

어음행위의 위법, 무효와 어음공정증서 작성

— 전자어음 발행의무자가 발행한 종이어음에 대한 어음공정증서 작성 —

한 정 화

공증인 · 변호사

I. 서 론

전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률(이하 ‘전자어음법’이라 한다) 제6조의2가 2013년 4월 5일 개정되어 2014년 4월 6일부터 시행되고 있다. 이 조항의 개정된 내용에 따르면 전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자의 범위가 종전에 주식회사외부감사에 관한 법률 제2조에 따른 외부감사대상 주식회사에 국한되었던 데서 직전 사업연도 말의 자산총액이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 법인사업자까지 포함하는 것으로 개정되었다. 위 전자어음법 제6조의2의 개정에 뒤이어 같은 법 시행령 제8조의2도 신설되었는데, 여기서는 “직전 사업연도 말의 자산총액이 10억 원 이상인 법인사업자”가 전자어음의 발행의무 대상 법인사업자에 해당된다고 정하여 종전의 적용대상을 대폭 확대하였다.

전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자의 범위가 대폭 확대되자 공증인의 어음공정증서 작성업무에 있어서도 중요한 변화가 초래되었다. 전자어음법의 종전 조항에 따르면 외부감사대상 주식회사만 전자어음을 발행할 의무가 있었는데, 실상 이 정도 규모의 회사에서 자금 유통이나 담보를 위하여 어음공정증서를 이용하는 경우는 매우 드물었다. 하지만 어음공정증서를 활용하는 법인들 중 자산규모가 10억 원을 상회하는

경우는 드문 일이 아니었기 때문에 종전에는 없었던 새로운 법률적 문제가 생겼다. 즉 전자어음법상 전자어음의 발행의무가 있는 사업자가 종이어음을 발행하여 어음공정증서 작성을 촉탁하는 경우 공증인은 이러한 촉탁에 응하여도 무방한 것인지의 문제가 그것이다.

공증인법 제25조 제1호는 “법령을 위반한 사항”에 관해서는 증서를 작성할 수 없도록 규정하고 있고, 같은 법 제3조는 “공증인이 작성한 문서는 이 법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건을 갖추지 아니하면 공증의 효력을 가지지 아니한다”고 정하고 있다. 이러한 이유 때문에 공증실무를 담당하는 공증인들 사이에서는 전자어음의 발행의무가 있는 사업자에 대해서는 어음공정증서를 작성하여 줄 수 없는 것이 아니냐는 회의론이 일기 시작하였고, 그러던 중 법무부에서도 “전자어음 발행의무가 있는 법인사업자의 촉탁에 따라 공증인이 약속어음 공정증서를 작성하더라도 이는 공증인법에서 정하는 요건을 갖추지 아니한 공정증서이므로 효력이 없습니다”라는 내용의 질의회신을 내리기도 하였다.¹⁾

하지만 일부 공증인들 가운데에서는, 전자어음법상의 위 규정은 단순한 단속법규에

1) 법무부의 질의회신 내용은 다음과 같다.

[질의 요지]

1. 전자어음의발행및유통에관한법률에 따라 전자어음 발행의무를 부담하는 법인사업자가 촉탁인이 되어 약속어음공정증서가 작성된 경우 당해 공정증서의 효력 유무
2. 위 법률 및 시행령의 해당 법인사업자의 자산총액을 판단하는 기준

[답 변]

<질의 1.에 대한 답변>

- 전자어음의발행및유통에관한법률 제6조의2 및 동 시행령 제8조의2에 따라 주식회사의외부감사에 관한법률 제2조에 따른 외부감사대상 주식회사 및 직전 사업연도 말의 자산총액이 10억 원 이상인 법인사업자는 전자어음 발행의무가 있습니다.
- 한편 공증인법 제25조 제1호는 “공증인은 법령을 위반한 사항에 관하여는 증서를 작성할 수 없다”고 규정하고 있습니다.
- 따라서 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자의 촉탁에 따라 공증인이 약속어음공정증서를 작성하더라도 이는 공증인법에서 정하는 요건을 갖추지 아니한 공정증서이므로 효력이 없습니다.
- ※ 공증인법 제3조(문서의 공증력의 요건) 공증인이 작성하는 문서는 이 법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건을 갖추지 아니하면 공증의 효력을 가지지 아니한다.

<질의 2.에 대한 답변>

- 전자어음의발행및유통에관한법률시행령 제8조의2 “직전 사업연도 말의 자산총액”은 매년 3월 말 법인세 자진신고 시 당해 법인사업자가 신고하는 자산총액을 기준으로 한다.

불과하므로 위 규정에 반하여 작성된 어음이라도 그 자체로서 완전히 유효한 어음이며, 어음의 발행이 완료된 후에 증서를 작성하게 되는 어음공정증서 작성의 특성상 어음발행과정에서의 전자어음법 위반여부가 공정사항의 위법여부에 그대로 영향을 미치지 않는다는 반론도 제기하고 있는 상태이다.

이 문제에 관해서는 법무부의 질의회신이 있었기 때문에 그 감독하에 있는 공증인 으로서는 이에 따를 필요가 있겠지만, 질의회신의 내용이 공증인법의 법리를 충분히 검토한 것인지에 관해서는 의문이 있다. 법령에 위반한 사항에 관하여 작성된 증서라 하여 공증의 효력이 당연히 생기지 않는 것인지에 관해서는 이론이 있을 수 있다. 또 일반 집행증서의 작성과정과는 구별되는 어음공정증서 작성절차가 갖는 독특한 성격 등을 고려하면 다른 결론을 도출할 가능성도 없지 않다. 일반적인 집행증서의 경우에는 법률행위가 증서의 작성과 동시에 이루어지지만 어음공정증서의 경우에는 발행이라는 어음행위가 이루어진 이후에 그 어음이 공증인에게 제출되어 증서가 작성된다. 이런 특성으로 인하여 어음의 발행단계에서 발생한 위법이 증서의 작성단계에서의 위법으로 당연히 전화되는 것인지에 관하여 좀 더 상세하게 검토할 필요가 있다고 생각한다.

이 글에서는 우선 공증인법 제25조에서 규정한 ‘증서를 작성할 수 없는 경우’에 관하여 구체적으로 살펴보고 공증인법 제3조와 관련하여 공증인법 제25조의 법률적 성격을 알아보려고 한다. 이어 전자어음법상 전자어음의 발행의무에 관한 규정이 효력규정인지 단속규정인지 본 다음 어음의 발행이라는 어음행위의 형식적, 실질적 요건을 살펴보고 이것이 어음공정증서의 작성과 어떤 관계를 맺는지에 관하여 가능한 견해들을 검토해 보겠다. 최근 판례²⁾에서는 발행인이 수취인과 통정허위표시로 가장채권을 만들어 어음을 발행하고 그 정을 모르는 공증인에게 어음공정증서 작성을 촉탁한 사안에서 어음발행행위와 어음공정증서 작성 사이의 관계에 관해 참고할만한 법리를 설시한 바 있는데, 이 판결의 내용을 구체적으로 검토함과 아울러 나아가 전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자가 발행한 어음에 관해 어음공정증서를 작성하는 것이 가능함에 대해서도 살펴보고자 한다.

2) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2009도5786 판결.

II. 증서를 작성할 수 없는 경우

1. 개요

공증인법 제25조는, 공증인이 ① 법령을 위반한 사항, ② 무효인 법률행위, ③ 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 증서를 작성할 수 없다고 규정하고 있고, 이 규정은 공증인이 사서증서에 인증을 부여하는 경우에도 준용되고 있다(제59조). 공증인수수료규칙 제32조는 공증인은 공증의 효력이 없는 문서의 작성에 관하여는 수수료, 일당 및 여비를 받을 수 없도록 정하고 있다.³⁾

따라서 공증인은 공정증서를 작성하거나 사서증서에 인증을 부여함에 있어서 공증인법 제25조 각 호 소정의 사유에 해당하는지 면밀하게 주의를 기울여야 하며, 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 한다(공증인법시행령 제12조 제1항). 또 공증인이 법률행위가 아닌 사실에 관하여 증서를 작성함에 있어서 그 사실로 인하여 영향을 받을 권리관계에 대하여 의심이 있는 경우에도 마찬가지로 조치를 취하여야 한다(제2항).

그 결과 촉탁사항이 공증인법 제25조 각 호 소정의 사유에 해당하든 경우라고 판단하면 공증인은 촉탁을 거절하여야 한다. 공증인법상 공증인은 정당한 이유 없이 촉탁을 거절하지 못하도록 되어 있지만(제4조 제1항), 이와 같은 사유를 이유로 촉탁을 거절하는 것은 정당한 이유가 있다고 할 것이다. 공증인이 촉탁을 거절하는 경우에는 그 이유를 촉탁인이나 그 대리인에게 고하여야 한다(제2항).

2. 입법취지

공증인법이 공증인법 제25조 각 호의 사유에 해당하는 경우 증서를 작성할 수 없도록 정하고 있는 이유에 관해, 보통 법률행위의 위법, 무효나 취소로 인하여 증서가 휴지

3) 다만 그 문서를 작성함에 있어서 공증인이 과실이 없는 경우에는 예외로 한다(공증인수수료규칙 제32조 단서).

화되는 것을 방지하기 위한 것이라거나 공정증서의 공신력을 높여 증서 내용을 신뢰한 일반의 이익을 보호하기 위한 것이라고 설명하고 있다.⁴⁾

당연한 설명이라 하겠지만, 특히 ‘법령을 위반한 사항’과 관련하여 보자면, 위와 같은 이유들 외에 국가의 행정상의 목적 달성을 위한 것이라는 이유도 추가할 필요가 있다고 생각한다. 이하에서 살펴보겠지만 ‘법령을 위반한 사항’이라 할 때 ‘법령’에는 법률행위의 사법상의 효력과는 무관한 단속법규도 포함될 수 있는데, 단속법규를 위반한 사항에 관하여 증서를 작성한다고 하여 증서의 효력에 문제가 생겨 휴지가 되는 일은 생기지 않기 때문이다. 오히려 단속법규를 위반한 사항에 관하여 증서작성을 거절함으로써 국가가 해당 법규를 통하여 추구하는 행정상 목적을 달성하는 데 도움이 되도록 하기 위한 것으로 보인다.

