成均館大學校 比較法硏究所
成均館法學 第17卷 第3號 2005年 12月
SungKyunKwan Law Review
The Institute for Comparative Legal Studies
Vol. 17 No. 3 December. 2005

행정의 법해석권한과 그 형식에 관한 소고

정 준 현*

Ⅰ. 처음에
Ⅱ. 법해석의 의의와 행정해석
1. 법해석의 의의
2. 법해석의 유형
3. 행정해석 법적 근거와 필요성
4. 작은 맺음
Ⅲ. 불확정법개념과 행정해석
1. 개괄
2. 불확정법개념과 행정해석
3. 작은 맺음
Ⅳ. 행정해석의 법형식
1. 개괄
2. 법규명령
3. 행정규칙
4. 작은 맺음
Ⅴ. 맺는 말

Ⅰ. 처음에

2005년 7월에 개정된 현행 법제업무운영규정 제24조는 법무부의 소관에 속하는 것을 제외하고 행정운영의 적법성 및 타당성을 보장하기 위하여 중앙행정기관의 소관 법령에 대한 해석에 대해 지방자치단체의 장 또는 민원인이 의문을 갖거나 잘못이 있다고 판단되는 경우에는 지방자치단체의 장 또는 민원인은 법제처에 법령해석의 요청을 의뢰할 수 있는 권한을 부여함으로써, 헌법이 부여하고 있는 행정권행사의 일환으로서 행정해석의 통일성을 통한 법적 안정성과 함께 행정의 국민에 대한 신뢰성 제고를 꾀하고 있는바, 이하에서는 행정에 있어서 법령해석의 의의를 살펴봄으로써 행정에 의한 유권해석[1]의 근거와 필요성 및 그의 법적 형식 등을 살펴봄으로써 현행

* 선문대학교 법학과 교수, 법학박사.

1) 정부유권해석제도의 변천과 내용에 대하여는 조정찬, “정부유권해석의 대상과 한계”, 법제처

제도상 행정해석의 법형식에 대해 사법부가 권위를 부여해야할 당위성과 이러한 권위를 얻기 위해 정부 내 최종유권해석기관인 법제처의 역할을 간단하게나마 재조명해보고자 한다.

Ⅱ. 법해석의 의의와 행정해석

1. 법해석의 의의

법해석은 법을 구체적으로 적용하기 위하여 규범의 의미와 내용을 체계적으로 이해하고 법의 목적에 따라 규범의 개념을 명확하게 하는 논리적이고 기술적인 작용을 의미한다. 이러한 법의 해석은 해당 법이 가지고 있는 객관적인 목적과 그 시대의 사회적 제반 사정을 고려하여 목적론적·가치론적으로 행하여져 법과 현실이 유리되지 아니하도록 하여야 한다.[2)]

역사적으로 프랑스 민법전 제4조는 "재판관이 법에 명문규정이 없다거나, 법이 불투명·불충분하다는 것을 이유로 하여 판결을 거부하게 되면 재판거부의 죄에 의하여 소추될 수 있다"고 규정하여 법률은 그 법률의 제정자보다 총명하여야 한다는 점을 명시하고 있는바, 이것은 법해석자는 생각 가능한 여러 가지 법률사건에 관하여 명료하고도 모순이 없는 해결을 해당 법률에서 도출하여야 한다는 것과 입법자에게 의식된 의사 속에는 전혀 존재하지 않았던 것을 입법자의 의사로서 확정할 수도 있는 것이 법의 해석이라는 것을 보여주고 있다.[3)]

2. 법해석의 유형

법의 해석은 그것이 법적 권위를 갖느냐의 여부에 따라 유권해석과 학리해석으로 나누어지며, 전자는 해석의 주체에 따라 입법해석·행정해석 및 사법해석으로 그리고

2005.10.21. 4쪽 이하 참조.

2) 「법이 투숙할 숙소는 현실이어야 한다」는 카도조 판사의 말처럼 법의 해석에 있어서 법문과 함께 현실을 보아야 한다는 것은 공론이 된지 오래다. 법문만 보고 현실을 도외시한 해석은 실재하는 사회현실과 동떨어진 법률가들의 「관념의 유희」에 불과하게 되며, 이 경우 법은 그 신뢰성을 잃고 말 것이다. 박상천, "5.18 특별법 위헌 아닌 10가지 이유", http://altair.chonnam.ac.kr/~cnu518/data/data7_3922.html <2005.9.24.접속>

3) 최종고(譯), 법철학(라드브르흐 저), 삼영사, 1978, 158쪽.

후자는 해석의 방법에 따라 문리해석·논리해석 및 체계해석 등으로 다시 구분된다.

가. 유권해석

유권해석은 권한을 가진 국가기관에 의하여 행하여지는 해석으로 법적 구속력을 갖는 점에서 공권해석이라고도 한다. 이러한 유권해석에는 해석의 주체에 따라 입법해석과 사법해석 및 행정해석으로 구분된다.

(1) 입법해석 입법해석이라 입법기관인 국회가 헌법상 부여된 법률정립작용에 근거하여(헌법 제40조) 해당 법률 내에서 입법적으로 행하여지는 것으로 정의규정[4]이나 부속법령의 해석규정[5] 및 예시규정 등이 그 예이다. 그밖에 "상법 제9조의 소상인은 자본금액이 1천만 원에 미달하는 상인으로서 회사가 아닌 자를 말한다"고 규정한 「상법의 일부규정의 시행에 관한 규정」과 같이 어떠한 법규정을 해석하기 위하여 별도의 법규를 제정하는 경우도 있다.

(2) 사법해석 사법해석이란 법원이 헌법상 보장된 사법권행사의 일환으로(헌법 제101조제1항) 행하여지는 국가기관 중 최고 유권해석으로서 통상 판결의 형태를 갖는다.

(3) 행정해석 행정해석이란 행정이 헌법상 보장된 행정권행사의 일환으로(헌법 제66조제4항) 행하여지는 유권적 해석으로서 법규명령이나 처분의 형식으로 또는 처분 등을 위한 행정규칙의 형식으로 나타난다.

나. 학리해석

학리해석이란 법해석의 권한을 가지 아니한 사인에 의한 학술적 해석 중 학리적 방법에 의하여 법을 해석하는 방법으로서 통상 법의 해석이라고 할 경우에는 학리해석을 가리킨다.

(1) 문리해석 법률이 규정하는 언어적 의미에 따라 해석하는 방법으로 모든 법해석의 기본적 출발점으로서 문언해석이라고도 한다. 이러한 문리해석은 첫째, 문자

---

4) 예컨대 「국가유공자 예우 등에 관한 법률」 제4조 제4항은 "第1項第3號의 母의 경우, 國家有功者를 養育하거나 扶養한 사실이 있는 父의 配偶者와 生母가 각각인 때에는 國家有功者를 주로 養育하거나 扶養한 者 1人을 母로 본다"고 하여 민법 부칙 제4조에도 불구하고 계모도 이 법률에 의한 母가 될 수 있음을 명시하고 있는 것은 법의 목적과 관련한 입법해석의 좋은 예이다.

