

공증의 하자과 공증인의 민사책임

장 재 형

인하대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사

1. 서 설

법치사회의 실현을 위해 법무부와 대한공증인협회는 2007년부터 매년 공증주간을 선포하고 언론 매체를 통한 공증업무의 홍보, 강연회 개최, 무료 공증상담 등 행사를 개최하여 공증의 활성화를 통하여 각종 법률행위의 서면 증거와 사전 분쟁 예방을 도모하고 있다. 다른 한편 공증 업무에 대한 감독을 강화하여 공증인에 대한 징계가 상당수 증가하고 있는 실정이다.

이와 관련하여 공증인의 고의, 과실에 기한 직무상 잘못이 단순히 공증인에 대한 행정상의 제재로 그치지 않고 그 공증의 효력 자체가 무효가 되는 경우 그 책임의 귀속과 범위가 문제가 되는데, 이에는 예컨대 공정증서원본 부실기재 등 관련자의 형사 책임까지 논의될 수 있으나 또다른 관점이고 일반적으로는 사인간의 법률행위에 대한 공증의 하자과 인한 민사책임이 그 초점이 된다.

본고에서는 하자 있는 공증으로 인한 민사책임의 귀속과 범위에 대하여 구체적으로

* 본고는 상당 부분을 본인의 논문 “하자 있는 공증에 대한 민사책임의 귀속”(인권과 정의, 2011. 12., 대한변호사협회)에 게재한 내용을 전제한 것임을 밝혀 둔다.

분석하고자 한다. 그러나 예컨대 공증인이 묵비 의무에 위반하면 업무상비밀누설죄는 물론 징계 사유에 해당되고, 또 이로 인해 촉탁인 기타의 자에게 손해를 가한 경우에는 손해배상책임을 지게 될 것이나, 이러한 방향의 논의 역시 제외한다.

II. 공증 일반론

1. 공증과 공증제도

넓은 의미에서 공증(公證)이라 함은 사인(私人)의 법률생활에 관계된 일을 공적 기관에 의하여 증명하는 국가의 작용을 말한다.¹⁾ 따라서 예컨대 시·군·구의 직원이 주민등록증을 발급하거나 법원 공무원이 가족관계등록부를 만들거나 부동산등기부나 상업등기부를 만드는 것도 공증 작용에 속하지만, 공증인은 이러한 공증 작용을 증서(公證證書)의 작성 등의 방법으로 고유의 직무를 행하는 것으로 되어 있는 국가기관이다. 이렇게 공증인에 의하여 법률행위나 사권(私權)에 관한 사실 등에 관하여 서면에 의한 공적인 증명을 행하는 제도가 공증제도이다.

공증인에 의해 이루어지는 공증은 법치국가의 요청을 충족시키기 위한 국가적 후생 제도의 하나로 등기와 마찬가지로 사법(司法)절차 중에서 판결절차가 아닌 비송사건 절차에 해당하며, 비송사건절차 중에서도 전형적인 법후생(法厚生)사건에 속한다고 한다.²⁾ 즉 공증업무는 등기제도와 더불어 사법(司法)의 일종으로 예방사법에 속한다.

공증제도의 중요한 기능으로 증거 확보를 통한 민·형사 분쟁을 사전 예방하는 예방 사법적 기능, 구체적 분쟁에 있어서 증거보전의 기능, 법률상의 추정에 해당하는 강한 증명력³⁾이 있다.

1) 吉井直昭 編, 公証證書, 認証の法律相談(第二版), 青林書院, 도쿄(2003) 2면.

2) Münchener Rechts-Lexicon, 1987. S. 1372.

3) 공증인이 작성하는 공증문서는 직접 작성한 공정증서는 물론 사서증서의 공정 부분까지도 공문서로 추정되어 성립 인증의 형식적 증거력은 물론 실질적 증거력인 증명력도 아주 높이 인정된다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다17187 판결).

2. 공증인의 지위

가. 자격 및 임명

한국의 공증업무 집행자는 종래 3원 체제로 되어 있다가 2009년 공증인법 개정으로 이제는 2원화되었는데 그 첫째는 임명공증인으로, 법무부장관이 판사, 검사, 변호사의 자격이 있는 대한민국 국민 중에서 임명하는 자로서 공증업무를 담당·처리하는 일반적인 공무원이다. 다음 인가공증인으로, 변호사는 일정 수의 변호사로 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합을 설립하고 법무부장관의 인가를 받으면 법인 명의로 공증인의 직무에 속하는 업무를 행할 수 있다(변호사법 제49조제1항, 제58조의16, 30). 한편 종래 일정 수의 변호사로 조합체인 합동법률사무소를 설립하고 법무부 장관의 인가를 받으면 합동법률사무소 명의로 공증인의 직무에 속하는 업무를 행할 수 있었는데, 경과규정을 두고 2005년 1월 27일 법률 개정으로 폐지하였다. 마지막으로 공무원으로 지방검찰청 관할구역 내에 공증인이 없는 경우 또는 공증인이 그 직무를 수행할 수 없는 경우에 공증인법 제8조에 따라 지방검찰청 검사 또는 지방법원 등기소장이 공증인의 직무를 행하는 경우가 있고, 외국에서 하는 대한민국의 공증사무는 재외공관에서 근무하는 총영사·영사 및 부영사가 이를 행하도록 되어 있다.

나. 공증업무의 주요 내용⁴⁾

(1) 공정증서의 작성, 집행문의 부여

공정증서는 공증인이 법률행위에 관하여 직접 작성한 공문서로서 강력한 증거력이 부여된다. 공정증서의 내용이 일정한 금액의 지급이나 기타의 대체물 또는 유가증권의

4) 공증인법 제2조(공증인의 직무) 공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁(囑託)에 따라 다음 각 호의 사무를 처리하는 것을 직무로 한다. 공증인은 위 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 본다.

1. 법률행위나 그 밖에 사권(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서(公正證書)의 작성
2. 사서증서(私署證書) 또는 전자문서등(공무원이 직무상 작성한 것은 제외한다)에 대한 인증
3. 이 법과 그 밖의 법령에서 공증인이 취급하도록 정한 사무

교부를 목적으로 하는 청구에 관한 것으로, 채무자가 강제집행을 승낙한 기재가 있는 것은 집행증서라고 하는데, 기한이 도래하는 등 조건이 성취되면 채권자는 공증인에게 위 공정증서 정본을 제출하고 집행문을 부여받아 판결절차를 생략하고 바로 강제집행에 착수할 수 있다.

(2) 사서증서의 인증

법률행위를 한 당사자가 작성한 사서증서가 진정한 작성명의인의 의사에 의하여 작성되었음을 공증인이 확인하여 그 증명문구를 기재함으로써 사서증서를 인증한다.

인증의 방법으로는 당사자가 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 기명하고 기명날인은 공증인이 직접 보고 확인하는 면전인증(面前認證)과, 사서증서에의 서명 또는 기명날인은 공증인이 보는 앞에서 한 것이 아니고 거기에 서명 또는 기명날인한 당사자나 그 대리인이 공증인 앞에 나와서 그 서명 또는 기명날인이 본인이 한 것이라는 것을 진술하는 것을 듣고 이를 확인하는 자인인증(自認認證)이 있다.

(3) 정관 및 법인 의사록의 인증

주식회사, 유한회사 등 상법에 의한 법인을 설립할 경우 설립 당초에 작성하는 정관, 즉 원시정관은 법령 위반이나 기타 하자로 인한 무효를 막기 위하여 공증인의 인증을 받도록 강제하고 있다(다만, 최근 창업활성화를 위해 소규모회사의 경우 정관인증이 면제되었다).

또 법인의 등기시 신청서류에 첨부되는 법인 총회나 이사회 의사록에 대하여 공증인의 인증을 받도록 되어 있다.⁵⁾

(4) 확정일자 압날(押捺)

5) 법무부에서 입법추진한 상법특례법의 개정소위에서 정관을 제외한 법인의사록은 인증대상에서 제외하는 논의가 있었으나, 일본과 달리 주주총회나 이사회 결의를 둘러싼 분쟁이 적지 않은 우리나라에서는 여전히 인증이 필요한 것으로 검토되어 의사록 인증이 존속하게 되었다.

확정일자란 특정한 일자에 그 문서가 존재하고 있었다는 것을 증명하기 위하여 공무원이나 공증인이 사서증서에 써 넣거나 일자인을 찍는 것으로서, 그것은 그 문서작성의 시기를 판단하는데 있어서 공증력을 가지는 것이다.

(5) 기타

그 밖에 거절증서의 작성, 주식회사 설립에 관한 조사보고 등이 있으나 실제 업무가 많이 이루어지고 있지는 않다.

다. 공증업무의 현황

※ 매년 12월 31일 기준 / 단위 : 건, 원

구분 연도	공정증서 작성	정인 관증	법인의사 특증	사서증서 인증	기타	계
2002	1,209,329	60,782	495,616	804,186	1,418,321	3,988,234
2003	2,095,568	57,780	567,896	855,869	3,620,984	7,198,097
2004	1,022,003	47,721	492,795	911,697	1,162,835	3,637,051
2005	690,330	54,004	505,817	1,087,973	1,315,934	3,654,058
2006	691,710	52,186	533,277	1,018,542	1,324,916	3,620,631
2007	799,089	55,156	553,276	1,084,259	1,555,036	4,046,816
2008	779,806	51,851	543,118	909,435	1,973,880	4,258,090
2009	684,944	33,035	499,386	785,977	1,694,918	3,698,260
2010	760,336	10,985	396,193	823,075	1,881,490	3,872,079

라. 공증인의 법적 지위

(1) 종전 견해의 대립

1) 공무원설

한국의 임명공증인은 공증인법 제10조와 제11조에 의하여⁶⁾ 법무부장관이 임명하고 그 지정된 지방검찰청의 소속으로 한다고 규정하여 넓은 의미에서는 공무원이라는 견해이다.

이와는 별개로 공증인법 제6조(공증인은 다른 공무를 겸하거나 상업을 경영하거나 또는 상사회사, 영리법인의 사업자가 될 수 없다)의 겸직금지조항이나, 또는 변호사직과 공증인직은 본질적으로 다르다는 것을 근거로 공증인은 법률상 변호사를 겸직할 수 없다고 주장하는 견해⁷⁾도 이에 준한다.

국가배상책임과 관련한 하급심 판례에서도 “공증인은 공증인법 제2조, 제10조, 제11조등의 규정에 비추어 볼 때에 실질적 의미에 있어서 국가공무원의 공권력을 행사하고 있으므로 국가배상법 제2조 소정의 공무원에 해당한다”고 판시한 바 있다.⁸⁾

2) 자영업자설

공증인은 국가로부터 보수를 지급받는 것이 아니고 공증 의뢰인으로부터 일정한 수수료를 받아 자신의 수입으로 하고 자신의 비용으로 사무실을 개설, 유지하여야 하는 것으로 다만 그 사무가 국가사무이고 공증인의 임면과 감독을 국가가 하는 것뿐이라는 견해이다. 심지어 임명공증인도 업무의 성질상 분명히 공무의 수행자이나 경영면에서는 일반 개업변호사나 법원의 집행관과 마찬가지로 자영업자에 다름 아닌 것이다.⁹⁾

6) 제10조 (공증인의 소속과 정원) ① 공증인은 지방검찰청 소속으로 한다.

② 각 지방검찰청 소속 공증인의 정원(定員)은 지방검찰청의 관할 구역마다 법무부장관이 정한다. 이 경우 지방검찰청 관할 구역의 면적, 인구 등을 고려하여 필요하다고 인정하면 관할 구역을 세분하여 정원을 정할 수 있다.

제11조 (임명공증인의 임명) ① 법무부장관은 임명공증인을 임명하고 그 소속 지방검찰청을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 임명을 받으려는 사람은 법무부령으로 정하는 바에 따라 법무부장관에게 임명신청을 하여야 한다.