3. 법령을 위반하는 사항

가. 강행법규

공증인은 법령을 위반한 사항에 관해서 증서를 작성할 수 없다. 여기서 법령을 위반하였다는 것은 강행법규를 위반하였다는 것을 의미한다. 왜냐하면, 촉탁인은 임의법규와 다른 사항도 자유롭게 법률행위의 내용으로 삼을 수 있고, 이러한 법률행위에 대해 공증인이 증서작성을 거절할 이유는 전혀 없기 때문이다. 강행법규란 “법령 중 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정”을 말하는 것으로서, 이를 위반한 사항에 관하여 국가 공무원인 공증인의 도움을 받을 수 없음은 당연한 것이다.

촉탁사항이 강행법규에 위반하는지 아니면 단순히 임의법규와 다른 데 불과한지의 판단에 관해서는 구별의 일반적 원칙은 없다. 공증인이 구체적으로 각 법규마다 그 종류, 성질, 입법목적 등을 고려하여 당사자의 의사로 법규와 다른 사항을 정할 수 있도록 한 것인지 여부를 판단하는 수밖에 없다.

나. 효력규정 및 단속규정

4) 대한공증협회, “공증실무(2004. 7.)”, 66면 참조.

일반적으로 강행법규라 함은 효력규정뿐만 아니라 단속규정도 포함하는 것으로 이해한다. 전자는 그 규정에 위반하는 행위의 사법상의 효력을 부정하는 것이고 후자는 국가가 일정한 행위를 단속할 목적으로 그것을 금지하거나 제한하는데 지나지 않기 때문에 그에 위반하여도 벌칙의 적용이 있을 뿐이고 행위 자체의 사법상의 효과에는 영향이 없는 것을 말한다. 효력규정에 위반되는 사항에 관해서 증서를 작성할 수 없음은 당연하다. 반면 단순히 단속규정에 위반하는 경우에도 증서작성을 할 수 없다고 보아야 하는 것인지에 관해서는 이견이 있을 수 있다. 왜냐하면, 공증인법 제25조의 입법취지를 단지 무효화될 증서의 불필요한 작성을 막고 공정증서의 공신력을 제고하는 데만 있다고 한다면 단속규정에 위반된 사항도 사법상의 효력은 있으므로 증서 작성을 허용해도 무방하다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 공증사무가 본래 국가사무의 일종으로서 공증인은 국가의 위탁을 받아 공증사무를 수행하는 것이라는 점을 고려한다면, 공증인법 제25조의 입법취지가 단속규정을 위반하여 국가의 행정상의 목적달성을 저해할 우려가 있는 행위에 대하여 증서 작성을 용인하는 것이라 하기는 어려울 것이다. 또 효력규정인지 단속규정인지를 구별한다는 것은 매우 복잡하고 미묘한 성질의 것이고 결국 종국적으로는 법원의 판단에 의해 결정될 수밖에 없는 사항이라 할 것이므로 공증인이 이를 미리 선별하여 효력규정에 위반하는 경우에만 증서작성을 거절하는 것도 매우 어려운 일이라 하겠다. 따라서 공증인은 단속규정을 위반한 사항에 관하여도 증서를 작성해서는 아니 되며,⁵⁾ 이것이 현재의 공증실무와도 무난히 조화될 수 있는 견해라 할 것이다.

다. 법령을 위반한 ‘사항’의 의미

제1호가 법령을 위반한 ‘법률행위’가 아니라 ‘사항’이라고 규정하고 있는 점도 주의를 기울여야 한다. 제2호에 무효인 ‘법률행위’라고 되어 있는 점에 비추어보면 이는 의도적인 입법의 결과라고 보인다. ‘사항’은 ‘법률행위’보다 포괄적인 개념으로서 법률행위에 관한 증서를 작성하는 경우뿐만 아니라 사권에 관한 사실에 대한 공정증서를

5) 일본에서도 공증인은 단속법규를 위반한 사항에 관하여 증서를 작성할 수 없는 것으로 본다. 법무부, “일본의 공증제도(법무자료 제206집)”, 93면 참조.

작성하는 경우에도 법령을 위반한 사항이 있으면 본 조가 적용될 수 있게 한 것이다.⁶⁾

그렇다면 사권에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성할 때 ‘법령을 위반한 사항’이란 무엇을 의미하는가? 예컨대, 명의신탁약정을 체결하는 내용의 증서를 작성하는 것은 법령을 위반한 사항이므로 허용되지 않겠지만, 과거에 위법한 명의신탁 약정을 한 바 있다는 객관적 사실관계에 관하여 사실확인을 하는 취지의 증서도 작성할 수 없다는 것인가? 사건으로는 비록 불법적인 내용이 포함된다 하더라도 과거에 있었던 사실을 있는 그대로 진술한 내용의 증서라면 법령을 위반한 경우라 볼 수 없다고 생각한다. 사권에 관한 사실에 있어서 법령위반이라 함은 예컨대, 주주총회 기타 집회의 결의에 관하여 증서를 작성할 때 그 집회가 법령에서 정한 절차를 위반한 사항이 있는 경우 등을 말하는 것이라 판단된다.

4. 무효인 법률행위

가. 무효의 의미

공증인은 무효인 법률행위에 관해서 증서를 작성해서는 아니 된다. 여기서 무효인 법률행위라 함은 법률행위로서의 외형적 존재를 갖추었지만 그 효과가 발생하지 않는 법률행위를 말한다. 법률행위로서 최소한의 외형적 조건도 갖추지 못한 법률행위의 부존재 또는 불성립의 경우도 당연히 증서작성의 대상이 되지 않음은 물론이지만, 이는 공증인법 제25조가 적용된 결과가 아니라 당해 행위가 증서를 작성할 수 있는 최소한의 조건도 갖추지 못하였기 때문이다.

무효인 법률행위는 법률행위의 내용에 따른 효과가 생기지 아니한다. 당사자 간에 그 법률행위에 의한 권리 의무가 발생하지 않기 때문에 그 법률행위에 기하여 현상의 변경을 요구하는 것(청구권)은 부인되고 또한 그 법률행위에 기하여 현상의 유지를 주장하는 것(항변)도 부인된다. 만약 그 법률행위에 따른 의무의 이행이 이미 이루어진 상태라면 원상회복의 문제는 부당이득의 법리에 따라 이루어진다. 다만, 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하는 경우에는 그 원상회복에 제한이 따르게 된다. 무효는 취

6) 법무부, “일본의 공증제도(법무자료 제206집)”, 93면 참조.

소와 달리 누가 주장하지 않더라도 당연히 법률행위의 효력이 발생하지 않고 또 추인을 하거나 시간이 경과하더라도 유효로 되지 않는다.

나. 무효의 원인

무효의 원인에는 법률행위 일반에 공통되는 것과 특수한 법률행위에 한정되는 것이 있다. 전자의 예로는 우선 의사무능력자의 법률행위, 불능한 법률행위, 강행규정에 위반하는 법률행위, 반사회질서의 법률행위(민법 제103조), 불공정한 법률행위(민법 제104조), 비진의의사표시(민법 제107조), 통정허위표시(민법 제108조) 등을 들 수 있다. 후자의 예로는 유언에 있어서의 방식위배 등을 들 수 있다.

공증인은 증서 작성 시 촉탁인이 법률행위를 하기에 적합한 의사능력을 갖추고 있는지 면밀히 살펴야 한다. 의사능력이란 그 행위자가 그 행위의 결과를 인식하기에 족한 정신적 능력을 말하는 것으로, 어떠한 사람을 의사무능력자로 보는가는 법률행위의 유형이나 사례에 따라 개별적으로 판정하여야 한다.⁷⁾ 촉탁인이 직접 공증사무소에 출석하여 증서를 작성하는 경우에는 공증인이 다양한 방법으로 촉탁인의 의사능력을 확인해볼 수 있겠지만, 대리인이 출석하는 경우에는 그 판단이 사실상 불가능하다. 재산의 처분이나 관리권한을 제3자(특히 촉탁 대리인)에게 위임하는 등의 경우 특별한 사정없이 촉탁이 대리에 의하여 이루어졌다면 공증인으로서 출석하지 않은 촉탁인이 의사무능력 상태일 수 있다는 점에 유의하면서 대리 촉탁이 이루어진 구체적 정황을 확인할 필요가 있다.⁸⁾ 의사무능력자가 미성년자나 피성년후견인 또는 피한정후견인 등이라면 법정대리인인 친권자나 후견인이 대신 증서 작성을 촉탁하여야 한다. 이 경우에도 공증인으로서 법정대리인에게 이해상반의 사유가 있는지 여부를 따져보아야 한다.

7) 예컨대, 후견계약의 경우 통상의 계약 체결에 필요한 수준의 인식능력이나 판단능력에 이르지 못하는 못하더라도 후견계약이 자신의 생활에 미치게 될 주요한 영향을 개괄적으로 인식하고 판단할 수 있는 정도라면 가능하다고 보고 있다. 또 유언의 경우에도 '전 재산을 자녀에게 유증한다'는 정도의 간단한 내용이라면 다소 정신적 능력이 떨어지더라도 가능하겠지만, 유증대상 항목이 많고 여러 명의 수증자에 대하여 복잡한 방식으로 이루어지는 유언을 하려면 거의 계약을 체결하는 수준의 의사능력을 요한다고 할 수 있다.

8) 예컨대, 의식불명의 상태에 빠진 사람의 배우자가 입원비나 생활비 등을 마련하기 위해 부동산을 처분하기 위해 위임장을 인증받으려고 하는 경우가 있을 수 있는데, 사정이 딱하더라도 공증인은 촉탁을 거절하여야 한다.

공증인은 그 외에도 법률행위의 목적이 사실상 또는 법률상 실현 가능한 것인지 여부를 살펴야 하며,⁹⁾ 법률행위가 통정허위표시나 비진의의사표시에 해당한다고 판단될 경우에도 촉탁을 거절하여야 한다. 그런데 허위표시나 비진의의사표시의 경우에는 당사자들에 의해 외부적으로 표시되는 의사내용만으로는 이를 판별하기 어렵다는 문제점이 있다. 대표적인 경우로서 강제집행이 진행 중이거나 예상되는 상황에서 채무자가 다른 사람과 통정하여 허위의 가장 채권을 만들어 어음공정증서나 기타 집행증서의 작성을 촉탁하는 경우가 있는데, 공증인은 촉탁의 정황이나 당사자들의 거동을 통하여 집행면탈의 의도가 엿보이면 구체적인 확인을 통해 촉탁을 거절해야 한다(통정허위표시에 의한 어음공정증서 작성의 문제는 이후에서 좀 더 상세하게 논의하기로 한다).

