

금전소비대차계약 공정증서 작성과 관련한 몇 가지 소고

김재수
공증인·변호사

I. 서론

금전소비대차계약 공정증서란 채권자(貸主)와 채무자(借主) 사이의 금전소비대차계약을 근거로 채무자가 채무불이행 시 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없다는 소위 강제집행 인낙의 문구[소위 집행수락 약관]를 넣어서 작성된 공정증서를 말한다.

이러한 금전소비대차계약 공정증서는 공증 실무상 일반적이면서도 가장 많이 작성되는 공정증서의 일종이지만, 이자제한법 등과 같은 관계법령의 개정이나 대부업자 등의 상대방 대리 금지를 위한 새로운 집행증서 작성사무지침 제정 등으로 인하여 공정증서 작성과 관련하여 유념해야 할 부분들이 의외로 많이 있다.

이하에서는 공증인이 금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 실무상 특히 주의해야 할 부분들¹⁾과 관계법령과 지침의 제·개정 등으로 인하여 아직까지 명확한 기준이 정립되지 아니한 부분들에 대하여 공정증서 작성절차 단계에 따라 살펴보기로 한다.

1) 공증사무 감사시 주요 지도사항(2014.부터 2017.까지) 등을 중심으로 살펴보기로 한다.

II. 촉탁절차 단계

1. 비대면 문제

가. 공증인은 촉탁인 또는 그 대리인을 대면하지 않고 증서를 작성하거나 미리 서명한 용지를 이용하여 증서를 작성하여서는 아니된다. 즉, 공증인은 금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 법 제38조²⁾ 등의 구체적인 절차 규정을 반드시 준수하여야 한다.

나. 설령 공증인이 공증과정에서 촉탁인의 얼굴과 신분을 확인하였더라도 위 법 제38조 등의 절차를 제대로 준수하지 않은 경우는 비대면공증으로 공증인법 위반에 해당할 수 있음을 주의하여야 한다. 이러한 절차규정 준수 문제는 공증의 신뢰와 직결되는 가장 중요한 부분이므로 반드시 지켜져야 할 것이다.

2. 인감증명서의 유효기간 문제

가. 공증인이 대리인의 촉탁에 의하여 금전소비대차계약 공정증서를 작성하는 경우에는 위임장(별지 제10호 서식)을 제출하도록 하여야 한다. 위 위임장에 대하여 인증을 받지 아니한 경우에는 위임인의 인감을 위임장에 날인하고, 인감증명서를 제출하도록 하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙³⁾ 제14조 제1항, 제2항).

공증인은 위와같이 대리인의 촉탁에 의한 금전소비대차계약 공정증서 작성 시 대리권 증명서류(위임장, 인감증명서 등)가 누락되지 않는지, 그 위임장에 인감의

-
- 2) 제38조(증서의 작성 절차) ① 공증인은 그가 작성한 증서를 모든 참석자에게 읽어 주거나 열람하게 하여 촉탁인 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 한다.
② 통역인을 참여시켰을 경우에는 제1항의 절차 외에 통역인에게 증서의 취지를 통역하게 하고 그 취지를 증서에 적어야 한다.
③ 제1항과 제2항에 따라 각각의 취지를 적으면 공증인과 참석자는 각자 증서에 서명날인하여야 한다.
④ 참석자로서 서명할 수 없는 사람이 있으면 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다.
⑤ 공증인은 증서가 여러 장으로 이루어지는 경우에는 각 장에 걸쳐 직인으로 간인(間印)하여야 한다.

3) 이하 '서식규칙' 이라고만 한다.

날인이 누락된 것은 아닌지 등을 면밀히 살펴야 한다. 특히 공증인 보조자가 위임장에 위임인의 서명, 위임내용 등을 대필하여서는 아니됨을 주의하여야 한다.

나. 위 대리권 증명과 관련하여 위임장에 첨부된 인감증명서는 발행일로부터 3월 이내의 것이어야 한다(서식규칙 제14조 제3항).

여기서 3개월의 기간계산과 관련해서는 민법의 일반원칙에 따른다. 즉, 기간을 월로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니하고(민법 제157조), 기간을 월로 정한 때에는 역에 의하여 계산하되, 월의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 월에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료한다(민법 제160조).

예를 들면 인감증명서의 발행일이 2018년 9월 5일인 경우 발행일인 초일은 산입하지 않는 바, 2018년 9월 6일부터 기산하여 3개월이 되는 날(기산일에 해당하는 날의 전일)인 2018년 12월 5일(24:00)로 위 인감증명의 유효기간이 만료된다.

다만 3개월이 되는 날이 토요일이나 공휴일인 경우에는 그 다음날(공휴일이 계속된 경우에는 공휴일이 아닌 최초의 날)에 기간이 만료하는지에 대하여는 논란이 있다.

그러나 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 기간은 그 익일로 만료되므로(민법 제161조), 위 3개월의 기간계산을 함에 있어서 이와 달리 취급할 이유는 없다고 본다.

참고로 부동산등기신청서에 첨부하는 인감증명서의 유효기간 3월의 기간계산에 있어서는 “그 기간의 말일이 공휴일인 때에는 그 다음날로 기간이 만료된다.”는 등기예규가 있다(인감증명서 심사에 관한 예규 2010. 4. 13. 개정 [등기예규 제1308호, 시행 2010. 4. 13.]).

3. 외국인의 촉탁서 기재방법 문제

가. 공증인이 공증을 촉탁받은 경우에는 촉탁인 및 공증인 보조자에게 별지 제8호 서식에 의한 공증촉탁서에 소정사항을 기재하도록 하고, 촉탁인·대리인 확인란에 공증인이 이를 확인한 뒤 소정사항을 기재하여야 한다(서식규칙 제12조 제1항). 이 경우 공증인 보조자 또는 제3자가 공증촉탁서 상의 ‘성명’, ‘위 출석확인’, ‘수령자확인란’ 등 소정사항을 대필하여서는 아니됨을 주의하여야 한다.

나. 금전소비대차계약 공정증서의 경우에는 금전소비대차계약의 당사자가 촉탁인이 되는데, 내국인 뿐만 아니라 외국인도 촉탁인이 될 수 있음은 물론이다.⁴⁾ 그런데 외국인이 외국어로 촉탁서를 기재하여도 되는지 문제가 된다.

우선 국어를 해독할 수 있는 외국인이 촉탁하는 경우에는 촉탁서를 국어로 기재하도록 하면 된다.⁵⁾ 그러나 국어를 해독하지 못하는 외국인의 경우에는 반드시 통역인을 참여시켜야 하는 바, 그러한 경우 촉탁인 외국인에게는 외국어로 촉탁서를 기재하게 하고, 통역인으로 하여금 그 기재에 관하여 국어로 옮겨 적게 하는 방식으로 촉탁서를 작성하도록 하면 될 것이다.⁶⁾

4. 지적 장애인의 공증촉탁 문제

가. 공증인이 법률행위에 관한 증서를 작성하거나 인증을 함에 있어서 당사자의 능력 기타 법률행위의 효력에 영향을 미칠 사항에 대하여 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 하고(영 12조 제1항), 촉탁받은 사항이 무효이거나 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 때에는 촉탁을 거절하여야 하며, 거절하는 경우에는 그 이유를 촉탁인이나 대리인에게 알려야 한다(법 제4조 제2항).

나. 즉, 공증의 촉탁은 일종의 법률행위이므로 촉탁인은 행위능력자여야 하고, 의사능력이 있어야 한다. 행위무능력자의 행위는 취소할 수 있고, 의사능력이 없는 자의 행위는 무효이다.

이와 관련하여 지적 장애인이 금전소비대차계약 공정증서 작성을 촉탁할 수 있는지가 문제된다.

4) 촉탁인이 외국인인 경우에는 여권이나 대한민국에 주재하는 그 촉탁인의 본국 영사가 발행한 증명서에 의하여 확인한다(법 제27조 제1항 단서). 통상 외국인의 경우에는 여권이외에 외국인등록증, 외국국적동포국내거소신고증 등의 증명서로서 그 신원을 확인한다. 외국인인 촉탁인이 국어를 해독하지 못하는 경우에는 공증인은 통역인을 사용하여야 한다(법 제28조, 제59조). 공정증서를 작성함에 있어 통역인을 사용하게 한 경우에는 통역인에게 증서의 취지를 통역하게 하고 그 취지를 증서에 적어야 하며(법 제38조 제2항), 통역인으로 하여금 증서에 서명날인하게 하여야 하고(법 제38조 제3항), 증서에는 통역인을 사용한 사유와 통역인의 주소·직업·성명·나이를 기재하여야 한다(법 제35조 제9호).

5) 외국어의 병기가 필요한 경우에는 이를 병기하게 할 수 있다고 할 것이다.

6) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A, 2018년 3월 15일자 ‘촉탁서를 외국어로 기재가능 여부’ 참조.

지적장애인이 금전소비대차계약 공정증서 작성을 촉탁할 수 있는지 여부는 그에게 의사능력이 있는지 유무에 따라 판단되어야 한다.

의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결 등 참조).

따라서 지적 장애인이 금전소비대차계약 공정증서 작성을 촉탁하기 위해서는 자신의 행위에 대한 일상적인 의미뿐만 아니라, 자신이 촉탁하고자 하는 금전소비대차계약의 의미나 그 효과에 대하여도 이해할 수 있을 정도의 지적능력이 있을 것을 요한다. 공증인은 지적장애인이 위와 같은 지적능력을 갖추지 못한 경우 금전소비대차계약 공정증서 작성의 촉탁을 거절하여야 한다.

참고로 대법원은 ‘원고가 직접 금융기관을 방문하여 금 50,000,000원을 대출받고 금전소비대차약정서 및 근저당권설정계약서에 날인하였다고 할지라도, 원고가 어릴 때부터 지능지수가 낮아 정규교육을 받지 못한 채 가족의 도움으로 살아왔고, 위 계약 일 2년 8개월 후 실시된 신체감정결과 지능지수는 73, 사회연령은 6세 수준으로서 이름을 정확하게 쓰지 못하고 간단한 셈도 불가능하며, 원고의 본래 지능수준도 이와 크게 다르지 않을 것으로 추정된다는 감정결과가 나왔다면, 원고가 위 계약 당시 결코 적지 않은 금액을 대출 받고 이에 대하여 자신 소유의 부동산을 담보로 제공함으로써 만약 대출금을 변제하지 못할 때에는 근저당권의 실행으로 인하여 소유권을 상실할 수 있다는 일련의 법률적인 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있었다고 볼 수 없고, 따라서 위 계약은 의사능력을 흠결한 상태에서 체결된 것으로서 무효’라고 본 사례가 있으며(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결),

‘지능지수가 58로서 경도의 정신지체 수준에 해당하는 38세의 정신지체 3급 장애인이 2,000만 원이 넘는 채무에 대하여 연대보증계약을 체결한 사안에서, 연대보증계약 당시 그 계약의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력이 없었다’고 판시한 바 있고(대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다29358 판결 참조),

‘원고가 초등학교 1학년 때인 1962년경 원인불명의 열병을 앓은 후부터 언어 및 정신적 장애를 겪게 되어 초등학교를 중간에 그만두고 현재까지 가족들의 도움을 받으며 생활하고 있는데, 원고에 대한 신체감정 결과에 따르면, 원고의 지능은 64로서 ‘정신지체’의 범주에 속하는 지적 능력을 가지고 있고, 사회적 연령은 7세, 의사소통 영역은 5.14 내지 6.19세, 작업 영역은 7.54 내지 10.4세 정도에 해당하며, 언어능력에 있어 일상적인 질문에 대해 말로는 전혀 답을 하지 못하고 동작으로만 “예, 아니오”의 대답이 가능하여 내용전달이 전혀 안 되는 수준인 사실 등을 인정하여 의사능력을 부인한 바 있으며’ (대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결),

‘치매로 인하여 의사능력이 없어서 증여계약이 무효’라고 판시한 바 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결).⁷⁾

Ⅲ. 공정증서 작성 단계

1. 일반적인 주의사항

공증인이 금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 일반적으로 주의하여야 할 사항은 다음과 같다.

