

## 行政法上 不確定法概念과 判斷餘地의 限界\*\* — 최근 獨逸에서의 判例 및 理論 動向을 중심으로 —

洪 準 亨\*

〈目 次〉	
I. 問題狀況	IV. 判斷餘地에 관한 最近의 判例動向
II. 不確定法概念과 判斷餘地에 관한 증전의 判例	V. 結論
III. 學說狀況	

### I. 問題狀況

不確定法概念<sup>1)</sup>과 判斷餘地의 문제는 주지하듯이 독일행정법에서 전개된 판례 및 학설의 이론적 소산이다. 이것은 우리나라에서도 재량행위와 기속행위의 구별과 관련하여 ‘判斷餘地說<sup>2)</sup>’이란 이름아래 논의되어 온 문제영역의 하나로서, 행정

\* 서울大學校 行政大學院 전임강사

\* 이 논문은 1994년도 한국학술진흥재단 자유공모과제연구비에 의해 지원된 연구의 최종보고서로서 작성된 것임.

) 종래 국내문헌은 이를 ‘不確定概念’이라 불러왔다. 그러나 엄밀히 말해 이것은 불확정개념 일반을 지칭하는 것이 아니라 법률상 요건규정에서 사용되고 있는 개념들을 그 확정성(Bestimmtheit)의 정도에 따라 분류할 때 나오는 법규정 내용에 관한 개념이다. 법률상 요건규정은 그 내용면에서 정밀도를 달리할 수 있다. 즉 법률은 확정적, 一義的인 개념, 또는 확정적이지는 않지만 구체적 사안에서 확정가능한 개념들을 사용할 수도 있는 반면, 내용상 다의적이고, 해석의 여지를 남기는, 불확정적인 개념들을 사용할 수도 있다. 이 중 後者를 ‘불확정개념’(unbestimmte Rechtsbegriffe)이라고 부르는 것이다. 이렇게 본다면 ‘불확정개념’보다는 불확정법률개념(unbestimmte Gesetzesbegriffe)이 더 적확한 용어겠지만 ‘불확정개념’이 이미 독일행정법상 정착된 개념임을 고려하여 그렇게 부르는 것도 무방하리라고 본다 (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1994, § 7 Rn. 28).

:) 일부 문헌들은 不確定概念의 司法審查에 관해 주장된 독일의 이론, 특히 바흐프(Bachof)나 올레(Ule)의 견해를 判斷餘地說이란 이름하에 재량행위와 기속행위의 구별을 위한 학설의 하나로 소개하고 있다. 그러나 이는 타당하지 않다. 판단여지설은 재량행위와 기속행위의 구별기준에 관한 학설은 아니다(金重權, 行政自動機械決定의 法的 性質 및 그의 能否, 公法研究 제22집 제3호, 389 脚註 51). 이러한 학설

법일<sup>1)</sup>이론의 구성요소를 이루고 있다. ‘判斷餘地說’이란 일반적으로 전후 독일의 바흐호프(Bachof)와 울레(Ule) 등에 의하여 주장된 불확정법개념의 적용에 대한 제한된 사법심사가능성을 주장하는 견해들을 총칭하는 표현<sup>2)</sup>이다. 판단여지설은 전후 독일행정법에서 지배적인 지위를 차지해 왔고 또한 부분적으로 판례에 의해서도 그지를 받기도 했다. 그러나 불확정법개념에 대한 판단여지가 불확정개념의 “본질로부터” 법주적으로 인정된 것이 아니라 개개의 법규정의 해석을 통해 도출되어 왔기 때문에 상당한 기간동안 당초의 기대와는 달리 그 인정사례가 제한된 범위<sup>3)</sup>에 머물러 있었고,<sup>4)</sup> 오늘날 그 내용면에서도 적지않은 변화와 중점이동의 경향이 나타나고 있다. 이 점은 사실 시종일관 불확정법개념의 전면적 심사가능성을 인정하는 기본입장을 취해온 독일연방행정법원의 판례와 함께, 독일행정법의 이론을 비경으로 판단여지설을 소개한 국내문헌에서 소홀히 다루어졌던 측면이었다. 종래 대다수의 국내문헌들은 판단여지설을 무분별하게 법주적으로 원용하거나 일반화시키고 그렇지 않으면, 독일의 일부 문헌이 그러했듯이, 판단여지설이 함축하는 행정청의 판단우위를 지나치게 과장하는 愚를 범해왔던 것이 사실이다. 독일에서도 일부문헌에서 판단여지가 원래는 한계적인 사례상황에 한해서만 예외적으로 고려<sup>5)</sup> 수 있는 문제였음을 충분히 존중하지 않는 경우가 빈번하다고 지적되고 있

---

흔들은, 예컨대 「불확정개념에 의하여 행위의 요건이 정하여져 있는 때에도 재량행위가 있음을 인정하는 견해」(李尙圭, 上, 282)라고 하거나, 또는 判斷餘地說을 요전재량설과 구별하면서도, 위의 학설들과 동일한 차원에서 고려하는 서술방식(金道閔, 上, 386 이하)에서 엿볼 수 있다. 재량과 불확정법개념이 서로 구별되는 것임은 우리나라에서도 대체로 인정되고 있으며(金南辰, I, 241), 그것이 또한 독일의 확고한 판례와 통설이다. 이 점을 감안한다면, 판단여지설은 후술하는 불확정개념의 적용과 사법심사에 관한 문제에서 다루는 것이 옳다.

- 3) 독일의 경우 “判斷餘地”(Beurteilungsspielraum)란 개념 역시 그 의미내용에 비추어 볼 때 반드시 적절한 표현은 아니라는 지적이 있다. 사실 평가 또는 판정에 있어 문제가 되는 것은 그 “여지”(Spielraum)라기 보다는 전문적으로 타당성 있는 평가를 내릴 수 있는 권한이기 때문이다. 따라서 판단여지란 표현보다는 오히려 “평가 또는 판정수권”(Beurteilungsermächtigung), “평가특권”(Einschätzungsprärogative)이란 표현이 더 적확한 것이라 할 수 있다. 반면 2인의 채점관이 시험답안을 점수제로 평가하되 그 결과가 불일치하면 양자의 평균점수를 채택하도록 하는 시험규정의 경우를 생각한다면 “여지”란 개념도 일리가 없는 것은 아니다. 이로써 시험성적의 평가규정이 진정한 「평가여지」(Bewertungs-Spielraum)에 입각하고 있음을 분명히 알 수 있다(Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.Aufl., S.91f.).
- 4) Götz, Diskussionsbeitrag, in : Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S.178. 또 판단여지 또는 평가수권이 인정되는 경우를 ‘한계적 사례’(Grenzfälle)라고 부르고 있는 데서도(Ule) 그러한 배경을 엿볼 수 있다.

다.' 그러나 독일의 경우 줄곧 판단여지의 인정여부 및 인정범위<sup>6)</sup>에 관한 논쟁이 지속되어 왔고 또 판단여지의 자체에 대한 반론도 완전히 불식되었던 적은 없었던 것이다. 최근 판단여지, 정확히는 불확정법개념의 적용에 있어 행정소송의 통제밀도<sup>7)</sup>에 관한 논쟁은 근년 연방헌법재판소가 내린 일련의 '親司法的인'(justizfreundlich : Schultze-Fielitz) 판례를 계기로 재연되고 있다. 결과적으로 종래의 판단여지의 논거에 일대 타격을 주고 또 이론적 수정을 강요한 연방헌법재판소와 이에 따른 연방행정법원의 판례들, 그리고 이러한 판례변화에 대한 학계의 반응 등을 검토, 분석함으로써 종래 '判斷餘地說'이란 명칭이 온연중 수반했던 전문적, 기술적 판단에 대한 행정우위적 사고를 수정하고자 하는 것이 이 글의 목적이다. 불확정법개념과 판단여지의 문제는 고도의 정보·기술사회로 이행하고 있는 현대사회에 있어 행정과 사법이 직면하는 '평가의 딜레마'를 해결하기 위해 채용할 수 있는 하나의 대안을 시사해 준다는 점에서 새로운 조명이 이루어질 필요가 있다.

## II. 不確定法概念과 判斷餘地에 관한 종전의 判例

二. 동안 독일 연방행정법원 및 연방헌법재판소 등의 판례를 통하여 행정청의 '判斷餘地'(評價授權 : Beurteilungsermächtigung, Einschätzungsprärogative)가 인정된 사례영역이 특히 80년대 들어 점차 확대되어 온 것은 사실이다. 판단여지가 인정된 사례를 유형별로 살펴 보면 다음과 같다.

(1) 학교교육분야에서의 시험성적의 평가결정 : 초·중등학교, 대학 및 국가시험의 평가결정<sup>8)</sup>

(2) 시험과 유사한 평가결정 : 학년진급결정,<sup>9)</sup> 대학정원에 관한 수용능력심사,<sup>10)</sup> 초·중·등 교과서인정(Schulbuchzulassung)<sup>11)</sup>

5 Maurer, § 7 Rn.33, S.125.

6 판단여지를 포섭의 문제(Subsumtion), 즉 '개별적 사안에 있어 법률의 적용'에 국한시킬 것인지 아니면 추상적인 불확정법개념의 해석 일반에 확장할 것인지에 관한 문제이다.

7 BVerwGE 12, 359(363)=JZ 1961, 757 ; 38, 105(110f.)=JZ 1971, 690 ; 70, 143, 149 등.

8 BVerwGE 8, 272.

9 BVerwGE 56, 31(47) ; 65, 303(311).

10 BVerwG, 16. 7. 1982-VII B 190/81=NVwZ 1984, 102(104) ; BVerwG, 3. 5. 1988-VII C 89/986=BVerwGE 79, 298(303), 309=JZ 1989, 137.

(c) 공무원법상의 각종 평가·평정: 임명시 적성, 능력 및 전문적 성과의 평가,<sup>11)</sup> 상등·자에 의한 정규근무평정,<sup>12)</sup> 헌법충성의 심사(Prüfung der Verfassungstreue),<sup>13)</sup> 승급 및 승진결정<sup>14)</sup> 및 軍人事決定<sup>15)</sup>

(d) 전문가 또는 이익대표로 구성된 독립위원회의 평가적 결정: 연방품종검사위원회에 의한 밀품종의 평가비교,<sup>16)</sup> 건축전문위원회에 의한 건축사자격심사,<sup>17)</sup> 청소년유해도서에 관한 법률에 의한 연방심사위원회(Bundesprüfstelle)의 청소년유해도서 판정<sup>18)</sup>

(e) 미래예측결정(Prognosenentscheidung), 환경법·경제법상 위험평가결정: 신규택시면허의 발급으로 인한 택시영업상 질서교란의 우려에 대한 판정,<sup>19)</sup> 공무원 인수를 위한 인력수급계획의 결정, 염소·양의 수입허가에 있어 경제정책적 수요 예측, 제분량 상한의 인상여부에 관한 결정,<sup>20)</sup> 지역경제여건에 대한 예측,<sup>21)</sup> 주택 시장의 경기전망,<sup>22)</sup> 교통여건의 전망,<sup>23)</sup> 원자력법상 위험의 조사 및 평가<sup>24)</sup>

(f) 그밖에 불확정개념에 관한 행정정책적 성격을 띤 요인들에 관한 결정<sup>25)</sup>

그러나 다른 한편에서는 판단여지가 인정된 이들 사례와 본질적으로 다르지 않은 나안에 관해서도 불확정법개념에 대한 전면적 사법심사의 원칙을 고수한 판례들ㅇ 적지 않게 나오고 있기 때문에 판단여지설의 乘勝長驅 또는 보편화경향을 운위하는 것은 타당하지 않다.<sup>26)</sup> 이처럼 판례에 일관성이 결여되었던 것은 물론 연

11) BVerwGE 69, 109(110); 15, 39(시보임용자의 해임).

12) BVerwGE 11, 127(129f.); 60, 245.

13) BVerwGE 61, 176; 61, 200; BVerfGE 39, 334(353f.).

14) BVerwGE 80, 224.

15) BVerwGE 63, 3; 73, 308; 86, 59; 86, 201.

16) BVerwGE 62, 330; 72, 339.

17) BVerwGE 59, 213.

18) BVerwGE 39, 197; 77, 75.

19) BVerwGE 64, 238; 79, 208; 82, 295; 80, 270(화물운송업의 경우).

20) BVerwG, DVBl 1972, 895; DVBl 1979, 877; Richter/Schuppert, Casebook Verwaltungsrecht, S.25f.

21) BVerwG, 24.4.1987-VII C 12/85=NJW 1988, 276.

22) BVerwGE 80, 113.

23) BVerwGE 72, 282; 75, 214; 87, 332(355f.).

24) BVerwGE 72, 300; 78, 177; 81, 185(190ff.)=JZ 1989, 895.

25) BVerwGE 26, 65(77); 39, 291(299); 67, 341(345f.).

