

공증인법상 촉탁인에 관한 고찰

- 촉탁인적격, 촉탁능력 및 한정촉탁능력을 중심으로 -

남 상 우

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

1. 서론

일반적으로 공증을 청구하는 사람을 촉탁인이라고 부른다. 공증의 청구인이 곧 공증의 촉탁인인 것은 사실이다. 그렇다고 공증의 촉탁이 곧, 공증의 청구를 의미하는 것은 아니다. 공증의 촉탁이란 공증을 청구하는 사람이 공증을 청구하면서 공증으로 증명되기를 희망하는 일정한 사실을 공증인이 인식할 수 있도록 공증인법 또는 기타 법령에서 정한 일정한 행위를 하는 것을 말한다. 즉 촉탁은 공증의 청구와 더불어 공증 과정에 협력하는 행위 일체를 의미한다. 그런 의미에서 촉탁인은 공증인과 더불어 공증의 주체이자 당사자이다. 여기서 촉탁인을 공증의 당사자라고 할 때의 ‘당사자’는 공증인법 제2조에서 규정하고 있는 ‘당사자나 그 밖의 관계인’에서의 당사자와는 다른 의미로 사용되고 있음에 유의하여야 한다. 공증인법 제2조의 당사자가 무엇을 의미하는지는 후술하는 촉탁인적격에서 따질 문제이다.

흔히 법률상 당사자라고 할 때 당사자에 대하여는, 누가 당사자로 적합한가의 적격에 관한 문제, 당사자로 된 자가 단독으로 소정의 법적 행위를 할 수 있는가의 능력에 관한 문제 등이 대두된다. 공증의 당사자인 촉탁인에 대하여도 촉탁인의 적격, 촉탁능력 및 촉탁무능력자의 법정대리인 등이 문제가 되는 것은 마찬가지이다. 능력에 관한

문제는 실체법과 절차법 모두에서 문제가 되지만, 누가 당사자로서 적합한지는 절차법에서 특히 문제가 된다. 민법에서는 단독으로 법적 행위를 할 능력은 법률행위에 있어서 행위능력의 문제로 다루어 진다. 민사소송법에서는 법적 행위를 할 능력은 소송행위를 할 소송능력의 문제로, 누가 소송당사자가 되기에 적합한지는 당사자적격의 문제로 다루어진다.

그러나 공증인법은 말 그대로 공증인에 관한 법으로서 철저히 공증인의 관점에서 정하고 있다. 당연한 귀결로서 촉탁인에 관하여 공증인법은 공증의 당사자로 취급하여 하나의 장이나 절로 떼어내서 따로 정하지 않고, 공증인의 관점에서 필요한 곳에서 개별적이면서 단편적으로 정하고 있을 뿐이다. 이에 따라 공증인법에서 촉탁인에 관하여 정하고 있지 아니한 사항은 어떻게 보아야 하는지가 필연적으로 문제가 된다. 공증인법에서 정하고 있지 않다는 것은 해석론으로 해결할 수밖에 없다는 것을 의미한다.

공증은 사권을 대상으로 한다는 점에서 실체법과도 매우 밀접한 연관을 갖지만, 일정한 사실의 증명이라는 점에서 필연적으로 소송과도 밀접한 연관을 가질 수밖에 없다. 특히 집행증서의 경우에는 공증에 의하여 재판절차 없이 곧바로 강제집행할 수 있다는 점에서 더욱 소송과 밀접한 관련이 있다. 이것은 공증의 당사자인 촉탁인을 논할 때도, 실체법과 소송법 사이에서, 경우에 따라서는 실체법의 법리를, 경우에 따라서는 소송법의 법리를, 유추하여 독자적으로 그에 관하여 입론할 수밖에 없다는 것을 시사한다.

본고에서는 촉탁인의 의의와 촉탁인이 될 수 있는 일반적인 능력을 가진 존재 즉, 촉탁인능력자에 관하여 간단히 살펴본 다음에, 공정증서의 작성과 인증에 있어서 누가 정당한 촉탁인이 되는가의 문제 즉, 촉탁인적격과 촉탁인이 법률상 단독으로 촉탁할 수 있기 위한 능력 즉 촉탁능력, 그리고 법률상으로는 촉탁능력에 있어서 아무런 제한이 없어도 타인의 도움이 없으면 단독으로 촉탁할 수 없는 경우에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 촉탁인의 의의와 촉탁인능력자

1. 촉탁인의 의의

공증에 있어서 촉탁인이라 함은 자기의 이름으로 공증인에게 공증을 촉탁하는 사람을 말한다. 자기의 이름으로 공증을 촉탁하는 사람이므로 미성년자의 친권자나 후견인은 촉탁인이 아니다. 그 친권자나 후견인은 자기의 이름이 아니라 미성년자의 이름으로 공증을 촉탁하는 사람이기 때문이다. 누가 촉탁인이 되는가는 공증인법 제2조에서 ‘당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁’에 따라 공증을 하는 것으로 정하고 있으므로 ‘당사자나 그 밖의 관계인’이 촉탁인이 되고, ‘당사자나 그 밖의 관계인’이 구체적으로 누구를 말하는지는 촉탁인적격에 관한 문제임은 전술한 바와 같다. 일반적으로는 당해 공증을 통하여 공증인으로부터 증명받고자 하는 내용이 무엇이나에 따라서 정해진다고 할 수 있다.

2. 촉탁인능력자

촉탁인능력이라 함은 공증절차에서 촉탁인이 될 수 있는 일반적인 능력을 말하고 촉탁인능력자란 이러한 촉탁인능력을 갖춘 존재를 말한다. 공증에서 촉탁인이 되려면 우선 촉탁인능력자이어야만 한다. 촉탁인능력은 민법상의 권리능력이나 소송상의 당사자능력에 대응되는 개념이다. 민법상 권리능력자는 자연인과 법인이 있다. 민법상 권리능력이 있으면 소송에서도 당사자능력이 있다고 하지만 양자는 반드시 동일한 것은 아니다. 민사소송법 제51조에서 당사자능력에 관하여 이 법, 즉 민사소송법에 특별한 규정이 없으면 민법 그 밖의 법률에 따른다고 규정하면서도, 동법 제52조에서 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다고 규정하고 있기 때문이다.

문제는 민법이나 민사소송법에서는 권리능력이나 당사자능력에 관하여 규정을 두고 있지만, 공증인법에서는 촉탁인능력에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 이에 따라 공증인법상 촉탁인능력에 관하여, 민법상 권리능력이 인정되고 있는 존재에 한하여 인정할 것인가, 아니면 민법상 권리능력이 인정되지 않아도 소송상 당사자능력이 인정되고 있는 존재에 대하여는 촉탁인능력을 인정할 것인가가 문제가 된다.

공증은 사건을 대상으로 하는 것이므로 사건에 관한 실체법에서 그 권리능력을 인정하지 아니한 존재에 대하여 명문규정이 없음에도 불구하고 촉탁인능력을 인정하는 것이 과연 가능한지 의문이다. 그러나 한편으로는 비법인사단이 비법인재단에 대표자나

관리인이 있으면 소송상으로는 명문규정에 의하여 정식으로 그 당사자능력이 인정되고 있고 그것이 사회적으로도 널리 하나의 실체를 지닌 거래주체로 활동하고 있는 것이 현실이다. 또한 비법인사단이나 비법인재단이야말로 오히려 타인과 거래를 하는 경우에 그 단체는 물론 그 상대방조차도 그 거래에 관하여 공증을 절실히 요구하는 편이다. 무엇보다도 공증은 사권을 대상으로 하고, 사권에 관한 일정한 사실을 증명하는 것을 내용으로 한다. 사권에 관한 일정한 사실을 증명한다는 것은 궁극적으로 재판을 전제로 한다. 이러한 점 등을 종합할 때 공증인법에서는 촉탁인능력에 대하여 민사소송법 제52조와 같은 규정을 두고 있지는 않지만, 이를 유추하여 공증인법에서도 동일하게 보아야 한다. 따라서 비법인사단이나 비법인재단에 대표자나 관리인이 있으면 공증에서도 촉탁인이 될 수 있다.

결국 권리능력자인 자연인과 법인 외에 소송상 당사자능력이 인정되는 비법인사단이나 재단도 공증인법상 촉탁인능력자로 인정된다. 자연인과 법인 그리고 비법인사단과 재단에 관한 상세한 내용은 민법과 민사소송법분야로 미루고 여기서는 생략한다.

III. 촉탁인적격(정당한 촉탁인)

촉탁인적격이라 함은 특정의 공증사건에서 누가 정당한 촉탁인으로서 공증을 받기에 적합한 자격이 있는가, 다시 말하여 누가 촉탁인이 되어야 하느냐의 문제이다. 특정의 공증사건에서 검토되어야 한다는 점에서 구체적인 사건을 떠나 일반적 능력으로 검토되는 촉탁인능력이나 촉탁능력과는 구별된다. 민법상의 권리능력에 대응하여 소송상 당사자능력과 공증상 촉탁인능력이라는 개념이 있고, 민법상 행위능력에 대응하여 소송상 소송능력과 공증상 촉탁능력이라는 개념이 있는 것처럼, 민법상 관리처분권에 대응하여 소송상으로 당사자적격이 있고, 공증상으로는 촉탁인적격이라는 개념을 설정할 수 있다.

법률행위에 대한 공정증서의 작성의 경우에는, 법률행위가 곧 사권의 관리처분에 해당할 것이므로 사권에 관하여 관리처분권이 있는 사람은 촉탁인적격이 있다고 말할 수 있다. 그 밖의 사권에 관한 사실도 사권의 관리처분권과 관계가 있는 경우라면 법률행위에 준하여 촉탁인적격이 정하여진다고 볼 수 있다. 그러나 그 사실이 사권의 관리

처분권과는 무관한 경우도 있을 수 있다. 그 경우에는 일반적으로 그 사실의 존부에 의하여 권리의무의 변동이 생기는 사람이 촉탁인적격이 있다고 말할 수 있을 것이다.

사서증서에 대한 인증으로 증명되는 대상은 인증의 종류에 따라 다르다. 증서의 서명이나 날인을 증명의 대상으로 하는 경우도 있고, 증서의 내용을 대상으로 삼는 경우도 있으며, 증서의 존재 자체를 증명의 대상으로 삼는 경우도 있다. 인증촉탁인은 인증방법을 정하고 있는 규정에서 누가 촉탁인이 되는가를 명문으로 밝히고 있는 경우가 대부분이다. 명문으로 밝히고 있지 않아도 촉탁인적격자는 그 인증방법에 의하여 공증으로 증명되는 바가 무엇이나를 규명하는 것에 의하여 자연스럽게 규명될 것이다.

1. 공정증서 작성에 있어서의 촉탁인적격

공증인법은 공증인이 공정증서로 작성되는 대상을 법률행위와 그 밖의 사건에 관한 사실로 나누고 있다. 여기서 그 밖의 사건에 관한 사실은 강학상 법률사실을 말한다. 원래 법률행위조차도 잘게 나누면 법률사실을 기본단위로 하여 쪼개어 볼 수 있다. 법률행위를 구성하는 법률사실 중 가장 중요하면서도 반드시 있어야 하는 필수요소가 의사표시이지만 이것도 법률사실에 해당한다. 법률행위를 정의할 때 의사표시를 요소로 하는 법률요건이라고 하는 것도 이 때문이다.

법률행위 중에서 가장 단순한 형태는 단지 하나의 의사표시만으로 성립하는 경우일 것이다. 바꾸어 말하면 그것은 하나의 법률사실로 성립하는 법률행위이다. 그렇다고 하나의 의사표시만으로 성립하는 법률행위라고 하여도 의사표시가 곧 법률행위에 해당하는 것은 아니다. 상대방 있는 단독행위는 의사표시가 상대방에게 도달하여야 비로소 효력이 발생하는바, ‘상대방에게 도달하는 것’도 하나의 법률사실에 해당하고, 만일 행위 무능력자가 법정대리인의 허락을 받아 단독행위를 하는 경우라면 법정대리인의 허락도 독립된 또 하나의 법률사실이다. 이처럼 단독행위라고 하여도 법률사실로만 따지면 여러 개의 법률사실로 구성될 수 있다. 법률행위는 그 자체로 법률요건이고 법률사실은 법률요건을 이루는 개개의 사실이므로, 법률행위와 법률사실은 같은 차원의 개념이 아니다. 그렇다면 공증인법에서 공정증서작성의 대상을 규정할 때에 증명이 필요한 최소단위로서 법률사실만을 정할 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 공증인법이 공정증서작성의 대상으로서 굳이 법률사실과 구분하여 법률행위를 규정한 취지는 무엇인가.

원래 공증이란 공증인이 일정한 사실을 확인하고 그 확인한 사실에 대하여 증서를 작성하여 증명하여 주는 것이다. 사건에 관하여 공정증서를 작성한다면, 그 대상은 원칙적으로 법률사실이 될 수밖에 없다. 한편 통상 사인을 둘러싼 법률관계의 변동은 대부분 법률행위, 그 중에서도 계약을 통하여 일어난다. 계약의 경우에는 최소한 청약과 승낙이라는 두 개의 의사표시, 즉 최소한 두 개의 법률사실이 모여 성립한다. 다른 법률사실들과는 달리, 법률행위를 구성하는 의사표시라는 개별 법률사실은, 단독으로 법률행위를 이루는 경우가 아니라면, 공정증서로 작성함으로써 그것만에 대하여 증명할 실익은 별로 없다. 가령, 통상의 경우에 계약의 성립요소인 청약과 승낙 중 어느 하나의 의사표시에 관하여만 공정증서로 작성하는 것이 무슨 의미가 있겠는지 상상하면 쉽게 이해가 될 것이다. 공증실무상으로도 공정증서로 작성되는 대상은 대부분 법률행위, 그 중에서도 계약에 대한 공정증서이다. 공정증서로 작성할 수 있는 대상하면 법률행위를 떠올릴 정도이다. 따라서 공증인법에서 공정증서로 작성되는 대상을 규정함에 있어서는 법률행위를 빼놓을 수가 없다. 이러한 점을 고려하여 공증인법 제2조는 공정증서로 작성되는 대상을 규정함에 있어서 비록 서로 차원이 다른 개념이지만 법률행위를 먼저 앞세우고 법률사실은 뒤로 내세워 규정한 것이라 이해된다.

한 가지 주의할 것은 법률행위는 의사표시만으로 구성되어 있는 것이 아니고 그 외에도 법률행위를 이루는 법률사실은 얼마든지 있을 수 있다. 법률행위는 의사표시 외에 법률행위의 성립요건이나 효력발생요건에 해당하는 법률사실이 있을 수 있고, 그 경우 그 법률사실에 대하여도 얼마든지 사실에 대한 공정증서를 작성할 수 있는 것이다. 가령 비밀증서의 유언에서 어떤 증인이 비밀증서의 유언에 실제 참여하여 유언이 이루어졌다는 사실은 의사표시 외에 또 하나의 법률사실에 해당하고 그 사실에 관하여 공증인이 이를 목격하고 사실에 대한 공정증서를 작성할 수 있는 것이다.