가. 증서 표지에 ‘법률행위의 내용에 관한 명칭(금전소비대차) 등’을 표시해서는 안되며(서식규칙 제22조), 증서 표지에 촉탁인의 이름 등을 표시해서도 안된다. 또한 증서에 글자의 수정, 삽입, 삭제 방법을 준수하여야 한다(법 제37조). 특히 칼로 긁거나 화이트(수정액)를 이용하여 증서에 기재된 문자를 지우고 수정하여서는 안됨을 주의하여야 한다.

7) 반면 대법원은 뇌경색과 관련해서는 ‘원고가 이 사건 매매계약 당시 뇌경색으로 인한 우측상하지부전마비와 언어장애의 후유증에 뇌노화 현상이 겹쳐 판단력 및 사고력이 발병 전에 비하여 다소 감퇴되기는 하였으나 의사능력이 결여된 상태였다고 할 수 없다’고 판시한 바 있다(대법원 1992. 10. 23. 선고 92다29337 판결).

나. 증서상에 촉탁(대리)인 등의 서명날인이 누락되어서는 안된다(법 제38조 제3항, 서식규칙 제12조, 제33조). 특히 공증인 보조자 또는 제3자가 증서 상에 촉탁(대리)인 등의 서명을 대필하여서는 안됨은 물론이다. 공증인 보조자 또는 제3자가 증서 상에 촉탁(대리)인 또는 서약인의 서명을 대필하는 행위는 기명날인에 해당하여 공증인법 위반에 해당된다. 또한 공증인(공증담당변호사)은 증서에 서명날인, 간인하여야 하는데(법 제38조 제3호, 제5호), 누락되는 일이 없도록 주의하여야 한다.

다. 2010. 2. 7.자로 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」이 개정 시행되고 있으므로 개정 서식을 사용하여야 하며, 위 규칙에 정하지 않은 비법정(임의)서식을 사용하여서는 안된다(서식규칙 제2조). 위 서식규칙이 정하지 아니한 법률행위의 유형에 관한 서식을 사용하고자 할 경우에는 그 서식 사용의 필요성, 서식의 형식, 월평균 사용회수 등을 법무부장관에게 서면으로 신고하고 수리 통보를 받아야만 서식 사용이 가능하다(서식규칙 제3조).

라. 공증인은 법령에 위반한 사항, 무효인 법률행위, 무능력으로 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 금전소비대차계약 공정증서를 작성하여서는 안 된다(법 제25조).

2. 외국인의 증서상의 성명 표기방법 문제

가. 공증인이 작성하는 증서에는 국어를 사용하여야 하며, 다만 촉탁인의 요구가 있는 경우에는 외국어를 병기할 수 있다(법 제26조 제1항). 국어와 병기한 외국어의 내용이 서로 다른 경우에는 국어로 작성한 내용이 우선하는 것으로 한다(법 제26조 제2항).

나. 그런데 외국인의 신원확인에 필요한 여권 뿐만 아니라, 대한민국의 권한있는 행정기관이 발행한 외국인등록증, 인감증명서의 경우조차도 외국인의 성명은 국문으로 표기되어 있지 아니하고, 영문으로만 표기가 되어 있다. 이에 따라 촉탁인이 외국인인 경우 증서에 그 성명을 어떻게 표기할 것인가에 대해서 논란이 있다.

즉, ① 위 법 제26조 제1항에 따라 외국인의 국문 성명을 우선적으로 표기하고, 촉

탁인의 요구가 있는 경우 영문 성명을 괄호안에 병기하여야 하는지, 아니면 ② 외국인의 신원확인 에 필요한 증명서(여권, 외국인등록증, 인감증명서 등)에 기재된 영문 성명을 우선적으로 표기한 다음 괄호안에 국문 성명을 병기함이 바람직한지가 실무상 문제된 바 있다.

이에 대하여 대한공증인협회는 번역문 인증시 외국인의 성명 표기와 관련하여 ‘공증인법 제26조 제1항에 따라 인증문에 한국 이름을 기재하고 그 옆에 신분증상의 영문 이름을 병기하는 것이 바람직하며, 촉탁서에도 영문이름과 한글이름을 병기하여 작성하여 받는게 좋다고 하면서도, 외국인의 이름은 권한 있는 행정기관이 발행한 신분증 등의 영문표기를 우선적으로 기재해도 무방하다’는 입장이다.⁸⁾

생각건대 외국인의 신원확인 에 필요한 증명서인 여권뿐만 아니라, 대한민국의 권한있는 행정기관이 발행한 외국인등록증, 인감증명서 등에 외국인의 성명이 모두 영문만으로 표기되어 있고, 외국인의 국문 성명은 당사자의 진술에 의존할 수 밖에 없어 그 신빙성에 의문이 있는 것이 현실인 점을 감안할 때, 공증인은 금전소비대차계약 공정증서 작성 시에도 외국인의 성명은 권한있는 행정기관이 발행한 신분증 상의 영문 표기를 우선적으로 기재하고 괄호안에 국문 성명을 병기하여도 무방하다고 본다.

또한 법 제26조 제1항 단서에 의하면 공증인은 촉탁인의 요구가 있는 경우 외국어를 병기할 수 있다고 되어 있으나, 외국인의 성명 표기와 관련해서는 촉탁인의 요구가 없더라도 반드시 여권이나 권한있는 행정기관이 발행한 신분증 상의 영문 성명을 병기함이 바람직하다고 할 것이다.

3. 대부업자 등의 상대방 대리 금지

가. 집행증서 작성사무 지침의 제정 및 시행

법무부는 공증인의 집행증서 작성 사무에 관한 사항을 정하여 그 사무의 적절성과 공정성을 확보하고, 집행증서 작성 과정에서 집행채무자의 권리가 부당하게 침해되

8) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 02. 20.자 ‘외국인의 경우 인증문에 도장날인과 성명표기 방법 등’ 참조.

는 것을 방지할 목적으로 2013. 10. 1.자로 집행증서 작성사무 지침을 제정하여 시행하고 있다.

이에 따라 공증인은 대부업자 등의 금전대부계약에 따른 채권·채무에 관한 집행증서를 작성함에 있어 대부업자 등이 위 계약 및 집행수락의 의사표시에 관하여 상대방을 대리하는 것은 원칙적으로 금지된다. 공증인이 이러한 집행증서 작성촉탁을 받은 경우 그 촉탁을 거절하여야 한다(위 지침 제4조 참조).

[집행증서 작성사무 지침]

제4-1조(목적) 이 지침은 공증인(공증인법 제8조에 의해 공증인의 직무를 수행하는 검사나 등기소장을 포함한다)의 집행증서 작성 사무에 관한 사항을 정하여 그 사무의 적절성과 공정성을 확보하고, 집행증서 작성 과정에서 집행채무자의 권리가 부당하게 침해되는 것을 방지함을 목적으로 한다.

제4-2조(용어의 정의)

1. ‘집행증서’라 함은 공증인이 작성한 공정증서로서 공증인법 제56조의 2(어음등 공정증서), 제56조의3(부동산 인도 등 공정증서, 2013. 11. 29. 시행), 민사집행법 제56조 제4호(대체물 지급 등 공정증서)에 의해 집행권원이 되는 것을 말한다.
2. ‘대부업자 등’이라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.
 - 가. ‘대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률’ 제2조에 따른 대부업자, 대부중개업자, 여신금융기관. 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.
 - 나. ‘여신전문금융업법’ 제2조에 따른 신용카드업자, 시설대여업자, 할부금융업자, 신기술사업금융업자 등 여신전문금융업자. 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.
 - 다. ‘은행법’ 제2조에 따른 은행
 - 라. ‘농업협동조합법’ 제2조에 따른 조합과 중앙회
 - 마. ‘수산업협동조합법’ 제2조에 따른 조합과 중앙회
 - 바. ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제8조에 따른 금융투자업자. 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.
 - 사. ‘상호저축은행법’에 따른 상호저축은행 및 상호저축은행중앙회. 상호저축은행이 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.

아. ‘새마을금고법’ 제2조에 따른 새마을금고와 중앙회. 새마을금고가 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.

자. ‘신용협동조합법’ 제2조에 따른 신용협동조합과 중앙회. 신용협동조합이 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.

차. ‘보험법’ 제2조에 따른 보험회사, 보험설계사, 보험대리점, 보험중개사. 해당 법률에 따라 허가 등을 받았는지 여부를 불문한다.

카. ‘우체국 예금·보험에 관한 법률’ 제2조에 따라 예금, 보험을 취급하는 체신관서

타. ‘채권의 공정한 추심에 관한 법률’ 제2조에 따른 채권추심자

파. 위 가.목 ~ 타.목에 규정된 자로부터 업으로 채권을 양수한 자

하. 위 가.목 ~ 파.목에 규정된 자 이외에 그 업무처리 과정에서 금전대부계약(이자가 없는 경우를 제외한다)에 따라 발생한 채권·채무에 관하여 집행증서 작성을 반복적으로 촉탁하는 자

제4-3조(집행수락의사의 표시) 집행증서 상 강제집행을 수락하는 채무자의 의사는 채무자 본인 또는 그 대리인에 의하여 공증인의 면전에서 구체적이고 명확하게 표시되어야 한다.

제4-4조(촉탁거절사유) 공증인은 대부업자 등의 금전대부계약⁹⁾(소비대차계약, 대출계약, 어음할인계약, 준소비대차계약¹⁰⁾ 등 명칭을 불문하고 금전의 교부 및 이에 따른

9) 지침 제4조 소정의 금전대부계약은 매매계약, 임대차계약, 리스계약 등이 제외된다. 예를 들어, A대부업체가 매매계약을 체결하고, 채무자와 매매계약공정증서를 작성하는 경우 지침 제4조의 적용대상이 아니다. 또한 자동차리스계약 상의 채무에 대하여 약속어음을 발행하고, 약속어음공정증서를 작성하는 경우 자동차리스계약을 공증인에게 제출하면 지침 제4조의 적용대상이 아니다(지침 해설 주요내용 4. 참조).

10) 당사자들의 실제 계약이 매매 등이라면 실제 계약내용에 맞게 매매계약 공정증서를 작성하여야 한다(이 경우 금전소비대차계약공정증서를 작성하는 것은 위법). 당사자들이 원채무에 대하여 준소비대차계약(=원채무가 무엇인지를 불문하고, 돈을 빌린 것으로 하자는 합의)을 하였다면, 원채무는 소멸하고 신채무만이 존재하게 되므로 준소비대차계약공정증서를 작성하여야 한다. 준소비대차계약공정증서는 원채무가 대부계약이 아니라는 것이 공증인에게 소명된다면, 지침 제4조의 적용대상이 아니다. 예를 들어, A와 B가 매매계약을 체결하고 공정증서를 작성하기 위하여 공증사무실을 방문하였는데 매매계약 공정증서를 작성하지 아니하고, 금전소비대차계약공정증서를 작성하는 것은 위법이다. 공증인이 이러한 사실을 알았다면 공증을 거절하여야 한다. 그러나 A대부업체와 B가 매매계약을 체결하고, 매수대금에 대하여 돈을 빌린 것으로 하자는 합의가 있는 경우 준소비대차계약공정증서를 작성하여야 하고, 이 경우 매매계약서 등의 제출로 공증인에게 원채무가 대부계약이 아니라는 점이 소명되면 지침 제4조의 적용대상이 아니다(이 경우 매매계약서 등 증빙자료는 촉탁서 뒤에 첨부). 다만 매매계약을 가장한 대부계약은 아닌지 확인해야 하며, 가장사실을 알고도 공증을 해주면 징계사유가 된다.

원리금의 상환을 약정하는 계약과 그 계약에 의해 발생한 채무의 변제계약을 포함한 다)에 따른 채권·채무에 관한 집행증서¹¹⁾를 작성함에 있어 다음 각 호의 자가 위 계약 및 집행수락의 의사표시에 관하여 대부업자 등의 상대방을 대리하는 경우에는 그 집행증서 작성 촉탁을 거절하여야 한다.

1. 대부업자 등
2. 대부업자 등의 직원 또는 대출모집인(대가를 약정하고 위 계약의 성립을 알선 또는 중개하는 사람을 말한다)
3. 제1호 및 제2호의 사람이 대부업자 등의 상대방의 대리인 선임에 관하여 추천 기타 이와 유사한 관여를 한 경우 그 대리인
4. 자격없이 수수료를 받고 업으로 집행증서 작성의 촉탁을 대리하는 사람

제4-5조(공증인의 확인 의무) 공증인은 제4조의 사유에 관하여 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 한다.