사회적 타당성의 결여된 반사회적 법률행위나 강행법규(효력규정)에 위반한 법률행위에 관해서도 공증인은 증서 작성을 할 수 없다. 전자의 예로는 부동산의 이중양도에 있어서 제2양수인이 적극 가공하는 경우나 불륜관계 유지의 대가로 정기적으로 일정액의 금원을 지급하기로 하는 경우 등을 들 수 있다. 후자에 관해서는 위 “법령을 위반한 사항”에서 이미 언급한 바 있는데, 그중 효력규정에 위반하여 법률행위의 효력이 생기지 않는 경우이다. 행정법규 중에는 단순히 단속규정에 지나지 않는 것이 많겠지만, 해당 법률행위를 유효 또는 무효로 함으로써 생기는 사회경제적 영향을 고려하여 입법 취지가 그 법규가 규정하는 내용 그 자체의 실현을 금지하고 있는 경우에는 효력규정으로 볼 수 있다. 공증인은 이와 같은 효력규정에 위반되는 법률행위에 관한 증서 작성을 하여서는 아니 된다. 예컨대, 이자제한법상의 제한이율을 초과하는 이자약정, 농지취득자격증명을 받지 않고 이루어진 농지의 매매, 명의신탁약정 등이 있다.¹⁰⁾

9) 예컨대, 부모가 특정 자녀에게 일부 재산을 생전 증여하고 그 이외에는 더 이상 상속을 받지 않겠다는 상속포기각서를 작성하게 하는 경우가 있다. 하지만 상속포기는 상속이 개시된 후 일정한 기간 내에 가정법원에 신고하는 방식으로만 할 수 있는 것인바(대법원 1998. 7. 24. 선고 98다9021 판결 참조), 위 상속포기각서는 결국 법률상 실현이 불가능한 의사표시에 불과하므로 공증인은 촉탁을 거절하여야 한다.

10) 다만, 토지거래허가를 받지 않은 토지거래의 경우에는 달리 볼 필요가 있을 것이다. 즉, 토지거래허가를 전제로 체결된 토지거래계약은 유동적 무효의 상태에 있고 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 않지만, 계약을 체결한 당사자 사이에서는 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있고 계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할 관청의 허가를 신청할 의무가 있으므로 그와 같은 권리 의무의 범위 내에서 당사자들은 증서 작성의 필요성이 있다고 판단된다(대법원 2013. 05. 23. 선고 2010다50014 판결 참조).

다. 상대적무효 또는 일부무효, 무효행위의 전환

무효는 원칙적으로 모든 사람에 대한 관계에 있어서 주장할 수 있는 절대적 무효가 원칙이다. 의사무능력자의 행위나 반사회질서의 행위 등이 그 예이다. 하지만 거래의 안전을 도모하기 위하여 특정인에 대하여는 행위의 무효를 주장할 수 없는 경우가 있는데 이를 이른바 상대적 무효라 한다. 비진의의사표시나 통정허위표시에 있어서 무효의 효과를 선의의 제3자에게 주장하지 못하는 것 등을 예로 들 수 있다. 상대적 무효의 경우에는 선의의 제3자 등 특정인에 대한 관계에 있어서는 유효한 법률행위와 마찬가지로 할 것이므로 그 범위 내에서는 증서 작성의 실익이 있을 수도 있다. 하지만 공증인 법은 “무효인 법률행위”에 관하여 증서 작성을 금지함에 있어서 절대적 무효와 상대적 무효를 구별하지 않고 있기 때문에 무효인 법률행위라고 인정되는 이상 어느 쪽의 경우에도 증서 작성은 허용되지 않는다 할 것이다.¹¹⁾

일부 무효의 경우에는 그 무효 부분을 제외하더라도 법률행위를 하였으리라고 인정될 때에는 나머지 부분은 유효하다는 민법상의 규정(제137조 단서)이 있지만, 공증인은 촉탁인에게 해당 무효 부분을 수정하도록 권고하여 무효 부분을 제거한 다음 증서 작성을 하여야 할 것이다.

또 예컨대, 갑이라는 행위로서는 무효인 법률행위가 을이라는 행위로서는 요건을 갖추고 있는 경우에 무효인 갑 행위를 을 행위로서 그 효력을 인정하는 것을 무효행위의 전환이라고 한다. 예컨대, 비밀증서로서는 민법상 정해진 방식요건을 충족하지 못하여 무효지만 자필증서로서는 요건을 모두 구비하고 있는 경우에는 유효한 자필증서로 사서증서 인증의 대상이 될 수 있다 하겠다.

5. 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위

가. 자연인과 법인의 행위능력

법률행위를 단독으로 유효하게 할 수 있는 능력을 행위능력(또는 능력)이라고 한다.

11) 법무부, “일본의 공증제도(법무자료 제206집)”, 96면 참조.

앞에서도 본 것처럼 의사능력이 없는 자의 행위는 당연히 무효가 되는 것이지만, 외부에서 의사능력의 유무를 판단하는 것은 매우 어렵기 때문에 어떤 외부에서 인식할 수 있는 확일적 기준에 따라 거래의 유·무효에 관한 객관적 표지를 제공하고자 하는 것이 행위능력제도 또는 제한능력자제도의 본질이다.

자연인과 법인은 모두 권리능력을 가지지만 언제나 행위능력을 갖는 것은 아니다. 민법은 자연인 가운데에서 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인을 행위제한능력자¹²⁾로 규정하여 그 보호를 위하여 제한능력자가 단독으로 하거나 또는 법정대리인의 동의를 받지 않고 한 법률행위를 취소할 수 있도록 정하고 있다(민법 제5조 내지 제8조, 제10조, 제13조 등).¹³⁾ 즉, 제한능력자 쪽에서 개개의 법률행위를 함에 있어 능력이 불충분하다는 것을 개별적으로 증명하지 않고 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인 중 어느 하나에 해당되면 그것만으로 제한능력자가 단독으로 하거나 법정대리인의 동의를 얻지 않고 한 행위를 취소할 수 있게 함과 동시에 상대방에게도 거래상대방이 위 각 유형의 제한능력자에 해당하는지 주의를 기울이게 함으로써 거래의 안전을 도모하고 있는 것이다.

또 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리 의무의 주체가 되므로 그 목적의 범위와 관계없는 행위는 법인의 행위라고 할 수 없다. 즉, 법인은 그 목적의 범위 내의 행위에 대하여 행위능력을 가진다. 그러한 의미에서 민법 제34조는 법인의 권리능력의 범위를 나타냄과 동시에 그 행위능력의 범위에 관해서도 규정하고 있는 것이다. 다만, 여기에서 말하는 목적의 범위 내의 행위라 함은 결코 법률 규정에 따라 정관에 목적사업으로 기재된 개개 행위에 한정되는 것이 아니라 목적사업을 수행하는 데 필요한 모든 행위를 포함한다.¹⁴⁾ 법인의 행위는 모두 대표기관인 자연인의 현실적인 행위에 의하여 이루어지는데, 이 자연인의 행위가 법인의 목적 범위 내의 것이라면 법인의 행위라고 인정되는 것이다.

12) 2013년도에 이루어진 민법 개정에 따라 종전에 미성년자, 금치산자, 한정치산자로 되어 있던 행위무능력자의 유형은 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인으로 바뀌었고, 행위무능력자라는 용어도 행위제한능력자로 수정되었다.

13) 민법 제14조의2는 피특정후견인에 관해서도 규정하고 있지만, 피특정후견인은 일시적으로 또는 특정 사무에 관하여 특정후견인의 후원을 받을 뿐 행위능력에는 아무런 제한이 없다.

14) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결 참조.

취소라 함은 일단 유효하게 성립된 법률행위의 효력을 후에 행위 시에 소급하여 소멸시키는 특정인(취소권자)의 의사표시를 말한다. 취소할 수 있는 법률행위도 취소될 때까지는 유효한 것으로 취급되지만, 추인(취소권의 포기)이 있거나 취소권이 소멸(소멸시효의 완성 등)하면 처음부터 유효한 것으로 확정된다. 하지만 취소되면 그 법률행위는 처음으로 소급하여 무효가 되고 당사자 간에 발생한 권리 의무는 처음부터 생기지 않은 것으로 된다.

나. 민법상의 행위제한능력자

(1) 미성년자

미성년자는 만 19세 미만의 자로서(민법 제4조), 법률행위를 함에는 원칙적으로 법정대리인의 동의를 얻어야 한다(민법 제5조 제1항). 미성년자의 법정대리인은 친권자 또는 후견인이 맡는다.

원칙적으로 부모는 미성년자의 친권자가 되는데(민법 제909조 제1항), 친권을 행사하는 부 또는 모가 미성년자의 법정대리인이 된다(제911조). 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 친권을 행사하지만(제909조 제2항), 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 행사한다(제3항). 부모가 이혼을 하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하고 협의를 할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 직권 또는 당사자의 청구에 따라 가정법원이 친권자를 지정한다(제4항). 재판상 이혼 등의 경우에는 가정법원이 직권으로 친권자를 지정한다(제5항). 미성년자에게 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있다(제931조 제1항). 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 친권의 상실, 일부 정지 또는 일부 제한에 따라 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 선임하여야 하는데(제928조), 가정법원은 유언에 의하여 지정된 미성년후견인이 없는 때에는 직권 또는 이해관계인의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임한다(제932조 제1항). 단독 친권자로 정해진 부모의 일방이 사망하는 경우라도 생존하는 부 또는 모의 친권이 당연히 부활하는 것은 아니다. 생존하는 부 또는 모는 친권자로 지정하여 줄 것을 가정법원에 청구하여 가정법원이 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정함으로써 친권자가 되는 것이다(제909조

의2 제1항). 가정법원은 미성년자의 복리를 위하여 적절하지 아니하다고 인정할 때에는 직권 또는 이해관계자의 신청에 의해 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정하지 아니하고 미성년후견인을 지정할 수 있다(제909조의2 제4항). 또 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정하여 줄 것을 구하는 청구가 없을 때에도 검사나 이해관계자의 신청에 따라 미성년후견인을 선임할 수 있다(제909조의2 제3항).