7) 김상일 교수는 공증인은 독립적이고 불평부당한 조력자, 직무집행의 의무, 징계의 대상, 국가배상책임의 원칙, 수수료의 법정, 일신 전속적 업무인 데 반하여, 변호사는 민법상의 위임에 따른 일방 당사자에 대한 계약상의 지위와 책임의 부담, 위임의 거절 가능, 보수의 독자적 결정, 영업권의 처분 가능성에 비추어 서로 본질적으로 다르고, 공증인이 특수한 변호사이거나 공증인직이 변호사에 대한 추가적인 자격도 아니고 변호사를 위한 특수한 분야도 아니라고 주장한다; 법무부, 2007, 공증인법 개정 공청회, 종합토론문, 100~101면. 또 변호사직과 공증인직은 엄격히 분리·수행토록 하는 전업공증인제도가 이상적이라는 주장으로 김황식, 1981, “독일의 공증제도에 관한 고찰(1)”, 사법행정, 34면.

8) 서울고법 1975. 7. 11. 75나425 제5민사부판결 【손해배상청구사건】

9) 개인공증인은 전업공증인이고, 법인공증인은 겸업공증인으로 서로 경영 형태, 담당 사무에 아무런 차이도 없고, 그 경영 형태로는 똑같이 법무부장관의 인가를 받아 공증업무를 수행하는 독립적 자영(自營, independent self-supporting)업자이다. 변호사, 법무사, 공인회계사, 변리사, 세무사, 의사, 약사 등과 다른 없는 자영업자로서 개인공증인과 법인공증인은 똑같이 인가공증인이다; 김교창, 2008, “공증인법개정 시안에 대한 의견”, 인권과 정의 대한변호사협회지, 제384호, 156면.

즉 공증사무가 국가사무라 하더라도 적절한 지도와 감독 하에 민영화하여 자영업자가 인가를 받아 수행할 수 있는 것으로, 이는 통신사업, 철도사업, 복지행정, 경찰행정, 조세행정 등 각종 분야는 물론, 심지어 개방교도소처럼 교정행정도 민간인에게 맡기고 있는 사실(행형법 제4조의 2)에서도 명백하다는 것이다.

(2) 공증인법의 개정

위와 같이 종래 임명공증인의 경우는 임명에 의하여 공무를 수행하므로 해석상 공무원의 지위에 있어 「형법」이나 「국가배상법」에서 공무원으로서 책임을 지는 것으로 일반적으로 해석되었으나 변호사겸업공증인이 공무원인지에 대해서는 견해가 일정하지 않았다.

그러나 2008. 12. 19. 법률 제9138호로 개정된 공증인법 제2조에서 “공증인은 위 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 본다”는 법문을 신설 추가하여 이를 입법으로 해결하였다.¹⁰⁾ 더 나아가 개정 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호, 시행은 공포 후 1년 뒤) 임명공증인의 임기와 정년제와 마찬가지로 법무법인 등 인가공증인에 대하여 그 공증인가의 유효기간을 5년으로 하고 구성원변호사 중에서 2명 이상의 공증담당변호사를 두도록 강제하면서(동법 제15조의3, 4) 공증담당변호사의 정년제를 도입하였으며(동법 제15조의4 제3항, 제15조 제3항, 단 정년제는 2012. 2. 7.부터 시행), 공증에 관한 법령을 적용함에 있어서는 공증담당변호사를 공증인으로 보고(동법 제15조의5), 인가공증인의 직무에 관하여는 공증담당변호사가 각자 인가공증인을 대표한다는 확인규정(동법 제17조의2)까지 두었다.

따라서 현행 법령상 임명공증인의 경우는 물론 인가공증인의 경우에도 공증업무와 관련하여 공무원으로서의 책임을 지도록 하여, 공증인의 지위에 관한 한 임명공증인과

10) 우윤근 의원 대표발의의 개정안이 2008년 12월 2일 국회를 통과하여 입법된 것인데, 그 개정 취지는 공증사무는 법무부장관이 임명하는 임명공증인과 변호사가 행하고 있는데, 임명공증인은 해석상 공무원의 지위에 있어 「형법」이나 「국가배상법」에서 공무원으로서 책임을 지지만, 변호사가 공증사무하는 경우에는 공무원으로서의 책임이 발생하지 않아 형평에 맞지 않으므로, 동일 업무를 하는 양자를 동일하게 규율하도록 임명공증인에 대해서 「공증인법」 제2조를 좀더 명확하게 개정하여 명문 규정을 두고, 이를 준용하고 있는 「변호사법」에서 공증사무를 수행하는 변호사도 이에 준하도록 하여 똑같이 공무원으로서의 엄격한 책임을 지게 함으로써 국가사무인 공증사무를 책임 있게 수행하도록 하고자 한다는 것이다.

인가공증인은 거의 차이가 없게 되었다고 할 수 있다. 이는 공증인가합동법률사무소에
도 공통으로 적용되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 공증인은 공증작용이라는
국가권능을 수행하는 준공무원의 지위라고 보아야 할 것이다.¹¹⁾

(3) 결론

결론적으로 위와 같은 입법으로 공증인은 임명공증인이나 인가공증인을 막론하고
공증직무에 관한 한 공무원으로 간주되므로 위와 같은 논란은 일단락되었다. 국가배상
법 제2조도 2009. 10. 21.(법률 제9803호) 개정으로 ‘공무원 또는 공무를 위탁받은 사인
(이하 “공무원”이라 한다)’이라 하여, 이른 바 강학상 의미의 ‘공무수탁사인’을 포함
하여¹²⁾ 널리 공행정을 수행하는 사인을 공무원으로 포함시키고 있다. 공증인은 민영교
도소, 토지수용권을 행사하는 사인과 더불어 바로 공무수탁사인에 해당한다 하겠다.

III. 공증의 하자과 효력

1. 공증 일반의 하자과 효력¹³⁾

가. 공증인법상의 규정

공증인법 제3조는 공증인이 작성하는 문서는 이 법 기타의 법률이 정하는 요건을 구
비하지 아니하면 공증의 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있다.

11) 집행관의 법적 지위에 관하여 법원조직법 제55조 제2항, 구 집달관법(1995. 12. 6. 법률 제5002호로 개정
되기 전) 제2조의 해석상 집달관이 독립적 단독제의 사법기관으로 해석될 수 있다는 대법원 1999. 2. 9.
선고 97다56235 판결의 견해와 마찬가지로 공증인은 공증작용을 수행하는 준사법행정기관이라 할 수
있다.

12) 견인업무를 대행하는 자동차견인업자, 생활폐기물의 수집·운반 및 처리업자 등의 행정보조인도 ‘공
무를 위탁받은 사인’에 해당하나 행정임무를 자기 책임하에 수행함이 없이 순수한 기술적인 집행만을
떠맡는 사인이라는 점에서 행정권한을 직접 대외적으로 행사하는 공무수탁사인과 구별된다.

13) 안종혁, “공정증서의 하자과 시정”, 법률실무연구 30집, 서울지방변호사회 (2000. 1.), 248~270면.

공증과 관련하여 공증인법상의 효력규정은 제한적으로 해석하여야 하고, 그 이외의 공증절차규정은 훈시규정에 불과하여 이에 위반하더라도 증서작성이 무효가 되지 않는다. 이는 공증이 국민의 권리실현에 봉사하는 성격을 갖고 있기 때문으로, 독일에서 1970년에 시행된 증서작성법에 의한 ‘증서작성방식의 엄격성의 완화’이다. 한국이나 일본에서는 독일과 달리 증서작성 법규상 효력규정과 훈시규정을 구별하고 있지 않으나 공증의 예방사법적 기능에 비추어 동일하게 해석할 수 있다.¹⁴⁾

예컨대 공증인법 제25조가 “공증인은 법령에 위반한 사항·무효인 법률행위·무능력 때문에 취소할 수 있는 법률행위 등에 관하여 증서를 작성할 수 없다”라고 규정하고 있는데, 집행증서에는 기관력이 없으며(공증인법 제59조 제3항) 실체상의 문제는 결국 재판으로 해결하여야 하는 점을 고려하면, 공증인등에게는 실체적 심사권이 없다고 해석되고, 따라서 공증인법 제25조는 훈시규정이라고 보는 것이 타당하다.¹⁵⁾

나. 하자의 유형과 효력

(1) 절차에 관한 하자

일반적으로 사서증서의 인증 등의 경우에는 당사자의 촉탁이 있어야 하므로 당사자의 촉탁이 없이 작성된 공증서는 효력이 없다. 한편 공정증서의 작성은 양당사자 사이의 사법상의 계약, 즉 법률행위가 성립됨을 전제로 하는 것이므로 양 당사자의 촉탁¹⁶⁾이 있어야 한다(동법 제27조, 제56조의2). 따라서 당사자 일방의 촉탁만에 의하여 작성된 집행증서는 무효이다.¹⁷⁾

14) 植村秀三, 日本公証人論, 信山社, 1988, 27면.

15) 이진성, “집행증서”, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(상), 법원행정처, 재판자료 35집, 73면; 부구옥, “약속어음 공정증서에 관한 제문제”, 재판자료 31집, 602면; 日大判 1933. 9. 18.(민집 12, 2437면); 日最判 1957. 12. 10.(민집 11, 2117면) 등.

16) 촉탁행위의 성질에 관하여는 사인이 하는 공법상의 행위라는 견해(부구옥, 앞의 논문 569면)와 비송행위의 일종이라는 견해[이재성, “공정증서작성의 촉탁행위의 성질”, 사법행정(1985. 2.), 88면]가 있다. 후자는 집행승낙의사표시를 포함한 계약내용이 당사자 사이에서 이미 합의된 후에 이를 공정증서로 작성하여 줄 것을 바라는 신청이 곧 공증인에 대한 집행증서작성의 촉탁행위이고, 이는 등기공무원에 대한 등기신청과 유사하며 따라서 비송사건절차법에 있어서의 사인의 신청행위와 동일시할 수 있는 것으로서 광의의 소송행위에 속한다고 한다.

17) 부구옥, 앞의 논문 575면; 이진성, 앞의 논문 51면.

촉탁은 공증인에 대하여 당사자 사이에 성립된 법률행위를 공정증서에 기재하고 특히 집행증서의 경우 집행승낙문구도 기재하여 줄 것을 요구하는 의사표시이다. 따라서 의사능력이 있어야 함은 당연하나, 행위능력에 관한 민법 제5조 이하의 규정이 준용되는지의 여부에 관하여는 이를 긍정하는 견해¹⁸⁾와 부정하는 견해¹⁹⁾가 있다. 촉탁의 법적 성질에 비추어 긍정설이 타당하므로 행위무능력자의 촉탁에 의하여 작성된 공정서류는 그 자체로 무효이다.

공증인은 촉탁인을 확인하여야 한다(동법 제27조). 촉탁인의 성명을 모르거나 또는 그와 면식이 없을 때에는 주민등록증 기타 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하거나 공증인이 성명을 알고 면식도 있는 증인 2인으로 하여금 그 촉탁인이 상위 없음을 증명하게 하거나 기타 이에 준하는 확실한 방법에 의하여 상위 없음을 증명시켜야 한다(동법 제27조 본문). 공증인이 이에 위반하여 공증서류를 작성한 경우 무효라는 견해가 유력하다.²⁰⁾

대리인이 집행증서의 작성을 촉탁한 때에는 그 대리권을 입증할 증서를 제출하게 하여야 한다(동법 제31조 제1항). 이들 증서는 부속서류로서 집행증서에 연결되고 공증인이 간인하여야 한다(동법 제40조). 대리권을 입증할 증서가 제출되지 아니한 채 대리인의 촉탁에 의하여 작성된 집행증서는 무효이다. 대리인이 집행증서의 작성을 촉탁한 경우에는 그 사유를 기재하여야 한다(동법 제35조 제3항). 그 대리촉탁의 기재를 누락한 경우에는 그 자체로써 집행증서가 무효이지만, 집행증서의 다른 기재에 의하여 대리촉탁임을 알 수 있는 경우에는 그 집행증서를 무효라고 할 것은 아니다.

