

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2015다34444 법무사사무원승인취소처분 무효확인 등
원고, 상고인 원고
피고, 피상고인 부산지방법무사회
소송대리인 법무법인 로앤케이 담당변호사 강창옥 외 3인
원 심 판 결 부산고등법원 2015. 5. 27. 선고 2014나8301 판결
판 결 선 고 2020. 4. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

1. 사건의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- 가. 원고는 피고로부터 법무사 사무원 채용승인을 받아 2013. 12. 5.부터 법무사 김○○ 사무소의 사무원으로 채용되어 근무하던 사람이다.
- 나. 원고는 법무사 김○○ 사무소의 사무원으로 채용되어 근무하기 이전인 2013. 10.

15.부터 같은 달 29.까지 피고로부터 법무사 사무원 채용승인을 받지 않은 상태에서 법무사 이인희 사무소에서 근무하면서 사무원 소외인을 고용하여 부당한 사건 유치 등을 한 바 있다. 이에 피고는 2014. 3. 31. 법무사 사무원 징계위원회(이하 '징계위원회'라 한다)를 개최하여 원고의 위와 같은 행위가 피고의 법무사 사무원 징계규정(이하 '징계규정'이라 한다) 제4조 제2 내지 5호의 징계사유에 해당한다는 이유로 원고에 대하여 종사정지 3월의 징계처분을 하였고, 그 무렵 이를 원고에게 통지하였다.

다. 그런데도 원고가 법무사 김○○ 사무소에서 사무원으로서 계속 근무하자, 피고는 2014. 6. 2. 다시 징계위원회를 개최하여 '원고가 종사정지 3월의 징계처분에 불응하여 징계규정 제4조 제1, 2, 4호의 징계사유에 해당한다'는 이유로 법무사규칙 제37조 제6항에 근거하여 원고가 더 이상 법무사 김○○ 사무소에 채용되어 근무할 수 없도록 사무원 채용승인을 취소하는 결정(이하 '이 사건 채용승인취소'라 한다)을 하고, 그 무렵 이를 법무사 김○○과 원고에게 통지하였다.

라. 원고는 2014. 6. 24. 피고를 상대로 '이 사건 채용승인취소가 무효임을 확인한다'라고 청구하는 이 사건 소를 부산지방법원에 제기하였다.

2. 당사자의 주장, 제1심과 원심의 판단

가. 원고는, 이 사건 채용승인취소의 근거규정인 법무사규칙 제37조 제6항 중 후단('소속 지방법무사회는 법무사 사무원이 법무사 사무원으로서의 업무수행에 지장이 있다고 인정되는 행위를 하였을 경우에는 그 채용승인을 취소하여야 한다'라고 규정한 부분, 이하 '이 사건 규칙조항'이라 한다)은 모법인 법무사법 제23조 제4항의 위임 범위를 일탈한 것이어서 법률유보원칙에 위배되므로 무효이고, 무효인 이 사건 규칙조항에 근거한 이 사건 채용승인취소도 무효라는 등의 주장을 하였다.

나. 제1심(부산지방법원 민사부)은, 이 사건 규칙조항은 위임입법의 한계를 일탈하지 않았고, 이 사건 채용승인취소에 그 밖의 절차상·실체상 하자도 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 원심(부산고등법원 민사부)도 같은 이유로 원고의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.

3. 재송방법의 선택이 적절한지에 관하여 직권으로 살펴본다.

가. 관련 법리

1) 항고소송의 대상인 '처분'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(행정소송법 제2조 제1항 제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체·내용·형식·절차, 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 또한 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 당해 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 참조).

2) 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익의 침해를 받은 자로서 원고적격이 인정된다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 등 참조). 행정처분의 직접 상대방이 아닌 자라 하더라도 행정처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는 이익이 있는 경우 처분의 취소를 구할 원고적격이 인정된다(대법

원 2007. 12. 27. 선고 2005두9651 판결, 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두19496, 19502 판결 등 참조).

3) 행정소송법상 항고소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 수소법원이 항고소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면, 전심절차를 거치지 않았거나 제소기간을 도과하는 등 항고소송으로서의 소송요건을 갖추지 못했음이 명백하여 항고소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정소송법이 정하는 절차에 따라 심리·판단하여야 한다(대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결 등 참조).

