

私署證書 認證의 實務上 몇 가지 問題

박 상 진

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서론

사서증서의 인증은 공정증서의 작성과 함께 공증인의 주된 사무이다(공증인법 제2조 참조). 사서증서는 공정증서에 상대적인 용어로서 사문서를 말한다. 인증(認證)은 인정(認定) 또는 확인(確認)과 증명(證明)의 뜻이다. 국어사전에서는 어떠한 문서나 행위가 정당한 절차에 따라 이루어졌다는 것을 공적 기관이 증명하는 것이라고 설명한다. ISO인증, 벤처기업인증 등에서 사용되는 용례이다.

사서증서의 인증은 공적 기관인 공증인이 문서의 진정성립을 증명한다는 것이다.

공증인법은 제5장 사서증서의 인증이라는 제목아래에 여러 가지의 인증에 관하여 규정하고 있다. 사서증서 인증(공증인법 제57조 제1항), 사서증서 등본 인증(공증인법 제57조 제2항), 선서인증(공증인법 제57조의2), 정관 인증(공증인법 제63조), 법인의사록 인증(공증인법 제66조의2) 등이다. 제5장의 제목으로 사용된 사서증서의 인증은 넓은 의미이고, 제57조 제1항의 사서증서의 인증은 좁은 의미에서 사용된 용어이다.¹⁾ 제5장의 제목으로서 사서증서의 인증은 제4장의 증서의 작성에 대응하고 있다.

1) 구 공증인법(1985. 9. 14. 법률 제3790호로 개정되기 전의 것)에서는 제5장의 제목이 인증이었다.

사서증서 인증사무를 처리하다보면 일부가 무효인 경우도 있고, 계약 당사자 가운데 일부만 인증을 촉탁하는 경우도 있다. 이러한 경우에 인증을 부여할 수 있는지 등 여러 가지 문제에 부딪치게 된다. 공증인이 보존하는 사서증서인증서 사본에 대하여 열람이나 등본을 요청하는 경우도 있다.

본고는 사서증서 인증의 실무에서 부딪치는 문제를 검토하는 데 목적이 있다. 공증인법을 비롯하여 관계 법령에 규정된 사서증서 인증의 방법과 절차를 규명하고 우리나라의 사서증서 인증에 관한 법리를 확립함으로써 문제의 해결방법을 살펴보고자 한다.

II. 공증인

우리나라의 공증인에는 임명공증인과 인가공증인의 구별이 있으나 그 직무의 범위에는 아무런 차이가 없다.²⁾ 전자문서에 대한 공증사무는 지정공증인만 취급할 수 있다는 제한이 있을 뿐이다(공증인법 제1조의2 제5호). 여기서는 제척과 직무집행 장소만 살펴본다.

1. 공증인의 제척

가. 제척사유

제척은 공정한 직무집행을 위하여 일정한 경우 공증인을 직무집행에서 배제하는 것이다. 제척사유는 다음과 같다(공증인법 제21조).

- ① 촉탁인, 그 대리인, 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있는 사람의 친족인 경우
(친족관계가 끝난 경우에도 또한 같다)
- ② 촉탁인 또는 그 대리인의 법정대리인인 경우

2) 대만의 경우에는 공정증서, 인증을 모두 취급하는 공증인과 인증만 취급하는 공증인의 구별이 있다.

- ③ 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있는 경우
- ④ 촉탁받은 사항에 관한 대리인이거나 보조인인 경우 또는 대리인이었거나 보조인이었던 경우

공증인합동사무소의 경우 1인의 공증인에게 제척사유가 있으면 그 공증인사무소의 공증인 모두 직무에서 배제된다고 할 것이다.

나. 인가공증인의 제척사유

인가공증인에게 제척사유가 있는 경우에 인가공증인이 제척되는 것은 당연하다. 공증담당변호사에게 제척사유가 있는 경우 그 공증담당변호사가 직무에서 배제되는 것도 당연하다. 공증담당변호사 1인에게 공증인법 제21조 소정의 사유가 있는 경우에는 그가 소속된 인가공증인은 직무를 수행할 수 없다고 할 것이다. 예를 들면 손해배상소송을 대리하던 변호사가 인가공증인의 공증담당변호사가 된 경우 그 인가공증인은 해당 손해배상에 관한 합의서의 인증에서 제척된다는 것이다.

다. 공증인법 제15조의9와 변호사법 제51조

인가공증인은 해당 법무법인이나 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송과 관련하여 다음과 같은 공증업무를 수행할 수 없다(공증인법 제15조의9).

- ① 법률행위나 그 밖에 사권에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성
- ② 어음·수표 또는 이에 부착된 보충지에 강제집행할 것을 기재한 증서의 작성
- ③ 법인의 등기 절차에 첨부되는 의사록의 인증
- ④ 상법 제292조 및 그 준용규정에 따른 정관의 인증

이와 관련하여 변호사법에도 제한 규정이 있다. 법무법인은 그 법인이 인가공증인으로서 공증한 사건에 관하여는 변호사 업무를 수행할 수 없고, 다만, 대통령령으로 정하는 경우에 한하여 변호사 업무를 수행할 수 있다(변호사법 제51조, 법무법인(유한)과

법무조합에도 준용된다[제58조의16, 제58조의30]).

공증인법 제15조의9와 변호사법 제51조를 종합적으로 이해하면 법무법인이 소송대리를 한 사건에 관하여는 공증업무를 수행할 수 없고, 또한 공증업무를 수행한 경우에는 그에 관한 변호사업무를 수행할 수 없다는 취지이다.

중전에는 법무법인이나 공증인가합동법률사무소가 공증업무를 수행하는 경우 그 법무법인의 지위나 공증업무를 수행하는 변호사의 지위에 관하여 논란이 있었다. 그러나 공증인법이 2008. 12. 19. 개정되면서 공증인은 직무에 관하여 공무원의 직위를 가지는 것으로 본다는 규정(공증인법 제2조 제2문)이 신설되었고, 2009. 2. 6. 인가공증인 제도가 도입되고, 인가공증인의 공증담당변호사에 대하여는 성격에 반하지 아니하는 한 공증담당변호사를 공증인으로 본다는 규정(공증인법 제15조의5)이 신설되었다. 따라서 공증인법 제15조의9와 변호사법 제51조는 더 이상 필요하지 않게 되었다. 인가공증인이 법무법인으로서 소송대리를 한 사건에 관하여는 공증인법 제21조에 따라 제척되고, 인가공증인으로서 공증한 사건에 관하여는 변호사법 제31조 제1항(법무법인 등에 준용, 제57조, 제58조의16, 제58조의30)에 따라 수임할 수 없기 때문이다.

입법적으로는 공증인법 제15조의9와 변호사법 제51조를 삭제하는 것이 바람직하다.

2. 직무집행 장소

공증인은 사무소에서 직무를 수행하여야 하고(공증인법 제17조 제3항), 인가공증인의 경우에는 공증담당변호사가 주사무소에서 직무를 수행하므로(공증인법 제17조의2 제1항), 사서증서를 인증하는 경우에도 사무소에서 처리하여야 한다.

사건의 성질상 사무소에서 직무를 수행할 수 없을 때 또는 법령에 다른 규정이 있을 때에는 예외적으로 사무소 밖에서 직무를 수행할 수 있다(공증인법 제17조 제3항 단서). 의사록인증을 위하여 법인의 의결장소에 참석하는 경우가 그 예이다.

공증인이 직무상 사무소 밖으로 출장하는 경우에는 직무집행구역을 준수하여야 할 것이다. 공증인의 직무집행구역은 소속 지방검찰청 관할구역에 따른다. 다만 서울은 하나의 직무집행구역으로 한다(공증인법 제16조).

Ⅲ. 사서증서(私署證書)

1. 사서증서

가. 서명, 기명날인, 무인

공증인법 제2조 제2호 및 공증인법 제57조에 따라 공증인의 인증의 대상이 되는 문서는 사서증서에 한정된다. 여기서 사서증서란 작성자의 서명(서명날인 포함), 기명날인, 무인이 있는 사문서를 말한다. 사문서이더라도 작성자의 서명(서명날인 포함), 기명날인, 무인이 없는 것은 인증의 대상이 될 수 없다.³⁾

나. 공문서

공문서란 국가나 지방자치단체의 기관 또는 공무원이 직무상 작성한 문서를 말한다. 공문서 중에서 공증인과 같은 공증권한을 가진 자가 작성한 것을 공정증서라고 한다.

공문서는 공적 기관이 그 권한과 책임에 따라 그 성립의 진정을 증명한다. 당사자가 사본을 소지하는 경우에도 그것이 원본과 일치하는 지 여부를 확인하는 것(등본인증)은 그 공문서를 발행한 공무소에 한정된다. 따라서 다른 행정기관이 발급한 공문서에 대하여 공증인이 등본인증하는 것은 허용될 수 없다. 예컨대 법인등기사항증명서나 가족관계등록증명서는 공증인의 등본인증 대상이 아니다.

다. 사문서

공문서가 아니면 사문서이다. 공증인법에서는 사문서를 사서증서라 칭한다. 공증인법 제2조의 공정증서에 대비한 용어이다.

사서증서는 사법상 법률행위를 기재한 문서뿐만 아니라, 문서에 법률효과에 직접 또

3) 2002. 1. 26. 전부개정된 민사소송법 제358조의 '서명이나 날인 또는 무인'은 (구)민사소송법 제329조의 '서명이나 날인'을 수정한 것이다. 공증인법 제57조 제1항의 '서명 또는 날인'이라는 법문에 불구하고 공증인은 무인의 진정도 확인할 수 있다.

는 간접적으로 영향을 미칠만한 사실이 기재되어 있으면 그것이 법률행위이던지 법률 사실이던지 인증의 대상이 된다. 법률효과와 아무 관련이 없고 단순히 자연현상이나 역사적 사실을 기재한 문서는 여기서 말하는 사서증서에 포함되지 않는다.

문서는 문자 또는 부호로 사상을 표현하는 것이어야 한다. 사진이나 도화는 문서가 아니며, 그 자체로는 인증의 대상이 될 수 없다.

라. 원본

사서증서 인증의 대상이 되는 문서는 원본이어야 한다. 사본은 문서의 복사물일 뿐이며, 엄밀한 의미에서 문서가 아니다. 사서증서의 사본에 대하여 인증이 부여되었다면 그 인증은 무효라고 할 것이다.⁴⁾⁵⁾

마. 미완성 문서

미완성의 문서는 아직은 문서가 아니다. 인증의 대상이 될 수 없다.

2. 사서증서 내용의 심사

가. 심사의 권한과 의무

사서증서의 인증은 문서의 서명(기명날인, 무인)이 진정하다는 것을 증명하는 것이다. 그러나 공증인은 서명이나 날인의 진정을 확인하는 것만으로 인증을 부여하는 것이 아니다.

사서증서의 내용이 ① 법령을 위반한 사항, ② 무효인 법률행위, ③ 무능력으로 인하

4) 대법원 1989. 9. 12. 선고 87도506 전원합의체판결은 사본도 문서위조죄의 객체인 문서라고 인정하였다. 문서위조의 대상과 사서증서 인증의 대상은 별개이다.

5) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결은 사본에도 확정일자인을 찍을 수 있다는 취지가 아니다. 내용증명우편으로 보낸 우편물에 첨부된 주식보관증의 사본에 확정일자인으로 간인이 된 경우 확정일자인의 효력이 있다는 것일 뿐이다. 위 판결에 따르면 내용증명우편물에 공문서가 첨부된 경우 공문서에도 확정일자인의 효력이 미치게 된다. 이는 민법 부칙 제3조에 정면으로 위반된다.

여 취소할 수 있는 법률행위인 경우에는 인증을 부여할 수 없으므로(공증인법 제59조, 제25조), 그 내용을 심사하여야 한다. 위법·무효인 문서에 공증인의 인증을 받아 적법한 문서처럼 사용되는 것을 방지하기 위한 것이다.⁶⁾

법령위반은 강행법규 위반을 뜻하며, 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정(임의규정)의 위반은 해당되지 않는다. 무효인 법률행위란 의사무능력자의 행위, 사회질서 위반의 행위(민법 제103조), 불공정한 법률행위(민법 제104조), 법률행위의 내용이 확정되지 않은 행위, 법률행위의 목적이 실현 불가능한 행위, 통정한 허위표시(민법 제108조) 등을 말한다. 무능력으로 취소할 수 있는 행위는 미성년자나 피성년후견인 등의 행위, 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하는 것이다(민법 제5조 제2항, 제10조 제1항, 제13조 제4항). 취소사유는 무능력에 한정되며, 비진의표시, 착오 등과 같은 취소 사유의 유무는 심사의 대상이 아니다.

위와 같이 공증인이 증서의 내용을 심사하는 점에 있어서 단순히 서명의 확인에 그치는 다른 나라의 공증과 구별된다.⁷⁾⁸⁾

공증인은 사서증서의 내용을 심사할 권한이 있으며, 또한 의무를 부담한다. 위법, 무효가 명백한 경우에는 인증을 부여하여서는 아니 되며, 이러한 경우 인증을 부여하면 주의의무위반으로서 국가배상법상의 위법행위가 될 수도 있다. 공증인은 조사권한을 십분 활용하여 적극적으로 설명을 요구함으로써 무효인 인증을 방지하고, 더 나아가 공증업무에 대한 신뢰를 확보하는데 진력하여야 한다. 그리하여 예방사법으로서 공증의 기능을 다하게 된다.⁹⁾

6) 공증실무, 대한공증인협회, 2004, 14~15에서는 공정증서의 공신력을 높이기 위하여 필요한 것으로 공증인이 작성한 공정증서가 계약내용의 불법 또는 강행규정의 위반, 무능력으로 인한 취소 등으로 휴지화(休紙化)되는 것을 방지하려는 것이라고 설명하고 있다.

7) 미국의 공증인은 법률자문을 제공할 수 없고, 문서에 어떻게 서명하여야 하는지, 어떤 공증이 필요한지의 의견을 제시할 수 없다. 단지 서명만 확인할 수 있다. 이상석, 미국의 공증제도와 등기제도 소개, 공증과 신뢰, 2016, 240.

8) 미국에 보낼 서류에 대하여 인증을 요구하면서 내용은 확인할 필요가 없다고 주장하는 경우도 있다. 이때에는 미국 대사관에서 공증을 받도록 권고할 일이다.

9) 등본인증에 있어서 원본에 위법·무효의 사항이 기재가 있는 경우도 있다. 등본인증은 인증을 구하는 문서의 등본이 원본과 대조하여 일치한다는 사실을 확인하는 것에 불과하므로, 비록 원본에 위법, 무효의 기재가 있더라도 이를 이유로 촉탁을 거절할 수 없다고 생각할 수도 있다. 그러나 악용의 위험이 커서

나. 심사의 범위와 정도

공증인이 행한 인증의 효력은 그 문서의 성립의 진정을 증명하는 것에 한정되고, 내용의 진실성이나 정확성까지 증명하는 것은 아니다. 따라서 내용의 진실성이나 정확성은 심사의 대상이 되지 않는다.

공증인이 심사의무를 진다고 하더라도 촉탁받은 사항에 대하여 적극적으로 조사하여야 한다는 뜻은 아니다. 직무집행에 있어서 구체적으로 의심이 있는 경우에 조사의 무가 있다는 정도이다. 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위 또는 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위의 기재가 있는지의 관점에서 문서의 내용을 심사하는 것이다. 심사의 결과 위법, 무효 등의 사유가 명백하지 않은 경우에는 공증인에게 상당한 재량권이 인정된다고 할 것이다.

사서증서의 일부에 위법, 무효 등의 기재가 있는 경우에는 그 부분을 정정하지 않는 한 인증을 부여할 수 없다고 해석하여야 할 것이다. 인증은 사서증서의 전체에 대하여 부여하는 것이기 때문이다.

심사결과 당사자의 능력 기타 법률행위의 효력에 영향을 미칠 사항에 대하여 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 한다(공증인법시행령 제12조 제1항). 법률행위가 아닌 사실에 관하여 증서를 작성함에 있어서 그 사실로 인하여 영향을 받을 권리관계에 대하여 의심이 드는 경우에도 마찬가지이다(공증인법시행령 제12조 제2항). 당사자가 필요한 설명을 하지 않거나 설명을 하더라도 의심이 해소되지 않는다면 촉탁을 거절할 수 있다고 할 것이다(공증인법 제4조 제1항 참조).

다. 심사의 한계

공증인의 심사 자료는 사서증서의 내용과 당사자의 진술이다. 구체적으로는 공증인이 직무집행 당시에 보고 들은 사실, 위임장이 제출된 경우에는 그 내용, 위와 밀접한

그러한 등본인증은 허용되지 않는다고 해석하여야 한다. 예컨대 사서증서에 대하여 위조의 의심을 든다고 주장하면서 그 증거를 보전한다는 의미에서 등본인증을 요구하는 경우에는 사실실험 공정증서를 작성하는 것이 바람직하며 단순히 등본인증을 부여할 사항이 아니다. 악용의 위험성이 크기 때문이다.

관련이 있는 내용으로서 과거의 직무집행과정에서 알고 있는 사실, 공지의 사실 등이다. 공증인이 사실조회를 하거나 증거를 조사할 권한은 없다. 인증에 있어서 증서의 내용, 당사자의 진술 등에 따라 알게 된 사실 등에 의하여 구체적으로 의심이 있는 경우에 한정하여 촉탁인 등 관계자에게 설명을 요구할 수 있다는 의미이다. 공증인의 심사는 법원의 재판과는 다른 것으로 권리를 확정하는 것이 아니다.¹⁰⁾

라. 사서증서의 공란 정정 등

사서증서에 글자의 삽입, 삭제, 수정, 난외(欄外)기재 또는 그 밖에 정정된 부분이 있거나 파손되거나 그 밖에 결보기에 현저히 의심할 만한 사유가 있는 경우에는 그 상황을 인증문에 적어야 한다(공증인법 제57조 제3항). 사서증서에 공란이 있는 경우에는 촉탁인으로 하여금 공란에 사선을 그어 더 이상 기재할 수 없도록 하거나 인증문에 공란이 있다는 취지를 구체적으로 지적하여 기재하여야 할 것이다. 인증 이후에 가필, 변경하면 인증의 의미가 없어진다. 그러므로 그러한 변경의 가능성이 전혀 없도록 해야만 한다.

백지위임장 등 문서의 성질상 보충이 예정되어 있는 증서는 인증의 대상에서 제외되어야 할 것이다. 공증인법 제57조 제3항의 취지에 비추어 위임장 가운데 어느 부분에 공란이 있다는 취지를 인증문에 기재 하면 인증을 받을 수 있을 것처럼 보인다. 그러나 인증 이후에는 그 내용을 보충할 길이 없게 되어 전혀 쓸모없는 문서가 되기 때문이다.

마. 심사의 기능

사서증서에 인증을 받으면 사서증서의 서명(기명날인, 무인)에 관하여 진정함이 증명되고, 나아가 그 증서는 일단 적법하고 유효한 것으로 취급된다. 공증인이 사서증서의 내용을 심사하는 것에서 비롯된 사실상의 효력이다.

10) 공증인이 작성한 공정증서에 대하여 법률행위의 불성립, 위법, 무효를 이유로 청구이의소송을 제기할 수도 있다.

IV. 사서증서 인증의 당사자

1. 촉탁인

사서증서 인증의 촉탁인은 그 문서의 작성자이다. 즉 사서증서에 서명, 기명날인, 무인한 당사자가 촉탁인이다(공증인법 제57조 제1항 참조). 증서를 교부받는 상대방은 포함되지 않는다.

자연인 이외에 법인도 촉탁인이 될 수 있으며, 외국인, 외국법인, 법인 아닌 사단이나 재단도 사서증서의 인증을 촉탁할 수 있다.