법정대리인의 동의를 얻지 않고 한 미성년자의 법률행위는 취소할 수 있다(민법 제5조 제2항, 제140조). 다만 다음의 각 행위에 대하여는 미성년자가 단독으로 법률행위를 할 수 있다.

- ① 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위(민법 제5조 제1항 단서)
- ② 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 처분행위(제6조)
- ③ 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관한 행위(제7조)
- ④ 혼인을 한 미성년자의 행위(제826조의2)
- ⑤ 대리행위(제117조)
- ⑥ 유언행위(제1062조)
- ⑦ 법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 미성년자가 그 사원자격에 기하여 하는 행위(상법 제7조)
- ⑧ 근로계약과 임금의 청구(근로기준법 제65조, 제66조)

(2) 피성년후견인

피성년후견인이라 함은 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람으로서 가정법원의 성년후견개시의 심판을 받아 그 심판이 확정된 사람을 말한다(제9조 제1항). 피성년후견인의 법률행위는 언제든지 취소할 수 있도록 규정되어 있다(제10조 제1항). 피성년후견인은 제한능력자 중에서 행위능력의 제한이 가장 강한 유형으로서 성년후견인의 대리에 의하여 법률행위를 할 수 있을 뿐 미성년자의 경우와 같이 성년후견인의 사전 동의에 의하여 능력을 보충하는 방법은 인정되지 않는다. 따라서 성년후견인의 동의를 받은 피성년후견인의 법률행위도 이를 취소할 수 있다. 다만, 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법

를행위의 범위를 지정할 수 있도록 되어 있어 피성년후견인은 그 범위 내에서 단독으로 법률행위를 할 수 있다(제10조 제2항). 또 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위도 피성년후견인이 단독으로 할 수 있다(제10조 제4항).

(3) 피한정후견인

피한정후견인이라 함은 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람으로서 가정법원의 한정후견개시의 심판을 받아 그 심판이 확정된 사람을 말한다(제12조 제1항). 민법상 피한정후견인은 행위능력을 갖는다, 즉, 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있다. 다만, 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다(제13조 제1항). 이 범위 내에서 피한정후견인의 행위능력은 일부 제한된다. 이처럼 가정법원이 피한정후견인으로 하여금 한정후견인의 동의를 얻어야만 유효한 법률행위를 할 수 있도록 일정한 범위를 정하여 결정하는 것을 ‘동의유보결정’이라 한다. 가정법원은 가령, 특정의 법률행위(예컨대, 특정 부동산에 관한 매매계약의 체결, 근저당권설정계약의 체결 등)를 한정적으로 열거하여 동의유보결정을 내리거나 일정한 범위를 정하여(예컨대, 1,000만 원 이상의 금융거래 등) 포괄적으로 동의유보결정을 내릴 수도 있다. 가정법원이 동의유보결정을 내릴 수 있는 행위는 법률행위 또는 준법률행위에 국한되며 공법상의 행위나 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하지 않는 사실행위 등에 대해서는 동의유보결정을 내릴 수 없다.¹⁵⁾ 한정후견인의 동의를 필요로 하는 범위 내에서 피한정후견인이 단독으로 한정후견인의 동의 없이 법률행위를 하였다면 그 행위는 취소할 수 있는 것으로 된다.

다. 행위능력에 관한 판단

공증인은 행위제한능력자의 법률행위로서 취소할 수 있는 것에 대하여는 공정증서

15) 윤진수·현소혜, “2013년 개정민법해설(법무부 연구용역보고서)”, 66면~68면 참조.

를 작성할 수 없다. 그러나 촉탁인이 행위능력자인지 여부는 그렇게 간단하게 인정할 수 있는 것은 아니다.

촉탁인이 미성년자인지 여부는 촉탁인의 신분증을 제시받거나(직접 출석 시) 촉탁인의 위임장에 첨부된 인감증명서를 통해서(대리인 출석 시) 비교적 쉽게 판별할 수 있다. 하지만 앞서서도 본 것처럼 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위, 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 처분행위, 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관한 행위 등의 경우에는 법정대리인의 허락 유무 및 내용, 영업의 내용 등에 관해서 별도로 자료를 제출받지 않으면 판단이 불가능할 것이다.

개정 민법상 원칙적으로 피성년후견인은 행위제한능력자로, 피한정후견인은 행위능력자로 되어 있다. 따라서 공증인은 피성년후견인이 단독으로 한 법률행위에 관해서는 원칙적으로 증서를 작성할 수 없지만, 피한정후견인이 단독으로 한 법률행위에 관해서는 원칙적으로 증서를 작성할 수 있다. 하지만 앞서 본 것처럼 피성년후견인은 가정법원이 정한 범위 내에서 또는 일용품의 구입 등에 관해서는 단독으로 법률행위를 할 수 있는 반면 피한정후견인은 가정법원의 동의유보 결정의 범위 내에서는 단독으로 법률행위를 할 수 없다. 공증인은 피성년후견인이나 피한정후견인에 관해서는 후견등기사항증명서 등을 통해서 행위제한의 구체적 내용을 확인할 필요가 있다.

그런데 문제는 피성년후견인이나 피한정후견인의 경우 본인이 직접 자신의 행위능력제한에 관해 밝히지 않는 이상 공증인이 이를 확인할 수 있는 제도적 장치는 없다는 점이다. 공증인으로서 촉탁인으로부터 구체적으로 촉탁사항에 관한 진술을 듣는 과정에서 피성년후견인 또는 피한정후견인에 해당하는지 추측해보는 수밖에 없다. 촉탁인의 행위능력에 의문이 있는 경우 공증인은 후견등기사항증명서 등의 제출을 요구하여 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 증서를 작성하지 않도록 주의를 기울여야 한다.

6. 공증인법 제25조의 법적성격

가. 공증인법 제3조와 제25조의 관계

공증인법 제25조는 공증인에 대하여 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위 및 무능

력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 대하여는 공정증서를 작성해서는 아니 된다고 규정하고 있다. 한편 공증인법 제3조는 공증인이 작성하는 문서는 이 법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건을 갖추지 아니하면 공증의 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있다. 공증인법 제3조의 “이 법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건”에 공증인법 제25조가 포함되는지 여부가 문제라 할 것이다. 즉, 공증인이 공증인법 제25조를 위반하여 증서를 작성할 경우 그 증서는 공증의 효력이 아예 생기지 않는 것인지, 아니면 공증인법 제25조 위반에도 불구하고 증서는 일응 공증의 효력을 가지되 법률행위에 관한 판단은 종국적으로 재판에 의하여 확정될 수밖에 없는 것인지의 문제라 할 것이다. 전자의 견해에 의하면 공증인법 제25조에 관하여 효력규정설을 주장하게 되며, 후자의 견해로는 훈시규정설을 지지하게 된다.

나. 훈시규정설과 효력규정설

먼저 훈시규정설에 의하면, 공증인은 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위 또는 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 행위 등 실체법적 문제에 관하여 공적인 실질적 심사기관이라 볼 수 없으며 실체법적인 문제는 최종적으로 법원의 판결에 의하여 판단되어야 한다고 본다. 그리고 증서(특히 집행증서 등)에 대해서는 기판력이 인정되지 않고 청구이의사유에 있어서도 판결과 달리 사실심 변론종결 후라는 시간적 제한이 없어 청구권에 관한 당초부터의 불성립, 소멸 등의 사유도 청구이의사유로 될 수 있으므로 증서에 관하여 공증의 효력을 인정하더라도 당사자의 구제에 지장이 없다고 한다. 공증인법 제25조를 효력규정으로 보는 것이 공증인 제도의 실정에도 부합하지 않다고 본다. 훈시규정설이 일본의 통설과 판례¹⁶⁾이며, 국내의 논자도 거의 대부분 이 견해를 지지하고 있다.¹⁷⁾

반면, 효력규정설에 의하면 공증인은 증서 작성에 있어 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위 또는 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 행위 등에 관한 실질적 심사권한 및

16) 부구옥, “약속어음공정증서에 관한 제문제(재판자료 제31집)” 602면에 의하면 훈시규정설이 일본의 통설과 판례(검자 84, 87면; 재등 114면; 길천 1013면; 주해 555면; 대심원 소화 8. 9. 18.; 최고재 32. 12. 10.)라 한다.

17) 부구옥, 601면~602면; 이진성, “집행증서(재판자료 제35집)”, 72면~73면.

의무를 가지고 있으므로 공증인법 제25조에 위반된 증서는 공증인의 권한 및 의무를 일탈하여 작성된 것이며 공증인법 제3조에 의하여 공증의 효력을 가질 수 없다 한다. 이 견해는 일본에서 소수설¹⁸⁾이며 국내에서 이를 지지하는 논자는 발견되지 않는다.

다. 결어

생각건대, 공증인은 법령을 위반한 사항, 무효의 법률행위 및 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 대하여 증서를 작성해서는 아니 되는 것이지만, 이를 정확하게 심사하여 완벽하게 걸러내는 것은 현실적으로 불가능한 일이다. 앞에서 본 것처럼 강행법규와 임의법규를 구별한다거나 불능, 반사회질서, 폭리 여부 등 법률행위의 무효 여부를 판별하는 것은 결국 최종적으로 법원의 판결에 의해서 확정될 수밖에 없다. 공증인이 촉탁인들과 잠깐 대화를 나누는 동안 법률행위가 비진의의사표시나 통정허위표시에 해당하는지 알아낸다는 것도 현실성 없는 이야기다. 또 공증인이 법률행위의 무효 등의 판단을 위해서 증거를 조사하거나 자료의 제출을 요구할 수 있는 권한이나 능력에는 한계가 있다. 대리촉탁이 이루어진 경우 본인의 의사능력 유무를 확인하는 것은 불가능한 일이며, 피성년후견인이나 피한정후견인의 행위능력제한에 관해 확인하려면 모든 촉탁인의 후견등기사항증명서 제출을 의무화하는 수밖에 없다. 공증인법 제25조를 효력규정으로 본다면 공증인에 의한 증서의 작성은 실질적으로 불가능한 절차로 변질되고 말 것이다.

