 대한 논의는 월권소송에 한하여 이루어지는 것이다. 완전심판소송이나 司法재판소에서 판사는 전방위에 걸쳐

---

116) Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP, 1923, p. 363; Reglade, Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, RDP, 1925, p. 415 참조.

117) Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958, pp. 22-25 참조. 사실에 대한 통제를 확대해 나가는 과정에서 법률주의자와 신법률주의자 간의 견해 대립에 관하여 후술하는 31면 이하 제2절 Ⅲ. '재량에 대한 재판상 통제와 한계' 참조.

118) Corre-Basset, La « conception française de la separation des pouvoirs » et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif : Perspective historique et comparée, RDP, n° 4, 2020, p. 881 참조.

119) Rivero, La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français, Dialectica, Vol. 15, n, Discussion sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique, p. 462; J. Waline, Droit administratif, 28^{e} éd., 2020, p. 747; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 172면 참조.

사실문제와 법률문제를 망라하여 심리하고, 행정의 자율적 판단에 대한 보장은 특별히 문제되지 않는다.[120] 월권소송은 공권력의 발동에 의한 일방적 행정행위의 위법성을 판단함으로써 행정의 적법성을 통제하는 기능을 수행하지만, 완전심판소송은 그 개념 자체가 '완전히 심판한다'(la pleine juridiction)는 것이어서 심리범위가 사실문제와 법률문제를 아우르는 데다 판결내용도 결정의 취소 · 계약의무의 이행 · 손해배상 · 강제집행 등 광범위하기 때문이다.[121] 완전심판소송이 주로 활용되는 행정계약에 관한 분쟁을 보면, 행정청이 자발적으로 권력행위를 할 수 있는 권한을 포기하고 국민과 대등한 관계에서 계약을 체결한 경우에 있어서 주관적 권리구제를 한다.[122]

'타당성 통제'와 '적법성 통제'를 대립 구도로 보는 프랑스 행정법의 전통적 인식은 현대에도 이어져 다수의 프랑스 교과서가 타당성을 적법성과 반대되는 개념으로 설명하고 있다. 이러한 대립관계 설정을 통해 상충할 수 있는 두 가지 재량통제의 목표, 즉 행정재판소가 행정권의 행정에 과도하게 개입하여 정책적 재량을 침해하지 않으면서 동시에 적법성을 보장하도록 하는 목적을 달성할 수 있는 것이다.[123] 통상 타당성의 영역이 현저하게 상식을 벗어나거나 행정법 규범에 위배되는 재량권 행사에 관하여는 적법성 통제를 통해 이를 위법하다고 선언함으로써 통제를 가한다. 그러나 이러한 통제의 범위, 즉 행정행위가 어떤 경우에 타당성 존중의 영역으로 통제대상에서 제외되고 어떤 경우에 적법성 통제의 영역으로 위법성 심사를 받아야 하는지에 관한 기준 내지 범위에 관한

---

120) Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP, 1980, p. 804 참조.

121) Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958, p. 18; Guyomar & Seiller, Contentieux administratif, 6e éd., 2022, p. 128; 강지은, 프랑스의 객관적 완전심판소송에 관한 소고, 공법학연구 제14권 제1호, 2013, 630면 참조.

122) Dubisson, op. cit., 1958, p. 18 참조.

123) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1056; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 669 참조.

기준은 확정적인 것이 아니고, 시대와 상황의 변화에 따라 달라진다.

제3절 심사기준과 심사강도

I. 문제의 소재 : 양자의 관계

프랑스에서 재량행위의 위법성 심사에 있어서 월권소송의 본안심사의 문제는 주로 두 가지 차원에서 논의된다. 무엇에 비추어 재량행위를 위법하다고 볼 것인지에 관한 심사기준의 문제와, 행정청이 불확정개념을 해석한 결과나 결정한 내용을 심사하는 경우 행정청의 판단을 어느 정도까지 존중할 것인지에 관한 심사강도의 문제가 그것이다. 한편, 우리 행정소송 실무는 심사기준과 심사강도의 문제를 인식하면서도 이를 명시적으로 특정하거나 구별하지 않는 것으로 파악된다. 학자들 간에도 재량통제에 대한 심사기준과 심사강도의 개념이 무엇인지에 관하여 다소 견해차가 있다. 따라서 연구에 앞서 위법성 심사기준과 심사강도의 개념을 확정하고자 한다. 또한 프랑스에서는 위법성 심사기준과 심사강도의 분류법과 체계에 관해서는 견해차가 매우 크다. 이러한 분류체계를 미리 정리하고 이 논문에서는 이중 어떤 체계에 바탕하여 연구할 것인지도 밝히고자 한다.

II. 심사기준

1. 의의

재량행위의 위법성 심사기준 내지 심사척도는 행정소송에서 재량행위를 무엇에 비추어 위법하다고 볼 것인지에 관하여 법원이 채택하는 판단

기준인 법원칙을 의미한다. 국내에서는 행정소송에서 재량행위의 위법성의 판단기준을 의미하는 표현으로 심사기준 내지 심사척도,[124] 사법심사사유[125] 등의 용어가 사용된다. 재량행위를 위법하다고 판단하기 위해서는 그 기준이 되는 법원리인 행위규범이자 법규칙인 재판규범이 필요하고, 이는 행정법의 法源과 긴밀히 연관된다.[126] 우리나라에서 재량행위의 위법성 심사기준으로는 우선 재량의 하자에 관한 특유한 판단기준인 비례원칙 · 평등원칙 · 신뢰보호원칙 · 부당결부 금지 원칙 등 행정법의 일반원칙이 있다. 더불어, 행정행위의 일반적인 하자로 거론되는 모든 사유들, 즉 형식상 하자로서 주체에 관한 하자 · 절차에 관한 하자 · 형식에 관한 하자, 그리고 내용상 하자로서 사실인정의 오류, 법률의 잘못된 적용, 법령위반 등이 있다.[127]

월권소송에서의 재량통제에 있어 위법성을 판단할 수 있는 사유는 행정행위의 권한, 절차, 형식, 목적, 내용, 처분이유 등을 기준으로 하여 상당히 한정된다. 이렇게 행정재판소가 행정행위의 위법성을 판단하는 척도로 활용하는 개별 심사기준을 '취소사유'(le moyen d'annulation)라고 한다.[128] 취소사유라는 표현 외에도 '적법사유'(le moyen de légalité), '취소사례'(le cas d'ouverture)[129] 등으로 다양하게 불린다. 프랑스에서 취소사

---

124) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 18면; 유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도, 서울대학교 법학박사논문, 2019, 164면; 허이훈, 영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 2019, 16면, 20면 등 참조.

125) 최선웅, 행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유, 행정법연구 제59호, 2019, 18면 참조.

126) 법규칙과 법원리는 구별되어야 하고, 평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호원칙, 부당결부금지원칙과 같은 행정법의 일반원칙이 재판규범으로서 법규칙으로서의 기능을 수행하고 있지만 오히려 행정실무에서 형량을 가능하게 하는 법원리로서의 기능이 더 강조되어야 한다는 지적에 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 42면 이하; 송시강, 행정재량과 법원리, 141-143면 참조.

127) 김동희 · 최계영, 행정법 Ⅰ, 제26판, 2021, 341-342면 참조.

128) Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 172 참조.

129) 이 글에서는 위와 같은 표현을 모두 '취소사유'라고 번역하였다. 취소사유라는 표현이 원문의 의미에 충실하면서도 '위법사유'를 기초로 '처분의 위법성'을 판단하는 우리 항고소송 체계와 대응하여 볼 때 가장 적합한 번역이라고 판단하였기

유는 재량행위의 위법성을 판단하는 핵심적인 수단이자 척도이다. 취소사유는 행정재판소 판례를 통해 형성되고 발전되어 불문법적 성격을 갖는다.[130] 꽁세유 데따는 최초로 '무권한'의 취소사유를 인정한 이래,[131] 재량통제의 확장을 향한 시대 · 사회의 요청이 있을 때마다 이에 부응하여 개별 사안을 통해 취소사유를 새로 등장시켰다.[132]

취소사유 이론은 본래 프랑스에서 재량행위에 논의의 범위를 한정하지 않고 기속행위를 포함하는 모든 행정행위 차원에서 논의된다. 프랑스는 행정행위를 재량행위와 기속행위로 구별하지 않고, 우리나라 재량의 일탈 · 남용이론처럼 재량행위의 위법성 판단에 있어 특수한 판단방법을 취하지도 않기 때문이다.[133] 프랑스에서 재량통제가 기속행위와 갖는 주된 차이점은 행정청이 행한 사실에 대한 법적 평가에 오류가 있는지 평가하는 경우이다.[134] 그리하여 프랑스에서 재량통제 이론은 '사실에 대한 법적 평가'의 오류에 대한 재량통제가 가능한지 여부, 그리고 통제가 가능하다면 사실에 대한 법적 평가에 관한 행정청의 판단을 얼마나 존중하여야 하는지에 상당히 집중되어 있다. 그러나 재량행위라 하더라도 사실에 대한 법적 평가 외에 다른 취소사유가 있을 경우 위법하다고 판단될 수 있음은 지당하다.

2. 종류

꽁세유 데따 판례에서 정립된 다양한 취소사유들을 분류하고 유형화하

때문이다.

130) Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 172 참조.

131) CE, 28 mars 1807, *Dupuy-Briace* (출처: Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 377) 등이 초기 월권소송 판례에서 무권한의 취소사유를 인정한 사례로 거론된다. 이 판결에서는 도지사가 강의 퇴적물의 소유권을 정하는 내용의 아레떼를 발령하였는데 도지사에게는 이러한 퇴적물의 소유권을 결정할 권한이 없음을 이유로 취소하였다.

132) Gaudemet, op. cit., p. 172 참조.

133) 전술한 제1절 Ⅱ. '재량의 개념' 참조.

134) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1061 참조.

는 시도가 프랑스 학계에서 계속 이루어지고 있다. 역사적으로 사례별로 생성된 취소사유들을 사후적으로 분석적 시각에서 고찰한 결과, 취소사유의 유형별 체계가 논리상 정확하지 않거나, 법 오류와 사실에 대한 법적 평가의 취소사유의 경우에는 서로 뚜렷이 구별되지 않는 것처럼 보이기도 한다. 그 이유는 취소사유가 약 200여 년에 걸쳐 시대 상황의 변화에 대응하며 순차적으로 형성되었다는 점과 월권소송에서 취소사유의 주장책임과 일응의 증명책임이 원고에게 있는 점에 있다고 할 수 있다.[135] 꽁세유 데따는 초기에는 행정행위의 권한, 절차, 형식에 관해 위법이 있는 경우만 심사하였다. 그러다 점차 재량통제의 범위를 확대하여 1910년대에 들어 실질적 내용에 관하여도 심사하기 시작하면서 약 200여 년에 걸쳐 취소사유들이 순차적으로 형성되었다.[136] 취소사유의 주장책임이 원고에게 있다 보니 서로 유사해 보이는 사안에서 다른 취소사유가 주장되고 심리되기도 한다. 결국 취소사유는 시대 상황에 대응하며 진화한 일련의 원고의 '청구원인'(la cause juridique)과 그에 대한 인용례인 것이다.[137]

그럼에도 불구하고 취소사유를 체계별로 분류하고 유형화하는 시도는 여전히 중요하다. 꽁세유 데따는 각 취소사유별로 심사의 방법, 판결의 효력, 뒤이어 살펴볼 심사강도 등에 분명한 차이를 두고 있기 때문이다. 이에 프랑스 행정법학자들은 꽁세유 데따가 판결문에서 인정한 다양한 취소사유들을 유형화하고 체계화하는 시도를 해 왔다. 꽁세유 데따의 판결례들이 오랜 시간에 걸쳐 변화를 거듭하다 보니, 학자들 간에 취소사유를 분류하고 체계화한 방식도 상당히 다양하다.

가. 4분법

라페리에르(Laferrière)는 1896년경 월권소송 판례의 다양한 취소사유들

135) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, pp. 694-696 참조.
136) 취소사유의 형성과정에 대하여 후술하는 제2장 제1절 '취소사유의 발전과정' 참조.
137) Petit & Frier, op. cit., 2022, p. 694 참조.

을 아래 표 1과 같이 네 개의 유형으로 분류하였다. 이는 가장 오래된 분류법이면서도 현재까지 큰 영향을 미치고 있다.[138] 행위의 주체 · 권한에 위법이 있는 경우인 무권한(l'incompétence), 행위의 절차 · 형식에 위법이 있는 경우인 형식의 하자(le vice de forme), 행위의 내용-법령위반, 법 해석의 오류-에 위법이 있는 경우인 '법률 위반과 권리 침해'(la violation de la loi et des droits acquis, 이하 '법률 위반')[139], 행위의 목적에 위법이 있는 경우인 권한남용(le détournement de pouvoir)이 그것이다.[140] 라페리에르의 분류법은 추후 행정재판소의 판례 분류 체계에도 영향을 미쳤고,[141] 유럽법으로 확대되어 유럽기능조약은 취소사유를 4분법으로 구분하고 있다.[142]

---

138) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, pp. 468-533 참조.

139) 라페리에르 활동 당시에는 행정재판소 판례가 행위의 내용에 관한 위법을 취소사유로 인정한 1864년에서 얼마 지나지 않은 시점이었다. 행위 내용의 위법을 이유로 취소판결을 내리는 경우 꽁세유 데따는 잠시간 행정행위를 취소함에 있어 행정행위에 단순히 법률 위반이 있는 것만으로는 부족하고 그로 인하여 원고에게 보장된 권리가 침해되는지까지 살펴보았다(예를 들어, 국방부의 결정에 있어 법령이 잘못 적용된 것은 인정되나 원고의 권리를 침해하지 않았다고 하여 취소청구를 기각한 CE, 10 novembre 1887, *Lefebvre,* Laferrière, op. cit., pp. 506-507 참조). 1864년 전까지 행위의 내용에 관한 불복은 월권소송과는 별도의 취소소송(le recours en annulation)으로만 가능하였는데, 원고의 주관적인 권리 침해가 있는 경우에만 취소가 가능한 데서 유래한다(J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 738 참조). 이후 점차 행정재판소가 원고의 권리 침해가 있는지 판단하지 않으면서 후대 학자들은 권리 침해를 제외하고 나머지 '법률 위반'으로만 부르게 되었다. 법률 위반은 재량행위가 특정 법률(la loi)에 위반된다는 것이 아니라 행정법 규범체계 총체와 합치되지 않는다는 의미이다. 법률 위반의 용어에 관한 프랑스의 논의에 관하여 후술하는 제2장 제3절 Ⅱ. 1. '의의' 참조.

140) Laferrière, op. cit., pp. 468-533 참조.

141) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 694; 장경원, EU 행정법상의 재량에 관한 연구, 행정법연구 제23호, 2009. 4., 51면 참조.

142) 유럽기능조약(Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) 제263조
"(전략) 재판소(유럽연합재판소)는 회원국 국가, 유럽의회, 사무국 또는 위원회가 범한 '무권한'(l'incompétence), '중요한 형식의 위반'(la violation des formes substantielles), '법 적용에 있어서 조약 또는 모든 법 규범 위반'(la violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application), '권한남용'(le détournement de pouvoir)에 관한 소송에 관한 재판권이 있다. (후략)"

분류	내용
무권한	행정행위 주체 · 권한의 위법
형식의 하자	행정행위 절차 · 형식의 위법
법률 위반과 권리 침해	행정행위 내용의 위법
권한남용	행정행위 목적의 위법

표 1 : 라페리에르의 분류법

라페리에르의 분류법은 시간 순서, 즉 연혁상 행정재판소 판례에서 해당 취소사유가 등장한 순서에 기반하였다.[143] 역사적으로 취소사유는 무권한, 형식의 하자, 권한남용, 법률 위반과 권리 침해의 순서로 등장하였다.[144] 라페리에르가 활동한 1896년경에는 아직 법률 위반에 관하여 본격적으로 심사하거나 행위의 이유, 즉 처분이유의 위법에 관하여 현재와 같이 사실에 관한 심리까지 포함한 적극적인 재량통제가 이루어지지 않았다.

나. 6분법

라페리에르 이후로 꽁세유 데따가 법률 위반에 관하여 심사범위를 확대하고 처분이유의 위법에 대한 심사를 시작하면서 판결문에 “법률 위반”, “사실오인”, “처분이유가 부정확하거나 행정행위를 정당화하기에 충분하지 않음”, “법률의 적용 범위에 착오가 있음” 등과 같이 다양한 새로운 문구가 등장하였다.[145] 가지에(Gazier)는 1950년경 라페리에르의 4분법 중 법률 위반에 관하여 세분화할 필요성을 인식하고 아래 표2와 같이 새로운 분류법을 제시하였다.[146] 역사적 등장순서에 기반한 라페리에르

143) J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 252; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 718; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 46면 참조.

144) 취소사유의 등장과정에 관하여 후술하는 제2장 제1절 ‘개설’ 참조.

145) 꽁세유 데따의 심사범위 확대과정에 관하여 후술하는 제2장 제1절 ‘개설’ 참조.

에 비해 가지에는 체계에 따른 이론적 분류를 시도하였다.

가지에는 취소사유를 먼저 '외적 위법성'(l'illégalité externe)의 취소사유와 '내적 위법성'(l'illégalité interne)의 취소사유의 대분류로 구분한다. 외적 위법성은 행정주체의 권한 · 행정행위의 발령절차 · 발령형식 등 행정행위의 외연적 요소로서 '형식'(la forme)이 위법한 경우를, 내적 위법성은 행정행위의 내용, 이유 · 동기, 목적등 행정행위의 실체적 '내용'(le fond)이 위법한 경우를 말한다.[147] 외적 위법성은 다시 '무권한'(l'incompétence), '형식의 하자'(le vice de forme), '절차의 하자'(l'irrégularité de procédure)로 다시 분류되어, 라페리에르의 4분법에서 절차와 좁은 의미의 형식이 분리된다.[148] 내적 위법성은 '법적 근거의 결여'(le défaut de base légale), '법률규정 위반'(la violation d'une disposition légale), '권한남용 내지 절차남용'(le détournement de pouvoir ou de procédure)으로 나뉜다.[149] 라페리에르 이후에 처분이유의 위법에 대한 심사가 시작되었기 때문에, 기존의 법률 위반 유형을 행위 내용의 위법으로 한정하고, 별도로 행위 처분이유의 위법에 관한 법적 근거의 결여 유형을 신설한 것이다.

대분류	소분류	내용
외적 위법성	무권한	행정행위 주체 · 권한의 위법
	절차의 하자	행정행위 절차의 위법
	(좁은 의미의) 형식의 하자	행정행위 형식의 위법
내적 위법성	권한 내지 절차남용	행정행위 목적의 위법
	법률 위반	행정행위 내용의 위법
	법적 근거의 결여	행정행위 처분이유의 위법

표 2 : 가지에의 분류법

146) Gazier, Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950, EDCE 1951, p. 77 참조.

147) Gazier, op. cit., p. 77; Robbe, De l'intérêt (relatif) de la distinction entre illégalité externe et illégalité interne, RFDA, 2018, p. 85 참조. 외적 위법성과 내적 위법성의 구별의 실익에 관하여는 아래 3. '특징'에서 후술한다.

148) Gazier, op. cit., pp. 78-79 참조.

149) Gazier, op. cit., pp. 80-82 참조.

가지에의 영향을 받아 취소사유를 분류하는 현대 학자들로는 샤퓌(Chapus), 고드메(Gaudemet)가 있다. 샤퓌(Chapus)는 라페리에르의 분류법이 현대에는 잘 맞지 않는다고 하여 라페리에르와는 거리를 둔다.[150] 그는 가지에의 분류법에 바탕하면서도 이를 변형하여 다음과 같이 분류한다. 외적 위법성에는 무권한(l'incompétence), 절차의 하자(le vice de procédure), (좁은 의미의) 형식의 하자(le vice de forme)가 있다. 다음으로, 내적 위법성으로는 행위의 '목적'에 관한 위법(l'illégalité en raison du but de l'acte), 행위의 '내용'에 관한 위법(l'illégalité du contenu de l'acte), 행위의 '이유'에 관한 위법(l'illégalité des motifs de l'acte)이 있다.[151]

고드메(Gaudemet)도 가지에의 분류법과 유사하게 행정행위를 다음과 같은 요소로 분류하고, 여기에 다양한 위법의 양태를 연결한다. 행위 주체의 자격에 대한 위법(l'illégalité relative à la qualité de l'auteur de l'acte)에 관한 무권한, 추구하는 목적에 대한 위법(l'illégalité relative au but poursuivi)에 관한 권한남용, 형식에 대한 위법(l'illégalité relative à la forme)에 관한 형식위반, 대상에 대한 위법(l'illégalité relative à l'objet)에 관한 법률위반, 동기에 대한 위법(l'illégalité relative aux mobiles)이 있다.[152]

다. 검토

1960년대 이후 행정재판소가 행정행위의 이유에 대한 심사를 사실에 대한 통제까지 확장하면서 이러한 취소사유를 새로 분류할 필요가 발생하였다.[153] 현대 행정법학자들은 행정행위 '내용'의 위법과 행정행위 '처분이유'(le motif)[154]의 위법이 구별됨에는 대부분 동의하지만, 행정행

150) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1020 참조.
151) Chapus, op. cit., p. 1020 참조.
152) Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 137, 172 참조.
153) 사실에 대한 통제로의 확장은 후술하는 제2장 제1절 '취소사유의 발전과정' 참조.
154) 'le motif'를 직역하면 사유, 이유 또는 동기이다. 그러나 우리나라의 유사 용례

위 처분이유의 위법을 4분법의 법률 위반 항목에 포함할 것인지 아니면 새로운 유형으로 분류할 것인지에 관하여 견해차가 있다. 일부 학자들은 행위 내용에 관한 위법과 행위 이유에 관한 위법을 상위 항목인 '법률 위반'으로 통칭한다.[155] 이는 4분법의 영향이라고 평가할 수 있다. 일부 학자들은 행위 내용의 위법과 행위 이유의 위법을 별도의 유형으로 보고 법률 위반이라는 상위 개념으로 분류하지 않는다.[156] 이는 6분법의 영향이라고 평가할 수 있다. 국내 선행연구[157]들은 프랑스의 전통적 견해인 4분법을 따르는 경우가 많았다.

'법률 위반'의 상위체계 하에 행정행위 내용의 위법과 행정행위 이유의 위법이 하위체계로 존재하는 4분법은 월권소송의 역사상 취소사유가 분화되어 온 과정을 잘 반영하기는 한다. 그러나 이 논문은 행정행위 이유의 위법에 있어서의 심사강도 분화를 주된 연구대상으로 삼는다. 그리하여 행정행위 내용의 위법과 행정행위 이유의 위법을 별도의 취소사유로 보는 6분법에 따르는 것이 보다 적합하다고 판단된다. 행정행위의 내용에 관한 위법과 처분이유에 관한 위법에 관한 판례는 현대에 들어와 사실에 대한 통제를 시작하면서 전혀 다른 별개 유형으로 발전했기 때문이다. 특히 처분이유에 관한 위법은 세부적으로 더욱 분화되면서 각자

를 살펴보면 행정절차법 제23조에서 행정청이 처분을 할 때 그 근거가 된 사실이나 법령을 '처분의 이유'라고 칭하고 있으므로 우리나라의 맥락을 살려 이 논문에서는 'les motifs de l'acte'를 '처분이유'로 번역하였다.

155) J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, pp. 740-749; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 718 참조.

156) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1020; Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 701; Gaudemet, op. cit., p. 137, 172 참조.

157) 홍준형, 프랑스 월권소송에 있어서 취소사유에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 1982; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001 참조. 특히 조춘, 위의 논문, 2001, 45-59면은 라페리에르의 분류법에 기반하되, 법률 위반을 다시 '행위의 내용에 관한 위법'과 '행위의 이유에 관한 위법'의 세부유형으로 분류한다. 그 이유로 그는 라페리에르의 시대 이후에 수많은 변화가 있었음에도 프랑스 판례가 라페리에르 분류법에 현재까지 기반하고 있고, 이후 프랑스 행정법학자들이 다양한 분류법을 제시하고는 있으나 라페리에르가 제시한 틀에 기반한 것이기 때문임을 제시한다.

법 오류, 사실에 대한 법적 평가, 사실의 오인이라는 별도의 체계를 형성하였다. '법률 위반'의 본래 개념적 의미 자체는 적법성 원칙에 위반한다는 것인데,[158] 재량의 사실문제를 심리하는 경우를 적법성 원칙 위배 여부를 판단하는 것으로 단언하기는 어렵기 때문이다.[159] 요컨대, 행정청이 사실의 파악을 잘못하여 행정행위가 위법함에도 이를 법률 위반의 유형으로 분류한다면, 사실의 문제를 마치 법률의 문제인 것처럼 오인될 우려가 있다. 그러므로 이하에서는 6분법을 따르고, 취소사유를 무권한, 절차위반, 형식위반과 권한남용, 직접적인 법률 위반, 처분이유의 위법으로 나누어 검토하기로 한다.

행정행위 구성요소	**요건 (동기 / 처분사유)**	**행위자 (권한)**	**내용**	**절차**	**형식**	**목적**
내용	[법률요건 1], [법률요건 2], [법률요건 3]이 충족될 경우	[행정주체]는 할 수 있다/ 하여야 한다.	[내용 1], [내용 2]를	[절차 1], [절차 2]를 거쳐	[형식 1], [형식 2]를 통해	[목적]을 실현하고자
취소사유	처분이유의 위법	무권한	직접적인 법률 위반	절차위반	형식위반	권한 남용

표 3 : 행정행위의 구성요소와 취소사유

6분법에 따르면 위 표 3[160]과 같이 개별 재량행위의 구성요소는 행위주체, 행위목적, 행정절차, 행정형식, 행위내용, 행위이유로 분설된다. 행정행위 발령의 근거가 되는 법 규범은 "[행위주체]는 [법률요건 1, 2, 3]이 충족될 경우 [목적]을 실현하고자 [절차 1, 2]를 거쳐 [형식 1, 2]를 통하여 [행위내용 1, 2]를 [할 수 있다/하여야 한다]"고 일반화할 수 있다. 행위주체는 '권한'과, 법률요건은 구체적 사실관계의 해석을 통한 '처분

158) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1039 참조.

159) 이와 같은 취지로 Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., p. 493; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 679 참조.

160) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 712의 표를 토대로 변형하였다.

의 이유 내지 동기'와, 나머지는 '목적', '절차', '형식', '내용'의 구성요소와 각각 연결된다. 이를 제2장에서 살펴볼 개별 취소사유와 연결하여 보면, 처분이유의 위법은 법 오류, 사실오인, 사실에 대한 법적 평가의 오류에, 권한에 관한 위법은 무권한에, 내용에 관한 위법은 직접적인 법률위반에, 목적에 관한 위법은 권한남용에, 절차에 관한 위법은 절차위반에, 형식에 관한 위법은 형식위반에 해당한다.

3. 특징

프랑스 학계가 행정재판소 판례상의 취소사유를 외적 위법성과 내적 위법성의 대분류로 구별한 것은 다시 판례에 영향을 미쳐, 행정재판소에서도 이 구별은 중요하게 다루어진다.[161][162] 외적 위법성과 내적 위법성을 구별하는 주된 실익은 위 사유들이 같은 소송에서 동시에 주장되었더라도 각각 서로 다른 '청구원인 내지 소송물'(la cause juridique)로 취급된다는 데 있다.[163] 외적 위법성과 내적 위법성이 각각의 청구원인이 되는 결과, 월권소송 실무에서는 소송 중 취소사유의 추가 · 변경, 기판력, '이유의 경제'(l'économie des moyens) 원칙[164]의 적용에 있어서 다음과 같은

161) J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, pp. 740-749; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 739; Robbe, De l'intérêt relatif de la distinction entre illégalité externe et illégalité interne, RFDA, 2018, p. 85 참조.

162) 외적 위법성과 내적 위법성이라는 표현이 판결문에 직접 사용되기도 한다. 판결이유에서 "외적 위법성에 관하여"(Sur la légalité externe)라는 관용구 이하에서 외적 위법성에 해당하는 원고의 주장(les moyens)을 먼저 판단한 다음, "내적 위법성에 관하여"(Sur la légalité interne)라는 관용구 이하에서 내적 위법성에 해당하는 원고의 주장을 판단하는 구조를 취하는 경우가 있다.

163) 청구원인 내지 소송물로서의 외적 위법성과 내적 위법성에 관하여 Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1022; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 673, 677; Robbe, De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne, RFDA, 2018, p. 85; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 379면 참조.

164) '이유의 경제'란 법원은 원고의 청구를 인용하는 한 원고가 제기하는 모든 주장의 근거에 대해 판단하지 않아도 되고 취소사유를 법원의 재량으로 선택할 수 있으며 원고는 취소의 원인이 된 처분의 취소사유에 불만이 있더라도 인용판결

특징을 갖는다.

먼저 내적 위법성과 외적 위법성의 제소기간은 각각 진행되어 외적 위법성과 내적 위법성은 소송 중 상호간에 취소사유를 추가하거나 변경할 수 없다. 어떠한 행정행위에 대한 취소소송이 진행되는 중이라도 제소기간이 지난 이후에 새로 주장된 취소사유는 새로운 주장으로 취급되어 금지된다. 이러한 새로운 청구의 제한은 1953년 항소심에 있어서 '앵떼꼬삐 조합'(Société Intercopie) 판결[165]에서 확립된 불문법이다. 이 판결에서 원고는 먼저 소 제기 당시에는 계쟁 행정행위를 결정한 위원회 구성이 위법하였다는 외적 위법성만 주장하였으나 소송 도중 제출한 준비서면에서 계쟁 행정행위의 내용이 아레떼[166]에 위반된다는 내적 위법성 주장을 추가하였다. 꽁세유 데따는 추가된 내적 위법성 주장은 새로운 주장으로 별도의 청구원인을 구성한다고 하였다. 그리고 소장과 별도로 답변서가 제소기간 내에 제출되었는지를 검토하여, 제소기간 이후에 제출되었다는 이유로 심사하지 않았다. 곧이어 꽁세유 데따는 이 원칙을 월권소송 일반에 적용하였다.[167]

둘째, 기판력, 특히 반복금지효의 내용에 차이가 있다. 어떠한 행정행

에 불복할 수 없다는 것이다. Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150: Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la illégalité externe, n° 4; 박현정, 프랑스 행정소송에서 이행명령 : 월권소송과 이행명령의 관계를 중심으로, 행정법연구 제18호, 2020, 92-93면 참조.

165) CE, sect., 20 fèvrier 1953, *Société Intercopie.* 판례 출처: Les grands arrêts du contentieux administratif, 6e éd., 2018, p. 51.

166) 아레떼(l'arrêté)는 중앙 행정부처의 장관이나 지방자치단체의 長인 도지사, 시장 등이 제정하는 명령으로, 우리나라의 부령 · 조례 · 규칙에 상응한다. 불특정다수를 대상으로 발하여진 아레떼에는 행정입법의 성격이 있지만 특정인을 상대로 발하여진 아레떼에는 개별 행정행위의 성격이 있다(Bénabent & Gaudemet, Dictionnaire juridique 2023, LGDJ, 2022, p. 31 참조). 이 논문에서는 원문의 특징을 살려 원문 그대로 표기하였다.

167) CE, 15 juill. 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François.* 판례 출처: Robbe, De l'intérêt (relatif) de la distinction entre illégalité externe et illégalité interne, RFDA, 2018, p. 85; CE, 23 mars 1956, *Dame Ginestet.* 판례 출처: Chapus, Droit du contentieux administratif, 13e éd., 2008, p. 676; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 671.

위가 외적 위법성을 사유로 그 결정이 취소되었다면, 행정청은 그 취소 사유만 제대로 보완하면 되고 결과적으로 같은 내용의 결정을 내리더라도 취소판결의 기판력에 반하지 않는다. 취소된 행정행위가 어떠한 신청을 거부하는 처분인 경우 행정청에는 문제된 권한, 절차 또는 형식만 갖추어 재심사여야 할 의무만 있다. 재심사 결과 새로 거부결정을 내리더라도 기판력에 반하지 않는 것이다. 한편, 내적 위법성을 이유로 결정이 취소된 경우라면 행정청은 같은 내용의 결정을 내릴 수 없다.[168]

셋째, 외적 위법성과 내적 위법성의 청구원인이 달리 취급된다면 원칙적으로는 각 주장에 대한 행정재판소의 판단도 각각 이루어짐이 마땅하다.[169] 그러나 프랑스 행정재판소는 소송경제를 이유로 '이유의 경제'(l'économie des moyens) 원칙[170]을 채택하여 원고가 외적 위법성과 내적 위법성을 모두 주장하더라도 외적 위법성을 먼저 심리하고 위법성이 인정된 경우, 나머지 내적 위법성에 대한 심리 없이 바로 행정행위의 위법성을 인정하고 원고의 청구를 인용할 수 있도록 하여 왔다. 그러나 외적 위법성에 의해 청구가 인용된 경우 행정청은 동일한 내용의 결정을 다시 내릴 수 있으므로 원고는 다시 소를 제기하여야 하기 때문에 부당하다는 지적이 있었다. 그리하여 2018년 '소시에떼 이덩'(Société Eden) 판결[171]에서는 청구인이 주위적 주장과 예비적 주장을 하는 경우 이유의

---

168) Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 671; Chapus, op. cit., pp. 800-801 참조.

169) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 401면 참조.

170) '이유의 경제' 원칙은 행정재판소가 원고의 청구를 인용하는 한 판결이유에서 원고가 제기하는 모든 취소사유에 대해 판단하지 않아도 되고 계쟁 행정행위의 취소를 정당화하는 여러 취소사유 중 하나만 선택하여 판단할 수 있다는 원칙이다. CE, 29 mai 1963, *Ministre Santé publique et Population c. M* 판결에서 시작된 것으로 알려져 있다. 판결문에서 흔히 "나머지 청구이유를 살펴볼 필요 없이"(Sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens de la requête)라는 관용 문구로 쓰인다. 이유의 경제 원칙에 대한 자세한 내용은 Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 4; Guyomar & Seller, Contentieux administratif, 6e éd., 2021; 박현정, 프랑스 월권소송에서 이행명령 : 월권소송과 이행명령의 관계를 중심으로, 행정법학, 2020, 92-93면 참조.

171) CE, sect. 21 décembre 2018, *Société Eden.*

경제 원칙의 적용범위를 제한하는 판결을 내렸는데, 이 판결에서 주위적 주장과 예비적 주장을 구별하는 기준은 다시 외적 위법성과 내적 위법성이 되었다.[172] 예컨대, 원고가 주위적 주장으로는 내적 위법성에 해당하는 취소사유를 주장하고 예비적 주장으로는 외적 위법성에 해당하는 취소사유를 주장한다면 행정재판소는 원고의 주장 순서에 기속되어 판단하여야 한다.

그 외에도, 내적 위법성의 청구원인은 원고가 행정행위를 전면 거부하는 것인데 비해, 외적 위법성은 원고가 행정행위의 형식에 관하여 이의를 제기하는 것이어서 그 내용에 차이가 있다는 주장도 있다.[173] 외적 위법성과 내적 위법성에 대한 심사의 양상에 차이가 있다는 견해도 있다. 외적 위법성은 형식적 '정합성'(la conformité), 즉 어떠한 행정행위가 형식요건에 합치하는지를 심사하는 것을 통제의 대상으로 삼는다면 내적 위법성은 내용적 '적합성'(la compatibilité), 즉 어떠한 행정행위가 기존의 법체계와 충돌하지 않는지를 심사한다.[174]

III. 심사강도

1. 의의

우리나라에서는 재량행위의 위법성을 판단하는 심사강도[175]의 개념이

---

172) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, pp. 696-697; Guyomar & Seller, Contentieux administratif, 6e éd., 2021, p. 172 참조.

173) CE, 23 mars 1956, *Dame Ginestet,* Concl., Kahn. Petit & Frier, op. cit., p. 671에서 재인용.

174) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1023 참조.

175) 우리나라에서 '심사강도'라는 표현은 독일의 재량론에서의 '통제밀도'(Kontrolldichte) 논의를 국내에 소개하면서 우리 표현으로 번역한 데서 시작되었다. 심사강도 표현은 주로 법률요건에 규정된 불확정개념의 해석에 관한 행정청의 판단을 존중하여야 한다는 논의에 관해 사용된다. 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005, 269면; 임성훈, 불확정개념의 해석 · 적용에 대한 사법심사에 관한 연구, 서울대학교 법학박사논문, 2012, 265면

무엇인지에 관하여 아직 완전한 합의가 이루어지지 않은 것으로 파악된다. 심사강도가 심사기준과 명확히 구별되지 않으면서 혼용되기도 한다.[176] 행정소송 판례에서는 심사강도의 개념을 명시하지는 않으면서도, 법률요건이 일반적이고 추상적으로 규정된 불확정개념의 해석에 있어서 행정청의 '폭넓은 재량'에 관한 판단을 존중하여야 한다고 하며 사안에 따라 심사의 강도를 달리할 수 있음을 표명한다.[177] 이 논문에서는 우리

등 참조. 최근에는 적어도 행정소송의 일부 분야에서는 심사강도를 약화할 필요가 있다는 당위론 차원에 있어 전반적으로 견해의 일치를 이루었고, 심사강도를 어떻게 약화할 것인지에 대한 방법론 차원의 논의가 많아지는 추세이다. 유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도, 서울대학교 법학박사논문, 2019, 256면 이하 참조; 고소영, 대학의 자율성과 국립대학 총장임용제도에서의 사법심사, 행정판례연구 제24권 제1호, 2019, 241면 등 참조. 심사강도 대신에 독일 원문 표현에 비교적 충실한 번역인 '통제밀도'(Kontrolldichte) 내지 '통제강도'(Kontrollintensität)라는 표현이 사용되기도 한다. 김현준, 행정법원의 통제밀도, 공법학연구 제5권 제1호, 2004; 최승필, 환경영향평가와 사법심사, 경제규제와 법 제11권 제1호, 2018, 168면 참조.

176) 이는 심사기준과 심사방법, 심사강도의 개념에 관하여 아직 합의가 이루어지지 않았기 때문으로 파악된다. 이 논문은 재량의 위법성 '심사기준'과 '심사방법', '심사강도'의 개념이 다음과 같이 구별된다고 보았다(심사기준과 심사강도의 개념을 구별하는 견해로 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005, 269면; 송시강, 행정재량과 법원리, 145-146면 참조). '심사기준'은 앞서 기술한 바와 같이 행정소송에서 재량행위를 무엇에 비추어 위법하다고 볼 것인지에 관하여 법원이 채택하는 판단기준인 법원칙이다. '심사방법'은 위법성 판단을 위해 특정 심사기준을 채택하여 사안에 적용하는 것이다. '심사강도'는 심사방법을 적용하여 나타난 결과 행정청 판단이 얼마나 존중되었는지 또는 법원이 전면적으로 재심사하였는지에 관한 비교적 개념이다.
사안에서 위법성 심사기준이 동일하여 심사방법이 같다고 하더라도 적용 결과 심사강도에 차이가 나타날 수 있다. 예컨대, 공무원 징계양정이 비례원칙을 위반하였는지 심사하는 경우, 심사기준은 '비례원칙', 심사방법은 '비례성 심사'가 된다. 심사강도는 사안에 따라 '강함' 또는 '약함'으로 다양하게 나타날 수 있다. 비례성 심사의 심사강도가 언제나 강한 것은 아니다. 프랑스에서는 침해되는 사익과 달성되는 공익 사이에 비례성이 없음이 명백하게 드러난 경우에만 위법성을 인정하는 경우도 많이 있었다. 현대에서 비례성 심사가 주로 기본권 관련 사안에서 활용되는 보편적 심사기준이 되면서, 비례성 심사라는 심사방법에 관한 표현이 마치 그 자체로 강한 심사강도를 의미하는 것처럼 혼용되고 있을 뿐이다(이러한 용어의 혼용은 우리나라뿐 아니라, 프랑스, 유럽 전역 등 전세계적으로 관찰된다. 이에 관하여 후술하는 제3장 제2절 Ⅱ. 3. '비례성 심사', 특히 각주 476 참조.)

177) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2021. 7. 29. 선고 2021두33593 판결 등.

나라와 프랑스의 심사강도 이론을 비교함에 앞서, 심사강도를 법원이 재량행위의 위법성 판단에 있어 심사기준을 얼마나 강하게 또는 약하게 적용할 것인지, 또는 재량행위의 위법성을 엄격하게 심사할 것인지 또는 완화하여 심사할 것인지에 관한 심사방법의 결정 문제라고 정의하고자 한다. 행정청의 판단에 관하여도, 심사강도에 관한 논의에 심사강도가 완화되는 경우뿐 아니라 강화되는 가능성을 아우르고, 법률요건에 규정된 불확정개념의 해석 및 적용뿐 아니라 법률효과 결정에 있어 행정행위의 내용이 적절한지에 대한 판단까지 포함하기로 한다. 이 논문에서는 재량행위의 '심사강도가 강함'은 심사기준을 강하게 적용하는 것으로, 재량의 위법성을 판단하면서 법률요건의 해석이나 법률효과의 결정에 관한 행정청의 판단을 따로 존중하지 않고 전면적으로 재심사하는 것을 의미하는 것으로 규정한다. 행정청의 법률효과 결정에 관한 재량의 위법성을 강한 심사강도로 심사하는 경우, 법원이 인정된 사실관계를 바탕으로 독자적으로 가장 적절한 결정을 도출한 후, 행정청의 결정이 이와 다른 경우에는 위법하다고 보기도 한다. 재량행위의 '심사강도가 약함'은 불확정개념의 심사기준이 약하게 적용되고 행정청의 판단을 존중하여 명백한 잘못이 없는 한 위법하다고 판단하지 않는다.

프랑스에서 '심사강도'(l'intensité du contrôle juridictionnel) 논의는 행정재판소가 월권소송의 취소사유 중 '사실에 대한 법적 평가'의 오류를 심사하는 경우 이를 얼마나 엄격하게 또는 완화하여 심사할 것인지의 문제로 다뤄진다.[178] 월권소송에서 타당성 통제와 적법성 통제가 서로 대립한다고 할 때 행정재판소가 어느 선까지 타당성 통제에 개입할 것인지의 문제인 것이다.[179] 꽁세유 데따는 행정청의 재량에 대하여 점차 적극적

178) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 297; Serrand, Droit administratif 2, 2015, p. 113; Deguergue, Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 379; Corre-Basset, La « conception française de la separation des pouvoirs » et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif : Perspective historique et comparée, RDP, n° 4, 2020, p. 870 참조.

으로 심사대상을 확대하는 대신, 행정재량에 대한 과도한 사법적 개입을 방지하기 위해 개별 사안에 따라 사법심사의 강도를 다양하게 적용한다. 예컨대, 불확정개념에 대한 행정청의 선행 해석에 전문적 판단이거나 정책판단적 성격이 있는 경우 선행 해석을 행정재판소가 대체하여 판단한다면 과도한 사법적 개입이 될 수 있으므로 행정청의 해석에 '명백한 평가의 오류'(l'erreur manifeste d'appréciation)가 없으면 적법하다고 보아 심사강도를 약화한다.[180]

2. 종류

제3장에서 프랑스에서의 개별 심사강도에 관하여 고찰하기에 앞서 심사강도의 분류법에 대한 논의가 필요하다. 프랑스에서도 심사강도에 관한 논의는 비교적 최근에 발생한 것으로 분류법이 아직 통일되어 있지 않다. 최근 행정재판소가 개별 사안의 특성에 따라 '법의 해석에 명백한 오류가 있다', '비례성에 어긋난다', '대조표가 맞지 않다' 등의 표현을 사용하면서 명백한 평가의 오류 심사, 비례성 심사, 대조표 심사라는 새로운 심사방법을 제시하고 다양한 양상으로 재량의 적법성을 통제하고

---

179) 완전심판소송의 경우 행정재판소는 언제나 전면적 심리를 하고 행정행위의 내용을 직접 변경하는 판결도 내릴 수 있다. 따라서 완전심판소송에서 판사는 행정행위에 대한 사후적 관찰자의 입장이 아니라, 행정청과 유사한 권한을 보유하면서 언제나 보통심사를 해 왔다고 할 수 있다. Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP, 1980, p. 804; Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014 참조. 그러나 월권소송의 경우 완전심판소송과 달리 객관소송으로서 재량행위의 위법성에 대한 최종 확인이 이루어지고 그 판결의 효력도 대세적으로 미치므로 사법심사의 확대를 통해 행정재량이 침해되지 않도록 섬세한 주의를 기울여야 할 필요가 크기 때문에 심사강도의 조절 문제가 대두된다. Morand-Deviller et al., op. cit., p. 301; 박정훈, 행정법의 구조와 기능, 2006, 164면 참조).

180) 예를 들어, CE, 27 avril 1961, *Société Toni* 판결에서는 제품의 유해성에 관한 평가에 관하여 행정청의 평가를 존중하여 명백한 평가의 오류가 없으면 적법하다고 본다(판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014).

있음은 분명하다. 일부 사안의 경우 사법심사가 적절하지 않다는 이유로 심사를 면제하기도 한다. 이러한 판례들을 분석하면서 학자들은 다음과 같이 다양하게 '보통심사'(le contrôle normal), '명백한 평가의 오류 심사'(le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation), '비례성 심사'(le contrôle de proportionnalité), '대조표 심사'(le contrôle du bilan), '심사의 면제'(le contrôle minimum)를 심사강도 별로 분류하고 있다. 구체적인 분류법은 학자들 간에 상이하게 나타난다. 보통심사와 제한심사의 두 가지 심사강도의 존재는 공통적으로 인정하되, 비례성 심사에 관하여 보통심사 및 제한심사와 구별되는 별도의 심사강도, 즉 '최대심사'(le contrôle maximal)를 인정할지에 관해 견해가 갈린다. 또한 대조표 심사를 비례성 심사의 일종으로 볼 것인지도 의견이 분분하다. 아래에서는 다양한 심사강도의 종류를 최대심사를 인정할지 여부에 따라 2분법과 3분법으로 나누어 소개한다.

가. 2분법

행정판례총람, 법률백과사전 등 전통적으로 권위 있는 프랑스 문헌을 비롯하여 대다수의 프랑스 학자들은 비례성 심사와 대조표 심사를 보통심사로 분류한다. 또한 이들은 최대심사를 제한심사 · 보통심사와는 별도로 구별되는 심사강도 유형으로 인정하지 않는다.

(1) 샤퓌(Chapus)는 사실에 대한 법적 평가의 심사를 보통심사와 제한심사의 두 가지로 분류한다. 제한심사에는 명백한 평가의 오류 심사와 심사의 면제가 있고, 비례성 심사와 대조표 심사는 보통심사와 구별되는 별도의 심사강도가 아니라 보통심사의 특수한 형태에 불과하다. 한편, 대조표 심사는 비례성 심사가 토지수용 분야에 적용된 결과에 불과하므로 비례성 심사와 구별되는 것이 아니라 비례성 심사의 일종이다.[181]

---

[181] Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1061, pp. 1071-1074 참조.

(2) 고드메(Gaudemet)는 사실에 대한 법적 평가의 심사를 보통심사와 제한심사의 두 가지로 나누면서 대조표 심사를 보통심사로, 명백한 평가의 오류 심사를 제한심사로 분류한다.[182] 비례성 심사는 독립된 심사방법으로 언급하지 않는다.

(3) J. 왈린(Waline)은 사실에 대한 법적 평가의 심사는 보통심사와 제한심사의 두 가지 유형이 있다고 인정하면서, 명백한 평가의 오류 심사를 제한심사로 분류한다.[183]

(4) 데바쉬(Debbasch) · 리씨(Ricci)는 심사강도를 보통심사와 제한심사로 나누면서, 제한심사에는 명백한 평가의 오류 심사와 심사의 면제가 있다고 한다.[184] 비례성 심사와 대조표 심사는 독립된 심사방법으로 언급하지 않는다.

(5) 법률백과사전에서는 심사강도를 보통심사와 제한심사의 2가지로 나누면서, 심사의 면제를 제한심사로 분류한다. 비례성 심사와 대조표 심사는 따로 구별하면서 각각 보통심사의 특수한 형태라고 한다.[185] 이는 샤퓌의 분류법에 기초한 것으로 파악된다.

(6) 행정판례총람에서는 심사강도를 심사의 면제, 보통심사, 제한심사의 3종류로 구분하면서, 비례성 심사와 대조표 심사를 보통심사의 일종으로 소개한다.[186]

나. 3분법

2000년대 중반 이후 신진 학자들의 경향은 비례성 심사와 대조표 심사

---

182) Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, pp. 179-181 참조.

183) J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 750 참조.

184) Debbasch & Ricci, Contentieux administratif, 7e éd., 2001, pp. 811-818 참조.

185) Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne 참조.

186) Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014 참조.

를 보통심사와 별도의 심사방법으로 소개하는 것이다. 일부 학자들은 이를 최대심사라고 명명하기도 한다.

(1) 쁘띠(Petit) · 프리에(Frier)는 심사강도를 심사의 면제, 제한심사, 보통심사, 최대심사의 총 4가지로 구분한다. 최대심사에는 비례성 심사와 대조표 심사의 두 종류가 있다.[187]

(2) 모랑 드비에(Morand-Deviller)는 심사강도를 보통심사, 제한심사, 비례성 심사의 3가지로 구분한다. 제한심사는 명백한 평가의 오류가 있고, 보통심사 및 제한심사와 구별되는 제3의 심사강도로 비례성 심사를 소개한다. 대조표 심사는 비례성 심사의 일종으로 분류한다.[188]

(3) 세랑(Serrand)은 심사강도를 제한심사, 보통심사, 최대심사로 구분한다. 그러면서 제한심사에는 심사의 면제와 명백한 평가의 오류 심사가, 최대심사에는 비례성 심사와 대조표 심사가 있다고 소개한다.[189]

(4) 트뤼셰(Truchet)는 심사강도를 제한심사, 보통심사, 최대심사로 구분한다. 제한심사에는 명백한 평가의 오류 심사가 포함되고, 최대심사에는 대조표 심사가 있다고 한다.[190] 비례성 심사는 독립된 심사방법으로 언급하지 않는다.

다. 검토

프랑스에서 심사강도가 이렇게 다양하게 분류되고 있는 현상의 원인을 살펴본다. 프랑스에서 심사강도의 논의는 비교적 최근인 1960년대 이후에 본격적으로 이루어졌다. 보통심사, 제한심사라는 개별 심사강도의 개념범주도 시대의 요청에 따라 불문법적으로 형성되고 변형되었으며, 각 심사강도가 그 등장 배경 · 적용 범위 · 사회적 의미 등에서 일차원의 동

187) Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, pp. 681-682 참조.
188) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, pp. 297-301 참조.
189) Serrand, Droit administratif, Tome 2, 2015, pp. 113-131 참조.
190) Truchet, Droit administratif, 8e éd., 2019, pp. 234-239 참조.

일선상에 있다고 할 수 없다.

재량에 대한 재판상 통제의 확대라는 큰 흐름에서 프랑스 행정재판소의 역사를 보면, 1910년대에 심사대상을 법률심에서 사실심으로 확장하는 큰 변화가 있었고, 1960년대에 심사대상의 차원에서 심사강도의 차원으로 재량통제의 논의가 더 확장하였다고 평가할 수 있다.[191] 그리하여 1960년대 전까지는 재판상 통제에 관하여 통제의 가능성 또는 불가능성, 즉 심사의 대상적격이 있는지 없는지의 문제로 논의되었다.[192] 따라서 심사강도는 심사대상이 되는 영역과 심사대상이 되지 않는 영역, 즉 심사의 면제 여부만 존재했다. 그리하여 심사강도 내지 심사범위라는 표현은 사용되지 않았고 이는 '심사대상'(la recevabilité), 즉 월권소송에서의 심사가능성 문제로 지칭되었다.[193] 1960년대 이후 심사가 면제되던 영역을 축소하고 심사대상이 되는 영역을 넓히고자 하는 노력으로 제한심사가 등장하였고, 이러한 논의는 대상적격의 문제가 아니라 본안 단계에서의 심사'범위'(l'étendue)에 관한 문제가 되었다.[194] 또한 비례성 심사와 대조표 심사가 등장하면서 심사방법이 다양해지고 타당성 통제의 영역이었던 행정결정의 내용 자체에 관하여도 법원이 적극적으로 판단하는 경우가 많아지면서, 다양한 심사'강도'(l'intensité)의 문제로 확장되고 있다.[195]

이러한 심사강도의 분화는 결국 재량에 대한 심사범위의 확장 과정에서 판례를 통해 발생한 현상이라는 관점에서 보면, 이러한 체계상의 혼

---

191) Ghezzou, Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse de doctorat en Droit public, Université Bourgogne Franche-Comté, 2017, p. 36 참조.

192) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1061 참조.

193) Chapus, op. cit., p. 1061 참조.

194) Chapus, op. cit., pp. 1061-1064; Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 907 참조.

195) Corre-Basset, La « conception française de la separation des pouvoirs » et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif : Perspective historique et comparée, RDP, n° 4, 2020, p. 870 참조.

란은 지극히 자연스러우며 프랑스 심사강도 도그마틱의 완성도를 약화시키는 요인이 될 수 없다. 그 까닭인지 프랑스 학자들 간에는 자신이 주장하는 심사강도의 분류가 타당하다고 주장하거나 심사강도를 앞으로 어떻게 체계화하여야 한다는 견해를 제시하거나 혹은 논의를 통일해야 한다고 주장하는 견해를 거의 찾아볼 수 없다.[196]

그렇다면 객관적인 비교법 연구를 통해 최종적으로 우리나라에의 시사점을 얻는 것을 목적으로 하는 이 논문에서는 2분법과 3분법 중 무엇이 타당한지 비판적으로 검토하거나 그중 한 입장을 지지하는 것은 지양하고, 관찰자 입장에서 심사강도에 관한 분류법의 불일치를 일단 그대로 받아들이고자 한다. 그리하여 제3장 제2절 '심사강도의 다양성'에서 심사강도의 개별 유형을 검토하면서는 프랑스의 전통적인 2분법에 따라 심사강도를 '보통심사'와 '제한심사'의 두 가지로 분류하여 고찰하고자 한다. 먼저 제한심사의 일종인 명백한 평가의 오류 심사와 심사의 면제를 살펴본 다음, 보통심사 및 그 특수한 심사방법으로서의 비례성 심사와 대조표 심사를 살펴본다. 다음으로는 제3장 제2절 Ⅲ. '검토'에서 우리나라 연구자의 시각에서 개별 심사강도를 비판적으로 분석하면서, 우리나라의 재량통제 체계에 시사점이 있는 요건재량과 효과재량의 구별, '최대심사'의 인정 여부 문제를 고찰하고, 다양한 심사방법 간의 강도를 비교하여 보고자 한다.

196) Deguergue, Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 379 참조. 나아가 Corre-Basset, op. cit., p. 870은 프랑스와 유사하게 심사강도에 관한 논의가 별로 없는 독일과 프랑스의 경우를 비교하면서, 독일에서는 심사강도에 관한 견해가 학자들 간에 통일을 이루어 조화롭기 때문에 심사강도에 관한 논의가 별로 없지만 프랑스의 경우에는 심사강도를 체계화하여 고착화하는 것이 위험하다는 인식이 있기 때문이라고 주장한다.

제4절 소결

지금까지 프랑스에서의 재량의 행사와 통제구조, 월권소송을 개관한 다음, 월권소송에서 주장되는 다양한 취소사유들이 크게 외적 위법성과 내적 위법성이라는 별개의 청구원인으로 분류됨을 살펴보았다. 프랑스 학자들은 이와 같은 개별 취소사유들이 크게 외적 위법성과 내적 위법성으로 분류됨에는 이의 없이 찬동하지만, 세부적으로 어떠한 개별 취소사유로 유형화되는지에 관하여는 각기 다른 입장을 보이고 있다. 이 논문에서는 개별 재량행위의 구성요소에 따라 문제되는 취소사유를 체계적으로 검토할 수 있다는 점에서 가지에의 분류법을 취하여 외적 위법성을 무권한, 절차위반, 형식위반으로, 내적 위법성을 권한남용, 직접적인 법률위반, 처분이유의 위법으로 다시 분류하기로 한다.

프랑스 행정재판소는 취소사유의 발전을 통해 역사적으로 '타당성 통제'를 축소하고 '적법성 통제'를 확장하면서 재량에 대한 재판상 통제의 범위를 확장해 왔는데, 특히 1910년대와 1960년대에 두 차례 전환기를 맞았다. 요약하면, 1910년대의 전환을 '법률심에서 사실심으로'의 변화, 1960년대의 전환을 재량통제의 확장 과정에서의 '심사대상의 문제에서 심사강도의 문제로'의 문제의식의 전환이라고 할 수 있다. 이 논문에서는 재량통제에 있어서의 심사기준과 심사강도의 변화에 주목하면서, 1910년대 '처분이유에 대한 통제'가 시작되면서 '법률심에서 사실심으로'의 전환(제2장), 1960년대의 본격적인 사실심 확대 과정으로서 '명백한 평가의 오류' 심사의 시작과 심사강도 분화에 따라 비례성 심사와 대조표 심사(제3장)에 관하여 살펴보고자 한다.

