

의사록의 인증방법에 관한 고찰*

— 공증인법 제66조의2 제3항의 해석을 중심으로 —

남 상 우

대한공증인협회 법제이사
안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서 론

공증인법 제66조의2¹⁾는 제1항에서 법인등기를 할 때 그 신청서류에 첨부되는 법인 총회 등의 의사록²⁾은 공증인의 인증을 받아야 한다고 천명하면서,³⁾ 제2항에서 공증인은 의사록에 대하여 인증을 할 때 그 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는

* 본고는 필자가 2014년 법무부 공증제도개선위원회 위원으로 활동하면서 의사록 인증 제도에 관하여 주장한 바를 정리하여 작성한 것이다. 당시 위원회에서 마련한 의사록 인증 지침(안)에 필자의 주장이 상당 부분 반영되었고 그 뒤 위 지침(안)은 일부 수정 과정을 거쳐 2015. 4. 경 정식으로 법무부 장관의 의사록 인증 지침으로 확정되었으며 2015. 8. 1.부터 시행될 예정이다. 따라서 의사록 인증 실무는 위 지침에 따라 조만간 상당 부분 변경될 예정이지만 이 글에서 현행 의사록 인증 실무를 말할 때는 위 의사록 인증 지침 시행 이전의 실무를 뜻한다.

- 1) 이하 이 글에서 그냥 조문만 표시한 경우에는 공증인법의 조문을 의미한다.
- 2) 의사록에는 상법상 주식회사의 주주총회 의사록뿐만 아니라 주식회사의 이사회 의사록, 유한회사의 사원총회 의사록, 민법상 사단법인의 사원총회 의사록, 그 밖에도 각종 특별법에 의한 법인의 기관에 관한 의사록이 있다. 그러나 실무상 가장 흔히 접하면서도 인증방법과 관련하여 가장 논란거리가 많은 것은 주식회사의 주주총회 의사록이다. 따라서 이 글에서는 특별한 설명이 없으면 주주총회 의사록을 전제로 설명하기로 한다.
- 3) 공증인법 제66조의2 제1항 단서에서는 법인등기 신청서류에 첨부되는 법인 총회 등의 의사록에 해당할 지라도 예외를 인정하여 그에 대하여는 인증을 면제하고 있다.

지를 확인하여야 한다고 하고, 제3항에서는 제2항에 따른 확인의 방법으로 두 가지 방법 즉, 이른바 참석인증의 방법과 청문인증의 방법을 정하고 있으며, 제4항에서는 의사록 인증에 준용되는 규정을 정하고 있다. 그런데 제66조의2는 그 어느 조항도 다른 인증의 경우와 달리 인증방법을 정하는 형식을 취하고 있지 않다. 형식상 법인 총회 등의 의사록에 대하여 인증을 할 때 공증인은 의사록의 내용이 진실에 부합하는지를 확인하여야 한다는 점과 그 확인방법을 정하고 있을 뿐이다. 그러나 공증실무는 위 확인방법에 관한 규정에 인증방법까지 포함되어 있는 것으로 사무를 처리하고 있다. 공증인법의 의사록 인증에 관한 규정이 입법적으로 다소 매끄럽지 못한 것을 감안하면 이러한 사무 처리 방식은 십분 이해된다.

문제는 확인방법과 관련해서 현행 실무가 참석인증에서나 청문인증에서나 심각한 법리적 문제를 안고 있다는 점이다. 게다가 그 내용이 명확하지 않은 문제도 있다. 참석인증에서는 누구를 촉탁인으로 삼아야 하는지 알 수 없고 의결장소에서의 검사와 인증이 어떤 관계인지 분명하지 않으며, 공증인에게 의사록을 제출하고 또 인증된 다음에 인증서를 교부받는 자의 법적 지위가 무엇인지 분명하지 않다. 청문인증에서는 의사록의 서명·기명날인⁴⁾의 확인을 서명·기명날인자 본인이나 그 대리인이 아니라, 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인이 확인하는 것으로 보지만 서명·기명날인한 당사자가 아닌데 어떻게 그것을 확인할 수 있는지 설명이 되지 않는다. 이러한 문제는 모두 공증인법 제66조의2 제3항의 해석 문제로 귀결되는바 그 해석론에 따라 인증방법도 달라진다. 따라서 본고에서는 위 규정의 해석을 중심으로 의사록의 인증방법에 관하여 고찰하고자 한다.

4) 민법 제76조 제2항에 의하면 총회의 의사록에 의장 및 출석한 이사가 기명날인하여야 한다고 정하고 있다. 그러나 의사록에 관한 규정은 대부분 서명을 기명날인과 동일하게 취급하고 있다. 민법이 기명날인만 인정하는 것은 단지 서명을 기명날인과 동일시하는 시대의 조류를 미처 반영하지 못한 것으로 하루빨리 개정되어야 할 사항이다. 개정 전이라고 해도 사단법인 총회의 의사록에 기명날인 대신 서명하였다고 해서 무효로 볼 것은 아니라고 본다.

II. 의사록 인증 제도의 의의

의사록의 인증이란 의사록에 기재된 그 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합한다는 것에 대하여 공증인이 증명해 주는 것이라고 말할 수 있는데 공증인법 제66조의2 제1항에서는 법인 등기 신청서에 첨부되는 의사록에 한하여 공증인의 인증을 받도록 정하고 있다. 이와 같이 의사록 인증 제도를 도입한 입법취지는 어디에 있는가. 그것은 진실하지 않은 의사록에 근거한 등기를 막음으로써 정확한 법인정보의 공시를 통하여 궁극적으로는 거래의 안전과 원활을 도모하는 데 있다고 할 수 있다.

의사록 인증 제도는 다른 나라에서는 찾아 볼 수 없는 한국 고유의 인증제도이다. 이는 1970. 12. 31. 간이절차에의한민사분쟁사건처리특례법⁵⁾이 제정되면서 변호사 겸업 공증인 제도인 공증인가합동법률사무소 제도 및 어음·수표의 공증제도와 함께 도입되었다. 의사록 인증 제도의 창안은 입법 목적이 부실 등기를 예방하자는 데 있다고 볼 수 있지만 또 다른 관점에서는 새로운 공증사무를 창출함으로써 변호사 겸업 공증 제도를 정착시키고자 하는 기대도 있었다.

의사록의 내용이 진실에 부합함을 공증인이 증명하는 방법은 현행 의사록 인증 방식만이 유일한 것은 아니다. 통상 두 가지 방법을 생각해 볼 수 있다. 하나는 공증인이 의결장소에 참석하여 회의의 진행 과정을 개회부터 폐회에 이르기까지 경험하고 그 경험한 사실과 그 경험한 방법을 기재하여 공정증서를 작성하는 방법이다. 그 공정증서와 의사록을 대조하여 일치하면 의사록의 내용이 진실에 부합하는 것으로 인정받을 수 있게 된다. 또 하나는 선서인증 방식으로 의사록에 대하여 사서증서의 인증을 하면서 의사록의 서명·기명날인자로 하여금 직접 공증인 앞에서 의사록의 내용이 진실함을 선서하게 하고 그 사실을 적어서 인증하는 방법이다.

그런데 선서인증 제도는 2009년 공증인법 개정으로 비로소 도입되었다. 의사록 인증 제도를 도입할 당시는 선서인증 제도를 알지 못했던 것이다. 그 다음으로 공정증서를 작성하는 것은 공증인이 의결장소에 참석하지 않으면 안 되기 때문에 공증인의 수가 극히 적었던 당시에는 법인등기 신청서에 첨부되는 의사록과 별도로 공증인이 작성한

5) 간이절차에의한민사분쟁사건처리특례법은 현재는 폐지된 법률이다. 이하 구 간이절차특례법이라고 약칭한다.

사실에 관한 공정증서를 첨부하도록 강제하는 것은 현실적으로 극히 어려웠을 것이다. 이런 이유로 당시로서는 간편한 방법으로 의사록의 내용이 진실에 부합함을 공증하는 방법으로 의사록 인증 제도가 고안된 것이다.

III. 의사록 인증 규정의 변천 과정

1. 1970년 구 간이절차특례법의 제정

제3조 (법인등기) ① 법인의 등기절차에 첨부되는 결의서는 공증인의 인증을 받아야 한다.
 ② 전항의 규정에 의한 인증을 하는 공증인은 결의절차와 내용이 진실에 부합하는가의 여부를 확인하여야 한다.

의사록 인증 제도가 처음 도입되었을 때는 ‘법인의 등기절차에 첨부되는 결의서’는 공증인의 인증을 받아야 한다는 점, 그 경우 공증인은 결의절차와 내용이 진실에 부합하는가의 여부를 확인하여야 한다는 점만 정하고 있었을 뿐이다. 다시 말하여 촉탁인이 누구인지 어떻게 인증을 하는지 그 방법에 관하여는 아무런 정함이 없었다. 따라서 나머지 사항은 모두 해석론이나 실무에 맡겨져 있었다고 볼 수 있다.

2. 1972년 구 간이절차특례법의 개정

- ① 법인의 등기절차에 첨부되는 의사록은 공증인의 인증을 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 공법인 및 비영리법인의 의사록은 그러하지 아니하다.
- ② 생략(직전과 동일)
- ③ 전항의 규정에 의한 확인은 공증인이 법인의 의결장소에 참석하여 결의절차와 내용을 검사하거나 당해 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 그 촉탁인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는지의 여부에

관하여 진술을 듣고 촉탁인으로 하여금 공증인의 면전에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 자인하게 한 후 그 사실을 기재함으로써 이를 행한다.

의사록 인증 제도가 시행된 지 얼마 안 된 1972. 12. 19.자로 구 간이절차특례법 제1항을 개정하여 결의서라는 용어를 의사록으로 변경하고 단서를 신설하여 인증이 면제되는 경우를 정하였으며, 제3항을 신설하여 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인하는 방법으로 참석인증 방식과 청문인증 방식을 명문화하였다. 이때 제3항에 ‘촉탁을 받아’ ‘촉탁인으로부터’ ‘촉탁인으로 하여금’이라는 표현이 처음 등장하였는데 동 조항은 일견 지금의 제66조의2 제3항과 아주 유사하지만 대리인과 관련한 표현이 지금과 다르고, 사서증서의 인증이나 정관의 인증에 관한 일부 규정을 준용한다는 취지의 조항이 없는 점이 다르다.

3. 1985년 공증인법 개정(제66조의2 신설)

- ① 생략(직전의 간이절차특례법 제3조 제1항과 동일)
- ② 제1항의 규정에 의한 인증을 하는 공증인은 그 총회등의 결의절차와 내용이 진실에 부합하는가 여부를 확인하여야 한다.
- ③ 제2항의 규정에 의한 확인은 공증인이 당해 법인의 의결장소에 참석하여 결의절차와 내용을 검사하거나 당해 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 그 촉탁인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는가 여부에 관하여 진술을 듣고 촉탁인으로 하여금 공증인의 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 그 사실을 기재함으로써 이를 행한다.
- ④ 제57조 제3항, 제58조 내지 제62조, 제63조 제1항·제3항, 제64조 내지 제66조의 규정은 제1항의 규정에 의한 의사록을 인증하는 경우에 이를 준용한다.

구 간이절차특례법은 1985. 9. 14.자로 역사적 소임을 다하여 공증과 관련된 규정은 공증인법과 변호사법에서 규율하는 것으로 되었다. 그 중 의사록 인증에 관한 규정은

공증인법 제66조의2를 신설하여 옮겨 규정하면서 일부 자구를 수정하고 제4항을 추가였다. 제4항은 사서증서 인증과 정관 인증에 관한 일부 규정들을 의사록 인증에 준용한다는 내용이다.

4. 2009. 2. 6.자 공증인법 개정⁶⁾⁷⁾

- ① 생략(직전과 동일)
- ② 제1항에 따른 인증을 하는 공증인은 그 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합(符合)하는지를 확인하여야 한다.
- ③ 제2항에 따른 확인은 공증인이 해당 법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하거나 해당 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술을 듣고, 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 그 사실을 적는 방법으로 한다.
- ④ 제1항에 따른 의사록을 인증하는 경우에는 제57조 제3항, 제58조부터 제61조까지, 제63조 제1항·제3항, 제64조, 제65조 제1항·제3항 및 제66조를 준용한다.

2009. 2. 6.자 공증인법 개정 때 개정된 사항은 촉탁인이나 그 대리인 관련 부분의 표현을 바꾼 것이 주된 내용이다. 즉, ‘촉탁을 받아 그 촉탁인으로부터’를 ‘촉탁을 받아’로 개정하여 ‘촉탁인으로부터’를 삭제하였고, ‘촉탁인으로 하여금’을 ‘촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금’으로 개정하였으며, ‘기재함으로써 이를 행한다’를 ‘적는 방법으로 한다’로 개정한 것이 그것이다.

- 6) 의사록 인증에 관한 공증인법 규정의 개정은 그 밖에도 1998. 12. 28.자 및 2009. 5. 28.자에도 있었지만 그 중 1998. 12. 28.자 개정은 제66조의2 제4항에서 관할제도를 정한 제62조의 삭제를 내용으로 한 것이고, 2009. 5. 28.자 개정은 의사록 인증 면제 대상 법인을 정한 제66조의2 제1항 단서를 개정하는 내용이므로 둘 다 본고에서 살피려는 의사록의 인증방법과는 직접적인 관련이 없다.
- 7) 의사록 인증에 관한 공증인법 개정은 아니지만 상법 개정으로 의사록 인증 실무에 변화가 초래되었다. 주식회사의 주주총회에 갈음하는 서면결의 제도가 도입되면서 그에 따라 등기실무에서 서면결의 시 법 인등기 신청서에 의사록 대신 공증인의 인증을 받지 않은 서면결의서를 첨부하는 것이 허용됨으로써 의사록 인증 사무가 크게 감소한 것이다. 이는 의사록 인증방법과는 직접적인 관계는 없다.

그 밖에도 제4항에서 준용규정으로 열거하고 있는 조문 중 제65조는 제1항과 제3항만 준용하는 것으로 변경하였다. 제65조에 항이 하나 추가되면서 종전 제2항이 제3항으로 되었기 때문에 이를 정리한 것이다.

IV. 의사록의 작성자와 기재사항

1. 의사록의 의의

의사록이란 법인 내부 기관으로서 회의체가 어떤 논의 과정을 거쳐 어떤 사항을 결의하였는지 즉, 의사(議事)에 관하여 기록한 문서를 말한다. 보통 의사록이라는 용어를 사용하지만(민법 제76조, 상법 제373조), 회의록이라는 용어를 사용하는 경우도 있다(사립학교법 제18조의2, 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제10조 제1항 제2호). 앞에서 본 바와 같이 구 간이절차특례법 제정 당시에는 결의서라는 용어를 사용하기도 했다(동법 제3조 제1항).

주식회사의 회의체 기관이 회의를 개최하지 않고 서면에 의한 결의를 하는 경우 그 결의서는 현재 등기실무상 의사록이 아니라고 하면서 공증인의 인증을 받지 않는 것으로 취급하고 있다. 그러나 서면에 의한 결의에 대하여도 주주총회에 관한 규정을 준용하고 있으므로(상법 제363조 제6항) 당연히 의사록이 작성되어야 한다. 사실 이른바 서면결의서는 그 실질이 의사록이라고 해석되므로 이를 법인 등기신청서에 첨부하는 경우에는 공증인의 인증을 받아야 한다.⁸⁾

의사록은 문서를 처분문서와 보고문서로 분류할 때 보고문서에 해당한다.⁹⁾ 의사록은 결의에 관한 증거방법으로 작성되지만 그렇다고 유일한 증거방법이 되는 것은 아니다. 또한 의사록이 작성되지 않았다고 해서 결의의 효력에 영향이 있는 것도 아니다.

8) 자세한 사항은 남상우, 서면결의 및 간주서면결의에 관한 고찰, 공증과 신뢰, 2014(통권 제7호), 118~168면 참조.

9) 다만, 결의를 법률행위의 일종으로 파악하는 것을 전제로 의결을 한 자 전원이 의사록에 서명·기명날인하고 그 결의에 반대하는 자의 성명과 반대하는 이유까지 의사록에 기재하는 때에는 그 의사록은 증거법상 처분문서와 거의 동일하게 취급될 것이다.

한편 법인의사록이라고 해서 모두 공증인으로부터 인증을 받아야 하는 것은 아니다. 우선 법인등기 신청서류에 첨부되는 의사록만 이에 해당한다(제66조의2 제1항 본문). 또한 법인등기 신청서류에 첨부되는 의사록일지라도 자본금의 총액이 10억 원 미만인 주식회사를 발기설립하는 경우와 대통령령이 정하는 공법인이나 비영리법인의 의사록에 대하여는 인증을 받지 않아도 된다(제66조의2 제1항 단서). 그러나 의사록에 법인등기사항이 포함되어 있지 않아도 후일의 분쟁에 대비하여 인증촉탁이 있는 경우 공증인은 특별한 사정이 없는 한 의사록 인증 방식으로 하여야 한다. 왜냐하면 비록 등기사항이 포함되어 있지 않아도 촉탁인이 증명받고자 하는 사항은 보통 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관한 것이기 때문이다. 가령 임원 퇴직금 규정의 제정에 관한 안전만 있는 의사록에 대하여 촉탁된 경우가 그런 경우이다.

또한 법인 설립의 근거 법률에 규정이 없음에도 정관에 따라 의사록을 작성하는 경우는 엄밀히 말하여 공증인법 제66조의2 제1항에서 말하는 의사록은 아니다. 그러나 촉탁인이 이에 대하여 인증을 촉탁한 경우에 공증인은 의사록 인증 방식으로 인증을 부여할 수 있다.

2. 의사록 작성자

가. 작성의무자

의사록에 관한 법률규정을 보면 대체로 먼저 총회나 이사회 등 그 회(會)의 의사(議事)에는 의사록을 작성하여야 함을 선언하고 이어서 의사록에 기재할 사항 및 서명·기명날인할 사람을 정하는 형식을 취하고 있다. 말하자면 작성의무자를 정하는 형식이 아닌 것이다. 그리하여 작성의무자가 누구냐에 관하여 의장이라는 견해와 법인의 대표라는 견해가 대립하고 있다.