위임장이 위조된 것인 경우에는 공증서는 무효이다. 다만, 위임장의 위조여부는 집행증서의 기재 자체에 의하여 쉽사리 확인할 수 있는 것이 아니므로 그 무효의 주장방법에 관하여는 견해가 나뉠 수 있다. 그러나 대리인의 위임장에 날인된 인장이 인감과

18) 공증실무, 대한공증협회, 2005, 40면. 이 견해는 공증의 촉탁이 법률행위의 일종이라는 것을 전제로 하며, 미성년자 또는 한정치산자의 경우에는 법정대리인의 동의 또는 허락이 있음을 증명하든가 법정대리인이 대리인으로서 촉탁하여야 하고, 금치산자의 경우에는 언제나 법정대리인이 촉탁하여야 한다고 한다.

19) 부구옥, 앞의 논문 573면. 이 견해는 공증인법 제32조 등에 의하여 무능력자가 충분히 보호되므로 굳이 민법 중 행위능력에 관한 규정까지 준용할 필요는 없고, 행위무능력자에 의한 집행증서작성의 촉탁도 유효하다고 한다.

20) 부구옥, 앞의 논문 573면; 이진성, 앞의 논문 51면.

다르다거나 인감증명서의 유효기간이 경과되었다는 등의 사정만으로는 집행증서가 무효로 되지는 않는다고 할 것이다. 이들 서류는 위임장의 진정성립을 뒷받침하기 위한 자료에 불과하기 때문이다.

미성년자가 법정대리인의 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여 공증서를 작성하는 경우(민법 제10조) 또는 주식회사의 이사가 이사회에 승인을 얻어 회사와의 거래관계에 관하여 공증서를 작성하는 경우(상법 제398조) 등과 같이, 제3자의 허락이나 동의를 요하는 법률행위에 관하여 공증서를 작성할 때에는 그 허락이나 동의가 있었음을 입증할 증서를 제출하게 하여야 한다(공증인법 제32조 제1항). 위 규정에 위반하여 작성된 경우 그 효력에 대하여 무효설, 제한적 유효설 등의 대립이 있으나 미성년자나 회사의 보호를 위하여 무효설이 타당하다.

(2) 방식에 관한 하자

공증서는 공증인법에서 정한 방식에 따라 작성되어야 한다. 즉 국어를 사용하여야 하고(동법 제26조 제1항), 촉탁인이 국어를 해독하지 못하는 경우 또는 농자, 아자 기타 언어를 발음하지 못하는 자로서 문자도 해독하지 못하는 경우에는 통역인을 사용하여야 하며(동법 제28조), 촉탁인이 맹자인 경우 또는 문자를 해독하지 못하는 경우에는 참여인을 참여하게 하여야 한다(동법 제29조). 공증인은 그가 작성한 증서를 모든 참석자에게 읽어 주거나 열람하게 하여 촉탁인 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 하며, 통역인을 참여시켰을 경우에는 통역인에게 증서의 취지를 통역하게 하고 그 취지를 증서에 적어야 하고, 공증인과 참석자는 각자 증서에 서명날인하여야 한다(동법 제38조), 그 서명은 자서를 의미하므로 서명대리에 의하여 작성된 공증서는 무효이고 서명날인이 누락된 공증서 역시 무효라고 할 것이다. 서명날인의 추완이 허용되는지에 관하여는 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 공증인법은 대리인과 그 방식의 추완(동법 제31조 제3항), 제3자의 동의, 승낙의 추완(동법 제32조 제2항)에 관한 규정만을 두고 있을 뿐 서명날인의 추완을 허용하는 규정은 두고 있지 아니하므로 부정설이 타당하다.

(3) 주체에 관한 하자

공증서류는 공증인이나, 직무대행자(동법 제8조), 법무법인 등(변호사법 제39조제1항), 공증인가합동법률사무소(변호사법 제48조의2, 3), 대한민국 재외공관에 근무하는 총영사·영사 및 부영사(재외공관공증법 제1-2조 제1항) 등에 의하여 작성되어야 한다. 외국의 공증인은 국내법에 의하여 공증서류를 작성할 권한이 부여되어 있는 것이 아니다.

또한 공증인의 중립성을 위한 목적으로 공증인법은 제척제도를 두어 공증인이 일정한 인적 특수관계나 물적 특수관계에 있을 경우 직무집행에서 배제하고 있다(공증인법 제21조²¹⁾). 이에 위반한 경우 그 공증은 당연히 무효이다.

한편 한국은 독일처럼 변호사 겸업 공증인제도를 취하고 있어 인가공증인은 해당 법무법인 등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여 공정증서의 작성, 어음·수표 집행증서의 작성, 법인의사록의 인증, 회사정관의 인증과 같은 중요한 공증업무를 수행할 수 없는 것으로 수입사건과 관련한 공증직무를 제한하고 있다(동법 제15조의9). 이에 위반하여 이루어진 공증은 모두 강행규정 위반으로 무효로 [kann nicht] 해석하여야 한다.²²⁾

공증인은 그 소속지방검찰청의 관할구역인 직무집행구역 내에서(동법 제16조) 소속 지방검찰청 검사장에게 신고된 직인을 사용하여야 하는데(동법 제20조), 이에 위반한 경우 그 효력에 대하여는 무효설,²³⁾ 유효설²⁴⁾이 대립하나 유효설이 타당하다 하겠다.

21) ① 촉탁인, 그 대리인 또는 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계를 가지는 자의 배우자, 친족 또는 동거의 호주나 가족인 때 또는 그와 같은 친족관계가 있었던 때, ② 촉탁인 또는 그 대리인의 법정대리인인 때, ③ 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있을 때, ④ 촉탁받은 사항에 관한 대리인이나 보조인인 때 또는 대리인이나 보조인이었을 때의 하나에 해당하는 때에는 그 직무의 집행에서 제척된다.

22) 이와 역방향으로 변호사법에서는 공증인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건에 대하여 변호사의 직무를 수행할 수 없는 것으로 수입을 제한하고(변호사법 제31조 제1항 제3호), 법무법인 등은 그 법인이 인가공증인으로서 공정증서 작성, 어음·수표 집행증서 작성, 법인의사록 인증, 회사정관 인증한 사건에 관하여는 변호사 업무를 수행할 수 없는 것으로 중요한 공증 관련 변호사 업무를 제한하고 있다(동법 제51조). 참고, “공증인의 직무상 의무로서의 중립성”, 인권과 정의 제401호, 대한변호사협회(2010. 10.), 159면.

23) 이진성, 앞의 논문 53면; 부구옥, 앞의 논문 600면; 주해 강제집행법(1) 554면.

24) 독일의 공증법(Beurkundungsgesetz) § 2는 이러한 취지로 규정하고 있다고 한다. 주해 강제집행법(1) 554면 참조.

(4) 내용에 관한 하자

1) 공증서에 기재된 법률행위에 하자가 있는 경우

앞서본 바와 같이 공증인법 제25조는 “공증인은 법령에 위반한 사항·무효인 법률 행위·무능력 때문에 취소할 수 있는 법률행위 등에 관하여 증서를 작성할 수 없다”라고 규정하고 있다. 위 규정에 위반하여 법령에 위반한 사항 또는 무효인 법률행위에 관하여 공증서가 작성된 경우의 효력에 관하여는 견해가 나뉜다. 위 규정을 공증인에 대한 훈시규정 내지 직무규정으로 보아 이에 위반하여 작성된 공증서라도 그 효력에는 영향이 없고, 다만 집행증서의 경우 채무자가 청구이의로써 그 집행력의 배제를 구할 수 있을 뿐이라는 것이 통설적인 입장이다.

공증서에 기재된 법률행위가 당초부터 존재하지 아니하는 것이거나 성립하지 아니한 것인 경우 또는 무효인 경우에는 공증인은 공증서를 작성할 수 없다. 그러나 이와 같은 사유는 공증인이 공증서 작성 시에 알 수 없는 경우가 대부분이므로 그와 같은 사유가 있음에도 불구하고 공증서가 작성될 수 있다. 이 경우, 그 공증서의 성립요건에 다른 하자가 없는 이상 공증서로서의 효력에는 영향이 없다는 것이 일반적인 견해이다.²⁵⁾ 주의할 것은 여기에서 공증서가 유효하다는 것은 법률행위가 불성립·부존재 또는 무효인 이상 공증서 역시 무효이고, 다만 그와 같은 사유는 공증서의 기재 자체로써는 알 수 없는 것이므로 예컨대 집행증서의 경우 형식상 집행증서가 작성되어 있는 한 집행문이 부여되고 그에 기한 집행이 개시될 수 있다는 의미라고 보아야 할 것이다.

2) 공증서의 기재내용과 객관적 사실의 불일치

공증인이 증서를 작성함에는 그 청취한 진술, 그 목도한 사실 기타 실험한 사실을 기록하고 또한 그 실험의 방법을 기재하여야 한다(동법 제34조). 따라서 공증서의 기재내용은 원칙적으로 객관적 사실과 일치하여야 한다.

당사자에 관한 불일치로서 당사자가 타인의 성명을 모용하는 등 하여 공증서에 기재된 법률행위의 당사자와 실제의 당사자가 일치하지 아니하는 경우, 다른 요건에 하자가 없는 이상 공증서로서 유효하다는 견해²⁶⁾도 있으나, 다수설은 증서에 기재된 당사

25) 주해 민사집행(1) 315면.

26) 소설, 「공정증서」, 실무법률대계7, 70.

자와 실제의 거래 당사자 사이에 동일성이 없으므로 그 공증서는 실제의 거래 당사자에 대하여 효력을 가질 수 없고, 예컨대 집행증서의 경우 집행증서에 기재된 당사자에 대한 관계에서는 집행승낙의 의사표시가 결여된 셈이어서 요건불비에 해당하므로 그 공증서는 무효라고 한다.²⁷⁾

단순히 당사자의 표시를 잘못하였음에 불과한 경우에 관하여는 이는 당사자에 관한 불일치에 해당하지 아니하고 따라서 공증서로서 유효하다는 견해²⁸⁾가 있으나, 이 경우 공증서의 경정 등이 허용되는지는 의문이다.

그밖에 채권액의 불일치나 금전소비대차에 있어서 금전수수의 유무, 금전수수의 일시(日時)의 불일치 등은 다음의 집행증서에서 주로 문제가 될 수 있다.

2. 집행증서의 하자과 효력

가. 집행증서의 요건과 효력

집행증서는 당사자 사이에 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관한 법률행위 또는 어음·수표에 관한 법률행위가 성립하고 그 채무불이행의 경우에는 채무자가 그 증서에 기한 강제집행을 받을 것을 승낙한다는 취지를 공정증서에 기재한 것이므로, 집행증서가 유효한 채무명의로 인정되기 위해서는 ① 적법한 절차와 방식에 의하여 작성된 것일 것, ② 청구권이 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 지급이나 어음·수표금의 지급에 관한 것일 것, ③ 집행수락문구가 기재될 것, ④ 공정증서 작성의 촉탁이 본인의 의사에 기한 것일 것, ⑤ 그 기재된 청구권이 진실한 권리관계를 반영하는 것일 것 등의 요건을 구비하여야 한다.

집행증서는 법원의 관여 없이 작성되는 것으로서 기판력이 인정되지 않는 것이어서 그 작성 내지 성립에 관한 요건에 흠결이 있는 경우에는 그 집행증서는 원칙적으로 무효이고,²⁹⁾ 집행권원성이 부정되어 집행력은 인정되지 않는다. 다만 여기에서의 무효는

27) 이진성, 앞의 논문 71면; 총합판례연구총서 민소Ⅲ; 주해 민사집행법(1) 318면.

28) 이진성, 앞의 논문 71면.

29) 신현기, “집행권원(상)”, 법무사 420호, 대한법무사협회(2002. 6.), 24~38면.