공증은 의문이나 다툼이 없는 사항 또는 이미 확인된 사항에 관하여 특정한 사실 또는 법률관계의 존부나 내용을 공적으로 증명하는 행위로서 강학상 준법률행위적 행정행위로 분류된다. 공증의 본질은 판단행위가 아니고, 인식행위이며, 따라서 재량의 여지가 없는 기속된 행위이다.¹¹⁾ 공증의 효력은 법률의 규정에 따라 발생한다.¹²⁾

공증인에 대한 공증의 촉탁은 일종의 법률행위로 이해된다. 그리하여 촉탁인의 당사자능력, 행위능력에 관하여는 민법과 민사소송법의 일반원칙을 적용한다. 실무상 문제가 되는 경우를 중심으로 살펴본다.

가. 미성년자

미성년자가 법정대리인의 동의를 얻으면 직접 법률행위를 할 수 있다(민법 제5조 본문). 미성년자가 공증을 촉탁하려면 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 예컨대 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻었음을 이유로 차용증에 대하여 인증을 촉탁하는 경우에는 금전차용에 관한 동의서와 함께 인증의 촉탁에 관한 동의서도 제출하여야

11) 확인, 통지, 수리도 준법률행위적 행정행위로 분류된다. 준법률행위적 행정행위는 행위자의 의사에 관계없이 직접 법규가 정하는 바에 따라 법률효과가 발생한다. 효과의사의 내용에 따라 법률적 효과가 발생하는 법률행위적 행정행위와 구별된다. 김동희, 행정법 I (16판), 박영사, 291.

12) 예를 들면 집행증서의 집행력은 민사집행법 제56조 제4호, 공증인법 제56조의2 제4항, 제56조 제3항에 의하여 부여되는 것이다. 당사자가 금전소비대차계약서에 강제집행의 승낙을 기재하더라도 이것만으로는 집행력이 인정되지 않는다. 실령 공증인의 인증을 받아도 집행력이 인정되지 않는다. 공정증서로 작성된 경우에만 집행력이 인정된다. 이와 같이 집행력은 당사자의 의사에 따라 부여되는 것이 아니다.

한다. 동의서는 인감증명서에 의하여 진정성립이 증명되어야 한다(공증인법 제32조). 법정대리인이라는 점을 증명하기 위하여 가족관계증명서, 기본증명서를 제출하게 하여야 한다.

법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있으므로(민법 제6조), 법정대리인의 허락서가 인감증명서에 의하여 진정성립이 증명되고, 가족관계증명서, 기본증명서가 제출되면 미성년자의 촉탁으로 재산을 처분하는 계약서에 인증을 부여할 수 있다.

법정대리인의 허락을 받아 특정한 영업을 하는 경우에는 성년자와 동일한 행위능력이 있고(민법 제8조 제1항), 법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 때에는 그 사원자격으로 인한 행위에는 능력자로 보므로(상법 제7조), 미성년자가 직접 촉탁인이 될 수 있다. 영업에 관한 것은 상업등기부(상법 제6조), 사업자등록증 등에 의하여 증명된다.

17세 이상의 미성년자가 유언하는 경우에는 민법 제5조가 적용되지 않으므로(민법 제1061조, 제1062조), 자필증서의 인증을 촉탁하는 경우에는 미성년자 본인이 직접 촉탁하여야 한다.

미성년자가 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우에는 소송능력이 있으므로(민사소송법 제55조 제1호), 이와 관련된 소송위임장이나 합의서 등의 인증은 미성년자 본인이 직접 촉탁할 수 있다.

친권자나 미성년후견인이 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없고(근로기준법 제67조 제1항), 미성년자가 독자적으로 임금을 청구할 수 있으므로(근로기준법 제68조) 이와 관련된 사서증서의 인증은 미성년자 본인이 촉탁하여야 한다.

나. 법인

법인은 권리와 의무의 주체가 되므로(민법 제34조), 내국법인·외국법인, 영리법인·비영리법인, 사단법인·재단법인의 구별이 없이 모두 촉탁인이 될 수 있다. 법인이 해산하는 경우에는 청산 목적범위 내에서 법인격을 유지한다.

국가나 지방자치단체와 같은 공법인도 촉탁인이 될 수 있다. 그러나 국가의 기관에 지나지 않는 기관은 독립하여 법인격이 없으므로 촉탁인이 될 수 없다. 법인의 기관인

학교장, 그 지방조직, 내부부서에 불과한 지점 등은 촉탁인이 될 수 없다.

법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 민사소송의 당사자가 될 수 있고(민사소송법 제52조), 부동산의 등기권리자나 등기의무자가 될 수 있다(부동산등기법 제26조). 따라서 법인이 아닌 사단이나 재단도 공증을 촉탁할 수 있다. 사단이나 재단의 실체를 확인하는 자료와 대표자 또는 관리인이라는 점을 증명하는 자료가 제출되어야 할 것이다.

외국법인의 경우에도 법인의 존재와 대표자임을 증명하여야 한다.

인증서를 작성함에 있어서는 사서증서에 서명 또는 기명날인한 법인의 대표자의 자격과 성명도 기재하는 것이 보통이다.

[인증문 기재례]

① 주식회사의 대표이사가 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○ 주식회사 대표이사 ○○○는

② 주식회사의 대표자가 사내이사인 경우

촉탁인 ○○ 주식회사 대표자 사내이사 ○○○는

③ 공동대표이사가 3인인 경우

촉탁인 ○○ 주식회사 공동대표이사 ○○○, 동 ○○○, 동 ○○○의 대리인 ○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.

④ 공동대표이사 중 1인이 출석, 다른 공동대표이사를 대리하는 경우

촉탁인 ○○ 주식회사 공동대표이사 ○○○의 대리인△△△, 공동대표이사 △△△는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑤ 사단이나 재단의 경우

촉탁인 ○○재단법인 대표자 이사 ○○○의 대리인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.

다. 다수의 촉탁인

공동의 이해관계를 가진 사람이 여럿인 경우 민사소송에서는 선정당사자제도를 이용할 수 있지만(민사소송법 제53조), 공증에는 이러한 특례가 없다. 개별적으로 촉탁할 수밖에 없다.

2. 대리인

가. 공증촉탁의 대리

대리는 대리인이 행한 행위의 효과를 직접 본인에게 귀속시키는 제도이다. 공증의 촉탁에 임의대리가 허용됨은 명백하다(공증인법 제30조 참조). 공증의 촉탁을 대리하기 위하여는 적법한 대리권이 있어야 한다. 공증 촉탁의 대리인에는 임의대리인과 법정대리인의 두 종류가 있다.

나. 임의대리인

(1) 대리인의 권한

임의대리인은 본인의 의사에 의하여 대리인이 된 사람이다. 법률행위가 완성된 이후에 공증의 촉탁만 위임할 수도 있고, 법률행위의 대리과 함께 공증 촉탁의 대리를 위임할 수도 있다. 공증 촉탁의 대리는 법률행위의 대리과는 구별된다. 법률행위만 위임받은 대리인은 공증의 촉탁을 대리할 권한이 없다.¹³⁾

대리인의 권한은 수권행위에 의하여 결정되고, 대리인은 위임받은 사항의 촉탁만 대리할 수 있다. 다시 말하면 촉탁행위의 대행자이며, 실질적으로는 사자이다. 따라서 의사표시 또는 법률행위의 대리에 관한 민법의 규정은 공증 촉탁의 대리에는 원칙적으로 적용되지 않는다.¹⁴⁾ 구체적으로 살펴보면 표현대리(민법 제125조, 제126조, 제129조)가 적용되지 않는 것은 물론이다. 그 외에 권한을 정하지 않은 대리인의 대리권 범위(민법 제118조), 복임권(민법 제120조), 자기계약·쌍방대리의 금지(민법 제124조), 무권대리의 추인(민법 130조)도 적용되지 않는다고 할 것이다. 권한을 정하지 않은 대리인이 공증의 촉탁을 대리할 수 없는 것은 공증인법상 당연하다(공증인법 제31조 제1항 참조). 복대리인의 선임은 위임장에 특별수권사항으로 기재된 경우에 한하여 허용된다. 1명의 대리인이 쌍방을 대리하여 인증을 촉탁하거나 계약의 일방 당사자가 상대방도 대리하여 인증을 촉탁하는 경우에도 위임을 받아야 하며, 위임을 받은 이상 별도의 허락은 필요하지 않다.¹⁵⁾ 대리권이 없는 자의 촉탁으로 사서증서를 인증받은 경우에는 공증인법 제59조, 제30조에 위반된 인증으로서 공증의 효력이 없게 된다(공증인법 제3조). 본인이 추인한다고 하여 효력이 생기는 것은 아니다.

(2) 위임장

위임장에는 위임사항이 분명하게 기재되어야 한다. 사서증서 인증의 촉탁을 대리하는 경우에는 공증의 촉탁 이전에 사서증서가 작성되어 있기 마련이다. 따라서 사서증

13) 특정의 법률행위에 대한 대리인은 원칙적으로 공증 촉탁을 대리할 권한이 없다. 별도로 공정증서 작성이나 사서증서 인증의 촉탁을 대리할 권한을 수여받아야 한다.

14) 박상진, 집행증서의 법률관계, 공증과 신뢰, 통권 제9호, 대한공증인협회, 16.

15) 공증인법 제56조의3 제2항과 같이 쌍방대리 등을 금지하는 특별규정이 있는 경우도 있다.

서의 제목만 기재하여도 위임사항이 특정된다. 이러한 점에서 공정증서를 작성하는 경우와 큰 차이가 있다. 법률행위 공정증서의 경우에는 촉탁에 따라 비로소 공증인이 증서를 작성하게 된다. 증서에 기재할 내용 즉, 법률행위의 내용이 명확하지 않다면 공증인으로서의 증서를 작성할 도리가 없게 된다. 위임장에 막연히 법률행위의 명칭만 쓰고 그 법률행위에 관한 일체의 권한을 위임한다는 취지만 기재되어 있는 경우에는 법률행위의 내용이 특정되지 않아 공정증서를 작성할 수 없게 되는 것이다.

위임장은 인증을 받았거나 권한 있는 행정기관이 작성한 인감증명서 또는 서명에 관한 증명서에 의하여 진정성립이 증명되어야 한다(공증인법 제31조 제2항). 인감증명서는 발행일부터 3월 이내의 것이어야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제14조 제3항).

(3) 지배인 등

지배인(상법 제11조)과 같이 대리권이 법정되어 있는 사람도 있다. 선임과 해임이 본인의 의사에 따라 이루어진다는 점에서 임의대리인으로 분류된다. 그러나 본인에 갈음하여 제한 없이 포괄적으로 법률행위를 대리할 권한이 있다는 점에서는 법정대리인과 유사한 점도 있다. 지배인이 공증의 촉탁을 대리할 수 있음은 당연하다. 지배인이 다시 대리인을 선임할 수도 있다.

관리인대리·파산관재인 대리인(채무자회생 및 파산에 관한 법률 76조, 제362조), 중소기업은행 대리인(중소기업은행법 제30조) 등도 같다.

[인증문 기재례]

① 지배인이 대리하는 경우1

촉탁인 ○○ 주식회사(대표이사 ○○○)의 지배인 ○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 등기사항전부증명서에 의하여 이를 인정하였다.

② 지배인이 대리하는 경우2

촉탁인 ○○ 주식회사(대표이사 ○○○)의 대리인 지배인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 등기사항전부증명서에 의하여 이를 인정하였다.

③ 지배인이 대리인을 선임한 경우

촉탁인 ○○ 주식회사(대표이사 ○○○) 지배인○○○의 대리인 ○○○ 는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 등기사항전부증명서, 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정
하였다.

④ 회생법인의 경우

촉탁인 회생채무자 ○○ 주식회사의 관리인 ○○○의 대리 ○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 등기사항전부증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑤ 법인이 아닌 회생채무자의 경우

촉탁인 회생채무자 ○○○의 관리인 ○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 결정에 의하여 이를 인정하였다.

⑥ 임의대리인의 경우

촉탁인 회생법인 ○○ 주식회사의 관리인 ○○○의 대리인 ○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 등기사항전부증명서, 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정
하였다.

(4) 변호사의 사무원 등

소송에 있어서는 변호사가 사무원을 통하여 법원에 소장 등 서류를 제출하지만 공증에 있어서는 허용되지 않는다. 공증인 사무소에 출석하여 촉탁서를 작성하는 사람이 대리인이 되어야 한다. 법무사의 직원이 인증촉탁서류를 제출하였을 뿐 법무사가 공증인 앞에서 사서증서의 날인이 당사자 본인의 것임을 확인한 사실이 없음에도 불구하고 마치 그렇게 확인한 것처럼 인증서에 기재하면 허위공문서작성죄가 성립한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도3844판결).

다. 법정대리인

법정대리인은 본인의 의사와 관계없이 법률의 규정이나 법원의 선임에 의하여 대리인이 된 사람이다. 그 권한은 민법 기타 법률의 규정에 의하여 정하여진다. 일반적으로 법률행위를 대리할 권한이 있으면 공증 촉탁의 대리권이 인정된다.

대리인의 권한에 제한이 있는 경우는 주의하여야 한다. 예를 들면 부채자 재산관리인은 원칙적으로 민법 제118조에 규정한 행위만 할 수 있고, 그를 넘는 행위를 하는 경우에는 법원의 허가를 얻어야 한다(민법 제25조).

2013. 7. 1.부터 개정민법¹⁶⁾이 시행되면서 친권과 후견 부분에 큰 변화가 있으므로 이에 관하여 살펴보기로 한다. 대리인에 관한 나머지 부분은 [개정판]공증실무 참조.

(1) 친권자

(가) 공동행사의 원칙

친권은 부모가 공동으로 행사하는 것이 원칙이다(민법 제909조 제1항). 다음의 경우에는 부모의 일방이 친권자가 된다.

16) 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되고, 2011. 5. 19. 법률 제10645호로 개정되었다.

- ① 일방이 친권을 행사할 수 없는 경우(민법 제909조 제3항).
- ② 부모의 협의이혼시 협의로 친권자를 정한 경우(민법 제909조 제4항)¹⁷⁾
- ③ 부모의 협의이혼시 가정법원이 친권자를 정한 경우(민법 제909조 제4항)
- ④ 재판상 이혼시 가정법원이 친권자를 정한 경우(민법 제909조 제5항)
- ⑤ 이미 지정된 친권자를 가정법원이 변경한 경우(민법 제909조 제6항)¹⁸⁾

(나) 단독친권자의 사망

단독 친권자로 지정된 부모의 일방이 사망하면 타방의 생존 부모가 당연히 친권자로 되는 것이 아니다. 생존부모는 가정법원의 친권자 지정 심판을 거쳐 친권자로 지정되어야만 비로소 친권자가 된다. 생존하는 부모가 친권자로 되는 경우는 다음과 같다.

- ① 가정법원의 친권자 지정(민법 제909조의2 제1항)
- ② 단독친권자가 유언으로 미성년후견인을 지정하였지만 가정법원이 후견을 종료하고 생존 부모를 친권자로 지정한 경우(민법 제931조 제2항)
- ③ 미성년후견인 선임 청구를 하였지만 이를 기각하고 생존 부모를 친권자로 지정한 경우(민법 제909조의2 제4항)
- ④ 미성년후견인을 선임한 이후 가정법원이 후견을 종료하고, 생존 부모를 친권자로 지정한 경우(민법 제909조의2 제6항)

(다) 가족관계등록부의 기록

친권자를 지정하거나 변경하는 재판이 확정된 때에는 그 재판을 청구한 사람 또는 재판에 의해 친권자로 된 사람은 1개월 이내에 재판서 등본 및 확정증명서를 첨부하여 시(구)·읍·면장에게 신고하여야 한다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제79조).

가정법원은 사건본인의 등록기준지에 가족관계등록부 기록을 촉탁하여야 한다(가

17) 중전의 친권행사자라는 용어는 더 이상 사용되지 않는다.

18) 당사자의 협의만으로는 친권자의 지정을 변경할 수 없으며 반드시 가정법원의 심판을 거쳐야 한다.

사소송규칙 제5조).

따라서 촉탁인이 미성년자인 경우에는 특히, 부모가 이혼한 경우에는 미성년자의 기본증명서를 제출하게 하여(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제21조의2) 친권과 후견에 관한 사항을 확인하여야 한다.¹⁹⁾

(라) 친권의 내용

친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자의 법정대리인이 되고(민법 제911조), 법정 대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리하고 동의한다(민법 제920조 본문). 자의 법률행위에 대하여 동의하고(민법 제5조 제1항), 범위를 정하여 재산의 처분을 허락할 수 있고(민법 제6조), 특정한 영업을 허락할 수 있다(민법 제8조 제1항). 자에게 상법상 영업을 허락할 수 있고(상법 제6조), 회사의 무한책임사원이 되는 것을 허락할 수 있다(상법 제7조). 친권자는 자의 재산상 행위에 대해서만 대리할 수 있으며, 신분행위의 대리는 허용되지 않는다.

친권자의 동의 없이 미성년자가 법률행위를 한 경우에는 친권자는 이를 취소할 수 있다(민법 제5조 제2항). 미성년자가 법률행위를 하기 전에는 친권자가 법률행위의 동의와 재산처분의 허락을 취소할 수도 있다(민법 제7조). 영업을 허락을 제한하거나 취소할 수도 있다(민법 제8조 제2항). 다만 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

미성년자가 공증을 촉탁하는 경우에는 친권자의 동의를 얻어야 한다. 친권자의 동의 없이 촉탁하는 경우에는 취소할 수 있는 행위로서 증서를 작성하거나 인증을 부여하여서는 아니 된다(공증인법 제25조, 제59조).

(마) 대리권의 제한

1) 영업의 허락

19) 친권·후견에 관한 사항은 미성년자의 기본증명서 중 특정증명서에 기재하도록 되어 있다(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제21조의2). 기본증명서는 일반증명서(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제15조 제2항), 상세증명서(제3항), 특정증명서(제4항, 가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제21조의2 제2호)로 구분된다.

친권자가 영업을 허락한 경우에는 미성년자는 성년자와 동일한 능력이 있으므로(민법 제8조 제1항), 친권자라도 그 영업재산의 처분을 대리할 수 없다. 친권자가 처분을 허락한 재산도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다.

2) 친권자 관리에 대한 제3자의 반대

제3자가 미성년자에게 무상 증여하면서 친권자의 관리를 반대할 때에는 친권자의 대리권이 인정되지 않는다. 그 재산의 관리를 위하여는 별도의 대리인으로서 관리인이 선임되어야 한다(민법 제918조). 관리인의 권한은 민법 제118조에 규정된 범위로 제한된다. 그 권한을 넘는 행위를 하기 위하여는 법원의 허가를 얻어야 한다(민법 제918조 제2항, 제4항).

3) 자녀의 행위를 목적으로 하는 채무

자녀의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 경우에는 그 자의 동의를 얻어야 한다(민법 제920조 단서). 따라서 자녀의 영화출연계약을 인증하는 경우에는 친권자와 미성년자 본인이 동시에 촉탁하여야만 인증을 부여할 수 있다.²⁰⁾

4) 이해상반 행위

법정대리인인 친권자와 미성년 자녀 사이에 이해상반되는 행위를 하는 경우에는 법원이 선임한 특별대리인이 대리권을 행사한다. 미성년 자녀들 사이에서 이해가 상반되는 경우에도 같다(민법 제921조).²¹⁾ 미성년자녀의 수만큼 특별대리인이 필요하다.

5) 근로계약의 체결과 임금의 청구

친권자나 후견인은 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없으며(근로기준법 제67조 제1항), 미성년자가 독자적으로 임금을 청구할 수 있다(근로기준법 제68조). 18세 미만인 경우에는 사용자는 친권자 또는 후견인의 동의서를 사업장에 비치하여야 한다(근로기

20) 미성년자 본인의 동의를 친권자가 대리할 수 없음은 분명하고, 미성년자의 동의 여부를 확인하기 위해서는 당사자 본인이 출석하여야 하기 때문이다.