26) Schulze-Fielitz, aaO, S.773. 가령 동물보호법(Tierschutzgesetz) 제5조에 의한 종마검사결정(Körentscheidung: BVerwG, 1. 3. 1990=NWZ 1991, 568f.), 자연환경에 대한 살충제(Pflanzenschutzmittel)의 영향이 현재의 과학적 인식수준(Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis)에 비추어 상당하다고 볼 수 있는지에 관한 판단(BVerwGE 81, 12(17)), 영업법(GewO) 제36조 제1항에 의하여 공개적으로

방행정법원과 각급행정법원들이 줄곧 채용해 온 사례별 접근방법(Kasuistik)에 기인한다. 물론 이러한 접근방식 자체를 전적으로 부당하다고는 말할 수 없겠지만,<sup>27)</sup> 이러한 관례의 혼란이 결국 판단여지의 체계화를 위한 이론적 시도들을 좌절시키는 요인이 되었다는 것도 부정할 수 없는 사실이다.

### III. 學說狀況

현재 판단여지에 관한 독일에서의 학설상황을 살펴 보면 역시 법원의 통제권을 제한하는 방향을 취하는 학설이 다소 우세한 것으로 관측되고 있다.<sup>28)</sup> 그러면 이제 판단여지를 둘러싼 학설상황을 그 주된 논거에 따라 학설유형별로 개관해 보기로 한다.

#### 1. 傳統的 學說

전통적 학설, 즉 판단여지설(Lehre vom Beurteilungsspielraums)이란 일반적으로 전후 독일의 바호프(Bachof)와 울레(Ule) 등에 의하여 주장되었다. 바호프에 의하면, 행정법규가 불확정법개념을 사용하여 행정청에게 ‘판단여지’(Beurteilungsspielraum), 즉 법원에 의하여 심사될 수 없는 독자적인 평가·결정의 영역을 확보해 준 경우 법원은 이러한 영역내에서 행해진 행정결정을 받아들이지 않으면 안 되며, 다만 그 영역의 한계가 준수되었는지만을 심사할 수 있을 뿐이라고 한다. 울레 역시 이와 유사한 결과에 도달하여 다음과 같이 주장한 바 있다. “행정법원은 의심스러울 경우, 행정청의 견해가 확인된 사실관계에 비추어 볼 때 상당한 근거를 지닌다(vertretbar)고 판단될 때에는, 이를 따라야 한다. 일정한 사실관계를 평가함에 있어서, 예컨대 복수의 – 동 가치적인 – 감정평가의견이 나올 경우 특히 부딪힐 수 있는 바와 같이, 여러 가지 결론에 도달할 수 있다면, 이 모든 평가는 불확정법개념의 범위내에 머무르는 것이고 또 적법한 것이다. 행정법원은 따라서

임명되는 전문가가 전문지식(Sachkunde)을 지니고 있는지에 대한 판단(BVerwG, 26. 6. 1990 = NVwZ 1991, 268(269f.) 등. 가령 연방건설법(BBauG) 및 전설법전(BauGB) 제1조에 의한 불확정법개념들에 관해서나(BVerwGE 34, 301 ; 45, 309), 연방이미씨온보호법(BImSchG)의 규정들이 법원의 전면적 심사의 대상이 되는지에 관한 판단에 이르면 관례의 일관성결여는 일찍부터 줄곧 나타났다고 한다 (BVerwGE 55, 250(253ff.) ; 40, 353 ; 45, 162 ; 56, 71 등).

2' ) 가령 Schuppert, “Self-restraint der Rechtsprechung”, DVBl 1988, 1200.

2: ) Schulze-Fielitz, aaO.

이와 같은 한계적 사례들에 있어서 행정청의 판단 대신에 자기자신의 판단을 대치해서는 안된다.”<sup>29)</sup> 볼프(Wolff) 또한 소극적이기는 하나 동일한 방향에서 행정청은 “종의 평가특권(Einschätzungsprärogative)을 갖는다고 주장하면서, 어떤 불확정법개념이 특히 미래의 발전과 관련하여 법원에 의해 검증되거나 심사될 수 없는 “평가”(Einschätzung)를 요구하는 경우, 법원은 이러한 행정청의 평가를 기초로 하지 않으면 안된다고 하였다.<sup>30)</sup> 이를 견해는 ①입법권자는 불확정법개념을 사용함으로써 행정으로 하여금 자기책임적인, 제한된 사법심사가능성을 지닌 결정권을 쥐기 위한 것이라는 점, ②불확정법개념은 상이한 평가를 허용한다는 점, ③행정은 더 많은 전문지식과 경험을 보유하며 구체적인 행정문제에 대하여 근접성(Sachnahe)을 지닌다는 점 등에서 공통점을 지니고 있다.

이처럼 판단여지설의 내용은 독일에서 평가수권이 인정된 가장 전형적인 사례로 간주되고 있는 시험성적의 평가에 관한 판례를 통해 일목요연하게 드러난다. 가령 대학의 시험위원회는 각 단과대학 또는 전공학과에서 결정한 시험규정에 의하여 시험성적에 관한 결정을 내린다. 이때 그러한 결정의 기초가 되는 시험성적에 대한 결정한 판정과 평가는 그것이 합목적성의 관점에서 행해질 수 있는 것은 아니며 따라서 재량결정이 아니다. 그 결정은 전문적·학술적 또는 (고교시험의 경우) 교육적 평가에 입각하고 있으며, 이러한 시험위원회와 시험관의 결정은 일단 이론상으로는 ‘우수’, ‘양호’ 등과 같은 평가구분에서 사용된 불확정법개념의 적용으로서 구면적인 사법심사의 대상이 된다고 할 것이다. 그러나 이와 같이 법적 통제를 확장하는 것은 사실관계를 확정함에 있어 막대한 곤란을 초래함으로써 법원에 과중한 부담을 지우는 결과가 될 것이다(가령 독일에서 범용되고 있는 구술시험의 성적 평가문제를 생각하면 더욱 더 그러하다). 판정(채점)과 평가도 곤란한 문제이다. 법관은 다양한 종류의 시험에서 요구되는 전문지식을 갖고 있지 못하며 오히려 그에 관한 전문가의 감정에 의존하고 있기 때문이다. 바로 여기에 행정의 사법적 특·제의 현실적인 한계가 있음이 분명히 드러난다. 시험에 관한 결정(Prüfungsentscheidungen)의 사법적 통제는 이같이 시험규정상 주어진 판정·평가개념을 불확정법개념으로 이해할 경우, 더 이상 가능하지 않다. 그런 까닭에 이러한 법률개념들은 재량에도 불확정법개념에도 속하지 않는 제3의 범주, 즉 법률이 행정에게 꾸준히 여지를 부여한 경우라고 이해된다. 시험성적의 채점과 평가는 이와 같이

29) Ule, 326 : in GS W. Jellinek.

30) Wolff/Bachof, VerwR § 31 I c, S.188ff.

소위 판단여지의 효력에 의해 시험관이나 시험감독청의 종국적인 결정에 맡겨져 있나는 것이다. 이를 기관은 학술적·전문적 판단기준(초·중등학교시험의 경우 교육적 기준)에 따라 판정을 내린다. 이러한 시험관 또는 시험감독청의 우선권 (*Vorrecht*)이 인정되는 결과 법원의 통제는 오로지 자의의 통제(*Willkürkontrolle*)에 국한된다. 즉 법원에 의한 법적 통제는, 연방행정법원의 확립된 판례에 따르면, ① 시험관이 사실오인에 기초하여 결정하지 않았는가, ② 시험절차에 관한 규정들이 준수되었는가, ③ 일반적인 평가원칙이 준수되었는가, ④ 시험관이 사안과 무관한 고려에 의하여 판정을 내리지 않았는가(他事考慮)라는 네 가지 기준에 관해 다만 이루어질 수 있다.<sup>31)</sup> 시험에 관한 결정은 그 밖에도 평등처우의 원칙(기회 균등의 원칙)과 비례의 원칙의 준수여부에 관해서도 사법심사의 대상이 된다.<sup>32)</sup> 요컨대 그와 같은 명백한 잘못, 즉 현저하고 도저히 이성적으로 용납할 수 없는 평가의 오류가 있는 경우 외에는 설령 시험관이 오류를 범하더라도 법원이 이를 시정할 수 없다는 데 판단여지설의 요체가 있는 것이다.<sup>33)</sup>

### 1. 不確定法概念과 裁量의 區別緩化論

판단여지에 관한 또 하나의 학설경향은 재량과 불확정법개념을 비교하여 법률요건의 측면에서 불확정법개념과 법률효과의 측면에서 재량을 다소간에 접속시키는데 그 출발점을 찾는다. 물론 양자의 관계 또는 구별에 관한 문제는 아직도 미해결의 문제이며 또 계속적인 논란의 대상이 되고 있는 것이 사실이다. 그러나 이전에도 따르면 재량과 불확정법개념 양자에 있어 모두 행정청에 '결정여지' (*Entscheidungsspielräume*)가 성립된다는 공통점에 주목하면서<sup>34)</sup> 비교의 관점에서 행정재판의 통제밀도(*Kontrolldichte*)의 문제를 제기한다.<sup>35)</sup> 이와 같은 양자의 구조적 유사성은 특히 연결규정(*Koppelungsvorschriften*)에 있어 유연하게 나타

31) BVerwGE 38, 105, 110f. ; DVBl 1966, 861.

32) 이상 Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, Fall 41, S. 90-92를 참조.

33) H. v. Golitschek, Bewertung der Prüfungsleistungen in juristischen Staatsprüfungen und deren gerichtliche Kontrolle, BayVBl 1994, 257.

34) 가령 H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 185ff. ; M. Herdegen, Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, 747 ; Martin Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, 1001(1006f.) ; H.-J., Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensentscheidungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 126ff., 172ff.

35) 가령 Rupert Scholz und Schmidt Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34(1976), 145(166ff.), 221(252f.).

난다. 연결규정 또는 혼합규정(Mischtatbestände)이란 법률요건면에서는 불확정법기념을, 법률효과면에서는 재량수권을 각각 포함하는 법규범들을 말한다. 실제 법정들은 이러한 연결규정의 형태를 띠는 경우가 많다. 이들은 각각 해당되는 원리에 따라 판단될 수 있는 것이므로 그 자체로는 아무런 특수성을 갖지 않는다 고 할 수도 있다. 그렇지만 일정한 경우에는 한쪽이 다른 한쪽에 영향을 미칠 수 있다. 첫째, 불확정법기념의 적용을 통하여 이미 모든 재량행사에 적용되는 관점들이 고려될 수 있는 경우에는 재량의 소멸(Ermessensschwund)이 생기게 된다. 이러한 경우에는 재량을 행사할 것이 더 이상 남아있지 않게 되기 때문이다. 그 결과 법률요건이 충족되면 허용되는 결정을 하여야 한다는 의미에서, 가능성규정(Kenn-Vorschrift)이 사실상 필연규정(Muβ-Vorschrift)의 의미를 갖게 된다.<sup>36)</sup>

둘째, 일정한 법규범에 있어 법률요건면에서 나타난 불확정법기념은 재량의 범위와 내용을 확정하는 것이어서 이를 실은 재량에 해당하는 것으로 보아야 할 경우 있다. 이러한 경우 불확정법기념은 재량에 의하여 흡수되고 만다. 한편 불확정법기념과 재량기념이 일정한 입법적 목표의 달성을 위하여 서로 교환적으로 사용될 수 있는 경우도 적지 않다.<sup>37)</sup> 만일 입법권자가 공무원의 부업에 대하여, 그로 인해 직무상 이해관계에 지장이 초래되는 것을 방지하기 위해 승인을 요하는 행위로 활용하고자 한다면 두 가지 방법을 생각할 수 있을 것이다. 즉 입법권자가 '직무상의 이해관계에 지장이 있을 경우에 한하여 승인의 거부가 허용된다'고 규정한다면 이는 「직무상의 이해관계」란 불확정법기념을 사용하여 그것이 지장을 받을 경우 그에는 승인을 거부하지 못하도록 하는 결과가 되는데 비하여, '부업의 승인은 거부될 수 있다'고 한다면 이는 재량을 수권한 것이 되어 하자없는 재량행사의 경우 그로지 직무상의 이해관계만을 이유로 해서도 승인을 거부할 수 있다는 결과가

36) 가령 사무관리규정(1991. 6. 19. 공포 : 대통령령 13390호)은 제33조 제2항에서 공문서를 보존하고 있는 행정기관은 행정기관이 아닌 자가 문서의 열람 또는 복사를 요청하는 때에는 비밀 또는 대외비로 분류된 문서이거나 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이를 허가할 수 있다고 규정하고 있으나(가능규정), 대법원은 「사무관리규정 제33조 제2항에 의한 행정기관의 정보공개 허가여부는 기밀에 관한 사항 등 특별한 사유가 없는 한 반드시 정보공개청구에 응하여야 하는 기속행위로서 행정기관에 대하여 정보공개에 대한 재량권을 부여하고 있다고 해석할 수 있는 것」이라고 판시한 바 있다(大判 1989. 10. 24, 88누9312). 이 경우 요건심사과정(포섭과정)에서 특별한 사유의 부존재가 판단된 이상, 정보공개를 허가하여야 한다는 결과가 나온다면, 재량의 소멸이 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

37) Herdegen, JZ 1991, 749 ; Ch. Starck, Diskussionsbeitrag, in : Götz/Starck u. a., aaO, S. 189f. ; P. Häberle, öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 226ff., 595ff., 691ff.

될 것이다.