먼저 의장이 작성의무자라는 견해는 의장은 주주총회를 주재하는 사람으로서 주주총회의 운영에 최종적인 책임을 지는 자이고, 의사록은 의사의 경과요령과 그 결과를 기재하는 것으로 사실을 기록하는데 지나지 않으므로 회의를 주재하는 의장에게 그 작성책임이 있다는 것이다. 이에 대하여 법인의 대표가 작성의무자라는 견해는 법인의 대표는 법인의 운영 전반에 대하여 책임이 있는 자로서 주주총회를 소집하는 일부터

주주총회 전반의 사무에 관한 책임이 대표에게 있고 그런 점에서 주주총회 의사록을 작성하는 일도 법인 사무에 속하며 무엇보다도 법인의 대표에게 의사록의 비치의무가 있고, 의사록을 비치하지 않거나 허위 의사록을 비치한 경우 그에 따른 제재도 법인의 대표가 받으므로 법인의 대표에게 작성의무가 있다는 것이다.¹⁰⁾

의장과 법인의 대표가 서로 동일한 경우에는 결국 그의 법적 지위가 무엇이든 그 사람이 작성의무자이므로 이를 따질 실익이 없다. 문제는 의장과 법인의 대표가 서로 다른 경우이다. 생각건대 의장은 회의의 주재자이다. 법인의 대표의 사망 등으로 주주총회가 소집되는 경우와 같이 법인의 대표가 없는 회의는 있을 수 있지만 의장이 존재하지 않는 회의란 관념상 있을 수 없다.¹¹⁾ 회의에서 어떤 의안에 대하여 가결되었다든가 부결되었다든가를 확인하고 이를 선언할 권한은 의장에게 있다. 그러므로 총회 등 회의의 의사(議事)에 관하여는 의장이 그 누구보다도 가장 정확하게 기록할 수 있는 당사자이다. 무엇보다도 의장은 의사록에 반드시 서명 또는 기명날인하여야 하는 사람으로 되어 있다. 의장의 서명 또는 기명날인이 없으면 그것은 단순히 의사에 관한 제3자의 기록일 뿐 의사록이라고 할 수 없다. 의장의 서명 또는 기명날인으로 그 기록은 비로소 의사록이 된다. 총회 등의 의사에 관한 권한은 전적으로 의장에게 있다. 의사(議事)에 관한 권한만 있고 그것의 기록인 의사록의 작성 권한은 없다고 하는 것은 있을 수 없다. 그런 의미에서 의사록 작성 권한은 의장에게 있다. 권한에는 의무가 뒤따르는 경우가 흔히 있다. 의사록 작성의무도 의장의 권한에 뒤따르는 의무라고 파악하는 것이 자연스럽다. 말하자면 의장의 의사록 작성의무는 의사록의 작성권한의 이면(裏面)을 일컫는 것에 불과하다. 의장이 작성의무자라는 견해를 비판하는 입장에서는 의장은 의사록을 작성하지 않았다고 해서 제재를 받는 일이 없다고 비판한다. 그러나 행정적인 제재 대상에 의장을 포함하고 있지 않는다고 해서 작성의무가 없다고 볼 것은 아니다. 또한 행정적인 제재와 민사 책임은 별개이다. 의장이 의사록에 서명 또는 기명날인을 거부

10) 김교창, 주주총회의 운영, 육법사, 2002, 284면.

11) 미리 의장이 정해지지 않은 회의에서는 현장에서 의장을 선출하게 된다. 만일 의결권자가 많은 경우에는 의장을 선출하기 위해서 회의를 진행할 임시의장을 선출하고 그 임시의장의 주재로 의장을 선출하기도 한다. 한편 의결권자의 수가 그리 많지 않고 따로 의장이 미리 정해져 있지 않으며 회의를 진행할 때 특정인을 의장으로 정하지 않은 채 회의를 진행하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우는 외견상으로 마치 의장이 없는 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 그 경우에도 회의를 공동으로 주재하는 것으로 보아야 하는 것이지 의장이 없다고 볼 것은 아니다. 말하자면 모두가 공동의장이 되는 셈이다.

하여 법인등기 절차 등이 지연되어 법인 등에 손해가 초래되었다면 의장에게 행정적인 제재를 할 수 없다고 해도 민사책임까지 없다고 할 수는 없다. 이러한 사정을 종합하면 의사록 작성의무자는 의장이라고 본다.

한편 법인의 대표는 의사록을 비치하지 않으면 법인의 업무집행자로서 과태료 등 법률적 제재를 받게 된다. 그런 점에서 법인의 대표는 의장이 의사록을 작성하지 않는 경우에 한하여 작성의무를 부담하는 이차적인 작성의무자라고 볼 수 있다.

나. 의사록에 서명·기명날인할 자

의장이 의사록 작성의무자라는 점에서 의장이 의사록에 서명 또는 기명날인하는 것은 의사록을 작성하는 의미를 갖는다. 그런데 의사록에 관한 규정을 보면 의장 외에도 의사록에 서명 또는 기명날인할 사람을 정하고 있는 것이 보통이다. 가령 주식회사의 주주총회 의사록(상법 제373조 제2항), 창립총회 의사록(상법 제308조, 제373조), 유한회사의 사원총회 의사록(상법 제578조, 제373조), 민법상 사단법인의 사원총회 의사록은 (민법 제76조 제2항), 각 출석한 이사도 서명 또는 기명날인할 사람으로 되어 있다. 특이한 예로 협동조합기본법상 협동조합의 총회의사록은 의장 외에 총회에서 선출한 3인 이상의 조합원이 서명 또는 기명날인한다(협동조합기본법 제30조 제2항).

그런데 이사회 의사록은 출석한 이사와 감사가(상법 제391조의3 제2항), 발기인 의사록은 발기인이(상법 제297조) 서명·기명날인할 사람으로 되어 있다. 말하자면 형식상 의장을 서명 또는 기명날인할 사람으로 정하고 있지 않다. 그러나 그것은 이사회 의사록의 경우 의장이 반드시 이사에 해당되고 발기인 의사록의 경우 발기인에 해당된다는 점과 의장이 미리 정해져 있지 않을 수도 있다는 점을 의미할 뿐 의장 없이 회의가 진행된다는 것을 의미하지는 않는다. 구성원의 수가 적은 경우 굳이 특정인을 의장으로 선출하지 않은 채 회의가 진행되어 결의가 이루어질 수도 있을 것이다. 그러나 그 경우에도 의장이 없다기보다는 구성원 전원이 공동으로 회의를 주재한 것으로 보아야 한다. 말하자면 구성원 전원이 공동 의장인 셈이다.

한편 의사록에 관한 규정을 보면 항상 의장 외에 추가로 의사록에 서명 또는 기명날인할 사람을 정하고 있다. 의장 외의 자로서 서명 또는 기명날인하는 것은 어떤 의미가 있는가. 생각건대 그 서명 또는 기명날인은 의장이 작성하는 의사록의 내용이 진실하

다는 것을 제3자로서 확인하는 의미이다. 일종의 입회인으로서 하는 서명 또는 기명날인이라고 볼 수 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 의사록에 의장의 서명 또는 기명날인이 없으면 그것은 유효한 의사록이라고 볼 수 없으나 그 외의 자가 서명 또는 기명날인을 하지 않은 경우에는 의사록의 효력에 영향이 없다. 그 경우 의장이 출석한 이사의 이름(기명) 옆에 그 사유를 기재하고 날인하면 된다.

법정(法定) 서명·기명날인자 외에 총회 등 회의에서 의결권을 행사한 사람 중에서 추가로 의사록에 기명날인할 사람으로 정하는 것도 가능하다. 이 경우에는 그러한 취지도 의사록에 기재될 필요가 있다.

그렇다면 회의가 적법하게 소집되고 회의가 개최되어 결의가 성립하였음에도 의사록을 작성하기 전에 의장에게 유고가 발생한 경우나 의장이 의도적으로 의사록에 서명 또는 기명날인을 거부하는 경우에는 의사록을 작성할 수 없는가. 말하자면 의장의 서명 또는 기명날인이 없는 의사록은 전혀 성립할 수 없는가. 가령 의장이 회의를 주재하고 사망하거나 의장이 어떤 의도로 의사록에 서명 또는 기명날인을 거부하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우에는 의장이 서명 또는 기명날인할 수 없는 사유까지 기재하여 의사록을 작성한 다음 의장 대신 법인의 대표가 서명 또는 기명날인하고 의장 외의 자로서 서명 또는 기명날인하여야 할 자의 서명 또는 기명날인을 받으면 된다고 본다. 법인의 대표도 이차적인 작성의무자에 해당하기 때문이다. 다만 이차적인 작성의무자로서 작성하는 것이므로 이러한 의사록은 의장이 서명 또는 기명날인할 수 없는 사정이 소명되어야 적법한 의사록으로 인정될 수 있다고 본다.

3. 의사록의 기재사항

의사록에는 의사의 경과요령¹²⁾ 및 결과를 기재한다(민법 제76조 제2항, 상법 제373조 제2항). 의사의 경과는 회의체에서 어떤 사항에 대하여 결의를 통하여 일정한 의사결정에 이르게 된 과정 즉, 개회, 보고, 의안설명, 토의의 요지, 표결의 방법, 폐회 선언 등이 이에 해당한다. 의사의 경과는 넓은 의미에서는 결의에 이르게 된 전(全)과정으로

12) 민법 제76조 제2항에서는 ‘의사의 경과, 요령’이라고 표현하고 있으나 요령은 긴요한 사항이라는 뜻에 불과하므로 ‘경과요령’이라고 표현하는 것이 타당하다. 요즈음은 ‘의사의 경과요령’ 대신 ‘의사의 진행상황’이라는 말을 사용한다(협동조합기본법 제30조 제2항).

서 회의의 소집절차까지도 포함된다고 볼 수 있지만 의사록의 기재사항으로서의 의사의 경과에는 통상 소집절차는 포함되지 않는다. 다만 소집절차를 생략하고 전원출석총회를 열었거나 주주의 동의를 얻어 소집통지 기간을 단축하여 총회를 개최한 경우에는 그런 사항도 기재한다.¹³⁾ 소수주주의 청구로 소집되거나 법원의 소집허가에 따라 소집되는 경우와 같이 특별한 사정이 있고 후일 이에 관하여 다툼의 여지가 있다면 그 사항도 넓은 의미에서 의사의 경과에 관한 사항이라는 점에서 의사록에 기재할 필요가 있다. 주주총회에서 의결권의 행사와 관련하여 의결권의 불통일 행사(상법 제368조의2), 서면에 의한 의결권의 행사(상법 제368조의3), 전자적 방법에 의한 의결권의 행사(상법 제368조의3) 등이 이루어진 경우에 그 사항도 의사의 경과에 관한 요소로서 의사록에 기재한다. 의사의 경과에 대하여는 그 요령(要領) 즉, 가장 긴요하고 으뜸이 되는 골자나 줄거리에 해당하는 것만 기재하면 되고 속기록과 같이 상세하게 그 내용을 기재할 필요는 없다.

의사의 결과란 의안에 대한 표결의 결과, 즉 법인의 일정한 사항에 관한 결의가 이루어졌는지 여부를 말한다. 어떤 의안에 관하여 가결되었다 또는 부결되었다는 결과뿐만 아니라 가결된 경우 그것이 만장일치로 되었는지 아니면 찬반으로 나뉘어진 경우에는 의안이 보통결의사항 또는 특별결의사항인가에 따라 그 정족수 이상의 찬성이 있었는지를 분명하게 기재하여야 한다.

그 밖에도 회의의 명칭, 회의 개최지와 개최 장소, 개최 시간, 의장의 개회 선언, 의사정족수나 의결정족수에 관한 사항(가령 총주주 수와 그 주식의 수, 출석주주와 그 주식 수, 의결권 있는 주식 수), 의장의 폐회 선언, 폐회 시각 등은 의사의 경과와 그 결과를 명확하고 정확하게 나타내기 위해서 필요한 요소로서 당연히 의사록에 기재될 사항이다.¹⁴⁾ 의사록에 서명 또는 기명날인하여야 하는 이사나 감사 등이 출석한 경우에는 의사록에 그가 출석한 사실도 기재되어야 한다. 또한 해당 결의를 통하여 새로 선임되는 자가 의결장소에 참석하였다가 즉석에서 그 취임을 승낙한 경우 그 사항도 의사록에 기재할 수 있다. 이런 사항들은 모두 넓은 의미에서 의사의 경과와 결과에 속한다고 볼 수 있다.

13) 김교창, 앞의 책, 289면.

14) 김교창 변호사님은 이러한 사항들을 회의의 구성에 관한 사항이라고 일컫는다, 앞의 책, 287면.

V. 의사록 인증의 법적 성질

1. 서론

인증은 그것을 통하여 증명하는 사항이 무엇이나에 따라 사서증서의 진정성립에 대한 것, 사서증서의 등본인 사실에 대한 것 그리고 사서증서의 내용에 대한 것으로 나누어 볼 수 있다.

제57조 제1항의 인증은 사서증서의 진정성립에 대하여 증명하는 것으로 인증방법은 촉탁인이 사서증서에 서명·기명날인하는 것을 공증인이 직접 목격하고 그 사실을 증서에 적거나 사서증서의 서명·기명날인이 본인의 것임을 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 확인하게 하고 그 사실을 증서에 적는 방법으로 인증한다.

제57조 제2항의 인증은 사서증서의 등본인 사실에 대하여 증명하는 것으로 공증인이 사서증서의 등본을 사서증서와 대조하여 서로 일치함을 확인하고 그 사실을 적는 방법으로 인증한다.

제57조의2의 인증은 선서사실을 추가적으로 기재하는 방법으로 하는 인증으로서 형식적으로는 사서증서의 내용이 진실함을 선서한 사실에 대하여 증명하는 것이다. 따라서 공증인은 촉탁인으로 하여금 본직의 면전에서 <양심에 따라 사서증서의 내용이 진실함을 선서합니다>라고 선서하게 하고 기명날인 또는 서명하게 하고 그 사실을 적는 방법으로 선서사실을 증명한다. 선서인증은 이와 같이 형식적으로는 선서사실을 증명하는 것이지만 사서증서의 내용이 진실함을 선서하는 것이므로 간접적으로는 사서증서의 내용에 대한 인증이라고 할 것이다. 그러나 선서인증은 사서증서에 인증을 부여할 때 한하여 할 수 있으므로 선서인증을 할 때는 사서증서의 진정성립에 대한 인증도 함께 이루어진다. 이런 점에서 선서인증은 특수한 인증이다.

제63조의 정관 인증은 발기인의 서명·기명날인이 본인의 것임을 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 적는 방법으로 인증한다. 그 인증방법을 보면 정관의 인증은 사서증서의 인증과 전혀 다르지 않다. 다만 정관이란 자치법규로서의 의미가 있어서 발기인뿐만 아니라 주주, 임원, 회사의 채권자 등 제3자에 대하여도 효력이 있는 것이므로 나중에 정관에 대한 증명의 수요가 매우 높고 따라서 이 해관계인이 언제든지 등본을 발급받을 수 있도록 할 필요가 있다. 그리하여 공증인법

에서는 정관을 인증할 때는 발기인으로 하여금 동일한 원본 2통을 제출하게 해서 2통을 동일한 등부번호로 인증하고, 그 중 1부는 발기인에게 교부하고, 남은 1부를 공증사무소에서 보존하도록 정한 것이다. 이와 같이 정관 인증은 인증방법의 관점에서만 보면 사서증서의 인증에 불과하다.¹⁵⁾¹⁶⁾

그렇다면 의사록 인증을 통하여 증명하는 사항은 무엇인가? 의사록 인증은 제66조의2에 따르면 공증인이 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인하고 인증을 부여하는 것이므로 증명하는 사항이 내용에 대한 것임은 분명하다. 그런데 의사록의 인증이 순전히 내용에 대한 것만 증명하는 것인지는 의문이다. 왜냐하면 공증인법 제66조의2 제3항에 ‘촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게’라고 하여 의사록의 진정성립에 대하여 증명하는 사서증서 인증방법과 동일한 내용을 포함하고 있기 때문이다.

현재의 인증실무는 참석인증의 경우 의사록이라는 사서증서의 진정성립에 대하여는 전혀 확인하지 않으며, 청문인증의 경우 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인’으로 하여금 그것을 확인하게 하는 것으로 처리하고 있다. 말하자면 현재의 인증실무는 의사록의 인증은 내용에 대한 인증일 뿐 사서증서의 인증으로서의 요소는 포함되어 있지 않다는 견해에 입각하고 있는 것이다. 그러나 공증인법 제66조의2 제3항에서 ‘촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 한다고 한’이라는 것이 과연 그런 것을 의미하는 것인지는 의문이다. 이는 제66조의2 제3항의 해석에 관한 문제이지만 또 다른 한편으로는 의사록 인증의 법적 성질을 무엇으로 볼 것이냐의 문제이기도 하다. 이하에서는 의사록 인증의 법적 성질이 무엇인지에 관한 학설을 소개하고 이를 검토해 보기로 한다.

15) 일반 사서증서의 인증의 경우에는 사서증서의 서명·기명날인자가 여럿인 경우 그 중 일부만 자신의 서명·기명날인에 관하여 본인의 서명·기명날인을 확인하여 인증을 촉탁할 수 있지만 정관의 경우에는 발기인 전원이 촉탁하지 않으면 안 된다는 점에 차이가 있다. 그러나 이는 정관은 인증받아야 비로소 효력이 발생하는 것으로 된 데서 연유하는 것일 뿐 그 때문에 사서증서의 인증으로서의 성질이 달라지는 것은 아니다.

16) 그 밖에 번역문 인증이라고 하는 것이 있다. 이는 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」 제29조에서 정한 서식에 따라 이루어지는 것으로 번역문이 원문과 일치한다는 취지의 서약서에 대한 사서증서의 인증이다. 그런데 서약 내용이 원문과 일치함을 서약하는 것이고 위 인증문언에 공증인의 면전에서 서약서를 작성하는 것으로 되어 있어서 직접적으로는 서약서의 진정성립에 대하여 증명하는 것으로 되어 있지만 간접적으로는 내용에 대하여 증명하는 것으로 되어 있다. 그 점에서 번역문 인증은 선서인증과 유사하다.

2. 의사록 인증의 법적 성질에 관한 학설

가. 진정성립에 대한 인증이라는 설(성립인증설)

의사록 인증은 법률이 그렇게 정하고 있으므로 인증을 부여할 때 그 내용이 진실에 부합함을 확인하여야 하지만 본질적으로는 사서증서의 서명 또는 기명날인을 확인하고 그에 따라 하는 인증이고 인증방법도 공증인법 제57조 제1항에 따라 해야 한다는 견해이다. 의사록의 인증은 의사록의 진정성립을 인증하는 방법으로 한다는 것이므로 이 견해는 성립인증설이라고 부를 수 있다.

의사록 인증의 방법을 따로 정하지 않고 단지 의사록을 인증할 때 공증인은 그 내용이 진실에 부합하는가에 관하여 확인하여야 한다고만 정하고 있었던 구 간이절차특별법 제정 초기에 주장된 견해이다. 이 견해에 따르면 의사록 인증서에는 의사록의 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인하였다는 사실만 기재될 수 있다. 다만 공증인법 제59조는 사서증서의 인증에도 제25조를 준용한다고 하였으므로 법령에 위반해서는 인증할 수 없기 때문에 즉, 공증인은 의사록에 대한 인증을 부여할 때 그 내용이 진실에 부합함을 확인하여야 하므로 공증인이 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인한 사실은 간접적으로 증명된다.

나. 내용의 진실부합성에 대한 인증이라는 설(내용인증설)

의사록의 인증은 그 내용이 진실에 부합하는가를 확인하고 그에 대하여 인증하는 것이라는 견해이다. 의사록의 인증은 내용이 진실에 부합함에 대한 인증일 뿐이고, 의사록의 진정성립을 확인하고 그에 대하여 인증하는 것은 아니라고 한다.