집행증서 그 자체에 한정되는 것이고, 그 내용의 일부를 이루는 당사자 사이의 법률행위까지도 무효라는 의미는 아니다. 무효인 집행증서에 기재된 당사자의 법률행위의 효력은 당사자의 의사해석의 문제이다.³⁰⁾

나. 집행증서의 하자 유형과 효력

(1) 분류

일반적으로 집행증서의 성립요건에 하자가 있는 것을 형식적 하자, 집행증서의 대상인 법률행위에 하자가 있는 것을 실체적 하자로 나누어, 형식적 하자가 있을 때에는 집행문부여에 대한 이의로써 집행력의 배제를 구할 수 있지만 실체적 하자가 있을 때에는 그 집행증서가 실체적으로는 무효이나 집행증서로서의 집행력을 가지고 있고 따라서 그에 대하여 유효하게 집행문이 부여될 수 있는 것이므로 청구이의의 소에 의하여 그 집행력의 배제를 구하여야 한다고 설명하고 있다.³¹⁾

형식적 하자가 있는 집행증서의 예로서는 단독 촉탁으로 작성된 집행증서, 집행수락 의사표시의 기재가 없는 집행증서, 촉탁인의 서명이 흠결된 집행증서, 서명대행 방식에 의하여 작성되거나, 금액, 수량이 일정하지 아니한 집행증서, 제척사유 있는 공증인에 의하여 집행문이 부여된 집행증서와 무능력자 자신에 의한 집행수락의사표시나 표현대리인에 의하여 집행증서가 작성된 경우 등 공증촉탁행위나 집행수락의사표시가 무효인 때 등을 들 수 있다.³²⁾

30) 주해 강제집행(1) 555면 참조.

31) 방순원, 민사소송법(하) 44면; 이영섭, 민사소송법(하) 68; 주석 강제집행 I 445면 등. 다만, 박두환, 집행법 95면은 형식적 하자과 실체적 하자의 구별기준에 관하여 다소 다른 견해를 보이고 있다; 정원태, “소외인이 신청인 명의를 모용하여 공정증서의 작성을 촉탁하고, 그 후 위 공정증서에 집행문이 부여된 경우 신청인의 구제 방법”, 대법원판례해설 32호 (99년 상반기), 법원도서관(1999. 10.), 324~338면.
집행증서의 하자의 유형 및 그 효력에 관하여는 김능환, “하자 있는 집행증서의 효력”, 재판자료 71집, 민사집행에 관한 제문제(상), 법원도서관, 11면 이하 참조.

32) 이진성, 앞의 논문 69~70면.

(2) 절차[촉탁]에 있어서의 하자

대리인에 의한 촉탁의 경우 공증인이 대리권 유무를 확인하여야 하지만 그 확인을 잘못할 수도 있다. 그리고 아무리 주의를 다하여도 공증인의 심사는 형식적인 심사에 그치고 실질적인 심사에 미치지 못하므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성될 소지가 있다.³³⁾ 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 본인에게 공정증서로서의 효력은 물론 당연히 집행권원으로서의 효력도 없다(공증인법 제3조, 대법원 1984. 6. 26. 선고 82다카1758 판결, 동 2002. 5. 31. 선고 2001다64486 판결, 동 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결). 따라서 이에 기하여 진행된 경매절차 역시 무효이다. 경락인은 경락으로 목적물의 소유권을 취득하지 못하고, 목적물이 등기의 대상일 경우 그 등기는 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다. 다만 채무자 등의 무효 주장이 금반언 및 신의칙에 위반되는 경우에 한하여 그 주장이 제한될 뿐이다(앞의 2001다64486 판결).

집행증서의 촉탁의 법적성질은 공법상의 행위이므로 공정증서의 작성 촉탁에는 민법 제125조, 제126조, 제129조의 표현대리의 법리가 적용되지 아니한다. 긍정설의 입장도 있으나,³⁴⁾ 다수설³⁵⁾ 및 판례³⁶⁾는 부정설을 취하고 있다. 따라서 집행승낙 의사표시 그 자체에 관한 적법한 대리권이 없는 자에 의하여 작성된 집행증서는 무효이고, 표현대리의 법리에 의하여 유효로 될 여지는 없게 된다.

자기계약, 쌍방대리 금지의 법리와 관련하여 집행증서 작성의 촉탁행위는 당사자 사이의 법률행위의 이행으로서 행하여지는 것으로서 새로운 이익교환을 하는 것은 아니므로 민법 제124조의 자기계약 또는 쌍방대리의 법리가 적용될 여지는 없다는 견해가 있으나,³⁷⁾ 집행수락행위는 강제집행에 의한 권리보호 청구권을 형성하는 것으로서 공

33) 김교창, “공증어음에 관한 제 문제”, 대한공증협회지 창간호, 대한공증협회(2008), 6~21면.

34) 실무민소강좌 I, 109면; 주해 민사집행법(1) 309면 등; 이재성, 앞의 논문 91면.

35) 이진성, 앞의 논문 66면; 부구욱, 앞의 논문 596면; 총합판례연구총서 민소(3), 177, 178면.

36) 대법원 1983. 2. 8. 선고 81다카621 판결(집31-1, 민66), 동 1984. 6. 26. 선고 82다카1758 판결(집32-3, 민112), 동 1994. 2. 22. 선고 93다42047 판결 등.

일본의 판례도 부정설을 취하고 있다; 日大判 1936. 10. 3.(민집 15, 2035면); 日最判 1957. 6. 6.(민집 12-7, 1177면); 1958. 5. 23.(민집 12-8, 1105면); 1967. 7. 13.(시보 495, 50면); 1969. 10. 31.(판시 576, 53면) 등.

증인에 대한 일방적인 소송법상의 의사표시로 그 법적 성질은 소송행위이므로(대법원 1975. 5. 13. 선고 72다1183 판결, 동 1983. 2. 8. 선고 81다카621 판결) 민법상의 대리에 관한 규정은 이를 적용할 수 없고(日大審院 소화15. 7. 20.자 판결은, 집행인낙행위는 소송행위이고 소송행위에서는 당사자가 상대방의 위임을 받아서 임의로 계약조항을 결정하고 집행약관을 부가하는 권한을 가지는 대리인을 선임하는 것은 본래부터 허용할 수 없는 것이므로 그러한 대리행위는 무효라고 판시), 따라서 자기계약, 또는 쌍방대리에 의한 집행수락행위는 무효이다.³⁸⁾ 다만 본인에 의한 사후 추인에 의하여 유효로 될 수 있다. 이 경우 추인의 방법은 공증인에 대한 의사표시로써 공증하여야만 된다.

집행승낙의 의사표시는 절차의 계속을 전제로 하지 아니하고 그 기본인 사법상의 법률행위와 불가분의 관계를 이루고 동시에 행하여지는 것이라는 점에서 일반적인 소송행위와는 구별되며,³⁹⁾ 소송대리에 관한 민사소송법 제80조가 직접 적용되는 것은 아니다. 따라서 법원의 허가가 없더라도 변호사 아닌 자에 의하여 대리될 수 있다.⁴⁰⁾

37) 부구옥, 앞의 논문 570면.

이와 관련하여 종래 대법원 1975. 5. 13. 선고 72다1183 전원합의체 판결[“원고의 대리인인 위 소외인의 촉탁에 의하여 작성된 본건 어음발행에 관한 공정증서에 있어서의 집행약관의 수락행위(소송행위)에 민법 제124조가 적용된다고 하더라도 동 소외인은 이미 약정된 조항(집행수락약관을 포함한 다른 조항) 그대로의 공정증서작성을 촉탁하는 행위만을 하였을 뿐이고 새로운 조항을 약정하여 촉탁한 것이 없으므로 이러한 촉탁에 의하여 공정증서가 작성되었다 하여 거기에 민법 제124조의 자기계약금지의 법리에 저촉되는 것은 없는 것이라 할 것이다”라고 판시]의 태도에 대하여는 그 결론을 강조하여 동조 규정의 법의를 준용하는 것으로 보는 견해와 반대로 판지를 중시하여 집행수락행위는 소송행위이기 때문에 동조 규정은 논할 필요가 없다는 견해에 선 것으로 이해하는 견해로 나누어진다. 그러나 위 판례의 견해는, 개정 전 민사소송법 아래에서 제소전화해에 있어서는 쌍방대리금지의 원칙이 적용되지 아니한다는 판례(대법원 1990. 12. 11. 선고 90다카27853 판결 등)와 궤를 같이 하는 것이라고 할 수 있는데, 개정민사소송법 제355조 제2항은 제소전화해에 있어서의 쌍방대리를 명문으로 금지하고 있는 바, 공정증서의 경우에도 그와 같은 명문의 규정이 없지만 마찬가지로 쌍방대리가 금지된다고 해석함이 타당하다.

38) 이에 대하여 일본에서는, 학설의 다수설은 민법 제124조는 공익보호를 목적으로 하는 임의규정이므로 민법 제103조에 위반되지 않는 한 자기계약이나 쌍방대리는 원칙으로 유효하다고 하고, 최고재판소 판결도 집행약관을 포함하여 계약조항은 당사자간에 직접 결정하고 공정증서작성만을 대리시키는 경우는 유효하다(最判 소화 26. 6. 1. 민집 5권 367면)고 한다. 이는 집행수락의 의사표시가 소송행위이지만 일반 소송절차에서의 소송행위와는 달리 비연속성, 기반인 사법행위와의 일체성(채무부담행위의 사법행위와 밀접연관)을 강조하는 입장이다(김동훈, “집행증서에 기한 강제집행절차에 관한 제문제”, 사법연구자료 제15집(1988), 법원도서관 397면; 같은 취지 김대환, “집행수락행위의 하자”, 사법논집 제14집, 법원도서관, 354면).

39) 日最判 소화 26. 6. 1. 민집 5권 367면.

40) 日大判 1942. 6. 26.(신문 4793, 19면).

대리인이 대리인임을 묵비하고 본인으로서 집행승낙의 의사표시를 하고 집행증서의 작성을 촉탁한 경우, 그 집행증서는 무효라는 견해가 유력하다.⁴¹⁾ 일본의 판례도 대리인이 본인으로서 집행증서작성을 촉탁한 경우⁴²⁾ 및 복대리인이 대리인임을 칭하여 집행증서를 작성한 경우⁴³⁾ 그 집행증서는 무효라고 한다. 다만 원칙적으로는 무효이지만, 그 대리인이 본인의 위임을 받아 집행증서의 작성을 촉탁한 때에는 상대방이 그 사실(대리인이 그 자격을 묵비하고 본인으로서 집행증서작성을 촉탁하였다는 사실)을 알고서도 이의하지 아니한 때에는 신의칙상 집행증서의 무효를 주장할 수 없다는 견해도 있다.⁴⁴⁾

대리권을 입증할 증서인 위임장에는 집행승낙의사표시에 관한 사항이 명기되어 있어야 한다.⁴⁵⁾ 위임장에 집행승낙의사표시를 포함한 위임사항 또는 수임인이 기재되지 않은 백지위임장에 기하여 작성된 집행증서는 무효이다. 일본의 판례⁴⁶⁾도 같은 취지이다.

사기·강박·중요부분의 착오에 의한 집행승낙의사표시는 원칙적으로 무효이고 중요부분의 착오로 인한 경우에는 행위자에게 중대한 과실이 있는 때에 한하여 그 무효를 주장할 수 없다는 것이 다수설의 견해이다.⁴⁷⁾ 이는 집행승낙의사표시의 성질을 소송행위의 일종으로 보는 것과 반드시 부합하는 것이라고는 할 수 없으나, 가급적 집행증서의 성립요건을 엄격히 해석, 적용하여 채무자의 보호에 중점을 두려는 데에서 출발하는 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

41) 부구옥, 앞의 논문 570면; 총합판례연구총서 민소(3) 171면. 공증인법 시행령 제3조가 대리인의 촉탁에 의하여 공정증서를 작성한 경우에는 공증인이 3일 이내에 본인에게 그 사실을 통지하도록 규정하고 있는데, 대리관계를 묵비하는 등의 경우에는 그 통지가 불가능하고 따라서 본인이 집행증서의 작성사실을 알지 못하게 된다는 것을 유력한 근거로 한다.