법률에서 사용되고 있는 불확정개념을 법개념으로 이해하는 것은 당연한 논리적 귀결로서, 행정의 행위여지(Handlungsspielräume)에 강한 제한을 가하는 결과가 된다. 즉 종래의 견해에 따르면, 이른바 요건재량(Tatbestandsermessen)으로 이해할 수 있었을 문제<sup>38)</sup>가 이제는, 일찍이 브륄러(Bühler)나 19세기말의 일부 독일 행정법원들의 판례들에 의해 확인된 바와 같이, 원칙적으로 재량개념에 속하지 않게 된 것이다. 여기서 다시금 강조해야 할 점은, 법에 의해 인정된 재량은 법률효과권에 존재하는 데 반해(행위 또는 효과재량 : Handlungsermessen, Rechtsfolgerermessen), 불확정법개념은 주로 법률에 의해 구속적으로 규정된, 법률요건면에 존재한다는 것이다. 그러나 독일의 경우 불확정법개념과 효과재량의 구별은 일면 양자를 포함하는 포괄적·통일적 재량개념에 의하여 부정되거나, 타면 양자를 구별하면서도 그 결과면에서 상호접근을 인정하는 입장에 의하여 실질적으로 상대화 되기도 있는 것도 부정할 수 없는 사실이다. 이러한 방향은 가령 판단여지설의 입장에서 다의적인 법률요건규정의 개념을 법개념으로 인정하면서도 다시 종래의 재량이론으로 되돌아가서 불확정법개념이 존재하면 이로부터 구조적으로 보아 대체로 재량여지(Ermessensspielraum)에 상당하는 결정여지(Entscheidungsspielraum)를 인정하는 입장, 또는 재량이론에 서면서도 재량을 법적으로 규율하여 원칙적으로 모든 재량결정에 사법심사를 전면적으로 인정하려는 일부의 주장에 의해 추구되고 있다. 이러한 이론들은 불확정법개념의 적용과 재량에 대하여 공통된 한계 설정기준(Abgrenzungskriterien)을 발전시키고 또 어떤 경우에 법원이 최종적인 결정권을 가진다고 할 것인지를 규명하려고 시도한다.<sup>39)</sup>

### 3. 規範的 授權理論

3.1 동안 다수의 문헌과 학설이 판단여지설에 동조해 온 것은 사실이지만, 점차

38) 실제 오버마이어(Obermayer)같은 학자는 생전의 행정법 동향에 관한 보고(Verwaltungsrecht im Wandel, NJW 1987, 2642ff.(2644))에서 여전히 불확정개념의 제한적 심사가능성에 관한 울레의 개념을 종래의 재량관념에 따라 “요건재량”으로 부르고 있었다.

39) Schulze-Fielitz, S. 774에서는 이러한 이론경향으로 Schuppert, “Self-restraint der Rechtsprechung”, DVBl 1988, 1191ff.; Häberle, aaO, S. 495ff.; H. Ehmke, “Ermessen” und “unbestimmter Rechtsbegriff” im Verwaltungsrecht, 1960, in: ders., Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 173 (185ff.) 등을 들고 있다.

불확정법개념의 존재만으로는 불충분하며, 전면적 사법심사가 불가능하다는 의미에서의 판단여지란 오히려 당해 법률이 행정청에게 종국적 결정권을 수권한 경우 그리고 그 한도내에서만 인정될 수 있다는 것이 이론적으로 주장되기 시작했다. 이를 ‘규범적 수권이론’(normative Ermächtigungslehre)이라고 부른다.<sup>40)</sup> 이에 따르면 입법권자가 –비록 법률에서 반드시 명시적이지는 않더라도 해석상 명백히 읽을 수 있을 만큼– 행정에게 예외적으로 법원에 의해 제한된 범위내에서만 사법 심사의 대상이 되는 평가특권을 인정할 것인지 여부를 결정하는 것은 전적으로 입법권자 자신의 선택문제라고 한다.<sup>41)</sup> 그리하여 법원에 의한 통제의 강도(Intensität)는 ①법률의 규율밀도가 낮을수록, ②행정분야의 특수전문성(가령 기술관계법 및 환경법)으로 인하여 포괄적인 자연과학적 전문가집단에 의존하는 정도가 클수록 그리고 절차적 규율을 이들의 참여가 조직화되면 될수록, 그리고 ③개별사안의 해결에 적합하도록 이루어진 법원의 조직상 법원의 업무수행의 원활을 위태롭게 하지 않으면서 그러한 결정들을 전면적으로 심사할 수 있는 능력이 적으면 적을수록 더욱 더 커진다고 하게 된다.<sup>42)</sup> 그러나 이와 같이 논거를 보다 법이론적 또는 실무지향적인 것에서 규범적인 것으로 바꾸었다고 해서 그 결론이 달라지는 것은 아니다. 법률상의 수권은 반드시 명시적으로 주어져야만 하는 것이 아니라 개개의 법규정의 해석을 통해서도 인정될 수 있기 때문이다. 따라서 다시금 과연 불확정 법개념이 사용되고 있는지, 그리고 어떤 관계에서 사용되고 있는지가 특히 문제되게 되며, 다만 이 경우 그 규범적 맥락이 더욱 강하게 고려되어야 할 뿐이다. 이와 같이 입법권자가 기본법 제19조 제4항의 권리보호의 보장을 사실상 제한할 수 있는 조건에 관한 논의는 특히 입법권자가 이제까지 그려한 규율들을 의식적으로 또

- 40) Schmidt-Aßmann(1985), in : Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rn. 185 ; ders., Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in : FS für Menger, 1985, S. 107 (112f., 115) ; R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte-Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, 409(410)ff. ; Stelkens/Sachs, in : Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, Kommentar, 3. Aufl., 1990, § 40, Rn. 91f.
- 41) 가령 P. Badura, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes, FS f. Bachof, 1984, S. 169 (176ff.) ; H.-U. Erichsen, Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, DVBl 1985, 22(26) ; K. Redeker, Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, 305(307).
- 42) K. Redeker, Über die Einflußmöglichkeit des Fachgesetzgebers auf das verwaltungsgerechtliche Verfahren, DOV 1993, 24.

는 명시적으로 행한 적이 없었기 때문에 아직도 완결되었다고는 할 수 없는 실정이니.

### … 判斷餘地說에 대한 批判

만일 판단여지를 인정한 여러 학설에 대하여는 다음과 같은 보다 근본적인 비판이 제기되었다. 즉 이를 학설은 판단여지설의 당초 주장이 판단여지를 예외적인 경우에 한하여 인정하는 데 있었다는 점을 충분히 고려하지 못했다는 것이다. 또한 이를 중 일부는 판단여지를 포섭(Subsumtion), 즉 개별적 사례에서의 법 적용을 넘어서 (추상적인) 불확정법개념의 해석에까지 확장하려고 시도했다는 점에서 비판되고 있다.<sup>43)</sup> 파피어(J. Papier)는 이러한 판단여지의 확장은, 일반추상적인 법구법의 해석, 그리고 거기에 포함된 불확정(법률)개념의 해석은 사법권의 본원적 기능이므로 옳지 않다고 비판한다. 그밖에도 판단여지설은, 일면 종래의 요건재량론(Theorie zum Tatbestandsermessen)에 의거하여 불확정법개념의 사용은 행정청에게 재량에 관한 일반적 법리에 의한 재량의 여지를 인정한 것으로 보아야 한다는 견해<sup>44)</sup>에 의하여, 타면 보다 원리적인 고찰을 통하여 또는 행정작용의 전면적 사법심사를 요구하는 기본법 제19조 제4항을 근거로 제한적 사법심사가능성을 지닌 판단여지의 존재를 부정하는 입장에 의하여 각각 비판되고 있다. 가령 괴츠(Götz)<sup>45)</sup>는 후자의 입장에서 어떤 일반조항이 불확정법개념의 적정한 적용에 관여한 법원의 전면적 심사권을 의문에 처하게 한다면 이는 권리보호를 보장한 현법원칙(기본법 제19조 제4항)에 명백히 위반되는 것이라고 주장한다. 그같은 규정은 「違憲性」은 “불확정”개념과 “확정”개념을 명확히 구별할 수 없다는 점 뿐만 아니라,<sup>46)</sup> 오로지 침해의 요건에 관한 법관의 결정이 가능한 경우에만, 행정이 불확정법개념에 의한 기준을 통해 침해할 수 있는 주관적 권리들이 실효적인 보호를 받을 수 있다는 점에서 불가피하게 주어진다는 것이다.

이제까지의 논의를 개관해 보면, 아무튼 법에 의한 행정의 구속, 행정에 대한 재판적 통제는 결코 포기될 수 없는 법치국가적 원칙이라는 점에서 양자의 개념적

43) Maurer, 7 Rn. 33, S. 120.

44) H. Meyer, in : Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rn. 13, 17ff. ; Scholz, VVDSRL 34 (1976), 145, 166f. ; J. Martens, JuS 1987, 103, 105, 107f. 재량과 판단여지를 상 대화하는 견해로는 Schuppert, DVBl 1988, 1191, 1198ff. 등을 참조.

45) Götz, aaO, S. 255.

46) Bachof, Diskussionsbeitrag, in : V. Gätz/Ch. Starck, Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 228.

구불이 여전히 필요하며, 따라서 불확정법개념은 원칙적으로 전면적인 사법심사의 대상이 되고 다만 예외적인 한계사례에 있어서만 이른바 판단의 여지가 인정될 수 있을 뿐이라는 것이 판단여지의 문제에 관한 학설과 판례의 대체적인 경향이라 할 수 있다.<sup>47)</sup>

#### IV. 判斷餘地에 관한 最近의 判例動向

##### 1. 判斷餘地說에 대한 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例

앞에서 본 연방행정법원 및 각급행정법원의 판례를 통해 발전된 판단여지의 이론은 최근 헌법재판소의 판례에 의해 중대한 타격을 받고 수정되어야 할 운명에 처하게 되었다. 먼저 이러한 판례동향을 다음과 같은 몇 개의 판례를 통하여 개관해 보기로 한다.

###### (1) ‘물제바허’결정(Mutzenbacher-Beschluß)<sup>48)</sup>

연방헌법재판소는 1990년 11월 27일의 결정에서 회대의 탕녀로 유명한 ‘요세피네·물제바허’(Josefine Mutzenbacher)의 일대기에 관한 외설적 소설을 청소년에게 국히 해로운 도서라고 판정한 연방 청소년유해도서심의위원회(Bundesprüfungstelle für jugendgefährdende Schriften)의 결정을 취소했다. 결정이유에서 연방헌법재판소는, 원심법원(VG)이 그 소설의 저자 및 출판사의 예술의 자유(Kunstfreiheit)를 그와 대립하는 청소년보호의 법익과 적절히 비교형량해야 했었다고 판시했다: “법원은 연방심의위원회에게 제한적인 범위에서만 심사가능한 판단여지를 인정함으로써 유해성에 대한 심증이 예술의 자유와 합치되는지 여부에 관한 심판의 범위를 축소시켜서는 아니된다. 그와 같이 심판범위를 축소한다면 그것은 대립하는 헌법적 법익들을 조화시켜야 한다는 기본법 제5조 제3항 제1문에서 직접 도출되는 헌법적 요구와 합치될 수 없을 것이다.”<sup>49)</sup> 종래 예술의 자유와 청소년보호가 가장 빈번히 충돌하는 문제라 할 수 있는 포르노그라피 또는 음란도서 및 필

47) 이에 관하여 상세한 것은 Maurer, § 7 Rn. 55ff., S. 128ff.를 참조.

48) BVerfGE 83, 130=JZ 1991, 465.

49) 반면 연방행정법원은 이 물제바허 결정에서 적용된 연방헌법재판소의 토픽(Topik)적 예술개념을 받아들였으나, 여전히 형량결정(Abwägungsentscheidung)에 있어 연방심의위원회의 평가특권(Einschätzungsprärogative)을 고수함으로써 그 한도에서 연방헌법재판소의 판례에 반하는 입장을 취했다(BVerwG, JZ 1993, 790). 이에 대한 비판으로는 Geiz, JZ 1993, 792를 참조.

른 은 예술의 영역에서 전적으로 배제되어 왔고 ‘청소년유해도서의 반포에 관한 법률’(Gesetz über Verbreitung jugendgefährdender Schriften : GJS)이라는 수단은 음란물이 가질 수도 있는 예술적 가치를 불문하고 적용되어 왔다. 그러나 1990년 연방법원(BGH)의 헨리밀러의 ‘남화귀선’사건판결(Opus Pistorum-Entscheidung)<sup>50)</sup>을 계기로 예술과 음란물 상호간의 배타성(Exklusivität)에 입각한 종래의 통설<sup>51)</sup>과 폰 레가 포기되었고 오히려 경우에 따라서는 음란물도 예술의 자유에 의한 보호를 요구할 수 있게 되었다. 이러한 연방법원 판례의 배경에는 줄곧 예술의 개념을 확장하는데 매진해 왔던 연방헌법재판소의 판례가 있었다. 즉 유명한 ‘메피스토’(Mephisto) 결정<sup>52)</sup>에서 연방헌법재판소는 예술의 정의 가능성을 시인하면서도 개방적 예술개념의 성립여지를 인정함으로써 사실상 이를 일반적으로 정의할 수 없다고 판시했던 것이다.<sup>53)</sup> 이와 같이 예술의 개념이 거의 윤곽이 사라질 정도로 확장됨에 따라 연방법원의 관점에서 음란물 역시 일정한 요건하에서 예술의 자유에 포함될 수 있다는 것은 극히 당연한 결과가 되었다. 연방헌법재판소의 물째바허결정은 이러한 연방법원의 판례와 같은 맥락에서 나온 것이다. 즉 연방헌법재판소는 연방심의위원회가 문제의 소설을 예술의 자유와의 비교형량을 거치지 아니한 채 ‘청소년유해도서의 반포에 관한 법률’ 제6조의 규정에 의한 청소년에게 중대한 유해영향을 지닌 도서라고 단정한 것이 정당하다고 본 연방행정법원의 판결을 위헌이라고 판시한 것이다.

