

4. 법무사법시행규칙 사건

〈헌재 1990. 10. 15. 89헌마178 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원, 판례집 2, 365〉

가. 사건의 배경

이 사건은 법무사시험을 법원행정처장의 재량에 따라 실시하도록 규정한 법무사법시행규칙 제3조 제1항에 대하여 직업선택의 자유 및 평등원칙을 위반한 것이라며 위헌결정한 사건이다.

법무사법 제4조는 법원·헌법재판소·검찰청에서 7년 이상 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원사무관이나 검찰사무관(검찰의 수사사무관을 포함한다) 이상의 직에 있던 자로서 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자와 법무사시험에 합격한 자에게 법무사 자격을 주도록 하고(제1항) 법무사의 자격인정 및 법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다(제2항)고 규정하고 있었다.

그러나 이를 근거로 한 법무사법시행규칙(1990. 2. 26. 대법원규칙 제1108호) 제3조 제1항은 법무사시험에 관하여 “법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다.”고 규정하고 있어 대법원은 법원이나 검찰의 퇴직공무원들만으로 법무사 수요를 충분히 충족할 수 있다는 이유를 들어 건국 이후 세 차례밖에 법무사시험을 실시하지 않고 있었다.

청구인은 법무사사무소 사무원으로 종사해 오면서 법무사가 되고자 법무사시험의 준비를 하여 왔는데, 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 법무사시험을 정기적으로 실시하도록 한 법무사법 제4조 제1항 제2호의 취지에 반하여 법무사시험의 실시여부를 전적으로 법원행정처장의 자유재량에 맡김으로써 법원행정처장이 법정기간 이상을 근무하고 퇴직한 법원공무원이나 검찰공무원만으로도 법무사 충원에 지장이 없다는 이유로 법무사시험을 실시하지 아니하고 있다고 하면서 법무사법시행규칙 제3조 제1항이 법무사시험 응시의 기회를 박탈함으로써 평등권을 침해하였다고 하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 다음과 같이 대법원의 규칙도 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다고 하면서 법무사법시행규칙 제3조 제1항이 평등권과 직업선택의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 결정하였다.

헌법 제107조 제2항이 규정하고 있는 대법원의 명령·규칙에 대한 최종적인 위헌심사권은 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미일 뿐이며 명령·규칙 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없이 가능하다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 ‘공권력’이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한

규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.

법무사법 제4조 제1항이 7년이상 법원·헌법재판소·검찰청의 퇴직공무원뿐 아니라 법무사 시험에 합격한 자에게도 법무사 자격을 인정하는 취지는 헌법상 평등의 원칙 아래 모든 국민에게 법무사 자격의 문호를 공평하게 개방하여 국민 누구나 법이 정한 시험에 합격한 자는 법률상의 결격사유가 없는 한 법무사업을 선택하여 이를 행사할 수 있게 함으로써 특정인이나 특정 집단에 의한 특정 직업 또는 직종의 독점을 배제하고 자유경쟁을 통한 개성신장의 수단으로 모든 국민에게 보장된 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 구현시키려는 데에 있다.

법무사법 제4조 제1항 제2호에서 법무사시험에 합격한 자에게 법무사의 자격을 인정하는 것은 법무사시험이 합리적인 방법으로 반드시 실시되어야 함을 전제로 하는 것이고 따라서 법무사법 제4조 제2항이 대법원규칙으로 정하도록 위임한 이른바 ‘법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항’이란 시험실시에 관한 구체적인 방법과 절차를 말하는 것이지 시험의 실시여부까지도 대법원규칙으로 정하라는 말은 아니다.

