

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2018두41907 인가공증인 인가신청반려처분 취소 청구의 소
원고, 상고인 법무법인 서산
피고, 피상고인 법무부장관
제3자소송참가인, 피상고인 제3자소송참가인
원 심 판 결 서울고등법원 2018. 4. 12. 선고 2017누81436 판결
판 결 선 고 2019. 12. 13.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 소송참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 준비서면은 이를 보충하는 범위
에서)를 판단한다.

1. 민사소송법 제420조에 따른 제1심 판결이유의 인용방식(상고이유 제1점)

원고는 원심이 판결이유에 '제1심 판결의 이유를 인용한다'고 기재하였을 뿐 아무런 구체적인 이유를 기재하지 않아 위법하다고 주장한다. 그러나 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 따른 '판결이유에 관한 제1심 판결 인용방식'이 제1심 판결에 기재된 판결이유의 일부만을 특정하여 인용하는 것에 한정된다고 볼 근거가 없다. 제1심 판결의 이유가 전부 타당하다면 제1심 판결의 이유를 전부 인용하는 것도 허용된다. 원심의 판결이유 작성 방식에 상고이유 주장과 같이 민사소송법 제420조에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

2. 공증인가가 재량행위인지 여부(상고이유 제2점)

변호사법에 따라 설립된 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합으로서 해당 법무법인 등의 구성원 변호사 중 2명 이상이 공증인법 제15조의4가 정한 공증담당변호사의 자격이 있을 것을 요건으로 법무부장관이 공증인가를 하고 그 소속 지방검찰청을 지정할 수 있다(공증인법 제15조의2). 공증담당변호사의 자격은 '통산하여 10년 이상 법원조직법 제42조 제1항 각 호의 직에 재직하였을 것', '공증인법 제13조 각 호의 결격사유에 해당하지 않을 것' 등이다(공증인법 제15조의4).

각 지방검찰청 소속 공증인의 정원은 지방검찰청의 관할 구역마다 지방검찰청 관할 구역의 면적, 인구 등을 고려하여 법무부장관이 정하고(공증인법 제10조 제2항), 그 위임에 따른 「공증인의 정원 및 신원보증금에 관한 규칙」(법무부령) 제2조 [별표1] '각 지방검찰청 소속 공증인의 정원'은 각 지방검찰청별 소속 공증인의 정원을 개별적으로 정하고 있다.

인가공증인에 관한 사항을 정하고 있는 공증인법 제15조의2부터 제15조의11까지의 규정, 임명공증인의 임명, 자격, 면직사유, 임기, 정년에 관한 사항을 정하고 있는 공증

인법 제11조부터 제15조까지의 규정은 2009. 2. 6. 법률 제9416호 공증인법 개정 당시 신설되거나 개정된 조항인데, 그 취지는 공증사무의 적절성과 신뢰성을 높이기 위하여 공증인의 임명과 공증인가에 관한 기준을 강화하기 위한 것이다.

공증사무는 국가 사무로서 공증인 인가·임명행위는 국가가 사인에게 특별한 권한을 수여하는 행위이다. 그런데 위와 같이 공증인법령은 공증인 선정에 관한 구체적인 심사기준이나 절차를 자세하게 규율하지 않은 채 법무부장관에게 맡겨두고 있다. 위와 같은 공증인법령의 내용과 체계, 입법취지, 공증사무의 성격 등을 종합하면, 법무부장관에게는 각 지방검찰청 관할 구역의 면적, 인구, 공증업무의 수요, 주민들의 접근가능성 등을 고려하여 공증인의 정원을 정하고 임명공증인을 임명하거나 인가공증인을 인가할 수 있는 광범위한 재량이 주어져 있다고 보아야 한다.

같은 취지에서 원심은 공증인법 제15조의2에 따른 공증인가가 피고의 재량행위라고 판단하였다. 원심 판단은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 상고이유 주장과 같이 공증인가의 법적 성질 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 절차상 하자의 존부(상고이유 제3점)

가. 처분기준 사전공표 의무 위반 여부

행정절차법 제20조는 제1항에서 "행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다."라고 정하면서, 제2항에서 "제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다."라고 정하고 있다.

이와 같이 행정청으로 하여금 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하도록 한 것은 해당 처분이 가급적 미리 공표된 기준에 따라 이루어질 수 있도록 함으로써 해당 처분의 상대방으로 하여금 결과에 대한 예측가능성을 높이고 이를 통하여 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하며 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하기 위한 것이다. 그러나 처분의 성질상 처분기준을 미리 공표하는 경우 행정목적은 달성할 수 없게 되거나 행정청에 일정한 범위 내에서 재량권을 부여함으로써 구체적인 사안에서 개별적인 사정을 고려하여 탄력적으로 처분이 이루어지도록 하는 것이 오히려 공공의 안전 또는 복리에 더 적합한 경우도 있다. 그러한 경우에는 행정절차법 제20조 제2항에 따라 처분기준을 따로 공표하지 않거나 개략적으로만 공표할 수도 있다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2006두9283 판결, 대법원 2011. 8. 25. 선고 2008두5148 판결 등 참조).

