

위헌적인 행정적 유권해석의 통제방안에 관한 연구

A Study on the Unconstitutional Authoritative Interpretation of Government

허 창 환*
Hur, Chang-Hwan

목 차

- | | |
|---------------------------|-------------------------|
| I. 서론 | IV. 위헌적인 행정적 유권해석 통제수단에 |
| II. 행정적 유권해석의 의의 | 대한 개선방안 |
| III. 위헌적인 행정적 유권해석에 대한 통제 | V. 결론 |
| 방안 | |

정부는 통일적인 법 집행을 위하여 정부조직법을 근거로 정부 유권해석을 하고 있다. 정부 유권해석은 법률상 구속력이 없지만, 실질적으로는 국민의 행위판단규범으로 광범위한 영향력을 행사하고 있다. 만일 정부 유권해석이 위헌적인 경우, 광범위한 기본권 침해가 우려되는바, 유권해석의 실질적인 규범력을 제거하는 통제방안이 무엇인지가 문제된다. 정부 유권해석은 그 효력에 아무런 근거 규정이 없으므로, 행정소송법상 ‘처분 등’에 해당하지 아니하여 항고소송의 대상이 될 수 없고, 헌법소원의 대상이 될 수도 없다. 따라서 위헌적인 행정적 유권해석에 기초한 법집행에 대한 사후적 사법심사로만 통제가 가능한 상황이다. 그러나 이러한 문제해결은 정부의 유권해석을 ‘신뢰를 하지 아니하고 행위로 나아가는 것과 그에 대한 법 집행과 소송을 제기하는 것을 전제로 하는 것이므로, 특정인의 과도한 희생을 요구하는 것일 뿐만 아니라, 정부의 법 집행에 대한 불신을 초래할 수 있으며, 위헌적 정부 유권해석론에 기초한 법 집행이 상당기간 지속될 수 있다는 점에서 문제가 있다.

따라서 국민의 기본권보장의 관점에서 위헌적 ‘행정적 유권해석’을 방지하기 위하

DOI: 10.35148/ilsilr.2019.44.265

투고일: 2019. 8. 27. / 심사의뢰일: 2019. 10. 1. / 게재확정일: 2019. 10. 17.

* 법무법인 율정, 변호사

Lawyer, Law Firm Yul-Jung

여, 사전적으로는 법령해석 전문기관의 ‘정부 유권해석’에 행정적 구속력을 부여하거나 사실상의 구속력을 강화할 필요가 있다. 또한 행정적 유권해석에 합헌적 법령해석의 원칙을 명시하는 등 법령해석 기준에 합헌성을 판단하도록 규정할 필요가 있다. 나아가 이미 위헌적인 정부 유권해석이 있는 경우에는 사후적으로 그러한 해석론의 위헌성을 다투어, 법령해석 기관 내부에서 그 해석론을 변경하는 행정절차 규정을 마련하거나, 헌법재판소의 심판대상으로 삼는 등의 해석론 내지 제도적 개선이 필요한 것으로 보인다.

[주제어] 유권해석, 위헌적 유권해석, 유권해석의 구속력, 합헌적 법령해석, 법령해석기관

I. 서론

국민의 기본권을 제한하는 내용의 법령은 가능하면 명확하게 규정하여야 할 것이지만, 입법기술상 불가피하게 모호하게 규정되어 다양한 의미로 해석이 가능한 경우가 있다. 이러한 경우에 법령의 해석을 본질적인 내용으로 하는 사법권한의 주체인 법원은 국민이 그 법령에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 법령을 해석·적용하여 그 모호성을 해소하여야 할 것이다. 그러나 현실적으로 모든 법령에 대해 법원의 해석이 존재할 수는 없다. 왜냐하면 법원의 해석은 구체적 분쟁을 전제로 하는 것이기 때문이다. 따라서 국민들은 법원이 아닌 정부의 유권해석에 따라 행동하는 경우가 많으며, 그러한 이유에서 정부의 유권해석은 국민에 대해 실질적 행위판단의 규범으로 작용하여 광범위한 영향력을 행사하고 있다. 그런데 정부는 그 의미가 모호한 법령에 대해 ‘합헌적 법령 해석’의 원칙¹⁾에 따라 합헌적으로 해석하여야 할 것임에도 불구하고, 위헌적인 해석론을 취하여 법령을 집행하고 있는 경우가 있다. 정부의 유권해석이 가지는 광범위한 영향력에 비추어 볼 때, 정부가 위헌적인 해석론에 기초하여 법령을 집행한다면, 그로 인하여 국민의 자유가 광범위하게 제약 당할 가능성이 있다는 것을 의미한다. 따라서 그러한 정부의 위헌적인 해석론에 대한 통제방안이 무엇인지가 문제되는데, 이하에서는 현행법 테두리 하에서 가능한 통제방안 및 그 개선안에 대해 고찰하기로 한다.

1) 헌법재판소는 “법률이나 행정규칙의 해석에 있어서 여러 가지의 해석이 가능한 경우에는 가능한 한 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적 법령해석을 하여야 한다(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정 등 참조)”고 하고 있으며, 대법원도 같은 입장을 취하고 있다(대법원 2006. 4. 20. 선고 2002두1878 전원합의체 판결).

II. 행정적 유권해석의 의의

1. 행정적 유권해석의 개념

유권해석이란 권한이 있는 국가기관이 법령의 의미내용을 구체적으로 설명하는 것을 말한다. 유권해석은 법률 그 자체에서 정의 규정을 두고 있는 ‘입법적 해석’,²⁾ 구체적인 분쟁에서 법원이 판결을 통하여 내리는 ‘사법적 해석’,³⁾ 행정부 내의 소관부처에서 의견을 제시하는 ‘행정적 해석’으로 분류할 수 있다. 그런데 민원인의 법령해석 질의에 대해 각 행정주체마다 자의적으로 법령해석을 하여 질의 회답을 하게 되면, 같은 법령에 대해 행정주체별로 상이한 집행을 하는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 범 정부차원에서 법령에 대한 통일적인 해석론을 제시하여 일관성 있는 법령의 집행을 도모할 필요성이 있다. 이러한 필요성에 의하여 행정부 내의 법령해석의 전문성을 담보할 수 있는 법령해석기관인 ‘법무부’와 ‘법제처’가 제시하는 법령해석 의견을 ‘정부 유권해석’이라고 한다.⁴⁾ 즉 정부 유권해석은 행정적 유권해석에 포함되는 개념⁵⁾이라고 할 수 있다.

한편, 정부 유권해석의 대상⁶⁾은 ‘법률·대통령령·총리령·부령’이다. 따라서 정부 유권해석의 범위에 헌법이 포함될 수 있는지 여부에 대해 이론적인 다툼이 있을 수 있다. 이에 대해 긍정설⁷⁾과 부정설⁸⁾이 대립하고 있으나, 실무적으로는 법령해석기관에

2) 입법적 해석은 그 자체로 법규에 해당하므로 법적 구속력을 가지게 된다.

3) 구체적 사건에서의 법원의 사법적 유권해석은 그 사건에서 최종적인 구속력을 가진다. 다만, 대법원은 스스로의 판례를 변경할 수 있으며, 상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심을 기속할 뿐 다른 법원에 대해 법적 구속력을 가지지 못하므로(법원조직법 제8조), 상급법원의 판결은 다른 법원을 사실상 구속하는 효력만이 있을 뿐이다.

4) 정부입법지원센터 홈페이지 <<http://www.lawmaking.go.kr/nl4li/ls/tptStm/intro>>, 검색일: 2019.8.27.; 임종훈, “정부유권해석의 발전과 체계화를 위한 모색 -법제처의 역할 재정립과 관련하여-”, 법제처 법령해석관리단 세미나자료집, 법제처, 2005.8. 4쪽 참조; 김응규, “미국 OLC(office of legal counsel)의 법령의 유권해석”, 세계헌법연구 제15권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2009.6. 231쪽.; 이상수, “새로운 정부유권해석제도 해설”, 법제, 법제처, 2005.8. 91쪽.; 우미형, “행정각부의 법 해석권과 정부입법 -저작권법 제1조의 입법목적 중심-”, 행정법연구 제49호, 행정법이론실무학회, 2017.6. 5쪽.

5) 용어상의 혼란을 방지하기 위하여 이하에서는 ‘행정적 유권해석’이라고 하며, 특별히 이를 구분해야 할 경우에만 ‘정부 유권해석’이라고 표기한다.

6) 법제업무 운영규정 제2조에서는 ‘이 영에서 법령이란 법률·대통령령·총리령·부령을 말한다’고 규정한다.

7) 이상운, “법제처 법령해석제도의 현황과 과제”, 동아법학 제51권, 동아대학교 법학연구소, 2011.5., 19쪽.

8) 이성환, “법령해석심의위원회 법령해석에 관한 입법학적 고찰”, 입법학연구 제4집, 한국입법학회, 2007.12., 5-6쪽.

서는 민원인이 ‘헌법’에 대한 해석을 질의하면 모두 ‘반려’ 처분을 하여 부정설의 입장에 있는 것으로 보인다. 생각건대, 행정적 유권해석의 입법취지에 비추어볼 때, 그 대상에는 개별 헌법규정이 포함된다고 해석할 수는 없다. 왜냐하면 정부 유권해석은 법령의 통일적 집행을 위해 마련된 제도인바, 헌법은 행정작용이 지키고 따라야 할 규범이자 행정적 법령해석의 과정에서 지켜야할 지침이 될 뿐, 헌법이 행정의 직접적인 집행의 대상이 되는 것은 아니므로, 정부가 국민에 대해 직접 특정 헌법 규정에 대한 구체적인 해석론을 제시하는 것은 그 실익이 없기 때문이다.

2. 행정적 유권해석의 법령상의 근거

개별적 법률규정에서 민원인이 행정청에 대해 해석질의를 할 수 있도록 규정하고, 행정청으로 하여금 답변의무를 부과하도록 규정하는 경우가 있다. 대표적으로는 감사원법,⁹⁾ 개인정보 보호법,¹⁰⁾ 기업 활력 제고를 위한 특별법,¹¹⁾ 노동위원회법,¹²⁾ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률,¹³⁾ 국세기본법¹⁴⁾ 등이 있다. 만일 위와 같은 개별 법률이 없다고 하더라도, 행정작용의 상대방은 행정절차법 제5조¹⁵⁾를 근거로 하여 상대방이 행정청에 대해 법령에 대한 해석을 요청할 수 있다.