5) 수표법 부칙 제66조가 "본 법에서 휴일이라 함은 국경일, 공휴일, 일요일 기타의 일반 휴일을 이른다"고 규정한 것이 그 예이다.

및 문장은 전체 법문과 관련시켜 해석하여야 하며, 둘째 동일한 법령 중에 있는 동일한 문자와 문장은 동일하게 해석하여야 한다. 그리고 문자와 문장은 법규의 제정 당시의 의미로 해석하는 연혁적 해석을 할 것이 아니라 해석 당시의 의미로 해석하는 진화적 해석을 하여야 한다.[6]

(2) 논리해석(체계적 해석) 논리해석이란 법령상의 문언에 구해되지 않고 입법자의 주관적 의사와도 관계없이 법질서 전체와 해당 법령 전체의 체계를 유기적으로 관련시켜 논리적으로 해당 법령의 의미와 내용을 확정하는 법의 해석방법을 말한다.

(3) 역사적 해석 법규의 성립과정, 법안, 이유서, 입안자의 견해, 정부위원의 설명, 의사록 등 입법자료를 참고하여 법규의 역사적 의미내용인 입법자의 의사를 해명함으로써 행해지는 해석방법이다(연혁해석).[7] 이러한 해석방법은 입법자의 의사를 확인하기 곤란하고, 법이 성립하면 입법자의 의사를 떠난 객관적인 것이 된다 점 및 사회변화에 따라 입법자의 의사에 따라 구속되기 어려운 경우가 생긴다는 점에서 비판을 받지만 입법자는 법률의 목적을 결정하고, 그 실현방법을 규율할 권한이 있고, 법적안정성을 위해 입법자의 의사를 존중하는 것이 요구되며, 삼권분립을 위해 법관은 입법자의 결정에 최대한 구속되어야 한다[8]는 점에서 그 필요성이 인정된다.

(4) 목적론적 해석 법규범이 추구하는 실제목적, 즉 법률의 객관적 의미에 따라 해석하는 방법으로 객관적•목적론적 해석이라고도 한다. 이것은 '해석의 왕관'으로 불리는 것으로 해석자가 원하는 해석결과를 정당화하는 중요한 수단이자 생활관계와 함께 발전하고 있는 법률을 의미 있게 적용하려는 해석방법이라는 평가를 받는다.[9] 이러한 목적론적 해석의 도구로는 현실의 사회생활의 관찰 및 분석에 기초하여 그 구체적 사실관계에 적합한 해석을 행하는 사회학적 방법과 법규의 적용대상인 분쟁에 있어서의 이익 및 가치의 대립상황을 분석하고, 어떤 이익이 보호되고 어떤 가치가 실현되는가를 중시하는 이익형량론 등이 있다.[10]

---

6) 임충희, 법과 현대생활, 삼조사, 1997, 86쪽.

7) 「5・18 민주화운동에 관한 특별조치법」 제2조의 소급입법여부에 관한 헌법재판소 19896. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7・13 전원재판부결정 참조.

8) 오세혁, "한국에서의 법령해석", 법철학연구 2003, 123쪽 참조.

9) 배인구, "해석론의 차이와 법관의 판결(대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결과 관련하여)", file://D:₩Program Files₩LX_DVD2005₩Temp₩PrilC2.htm, 3/7. ; 오세혁, "한국에서의 법령해석", 법철학연구 2003. 144쪽.

10) 이에 관하여는 최봉철, "문언중심적 법해석론 비판", 법철학연구 1999, 290쪽 이하 참조,

다. 허용되는 해석과 금지되는 유추의 문제

특히 죄형법정주의와 관련하여 일반적으로 허용되는 해석과 금지되는 유추해석은 '법문의 가능한 의미'에서 구별된다고 한다. 즉, 법문의 가능한 의미를 벗어난 유추해석 등은 법창조에 해당하기 때문에 금지된다는 것이다.[11] 문제는 '법문의 가능한 의미'의 범위라고 할 것인바. '법문의 가능한 의미'가 언제나 법해석 이전에 미리 확정되어 있어 법해석자가 이를 발견하기만 하면 되는 것인지 아니면 법해석자의 해석을 통해 비로소 그 의미가 형성되는 것인지가 불분명한 것이다.

이에 대하여는 법문의 가능한 의미라고 하는 형식적 기준은 법해석과정에서 법문의 목적과 관련해서만 그 실질적 내용을 갖게 된다는 점에서 유추해석을 목적론적 해석의 일종으로 보거나 해석과 유추의 존재론적 구별을 부인하고 해석과 유추의 구별은 결국 허용되는 유추와 허용되지 않는 유추의 구별에 불과하고 양자의 한계설정 기준은 논증되지 않는 유추해석 또는 허용될 수 없는 과도한 확장해석인지 여부에 의한다는 유추와 해석을 동일시하는 입장 등이 있다.[12][13]

---

11) 형법법규의 해석은 문언해석으로부터 출발하여야 하고 문언상 해석가능한 의미를 넘어서는 것은 법창조 내지 새로운 입법행위 바로 그것이라 하지 않을 수 없으며, 이는 죄형법정주의의 중요한 내용인 유추해석의 금지원칙상 쉽게 허용되어서는 안 될 것이다. 대법원 1994. 12. 20. 94모32 전원합의체 판결; 차강진, "법규범의 불확정성과 법해석", 부산대학교 법학연구, 통권 제45호, 258쪽.

12) 배인구, 위의 논문, 5/7.

13) **[다수의견]** 여객자동차운수사업법 제81조 제1호에서 면허를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 경영하였을 때 처벌하는 '여객자동차운송사업'이라 함은 자동차관리법 제3조의 규정에 의한 승용자동차 및 승합자동차를 사용하여 유상으로 여객을 운송하는 사업을 말하고, 여객자동차에 해당하지 않는 자동차인 화물자동차, 특수자동차 또는 이륜자동차 등을 사용하여 유상으로 여객을 운송하는 행위는 위 여객자동차운수사업법 관련 규정의 해석상 여객자동차운송사업에 포함되지 않는다. **[반대의견]** 여객자동차운수사업법 제81조 제1호에서 정하고 있는 구성요건인 "같은 법 제5조 제1항의 규정에 의한 면허를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 여객자동차운송사업을 경영한 자"라 함은, 면허나 등록도 없이 여객자동차운송사업을 경영하는 자를 처벌하기 위한 조항으로서 면허나 등록이 없이 승용·승합자동차를 사용하여 유상여객운송행위를 한 경우는 물론이요, 화물자동차 등을 사용하여 유상여객운송행위를 하는 경우와 같이 애초부터 법에서 요구하는 최소한의 사업기준조차 갖추지 못하여 면허나 등록 자체를 받을 수 없는 위법한 사업의 경우에도 이에 해당한다고 해석하는 데 아무런 무리가 없고, 이렇게 해석하는 것이 관련조문을 전체적·종합적으로 해석하는 길일 것이며, 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법 형성이나 법 창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없다(대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도1228 전원합의체 판결).