제4-6조(금지 사항) 공증인은 집행증서를 작성함에 있어 다음 각호의 행위를 하여서는 아니된다.¹²⁾

1. 공증인법 제38조에 따른 절차를 거치지 아니하고 집행증서를 작성하는 행위(동법 제27조에 따라 촉탁인 또는 촉탁대리인의 신분만 확인하고 집행증서를 작성하는 행위를 포함한다)
2. 촉탁인에게 공정증서 정보를 먼저 작성하여 교부한 후 공정증서 원본을 별도로 작성하는 행위
3. 촉탁인의 위임장, 인감증명서 등의 원본을 촉탁인 또는 촉탁대리인의 신청에 의해 환부한 것처럼 원본환부서를 작성하여 집행증서 원본에 첨부한 후 위 원본을 계속 공증사무소에 비치하는 행위
4. 제1호에 의한 방식으로 집행증서를 작성하거나 기타 부정한 목적으로 공증 촉탁인 또는 촉탁대리인의 신분증 사본을 공증사무소에 비치하거나 그 신분증을 스캐닝한

11) 지침 제2조 제2호 가목 내지 하목에 해당하는 자가 촉탁하는 약속어음공정증서의 경우 지침 제4조의 적용대상이 된다. 다만, 촉탁인으로부터 약속어음의 원인채권이 대부계약이 아니라는 증빙서류가 제출된 경우에는 지침 제4조의 적용대상이 아니다. 예를 들어, A대부업체와 채무자간에 약속어음공정증서를 작성하면 일단 이는 대부계약에 기한 것으로 추정되어 지침 제4조가 적용되지만, 예외적으로 그 약속어음이 매매계약에 따른 것이라는 점이 공증인에게 소명되면 지침 제4조가 적용되지 아니한다. 이 경우 매매계약서 등 증빙자료는 촉탁서 뒤에 첨부한다(지침 해설 주요내용 3. 참조).

12) 집행증서 지침 제6조의 금지사항은 대부업체 등이 촉탁인인지, 계약의 종류가 대부계약인지 여부를 불문하고 모든 집행증서에 적용된다(지침 해설 주요내용 8. 참조).

파일을 공증사무소의 전자장치에 저장하는 행위

5. 공증인 또는 공증인 보조자가 촉탁인 또는 촉탁대리인을 위하여 집행증서 이외의 서류(위임장, 공증촉탁서 등과 부속서류를 말한다)를 대신 작성해 주는 행위
6. 촉탁인 또는 촉탁대리인의 서명이 되어 있는 여러 장의 공증촉탁서 등 공증 서류를 미리 비치하는 행위

제4-7조(공증촉탁서의 기재사항) ① 공증인은 공증촉탁서에 촉탁인 및 촉탁대리인의 성명, 주소, 직업(회사), 연락처 등을 명확히 기재하여야 한다.

② 공증인은 공증촉탁서의 비고란에 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 공증인이 촉탁인 또는 촉탁대리인을 면담하고, 공증인법 제38조에 따른 절차를 진행한 일시 및 그 소요시간
2. 촉탁대리인과 촉탁인의 관계. 이 경우 촉탁대리인이 촉탁인을 대리하게 된 경위를 알 수 있도록 간략히 기재한다.

제4-8조(집단촉탁사건보고) 공증인은 매월 작성한 집행증서 중 다음의 요건을 모두 갖춘 집행증서에 대하여 아래 양식에 따라 촉탁인 및 그 대리인의 성명·주소·직업(소속 회사)·연락처, 총 건수, 증서번호, 수수료 총액을 다음달 15일까지 팩스, 이메일, 우편, 공문 등의 방법으로 보고하여야 한다.¹³⁾

1. 동일 촉탁인의 촉탁으로 작성되었을 것. 촉탁인이 동일하고 그 대리인이 다른 경우를 포함한다.
2. 매월 말일을 기준으로 50건 이상일 것. 합동사무소의 경우에는 사무소 전체 건수를 기준으로 한다.

[매월 50건 이상 집단촉탁사건 현황(양식, 예시포함)]

(2013. . 기준)

순번	촉탁인	대리인	건수	증서번호	수수료 총액	미수금
1	갑	A	120건	2013-45 ~164		
		B	200건	2013-165 ~ 364		

* 촉탁인 갑의 주소, 직업(소속 회사), 연락처 :

* 대리인 A의 주소, 직업(소속 회사), 연락처 :

13) 집행증서 지침 제8조 집단촉탁사건보고는 대부업체 등이 촉탁인인지, 계약의 종류가 대부계약인지 여부를 불문하고 모든 집행증서에 적용된다. 예를 들어, A자동차회사가 매매계약공정증서를 1개월 50건 이상 촉탁할 경우, 지침 제4조의 적용대상이 아니어서 속칭 쌍방대리는 가능하지만, 지침 제8조에 따라 보고 대상이다(지침 해설 주요내용 9. 참조).

- 부 칙 -

제1조[시행일] 이 지침은 2013. 10. 1.부터 시행한다.

나. 집행증서 작성사무 지침의 주요 내용

(1) 집행증서 작성사무 지침이 적용되는 금전대부계약이라 함은 금전소비대차계약은 물론이고, 대출계약, 어음할인계약, 준소비대차계약 등 명칭을 불문하고 금전의 교부 및 이에 따른 원리금의 상환을 약정하는 계약과 그 계약에 의해 발생한 채무의 변제계약을 포함한다.

다만, 위 지침 제2조 제2호 가목부터 파목까지에 해당되는 자가 지침 제4조 소정의 금전대부계약을 하면, 이자 여부를 불문하고 지침 제4조가 적용되어 상대방 대리가 금지되지만, 위 지침 제2조 제2호 하목에 해당되는 자(=가목부터 파목까지에 해당되지 않는 자)가 무이자부 대부계약을 하면 상대방 대리 금지의 원칙이 적용되지 아니한다. 여기서 무이자부 대부계약이라 함은 변제기 전 이자는 없고, 변제기 이후 지연손해금만 있는 경우를 포함한다.

실무상 주류회사가 자신들이 납품하는 업체들에게 이자 없이(지연손해금은 있음) 금전을 대부하고, 금전소비대차계약 공정증서를 작성하는 경우가 대표적이다(집행증서 작성사무 지침 해설 1.2. 각 참조).

(2) 또한 대부업자 등이 채무자를 대리하는 것이 아니라, 채무자가 대부업자 등을 대리하는 것은 얼마든지 가능하고(집행증서 작성사무 지침 해설 6. 참조), 대부업자 등이 금전대부계약이 아닌 매매계약, 임대차계약, 리스계약 등과 관련된 공정증서를 작성을 촉탁하는 경우에는 위 상대방 대리 금지의 원칙이 적용되지 아니한다(집행증서 작성사무 지침 해설 4. 참조). 이러한 경우 대부업자 등은 공증인에게 원인채권이 금전대부계약에 따른 채권이 아니라는 점을 소명하여야 하고, 매매계약서 등의 증빙 자료를 제출하여야 할 것이다.

4. 이자제한법 관련 문제

이자제한법 등의 최고이자율은 경제상황에 따라 수시로 변동하기 때문에, 이에 대한 각별한 주의를 요한다.

가. 이자제한법 등의 연혁

그 동안 이자제한법 및 그 시행령과 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률(이하 ‘대부업법’이라고만 한다) 및 그 시행령의 개정에 따라 최고이자율(제한이자율)이 변동된 연혁은 아래와 같다.

이자제한법상의 최고이자율		대부업법상의 최고이자율	
1962. 01. 15.~1965. 09. 23.	연 20%	2002. 10. 28.~2007. 10. 03.	연 66%
1965. 09. 24.~1972. 08. 02.	연 35.5%	2007. 10. 04.~2010. 07. 20.	연 49%
1972. 08. 03.~1980. 01. 11.	연 25%	2010. 07. 21.~2011. 06. 26.	연 44%
1980. 01. 12.~1983. 12. 15.	연 40%	2011. 06. 27.~2014. 04. 01.	연 39%
1983. 12. 16.~1997. 12. 11.	연 25%	2014. 04. 02.~2016. 03. 02.	연 34.9%
1997. 12. 12.~1998. 01. 12.	연 40%	2016. 03. 03.~2018. 02. 07.	연 27.9% ¹⁴⁾
1998. 01. 13.~2007. 06. 29.	무제한 (폐지)	2018. 02. 08.~현재	연 24% ¹⁵⁾
2007. 06. 30.~2014. 07. 14.	연 30% ¹⁶⁾		
2014. 07. 15.~2018. 02. 07.	연 25%		
2018. 02. 08.~현재	연 24%		

14) 이 당시 대부업법 시행령상의 제한이자율은 연 34.9%였으나, 2016. 3. 3. 대부업법상의 제한이자율이 연 27.9%로 하향조정됨에 따라 제한이자율이 낮아짐. 그 이후인 2017. 8. 29. 시행령도 개정하여 27.9%로 하향조정하였음.

15) 2017. 11. 7. 대부업법 시행령 개정으로 제한이자율을 연 24%로 하향조정하였으나, 시행일을 3개월 후인 2018. 2. 8.로 함.

16) 시행 전에 성립한 대차관계에 관한 계약상의 이자율에 관하여도 시행일 이후부터는 연 30%의 이자율을 적용함.

나. 현행 이자제한법상의 최고이자율

금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 25%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정하게 되어 있고(이자제한법 제2조 제1항),¹⁷⁾ 동법 시행령¹⁸⁾은 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율을 연 24%로 하고 있다.

또한 예금, 할인금, 수수료, 공제금, 체당금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 간주됨에 주의하여야 한다(이자제한법 제4조 제1항).¹⁹⁾

따라서 공증인은 위 이자제한법상의 최고이자율인 연 24%를 초과하는 내용의 금전소비대차계약 공정증서를 작성해서는 아니된다.

다. 현행 대부업법상의 제한이자율

대부업자가 개인이나 중소기업기본법 제2조 제2항에 따른 소기업에 해당하는 법인에 대부를 하는 경우 그 이자율은 연 100분의 27.9이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 율을 초과할 수 없게 되어 있고(대부업법 제8조 제1항, 제15조 제1항²⁰⁾), 동법 시행령에서는 이율을 연 24%로 정하고 있어 현행 대부업상의 제한이자율은 연 24%이

17) **이자제한법 2조(이자율의 최고한도)** ① 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 25%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다. <개정 2011. 7. 25., 2014. 1. 14.>

18) 2017. 11. 7. 대통령령 제28413호로 개정되어 2018. 2. 8.부터 시행되고 있음.
이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정 「이자제한법」 제2조제1항에 따른 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 24%로 한다. <개정 2014. 6. 11., 2017. 11. 7.>

19) **이자제한법 제4조(간주이자)** ① 예금(禮金), 할인금, 수수료, 공제금, 체당금(替當金), 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 본다. <개정 2011. 7. 25.>

20) 2016. 3. 3. 법률 제14072호로 개정된 이후 현재에 이르고 있음.

대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 제8조(대부업자의 이자율 제한) ① 대부업자가 개인이나 「중소기업기본법」 제2조제2항에 따른 소기업(小企業)에 해당하는 법인에 대부를 하는 경우 그 이자율은 연 100분의 27.9 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 율을 초과할 수 없다.

② 제1항에 따른 이자율을 산정할 때 사례금, 할인금, 수수료, 공제금, 연체이자, 체당금(替當金) 등 그 명칭이 무엇이든 대부와 관련하여 대부업자가 받은 것은 모두 이자로 본다. 다만, 해당 거래의 체결과 변제에 관한 부대비용으로서 대통령령으로 정한 사항은 그러하지 아니하다.

제15조(여신금융기관의 이자율의 제한) ① 여신금융기관은 연 100분의 27.9 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 율을 초과하여 대부금에 대한 이자를 받을 수 없다. <신설 2016. 3. 3.>

다(동법 시행령 제5조 제2항, 제9조 제1항 참조).²¹⁾

따라서 공증인은 대부업법상의 제한이자율인 연 24%를 초과하는 내용의 금전소비 대차계약 공정증서를 작성하여서는 아니된다.

라. 금전소비대차계약상의 연체이자가 이자제한법 등의 최고이자율을 초과하는 경우

위와 같이 현행 이자제한법 및 대부업 상의 이자는 최고이자율(제한이자율) 연 24%를 초과할 수 없고, 이를 초과하는 부분은 무효이다(이자제한법 제2조 제3항, 대부업법 제8조 제3항 각 참조). 그렇다면 연체이자의 경우에는 어떠한지가 문제된다.