21) 이해상반행위의 유형에 관하여는 [개정판]공증실무, 대한공증인협회, 2013, 32. 참조.

준법 제66조). 18세 미만인 경우에는 친권자의 동의를 받아 근로계약을 체결하며, 이때에도 임금은 미성년자가 독자적으로 청구하고, 수령하며, 친권자가 대리하여 수령할 수 없다. 18세 이상인 경우에는 성년자와 동일하게 취급하며, 근로계약서의 인증을 촉탁하는 경우 법정대리인의 동의는 필요하지 않다.

(2) 미성년후견인

민법의 개정으로 많은 변화가 생겼다. 미성년후견인이 개시되는 원인도 달라졌지만 가장 큰 변화는 최근친자·연장자의 법정후견인제도와 친족회제도의 폐지이다.

(가) 미성년후견인의 지정과 선임

미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다(민법 제928조). 미성년후견인에는 유언으로 지정한 후견인과 법원이 선임한 후견인이 있다.

친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있다(민법 제932조). 미성년후견인은 취임일부터 1월내에 미성년후견개시신고를 하여야 한다(가족관계등록 등에 관한 법률 제80조). 이때에는 유언서 등본 또는 유언녹음을 기재한 서면을 신고서에 첨부하여야 한다(가족관계등록 등에 관한 법률 제82조 제1항).

미성년자에게 유언으로 지정한 후견인이 없는 경우, 또는 미성년후견인이 없게 된 경우에는 가정법원이 미성년후견인을 선임한다(민법 제932조 본문 및 단서). 법원이 선임한 후견인도 미성년후견개시신고를 하여야 하며(가족관계등록 등에 관한 법률 제80조), 이때에는 재판서 등본을 첨부하여야 한다(가족관계등록 등에 관한 법률 제82조 제2항). 가정법원은 미성년후견인 선임심판이 확정된 경우에는 등록기준지에 가족관계등록부의 기록을 촉탁하여야 한다(가사소송규칙 제5조 제1항 제3호).

미성년후견인 선임심판은 확정되어야 효력이 있다. 공증인이 기본증명서가 아니라 심판서에 의하여 미성년후견인을 확인하는 경우에는 심판의 확정증명을 제출하게 하여야 한다.²²⁾

(나) 미성년후견인의 수

미성년후견인은 1명으로 한다(민법 제930조 제1항). 또한 자연인에 한한다(민법 제930조 제3항 참조).

(다) 미성년후견인의 대리권

미성년후견인은 보통 친권자와 동일한 권리의무가 있으며(민법 제945조 본문), 피후견인(미성년자)의 법정대리인이 된다(민법 제938조 제1항). 미성년후견인은 친권자에 갈음하여 미성년자를 보호하므로 포괄적인 대리권이 인정된다. 성년후견의 경우와 달리 법원이 대리권을 제한할 수 없다.

미성년자의 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권에 한정하여 친권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인의 임무는 미성년자의 재산에 관한 행위에 한정된다(민법 제946조).

(라) 미성년후견인의 대리권 제한**1) 이해상반행위**

미성년후견인에 대하여는 민법 제921조가 준용되므로(민법 제949조의3) 미성년후견인과 미성년자 사이에 이해 상반되는 행위를 하는 경우에는 미성년자의 특별대리인을 선임하여야 한다(민법 제921조 참조). 그러나 미성년후견감독인이 선임되어 있는 경우에는 특별대리인을 선임할 필요가 없으며, 그가 미성년자를 대리한다(민법 제940조의6 제3항).

-
- 22) 선임심판에 대하여는 미성년자, 부모와 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장이 즉시항고할 수 있다(가사소송법 제43조 제1항, 가사소송규칙 제27조, 제67조 제1항 제1호). 즉시항고의 기간은 즉시항고를 할 수 있는 자가 심판을 고지받는 경우에는 그 고지를 받은 날부터 14일이고, 심판을 고지받지 아니하는 경우에는 청구인이 심판을 고지받은 날부터 14일이다(가사소송법 제43조 제5항, 가사소송규칙 제31조). 선임심판은 당사자와 절차에 참가한 이해관계인에게 고지한다(가사소송규칙 제25조). 심판의 고지는 가정법원이 적당하다고 인정하는 방법으로 하고, 공시송달을 하는 경우에는 민사소송법의 규정에 의한다(비송사건절차법 제18조 제2항). 법원사무관은 재판의 원본에 고지의 방법, 장소, 연월일을 부기하고, 도장을 찍어야 한다(비송사건절차법 제18조 제3항).

2) 중요 법률행위

미성년후견인이 그 권한을 남용하여 미성년자의 재산에 손해를 입히지 않도록 하기 위하여 다음과 같은 경우에는 후견감독인의 동의를 받도록 제한하였다(민법 제950조 제1항).

- ① 영업에 관한 행위
- ② 금전을 빌리는 행위
- ③ 의무만을 부담하는 행위
- ④ 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위
- ⑤ 소송행위
- ⑥ 상속의 승인, 한정승인 또는 포기 및 상속재산의 분할에 관한 협의

영업에 관한 행위란 영업과 직접적으로 관련 있는 법률행위 또는 영업에 수반되는 법률행위를 말한다. 금전을 빌리는 행위는 그야말로 돈을 빌리는 것이고, 의무만을 부담하는 행위는 보증, 증여, 담보제공 등이다. 부동산 또는 중요한 재산이란 사안에 따라 판단할 사항이지만 부동산 이외에 차량, 선박, 특허권 등도 포함된다. 득실변경을 목적으로 하는 행위는 매매, 증여는 물론이고 저당권의 설정 등 담보제공을 포함한다. 소송 행위란 미성년자가 원고가 되어 민사소송이나 가사소송을 하는 것을 말하며, 피고로서 응소하는 것은 포함되지 아니한다.

후견감독인의 동의가 필요한 행위에 대하여 후견감독인이 미성년자의 이익이 침해될 우려가 있음에도 동의하지 아니하는 경우에는 가정법원은 미성년후견인의 청구에 의하여 후견감독인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다(민법 제950조 제2항).

후견감독인의 동의가 필요한 법률행위를 미성년후견인이 후견감독인의 동의 없이 한 경우에는 미성년자나 후견감독인이 그 행위를 취소할 수 있다(민법 제950조 제3항).

후견감독인의 동의가 필요한 법률행위를 미성년후견인이 하는 경우로서 만일 후견감독인이 없다면 후견인이 단독으로 그 권한을 행사할 수 있다고 할 것이다.²³⁾

3) 미성년자에 대한 권리양수의 제한

23) 윤진수, 현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 2013, 132.

미성년후견인이 미성년자에 대한 제3자의 권리를 양수한 경우에는 미성년자가 이를 취소할 수 있다(민법 제951조 제1항). 미성년후견감독인이 있으면 그의 동의를 받아야 하며, 동의를 받지 않고 양수한 경우에는 미성년자나 미성년후견감독인이 이를 취소할 수 있다(민법 제951조 제2항).

(마) 미성년후견감독인

1) 지정과 선임

미성년후견감독인은 필요한 경우에만 선임할 수 있는 임의기관이다(민법 제940조의3). 일단 선임되면 상설기관으로서 미성년후견인의 후견사무 전반에 대하여 포괄적으로 감독한다(민법 제940조의6 제1항).

미성년후견인을 지정할 수 있는 사람은 유언으로 미성년후견감독인을 지정할 수 있다(민법 제940조의2). 미성년후견감독인은 여러 명을 둘 수 있고(민법 제940조의7, 제930조 제2항 참조), 법원도 후견감독인이 될 수 있다(민법 제940조의7, 제930조 제3항 참조). 법원은 후견감독인을 선임한 이후 필요한 경우에는 후견감독인을 추가로 선임할 수 있다(민법 제940조의7, 제936조 제3항 참조).

2) 미성년후견감독인의 대리권

피후견인의 신상이나 재산에 관하여 급박한 사정이 있는 경우에는 미성년후견감독인은 그의 보호를 위하여 필요한 행위나 처분을 할 수 있다(민법 제940조의6 제2항). 일종의 법정대리권으로서 미성년후견인이 행사할 권한을 후견감독인이 직접 행사하는 것이다.

미성년후견인과 미성년자와 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 미성년자를 위한 특별대리인을 선임하여야 하지만(민법 제949조의3, 민법 제921조), 후견감독인이 있으면 그가 피후견인을 대리한다(민법 제949조의3 단서).

(3) 성년후견인

(가) 성년후견제도의 도입

개정 민법은 종전의 금치산자 및 한정치산자 제도를 폐지하고 성년후견제도를 도입하였다. 질병, 장애, 노령 등으로 인하여 본인 스스로 판단하고 결정하기 어려운 성년자에 대하여 의사결정과 사무처리를 지원하는 제도이다. 성년후견제도는 본인의 의사를 존중하여 자기 스스로 결정하는 것을 실질적으로 보장하는데 목적을 두고 있다. 그리하여 후견은 필요한 한도로 제한되고, 후견을 통하지 않아도 충분한 보호를 제공할 수 있다면 후견은 개시되어서는 안 되며, 후견을 개시하더라도 그 정도와 범위는 최소한의 것으로 제한되어야 한다(필요성의 원리). 본인 스스로 해결할 수 없을 때에만 국가나 제3자가 개입하며, 개입하더라도 본인의 의사를 확인할 수 있는 한 본인의 의사가 우선하도록 하여야 한다(보충성의 원리). 정신장애가 있는 사람이라도 격리하지 않고, 그가 속한 사회의 다른 구성원들과 더불어 조화롭게 살아갈 수 있도록 한다(보편화의 원리). 현행의 성년후견제도는 본인의 사무처리 능력과 후견인 개입의 필요성에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견으로 구성되어 있다.

성년후견과 한정후견은 지속적이고 포괄적인 보호제도이고, 특정후견은 일시적이고 특정사무에 관한 후원제도이다.

(나) 성년후견인 선임심판

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 성년후견개시의 심판을 한다(민법 제9조 제1항). 종전의 심신미약이나 심신상실과 같은 정신상태가 아니라 이와 같은 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 결여되어 있는가라는 기능적인 관점에서 결정한다.

민법 제9조에 따라 성년후견개시심판을 한 경우에는 성년후견인을 두어야 한다(민법 제929조). 성년후견인은 가정법원이 직권으로 선임한다(민법 제936조 제1항). 성년후견인이 사망, 결격, 그 밖의 사유로 없게 된 때에는 다시 선임하여야 하며(민법 제936조 제2항), 성년후견인을 선임한 경우에도 필요하면 추가로 성년후견인을 선임할 수 있다(민법 제936조 제3항). 가정법원이 성년후견인을 선임하는 경우에는 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하며, 피성년후견인의 건강, 생활관계, 재산상황, 성년후견인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인과 이해관계의 유무 등의 사정도 고려하여야 한다. 법인이 성년후견인이 될 때에는 사업의 종류와 내용, 법인이나 대표자와 피성년후

견인 사이의 이해관계의 유무를 고려하여야 한다(민법 제936조 제4항).

성년후견인 선임심판이 확정되면 가정법원은 후견등기를 촉탁하여야 한다(가사소송규칙 제5조의2 제1항 제1호 가목 및 나목). 성년후견에 관하여 등기할 사항은 다음과 같다(후견등기에 관한 법률 제25조 제1항 제5호).

- ① 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정한 경우에는 그 범위, 그 범위를 변경한 경우에는 그 변경된 범위
- ② 성년후견인의 법정대리권의 범위를 정한 경우에는 그 범위, 그 범위를 변경한 경우에는 그 변경된 범위
- ③ 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정한 경우에는 그 범위, 그 범위를 변경한 경우에는 그 변경된 범위

공증인은 성년후견인의 권한을 확인하는 경우에는 원칙적으로 후견등기사항증명서에 의하여 확인하여야 한다. 당사자가 법원의 심판서를 제출하는 경우에는 확정증명서도 함께 제출하게 하여야 한다.

(다) 성년후견인의 수

성년후견인은 여러 명을 둘 수 있다(민법 제930조 제2항). 신상과 재산에 관한 사항을 고려하여 1인의 후견인만으로는 업무가 과중할 수 있기 때문이다.

성년후견인이 여럿인 경우에는 가정법원은 공동으로 사무를 처리하도록 정할 수도 있고, 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있다(민법 제949조의2 제1항). 가정법원이 성년후견인을 여러 명 선임하면서 그들 사이의 권한행사에 관하여 정하지 않았다면 각자 대리할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다(민법 제119조 참조).

가정법원이 여러 명의 성년후견인으로 하여금 공동으로 사무를 처리하도록 정한 경우에 의견이 일치하지 않으면 가정법원이 결정한다. 즉 피성년후견인의 이익이 침해될 우려가 있음에도 어느 성년후견인이 법률행위의 대리 등 필요한 권한행사에 협력하지 아니할 때에는 가정법원이 그 성년후견인의 의사에 갈음하는 재판을 할 수 있다(민법 제949조의2 제3항).

법인도 성년후견인이 될 수 있다(민법 제930조 제3항). 후견업무의 전문성을 위하여 사회복지법인 등이 후견사무를 처리할 수 있도록 한 것이다. 미성년후견인은 1인만 선임하며, 자연인만 가능하다는 점에서 차이가 있다.

(라) 피성년후견인의 행위능력

피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다(민법 제10조 제1항). 즉 피성년후견인은 행위능력이 없다. 예외적으로 피성년후견인의 행위능력이 인정되는 경우가 있다. 다음 두 가지이다.

1) 가정법원이 정한 법률행위

가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있으며(민법 제10조 제2항), 그 범위를 변경할 수도 있다(민법 제10조 제3항). 피성년후견인의 완전한 행위능력이 인정되어 성년후견인의 취소권과 대리권은 인정되지 않는다. 이때에는 피성년후견인의 소송능력도 인정된다(민사소송법 제55조 제1항 제2호). 피성년후견인의 잔존능력을 활용하고 본인의 자기결정권을 존중하기 위한 것이다.

2) 일상적 법률행위

일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 않은 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(민법 제10조 제4항). 일상적 법률행위는 일상적인 생활에 필요한 식품이나 의류의 구입, 공과금 납부 등을 말하며, 민법 제827조 소정의 일상가사와는 다른 개념이다. 피성년후견인이 사회구성원으로 정상적인 생활을 영위하도록 마련된 규정이다.

(마) 성년후견인의 대리권

성년후견인은 피성년후견인의 법정대리인이 된다(민법 제938조 제1항). 성년후견인은 재산법적 법률행위를 대리할 수 있다. 일상적인 법률행위에 대해서도 대리할 수 있다. 소송행위를 대리할 수 있음은 물론이다(민사소송법 제55조 제1항). 피성년후견인

을 위하여 전반적으로 사무처리를 할 수 있도록 포괄적인 법정대리권을 인정한 것이다. 대리권이 제한되는 경우는 다음과 같다.

1) 가정법원이 성년후견인의 대리권의 범위를 정한 경우

가정법원은 성년후견인의 대리권의 범위를 정할 수 있다(민법 제938조 제2항). 민법 제10조 제2항에 따라 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정하는 경우에는 그에 연동하여 성년후견인의 법정대리권의 범위도 정하여야 할 것이다.

2) 이해상반의 경우

성년후견인과 피성년후견인 사이에 이해상반되는 행위를 하는 경우에는 특별대리인을 선임하여야 한다(민법 제949조의3, 제921조). 수인의 피성년후견인 사이에 이해가 상반되는 경우도 같다. 후견감독인이 있는 경우에는 그가 피성년후견인을 대리하므로 특별대리인이 필요하지 않다(민법 제940조의6 제3항).

3) 중요 법률행위

중요한 법률행위에 관한 대리권의 제한(민법 제950조)은 미성년후견에 관한 설명과 동일하다.

(바) 성년후견인의 신상보호권

피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다(민법 제947조의2 제1항). 원칙적으로 본인이 스스로 결정한다는 뜻이다. 그러나 본인이 결정하기 어려운 경우도 예상된다. 이러한 때에는 성년후견인이 결정하여야 할 것이며, 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 범위를 정할 수 있다(민법 제938조 제3항).

성년후견인이 신상에 관하여 결정권이 있는 경우에도 치료 등의 목적으로 피성년후견인을 정신병원이나 그 밖의 장소에 격리하려는 경우에는 별도로 가정법원의 허가를 받아야 한다(민법 제947조의2 제2항).

피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없

는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다(민법 제947조의2 제3항). 침습적 의료행위에 대한 동의대행권이다. 이는 환자상태의 개선을 목적으로 하는 의료행위에 한정된다. 연명치료, 장기이식, 불임치료 등은 포함되지 아니한다. 또한 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 만일 허가절차로 의료행위가 지체되어 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다(민법 제947조의2 제4항). 성년후견인이 모험적인 수술을 하지 않도록 하기 위한 것이다.

피성년후견인이 거주하는 건물 또는 그 대지에 관하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 성년후견인이 대리하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(민법 제947조의2 제5항). 재산에 관한 법률행위이지만 피성년후견인의 주거환경에 변화를 초래하여 결국은 신상에 관한 사항이 되기 때문에 별도로 가정법원의 허가를 받도록 한 것이다.

(사) 성년후견감독인

성년후견감독인은 성년후견인의 후견사무를 감독하는 기관으로서(민법 제940조의6 제1항), 필요한 경우에만 설치하는 임의적 기관이다(민법 제940조의4 제1항). 그러나 일단 설치하면 상설기관이 되어 그 활동까지 임의적인 것은 아니다. 성년후견감독인은 여러 명을 둘 수 있고, 법인도 가능하다(민법 제940조의7, 제930조 제2항, 제3항).

성년후견감독인의 권한은 미성년후견감독인의 권한과 대체로 같다.

(4) 한정후견인

(가) 한정후견제도

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에 대하여 한정후견개시의 심판을 한다(민법 제12조). 피한정후견인이 일정한 행위를 하는 경우에는 한정후견인의 동의를 받도록 함으로써 피한정후견인을 보호하는 제도이다. 피한정후견인의 능력이 부족한 정도에 따라 한정후견인의 동의를 받아야

하는 행위(동의유보행위)의 범위를 조절하여 탄력적으로 보호할 수 있다.

한정후견인은 가정법원이 직권으로 선임하며(민법 제959조의3 제1항), 여러 명을 둘 수 있고, 법인도 후견인이 될 수 있다(민법 제959조의3 제2항, 제930조 제2항, 제3항).

한정후견개시 심판의 확정에 따라 후견등기부에는 다음 사항이 기재된다(후견등기에 관한 법률 제25조 제1항 제6호).

- ① 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위
- ② 한정후견인에게 대리권을 수여한 경우에는 그 대리권의 범위
- ③ 한정후견인이 피한정후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정한 경우 그 범위

(나) 피한정후견인의 행위능력

가정법원은 동의유보행위를 정할 수 있으며, 피한정후견인이 동의유보행위를 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다(민법 제13조 제1항, 제4항). 따라서 피한정후견인은 원칙적으로 행위능력이 있으며, 동의유보행위에 한하여 행위능력이 제한된다. 동의유보는 법률행위나 준법률행위에 한정되며, 사실행위는 그 대상이 아니다. 가족법상의 행위는 동의유보결정의 대상이 아니다.²⁴⁾ 동의유보결정을 받은 행위에 대하여는 한정후견인이 소송행위를 대리하지만(민사소송법 제55조 제2항), 그 외에는 소송능력도 인정된다. 따라서 피한정후견인의 행위가 동의유보결정을 받은 행위가 아니면 공증의 촉탁도 할 수 있다고 할 것이다.