라. 작은 맺음

법의 해석에 대해서는 "법률은 입법자의 의사의 표현이므로, 법률제정 당시의 입법자의 역사적, 주관적 의도를 탐구하고 재현하는 것이 법해석의 목적이다"고 하는 立法者意思說과 "법률은 그 제정과 동시에 입법자로부터 분리되어 독립의 객관적인 존재가 되므로, 입법자의 의도에 관계없이 법률에 내재하는 합리적 의미내용을 해명하는 것이 법해석의 목적이다"고 하는 法律意思說의 대립이 있으나, 법률의사설을 토대로 하되 입법자의 의사를 보충하여, 우선 법문에 기초하여 법문의 가능한 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 헌법을 정점으로 하는 실정법체계 전체와 정합적이고 사회일반의 정의, 형평감각과도 양립하는 목적론적 해석이 바람직하다고 할 것이다.[14] 요컨대, 법령의 해석은 궁극적으로 수범자의 평균적 시각을 갖고 법문의 일상적인 의미에서 출발하여 전문적 의미를 거쳐 목적론적 해석방법에 의한 가능한 의미를 종점으로 삼아야 할 것이다.

3. 행정해석의 법적 근거와 필요성

가. 헌법적 근거

우리 헌법은 국민의 기본권을 보장하는 정치적 수단으로서 국가권력을 입법·사법 및 행정으로 각각 분장하면서도 기능적 권력분립론에 입각하여 행정에 대해서는 의회입법의 수권을 전제로 헌법 제75조와 제95조는 행정입법권한을 그리고 헌법 제107조제3항은 재판의 전심절차로서 행정심판권을 각각 인정하고 있다.

이러한 헌법의 취지는 이론이 있을 수 있지만 일반적으로는 국회의 입법능력의 한계와 사법부의 심리능력의 한계를 행정이 갖는 전문성과 기술성으로 각각 보완하고자 하는 점에서 각각 정당성의 논거를 찾는다(형식적 권력분립론에서 기능적 권력분립론으로의 전환).

이와 관련하여 주목해야 할 것은 행정의 중심을 이루는 행정처분이 사법에 의한 최종유권적 법해석을 유보로 행하여지는 제1차적·유권적 법해석·집행작용이라는 점, 구체적 사건에 대한 법의 해석과 적용의 결과로서 처분에 대한 행정소송은 복심적

14) 법조문보다도 법을 정한 법의 목적과 정신을 더 소중히 여기는 애민사상(愛民思想)의 발로에서 경국대전을 완성하는 데에도 거의 90년 가까이 갈고 다듬은 뒤에 확정·시행하였다. 김재문, "행정법(특별법)과 경국대전", http://wwwk.dongguk.ac.kr/~kjm/nonje/korea_law/kg-hj1.htm <2005.9.25. 접속>.

성격을 가진다는 점, 그 실질이 입법작용에 속하는 행정입법으로서 각종 법규명령이나 고시와 같은 법령보충적 행정규칙 등은 모법의 수권규정에 근거하여 법의 보다 구체적인 실현작용이라는 점, 그밖에 특별권력에 근거하여 행정의 통일적 법집행을 목적으로 행하여지는 법령해석규칙[15]은 행정관계 법령상의 불확정법개념에 대해 각각 해석권한을 행사한 것으로 볼 수 있는 점, 그리고 그 실질이 사법작용인 행정심판은 확정된 사실과 관련한 법령에 대해 해석권한을 각각 전제로 한다는 점 등이다. 이러한 사실로부터 행정법령에 관한한 행정이 1차적인 법해석기관이자 당해 법집행에 대한 국민과 법원에 대해 종국적 책임을 지는 기관임을 알 수 있다.

나. 법률적 근거

헌법 제96조에 근거하는 정부조직법은 행정각부의 조직과 직무범위를 정하고 있어 헌법 제66조 제1항과 정부조직법 제11조 및 제7조 제1항과 관련할 때 대통령의 위법·부당한 명령과 처분에 대한 취소권을 전제로 행정각부의 장이 소관 사무에 대해 유권해석권한을 부여하고 있다. 이러한 권한은 처분뿐만 아니라 소관 사무별 법규명령의 제정이나 규범해석규칙과 같은 행정규칙의 제정을 통해서도 행사되며, 행정심판법에 의한 분쟁해소의 과정에서도 행사되고 있다. 다른 한편, 국무총리는 행정각부를 통할하는 입장에서 정부조직법 제19조에 근거하여 중앙행정기관의 장이 발한 명령이 위법 또는 부당하다고 인정할 때에는 대통령의 승인을 얻어 해당 명령을 취소할 수 있고, 국무총리의 직속기관인 법제처는 법령에 대한 심사권을 각각 갖는다.

요컨대, 정부조직원리에 비추어 볼 때 대통령의 소관업무를 제외하고는 1차적인 행정해석권한은 법제처의 사전심사를 전제로 중앙행정기관의 장에게 맡겨져 있고 최고 유권적이고 사후적인 행정해석은 행정의 수반자인 대통령 또는 행정각부를 통할하는 국무총리의 권한에 속하는 것으로 새길 수 있다. 그렇다고 할 때, 법문의 가능한 의미범위 내에서 목적론적 해석과 관련하여 구체적 사건의 포섭여부에 대한 해석문제가 야기될 경우 사후적 감독권을 갖는 대통령이나 국무총리가 피감독기관인 중앙행정기관의 장 등의 신청에 근거하여 사후적일지라도 행정내의 최종유권적 해석을 제시하는 것은 전체 법질서에 반하지 않는다고 할 수 있다.[16]

---

15) 조세분야의 경우에는 세법해석의 통일성을 위해 국세기본법, 법인세법 및 소득세법 등에 대해 기본통칙 외에 해석편람까지 두어 일선 행정기관에서 사례별로 문제해결의 방향을 제시하고 있는 실정이다. “http://www. nts.go.kr” 참조.

16) 이러한 점에서 “2 이상의 부처간에 법령해석에 이견이 생긴 경우 이를 조정하는 것이 본래의 정

다. 행정해석의 필요성

우리 헌법 제66조제4항은 기본권의 최대한 보장과 침해의 최소성을 준수하기 위한 권력분립을 전제로 사법부에 의한 최종 유권적 판단을 유보로 대통령을 정점으로 하는 행정에 대해 1차적인 법령해석과 집행의 권한을 부여하고 있음은 주지하는 바이다.[17] 행정현실을 볼 경우, 행정 관련법령은 기본적으로 민법과 달리 재판규범이 아니라 국가 등에 대한 행위규범이며, 이러한 행위규범을 집행하는 일선행정공무원은 법률전문가가 아니라 중앙행정기관에 의한 시행령과 시행규칙 및 규범해석규칙으로서의 훈령이나 예규 등에 따라 기계적으로 법을 실현하게 된다. 그 결과 중앙행정기관간의 해석충돌이나 헌법 및 법률합치적이라기 보다 정책적인 의도만을 반영한 규범해석규칙이 있게 되면 앞에서 언급한 기본권침해의 최소성이 형해화될 위험성과 능동적이고 책임이 있는 행정 보다는 대법원의 판례에 순응하는 행정으로 전락할 가능성이 매우 높다. 특히, 이러한 경우에는 법집행 공무원의 과실책임주의를 기본으로 하는 국가배상법에 의한 배상마저 받을 수 없는 "사법구제의 공백"[18] 내지 "눈치

부유권해석이다"(조정찬, 앞의 논문 3쪽)고 하는 것은 잘못된 판단으로 생각된다. 아울러 행정에 의한 유권해석의 객관성과 타당성은 정부조직법상 소관업무로부터 중립적인 위치에 있는 기관이 해당분야의 법률전문가의 판단을 통해 표명될 때 확보된다고 할 것이고, 이러한 최종유권적인 법해석 권한의 소재지 결정은 정부조직법에 의한 1차적 법해석권한을 전제로 하는 사무분장의 일부변경을 의미한다는 점에서 법률적 근거를 요한다는 견해가 가능하나 정부조직법상 대통령이나 총리의 권한에 속하는 것으로 해석이 된다는 점에서 정부유권해석권한의 소재지를 법률이 아닌 대통령령으로 규정하는 것은 가능한 것으로 판단된다.

