

## 최근의 공증실무에 관한 재판례 분석

— 공증인의 손해배상책임 인정 재판례를 포함하여 —

전 병 서

중앙대학교 법대 교수 • 변호사

### I. 시작하며

공증제도는<sup>1)</sup> 사인 사이의 권리 또는 법률관계 등을 명확히 하여 사권을 보호하는 것과 함께 장래의 분쟁을 미연에 방지하는 이른바 豫防司法(vorsorgende Rechtspflege)<sup>2)</sup> 및 나아가 분쟁이 발생한 때에 용이한 권리실행기능과 신속한 분쟁해결기능을 하고 있다. 이러한 기능을 하는 공증이 다음 표에서 보듯이 활발한 경제활동과 법률관계의 복잡성에 따라 상당히 많이 이용되고 있다.

[ 연도별 공증사무처리 현황(단위 건, 원) ]<sup>3)</sup>

| 연 도 \ 구 분 | 사고처리건수    | 가 액                |
|-----------|-----------|--------------------|
| 1996      | 3,372,502 | 27,719,548,241,721 |
| 1997      | 3,345,099 | 30,491,178,110,749 |
| 1998      | 3,117,019 | 27,395,370,333,638 |
| 1999      | 3,277,442 | 30,358,693,968,621 |
| 2000      | 2,440,208 | 38,416,829,511,505 |
| 2001      | 3,553,651 | 37,185,829,511,505 |
| 2002      | 3,988,234 | 46,623,278,453,465 |
| 2003      | 7,198,097 | 75,814,716,536,873 |
| 2004      | 3,637,051 | 70,206,071,853,069 |
| 2005      | 3,654,058 | 61,117,672,922,344 |

1) 공정증서의 작성, 사서증서의 인증 이외에 채무소멸 또는 계약해소의 부기(공증인법 제35조의 2), 정관의 인증(공증인법 제62조), 법인의사록의 인증(공증인법 제66조의 2) 등이 공증인법이 정하고 있는 공증인의 권한이고,

## [ 손해배상책임 ]

| 본문순서      | 사건번호                                           | 내 용                                                                  | 비 고                                                           |
|-----------|------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| [1]<br>인정 | 서울중앙지방법원<br>2005. 10. 7. 선고<br>2004가합94155 판결  | 본인확인 의무 위반 인정<br>인과관계 인정<br>손해배상책임 인정                                | 항소심에서 화해권고결정                                                  |
| [2]<br>부정 | 인천지방법원<br>2004. 11. 18. 선고<br>2004나8500 판결     | 촉탁인의 대리권 심사의무 위반 부정<br>통지의무 위반 인정 그러나 상당인과관계 부정<br>손해배상책임 부정         | 미상고확정                                                         |
| [6]<br>인정 | 서울중앙지방법원<br>2006. 11. 3. 선고<br>2005가합117970 판결 | 요건 및 작성방식에 따라 유언공정증서를<br>작성하여야 할 직무상 주의의무 위반 인정<br>아울러 국가의 손해배상책임 인정 | 항소심에서 화해권고결정<br>공증담당 변호사, 공증담당<br>사무장 허위공문서작성 및<br>동행사죄로 형사처벌 |
| [7]<br>인정 | 서울고등법원<br>2007. 10. 16. 선고<br>2006나96466 판결    | 사서증서의 인증에 있어서 서명·날인 확인<br>의무 위반 인정                                   | 상고제기<br>공증담당 변호사<br>허위공문서작성죄로 벌금<br>200만원의 선고유예 판결            |

공증제도가 많이 이용되는 것에 비례하여 최근 공증실무를 둘러싼 재판례도 조금씩 나타나고 있으므로 여기서는 공증방식과 절차에 관련된 재판례를 정리하고, 특히 그 가운데 공증인에게 손해배상책임이 인정된 재판례([1], [6], [7])를 살펴보고자 한다.

## [ 증서의 효력 ]

| 본문순서                | 사건번호                                                            | 내 용                                          | 비 고                                        |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|--------------------------------------------|
| [3]<br>집행증서<br>무효   | 대법원<br>2006. 3. 24. 선고<br>2006다2803 판결                          | 무권대리인의 촉탁<br>집행인낙에 대한 추인의 의사표시 부정<br>집행증서 무효 |                                            |
| [4]<br>유언공정증서<br>무효 | 대법원<br>2004. 11. 11. 선고<br>2004다35533 판결                        | 증인이 촉탁인의 친족(망인의 처남)<br>유언공정증서 무효             |                                            |
| [5]<br>유언공정증서<br>유효 | 대법원<br>2007. 10. 25. 선고<br>2007다51550(본소),<br>2007다51567(반소) 판결 | 「유언취지의 구수」 요건을 갖춘<br>유언공정증서 유효               | 제1심은<br>「유언취지의 구수」<br>요건을 갖추지<br>못한 것으로 판단 |

## II. 공증의 촉탁과 관련된 재판례

### 1. 촉탁의 의의

공증사무의 처리, 즉 공정증서의 작성, 사서증서의 인증, 정관의 인증 등을 청구하는 행위를 공증의 촉탁이라고 부른다<sup>4)</sup>. 공증인은 정당한 이유가 없는 한, 촉탁을 거절하지 못하는데(공증인법 제4조), 이를 촉탁인수의무라고 한다. 즉 공증인은 당사자 그 밖의 관계인의 촉탁에 의하여 수동적으로 직무를 집행하지만, 정당한 이유가 없는 한, 이 수동적 직무집행을 거절할 수 없다.

공증인은 촉탁인의 성명을 알고 또한 이와 面識이 있어야 한다(공증인법 제27조 제1항). 공정증서가 공정력을 부여받은 이유는 공정증서에 기재된 법률행위가 촉탁인의 의사에 의한 것이거나 혹은 촉탁인의 사권에 관한 사실이라는 것을 공증인이 확인하였기 때문이다. 따라서 공증인이 공정증서를 작성함에 있어서는 우선 촉탁인이 확실히 증서에 기재하려고 하는 법률행위 또는 사권에 관한 사실에 대한 당사자 또는 관계인 본인인가를 충분히 확인하여야 한다<sup>5)</sup>.

그런데 위와 같이 촉탁인의 성명을 알고 또한 이와 面識이 있는 경우 이외에는 공정증서를 작성할 수 없다고 하는 것은 너무 지나치므로 공증인이 촉탁인의 성명을 모르거나 또는 이와 面識이 없는 때라도 주민등록증 기타 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하거나 공증인이 성명을 알고 面識도 있는 증인 2인으로 하여금 그 촉탁인이 틀림없음을 증명하게 하거나 기타 이에 준하는 확실한 방법에 의하여 틀림없음을 증명시키면 공정증서를 작성할 수 있다(공증인법 제27조 제2항).

이러한 절차를 거치지 아니하고 작성된 공정증서는 가령 그 공정증서에 위와 같은 절차가 경료된 것으로 기재되어 있어 형식상 흠이 없고 그 내용이 실체관계에 부합하더라도 무효로서 공정력을 가지지 아니한다(공증인법 제3조). 즉 본래 가져야 할 증거력, 집행력, 그 밖에 관계법령이 부

그 밖의 다른 법령에서 공증인의 권한으로 규정한 것은 유언증서의 작성(민법 제1068조, 제1069조 등 참조), 확정일자 압날(민법 부칙 제3조 제1항), 공정증서에 대한 집행문의 부여(민사집행법 제56조 제4호, 제59조), 어음 및 수표의 거절증서의 작성(거절증서령 제2조), 주식회사의 설립에 관한 조사보고(상법 제298조 제3항, 제299조의 2, 제310조 제3항, 제313조 제2항), 신탁재산의 표시, 파산재산의 봉인, 평가의 참여(파산법 제176조, 제178조) 등을 들 수 있다.

- 2) 예를 들어 독일 연방공증인법(Bundesnotarordnung) 제1조를 보면, 공증인은 豫防司法의 영역에서 독립한 공직의 담당자라는 표현이 나온다. BNotO §1 Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt.
- 3) 2006년도 법무연감 참조.
- 4) 공증촉탁은 서면에 의하여야 한다는 규정은 없지만, 공증서식사용등에관한규칙 별지 제8호 서식으로 촉탁서의 서식을 규정한 바 있다.
- 5) 법무부, 일본의 공증제도, 법무자료(제206집, 1996), 104면.

여하고 있는 효력을 효력(공정력)을 갖지 않는다.