(다) 한정후견인의 대리권

가정법원은 한정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다(민법 제959조의4 제1항). 한정후견인의 동의권만으로 보호가 충분하지 않을 수도 있으므로 대리권을 인

24) 피성년후견인과 다른 점이다. 피성년후견인은 혼인, 협의이혼, 인지의 경우에 성년후견인의 동의를 받아야 한다(808조 제2항, 835조, 856조).

정한 것이다. 별도로 대리권 수여의 심판이 있어야 한다는 점에서 성년후견인의 대리권과 구별된다. 한정후견인의 대리권에는 민법 제938조 제3항 및 제4항을 준용한다(민법 제959조의4 제2항). 즉 가정법원은 한정후견인이 피한정후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있으며, 이를 변경할 수도 있다.

피한정후견인이 법률행위를 하는 경우 또는 한정후견인이 대리하는 경우에는 공증인은 후견등기사항증명서에 의하여 동의유보의 범위, 대리권의 범위를 확인하여야 할 것이다.

(라) 한정후견감독인

가정법원은 필요에 따라 한정후견감독인을 선임할 수 있다(민법 제959조의5 제1항). 한정후견감독인은 후견사무를 감독하고(민법 제959조의5 제2항, 제940조의6 제1항), 피한정후견인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그를 보호하기 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(민법 제959조의5 제2항, 제940조의6 제2항).

한정후견인과 피한정후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 한정후견감독인이 피한정후견인을 대리한다(민법 제959조의5 제2항, 제940조의6 제3항). 피한정후견인의 법률행위가 동의유보행위이면 한정후견감독인이 그를 대리하지만, 동의유보행위가 아니면 피한정후견인이 한정후견감독인의 동의를 받아 법률행위를 한다(민법 제959조의5 제2항 후문).

(5) 특정후견인

(가) 특정후견제도

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 특정후견개시의 심판을 한다(민법 제14조의2 제1항).

성년후견이나 한정후견과 같은 지속적이고 포괄적인 후견을 최대한 억제하면서도 일시적 기간에 한하여 또는 특정한 사무에 한정하여 후견인의 지원을 받게 함으로써

피후견인에 대한 보호를 제공하는데 의의가 있다. 사무처리의 능력이 부족할 것을 요하는 것은 아니다.

특정후견에 관하여 후견등기부 기재사항은 다음과 같다(후견등기에 관한 법률 제25조 제1항 제7호).

- ① 특정후견의 기간 또는 사무의 범위
- ② 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명한 경우에는 그 내용
- ③ 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 한 경우에는 그 기간이나 범위
- ④ 특정후견인의 대리권 행사에 가정법원이나 특정후견감독인의 동의를 받도록 명한 경우에는 그 내용

(나) 피특정후견인의 행위능력

특정후견이 개시되더라도 피특정후견인의 행위능력에는 아무런 변화가 없다. 즉 그는 완전한 행위능력자이며, 특정후견인의 동의나 대리에 의하지 않고도 자유롭게 법률행위를 할 수 있다. 따라서 피특정후견인은 제한능력자가 아니다.

가정법원으로부터 대리권을 수여받은 특정후견인과 피특정후견인이 서로 양립할 수 없는 법률행위를 한 경우에는 모두 유효하게 된다. 이때에는 등기의 선후, 채권양도의 대항요건 등 일반적인 법리에 따라 해결하게 된다.

(다) 특정후견인의 대리권

가정법원은 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명할 수 있다(민법 제959조의8 제1항). 피특정후견인을 위해 가정법원이 직접 개입하여 즉각적으로 실효성 있는 보호를 제공하기 위한 것이다. 가정법원은 민법 제959조의8에 따른 처분으로 피특정후견인을 후원하거나 대리할 특정후견인을 선임할 수 있다(민법 제959조의9 제1항). 특정후견인은 임의기관이며, 성년후견이나 한정후견과 다른 점이다.

피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 경우에는 대리권의 기간과 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다(민법 제959조의11 제1항). 또한 가

정법원은 특정후견인의 대리권행사에 가정법원이나 특정후견감독인의 동의를 받도록 명할 수 있다(민법 제959조의9 제2항).

(라) 특정후견감독인

가정법원은 필요에 따라 특정후견감독인을 선임할 수 있다(민법 제959조의10 제1항).

특정후견감독인은 후견사무를 감독하고(민법 제959조의10 제2항, 제940조의6 제1항), 피특정후견인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그를 보호하기 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(민법 제959조의10 제2항, 제940조의6 제2항).

특정후견인과 피특정후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 특정후견감독인이 피특정후견인을 대리한다(민법 제959조의10 제2항, 제940조의6 제3항).

(6) 임의후견인

(가) 임의후견제도

개정민법은 법정후견 이외에 임의후견제도를 도입하였다. 본인이 스스로 후견제도를 설계해 놓은 경우 본인의 의사를 최대한 존중하기 위한 것이다.²⁵⁾

후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상 보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인에게 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 내용의 계약이다(민법 제959조의14 제1항). 임의후견계약은 공정증서로 작성하여야 하며(민법 제959조의14 제2항), 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다(민법 제959조의14 제3항).²⁶⁾

후견계약이 등기되어 있어야 임의후견감독인을 선임할 수 있다(민법 제959조의15 제1항). 후견계약에 관한 등기는 임의후견인이 신청한다(후견등기에 관한 법률 제20조

25) 임의후견인은 법정대리인이 아니지만 편의상 여기에서 설명한다.

26) 임의후견계약에 관하여는 박상진, 후견계약에 관한 연구, 공증과신포, 2014, 37. 이하 참조.

제2항). 후견계약에 관한 등기사항으로서 실질적인 사항은 다음과 같다(후견등기에 관한 법률 제26조 제1항).

- ① 본인의 재산관리 및 신상보호에 관하여 임의후견인의 권한의 범위를 정한 경우에는 그 범위(제4호)
- ② 수인의 임의후견인 또는 임의후견감독인이 공동으로 또는 사무를 분장하여 권한을 행사하도록 정한 경우에는 그 취지(제6호)

(나) 임의후견감독인 선임 이전

임의후견감독인이 선임되어야 임의후견절차가 개시된다. 그 이전에는 임의후견계약에 따른 대리권이 없다. 임의후견인은 본인에게 사무를 처리할 능력이 부족한 경우 가정법원에 임의후견감독인의 선임을 청구할 권한을 가질 뿐이다(민법 제959조의 15 제1항).

(다) 임의후견인의 대리권

임의후견인은 후견계약의 수임인이다. 위임인을 위하여 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 처리하고 대리권을 행사한다. 대리권의 내용은 후견계약에 따라 결정되며, 그 내용은 후견등기부에 기재되어 있다. 따라서 임의후견인이 본인을 대리하여 공정증서의 작성이나 인증을 촉탁하는 경우에는 후견등기사항증명서에 의하여 그 대리권을 확인하여야 한다. 후견계약 공정증서만으로 대리권을 확인하는 것은 후견등기제도의 취지에 어긋난다.

임의후견인이 권한을 행사함에 있어서 임의후견감독인의 동의를 받도록 정한 경우에는 그 동의서를 제출하게 하여야 한다. 동의서는 공증인의 인증을 받았거나 인감증명서에 의하여 진정성립이 증명되어야 한다(공증인법 제32조 제1항 및 제2항, 제31조 제2항, 제59조).

(라) 임의후견감독인

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하며 그 사무에 관하여 정기적으로 가정법원에 보고하여야 한다(민법 제959조의16 제1항). 다른 종류의 후견감독인과 달리 필수적인 기관이다.

임의후견감독인은 후견사무를 감독하는 기관이지만(민법 제959조의16 제1항), 직접 후견사무를 수행하는 경우도 있다.

임의후견감독인은 본인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의6 제2항). 일종의 법정대리권이다.

임의후견인과 본인 사이에 이해 상반되는 행위를 하는 경우에는 임의후견감독인이 본인을 대리한다(민법 제959조의16 제3항, 제940조의6 제3항).

(7) 무능력자의 소송상 특별대리인

미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인이 당사자인 경우에 소송대리인이 없어서 소송절차가 지연됨으로써 손해를 볼 염려가 있는 때에는 특별대리인을 선임할 수 있다(민사소송법 제62조). 의사무능력자를 상대로 소송을 제기하거나 의사무능력자가 소송행위를 하는 데 필요한 경우에도 역시 특별대리인을 선임할 수 있다(민사소송법 제62조의2). 이러한 특별대리인은 후견인과 같은 권한이 있다(민사소송법 제62조 제3항). 소송행위를 하는 권한은 물론 당해 소송에 있어서 공격방어의 방법으로 필요한 때에는 사법상의 실체적 권리도 행사할 수 있다(대법원 1993. 7. 27 선고 93다8986 판결).

(8) 인증문 기재례

① 미성년자의 법정대리인으로서 부와 모가 동시에 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 친권자 부○○○, 모○○○는
(중략)

촉탁에 관한 대리권은 가족관계증명서, 기본증명서에 의하여 이를 인정하였다.

② 가정법원의 심판에 의하여 친권자가 결정된 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 친권자 부○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 심판서 및 확정증명서에 의하여 이를 인정하였다.

③ 미성년후견인이 지정 또는 선임된 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 미성년후견인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 기본증명서에 의하여 이를 인정하였다.

④ 법정대리인의 위임으로 대리인이 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 친권자 부○○○, 모○○○의 대리인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 가족관계증명서, 기본증명서, 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑤ 미성년자의 후견인이 후견감독인의 동의를 받아 촉탁하는 경우

위 부동산 매매계약서에 기재된
촉탁인 ○○○의 법정대리인 미성년후견인△△△, 촉탁인 △△△는
본 공증인의 면전에서 위 사서증서의 기명날인이 본인의 것임을 확인하였다.
본 공증인은 위 촉탁인 등이 제시한 주민등록증에 의하여 그 사람이 틀림없음을 인정
하였다.
촉탁에 관한 대리권은 기본증명서, 미성년후견감독인의 동의서와 인감증명서에 의하여
이를 인정하였다.

⑥ 성년후견인이 대리 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 성년후견인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 후견등기사항 증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑦ 성년후견인이 대리 촉탁하는 경우(심판서가 제출된 경우)

촉탁인 ○○○의 법정대리인 성년후견인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 심판 및 확정증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑧ 한정후견인이 대리 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 한정후견인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 후견등기사항 증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑨ 특정후견인이 대리 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○○의 법정대리인 특정후견인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 후견등기사항 증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑩ 임의후견인이 대리 촉탁하는 경우

촉탁인 ○○○의 임의후견인○○○는
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 후견등기사항 증명서에 의하여 이를 인정하였다.

⑪ 임의후견감독인이 대리 촉탁하는 경우

위 부동산 매매계약서에 기재된
촉탁인(매도인) ○○○의 임의후견인 △△△의 임의후견감독인 ○○○,
촉탁인(매수인) △△△
(중략)
촉탁에 관한 대리권은 후견등기사항증명서, 기본증명서에 의하여 이를 인정하였다.

3. 통역인

가. 필요한 경우

촉탁인이나 대리인이 국어를 해독하지 못하는 경우 또는 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자도 해독하지 못하는 경우에는 통역인을 사용하여야 한다(공증인법 제59조, 제28조). 말로 의사소통하지는 못하지만 필담(筆談)할 수 있는 때는 해당되지 않는다.²⁷⁾

통역인의 자격에 관하여는 별도의 규정이 없다. 통역인은 촉탁인이나 대리인이 선정하여야 한다(공증인법 제33조 제1항). 통역인은 참여인을 겸할 수 있다(공증인법 제33조 제2항).

나. 통역인의 결격

통역인에 대하여는 결격사유가 규정되어 있지 않다(공증인법 제33조 제3항). 참여인과 다른 점이다.

그러나 미성년자(공증인법 제33조 제3항 제1호), 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람(제2호), 서명할 수 없는 사람(제3호)은 통역인이 될 수 없을 것이다. 촉

27) 필담의 경우에는 필담한 서면을 부속서류로 보존하여야 한다.

탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람(제4호)도 통역인이 되기에 적당하지 않다. 매매계약서의 인증을 촉탁함에 있어서 매수인이 매도인을 통역하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이다. 허위로 통역할 위험성이 있기 때문이다. 이러한 점에서 이해관계 있는 자의 친족, 피고용인 또는 동거인도 통역인으로 적당하지 않다.

공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인(제6호), 공증인의 보조자(제7호)도 통역인으로 적당하지 않다.

다. 인증문 기재례

① 외국인의 경우

촉탁인 ○○○는 외국인으로 국어를 해독하지 못하므로 ○○○를 통역인으로 사용하였다.

② 듣지 못하는 사람

촉탁인의 대리인 ○○○는 듣지 못하여 말로 의사소통할 수 없으며, 문자도 해독하지 못하므로 ○○○를 통역인으로 사용하였다.

③ 말하지 못하는 사람

촉탁인 ○○○는 말하지 못하여 말로 의사소통할 수 없으며, 문자도 해독하지 못하므로 ○○○를 통역인으로 사용하였다.

4. 참여인

가. 참여인이 필요한 경우

촉탁인이나 대리인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 참여인

을 참여하게 하여야 한다(공증인법 제59조, 제29조 제1항). 시각장애인이거나 문자를 해득하지 못하는 사람을 보조하기 위하여 참여인이 반드시 참여해야만 사서증서 인증사무를 처리하도록 한 것이다. 따라서 참여인이 필요함에도 이에 위반하여 참여인의 참여 없이 인증을 부여한 경우에는 인증의 효력을 인정할 수 없다고 할 것이다(공증인법 제3조 참조).

촉탁인이나 대리인이 참여인의 참여를 청구한 경우에도 같다(공증인법 제59조, 제29조 제2항). 촉탁인이 시각장애인도 아니고, 문자를 해득할 수도 있어서 참여인의 참여가 반드시 필요하지 않음에도 촉탁인이 참여인의 참여를 청구하는 경우에는 그를 참여시킨 가운데 사서증서를 인증하여야 한다. 제29조 제1항과 같은 참여인이 반드시 필요한 사유가 아니라는 점에서 임의적 참여인이라고 부른다. 촉탁인이 청구하면 반드시 참여시켜야 한다는 점에서는 차이가 없다.

참여인은 촉탁인이나 대리인이 선정하여야 한다(공증인법 제33조 제1항). 통역인은 참여인을 겸할 수 있다(공증인법 제33조 제2항).

나. 참여인 결격사유

참여인에 대하여는 결격사유가 규정되어 있다. 통역인과 다른 점이다. 참여인 결격사유는 다음과 같다(공증인법 제33조 제3항).

- ① 미성년자
- ② 시각장애인이거나 문자를 해득하지 못하는 사람
- ③ 서명할 수 없는 사람
- ④ 촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람
- ⑤ 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이거나 대리인 또는 보조인이었던 사람
- ⑥ 공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인
- ⑦ 공증인의 보조자

공증인법 제33조 제3항 제6호는 종전에는 공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인으로 되어 있었다. 그리하여 시각장애인이

공증을 촉탁할 경우 가장 신뢰할 수 있는 사람인 그의 친족이 참여인이 될 수 없는 문제가 있었다. 이를 시정하기 위하여 2009. 2. 6. 개정된 것이다. 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인을 해석함에 있어서도 위와 같은 취지를 감안하여 촉탁인과 신뢰관계가 있는 대리인 또는 보조인은 참여인이 될 수 있고, 촉탁인의 거래상대방 등 이해관계 있는 사람의 대리인 또는 보조인은 참여인 결격자로 해석하여야 할 것이다.²⁸⁾

다. 공증인법 제33조 제3항 단서의 적용범위

공증인법은 참여인의 결격자를 규정하는 한편 공증인법 제33조 제3항 단서로 ‘제29조 제2항에 따라 촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우에는 그러하지 아니하다’고 규정하고 있다(공증인법 제33조 제3항 단서).

이 규정의 취지는 공증인법 제29조 제1항에 따라 참여인이 반드시 필요한 경우에는 참여인 결격자가 아닌 사람을 참여인으로 참여시켜야 하고, 제29조 제2항에 따라 참여인이 있어도 그만이고, 없어도 그만인 경우에는 결격자인 사람도 참여인이 될 수 있다는 것이다. 참여인의 참여가 필요함에도 촉탁인이 참여를 청구하였느냐 여부에 따라 참여인 결격사유의 적용을 결정하는 것은 사리에 반한다. 예컨대 시각장애인이 매도각서의 인증을 촉탁함에 있어서 상대방인 매수인은 참여인이 될 수 없으며, 설령 촉탁인이 그 매수인의 참여를 청구하더라도 참여인이 될 수 없는 것이다.²⁹⁾

라. 참여인의 서명날인

참여인이 참여한 경우에는 인증서에 참여인이 서명날인하여야 한다(공증인법 제58조).

28) 남상우, 참여인에 관한 고찰, 대한공증협회지, 2009, 87.

29) 이와 관련하여 공증실무에서 논란이 큰 것은 유언공정증서의 증인이다. 유언공정증서를 작성하는 경우에는 2명의 증인이 참여하여야 한다(민법 제1068조). 미성년자, 피성년후견인과 피한정후견인, 수증자, 그의 배우자와 직계혈족은 증인이 될 수 없으며, 공증인법의 결격자도 증인이 될 수 없다(민법 제1072조 제2항). 공증인법에 유언 증인의 결격자는 규정되어 있지 않고 참여인의 결격자만 규정되어 있다. 그리하여 증인을 필요적 참여인으로 보는 것이 일반적이다. 이와 관련하여 대법원은 참여인결격자이더라도 촉탁인이 참여시킬 것을 청구한 경우에는 증인이 될 수 있다는 취지로 판결하고 있다(대법원 2014. 7. 26.자 2011스226결정). 필요적 참여인의 결격사유를 법으로 정한 취지가 무색해지는 해석이다.

마. 인증문 기재례

① 참여인이 참여한 경우

촉탁인 ○○○는 시각장애인이므로 참여인으로 ○○○를 참여하게 하였다.

참여인 ○○○(서명날인)
(주민등록번호)
(주소)

○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 인증한다.

공증사무소 명칭
소속
소재지
공증인(서명날인)

② 촉탁인 별로 참여인이 참여한 경우

촉탁인들은 각 시각장애인이므로 촉탁인○○○를 위하여는 ○○○를, 촉탁인 ○○○를 위하여는 ○○○를 각 참여인으로 참여하게 하였다.

촉탁인 ○○○의 참여인 ○○○ (서명날인)
(주민등록번호)
(주소)

촉탁인 ○○○의 참여인 ○○○ (서명날인)
(주민등록번호)
(주소)

○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 인증한다.

③ 대리인에게 참여사유가 있는 경우

촉탁인의 대리인 ○○○는 문자를 해독하지 못하므로 참여인으로 ○○○를 참여하게 하였다.
참여인 ○○○ (서명날인)

④ 통역인 겸 참여인의 경우1

촉탁인 ○○○는 말하지 못하여 말로 의사소통할 수 없고, 시각장애인이므로 ○○○를 통역인으로 사용하고, 그를 참여인으로 참여하게 하였다.
통역인 겸 참여인 ○○○ (서명날인)

⑤ 통역인 겸 참여인의 경우2

촉탁인 ○○○는 듣지 못하여 말로 의사소통할 수 없고, 시각장애인이므로 ○○○를 통역인 겸 참여인으로 참여하게 하였다.
통역인 겸 참여인 ○○○ (서명날인)

V. 사서증서 인증의 절차

1. 면전인증 · 자인인증 · 대리인증

공증인법 제57조 제1항이 규정하는 사서증서 인증의 방법은 다음 세 가지이다.