더 나아가 법률행위를 이루는 의사표시, 가령 단독행위의 경우에 단독적 의사표시, 계약의 경우에 청약의 의사표시나 승낙의 의사표시 자체도 하나의 법률사실로서 그것을 대상으로 하여 사실에 대한 공정증서를 작성할 수 있는가. 통상적으로는 그것을 공정증서로 작성할 실익이 없겠으나 굳이 이를 부정할 이유는 없다고 본다. 청약이나 승낙이 따로 민법이나 상법상 법적 효과가 부여되는 경우가 있기 때문이다. 촉탁인이 이러한 법적 효과를 기대하고 하나의 법률사실로서 공정증서로 증명하고자 한다면 그것 또한 사건사실에 대한 공정증서로 작성할 수 있는 것이다.

(1) 법률행위에 대한 공정증서의 작성에 있어서의 촉탁인적격

1) 일반적인 경우(법률행위 당사자)

법률행위에 대한 공정증서의 작성에 있어서는 법률행위의 당사자가 촉탁인이 된다. 법률행위의 당사자란 누구의 이름으로 법률행위를 한다고 말할 때 그 '누구'에 해당하는 사람이다. 이에는 다음 세 가지 유형이 있다.

첫째, 행위자 자신이 다른 사람을 내세우지 않고 자신의 이름으로 직접 법률행위를 하는 경우이다.

둘째, 법률행위를 하는 사람이 자기의 이름으로 법률행위를 하지 않고 다른 사람의 이름으로 법률행위를 하는 경우이다. 이 때 다른 사람의 이름으로 법률행위를 하는 사람을 대리인이라고 한다. 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우는 행위자와 그에 의하여 성립한 법률행위에 의하여 발생한 법률효과가 귀속되는 사람이 서로 달라지게 된다. 이는 자기를 위한 것이 아니라 타인을 위하여 한다는, 이른바 대리의사의 효과에 따른 것이다.

셋째, 법률행위를 하는 사람이 자기의 이름으로 법률행위를 하는데 그 법률효과는 자신에게 귀속되지 않고 법률의 규정에 따라 다른 사람에게 귀속되는 경우이다. 흔히 권리관계의 주체가 아니면서 소송상 당사자적격을 갖게 되는 제3자가 법률행위를 할 수 있는 경우가 있는바, 그 경우 제3자가 법률행위를 하면 법률행위자와 법률효과의 귀속자가 달라지게 되는 것이다. 그러한 예로는 다음과 같은 것들이 있다.

- ① 파산관재인
- ② 회생회사의 관리인
- ③ 채권추심명령을 받은 압류채권자
- ④ 유언집행자

법률행위 당사자가 촉탁인이 되는 것이므로 가령 매매계약에 대한 공정증서작성의 촉탁인은 매도인과 매수인이, 임대차계약에 있어서는 임대인과 임차인이, 소비대차계약에 있어서는 대주와 차주가, 증여계약에 있어서는 증여자와 수증자가, 각 촉탁인이 된다.

또한 법률행위에 대한 공정증서는 당해 법률행위의 당사자 모두가 촉탁인이 되어 촉탁하여야 한다. 단독행위의 경우는 당사자가 1인 뿐이므로 단독으로 촉탁인이 된다. 계약의 경우에는 쌍방 당사자가 있어야 하므로 최소 2인 이상이 촉탁인이 된다.

2) 어음·수표의 공증에 있어서 촉탁인적격

어음·수표의 공증의 촉탁인에 관하여는 공증인법 제56조의2 제2항에서 어음·수표의 발행인과 수취인, 양도인과 양수인이 그 촉탁인이 된다고 못박고 있다. 어음·수표의 공증의 법적 성격을 어음행위나 수표행위에 대한 공정증서로 파악하는 경우에는 법률행위 당사자가 촉탁인이 된다고 하는 것과 관련하여 의문이 생긴다.

어음·수표법학계에서는 통상의 어음·수표행위에 증권의 교부나 수령이 포함되느냐 여부와 관련하여, 어음·수표행위는 단독행위로 증권의 교부나 수령은 어음·수표행위에 포함되지 않는다는 단독행위설과 어음·수표행위는 그것을 이루는 의사표시 외에 증권의 교부나 수령이 포함된다는 교부계약설이 대립한다. 이는 원래 어음을 발행하기 위하여는 어음이라는 증권을 작성, 상대방에게 교부하여야 하는데 어음을 작성한 다음 교부하기 전에 어떠한 사정에 의하여 발행인의 의사에 반하여 유통이 된 경우에 그것을 완성된 어음으로 볼 것인지, 그 어음에 관하여 선의취득을 인정할 수 있을 것인지와 관련한 학설이다.

만일 공증인법상의 어음·수표의 공증을 어음·수표행위에 대한 공정증서라고 한다면 공증인법 제56조의2 제2항에서 발행인과 수취인, 양도인과 양수인을 촉탁인으로 한다는 명문규정을 두고 있는 것을 어떻게 이해하여야 하는지 논란이 있을 수 있다. 공증인법 제56조의2에서 정하고 있는 어음·수표의 공증은 일응 교부계약설의 입장에서 발행인과 수취인, 양도인과 양수인을 촉탁인으로 정한 것이라고 볼 여지가 있다.

그러나 어음행위나 수표행위는 그 자체로 요식행위로서 방식이 있고, 공정증서는 그것대로 그 자체로 독립된 방식이기 때문에 서로 양립하기 어렵다는 점에서 어음·수표의 공증을 곧바로 어음·수표행위에 대한 공정증서라고 보기는 어렵다.

생각건대 공증인법 제56조의2에서 정하고 있는 어음·수표의 공증은 어음·수표행위를 직접적인 대상으로 삼아 작성하는 공정증서가 아니라, 발행인과 수취인 사이나 양도인(즉 배서인)과 양수인(즉 피배서인) 사이에 어음·수표채무를 승인하고 이를 변제하겠다는 변제계약(일종의 준소비대차와 유사한 경계계약)에 대한 공정증서로 이해하는 것이 타당하다. 다시 말하여 어음·수표의 공증은 어음행위나 수표행위로 발생한 어음채무나 수표채무에 관하여 채권자와 채무자 사이에 그 채무를 다시 한 번 상호 확인하면서 그 변제계약을 체결하고 그 계약(법률행위)에 대하여 공정증서를 작성하는 것이라고 할 수 있다. 다만 일반적인 법률행위에 대하여 작성하는 공정증서와 달리 그

법률행위로 인한 권리의무관계가 어음이나 수표채무와 밀접한 관계가 있으면서 서로 중첩되어 어느 채무가 소멸되면 다른 채무도 소멸하는 경합관계에 있고, 어음채무나 수표채무는 여전히 증권에 표창되어 있으므로, 이 두 권리의무관계가 서로 분리되지 않도록 할 필요성 때문에 공정증서 원본을 작성할 때 반드시 정본과 등본도 함께 작성하도록 하면서 공정증서원본은 어음이나 수표의 사본을 붙여서 작성하고 어음이나 수표의 원본은 공정증서원본을 작성할 때 함께 작성되는 최초의 정본에 붙이도록 입법적으로 조치된 것이다.

이렇게 보면 어음·수표의 공증은 통상의 채무변제계약에 대한 공정증서와는 그 작성방법이 다소 다르지만 본질적으로는 채무변제계약에 대한 공정증서와 다를 바가 없다. 공증인법 제56조의2 제2항에서 어음·수표의 공증에 관한 촉탁인을 발행인과 수취인, 양도인과 양수인으로 정하고 있는 것도 그러한 취지라고 이해된다.¹⁾

(2) 사권에 관한 사실에 대한 공정증서 작성에 있어서의 촉탁인적격

1) 일반적인 경우(법률사실에 법률상 이해관계가 있는 사람)

가) 사권에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성할 때에는 원칙적으로 그 사실의 존부에 대하여 법률상 이해관계가 있는 사람이 촉탁인이 된다고 할 수 있다. 사권에 관한 사실의 존부에 대하여 법률상 이해관계가 있는 사람이란 그 사실의 존재 또는 부존재에 따라 권리·의무의 발생·소멸·변동의 법률효과가 발생하거나 발생할 가능성이 있는 사람을 말한다. 사권에 관한 사실이 무엇이나에 따라 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

사권에 관한 사실, 즉 법률사실은 기준에 따라 여러 가지로 분류할 수 있겠으나 강학상 크게는, 사람의 정신작용 즉, 의사(意思)에 의거한 법률사실과 의사

1) 공증인법 제56조의2 제2항에서는 발행인과 수취인, 양도인과 양수인만이 촉탁인이 된다고 규정하고 있다. 그러나 제4항에서는 발행인, 배서인에 대하여 집행권원으로 보는 것뿐만 아니라 공증된 환어음을 공증인수한 지급인에 대하여도 집행권원으로 본다고 규정함으로써 환어음의 인수인과 수취인도 촉탁인이 될 수 있는 것처럼 규정하고 있다. 이는 제2항과 제4항 사이에 서로 일치되지 않은 규정이므로 입법적으로 제4항을 제2항에 맞추어 '공증된 환어음을 공증인수한 지급인에 대하여 집행권원으로 본다'는 내용을 삭제하든지, 제2항을 제4항에 맞추어 '공증인수한 지급인과 수취인도 촉탁인이 된다'는 내용을 추가하든지 하여야 할 것이다.

와는 무관한 법률사실로 나눌 수 있다. 사람의 의사에 의거한 법률사실은 강학상 이른바 용태(容態)라고 부르고, 사람의 의사에 의거하지 않은 법률사실은 강학상 이른바 사건(事件)이라고 부른다. 용태는 다시 의사가 외부에 나타나는 외부적 용태, 즉 행위(行爲)와 의사가 내부적으로만 있는 내부적 용태, 즉 의식(意識)으로 나눌 수 있다. 여기서 용태에 속하는 법률사실은 정신작용에 의거한 것이기 때문에 그 주체가 있기 마련이다.

한편, 법률사실에 대하여 공정증서의 작성을 촉탁한다는 것은 촉탁인에게 그 법률사실에 관하여 증명의 이익이 있다는 것을 의미한다.

- 나) 용태 중에서 내부적 용태, 즉 의식이 법률사실로 인정되는 경우는 매우 드문 편이다. 내부적 용태에는 선의(善意), 악의(惡意), 정당한 대리인이라는 신뢰(信賴) 등과 같은 관념적 용태(觀念的 容態)와 소유의 의사, 제3자의 변제에 있어서의 채무자의 허용 또는 불허용의 의사, 사무관리의 경우의 본인의 의사 등과 같은 의사적 용태(意思的 容態)가 있다. 위와 같은 내부적 용태에 해당하는 법률사실은 그 주체에게 그 사실을 증명할 이익이 있다고 하여도 그 당시에 그것의 존재사실을 증명할 필요를 인식하기란 어렵다. 그 법률사실의 존재 당시에 문제가 되는 것이 아니라 사후적으로 그 당시로 돌아가 정신작용의 주체의 의식이 어떠하였는지를 따지게 되는 것이 보통이기 때문이다. 따라서 내부적 용태에 대하여 보통 공정증서작성이 촉탁된다는 것은 거의 상상하기 어렵다. 다만 내부적 용태라도 용태의 주체가 증명할 이익이 있다고 한다면 그것에 대하여 공정증서작성의 촉탁을 부인할 것은 아니다.

내부적 용태의 경우, 그 의식(意識)의 주체가 아닌 그 상대방의 입장에서는 그것을 증명할 이익이 있는 경우가 있을지라도 단지 사람의 의식이라는 점에서 내부적 용태라고 할 뿐, 상대방 자신과는 아무런 관계가 없기 때문에 촉탁인이 누가 될 것인가 라는 면에서 보면, 정신작용에 의하지 않는 법률사실 즉, 사건과 다를 바가 없다. 다시 말하여 따라서 사실에 대하여 공정증서의 작성을 촉탁하는 촉탁인적격을 논함에 있어서는 촉탁인이 되고자 하는 자의 입장에서 보면 자신의 정신작용에 의거하지 않는 내부적 용태는 이른바 사건과 다를 바가 전혀 없다.

- 다) 용태 중에서 외부적 용태 즉, 행위는 적법행위와 위법행위로 나뉜다. 위법행

위의 주체에게 위법행위에 대하여 증명의 이익이 있을 리 없다. 위법행위자가 스스로 위법행위를 증명할 이유가 없기 때문이다. 오히려 위법행위의 상대방에게 증명의 이익이 있다. 그러나 위법행위의 상대방의 입장에서 위법행위는 자신의 의사와는 아무런 관계가 없기 때문에 비록 정신작용에 의거한 것이라고 할지라도 이른바 사건과 다를 바가 전혀 없다.

- 라) 그렇다면 사건에 관한 법률사실은 외부적 용태 중에서 위법행위를 제외한 적법행위에 해당하는 법률사실인 때에 한하여 공정증서가 작성된다고 볼 수 있다. 적법행위에 해당하는 법률사실에 대하여는 누가 공정증서의 작성을 촉탁할 정당한 촉탁인이 되는가. 원칙적으로 법률사실을 이루는 정신작용의 주체가 되는 사람이 직접적인 이해관계인으로서 공정증서작성의 촉탁인이 된다고 할 수 있다. 그런데 적법행위는 법률행위에서 “‘누구의 이름’으로 법률행위를 한다”라고 하는 경우처럼 “‘누구의 이름’으로 적법행위(법률사실)를 한다”라고 하는 것이 성립할 수 있다. 다시 말하여 그 적법행위로 인하여 법적 효과가 행위자에게 귀속되지 않고 귀속되는 사람이 따로 있을 수 있는 것이다. 이 때 그 법적 효과가 귀속되는 사람을 법률행위에서 당사자라고 하는 것처럼, 적법행위의 당사자라고 말할 수 있을 것이다. 적법행위에 있어서는 이와 같이 당사자라고 할 만한 사람에게 촉탁인적격이 있다.

적법행위에서 당사자와 행위자가 서로 다를 때, 그 둘 사이의 관계는 어떤 관계가 되는가. 특히 행위에 속하는 법률사실 중에서도 이른바 표현행위에 해당하는 의사의 통지, 관념의 통지, 감정의 표시는 법률상 특별한 규정이 없지만 일반적으로 그 성질이 허용하는 한, 법률행위에 관한 규정을 적용하여야 한다고 해석되고 있다. 따라서 준법률행위의 경우는 당사자의 대리인인 경우가 보통이고, 그 밖의 것의 경우에는 당사자의 이행보조자인 경우가 보통일 것이다.

- 마) 주의할 것은 위와 같이 적법행위에 속하는 법률사실은 원칙적으로 ‘누구의 이름’에 의한 것이냐에 따라 결정되는 그 당사자에게 촉탁인적격이 있지만, 적법행위 중에서 준법률행위가 아닌 것은 행위자 자신도 독립된 지위에서 촉탁인적격이 있다는 점이다. 그 법률사실은 행위자와 당사자 사이의 법률관계를 구성하는 법률사실에도 해당하기 때문이다. 가령 매장물을 발견하려고 타인으로 하여금 굴착하게 하는 경우를 보면 그러한 점이 분명하게 드러난다. 굴

착기사와 계약을 맺어 땅을 굴착하게 하여 매장물이 발견된 경우에, 매장물의 발견에 따른 법적 효과가 귀속되는 사람은 굴착을 시킨 사람이다. 굴착을 시킨 사람이 매장물의 발견(법률사실)이라는 사실행위의 당사자인 것이다. 실제 굴착을 한 사람은 그를 보조하는 사람에 불과하여 매장물의 발견자가 아니다. 그러나 당사자와 굴착자 사이의 법률관계(굴착계약)를 구성하는 법률사실이라는 측면에서는 굴착자도 엄연한 당사자에 해당된다. 가령 굴착계약에서 실제 매장물이 발견되면 용역의 댓가를 추가로 지급하기로 약정한 경우에, 굴착자는 매장물의 발견이라는 법률사실에 대하여 공정증서의 작성으로 그것을 증명할 이익이 있다. 이처럼 하나의 법률사실이 중첩적으로 전혀 다른 당사자 사이의 법률관계를 구성하는 법률사실이 될 수도 있는 것이다.