제2장 재량행위에 대한 심사기준

제2장에서는 먼저 취소사유의 발전사를 '법률에 대한 통제'(le contrôle du droit)에서 '사실에 대한 통제'(le contrôle du fait)로 확장하는 과정에 중점을 두어 살펴본다(제1절). 이러한 역사적 맥락에 대한 이해를 바탕으로 개별 취소사유들을 고찰한다(제2, 3절). 개별 취소사유들은 개별 재량행위의 특성상 주로 문제되는 취소사유인 '절차위반'(le vice de procédure)과 '처분이유의 위법'(l'illégalité aux motifs de l'acte)을 중점적으로 다루고자 한다. 법률문제에서 사실문제에 관한 통제범위의 확장은 처분이유의 위법에 대한 통제로 나아가는 과정이다. '무권한'(l'incompétence), '형식위반'(le vice de forme), '권한남용'(le détournement de pouvoir), '직접적인 법률 위반'(la violation directe de la loi)의 취소사유는 개별 재량행위가 기속행위나 재량행위 중 행정입법과 뚜렷이 구별되지 않고 모든 행정행위에 일반적으로 적용되므로 간략히 다룬다. 개별 취소사유를 논하는 순서는 꽁세유 데따 판례에서 각 취소사유가 최초 등장하는 시기를 기준으로 시간의 흐름에 따라 소개하기로 한다.

제1절 개설

프랑스에서의 재량행위에 대한 위법성 심사기준은 월권소송의 역사적 발전과정에서 형성되었다. 심사기준의 발전과정은 크게 두 시대로 나누어 볼 수 있다. 먼저 월권소송이 시작된 1800년경부터 1910년경으로, 이 시기에는 법률에 대한 통제를 시작으로 재량통제를 시작하고 점차 법률에 대한 통제가 정착되었다(Ⅰ). 다음으로 1910년경 이후부터 현재까지로, 행정재판소가 법률에 대한 통제에서 사실에 대한 통제로 심사범위를

확장하면서,[197] 사실문제의 위법성을 판단하는 심사기준이 새로이 생겨났다(Ⅱ).

I. 1800년경~1910년경 : 법률에 대한 통제의 시작

꽁세유 데따가 탄생한 1799년부터 행정에 대한 재판권을 법률로 명시적으로 위임받은 1872년 전까지 월권소송은 행정부가 사법부로부터 독립하여 행정에 대한 재판권을 획득하는 방향으로 발전하였다. 앞 1장에서 살펴본 바와 같이, 월권소송 초기의 역사는 행정부의 사법부로부터의 권력분립 과정으로 요약될 수 있다.[198] 그리하여 초기에는 행정재판소의 심리범위가 '법률에 대한 통제'(le contrôle du droit)에 한정되었고, '사실에 대한 통제'(le contrôle du fait)는 하지 않았다. 법률에 대한 통제만 적용하던 시기에는 행정청의 사실에 관한 판단권이 최종적인 것으로 존중되었고, 월권소송에서의 재량통제는 법률에 관하여만 판단하는 일종의 '상고심으로서의 사후심'(le contrôle de cassation)으로만 이루어졌다.[199]

꽁세유 데따가 행정에 대한 재판권을 본격적으로 위임받은 1872년 이후 1910년대까지의 시기는 요컨대 '외적 위법성'(l'illégalité externe)에 관한 통제에서 '내적 위법성'(l'illégalité interne)에 관한 통제로 심리범위를 확장하는 과정이었으나,[200] 아직 사실에 대한 통제까지는 하지 않고 법률에 대한 통제에 머물러 있었다.[201] 꽁세유 데따는 무권한, 절차위반,

---

197) 재량을 사실과 법률의 문제로 보는 프랑스의 입장에 관하여 전술한 제1장 제2절 Ⅱ. '사실에 대한 법적 평가' 참조.

198) 꽁세유 데따의 설립과 월권소송의 탄생에 관하여 전술한 제1장 제1절 Ⅰ. '의의' 참조.

199) Brisson, Le recours pour excès de pouvoir, 2004, p. 79 참조.

200) 외적 위법성은 행정주체의 권한 · 행정행위의 발령절차 · 발령형식 등 행정행위의 외연적 요소로서 '형식'(la forme)이 위법한 경우를, 내적 위법성은 행정행위의 내용 · 이유-동기 · 목적등 행정행위의 실체적 '내용'(le fond)이 위법한 경우를 말한다. 외적 위법성과 내적 위법성의 구별에 관하여 전술한 46면 이하 제1장 제3절 Ⅱ. 3. '특징' 참조.

201) Ghezzou, Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen

형식위반, 권한남용, 직접적인 법률 위반, 처분이유의 위법 중 법 오류의 순서로 점차 취소사유를 추가하면서 재량통제의 범위를 확대하여 왔다. 새로운 취소사유의 등장은 월권소송에서의 심사대상의 확대이자 꽁세유 데따의 권한 확장을 의미하므로, 꽁세유 데따는 새로운 심사기준을 신중하게 등장시켜 왔다.

가장 처음으로 등장하는 취소사유는 무권한이다. 최초의 무권한에 관한 판결은 도지사가 강의 퇴적물의 소유권을 정하는 내용의 아레떼[202]를 발령한 데 대해 도지사에게 이러한 퇴적물의 소유권을 결정할 권한이 없음을 이유로 취소한 사건이라고 알려져 있다.[203] 곧이어 절차의 하자와 형식의 하자의 취소사유도 등장하였다.[204] 이렇듯 권한 · 절차 · 형식 등 외적 위법성에 관한 심사는 월권소송 초기부터 비교적 수월하게 시작되었다. 꽁세유 데따에서 월권소송이 시작되기 전 이미 월권소송의 전신으로 司法재판소에서는 빠를르멍에서 권력분립 원칙을 위반하여 입법 · 행정기능을 침범한 경우를 시정하고자 권한 · 절차 · 형식의 문제를 심리하는 취소소송을 '통상소송'(le recours contentieux ordinaire)으로 수행하고 있었기 때문이다.[205] 당시 프랑스에서는 '월권'(l'excès de pouvoir)이란 권한의 침해나 절차 · 형식의 위법을 의미한다는 인식이 이미 형성되어 있었던 것이다.[206] 기존에 司法재판소가 관할하던 사건 분야 중 따로 행정

---

du recours pour excès de pouvoir, Thèse de doctorat en Droit public, Université Bourgogne Franche-Comté, 2017, p. 34 참조.

202) 아레떼(l'arrêté)에 관하여 각주 166 참조.

203) CE, 28 mars 1807, *Dupuy-Briace* (판례 출처: Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 377) 등이 초기 월권소송 판례에서 무권한의 취소사유를 인정한 사례로 거론된다. 월권소송 최초 판결로 각주 25 참조.

204) CE, 4 jui 1813, *Bertau*; CE, 1 mar 1814, *Bruher.*

205) 앙시앙 레짐하에서의 빠를르멍(le parlement)에 관하여 전술한 제1장 제1절 Ⅰ. '의의' 참조.

206) 이러한 점에서 라페리에르는 월권소송에서 '월권'이라는 표현이 「1791년 헌법」 제3편(Titre Ⅲ) 제5장(Chapitre Ⅴ) 제27조(Article 27)에서 빠를르멍 판사들이 '자신의 권한을…유월'(excéder…leurs pouvoirs)한 경우 파기법원[le tribunal de cassation, 파기원(Cour de cassation)의 옛 이름]에서 취소될 수 있음을 최초로 명

사건이 분리되어 꽁세유 데따에 '유보된 재판권'(la justice retenue)이 부여된 만큼, 외적 위법성은 자연스럽게 꽁세유 데따 초기부터 심사된 것이다.

1860년대에 들어 제2제국[207]이 들어서면서 프랑스의 정치·사회적 분위기 변화로 국민이 비교적 자유롭게 소송을 제기하여 침해받은 권리의 구제를 도모할 수 있는 분위기가 조성되었다. 이러한 배경에서 1864년 꽁세유 데따는 레바(Lesbats) 판결[208]을 통해 행정행위의 목적에 관한 위법을 최초로 인정한다. 최초로 권한남용에 관하여 심사하면서 행위의 목적으로 심사범위를 넓힌 것이다. 그러나 레바 판결은 월권소송이 아니라 완전심판소송이었기에 아직 월권소송에서 내적 위법성을 본격적으로 인정하였다고 볼 수는 없었다.

제3공화정[209]이 들어서면서 1872년 꽁세유 데따는 '1872년 5월 24일 법률'로 '위임된 재판권'(la justice déléguée)을 부여받으면서 그 권한이 대폭 강화되었다. 본격적으로 행정사건에 관하여 司法재판소의 재판권이 배제되고 꽁세유 데따가 독립된 재판권을 갖게 되었다. 이후 1875년 꽁세유 데따는 빠리제(Pariset) 판결[210]에서 최초로 월권소송에서 권한남용을 이유로 행정행위를 취소하면서, 최초로 내적 위법성을 인정한다.

시하고, 이후「공화력 3년(1795년) 헌법」제262조와「공화력 8년 6월 27일(1800년 3월 18일) 법률」제80조에서 이 표현을 계승한 데에서 왔다고 한다(Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 367 참조).

207) 제2제국은 1852년부터 1870년까지 존속한 나폴레옹 3세 통치기간에 있었던 프랑스의 최후의 군주정 체제이다. 1870년 프랑스가 프로이센과의 전쟁에서 패하면서 제2제국은 붕괴하고 제3공화국이 성립되었다.

208) CE, 24 février 1864, *Lesbats.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1049; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 142면.

209) 제3공화국은 1870년부터 1940년까지 약 70년간 프랑스에서 존속한 공화정 체제로 비교적 안정적이었다고 평가된다.

210) CE, 26 novembre 1875, *Pariset.* 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21e éd., 2017, pp. 27-35.

꽁세유 데따가 1910년대까지 비교적 오랫동안 법률에 대한 통제에 그 역할을 한정한 이유로는 두 가지가 거론된다. 첫째, 월권소송은 행정행위의 적법성을 통제하기 위한 목적의 소송이다. 적법성이란 법 규범에 합치(l'accord)함을 의미하므로 월권소송을 수행하는 법관은 오로지 법률과 행정입법에 근거하여 행정행위가 법 문언에 합치하는지를 심리하여야 한다는 것이다.[211] 사실에 대한 통제는 법률과의 합치관계를 따지는 적법성에 관한 문제가 아니라 실체적 사실을 정확하게 파악하였는지에 관한 문제이므로 월권소송의 심사대상이 아니라고 본 것이다.

둘째, 법률문제만 통제해 온 이유는 프랑스의 전통적인 행정권에 대한 존중과 권력분립 원칙을 수호하기 위함도 있다.[212] 월권소송은 행정부에 대한 견제 역할을 수행하여야 할 뿐 행정부의 역할을 대신하여서는 아니 된다는 것이었다. 당시 새로이 위임된 재판권을 부여받은 꽁세유 데따는 행정부와 독립된 지위에서 재판기관으로서의 기능을 수행하는 데 철저히 그 역할을 한정하여야 한다는 의무감을 갖고 있었다. 그러나 몇몇 프랑스 학자들은 1910년대 전 당시에도 행정재판소가 월권소송에서 일부 사실문제를 다루었다고 주장한다.[213] 이들은 제2공화국하에서 일부 판례는 무권한의 취소사유로 재량행위를 취소하면서도 판시이유에서는 그 행위가 불법한 동기에서 비롯되었다는 점을 지적하는 등 부분적으로 사실문제에 관한 심사도 이루어졌다는 점을 지적한다.[214] 이는 법률문제와 사실문제가 이론상으로는 뚜렷이 구별되지만 현실에서는 엄격히 구별되지 않는다는 데에서 그 이유를 찾을 수 있다.[215]

---

211) Eisenmann, Préface, Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958, p. 4 참조.

212) Corre-Basset, La « conception française de la separation des pouvoirs » et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif : Perspective historique et comparée, RDP, n° 4, 2020 참조.

213) Brisson, Le recours pour l'excès de pouvoir, 2004, p. 81; Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, pp. 669-670 참조.

214) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, pp. 693-694 참조.

215) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 528, 534 참조.

II. 1910년경 이후 : 사실에 대한 통제로의 확장

1910년대에 들어서야 행정재판소는 점차 '내적 위법성'의 심사에 있어 적극적 태도를 보인다. 재량행위의 내용에 위법이 있는 경우인 직접적인 법률 위반, 그리고 행위의 사유에 관한 위법 중 '법률 위반'까지 심사범위를 확장한다. 1910년대에 들어 사실에 대한 통제를 인정하는 고멜(Gomel) 판결[216]과 까미노(Camino) 판결[217]이 등장하면서, 꽁세유 데따는 법률에 대한 통제만 해 온 전통을 탈피하여 사실에 대한 통제까지 권한을 확장한다. 재판소는 행위의 사유에 관한 위법 중에서 사실에 대한 법적 평가, 사실오인에 관하여 심사하면서, 적극적으로 실체적 내용에 관한 재량통제를 시작한다. 타당성 통제를 점차 축소하고 적법성의 원칙에 의한 통제의 영역을 점차 넓혀 나가면서 재량에 대한 통제를 확대한 것이다.[218] 사실에 대한 통제에 있어 행정재판소는 사실관계의 정확성과 행정청이 사실관계를 적절하게 법적으로 해석하였는지까지 심리한다.

먼저, 고멜 판결을 살펴본다. 원고 고멜은 파리 보보 광장(la Place Beauvau) 내 부지에 주택을 짓기 위해 센느(la Seine) 지사에게 건축허가를 신청하였다. 지사는 1913. 7. 26.자 아레떼로 그 건축허가신청을 거절하였다. 고멜은 자신의 건축허가 신청을 거절한 1913. 7. 26.자 아레떼를 재량권 남용으로 취소해 달라는 내용의 소송을 제기하였다. 위 아레떼가 발령된 법적 근거는, 1852. 3. 23.자 데크레[219] 제3조 및 그 개정법령인 「1911년 7월 13일 법률」(la loi du 13 juillet 1911) 제118조에 있었다. 위 법은 "지사는 건축허가 신청이 주변지역의 '보존가치 있는 경관'(la perspective monumentale)을 '해할 수 있는 경우'(porter atteinte) 건축허가 신청

---

216) CE, 4 avril 1914, *Gomel.* 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{e} éd., 2017, pp. 160-169.

217) CE, 14 janvier 1916, *Camino.* 판례 출처: Long et al., op. cit., pp. 170-174.

218) 적법성 통제와 타당성 통제에 관하여 전술한 제1장 제2절 Ⅲ. '재량에 대한 재판상 통제와 한계' 참조.

219) 데크레(le décret)에 관하여 각주 49 참조.

을 거부할 수 있다.”고 정하고 있다. 이 판결에서는, 보보 광장이 보존가치 있는 경관을 갖고 있는지 여부 및 센느 지사가 원고의 건축허가 신청을 허용하는 경우에 보보 광장의 경관을 해할 수 있다고 판단한 것이 정당한지 여부가 쟁점이 되었다.[220]

꽁세유 데따는 원고의 청구를 인용하고 센느 지사가 발령한 아레떼를 취소하는 결정을 내렸다. 그 이유는, 위 첫 번째 쟁점에 관하여, 건축허가 신청을 한 건물과 그 주변의 보보 광장에 관한 사실관계를 종합하여 보더라도 결정을 ‘정당화하기에 충분하지’(de nature à justifier) 않다는 것이었다. 따라서 보보 광장이 보존가치 있는 경관을 갖고 있다고 판단한 것이 정당하지 않다고 하였다. 고멜 판결은 종전에 법률심에 한정되어 있던 프랑스 행정소송에서 재량통제의 심사범위를 최초로 사실심까지 확대하였다. 이 점에서 위 판결은 행정소송 역사상 기념비적 판결이 되었다. 샤퓌는 이 판결을 행정행위의 적법성에 관하여 더욱 철저히 재량통제를 가한다는 측면에서 가장 위대한 도약으로 평가한다.[221]

고멜 판결로부터 3년 후, 까미노 판결이 내려진다. 꽁세유 데따는 1916년 1월 까미노 판결에서 최초로 ‘사실관계의 정확성’(l’exactitude matérielle des faits)을 심사하였다. 원고 앙다예(Hendaye) 시장은 장례식을 거행하면서 관련 법령에서 정한 장례식의 이행에 관한 요건을 제대로 이행하지 않았다는 사유로 해임되었다. 시장이 장례 행렬을 묘지의 벽에 난 구멍을 통해 입장하도록 하였고, 관을 지나치게 작은 구덩이에 넣었다는 것이었다. 꽁세유 데따는 위 시장이 실제로 장례의 예를 갖추지 아니하였는지에 관한 사실관계가 부정확하다는 이유로 시장을 해임하는 내용의 데크레를 취소하였다. 꽁세유 데따는 이 판결을 통해 “사실관계의 진실을 밝히는 것 또한 꽁세유 데따의 권한”이라는 원칙을 최초로 밝히고 사실관계의 정확성에 관한 심리를 행정재판소의 심리 범위에 포함하였다.[222]

---

220) Serrand, Droit administratif, 2015, Tome 2, 2015, p. 115 참조.

221) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1043.

222) 이에 1910년대 프랑스 학계에서는 전술한 제1장 제2절 Ⅲ. ‘재량에 대한 재판상

제2절 외적 위법성

'외적 위법성'(l'illégalité externe)은 행정주체의 권한 · 행정행위의 발령 절차 · 발령형식 등 행정행위의 외연적 요소 내지 형식이 위법한 경우를 주장하는 청구원인이다.[223] 외적 위법성은 무권한(l'incompétence), 절차위반(le vice de procédure), 형식위반(le vice de forme)의 개별 취소사유로 나뉜다. 먼저, 무권한은 재량의 행위주체에 그 재량행위를 적법하게 할 수 있는 권한이 없는 경우이다(Ⅰ). 다음으로, 절차위반과 형식위반은 재량행위에 필요한 절차 내지 형식을 거치지 않은 경우인데, 최근 무엇이 재량행위 전체를 위법하게 만드는 '중요 절차' 내지 '중요 형식'인지에 관한 논의가 활발하게 진행되었다(Ⅱ).

I. 무권한

1. 의의

무권한(l'incompétence)은 재량행위를 발령한 행위주체에 그 재량행위를 취할 수 있는 적법한 권한이나 자격이 결여된 경우이다.[224] 즉, 재량의 행위주체에 관한 하자가 있는 경우로, 행정재판소에서 가장 처음으로 인정한 취소사유이다.[225] 행정행위의 주체가 법률에 의해 권력을 위임받은

통제와 한계'에서 살펴본 바와 같이 행정재판소의 심리범위가 과연 사실에 관한 문제까지 확장될 수 있는지에 관하여 고멜 판결에 대한 찬반론이 첨예하게 대립한다.

223) 개별 취소사유를 다시 상위개념인 외적 위법성으로 분류하는 실익에 관하여 전술한 제1장 제3절 Ⅱ. 3. '특징' 참조.

224) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 468; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1024 참조.

225) CE, 4 mai 1826, *Landrin.* 판례 출처 : Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 670.

정해진 권한 범위 내에서 결정을 내리는 것은 기본적인 의무이다. 따라서 무권한은 다른 취소사유들에 비해 그 위반의 정도가 중대한 것으로 취급되어 다른 취소사유들과 달리 다음과 같은 세 가지 고유한 특징을 갖는다.

첫째, 무권한은 '공공질서 사유'(le moyen d'ordre public)[226]이다. 원래 객관소송이라는 월권소송의 특징상 취소사유는 원고에게 주장책임이 있다.[227] 재판소는 당사자의 주장 없이도 직권조사사항으로 무권한을 심리할 수 있다.[228] 또한 다른 취소사유들과 달리 당사자는 제소기간의 제한 없이 어느 때든 행정청에게 무권한의 취소사유가 있음을 주장할 수 있다. 그리고 행정재판소도 재판 중 언제든지 무권한의 취소사유를 발견하고 이를 심리할 수 있다.

둘째, 행정청은 최초에 권한 없이 발령되어 위법한 재량행위를 사후에 추인하여 적법하게 만들 수 없다. 즉, 최초에 발령된 재량행위에 무권한의 취소사유가 있었던 경우, 원고가 그 효력을 다투는 월권소송을 제기

---

226) 월권소송은 원칙적으로 원고에게 취소사유의 주장 및 증명책임이 있다. 원고는 시민의 대표로서 취소사유를 주장하여 적법성을 공격할 의무가 있다. 원고의 공격이 성공하여 취소청구가 인용된 경우 그 판결은 대세효를 갖는다. 그러나 기각판결의 효력은 대내효만을 갖고 제3자는 추후 별개 월권소송에서 다시 동일한 행정행위의 취소를 청구할 수 있다.
예외적으로 행정행위가 갖고 있는 위법사유가 심히 중대한 경우에는 그 시정의 필요성이 크므로 '공공질서'(les moyens d'ordre public)을 위반하였다고 하여 행정재판소에 직권조사의무를 부과한다. 예를 들어, 무권한, 법률문제 중에서도 당시 유효한 법률이 아니거나 폐지된 법률을 적용한 경우 등 행정행위의 근거가 되는 법규에 중대한 오류가 있는 경우(CE, sect. 15 juillet 1964, *Soc. Papeteries Metenett.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e ed., 2001, p. 1021). 처분이유의 위법에서 법 오류 중 '법적 근거의 결여'(le défaut de base légale) 유형은 직권조사사항이다. Chapus, op. cit., pp. 1020-1021; Chapus, Droit du contentieux administratif, 11e éd., Montchrestien, 2004, p. 780 참조.

227) CE, 28 avril 1961, n° 48861 등. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 3.

228) CE, 27 février 1880, *commune de Chébli.* 판례 출처: Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 468; CAA Lyon, 20 mai 1999, *Sa Comalait Industries.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 719.

하여 소송이 진행되는 도중에 행정청은 새로 적법한 행위주체가 행정행위를 다시 하거나 최초의 행위를 추인하였으므로 최초의 행정행위가 소급하여 적법하다고 주장할 수 없다.[229] 행정청은 반드시 행위의 발령시를 기준으로 그 행위를 할 수 있는 권한을 보유하고 있어야 하기 때문이다.

셋째, 일반적으로는 무권한의 취소사유가 인정되면 재량행위에 대하여 '취소'(l'annulation) 판결이 내려지지만, 무권한의 하자가 심히 중대한 경우에는 '부존재'(l'inexistence) 판결이 내려지기도 한다. 부존재 사유가 존재하는 재량행위는 취소판결을 받기 전의 시점에서도 처음부터 존재하지 않았던 것으로 취급되므로 부존재 주장에는 제소기간의 제한이 없다.[230] 행정청과 전혀 관련이 없는 제3자가 아무런 권한 없이 행정청의 명의로 어떠한 행위를 한 경우가 '하자가 중대하여 부존재 사유가 문제되는 경우'에 해당한다.

2. 내용

무권한은 일반적으로 '시간적 무권한'(l'incompétence rationae temporelle), '지역적 무권한'(l'incompétence rationae loci ou territoriale), '내용적 무권한'(l'incompétence rationae matérielle)으로 분류된다.[231] 먼저, 시간적 무권

---

229) 예를 들어, 시장이 권한 없이 발령한 행정행위를 추후 권한을 갖고 있는 도지사가 승인할 수 없다(CE, 13 mars 1936. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 64) 자격 없는 공무원이 발령한 행정행위를 추후 기관장(le ministre)이 승인할 수 없다(CE, 13 décembre 1946, *L.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 64). 참고로, 절차 · 형식상 하자가 있는 행정행위의 경우에도 원칙적으로는 하자의 치유가 금지되나 예외적으로는 추후에 구두토론 절차를 개최하는 등으로 절차위반에 관하여 하자의 추완을 허용하기도 한다(CE, 13 février 1948, *Didier;* CE, 13 février 1903, *Baudard.* 판례 출처: Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, 16^{e} éd., 2001, p. 495). 이에 관하여 '절차 · 형식의 추완' 참조.

230) 취소판결과 부존재판결의 효력의 차이에 관하여 각주 37 참조.

한은 행정청이 어떠한 권력을 행사할 수 있는 권한을 보유하기 이전이었거나 또는 그 권한을 상실한 이후임에도 행정행위를 한 경우이다. 예컨대, 공무원이 정년이 지났음에도 계속 행정청에서 근무하고 있었던 경우, 그 공무원이 내린 결정은 무권한의 취소사유가 있다.[232] 법령의 시행일 이전에 해당 법령에 근거하여 행정행위를 한 경우에도 시간적 무권한이 문제된다. 개정 「1945년 11월 2일 오르도낭스[233]」 시행 이전에 해당 법령에 근거하여 외국인에 대한 추방명령을 내린 경우가 그 사례이다.[234] 행정소송 실무에서 이러한 내용은 무권한으로 심리되기보다는 주로 법령의 시행시기를 정하는 별도의 데크레의 위반으로 다루어져 '직접적인 법률 위반'의 취소사유로 심리되는 경우가 많다.[235]

지역적 무권한은 행정청이 자신의 권한이 미치지 않는 지역에 적용되는 행정결정을 내린 경우이다. 도지사가 그 관할구역의 주민이 아닌 외부인을 대상으로 재량행위를 한 경우 지역적 무권한이 문제된다.[236] 통상 행정주체가 자신이 소속된 지역이나 관할에 관해 착오하는 경우가 거의 없기 때문에 사실 흔하게 발생하지는 않는다.

내용적 무권한은 가장 흔히 발생하는데, 행정청이 자신의 권한에 속하지 않는 권한, 즉 입법부 · 행정부의 권한에 속하는 결정을 내리거나 같

---

231) Chapus, Droit du contentieux administratif, 11e ed., 2004, pp. 1024-1026; Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 698; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 719 참조.

232) CE, sect., 16 mai 2001, *Préfet de Police c. Ihsen Mtimet.* 판례 출처: J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 464.

233) '오르도낭스'(l'ordonnance)는 입법부의 권한에 속하여 법률에서 정하여야 하는 사항에 관하여 의회가 행정부에 그 발령을 포괄적으로 위임하여 내리는 명령으로, 포괄수권명령이라고도 한다(박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 470면 참조). 우리나라의 법규명령과 유사한 측면이 있으나, 의회의 승인을 받은 후에는 법률의 효력을 갖는다는 점에서 특수성이 있다. 이 논문에서는 오르도낭스의 특수성을 감안하여 원문 표현을 살려 표기하기로 한다.

234) CE, 29 janvier 2003, n° 241574. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 73.

235) Petit & Frier, op. cit., p. 698 참조.

236) CE, 27 janvier 1950, *Perrin.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1025.

은 행정부 내부라도 다른 행정청의 권한에 속하는 결정을 내리는 경우이다. 라페리에르(Laferrière)는 내용적 무권한을 '권한참칭'(l'usurpation de pouvoir)이라 칭하면서 그 위법이 중대한 경우에는 행정행위에 대하여 부존재(l'inexistant) 판결을 내릴 수 있다고 하였다.[237] 먼저 행정청이 사법부나 입법부의 권한에 속하는 결정을 내리는 경우를 본다. 비록 이 논문에서 다루는 개별 재량행위에 관한 사례가 아니기는 하지만 행정입법이 본래 의회에서 법률로 제정하여야 하는 사무를 규정하여 위법한 경우 이를 무권한으로 선언하는 것이 가장 흔하다.[238] 시민의 기본권, 자유 및 의무에 관한 사항, 형벌, 조세에 관한 사항 등 국민의 자유와 기본권에 관한 일부 중요사항에 관하여는 의회에 법률제정권이 있고(프랑스 헌법 제34, 37조), 나머지 사안에 관하여는 행정부에 법률유보 없이도 자유로운 행정입법권이 있다. 만약 대통령이 의회에 의해 법률로 제정되어야 하는 사무에 관하여 데크레를 발령하였다면 '내용적 무권한'의 위법사유가 발생하는 것이다.[239] 지방 차원에서도 지방의회(le conseil municipal)와 시장 간에 서로의 사무를 침해하는 경우가 있다. 예를 들어, 지방의회가 경찰권을 행사하거나, 시장이 자기의 명의로 행정계약을 추인한 경우 무권한이 문제된다. 경찰권은 시장의 관할사무이고, 지방정부가 체결하는 행정계약에 대한 추인은 지방의회의 관할사무이기 때문이다[240] 행정기관이 자신의 권한이 아니라 자신보다 우위 · 동위 · 열위의 행정기관의 권한 범위 내의 사무임에도 마치 자신의 권한 범위 내의 사무인 것처럼 재량행위를 한 경우도 무권한이 발생할 수 있다. 우위의 행정기관이라도 열위의 행정기관의 사무범위를 함부로 침해할 수 없고, 이를 보장하여야 한다. 예컨대, 도지사가 '농촌감시원'(le garde-champêtre)[241]을 해임하였으

---

237) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, pp. 469-470 참조.

238) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 698 참조.

239) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 719 참조.

240) Morand-Deviller et al., op. cit., p. 719 참조.

241) '농촌감시원'(le garde-champêtre)은 지방자치단체 차원의 자치경찰의 일종이다. 14세기에 창설된 '초원담당관'(le sergent de verdure)을 계승하여 전통적으로 수확

나 그 해임권은 부지사에게만 있었던 경우가 있다.[242]

II. 절차위반·형식위반

월권소송에서 개별 행정행위의 위법성을 주장하는 데 있어서 절차위반과 형식위반은 일반적으로 기속행위 내지 재량행위 중 행정입법의 경우보다 그 중요성이 더 크다. 먼저 기속행위의 경우에는 절차나 형식의 위반이 확인되어 그 행위가 취소되더라도 기속의무의 바탕이 되는 사실관계가 존재하는 이상 행정청은 다시 동일한 내용의 행위를 할 수밖에 없다. 그리하여 기속행위에 관한 절차·형식의 위법을 주장하더라도 행정재판소는 그 주장이 '무용한 사유'(le moyen inopérant)라고 판단한다.[243]

다음으로 행정입법 재량이 행사되는 경우와 비교해 보면, 개별 행정행위의 경우 행정행위의 특정한 상대방이 있으므로 그 처분의 내용이 행정입법의 경우보다 개별적·구체적이고, 침해되는 이익도 존재할 수 있다. 개별 행정행위는 불특정 다수를 대상으로 하는 행정입법보다 일반적으로 행정의 상대방에 대한 통지, 의견진술기회의 보장 등 처분의 상대방이나 이해관계인의 이익을 직접적으로 보장하는 다양한 사전 행정절차의 적용을 받기 때문이다. 행정입법에 있어서의 형식이나 절차는 이해관계인을 보호하기 위한 목적보다는 정보제공과 참여를 통해 대중의 행정입법에 대한 저항을 줄이려는 목적이 강하기 때문에 행정입법에서는 절차나 형식위반을 이유로 실제 취소까지 이어지는 경우가 많지 않다.[244] 형식위

물 보호 등을 담당하였다. 현재는 국가헌병대원과 함께 향토경찰로서 경찰임무를 수행하면서, 음주운전, 운전면허증 소지, 야생동물보호의무 위반 등에 관한 조사 및 단속을 담당한다. 이승민, 프랑스법상 '경찰행정'에 관한 연구: 근거, 개념, 조직, 작용을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2010, 211-212면 참조.

242) CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1025; Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 77.

243) Chapus, op. cit., p. 1059. 관련 판례로 CE, 3 janvier 1963, Société Le Journal; CE, 8 juin 1990, Dumarski 참조. 판례 출처 : Chapus, op. cit., p. 1059

244) Aurélie Bretonneau, La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme

반의 경우에는 주로 '이유제시'(la motivation) 의무가 문제되는데, 이는 개별 행정행위에만 적용되고 행정입법에 있어서는 이유제시 의무가 적용되지 않는다. 개별 행정행위에 있어서 절차위반의 취소사유는 강력한 취소사유로 자주 활용된다.

1. 의의

절차위반(le vice de procédure)은 재량행위를 행함에 있어 법률이나 행정입법(les règlements)에 따라 지켜야 하는 절차를 누락(l'omission)하였거나 그 절차가 불충분(incomplet)하거나 위법(irrégulier)하게 진행된 경우이다.[245] 프랑스에서는 개별 법령, 판례 및 법의 일반원칙에 의하여 행정절차가 의무화되고 있었으나 2015년 행정절차법전(Code des relations entre le pubic et l'administration)에서 행정절차에 관한 성문화된 일반법이 마련되었다.[246] 개별 행정행위에서 주로 문제되는 행정절차로는 행정행위를 결정하기 전에 다른 행정기관이나 꽁세유 데따의 의견(l'avis)를 청취할 의무[247], 결정의 상대방에게 방어권 보장을 위해 이의 제기 절차를 안내

---

et de procédure affectant les actes réglementaires, conclusions sur CE, 18 mai 2018, CFDT finances req. n° 414583, RFDA 2018, p. 649; 박현정, 최근(2018) 프랑스 행정판례의 동향과 검토, 행정판례연구 제24권 제1호, 2019, 384면 참조.

245) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 492; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1030 참조.
라페리에르는 본래 절차위반과 형식위반을 포괄하여 (넓은 의미의) 형식위반(le vice de forme)이라고 칭하였지만, 이 논문은 앞 제1장 제3절 Ⅰ. '심사기준'에서 밝힌 바와 같이 최근 대부분 학자들의 경향을 따라 절차위반과 형식위반의 개념을 구별한다. 그러나 꽁세유 데따에서 절차위반과 형식위반의 심사방법이나 내용, 위반의 효과를 동일하게 다루고 있다. 이 논문에서는 절차위반과 형식위반의 개념을 분명히 구별하면서도 서술의 편의상 하나의 항목으로 묶어 논하기로 한다.

246) Frier, Vice de procédure, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, § 1 et 2; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 92면 참조.

247) 프랑스에는 '자문행정'(l'administration consultative) 기능이 발달하여 있어서 행정결정을 내리기 전에 타 행정기관이나 꽁세유 데따의 의견(l'avis)을 구할 것이 필수적이거나 자율적으로 요청되는 경우가 잦다. 절차위반의 취소사유에 있어서 자

할 의무, 공고(la publicité) 또는 정보제공을 할 의무, 공청회를 개최할 의무, 환경영향평가와 같이 조사(l'enquête)나 평가를 거칠 의무 등이 있다. 절차위반을 취소사유로 인정하여 행정행위의 위법성 심사기준으로 삼는 목적은 미숙한 행정행위로 인하여 국민과 행정 스스로의 이익이 침해되는 것을 방지하고 행정행위의 결정에 있어 착오나 부당한 결과가 발생하지 않도록 하며 내용 측면에서 행정행위의 수준을 향상하는 것에 있다.[248]

절차위반은 월권소송에서 원고가 가장 많이 주장하는 취소사유 중 하나이다.[249] 현대사회에서 행정행위의 최종 발령 전에 거쳐야 할 절차들은 점차 다양해지는 데 원고는 문제된 재량행위가 중요 절차 중 하나라도 위반하였음을 증명하면 전체 재량행위에 대한 취소판결을 받을 수 있어 시간 · 비용 측면에서 상당히 효율적이기 때문이다. 행정재판소 입장에서도 절차위반을 사유로 재량행위를 취소하는 것은 재량행위의 당위에 관하여 실체 판단을 내리는 것보다 부담이 덜하다.[250] 다만, 절차위반으로 재량행위가 취소되는 경우 행정청이 해당 절차를 다시 제대로 준수하여 원 결정과 내용 차원에서는 동일한 결정을 다시 내릴 수도 있으므로 원고가 결정의 내용에 불복하는 경우에는 다시 월권소송을 제기하여 '내적 위법성'을 주장하여야 하므로 소송절차가 반복될 수 있다.

형식위반(le vice de forme)은 재량행위를 발령하면서 마땅히 갖추어야 할 외부적 형식을 제대로 갖추지 않아 형식에 관한 의무사항을 지키지 않은 경우이다. 실무에서 형식위반이 문제되어 개별 재량행위가 취소되는 사례는 드문 편이다.[251] 개별 재량행위의 경우 일반적으로 문제되는

문행정의 절차상 위법에 관하여는 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 94-96면 참조.

248) CE, ass., 23 décembre, 2011, *Danthony* Concl. Dumortier 참조.

249) Petit & Frier, op. cit., pp. 698-699 참조.

250) Petit & Frier, op. cit., pp. 698-699 참조.

251) Petit & Frier, op. cit., p. 701; 조춘, 앞의 논문, 2001, 105면 참조.

형식위반은 행정결정을 서면으로 발령하여야 함에도 구두로 발령한 경우, 행정행위의 내용을 명시한 서면에 행정행위의 발령권자의 서명이 누락된 경우, 처분이유를 고지하여야 함에도 이를 고지하지 않은 경우 등이 있다. 이 가운데 행정행위 발령권자의 서명 의무는 행정행위가 이를 적법하게 발령할 수 있는 지위에 있는 사람에 의하여 발령되었는지를 확인함으로써 권한 법규가 준수되었는지를 확인하는 기능이 있다. 처분이유의 제시의무의 경우 「1979년 7월 11일 법률 제79-587호」에서 최초로 침익적 내용의 개별적 행정행위에 대하여 원칙적으로 서면에 의한 처분이유의 제시를 의무화한 이래 종종 문제된다.[252] 행정청이 개별 재량행위를 하면서 상대방에게 교부한 서면에 처분이유가 고지되어 있지 않거나 그 처분이유의 내용이 미비한 경우에는 형식위반의 취소사유가 인정될 수 있다.

2. 내용

가. 중요 절차와 경미한 절차의 구별

(1) 의의

행정의 전체 절차 중 사소한 절차 하나라도 위반된 경우 행정행위 전체가 취소된다면 법적 안정성이 저해될 수 있고 형식을 과도하게 강조한 나머지 행정의 비효율을 초래할 수 있다.[253] 이에 행정재판소는 행정의 효율성과 적법성이라는 두 가지 행정 목표를 조화롭게 달성하기 위해 행정행위에 절차위반 · 형식위반이 있더라도 그 위반의 경중을 따져 제한된 경우에만 절차위반을 이유로 한 행정행위의 취소판결을 내린다. 꽁세유

252) 현재는 처분이유 제시의무가 행정절차법전(Code des relations entre le public et les administrations) L.211-1부터 L211-8조까지 규정되어 있다.

253) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1032 참조.

데따는 예전부터 절차위반, 형식위반의 취소사유를 제한적으로 적용하여, 절차상의 위법이 인정되더라도 공고의 방식, 기간에 있어서의 경미한 축소 등 경미한 위법인 경우 취소청구를 기각하여 왔다[254]. 즉, '중요 절차'(les formes substantielles ou essentielles)가 미비한 경우에 한하여 재량행위의 위법성을 인정하고 이를 취소한다. 중요하지 않은 '경미한 절차'(les formes non-substantielles ou accessoires)만 지켜지지 않은 경우에는 절차위반을 이유로 재량행위를 취소하지 않는다. 재량행위의 내용에 실제 영향을 미치거나 이해관계인의 권리 또는 이익에 영향을 미치는 절차에 관하여 위반이 있는 경우에만 그 재량행위가 위법하다는 것이다.

통상 판례에서는 법률과 행정입법에 규정된 절차 내지 형식을 중요 절차 내지 중요 형식으로 인정한다.[255] 개별 재량행위에 관하여 판례가 법문언에 필요적 절차로 규정되어 있는지를 기준으로 중요 절차라고 판시한 사례로는, ① 공무원에 대한 징계절차가 개시된 경우 징계 대상이 된 공무원에게 징계사유의 내용을 고지하고 관련 서류를 전달하여야 하는 절차[256], ② 위원회에 출석한 당사자에게 법적 조력을 받을 권리를 고지하여야 하는 절차[257], ③ '운전면허정지위원회'(Commission de suspension du permis de conduire)에서 운전자의 출석 하에 위반사실(le rapport d'infraction)을 낭독하여야 하는 절차[258], ④ '레지옹자연공원'(le parc naturel régional)[259]이 소재한 구역에 관해 구획정리사업(le remembrement)을 할

---

254) CE, 4 décembre 1874, *commune de Villemoutiers;* CE, 18 juillet 1884, *Guiches,* CE, 14 janvier 1887, *de Langlard* 등. 판례 출처: Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896, p. 498.

255) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1033; Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe.

256) CE, 26 juin 1996, *Comm. de Cereste.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1033.

257) CE, 31 juillet 1996, *Bellakehal.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1033.

258) CE, 7 octobre 1994, *Charles.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1034.

259) '레지옹자연공원'(le parc naturel régional)은 자연 · 문화 · 역사적 보전가치가 있는 지역을 대상으로 중앙정부와, 광역자치단체에 해당하는 우리나라의 시 · 도에 대응하는 '데빠르멍'(le département)과 다수의 시 · 도를 묶은 지역인 '레지옹'(la région), 기초자치단체로서 우리나라의 시 · 군 · 구에 대응하는 '꼬뮌'(la commune)

때는 공원 관리자가 환경영향평가(l'étude d'impact) 결과를 고지받고 의견을 제출하여야 하는 절차[260], ⑤ '상업도시계획위원회'(Commission départementale d'urbanisme commercial)에 자문하는 절차[261], ⑥ 이사회의 의사결정에 있어 정족수를 확보할 의무[262] 등이 있다.

반면, 관련 법령에서 행정행위의 효력과 관계가 없이 간단한 통지, 보고의무를 규정하거나 권고적으로 제출기한을 정한 경우에는 경미한 절차 또는 형식이라고 인정된다. 예를 들어, 판례는 건축허가의 발급을 거부하기로 한 시장의 아레떼의 위법성을 다툰 월권소송에서, 도시계획법(Code de l'urbanisme) R.421-13조의 건축허가 신청에 관한 심의 과정에서 "서류 보완 명령은 등기우편에 의하여야 하고 수령 확인을 요구하여야 한다."고 규정한 것은 경미한 형식이라고 하였다.[263] 또한, 형식에 있어 단순한 착오나 누락이 있는 경우에도 경미한 형식의 하자로 취급된다. 예컨대, '방송고등위원회'(Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA)가 방송국 설립을 불허하면서 그 결정문에 근거 규정으로 '2007. 7. 24.자 협약(Convention)'을 들었으나 당시 위 협약은 '2012. 2. 8.자 협약'으로 개정되어 더 이상 효력이 없었던 사안에서, 꽁세유 데따는 '2007. 7. 24.자 협약'이 개정되기는 하였으나 개정 협약의 내용이 구 협약과 별다른 차이가 없다고 하여 경미한 형식의 하자로 보았다.[264] 행정재판소는 법률에서 정한 조

등이 공동으로 관리하는 보전공원이다. 레지옹자연공원은 수상이 지정하며, 2022년 현재 58개의 레지옹자연공원이 지정되어 있다. 레지옹자연공원 웹사이트 참조(https://www.parcs-naturels-regionaux.fr, 2022. 12. 30. 최종접속).

260) CE, 21 octobre 1992, *Catois.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1033; Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 101면.

261) CE, 19 mai 1995, *Soc. Clamardis.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1033.

262) CE 21 juin 1993, *Commission d'Evry-Grégy-sur-Yerre.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1034.

263) CE, 29 octobre 1993, *SCI Bréva*. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe.

사기간이 경미하게 단축된 경우에는 절차의 하자가 지극히 경미한 경우라는 이유로 행정행위를 취소하지 않았다.[265]

(2) 구별기준

(가) 종래 판례의 태도

꽁세유 데따는 절차위반과 형식위반의 취소사유에 있어서 중요 절차 또는 형식에 하자가 있는 경우에만 행정행위를 취소한다. 따라서 구체적 사안에서 절차위반과 형식위반의 경중을 평가하는 방법은 중요한 문제로 다루어져 왔다. 중요 절차와 경미한 하자의 구별기준에 관하여 종래 행정재판소 판례에서는 다음과 같은 두 가지 판단방법이 혼재되어왔다.

과거 주류 판례는 법 문언의 '형식'을 기준으로, 절차나 형식의 위반이 행정행위의 내용에 영향을 미치거나 이해관계인의 이익을 침해할 수 있었는지에 관한 가능성이 있으면 중요 절차라고 판단하였다.[266] 행정재판소는 먼저 절차 규범의 문언을 분석한 다음, 문제가 된 절차가 관계 행정기관의 의견(l'avis)에 대한 의무적 청취 절차와 같이 행정행위의 내용에 영향을 미칠 수 있거나 이해관계인의 이익을 보장하기 위한 것이라면 중요 절차라고 본다.[267] 그리하여 일반적으로 관련 법령에 '필요적'(obligatoire) 절차로 규정된 경우에는 중요 절차가 되고 '임의적'(facultatif) 절차로 규정된 경우에는 경미한 절차로 판단된다.[268]

---

264) CE, 27 novembre 2015, *Association comité de défense des auditeurs de radio solidarité.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe.

265) CE, 17 févr. 1932, *Bécard.* 판례 출처: Gaudemet, Droit administratif, 23^{e} éd., 2020, p. 495.

266) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1033-1035; Petit & Frier, Droit administratif, 16^{e} éd., 2022, p. 699 참조.

267) Petit & Frier, op. cit., p. 699 참조.

268) Petit & Frier, op. cit., p. 699 참조.

그러나 일부 판례에서는 법령상 필요적 절차로 규정되어 있더라도 구체적 사실관계에서 절차나 형식의 위반으로 인해 실제로 행정행위의 내용에 영향을 미치거나 이해관계인의 이익이 침해되는 '결과'가 발생하지를 않았다는 이유로 경미한 절차로 판단하기도 하였다.[269] 판례는 ① 토지수용에서 '공공조사'(l'enquête publique)가 법정기간보다 짧게 진행되었으나 토지소유자들이 자신의 의견을 기간 내에 모두 제출한 경우 그 의견제출 기회가 박탈되지 않았다고 보아 절차위반이 아니라고 하였다.[270] 또한 ② 위원회에 소환된 사람에게 법적 조력을 받을 권리를 고지하지 않더라도 그 위원회 결과가 그에게 유리하게 나왔다면 중요 절차가 아니라고 보았다.[271] 이러한 판례들은 실제 절차 위법으로 인하여 야기된 결과를 기준으로 절차 위반이 실제로 행정결정의 내용에 영향을 미쳤거나 이해관계인의 이익이 침해되는 결과가 발생하였다면 중요 절차 위반이라고 보았다.[272] 강행규정인 절차규범을 위반하였더라도, 그 절차를 준수하였다면 실제 행정결정의 내용이 달라졌거나 이해관계인의 이익을 보장할 수 있었는지를 따지는 것이다.

프랑스에서는 절차나 형식상의 위법으로 인하여 행정행위의 효력이 부정되는 경우 결국 행정의 효율성이 저해될 수 있다는 우려가 지속적으로 제기되어 왔다. 이에 프랑스 의회는 2011년 행정의 효율성을 강화하고자 「법의 질적 향상과 단순화를 위한 2011년 5월 17일 법률 제2011-515호」[273]

---

269) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1035; Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 699 참조.
CE, ass., 7 mai 1975, *Ass. Amis abbaye de Fontevaud.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 699.

270) CE 29 juin 1990, *Mme Poncin.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1035.

271) CE 31 juillet 1996, *Bellakehal.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1035.

272) Chapus, op. cit., p. 1032 참조.

273) 원문은 "Loi n° 2011‐515 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit". 후술하듯이 위 법률 제70조의 기준에 약간의 수정을 가한 당또니 판결이 급속도로 새로운 판례법으로 정착되면서 이 조항은 활용되지 않게 되었고, 이에 2018년 「신뢰성 있는 공공 서비스 국가를 위한 2018년 8월 10일 법률」(Loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance) 제51조로 삭제된다. 2018년 삭제 당시 입법론 차원에서 위 조항을 당

를 제정하고 절차 문제로 행정행위가 취소될 가능성을 법률 차원에서 제한하였다. 위 법 제70조는 행정기관이 결정을 내리기 전 관계기관에 자문하는 절차에 관하여 관계기관의 '회신의견'(l'avis rendu)이 "해당 결정의 내용에 영향을 주는 경우"에만 그 결정이 취소될 수 있다고 규정한다.[274] 앞서 소개한 두 가지 판례의 판단방법 중 결과를 기준으로 판단하는 후자의 입장에서, 다른 기관의 의견청취절차를 거치지 않고 행정결정이 이루어진 경우 결정의 내용이 실제로 달라진 경우에만 중요 절차의 위반이 된다고 하여 중요 절차의 범위를 좁힌 것이다.

(나) 당또니 판결

꽁세유 데따는 2011년 당또니(Danthony) 판결[275]에서 기존 판례상의 모호한 입장을 정리하고 위 「2011년 5월 17일 법률」을 반영하여 중요 절차의 판단기준을 명확히 밝혔다. 그 기준은 "행정행위가 법률과 규칙에 정한 형식을 취하거나 절차에 따라 발령되어야 하는 경우 그 사전 절차가 필수절차인지 임의절차인지 여부에 관계없이 절차상의 위법이 오직 행정결정의 내용에 영향을 미쳤거나 절차가 보호하는 이해관계인의 이익을 침해한 경우만 행정결정은 위법하다."[276]는 것이다. 이 판결은 위 「2011

또니 판결의 기준으로 수정하자는 논의도 있었으나, 꽁세유 데따가 당또니 판결을 성문화하게 되면 앞으로 필요한 경우 행정재판소 판례가 당또니 판결의 기준을 수정하기 어렵게 될 우려를 표함에 따라 수정되지 않고 삭제되었다.
Gruny · Luche, Rapport n° 329 (2017-2018) fait au nom de la commission spéciale sur la Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, 22 février 2018 참조
(https://www.senat.fr/rap/l17-329/l17-329.html, 2023. 1. 2. 최종접속).

274) 원문은 "lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision."

275) CE, ass., 23 décembre, 2011, *Danthony.* 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{e} éd., 2017, pp. 882-884.

276) 원문은 "Si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le

년 5월 17일 법률」에서 정한 판단기준인 절차의 미비가 실제로 “행정결정에 내용에 영향을 미친 경우”를 명시적으로 수용하였고, 여기에 더하여 “행정행위 상대방의 이익이 침해된 경우”까지 중요 절차의 판단기준에 포함하였다. 필요 절차를 위반한 경우에도 그 절차위반이 실제 행정행위에 영향을 미쳤거나 이해관계인의 이익을 위반할 경우에 한하여 행정행위가 취소될 수 있다는 것이다. 따라서 당또니 판결은 중요 절차의 범위를 축소함으로써 행정실무에서 형식이나 절차가 지나치게 강조되는 것을 방지하였다는 평가를 받는다.[277]

사실관계는 다음과 같다. 프랑스 고등교육부장관(le ministre de l’enseignement supérieur)이 2009. 12. 10. 데크레를 발령하여 기존의 남학교인 생끌루 고등사범학교[278](L'École normale supérieure de Saint-Cloud)와 여학교인 퐁트니-오-로즈 고등사범학교(L'École normale supérieure de Fontenay--aux-Roses)를 통합하고 리옹 고등사범학교(L'École normale supérieure de Lyon)를 신설하였다. 위 데크레에 관하여 월권소송을 제기한 원고는 두 가지 절차위반을 주장하였다. 먼저 교육법(Code de l’éducation) L.711-1조에 의하여 사전에 각 학교의 직원노동조합의 의견을 청취하여야 함에도 이를 거치지 않았고, 위 통합안을 논의하는 회의 중 위 두 학교 중 한 학교의 교장이 사실상 토론을 독식하고 충분한 논의를 방해하였다는 두 가지 절차상 문제가 있었다. 꽁세유 데따는 이러한 절차위반은 최종 결정인 데크레의 내용에 영향을 미칠 정도의 중요 절차 위반이라고 판시한 후 결국 절차위법을 이유로 하여 데크레를 취소하였다.

---

déroulement d’une procédure préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n’est de nature à entacher d’illégalité la décision prise que si cette irrégularité a exercé une influence sur le sens de la décision ou a privé les intéressés d’une garantie.”

277) Mamoudy, Dix ans d'application de la jurisprudence Danthony au Conseil d'Etat, AJDA, n° 4, 2022, p. 797 참조.

278) 고등사범학교는 대학원 과정에 해당하는 그랑제콜(le grande école) 급 교육기관이다. 프랑스에는 4개의 국립 고등사범학교가 있다. 이중 리옹 고등사범학교는 과학과 인문학 분야 학문연구 및 대학교원 양성을 목적으로 운영된다. http://www.ens-lyon.fr 참조, 2022. 11. 23. 최종접속.

당또니 판결 이후 약 10년간 위 판결은 급속도로 불문법으로 확립되었다. 행정재판소는 다양한 절차위반, 형식위반 관련 판례에서 해당 사안이 당또니 판결상의 중요 절차의 판단기준을 적용할 사안인지 아닌지를 판단하였다.[279] 당또니 판결의 판단기준을 적용하여 중요 절차나 형식이 아닌 '경미한 절차' 또는 '형식'이어서 위법성은 인정되지만 취소에 이르지 않는 경우인 하자의 '당또니化'(Danthonisation)'라고 지칭하는 표현이 프랑스 학계와 실무에서 통용된다.[280] 당또니 판결이 광범위하게 적용되면서 절차위반이나 형식위반으로 행정행위가 취소되는 경우는 점차 줄어들고 있다.[281]

(다) 판례의 변화

꽁세유 데따는 이후 형식위반의 취소사유에도 당또니 판결의 법리를 적용하여 중요 형식을 판단한다는 판결을 내렸다.[282] 즉, 처분이유를 고

279) 2022년 11월 기준으로 꽁세유 데따에서 제공하는 행정사건 판례검색 서비스 'Arianeweb'상 각급 행정재판소 판례 본문이나 검토보고서(les conclusions)에서 당또니 판결을 검토한 경우는 총 212건이었다.
https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, 2022. 11. 18. 최종접속.

280) Livenais, Ce soir, on "danthonise": Le succès durable d'une évolution pragmatique de l'office du juge, AJDA n° 4, 2022, p. 804; Mamoudy, Dix ans d'application de la jurisprudence Danthony au Conseil d'Etat, AJDA, n° 4, 2022, p. 799 참조.

281) Mamoudy, Dix ans d'application de la jurisprudence Danthony au Conseil d'Etat, AJDA, n° 4, 2022, pp. 796-802에서는 꽁세유 데따에서는 평균적으로 매년 약 10,000건의 판결이 선고되는 가운데, 2022년 2월 기준 꽁세유 데따에서 당또니 판결 이후에 이 법리를 적용하여 판결을 내린 경우는 총 143건이라고 분석하였다. 이중 사실심(au fond)으로서 꽁세유 데따에서 당또니 판결의 법리를 적용한 사례는 93건이다. 93건 중 취소판결을 내린 경우는 36건, 기각판결을 내린 경우는 57건이다. 상고심(en cassation)으로서 꽁세유 데따에서 당또니 판결의 법리를 적용한 사안은 50건으로, 법리 적용 결과 중요 절차로 판단하고 원심의 취소판결을 유지하거나 원심 파기 후 취소판결을 내린 경우는 27건, 경미한 절차로 판단하고 원심의 기각판결을 유지하거나 원심 파기 후 기각판결을 내린 경우는 23건이다.

282) CE, 7 décembre 2016, *Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 701.

지하지 않았거나 고지된 처분이유가 불충분한 경우에도 그러한 위법이 “결정의 내용에 영향을 미쳤거나 이해관계인의 권리를 침해한 경우”에 한하여 행정행위가 취소된다는 것이다. 현재까지 꽁세유 데따는 많은 절차위반 사건에서 당또니 판결의 기준에 따라 심리하고 있다. 앞으로 다양한 사실관계에서 당또니 판결이 어떻게 적용되면서 절차의 하자를 판단하는 기준이 형성되어 나갈지 추이가 주목되는 바이다.

(3) 검토

중요한 절차 내지 형식과 경미한 절차 내지 형식을 구별한다는 것은 외적 위법성과 내적 위법성 간의 중요한 차이점이다. 외적 위법성은 하자의 경중을 평가하는 반면, 내적 위법성은 이를 평가하지 않는다고도 할 수 있기 때문이다.[283] 절차와 형식에 관한 하자에 있어서는 적법성 원칙의 의미가 사실상 변모하였다는 분석의견도 있다. 즉, 절차의 하자에 있어서는 법 문언을 기준으로 그 위반 여부를 판단하는 적법성 통제가 아니라 실제 발생한 결과를 기준으로 절차와 형식의 효용성을 따지는 일종의 “효용성(l’utilité) 통제”를 하고 있다는 것이다.[284] 당또니 판결 이래 최근 월권소송에서 절차위반과 형식위반을 사유로 하는 행정행위의 취소판결은 실제 감소하는 추세이다.[285]

이후 2018년 CFDT 사건[286]에서 꽁세유 데따는 개별 행정행위에 대한 월권소송에서 그 근거가 된 행정입법의 효력을 부인하거나 행정입법 철회 신청에 대한 거부처분의 취소를 구하면서 해당 행정입법이 위법하다는 주장을 하는 경우에는 절차상 하자를 주장할 수 없다는 판결을 내렸

283) Jacob, Le Traitement du vice de procédure dans le contrôle de l’excès de pouvoir et les métamorphoses du concept de légalité, RDP, 2020, p. 1254 참조.

284) Jacob, op. cit., p. 1258 참조.

285) 이러한 경향을 분석한 프랑스 논문으로 Rota, Vers la disparition des vices de forme ?, RDP, 2015; Jacob, op. cit. 참조.

286) CE, ass., 18 mai 2018, *CFDT Finances.* 판례 출처: 박현정, 최근(2018) 프랑스 행정판례의 동향과 검토, 행정판례연구 제24권 제1호, 2019, 377-384면.

다. 최근 꽁세유 데따의 경향이 법적 안정성을 강조하면서 절차위반과 형식위반을 사유로 하는 행정행위의 취소판결이 감소하는 경향에 따른 판결이라고 할 수 있다.[287]

나. 구체적 사실관계의 고려

꽁세유 데따 판례 중에는 중요 절차가 위반된 경우라 하더라도 구체적인 사실관계를 고려하여 절차위반 · 형식위반을 사유로 행정행위를 취소하는 것이 타당하지 아니하다고 인정되는 경우 예외적으로 행정행위를 취소하지 않는 경우가 있다. 중요 절차로 인정된다고 하더라도 구체적인 사실관계에 따라 취소청구가 기각된 사례를 아래에서 살펴본다.