- ① 촉탁인으로 하여금 공증인 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하고 그 사실을 기재하는 방법(면전인증)

- ② 촉탁인 본인으로 하여금 공증인 앞에서 사서증서의 서명 또는 날인이 자신의 것임을 확인하게 하고 그 사실을 기재하는 방법(자인인증)
- ③ 촉탁인의 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 사서증서의 서명 또는 날인이 본인의 것임을 확인하게 하고 그 사실을 기재하는 방법(대리인증)³⁰⁾³¹⁾

공증인은 위에서 규정된 방법 이외의 방법으로는 인증할 수 없다. 따라서 본인이나 대리인이 반드시 공증인사무소에 출석하여야 한다.

본인의 서명이나 날인을 확인하는 방법에는 제한이 없다. 반드시 말로 하여야 하는 것은 아니며, 보통은 인증을 요청하는 행위에 본인의 확인이 포함되어 있다고 할 것이다. 그러나 증인의 확인, 전화를 통한 확인 등은 허용되지 않는다.

2. 촉탁인 · 대리인의 확인

가. 면식

공증인이 사서증서를 인증하는 경우에는 촉탁인의 성명과 얼굴을 알고 있어야 한다(공증인법 제59조, 제27조 제1항). 대리촉탁의 경우에는 대리인의 성명과 얼굴을 알고 있어야 한다(공증인법 제59조, 제30조, 제27조 제1항). 즉 면식이 있어야 한다. 실무상으로는 면식부가 작성되어야 면식이 있는 것으로 된다.

면식부에 의하여 인증을 부여한 경우에는 면식부에 그 날짜와 등부번호를 기재하여야 한다(제11호 서식 참조).

나. 증명서

30) 1961. 9. 23. 제정된 공증인법 제57조 제1항은 '사서증서의 인증은 당사자가 공증인의 면전에서 그 사서증서에 서명 또는 날인하거나 그 사서증서의 서명 또는 날인을 자인한 후 사실을 사서증서에 기재함으로써 이를 행한다.' 라고 되어 있었다. 법문에 대리인의 표현이 없더라도 같은 법 제59조에 따라 제30조와 제31조가 준용되므로 대리인증이 가능하다. 일본의 공증인법 제58조 제1항의 법문에는 대리인이 언급되어 있지 않다. 그럼에도 법조문의 의미가 극히 모호하고 대리인에 의한 사서증서의 인증이 불가능한 것으로 오해를 일으킨다는 지적에 따라 1962. 11. 21. 현재와 유사한 형태로 개정되었다.

31) 대리인증은 우리나라, 일본, 대만에서는 널리 이용되지만 국제적으로는 흔치 않은 것 같다. 인증의 효력에 관하여는 본인이 출석하여 인증을 받은 것과 대리인증 사이에 차이가 없다.

공증인이 촉탁인이나 대리인의 성명이나 얼굴을 모르면, 즉 면식이 없으면 촉탁인이나 대리인이 그 사람이라는 것을 증명하게 하여야 한다(공증인법 제59조, 제27조 제2항, 제30조). 증명하는 방법은 공증인법에 규정된 방법에 한정된다.

- ① 주민등록증이나 그 밖에 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하는 방법(제1호)
- ② 공증인이 면식이 있는 증인 2명에게 그 사람이 틀림없다는 것을 증명하게 하는 방법(제2호)
- ③ 그 밖에 제1호 및 제2호의 방법에 준하는 확실한 방법(제3호)

다. 외국인

촉탁인이나 대리인이 외국인인 경우에는 여권이나 대한민국에 주재하는 촉탁인이나 대리인의 본국 영사가 발행한 증명서로써 증명하게 할 수 있다(공증인법 제59조 제27조 제2항 단서, 제30조).

공증인이 외국인과 면식이 있는 경우도 있고, 외국인이 외국인등록증 등 권한 있는 행정기관이 발행한 증명서를 소지하는 경우도 있다. 권한있는 행정기관은 대한민국의 행정기관을 말하며, 외국에서 발행된 증명서(예: 운전면허증, 공민증)는 공증인법 제27조 제2조 소정의 증명서가 아니다.

라. 급박한 사유

급박한 사유로 공증인이 사서증서에 인증을 부여하는 때에는 인증을 부여한 이후 3일 이내에 인증에 관한 규정에 따라 공증인법 제27조 제2항의 절차를 밟을 수 있다(공증인법 제59조, 제27조 제3항). 이에 따라 절차를 밟았을 경우에는 그 인증서가 급박한 사유로 작성된 것이 아니라는 이유로 그 효력을 상실하지 아니한다(공증인법 제59조, 제27조 제4항). 이는 당초부터 3일 이내에 보완할 것을 예정하고 인증을 부여한 경우이다. 단순히 증명서를 보충하는 정도의 것이 아니라 새로 인증서를 작성하여야 한다.

[인증문 기재례]

① 급박한 경우의 인증문

등부 2017년 제101호

인 증

위 금형보관증에 기재된

보관자 홍길동은

본 공증인의 면전에서 위 사서증서의 기명날인이 본인의 것임을 확인하였다.

본 공증인은 촉탁인의 성명과 얼굴을 알지 못한다. 또한 촉탁인은 주민등록증 등 행정기관이 발행한 증명서를 지참하지 못하였으나 비행기 출발시간까지 여유가 없다는 급박한 사유를 하소연하므로 본 공증인은 그 사람이 틀림없음을 증명하게 하지 못하였다.

2017년 3월 2일 이 사무소에서 위 인증한다.

단 촉탁인은 3일 이내에 공증인법 제59조, 제27조 제2항에 따라 그 사람이 틀림없음을 증명하는 절차를 밟아야 하며, 그러하지 아니하면 위 인증은 효력을 상실한다.

② 추후 보완 인증서의 인증문

등부 2017년 제125호

인 증

등부 2017년 제101호 인증서의 촉탁인 홍길동은 2017년 3월 5일 공증인법 제59조, 제27조 제2항에 따라 그 사람이 틀림없음을 증명하는 절차를 밟았다.

본 공증인은 촉탁인 홍길동이 제시한 주민등록증에 의하여 그 사람이 틀림없음을 인정하였다.

2017년 3월 5일 이 사무소에서 위 인증한다.

이 인증서는 표지와 인증문으로만 구성된다. 종전의 인증서와 추후 보완 인증서는 동시에 사용되는 경우에 한하여 효력이 인정될 것이다.

공증인법 제31조에도 추후의 보완에 관한 사항이 규정되어 있지만 제27조 제3항과는 다르다. 즉 대리권을 증명하지 못하였음에도 급박한 사유로 3일 이내에 보완할 것을 예정하고 인증을 부여하는 것은 공증인법에 위반된다.

마. 통역인과 참여인의 확인

공증인법에는 통역인과 참여인에 관하여는 본인이 맞는지 확인하여야 한다는 조항이 없다. 공정증서에 통역인과 참여인의 주소·직업·성명 및 나이를 증서에 기재하여야 한다는 규정이 있을 뿐이다(공증인법 제35조 제9호). 공증실무에서는 촉탁인에 준하여 주민등록증 등 증명서에 의하여 본인이 맞는지 확인하고, 통역인과 참여인으로 하여금 촉탁서를 직접 기재하게 하고, 주민등록증 등 증명서의 사본을 첨부하는 것이 보통이다.

3. 촉탁서의 기재

공증 사무소에는 공증촉탁서(제8호 서식)를 인쇄하여 비치해 두어야 한다. 공증사무소에서 사용하는 서류용지의 규격은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙에 따라야 하며(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제6조 제1항), 흰색 바탕에 흑색으로 인쇄하여야 한다. 다만 공증촉탁서는 용지 끝의 좌·우 및 하단을 청색으로 인쇄하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제2조 단서).

가. 촉탁인·대리인의 기재

인증 촉탁의 경우 촉탁인에게 소정의 사항을 기재하게 하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조).

당사자 본인이 공증사무소에 출석하여 촉탁하는 경우에는 촉탁인이 직접 기재하여야 하며, 타인이 대신하여 기재하여서는 아니 된다. 글을 읽고 쓸 수 있는지, 국어를 해득하는지, 통역인이나 참여인이 필요한지 여부를 확인할 수 있다.

제8호 서식의 기재사항은 성명, 생년월일, 주소이지만 보통은 성명, 주민등록번호,

주소, 핸드폰번호를 기재하게 한다. 법인의 대표자가 출석한 경우에는 법인의 명칭, 대표이사의 성명, 소재지를 기재하게 한다.

대리인이 출석한 경우에는 대리인이 직접 기재하여야 하며, 남이 기재한 촉탁서의 제출을 허용하여서는 아니 된다. 대리인의 인적사항 외에 본인의 인적사항도 기재하게 한다. 공증서식의 사용 등에 관한 규칙에는 이를 명시하지 않았지만 대리 관계를 명백히 하기 위한 것이다.³²⁾

촉탁인이 다수인 경우에는 촉탁인 모두 공증촉탁서를 기재하게 하여야 한다. 수명이 1장의 공증촉탁서 용지에 기재하여야 하며, 인적사항을 기재할 촉탁인이나 대리인이 5인 이상인 경우에는 별지에 기재하여 연결하여야 할 것이다.

다만 대리인이 법인의사록을 인증하는 경우에는 촉탁인 중 1인만을 기재하고 나머지는 인원수만 기재하는 방법, 즉 ○○○외 ○명의 방법으로 기재할 수 있다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제29조 제3항).

매도인과 매수인처럼 쌍방 대립하는 당사자인 경우에는 출석확인란에 교차하여 성명을 기재하고 날인하게 한다. 후일의 분쟁에 대비한 것인데 그 필요성은 다소 의문이다. 지나치게 번거로울 뿐이다.³³⁾

나. 보조자의 기재

공증인은 보조자를 두고 그 직무를 보조하게 할 수 있다(공증인법 제23조 제1항). 보조자를 채용, 교체, 해고한 경우나 보조자가 사망한 경우에는 대한공증인협회에 신고하여야 한다(공증인법 제23조 제2항).

보조자는 촉탁서를 접수하면 접수번호, 등부번호, 문서명, 법률행위의 목적가액, 수

32) 법무부, 공증서식집, (1990. 12.) 49.(공증서식집은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙이 1991. 1. 1.부터 시행됨에 따라 발간된 해설서이다. [구]공증실무, 대한공증협회, 2004,에 부록으로 수록되어 있다.)

33) 공정증서 작성의 경우에는 촉탁인이나 대리인이 증서에 서명 날인하여야 하므로 도장을 지참한다. 반면 사서증서 인증에 있어서는 사서증서에 반드시 날인하여야 하는 것이 아니라 때로는 서명하는 경우도 있고, 무인을 찍는 경우도 있다. 그리하여 인증을 위하여 공증촉탁서를 기재하는 경우에는 서명으로 충분한 것으로 해석한다. 서명이란 이름을 기재하는 것이고, 도형화한 형태의 싸인(signature)을 말하는 것이 아니다. 날인의 표시 부분에 반드시 싸인을 해야 하는지는 의문이다. 날인의 자리에 싸인하는 것이 관행화되어 있지만, 서명의 진정한 의미와는 관계가 없다.

수료 등을 기재한다.

다. 공증인의 확인

공증인 또는 공증담당변호사는 면전의 당사자가 촉탁인이나 대리인이 맞는지 확인하여야 한다.

공증촉탁서의 촉탁인·대리인 확인란에는 당사자가 제출한 증명서를 기재하고, 면식의 경우에는 면식번호를 기재한다. 이는 확인을 공증인이 직접 하여야 한다는 뜻이다. 촉탁서는 보조자가 기재하여도 무방하다.

라. 기타 기재사항

공증인이 촉탁을 거절한 경우에는 촉탁인의 청구에 따라 이유서를 교부하여야 한다(공증인법시행령 제11조 제1항). 공증인이 이유서를 교부한 경우에는 지체없이 그 사유를 소속지방검찰청 검사장과 대한공증인협회의 장에게 보고하여야 한다(공증인법시행령 제11조 제2항).

촉탁인이나 이해관계인은 공증인의 사무취급에 관하여 이의가 있는 경우 먼저 지방검찰청검사장에게 이의를 신청하고 불복이 있으면 다시 법무부장관에게 이의신청할 수 있다(공증인법 제81조). 지방검찰청 검사장은 조사결과 이유없음, 주의촉구, 경고, 징계사유 발생보고(공증사무 이의신청사건의 처리에 관한 규칙 제5조)등의 조치를 하고, 범죄혐의를 발견한 경우에는 수사를 개시한다(공증사무 이의신청사건의 처리에 관한 규칙 제4조 제3항). 법무부장관은 적절하게 직무를 취급하도록 공증인에게 지시하거나(공증인법 제79조), 징계의결(공증인법 제82조)을 요구할 수 있다(공증사무 이의신청사건의 처리에 관한 규칙 제9조).

공증인이 촉탁을 거절하고 이유서를 교부한 경우에는 공증촉탁서의 비고란에 이를 기재한 다음에 보존하여야 할 것이다.³⁴⁾ 공증인법시행령 제18조에 열거된 서류철과 다른 별도의 서류철을 마련하여야 할 것이다.

34) 법무부, 공증서식집, 49.

집행력있는 증서를 작성할 사항에 대하여 사서증서의 인증을 촉탁하는 경우에는 집행력있는 증서의 필요성을 당사자에게 안내하고 그 사실을 비고란에 기재하는 것이 좋다.

촉탁인이 문맹으로 촉탁서를 기재할 수 없는 경우라면 참여인이 참여하므로 별다른 문제가 없지만, 원래는 글을 읽고 쓸 수 있는 사람이 손의 부상 등으로 직접 촉탁서를 쓰지 못하는 경우도 있다. 이런 경우에도 비고란을 활용하는 것이 바람직하다.

마. 동시 촉탁

촉탁인이 동시에 수개의 촉탁을 한 경우에는 한 장의 공증촉탁서로 수개의 공증사건을 처리하며, 공통되지 않은 사항은 별지를 이용하여 기재할 수 있다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조 제3항). 이 경우 공증촉탁서가 첨부되지 않은 증서에는 제9호 서식의 증명서원용을 첨부하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조 제4항).

촉탁인이 동일한 경우에만 동시 촉탁이며, 갑과 을이 하나의 촉탁을 하고, 갑과 병이 또 하나의 촉탁을 하는 것처럼 촉탁인이 일부만 동일한 경우는 동시 촉탁으로 처리하여서는 아니 된다.

바. 증명서의 첨부

공증인이 증명서에 의하여 촉탁인 또는 대리인의 신원을 확인하는 경우에는 그 증명서 사본을 공증촉탁서 뒤에 첨부하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조 제2항).

공증인이 1인의 촉탁인으로부터 동시에 수개의 촉탁을 받은 경우에는 행정기관이 발행한 증명서는 1부로 할 수 있다(공증인법 시행령 제14조 제1항).³⁵⁾³⁶⁾ 이때에는 1개의 인증서철에 그 증명서 원본(원본제출이 불가능한 경우에는 그 사본, 예: 주민등록증)을 철하고, 다른 인증서철에는 증명서원용(제9호 서식)을 첨부한다(공증인법 시행

35) '1부로 할 수 있다'는 법문은 한 번만 확인한다는 뜻이다.

36) 공증인법 시행령 제14조 제1항에 따라 원용할 수 있는 증명서는 공증인법 제27조 제2항(준용규정 포함)의 증명서이다. 그런데 제9호 서식은 위 증명서 이외에 인감증명, 법인등기부등본과 같은 공문서는 물론이고, 주주명부, 진술서 등 사문서까지 폭넓게 증명서의 원용을 허용하고 있다.

령 제14조 제2항, 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제13조 제1항). 공증인법 시행령에서는 동시에 수개의 촉탁을 하는 경우에만 원용을 허용하고 있지만, 같은 날이면서도 각각 다른 시간에 별도로 촉탁을 하는 경우에도 원용의 필요성이 있다. 그리하여 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제13조 제2항은 접수일자가 다른 촉탁사항에 대해서만 증명서원용을 금하고 있다.

4. 인증서의 작성

가. 인증서의 기재사항

사서증서의 인증서에 기재할 사항은 촉탁인이 공증인 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인한 사실, 촉탁인이나 대리인이 공증인 앞에서 사서증서의 서명 또는 날인이 본인의 것이라고 확인한 사실이다(공증인법 제57조 제1항). 그 외에 등부번호, 인증의 연월일 및 장소를 적고, 공증인과 참여인이 서명날인한 후 증서와 인증부사이에 간인하여야 한다(공증인법 제58조).

공정증서의 경우에는 공증인법 제35조에 기재사항을 열거하고 있지만 사서증서 인증의 경우에는 이러한 규정이 없다. 실무상 사서증서 인증서에 기재하는 사항은 대체로 다음과 같다.

- ① 사서증서의 제목과 인증의 방법(공증인법 제57조 제1항)
- ② 등부의 번호(공증인법 제58조)
- ③ 촉탁인의 성명(법인의 경우에는 법인의 명칭과 대표자의 성명)
- ④ 대리인에 의하여 촉탁되었을 경우에는 그 사유, 대리권을 증명할 증서를 제출하게 한 사실, 그 대리인의 성명(공증인법 제35조 제3호 참조)
- ⑤ 촉탁인이나 대리인의 얼굴과 성명을 아는 경우에는 그 사실(공증인법 제35조 제4호 참조)
- ⑥ 공증인법 제27조 제2항에 따른 증명이 있을 경우에는 그 사실, 증인의 주소·직업·성명·나이 또는 그 확인의 방법(공증인법 제35조 제6호 참조)
- ⑦ 공증인법 제27조 제3항의 경우에는 그 사유(공증인법 제35조 제7호 참조)

- ⑧ 공증인법 제31조 제2항에 따른 증명이 있을 경우에는 그 사유(공증인법 제35조 제8호 참조)
- ⑨ 통역인을 사용한 경우 그 사유와 통역인의 성명(공증인법 제35조 제9호 참조)
- ⑩ 참여인을 참여하게 하였을 경우에는 그 사유와 참여인의 주소·직업·성명 및 나이(공증인법 제35조 제9호 참조)
- ⑪ 인证的 연월일 및 장소(공증인법 제58조)
- ⑫ 공증인과 참여인의 서명 날인(공증인법 제58조)
- ⑬ 여러 장인 경우 간인(공증인법 제59조, 제38조 제5항)
- ⑭ 인증부와 간인(공증인법 제58조)

인증서에 인증의 장소를 기재함에 있어서는 ‘이 사무소에서 인증한다’고 기재하는 것이 보통이다. 공증인이 직무상 서명하는 경우에는 그 직명, 소속 및 사무소 소재지를 기재하므로(공증인법 제22조), ‘이 사무소에서’라는 표현으로 인증의 장소가 모두 기재되는 것이다. 공증인이 출장하여 인증하는 경우에는 구체적인 장소를 기재하여야 한다.³⁷⁾

나. 인증서의 서식

공증사무소에서 작성하는 증서 기타 서류의 용지는 「행정효율과 협업촉진에 관한 규정」³⁸⁾의 표준규격에 준하여야 하고, 그 용지에는 공증사무소의 명칭을 인쇄하여야 한다(공증인법 시행령 제7조 제1항). 또한 공증사무소에서 사용하는 서류의 양식, 작성 방법, 편철순서 기타 공증사무처리에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다(공증인법 시행령 제7조 제2항). 따라서 공증인은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙에 따라 사서증서의 인증서를 작성하여야 한다.³⁹⁾

사서증서의 인증서는 표지(제33호 서식), 사서증서, 인증문(제34호 서식 또는 제35호

37) 공증인이 인증을 위하여 출장하는 경우에는 직인과 인증부도 지참하여야 한다. 인증서와 인증부사이 간인하여야 하기 때문이다(공증인법 제58조).

38) 행정업무의 효율적운영에 관한 규정이 2016. 4. 26. 개정되었다.