다음 [1] 2004가합94155 판결은 공증의 촉탁과 관련하여, 촉탁인이 본인인지 여부를 촉탁인이 제출한 위조된 주민등록증 사본만을 믿고 이를 확인하여 약속어음에 관한 공정증서를 작성하여 준 사안에서 공증인(법무법인의 공증담당 변호사)에게 요구되는 본인확인에 관한 의무를 게을리 한 과실을 인정하였다.

[1] 서울중앙지방법원 2005. 10. 7. 선고 2004가합94155 판결<sup>6)</sup>

[사안] 피고의 공증담당 직원인 최OO는 이 사건 약속어음의 수취인이자 촉탁인 본인인 A는 출석하지도 아니한 상태에서 소외 1로부터 위조된 이 사건 약속어음과 위조된 신OO에 대한 주민등록증 사본(타인 명의의 주민등록증 복사본 용지 위에 신OO, 6710XX-10466XX, 경기 군포시장 등으로 타자한 종이를 풀로 붙이고, 소지하고 있던 심부름센터 직원의 사진을 오려붙인 뒤 이를 다시 복사기로 복사하는 방법으로 군포시장 명의의 신OO에 대한 주민등록증 사본을 위조)을 교부받았을 뿐, 신OO의 주민등록증 등을 제출받지 아니한 채, 이 사건 약속어음에 관하여 채무자 겸 발행인 신OO이 강제집행을 인낙하는 취지의 공정증서의 작성을 채권자 겸 수취인 A와 함께 촉탁한 것으로 하여 피고의 공증담당 변호사 노OO 명의의 증서 2002년 제240호 약속어음 공정증서를 작성하여 주었다.

[원고의 주장] 약속어음 공정증서를 작성함에 있어 주민등록증 원본 등을 통해 촉탁인이 본인인지 여부 등을 확인할 의무가 있다고 할 것임에도, 피고의 직원인 최OO는 소외 1과 평소 안면이 있다는 이유로 만연히 주민등록증 사본만으로 촉탁인의 신원을 확인하고 이 사건 공정증서를 작성하여 주었는데, 이는 공증인에게 요구되는 본인확인에 관한 의무를 게을리 한 과실이 있다고 볼 것이고, 한편 원고는 이 사건 공정증서가 모두 진정하게 작성된 것으로 믿고, 선이자를 공제한 29,400,000원을 송금하여 대여함으로써, 이 사건 약속어음의 액면금 합계액인 금 60,000,000원 상당의 손해를 입었다 할 것이므로, 최OO의 사용자인 피고는 원고에게 위 금 60,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 배상할 의무가 있다.

[피고의 주장] 촉탁인이 본인임을 확인하여야 하나, 사본을 통해서도 확인할 수 있고 반드시 주민등록증 원본을 통해 확인할 필요는 없다고 할 것이므로, 피고에게 본인확인 의무를 게을리 한 과실이 있다고 볼 수 없고, 한편 어음의 공증이란 어음이 발행인에 의하여 정상적으로 발행되었다는 점과 지급 거절시 즉시 집행이 가능하다는 의미가 있을 뿐, 그 자체로 어떠한 담보가치가 있는 것은 아니므로, 가사 이 사건 약속어음 공증 과정에 어떠한 잘못이 있었다고 하더라도 그것과 원고의 손해 사이에 인과관계가 없다.

[손해배상책임의 성립 여부에 관한 판단] ① 공증인이 작성한 서류에 관하여 일반적으로 공신력이 부여되고 있다는 점, 이 사건 공정증서는 집행수락의 문언이 기재되어 있어 채무불이행시 곧바로 강제집행이 가능한 집행권원이 된다는 점, 주민등록증을 복사기를 통해 단순히 복사한 용지는 그 위·변조가 비교적 손쉽고, 사진과 실물의 동일성 여부를 분별하기도 어려워 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서 또는 이에 준하는 문서로 보기 어렵다는 점, 더구나 피고는 촉탁 당사자 중 다른 일방인 A(약속어음의 수취인)는 아

6) 각공 2005. 12. 10.(28), 1962. 항소심에서 2006. 6. 24. 화해권고결정.

에 출석하지도 아니한 상태에서 이 사건 공정증서를 작성한 점 등에 비추어 보면, 위와 같이 주민등록증 사본만으로 촉탁인이 본인인지 여부를 확인한 것만으로는 공증인에게 요구되는 본인확인에 관한 의무를 다하였다고 보기는 어렵다고 할 것이다. ② 다음으로, 피고가 본인확인 의무를 게을리 한 과실과 원고의 손해 사이에 인과관계가 있는지에 관하여 본다. 살피건대, 공증인법이 공증인으로 하여금 증서를 작성함에 있어 촉탁인이 본인 또는 그 대리인과 상위 없음을 반드시 확인하도록 강제하고 있어 적어도 그 증서가 촉탁인 본인의 의사에 의해 작성되었다는 점에 관하여는 공신력이 인정된다는 점, 약속어음 공정증서는 금전대여에 대한 확실한 물적 담보는 아닐지라도 곧바로 강제집행이 가능한 집행권원이 되고, 그로 인해 일반 거래에 있어 채무에 대한 담보의 의미로 작성·수수되는 점 등에 비추어 보면, 피고가 이 사건 공정증서를 작성함에 있어 본인확인 의무를 게을리 한 과실이 적어도 소외 1의 원고에 대한 고의적인 기망행위를 용이하게 하였음을 인정하는 데에 큰 어려움이 없으므로, 피고의 과실과 원고의 손해 사이의 인과관계 역시 인정함이 상당하다.

[손해배상의 범위에 관한 판단] ① 원고의 손해-이 사건 약속어음의 액면금 합계액인 금 60,000,000원 상당의 손해를 보았다고 주장하나, 이 사건 약속어음은 실제 대여금을 훨씬 상회하는 액면금을 기재하여 대여금채권에 관한 담보의 의미로 수수한 것에 불과하므로, 원고가 입은 통상의 손해는 이 사건 약속어음을 그 지급기일에 추심하였을 경우 얻을 수 있는 액면금 상당액이 아니라, 이 사건 공정증서를 교부받으면서 실제 출연한 금 29,400,000원으로 봄이 상당하다. ② 과실상계-원고는 이 사건 공정증서를 수령하는 외에도 자신이 직접 이 사건 심부름센터 직원을 만나서 주민등록증 사본과 대조·확인한 후 금원을 대여한 점, 원고의 손해를 직접적으로 야기한 소외 1은 원고가 사채거래를 위해 평소 거래관계를 맺어 온 사람이라는 점, 피고는 그 부주의로 인해 소외 1의 편취행위를 용이하게 한 것에 불과하고, 피고 역시 소외 1에게 이용당한 것으로 볼 수 있다는 점 등 이 사건 변론에서 드러난 제반 사정을 모두 고려하여 보면, 손해발생에 기여한 원고의 부주의의 정도가 피고의 과실에 비해 훨씬 더 크다고 여겨지므로, 피고가 배상해야 할 손해배상의 액수는 금 20,000,000원으로 제한함이 상당하다.

위 [1] 2004가합94155 판결은 공증인에게 요구되는 촉탁인이 본인인지 여부 등을 확인할 의무를 게을리 한 과실과 위 공정증서 등을 교부받고 금원을 대여한 자의 손해 사이의 인과관계를 인정하여, 공증인에게 금 20,000,000원의 손해배상책임을 인정한 재판례이다(이에 대한 항소심에서 2006. 6. 24. 화해권고결정으로 사건이 마무리 되었다).

## 2. 촉탁의 대리

촉탁은 촉탁인 본인이 직접 공증사무소에 나갈 수 없는 경우에는 대리인으로 하여금 공증사무소에 나가게 하여 대리로 공증의 촉탁을 하게 할 수 있다(공증인법 제30조, 제31조). 촉탁의 대부분은 당사자 양쪽 또는 그 한쪽이 대리인인 경우가 많고, 양쪽 당사자 모두가 본인인 경우는 드물다고 한다. 본인의 허락이 있으면, 당사자 한쪽이 상대방의 대리인이 되거나(자기계약), 동일인이 당사자 양쪽의 대리인이 되는 것(쌍방대리)도 할 수 있다(민법 제124조 참조)<sup>7)</sup>.

그런데 대리인에 의하여 공증의 촉탁을 하고자 하는 경우에는 그 대리인 자신이 공증인과 面識

이 없으면 대리인 자신의 신분을 증명할 수 있는 증명서를 휴대하거나 또는 증인 2인을 대동하여야 한다는 것은 본인이 직접 촉탁하는 경우에 본인의 신분을 증명하는 방법과 동일하다(공증인법 제30조, 제27조)<sup>8)</sup>.