이자제한법 및 대부업법 상의 관련 규정은 아래와 같다.

▲ 이자제한법

제4조(간주이자) ①예금(禮金), 할인금, 수수료, 공제금, 체당금(替當金), 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 본다. <개정 2011.7.25.>

제6조(배상액의 감액) 법원은 당사자가 금전을 목적으로 한 채무의 불이행에 관하여 예정한 배상액을 부당하다고 인정한 때에는 상당한 액까지 이를 감액할 수 있다.

▲ 대부업법

제8조 제2항 제1항에 따른 이자율을 산정할 때 사례금, 할인금, 수수료, 공제금, 연체이자, 체당금(替當金) 등 그 명칭이 무엇이든 대부와 관련하여 대부업자가 받는 것은 모두 이자로 본다.

21) 2017. 11. 7. 대통령령 제28420호로 개정 2018. 2. 8.부터 시행

대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 시행령 제5조(이자율의 제한) ① 삭제 <2017. 8. 29.>

② 법 제8조제1항에서 “대통령령으로 정하는 율”이란 연 100분의 24를 말한다. <개정 2017. 8. 29., 2017. 11. 7.>

제9조(여신금융기관의 이자율 등의 제한) ① 법 제15조제1항에서 “대통령령으로 정하는 율”이란 연 100분의 24를 말한다. <개정 2014. 4. 1., 2017. 8. 29., 2017. 11. 7.>

즉, 사인간 금전대차에 관한 계약의 경우에는 이자제한법이 적용된다. 이자제한법이 적용되는 경우 연체이자(이자제한법상의 이자 또는 동법 제4조의 간주이자)에 해당되지 아니하고 지연손해금에 해당된다. 이자제한법이 적용되는 경우 연체이자(지연손해금)율이 부당하게 과도한 경우에는 이자제한법 제8조의 손해배상액 예정에 해당되어 법원이 상당한 액까지 감액할 수 있을 것이다.

반면 대부업자의 금전대차에 관한 계약의 경우에는 대부업법이 적용되고, 대부업법이 적용되는 경우 연체이자(대부업법 제8조 제2항의 간주이자)에 해당되므로 연 24%의 제한이자율을 초과할 수 없다.²²⁾

5. 보증인보호법 관련 문제

채권자와 채무자 사이에 금전소비대차계약을 체결하는 경우 채권자는 채무자의 자력이 부족한 경우 자신의 채권 회수를 담보하기 위하여 보증인을 요구하는 경우가 종종 있다.

우리나라의 경우에는 특유의 인정주의에 따라 특별한 대가를 받지 아니하고 경제적 부담에 대한 합리적 고려없이 호의로 이루어지는 보증이 만연하고 채무자의 파산이 연쇄적으로 보증인에게 이어져 경제적·정신적 피해와 함께 가정파탄 등에 이르는 등 보증의 폐해가 심각하므로 보증채무의 범위를 특정하고, 보증인에게 정신적 고통을 주는 불법적 채권추심행위를 금지하며, 금융기관과 보증계약을 체결할 때에는 채무자의 신용에 대한 정보를 보증인이 제공받도록 함으로써 합리적인 금전거래를 확립하기 위하여 2008. 3. 21. 보증인 보호를 위한 특별법(이하 ‘보증인보호법’이라고 한다)이 제정되어 2008. 9. 22.부터 시행되고 있다.²³⁾

따라서 공증인은 금전소비대차계약 공정증서 작성시 보증인보호법이 적용되는 사안인지와 보증인보호법이 적용되는 사안의 경우 보증인보호법에 따라 보증인의 보증채무 최고액과 보증채무 기간을 정확히 확인하여 공정증서를 작성해야 함을 유념하여야 할 것이다.

22) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 5. 23.자 ‘일본에서 작성된 금전소비대차계약서상의 연체이자(연 30%로 표기된 경우 사서증서 인증 가능 여부’ 참조.

23) 보증인보호법 제정이유 참조.

이하에서는 보증인보호법과 관련하여 실무상 논의가 되는 몇 가지 점에 관하여 살펴보기로 한다.

가. 현행 서식규칙상의 보증채무 조항

이러한 보증인보호법이 제정됨에 따라 공증서식의 사용등에 관한 규칙(이하 ‘서식규칙’이라고만 한다) 별지 제25조의2 서식에는 금전소비대차계약공정증서를 작성함에 있어서 보증문구와 함께 보증채무의 최고액과 보증채무의 기간을 정할 수 있도록 하였다.

현행 서식규칙 별지 제25조의 2서식 중 보증채무에 관한 조항은 다음과 같다.

제8조(연대보증)

1. 보증인은 이 계약에 의한 채무자의 채무를 보증하고 채무자와 연대하여 채무를 이행하기로 약정하였다.
2. 보증인의 보증채무 최고액은 금 ○○○ 원이다.
3. 보증채무의 기간은 ○○○○년 ○○월 ○○일까지로 한다.

나. 법인의 대표자 등이 법인의 채무에 대하여 연대보증하는 경우 보증인보호법 적용여부

금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서, 법인의 대표자나 이사 등이 법인의 채무에 대하여 연대보증하는 경우 보증인보호법이 적용되는지 여부 및 위 법인의 대표자나 이사 등이 보증인보호법상의 보증인이 아닌 경우, 보증인과 관련된 보증최고액, 보증기간을 금전소비대차계약 공정증서에 기재할 필요가 있는지가 문제된다.

보증인보호법상 보증계약을 체결할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하고(보증인보호법 제4조), 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다(동법 제7조 제1항). 이에 따라 공증서식의 사용등에 관한 규칙 별지 제25호의2서식(금전소비대차계약 공정증서) 제8조에도 보증채무최고액과 보증채무기간을 기재

하도록 되어 있다.

그러나 보증인보호법상의 보증인이란 민법 제429조 제1항에 따른 보증채무를 부담하는 자로서 다음 각 목에서 정하는 경우를 제외한 자를 말한다(동법 제2조 제1호).

- 가. 「신용보증기금법」 제2조 제1호에 따른 기업(이하 “기업”이라 한다)이 영위하는 사업과 관련된 타인의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우
- 나. 기업의 대표자, 이사, 무한책임사원, 「국세기본법」 제39조 제2항에 따른 과점주주(寡占株主) 또는 기업의 경영을 사실상 지배하는 자가 그 기업의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우
- 다. 기업의 대표자, 이사, 무한책임사원, 「국세기본법」 제39조 제2항에 따른 과점주주 또는 기업의 경영을 사실상 지배하는 자의 배우자, 직계 존속·비속 등 특수한 관계에 있는 자가 기업과 경제적 이익을 공유하거나 기업의 경영에 직접·간접적으로 영향을 미치면서 그 기업의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우
- 라. 채무자와 동업 관계에 있는 자가 동업과 관련한 동업자의 채무를 부담하는 경우
- 마. 나목부터 라목까지의 어느 하나에 해당하는 경우로서 기업의 채무에 대하여 그 기업의 채무를 인수한 다른 기업을 위하여 보증채무를 부담하는 경우
- 바. 기업 또는 개인의 신용을 보증하기 위하여 법률에 따라 설치된 기금 또는 그 관리기관이 보증채무를 부담하는 경우

따라서 법인의 대표자, 이사 등이 그 법인의 채무에 대하여 연대보증채무를 부담하는 경우에는 보증인보호법 제2조 제1호 나목에 의하여 보증인보호법상의 보증인에 해당되지 아니하므로, 보증인보호법이 적용되지 않는다. 그러므로, 공증인은 법인의 대표자, 이사 등이 그 법인의 채무에 대하여 연대보증하는 경우에는, 금전소비대차계약 공정증서에 보증최고액과 보증기간을 기재할 필요가 없다.

다만, 보증인보호법상의 보증인에 해당되지 아니하는 경우라도, 당사자 사이에 보증최고액과 보증기간을 약정한 경우(위임장에 기재되어 있는 경우 포함)에는 공정증서상에 보증최고액과 보증기간을 기재하여도 무방하다고 할 것이다.

다. 보증채무 최고액에는 원금외에 이자나 지연손해금도 포함되는 것인지

금전소비대차계약 공정증서상의 보증채무 최고액에는 주채무의 원금만이 포함되는 것인지 아니면 원금이외에 이자나 지연손해금 등도 포함되는 것인지가 문제된다.

그러나 금전소비대차계약 공정증서는 확정채무를 대상으로 할 뿐만 아니라, 금전소비대차계약 공정증서의 서식(별지 제25조의 2서식)에도 원금 외에 별도로 보증채무 최고액을 기재하도록 되어 있으므로, 금전소비대차계약 공정증서상의 보증채무 최고액에는 원금뿐만 아니라, 이자, 지연손해금이 모두 포함된다고 할 것이다.

판례는 계속적 보증계약과 관련된 보증한도액과 관련하여 ‘계속적 보증계약에 보증한도액의 정함이 있는 경우, 그 한도액을 주채무의 원본총액만을 기준으로 할 것인지 그 한도액에 이자, 지연손해금 등의 부수채무까지도 포함될 것으로 할 것인지는 먼저 계약당사자의 의사에 따라야 하나, 특약이 없는 한 한도액 내에는 이자 등 부수채무도 포함되는 것으로 해석하여야 한다’ 라고 판시한 바 있다(대법원 1995. 6. 30. 선고 94다40444 판결 참조).

법무부 역시 보증인보호법 제4조 보증채무의 최고액에는 주채무에 종속한 보증채무의 모든 범위가 포함된다고 한 바 있다(법무부 질의회신, 2011. 10. 7.자 보증인 보호를 위한 특별법에 관한 질의회신 참조).

따라서 보증인은 보증채무 최고액 범위 내에서 보증기간 내에 발생한 주채무의 원금, 이자, 지연손해금에 대하여 책임을 부담한다고 할 것이다.

한편 대법원은 ‘보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증한도액과는 별도로인 바, 이 경우 보증채무의 연체이율에 관하여 특별한 약정이 있으면 그에 따르고 특별한 약정이 없으면 거래행위의 성질에 따라 상법 또는 민법에서 정한 법정이율에 따르는 것이지, 주채무에 관하여 약정된 연체이율이 당연히 여기에 적용되는 것은 아니다’ 라고 판시한 바 있다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다205693 판결).

라. 보증채무최고액을 기재하지 않았을 경우 보증의 효력

보증인보호법상 근보증의 경우에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하지 않으면 보증계약을 무효로 하고 있다(보증인보호법 제7조 제1, 2항). 반면 일반 보증의 경우에는 보증계약을 체결하거나 갱신할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하

도록 하고 있으나, 서면으로 특정하지 않은 경우 그 효력에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다(동법 제4조).

금전소비대차계약 공정증서는 채권자와 채무자 사이의 금전소비대차계약을 근거로 일정한 금액의 지급을 목적으로 하는 청구권에 관하여 작성되는 공정증서로서, 공정증서 작성 당시 채권채무의 내용이 확정되어 있으므로 금전소비대차계약 공정증서상의 보증계약은 근보증이가 아닌 일반 보증에 해당된다.

따라서 금전소비대차계약 공정증서를 작성하면서 보증채무의 최고액을 특정하지 않은 경우 그 보증의 효력이 어떠한지가 문제된다.²⁴⁾

(1) 판례의 입장

대법원은 보증인보호법 제4조 전단이 보증계약을 체결할 때에 보증채무의 최고액을 서면으로 특정할 것을 요구하는 것은 보증인이 보증을 함에 있어서 자신이 지게 되는 법적 부담의 주요한 내용을 미리 예측할 수 있도록 하려는 것으로 이해된다고 하면서, “확정된 주채무에 관한 채권증서에 보증인이 기명날인 또는 서명하는 방식으로 보증의 의사를 표시한 일반 보증의 경우에 그 서면에 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이로써 위 법률 제4조 전단의 요건은 적법하게 충족되었다고 볼 것이고, 그 외에 이자 또는 지연손해금 등과 같은 종된 채무에 관하여 별도로 그 액을 특정할 것이 요구되지 않는 아니한다.”라고 판시하였다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다23372판결 참조).