나. 지방법무사회의 사무원 채용승인 관련 조치가 행정처분에 해당하는지 여부

1) 법무사법 제23조는 법무사의 사무원 채용에 관하여 규율하면서, 제2항 각 호에서 사무원 채용의 결격사유를 규정하고, 제4항에서 '사무원의 수와 채용, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.'라고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 대법원이 제정한 법무사규칙 제37조는 법무사의 사무원 채용승인 신청(제1항, 제2항), 소속 지방법무사회의 심사절차(제3항, 제8항), 채용승인 거부시 소관 지방법원장에 이의신청 절차(제4항, 제7항)를 규정하고, 소속 지방법무사회는 법무사 사무원이 법 제23조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하거나 법무사 사무원으로서의 업무수행에 지장이 있다고 인정되는 행위를 하였을 경우에는 그 채용승인을 취소하여야 한다(제6항)고 규정하고 있다.

2) 법무사의 사무원 채용승인 신청에 대하여 소속 지방법무사회가 '채용승인을 거부'하는 조치 또는 일단 채용승인을 하였으나 법무사규칙 제37조 제6항을 근거로 '채용승인을 취소'하는 조치는 공법인인 지방법무사회가 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으

로서 공권력의 행사 또는 그 거부에 해당하므로 항고소송의 대상인 '처분'이라고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 법무사법에 의하면, 법무사는 사무소의 소재지를 관할하는 지방법원의 관할 구역에 설치된 지방법무사회에 의무적으로 가입하여야 하고(제28조), 소속 지방법무사회, 대한법무사협회 및 사무소의 소재지를 관할하는 지방법원장의 감독을 받는다(제32조). 지방법무사회는 법무사의 품위 유지와 업무의 향상을 도모하고 회원의 지도와 연락에 관한 사무를 하기 위하여 지방법원의 관할 구역별로 설립이 강제된 법인이고(제52조), 대한법무사협회는 법무사의 등록에 관한 사무 등을 위하여 지방법무사회가 연합하여 설립하도록 강제된 법인이다(제62조). 지방법무사회의 회칙 제정, 개정은 대법원장의 인가를 받아야 하며, 지방법무사회는 대한법무사협회와 소재지를 관할하는 지방법원장의 감독을 받는다(제53조, 제61조).

나) 본래 법무사 사무원 채용승인은 소관 지방법원장이 수행하던 업무였는데[구 법무사법 시행규칙(1996. 12. 31. 대법원규칙 제1452호로 개정되기 전의 것) 제35조 참조], 1996년 대법원규칙을 통해 지방법무사회로 이관되었다. 법무사규칙에 의하면, 법무사의 사무원 채용승인 신청에 대하여 소속 지방법무사회가 승인하는 경우 승인 후 지체 없이 그 사실을 소관 지방법원장에게 보고하여야 하고, 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하는 경우 그 사유를 명시하여 사무원 채용승인 신청을 한 법무사에게 통지하여야 한다(제37조 제3항). 사무원 채용승인이 거부된 자는 그 통지를 받은 날로부터 1월 이내에 소관 지방법원장에게 이의신청을 할 수 있으며, 지방법원장은 이의신청이 이유 있다고 인정하면 지방법무사회에 대하여 채용승인을 명하여야 하고 지방법무사회는 지체 없이 채용승인을 하여야 한다(제37조 제4항, 제21조 제3항). 법무사에

대한 징계처분권한은 소관 지방법원장에게 있고, 법무사가 소속 지방법무사회의 승인 없이 사무원을 채용하면 '법무사법 또는 법무사법에 따른 대법원규칙을 위반한 경우'로서 징계사유에 해당한다(법무사법 제48조 제1항 제1호).

다) 법무사가 사무원을 채용하기 위하여 지방법무사회의 승인을 받도록 한 것은, 그 사람이 법무사법 제23조 제2항 각 호에서 정한 결격사유에 해당하는지 여부를 미리 심사함으로써 법무사 사무원의 비리를 예방하고 법무사 직역에 대한 일반국민의 신뢰를 확보하기 위함이다. 법무사 사무원 채용승인은 본래 법무사에 대한 감독권한을 가지는 소관 지방법원장에 의한 국가사무였다가 지방법무사회로 이관되었으나, 이후에도 소관 지방법원장은 지방법무사회로부터 채용승인 사실의 보고를 받고 이의신청을 직접 처리하는 등 지방법무사회의 업무수행 적정성에 대한 감독을 하고 있다. 또한 법무사가 사무원 채용에 관하여 법무사법이나 법무사규칙을 위반하는 경우에는 소관 지방법원장으로부터 징계를 받을 수 있으므로, 법무사에 대하여 지방법무사로부터 채용승인을 얻어 사무원을 채용할 의무는 법무사법에 의하여 강제되는 공법적 의무이다.