그리하여 공증인법 제66조의2 제3항에서 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한다고 되어 있지만, 거기서 말하는 촉탁인은 서명·기명날인자를 의미하는 것이 아니라 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인한 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’를 의미하며 이는 청문인증에만 해당한다고 보고, 참석인증의 경우에는 의사록의 서명·기명날인에 관하여 확인하게 하는 절차는 필요하지 않다고 보는 견해이다.

현재 인증실무는 이에 따르고 있다.¹⁷⁾ 의사록의 인증은 내용의 진실성만 따져 인증한다고 보는 것이므로 이 견해는 내용인증설이라고 부를 수 있다.

다. 진정성립에 대한 인증 및 내용의 진실부합성에 대한 인증이 서로 병존한다는 설 (병존설)

이 견해는 박상진 공증인님의 주장으로 의사록의 인증은 넓은 의미에서 사서증서의 인증으로서 의사록의 진정성립을 증명하는 것이 기본이 되어야 하고, 더 나아가 의사록의 진정성도 확인하고 증명한다고 주장한다.¹⁸⁾

공증인법 제66조의2 제3항에서 「촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한」의 의미를 의사록의 서명·기명날인이 본인의 것임을 서명·기명날인자나 그 대리인으로 하여금 확인하게 하는 의미로 해석하면서 그것은 청문인증뿐만 아니라 참석인증에도 적용된다고 본다. 다만 박상진 공증인님은 사서증서의 진정성립에 대한 인증과 내용에 대한 인증의 관계를 따로 명시적으로 언급하고 있지는 않다. 그런데 박상진 공증인님이 제안하고 있는 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」(이하 서식규칙으로 약칭한다) 제29조에 따른 별지 제37호 서식¹⁹⁾²⁰⁾과 별지 제37의2호 서식²¹⁾의 개정안에 따르면 둘 사이의 관계를 서로 병존하는 관계로 파악하고 있는 것으로 보인다. 그런 점에서 이 견해는 병존설이라고 부를 수 있다.

17) 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」 제29조에 따른 별지 제37호 서식 및 별지 제37의2호 서식의 인증문 및 법인의사록 인증 업무 처리요령(2010. 9. 1.) 참조.

18) 박상진, 의사록·정관 인증 개선방안에 관한 연구(법무부 연구용역), 2014. 8., 174~177면.

19) 이하 이 글에서 제00호 서식이라 함은 서식규칙의 별지 서식을 의미한다.

20) 같은 178면. 이에 따르면 박상진 공증인님은 주주총회 의사록에 관한 청문인증 시 다음과 같은 인증문에 의할 것을 제안하고 있다.

위 -----의 ○○○○년 ○○월 ○○일자 주주총회 의사록에 기재된
의장 대표이사 -----, 이사 -----은(는)
본 공증인 앞에서 위 의사록의 -----명 날인이 본인의 것임을 확인하였다.

주주 -----, 주주 ----- (의 대리인)은 의사록의 내용이 진실에 부합한다고 진술하였다.

본 공증인은 위 진술 이외에 아래 기재 자료에 의하여 위 의사록에 기재된 결의의 절차와 내용이
진실에 부합함을 확인하였다.

- 아 래 -

1. 주민등록증
2. 진술서
3. 주주총회 의결확인서(제39호 서식)
4. 위임장 및 인감증명서
5. 법인등기사항전부증명서
6. 정관

○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 인증한다.

- 21) 같은 179면. 이에 따르면 박상진 공증인님은 주주총회 의사록에 관한 참석인증 시 다음과 같은 인증문
에 의할 것을 제안하고 있다.

위 -----의 ○○○○년 ○○월 ○○일자 주주총회 의사록에 기재된
의장 대표이사 -----, 이사 -----은(는)
본 공증인 앞에서 위 의사록의 -----명 날인이 본인의 것임을 확인하였다.

본 공증인은 위 -----의
의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하였다.

본 공증인은 위 검사결과와 아래 기재 자료에 의하여 위 의사록에 기재된 결의의 절차 및 내용이
진실에 부합함을 확인하였다.

- 아 래 -

1. 주민등록증
2. 주주명부(회사에 비치된 주주명부)
3. 법인등기사항전부증명서
4. 정관
- 5.

○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 인증한다.

라. 진정성립에 대한 인증이 내용의 진실부합성에 대한 인증의 수단적 요소라는 설 (수단요소설)

의사록 인증에 사서증서의 인증의 요소가 포함되어 있다는 점에 관해서는 병존설과 같은 견해이지만 현행 공증인법 제66조의2 제3항의 취지는 사서증서의 인증 요소를 내용이 진실에 부합하다는 점에 대한 인증 요소와 서로 독립적이면서 병존하는 관계로 파악하지 않고 내용이 진실에 부합함을 확인하기 위하여 거쳐야 하는 또 하나의 수단적 요소로 정한 것이라고 이해한다. 즉, 공증인법 제66조의2 제3항은 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인하기 위해서는 참석인증의 의결장소에서의 검사나 청문인증의 진술의 청취 외에 따로 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 절차가 요구된다는 것이다. 그런 의미에서 이 견해는 수단요소설이라고 부를 수 있다.

3. 학설의 검토

의사록의 인증이 사서증서의 진정성립에 대한 인증에 속한다는 설은 전술한 바와 같이 인증방법이나 확인방법을 따로 정하지 않았던 구 간이절차특별법 제정 당시에 잠시 주장되었던 견해이다. 동 법의 개정으로 의사록을 인증할 때 공증인이 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인하고 그 사실을 증서에 적어서 인증하게 되면서부터는 이를 주장할 근거가 상실되었고 따라서 현재 이를 지지하는 견해는 없다. 그렇다면 의사록의 인증에 사서증서의 진정성립에 대한 인증 요소가 있느냐 여부가 문제이고, 있다면 사서증서의 진정성립에 대한 인증 요소와 내용의 진실부합성에 대한 인증 요소가 어떤 관계이냐가 문제이다. 아래에서는 의사록의 인증에 진정성립에 대한 인증 요소를 포함시키고 있는지 공증인법 제66조의2 제3항을 중심으로 검토하기로 한다. 설명의 편의상 제66조의2 제3항을 아래와 같이 세분한다.

- ㉠ 제2항에 따른 확인은
- ㉡ 공증인이 해당 법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하거나
- ㉢ 해당 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아

- 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술을 듣고,
 ㉔ 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확
 인하게 한
 ㉕ 후
 ㉖ 그 사실을 적는 방법으로 한다.

내용인증설은 제66조의2 제3항에 대하여 ㉔의 ‘검사하거나’를 ㉔의 ‘확인하게 한’과 서로 대응하는 구조로 파악하고 있다. 그리하여 참석인증에 관하여는 <제3항에 따른 확인은 공증인이 해당 법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사한 후 검사한 사실을 적는 방법으로 한다>와 같이 규정하고 있는 것으로 이해한다. 또한 청문인증에 관하여는 <제3항에 따른 확인과 그에 따른 인증은 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 결의의 절차와 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술을 듣고, 촉탁인 또는 그 대리인으로부터 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 진술을 들은 사실 및 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 사실을 적는 방법으로 한다>와 같이 규정하고 있는 것으로 이해하면서 ㉔의 ‘촉탁인’을 ㉔의 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’와 동일시한다. 그 결과 의사록의 서명·기명날인자가 곧 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’인 경우가 아니면 그에게 의사록의 서명·기명날인을 어떻게 확인하게 한다는 것인지 알 수 없다. 그리하여 내용인증설에 따르는 인증실무에서는 청문인증 방식에서 의사록의 서명·기명날인을 확인하는 절차가 완전히 형해화되어 실제로는 거의 생략되고 있다. 법적으로 의미를 알 수 없는 절차가 되어 버렸기 때문이다. 또한 참석인증의 경우 누가 촉탁인인지는 큰 의미가 없는 것으로 되고 의사록 인증이 법인등기를 위한 것이므로 실무상 대체로 법인 자체를 촉탁인으로 취급하여 사무를 처리하고 있다.

내용인증설이 공증인법 제66조의2 제3항을 이와 같이 해석하게 된 이유는 아마도 ㉔에서 ‘의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인’의 <촉탁을 받아>라고 하였으므로 ‘의결에 필요한 정족수 이상의 자’는 청문인증에 있어서의 촉탁인이 되는 것이 분명하고 바로 곧이어 ㉔에서 ‘촉탁인’이 나오므로 바로 앞 구절에 의해서 촉탁인으

로 인정되는 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’가 곧 그 촉탁인에 해당하는 것으로 여긴 데서 비롯된 것이다.

그러나 이러한 해석론은 다음과 같은 점에서 타당하지 않다. 의사록에 누가 서명·기명날인하는가는 법인설립의 근거가 되는 법률에서 정하고 있다. 결의에 참여하여 의결권을 행사한 사람이 서명·기명날인하는 경우에도 의결권을 행사한 사람 일부만 기명날인하는 경우도 많고, 심지어는 의결권을 행사한 사람이 아닌 제3자가 서명·기명날인을 하는 경우도 많다. 가령 주주총회 의사록의 경우에는 의사록에 서명·기명날인하는 사람은 의장과 출석한 이사이고 의결권을 행사한 사람은 주주이다. 따라서 실제로 의결권을 행사한 사람과 서명·기명날인하는 사람이 동일인이라고 할지라도 그것은 우연한 일일 뿐이고 의결권행사자와 서명·기명날인자는 전혀 다른 법적 지위에 있는 사람이다. 한편 일반적으로 인증절차에서 촉탁인은 사서증서의 일정한 사실에 관하여 공증인에게 확인시키면서 그 사실을 증명하여 줄 것을 청구하는 사람이다. 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인할 책임자는 서명·기명날인한 사람 자신이다. 의결권을 행사한 사람이 그것을 확인할 책임자는 아닌 것이다. 그런 점에서 서명·기명날인을 확인하는 주체로서의 촉탁인은 의사록에 서명·기명날인한 사람 그 자신을 일컫는다고 보는 것이 타당하다.

이와 같이 제66조의2 제3항에서 의사록의 서명·기명날인을 확인하는 주체에 해당하는 촉탁인 또는 그 대리인의 개념이 서명·기명날인을 한 사람 자신 또는 그 대리인이라고 할 때 ‘촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한’ 즉 ㉔은 참석인증의 요건으로도 된다.

또한 제66조의2 제3항 규정의 문장 구조는 ㉔과 ㉔사이에 쉼표(,)가 있어서 제3항 규정의 전체 문장은 우선 쉼표(,)를 기준으로 전체 문장이 두 부분으로 나누어진다고 보는 것이 타당하다. 이렇게 볼 때 ㉔의 ‘검사하거나’는 ㉔ ‘진술을 듣고’에 대응하는 구조가 된다. 제66조의2 제3항의 규정을 이와 같이 이해한다면 그 규정은 다음과 같은 의미로 해석된다.

<제2항에 따른 확인은 공증인이 해당 법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하고, 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 그 사실을 적는 방법으로 하거나 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 의사록의 내용이 진실에 부합하는지

에 관하여 진술을 듣고, 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 그 사실을 적는 방법으로 한다.>

제66조의2 제3항의 의미를 이와 같이 해석할 경우에는 참석인증의 절차에서도 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 절차가 필요한 것으로 되고 의사록의 인증 촉탁인이라는 관념도 확실히 인정된다. 또한 검사와 인증은 일시장소를 달리하므로 공증인의 입장에서 서로 구분되는 사무이고 그에 따라 검사의 촉탁과 인증의 촉탁도 구분되는 의미가 있다. 또한 청문인증의 경우에 형해화되어 있는 서명·기명날인의 확인 절차가 의미 있는 절차로 되살아 난다.

결론적으로 의사록의 인증은 의사록의 서명·기명날인을 확인하는 요소를 포함하고 있으므로 의사록의 내용에 대한 인증뿐만 아니라 진정성립에 대한 인증의 요소도 갖고 있음은 분명하다. 따라서 의사록을 인증할 때 의사록의 서명·기명날인을 서명·기명날인자나 그 대리인으로 하여금 확인하게 하지 않고 있는 현재의 공증실무는 타당하지 않다.

문제는 의사록의 인증에 의사록의 성립에 대한 인증의 요소가 포함되어 있다고 할 때, 내용에 대한 인증으로서의 요소와 서로 어떤 관계에 있는가이다. 사서증서의 진정성립에 대한 인증 요소는 내용의 진실부합성에 대한 인증 요소와 서로 병존하는 관계인가, 그런 관계가 아니라면 과연 그 두 요소의 관계는 서로 어떤 관계인가? 말하자면 수단요소설이 타당하냐 병존설이 타당하냐의 문제이다. 이를 논하기에 앞서 이해를 돕기 위해 사서증서의 진정성립에 대한 인증 요소에 또 다른 사항에 대한 인증 요소가 결합되어 있는 선서인증 제도를 보기로 한다. 공증인법 제57조의2 제1항에 따르면 선서인증은 애초에 사서증서를 인증할 때 하는 것이라고 못 박고 있으면서 그에 추가하여 내용이 진실하다는 것을 선서하게 하고 선서사실을 적어서 인증을 부여하는 것으로 정하고 있다. 사서증서의 진정성립에 대한 인증을 하면서 사서증서의 내용이 진실하다는 취지의 선서사실에 대한 인증이 보태진 형식이다. 그러므로 선서인증에는 따로 사서증서의 인증에 관한 규정을 준용한다는 규정이 없어도 당연히 그 규정이 적용된다. 따라서 선서인증에서 사서증서의 진정성립에 대한 인증과 선서사실에 대한 인증은 서로 병존적인 관계에 있다. 말하자면 선서인증은 병존설에 따라 입법화된 제도라고 할 수 있다.

그러나 제66조의2 제4항에서 의사록 인증에 제57조 제1항을 준용하지 않는다. 그 대

신 동조 제3항에서 의사록 인증 시 ‘결의의 절차 및 내용이 진실에 부합함을 확인’하는 수단으로 의사록의 서명·기명날인에 대한 확인을 요구하고 있을 뿐이다. 말하자면 참석인증의 경우에는 공증인이 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하여 확인한 내용과 의사록에 기재된 내용을 대조하여 일치함을 확인하는 것 외에 별도로 의사록의 서명·기명날인의 확인이 요구되고, 청문인증의 경우에는 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합한다는 진술을 듣는 것 외에 의사록의 서명·기명날인의 확인이 요구된다고 해석된다.

4. 결론

이와 같이 공증인법 제66조의2 해석상으로는 동조 제3항에서 의사록의 서명·기명날인의 확인을 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합함을 확인하기 위한 수단적 요소로 정하고 있는 점에 비추어 수단요소설에 따를 수밖에 없다. 그뿐만 아니라 동조 제4항에서 의사록 인증에 대하여 제57조 제1항을 준용하지 않은 점도 수단요소설을 뒷받침한다. 만일 의사록의 진정성립에 대한 인증을 독립적으로 병존하는 것으로 본다면 당연히 제57조 제1항도 준용하는 것으로 정하였을 것이기 때문이다.

그렇다면 의사록 인증에 서명·기명날인에 대한 인증 요소가 포함되어 있는 것으로 해석할 때 그 입법취지는 어디에 있는가. 생각건대 증거법상 사서증서란 그 진정성립이 인정되어야 비로소 더 나아가 그 내용이 진실한지 그렇지 않은지를 따질 수 있다. 진정성립이 인정되지 아니한 증서에 대하여 그 내용이 진실한지 그렇지 않은지를 따지는 것은 무가치한 일이다. 공증인법 제66조의2 제3항에서 의사록의 서명·기명날인을 확인하도록 정한 것은 그런 연유에서 비롯된 것이라 생각된다. 다만 증거법상 진정성립이 인정된 경우에 한하여 그 내용이 진실한지를 확인하는 대상으로 삼는다는 의미에 충실하려면 입법론적으로는 수단요소설보다는 병존설에 의한 것이 더 낫다고 본다.

VI. 의사록 인증의 촉탁인

의사록의 인증방법에 관한 실무상 논란의 중심에는 늘 촉탁인이 자리잡고 있다. 촉탁인의 관점에서 보면 그 논란은 대체로 다음 세 가지로 모아 진다.

첫째, 의사록 인증은 누구의 촉탁으로 하는가 즉, 촉탁인 적격자의 문제이다.

둘째, 의사록 인증을 촉탁한다는 것의 실질이 무엇인가 즉, 촉탁행위의 내용이 무엇인가의 문제이다.

셋째, 촉탁인이 타인(임의대리인)에게 진술 권한을 수여할 수 있는 법적 근거는 무엇인가 즉, 타인이 본인을 대리하여 사실에 관하여 진술할 수 있는가의 문제이다.

1. 의사록 인증의 촉탁인 적격자

촉탁인은 일반적으로 공증인에게 공증을 청구하는 사람을 일컫는다. 소송절차에서의 소송당사자, 사법상의 법률행위 당사자에 대응되는 공증인법 고유의 개념으로 공증절차에서의 당사자가 곧 촉탁인이다. 공증인은 촉탁인의 촉탁이 있어야 비로소 공증을 해 줄 수 있다(제2조). 법원이 당사자의 청구가 있어야 비로소 재판을 할 수 있는 것과 같은 이치다. 소송절차에서 누가 정당한 당사자이냐가 문제 되듯이 공증절차에서도 누가 정당한 촉탁인이냐가 문제 된다. 촉탁인 적격자의 문제다. 촉탁인이 되려면 우선 공증으로 증명될 사실에 관하여 법률상 이해관계를 가진 자이어야 한다. 그러나 그것만으로 모두 촉탁인이 될 수 있는 것은 아니다. 공증은 촉탁인의 입장에서 보면, 사실에 관하여 공증인으로 하여금 인식하게 하여 공증인으로부터 그 사실을 증명받는 것이고, 공증인의 입장에서 보면, 촉탁인이 법률관계에 관한 일정한 사실이나 사서증서에 관한 일정한 사실에 대하여 공증인 본직으로 하여금 인식할 수 있도록 증명하면 촉탁인을 위하여 공증인은 자신의 직무상 권한에 기하여 그 사실을 공적으로 증명하여 주는 것이다. 그러므로 촉탁인은 공증받고자 하는 사실을 공증인에게 경험하게 하는 데 적합한 지위에 있어야 한다. 말하자면 공증인의 입장에서 촉탁인은 자신이 공증받고자 하는 일정한 사실을 공증인에게 증명하는 사람이어야 한다.

의사록 인증에 있어서의 촉탁인 적격자는 누구인가. 의사록 인증의 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라진다. 전술한 바와 같이 성립인증설의 입장에서는 의사록의 서명·

기명날인자가 촉탁인이 된다. 내용인증설에 의하면 청문인증에서는 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’만이 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술을 할 수 있고 또 그가 의사록의 서명·기명날인까지도 확인한다고 보는 것이므로 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’만이 촉탁인 적격자이다. 참석인증에서는 누구를 촉탁인 적격자로 볼 것인지에 관하여 공증인법 제66조의2 제3항이 아무런 정함이 없다고 본다. 그리하여 내용인증설에 따르면 이론상으로는 참석인증의 촉탁인에 관해서 법인 대표라는 견해, 의장이라는 견해, 법인 관계인이면 누구든 상관 없다는 견해로 나뉘어 질 수 있지만 실무상으로는 대체로 법인등기를 위하여 의사록 인증을 받는 현실을 고려하여 법인 대표를 촉탁인으로 처리하고 있는 것으로 보인다.