17) 역사적으로 존 로크의 이권분립론(입법권과 집행권) 및 몽테스키외의 삼권분립론(입법권/행정권/사법권)에서 출발하여 행정권의 의미에 대해서는 다양한 견해가 있으나 능동적이고 미래지향적인 법집행권을 중심으로 국가작용 중 입법과 사법을 제외한 국가작용으로 이해하는데 이론이 없다고 할 것이다. 김남진/김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2004. ;김철용, 행정법Ⅰ, 박영사, 2004, 3-6쪽;석종현, 행정법(상), 삼영사, 2003, 3-8쪽;

18) 일반적으로 행정입법에 관여하는 공무원이 시행령이나 시행규칙을 제정함에 있어서 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하여 **법률 등 상위법규의 해석을 그르치는 바람에** 상위법규에 위반된 시행령 등을 제정하게 되었다면 그가 법률전문가가 아닌 행정공무원이라고 하여 과실이 없다고 할 수는 없으나, 상위법규에 대한 해석이 그 문언 자체만으로는 명백하지 아니하여 여러 견해가 있을 수 있는데다가 이에 대한 선례나 학설·판례 등도 하나로 통일된 바 없어 해석상 다툼의 여지가 있는 경우, 그 공무원이 나름대로 합리적인 근거를 찾아 어느 하나의 견해에 따라 상위법규를 해석한 다음 그에 따라 시행령 등을 제정하게 되었다면, 그와 같은 상위법규의 해석이 나중에 대법원이 내린 해석과 같지 아니하여 결과적으로 당해 시행령 등의 규정이 위법한 것으로 되고 그에 따른 행정처분 역시 결과적으로 위법하게 되어 위법한 법령의 제정 및 법령의 부당집행이라는 결과를 가져오게 되었다고 하더라도, 그와 같은 직무처리 이상의 것을 당해 업무를 담당하는 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려운 것이므로, 이러한 경우에까지 국가배상법상 공무

행정으로 인한 행정공백"까지 발생할 수도 있다.

이러한 점에서 국민권익침해를 최소화하고 행정상 법집행의 통일성과 예측가능성 등 법적 안정성과 행정의 능동성을 담보하기 위해서도 정부 내에 중립적이고 최종유권적인 법해석과 그 업무를 총괄할 기관이 필요하다고 할 것이다. 이것은 사회현실의 복잡다기로 인해 증가하고 있는 불확정법개념에 대한 해석의 문제와 관련한 사법해석권한의 한계를 감안할 때에도 불가피하다고 할 것이다.

4. 작은 맺음

행정해석은 능동적인 법집행기관에 의한 제1차적이고 유권적인 법령의 해석과 적용으로서의 실질을 갖는다. 이러한 이유로 행정청에 의한 대표적인 법집행으로서의 행정행위는 공정력을 가지며, 행정소송은 1심 법원에 의한 경우에도 시심이 아닌 복심의 성격을 가지게 되는 것이고, 행정소송의 목적물은 법집행의 위법유무로 되는 것이다.[19] 요컨대, 행정해석은 최종유권적인 사법해석에 의해 부인되기 전까지는 사실상 국민과 행정을 구속하는 힘[20]을 갖는 것으로 보아야 할 것이다.[21]

요컨대, 우리 헌법이 국가권력을 입법·사법·행정으로 분립하여 이들 기관상호간의 견제를 통해 균형을 유지하고 있는 점, 오늘날 정부제안법률이 의회입법의 대부분을 차지하고 있고, 그 법률은 정부정책의 最高有權的 表現으로서 하위법령인 대통령령이나 부령 등을 통해 정부정책을 보다 구체화하게 된다는 점, 행정은 전문관료집단으로 구성되어 있어 소관업무와 관련한 사실판단능력과 법해석능력을 보유하고 있다

원의 과실이 있다고 할 수는 없다(대판 1997.5.28. 95다15735).

19) 어떠한 행정행위를 할 것인지 여부에 관한 결정은 행정청의 판단에 유보되고 법원은 행정청의 판단에 위법이 있는지 여부를 살펴 그 효력을 부인하는 것에 그친다는 점에서 행정의 1차적 판단권의 근거를 찾기도 한다. 小早川光郎, "行政廳の第一次的判斷權·覺え書き", 法治國家と行政訴訟, 有斐閣 ,2004, 221쪽

20) 법령이 일정한 행정기관에 대하여 법령의 내용을 구체적으로 보충하여 규정할 권한을 위임하고 이에 따라 행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 규정하였다면 위 행정규칙은 법령의 내용과 결합하여 법규로서의 효력을 가진다 할 것이므로 소득세법시행령이 국세청장에게 일정한 범위의 거래를 지정할 수 있는 권한을 부여하고 이에 따라 국세청장이 훈령으로서 재산제세사무처리규정을 제정한 것인 만큼 이 규정은 과세의 법령상 근거가 된다(대법원 1988.3.22. 선고 87누654 판결).

21) 국회법 제98조의2 제1항에서 대통령령·총리령·부령 뿐만 아니라 훈령·예규·고시 등이 제정·개정 또는 폐지된 때에 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하도록 한 것도 행정에 있어서는 법규명령 이외에 행정규칙도 실질상 규범력을 갖는 점에 착안한 것이라고 할 것이다.

는 점과 헌법은 행정에 대해 입법권의 일부와 사법권의 일부를 행정에게 부여하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려할 때 행정해석은 최소한 사법해석을 보완 내지 보충하는 기능을 갖는다고 할 수 있다.[22][23]

Ⅲ. 불확정법개념과 행정해석

1. 개괄

행정법령은 목적달성을 위한 수단형성으로서의 계획분야를 제외하고는 가언명제의 규정형식을 갖고, 어떠한 사실이 법령의 구성요건 충족하게 되면 법령이 예정하고 있는 일정한 효과가 행정청에 의하여 부여되게 된다. 헌법상 1차적 판단권을 부여받은 행정이 행정법령을 적용하는 단계를 살펴보게 되면 「사실관계의 조사 및 확정 → 법령구성요건의 내용확정과 해석 → 확정된 사실과 법령요건의 포섭여부 → 효과의 결정(기속행위 또는 재량행위)」의 과정을 거치게 된다.