(1) 절차 규범을 준수하는 것이 불가능한 경우에는 절차위반으로 문제된 행정행위를 취소하지 않는다. 최근 '에베크 드 메츠'(Évêque de Metz) 판결[288]에서는 행정결정을 내리기 전에 위원회의 의견을 청취하는 절차 규정이 있었다. 일부 위원들이 위원회의 개최를 의도적으로 계속 거부하여 결국 위원회의 정족수를 채울 수 없었다. 이후 위원회를 거부한 위원들이 월권소송에서 의견청취절차에 관한 절차하자가 있음을 주장하였다. 꽁세유 데따는 의견청취절차를 준수하지 못한 데 합리적 이유가 있다고 인정된다고 하여 청구를 기각하였다.

(2) 개별 사안에서 절차 규범을 준수하는 것이 무용한 경우에도 절차위반으로 문제된 행정행위를 취소하지 않는다. 판례는「전쟁시 국가 조직 일반에 관한 1938년 7월 11일 법률」20조에서는 징발결정을 하기 전 이해관계인과의 협의의무를 정하고 있지만, 사전에 이해관계인이 협의의사가 없음을 명백히 표명한 경우에는 협의절차를 거치는 것이 불필요하다고 하였다.[289]

---

287) 박현정, 최근(2018) 프랑스 행정판례의 동향과 검토, 행정판례연구, 2019 참조.

288) CE, 28 févr. 2020, *Évêque de Metz*. 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 700.

(3) 행정행위의 상대방이 아니라 행정청의 이익만 보장하는 절차라면, 행정청이 스스로 그 이익을 포기하고 해당 절차를 준수하지 않은 채 행정행위를 취한 경우 절차위반으로 취소되지 아니한다. 본보아쟁(Bonvoisin) 판결[290]에서는 관할 내 군대시설에서 국방부의 허가 없이 행정청이 도로를 정비할 수 있는 절차의 위반이 문제되었다. 꽁세유 데따는 위 절차는 오로지 행정청 스스로의 이익을 위하여 규정된 것이므로 이 절차를 위반하였다고 해서 행정행위가 취소되지 않는다고 판시하였다.

(4) 판례는 법에 규정된 절차에 상응하는 다른 절차를 통해 법이 정한 절차를 대체하는 것을 허용하기도 한다. 솔다니(Soldani) 판결[291]에서는 도지사가 데빠르멍(département)의 청사 소재지 이전에 관하여 발령한 데크레의 위법성이 다투어졌다. 관련 법령에는 이 경우 도지사는 도 의회(le conseil général) 산하 데빠르멍 위원회(la commission départementale)에 자문할 의무가 있었다. 도지사는 자문의무를 이행하지는 않았지만, 직접 도 의회에 데크레를 발의하면서 모든 자료를 공개하였다. 꽁세유 데따는 도지사가 법에 정한 절차를 거치지는 않았으나 이에 상응하는 다른 절차를 이행하였다는 이유로 데크레에 대한 취소청구를 기각하였다.

다. 절차 · 형식의 추완

다른 취소사유와 마찬가지로 절차위반과 형식위반의 경우 위법성의 판단시점은 행정행위의 발령시이다. 원칙적으로 사후적으로 미비한 절차나 형식을 보완하여 발령 당시에 위법했던 행정행위를 적법하게 만드는 것은 인정되지 않는다.[292] 그러나 예외적으로 절차위반 또는 형식위반이

---

289) CE Ass. 19 novembre 1948, *Razungles-Bassou.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1036.

290) CE, 24 octobre 1919, *Bonvoisin.* 판례 출처: Gaudemet, Droit administratif, 23^{e} éd., 2020, p. 494.

291) CE ass., 26 novembre 1976, *Soldani.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1036.

292) CE, 13 février 1948, *Didierjean*(판례 출처: Gaudemet, Traité de droit administratif,

경미한 사안에서 행정청이 행정행위의 발령 이후 그 절차나 형식을 보완한 경우에는 절차 · 형식의 하자가 '추완'(la couverture)되는 경우가 있다.[293] 하자의 추완에는 소급효가 없어서 추완 이후부터 적법한 행정행위로서 효력이 발생한다.[294] 비니에(Bignier) 판결[295]에서는 도지사가 발령한 아레떼의 공문에 특정 문구가 인용되지 않는 오기가 발생하여 형식의 하자가 있었는데, 도지사가 아레떼의 발령 이후 오기를 수정하여 하자를 추완하였다. 꽁세유 데따는 이러한 오기는 추완될 수 있는 하자라고 하여 아레떼를 취소하지 않았다.

3. 효과

절차위반 · 형식위반을 취소사유로 한 취소판결에 있어서 기판력의 적용범위는 취소사유가 된 절차 내지 형식에 관한 것에 한정된다.[296] 따라서 행정청은 문제된 절차 내지 형식만 보완하여 취소된 행정행위와 동일한 내용의 행정행위를 내릴 수 있다.[297] 그렇다고 하여 절차위반을 이유로 한 행정행위의 취소가 무용한 것은 아니다. 행정을 둘러싼 환경이 변화하거나 관련 법 규정이 개정되어 행정청이 다른 내용의 행정행위를 내려야 하는 경우가 있을 수 있기 때문이다.[298]

2001, p. 495) 및 Gaudemet, Traité de droit administratif, 2001, p. 495; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1031 참조.

293) Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 175 참조.

294) Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 175 참조. 이러한 점에서 프랑스에서의 절차 · 형식의 하자 추완은 우리나라와 독일의 통설은 행정행위의 성립 당시 절차 · 형식의 하자가 있더라도 예외적으로 사후에 그 하자를 보완하여 '하자를 치유'할 수 있도록 하면서 그 행정행위의 효력을 소급하여 적법하다고 보는 것과 구별된다. Thomas Würtenberger, 박정훈 역, 행정소송법과 행정절차법의 관계, 서울대학교 법학 제45권 제1호, 2004, 177면 참조.

295) CE, 25 mars 1949, *Bignier*. 판례 출처: Gaudemet, Traité de droit administratif, 2001, p. 495.

296) 취소판결의 기판력에 관하여 전술한 제1장 제3절 Ⅱ. 3. '특징' 참조.

297) CE, 5 janvier 1973, n°84948 등. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe, n° 95.

제3절 내적 위법성

내적 위법성(l'illégalité interne)은 행정행위의 내용, 이유 · 동기, 목적 등 행정행위의 실체적 내용이 위법한 경우를 말한다.[299] 내적 위법성은 권한남용(le détournement de pouvoir), 직접적인 법률 위반(la violation directe de la loi), 처분이유의 위법(l'illégalité aux motifs de l'acte)의 개별 취소사유로 나누어진다. 먼저 권한남용은 재량행위의 목적이 공익 달성이 아닌 행정행위의 발령권자 또는 제3자의 사익을 추구하는 데 있거나, 공익을 목적으로 하더라도 재량권의 근거규범에서 허용한 목적이 아닌 다른 목적을 추구하는 경우이다(Ⅰ). 다음으로 직접적인 법률 위반은 재량행위의 내용이 상위 법 규범과 합치되지 아니하여 적법성 원칙에 위반되는 경우로, 실무에서 가장 흔하게 발생하는 취소사유이다(Ⅱ). 마지막으로 처분이유의 위법은 가장 최근에 정립된 취소사유로서 제3장에서 다루는 심사강도와 연결되어 학계에서 가장 많이 논의되고 있다. 법률에 관한 착오의 문제인 법 오류(l'erreur de droit)와 객관적 사실에 대한 파악의 문제인 '사실오인'(l'erreur de fait)의 문제에서는 행정재량이 개입할 여지가 거의 없는 것과 달리, '사실에 대한 법적 평가'(l'erreur de qualification juridique des faits)에 있어서는 행정주체의 고유한 법적 해석에 관한 재량이 폭넓게 발휘되는데, 이에 관한 재판상 통제에 있어서 행정재량을 어떻게 존중할 것인지가 문제된다(Ⅲ).

---

298) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 677 참조.

299) 프랑스 행정소송에서 개별 취소사유를 다시 상위개념인 내적 위법성으로 분류하는 실익에 관하여 전술한 제1장 제3절 Ⅱ. 3. '특징' 참조.

I. 권한남용

1. 의의

개별 재량행위에 있어서 권한남용(le détournement de pouvoir)은 재량권의 행사에 있어 목적(le but)에 관한 위법이 있는 경우이다. 목적에 관한 위법이란 행정주체가 공익이 아닌 사익을 달성하고자 하거나 근거 법률로부터 위임받은 목적 외의 다른 목적으로 재량권을 행사하는 경우를 의미한다. 행정행위를 통해 이루려고 하는 목적은 마땅히 공익을 달성하기에 적합하고 그 행정행위에 권한을 부여하는 법 규범의 입법목적과 합치하여야 하기 때문이다. 행정행위의 목적이라는 것은 행정청이 가진 주관적 동기, 의도 등 심중에 가지고 있는 생각을 의미한다. 행정행위의 이유가 객관적 성격을 갖는 데 비해 목적은 주관적인 성격을 갖는다.[300] 권한남용은 1875년 빠리제(Pariset) 사건에서 내적 위법성 중 최초로 인정된 취소사유이다.

권한남용은 기속행위에서는 문제되지 않고, 재량행위에서만 문제된다. 기속행위의 경우 행정주체는 언제나 법에 규정된 대로 처분을 행하여야 하므로 그 과정에서 설령 부당한 사익을 추구하였다 하더라도 그 결정의 위법성에는 영향을 미치지 않기 때문이다. 따라서 기속행위의 위법성을 다투는 월권소송에서 권한남용의 취소사유가 주장되는 경우 '무용한 사유'(le moyen inopérant)가 된다.[301]

---

300) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1048 참조.

301) CE, 17 mars 1976, n° 99883. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne.

2. 특징

권한남용을 이유로 재량행위를 취소하는 판결은 그 파급력이 단순히 개별 행위를 취소하는 것에 그치지 않고 행정주체가 사익을 추구하여 부도덕하다는 인상을 주는 것에까지 미친다. 이에 행정재판소는 권한남용을 자주 활용하기에는 심리적 부담이 있다. 일찍이 오류(Hauriou)는 권한남용을 이유로 행정행위를 취소하는 것은 그 행정권을 행사하는 행정권력의 정당성(la moralité)에 대해 상징적인 의미를 내포한다는 점을 지적하였다.[302] 다수의 현대 학자들도 권한남용 판결에는 집권 행정부의 정당성을 평가한다는 의미가 있음을 인정한다.[303]

직접적인 법률 위반과 처분이유의 위법의 취소사유가 인정되기 전까지 꽁세유 데따는 재량행위의 실체적 내용에 있어서의 위법을 이유로 재량행위를 취소하는 경우 권한남용의 취소사유를 광범위하게 적용하였다. 그러나 직접적인 법률 위반과 처분이유의 위법의 취소사유가 인정된 이후로 최근에는 꽁세유 데따가 권한남용을 사유로 재량권을 통제하는 사례가 현저히 적다. 최근 법 오류, 사실오인 등과 같이 권한남용에 비해 더욱 객관적이고 구체적으로 사안에 적용할 수 있는 다른 내적 위법성에 관한 취소사유들이 생기면서, 행정재판소는 권한남용과 다른 내적 위법성에 관한 취소사유가 동시에 주장되는 경우 다른 취소사유를 들어 취소판결을 내리고 권한남용에 관하여는 직접적 판단을 피하는 경향을 보이고 있다.[304] 권한남용을 심리하기 위해서는 원고가 행정청의 사익 추구

---

302) CE, 16 novembre 1900, *Maugras,* note. Hauriou. 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 679; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 142면.

303) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1049; Petit & Frier, op. cit., p. 703 참조.

304) Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 167; Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 498 참조.

목적, 수권규범의 입법목적 등 '고의'에 관한 심리적 요소를 증거로 입증하여야 하므로 증명의 현실적 어려움도 있다.[305] 많은 경우에 행정행위의 취소를 구하는 원고는 권한남용을 여러 취소사유 중 하나로 주장하나, 행정재판소는 대부분의 경우 '제출된 자료만으로는 권한남용을 인정하기에 부족하다'는 이유로 취소사유를 배척한다.[306] 그러나 최근에도 권한남용을 사유로 행정행위를 취소하는 사례가 분명히 있고 권한남용의 취소사유가 퇴조하는 추세에 있다고 단정할 수는 없다.[307]

3. 내용

권한남용을 취소사유로 하여 재량행위를 취소하는 판례는 일반적으로 두 가지로 분류된다. 첫째 유형은 개별 재량행위가 공익적 목적이 아니라 사익 추구 목적으로 이루어진 경우이다. 행정권은 私人에게 정치적 · 경제적 이익을 부여하거나 손해를 입힐 목적 또는 정당 · 사회단체 · 종교에 대한 탄압을 목적으로 그 권한을 행사하여서는 아니 된다.[308] 둘째 유형은 재량행위가 법률에서 위임한 목적에 위배되는 경우, 즉 개별 재량행위의 목적이 공익을 추구하는 데 있기는 하나 행위의 근거가 되는 수권규범에서 정한 목적과 합치하지 않는 경우이다. 예를 들어, 행정청의 비용 절감이나 수익성 증대를 목적으로 하는 행정행위는 공익적 목적의 행위이기는 하나, 행정청이 외관상으로는 경찰행정권을 행사하면서 내심 그러한 경찰권의 행사로 인하여 경제적 이익을 얻으려는 목적을 추구하는 경우가 이에 해당한다.

---

305) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1052 참조.

306) 이와 같은 이유로 청구를 기각한 사례로 CE, 19 juillet 2022, n° 461155; CE, 30 mai, 2022, n° 436332; CE, 1 février 2019, n° 418968 등 참조(꽁세유 데따 판례검색정보시스템 Arianeweb 검색, 2022. 12. 9. 최종접속).

307) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1053; J. Waline, Droit administratif, 28e éd., 2020, p. 746 참조.

308) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 701 참조.

가. 사익 추구형

사익 추구 목적의 권한남용이 인정된 판례로는 다음과 같은 것들이 있다.

① 로(Dlle Rault) 판결[309]에서는 재량행위가 공익이 아니라 제3자의 사익을 추구하기 위한 목적에서 발령되었다는 이유로 취소되었다. 시장이 무도장에 평일에는 휴업할 것을 명하면서 그 행위의 목적은 공공질서를 위한 경찰권의 행사라고 하였지만, 실제 목적은 자신이 경영하는 술집의 잠재적 고객층이 무도장으로 몰려 영업이익이 줄어드는 것을 방지하기 위함이었기 때문이다.

② 부세(Boucher) 판결[310]에서는 성(城)을 강제수용하기로 하는 결정이 지방 박물관을 조성하기 위한 목적이 아니라 사실상 타 지역 출신 사람이 그 성을 구입하지 못하도록 하는 목적을 위한 것이었다고 하여 취소되었다.

③ '게츠 위원회'(Commissaire des Gets) 판결[311]에서는 외부 상인들의 도심 내 영업을 금지한 조치가 문제되었다. 그 조치의 목적이 공익적 목적이 아니라 기존 도심 내 상인들의 이익을 보호하는 데 있었음이 인정되었다.

④ 2001. 2. 7.자 꽁세유 데따 판결[312]에서는 원고 군의관에게 보르도(Bordeaux)에서 가스텔사라쟁(Castelsarrasin)으로 근무지를 이전하도록 한 명령의 위법성이 다투어졌다. 원고는 근무지 이전이 자신의 사직서 제출에 대한 보복성 인사조치로 내려졌다고 주장하고, 국방부는 일반적인 인

309) CE, 14 mars 1934, *Dlle Rault*. 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1049; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17^{e} éd., 2021, p. 722.

310) CE, 6 janvier 1967, *Boucher*. 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1050 참조.

311) CE, 23 avril 1997, *Commissaire des Gets*. 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1049.

312) CE, 7 fèvrier 2001, n° 201993. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 176.

사행정의 일환일 뿐이라고 주장하였다. 행정재판소는 인사명령 계획서 초안에는 원고가 포함되어 있지 않았다가 사직서 제출 이후 추가 메모로 원고에 대한 인사명령이 추가되었고, 국방부가 원고에 대한 근무지 이전 명령의 필요성을 합리적으로 설명하지 못한다는 점을 근거로 권한남용을 인정하였다.

⑤ '랑그도-루시용 · 에로 지사'(Préfet Languedoc-Roussillon, préfet Hérault) 판결[313]에서는 외국인의 출국을 명한 랑그도-루시용 · 에로 지사의 아레떼의 위법성이 문제되었다. 꽁세유 데따는 외국인 남성이 과거 비자 발급이 거절되었음에도 계속 프랑스에 체류하고 있어 출국명령의 대상자라는 점은 인정하였다. 그러나 행정청이 비자 발급이 거절된지 약 1년 반이 지나도록 아무런 조치를 취하지 않다가 외국인 남성이 프랑스 여성과 결혼을 예정한 당일에 체류 자격을 얻기 위한 사기 결혼임을 의심하여 출국명령을 내렸고, 즉시 위 명령에 대한 집행조치까지 취해 그를 프랑스 국경으로 강제로 이동시켜 혼인이 이루어지지 않은 점 등을 들어 권한남용으로 위 아레떼를 취소한 원심을 유지하였다. 위 아레떼는 정당한 경찰권의 행사를 목적으로 하는 것이 아니라 위 남성의 결혼을 방해할 목적인 사익을 목적으로 한 행위라는 것이다.

나. 위임목적 일탈형

위임목적 일탈의 권한남용은 주로 지방정부가 표면상으로는 경찰행정권을 행사하나 사실상 경제적 이득을 목적으로 행정행위를 하는 경우에 문제된다. 위임목적 일탈의 권한남용이 문제가 된 판례는 다음과 같다.

① 최초의 권한남용에 관한 월권소송 사건인 빠리제(Pariset) 판결[314]에

---

313) CE, 29 juillet 2002, *Préfet Languedoc-Roussillon, préfet Hérault.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 175.

314) CE, 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonnier-Carriol*. 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{e} éd., 2017, pp. 27-35.

서는 도지사들이 지역 내 개별 성냥공장들을 대상으로 폐쇄명령을 내린 아레떼의 위법성이 문제되었다. 당시 「1872년 8월 2일 법률」이 제정되어 성냥의 독점 판매를 통한 국가재정 강화를 목적으로 프랑스 내 모든 성냥공장을 강제수용하여 국유화하도록 하였다. 원고들은 폐쇄명령이 표면적으로는 공공안전을 위하여 낡고 위험하거나 환경에 유해한 공장을 폐쇄할 수 있다는 법령에 근거하고 있으나 내부에는 수용 대상이 되는 성냥공장의 숫자를 축소하여 수용보상금을 절감하고자 하는 의도가 있다고 주장하였다. 꽁세유 데따는 위 아레떼가 위임 범위를 일탈한 목적을 추구한 경찰행정권의 행사라고 하여 취소하는 판결을 내렸다.

② 에스방(Esvan) 판결[315]에서는 꼬뮌이 도시계획을 변경하여 특정 토지의 종류를 건축 불가능한 토지로 변경한 행위가 문제되었다. 그 변경처분의 목적은 꼬뮌이 장차 그 토지를 취득할 계획을 세우고 있어서 미리 그 토지의 평가가치를 감소시켜 시가를 낮추고자 하는 데 있었다.

③ 지방정부의 경우에 행정행위의 주된 목적이 공익 추구에 있다면 그 행정행위의 효과 중 하나로 경제적 이익의 증진을 목적으로 두었더라도 바로 행정행위가 권한남용으로 취소되지는 않는다. 따라서 지방정부가 행정행위를 취하면서 경제적 이익을 목적으로 하였더라도 그것이 그 행정행위의 유일한 목적이 아니었다면 권한남용이 되지 않는다. 예를 들어, '유로디즈니랜드' 판결[316]에서는 지방정부가 파리 외곽에 신도시를 건설하여 사기업인 월트디즈니사에게 유로디즈니랜드를 운영하게 함으로써 경제적 이익을 얻을 목적이 있었더라도 주된 목적이 지역의 균형 발전이라는 공익 추구에 있었으므로 권한남용이 되지 않는다고 판시하였다.

---

315) CE, 12 janvier 1994, *Esvan*. 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 722.

316) CE, 23 mars 1992, *Martin et Fraboulet.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 175; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 147면.

II. 직접적인 법률 위반

1. 의의

직접적인 법률 위반(la violation directe de la loi ou la violation directe de la règle de droit)은 행정행위의 내용이 행정법 규범체계와 상충(l'incompatibilité)하여 적법성 원칙을 위반한 경우의 취소사유다.[317] 행위의 내용(le contenu)과 대상(l'objet)에 관한 위법[318]이라고 불리기도 한다. 재량행위가 특정 법률(la loi)에 위반된다는 것이 아니라 행정법 규범체계 총체와 합치되지 않는다는 의미이다. 직접적인 법률 위반의 예로는 공무원에 대한 징계는 법률에 근거하여야 함에도 불구하고 법률에 명시되지 않은 징계를 내린 경우,[319] 건물을 건립하면서 신청한 건축허가의 내용이 현행 도시계획이 제한하고 있는 건물의 높이 기준을 초과함에도 그 건축허가신청에 대하여 허가결정을 내린 경우[320]가 있다. 현대 행정소송에서 대부분의 재량행위가 직접적인 법률 위반을 사유로 취소될 만큼 실무에서 가장 흔히 주장되는 취소사유이다.

---

317) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1039 참조.

318) Chapus, op. cit., p. 1039는 직접적인 법률 위반이라는 표현이 가장 보편적이기는 하지만, 이 유형의 위법이 개별'법률' 위반이 아니라 사실은 '적법성의 원칙'에 위반되는 경우를 지칭하는 것이어서 위 표현은 오해를 불러올 소지가 있다고 비판한다. 그러면서 행정행위의 내용 자체가 상위법과 호응하지 아니하여 적법하지 않다는 이 유형의 취소사유를 분명하게 드러내는 표현이라는 점을 이유로 '행위의 내용에 관한 위법'이라는 용어를 사용한다. 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 165면은 행정결정이 그 내용 자체로 위법한 경우를 설명하면서 이에 대한 국문 표현으로 '행위의 내용으로 인한 위법성'이라고 표현한다. 이 글에서는 프랑스의 많은 학자들이 채택하고 있고, 판례에서 많이 쓰이는 표현인 직접적인 법률 위반을 사용하기로 한다.

319) Chapus, op. cit., p. 1039 참조.

320) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 703 참조.

2. 내용

월권소송의 원고가 직접적인 법률 위반을 취소사유로 주장하면서 개별 재량행위의 취소를 구하는 경우, 행정재판소는 먼저 그 재량행위에 적용될 수 있는 실정법 규범을 분석한 다음, 계쟁 개별 재량행위가 상위 법규와 합치되는지를 심사한다.

1단계에서 분석 대상이 되는 법 규범, 즉 행정법의 法源(les sources du droit administratif)은 크게 다음의 세 가지 유형으로 분류된다. 첫째, 행정 외부에서 제정하는 성문 법규가 있다. 헌법(la Constitution)과 헌법前文(le Préambule)에 나타난 헌법원리, 각종 국제조약들(les traités)이 행정법의 규범체제에서 최상위 규범이다. 그 하위에 로마조약, 유럽공동체법, 유럽인권협약(la Convention européenne des droits de l'homme), 프랑스 의회가 제정한 법률(la loi)이 있다.

둘째, 다음으로 행정재판소에서 만드는 불문법이 있다. 행정재판소 판례(la jurisprudence)와 법의 일반원칙(les principes généraux du droit)이 이에 속한다. 행정재판소 판사들이 판례를 통해 법 문언을 해석하고 적용한 결과에 규범 창설적 기능이 인정된다.[321] 월권소송에서 취소청구 인용판결을 통해서 어떠한 권리가 확인된 경우, 행정청이 추후 새로운 행정행위를 통해 그 권리를 침해하는 것은 위법하다. 프랑스에서 민사판결은 당사자만 구속하는 대내효를 갖지만, 월권소송에서 행정행위를 취소하는 판결은 대세적으로 효력이 있어서 재판 당사자뿐 아니라 모든 국민 및 행정청에게도 그 효력이 미치는 것이 원칙이기 때문이다.[322] 한편, 법

---

321) 행정소송 판사의 권한은 법 창설 권한인 '법규선언'(*juridictio*) 기능과 당사자 간의 분쟁 종결 권한인 '지배'(*imperium*) 기능으로 나뉜다. 프랑스 행정법은 역사적으로 성문법에 앞서 꽁세유 데따 판례를 통하여 형성되었다. 그리하여 전통적으로 법규선언 기능이 강조되어 왔다. 몽테스키외(Montesquieu)가 행정소송 판사를 '법을 말하는 입'(la bouche de la loi)이라고 하거나 리페르(Ripert)가 '개별 사안에의 입법자'(le législateur des cas particuliers)라고 표현한 것은 법규선언 기능에 주목한 것이다. Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, pp. 288-289 참조.

의 일반원칙은 실정법에 규정되어 있지는 않으나 행정소송의 재판관들이 행정작용에서 준수되어야 한다고 인정한 불문법 원리이다.[323] 법의 일반원칙은 법률보다는 하위에 있지만 행정입법보다는 상위의 규범이어서, 법의 일반원칙을 위반한 행정행위는 위법하다.

셋째, 행정부 내부의 성문 규범이 있다. 행정입법(le règlement), 개별 행정행위, 계약이 그것이다. 행정이 구속받는 규범을 행정 스스로가 정한다는 점에서 행정의 자율적 통제(l'auto-limitation)로서의 성질을 갖는다. 행정입법과 개별 결정은 모두 법률과 법의 일반원칙보다 하위에 있는데, 행정입법은 개별 결정보다는 우위이고, 다수의 행정입법과 다수의 개별 결정 간의 우열관계는 이를 발령한 주체의 우열관계에 따라 결정된다.

2단계로 행정재판소는 재량행위가 이러한 행정법 규범체계의 우열관계(l'hiérarchie)를 위반하였는지, 즉 상위규범과 '합치'(la conformité)관계에 있는지를 심사한다. 합치한다는 것은 상위 규범과 그 내용이 완전히 동일할 필요까지는 없지만 그와 '상충'(la contradiction)하는 요소가 전혀 없다는 의미이다. 예를 들어, 데크레의 형식으로 발령된 개별 재량행위의 '직접적인 법률 위반'은 그 상위 규범인 법률과 합치관계에 있는지 여부가 판단기준이 되고, 하위 규범과의 관계는 문제되지 않는다.

이에 관한 판례를 보면, ① 행정판사조합(Union syndicale des magistrats administratifs) 판결[324]에서는 데크레가 그 상위법인 법률에서 금지하는 내용을 허용하여 위법하다고 선언되었다. 이 판결에서는 「예방고고학

---

322) Morand-Deviller et al., op. cit., p. 288; 박현정, 프랑스 월권소송에서 취소판결의 효력, 행정절차와 행정소송, 2017, 811면 참조.

323) 법의 일반원칙에 관한 국내문헌으로 김동희, 프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리, 서울대학교 법학 제28권 제2호, 60-83면; 박정훈, 행정법의 불문법원으로서의 '법원칙' : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'이론에 대한 분석과 검토를 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 1989; 박우경, 행정재판과 법의 일반원칙 : 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로, 사법정책연구원, 2021; 졸고, 프랑스 행정법상 '법의 일반원칙'의 위기와 현대적 역할에 관한 연구 : 헌법과의 관계를 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 2015 참조.

324) CE, 28 décembre 2005, *Union syndicale des magistrats administratifs.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 723.

(l'archéologie préventive)[325]에 관한 행정 및 재무 절차에 관한 2004년 6월 3일 데크레 2004-490호」 115조의 위법성이 다투어졌다.[326] 위 조항은 예방고고학 과정에서의 분쟁 중재에 관한 것으로, 중재재판부 판정에 이의가 있는 경우 15일 내에 행정항소재판소에 항소할 수 있다는 내용을 담고 있었다. 꽁세유 데따는 위 데크레에 대하여 행정항소재판소는 1심이 행정재판소가 된 사건의 항소심을 수행한다는 심급 관할에 관한 행정재판법전(Code de justice administrative) L.321-1조를 위반한다고 판단하였다.

② 국가경찰위원 · 고위직조합(Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police nationale) 판결[327]에서는 내무부장관의 결정이 법의 일반원칙을 위반하여 위법하다고 하였다. 내무부장관은 「1970년 6월 12일 아레떼」를 개정하여 국가경찰의 보수를 해외 근무 중의 소득으로 보는 요건을 정하는 내용을 담은 「1983년 9월 16일 아레떼」를 오랫동안 관보에 공고하지 않았다. 원고 조합은 이러한 부작위는 묵시적 거부결정으로 위법하다고 주장하였다. 꽁세유 데따는 행정주체에게는 정당한 이유가 없는 한 제정된 행정입법을 상당한 기간 내에 공고할 의무가 있음이 법의 일반원칙으로 인정된다고 설시하였다. 그 다음 정당한 이유 없이 위 아레떼를 공고하지 않은 내무부장관의 거부결정을 법의 일반원칙 위반으로 보아 취소하였다.

---

325) 토지나 건물의 공사 과정에서 공사지역에서 고고학적 가치가 있는 유물 · 유적이 발견되는 경우에 이를 보존하고 발굴하는 작업.

326) 이 사건의 심판대상은 원고 행정판사조합이 대통령에게 위법한 행정입법인 데크레의 폐지를 신청하였으나 대통령이 무응답한 묵시적 거부결정에 대한 월권소송이었다. 실제 사안에서는 주로 행정입법인 데크레의 위법성이 쟁점이 되기는 하였으나, 직접적인 법률 위반에 관한 취소사유의 특징이 잘 드러나는 사례로 판단되어 개별 재량행위를 다루는 이 논문에서 소개하였다.

327) CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissairres et hauts-fonctionnaires de la police nationale.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1039

III. 처분이유의 위법

1. 의의

처분이유의 위법(l'illégalité aux motifs de l'acte)은 재량행위의 이유 또는 동기(les motifs), 즉 재량행위의 결정에 있어서 바탕이 된 사실적 · 법적 요소들에 오류가 있었는지 심사하는 것이다. 국내에서 '행위의 이유로 인한 위법'이라고 번역되기도 한다.[328] 처분이유를 심사한다는 것은 그 논증과정 중 '법률효과의 결정' 이전에 해당하는 단계, 즉 법률효과를 결정한 사실적 · 법적 요소들에 오류가 있는지 살펴보는 것이다.

「행정절차법전」(Code des relations entre le public et l'administration) L.211-1부터 L.211-8조에서는 침익적인 개별 행정행위를 발령할 때에는 긴급상황을 제외하고는 원칙적으로 서면으로 처분의 상대방에게 행정행위의 사실적, 법적 이유를 제시할 의무를 부과하고 있다. 월권소송에서 취소사유에 대한 주장 및 증명책임은 원고에게 있으나, 이러한 처분이유 제시의무에 따라 원고는 행정청이 제시한 처분이유에 관한 사실적 · 법적 요소들을 확인할 수 있다. 위 법률에 의해 처분이유의 위법을 주장하며 월권소송을 제기하는 원고는 증명의 부담이 다소 완화되었다.

2. 유형

처분이유의 위법은 처분이유의 사실적 · 법적 요소들 중 어느 부분에 오류가 있었는지에 따라 다시 아래의 표 4와 같이 세 가지 유형의 세부적 취소사유로 분류된다.

---

328) CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires police national.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 64.

재량의 결정단계 (처분이유)		심사내용	예	취소사유
1	법률 (대전제)	법률을 적절히 적용하였는가?	행정기관의 장은 그 직무에 관련하여 '과오'를 범한 소속 공무원에게 정직, 직무정지, 감봉 등의 징계를 내릴 수 있다.	법 오류
2	사실관계 (소전제)	사실을 정확히 파악하였는가?	[요건사실] - 공무원 갑은 기관장의 허락을 받지 않고 결근하였다. [재량고려사유] - 결근하게 된 경위 - 결근의 기간 - 갑의 평소 근무평정 등	사실오인
3	법률요건의 해석 (포섭)	사실관계가 법에 규정된 요건을 충족하는가?	갑이 1주일간 결근한 것은 그 직무에 관해 '과오'를 범한 것이다.	사실에 대한 법적 평가의 오류
4	결정	을은 갑에게 감봉 3개월의 징계를 하였다.		

표 4 : 재량의 결정단계 · 행정재판소의 심사내용 · 취소사유의 관계

먼저, 법률심의 역할부터 수행하여 온 꽁세유 데따가 가장 먼저 인정한 취소사유 중 하나인 '법 오류'(l'erreur de droit)가 있다(가). 다음으로 '사실에 대한 법적 평가의 오류'는 비교적 최근인 1910년에 이르러 꽁세유 데따가 최초로 법률에 관한 심사에서 사실에 관한 심사로 심사범위를 확장하면서, 재량행위를 결정하면서 행정주체가 사실관계를 어떻게 법률요건에 포섭하는지와 사실관계에 가장 걸맞는 법률효과가 도출되었는지에 관해 심사하는 것이다. 따라서 법률요건에의 포섭이나 법률효과의 선택에 관하여 행정주체에 재량권이 부여되는 개별 재량행위에 관하여는 '사실에 대한 법적 평가의 오류'(l'erreur de qualification juridique des faits)가 가장 중요한 문제라고 할 수 있다(나). 마지막으로 '사실오인'(l'erreur de fait)은 1913년에 가장 마지막으로 인정된 취소사유로, 사실심으로 권한이 확장된 행정재판소가 사실심으로서의 본질적인 역할 수행을 위해서 객관적 증거에 의한 사실관계의 정확성을 따지는 것이다(다).

가. 법 오류

(1) 의의

‘법 오류’(l’erreur de droit)는 재량행위의 법률상 근거가 된 법 문언이나 판례법상의 원칙이 행위 당시 유효하게 존재하지 않거나, 법적 효력에는 문제가 없으나 해당 사안에 적용될 수 없는 경우를 의미한다. 행정행위가 적법한 법률에 근거해야 함은 법치국가의 기초적 조건이므로, 행정행위의 근거가 된 법이 제대로 적용되었는지 감시하는 것은 행정부에 대한 통제를 담당한 행정재판소에 부여된 원시적 역할이다. 따라서 꽁세유 데따는 처분이유의 위법에 관한 위법사유 중 법 오류를 가장 먼저 판단하면서 법률심으로서의 역할을 수행해 왔다.

법 오류에 대한 심사기준은 행정청이 행위 당시 효력이 있는 법 규범을 해당 사안에서 그 의미나 적용범위에 문제없이 적용하였는지 여부이다. 따라서 법 규범은 원칙적으로 이를 근거로 발령한 처분 당시를 기준으로 ‘존재’(existante)하고 사안에 ‘적용가능’(applicable)한 것이어야 한다. 예외적으로 공익상 필요한 경우에는 처분 당시 법 규범이 아직 시행되기 전이라도 그 처분이 법 규범의 시행 이후 시점부터 효력이 있는 경우 행정청은 법률이나 법규명령의 효력 발생 전이라도 그 초안에 근거해 처분을 내릴 수 있다.

(2) 내용

(가) 법적 근거의 결여 유형

프랑스 학자들은 법의 오류를 크게 두 가지로 구별한다. 먼저 ‘법적 근거의 결여’(le défaut de base légale) 유형은 행정행위의 근거가 된 법률이 시효가 지나 더 이상 효력이 없거나, 부존재하거나, 위법하다는 이유 등

으로 무효한 경우이다.

① 로제(Rozé) 판결[329]에서는 법률이 더 이상 효력이 없는 경우가 문제되었다. 행정청은 「1948년 8월 17일 법률」에 근거하여 행정행위를 하였다. 그러나 행정행위 당시 위 법률이 변경되어 위 행정행위는 시행 중인 「1953년 7월 11일 법률」에 근거하여 발령되었어야 했다. 그럼에도 불구하고 행정청이 변경되기 전인 「1948년 8월 17일 법률」에 근거를 둔 것이다. 행정재판소는 이러한 경우가 법 오류에 해당한다고 하면서도 「1953년 7월 11일 법률」에 의하더라도 동일한 내용의 행정처분이 내려졌을 것이므로 소송 도중 법적 근거의 변경을 허용하여 결국 청구를 기각하였다.

② 아르노(Arnaud) 판결[330]에서는 법률이 부존재하는 경우가 문제되었다. 꽁세유 데따는 꼬뮌(commune)의 도시계획(le plan d'urbanisme)이 아직 공고되지 않아 시행되지 않았음에도 불구하고, 시장이 건축허가신청에 대하여 거부결정을 내리면서 그 근거로 해당 건축허가가 위 도시계획에 위반된다고 한 것은 위법하다고 하였다. 그러면서도 시장이 도시계획이 아니라 당시 유효한 도시계획에 관한 행정입법에 근거하더라도 동일한 거부결정을 내렸을 것임을 인정하면서 소송 도중 법적 근거의 변경을 허용하여 청구를 기각하였다.

근거가 된 법률이 권한이 없는 자에 의하여 발령되었거나 상위법에 반하는 등의 사유로 위법한 경우에도 법 오류가 인정된다. 예를 들어, ③ 행정청이 과거 프랑스 식민지 국적의 퇴직군인들이 신청한 군인연금지급 신청을 거부하면서, 그 근거법률로 프랑스 국적 퇴직군인과 과거 식민지 국적 퇴직군인들 간의 연금 지급을 다르게 한다고 정한 「1959년 12월 26일 법률」 제71조를 제시하였다. 그러나 위 법률은 정당한 이유 없는 차별을 금하는 상위법인 유럽인권협약 제14조에 위반하여 위법한 경우였

329) CE, sect., 8 mars 1957, *Rozé.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1040.

330) CE, 7 juillet 1976, *Ep. Arnaud*. 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1040.

다.[331] ④ 공무원에 대한 직위해제 결정이 장관(le ministre)이 발령한 구속력을 갖는 훈령에 근거하고 있으나, 장관에게 구속력을 갖는 훈령을 발령할 권한이 없었으므로 그 훈령이 위법한 경우[332]가 있다.

(나) 규범 해석의 오류 유형

법 오류의 두 번째 유형은 '규범 해석의 오류'(la mauvaise interprétation des régles de droit)로, 법적 근거의 결여 유형보다 흔하다.[333] 법 자체의 효력이나 위법성에는 문제가 없으나 사안에 '적용 가능하지 않은'(inapplicable) 것이다. 행정청이 그 법률을 적용하면서 그 의미나 적용범위에 관하여 해석을 잘못한 경우이다. 규범 해석의 오류는 결과적으로는 재량행위의 내용이 법 규범과 합치되지 않는 것처럼 나타난다는 점에서 직접적인 법률 위반과 혼동가능성이 있지만, 엄밀히 직접적인 법률 위반과 구별되는 취소사유이다. 직접적인 법률 위반은 행정청의 법률적 판단, 즉 수권 규범의 해석에 있어서는 문제가 없었지만 개별 사안에서 발하여진 결정의 구체적 내용이 상위 법규와 충돌하는 경우를 의미한다. 한편, 규범 해석의 오류는 재량행위의 바탕이 된 법률에 대한 행정청의 판단이 잘못된 경우로서, 행정재판소는 행정청이 개별 재량행위의 구체적인 내

331) CE, 30 Novembre 2001, *Miistre de la Défense, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. M. Diop*. 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21e éd., 2017, pp. 754-765.

332) CE, 25 avril 1979, *Ciaudo*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

333) 유형에 대한 명칭은 학자들 간에 차이가 있다. 가령 프리에(Frier)는 '규범 해석의 오류' 유형이 법을 해석하는 데 '오류'(l'erreur)가 있었던 경우이므로 이러한 유형만 '법 오류'(l'erreur de droit)라고 하고, '법적 근거의 결여' 유형은 법적 근거 자체가 부존재하여 오류를 범할 대상 자체가 없다는 의미에서 '법적 근거의 결여'(le défaut de base légale)라고 칭한다(Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 680, Répertoire de contentieux administratif, op. cit., 2014). 이 논문에서는 꽁세유 데따의 용례를 따라 법 오류를 법률에 관한 처분사유에 있어서의 위법을 통칭하는 용어로 사용하고, '법적 근거의 결여' 유형과 '규범 해석의 오류' 유형으로 구별하였다.

용의 위법성보다는 행정청이 결정 과정에서 일반적 · 추상적인 법률 자체의 내용과 의미를 제대로 파악하였는지 심사한다.[334]

더불어, 규범 해석의 오류는 실제 후술하는 사실에 대한 법적 평가의 오류와 다소 겹치는 부분이 있다. 이론상, 규범 해석의 오류는 '법'에 관한 오류로 행정청이 규범을 잘못 해석한 경우에 해당하고, 사실에 대한 법적 평가의 오류는 '사실'에 관한 오류로서 행정청이 사실을 규범에 잘못 적용한 경우를 의미한다는 점에서 서로 구별된다. 그러나 실제 재량의 결정 과정에서 사실과 법의 문제는 명확히 구별되지 않는다.[335] 특히 법률요건에 불확정개념이 규정된 경우에는 법 규정 자체가 사실의 존재 및 그에 대한 평가를 행정행위의 발령요건으로 삼기 때문이다.

'규범 해석의 오류'에 관한 판례로는 다음과 같은 것들이 있다. ① 바렐(Barel) 판결[336]에서는 장관(le ministre)이 국립행정학교(E.N.A) 입학시험 응시자격 후보를 결정하는 업무를 수행하면서 지원자들의 정치적 성향에 따라 점수를 달리 부여한 것이 '공무담임권의 평등'(l'égalité d'accès aux emplois publics)에 관한 법의 일반원칙 위반이 아니라고 해석하였다. 결국 이러한 장관의 해석 오류로 인하여 후보결정 행위는 위법하다고 판단되었다. ② 의사가 신청기간이 지난 후에 의사협회(le conseil de l'Ordre des médecins)에 의사자격 부여를 신청하자 의사협회는 기간이 지났다는 이유로 신청을 거부하였다. 그런데 신청기간이 지났다고 하더라도 신청권이 상실되는 것이 아닌 경우 법 오류이다.[337] ③ 대학 총장이 법 규범에서 고등교육 제1기(대학 1, 2학년), 제2기(대학 졸업과정과 석사

---

334) Seiller, Droit administratif, Tome 2, 4e éd., 2011, p. 236은 이론적으로는 위와 같은 차이가 있지만 결과적으로는 상당히 유사하고 넓은 범주에서 보면 모두 '법령에 관한 오류'로 큰 차이가 없다고 보아 직접적인 법률 위반과 규범해석의 오류를 구별하지 않고 모두 법 오류의 일종으로 본다.

335) 이에 관하여 전술한 제1절 Ⅱ. '1910년경 이후: 사실에 대한 통제로의 확장' 참조.

336) CE, 28 mai 1954, *Barel*. 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21e éd., 2017, pp. 424-430; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1041-1042.

337) CE, 3 mars 1976, *Valette*. 판례 출처: Chapus, op. cit. p. 1042.

과정)를 입학시험으로 선발할 수 있다고 잘못 판단한 것은 법 오류이다.[338] ④ 행정주체가 외부 기관의 의견청취절차를 거친 이후, 그 의견에 기속될 의무가 있다고 잘못 판단하여 그 의견대로 결정을 내린 경우에도 법 오류가 있다.[339] ⑤「1945년 11월 2일 오르도낭스」제22조에서 '출국명령'(la reconduite à la frontière)의 발령 요건으로 정한 '공공질서에 해악'(une menace pour l'ordre public)을 미치는 행위에는 다른 특별한 사정이 없다면 종종 성매매를 하는 것은 포함되지 않는다. 그러나 도지사가 위 규정에 대하여 공공질서에 해악을 미치는 행위에 성매매가 포함된다고 잘못 해석하여 불가리아 국적 여성에 대하여 출국명령을 내린 경우 법 오류이다.[340] ⑥ 도지사가 관할지역 내 助産師들이 파업하자, 의료기관 종사자들이 파업을 하는 경우 환자 안전과 서비스의 계속적 제공을 위해 업무복귀를 명할 수 있고 정한「지방자치법전」(Code général des collectivités territoriales) L.2215-1조를 근거로 조산사들 전부를 대상으로 업무복귀를 명령하였다. 도지사는 조산사들이 최소한의 역무를 제공해도 문제가 없는 경우에도 통상의 역무를 지속할 것을 요구하는 것은 파업권의 침해임에도 위 조항을 잘못 해석하여 조산사들에게 자신은 언제나 통상의 역무를 지속할 것을 요구할 수 있다고 생각하였고, 그 결과 조산사들 전부에게 업무복귀를 명하였다. 꽁세유 데따는 법 오류를 인정하였

---

338) CE, 7 juillet 1990, *Université Paris-Dauphine.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 723.

339) CE, 9 juin 2004, *Simonnet;* CE, 20 June 2003, *Stilinovic*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Violation de la règle de droit, Dalloz, 2015.

340) CE, 16 mars 2005, *Mme Sevda X,* n° 269313. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014, n° 27.
위 판례는 '공공질서에 해악'이라는 불확정개념의 해석이 쟁점이 된 사안으로 사실에 대한 법적 평가의 오류가 있는 경우와 뚜렷이 구별되지 않는 것처럼 보이기도 한다. 판결문에는 이 판결에서 사실에 대한 법적 평가의 오류가 아닌 법 오류의 문제가 쟁점이 된 이유가 명확히 드러나 있지는 않다. 추측컨대, 당시 프랑스는 원칙적으로 성매매가 범죄행위라고 규정하거나 형사처벌하지 않기에 출국명령의 발령 요건인 '공공질서에 해악'을 미치는 경우에 해당하지 않는다는 것은 사실관계에 대한 검토 없이 법 규정의 해석만으로 분명한 문제이므로 법 오류의 취소사유가 주장되었을 것으로 짐작된다.

다.[341]

나. 사실에 대한 법적 평가의 오류

(1) 의의

'사실에 대한 법적 평가의 오류'(l'erreur de qualification juridique des faits)는 재량행위의 근거가 된 사실에 대한 법적 평가[342]에 관하여 잘못이 있는 경우이다. 사실의 성질결정의 오류로 번역되기도 한다.[343] 프랑스 교과서는 사실에 대한 법적 평가의 오류를 설명하면서 "공무원이 '과오'(la faute)를 범하면 징계할 수 있다."는 법 규범의 사례를 자주 사용한다.[344] 예를 들어, 공무원의 무단결근에 대해 징계처분을 내리기 위해서

---

341) CE, 9 décembre 2003, *M^me^ Aguillon.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014, n° 27.

342) 사실에 대한 법적 평가에 관하여 전술한 제1장 제2절 Ⅱ. '사실에 대한 법적 평가' 참조.

343) 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 176면 참조.

344) 「공무원법전」(Code général de la fonction publique) L.530-1조는 "공무원은 직무를 수행하면서 범한 잘못으로 인하여 언제나 공정한 절차에 따라 징계를 받을 수 있다(Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, 이하 생략, 밑줄은 필자의 표시)"고 정하고 있다. 2022년 위 법의 제정 이전까지 프랑스에서 공무원에 대한 징계에 관해서는 공무원의 소속기관이 국가, 지방자치단체 또는 공공의료시설인지, 그리고 공무원의 지위가 정규직, 계약직 또는 수련생인지에 따라 절차, 징계위원회의 구성 등을 조금씩 달리하여 각종 법률과 데끄레가 여러 법 규정에 산재하고 있었다. 이 법 내용들을 통합하고 체계를 단순화하여야 한다는 의견에 따라 2022. 3. 1. 제정된 것이 「공무원법전」이다. 위 법은 공무원은 그 직무집행행위로 징계와 형사처벌을 받을 수 있음을 명시하고 그 공무원에게 가해지는 징계의 종류를 4단계로 규정하고 있다. 1단계는 '경고'(l'avertissement)와 '견책'(le blâme), 3일 이내의 '정직'(l'exclusion temporaire de fonctions), 2단계는 '승진명부에서의 삭제'(la radiation du tableau d'avancement), '세분직급강등'(l'abaissement d'échelon à l'échelon immédiatement inférieur), 4~15일 이내의 정직, '전보'(le déplacement d'office), 3단계는 '직급강등'(la rétrogradation au grade immédiatement inférieur), 16일~2년 이내의 정직, 4단계는 '해임'(la mise à

는 무단결근이라는 구체적 사실관계가 불확정개념인 '과오'에 해당하는지에 관한 판단, 즉 사실을 법률에 포섭하는 과정에 오류가 없어야 한다. 프랑스에서는 이러한 사실에 대한 법적 평가를 재량행위의 결정을 위한 사실의 파악으로 보고, 이에 관한 심사는 사실심이라고 한다. 재량통제에 있어서 사실에 대한 통제는 크게 두 가지로 나뉜다. 다음 다.항에서 살펴볼 사실관계의 정확한 파악에 관한 '사실오인'의 문제와, 여기에서 다루는 해당 사실관계가 그 결정을 정당화하기에 적합한지에 관한 '사실에 관한 법적 평가의 오류'의 문제이다.[345]

(2) 판단기준

행정재판소가 행한 사실에 대한 법적 평가에 오류가 있는지 여부를 판단하는 기준은, 행정청이 어떠한 결정을 내리는 데 근거한 사실관계가 그 결정을 '정당화하기에 충분한지'(de nature à justifier) 여부이다. 예를 들어, 꽁세유 데따는 공무원에 대한 징계처분의 정당성을 판단함에 있어서 그 징계처분의 기초가 된 사실관계가 해당 징계처분을 내리는 데 충분한지를 그 판단기준으로 삼는다. 또한 농촌법(Code rural)에 따라 특정 야생동물을 유해동물로 지정한 경우, 그 동물의 제반 특징이 유해동물로 지정받기에 충분하였는지가 판단기준이 된다.[346]

(3) 내용

사실에 대한 법적 평가의 오류에 관한 재량통제는 1914년까지 오랫동안 인정되지 않았다. 앞 제1절에서 살펴본 것처럼, 프랑스에서는 행정청

---

la retraite d'office)과 '파면'(la révocation)이다.

345) 이에 관하여 전술한 제1장 제2절 Ⅱ. '사실에 대한 법적 평가' 참조.

346) Woehrling, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, RA, 52e année, n° spécial 7, 1999, p. 78 참조.

이 판단한 행정재량에 관하여 차후에 행정소송에서 그 당부를 판단하는 데 대하여 행정재량의 침해라는 인식이 있었다. 그리하여 처분이유의 위법의 취소사유가 문제되는 경우에도 행정청의 사실에 관한 법적 평가에 잘못이 있는지는 심사하지 않고, 앞서 살펴본 법 오류에 관하여만 심사를 한정하여 왔다. 그러다 1914년 고멜(Gomel) 판결을 기점으로 그 태도를 전환하여 사실에 관한 법적 평가의 영역까지 심사할 수 있다고 그 활동영역을 확장하였다. 꽁세유 데따는 재량에 대한 심사대상을 점차 넓혀온 대신 행정재량을 존중하기 위하여 심사강도를 조절하는 방법을 택하였다. 사실에 대한 법적 평가의 오류에 있어서 행정재판소는 사안에 따라 행정청이 '명백한 평가의 오류'(l'erreur manifeste d'appréciation)를 범한 경우에만 재량통제권을 발동하여 제한심사(le contrôle restreint)를 하거나, 심사강도를 강화한 보통심사(le contrôle normal)에서는 주어진 사실관계를 토대로 행정재판소가 행정청의 판단을 대체하여 판단하는 심사를 한다. 고멜 판결 이후로 꽁세유 데따는 사실에 대한 법적 평가의 오류에 관한 재량통제를 거의 모든 행정분야에서 적극적으로 확대하여 왔다. 요건재량인 '사실의 포섭'에 관한 유형이 대부분이기는 하지만 효과재량인 결정의 내용을 다루기도 한다. 이에 관하여는 심사강도를 다룬 제3장에서 더 살펴본다.

다. 사실오인

(1) 의의

'사실오인'(l'erreur de fait)이란 행정청이 재량을 행사하는 데 있어 기초가 되는 '사실의 정확한 파악'(l'exactitude matérielle des faits)[347]에 오류

347) 우리나라의 경우 행정청의 요건사실에 관한 인정은 따로 재량으로 존중해야 하는 문제가 아니라 법원에서 전면 심사가 가능하다고 본다. 요건사실의 정확성은 모든 행정행위에서 담보되어야 하는 것이어서 특별히 재량통제의 문제가 아니다. 오로지 재량고려사유 내지 형량요소의 정확성만이 재량의 일탈·남용 판단에 있

가 있는 경우이다. 사실의 오인을 심사할 때 행정재판소는 행정청이 객관적인 증거에 의해 사실을 정확히 파악하였는지를 심리한다. 행정절차법에서 처분이유(la motivation)의 제시가 의무화되는 경우를 규정함에 따라 실무에서는 대부분 행정청이 행정행위를 발령하면서 제시한 처분이유의 진실성을 검토한다. 앞 제1절에서 살펴본 것처럼, 1916년 까미노(Camino) 판결을 통해 취소사유로 심리되기 시작하여 가장 최근에 인정된 취소사유이다. 월권소송을 통한 재량통제에서 사실오인이 취소사유로 주장된 경우에 행정재판소는 행정청이 법 문언에 정해진 대로 재량행위가 발령될 수 있는 사실관계를 정확히 파악하였는지 심사한다.

(2) 내용

① 뜨레퐁(Trepont) 판결[348]에서는 원고 도지사에 대해 내린 직위해제(la mise en congé) 결정의 적법성이 문제되었다. 정부는 이러한 결정이 도지사의 요청에 의해 내려졌다고 밝혔으나 행정재판소의 심리를 통해 실제로는 도지사의 요청이 없었음이 밝혀졌다. 꽁세유 데따는 정부의 결

어 사실오인의 문제가 된다.
이와 달리, 프랑스에서는 전술한 제1장 제2절 Ⅱ. '사실에 대한 법적 평가'에서 본 것처럼 요건재량과 효과재량을 특별히 구별하지 않는 결과 사실문제에 있어서도 요건사실, 즉 재량권 행사의 법률요건에 관한 사실과 재량고려사유, 즉 재량의 내용 결정에 있어 행위의 경중 · 경위 · 행위자의 전력 · 태도 기타 양정에 관한 정상참작사실을 구별하지 않는다. 사실오인에 관한 재량통제는 요건사실과 재량고려사유에 관해 모두 가능하다. 실무에서는 원고가 주로 사실오인의 취소사유를 주장하는 경우 자신이 고지받은 처분이유의 사실관계가 부정확함을 다투는 경우가 많아 주로 요건사실이 심리된다. 프랑스에서 요건사실에 관한 사실오인이 재량통제 차원에서 다루어지는 이유는 다음과 같이 생각해 볼 수 있다. 프랑스는 전통적으로 영국 · 미국처럼 사실 인정은 행정청 고유의 영역으로 보고 행정소송의 심리범위를 법률문제에만 한정하여 왔다가 사실에 대한 통제로 확장하면서 사실오인의 취소사유가 가장 최근에 추가되고 사실문제를 전면적으로 심사하기 시작하였다. 따라서 사실오인의 문제는 재량통제의 확장 차원에서 중요성을 갖는다.

348) CE, 20 janvier 1922, *Trépont.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1047-1048; Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 705; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 위법사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 173면.

정이 “부존재하는 법적 원인에 근거”(sur une cause juridique inexistante)함을 이유로 직위해제 결정을 취소하였다. 이 판결에서 특기할 만한 점은 관련 법규에서 직위해제 결정은 도지사의 요청 없이도 내릴 수 있다고 규정하고 있었다는 데 있다. 행정청이 어떠한 사실이 없는 경우에도 결정을 내리기에 문제가 없다 하더라도, 실제 결정이 그 사실에 기초하여 내려졌다면 그 결정이 적법하기 위해서는 그 기초사실이 정확하여야 하는 것이다.[349]

최근에도 징계절차에서 그 징계의 결정이 기초한 재량고려사유의 위법을 이유로 징계처분이 취소되는 사례가 종종 있다. 뜨레삭(Treyssac) 판결[350]에서는 원고인 군수(le sous-préfet)를 명예직(la position hors cadres)으로 강등한 데크레와 그후 명예직에서도 해임한 데크레 각각의 위법성이 문제되었다. 꽁세유 데따는 우선 원고를 명예직으로 강등하는 데크레의 경우 명예직 변경 조치가 사실상 징계로서의 성격을 갖는데도 처분의 이유제시가 되지 않았으므로 형식 위반을 취소사유로 취소하였다. 다음으로 원고를 해임하는 데크레의 경우 감사원(l'inspection générale de l'administration, IGA) 보고서에 기초하여 판단이 내려졌다. 해당 보고서에는 원고가 “체류허가의 불법 발급에 깊이 가담하였고, 행동이 부정하며, 부적절한 잘못을 저질렀다”고 기재되어 있었다. 꽁세유 데따는 보고서의 내용 중 체류허가의 불법 발급은 이를 뒷받침하는 증거가 없어 이를 사실로 인정할 수 없고 나머지 과오들만으로는 징계 수준이 해임으로 정해졌을 것으로 단정할 수 없다고 하였다.[351] 따라서 사실오인으로 원고를

---

349) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1047 참조. 이를 요건사실과 재량고려사유를 구별하는 관점에서 설명한다면, 도지사의 요청이 있어야 하는 것은 대기발령 결정을 내릴 수 있는 요건사실이 아니지만 재량을 위법하게 하는 재량고려사유가 될 수 있다.

350) CE, 29 décembre 2000, *Treyssac*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l’exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

351) 요건사실과 재량고려사유를 구별하는 관점에서 설명한다면, 체류허가의 불법 발급을 제외한 나머지 행동이 부정하며, 부적절한 잘못을 저질렀다는 점은 과오의 요건사실이 될 수는 있을지언정 해임을 정당화하는 재량고려사유가 될 수는 없

해임하는 데크레를 취소하였다.