즉, 판례는 일반 보증의 경우에 보증의 의사가 표시된 서면에 보증채무의 최고액이 명시되어 있지 않더라도, 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있으면 다른 특별한 사정이 없는 한 그것만으로 보증채무의 최고액이 서면으로 특정될 것을 요구하는 보증인보호법 제4조 전단의 요건이 충족된 것으로 보아, 보증을 무효로 하지 않고 있다.

24) 한정화, 금전소비대차계약공정증서상 보증조항의 해석문제, 2015. 공증과신회 통권 제8호 108면 이하 참조.

(2) 소결

보증인보호법은 위와 같이 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하지 아니한 경우 근보증은 무효로 한다는 규정을 특별히 두고 있지만, 일반 보증의 경우에는 무효로 한다는 규정을 두고 있지 않다. 이는 일반 보증의 경우 비록 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하지 않았다고 하더라도 무효가 되는 것은 아니라고 해석함이 타당할 것이다.

따라서 금전소비대차계약 공정증서상의 보증계약은 일반 보증에 해당되므로, 설령 금전소비대차계약 공정증서를 작성하면서 보증채무의 최고액을 특정하지 않았다고 하더라도 그것만으로 보증계약이 무효가 되는 것은 아니라 할 것이다.

또한 위 판례의 입장에 따르더라도 금전소비대차계약 공정증서의 경우에는 주채무자의 원본채무의 금액 등이 명확하게 기재되므로, 설령 보증채무의 최고액을 특정하지 않았다고 하더라도 보증계약이 무효가 되지는 않을 것이다.

참고로 법무부는 ‘대리촉탁 위임장에 보증채무 최고액이 기재되어 있지 않은 경우 보증인이 보증채무 최고액을 기재한 서류를 제출받아 처리해야 하는 것인지 여부’에 대한 질의와 관련하여 “보증인보호법에 의할 때 보증의사는 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 하고, 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 합니다(보증인보호법 제3조 제1항, 제4조). 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 위임장으로 보증의사와 위임의사가 표시된 것으로 볼 수 있으므로 위임장에 보증채무의 최고액이 표시될 것을 요하지는 않습니다. 다만, 보증인이 실제로 위임한 보증채무의 최고액을 초과하여 보증이 이루어짐으로써 사후에 분쟁이 발생하는 것을 방지하기 위해 보증인을 상대로 보증채무 최고액을 확인하여 그 범위 내에서 공증업무를 수행하는 것이 바람직합니다”라고 회신한 바 있습니다.²⁵⁾

마. 보증채무기간의 기산시점

2008년 보증인보호법 제정직후의 위 서식규칙상의 별지 제25조의 2 서식에는 보증

25) 법무부 질의회신, 2011. 10. 7.자 ‘대리촉탁 위임장에 보증채무 최고액이 기재되어 있지 않은 경우 보증인이 보증채무 최고액을 기재한 서류를 제출받아 처리해야 하는 것인지 여부’ 참조.

채무기간을 단순히 ‘○년간’으로 한다고 되어 있었다.

이로 인해 실무상 보증채무기간이 계약일자(또는 공증일자)로부터 ‘○년간’인지 아니면 변제일자로부터 ‘○년간’인지에 대하여 혼선이 발생하였다. 이에 대하여 법무부는 2010년 위 서식규정을 다시 개정하면서 보증채무기간을 보다 명확히 한다는 차원에서 ‘○○○○년 ○○월 ○○일까지’로 한다고 정비하였다.

그러나 위 개정된 서식은 보증채무기간의 종료시점을 분명히 한 점은 있으나, 보증채무기간의 기산시점에 대해서는 전혀 규정하지 않고 있다. 이에 따라 위 서식 개정 이후에도 위 보증채무기간을 보증채무의 존속기간(또는 시효기간)으로 파악하여 보증채무기간이 변제일자에 시작되는 것인지 아니면 위 보증채무기간을 보증책임을 부담하는 기간으로 이해하여 보증채무기간이 계약일자(또는 공증일자)로부터 시작되는 것인지에 대해 실무상 여전히 논란이 있다.²⁶⁾

(1) 보증채무기간이 변제일자에 시작된다는 견해

이 견해는 서식규칙상의 보증조항이 “보증채무의 기간은 ○○○○년 ○○월 ○○일까지로 한다”와 같이 단정적으로 되어 있으며, 보증인보호법의 입법취지가 보증인 책임의 금액 범위나 시간적 범위를 명확히 확정함으로써 그 범위를 넘어선 보증인의 책임을 면제시켜 주는데 있음을 근거로 든다.

이 견해에 의하면 서식규칙상의 보증채무기간은 보증채무의 존속기간 내지 시효기간이므로, 보증채무기간이 도과하면 그 기간 중 발생한 채무가 여전히 잔존하고 있더라도 보증인의 책임은 소멸되는 것이라고 한다.

(2) 보증채무기간이 계약일자에 시작된다는 견해

이 견해는 보증기간이라는 개념이 계속적 보증과 관련하여 보증인의 책임범위를 제한 내지 확정하기 위한 목적으로 사용되어 왔다는 연원상의 이유와 보증기간이라는 개념이 근보증과 관련해서는 여전히 “보증채무의 범위를 확정하기 위한 기간”의

26) 한정화, 금전소비대차계약공정증서상 보증조항의 해석문제, 2015. 공증과신회 통권 제8호 91면 이하 참조.

의미로 이해되고 있다는 점, 보증인보호법은 보증기간을 정하지 않았을 때 이를 3년으로 간주하도록 규정하고 있는데, 보증기간을 소멸시효기간으로 이해하면 주채무에 대해서는 10년의 소멸시효가 적용됨에도 불구하고 단기의 보증기간 종료로 인하여 보증채무가 소멸되는 것으로 된다면 보증채무의 효용성이 크게 훼손되어 인적 담보를 활용하여 채무자의 신용을 확대하고자 하는 보증제도의 존립기반이 흔들리게 된다는 점, 보증기간이 도과함으로써 보증채무가 소멸되도록 정한 외국의 입법례도 찾아보기 어렵다는 점, 당사자간의 법률행위로 시효의 연장을 인정하는 것은 강행규정에 반한다는 점에서 갱신이 인정되는(보증인보호법 제7조 제2항) 보증기간을 소멸시효로 해석하는데에는 무리가 따른다는 점을 근거로 들고 있다.²⁷⁾

이 견해에 의하면 서식규칙상의 보증채무기간은 보증인이 보증책임을 부담하는 기간 즉, 보증채무의 범위를 확정하기 위한 기간이므로, 종전에 판례가 계속적 보증에 관한 사안에 있어서 보증기간을 해석하는 방식과 마찬가지로 보증채무기간에 발생한 채무에 대해서만 보증인의 책임을 인정하고 그 이후에 발생한 채무에 대해서는 보증인의 책임을 인정하지 않는다는 것이다.

(3) 법무부 입장

법무부 질의회신²⁸⁾에 의하면 법무부는 ‘보증인보호법 제7조의 보증기간의 해석과 관련하여 ‘동법 제7조 제1항은 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다고 규정하고 있습니다. 보증기간이란 보증인이 보증책임을 부담하는 기간으로 그 기간 안에 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 되어야지만 보증인은 보증채무를 부담하게 됩니다. 보증기간 안에 이미 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 된 경우에는 보증기간이 종료하여도 보증인이 보증채무를 면하는 것은 아닙니다.’라고 입장을 밝힌 바 있다.

이러한 법무부의 입장은 보증채무기간이 계약일자에 시작된다는 견해와 궤를 같이 하고 있다고 할 것이다.

27) 한정화, 금전소비대차계약공정증서상 보증조항의 해석문제, 2015. 공증과신뢰 통권 제8호 111면 이하 참조.

28) 공증인가 법무법인 새시대 2008. 12. 22.자 질의에 대한 법무부 질의회신 참조.

(4) 소 결

보증채무기간을 보증채무의 존속기간 또는 소멸시효기간으로 보게 되면 보증채무기간의 약정이 없는 때에는 주채무에 대한 소멸시효기간이 10년임에도 불구하고, 보증채무에 대한 소멸시효기간만은 보증인보호법 제7조 제1항에 의해 사실상 3년으로 짧아지게 되고, 보증채무기간의 약정이 있는 때에는 당사자가 임의로 정한 약정기간에 따라 보증채무에 대한 소멸시효기간이 달라지게 되는데, 이는 사회질서 안정과 권리행사의 태만에 대한 제제 등의 이유로 인정되는 소멸시효제도의 근간을 뒤흔들 수 있다고 본다. 소멸시효기간은 위 서식규칙상의 보증채무기간이 아닌 일반적인 원칙에 의하여 파악되어야 할 것이다.

따라서 서식규칙상의 보증채무기간은 보증채무의 존속기간 내지 시효기간이 아니라, 보증인이 책임을 부담하는 기간으로 보증채무의 범위를 확정하기 위한 기간으로 보아야 하므로 위 보증채무기간이 계약일자에 시작된다는 견해가 타당하다고 할 것이다.

바. 보증기간 내에 이행기가 도래하여야 하는지 여부

위 법무부 질의회신은 ‘보증인은 보증기간 안에 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 되어야만 보증채무를 부담하게 되고, 보증기간 안에 이미 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 된 경우에는 보증기간이 종료하여도 보증인이 보증채무를 면하는 것은 아니다’ 라는 취지이다.

위 질의회신의 취지가 보증인은 보증채무기간 안에 발생한 채무에 대해서 주채무의 이행기가 도래한 이후에만 책임을 진다는 의미인지, 아니면 보증인은 보증채무기간 안에 주채무자의 채무가 발생하고, 반드시 그 이행기까지 도래한 경우에만 보증채무를 부담한다는 의미인지 불명확한 면이 있다.

이에 대하여 보증기간 안에 주채무가 발생하였으나, 주채무의 이행기가 도래하지 않은 경우에는 보증인이 보증채무 자체를 부담하지 않는 것인지 문제가 된다.

보증인보호법 제7조 제1항은 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다. 한편 주채무자의 채무 이행기는 당사자 약정에 의하여 얼마든지 3년을 초과하

여 정할 수 있다.

그러나 보증인이 보증채무기간 안에 주채무자의 채무가 발생하고, 반드시 그 이행기까지 도래한 경우에만 보증채무를 부담한다고 하는 경우에는 만약 주채무자의 채무 이행기를 3년을 초과하여 정하고, 보증채무의 기간을 약정하지 않은 때(보증인보호법 제7조 제1항에 의해 보증기간 3년)에는 그 보증채무기간 3년 내에 주채무의 이행기가 도래하지 않았다는 이유로, 결국 보증인은 보증계약을 체결하였음에도 불구하고 아무런 책임도 지지 않게 되는 불합리한 결과가 발생한다. 이는 보증채무기간을 당사자 약정에 의하여 주채무의 이행기보다 짧게 정한 경우도 마찬가지이다.²⁹⁾

보증인은 보증채무의 부종성에 기해 주채무의 이행기가 미도래한 경우 채권자에게 기한미도래 항변권을 주장할 수 있음은 당연하다.

따라서 보증인은 보증채무기간 안에 발생한 채무에 대해서만 보증채무의 부종성에 기해 주채무의 이행기 이후에 책임을 부담한다는 것이지, 보증채무기간 안에 주채무의 이행기가 도래하지 않았다고 하여 보증책임 자체를 부담하지 않는 것은 아니라고 할 것이다. 즉, 보증채무기간 안의 주채무의 이행기 도래 여부는 보증책임 부담의 요건은 아니라고 할 것이다.

사. 보증채무의 기간을 특정하지 않았을 경우의 효력

금전소비대차계약 공정증서를 작성하면서 보증채무의 기간을 특정하지 않은 경우 효력이 문제된다.

판례는 보증인보호법 제정이전부터 보증기간을 정하지 않은 근보증의 효력도 인정해 왔다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카2023 판결등 다수 참조).

보증인보호법은 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다(보증인보호법 제7조 제1항).

따라서 보증기간을 약정하지 않은 금전소비대차계약 공정증서의 경우도 유효하며, 그 경우 보증기간은 3년이라 할 것이다.