이와 관련하여 이하에서는 다의적인 해석이 가능한 불확정법개념과 확정된 사실과의 포섭여부와 관련한 행정해석의 문제와 행정청에 의한 법집행의 위법여부에 대한 최상급행정청에 의한 확인작용인 행정심판을 통해 이루어지는 행정해석의 문제를 살펴보기로 한다.

2. 불확정법개념과 행정해석

가. 의의

법령요건의 특징은 내용상으로 구분되는 간결·명확성에 있다. 법령상 사용되는

---

22) 정부유권해석은 ···법발견 기능을 수행하며 법령상호간의 모순·저촉 등 법령에 내재된 문제점을 제거하고 가장 합리적인 방향으로 관련업무를 집행하도록 하는 "법 보완" 기능을 수행함과 아울러 이러한 문제점을 입법적으로 해결하는 기초자료를 확보하는 피드백기능을 수행한다고도 한다. 조 정찬, "정부유권해석의 대상과 한계", 3쪽.

23) 법 자체 또는 의회의사록이 해당 문제에 대해 모호하거나 아무 언급이 없는 경우에는 법원이 곧장 그 법에 대해 해석을 할 것이 아니라 행정관청의 해석이 존재하는가를 살펴 그러한 해석이 법에 대한 해석으로서 허용될 수 있는 해석이면 법원은 그러한 행정관청의 해석을 지지하여야 한다고도 한다. 윤남순, "미국법에서의 제정법 해석", 안암법학, 2003. 171-172쪽; 행정법규의 해석은 행정부의 정책판단과 관련되는 것이기 때문에 법원의 판단이 부적절할 수도 있다는 취지에 관하여는 김유환, "행정법해석의 원리와 해석상의 문제", 법철학연구 2003, 243쪽.

개념들의 영역에는 내용상으로 감하거나 더하여 확정되는 “사실상의 장소”나 “시간의 개념”과 같은 것이 있고 법령의 해석이나 판결에 의해 한계지워지는 “소유물”이나 “물건” 등과 같이 일의성을 나타내는 것도 있으며, 확정되어 있지는 않지만 구체적 사건과 관련하여 확정될 수 있는 “야간”이나 “설익은 음식물”과 같은 것들도 있다.

그밖에 우리 헌법의 명령상 법문은 명백성과 구체성을 갖추어 수범자가 법령의 의미내용을 파악하여 예측가능한 생활을 할 수 있도록 하여야 하나 현대생활의 복잡다양과 문자가 갖고 있는 의미한계로 인해 “공공의 이익”이나 “음란물” 등과 같이 다의적 내지 주관적 해석이 가능한 불확정법개념이 있다. 이러한 불확정법개념은 “그 자체로서 유일하고 적법한 결정이 항상 일의적으로 확정될 수 있는 것이 아니다”[24]는 특징[25]을 갖기 때문에 행정은 자신의 1차적 법령판단권과 행정의 통일성 및 자기책임성을 수행하기 위해 불확정법개념과 관련하여 외부 및 내부를 향한 법해석기준을 제시할 수밖에 없게 된다.

나. 불확정법개념과 행정해석

불확정법개념은 인식의 세계에 속하는 것으로 구체적 사건에 대한 불확정법개념의 적용은 가치평가를 요하며 때로는 다양한 관점들을 고려·평가하고 형량할 때 비로소 가능한 미래 예측을 요구하는 경우도 있다.[26] 구체적으로 말하자면, 주어진 사실

---

24) 이러한 현상을 논리적인 불확정성과 정당화 의미의 불확정성으로 구별하여 고찰하기도 한다. 車康鎭, 앞의 논문, 5쪽;특히 출입국관리법 제4조 제1항 제6호의 “대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자”와 같이 예측적 결정을 할 경우 법적용자는 다양한 사례유형을 규범영역 내에 포섭시킬 것인가와 관련하여 여러 가지 해석가능성을 갖게 된다고도 한다. Zippeplius, “Einfürung in die Juristische Methodenlehre”, 2Aufl., S.141;경험상 이러한 주관적 해석이 가능한 법개념을 적용할 때에는 일의적인 판단은 거의 있을 수 없다고도 한다. Ule, “Zur Anwendung unbestimmter Begriffe in Verwaltungsrecht”, Gedachtnisschrift für Walter jellinek, Band 6., S.323.

25) 그렇다고 하여 해석의 상한이나 하한조차 허용되지 않는 불확정법개념은 명확성의 원칙에 대한 본질위반으로서 허용되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다. 같은 취지 : “음란"의 개념과는 달리 "저속"의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다. 이 "저속"의 개념에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다 (헌법재판소 전원재판부 1998. 4. 30. 95헌가16).

이 법령상의 불확정법개념에 포섭되는지 여부와 관련한 인식의 문제로, 이에 대하여는 적용대상이 되는 사건의 재현불가능성이나 고도의 문화적·사회적 가치평가 또는 미래예측행정 등을 논거로[27] 입법자가 행정청에게 사법부에 대한 판단우위권을 인정한 것으로 새기거나 사법부가 행정청의 포섭의 하자를 지적하지 못하는 한 행정청의 판단을 사법부의 판단으로 대체하여야 한다는 대체가능성설 등이 제기되고 있다.

생각건대, 불확정법개념을 포함한 모든 법률요건을 이루는 문언의 해석은 사법부의 전면적 판단사항에 속한다는 점에는 이의를 제기할 수 없겠으나 불확정법개념의 구체적 사건에로의 적용(포섭)에 대하여는 제한된 범위에서 행정청의 판단여지 내지 판단수권을 인정함이 바람직하다고 할 것이다.[28] 물론, 불확정법개념이 갖는 문언의 의미를 추상적으로 확대하는 것은 행정해석의 한계 밖에 있는 것으로 보아야 한다. 참고로 법원은 행정사건을 심리함에 있어 행정처분 등의 실체·절차면 및 법률문제·사실문제 모든 점에 걸쳐 심사하여야 하겠지만 사실문제의 심리와 관련하여 그것이 전문적·기술적인 지식을 요하는 사항인 경우에는 행정의 전문성 및 통일성을 존중한다는 측면에서 법원의 심리범위를 법률문제에 한정시킴으로써 법원의 심리가 사실문제에 대하여는 제한되는 것으로 보아야 한다[29]는 견해도 있다.

3. 작은 맺음

불확정법개념은 다의적인 해석이 가능할 뿐 아니라 일반적으로 수긍할 수 있는 해석이 내려진다고 하여도 구체적인 사건에 있어서 확정된 사실이 법령요건상의 불확정법개념에 포섭되는지 여부는 또 다른 문제를 낳는 것이 현실이다. 이러한 이유로 불확정법개념의 해석은 사법부의 전면적 평가대상이 되나 포섭여부에 대하여는 재현불가능성이나 구속적 가치평가 및 미래예측적 결정 등을 논거로 행정에 대한 판단여지 내지 사법부의 평가와의 대체가능성 등이 논하여지고 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

그렇다고 한다면, 법령요건상의 불확정법개념에 대한 최종 유권적인 판단권은 사

---

26) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14.Aufl., S.141.