39) 재외공관의 영사는 인증대상문서의 여백에 기재하는 방법으로 인증을 부여할 수 있다(재외공관공증법 제26조 제1항, 동 시행령 제28조 제1항).

서식)의 순서로 편철한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제27조).

제34호 서식과 제35호 서식은 면전인증과 자인인증에 관한 서식인데 이는 일반적인 예문이라고 할 것이다. 촉탁인 본인이 출석하여 자인 인증하는 경우에는 제35호 서식에서 대리권을 인정하는 부분은 기재할 이유가 없다. 제34호 서식에는 촉탁인이 그 사람이 틀림없다는 것을 확인하는 부분이 없다. 면전인증에서 이를 생략할 이유는 없다고 생각한다.

공증인이 인증서를 작성함에 있어서는 제34호 서식 및 제35호 서식의 인증문에 바로 서명하여야 하며, 제12호 서식에 의하여 별도로 서명하여서는 아니 된다. 제34호 서식과 제35호 서식의 개정으로 인하여 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제16조 가운데 인증서를 열거한 부분은 사문화되었다.

다. 공증인의 서명 날인

공증인은 사서증서의 인증서에 서명날인하여야 한다(공증인법 제58조). 따라서 기명날인한 인증서는 공증인법을 위반한 무효의 인증서라고 할 것이다.

재외공관에서 영사가 사서증서를 인증하는 경우에는 약간 다르다. 사서증서의 여백에 인증문을 기재하는 경우에는 영사가 서명한 후 직인을 찍는다(재외공관공증법 제26조 제2항, 동 시행령 제28조 제1항 단서). 여백이 없어서 별도로 표지와 인증문을 붙이는 경우 그 서식에는 영사의 성명 다음에 (서명 또는 인)으로 표시되어 있다(재외공관공증법 시행령 제28조 제1항 본문, 별지26호 서식). 즉 사서증서의 인증서에는 영사가 기명날인하거나 서명하는 것으로 되어 있다. 입법적으로 분명히 할 필요가 있다.

공증인이 직무상 서명할 때에는 그 직명, 소속 및 사무소 소재지를 적어야 하며(공증인법 제22조), 인가공증인은 공증에 관한 문서를 작성할 때에 소속, 사무소의 소재지 및 명칭을 적고, 공증담당변호사가 서명날인하여야 한다(공증인법 시행령 제7조의2).

라. 인증서의 기재방법

공증인이 작성하는 인증서에는 국어를 사용하여야 한다(공증인법 제59조, 제26조 제1항). 공증인이 인증서를 작성할 때에는 보통의 쉬운 용어를 사용하고, 글자 획을

명확하게 써야 한다(공증인법 제59조, 제36조 제1항). 글자가 연결되어야 할 자행(字行)에 빈 공간이 있을 때에는 직선 또는 사선을 그어 그 부분에 다른 글자가 없음을 표시하여야 한다(공증인법 제59조, 제36조 제2항).

인증서의 글자는 수정할 수 없다(공증인법 제59조, 제37조 제1항). 인증서에 글자를 삽입할 때에는 삽입할 글자의 수와 그 위치를 칸의 밖이나 끝부분 여백에 적고 공증인과 참여인이 이에 날인하여야 한다(공증인법 제59조, 제37조 제2항). 증서의 글자를 삭제할 때에는 그 글자를 명확히 읽을 수 있도록 글자의 모양을 남겨두고, 삭제한 글자 수와 그 위치를 칸의 밖이나 끝부분 여백에 적고 공증인과 참여인이 이에 날인하여야 한다(공증인법 제59조, 제37조 제3항). 이러한 절차를 위반한 정정(訂正)은 효력이 없다(공증인법 제59조, 제37조 제4항). 인증서는 여러 장으로 이루어지기 마련인데, 각 장에 걸쳐 직인으로 간인하여야 한다(공증인법 제59조, 제38조 제5항).

5. 인증부의 기재와 간인

사서증서의 인증서가 작성되면 인증부를 기재하고, 인증서와 인증부 사이에 간인하여야 한다(공증인법 제61조). 사서증서 인증의 경우뿐만 아니라 사서증서 등본의 인증, 선서 인증, 정관 인증, 법인 의사록 인증 등의 경우에도 인증부를 작성하여야 한다. 공증사무소에 인증부가 비치되어 있지 않으면 인증에 관한 사무를 취급할 수 없다.

인증부에는 등부번호에 따라 소정사항을 구체적으로 기재하여야 하고, “상동”, “위와 같음”과 같이 약식으로 기재하여서는 아니 된다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제9조, 공증인법시행령 제18조 제1항 제1호).

가. 인증부

인증부에는 미리 등부번호를 인쇄하여 두고 청구의 순서에 따라 기재하여야 한다(공증인법시행령 제19조).

인증부는 대한공증인협회에서 조제(調製)한 것을 사용하되, 그 기재 전에 대한공증인협회장의 인증을 받아야 한다(공증인법시행령 제20조 제1항). 법무부장관은 대한공증인협회의 장에게 인증부의 인증에 관한 업무를 위탁하였다(공증인법시행령 제20조

제3항). 인증부는 표지의 뒷면에 그 매수가 기재되어야 하고, 협회장의 기명날인과 천공방식의 간인이 있어야 한다(공증인법시행령 제20조 제2항).

나. 인증부의 기재사항

인증부에 기재할 사항은 ① 등부번호, ② 촉탁인의 주소와 성명(법인인 경우에는 그 명칭과 사무소 소재지), ③ 사서증서의 종류와 서명날인한 자, ④ 인증의 방법, ⑤ 참여인의 주소와 성명, ⑥ 인증 연월일이다(공증인법 제61조).

등부번호는 장부 인증 당시에 이미 기재되어 있으므로 사서증서 인증의 기회에 별도로 적을 내용은 아니다.

촉탁인의 주소와 성명을 기재하여야 하며, 대리인의 성명은 기재사항이 아니다. 촉탁인이란 촉탁인 전원을 뜻하며, 일부만 기재하여서는 아니 된다. 정관 인증과 의사록 인증의 경우에는 1명만 기재하고 ○○○외 ○명의 방법으로 기재할 수 있지만(공증인법시행령 제23조 제2항), 사서증서 인증의 경우에는 그러한 특칙이 없다. 정관 인증과 의사록 인증의 경우에는 인증부의 비고란에 회사의 명칭을 기재하여야 하지만(공증인법시행령 제23조 제3항), 사서증서 인증의 경우에는 비고란에 기재할 사항이 없다.

사서증서의 종류는 실무상 사서증서의 제목을 말하는 것으로 이해한다. 서명날인한 자는 보통 촉탁인과 일치한다. 인증의 방법은 면전인증과 자인인증의 구분으로 이해하고 있다.

참여인은 공증인법 제59조, 제29조의 참여인을 말하는 것은 분명하다. 그 외에 통역인도 포함되는지 여부는 논란이 있다. 실무상 통역인을 참여인과 구분하기도 한다.

6. 접수부의 기재

공증사무소에는 접수부를 비치하여야 하며(공증인법시행령 제18조 제1항 제1호), 접수번호는 매년 새로이 정하여야 한다. 접수부는 제3호 서식에 의하여 조제하여야 한다. 인증부와 달리 장부인증이 필요 없다.

공증사무소에서 접수하여 취급한 모든 사무에 대하여 접수번호를 부여하여 기재하여야 한다. 공정증서나 인증서외에 해소 부기, 집행문의 부여, 정·등본의 발급, 열람

등의 경우에도 접수번호를 기재하여야 한다.

접수부를 기재함에 있어서도 소정사항을 구체적으로 기재하여야 하고, “상동”, “위와 같음”과 같이 약식으로 기재하여서는 아니 된다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제9조, 공증인법시행령 제18조 제1항 제1호). 접수부의 촉탁인란은 신청인도 포함되는 것으로 처리한다. 이해관계인이 증서의 열람을 청구하는 경우에는 촉탁인란에 그 이해관계인을 기재하여야 할 것이다.⁴⁰⁾

7. 인증서의 교부

가. 인증서의 교부

공증인은 인증서를 교부하면서 촉탁인으로 하여금 공증촉탁서의 수령인란에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

나. 수수료의 수령

공증인은 촉탁인으로부터 수수료, 일당 및 여비를 받는다(공증인법 제7조 제1항). 수수료는 공증인 수수료 규칙에 따라 계산하여야 하며, 법정의 수수료 이외에는 그 어떠한 명목으로도 보수를 받을 수 없다(공증인법 제7조 제4항).

촉탁인이 수수료를 지급하지 아니하는 경우에는 공증인은 인증서의 교부를 거절할 수 있다(공증인 수수료 규칙 제37조).

공증인이 수수료를 받으면 영수증을 교부하여야 하며(공증인법시행령 제17조, 공증인 수수료 규칙 제36조 제1항), 영수증은 제19호 서식 계산서에 따르며, 계산서에는 그 계산의 근거를 명백하게 적어야 한다(공증인 수수료 규칙 제36조 제2항).

8. 사서증서 인증서 사본과 부속서류의 보존

40) 승계집행문을 부여하는 경우에는 촉탁인란에 승계인을 기재하여야 할 것이다.

가. 보존

공증인은 사서증서 인증서의 사본과 그 부속서류를 보존하여야 한다(공증인법 제57조 제4항). 종전에는 사서증서 인증서의 사본은 별도로 보관하지 않고, 부속서류만 보존하였는데 공증실무지도를 위하여 편의상 사서증서인증서의 사본도 보존하게 하였다고 한다. 2009년 2. 6. 공증인법이 개정되면서 인증서 사본의 보존의무가 공증인법에 규정되었다. 그 이전에는 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제10조 제2항과 공증서류의 보존에 관한 규칙 제3조 제1항이 근거규정이었다.

1991. 1. 1.부터 시행된 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제10조 제2항에 따라 사서증서인증서사본철에는 사서증서 인증서 사본 · 촉탁서 · 촉탁인 확인 증명서 사본 · 대리권 증명 서류의 순서로 편철하여 보존하여야 한다.

사서증서 인증서 사본의 보존은 정관 인증서나 법인 의사록 인증서의 보존과는 다른 것이다. 정관 인증이나 의사록 인증에 있어서는 원본을 2통 제출받아 인증을 부여한 다음 1통의 인증서는 당사자에게 교부하고, 1통의 인증서는 공증인이 보존하게 된다(공증인법 제63조 제1항, 제3항, 제66조의2 제4항).

사서증서 인증의 경우에는 사서증서를 1통 제출받아 인증을 부여하는 것이며, 보존하는 인증서가 사본이다. 정관 인증이나 의사록 인증에 있어서는 보존하는 인증서가 원본이라는 점에서 크게 다르다.

정관 인증과 의사록 인증에 있어서는 공정증서의 경우처럼 공증인이 원본을 보존하므로 원본의 열람(공증인법 제43조, 제43조의2), 등본의 발급(제50조 내지 제55조)에 관한 규정을 준용하고 있다(공증인법 제66조, 제66조의2 제4항). 사서증서 인증의 경우에는 이에 관한 규정이 없다.

나. 부속서류

공증인법은 공정증서와 정관인증서, 의사록인증서의 경우와 달리 부속서류를 열거하고 있지 않다(공증인법 제40조, 제64조, 제66조의2 제4항 참조). 그러나 사서증서 인증의 경우도 크게 다르지 않다고 할 것이다.

- ① 대리권을 증명하는 증서
- ② 권한이 있는 행정기관이 발행한 증명서
- ③ 제3자의 허락 또는 동의를 증명하는 증서
- ④ 그 밖의 부속서류이다.

그 밖의 부속서류는 촉탁서와 신분증의 사본이 대표적이다.

촉탁인이 원본의 반환을 청구하는 경우에는 원본 대신 등본을 연철한다(공증인법 제40조 제1항 단서 참조). 이때에는 제18호 서식 원본환부를 작성하여 등본 뒤에 첨부하여 원본이 편철될 곳에 편철하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제20조). 대리인도 원본의 반환을 청구할 수 있으나 위임장에 그러한 권한이 기재되어 있어야 한다.

사서증서의 인증 이후에 별도로 원본의 반환을 구하는 경우도 있다. 이때에는 제16호 서식의 신청서와 제18호서식의 원본환부를 작성하게 한 다음 앞에 설명한 방법으로 반환하여야 할 것이다.

다. 보존절차

사서증서의 인증서 사본과 부속서류는 사서증서 인증서 사본철에 등부번호의 순서에 따라 연철하며, 그 서류철에는 표지를 붙여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제3조 제1항). 촉탁인 또는 그 대리인이 제출한 서류로서 인증서 사본철에 연철할 수 없는 것은 표지를 붙이고, 건명 및 접수일자와 등부번호를 기재하여 사건처리의 순서에 따라 따로 연철하여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제3조 제2항).

공증인사무소에는 공증인법 제13조의2 및 제15조의6에 따라 서류의 보존에 필요한 보관창고 및 견고한 서류함을 갖추어 이에 보관하여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제4조 제1항 및 제2항).

공증인이 보존하는 사서증서 인증서 사본과 그 부속서류, 인증부, 접수부 등 장부는 원칙적으로 사무소 밖으로 반출할 수 없다. 다만 재난을 피하기 위하여 부득이한 경우, 법무부장관 또는 소속 지방검찰청 검사장의 명령이나 허가를 받은 경우에만 반출할 수 있다(공증인법 제24조).

라. 보존기간

사서증서의 인증서 사본은 3년간 보존한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제5조 제1항 제5호),

인증서 사본의 보존기간이 지나치게 단기이다. 서류의 보존에 필요한 비용을 부과하더라도 입법적으로 재검토하여야 한다.

인증부는 20년간 보존한다. 접수부에 대하여는 보존기간이 규정되어 있지 않는데 인증부에 준하여 20년간 보존하여야 할 것이다.

보존기간은 장부의 경우에는 당해 장부에 최종의 기재를 한 다음해부터 기산하며, 사서증서의 인증서 사본은 그 서류를 작성한 다음해부터 기산한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제5조 제2항).

보존기간이 만료된 이후라도 특별한 사유가 있어 이를 보존하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 사유가 존속하는 한 이를 보존하여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제5조 제3항).

마. 서류의 폐기

보존기간이 만료된 서류는 폐기하여야 한다. 서류를 폐기하고자 하는 때에는 그 목적을 작성하여 소속 지방검찰청검사장에게 신고하여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제6조).

바. 서류의 인계

공증인이 사망, 면직 또는 사임한 경우에 후임자가 임명되면 그가 서류를 접수하지만(공증인법 제72조), 만일 후임자가 없으면⁴¹⁾ 법무부 장관은 다른 공증인에게 서류의 인계를 명한다(공증인법 제75조 제1항).

41) 법문은 '정원이 변경되었거나 그 밖의 사유로 후임자가 필요하지 아니하게 된 경우'이지만 후임자가 없는 모든 경우에 해당된다.

법무부장관이 서류인계명령을 내리는 경우에는 지리적 근접성, 공증인임명(또는 인가)의 시기, 사무소의 시설 현황, 공증업무 처리의 건수 등을 고려하여 공증인을 선정한다. 필요한 경우에는 서류를 나누어 여러 명의 공증인에게 인계시킬 수도 있다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제1항).

소속 지방검찰청 관할구역에 다른 공증인이 전혀 없으면 해당 지방검찰청 검사장이 인수하여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제4항). 이후 관할구역에 공증인이 새로 임명(또는 인가)되면 그 공증인에게 서류를 인계하며(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제5항 전문), 그 인계한 날부터 2년 내에 사망, 면직 또는 사임한 공증인과 같은 시·군에 공증인이 새로 임명(또는 인가)되면 그 공증인에게 서류의 일부를 다시 인계할 수 있다.

소속 검찰청 관할구역에 공증인이 여러 명인 경우에는 사망, 면직 또는 사임한 공증인과 같은 시·군에 있는 다른 공증인이 있는지 여부에 따라 인계할 공증인을 정한다. 같은 시·군에 다른 공증인이 없으면 관할구역 안의 다른 시·군에 있는 공증인에게 인계한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제2항).

같은 시·군에 다른 공증인이 없어 다른 시·군의 공증인에게 서류를 인계시킨 경우에도 같은 시·군에 공증인이 새로 임명(또는 인가)되면 그 공증인에게 서류를 인계하며, 그 인계한 날부터 2년 내에 같은 시·군에 공증인이 새로 임명(또는 인가)되면 인계한 서류의 일부를 다시 인계할 수 있다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제3항).

사. 열람 및 등본

공정증서의 경우에는 원본의 열람이 허용되고(공증인법 제43조),⁴²⁾ 등본의 발급도 허용된다(공증인법 제50조 내지 55조). 공증인이 원본을 보존하는 정관인증과 의사록 인증의 경우에는 열람과 등본발급에 관하여 공정증서에 관한 규정이 준용된다(공증인법 제66조, 제66조의2 제4항).

사서증서 인증의 경우에는 공증인은 인증서의 사본을 보존할 뿐이다(공증인법 제57

42) 원본의 열람은 원본에 부착된 서류의 열람도 함께 허용하는 취지이다. 원본의 열람을 허용하면서 부착 서류의 열람을 특별히 금지할 이유는 없다.

조 제4항). 그리하여 원본을 보존하는 경우와 달리 공증인법에는 아무런 규정도 없다.

인증서의 사본을 보관하지 않는 입법례도 있다. 그러한 경우에는 열람이나 등사의 문제가 있을 수 없다. 우리의 공증실무에 있어서는 공정증서에 준하여 열람과 등본을 허용하는 견해도 있고, 부정하는 견해도 있다.

인증서의 사본에 대하여 열람을 금지하거나 등본의 발급을 금지하는 규정은 없다. 그저 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 직무상 알게된 비밀을 누설하지 못한다(공증인법 제5조)’는 규정만 있을 뿐이다. 차용증을 예로 들면 촉탁인은 채무자이지만 인증 받은 차용증을 소지하면서 권리를 행사하는 사람은 채권자이다. 채권자가 인증서를 제시하고 채무의 이행을 요구함에 대하여 그 인증서가 위조된 것임을 주장·입증하기 위하여 채무자가 공증인 사무소에 보존되어 있는 인증서의 사본을 열람하고, 때로는 인증서의 사본에 대한 사본을 교부받아야 할 경우도 있다. 이러한 주장·입증의 필요성은 채권자도 동일하다. 채권자가 인증서의 이해관계인으로서 등본을 교부받아 인증서의 유효성을 증명할 수 있어야 한다는 것이다.

인증서의 사본을 보관하는 이유로서 가장 중요한 것은 사서증서 인증 이후에 사서증서의 기재에 변경이 있는지 여부를 확인하는 기능이다. 보관이 검열을 대비한 것만은 아닐 것이다. 따라서 열람이나 등본에 대하여도 법적인 근거를 마련하는 것이 바람직하다.

허용설에 따라 사서증서인증서사본의 등본을 발급하는 경우에는 인증서사본의 표지에 다음과 같은 고무인을 찍기도 한다.

[사서증서인증서사본에 대한 사본 기재례]

| |
|--|
| <p>이 등본은 본 공증인이 보존하고 있는 사서증서인증서사본을 등사한 것임. ○○○○년 ○○월 ○○일 공증인사무소 명칭 (소속) (주소) 공증인 서명날인</p> |
|--|

[사서증서인증서사본 및 부속서류에 대한 사본 기재례]

이 등본은 본 공증인이 보존하고 있는 사서증서인증서 사본 및 부속서류의 등본임.

○○○○년 ○○월 ○○일

공증인사무소 명칭

(소속)

(주소)

공증인 서명날인

아. 멸실의 경우

공증인법 제57조 제4항에 따라 보존하는 증서 사본이 멸실된 경우에는 공증인은 촉탁인이 소지하는 증서에 따른 사본을 작성하여 소속지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 증서 사본을 대신하여 보존하여야 한다(공증인법 제65조 제2항). 대신하여 보존하는 증서에는 소속지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 증서를 대신하여 보존한다는 취지와 인가 연월일을 적고 공증인이 서명날인하여야 한다(공증인법 제65조 제3항, 제41조 제2항).