정부 유권해석의 대통령령상의 근거로는 정부조직법을 근거로 한 「법무부와 그 소속 기관 직제」와 「법제업무 운영규정」이 있다. 정부조직법에서는 법무부¹⁶⁾를 국가 법무에

-
- 9) 감사원법(법률 제13204호, 2015. 2. 3. 일부개정) 제49조 제2항은 “감사원의 감사를 받는 회계사무 담당자가 그 직무를 집행하면서 회계 관계 법령의 해석상 의문점에 관하여 감사원에 의견을 구할 경우 감사원은 이에 대하여 해석·답변하여야 한다.”고 규정한다.
- 10) 개인정보보호법 제8조 ‘개인정보보호위원회가 법령의 해석·운용에 관한 사항을 심의·의결’한다고 규정한다.
- 11) 기업 활력 제고를 위한 특별법(법률 제14839호, 2017. 7. 26. 타법개정) 제1항은 사업재편계획을 신청하고자 하는 기업 등은 주무부처의 장에게 법령 등의 해석 및 적용 여부에 관한 확인을 요청할 수 있다고 규정한다.
- 12) 노동위원회법(법률 제16413호, 2019. 4. 30. 타법개정) 제24조는 중앙노동위원회에 지방노동위원회 또는 특별노동위원회에 대한 법령의 해석에 관하여 필요한 지시를 할 수 있는 권한을 부여하고 있다.
- 13) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(법률 제15784호, 2018. 9. 18. 일부개정).
- 14) 국세기본법(법률 제16097호, 2018. 12. 31. 일부개정) 제18조의2 제3항은 “제1항 및 제2항의 기준에 맞는 이 법의 해석에 관한 사항은 「국세기본법」 제18조의2에 따른 국세예규심사위원회에서 심의할 수 있다.”라고 규정한다.
- 15) 행정절차법(법률 제14839호, 2017. 7. 26. 타법개정) 제5조 “법령 등이 불명확한 경우에는 행정작용의 상대방이 행정청의 해석을 요청할 수 있다”라고 규정하고 있다.
- 16) 정부조직법(법률 제15624호, 2018. 6. 8. 일부개정) 제32조 제1항은 ‘법무부장관은 법무에 관한 사무를 관장’한

관한 사무를 관장하는 기관으로 규정하고, 국무회의에 상정될 법령안 등에 대한 심사와 그밖에 법제사무의 관장을 위하여 법제처¹⁷⁾를 국무총리 소속으로 두고 있는데, 위 두 기관의 법령해석에 대한 업무분장의 근거로 마련된 것이 「법제업무 운영규정」이다. 「법제업무 운영규정」¹⁸⁾ 제26조 제1항에서는 중앙행정기관의 장이 법령해석에 의문이 있는 경우에는 법령해석기관에 법령해석을 요청할 의무를 부과하고 있으며, 법무부는 ‘민사·상사·형사, 행정소송, 국가배상 관계 법령 및 법무부 소관 법령과 다른 법령의 벌칙조항’을, 그 밖의 경우에는 법제처가 해석업무를 담당하도록 규정하고 있다. 「법무부와 그 소속기관 직제」에서도 위와 같은 취지의 규정¹⁹⁾을 두고 있다.

3. 행정적 유권해석의 효력

행정적 유권해석의 법적효력에 대해서는 아무런 근거 규정이 없기 때문에 해석론에 의존할 수밖에 없다. 이하에서는 행정적 유권해석이 다른 정부기관을 구속하는 ‘법률적 구속력’이 있는지, 행정 내부적으로 정부 유권해석을 따라야 할 ‘행정적 구속력’이 있는지 여부에 대해 살펴본다.

3.1 행정적 유권해석의 법률적 구속력의 인정여부

소송과정에서 각 당사자는 행정적 유권해석 내지 정부 유권해석을 증거자료 내지 참고자료로 제출하는 경우가 많다. 이때 정부 유권해석이 구체적 분쟁사건에서 법원을 비롯한 다른 국가기관에 ‘법률적 구속력’을 미칠 수 있는지 여부가 문제된다.

이에 대해 대법원은 모든 행정적 유권해석은 법원을 구속하지 아니한다는 점을 명확하게 하고 있다. 즉 대법원은 “구체적인 분쟁사건에서 법원이 아닌 다른 국가기관의

다고 규정한다.

17) 정부조직법 제23조 제1항에서는 ‘국무회의에 상정될 법령안·조약안, 총리령안, 부령안에 대한 심사와 그 밖에 법제에 관한 사무관장을 위하여 국무총리 소속으로 법제처를 둔다’고 규정한다.

18) 법제업무 운영규정(대통령령 제29609호, 2019. 3. 12. 타법개정).

19) 법무부와 그 소속기관 직제 (대통령령 제29733호, 2019. 5. 7. 일부개정) 제3조, 제9조(법무실) 제3항 제2호, 제22호는 법무부 소속으로 법무실을 두고 위와 같은 법령에 대한 해석의 업무를 담당하도록 규정하고 있으며, 현재 법무부 법무실 소속의 법무심의관실에서 법무부 관련 법령의 해석업무를 담당하고 있으며, 통일법무과에서는 남·북한 교류협력관련 법무관계 법령의 해석을, 상사법무과에서는 상사 관계법령의 해석을 담당하고 있다(법무부 홈페이지 조직도 : <<http://www.moj.go.kr/moj/265/subview.do#legal>>, 최종검색일: 2019.7.30.).

해석론을 적용하도록 간섭하는 것은 사법권의 독립의 원칙과 국가권력 분립구조의 기본 원리에 따라 인정될 수 없다”는 입장²⁰⁾에서, 국세예규심사위원회²¹⁾ 또는 법무부장관²²⁾의 유권해석을 따르지 아니한 법원의 판단에 어떠한 위법성도 없다고 판시하고 있으며, 법원의 법령해석에 따르지 아니한 행정청의 처분은 중대·명백한 하자가 있는 것이므로 무효²³⁾라고 한다. 하급심 법원²⁴⁾도 대법원과 같은 입장을 취하고 있다. 헌법재판소 역시 사법권의 본질에 관하여 “독립된 법원이 법을 해석하거나 적용하여 유권적인 판단을 내린다는 데 있다”²⁵⁾고 하거나, “법령의 해석은 1차적으로 법원의 의무”²⁶⁾라고 결정하고 있다. 다만, 실무상 해당 산업분야의 비전문가인 법원은 ‘전문성’의 관점에서 행정적 유권해석을 존중하거나, 그러한 해석론에 기초한 행정행위가 관행을 이루어온 경우에는 ‘법적 안정성’ 측면에서 간접적으로나마 법령해석의 고려²⁷⁾대상으로 삼기도 한다. 학계에서도 행정적 유권해석이 다른 국가기관을 구속하는 법률적 구속력이 없다는 점에 대해서는 이견이 없다.

생각건대, 법령의 해석과 적용에 대한 권한은 사법권의 본질적인 내용을 이루는 것이라는 점, 정부 유권해석이 다른 기관을 구속한다고 해석하는 것은 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되는 것이므로, 정부 유권해석은 다른 국가기관에 법률적 구속력을 미칠 수 없다. 다만, 법원이 행정부의 전문성을 인정하는 차원에서 그러한 유권해석을 존중할 필요는 있을 것이다. 그러나 법원이 위헌적 해석론에 기초한 법령의 집행이 상당기간

20) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결; 그러나 헌법재판소는 “구체적 규범통제절차에서 법률조항에 대한 해석은 법원이 아니라 헌법재판소의 고유 권한(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정)”이라고 하였다.

21) 대법원은 “법원이 국세예규심사위원회의 유권해석에 구속되는 것은 아니므로 유권해석에 따르지 아니하였다 하여 이를 위법이라고 할 수 없다(대법원 1986. 10. 28. 선고 85누808 판결)”고 판시하였다.

22) 대법원은 “법무부장관의 유권해석 내용이 반대의 견해를 취하였다고 하더라도 그 해석은 법원을 구속하는 것이 아니다(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다3263 판결)”고 판결하였다.

23) 대법원은 통상임금에 해당되는지 여부가 문제된 사안에서, 이는 재판절차를 통하여 확정할 것이므로, 행정기관의 유권해석에 따라 성질상 통상임금에 포함되어야 할 수단이 통상임금에서 제외된다면 이는 무효라고(대법원 1997. 6. 27. 선고 95누17380 판결) 판결하였다.

24) 서울고등법원은 “행정안전부가 구 지방세법 제128조 제3호에 관하여 이 사건 유상증지등기가 비과세대상이 아니라는 유권해석을 내리고 있었다 하더라도, 유권해석은 위법하고 그 효력이 없다(서울고등법원 2012. 2. 3. 선고 2011나40221 판결)”라고 판결하였다.

25) 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정

26) 헌법재판소 2002. 7. 18. 99 선고 헌마592 결정

27) 대법원 소수의견 중에서는 “다수의견은 법률규정에 충실한 유권해석을 통하여 30년(환율변동의 경우 9년) 넘게 정착되어 온 공공계약 시장질서에 예기치 않은 충격을 줌으로써 혼란을 야기하지 않을까 우려된다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결)”라고 하여, 해석에 고려한 경우가 있었다.

지속되었다는 이유만으로 ‘법적안정성’을 내세워 위헌적 행정적 유권해론에 면죄부를 주는 방향으로까지 고려되는 것은 경계하여야 한다.

3.2 정부 유권해석의 행정 내부적인 구속력의 인정여부

통일적 법령의 집행을 위해 마련된 정부 유권해석이 행정부 내부적인 구속력, 즉 ‘행정적 구속력’이 인정될 수 없는 것인지 여부가 문제된다. 「법제업무 운영규정」과 「법무부와 그 소속기관 직제규정」에서는 정부 유권해석의 효력에 대해 아무런 규정도 두고 있지 않고 있어, 이 또한 해석론에 의존해야 하는 상황이다.

이에 대해 법제처의 「법제업무 운영규정」의 목적 등에 비추어 행정적 구속력은 인정하여야 한다는 견해²⁸⁾와 정부 유권해석의 근거규정에서 그 효력에 대해서는 침묵하고 있다는 이유로 행정적 구속력을 부정하는 견해²⁹⁾가 대립한다. 헌법재판소는 “검사가 법령을 해석함에 있어 행정기관의 유권적 해석에 불과한 행정선례의 내용에 구속되는 것은 아니므로 행정선례에 반하여 기소유예처분을 하였다는 것이 동 처분의 정당성에 영향을 미친다고 볼 수 없다.”³⁰⁾라고 하여, 부정설을 취하고 있다.

생각건대, 정부 유권해석의 근거가 되는 각 대통령령 규정들에서는 법령해석기관의 유권해석에 대해 다른 행정주체가 따를 의무를 부과하지 않고 있다는 점, 「법제업무 운영규정」에서는 법제처가 법령해석 결과를 회신한 경우에는 그 행정주체에게 ‘법제처의 법령회신 결과와 다르게 업무를 처리하였다면, 그 이유’에 대해 자료 제출을 요구³¹⁾할 수 있어 행정적 구속력도 없다는 점을 위 규정 스스로 내포하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 정부 유권해석에 행정적 구속력도 부정된다고 해석할 수밖에 없다. 다만, 그렇다고 하여 행정적 유권해석이 아무런 법적인 의미가 없는 것은 아니다. 예컨대, 소관 부처에서 법령해석기관의 유권해석에 따르지 아니하는 특별한 사유가 인정되지 아니한다면 감사

28) 이성환, 앞의 글, 21쪽; 신봉기, “우리나라 법령해석제도의 최신동향”, 법학논고 제35권, 경북대학교 법학연구원, 2011. 2. 227쪽; 석종현 외 4명, “건축법령에 관한 위법한 유권해석의 효력”, 토지공법연구 제3집, 한국토지공법학회, 1996.9., 33쪽.