병존설이나 수단요소설의 입장에서는 청문인증의 경우에는 ‘해당 의결을 한 자 중 정족수 이상의 자’²²⁾와 의사록에 서명·기명날인을 한 자²³⁾가 각 촉탁인 적격자이다. 또한 참석인증의 경우에는 의사록에 서명·기명날인을 한 자가 촉탁인 적격자가 된다고 보는 데 대하여는 이론이 없지만 문제는 인증 대상이 되는 의사록이 작성되기도 전에 먼저 이루어지는 결의의 절차 및 내용에 대한 검사 절차에 관해서이다. 만일 촉탁인의 촉탁이 있어야 검사할 수 있다고 본다면 그 절차에서도 촉탁인이라는 관념을 인정할 수밖에 없고, 그 경우 그 촉탁인 적격자 문제도 뒤따르게 된다.²⁴⁾ 이 경우 검사는 회의를 주재하는 의장이 허용하여야 비로소 가능할 것이므로 의장이 촉탁인이 되는 것으로 보아야 할 것이다. 이에 관한 자세한 내용은 의사록 인증 요건을 다룰 때 살피기로 한다.

22) 주의할 것은 해당 의결을 한 자 개별로는 촉탁인 적격이 없고 반드시 그 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자에 해당하여야 한다. 말하자면 한 사람의 의결권만으로 의결에 필요한 정족수에 이르지 않을 때는 반드시 정족수 이상의 자가 모여서 공동으로 촉탁인이 되는 경우에만 촉탁인 적격이 인정된다. 병존설이나 수단요소설의 입장에서는 그 본인이나 그 대리인이 의사록의 내용이 진실에 부합하는지를 진술한다는 의미에서 촉탁인 본인을 지칭하는 말로 진술 촉탁인이라는 용어를 사용하기로 한다.

23) 병존설이나 수단요소설의 입장에서는 서명·기명날인을 한 본인이나 그 대리인이 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인한다는 입장에서 촉탁인 본인을 지칭하는 말로 서명·기명날인 촉탁인이라는 용어를 사용하기로 한다.

24) 병존설이나 수단요소설의 입장에서는 의사록이 존재하지 않은 상태에서 이루어지는 검사를 촉탁하는 절차를 인증을 촉탁하는 절차와 구별하여 그 검사의 청구인을 지칭하는 말로 검사 촉탁인이라는 용어를 사용하기로 한다.

2. 의사록 인증에 있어서의 촉탁행위(촉탁)의 내용

공증은 반드시 촉탁인의 촉탁이 있어야 할 수 있고, 촉탁인의 촉탁에 따라 이루어진다. 촉탁은 일반적으로 공증인에게 공증을 청구하는 것을 말하지만 그렇다고 공증을 청구하는 것만이 촉탁의 모든 것은 아니다. 촉탁은 촉탁인이 공증받고자 하는 사실에 관하여 공증인으로 하여금 경험하게 하는 행위를 포함한다. 그러므로 촉탁은 소송절차상의 소송행위에 대응하는 개념으로 촉탁행위라고 부를 수 있다. 가령 법률행위 공정증서를 작성할 때 공증인 앞에서 법률행위 내용을 진술하는 등의 방법으로 공증인으로 하여금 법률행위의 내용을 알게 하는 일체의 행위가 모두 촉탁행위에 속한다. 사실에 관한 공정증서의 경우에는 공증인으로 하여금 일정한 사실을 시연하거나 설명하는 등의 방법으로 일정한 사실에 관하여 공증인이 보거나 듣거나 그 밖의 방법으로 경험할 수 있게 하는 일체의 행위가 모두 촉탁행위에 속한다. 사서증서의 인증에서는 공증인 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인하는 행위나 공증인 앞에서 이미 이루어진 사서증서의 서명 또는 날인에 대하여 본인의 것이라고 진술하는 행위가 촉탁행위에 속한다.

의사록 인증에서 이루어지는 촉탁행위의 내용은 무엇인가. 이 역시 의사록의 인증의 법적 성질을 무엇으로 보느냐에 따라 다르게 설명한다.

우선 성립인증설에서는 촉탁행위의 내용은 의사록의 서명·기명날인을 공증인 앞에서 확인하고 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 공증인에게 증명하는 일이다. 다만 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 증명하는 일은 마치 제3자의 동의나 허락이 필요한 법률행위에 관하여 공증할 때 촉탁인이나 그 대리인이 제3자의 허락이나 동의가 있었음을 증명하는 일과 유사하다.

그 다음으로 내용인증설에서는 청문인증의 경우에는 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로서 수행하는 촉탁행위의 내용은 의사록의 내용이 진실에 부합한다고 진술을 하는 일과 의사록의 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인하는 일이다. 참석인증의 경우에는 공증인에게 의결장소에서 참석하여 결의의 절차 및 내용의 검사를 하여 줄 것을 청구하고 후에 의사록의 내용이 진실에 부합하는지 확인하여 줄 것을 청구하는 일이 촉탁행위의 내용이다.

병존설이나 수단요소설에서는 청문인증의 경우에는 서명·기명날인 촉탁인이나 그 대리인으로서 수행하는 촉탁행위의 내용은 의사록의 서명·기명날인이 본인의 것임

을 확인하는 일이고, 진술 촉탁인이나 그 대리인이 수행하는 촉탁행위의 내용은 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술하는 일이 된다. 참석인증의 경우는 서명·기명날인 촉탁인이나 그 대리인으로서 수행하는 촉탁행위의 내용은 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인하는 일이 되고, 검사 촉탁인이 수행하는 촉탁행위의 내용은 결의의 절차 및 내용에 대하여 검사를 청구하는 일과 공증인이 검사 사무를 집행함에 협력하는 일이라고 할 수 있다.

3. 의사록 인증에서의 진술 대리인의 허용근거

공증이란 일반적으로 이미 존재하는 사실을 증명하는 것이고 촉탁인이란 공증받고자 하는 일정한 사실을 공증인에게 증명하는 사람에 해당하므로 실체법상의 개념으로서 법률행위에 관한 임의대리인만 인정되면 그만이지 그와 별도로 공증인법상 개념으로서 촉탁인의 임의대리인을 인정할 실익이나 필요가 있는지에 관하여 의문이 있을 수 있다. 사실증명의 영역에서는 사실의 존부에 관한 확인행위만이 문제되고 일정한 법적관계의 창설, 변경, 소멸시키는 권한행사의 여지는 거의 없기 때문이다. 그러나 공증인법은 촉탁인의 임의대리인을 예외적인 경우가 아니면 촉탁대리인에 의한 촉탁이 원칙적으로 허용되는 것으로 정하고 있다(제30조, 제31조, 제57조 제1항, 제59조, 제63조 제2항 등).

이와 같이 공증인법이 실체법상의 임의대리인과 별도로 촉탁인의 임의대리인을 일반적으로 인정하고 있는 근거는 무엇인가. 공증의 대상은 법률행위에 국한되지 않고 사인간의 소송에서 증명이 필요한 사실이면 무엇이든 공증의 대상이 되는 것이므로 공증절차에서 본인을 대신하여 촉탁행위를 할 임의대리인의 존재를 인정할 필요가 있다는 점, 사실을 확인하는 일이라고 해도 그것이 일정한 사실로 특정되기 때문에 본인이 미리 대리인에게 인식시키고 대리인으로 하여금 자신을 대신하여 그 사실을 공증인에게 인식할 수 있도록 하는 것은 얼마든지 가능하다는 점, 법률행위에 관한 대리권이 있다고 하여도 그 법률행위에 관하여 공증을 받는 것은 전혀 별개의 문제이므로 법률행위에 관한 대리인과 별도로 촉탁대리인의 개념을 인정할 필요가 있다는 점, 더구나 공정증서에 강제집행인낙조항이 포함되어 있는 경우에는 권한행사자의 의미가 뚜렷하다는 점 등을 근거로 들 수 있다. 따라서 공증절차에서 촉탁인의 임의대리인을 인정할

것이나 아니냐는 일반적으로 입법정책의 문제라고 볼 수 있다.

그러나 의사록 인증에서 내용이 진실에 부합한다고 진술하는 일은 선서인증의 선서와 유사하다. 먼저 선서에 관해서 보면 선서는 대리가 허용되지 않는다(제57조의2 제3항). 증거법상 선서란 자신의 진술이 진실하다고 서약하는 의미이고, 관념상 그것은 자신이 진실하다고 알고 있다고 인정되는 경우에 한하여 할 수 있다. 또한 선서인증의 경우 허위 선서에 대하여는 과태료의 제재가 따른다. 이와 같이 선서인증에서 대리를 허용하지 않은 것은 선서가 대리과 본질적으로 친하지 않기 때문에 애초부터 대리를 허용하지 않는 것으로 정한 것이라고 이해된다.

한편 의사록 인증 규정에서는 대리인에 의한 진술을 처음부터 명문으로 인정하고 있었던 것은 아니다. 이와 관련한 규정의 변천 과정을 보면 다음과 같다. 원래 의사록 인증 제도를 처음 도입할 때는 진술 대리인의 개념이 없었다. 그러다가 1985년 공증인법 제66조의2의 신설로 의사록 인증을 공증인법에서 규율하게 되면서부터 의사록 인증에도 대리인에 관한 공증인법 제30조, 제31조를 준용하는 것으로 되었다. 이는 의사록 인증에 대하여 대리인에 의한 촉탁을 명문으로 인정하는 의미가 있다. 대리인에 의한 촉탁이 가능하다는 것은 곧 진술도 대리로 가능함을 의미한다. 또한 2009년 공증인법 개정 전에는 제66조의2 제3항에서 진술의 주체로 대리인을 명시하지 않음으로써 대리인에 의한 진술이 가능한가에 대한 다소의 의문이 있었는데 2009년 개정 때 한편으로는 제66조의2 제3항 중 ‘촉탁인으로부터’를 삭제함으로써 진술의 주체가 오직 촉탁인에 한정된다고 해석할 여지를 줄이고, 또 다른 한편으로는 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하는 주체로서 종전에는 ‘촉탁인’만 규정하고 있던 것을 ‘촉탁인 또는 그 대리인’으로 바꾸어 대리인에 관한 사항을 개정하였다.²⁵⁾

이와 같이 의사록 인증 규정은 대리인에 의한 진술이 가능한가에 관해서 상당히 혼란스러운 상태였지만 사실 실무에서는 대리인에 관한 제30조 및 제31조를 의사록 인증에 준용한다는 명문 조항이 없을 때에도 대리인에 의한 진술을 당연한 것으로 여기고 있었다(법무부, 공증사무처리지침, 1981.12.1., 91면 참조). 그 근거는 무엇인가. 의사록 인증에서의 진술은 의안에 관하여 찬성의 의사임을 확인하는 취지이고, 이는 법률행위를 구성하는 의사표시와 유사하다. 진술에 포함되어 있는 본인의 의사를 확인하는 것

25) III. 의사록 인증 규정의 변천 과정 참조.

은 대리외도 어느 정도 친하다고 볼 수 있다. 따라서 의사록 인증에 있어서 촉탁인의 임의대리인을 인정하여도 이상할 것이 없다. 그런 점에서 대리인에 관한 사항에 대하여 의사록 인증 규정을 조금씩 개정해 온 것은 실무에 맞추어 규정을 정비해 왔다고 평가된다.

VII. 의사록 인증의 요건

의사록 인증은 의사록에 관한 일정한 사실에 대하여 공증인이 촉탁인의 촉탁에 따라 그 사실을 확인하고 그 확인한 사실과 확인방법을 적어서 인증서를 작성함으로써 증명하는 것이다. 의사록 인증의 요건을 따질 때 공증인이 확인하는 사실이 무엇인지 그리고 그 사실을 어떻게 확인하는지는 의사록 인증의 실질적 요건이라고 할 수 있고, 인증서에 무엇을 기재하는지는 의사록 인증의 형식적 요건이라고 할 수 있다.

1. 실질적 요건

가. 공증인이 해당 총회 등의 결의의 절차 및 내용을 확인할 것

해당 총회 등의 결의의 절차 및 내용을 확인할 것이라는 요건은 구체적으로 그것을 어떻게 확인하여야 하느냐에 따라 이른바 청문방법과 검사방법이 있다. 말하자면 둘 중 하나의 요건만 충족하면 된다. 청문방법에 의한 경우를 실무상 청문인증이라고 부르고, 검사방법에 의한 경우를 실무상 참석인증이라고 일컫는다.

(1) 청문방법에 의한 확인

제66조의2 제3항의 법문에는 「공증인이 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 듣고」라고 되어 있을 뿐, 공증인이 해당 결의의 절차 및 내용을 확인한다는 것을 명시하고 있지는 않다. 그러나 공증인이 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의

자 또는 그 대리인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관한 진술을 듣는 것의 실질은 해당 결의의 절차 및 내용에 관하여 진술을 들어서 해당 결의의 절차 및 내용을 확인하는 것이다. 아래에서는 이 요건에 관해서 세분하여 살핀다.

가) ‘해당 의결을 한 자’라 함은 누구를 뜻하는가. ‘해당 의결을 한 자 중’이라고 하였으므로 해당 의결을 한 자 개개인을 의미하는 것이 아니라 그 전부를 의미함은 분명하다. 먼저 해당 의결을 한 자 개개인에 관해서 본다면 이는 총회 등의 회의에 출석하여 의결권을 행사한 자를 말한다. 그에는 의결권자 본인도 있지만 그의 위임에 따라 의결권을 행사한 대리인도 포함된다. 말하자면 의결권자의 대리인으로서 의결장소에서 의결권을 행사한 사람은 의사록 인증에서 촉탁인의 대리인이 아니라 촉탁인 본인에 해당한다.²⁶⁾ 의결권자의 대리인으로서 의결을 한 자인 경우에는 의결행위에 관한 대리권을 증빙하는 자료가 있어야 한다. 일단 회의에 출석하여 의결을 한 경우에는 찬성하든 반대하든 상관 없다. 의결권을 행사한 자를 말하므로 해당 결의에 대하여 이해관계가 있어서 의결권을 행사하지 못한 자는 여기에 해당하지 않는다.

해당 의결을 한 자의 총합은 정족수와 관련된 개념이다. 회의에 관한 정족수의 개념에는 의사정족수와 의결정족수가 있다. 전자는 회의를 열 수 있는 최소의 수를 말하고 후자는 회의에서 결의를 할 수 있는 최소의 찬성 수를 말한다. 의사정족수와 의결정족수는 관계 법령이나 정관에 정해져 있다. 다른 정함이 없으면 일반적으로 의결권 수 전체의 과반수²⁷⁾ 출석이 있어야 회의가 성립하고 출석한 의결권 수의 과반수 찬성이 있어야 결의가 성립하는 것으로 된다. 즉 전체의 과반수가 의사정족수이고, 출석 의결권 수의 과반수가 의결정족수이다. 그런데 회의가 성립하지 아니한 경우에는 애초에 가결이든 부결이든 의결 자체가 성립할 수 없다. 이 경우에는 해당 의결을 한 자라는 개념도 있을 수 없다. 그러므로 해당 의결을 한 자의 총합은 회의가 성립하는 것을 전제로 하는 개념으로 의사정족수 이상이 되어야 함에 유의하여야 한다.

26) 이는 대리인임을 현명하여 작성한 사서증서에 대한 인증은 그 작성자인 대리인이 촉탁인이 되는 것과 같은 이치이다. 이때에도 제3자의 허락·동의가 필요한 경우에 준하여 대리권을 증명하게 하여야 한다.

27) 여기서 과반수라 하는 것의 의미에 주의를 요한다. 이는 전체의 반을 넘는 수로서 딱 절반에 해당하는 수는 과반수가 아니다. 이와 반면에 2분의 1 이상 또는 3분의 2 이상은 그 수를 포함하는 개념이다.

나) ‘의결에 필요한 정족수’란 누구를 뜻하는가. 이는 의결정족수로서 결의에 찬성한 자만이 이에 속할 수 있다. 가령, 출석한 의결권의 과반수의 찬성이나 출석한 의결권의 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 결의가 성립한다고 할 때, 결의의 성립에 필요한 최소의 수를 말한다.

그런데 주주총회와 관련하여서는 유의할 필요가 있다. 상법은 주주총회의 보통결의 사항에 관하여는 총회의 결의는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식 총수의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 하고(상법 제368조 제1항), 특별결의 사항에 관하여는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상과 발행주식 총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다고 정하고 있다(제434조, 제385조 제1항 등). 표면적으로만 보면 주주총회의 의사정족수의 요건이 없는 것처럼 보인다. 그러나 주주총회에서도 의사정족수 개념이 전혀 없는 것이 아니다. 출석한 주주의 의결권의 과반수나 3분의 2 이상에 해당하더라도 발행주식 총수의 4분의 1 이상이나 발행주식 총수의 3분의 1 이상에 이르지 못하면 결의가 성립되지 못한다. 보통결의 사항에 관하여는 최소한 발행주식 총수의 4분의 1이 출석하여야만 모두 찬성함을 전제로 비로소 의결이 성립될 수 있고, 특별결의 사항에 관하여는 최소한 발행주식 총수의 3분의 1이 출석하여야만 모두 찬성함을 전제로 의결이 성립될 수 있다. 말하자면 의결이 이루어지기 위한 최소 출석 주식 수라는 개념이 있는 것이다. 이와 같이 의결이 이루어지기 위한 최소 출석 주식 수를 주주총회에 있어서의 의사정족수라고 할 수 있다. 또한 발행주식 총수를 계산함에 있어서는 의결권 없는 주식 수는 산입되지 않고(상법 제371조 제1항), 의결권을 행사할 수 없는 사유가 있어서 의결권을 행사할 수 없는 주식 수는 출석주식 수에 산입되지 않는다는 점에도 유의하여야 한다(상법 제371조 제2항).

다) 여기서 대리인이라 함은 의결권을 대리하여 행사한 사람을 의미하는 것이 아니라 이른바 진술 촉탁인의 대리인을 의미한다. 공증인법이 대리인에 의한 진술을 허용한다는 것은 앞에서 이미 살펴 보았다.

라) ‘총회 등의 결의의 절차’라 함은 총회 등의 회의에서 결의가 이루어지는 절차를 말하는 것으로서 나중에 의사록에 기재되는 의사(議事)의 경과에 해당하고, ‘총회 등의 결의의 내용’이라 함은 나중에 의사록에 기재되는 의사의 결과를 말한다. 따라서 의

사록을 인증함에 있어서는 일반적으로 소집절차에 대하여 진술을 듣는 것은 아니다. 다만 공증인은 법령에 위반한 사항에 대하여는 인증할 수 없으므로 이사의 해임과 같이 의심스러운 경우에는 주주총회에 관하여 적법한 소집절차를 거쳤는지에 관하여 촉탁인이나 그 대리인에게 물어보고 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.