인가신청과 사서증서 인증서 사본의 기재례는 다음과 같다.

[인가 신청 기재례]

공증인 ○○○사무소 제○○호

수신 ○○지방검찰청 검사장

제목 사서증서 인증서 사본에 대신하는 인증서 사본의 보존 인가 신청

본 공증인은 ○○○○년 ○○월 ○○일 등부 ○○○○년 제○○호로 촉탁인(매도인)○○, 촉탁인(매수인)○○○의 촉탁으로 매매계약서를 인증하였습니다. 이에 본 공증인은 공사서증서 인증서의 사본을 보존하여야 하는바, 현재 멸실되어 찾을 수가 없습니다.

공증인법 제65조 제2항, 제3항 및 제41조 제2항에 따라서 촉탁인(매도인)○○○이 소지하는 사서증서 인증서에 따른 사본을 작성하여 멸실된 인증서 사본에 대신하여 보존하고자 합니다. 인가하여 주시기 바랍니다.

첨부서류: 사서증서 인증서 사본

○○○○년 ○○월 ○○일

공증인 ○○○ (인)

[대신 보존하는 사본의 기재례]

○○○○년 ○○월 ○○일 ○○지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 사서증서 인증서 사본을 대신하여 이 사본을 보존함.

○○○○년 ○○월 ○○일

공증인 ○○○사무소

소 속 ○○지방검찰청

소재지 ○○시.....

공증인 ○○○(인)

자. 사서증서 인증서의 추후 보완

공증인법 제59조에 따라 제31조 제3항, 제32조 제2항이 사서증서의 인증에 준용된다. 그러므로 인증서의 작성에 관한 규정에 따라 대리 또는 그 방식의 결함을 추후 보완한 경우에는 그 증서는 결함이 있었다는 이유로 효력이 부정되지 아니한다. 또한 제3자의 허락이나 동의가 필요한 법률행위에 관하여도 추후 보완이 허용된다.

급박한 사유로 촉탁인의 확인을 추후보완하기로 하고 인증하는 것(공증인법 제59조, 제27조 제3항)과는 다른 것이다. 추후보완에는 급박한 사유를 요하지 않으며 3일 이내의 제한도 없다. 급박한 사유를 이유로 대리권을 추후에 보완하기로 하고 인증하는

것은 공증인법에 위반된다.

추후 보완은 대리권이나 제3자의 허락이나 동의에 관하여 흠결이 있었음에도 이를 간과하고 인증을 부여한 경우에 관한 규정이다. 후일 위와 같은 결함으로 인증서가 무효로 되는 것을 알게 된 경우 이미 작성된 인증서를 무효로 하고, 새로 인증서를 작성하는 것이 비경제적이고, 불필요한 절차를 거듭하는 것에 불과하므로 결함을 보충할 방법을 마련한 것이다.

[인증문 기재례]

① 원래의 인증문

등부 2017년 제103호

인 증

위 금형보관증에 기재된
보관자 홍길동의 대리인 이몽룡은
본 공증인의 면전에서 위 사서증서의 기명날인이 본인의 것임을 확인하였다.
본 공증인은 대리인이 제시한 주민등록증에 의하여 그 사람이 틀림없음을 증명하였다.
촉탁에 관한 대리권은 본인의 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.
2017년 3월 2일 이 사무소에서 위 인증한다.

② 추후 보완하는 인증문(대리권의 흠결)

등부 2017년 제453호

인 증

본 공증인 사무소 등부 2017년 제103호 인증서의 금형보관증에 기재된
보관자 홍길동의 대리인 이몽룡은

본 공증인의 면전에서 위 사서증서의 기명날인이 본인의 것임을 확인하였다.

본 공증인은 대리인이 제시한 주민등록증에 의하여 그 사람이 틀림없음을 증명하였다.

촉탁에 관한 대리권은 본인의 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.

또한 추후에 보완하는 인증의 촉탁에 관한 대리권도 본인의 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다.

2017년 4월 5일 이 사무소에서 위 인증한다.

본 공증인은 2017년 3월 2일 촉탁인 홍길동의 대리인 이몽룡의 촉탁으로 등부 2017년 제103호로써 금형보관증에 인증을 부여하였다. 당시 대리인이 제출한 위임장에 촉탁인의 인감도장이 아닌 다른 도장이 날인되었음에도 이를 간과하여 대리권을 인정 하였다.

촉탁인 홍길동의 대리인 이몽룡은 금일 다시 인감도장이 날인된 위임장을 다시 제출 하였다.

이에 본 공증인은 2017. 4. 5. 공증인법 제59조, 제31조 제3항에 따라 결함을 보완하여 위와 같이 다시 인증한다.

이 인증서는 표지와 인증문으로만 구성된다. 또한 종전의 인증서와 추완 인증서는 동시에 사용되는 경우에 한하여 효력이 인정될 것이다.

공증인법이 규정한 추후 보완 이외의 방법으로 대리권을 보완하는 것은 허용되지 않으며, 무권대리의 추인(민법 제130조)이나 무효행위의 추인(민법 제139조) 등은 공증에 적용될 여지가 없다.

차. 법원의 문서송부촉탁에 대한 대응

법원이 소송상 문서송부촉탁이나 문서제출명령을 하는 경우도 있다. 공증인으로서 는 비밀누설금지 의무(공증인법 제5조)가 있기 때문에 이에 응하지 않는 것이 보통이다. 또한 공증인은 원칙적으로 서류를 사무소 밖으로 반출할 수 없으며, 재난을 피하기 위하여 부득이한 경우와 소속 지방검찰청검사장의 명령이나 허가가 있는 경우에 한하여 반출할 수 있을 뿐이다(공증인법 제24조).

[문서송부촉탁에 대한 회신의 기재례]

문서송부촉탁에 대한 회신

사 권 20〇〇가단 〇〇〇 부당이득금 반환

원 고 〇〇〇

피 고 〇〇〇

위원의 문서송부촉탁에 따를 수 없는 사정이 있어 이를 알려드립니다.

1. 공증인법 제5조는 ‘공증인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 못한다.’고 규정하고 있습니다. 이러한 비밀누설금지의무로 인하여 문서송부촉탁에 따를 수 없음을 깊이 헤아려주시기 바랍니다.

20〇〇. 〇〇. 〇〇.

공증인

〇〇지방법원 민사〇〇부 귀중

VI. 사서증서 인증의 효력

1. 공문서의 효력

가. 진정성립의 추정

진정성립이란 작성명의자 본인이 작성하였다는 것, 본인의 의사에 따라 작성되었다는 것, 타인에 의하여 위조 또는 변조되지 않았다는 것을 말한다. 그 문서의 기재내용이 객관적으로 진실하다는 것을 말하지는 않는다.

민사소송에 있어서 문서가 증거자료가 되려면 우선 진정성립이 증명되어야 한다. 이러한 형식적 증거력이 인정되지 않으면 증거로 쓸 수 없으며, 형식적 증거력이 인정된

다음에야 비로소 실질적 증명력을 검토할 수 있다.

공문서는 진정성립이 추정된다(민사소송법 제356조 제1항). 문서의 작성방법과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것이 공문서이다. 공증인은 직무에 관하여 공무원의 지위⁴³⁾에 있으므로(공증인법 제2조), 공증인이 작성한 사서증서의 인증서(공증인법 제2조 제2호)는 공문서이고, 따라서 진정성립이 추정된다.

나. 공문서로서 사서증서 인증서의 실질적 증거력

문서가 증명하는 가치(실질적 증거력)에 대한 판단은 법관의 자유심증에 맡겨져 있지만 공문서의 증명력은 쉽게 배척할 수 없다. 즉, 진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없으므로, 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 기재 내용과 배치되는 사실이나 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 기재 내용대로 증명력을 가진다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658 판결).⁴⁴⁾

판례는 공정증서의 증명력에 관하여도 같은 취지이다. 공증에 관한 문서는 보고문서로서 공문서이므로, 민사소송법 제327조 제1항(2002. 7. 11. 전부개정 이전의 조문, 현재의 제356조와 동일)에 의하여 그 진정성립이 추정된다고 볼 것이고, 또한 그 보고 내용의 진실성을 담보하기 위하여 증서의 작성 이전에 반드시 촉탁인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 하고 작성 이후에는 열석자의 서명날인을 받도록 규정하고 있는 공증인법 제27조, 제30조, 제31조, 제38조에 비추어 볼 때 신빙성 있는 반대 자료가 없는 한 함부로 그 증명력을 부정하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없다고 보아야 한다(대법원 1994. 6. 28. 선고 94누2046 판결).

그러므로 공증인이 촉탁인의 확인(공증인법 제27조), 촉탁대리인의 확인(공증인법 제30조) 대리권의 증명(공증인법 제31조), 공증인의 서명날인(공증인법 제58조)에 관한 규정을 위반한 경우에는 인증서의 효력이 부인될 것이다. 그러나 글자가 연결되어

43) 2008. 12. 19. 공증인법이 개정되면서 명문으로 규정되었다.

44) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다78768 판결도 같다.

야 할 자행에 빈 공간이 있을 때에는 직선 또는 사선을 그어 그 부분에 글자가 없음을 표시하여야 한다는 규정(공증인법 제59조, 제36조 제2항)을 위반하였거나 본인의 촉탁에 따라 인증하였음에도 제35호 서식의 ‘촉탁에 관한 대리권은 본인의 위임장 및 인감증명서에 의하여 이를 인정하였다’는 부분을 그대로 기재한⁴⁵⁾ 정도에 지나지 않는 경우에도 바로 효력이 부인될지는 의문이다. 사건의 성질에 따라 결정하여야 할 것이다.

대리촉탁에 의하여 공정증서를 작성한 경우 위임장의 위·변조 또는 부당보충에 관하여는 주장하는 자가 입증하여야 할 것이다. 판례도 같은 취지이다. 일반적으로 문서의 일부가 미완성인 상태로 서명날인을 하여 교부한다는 것은 이례에 속하므로 그 문서의 교부 당시 백지상태인 공란 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점은 작성명의인이 증명하여야 한다는 것이다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결).

또한 공증인법 제31조 제2항의 의미에 주의할 필요가 있다. 공증인이 위임장의 진정성립을 확인하는 방법은 인증받은 위임장일 것 또는 인감증명서에 의하여 확인하는 것뿐이다. 증인이나 다른 증거를 조사하는 방법으로 공증인이 위임장의 진정성립을 확인할 권한도 없고 의무도 없다. 또한 위임장의 진정성립이 확인됨에도 공증인이 위임장의 내용을 함부로 부인할 수는 없다고 할 것이다. 이는 공증인의 자유판단의 대상이 아니다.

2. 사서증서의 진정성립을 증명하는 효력

가. 사서증서의 진정성립

사문서는 진정한 것임을 증명하여야 한다(민사소송법 제357조).⁴⁶⁾ 사문서를 작성하는 경우에는 당사자 본인이 서명이나 날인 또는 무인하는 것이 보통이다. 그리하여 사문서에 본인의 서명이나 날인 또는 무인이 있으면 진정한 것으로 추정한다(민사소송법

45) 본인이 촉탁한 경우에는 대리인에 관한 사항은 기재할 필요가 없다. 설령 대리권에 관한 사항을 기재하였더라도 무익한 기재라고 할 것이며, 단순한 사무착오에 지나지 않는다.

46) 소송에 있어서 진정성립을 증명하는 방법은 작성명의인이 증인으로서 자신이 작성하였다고 진술하는 것, 작성명의인이 작성하는 것을 본 사람이 그러한 사실을 진술하는 것, 필적이거나 인영을 대조하는 방법 등이 있다. 소송 밖에서 진정성립을 증명하는 방법이 사서증서의 인증이다.

제358조). 사문서의 진정성립이 추정되면 서명이나 날인 이외의 부분까지, 다시 말해서 문서의 전체에 관하여 진정성립이 추정된다. 서명 이외의 나머지부분이 가필 등으로 변조되거나 위조되었다고 다투는 경우에는 이를 다투는 자가 입증할 책임을 진다(대법원 1995. 11. 10. 선고 95다4674 판결).

사서증서에 공증인의 인증을 받으면 본인이 사서증서에 서명이나 날인 또는 무인한 사실이 증명된다. 따라서 공증인이 인증한 사서증서는 민사소송법 제358조에 따라 진정한 것으로 추정된다.

또한 공증인의 사서증서 인증서는 공문서이므로 함부로 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없다. 대법원 판례도 이를 명백히 하고 있다. 공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 공증인이 증서에 기재하는 것으로서(공증인법 제57조 제1항), 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 공증인법에 따라 반드시 촉탁인의 확인(공증인법 제27조)이나 대리촉탁인의 확인(공증인법 제30조) 및 그 대리권의 증명(공증인법 제31조) 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있으므로, 공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 그와 같은 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·입증되는 등 특별한 사정이 없는 한, 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립이 추정된다(대법원 2009. 1. 16. 자 2008스119 결정).⁴⁷⁾ 다시 말하면 서명이나 날인이 작성명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하는 정도의 반증으로는 진정성립의 추정을 깰 수 없고, 공증인이 사서증서 인증사무를 집행함에 있어서 촉탁인의 확인이나 대리권의 확인 등 공증인법에 규정된 절차에 위반한 사실을 증명하여야 추정력이 번복된다는 것이다.⁴⁸⁾

47) 대법원 1988. 3. 8. 선고 87다카1448 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결 등 대법원의 확립된 견해로 보인다. 법원실무제요 민사소송[III] 2014. 108쪽은 사서증서의 인증서는 공증부분과 사문서 부분이 그 성립에 깊은 관련이 있어서 전자에 의해 후자의 진정성립까지 사실상 추정할 수 있다고 설명하고 91다35816호 판결을 인용하고 있으나 위 판결에는 그러한 설명이 전혀 없다. 사실상 추정이라는 해석은 근거가 분명하지 않은 것 같다.

48) 이시윤, 신민사소송법, 제5판, 2009, 480-481, 민사소송에 있어서 추정에는 사실상의 추정과 법률상의 추정이 있다. 사실상의 추정은 진실인가에 의심을 품게 할 정도의 반증으로 번복된다. 법률상의 추정은 추정사실이 진실이 아니라는 적극적인 반대사실의 증거가 있어야만 번복된다. 인증 받은 사서증서의 진정성립에 대한 추정은 법률상 추정으로 이해하여야 할 것이다.

나. 인영의 진정성립의 추정과 다른 점

사문서의 진정성립과 관련하여 판례는 인영의 진정성립으로 날인행위의 진정성립을 추정하고 있다. 즉, 사문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 이상 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정된다는 것이다. 그와 같은 추정은 그 날인행위가 다른 사람에 의하여 이루어진 것임이 밝혀지거나 작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것이 밝혀진 경우에는 깨어진다. 또한 인영의 진정성립, 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96재 다462 판결).⁴⁹⁾

사서증서에 인증을 받으면 이러한 2단계의 추정을 거쳐서 진정성립이 추정되는 것이 아니라, 민사소송법 제358조에 의하여 바로 진정성립이 추정된다. 또한 날인의 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 정도로는 그 추정을 번복할 수 없다.

3. 사서증서 인증서의 사문서 부분에 대한 위·변조의 책임

가. 대법원 판례

사문서를 인증 받았다고 하여 그 사문서가 공문서로 전환되는 것은 아니다. 이러한 관점에서 대법원 판례는 사서증서 인증서의 사문서 부분을 변경한 경우 사문서 위·변조가 되며, 공문서의 위·변조는 성립하지 않는다고 한다. 즉, 공증인이 공증인법 제57조 제1항의 규정에 의하여 사서증서에 대하여 하는 인증은 당해 사서증서에 나타난 서

49) 사서증서에 인감을 날인하고 인감증명을 첨부하면 인영의 진정성립이 추정된다. 사서증서를 인증받은 것과는 큰 차이가 있다.

명 또는 날인이 작성명의인에 의하여 정당하게 성립하였음을 인증하는 것일 뿐 그 사서증서의 기재 내용을 인증하는 것은 아니며, 그렇다면 사서증서 인증서 중 인증기재 부분은 공문서에 해당한다고 하겠으나, 위와 같은 내용의 인증이 있었다고 하여 사서증서의 기재 내용이 공문서인 인증기재 부분의 내용을 구성하는 것은 아니라고 할 것이므로, 이 사건과 같이 사서증서의 기재 내용을 일부 변조한 행위는 공문서변조죄가 아니라 사문서변조죄에 해당한다는 것이다(대법원 2005. 3. 24. 선고 2003도2144 판결).

나. 문제점

공증인이 사서증서의 서명이나 날인에 대하여 확인하지만 사서증서 인증의 대상은 사서증서 자체이다. 사서증서는 그 내용을 증시한다. 그러므로 인증은 특정한 내용이 기재된 사서증서의 진정성립을 증명한다. 인증의 대상인 사서증서의 내용을 수정하게 되면 다른 사서증서를 인증한 결과가 된다. 사서증서의 인증서는 사문서를 서증으로 제출하는 경우에 효과가 크다. 서증은 문서의 의미, 내용이 증거자료가 되는 증거방법이다.⁵⁰⁾ 판례는 문서의 내용을 인증하는 것이 아니라고 실시하고 있으나 인증이 내용의 진실성까지 증명하지 않는다는 점을 지나치게 확대해석한 것이다.

공증인이 작성한 인증문은 특정 사서증서의 성립을 증명하는 내용으로, 사문서와 분리되어서는 문서로서 존재의 의의가 없다. 공증인이 사서증서를 인증하는 경우에는 표지, 사서증서, 인증문의 순서로 편철하고(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제27조), 사서증서를 포함하여 인증서 전체에 공증인의 직인으로 간인하며(공증인법 제59조, 제38조 제5항), 사서증서에 글자의 삽입, 삭제, 수정, 난외기재 또는 그 밖에 정정된 부분이 있거나 파손되거나 그 밖에 결보기에 현저히 의심할 사유가 있을 경우에는 그 상황을 인증문에 적는다(공증인법 제57조 제3항). 인증의 결과 사문서는 공증부분과 일체화되는 것이다.

사서증서 인증서의 사문서 부분을 인증 받지 않은 상태의 사문서와 동일시할 수는 없다. 사서증서의 인증서는 전체로서 하나의 공문서이다. 사문서는 인증서에서 분리되어야 비로소 독립된 사문서가 될 것이며, 그 이전에는 완전히 사문서의 영역에 속한다고 하기 어렵다.

50) 법원실무제요 민사소송[III], 2014, 103.

앞에서 인용한 2003도2144 판결은 갑과 을이 계약서를 작성하여 인증 받은 다음에 갑이 계약서의 내용을 임의로 수정한 사안이다. 만일 갑이 자신의 명의로 작성한 증서(예: 차용증, 진술서, 물품보관증)를 인증 받은 이후에 수정한다면 사문서 위조 또는 변조의 책임마저 물을 수 없게 된다.

사서증서에 인증을 받으면 사문서 부분도 함부로 수정할 수 없다는 인식이 널리 형성되어 있다. 다시 말하면 공증인의 인증을 받으면 공문서와 같은 신뢰를 보인다. 사성 부분을 임의로 수정한 경우에 사문서 위·변조와 별개로 공문서 위·변조의 책임을 물어야 한다. 그래야 비로소 사서증서 인증 제도의 취지를 구현할 수 있다. 분쟁을 예방하는 차원에서 사서증서 인증제도가 마련되었고, 공증인을 직무상 공무원으로 보는 것을 감안한다면 위 판례는 수정되어야 할 것이다.