## (2) 試驗決定에 있어 判斷餘地의 制限<sup>54)</sup>

1991년 4월 17일에 선고된 두 결정에서 연방헌법재판소는 시험결정에 있어 판단여지에 제한을 가했다. 원고의 사법시험 제2차 시험에 관한 첫번째 사건에서 행정법원은 시험위원의 평가에 대한 심사를 판단여지를 이유로 거부했다. 연방헌법재판소는 이러한 판결이 시험에 특유한 평가뿐만 아니라 전문적 성질을 띤 문제에 대해서도 법원의 통제를 배제한 이상 기본법 제19조 제4항에 위배된다고 판시했다: “시험판례법상 평가여지의 한계는 헌법적 근거로부터 주어진다. 그것은 동시

50) NJW 1990, 3026.

51) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Teilbd. 1, 6. Aufl. 1988, 23 II Rn. 7 ; Gössel, Strafrecht BT, Bd. 1, 1987, S. 339 ; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 44. Aufl. 1988, 184 Rn. 11 등.

52) BVerfGE 30, 173(215).

53) 연방헌법재판소의 판례에 있어 예술의 자유의 발전에 관하여는 Würkner, NVwZ 1992, 1471을 참조.

54) BVerfGE 84, 34=JZ 1991, 1077 ; BVerfGE 84, 59=JZ 1991, 1081.

예 기 본법 제19조 제4항에서 요구된 행정법원의 통제의 범위를 결정해 준다. 시험관청(Prüfungsbehörde)의 최종적 결정권은 오로지 시험에 특유한 – 여러 가지로 전문적인 평가와 불가분의 관계하에 놓인 – 평가에 관해서만 인정될 뿐이다. 그러나 그러한 평가문제에 대한 결정 역시 모든 통제로부터 벗어나는 것은 아니다. 평가여기에는 한계가 있으며, 그 준수여부는 기본법 제19조 제4항에 따라 법원의 사법심사의 대상이 되어야 한다. 직업에 관한 시험에 있어 법원에게 맡겨진 통제는 직업의 자유를 효과적으로 보호하려는 목적을 지향해야 하고(zweckgerichtet) 그러한 목적에 적합하며(geeignet) 상당한(angemessen) 것이지 않으면 안된다.<sup>55)</sup>

행정법원들의 판례(다툼의 대상이 된 관결 역시 이에 따르고 있다)에 따르면 시험관의 절차상의 잘못을 저지른 경우, 적용할 법을 그르친 경우, 그릇된 사실관계를 근거로 삼은 경우, 보편타당한 평가기준들을 침해했거나 무관한 사실에 대한 고려(他事考慮)에 의거한 경우에는 평가여지의 한계를 넘는 것으로서 법원에 의해 시정되어야 한다는 것이다. …… 문제해결의 관건은 어떤 요건하에 보편타당한 평가기준이 침해되었다고 볼 것이며 또 어떤 기준으로 타사고려가 있었다고 볼 것인가에 있다. 이에 관하여 연방행정법원이 발전시킨 준칙들은 오로지 각각의 시험전공분야에 관한 전문가의 도움을 받아서만 대답될 수 있는 전문적인 성질을 지닌 문제들은 법원의 통제로부터 배제된다는 것이다. 이에 따르면 옳은 것을 틀린 것으로, 근거있는 견해를 근거없는 견해로 평가하도록 요구하는 보편타당한 평가원리란 결코 있을 수 없다고 한다.<sup>56)</sup> 이에 따라 유일한 가능성으로 남게 되는 자의의 통제(Willkürkontrolle)는 전문적 고려에 들어가지 않고서도 평가가 가능한 극히 예외적인 경우에 국한된다. 어떤 평가가 당해법관에게 전적으로 부당한 것이라는 강한 심증을 불러일으킬 만큼 명명백백하고 또 모든 합리적인 한도를 넘는 학술적·전문적 견해의 오판에 의거하고 있다고 인정되는 경우에만 자의의 한계를 넘어섰다. 볼 수 있다는 것이다. 그렇지만 그처럼 법원의 통제를 대폭 축소하는 것은 직업의 진입을 제한하는 시험에 관한 한 기본법 제19조 제4항과 합치되지 않는다. …… 마찬가지로 전문가의 도움이 없이는 효과적으로 실시될 수 없다는 이유만으로, 연방행정법원 역시 지당하게 불가결한 것으로 간주하는, 자의의 통제가 제한되어지는 아니된다. 시험관의 학술적·전문적 평가의 오류가 법관에게 전적으로 부당하다는 심증을 주고 있는지 여부를 통제하는 것만으로는 부족하다. 오히려 그

55) *Igl. BVerfGE* 60, 253, 269 = *JZ* 1982, 596.

56) *3VerwG Buchholz* 421.0 Nr. 121, S. 195; *Seebass, NVwZ* 1985, 527.

려 한 평가가 전문가들에게도 부당하다고 여겨지리라고 볼 수 있는 경우에도 자의적 간 오판이 있었다고 보아야 한다. 이것은 물론 법원이 전문가의 도움을 받아서만 비로서 판단할 수 있겠지만, 그렇다고 해서 실제상 어려움이 있다는 것만 가지 고는 기본법 제19조 제4항이 보장하는 권리보호를 제한할 충분한 근거가 되지 못한다.”<sup>57)</sup> 이와 같이 연방헌법재판소는 전문적·학술적 평가는 사법적 통제의 대상이 되지 못한다는 주장을 배척하면서 그 이유로 그러한 경우에도 다른 경우와 마찬가지로 전문가의 감정의 도움을 받아 그러한 평가를 통제할 수 있다는 점을 제시했다. 이로써 종래 판례가 극히 예외적인 사례에 한하여 자의의 통제를 인정해 왔던 것은 기본법 제19조 제4항이 규정하는 ‘권리보호의 보장’(Rechtsschutzgarantie) 원칙에 부합되지 않는 것으로 판정되었다.<sup>58)</sup> 한편 選多型(Multiple-Choice-Verfahren)으로 출제된 의사자격시험에 관한 두 번째 사건에서 연방헌법재판소는 문제가 잘못 출제되었거나 選肢問項들이 불명확했다는 것을 이유로 한 원고:<sup>59)</sup> 주장을 받아들여 시험관계법상 판단여지의 범위를 제한했다. 1983년 연방행정법원은 “選多型試驗에서도 어떤 답항이 맞는지 틀린 것인지는 시험관에 의하여 그 법원의 사법심사에서 배제된 판단여지의 범위내에서 결정되어야 한다”는 공식을 제시한 바 있었다.<sup>60)</sup> 그러나 이와 같이 선다형이라는 새로운 형태의 시험에 고작 전통적인 판단여지설을 확대 적용했을 뿐인 이러한 판례의 입장은 처음부터 많은 취약점을 가지고 있었다. 수험생들은 제시된 문항중에서 맞는 것을 골라 답해야 하기 때문에 그 정답의 객관성이 보장되지 않으면 안되며, 이 경우 전통적인 시험형태의 특징을 이루는 시험상황의 재현불가능성, 그리고 채점에 대한 규범적 통제불가능성은 아무런 역할을 하지 못한다. 연방헌법재판소의 판결은 이러한 선다형 시험형태의 본질을 직시함으로써 종래 연방행정법원의 판례를 시정한 것이다.

### (3) 大學入學定員令에 대한 심사<sup>61)</sup>

대학입학정원령에 대한 심사가 다투어진 1991년 10월 22일의 결정에서 연방헌법기관소는, 이에 관한 문교부장관의 대학정책상의 결정은 오직 자의의 통제만을 받는 뿐이라는 연방행정법원의 소극적인 판결<sup>61)</sup>과는 달리 지원자에 대한 기본권관

57) JZ 1991, 1079-1080.

58) Streinz, R./Hammerl, Ch., *Der praktische Fall-öffentliches Recht : Prüfungsüberprüfung*, JuS 1993, 665.

59) DV 1983, 804 ; 이에 반대한 Pietzker의 평석을 참조.

60) BVerfGE 85, 36=NVwZ 1992, 361=DVBl 1992, 145.

61) BVerwGE 70, 318, 328ff.

현상을 고려하여 보다 높은 통제밀도(Kontrolldichte)를 요구했다：“대학지원자의 입학권(Zugangsrecht)은 기본권으로 보장된 대학교원의 학문연구 및 교육의 자유(기본법 제5조 제3항)와 이미 입학이 허용된 학생들의 교육에 대한 요구와 조화되지 않으면 안된다. 이를 위해 요구되는 구체화는 경시할 수 없는 발령권자의 형성여지(Gestaltungsraum)와 연관된 것이기는 하지만, 역시 합리적인 형량의 조건을 충족시키지 않으면 안된다. 그 규범의 발령권자는 입학정원을 결정함에 있어 그 정원이 당시의 인식 및 경험수준에 부합하며, 유사시 정원을 감축하는 경우에도 그 정원을 절대적으로 필요한 정도에 머무르도록 한다는 전제에서 출발하지 않으면 안된다. (……) 그러나 헌법적으로 요구되는 바는 행정법원이 그 인식 및 경험 수준에서 출발하여 주어진 근거사유들을 易之思之하여 재검토하고(nachvollziehen), 판례 및 공적 논의의 상황에 걸맞게 쟁점들을 심사하며 또 소송당사자들의 항변들을 考察하여야 한다는 것이다.”<sup>62)</sup>

#### (4) 私立國民學校設立要件에 관한 결정<sup>63)</sup>

기본법 제7조 제5항에 의해 사립국민학교의 설립허가요건으로서 요구되는 “특별한 교육상의 이해관계”에 관한 1992년 12월 16일의 결정에서 연방헌법재판소는 당시금 연방행정법원의 판결을, 그것이 (비단 개별사례에 대한 법적용의 문제에 대해서 뿐만 아니라) 법률문제(Rechtsfragen)에 관해서도 행정에게 판단여지를 인정했고 또 행정청에게 그 전문적이고 미래예측적인 평가에 관해 지나치게 광범한 자유영역을 인정했다는 이유로 취소했다.

#### (5) 公證人의 年齡上限을 정한 行政規則에 관한 결정<sup>63)</sup>

공증인(Notare)의 연령제한에 관한 1989년 6월 21일의 결정에서 연방헌법재판소는 법무부장관의 행정규칙에 의한 공증인연령의 상한(Höchstaltersgrenze) 설정에 대한 헌법소원을 인용했다：“최근 판례 및 학설상 행정규칙에 대해서도 일정한 요건하에 직접적인 외부효를 인정하려는 경향이 강해지고 있는 것은 사실이다. (……) 이러한 이론이 헌법적으로 유지될 수 있는지 여부 및 그 범위에 관한 문제는 여기서 논의할 필요가 없다. (……) 그러나 사물의 본성에 비추어 볼 때 공증인허가권으로부터 구체화가 필요한 규범(ausfüllungsbedürftige Normen)을 전통적인 의미의 법규(Rechtssätze)에 의해 정립하는 것을 포기하게 하는 동기가 제

62) BVerfGE 85, 36, 57f.

63) BVerfG, 1 BvR 167/87, JZ 1993, 784 = DVBl 1993, 485.

63) BVerfGE 80, 257 = NJW 1989, 2614.

공 되는 것은 아니다. 직업선택의 자유를 제한하는 법적 근거로서 규범구체화적 지침은 어쨌든 유용하지 못하다.”<sup>65)</sup>

## 2. 聯邦憲法裁判所의 判例와 判斷餘地說의 變化

앞에서 본 바와 같이 헌법재판소의 최근 판례들은 종래의 판단여지설을 근본적으로 수정하려고 시도하고 있다.<sup>66)</sup> 연방헌법재판소의 판례들은 각각의 사안의 개별특수성에도 불구하고 각각의 판결이유에 있어 실질적인 관련성을 보이고 있다. 가장 중심적인 공통적 관점은 행정의 판단여지가 미치는 범위와 그에 상응한 행정법원의 통제밀도를 기본법 제19조 제4항에 비추어 정해야 할 뿐만 아니라 특수한 가별기본권에 관한 해석에 의해 제한적으로 결정하여야 한다는 데 있다.<sup>67)</sup> 이제 연방헌법재판소의 판례가 판단여지설에 대하여 미칠 영향을 술체-피엘리츠(Schultze-Fielitz)의 논의와 그 후의 판례동향을<sup>68)</sup> 중심으로 하여 검토해 보기로 한다.