대리인에 의하여 촉탁되는 경우에는 대리인을 확인하는 것 이외에도 대리권을 증명하는 증서<sup>9)</sup>를 제출시켜 그 권한을 증명시켜야 한다(공증인법 제31조 제1항). 그 증서가 인증을 받지 아니한 사서증서인 때에는 그 증서 외에 권한있는 행정기관이 작성한 인감증명서 또는 서명에 관한 증명서를 제출하게 하여 증서가 진정한 것임을 증명하게 하여야 한다.

다음 [2] 2004나8500 판결은, 약속어음 발행인란과 위임장의 채무자란에는 A의 날인 부분에 ×표가 되어 있고, 그 옆에 다시 B의 도장이 날인되어 있으므로 공증인이 공정증서를 작성하는 경우에 공증인으로서의 주채무자 A의 변경에도 불구하고 연대보증인의 의사가 계속 유지되는지, 보증의사가 있는지 여부를 조사·확인하고 공정증서 작성을 대리하는 채무자들의 대리인에게 적합한 대리권이 있는지 여부를 확인함으로써 무효의 공정증서에 의한 강제집행이 이루어지지 않도록 하여야 할 주의의무가 있는지 여부가 문제된 사안이다.

[2] 인천지방법원 2004. 11. 18. 선고 2004나8500 판결<sup>10)</sup>

[대리권 심사의무 위반 여부에 관한 판단] 공증인은 원칙적으로는 촉탁된 법률행위의 적법성 등을 적극적으로 조사할 의무가 있는 것이 아니라 그 직무집행을 함에 있어서 구체적으로 의심이 생기는 경우에만 조사할 의무가 있다고 해석하는 것이 상당하다. 따라서 공증인은 공정증서를 작성함에 있어서 청취한 진술(서면에 의한 진술의 경우에는 그 서면의 기재)에 의해서 알게 된 사실 등과 자신이 실제로 경험한 사실 및 당해 촉탁과 관련하여 과거의 직무집행의 과정에 있어서 실제로 경험한 사실을 자료로 해서 심사를 하면 족하고 그 결과 법률행위의 법령 위반, 무효 및 무능력에 의한 취소 등의 사유가 존재하는 것에 대하여 구체적인 의심이 생기는 경우에 한해서 촉탁인 등의 관계인에게 필요한 설명을 촉구하는 등의 조사를 해야 하는 것이고, 그와 같은 구체적인 의심이 없는 경우에 대해서까지 관계인에게 설명을 구하는 등의 적극적

7) 대한공증협회, 공증실무(2004), 43면. 그런데 본인의 허락이 없으면, 당사자 한쪽이 상대방의 대리인이 되거나, 동일인이 당사자 양쪽의 대리인이 되는 것은 자기계약, 쌍방대리를 금지하는 민법 제124조에 저촉되어 허용되지 않는다고 할 것이다. 예를 들어 금전소비대차계약에 있어서 貸主가 이해가 대립하는 借主의 대리인이 될 수 없으나, 한편 借主와 보증인 사이에서는 이해대립관계가 없으므로 借主가 보증인의 대리인이 되는 것이나 보증인이 借主의 대리인이 되는 것은 허용된다. 일본공증인연합회, 공증인법(2004), 88면.

8) 대리인이 본인인 척 공정증서의 작성을 촉탁하고, 증서에 본인의 이름으로 서명한 사례나(일본 最判 昭和 51. 10. 12. 民集 제30권 제9호. 889면), 대리인으로부터 다시 공정증서작성의 촉탁의뢰를 받은 사람이 대리인 본인인 척 증서에 대리인의 이름으로 서명한 사례에서(일본 最判 昭和 56. 3. 24. 判例時報 제999호, 56면) 이러한 촉탁은 공증인법에서 규정하는 촉탁절차를 잠탈하는 것이므로 위법하고, 이에 기하여 작성된 공정증서는 무효라고 하여 서명대리를 인정할 여지는 없다고 판시한 바 있다.

9) 통상 위임장을 작성하는데, 위임의 내용과 그 범위를 명확히 하기 위하여 위임장에 공정증서에 기재할 내용을 구체적으로 소상하게 기재하여야 한다.

10) 각공 2005. 1. 10.(17), 44. 미상고확정.

인 조사를 해야 할 의무가 있는 것은 아니라고 할 것이다. 또한, 공정증서 작성이 대리인에 의하여 촉탁된 경우에 대리권 유무의 심사는 공증인의 직무상의 의무라고 할 것이나(대법원 2002. 5. 31. 선고 2001다 64486 판결 참조), 대리권 유무의 심사에 있어서 대리권을 입증할 증서가 사서증서일 때에는 행정기관이 작성한 인감증명서를 제출받았다면 공증인은 대리권 유무의 심사를 다한 것이라고 할 것이다. 발행인란과 채무자란에 A의 인영 부분에 ×표가 되어 있지만 다시 연대보증인란에 A의 인영이 날인되어 있고 A와 B가 발급받은 인감증명서가 제출된 이상, 공증업무를 맡은 피고 소속 변호사로서는 약속어음의 발행인과 위임장의 채무자가 A에서 B로 적법하게 변경된 것으로 판단할 수 있는 것이고, 또한 연대보증인의 인감증명서가 제출되어 있는 이상 위와 같은 변경이 공정증서 촉탁을 무효라고 볼 수 있는 구체적인 의심이 발생한 경우라고 하여 촉탁인 등의 관계인인 원고 등에게 필요한 설명을 촉구하는 등의 조사를 해야 할 의무가 있다고 볼 수는 없으므로, 피고가 이 사건 공정증서 작성에 다른 방법으로 연대보증인의 의사를 더 확인하지 않은 조치에 주의의무 위반이 있다거나 이 사건 공정증서의 작성을 촉탁할 대리권 유무의 심사를 다 하지 아니한 잘못이 있다고 할 수 없다.

[통지의무 위반 여부에 대한 판단] 공증인법시행령 제13조 제1항은 "공증인이 대리인의 촉탁에 의하여 증서를 작성한 경우에는 증서를 작성한 날로부터 3일 내에 본인에게 증서의 건명, 번호 및 작성연월일, 공증인의 성명 및 사무소, 대리인과 상대방의 성명 및 주소를 통지하여야 한다."고 규정하고 있는바, 공증인법 제56조의3 제1항이 "공증인은 공정증서를 작성한 날로부터 7일을 경과하지 아니하면 집행문을 부여할 수 없다."라고 규정하는 점에 비추어 볼 때, 위 시행령 규정의 취지는 대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성되는 경우 실질적으로는 해당 대리인에게 공정증서 작성을 촉탁할 권능이 없는 경우를 대비하여 본인에게 공정증서가 작성되었다는 점을 신속히 통지하여 조속히 무효인 공정증서의 집행력의 배제를 구할 기회를 부여하기 위함이라고 해석되므로 위 규정에 위반하여 본인에 대한 통지를 해태한 경우에는 공증인의 직무상 과실이 인정된다고 할 것인바, 피고는 이 사건 약속어음의 공정증서가 1996. 10. 16. 작성되었는데 20여 일이 지난 1996. 11. 4.경이 되어서야 이 사건 약속어음 공정증서가 작성되었다는 통지서를 등기우편으로 발송한 사실은 앞에서 인정한 바와 같으므로 피고에게는 일응 공증인법시행령 제13조 제1항을 위반한 잘못이 있다고 할 수 있다.

[통지의무 잘못과 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 여부] 원고에게 원고 주장과 같은 손해가 있다고 가정하더라도, 비록 늦었지만 피고가 이 사건 약속어음 공정증서 작성 통지서를 등기우편으로 발송한 날이 1996. 11. 4.인데, 이 사건 공정증서에 기하여 강제경매신청을 한 날은 1998. 5.경이므로, 원고의 손해가 피고의 통지 지체로 인하여 발생하였다고 할 수 없다.

위 [2] 2004나8500 판결은, 보증의사나 적법한 대리권의 유무에 대한 확인을 소홀히 한 채 공정증서를 작성하였다는 주장에 대하여 공정증서의 작성을 촉탁할 대리권 유무의 심사를 다 하지 아니한 잘못이 있다고 할 수 없다고 판시하고, 다만 일응 통지의무를 위반한 잘못이 있다고 하면서, 그러나 피고(공증인)의 통지의무 잘못과 원고(연대보증인)의 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 여부에 대하여 원고에게 원고 주장과 같은 손해가 있다고 가정하더라도 원고의 손해가 피고의 통지 지체로 인하여 발생하였다고 할 수 없다고 판시하여 피고의 손해배상책임을 부정하였다(이에 대하여 상고하지 않아 위 판결은 그대로 확정되었다).