원심은 공증인법 제15조의2에 따른 공증인가는 지역별 사정과 공증수요를 고려하여 결정하여야 하므로 성질상 처분기준을 공표하는 것이 현저히 곤란한 경우에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심 판단은 관련 법리에 비추어 수긍할 수 있고, 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 행정절차법상 처분기준 사전공표 의무 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 처분의 이유제시 의무 위반 여부

행정절차법 제23조 제1항은 "행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다."라고 정하고 있다. 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 처분서에 기재된 내용, 관계 법령과 해당 처분에 이르기까지 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시

당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 이를 처분을 취소하여야 할 절차상 하자로 볼 수 없다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두 18571 판결 등 참조).

원심은 이 사건 처분에 행정절차법 제23조 제1항을 위반한 절차상 하자는 없다고 판단하였다. 그 이유로 피고가 이 사건 처분을 하면서 '공증인의 적정 배치, 민원인의 편의 등 공익상 이유'라고 처분의 근거와 이유를 제시하였고, 그 의미가 모호하거나 구체적이지 않다고 보기도 어렵다는 점을 들었다. 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 행정절차법상 이유제시 의무 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

다. 처분의 처리기간, 처리진행상황 통지 의무 위반 여부

행정절차법 제19조 제1항은 "행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다."라고 정하고 있다. 민원 처리에 관한 법률(이하 '민원처리법'이라 한다) 제17조 제1항은 "행정기관의 장은 법정민원을 신속히 처리하기 위하여 행정기관에 법정민원의 신청이 접수된 때부터 처리가 완료될 때까지 소요되는 처리기간을 법정민원의 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다."라고 정하고 있고, 민원 처리에 관한 법률 시행령(이하 '민원처리법 시행령'이라 한다) 제23조 제1항은 "행정기관의 장은 민원이 접수된 날부터 30일이 지났으나 처리가 완료되지 아니한 경우 또는 민원인의 명시적인 요청이 있는 경우에는 그 처리진행상황과 처리완료 예정일을 적은 문서를 민원인에게 교부하거나 정보통신망 또는 우편 등의 방법으로 통지하여야 한다."라고 정하고 있다.

처분이나 민원의 처리기간을 정하는 것은 신청에 따른 사무를 가능한 한 조속히 처리하도록 하기 위한 것이다. 처리기간에 관한 규정은 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이라고 볼 수 없다. 행정청이 처리기간이 지나 처분을 하였더라도 이를 처분을 취소할 절차상 하자로 볼 수 없다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두7115 판결 등 참조). 민원처리법 시행령 제23조에 따른 민원처리진행상황 통지도 민원인의 편의를 위한 부가적인 제도일 뿐, 그 통지를 하지 않았더라도 이를 처분을 취소할 절차상 하자로 볼 수 없다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013두1560 판결 참조).

원심은 피고가 공증인법 제15조의2에 따른 공증인가의 처리기간을 미리 공표하지 않았거나 원고에게 공증인가 신청의 처리진행상황을 통지하지 않은 것을 이 사건 처분을 취소하여야 할 절차상 하자로 볼 수 없다고 판단하였다. 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 행정절차법이나 민원처리법상 처분·민원의 처리기간이나 처리진행상황 통지 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 재량권 일탈·남용 여부(상고이유 제4점)

재량행위에 대한 사법심사에서는 기속행위의 경우와는 달리, 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 법원이 독자적인 결론을 도출할 수 없고 행정청의 판단에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심리·판단할 수 있을 뿐이다. 재량권 일탈·남용 여부는 행정청이 재량판단에서 고려한 사유에 관하여 관련 법령을 잘못 해석하였거나 사실을 오인하였는지, 공익과 사익의 비교형량에서 비례·평등원칙과 같은 법의 일반원칙을 위반하였는지를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결 등 참조). 나아가 지역별 공증인의 정원은 '공증사무의 적절성과 공정성 확보'라는 공증인법의 입법목적과 지역

별 면적, 인구, 공증사무의 수요, 주민들의 편의 등과 같은 객관적인 사정을 고려하여 결정하여야 하고, 공증인이 되고자 하는 사람의 주관적 이익을 우선할 수는 없다.

원심판결 이유에 따르면 다음 사실을 알 수 있다. 피고는 2017. 5. 18. ○○지역에 사무소를 두고 있는 원고에 대해서는 공증인법 제15조의2에 따른 공증인가 신청을 반려하는 이 사건 처분을 하였다. ○○지역의 기존 임명공증인이 2017. 5. 29. 정년이 되어 퇴직함에 따라 발생한 결원을 보충하기 위하여 2017. 5. 30. 제3자 소송참가인을 공증인법 제11조에 따른 임명공증인으로 임명하였다.

원심은 다음과 같은 이유로 피고의 결정이 객관적으로 합리성을 결여하였다고 보이지 않는다고 판단하였다. ○○지역의 공증인 수가 1명으로 유지되어 왔고 ○○지역의 인구와 공증사무의 수요에 비추어 공증인 수가 부족하다고 볼 자료가 없다. 공증인법 제15조의2에 따른 인가공증인은 변호사 업무를 병행하는 반면 공증인법 제11조에 따른 임명공증인은 겸직이 금지되어 공증사무만을 수행하므로 임명공증인의 비율을 늘려나가는 것이 공증사무의 적절한 수행을 위해 바람직하다.

이러한 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 재량권 일탈·남용 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

5. 결론

원고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고, 상고비용은 소송참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원

 대법관 조희대

주 심 대법관 김재형

 대법관 민유숙