### (1) 判斷餘地의 基本權拘束(Grundrechtsabhängigkeit)

연방헌법재판소는 불확정법개념에 있어 판단여지의 문제가 헌법적으로 논의되어야 할 문제임을 확인하고 있다. 기본법 제19조 제4항은 일종의 아르키메데스적 축점(der eine archimedische Punkt)으로 작용한다. 판단여지는 나아가 행정의 결정이 다양한 기본권들과 그 실현의 범위들이 서로 실천적 조화를 이룰 수 있도록 조정하는지 여부 또는 국민의 기본권을 침해하는지 여부에 의존한다. 그리하여 판단여지의 문제는 기본권론의 일반원칙들—그리고 그 불확실성—과 연결된다. 말하자면 행정의 판단여지는 기본권이 제한되거나 그 제한에 대한 행정법원의 통제가 배제되는 때에는 언제나 헌법적으로 의문시되어야 한다는 것이다. 이러한 통제밀도의 제한은 비례원칙에 합치되어야 한다. 즉 실체적 법의 목적을 실현시키기 위하여 적합하고 필요하며 또 상당한(협의의 비례원칙) 것이어야 한다.<sup>69)</sup>

65) BVerfGE 80, 257, 265f.

66) Redeker, NVwZ 1992, 305f. ; Geis, DÖV 1993, 24f.

67) Schulze-Fielitz, aaO, S. 776. 가령 Reidt, O., Behördlicher Beurteilungsspielraum und Grundrechtsschutz, DÖV 1992, 916 ; Geis, M.-E., Die Anerkennung des “besonderen pädagogischen Interesses” nach Art. 7 Abs. 5 GG, DÖV 1993, 24.

68) Schulze-Fielitz, JZ 1993, 775ff.

69) 이로써 헌법재판소는 새로운 한계설정의 문제를 제기하였지만, 술체-피엘리츠에 따르면 이러한 문제영역의 변경이 법적 안정성의 증진과 결부되어 있지는 않다고 한다(Schulze-Fielitz, aaO, S. 776).

따라서 이제까지 판례를 통해 판단여지가 인정된 모든 사례들은 이와 같은 기본권관련성(Grundrechtsrelevanz)에 비추어 검토되어야 한다는 결과가 된다.<sup>70)</sup> 시험유익적 결정에 관한 사례의 경우 가령 기본법 제7조 제5항에 의한 사립국민학교설립의 허가요건으로서 요구된 “특별한 교육적 이해관계”의 유무를 심사함에 있어 연방행정법원의 판결과는 달리 행정에게 아무런 판단여지도 인정할 수 없다는 결론이 도출되며,<sup>71)</sup> 공무원법상의 평가에 있어서도 공직에의 진입과 공직의 유지<sup>72)</sup>에 관한 결정들도 이를 통해 기본권(기본법 제33조 제2항)의 제한이 문제된다는 이유에서, 더 이상 과거와 같이 법원의 통제로부터 벗어날 수 없게 된 것이다.<sup>73)</sup> 물론 그밖의 직무상의 평가에 있어서는 판단여지가 그대로 인정될 수 있을 것이다. 현실적으로 중요한 변화는 ‘전문가 또는 이익대표로 구성된 독립위원회의 평가’의 결정과 관련하여 관측될 수 있다. 연방헌법재판소의 판례에서 직업의 자유가 치지하고 있는 비중이 여기서 고려되어야 한다. 이 경우 그 침해의 강도에 따라 경우를 나누어 볼 필요가 있는데, 먼저 직업의 개시(開始)에 대한 규정들은 직업의 행사, 즉 직업활동의 제한 보다는 더 엄격한 기준에 따라야 한다. 앞으로 판단여기는 가령 전문가로 구성된 위원회가 건축사로서의 능력을 평가하거나 증권이사회<sup>74)</sup>·임의증권거래인의 자격부여를 결정하는 경우 처럼 직업에의 접근여부에 관한 결정에 관해서는 적어도 종래보다 제한될 수 밖에 없을 것이다. 특히 행정상 미래예측결정(Prognosenentscheidung)과 환경법·경제법상 위험평가결정에 관한 사례<sup>75)</sup> 경우에는 그러한 결정들이 직접적으로 기본권과 관련된 영향을 갖는다는 점에서 큰 변화가 예상된다. 가령 여객운송법(PBefG) 제13조 제4항에 따른 택시면허는 객관적인 직업면허의 효과를 가지는데 그 요건규정이 택시사업의 원활한 수행<sup>76)</sup> 지장을 주지 않는다는 소극적인 규정형식을 취하고 있는 한 이 문제에 대한 행정의 판단여지는 그러한 판단의 미래예측적 성격을 근거로 해서는 더 이상 정당화될 수 없다. 또한 기본법 제2조 제2항에 의한 기본권주체의 건강상 위해여부에 대한 평가(가령 제3자보호적 허가결정)도 판단여지가 엄격히 제한되어야 한다고 주장하는 근거가 될 수 있다. 전체적으로 볼 때 앞으로 판례는 종래 인정되었던 판단여지를 그로 인하여 후퇴된 법원의 통제가 관계된 기본권보유자의 기본권보호<sup>77)</sup>에 비추어 합당한 것인가 하는 관점에서 신중히 재검토해야 할 구속을 받게

70) Geis, NVwZ 1992, 29 ; Redeker, NVwZ 1992, 309 ; Reidt, DÖV 1992, 920, 921.

71) Geis, DÖV 1993, 26ff.(BVerwGE 75, 275에 대한 비판) ; BVerfG vom 16. 12. 1992., JZ 1993, 784ff.

72) 이렇게 함으로써 비로소 정당의 공직에 대한 후견적 지배를 저지할 수 있게 된다고 한다(Schuppert, Casebook Verwaltungsrecht, 1991, S. 29).

될 것으로 관측되고 있다.<sup>73)</sup>

## (2) 判斷餘地의 行政節次法的 報償

본방헌법재판소는 판단여지의 허용성 자체를 부정하지는 않았으나,<sup>74)</sup> 절차를 통한 기본권보호(Grundrechtsschutz durch Verfahren)에 관한 판례와 연대를 결성했나：“직업의 개시에 대하여 일정한 교육과정의 이수와 시험의 형태로 그로부터 성취된 능력의 증명을 요구하는 법규정들은 직업선택의 자유를 침해하며 따라서 기본법 제12조 제1항의 요청을 충족시키지 않으면 안된다. 이것은 국가가 실시하는 제1, 2차 사법시험에 관해서도 마찬가지로 타당하다. ……나아가 직업선택의 자유라는 기본권은 시험절차에 대해서도 그 효력을 발휘한다.<sup>75)</sup> 기본권의 보호는 절차의 형성을 통해서도 관찰되어야 한다; 기본권은 따라서 실체법 전체 뿐만 아니라 절차법에 대해서도, 그것이 효과적인 기본권보호에 대하여 의미를 갖는 이상, 효력을 미치는 것이다. …… 행정절차에 대한 보장이 기본권에 의해 요구되는지 그나고 어떤 범위에서 요구되는지는 일면 기본권침해의 종류와 강도에 따르며 타면 기본권보호가 법원의 사후적 통제를 통하여 보장되는지 여하에 따라 판단된다.” 이와 같은 실체적 기본권과의 연관을 통하여 행정절차와 판단여지에 의한 행정법원의 통제의 제한은 일종의 상용관계에 놓이게 되었다. 따라서 행정의 판단여지가 불가피하거나 기타 자유로 정당화된다고 인정되는 한, 판단여지를 지닌 행정 결정의 前面에 권리보호의 최소한의 보장으로서 그에 상응하는 행정절차가 마련되어야 한다는 요청이 기본권의 효력에 의해 도출된다. 말하자면 판단여지는 행정절차를 대가로 ‘취득’되어야 한다는 것이다. 이러한 일반화될 수 있는 기본사상을 통해 비로소 개별적 자유권적 기본권과 결합된 기본법 제19조 제4항에 비추어 문제되는 행정법원의 통제밀도에 대한 제한이 법치국가원칙과 합치되게 된다. 향후 판단여지의 모든 적용분야가 이로써 행정절차가 그러한 보상적 효과를 발휘하는지 여부, 다시 말해 부여된 행정절차가 행정결정의 복잡성에 합당한 내용을 지는지 여부에 따라 검토되지 않으면 안되게 되었다; 원칙적으로 행정절차는 정식절차로 규정되어야 한다.

시험에 관해서 이 헌법적 원칙은 이미 격렬한 논란을 불러일으켰다. 입법권자는 효과적인 행정통제를 가능케 하기 위하여 이의신청절차(가령 당해 평가에 관여하

73) Schulze-Fielitz, aaO.

74) BVerfGE 84, 34=JZ 1991, 1077 ; BVerfGE 84, 59=JZ 1991, 1081.

75) BVerfGE 52, 380, 389f.=JZ 1980, 140.

지 '낳은 심사위원을 동원한 절차), 또 시험전 행정절차를, 시험의 종류에 따라 가능할 범위내에서, 마련하지 않으면 안된다. 시험과 유사한 결정 및 공무원·군인에 대한 평가의 경우 결정에 합당한 행정절차를 구비해야 한다는 요청은 비교적 덜 중요한 역할을 수행하는데 비하여, 독립적이고 다원적인 전문가위원회의 평가적 결정의 경우 특히 유의해야 할 점은 그 구성상 행정결정을 내리는데 중요한 의미를 지닌 모든 형량요인들을 포괄적으로 조사할 수 있는 가능성이 보장되어야 한다는 것이다. 연방헌법재판소는 이러한 의미에서 입법권자에게 청소년유해도서심의위원회의 구성에 대하여 보다 상세히 규정을 마련해야 할 책임을 부과한 것으로 이해된다. 특히 행정상 미래예측과 경제·환경법상 위험평가에 대해서는 그 한도에서 특별한 검토가 이루어질 필요가 있다는 점이 지적되고 있다. 가령 택시면허에 있어 지역사정을 고려하여, 또는 다른 도시와의 비교를 통해서라도, 그 주변지역의 경제 또는 사회간접자본의 특수한 사정과 일반적 경제발전의 분석결과에 비추어 택시영업의 원활한 수행여부가 철저히 검토되어야 하는데 현재 이를 위한 적절한 행정절차가 마련되어 있지 않으므로 이에 대한 입법권자의 책임이 강조되는 결과가 되는 것이다.

### (3) 立法權者의 責任增大

연방헌법재판소가 기본법 제19조 제4항에 의한 권리보호의 보장이 원칙적으로 제한될 수 없음을 확인하고 있기 때문에 이러한 판례에 비추어 규범적 수권이론도 수정될 수밖에 없다는 결과가 되었다. 기본권, 그중에서도 특히 기본법 제12조 제1항은 언제나 법원의 통제밀도에 대한 제한의 한계로 작용했지만, 연방헌법재판소의 새로운 판례는 연방행정법원의 그것과 일부 학설에 비해 분명히 더 예민한 감각을 보여주고 있다. 대다수의 행정소송이 기본권과 관련되어 있는 이상 이러한 측면은 결국 기본법 제12조 제1항 이외의 경우에까지 판단여지가 축소되는 결과를 초래할 것으로 예측되고 있다.<sup>76)</sup> 판단여지의 허용성에 대한 제한은 현실적으로 규범적 수권이론의 의미에서 의회입법권자의 결정의 비중을 높이게 될 것이다. 기본권 또는 기타 권리의 제한에 있어 헌법상 권리영역의 상이한 적용범위 및 위상을 갖는 것이 문제되기 때문에 언제나 입법권자의 명시적인 결정이 판단여지를 인정하기 위한 전제조건이 된다. 판단여지가 법원의 수중에만 맡겨져서는 안된다 는 것은 연방행정법원도 부분적으로 시인하는 바이다. 물론 입법권자에게는 여전히 헌법의 여지가 주어져 있는 것이 사실이다. 불확정법개념을 사용하는 대신 절

76) Schulze-Fielitz, aaO, 777.

치법적으로 행정결정을 사전에 전문가위원회의 적극적 투표에 의존하도록 할 수도 있으며 명시적인 규정을 통해 기술적 규범을 인용할 수도 있을 것이다. 그러나 어쨌든 앞으로 입법권자의 입법의무가 보다 강하게 요구되리라는 것은 충분히 예상할 수 있는 점이다.

#### (4) 判斷餘地의 許容性

##### 1) 憲法判斷의 限界

연방헌법재판소는 기본법 제19조 제4항과의 관계에 있어서도 판단여지의 존재를 시인하고 있으며 이는 시험관계법의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 어떤 요건 하에 판단여지가 인정될 수 있는가에 관해서는 이렇다 할 판단을 내리지 않고 있다 반면 이제까지 판례상 판단여지의 인정근거로 제시되어 왔던 거의 모든 정당회근거들은 이제 연방헌법재판소의 판례에 따라 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 그리하여 이미 물째바허결정에서 드러난 바와 같이 독립적이고 다원적인 전문가위원회에 의한 평가적 결정이라는 사실만으로 판단여지를 인정하는 것은 더 이상 가능하지 않게 된 것이다. 물론 판단여지의 심사가 언제나 전면적인 재판적 통제를 가져오는 것은 아니다. 분야별 특수성이 인정되는 경우에는 그것이 설령 기본권규율의 성격을 떤다 해도 예외적으로 판단여지가 성립할 수 있음은 물론이다.