카잘(Cazals) 판결[352]에서는 원고인 검사에게 내려진 전보(le déplacement d'office) 결정의 위법성이 다투어졌다. 징계절차에서는 원고의 근무지 내에서 여성 4명이 잇달아 실종하는 사건이 발생하였는데, 원고는 '군경찰'(la gendarmerie)이 이 사건과 관련이 있을 수 있는 사건을 몇 년 전 수사하였다는 것을 알고 있었음에도 군경찰에게 그 수사기록을 보고하거나 이 실종 사건과 관련해 수사를 계속할 것을 요청하지 않았다는 사실을 인정한 다음 이에 따라 원고에게 과오가 있다고 판단하였다. 그러나 꽁세유 데따는 기록을 통해 군경찰이 관련사건 수사결과를 보고한 상대방은 원고가 아니라 다른 사람이었고, 원고는 관련사건을 수사한 사실이 있었음을 전혀 알지 못하였다고 인정하였다. 그리하여 전보 결정이 사실오인에 근거하였다는 이유로 이를 취소하였다.

제4절 소결

지금까지 프랑스에서 개별 재량행위의 위법성에 대한 심사기준인 취소사유에 관하여 꽁세유 데따 판례에서 취소사유가 정립되어 온 과정, 외적 위법성에 속하는 무권한 · 절차위반 · 형식위반 및 내적 위법성에 속하는 권한남용 · 직접적인 법률 위반 · 법 오류 · 사실에 대한 법적 평가의 오류 · 사실오인까지 총 여덟 가지 개별 취소사유들의 세부내용과 관련 판례를 살펴보았다. 취소사유는 최초에 무권한으로 인한 행정행위의 취소가 인정된 이래 월권소송 판례에서 개별 재량행위의 위법성 심사기준이 점차 추가되면서 발전되어 왔다. 새로운 취소사유가 추가되면서 위법

는 것이었다. 해임의 재량고려사유인 체류허가의 불법 발급이 인정되지 않는 이상 이 판결에는 사실오인의 문제가 있었다.

352) CE, 12 janvier 2004, *M. Cazals*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

성의 통제범위는 개별 재량행위의 형식에 대한 외형적 심사에서 내용에 대한 실체적 심사로, 법률에 대한 통제에서 사실에 대한 통제로 점차 확대되었다. 이는 과거에 비해 행정청의 재량에 대한 존중보다는 행정의 적법성을 강조하고 있는 시대의 변화와 사회적 요청에 꽁세유 데따가 부응한 결과이다.

개별 재량행위의 위법성 통제와 가장 관련성이 높은 취소사유는 절차위반과 사실에 대한 법적 평가의 오류라고 할 수 있다. 최근 꽁세유 데따는 절차위반에 관한 통제는 점차 완화하고 반대로 사실에 대한 법적 평가에 관한 통제는 강화하는 경향이다. 재량통제 실무에서 가장 흔히 문제되는 취소사유는 사실에 대한 법적 평가의 오류이다. 앞서 살펴본 바와 같이 재량 자체가 사실에 대한 법적 평가의 영역에 존재하기 때문이다.

먼저 절차위반의 경우를 보면, 개별 재량행위, 특히 침익적 행위에서는 통지, 의견제출, 변호인의 조력을 받을 권리 고지 등 처분의 상대방이나 이해관계인의 이익을 보호하기 위한 각종 절차가 필수적인 경우가 많다. 이러한 절차가 제대로 지켜지지 않았다면 개별 재량행위를 위법하다고 평가할 수 있는 사유가 되는 것은 사실이다. 그러나 최근 프랑스에서는 당또니 판결 이후 절차 준수에 관한 판단에 있어서는 행정의 적법성보다는 효율성과 법적 안정성을 더 중시하여 절차위반을 이유로 하는 재량행위의 취소를 억제하려는 경향을 보인다. 개별 재량행위에 대한 외적 위법성 통제를 점차 완화하는 경향이라고 평가된다.

한편, 개별 재량행위에 대한 내적 위법성 통제는 점차 강화하여, 사실에 대한 법적 평가에 관한 적법성 판단의 지평이 확대되고 있다. 법률에 근거한 개별 재량행위의 행사에 있어서 행정청의 재량이 발휘되는 부분은 요건재량에 해당하는 불확정개념의 해석, 효과재량에 해당하는 법률효과의 선택 부분이다. 사실에 대한 법적 평가는 바로 이러한 영역에서의 행정청의 판단 내지 평가를 심사대상으로 삼는다. 따라서 사실에 대한 법적 평가의 오류에 대한 통제가 강화될수록 행정재량에 대한 실체적

심사가 강해지고, 사실에 대한 법적 평가의 오류에 대한 통제가 약화될 수록 행정재량에 대한 실체적 심사는 약해진다. 개별 재량행위에 대한 내적 위법성 통제를 점차 강화하는 경향이라고 할 수 있다.

이와 같이 꽁세유 데따는 개별 재량행위에 대한 내적 위법성 통제를 강화하면서, 그 대신 전통적으로 존중하여 온 행정재량을 보호하기 위하여 심사강도를 약화하여 왔다. 심사범위를 넓히는 대신 심사강도를 약화하여 행정청의 판단을 존중하고 이를 통해 행정행위에 대한 과도한 개입을 방지하는 것이다. 따라서 최근에는 사실에 대한 법적 평가를 어떠한 강도로 심사할 것인지가 많이 논의되고 있다. 이러한 논의에 관하여 제3장에서 살펴본다.

제3장 재량행위에 대한 심사강도

제1절 개설

제3장에서는 월권소송에서의 개별 재량행위에 대한 심사에 있어서 사실에 대한 법적 평가의 오류에 관한 심사강도가 어떻게 달라져 왔는지에 관하여 살펴본다. 먼저 공시적 관점에서 제한심사와 보통심사의 심사강도가 현재 어떠한 심사분야에서 적용되는지 살펴본다(제2절). 다음으로 시간의 흐름과 사회적 분위기의 변화에 따라, 특히 최근 유럽공동체법의 대두로 인하여 프랑스에서 심사강도가 어떻게 변화되고 있는지 대표적인 개별 분야를 선정하여 통시적 관점에서 살펴본다(제3절). 이후, 이상의 심사강도에 관한 공시적, 통시적 고찰을 토대로 하여 프랑스 월권소송에서 개별 재량행위에 대한 심사강도를 결정하는 요소가 무엇인지 객관적 요소와 주관적 요소를 추출하여, 제4장에서 이어지는 우리나라에 대한 시사점과 연결하여 본다(제4절).

제2절 심사강도의 유형

I. 제한심사

제한심사 내지 최소심사(le contrôle restreint ou minimum)는 심사강도가 약한 경우로, 행정재판소가 명백한 오류(l'erreur manifeste)가 있는지를 판단하는 심사방법을 취하거나 심사가능성이 없다고 하여 심사에서 면제하는 경우의 심사강도이다. 행정재판소는 사실에 대한 법적 평가의 오류를 심사할 때 '명백한 평가의 오류(l'erreur manifeste d'appréciation)'가 발견되

지 않는 한 행정행위가 적법하다고 하여 적법성의 심사강도를 완화하고 행정청의 선행 판단을 존중하는 경우가 있다(1.). 또한, 전통적으로 행정재판소는 행정청의 자율적 판단을 존중하여야 하는 영역에 있어서 행정 내부에서 이루어지는 타당성 통제를 받아야 하는 사안에 관해 월권소송이 제기되는 경우 청구에 관하여 심사가능성이 없다고 하여 심사에서 면제하여 왔다.[353] 이러한 '심사의 면제'(l'absence de contrôle) 또한 제한심사로 분류된다(2.).[354]

1. 명백한 평가의 오류 심사

가. 의의

명백한 평가의 오류 심사는 법 문언에 사용된 불확정개념이 추상적이거나 광범위하여 행정청에 자유로운 평가의 여지가 있는 경우, 행정청의 이에 대한 '사실에 대한 법적 평가'는 명백한 오류가 있지 않은 한 존중하는 심사방법이다. 사실에 대한 법적 평가에 있어 행정재량에 대한 존중과 행정의 적법성을 절충하여야 할 필요에 따라 1960년대경 명백한 평가의 오류 심사가 탄생하였다. 이후 명백한 평가의 오류가 무엇인지에 관해서는 다수의 행정재판소 판결문을 통해 그 기준이 정립되고 발전되어 왔다.

---

353) 타당성 통제와 적법성 통제의 구별에 관하여 제1장 참조.

354) 이 글에서는 프랑스의 다수설 입장에 따라 '심사의 면제'를 제한심사의 일종으로 분류하였다. 다수설은 '심사의 면제'는 '명백한 평가의 오류' 전부터 있던 심사강도가 현재까지 그대로 남아 있는 것이므로 제한심사와 구별되는 별개 유형이 아니라고 한다. Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1061, pp. 1071-1074; Serrand, Droit administratif, 2, 2015, pp. 113-131; Debbasch & Ricci, Contentieux administratif, 7e éd., 2001, pp. 811-818; Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir – contrôle de la légalité interne 등. 소수설은 '심사의 면제'를 '최소심사'라고 하여 제한심사와 별개 심사유형으로 분류한다. Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, pp. 681-682.

명백한 평가의 오류가 무엇인지 일반화하여 정의하는 것은 쉽지 않다. 학자들은 당사자가 주장하고 판사가 인정한, 건전한 상식에 비추어 의심의 여지가 없는 명백한 오류,[355] 수인할 수 있는 합리적인 한도를 초과하여 판사의 통제를 받아야 하는 오류[356]라고 설명한다. 명백한 평가의 오류라는 표현은 꽁세유 데따가 "행정청의 재량 행사는 사실오인, 법률의 착오, '명백한 평가의 오류'(une erreur manifeste d'appréciation)에 기초한 것이거나 권한의 남용이어서는 아니 된다"고 하면서, 사실에 대한 법적 평가에 대한 재판상 통제를 확장하는 대신 심사범위를 명백한 평가의 오류에 한정한다고 설시한 판례에서 유래한 것이다.[357] 꽁세유 데따가 명백한 평가의 오류 심사를 시작한 것에는 비교법의 영향이 컸다. 1960년경 스위스연방법원 판례는 명백한 착오(une inadvertance manifeste)가 있는 경우에만 행정청의 평가의 자유에 개입할 수 있다는 판례가 등장하였고,[358] 이것이 공무원의 해임에 관한 국제노동기구(ILO) 행정재판소 판례에도 반영되었다.[359]

---

355) 원문으로는 "L'erreur évidente, invoquée par les parties et reconnue par le juge, et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé". CE, 13 novembre 1970, *Lambert.* concl. G. Braibant 참조.

356) Devolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Conseil constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, 1988, p. 288 참조.

357) CE, 2 mars 1960, *Gerbert*, CE Sect., 25 avril 1980, *Institut technique de Dunkerque*(판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1061); Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1061; 조춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 위법사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001, 206면 참조.

358) Tribinal Féderal, 20 mars 1957 Soc. en nom collectif P. Bourquin et F. Kray. 판례 출처: Letourneur, L'influence du droit comparé sur la Jurisprudence du Conseil d'Etat français, Livre du centenaire de la Société de législation comparée, LGDJ, 1969, p. 211, Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24^{e} année, n° 142 juillet aout 1971, p 411에서 재인용.

359) TA, 8 session ordinaire, 23 septembre 1960, *Aff. Gluffrida* 등(판례 출처: Letourneur, L'influence du droit comparé sur la Jurisprudence du Conseil d'Etat français, Livre du centenaire de la Société de législation comparée, LGDJ, 1969, p. 211, Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24^{e} année, n° 142 juillet aout 1971, p 411에서 재인용). 당시 국제노동기구 재판부는 각 스위스, 영국, 프랑스 출신의 재판관 3인으로 구성되었는데, 당시 스위스뿐 아니라 영국에서도 '비합리

명백한 평가의 오류 심사의 이론적 근거는 재량의 행사에도 법을 준수하여야 한다는 한계가 있고 재량을 어느 범위까지 통제할 것인지는 상식과 논리에 따라 결정되어야 한다는 것이다.[360] 누구라도 지적할 수 있는 중대하고 명백한 잘못, 즉 중과실이 있다면 이는 제재되어야 한다. 행정재량권이 있다는 것이 행정부에게 무엇이든 할 수 있는 무제한의 자유를 허용하는 것은 아니다. 판단의 기초가 된 구체적 사실관계가 법 문언에 규정된 법률요건에 실제로 해당하는지 법적으로 해석하는 과정, 즉 사실에 대한 법적 평가 단계에서 명백한 잘못이 발생하면 이는 사법심사의 대상이 되고, 재판소에 의해 제재되어야 한다. 이러한 의미로 명백한 평가의 오류는 행위자의 주관적 의지가 아니라 행위의 객관적 결과가 문제된다는 점에서 '객관적인 권한 남용'(le détournement de pouvoir objectif)과 유사하다고 설명되기도 한다.[361]

명백한 평가의 오류 심사는 재량통제를 확대함과 동시에 이를 제한하는 이중적 기능을 수행한다.[362] 우선 명백한 평가의 오류 심사가 도입된 결과 역사적으로 행정청의 사실에 관한 법적 평가에 관한 사법통제의 대상이 대폭 확대되었으므로 이 심사는 재량통제를 확대하였다고 할 수 있다.[363] 제한심사가 등장하기 전에는 사법심사의 필요성이 대두되는 일부 사안에서 분명한 사법심사의 기준이 없다는 한계가 있었다. 1950-60년대 전까지 재판소는 많은 분야에서 사실에 대한 법적 평가의 재량은 타당성 통제영역으로 존중하여 이를 심사하지 않았다. 처분이유의 위법에 관한 통제는 법 오류와 사실오인에 집중되었다.[364] 행정재판소는 명백한 평가

성'(unreasonableness)을 기준으로 재량통제를 하고 있었기에 프랑스 출신인 르투르네가 이러한 영향을 받아 이후 꽁세유 데따가 명백한 평가의 오류 심사 이론을 정립하는 데 주요 역할을 하였다고 한다. Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24e année, n° 142, juillet aout 1971, p 412 참조.

360) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 298 참조.

361) Hummel, la théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation, RA, n° 291, 1996, p. 337 참조.

362) Vincent, op. cit., pp. 409-413 참조.

363) Vincent, op. cit., p. 409 참조.

364) Vincent, op. cit., p. 411 참조.

의 오류 심사를 통해 사실에 대한 법적 평가에 관한 객관적이고 명시적 기준을 마련하였다. 그리하여 행정재량에 대한 과도한 침해의 우려가 적어져 사실에 대한 법적 평가에 대한 통제가 활발해졌다. 반면, 명백한 평가의 오류 심사에는 행정재판소가 행정의 결정에 대하여 전면적인 통제를 하지 않고 명백한 잘못에 한정하여 취소권을 행사한다는 점에서 행정재량을 보호하는 기능도 있다.[365] 행정청은 명백한 실수가 아닌 한 '실수할 권리'가 있다는 것이다. 누가 보더라도 합리적인 결정권자였다면 그러한 결정을 내리지 않았음이 명확한 정도의 잘못, 즉 명백한 잘못을 범하지 않는 한 그 결정은 적법하다고 판단된다. 이러한 점에서 '허용하는 통제'(un contrôle positif)가 아니라 '금지하는 통제'(un contrôle négatif)이고, 비례성 통제가 아니라 '명백한 반비례성'(disproportionnalité manifestement)에 대한 통제이기도 하다.[366]

나. 등장과 발전

프랑스에서 명백한 평가의 오류 심사는 1950-60년대경 태동하였다. 당시 행정재판소에는 '공무동등성'(l'équivalence de l'emplois publics)[367]에 관한 판단을 요하는 공무원의 해임처분에 대한 월권소송과 종전의 토지

---

365) Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24e année, n° 142, juillet aout 1971, p. 413 참조.

366) Devolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Cosneil constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, 1988, p. 289 참조.

367) 당시 프랑스 공무원법은 공무원의 신분보장을 위하여, 조직의 구조조정으로 특정 직무가 폐지되는 경우 시장은 폐지된 직무를 수행하던 공무원을 동등한 다른 직무에 발령하여야 하고, 동등한 직무가 없는 경우에만 해임할 수 있다고 규정하고 있었다. 동등한 직무가 없어 해임하는 경우에는 대상 공무원에게 퇴직금을 지급하여야 하였다. 이러한 법규는 실제로는 동등성 없는 직무인데도 동등성 있는 직무라고 하면서 발령한 다음, 이에 반발한 대상 공무원이 근무를 거부하고 스스로 사임하거나 직무불이행을 이유로 해임되도록 함으로써 해임에 필요한 절차요건을 갖추는 데 악용되기도 하였다. 이러한 공무원 해임요건은 1947년 9월 3일 법률 제47-1680호, 1948년 11월 4일 데크레 제48-1700호, 1952년 4월 28일자 법률 등에 규정되어 있었다. Vincent, op. cit., p. 410 참조.

와 교부할 토지 간의 '등가성'(l'équivalence)[368]에 관한 판단을 요하는 '토지구획정리'(le remembrement rural)[369]에 대한 월권소송이 빈번하게 제기되었다. 행정재판소는 1950년대 이전까지는 이러한 사안에서 행정청의 판단재량을 존중하고 이를 심사하지 않았다.[370] 그러나 공무원의 신분과 토지소유권을 보호하여야 한다는 인식이 점차 높아지면서 이러한 동등성 내지 등가성에 관한 재량통제를 할 필요가 있다는 분위기가 형성되었다.[371]

1950-60년대경부터 행정재판소는 이러한 사안에서 행정청의 법적 평가를 시작하면서도 이 경우 재량을 어떻게 심사하는지 정확히 특정하지는 않는 등 다소 혼란스러운 태도를 보였다. 꽁세유 데따는 1953년 드니제

368) 구 농촌법(Cole rural, 1992. 12. 11. 법률 제92-1283호로 폐지됨)에서는 토지를 재배치하여 농업 생산성을 확대하기 위한 목적으로 당시 활성화되어 있던 토지구획정리의 요건과 절차를 규정하고 있었다. 농지소유자는 원칙적으로 생산량과 농작물의 특성을 기준으로 감정하였을 때 구획정리 전 토지와 등가성을 갖는 토지를 새로 배분받아야 한다(농촌법 제21조). 생산량에서의 등가성 판단은 지역 전문가들로 구성된 '토지구획정리위원회'(la commission de remembrement)가 담당하였고, 등가성을 계량화된 점수로 판단하였다.

369) 현재 우리나라에서 토지구획정리는 주로 현행 도시개발법에서 구 토지구획정리사업법을 계승하여 규정한 환지방식에 의한 도시개발사업 차원에서 다루어진다. 도시개발법은 신도시 개발 · 택지 공급 등 특정 사업목적을 달성하기 위하여 실시되는 개발사업인 토지구획정리사업으로서 '환지계획'과 개발 완료 후 환지계획에 따라 환지교부를 하는 '환지처분' 간 개념 구별을 전제로 한다. 한편, 농촌근대화촉진법은 도시개발법과 달리 환지계획과 실제 토지를 교부하는 환지를 구별하지 않고 환지처분으로 본다(제129조). 프랑스의 'le remembrement rural' 개념은 독일의 'Umlegung' 개념과 유사하게 특정한 개발을 목적으로 하는 사업이 아니라 토지를 재배치 · 배분하는 행위 및 방식을 의미하여 의미상으로는 우리나라의 환지에 가깝고, 그중에서도 농촌근대화촉진법에서 농지개량사업에 수반하는 환지와 유사하다. 이 논문에서는 프랑스 제도의 특색을 살리고자 원문에 충실하여 토지구획정리로 번역하였다. 우리나라 환지방식 개발사업의 연혁 및 우리나라 토지구획정리사업과 독일 구획정리와의 차이에 관하여 이수안, 도시개발법상 체비지의 법적 성질에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2022, 17-20면과 35-36면 참조.

370) CE, 27 avril 1951, *Mélamède.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1062; Vincent, l'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24^{e} année, n° 142, 1971, p. 410.

371) CE, 27 janvier 1950, *Legrand*. Concl. Letourner. Vincent, l'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24^{e} année, n° 142, 1971, p. 410에서 재인용.

(Denizet) 판결[372]에서 프랑스 본토의 공무원을 당시 프랑스령이었던 인도차이나로 발령한 것에 대해 공무동등성이 없음이 '명백히 드러난다'(Il résulte manifestement…que)는 설시를 하였다. 1961년 라그랑쥬(Lagrange) 판결[373]에서는 꼬뮌 의회가 '농촌감시원'(le garde-champêtre)[374]을 폐지하기로 결정하면서 농촌감시원이었던 원고를 도로 · 철도관리원으로 발령하였다. 원고는 근무를 거부하였고, 그에 따라 이어진 해고처분의 위법성을 다투는 소송을 제기하였다. 꽁세유 데따는 원고의 청구를 기각하면서 위 두 직무 간에 '등가성이 명백히 없는지'(l'absence manifeste d'équivalence)를 심사기준으로 명시하였다. 다수의 프랑스 학자들은 1961년 라그랑쥬 판결 이후로 명백한 평가의 오류가 재판소의 새로운 심사기준으로 명시되었다고 동의한다.[375]

1960년 게스베르(Gesbert) 판결[376]에서는 토지구획정리가 정당하였는지가 문제되었다. 재판소는 구획정리대상 토지와 배분된 토지 간에 등가원칙이 준수되었는지 여부를 살핀 후 그에 관한 오류가 없다고 하였다. 이후 1961년 아샤(Achart) 판결[377]에서도 명백한 평가의 오류 심사를 하였다. 그후 일련의 토지구획정리 사건들에서 위와 같이 토지의 등가성 판단에 있어 명백한 오류를 찾는 심사를 하면서 명백한 평가의 오류 심사가 정착되었다.[378]

---

372) CE, 13 février 1953, *Denizet*. 판례 출처: Vincent, l'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24e année, n° 142, 1971, p. 407.

373) CE, sect., 15 février 1961, *Lagrange.* 판례 출처: Vincent, op. cit., p. 407.

374) 농촌감시원에 관하여 각주 239 참조.

375) Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Institut Français des Sciences Administratives, n° 16, 1978, p. 14; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1062 참조.
참고로 공공직무의 동등성에 관하여 현재는 보통심사를 하는 것으로 심사강도가 강화되었다(CE, 29 avril 1994, Cougrand. 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1068).

376) CE, 2 mars 1960, *Gesbert c. Secrétaire d'Etat à l'Agiculture.* 판례 출처: Vincent, op. cit., p. 407; Chapus, op. cit., p. 1062.

377) CE 13 juillet 1961, *Achart.* 판례 출처: Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Institut Français des Sciences Administratives, n° 16, 1978, p. 14.

378) 이러한 판례들로는 CE, 13 octobre 1961, *Ministre de l'Agriculture c. Dame*

이후 1960-70년대에 꽁세유 데따는 명백한 평가의 오류 심사를 다양한 분야에 확장하였다. 승진심사에서 공무원의 직무능력에 관한 평가,[379] 화학 물질의 특성에 관한 평가,[380] 의사의 평판에 대한 판단,[381] 도시계획 사건들 등에서 명백한 평가의 오류 심사가 적용되었다. 1978년에는 비노레(Vinolay) 판결[382]에서 오랫동안 사법심사 대상이 아니라고 해 왔던 공무원에 대한 징계 분야에서도 명백한 평가의 오류가 있는 경우에는 심사할 수 있다고 판결하였다. 이후 공무원에 대한 징계에 관한 많은 사안에서 명백한 평가의 오류 심사가 활용되면서 명백한 평가의 오류 심사는 새로운 심사방법으로 정착하였다.[383]

다. 내용

원칙적으로 재량행위에 있어서 '사실에 관한 법적 평가'는 보통심사의 강도로 이루어지는 것이 원칙이지만, 다양한 분야에서 명백한 평가의 오류 심사가 예외적으로 활용된다. 행정재판소는 과거에 유사한 사건에서 어떤 심사강도를 취하였더라도 이에 구속받지 않고 새로운 사건에서 사법심사의 강도를 변경할 수 있다. 따라서 어떤 분야가 영속적으로 명백

Weitzdorfer; CE, 13 octobre 1961, *Ministre de l'Agriculture c. Viet;* CE, 13 mars 1963, *Ministre de l'Agriculture c. Epoux Nizet*가 있다(Vincent, l'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24e année, n° 142, 1971, p. 407 참조).

379) CE, 22 février 1963, *Maurel.* 판례 출처: Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Institut Français des Sciences Administratives, n° 16, 1978, p. 14.

380) CE, 6 novembre 1963, *Société Iranex.* 판례 출처: Kahn, op. cit., p. 14.

381) CE, 7 juin 1967, *Rougemenot*. 판례 출처: Devolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Conseil constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, 1988, p. 286.

382) CE, 26 juillet 1978, Vinolay. 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1062.

383) 공무원에 대한 징계가 슈퍼마켓에서 이루어진 잘못의 정도에 비해 과도하여 명백한 평가의 오류가 있다고 한 판결(CE 25 mai 1990, *Kiener*); 시장의 정치에 대하여 비판적인 글을 쓴 공무원에 대한 해임조치에 명백한 평가의 오류가 있다고 한 판례(CE 8 juillet 1991, *Martin et Comm. de Levallois-Perret*) 등이 있다(Chapus, op. cit., p. 1062).

한 평가의 오류 심사가 활용되는 분야라고 단언할 수는 없다. 예를 들어, 꽁세유 데따는 외국인에 대한 출입국관리[384]와 외국 상품에 대한 수입결정 등 '특별경찰'(la police spéciale)[385] 분야 중에서도 외교 · 정치 · 공안에 관한 정책적 판단의 성격이 있는 '고등경찰'(la Haute Police),[386] 공무원에 대한 징계에 대표적으로 명백한 평가의 오류 심사를 적용해 왔다.[387] 그러나 최근에는 이러한 분야에 있어서 꽁세유 데따가 보통심사나 최대심사를 하는 경우도 있다.[388]

명백한 평가의 오류 심사의 현재 모습을 탐구하기 위해서는 2000년대 판결을 중심으로 분야별로 명백한 평가의 오류 심사가 적용된 판례를 재분류하는 것이 필요하다. 또한 프랑스에서는 다수의 견해가 법률요건의 해석과 법률효과의 선택의 문제를 구별하지 않는다.[389] 우리나라에서는

---

384) CE 3 févr. 1975, *Pardov.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 591.

385) 특별경찰은 일반경찰과는 구별되는 개념으로 개별분야를 규율하기 위해 마련된 특별한 수권규범에 따르는 행정작용을 의미한다. 특별경찰에 해당하는 분야는 외국인에 대한 출입국관리, 외국 상품의 수입, 외국 출판물에 대한 출판 등이 있다. 일반경찰만으로는 공공질서의 유지가 불충분한 영역에서 수권법률의 내용에 따라 특별경찰의 행사기관, 목적, 절차, 작용의 근거사유 등이 정해진다(Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1062, p. 719; 이승민, 프랑스법상 '경찰행정'에 관한 연구: 근거, 개념, 조직, 작용을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2010, 161면 참조).

386) 프랑스에서 '고등경찰'(la Haute Police)은 국가안보, 사회질서유지 등의 목적으로 표현의 자유 · 기본권을 제한하거나 개인을 감시 · 사찰하는 경찰작용을 의미한다. 통치행위의 성격이 있어서 실정법에 의한 규율이나 사법심사가 불가능한 행정작용, 특히 외국인에 대한 출입국행정, 외국출판물에 대한 출판허가 등을 지칭하면서 행정재판소의 통제가 불가능하다는 의미로 과거에 많이 사용되었다(Morand--Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 591 참조). 점차 위 분야들은 실정법의 규율을 받게 되면서 특별경찰 영역으로 포섭되었고, 현대사회에서 고등경찰 개념은 점차 사라졌다. 일본에서도 1911년부터 1945년까지 프랑스의 고등경찰의 영향을 받은 특별고등경찰(特別高等警察)이 존재하였고, 우리나라에서 일제강점기에 일본의 영향으로 특별고등경찰이 활동하기도 하였다.

387) Woehrling, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, RA, 52e année, n° special 7, 1999, p. 79 참조.

388) 심사강도의 통시적 변화에 대하여는 제3절 Ⅱ. '개별 분야에서의 심사강도 변화'에서 본다.

389) 워링(Woehrling), 스랑(Serrand), 쁘띠(Petit) · 프리에(Frier) 등 일부 학자는 명백한 평가의 오류를 요건재량과 효과재량으로 구별하여 소개하기도 한다. 그러나 샤퓌

일반적으로 불확정개념의 해석에 관한 판단과 법률효과에서의 재량을 구별하므로 관찰자의 입장에서 효과적인 비교법 연구를 위하여 이를 구별하여 판례를 소개하였다.[390] 우리나라에서 불확정개념의 해석을 재량의 행사로 볼 것인지에 관하여는 견해 대립이 있는데, 이 논문에서는 이를 법률요건에서의 재량으로 보는 입장에 따라 불확정개념의 해석에 관한 판례를 '요건재량'으로 분류하였다. 아래에서는 2000년대 이후의 판결을 중심으로 꽁세유 데따가 요건재량 단계에서 명백한 평가의 오류 심사를 한다고 볼 수 있는 전문적 · 기술적 판단, 인사평가, 경찰권의 불행사를 중심으로 논의한다. 다음으로 효과재량에 관한 '결정의 적합성' 단계에서는 징계, 도시계획 등을 중심으로 판례를 검토한다.

(1) 요건재량 단계

(가) 전문적 · 기술적 판단

경제 · 환경 · 교통 · 건설 등 전문 분야의 예측 · 평가에 있어서 고도의 기술적 판단의 경우에는 일반적으로 제한심사를 한다. 이러한 특수분야 전문가가 내린 판단을 해당 분야에 전문성이 없는 판사가 면밀하게 검토하기에는 어려움이 따르기 때문이다. 전문적 · 기술적 판단에 대한 명백

(Chapus), 모랑 드비에(Morand-Deviller) 등 다수의 학자들이 요건재량과 효과재량의 구별 없이 명백한 평가의 오류를 설명하고 있다. 우리나라의 행정법 체계와의 비교 연구를 최종 목적으로 하여 프랑스의 재량통제 체계를 다루는 이 논문에서는 소수설에 따라 요건재량과 효과재량을 구별하는 것이 적합하다고 판단하였다. 우리나라에서의 기존 재량에 관한 논의는 요건재량, 효과재량을 구별한다는 전제하에 이루어지고 있고, 이 둘의 문제를 구별하는 것이 논리 체계상 모든 분야의 논의를 빠짐없이 비교하기에 더 적합하기 때문이다. 따라서 이 논문에서는 프랑스식 요건재량인 '좁은 의미의 사실에 대한 법적 평가'와 효과재량인 '결정의 정당성' 문제를 구별하여 사실에 대한 법적 평가의 오류를 고찰하였다. 프랑스에서의 요건재량과 효과재량의 구별에 관하여는 후술하는 Ⅲ. 1. 나. '재량의 본질에 관한 프랑스의 주류적 인식' 및 다. '최근 프랑스의 논의 변화' 참조.

390) 이 논문이 기초한 요건재량과 효과재량의 개념에 관한 정의는 후술하는 Ⅲ. 1. 가. '요건재량과 효과재량의 개념' 참조.

한 평가의 오류는 이러한 유형의 판단이 법적으로 재량을 존중하여야 하기 때문이라기보다는 현실적으로 판사가 원 결정에서 고려된 전문적 기술적 요소들을 심사하는 것이 어렵기 때문에 도입된 것이다.[391]

꽁세유 데따가 전문적 · 기술적 판단영역으로 보아 제한심사를 하는 사례는, ① 특정 제품의 유독성 또는 위험성에 관한 평가,[392] ② 와인의 치료적 효과로서의 가치와 품질에 관한 평가,[393] ③ 특정 약품을 대체처방 가능 약품 목록에서 제외하기로 하는 결정,[394] ④ 요거트아이스크림을 식품분류상 요거트류로 분류하지 않기로 하는 결정,[395] ⑤ 두 개의 학위 간에 서로 등가성이 없다는 결정,[396] ⑥ 대중교통의 이용요금에 관한 결정,[397] ⑦ 전기요금에 관한 결정,[398] ⑧ 무선통신 사업자에게 부과되는 이용료에 관한 결정,[399] ⑨ 중학교 교과과정에 역사 과목을 의무화하기로 한 결정,[400] ⑩ 코로나-19 바이러스 확산 방지를 위한 조치 중 누가 '바이러스에 취약한 노동자'인지 정하는 기준에 관한 결정[401] 등이다.

---

391) Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 141 참조.

392) CE, 27 avril 1961, *Société Toni.* 판례 출처: Ibid.

393) CE, 2 mars 1979, *N.A.O. c. Roussot.* 판례 출처: Ibid.

394) CE, 24 juin 1987, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*. 판례 출처: Ibid.

395) CE, 19 novembre 1986, *Sté Smanor.* 판례 출처: Ibid.

396) CE, 22 juillet 1977, Institut des hautes études de droit rural et d'économie agricole. 판례 출처: Ibid. 당시 국립행정학교(l'E.N.A) 외부공채 지원자격 중에는 제2기 고등교육 학위, 고등정치학교(Institut d'Etudes Politique) 학위 또는 이와 '동등한 등급'(de même niveau)의 학위를 보유할 것이라는 학력요건이 있었다. 국립행정학교 입학위원회는 '농촌법과 농업경제에 관한 고등연구학교'(Institut des hautes études de droit rural et d'économie agricole)은 위 두 학위와 동등하지 않다고 판단하였다.

397) CE, 13 juillet 2007, *Sté Antona SA.* 판례 출처: Ibid.

398) CE, 1er juill. 2010, *Sté Poweo.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 141.

399) CE, 12 oct. 2010, *Sté Bouygues Télécom.* 판례 출처: Ibid.

400) CE, 4 juillet 2018, *Assoc. pour la neutralité de l'enseignement de l'histoire turque dans les programmes scolaire.* 판례 출처: Ibid.

401) CE, 18 décembre 2020, *B. et Ligue nationale contre l'obésité.* 판례 출처: Ibid.

(나) 공무원의 인사평가

꽁세유 데따는 공무원에 대한 인사평가, 직무평정, 특정 직책에 적합한지에 관한 판단 등은 전통적으로 심사대상이 아니라고 판단하여 오다가 점차 심사대상으로 포용하는 대신 제한심사를 한다. 인사평가는 행정청에 판단의 자율성이 보장되어야 할 필요가 높은 영역이기 때문이다. 공무원에 대한 징계와 비교해 보면, 징계의 경중에 관하여는 공정한 재판을 받을 권리와 관련하여 징계 대상이 된 개인의 권리를 보장하여야 한다는 인식이 강화되면서 종전의 명백한 평가의 오류 심사에서 심사강도가 강화되어 보통심사를 하는 경향이다.[402] 그러나 징계와 달리 인사평가나 직무에 관한 심사는 평가대상이 된 공무원 개인의 신분에 직접 관련되는 순수 침익적 영향을 초래하는 결정이라기보다는 행정의 내부적 조직 관리와 행정의 효율적 운영에 주된 목적이 있는 행위라고 볼 수 있다. 그러나 인사평가의 내용이 공무원 개인의 승진, 급여 인상 등에 영향을 미쳐 사실상 신분상의 불이익으로 이어질 가능성도 있다. 이에 행정재판소는 공무원에 대한 인사평가를 제한적으로나마 심사대상에 포함시켜 재량통제의 대상으로 삼는다. 하지만 그 심사에 '명백한 하자'가 있지 않은 한 행정청의 판단을 존중한다.

공무원의 인사평가에 관한 최근 꽁세유 데따의 판결은 다음과 같다. ① 모코(Mocko) 판결[403]에서는 법관인사위원회(Commission d'avancement des magistrats)가 판사 신규임용 후보에 관하여 내린 판사 직무에의 적합성에 관한 판단은 '폭넓은 평가권'(un large pouvoir d'appréciation)이 보장되어야 하는 영역이라고 하면서 제한심사를 하였다. ② 쇼파(Chopard) 판결[404]에서는 국립법관학교(l'École nationale de la magistrature, E.N.M)를

402) 대표적인 판결로 CE, ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 687.

403) CE, sect., 30 décembre. 2003, *Mme Mocko.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

졸업한 연수생의 판사 임용을 거부한 결정이 문제되었다. 꽁세유 데따는 원고 연수생이 '논리적 사고력과 법적 숙련도'에 있어 판사 직무에 적합한지에 대한 평가는 국립법관학교 성적과 심사위원의 면접으로 이루어지는데 그 과정에서 명백한 평가의 오류가 없다고 하였다. ③ 이와 유사하게 국립행정학교(l' École nationale d'administration, E.N.A)에서의 성적 부여에 관하여도 제한심사를 하였다.[405] 나아가, ④ 공무원이 담당 직무를 제대로 수행했는지에 관해 감독관이 심사한 직무평정,[406] ⑤ 대학 교원을 특정 학술행사에 참가하도록 허용할 것인지에 관한 대학 총장의 결정,[407] ⑥ '사법부고등위원회'(Conseil supérieur de la magistrature, CSM)[408]가 '임시판사'(le magistrat placé)[409]에 대해 '고등법원'(le tribunal de grande instance, TGI)[410] 판사로 인사발령되는 것이 적합한지에 관하여 평가한 의견[411]도 명백한 평가의 오류 심사의 대상이라고 보았다. 이 판결[412]

---

404) CE 27 oct. 2004, *Chopard.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

405) CE, 2 avril 2003, *Marc-Antoine.* 판례 출처: Ibid.

406) CE, 3 novembre 2003, *Hello.* 판례 출처: Ibid.

407) CE, 9 juin 2004, *Mme Jouve.* 판례 출처: Ibid.

408) '사법부고등위원회'(Conseil supérieur de la magistrature, CSM)는 사법부의 독립성을 보장하기 위해 대통령 보좌기관으로 설치된 헌법상의 기구로, 위원 중에는 판사가 아닌 위원들이 더 많다. 판사들의 인사발령과 징계 등 사법부 내부의 인사에 관한 사항을 담당한다. 파기원(Cour de cassation) 법관, 항소심법원(la cour d'appel)장, 1심법원장을 새로 임명하는 경우 사법부고등위원회는 직접 대통령에게 임명제청권을 갖는다. 위와 같은 고위직이 아니라 법무부장관이 대통령에게 임명제청을 하는 일반 판사의 인사발령에 있어서는 사법부고등위원회가 법무부장관에게 적격 또는 부적격 의견을 제출하고, 법무부장관은 그 의견에 구속을 받는다.

409) '임시판사'(le magistrat placé)는 병가, 휴직 등으로 직무를 수행할 수 없는 경우에 해당 재판부에 배치되어 임시로 직무를 수행한다. 임시판사로 2년간 근무한 사람은 판사로 승급발령해 줄 것을 신청할 수 있다. 임시판사로 6년간 근무하면 판사로 승급하게 된다.

410) 프랑스에서 '고등법원'(le tribunal de grande instance)은 민사사건을 담당하는 1심법원으로, 항소심법원에 해당하는 우리나라의 고등법원 명칭과 구별을 요한다. 프랑스에서 고등법원은 '아롱디스망법원'(le tribunal d'arrondissement), '1심법원'(le tribunal de première instance) 등 다양한 명칭으로 불렸는데, 사법부 개혁의 일환으로 2019년 지방법원(le tribunal juidiciaire)로 명칭이 통합되어 현재는 고등법원이라는 명칭이 사라졌다.

에서 꽁세유 데따는 1심법원 판사로 2년간 근무한 원고가 판사지위에 관한 조직법인 1958년 12월 22일 오르도낭스에 의해 판사로의 승급후보가 된다는 것은 인정하였다. 그럼에도 불구하고, 사법부고등위원회는 헌법 제65조에 규정된 사법부의 독립성과 효과적인 운용을 위한 인사의 자율성을 보장받아야 하므로 판사 개인의 성정과 윤리성, 조직 내부적 필요에 따라 특정 직무 수행에 있어서의 인사타당성 평가가 보장되어야 한다는 이유로 제한심사를 한다고 판시하였다.

(다) 경찰권의 불행사

외국인에 대한 출입국관리와 외국 상품에 대한 수입 결정 등 특별경찰권의 행사나 제재권의 행사를 규정하는 법률요건에는 '공공질서에의 해악'(une menace sur l'ordre public), '과오'(la faute) 등 불확정개념이 사용되는 경우가 많다. 과거에는 이러한 질서 관련 불확정개념에 관한 행정청의 해석은 최대한 존중되어야 하고, 이에 관하여는 제한심사만 한다는 판례가 주류였다. 그 이유는 꽁세유 데따가 위 분야에 관해 개입을 최소화하기로 결단하고 스스로 사법자제를 선택한 데 있다. 예를 들어, 외국 출판물이 프랑스에서 출간되는 것이 '공공질서에 해악'을 끼치는지에 관하여는 1973년의 '마스페로 도서관 협회'(Société Librairie Maspero) 판결[413] 등에서 제한심사를 적용하였다.

그러나 최근에는 이러한 경찰권을 행사하는 경우에 있어서 요건재량 단계의 판단은 보통심사를 하는 경우가 많다. 최근 경찰권의 행사에 있어서 제한심사는 원고가 행정청에게 경찰권이나 제재권을 발동해 달라고

411) CE, ass., 8 juin 2016, n° 382736 et n° 386701. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 136.

412) CE, ass., 8 juin 2016, n° 382736 et n° 386701. 판례 출처: Ibid.

413) CE ass., 2 nov 1973, *Société Libarairie Maspero.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1067.

신청하였고 행정청이 그 신청을 거부한 경우, 권한의 불행사가 위법한지를 판단하는 경우가 발견된다. 예를 들어, ① 특정 금융기관에 대하여 제재절차를 개시해 달라는 신청에 대한 금융위원회의 거부결정[414], ② TV 방송국에 권고조치를 취할지 말지에 대한 방송심의위원회(Conseil supérieur de l'audiovisuel)의 결정[415] 등이 있다.

(2) 효과재량 단계

법 문언상 행정청이 행정행위를 내릴지 말지를 선택할 수 있도록 규정하였거나 여러 가지 선택 중 하나를 자유롭게 선택할 수 있도록 규정한 경우, 행정재판소는 많은 경우 행정청의 선택에 '명백한 오류'가 있는 경우에만 재량통제를 한다. 법 문언에서 행정청에게 넓은 '평가의 여지'(une marge d'appréciation)를 부여하였기 때문이다. 이러한 효과재량 단계에서의 제한적 심사에 의한 재량통제는 징계의 경중에 대한 평가, 도시계획의 적절성에 대한 평가, 기타 정책적 결정에서 많이 활용된다.

(가) 징계

원고가 자신에 대한 행정상 징계가 과중하므로 이를 취소해 달라는 청구를 하는 경우, 행정재판소는 우선 불확정개념의 해석 단계에서 사실관계가 원고의 '과오'(la faute)에 해당하는지 살핀 다음, '사실의 법률에의 적용' 단계에서 징계가 원고의 잘못에 비례하여 볼 때 과중한지 여부를 심사한다. 이러한 사안에서는 구체적으로 잘못의 경중에 비해 징계가 '지나치게 과한지'(manifestement disproportionné)를 심사하였다. 최근에는 공무원에 대한 징계에 관하여 위법성 심사를 강화하는 경향으로, 보통심

414) CE, 30 décembre 2002, *Mme de Rimonteil de Lombares.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

415) CE, 18 décembre 2002, *Assoc. Promouvoir.* 판례 출처: Ibid.

사의 심사강도로 심사하는 경우가 많다.[416] 그러나 최근에도 여전히 공무원에 대한 징계처분에 관하여 제한심사를 하는 사례가 존재한다. 프랑스 '군경찰'(la gendarmerie)[417] 간부가 2009년 군경찰이 내무부 소속으로 변경된 데 대하여 언론에 강한 반대의견을 피력하였다는 이유로 '제명'(la radiation)된 데 대하여, 꽁세유 데따가 잘못의 중함과 징계의 내용 간에 명백하게 비례성이 없다고 하여 취소하였다.[418]

(나) 도시계획

도시계획 분야에 있어서는 행정청의 계획재량이 존중되어야 하므로, 이에 관하여 전통적으로 제한심사를 하고 있다. 예를 들어, ① '토지이용계획'(le plan d'occupation des sols, POS)[419]에서 지구획정(le zonage)[420]과 토

416) 이에 관하여는 후술하는 3. 라. (2) '징계'에서 살펴본다.

417) 프랑스 경찰조직은 국가차원과 지방차원으로 구분되고, 국가차원의 경찰조직은 국가경찰과 군경찰로 다시 나뉜다. 프랑스의 경찰조직에 관한 국내문헌으로 이승민, 프랑스법상 '경찰행정'에 관한 연구: 근거, 개념, 조직, 작용을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2010, 192-199면 참조. 군경찰에 관하여 신현기 · 이임걸, 프랑스 군인경찰제도에 관한 연구, 자치경찰연구 제5권 제3호, 2012 및 장윤영, 프랑스 '도지사'(le préfet)의 경찰권한에 관한 연구, 행정법연구 제64호, 2021, 82면 참조.

418) CE, 12 janvier 2011, *Mattely.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

419) 토지이용계획(POS)은 꼬뮌 등 지방정부가 토지지구를 획정하여 지구별로 토지용도와 건물의 건축 · 철거 · 수리 등에 관한 사항을 규제하는 도시계획이다. 2000년 '도시관리계획'(le plan local d'urbanisme, PLU)으로 명칭이 바뀌어 현재는 사용되지 않는다. 주거 · 상업 · 공업 · 녹지 등 용도지역으로 나누어 토지용도, 건물 용적률 등을 규제하는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 용도지역제 도시계획에 대응하는 제도이다. 이 논문에서는 원문 표현을 살려 토지이용계획으로 번역하였다. 현행 도시관리계획(PLU)에 관하여 송시강, 프랑스 건축공법의 현황과 쟁점, 행정법연구 제32호, 2012, 293면 참조

420) 토지이용계획은 도시 내 토지를 도시지구(les zones urbaines, 'U'로 약칭된다) · 자연지구(les zones naturelles, 'N'으로 약칭된다) 등으로 나누는 지구획정과 지구를 다시 A부터 D까지의 세부 등급으로 분류하는 토지등급의 부여로 나누었다. 도시지구는 도심지구(les zones urbaines centrales, UA)와 상업지구(les zones réservées aux activités économiques) 등으로 세분화된다. 자연지구는 도시개발예정지구(NA: zone d'urbanisation future), 현행도시지구(NB: zone urbanisée de fait, qu'il

지등급(le classement des terrains)을 부여하는 행위,[421] ② '광역도시계획'(le schéma directeur d'urbanisme)[422]을 수립하는 행위,[423] ③ 특정 지역을 개발을 위한 '보전구역'(l'emplacement réservé)으로 지정한 뒤 개발하지 않고 장기간 방치하는 행위[424] 등은 제한심사의 대상이다. 최근에는 ④ 국립공원의 경계를 획정하는 행위,[425] ⑤ 일 드 프랑스 지역의 '대기환경보호계획'(le plan de protection de l'atmosphère, PPA)을 지정하는 행위[426]에 관하여도 제한심사를 해야 한다고 판시하였다.

(다) 고도의 정책적 결정

행정부의 고도의 정책적 결정에 관하여는 제한심사를 하는 경우가 많다. 예를 들어, ① 법무부 장관이 공개채용에서 상이군인에게 563개, 장애인에게 78개의 특별채용직을 별도로 할당하는 행위,[427] ② 스트라스부르그-노이오프 공항 이전 부지로 스트라스부르그를 선정한 도지사의 결정,[428] ③ 프랑스 8개 지역 데빠르멍(départments)에서 시설 분야 데빠르

---

n'est pas prévu de renforcer), 농업지구(NC: zone agricole), 보전지구(ND: zone protégée)로 나뉜다.

421) CE, sect., 23 mars 1979, *Commissaire de Bouchemaine.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1063.

422) 광역도시계획(le schéma directeur d'urbanisme)의 원문 명칭은 현재는 「토지의 결속과 개선을 위한 2000년 12월 13일 법률 제2000-1208호」에 의해 'le schéma de cohérence territoriale'로 바뀌었다. 고권주체와 적용범위가 꼬뮌을 넘어간다는 점에서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 광역도시계획에 상응하는 개념이다(송시강, 프랑스 건축공법의 현황과 쟁점, 행정법연구 제32호, 2012, 293면 참조).

423) CE, 24 juillet 1981, *Assoc. de défense du Site de Sonchamp.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1063.

424) CE, 17 mai 2002, *Mme Kergall.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

425) CE, 20 déc. 2013, *France Nature Environnement.* 판례 출처: Ibid.

426) CE, 26 mars 2008, *Assoc. Les amis de la terre Paris.* 판례 출처: Ibid.

427) CE, 30 avril 2008, *Syndicat Luntte Pénitentiaire.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 909.

428) CE, 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg.* 판례 출처: Ibid.

멍 집행부(Direction Départementale de l'Équipement)와 농업 · 산림 분야 데빠르멍 집행부(Direction Départementale de l'Agriculture et de la Forêt)를 합병하기로 하는 국무총리의 결정[429] 등이 있다.

2. 심사의 면제

가. 의의

'심사의 면제'(l'absence de contrôle)는 행정재판소가 적법성 통제를 하지 않는 '타당성'의 영역, 즉 통제권 부재 영역을 의미한다. '초기 제한심사'[430] 또는 '극소심사'(le contrôle minimorum ou infra-minimum)[431]라 칭하기도 한다. 일부 소수 견해는 '제한심사'를 명백한 평가의 오류 심사를 지칭하는 데 한정하고, '심사의 면제'를 '제한심사'와 구별하여 '제한심사'보다 심사강도가 더 낮은 것으로 보기도 한다.[432] 샤퓌(Chapus)는 이에 대하여 '초기 형태의 제한심사'라고만 하고 따로 명칭을 붙이지 않는 만큼, '심사의 면제'는 1960년대 명백한 평가의 오류 심사가 본격적으로 시작되기 전 초기 모습의 제한심사일 뿐 별도의 심사강도가 아니라고 한다.[433] 이 논문에서는 어떠한 입장이 타당한지에 관한 비교법 연구자 입장에서의 평가는 이하 '검토'로 미루고, 이 논문에서는 심사강도에 대한 프랑스의 논의를 최대한 객관적으로 서술하기 위해 프랑스에서 널리 받아들여지고 있다고 파악되는 샤퓌 및 법률백과사전[434]의 입장에 따라

---

429) CE, 16 janvier 2008, *Syndicat UNSA Agriculture et Forêt.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 909.

430) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., p. 1061 참조.

431) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 706 참조.

432) Petit & Frier, op. cit., p. 706; Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014(Frier가 작성) 참조.

433) Chapus, op. cit., p. 1061 참조.

434) Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de

‘심사의 면제’를 ‘제한심사’의 일종으로 소개한다.

1960년대 전까지 사법심사의 강도에 관한 논의는 통제에서 면제할 것인지 아니면 전면적으로 통제할 것인지의 문제만 있었고 심사가 면제되는 사례가 빈번했다. 재량에 관한 월권소송이 제기되는 경우 꽁세유 데따는 소송요건 판단 단계에서 사법심사의 대상이 될 수 있는 적법성 통제영역과 심사대상이 될 수 없는 타당성 통제영역을 구분하는 것만 문제로 삼았다.[435] 당시 꽁세유 데따는 경쟁에서의 심사 · 평가, 공무원의 징계, 외국인의 추방 등과 같은 분야에서 타당성 통제로서 행정의 자율성이 존중되어야 한다는 이유로 심사를 하지 않았다. 구체적으로 판결문에서 이러한 문제에 대해 소송이 제기될 경우에는 “(행정청의 사실에 대한 법적 평가에 관해서는) 월권소송을 통해 판단하기에 적절하지 않다”[436] 고 하면서 청구를 기각하여 왔다.[437] 사실관계의 법률요건에 대한 포섭이나 법률효과의 선택에 관해서는 행정청이 자유롭게 결정할 수 있고, 이는 행정소송에서 심사의 대상이 될 수 없다는 것이었다. 그러다 1960년대 이후 명백한 평가의 오류 심사를 통해 타당성 통제영역을 축소하고 과거 적법성 통제가 미치지 못하던 영역까지 행정재판소가 통제권을 확대하는 판례가 등장하면서 ‘심사의 면제’는 대폭 줄어들고 많은 분야가 심사의 대상이 되기 시작하였다.[438] 이로써 ‘심사의 면제’가 축소된 것은 사실이지만 아예 사라진 것은 아니다. 적정성 통제로 족한 영역으로 보

---

pouvoir : contrôle de la légalité interne 참조.

435) 적법성 통제와 타당성 통제에 관하여는 전술한 제1장. 제2절. Ⅲ. ‘재량에 대한 재판상 통제와 한계’ 참조.

436) 예를 들어 레종 도뇌르 훈장에 관한 행정청의 심사가 적법하였는지에 관하여 원고 청구 기각 판결을 내린 CE, 10 décembre 1986, C.-L (판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne) 참조.

437) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, pp. 1061-1066. 예를 들어 공무원의 임용에서의 재량에 관한 심사를 거부한 CE, sect. 29 juillet 1953, *Lingois.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1061; 외국인의 행동이 ‘공공질서에 해악’을 끼치는 경우에 해당하는지에 관한 심사를 거부한 CE, 13 juin 1952, *Meyer.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14^{e} éd., 2020 p. 682.

438) Chapus, op. cit., p. 1061 참조.

아 심사하지 않는 경우가 존재한다. 특히 효과재량 영역에서 심사가 면제되는 경우는 여전히 존재하고 또 그러하여야 할 이유도 충분하다.

꽁세유 데따는 여전히 기술적 · 주관적 평가의 성격이 강한 분야와 정책적 성격이 강한 분야에 관해 심사하지 않는 경우가 있다. 사법심사가 부적절한 경우로는 경쟁 · 심사에서의 평가,[439] 예를 들어, 대학교수 임용에 있어서 지원자들에 대한 대학교 인사위원회의 평가[440]가 있다. 정책적 성격이 강한 분야의 예로는 ① 공역무를 수행하는 행정기관의 다양한 경영 방식 중 행정청이 어떤 방식을 취할지에 관한 선택,[441] ② 선택적 자문절차가 있는 경우 자문을 구할 것인지에 관한 선택,[442] ③ 대통령의 사면권 행사,[443] ④ 초등학교가 설립될 위치에 대한 지방의회의 결정[444] 등이 있다.

이 가운데 정책적 성격이 강한 분야와 관련하여, '통치행위'(l'acte de gouvernement)[445]는 재판소의 재판권이 없는 경우로서 엄밀히 말하면 '심

---

439) CE, 3 novembre 1982, *Goure.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1071.

440) CE, 26 mars 2003. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne

441) CE, 10 janvier 1992, *Assoc. des usagers de l'eau de Peyreleau.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1072.

442) CE, 3 septembre 1997, *Synd. nat. du négoce des produits sidérurgiques*. 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1073.

443) CE, 31 janvier 1986, *Legrand.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1073.

444) CE, 4 octobre 1992, *Comm. de Lancrans.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1073.

445) 프랑스에서 통치행위는 실정법이나 학설에 의해 정립된 것이 아니라 꽁세유 데따가 사법심사를 하기 어려운 정치적 문제에 관해 제소되었을 때 판결문에서 통치행위라는 이유로 재판을 거부하면서 정립된 개념이다(CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon* 참조). "통치에 관한 문제라는 점에서 정치적 성격을 갖는 정부의 행위"(Chapus, op. cit., p. 948), "행정재판소와 司法재판소의 어떠한 소송으로도 재판받을 수 없는 행정주체의 행위"(Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 590), "행정(administrer)보다는 통치(gouverner)에 가까운 집행행위"(Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 633)라고 정의된다. 전통적으로 현대에 들어 통치행위는 점차 축소되기는 하였지만 꾸준히 인정되고 있다.
주요 사례로는 ① 법률을 공포하기 위한 데크레(CE, ass., 24 mars 2006, *Rolin.* 판례 출처: Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 591), ② 국회의원에 대한 수당 지급에 관한 규정(CE, ass., 4 juillet 2003, *Papon.* 판례 출처: Morand-Deviller

사의 면제'보다는 그 면제범위가 넓으나 일부 학자들에 의해 심사의 면제의 일종으로 소개되기도 한다.[446] 통치행위에 해당하면 행정주체는 모든 행정재판소와 司法재판소의 통제로부터 '면책'(l'immunité juridictionnelle)된다.[447] 이는 월권소송에 있어서 '심사의 면제'보다 더 넓은 범위의 면제이다. 통치행위에 해당하는 결정의 위법성을 확인하고 그 취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 없다는 것뿐 아니라, 그 결정의 주체가 행한 불법행위에 관한 손해배상소송까지 모두 제기할 수 없다는 것이다.[448]

나. '비침익적 영향을 초래하는 결정'과의 구별

'심사의 면제'에 해당하는 경우 꽁세유 데따는 일반적으로 원고의 청구에 대한 '기각'(le rejet)판결을 내린다. 월권소송에서 대상적격이 없는

---

et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 633), ③ 법률을 헌법재판소에 회부하여 위헌성 판단을 받지 않기로 한 대통령의 결정(CE, 7 novembre 2001, *Tabaka.* 판례 출처: Gaudemet, Droit administratif, 23e éd., 2020, p. 591*)*, ④ 코소보에 프랑스 군대를 파견하기로 하는 결정(CE, 5 juillet 2000, *Mégret.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 635), ⑤ 미-이라크 전쟁에서의 군사작전 수행을 위해 미국 공군과 항공기가 프랑스 영공에서 비행하는 것을 허용하는 결정(CE 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 635), ⑥ 프랑스에 설치된 이탈리아무역공사를 외국 재외공관으로 보호하지 않기로 하는 결정(CE, 30 décembre 2015, *Dupin*: 출처: Guyomar & Seller, Contentieux administratif, 6e éd., 2021, p. 274), ⑦ 국제조약을 국내에 비준하는 행위(CE 5 février 1926, *Carao.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 635; 강지은, 프랑스 행정법상 '분리가능행위'(l'acte détachable)에 관한 연구 - 월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2011, 117면), ⑧ 국제조약의 체결시의 협상 행위(CE 5 mai 1926 *Gramat.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit.; 강지은, 프랑스 행정법상 '분리가능행위'(l'acte détachable)에 관한 연구: 월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2011, 117면) 등이 있다.