### 3. 무권대리인의 촉탁

앞에서 언급한 바와 같이 대리로 공증의 촉탁을 할 수 있지만, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 그 효력이 없다.

그런데 다음 [3] 2006다2803 판결에서는 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성되었지만, 집행인낙에 대한 추인의 의사표시가 있는 경우에 무효인 집행권원이 유효가 되는지 여부 등이 문제되었다.

[3] 대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결<sup>11)</sup>

[사안] 피고는 2004. 4. 1. OO법률사무소에 촉탁하여 이 사건 차용금에 관하여 채권자 피고, 채무자 A(원고의 처), 연대보증인 원고(채무자 A의 남편)로 된 강제집행수탁부 채무변제계약공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라고 한다)를 작성 받았다. 그 후 피고는 이 사건 공정증서 정본에 기하여, 2004. 5. 28. 원고 소유의 아파트에 관하여 부동산강제경매개시결정을 받는 한편, 2004. 6. 30. 원고의 급여에 관하여 채권 압류 및 추심명령결정을 받았다. 한편, 원고는 2004. 10. 20. 자신의 핸드폰을 이용하여 피고의 핸드폰으로 이 사건 차용금채무를 2004. 11. 24.까지 입금해 주겠다는 내용의 문자메시지를 세 차례에 걸쳐 보냈다.

[원고의 주장] 원고는, A가 원고로부터 전혀 위임을 받지 아니한 상태에서 원고의 인감도장으로 원고 명의의 위임장을 위조하여 이 사건 공정증서를 작성하였으므로, A의 무권대리행위에 기한 위 공정증서는 원고에 대하여 효력이 없어 위 공정증서에 기한 강제집행은 불허되어야 한다고 주장

[피고의 주장] 피고는, A가 원고로부터 대리권을 수여받아 이 사건 공정증서를 작성한 것이고, 가사 그렇지 않다 하더라도 원고가 수차례에 걸쳐 연대보증인으로서의 책임을 인정하였으므로 위 공정증서의 효력은 원고에게도 미친다는 취지로 다룬다.

[원심의 판단] 원고가 이 사건 차용금채무가 발생할 당시부터 그 채무를 연대보증한 것은 아니라 하더라도 이 사건 공정증서가 작성되기 전인 2004. 3.경 이 사건 차용금채무에 대한 연대보증의사를 표시하였으므로, 그 후 A가 피고와 사이에 원고 명의의 연대보증계약을 체결하고 이 사건 공정증서 작성을 촉탁한 것은 정당한 대리권에 기한 행위이고, 가사 A가 대리권 없이 임의로 이 사건 공정증서 작성을 촉탁한 것이라 하더라도 원고가 피고에게 이 사건 차용금채무를 변제하겠다는 내용의 문자메시지를 보냄으로써 A의 무권대리행위로 이루어진 이 사건 공정증서상의 연대보증채무를 추인하였다고 판단하여, 원고에 대하여 효력이 없다는 원고의 주장을 배척하였다<sup>12)</sup>.

[상고심] 공정증서가 집행권원으로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송 행위이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 집행권원으로서의 효력이 없다(대법

11) 공 2006. 5. 1.(249), 725. 원심판결 파기환송.

원 2001. 2. 23. 선고 2000다45303, 45310 판결 참조). 그런데 기록에 의하면, A는 자신의 신용카드 연체대금을 변제하기 위하여 2003. 7.경부터 2004. 5.경까지 비교적 단기간 내에 여러 명의 사채업자들로 부터 다액의 사채를 빌렸고, 그 과정에서 사채업자들이 원고의 연대보증을 요구하자 위임장을 위조하여 원고 명의의 인감증명서를 발급받은 다음 이를 사채업자들에게 제공하면서 원고의 승낙 없이 원고를 자신의 차용금채무에 대한 연대보증인으로 세웠는데, 피고도 그러한 사채업자 중 1인으로서 위 기간 중인 2003. 11. 15.부터 2004. 2. 28.까지 A에게 여러 차례에 걸쳐 함께 1,000만 원을 대여한 사실을 알 수 있어 이 사건 공정증서 작성을 촉탁하는 데 사용된 원고 명의의 인감증명서 역시 A가 위와 같이 위조한 위임장을 이용하여 발급받은 인감증명서라고 쉽게 추단할 수 있는 점, 피고는 당초 A에게 최초로 대여한 2003. 11. 15. 원고의 집을 방문하여 원고를 만나 차용증서를 제시하고 연대보증의사를 확인한 후 원고로부터 직접 주민등록증 및 의료보험증 사본을 수령하였다고 주장하였으나, 원심에 이르러서는 1000만 원을 대여하고 20일 정도 지나 원고의 집을 찾아 갔으나 그날 원고의 집에는 A만 있었다고 주장하고 있어 대여과정에서 원고에게 연대보증의사를 확인하였다는 종전의 주장을 사실상 변경한 점, 피고의 주장과 같이 원고가 2004. 3.경 피고에게 돈을 갚겠다는 의사를 표시하였다면 확실한 채권확보를 위하여 2004. 2. 28.자 차용증서에 원고의 자필서명을 받거나 원고에게 그러한 취지가 담긴 문서를 작성해 달라고 요청하는 것이 합당한 행동이라고 보임에도 피고가 그러한 조치를 취하지 아니하였다는 것은 쉽게 이해하기 어려운 점 등에 비추어, 원고가 2004. 3.경 피고에게 이 사건 차용금채무에 대한 연대보증의사를 표시함으로써 A에게 원고 명의의 연대보증계약 체결 및 이 사건 공정증서 작성 촉탁에 관한 대리권을 수여하였다고 단정하기는 어렵다. 그럼에도 불구하고, 원고가 A에게 원고 명의의 연대보증계약 체결 및 이 사건 공정증서 작성 촉탁에 관한 대리권을 수여하였다고 본 원심의 판단은 채증법칙을 위배하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

또한, 공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다면 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 집행권원이 유효하게 될 수는 없는바(대법원 1991. 4. 26. 선고 90다20473 판결 참조), 원심이 인정한 바와 같이 원고가 피고에게 이 사건 차용금채무를 변제하겠다는 내용의 문자메시지를 보냈다고 하더라도 그러한 사실만으로는 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시가 있었다고 볼 수는 없다. 그럼에도 불구하고, 원심이 이 사건 공정증서가 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 것이라 하더라도 그 판시와 같은 사유를 들어 원고가 무권대리행위로 이루어진 이 사건 공정증서상의 연대보증채무를 추인하였다고 판단한 것은 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서에 있어서의 집행인낙의 추인에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이를 지적하는 상고이유의 주장 역시 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 한다.

위 [3] 2006다2803 판결은 집행인낙에 대한 추인의 의사표시가 있었다고 보아 공정증서의

12) 부산지방법원 2005. 12. 15. 선고 2005나6553 판결[미간행].

효력이 있는지 여부에 대하여 원심과 달리 원고가 피고에게 이 사건 차용금채무를 변제하겠다는 내용의 문자메시지를 보냈다고 하더라도 그러한 사실만으로는 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시가 있었다고 볼 수는 없다고 판시하였다(원심판결을 파기하고, 사건을 환송하였다).

그리고 執行受諾의 의사표시(執行受諾文言)<sup>13)</sup> 사법상의 의사표시에 불과하다는 견해도 있으나, 이는 공증인이라고 하는 준사법기관에 대하여 하는 집행채무자의 일방적(단독적) 의사표시로서 집행증서에 집행력이 생기게 하는 소송법상 효과를 가져오는 소송행위라고 보는 입장이 일반적인데<sup>14)</sup>, 위 [3] 2006다2803 판결도 공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 한다고 판시하여 마찬가지로 입장을 취하였다<sup>15)</sup>.

### III. 유언공정증서의 작성과 관련된 재판례

유언은 유언자에 의한 단독의 법률행위로, 유언자의 사망에 의하여 효력이 생기는데, 효력이 생기는 때에는 유언자는 사망하였으므로 유언은 소정의 방식에 의하도록 하고 있다. 그렇지 않으면 유언은 효력이 생기지 않는다(민법 제1060조). 유언의 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서와 口授증서의 5가지인데(민법 제1065조), 이 가운데 공정증서에 의한 유언은<sup>16)</sup> 유언자가 증인 2인이 참여한<sup>17)</sup> 공증인의 면전에서 유언의 취지를 口授하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후, 각자 서명 또는 기명날인한 것으로(민법 제1068조)<sup>18)</sup>,

13) 공정증서 가운데 집행력을 가지지 않는 공정증서와 구별하기 위하여 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 공정증서를 특히 집행증서(vollstreckbare Urkunde)라고 부른다.