29) 정부입법 지원센터 홈페이지 (<<http://www.lawmaking.go.kr/nl4li/lsftptStm/intro>>, 검색일 : 2019.8.8.)에서는 행정기관이 정부유권해석과 달리 집행할 경우 그 담당공무원에 대한 징계 또는 감사원의 감사활동을 통해 그 담당 공무원의 사후적인 책임이 문제될 수 있다는 점에서 정부유권해석은 관계 행정기관에 대한 ‘사실상의 구속력’을 가진다고 보고 있다.

30) 헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2005헌마373 결정

31) 법제업무 운영규정 제27조 제6항

원의 감사대상이 될 수 있으며, 이를 따르지 아니한 공무원의 고의·과실로 인한 국가배상책임이 인정될 여지가 있다는 점에서 ‘사실상의 구속력’이 인정될 수 있기 때문이다. 반대로 공무원이 상급기관의 유권해석에 기초하여 법 집행을 한 경우에도, 정부 유권해석에 따라 법을 집행한 담당 공무원이 사후적인 민·형사상 책임과 내부적인 직무소홀에 대한 징계책임으로부터 면책될 수 있다는 점에서 그 나름의 법률적 의미가 있다. 왜냐하면 대법원은 그러한 경우에는 공무원에 대한 징계사유³²⁾ 및 국가배상법상 공무원의 ‘과실’이 인정될 수 없다³³⁾고 판단하고 있으며, 헌법재판소는 ‘검사가 유권적 해석에 따라 기소유예처분을 한 것이 공소권 남용이 아니다’³⁴⁾라고 하였으며, 대법원도 같은 입장³⁵⁾을 취하고 있기 때문이다.

4. 행정적 유권해석의 실질적 효력

행정적 유권해석은 구체적 분쟁사건에서 법률적 구속력이 있는 법원의 법령해석보다 오히려 국민의 실생활에서 광범위한 영향력을 행사하고 있다. 이하에서는 행정적·정부 유권해석의 실질적인 효력에 대해 살펴본다.

4.1 행정적 유권해석

행정적 유권해석은 국민의 ‘실질적인 행위규범’으로 작용하고 있다. 모호한 법령에 대한 행정적 유권해석은 법원의 판결이 있기 전까지는 국가기관이 제시한 유일한 해석론이기 때문이다. 국민들은 관할 소관 부처의 행정적 유권해석이 있는 경우, 특별한 사정이

32) 대법원은 “공무원이 종전의 행정선례에 따라 업무처리를 하였다면, 적극적으로 상급기관의 유권해석이나 지휘를 받지 아니하였다고 하더라도 직무를 태만히 한 경우에 해당된다고 할 수는 없다(대법원 1986. 8. 19. 선고 86누359 판결)”고 하였다.

33) 대법원은 “대법원 확정판결을 통하여 비로소 위와 같은 관행 내지 업무처리지침에 근거한 행정처분이 위법한 것으로 밝혀지게 되었다면, 비록 노동부장관의 이 사건 노동조합설립신고서 반려처분이 위법한 행정처분에 해당한다 하더라도 그와 같은 사유만으로는 노동부장관의 업무집행에 어떠한 과실이 있다고 볼 수는 없다 할 것이다(대법원 1995. 10. 13. 선고 95다32747 판결)”라고 하였다.

34) 헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2005헌마373 결정

35) 대법원은 “검사가 선거가 임박한 시점에서는 그에 관한 정부 및 단체의 활동이 공직선거법에 저촉될 수 있다는 중앙선거관리위원회의 유권해석을 존중하여 피고인의 이 사건 각 행위에 관하여 공소를 제기한 것으로 보일 뿐 달리 자의적으로 공소권을 행사하려는 어떠한 의도가 있다고 볼 자료를 발견할 수 없다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결)”라고 판시하였다.

없는 한 그에 기초하여 행동하기 마련이다. 따라서 특정 이권단체에서는 정부의 유권해석을 받아내기 위하여 지속적으로 법령에 대한 질의를 하여 변경을 유도하고 있으며, 만일 행정적 유권해석이 변경되면 특정 직업군의 업무영역이 줄어들거나 늘어나게 되어 직역간의 다툼³⁶⁾으로 번지기도 한다. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’이라고 한다)」상 ‘사회상규에 따라 허용되는 금품’에 관하여 소관 부처인 국민권익위원회가 ‘스승의 날에 교사는 학생대표가 공개적으로 제공하는 꽃만 받을 수 있다’는 유권해석을 한 순간부터, 전국의 학생들은 위 유권해석에 따라 학생대표가 공개적으로 꽃을 제공하였다고 하며, 국민권익위원회의 유권해석이 국민에 대한 행동규칙으로 변모한 것이라는 견해³⁷⁾ 내지 행정적 유권해석은 국민에 대해 실질적 행위판단의 규범으로 작용하여 “직접적인 영향을 미치고 있다”는 견해³⁸⁾들은 정부 유권해석이 국민의 행위 판단규범으로 작용하는 것을 잘 설명하고 있다.

생각건대, 모호한 법령에 대해서는 가능하면 법원이 해석론을 제시하는 것이 타당하지만, 법원의 해석은 구체적인 분쟁을 전제로 하는 것이며, 구체적인 분쟁이 발생하였다고 하더라도 변호사비용과 패소했을 때의 소송비용 부담 등 경제적인 문제, 판결이 확정되기까지 상당한 시간이 소요된다는 점 등으로 인하여 분쟁이 발생하였다고 하더라도 모든 경우에 소송을 제기하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 당사자가 이러한 점을 감안하고 소송을 제기하더라도 조정으로 사건이 종료되는 경우가 많아 법령에 대한 법원의 명확한 해석론이 제시되는 경우가 드물다는 점 등에 비추어 볼 때, 모든 법령에 대해 법원의 해석이 있을 수는 없다는 점은 명백하다. 따라서 행정적 유권해석은 법률적 구속력이 부정된다는 형식논리를 떠나서, 실질적으로는 일반국민에 대해 광범위한 행위판단 규범으로 작용하고 있다는 현실을 외면하거나 부인해서도 안 되는 것이다.

4.2 정부 유권해석

정부 유권해석은 행정적 유권해석이 가지는 일반 국민에 대한 광범위한 행위규범으로

36) 메디컬 투데이 신문기사, “의협, 한의사 혈액검사 복지부 유권해석에 국민감사청구 진행”, <<http://www.mdtoday.co.kr/mdtoday/index.html?no=280822>>, 검색일: 2019.8.27.; 대한의사협회는 보건복지부에서 ‘한의사가 자동화 기기를 이용해 혈액검사를 할 수 있다’는 유권해석에 대해 국민감사청원 등을 제기하는 방식으로 이의를 제기하기로 했다.

37) 최계영, “청탁금지법의 향후 과제”, 한국사회학회 심포지움 논문집, 한국사회학회, 2017.9. 114쪽.

38) 이근호, “행정규칙의 법령위반 여부 해석”, 법제 통권 제672호, 법제처, 2016. 15쪽.

작용하는 것 외에, 아래와 같은 ‘실질적인 효력’을 가지고 있다. 첫째, 중앙행정기관 사이에서 법령해석에 대한 이견이 발생한 경우, 이를 조정하여 ‘법령 집행의 통일성’에 기여하고 있다. 정부 유권해석 중 특히 법제처의 법령해석은 법령해석심의위원회의 심의를 반드시 거쳐야 하는바, 법령해석심의위원은 법학교수, 변호사 등 법령해석의 전문가로 구성되어 있다. ‘법령해석의 전문성의 담보를 통해 중앙행정기관 사이뿐만 아니라 지방자치단체 상호간 또는 정부와 민간 부문 간의 법령집행에 대한 갈등이 어느 정도 조정되고 해소되고 있다’는 견해³⁹⁾는 위와 같은 법령의 통일적 집행에 따른 효과와 같은 맥락으로 이해될 수 있다.

둘째, 「법제업무 운영규정」에서는 일정한 경우에는 국민이 직접 법령해석기관에 질의할 수 있는 방안을 마련⁴⁰⁾하여, 국민이 직접 법령해석 집행 과정에 접근할 수 있도록 하여 국민으로 하여금 ‘행정작용의 신뢰를 회복’하는 계기를 마련하고 있다.

셋째, 정부 유권해석은 헌법 제10조 2문의 ‘국가의 기본권 보장의무’의 행정작용에서의 실현이라고도 볼 수 있다. 왜냐하면 정부 유권해석은 ‘합헌적 법령해석’을 통해, 비법률가인 담당 공무원들에 의한 위헌적인 법령해석을 방지할 뿐만 아니라, 이러한 합헌적인 정부 유권해석을 통한 법령의 집행은 당사자들의 분쟁을 예방하여 불필요한 소송의 제기를 방지할 수 있고, 더 나아가 국가행정의 합헌성·적법성에 대한 신뢰도를 높일 수 있으며, 법원의 판결에 비해 비교적 신속하게 구체적인 분쟁의 처리⁴¹⁾가 가능하기 때문이다.

5. 국민이 위헌적인 행정적 유권해석에 따라 행위를 한 경우에 대한 책임소재

만일 국민이 위헌적인 유권해석을 신뢰하여 어떠한 행위로 나아간 경우에도 제재적 처분 내지 형사처벌을 받을 가능성이 있다면, 위헌적 유권해석의 통제의 필요성에 대해 더욱 무겁게 고려하여야 할 것이다. 따라서 이하에서는 법원이 위와 같은 경우에도 국민의 행정·형사상의 법적인 책임을 인정하고 있는지 여부에 대해 살펴본다.

39) 류성진, “법령해석 제도 지난 10년의 성과와 개선방향에 대한 연구”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.8., 454쪽.

40) 법제업무 운영규정 제26조 제9항

41) 류성진, 위의 글, 446쪽; 이 논문에서는 “2005년 7월 내지 2014년 까지 법제처의 법령해석의 처리기간이 평균 약42일인 반면, 행정법원에서 행정소송은 1심의 결과가 나오기까지 평균 6개월가량이 소요된다.”고 한다.

5.1 형사처벌 대상인 경우

국민이 행정적 유권해석을 신뢰하고 행위 하였으나 법원의 해석에 의하면 형사처벌의 대상이 되는 경우, 이는 대부분 형법 제16조 법률의 착오에서 ‘정당한 이유’가 있는지의 문제로 귀결된다.