바) 구체적인 사례

아래에서는 특히 실무상 촉탁이 있거나 있을 만한 법률사실에 대하여 공정증서를 작성할 때 누가 촉탁인이 되어야 하는가에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

- ① 사람의 출생, 사망, 생존에 관한 사실은 사권의 득상 또는 변경에 직접적으로 영향을 미치는 경우가 많다. 어떤 사람이 출생이나 사망여부에 따라 그 사람 자신은 물론 그를 둘러싼 다른 사람에 대하여 가족법상의 권리의무는 물론 재산법상의 권리의무가 변동되는 경우 그에 따라 법률관계에 직접 영향을 받는 사람은 누구나 촉탁인이 될 수 있다. 가령 사망의 경우 그의 상속인이 될 자나 그가 한 유언에서 수증자로 된 자는 촉탁인이 될 수 있을 것이다.
- ② 신체, 재산에 관한 손해의 형상, 정도 등에 관한 사실은 손해배상청구권을 구성하는 중요한 법률사실이다. 따라서 손해배상청구권을 가진 자나 손해배상을 부담하는 자는 위 사실에 대한 공정증서의 작성에 관하여 촉탁인이 될 수 있다.
- ③ 동산, 부동산의 품질, 종류, 크기, 형상, 수량, 현존상태 등은 계약의 해제권의 발생이나 손해배상청구권의 발생 등 계약관계에서 권리의무의 발생 또는 변경 등과 관련하여 중요한 사실이 될 수 있다. 이 경우 그 사실의 존부에 따라 해제권이나 손해배상청구권을 갖게 되는 자가 촉탁인이 될 수 있을 것이다.
- ④ 지급정지의 사실이 기한의 이익을 상실하는 사유의 하나로 되어 있는 경우에 채권자는 그 사실에 대한 공정증서의 작성의 촉탁인이 될 수 있을 것이다.

- ⑤ 이행의 제공은 계약해제권을 행사하기 위한 요건사실에 해당한다. 계약당사자는 상대방에게 이행을 최고할 때 자신이 이행하여야 할 부분이 있으면 이행의 제공을 하면서 상대방에게 이행을 최고하여야 비로소 해제권이 생긴다. 이행을 제공한 사실에 대한 공정증서의 작성은 그에 따라 발생하는 해제권을 주장하고자 하는 사람이 촉탁인이 될 것이다.
- ⑥ 회사, 조합의 총회나 각종 회의의 의결은 그 자체로는 합동행위라고 하거나 특수한 계약이라고 하여 법률행위의 일종으로 인정되지만 그 의결이 적법하게 이루어졌는지의 관점에서는 하나의 법률사실로도 취급될 수 있다. 이 경우 그 의결의 적법 혹은 위법에 이해관계가 있는 사람은 촉탁인이 될 수 있을 것이다. 가령 회의의 의결이 의결정족수를 채워 적법하게 이루어졌다는 사실은 그 의결에 의하여 이사나 감사로 선임될 자나 그 반대편에 있는 자도 촉탁인이 될 수 있는 것이다.
- ⑦ 은행이 고객과 금고대여계약이 체결된 경우에 계약의 종료에 따라 금고개정을 하는 경우에 금고의 훼손여부나 보관물의 존부 및 그 상태 등에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성은 원칙적으로 금고대여계약의 당사자인 은행이나 고객이 되겠지만 계약자가 사망한 경우에는 그 상속인 또는 유언에 의하여 유증을 받은 수증자 등이 촉탁인이 될 수도 있다. 또한 경우에 따라서는 은행의 담당직원도 직접 촉탁인이 될 수도 있다. 왜냐하면 보관상의 문제로 담당직원이 은행에 대하여 책임을 질 수도 있는 지위에 있기 때문이다.

2) 거절증서작성에 있어서의 촉탁인적격

어음법이나 수표법에 의하여 작성되는 거절증서에 대하여는 대체로 사권에 관한 사실에 대한 공정증서라고 본다. 어음이나 수표가 지급거절된 경우에, 소구의무자는 어음·수표 권리자에게 소구의무를 부담하여야 하지만 소구의무자가 지급거절하는 것이 아니어서 소구의무자로서는 알기 어렵기 때문에 그 사실의 입증방법을 법정하여 둔 것이 거절증서제도이다. 어음법이나 수표법상 거절증서는 두 종류가 있다. 인수제시에 대하여 인수거절이 있는 경우에 이를 증명하는 인수거절증서와 지급제시에 대하여 지급거절이 있는 경우에 이를 증명하는 지급거절증서가 그것이다. 전자는 환어음의 지급인(그 대리인 포함)을 상대로 인수제시를 하였으나 거절된 경우에 작성되는 것이다. 인

수제시는 환어음의 소지인이나 그 점유자가 한다(어음법 제21조). 여기서 점유자를 인수제시인으로 정하고 있는 것은 환어음을 점유하고 있는 것만으로도 그 점유자에 대하여 소지인을 대리할 권한이 있음을 인정한다는 취지이다. 후자는 약속어음의 발행인, 환어음의 인수인, 환어음의 지급인 및 수표의 지급인(각 그 대리인 포함)을 상대로 지급제시를 하였으나 거절된 경우에 작성되는 것이다. 지급제시는 그 소지인이 한다(어음법 제38조 제1항, 수표법 제39조).

인수거절증서는 인수제시에 따른 인수거절에 관하여 작성되는 것이고, 인수제시자는 환어음의 소지인과 점유자이므로 환어음의 소지자와 점유자가 촉탁인이 된다. 지급거절증서는 지급제시에 따른 지급거절에 관하여 작성되는 것이므로, 어음이나 수표의 소지인이 된다.

한편 어음이나 수표의 소지인 중에는 추심위임배서를 받아 소지하는 자도 포함된다. 그는 엄밀한 의미에서 권리자가 아니라 권리자의 대리인에 불과하다. 앞서 인수거절증서에서 단순히 점유자에게도 인수제시를 할 수 있도록 정하고 있는 취지와도 일맥 상통한다고 하겠다. 이처럼 거절증서작성의 촉탁인은 어음·수표의 권리자가 아니라 그 실질은 권리자의 대리인에 불과한 자도 촉탁인 본인이 되어 거절증서의 작성을 촉탁하는 촉탁인적격을 갖는다는 점에서 거절증서는 특수한 공정증서라고 할 수 있다.

3) 상법상 회사설립에 관한 조사보고서작성에 있어서의 촉탁인적격

주식회사의 설립과 관련하여 공증인이 작성할 수 있는 조사보고서는 두 가지가 있다. 하나는 이사와 감사에 대신하여 주식회사의 설립에 관한 사항에 대하여 작성하는 조사보고서이고, 다른 하나는 검사인에 대신하여 주식회사의 변태설립사항 중 발기인과 관련한 사항에 대하여 작성하는 조사보고서이다. 이에 관한 상법 규정을 간략히 살펴보기로 한다.

주식회사 설립 시에 이사와 감사는 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관에 위반되는지 여부에 관하여 조사하여 발기설립의 경우에는 발기인에게 보고하여야 하고(상법 제298조 제1항). 그런데 이사나 감사가 발기인이었던 자, 현물출자자 또는 회사성립 후 양수할 재산의 계약당사자인 자 등에 해당하는 때는 조사를 담당할 수가 없다(동조 제2항). 이사와 감사 전부가 그 조사를 담당할 자가 없게 되는 경우에, 상법은 이사가 공증인으로 하여금 이를 조사보고하게 하여야 한다고 정하고 있다(동조 제3항). 이는 발기

설립의 경우에 관한 설명이다. 모집설립의 경우에도 보고할 곳이 창립총회인 점을 빼면 마찬가지이다(상법 제313조 제1항, 제2항, 제298조 제2항, 제3항). 이 때 공증인이 작성하는 조사보고서는 회사의 설립행위 전반에 관하여 법령 또는 정관에 위반하는지 여부의 관점에서 조사하여 증서를 작성하는 것이다. 따라서 그것은 법인의 설립행위라는 법률행위에 대한 공정증서가 아니라 사권에 관한 사실에 대한 공정증서에 해당한다. 또한 그 촉탁인은 상법에서 이사가 하는 것으로 못박고 있다(상법 제298조 제3항). 이사가 여러 명일 때는 전부가 촉탁하여야 한다.

또한 상법은 주식회사의 발기설립 시에 이른바 변태설립사항(상법 제290조 각 호)이 있는 경우, 원칙적으로 그 사항과 현물출자의 이행에 관하여는 이사가 감사인의 선임을 법원에 청구하여 그 감사인으로부터 그에 관한 조사와 현물출자의 이행에 관하여 조사를 받도록 하고 감사인은 이에 관하여 조사하여 법원에 이를 보고하도록 정하고 있다(상법 제298조 제4항, 제299조 제1항). 이러한 원칙에 대하여 상법은 약식조사를 허용하여 상법 제290조 제1호 발기인이 받을 특별이익과 이를 받을 자의 성명, 제4호 회사가 부담할 설립비용과 발기인이 받을 보수액에 관하여는 공증인의 조사보고로 갈음할 수 있다고 하였다(상법 제299조의2 전문). 이 경우 공증인은 법원에 이를 조사보고하여야 한다(동조 후문). 이는 모집설립의 경우에도 그대로 준용되지만(상법 제310조 제3항), 감사인의 선임은 발기설립과 달리 발기인이 하도록 되어 있다(상법 제310조 제1항).

원래 변태설립사항은 정관에 기재하여야 한다. 정관에 기재되는 변태설립사항은 차후 설립절차를 거쳐 앞으로 성립될 회사가 그에 따른 법적 효과를 떠안아야 하는 것임을 나타내는 정도로 기재되면 된다. 주식회사 설립과정에서 발기인이 받을 이익 등을 공증인이 조사보고한다는 것은 그 사항이 법령에 위반되지 않는지(정관을 인정한 공증인과 변태설립사항의 조사보고서를 작성하는 공증인은 서로 다를 수도 있음), 발기인이 받을 이익 등이 적정한지, 기타 회사가 부담할 비용이 적정하게 집행되었는지 등을 조사하여 보고한다는 것이다. 따라서 이는 설립행위, 즉 법률행위에 대한 공정증서가 아닌 것은 분명하므로 사실에 대한 공정증서라고 할 수 있다. 그러나 통상의 사실에 대한 공정증서와 달리 일정한 사실을 확인함에 있어서 공증인의 조사나 판단이 개입되는 특수한 공정증서라고 할 수 있다.

변태설립사항에 관한 공증인의 조사보고서 작성은 누가 촉탁하는가. 발기설립의 경

우에는 이사가, 모집설립의 경우에는 발기인이 촉탁인이 된다고 보아야 한다. 원래는 검사인이 조사보고하여야 할 것을 약식으로 공증인으로 하여금 조사보고하게 하는 것인데, 발기설립의 경우에는 이사가 검사인의 선임을 청구하고(상법 제298조 제4항), 모집설립의 경우에는 발기인이 검사인의 선임을 청구하는 것으로 되어 있기 때문이다(상법 제310조 제3항).

2. 사서증서의 인증에 있어서의 촉탁인적격

사서증서의 인증이라고 할 때 그것은 넓은 의미에서는 사인이 작성한 사서증서에 대한 모든 인증을 의미한다(공증인법 제5장의 명칭). 그것에는 사서증서의 등본인증, 정관의 인증, 의사록의 인증, 번역인증 등이 모두 포함된다. 그러나 좁은 의미의 사서증서의 인증은 공증인법 제57조 제1항에 의거한 인증만을 의미한다. 광의의 사서증서의 인증은 공증인이 사인이 작성한 사서증서를 대상으로 일정한 사실을 공증인이 확인하고 공증인이 그것을 인정하여 증명하여 주는 것이다. 사서증서만을 대상으로 하기 때문에 공문서에 대하여는 인증을 부여할 수 없다. 사서증서의 인증에 있어서 누가 촉탁인이 될 것인가는 공증인이 사서증서의 어떤 사항을 확인하고 그것을 인정하여 주느냐 즉, 증명의 대상이 무엇이냐에 의하여 결정된다. 보통 인증방법을 정하고 있는 규정에서 누가 촉탁인이 되는지를 밝히고 있다.

(1) 사서증서의 인증(협의)에 있어서의 촉탁인적격

공증인법 제57조 제1항에서 정하고 있는 사서증서의 인증의 경우에 촉탁인은 사서증서에 서명이나 날인을 한 사람, 즉 사서증서의 작성자가 촉탁인이 된다. 공증인법 제57조 제1항에서 인증방법에 관하여 촉탁인으로 하여금 공증인 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 공증인 앞에서 촉탁인이나 그 대리인으로 하여금 사서증서의 서명 또는 날인을 확인하게 하여야 한다고 규정하고 있기 때문에 이는 의문의 여지가 없다.

주의할 것은 사서증서에 서명 또는 날인을 한 사람이 촉탁인이 되기 때문에 법률행위 대리권을 가진 자가 본인을 위한 것임을 나타내서 즉, 대리인임을 현명하여 증서를 작성한 경우에는 그 증서의 인증촉탁인은 대리인 자신이라는 점이다. 이 경우 공증인

이 대리권을 확인하는 것은 단지 공증인은 대리인이 작성한 증서가 대리권 없이 작성되어 무효인 법률행위에 해당하는지 확인하기 위한 것일 뿐이다. 왜냐하면 공증인은 무효인 법률행위에 해당하면 인증을 부여할 수 없기 때문이다(공증인법 제59조, 제25조). 이는 법률행위의 임의대리인이 대리인임을 현명하여 사서증서를 작성한 다음에 인증촉탁을 할 경우에는, 법률행위 대리권만 있으면 되고 법률행위 대리권 외에 따로 인증촉탁을 대리할 대리권이 있어야 하는 것은 아니라는 것을 의미한다. 이 점이 대리인에 의하여 법률행위가 이루어질 때 그에 관하여 인증촉탁을 하는 경우와 법률행위 공정증서의 작성을 촉탁하는 경우에 있어서의 커다란 차이점이다. 왜냐하면 법률행위 대리권을 가진 대리인이라도 재판상 모든 행위를 할 수 있는 법률상 대리인이 아닌 임의대리인의 경우에는 법률행위 대리권 외에 따로 특별히 공정증서작성을 촉탁할 권한을 수여받아야 하기 때문이다.