14) 이시윤, 신민사집행법(2004), 112면; 대한공증협회, 공증실무(2004), 115면; 김상영, 한국공증제도에 관한 연구-공증의 예방사법적 역할을 중심으로-, 부산대 박사학위논문(1995), 158면. 독일에서의 執行受諾條項의 법률적 성질에 대한 논의에 대하여는 Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch(1988), S. 61f.

15) 일본에서도 추인에 의해 공정증서가 집행력이 생기기 위해서는 추인행위 자체가 집행인낙행위와 동일한 방식' 즉 공정증서작성에 의할 것이 필요하다고 풀이하는 것이 타당하다고 하여 마찬가지로(東京高判 昭和 47. 6. 28. 下民集 제23권 제5-8호, 342면).

16) 공정증서에 의한 유언에 관한 우리나라와 일본 판례를 정리한 문헌으로는 안종혁, 유언공증, 변호사-회원연구논문집-(제33집, 2003), 112면 이하 참조.

17) 그런데 증인 2인의 참여와 관련하여, 공정증서의 유언에서는 공증인을 신뢰하여 증인이 1인도 필요하지 않다는 주장도 있을 수 있으나, 이는 지나치다고 생각한다. 다만, 입법론적으로는 이 요건을 감경하는 것이 어떨까 생각한다. 공증인이 입회하므로 증인 1인으로 충분하지 않은가 생각한다. 다만, 예를 들어 병상에 있어서 유언공정증서를 작성하는 경우 등과 같이 나중에 유족 사이에 분쟁을 일으키기 쉬운 유형에 대하여는 다시 원칙으로 돌아가 증인 2인의 참여가 있어야 하는 것으로 할 것이다. 倉田卓次, 公證實務の現下の課題, 公證法學(1989), 65면.

가장 정확한 유언의 방식이라고 할 수 있다. 유언을 공정증서로 작성하여 두면, 자필유언증서와는 달리 유언자가 사망한 뒤, 그것을 법원에 제시하여 검인을 받지 않아도 즉시 그 공정증서에 기재된 유언의 내용을 실현할 수 있으므로 편리하다(민법 제1091조 제2항).

그런데 유언을 공정증서로 작성할 것을 촉탁하는 경우에는 반드시 유언자 본인이 하여야 하고, 대리인에 의한 촉탁은 허용되지 않는다고 해석된다. 공증인은 유언자 본인의 口授에 의한 유언의 취지를 직접 받아 작성하여야 하기 때문이다<sup>19)</sup>. 그러므로 유언자가 병상에 있기 때문에 공증사무소에 출석할 수 없는 경우에는 공증인에게 병상에 출장하여 유언공정증서를 작성할 것을 촉탁할 수밖에 없다(노환이나 질환으로 공증사무소까지 올 수 없는 사람이 촉탁하는 경우가 많다는 것을 고려하여 공증인법 제56조가 유언공정증서 작성의 경우에는 공증인법 제17조 제4항의 규정의 적용을 배제하고 있다)<sup>20)</sup>.

[4] 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다35533 판결<sup>21)</sup>

[사안] 망인이 이 사건 공정증서에 의한 유언을 함에 있어 A와 B가 증인으로 참여하였다. 그런데 A는 망인의 처의 남동생이다.

[판단] 이 사건 공정증서에 의한 유언 당시 증인으로 참여한 2인 중 1인인 A는 망인의 배우자의 혈족으로서 촉탁인의 친족이므로 민법 제1072조 제2항에서 규정한 증인결격자에 해당하고, 이 사건 공정증서에 의한 유언은 무효이다.

그런데 공정증서에 의한 유언의 요건 가운데 「증인 2인의 참여가 있을 것」과 관련하여, 미성년자, 금치산자, 한정치산자 또는 유언자의 상속인으로 된 사람 또는 유증을 받게 된 수증자 등 유언에 의하여 이익을 받는 사람이나 그 배우자와 직계혈통은 증인이 될 수 없고(민법 제1072조 제1항) 그 밖에 공증인법 제33조 제3항에 열거하고 있는 참여인이 될 수 없는 결격자도 증인이

18) 이 사건 공정증서에 증인으로 참석하여 서명, 날인한 것으로 기재되어 있는 A는 실제로 참여하거나, 서명, 날인한 바 없고, 또 변호사 등은 당시 유언자의 자택에서 그가 구수하는 유언의 취지를 메모한 다음, 위 법률사무소의 사무실로 돌아와 그 메모를 기초로 이 사건 유언공정증서를 작성하였는데, 다시 그 기재 내용을 유언자에게 가서 낭독하여 그 정확함을 승인받는 절차를 밟지 아니한 채, 유언자가 아닌 다른 사람이 가져온 유언자의 인장을 대신 날인한 사실 등을 각 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면, 이 사건 공정증서를 작성함에 있어 증인 2명이 참석하지 아니하였고, 필기한 유언의 취지를 유언자에게 낭독하여 그 정확함을 승인받는 절차를 거친 후에 유언자의 기명날인이 이루어지지 아니하였으므로, 이 사건 공정증서에 의한 유언은 나아가 다른 점들을 살펴볼 필요 없이 그 효력이 없다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다35386 판결[공 2002. 11. 15.(166), 2537]).

19) 대한공증협회, 공증실무(2004), 45면; 일본공증인연합회, 공증인법(2004), 85면.

20) 그러므로 위 경우에는 촉탁인 본인이 공증사무소에 나가지 아니하고, 使者를 보내어 공증인이 유언공정증서를 작성하러 병상에 출장하여 달라는 요청을 할 수 있을 것이다. 그리고 가령 유언자가 건강하여 공증사무소에 출석할 수 있는 경우라도 공증인은 공증사무소 외의 장소로 출장하여 유언공정증서를 작성할 수 있다. 일본공증인연합회, 공증인법(2004), 37면.

21) 법률신문 2004. 11. 16.자 기사.

될 수 없다(민법 제1072조 제2항).

위 [4] 2004다35533 판결은 민법 제1072조에서 규정한 증인결격자인 촉탁인의 친족(망인의 처남)이 증인으로 참여하여 그 유언은 요건과 방식에 어긋난 것으로서 무효라고 판시한 재판례이다.

다음 [5] 2004다35533 판결은 공증인이 미리 유언내용을 적어 왔더라도 이를 유언자 앞에서 낭독하여 유증의사 등을 일일이 확인했다면, 공정증서에 의한 유언으로서의 효력이 있다고 판단한 것으로 주목할 만한 재판례이다.

[5] 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550(본소), 2007다51567(반소) 판결<sup>22)</sup>

[사안] 원고는 망 이OO의 장남이고, 피고들은 원고의 누나와 여동생이다. 망 이OO이 사망하자, 망인 소유이던 부동산에 관하여 법정상속분에 따라 원고와 피고들은 각 2/11 지분으로 상속등기를 마쳤다. 그런데, 망인은 사망하기 전에 이 사건 부동산을 전부 원고에게 유증한다는 공정증서에 의한 유언을 남겼다. 즉 유언 하루 전날 원고가 증인 2명을 대동하고 공증인을 찾아가 상담을 하였고, 공증인이 미리 공증할 내용을 작성해 두었다가 다음날 집으로 망 이OO를 방문해 유증할 재산이 어떤 것인지 물어서 대답을 들은 후 개별적인 지분별로 망인에게 하나씩 불러준 후 맞는지 확인하고, 유언공정증서의 내용을 읽어준 후 망인이 이의 없다고 하자 서명날인하도록 하여 망인과 증인들의 자필서명을 받았다. 그런데 원고가 위 유언공정증서에 기하여 위와 같이 상속을 원인으로 등기를 마친 피고들에게 소유권이전등기를 청구한바, 피고들은 위 유언공정증서는 유언자의 유언을 구수한 것이 아니라 미리 작성한 서면을 유언자에게 확인하는 방식으로 작성되었으므로 무효라고 주장하였다.

[제1심 판단] 공정증서에 의한 유언의 요건, 특히 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 口授한다는 점과 공증인이 유언자의 구수를 필기해서 이를 유언자와 증인에게 낭독하여야 한다는 점을 위반하였으므로 원고의 청구를 기각하였다.

[제2심 판단] 공증인이 유언자의 진의를 일일이 확인하였고 그 확인이 유언자의 의식이 명확한 상태에서 구체적으로 된 점에 비추어, 유언자의 口授 내용을 필기하여 낭독한 경우와 다르지 않다고 판단하고, 다만, 피고의 유류분 항변(민법 제1112조 이하)을 받아들여 원고의 청구 중 일부만 인용하였다.