마) ‘진실에 부합하는지에 관한 진술’이란 의사록에 기재된 결의의 절차 및 내용에 관한 기재가 실제로 이루어진 결의의 절차 및 내용과 일치한다는 취지의 진술을 뜻한다. 따라서 청문인증에서도 참석인증에서와 같이 공증인이 해당 결의의 절차 및 내용을 확인하는 의미가 포함되어 있다. 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 진술이므로 그가 해당 의결에 참석한 것뿐만 아니라 그 의결에 찬성의 의사를 표시하였다는 취지의 진술까지 포함되어야 한다. 그 진술이 하나 하나 모여 해당 의결에 필요한 정족수 이상의 자가 찬성한 사실이 인정되고 의사록에 기재된 해당 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합한다는 근거가 된다.

한편 법문에는 ‘진술을 듣고’라고 되어 있는바, 반드시 진술을 듣는 방법으로만 확인하여야 하는지가 문제된다. 즉, 진술을 듣는 방법이 아니라 그 밖의 다른 방법으로 진술 촉탁인이나 그 대리인의 의사를 확인하면 안 되는지의 문제이다. 생각건대 진술은 원래 말로써 하는 것을 말하므로 공증사무소에 출석하지도 않고서 서면만 제출하는 방식 즉, 서면에 의한 진술은 인정되지 않는다. 다만 진술서를 작성해서 공증인의 면전에서 제출한다면 이는 진술로 인정할 수 있을 것이다.²⁸⁾ 제66조의2 제3항에서 청문인증시 공증인으로 하여금 해당 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인으로부터 진술을 듣도록 정한 취지는 정족수 이상의 자의 의사를 서면으로만 확인해서는 아니 되고 촉탁인이나 그 대리인을 통하여 분명하게 확인하여야 한다는 취지로 보이기 때문이다.

28) 다만 진술서 제출이 진술로 인정하려면 그 진술인에게 진술능력이 있어야 한다고 본다. 말할 줄 모르는 사람이라면 진술능력이 인정되지 않아 의사록 인증을 촉탁할 수 없는 것이다. 이는 마치 유언공정증서를 작성할 때 유언자의 구수가 있어야 하지만 구수능력이 있는 자가 유언내용을 기재한 서면을 공증인에게 교부하여 유언한 경우에 구수로 인정되는 것과 같은 이치다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다 51550, 51567 판결 참조).

(2) 검사방법에 의한 확인

공증인이 해당 의결장소에 직접 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하여 해당 결의의 절차 및 내용을 확인하였을 것을 요한다. 이는 인증 대상이 되는 의사록이 아직 작성도 되지 않은 상태에서 미리 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 선행적으로 미리 확인하는 방법이다.²⁹⁾ 의결권자가 아주 많은 경우에 일일이 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로부터 진술을 듣는다는 것은 매우 번거롭기 때문에 이 방법을 인정한 것이다. 주의할 것은 여기서의 검사도 공증인의 직무에 해당하므로 공증인법 제16조가 적용된다. 따라서 공증인의 소속 지방검찰청의 관할 구역 내에서 개최되는 회의가 아니면 공증인은 참석인증을 할 수 없다. 아래에서는 구체적인 검사방법의 요건을 나누어 살펴 본다.

가) 공증인의 의결장소 참석

참석인증은 공증인이 인증할 의사록에 대하여 결의의 절차 및 내용을 미리 파악하고 있는 경우에 한하여 할 수 있으므로 공증인은 결의가 이루어지는 의결장소에 참석하여야 한다. 공증인은 의결장소에 언제부터 언제까지 있어야 하는가. 개회 선언에 훨씬 앞서 의결권자나 그 대리인이 의결장소에 입장할 때부터 폐회 선언 때까지 있어야 한다는 견해와 개회 선언 때부터 폐회 선언 때까지 의결장소에 있으면 된다는 견해로 나뉜다.

전자는 의사록 인증은 그 내용이 진실에 부합함에 대한 인증으로서 내용이 진실하다고 하는 사항은 의사정족수가 참석하고 있는지에 관한 사항도 포함된다는 점, 의사정족수가 참석하였는지는 의결장소에 입장한 사람이 진실로 의결권자나 그 대리인에 해당하고 그 수가 의사정족수에 이르는지를 확인하여야 알 수 있다는 점, 참석인증이나 청문인증이나 확인할 사항이나 그 사항에 대하여 어느 정도까지 확인하여야 하는지는 동일하다고 보아야 한다는 점, 청문인증에서는 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정

29) 이는 마치 촉탁인은 공증인에게 자신의 신원을 증명하여야 하지만 공증인이 촉탁인의 얼굴을 알고 성명을 아는 경우에는 자신의 신원을 따로 증명할 필요가 없는 상태와 같은 이치이다. 촉탁인을 이미 알고 있는 경우에는 촉탁인은 자신이 틀림없는 촉탁인 본인이라는 것을 따로 증명할 필요 없이 공증인이 보는 것만으로 그것이 인정되는 것처럼 의사록을 인증하기 전에 공증인이 결의의 절차 및 내용을 알고 있는 경우에는 의사록의 내용이 진실한지는 공증인이 의사록을 읽어보기만 해도 알 수 있는 것이다.

족수 이상의 자나 그 대리인의 신원과 대리인에게 대리권이 있는지를 아주 엄격하게 확인하고 있는 점, 따라서 참석인증의 경우 법인 직원이 의결장소에서 의결권자나 그 대리인의 신원을 확인하거나 대리인에게 대리권이 있는지를 검사할 때 공증인은 그 옆에서 제대로 검사하는지를 확인하여야 하는 점 등을 그 근거로 든다.

이에 대하여 후자는 의사록은 법인의 총회 등 회의체 기관이 결의를 통하여 기관의 의사(意思)를 결정함에 있어서 그 의사(議事)의 경과요령 및 결과를 기재하는 것으로서 여기서 의사(議事)란 개최된 때부터 폐회된 때까지를 의미한다는 점, 청문인증의 경우 의결권 있는 총수나 의사정족수의 출석여부는 법인 대표 명의로 된 제39호 서식의 주주명부를 근거로 인정하고 있는데 그 주주명부는 진정성립이 인정되는지만 확인하고 그 내용이 진실한지까지 따로 심사하지는 않는다는 점, 참석인증의 경우 의결장소에서 의결권을 행사하는 자가 촉탁인은 아니라는 점, 공증인은 회의에 참관할 뿐이고 그 회의에 개입할 권한은 없다는 점, 공증인은 실질적 심사권을 갖는 것은 아니라는 점, 의장의 회의 성립 선언에 대하여 구성원의 이의 제기 없이 회의가 원만하게 진행되는 것을 공증인이 함부로 뒤집을 수는 없다는 점 등을 근거로 든다.

후자의 견해가 타당하다고 본다. 원래 참석인증은 청문인증의 방법에 따라서는 의사록을 인증하기가 현실적으로 매우 어려운 경우에 공증인이 현장에서 직접 결의가 이루어지는 것을 목격하고 해당 결의가 이루어진 것을 간편하게 증명하는 방법으로 마련된 제도이다. 그리고 공증은 유력한 증거로서 공증에 의해서 인정된 사실은 추정되지만 이것을 뒤집을 만한 반증이 제시된다면 추정은 번복될 수도 있다. 그런 점을 감안한다면 의결장소에서 이루어지는 공증인의 검사는 의장이 회의를 주재함에 있어서 법령 위반 사항 없이 회의를 원만하게 주재하고 있는지 일정한 안전에 대하여 가결 또는 부결되었다는 의장의 선언에 관하여 의결에 참여한 사람의 이의 유무 등을 확인하는 정도면 족하다고 본다. 그러므로 공증인은 참석인증을 위하여 의결장소에 참석할 때 의결권자나 그 대리인의 의결장소 입장이 허용되는 처음부터 미리 의결장소에 입장하고 있을 필요는 없다. 다만 주의할 사항이 있다. 의사록의 인증은 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합함을 증명하는 것을 목적으로 하므로 의결장소에 입장할 때 의결장소 참석을 거부당한 자가 이의를 제기한다든가 등 의결정족수 인정에 영향을 미칠 수 있는 사정이 있다면 공증인은 의장에게 그에 대하여 설명을 요구하거나 그 밖의 방법에 의해서 그와 같은 사정이 회의의 성립에 지장을 초래하지 않는 것으로 인정되어야 비로소 의

사록에 대하여 인증을 부여할 수 있다고 본다. 그리고 인증을 부여하는 경우라도 공증인은 그와 같은 사정에 관하여 인증서에 부기할 필요가 있다. 또한 찬반이 첨예하게 대립하고 결의가 성립하는지에 관한 의장의 선언에 대하여도 이의가 제기되는 상황에서 의장이 의결에 필요한 정족수 이상의 자의 의사를 제대로 확인하지 않고 임의로 가결 또는 부결을 선언해 버린 경우라면 인증을 부여할 수 없다. 따라서 그러한 경우에는 공증인은 의장에게 찬반 의사를 정확히 확인할 것을 조언할 필요가 있다.

나) 결의의 절차 및 내용의 검사

검사의 대상인 결의의 절차 및 내용이란 의사록의 기재사항인 의사의 경과요령 즉, 의사의 진행상황과 그 결과에 해당한다. 문제는 결의의 절차 및 내용의 검사와 의사록 인증은 어떤 관계이냐이다. 말하자면 검사는 참석인증의 구성요소인가 아니면 인증과는 별개의 사무인가의 문제로서 검사 사무의 법적 성격에 관한 문제이다. 생각건대 인증은 대상 문서가 존재할 때 그 문서를 대상으로 비로소 할 수 있는 것이다. 그런데 참석인증 시 의결장소에서 검사할 때는 아직 인증 대상인 의사록은 존재하지 않는 상태이다. 또한 검사의 일시장소와 의사록 인증의 일시장소는 엄연히 다르다. 의결장소에 참여하여 결의의 절차와 내용을 검사했다고 반드시 의사록 인증이 이루어지는 것도 아니다. 참석인증을 받기 위하여 어떤 공증인에게 검사를 촉탁하였다가 그 공증인에게 의사록 인증을 촉탁하지 않고 다른 공증인으로부터 청문인증을 받을 수도 있고 끝내 의사록 인증이 이루어지지 않을 수도 있는 것이다.³⁰⁾ 이와 같이 여러 면에서 인증 사무와 검사 사무는 그 관념상 구별되고 있다. 또한 청문인증 방식의 사무처리 절차와 비교할 때 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하는 것은 일반적으로 청문인증 방식에서 진술을 청취하는 것보다 사무 부담이 훨씬 중하다.

이러한 점을 고려하면 검사 사무는 본질적으로는 인증 사무와는 별개의 사무라고 보아야 한다. 공증인법 제66조의2 제3항 중 참석인증에 관한 내용을 순전히 인증의 관점에서 재구성해서 본다면 공증인이 미리 의결장소에 참석하여 결의의 절차와 내용을 검사해서 공증인이 결의의 절차와 내용이 어떻게 되어 있는지 이미 알고 있는 경우에는 의사록 인증을 촉탁하는 촉탁인이나 그 대리인으로서 결의의 절차와 내용이 어

30) 그 외에 의결사항에 등기사항이 있어서 검사를 촉탁하였지만 부결되어 의사록 인증을 받지 않은 경우도 있을 수 있다.

떻게 이루어졌는지를 공증인에게 증명하지 않아도 된다는 의미이다. 이는 마치 촉탁 인이나 대리인은 촉탁할 때 자신의 신원을 공증인에게 증명하여야 하지만 공증인이 전부터 잘 알고 있는 사람인 경우에는 따로 그 신원을 증명을 할 필요가 없는 것과 같은 이치다.

다) 검사 촉탁인 적격자

이와 같이 검사와 인증은 별개이며, 촉탁인도 각각 별개이다. 그렇다면 검사 촉탁인은 누가 되는가. 우선 법인의 대표를 생각해 볼 수도 있다. 그러나 법인의 대표가 촉탁하는 것으로 보는 경우에는 법인 대표를 해임하는 의안에 관한 총회에 관해서는 실질적으로 참석인증 방식으로는 인증할 수 없다는 결과가 되어 타당하지 않다. 생각건대 공증인이 의결장소에 참석하고 결의의 절차 및 내용에 대한 검사를 수행하기 위해서는 의결장소에서 그와 같은 공증인의 업무수행을 허용할 권한이 있는 사람이어야 한다. 또한 검사는 결국 인증을 하기 위한 것으로서 공증인이 결의의 절차 및 내용에 대하여 때로는 촉탁인에게 설명을 요구할 수도 있으므로 촉탁인은 그에 응할 수 있는 지위에 있어야 한다. 그렇다면 그 회의를 주재하는 의장 말고는 촉탁인이 될 사람은 없다.

그런데 회의에서 의장이 비로소 선출되는 경우가 문제이다. 의장이 선출되는 것도 회의의 일부에 해당한다고 보아야 하는데 그렇게 되면 의장이 선출될 때까지는 촉탁인이 없는 셈이 되고 공증인은 촉탁인의 촉탁 없이 의결장소에 참석한 것이 되기 때문이다. 그러나 정관에서 미리 의장을 정해 두지 않아서 회의에서 의장을 선출하는 경우에는 회의에서 제일 먼저 할 일은 의장을 선출하는 일이 될 것이다. 이 경우 의장의 선출을 위한 임시 의장이 필요하다. 누군가의 제안에 의해서 결의의 방법으로 임시 의장을 선출하거나 소집한 사람이 임시 의장이 되어 의장을 선출하여야 한다. 법원의 허가를 얻어 회의를 소집한 경우에는 정관에 의장이 정해져 있어도 정관 규정은 배제되고 총회에서 의장을 선출하여야 한다는 견해가 유력하다.³¹⁾ 아무튼 회의를 주재할 의장이 존재하여야 비로소 결의 절차가 개시된 것이라고 할 수 있으므로 의장을 선출하는 절차는 결의 절차가 아니라 소집 절차에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 해당 회의에서 의장이 직접 선출되는 경우에도 여전히 의장을 촉탁인으로 보는 데 아무런 지장이 없

31) 김교창, 앞의 책, 173면.

다. 의장이 정해지지 아니한 상태에서 법인 관계자가 공증인에게 의결장소에 참석해 줄 것을 요청하는 행위는 단지 촉탁 준비행위에 불과하다.

이와 같이 검사의 촉탁인은 의장이므로 만일 서로 다른 법인 관계인의 요청으로 의결장소에 둘 이상의 공증인이 참석한 경우에는 의장의 촉탁으로 의결장소에 참석한, 다시 말해 의장이 인정하는 공증인만이 참석인증을 할 수 있는 적법한 공증인이라고 할 수 있다.

나. 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 할 것

이 요건은 의사록 인증의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 요건으로 인정되기도 하고 안 되기도 한다. 요건으로 인정되는 경우에도 누구에게 그것을 확인하게 하느냐에 대하여 견해가 나뉜다.

성립인증설에서는 인증 요건으로 인정되고 서명·기명날인자나 그 대리인으로 하여금 그것을 확인하게 한다고 여긴다.

내용인증설에서는 청문인증을 할 때는 인증 요건에 해당되기는 하지만 그 의미는 성립인증으로서의 의미가 아니라고 본다. 즉, 서명·기명날인자나 그 대리인으로 하여금 서명·기명날인을 확인하게 하는 것이 아니라 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로 하여금 그것을 확인하게 한다.³²⁾ 참석인증을 할 때는 인증 요건에 해당되지도 않는다고 여긴다.

병존설이나 수단요소설에서는 청문인증이나 참석인증을 할 때 모두 요건으로 인정되고 서명·기명날인자나 그 대리인으로 하여금 그것을 확인하게 한다고 여긴다. 다만, 공증인법 제66조의2 제3항의 해석상으로는 이 요건은 단지 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합함을 확인하는 수단적 요소에 해당한다는 수단요소설이 타당하다는 점은 전술한 바와 같다.

32) ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자’와 ‘의사록에 서명 또는 기명날인을 한 자’가 반드시 일치하는 것은 아니다. 그와 같이 일치하지 아니한 경우 즉 의사록에 서명·기명날인한 사실이 없는 자로 하여금 어떻게 그 서명·기명날인을 확인하게 한다는 것인지 매우 의문이다. 실무상으로는 인증문에는 마치 그와 같이 확인하게 한 것처럼 기재하지만 실제로는 구체적으로 그와 같은 절차가 이루어지고 있지도 않고 심지어는 그와 같은 절차가 이루어져야 한다는 인식조차도 없다. 이 점이 내용인증설의 가장 큰 약점이다.

문제는 의사록의 서명·기명날인자 중 일부만이 촉탁인이 된 경우에 의사록 인증을 할 수 있느냐이다. 생각건대 의사록에 서명·기명날인할 사람은 법령이나 정관에 정해져 있거나 해당 의결을 할 때 정할 수 있다. 만일 의사록이 작성된 후 서명·기명날인할 사람이 어떤 사정으로 인하여 그것을 할 수 없게 된 경우 판결의 경우처럼 서명·기명날인할 사람 중 다른 사람이 의사록에 그 사유를 기재하면 된다고 본다. 따라서 의사록에 서명·기명날인할 자 중 일부가 서명·기명날인을 하지 않았다고 해서 무조건 인증을 할 수 없다고 볼 것은 아니다. 다만 의장은 회의를 주재한 자로서 회의 때 결의의 성립을 선언(확인)한 사람이기 때문에 원칙적으로 촉탁하여야 한다고 본다. 다만 의장이 회의를 주재하고 사망하거나 의장이 어떤 의도로 의사록에 서명 또는 기명날인을 거부하는 경우에는 법인의 대표가 이차적인 의사록 작성의무자로서 의장이 서명 또는 기명날인할 수 없는 사유까지 기재하여 의장을 대신하여 의사록을 작성할 수 있다는 점과 그 경우 그 의사록이 적법한 것으로 인정되려면 의장이 서명 또는 기명날인할 수 없는 사정이 소명되어야 한다는 점은 앞에서 본 바와 같다(IV. 3. 참조).

한편 수단요소설이나 병존설에 따라 이 요건을 해석할 경우에는 법문에는 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 것 즉, 자인인증 방식만 정하고 있지만, 이는 의사록의 서명이 본인의 것임을 확인하게 한다는 의미이므로 공증인의 면전에서 의사록에 서명·기명날인하는 것 즉, 면전인증도 당연히 허용된다고 해석된다.