446) 대표적으로 Gaudemet, op. cit., p. 163 참조.

447) CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*. 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21e éd., 2017, p. 16.

448) CE, 27 juin 2016 *Bernabé et autre*; CE, 3 octobre 2018, *Tamazount* 등. 판례 출처: Guyomar & Seller, Contentieux administratif, 6e éd., 2021, p. 274.

‘비침익적 영향을 초래하는 결정’(la décision ne faisant pas grief)이 제소된 경우 심사가능성이 없다고 선언되는 것과 구별된다. 예를 들어, 행정내부조치(la mesure d’ordre intérieur administrative)[449], 준비조치, 집행조치, 구속력을 갖는 훈령, 지침 등은 일반적으로 월권소송의 대상적격이 없는 비침익적 영향을 초래하는 결정이다. 따라서 그 위법성을 다투는 월권소송이 제소된 경우에는 소송요건을 갖추지 못하였으므로 심사가능성이 없다.

이 중 행정내부조치는 순수한 내부적 행정조치라는 이유로 심사되지 않았으나, 최근에는 개인의 자유나 권리에 중대한 영향을 미친다고 인정되는 경우에는 ‘침익적 영향을 초래하는 결정’으로 보아 재량통제의 대상적격이 인정된다는 점에서 심사의 면제 영역이 점차 축소되는 경향과 비교해 볼 만하다. 예를 들어, 꽁세유 데따는 전통적으로 학교에서의 복장에 관한 규정은 행정내부조치라고 하여 심사를 거부하여 왔다. 샤뿌(Chapou) 판결[450]에서 꽁세유 데따는 눈이 내릴 때 외에는 여학생들이 스키복 바지를 착용하는 것을 금지하도록 한 학교장의 조치에 관하여 심사하지 않았다. 학생들의 복장에 관한 규정은 학교의 내부조치이기 때문이었다.

그러나 꽁세유 데따는 태도를 바꾸어 정치적 · 종교적 견해에 관한 표현의 자유와 연관되는 경우에는 학교에서의 복장 규정도 재량통제를 할 수 있다고 한다. 예컨대, 교내 히잡 착용에 관한 께루아(Kherouaa) 판결[451]을 보면, 한 공립학교에서 ‘정교분리원칙’(Laïcité)에 따라 학생들에

449) 행정내부조치는 행정부 내부의 조직 관리와 기능 수행을 위해 취해지는 각종 질서에 관한 명령, 훈령 등을 의미한다. 행정내부조치는 그 지휘 · 감독관계 하에 있는 소속 공무원에게 내부적 위계질서에 따른 복종의무를 부과하는 대신, 일반 국민에게는 아무런 구속력을 갖지 않는 것이 원칙이다. 따라서 대세적 구속력이 없는 행정내부조치는 행정행위에 해당하지 아니하고 월권소송의 대상이 될 수 없다. 꽁세유 데따는 주로 학교, 교정시설, 군대과 같이 교육 · 교정의 목적으로 내부적 통제가 필요한 특수조직에서 취한 재량 조치에 관해 행정내부조치를 인정하면서 이에 관해 심사가능성이 없다고 판단하여 왔다.

450) CE, 20 octobre 1954, *Chapou.* 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 349.

게 종교 · 정치적 상징이 있는 복장을 착용하지 못하게 하는 규정을 실시한 결과 이슬람교인 여학생들의 히잡 착용이 금지되었다.[452] 원고 이슬람교 여학생 3인이 히잡 착용을 사유로 퇴학처분을 받은 데 대하여 취소판결을 내려줄 것을 청구하였다. 이에 관하여 꽁세유 데따는 교칙을 심사대상으로 보면서, 원고청구를 기각한 원심판결을 취소하였다. 꽁세유 데따는 위 학교의 교칙은 개인의 권리와 자유에 관해 전면적이고 예외없는 제한을 가하는 것이고, 학교가 교내에서 히잡을 착용하는 것이 교내에서의 소란 기타 불법행위로 이어진다는 등의 특별한 사정을 증명하지 않을 경우 위법하다고 하였다.

II. 보통심사

1. 의의

'보통심사'(le contrôle normal) 내지 완전심사(le contrôle entier)는 행정재판소가 사실에 대한 법적 평가에 관한 행정청의 계쟁 결정을 특별히 존중하거나 재판상 통제를 자제하지 않고 재량행위의 위법성을 '완전히'(plein ou entier) 심사하는 것이다.[453] 재량행위라 하더라도 행정행위의 모든 구성요소에 관해 행정청이 자의적으로 행할 수 있는 것은 아니고, 행정청이 재량을 발휘할 수 있는 영역은 지극히 제한된다. 행정재판소는 재량행위의 위법성 판단에 있어 행정청의 사실에 대한 법적 평가의 하자를 제외한 모든 취소사유, 즉 외적 위법성에 해당하는 무권한 · 형식의

---

451) CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa.* 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 349.

452) 당시 프랑스에서는 프랑스의 정교분리원칙과 관련하여 공적 영역에서 이슬람교의 표식인 히잡을 착용하는 행위를 허용하여야 하는지가 논쟁의 대상이었다. 1989년 꽁세유 데따가 교육부장관의 요청에 따라 제한된 범위에서 학생들이 자신의 종교를 표현할 자유를 보장해야 한다는 의견(l'avis)을 내기도 하였다.

453) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1066; Petit & Frier, Droit administratif, 2022, 16e éd., p. 707 참조.

하자 · 절차의 하자[454] 및 내적 위법성에 해당하는 권한남용 · 직접적인 법률 위반 · 법 오류 · 사실오인의 위법성은 언제나 보통심사의 심사강도로 심사한다. 구체적으로 보면, 재량행위의 외적 위법성, 즉 무권한, 형식의 하자, 절차의 하자에 관하여는 원칙적으로 보통심사를 한다. 외적 위법성 심사에서 문제되는 행정행위를 발령할 수 있는 권한주체에 관한 법규, 발령형식에 관한 법규, 절차에 관한 법규 등을 지켰는지 여부 및 재량행위의 목적이나, 사실관계의 판단, 적용 법률의 판단에 있어서는 행정이 재량을 발휘할 수 있는 여지가 없기 때문이다.

재량행위의 사실에 대한 법적 평가에 있어서의 위법성 심사에서 보통심사는 기본적이고 원칙적인 심사강도이다.[455] 특히 과거 심사강도가 다양해지기 전인 1960년대 이전에는 앞서 살펴본 것과 같이 '심사의 면제'에 해당하지 않는 한 모두 보통심사를 하였다.[456] 앞서 살펴본 고멜 판결에서도 보보 광장이 '보존가치 있는 경관'을 갖고 있는지에 관하여 소송상 나타난 사실관계를 바탕으로 행정재판소가 보보 광장에 보존가치 있는 경관이 있는지 전면적으로 심사함으로써 보통심사를 하였다.

꽁세유 데따는 하나의 사안이더라도 사실에 대한 법적 평가가 복합적으로 이루어진 경우에는 각 쟁점마다 가장 걸맞는 심사방법을 적용한다. 그 결과 하나의 사건에서 심사강도가 다양하게 나타나기도 한다. 예컨대, 요건부분에 관한 사실에 대한 법적 평가에 관해서는 보통심사를 하면서 효과부분에 관한 사실에 대한 법적 평가에 관해서는 제한심사를 할 수 있는 것이다. '소음 공해에 의한 거부처분에 관한 조합'(Collectif du refus

---

454) 예외적으로 임의적 절차규범의 경우에는 외적 위법성임에도 꽁세유 데따가 적법성의 심사강도를 약화하여 적용하는 경우도 있다. 임의적 절차규범은 행정청이 일종의 절차규범의 해석에 관한 재량권을 가지고 있는 경우, 즉 행정청이 어떠한 절차규범에 따르는 것이 적절한지를 판단하고, 그 절차를 어떻게 적용할지에 관한 선택권이 있는 경우이다. 행정재판소는 이 경우 행정청이 특정한 절차규범을 적용한 것이 적절하였는지에 관한 판단을 하지 않고 이를 유보하여 행정청의 선택을 존중한다.

455) Petit & Frier, Droit administratif, 2022, 16e éd., p. 707 참조.

456) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1065.

des nuisances aériennes) 판결[457]에서는 '루아시 샤를드골'(Roissy-Charles--de-Gaulle) 공항 건설에 있어서 건설 예정 부지를 관할하는 도지사가 원고인 건설업체를 상대로 공항 주변 지역이 얼마나 소음 공해에 노출되는지를 측정하는 도면인 '소음노출도'(un plan d'exposition au bruit, PEB)에 대하여 수정을 명한 조치가 위법한지 문제되었다. 이에 반발한 건설업체는 그 수정명령을 취소해 줄 것을 청구하였다. 꽁세유 데따는 이 사건의 쟁점을 둘로 나누었다. 먼저 일반적으로 소음노출도 작성행위 일반에 관하여는 보통심사를 하였다. 한편, 구역별로 소음도를 달리 표시하고자 하는 결정은 고도의 기술적 판단이라는 이유로 제한심사를 하였다.

2. 내용

'사실에 관한 법적 평가'에 관하여 보통심사를 하는 경우, 행정재판소는 행정청이 어떠한 판단을 내리는 데 근거한 사실관계가 관련 결정을 '정당화하기에 충분한지'(de nature à justifier) 여부를 행정청의 원래 판단에 대한 고려 없이 새로 다시 평가하는 완전심사(le contrôle entier)를 한다. 예컨대, 건축물이 주변 건물의 조망권에 해를 끼친다는 이유로 건축허가에 대한 거부처분이 내려지고, 이에 대해 월권소송이 제기된 경우를 가정해 본다. 행정재판소는 건물 크기나 외형, 주변 환경 등 다양한 사실관계를 바탕으로 이러한 사실관계가 건축물이 주변의 조망권을 해친다는 행정청의 법적 평가를 정당화할 수 있는지를 직접 평가한다.

공무원에 대한 징계의 부당함을 다툰 다앙(Dahan) 판결[458]은 꽁세유 데따가 어떻게 요건재량과 효과재량에 관하여 보통심사를 하는지 잘 보여주는 사례이다. 위 판결의 사실관계는 아래와 같다. 다앙은 2009년 주유럽위원회 프랑스대사로 임명되면서 고위공무원 대상의 강력한 인사 검

457) CE, 7 août 2008, *Collectif du refus des nuisances aériennes.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 299.

458) CE, ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 687.

증을 받았다. 검증 과정에서 과거 여성 직원들에게 성희롱을 한 사실이 드러났다. 결국 다앙은 대사로 임명받지 못하고 오히려 과거 행적이 문제되어 해임되었다. 다앙은 위 해임결정의 위법성을 주장하면서 월권소송으로 그 취소를 구하였다.

먼저 꽁세유 데따는 요건재량에 해당하는 판단, 즉 사실관계가 징계를 '정당화하기에 충분'(de nature à justifier)한 '과오'(la faute)에 해당하는지에 관해 보통심사를 하였다. 꽁세유 데따는 우선 사실오인과 관련하여 국립행정학교 연수생, 두 명의 A급 공무원, 두 명의 비서, 가정부 등 6인의 일관된 증언에 의하면 원고가 성적인 농담과 부적절한 발언, 모욕적인 언사를 일삼았음이 인정된다고 사실을 인정하였다. 그 다음 이러한 행위들의 빈도, 맥락, 언사의 내용 등을 보면 원고가 과오를 범한 경우에 해당한다고 판단하기에 충분하다고 판단하였다.

효과재량에 해당하는 판단, 즉 징계의 과중함에 있어서 꽁세유 데따는 징계가 잘못의 경중에 비례하는지 여부에 관하여 보통심사의 일종인 비례성 심사를 하였다.[459] 꽁세유 데따는 잘못의 특징과 사회적 비난가능성, 원고의 직위에 기대되는 책임, 원고가 직무의 품위를 손상시킨 정도 등을 고려하여 볼 때 해임결정은 과중하지 않다고 하였다.

보통심사는 기본적이고 원칙적인 심사강도이므로 보통심사의 강도로 위법성을 판단한 판례는 실로 다양한 분야에 걸쳐 있다. 또한 앞서 명백한 평가의 오류 심사에서 언급하였듯이 꽁세유 데따는 시대의 흐름과 사안의 특수성을 고려하여 개별 사안에서 심사강도를 변경하기도 한다. 따라서 보통심사의 적용분야를 일반적으로 선언할 수는 없지만, 2000년대 이후 꽁세유 데따가 보통심사를 적용한 판례들을 모아 검토하는 연구는 프랑스 실무의 현재 모습을 파악한다는 점에서 의미가 있을 것으로 판단

459) 프리에(Frier) 등 일부 프랑스 학자들은 비례성 심사를 통해 효과재량에 있어서의 심사강도가 보통심사보다 강해지는 효과가 발생하므로 이를 '최대심사'라고 한다. 최대심사의 인정에 관한 프랑스의 논의는 이하 Ⅲ. 2. '최대심사의 인정 여부'에서 다룬다.

된다. 아래에서 최근 보통심사가 적용된 판례들을 요건재량과 효과재량 단계를 나누어 검토한다.[460]

가. 요건재량 단계

요건재량 단계의 판단인 사실에 대한 법적 평가 심사에 있어 행정재판소는 행정청의 판단을 고려하지 않고 전면적으로 새롭게 판단한다. 행정재판소는 요건재량 단계에서 원칙적으로 보통심사를 하므로, 적용사례는 상당히 넓은 분야에 걸쳐 있다.

(1) 경찰행정 분야에서는 ① 외국인에게 추방(l'expulsion)을 명함에 있어 외국인의 행동이 '공공질서에 중대한 해악'(menace grave à l'ordre public)을 끼치는지에 관한 평가,[461] ② 외국인이 체류허가를 받을 자격을 갖추었는지에 관한 평가[462]에서 보통심사를 하였다.

(2) 전문적 · 기술적 판단에 있어서는 원칙적으로 명백한 평가의 오류 심사를 하지만, 자유 · 기본권 침해와의 관련성이 높거나 사회적 중요성이 큰 사안의 경우에는 법원이 행정청의 판단을 대체하기도 한다. ① 영화가 음란물에 해당하는지에 관한 평가,[463] ② 포도주 원산지 명칭 구역의 경계 획정에 관한 평가[464]에서 보통심사를 하

460) 프랑스에서는 특별히 요건재량과 효과재량을 구별하지 않는 경우가 많지만 앞서 명백한 평가의 오류 심사에서 각주 354에서 밝힌 것과 같은 이유로 효과적인 비교법 연구를 위하여 요건재량과 효과재량을 구별하였다.

461) CE, 12 février 2014, *Ministre Intérieur.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

462) CE, sect., 17 octobre 2003, *Bouhsane.* 판례 출처: Ibid.

463) CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir;* CE, 6 octobre 2008, *Société Cinédition.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 708.

464) CE, 10 février. 2014, *Syndicat viticole de Cussac-Fort-Médoc.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

였다.

(3) 계획행정 분야에서는 특정 토지구획(la parcelle)을 환경법(Code de l'environnement) L.341-1조와 L.341-2조[465]에서 보호 및 보존의 대상으로 정하는 '자연구역'(le site naturel)으로 지정(le classement)하지 아니하기로 한 평가[466]에서 보통심사를 하였다.

(4) 공무원의 인사평가 분야에서는 ① 신체장애가 공무를 수행하기에 부적합하다고 판단한 평가,[467] ② 판사 후보가 판사 직무를 수행하기에 부적합하다고 판단한 평가,[468] ③ 사생활 문제를 이유로 공무원이 직무를 수행하기가 부적절하다고 판단한 평가[469]에서 보통심사를 하였다.

(5) 그 외에도 ① 노동조합에 회사 근로자들에 대한 대표성이 있는지에 관한 평가,[470] ② 자연재해 상황에 해당하는지 아닌지를 판단하기 위한 '자연적 요인의 비정상적 강도'(l'intensité anormale d'un agent naturel)에 관한 평가,[471] ③ 민법 제61조의 개명절차에서 특정인에게 개명할 '정당한 이익'(l'intérêt légitime)이 있는지에 관한 평가[472]에서 보통심사를 하였다.

---

465) 행정청은 예술적 · 역사적 · 과학적 의미가 있거나 보존가치 있는 경관이 있는 자연물이나 지역을 보호 및 보존하기 위해 자연물 또는 자연구역을 지정할 수 있다(환경법 L.341-1, L.341-2조). 자연물 또는 자연구역으로 지정되면 행정청의 특별허가를 받지 않고서는 임의로 외관을 변경할 수 없다(동법 L.341-10조).

466) CE, ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant.* 판례 출처: Ibid.

467) CE, 30 avril 2004, *Monnier.* 판례 출처: Ibid.

468) CE, 20 juin 2003, *Stilinovic.* 판례 출처: Ibid.

469) CE, 15 juin 2005, *M. B.* 판례 출처: Ibid.

470) CE, ass., 5 novembre 2004, *Union nationale des syndicats autonomes.* 판례 출처: Ibid.

471) CE, 14 mai 2003, *Ville d'Agen.* 판례 출처: Ibid.

472) CE 31 janv. 2014, *Retterer.* 판례 출처: Ibid.

나. 효과재량 단계

결정의 '적합성'(l'adéquation)에 관한 판단은 행정재량의 영역으로 심사 대상이 아니라고 인식되었으나, 점차 이 부분에 관한 판단도 통제될 수 있다고 하면서 그 통제의 방법이 발전되고 있다. 효과재량 단계에서 특수한 보통심사의 일종으로 비례성 심사와 대조표 심사를 적용하는 경우도 있다. 이에 관하여는 아래의 별도 항목에서 서술한다.

3. 비례성 심사

가. 의의

'비례성 심사'[473]는 행정행위로 달성되는 공익과 그로 인하여 침해되는 사익을 비교교량하여 그 행정행위가 가장 필요한 것인지, 즉 가장 비례성을 갖춘 것인지를 심사하는 것이다. 비례성 심사는 19세기 말 독일 법원에서 시작되어 점차 유럽 개별 국가들과 유럽법에 전파되어 이제는 세계 각국의 입법, 행정, 사법 절차에서 충돌하는 이익을 조정하고 위법성을 심사하는 기준으로 기능하고 있다.[474] 개념상 비례성 심사는 비교형

473) 프랑스의 일반적인 용례는 'le contrôle de proportionnalité'이다. 이에 대해 본래 비례성 심사는 '비례성'(la proportionnalité)이라는 심사방법에 관한 개념이지 '비례원칙을 지켰는지'에 관한 심사강도에 관한 개념이 아니라는 이유로 비례원칙과는 달리 'le contrôle de la proportionnalité'라고 표기하여야 한다는 설득력 있는 지적이 있다(Sarigny, Le contrôle de la proportionnalité par le juge administratif, Revue Justice Actualité #24: Le contrôle de proportionnalité, 2020, p. 26 참조). 심사방법과 심사강도의 개념에 관하여는 전술한 제1장 제3절 '심사기준과 심사강도' 참조.

474) 유럽법에서 비례원칙은 행정행위의 위법성 심사기준으로 성문규범화되었다. 예를 들어, 1950년 제정된 유럽인권협약은 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리), 제9조(사상 · 양심 · 종교의 자유), 제10조(표현의 자유), 제11조(집회 및 결사의 자유)에서는 이 권리가 '민주사회에 있어서 필요한 경우에만'(nécessaire dans une société démocratique) 제한받을 수 있다고 하였다. 제14조에서는 모든 형태의 차별을 금지하면서, "목적과 수단 간의 합리적인 비례 관계"가 있어야 함을 명시한다. 유럽연합조약 제5조 제4항은 그 회원국들에게 비례성 심사를 할 의무를 부과하고 있다.

량을 핵심으로 하는 심사방법이지 그 자체로 심사강도를 의미하지 않음에도 여러 학자들에 의하여 심사강도를 의미하는 맥락에서 사용되어 혼동이 발생하기도 한다.[475] 예를 들어, 프랑스에서는 비례성 심사를 하면서 제한심사의 심사강도를 채택하기도 한다.[476] 하지만 프랑스에서 비례성 심사에 관한 논의는 보통심사의 강도로 비례성 심사를 하는 경우가 주가 되는 것으로 보인다. 1990년대 이후 보통심사의 강도로 비례성 심사를 하는 판례가 증가하면서 법률효과의 선택에 관한 재량 행사에 대하여 본격적인 위법성 심사가 시작되었고 그로 인해 심사강도가 강화되는 결과가 발생하였기 때문이다. 이러한 변화에 주목하는 견해는 비례성 심사를 별도로 '최대심사'의 심사강도로 분류하기도 한다.[477] 그러나 여전히 프랑스의 다수의 견해가 이 경우에도 비례성 심사를 보통심사의 일종으로 분류하는 것으로 파악된다.[478] 이 항목에서는 최대한 객관적으로 프랑스의 논의를 소개하기 위해 그 타당성에 관한 판단을 배제하고 비례성 심사를 보통심사의 일종으로 분류한 다음, 연구자 본인의 주관이 반영된 최대심사 논의에 대한 비판적 검토와 관련하여 Ⅲ. 검토에서 더 논

영국에서도 전통적으로 행정에 대한 사법의 소극적 심사였던 '합리성'(reasonableness) 기준만 있었으나 적극적 심사인 비례원칙을 수용하였고, 비례원칙이 일반적 심사기준이 되어야 하는지에 관하여 견해가 대립하고 있다. 이탈리아에서는 비례원칙이 평등원칙과 함께 법의 일반원칙으로 행정재판소에서 인정된다. 미국에서도 이민법에 관한 대통령의 행정명령에 관하여, 통치행위로서 사법심사가 면제된다는 항변을 배척하고 적극적으로 이민금지명령이 비례원칙을 위반하여 위법함을 선언하였다(Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17^{e} éd., LGDJ, 2021, pp. 300-301 참조).

475) 이러한 용어상의 혼란은 비단 프랑스만이 아니라 전세계적인 것으로 보인다. 비례원칙은 통상 목적의 정당성, 수단의 적합성과 필요성, 이익형량으로 구성되는 보편적 성격의 단계적 심사기준을 통칭하며 우리나라뿐 아니라 미국에서도 사법, 공법, 형법 영역에서 사용되면서 유사한 평면에서 개념이 혼재되어있다는 지적에 관하여 정은영, 행정법상 비례원칙에 관한 연구, 행정법연구 제63호, 205면 참조.

476) 이 경우 행정재판소는 앞 Ⅰ.명백한 평가의 오류 심사의 1. 다. (2) (가) '징계' 부분에서 언급한 것처럼 이 경우 침해되는 사익과 달성되는 공익 사이에 명백하게 비례성이 없는지(manifestement disproportionné) 살펴본다.

477) Petit & Frier, Droit administratif, 14^{e} éd., 2020 pp. 681-689; Truchet, Droit administratif, 8^{e} éd., pp. 234-239; 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범 김동희교수정년기념논문집), 2005, 258-259면 참조.

478) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1074 참조.

하기로 한다.

나. 심사방법

일반적인 비례성 심사의 방법은 목적과 수단 간에 상당한 비례관계가 있는지를 심사하는 것이다. 최근에는 심사방법이 3단계로 구체화되면서 일부 사안에서 수단이 행정행위의 목적에 비추어 적합한지(l'adaptation), 이러한 목적을 달성하기 위한 수단으로서 해당 행정행위가 필요한지(la nécessité), 행정행위의 목적과 수단 간에 합리적인 비례성(la proportionnalité)이 있는지를 단계별로 심사하기도 한다.

다. 내용

비례성 심사의 기본 원리인 비례원칙은 독일 행정법에 뿌리를 두어 프랑스에서 성문법 규범으로 존재하거나 꽁세유 데따에서 법의 일반원칙으로 인정되는 것은 아니다. 그러나 프랑스 학자들은 예전부터 비례성 심사의 바탕이 되는 원리인 '행정이 추구하고자 하는 목적과 그를 위해 사용하는 수단 간의 적합성(l'adéquation)'에 관한 심사가 있었다고 주장한다.[479] 심지어 루셀(Roussel), 사리니(Sarigny) 등 꽁세유 데따 판사들은 비례원칙이 1789년 프랑스 인권선언에서 찾을 수 있는 원칙이라 주장하기도 한다.[480] 예를 들어, 1933년의 벵자멍(Benjamin) 판결[481]은 프랑스 학

---

479) Braibant, Le principe de proportionnalité, in Mélanges offerts à Marcel Waline : Le Juge et le droit public, 1974, Tome. II, p. 298 참조.

480) Roussel, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative, AJDA 2021, p. 780; Sarigny, Le contrôle de la proportionnalité par le juge administratif, Revue Justice Actualité #24 : Le contrôle de proportionnalité, 2020, p. 27 참조.

481) CE, 19 mai 1933, *Benjamin.* 판례 출처: Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21^{e} éd., 2017, pp. 265-272; Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1044; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17^{e} éd., 2021, p. 300; 조춘, 행정소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로-, 서울대학교 법학박사논문, 2001.

자들 사이에서 꽁세유 데따가 비례성에 관한 심사를 최초로 시작한 판결임에 이견이 없다. 그러나 이 판결은 아래에서 보는 바와 같이 명시적으로 비례성 심사를 인정한 것은 아니고 특별히 심사강도를 높인 것도 아니다. 판례상 표현을 보면 꽁세유 데따가 결정의 '적합성'에 있어서 '달성하고자 하는 공익'과 '침해되는 개인의 사익' 간에 비례성을 따진 것으로 추정된다는 것이다.[482]

느베(Nevers)시의 시장은 원고가 신청한 2건의 집회신청을 거부하는 아레떼를 발령하였다. 원고는 위 아레떼가 집회의 자유를 침해하여 위법하다는 이유로 취소를 구하는 월권소송을 제기하였다. 꽁세유 데따는 위법함을 인정하고 아레떼를 취소하였다.

꽁세유 데따는 "시장이 질서유지를 목적으로 자신의 권한을 발동할 경우에 법률에서 보장하는 집회의 자유를 존중하면서 그 권한을 행사하여야 한다"고 판시하였다. 또한 시장이 집회를 허용하는 경우 사회질서가 침해될 수 있다고 주장한 데 대하여, "그 집회를 금지하는 것 외에 다른 경찰행정 조치를 취해서는 질서를 보장할 수 없을 정도로 그 집회가 가져오는 위험성이 중하다고 보이지 않는다."[483]고 판시하였다. 꽁세유 데따가 경찰권 행사의 위법성 판단에 있어서 해당 경찰조치가 시간, 장소적 상황에 관한 사실관계에 맞추어 적절히 적용된 것인지를 기준으로 판단한 것이다.

꽁세유 데따는 1990년대에 들어서야 판례에서 명시적으로 '비례성 심사'라는 표현을 사용하기 시작한다. 다른 유럽 국가에 비해 비례성 심사

---

p. 178 참조.

482) 벵자멍 판결보다 이른 1909년 꽁세유 데따 판결(CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*)에서 "질서유지를 위해 '엄격하게 필요한 조치'"(la mesure strictement nécessaire)였는지 여부를 검토한다는 문구가 등장하였으므로 비례성 심사와 유사하게 '수단의 필요성' 판단이 이루어졌다는 견해도 있다(Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 605).

483) "l'éventualité de troubles [...] ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre".

를 수용하기까지 오랜 시간이 걸린 편이다. 꽁세유 데따가 결국 비례성 심사를 포용하게 된 것에는 제2차 세계대전 이후로 인권보호에 대한 인식이 강화되고 유럽인권협약과 유럽연합조약이 제정되면서 유럽인권재판소 판결과 유럽연합재판소에서 기본권 침해에 대하여 비례성 심사를 하게 된 영향이 크다. 예를 들어, 1970년 유럽연합재판소 판결[484]에서는 "개인의 행동에 관한 자유권은 공익을 위해 적합한 수단일 경우에만 제한할 수 있다"고 판시한다. 1985년 유럽연합재판소 판결[485]에서는 비례원칙을 유럽공동체법의 일반원칙으로 선언하였다. 그리하여 1990년대부터 본격적으로 비례원칙이 단지 독일 행정법상 사법심사 기준이 아니라 유럽 차원의 규범으로 확립되었다. 이에 프랑스에서도 꽁세유 데따 역시 비례원칙을 수용하여야 한다는 요구가 커졌다.[486] 또한 프랑스 헌법재판소가 유럽의 동향을 받아들여 비례성 심사를 포용한 것도 꽁세유 데따의 태도 변화에 영향을 미쳤다. 프랑스 헌법재판소는 2008년 판결[487]에서 "추구하는 목적에 적합하고, 필요하고, 비례성 있는" 조치를 취하여야 한다고 판시하면서 '3단계 비례성 심사'(le triple test de proportionnalité)를 최초로 수행한다. 이러한 영향을 받아 꽁세유 데따는 2011년 최초로 3단계 비례성 심사를 시작하였다.[488]

---

484) CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelgeselschaft.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, pp. 605-606.

485) CJCE, 26 novembre 1985, *Miro.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 606.

486) Volkmar Götz (박정훈 역), "유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙", 서울대학교 법학 제38권 제3호, 1997, 32면 참조.

487) CC, 21 février 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 349.

488) CE, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 605; Petit & Frier, op. cit., p. 349 참조.

라. 적용분야

(1) 경찰

비례성 심사는 개인의 자유권적 기본권에 대한 침해가 가장 문제되는 경찰 분야에서 시작되었다. 경찰행정에 관한 비례성 심사에서 행정재판소는 행정청이 공공질서 유지를 위하여 필요한 정도에서 적절한 조치를 취하였는지를 판단한다. 경찰행정 분야에서는 우선 요건재량 단계에서 사실관계가 '공공질서에의 해악'(une menace pour l'ordre public)을 끼쳐 경찰행정조치의 발령이 정당화되는 상황인지를 살피고, 효과재량 단계에서 취해진 조치가 사실관계에 비추어 비례성이 있는지를 살핀다. 경찰행정은 개인의 자유권적 기본권을 직접 제한하는 행정조치가 이루어지는 대표적인 침익적 행정영역이다. 따라서 재량행위의 필요성에 관하여 비교적 엄격하게 심사하는 경우가 많다.

예를 들어, ① '루아레 지사'(Préfet du Loiret) 판결[489]에서는 여름 동안 오후 10시부터 다음 날 오전 6시까지 청소년의 시내 통행을 금지한 아레떼를 내린 사례가 문제되었다. 꽁세유 데따는 통행금지명령의 대상지역의 경우 갱단이 해당 대상지역 모든 곳을 이동할 수 있고, 시의 규모가 작아서 몇몇 구역에만 통행금지를 명하는 것은 불가능하므로 적절하다고 보았다. 그러나 적용시각에 관하여는 오후 10시부터 시작하는 것은 지나치게 빠르다며 위 아레떼를 취소하였다. 이에 시장은 통행금지의 시작시각을 오후 11시로 변경하였다. ② '시크교 교인 연합' 판결[490]에서는

489) CE, 27 juillet 2001, *Préfet du Loiret.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014. 도지사는 공공질서 유지를 위하여 행정경찰권을 행사할 수 있다. 도지사의 경찰권에 관하여 장윤영, 프랑스 '도지사'(le préfet)의 경찰권한에 관한 연구, 행정법연구 제64호, 2021 참조.

490) CE 15 déc. 2006, *Association United Sikhs.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

운전면허증 증명사진 촬영 시 머리에 모자나 장식을 착용하지 않을 것을 규정한 훈령의 위법성이 다투어졌다. 이에 따르면, 인도의 시크교의 상징인 파트카(patka) 터번을 착용한 사진으로는 운전면허증을 발급받을 수 없었다. 꽁세유 데따는 이 훈령이 유럽인권협약 제9조, 제14조상 종교와 양심의 자유를 침해하는지를 판단하였다. 이 훈령에는 위조, 부정사용을 방지하여 공공안전과 질서를 보장하고자 하는 목적이 있는데, 사진을 찍을 때 머리에서 파트카를 벗는 것이 일시적이라는 점을 감안하여 볼 때, 종교와 양심의 자유권에 대한 침해가 목적과의 관계에서 비례성을 잃지 않았다고 판단하였다. ③ 파리택시기사조합(Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien) 판결[491]에서는 수익적 행정행위에 대한 거부처분에 관하여 보통심사를 적용하였다. 파리 시내에서의 택시 주차 허용구역을 확대하는 새로운 행정조치의 발령 신청에 대한 거부처분에 관하여 보통심사를 한 것이다. 통상적으로 경제 분야에서의 경찰행위에 관한 행정결정에 관하여 제한심사를 해 왔으나, 이 판결을 통해 보통심사로 심사강도가 강화되었다.

비례성 심사는 점차 외국 서적에 대한 출판금지,[492] 외국인에 대한 추방과 같이 표현의 자유에 대한 제한과 정치외교적 성격이 있어서 과거 제한심사의 대상이었던 고등경찰 영역으로 확대 적용된다. 예를 들어, 외국인에 대한 추방은 국가의 주권적 통치작용으로 인식되어 전통적으로 제한심사의 대상이었다. 그러나 유럽인권협약상 제8조에 사생활과 가족생활의 권리가 명시되고 개인의 가족생활에 관한 권리는 점차 보호해야 할 기본권의 대상으로 인식되기 시작하였다. 이제 행정재판소는 외국인에 대한 추방 분야에 있어서도 정확한 비례성이 지켜졌는지 여부를 심사한다. 그 시초가 된 라구시(Ragusi) 판결[493]에서는 외국인에 대한 추방조

---

491) CE, 27 juin 2007, *Synd. de défense des conducteurs du taxi parisien*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

492) CE, sect. 9 juillet 1997, *Association Ekin.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14^{e} éd., 2020, p. 686 참조.

치의 위법성 판단을 하면서 그 추방조치가 달성하고자 하는 '공공질서에의 위협' 방지라는 목적이 원고에 대한 '가족생활에 관한 권리' 침해를 정당화하는지를 판단기준으로 삼았다. 2011년에는 '영상홍보를 위한 단체'(Association pour la promotion de l'image) 판결[494]에서 최초로 '3단계 비례성 심사'를 명시하였다. 이 판결에서 경찰조치가 "비례원칙에 따라 추구하는 목적에 필요하고, 적합하며, 상당한 것이어야 한다"고 명시하였다.

(2) 징계

최근 비례성 심사의 적용범위는 전통적으로 꽁세유 데따가 제한심사를 해 온 영역인 직무에 관한 징계 또는 처벌 분야로 확장되고 있다.[495] 징계의 경중을 보통심사로 심사하는 경우에는 사실관계에 비추어 볼 때 취하여진 조치가 '정확한 비례관계'(l'exacte proportionnalité)가 있는지를 심사하여, 비례성이 없는 경우 징계가 위법하다고 한다. 예를 들어 (1) 국립 자동차전문가협회(Commission nationale des experts en automobiles)가 취한 자동차전문가 직무에 관한 징계,[496] (2) 시장에 대한 징계,[497] (3) 스포츠위원회가 도핑심사에서 금지 약물을 사용한 선수를 적발하고 취한 징계[498] 등 다양한 직무에 관한 징계에 있어서, 잘못의 경중에 비해 징

493) CE, 24 octobre 1990, *Ragusi.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 686.

494) CE, 9 novembre 2015, *Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 350.

495) 징계에서의 심사강도에 관하여는 이하 제3절 Ⅱ. 징계에서 후술한다.

496) CE, sect., 22 juin 2007, *Arfi.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 687.

497) CE, 2 mars 2010, *M. Dalongeville,* n° 328843. 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 687.

498) CE, 2 juillet 2001, *Fédération française de football.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014; CE, 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme,* n° 324439. 판례 출처: Le juge, le maire et l'athlète : vers un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires envers les maires et les sportifs (chron. sous CE 2 mars

계의 내용이 적절히 선택되었는지 평가하는 데 비례성 심사기준이 사용된다. 나아가, 통치행위에 의해 심사대상에서 제외되어 온 (5) 수감자에 대한 징계[499]나 (6) 공무원에 대한 징계,[500] (7) 군인에 대한 징계,[501] (8) 고등학교에서 학생에 대하여 내린 징계[502]도 비례성 심사를 한다.[503]

4. 대조표 심사

가. 의의

'대조표 심사'(le contrôle du bilan)는 토지수용에서 적용되는 특수한 비례성 심사방법의 일종으로, 행정행위로 기대되는 이익(l'avantage)과 소요되는 비용(le coût)을 상호 비교하여 비용이 이익을 초과하는 경우에 행정행위가 위법하다고 판단하는 심사원칙이다.[504] 대조표 심사는 1970년대에 도로 · 철도 · 발전소 등 공공성 높은 기반시설 설치를 위해 사인이 소유한 토지를 강제수용[505]하는 경우 필요한 절차 중 하나인 도지사의 '공익성 인정'(le déclaration d'utilité publique, DUP)[506] 결정의 적법성 심

2010, req. n° 324439), S.-J. Lieber et D. Botteghi, AJDA 2010. p. 664.

499) CE, 1er juin 2015, *Borromée.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 687.

500) CE, 1 juin 2015, *M. Dahan.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 688.

501) CE, 22 septembre 2017, *Général Piquemal.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 687.

502) CAA Paris, 11 août 2004, *Ministre de l'Éducation nationale c. Cts D.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

503) 징계에서의 심사강도에 관하여는 이하 제3절 Ⅱ. 징계에서 후술한다.

504) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1074; Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 301 참조.

505) 프랑스에서 강제수용은 행정절차와 소송절차로 구분된다. 행정절차는 '공익성 협의'(la consultation sur l'utilité publique), 공익성 인정, 수용재결(l'arrêté de cessibilité)로, 소송절차는 수용재판과 보상재판으로 이루어진다(프랑스의 강제수용절차 및 그에 대한 재판상 통제에 관하여 송시강, 공물법, 특별행정법, 2022, 1447-1457면 참조).

사에 있어 등장하였다.

공익성 인정은 민법전(Code civil) 제545조의 "누구든 공익(l'utilité publique)상의 필요에 의하여 상당한 사전 보상에 의하지 않고서는 자신의 재산권을 강제로 박탈되지 아니한다."는 규정에서 비롯된다. 수용법전(Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique)에 의하면 공익성 인정은 일부 주요 사업의 경우 꽁세유 데따의 데크레로 선언되어야 하는 것을 제외하고는 원칙적으로 각 부나 도지사의 아레떼에 의하여야 한다.[507] 공익성 인정은 꽁세유 데따에 의해 개별 행정행위도 아니고[508] 행정입법도 아니라고[509] 선언되면서 '특수한 행정행위'(la décision d'espèce)[510]라는 제3유형의 행정행위로 분류된다.[511][512]

---

506) 프랑스의 'le déclaration d'utilité publique'은 개발계획을 확정하는 절차로서의 성격을 가진다는 점에서 우리나라의 『공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률』 제20조의 '사업인정'과 유사하고, 국내 선행연구에서는 우리나라의 유사 제도 명칭을 살려 '사업인정'으로 번역되기도 하였다(송시강, 공물법, 특별행정법, 2022, 1308면 참조). 그런데 우리나라에서 사업인정을 받으려면 헌법상 '공공필요'(헌법 제23조 제3항)이 인정되어야 한다. 이는 기반시설이 가지고 있는 일반적 '공공성'뿐 아니라 최소침해성에 관한 심사 등 공익과 사익간의 비교형량을 통해 '필요성'까지 인정되어야 한다(대법원 2019. 2. 28., 선고, 2017두71031 판결 등). 그리하여 공공성과 헌법상 수용이 정당화되는 '공공필요' 내지 '강화된 공공성'이 구별된다. 김종보, 도시계획시설의 공공성과 수용권, 행정법연구 제30호, 2011, 283면 참조.
한편, 프랑스에서는 '공익성'과 '공공성'이 달리 구별되지 않는다. 공익성 인정에 있어 '필요성' 판단, 즉 최소침해성 심사 또는 이익형량 내지 비례성 심사는 하지 않는다. 그리하여 심사기준과 심사강도 측면에서 보면 우리나라 사업인정과 프랑스의 공익성 인정은 차이가 있다. 심사기준과 심사강도 문제에 주목하는 본 논문에서는 '사업인정'과의 차이를 분명히 하고자 원문을 직역하여 '공익성 인정'이라고 번역하였다.

507) L.121-1조.

508) CE, 11 février 1983, *Comm. de Guidel.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 528; Bon et al., Droit administratif des biens, 8e éd., 2020, p. 589.

509) CE, 20 décembre 1963, *Dlle du Halgouet.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 528; Bon et al., op. cit., p. 590.

510) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 528 참조.

511) Bon et al., op. cit., p. 590 참조.

512) 비록 이 논문은 개별 재량행위에 그 논의를 한정하고는 있으나, 우리 판례는 공익성 인정에 대응하는 사업인정을 개별 재량행위로 보아 처분성을 인정하고 있

꽁세유 데따는 토지수용에 있어 전통적으로 행정청의 재량을 존중하는 입장이었다.[513] 대조표 심사를 통하여 이러한 영역에서 이루어진 행정청의 결정 내용에 대하여도 적법성 통제를 하겠다는 의지를 표명했다.[514] 대조표 심사의 목적은 자의적 · 비이성적이거나 사전 검토를 충분히 거치지 않은 행정결정을 통제하고, 행정청이 국민과 행정재판소에게 수용을 정당화하는 사유를 제시할 의무를 부과하는 데 있다.[515]

꽁세유 데따는 공익성 인정 이후의 행정절차인 수용재결(l'arrêté de cessibilité)에서의 결정 내용에 대한 독자적인 위법성 판단은 하지 않고 있다. 즉, 설령 공익성이 인정된다고 하더라도, 해당 토지를 수용하기로 한 결정이 과도한 사유재산권에 대한 침해가 아닌지에 관한 판단까지는 하지 않는 것이다. 수용재결은 행정청의 정치 · 경제 · 사회 · 문화 등 전 방위의 정책적 판단과 미래에 대한 예측적 결정, 사업 관계자와 인근 주민 간의 이해 충돌을 종합적으로 고려하여 이루어지기 때문이다. 행정재판소는 이러한 특성을 고려하여 수용결정을 타당성 통제의 영역에 포함하고 이에 대한 적법성 통제를 자제하고자 하는 의지가 있는 것으로 짐작된다.

고, 대조표 심사가 공익성 인정에서 가장 많이 활용되기는 하나 개별 재량행위에 해당하는 다른 사례에도 확대 적용되고 있다는 점에서 이 논문에서는 대조표 심사를 소개하였다.

513) CE 13 mai 1964, *Malby et Bédouet.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

514) 공익성 인정은 특정 기반시설의 설치에 '공익성'이 있다는 판단이므로 불확정개념인 '공익성'에 대한 해석으로서 요건재량으로서의 성격이 있으나, 동시에 공익성이 인정되면 다음 절차인 수용재결 절차가 진행되는 법률효과가 발생한다는 면에서는 효과재량으로서의 성격이 있다. 공익성 인정은 법률요건의 충족에 대한 판단(사업에 공익성이 인정되는가?)과 법률효과의 발생에 관한 판단(공익성 인정을 하여 사업시행자에게 수용권을 부여할 것인가?)이 공존하는 행위라고 보아야 할 것이다. 프랑스에서는 이중 후자의 측면에 주목하여 공익성 인정에 관한 대조표 심사는 결정의 내용에 관한 재량통제라고 설명한다(CE, ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est.* Concl. Braibant 참조). 따라서 이 논문에서도 프랑스의 관점에 따라 공익성 인정을 효과재량 문제로 보기로 한다.

515) CE, ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est.* Concl. Braibant 참조.

나. 심사방법

대조표 심사기준은 세 단계로 이루어진다. 1단계로 수용 목적의 '공익에 따른 적합성', 2단계로 수용의 '필요성', 3단계로 '수용의 결과로 발생하는 이익이 침해되는 이익보다 많을 것'이다. 1, 2단계 조건이 인정될 경우 3단계로 넘어가 심사한다.[516] 3단계 심사방법은 사업으로 얻는 이익과 사업으로 지출하는 비용을 계량하여 비교하는 것이다. 공익성 인정에 관한 월권소송 판례의 표현에 따르면, "해당 사업에 수반되는 사유재산에 대한 침해, 재정 손실, 사회적 불편, 또는 다른 공익에 대한 침해가 그 사업으로 인해 얻을 수 있는 이익보다 클 경우' 해당 사업의 공익성은 인정될 수 없다"고 한다.[517] 사업으로 지출하는 비용의 예로는 사유재산에 대한 침해, 사업 비용, 지역사회와 인근 주민에게 가해지는 불편, 공사과정에서 파괴되는 환경을 보전하기 위해 발생하는 비용, 기타 다른 공익에 대한 침해 등이 있다. 행정재판소는 비용이 이익을 초과할 경우에는 공익성을 부정하여 행정청의 공익성 인정이 위법하다고 판결한다.[518]

단, 침해행정 영역에서 다루어지는 비례성 심사와 대조표 심사 간에는 분명한 차이가 있다.[519] 첫째, 대조표 심사의 경우 2단계인 필요성 심사에서는 수용이 반드시 필요한지, 즉 행정청이 원래 보유한 토지에서 사

---

516) Bon et al., Droit administratif des biens, 8e éd., 2020, p. 590 참조.

517) CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migné-Auxances.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 912.

518) CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports et autre.* 이에 관하여 Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1074-1077 참조.

519) 대조표 심사가 비례성 심사와 다르다는 것을 강조하는 견해에 Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd, 2020, p. 686-687; Serrand, Droit administratif, 2, 2015, pp. 113-131; Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne 참조.

업을 실시할 수 있는지만 심사한다. 더 나은 대안이 있는지는 행정의 타당성 판단의 영역이고 행정재판소가 활동행정의 판단을 대체할 수 없다는 이유로 심사하지 않는다.[520] 일반적으로 비례원칙에서 필요성 심사는 최소침해성, 즉 '대안'이 존재할 것을 전제로 하여 그 수단들 사이의 관계를 비교하는 것을 본질적 요소로 한다.[521] 그리하여 비례성 심사에서는 필요성 심사 판단이 반드시 요구되지만 대조표 심사에서는 필요성 심사를 반드시 요하지 않는다.[522] 꽁세유 데따가 수용의 필요성에 대한 심사를 본격적으로 하지 않고 있는 것이라고 할 수 있다. 둘째, 3단계인 협의의 비례성 심사에서도 일반적 비례성 심사와 차이가 있다. 비례성 심사가 수단에 의해 침해되는 사익과 비교하여 목적에 의해 달성되는 공익이 비례성이 있을 것을 요구하여 일종의 질적 평가를 하는 반면, 대조표 심사는 비용보다 편익이 크기만 하면 되어 일종의 계량적 평가를 한다. 수치상 공익성 판단이 명백하게 잘못된 경우만 평가한다는 점에서, 대조표 심사는 비례성 심사가 아니라 오히려 공익성 판단에 관한 명백한 평가의 오류 심사의 일종이라는 견해도 있다.[523]

다. 내용

꽁세유 데따는 토지의 수용결정에 대하여 월권소송이 제기된 경우 정부의 공익성 인정이 정당하였는지를 심사하는 기준으로 대조표 심사를 적용한다. 꽁세유 데따는 1971년 최초로 '동부 신도시'(Ville nouvelle Est) 판결[524]에서 대조표 심사를 적용하였다. 위 판결의 사실관계는 다음과 같다. 정부는 릴(Lille) 도시 외곽에 신도시를 조성하여 주거 및 학업 연

520) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, pp. 1076-1077 참조.
521) 정은영, 행정법상 비례원칙에 관한 연구, 행정법연구 제63호, 213면 참조.
522) Chapus, op. cit., p. 1077 참조.
523) Heumann, Débat, Institut Français des Sciences Administratives, n° 16, 1978, p. 68; Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 913 참조.
524) CE, ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1075.

구 복합공간을 조성하고자 하는 내용의 도시계획을 수립하였다. 위 계획에 따르면, 릴 대학의 법과대학 건물이 새로 조성되는 릴 신도시에 건립될 예정이었고, 정부는 이 도시계획에 따라 수백 채의 기존 주택에 대한 강제수용 및 철거에 착수하였다. 당시 다수 시민들이 대학생들을 기존 릴 도시의 시민들과 분리한다는 이유로 이 신도시 계획에 거세게 반발했고, 이 계획에 반대하는 주민들과 시민단체는 신도시 대상 부지의 강제수용을 결정한 행정청의 지시가 위법하다는 월권소송을 제기하였다.

이 소송에서 릴 행정재판소 1심은 원고승소판결을 내리고 정부의 공익성 인정 결정을 취소하였다. 1심판결의 근거는 공익성 인정 절차 일부에 형식적인 위법이 있었다는 것이었다. 한편, 항소심인 꽁세유 데따는 이 신도시 계획의 내용 측면에서의 적합성을 "정부사업에 공익성이 있다고 인정받기 위해서는 사적 재산권에 대한 침해, 비용 및 공공에 미치는 불편보다 사업이익이 더 큰지" 여부를 심사하는 대조표 심사에 따라 살펴보았다. 이 사건에서는 사업비용에 비해 사업이익이 더 크므로 공익성 인정기준이 충족되어 공익성 인정에 위법이 없었다고 하면서 원심을 파기하였다. 이 판결의 의의는 꽁세유 데따가 전원합의체로 수용에 관한 정부의 결정이 내용 측면에서 과연 적절한지를 대조표 심사를 통해 최초로 심리하였다는 것이다. 이 판결을 통해 꽁세유 데따는 종전에 행정청의 재량이 광범위하게 보장되었던 영역인 토지수용에까지 재량통제를 강화하겠다는 태도의 변화를 보였다.

동부 신도시 판결에서도 결국 대조표 심사를 거쳐 공익성 선언이 위법하지 않다는 결론이 났던 것과 같이, 대조표 심사를 적용하여 실제 공익성 선언의 위법성이 인정되고 취소까지 이르는 판결은 지극히 이례적이다.[525] 예를 들어, 대조표 심사를 적용한 결과 공익성 선언이 위법하다고 인정된 사례로는 '뜨랑샤블래지 고속도로 프로젝트 반대 연합'(Association

525) 1971년부터 꽁세유 데따가 Lebon에 공표한 판례 중 대조표 심사 결과로 공익성이 부정되어 공익성 인정이 취소된 사례는 25건에 불과하다고 한다(Bon et al., Droit administratif des biens, 8e éd., 2020, p. 615 참조).

contre le projet de l'autoroute transchablaisienne) 판결[526]이다. 여기서 꽁세유 데따는 대조표 심사를 거쳐 토지를 강제수용하기로 한 데크레를 취소하였다. 당시 정부는 데크레를 발령하여 사인이 소유한 토지를 수용하고 35km 길이의 고속도로를 조성하고자 하는 계획을 발표하였다. 이때 제출된 자료에 의하면, 예상되는 위 도로의 교통량은 하루당 10,000대인 데 비해, 건설비용이 1km 당 8,000만 프랑(당시 환율 기준 한화 약 130억 원)에 달하였다. 또한 위 도로가 개설될 예정된 지역에는 이미 기존 도로가 여러 개 있고, 위 데크레에 따라 건립 예정인 고속도로의 길이보다 더 짧은 것도 있었다. 꽁세유 데따는 위 도로의 건설에 따른 비용과 이익을 비교하여 비용이 이익보다 과도하므로 공익성 인정은 위법하다고 판결하였다.

최근에는 환경보호를 위한 이익의 중요성이 높아지면서 대규모 토지개발사업에서 주변 환경에 미치는 피해를 이유로 공익성 인정이 위법하다고 판결하는 경우가 있다. 호수에 댐을 건설하는 계획,[527] 가파른 계곡의 절경으로 알려진 관광지 고르쥬 듀 베르동(Gorges du Verdon)을 가로질러 고압 송전선을 설치하려고 하는 계획[528]이 대조표 심사를 거쳐 모두 위법하다는 이유로 취소되었다.

공익성 인정에서 시작된 대조표 심사는 비례성 심사에 비해 다양한 분야에 활용되는 것은 아니지만 수용에서의 공익성 인정 외에 도시계획 분야에서 적용된 사례가 있다. 예를 들어, 상업지역에 있어서의 도시계획과 관련하여 대규모 상업시설 건립에 대한 허가의 적법성에 관한 판례[529]에

---

526) CE, ass. 28 Mar. 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 687.

527) CE, 22 octobre 2003, *Assoc. SOS Rivière-Environnement.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 158.

528) CE, 10 juilet 2006, *Assoc. interdptale et intercnale protection lac Sainte-Croix et a.* 판례 출처: Ibid.

529) CE, ass., 27 mai 2002, SA Guimatho; CE, 15 juillet 2004, secr. d'État aux PME c. Collectif interdptal valorisation commerce et artisanat centres-villes et centres bourgs ruraux. 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours

서 대조표 심사를 활용하였다.

위법하게 설치된 공공시설(l'ouvrage public)[530]의 폐지 여부를 결정하는 판단에 대조표 심사를 적용한 판결도 있다.[531] 공공시설의 불가침성(l'intangibilité)에 의해 공공시설이 위법하게 설치되었다 하더라도 공역무를 수행한다는 공공성을 고려하여 철거하지 않는 것이 원칙이다.[532] 행정재판소는 공공시설의 위법성을 제거하는 것이 불가능하고, "다양한 공익, 관계인 특히 시설이 위치한 부지의 소유자에게 가해지는 불편함"보다 "공공시설의 철거가 공익에 미치는 영향"이 클 경우 철거결정을 내린다. 공공시설 폐지의 판단에 대조표 심사를 적용하여 판단하는 것이다. 최근 꽁세유 데따는 도시계획법 L.146-2조, R.146-2조에 따라 경미한 공사만 허용되고 다른 개발행위가 금지되는 '뛰어난 경관지역'(l'espace remarquable)인 부르제(Bourget) 호수에 위법하게 설치된 요트정박장, 위락시설, 주차장에 대하여 철거결정을 내렸다. 그러면서 대조표 심사를 적용하고 인공호수 주차장을 재배치할 것을 명령하였다.[533]

수용에서의 공익성 인정, 공공시설의 폐지결정 외에 대조표 심사를 적용하는 사례는 적은 편이다. '보호받는 직무'에 종사하는 인력을 경제적 이유로 해고하기로 한 판단,[534] 야생동물을 멸종지역에 재방사하기로 하

---

pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 161.

530) 공공시설(l'ouvrage public)은 공익을 위해 제공되는 토지에 정착된 공작물을 의미한다(Petit & Frier, Droit administratif, 2022, p. 43; 송시강, 공물법, 특별행정법, 2022, 1309면 참조). 도로 · 공원 · 철도 · 수도 등 기반시설 중 행정청이 소유권을 갖는 시설인 국토계획법상의 공공시설 개념과 구별을 요한다(국토계획법의 공공시설 개념에 관하여 김종보, 도시계획시설의 공공성과 수용권, 행정법연구 제30호, 2011, 291면 참조).

531) CE sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clan.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 915.

532) Petit & Frier, Droit administratif, 2022, p. 43 참조.

533) CE, 20 mai 2011, *Communauté d'agglomération du lac du Bourget*. 판례 출처: Serrand, op. cit., p. 915.

534) CE, 1 avril 1992, *Sté Ladhroke Hôtels France.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de

는 판단[535]에 있어 대조표 심사를 적용하는 사례가 있다.

라. 특징

대조표 심사는 수용결정에서의 공익성 인정과 공공시설의 폐지결정에 있어서 활용되는 심사방법이다. 자유권과 기본권 침해가 문제되는 침해행정에서의 일반적 비례성 심사에 비하여 꽁세유 데따가 행정재량을 존중해야 할 여지가 비교적 넓은 것이다. 이러한 점에서 대조표 심사에서 나타나는 고유한 특징은 아래와 같다.

첫째, 대조표 심사는 실무에서 비례성 심사보다는 비교적 심사강도가 낮다. 비용과 편익을 대조한 결과 비용보다 편익이 더 크다는 것이 '명백하게 드러난' 경우에만 행정재판소의 사법 통제가 개입한다. 결과만 놓고 보면 대조표 심사는 명백한 평가의 오류 심사와 유사하게 제한적으로만 심사하게 된다. 그리하여 대조표 심사가 적용되면 심사강도가 상대적으로 낮아지는 역설적 결과가 발생하기도 한다.[536]

둘째, 대조표 심사는 대체 가능한 수단에 대한 검토나 최소침해성에 대한 검토를 하지 않는다. 행정재판소는 행정청이 행정행위를 할 때 두 가지 선택지 중 하나를 선택하였고 남은 선택지에 따르는 것이 더 좋았던 경우, 즉 남은 선택지가 더 큰 편익을 가져오거나 비용이 더 적게 드는 경우라 할지라도 원래 선택지에 따른 선택이 위법하다고 판결하지 않는다.[537] 비용보다 이익이 더 크기만 하면, 두 가지 선택 중 어떤 선택을

---

la légalité interne, n° 161.

535) CE, 23 février 2009, *Féd. transpyrénéenne des éleveurs de montagne.* 판례 출처: Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne, n° 161.