대법원은 일반적으로 행정작용의 상대방이 담당 공무원에게 질의를 하는 등, 자신의 상황에서 법률위반을 회피하기 위하여 진지한 노력을 다 하였다면, 담당공무원이 법령 해석을 오인하여 잘못 알려주었고, 상대방이 이를 근거로 행동한 경우에는 법률의 착오에 정당한 이유가 있으므로 처벌할 수 없다⁴²⁾는 입장을 취하고 있다. 다만, 대법원은 피고인이 유권해석을 스스로 오해하여 행동한 경우,⁴³⁾ 그러한 유권해석에 따른 피고인의 행위가 사회적 상당성이 없는 경우 또는 비정상적인 경우에는 위법성을 인정⁴⁴⁾하거나, 정당한 이유의 판단에 고려대상이 될 수 없다⁴⁵⁾고 한다.

생각건대, 법원으로서의 피고인의 ‘정부 유권해석을 신뢰한 행위’라는 주장에 대해서는 위법성의 인식이 없었고 이에 대해 정당한 이유가 인정될 수 있는지 여부를 신중하게 검토할 필요성이 있다. 왜냐하면 피고인의 정부 유권해석을 신뢰한 신뢰이익에 대한 보호필요성만이 있는 것이 아니라, 정부 유권해석이 사회적 상당성이 없거나 위헌적이라서 잘못 되었다는 점을 잘 알면서도 이를 이용하여 자신의 형사책임에 대한 면책수단으로 활용하려거나, 다른 해석의 가능성이 없는 명백한 정부 유권해석을 스스로 오해하여 한 행위는 처벌의 대상이 되어야 하는 양면성이 존재하기 때문이다. 다만, 어느 경우에도 유권해석을 신뢰한 국민에 대한 형사처벌의 가능성이 인정 된다는 것이므로, 위헌적인 유권해석의 통제의 필요성이 있다고 할 것이다.

42) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92도1560 판결; 대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1888 등 다수 판결.

43) 대법원은 “피고인이 제시한 유권해석 등의 자료에 기초하더라도 마취간호사는 의사의 구체적인 지시가 없이는 의료보조행위를 할 수 없다고 하여 정당한 이유를 부정”하는 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2008도590 판결)을 하였다.

44) 대법원은 “피고인들이 주무관청인 상공부장관 및 관세청장의 유권해석, 업무처리지시와 세관의 업무처리관행을 믿고서 그에 따라 행한 것이라고 하더라도 피고인들의 행위가 정상적인 행위라고 하거나 그 목적과 수단의 관계에서 보아 사회적 상당성이 없으며, 그 법익침해의 정도가 경미하여 가벌적 위법성이 없다고 할 수도 없다(대법원 1995. 7. 28. 선고 93도1977 판결).”고 하여, 형사책임을 인정하였다.

45) 대법원은 “차량관리용역계약에 의한 경우 면허를 받지 않고 있음이 일반적인 추세라거나 차량의 관리용역행위에 대하여는 자동차운수사업법상 규제하고 있는 바가 없다는 교통부의 유권해석이 있다 하여도 이것이 이 사건 결론을 달리 할 사유는 되지 못한다(대법원 1992. 5. 26. 선고 92도664 판결).”고 하여 형사책임을 인정하였다.

5.2 제재적 처분을 받는 경우

당사자가 행정적 유권해석을 신뢰하고 행위로 나아갔으나, 유권해석이 변경되는 등의 사유로 제재적 처분을 받게 되었다면, 그 처분 등이 위법한 것은 아닌지 여부가 문제된다. 위 문제는 행정법 일반원칙인 비례의 원칙 내지 신뢰보호의 원칙 등에서 ‘사익에 대한 중대한 침해’에 해당하는지 여부 또는 유권해석이 ‘공적인 견해의 표명’으로 인정되는지 여부에서 검토된다.

이에 대해 국민의 행정적 유권해석에 대한 신뢰는 사후적으로 제기된 특별한 공익상의 문제가 없다고 한다면 신뢰보호의 원칙에 의하여 보호되어야 한다는 견해⁴⁶⁾가 있다. 대법원은 위반 행위자가 행정적 유권해석을 받은 경우에는 비례의 원칙의 관점에서 사익에 대한 침해 부분에서 참작사유로 삼은 경우⁴⁷⁾가 있다. 한편, 국세기본법 제18조 제3항⁴⁸⁾에서는 세법 해석의 기준을 제시하고 있으며, 그러한 관행이 납세자에게 받아들여진 후에는 새로운 해석이나 관행에 따라 소급하여 과세되지 아니한다고 규정하고, 관세법 제5조(법 해석의 기준과 소급과세의 금지)⁴⁹⁾ 제2항에서는 국세기본법 제18조 제3항과 마찬가지로 변경된 해석을 소급적용하지 못하도록 하는 취지의 규정이 있으며, 제3항과 제4항에서는 관세법의 해석을 국세기본법 제18조의2에 따른 국세예규심사위원회에서 심의할 수 있다고 규정하여, 유권해석의 변경으로 인한 불이익한 침해를 입법적으로 해결⁵⁰⁾하고 있다. 다만, 대법원은 공적견해의 표명의 범위를 축소 해석하여 신뢰보

46) 이성환, 앞의 글, 11쪽.

47) 대법원은 “원고회사에 대한 아파트 개발 사업시행자 지정이 지구개발계획의 수립 이전에 이루어졌다 해도, 주택건설촉진법 제33조의 승인을 받은 일정한 경우에도 가능하다는 건설부장관의 유권해석에 따라 이루어졌다면, 그 후 건설부장관에 의하여 원고 회사의 사업계획이 아파트 지구개발과 주택건설촉진시책에 적합하다고 인정되어 아파트를 완공하여 분양까지 마친 2년 후에 이르러 중대한 공익상의 필요나 제3자 이익보호의 필요성도 없이 위 사업자 지정이 지구개발계획의 수립 이전에 이루어졌다는 감사원의 지적만으로 위 지정처분을 취소한 것은 기득권을 침해당한 원고의 불이익이 더 크므로 위 취소처분은 취소되어야 한다(대법원 1983. 8. 23. 선고 82누417 판결)”고 판시하여, 비례의 원칙 관점에서도 정부 유권해석을 판단하였다.

48) 국세기본법 제18조 제3항에서는 세법의 해석 또는 국세행정의 관행이 납세자에게 일반적으로 받아들여진 후에는 그러한 해석론 내지 그 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 의제하고 있으며, 더 나아가 새로운 해석 내지 관행에 의하여 소급과세를 금지하고 있다.

49) 관세법(법률 제16093호, 2018. 12. 31. 일부개정)

50) 다만, 대법원은 국세기본법 제18조 제3항은 납세자가 세법의 해석 또는 국세행정의 관행을 신뢰한 나머지 이로 인하여 어떠한 행위나 계산을 하였어야 하고 나아가 과세처분의 결과 납세자에게 조세부담 등의 경제적 불이익이 발생한 경우에 한하여 적용될 수 있다(대법원 1995. 7. 28. 선고 94누3629 판결)고 하여 이를 제한적으로 해석하고 있다.

호원칙 주장을 배척⁵¹⁾하거나 수익적 처분이 관계 법령의 해석상 위법하다면, 사업승인을 함에 있어 유권해석을 미리 받았다고 하더라도 이를 재량권 일탈 유무를 판단함에 있어 크게 고려되어야 할 사항이 아니라고 판시⁵²⁾하고 있다. 즉 법원은 정부 유권해석에 따라 행위를 한 위반자가 제재적 처분을 받았다고 하더라도 이를 크게 고려하지 않는 것으로 보인다.

생각건대, 행정적 유권해석이 비록 대외적 구속력은 없으나 실질적인 구속력을 가진다는 점에서, 법원은 그 처분의 위법성을 판단함에 있어 비례의 원칙에서의 사익보호성에 대해 판단하여야 할 것이며, 신뢰보호의 원칙에서의 구체적 견해의 표명의 인정여부에 대해 완화된 기준을 적용하여 판단할 필요가 있다. 한편, 행정적 유권해석에 아무런 법률적 구속력이 없다는 이유만으로 행정법 일반원칙 위배여부의 관점에서만 정부 유권해석을 검토하여야 한다는 논리는 납득하기 어렵다. 국민이 정부 유권해석을 신뢰하여 행위를 하였다면, 이는 관계법령을 위반하는 사실에 대한 고의·과실이 없을 뿐만 아니라 그 의무위반을 탓할 수 없는 ‘정당한 이유’가 있다고 볼 여지도 있기 때문이다. 다만, 법원의 해석론에 의하면 위헌적인 유권해석에 따른 행위라고 하더라도 제재적 처분의 대상이 될 가능성이 높으므로, 위헌적인 행정적 유권해석에 대한 통제의 필요성이 인정된다는 것은 형사처벌 대상인 경우와 마찬가지로 마찬가지이다.

III. 위헌적인 행정적 유권해석에 대한 통제방안

정부가 위헌적인 해석론을 취한 경우에는 그에 기초한 법령의 집행으로 인하여 국민의 기본권이 광범위하게 침해될 것이 우려되는바, 이하에서는 현행 법령상의 행정적

51) 대법원은 “지방공기업법상의 시설관리공단이 공영주차장을 운영하고 이용자로부터 받은 대가에 대해서는 부가가치세가 면제된다는 내용의 재정경제부의 유권해석은 원고의 주차장운영에 대한 부가가치세 과세여부에 관한 견해 표명이 아니므로, 피고가 원고의 국립공원 내 주차장 사용료 징수에 대하여 부가가치세를 부과한 이 사건 처분은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두3527 판결)”거나, “1983.6.25자 재무부장관의 유권해석(재무부조법 1264-673회시)이 과세관청의 불과세를 시사하는 언동이라고 하나 이는 납세자에게 행하여진 것이 아니므로 받아들일 수 없는 것이고(대법원 1987. 8. 18. 선고 86누537 판결)”라고 판시하였다.

52) 대법원은 “경기도지사가 원고에게 사업승인을 함에 있어 건설부장관으로부터 관계 법령에 대한 유권해석을 미리 받았다는 점 등도 재량권 남용의 참작사유로 들었으나, 위 승인이 관계 법령에 위배되어 하자가 있는 이상 원심 거시의 위와 같은 사유들은 이 사건 승인취소처분의 재량권 일탈 유무를 판단함에 있어 크게 고려되어야 할 성질의 것은 아닌 것이다(대법원 1992. 7. 24. 선고 92누3311 판결).”라고 판시하였다.

유권해석에 대한 통제방안을 살펴본다.