42) 日最判 1976. 10. 12.(민집 30-9, 889면).

43) 日最判 1981. 3. 24.(시보 999, 56면).

44) 부구옥, 앞의 논문 580면; 이진성, 앞의 논문 52면.

45) 공증실무 44면.

46) 日大判 1912. 1. 25.(민록18, 18)(위임사항이 기재되지 않은 경우); 日大判 1912. 5. 6.(민록18, 464면)(수임인이 기재되지 않은 경우).

47) 이진성, 앞의 논문 63면; 주해 민사집행(1) 305면; 日最判 1969. 9. 18.(민집23-9, 1675면).

(3) 객체[청구]에 있어서의 하자

1) 청구권이 대체성이 없는 급부를 목적으로 하는 경우

집행증서의 대상으로 되는 청구권은 금전의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급부를 목적으로 하는 청구권 또는 어음·수표금에 한정된다. 따라서 대체성이 없는 특정물의 급부를 목적으로 하는 청구, 채무자의 작위, 부작위 또는 의사표시를 요구하는 청구권 등은 집행증서의 대상으로 될 수 없고, 이들 청구권에 관하여 집행승낙의 의사표시가 기재된 집행증서가 작성되더라도 이는 채무명의를 될 수 없고, 무효라고 할 것이다.⁴⁸⁾

2) 금액 또는 수량의 일정성(一定性)

집행증서는 일정한 금전의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급부를 목적으로 하는 청구 또는 어음·수표금의 청구를 대상으로 하는 것이어야 한다. 이들 청구는 다른 청구와 구별할 수 있을 정도로 특정되어야 한다. 따라서 채권자, 채무자, 채권액 등이 특정되어 있어야 한다. 금액이나 수량은 증서 자체에 특정되어 있거나 적어도 증서의 기재에 의하여 용이하게 산정할 수 있어야 한다. 집행증서의 기재 자체에 의하여 급부의 목적인 금액 또는 대체물이나 유가증권의 수량을 확정할 수 없는 경우에는 그 집행증서는 무효이다. 그러나 일단 일정성의 요건을 구비한 이상 집행증서 작성 후에 일부 변경이 이루어지더라도 잔액에 대한 채무명의로서 유효함은 당연하다.

일정성의 구비여부가 문제되는 경우로 기한부 또는 조건부채권·반대급부에 걸린 채권·선택채권을 대상으로 하는 것이라도 집행증서 작성 당시 당사자 사이의 법률관계가 확정되어 있고 증서상 급부하여야 할 금액 또는 수량이 명백하게 되어 있는 이상 집행증서로서 유효하다는 견해가 다수설⁴⁹⁾이고, 기한의 도래, 조건의 성취, 반대급부의 이행, 선택권의 행사에 의한 채권의 특정 등은 집행문부여 또는 집행개시의 요건으

48) 주해 강제집행(1) 556면. 이와 관련하여 독일이나 대만과 같이 부동산이나 동산의 인도청구권에 관하여도 집행증서의 범위를 확장하자는 주장이 계속되어 왔고, 현재 법무부에 의하여 특정 동산이나 토지, 건물의 인도청구권에 대하여 집행증서의 범위를 확장하는 공증인법 개정 법률이 2011. 9. 29. 입법예고되었다.

49) 박두환, 집행법 91면; 이진성, 앞의 논문 56면; 주해 민사집행(1) 297면; 주해 강제집행(1) 558면 등.

로 될 뿐이다. 또 대상(代償)청구의 경우 그 내용이 집행증서 자체에 의하여 특정되어 있어야 한다. 단순히 “인도불능시에는 시가로 환산한 금액을 지급한다”고 되어 있는 경우에는 시가를 특정하기 어려우므로 그 금액지급부분에 관하여는 집행증서로서의 효력이 없다.

구체적으로 임료채권의 경우 단순히 임료액을 정한 것만으로는 유효한 집행증서가 될 수 없고, 임료액, 지불시기, 방법, 임대차기간, 종료시점 등이 아울러 기재되어 있어야 비로소 집행대상으로 될 임료액의 산정이 가능하게 되어 집행증서로서 유효하게 된다. 당좌대월계약 또는 근저당권부금전소비대차계약에 기한 채권은 장래의 거래 종료시에 비로소 실제로 집행할 수 있는 채권액이 특정되는 것이고, 거래 개시시에 정하는 금액은 그 채권의 최고한도를 표시하는 데 그치는 것이므로 금액이 특정되어 있거나 집행증서의 기재 자체에 의하여 산정할 수 있는 경우에 해당하지 아니하여 무효라는 견해가 다수이다.⁵⁰⁾ 할부판매계약에 기한 대금채권도 그 기재만으로는⁵¹⁾ 집행할 금액의 산정이 불가능하므로 일정한 금액이 특정되어 있다고 할 수 없어 집행증서로서 무효라고 볼 것이다. 그러나 일정액의 채권을 일정기간에 걸쳐 할부로 변제하기로 하는 약정은 전혀 성질을 달리 하는 것으로서 할부변제로 인하여 집행시에 강제집행할 금액이 불명하더라도 집행권원으로서 유효하다.⁵²⁾ 이밖에 구상권 등 장래에 취득하게 될 채권⁵³⁾과 백지어음⁵⁴⁾의 경우도 모두 무효로 볼 것이다.

(4) 실체관계와의 불일치

집행증서의 기재내용과 객관적 사실의 불일치로서, 먼저 채권액에 관하여 집행증서에 기재된 채권액과 실제의 채권액이 일치하지 아니하는 경우에는 진실한 채권액에 합치하는 범위 내에서만 집행증서로서 유효하고, 이를 초과하는 부분은 무효라는 데에

50) 주석 강제집행 I 439면; 이진성, 앞의 논문 57면; 日大判 1909. 10. 22.

51) 자동차할부판매계약에 부수하여 “채무자는 기한이익 상실 등으로 계약 해제된 경우, 그 자동차의 매매대금 및 지연손해금을 채권자에게 지급하고, 만일 매매대금을 일부변제한 때에는 그 변제금액, 자동차를 반환한 때에는 그 평가액 등을 공제하고 잔액에 대하여 강제집행을 승낙한다”는 내용.

52) 日最判 1971. 7. 23.(판시 643, 37면).

53) 이진성, 앞의 논문 59면; 주해 민사집행(1) 301면; 日大判 1916. 3. 22.(민록 22, 608면).

54) 이진성, 앞의 논문 60면; 부구옥, 앞의 논문 607면.

이론이 없고,⁵⁵⁾ 판례도 같은 취지이다.⁵⁶⁾ 당사자 사이에 이자의 약정이 있으나 집행증서에 이를 기재하지 아니한 경우에는 그 이자채권에 대하여는 집행증서의 집행력이 미치지 아니한다.⁵⁷⁾

다음으로 금전소비대차에 있어서 금전수수의 일시에 관하여 집행증서 작성시에는 아직 금전의 수수가 이루어지지 않았는데도 그 수수가 있었던 것으로 기재되고 실제의 금전수수는 그 후에야 이루어진 경우, 공정증서에는 반드시 객관적 사실이 그대로 기재되어야 한다는 것을 이유로 집행증서가 무효라는 견해와 소비대차는 요물계약이 아니므로 유효하고 다만 당사자가 특별히 금전수수가 실제로 있을 것으로 약정한 때에 한하여 무효라는 견해⁵⁸⁾가 있다. 일본의 판례는 공정증서 작성 후 실제로 금전이 수수된 이상 유효하다고 한다.⁵⁹⁾

또한 준소비대차를 소비대차로 기재한 경우 금전수수의 유무에 관하여 예컨대, 매매대금의 지급에 갈음하여 이를 차용한 것으로 하여 집행증서를 작성한 경우와 같이, 현실적인 금전수수가 없었는데도 수수된 것으로 기재된 것만으로는 집행증서의 효력에 영향이 없고, 집행증서는 유효하다.⁶⁰⁾ 일본의 판례도 같다.⁶¹⁾

IV. 하자 있는 공증에 대한 책임 귀속

1. 개 설

공증에 하자가 있어 이로 인해 손해를 입은 경우 피해자는 손해배상을 청구함에 있어서 그 상대는 고의 또는 과실의 귀책사유가 있는 공증인이라고 일응 생각할 수 있으

55) 이진성, 앞의 논문 71면; 총합판례연구총서 민소III 187면 등.

56) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카3417 판결; 日大判 1915. 7. 15.(민록21, 1215).

57) 대법원 1994. 5. 13.자 94마542, 543 결정.

58) 이진성, 앞의 논문 72면.

59) 日大判 1936. 6. 16.(대심민집 15, 1125면).

60) 이진성, 앞의 논문 72면; 총합판례연구총서 민소III 190면; 주해 민사집행(I).

61) 日大判 1933. 3. 2.(민집 12, 474면).

나, 공증인의 지위나 공증업무의 법적 성질에 따라 그 책임의 귀속이 달라진다.

공증인의 지위를 공무를 집행하는 공무원 또는 공무원에 준하는 것으로 인정하는 법제에서는 국가를 상대로 손해배상을 구할 수 있고, 아울러 이 경우 공증인 개인을 상대로 한 손해배상이 가능한 것인가가 문제가 된다. 이에 반하여 공증인의 법적 지위를 사인의 자영업자로 보는 법제에서는 바로 공증인을 상대로 손해배상을 구하는 것이 일반적인 형태가 된다.

한국은 준공무원의 신분인 공증인이 공증업무를 하면서 고의·과실로 하자 있는 공증을 하여 이로 인해 손해를 끼친 경우에는 우선 국가배상법에 따라 국가가 그 손해배상책임을 지게 된다. 문제는 이 경우 국가의 배상책임의 법적 성격과 이와 관련한 공증인 개인의 구상책임이나 직접 책임의 유무이다.

2. 국가배상책임

가. 외국의 입법례⁶²⁾ - 국가배상 및 공무원의 개인책임 인정여부

(1) 독일

1919년의 바이마르헌법과 1949년의 기본법에서 국가책임원칙을 인정하여 “공무원이 자기에게 위탁된 공무집행에 당하여 제3자에게 부담하는 직무상 의무를 위반한 때에는 그 공무원을 사용하는 국가 또는 공공단체가 원칙적으로 배상책임을 진다. 다만 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 구상권이 유보된다”고 규정하여, 현재 독일의 국가배상책임은 민법 제839조와 기본법 제34조의 결합에 의하여 대위책임의 구조하에 공무원의 개인책임은 부정하는 형태를 취하고 있다.

62) 양형권, “공무원의 직무상 불법행위로 인한 개인책임의 인정여부 및 구상과 관련한 문제점 - 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결, 2001. 2. 15. 선고 96다42420 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 재판실무연구(2001), 광주지방법원, 99~102면에서 발췌.

(2) 프랑스

1873년의 국참사원의 블랑코 판결을 통하여 공법제도로서의 국가배상책임제도가 확립되어 공무원의 과실을 개인과실과 역무과실(기관과실)로 구분하여 역무과실의 경우에만 국가배상책임을 인정하고 개인과실의 경우에는 공무원 개인이 책임을 지는 것으로 하였다가, 1911년의 Anguet판결과 1918년의 Lemonier 판결로 과실의 중복원칙과 책임의 중복원칙에 기하여 개인과실로 인정되는 경우에도 그것이 직무행위와 전혀 무관하지 아니한 이상 동시에 역무과실의 성격을 가지는 것으로 보아, 공무원 개인의 민사상 책임과 국가의 배상책임이 경합적으로 발생하는 것으로 보아 피해자에게 공무원 개인 또는 국가에 대한 선택적 배상청구권을 인정하고 있다.