27) 이에 관한 상세는 졸고 "不確定法概念의 解釋과 適用" 성균관대학교 대학원 석사학위논문, 1983, 20-27쪽 참조.

28) H. Maurer, a.a.O., S.156.;홍준형, "행정법상 불확정법개념과 판단여지의 한계", 행정논총, 1995.6. 108쪽.

29) 석종현, 일반행정법(상), 848쪽.

법이 갖는다고 하더라도 구체적 사실이 해당 해석에 포섭되는 것인지 여부는 행정청이 판단여지를 갖거나 행정의 판단이 잘못되었다는 것을 법원이 논증하지 못하는 한 행정의 판단을 법원의 판단으로 대체하여야 할 것이다.[30]

그러한 점에서 불확정법개념과 관련한 행정의 최종 유권적 해석은 행정과정에서 얻어진 구체적 사실의 적시를 포함하는 것으로 새길 수 있을 것이다.[31]

Ⅳ. 행정해석의 법형식

1. 개괄

행정해석의 유권적 형식은 법률적 수권하에 이루어지는 법규명령과 특별권력에 기초하여 행하여지는 훈령이나 예규 및 해석편람 등의 형식과 이러한 내·외부규범에 터잡아 이루어지는 처분 등이 있을 수 있으나 현실 행정에 있어서 구체적인 처분 등은 모두 이들 규범에 터잡아 이루어진다는 점에서 이하에서는 처분의 근거가 되는 내·외부규범을 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

2. 법규명령

법규명령은 헌법 제75조와 제95조 및 행정규제기본법 제7조에 근거하여 상위법령의 수권 하에 행정에 의한 상위법령해석의 도구로서 구체적 사건의 발생을 기다려 포섭작용을 통해 처분 등을 기다리는 입법이라고 할 수 있다. 다시 말하자면, 법령의

30) 불확정법개념인 투기목적과 관련하여 판례도 "토지거래가 (구)소득세법시행령(1989.8.1.대통령령 제12767호로 개정되기 전의 것) 제170조 제4항 제2호에 의하여 실지거래가액에 의하여 양도소득세를 과세할 수 있는 거래로서 **국세청장이 지정한 재산제세조사사무처리규정(국세청훈령 제980호) 제72조 제3항 제6호 소정의 거래에 해당한다면**, 여기에 더하여 다시 투기의 목적이 인정되어야 하는 것은 아니다(대법원 1990.10.30. 선고 90누6781 판결)"고 하여 행정청인 국세청이 불확정법개념에 대해 적시한 구체적 사례를 수용하고 있음을 확인할 수 있다.

31) 따라서, "사실인정은 일선기관에서 하는 것이 가장 바람직스럽기 때문에 법제처의 정부유권해석도 곤혹스러운 경우가 많을 수밖에 없다"고 하면서 "정부유권해석엣도 사실인정문제를 회피한다는 오해를 불식시키기 어려운 점이 있다"(조정찬, 앞의 논문, 16쪽)고 할 것이 아니라 법령해석의 신청요건으로서 소관 기관이 확정한 사실과의 관련 속에 법령해석을 구하도록 적극적인 입법보완으로 문제해결을 꾀하여야 할 것이다. 같은 취지, 조헌수, "사실인정과 법령해석", 정부유권해석의 대상과 그 한계, 법제처 법령해석관리단, 2005.10., 30쪽 및 정태용, "법령해석상의 유의사항", 같은 책 44쪽 등 참조.

위임을 받은 사항에 대한 행정해석을 법규의 형식으로 담은 것이 바로 시행령 또는 시행규칙이라고 할 수 있다. 이러한 시행령과 시행규칙은 각각의 근거법령에 반할 수 없는 한계를 가지며 행정청에 의한 상위법령의 해석이 모법의 전체적 취지에 반하지 아니하는 한 법원도 그 해석한 바 위임입법의 내용에 구속된다고 할 것이다.[32] 물론, 그 한계위반여부에 대한 법적 평가는 권력분립의 원칙상 재판의 전제로서 법원에 속한다.[33]

문제는 각종 제재적 처분을 규정하고 있는 법률이 허용한 재량행사에 대한 해석으로서 시행령이나 시행규칙의 처분기준에 대한 법원의 평가에 있다. 법률이 재량으로 허용한 각종 제재처분에 대해 법률의 수권 하에 행정의 유권적 해석을 담아 법률요건을 보다 구체화하고 보다 구체화된 법령요건에 따른 처분기준을 정한 시행령이나 시행규칙에 대해 법원은 개별적·구체적 정의를 내세워 그 법규형식을 부인하고 행정규칙(행정명령)으로 인정하고 있는 바[34], 이는 그 형식이 법규성이라는 점과 권력분립의 원칙상 현행법이 재판의 전제로서 대법원이 최종적으로 심사하도록 하되(헌법 제107조 제2항, 법원조직법 제7조제1항) 명령·규칙의 헌법 또는 법률위반의 대법

32) 어느 시행령의 규정이 모법에 저촉되는지의 여부가 명백하지 아니하는 경우에는 모법과 시행령의 다른 규정들과 그 입법 취지, 연혁 등을 종합적으로 살펴 모법에 합치된다는 해석도 가능한 경우라면 그 규정을 모법위반으로 무효라고 선언하여서는 안 된다. 이러한 법리는, 국가의 법체계는 그 자체 통일체를 이루고 있는 것이므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제되어야 한다는 원칙과 더불어, 민주법치국가에서의 규범은 일반적으로 상위규범에 합치할 것이라는 추정원칙에 근거하고 있을 뿐만 아니라, 실제적으로도 하위규범이 상위규범에 저촉되어 무효라고 선언되는 경우에는 그로 인한 법적 혼란과 법적 불안정은 물론, 그에 대체되는 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백과 법적 방황은 상당히 심각할 것이므로 이러한 폐해를 회피하기 위해서도 필요하다(대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두2716 판결).

33) 대법원 1999. 12. 16. 선고 97누9864 전원합의체 판결 ; 대법원 1986.8.19. 선고 85누504 판결 등 참조.

34) Vgl., 사실관계의 확정과 평가, 법률을 해석하고 개별사건에 구체적으로 적용하는 것은 법원의 고유한 과제로서, 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 아니다. 한편, 행정청은 법률, 특히 사법상의 일반조항, 불확정 법개념이나 행정청의 재량행사규정 등을 해석을 통하여 구체화하는 과정에서 기본권을 비롯한 헌법의 기본결정을 내용적 지침으로서 고려해야 하는데, 법적용기관이 법률에 미치는 헌법의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 소송당사자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 되는 것이다. 그러나 행정청이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법에 의해서가 아니라 적용된 법률에 근거하여 판단된다면, 즉 헌법이 아니라 법률이 행정청에 의한 해석·적용의 타당성을 심사하는 규범이 된다면, 이 경우 법률의 해석·적용에 대한 판단은 법원의 관할에 속하는 것이다(헌법재판소 2003. 2. 27. 2002헌마106 전원재판부).

원판결을 행정자치부장관에게 통지하도록 하여 사실상의 효력을 인정하고 있는 점(행정소송법 제6조 제1항)에도 반하는 것이다.