##### 2) 分野別 特殊性에 기인한 判斷餘地

그렇다면 어떤 경우 분야별 특수성을 근거로 판단여지가 인정될 것인가가 문제된다. 연방헌법재판소는 단지 추상적으로 “사물의 본성”(Natur der Sache) 또는 사법권이 “기능상의 한계”에 부딪치게 될 때라는 기준을 제시하고 있을 뿐이다. 그러나 이같은 불가피한 사실법칙(zwingende Sachgesetzlichkeit)으로부터 법해석론상의 근거에 의한 것이 아니라 단지 실용적인 이유에서 사실심사와 그 법적 평가의 深淵에 빠져들지 않으려는 사법소극성(Scheu der Gerichte)에 이르는 접근방법은 短見에 지나지 않는다는 비판이 제기되고 있다. 따라서 법원이 행정결정을 재현하여 심사할 수 없다는 데 대한 근거가 보다 세밀한 논증을 통해 제시되어야 한다는 것이다.<sup>77)</sup>

법원이 최선을 다하더라도 특정한 행정결정들을 심사할 수 있는 처지에 있지 못할 경우에는 그 한도에서 판단여지가 인정될 수 있다고 보아야 할 것이다. 가령 구술시험의 경우 그 시험상황이 증인이나 전문가 또는 기타 증거자료를 통해 반복될 수 없어 재구성할 수 없기 때문에 법원에 의한 비교평가가 불가능하므로 판단

---

77) Schulze-Fielitz, aaO.

여지가 인정될 수 있을 것이다. 이 경우 사후적 통제는 오직 통상적인 기준준수여부에 관하여 상당하다고 인정되는 경우에 국한되게 될 것이다. 이 점은 공무원의 직무 평가에 관해서도 유사하게 적용된다.

### 3) 判斷餘地의 憲法的 基準

앞에서 본 바와 같은 사실상의 제약이 존재하는 경우 외에도 기본권관련성을 지닌 헌법상에 관하여 정당화근거가 존재하는 경우에는 판단여지가 인정될 수 있을 것이다. 가령 평등원칙에 따라 법원이 특정한 수험생에 대해서만 별도로 시험결과를 심사하는 것은 당해 시험의 평가가 다른 수험생과 함께 실시되어야 하는 이상 허용되지 않는다. 그밖에 판단여지를 정당화할 수 있는 헌법원리로서는 권리분립원리에 따른 행정의 자기책임원칙, 입법권자의 입법형성의 자유 등이 검토될 수 있다.

### 5) 行政上 立法에 있어 評價餘地

#### 1) 規範具體化的 行政規則

연방헌법재판소의 판례는 비단 개별적 행정결정뿐만 아니라 행정에 의한 규범정립작용에 대해서도 영향을 준다는 것이 일반적으로 시인되고 있다. 특히 문제가 되는 것이 「규범구체화적 행정규칙」(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)이다. 주지하는 바와 같이 이 경우 행정청에 의한 불확정법개념의 ‘일반 추상적 구체화’(abstrakt-generelle Konkretisierung)는 법원의 통제에서 제외된다는 것이 연방행정법원의 ‘별’(Whyl) 판결의 결론이었다. 이것은 일종의 ‘일반화된 판단여지’의 존재가 전제된 경우라 할 수 있다. 그러나 절차법적 측면에서 그 기술적 규범 및 행정규칙이 정립되는 과정에서 법령상 요구된 전문가들의 의견청취와 같은 절차상의 규율이 충분히 마련되어 있는지 여부가 검토되어야 한다. 또 어쨌든 원자력기술위원회(Kerntechnischer Ausschuss)와 같은 합의제기관의 설치와 그 성은 법률의 근거에 의해야 하며 그 기구의 권고적 의견이 규범구체화적 행정규칙에 반영될 수 있어야 한다는 요구가 제기된다. 나아가 기본권관련성을 넘어서 규범구체화적 행정규칙이 결정대상의 복잡성에 상응하는 행정절차를 통해 성립된 것 이어야 한다는 것이 그 법원에 대한 구속력의 전제조건이 된다. 이런 의미에서 연방헌법재판소의 판례는 특수한 경우인 원자력법의 경우를 넘어서 종종 이미 써온 보호법의 영역에서 대기오염물질배출기준(TA Luft)과 같은 기술적 기준설정을 법원을 구속하는 규범적 요소로 간주하려고했던 법원의 시도에 강력한 제동을 건 설이다.

## 2) 法規命令의 制定

법규명령의 제정 역시 연방헌법재판소의 판례에 의해 직접적 영향을 받지 않을 수 없다. 법규명령을 통해 법률상 불확정개념을 구체화함에 있어 명령제정권자는 형성의 여지를 가짐은 물론이다. 그러나 그 형성의 여지를, 입법권자가 규범제정권자에게 법규명령제정의 재량권(Verordnungsermessen)을 부여했고 또 그 법규명령이 외부법(Außenrecht)으로서 법원을 구속하게 된다는 이유만으로 사법심사에서 배제하는 것은 더 이상 허용되지 않게 되었다. 즉 법원은 명령제정권자가 절차법적 요건들을 충족했는가, 당시의 인식 및 경험수준에 기초했는가, 그리고 기본권침해적 요건규정에 있어 필요성(Erforderlichkeit)의 원칙을 준수했는가를 심사해야 한다는 것이다. 법원은 가령 ‘공백없는 통제’란 의미에서 생각할 수 있는 모든 판례들을 심사해야 하는 것은 아니지만 항상 명령제정권자가 제시한 입법이유를 검토하고 공론화과정에서 나타난 쟁점들을 구명하며 명령제정과정에서 제기된 이견을 심사해야 한다.<sup>78)</sup> 이 경우 개개의 기본권들은 법관이 존중해야 할 판결지침<sup>79)</sup> 동시에 명령제정권자에게 특수한 이유제시의무를 부과하는 근거가 된다. 물론 이러한 명령심사는 제정된 법규명령의 내용의 적정성여하에 대한 적극적 심사가 아니라 명령제정권자의 결정에 대한 이견들이 명령을 통한 규범구체화의 적정성을 지속적으로 손상시키는지 여부에 대한 소극적 심사(Negativ-Prüfung)로 이해되고 있다.<sup>80)</sup>

## 3. 聯邦憲法裁判所의 判例가 聯邦行政法院의 判例에 미친 影響

### (1) 青少年保護와 藝術의 自由

예술의 자유와 기본권에 관련된 행정청의 결정에 있어 판단여지에 관한 연방헌법재판소의 판례들은 이후 최근에 나온 일련의 연방행정법원의 판례경향을 통해서도 구체적으로 관철되고 있다. 연방행정법원은 이후 1992년 11월 26일 처음으로 자신의 판례를 연방헌법재판소 결정의 기본취지와 조율할 수 있는 기회를 가졌다.<sup>81)</sup> 연방행정법원은 일면 단순한 청소년유해도서에 관하여는 청소년보호와 예술의 관계를

78) BVerfGE 85, 36 = NVwZ 1992, 361 = DVBl 1992, 145.

79) 한편 슬체-피엘리츠(aaO, S. 781)는 여기서 한 걸음만 더 나아가면 제시된 법규명령의 입법이유의 내용여하에 따라 부수적으로 명령제정과정의 합리성여하를 판단할 수 있게 될 뿐만 아니라 이를 통해 사실상 사법심사의 범위결정에 의미를 지닌 법규명령의 입법이유제시의무(Begründungspflicht)가 도출될 수 있을 것이라고 전망하고 있다.

80) NJW 1993, 1490 ; NJW 1993, 1491.

다투면서도 타면에서는 과연 연방심의위원회의 판단여지가 여전히 인정될 수 있는지 여부 그리고 어떤 범위에서 인정될 수 있는지에 대하여 자신의 입장을 밝혔다. 법원은 문고판으로 출간된 헨리 밀러(Henry Miller)의 *남회귀선(Opus pistorum)*의 「유해성에 관한 소송」<sup>81)</sup>에서 다음과 같이 판시함으로써 피고 상고인의 상고를 기각했다：“1. 연방 청소년유해도서심의위원회에 의한 예술작품에 대한 평가적 결정 및 2로부터 유출되는 청소년에 대한 유해한 영향의 판단은 내용상 감정의견의 표시에 해당한다. 2. 어떤 예술작품의 유해성에 관한 판단을 심사함에 있어 법원은 당해법률이 청소년보호와 예술의 자유라는 대립되는 이익의 비교형량을 기본권최적화(Grundrechtsoptimierung)의 목적에서 다원주의적으로 구성된 연방심의위원회에게 맡긴 것이라는 점을 존중하여야 한다.” 연방행정법원의 이 판례에 의하면, 연방심의위원회에 의한 예술작품에 대한 가치평가 및 그로부터 발생하는 청소년에 대한 유해영향의 판단은 일종의 “전문가의 감정의견”(sachverständige Aussage)의 질질을 가지는 것이므로 법원은 예술작품에 대한 평가결과를 심사함에 있어 이를 존중해야 한다. 또 이 경우 고려되어야 할 사실은 법원이 당해법률이 청소년보호와 예술의 자유라는 상충하는 법익에 대한 비교형량을 기본권최적화(Grundrechtsoptimierung)를 위하여 다원주의적으로 구성된 연방심의위원회에게 위임한 것임을 존중해야 하며, 이를 법익을 형량함에 있어 연방심의위원회에게는 결정의 우위(Entscheidungsvorrang)가 인정된다는 것이다. 그러나 여기서 연방행정법원은 물제바허결정에 따라 종래 자신의 판례를 포기하고 있다. 즉 종래 연방심의위원회에게 심사대상도서가 예술작품으로서의 헌법적 기준을 충족하는지 여부에 대한 판단여지가 인정되었다면, 이제는 각급 법원이 연방심의위원회의 당해 도서의 예술성에 관한 결정의 내용을 전면적으로 심사해야 할 의무를 지게 된 것이다. 청소년에 대한 유해영향의 유무 및 정도 역시 더 이상 연방심의위원회 단독의 판단에만 의존하지 않는다는 결과가 되었다. 장차 각급 법원들은 실천적 조화(praktische Konkordanz)을 이루기 위하여 저울의 양편에 어떠한 비중을 주어야 할지를 전면적으로 심사하여야 한다고 판시함으로써 연방행정법원은 고전적 의미에서의 평가특권에 대해 명백한 거부의사를 표명한 것이다.

또한 ‘달콤한 의식’(Zärtliche Rituale) 판결<sup>82)</sup>에서 연방행정법원은 ‘달콤한 의식’의란 제목의 문고판도서에 관한 연방심의위원회의 청소년유해판정에 대해 불복하여 당해 도서출판인이 제기한 소송을 인용한 항소심판결을 유지하고 이에 대한

81) BVerwGE, 91, 211(Urt. v. 26. 11. 1992-7C20/92=NJW 1993, 1491).

82) BVerwGE, 91, 223(Urt. v. 26. 11. 1992-7C22/92=NJW 1993, 1490).

피. 1 상고인의 상고를 기각하면서 “단순한” 청소년유해도서(§ 1 I GjS)는 이를 예술작품으로 볼 수 있다고 하여 막바로 그 유해성판단(Indizierung)에서 배제되어지는 안된다’고 판시했다. 또 법원은 그와 같은 도서들을 청소년유해도서의 목록에 넣기 위해서는 청소년유해도서에 관한 법률(GjS) 제1조 제2항 제2호에 의하여 이를 예술의 자유(Kunstfreiheit)와 비교형량하지 않으면 안된다는 점을 분명히 함으로써 종전의 판례(BVerwGE 77, 75[83f.]=NJW 1987, 1429)를 명시적으로 포기했다. 재판부는 이 사건판결에서 연방현법재판소의 물째바허결정을 명시적으로 원용하면서 어떤 예술작품으로 볼 수 있는 도서의 유해성여부를 판단하기 위해 거는 설사 그것이 명백히 아동이나 청소년에게 풍속을 해치는 중대한 유해영향을 주기에 알맞은 것이라고 인정된다 할지라도 이를 개개의 사례별로 예술의 자유와 비교형량하여야 하며, 이에 관하여 입법권자 스스로가 포괄적으로 설정한 예술의 자유와 청소년보호간의 조정기준과 같은 것은 존재하지 않는다고 판시하였다. 연방행정법원은 또한 ‘단순한’ 청소년유해도서임을 판정하는 경우에도 이 두 가지 간의 비교형량이 이루어져야 한다고 판시하였다. 연방심의위원회의 결정이 취소된 이유는 동위원회가 청소년유해성여부를 판단함에 있어 ‘청소년유해도서의 반포에 관한 법률’(GjS) 제1조 제2항 제2호에 의한 예술유보를 심사대상도서의 불이익으로 적용하지 않았다는 데 있었다.