(3) 영·미

영·미에서는 원래 공무원의 직무상 불법행위의 경우 공무원이 개인적으로 민사상 손해배상책임을 지는데 그치고, 국가에 대하여는 “국왕은 악을 행할 수 없다”는 법리와 “주권면책의 법리”에 기하여 국가무책임의 원칙이 지배하고 있다가 영국에서는 1947. 7. 31. 국왕소추절차법이, 미국에서는 1946. 8. 2. 연방불법행위청구권법이 제정되어 비로소 국가배상책임이 인정되게 되었다. 영·미는 국가책임을 사인의 민사상 불법행위책임과 같은 기초 위에 사용자책임의 구조로 설정하면서 광범위한 적용배제조항을 둬으로써 국가의 배상책임을 실질적으로 축소, 제한하고 있고, 공무원 개인은 국가와 합동하여(jointly) 또는 경합하여(concurrently) 책임을 지고, 피해자는 일방 또는 쌍방을 상대로 제소할 수 있는 법제를 취하고 있다.

(4) 일본

명치시대 때 권력적(공행정) 작용으로 인한 손해에 대하여는 각 개별법에 특별규정이 없는 한 국가는 물론 공무원 개인책임까지도 원칙적으로 부정하였고, 집달리, 등기관리, 호적사무를 관장하는 이원, 공증인 등 일부 공무원에 대하여는 개별법의 규정에 의하여 고의 또는 중대한 과실 등을 요건으로 하여 개인책임을 인정하였다가, 소화 21

년에 제정된 헌법 제17조⁶³⁾와 소화 22년에 제정된 현행 국가배상법은 제1조 제1항⁶⁴⁾에서 국가의 배상책임을 인정하였고, 공무원 개인의 책임에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않고⁶⁵⁾ 그 부칙에 의하여 종래 공무원 개인책임을 제한적으로 인정하였던 공증인법, 호적법, 부동산등기법 등의 개별법 규정을 삭제하였다.

일본 최고재판소의 확립된 판례는, 직무상 불법행위를 한 공무원에게 고의나 중과실이 있는 경우에도 국가나 공공단체가 피해자에 대한 배상책임을 지는 것인지 공무원 개인은 피해자에 대한 배상책임을 지지 아니하는 것으로 보고 있다.

나. 한국의 국가배상법 체계

헌법 제29조 제1항⁶⁶⁾과 국가배상법 제2조(배상책임) 제1항 본문⁶⁷⁾에서 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우 국가나 지방자치단체가 그 손해를 배상하도록 규정하고 있다.

따라서 공증인이 국가사무인 공증 직무를 함에 있어서 고의 또는 과실로 의뢰인이나 제3자에게 손해를 입힌 경우 국가가 그 손해를 배상하여야 한다. 그러나 이 경우 공증인 개인의 책임을 인정할 것인가에 대하여는 해석상 다툼이 있다.

다. 국가배상책임의 법적 성질

공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가의 손해배상책임의 본질과 관련하여 대위책

63) “누구든지 공무원의 불법행위로 손해를 받은 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가 또는 공공단체에 그 배상을 청구할 수 있다.”

64) “국가 또는 공공단체의 공권력행사에 당하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어서 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때에는 국가 또는 공공단체가 이를 배상할 책임을 진다.”

65) 국가배상법 제1조제2항에서 “전항의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에 대하여 구상권을 갖는다”고 규정하고 있을 뿐이다.

66) “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”

67) “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 ‘공무원’이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다.”

입설과 자기책임설의 대립이 있다.

전자는 손해를 가한 공무원이 개인적으로 저야 할 불법행위의 책임을 국가 또는 공단체가 대신하여 배상책임을 지는 것으로 이는 민법상의 사용자책임과는 그 성질을 달리한다는 견해로써 행정법학자들의 다수설이다. 이 설은 국가배상법이 과실주의에 입각하고 있다는 점과 공무원의 위법행위는 국가의 행위로 볼 수 없는 공무원 개인의 행위이기 때문에 그러한 행위의 효과도 국가에 귀속시킬 수 없다는 점을 논거로 하고 있으며, 따라서 국가는 손해를 가한 책임 있는 공무원에게 당연히 구상할 수 있으나 다만 공무원의 직무의 목적의 저하와 사무정체를 방지하기 위한 입법정책적 고려에서 경과실의 경우에는 면책시키고 있다는 것이다.

후자는 국가는 그의 기관인 공무원을 통하여 행위하기 때문에 공무원의 직무행위는 그 위법여부에 관계없이 국가에 귀속되는 것이므로 손해가 공무원에 의하여 가해졌다고 하더라도 국가 스스로의 책임이라는 견해이다. 이 설은 피해자의 구제의 폭을 넓이기 위해서는 피해자에게 선택적 청구권을 인정함이 타당하다는 것이다.

위 견해 이외에 중간설이 있는데, 이는 공무원의 고의 또는 중과실에 의한 위법행위는 기관행위로 볼 수 없으므로 그에 의한 국가 또는 공공단체의 배상책임은 공무원에 갈음하는 대위책임으로서 선택적 청구가 불가하고, 공무원의 경과실에 의한 위법행위는 기관행위로서의 성질을 인정하지 아니할 수 없는 것이므로 그 경우에는 국가는 자기책임으로서의 배상책임을 지는 한편 피해자는 국가 및 가해공무원에게 선택적 청구권을 가진다고 한다.

고의 또는 중대한 과실의 경우 원칙적으로 공무원 개인책임이지만, 직무행위의 외관을 갖춘 경우에는 국가의 자기책임으로서 선택적 청구가 가능하다는 학설도 있다.

3. 공증인의 개인 책임

가. 국가배상책임과 개인책임, 구상 관계

(1) 규정

앞서본 헌법 제29조 제1항 후문의 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한

다”는 규정과 국가배상법 제2조 제2항 “제1항 본문의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다”의 규정이 있는데 그 해석을 둘러싸고 학설과 판례의 견해가 있다.

(2) 공무원 개인책임의 인정여부에 관한 학설의 대립

1) 부정설(대국가적 청구권설, 우리나라와 일본의 다수설)

국가배상책임의 성질에 관하여 대위책임설과 일부 절충설의 입장을 취하는 학자에 의하여 지지되고 있다.

그 논거는 ① 국가 또는 지방자치단체가 손해배상을 하면 피해자의 구제는 완전히 만족되고, 공무원 개인에게 책임을 부담시켜도 피해자의 복수심을 만족시켜 주는 외에는 실익이 없다. ② 공무원이 직접 피해자에 대하여 배상책임을 진다면 민법에 의하여 공무원에게 경과실이 있는 경우까지도 배상책임을 지게 되어 국가배상법 제2조 제2항에서 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 공무원에 대한 국가의 구상권을 인정한 취지가 몰각된다. ③ 공무원의 개인책임을 인정하는 경우 경제적으로 배상능력이 충분하지 아니한 공무원에 대한 남소의 가능성이 크고, 그러한 우려 때문에 공무원의 직무집행을 위촉시켜 행정사무의 원활한 수행을 저해할 뿐만 아니라 궁극적으로 행정서비스의 수익자인 국민에게 피해가 돌아간다.

2) 긍정설(선택적 청구권설, 우리나라와 일본의 소수설)

국가배상책임의 성질에 관하여 자기책임설을 취하는 학자들에 의하여 지지되고 있다.

그 논거는 ① 민법에서는 기관 개인 또는 피용자 자신의 피해자에 대한 직접책임을 인정하고 있는데, 공무원에 대해서만 다른 취급을 할 필요가 없다. ② 공무원 개인에 대하여 직접 책임을 추궁할 수 있게 하는 것이 절차도 간단하고(배상결정전치주의가 폐지되기 전에 특히 의미가 있었음), 국가배상법의 배상기준적용도 받지 않기 때문에 피해자의 구제를 신속, 편리, 확실하게 한다는 점에서 합리적이다. ③ 국가배상법 제7조는 외국인이 피해자인 경우 상호보충주의를 취하고 있는데, 피해자가 국가배상법의 상호보충규정의 적용을 받지 못하는 외국인인 경우, 공무원 개인에게 민법상 불법행위로

인한 손해배상을 청구할 수 없다고 하는 것은 부당하다.

3) 제한적 긍정설(절충설, 우리나라와 일본의 소수설)

공무원에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에 한하여 가해공무원의 피해자에 대한 직접 손해배상책임을 인정하는 견해로서 국가배상의 책임의 성질에 관하여 중간설의 입장을 취하는 학자들에 의하여 지지된다.

그 논거는 ① 국가배상법 제2조에 의한 책임은 국가의 자기책임으로 보아야 하고, 피해자에 대하여 국가가 책임을 부담하는 것과 공무원 개인이 책임과는 전혀 별개의 문제이다. ② 국가 등이 일반사용자보다 배상능력이 충분하다는 것만으로는 공무원과 민법상 피용자간에 불법행위로 인한 개인책임의 인정여부에 차이를 인정할 사유가 될 수 없다. ③ 고의 또는 중과실에 의해 타인에게 손해를 가한 경우까지도 피해자로부터의 면책을 인정하는 것은 필요 이상으로 공무원을 보호하고, 피해자의 권리를 박탈하는 결과가 되어 부당하다. ④ 국가배상법 제2조 제2항이 구상권의 범위를 공무원의 고의 또는 중과실이 있는 경우로 한정하고 있는 취지로 보아, 적어도 경과실의 경우에는 면책되어야 한다. ⑤ 현대의 행정활동이 극히 복잡, 다양화되어 있어 공무원이 공무를 수행함에 있어 경과실에 의하여 위법한 권리침해를 할 가능성이 많은데 이러한 경우까지 개인책임을 지우는 것은 너무 가혹하므로 경과실의 경우 면책되어야 한다. ⑥ 당해 공무원의 행위에 경과실의 흠이 있는 경우에도 그것은 공무집행상 통상 예견될 수 있는 것이라는 점에서는 그러한 행위도 여전히 기관행위로 인정되고, 적법·무과실의 행위와 같이 자연인인 공무원 개인의 행위라는 측면은 남아 있지 아니하므로 경과실의 경우 공무원 개인에 대한 청구는 부당하다.

(3) 판례의 변천

1) 공무원의 개인책임을 인정하는 판례

대법원 1972. 10. 10. 선고 69다701 판결 : 민사상의 손해배상 책임을 특별법인 국가배상법이 정한데 불과하며, 헌법 제26조 단서 규정에 따라 국가배상법의 공무원 자신의 책임에 관한 규정 여하를 기다릴 것 없이 공무원 자신이 불법행위를 이유로 민사상의 손해배상책임을 져야한다(공무원 개인의 책임은 국가책임과 부진정연대의 관계).

그 외 대법원 1975. 7. 30. 선고 74다2065 판결,⁶⁸⁾ 대법원 1995. 11. 7. 선고 93다41587 판결⁶⁹⁾이 있다.

2) 공무원의 개인책임을 부정한 판례

대법원 1994. 4. 12. 선고 93다11807 판결⁷⁰⁾: 구 헌법 제28조 제1항, 국가배상법 제2조 제1항의 규정의 해석상 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 사람은 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있고, 이 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에게 구상할 수 있을 뿐, 피해자가 공무원 개인을 상대로 손해배상을 청구할 수 없는 것이라는 취지로 판시하였다.

3) 공무원의 개인책임을 제한적으로 인정한 판례

대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결⁷¹⁾:

[다수의견 - 대법관 6인] 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있

68) 육군 소령인 소외인이 근무를 마치고 다른 장교 2명을 태우고서 차량을 운전하여 귀가하던 중 도로를 횡단하던 원고를 치어 상해를 입힌 경우에 소외인의 위 차량운전행위는 소외인의 직무와 관련 없는 행위라 할 수 없다. 공무원인 소외인이 운전과실로 원고에게 상해를 입힌 경우에 있어서 소외인이 원고에게 치료비와 위자료를 배상하면서 위 사고로 인한 일체의 책임을 묻지 않기로 화해하였고, 그 화해가 위 사고로 인한 손해배상채무 일체를 변제한다는 취지였다고 하더라도 원고와 소외인의 책임면제의 약정은 위 소외인과 부진정연대채무관계에 있는 것으로 볼 수 있는 피고(국가)에게는 효력이 미칠 수 없다고 판시함으로써 공무원의 개인책임을 인정하는 것을 전제로 하여 판결하였다.