[상고심] '유언취지의 구수'라고 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것을 뜻하는 것이므로 이를 엄격하게 제한하여 해석하여야 하는 것이지만, 공증인이 유언자의 의사에 따라 유언의 취지를 작성하고 그 서면에 따라 유언자에게 질문을 하여 유언자의 진의를 확인한 다음 유언자에게 필기된 서면을 낭독하여 주었고, 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있고 유언의 내용이나 유언경위로 보아 유언 자체가 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우에는, 위와 같은 '유언취지의 구수' 요건을 갖추었다고 볼 수 있다고 보아야 한다.

22) 상고기각.

공정증서에 의한 유언의 요건 가운데, 「유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 口授할 것」이 필요한 이유는 유언자로 하여금 다른 사람으로부터 하등의 제재를 받지 않고 완전한 자유의사에 의하여 유언의 취지를 발표하도록 하고자 함이다<sup>23)</sup>. 유언을 둘러싼 분쟁이 늘고 있는 가운데, 위 [5] 2004다35533 판결도 위와 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

다음 [6] 2005가합117970 판결은 유언공정증서의 작성을 촉탁받은 법무법인 소속 공증담당 변호사가 민법에 정한 소정의 방식을 따르지 않은 채 공정증서를 작성한 직무상 과실을 인정하여 손해배상책임을 긍정한 재판례이다.

[6] 서울중앙지방법원 2006. 11. 3. 선고 2005가합117970 판결<sup>24)</sup>

[사안] 망 A는 2001. 2. 5.경 피고 OO법무법인에 자기 소유의 별지 목록 기재 각 부동산(이하, '이 사건 부동산'이라 한다)을 원고에게 유증한다는 내용의 유언공정증서의 작성을 촉탁하였고, 피고 OO법무법인의 구성원으로서 공증담당 변호사인 피고 Y는 위와 같은 내용으로 공증인가 OO법무법인 2001. 2. 5. 작성 2001년 제148호 공정증서를 작성하였다. 그런데 이 사건 공정증서는 피고 Y의 면전에서 작성된 것이 아니라, 피고 OO법무법인의 공증담당 사무장인 소외 D가 2001. 2. 5. 오전경 피고 OO법무법인의 사무실에서 증인으로 참여한 B, C로부터 미리 공증서류에 서명·날인을 받고, 그날 오후경 다시 망인, 소외 D(공증담당 사무장), 원고만 참여한 자리에서 망인으로부터 공증서류에 서명·날인을 받은 다음 망인이나 위 증인들을 대동하지 아니한 채 위와 같이 서명·날인된 서류만을 피고 Y에게 가지고 가서 결재를 받는 방식으로 작성된 것이었다.

[원고의 주장] 피고 OO법무법인 소속 공증담당 변호사인 피고 Y는 이 사건 공정증서를 작성함에 있어, 공정증서에 의한 유언이 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기·낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 확인한 후 서명·날인하는 방식에 의하여야 함에도 불구하고, 피고 OO법무법인의 소속 직원인 D가 위와 같은 형식을 갖추지 않고 작성한 공정증서 초안을 제시하자 별도로 유언자 및 증인들을 불러 그들의 면전에서 유언의 정확함을 확인하지 아니한 채 마치 이러한 절차를 거쳐 유효한 유언공증이 이루어진 것처럼 이 사건 공정증서를 허위로 작성하였다. 위와 같은 피고 Y의 불법행위로 인해 원고는 망인 소유 전 재산을 상속할 기회를 상실하는 손해를 입었으며, 원고가 입은 일실이익 상당의 손해의 범위는, 이 사건 공정증서가 유효하게 작성되었을 경우 원고가 취득하는 상속재산 즉, 망인의 전 재산인 이 사건 부동산과 이 사건 예금에 대하여 원고의 유증자로서의 지위를 부정한 원고의 동생의 유류분(1/9)을 공제한 나머지와 이 사건 공정증서가 무효로 됨에 따라 원고가 취득하는 공동상속인으로서의 지분(3/9)의 차액 상당인 386,611,111원이다.

[피고 대한민국의 주장] 공증업무를 수행하는 피고 OO법무법인이 공증행위를 함에 있어 관련 법령을 준수하지 않은 위법행위는 공무원의 직무상 불법행위에 해당하므로, 피고 대한민국은 국가배상법에 따라 피

23) 따라서 예를 들어 유언자가 질병 등의 사유로 發聲이 곤란한 경우에 미리 유언의 취지를 사서증서로 작성하여 두었기 때문에 이를 공증인의 면전에서 제출하고 유언의 취지는 제출서면의 기재와 같다고 진술하는 것도 무방하다.

24) 법률신문 2006. 11. 13. 기사. 항소심에서 2007. 7. 21. 화해권고결정.

고 OO법인이 원고에게 입힌 위 일실이익 386,611,111원 상당의 손해를 배상할 의무가 있다는 원고의 주장에 대하여, 피고 대한민국은, 원고가 이 사건 공정증서가 법률상의 요건에 부합하지 않는 방식으로 작성되었다는 사정을 안 작성 당일인 2001. 2. 5. 또는 망인이 이 사건 공정증서만을 남긴 채 사망한 2001. 8. 30. 이미 원고가 주장하는 손해 및 가해자를 알았다고 할 것이고, 아무리 늦어도 원고의 동생이 원고를 상대로 이 사건 공정증서의 무효를 주장하며 소유권말소등기등 소송을 제기하여 그 소장이 원고에게 도달한 2001. 11. 29. 또는 위 소송의 1심에서 패소한 2002. 6. 21.에는 손해 및 가해자를 알았다고 할 것이므로, 원고가 구하는 손해배상청구권은 3년의 시효기간이 도과하여 소멸하였다고 주장한다.

[피고 OO법무법인, 피고 Y의 주장] ① 원고는 대구지방법원 안동지원 집행관실 직원으로 20년 이상 근무해 오고 있었는데, 2001. 2. 초경 평소 잘 알고 지내던 피고 OO법무법인 소속 직원인 D에게 유언공증절차를 물어 상세한 답변을 들었음에도, 그 동안의 안면을 내세우며 증인들도 바쁜 사람들이고 유언자인 망인도 연로하고 병환이 심하므로, 우선 증인들만 공증사무실에 나와 서류를 만들고 이를 가지고 망인의 자택으로 가서 서명·날인을 받도록 해달라고 간곡히 부탁하였고, 원고의 부탁을 거절하지 못한 D가 위와 같이 공증서류를 작성한 다음 피고 Y에게 이를 제출하였으며, 피고 Y는 D로부터 유언자와 증인들이 출석하여 의사를 확인하였다는 대답을 듣고 이 사건 공정증서에 서명날인하게 된 것이므로, 위 D와 공모하여 피고 Y를 속임으로써 이 사건 공정증서가 무효가 되게 하는데 주도적 역할을 한 원고가 위 피고들에게 피고 Y의 부주의를 들어 손해배상을 구하는 것은 부당하다. ② 가사 손해배상이 인정되더라도, 원고 주장 손해 중 망인의 예금에 대한 부분은 이 사건 공정증서와 아무런 관련이 없고, 이 사건 공정증서가 유효하였더라도 원고의 상속재산에서 공동상속인의 유류분은 제하여야 하므로, 원고가 구하는 일실이익 손해는 실제 손해를 초과하며, 원고가 이 사건 공정증서 작성절차에 주도적으로 적극 가담한 점에 비추어 상당한 과실상계가 되어야 한다.