이러한 원인은 재량행사기준에 대한 위임명령청의 법해석에 대한 오류와 법원의 개별적·구체적 정의를 목적으로 하는 사법적극주의에서 찾아야 할 것이며, 그 해결책은 명령제정권자인 행정에 의한 올바른 법해석에 기초한 명령제정에서 발견해야 할 것이다. 즉, 헌법 제37조에 의한 비례원칙과의 관련 하에 재량행사의 근거법률에 대한 정당한 해석을 하여[35] 구체적 요건에 대한 구체적 처분의 예외를 인정한 - 예컨대 정당한 사유가 있는 자에 대하여는 필요적 감면을 할 수 있는 근거조항의 신설 등[36] - 하위법령의 제정을 통해 이러한 법해석 형식과 실질이 합치되게 해야 할 것이다.

3. 행정규칙

행정규칙은 사무관리규정 제7조제2호의 지시문서로서 훈령·예규와 제3호의 공고문서로서 고시 등이 특히 문제가 되는바, 이를 기능적으로 파악하면 법령해석규칙과 재량준칙 및 법령보충적 행정규칙, 해석편람 등으로 나눌 수 있다. 이들 행정규칙은 모두 특별권력에 기초하여 발하여지는 유권적 행정해석의 유형으로서 행정의 통일성 확보를 목적를 목적으로 한다. 이하에서는 이 논문의 제목과 관련하여 기능적인 측면에서 법령해석규칙(해석편람), 재량준칙 및 법령보충적 행정규칙 등으로 나누어 살펴보기로 한다.

가. 법령해석규칙

35) 이러한 점에서 행정입법에 대한 실질적 심사를 행하는 법제처의 법령심사기능의 중요성이 발견된다.

36) 여객자동차운수사업법시행령 제31조 제1항 [별표 2] 제8호가 해당 사업체의 규모, 지입차량의 비율, 지입의 경위 등 구체적·개별적 사정을 고려하지 아니하고 모두 사업면허취소 또는 사업등록취소를 하도록 규정하고 있으나, 한편 같은 법 시행령 제31조 제2항 제2호에서 [별표 2]의 처분기준을 적용하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 때에는 공공복리의 침해 정도 등을 참작하여 사업면허취소 또는 사업등록취소를 하여야 하는 경우에는 노선폐지명령 또는 감차명령으로 경감한다고 규정하고 있는 ··· 점에서 여객자동차운수사업법이 명의이용을 금지하여 달성하고자 하는 공익목적이 매우 중대한 점 등에 비추어 볼 때 위 [별표 2] 제8호가 보호하고자 하는 공익에 비한 권익침해의 정도가 과중하여 무효로 된다고 할 수는 없다(대법원 2001. 9. 18. 선고 2001두3983 판결).

법령해석규칙 내지 규범구체화행정규칙이라 함은 법률이나 법규명령 등 상위규범을 구체적으로 해석한 행정내부관계에서만 법규성을 갖는 규범[37]으로 특히 불확정법개념과 관련한 규범의 통일적 해석을 목적으로 한다.[38] 실무적으로는 "사업이 중대한 위기에 처한 때에는 징수유예조치를 취할 수 있도록 한" 국세징수법 제15조 제1항 제3호상의 불확정법개념인 "사업이 중대한 위기"에 대하여 행하여진 국체청장의 "법 제15조제1항제3호에서 '사업의 중대한 위기'라 함은 판매의 급격한 감소, 재고의 누적, 매출채권의 회수곤란, 노동쟁의로 인한 조업중단, 기타의 사정에 의한 자금경색으로 부도발생 또는 기업도산의 우려가 있는 경우 등을 말한다"(15-0-8)고 규정한 국세징수법 기본통칙이 그 예에 속한다.[39]

나. 재량준칙

재량준칙이라 함은 실무상 훈령이나 예규의 형식으로 발하여지는 것으로서 상급기관이 하급기관에 대하여 발하는 재량권행사의 기준에 대한 상위법령의 해석규범이라고 할 수 있다. 이는 유사하거나 동일한 사항에 대한 법집행의 평등을 보장하는 한편 자의적인 재량권행사를 방지하고 국민에 대해 행정에 대한 예측가능성을 제공해준다. 최근에 이르러 이러한 재량행사의 기준은 시행령이나 시행규칙의 별표처분기준의 형식으로 발하여지고 있다. 이와 관련한 문제점과 그 해결방안은 앞에서 언급한 바와 같다.

---

37) 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사 2000,255쪽.

38) 석종현, 앞의 책, 178쪽 ; 이러한 법해석규칙의 기능은 유일하고도 적법한 가능성을 선택할 수 있도록 하여 법관의 판단을 정당화함과 동시에 많은 문제를 해결할 수 있게 하는 것에 있다고도 한다. 차강진, 앞의 논문, 277쪽.

39) 이와 관련하여 대법원은 "국세징수법기본통칙 3-9-3…56은 '세무서장은 교부청구를 함에 있어서 납세자가 따로 매각이 용이한 재산으로 제3자의 권리의 목적으로 되어 있지 아니한 것을 보유하고 있고 그 재산에 의하여 체납국세의 전액을 징수할 수 있다고 인정될 경우에는 교부청구를 하지 아니할 수 있다.'고 규정하여 교부청구 여부를 세무서장이 재량에 의하여 정하도록 하고 있을 뿐 아니라, 원래 국세청의 기본통칙이란 과세관청 내부에 있어서 세법의 해석기준 및 집행기준을 시달한 행정규칙에 불과하고 법원이나 국민을 기속하는 효력이 있는 법규가 아니므로, 세무서장이 위와 같이 교부청구를 하지 않을 수 있도록 규정된 경우에 교부청구를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 교부청구가 위법하다고 볼 수는 없다(대법원 2001. 11. 27. 선고 99다22311 판결)"고 하여 법규성을 부인하고 있으나 잘못된 법규의 해석을 바로 잡아 법원으로 정당한 법해석으로 받아들일 수 있도록 노력하는 것이 행정의 신뢰성 확보와 국민권익의 보호에 보다 도움이 된다는 점에 주목할 필요가 있다.