특히 집행증서의 측면에서 보면 위 양 견해의 차이는 공증인법 제25조에 위반된 집행권원을 유효한 것으로 볼 것인가에 있다. 증서의 작성과정에서는 알 수 없었던 원인으로 인하여 언제든지 집행권원이 무효가 될 수 있다고 한다면 강제집행의 절차적 안정성에 중대한 차질을 초래할 것이다. 공증인법 제25조에 위반된다 하더라도 집행권원으로서의 효력을 일단 인정한 다음 청구이의소송절차를 통하여 종국적으로 그 유효·무효를 확정하는 것이 옳다고 생각한다. 판결절차에서는 필요적 변론 및 증거조사를 통하여 공증인법 제25조에 열거된 사항에 관하여 종국적인 확정을 할 수 있기 때문이다.

공증인법 제25조는 공증인이 자기 판단에 따라 법령을 위반한 사항, 무효의 법률행

18) 이진성, 73면에 의하면 효력규정설이 일본의 소수설(산전)이라 한다.

위 및 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 해당한다고 인정한 경우에는 그 촉탁에 응해서는 아니 된다는 점을 밝힌 훈시규정이라고 볼 수밖에 없다.¹⁹⁾ 따라서 공증인법 제25조에 위반하여 증서를 작성했다 하더라도 그 이유만으로 증서가 무효로 되는 것은 아니다.

나아가 공증인법 제3조 소정의 “이 법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건”이라 함은 증서의 실체적 내용에 관한 것이 아니라 공증인법이나 민사집행법 등에서 규정된 증서의 형식적 요건에 관한 것을 가리키는 것으로 봄이 타당하다. 예컨대, 공증인법에서 요구하는 촉탁 및 대리권의 존재 여부, 공증인이나 촉탁인 등의 서명날인 유무, 민사집행법에서 요구하는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구의 표시, 강제집행인낙조항의 기재 등이다. 이들 요건을 구비하지 아니한 때에는 공증으로 인한 증명력, 집행력이 발생하지 않는다.

III. 전자어음법상 전자어음 발행의무의 성격

1. 전자어음의 발행의무

전자어음법은 전자적 방식으로 약속어음을 발행, 유통하고 어음상의 권리를 행사할 수 있도록 함으로써 국민경제의 향상에 이바지할 목적으로(제1조) 2004년 3월 22일 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되고 있다. 전자어음법에 따르면 법무부장관은 대통령령으로 정하는 기술능력, 재정능력, 시설 및 장비 등을 갖춘 전자어음관리기관을 지정할 수 있고(제3조), 전자어음의 이용자들은 전자어음관리기관에 등록을 하고 전자어음관리기관의 시스템을 이용하여 전자어음거래를 할 수 있다(제2조 제7호). 전자어음은 발행인이 전자문서및전자거래기본법 제2조 제1호에 따른 전자문서로 작성하여 전자어음관리기관에 등록한 다음 타인에게 전자문서및전자거래기본법 제6조 제1항에 따라 송신하고 그 타인이 같은 조 제2항에 따라 수신한 때 발행된 것으로 본다(제2조, 제6조 제4항).

19) 법무부, “일본의 공증제도(법무자료 제206집)”, 102면.

그 후 전자어음법 2009년 5월 8일 개정되었는데(2009년 11월 9일부터 시행), 이때 전자어음의 이용을 활성화하기 위하여 제6조의2를 신설하고 주식회사의외부감사에관한 법률 제2조에 따른 외부감사대상 주식회사는 약속어음을 발행할 경우 반드시 전자어음으로 발행하도록 이용 강제규정을 도입하였다. 또 제6조의2에 따른 전자어음 발행의무를 위반하면 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하는 과태료규정도 함께 도입되었다(제23조 제2항 제1호). 그런데 전자어음 발행의무에 관한 이 규정은 그 후 2013년 4월 5일에 개정되어(2014년 4월 6일부터 시행), 위 외부감사대상 주식회사 외에도 직전 사업연도 말의 자산총액 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 법인사업자도 같이 적용되도록 바뀌었다. 이에 따라 정비된 전자어음법 시행령에는 제8조의2를 신설하여 위 ‘대통령령이 정하는 기준’에 관하여 직전 사업연도 말의 자산총액이 10억 원 이상인 법인사업자로 규정하였다. 이에 따라 앞서도 본 것처럼 2014년 4월 6일 전자어음법 제6조의2 개정 조항이 시행된 이후 전자어음법상 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자의 범위가 대폭 확대되면서 이들 법인사업자가 종이어음을 발행하여 공증인에게 어음공정증서 작성을 촉탁하는 경우 이에 응하여야 하는가가 공증실무의 일선에서 거듭 문제로 되고 있다.

2. 전자어음 발행의무규정의 단속법규성

전자어음의 발행의무를 규정한 전자어음법 제6조의2가 효력규정인지 아니면 단순히 단속규정에 불과한지 여부에 관해서는 아직 판례도 없고, 이를 논의하고 있는 자료도 뚜렷이 찾기 어려운 실정이다.

일반적으로 단속법규에 위반하는 행위는 사법상의 효력에 관하여 법률에 특별한 규정을 두고 있는 경우에는 이를 따를 것이나, 그러하지 아니한 경우에는 ① 그 규정이 일정한 행위 자체를 금지, 제한하는 것을 목적으로 하는 것인지, 그 행위의 결과에 의하여 재화 또는 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하려는 것인지 그 입법의 취지를 참작하고, ② 위반행위에 대한 사회의 윤리적 비난의 정도나 위법행위에 따른 법률효과의 발생이나 그 이익의 귀속 그 자체에 대한 부당성의 유무 등 그 행위에 대한 반사회적 또는 반도덕성에 관한 사회적 평가나 이를 감안한 사회경제정책의 방향을 고려하며, ③ 당해 법률행위의 유효성 유무가 거래의 안전에 미치는 영향이나, ④ 양 당사자 사이의 신

의와 형평을 비교 교량하는 등 제반 사정을 구체적으로 살펴, 그 위반행위에 대한 처벌만으로 그 실효를 거둘 수 없고, 그 사법상의 효력까지도 부인하여야만 비로소 그 목적을 이룰 수 있는지 여부를 판단하여 이에 따라야 할 것이라고 보고 있다.²⁰⁾

그러므로 살펴보면, 우선 전자어음의 발행을 강제하더라도 그 경제적 또는 법률적 효과는 종이어음을 발행하는 경우와 완전히 동일하기 때문에 위 전자어음법 제6조의2는 종이어음의 발행이라는 행위자체를 금지하는 것이지 그 행위의 결과가 당사자에게 귀속되는 것을 배제하는 데 목적을 두고 있지 않다는 점, 둘째, 종이어음의 발행은 어음 제도가 거래계에 출현한 이래 거의 모든 사업자들이 거래상의 지급이나 담보의 수단으로 사용해왔으며 전자어음법상 전자어음 발행의무 규정이 도입되기 전부터 아무런 윤리적·도덕적 비난 가능성 없이 널리 사용되었고, 더구나 위 발행의무규정이 처음 시행된 2009년 11월 9일 이후에도 처음에는 외부감사대상 주식회사에게만 제한적으로 적용되어 오다가 2014년 4월 6일 이후에야 현재와 같이 적용 범위가 확대되었다는 점, 셋째, 종이어음 발행은 전자어음 발행의무규정이 도입되기 전에 장기간 널리 지급 내지 담보의 수단으로 사용되었기 때문에 거래당사자에게 익숙하며 거래를 둘러싼 제반 위험요인이 거래계 일반에 널리 알려져 있기 때문에 거래의 안전에 미치는 영향이 전혀 없다는 점, 넷째, 전자어음 발행의무를 위반한 행위에 대하여 과태료를 부과하는 제재수단이 강구되었다 하더라도 이는 많은 사회적 투자를 통하여 전자어음제도가 도입되었음에도 불구하고 전자어음의 이용이 미미한 상황에서 가급적 전자어음의 이용실적을 높이기 위해 도입된 수단일 뿐이지 전자어음 발행의무자가 발행한 종이어음의 효력을 무효화할 의도는 아니라고 판단되는 점²¹⁾ 등을 종합적으로 고려하면 위 규정은 단속법규에 불과하다고 봄이 타당하다.

20) 민형기, “단속법규 위반행위의 사법상의 효력(대법원판례해설 제12호)”, 342면~343면.

21) 개정 당시 전자어음법 일부 개정법률안의 제안 이유도 다음과 같이 기재하고 있다.

“전자어음관리기관으로 지정받은 금융결제원이 전자어음 시스템을 구축하여 2005년 9월부터 은행 인터넷뱅킹을 통하여 전자어음의 발행, 배서, 지급결제의 시스템을 운영하고 있으나, 이 제도의 이용은 자율에 맡겨져 있기 때문에 여전히 종이어음을 대부분 사용하고 있어 위조·변조 또는 분실 등 종이어음의 폐해가 계속 발생하고 있음. 따라서 이러한 폐해를 방지하고자 외부감사대상 주식회사가 약속어음을 발행하는 경우 반드시 전자어음제도를 이용하도록 하여 금융질서를 확립하고, 위조·변조 또는 도난·분실 등의 위험이 없는 투명한 어음거래로 회계 및 금융시장의 투명성과 안정성을 도모하려는 것임. 더구나, 최근 전 세계적으로 일고 있는 금융위기와 관련하여 어음의 투명성을 제고하기 위하여 전자어음의 이용이 절대적으로 필요함.”