또한 사서증서의 인증에 있어서는 사서증서에 서명 또는 날인한 자가 여러 사람인 경우라도 그 중 일부의 자에 의하여 인증촉탁하는 것이 가능하다고 보는 견해가 다수설이다. 이렇게 본다면 이 점도 법률행위에 관하여 사서증서로 작성하여 인증을 촉탁하는 것과 공정증서로 작성하는 것을 촉탁하는 것과 다른 점이다. 법률행위 공정증서의 작성을 촉탁하는 경우에는 전술한 바와 같이 법률행위 당사자가 모두 공동촉탁인이 되어야 하기 때문이다.

사서증서의 인증의 경우에는 사서증서의 서명 또는 날인에 대하여 인증하는 것에 덧붙여 촉탁인이 공증인 앞에서 사서증서에 적힌 내용이 진실함을 선서하고 그 선서사실을 증서에 적는 방법에 의한 인증을 추가하여 하는, 이른바 선서인증이 있다(공증인법 제57조의2). 선서인증은 사서증서의 인증에 선서인증이 추가되는 것이므로 기본적으로 촉탁인적격이라는 관점에서는 특수한 사서증서의 인증이라고 할 만하다. 선서인증은 대리인에 의하여 촉탁할 수 없으므로 반드시 촉탁인 본인에 의하여 촉탁이 있어야 한다는 점, 선서능력이 없는 사람 즉, 만 16세 미만이거나 선서의 취지를 이해할 수 없는 사람은 촉탁인이 될 수 없는 점, 소리내어 읽고 서명 또는 기명날인하여 선서를 하지 못하는 사람이 선서인증을 촉탁하는 경우에는 촉탁인을 보조하여 그것을 대신하여 줄 참여인의 참여가 있어야 한다는 점이 통상의 사서증서의 인증과 다른 특이점일 뿐, 촉탁인적격이라는 관점에서는 기본적으로 촉탁인은 사서증서의 인증에서의 촉탁인적격을 충족하고 있어야 한다.

(2) 정관의 인증에 있어서의 촉탁인적격

주식회사를 설립할 때 발기인은 정관을 작성하여야 하고, 회사가 10억 원 미만이면 서 발기설립이 아니면 반드시 공증인으로부터 인증을 받아야 한다(상법 제292조). 이를 이른바 원시정관의 인증이라고 한다. 정관의 인증방법에 관하여는 공증인법 제63조에서 정하고 있다. 즉 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 제출된 2통의 정관에 발기인이 서명 또는 기명날인하였음을 확인하게 한 후 그 사실을 적는 방법으로 인증을 한다.

위 규정에 비추어 정관에 서명 또는 기명날인한 발기인이 인증촉탁인이 된다는 것은 명백하다. 정관의 인증은 원래, 몇 가지 점에서 인증방법이 일반 사서증서의 인증과 다를 뿐²⁾, 인증촉탁인이 누가 되느냐의 관점에서 보면, 공증인법 제57조 제1항에서 규정한 사서증서의 인증의 일종에 지나지 않는다고 할 수 있다.

(3) 번역인증에 있어서의 촉탁인적격

번역인증의 법적 근거는 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제33조 및 그 별지 제45호 서식이다. 그에 따르면 공증인은 “위 번역문은 원문과 상위없음을 서약합니다”라는 기재 아래에 서약인에게 서명날인하게 하고, 서약인이 제출한 영문 번역문과 한글로 된 사서증서를 첨부시킨 다음, “위 서약인 아무개는 본 공증인의 면전에서 위 번역문이 원문과 상위없음을 확인하고 서명날인하였다”라고 기재하고 공증인이 서명날인하여 인증을 부여한다. 위와 같은 번역인증의 방법에 비추어 번역인증은 몇 가지 점에서 일반 사서증서의 인증과 다를 뿐³⁾, 누가 서약서를 작성하여 촉탁하는가의 관점에서 보면, 공증인법 제57조 제1항에서 규정한 사서증서의 인증의 일종이라고도 할 수 있다. 그러

2) 상법 제292조에 해당하면 반드시 인증을 받아야 한다는 점, 이른바 자인인증방법으로만 인증하여야 한다는 점(명문으로는 자인인증방법만 규정하고 있지만 해석상 당연히 면전인증도 허용된다는 견해도 있음), 원본 2통에 대하여 인증을 하고 그 중 1통에 대하여는 공증인이 보존한다는 점 등이 일반 사서증서의 인증과 다르다.

3) 서명할 수 없는 자는 촉탁인이 될 수 없다는 점, 서약서 하단에 인증문이 기재되고 공증인의 서명날인이 이루어져 서약서와 인증문이 같은 서면으로 구성되어 있는 점, 면전인증만 허용된다는 점, 촉탁인이 원문과 번역문이 상위 없음을 확인한 취지의 기재가 인증문에 포함되어 있는 점 등이 일반 사서증서의 인증과 다르다.

나 통상의 사서증서의 인증과는 사뭇 다른 측면이 있다.

우선 위 규칙의 규정과 서식문언에 의하면, 서약서와 인증서가 따로 존재하지 않고 사문서와 공증문서(인증서) 양식이 하나의 서면으로 된 사문서·공문서 병존문서의 형태로 이루어져 있다. 번역을 인증하지만 번역자만이 촉탁인이 될 수 있다는 규정이 따로 있는 것도 아니다. 그것은 단지 원문과 번역문을 가지고 공증인사무소에 참석한 사람으로서 그가 서약서에 서명날인할 수 있기만 하면 그를 촉탁인으로 하여 인증을 부여하고 있다. 다시 말하여 사서증서의 내용에 따라 촉탁인이 정해지는 것이 아니라 원문과 번역문을 가지고 공증인사무소에 출석하여 서명날인할 수 있는 사람이면 누구나 촉탁인이 될 수 있다는 것을 의미한다. 이것은 마치 후술하는 사서증서의 등본인증에서 사서증서의 원본과 사본을 가지고 공증인사무소에 온 사람이 그 촉탁인이 되는 것과 유사하다.

(4) 법인의 총회 등의 의사록인증에 있어서 촉탁인적격

일반적으로 단체의 총회 등 회의의 의사(議事)에 관하여 의사의 경과(經過), 요령(要領) 및 결과(結果)를 기재하고 회의를 주재한 의장 및 회의나 법령에서 정한 사람이 서명 또는 기명날인한 서면을 의사록이라고 한다. 사단법인의 총회의 의사에 관하여는 의장 및 출석한 이사가 기명날인한 의사록을 작성하여 사무소에 비치하도록 되어 있다(민법 제76조). 주식회사의 주주총회나 유한회사의 사원총회의 의사에 관하여도 마찬가지이다(상법 제373조, 상법 제578조). 주식회사의 이사회 의사에 관하여도 의사의 안건, 경과요령, 그 결과, 반대하는 자와 그 반대이유를 기재하고 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명한 의사록을 작성하도록 되어 있다(상법 제391조의3). 이와 같은 총회나 이사회의 의사가 등기사항에 관한 것이면, 법인의 등기를 할 때 그 신청서류에 그에 관한 의사록도 첨부되어야 하고, 그것이 진실에 부합하여야 함은 당연하다. 이에 공증인법 제66조의2는 원칙적으로 이와 같은 법인의 총회 등의 의사록에 관하여 의사록이 진실에 부합하다는 것에 관하여 공증인의 인증을 받도록 하고 있다. 이것이 공증인법상 법인의 사록의 인증이다. 즉 법인의사록의 인증은 의사록상의 서명 또는 기명날인이 본인의 것임을 인증하는 것이 아니라 그 내용이 진실에 부합하다는 점을 인증하는 것이다.

공증인법 제66조의2는 법인의사록의 인증방법에 관하여 두 가지방법을 규정하고 있다. 이른바 참석인증과 청문인증이 바로 그것이다. 전자는 공증인이 직접 의결장소에

참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하고, 그 회의의 의사에 관하여 작성된 의사록의 내용이 공증인의 검사결과 즉 진실에 부합한지 확인한 후 그 사실을 적어 증명(인증)하여 주는 방법이다. 말하자면 공증인이 회의를 직접 참석하여 의사록이 진실에 부합한 것을 인증하는 것이다. 후자는 공증인이 직접 의결장소에 참석하는 것이 아니고, 해당 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 의사록의 내용이 진실에 부합하다는 진술을 듣고, 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 그 사실을 적어 증명하여 주는 방법이다. 말하자면 공증인이 의결을 한 자나 그 대리인의 진술을 듣고서 그것을 바탕으로 인증하여 주는 것이다.

청문인증의 경우 ‘그 의결에 필요한 정족수 이상의 자의 촉탁을 받아’라고 하였으므로, 의결권을 가진 자가 촉탁인적격이 있음이 분명하다. 참석인증의 경우, 공증인법 제 66조의2에서는 누가 촉탁인이 되는가에 관하여 전혀 언급되어 있지 않다. 공증서식의 사용 등에 관한 규칙에서 정하고 있는 별지 제37호의2 서식에서도 촉탁인이 누구라는 것에 관하여 전혀 언급하지 않는다. 법인의사록은 법인이 등기할 때에 그 신청서류에 첨부하는 것이고, 법인 자신의 의사에 관한 서류이므로 법인 자신이 촉탁인적격이 있다고 할 수 있다. 공증실무상으로도 대체로 법인자신을 촉탁인으로 보아서 촉탁서를 작성하게 하고 있다. 법인 자신 외에 총회나 이사회를 주체한 회의의 의장은 촉탁인적격이 없는가. 회의의 의장도 법인 자신과 별도로 촉탁인적격이 있다고 해석된다. 왜냐하면 인증의 대상이 총회나 이사회 등 회의의 의사록이기 때문이다.

한편 현행 공증인법상 법인의사록의 인증제도는 촉탁인적격과 관련하여 입법적으로 다소 문제의 소지가 있다. 의사록에 서명 또는 기명날인하는 자는 의장, 이사나 감사 등인데, 청문인증의 경우에 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자를 촉탁인으로 삼아 그로 하여금 다른 사람의 서명 또는 기명날인에 관하여 본인의 것임을 확인하게 하고 있다. 통상 사서증서를 인증할 때 촉탁인 자신이나 그 대리인으로 하여금 서명 또는 기명날인이 본인의 것임을 확인하게 하여 인증을 하고 있는 것에 비추어, 청문인증의 경우에 어떠한 근거로 ‘의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’로 하여금 서명 또는 기명날인이 본인의 것임을 확인하게 하고 있는지 법적인 근거가 박약하고, 실제상으로도 ‘의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’가 의사록에 서명 또는 기명날인한 사람의 대리인도 아니면서 어떤 지위에서 본인의 서명 또는 기명

날인이 본인의 것임을 확인할 수 있다는 것인지 의문이다.

생각건대 공증인법 제66조의2를 청문인증에서도 차라리 참석인증의 경우처럼 의사록의 서명이나 기명날인이 본인의 것임을 확인하는 것을 하지 않도록 공증인법 제66조의2 제3항 후문을 개정하거나, 아니면 참석인증이나 청문인증 둘 다에서 의사록에 직접 서명 또는 기명날인한 사람을 촉탁인으로 삼고 '의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자'의 의사(意思)를 공증인이 회의의 장소에 참석하는 방법이나 기타 이에 준하는 확실한 방법에 의하여 확인하는 경우에만 인증을 하여주는 것으로 개정할 필요가 있다.

(5) 사서증서의 등본인증에 있어서의 촉탁인적격

사서증서의 등본에 대한 인증이란 사서증서의 등본이 사서증서(원본)와 대조하여 그와 일치함을 공증인이 확인하고 그와 일치함이 인정되면 그 사실을 적는 방법으로 하는 인증이다(공증인법 제57조 제2항). 공증인법에서는 사서증서의 등본인증의 촉탁인에 관하여 명확히 정하고 있지 않다. 따라서 사서증서의 원본을 소지하고 공증인사무소에 출석한 사람은 누구라도 촉탁인이 될 수 있다. 다만 공증인은 대조할 사서증서가 원본이어야 하므로 원본인지 의문이 있으면 촉탁인으로 하여금 원본임을 소명하도록 하여야 할 것이다.

3. 전자문서 및 전자화문서에 대한 인증에 있어서의 촉탁인적격

2009년 공증인법 개정으로 새로 도입된 전자문서에 대한 인증은 그것이 종이문서가 아닌 전자문서인 점, 그에 따라 서명 또는 날인에 의하여 작성되는 것이 아니라 전자서명을 하여 작성된다는 점을 제외하면, 촉탁인적격을 따지는 데 있어서는 사서증서의 인증과 다를 바가 없다. 즉 전자문서에 대한 인증은 전자문서에 전자서명을 한 사람이 촉탁인이 된다. 한편 전자문서에 대하여도 선서인증을 할 수 있는바, 이 경우도 사서증서에 대한 선서인증의 경우와 같이 기본적으로는 전자문서에 대한 인증에 해당하므로 촉탁하려는 사람은 전자문서에 대한 인증에 있어서의 촉탁인적격이 있어야 함은 물론이다.

이른바 사서증서의 인증에 대응한 것이 전자문서의 인증이라면, 사서증서의 등본인

증에 대응한 것이 전자화문서의 인증이다. 따라서 전자화문서의 인증은 전자화 대상문서의 소지자가 촉탁인이 된다.

IV. 촉탁능력과 촉탁무능력자의 법정대리인

실체법에서의 행위능력, 소송에서의 소송능력에 대응하여, 공증에서는 촉탁능력이 문제된다. 민법은 총칙편 제1장 제1절로 사람의 능력에 관하여 규정하면서 누가 행위무능력자의 법정대리인이 되는가에 관하여는 제4편 친족에서 미성년자는 친권자가 있으면 친권자가 친권자가 없으면 후견인이 법정대리인이 되는 것으로 정하고 있다. 민사소송법은 제1편 제2장 당사자에서 당사자능력과 소송능력에 관하여 규정하고 있고, 특히 “당사자능력(當事者能力), 소송능력(訴訟能力), 소송무능력자(訴訟無能力者)의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.”라고 하는 보충적 규정까지 두고 있다(민사소송법 제51조). 이에 반하여 공증인법은 촉탁능력에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않다.⁴⁾

그렇다면 공증촉탁인이 단독으로 공증촉탁을 하려면 어느 정도 능력이 있어야 하는가? 공증촉탁도 법적 행위에 해당하므로 그 법적 의미를 알 정도의 의사능력이 요구된다는 점에 관하여는 이론이 없다. 문제는 민법상 행위무능력자는 촉탁능력이 없는가의 점이다. 이에 관하여는 두 가지 관점이 존재한다. 하나는 촉탁내용을 따지지 않고 공증인에게 공증을 청구하는 것, 즉 공증촉탁은 어느 것이나 공증인에게 법적으로 의미 있는 사항의 증명을 요구하는 행위에 해당하므로, 그것을 단독으로 할 수 있으려면 법률 행위능력에 준하는 능력을 갖추고 있어야 한다는 견해이다. 또 하나는 공증촉탁은 대체로 사건의 관리처분과 관련이 있으므로, 통상 법률행위능력에 준하는 능력이 요구되지만, 모든 공증촉탁이 사건의 관리처분과 관련이 있는 것은 아니므로, 촉탁내용을 따져 어떤 것은 의사능력만 있어도 된다는 견해이다. 후자가 타당하다고 본다. 공증인법이 촉탁능력에 대하여 따로 정하지 않은 것도 그것을 뒷받침한다. 촉탁내용에 따라서

4) 만일 공증인법에서 이와 관련하여 일반적 보충규정을 둔다면, “촉탁인의 촉탁능력, 촉탁무능력자의 법정대리와 촉탁행위에 필요한 권한의 수여에 관하여는 성질이 허락하는 한, 민법, 그 밖의 법률에 따른다”와 같이 규정하는 것도 가능할 것으로 보인다.