4. 준비서면 인증의 효력

청구의 포기·인낙은 변론기일 또는 변론준비기일에 말로 진술하는 것이 원칙이다. 그리하여 피고가 인낙의 취지를 기재한 준비서면만 제출한 채 기일에 출석하지 않으면 그 준비서면이 진술간주되더라도 인낙의 효과가 성립하지 아니한다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다23230 판결). 그러나 청구의 포기 또는 인낙의 의사표시가 기재된 답변서, 그 밖의 준비서면을 공증인의 인증을 받아 제출한 경우에는 그 서면의 진술간주에 따라 청구의 포기 또는 인낙이 성립된 것으로 본다(민사소송법 제148조 제2항).

화해의 의사표시가 기재된 답변서, 그 밖의 준비서면을 공증인의 인증을 받아 제출한 경우에도 상대방 당사자가 변론기일에 출석하여 그 화해의 의사표시를 받아들인 때에는 화해가 성립된 것으로 본다(민사소송법 제148조 제3항).

5. 부동산 등기 신청서 인증의 효력

등기권리자와 등기의무자가 공동으로 권리에 관한 등기를 신청하는 경우에는 등기의무자의 등기필정보를 등기소에 제공하여야 한다(부동산등기법 제50조 제2항). 이때 등기필정보를 분실 등의 사유로 제출할 수 없는 경우에는 등기의무자가 등기소에 출석하여 등기관으로부터 등기의무자임을 확인받아야 한다. 그러나 대리인이 등기를 신청

하는 경우로서 위임장에 인증을 받은 경우에는 등기소에 출석하지 않아도 된다. 또한 등기신청서 중 등기의무자의 작성부분에 관하여 공증인의 인증을 받은 경우에는 등기관을 확인을 받지 않아도 된다(부동산등기법 제51조).

공증인이 등기의무자 본인을 직접 확인하여야 한다는 취지이므로 반드시 등기의무자 본인이 공증인사무소에 출석하여야 한다. 대리촉탁에 의하여 인증을 부여한 경우에는 부동산등기법 소정의 효력이 발생하지 않는다고 할 것이다.

6. 사서증서의 적법성 및 유효성의 추정

공증인은 사서증서의 내용을 심사하여 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위, 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 대하여는 인증을 부여할 수 없다(공증인법 제59조, 제25조). 따라서 사서증서 인증을 받으면 사서증서의 서명(기명날인, 무인)에 관하여 진정함이 증명되고, 나아가 그 증서는 일단 적법하고 유효한 것으로 취급된다. 인증의 사실상의 효력이다. 계약서나 이행각서를 인증 받으면 더 잘 이행된다는 관념도 여기에서 유래한다. 이러한 효력 때문에 사서증서의 인증이 널리 이용되는 것이다.

7. 인증의 효력이 미치는 범위

가. 인증의 대상

서명이나 날인이 있는 문서가 인증의 대상이며, 인증을 받으면 문서 전체의 진정성립이 추정된다. 따라서 사서증서 인증의 대상은 촉탁인이 서명 또는 날인한 문서자체이며 서명 또는 날인만 인증의 대상이 되는 것은 아니다. 문서와 분리되어 있는 서명 또는 날인은 인증의 대상이 아니다. 인증대상은 문서이며, 문서에 기재된 자격 권한 등은 인증의 대상이 아니다. 품질의 인증, 직무능력인증도 사서증서의 인증과는 무관하다.

나. 인증의 효력의 범위

인증의 대상은 사서증서 그 자체이며, 사서증서의 서명 또는 날인에 국한되는 것은

아니다. 따라서 서명 또는 날인이 없는 문서는 인증의 대상이 될 수 없고, 하나의 문서에 여러 명이 서명 또는 날인한 경우에는 그들이 모두 촉탁하는 경우에만 인증을 부여할 수 있다. 인증의 촉탁이 없는 서명이나 날인에 대하여 인증을 부여하는 것도 있을 수 없다.

예를 들면 매도인과 매수인이 서명날인한 매매계약서에 대하여 매도인만 공증의 촉탁을 하는 경우에는 인증을 부여하여서는 아니 된다. 촉탁하지 않은 당사자가 허무인이거나 죽은 사람일 수도 있으며, 이는 무효인 사서증서에 대하여 인증을 부여하는 것과 같은 결과를 초래한다. 또한 수임인만 촉탁하는 위임계약서의 인증은 악용의 가능성이 크다.

다. 일부 인증의 경우

법률상 일부 인증이 허용되는 경우도 있다. 부동산등기신청서나 신청위임장에 관하여는 부동산등기법에 특별규정이 있다(부동산등기법 제51조).

실무상 일부인증이 허용되는 경우도 있다. 대기업인 갑이 을과 금형사용대차계약서를 작성한 다음 을에게 인증받아서 제출할 것을 요구하면서 사서증서 인증에 필요한 갑의 위임장과 인감증명서를 제공하지 않는 경우에는 부득이 을의 촉탁만으로 인증을 부여한다. 마치 금형보관증을 인증받아 제출하는 것과 유사하다. 이 경우에도 계약서는 완성되어야 하며, 갑이 기명날인하지 않았다면 미완성의 문서이므로 일부 인증도 부여할 수 없다.

국내 회사가 해외에 소재한 회사와 계약한 경우에는 국내 회사만의 촉탁으로 인증을 부여하는 것이 보통이다.

이러한 일부 인증의 경우에는 인증을 촉탁하지 않은 당사자에 대하여도 인증이 부여된 것과 같은 외관을 부여하여서는 아니 된다. 인증서의 표지와 인증문에 일부인증의 기재를 하여야 할 것이다.⁵¹⁾

51) 공증관련 질의회답 사례, 2011. 10. 7. 전자공증시스템>고객센터>공지사항>2011. 11. 23.자 내부공지, 33.에서는 '일부인증을 금지하는 규정이 없고, 공증인법 제25조에서 규정하고 있는 증서를 작성할 수 없는 경우에 해당하지 아니하므로 인증하여 줄 수 있다' 고 하였으나 이러한 설명은 의문이다. 공증인법에 일부인증을 허용하는 규정이 없기 때문이다. 공증인법 제57조 제1항은 사서증서에 서명 또는 날인한 당사자가 촉탁한 경우에 사서증서의 인증을 부여한다는 것이며, 이는 사서증서에 서명 또는 날인한 사람이 여러 명인 경우에는 여러 명이 모두 촉탁하여야 인증을 부여한다는 뜻이다.

[표지 기재례]

| |
|----------------------|
| 인증서 (일부인증) |
|----------------------|

[인증문 기재례]

| |
|--------------------|
| 기명날인한 당사자 중 을만 인증함 |
|--------------------|

[표지 기재례 영문인증의 경우]

| |
|--|
| Notarial Certificate [Attestation for one person of the Two] |
|--|

Ⅶ. 그 밖의 문제들

1. 사서증서 인증을 대신하는 확정일자 의 청구

가. 확정일자 의 의의

사문서에 대한 확정일자인의 날인은 작성일자에 공증력을 부여하는 공증제도이다 (민법 부칙 제3조 제1항). 확정일자인 날인의 결과 그 날 현재에 그 문서가 존재하고 있었다는 사실이 증명된다.

확정일자인 날인의 촉탁인은 문서의 소지자이다. 소지할 권원이 있는지 묻지 않으며, 촉탁인 본인, 대리인의 구별도 없다. 그 문서의 진정성립 여부를 확인하지도 않는다. 따라서 허무인 명의의 문서나 사자(죽은 사람) 명의의 문서에 대해서도 확정일자인이 날인될 수 있다.

공증인은 확정일자를 부여한 문서에 대하여 그 제목만 알 뿐, 문서의 내용을 알지 못하며, 사본을 보관하지도 않는다.

나. 확정일자제도의 남용

인증을 받아야 할 사서증서에 대하여 확정일자를 요구하는 경우 그 허용성에 관하여 공증실무에서 문제가 된다. 예를 들면 매매계약서에 확정일자인을 요구하는 경우이다.

매매계약서에 확정일자인을 날인하면 작성일자에 대한 공증력은 인정된다. 그러나 그 이외에는 아무런 효력도 없다. 확정일자를 날인하여도 진정성립이 증명되는 것은 아니며, 작성일자의 증명이 있다는 이유로 적법하고 유효한 문서로 취급되지도 않는다. 매매계약서에 대한 작성일자의 증명은 법적으로는 특별한 의미가 없고, 확정일자인을 날인함으로써 마치 그렇지 않은 문서보다 더 강한 효력이 있는 양 가장하는 것에 불과하다. 이는 확정일자제도의 남용이라 하지 않을 수 없다. 공증인이 이에 협력할 의무는 없다. 매매계약서에 대하여 특별한 사유로 확정일자가 필요하다면 인증을 받아야 할 것이다. 사서증서로서 인증 받으면 확정일자 있는 문서가 되기 때문이다(법률 제471호 1958. 2. 22. 민법 부칙 제3조 제4항).

그러므로 확정일자인의 날인은 확정일자가 법률상 효력이 있는 다음의 경우에만 가능하다 할 것이다.

- ① 지명채권양도의 경우 양도인의 채무자에 대한 통지나 채무자의 승낙(민법 제450조 제2항)⁵²⁾
- ② 지명채권을 목적으로 한 질권설정의 경우 질권설정자의 제3채무자에 대한 통지나 제3채무자의 승낙(민법 제349조, 제450조)
- ③ 채무자를 위하여 변제한 자가 채권자를 대위하는 경우 채권자의 채무자에 대한 대위통지나 채무자의 대위승낙(민법 제480조 제2항, 제450조)⁵³⁾

52) 채권양도통지서에 대하여 확정일자를 요구하는 경우에도 거부하여야 한다. 내용증명우편으로 보내면 자동적으로 확정일자가 부여되므로 공증인이 별도로 확정일자를 부여할 필요가 없기 때문이다.

53) 임의대위의 경우 변제와 동시에 채권자의 승낙을 받아야 하는데 이때 승낙을 확정일자 있는 증서로 받아야 하는 것은 아니다. 임의대위의 결과 채권양도의 효과가 있어서 확정일자가 필요하다.

- ④ 채권자 변경으로 인한 경개의 경우 신·구채권자와 채무자 사이의 3면계약에 관한 증서(민법 제502조)
- ⑤ 배서금지 어음·수표 양도의 경우 양도인의 발행인에 대한 통지나 발행인의 승낙(어음법 제11조 제2항, 제77조 제1항 제1호, 수표법 제14조 제2항)
- ⑥ 비밀증서에 의한 유언의 경우⁵⁴⁾⁵⁵⁾

2. 법인의사록인증과 사서증서의 인증

공증인법 제66조의2 소정의 법인의사록인증은 의사록의 내용, 즉 의사록에 기재된 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지 확인하여야 한다는(공증인법 제66조의2 제2항) 점에서 일반 사서증서의 인증과 구별된다.

공증인법 제66조의2 제1항은 공증인이 등기사항의 유무를 확인하여 등기사항이 있으면 법인의사록으로 인증하고, 없으면 일반사서증서로 인증하라는 취지가 아니다. 또한 법인의 모든 의사록을 인증 받아야 하는 것은 아니다. 등기사항이 없더라도 중요한 의사결정에 대하여는 인증을 받아두는 경우가 많다. 그 필요성은 법인이 결정할 사항이다.

공증실무에서 의사록을 인증하는 경우에는 등기사항의 유무를 따지지 않고 의사록 인증 방법에 따라 인증하는 것이 보통이다. 그리하여 법무부는 사무지침으로 의사록에 대한 일반 사서증서 인증의 인증을 금지한 것이다(법인의사록 인증사무 처리지침 제2조).

-
- 54) 주택임대차보호법과「주택임대차계약증서상의 확정일자 부여 및 임대자정보제공에 관한 규칙」의 확정일자는 민법 부칙의 확정일자와는 다른 것으로 신청인이 제한되어 있고, 확정일자부에 임대인과 임차인의 인적 정보, 임대차 목적물, 임대차기간, 차임 보증금 등 증서의 주요내용을 등재한다. 그리하여 이해관계인은 확정일자부여기관에 정보제공을 요청할 수도 있다(주택임대차보호법 제3조의6 제3항). 공증인이 비치하고 있는 확정일자부(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제4호 서식)는 주택임대차증서에 대한 확정일자부(제2호 서식)와 서식 자체가 다르다.
따라서 주택임대차계약서의 확정일자는 주택소재지의 읍·면사무소, 동 주민센터, 시·군·구의 출장소, 지방법원 및 지원과 등기소에서 부여받도록 안내하는 것이 바람직하다(주택임대차보호법 제3조의2 제2항, 제3조의6 제1항 참조).
 - 55) 상가건물임대차보호법의 적용을 받은 임대차계약증서에 대한 확정일자는 세무서장이 부여한다(상가건물임대차보호법 제4조 제1항). 상가건물에 대하여는 공증인이 확정일자를 부여하여도 확정일자의 효력이 없다.

법인등기신청서에 첨부하는 법인의 총회 또는 이사회 의사록은 법인의사록의 인증방식만 가능하고 사서증서의 인증방식으로는 할 수 없다는 대법원예규가 있다(대법원 상업등기선례 제정 2013. 5. 14.).

3. 외국에 보낼 서류의 인증

가. 외국어 사서증서

(1) 외국어의 병기

공증인이 인증서를 작성하는 경우에는 국어를 사용하여야 하며, 촉탁인의 요구가 있는 경우에는 외국어를 병기할 수 있다(공증인법 제59조, 제26조 제1항). 국어와 병기한 외국어의 내용이 다른 경우에는 국어로 작성한 내용이 우선한다(공증인법 제59조 제26조 제2항). 공증서식의 사용 등에 관한 규칙은 영문서식만 제공하고 있다. 그리하여 외국어로 인증서를 작성하는 경우에는 영어, 불어, 독어 등을 따지지 않고 영어로 작성하는 것이 일반적이다.

외국어로 된 사서증서도 인증을 부여하려면 문서로서 요건을 갖추어야 한다. 작성자의 서명 또는 날인이 있어야 하며, 원본이고, 완성된 문서여야 한다. 또한 법령위반, 무효인 법률행위, 무능력으로 취소할 수 있는 행위가 기재된 증서에는 인증을 부여할 수 없다.

(2) 번역문

공증인은 번역문을 제출하게 하여 증서의 내용을 심사하여야 한다. 번역문은 내용을 심사하기 위한 서류이므로 번역문인증의 경우처럼 번역자의 자격, 번역의 엄격성 등은 필요하지 않다. 번역문은 부속서류로서 보존하는 것이 보통이다.

나. 공문서 등본의 경우

외국의 기관이나 단체에서 여권등본에 대하여 공증받아 제출할 것을 요구하는 경우가 많이 있다. 외교부는 여권의 등본을 발급하지 않으며, 공증인으로서도 여권의 등본에 대하여 인증할 권한이 없다. 공문서의 사본이 원본과 일치하는지 여부를 확인하는 것(등본인증)은 그 공문서를 발행한 공무소의 권한이기 때문이다.

입법례에 따라서는 해외에 사용할 경우에 한정하여 공문서에 대한 공증인의 등본인증을 허용하기도 한다.⁵⁶⁾

공증실무에서는 당사자로 하여금 여권을 첨부하여 확인서를 작성하게 한 다음에 그 확인서를 인증하는 방법을 사용하기도 한다.

[예문 영문 확인서]

| |
|--|
| <p>Declaration</p> <p>I, _____, the undersigned, hereby do solemnly and sinderely declare that the copy of that attached PASSPORT _____ exactly corresponds with the original</p> <p>Date _____</p> <p>(Signature) _____</p> |
|--|

다. 진단서 등

진단서, 졸업증명서, 경력증명서 등을 외국에 제출하는 경우에는 번역문 인증의 방법을 사용하는 것이 보통이다. 그런데 당초부터 영어로 발급된 경우에는 번역문인증의

56) 대만 공증인법 제2조.

방법은 사용할 길이 없게 된다. 이러한 경우에는 진단서 등을 첨부한 확인서를 인증하는 방법을 사용하기도 한다.

[영문 확인서]

| |
|--|
| <p>Declaration</p> <p>I, _____ , the undersigned, hereby declare that the attached _____ is the true original issued for me by _____ of _____ on _____ .</p> <p style="text-align: center;">I further declare that the above information is correct in every respect.</p> <p style="text-align: center;">Date _____</p> |
|--|

라. 금색딱지와 리본, 철인

외국에서 사용될 인증서에는 금색딱지와 리본을 붙이고 철인을 누르는 관행이 있다. 외국에서는 이것이 누락되었다는 이유로 인증서로 취급하지 않는 사례가 있다. 서명과 직인에 대하여는 공증인법에 신고의무가 규정되어 있다(공증인법 제20조). 철인에 대하여도 법적 근거를 명백히 할 필요가 있다.

외국어로 작성된 인증서뿐만 아니라 국어로 작성되었더라도 외국으로 보낼 초청장, 신원보증서에도 금색딱지와 리본을 붙이고 철인을 찍는 것이 보통이다.

외국의 공증문서를 접수해보면 금색딱지와 리본, 철인, 이외에 끈 등으로 장식되어 서류가 훼손 또는 변형되면 곧바로 눈에 띄도록 되어 있는 경우가 많다.

마. 번역문인증과 서명날인의 문제점

공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제33조 제1항에 따르면 촉탁인은 제45호 서식 중 서약인란에 서명날인하여야 한다.

번역문 인증은 기본적으로 서약서라는 사서증서의 인증이다. 제45호 서식은 번역문 인증사무의 편의를 위하여 서약서와 인증서를 한 장으로 만든 것이다.⁵⁷⁾ 사서증서를 작성함에 있어서 서명날인을 요구하는 것은 자필유언증서(민법 제1066조 제1항)와 같이 중대한 증서이고, 그 외에는 보통은 서명이나 날인만 한다. 번역문 인증의 서약서가 반드시 서명날인하여야 할 정도로 중대한 증서인지는 의문이다. 서명으로 충분한 것으로 보인다.⁵⁸⁾

4. 외국문서의 접수

공증인이 외국을 방문하여 서류를 제출받는 경우도 있다. 일본에서 발급된 인감증명서나 외국에서 위임장을 공증 받은 경우 등이다.

일본에서 발급된 인감증명서는 공증인법 제31조 제2항 소정의 행정기관이 작성한 인감증명서에 해당되지 않는다는 것이 판례이다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다53031판결).⁵⁹⁾ 따라서 일본에서 작성된 위임장은 일본의 인감증명서에 의하여 진정한 것임을 증명할 수 없고 반드시 공증인의 인증을 받아야 한다.


공증인이 외국을 방문하여 서류를 접수함에 있어서는 영사확인 또는 아포스티유를 받았는지 확인하여야 한다(재외공관공증법 제30조). 아포스티유를 발급하는 기관은 나라마다 다르다. 미국은 연방정부와 주정부의 국무성, 일본은 외무성과 오사카분실, 독일은

57) [개정판]공증실무 262.

58) 이상석, 공증 규제 개선에 관한 논의, 공증과 신뢰, 2015, 70.

59) 위 판례는 공정증서를 작성한 경우이다. 일본국 행정관청 명의의 인감증명서를 받고 공탁금출금을 인가한 경우 손해배상책임을 인정한 사례도 있다(2002. 11. 22. 선고 2002다49200판결).

지방법원이다. 우리나라는 외교부에서 발급하며, 별관의 영사민원실에서 취급한다.

또한 일본의 경우에는 특이하게 아포스티유 이전에 공증인 소속 지방법무국장의 확인절차(Legalization)를 거치도록 되어 있다.⁶⁰⁾ 

60) 부동산 등기의 경우에는 외국 공문서나 외국 공증인이 공증한 문서에 대하여 영사확인 또는 아포스티유를 요구하는 내용의 부동산등기규칙 제46조 제9항이 신설되어 2017. 10. 1.부터 시행된다.