3. 전자어음법 규정을 위반한 어음공정증서의 효력

따라서 전자어음법상의 전자어음 발행의무자인 법인사업자가 종이어음을 발행하였다 하더라도 그 어음의 사법상의 효력은 완전히 유효하다고 할 것이다. 하지만 전자어음 발행의무자의 종이어음 발행은 단속법규인 전자어음법 제6조의2에 위반되는 행위이므로, 공증인은 이 어음에 대하여 어음공정증서를 작성하여서는 아니 되는 것인가? 이 점에 관한 판단을 하기 위해서는 다음에서 볼 어음공정증서 작성의 특수성에 관하여 좀 더 알아볼 필요가 있겠지만, 설령 공증인이 전자어음법 제6조의2에 위반하여 발행된 어음에 대하여 어음공정증서를 작성하는 것이 공증인법 제25조에 위반된다 하더라도 공증인법 제25조는 훈시규정에 불과하므로 그 작성된 어음공정증서는 유효한 효력을 갖는다. 다만 위와 같은 어음공정증서 작성이 공증인법 제25조에 위반되는지의 문제는 공증의 효력과는 아무런 관계가 없고 공증인의 행위가 적절한 것인지의 문제, 즉 공증인법 제7장(감독과 징계)에서 정하는 징계의 대상이 되는지의 문제일 뿐이다.

IV. 어음공정증서의 작성과 어음행위

1. 어음공정증서 작성의 특성

가. 어음발행행위는 언제나 어음공정증서 작성에 선행한다.

공정증서 중 채무자의 집행수락문구가 기재되어 있어 강제집행절차에 있어서 집행권원의 일종으로 취급되는 것을 집행증서라 한다. 보통 협의의 ‘집행증서’라 하면 민사집행법 제56조 제4호의 규정에 따라 공증인이 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것을 의미하지만, 넓게는 공증인법 제56조의2에 따른 어음·수표공정증서(공증실무상 수표공정증서가 작성되는 사례는 거의 없기 때문에 이하 ‘어음공정증서’라고만 칭한다)도 포함된다. 협의의 집행증서와 어음공정증서는 강제집행절차에 있어서 집행권원이 된다는 점에서 같지만, 전자는 공

증인이 당사자들로부터 법률행위의 내용을 청취하여 직접 작성하는 반면, 후자를 작성할 때는 당사자들이 이미 완성된 어음을 공증인에게 제출한다는 점에서 차이가 있다. 전자의 경우 법률행위는 공정증서의 작성을 통해서 완성되며 법률행위와 공정증서 작성은 동시에 이루어진다. 이에 반해 후자의 경우에는 어음의 발행은 공정증서 작성에 항상 선행한다.

이에 관하여 법률행위는 당사자 사이에서 성립하는 것이고 공정증서는 그렇게 성립한 법률행위에 관하여 공증인의 면전에서 그 내용을 진술하여 공증인이 이를 기재함으로써 작성되는 것이므로 협의의 집행증서의 경우에도 법률행위가 공정증서 작성에 선행하는 것이라고 하는 견해도 있다.²²⁾ 하지만 당사자 사이의 법률행위의 내용에 관한 잠정적 합의와 공정증서의 작성은 일체로서 하나의 법률행위의 과정이라고 보는 것이 합리적이라고 생각한다. 실제로 법률행위는 당사자 간의 다양한 이행관계를 조율하는 진통 속에서 이루어진다. 일견 합의가 이루어진 듯 보이지만 다시 불일치가 발견되고 이를 조율하는 과정이 계속 이어진다. 결국, 합의 내용을 외형적으로 확정하는 문서를 작성함으로써 법률행위의 과정이 마무리되는 경우가 흔하며, 공정증서의 작성도 그와 같은 마무리로서의 문서작성의 한 형태에 불과한 것이다. 경우에 따라서는 공정증서 작성 이전에 이미 당사자 간에 작성된 문서가 따로 존재하기도 하지만, 공정증서는 증서 작성 당시 당사자의 합의 내용을 토대로 작성되는 것이기 기왕에 작성된 문서의 내용에 기속되는 것은 아니다. 즉, 공정증서로 작성된 내용과 기왕의 문서 내용 사이에 상 위점이 생겼다면 그것은 종전의 합의가 공정증서 작성을 통해 새로운 합의로 변경되었다고 보아야 한다. 공정증서 작성과 동시에 법률행위가 이루어지느냐 아니면 공정증서 작성에 앞서 법률행위(어음행위)가 이루어지느냐는 협의의 집행증서와 어음공정증서를 나누는 중요한 특징이다.

이러한 차이점은 공정증서의 서식에도 반영되어 있다. 협의의 공정증서의 경우에는 증서의 모두에 항상 “본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다”고 기재하고 있지만(서식규칙 별지 제22호 서식), 어음공정증서의 경우에는 위 기재에 상응하는 부분이 없다. 다만 “위 촉탁인 000는 본 공증인에 대하여 이 증서에 부착된 어음의 발행 및 기명날인을 자인하며”라

22) 남상우, “어음·수표의 공증 법적성격(대한공증협회지 창간호)”, 41면.

는 기재가 있을 뿐이다. 이는 이미 유효하게 발행된 어음을 사후적으로 공정증서 내용으로 포함하겠다는 취지이다. 공증인법 제56조의2도 “공증인은 어음, 수표에 부착하여 강제집행을 인낙하는 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있다”고 규정하는데, 여기서 말하는 어음이라 함은 유효하게 이미 발행된 어음을 의미하는 것이라 하겠다.

사서증서 인증과 관련하여 비유를 하자면, 협의의 집행증서는 사서증서의 ‘면전인증’과 유사하고, 어음공정증서는 사서증서의 ‘자인인증’과 유사하다고 생각된다.

나. 시점상의 분리만으로 어음행위의 위법요소가 차단되는지 여부

협의의 집행증서의 경우는 법률행위가 증서의 작성과 동시에 이루어지기 때문에 법률행위와 관련된 위법 내지 무효사유는 바로 증서 작성과 관련하여 공증인법 제25조 위반의 문제를 발생시킨다. 하지만 촉탁인의 어음의 발행행위는 공증인의 어음공정증서 작성과는 시간적으로 분리되어 있기 때문에, 어음을 발행할 때 생긴 위법 또는 무효사유가 공정증서 작성절차에도 영향을 미치는가의 문제가 생긴다. 전자어음의 발행의 무자가 종이어음을 발행하는 것은 단속법규에 위반되는 것이지만 어음의 무효를 초래하지는 않는다. 이처럼 당사자가 사법상의 효력이 완전한 어음을 제시하며 공정증서 작성을 촉탁하는데도, 공증인은 어음발행행위 당시의 단속법규 위반을 이유로 촉탁을 거절해야 하는가?

법률행위의 시점과 증서 작성의 시점이 분리됨으로 인하여 공증인법 제25조 위반의 문제가 차단될 가능성이 생기는 것은 사실이지만, 그것만으로 그 문제가 완전히 해소되는 것은 아니다. 이와 관련하여 사서증서의 자인인증과 비교해볼 필요가 있다. 사서증서의 자인인증의 경우에도 법률행위의 시점(사서증서의 작성 시점)은 증서의 작성 시점(인증부여 시점)에 항상 선행하지만, 공증실무상 공증인법 제25조의 각 호 소정 사유가 존재하면 인증을 부여해서는 아니 된다는 점에 이론의 여지가 없다. 공증인법 제25조 각 호 소정의 사유는 법률행위가 증서 작성과 함께 이루어지는 경우에는 당연히 영향을 미치지만, 그렇지 않는 경우라도 증서 작성 시 촉탁인에 의하여 사후적으로 법률행위 내용이 진술되고 공증인이 이를 확인하여 증서의 내용으로 삼는 경우에는 마찬가지로 영향을 미칠 수 있는 것이다.

다. 어음공정증서의 증명대상

결국, 전자어음 발행의무자가 발행한 종이어음에 대하여 어음공정증서를 작성할 수 있는가는 어음공정증서의 증명대상에 관하여 어떻게 이해할지에 달려 있는 문제라 생각한다. 촉탁인은 공증인에게 어음을 제출하고 공증인은 발행인과 수취인으로부터 진술을 청취하여 어음에 부착된 공정증서를 작성하게 되는데, 이 과정에서 촉탁인이 진술하고 공증인이 확인하여 증서의 내용으로 삼는 것이 무엇인지가 어음공정증서 작성의 핵심이라 할 것이다. 일단 공증인이 발행인으로부터 집행수락의 의사표시를 확인하는 것은 분명하다. 그 이외에 공증인은 발행인으로부터 제출된 어음의 진정성립 정도만 확인하면 족한 것인지 아니면 더 나아가 발행인의 어음발행(어음행위)과 관련된 실질적 요건을 모두 확인하여야 하는지에 따라 결론이 달라진다. 전자가 맞다면 어음 발행 시의 단속법규 위반은 공증인법 제25조 위반의 문제를 일으키지 않을 것이고, 후자가 맞다면 공증인법 제25조 위반이 문제가 될 것이다.

2. 어음발행행위(어음행위)

어음행위는 기명날인 또는 서명을 요건으로 하는 요식의 서면행위로서 원칙적으로 그 결과로서 어음상의 채무의 부담을 발생시키는 법률행위라고 정의할 수 있다. 어음행위가 유효하게 성립하기 위해서는 첫째, 어음행위자가 어음상에 일정한 사항을 기재하고 기명날인 또는 서명을 하여야 하고(형식적 요건), 둘째, 그 행위가 어음능력이 있는 자의 하자 없는 의사표시에 의하여 행해져야 한다(실질적 요건). 그 외에 어음의 교부까지 필요하다는 것이 판례의 입장이지만 여기에서는 논외의 문제라 하겠다.

가. 어음행위의 형식적 요건

어음행위는 기명날인 또는 서명을 요건으로 하는 요식의 서면행위이므로 우선 어음상에 어음법 제1조 및 제75조에서 정한 사항을 모두 기재하고 발행자가 기명날인 또는 서명하여야 한다. 이러한 형식적 요건을 결하게 되면 어음 자체가 무효가 된다. 발행인은 어음공정증서를 작성하는 과정에서 공증인에게 어음을 제출하고 공정증서에 부착

하여 줄 것을 촉탁하는데, 공증인은 어음을 살펴보고 어음의 형식적 기재사항에 흠결이 있거나 기명날인 또는 서명이 누락되어 있으면 발행인으로 하여금 이를 수정하거나 보완하게 한다. 발행인이 수정·보완하였음에도 불구하고 형식적 흠결이 치유되지 아니하면 공증인은 발행인의 촉탁을 거절하여야 한다. 어음의 형식적 흠결이 발견되지 않으면 공증인은 이를 증서에 부착하여 공정증서를 작성한다.