29) 예를 들면, 주채무의 이행기는 2년 후이나, 보증채무기간을 1년 후로 정한 경우

아. 대여원리금 등이 보증채무최고액을 초과한 상태에서 주채무자가 일부 변제를 하는 경우 보증인의 책임 범위

주채무자가 보증기간 만료후 대여원리금 등(대여원금, 이자, 지연손해금)이 보증채무최고액을 초과한 상태에서 일부 변제를 하는 경우 보증인의 책임 범위는 어떠한지가 문제된다.³⁰⁾

예를 들면 금전소비대차계약 공정증서상의 대여원금이 1억 원, 보증채무최고액 1억 3천만 원, 보증채무기간 2년, 보증채무기간 내에 주채무의 이행기가 도래하여 발생한 보증채무기간 내의 이자 및 지연손해금이 각 2천만 원이라고 가정하면,

보증채무기간 2년이 만료되는 시점에 채무자는 대여원리금 등 합계 금 1억 4천만 원(원금 1억 원 + 보증채무기간 내의 이자 및 지연손해금 합계 금 4천만 원)의 채무를 부담하지만, 보증인은 보증채무기간동안 발생한 대여원리금 등 합계 금 1억 4천만 원 중에서 보증채무최고액 한도인 1억 3천만 원에 대해서만 책임을 부담하게 된다.

이 경우 채무자가 채권자에게 보증기간이 만료되는 시점에 금 5천만 원을 일부 변제하는 경우 보증인의 책임 범위는 어떠한지가 문제된다. 즉, 보증인이 부담하는 채무는 채무자가 부담하는 대여원리금 등 합계 금 1억 4천만 원에서 일부 변제금 5천만 원을 공제한 9천만 원이 되는 것인지, 아니면 자신의 보증채무최고액 한도인 1억 3천만 원에서 일부 변제금 5천만 원을 공제한 8천만 원이 되는지 문제가 된다.

판례는 “계속적 상거래에 기한 채무의 연대보증(근보증)계약에 있어서 연대보증인이 채무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하는 취지의 계약을 하였을 때는 그 보증한 한도 이상의 채무에 대하여는 그 책임이 없음은 물론이나 그 보증한 한도내의 채무가 잔존하고 있는 이상 그 잔존채무가 위 한도액 범위내의 거래로 인하여 발생한 채무이던, 또는 그 한도액을 초과한 거래로 인하여 발생한 채무중 다른 담보권의 실행으로 일부 변제되고 잔존한 채무이던 불문하고 그 보증한도에서 책임을 져야한다.”고 판시한 바 있다(대법원 1985. 3. 12. 선고 84다카1261 판결).

또한 판례는 주채무자의 채무 중 일정범위에 대하여만 보증을 한 일반보증에 있어서도 ‘연대보증인이 주채무자의 채무 중 일정 범위에 대하여 보증을 한 경우에 주채무

30) 한정화, 금전소비대차계약공정증서상 보증조항의 해석문제, 2015. 공증과신회 통권 제8호 110면~111면 참조.

자가 일부변제를 하면, 특별한 사정이 없는 한 일부변제금은 주채무자의 채무 전부를 대상으로 변제충당의 일반원칙에 따라 충당되고, 연대보증인은 변제충당 후 남은 주채무자의 채무 중 보증한 범위 내의 것에 대하여 보증책임을 부담한다'고 판시함으로써(대법원 2016. 8. 25. 선고 2016다2840 판결 등 참조), 주채무자의 일부변제금은 주채무자의 채무 전부를 대상으로 변제충당의 일반원칙에 따라 충당되는 것이지, 연대보증인에 대한 관계에서라도 이와 달리 충당되는 것이 아니다라는 취지의 입장이다.

참고로 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에 있어서는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있으므로 당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우나 묵시적 합의가 되었다고 보여지는 경우가 아니면 원칙적으로 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 할 것이고(대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카7262 판결 등 참조), 또한 지연손해금 채무 역시 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 원본채무보다 먼저 충당되어야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다85281 판결 등 참조).

따라서 위와 같은 판례의 취지의 비추어 볼 때 위 사안의 경우 주채무자의 일부 변제금 5천만 원은 주채무자의 채무 전부(1억 4천만 원)를 대상으로 변제충당의 일반원칙에 따라 주채무에 대한 이자 또는 지연손해금 채무가 원본채무보다 먼저 충당되어야 하고, 보증인에 대한 관계에서라도 이와 달리 충당되는 것은 아니라고 할 것이므로, 보증인은 자신의 보증채무최고액 한도인 1억 3천만 원내의 (주채무자의) 채무가 잔존하고 있는 이상 그 잔존채무(9천만 원)가 위 한도액 범위내의 거래로 인하여 발생한 채무이던, 그 한도액을 초과한 거래로 인하여 발생한 채무이던 불문하고 그 보증한도에서 책임을 져야 하므로, 결국 보증인이 부담하는 채무는 9천만 원에 해당된다고 할 것이다.

6. 변제기일 경과된 금전소비대차계약에 대하여 공정증서 작성이 가능한지

변제기일이 경과된 금전소비대차계약에 대하여 공정증서를 작성할 수 있는지가 문제된다.

공증제도는 어떤 거래에 관하여 증거를 보전하고 분쟁을 예방하며 권리자의 권리 행사를 용이하게 하기 위하여 사실이나 법률관계를 증명해 주는 제도이고, 금전소비대차계약 공정증서는 채권자(貸主)와 채무자(借主) 사이의 금전소비대차계약을 근거

로 채무자가 채무불이행 시 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없다는 소위 강제집행 인낙의 문구[소위 집행수락 약관]를 넣어서 작성된 공정증서를 말한다.

즉, 금전소비대차계약 공정증서는 당사자의 촉탁에 의하여 당사자 사이에 체결한 금전소비대차계약을 공적으로 증명하는 것이므로, 변제기일이 경과된 금전소비대차계약에 대하여 공정증서 작성을 금할 하등의 이유가 없다. 따라서 금전소비대차계약 공정증서 작성시 변제기가 도래한 것을 접수하여 작성하는 것도 가능하다.³¹⁾ 참고로 변제기일이 경과한 채무변제계약에 대하여도 공정증서 작성이 가능하다고 할 것이다.³²⁾

한편 변제기일이 경과한 약속어음에 대한 공정증서 작성이 가능한지에 대하여는 논란이 있다. 법무부는 지급일자를 경과한 어음에 관하여는 공증하는 사례가 없도록 하라는 지시를 한 바 있다(1985. 12. 12. 법무 2303-15575 지시, 대한공증인협회, 공증실무 2004년 456면 참조). 그러나 변제기일이 경과된 공정증서를 작성할 수 있는지에 대하여 금전소비대차계약 공정증서 및 채무변제계약 공정증서와 약속어음 공정증서를 달리 취급할 하등의 이유는 없다고 할 것이므로, 변제기일이 경과된 약속어음에 대하여도 공정증서를 작성할 수 있다고 보아야 할 것이다.³³⁾

다만 변제기일이 경과된 금전소비대차계약 공정증서 등을 작성하였더라도, 공증인은 공정증서를 작성한 날부터 7일이 지나지 아니하면 집행문을 부여할 수 없음을 주의하여야 한다(법 제56조의4 제1항).

IV. 공정증서 작성 수반사무 단계

1. 일반적인 주의사항

가. 공증인(공증담당변호사)은 부속서류(대리권을 증명하는 증서, 권한이 있는 행

31) 대한공증인협회, 2004년 공증실무 474면 참조.

32) 대한공증인협회, 2004년 공증실무 466면 참조.

33) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 8. 8.자 ‘지급기일이 지난 약속어음에 대한 공정증서 작성 가부 등’ 참조.

정기관이 발행한 증명서, 제3자의 허락 또는 동의를 증명하는 증서 등)를 작성한 증서에 연철하여야 하며, 증서와 그 부속서류 간 및 부속서류 상호 간에 직인으로 간인을 하여야 한다(법 제40조 제1항, 제2항).

나. 공증인이 대리인의 촉탁에 의하여 증서를 작성한 경우에는 증서를 작성한 날로부터 3일내에 다음 각호의 사항(1. 증서의 건명·번호 및 작성연월일 2. 공증인의 성명 및 사무소 3. 대리인과 상대방의 성명 및 주소 4. 민사집행법 제56조제4호에 규정된 사항의 유무)을 별지 제13호서식에 의하여 등기우편으로 본인에게 통지하여야 한다(영 제13조 제1항 본문, 서식규칙 제17조 제1항). 다만 대리인이 본인의 고용인이거나 동거인인 경우에는 통지할 필요가 없다(영 제13조 제1항 단서).

통지일자 계산시 증서 작성 다음날부터 산입하여 3일째 되는 날이 토요일이나 공휴일인 경우에는 그 다음날(평일)까지 통지하면 되는데, 여기서 3일이란 공증인의 근무일을 의미한다고 본다(공증실무 개정판 제163면 참조).

공증인은 위와 같은 통지 시 통지서 2부를 작성하여 1부를 본인에게 발송하고, 1부를 공정증서 원본 뒤에 철하되, 등기우편발송증명서를 그 통지서 하단에 부착하여 보존하여야 한다(서식규칙 제17조 제2항).

공증인이 위 통지를 하였을 때에는 증서원부의 비고란에 통지의 요지·통지의 방법과 연월일을 기재하여야 한다(영 제13조 제2항).

2. 인지 첨부 방법 문제

가. 공증인은 인지세법에 따라 인지세 납부의 대상이 되는 금전소비대차계약 공정증서를 작성한 경우에는 촉탁인에게 증서의 원본에 인지를 붙이도록 하여야 하며(법 제42조),³⁴⁾ 증서에 인지를 첨부하여야 하는 경우에는 증서 표지 하단에 첨부인지액을 기재하고, 표지이면에 인지를 부착하여야 한다(서식규칙 제22조 제3항). 또한 인지를 부착한 지면과 인지에 걸쳐 공증인의 직인으로써 소인하여야 한다(인지세법 제10조 참조).

34) 법 제42조에는 마치 촉탁인으로 하여금 직접 증서의 원본에 인지를 붙이도록 하게 하여야 하는 것처럼 되어 있으나, 이는 촉탁인에게 인지세 납부의 책임이 있다는 의미로 해석하여야 할 것이다.

나. 실무상 대통령령으로 정하는 금융·보험기관³⁵⁾이 촉탁인인 금전소비대차계약 공정증서 작성 시 인지를 첨부하여야 하며, 인지세는 그 금액이 5천만 원 이하인 것은 비과세이고(인지세법 제6조 제8호), 그 금액이 5천만 원 초과 1억 원 이하인 경우에는 7만 원, 1억 원 초과 10억 원 이하인 경우에는 15만 원, 10억 원을 초과하는 경우에는 35만 원이다(인지세법 제3조 제1항 참조).

다. 금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 위와 같이 인지세를 납부하여야 할 의무가 있는 금융·보험기관에는 과거 한국정책금융공사법에 따른 한국정책금융공사도 포함되어 있었으나, 2014. 12. 30. 인지세법 시행령 개정으로 제외된 바 있다. 따라서 인지세를 납부하여야 할 의무가 있는 금융·보험기관은 정책상의 이유 등으로 수시로 변동할 수 있으므로, 각별한 주의를 요한다.

35) 인지세법 시행령 제2조의2에 의하면 여기서 대통령령으로 정하는 금융·보험기관이란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 「은행법」 제2조 제1항 제2호에 따른 은행
2. 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행
3. 삭제 <2014. 12. 30.>
4. 「한국수출입은행법」에 따른 한국수출입은행
5. 「중소기업은행법」에 따른 중소기업은행
6. 「여신전문금융업법」 제2조 제15호에 따른 여신전문금융회사
7. 「신용협동조합법」에 따른 신용협동조합
8. 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행
9. 「새마을금고법」에 따른 새마을금고
10. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조 제7항에 따른 신탁업자
11. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조 제4항에 따른 집합투자업자
12. 「보험업법」에 따른 보험회사
13. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조 제2항·제3항에 따른 투자매매업자·투자중개업자 및 같은 법 제9조 제17항 제3호에 따른 증권금융회사
14. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제336조에 따른 종합금융회사
15. 「농업협동조합법」에 따른 조합, 중앙회 및 농협은행
16. 「수산업협동조합법」에 따른 조합, 중앙회 및 수협은행
17. 「산림조합법」에 따른 산림조합 및 그 중앙회
18. 그 밖에 여신업무를 수행하는 금융기관 또는 보험기관으로서 기획재정부령으로 정하는 기관

라. 한편 공증인이 금전소비대차계약 공정증서를 작성하면서 인지세법에 따라 인지를 첨부하여야 하는 경우 증서의 원본에 인지를 붙이는 것(첨부) 대신에 인지세를 납부한 영수증을 첨부하는 방법도 인정되는지가 문제된다.