다. 법령보충적 행정규칙

법령보충적 행정규칙이라 함은 전문적·기술적 분야에서 그 내용을 사실상 법률로 정하기 어렵고 행정기관이 그것을 가장 합리적으로 정할 수 있는 경우에 상위법령의 내용을 구체화하는 행정규칙이라고 할 것인바, 현행 행정규제기본법 제4조 제2항은 법령의 위임 하에 고시로 정할 것을 명하고 있다.[40]

라. 법률대위규칙

법률대위적 행정규칙 내지 법률대위규칙이라 함은 주로 급부행정의 영역에서 법률이 전혀 없거나 법률이 불완전한 경우 그 공백을 메꾸기 위하여 특별권력에 의해 발하여지는 행위통제적 규범을 법률의 결정기준을 구체화하는 것이 아니라 법률이 예정하고 있는 않는 결정기준을 최초로 제공한다는 점에서 재량준칙과는 구별되는 것으로 효력의 대위가 아닌 공백의 대위에 불과한 것이다.[41]

4. 작은 맺음

행정에 관한 법률은 현행 헌법과 정부조직법에 의거하여 소관부처에 의해 1차적인 법해석으로서 「시행령 → 시행규칙 → 필요한 경우 고시」의 단계적 법형식으로 구현되고 이는 다시 훈령이나 예규에 속하는 규범해석규칙이나 재량준칙 등의 행정규칙 또는 법률대위규칙의 형식으로 행하여지게 된다. 이를 행정과 국민간의 단순관계에서 보자면 최고행정청에서 집행기관을 거쳐 국민에 이르기까지 통일적인 법해석이 이루어져 그 형식에 관계없이 모든 행정입법이 사실상 국민에 대해 법규성을 미치고 있음을 부인하기 어렵다고 할 수 있다.[42]

---

40) 어떤 법령이 특정 행정기관에 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 구체적인 절차나 방법을 특정하고 있지 않은 관계로 수임 행정기관이 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 규정한 고시는, 당해 법률 및 그 시행령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지는 것이며, 그와 같은 고시의 내용이 관계 법령의 목적이나 근본 취지에 명백히 배치되거나 서로 모순되는 등의 특별한 사정이 없는 한 효력이 없는 것이라고 할 수 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두1592 판결; 대법원 2002. 9. 27. 선고 2000두7933 판결;대법원 2003. 9. 26. 선고 2003두2274 판결 등 참조).

41) 김남진, 행정법Ⅰ, 법문사 2002, 170;정화중,행정법총론, 법문사 2004, 154쪽 등 참조.

42) 이와 관련하여 최근 대법원이 행정규칙에 근거한 처분에 대해 항고소송의 대상으로서의 행정처분성을 인정한 점은 주목할만하다. 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 원칙적으로 행정청

이와 관련하여 현행 행정절차법 제4조 제2항은 "일반적으로 받아들여진 법의 해석이나 관행은 공익이나 제3자의 이익을 현저하게 해칠 우려가 있는 경우 외에는 새로운 해석이나 관행에 의하여 불리하게 소급하여 처리할 수 없도록" 규정하고 있는바, 새로운 법령에 대한 사법부의 최종 유권적인 해석이 내려지기 전에 이루어지는 행정규칙이 갖고 있는 해석권위, 특히 불확정법개념과 관련한 구체적 사건의 포섭여부에 대한 행정해석의 판단우위 내지 대체가능성을 제한된 범위에서나마 인정한 것으로 새길 수 있다.

이러한 행정법령의 구체화현실을 감안할 때, 행정해석의 대외적 표현에 대한 사전통제장치로서 법제처에 의한 법령심사기능의 중요성과 법령심사가 법규명령에 그칠 것이 아니라 사실상 외부적 효력을 갖는 훈령•예규 등의 행정규칙에 대하여도 법제처에 의한 사전심사의 확대・실시가 요구된다고 할 것이고[43], 법원으로서도 처분 등의 기준규범인 행정규칙에 대해 규범심사를 행하여 그 정당성이 인정되는 한 재판의 기준으로 삼아[44] 행정법령의 체계적 해석에 공동 노력할 헌법상의 의무가 있다고 할 것이다.[45]

V. 맺는 말

앞에서 살펴본 바와 같이 법령의 문언은 명확성의 원칙에 따라 일의적 해석이 가능한 문언을 사용하여야 하나 규범대상이 되는 현실이 그러하지 아니하다는 점에서 문리해석이나 논리해석만으로는 해결할 수 없고 목적론적 해석에 의한 가능한 의미을 종점으로 하되 정당화가 요구된다는 점과 우리 헌법상 행정법령의 1차적 해석권

의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리키는 것이지만, 어떠한 처분의 근거가 행정규칙에 규정되어 있다고 하더라도, 그 처분이 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적인 효과를 발생하게 하는 등으로 그 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라면, 이 경우에도 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251,10268 판결).

43) 이와 관련 법제업무운영규정 제23조의 대통령훈령등의 심사에 관한 규정을 외부적 효력을 갖는 중앙행정기관의 훈령 등에 대해서도 적용하도록 하는 법제보완이 따라야 할 것이다.

44) "법의 흠결을 보충하는 행정규칙은 이를 완전한 의미의 재판규범으로 볼 수 없다 하더라도 합리성이 인정되는 범위 안에서 일차적인 재판의 기준으로 이해하여야 한다"고도 한다. 김유환, "행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제", 257쪽.

45) 같은 취지, 김유환, 앞의 논문, 243쪽.

한은 행정에 유보되어 있고 공익을 목적으로 정책적 성격이 강한 행정법령의 최종적인 해석과 집행에 대하여는 행정이 종국적인 책임을 부담한다는 점, 국회 통과법률의 대부분은 정부제안입법이고 이러한 입법은 수범자에 대해 직접 법을 집행하는 행정전문관료에 의해 이루어진다는 점 등을 감안할 때 입법자의 의사가 불분명한 경우에는 법원이 곧장 목적론적 해석을 시도하기 보다는 선행하는 행정해석이 존재하는지 여부를 먼저 찾아 이를 지지할 수 있도록 하는 것이 권력분립의 원칙에 합치된다. 법원으로 하여금 행정해석을 정당한 것으로 간주하도록 하기 위해서는 행정해석의 표현형태인 시행령·시행규칙 등의 법규명령 이외에도 내부법규인 행정규칙까지도 권위를 가질 수 있도록 절차적 통제를 강화하여야 할 것이다. 이러한 점에서 현행법상 법령심사권을 갖고 있는 법제처로 하여금 모든 행정해석의 법형식에 대한 사전심사권을 갖도록 해야 하고 그밖에도 행정심판의 결과나 법령해석자문단의 결과물 등의 입법심사과정에로의 피드백을 가능하게 하는 법제업무운영규정의 제도개선이 이루어져야 할 것이다.

정준현

행정법령(Administrative law), 행정해석(Administrative interpretation), 사법판단(Court's judgement), 불확정법개념(Unidentified legal terms), 해석형식(Interpretative Form)

[Abstract]

Study On The Administrative Interpretation Authority and The Interpretative Forms

Jeong Jun-Hyeon*

Under the current Constitution, every law context should be clear and easy enough to understand the context for laymen, but the some actual problems can not be ruled by clear and easy legal terms. So use law-maker unidentified terms in the law context and such context may be given several interpretations. These several interpretations in the Administrative law part were construed as legal hot issues between the administrative and the Court.

Shortly concluded, the court shall give respect to the administrative interpretations such as enforcement ordinances, enforcement regulations and any other detailed regulations for the application of law, assuming that these interpretations are reasonable and right on the court's judgement.

The ground of conclusion is as follows;

1.The constitution divide the state authority for "Check and Balance between state powers".

2.The administrative has the legislative power delegated by law.

3.Every administrative legislations are formerly controlled and reviewed by the legislative agency from a various point of view like as constitutional principles, legal system and goal, and any other point.

4.Each administrative department is composed relevant experts and finally responsible to the execution of laws under the competent department.

---

* Sunmoon university dept. of law Professor.