즉, 어음행위의 형식적 요건에 관하여는 발행인이 그 내용에 관하여 진술하고, 공증인이 이를 확인하여 공정증서의 내용으로 삼게 되는 것이다.

나. 어음행위의 실질적 요건

어음의 실질적 요건에 관해서는 어음법에 따로 규정을 두고 있지 않다. 어음행위도 법률행위이므로 민법상의 법률행위에 관한 일반 원칙에 따라 판단하여야 하는데, 다만 어음의 특성에 대한 고려가 필요하다. 어음행위가 의사무능력자나 제한행위능력자에 의하여 이루어졌다면 어음행위는 무효 또는 취소로 될 수 있다. 또 어음행위자가 비진의 의사표시, 통정허위표시, 착오, 사기 또는 강박 등에 해당되면 역시 무효 또는 취소로 될 수 있지만 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다.

공증인이 어음공정증서를 작성함에 있어서 어음행위의 형식적 요건을 파악하는 것은 어렵지 않겠지만, 증서를 작성하는 잠깐 동안 어음행위의 실질적 요건까지 모두 확인한다는 것은 사실 불가능에 가깝다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 공증인은 어음요건이나 기명날인 또는 서명 등 어음행위의 형식적 요건만을 확인하는 것 외에 어음행위의 실질적인 요건에 관하여 발행인의 진술을 듣는 경우는 거의 없다. 이와 같은 실무상의 한계 때문에 아래에서 보는 것처럼 어음행위의 실질적 요건도 공증인이 확인하여야 할 사항인지에 관하여 의문이 생기는 것이다.

한편 어음행위는 무인성 또는 설권성으로 인하여 원인행위의 무효나 취소에 의해 영향을 받지 않고 다만 어음행위의 직접 당사자 사이에서만 그러한 무효나 취소를 인적항변으로 주장할 수 있을 뿐이다.

3. 어음공정증서의 작성과 어음행위의 실질적 요건

공증인이 어음공정증서 작성과정에서 공증인이 어음행위의 실질적 요건을 모두 확인해야 하는지에 관하여 두 가지의 상반된 입장이 가능하다.²³⁾

가. 어음공정증서 작성은 어음행위의 실질적 요건과 관련이 없다는 견해

우선 그중 하나는 공증인이 어음공정증서를 작성할 때 발행인으로부터 강제집행수탁의 의사를 확인하는 외에 어음이 진정하게 발행된 것이라는 점에 관한 확인으로 족하다는 견해이다. 이 견해에 의하면 공증인은 발행인으로부터 공증의 대상인 어음을 자신이 발행하였다는 사실을 확인하는 것으로 족하고, 수취인과 사이에 유효한 어음행위가 있었다는 것을 인정할 필요는 없다. 어음의 무인성, 설권증권성으로 인하여 어음을 발행, 교부하는 것만으로 어음상의 권리가 발생하므로 발행인은 어음이 발행 및 교부되었다는 것 외에 어음행위의 실질적 요건이 충족되었다는 증명할 필요가 없다.

이 견해에 의할 때 다음과 같은 것들이 논거로 들어질 수 있다.

첫째, 공증인법 제56조의2 제1항은 “공증인은 어음·수표에 첨부하여 강제집행을 인낙한다는 취지를 적은 공정증서를 작성할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐 공증인이 어음행위의 실질적 요건까지 확인하도록 요구하고 있지 않다.

둘째, 어음공정증서는 법률행위와 관련하여 작성하는 일반 공정증서와는 달리 어음의 진정성립과 집행인낙의 의사표시만을 내용으로 하는 특수한 공정증서라 할 수 있다.

셋째, 공증서식의사용등에관한규칙 별지 제24호 서식에는 어음공정증서의 전형적인 문구로 “위 촉탁인 000은 본 공증인에 대하여 이 증서에 부착된 어음의 발행 및 기명날인을 자인하며, 위 어음의 소지인에게 위 어음금의 지급을 지체할 때에는 즉시 강제집행을 받더라도 이의가 없음을 인낙하는 취지의 공정증서 작성을 수취인 000과 함께 촉탁하고 각 서명날인하였다”고 기재되어 있는데, 여기에도 어음의 발행 및 기명날인만을 확인하도록 되어 있을 뿐 어음행위의 실질적 요건에 관해서는 아무런 언급이 없다.

23) 이하 상정 가능한 두 가지 견해에 관해서는 신현범, “통정허위표시에 의하여 약속어음을 발행하고 어음 공정증서를 작성하게 한 행위가 공정증서원본불실기재죄 및 동 행사죄를 구성하는지 여부(광주지방법원 재판실무연구 2012)”, 292면~296면 및 김일연, “통정허위표시에 의한 어음발행 및 공증행위와 공정증서원본불실기재죄의 성립(대법원판례해설 제92호)”, 733면~736면을 참고하였다.

나. 공증인은 어음행위의 실질적 요건에 관해서도 진술을 청취하여 확인한 후 공정증서의 내용으로 삼아야 한다는 견해

반면 다른 견해에 의하면, 어음공증은 발행인이 공증인의 면전에서 수취인을 상대로 자신의 어음행위가 유효함을 진술하고 이에 관하여 공증인이 이를 증명하는 공정증서를 작성하는 것이라고 한다. 발행인은 공증인에게 어음을 제출하여야 하는데 이로써 수취인을 상대로 한 자신의 어음행위가 틀림없음을 진술하는 것이고, 이를 어음공정증서에 부착함으로써 어음에 표시된 채무를 부담하기로 하는 채무증인의 진술을 기재한 것으로 볼 수 있다. 이런 의미에서 어음공정증서는 법률행위인 어음행위에 관한 공정증서이다.

이 견해에 의할 때 다음과 같은 것들이 논거로 들어질 수 있다.

첫째, 법률행위나 그 밖의 사건에 관한 사실을 증명사항으로 하는 것은 공정증서의 본질적인 요건으로서 어음의 진정성립과 집행인낙의 의사를 확인하는 데 그치고 어음행위의 실질적 요건에 관해서는 묻지 않는 공정증서란 있을 수 없다.

둘째, 공정서식의사용등에관한규칙 별지 제24호 서식에서 보여지는 것처럼 발행인에게 “어음의 발행 및 기명날인을 자인”하는 여부를 확인한다면, 촉탁인이 어음행위의 내용을 일일이 신고하지 않더라도 첨부된 어음의 기재와 같은 내용의 어음행위를 하였다는 진술로 충분히 볼 수 있다.

셋째, 공증인법 제56조의2 제6항은 공증인법 제25조를 어음공증에 대해서도 준용하고 있는데, 이는 공증인법이 공증인에게 어음행위의 내용에 관해 확인할 것을 요구하기 위한 것이다.

V. 통정허위표시로 발행된 어음의 공증과 공정증서원본불실기재죄의 성부

이하에서는 어음공증에 어음행위의 실질적 요건에 관한 확인이 포함되는지에 관하여 대법원 2012. 4. 26. 선고 2009도5786 판결의 결론을 중심으로 살펴보고자 한다. 통정허위표시로 발행한 어음에 대한 어음공증은 어음행위의 실질적 요건에 흠결이 생기는

대표적 사례로서, 자신의 재산에 대해 강제집행이 개시되었거나 예상되는 채무자가 허위의 가장채권을 만들어 강제집행을 면탈하기 위한 수단으로 감행하는 경우가 자주 있다. 어음의 발행인과 수취인이 통모하여 실질적 원인관계가 없는 허위의 어음을 발행한 다음 공정증서 작성을 촉탁하여 공증인으로 하여금 위 어음에 관하여 어음공정증서를 작성케 하는 것이 공정증서원본불실기재죄를 구성하는가의 여부를 판단하려면, 어음행위가 아무런 하자 없이 진정하게 성립하였다는 것(어음행위의 실질적 요건)이 어음공정증서의 증명사항인지가 중요한 관건이 된다.

1. 협의의 집행증서에 관한 판례

공정증서원본불실기재죄에 있어서의 ‘공정증서’란 공무원이 직무상 작성하는 공문서로서 권리 의무에 관한 사실을 증명하는 효력을 가진 것으로 보통 이해하는데,²⁴⁾ 공증인법에 따라 공증인이 작성하는 협의의 공정증서보다는 넓은 개념으로 협의의 공정증서 외에도 부동산등기부, 가족관계등록부, 법인등기부 등도 포함한다.

판례는 “형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본불실기재죄는 특별한 신빙성이 인정되는 공문서에 대한 공공의 신용을 보장함을 보호법익으로 하는 범죄로서 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서 원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재 또는 등록하게 함으로써 성립하는 것이므로, 실제로는 채권·채무관계가 존재하지 아니함에도 공증인에게 허위신고를 하여 가장된 금전채권에 대하여 집행력이 있는 공정증서 원본을 작성하고 이를 비치하게 한 것이라면 공정증서원본불실기재죄 및 불실기재공정증서원본 행사죄의 죄책을 면할 수 없다”고 판시함으로써 강제집행면탈 등의 목적으로 공증인에게 허위 내용의 촉탁을 하여 가장채권에 관한 협의의 집행증서를 작성케 한 경우 원칙적으로 공정증서원본불실기재죄의 성립을 인정하고 있다.²⁵⁾

하지만 허위의 채권을 그 정을 모르는 양수인에게 양도하고 그 채권양도행위에 대하여 공정증서를 작성하게 한 경우에는 죄가 되지 않는다고 판결하였다. 즉, “공증인

24) 대법원 1988. 5. 24. 선고 87도2696 판결, 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도1125 판결 등.

25) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2002도638 판결, 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도7836 판결 등.

이 채권양도·양수인의 촉탁에 따라 그들의 진술을 청취하여 채권의 양도·양수가 진정으로 이루어짐을 확인하고 채권양도의 법률행위에 관한 공정증서를 작성한 경우 그 공정증서가 증명하는 사항은 채권양도의 법률행위가 진정으로 이루어졌다는 것일 뿐 그 공정증서가 나아가 양도되는 채권이 진정하게 존재한다는 사실까지 증명하는 것으로 볼 수는 없으므로, 양도인이 허위의 채권에 관하여 그 정을 모르는 양수인과 실제로 채권양도의 법률행위를 한 이상, 공증인에게 그러한 채권양도의 법률행위에 관한 공정증서를 작성하게 하였다고 하더라도 그 공정증서가 증명하는 사항에 관하여는 불실의 사실을 기재하게 하였다고 볼 것은 아니고, 따라서 공정증서원본불실기재죄가 성립한다고 볼 수 없다”고 판단하였는바,²⁶⁾ 이는 해당 공정증서의 증명사항에 속하지 않는 내용에 대해서는 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 않는다는 점을 밝힌 것으로 볼 수 있다.

