

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2020두42262 과태료부과처분취소  
원고, 피상고인 동화법무법인 외 4인  
소송대리인 동화 법무법인  
담당변호사 이해정  
피고, 상고인 법무부장관  
소송대리인 정부법무공단  
담당변호사 최재정 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 6. 12. 선고 2019누64527 판결  
판 결 선 고 2020. 11. 26.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유

를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 「집행증서 작성사무 지침」 위반이 공증인 징계사유가 될 수 있는지 여부

가. 공증인법에 의하면, 공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁에 따라 공정증서의 작성 등을 처리하는 것을 직무로 하며, 그 직무에 관하여 '공무원의 지위'를 가진다(제2조). 공증인은 정당한 이유 없이 공정증서 작성 등에 관한 촉탁을 거절하지 못하며(제4조 제1항), 촉탁을 거절하는 경우 촉탁인이나 그 대리인에게 거절의 이유를 알려야 한다(제4조 제2항). 공증인은 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위, 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여는 증서를 작성할 수 없다(제25조). 촉탁인이나 이해관계인은 공증인의 사무 취급에 관하여 소속 지방검찰청검사장에게 이의를 신청할 수 있고, 이에 대한 지방검찰청검사장의 처분에 관하여는 다시 법무부장관에게 이의를 신청할 수 있다(제81조). 법무부장관은 공증인을 감독하고(제78조 제1항), 그 감독권에는 공증인의 부적절한 직무수행에 관하여 주의를 촉구하거나 적절하게 직무를 취급하도록 지시하는 것이 포함된다(제79조 제1호). 법무부장관은 공증인이 '이 법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우', '감독권자의 직무상 명령 또는 그 밖의 직무상 의무를 위반하거나 품위를 손상하는 행위를 한 경우'에는 공증인징계위원회의 징계의결을 거쳐 징계처분을 할 수 있다(제82조 제1항, 제84조).

나. 일반적으로 상급행정기관은 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해주는 '행정규칙'을 제정할 수 있다. 공증인은 그 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지고, 피고는 공증인에 대한 감독기관이므로 공증인법 제79조 제1호에 근거한 직무상 명령을 개별·구체적인 지시의 형식으로 할 수도 있으나, 행정규칙의 형식으로 일반적인 기준을 제시하거나 의무를 부과할 수도 있다.

다. 피고는 공증인의 '집행증서'(이는 법령상 용어는 아니고 강제집행을 승낙하는 의사표시가 기재되어 민사집행법에 따른 강제집행의 집행권원이 되는 공정증서를 강화상, 실무상으로 지칭하는 용어이다) 작성 사무에 관한 사항을 정하여 그 사무의 적절성과 공정성을 확보하고 집행증서 작성 과정에서 집행채무자의 권리가 부당하게 침해되는 것을 방지함을 목적으로, 2013. 10. 1. 「집행증서 작성사무 지침」을 제정하였다(이하 '이 사건 지침'이라 한다). 이는 공증인의 감독기관인 피고가 상위법령의 구체적인 위임 없이 공증인이 직무수행에서 준수하여야 할 세부적인 사항을 규정한 '행정규칙'이라고 보아야 한다. 따라서 공증인이 직무수행에서 이 사건 지침을 위반한 경우에는 공증인법 제79조 제1호에 근거한 직무상 명령을 위반한 것이라고 볼 수 있다.

라. 한편, 공무원이 상급행정기관이나 감독권자의 직무상 명령을 위반하였다는 점을 징계사유로 삼으려면 그 직무상 명령이 상위법령에 반하지 않는 적법·유효한 것이어야 한다(대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결 등 참조).

## 2. 이 사건 지침 제4조의 효력

가. '행정규칙'은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 다만 행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는 그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하는 것이 바람직하다. 그러나 행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다. 이러한 경우 법원은 해당 행정규칙이 법질서상 부존재하는 것으로 취급하여 행정기관이 한 조치의 당부를 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 따

라서 판단하여야 한다(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두20011 판결 등 참조).