다. 의사록의 내용이 공증인의 경험 내용과 일치함을 확인할 것

의사록 인증은 의사록에 기재된 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합한다고 인정될 때 비로소 부여할 수 있다. 내용인증설에서는 청문인증의 경우에는 공증인이 진술 촉탁인이나 그 대리인으로부터 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합한다는 진술을 듣고 서명 또는 기명날인이 본인의 것임을 확인한 경우에 그 사실을 인정할 수 있고, 참석인증의 경우에는 공증인이 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 미리 검사한 결과와 대조하여 서로 일치함을 확인한 경우에 그 사실을 인정할 수 있는 것으로 본다. 병존설에서는 참석인증의 경우에는 내용인증설과 동일하고 청문인증의 경우에는 진술 촉탁인이나 그 대리인으로부터 진술을 들은 경우에 그 사실을 인정할 수 있다. 수단요소설에서는 청문인증의 경우에는 진술 촉탁인이나 그 대리인으로부터 진술

을 청취하고 그 외에도 서명·기명날인 촉탁인이나 그 대리인으로부터 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인한 경우에, 참석인증의 경우에는 검사 결과와 대조하여 서로 일치함을 확인하고 그 외에도 서명·기명날인 촉탁인이나 그 대리인으로부터 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인한 경우에 비로소 그 사실을 인정할 수 있다고 함은 앞서 살펴 본 바와 같다.

한편 공증인법 제66조의2 제2항은 의사록 인증을 하는 공증인은 그 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 <진실에 부합하는지를 확인하여야> 한다고 하였으므로, 그 문언만으로 보면 마치 <진실에 부합하는지 아니면 진실에 부합하지 않는지를 확인하여야> 한다는 뜻으로 오해될 수도 있지만 이는 <진실에 부합함을 확인하여야> 한다고 새겨야 한다. 진실에 부합하지 않은 것을 확인한 경우에는 의사록 인증을 부여할 수 없다는 것은 당연하기 때문이다. 또한 여기서 <확인>한다는 것의 의미는 목격이나 청취 등 단순한 경험을 의미하는 것이 아니라 그 경험을 바탕으로 어떠한 사실을 확실하게 인정한다는 것을 의미한다.

의사록을 인증할 때는 이와 같이 진실에 부합함을 확인하여야 하는 것이므로 상당한 정도의 공증인의 심사행위가 개입된다. 법적으로 어떠한 사항에 관하여 심사한다고 할 때는 심사권이 어디까지 미치느냐가 문제된다. 심사권이 미치는 범위를 기준으로 심사권은 강학상 보통 실질적 심사권과 형식적 심사권으로 나누어 설명된다. 형식적 심사권이란 제출된 서류 범위 내에서 형식적 요건을 갖추고 있느냐에 한해서만 심사할 수 있을 뿐이고 더 나아가 의문이 있다고 하여 자료 제출을 요구하거나 사실관계를 조사하는 권한은 인정되지 않는 심사권을 말한다. 등기관이 등기신청서류에 대하여 갖는 심사권이 이에 속한다. 이에 대하여 실질적 심사권이란 제출된 자료뿐만 아니라 실체관계까지도 조사할 수 있는 권한을 갖는 심사권을 말한다. 재판에서 법관이 갖는 심사권이 이에 해당한다.

그렇다면 의사록을 인증함에 있어서 공증인이 의사록의 내용이 진실에 부합하는가를 심사하는 권한은 형식적 요건에 해당하는지 여부만을 살피는 형식적 심사권에 불과한가, 아니면 실체관계의 증명 여부까지 살피는 실질적 심사권인가. 공증은 촉탁인의 촉탁에 따라 이루어진다는 점에서 공증인이 갖는 심사권은 원칙적으로 실질적 심사권은 아니라는 데는 이론이 없다. 그러나 공증은 국가사무로서 어떠한 사항을 공적으로 증명하여 주는 것을 본령으로 하므로 법령에 위반한 사항은 물론 허위의 의심이 있는

사항에 관하여 쉽사리 공증을 하여 주어서는 아니 된다. 공증인은 촉탁사항에 대하여 의심스러운 사항이 있으면 촉탁인이나 그 대리인에게 필요한 설명을 요구하고 때로는 관련 자료의 제출을 요구할 수 있는 것은 당연하다(공증인법 시행령 제12조 참조). 그럼에도 불구하고 만일 촉탁사항에 관하여 의문이 해소되지 않는다면 공증인은 촉탁을 거절하여야 할 것이다. 이점이 공증인의 심사권과 등기관의 심사권이 근본적으로 다른 점이다.³³⁾ 따라서 공증인은 의사록을 인증함에 있어서 만일 촉탁인이나 그 대리인이 발행주식 총수를 속이거나 1인 주주가 아니면서 1인 주주인 것처럼 속이는 등 의심스러운 경우에는 회사에 비치된 주주명부를 제시할 것을 요구하거나 그 밖의 방법으로 발행주식 총수에 관한 증빙자료의 제출을 요구할 수도 있다.

2. 형식적 요건(기재 사항)

인증은 일반적으로 공증인이 사서증서에 대하여 일정한 사실을 확인한 후 ‘그 사실을 적는 방법’으로 한다. 이와 같이 인증을 할 때 증서에 적는 ‘그 사실’의 기재는 인증의 형식적 요건에 해당한다. 의사록 인증도 마찬가지다. 그 밖에도 인증서에는 등부번호, 인증연월일 및 인증장소를 적고 공증인과 참여인이 서명날인한 후 증서와 인증부 사이에 간인하여야 하는 형식적 요건이 있다(제58조). 여기서는 의사록을 인증할 때 형식적 요건으로서 인증서에 적는 ‘그 사실’이 무엇을 의미하는지에 관하여 살펴 본다. 다만 한 가지 유의할 점은 ‘그 사실’의 기재가 형식적 요건이지만 ‘그 사실’ 자체는 실질적 요건에 해당하므로 결국 실질적 요건을 무엇으로 보느냐 다시 말하여, 의사록 인증의 법적 성질을 무엇으로 보고 공증인법 제66조의2 제3항을 어떻게 해석하느냐에 따라 인증서에 기재하는 내용도 달라 진다는 점이다.

가. 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관해서 공증인이 경험한 사실

청문인증에서는 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관해서 확인하기 위해서는 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로부터 진술을 듣

33) 이와 같이 공증인의 심사권은 형식적 심사권도 아니고 실질적 심사권도 아니다. 캐묻고 자료 제출을 요구할 수 있다는 점에서 이를 신문적 심사권(訊問的 審査權)이라고 부를 수 있을 것이다.

는다고 하였으므로 그 진술을 들은 사실이 이에 해당한다. 참석인증에서는 공증인이 해당 의결장소에 미리 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사한다고 하였으므로 그것을 검사한 사실이 이에 해당한다.

나. 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 한 사실

의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 것을 의사록 인증의 실질적 요건으로 보는 경우에는 그 사실의 기재도 형식적 요건이다. 다만 의사록 인증의 법적 성질을 무엇으로 보느냐에 따라 그것을 실질적 요건으로 여기는 견해도 있고 그렇지 않는 견해도 있으며 실질적 요건으로 보는 경우에도 그 구체적인 내용은 앞서 살펴 본 바와 같이 서로 다르다.

내용인증설의 입장에서는 청문인증의 경우 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 것이 실질적 요건이긴 하지만 그 확인주체는 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인이므로 그 사실의 기재에서도 이점을 분명하게 밝혀 기재하여야 한다. 참석인증의 경우 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 일이 없으므로 실질적 요건에 해당하지 않고 따라서 그 사실의 기재도 당연히 없다.

병존설이나 수단요소설의 입장에서는 청문인증의 방법이든 참석인증의 방법이든 공히 공증인은 의사록의 서명·기명날인자로 하여금 서명·기명날인을 확인하게 하여야 하는바, 의사록을 인증할 때는 그 사실에 관하여 인증서에 기재하여야 한다.

다. 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합함을 공증인이 확인하였다는 사실

공증인법 제66조의2 제2항에서는 의사록 인증을 하는 공증인은 그 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하여야 한다고 하면서 제3항에서는 그 확인을 하는 방법을 정하고 있다. 문언상으로는 공증인이 의사록에 기재된 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지 부합하지 않는지를 확인하여야 한다는 것처럼 되어 있어서 부합함을 확인한 사실을 인증서에 기재하여야 한다는 것이 명문으로 정하여져 있지는 않다. 그러나 의사록 인증의 법적 의미는 공증인이 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인(확실하게 인정)하였음을 공적으로 증명하는 것이므로 공증인이 의사록의 내용이

진실에 부합함을 인정한 취지가 기재되지 않는다는 것은 있을 수 없다. 청문인증에 관한 제37호 서식에서 <본 공증인은 위 진술과 아래 기재 자료에 의하여 그 결의의 절차와 내용이 진실에 부합함을 확인하였다>고 적는 부분과 참석인증에 관한 제37의2호 서식에서 <본 공증인은 위 검사 내용과 아래 기재 자료에 의하여 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합함을 확인하였다>고 적는 부분이 바로 그 취지이다.

VIII. 의사록 인증의 절차

의사록 인증은 앞에서 살펴 본 바와 같이 공증인이 결의의 절차 및 내용에 관하여 어떻게 확인하느냐를 기준으로 청문방법과 검사방법이 있지만 어느 방법에 의하느냐에 따라 절차도 확연히 다른 것은 당연하다. 여기서 설명하는 인증 절차는 참석인증에서의 검사와 인증서 작성의 관계나 인증서 작성과 인증부 기재의 관계처럼 반드시 어떤 것이 다른 것의 다음에 이루어지는 선후 관계가 성립하는 경우도 있지만 모두 반드시 그와 같은 순서로 이루어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 분명한 것은 그 절차가 생략되어서는 아니 된다는 점이다. 의사록의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 의사록의 서명·기명날인을 확인하게 하는 것의 의미가 달라지기도 하고 그와 같은 절차가 필요 없는 것에서 새로 추가되는 것으로 달라지기도 하는바, 여기서는 수단요소설을 기본으로 해서 살펴진 청문인증 절차와 참석인증 절차로 나누어 설명하기로 한다.

1. 청문인증 절차

가. 의사록 및 관련 자료의 제출과 촉탁서의 작성

인증 촉탁은 일반적으로 촉탁인이나 그 대리인이 공증사무소에 출석하여 공증인에게 인증 대상이 되는 사서증서와 그 밖에 필요한 증명서 등의 자료³⁴⁾를 내놓고 촉탁서를 작성하는 것에서부터 시작된다. 청문인증을 촉탁할 때도 마찬가지다. 다만 정관을

34) 주민등록증 등 증명서, 대리권을 증명하는 위임장과 인감증명서, 제3자의 허락이나 동의서 등을 말한다.

인증할 때처럼 의사록 원본 2통을 제출하여야 한다(제66조의2 제4항, 제63조 제1항). 촉탁인이나 그 승계인, 그 밖에 주주와 법인의 채권자 등 이해관계인에게 그 등본을 발급해 주기 위하여 공증사무소에도 원본을 보관할 필요가 있기 때문이다.

보통 사서증서의 인증을 촉탁할 때는 촉탁서에 촉탁인 전원이 기재되어야 한다. 대리인을 통하여 의사록 인증을 촉탁할 때는 촉탁인 1인만 기재하고 그 이외의 자에 대하여는 인원수만 기재한다(서식규칙 제29조 제3항). 이는 의사록 인증에서는 대부분 촉탁인이 여럿이어서 촉탁인을 모두 기재하는 것은 번거롭기 때문에 실무상의 편의를 위한 것이다.

나. 공증요건의 확인

공증인은 공증을 할 때 공증요건을 확인하여야 한다. 공증요건은 일반적으로 공증인에 관한 사항, 촉탁인이나 그 대리인에 관한 사항, 촉탁목적에 관한 사항으로 나누어 볼 수 있다. 공증을 할 때 공증인은 공증요건의 확인을 위하여 관련 증빙 자료가 필요하면 촉탁인이나 그 대리인으로 하여금 그 제출을 요구할 수 있고 촉탁인이나 그 대리인을 상대로 의문 사항에 관하여 캐물을 수도 있다. 이러한 점들은 모두 의사록을 인증할 때도 마찬가지다. 여기서는 의사록 인증과 관련하여 특별히 언급할 사항을 중심으로 본다.

(1) 공증인에 관한 사항

임명공증인이나 공증담당변호사는 공증인법 제21조의 제척사유가 있으면 의사록을 인증할 수 없고, 인가공증인은 제15조의9에서 규정한 사유가 있으면 의사록을 인증할 수 없다. 이와 관련하여 인가공증인이 법인등기 사무를 취급하는 경우에 인가공증인 스스로 작성한 의사록 인증서를 첨부하여 대리인으로서 법인 등기 신청을 할 수 있는가에 관해서는 견해가 대립된다. 긍정설은 공증인법 제15조의9에는 <해당 법무법인등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여>라고 되어 있어 소송사건과 관련된 경우가 아니면 의사록 인증을 하는 데 아무런 지장이 없다고 본다. 이에 대하여 부정설은 소송사건과 관련한 의사록의 인증이란 있을 수 없으므로 제15조의9 제3호는 <해당 법무법인등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 사건과 관련하여> 이

루어지는 의사록 인증을 할 수 없는 것으로 새겨야 하므로 그 경우 의사록 인증을 할 수 없다고 본다.

생각전대 인가공증인 스스로 인증한 의사록으로 법인 등기신청을 대리하려는 경우는 부정설이 들고 있는 근거 외에도 공증인법 제21조 제4호의 ‘촉탁받은 사항에 관한 대리인인 경우’에도 해당하여 허용되지 않는다고 생각된다. 왜냐하면 법무법인 등이 법인 등기 사무를 취급하는 경우에 그 사무 수임 범위는 의사록 작성에서부터 법인등기까지 일련의 사무까지 모두 수임하는 것이 보통이고 의사록 인증은 그 일련의 절차 속에서 이루어지므로 인가공증인은 법인등기사무를 취급하는 경우 해당 의사록 인증과 관련해서는 통상적으로 촉탁받은 사항에 관한 대리인으로 볼 수 있기 때문이다.

(2) 촉탁인이나 대리인에 관한 사항

의사록 인증에 있어서 일단 촉탁인이나 대리인으로 인정되면 그 자에 관하여 공증요건으로서 확인할 사항은 다른 공증의 경우와 다를 것이 없다. 따라서 촉탁인 본인이나 대리인에 대하여는 공증인법 제27조 내지 제31조가 준용된다. 의사록 인증에 있어서 촉탁인이나 대리인에 대한 공증요건과 관련해서 문제는 촉탁인 적격자가 누구냐이다. 먼저 진술 촉탁인 적격자의 경우에는 첫째, 의결권이 있는 자이어야 하고 둘째, 해당 의결을 한 자이어야 하며 셋째, 해당 의안에 찬성한 자이어야 하고 넷째, 단독으로 정족수 이상의 자에 해당되거나 다른 사람과 공동으로 정족수 이상의 자에 해당되어야 한다. 그러므로 공증인은 진술 촉탁인 본인에 관해서는 그가 직접 공증사무소에 출석하여 촉탁하든 대리인을 통하여 촉탁하든 진술 촉탁인이 이와 같은 요건을 갖춘 적격자에 해당하는지 확인하여야 한다.

가령 주주총회 의사록의 경우에는 먼저 그가 주주인 사실, 해당 의안에 대하여 의결권이 있는 사실, 해당 의결을 한 사실, 해당 의안을 찬성한 사실, 단독으로 또는 공동으로 정족수 이상의 자인 사실을 확인하여야 한다. 그런데 여기서 정족수 이상의 자인 사실은 발행주식 총수의 주식 수와 그에 관한 주주 별 주식 수 및 의안이 특별결의사항인지 보통결의사항인지 의결권이 있는 주식인지 아닌지 등을 알아야 비로소 확인할 수 있다. 그 확인을 위해 공증인은 촉탁인이나 그 대리인으로 하여금 통상 주주명부, 정관, 법인등기사항증명서를 제출시킨다. 실무상 주주명부는 회사에 비치하고 있어야 하는

장부이므로 그 대신 발행주식 총수에 해당하는 주주 내역과 해당 의결에 관해서 어느 주주가 출석하였고, 찬성하였으며, 인증촉탁인에 해당하는지를 표시한 제39호 서식의 주주명부를 제출시킨다. 제39호 서식의 주주명부는 법인 대표 명의로 작성되어야 하고 그 진정성립이 인정되어야 한다. 따라서 법인 대표가 직접 공증사무소에 출석한 경우가 아니면 법인 인감이 날인되고 법인 인감증명서가 첨부되어야 한다.

한편 병존설이나 수단요소설의 입장에서는 의사록에 서명·기명날인을 한 사람도 또 하나의 촉탁인 적격자라고 보는바, 이 경우에는 그가 의사록에 서명·기명날인할 자격이 있는지를 확인하여야 한다. 즉 이사의 지위에 있다는 사실은 법인등기사항증명서에 의하여 확인하여야 한다. 다만 주주총회 의사록과 이사회 의사록의 인증을 동시에 촉탁하는 경우에는 주주총회 의사록에 의하여 이사인 사실을 확인할 수 있을 것이다.

(3) 촉탁목적의 내용에 관한 사항

의사록을 인증할 때는 일반 사서증서의 인증에서처럼 공증인이 의사록의 내용이 법령에 위반하거나 무효인지 확인하여야 한다. 그러나 의사록 인증에 있어서는 일반 법령 외에 정관의 위반 여부도 확인하여야 한다. 사서증서의 인증의 경우에는 특별한 경우가 아니면 인증 대상인 사서증서만으로 심사하지만 의사록 인증에 있어서는 의사록 뿐만 아니라 정관, 등기사항증명서, 주주명부 등을 참조하여 위법성 유무 또는 무효 여부를 확인하여야 한다.

다. 서명·기명날인의 확인

이 절차는 의사록 인증의 법적 성질에 관해서 어떤 견해를 취하느냐에 따라 그 의미가 다르다. 내용인증설을 따르는 현행 공증실무에서는 청문인증 시 공증인이 의사록의 서명·기명날인에 대하여 확인하게 하는 상대는 서명·기명날인자나 그 대리인이 아니라 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로 본다. 이 경우 서명·기명날인을 한 본인이나 그 대리인이 아니면서 서명·기명날인이 본인의 것임을 어떻게 확인한다는 것인지 설명이 되지 않고 실무는 서류 중심으로 처리되는 경향이 있어서 서명·기명날인을 확인한다고 인증문에 기재하면서도 실제로는 그와

같은 확인절차를 밟는다는 인식도 거의 없다.

병존설이나 수단요소설에 따르면 공증인은 의사록의 서명·기명날인이 본인의 것임을 서명·기명날인자 본인이나 그 대리인을 통하여 확인하여야 한다. 법문에는 그 확인방법으로 자인인증 방식만 허용되는 것처럼 규정하고 있으나 면전인증 방식을 인정하지 못할 이유가 없다.

라. 진술과 그 청취

청문방법으로 의사록을 인증할 때 공증인은 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술을 들어야 한다. 촉탁인 자신이 의결에 필요한 정족수 이상의 자에 속하여야 하므로 해당 의결을 할 때 의안에 관하여 찬성한 자만이 진술 촉탁인이 될 수 있다. 진술 촉탁인의 수는 의결에 필요한 정족수 이상에 해당하여야 한다. 그 요건의 확인에 관하여는 앞서 살펴 보았다.