그에 요구되는 촉탁능력이 다르다면 일일이 그에 관하여 정할 수는 없기 때문이다. 이하에서는 촉탁내용 별로 촉탁능력으로 행위능력이 있을 것을 요구하는지에 관하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

주의할 것은 촉탁능력은 자연인이 촉탁하는 경우에 한한 문제라는 점이다. 법인은 대표자가 법인을 대표하여 촉탁하는 것이고 법인의 대표자에게는 특별한 규정이 없는 한, 행위능력은 문제가 되지 않다고 보여지기 때문이다. 또한 촉탁하는 사람은 어떤 경우든 의사능력이 있어야 하는바, 이 때 의사능력이란 공증에 따라 반드시 같다고 할 수는 없다. 공증촉탁의 취지를 이해할 수 있는 정도를 촉탁에 관한 의사능력이라고 할 때 촉탁의 취지는 매우 단순한 것에서부터 매우 복잡하고 어려운 법률관계에 해당하는 것도 있기 때문에 촉탁의 종류나 내용에 따라 그것을 이해할 정도의 의사능력이란 차이가 있을 수밖에 없다.

촉탁능력의 문제에는 필연적으로 누가 촉탁능력이 없는 자 즉, 촉탁무능력자의 법정 대리인이 되는가의 문제가 따른다.

1. 공정증서작성의 촉탁에 필요한 촉탁능력

(1) 법률행위에 대한 공정증서작성에 필요한 촉탁능력

1) 일반적인 경우(행위무능력자⁵⁾가 아닐 것)

법률행위에 대한 공정증서작성을 촉탁하는 촉탁인이 단독으로 그것을 촉탁할 수 있다면 민법상 행위능력에 준하는 능력을 갖추고 있어야 하는가. 이에 대하여는 다음 세 가지 견해가 있다. 하나는 법률행위가 무엇이든간에 민법상의 행위무능력자는 촉탁능력이 없다는 견해이다. 또 하나는 민법상의 행위무능력과 똑같이 일반적으로는 행위

5) 민법의 개정으로 중전의 행위무능력자제도는 성년후견제도로 대체되었는바 개정된 민법은 2013. 7. 1. 부터 시행된다. 개정 민법에 의하면 중전의 행위무능력자라는 용어 대신 제한능력자라는 용어를 사용한다. 피성년후견인이나 피한정후견인 피특정후견인은 행위무능력자가 아니라 제한능력자라는 관점에서 바라보아야 하므로 일용 제한능력자의 소송능력이나 촉탁능력도 중전의 행위무능력자 보다 폭넓게 인정될 여지가 많아졌다고 보여진다. 제한능력자의 관점에서 제한능력자에게 어떠한 촉탁능력이 인정될 것인지에 관하여는 향후 따로 연구되어야 할 것이다. 본고에서는 중전의 행위무능력자제도를 바탕으로 주장을 전개해 가기로 한다. 또한 본고에서 적고 있는 법률 조문은 민법을 비롯하여 모두 2012. 3. 현재 시행 중인 법률에 의한 것임을 밝혀 둔다.

능력을 요구하지만 예외적으로 행위무능력자라도 할 수 있는 경우에는 그에 대하여 공정증서작성을 촉탁할 수 있다고 하는 견해이다. 즉 민법상의 행위능력과 똑같이 보는 견해이다. 마지막으로 촉탁인은 이미 성립한 법률행위에 관하여 그대로 전달하여 진술하거나 표시하기만 하면 되는 것이므로, 의사능력만 있으면 된다는 견해가 있다.

생각건대 법률행위에 대한 공정증서의 작성에 의하여 증명되는 법률행위는 소송상으로는 그 존재가 추정되고 형사상으로는 증서에 허위로 법률행위가 있는 것처럼 증서작성을 촉탁하여 증서가 작성되면 공정증서원본불실기재죄로 처벌되기까지 한다. 또한 법률행위에 대한 공정증서는 공정증서의 작성으로 법률행위가 성립하는 경우에는 처분문서인 것이 분명하고, 공정증서의 작성 이전에 법률행위가 성립하고 있는 경우에도 법률행위 당사자의 의사에 해당하는 진술이 직접 기재되는 것이므로 처분문서가 명백하다. 이는 구두로 성립한 계약에 관하여 후일 당사자 사이에 사서증서인 계약서를 작성한 경우에 그 계약서가 처분문서인 것을 보면 분명하다. 더구나 공증인은 무효인 법률행위나 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여는 증서를 작성할 수 없다. 따라서 원칙적으로 행위능력자(성년에 달한 자로서 한정재산자, 금치산자가 아닌 자)가 아니면 법률행위에 대한 공정증서작성의 촉탁능력이 없다. 그러나 행위무능력자일지라도 예외적으로 민법상 행위능력이 있는 것으로 인정되는 경우에는 그에 대한 소송능력도 인정되는 것으로 되어 있다. 비록 공증이 소송과 밀접한 관련이 있다고 하여도 소송절차에서 보다 더 엄격한 능력을 요구한다고 보기는 어렵다. 그렇다면 구체적으로 어떤 경우에 행위무능력자라도 법률행위에 대한 공정증서작성의 촉탁능력이 인정되는가. 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

2) 예외적으로 행위무능력자가 촉탁능력이 있는 경우

이와 같이 원칙적으로는 행위능력자이어야 법률행위에 대한 공정증서의 작성에 관하여 촉탁능력이 있는 것이지만 소송능력의 경우에 비추어 예외적으로는 행위무능력자라도 촉탁능력이 있다고 할 수 있는 경우가 있다고 본다. 구체적으로 어떤 경우에 촉탁능력이 있다고 인정할 수 있는가. 이를 살펴보기에 앞서 실제법상이나 소송상 행위무능력자가 예외적으로 행위능력이나 소송능력을 인정받는 경우를 살펴볼 필요가 있다.

우선 일반적으로 실제법상 미성년자가 독립하여 단독으로 법률행위를 할 수 있는 경우의 예로 들고 있는 것을 보면 다음과 같다.

- ① 단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위(민법 제5조 제1항 단서)
- ② 처분이 허락된 재산의 처분행위(민법 제6조)
- ③ 영업이 허락된 미성년자의 그 영업에 관한 행위(민법 제8조 제1항)
- ④ 대리행위(민법 제117조)
- ⑤ 혼인을 한 미성년자의 행위(민법 제828조의2)
- ⑥ 유언(민법 제1062조)
- ⑦ 법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 미성년자가 그 사원자격에 의하여 행하는 행위(상법 제7조)
- ⑧ 근로계약과 임금의 청구(근로기준법 제67조, 제68조)

이 중 혼인을 한 미성년자의 행위를 빼면 나머지는 모두 한정치산자의 경우에 대한 설명으로도 모두 그대로 통한다. 근로계약과 임금의 청구에 관하여는 한정치산자에게는 해당하지 않는다는 견해도 있으나 한정치산자는 대체로 미성년자의 능력과 동일하게 본다는 점에서 유추 적용하는 것이 타당하다고 할 것이다.

소송법상으로는 미성년자나 한정치산자 또는 금치산자 등 행위무능력자는 원칙적으로 법정대리인에 의하여서만 소송행위를 할 수 있다고 하면서, 다만 미성년자 또는 한정치산자가 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우에는 그렇지 않다고 하는 명문규정을 두고 있다(민사소송법 제55조). 공증인법에는 미성년자 또는 한정치산자의 촉탁능력과 관련하여 이와 같은 규정이 없지만 행위무능력자의 촉탁능력에 대하여도 일응 마찬가지로 해석함이 타당하다고 본다.

위 행위무능력자의 소송능력에 관한 위 민사소송법 제55조는 행위무능력자에게 예외적으로 행위능력이 인정된다고 할 때 그 행위능력과 관련하여 어느 범위까지 소송능력이 인정될 것인가에 관하여 문자 그대로 해석하는 것이 적합하지 않는 것이 있다. 우선 대리행위는 행위무능력자라도 할 수 있으나 그 대리인이 자신의 대리행위로 성립한 법률행위에 관하여 소송이 제기될 때 그에 관하여 소송대리를 할 수 있는 것이 아님은 당연하다. 왜냐하면 민사소송법에서 소송대리에 관하여는 원칙적으로 임의대리인으로는 변호사만이 될 수 있고 예외적으로 변호사 아닌 자는 1심 단독사건에 한하여 법원의 허가로 될 수 있는 것으로 정하고 있기 때문이다.

다음으로 처분이 허락된 재산의 처분행위에 관하여 소송이 제기된 경우에도 미성년자나 한정치산자는 소송능력이 없다고 하여야 한다. 그 이유는 다음과 같다. 처분이 허

락된 재산의 처분행위는 법정대리인이 미성년자나 한정치산자에게 대리권을 수여하여 대리행위로 처분한 것과 실질적인 면에서 보면 하등 다를 바가 없다. 따라서 처분이 허락된 재산의 처분행위에 관하여는 대리행위의 경우와 마찬가지로 법정대리인의 허락에 의하여 소송능력이 생길 수 없다고 보아야 한다.

그렇다면 미성년자나 한정치산자를 대리인으로 선임하여 그에 의하여 법률행위가 이루어진 경우나 법정대리인이 처분을 허락하여 미성년자나 한정치산자에 의하여 재산의 처분행위가 있는 경우에 그 법률행위에 관하여 미성년자나 한정치산자는 법률행위 공정증서의 작성을 촉탁할 촉탁능력이 있는가. 생각건대 법률행위의 임의대리인은 원칙적으로 대리행위로 한 법률행위에 관하여 특별히 그에 관하여 공정증서의 작성을 촉탁할 권한을 수여하는 특별수권이 있지 않는 한, 그에 관하여 촉탁능력이 없다. 그 이유는 법률행위를 대리할 권한이 있다고 하여도 그 법률행위에 관하여 사서증서를 작성하는 것과 공정증서로 작성되는 것과는 법률적 의미가 다르기 때문이다. 공정증서로 작성되는 경우에는 그 법률행위가 허위인 경우에는 공정증서원본불실기재죄에 해당하고, 법률행위의 성립에 관하여 법률상 추정된다.

따라서 임의대리인인 경우에 대리행위로 인한 법률행위에 관하여 공정증서작성을 촉탁할 권한도 따로 특별히 수여한 경우에 한하여 그것을 촉탁할 수 있다. 대리인이 미성년자나 한정치산자인 경우라면 더욱 그렇게 보아야 할 것이다. 또한 앞서 본 바와 같이 처분을 허락한 재산의 처분행위는 실질적으로 대리로 처분행위를 한 것과 마찬가지로 이 경우에도 법정대리인이 처분을 허락함에 있어서 그에 수반하여 그 처분행위에 관한 공정증서작성을 촉탁할 권한까지 따로 수여한 경우에 한하여 미성년자나 한정치산자는 그에 관한 공정증서작성을 촉탁할 수 있다고 보아야 한다.

위에서 미성년자나 한정치산자가 예외적으로 법률행위의 행위능력이 있는 것으로 들고 있는 예 중 ②와 ④를 뺀 사항은 그 법률행위에 관한 공정증서 작성의 촉탁능력도 인정되고, ②와 ④는 그에 관한 특별수권이 있어야 하는 것이다. 이렇게 볼 때 미성년자나 한정치산자가 예외적으로 촉탁능력이 인정되는 사항은 소송상의 소송능력이 인정되는 경우와 같지만 그 중에서 소송능력이 인정되는 것으로 볼 수 없는 사항에 대하여도 촉탁능력에 관하여는 특별수권이 있으면 할 수 있는 것으로 된다는 점에서 소송능력의 경우와 다른 독자성이 있다.

또한 ②와 ④를 뺀 사항에 대하여는 행위무능력자에게도 소송능력이 인정된다는 점에

서 공증인법상으로 따로 특별수권 없이도 집행증서의 작성에 관한 촉탁능력도 인정된다고 해석된다. ②와 ④의 경우에 미성년자나 한정치산자가 집행증서의 작성을 촉탁할 수 있으려면, 공정증서 작성의 촉탁에 관한 특별수권 외에 다시 집행수락행위에 관한 특별수권도 별도로 수여되어야 한다. 왜냐하면 집행수락행위는 곧 소송행위이기 때문이다.

한편 미성년자나 한정치산자가 법정대리인의 허락을 얻어 주식회사의 이사가 된 경우에 관하여는 이사로서 행위에 관하여 일일이 법정대리인의 동의를 얻어야 하는가. 이에 대하여는 미성년자나 한정치산자는 법인의 이사가 되지 못한다고 하는 견해도 있다.

생각건대 보험업관련법(보험업법 제13조 등)이나 금융업관련법(은행법 제18조 등)에서는 행위무능력자는 보험회사나 금융회사의 이사가 될 수 없다는 명문규정을 두고 있다. 그러나 민법상 법인이나 상법상 회사에 관하여는 일반적으로는 그런 규정을 두고 있지 않다. 그렇다면 반대해석상 민법상으로는 상법상 미성년자도 이사로 될 수 있다고 보아야 한다. 무엇보다도 미성년자나 한정치산자가 특정한 영업에 관하여 허락을 얻은 경우에 그 영업에 관하여는 행위능력자로 보고(민법 제8조, 민법 제10조), 행위무능력자가 법정대리인의 허락을 얻어 무한책임사원이 된 경우 그 사원자격으로 인한 행위에는 능력자로 본다(상법 제7조). 법인의 대표에 대하여는 대리에 관한 규정을 준용하는바(민법 제59조), 이는 법인의 대표도 행위무능력자라도 될 수 있음을 간접적으로 인정하고 있는 근거이다. 왜냐하면 대리인은 행위무능력자라도 될 수 있기 때문이다. 또한 이사 중 법인을 대표하지 아니한 이사가 이사의 지위에서 하는 의사표시는 법인 내부의 의사결정에 관한 것이므로 행위능력을 인정하여도 무방하다. 이를 종합할 때 미성년자나 한정치산자도 주식회사의 이사는 물론 일반적으로 법인의 이사로 될 수 있음은 물론, 법정대리인이 이사취임승낙을 허락한 경우에는 그 뒤 미성년자나 한정치산자가 이사의 지위에서 하는 법률행위나 의사표시에 대하여도 행위능력이 인정된다고 보아야 한다.

주의할 것은 미성년자나 한정치산자가 단독으로 법률행위 공정증서의 작성촉탁을 할 수 있는 경우라도 실제 단독으로 촉탁하려면 그 자격을 증명하는 증서를 제출하여야 함은 당연하다.

그 밖에 금치산자는 미성년자나 한정치산자와 달리 전혀 행위능력이 없는 것이 원칙이고, 촉탁능력도 없다고 하는 데 이론이 없다. 다만 유언에 관하여는 민법에서 금치산자도 의사가 심신회복사실을 확인하는 조건하에 유언을 할 수 있다고 정하고 있으므로 그 경우에는 금치산자도 유언공정증서작성을 촉탁할 수 있다.