[불법행위책임에 관한 판단] ① 유언공정증서의 작성을 촉탁받은 공증인으로서 공증인법과 민법에 정한 유언공정증서의 요건 및 그 작성방식에 따라 유언공정증서를 작성하여야 할 직무상 주의의무가 있다고 할 것이다. 그런데 피고 OO법무법인 소속 공증담당 변호사인 피고 Y는 이 사건 공정증서를 작성함에 있어 위와 같은 주의의무에 위반하여 이 사건 공정증서를 작성하였고, 피고 Y의 이러한 직무상 과실로 인해 이 사건 공정증서에 의한 유언이 무효로 확인됨으로써 원고는 위 유언에 기해 유증 받을 수 있었던 이 사건 부동산 중 원고의 법정상속분을 초과하는 부분의 소유권을 취득하지 못하는 손해를 입었으므로, 피고 Y는 위와 같은 직무상의 과실로 인해 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다(나아가 원고는, 피고 Y의 불법행위로 인하여 이 사건 예금을 취득하지 못하는 손해를 입었다고 주장하나, 이 사건 공정증서에 의한 망인의 유언에 이 사건 예금을 원고에게 유증한다는 내용도 포함되었다고 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 나아가 살필 필요 없이 이유 없다). ② 한편, 피고 OO법무법인과 그 구성원은 피고 Y가 지정된 업무를 행함에 원고에게 입힌 손해를 연대하여 배상할 책임이 있다. ③ 또한, 공증인법은 제2조에서 법률행위 기타 사건에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성, 사서증서에 대한 인증 등을 공증인의 사무로 하고 있고, 제6조에서 다른 공무의 겸직, 상업의 경영 등을 금지하고 있으며, 제10조 내지 제14조, 제78조 내지 88조에서 공증인은 법무부장관이 임명하고, 지방검찰청의 소속으로 하며, 판사, 검사 또는 변호사의 자격을 가진 자로 그 자격요건을 엄격히 제한하고, 법무부장관이 이를 감독하고 징계할 수 있도록 정하고 있는바, 이러한 공증인법의 규정에 공증인이 작성한 문서가 형법상 공문서로 보호되고 있는 점을 더하여 보면, 공증인은 공정증서의 작성 등 공증인법에 정한 직무를 수행함에 있어서 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 국가공무원에 포함된다고 할 것이므로, 피고 대한민국은 그 소속 공무원인 피고 Y의 불법

행위로 인하여 원고가 입은 손해를 위 피고와 연대하여 배상할 책임이 있다.

[피고 대한민국의 소멸시효 항변에 관한 판단] 민법 제766조 제1항에 의하면, 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다고 규정하고 있는바, 여기에서 말하는 안 날이란 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 뜻하고, 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않다고 할 것이다. 돌이켜 이 사건에서 보건대, 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 공정증서 작성 당시 참여한 사실, 이 사건 공정증서에 의한 유언이 무효라는 이유로 원고가 소송에서 패소한 사실 등만으로 원고가 피고 Y의 불법행위 및 그로 인해 이 사건 공정증서에 기한 유언이 무효가 되리라는 사정을 알았다고 볼 수는 없으므로 피고의 항변은 이유 없다.

[피고 OO법무법인, 피고 Y 등의 주장에 관한 판단] 원고가 피고들의 주장과 같이 이 사건 공정증서가 무효가 되게 하는데 주도적 역할을 하였다거나 피고 Y의 부주의를 유발하였다는 점에 대하여는 피고들이 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

[손해의 범위] 피고 Y의 불법행위로 인해 원고가 입은 손해는, 이 사건 공정증서에 의한 유언이 무효가 됨으로써 이 사건 부동산 중 원고가 소유권을 취득하지 못하게 된 부분의 가액 즉, 이 사건 부동산 중 위 유언이 유효할 경우 원고가 유증 받을 수 있었던 부분인 원고에게 유류분의 반환을 구한 원고의 동생의 유류분으로 원고가 자인하는 1/9 지분을 제한 나머지에서 원고의 법정상속분을 초과하는 부분의 가액 상당이라고 할 것인바, 감정인의 시가감정결과에 의하면, 이 사건 부동산의 이 사건 변론종결일 무렵인 2006. 9. 경의 시가 합계가 554,699,050원인 사실을 인정할 수 있으므로, 원고가 입은 손해액은 308,166,138원  $\{= 554,699,050\text{원} \times (1 - 1/9 - 3/9)\}$ 이 된다(그 밖의 공동상속인이 민법 제1117조에서 정한 기간 내에 원고에게 유류분의 반환을 구하였다고 볼 증거가 없으므로, 그 밖의 공동상속인의 유류분 상당도 공제해야 한다는 주장은 받아들이지 아니한다). 한편, 원고도 유언공정증서의 작성이 민법에 정한 방식에 따라 이루어지지 않는데 일조한 과실이 있고, 원고의 이러한 과실은 이 사건 손해의 발생 및 확대의 한 원인이 되었다 할 것이므로, 이를 피고들의 손해배상책임을 정하는데 참작하여 원고의 과실비율을 40% 정도로 보아 피고들의 책임비율을 60% 정도로 제한함이 상당하다. 따라서, 피고들은 연대하여 원고에게 184,899,682원  $(= 308,166,138\text{원} \times 60\%)$  및 이에 대하여 원고가 구하는 이 사건 소장부분 최종송달일 다음날인 2006. 1. 20.부터 피고들이 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2006. 11. 3.까지는 민법에 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진등에관한특례법에 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

결국 위 [6] 2005가합117970 판결은 무효가 된 공정증서에 의한 유언으로 발생한 손해 금 1억 8천여 만원 을 배상할 책임을 인정하였다(이에 대한 항소심에서 2007. 7. 21. 화해권고결정으로 사건이 마무리 되었다).

아울러 공증인이 집무집행과 관련하여 불법행위로 의뢰인이나 제3자에게 재산상 손해를 가한 경우에 국가가 손해배상책임을 부담하는가 하는 문제에 대하여, 위 [6] 2005가합117970 판결은 공증인은 법무부장관이 임명하고, 지방검찰청의 소속으로 하며, 판사, 검사 또는 변호사의 자

격을 가진 자로 그 자격요건을 엄격히 제한하고, 법무부장관이 이를 감독하고 징계할 수 있도록 정하고 있고, 공증인이 작성한 문서가 형법상 공문서로 보호되고 있는 점 등에 비추어 공증인은 공정증서의 작성 등 공증인법에 정한 직무를 수행함에 있어서 국가배상법 제2조 제1항에서 정한 국가공무원에 포함된다고 할 것이므로<sup>25)</sup>, 피고 대한민국은 그 소속 공무원인 공증인의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

한편, 공증인의 면전에서 유언의 정확함을 확인하는 등 정해진 절차에 따라 공정증서가 작성된 것이 아님에도 공증담당 변호사, 공증담당 사무장은 허위로 이를 작성하여 비치하였다는 범죄사실로 기소되어 허위공문서작성 및 동행사죄가 인정되어 공증담당 변호사는 벌금 500만원, 공증담당 사무장은 징역 10월, 집행유예 2년의 형을 각 선고받았다.

#### IV. 사서증서의 인증에 관한 재판례

사서증서의 인증은 공정증서의 작성과 함께 공증인의 업무 가운데 중요한 부분을 차지하고 있다. 사서증서의 인증(등본인증을 제외)은 문서가 진정하게 성립한 것, 즉 문서가 작성명의인의 의사에 기하여 작성된 것을 증명하는 것을 말하는데<sup>26)</sup>, 다만, 인증의 효과로 직접 문서의 성립이 증명되는 것은 아니고, 해당 문서의 서명 또는 기명날인의 진정이 증명되고, 그것에 의하여 문서의 성립이 추정되는 것이라고 풀이한다(민사소송법 제358조).

사서증서의 인증은 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 기재함으로써 행한다(공증인법 제57조 제1항).

다음 [7] 2006나96466 판결은 공증인(법무법인의 공증담당 변호사)이 사서증서인 투자증서의 인증서를 작성함에 있어 투자증서에 날인된 것이 당사자 본인에 의한 것임을 촉탁대리인으로 하여금 확인하게 한 바 없는 사안에서 공증인의 손해배상책임을 인정한 재판례이다.

[7] 서울고등법원 2007. 10. 16. 선고 2006나96466 판결<sup>27)</sup>

25) 임명공증인 이외에 공증을 담당하는 합동법률사무소의 변호사 내지는 공증인가 법무법인의 구성원 변호사를 공무원으로 볼 것인지 여부에 대하여는 부정할 수밖에 없다는 입장이 있다. 공증담당 변호사는 국가공무원법과 지방공무원법상의 경력직 공무원과 특수경력직 공무원 그 어디에도 속하지 않고, 공증사무를 위임받은 것은 개인이 아닌 합동법률사무소 자체이며, 변호사는 합동법률사무소의 소속원에 불과하므로 공무원으로 볼 수 없다는 것이 그 이유이다.李明宰, 우리나라의 공증제도 소고, 저스티스(1998. 6), 112면. 한편, 독일에서는 공증인에 대하여 국가배상책임이 적용되지 않고, 개인배상책임이 발생할 뿐이다. 즉 공증인에게 직무상의 위반이 있는 경우에는 민사상의 손해배상책임이 부과된다(연방 공증인법[Bundesnotarordnung] 제19조). 그리고 공증인의 개인책임을 담보하기 위해서 공증인에게 직무책임보험에 가입할 의무를 부과하고 있다(제19조 a).

26) 일본공증인연합회, 공증인법(2004), 126면.