아무튼 공증인이 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 촉탁인이나 그 대리인의 진술을 듣는다는 의미는 결국 진술인 개개인의 입장에서 보면,³⁵⁾ 자신을 포함한 정족수 이상의 자의 찬성으로 해당 의안에 관하여는 가결되었다는 취지의 진술을 듣는다는 의미이다.

청문인증 시 진술을 청취하는 절차는 그 인증 절차에서 가장 중요한 절차라고 할 수 있다. 그리하여 서식규칙 제29조는 위 진술과 관련하여 진술인으로부터 제38호 서식의 진술서를 제출받도록 하였다. 그러므로 제38호 서식의 진술서는 공증사무소에 출석하여 공증인 앞에서 현실적으로 의사록 인증을 촉탁하는 사람이 작성하여야 하는 것이다. 대리인에 의해 촉탁하는 경우에는 공증사무소에 출석한 대리인이 작성하여야 한다.

그러나 현재 대부분의 공증사무소에서는 청문인증 시 제38호 서식의 진술서를 법인 대표 명의로 된 것으로 제출받고 있다. 이러한 태도는 비대면 공증이 용인되었던 과거의 공증사무 관행과 관련이 있는 것으로 추정된다. 과거 한동안 법인등기 사무를 의뢰 받은 법무사 본직이 공증사무소에 실제 출석하지 않고 직원 편에 의사록과 소명자료를

35) 물론 실무상으로는 촉탁인이 여럿인 경우라도 동일한 대리인이 촉탁인 전원을 대리하거나 촉탁인 중 1인이 나머지 촉탁인을 전부 대리하므로 실제 공증인 앞에서 진술하는 사람은 1인인 것이 보통이다.

제출하면 공증인은 마치 법무사 본직이 공증사무소에 출석한 것처럼 인증서를 작성해 주던 방식이 관행이란 이름으로 용인되던 때가 있었다. 그 경우 실제 공증사무소에 출석하지도 않은 법무사 본직 명의의 진술서보다는 법인 대표 명의로 작성된 진술서가 오히려 타당하다는 생각을 하게 되었을 것이다. 어느 순간 그와 같은 사고방식이 자연스럽게 공증실무계를 지배하면서 제38호 서식의 진술서란 곧 법인 대표 명의의 진술서로 여기게 되었을 것이다. 그 결과 청문인증을 할 때 진술 청취 절차는 형해화되어 버렸다. 청문인증 시 진술의 청취 즉, 청문(聽聞)이 빠져 버린다면 그것은 청문인증이라고 할 수 없을 것이다.

마. 의사록 내용의 진실 부합 확인

공증인은 의사록의 내용이 진실에 부합한다는 것을 확인하여야 한다. 그 확인방법은 의사록의 법적 성질을 어떻게 구성하느냐에 따라 차이가 있다. 내용인증설이나 병존설은 진술 촉탁인이나 그 대리인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합한다는 진술을 청취하고 그가 제출한 자료를 참고해서 확인한다고 본다. 이에 대하여 수단요소설은 그 밖에 서명·기명날인 촉탁인이나 그 대리인이 그 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인해야 의사록의 내용이 진실에 부합한다는 것을 확인한 것으로 인정된다.

바. 인증서 작성

공증인은 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인하였으면 인증서를 작성한다. 인증문의 내용은 의사록 인증의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라진다. 어느 견해를 취하느냐에 따라 서명·기명날인을 확인하는 사람이 달라지고 그 의미도 달라지기 때문이다.³⁶⁾³⁷⁾³⁸⁾

그밖에 인증서에는 등부번호, 인증연월일 및 인증장소를 기재하고 참여인이 있는 경우 참여인으로 하여금 서명날인하게 하며 공증인이 서명날인하고(제66조의2 제4항, 제58조), 인증서의 각 장에 걸쳐 직인으로 간인하여야 한다(제66조의2 제4항, 제59조, 제38조 제5항). 주의할 것은 의사록 인증서는 사서증서의 인증서와 달리 처음부터 2통이 작성된다는 점이다(제66조의2 제4항, 제63조 제1항).

36) 내용인증설에 따른 인증문은 다음과 같다(제37호 서식의 인증문과 동일).

위 -----의
 ○○○○년 ○○월 ○○일자 -----의사록에 대하여
 -----은/는
 본 공증인의 면전에서 위 의사록의 내용이 진실에 부합한다고 진술하고, -----명날인이
 본인의 것임을 확인하였다.

본 공증인은 위 진술과 아래 기재 자료에 의하여 그 결의의 절차와 내용이 진실에 부합함을 확인
 하였다.

－ 아 래 －

- 1.
- 2.
- 3.

○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 인증한다.

37) 수단요소설 따른 인증문은 다음과 같다.

위 -----의
 ○○○○년 ○○월 ○○일자 -----의사록에 대하여
 -----은/는
 의사록의 서명 / 기명날인이 본인의 것임을 확인하였고,
 -----은/는
 본 공증인의 면전에서 위 의사록의 내용이 진실에 부합한다고 진술하였다.

본 공증인은 위 확인 및 진술과 아래 기재 자료에 의하여 그 결의의 절차와 내용이 진실에 부합
 함을 인정하였다.

－ 아 래 －

- 1.
- 2.
- 3.

이에 본 공증인은 ○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 의사록을 인증한다.

38) 병존설에 따른 인증문은 주) 20 참조.

사. 인증부와 의 간인과 인증서 교부 및 수수료 징수

의사록 인증서 2통이 완성되면 공증인은 그 중 1통을 촉탁인이나 그 대리인에게 교부하게 되는데 교부 전에 반드시 인증부와 사이에 간인하여야 한다(제66조의2 제4항, 제58조). 흔히 실무상 인증서가 여러 장일 때 하는 간인과 구분하여 머리 간인이라고 부른다. 인증서와 인증부 사이의 간인은 원래 사서증서의 인증에서는 인증을 부여한 사서증서의 사본조차도 보관하지 않았던 것에서 연유한다. 이는 일종의 신표(信標) 기능을 수행하는 것으로서 공증인이 작성해 준 인증서가 확실하다는 것을 인증서에 남은 부분과 인증부에 남은 부분을 맞추어 봄으로써 확인할 수 있기 때문이다. 다만 의사록 인증서의 경우 의사록 인증서 1통을 여전히 공증사무소에서 보관하는 것이므로 인증부와 의 간인의 필요성은 그다지 크지 않다.

의사록 인증의 수수료는 3만 원이다(공증인 수수료 규칙 제21조 제2항). 수수료는 공증인법 제7조에 따라 촉탁인으로부터 지급받는 것이 원칙이지만 의사록 인증 수수료에 관해서는 법인을 촉탁인으로 취급하여 제19호 서식의 계산서는 해당 법인 앞으로 발급하여도 무방하다고 본다. 촉탁인은 법인이 아니지만 의사록이 법인의 서류이고 의사록 인증 촉탁도 법인 등기신청에 의사록 인증서가 필요해서 이루어지는 것이기 때문이다.

아. 인증부의 기재

공증인은 인증을 부여할 때마다 진행 순서에 따라 1. 등부번호, 2. 촉탁인의 주소와 성명(법인인 경우에는 그 명칭과 사무소 소재지), 3. 사서증서의 종류와 서명날인자, 4. 인증의 방법, 5. 참여인의 주소와 성명, 6. 인증 연월일을 인증부에 적어야 한다. 의사록 인증을 할 때도 마찬가지다(제66조의2 제4항, 제61조). 다만 의사록 인증에 있어서는 몇 가지 주의할 사항이 있다.

촉탁인의 주소와 성명의 기재에 관하여는 의사록 인증의 경우에는 촉탁인이 여럿인 경우가 대부분이고 심지어는 수백 명에 이르는 경우조차 있어서 인증부에 촉탁인을 모두 기재하는 것은 물리적으로도 어렵다. 따라서 촉탁인 중 대표되는 촉탁인에 대하여만 기재하고 나머지 촉탁인에 대하여는 <외 00명>과 같이 그 인원수만 기재하도록 하

고 있다(공증인법 시행령 제23조 제2항, 제1항). 의사록 인증의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 의사록의 서명·기명날인자도 촉탁인으로 보는 경우가 있기 때문에 누구의 것을 기재할 것인지가 문제된다. 서명·기명날인자를 촉탁인으로 보는 경우에도 후술하는 바와 같이 인증부에는 서명날인자에 대하여도 기재하도록 되어 있고 진술 촉탁인 중 의결권이 가장 많은 자를 대표 촉탁인으로 기재하면 된다.

사서증서의 종류 란에 기재하는 것은 의사록의 종류를 기재하면 된다. 의사록의 종류로는 주주총회 의사록, 이사회 의사록, 대의원총회 의사록 등과 같이 회의의 명칭 별로 구분하여 기재한다.

서명날인자 란에는 의사록에 서명·기명날인한 자를 기재한다. 수단요소설이나 병존설에 의하면 이들도 촉탁인이지만 진술 촉탁인과 반드시 일치하는 것은 아니다. 2인 이상이면 1인만 기재하고 그 외의 자에 대하여는 그 인원수만 기재하는 것은 촉탁인의 경우와 같다(공증인법 시행령 제23조 제2항, 제1항). 결국 의사록 인증의 경우 인증부에 기재되는 서명날인자의 대표는 의장이 된다.

인증방법의 기재와 관련하여서는 사서증서의 인증이 이루어진 경우는 흔히 면전인증과 자인인증으로 구분하여 기재하고 사서증서의 등본에 대한 인증이 이루어진 경우에는 등본인증이라고 기재한다. 의사록 인증에서 인증방법은 의사록 인증의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 두 가지 기준이 존재할 수 있다. 내용인증설에 의하면 의사록의 내용이 진실함을 확인하는 방법의 차이에 따른 청문인증과 참석인증으로 구분하여 기재한다. 병존설이나 수단요소설의 입장에서는 청문인증과 참석인증의 구분 외에 서명·기명날인이 본인의 것임을 어떻게 확인하느냐에 따라 면전인증과 자인인증으로도 구분된다.³⁹⁾ 제66조의2 제3항의 해석상 면전인증 방식이 허용된다고 할지라도 현실적으로 그렇게 하는 경우는 거의 없을 것이고 의사록 인증의 주된 목적이 의사록의 내용이 진실에 부합한다는 점에 관한 것이라고 할 수 있으므로 특별히 면전인증에 해당하는 경우가 아니면 자인인증을 따로 구분하여 기재할 필요는 없다고 본다. 결국 병존설이나 수단요소설의 입장에서도 일반적으로는 청문인증과 참석인증의 구분에 따라 서만 해당되는 인증 방법만을 기재하면 된다.

39) 공증인법 제66조의2 제3항에 의하면 공증인 앞에서 의사록에 서명·기명날인하는 방식 즉, 면전인증 방법을 명문으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 반드시 자인인증 방법만 허용된다는 취지로 볼 것은 아니므로 면전인증 방법도 인정된다. 그 경우 인증문도 그에 맞게 기재하여야 할 것이다.

참여인의 주소와 성명의 기재와 관련하여서는 의사록 인증에서 참여인이 참여한 경우란 거의 생각하기 어렵지만 서명·기명날인에 대한 인증 요소도 함께 하고 있다고 보는 병존설이나 수단요소설에서는 참여인의 참여가 있을 수 있다.

한편 의사록 인증에서는 해당 법인 자신이 촉탁인이 되는 것은 아니지만 해당 법인이 법인 등기신청을 위하여 의사록 인증을 받는 것이고 의사록이 법인 서류에 해당하므로 인증부의 비고란에 법인의 명칭을 기재하여 해당 법인 관련 의사록 인증임을 표시한다(공증인법 시행령 제23조 제3항).

자. 인증서 보존

의사록 인증을 할 때는 2통의 인증서가 작성되어 1통은 교부하고 1통은 공증사무소에서 보존하며 부속서류는 공증인이 보존하는 의사록에 연철하여야 한다(제66조의2 제4항, 제64조). 일반 사서증서의 인증에서는 사서증서의 사본을 보존하는데(제57조 제4항), 의사록을 인증할 때는 정관 인증과 같이 의사록 원본 1통을 공증사무소에서 보존한다. 이와 같이 의사록 원본이 보존되므로 그에 대한 등본 발급도 가능하다(제66조의2 제4항, 제66조). 공증사무소에서 보존하는 의사록을 분실한 경우에도 정관을 멸실할 때처럼 공증인은 촉탁인에게 돌려 준 의사록으로 등본을 작성하거나 이미 발급한 의사록의 등본을 회수하여 소속 지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 의사록을 대신하여 보존하여야 한다(제66조의2 제4항, 제63조 제1항).

공증인이 보존하는 의사록 인증서는 얼마 동안 보존하여야 하는가. 「공증 서류의 보존에 관한 규칙」 제5조 제1항에는 의사록 인증서의 보존기간을 정하고 있지 않다. 입법 미비다. 실무상으로는 사서증서의 인증서 사본이나 그 밖의 서류의 보존기간에 해당하는 3년간 보존한다.

그러나 의사록 인증서는 정관 인증서에 준해서 20년 동안 보존하여야 한다는 견해가 있다(위 규칙 제5조 제1항 제3호 참조). 정관만큼 20년 동안 보존시킬 필요는 없다고 해도 최소한 10년 정도 보존시킬 필요가 있다. 만일 사서증서의 사본과 보존기간을 달리 한다면 정관인증서철과 같이 의사록인증서철을 따로 두도록 함이 타당하다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제30조 제2항 참조).

2. 참석인증 절차

가. 검사(檢査)의 촉탁과 의결장소 참석 및 촉탁서 작성 여부

참석인증은 검사의 촉탁에 따라 공증인이 의결장소에 참석하는 일에서부터 시작된다. 통상 법인 주주총회 담당 직원이 공증사무소를 찾아와 총회 참석을 요청하거나 전화로 요청한다. 그러나 그것을 법적인 의미에서 촉탁이라고 볼 수는 없다. 그렇다면 참석인증의 촉탁은 어떻게 이루어지고 촉탁서는 누가 작성하는가. 참석인증을 할 때 공증인이 의결장소에 참석하여 검사하는 것을 인증 사무로 보느냐 아니면 인증과는 별개의 사무로 보느냐에 따라 참석인증에서의 촉탁의 의미가 달라지고 당연히 촉탁서 작성자도 달라진다.

현행 실무에서 참석인증의 경우 촉탁서를 받는 모습을 보면 공증인이 의결장소에 참석할 때 촉탁서 용지를 가지고 가서 법인 관계자에게 건네 주면서 법인 대표(보통 의장을 겸한다)로 하여금 촉탁서를 작성하게 해서 인증받을 의사록과 함께 보내 줄 것을 부탁하면 나중에 법인에서 의사록과 함께 촉탁서를 보내 온다. 이처럼 현행 실무에서는 공증인 앞에서 촉탁서 작성이 이루어지지도 않고 촉탁서 작성에 큰 의미를 부여하지도 않는다. 그것은 실무가 채택하고 있는 내용인증설에서는 서명·기명날인자를 촉탁인으로 보지 않으면서도 촉탁인을 누구로 보아야 할지 분명하지 않은 데 원인이 있는 것으로 보인다.

한편 수단요소설이나 병존설에서는 참석인증의 경우에 서명·기명날인자를 촉탁인으로 보기 때문에 당연히 서명·기명날인 촉탁인의 촉탁이 있어야 비리소 인증할 수 있게 되지만 의결장소에서의 검사를 의사록 인증과 별개의 사무로 보는 필자의 입장에서는 공증사무소에서의 인증에 대한 촉탁과 별도로 의결장소에서의 검사에 관해서도 따로 촉탁서를 작성하여야 하는지가 문제된다.

생각건대 의결장소에서의 검사는 인증과는 별개의 사무인 것은 틀림 없지만 의사록 인증을 위해 선행되는 사무일 뿐 공증인법상 독립된 사무로 규정되어 있지 않다. 또한 만일 인증 촉탁서와 별도로 촉탁서를 받게 되면 그 자체로 별도의 공증으로 처리하여야 하는 문제가 발생한다. 법리적으로는 검사는 인증과 별개의 사무이므로 인증 사무에서 완전히 분리해서 상법 제298조 제3항 및 제299조의2에 따른 공증인의 조사에 준

해서 별도로 규정하고⁴⁰⁾ 검사 사무를 수행한 공증인에 한하여 참석인증을 할 수 있도록 규정하는 것도 한 방법이라고 본다. 다만 그와 같은 규정이 없는 상태에서는 검사를 독립된 사무로 취급할 수 없으므로 촉탁서를 따로 작성시키지 않은 채 수행할 수밖에 없다고 본다.

나. 의결장소에서의 검사와 공증요건의 확인

의결장소에서 결의의 절차 및 내용을 검사하는 것이 무엇을 의미하는지는 참석인증의 요건에서 본 바와 같다. 주의할 것은 의결장소에서의 검사를 인증 사무와는 구분되는 것으로 보든 보지 않든 그것은 공증인의 직무 수행에 해당하므로 당연히 그에 관하여 공증요건을 확인하여야 한다. 검사의 촉탁인을 의장이라고 보는 필자의 견해에 따르면 검사에 대하여 공증인에게 제척사유가 있는지를 따질 때도 의장을 기준으로 따지면 된다. 문제는 의장에 대하여 의결장소에서 공증인이 공증인법 제27조에 따라 그 사람이 틀림 없음을 확인하여야 하느냐이다.

실무상으로는 참석인증의 경우 의장이나 법인의 대표를 인증 촉탁인으로 보면서도 정작 의결장소에서 그로 하여금 본인이 틀림 없음을 증명하게 하는 절차를 밟지는 않는다. 그러나 의장이나 법인의 대표를 인증 촉탁인으로 보는 한 이러한 태도는 분명 잘못이다(제66조의2 제4항, 제59조, 제27조 등). 오히려 의결장소에서 의장이나 법인 대표의 신원을 확인하지 않는 것은 앞에서 본 바와 같이 의결장소에서의 검사가 인증 사무와 구분되는 선행 사무이고 검사 사무에 관하여는 촉탁서도 작성되지 않는 것이기 때문이라고 보는 편이 공증인법 취지에도 맞고 참석인증의 현실에도 부합한다고 생각된다.

한편 의장이 회의를 주재하면서 의결권의 행사와 관련하여 의결권의 불통일 행사(상법 제368조의2)나 서면에 의한 의결권의 행사(상법 제368조의3) 또는 전자적 방법에 의한 의결권의 행사(상법 제368조의3) 등이 있음을 확인한 경우에는 공증인은 폐회 후에 그에 관한 자료를 확인할 필요가 있다.

40) 의결장소에서의 검사에 관해서 일종의 ‘사실에 관한 공정증서’인 검사보고서를 작성하게 하고 해당의 사록에 기재된 결의에 관하여 위와 같은 검사보고서를 작성한 공증인에 한하여 참석인증을 할 수 있는 것으로 처리하는 것도 한 방법이 될 것이다.