1. 행정절차적 통제방안

정부가 위헌적인 유권해석론을 취한 경우, 사전적 행정절차를 통해 이를 합헌론적 해석론으로 변경시킬 대통령령상의 규정은 존재하지 않는다. 「법무부와 그 소속기관 직제 규정」에는 법령해석의 절차나 유의사항에 대한 규정이 없다. 「법제업무 운영규정」은 민원인은 소관 부처장의 법령해석이 ‘법령에 위배 된다’고 판단되는 경우에는 법령해석기관인 법제처에 소관 부처장에 법제처에게 법령해석을 의뢰하도록 요청할⁵³⁾ 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 위 규정에서의 ‘법령’의 범위에는 헌법이 포함되지 아니하므로, 위헌적인 해석론을 취하고 있는 경우에는 의뢰할 수 없다고 해석할 수밖에 없다. 따라서 법령해석을 담당했던 공무원의 위법·부당한 행위에 대한 시정이나 징계를 요구⁵⁴⁾하는 청원법상의 청원 제도를 이용하거나, 감사원법상의 감사를 청구⁵⁵⁾하는 간접적인 방법이 고려될 수 있으나, 이는 행정적 유권해석 자체에 대한 통제방안도 아니고, 그 실효성에서 측면에서도 분명한 한계가 있다.

2. 법원의 법령해석으로 인한 통제방안

이하에서는 위헌적인 행정적 유권해석 그 자체가 사법심사의 대상이 될 수 있는지, 그러한 위헌적인 해석론에 기초한 구체적인 처분 등이 있을 후에 그를 대상으로 사법심사의 대상으로 하여야 하는 것인지를 살펴본다.

2.1 위헌적인 행정적 유권해석 자체에 대한 통제방안

위헌적인 행정적 유권해석 자체에 대한 통제방안으로는 위헌적인 유권해석 자체에

53) 다만 이 경우에도 “법무부장관이 민사·상사·형사, 행정소송, 국가배상 관계 법령 및 법무부 소관 법령에 대하여 법령해석을 한 경우는 제외 한다”고 규정하고 있다.

54) 청원법(법률 제12922호, 2014. 12. 30. 일부개정, 시행 2015. 3. 31.) 제4조 제2호

55) 감사원법 제43조 제1항 ; 앞의 메디컬 투데이 기사, 보건복지부에서 2014년 3월 ‘한의학이 자동화기기를 이용해 혈액검사를 할 수 있다’는 유권해석을 하자, 대한의사협회는 ‘감사청구를 통해 보건복지부 담당공무원들이 적법한 절차에 의하지 않은 잘못된 유권해석을 내리고 국민 건강권·보건권 등의 기본권을 침해할 우려가 있다’라는 내용으로 국민감사청원을 제기하였다.

대한 행정소송을 제기할 수 있는지 여부가 문제되는데, 여기서는 행정적 유권해석이 행정소송의 대상인 ‘처분 등’에 해당하는지가 쟁점이 된다. 그러나 대법원은 법령해석은 법률상의 지위에 직접적으로 변동은 가져 오게 하는 것이 아니므로 그 자체로서 항고소송의 대상이 될 수는 없다.⁵⁶⁾고 하여 대상적격을 부정하고 있으며, 헌법재판소도 같은 입장⁵⁷⁾을 취하고 있다. 다음으로는 담당공무원에 대해 손해배상 청구소송⁵⁸⁾을 제기하거나 형사고발 등을 하는 방안을 고려할 수 있다. 그러나 유권해석이 있을 만큼 명백한 법원의 해석 또는 상급기관의 유권해석이 없는 경우라면, 담당 공무원의 고의 및 그 행위의 위법성을 입증하기가 어려울 것으로 보인다. 나아가 행정적 유권해석이 아무런 법률적 구속력이 없다는 현재의 해석론에 의하면, 그 행정적 유권해석 자체로 인하여 국민에게 어떠한 손해가 발생한 것도 아니라는 점에서, 담당공무원에 대한 민사소송과 고발 등은 실익이 있는 통제방안이 될 수는 없다. 결국 현행 법령 및 해석론에 의하면 위헌적인 행정적 유권해석만 있는 상황에서는 법원의 법령해석을 통한 통제는 불가능한 것으로 볼 수 있다.

2.2 위헌적인 행정적 유권해석에 기초한 처분 등에 대한 소송

행정청이 위헌적인 행정적 유권해석론에 기초하여 제재적 처분을 하는 경우, 그 처분은 사법심사의 대상이 된다. 따라서 처분의 상대방은 법원에 소송을 제기하여 법원의 합헌적 해석론을 통해 그 처분을 취소하는 판결을 받을 수 있다. 이때 법원의 취소판결의 효력은 제3자효와 기속력⁵⁹⁾이 있고, 그 이유에도 기속력이 미치기 때문에 위헌적인 행정적 유권해석에 대한 유효적절한 통제방안이 될 수 있다. 한편, 그러한 처분 등을 한 공무원에 대해 민사소송을 제기하거나 형사고발을 하여 그 소송에서 법령의 해석론을 다투는 방안을 고려할 수 있다. 그런데 대법원은 공무원이 상급기관의 유권해석에 기초

56) 대법원 1992. 10. 13. 선고 91누2441 판결.

57) 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2012헌바333 결정; 헌법재판소는 법령의 해석 질의에 대한 답변에 불과한 경우에는 모두 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 처분 등에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

58) 석종현 외 4명, 앞의 글, 34쪽; 이 논문에서도 “행정기관의 유권해석이 위법임을 이유로 손해배상을 요구할 수는 없고, 그에 따른 행정행위에 대해 국가배상법 또는 민법에 의한 손해배상책임을 부담하여야 한다”고 하여, 위법한 유권해석 그 자체에 대해 민사상 손해배상책임을 청구하기는 어렵다는 견해를 밝히고 있다.

59) 행정소송법 제29조 제1항은 “처분 등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다”고 규정하고 있고, 같은 법 제30조 제1항은 “처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.”고 규정하고 있다.

하여 법 집행을 하였다면, 징계사유 및 국가배상법상 ‘과실’을 부정⁶⁰⁾하고 있다. 따라서 위헌적인 유권해석을 제시한 담당 공무원에 대해 민·형사 소송을 제기하고 법원이 그 구체적 소송에서 법원이 행정적 유권해석이 잘못된 것이라는 입장을 취한다고 하더라도 상대방 행정청에 대해 그 판결의 구속력이 미치지 아니할 가능성이 높으므로 담당공무원에 대한 민·형사상의 소송을 통한 방식의 법원의 통제는 어려울 것⁶¹⁾으로 보인다.

검사가 위헌적인 행정적 유권해석론에 기초하여 공소제기를 하면, 형사소송 과정에서 무죄판결⁶²⁾을 받는 방법으로 법원이 위헌적 행정적 유권해석을 통제할 수 있다. 법원의 무죄판결에 의하여 구속영장은 효력을 잃고,⁶³⁾ 무죄판결이 확정된 경우에는 기판력이 발생하며, 국가는 소요된 비용을 보상⁶⁴⁾하여야 하기 때문이다. 한편, 검사에 대한 민·형사상의 책임을 물을 수 있는지가 문제될 것이나, 헌법재판소는 유권적 해석에 따른 기소 유예처분은 공소권 남용이 아니라고⁶⁵⁾ 하였으며, 대법원도 같은 입장⁶⁶⁾을 취하고 있기 때문에 불가능한 것으로 해석할 것이다.

60) 대법원은 “대법원 확정판결을 통하여 비로소 위와 같은 관행 내지 업무처리지침에 근거한 행정처분이 위법한 것으로 밝혀지게 되었다면, 비록 노동부장관의 이 사건 노동조합설립신고서 반려처분이 위법한 행정처분에 해당한다 하더라도 그와 같은 사유만으로는 노동부장관의 업무집행에 어떠한 과실이 있다고 볼 수는 없다 할 것이다(대법원 1995. 10. 13. 선고 95다32747 판결)”라고 하였다.

61) 그러나 만일 담당공무원이 정부 유권해석에 위배되는 위헌적인 해석론을 고의적으로 취하여 법령을 집행하여 상대방에게 손해가 발생한 경우라면, 그 담당공무원을 상대로 국가배상법상의 손해배상청구소송을 제기할 수 있을 것이다.

62) 청탁금지법의 예외사유의 성립요건 중 하나인 ‘상급자’의 개념을 피고인에게 불리하게 축소해석 하는 것은 우리 헌법상 죄형법정주의 원칙에 위배되는 해석이므로 인정될 수 없다. 그럼에도 불구하고 국민권익위원회에서는 위 상급자의 개념을 피고인에게 불리하게 축소해석을 하였으며, 검사는 이러한 유권해석을 증거자료로 제출하며 공소제기를 하였으나, 대법원은 무죄판결을 선고하였다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7041판결). 또한 대통령은 위 피고인에 대해 ‘청탁금지법 위반 등’의 이유로 ‘면직처분’이라는 중징계 처분을 하였으나, 이 역시 법원에서 ‘청탁금지법’ 위반사유가 부존재 한다는 이유 등으로 취소되어 구제를 받을 수 있었다(서울행정법원 2018. 12. 6. 선고 2017구합78919 판결). 이 사건은 피고 법무부장관이 항소를 포기하여 확정되었다.

63) 형사소송법(법률 제13720호, 2016. 1. 6. 일부개정) 제331조.

64) 형사소송법 제194조의2(무죄판결과 비용보상) 제1항은 ‘무죄판결이 확정된 국민에 대해 국가가 그 재판에 소요된 비용을 보상하여야 할 의무를 부과하고 있다. 재심에서 무죄판결이 선고된 경우에는 법원은 그 판결을 관보와 법원소재지의 신문에 공고하여야 한다(형사소송법 제440조). ; 나아가 피고인은 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」에 따라 보상을 청구할 수도 있다.

65) 헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2005헌마373 결정

66) 대법원은 “검사가 중앙선거관리위원회의 유권해석을 존중하여 피고인의 이 사건 각 행위에 관하여 공소를 제기한 것으로 보일 뿐 달리 자의적으로 공소권을 행사하려는 어떠한 의도가 있다고 볼 자료를 발견할 수 없다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결).”라고 판시하였다.

3. 헌법재판소에 의한 통제방안

이하에서는 헌법재판소에 의한 통제방안으로 위헌적인 행정적 유권해석 자체와 그에 기초한 처분을 대상으로 한 헌법소원심판의 가능성에 대해 살펴본다.

3.1 위헌적인 행정적 유권해석에 대한 헌법소원심판 청구

위헌적인 행정적 유권해석에 의하여 국민의 기본권이 침해될 우려가 있을 경우에는 그 유권해석을 공권력의 행사로 보아 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판청구를 제기할 수 있는지 문제된다. 그러나 헌법재판소는 법률 해석에 대한 구문은 기본권 침해가능성이 없다거나, 공권력의 행사에 해당하지 않는다는 이유로 모두 각하결정⁶⁷⁾을 하고 있으므로, 위헌적인 행정적 유권해석 그 자체에 대한 헌법재판소에 의한 통제는 불가능한 것으로 보인다. 헌법재판소의 구체적인 사건에서의 각 판단들을 살펴보면, 첫째, 헌법재판소는 경상남도 교육위원이 시·도의 교육감 선거의 후보자로 되려면 교육위원직을 사퇴해야 한다는 중앙선거관리위원회의 유권해석은 위헌적이고 청구인이 교육위원직을 사퇴할 필요가 없다고 해석한 후, 행정적 유권해석은 법적 구속력이 없어 청구인에 대한 ‘기본권의 침해가능성이 없다’고 하여 각하결정⁶⁸⁾을 하였다. 둘째, 헌법재판소는 법무부의 보건복지부 관련 법령에 대한 유권해석은 직접 국민이나 법원을 구속하는 효력이 있다고 볼 수 없으므로, ‘공권력 행사’에 해당한다고 볼 수 없다⁶⁹⁾고 하여 각하 결정을 하였다.