우선 공증인법 제42조에는 증서의 원본에 인지 자체를 붙이도록 되어 있고, 서식규칙 제22조 제3항에도 공정증서 표지이면에 인지 자체를 부착하도록 되어 있다.

한편 인지세법 제8조 제1항에 의하면 “인지세는 과세문서에 「수입인지에 관한 법률」 제2조제2항제1호에 따른 종이문서용 전자수입인지(이하 “종이문서용 전자수입인지”라 한다)를 첨부하여 납부한다. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 인지세액에 해당하는 금액을 납부하고 과세문서에 인지세를 납부한 사실을 표시함으로써 종이문서용 전자수입인지를 첨부하는 것을 갈음할 수 있다.”고 규정되어 있다.

따라서 위 인지세법 제8조 제1항 단서에 비추어 볼 때, 공증인은 인지세의 과세대상이 되는 금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 법 제42조 및 서식규칙 제22조 제3항에 따라 인지를 증서 원본의 표지이면에 첨부하는 대신 인지세를 납부한 그 영수증을 첨부하여도 무방하다고 할 것이다. 2010. 2. 5. 개정된 서식규칙 별지 제20호서식에서 기존의 “첨용”이라는 용어 대신에 “첨용”이라는 용어를 사용하는 것도 이런 맥락이라고 할 것이다.³⁶⁾

V. 공정증서 작성 후의 단계

1. 촉탁대리인이 증서 또는 그 부속서류에 관한 등본의 교부를 청구하는 것이 가능한지

촉탁인, 그 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계를 가지고 있음을 증명한 자는 증서 또는 그 부속서류의 등본의 교부를 청구할 수 있다(법 제50조 제1항). 이와 관련하여 촉탁대리인이 증서 또는 그 부속서류에 관한 등본의 교부를 청구하는 것이 가능한지가 문제된다.

36) 대한공증인협회, 2013년 공증실무 개정판 160면 각주 참조.

우선 공증인이 보존하는 공정증서 원본철은 공정증서 원본·촉탁서·촉탁인확인증명서사본·대리권증명서류·통지서 및 우편송달보고서 등의 순서로 편철하도록 되어 있는 바(서식규칙 제10조 제1항), 위 공정증서 원본철에 편철하도록 되어 있는 서류 중 공정증서 원본을 제외한 서류들이 공증인법 제50조 제1항에 의하여 등본의 교부를 청구할 수 있는 부속서류이다.

촉탁대리인은 위 법 제50조 제1항의 청구권자에 해당하지 않으므로, 단지 그가 촉탁대리인이라는 이유만으로는 증서 또는 그 부속서류의 등본 교부 청구를 할 수는 없다 할 것이다.

그러나 촉탁대리인이 해당 공정증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계를 가지고 있거나, 촉탁인으로부터 등본의 교부 청구에 관하여 별도의 대리권을 위임받은 경우에는 증서 또는 그 부속서류의 등본 교부를 청구하는 것이 가능함은 물론이다.

2. 금전소비대차계약 공정증서 작성 후 채무자가 채권자 동의하에 공정증서의 내용을 추가한 경우 집행문 부여가 가능한지

공정증서에 글자를 삽입할 때에는 삽입한 글자 수와 그 위치를 칸의 밖이나 끝부분 여백에 적고 공증인, 촉탁인 또는 그 대리인과 참여인이 이에 날인하여야 한다(법 제37조 제2항). 이에 위반한 정정은 효력이 없다(동조 제3항).

공정증서 작성후 촉탁인들이 공정증서 '정본'의 내용을 임의로 추가한 경우 그 증서에 기한 집행문은 발급할 수 없다 할 것이다. 따라서 이 경우 공증인은 보관중인 공정증서 원본에 근거하여 새로운 정본을 발급하여 집행문을 부여하는 것이 타당하다.³⁷⁾

3. 기한미도래 공정증서에 대한 집행문 부여 가부

공증인은 공정증서를 작성한 날로부터 7일(건물이나 토지의 인도 또는 반환에 관한 공정증서인 경우에는 1개월)을 경과하지 아니하면 집행문을 부여할 수 없다(법 제

37) 법무부 질의회신, 2011. 10. 7.자 '변경된 공정증서에 기한 집행문 부여 가부' 참조.

56조의3 제1항).

민사집행법 제40조 제1항은 ‘집행을 받을 사람이 일정한 시일에 이르러야 그 채무를 이행하게 되어 있는 때에는 그 시일이 지난 뒤에 강제집행을 개시할 수 있다’라고 하여 변제기의 도래를 집행문부여의 요건이 아닌 집행개시의 요건으로 규정하고 있다. 또한 이는 공정증서에 기초한 강제집행에도 준용된다(민사집행법 제57조).

그러므로 공증인은 금전소비대차계약 공정증서를 작성한 날로부터 7일이 경과한 경우 공정증서상의 변제기가 도래하지 않더라도 집행문을 부여할 수 있다. 다만 집행권원에 조건이 걸려 있는 경우(정지조건, 불확정기한, 선급부의무는 조건에 해당)에는 민사집행법 제30조 제2항에 의해 채권자가 그 조건이 성취되었음을 증명하는 서류를 제출하여야만 집행문을 부여할 수 있다.³⁸⁾

4. 채권양도와 승계집행문 부여

가. 승계집행문 부여 시 제출받아야 하는 서류

공증인은 채권의 승계가 있을 경우 그 승계가 공증인에게 명백한 사실이거나, 증명서로 승계가 증명될 때 승계집행문을 부여할 수 있다(민사집행법 제31조 제1항, 제59조 제1항).

채권자의 승계인이 승계집행문 부여를 신청하는 경우에는 그는 자신이 채권을 승계한 사실을 증명하는 증서를 제출하여야 하는데, 그 증서가 사서증서일 때에는 인증을 받아 제출하거나 그렇지 아니한 경우에는 그 증서 외에 권한 있는 행정기관이 작성한 인감증명서 또는 서명에 관한 증명서를 제출하여야 한다(법 제46조 제3항, 제31조 제2항).

또한 공증인은 채권양도 함에 있어 채권의 성질 및 법률규정에 의한 제한이 있는지 여부, 일부 양도에 관하여 당사자의 반대 의사가 있는지 여부, 채권양도의 대항요건을 구비하였는지 여부 등을 검토하여 승계집행문을 부여하여야 한다(민법 제449조 내지 452조 참조).

38) 법무부 질의회신, 2011. 10. 7.자 ‘기한미도래 공정증서에 대한 집행문 발급 가부’ 참조.

따라서 공증인이 채권양도로 인한 승계집행문 부여시 제출받아야 할 서류들은 다음과 같다.³⁹⁾

- 다 음 -

- ① 인증받은 채권양수도계약서 또는 채권양수도계약서와 양도인 및 양수인의 각 인감 증명서⁴⁰⁾
- ② 양도인 명의의 제3채무자에 대한 채권양도통지서⁴¹⁾ 또는 제3채무자 명의의 채권양도승낙서⁴²⁾
- ④ 우편물 배달증명서⁴³⁾

채권양도통지는 양도인이 해야 효력이 있으므로, 양도인 이외의 다른 사람 명의로 채권양도통지를 보낸 경우 이는 효력이 없으므로 승계집행문 부여도 불가능하다. 또한 채권양도통지서에는 양도인의 기명날인 또는 서명이 있어야 하는데, 양도인의 기명만 있고 날인이 없는 경우에는 유효한 채권양도통지서로 볼 수 없다.⁴⁴⁾

나. 의사표시 공시송달

승계집행문 부여 시에는 승계사실이 명백하게 증명되어야 함은 물론이고, 채무자에 대한 대항요건이 필요한 경우에는 이에 관한 증명서도 제출되어야 하므로, 채권양

39) 대한공증인협회, 공증과 신뢰 2014년 통권 제7호 319면, ‘승계집행문 발부시 절차 및 필요서류 여부 관련’ 참조.

40) 채권양수도계약서가 인증된 것이면 인감증명서는 필요없고, 양수인이 직접 온 경우는 양수인의 인감증명서는 없어도 된다.

41) 실무상 내용증명으로 발송한 것을 제출받는다.

42) 인감증명서가 첨부되거나 인증받은 것이어야 한다.

43) 채권양도통지서가 제3채무자에게 배달된(도달된) 사실을 우체국에서 증명해주는 서류이다. 통상 양도인이 채권양도통지서를 내용증명으로 제3채무자에게 발송할 때, 그 채권양도통지서의 배달증명 신청까지 함께 함이 일반적이다. 다만 발송후 배달증명 신청의 경우 일정기간이 지나면 발급되지 않기 때문에 양수인은 양도인을 통하여 미리 배달증명서를 확보하고 있어야 한다. 따라서 양도통지서를 보낼 때 애초부터 내용증명 및 (발송시) 배달증명우편으로 보내는 것이 바람직하다.

44) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 3. 8. 자 ‘승계집행문 부여 관련’ 참조.

도의 경우에는 양도인의 채권양도통지서 이외에 그 배달증명서도 제출받아야 함은 앞서 본 바와 같다.⁴⁵⁾

그런데 양도인이 과실없이 채무자의 소재를 알지 못하여 채권양도통지서가 채무자에게 송달되지 않은 경우 어떻게 할 것이냐가 문제된다.

만약 양도인이 과실없이 채무자의 소재를 알지 못하여 채권양도통지서가 채무자에게 송달되지 못하는 경우에는 민사소송법 공시송달 규정에 의하여 채권양도통지를 송달할 수 있을 것이다(민법 제113조).

즉, 공정증서상 채무자의 주소지나 주민등록초본상의 최후주소지로 채권양도통지서를 우송하였음에도 배달이 되지 않는 경우에는 채권양도인(공정증서 상의 채권자)은 민법 제113조에 따라 법원에 의사표시의 공시송달 신청을 할 수 있는 바, 승계인(채권양수인)이 법원의 공시송달 결정문을 가지고 오고 법원 게시판에 공고한 후 2주가 경과하였음이 분명하다면 승계집행문 부여가 가능하다(채권양도통지를 공시송달의 방법으로 도달하게 한 사례. 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결, 서울고등법원 2012. 2. 10. 선고 2011나37447 판결).⁴⁶⁾

다. 금전소비대차계약 공정증서 중 채권금액 일부에 대한 채권양도가 가능한지

금전소비대차계약 공정증서상의 채권은 채권자가 특정되어 있는 지명채권이다. 지명채권은 채권의 성질이나 당사자 반대의사표시에 의한 제한 또는 법률의 규정에 의해 제한되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 양도할 수 있다(민법 제449조 제1항). 지명채권의 채권자는 자신의 채권 전부뿐만 아니라, 일부에 대해서도 양도가 가능하다. 또한 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다. 위 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하여야 한다(민법 제450조 제1, 2항 참조).

따라서 금전소비대차계약 공정증서상의 채권도 채권자가 특정되어 있는 지명채권에 해당되므로, 양도가 가능한 채권이며, 채권자는 채권 금액 전부뿐만 아니라, 일부에 대해서도 양도가 가능하다고 할 것이다.

45) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 7. 25. 자 ‘승계집행문 신청 시 배달증명원 제출 여부’ 참조.

46) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 1. 2. 자 ‘채권양도통지서의 공시송달과 승계집행문 부여’ 참조.

라. 채권일부 양도의 경우 승계집행문 작성방법

(1) 정본발급

양수인이 공정증서상의 일부 채권만을 양수받은 관계로, 정본을 소지하지 아니하고 있다면, 그 양수인은 공증인법 제46조 제1항의 승계인에 해당되므로, 공정증서 정본 발급을 청구할 수 있다. 이러한 경우 공증인은 새로 발급한 정본에 승계집행문을 부여하면 된다.

(2) 승계집행문 작성방법

공증인은 승계집행문 부여 시 증서번호, 채권양수인이 채무자에게 강제집행할 수 있다는 취지를 기재하고, 자신의 서명날인을 하는 것이 원칙이다(서식규칙 제19조 제1항, 별지 제17호 서식). 다만 집행문은 집행기관으로 하여금 집행할 수 있도록 구체적으로 기재하여야 할 것이다.