536) Wachsmann, Un bilan du bilan en matière d'expropriation: la jurisprudence Ville Nouvelle Est 30 ans après, Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline, 2002, p. 733 참조.

537) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1077; Seiller, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, AJDA 2003, p. 1472 참조.

할지는 여전히 타당성 통제로 남겨두는 것이다. 즉, 정부의 선택이 가장 적절한 것인지에 관한 판단까지는 적극적으로 개입하지 않는다. 예를 들어, 아담(Adam) 판결[538]에서는 두 가지의 가능한 도로 경로가 제안되었고 둘 중에 한 경로를 선택한 경우 선택의 폭이 적었음을 이유로 꽁세유 데따가 행정청의 결정이 적법하였는지 판단하는 것을 거부하였다. 또한 말라포스(Malafosse) 판결[539]에서도 행정재판소는 건설 예정인 도로의 경로와 대안으로 제시된 경로를 비교하는 것을 거부하였다. 대안 경로가 영향평가서에 따라 일반 공중에게 공개되었고 이후 행정청이 공청회 등 사전 절차를 충분히 거쳐 대안 경로를 선택하지 아니한 것이라면, 대안 경로가 환경에 미치는 부정적 영향이 적다거나 비용이 더 적게 든다는 이유만으로 행정결정을 취소할 수 없다고 하였다.

셋째, 실제로는 꽁세유 데따는 대조표 심사를 통해 사후통제적 기능보다는 사전예방적 기능을 많이 수행한다.[540] 꽁세유 데따가 판결을 통하여 행정청에게 의무화한 비용에 관한 고려요인들, 즉 사유재산에 대한 침해, 재정 손실, 사회적 불편, 또는 다른 공익에 대한 침해는 이제는 행정청이 수용결정 전에 절차적으로 그에 대한 검토를 마친다. 나아가 행정청은 수용을 결정하는 데크레를 발령하기 전 미리 반드시 꽁세유 데따의 의견을 구하여야 한다. 따라서 실제로 수용결정이 대조표 심사를 통해 사후적으로 취소되는 사례는 지극히 적다. 이에 관해서는 금전배상이 가능한 완전심판소송과는 달리, 월권소송에서는 취소판결만 가능하여 대규모 도시계획일지라도 원상회복을 하는 것이 원칙이므로 재판소에 심리적 부담으로 다가오기 때문이라는 추측이 있다.[541]

---

538) CE, 22 février, 1974, *Adam et autre.*

539) CE ass., 28 mar. 1997, *Malafosse et fédération des comités de défense contre le tracé est de l'autoroute.*

540) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1078 참조.

541) Chapus, op. cit., p. 1078 참조.

III. 검토

1. 요건재량과 효과재량의 구별

가. 요건재량과 효과재량의 개념

우리나라에서는 재량은 아래 그림 2와 같이 '사실관계의 법률요건에의 포섭', '법률효과의 선택 내지 결정'이라는 2단계 결정과정을 거쳐 행사된다고 인식한다. 1단계인 사실관계의 법률요건에서의 포섭을 재량의 문제로 볼지, 아니면 재량과 구별되는 불확정개념의 해석에 관한 판단여지의 문제로 볼 것인지에 관하여 우리나라에는 견해 대립이 있다.[542] 이 논문에서는 불확정개념의 해석 및 적용을 재량의 문제로 보는 관점에 따라, 사실관계의 법률요건에의 포섭에 있어서 행정청에게 부여된 법적 평가의 여지가 '요건재량'이라고 정의하기로 한다. 다음으로 법률효과의 선택 내지 결정에 있어 행정청에게 부여된 자유로운 판단의 가능성과 그 결과에 대한 책임의 면제를 '효과재량'이라고 지칭한다.

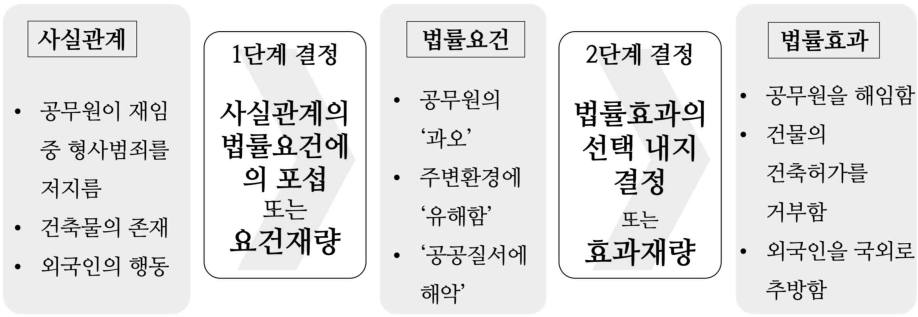

그림 2 : 우리나라에서 재량의 행사과정

542) 이에 관하여 후술하는 제4장 제2절 Ⅰ. '요건재량과 효과재량의 구별' 참조.

법률요건에 구체적 사실관계를 법 문언상의 법률요건에 포섭하고, 그 법률요건과 연결되는 법률효과를 추출하는 과정에서 두 단계로 행정청의 재량 판단이 개입한다. 법 규범에 근거하여 실제 사안에서 어떠한 행정행위를 발령할지를 결정하는 전체적 행정결정의 과정에는 이에 근거가 되는 법률을 특정하여 그 법률의 요건과 효과를 분석한 다음, 증거에 의하여 사실관계를 확정하고, 인정된 사실이 추출된 법률요건을 충족하는지를 판단하고 적절한 법률효과를 선택하는 법적 추론모델인 전통적 삼단논법이 바탕한다.[543] 요건재량과 효과재량 중 무엇을 재량이라고 볼지, 요건재량과 효과재량의 구별을 긍정할지 부정할지, '판단여지'의 개념을 인정할지 말지에 관해 세부적인 견해의 차이가 있다.[544] 그러나 우리나라의 대부분의 견해는 재량 — 요건재량을 부정하는 견해에 의하면 불확정개념의 해석과 적용에 있어서의 행정청의 판단 및 재량 — 이 다음과 같이 법률요건과 법률효과의 두 단계에서 각각 존재한다는 관점에 공통적으로 기반하고 있다. 그리하여 요건재량과 효과재량 — 요건재량을 부정하는 관점에 의하면 판단여지에 대한 존중과 재량 — 은 서로 다른 단계에서의 판단이라는 점에서 구별된다.

나. 재량의 본질에 대한 프랑스의 주류적 인식

프랑스에서는 법률요건에 규정된 불확정개념의 해석 및 적용을 '사실에 대한 법적 평가'(la qualification juridique des faits)라고 지칭하면서 재

543) 삼단논법은 구성요건과 법률효과가 명확하게 확정적인 내용을 갖는 '확정적 법규범'인 경우에 활용되는 보편적인 법적 추론모델이다. 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 2007, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 42면 참조. 삼단논법에 의거해 재량의 행사를 설명하는 문헌으로 김동희 · 최계영, 행정법 1, 제25판, 2021, 268면 참조.

544) 우리나라에서의 재량론에 관하여는 제4장 제2절 '효과재량설의 극복'에서 후술한다. 독일의 요건재량설과 효과재량설에 관하여 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005, 252-259면; 이은상, 독일 재량행위 이론의 이해, 2014, 13-40면 참조.

량권이 소재하는 영역이라고 보아,[545] 우리식 표현으로 요건재량을 부정하는 견해가 없다. 그리고 프랑스의 전통적 견해와 판례는 효과재량의 위법을 따로 요건재량과 구별하여 심사하지 않아, 우리와 달리 요건재량과 효과재량을 서로 다른 단계의 판단으로 뚜렷이 구별하지 않는다. 재량에 대한 재판상 통제는 사실의 정확한 파악과 파악된 사실에 대한 법적 평가가 제대로 이루어졌는지에 관하여만 가능하고, 이러한 사실에 문제가 없다면 법률효과의 최종 선택은 타당성 통제의 영역으로 행정재판소가 위법성 통제를 하기 부적절하다고 보기 때문이다.[546] 선택의 바탕이 된 사실관계를 잘못 파악한 경우 행정청의 최종 선택은 위법하고, 행정재판소는 적법성 통제를 할 수 있다. 예를 들어, 출근시각보다 한 시간 늦게 출근한 공무원에게 지각을 사유로 가장 무거운 징계인 파면을 내린 경우를 가정해 본다. 이 파면결정의 위법성을 심리하는 경우, 먼저 사실의 오인, 예를 들어 출근시각보다 몇 시간 늦게 지각하였는지, 공무원에 대한 종전의 직무평정이 어떠하였는지, 지각하게 된 경위에 참작할 만한 사정이 있는지 등에 관한 정확한 사실 파악에 오류가 있는지 검토할 수 있다. 다음으로, 이러한 사실관계가 정확하더라도, 공무원이 지각한 것이 법률요건에 규정한 '과오'(la faute)에 해당하는지, 과오가 어느 정도로 중한지, 과오의 경중을 고려하여 알맞은 징계 수준이 무엇인지에 관하여, 즉 사실을 어떻게 '법적으로 평가'하였는지에 관하여 위법이 있는지 문제될 수 있다.

이러한 전통적 논의의 틀에서, 점차 적법성 통제범위가 확대되면서 행정재판소의 심사범위는 이른바 효과재량에 해당하는 행정청의 선택, 즉 결정의 내용에 관한 통제까지 하는 것으로 확대되었다.[547] 앞 제1장의 예비적 고찰에서 다룬 것처럼 사실의 정확한 파악, 사실에 대한 법적 평

545) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1074 참조.

546) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1057 참조.

547) 이에 관하여 다룬 논문으로 Deguergue, Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007 참조.

가, 결정으로 진행되는 프랑스의 재량의 행사구조를 비교해 보면, 프랑스에서는 일견 효과재량을 인정하지 않는 것처럼 오해될 소지도 있다. 그러나 실제로는 효과재량에 관한 통제도 사실에 대한 법적 평가의 오류에 포함되어 논의되고 있다. 다만, 최근 재량에 대한 통제가 타당성 통제의 성격을 갖는 효과재량에 대한 심사까지 확대되면서 효과재량도 기존의 틀 안에서 사실에 대한 법적 평가의 문제로 가져와 판단하고 있을 뿐이다.[548] 사실에 대한 법적 평가의 개념적 외연이 넓어진 것이다.

특히 꽁세유 데따는 효과재량 단계에서 선택재량, 즉 법률효과의 선택이 위법인지를 심사하고, 그 심사방법으로 비례성 심사나 대조표 심사를 활용하고 있다. 선택재량 심사는 사실관계의 파악과 사실관계의 법률요건에의 포섭과 특히 더 긴밀히 연결된다. 정확한 사실 판단을 통해 사실과 결정 내용 간에 비례관계가 있는지 또는 대조표가 이익인지 손해인지가 계량적으로 도출되기 때문이다.

효과재량 단계에서 재량의 행사범위 내지 폭(l'étendue)은 요건재량보다 좁다. 여전히 꽁세유 데따는 많은 영역에서 효과재량에 대한 타당성 통제를 인정하고 적법성 통제를 하지 않는다. 특히 행정재판소는 결정재량, 즉 행정권자가 법적 요건이 충족되었음에도 상황에 따라 처분을 내리거나 내리지 않을 결정권이 있음을 존중한다. 따라서 현재까지도 '심사의 면제' 영역이 존재하는 것이다. 예를 들어, (1) 프랑스 대통령은 사면권을 행사할 수도 있지만 사면권을 행사하지 않을 자유가 있다.[549] 또한, (2) 공무원이 잘못을 저질렀을 때, 그 감독자는 그를 징계할 수 있지만 징계권의 불행사가 위법한 것은 아니다.[550] (3) 행정은 어떠한 물건을 공용물로 지정하여 혜택을 보는 경우에 이를 공용물로 지정할 수 있지만 마찬

548) '사실의 정확한 파악', 사실에 대한 법적 평가, '결정의 정당성' 간 구별의 현실적 어려움에 관하여는 Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP, 1980, p. 810 참조.

549) CE 31 janvier 1986, *Legrand*. 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 684 참조.

550) CE, 31 mai 1989, *Tronchet, Dr. adm.*에서는 "어떠한 법 문언에도 행정청이 징계권을 반드시 행사하여야 한다고 규정하지 않았다."고 판시한다. 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 685.

가지로 지정하지 아니할 자유 또한 있다.[551] 그렇지만 선택재량의 문제가 아닌 경우에도 행정결정 내용에 관하여 꽁세유 데따가 위법성을 심사하는 경우는 분명히 증가하고 있다. 효과재량에 관하여 꽁세유 데따는 (1) 비엔느(Vienne)시에 있는 사법재판소를 폐지하고 빌퐁텐느(Villefontaine)에 새로 설치하는 사법재판소가 비엔느시까지 관할하도록 한 행정결정,[552] (2) 전국 심리상담가 일람표에 등재되기를 원하는 심리상담가들에게 추가 정신건강의학 관련 연수를 의무화하기로 하는 행정조치[553]와 같은 사안에서 사실관계에 비추어 행정결정이 적합하였는지 여부에 관해 심사하였다. 위 사안들에서 꽁세유 데따는 행정청이 법문에 규정된 대로 재량행위를 행사하였다 하더라도 구체적 사실관계와 이를 연결지어 그 결정이 적절한 선택이었는지 여부를 살펴보는 효과재량 단계의 판단을 하였다. 다만 꽁세유 데따는 요건재량과 효과재량을 구별하지 않는 입장에 따라 이러한 문제를 따로 구별하지 않고 사실에 대한 법적 평가의 문제로 보았다.

다. 최근 프랑스의 논의 변화

최근 프랑스 학자들 사이에서도 소수설로 요건재량과 효과재량을 구별하면서 효과재량 단계를 결정의 '사실의 (법률에 대한) 적합성'(l'adéquation aux faits), 또는 '사실의 (법률에의) 적용'(l'adaptation aux faits)이라고 설명하면서, 이를 불확정개념에 대한 해석의 문제인 사실에 대한 법적 평가(le qualification juridique des faits)의 문제와 구별하는 견해가 유력하게 떠오른다.[554] 독일의 영향을 받은 이 견해는 법률요건의 해석과 법률

---

551) CE, 29 octobre 2003, *Comité Défense riverains tronc commun.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 685.

552) CE, 5 décembre 2011, *Commune de Vienne et Ordre des avocats au Barreau de Vienne.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, N° 4(Juillet-Août 2012), p. 903.

553) CE, 27 octobre 2011, *Association Anaylser.* 판례 출처: Serrand, op. cit., p. 903.

효과의 선택은 법의 인식과 효과 발생에 대한 의지 차원의 문제라서 완전히 구별된다고 주장한다.[555] 법률요건의 해석 문제는 법 문언에 따라 좌우되는 것으로 법률의 문제와 가깝지만, 법률효과의 선택의 문제는 법 문언을 벗어나 사실관계에서의 적절성을 다루는 것이어서 사실의 문제와 더 가깝다.[556] 그러나 이 학자들도 효과재량의 위법을 요건재량의 위법과 구분하자는 주장까지 나아가는 것은 아니고, 사실에 대한 법적 평가라는 기존의 개념이 너무 넓고 추상적이므로 이를 명확하게 세분화하자는 취지에서 이러한 주장을 한다.

2. 최대심사의 인정 여부

가. 최대심사의 의의

앞서 심사강도의 유형을 논함에 있어서는 프랑스의 전통적 구별법에 따라 제한심사와 보통심사의 두 종류로 심사강도를 분류하였다. 그러나 최근에는 심사강도를 제한심사(le contrôle restreint), 보통심사(le contrôle

554) 쁘띠(Petit) · 프리에(Frier)는 이 구별을 전제로 처분이유의 위법의 위법사유를 사실에 대한 법적 평가(la qualification juridique des faits)과 '법률 내용의 구체적 상황에의 적용'(l'adéquation du contenu de l'acte à la condition)으로 구별한다(Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 708). 스랑(Serrand)도 요건재량(la qualification des faits)과 효과재량(l'adéquation aux faits)을 구별한다(Serrand, Droit administratif, 2015, pp. 123-125; Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, N° 4(Juillet-Août 2012), pp. 901-906). 그 외에 요건재량과 효과재량을 구별하는 논문으로는 Woehrling, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, RA, 52e année, n° special 7; Deguergue, Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait, Le droit administratif: permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007 참조.

555) 현재 '사실에 대한 법적 평가의 오류'라고 칭하는 취소사유를 요건재량 단계인 사실의 '평가'(la qualification)와 효과재량 단계인 법률효과의 '선택'(l'adéquation)을 아울러 '사실에 대한 법적 평가'(l'appréciation des faits)로 바꾸어 부르자는 주장도 있다(Deguergue, op. cit., p. 378 참조).

556) Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, pp. 903-904 참조.

normal), 최대심사(le contrôle maximal)의 세 가지로 분류하는 견해도 유력하다.[557] 이하에서는 비례성 심사와 대조표 심사를 보통심사와 구별하여 최대심사로 인정할지 여부에 관한 논의를 검토하여 본다.

최대심사를 주장하는 학자들은 최대심사가 단순히 행정행위가 '위법' 하지 않은지에 관한 심사를 넘어, 관련된 여러 상황과 요소들을 고려하였을 때 행정행위가 가장 '정당한'(adéquate) 조치로 취해졌는지에 관하여 강화된 심사를 하는 것이라고 한다.[558] 최대심사의 유형으로 분류되는 비례성 심사와 대조표 심사는 기본적 자유, 재산권, 기본권에 대한 침해가 문제되는 일부 사안에서 효과재량을 심사하는 경우에 활용된다. 최대심사를 주장하는 학자들은 최대심사를 심사강도가 보통심사보다 높다는 의미가 아니라 심사범위가 요건재량에서 효과재량까지 확대되었다는 의미로 사용한다.

최대심사에는 두 가지 의의가 있다. 첫째는 행정재판소의 재량통제 범위가 효과재량에 관한 본격적인 사법심사, 즉 단순한 위법성의 판단에서 적합성의 판단까지 확장되었다는 것이다. 특히 최대심사에서는 '결정의 적합성'에 관한 판단, 즉 선택재량 — 법률효과의 결정 단계에서 여러 가지 선택지 중 어떤 선택을 내렸는지에 대한 판단 — 의 문제를 다룬다. 최대심사가 적용되는 영역에서 행정청은 법률에서 허용된 여러 가지 선택지 중 하나를 자유롭게 선택할 수 있는 것이 아니라, 사실관계를 고려하여 '정당한' 선택을 내려야 하기 때문이다.

둘째는 꽁세유 데따가 유럽인권재판소의 판결과 유럽인권협약의 제정 등 유럽법의 영향에 관하여 과거의 방어적인 태도에서 점진적으로 수용

---

557) Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020 pp. 681-689; Truchet, Droit administratif, 8e éd., pp. 234-239; 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범 김동희교수정년기념논문집), 2005, 258-259면 참조.

558) 쁘띠 · 프리에는 최대심사는 사실에 대한 법적 평가가 잘 되었는지에 관한 심사에 그치지 않고 나아가 비례성이 충족되었는지 평가하는 심사라고 한다(Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020 p. 686 참조). 트뤼셰는 최대심사는 적법성 통제가 기존의 타당성 통제의 영역까지 확대된 것이라고 한다(Truchet, op. cit., p. 239 참조).

적 태도로 변모하였다는 것이다. 꽁세유 데따는 독일에서 시작되어 국제법규화된 비례성 심사를 국내에 수용하는 데 오랫동안 소극적인 입장을 보여 왔다가 최근에 들어 이를 명시적으로 수용하였다.

나. 견해의 대립

여전히 많은 프랑스 학자들은 최대심사를 인정하지 않으면서, 비례성 심사의 경우 경찰행정 분야에서, 대조표 심사의 경우 계획행정 분야에 관하여 개별 분야에 맞게 보통심사의 기준을 구체화한 것이라고 설명하고 있다.[559] 최근에도 꽁세유 데따의 '선임재판관'(le maître des requêtes)인 루셀(Roussel)은 "비례성 심사에서도 언제나 보통심사를 하고, 단지 그 심사방법이 좀 더 구체화된 것일 뿐"이라고 하며, 최대심사를 별도로 인정하지 말아야 한다는 의견을 피력하기도 한다.[560]

또 다른 꽁세유 데따 선임재판관인 바르와 드 사리니(Barrois de Sarigny)의 설명에 의하면, 비례성 심사는 초기에는 과거 학자들과 루셀이 지적하는 바와 같이 경찰 · 징계 등 특정 분야에 적용되는 특별한 위법성 판단방법, 즉 심사내용 내지 심사방법을 의미한 것이 사실이다. '비례성'의 심사내용은 행정이 추구하고자 하는 목적과 이를 달성하고자 취하는 수단 간의 적합성(l'adéquation)'을 따지는 것이다.[561] 결국 그 심사내용 자체가 보통심사의 단순한 '위법성' 판단보다 한 단계 나아간 심사를 한다는 것이고, 결과적으로 보통심사보다 심사강도가 강화되었다.[562] 나아가 비례성 심사는 전통적으로는 '달성되는 공익'과 '침해되는 사익'을 서

559) Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1074 참조.

560) Roussel, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative, AJDA, 2021, p. 780 참조.

561) Braibant, Le principe de proportionnalité, Mélanges offerts à Marcel Waline : Le Juge et le droit public, 1974, Tome. 2, p. 298 참조.

562) 이와 같은 취지로 Sarigny, Le contrôle de la proportionnalité par le juge administratif, Revue Justice Actualité #24: Le contrôle de proportionnalité, 2020, pp. 26-29 참조.

로 비교하는 양자 비교형 심사방법을 취하였지만 최근 전세계적 규범이 된 목적의 정당성, 수단의 필요성, 목적과 수단 간의 타당성이라는 삼자를 비교하는 형태의 심사방법이 꽁세유 데따에 도입되면서 그 심사강도가 더 강화되는 결과가 발생하였다.

3. 심사강도의 비교

그렇다면 앞서 살펴본 요건재량과 효과재량의 구별, 최대심사의 인정 여부에 관한 논의를 바탕으로 지금까지 살펴본 프랑스에서의 심사강도 논의를 능동적으로 이해하기 위해 (1) 재량행위와 기속행위 간의 심사강도 비교, (2) 다양한 심사강도 간의 강약 비교를 시도하여 본다. 먼저 최대심사의 인정 여부에 관한 프랑스의 논의를 살펴보다 보면 재량행위에 대해 최대심사를 하는 경우에는 기속행위보다 심사가 강화되는 것인지에 관한 의문이 발생할 수 있다. 프랑스에서는 기속행위의 경우 언제나 보통심사를 한다고 설명하는데, 그렇다면 재량행위를 최대심사로 심사하는 경우 기속행위보다 강한 심사강도로 재량행위를 심사하는 것인지 의문이 들 수 있는 것이다. 재량행위에 대해 최대심사를 하는 경우 그 심사강도가 기속행위보다 강한 것은 아니지만, 심사의 대상범위가 법률효과 부분까지 미쳐 기속행위보다 넓기 때문에 기속행위보다 심사가 강화되는 것이라고 볼 수도 있다. 기속행위의 경우 언제나 심사강도가 보통심사인 이유는 행정청의 판단이 개입될 여지가 없이 법률요건이 갖추어지면 정해진 법률효과가 자동으로 발생해야 하는 것이기 때문이다.[563] 즉, 기속행위에는 행정의 해석 또는 선택의 여지가 없으므로 행정재판소가 존중하여야 할 행정청의 판단도 없어 제한심사를 하지 않는다. 또한 효과 부분의 재량 자체가 없으므로 행정청의 선택이 적절하였는지를 따지는 심사를 하지 않는다. 재량행위에서 최대심사가 다루는 효과재량 판단이 없는 것이다. 그렇다면 기속행위의 경우 재량행위보다 심사의 대상범위가

563) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 297 참조.

좁다고 할 수 있고, 기속행위에서 심사하지 않는 효과 부분에 관한 행정청의 선택까지 '최대한' 심사한다는 의미에서 최대심사가 보통심사보다 심사강도가 강하다고 할 수 있다.

다음으로, 다양한 심사강도 간의 전체적인 강약 비교가 가능한지에 관한 의문이 발생할 수 있다. 다양한 심사강도는 요건재량과 효과재량이라는 두 단계 및 다양한 개별 행정분야에서 활용되는 것이므로 동일한 비교선상에 있다고 보기는 어렵다. 그러나 넓게 보면 심사의 면제, 제한심사, 보통심사, 최대심사 순서로 심사강도가 약한 데서 강하게 발전해 나간다고 할 수 있다. 그러나 그 심사강도는 요건재량과 효과재량이 같지 않다. 먼저 요건재량과 효과재량 간의 심사강도를 이해의 편의를 위해 가정적 수치를 통해 비교하여 보면, 요건재량의 경우 심사강도의 스펙트럼은 0%에서 100%까지 모두 가능하다고 할 수 있을 것이다. 0%의 경우 심사에서 면제되는 영역이다. 100%의 경우 행정청의 판단을 전혀 존중하지 않고 행정재판소가 법률요건을 다시 해석하고 판단하는 것, 즉 보통심사에 해당한다. 그렇다면 명백한 평가의 오류 심사의 경우 심사강도가 약화되고, 명백한 오류가 없는 경우에는 행정청의 판단을 존중하는 것이 원칙이므로 50% 미만, 가령 40%의 심사강도라고 할 수 있다.
한편, 효과재량의 경우 심사강도의 스펙트럼은 요건심사보다 훨씬 좁은데, 0%에서 (가령) 80% 남짓만 가능할 것이다. 0%에 해당하는, 심사에서 면제되는 경우가 요건재량의 경우보다 더 많을 것이다. 요건재량에서의 100%의 경우처럼 행정청의 판단을 전혀 존중하지 않고 다시 행정재판소가 법률효과를 결정하는 것은 행정청의 역할을 행정재판소가 대체하는 것이므로 불가능할 것이다. 효과재량에서의 최대심사 강도는 행정재판소가 행정청의 효과재량을 비례성의 원칙으로 '엄격하게' 심사할 뿐 행정재판소가 효과 부분의 선택을 대체하지는 않는다는 점에서 요건재량에서의 보통심사 강도보다도 약하게 평가되어야 한다. 효과재량의 경우 명백한 평가의 오류 심사는 예를 들어, 30% 가량의 심사강도이고, 대조표 심사의 심사강도는 60% 가량, 비례성 심사의 심사강도는 70% 가량이라고

상정해 볼 수 있을 것이다.

이상의 내용을 토대로 프랑스 행정재판소에서 현재 개별 재량행위에 관하여 사안별로 취하는 심사강도를 요건재량과 효과재량으로 구별하면 아래 표 5[564]와 같이 정리할 수 있다.

	심사의 면제	제한심사	보통심사	최대심사
사실의 포섭 (요건재량)	경쟁 · 심사에서의 평가	상품의 유해성, 가치, 품질 등에 관한 전문 · 기술적 판단 후보의 직무적합성에 관한 평가 경찰권의 불행사	외국인에 대한 추방(공공질서에의 해악) 건축허가의 거부(장소에의 해악) 공무원에 대한 징계(잘못) 기타 원칙적으로 보통심사를 함	해당없음
사실의 법률에의 적용 (효과재량)	정책적 결정	일반적 징계(과실과 제재처분 간의 비례) 도시계획 기타 정책적 결정	해당없음	공무원, 전문직, 수감자 등에 대한 징계 외국인에 대한 추방 기타 개인적 자유 · 기본권 밀접 관련 분야(목적과 수단 간의 비례성) 수용에서의 공익성 인정(비용과 수익 간의 대조표) 등[565]

표 5 : 프랑스의 개별 재량행위에 대한 심사강도의 유형

IV. 소결

지금까지 프랑스 행정재판소의 현재 개별 재량행위에 관한 심사강도와 그 분화과정을 살펴보았다. 사실심, 그중에서도 '사실에 대한 법적 평가

564) Petit & Frier, Droit administratif, 16e éd., 2022, p. 712의 표를 토대로 변형하였다.

565) 프랑스에서 공익성 인정을 요건재량이 아닌 효과재량의 문제로 보는 것이 주류적 견해라는 점에 관하여 전술한 각주 514 참조.

의 오류'에 관한 심사에 있어서 사안에 따라 위법성의 심사강도가 유연하게 조절된다. 이러한 심사강도의 분화 경향은 꽁세유 데따가 1950년대 경 몇몇 사안에서 심사강도를 약화시켜 제한심사를 하면서 시작되었다. 대회에서의 채점, 공무원에 대한 직무평정, 외국인에 대한 추방과 같이 꽁세유 데따가 과거에 소송요건 단계에서 각하해 온 문제에 관해 재량통제를 확대하면서, 본안 단계에서 명백한 평가의 오류가 있는지 여부만 심사하는 것으로 강도를 약화한 것이다. 1970년대부터는 일부 사안에서 경찰행정 · 징계에 적용되는 비례성 심사, 도시개발 등 계획행정에 활용되는 대조표 심사를 통해 행정청이 가장 적절한 조치를 취하였는지까지 심사기준을 강화하기도 한다.

제3절 심사강도의 변화

꽁세유 데따는 1960년대부터 과거에 제한심사를 해 오던 사안들에 관하여 보통심사로 심사강도를 높이면서 재량통제를 강화하는 경향을 보인다. 유럽법[566]의 대두가 중요한 변화의 요인 중 하나로 논의된다. 제2차 세계대전 이후 나치 시대에 대한 반성적 의미에서 유럽 전역에서는 인권보장의 강화를 위한 범유럽 차원의 司法체계를 갖추어야 한다는 사회적

566) 프랑스는 유럽연합의 회원국이자 유럽인권협약의 체결국이므로 유럽법은 프랑스 행정청의 행위규범과 동시에 프랑스 행정법의 法源이자 적법성의 원칙의 판단기준으로서 재판규범이 된다. 따라서 프랑스에서 개별 재량행위는 유럽법을 준수할 의무가 있다. 원칙적으로는 유럽법에는 자기집행력이 있어서 직접 프랑스 국내에 적용된다. 다만, 지침의 경우에는 원칙적으로 '수용'(la transposition)을 거쳐야 한다. 수용 절차가 지침에 정해진 시한보다 지연되고 규정의 내용이 간단명료하고 조건부가 아니라면 바로 국내에서 적용될 수 있다. 한편, 유럽재판소의 판례는 유럽연합의 법률에는 '최우선'(supremacy)적 지위가 있어서 유럽연합의 법률이 회원국의 국내법보다 우선한다. 그러나 실제로 프랑스 행정재판실무에서 유럽법이 판결규범으로 원용되는 사례는 적다. 이는 원고가 주장 · 입증책임을 지는 행정소송에서 원고가 실제로 유럽법을 원용하는 경우가 드물고, 행정재판소도 국내법체계가 이미 잘 구비되어 사실상 유럽법의 내용을 다 담고 있다고 자부하기 때문이기도 하다.

분위기가 조성되었다. 유럽법상의 기본권 보장 체계 강화는 주로 유럽인권협약(Convention européenne des droits de l'homme) 문언과 유럽인권재판소(Cour européenne des droits de l'homme) 판결을 통해 이루어졌다. 유럽인권협약은 생명권(제2조), 고문이나 비인간적 처우의 금지(제3조), 공정한 절차보장에 관한 권리(제6조), 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리(제8조), 사상과 양심 및 종교의 자유(제9조), 표현의 자유(제10조), 집회 및 결사의 자유(제11조), 재판청구권(제13조) 등을 규정하고 회원국들에게 이러한 자유와 권리를 보장할 의무를 부과한다.

프랑스 행정재판소가 이러한 유럽 차원의 기본권 강화 동향을 실제 국내 사법체계에 수용하기까지는 비교적 오랜 시간이 걸린다. 프랑스는 유럽인권협약이 발효되고 약 20년 후인 1974년에서야 이를 국내에 공포하였다. 또한 1980년까지 프랑스 국민이 개인적으로 유럽인권재판소에 기본권 침해를 주장하며 제소할 수 있는 권리를 인정하지 않았다.[567] 여전히 꽁세유 데따는 유럽인권협약 규정을 국내법상 재판규범으로 직접 원용하는 것을 꺼리고, 유럽인권재판소의 판결취지에 반하는 판결을 내리는 경향을 보인다. 그 결과 꽁세유 데따는 유럽인권재판소에 거부감을 갖고 있다고까지 평가되었다.[568]

이러한 프랑스의 유럽법에 대한 태도는 선뜻 이해가 가지 않을 수 있다. 프랑스는 1789년 인권선언이 이루어졌을 정도로 인권의식이 강한 국가이고 유럽연합의 초기 단계부터 주도적 역할을 담당하였으며 심지어 유럽인권협약 작성에서도 중요한 역할을 담당하였기 때문이다.[569] 그러나 꽁세유 데따가 가지는 프랑스 사법 체제에 관한 특유의 자부심을 떠올리면 쉽게 수긍이 간다. 프랑스는 프랑스의 사법제도를 유럽연합을 거

---

567) Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 91 참조.

568) Morand-Deviller et al., op. cit., p. 91; 변해철, 유럽인권협약과 프랑스 국내법원, 외법논집 제17집, 2004, 123-127면 참조.

569) 프랑스는 1951년 유럽석탄철강공동체(ECSC)조약 당시부터 참여국이었고, 프랑스 행정법에서의 취소사유에 관한 4분류나 법의 일반원칙에 관한 논의가 유럽행정법에 반영되어 있고, 꽁세유 데따 판사 출신들이 유럽법원의 판사로 임명되는 등 유럽행정법에 많은 영향을 미쳤다.

쳐 타국에 전파하는 데는 적극적이지만 이는 반대로 유럽법이나 유럽재판소의 판결을 국내에 수용하는 데는 소극적인 태도를 보인다고 평가할 수 있다. 현재 꽁세유 데따는 유럽법의 흐름을 과거에 비해서는 점진적으로 수용하는 편이라 평가할 수 있지만, 여전히 유럽법의 흐름에 완전히 따르기보다는 이를 거부하거나 대립하기도 한다.

아래에서는 1960년대 이후 유럽인권협약과 유럽인권재판소의 영향으로 최근 심사강도가 가장 역동적으로 변한 개별 분야인 외국인의 추방(Ⅰ), 징계(Ⅱ), 유해서적의 출판금지 영역(Ⅲ)에서 심사강도가 변화한 모습을 통시적 관점에서 살핀다.

I. 외국인의 추방

프랑스에서는 외국인에게 프랑스 영토에의 입국 및 체류에 관한 일반적 권리를 인정하는 실정법 규범이 없고 외국인의 입·출국에 관한 결정은 전통적으로 주권의 행사로 받아들여진다.[570] 외국인에 대한 출입국관리행정은 '특별경찰'(la police spéciale)로 분류되며 재량의 영역이 넓게 인정되는 편이다. 특히 1945년 이전까지는 외국인에 대한 추방 등 출입국관리행정에 대하여 구체적으로 규정한 법 문언이 존재하지 않았다. 꽁세유 데따는 외국인 추방결정의 경우에는 통치행위로 보아 심사하지 않아 타당성 통제의 영역에 있었다.[571]

그러다 1945년 11월 2일 오르도낭스[572]에서 최초로 외국인이 '공공 질서에 해악'(une menace pour l'ordre public)을 끼치는 경우에 한하여 그를 추방할 수 있다고 추방권을 제한하였다.[573] 이러한 법 문언의 변화에도

570) 이현수, 프랑스 공법상 외국인의 지위, 행정법연구 제51호, 2017, 8면 참조.

571) CE, 16 février 1938, *Gola.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

572) 오르도낭스에 관하여 각주 233 참조.

573) 이후 위 오르도낭스는 1911년 9월 6일 데크레로 '재공포'(la republication)되었고, 그 이후로 1994년 12월 27일 법률, 1997년 4월 24일 법률, 1998년 5월 11일 법률

불구하고 꽁세유 데따는 여전히 외국인의 추방에 대한 사법통제를 거부하여, 외국인의 행동이 '해악'에 해당하는지에 관한 불확정개념의 해석 및 추방조치의 적절성에 대한 효과재량 모두에 대한 심사를 한동안 거부하였다.[574] 1970년대에 들어서야 외국인의 행동이 위 법률요건상의 '공공질서에의 해악'을 끼치는지 여부에 관한 사실의 법적 해석 문제에 관하여 제한심사만 하여 왔다.[575] 그러나 여전히 추방조치의 타당성, 즉 '법률효과의 적용'에 관하여는 심사하지 않았다.

1950년경부터 추방의 결과로 외국인 부모와 자식이 격리되는 경우에 관한 가족생활권이 유럽인권협약에 규정되면서 이에 관한 사회적 인식의 변화가 있었다. 1953년 발효된 유럽인권협약 제8조에서 제1항에 "모든 사람은 그의 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다."고 규정하고, 제2항에서 "공권력은 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리를 위해, 무질서 또는 범죄의 방지를 위해, 보건 또는 도덕의 보호를 위해, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 민주사회에서 필요하고 법에 따라 이루어지는 경우를 제외하고는 이 권리의 행사를 제한할 수 없다"고 비례원칙상의 목적의 정당성과 수단의 필요성을 명시하였다. 유럽인권협약 제4부속서 제2항은 모든 사람은 자유롭게 주거를 선택할 권리가 있음을 보장한다. 그리고 유럽인권재판소에서는 외국인 추방에 관하여 비례성 심사를 하고 있다.[576] 이러한 영향을 받아 프랑스 행정재판소도 그 심사강도가 유럽인권재판소가 유럽인권협약 제8조를 적용하는 기준보다 약하여서는 안 된다는 압박을 받기 시작하였다.

로 네 차례 개정을 거친다.

574) CE 13 juin 1952, *Meyer*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

575) CE 3 févr. 1975, *Pardov*. 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 591.

576) 유럽인권재판소의 판결은 당해 사건에만 기판력을 갖고, 프랑스 행정재판소의 관련 사안에서 구속력을 갖거나 행정청이 이에 구속되어야 하는 것은 아니다. 그렇지만 국가 차원에서의 인권 침해에 관하여 확인한다는 상징적인 의미가 있으므로, 프랑스 행정재판소가 위 흐름에 따르지 않기에는 상당한 압박으로 작용하는 것이 사실이다.

이에 프랑스 행정재판소도 1991년에 들어와 추방조치에 의해 가족생활권의 침해가 문제되는 경우에 한하여 추방조치의 타당성에 대한 보통심사를 시작한다.[577] 비례성 원칙을 적용하여 공공질서에 대한 해악과 공공질서를 지키는 이익, 그 외국인의 가족적인 삶에 관한 불편함을 비교해 비례성 원칙에 따라 심사한다는 태도의 변화를 보인 것이다. 또한 최근에는 '공공질서에 대한 해악'에 관한 불확정개념의 해석에 관하여서도 제한심사에서 보통심사를 하는 경우도 있다.[578]

현재 프랑스 행정재판소는 외국인의 출입국관리에 관한 사건을 심사하는 경우 먼저 원고가 유럽연합 회원국 국적인지 회원국 외부 국적인지와 가족생활권의 침해가 문제되는 사안인지를 구별한다. 먼저 유럽연합 회원국 국적의 외국인이라면 「1911년 9월 6일자 데크레」와 「1994년 3월 11일자 유럽공동체 지침」의 적용을 받는다. 또한 출입국 관련 조치가 유럽인권협약에 보장된 회원국 국민의 가족생활권과 관련된다면 보통심사를 한다.[579] 유럽연합 회원국 이외 국적의 외국인의 경우는 유럽인권협약의 직접 적용대상은 아니나 인도적 차원에서 가족생활권 관련 사안에서는 보통심사를 하고 있다.

유럽연합 회원국 외부 국적 외국인의 가족생활권에 관한 사례로 2014년 '내무부장관 대 바라낭'(Ministre de l'intérieur c. M. Baranen) 판결[580]을 본다. 프랑스 내무부장관이 외국인인 원고가 2004년부터 2009년까지 성범죄를 포함하여 총 7건의 범죄행위를 저질러 출입국관리법상 추방명령의 대상이 되는 '공공질서에의 해악'을 끼치는 행위를 했다는 근거로

577) CE 19 avr. 1991, *Belgacem et Babas.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014; CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^{e} éd., 2001, p. 1079.

578) CE, 17 octobre 2003, *Bouhsane.* 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

579) 비자(le refus d'un titre de séjour) 발급 거부에 관하여 CE 24 octobre 1990, *Ragusi.* 판례 출처: Chapus, op. cit., p. 1064.

580) CE, 12 fèvrier 2014, *Ministre de l'intérieur c. M. Baranen.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 686.

원고를 추방할 것을 명하는 데크레를 내렸다. 원심인 파리항소행정법원이 데크레를 취소한 데 대하여 내무부장관이 항소하였다. 꽁세유 데따는 "월권소송의 판사는 외국인의 추방이 문제되는 경우에 사실관계가 추방조치를 '정당화하기에 충분한지'(de nature à justifier)를 살펴야 한다."고 밝히며 외국인 추방에 관하여도 보통심사한다는 원칙을 밝혔다.

이 사안에서 꽁세유 데따는 문제되는 데크레가 발령된 시점 당시에 원고가 범한 범죄의 내용에 관해 사실관계를 구체적으로 살펴보았다. 그리하여 꽁세유 데따는 내무부장관의 판단과 달리 원고의 범죄전력이 7건이 아니라 실제로는 4건이라는 점, 범행의 공범은 원고와 달리 강제추방 대상에서 애초에 제외되었다는 점, 범행내용이 도난품인 휴대전화을 습득하여 점유이탈물횡령을 범한 것이라는 점, 범죄전력 중 가장 중한 징역 10개월의 형을 받은 전력은 외국인의 체류자격에 관한 법 위반 사안이었음에도 행정청이 사실관계를 잘못 파악하여 성범죄라고 판단한 점, 위 범죄전력을 제외한 나머지 범죄들은 원고가 계속 불법체류를 하여 연속하여 처벌받은 것이라는 점을 새로 인정하였다. 그 후 꽁세유 데따는 이러한 사정들을 고려하여 원고가 프랑스 영토 내에 체류하는 것이 공공질서에 심각한 위협을 미친다고 본 내무부장관의 데크레는 사실관계에 비추어 '정당화되기에 충분'치 않다고 하면서 비례원칙에 따라 심사하였다.

가족생활권이 관련되지 않는 사안이라면 출입국 관련 조치가 건강상태나 학업 등과 같은 '개인적 상황'(la situation personnelle)을 침해하는지를 기준으로 여전히 원칙적으로는 명백한 평가의 오류가 있는지를 기준으로 하는 제한심사를 받는다.[581] 실제 행정재판소 실무는 추방에 있어서 대상자에게 '특별히 중대한 영향'을 주는지 여부를 조사할 것을 의무화하고, 그러한 조사의무를 이행하지 않은 경우에는 명백한 평가의 오류가 있다고 하여 해당 추방조치가 위법하다고 한다.[582]

---

581) 비자 발급 거부에 관하여 제한심사를 한 사안으로 CE 20 décembre 2000, *Mme Zeitoun.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1064.

582) Chapus, op. cit., pp. 1063-1066; Répertoire de contentieux administratif, Motifs :

한편, 테러리즘으로부터 자국민을 보호하기 위한 목적으로 외국인에 대한 입국거부나 추방 등에 있어서 재량의 행사를 보장할 필요성도 있다. 꽁세유 데따는 '긴급상황'(en urgence absolue)에서 외국인의 추방에 관한 아레떼에 관한 심사에 있어서 절차에 의하지 않은 외국인의 추방을 허용하여 이 영역에 관하여 행정재량을 보장하고 국가안전에 대한 우려를 보완하고 있다. 대신, 이에 관하여는 1955년부터 보통심사를 하고 있다.[583]

II. 징계

징계에 관하여 꽁세유 데따는 극소심사에서 제한심사로, 제한심사에서 보통심사로 심사강도를 높이면서 행정청의 재량의 행사여지를 줄이고 사법통제의 범위를 확장하여 왔다. 공무원, 수감자 등에 대한 행정내부조치로서의 징계는 전통적으로 꽁세유 데따가 재량통제를 거부해 온 영역이었다. 이후 공무원에게 공공기관 내부에서 징계가 가해지고, 이에 불복해 공무원이 해당 징계처분을 취소해 달라고 소를 제기한 경우에 행정재판소가 제한심사를 하기 시작하였다. 공무원이 범한 '과오'(la faute)의 경중을 고려하여 그에 상응하는 수준의 징계가 내려졌는지를 심사하는 것이다.[584] 과실과 징계의 수준 간의 비례성에 명백한 평가의 오류가 있는 경우, 해당 징계처분은 위법하다. 공무원에 대한 징계의 경중에 관한 제한적 심사는 행정의 효율적 운영을 위하여 공무원 개인의 권익은 다소 제한될 수 있다는 인식에서 비롯된 것이라 할 수 있다.[585]

---

contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014 참조.

583) CE, 18 mars 1955, *Hamou.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 300 참조; CE 13 mars 1992, *Kishore.* 판례 출처: Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., 2001, p. 1081.

584) 프랑스 공무원에 대한 징계 관련 법체계에 관하여 각주 344 참조.

585) Keller, Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir (concl. sur CE, ass., 13 nov. 2013, M. Dahan, n°347704, Lebon), RFDA, N° 6(Janvier 2014) 참조.

예를 들어, 1978년 르봉(Lebon) 판결[586]에서는 원고 교사가 지도반 여학생들에 대하여 부적절한 행동을 하였다는 이유로 당연퇴직하도록 명한 뚤루즈 대학장(Recteur de l'Académie de Toulouse)의 아레떼의 취소를 청구하였다. 꽁세유 데따는 해당 사실관계를 살펴 그 문제된 행동에 대하여 당연퇴직의 징계를 내리기로 선택한 뚤루즈 대학장의 판단에 명백한 평가의 오류가 없는지를 살폈다. 그리고 꽁세유 데따는 해당 사실관계는 당연퇴직의 징계를 내리기에 충분하다고 보고, 원고의 청구를 기각하였다.

위 르봉 판결로부터 한 달 후 비노레(Vinolay) 판결[587]에서는 최초로 공무원의 징계에 명백한 오류가 있다는 이유로 징계의 위법성을 인정하고 취소하는 판결을 내린다. 원고인 게르(Gers) 지역의 농림부 부서장 비노레는 보고서를 기한보다 늦게 제출하였다. 원고는 이에 대하여 게르 지역을 '성실하고 정확하게' 관리할 의무가 있다는 직무규정을 위반하였다는 이유로 파면당하였다. 꽁세유 데따는 원고의 과오와 파면처분 사이에 '명백한 불균형'이 있는지 심사하였다. 꽁세유 데따는 원고의 행위가 잘못에는 해당하지만, 파면처분은 그 잘못에 비해 지나치게 무겁다고 하여 파면처분을 취소하였다.

이후에도 꽁세유 데따는 파면처분의 정당성에 관하여 명백한 해석의 오류가 있는지를 기준으로 심사한다. 1978년 슈발(Cheval) 판결에서는 제3자가 주류판매허가를 부정하게 취득하도록 도움을 준 경찰관에 대한 파면처분의 적법성이 문제되었고, 꽁세유 데따는 이 파면처분이 경찰관의 행위에 비례하여 상당하므로 적법하다고 판단하였다. 한편 1991년 르발루아-뻬레(Levallois-Perret) 꼬뮌 판결에서는 하급 지방공무원이 시장의 정

586) CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon*. 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 298; Frier, p. 685; Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

587) CE, 26 juillet 1978, *Vinolay.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 298.

치적 행동을 비판하는 글을 작성하였다는 이유로 파면되었다. 꽁세유 데따는 여기에 명백한 오류가 있다고 하여 파면처분은 위법하다고 하여 취소하였다.

그러나 유럽인권재판소의 영향에 따라 행정내부조치로 취해진 경우에도 징계의 정당성은 비례원칙에 의하여 심사되어야 한다는 것이 유럽국가들의 일반원칙으로 확립되었다. 유럽인권재판소에서는 주로 프랑스 내 수감자들에 대한 처우가 유럽인권협약에서 보장되는 생명권(유럽인권협약 제2조), 고문이나 비인간적 처우의 금지(제3조), 공정한 절차보장에 관한 권리(제6조 제1항), 서신 교환의 자유(제8조), 재판청구권(제13조) 등에 위반되는지가 문제되었다. 수감자의 신체와 정신의 건강을 보장할 것을 명한 판결[588], 무기징역을 선고받은 수감자를 8년 이상 독방에 배치한 것은 지나치게 길다는 판결[589] 등이 있다.

이러한 유럽법의 대두 외에도 징계 분야에 관하여 다음과 같은 법적 환경의 변화가 있었다. 첫째, 최근 징계에 대한 사회적 인식이 변화하여 징계대상자인 개인의 방어권을 보장해야 한다는 인식이 확산되었다. 이를 반영하여 관련 법규의 내용이 개정되면서, 일반 근로자에 대한 노동법전(Code du travail)에서 일반 근로자에 대한 징계의 정당성을 심사함에 있어서는 과오와 징계 간의 비례성에 관하여 보통심사한다는 원칙이 천명되었고,[590] 징계에 대한 사법적 불복절차를 허용하지 않던 영역에서도 불복이 가능하다고 규정한 경우가 늘어났다. 둘째, 2000년대 이후 공기업 민영화 경향에 따라 공무원의 근로 형태가 다양해지고 공무원과 일반 근로자의 경계가 흐려지기도 하였다. 현실적으로 우체국이나 통신회사와

588) CEDH, 11 juillet 2006, *Rivière c. France*. 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 95.

589) CEDH, 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 95.

590) 노동법 L.1333-2조에서는 "노동법위원회는 형식상 위법하거나, 부당하거나, 범한 잘못에 비례하지 않은 징계를 취소할 수 있다."(Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise)고 규정한다.

같이 공무원 신분의 직원과 일반 근로자 신분의 직원이 함께 근무하는 공기업의 경우에는 직원의 신분에 따라 징계에 대한 심사가 엇갈릴 수 있다는 문제점이 발생한다.[591]

이와 같은 흐름을 반영하여 프랑스는 다양한 행정내부조치에 있어서 징계의 정당성에 관해 보통심사로 비례원칙 위반 여부를 심사하기 시작한다. 꽁세유 데따는 2010년 우선 두 판결을 통해 시장과 운동선수에 대한 징계에 관한 심사강도를 종전의 제한심사에서 보통심사로 변경하면서 변화의 움직임을 보인다. 먼저, 달롱그빌(M. Dalongeville) 판결[592]에서는 시장이 자신에 대한 해임을 명한 데크레의 위법성을 다투었다. 해임의 주된 사유는 시장이 시의 재정관리를 소홀히 하였다는 것이었다. 꽁세유 데따는 이 사건에서 사실에 대한 법적 평가가 적절하였는지 보통심사를 하면서, 5년 연속 감사부가 시장에게 시의 재정 지출을 줄이라고 요구하였음에도 그 요구를 무시하였음을 인정하면서, 시장에게 시의 재정 파탄에 대한 책임이 있으므로 해임 처분이 정당하다고 판시하였다.

다음으로 프랑스선수연합(Fédération française d'athlétisme) 판결[593]에서는 도핑 문제로 인해 2년간 경기 출전금지의 징계를 받은 운동선수가 그 징계가 너무 중하다는 이유로 이를 취소해줄 것을 다투었다. 이 판결에서 꽁세유 데따는 이 사건의 항소심이 사실관계와 징계의 강도가 '명백하게 비례하지 않는지'가 아니라 단순히 '비례하는지' 여부를 심사하여야 한다고 하였다. 이후 2007년에는 전국자동차전문가위원회(Commisssion nationale des experts en automobile)의 자동차 전문가에 대한 징계의 심사강도도 보

591) Keller, Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir (concl. sur CE, ass., 13 nov. 2013, M. Dahan, n°347704, Lebon), RFDA, 2014 참조.

592) CE, 2 mars 2010, *M. Dalongeville*. 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 687.

593) CE, 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme,* n° 324439. 판례 출처: Le juge, le maire et l'athlète : vers un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires envers les maires et les sportifs (chron. sous CE 2 mars 2010, req. n° 324439), S.-J. Lieber et D. Botteghi, AJDA 2010, p. 664.

통심사라고 하여, 전문직에 대한 징계에 있어서도 보통심사를 하기 시작하였다.[594]

그러나 꽁세유 데따는 행정 내부 조직에 속한 공무원의 징계에 관하여는 제한심사의 강도를 오랜 시간 유지하여 왔다. 예를 들어, 꽁세유 데따는 2006년 뚜자르(Touzard)[595] 판결에서 경찰에게 임무로부터 '기한부 배제' (l'exclusion définitive du service)될 것을 명한 데크레의 효력을 다투었다. 이 판결에서도 여전히 꽁세유 데따는 위 데크레의 정당성에 대하여 명백한 오류가 있는지를 심사한다고 밝혔다. 그 근거로 행정재판소는 다른 내부조치로서의 징계의 경우 보통심사를 하는 것과는 달리, 공무원법에 무엇이 징계에 해당하는 '과오'인지에 관하여 정의규정이 없다는 점을 들었다.

결국 꽁세유 데따는 2013년에 이르러 다앙(Dahan) 판결[596]에서 공무원의 징계에 관해 제한심사를 해 온 위 1978년 르봉 판결을 폐기하고, 보통심사로 심사강도를 강화하겠다는 태도 변화를 천명한다. 꽁세유 데따는 강제퇴직 처분이 원고의 잘못에 비례하여 적절한지에 관해 심사하면서 종전의 태도처럼 행정청의 판단에 명백한 오류가 있는지를 심사하는 것이 아니라, 징계의 수준이 공무원의 잘못에 비례하는지를 전면적으로 심사함으로써 보통심사를 하였다. 이후, 꽁세유 데따는 교도소의 수감자에 대한 징계[597]와 군대에서의 군인에 대한 징계[598]까지도 포함하여 보통심사의 범위를 확장한다.[599]

---

594) CE, sect. 22 juin 2007, *Arfi.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 687.

595) CE, sect., 1 fèvrier 2006, *Touzard*. 판례 출처: Keller, Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir (concl. sur CE, ass., 13 nov. 2013, M. Dahan, n°347704, Lebon), RFDA, 2014.

596) CE, ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan.* 판례 출처: Petit & Frier, Droit administratif, 14^{e} éd., 2020, p. 687. 사실관계는 136-137면 참조.

597) CE, 1er juin 2015, *Borromée.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 687.

598) CE, 22 septembre 2017, *Général Piquemal.* 판례 출처: Petit & Frier, op. cit., p. 687.

599) 이상에 관하여 Keller, op. cit. 참조.

III. 청소년 유해서적, 유해 외국서적의 출판금지

꽁세유 데따는 종전에 청소년 유해 서적, 외국 서적에 관한 행정청의 출판금지 조치에 관하여 전면심사가 아니라 명백한 평가의 오류가 있는지만 판단하는 제한심사를 할 수 있다고 설시해 왔다.[600] 그러나 유럽인권협약에서 표현의 자유의 일종으로 출판의 자유를 명시하고 비례원칙에 대한 심사원칙을 설시하면서, 꽁세유 데따의 심사기준에도 변화가 생겼다.

먼저 청소년에게 유해한 출판물에 대한 금지 조치에 관한 심사의 경우에도 1980년 베르디어(Verdier) 판결[601]에서 제한심사에서 보통심사로 변화된 입장을 표명하였다. 외국 서적에 관하여서는 1985년 판결[602]에서 행정청은 세계 2차대전 당시 나치당의 선전물 중 일부를 재인쇄한 해외 서적의 발간을 금지하였다. 제1심인 파리행정재판소는 이러한 금지처분이 그 근거법률이 되는 1939. 5. 6.자 데크레-법(Décret-loi)에 의해 위임된 권한 범위를 넘어서는 것이라고 하여 그 처분을 취소하였다. 이 판결은 재판소가 제한심사에서 보통심사로 심사강도를 강화한 것이다.

유해한 외국서적의 출판에 대한 금지 조치의 경우에도 1997년 으캥 조합(Association Ekin) 판결[603]에서 제한심사에서 보통심사로 강도가 변경되었다. 이 판결은 비례성 심사를 적용한 초기 판결 중 하나로, 내무부 장관에게 프랑스 사회에 유해한 내용이 담긴 외국 서적의 국내 출간을 금지할 수 있는 권한을 규정한 법령이 심사대상이 되었다. 이 법령에서 유일하게 국내 출간을 전면적으로 금하는 조치만 규정한 것은 비례원칙 위반이어서 위법하다고 판결하였다. 서적의 내용이 공공질서를 어지럽힌

600) CE 2 nov. 1973, *sa librairie françois maspero.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 300.

601) CE, 9 mai 1980, *Verdier.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 300.

602) CE 17 avr. 1985, *Société les éditions des archers.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 300.

603) CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin.* 판례 출처: Morand-Deviller et al., op. cit., p. 300. 행정입법이 심사대상이 되었으나, 심사강도의 변화를 보여주는 중요한 판결이므로 이 논문에 소개하였다.

다고 판단할 만한 내용을 담고 있다고 하더라도, 전면 출간 금지 조치가 출판의 자유의 침해에 가하는 영향의 중대함을 고려하였을 때 그것이 위 자유에 가하는 제한을 '정당화하기에 충분하다'고 볼 수 없다는 것이 그 이유였다. 나아가 이 판결은 이 법령이 표현의 자유의 일종으로 출판권을 보장하는 유럽인권협약과도 양립할 수 없는 내용을 담고 있다고 지적하였다.