3.2 위헌적인 행정적 유권해석에 기초한 구체적 처분에 대한 통제방안

위헌적인 행정적 유권해석에 기초한 구체적 공권력의 행사, 즉 구체적인 처분 등이

67) 다만, 헌법재판소는 권리보호이익의 관점에서 판단한 경우가 있었는데, 중앙선거관리위원회의 질의 회답에 대하여 “위 질의회답에 근거한 규제 등이 되풀이될 것이 예상되었고, 헌법적 해명이 필요하였으므로 심판의 이익을 예외적으로 인정할 필요가 있어서 심판청구의 이익이 있다”고 하였다. 다만, 이 사건 헌법소원 계속 중, 어떠한 당원집회도 금지하는 규정을 둠으로써 심판의 이익이 없어졌다는 이유로 각하 결정을 하였다(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 91헌마137 결정).

68) 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2007헌마279 결정; 다만, 이 사건의 소수의견은 본안 판단에 나아가, 중앙선거관리위원회의 유권해석은 헌법에 위배된다는 선언을 하여야 한다고 하였다.

69) 헌법재판소 2018. 12. 26. 선고 2018헌마1117 결정

있는 경우에는 당사자는 법원에 취소소송을 제기할 수 있으므로, 보충성에 의하여 헌법소원심판을 청구할 수는 없을 것으로 보인다. 다만, 취소소송을 제기한 경우에는 법원에 위헌법률심판제청신청서를 제출하거나 헌법재판소법 제68조 제2항을 근거로 하여 ‘한정위헌청구’를 제기할 수 있을 것이다. 만일 법원이 위헌적인 행정적 유권해석론과 같은 입장에서 판단하여 재판이 확정되었다고 하더라도 재심사유에 해당하고, 나아가 법원이 헌법재판소의 한정위헌결정에 대해 기속력을 부정하더라도, 예외적으로 허용되는 재판 헌법소원을 통해 구제받을 수 있다는 점에서 헌법재판소의 한정위헌결정은 유효적절한 통제방안이 될 수 있다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제2항의 대상은 ‘법률 및 그와 동일한 효력을 가지는 조약·긴급명령·긴급재정경제명령’에 한정되므로, 대통령령 등에 대한 위헌적인 해석론에 대해서는 그 대상적격이 부정된다는 한계가 있다.

4. 검토 및 사견

위헌적인 행정적 유권해석에 대한 행정 내부적인 구제절차의 수단은 마련되어 있지 않는 것으로 보인다. 또한 현재의 법령 및 해석론에 의하면 위헌적인 행정적 유권해석 그 자체에 대해서는 통제할 수 있는 방법이 없으며, 그 해석론에 기초한 처분 등이 있을 후 구체적 소송이 제기된 이후에서야 통제할 수 있는 것으로 보인다. 다만, 이 경우에도 ‘위헌적인 행정적 법령해석’ 그 자체에 대한 통제방안이라기 보다는 그에 기초한 ‘처분 등’에 대한 사후적 사법심사라는 점에서 한계가 있다.

IV. 위헌적인 행정적 유권해석 통제수단에 대한 개선방안

1. 개선의 필요성

위헌적인 행정적 유권해석에 대해 구체적 분쟁이 발생한 후에 법원이나 헌법재판소에 서만 이를 바로잡을 수 있도록 하는 것은 행정적 유권해석이 가지는 광범위한 실질적인 영향력에 비추어 볼 때 국민의 기본권 보장의 관점에서 바람직하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 법원·헌법재판소가 법령에 대한 해석권한을 행사하려면 행정적 유권해석을 신뢰하지 아니한 특정인의 희생을 담보로 하여야 하며, 법원 내지 헌법재판소가 합헌적 해석론

을 제시하기 전까지는 위헌적 해석론에 기초한 법 집행이 지속될 수밖에 없는데, 그에 반하는 법원·헌법재판소의 합헌적인 해석론이 제시된 경우에는 기존에 이미 집행된 부분에 대한 위헌성의 문제가 발생할 수 있으며, 법원의 판결이 있었음에도 불구하고 위헌적인 행정적 유권해석을 그대로 유지⁷⁰⁾할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다. 따라서 위헌적 행정적 유권해석 그 자체에 대한 유효적절한 통제방안을 마련할 필요성이 있다. 따라서 이하에서는 행정적 유권해석 자체에 대한 사전적·사후적인 통제방안에 대해 살펴보기로 한다.

2. 사전적 통제방안

헌법상 ‘권력분립의 원리’의 관점에서 바라보면, 위헌적인 행정적 유권해석의 문제는 정부 스스로가 ‘통일적인 법 집행’ 과정에서 위헌적 유권해석론을 취하지 아니하도록 예방하는 절차를 마련하는 것이 가장 이상적인 해결방안이라고 할 것이다. 따라서 이하에서는 현행 법제업무 운영규정에서 정부가 위헌적 해석론을 취하지 아니하도록 예방하기 위한 개선안에 대해 살펴본다.

2.1 정부 유권해석의 사실상 구속력에 대한 개선안

위헌적인 행정적 유권해석을 예방하기 위해서는 정부 유권해석의 행정부 내부의 ‘사실상의 구속력을 강화’하는 방안이 필요하다. 왜냐하면 법령해석기관이 각 행정부처의 담당공무원에 비해 법령해석의 전문성을 담보하는 인력으로 구성되어 있을 뿐만 아니라, 법령해석의 전문성을 담보하는 절차적 수단을 갖추었기 때문이다. 소관 부처에서 법령 해석 질의에 대해 회답을 하는 공무원들은 주로 해당 분야의 전문가로 구성되어 있다. 그런데 “7~9급 공무원 임용시험에서 법학 관련 과목이 거의 없고, 임용된 후에야 관련 분야의 법령을 접하는 하위직 공무원들이 작성한다.”⁷¹⁾는 지적이 있을 만큼, 아직

70) 실제로 대법원의 청탁금지법상 예외사유인 ‘상급자’의 개념을 불리하게 축소해석 할 수 없다는 판결이 2018년 10월 25일에 있었음에도 불구하고, 국민권익위원회는 여전히 죄형법정주의에 위배되는 유권해석을 그대로 유지하고 있다(국민권익위원회, 청탁금지법 유권해석 사례집, 2018.12.12. 114쪽 참조) ; 또한 감사원에서는 대법원 판결을 과세당국이 유권해석에 반영하지 않아 불복소송이 이어지고 있다는 점을 지적한 적도 있다.; 연합뉴스 2017.9.5. 신문기사, “조세 불복소송 왜 많아 왔더니...”“국세청, 대법판결 반영 미흡”, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20170904191700001>>, 검색일: 2019.10.21.

71) 석종현 외 4명, 앞의 글, 41-42쪽.

이론이 성숙되지 않은 법령해석의 영역에서 소관 부처의 담당공무원들의 전문성이 담보된다고 보기는 어렵다. 반면, 법령해석기관인 법제처는 법령해석심의회위원회를 구성하고 법학교수 및 변호사 등으로 위원을 구성⁷²⁾하는 등, 위헌적인 해석론을 예방할 수 있도록 법령해석의 전문성을 담보하고 있다. 법무부는 법제처가 법령해석 업무를 분담하기 이전인 1955년 2월 17일부터 1984년 12월 30일까지 전통적으로 국가 법무영역을 담당해 왔으며, 그 소속인 검사를 비롯한 공무원들은 대부분 법률전문가이자 상당기간 법률사무에서 종사해 온 법률전문가들로 구성되어 있기 때문에 법령해석의 전문성이 담보된다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 법제처가 국무총리행정심판위원회의 기능을 국민권익위원회에 편입시키고 법제처장은 장관급에서 차관급으로 격하⁷³⁾되어, 사실상의 구속력이 약화되고 있다는 점은 우려되는 점이다. 정부 유권해석의 사실상의 구속력을 강화시키는 방안에 대해 “법령해석을 안전화 하여 위원회에 상정하는 이른바 법령해석 발의권 제도의 도입”을 주장하는 견해,⁷⁴⁾ “국무총리 명의로 법령해석 결과를 회신하는 절차적 방법론, 내지 준수강제제도의 도입”을 주장하는 견해⁷⁵⁾ 등이 제시되어 왔다. 한편, 현행 「법제업무 운영규정」 제27조 제6항 제4호에서는 ‘법령해석과 다르게 관련 업무를 처리하였을 경우 그 이유’를 조사하도록 하여, 사실상의 구속력을 약화시킨다는 점을 지적하는 견해⁷⁶⁾도 있다.

생각건대, 현행 법 테두리 하에서는 정부 유권해석의 ‘행정 내부적인 구속력이 없음’을 전제로 한 위 규정 제27조 제6항 제4호는 법령해석기관으로 하여금 질의 기관에 대해 다른 해석론을 취한 이유를 따져 물을 수 있는 규정이므로, ‘사실상의 구속력’을 강화하는 측면도 존재하는 것으로 보인다. 다만, 「법제업무 운영규정」에 행정부 내부적인 구속력을 인정하는 ‘정부 유권해석의 효력’에 대한 규정을 마련하여 행정적 구속력을 인정한다면 제27조 제6항 제4호를 삭제할 필요성이 있다. 그것이 어렵다면 법령해석 질의를 요청하는 중앙행정기관 등에 ‘법령해석요청서 기재사항⁷⁷⁾’에 당해 유권해석에 대한 따르거나 존중하는 것에 동의할 것을 요구하는 방안도 고려될 수 있다. 또한 법령해

72) 법제업무 운영규정 제27조의2 제5항은 법령해석심위원회 위촉위원을 10년 이상 관련 업무에 종사한 변호사의 자격을 가진 사람 내지 법학 등을 가르치는 부교수 이상의 직에 있었던 사람 등을 위촉위원으로 연임하도록 규정하여 법령해석의 전문성을 담보하고 있다.

73) 법제처 직제 시행규칙 [별표1] (개정 2019. 6. 18.).

74) 류성진, 앞의 글, 22쪽.

75) 신봉기, 앞의 글, 245-246쪽, 251쪽.

76) 신봉기, 위의 글, 242쪽.

77) 정부입법지원센터 홈페이지; <<http://www.lawmaking.go.kr/nl4li/ls1tptStm/doc>>, 검색일: 2019.8.27.