69) 고 박종철군 고문치사사건 은폐 관련 경찰고위공무원들에 대하여 망 박종철의 고문치사사실을 은폐하거나 또는 망인의 고문치사에 가담한 범인을 축소하는 등으로 그 진상을 은폐함으로써 위 망인의 유족들의 인격적 법익이 침해되었다는 이유로 이로 인한 위자료를 지급할 의무가 있다고 판시함으로써 공무원의 개인책임을 인정하였다.

70) 금산경찰서 경비과장인 원고가 그 직무수행을 위하여 금산경찰서의 관용 트럭 적재함에 금산경찰서에 파견근무 중이던 방위병인 소외 양홍식을 탑승시키고 운전하던 중 마주 오던 오토바이와 교행하기 위하여 우측 도로변으로 급접 운행하다가 약 5미터의 제방 아래로 추락전도케 하여 위 소외인으로 하여금 상해를 입게 하였는바, 원고가 위 소외인에게 손해배상금조로 금 254,000,000원을 지급하기로 하는 서면합의를 한 다음 그 합의금을 지급하지 아니한 채 위 관용차량의 보험자인 피고보험회사에 보험금의 지급을 청구한 사안.

71) 공군 방포사 소속 운전병인 피고가 부대지휘관 소외 홍종권의 지휘 아래 위 부대 소속 군용 버스를 운전하여 가던 중 전방을 제대로 살피지 않은 과실로 철길 건널목 일단정지선 부근에서 정지하여 신호 대기 중이던 홍종권이 탄 군용 지프차를 들이받아 위 홍종권이 즉사하자, 그의 재산상속인들인 원고들이 피고를 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기한 사안.

는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실
 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌
 법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해
 석이다.

[별개의견 - 대법관 5인] 공무원의 직무상 경과실로 인한 불법행위의 경우에도 공무
 원 개인의 피해자에 대한 손해배상책임을 면제되지 아니한다고 해석하는 것이 우리 헌
 법의 관계규정의 연혁에 비추어 그 명문에 충실한 것일 뿐만 아니라 헌법의 기본권보
 장 정신과 법치주의의 이념에도 부응하는 해석이라고 생각한다.

[반대의견 - 대법관 2인] 공무원이 직무상 불법행위를 한 경우에 국가 또는 공공단체
 만이 피해자에 대하여 국가배상법에 의한 손해배상책임을 부담할 뿐, 공무원 개인은
 고의 또는 중과실이 있는 경우에도 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는 것
 으로 보아야 할 것이다.

(4) 결론

공증인의 경우 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조를 그 입법취지
 에 조화되도록 해석하면 공증인이 공증 직무 수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입
 힌 경우에 국가가 국가배상책임을 부담하는 외에 공증인 개인도 고의 또는 중과실이
 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지만, 공증인에게 경과실이 있을 뿐
 인 경우에는 공증인 개인은 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이는
 위 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결의 견해와 동일한 해석이다.

나. 공증인 개인의 책임이 인정되는 ‘중과실’의 의미

대법원 1996. 8. 23. 선고 96다19833 판결에서⁷²⁾ 공무원의 중과실이라 함은 공무원에

72) 4년 3개월 남짓된 유치원생이 하교 중 사망한 사건으로서 망인이 다니던 유치원은 등하교 차량을 제공
 하지 않고 있고, 위 망인이 귀가하기 위해서는 위 유치원 정문으로부터 약 116m 떨어진 곳에 위치한 버
 스정류장에서 1시간 간격으로 운행되는 시내버스를 타야 하며, 위 유치원 정문에서 위 버스정류장에 이
 르는 도로는 인도와 차도가 구분되고 차도의 폭이 12m에 이르며 차량의 통행이 빈번함. (……) 따라서
 유치원 교사인 피고 홍길동으로서의 수업 종료 후 위 망인을 책임지고 집으로 데려갈 자가 유치원에 오

게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다고 정의하였고, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003다13307 판결도 같은 취지이다. 대법원 2000. 12. 26. 선고 2000다56594 판결에서도⁷³⁾ 허가 및 신고 수리 등을 담당하는 공무원으로서 그 직무를 집행함에 있어서 관계 법규를 알지 못하거나 필요한 지식을 갖추지 못하여 법규의 해석을 그르쳐 잘못

지 않았으면 그를 유치원 내에 그대로 머물게 하면서 그의 부모 등이 도착할 때까지 기다리게 하는 한편 전화 통화 등의 방법으로 부모 등에게 그를 데려 가도록 조치를 취하여야 하고, 그로 하여금 부모 등의 인도 없이 시내버스를 이용하여 귀가하게 하려면 시내버스 정류장까지 그를 인도하는 것만으로는 부족하고 시내버스가 도착할 때까지 버스정류장에서 함께 기다렸다가 그를 위 시내버스에 태워 주어 그로 하여금 안전하게 귀가할 수 있도록 하여 줄 의무가 있다 할 것이나, 위 망인이 위 유치원에 입학한 후 이 사건 사고일까지 6,7일 정도는 유치원 교사가 위 망인 등을 정류장까지 인솔하고 나서 유치원에서 평소 수차레 교육하여 왔던 정류장이탈금지 등의 교통안전교육을 시킨 후 스스로 귀가하도록 하였으나 위 망인을 비롯한 유치원생들이 노선버스 등을 타고 별다른 사고 없이 귀가하여 왔고, 위 유치원 입학식 때 학부모들에게 원생들의 등하교는 학부모들의 책임임을 주지시키고 원생들에게도 수시로 교통안전교육을 실시하였으며, 이 사건 사고 당일에도 유치원 수업이 끝났으나 위 망인과 같은 동리에 거주하는 학부형이 1명도 유치원에 오지 않자 피고 홍길동은 원생들을 그대로 방치한 것이 아니라 위 망인 등을 시내버스 정류장까지 인솔하여 가서 약 25분 동안 시내버스를 위 망인 등과 함께 기다리다가 버스가 도착하지 않자 그들에게 위 정류장에서 이탈하지 말고 줄을 서서 기다리다가 버스가 오면 잘 살펴 버스를 타라는 등 매일 실시하던 교통안전교육을 다시 실시하고 나서 위 유치원으로 돌아 온 것이므로, 위 피고는 유치원 교사로서 통상 요구되는 주의를 현저히 게을리한 것으로는 볼 수 없다고 하여 공무원 개인에 대한 청구를 기각.

- 73) 원고는 대지 56.2㎡와 그 지상의 단층 주택(등기부상으로는 47.25 ㎡)을 매수하여 법무사 사무실로 사용하기 위하여 광주광역시 동구청에 개축신고서를 제출하였는데 담당 공무원이던 피고가 위 건물이 35m 이상의 막다른 골목길에 인접하여 건축법 제36조, 동법 시행령 제3조 제4항의 규정에 따라 6m의 도로를 확보하여야 하는 만큼 위 골목길의 중심선에서 3m 간격을 유지하여 건축할 수 있도록 도면을 작성하여 첨부하라고 보완 요구하였다. 원고는 개축하고자 하는 건물의 바닥 면적이 50㎡를 초과하지 않으므로 구 건축법 제9조의 신고대상으로서 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 된다고 보고 개축신고서를 보완하지 않고, 착공신고서도 제출하지 않은 채 개축행위에 착수하였다. 동구청이 이를 발견하고 수회에 걸쳐 공사를 중지하고 신고 혹은 허가가 적법하게 된 후에 공사를 할 것을 촉구하였으나 원고가 응하지 않고 밤에 외벽공사를 완료하고, 비가 내리는 때를 이용하여 조립식 지붕까지 올리자, 피고는 원심 공동 피고였던 과장의 결재를 받아 계고처분을 거치지 아니하고 행정대집행으로 이 사건 증축건물을 철거하였다. 그 후 원고가 제기한 행정소송에서 “건축선에 의한 건축제한이 적용되는 도로는 미리 관계 법령에 의하여 도로로 고시되거나 건축허가 또는 신고시 시장 등이 그 위치를 지정한 도로만을 가리키고, 그 도로로서의 위치 지정이 있게 되면 이해관계를 가진 자의 동의를 얻어야 하는데 위 증축건물 옆의 도로가 이에 해당한다는 증거가 없다는 이유로 위 개축건물을 철거한 것은 일응 위법하나, 행정대집행이 이미 완료되었으므로 그 소의 이익이 없다”는 이유로 각하 판결이 선고되었고, 대법원에서 그대로 확정되었다. 이 사건에 대하여 제1,2심은 관계 공무원이 관계 법령을 정확히 알지 못한 채 관행만을 내세워 위와 같이 처리한 것은 중과실이 인정된다고 판단하여 원고 일부 승소판결을 하였으나, 이에 대하여 대법원은 중과실을 부정하고 원심을 파기하였다.

된 행정처분을 하였다면 그가 법률전문가가 아닌 행정직 공무원이라고 하여 과실이 없다고 할 수는 없을 것이나, 피고가 그 나름대로 신중을 다하여 관계 법령에 대한 해석을 하여 합리적인 근거를 찾았을 뿐 아니라 그에 따른 행정실무 관행도 존재한 이상 이에 따른 처리가 결과적으로 위법하게 되어 법령의 부당집행이라는 결과를 가져오게 되었다고 하더라도 피고의 이와 같은 직무상의 행위를 중과실에 의한 행위라고 할 수는 없다고 판시하였다.

다. 구상관계

(1) 국가의 공증인에 대한 구상

국가배상법 제2조 제2항에 따라 가해 공증인이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 중대한 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하여 국가가 그 손해배상을 한 때에는 국가는 그 공증인에게 구상할 수 있다.

(2) 피해자에게 손해를 배상한 가해공증인의 국가에 대한 逆구상 여부

고의, 중대한 과실에 의한 직무상 불법행위로 인하여 피해자에게 손해를 배상한 공증인의 경우 책임의 궁극적인 주체는 가해공증인이므로 가해공증인이 국가에 대하여 구상한다는 것은 불가하다.

다만, 경과실에 의한 위법한 직무집행으로 인하여 피해자에게 손해를 배상해준 가해 공증인의 경우 국가에 대하여 구상할 수 있을 것인가 문제는 명문의 규정이 없어 논란의 여지는 있으나 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결에 의하면 경과실의 경우 손해배상책임의 주체는 국가 또는 공공단체이므로 국가 또는 공공단체가 배상할 손해를 가해공무원이 대신 배상하였다면 부당이득 또는 사무관리의 법리에 따라 국가에 역구상할 수 있다고 해석된다.⁷⁴⁾

74) 프랑스의 경우에는 경과실의 경우 공무원 개인이 배상한 경우에는 불문법원리로서의 법의 일반원리에 따라 당해 공무원은 국가 등에 대하여 당해 배상액의 전보를 구할 수 있는 권리가 인정된다고 한 콩세유 데파의 1963. 4. 26.의 브장송병원 판결이 있다.

(3) 직무집행중인 공증인과 공동불법행위를 한 제3자가 피해자에게 손해배상을 한 경우 제3자의 국가에 대한 구상여부

공증인의 직무 집행이 제3자와의 공동불법행위를 구성하는 경우 공동불법행위자로서 부진정연대하여 피해자에 대하여 손해배상책임을 지게 된다. 이 경우 피해자에게도 과실이 있는 경우 과실상계를 함에 있어서 공동불법행위자 전원의 과실과 피해자의 공동불법행위자 전원에 대한 과실을 전체적으로 평가하여야 한다는 것이 대법원의 확립된 태도이나, 재판실무상 신의칙과 공평의 원칙에 의한 책임제한을 순수한 과실상계와 약간 다르게 취급하여 이사의 책임 등에 관한 사건에서처럼 제반 사정에 따라 불법행위자 사이에 별개의 비율로 책임을 제한할 수 있다.⁷⁵⁾

공동불법행위를 한 제3자가 피해자에게 손해배상을 한 경우 공증인이 고의나 중과실의 귀책사유로 공동불법행위를 이루는 경우는 물론 경과실에 의한 경우에도 국가가 1차적인 책임을 지는 것이므로 피해자에게 전체의 손해를 배상한 제3자가 공증인의 부담 부분에 관하여 국가에 구상을 청구할 수 있다고 해석함이 이론상 당연하다.