즉, 승계집행문에는 승계인의 주소 또는 주민등록번호 등(주민등록번호가 없는 사람의 경우에는 여권번호 또는 등록번호, 법인 또는 법인 아닌 사단이나 재단의 경우에는 사업자등록번호·납세번호 또는 고유번호)을 적어야 한다(민사집행규칙 제20조 제2항, 제19조 제1항 제4호 참조).

또한 공증인이 공정증서상의 채권 중 일부에 대하여 집행문을 내어 주는 때에는 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 적어야 하므로(동 규칙 제20조 제1항), 승계집행문 부여 시 집행 가능한 일부 양도된 채권액도 반드시 기재하여야 함을 주의하여야 한다.

채권의 일부 양도의 경우 집행문 기재례는 다음과 같다.

#기재례

채무자 ○○○에 대하여 금 ○○○원에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 채권자 ○○○의 승계인 ○○○(주소 또는 주민등록번호 등)에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

(3) 증서 원본 기재방법

또한 공증인은 채권의 일부 양도에 의해 승계집행문을 부여한 경우, 공정증서 원본에 정본 및 집행문 발급사실(법 제40조, 서식규칙 제19조 제2항)외 일부 채권양도 취지도 특정하여 기재하여야 할 것이다.

#기재례

채무자 ○○○에 대하여 금 ○○○원에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 채권자 ○○○의 승계인 ○○○에게 정본 ○통 및 집행문 ○통을 부여함.

(4) 특별송달

공증인은 채권의 일부 양도에 의해 승계집행문을 부여한 경우에도 채권의 전부 양도에 의한 승계집행문 부여와 마찬가지로, 승계집행문의 등본과 증명서(채권양수도 계약서, 채권양도통지서, 배달증명서)의 등본을 채무자에게 송달하여야 한다(민사집행법 제57조, 제39조 제2항, 제3항).

승계집행문 등본 및 증명서 등본의 송달 여부에 따라 공증인은 송달증명서 또는 송달불능증명서를 승계인에게 교부한다. 공증인의 송달이 불능에 이른 경우에는 당사자는 집행관에게 송달을 위임할 수 있다(공증인법 제56조의5 제1항, 민사집행규칙 제22조).

마. 이미 집행문이 부여된 정본에 승계집행문을 부여하는 방법

채권자가 집행문을 부여받은 후 아직 강제집행을 신청하지 아니한 상태에서 채권을 양도한 경우, 공증인은 정본에 부착되어 있는 종전의 집행문을 제거할 필요없이 여기에 덧붙여 승계집행문을 부착하는 방법으로 집행문을 부여하면 된다.⁴⁷⁾

47) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2017. 9. 26.자 ‘이미 집행문이 부여된 정본에 승계집행문을 부여하는 방법’ 참조.

5. 경정계약 공정증서 작성 가부 및 방법

공정증서에 오기가 발견된 경우 공정증서 작성 직후에 촉탁인이 공증사무실에 있거나 그 증서를 다른 곳에 사용하지 아니하였다면 공증인법 제37조의 절차에 따라 삽입, 삭제하면 되고, 그 외의 경우 즉, 시간이 경과하거나 이미 증서를 사용한 경우라면 오기를 정정한다는 내용의 경정계약 공정증서를 작성할 수 있다. 그러나 경정계약 공정증서는 새로이 증서를 작성하는 것이므로 공증인법상의 작성절차에 따라 증서를 작성하여야 한다(법 제38조).⁴⁸⁾

6. 해소부기 문제

가. 연대보증인에 대한 해소부기만 가능한지

공증인은 공정증서에 적힌 양쪽 당사자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 채무의 전부 변제 사실이나 계약의 전부 해소 사실을 증서의 원본에 부기할 수 있다(법 제35조의2 제1항).

따라서 채무의 전부 변제 사실이나 계약의 전부 해소 사실만의 해소부기만 가능하고, 채무 일부 변제나 계약의 일부 해소 사실만의 해소부기는 불가하다.

연대보증인에 대해서만 해소부기를 하는 것이 (보증)계약의 전부 해소 사실에 대한 것인지, (금전소비대차)계약의 일부 해소 사실에 대한 것인지에 대해서는 이론상 다툼이 있을 수 있으나, 법 제35조의 2에서 공정증서에 적힌 양쪽 당사자의 촉탁에 의하도록 한 것은 공정증서에 적힌 당사자 전부의 촉탁에 의할 경우에만 해소부기를 하여야 한다는 취지로 보이며, 보증계약도 금전소비대차계약 공정증서에 포함되어 하나의 증서로 작성된 점, 증서 원본에 연대보증인에 대해서만 해소부기사실을 기재하면 집행상 오해의 소지가 있을 수 있는 점 등에 비추어 불가하다고 본다.

연대보증인에 대한 책임만을 면제해 줄 목적이면 기존의 공정증서 전부에 대한 해소부기를 하고, 채권자와 채무자가 다시 새로운 공정증서를 작성함이 바람직하다.⁴⁹⁾

48) 법무부 질의회신, 2011. 10. 7.자 '경정계약 공정증서 작성 가부 및 방법' 참조.

49) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 7. 26.자 '연대보증인에 대한 해소부기 가능여부' 참조.

나. 해소부기의 경우에도 당사자가 반드시 서명날인해야 하는지

공정증서 해소부기의 경우에는 공증인법 제38조를 준용하고 있다(공증인법 제35조의2 제3항). 법 제38조 제3항에는 공증인과 참석자는 각각 증서에 서명날인하여야 한다고 규정되어 있으므로, 해소 부기의 경우 참석자는 반드시 서명날인하여야 하며, 단순히 서명만 하면 공증인법에서 정한 요건을 갖추지 아니하여 효력이 없다.⁵⁰⁾

다. 해소부기 시 촉탁서와 신청서 중 어느 것을 받아야 하는지 등

해소부기의 경우 신청서를 작성 받아야 하는지 아니면 촉탁서를 작성 받아야 하는지가 문제된다.

이와 관련하여 실무상 크게 두 가지 견해로 나누어져 있다.

첫 번째 견해는 해소부기를 신청사건으로 처리하여, 별지 제16호서식의 신청서를 작성 받고, 신분증 사본 등과 함께 신청서철에 철하는 경우이다.

두 번째 견해는 해소부기는 법 제35조의2 제1항이 “촉탁을 받아”라고 되어 있고, 같은 조 제2항에도 촉탁인으로 되어 있는 점, 제3항에서 공정증서 작성에 관한 규정들을 준용하고 있는 점을 고려하여, 촉탁서를 작성 받고, 신분증 사본 등과 함께 원본의 부속서류 뒤에 철하는 경우이다.

생각건대 법 제35조의2 제1항에 명확하게 “촉탁을 받아”라고 규정되어 있으므로, 촉탁서를 작성 받아 신분증 등 관련 서류와 함께 원본의 부속서류 뒤에 첨부하는 두 번째 견해가 타당하다고 본다.

한편 해소부기 사실을 증서원부에도 기재해야 하는지와 관련하여 증서원부 비고란에 그 취지를 기재하는 것으로 제도 개선될 필요성이 제기되고 있기는 하나 명문규정이 없는 현재로서는 증서원부에 까지 기재할 필요는 없다 할 것이다.⁵¹⁾

50) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 5. 8.자 ‘해소부기 시 당사자 서명날인 여부’ 참조.

51) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 4. 24.자 ‘해소부기 시 촉탁서와 신청서 중 어느 것을 받아야 하는지’ 참조.

7. 촉탁인이 대동한 법원 감정인에게 공정증서 원본의 열람을 허용할 수 있는지

공정증서 원본에 대해 채권자와 채무자가 소송중에 있어 그 일방인 채무자가 소송 중인 사건의 공정증서 원본상의 채무자 서명에 대한 필적 감정을 신청하여 법원에서 그 필적감정신청을 받아들인 경우 공증인은 채무자가 대동한 필적감정사에게도 원본 열람을 허용할 수 있는지 여부가 문제된다.

이와 관련하여 대한공증인협회는 ‘공증인은 촉탁인의 동의를 받으면 직무상 알게 된 비밀이라도 타인에게 제공할 수 있으며(공증인법 제5조), 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상의 필요가 있는 때에는 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것이라도 법정에서 증언을 할 수 있다는 점(형사소송법 제149조) 등에 비추어 보면, 공증인법 제43조가 증서 원본의 열람을 촉탁인, 그 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계가 있음을 증명한 자에 한하여 허용하고 있는 것은 그 이외의 자에게는 절대 증서의 내용이 누설되지 않도록 하기 위한 것이 아니라 증서의 내용을 외부에 알리는 데 있어서 촉탁인 등 위 열람권자에게 그 결정권한을 부여한 것이라고 봄이 타당하며, 나아가 공증인도 진실발견에 협조할 의무를 지고 있음은 조리상 명백하므로 촉탁인이 반대하거나 증서 원본의 외부반출을 요하는 경우가 아니라면 법원의 정당한 절차에 따라 진행되는 문서감정에 협조하는 것이 바람직하므로 촉탁인인 채무자가 법원의 문서감정절차의 일환으로 법원이 선정한 필적감정사를 대동하여 증서원본의 열람을 청구하는 경우, 채무자와 대동한 그 필적감정사에게 증서원본의 열람을 허용하는 것이 공증인법 제43조에 위반되지 않는다’ 고 한 바 있다.⁵²⁾

따라서 촉탁인이 법원이 선정한 필적감정사를 대동하여 증서 원본의 열람을 청구하는 경우 그 필적감정사에게도 증서 원본의 열람을 허용할 수 있다고 할 것이다. 그러나 위 대한공증인협회의 입장에 비추어 볼 때, 만약 법원에서 선정된 필적감정사라고 하더라도 촉탁인을 대동하지 않은 상태에서는 공정증서 원본 등의 열람이 허용되지 않는다고 할 것이다.

52) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2018. 1. 23.자 ‘촉탁인이 법원 감정인을 대동한 경우 감정인에게 열람을 허용할 수 있는지 여부’ 참조.

8. 공정증서 원본 및 부속서류에 대하여 전자복사 문제

공정증서 원본 및 부속서류에 대하여 촉탁인에게 열람이나 등본발급이 아닌 전자복사만을 해주어도 무방한지가 문제된다.

이와 관련하여 대한공증인협회는 ‘촉탁인은 증서의 원본이나 부속서류에 관하여 열람을 청구할 권리가 있는 바, 열람의 확장된 내용으로서 증서 원본이나 부속서류의 전자복사를 구할 수도 있다고 사료됨’이라고 입장을 밝힌 바 있다.⁵³⁾

따라서 공증인은 촉탁인의 신청에 의해 열람의 확장된 내용의 일환으로 공정증서 원본 및 부속서류 일체에 대하여 전자복사만을 해주어도 무방하다고 할 것이다.

VI. 결 론

금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서는 위와 같이 항상 유념하지 않으면 안되는 사항들이 많이 있다. 특히 관련법의 개정 여부 등은 공정증서 자체의 효력과도 직결될 수 있으니 더욱 각별한 주의를 요한다.

또한 금전소비대차계약 공정증서는 가장 일반적이면서 중요한 역할을 담당하는 공정증서 중 하나이지만, 실무상 금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 위에서 살펴본 바와 같이 명확한 기준이 정립되어야 하는 부분이 많이 있고, 앞으로도 경제상황의 발전 및 정책 등의 변화에 따른 관련법 개정 등으로 인해 끊임없이 연구 발전해 나가야한다.

공증제도의 발전은 공증에 대한 일반적인 신뢰를 기반으로 하며, 그러한 신뢰는 각 공증사무소가 각자의 기준하에 독자적인 업무처리를 하지 아니하고, 모든 공증사무소가 통일된 기준하에 일관성있는 업무처리를 할 때 쌓인다고 본다.

따라서 공증인들이 항상 변화하는 공증제도에 대한 관심을 기울이고, 그에 대한 심도있는 논의를 통하여 통일된 기준하에 정확한 공증업무를 수행할 때 우리나라의 공증제도는 한층 더 발전할 것으로 생각된다. 본 소고가 그러한 의미에서 작은 불씨가 되었으면 한다. 

53) 대한공증인협회, 공증실무 Q&A 2017. 10. 24.자 ‘공정증서 원본 및 부속서류의 전자복사’ 참조.