석기관이 수동적인 입장에서 벗어나 적극적으로 헌법·법령에 위배되는 행정적 소관 부처의 유권해석에 대해 위원회에 상정하는 제도를 도입하는 방안, 법제처장을 다시 장관급으로 격상시키는 방안 등도 함께 검토하여야 한다. 특히 법제처에 대한 지위를 격상시키는 문제는 법령해석을 담당하는 구성인력의 전문성에 차원에서도 적극적으로 고려되어야 할 것이다.

2.2 법령해석의 기준에 대한 개선안

「법제업무 운영규정」과 「법무부와 그 소속기관 직제규정」에서 법령에 대한 해석기준에서 주의사항 내지 해석절차를 구체적으로 규정하되, 그 구체적인 규정에서 ‘합헌적 법령해석의 원칙’을 명시적으로 규정을 둘 필요성이 있다.

「법제업무 운영규정」에서는 법령해석의 유의사항⁷⁸⁾으로 ‘해당 법령의 입법 배경·취지·운영실태 등을 파악’하도록 규정하고 있다. 이는 법령해석에서 당연히 적용되어야 할 ‘목적적 해석론’을 열거한 것에 지나지 않지만 주의적·훈시적인 규정만으로도 그러한 해석론을 고려하지 아니하는 등의 부주의에 대한 예방의 효과를 기대할 수 있을 것이다. 따라서 ‘법령의 해석이 다양하게 제시되는 경우, 헌법에 위배되거나 국민의 기본권을 침해하는 해석론을 취해서는 아니된다’라고 명시하게 되면 헌법적 관련성에 대해 부주의하거나 헌법적 문제를 전혀 고려하지 아니하여 발생할 수 있는 위헌적인 행정적 유권해석을 예방할 수 있을 것으로 기대된다. 만일 법령해석기관에서 ‘헌법에 대해 유권적 해석할 권한이 없다’는 이유로 합헌적 법령해석의 원칙을 적용하지 아니한다면, 이는 ‘합헌적 법령해석의 원칙’과 ‘유권해석의 대상’은 법률적 의미가 전혀 다르다는 점을 간과한 것이다. 헌법은 모든 행정작용을 구속할 뿐만 아니라, ‘합헌적 법령해석의 원칙’은 법령의 해석·적용상의 대원칙⁷⁹⁾이므로, 법령해석기관은 법령의 해석에 있어 반드시 합헌적으로 해석할 법적인 의무가 있다. 따라서 법령해석기관의 법령해석은 헌법해석을 통한 헌법적 관점에서도 이루어져야 하는 것이다. 반면, 헌법은 해석의 지침일 뿐, 직접적인 행정작용의 대상이 되는 것은 아니라며 권력분립의 원리 등으로 인하여 국민에 대해 특정한 헌법규정에 대한 구체적 해석의견을 제시할 법률상의 의무는 없는 것이다. 다만, 합헌적 법령해석

78) 법제업무 운영규정 제27조(법령해석 시 유의사항 및 회신)에서는 “1. 해당 법령의 입법 배경·취지 및 운영 실태를 명확하게 파악할 것 2. 문제가 제기된 구체적 배경과 이유를 조사·확인할 것 3. 법령 소관 중앙행정기관 등 관계 기관의 의견을 충분히 들을 것”이라고 규정하고 있다.

79) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결.

의 원칙 역시 문리적·입법목적적인 한계를 가지므로, 지나치게 합헌적 해석론을 강조하여 행정적 유권해석이 입법권을 침해하는 것 역시 경계하여야 할 것이다.

한편, 법무부의 경우에는 소관 법령에 대한 유권해석 절차 자체가 갖추어져 있지 않은 것으로 보인다. 「법무부와 그 소속기관 직제」 규정에서는 법무실에서 법령해석에 관한 업무를 담당한다는 규정만 있을 뿐, 별다른 절차 규정 자체가 마련되어 있지 않다. 실무상 법무심의관실 등에 소속된 공익법무관이 자체적으로 법령해석을 하여 담당검사와 법무심의관의 결재를 받아 의견을 제출하고 있다. 따라서 「법무부와 그 소속기관 직제규정」에는 법제처의 법령해석심의위원회와 같은 법령해석을 위한 위원회를 구성하는 등 법령해석의 절차적 전문성을 담보하기 위한 기구를 마련하고, 필요한 경우에는 외부 전문가를 통한 자문의 방법 등 필요한 절차규정을 우선적으로 마련할 필요성이 있다. 또한 법령해석에 있어서 유의할 사항으로 헌법에 위배되는지 여부를 조사·확인할 것을 명시적으로 규정하여야 할 것이다.

2.3 구성인력의 법령해석 전문성 확보 방안

행정적 유권해석의 경우, 소관 부처에서 법령해석에 대해 1차적인 초안을 마련하는 담당공무원들이 해당 분야의 법령뿐만 아니라 헌법적·행정적인 관점에서 합헌적인 법령의 해석이 가능하도록 사전적·사후적인 공법 교육이 강화될 필요성이 있다. 소관 부처에서 법령해석을 1차적으로 초안을 작성하는 공무원들은 대부분 7~9급 공무원인 경우가 많다. 이들은 공무원시험에서 해당 분야의 과목을 공부하였을 뿐, 대부분은 임용 후에서야 관련 분야에 한정하여 법학을 접하는 경우가 많다. 특히 7급 공무원 중 농업직·농업직·시설직·방재안전직·전산직·방송통신직 등은 시험과목에서 법률과목이 전혀 없으며, 9급 공무원은 행정직 등 일부 직렬에서 행정법총론 내지 개론을 시험과목으로 하고 있을 뿐, 헌법이 시험과목에서 배제⁸⁰⁾되어 있다. 그런데 법령의 해석은 그 산업분야의 실무적인 관점에서만 이루어지는 것이 아니라, 법체계의 논리적 모순이 발생하지 아니하도록 ‘문리적 해석’, ‘체계적 해석’, ‘목적론적 해석’, ‘합헌적 법령해석’ 등 다양한 법적 관점에서 이루어져야 하는 것이다. 따라서 이러한 임무를 맡게 될 담당

80) 2019년도 국가공무원 공개경쟁채용시험 등 계획 공고; 석종현 외 4명, 앞의 글, 42쪽; 이 논문에서는 “8~9급 공무원들의 경우 법무행정·검찰사무 등의 일부 직렬을 제외하고는 대부분 국어·영어·사회 등의 과목만으로 시험을 치루고, 재정·통상·세무·관세·노동 등의 직렬에서는 거의 법률과목이 없다”고 지적하며, 위법한 유권해석의 직접적인 요인이라고 지적하고 있는 점은 경청하여야 할 것이다.

공무원의 선발 과정에서 헌법과 행정법 등 공법 영역에 대한 기본적인 실력을 측정할 필요성이 있으며, 공무원 임용 후에도 법치행정의 준수 의식을 고양하고 합헌적인 법령 해석을 위하여 법제처 등의 법령해석 전문 인력을 통해 특히 헌법과 행정법 등의 지속적인 교육이 이루어질 필요성이 있다.

정부 유권해석의 경우, 법령해석에 대한 1차 초안을 작성하는 법령해석에 전문성을 가진 인력을 충원하여 과도한 업무를 지양하도록 하고, 인사교류 원칙의 예외규정을 두거나 혹은 위 원칙의 적용이 배제되는 전문 인력을 충원하여 ‘지속적인 전문성’을 동시에 확보할 필요성이 있다. 법무부 법제심의관실에서는 공익법무관이, 법제처에서는 변호사·행정고시·경력직 공무원 등으로 구성된 담당 공무원들이 작성하는 경우가 많다. 그런데 “인사교류 원칙에 의한 부서이동으로 법령해석의 지속적인 전문성을 담보할 수 없다는 실무상의 문제점과, 불과 11명 정도가 연간 수백 건의 접수를 하여, 1인당 사건 부담은 평균 20여건 이상이 되는바, 프랑스의 경우에는 1인당 평균 약 9.6건이라는 점에 비교해 볼 때 과도한 업무 부담으로 인한 형식 논리를 답습하는 매너리즘에 빠질 우려가 있다”는 지적⁸¹⁾이 있다. 또한 “과도한 업무 부담으로 인하여 정해진 양식에 따라 기존의 회신된 내용을 그대로 답습하여 기계적으로 발송하는 문제”도 지적⁸²⁾되고 있다. 법령해석 기관 내부에서 법령해석을 담당하는 공무원의 경우, 행정적 유권해석이 국민의 실질적인 행위규범으로 작용하는 등 광범위한 영향력이 있다는 점을 고려하여 특히 그 전문성을 지속적으로 담보하기 위하여 ‘인사교류의 원칙’에 대한 일정한 예외를 두거나, 인사교류 원칙의 적용이 배제되는 공법학 교수·법조인 등으로 구성된 외부의 법령해석 전문 인력을 충원하여 1인당 담당하는 법령해석 사건 수를 통제하는 등, 구성인력의 지속적인 전문성을 유지하기 위한 제도적인 방안의 마련이 적극적으로 검토되어야 한다.

3. 사후적 해석론의 변경절차 규정의 마련 방안 등

위헌적인 행정적 유권해석에 대해 민원인이 그 해석론이 ‘헌법에 위배’되는지 여부에 대해 질의를 하는 경우, 그러한 요청을 받은 중앙행정기관의 장으로 하여금 법령해석기관에 질의를 하여 행정조직 내부적으로 행정적 유권해석론의 변경 가능성을 열어 두는

81) 신봉기, 앞의 글, 232쪽, 석종현 외 4명, 앞의 글, 39쪽에서도 “행정부처 공무원의 경우에는 일정주기로 인사가 이루어져 법령에 대한 전문성이 전혀 없는 공무원이 법령해석 업무를 담당하게 될 수 있고 법무담당관 역시 같은 상황”이라고 하여 법령해석 담당공무원의 전문성 부재에 대해 지적하고 있다.

82) 석종현 외 4명, 위의 글, 39쪽.

절차규정을 마련하는 것이 필요하다. 현행 「법제업무 운영규정」으로는 정부가 위헌적 유권해석론을 취하는 경우에는 이를 변경을 요구할 절차나 근거가 없다. 따라서 이러한 경우에는 절차적으로는 민원인이 중앙행정기관에 특정 정부기관의 유권해석론에 대한 ‘위헌성’ 여부에 대해 질의를 하면, 중앙행정기관장이 법령해석기관에 그 위헌성 여부에 대해 질의를 하도록 하고, 법령해석기관에서 그 해석론을 변경하는 경우에 적용되는 법령해석심의위원회에 가중의결요건⁸³⁾을 적용하여, 중앙행정기관에 그 의견을 회신하되 특별한 사정이 없는 한 소관부처가 그러한 해석론을 변경할 ‘행정적 구속력’을 부여하여야 하는 방안을 마련하는 것이 필요하다. 한편, 기존에 제시된 유권적 해석론의 위헌성에 대한 구체적인 판단지침도 명문화 시킬 필요가 있다. 특히 행정적 유권해석과 배치되는 헌법재판소 내지 법원의 판례나 헌법재판소의 결정례 등을 고려할 필요가 있다. 법원이나 헌법재판소가 행정적 유권해석이 위헌적이라서 그 효과가 없다고 이유에서 실시하고 있다고 하더라도, 각하결정 등 제3자 내지 타 국가기관에 아무런 구속력이 없는 경우에는 행정청에서 유권해석을 변경하지 아니할 가능성이 있다. 따라서 법원이나 헌법재판소의 구속력이 미치지 아니하는 판결이나 결정이라고 하더라도 ‘이유’ 부분에서의 행정적 유권해석에 대한 위헌·위법 판단 내용을 고려하여야 한다는 등의 해석의 변경사유들을 구체적으로 열거하는 것이 필요한 것으로 보인다.