이러한 판례경향에 대해서는 앞에서 소개한 ‘요세피네 물째바허’ 결정의 예기치 못한 영향이 연방행정법원의 판례마저 사로잡기 시작한 결과라는 지적이 나오고 있다.<sup>83)</sup> 이를 판례에서 표명된 두 가지 핵심적인 문제는 “예술의 개념과 청소년에 대한 유해영향” 그리고 “연방심의위원회의 판단여지”로 집약된다. 첫번째 문제에 관하여 판결법원인 연방행정법원 제7부는 종래의 판례를 전면적으로 수정하고 있다. 일찍이 연방행정법원은 청소년보호가 예술의 보호에 우선한다는 오래된 법원칙<sup>84)</sup> 거의 무제한적으로 적용함으로써 상충하는 기본권간의 보호관계를 설정하는 문제<sup>85)</sup>를 도외시하고 있었다.<sup>86)</sup> 연방행정법원은 1971년 이후부터 청소년보호의 우위는 문제의 도서가 ‘일정수준의 예술작품’으로서의 품격을 갖추고 있다고 인정되는 경<sup>87)</sup>에는 인정되지 않는다는 견지<sup>88)</sup>에서 연방심의위원회에 의한 예술수준에 대한 통제(Niveaukontrolle)에 관심을 기울임으로써 결과적으로 연방심의위원회에게

83.) Hufen, JuS 1994, 430 ; BVerfGE 83, 130=NJW 1991, 1471=JuS 1992, 249 Nr. 1 : 이들 판례의 결과에 관하여는 가령 Geis, NVwZ 1992, 24(30)을 참조.

84.) BVerwGE, 23, 104(110).

85.) BVerwGE, 39, 187(203, 207)=NJW 1972, 596(598).

광분 위한 판단여지를 인정해 왔다.<sup>86)</sup> 그러다가 1987년 다시금 연방헌법재판소의 판례에 영향을 받아 연방행정법원은 중점을 예술의 자유로부터 ‘단순한’ 유해영향과 ‘중대한’ 유해영향의 문제로 이동시키는 방향으로 판례를 변경하였다. 여기서 연방행정법원은 청소년에게 ‘단순한’ 유해영향을 미치는 예술작품은 언제나 보호되는데 반하여(예술의 자유의 우위), 청소년에게 ‘중대한’ 유해영향을 주는 작품(“schräger jugendgefährdendes Werk”)은 결코 ‘청소년유해도서의 반포에 관한 법률’(JjS)의 예술유보(Kunstvorbehalt)에 해당하지 않는 것(청소년보호의 우위)이라고 봄으로써 양자의 경우를 엄격히 준별하여 다루어야 한다는 태도를 취하고 있었다.<sup>87)</sup> 이와 같이 ‘배타성이론’(exklusivische Theorie)이라 명명된 연방행정법원의 판례이론이 이제 연방행정법원의 새로운 판례를 통하여 전면적으로 수정된 것이다.

반면 둘째 문제에 관한한 이러한 판례변경은 단지 괴상적인 것에 불과하다는 관측이 나오고 있다.<sup>88)</sup> 사실 그 판결요지를 염밀히 살펴 보면 판단여지가 다른 명칭으로 그리고 궁극적으로는 “기본권합치적 적용”을 통해 회귀하고 있음을 볼 수 있다.<sup>89)</sup> 결국 이러한 연방행정법원의 판례경향은 일면 연방헌법재판소의 판례에 의해 누화된 판단여지의 제약을 수용하면서도 타면 행정청의 전문기술적 판단에 관한 한 한계, 비록 판단여지는 예외적인 경우에 한하여 또 헌법적 제한하에서만 인정될 수 있을지라도, 어느정도 사법심사의 한계를 인정해야 하는 불가피한 현실적 요청이 수존하고 있음을 외면할 수 없었다는 것을 의미한다. 전체적으로 연방행정법원의 판례는 연방헌법재판소에 의해 궁지에 몰린 연방심의위원회의 제한된 평가특권을 구출해내려는 시도였다고 볼 수 있다. 그러나 ‘달콤한 의식’판결에서 볼 수 있는 바와 같이 연방행정법원은 자신이 ‘단순한’ 청소년유해도서로 판정한 “달콤한 의식”이란 소설의 예술적 수준(künstlerisches Niveau)에 대한 평가를 더 이상 고려하지 않았고,<sup>90)</sup> 따라서 연방심의위원회가 제한된 평가특권을 갖는 것은 오로지 “청소년보호 대 예술의 자유”에 대한 형량결정(Abwägungsentscheidung)의 범위에 국한된다는 데 유의할 필요가 있다. 요컨대, 예술작품의 개념이나 청소

86) 이러한 판례의 전개에 관하여는 Geis, NVwZ 1992, 25ff. ; Würkner, NVwZ 1992, 309(311)을 참조.

87) BVerwGE 77, 75[82]=NJW 1987, 1429.

88) Hufen, JuS 1994, 430 ; 이와 유사한 견해로는 Würkner/Kerst-Würkner, NJW 1993, 1446를 참조.

89) AaO.

90) Hufen, JuS 1994, 431.

년 누·해여부의 정의를 포함한 형량요건(Abwägungsvoraussetzungen)은 전적으로 사부 심사의 대상이 되지만, 상충하는 이익을 어떻게 비교형량할 것인지는 전문적 자<sup>2</sup>을 갖춘 자들에 의해 다원주의적으로 구성된 합의기구에게 일종의 “자치행정 결정”(Selbstverwaltungseentscheidung)으로서 위임되어 있으며 따라서 여전히 제한적 사법적 통제만을 받게 되는 결과가 된 것이다.<sup>91)</sup> 이를 통하여 연방행정법원은 연방심의위원회의 지위약화를 완화하기 위하여 연방심의위원회의 사실평가를 ‘전·부·가의 감정의견’의 내용을 갖는 것으로 간주함으로써 행정소송상 그 결정의 상대부·인 당사자의 주장 보다는 높은 위치에 놓았다. 이러한 결정의 우위(Entscheidungsvoorrang)를 인정함으로써 입법권자가 청소년보호와 예술간의 형량결정을 국가로부터 분리되고 다원주의적으로 구성된 연방심의위원회의 합의제기구에게 맡긴胸怀를 살리고자 시도한 것이다.

그러나 실제로는 종래의 판단여지의 갯더미에서 되살아난 기본권해석론의 불사조 (Grundrechtsdogmatische Phönix)라고 환영받았던 이 새로운 결정의 우위란 개념은 사실상 무의미한 것이 되었다고 지적되고 있다. 왜냐하면 행정청의 결정이 전면적인 사부 심사의 대상이 된다면 독립성을 지닌 전문가로 구성된 연방심의위원회에게 법원에 한 결정의 우위가 인정된다고 해도 거의 아무런 의미가 없기 때문이다라고 한다. 가령 연방심의위원회가 자신의 결정의 근거를 제시하면 이 근거는 각급법원에 의해 수용될지도 있지만 유해도서판정을 취소하는 사유가 될 수도 있고 그 근거를 당사자의 단순 주장으로 보나 전문가의 의견으로 평가하나 법원이 포괄적이고 실질적인 심사를 행할 수 있는 이상 의미가 없다는 것이다. 이로써 유해영향의 유무에 대한 판정에 있어 연방심의위원회의 특별한 수권이 인정될 여지는 더 이상 없게 되었다는 것이다.<sup>92)</sup>

## (2) 試驗決定에 있어 判斷餘地

연방법재판소의 새로운 판례는 그후 연방행정법원에 의하여 수용되었다. 즉 연방행정법원은 가능한 한 적시에 효과적으로 수험생의 직업의 자유라는 기본권을 보호·해야 한다는 목적은 시험결정의 “재고”(Überdenken) 절차가 시험시행일에 가<sup>23</sup> 근접한 시일내에 행정법원에 의한 소송절차가 개시되기 전에 실시될 때 가장

91) Hufen, JuS 1994, 431. 반면 연방행정법원의 판례에 따라 연방 청소년유해도서심의 위원회는 향후 기본법 제5조 제2항의 한계를 예술의 자유에 더 이상 적용할 수 없게 되었다.

92) von Kalm, DÖV 1994, 26. 반면 연방행정법원의 판례는 그 본질상 개별사례에 대한 것이므로 앞으로 일관되게 반복 또는 일반화될 수 있을지는 불확실하며, 실제로 연방행정법원의 판례중에 연방심의위원회가 예술의 자유와 청소년보호를 비교형량하지 않고 결정을 내린 경우 이를 대체하여 독자적 결정을 내릴 수 없다고 본 웨른행정법원의 판결을 과기환송한 사례를 제외하고는 연방심의위원회의 결정이 배제되는 결과를 인정한 예는 없다고 한다.

잘 유행될 수 있다고 판시한 바 있다.<sup>93)</sup> 연방행정법원은 이 사건판결에서 비단 행정부 원법 제68조 이하에 의한 행정심판절차 외에도 독자적인 행정내부적 통제절차(Verwaltungsinternes Kontrollverfahren)를 고려할 수 있으나 기본법 제12조 제1항의 규정에서 요구하는 기준에 맞게 시험절차를 규율하는 것은 입법권자의 임무라고 판시하였다. 연방헌법재판소와 연방행정법원의 새로운 판례경향은 직업선택과 관련된 시험의 결과에 대해 불만을 가질 수 있는 수험생들에게는 커다란 희망을 불러일으킬 수 있었다고 지적된다.<sup>94)</sup> 그러나 연방헌법재판소가 시험결정에 대한 사법심사의 가능성(Justizierbarkeit)을 일반적으로 시인한 것은 아니었다. 오히려 시험에 특유한 평가에 관한 한 여전히 시험관청의 최종결정권이 인정되고 있다는 사실에 유의할 필요가 있다. 사실 연방헌법재판소는 시험절차상 효과적인 권리보호의 요청과는 무관하게 ‘시험에 특유한 평가’(prüfungsspezifische Wertungen)에 관한 시험관청(Prüfungsbehörde)의 최종결정권을 부정하지 않았다.<sup>95)</sup> 연방헌법재판소는 종전의 관례에 의해 판단여지라고 파악되었던 시험법상의 평가여지를 난해한 평가를 내용으로 하는 국가시험의 특성에서 도출해냈다. 즉 국가시험에 있어 평가는 기본법 제3조 제1항에 의한 모든 지원자들의 기회균등을 고려하여 시험절차의 전체적 맥락 아래서 행해져야 하며, 막바로 개개의 지원자에 의해 제기된 사후의 쟁송절차에서 고립적으로 재심사될 수 없는 특징을 지닌다는 것이다. 이와 같은 시험에 특유한 평가에 속하는 것으로 연방헌법재판소는 시험관이 유사한 종류의 시험에서의 실제로부터 체득하여 일반적으로 적용하는 평가와 경험, 능력유형의 선택, 합격커트라인의 결정, 개개의 시험부분의 배점 및 개개의 답안의 평가와 비교 등을 들었다. 나아가 시험문제를 선택하고 구성하거나 그 난이도를 결정함에 있어서도 시험관은 광범위한 평가의 여지를 가지며 법원은 오로지 규범적인 원칙들이 준수되었으며 그 결정이 전문가의 판단으로 지지될 수 없는 범위를 넘었는지 여부에 관해서만 심사할 수 있다는 것이 연방헌법재판소의 판례였다.<sup>96)</sup> 한편 연방헌법재판소는 시험관과 수험생간의 전문적 견해대립은 이러한 시험에 특유한 평가에 해당하지 않는다고 판시했다. 즉 직업의 자유에 대한 제한에 있어 사법시험의 진입제한(Zugangsschranke)으로 작용하며, 그 제한은 기본법 제12조 제1항에 따라 비례원칙의 범위내에서만 허용된다는 데 의거하여 수험생이

93) BVerwGE 92, 132=BayVBl. 1993, 500.

94) von Golitschek, Bewertung der Prüfungsleistungen in juristischen Staatsprüfungen und deren gerichtlichen Kontrolle, BayVBl. 1994, 260.

95) BVerfGE 84, 34/55=BayVBl. 1991, 590/592.

96) BVerfGE 84, 59/77ff.=BayVBl. 1991, 654/656.

제출한 답변이 적절하고 또 그 해답이 채용가능한 이상 원칙적으로 이를 틀렸다고 평가해서는 아니되며 따라서 불합격으로 판정해서는 안된다는 것이었다. 문제의 특성상 그 해답의 정확성 및 적정성을 일의적으로 확정할 수 없는 이상 그 평가에 대해서는 다양한 견해가 주장될 여지가 있으며, 시험관에게 그에 대한 ‘평가여지’ (Evaluierungsspielraum)가 인정되는 반면 수험생들에게도 상당한 ‘답변의 여지’ (Antwortspielraum)가 인정되어야 한다고 판단한 것이다. 요컨대 연방헌법재판소는 수험생이 제출한 답안이 주장될 수 있고 중요한 논거에 의해 논리적 일관성을 갖춘 것으로 인정된다면 이를 틀린 것으로 판정해서는 안되며 이는 직업에 관련된 시점에 있어 기본법 제12조 제1항으로부터 유래하는 일반적 평가원칙이라고 판시하였다. 그렇지만 연방헌법재판소가 수험생에게도 답변의 여지가 인정되어야 한다고 판시했다고 하여 그것이 무조건적으로 인정되는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 연방헌법재판소는 하나의 해답이 제시되어야 하며, 그 해답은 이를 주장할 만한 신빙성을 갖추어야 하며, 중요한 논거에 의해 논리적 일관성을 갖추어 근거지워져야 한다는 상당히 엄격한 조건을 부과하고 있기 때문이다.<sup>97)</sup>

전체적으로 보아 연방헌법재판소의 새로운 판례는 시험결정에 관한 종래의 판례이론에 대하여 평가여지의 인정범위를 시험에 특유한 결정에 국한시키고 기본법 제9조 제4항에 의하여 시험관계법상 평가여지의 한계를 설정하는 등 판단여지설의 타당영역과 조건을 크게 제약했다고 볼 수 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 시험에 특유한 평가에 관한 한 판단여지는 여전히 인정되고 있다고 볼 수 있다.