[사안] ① K세무법인의 직원이던 K는 2002년경 거래관계로 알고 지내던 원고에게, 자신이 투자한 서울 강서구 등촌동 소재 상가 및 오피스텔의 신축·분양사업에 투자하여 줄 것을 요청하였으나, 처음에는 원고가 이를 거절하였다. ② 그러자 K는 원고로 하여금 투자금을 확실히 회수할 수 있을 것으로 믿게 하기 위하여, K세무법인은 K의 원고에 대한 위 투자금 및 투자배당이익금 반환채무를 연대보증한다는 내용의 투자증서를 작성·출력한 후, 채무자란에 자신의 인장을 날인하고, 연대보증인란에 K세무법인의 사무실에 보관되어 있던 대표사원의 각 직인을 날인하여 자신과 K세무법인 명의의 투자증서(이하 '이 사건 투자증서'라고 한다)를 작성 내지는 위조하였다. ③ 그 후 K는 권OO 법무사의 사무원으로 알고 지내던 P에게 이 사건 투자증서의 인증을 부탁하여 P와 함께 평소 권OO 법무사와 공증업무 대리촉탁의 거래관계가 있는 피고 법무법인 S의 사무실에서 P는 피고 법인 소속의 공증인보조자에게 자신의 신분증을 제시하고 위 공증인보조자로부터 이른바 면식부<sup>28)</sup> 등을 통해 권OO 법무사의 사무원임을 확인받은 다음 권OO 법무사를 촉탁대리인으로 하여 이 사건 투자증서의 인증을 촉탁하였고<sup>29)</sup>, K는 피고 법인 소속의 공증담당 변호사인 피고 C로부터 "이 사건 투자증서에 기재된 촉탁인 K, 촉탁인 K세무법인 공동대표사원 등의 대리인 권OO는 본직의 면전에서 위 사서증서의 기명날인이 본인의 것임을 확인하였다", "본직은 위 촉탁인들의 대리인이 제시한 주민등록증에 의하여 그 사람이 틀림없음을 인정하였다"는 등의 내용이 기재된 사서증서 인증서(이하 '이 사건 인증서'라고 한다)를 작성·교부받았다. ④ K는 원고에게 이 사건 인증서를 제시하면서 다시 위 사업에 투자하여 줄 것을 요청하였고, 이에 원고는 이 사건 인증서를 교부받고 K와 사이에 이 사건 투자증서의 기재내용과 같은 투자약정을 체결한 후(이하 '이 사건 투자약정'이라 한다), K에게 투자금으로 150,000,000원을 지급하였다.

[손해배상책임의 발생에 관한 판단] 공증담당 변호사 피고 C는 사서증서인 이 사건 투자증서의 인증서를 작성함에 있어 인증촉탁 신청서에 당사자의 대리인으로 기재된 권OO 법무사의 직원으로부터 촉탁서류를 제출받았을 뿐 투자증서에 날인된 것이 당사자 본인에 의한 것임을 권OO가 확인한 바 없음에도, 권OO가 공증사무실에 출석하여 투자증서의 날인이 당사자 본인의 것임을 확인한 양 인증서에 기재함으로써 위 법조항을 위반하여 공증인으로서 사서증서 인증에 있어 지켜야 할 당사자의 서명·날인 확인의무를 다하지 아니하였고, 그로 인하여 K세무법인의 연대보증이 위조된 이 사건 투자증서에 대한 인증서가 작성되어 원고가 이를 믿고 투자금을 지급함으로써 손해를 입었으므로, 피고 C는 위와 같은 주의의무 위반으로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 피고 법무법인 S는 피고 C의 사용자로서 원고에게 피고 C의 직무집행상의 불법행위로 인하여 원고가 입은 위 손해를 배상할 책임이 있다. 피고들은 K와 P가 굳이 권OO를 대리인으로 하지 않더라도 P를 대리인으로 내세워 이 사건 투자증서의 인증을 촉탁할 수 있었고, 그 경우 피고들로서는 인증서를 작성해줄 수밖에 없었을 것이므로 피고 C의 과실과 원고의 손해 사이에는 인과관계가 없다고 주장하나, 공증인은 증서를 작성함에 있어 촉탁인의 성명을 알고 있거나 그와 면식이 있어야 하며 그렇지 않을 경우에는 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하는 등의 확실한 방법으로 촉탁인이나 그 대리인을 확인하여야 하고(공증인법 제27조, 제30조), 사서증

27) 법률신문 2007. 10. 25. 기사. 2007. 11. 2. 상고제기.

28) [관결문상 각주임] 피고 법인이 매년 초 법무사들의 방문을 받고 인사를 나눈 후 그 법무사들에 대하여 그 인적사항 등을 기재한 장부로서 여기에는 법무사 본인의 주민등록증 사본이 첨부되어 있고, 이후 당해 법무사를 통한 공증촉탁 내역이 순차로 기재된다. 피고는 면식부에 기재된 법무사의 사무원이 공증 관련 서류를 가지고 찾아오면 당해 법무사를 대신하여 온 것으로 인정하고, 법무사 본인이 직접 오지 않더라도 공증 등 절차를 진행하여 왔다.

29) [관결문상 각주임] 면식부에 기재된 법무사를 통해 대리촉탁할 경우 인증 수수료료 20% 할인받을 수 있었다.

서의 인증에 있어 당해 사서증서의 서명, 날인을 앞서 본 바와 같이 직접 공증인의 면전에서 당사자로 하여금 직접 하게 하거나 대리인이 이를 확인하도록 하는 등 촉탁인 등 확인에 있어 엄격한 주의의무가 있는 바, 이와 같은 공증인의 당사자 등 확인의무에 비추어 피고 C는 대리인으로 기재되어 있던 권OO를 통해 직접 서명, 날인을 확인하지 않음으로 인하여 K세무법인 명의의 연대보증의 위조 여지를 확실히 제거하지 못함으로써 이를 믿고 투자하게 된 원고가 회복할 수 없는 손해를 입게 될 것임을 일응 예견할 수 있었다고 할 것이고, 만약 피고 C가 위 주의의무를 다하였다면 K로부터 아무런 부탁을 받지 않은 권OO가 K세무법인에 그 서명·날인을 확인하는 등으로 그것이 위조된 것임이 밝혀질 수도 있었을 것이므로, 피고 C의 주의의무 위반과 원고가 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이고, 단지 K가 P를 대리인으로 내세워서도 인증을 받을 수 있었다는 사정만으로는 위 인과관계를 단절시킬 수 없다고 할 것이므로 위 주장은 받아들일 수 없다.

[손해배상의 범위에 관한 판단] 원고는 이 사건 인증서만을 믿고 K세무법인에 그 연대보증에 대한 아무런 확인을 하지 않은 사실을 인정할 수 있고, 원고의 이러한 과실은 이 사건 손해발생의 한 원인이 되었다 할 것이므로 이를 피고들이 배상할 손해배상액을 산정함에 있어 참작하기로 하되, 그 비율은 이 사건의 경위 등 이 사건 변론에 나타난 제반사정에 비추어 30% 정도로 봄이 상당하므로(이 사건 불법행위는 K의 이 사건 투자증서의 위조와 이후 피고 C의 이 사건 인증서의 작성 등 일련의 과정을 통하여 일어난 것으로서 K와 피고들은 공동불법행위자와 같은 관계에 있으므로, 피고들과 원고와 사이에서 원고의 과실을 산정함에 있어서는 피고들만에 고유한 책임제한 사유를 비교대상으로 할 것이 아니라 K를 포함한 피고측의 과실과 원고의 과실을 상호 비교하여야 할 것이다), 피고들의 과실비율은 70%로 제한한다.

위 [7] 2006나96466 판결은 공증인으로서 사서증서 인증에 있어 지켜야 할 당사자의 서명·날인 확인의무를 다하지 아니한 것을 이유로 해당 법무법인과 소속 공증담당 변호사에게 연대하여 금 2천7백여만의 손해배상을 명하였다(이에 대하여 현재 상고중).

한편, 허위공문서 작성죄가 인정되어 위 공증담당 변호사에게 벌금 200만원의 선고유예 판결이 선고되었다<sup>30)</sup>.

## V. 마치며

공증제도에 관한 재판례가 조금씩 나타나고 있지만, 그에 대한 개별적 판례연구가 충분히 이루어지지 못하고 있다. 본인의 능력 부족을 절감하면서 여기서는 우선 최근 재판례에 초점을 맞추어 간단한 분석을 시도하였다. 법학연구의 불모지로 남아 있는 공증법학에 좀 더 관심을 기울였으면 하는 아쉬움을 가지면서 글을 마치고자 한다. 

30) 수원지방법원 2006. 5. 22. 선고 2006노517 판결[미간행]. 상고심인 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도3844 판결[공 2007. 3. 1.(269), 387]에서 확정되었다.