만일 위헌적 행정적 유권해석이 있고 행정 내부적 절차규정에 의하더라도 그 해석론이 변경될 가능성도 없다면, 그러한 행정적 유권해석 자체에 대해 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 있는지 여부, 즉 공권력의 행사의 범위에 포함시키는 방향으로 해석론을 전향적으로 변경하거나, 구체적 분쟁사건에는 영향을 미치지 아니하지만 그러한 해석론 자체만을 변경하도록 하는 ‘해석소송’과 같은 절차를 통해 사전에 그러한 유권해석의 위헌성을 제거하는 제도를 도입하는 연구가 필요한 것으로 보인다. 특히 그러한 유권해석이 공권력에 해당한다는 해석론을 제시하였던 견해인 “정부의 위헌적 유권해석이 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다는 점을 확인하여 헌법에 위반되는 법령해석의 규범력을 제거하는 방안을 모색하여야 할 필요성이 있다”는 소수의견⁸⁴⁾에 주목할 필요가 있다.

83) 법제업무 운영규정 제27조의 3 제5항 후문은 의결조건을 “출석위원 6명 이상의 찬성”으로 의결하도록 하여 법령 소관 중앙행정기관의 장의 당초 회신내용(법령해석이 불명확한 경우와 회신은 있으나 사실상 의견이 없는 경우는 제외한다)과 다른 해석을 하려는 경우 등에는 가중요건을 규정하고 있다.

84) 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2007헌마279 결정: 이 사건의 소수의견은 “중앙선거관리위원회가 법률해석을 잘못하였을 뿐이라고 보아 이 사건 헌법소원심판청구를 각하하는 것은, 중앙선거관리위원회의 위헌적 유권해석으로 인하여 청구인의 기본권이 현실적으로 침해된 사실을 외면하거나 헌법에 위반되는 법률해석의 규범력을 제거하여야 하는 헌법재판소의 책무를 포기하는 것이다. 더구나 헌법재판소가 이 사건 헌법소원심판청구

이 사건에서 만일 중앙선거관리위원회가 위헌적인 유권해석에 기초하여 후보자 등록 거부처분을 하였다면, 청구인은 그 거부처분에 대해 취소소송을 제기한다고 하더라도 이미 선거가 끝났다는 이유로 법원에서는 ‘권리보호 이익이 없다’는 이유로 각하판결⁸⁵⁾을 받을 수 있다. 또한 헌법재판소가 ‘유권해석이 법적 구속력이 없어 기본권 침해가능성이 없다’는 이유로 각하결정을 하더라도, 헌법재판소의 각하결정에 기재된 ‘이유’ 역시 구속력이 없기 때문에, 정부는 유권해석을 변경하지 않을 것이다. 결국 헌법재판소의 공권력의 행사에 대한 현재의 해석론은 위헌적인 행정적 유권해석의 실질적인 구속력에 기초한 국민의 자유권에 대한 광범위한 침해에 대해서는 침묵하고 있는 것이다. 따라서 위헌적인 행정적 유권해석이 사전적으로 변경될 가능성이 없다면, 특정인의 희생을 담보한 사후적인 사법절차에만 기댈 것이 아니라, 사전적인 심사의 가능성을 열어둔 해석론으로 변경하거나 그러한 제도를 도입하는 등의 구체적 방안을 모색할 필요성이 있다.

V. 결론

위헌적인 행정적 유권해석이 있는 경우, 현재로서는 구체적 분쟁이 발생하기 전에는 이를 통제방안은 없는 것으로 보인다. 따라서 정부 유권해석이 위헌적 해석론을 취하지 아니하도록 법령해석의 전문성을 담보할 수 있는 법령해석기관에서의 유권해석이 사실상의 구속력을 강화하는 방안을 마련하고, 「법제업무 운영규정」과 「법무부와 그 소속기관 직제규정」에서 ‘합헌적 법령해석의 원칙’을 명시적으로 규정하고, 위헌적 유권 해석에 대해서는 그에 대해 질의를 하여 행정부 내부적으로 위헌적인 해석론을 변경할 수 있는 절차적 규정을 마련하여야 한다. 마지막으로 행정적 유권해석을 공권력의 행사에 포함되도록 전향적인 해석론을 취하거나, 그것이 어려운 경우에는 다른 사후적 절차를 통해 그러한 해석론의 위헌성을 제거하는 제도를 도입할 필요가 있다.

를 각하하면 기본권을 침해하는 위헌적 법률해석을 제거하지 못할 뿐만 아니라, 헌법재판소의 각하결정의 이유는 중앙선거관리위원회를 기속하지 못하기 때문에 중앙선거관리위원회가 앞으로도 계속하여 위헌적인 법률해석을 유지하고 적용하여 기본권을 침해하는 것을 막지 못하게 된다.”라고 하여, 중앙선거관리위원회의 유권해석은 헌법에 위배된다는 선언을 하여야 한다고 하였다.

85) 다만, 우리 대법원은 원상회복이 불가능하여 권리보호이익이 부정되는 사안에서도 위법한 처분의 반복가능성과 그 처분의 위법성에 대한 해명이 필요하다고 판단되는 경우 등에는 소의 이익을 예외적으로 긍정한다는 점(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결)에 비추어 볼 때, 그 판단을 할 가능성이 배제된다고 할 수는 없을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.8.
김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2018.2.
정재황, 신헌법입문(제8판), 박영사, 2018.2.

2. 학술지

- 김웅규, “미국 OLC(office of legal counsel)의 법령의 유권해석”, 세계헌법연구 제15권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2009.6., 229-252쪽.
- _____, “미군정청과 표현의 자유 -법무부, 사법부의 유권해석선집 분석을 중심으로-”, 세계헌법연구 제10호, 세계헌법학회 한국학회, 2004.12., 79-111쪽.
- 류성진, “법령해석제도 지난 10년의 성과와 개선방안에 대한 연구”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.8., 439-471쪽.
- 변무웅, “독일과_유럽연합의_행정부에 의한 법령의 유권해석”, 입법학연구, 한국입법학회, 2009.12., 27-54쪽.
- 석종현 외 4명, “건축법령에 관한 위법한 유권해석의 효력”, 토지공법연구 제3집, 한국토지공법학회, 1996. 9., 13-50쪽.
- 신봉기, “우리나라 법령해석제도의 최신동향”, 법학논고 제35권, 경북대학교 법학연구원, 2011.2., 221-254쪽.
- 우미형, “행정각부의 법해석권과 정부입법 -저작권법 제1조의 입법목적을 중심으로-”, 행정법연구 제49호, 행정법이론실무학회, 2017.6., 75-102쪽.
- 이근호, “행정규칙의 법령위반 여부 해석 방안”, 법제 통권 제672호, 법제처, 2016.3., 132-161쪽.
- 이상윤, “법제처 법령해석제도의 현황과 과제”, 동아법학 제51권, 동아대학교 법학연구소, 2011.5., 1-26쪽.
- 이성환, “법령해석심의위원회의 법령해석에 관한 입법학적 고찰”, 입법학연구 제4집,

한국입법학회, 2007.12., 1-15쪽.

이성환, “법제처 법령유권해석 제도의 현황과 평가”, 입법학연구 제6집, 한국입법학회, 2009.12., 1-26쪽.

최계영, “청탁금지법의 향후 과제”, 한국사회학회 심포지움 논문집, 한국사회학회, 2017. 9., 107-117쪽.

3. 웹자료

정부입법지원센터 홈페이지, <<http://www.lawmaking.go.kr/nl4li/lsItptStm/intro>>, 검색일: 2019.8.27.

법무부 홈페이지 조직도: <<http://www.moj.go.kr/moj/265/subview.do#legal>>, 검색일: 2019. 8.27.

메디컬 투데이 신문기사, “의협, 한의사 혈액검사 복지부 유권해석에 국민감사청구 진행”, <<http://www.mdtoday.co.kr/mdtoday/index.html?no=280822>>, 검색일: 2019.8.27.

연합뉴스 신문기사, “조세 불복소송 왜 많나 봤더니…“국세청, 대법판결 반영 미흡””, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20170904191700001>>, 검색일: 2019. 10.20.

[Abstract]

A Study on the Unconstitutional Authoritative Interpretation of Government

Hur, Chang-Hwan*

The government has adopted a governmental right interpretation under Presidential Decree on the basis of the government organizing law for unified law enforcement. Such government interpretation serves as a strong norm that has a significant impact on people even though it is not legally binding in any ways. However, if the government interpretation is unconstitutional, the methodology controlling the interpretation is considered to be problematic. Since the government interpretation does not include any provision justifying its effect, it does not constitute a “administrative disposition, etc.” under the Administrative Procedure Act and therefore cannot be subject to an appeal suit. Also, government interpretation cannot be subject to a constitutional petition because it does not constitute an infringement of basic rights or an exercise of public power. In this system, the only way to challenge the government interpretation would be that one disobeys the government interpretation, resulting in the government’s law enforcement, and files a suit against the enforcement to let the court interpret the government interpretation as constitutional. Such measure demands people to act “without trust in the government” and supposes that people file lawsuits against the enforcement of the unconstitutional government interpretation. Thus, not only does it call for excessive sacrifice of certain people, but it can also lead to public distrust against the government’s law enforcement. In addition, the enforcement of statutes standing on the government’s unconstitutional interpretation may continue for a considerable period of time. Therefore, it is necessary to preemptively establish administrative binding to the government’s interpretation and specify the principles of constitutional interpretation of the law. If there has been already a case that includes unconstitutional government interpretation, an administrative procedure

* Lawyer, Law Firm Yul-Jung

rule that allows to fight it posthumously would be needed. In addition, research is needed to resolve the violation of basic rights in a legislative manner under the current law by noting the minority opinion that, in the case of unconstitutional government interpretation, the violation of basic rights can be exceptionally subject to the petition.

[Key Words] Administrative legislation, legal interpretation jurisdiction of Executive Ministry, unconstitutional Administrative legal interpretation, Statutory Interpretation System, Changing Procedure of Statutory Interpretation Case