3) 유언공정증서작성에 필요한 특수한 능력(구수능력)

촉탁능력은 법률행위가 무엇이든 간에 적용되는 일반개념이지만 요식행위로 정해진 법률행위의 경우에는 방식을 충족하려면 그에 따른 별도의 능력이 요구되는 경우가 있을 수 있다. 가령 유언에 대하여 공정증서를 작성하는 경우, 유언자는 유언을 구수하여야 한다(민법 제1068조). 즉 촉탁인이 유언을 구수할 능력이 있어야 유언을 촉탁할 수 있다. 구수능력은 이와 같이 유언에 대한 공정증서의 작성을 촉탁할 때 촉탁인이 가져야 할 특수한 능력이다. 또한 유언에 관하여는 민법 제5조, 제10조 및 제13조가 적용되지 않는 대신 만17세에 이르지 않은 사람은 유언할 수 없다(민법 제1061조, 제1062조). 따라서 17세 미만의 사람은 유언에 대한 공정증서의 작성을 촉탁할 촉탁능력도 없다. 이 점은 유언이 다른 법률행위와 다른 특수한 법률행위에 해당하는 데서 비롯된 특징이다.

(2) 사권에 관한 사실에 대한 공정증서작성에 필요한 촉탁능력

1) 일반론

사권에 관한 법률사실에 대한 공정증서작성의 촉탁인은 그 법률사실의 존재 또는 부존재에 따라 권리·의무의 발생·소멸·변동의 법률효과가 발생하거나 발생할 가능성이 있는 사람이 된다고 하는 것은 전술하였다. 사권에 대한 사실에 대한 공정증서라고 하여도 공증인은 촉탁인의 촉탁에 따라 공정증서를 작성하는 것이고, 그렇게 작성되는 법률사실은 이해관계인임을 증명한 경우에는 이해관계가 대립되는 자라도 열람청구나 등본발급청구를 할 수 있으며, 공정증서는 재판에서 중요한 증거자료가 된다는 점에서 결과적으로 소송에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 법률행위와는 다르지만 일반적으로 민법상 행위능력이 있어야 촉탁능력이 있는 것으로 인정된다고 본다. 특히 사권에 관한 사실이라고 하지만 의사의 통지, 관념의 통지, 관념의 표시 등은 거의 법률행위에 준하는 것들이기 때문에 더욱 그렇다.

한편 촉탁하려는 법률사실이 행위무능력자에게 예외적으로 행위능력이 인정됨에 따라 단독으로 유효하게 이루어진 법률행위와 직접적이면서 밀접한 관련이 있는 경우라면, 법률행위 공정증서에서와 같은 취지로 그 법률사실에 대한 공정증서의 작성은 행위무능력자라도 촉탁할 수 있다고 본다.

2) 거절증서의 경우

거절증서에는 인수거절증서와 지급거절증서가 있고, 인수거절증서는 인수제시에 따른 인수거절에 관하여, 지급거절증서는 지급제시에 따른 지급거절에 관하여 작성되는 것이며, 인수거절증서는 증권의 소지자나 점유자가, 지급거절증서는 증권의 소지자가 촉탁인이 된다는 점은 전술한 바와 같다. 여기서 인수제시나 지급제시는 법적 성격이 최고와 같은 의사의 통지로서 준법률행위에 해당한다. 따라서 거절증서도 사실에 대한 공정증서의 일종으로서 일반론에 따라 민법상 행위능력자이어야 촉탁능력을 인정할 수 있을 것이다. 다만 이에에는 예외가 있다. 증권의 점유자로서 인수제시를 하는 자나 추심위임배서에 의하여 어음·수표의 소지자가 된 자가 촉탁인이 된 경우에는 행위능력이 없는 자라도 촉탁능력이 인정된다. 이 경우 어음·수표의 소지자는 실질적으로 권리자의 대리인에 불과하고 대리인은 일반적으로 행위무능력자라도 될 수 있기 때문이다.

3) 조사보고서의 경우

전술한 바와 같이 주식회사의 설립과 관련하여 설립행위 전반에 관한 조사보고서의 작성에 관하여는 이사가 촉탁인이 되고, 변태설립사항에 관한 조사보고서의 작성에 관하여는, 발기설립에 있어서는 이사가, 모집설립에 있어서는 발기인이 촉탁인이 된다고 하였다.

미성년자나 한정치산자가 이사가 된 경우에는 행위능력이 인정되고, 그 당연한 귀결로 이사의 지위에서 촉탁의 경우에는 행위무능력자라도 단독으로 촉탁할 수 있다고 본다. 이러한 논리는 행위무능력자라도 이사가 될 수 있다는 견해에 따른 것이다. 만일 행위무능력자는 이사가 될 수 없다는 견해에 선다면 애초에 이사는 행위능력자만이 되기 때문에 조사보고서 작성의 촉탁인에 관하여는 촉탁능력을 논할 실익이 없다.

모집설립에 있어서 변태설립사항에 관한 조사보고서 작성의 촉탁을 하는 발기인이 미성년자이거나 한정치산자인 경우, 발기인이 되는 것에 대한 법정대리인의 동의가 있었다면 따로 법정대리인의 동의 없이 촉탁할 수 있다고 해석된다. 그것은 발기인의 지위에서 촉탁하는 것이기 때문이다. 통상 발기인이 되는 것에 대한 법정대리인의 동의가 있었다는 점은 정관인증을 받은 것에 의하여 확인된다.

2. 인증에 필요한 촉탁능력

(1) 사서증서의 인증에 필요한 촉탁능력

1) 법률행위에 관한 사서증서의 인증에 필요한 촉탁능력

사서증서의 내용에 따라 그것이 촉탁인의 법률행위에 관한 것이면 법률행위에 대한 공정증서의 예에 따라 따지면 된다. 즉 원칙적으로는 사서증서가 촉탁인의 법률행위에 관한 것이면 촉탁인에게 행위능력이 있어야 하지만, 행위무능력자라도 촉탁할 수 있는 경우에 해당하면 그에 관한 사서증서의 인증도 촉탁할 수 있다.

2) 그 밖의 사서증서의 인증에 필요한 촉탁능력

이에 대하여는 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는, 사서증서의 내용이 촉탁인 자신의 권리의무에 관한 법률사실인 경우이다. 이러한 사서증서는 통상 소송에 임하여서 인증받는다면 그다지 증거가치가 인정되지 않을 것이다. 증거가치는 거의 없으면서도 촉탁인이 변별력이 부족한 경우에는 오히려 촉탁인 자신에게 불리한 내용이 있을 수도 있다. 소송이 예정되어 있지 않은 상태에서 이와 같은 사서증서를 작성하여 인증받는다면 향후 있을 수 있는 소송에서도 증거가치를 인정받을 수도 있다. 결국 사서증서가 촉탁인 자신의 권리의무에 관한 법률사실을 내용으로 하는 것이라면 어느 경우에도 촉탁인에게 행위능력이 있어야 한다고 본다. 예외적으로 행위무능력자가 법률행위를 할 수 있는 경우 그 법률행위와 밀접한 관련이 있는 법률사실을 내용으로 하는 사서증서에 대하여는 예외적으로 촉탁능력이 인정되는 것은 공정증서에 있어서와 마찬가지로 지이다.

또 하나는, 사서증서의 내용이 타인의 권리의무에 관한 법률사실인 경우이다. 타인의 권리의무에 관한 법률사실에 대하여 목격자 기타 제3자로서 확인서나 진술서를 작성하여 그것의 인증을 촉탁하는 경우가 그 예다. 이러한 사서증서에의 서명 또는 날인자는 공정증서의 작성에서라면 촉탁인이 될 수 있는 사람이 아니다. 이러한 제3자는 공정증서작성절차에서는 이른바 '임의적 참여인'(공증인법 제29조 제2항)으로 참여할 수 있는 경우가 아니라면 공증절차에 참여할 수 있는 사람이 아니다. 그런데 사서증서의 인증에서는 서명 또는 날인자로서 엄연히 촉탁인이 될 수 있다. 사서증서의 인증이

란 사서증서상의 서명 또는 날인에 관하여 공증인이 확인하고 인증을 부여하는 것으로 공정증서의 작성과는 근본적으로 공증의 방법과 내용이 다른 데서 오는 차이이다. 이 경우에도 촉탁인에게 행위능력이 있어야 하는가. 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다. 생각건대 소송상 증인의 경우에는 행위무능력자라고 하여 증언능력이 부인되는 않는다. 그러한 증인의 증언을 믿고 안믿고는 법관의 자유심증에 맡겨져 있는 것이다. 타인의 권리의무에 관한 법률행위 또는 법률사실에 관하여 목격자 등 제3자의 관점에서 사서증서를 작성하고 인증을 촉탁하는 것은 소송상으로 증인으로 출석하여 증언하는 것에 견줄 수 있는 것이다. 따라서 사서증서의 내용이 촉탁인 자신의 권리의무에 관한 것이 아니면 행위능력까지는 필요없고 의사능력만 있으면 인증을 촉탁할 수 있다.

마지막으로는 인증을 받고자 하는 것이 사서증서이지만 그 내용이 사권에 관한 것이 아닌 경우이다. 통상 행정기관에 제출하기 위하여 사서증서를 인증하는 경우가 그 예이다. 사인이 작성한 사서증서이지만 그 내용이 사권을 대상으로 하는 것은 아니고 촉탁인 본인의 공법상의 권리의무에 관한 것일 때, 공법상 따로 그 권리의무에 관한 행위를 함에 있어서 행위능력이 요구되는 경우라면 그에 관한 사서증서의 인증에서도 촉탁인에게 행위능력이 있어야 할 것이다. 그러나 공법상 따로 행위능력이 요구되는 경우가 아니라면 그에 관한 사서증서의 인증에서도 촉탁인에게 행위능력이 있을 필요는 없다. 또한 그 내용이 자신의 공법상의 권리의무에 관한 것이 아니라 타인의 공법상의 권리의무에 관한 것이라면 이는 소송상 증인의 경우처럼 행위능력이 있을 필요는 없다고 본다.

3) 선서인증에 필요한 촉탁능력

사서증서에 인증을 부여할 때 촉탁인이 공증인 앞에서 사서증서에 적힌 내용이 진실함을 선서하고 이에 서명 또는 날인하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 확인한 경우에는 그 선서 사실을 증서에 적어 인증을 할 수 있는바, 이를 이른바 선서인증이라고 한다. 선서인증은 이와 같이 촉탁인이 선서를 할 수 있어야 선서인증촉탁을 할 수 있다(공증인법 제57조의2). 그런데 16세 미만인 사람과 선서의 취지를 이해하지 못하는 사람은 선서를 할 수 없다(공증인법 제57조의2 제2항, 민사소송법 제322조). 따라서 이들은 선서인증촉탁무능력자이다. 주의할 것은 선서인증은 대리인에 의하여 촉탁할 수 없고 반

드시 본인이 촉탁하여야 하므로, 선서인증촉탁무능력자에 해당하는 사람은 선서인증을 받을 방법이 전혀 없다는 점이다.

선서인증은 사서증서에 인증을 부여할 때 하는 것이므로, 그 사서증서의 인증촉탁능력에 관하여 별도로 따져야 함은 물론이다.

(2) 정관인증에 필요한 촉탁능력

상법상 주식회사를 모집설립의 방법으로 설립하거나 자본금 10억 원이상의 회사를 발기설립의 방법으로 설립하는 경우에는 정관을 인증하여야 하는데(상법 제292조), 정관의 인증촉탁인은 정관에 기명날인하거나 서명한 발기인이 한다. 회사설립행위로서 정관을 작성하는 행위는 강학상 합동행위라고 하는 견해가 통설이다. 따라서 정관은 촉탁인이 단독으로 촉탁하려면 어느 정도의 능력이 있어야 하는가라는 관점에서는 법률행위에 관한 사서증서 인증의 하나에 불과하다. 따라서 발기인인 정관인증의 촉탁인은 민법상의 행위능력이 있어야 촉탁능력이 인정된다.

(3) 법인의사록인증에 필요한 촉탁능력

법인의사록의 인증촉탁의 의미는 전술한 바와 같이 참석인증의 경우는 법인이 촉탁인이 되기 때문에 일응 촉탁능력이 문제될 것이 없다. 그러나 행위무능력자가 법정대리인을 통하지 않고 자신이 직접 의결권을 행사하는 것이 적법한가 그렇지 않는가를 따져야 하는 것은 참석인증의 경우에도 문제가 된다. 청문인증의 경우는 의결권이 있는 자가 직접 촉탁인이 되므로 촉탁능력과 관련하여 직접적으로 문제가 된다.

법인의 총회 등에서 그 회의의 구성원이 의결권을 행사하는 것도 의사표시의 일종임에는 틀림없다. 의사표시의 경우에 행위자가 단독으로 의사표시를 할 수 있으려면 일반적으로는 민법상의 행위능력이 있어야 하고 행위능력이 있어야 비로소 이에 관한 공증의 촉탁능력도 있다고 보아야 한다. 따라서 주식회사의 주주로서 주주총회에서의 의결권행사는 법정대리인의 동의를 얻어서 하거나 법정대리인을 통하여 하여야 한다.

그렇다면 행위무능력자가 이사가 되어 의결권을 행사하는 경우에는 어떤가. 미성년자나 한정치산자가 주식회사 등 영리회사의 이사가 될 수 있는지에 관하여는 애초에

이사가 될 수 없다는 견해가 있다. 그러나 전술한 바와 같이 일단 법정대리인으로부터 이사의 취임을 허락받은 경우에는 이사의 지위에 근거하여 하는 법률행위나 의사표시에 관하여는 행위능력이 인정되고 행위능력이 인정되는 한, 공증에 관한 촉탁능력도 있다고 보아야 한다. 더 나아가 이사의 지위와 불가분의 관계에 있는 주주인 경우에는 주주총회에서의 주주로서의 의결행위와 그 의결행위에 관한 촉탁도 단독으로 할 수 있다고 본다.

(4) 사서증서의 등본인증에 필요한 촉탁능력

사서증서의 등본에 대한 인증이란 사서증서의 등본이 사서증서(원본)와 대조하여 그와 일치함을 공증인이 확인하고 그와 일치함이 인정되면 그 사실을 적는 방법으로 하는 인증으로서(공증인법 제57조 제2항), 사서증서의 원본의 소지자가 촉탁인이 된다는 것은 전술한 바와 같다.

사서증서의 등본인증의 촉탁인은 민법상 행위능력자이어야 단독으로 촉탁할 수 있는가 아니면 행위무능력자라도 무방한가. 사서증서의 등본인증은 사서증서의 원본만 소지하고 있으면 촉탁인적격이 있다는 것은 전술한 바와 같다. 사서증서의 등본인증도 공증의 한 종류이고 모름지기 공증이란 ‘촉탁인의 촉탁에 따라’ 일정한 사항을 공증인이 증명하는 것이므로, 공증인은 공증인대로 촉탁의 취지를 정확히 이해하여야 하고, 촉탁인은 촉탁인대로 공증인의 증명이 촉탁된 대로 공증이 이루어졌는지를 확인하여야 한다. 사서증서의 등본인증이라고 해도 이 점은 마찬가지이다. 그러나 사서증서의 등본인증을 촉탁하는 것은 촉탁의 취지가 매우 단순한 편이고 촉탁한 대로 공증이 이루어졌는지 확인하는 것도 매우 단순한 일이다. 따라서 촉탁인에게 사서증서의 등본인증의 취지를 이해할 정도의 능력이 있으면 족하고 굳이 촉탁인에게 민법상의 행위능력을 필요로 하지 않는다.