그럼에도 불구하고 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정하면 법무사시험을 실시하지 아니해도 된다는 것으로서 상위법인 법무사법 제4조 제1항에 의하여 청구인을 비롯한 모든 국민에게 부여된 법무사자격 취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈하고 법무사업을 법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게 독점시키는 것이 되며 이는 결국 대법원이 규칙제정권을 행사함에 있어 위임입법권의 한계를 일탈하여 청구인이나 기타 법무사자격을 취득하고자 하는 모든 국민의 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

다. 사후경과

명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 최종적인 위헌심사권을 대법원에 두고 있는 헌법 제107조 제2항의 해석을 둘러싸고 헌법재판소도 명령·규칙에 대한 위헌심판권을 갖는가 하는 점이 그동안 논란되어 왔으나 이 사건에서 명령·규칙이 직접적으로 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 이에 대한 위헌여부의 심판권이 헌법재판소에 있음을 명확히 하고 그러한 전제에서 최초로 대법원규칙에 대해 위헌선언한 것이어서 중대한 의미가 있는 결정이었다. 대법원은 이 결정이 선고되자 곧바로 명령·규칙의 위헌심사권에 관한 법원행정처 헌법연구반보고서를 공표하여 공식적으로 헌법재판소의 결정에 이의를 제기하였다(법률신문 1990. 11. 26.). 그 보고서의 요지에 의하면 헌법 제101조는 대법원이 사법권을 관장하는 최고법원임을 규정하고 헌법 제107조 제2항은 법률 아닌 하위법령 즉 명령·규칙에 대한 위헌여부심사권은 대법원을 비롯한 일반법원에 전속하며 종전의 대법원 판례와 학설에 따르면 명령·규칙이 국민의 권리를 직접 침해할 때에는 그 자체가 행정소송의 대상이 될 수 있고 따라서 보충성의 원칙 때문에 행정소송을 거쳐야 하며, 만일 헌법재판소가 명령·규칙에 대한 위헌심사권까지 행사하려면 사전에 이를 감당할 만한 조직과 구조를 먼저 갖추는 일이 선행되어야 한다는 것이었다.

법조계와 학계의 반응은 엇갈렸다. 일부 견해는 대법원의 견해를 지지하였으나(권영성, 인권과 정의, 1991년 2월호; 이상규, 고시연구, 1991년 1월호; 윤용섭, 법률신문, 1990. 11. 1.; 박일환, 인권과 정의, 1991년 2월호; 김태현, 법률신문, 1991. 1. 14.), 다수의 견해는 헌법재판소의 결정을 지지하였다(김남진, 법률신문, 1991. 4. 4.; 김일수, 중앙일

보, 1990. 11. 10.; 김학성, 판례월보, 1991년 7월호; 이석연, 인권과 정의, 1991년 4월호; 이승우, 인권과 정의, 1991년 2월호; 황치연, 고시연구, 1991년 2월호 등).

헌법재판소의 결정에 찬성하는 견해는 헌법 제107조 제2항의 규정의 반대해석상 재판의 전제가 되지 않은 경우에는 명령·규칙에 대한 헌법소원심판권을 갖는다는 해석이 나오며 또한 제107조 제2항의 '최종적으로'라는 법문의 의미는 심급구조상 대법원이 최종심을 맡는다는 것이지 헌법재판소에 대한 관계에서도 최종적으로 위헌심사를 할 수 있다는 것은 결코 아니라든가(이석연, 인권과 정의, 1991년 4월호), 헌법 제107조 제2항은 법률이하의 규범심사에 관해 규정하면서 규범이 아닌 처분이 그 안에 포함되어 있는 반면에 자치입법(조례·규칙)에 대해서는 논급이 없는 등 모순이 많기 때문에 이 조항을 절대시해서는 안되고 헌법개정을 통하여 수정하거나 삭제되어야 한다거나, 기본권을 침해하는 명령·규칙은 처분성을 가지므로 행정소송을 거쳐야 한다는 대법원의 입장에 대해서는 기본권을 침해하는 명령·규칙을 전부 처분으로 볼 수도 없거니와 규범으로서의 명령·규칙이 직접 기본권을 침해하는 사례도 많다(김남진, 법률신문, 1991. 4. 4.)는 점 등을 지적하면서 대법원 논리의 문제를 지적하고 있다.

법원행정처는 이 결정이 있는 지 거의 2년만인 1992년 7월 19일 제1회 법무사시험을 실시하였고 1998년까지 4차례 법무사시험이 실시되었다.

이 결정은 공권력행사의 형태인 명령·규칙, 특히 대법원규칙에 대하여도 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있음을 명백히 한 것으로서 그 후 명령·규칙에 대한 직접적인 헌법소원이 가능하다는 판례를 정착시키는 계기가 되어 보다 효율적인 기본권구제가 가능하게 되었다.