주의할 것은 의결장소에서 검사를 할 때 공증인은 의결장소에서 이루어지는 회의에 참관만 할 뿐 관여할 수는 없다는 점이다. 이와 관련하여 결의의 절차 및 내용에 일부 법령에 위반한 사항이 포함된 채로 회의가 진행된 경우에 후에 의사록 인증을 해 줄 수 있느냐가 왕왕 문제된다. 가령 이사를 선임하는 결의는 아무런 문제가 없는데 감사 선임에 대하여는 의결권 제한이 따르는 주식에 대하여 의결권이 있는 것처럼 잘못 처리되어 의결장소에서는 가결된 것으로 처리된 경우 의사록 인증을 해 줄 수 있는 방법이 있는지와 같은 문제이다. 이 경우에 의사록을 인증을 해 줄 수 있는 방법이 없다고 한다면 유효하게 선임된 이사에 대하여도 등기를 할 수 없게 된다.

생각건대 위법 무효인 사실을 기재한 의사록을 인증하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 결의 절차 및 내용에 위법 무효 사유가 있는 경우에는 일반적으로는 그에 관한 의사록은 인증할 수 없다. 다만 의사록은 의사의 경과요령과 결과를 기재하여 작성한다고 할 때, 거기서의 ‘결과’는 의결장소에서 이루어진 의장의 선언만을 의미하는 것은 아니라고 볼 수 있다. 의결장소에서 의안 중 일부에 관하여 과오로 잘못이 없는 것처럼 회의가 진행되고 의사록도 의결장소에서 진행된 대로 작성되어 촉탁이 이루어진 경우 공증인은 촉탁인으로 하여금 회의 종료 후의 사정 즉 의장이 가결된 것으로 선언하였으나 이는 잘못된 것으로서 법적으로는 결의가 성립하지 못하였다는 사실과 그 사유까지 기재한 의사록을 다시 작성시켜 그것에 대하여 인증을 촉탁하도록 하게 하여 인증할 수 있을 것이다.

다. 의사록(2통)과 자료의 제출과 촉탁서 작성 여부

의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사한 경우라도 의사록을 인증하려면 의사록 2통과 인증에 필요한 자료를 제출하여야 함은 당연하다. 물론 의결장소에서도 자료는 제출될 수 있다. 문제는 그것을 누가 제출하고 인증된 의사록을 누가 교부 받아 가며 그의 법적 지위가 무엇이나이다. 내용인증설에 입각하여 이루어지고 있는 현행 참석인증 실무에서는 이러한 의문에 애써 눈을 감고 있다. 그리하여 의결장소에서 참석할 때 촉탁서를 건네 주어 나중에 의사록과 함께 제출받고 실제 인증이 이루어지는 날에는 촉탁서가 작성되지 않는다. 병존설이나 수단요소설에서는 의사록에 서명·기명날인한 사람이 곧 참석인증에서의 촉탁인이 되고 촉탁인 본인이나 그 대리인이 의사

록 2통을 공증사무소에 제출하면서 비로소 인증을 촉탁하는 것으로 된다. 의사록의 서명·기명날인자나 그 대리인이 촉탁인으로서 제8호 서식의 촉탁서를 작성하고 촉탁인이 여럿인 경우에는 1인만 기재하게 하고 그 외의 자에 대하여는 인원수만 기재하게 할 수 있다(서식규칙 제29조 제3항).

병존설이나 수단요소설의 입장에서는 이와 같이 의사록에 서명·기명날인한 사람이 참석인증의 촉탁인이 되기 때문에 촉탁인이나 그 대리인에 대하여는 공증인법 제27조부터 제31조까지에 따라 촉탁인에 대한 신원확인 및 대리인의 존재를 확인하여야 한다(제66조의2 제4항, 제59, 제27조부터 제31조까지).

라. 공증요건의 확인

의결장소에서의 검사 시에도 공증요건을 확인하여야 하지만 공증사무소에서 이루어지는 인증단계에서도 공증요건을 확인하여야 함은 물론이다. 내용인증설에서는 인증단계에서 공증요건을 확인하는 것은 검사 단계에서 확인할 것을 다시 한 번 확인하는 의미가 크다. 그러나 병존설이나 수단요소설에 따를 경우에는 서명·기명날인자를 촉탁인으로 보기 때문에 그를 기준으로 검사 단계에서 이루어진 공증요건의 확인을 재차 확인하는 것 외에 추가로 공증요건을 확인하여야 한다.

마. 의사록의 서명·기명날인의 확인

이는 내용인증설에 따를 경우에는 참석인증의 요건이 아니다. 그러나 병존설이나 수단요소설에 따를 때는 의사록의 서명·기명날인이 본인의 것이라는 것을 확인하는 것도 참석인증의 요건에 해당한다. 그 확인방법으로는 법문에는 자인인증만 허용되는 것으로 되어 있지만 면전인증 방법도 허용된다.

바. 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는 것의 확인

의사록 인증의 법적 성질을 무엇으로 보든 의사록 인증 절차에서 가장 중요한 절차는 공증인이 의사록에 기재된 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는 것을 확인하는

것이다. 내용인증설이나 병존설에 의하면 의결장소에 참석하여 공증인이 검사한 내용과 의사록의 내용을 대조하고 제출된 자료를 참고하여 그것을 확인한다. 그러나 수단요소설에 의하면 검사한 내용과 의사록의 내용을 대조하고 제출된 자료를 참고하는 것 외에 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인하는 것도 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는 것을 확인하는 수단적 요소에 해당한다.

사. 인증서 작성

의사록 인증 역시 다른 인증과 마찬가지로 공증인이 의사록에 관하여 확인한 사실과 그 확인방법을 기재하여 인증서를 작성한다. 문제는 무엇을 확인하는지와 그 확인방법이 무엇이나이다. 내용인증설에 따르면 참석인증의 경우 의결장소에서의 검사 결과와 자료를 참고하여 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는 것을 확인하였다는 취지를 기재하여야 한다.⁴¹⁾ 수단요소설에서는 의결장소에서의 검사 결과와 서명·기명날인의 확인 및 자료를 참고하여 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는 것을 확인하였다

41) 현재 실무에서 사용하는 제37의2호 서식의 아래 인증문은 내용인증설에 따른 것이다.

위 -----의
 ○○○○년 ○○월 ○○일자 -----의사록에 대하여 -----
 본 공증인은 -----의
 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하였다.

본 공증인은 위 검사 내용과 아래 기재 자료에 의하여 결의의 절차와 내용이 진실에 부합함을 확인하였다.

○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 인증한다.

- 아 래 -

1. 주주명부
2. 법인등기부 등본
3. 정관
4. 주민등록증

는 취지를 기재하여야 한다.⁴²⁾ 병존설에서는 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는 것을 확인하는 것과 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인하는 것은 서로 별개의 인증에 관한 것이므로 인증서에도 그렇게 기재하여야 한다.⁴³⁾

그 밖에 등부번호, 인증연월일 및 인증장소를 기재하고 참여인이 있는 경우 참여인으로 하여금 서명날인하게 하며 공증인이 서명날인하고, 인증서의 각 장에 걸쳐 직인으로 간인하여야 한다는 점 및 인증서가 2통 작성된다는 점은 청문인증의 경우와 동일하다.

아. 인증부와 의 간인과 인증서 교부 및 수수료 징수

인증부와 의 간인이나 인증서 교부에 관하여는 청문인증에서 본 바와 같다. 수수료에 대하여는 검사 수수료를 따로 받을 수 있느냐에 관하여 의결장소에서의 검사를 어떻게 보느냐에 따라 다르다. 의결장소에서 이루어지는 결의의 절차 및 내용에 대한 검사를 인증 사무에 속한 요소로 보므로 검사 수수료를 별도로 지급받을 수 있는 법적 근거를 찾기 어렵다. 의사록 인증 수수료 3만 원 외에 공증인 수수료 규칙 제29조에서 정한 일

42) 수단요소설에 따른 인증문은 아래와 같다.

위 -----의 ○○○○년 ○○월 ○○일자 -----의사록에 대하여 -----은/는 공증인 앞에서 위 의사록의 서명/기명날인이 본인의 것임을 (각) 확인하였고, 본 공증인은 위 의사록에 기재된 의결장소에 참석하여 아래 기재 자료를 제출받고 결의의 절차 및 내용을 검사하였다. － 아 래 － 1. 2. 3. 공증인은 위 확인 및 검사 결과와 위 자료에 의하여 위 의사록의 내용이 진실에 부합한다고 확인 하였다. 이에 본 공증인은 ○○○○년 ○○월 ○○일 이 사무소에서 위 의사록을 인증한다.
--

43) 병존설에 따른 인증문은 주) 21 참조.

당 여비 등만 받을 수 있는 것이다. 그러나 검사를 인증 사무와 별개의 사무로 본다면 그에 관한 수수료도 인증 수수료와는 별개이다. 이 경우 수수료는 얼마인가. 현행 공증인 수수료 규칙에는 검사 수수료에 관한 규정이 없다. 이와 같이 수수료 규정이 없는 경우에는 가장 유사한 사항에 대한 수수료와 동일한 액으로 한다(공증인 수수료 규칙 제 26조). 한편 결의의 절차 및 내용에 대한 검사는 주식회사의 설립과 관련하여 이루어지는 공증인의 조사와 가장 유사하다고 볼 수 있다. 그러므로 주주총회 의사록에 대하여 참석인증을 위하여 의결장소에서 결의의 절차 및 내용을 검사한 경우에는 그 법인의 자본금 총액에 따라 5천만 원까지는 100만 원, 5천만 원을 초과하는 경우에는 300만 원을 한도로 그 초과액의 2천분의 3을 더한 금액이 수수료가 된다(공증인 수수료 규칙 제 19조의2). 한편 자본금이 없는 법인의 경우에는 자본금 5천만 원까지는 100만 원으로 정하고 있는 취지에 비추어 100만 원으로 보면 된다.

자. 인증부 기재

인증부의 기재에 관해서는 인증 방법 란에 참석인증으로 기재하는 것을 빼고는 청문 인증에서 설명한 것과 대체로 동일하다. 다만 실무상으로는 내용인증설에 따라 참석인증의 촉탁인을 대체로 법인 자신으로 보아 인증부에 기재하고 있는 실정이다. 그러나 수단요소설이나 병존설을 취하면서 의결장소에서의 검사를 인증 사무와는 구별되는 선행 사무로 보는 경우에는 검사의 촉탁인은 인증부에 촉탁인으로 기재할 필요가 없고 서명·기명날인 촉탁인을 기재한다. 촉탁인이 여럿이면 그 중 1인만 적는 것은 청문인증의 경우와 동일하므로(공증인법 시행령 제23조 제2항), 결국 의사록 작성자에 해당하는 의장을 대표 촉탁인으로 기재하고 그 외 촉탁인은 그 인원수만 적는다. 서명날인자에 관한 부분도 마찬가지로 서명날인자가 곧 촉탁인이 된다는 점에서 서명날인자를 따로 기재하는 것의 의미는 크지 않다. 그 밖에 인증부의 비고란에 회사의 명칭을 기재하여야 하는 것은 청문인증과 같다(공증인법 시행령 제23조 제3항).

차. 인증서 보존

인증서의 보존에 관한 사항은 청문인증에서 설명한 것과 모두 동일하다. 다만 의결

장소에서 자료를 제출받은 경우 그 자료는 서식규칙 제29조 제2항에 열거되지 않더라도 모두 부속서류로 보존하는 것이 바람직하다.

IX. 의사록 인증서의 증거법상 효력

법인 등기 신청서류에 의사록이 첨부되는 경우 진실하지 아니한 의사록으로 인한 부실한 법인 등기의 출현을 사전에 예방하기 위하여 공증인의 인증을 받은 의사록을 첨부하도록 되어 있기 때문에 의사록 인증이 이루어지지만 의사록을 인증받은 경우 그 의사록은 어떤 법적 효력이 인정되는가?

생각건대 의사록의 인증은 공증인법에서 정한 절차와 방법에 의해 의사록에 기재된 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합한다는 점을 공증인이 직접 확인하고 인증하는 것이므로 의사록의 내용이 진실에 부합함이 추정된다. 의사록의 내용이 진실에 부합한다는 것은 의사록에 기재된 의사 경과요령과 결과 곧, 결의의 절차 및 내용이 거짓이 아니라 진실한 것으로 추정된다. 말하자면 의사록 인증서에 기재된 결의의 절차 및 내용에 대하여는 추정력이 인정되는 것이다. 이는 의사록의 서명 또는 기명날인이 진정한 것으로 인정되는 것만으로는 얻을 수 없는 효력이다. 인증된 의사록에 그와 같은 효력을 인정할 수 있는 것은 청문인증의 경우는 촉탁 목적 의사록에 대하여 공증인이 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인에 해당됨을 확인하고 그로부터 의사록의 내용이 진실하다는 진술을 듣고서 인증을 부여하기 때문이다. 참석인증의 경우는 공증인이 미리 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하여 이를 알고 있음을 기회로 그에 관하여 작성된 의사록의 내용이 진실한지를 심사하여 공증인이 진실하다는 것을 확인하고서 인증을 부여하기 때문이다. 이와 같은 공증인의 인증에 의사록 내용의 진실성에 대하여까지 추정력을 부여하는 법적 근거는 어디에서 찾을 수 있는가? 공증인은 형식적 심사권만 갖는 등기관과 달리 인증 과정에서 의심스러운 사정이 있으면 촉탁에 관해서 설명을 요구할 수 있고 캐물을 수 있으며 필요한 경우 관련 자료의 제출을 요구할 수 있으며 공증인은 거짓을 증명하지는 않는다는 공증인 제도의 본질에서 근거를 찾을 수 있다.

주주명부나 사원명부 또는 조합원명부 등의 작성·비치가 전적으로 법인 대표에게

맡겨져 있는 현행 법인 제도 아래에서는 의사록 인증의 제도적 의의는 결코 작다고 볼 수 없다. 주주 등 의결권자의 확인이 전적으로 법인 대표에게 맡겨진 경우에는 그것을 임의로 조작하여도 알기 어렵다. 실무상 일부 주주의 인감증명서만 첨부하면서 그 일부 주주가 주주 전원(全員)인 것처럼 꾸며 서면결의서를 제출하여 이사 해임 등기를 신청하는 것은 이러한 허점을 이용하는 경우이다. 서면결의서에 대하여는 공증인의 인증을 받지 않아도 되는 서류로 인정하고 있는 법인등기 실무에 따른다면 그와 같은 법인등기 신청에 대하여 의심스러운 정황이 있어도 등기관은 등기신청을 수리할 수밖에 없다. 현재 법인등기 실무는 공증인의 인증을 받지 않은 서면결의서를 첨부하는 경우라도 일반적으로는 등기신청을 수리하면서도 해임과 같은 안건이 포함되어 있는 경우에는 인증받은 의사록을 첨부하지 않았다는 이유로 등기신청을 반려하고 있다. 이와 같이 안건에 따라 의사록 인증서를 요구하기도 하고 때로는 요구하지 않기도 하는 것은 법적 근거가 없는 자의적인 사무처리에 불과함을 단적으로 보여주는 것이기도 하지만 다른 관점에서 보면 등기관들이 내용의 진실성에 관한 의사록 인증서의 추정력을 인정하고 있는 것을 보여주는 징표이기도 하다.

한편 병존설에 따르는 입법이 이루어진다면 그것은 의사록의 서명·기명날인에 대한 인증으로서의 의미를 함께 갖는 것이 된다. 그러나 수단요소설에 의하더라도 의사록의 진정성립도 간접적으로 인정되는 효과가 있다. 의사록을 인증할 때 의사록에 이루어진 서명·기명날인에 대한 확인도 함께 이루어지는 것이기 때문이다.

X. 결 론

지금까지 본고에서 살펴 본 바를 요약하면 다음과 같다. 청문인증을 할 때 실무상 ‘해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인’이 의사록의 서명·기명날인을 확인하는 것으로 처리하는 것이나 참석인증을 할 때 실무상 의사록의 서명·기명날인에 대하여 확인하는 조치가 전혀 이루어지지 아니한 것은 잘못이다. 이러한 잘못은 공증인법 제66조의2 그 중에서도 제3항을 잘못 이해한 데서 비롯된 것이다. 동 조항은 청문인증의 경우에서나 참석인증의 경우에서나 모두 의사록의 서명·기명날인자를 촉탁인으로 삼아 그 서명·기명날인이 본인의 것임을 확인하게 할 것이 요

구되는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 이렇게 볼 때 청문인증의 경우에는 촉탁인으로 서명·기명날인 촉탁인과 진술 촉탁인이 존재하고, 제38호 서식의 진술서는 대표이사가 작성하는 것이 아니라 공증사무소에 출석한 진술 촉탁인이나 그 대리인이 공증인 앞에서 의사록의 내용이 진실에 부합하는지를 진술하는 의미로 작성하는 서류이다. 또한 참석인증을 할 경우 이루어지는 의결장소에서의 검사는 엄밀한 의미에서 인증과 구별되고 인증에 선행되는 별개의 사무이다. 참석인증의 경우에도 의사록 인증은 공증인 사무소에서 이루어지고 그 인증 절차상 촉탁인은 의사록에 서명·기명날인한 사람이고, 의결장소에서 이루어지는 검사는 인증과는 구별되는 인증의 선행 사무이지만 현행 공증인법상 독립된 사무로 취급할 방법이 없으므로 따로 촉탁서를 작성하지는 않는다. 촉탁인이 수인인 때 촉탁서나 인증부에는 청문인증의 경우에는 진술 촉탁인 중 가장 의결권을 많이 가진 자를, 참석인증의 경우에는 서명·기명날인자 중 의장을 대표로 기재한다.

끝으로 병존설에 따른다면 공증인법 제66조의2는 어떻게 개정되어야 하는지 살펴보고 본고를 맺기로 한다. 공증인법 제66조의2 중 제1항은 인증방법과 관계가 없으므로 개정할 필요가 없고 제2항, 제3항 및 제4항을 개정하면 된다. 즉 제2항은 <공증인은 제1항에 따른 의사록을 인증할 때에는 의사록의 서명 또는 기명날인이 본인의 것임을 확인하는 외에 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인하여야 하고 의사록의 내용이 진실에 부합함을 확인한 경우에는 그 확인사실 및 확인방법을 증서에 적어야 한다>로 개정하고, 제3항은 <제2항의 확인은 공증인이 미리 해당 법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사한 경우에는 그 검사한 결과와 의사록의 내용이 일치함을 확인하는 방법으로 하고 의결장소에서 미리 검사하지 못한 경우에는 공증인이 해당 의결을 한 자 중 의결에 필요한 정족수 이상의 자나 그 대리인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관한 진술을 듣는 방법으로 한다>로 개정하여 인증방법과 확인방법을 명확히 구분하여 정하고, 제4항은 제57조 제1항을 준용규정으로 추가하는 것으로 개정하여 의사록 인증이 사서증서의 인증으로서의 성질을 갖고 있음을 분명히 하면 된다.⁴⁴⁾ 

44) 이와 같이 병존설을 채택하는 것으로 공증인법 제66조의2 제2항, 제3항 및 제4항이 개정된다면 그 인증문의 내용은 박상진 공증인님의 제안대로 해도 무방할 것이다(각주 20) 및 각주 21) 참조).