다만 공증인의 불법행위가 고의나 중과실에 해당하는 경우 국가는 공증인에게 개인 책임을 물을 수 있으나 경과실의 경우에는 이를 청구할 수 없다 하겠다.

V. 판례에 나타난 공증인의 책임

1. 국가배상책임

가. 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1233 판결【손해배상】

(원심판결; 서울고등법원 1974. 6. 21. 선고 73나1510판결)

75) 증권회사 유상증자 과정에서의 실권주 공모에 대한 불법행위와 관련하여 증권회사와 회계법인의 공동 불법행위책임을 인정하고 양자 사이에 책임을 비율로 제한한 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다16007 판결도 이와 같은 태도이다.

원고로부터 약속어음 11매를 교부하여 이에 대한 공정증서의 작성을 촉탁받은 공증인(임명공증인으로 보인다)의 공증사무소의 보조사무원이 원고의 승낙 없이 그 약속어음을 발행인에게 이를 내어 준 사안에서, 위 약속어음에 대한 공정증서의 작성은 물론 위 약속어음의 소지를 잃어서 약속어음상의 권리를 행사할 수 없게 된 원고가 국가를 상대로 어음금 상당의 손해배상을 청구한 사건에서⁷⁶⁾ 국가의 손해배상책임의 귀속을 원칙적으로 인정하였다.

2. 개인 책임

이와 관련하여서는 본인 확인의무 위반에 관한 서울중앙지법 2005. 10. 7. 선고 2004가합94155 판결⁷⁷⁾이 유일하다.

그 내용은 사채사무실 직원 소외인은 평소 원고 등 전주로부터 돈을 받아 사채놀이를 하던 중 점차 채무자들로부터 대여금을 제대로 변제받지 못하여 전주들에게 원금과 이자를 지급하지 못하게 되어 원리금의 지급을 독촉받게 되자, 타인 명의의 임대차계약서, 약속어음 등을 위조하여 이를 담보로 제공하고 채권자들로부터 다시 돈을 빌리기로 마음먹고, 가공 채무자 명의의 약속어음, 영수증, 허위 임대차계약서를 위조 작성하고, 다른 사람 명의의 주민등록증 복사본 용지 위에 가공 채무자의 성명, 주민등록번호, 관할 구청장 등으로 타자한 종이를 풀로 붙이고, 소지하고 있던 성명불상의 심부름센터 직원의 사진을 오려붙인 뒤 이를 다시 복사기로 복사하는 방법으로 주민등록증 사본을 위조한 다음, 위 심부름센터 직원을 데리고 피고(공증인가 법무법인)의 공증사무실에 찾아가 동인이 가공 채무자 본인인 양 약속어음에 관한 공정증서의 작성을 의뢰하였는데, 공증담당 직원은 위 약속어음의 수취인이자 촉탁인 본인(원고는 소외인에게 정확한 자신의 이름을 알려주지 아니하고, 친구의 아내 명의를 빌려 거래함)은 출석

76) 공증인은 피고 보조참가인으로 참가하였고 원심은 피고보조참가인 및 보조사무원의 위와 같은 불법행위로 인하여 약속어음 11매의 소지를 잃어서 이를 손쉽게 타처에 유통함으로써 그 액면상당의 대가를 얻을 수 있는 이른바 약속어음의 유통이익을 상실하여 그로 인한 손해의 성립이 있다 하여 그 손해액의 배상을 명하였으나, 대법원은 어음의 발행인이 행방불명이고 무자력인 까닭에 어음소지인이 발행인에게 어음금을 청구하여 수령할 수 없고 어음을 타처에 유통하여 그 유통이익을 얻을 수 있는 실효를 거둔 것이라고 보여 지지 않는다는 이유로 심리미진·이유불비로 파기·환송하였다.

77) [각공2005. 12. 10.(28), 1962]

하지도 아니한 상태에서 소외인으로부터 위 위조된 약속어음과 주민등록증 사본을 교부받았을 뿐, 가공 채무자 역할을 한 위 심부름센터 직원의 주민등록증 등을 제출받지 아니한 채, 약속어음에 관하여 채무자 겸 발행인 가공 채무자가 강제집행을 인낙하는 취지의 공정증서의 작성을 채권자 겸 수취인이 함께 촉탁한 것으로 하여 공증담당 변호사 명의의 약속어음 공정증서를 작성한 사안에서,⁷⁸⁾ 공증인이 위조된 약속어음에 관하여 공정증서를 작성하면서 촉탁인 중 한 사람인 수취인이 출석하지 않은 상태에서 위조된 주민등록증 사본만으로 촉탁인 중 다른 한 사람인 발행인이 본인인지 여부를 확인한 경우, 공증인에게 요구되는 본인확인에 관한 의무를 다하였다고 볼 수 없고, 본인확인 의무를 게을리 한 과실과 위 공정증서 등을 교부받고 금원을 대여한 자의 손해 사이의 인과관계를 인정하여 공증인에게 공동불법행위자로서의 손해배상책임을 인정한 사례이다.⁷⁹⁾

판결은 피고의 본인확인 의무의 법적 근거로 공증인법 제27조 제2항,⁸⁰⁾ 제56조의²⁸¹⁾을 들고 있고, 특이한 점은 원고는 피고에 대하여 공증인보조자인 직원의 사용자로서의 책임을 묻고 있으나, 동 직원은 피고의 피용인으로 실무적인 일을 처리한 것일 뿐이므로 피고를 기준으로 그 책임 여부를 살피고 있다.

피고는 약속어음 공정증서를 작성함에 있어 촉탁인의 본인 확인은 사본을 통해서도

78) 판결문 내용으로 추측컨대 원고는 당초 위조한 소외인도 공증한 법무법인과 함께 공동 피고로 하여 소를 제기하였다가 취하한 것으로 보인다.

79) 다만 위조된 약속어음에 관한 공정증서를 교부받고 금원을 대여한 자가 입은 손해액은 약속어음 액면금 상당액이 아니라 실제 출연한 대여금 상당액이고, 손해 발생에 기여한 원고의 부주의의 정도가 피고의 과실에 비해 훨씬 더 크다고 보아 과실상계한 결과 원고의 금 127,000,000원의 어음 액면금 청구에 대하여 피고의 배상금을 금 20,000,000원으로 판정함.

80) 제27조(촉탁인의 확인) ① 공증인이 증서를 작성하기 위하여는 촉탁인의 성명과 얼굴을 알아야 한다.

② 공증인이 촉탁인의 성명이나 얼굴을 모르면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 촉탁인이 맞다는 것을 증명하게 하여야 한다. 다만, 촉탁인이 외국인인 경우에는 여권이나 대한민국에 주재하는 그 촉탁인의 본국 영사가 발행한 증명서로써 그 촉탁인임을 증명할 수 있다.

1. 주민등록증이나 그 밖에 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하는 방법

2. 공증인이 성명과 얼굴을 아는 증인 2명에게 그 촉탁인임을 확실하다는 것을 증명하게 하는 방법

3. 그 밖에 제1호 및 제2호의 방법에 준하는 확실한 방법

③ 급박한 사유로 공증인이 증서를 작성할 때에는 증서를 작성한 후 3일 이내에 증서의 작성에 관한 규정에 따라 제2항의 절차를 밟을 수 있다.

④ 제3항의 절차를 밟았을 경우에는 그 증서가 급박한 사유로 작성된 것이 아니라는 이유로 그 효력을 상실하지 아니한다.

확인할 수 있고 반드시 주민등록증 원본을 통해 확인할 필요는 없으므로 본인확인 의무를 게을리 한 과실이 없다고 주장하였으나, 판결은 주민등록증 사본만으로 촉탁인이 본인인지 여부를 확인한 것만으로는 공증인에게 요구되는 본인확인 의무를 다 하였다고 보기는 어렵다고 하여 과실을 인정하였다.

그러나 위와 같은 공증인의 과실이 중과실에 해당되는 것인지에 관하여는 아무런 설시가 없고 피고도 경과실에 따른 개인 책임의 면책을 주장한 흔적이 없으며(원고는 처음부터 국가를 상대로 국가배상책임을 청구하는 시도가 없었던 것으로 보임) 아쉽게도 공증인의 직무상 과실에 의한 손해배상책임을 법리에 관한 선례로서의 가치가 없게 되었다.

다만 공증인의 촉탁인 본인 확인의무는 상당히 높은 주의의무를 요하는 본질적인 사항일 뿐만 아니라 집행증서의 경우에는 곧바로 집행권원이 된다는 점에서 위 사건에서와 같이 공증인이 어음의 발행인이자 채무자에 관하여 사진이 첨부된 주민등록증 자체가 아닌 사본만으로 본인을 확인한다는 것은 가장 기본적인 주의의무를 게을리한 것으로 중과실에 해당하는 것으로 보아야 할 것이므로 공증인 개인 책임을 인정한 결론은 타당하다 하겠다.

81) 제56조의2(어음·수표의 공증 등) ① 공증인은 어음·수표에 첨부하여 강제집행을 인낙(認諾)한다는 취지를 적은 공증증서를 작성할 수 있다.

② 제1항에 따른 증서는 어음·수표의 발행인과 수취인, 양도인과 양수인 또는 그 대리인의 촉탁이 있을 때에만 작성할 수 있다.

③ 공증인이 제1항에 따른 증서를 작성할 때에는 어음·수표의 원본을 붙여 증서의 정본을 작성하고, 그 어음·수표의 사본을 붙여 증서의 원본 및 등본을 작성한 후, 증서의 정본은 어음·수표상의 채권자에게 내주고, 그 등본은 어음·수표상의 채무자에게 내주며, 그 원본은 공증인이 보존한다.

④ 제1항에 따른 증서는 「민사집행법」 제56조에도 불구하고 그 어음 또는 수표에 공증된 발행인, 배서인(背書人) 및 공증된 환어음을 공증인수(公證引受)한 지급인에 대하여는 집행권원으로 본다.

⑤ 제4항에 따라 집행권원으로 보는 증서에 대한 집행문(執行文)은 공증된 어음·수표의 수취인이나 공증배서(公證背書)된 양수인에게만 부여한다.

⑥ 제1항의 경우에는 제25조부터 제35조까지, 제35조의2, 제36조부터 제38조까지 및 제40조부터 제43조까지의 규정을 준용한다.

VI. 결 어

공증인법 제2조에 의하여 공증인은 임명공증인이나 인가공증인을 막론하고 공증직무에 관한 한 공무원으로 간주되고, 또 국가배상법 제2조의 ‘공무를 위탁받은 사인’에 해당한다. 따라서 공증인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 당해 공증이 절차, 방식, 주체, 내용에 관한 일반적인 하자로, 또는 집행증서의 경우 촉탁, 객체 등에 관한 하자로 인하여 무효가 되어 제3자에게 손해를 입힌 경우 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조 제1항 본문에 의하여 국가가 국가배상책임을 부담하게 된다. 이 때 공증인에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공증인 개인은 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하지 아니하나, 공증인 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 제3자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 되고, 국가가 그 손해배상을 한 때에는 국가배상법 제2조 제2항에 따라 국가는 그 공증인에게 이를 구상할 수 있다.

한편 공증의 하자과 관련하여 공증인의 직무 집행상의 중과실 여부에 관하여는 “약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태”라는 판례의 정의에 입각하더라도 공증인의 임명자격이나 공증서의 공신력 특히 집행증서의 집행권원성에 비추어 앞으로 구체적인 사건에 있어서의 해당 여부에 관한 다양한 사례가 집적되어 연구가 진전되기를 기대한다. 