라) 이러한 법무사 사무원 채용승인 제도의 법적 성질 및 연혁, 사무원 채용승인 거부에 대한 불복절차로서 소관 지방법원장에게 이의신청을 하도록 제도를 규정한 점 등에 비추어 보면, 지방법무사회의 법무사 사무원 채용승인은 단순히 지방법무사회와 소속 법무사 사이의 내부 법률문제라거나 지방법무사회의 고유사무라고 볼 수 없고, 법무사 감독이라는 국가사무를 위임받아 수행하는 것이라고 보아야 한다. 따라서 지방법무사회는 법무사 감독 사무를 수행하기 위하여 법률에 의하여 설립과 법무사의 회원 가입이 강제된 공법인으로서 법무사 사무원 채용승인에 관한 한 공권력 행사의 주체라고 보아야 한다(헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌마759 결정 등 참조).

3) 지방법무사회가 법무사의 사무원 채용승인 신청을 거부하거나 채용승인을 얻어 채용 중인 사람에 대한 채용승인을 취소하면, 상대방인 법무사로서도 그 사람을 사무원으로 채용할 수 없게 되는 불이익을 입게 될 뿐만 아니라, 그 사람도 법무사 사무원으로 채용되어 근무할 수 없게 되는 불이익을 입게 된다. 법무사규칙 제37조 제4항이 이의신청 절차를 규정한 것은 채용승인을 신청한 법무사뿐만 아니라 사무원이 되려는 사람의 이익도 보호하려는 취지로 볼 수 있다. 따라서 지방법무사회의 사무원 채용승인 거부처분 또는 채용승인 취소처분에 대해서는 그 처분 상대방인 법무사뿐만 아니라 그 때문에 사무원이 될 수 없게 된 사람도 이를 다툰 원고적격이 인정되어야 한다.

다. 앞서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴본다.

1) 이 사건 채용승인취소는 행정소송법상 항고소송의 대상인 '처분'에 해당하고, 원고는 이 사건 채용승인취소의 직접 상대방은 아니지만 그 때문에 법무사 김○○의 사무원으로 더 이상 채용될 수 없는 불이익이 발생하였으므로, 피고를 상대로 민사소송을 제기할 것이 아니라, 이 사건 채용승인취소의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송법상 항고소송을 제기하였어야 한다.

2) 이 사건 소가 행정소송법상 항고소송일 경우, 제1심법원인 부산지방법원 합의부와 원심법원인 부산고등법원 합의부는 제1심, 항소심 재판의 관할도 동시에 가지고 있으므로 관할위반의 문제는 발생하지 않는다. 또한 원고는 2014. 6. 2.자 이 사건 채용승인취소를 그 무렵 통지받은 후 2014. 6. 24. 이 사건 소를 제기하였으므로 취소소송의 제소기간을 준수하였고, 취소소송의 그 밖의 소송요건을 갖추지 못했다고 볼 만한 사정도 없다. 따라서 원심으로서도 원고에게 행정소송법상 취소소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정소송법이 정하는 절차에 따라 이 사건 채용승인취소가 적

법한 처분인지 여부를 심리·판단하였어야 한다.

3) 그런데도 원심은, 이 사건 채용승인취소가 항고소송의 대상인 처분에 해당한다는 점을 간과한 채, 이 사건 소가 민사소송에 해당한다는 전제에서 본안판단으로 나아가 이 사건 채용승인취소에 절차상·실체상 하자가 없다고 본 제1심의 판단을 그대로 유지하여 원고의 항소를 기각하였다. 이러한 원심의 판단에는 항고소송의 대상인 처분과 쟁송방법에 관한 법리 등을 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 상고이유를 판단한다.

가. 법률 하위의 법규명령은 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두19526 판결 등 참조).

나. 원심은, 법무사법 제23조 제4항이 변동하는 사회경제 상황에 대처하여 탄력적으로 대응할 수 있도록 법무사 사무원 채용에 관하여 대법원규칙으로 구체화할 사항을 폭넓게 위임하고 있는 점, 이 사건 규칙조항에 다소 추상적인 면이 있더라도 법무사 사무원 채용승인 제도의 입법목적인 법무사 사무의 공익성·전문성 확보를 위하여 필요하고 법관의 법해석작용을 통하여 그 의미가 구체화·명확화 될 수 있는 점 등을 고

려하면, 이 사건 규칙조항이 모법의 위임범위를 일탈한 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.

다. 관련 규정들의 내용과 체계, 입법목적 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이러한 원심 판단에 상고이유와 같이 법률유보원칙, 위임입법의 한계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

5. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희

주 심 대법관 박상옥

 대법관 안철상

 대법관 김상환