나. 이 사건 지침은 제1조 제2호에서 '대부업자 등'을 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」(이하 '대부업법'이라 한다)에 따른 대부업자뿐만 아니라, 「여신전문금융업법」에 따른 신용카드업자, 「은행법」에 따른 은행, 「농업협동조합법」 및 「수산업협동조합법」에 따른 조합, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 금융투자업자, 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행, 「새마을금고법」에 따른 새마을금고, 「신용협동조합법」에 따른 신용협동조합, 「보험법」에 따른 보험회사, 「우체국 예금·보험에 관한 법률」에 따라 예금·보험을 취급하는 체신관서, 「채권의 공정한 추심에 관한 법률」에 따른 채권추심자 등을 포괄하여 지칭하는 용어로 망라적으로 정의한 다음, 제4조에서 공증인은 대부업자 등의 금전대부계약에 따른 채권·채무에 관한 집행증서를 작성함에 있어 '대부업자 등'(제1호), '대부업자 등의 직원 또는 대출모집인'(제2호), '제1호 및 제2호의 사람이 대부업자 등의 상대방의 대리인 선임에 관하여 추천 기타 이와 유사한 관여를 한 경우 그 대리인'(제3호) 등이 계약 및 집행수락의 의사표시에 관하여 대부업자 등의 상대방을 대리하는 경우에는 그 집행증서 작성 촉탁을 거절하여야 한다고 규정하고, 제6조에서 공증인이 집행증서를 작성함에 있어 '공증인법 제38조에 따른 절차를 거치지 아니하고 집행증서를 작성하는 행위' 등 하여서는 아니 되는 6가지 금지사항을 규정하고 있다.

다. 이 사건 지침 제4조는 공증인법 제4조 제1항에서 정한 촉탁 거절의 '정당한 이유'로 포섭할 수 있는 구체적인 사안유형에 관하여 피고가 감독기관으로서 해석의견을 제시한 것이라고 볼 수 있다. 여기에서 '정당한 이유'란 다양한 해석의 가능성이 있는 불확정개념에 해당하지만 법원의 법령해석과 규범적 가치판단이 필요한 사항이고, 그

요건의 해석 및 포섭판단에 관하여 피고에게 어떤 재량이 인정된다고 볼 수 없다.

라. 이 사건 지침 제4조는 법률에 의하여 허용되는 쌍방대리 형태의 촉탁행위에 대하여 '대부업자 등'의 금전대부계약에 따른 채권·채무에 관한 경우에는 행정규칙의 형식으로 일반적으로 공증인에게 촉탁을 거절하여야 할 의무를 부과하는 것이어서 '법률우위원칙'에 위배되어 무효라고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 공증인법은 부동산이나 선박, 건설기계, 자동차, 항공기 등 관계 법령에 따라 등기·등록된 동산의 인도·반환을 목적으로 하는 청구에 대하여 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서의 작성을 촉탁할 때에는 어느 한 당사자가 다른 당사자를 대리하거나 어느 한 대리인이 당사자 쌍방을 대리하지 못하도록 하면서도(제56조의3), 그 밖의 공정증서의 작성을 촉탁할 때에는 대리인에 의한 촉탁을 허용하고 있다. 다만 대리인에 의한 촉탁에 따라 공증인이 공정증서를 작성할 경우에는 주민등록증이나 그 밖에 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하는 방법으로 촉탁인 본인 및 촉탁대리인의 신원을 확인하고(제27조, 제30조), 촉탁대리권을 증명하는 증서 및 그것의 진정성을 증명하기 위하여 사서증서에 대한 인증서, 권한 있는 행정기관이 작성한 인감증명서 또는 서명에 관한 증명서를 제출받는 방식으로 촉탁대리권을 확인한 다음(제31조), 공증인이 작성한 증서를 읽어 주거나 열람하게 하여 촉탁대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 하며 공증인과 촉탁대리인이 각자 증서에 서명날인하여야 한다(제38조 제1항, 제3항).

2) 민법 제124조도 본인의 허락이 없는 자기계약과 쌍방대리를 금지하고 있을 뿐이고, 본인의 허락이 있는 경우에는 자기계약과 쌍방대리가 금지되지 않는다. 뿐만 아니라 채무자의 '계약체결에 관한 의사표시 및 강제집행을 승낙하는 의사표시'와 '집행

증서 작성을 촉탁하는 의사표시'는 구분하여야 한다. 전자의 의사표시를 채무자 본인이 직접 한 이상, 단지 후자의 의사표시에 관한 대리권만을 위임하여 촉탁대리인이 집행증서 작성을 촉탁하도록 하는 것은 민법 제124조에 위배되지 않는다(대법원 1975. 5. 13. 선고 72다1183 전원합의체 판결 참조).

3) 대부업법 제6조의2 제1항은 대부업자가 그의 거래상대방과 대부계약을 체결하는 경우에 대부금액, 대부이자율, 변제기간 등의 중요 사항을 거래상대방이 자필로 기재하도록 규정함으로써 자기계약과 쌍방대리를 금지하고 있다. 그러나 이는 대부업법 제2조 제1호 및 제3조에 따라 등록된 대부업자에 한하여 적용될 뿐이고, 그 밖의 금융기관에는 적용되지 않는다. 채무자가 금전대부계약의 체결과 강제집행을 승낙하는 의사표시를 직접 한 이상, '집행증서 작성을 촉탁하는 의사표시'에 관한 대리권을 위임하여 촉탁대리인이 집행증서 작성을 촉탁하는 것은 위 법률 규정에 위배되지 않는다.