제4절 심사강도의 결정요소

지금까지 살펴본 바에 따르면, 프랑스 행정재판소는 다양한 분야에서 재량통제에 관해 사법심사 강도를 여러 단계로 분화하여 적용하여 왔고 시대 흐름에 따라 그 심사강도 또한 역동적으로 변화해 왔다. 이 절에서는 개별 사안에서 사법심사의 강도를 결정하는 요인이 무엇인지 일반화해보고자 한다. 심사강도의 결정 요인을 일반론 차원에서 논하는 프랑스 문헌은 잘 발견되지 않는다. 그럼에도 불구하고, 지금까지 살펴본 행정재판소 판례에 관한 개별적 고찰을 바탕으로 귀납적으로 심사강도의 결정요소를 추출하는 것은 프랑스의 심사강도 논의를 더 깊이 이해하고 추후 사건들에서 행정재판소가 어떤 심사강도를 적용할 것인지 예측함에 있어 유용한 도구가 될 수 있다고 본다. 나아가 우리나라와의 비교법 연구를 최종 도달점으로 삼는 이 논문에서, 프랑스 행정재판소의 재량통제에 있어서 심사강도의 결정에 대한 일응의 분석이 우리나라에서의 재량통제에 관한 논의로 향하는 접점이 될 수 있을 것으로 기대한다.

사법심사의 강도를 결정하는 주된 요소는 객관적 요소로서의 법 문언과 개별 행정분야의 특징, 주관적 요소로서 해당 사안에 관한 행정재판소의 통제의지로 나눌 수 있다. 법 문언에서 얼마나 재량행위를 구체적으로 규정하였는지, 개별 행정분야의 특징상 행정청의 재량을 얼마나 보

장하여야 하는지와 같은 객관적 요소들을 바탕으로, 결국에는 시대적 상황을 고려하였을 해당 사안에 관하여 행정재판소가 얼마나 강하게 적법성의 원칙을 관철할 것인지에 관한 의지에 따라 사법심사의 강도가 결정되는 것이다. 이러한 다양한 요소들을 고려하며 시대 상황의 변화에 따라 꽁세유 데따는 사법심사의 강도를 적절히 조절하면서 유연하게 대응해 왔다.

I. 객관적 요소

1. 법 문언

재량행위의 사법심사 강도는 재량권 행사의 근거가 되는 법률 문언이 행정주체에 얼마나 넓게 '평가의 여지'(la marge d'appréciation)를 보장하는지를 파악하는 것에서부터 시작된다. 심사강도의 결정에 있어서 행정재판소는 법 문언을 통해 행정주체가 해당 재량행위를 발령할 권한이 있는지, 권한이 있는 경우 입법자가 어느 정도의 평가의 여지를 부여하였는지 등을 판단하여야 한다. 먼저 '사실의 포섭' 단계에서 법률 문언이 재량행위의 발령요건을 상세하고 구체적으로 규정한 경우 — 규율밀도가 높은 경우 — 에는 심사강도가 강화된다. 반면, 법률요건에서 '필요한 경우', '공익의 보호를 위하여' 등 일반적이고 추상적인 불확정개념을 사용하는 경우 — 규율밀도가 낮은 경우 — 입법자가 그 법률을 집행하는 행정청이 구체적 상황에서 그 법률을 자유롭게 적용할 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것이므로 제한심사를 한다.

'결정의 적합성' 단계에서 법 문언에서 행정청이 행정행위를 내릴지 말지를 선택할 수 있도록 하는 결정재량이나 여러 가지 선택 중 하나를 자유롭게 취할 수 있도록 선택재량을 광범위하게 부여한 경우에는 그 입법자의 의사가 행정청의 재량에 선택을 맡기고자 함이 분명하므로, 행정재판소는 제한심사를 한다. 예를 들어, 「'지방분권화 대상 역무'(les services

déconcentrés)에 관한 2004년 4월 29일 데크레」 25조를 본다. 이 조항은 "복수의 지방분권화 대상 역무의 전부 또는 일부가 서로 동일한 국가 기능을 수행하고 있어 겹치는 경우에 그 전부 또는 일부를 통합할 수 있다."고 규정한다. 꽁세유 데따는 통합 대상이 된 지방분권화 대상 역무 중 일부는 상호 동일한 국가 기능을 수행하지 않는 경우에도 이 조항이 적용되어 통합할 수 있다고 해석하고 행정청은 이 경우에 통합을 할 것인지 말 것인지, 또는 전체를 통합할 것인지 일부를 통합할 것인지에 관해 '넓은 평가의 여지'를 갖는다고 하였다. 그리하여 꽁세유 데따는 통합의 정당성에 관하여 제한심사를 하였다.[604] 반면, 법 문언에서 행정조치의 내용이나 발령요건을 상세하게 규정한 경우에는 보통심사를 한다. 예컨대, 도시계획법 L.313-2조에서 "이 허가는 공사가 안전강화기준에 적합한 경우에만 발령될 수 있다"라고 규정한 경우에는 보통심사를 한다.[605]

법 문언이 변화하면서 심사강도가 변경되기도 한다. 자유권적 기본권이나 재판을 받을 권리에 관한 의식이 높아지고, 행정청의 자유로운 재량의 행사 권한이 존중되던 분야들에 있어서 행정청의 재량을 통제하여야 한다는 인식이 생겨났고 이러한 변화가 법 문언에 반영되었다.[606] 그렇지만 행정재판소는 법 문언의 변화가 없더라도 언제든지 개별 사안의

---

604) CE, 16 janvier 2008, *Syndicat UNSA Agriculture et Forêt.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, p. 909. 프랑스 8개 지역 데빠르멍(départments)에서 시설 분야 데빠르멍 집행부(la Direction Départementale de l'Équipement)와 농업, 산림 분야 데빠르멍 집행부(la Direction Départementale de l'Agriculture et de la Forêt)를 통합하기로 하는 국무총리의 결정에 관하여 제한심사를 하였다. Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, pp. 909-910 참조.

605) CE 4 mars 1983, *Hummel*. 판례 출처: Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014. Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 689; Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014 참조.

606) 예를 들어 징계에 관하여 법 문언에서 '징계에 관하여는 소송을 제기할 수 없다'고 명시하여 불복의 길을 차단하기도 하였으나 개인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 지적이 많아지면서 많이 삭제되었다.

특징이나 행정재판소 스스로의 통제의지 등에 따라 심사강도를 변경할 수 있다.

2. 개별 행정분야의 특징

꽁세유 데따는 개별 행정분야에 있어서 개인의 권리가 직접 침해되는 정도와 개인의 이익보호 필요성을 따지는 것으로 보인다. 판례를 보면, 보통심사는 개인의 자유와 권리, 특히 재산권에 대한 침해 등 사적인 이익보호성이 큰 경우 주로 채택되는 심사강도인 것으로 보인다. 예를 들어, 자유권, 사유재산권, 유럽인권협약에 의해 보장되는 권리, 공무담임권, 경치가 좋은 경관, 특정 지역에서의 학문적 필요성, 공공 서비스에 관해 이용자에게 가해지는 제한, 자연보호구역의 지정과 해제, 개인에 대한 입양허가, 강제수용에 관한 결정 등이 있다.

한편, 기술적이고 전문적인 판단이 요구되는 경우에는 약화된 심사강도가 적용된다. 경제 · 환경 등 분야의 예측 · 평가에 있어서 고도의 기술적 판단을 요하는 경우 제한심사를 한다. 고도의 기술적 판단의 경우에는 이에 관한 전문가가 내린 판단을 존중하여야 하고, 이를 재판부가 심사하는 데 있어 현실적 한계가 있기 때문이다. 또한 도시계획과 같이 정책판단의 성격이 강한 결정에 있어서도 그 정책적 성격상 행정청의 판단을 존중하는 제한심사를 한다.

참고로 유럽인권재판소는 기본권 침해가 문제되는 사안에서 '평가의 여지'를 결정함에 있어 여러 요소를 고려해야 한다고 하면서, 개인의 기본권이나 자기정체성에 관련된 사안에 있어서는 재량이 축소된다고 한다. 반면, 유럽평의회 회원국 간 유럽인권협약상 권리를 보호하는 최선의 방법에 관한 합의가 없는 경우, 특히 해당 사건이 민감한 윤리적 문제에 관한 것인 경우에는 재량이 넓어진다고 한다. 나아가, 국가가 서로 충돌하는 공 · 사익 또는 유럽인권협약상의 권리들 사이에서 조정자 역할을 수행하는 경우에도 재량의 영역이 더 넓어진다고 한다.[607]

3. 기타 요소

행정결정을 내리기 전에 꽁세유 데따는 의견(l'avis)제공 절차를 통해 결정에 영향을 미칠 수 있는 의견을 제공할 수 있다. 예를 들어, 재량행위를 발하기 전에 꽁세유 데따에 의견을 묻는 것이다. 꽁세유 데따로서는 이러한 사전의견제공 기회의 보장을 통해 재량의 적법성을 사전에 통제할 수 있는 기회가 보장되는 것이고, 이러한 의견을 거쳐 그 의견에 따라 낸 재량행위에 대하여 사후에 강력하게 재량통제를 하면서 스스로의 의견을 다시 스스로 통제하는 모양새가 되는 것에 곤란함을 느낄 수 있다. 이에 프랑스가 독일에 비해 전반적으로 본안의 심사강도가 낮다고 평가하면서, 그 이유를 프랑스의 경우 행정재판소가 사전에 재량통제를 할 수 있다는 것으로 제시하는 지적도 있다.[608] 이러한 관점에서 본다면, 꽁세유 데따에게 사전 의견제공의 기회가 보장되었고, 행정청이 이러한 의견에 따라 행정행위를 한 경우에는 이미 사전에 재량통제가 이루어졌으므로 심사강도를 약화할 수 있다. 또한 행정청이 꽁세유 데따가 제공한 의견과 반대로 행정행위를 하였거나, 사전에 의견제공이 이루어지지 않은 경우에는 심사강도를 강하게 하는 경향이 있을 수 있다.

II. 주관적 요소

앞서 살펴본 법 문언과 행정분야의 특징은 심사강도를 결정하는 객관적 요소들로, 논의의 출발점에 불과하다. 심사강도의 결정에 있어서 상당히 중요하게 작용하는 요인은 해당 사안에 대하여 행정재판소가 얼마나

607) 헌법재판소, 유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 : 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리, 8-9면 참조.

608) Lerche, Landesbericht Frankreich, Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Jochen Abr. Frowein(Hrsg.), Berlin 1993, S.36-37 ; Pache, a.a.O., S.202-203, 조원경, 행정소송에서의 불확정개념에 대한 사법심사강도: 독일법 · 프랑스법 · 영국법 · 미국법의 비교법적 고찰을 통한 우리나라 판례의 검토, 서울대학교 법학석사논문, 2003, 35면에서 재인용.

강한 통제의지를 갖고 있는지에 관한 주관적 요소이다. 심사강도를 결정함에 있어서 행정재판소 판사는 자신의 통제의지를 반영하여 법 문언을 해석하여 사법심사의 강도를 조절할 수 있다. 그 과정에서 행정에 얼마나 재량의 여지를 존중해 줄 것인지에 관한 판단이 개입된다. 행정재판소 판사의 의지가 행정청의 처분사유에 대한 사법심사 범위에 대한 결정에 있어 강력히 반영되는 것이다.

전통적으로 행정재판소의 개별 사안에 대한 통제의지에 따라 심사강도를 결정하는 문제에 있어서 꽁세유 데따는 상당한 자유를 보장받았다. 그러나 최근에는 유럽인권재판소 판례와의 관계에서 그 자유가 상당히 축소된 것이 사실이다. 많은 경우에 관해 비례성 심사를 실시하는 유럽인권재판소의 판례를 특히 고려해야 하면서 주관적 요소의 개입 여지가 많이 줄어들었다.[609]

1. 통제를 자제하는 경우

재량행위가 고등경찰권의 행사에 관련된 경우, 꽁세유 데따는 심사강도를 강화할 수 있는 객관적 요소의 변동이 있음에도 통제를 자제하여 왔다. 따라서 이 분야에 있어서 꽁세유 데따의 통제의지가 약하다고 추정할 수 있다. 그 배경에는 고등경찰권의 영역은 정책적인 판단의 개입 여지가 많아 전통적으로 꽁세유 데따가 행정재량을 존중해 온 영역이어서 쉽게 그 태도를 바꾸기 어렵다는 점과 그 외에 객관적 요소만으로는 설명하기 어려운 사회적 분위기 등이 작용하였을 것으로 추측된다.

꽁세유 데따가 약한 통제의지를 보였던 대표적인 사례로 외국인의 추방이 있다. 1945년 이전까지는 외국인의 추방에 적용되는 구체적 법 문언이 전혀 없었고, 외국인에 대한 추방은 행정청의 순수한 재량의 영역으로 보장되었다. 꽁세유 데따는 추방에 대한 행정결정은 월권소송의 심

609) Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 689 참조.

사대상이 되지 않는다고 하여 왔다. 이후 외국인의 추방 요건을 규정한 1945년 11월 2일 오르도낭스가 제정되어, 외국인의 행동이 '공공질서에 해악'을 끼쳐야 한다고 규정하였다. 이러한 법 문언의 변화로, 추방에 있어서 재량통제의 심사기준이 생겼음에도 불구하고 꽁세유 데따는 여전히 오랫동안 외국인의 추방에 대한 사법통제를 거부하다가, 1991년에 들어서야 외국인의 행동이 위 법률요건상의 '공공질서에의 해악'을 끼치는지 여부에 관한 사실의 법적 해석 문제에 관하여 제한심사만 하여 왔다.[610]

또한 공무원에 대한 징계에서도 최근까지 통제의지가 약하였던 것으로 보인다. 공무원에 대한 징계에 관해 유럽인권재판소에서 행정내부관계에 있는 경우에도 징계의 정당성은 비례원칙에 의하여 심사하여야 함이 유럽국가들의 일반원칙으로 받아들여지는 추세에도 불구하고, 2013년 다앙(Dahan) 판결 전까지 꽁세유 데따는 제한심사에 그치고 보통심사를 하지 않았다.[611]

2. 통제를 강화하는 경우

입법자는 개인의 기본권이나 자유에 관련된 영역에서 법 문언과 같은 객관적 요소의 변경이 없음에도 불구하고 심사강도를 강화하는 경우가 있다. 그 배경에는 개인의 기본권, 자유의 중요성이 시대의 변화에 따라 강조되어 왔다는 것과, 이러한 심사강도 강화를 요구하는 국내외적 분위기가 있을 수 있다. 특히 최근에는 유럽인권재판소 판결의 영향을 많이 받는 것으로 보인다.

예를 들어, 행정내부조치로서의 징계 분야에서 특별히 법적 조건에 변동이 없음에도 심사강도가 강화된 경향을 들 수 있다. 2007년 아피(Arfi) 판결[612]에서는 공무원의 징계에 관하여 어떠한 법 문언의 변화가 없음에

610) Petit & Frier, Droit administratif, 14e éd., 2020, p. 690 참조.

611) 다앙 판결에 관하여 전술한 136-137면 참조.

612) CE, sect., 22 juin 2007, *M. Arfi.* 판례 출처: Serrand, Le contrôle juridictionnel du

도 공무원이 범한 과오에 상응하는 강도의 징계가 내려졌는지에 관해 비례성 심사로 강화하는 최대심사를 하였다. 이 판결의 재판연구관은 “법문언에서 법적 조건을 명확하게 규정하지 않은 경우”에는 제한심사에서 보통심사로 심사강도를 변경할 수 있다고 한다.[613] 이 경우에는 법률 문언에 아무 제한이 없음에도 행정재판소의 통제에 대한 확대의지로 ‘행정청은 오직 공무원이 범한 잘못의 중대성에 비례하는 수준의 징계만 내릴 수 있다.’고 조건을 부과한 것이라 할 수 있다.[614]

두 번째, 헌법재판소와 유럽인권재판소 판결의 영향이다. 헌법재판소는 공무원에 대한 형사처벌에 관하여 비례원칙에 따라 범죄행위와 처벌의 강도 간의 균형을 심사하여야 한다는 판결을 내렸다. 유럽인권재판소는 2006년 판결[615]에서 공무원에 대한 징계에 관하여서도 유럽인권협약 제6조 제1항에 보장된 공정한 절차에 의해 재판받을 권리가 지켜져야 한다고 선언하였다.

또한 개인의 재산권에 관련된 강제수용의 영역, 즉 공익성 인정에 관한 판단의 심사강도에서 관련 법 문언의 변화가 없는 상황에서도 꽁세유데따는 대조표 심사를 적용하여, 공익성 인정의 적법성에 관하여 심사하기 시작하였다. 그리하여 공익성 인정에 관하여 과거에는 통제를 하지 않다가 입장을 선회하여 심사를 하기 시작하였다.[616]

---

pouvoir discrétionnaire de l’administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012, pp. 910-911.

613) CE, sect., 22 juin 2007, *M. Arfi,* Concl. M. Guyomar, RFDA, 2007, p. 1199 참조.

614) Serrand, op. cit., pp. 910-911.

615) CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen v. Finland,* n° 63235/00. 판례 출처: Keller, Le contrôle normal des sanctions disciplinaires par le juge de l'excès de pouvoir (concl. sur CE, ass., 13 nov. 2013, M. Dahan, n°347704, Lebon), RFDA, 2014 참조.

616) 이상에 관하여 Petit & Frier, Droit administratif, 14^{e} éd., 2020, pp. 689-691; Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l’exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014 참조.

III. 소결

이상을 정리하면, 프랑스 행정재판소에서 심사강도를 결정하는 요소들로 다음을 들 수 있다. ① 법 문언의 구체성, ② 개인의 기본권, 인권과의 관련성, ③ 전문적 지식, 평가의 필요성, ④ 충돌하는 이익이나 침해되는 이해관계인의 존재 여부, ⑤ 사전 재량통제 기회의 존재, ⑥ 정책적 자율 판단의 필요성 등이다. 이 중 법 문언의 구체성, 개인의 기본권, 인권과의 관련성, 충돌하는 이익이나 권리의 존재는 모두 심사강도를 강화하는 요인들이다. 반면, 전문적 지식, 평가의 필요성, 사전 재량통제 기회의 존재, 정책적 판단의 필요성은 심사강도를 약화하는 요인들이다. 이러한 요소들에 의하더라도 구체적 사안에서 심사강도를 결정하는 것은 결국 행정재판소의 구체적 사안에 대한 통제의지가 좌우한다고 할 수 있다. 주관적 요소에 영향을 미치는 것은 개별 사안의 사실관계와 해당 쟁점에 대한 당시 사회적 인식이나 분위기 등일 것이다.

제4장 우리나라에 대한 시사점

제1절 개설

비교법 연구의 목적은 타자를 통해 자아를 더 깊이 성찰하고자 함에 있다. 다른 나라의 법체계를 고찰하면서 우리나라의 법체계에서 한 발짝 물러나 보면 비로소 연구자는 우리 법을 보다 객관적 시각에서 바라볼 수 있다. 우리나라의 재량론은 요건재량과 효과재량의 구별론, 재량의 하자론, 불확정개념의 해석에 관한 판단여지(Beurteilungsspielraum) 이론에 있어서 상당 부분 독일의 영향 아래 있다. 그리하여 독일과 뚜렷이 구별되는 고유의 재량통제 체제를 오랫동안 정립해 온 프랑스와의 비교는 우리 재량통제 체제의 발전을 위해 필요한 효과적인 도구가 된다.

우리나라에서는 2002년 행정소송법 개정이 추진된 이래 항고소송의 대상인 처분 개념을 확대하고 국민의 구체적 권리 · 의무에 직접 영향을 미치지 않더라도 항고소송을 통해 행정행위의 위법을 시정할 수 있도록 하자는 논의가 꾸준히 진행되었다.[617] 그 과정에서 항고소송의 대상적격에 대한 비교법 연구로 객관소송의 성격을 가지면서 행정입법까지 대상적격으로 넓게 포용하는 프랑스의 월권소송 제도가 관심을 받아 왔다. 그동안 소송요건 단계의 대상적격 확대가 활발하였던 것에 비해, 본안심사 단계에서 어떻게 재량에 대한 사법심사를 수행할 것인지는 상대적으로 논의가 적었다. 처분 개념이 넓어진다는 것은 소송요건이 확대되고 항고

617) 행정소송의 대상적격 확대를 주장하는 문헌들로 박정훈, 행정소송법 개정의 주요쟁점, 공법연구 제31권 제3호, 2003; 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위: 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로, 행정법연구 제42호, 2015; 김현준, 행정입법에 대한 행정소송, 공법연구 제46집 제2호, 2017; 이은상, 거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가, 행정법연구 제63호, 2020; 이상덕, 거부처분의 처분성 인정요건으로서의 '신청권' 이론에 관한 비판적 고찰, 사법 제55호, 2021; 박현정, 행정소송법 개정과 항고소송의 대상적격, 행정법학 22호, 2022 등 참조.

소송을 통해 행정청의 재량행위의 위법성을 시정할 수 있는 길이 확장된다는 의미이다. 그렇다면 이제는 본안심사 단계에서 어떻게 재량행위의 위법성을 심사할 것인지도 본격적으로 논의되어야 한다. 그리하여 재량행위에 대한 사법심사에 있어 객관적이고 합리적인 심사기준을 확립해야 하고, 이를 적용하는 것 또한 중요해지는 것이다. 앞으로 본안 단계에서의 재량에 관한 통제 논의에 있어 우리의 행정과 사법 현실에 가장 알맞은 재량의 심사척도와 심사강도를 탐구하는 방향으로 이러한 움직임이 더욱 활성화될 것으로 기대되는 바이다.

프랑스의 개별 재량행위에 대한 통제 이론에 관한 지금까지의 연구내용을 바탕으로, 이제는 우리의 재량행위에 대한 사법심사 논의에 있어서 시사점을 얻고자 한다. 앞으로 재량통제 이론이 나아가야 할 방향은 크게 세 가지로 요약된다. 효과재량설의 극복(제2절), 재량권 일탈 · 남용이론의 재고(제3절), 심사강도의 다양화(제4절)가 그것이다.

제2절 효과재량설의 극복

I. 요건재량과 효과재량의 구별

우리나라의 재량통제 이론은 재량의 본질이 무엇인지에 관해 법률요건에 규정된 불확정개념에 대한 해석의 문제와 법률효과의 결정 단계에서 어떤 내용의 결정을 내릴 것인가의 문제를 구별하는 관점에 기초한다. 이는 독일의 영향이 크다. 독일에서는 19세기 중반부터 베르나치크(Bernatzik)가 주장한 법규의 요건부분에 규정된 불확정개념의 해석과 적용은 재량의 문제이므로 이에 관해서는 사법심사가 가능하지 않다는 요건재량설과, 테츠너(Tezner)가 주장한 입법자가 규정하는 법률효과에 관해서 재량이 보장되므로 사법심사가 가능하지 않다는 효과재량설이 대립

했다.[618] 1960년 이후로 연방행정재판소법(VwGO)에서 모든 재량행위에 대하여 취소소송의 대상적격이 인정되면서 효과재량설이 통설, 판례로 확립되었다.[619]

효과재량설을 주장하는 입장에서는 우리나라에서 불확정개념의 해석 및 적용에 있어 법원의 심사강도를 약화하기 위해 판단여지 이론이 주장되기도 한다.[620] 독일에서 판단여지 개념은 효과재량설에 의해 재량행위에 대하여 행정재판소가 전면적으로 사법심사를 할 수 있게 되면 그 과정에서 행정의 자율성에 대한 존중이 약화된다는 비판에 대한 대응으로 등장하였다.[621] 독일의 통설인 효과재량설은 불확정개념의 해석 및 적용은 '의지'에 관한 재량의 문제가 아니라 '인식'에 관한 사실 포섭의 문제로 본다.[622] 사실을 제대로 인식하였는지에 관해서는 하나의 정답이 있으므로 행정청이 이를 제대로 수행하였는지에 관해 법원이 전면 심사할 수 있다. 그러나 그에 따른 행정의 자율성 침해 문제가 발생할 수 있고, 이를 해결하기 위해 행정청에게 '판단여지'가 인정되는 일부 불확정개념에 대하여는 법원의 전면적 심사가 제한된다는 것이다.[623]

법률의 구성요건에 규정된 불확정개념의 포섭을 요건재량으로 볼 것인지에 관하여 국내 학자들 간에 대립이 있다. 다수설인 구별설(이원설)[624]에 따르면, 사실의 불확정개념에의 포섭은 사실을 정확히 인식하는 문제이므로 재량이 인정되지 않다고 한다. 그러면서도 이에 관한 판단에 있어서 행정청의 해석을 존중할 필요가 있는 경우 별도의 '판단여지' 개념

---

618) 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005, 252-253면; 이은상, 독일 재량행위 이론의 이해, 2014, 13-40면 참조.

619) 박정훈, 위의 논문, 253-254면; 이은상, 위의 책, 13-40면 참조.

620) 박정훈, 위의 논문, 255-258면 참조.

621) 앞의 논문, 255면 참조.

622) 앞의 논문, 253면 참조.

623) 앞의 논문, 255면 참조.

624) 김남진 · 김연태, 행정법 I , 법문사, 2020, 222면 이하; 정하중/김광수, 행정법개론, 법문사, 2022, 176면; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 362면; 박균성, 행정법강의, 제18판, 2021, 208면; 김중권, 행정법, 법문사, 2019, 98면; 김남철, 행정법강론, 박영사, 2018, 144면; 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사, 2018, 37면 참조.

을 인정하여야 한다고 주장한다. 반면, 비구별설(일원설)[625]은 요건 부분에도 행정청의 재량이 인정되고, 효과재량에 관한 판단과 구별할 필요가 없다고 한다. 판례는 요건재량과 판단여지를 달리 구별하지 않는 비구별설과 합치한다.[626]

요건재량과 판단여지를 달리 구별하지 않는 일원론에 찬성한다. 독일에서의 요건재량과 효과재량의 구별은 재량에 대한 사법심사가 아예 가능하지 않았던 군주제부터 바이마르 시대, 나치 시대를 거치며 민주주의·법치 이념이 확대되어 온 독일 특유의 역사적 맥락에서 형성된 것으로 판단된다. 요건 단계의 재량이 부정되기 때문에 행정의 자율성을 존중하여야 할 영역에 있어서 사법심사를 자제할 필요성이 발생한 것이다. 우리나라의 경우 행정소송 초기 단계부터 재량에 대한 전면적 사법심사가 인정되었고, 법률요건 단계에서 불확정개념의 위법에 관한 판단이 법률효과 단계에서의 재량에 관한 판단과 심사기준과 심사강도 측면에서도 특별히 방법론을 달리하지 않는다. 굳이 요건재량과 판단여지를 따로 구별할 필요가 없다고 본다. 우리나라의 행정소송법, 행정기본법 등 법 규정과 판례도 요건재량과 효과재량을 따로 구별하지 않는 것으로 파악된다.

---

625) 김철용, 행정법, 2020, 204면; 김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2019, 282면; 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005, 266-270면; 류지태, 행정법신론, 2004, 71면 참조.

626) 대표적으로 「국토계획법 제56조 제1항 제2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 국토계획법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다.」고 판시한 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960판결 참조. 그 외에도 '교과용 도서로서의 적합성'에 관한 교과서검정을 재량행위라고 한 대법원 1988. 11. 8. 86누618 판결과 감정평가사시험에서 '감정평가사에의 적합성'에 관한 합격기준 결정이 재량행위라고 한 대법원 1996. 9. 20. 선고 96누6882 판결 등이 있다.

II. 재량의 본질에 대한 재인식

우리나라에서 지금까지의 재량의 본질에 대한 논의는 위 Ⅰ.에서 살펴본 것처럼 요건재량과 효과재량의 구별을 바탕으로 판단여지의 개념을 인정할 것인지 말 것인지의 문제에 집중되어 온 경향이 있다. 이제는 요건재량과 효과재량의 구별 차원을 넘어, 재량의 본질이 무엇인지에 대하여 논의의 발전이 필요하다고 판단된다. 이 논문에서 앞서 검토하였듯 프랑스의 재량론이 요건재량과 효과재량을 따로 구별하지 않고 형성되어 온 점은 앞으로 우리나라에서 다루어야 할 요건재량과 효과재량의 구별과 관련 논의에 참고가 될 수 있다.

프랑스에서 재량은 사실을 법률에 연결하는 문제, 프랑스식 표현으로 '사실을 법적으로 평가'(la qualification juridique des faits)하는 문제이다. 재량은 입법자가 행정청에게 사실을 법적으로 평가 내지 해석할 수 있는 권한을 부여한 것이다. 프랑스에서는 법률요건에 규정된 불확정개념의 해석 · 적용과, 효과재량 단계에서의 행위내용의 결정 모두 행정청의 사실에 대한 법적 평가작용이라는 점에서 뚜렷한 구별의 실익이 없다.[627]

프랑스에서 행정청은 자의적으로 아무 법률효과나 선택할 수 있는 것이 아니라 사실관계를 고려하여 가장 적합한 선택을 내려야 할 의무가 있다. 따라서 요건재량이나 효과재량이나 모종의 정답이 있는 것이 된다. 입법자가 '평가의 여지'를 법 문언에 규정한 이유는 이를 아무렇게나 행사해도 좋다는 의미가 아니라 다양한 현실적 상황을 법 문언에 상세히 반영하여 최적의 법률효과를 규정하는 것은 불가능하니 그 적용을 맡은 행정청이 구체적 상황에 맞추어 사실관계를 수집 후 다양한 고려요인들을 형량하여 가장 좋은 선택을 내리라는 명령이라고 할 수 있다. 이에 프랑스에서는 사실문제, 즉 행정청이 사실을 제대로 파악하지 못함으로써 가장 적합한 선택을 내리지 못한 경우에는 재판상 통제가 가능하다고

627) 이에 관하여 전술한 제3장 제2절 Ⅲ. 1. '요건재량과 효과재량의 구별' 참조.

한다. 재량에서의 선택 그 자체에 대해서는 법원이 그 당부에 관하여 통제할 수 없더라도 그 판단의 근거가 된 사실문제에 관해서는 심사가 가능하다고 본다.

이러한 프랑스의 인식은 재량이 실제 현실에서 행사되는 모습에 더 가까운 측면이 있다. 행정청이 재량을 행사함에 있어 실제로는 인식의 문제와 의지의 문제가 잘 구별되지 않는다는 것은 독일의 재량이론에서도 지적되고 있는 문제이기도 하다. 요건재량과 효과재량의 구별을 넘어서 재량을 본다면, 재량의 본질은 행정청의 법률 해석 및 판단에 대한 자유의 부여와 그에 대한 면책이라고 할 수 있을 것이다.

제3절 재량권 일탈·남용이론의 재고

I. 용어의 모호성

판례는 '재량권의 일탈·남용 여부'를 기준으로 재량행위의 위법성을 심사한다. 이에 관해 2021년 제정된 행정기본법 제21조는『행정청은 재량이 있는 처분을 할 때에는 관련 이익을 정당하게 형량하여야 하며, 그 재량권의 범위를 넘어서는 아니 된다.』는 규정을 명문화하였다. 재량권 남용은 이미 불문법상 법원이고 헌법원리이므로 이 규정은 확인적 의미를 갖는다고 할 수 있다. '관련 이익을 정당하게 형량하여야 한다'는 법문언을 확대 해석하여 재판규범으로서의 의미를 강조할 경우 모든 행정재량에 관하여 법원이 이익형량의 정당성을 강하게 심사할 우려가 있다. 그러나 이는 행정의 자율성을 훼손할 우려가 있으므로 적절히 해석하여 행정청의 행위규범이라 보아야 하고, 위 조항은 재량행위의 일탈·남용 이론을 재확인하는 규정이라 보아야 할 것이다. 위법성은 재량의 일탈·유월과 재량의 남용을 의미한다. 개념적으로는 재량의 일탈·유월은 법

령위반과 같이 재량권의 외적 한계를 넘은 것이고, 재량의 남용은 법의 목적을 위배하거나 비례원칙, 부당결부 금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등원칙 등 행정법의 일반원칙[628] 위반 등 내적 한계를 넘는 것으로 구별된다. 그러나 판례는 재량권의 일탈과 남용을 명확히 구분하지 않으며, 일탈이든 남용이든 재량의 한계를 넘어서는 재량권 행사는 위법하게 된다는 논리이므로 뚜렷한 구별의 실익은 없는 것으로 보인다.

II. 행위 차원 논의의 한계

우리나라에서 재량의 일탈·남용판단에 있어서는 사전의 기속행위와 재량행위의 구별이 매우 중요하다. 기속행위의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 재량행위의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 고려하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 해당 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지만을 심사한다.[629]

그리하여 우리나라에서는 기속행위와 재량행위를 어떻게 구별할지에 관하여 다양한 논의가 있다. 법률규정 및 입법취지, 행위의 성질, 기본권

---

628) 우리나라에서 불문법으로 존재하던 행정법의 일반원칙의 내용은 행정기본법의 제정으로 성문 법규가 되었다. 평등의 원칙은 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다는 원칙이다(행정기본법 제9조). 비례원칙은 행정작용은 1. 행정목적을 달성하는 데 유효하고 적절할 것, 2. 행정목적을 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것, 3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것이라는 원칙에 따라야 한다는 것이다(제10조). 신뢰보호의 원칙은 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다는 원칙이다(제12조). 부당결부의 원칙은 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다는 것이다(제13조).

629) 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결; 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두16787 판결; 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두45739 판결 등 참조.

관련성, 공익관련성 등을 전체적으로 고려해야 한다는 논의를 소개하고, 대부분 종합적 기준설에 찬성하기도 한다.[630] 판례는 일명 기속행위와 재량행위의 구별에 관하여 종합적 기준설에 따라, 해당 행위의 근거가 된 법규의 체계 · 형식과 문언, 해당 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 해당 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다는 기준을 설시한다. 보통 법 문언의 법률효과를 기준으로 하여 "~하여야 한다"라고 규정된 경우 기속행위로, "~할 수 있다"라고 규정된 경우 재량행위라고 설명된다. 그러나 이러한 기준에 의하더라도 어떤 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 명확히 구별하는 것이 현실적으로 어렵다는 한계가 있다. 그리하여 재판 실무에서는 문제되는 행정행위의 위법성을 본격적으로 판단하기 전에 당해 행정행위의 성질이 재량행위인지 기속행위인지 밝히기 위하여 상당한 노력을 들이기도 한다.

III. 권한 차원 논의로의 전환

이렇게 우리 실무에서 행정행위의 성질을 재량행위와 기속행위로 양분하는 것에 어려움을 겪는 까닭은, 모든 행정행위가 언제나 기속행위와 재량행위 중 하나로 명쾌하게 구별될 수 있는 것은 아니기 때문이다. 재량행위라 하더라도 입법자가 행정주체에 자유로운 평가의 여지를 허용한 부분에 있어서만 재량권을 행사할 수 있을 뿐이다. 재량행위 중에서도 행위의 목적이 공익을 위한 것이어야 한다거나, 관련 법령을 제대로 적용하여야 한다거나, 사실판단을 정확하게 해야 하는 등 대부분의 행위요소는 법률에 따를 의무가 있고 행정청의 자유로운 선택이 개입할 여지가 없다. 이러한 점에서 재량행위 중에서도 '재량권이 있는 영역'과 '기속의무가 있는 영역'이 나뉘어지는 것이다. 행정행위가 재량행위인가 또는

630) 박균성, 행정법강의, 제18판, 2021, 208면; 김중권, 김중권의 행정법, 법문사, 2019 참조.

기속행위인가를 일률적으로 판단하는 것이 언제나 쉽지는 않다. 예를 들어, 건축허가의 경우에는 한 개의 조문이 요건규정과 효과규정으로 나누어지는 것이 아니라 건축허가를 정하는 규정으로는 '건축허가를 받아야 한다'는 규정만을 두고 있고, 구체적 허가요건은 건축법, 도시계획법 이하 행정규칙에서 다양하게 규정되어 있다. 또한 기속행위인 건축법상의 건축허가에는 이로 인해 의제되는 행위이자 재량행위인 도시계획법상의 건축허가도 포함되어 '재량행위를 포함하는 기속행위'가 되므로 이 경우에는 재량행위로서의 성격도 고려하여야 한다.[631]

행정행위의 수권규범을 제정하면서 입법자가 행정청의 평가가 개입할 여지를 규정하는 경우, 실제 입법자의 의사가 해당 행정행위 전체를 재량행위라고 정하거나 기속행위로 정하는 데 있었다고 보기도 어렵다. 더불어, 재량행위의 위법성의 심사기준과 판단방법은 의미가 명확하고 오해의 소지가 없어야 할 것이다. 그러나 재량의 일탈 · 남용을 판단하는 데서 무엇이 '일탈'이고 무엇이 '남용'인지에 관하여 명확히 개념적 합의가 이루어졌다고 보기도 어렵다.[632]

이러한 점에서 이 논문에서는 재량의 일탈 · 남용이라는 모호한 개념을 기준으로 재량의 위법성을 판단하지 아니하고, 기속행위와 재량행위의 구별 없이 행정행위의 위법성 판단기준으로서 사실오인, 법령위반, 비례원칙 · 평등원칙 등 행정법의 일반원칙 위반 등 공통적인 심사척도를 마련할 것을 제안하고자 한다. 프랑스에서는 원칙적으로 행정주체에게는 행위를 취할지 아니할지 및 무슨 결정을 내릴지를 선택할 재량권이 있고, 특별히 해당 법 문언이나 판례에서 행정청에게 평가의 여지나 자유

631) 김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 1998, 160-171면 참조.

632) 이 논문을 작성하는 과정에서 지도교수인 박정훈 교수는 다음과 같이 우리나라의 재량의 '일탈 · 유월' 개념에 의문을 제기하였음을 밝혀 둔다. '재량의 일탈 · 유월'은 'le détournement du pouvoir'의 국문 번역에서 비롯된 표현이다. 프랑스에서 'détournement du pouvoir'는 권한남용으로서 행위가 법의 목적에 반하는지에 관한 실체적 심사를 요하는 것이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서 재량의 '일탈' 표현을 비교적 형식적인 심사를 하는 '외적' 한계를 넘는 경우에 사용하고, 법의 목적을 위배하는 경우는 재량의 '남용'이라고 지칭하는 것은 부정확한 것이다.

로운 선택권을 배제한 경우에만 기속의무가 있다고 본다. 이러한 프랑스의 입장은 우리나라에 시사하는 바가 크다.

제4절 심사강도의 다양화

I. 불확정개념의 해석·적용에 대한 심사강도의 약화

1. 논의 상황

입법기술상 불확정개념을 사용하여 법 조문이 규정되는 경우가 많다. 예컨대, 토지형질변경허가의 요건으로 사용되는 "역사적 문화적 향토적 가치가 있는 지역으로서 원형보전의 필요가 있는 경우"와 같은 요건은 불확정개념이다.[633] 우리 실무는 재량행위의 경우 일부 특별한 경우 외에는 심사강도를 특별히 달리하지 않고, 행정청의 판단이 정당한지에 관해 법원이 새로 심사하는 것을 원칙으로 하였다. 그리하여 불확정개념의 해석에 있어서는 법원이 많은 경우에 전면적·대체적 심사를 해 왔다. 이는 과거 권위주의 정부 시절 행정에 의해 개인의 권리가 침해될 수 있고 이를 법원이 견제하여야 한다는 인식이 강하였기 때문인 것으로 짐작된다.

최근 우리나라에서도 행정이 현대화·전문화되면서 행정청의 전문적 판단을 존중하여야 한다는 인식이 강해졌고, 이에 일부 개별 분야에서 심사강도를 약화하는 경우가 발견된다. 심사강도의 약화에 관하여 우리 판례는 재량의 위법성 심사에 있어 심사강도가 약화되는 기준이나 그 경우의 심사기준에 관하여 일반적인 원칙을 밝힌 바는 없다. 개별 분야에 따라서 '폭넓은 재량', 또는 '광범위한 재량'을 특별히 더 존중하여야 한

633) 김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 1998, 168면.

다고 판시하여 심사강도를 약화하고 있다. 법원이 어떤 개별 분야에서 심사강도를 약화하는지에 관하여 아직 충분한 논의가 축적되지는 않았다. 그러나 대체로 전문·기술적 판단이 요구되는 영역,[634] 외교정책·국가안보와 관련되어 있거나 장래 공동체에 미칠 예측적 판단에 관한 정책적 영역,[635] 도시계획 등 계획재량 영역,[636] 시험에서의 평가·승진·임용 등 비대체적 결정 영역[637]에서 법원의 심사강도가 낮다는 데 어느 정도

---

634) 예를 들어, 신의료기술의 안전성유효성 평가 등에 관하여, 대법원은 이러한 분야는 "고도의 의료보건상의 전문성을 요하므로, 행정청이 국민의 건강을 보호하고 증진하려는 목적에서 의료법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 이에 대하여 전문적인 판단을 하였다면, 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 판단이 객관적으로 불합리하거나 부당하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다."고 판시하였다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013두21120 판결).

635) 예를 들어, 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위에 대한 행정청의 허가에 관하여 법원은 당초 행정청의 판단을 존중하여야 한다고 하면서, "'환경오염 발생 우려'와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리적이지 않다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있다."고 판시한다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2021. 7. 29. 선고 2021두33593 판결). 위 2016두54490 판결은 개발행위에 대한 행정청의 허가에 있어 법원이 전면적·대체적 심사를 하였던 종전 판례의 태도에서 방향을 전환하여 심사강도를 약화한 것이라고 평가된다.

636) 예를 들어, 대법원은 「산업입지 및 개발에 관한 법률」상 산업단지개발계획 변경권자가 산업단지 입주업체 등의 신청에 따라 산업단지개발계획을 변경할 것인지를 결정하는 계획행정에 관하여 "행정청은 구체적인 행정계획을 입안·결정할 때 비교적 광범위한 형성의 재량을 가진다. 다만 행정청의 이러한 형성의 재량이 무제한적이라고 할 수는 없고, 행정계획에서는 그에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 사이에서나 사익 사이에서도 정당하게 비교·교량하여야 한다는 제한이 있으므로, 행정청이 행정계획을 입안·결정할 때 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획 결정은 이익형량에 하자가 있어 위법하게 될 수 있다."는 일반론적 설시를 하였다(위 2021두33593 판결).

637) 예를 들어, 대법원은 교육부장관이 국립대학에서 추천한 총장후보들을 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청하여 결국 임용제청된 다른 후보자가 총장으로 임용된 사안에서, "대학 총장 임용에 관해서는 임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에 비하여 광범위한 재량이 주어져 있다고 볼 수 있다. 따라서 대학에서 추천한 후보자를 총장 임용제청이나 총장 임용에서 제외하는 결정이 대학의 장에 관한 자격을 정한 관련 법령 규정에 어긋나지 않고 사회통념에 비추어 불합리하다고 볼 수 없다면 쉽사리 위법하다고

동의가 이루어진 것으로 보인다.

우리 판례에서는 행정청의 판단을 존중하는 경우 사안에 따라 조금씩 다른 표현을 사용하고 있다. 예를 들어 행정청의 전문적인 평가 결과에 관하여는 "그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정"이 아니라면 법원이 당부를 판단하지 않는다고 한다.[638] 예측적 판단에 관해서는 "내용이 현저히 합리적이지 않다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례원칙에 뚜렷하게 배치되는 경우", 행정계획에서의 이익형량에 있어서는 "이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우",[639] 공무원의 승진임용에 관해서는 그 결정이 "사회통념상 합리성을 갖춘 사유"에 따르지 않은 경우[640] 외에는 재량행위의 위법 판단을 하지 않는다고 설시하였다. 그 표현은 사안에 따라 많이 다르지만 거시적으로 보면, 행정청의 평가 오류가 법원의 통제가 필요할 정도로 심각한지를 판단하는 기준은 '사회통념, 건전한 상식, 객관적 합리성'이라고 할 수 있고, 오류의 정도는 '현저함'이라고 할 수 있다. 프랑스 행정재판소는 제한심사에 있어서 명백한 평가의 오류가 있는 경우에 한하여

판단해서는 안 된다."고 판시하였다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결). 또한 판례는 공무원 승진임용에 관해서는 "임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 광범위한 재량이 부여되어 있다. 따라서 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용에서 제외하는 결정이 공무원의 자격을 정한 관련 법령 규정에 위반되지 아니하고 사회통념상 합리성을 갖춘 사유에 따른 것이라는 주장 · 증명이 있다면 쉽사리 위법하다고 판단하여서는 아니 된다."고 하였다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결).

638) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017두39785 판결. 원고의 공군비행장 인근에 '버스차고지 부지'를 조성하겠다는 개발행위허가 신청에 대하여, 행정청이 구 군사기지 및 군사시설 보호법 및동법 시행규칙에 따른 관할 부대장의 부동의 의견을 기초로 개발행위불허가처분을 하였다. 원고는 불허가처분에 처분사유가 부존재하고 관할 부대장의 부동의 의견이 재량권 일탈 · 남용에 해당한다는 이유로 불허가처분의 취소를 구하였다.

639) 위 2021두33593 판결.

640) 위 2015두47492 판결.

법원이 행정청의 판단을 통제한다. 판례마다 조금씩 다르게 표현하기는 하지만 '명백히 비례하지 않는지'(manifestement disproportionné)를 살피고, 이것은 "당사자가 주장하고 판사가 인정하였으며, 건전한 상식에 비추어 보아도 의심의 여지가 없는 명백한 오류"[641]이다.

우리나라의 심사강도 조절에 관하여 미국 행정법과 비교하는 논의가 활발하다. 미국 행정법에서의 심사강도 조절에 관한 이론은 행정청의 재량에 대한 존중(deference)에 관한 연방행정절차법상의 자의금지 기준[arbitrary, capricious, an abuse of discretion, 제706(2)(A)조], 실질적 증거 기준[substantial evidence, 제706(2)(E)조], 전면적 재심사 기준[de novo, 제706(2)(F)조]과 쉐브론(Chevron) 판결[642]에서 정립된 단계별 원칙과 같이, 일반적 · 보편적으로 적용되는 심사강도 조절의 원칙을 정립하는 데 초점이 맞춰져 있다. 이에 비해, 우리 판례에서 나타나는 심사강도 약화의 양상은 개별 분야별로 다르게 나타나고, 일반적 · 보편적 원칙을 수립하려는 시도가 아직까지는 관찰되지 않는다는 점에서 미국보다는 프랑스의 심사강도 조절과 유사하다고 할 수 있다.

2. 권력분립상 한계 차원의 당위성

우리나라에서 재량은 처음부터 행정소송의 대상이었다. 행정소송법은 취소소송을 '행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송'이라고 하면서(제4조 제1호), "행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다."고 규정한다(제27조). 위 법문에 의하여 재량권의 한계를 벗어나서 재량권의 일탈 남용에 해당하는 경우에는 취소하여야 한다. 그리하여 재량행위에 대한 항고소송이 제기되면 각하할 것이 아니라 일단 받아들여 본안심리

641) " L'erreur évidente, invoquée par les parties et reconnue par le juge, et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé", CE, 13 novembre 1970, *Lambert.* 이에 관하여 Morand-Deviller et al., Droit administratif, 17e éd., 2021, p. 298 참조.

642) Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).

에 들어가야 한다는 것이 통설과 판례의 입장이다. 물론, 재량이 처분성에 관한 일반적인 법원의 심사기준의 적용을 받아 대상적격이 부인되는 경우는 있다. 예를 들어, 해당 재량행위가 별도의 집행행위를 예정하고 있어서 개별적 · 구체적인 효력이 없다거나, 거부처분에 대한 취소소송에 있어서 원고에게 신청권이 없다는 이유로 처분성이 부정되고 대상적격이 부인되는 경우는 있을 수 있다. 그러나 이는 처분성의 문제이지 재량 자체가 갖는 특성 때문은 아니다. 과거에는 재량행위가 사법심사가 가능한 기속재량행위와 사법심사가 가능하지 않은 자유재량행위로 구분된다는 논의와 함께 자유재량에 대하여 사법심사를 할 수 없다는 논의도 있기는 하였으나, 이는 재량 그 자체의 성격에 따라 사법심사가 가능하지 않다는 논의는 아니므로 논의의 평면이 다소 다르다.

프랑스의 경우 재량은 원래 행정재판소에서 통제할 수 없는 것으로 여겨져 재량에 대한 취소소송의 대상적격이 부정되었다. 프랑스는 오랜 기간에 걸쳐 재량에 대한 통제를 신중하게 확대하여 왔다. 이러한 경향은 현재까지도 남아 있어서, 프랑스에서의 재량 개념에는 선택에 대한 판단이라는 의미가 강하여 그 자체로 법적 평가로부터 자유로운 영역을 의미하고, 재량에 따른 판단 자체는 여전히 사법심사를 할 수 없으며 다만 그 판단의 기저에 있는 '법적 · 사실적 요소', 특히 사실에 대한 법적 평가(l'adéquation ou l'appréciation)를 평가할 수 있다는 것이 통설이다. 그 이유는 행정심판, 상급 부서에 의한 지도와 감독 등 행정부가 자율적으로 행정의 타당성을 통제하는 것이 마땅한 영역에 대하여 행정재판소가 함부로 사법 판단의 잣대를 들이대는 것을 방지하여야 한다는 뿌리깊은 믿음이 있다. 역사적으로 사법부로부터 행정이 점차 분리되어 독립성을 획득한 '프랑스식 권력분립'을 수호하기 위한 것이다. 그리하여 행정재량에 대한 행정재판소의 통제는 프랑스의 민주법치주의의 이념과도 관련되어 있는 것이었고, 거시적 관점에서 신중하게 결정되어야 하는 문제였던 것이다.

프랑스와 대비해 보면, 우리나라에서 불확정개념의 해석 · 적용에 대한

판례는 원칙적으로 행정청의 판단을 존중하지 않고 행정청의 판단을 전면적으로 대체하는 심사강도로 심사한다. 최근 일부 특정 분야의 경우에 한정적으로 심사강도를 약화하는 동향이다. 개별 분야별로 심사강도를 약화하는 경우 "고도의 전문성을 요하는 영역에서의 행정청의 판단", "장래의 불확실한 상황에 대한 예측적 판단", 또는 다른 분야에 비해 "폭넓은 재량이 존중되어야 하는 영역"이라는 점 등을 근거로 든다. 개별 분야에서 심사강도 약화가 필요하다고 인정되는 경우 예외적으로 심사강도를 약화하는 것이다.

하지만 권력분립상 사법부가 갖는 한계를 감안하여 본다면, 입법자가 법 문언에서 행정청에게 자유로운 평가의 여지를 부여하고 있는 경우 이에 관하여 행정청이 내린 판단은 사법심사로부터 면책됨이 원칙이다. 그리하여 불확정개념의 해석 · 적용에 대한 사법심사는 우선 권력분립 원칙상 이것이 가능한지부터 논의되어야 하고, 이러한 대상적격 문제를 이론상 극복한 이후에는 행정자율성 침해를 방지하기 위해 약한 강도의 심사가 원칙이 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 우리나라의 현재 논의를 살펴보면, 재량행위 — 요건재량을 부정하는 관점에 의하면 판단여지를 포함하여 — 에 대한 심사강도가 약화된다는 이념적 근거는, 타당성의 문제는 법원이 판단할 수 없어서 법적 해결가능성이 결여된다는 사법본질적 한계에서 찾는 경우는 관찰되나,[643] 행정청의 판단을 법원이 다시 새롭게 심사하는 것이 권력분립 차원에서 과연 적절한가에 대한 근원적 의문은 많이 강조되지 않는다. 행정소송의 본질과 권력분립상 한계에 관한 거시적 논의보다는 개별분야별 필요성이라는 미시적 논의가 많은 것으로 파악된다. 이는 초기 법치주의 시절 행정의 위법한 권력행사로 인한 국민의 권리침해에 대한 사법부 차원의 구제 필요성이 높았기에 응당 사법부의 권한 확대는 국민의 권익 보장을 위해 긍정적으로 인식되었다는 역사적 배경에서 비롯된 것으로 보인다. 또한, 여전히 우리나라에

643) 최영규, 행정소송 재판권의 한계에 관한 소고 : 사법본질적 한계를 중심으로, 행정절차와 행정소송, 2017, 692면 참조.

서 행정심판이 내부적 통제 기능을 효과적으로 수행하고 있지 못하다는 현실적 한계도 작용하고 있다. 이러한 현실을 감안하였을 때, 불확정개념의 해석 · 적용에 있어서 심사강도를 당장 모두 약화하여야 할 것은 아니지만, 우리나라에서도 프랑스식 권력분립의 형성과정과 유사한, 고유한 '한국식 권력분립' 논의가 있어야 할 것이다.[644] 심사강도 논의도 이러한 당위적 차원을 감안하여 발전해 나가야 한다. 물론, 이를 위하여는 행정심판, 상급기관에 의한 지도 등 행정의 자율적 통제가 더욱 활성화되어야 할 것이다.

3. 법관의 심리 및 판단능력 차원의 필요성

행정소송에서 행정청의 재량에 대하여 전면적으로 재심사한다는 원칙을 세우게 되면 결국에는 법관의 직무 부담으로 이어진다는 현실적 측면을 감안하여야 한다. 앞서 본 바와 같이 우리나라의 효과재량설은 독일의 영향을 받았다. 독일 법원은 법령상 요건 부분의 불확정개념에 대해서 원칙적으로 행정의 재량을 인정하지 않고 전면적으로 사법심사를 한다. 그러나 독일과 비교해 볼 때 우리나라의 법관은 그 수가 현저히 적고 업무량도 상대적으로 많다.[645]

또한 법관은 법에 관한 전문가이지 개별 행정 분야의 전문가가 아니기에 전문적 판단이 요구되는 경우 무엇이 타당한지 심리 · 판단할 수 있는 전문적 능력이 없다. 이러한 법관의 한계를 보완하기 위해 법원에서는

644) 이에 관하여 박정훈 교수는 현재처럼 전면적 사법심사를 원칙으로 하는 경우 법관들이 주도적인 본안판단을 해야한다는 부담 때문에 거꾸로 처분성, 원고적격, 소의 이익 등을 이유로 각하하여 본안판단을 회피하려는 부작용을 낳게 된다는 부작용을 지적한다. 그는 행정소송은 종국적으로 속심이 아니라 사후심의 기능을 수행하여야 한다고 주장한다. 박정훈, 행정법원의 성과와 발전방향: 질풍노도와 성장통을 넘어 성숙한 청년으로, 행정절차와 행정소송, 2017, 673면 참조.

645) 대법원 법원행정처는 2021년 각국 법관의 업무량과 우리나라 판사의 업무량을 비교하여 조사한 결과를 발표하였다. 발표결과에 따르면 우리나라 판사 1명은 연간 담당하는 사건 수가 464건으로 이는 독일의 판사가 1인당 89.63건을 담당하는 것에 비해 5.17배에 달한다.

감정제도를 마련하고 있지만 비용 문제로 잘 이루어지지 않을뿐더러, 상호 모순된 여러 감정서가 있는 경우 그중 어떠한 감정서를 채택해야 하는지의 문제도 발생한다.[646] 불확정개념의 해석·적용에 관하여 법원이 전면적으로 심사한다고 하게 되면, 결국 어느 감정서가 우월한지에 대한 논쟁이 소송의 주를 이루게 된다.

II. 심사강도 강화의 모색

1. 기본권 관련 사안에 관한 사법심사 강화

최근 프랑스는 외국인에 대한 추방결정, 공무원에 대한 징계양정, 청소년 유해서적이나 유해한 외국서적에 대한 출판금지결정과 같이 개인의 자유 및 기본권의 침해와 관련성이 높은 영역에서 심사강도를 높이고 있다.[647] 이러한 사안에서 행정청의 판단을 존중하지 않고 이를 법원의 판단으로 전면적으로 대체하는 것이다. 그리하여 행정재판소는 주어진 사실관계를 토대로 최적의 결론을 독자적으로 추출한 다음, 이와 행정청의 판단이 다를 경우 위법하다고 본다. 결정 내용의 정당성, 즉 효과재량에 해당하는 행정청의 결정에 관한 본격적인 심사로 그 심사범위를 확장하는 것이다.[648]

이러한 프랑스의 경향은 제2차 세계대전 이후 개인의 인권보호 필요성에 대한 인식이 높아지고, 유럽인권협약이나 유럽인권재판소 판례 등 국제법에서 위와 같은 분야에 대한 강화된 심사를 규정한 데에서 영향을 받았다.[649] 우리 판례도 전세계적으로 개인의 기본권에 대한 인식이 강

646) 이상덕, 제1주제 : 개발행위허가 관련 지정토론문, 2022. 4. 15. 서울행정법원실무연구회(미공간), 6-7면 참조.

647) 위 개별분야에서의 심사강도의 변화에 관하여 전술한 171-181면 참조.

648) 일부 학자들은 이러한 유형의 심사를 별도로 '최대심사'(le contrôle maximal)라고 명명하기도 한다. 효과재량에 해당하는 행정결정에 대한 사법심사에 관하여 전술한 163면 이하 참조.

화되는 흐름에 부응하여 공무원 · 교원에 대한 징계와 외국인에 대한 강제퇴거명령 · 출국명령기본권 침해와 관련성이 높은 사안들에서 침해되는 사익과 달성되는 공익 사이를 비교 · 형량하여 비례원칙의 심사방법을 적용하여 재량통제를 강화하는 사례들이 드물지 않게 관찰되고 있다.

가. 공무원 · 교원에 대한 징계

우리 판례는 공무원 · 교원에 대한 징계권의 일탈 · 남용에 대한 심사기준으로 사실오인이나 비례원칙, 평등원칙 등을 들면서, 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 "사회통념상 현저하게 타당성을 잃어" 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에만 위법한 것으로 심사강도가 완화된다는 일반적 원칙을 설시한다.[650] 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 징계처분인지 판단하는 기준으로는 "구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계 양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우"라고 구체화한다.[651] 그러나 한편으로는, 공무원의 승진과 임용에 관해서는 임용권자에게 공무원에 대한 징계처분에 비하여 더욱 "광범위한 재량"이 주어진다고 하면서 승진처분 및 임용처분보다는 징계처분의 심사강도가 강하다고도 한다.[652]

그러나 앞서 '연구의 목적'에서 이 논문의 문제의식으로 밝힌 바 있듯이, 우리 판례는 공무원 · 교원에 대한 징계권의 일탈 · 남용에 대한 심사에 있어 심사강도를 완화하는 것이 원칙이라고 천명하면서도 구체적인 사안에서의 사실 심리와 위법성 판단에 있어서는 법원이 행정청의 판단

649) 유럽법이 프랑스에서의 재량통제에 미친 영향에 관하여 169면 참조.