한편 국어를 해독할 수 없는 등의 사유로 공증인에게 촉탁의 취지를 알게 할 수 없는 사람이거나 시각장애가 있는 등의 사유로 공증인이 자신이 촉탁한 대로 공증을 한 것인지 확인할 수 없는 사람은 사서증서의 등본인증에서도 공증인과 의사소통이 필요하고, 공증인이 공증한 것이 자신이 촉탁한 대로 이루어졌는지 확인하여야 하기 때문에 사서증서의 등본인증의 촉탁능력이 없는 촉탁무능력자이다. 공증인이 특별히 촉탁인

이 사용하는 언어를 잘 아는 경우일지라도 공증은 국어를 사용하여야 한다는 점에서 촉탁인이 공증의 내용이 촉탁한 대로 이루어졌는지 알 수 없다는 점에서 여전히 촉탁 능력이 없다. 이에 대하여는 후술하는 한정촉탁능력에 관하여 살필 때 다시 한 번 자세히 살피기로 한다.

(5) 번역인증에 필요한 촉탁능력

전술한 바와 같이 번역인증은 원문과 번역문을 가지고 공증사무소에 번역인증을 청구하는 사람이 곧 촉탁인이 된다. 번역인증은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제33조에 근거한다. 동 규정에 따르면, 영문번역문을 인증하는 경우에는 촉탁인에게 제45호 서식에 의한 인증문의 서약인란에 소정사항을 기재한 뒤 서명날인하도록 하여야 한다고 규정하면서, 서약인이 번역문을 직접 작성하지 아니한 경우에는 공증촉탁서의 촉탁인란에 서약인의 인적사항을 기재하도록 하고, 대리인 등 기재란에 “번역인”이라고 표시한 뒤 그 인적사항을 기재하도록 하여야 한다고 규정하고 있어 번역인증촉탁은 번역자가 아니라도 할 수 있음을 명확히 하고 있다.

따라서 번역능력은 번역인증의 촉탁에 있어서 필요한 능력이 아니다. 위 규칙에서 정하고 있는 번역인증방법에 따르면 촉탁인이 서약인으로서 서명날인하여야 하므로 서명날인할 수 있는 사람만이 번역인증을 촉탁할 수 있는 능력이 있음이 분명하다. 서약인으로서 서명날인한다는 것은 서약의 취지를 이해하고 있어야 함을 의미한다. 그런 점에서 서약의 취지를 이해할 수 없는 사람이거나 서명날인할 수 없는 사람은 번역인증에 관한 촉탁능력이 없는 사람이라고 할 수 있다.

번역인증의 촉탁인은 민법상 행위능력자이어야 단독으로 촉탁할 수 있는가. 생각건대 번역인증은 촉탁인의 서약에 근거하여 하는 것이다. 소송상 증인은 선서능력이 없어도 될 수 있다. 만 16세 이상이면서 선서의 취지를 이해할 수만 있으면 선서능력이 인정된다(민사소송법 제322조). 증인이 선서하고 증언하였으나 위증한 경우에는 위증죄로 처벌된다. 서약은 그 법적 근거가 다소 박약하고 서약을 위반하여도 처벌되는 일이 없다. 그런 점을 볼 때 번역인증에서 요구되는 서약능력은 증인의 선서능력보다 더 엄격하게 볼 것은 아니다. 이러한 것을 종합할 때, 최소한 만 16세 이상이면서 서약의 취지를 이해할 수 있으면 미성년자라도 번역인증의 촉탁능력이 인정된다고 해석된다.

3. 전자문서에 대한 인증과 전자화문서에 대한 인증에 필요한 촉탁능력

촉탁능력에 관한 한 전자문서에 대한 인증은 사서증서의 인증과 완전히 동일하고, 전자화문서에 대한 인증은 사서증서의 등본인증과 완전히 동일하다고 할 수 있다. 전자문서에 대한 인증에서도 선서인증을 할 수 있는데 촉탁능력에 관한 한 사서증서의 인증에서 선서인증하는 경우와 완전히 동일하다. 그것은 문서가 종이로 된 사서증서이냐 아니면 전자문서 또는 전자화문서이냐의 차이만 있을 뿐, 촉탁인에 관한 법리는 전혀 다르지 않기 때문이다.

4. 촉탁무능력자의 법정대리인

촉탁능력이 없는 자, 즉 촉탁무능력자는 단독으로 촉탁을 할 수 없는 것은 당연하다. 그 경우 촉탁무능력자는 법률에 의하여 대리인으로 인정되는 자를 통하여 촉탁할 수밖에 없다. 법률에 의하여 대리인으로 인정되는 자를 법정대리인이라 한다. 그러나 법률 행위 중에서는 대리인에 의하여는 행할 수 없는 것이 있다. 유언이 바로 그것이다. 공증 중에서는 대리인에 의하여는 촉탁할 수 없는 공증이 있다. 사서증서의 선서인증과 전자문서의 선서인증이 바로 그것이다. 한편 공증촉탁 중에서 번역인증촉탁이나 사서증서의 등본인증촉탁에서는 실제 공증사무소에 출석한 사람이 촉탁인이 되기 때문에 대리인에 의한 촉탁이 있을 수 없다. 이는 번역인증촉탁이나 사서증서의 등본인증촉탁에 있어서는 촉탁무능력자의 법정대리인의 개념도 있을 수 없고, 촉탁무능력자는 결국 그와 같은 공증에 있어서는 절대적으로 촉탁인이 될 수 없다는 것을 의미한다.

이와 같이 대리인에 의하여 할 수 없는 법률행위나 대리인에 의하여 촉탁될 수 없는 공증에 해당하는 경우가 아니면 촉탁무능력자는 법정대리인에 의하여 공증을 촉탁하거나 법정대리인의 동의를 받아 직접 공증을 촉탁할 수 있다.

그렇다면 누가 촉탁무능력자의 법정대리인이 되는가. 이에 관하여 공증인법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 엄밀하게 말하면 민사소송법 제51조와 같은 규정을 공증인법에서도 명문으로 두는 것이 필요하다. 그래야 민법상 법정대리인의 규정을 준용하여 촉탁무능력자의 법정대리인을 정할 수 있기 때문이다. 생각건대 민법상 행위무능력자의 법정대리인에 관한 규정은 다른 범영역의 무능력자의 법정대리인에도 두루 준용되

거나 유추적용되는, 법정대리인에 관한 일반규정이라고 볼 수 있다. 또한 전술한 바와 같이 촉탁능력도 소송능력과도 매우 밀접한 관련이 있다. 따라서 촉탁무능력자의 법정대리인에 관하여는 민법상 무능력자의 법정대리인이나 소송무능력자의 법정대리인의 규정을 유추적용하여야 한다고 본다.

촉탁무능력자가 미성년자인 경우에는 우선 친권을 행사하는 부 또는 모가 있으면 미성년자의 법정대리인이 된다(민법 제911조). 구체적으로 누가 미성년자의 부와 모로서 친권자이고 친권을 행사하는 자에 해당하는지에 대하여는 부와 모가 혼인 중일 때, 혼인 중이 아닐 때, 혼인 중에 있다가 이혼한 때, 일방이 사망한 때, 입양한 때, 파양한 때, 이혼하면서 친권자로 정하여진 자가 사망한 때, 친권자가 친권을 상실한 때, 친권자가 법률행위 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없는 경우 등 그 케이스가 매우 다양한바, 민법에 의하여 정해진다(민법 제909조, 제909조의2 및 제910조 등).

미성년자의 친권자가 없거나 친권자가 있어도 친권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년자에게도 후견이 개시되어 미성년후견인이 있어야 한다. 한정치산자나 금치산자의 경우에도 후견인이 있어야 한다. 누가 후견인이 될 것인가에 관하여는 민법의 개정으로 많은 변화가 생겼다. 종전에는 민법에 의하여 후견인이 될 자가 미리 정하여져 있었고, 친권자가 유언으로 후견인을 지정할 수 있다는 것 이외에는 피후견인이 미성년인 경우와 성년인 경우 사이에 큰 차이가 없는 편이었다. 그러나 개정 민법에 의하면, 후견인이 될 자를 법률로 미리 정해 두지 않고 법원에 의하여 선임되는 것으로 되었고, 친권자가 유언으로 후견인을 정한 경우에도 법원이 관여할 수 있게 되었음은 물론, 성년후견인의 경우에는 2인 이상의 후견인도 있을 수 있고 법인도 후견인이 될 수 있게 되는 등 성년후견인과 미성년후견인의 사이에 많은 차이가 생기게 되었다(민법 제5장 제928조부터 제959조의20까지), 다만 새로 개정된 민법은 2013. 7. 1.부터 시행된다.

한편, 이와 같이 행위무능력자에게 민법상 법정대리인이 없거나 법정대리인이 대리권을 행사할 수 없을 때에는, 부채자재산관리에 관한 규정을 준용하여 법원이 선임한 관리인이 법정대리인이 되는 경우가 있다. 공증촉탁과 관련하여서도 그 관리인은 촉탁무능력자의 법정대리인이 된다고 보아야 한다.

촉탁무능력자의 법정대리인에 대한 더 이상의 자세한 사항은 촉탁인의 대리인에서 다룰 문제로 본고에서는 생략하기로 한다.

V. 한정촉탁능력자와 그 보조자

1. 의 의

공증인법상 공증이란 공증인이 마음대로 어떠한 사실을 증명하여 주는 것이 아니다. 공증인이 촉탁인의 촉탁에 따라 일정한 사실을 증명하여 주는 것이 곧 공증이다. 촉탁이란 촉탁인이 공증을 청구하면서 공증인으로 하여금 공증으로 증명될 사실을 특정하여 공증인이 인식할 수 있도록 하는 행위이다. 공증은 이와 같이 ‘촉탁인의 촉탁에 따라’ 증명하는 것이므로, 공증인이 촉탁의 취지를 정확히 이해함을 전제로 성립한다. 이는 촉탁인이 공증인에게 촉탁의 취지를 알도록 할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 또한 공증은 ‘촉탁인의 촉탁에 따라’ 증명하는 것이므로, 공증인의 증명이 촉탁인 자신이 촉탁한 바에 따라 이루어졌는지를 확인함으로써 비로소 그것이 완성된다. 이는 촉탁인이 공증인의 증명이 자신의 촉탁대로 이루어졌는지를 확인할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 여기서 촉탁인이 공증인에게 촉탁의 취지를 알게 하는 데 장애가 있거나 공증인의 증명이 촉탁의 취지대로 이루어졌는지 확인하는 데 장애가 있다면 공증이 이루어질 수 없다는 것을 알 수 있다. 이는 촉탁인에게 그와 같은 장애가 있다면 단독으로 완전한 촉탁을 할 수 없다는 것을 뜻한다. 다시 말하여 그와 같은 장애사유가 있는 촉탁인은 완전한 촉탁능력을 가졌다고 볼 수 없다. 그런 촉탁인은 단독으로 촉탁할 수 없다는 점에서 촉탁능력이 제한되는 의미가 있다. 이와 같이 신체적인 장애를 이유로 법적인 능력을 제한하는 것은 다른 법영역에서는 찾아볼 수 없는 매우 독특한 제도이다.

위와 같이 촉탁능력이 제한되는 촉탁인은 촉탁인의 부족한 촉탁능력을 보조하는 사람을 필요로 함은 당연한 귀결이다. 공증을 촉탁하는 데 아무런 장애사유가 없는 사람을 완전촉탁능력자라고 부를 때, 그와 같은 장애사유가 있는 촉탁인은 다른 사람의 보조가 있는 경우에 한하여 촉탁할 수 있다는 점에서 한정촉탁능력자라고 부를 수 있을 것이다.

2. 한정촉탁능력자와 그 보조자

공증인법에서 정하고 있는 한정촉탁능력자와 그 보조자는 다음과 같다.

(1) 국어를 해독하지 못하는 사람과 그 보조자로서의 통역인

공증인이 증서를 작성하거나 사서증서를 인증함에 원칙적으로 국어를 사용하여 한다(공증인법 제26조, 제59조). 이는 공증인이 증서로 작성하는 법률행위에 포함되어 있는 촉탁인의 의사표시에 대한 진술이나 표시는 원칙적으로 국어로 이루어져야 함을 의미한다. 따라서 촉탁인이 국어로 된 말이나 글로 공증인과 소통할 수 없는 경우에는 촉탁능력자라도 단독으로는 촉탁할 수 없다(공증인법 제28조 전문). 흔히 우리 말이나 글을 모르는 외국인인 경우에 이에 해당한다. 이와 같이 국어를 해독하지 못하는 한정촉탁능력자가 공증인과 소통할 수 있도록 보조하는 사람 통역인이라고 부른다. 원래 공증인법에서는 통역인을 공증인이 사용하는 사람으로 규정하고 있지만 통역인은 반드시 공증인만 사용하는 존재가 아니고 촉탁인을 보조하는 존재이기도 한다. 왜냐하면 후술하는 바와 같이 통역인은 촉탁인이 그를 선정하고, 공증인의 편에서만 공증인의 뜻을 촉탁인에게 전하고 받는 것이 아니라 촉탁인의 편에서도 촉탁인의 뜻을 공증인에게 전하고 받는 중간자의 지위에 있기 때문이다.

(2) 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람과 그 보조자로서의 참여인

공증인이 촉탁한 대로 공증을 한다는 것은 촉탁인이 최종적으로 그것을 확인함으로써 공증이 완성됨을 의미하는데, 만일 촉탁인이 볼 수 없거나 볼 수 있어도 문자를 해독하지 못하여 공증인이 증명하는 내용을 확인할 수 없다면 촉탁인은 촉탁능력자라도 단독으로는 촉탁할 수 없다(공증인법 제29조 제1항). 단지 국어를 해독하지 못하는 경우에는 전술한 통역인이 있어야 하는 경우에 해당하고, 여기서의 문자를 해독하지 못하는 경우란, 국어는 물론 어떠한 문자도 해독하지 못하는 경우를 의미한다. 이와 같이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 한정촉탁능력자가 공증인과 소통할 수 있도록 보조하는 사람은 참여인이라고 한다. 다만 공증인법상 참여인에는 이 경우 외에도 촉탁인이 임의로 누군가를 공증절차에 참여시켜 공증을 요구하면 그를 참여시켜서 하여야 하는 참여인도 있다(공증인법 제29조 제2항). 이러한 참여인은 촉탁인의 뜻에 따라 참여하는 사람이므로 강학상 임의적 참여인이라고 부른다. 그러나 한정촉탁능력자가 촉탁인이 되었을 때 참여하는 촉탁인의 뜻과 무관하게 반드시 참여시켜야 한다는

점에서 필요적 참여인⁶⁾이라고 부를 수 있다.