4) 이 사건 지침의 제정 경위·취지에 관한 피고의 설명자료(을 제6호증)에 의하면, '대부업자 등'이 특정 공증사무소에 1일 수십, 수백 건의 집행증서 작성을 일괄하여 촉탁하고 있는데(이를 '집단대리촉탁'이라 한다), 대부업자 등이 상대방과 금전대부계약을 체결하는 과정에서 미리 일방적으로 작성해 놓은 '집행증서 작성 촉탁 대리 위임장'에 서명하도록 요구하고 있고, 대부업자 등과 집단대리촉탁을 받은 공증인 사이에 유착관계가 형성되어 공증인은 촉탁인이나 그 대리인을 대면하여 의사표시의 진위를 확인하지 아니하고 비대면으로 집행증서를 일괄 작성하여 교부함으로써 공증인법에서 정한 공정증서 작성 절차를 준수하지 않고 공증수수료를 불법적으로 할인하여 리베이트로 제공하는 등의 문제점이 있어, 이를 규제하기 위하여 이 사건 지침 제4조를 마련하였다고 한다.

이와 같은 공증인법 위반행위에 대한 규제의 필요성은 인정되므로, 이 사건 지침 제4조의 입법목적은 정당하다고 볼 수 있다. 특히 공증인이 개별 집행증서 작성 과정에서 공증인법 제38조 등에서 정한 확인·서명절차를 위반하거나, 공증인법 제7조 제5항의 위임에 따라 「공증인 수수료 규칙」 제30조가 금지하고 있는 수수료 임의 감액을 하였다면 이는 공증인법령을 위반한 행위로서 공증인법 제82조 제1항 제1호의 징계사유에 해당한다.

그러나 공증인법이 부동산 등의 인도·반환을 목적으로 하는 청구에 관한 집행증서가 아닌 한 쌍방대리 형태의 촉탁을 허용하고 있음은 앞서 살펴본 바와 같으므로, '대부업자 등'이 금전대부계약과 관련하여 쌍방대리 형태의 촉탁행위를 하였다는 점만으로 공증인법 제4조 제1항에서 정한 촉탁 거절의 '정당한 이유'에 해당한다고 볼 수는 없다. 이 사건 지침 제4조는 '대부업자 등'과 상대방이 체결한 금전대부계약이 관련 법령을 위반하여 무효인지 여부, 집행증서 작성 촉탁대리권을 위임하는 상대방의 의사표시가 무효인지 여부, '대부업자 등'의 금전대부계약 관련 집행증서 촉탁이 개별적인 촉탁인지 아니면 집단대리촉탁인지 여부, '대부업자 등'의 촉탁에 따른 집행증서 작성 과정에서 공증인이 공증인법령의 어떤 규정을 직접 위반하였는지를 전혀 묻거나 따지지 아니한 채, 단지 '대부업자 등'이 금전대부계약과 관련하여 쌍방대리 형태의 촉탁행위를 하였다는 이유만으로 일률적으로 공증인에게 촉탁을 거절할 의무를 부과하고 있다. 이는 이 사건 지침 제4조의 입법 목적을 달성하기 위하여 적절한 방법이 아니거나 필요 최소한의 제한이 아니어서 헌법상 과잉금지원칙에도 위반된다.

### 3. 이 사건에 관한 판단

가. 원심판결 이유에 의하면, 피고는 원고들이 상호저축은행의 금전대부계약 관련 집

행증서 촉탁을 거절하지 않고 집행증서를 작성함으로써 단지 이 사건 지침 제4조를 위반하였다는 점을 징계사유로 삼아 이 사건 징계처분을 하였음을 알 수 있다.

이 사건 지침 제4조는 무효이므로, 원고들이 이 사건 지침 제4조를 위반하였다는 점은 적법한 징계사유가 될 수 없다. 다만 원고들이 해당 집행증서를 작성하는 과정에서 공증인법령의 규정을 직접 위반하는 어떤 구체적인 행위를 하였다면 적법한 징계사유가 될 수 있을 것이지만, 이 사건 징계처분에서 원고들의 구체적인 위반행위를 징계사유로 삼지 않았으므로, 이는 이 사건에서 법원의 심리·판단의 대상이 아니다.

나. 같은 취지에서 원심은 이 사건 징계처분의 징계사유가 인정되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 공증인법에 따른 감독명령 및 징계사유 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이기택

                  대법관            박정화

주    심            대법관            김선수

대법관 이흥구