## V. 結論

독일 연방헌법재판소의 새로운 판례경향에 따른 판단여지설의 변천이 우리나라 행정법에 대해 갖는 교훈은 무엇인가. 그것은 무엇보다도 종래 행정에 대한 사법적 통제의 사실상 애로 또는 행정권의 독자성 등을 이유로 확대되어 온 판단여지 또는 평가특권 역시 그것이 기본권침해를 초래할 가능성이 있을 경우에는 인정될 수 없으며 판단여지가 인정되는 경우에도 그에 대한 일종의 報償으로서 적정한 행정절차가 사전에 보장되어 있어야 한다는 점을 분명히 했고, 또 판단여지의 인정여부를 법원에만 일임할 수 없으며 이에 대한 입법권자의 입법의무에 주의를 환기시켰다는 점에서 찾을 수 있다. 이와 같은 판례이론의 발전은 우리나라 헌법과 행

---

97') 이에 관하여는 von Golitschek, 같은 곳을 참조.

정법의 해석·적용에 대해서도 많은 시사점과 교훈을 던져 주고 있다.

독일 연방헌법재판소와 연방행정법원의 판례경향은 재량과 판단여지가 적어도 개념상으로는 엄격히 구별되어야 한다는 점을 보여주고 있다. 재량과 판단여지를 개념적으로 구별해야 하는 이유는 무엇보다도 재량은 행정의 선택의 여지를 명시적으로 부여하는 것인데 비하여 불확정법개념은 원칙적으로 사법심사를 통해 남김 없이 통제되어야 하며 다만 예외적으로만 (그것도 법원의 판단에 의해) 행정의 판단여지가 인정될 수 있을 뿐이라는 데 있다. 그럼에도 불구하고 재량과 판단여지를 사실적·결과적 측면에만 착안하여 동일시하거나 상대화하는 태도, 또는 대법원의 판례처럼 불확정법개념과 판단여지의 문제를 재량의 문제로 해소하여 무차별적으로 해결하려는 입장은 결국 법적 통제를 받아야 할 행정청의 판단에 자유지역을 설정해 주는 잘못을 범하는 결과가 된다는 점에서 비판되지 않으면 안된다. 불확정법개념은 설령 그 고도의 불확정성이나 전문기술성 등으로 인하여 어쩔 수 없이 행정의 최종결정권이 인정되는 토대가 되는 경우에 있어서도 입법권자가 명시적으로 행정청에게 선택의 여지를 부여한 경우인 재량규정과는 구별되어야 하며<sup>98)</sup> 그 해석·적용에 관하여 전면적인 사법심사가 이루어져야 한다는 사실을 인식하는 것이 중요하다. 재량규정의 경우에는 이른바 재량권의 불행사, 일탈·남용 등 개괄적인 심사가 이루어지는데 비하여 불확정법개념의 경우에는 포섭의 전과정에 걸쳐 전·전심사가 이루어져야 한다는 점이 다르다. 또한 제한된 분야에서 예외적으로 인정되는 판단여지 역시 재량규정의 결과인 재량과는 개념적으로 동일시되어서는 아니되며, 더욱이 과거 법률요건규정의 해석에 관하여 인정되었던 요건재량과 혼동되거나 서도 아니된다. 이러한 결과는 오늘날 법치국가의 진전에 의해 달성된 가장 중요한 성과이기 때문이다. 다만 법원에 의해 판단여지가 인정되어 사법심사가 미치지 못하게 됨에 따라 실제상 재량이 인정된 것과 결과적으로 다름없게 되는 경우가 있는 것은 사실이며 입법의 실체상 이른바 연결규정(Kopplungsvorschriften)이나 혼합규정이 범용되고 있어 양자의 구별이 상대화되는 경우가 생기는 것도 인할 수 없는 사실이다. 그러나 개념이란 ‘인식의 채’로서 우리들로 하여금 같은 것과 다른 것을 각각 범주적으로 인식할 수 있도록 해 주는 학문적 도구이다. 차간에 특히 그에 대한 법원의 접근방식에 있어 상이한 격률이 작용하고 있

98) 앞에서 소개한 물체바허결정을 계기로 출판물의 유해성여부에 관한 한 ‘判斷餘地의終焉’(Ende des Beurteilungsspielraums)이 운위되고 있다는 사실이 충분히 음미될 필요가 있다. Gussy, JZ 1991, 470 ; Geis, NVwZ 1992, 25(30) ; Schultze-Fielitz, JZ 1993, 775.

다는 것은 바로 그러한 개념적 구별의 결과이다. 독일 연방헌법재판소의 새로운 판례 경향과 이에 따른 판단여지설의 변화는 바로 그러한 유동적인 구분선이 사법 심사의 이익으로 변경되고 있음을 보여주는 좋은 예라 할 수 있다. 그것은 우리의 경관 자체 개념과 범주를 무분별하게 상대화하거나 확대하여 은연중에 행정에 대한 법치주의의 요구를 완화시키고자 하는 위험천만한 경향에 대하여 경종을 울린다. 반면 연방행정법원이 앞서 본 바와 같은 일련의 판례를 통해 판단여지를 그 이유만을 바꾸어 기본적으로 유지시키고자 시도한 것은 결국 예외적으로나마 행정 청의 평가특권이 사법심사의 제약요인으로 작용하는 현실적 사정이 있을 수 있다는 사실을 반영하는 예라 할 수 있다. 그러나 이러한 판단은 오로지 법원에 의해 서단 행해질 수 있을 뿐, 행정청의 자유영역에 맡겨져서는 안된다는 점을 인식하는 것이 중요하다. 그것은 어디까지나 재량하자의 유보하에 행정청에게 폭넓은 선택의 여지를 부여하는 재량과는 구별되어야 한다. 이러한 견지에서 법원은 불확정 법관념에 대하여 극히 예외적인 범위에서만 인정될 수 있는 판단여지를 재량과 동일시하거나 확대해석하여서는 아니되며 오히려 불확정법개념의 해석·적용에 관하여 행정의 판단여지가 인정되는 것으로 보아야 할 경우에도 그 기본권관련성이나 적법절차의 요구 등을 고려하여 통제의 밀도를 적극 강화시킴으로써 사법적 수준에서 입법권자의 책임을 환기시키는 역할을 수행해야 한다는 결론이 나온다. 불확정법개념과 그에 대한 사법심사, 판단여지의 이론은 구체적인 행위수준으로 응축되는 법치주의와 권력분립의 微視動學(Mikrodynamik)으로서 행정이 준수해야 할 구기적 규범을 발견해 나가는 하나의 과정이라 할 수 있다.

## 参考文献

- 金尚辰, “판단여지와 행정예측”, 고시계 1982. 10, 79 이하.
- 金尚龍, “행정상의 미래예측의 법리—독일의 경우를 중심으로”, 1993, 공법연구 121집, 335 이하.
- 柳廷泰, “행정소송상의 사법적 심사한계”, 고시계 1989. 12, 159 이하.
- 洪廷善, “불확정법개념과 판단여지”, 고시연구 1991. 9, 27 이하.
- 기타 국내 각종 행정법관계문헌
- Baierhof, O., “Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung”, in : VVDStRL 30(1972), S. 193-244.
- \_\_\_\_\_, “Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im

- Verwaltungsrecht”, JZ 1955, 97ff.
- Bachof/Heigl/Redeker(Hrsg), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, FG aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des BVerwG, 1978.
- Bacura, Peter, “Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Menge des Gesetzes”, FS Bachof, 1984, S. 189ff.
- Becmann, Martin, “Das Verhältnis der verwaltungsgerichtlichen Kontrollmacht zur gesetzlichen Regelungsdichte”, DÖV 1986, 505ff.
- Brom, W., “Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit”, DVBl 1986, 321ff.
- Bullinger, Martin, “Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung”, JZ 1984, 1001.
- Busse, V., “Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten”, DÖV 1989, 49ff.
- Dreier, Horst, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.
- Ericesen, Hans-Uwe, “Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung”, DVBl 1985, 22(26).
- Ericesen/Martens(Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992, Walter de Gruyter, Berlin.
- Geis Max-Emanuel, “Die Anerkennung des “besonderen pädagogischen Interesses” nach Art. 7 Abs. 5 GG”, DÖV 1993, 22.
- von Golitschek, H., “Bewertung der Prüfungsleistungen in juristischen Staatsprüfungen und deren gerichtlichen Kontrolle,” BayVBl. 1994, 257ff.
- Götz/Klein/Starck(Hrsg), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, Göttinger Symposium 1985.
- Hergen, M., “Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich”, JZ 1991, 747.
- Hoppe, W., “Gerichtliche Kontroldichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen”, in : FG für BVerwG, 1978, 263ff.
- Hufe, JuS 1992, 249
- von Kalm, H., Zum Verhältnis von Kunst und Jugendschutz, DÖV 1994, 23ff.
- Kleir, Rüdiger, “Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs

- und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit”, AöR Bd. 82(43. N. F., 1957), 75ff.
- Koch, Hans-Joachim, “Das Abwägungsgebot im Planungsrecht”, DVBl 1983, 1125ff.
- \_\_\_\_\_, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensentscheidungen im Verwaltungsrecht, 1979.
- Kopf, F. O., Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., 1989, C. H. Beck.
- \_\_\_\_\_, “Entwicklungstendenzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit”, BayVBl. 1977 Heft 17/18, S. 517f.
- Kreos, Walter, “Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle”, in : FS für Menger, C.-F., S. 191ff.
- Kütz, H. R./Naumann, R.(Hrsg), Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. I und II, 1963.
- Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992.
- Mein, Karl-Ulrich, “Aspekte zur Problematik von Beurteilungsspielraum und Ermessen”, JA 1980, 327ff.
- Mückel, Stefan, “Neues zum Rechtsschutz gegenüber Prüfungsentscheidungen – EVerfG, NJW 1991, 2005 und 2008”, JuS 1992, 201ff.
- Ossenbühl, Fritz, “Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung”, DVBl 1974, 309ff.
- \_\_\_\_\_, “Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung”, DÖV 1972, 401ff.
- \_\_\_\_\_, “Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung”, in : FS für C. F. Menger, 732ff.
- Papier, H.-J., “Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte”, DÖV 1986, S. 621ff.
- Papier, H.-J., Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979.
- Paegegen, T. C., “Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognoseentscheidung”, BayVBl 1986, 513ff.
- Penzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 7. Aufl., 1991.
- Pützner, Günther, “Der Rechtsstaat und seine offene Probleme”, DÖV 1989,

1: 7ff.

- Ransauer, Urlich, "Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte", AöR Bd. 111 1986, S. 501ff.
- Redeker, Konrad, "Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung", NVwZ 1992, 305(307).
- \_\_\_\_\_, "Über die Einflussmöglichkeit des Fachgesetzgebers auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren", DÖV 1993, 24.
- Reich, O., "Behördlicher Beurteilungsspielraum und Grundrechtsschutz", DÖV 1992, 916.
- Richer/Schuppert, Casebook Verwaltungsrecht, 1991.
- Schenke, W.-R., "Probleme der modernen Leistungsverwaltung", DÖV 1989, 370.
- Schrödt-Aßmann, Eberhard, "Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, FS für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, Carl Heymanns Verlag, S. 107-123.
- Schriett Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 11. Aufl., 1992, Boorberg.
- Schulte-Fielitz, Helmuth, "Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrollpflicht bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe", JZ 1993, 772ff.
- Schuppert, Gunnar Folke, "Self-restraint der Rechtsprechung", DVBl 1988, 1191ff.
- Sineamus, B., Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1982, Augsburger Dissertation.
- Skouris, Wassilius, Verletztenklagen und Interessenklagen im Verwaltungsprozeß, Hamburger Habilitation, 1978.
- Tettlinger, P. J., "Überlegungen zu einem administrativen Prognosespielraum", DVBl 1982, 423ff.
- Ule, C. H., "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, 1955, in: ders., Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit", 1979, S. 177.
- \_\_\_\_\_, Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch 76(1985), 1.
- \_\_\_\_\_, "Die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Demokratie: in Zein Jahren Verwaltungsgerichtsordnung-Bewährung und Reform", Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 45, 1970.
- \_\_\_\_\_, "Rechtsstaat und Verwaltung", VerwArch Bd. 85(1985), S. 7.

V'ahl, Rainer, "Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte-Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren", NVwZ 1991, 409ff.

足田 賴明編, ジュリスト 増刊 行政法の争点(新版), 1992.

豊野 宏, 行政法 I, 1992.

前田 宙靖, 新版行政法 I (總論), 1986.

\_\_\_\_\_, 行政法 I, 1986.