(3) 말로 의사소통이 불가능하면서 문자도 해독하지 못하는 사람과 그 보조자로서의 통역인

촉탁인이 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 경우에도 촉탁인은 국어를 해독할 수 있으면 국어로 자신의 의사를 표시하여 촉탁의 취지를 공증인에게 알게 할 수 있으므로 완전한 촉탁능력이 있다고 할 수 있다. 그러나 촉탁인이 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능하면서 국어는 물론 어떠한 문자도 해독할 수 없으면 공증인에게 촉탁의 취지를 알게 할 방법이 없다. 촉탁인에게 이른바 중복장애가 있는 경우이다. 이러한 중복장애가 있는 촉탁인의 경우에는 공증인법에서는 촉탁인에게 촉탁인의 촉탁취지를 공증인에게 알게 하고 공증인이 촉탁한 것을 자신이 알 수 있도록 공증인으로 하여금 통역인을 사용하게 하고 있다(공증인법 제28조 후문). 여기서 주의할 것은 이 경우는 촉탁인이 촉탁취지대로 공증이 이루어졌는지를 확인할 수 있도록 보조하는 사람, 즉 참여인도 필요하다는 점이다. 왜냐하면 촉탁인이 문자를 해독하지 못하는 경우에는 그 사유만으로 공증인법 제29조 제1항에 따른 참여인이 필요한 한정촉탁능력자에 해당하기 때문이다. 다만 이러한 중복장애가 있는 사람은 실제로는 촉탁의 취지를 이해할 정도의 능력, 즉 의사능력조차 없다고 볼 수 있는 경우가 허다할 것이다.

(4) 그 밖의 중복장애가 있는 사람이 촉탁인이 된 경우와 그 보조자

촉탁인에게 중복장애가 있는 경우로는 전술한 경우 외에도 촉탁인이 국어를 해독할 수 없으면서 시각장애가 있는 경우도 있다. 이 경우 촉탁인은 각각의 사유별로 촉탁능력이 제한된다고 할 수 있다. 촉탁능력이 제한되는 사유별로 보조자가 필요함은 당연하다. 다만 시각장애가 있으면서 문자를 해독하지 못하는 경우는 두 가지 장애사유 모두 공증인법 제29조 제1항에 해당하는 경우 1인의 참여인의 보조만 있으면 된다. 왜냐

6) 본고에서 다른 설명이 없으면 참여인은 필요적 참여인을 의미한다.

하면 시각장애인이나 문자를 해독하지 못하는 사람은 참여인이 될 수 없으므로 참여인 혼자서 이와 같은 중복장애가 있는 한정촉탁능력자를 보조할 수 있기 때문이다.

(5) 선서인증에 있어서의 한정촉탁능력자와 그 보조자로서의 특수참여인

사서증서에 대하여 선서인증을 하는 경우에는, 공증인은 촉탁인으로 하여금 “양심에 따라 이 증서에 적힌 내용이 진실함을 선서합니다”라고 적힌 선서서를 소리내어 읽고 기명날인 또는 서명하게 하도록 하고 있다(공증인법 제57조의2 제5항 전문). 이 때 촉탁인이 선서서를 읽지 못하거나 기명날인 또는 서명하지 못하는 경우에는 공증인법은 제29조에 따른 참여인으로 하여금 이를 대신하게 할 수 있도록 정하고 있다(공증인법 제57조의2 제5항 후문). 선서인증촉탁인이 읽지 못하거나 기명날인 또는 서명을 할 수 없는 사람이라면 촉탁능력자라도 단독으로 촉탁할 수 없다는 점에서 선서인증에 관하여 한정촉탁능력자라고 할 수 있다. 이와 같은 선서인증의 한정촉탁능력자는 그가 소리내어 읽을 수 없는 사람이면 대신 읽을 수 있는 사람이 참여인으로서 참여하여야 하고, 서명 또는 기명날인을 할 수 없는 사람이면 대신 서명하거나 기명날인할 사람이 참여인으로서 참여하여야 한다. 주의할 것은 참여인이 대신 서명하거나 기명날인할 사람이란 직접 촉탁인의 서명을 하거나 기명날인한다는 의미가 아니다. 참여인으로서 촉탁인이 서명을 하지 못한다는 기명날인을 하지 못한다는 것을 확인하고 참여인 자신이 서명 또는 기명날인한다는 의미이다. 선서인증의 참여인은 제29조 제1항의 일반 참여인과는 다르다는 점에서 특수참여인이라고 할 수 있다.

3. 적용 범위

이처럼 촉탁인에게 일정한 사유가 있으면, 그 사유에 따라 촉탁인이 선정한 통역인이나 참여인 등을 참여시킬 때만 공증을 할 수 있도록 명문으로 정하고 있는 공증은 공정증서의 작성이나 사서증서의 인증(선서인증 포함), 정관인증, 법인의사록의 인증 및 전자문서의 인증과 전자화문서의 인증에 한한다(공증인법 제28조, 제29조, 제33조, 제57조, 제63조 제4항, 제66조의2 제4항). 그렇다면 번역인증, 사서증서의 등본인증 등에 있어서는 촉탁하려는 사람에게 그 같은 사유가 있을 때 어떻게 보아야 하는가.

먼저, 사서증서의 등본인증에 관하여 살펴본다.

무릇 공증이란 ‘촉탁인의 촉탁에 따라’ 일정한 사항을 공증인이 증명하는 것이므로, 공증인은 공증인대로 촉탁의 취지를 정확히 이해하여야 하고, 촉탁인은 촉탁인대로 공증인의 증명이 촉탁된 대로 공증이 이루어졌는지를 확인하여야 한다. 사서증서의 등본인증이라고 해도 이 점은 마찬가지이다. 사서증서의 원본(때로는 사본과 함께)을 소지하고 있어도 촉탁인 자신이 증명받고자 하는 사항이 사서증서의 등본인증임을 공증인으로 하여금 알게 할 수 있지 않으면 아니되고, 공증인이 증명하여 주는 것이 촉탁인 자신이 촉탁한 것에 따른 사서증서의 등본인증인지 확인할 수 있지 않으면 아니된다. 그렇다면 사서증서의 등본인증에서도 미약하나마 통역인이나 참여인의 참여가 필요함을 부인할 수 없다. 그런데 사서증서의 등본인증에서는 통역인이나 참여인에 관한 규정을 준용하지 않은 이유는 무엇인가? 이는 만일 촉탁인에게 그러한 사정이 있어 통역인이나 참여인을 참여시키도록 하여서 공증을 하느니 통역인이나 참여인이 되려고 한 사람이 직접 촉탁인으로서 사서증서의 등본인증을 하면 되기 때문이다. 그 결과 문자를 해독하지 못하는 사람이나 시각장애인인 경우 등 공증인법 제28조, 제29조 제1항에서 정한 사유가 있는 사람은 단독으로 사서증서의 등본인증을 촉탁할 수 없는 촉탁무능력자이다.

번역인증을 촉탁하는 사람에게 이와 같은 사유가 있으면 어떻게 되는가. 번역인증은 그 법적 성격이 서약서라는 사서증서에 대하여 인증을 하는 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 촉탁인이 한정촉탁능력자에 해당하면 통역인이나 참여인을 참여시켜서 인증이 이루어져야 한다. 그러나 현행 공증서식의 사용 등에 관한 규칙에 근거한 번역인증은 전술한 바와 같이 반드시 번역자만이 촉탁인이 되어야 하는 것이 아니라 원문과 번역문을 공증인에게 제시하고 공증인 앞에서 위 규칙에서 정한 서약서에 서명하여 서약하는 사람이다. 그렇다면 번역인증의 촉탁인에 대하여는 한정촉탁능력자라는 개념을 인정할 실익이 전혀 없다. 왜냐하면 그러한 사유가 없는 사람을 보조자로 내세워 촉탁하는 것으로 처리하는 것보다는 차라리 그 사람을 촉탁인으로 삼아서 번역인증을 촉탁하는 것으로 처리하면 되기 때문이다. 더구나 참여인이 참여한 경우에도 서식의 구성상 참여인이 서명날인할 방법도 전혀 없다. 따라서 촉탁인에게 공증인법 제28조나 제29조 제1항에서 정한 사유가 있는 사람은 번역인증촉탁능력이 없는 사람으로 보아야 한다.

4. 통역인이나 참여인의 선정

한정촉탁능력자에게는 이처럼 일정한 사유가 있으면 그 사유에 따라 통역인이나 참여인을 공증절차에 참석하게 하여야 하는데 그는 누가 선정하는가. 그는 한정촉탁능력자의 보조자이기 때문에 당연히 한정촉탁능력자가 하여야 한다. 공증인법도 이를 명문으로 정하고 있다(공증인법 제33조 제2항). 이 경우 한정촉탁능력자가 중복장애가 있는 경우에는 한 사람이 중복장애에 관하여 모두 보조할 능력이 있다면 두 가지 역할을 모두 수행할 수 있다(공증인법 제33조 제1항)

5. 보조자의 보조능력과 결격사유

(1) 보조능력

한정촉탁능력자의 장애에 관하여 보조하는 역할을 수행하는 보조자는 아무나 할 수 있는가. 우선 그가 한정촉탁능력자를 보조하는 사람이기 때문에 한정촉탁능력자의 부족한 능력을 보조할 수 있는 사람이어야 한다. 만일 한정촉탁능력자가 국어를 해독하지 못하는 사람이라면 그를 보조하는 사람은 국어를 해독할 수 있고 또한 동시에 촉탁인이 사용하는 언어를 해독할 수 있어야 한다. 즉 공증인과 촉탁인 사이에 통역을 할 수 있는 통역능력이 있어야 한다. 만일 한정촉탁능력자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람이라면 그를 보조하는 사람은 당연히 눈으로 볼 수 있는 사람이거나 문자를 해독할 수 있는 사람이어야 한다. 이를 보조능력이라고 한다. 한편 공증인법 제33조 제3항 제2호에서 시각장애인과 문자를 해독하지 못하는 사람을 참여인결격자로 규정하기 전에는 그러한 사람은 해석상 보조능력결여자로서 참여인이 될 수 없었던 사람이었다. 2009년 공증인법 개정으로 명문으로 참여인결격자임을 규정한 것은 그러한 사람이 참여인결격자임을 공증인법에서 확인하는 차원이라고 이해된다.

(2) 참여인결격사유

- 1) 통역인이나 참여인은 한정촉탁능력자의 부족한 능력을 보조하는 한정촉탁능

력자를 위한 존재이므로 그 역할을 수행하는 데 적합하지 못한 사람이 있다. 공증인법 제33조 제3항은 이와 관련하여 일정한 사유가 있는 사람을 참여인이 될 수 없는 사람 즉, 참여인결격자로 정하고 있다. 그것을 열거하면 다음과 같다.

- ① 미성년자⁷⁾
- ② 시각장애인이거나 문자를 해독하지 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

2) 2009년 공증인법 개정되기 전에 참여인결격자에는 촉탁인이 친족이나 동거인 및 피용자도 참여인결격자에 해당하였다(구 공증인법 제33조 제3항 제6호). 그런데 촉탁인의 보조자로서 촉탁인의 친족이나 동거인 피용자야말로 참여인에 적합한 면이 있다. 이러한 점을 감안하여 참여인결격자에서 삭제하게 된 것이다. 그러나 원래 위 조항은 수인이 각자 당사자로서 공동으로 촉탁하게 된 경우에 이해관계가 대립되는 상대방 당사자에 해당하는 촉탁인을 의미하는 것으로 제한적으로 해석되는 규정이었고 이해관계가 대립되는 상대방 당사자인 공동촉탁인의 친족이나 동거인, 피용자는 참여인결격자로 함이 여전히 타당하다. 이런 점에서 공증인법 제33조 제3항 제6호에서 촉탁인의 친족이나 동거인 및 피용자를 모두 삭제한 것은 잘못이다. 이해가 대립되는 촉탁인의 친족이나 동거인 및 피용자는 참여인결격자에 해당함을 명문으로 규정할 필요가 있는 것이다.

이러한 점은 제5호에서도 여전히 문제가 된다. 위 제5호의 ‘촉탁사항에 관하여 대리인인 사람 등’의 의미를 공증을 받고자 하는 법률행위가 대리인에 의하여 먼저 성립하고 그 법률행위에 관하여 공정증서의 작성을 촉탁하거나 그 법률행위에 관한 사서증서의 인증을 촉탁하는 경우에 기히 성립한 법률행위를 대리한 바로 그 대리인을 의미한

7) 미성년자를 참여인결격자로 한다면 당연히 한정치산자나 금치산자도 참여인결격자로 되어야 할 것이다. 그러나 공증인법 개정과정에서 입법적 착오로 종전 공증인법에서 참여인결격자로 공증인결격자를 정하고 있었는데 이를 참여인결격자에서 삭제하는 과정에서 한정치산자나 금치산자는 결격자로 그대로 남겨놓았어야 할 것을 한꺼번에 삭제하는 바람에 현재 한정치산자와 금치산자가 참여인결격자에서 누락되게 되었다. 입법적으로 바로 잡혀야 할 사항이다.

다고 한다면 개정 전 제6호의 해석상 문제되는 것과 똑같은 이치로 문제가 된다. 따라서 이 조항도 ‘대리인 등’은 이해관계가 대립되는 수인이 공동으로 공증을 촉탁한 경우에 상대방 대리인을 의미하는 것으로 제한적으로 해석하는 것이 타당하다.

3) 한편 공증인법은 통역인에 대하여는 결격자를 정하고 있지 않다. 통역인도 한정 촉탁능력자의 보조자라고 볼 때 입법론으로는 참여인결격자에 관한 규정은 통역인에 대하여도 똑 같이 규정할 필요가 있다. 비록 통역인의 결격사유를 따로 정하고 있지 않아도 공증실무에서는 참여인결격자에 준하여 통역인으로서 적합하지 아니한 사람은 통역인으로 참여하지 않는 것이 공증의 신뢰를 위하여 바람직하다.

VI. 결 어

본고는 촉탁인이 공증인법상 공증의 주체이자 당사자라는 관점과 공증은 공증인이 촉탁인의 촉탁에 따라 사건에 관한 일정한 사실을 확인하고 그것을 증명하여 주는 것이라는 관점을 바탕으로, 촉탁인에 관하여 살펴보았다. 공증이 사건에 관한 일정한 사실을 증명하는 것이라는 점에서, 공증의 청구인으로서 촉탁인은 실체법의 영역에서의 권리의무의 주체, 특히 법률행위에 있어서 당사자, 그리고 소송법의 영역에서의 소송의 주체로서 소송당사자와 많은 면에서 확실히 서로 연관이 될 수밖에 없다. 본고는 촉탁인적격, 촉탁능력, 촉탁무능력자의 법정대리인 등에서 실체법과 절차법의 법리를 유추적용하여 이를 규명해보고자 시도한 것이다. 동시에 통역인과 참여인을 촉탁인의 능력과 연관하여 촉탁인의 관점에서 촉탁인을 보조하는 사람으로서 재구성하여 보았다.

생각건대 공증은 촉탁인의 촉탁에 따라 이루어지기 때문에 공증에서 촉탁인은 공증인에 버금갈 정도로 중요한 지위에 있다. 그럼에도 불구하고 촉탁인에 대한 법리를 대부분 해석론으로 해결할 수밖에 없다는 것은 입법적으로 결코 바람직하지 않은 일이다. 어쩌면 공증인법으로부터 공정증서의 작성과 인증에 관한 부분을 분리하여 가칭 ‘공정증서의 작성과 인증에 관한 법률’을 따로 제정하는 것에 관하여 고민해 볼 필요가 있을 지도 모른다. 