650) 대법원 1999. 11. 26. 선고 98두6951 판결, 2009. 6. 23. 선고 2006두16786 판결, 2015. 1. 29. 선고 2014두40616 판결 등 참조.

651) 이에 관하여 전술한 4면 참조.

652) 위 2015두47492 판결 참조.

을 특별히 존중하지 않고 독자적으로 사실을 인정하고 비례원칙을 적용하여 행정청의 판단을 대체하는 심사를 하는 경우가 많다.[653] 이는 징계에 대하여 이것이 전통적으로 행정청의 내부조치에 해당하여 임용권자의 재량권이 존중되어야 하는 분야라고 인식하면서도, 징계라는 사안의 중대성과 기본권 침해관련성을 의식한 결과로 판단된다. 판례상의 심사강도에 관한 판시와 그 원칙을 실제 운용하는 양상이 다르게 나타나는 것이 바람직하다고 보기는 어려울 것이다. 이러한 점에서 징계재량권의 행사에 있어서는 오히려 개인의 권리구제 차원에서 심사강도를 강화하여야 하고, 비례원칙에 비추어 징계의 내용이 과하지 아니한지를 법원이 독자 판단할 수 있다는 일반적 원칙을 새로 판례에서 설시하는 것이 바람직할 수 있다고 본다.

그러나 공무원은 징계처분에 대한 행정소송에 앞서 소청심사위원회에서 소청절차를 반드시 먼저 거쳐야 함(국가공무원법 제16조 제1항)을 고려하여 볼 때, 법령에서 소청심사위원회의 심사를 필요적 전치주의로 규정하였음에도 추후 법원이 이러한 소청심사 결정을 고려하지 않고 다시 심사한다는 것은 무용하게 절차를 지연시킬 우려가 있다. 그러므로 공무원 · 교원에 대한 징계에서의 심사강도 강화는 기본권 관련성 외에도 징계의 내용, 소청심사위원회의 심사가 어느 정도로 내실이 있는지, 행정심판을 거치는 것이 필요적 전치사항인지 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다.

나. 외국인 강제퇴거명령 · 출국명령

국내에 체류 중인 외국인에게 출입국관리법상 강제퇴거명령[654]이나 출

---

653) 예를 들어, 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019두48684 판결과 그 원심판결인 광주고등법원 2019. 7. 11. 선고 2019누10176 판결, 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022두31136 판결과 그 원심판결인 서울고등법원 2021. 12. 17. 선고 2021누30749 판결 등 참조. 위 판례들에 관하여 전술한 3-5면 참조.

654) 지방출입국 · 외국인관서의 장은 체류 외국인이 정해진 체류기간을 초과하여 체

국명령[655]을 내리는 경우에 있어 이러한 재량행위를 어떠한 심사기준이나 심사강도로 심사하여야 하는지 아직 대법원 판례에서 일반적인 법리가 설시되지는 않았다. 우리 학설과 판례는 기본적으로 외국인의 출입국에 관한 결정은 국경의 관리에 관한 국가의 주권행사에 관계되는 것으로서 광범위한 자유재량이 인정된다는 이른바 주권론이 주장되어 왔다.[656] 이를 바탕으로 일부 하급심 판례 중에는 외국인의 강제퇴거명령 · 출국명령에 관한 재량행사에 있어서 사법심사의 강도를 완화하여야 한다고 판시하면서, 그 근거로 출입국관리는 주권의 행사임을 드는 경우가 종종 있다. 예컨대, "출입국관리행정은 내 · 외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제 · 조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용이고, 이중 외국인의 출입국 및 국내 체류에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필수적인 것으로 엄격히 관리될 필요가 있다."고 하면서, 지방출입국 · 외국인관서의 장은 외국인에게 출국명령을 할 것인지 여부에 관하여 "폭넓은 재량권"을 가진다는 것이다.[657]

류하거나 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 경우와 같이, 출입국관리법을 위반하였거나 대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 외국인을 대한민국 영토 밖으로 강제적으로 출국할 것을 명할 수 있는 재량이 있다(출입국관리법 제46조).

655) 지방출입국 · 외국인관서의 장은 체류하는 외국인이 체류자격 외 활동을 하거나 그 밖에 출입국관리법을 위반하는 경우 그 외국인에게 자진 출국을 권고할 수 있고(출입국관리법 제67조). 체류 외국인이 강제퇴거대상자이거나 출국권고를 받고도 이행하지 아니한 경우에는 출국명령을 할 수 있는 재량이 있다(출입국관리법 제68조).

656) 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 2018, 255면; 출입국행정은 국가의 고권적 행위로서 법치주의가 유보되는 측면이 있으며, 그 사례로 불법체류자가 자진신고 후 출국하면 입국금지의 불이익을 주지 않도록 하는 '불법체류자 자진신고제'는 출입국관리법 상 근거규정이 전혀 없이 운용되는 행정제도임을 지적하기도 한다. 차규근, 이민행정에 있어 법치구현의 방법과 한계, 2016년 춘계 한국이민법학회 · 한국이민학회 · 이대법학연구소 공동학술대회 자료집, 2016, 140면(미공간) 참조.

657) 서울고등법원 2015. 9. 9. 선고 2015누41106 판결(상해죄로 징역형의 집행유예를 받은 중국 국적의 원고에 대한 강제퇴거명령은 재량권을 일탈 남용한 것이 아니다), 울산지방법원 2020. 8. 27. 선고 2019구합990 판결(음주운전, 무면허운전으로 벌금형을 선고받은 외국인인 원고에 대한 출국명령처분이 재량권 일탈 · 남용에 해당하지 않는다), 인천지방법원 2022. 3. 8. 선고 2021구단52003 판결(국내에서

이에 관하여 최근 학계에서는 일상적으로 이루어지는 출입국관리행정은 국가긴급권이나 통치행위의 성격이 없으므로 이를 모호한 개념인 주권의 행사로 치부하여 사법심사를 완화하는 것은 부적절하는 비판이 제기되어 왔다. 다른 행정영역과 동일하게 개별 사안의 특성을 고려하여 심사강도를 결정해야 한다는 것이다.[658] 같은 맥락에서 최근에는 난민신청권이나 가족결합권[659]과 같이 기본권이 관련된 사안에서 '주권국가로서의 기능 수행'이나 '폭넓은 재량권'에 관한 언급 없이 일반적인 재량의 일탈 · 남용에 관한 판단과 같이 비례원칙을 적용한 항소심 판례도 발견된다.[660]

프랑스에서도 과거 '고등경찰'(la Haute Police)[661] 개념이 있었던 것처럼 외국인의 출입국관리는 외교 · 정치 · 공안 등에 관한 고도의 판단작용이라는 이유로 과거에 사법통제를 하지 않았다.[662] 그러나 현재 프랑스

무허가 KF94 마스크를 제조, 보관하여 약사법위반죄로 징역형의 집행유예를 받은 외국인인 원고에 대한 출국명령처분이 재량권 일탈 남용에 해당하지 않는다) 등이 있다.

658) 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치, 행정법연구 제48호, 2017, 48-50면 참조; 기존의 주권론에 대한 비판적 관점에서 입헌국가의 헌정질서 하에서는 외국인에 대한 출입국관리도 주권의 문제가 아닌 다른 국가권력의 행사와 다름없이 헌법적 한계가 있다는 관점에서 바라보아야 한다는 주장도 이와 맥을 같이하는 것으로 이해된다. 이희정, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구 제55호, 2018, 129-130면 참조; 출입국관리행정과 법치주의 한계와 실무, 2016, 130면, 133면(미공간) 참조.

659) 가족결합권의 기본권적 성격을 인정하는 판례들은 이를 혼인과 가족생활에 대한 권리를 규정한 헌법 제36조 제1항에서 도출하고 있다(서울고등법원 2014. 9. 5. 선고 2014누41086 판결, 서울행정법원 2021. 5. 27. 선고 2020구단19418 판결 등 참조).

660) 단기방문 체류기간이 만료된 이후 난민신청을 하여 난민신청 당시 불법체류 중이었던 외국인인 원고에 대한 출국명령처분이 재량권 일탈 · 남용에 해당한다고 하여 이를 취소한 서울고등법원 2020. 6. 4. 선고 2019누65780 판결과 제1심인 서울행정법원 2019. 11. 7. 선고 2019구단63044 판결, 위 노래방도우미에 관한 2018누75407 판결의 제1심인 서울행정법원 2018. 11. 15. 선고 2018구단71338 판결 등 참조.

661) '고등경찰'(la Haute Police)에 관하여 각주 386 참조.

662) 프랑스에서도 종전에는 출입국관리를 주권의 행사로 보아 재판상 통제를 하지 않았다는 점에 관하여 171면 참조.

에서는 외국인의 출입국관리를 월권소송의 대상으로 포함하였을 뿐 아니라, 일부 사안에서는 제한심사의 강도에서 더 심사를 강화하여 비례성 심사를 강하게 적용한다. 그리하여 이제는 프랑스에서도 고등경찰 개념이 사실상 폐기되었다고 일컬어진다.[663]

프랑스가 고등경찰 개념을 극복하여 출입국관리에 관한 행정작용을 사법통제의 대상이 아니라고 본 전통에서 벗어나 사법심사를 강화하는 쪽으로 태도를 변경한 것처럼, 우리나라에서도 주권론의 관점에서 출입국관리에 대한 적법성 통제에는 태생적 한계가 있다고 보는 관점에서 벗어날 필요가 있다. 물론 외국인 고용이나 이민이 한국 사회에 미치는 영향, 특정 국가와의 외교적 관계, 테러리즘과 같은 국가안보의 위협 등 출입국관리행정에 사법 통제를 언제나 강력하게 관철하기는 어려운 특수적 성격이 있는 것은 사실이다. 그러나 기본적으로는 보편적 인권의 보장이라는 관점에서 출입국관리행정도 예외 없이 법치주의가 보장되어야 하는 영역이라고 인식을 전환하고, 개별 사안의 특징에 따라 얼마나 행정의 정책적 판단이 중시되어야 하는지를 고려하여 심사강도가 결정된다는 것으로 재량 통제의 방향에 대한 근본적 변화가 필요하다.[664]

이러한 점에서 가족결합권이 문제되는 강제퇴거 · 출국명령 사안에서까지 판례가 행정청의 판단을 존중하여 완화된 심사를 하는 것을 바람직하지 않고, 비례성 심사로 심사강도를 다소 강화할 필요가 있다. 출국에 관한 결정은 일반적으로 입국에 관한 결정보다 기본권 침해의 우려나 우리 사회에 미치는 파급력이 크다. 입국심사 시의 입국거부는 외국인이 앞으로 우리나라에 입국하여 관광 · 취업 · 결혼 등의 생활을 할 수 있는 가능성을 차단하는 데 그친다. 이에 비해 강제퇴거 · 출국명령은 외국인이 입국 후 형성한 기존의 생활관계를 박탈할 뿐 아니라 해당 외국인과 관계된 가족, 고용주, 이웃 등 내국인인 이해관계인의 생활에까지 직접적인

663) 이에 관하여 172-173면 참조.

664) 같은 취지로 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치, 행정법연구 제48호, 2017, 48-50면; 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 2018, 257면 참조.

영향을 미칠 가능성이 높다. 또한 신체의 자유, 가족결합권 등 인간의 보편적 기본권에 관한 인식이 높아지는 것이 세계적 동향이기도 하다.[665]

한편, 강제퇴거에 관한 사법부 차원의 심사강도의 강화에는 어떤 경우에 외국인이 강제퇴거되는지에 관한 사전적 규율인 법 문언을 구체화하는 입법적 노력이 동반되어야 한다. 앞서 본 바와 같이 심사강도의 강화에 있어서 법 문언의 규율밀도는 중요한 고려요인이기 때문이다.[666] 현재 출입국관리법 제46조상 강제퇴거요건의 규율밀도는 입국금지사유를 준용하여 '공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려'(제11조 제3호), '사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려'(동조 제4호), 등 불확정개념을 준용하여 지나치게 광범위하다는 문제가 지속적으로 제기되고 있다.[667]

2. 심사강도의 탄력성

프랑스 월권소송에서는 약 200여 년 동안 시대 상황의 변화에 따라 위법성 심사기준을 새로 등장시켜 현재의 위법성 심사기준 체계를 이루었다. 또한 사회 변화의 흐름에 따라 개별 행정분야를 심사하는 심사강도를 변화하면서 대응해 왔다. 프랑스에서 심사강도를 결정하는 요인으로는 객관적 요소로서 법 문언에서의 규율밀도 · 개별 행정분야의 특징 · 의견제공을 통한 사전 재량통제 기회의 보장 · 법원의 심사능력과 업무현실이 있었다. 주관적 요소로는 유럽법의 영향 · 사회적 인식 변화 등에 따

665) 유럽인권협약과 유럽인권재판소에서의 가족결합권 관련 판례에 관하여 172-173면 참조.

666) 프랑스에서 심사강도를 결정함에 있어 객관적 요소인 법 문언이 갖는 중요성에 관하여 제3장 제4절 '심사강도의 결정요소' 참조.

667) 이러한 이유로 입국금지사유에서 '국가의 안보', '공익'과 같은 고도의 불확정개념을 불가피하게 사용할지라도 퇴거 단계에서의 사유에서는 법령의 규율밀도를 높여 퇴거사유를 구체화하려고 노력해야 한다는 견해에 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 2018, 262면; 이현수, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구 제55호, 2018, 128면 참조.

라서 행정재판소가 강한 통제의지를 보이는 경우와 약한 통제의지를 보이는 경우가 나뉘었다. 프랑스는 개별 행정분야별로 다른 심사강도를 적용하면서 시대 흐름과 사회의 요구에 따라 유연하게 심사강도의 강약을 조절하고 있었다.[668]

우리나라에서 심사강도의 강약을 결정하는 요인들은 프랑스에서 심사강도를 결정하는 요인으로 분석된 결과와 크게 다르지 않다. 유력한 견해는 문제된 행정영역과 처분의 성질을 중시하면서, 먼저 계쟁처분이 침익처분인지 수익처분인지를 구분하고, 다음으로 문제되는 부분이 요건재량인지 효과재량인지를 구분한 다음, 마지막으로 문제된 행정영역의 특수성, 특히 전문성과 기본권관련성을 밝혀야 한다는 것이다.[669] 이렇게 거론되는 요인들을 실제 오랜 기간 실무에서 운용하면서 심사강도를 조절해온 사례가 프랑스에는 상당히 축적되어 있다. 징계처분의 위법성을 다투는 경우를 보면, 심사에서 면제되었다가 제한심사로, 비례성 심사에 의한 최대심사로 심사강도가 점차 강화되기도 하였다. 우리나라에서도 앞으로 심사강도의 분화에 관한 장차의 논의는 심사강도의 유연성에 대한 인식을 잃지 말아야 한다. 심사기준과 심사강도는 법 현실의 변화에 따라 유연하고 탄력적으로 대응되어야 한다. 그러한 점에서 프랑스가 개별 행정분야별로 시대 흐름에 따라 심사강도를 변화시키면서 유연하게 대응해 온 점은 참고가 된다.

3. 재량통제 이론 발전의 필요성

위법성 심사강도 이론에 있어서 심사강도를 결정하는 공통요소들을 추출하고 이를 토대로 심사강도를 결정에 관한 보편적 원칙을 수립하기보다는 개별 행정분야에 각각 적용되는 다양한 심사방법의 법리를 발전시

668) 이상에 관하여 제3장 제4절 '심사강도의 결정요소' 참조.

669) 박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005,250-270면 참조.

켜 나가야 한다. 개별 행정분야에 적용되는 심사방법을 결정하는 데는 그 분야의 특징, 특히 침해되는 기본권이 있는 경우 그 기본권의 성격, 그리고 행정의 전문성 존중의 필요가 주요한 요인이 된다. 복잡다양한 사실관계를 관통하는 보편적 심사강도 원칙을 수립하는 것보다는 이러한 개별 행정분야의 특징에 따라 다양한 심사강도를 적용하는 것이 구체적 사안에서 타당한 결론을 내리는 데 도움이 될 수 있다.

프랑스에서는 명백한 평가의 오류 심사, 대조표 심사와 같이 시대적 요구에 따라 다양한 심사방법이 분야별로 발전되어 왔다. 분야별로 위법성 심사방법을 각기 적절하게 바꾸어 적용하면서 그 결과로 심사강도 또한 약화되거나 강화되는 등 다양한 양상을 보여 왔다. 이러한 심사방법은 꽁세유 데따 판례를 통해 정립된다는 점에서 판례의 영향이 주요하지만, 이를 발전하고 확장해 나가는 데에는 법이론 발전의 영향 또한 크다. 법 실무와 법이론, 그리고 법 현실 간의 무한한 상호작용에 의하여 재량통제 이론이 풍성하게 발전함을 프랑스에서의 심사기준, 심사강도 이론의 정립 과정을 통해 확인할 수 있었다. 우리나라에서도 재량통제 이론을 개별 행정분야별로 더욱 심도있게 발전시킴으로써 사안에 따라 심사강도를 약화하거나 때로는 강화하며 궁극적으로 민주법치국가의 발전을 도모할 수 있을 것이다.

제5절 소결

지금까지 프랑스에서의 재량통제에 관한 논의를 통해 우리나라의 논의를 다양화하고 발전시킬 수 있는 요소들을 분석해 보았다. 프랑스와의 비교법 연구를 통해 우리나라의 통설이 재량의 본질에 관한 논의에서 기존의 법률요건과 법률효과를 구별하는 시각, 재량행위와 기속행위를 일도양단식으로 구별하는 시각, 재량의 일탈 · 남용 이론을 근거로 재량의

위법성을 판단하는 시각 등에서 한 발짝 벗어나 우리나라의 재량론에 대한 자아성찰을 시도하였다. 이에 관한 본격적인 연구는 차후의 과제로 남겨두기로 하고, 여기서는 시사점만을 제시하고자 하였다. 심사기준과 심사강도에 있어서는 프랑스가 개별 행정분야별로 심사기준과 심사강도를 다르게 적용하면서 시대 흐름에 따라 탄력적으로 대처한다는 점에 주목하였다. 우리나라에서도 권력분립적 관점에서 불확정개념의 해석·적용 및 법률효과의 결정에 있어서 행정청의 재량에 대한 존중을 확대할 필요가 있다. 이러한 심사강도의 변화는 시대와 사회의 변화에 따라 법원이 유연하게 반응하면서 행정의 적법성을 실현해 나가는 노력의 일환일 것이다.

제5장 요약 및 결어

제1절 요 약

제1장은 본 논문의 예비적 고찰로서, 프랑스의 행정재량에 대한 '재판상 통제'(le contrôle juridictionnel) 체제를 조망하였다. 먼저 프랑스의 '재량' 개념을 규명하였다. 프랑스에서는 법 문언에서 '기속의무'(la compétence liée)를 부과하지 않는 한 모든 행정행위에는 원칙적으로 '재량권'(le pouvoir discrétionnaire)이 있다고 본다. 재량권은 행정주체가 '평가의 여지'(une marge d'appréciation)를 갖고 있어서 복수의 선택지 중 하나를 결정하거나 어떠한 결정을 내릴지 또는 내리지 않을지에 있어 자유로운 선택이 보장되는 것을 말한다. 행정주체가 '평가의 여지' 내지 선택권을 갖고 있어서 재량을 행사할 수 있는 영역은 오로지 구체적 사실을 대상으로 추상적 법률을 적용하여 개별 결론을 도출하는 연결 작용인 '사실에 대한 법적 평가'(la qualification juridique des faits)에 있어서이다. 즉, 프랑스에서 재량은 사실관계를 평가하여 법률에 적용하는 과정에 있어서만 행사된다. 또한, 프랑스에서는 이러한 사실에 대한 법적 평가를 법률적용의 문제가 아니라 사실 파악의 문제로 본다.

19세기 말까지 프랑스 '월권소송'(le recours pour excès du pouvoir)에서는 재량에 대한 재판상 통제가 본격적으로 이루어지지 않았다. 행정재판소에 의한 재판상 통제는 법률문제에 관하여만 가능하고, 재량권의 행사는 사실문제이므로 행정 내부의 자율적 통제만 받을 수 있을 뿐 재판상 통제의 대상이 될 수 없다는 것이 전통적 인식이었다. 1910년 전후로 위법한 재량행위에 대한 국민의 권익을 확대 보호하고 행정의 위법성을 적극적으로 시정하여야 할 필요성에 관한 사회적 공감대가 확산되면서, 이에 행정청의 '사실에 대한 법적 평가'에 관한 심사, 즉 사실문제에 대하

여 재량통제를 확대할 필요성이 대두되었다. 그리하여 행정재판소는 1910년경 사실에 대한 법적 평가에 관한 사실문제에까지 재판상 통제의 범위를 대폭 확대한다. 행정재판소는 재량에 관한 행정청의 사실에 관한 판단을 존중하면서도, 재량권 행사에 있어서 행정청의 해석 내지 평가의 기초가 된 요소들에 관해서는 재량통제가 가능하다고 보기 시작하였다. 월권소송의 대상적격이 확대되면서 동시에 행정재판소가 적극적으로 사실문제에 관한 행정재량의 적법성을 판단하는 경우, 행정의 자율성과 전문성이 침해될 수 있다는 우려가 발생한다. 그리하여 월권소송에 있어서 어떠한 경우에 행정행위를 위법하다고 볼 것인지에 관한 심사기준 논의와 위법성 판단에 있어서 행정청의 판단을 얼마나 존중할 것인지에 관한 심사강도 논의가 발생한다.

제2장에서는 개별 재량행위에 대한 위법성 심사기준의 문제를 다룬다. 월권소송 판례에서 행정행위의 위법성을 판단하기 위한 척도로 활용한 개별 심사기준들을 일컫는 '취소사유'(le moyen d'annulation)에 관하여 고찰한다. 월권소송에서 재량행위의 위법성을 인정한 개별 판결례들은 행정행위의 권한, 절차, 형식, 목적, 내용, 처분이유 등을 기준으로 구별된다. 구체적으로 보면, 각각의 취소사유들은 먼저 권한 · 절차 · 형식에 관한 '외적 위법성'(l'illégalité externe)의 취소사유와 실체적 내용에 관한 '내적 위법성'(l'illégalité interne)의 취소사유의 대분류로 구분된다. 보다 세부적인 취소사유의 분류에 관하여 프랑스 학자들 간에 견해 대립이 있기는 하나, 일반적으로는 외적 위법성에는 권한에 관한 위법인 '무권한'(l'incompétence), 절차에 관한 위법인 '절차위반'(le vice de procédure), 형식에 관한 위법인 '형식위반'(le vice de forme)이 있다고 본다. 또한 내적 위법성에는 목적에 관한 위법인 '권한남용'(le détournement de pouvoir), 내용에 관한 위법인 '직접적인 법률 위반'(la violation directe de la loi), 행위의 이유 내지 동기에 관한 위법인 '처분이유의 위법'(l'illégalité aux motifs de l'acte)가 있고, 이중 처분이유의 위법에는 '법 오류'(l'erreur

de droit), ‘사실에 대한 법적 평가의 오류’’(l’erreur de qualification juridique des faits), ‘사실오인’(l’erreur de fait)이 있다는 견해가 일반적이다.

위 취소사유들 중 개별 재량행위에 있어서 특히 문제되는 취소사유는 절차위반과 처분이유의 위법이다. 먼저 절차위반에 관하여 보면, 꽁세유 데따는 예전부터 절차위반, 형식위반의 취소사유를 제한적으로 적용하여, 절차상의 위법이 인정되더라도 ‘중요 절차’(les formes substantielles ou essentielles)가 미비한 경우에 한하여 재량행위의 위법성을 인정하고 이를 취소한다. 중요하지 않은 ‘경미한 절차’(les formes non substantielles ou accessoires)만 지켜지지 않은 경우에는 절차위반을 이유로 재량행위를 취소하지 않는다. 중요 절차와 경미한 하자의 구별기준에 관하여 종래 행정재판소 판례는 법 문언의 ‘형식’을 기준으로 중요성을 판단하는 견해와 실제로 행정행위의 내용이나 이해관계인의 이익에 미친 ‘결과’를 기준으로 중요성을 판단하는 견해가 나뉘었다. 마침내 2011년 당또니(Danthony) 판결에서 행정결정의 내용에 영향을 미쳤거나 절차가 보호하는 이해관계인의 이익을 실제 침해한 경우에만 절차위반으로 인한 행정행위 취소를 인정하는 것으로 입장을 정리한다. 이 판결을 통해 꽁세유 데따는 중요 절차의 범위를 축소하고, 행정이 지나치게 형식주의적으로 흐르는 것을 방지한다.

처분이유의 위법의 경우, 제1장에서 본 것처럼 1910년대부터 본격적으로 재량의 위법성 판단이 이전엔 주로 형식과 권한에 관한 문제, 법률문제에 그친 데에서 실체적 내용과 사실문제에까지 확대되었고, 이에 따라 사실문제에 관한 취소사유들이 새롭게 등장하였다. 먼저 1914년 고멜(Gomel) 판결에서 사실에 대한 법적 평가의 오류를 취소사유로 최초로 인정한다. 종전의 꽁세유 데따는 처분사유에 있어서 행정행위의 근거가 되는 법률을 잘못 적용한 경우인 법 오류만 판단하여 법률심으로서의 역할만 수행하는 데 그쳤다. 위 고멜 판결에서 꽁세유 데따는 사실에 대한 법적 평가의 오류까지 통제권을 확장하여 사실문제를 최초로 판단한다.

2년 후 1916년 까미노(Camino) 판결을 통해 사실관계가 정확한지 여부에 관한 사실오인 문제를 취소사유로 최초로 인정하면서, 본격적으로 사실문제를 판단하기 시작한다. 이후로 현재까지 행정재판소는 재량의 사실적 · 법적 요소들을 모두 재판상 통제의 대상으로 포함하고 있다.

제3장에서는 1960년대 이후 월권소송 판례에서 나타난 새로운 경향으로서 재량통제의 심사강도 변화를 살폈다. 심사강도의 분화는 다양한 취소사유 중에서도 사실에 대한 법적 평가의 오류에 관하여만 나타나는 현상으로, 이는 프랑스에서는 재량이 사실에 대한 법적 평가에 있어서만 존재한다고 보기 때문이다. 나머지 취소사유들의 경우 행정재판소는 언제나 행정청의 판단을 따로 존중하지 않고 새로 다시 심사하여 심사강도가 분화되지 아니하였다.

사실에 대한 법적 평가에 있어 심사강도의 분화는 심사강도의 약화를 통해 시작되었다. 꽁세유 데따는 1960년대에 들어 특정 분야에서 심사강도를 완화하여 '제한심사'(le contrôle restreint)를 하기 시작한다. 그 배경에는 대회에서의 채점 등 전문적 평가 · 공무원에 대한 직무평정 · 외국인에 대한 추방과 같이 과거 소송요건 단계에서 행정의 자율적 판단 대상이라는 이유로 소송의 대상적격이 부인된 사안들에 있어 대상적격이 확대된 데 있다. 꽁세유 데따는 이 분야를 통제대상으로 포용하는 대신 본안 단계에서 제한심사를 통해 행정청의 판단을 존중하여 행정재량에 대한 과도한 개입을 자제한 것이다. 이 경우 행정재판소는 행정청의 판단에 '명백한 평가의 오류'(l'erreur manifeste d'appréciation)가 있는 경우에 한하여 재량행위가 위법하다고 판단한다.

나아가, 1970년대 월권소송 판례에서는 '최대심사'(le contrôle maximal)를 적용하여 결정 내용의 정당성에 대한 심사, 즉 제반 상황과 요소들을 고려하여 가장 정당한 조치가 취해졌는지까지 심사하는 사례도 발견된다. 경찰행정 분야에서 개인의 기본권 침해 문제, 징계의 타당성 심사에서 활용되는 '비례성 심사'(le contrôle de proportionnalité), 그리고 토지수

용에서의 ‘공익성 인정’에 있어 활용되는 ‘대조표 심사’(le contrôle du bilan)가 그 예이다. 최대심사의 등장에는 두 가지의 의미가 있다. 첫째는 행정재판소가 효과재량에 있어서의 선택재량에 관한 판단까지 그 판단범위를 확대하였다는 것이다. 둘째는 꽁세유 데따가 유럽인권재판소 판결과 유럽인권협약 등 유럽법 규범들을 프랑스 국내에서 수용하겠다는 의지를 보였다는 것이다.

통시적 관점에서 고찰하면, 행정재판소는 다양한 분야에 걸쳐 심사강도를 ‘심사의 면제’에서 ‘명백한 평가의 오류 심사’로, 다시 ‘보통심사’로 점차 강화한다. 심사강도가 변화한 대표적 개별 행정분야들로는 외국인의 추방 · 청소년 유해서적과 유해 외국서적의 출판금지 · 징계가 있다. 위 개별분야들에서 심사강도가 점차 강화된 과정을 분석하여 심사강도를 결정하는 요소들을 귀납적으로 추출하여 볼 수 있다. 그 결과 ① 법 문언의 구체성, ② 기본권 관련성 · 전문적 지식 내지 평가의 필요성 · 충돌하는 이익이나 침해되는 이해관계인의 존재 여부 등 개별 행정분야의 특징, ③ 의견제공 절차 등 사전 재량통제 기회의 보장, ④ 개별 사안의 사실관계 · 해당 쟁점에 대한 당시 사회적 인식 · 유럽법 등 국제법의 영향에 따라 좌우되는 행정재판소의 구체적 사안에 대한 통제의지 등의 결정요소가 추출되었다.

제4장에서는 위와 같은 프랑스의 재량통제 체제에 대한 연구를 바탕으로 이를 우리나라의 재량통제 체제와 비교하여 보고, 우리에게 주는 시사점이 무엇인지 살펴보았다. 우선, 효과재량론의 극복 차원에서 재량행위를 법률요건에 규정된 불확정개념의 해석 및 적용, 그리고 법률효과의 내용 결정에 관한 재량의 문제로 나누어 보는 우리나라 통설에 의문을 제기하였다. 재량이 실제 행사되는 현실이 따로 인식의 문제와 의지의 문제를 구별하지 않는다는 점을 감안하여 본다면, 요건 단계와 효과 단계의 판단을 구별하지 않고 재량의 본질을 사실관계를 법률에 적용하는 것으로 보는 프랑스의 주류적 견해는 우리나라의 효과재량론에 새로운

관점을 제시하여 준다.

다음으로, 모든 행정행위를 재량행위 또는 기속행위 중 하나로 구분하고 재량행위의 위법성 심사에 있어 재량의 일탈·남용이라는 특유의 심사방법을 적용하는 전통적 판례의 입장에 대하여 변화를 모색할 필요가 있다. 프랑스에서는 모든 행정행위에 있어 행정주체는 원칙적으로 재량권을 행사할 수 있고 법 문언에서 정한 경우에만 특별히 그 법 문언에 기속될 의무가 있다고 보며, 재량행위와 기속행위의 위법성 심사방법을 달리하지 않는다. 재량을 행위 중심으로 보는 우리나라에 비해 권한 중심으로 파악하는 것이라고 할 수 있다. 우리나라에서도 개념 자체로 모호한 재량권 일탈·남용이라는 심사방식을 벗어나 재량을 보다 효과적으로 통제할 수 있는 판단의 틀을 모색할 필요가 있다.

마지막으로, 개별 재량행위의 위법성 심사강도를 다양화한다는 차원에서 최근 우리 판례가 특정 사안에서 불확정개념의 해석 및 적용에 대한 심사강도를 약화하는 경향은 긍정적으로 평가된다. 심사강도 차원에서 우리나라도 프랑스와 유사한 개별 분야들, 예를 들어, 전문적 판단 영역, 정책재량이 강한 영역 등에서 '폭넓은 재량'을 인정하면서 심사강도를 낮추는 판단을 하고 있다. 그러나 이에 관하여 깊이 있는 논의가 아직 부족하고 그 결과 공무원의 징계, 외국인의 추방 등 개별 분야에서 서로 유사한 사안임에도 심사강도가 달리 적용되는 모습이 관찰되기도 한다. 개별 행정분야에 있어 심사강도를 결정하는 다양한 요인들에 대한 미시적 차원의 연구가 더욱 활발히 이루어져야 할 것이다. 이와 동시에, 권력분립적 한계 차원의 당위성에 대한 거시적 차원의 논의, 법관의 심리능력에 대한 현실적 인식, 다양한 심사방법에 관한 법리의 발전 등 다방면으로 재량통제 이론이 발전해 나가야 한다.

제2절 결 어

재량통제의 기능은 행정의 자율성과 전문성 존중의 필요성과 법치주의의 원칙을 실현하기 위해 반드시 필요한 행정의 적법성 보장이라는 요청 간의 충돌을 효과적으로 조율하는 것이다. 그리고 이러한 행정재량의 존중과 적법성의 보장 간의 적절한 조율은 비단 프랑스뿐 아니라 우리나라를 비롯한 전세계 국가들의 공통적인 과제이기도 하다. 이 논문에서는 프랑스에서 행정재량에 대한 재판상 통제를 어떻게 해 왔는지 위법성 판단의 심사기준과 심사강도를 위주로 고찰하였다.

앞으로 우리나라 취소소송에서 처분 개념을 넓게 해석하여 대상적격이 확대될 경우 본안 단계에서 어떻게 행정재량에 대한 존중과 위법성 판단을 조율할 것인지에 관한 위법성 심사기준과 심사강도 논의가 지금보다 풍부해져야 한다. 이는 이 논문의 서두 '연구의 목적'에서 제기된 문제의식에 대한 답변이기도 하다. 프랑스에서 오랜 역사를 통해 개별 행정분야별로 다른 심사강도를 적용하면서 사회 변화에 따라 심사강도를 유연하게 변경해온 것은 이에 유익한 참고사례가 된다.

법원이 행정의 자율성과 효율성을 해치지 않으면서도 행정의 적법성을 보장하기 위해서는 명확하고 예측가능한 위법성 심사기준을 사전에 확립해야 한다. 또한 개별 사안의 성질에 따라 사법심사의 강도를 어떻게 조절할 것인지 합의되어야 하며, 사회와 입법자 간에 긴밀하게 소통하면서 시대 · 사회적 변화에 따라 얼마든지 심사강도를 변화시킬 수 있는 유연성을 기르는 것이 좋다. 현재 상황에서 본다면, 국민의 자유 · 기본권 침해가 문제되는 경찰 · 징계 등 침익적 행정행위 영역에서는 법원이 행정법의 일반원칙 위반에 대하여 강한 심사강도를 적용하여 판단함으로써 행정청의 판단을 대체하여 국민 권익 보호를 보장하는 것이 바람직하다. 환경 · 경제 분야의 규제행정, 계획행정 등 행정의 자율성 · 전문성이 강조되는 영역에서는 약한 심사강도를 적용하여 행정청의 판단을 존중하고

자율성을 증진하는 것이 좋다고 본다.

기술 기반의 현대사회에서 행정은 점차 전문적 · 기술적 판단을 요하는 경우가 증가하고 있다. 행정청이 금융위원회 · 방송통신위원회와 같은 전문적 독립규제위원회에 법 해석과 판단을 위임하는 경우도 많아지고 있다. 법원이 행정에 대한 감시 역할을 충실히 수행하면서도 동시에 행정의 효율적 작용을 충분히 보장할 수 있을 때 법치주의가 더욱 발전할 수 있다. 행정소송의 본안심사 단계에서 재량의 위법성을 판단하는 심사기준과 심사강도는 이러한 역할을 충실히 완수하는 데 효과적인 도구가 될 수 있다. 앞으로 행정과 사법 현실의 요구에 부응하여 우리 행정소송에 있어서 고유한 재량행위의 위법성 심사기준과 심사강도 이론이 더욱 발전하기를 기대한다.

참고문헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김남진 · 김연태, 행정법 Ⅰ, 제26판, 법문사, 2022.

김동희 · 최계영, 행정법 Ⅰ, 제26판, 박영사, 2021.

_____, 행정법 Ⅱ, 제26판, 박영사, 2021.

김유환, 현대 행정법, 제7판, 2022.

김종보, 건설법의 이해, 제6판, 피데스, 2018.

김중권, 김중권의 행정법, 제4판, 법문사, 2021.

김철용, 행정절차와 행정소송, 피앤씨미디어, 2017.

_____, 행정법, 제11판, 고시계사, 2022.

_____ 편, 특별행정법, 박영사, 2022.

류지태 · 박종수, 행정법신론, 제18판, 박영사, 2021.

박균성, 행정법론(상) 제21판, 박영사, 2022.

박우경, 행정재판과 법의 일반원칙 : 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로, 사법정책연구원, 2021.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.

_____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.

이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010.

최선웅, 재량과 행정쟁송, 박영사, 2021.

하명호, 행정쟁송법, 제6판, 박영사, 2022.

홍정선, 행정법원론(상), 제31판, 박영사, 2023.

홍준형, 행정쟁송법, 오래, 2017.

Pierre Fanachi, 진광엽 역, 프랑스 행정재판제도(La justice administrative, Paris, 1980), 한길사, 2001.

2. 논문

강지은, 프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능, 행정법연구 제23호, 행정법이론실무학회, 2009.

_____, 프랑스 행정법상 '분리가능행위'(l'acte détachable)에 관한 연구 : 월권소송에 의한 행정계약 통제를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2011.

_____, 프랑스 공무원의 신중의무(Obligation de réserve)에 관한 소고, 법학논총 제47집, 숭실대학교 법학연구소, 2020.

강화연, 프랑스 행정법상 '법의 일반원칙'의 위기와 현대적 역할에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 2015.

고소영, 대학의 자율성과 국립대학 총장임용제도에서의 사법심사, 행정판례연구 제24권 제1호, 한국행정판례연구회, 2019.

김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2007.

김동희, 프랑스 행정법상의 행정행위의 개념에 대한 일고, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2005.

김민호, 재량행위의 통제에 관한 미국의 최근판례분석, 성균관법학 제16권 제3호. 성균관대학교 법학연구소, 2004.

김유환, 미국행정법에서의 규제법규해석과 규제재량통제 : 한국적 상황에서의 응용의 모색, 서울대학교 법학박사논문, 1992.

김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998.

_____, 도시계획시설의 공공성과 수용권, 행정법연구 제30호, 행정법이론실무학회, 2001.

_____, 장현철, 도시계획법상 환지방식과 수용방식, BFL 제112호, 2022.

김현준, 행정법원의 통제밀도, 공법학연구 제5권 제1호, 한국비교공법학회, 2004.

김혜진, 공법상 신뢰보호에 관한 연구 : 독일과 프랑스의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2021.

문병효, 규제재량과 행정법원의 통제, 공법학연구 제15권 제1호, 한국비교공법학회, 2014.

문중흠, 개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도, 행정판례연구 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018.

박균성, 프랑스 행정소송제도와 그 시사점, 경희법학 제38권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2003.

박우경, 최근(2020) 프랑스 행정판례의 동향과 검토, 행정판례연구 제25권 제2호, 한국행정판례연구회, 2020.

박재현, 최근 프랑스 완전심리소송의 변화, 법학논문집 제41집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2017.

박정훈, 불확정개념과 판단여지, 행정작용법(중범김동희교수정년기념논문집), 2005.

_____, 항고소송과 당사자소송의 관계 : 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로, 대법원특별소송실무연구회발표문, 2008. 12(未公刊).

_____, 행정소송법 개혁의 과제, 서울대학교 법학 제45권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2004.

_____, 행정재판의 심리 : 민사소송과 행정소송과의 대비를 통하여, 행정법학 제3호, 한국행정법학회, 2012.

박현정, 프랑스 행정법상 '역무과실'(la faute de service)에 관한 연구 : 역무과실과 위법성의 관계를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2014.

_____, 프랑스 행정소송법상 가처분결정의 잠정적 효력, 행정법연구 제55호, 행정법이론실무학회, 2018.

_____, 프랑스 행정소송에서 이행명령 : 월권소송과 이행명령의 관계를 중심으로, 행정법학 제18호, 한국행정법학회, 2020.

백윤기, 미국 행정소송상의 엄격심사원리(The Hard Look Doctrine)에 관한 연구 : 한국판례와의 비교분석을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 1995.

변해철, 유럽인권협약과 프랑스 국내법원, 외법논집 제17집, 한국외대 법학연구소, 2004.

손태호, 행정소송상 법해석의 행정존중에 관하여 : 영미법상 논의를 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 2015.

손태원, 프랑스의 사법제도, 외국사법제도연구(27), 사법정책연구원, 2020.

송시강, 프랑스 건축공법의 현황과 쟁점 : 도시계획을 중심으로, 행정법연구 제32호, 행정법이론실무학회, 2012.

_____, 행정재량과 법원리, 행정법연구 제48호, 행정법이론실무학회, 2017.

신유리, 미국 행정법상 입법적 규칙과 비입법적 규칙의 구별에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 2017.

신현기 · 이임걸, 프랑스 군인경찰제도에 관한 연구, 자치경찰연구 제5권 제3호, 한국자치경찰학회, 2012.

손호영, 비용편익분석에 대한 사법심사 기준 및 방법에 관한 연구 : 미국의 논의와 그 시사점을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2021.

유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도에 관한 연구 : 미국의 판례이론과 그 시사점을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2019.

윤성운, 프랑스 행정법상 '행정으로서의 행정재판'에 관한 연구 : 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로, 서울대학교 법학석사논문, 2014

안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위 : 행정재량권의 통제원리로서의 비례원칙을 중심으로, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012.

이광윤, 프랑스법상 이유제시의무와 위법성 심사, 성균관법학 제27권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2015.

이승민, 프랑스법상 '경찰행정'에 관한 연구: 근거, 개념, 조직, 작용을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2010.

이순우, 프랑스의 공용수용과 손실보상에 관한 연구, 연세대학교 법학석사논문, 1998.

이은상, 독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구 : 요건재량이론에서 효과재량이론으로의 변천을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2014.

이원우, 현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점, 행정법연구 제29호, 행정법이론실무학회, 2011.

임성훈, 불확정개념의 해석 · 적용에 대한 사법심사에 관한 연구 : 한국 · 미국 · 독일법의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2011.

_____, 행정에 대한 폭넓은 존중과 사법심사기준, 행정법연구 제52호, 행정법이론실무학회, 2018.

장경원, EU 행정법상의 재량에 관한 연구, 행정법연구 제23호, 행정법이론실무학회, 2009.

_____, EU 행정법상 비례원칙 그 적용과 기능을 중심으로, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012.

전 훈, 항고소송의 대상에 관한 비교법적 검토: 프랑스 행정소송을 중심으로, 공법학연구 제13권 제2호, 2012.

장윤영, 프랑스 '도지사'(le préfet)의 경찰권한에 관한 연구, 행정법연구 제64호, 행정법이론실무학회, 2021.

정은영, 행정법상 비례원칙에 관한 연구 : 헌법상 비례원칙과의 비교를 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2020.

정하중, 행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계, 행정법의 이론과 실제, 2012.

조용호, 판례의 측면에서 본 재량처분의 취소, 주석 행정소송법, 2004.

조원경, 행정소송에서의 불확정개념에 대한 사법심사강도 : 독일법 · 프랑스법 · 영국법 · 미국법의 비교법적 고찰을 통한 우리나라 판례의 검토, 서울대학교 법학석사논문, 2003.

조 춘, 취소소송에 있어서 행정행위의 취소사유에 관한 연구 : 프랑스 행정법상의 월권소송을 중심으로, 서울대학교 법학박사논문, 2001.

최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 : 미국의 전권 법리의 소개와 함께, 행정법연구 제48호, 행정법이론실무학회, 2017.

_____, 항고소송에서 본안판단의 범위, 행정법연구 제42호, 행정법이론실무학회, 2015.

최선웅, 행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유, 행정법연구 제59호, 행정법이론실무학회, 2019.

최승필, 환경영향평가와 사법심사 : 환경영향평가의 하자에 대한 판례의 검토를 중심으로, 경제규제와 법 제11권 제1호, 2018.

한견우, 프랑스 공용수용제도에 있어서 행정적 절차, 법조 제47권 제1호, 1998.

_____, 프랑스 행정소송제도상 월권소송에 있어서 소의 이익, 연세법학연구 제1권, 1990.

허이훈, 영국법상 행정재량의 사법통제에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 2019.

홍준형, 프랑스 월권소송에 있어서 취소사유에 관한 연구, 서울대학교 법학 석사논문, 1982.

3. 기타 자료

유럽인권재판소 · 헌법재판소, 유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 : 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리, 2020.

한국법제연구원, 프랑스 법령용어집, 2008.

Ⅱ. 국외문헌

1. 프랑스

가. 단행본

Raphaël ALIBERT, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Payot, 1926.

Pierre BON · Jean-Bernard AUBY · Philippe TERNEYRE, Droit administratif des biens, 8e éd., Dalloz, 2020.

Alain BÉNABENT · Yves GAUDEMET, Dictionnaire juridique 2023, 2e éd., LGDJ, 2022.

François BURDEAU, Histroire du droit adminitratif, PUF, 1995.

Roger BONNARD, Le contrôle juridictionnel de l'administration : Étude de droit administratif comparé, Dalloz (réimpression de l'édition de 1934), 2005.

Guy BRAIBANT · Nicole QUESTIAUX · Céline WIENER, Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens : Étude comparative, Édition Cujas, 1973.

Jean Claude BONICHOT · Paul CASSIA · Bernard POUJADE, Les grands arrêts du contentieux administratif, 6e éd., Dalloz, 2018.

Jean-François BRISSON, Le recours pour excès de pouvoir, Ellipses, 2004.

René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., Montchrestien, 2001.

René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 2, 15e éd., Montchrestien, 2001.

René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 13e éd., Montchrestien, 2008.

Michel DUBISSON, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, LGDJ, 1958.

Michel FROMONT, Droit administratif des États européens, PUF, 2006.

Yves GAUDEMET, Droit administratif, 23e éd., LGDJ, 2020.

Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, Tome 1, 16e éd., LGDJ, 2001.

Mattias GUYOMAR · Bertrand SEILLER, Contentieux administratif, 6e éd., Dalloz, 2021.

Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12e éd., Dalloz (réimpression de l'édition de 1933), 2002.

Institut français des sciences administratives, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Édition Cujas, 1978.

Edouard LAFERRIÈRE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, 2e éd., 1896.

Marceau LONG · Prosper WEIL · Guy BRAIBANT · Pierre DELVOLVÉ · Bruno GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 21e éd., Dalloz, 2017.

Jacqueline MORAND-DEVILLER · Pierre BOURDON · Florian POULET, Droit administratif, 17e éd., LGDJ, 2021.

Bernard PACTEAU, Manuel de contentieux administratif, 2e éd., PUF, 2006.

Bernard PACTEAU, Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, Travaux et recherches de la faculté de droit et de science politique de l'Univtersité de Clermont Ⅰ, 1977.

Jacques PETIT · Pierre-Laurent FRIER, Droit administratif, 16e éd., LGDJ, 2022.

Revue Justice Actualité #24 : Le contrôle de proportionnalité, ENM, 2020.

Michel ROUSSET · Olivier ROUSSET, Droit administratif, Tome 1, 2e éd., PUG, 2004.

Michel ROUSSET · Olivier ROUSSET, Droit administratif, Tome 2, 2e éd., PUG, 2004.

Pierre SERRAND, Droit administratif, Tome 2, PUF, 2015.

Didier TRUCHET, Droit administratif, 3e éd., PUF, 2008.

Charles VAUTROT-SCHWARZ, La qualification juridique en droit administratif, LGDJ, 2010.

Jean WALINE, Droit administratif, 28e éd., Dalloz, 2020.

나. 논문

Jean-Claude BONICHOT, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers, RIDC, vol. 38 n° 2, 1986, pp. 689-703.

Roger BONNARD, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP, Tome 40, 1923, pp. 363-392.

Guy BRAIBANT · Nicole QUESTIAUX · Céline WIENER, Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens : Étude comparative, RIDC, vol. 28 n° 1, 1976.

Antoine CORRE-BASSET, La « conception française de la separation des pouvoirs » et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif : Perspective historique et comparée, RDP, n° 4, 2020, pp. 869-914.

Maryse DEGUERGUE, Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait, Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007.

Pierre DELVOLVÉ, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Conseil

constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, 1988.

Stéphanie DOUTEAUD, Jurisprudence Danthony : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ?, RFDA, 2018.

Xavier DOMINO, Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois, AJDA, 2013.

François GAZIER, Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950, EDCE, n° 5, 1951, pp. 77-83.

Brahim GHEZZOU, Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse de doctorat en Droit public, Université Bourgogne Franche-Comté, 2017.

Marc HEINIS, L'erreur de droit dans la jurisprudence administrative, RA, 50e année, n° 296, mars-avril 1997.

Jacky HUMMEL, La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation, RA, 48e année, n° 291, mai-juin 1996.

Jean-Baptiste Jacob, Le traitement du vice de procédure dans le contrôle de l'excès de pouvoir et les métamorphoses du concept de légalité, RDP, n° 5, septembre 2020.

Dominique LAGASSE, L'évolution du contrôle des actes administratifs 'discrétionnaires' par le Conseil d'État de 1971 à 1986, APT, 1987.

André DE LAUBADÈRE, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français, Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, Tome 2, LGDJ, 1974.

Gilles LEBRETON, L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle, RDP, 1986.

Jeanne LEMASURIER, Jurisprudence administrative : Expropriation "Bilan-cout-avantage" et nécessité publique, RA, 32e année, n° 191, septembre-octobre 1979.

Pauline MARCANTONI, Le contrôle des études d'impact ou les ambiguïtés

de la distinction des causes juridiques dans le contentieux de l'annulation, RJE, n° 43, 2018.

Olga MAMOUDY, Dix ans d'application de la jurisprudence Danthony au Conseil d'Etat, AJDA, n° 4, avril 2022.

Antoine MENDRAS, Les magistrats administratifs à la recherche d'une nouvelle identité, AJDA, 2021.

Chantal PASBECQ, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP, 1980.

Jean RIVERO, La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français, Dialectica, vol. 15 n° 3, Discussion sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique, 1961.

Jean RIVERO, Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?, Mélanges offerts à Marcel Waline : Le juge et le droit public, Tome 2, LGDJ, 1974, pp. 701-717.

Jimmy ROBBE, De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne, RFDA, 2018.

Sophie ROUSSEL, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative, AJDA, 2021.

Marie ROTA, Vers la disparition des vices de forme ?, RDP, n° 3, 2015.

Mathilde SAUSSEREAU, Les classifications des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir : essai d'analyse critique, Thèse de doctorat en Droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002.

Pierre SERRAND, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, RDP, 2012.

Michel TROPER, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, LGDJ, 2014. (réimpression de l'édition de 1973)

Jean-Yves VINCENT, L'erreur manifeste d'appréciation, RA, 24e année, n° 142, juillet-août 1971.

Marcel WALINE, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930.

Jean-Marie WOEHRLING, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, RA, 52e année, n° spécial 7, 1999.

다. 행정판례총람

Répertoire de contentieux administratif, Recours pour excès de pouvoir, Moyens d'annulation, Dalloz, 2007.

Répertoire de contentieux administratif, Violation de la règle de droit, Dalloz, 2015.

Répertoire de contentieux administratif, Motifs : contrôle : invariants dans l'exercice du contrôle des motifs, Dalloz, 2014.

라. 법률백과사전

Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1150 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité externe.

Encyclopédies : JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152 : Recours pour excès de pouvoir : contrôle de la légalité interne.

2. 독일

Volker SCHULETTE, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, Nomos, 1991.

3. 영국 · 미국

가. 단행본

Neville BROWN · John S. BELL, French Administrative Law, 5th ed.,

Oxford, 1998.

Peter CANE, Controlling Administrative Power, Cambridge University Press, 2016.

Frank Johnson GOODNOW, Comparative Administrative Law, vol. 1-2, Andesite Press, 2015(Reprint of the original version printed in 1893).

Susan ROSE-ACKERMAN · Peter L. LINDSET · Blake EMERSON, Comparative Administrative Law, 2nd ed., Edward Elgar Publishing, 2017.

René J.G.H. SEERDEN, Comparative Administrative Law, 4th ed., Intersentia, 2018.

나. 논문

George A. BERMANN, The Scope of Judicial Review in French Administrative Law, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 16, no. 195, 1977.

Antonin SCALIA, Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law., Duke Law Journal, vol. 1989, no. 3, 1989.

Bernard SCHWARTZ, French and Anglo-American Conceptions of Administrative Law, University of Miami Law Review, vol. 6, no. 3, 1952.

Résumé

Une étude sur le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans le recours pour excès de pouvoir en France

— les critérès et l'intensité du contrôle de l'acte administratif individuel —

Kang, Hwa Yeon
Faculté de Droit
Université Nationale de Séoul

Le contrôle de la légalité du pouvoir discrétionnaire de l'acte administratif individuel en France est majoritairement exercé par le recours pour excès de pouvoir, un recours qui a été spécifiquement créé pour jouer ce rôle devant la juridiction administrative. En contrôlant la légalité de l'acte administratif, le but du juge administratif est de garantir la légalité des actions administratives tout en respectant l'opportunité de l'administration active. Pour atteindre ce but, le juge administratif français a développé diverses modalités pour vérifier la légalité de l'acte administratif, qui s'intitulent « moyens d'annulation » ou « cas d'ouverture ». Il a également affaibli ou intensifié ce contrôle de légalité en se servant de nombreux principes de contrôle. De même, la distinction entre l'administration et la juridiction administrative est considérée comme importante non seulement en France mais aussi dans tous les autres pays fondés sur la séparation des pouvoirs, y compris la Corée.

Traditionnellement, jusqu'au XIX^{e} siècle, le pouvoir discrétionnaire de l'acte administratif avait fait l'objet d'un contrôle juridictionnel minimum en France. Le juge administratif contrôlait seulement l'incompétence de l'autorité administrative, le vice de procédure et le vice de forme. Depuis le XX^{e} siècle, l'étendue du contrôle du pouvoir discrétionnaire s'est élargie sur le contenu et les motifs de l'acte, ajoutant ainsi au contrôle du droit un contrôle du fait. Apparus dans les jurisprudences administratives un par un, ces « moyens d'annulation » ont historiquement fait l'objet de nombreuses classifications. Aujourd'hui, les moyens d'annulation généralement distingués sont l'incompétence, le vice de procédure, le vice de forme, le détournement de pouvoir, la violation directe de la loi, l'erreur de droit, l'erreur de qualification juridique des faits et l'erreur de fait. De plus, ces moyens sont regroupés dans deux causes juridiques relevant de la légalité externe ou interne. L'incompétence, le vice de procédure et le vice de forme sont regroupés dans le cadre de la légalité externe, tandis que le détournement de pouvoir, la violation directe de la loi, l'erreur de droit, l'erreur de qualification juridique des faits et l'erreur de fait font partie des causes relevant de la légalité interne.

Depuis les années 1950-1960, le Conseil d'État a opéré un contrôle faible des motifs de fait. Pour longtemps, la majorité du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la qualification juridique des faits n'était pas susceptible de faire l'objet de contrôle juridictionnel. À partir des années 1960, la jurisprudence a introduit le contrôle restreint de qualification dans les domaines dans lesquels le contrôle était absent jusque-là. Le juge vérifiait seulement si « une erreur manifeste d'appréciation » était commise. Plus récemment, le juge a introduit un contrôle « maximal » en examinant même le contenu ou l'adéquation de l'acte. À travers « le contrôle de la proportionnalité », le juge examine une adéquation entre le contenu de l'acte

et la condition qui le justifie, en prenant en compte leur exacte proportionnalité. En matière d'expropriation, le juge a adopté « le contrôle du bilan ». Il n'admet l'utilité publique de l'opération seulement si les atteintes à la propriété privée ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt qu'elle présente.

Les modalité et régime du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France peuvent servir d'inspiration à la Corée pour renforcer son régime de contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire. D'abord, la théorie de pouvoir discrétionnaire classique en Corée était focalisée sur le problème d'accepter ou non le concept de « marge d'appréciation » qui vient d'une théorie allemande présupposant dans la notion même que le pouvoir discrétionnaire est seulement lié à l'adéquation ou le contenu de l'acte et non à la qualification juridique. Ainsi, la théorie majoritaire en France, qui ne distingue pas la qualification juridique et l'adéquation, nous donne une perspective nouvelle de l'essence du pouvoir discrétionnaire. Ensuite, en Corée, le juge regroupe tous les actes administratifs dans deux classifications, l'acte discrétionnaire et l'acte lié, et applique des modalités différentes lors du contrôle de la légalité. Au contraire, la théorie française ne les distingue pas parce qu'elle estime que, à moins qu'il y ait une obligation claire qui lie l'administration, l'autorité administrative a en principe le pouvoir discrétionnaire en toute matière. Enfin, les tribunaux administratifs en Corée ont récemment montré du progrès vers l'intensité du contrôle du pouvoir discrétionnaire dans certains domaines limités. Les théories et la jurisprudence en France peuvent nous donner une idée de comment renforcer le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en Corée.

Mots-clés : Moyen d'annulation, cas d'ouverture, contrôle juridictionnel, pouvoir discrétionnaire, qualification juridique des faits, erreur manifeste d'appréciation, contrôle de proportionnalité, contrôle du bilan, recour pour excès de pouvoir

Numéro étudiant : 2015-31073