2. 어음공정증서에 관한 종전 판례

발행인과 수취인 사이에 통정허위표시에 의하여 어음을 발행하고 이를 공증한 경우, 공정증서원본불실기재죄가 성립하는지 여부에 관하여 종래 하급심에서는 유죄설을 지지하는 판결들과 무죄설을 지지하는 판결들이 양립된 상태였다. 그러던 중 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007도3005 판결이 죄가 성립하는 것으로 판시하여 유죄설로 정리되는 듯하였다.²⁷⁾ 위 판례는 “실제로는 채권·채무관계가 존재하지 아니함에도 공증인에게 허위신고를 하여 가장된 금전채권에 대하여 집행력이 있는 공정증서 원본을 작성하고 이를 비치하게 한 것이라면 공정증서원본불실기재죄 및 불실기재공정증서원본행사죄의 죄책을 면할 수 없다”고만 판시하였는바, 통정허위표시로 인한 어음공정증서의 작성에 관하여 죄가 성립하는 구체적 근거나 이유에 관해서는 명백히 밝히지 않았다. 그 후 대법원 2012. 4. 26. 선고 2009도5786호 판결의 하급심에서는 이와 배치되는 결론을 내렸는데, 이는 위 판례가 어음공정증서의 특성에 관한 고려 없이 협의의 집행증서에 관한 판례를 답습하였다고 보았기 때문인 듯하다.

26) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001도5414 판결.

27) 신현범, 301면 참조.

3. 무죄설의 근거

대법원 2012. 4. 26. 선고 2009도5786호 판결의 하급심에서는 다음과 같이 무죄의 근거를 밝히고 있다. “발행된 약속어음은 원인채무의 존부와 관계없이 그 어음상의 문언에 따라 어음상의 권리 의무관계가 생기는 것이 약속어음의 무인증권성과 설권증권성의 원리에 비추어 명백하다 할 것이므로 원인채무관계가 존재하지 아니하다는 이유만으로 약속어음이 허위라고 할 수는 없다. 이 사건 공정증서에는 발행인 갑, 수취인 을, 어음금 3억 원, 발행일 2006. 9. 19.인 약속어음이 붙어있고, 2009. 9. 19. 공증인가 법무법인 ○○의 사무소에서 작성하였다는 취지가 기재되어 있다. 그렇다면, 피고인들이 그들의 의사에 따라 실제로 위 사무소에서 위 약속어음을 작성하고, 공증인이 피고인들의 촉탁에 따라 위 약속어음이 진정하게 발행·교부되었음을 확인한 이상 위 약속어음의 원인이 되는 채권이 존재하지 않았다는 이유로 위 공정증서가 증명하는 사항이 불실기재되었다고 볼 수 없고, 달리 이 사건 공정증서가 불실기재되었다는 점을 인정할 만한 증거가 없다.”

위 하급심 판결은 다음의 두 가지를 근거로 하고 있다.

우선 어음은 무인증권성 및 설권증권성의 원리에 따라 어음상의 문언에 따라 권리의무가 발생하는 것이므로 그것이 통정허위표시로 발행되었다 하더라도 어음 자체가 무효로 되는 것은 아니라고 한다. 즉, 통정허위표시라는 점은 어음의 발행인 및 수취인 사이에서만 주장할 수 있는 인적항변사유에 불과하며 위 어음이 제3자에게 배서 양도 되면 그 양수인에게는 통정허위표시로서 항변할 수 없다는 것이다.

둘째, 공증인은 어음이 진정하게 발행되었음을 확인하면 족하고 어음 자체의 유효요건도 아닌 어음행위의 실질적 요건이 구비되었는지까지 확인할 필요는 없다고 한다. 어음공정증서는 어음이 발행, 교부되었다는 것과 어음금의 지급이 지체될 때에는 즉시 강제집행을 하여도 이의가 없다는 의사표시가 이루어졌음을 증명할 뿐이라는 것이다.

4. 대법원 판결의 내용

“형법 제228조 제1항의 공정증서원본불실기재죄는 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서 원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 실체관

계에 부합하지 않는 불실의 사실을 기재 또는 기록하게 함으로써 성립한다. 그런데 발행인과 수취인이 통모하여 진정한 어음채무 부담이나 어음채권 취득에 관한 의사 없이 단지 발행인의 채권자에게서 채권 추심이나 강제집행을 받는 것을 회피하기 위하여 형식적으로만 약속어음의 발행을 가장한 경우 이러한 어음발행행위는 통정허위표시로서 무효이므로, 이와 같이 발행인과 수취인 사이에 통정허위표시로서 무효인 어음발행행위를 공증인에게는 마치 진정한 어음발행행위가 있는 것처럼 허위로 신고함으로써 공증인으로 하여금 어음발행행위에 대하여 집행력 있는 어음공정증서 원본을 작성케 하고 이를 비치하게 하였다면, 이러한 행위는 공정증서원본불실기재 및 불실기재공정증서원본행사죄에 해당한다고 보아야 한다.”²⁸⁾

위 판결은 공증인의 어음공정증서 작성에 있어서 발행인의 ‘어음발행행위(어음행위)’가 공정증서의 주된 증명사항임을 밝히고 있다. 즉, 어음공정증서는 어음 자체의 진정성립 및 발행인의 집행인낙의사를 증명하는 데 그치는 것이 아니라 발행인의 어음발행행위가 진정하게 이루어졌다는 것까지 증명한다는 것이다. 공증인은 발행인으로 부터 어음행위의 실질적 요건에 관하여 진술을 듣고 어음발행행위가 진정하게 성립하였다는 것을 확인하여 공정증서를 작성하여야 하는데, 발행인이 통정허위표시로서 무효인 어음발행행위를 마치 진정한 어음발행행위인 것처럼 허위로 신고함으로써 공증인으로 하여금 허위의 공정증서를 작성하게 하였다는 것이다. 어음공정증서 작성의 법적 성격을 이와 같이 이해함으로써 대법원은 어음의 무인성, 설권증권성으로 인하여 어음 자체가 무효로 되지 않는다 하더라도 죄가 성립하는 데 지장이 없다고 본 것이다.

이와 같은 대법원의 결론은 다른 집행증서를 통정허위표시로 작성한 경우에는 예외 없이 공정증서원본불실기재죄의 성립을 승인하고 있음에도 불구하고, 어음공정증서에 관해서만 어음의 무인성 및 설권증권성, 그리고 어음발행행위의 특징으로 인하여 죄가 성립하지 않는다고 보게 될 경우 가장채권을 만들어 강제집행을 면탈하려는 시도가 어음공정증서에 집중될 것이라는 점에 주목한 것으로 보인다.²⁹⁾

28) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2009도5786호 판결.

29) 신현범, 305면 참조.

VI. 전자어음발행의무자의 종이어음 발행과 어음공정증서 작성

1. 공증인법 제25조의 적용

이상에서 본 것처럼 어음공정증서의 증명대상은 단순히 어음상의 형식적 기재나 기명날인 또는 서명이 진정하게 이루어졌는지에 그치는 것이 아니라 어음행위(어음발행 행위)의 실질적 요건이 진정하게 구비되었다는 점에까지 미친다. 즉, 공증인은 발행인으로부터 어음발행행위의 형식적 및 실질적 요건에 관해서 진술을 듣고 필요한 확인을 한 다음 어음의 발행이 진정하게 이루어졌다는 취지에서 어음공정증서를 작성하여 주는 것이다. 공증인은 어음공정증서를 작성할 때 비록 훈시규정이기는 하지만 공증인법 제25조의 규정에 따라 ‘법령을 위반한 사항’이 있는지 확인하여야 하고, 그와 같은 확인에는 비록 단속규정에 불과하지만 전자어음법상의 전자어음 발행의무자에 의한 종이어음 발행인지 여부의 확인도 포함된다 할 것이다. 공증인은 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자가 종이어음을 발행하여 어음공정증서의 작성을 촉탁하는 경우 이를 거절하여야 한다.

2. 현실적인 문제점

하지만 이와 같은 결론에 도달했음에도 불구하고 여전히 남는 문제가 있다. 공증인이 전자어음법상의 위 규정을 준수하여 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자의 어음공정증서 작성 촉탁을 일관되게 거절한다면 이들 법인사업자는 어음공정증서를 이용할 수 없다는 이야기가 되는데, 이는 다음과 같이 매우 불합리한 결과들을 초래한다.

우선 전자어음법에 의하여 이루고자 하는 행정적 목적과 어음공정증서의 경제적 기능은 전혀 다르다는 점을 지적하고 싶다. 전자어음법은 전자어음이라는 결제수단을 통하여 위조·변조 등 종이어음의 폐해를 예방하고 거래관계를 투명하게 관리하여 금융시장의 투명한 작동을 도모하고, 정확한 과세를 통하여 조세정의를 실현하는 한편 회계감사를 보다 용이하게 하는 데 그 목적을 두고 있다.³⁰⁾ 주로 어음의 지급수단으로서

30) 주 21) 참조.

의 성격에 착안하여 전자어음이라는 방식을 통해 거래질서를 합리화 내지 효율화하려는 것이다. 이 경우 전자어음은 주로 실질적 원인관계에 의하여 발행되는 이른바 ‘진성어음’의 성격을 갖는다. 반면 어음공정증서는 공증인에 의하여 작성되는 대단히 편한 집행권원으로서 어음상의 권리를 그대로 강제집행의 기초로 인정하는 점에서 법원의 관여 없이 간이하고 신속하게 집행권원을 얻을 수 있는 수단이다. 지급을 위해 어음을 발행하는 경우뿐만 아니라 담보의 목적으로 어음을 발행된 경우에도 어음공정증서를 이용할 수 있으며, 이 경우 어음은 ‘진성어음’일 수도 있고 ‘용통어음’일 수도 있을 것이다. 이처럼 전자어음법과 어음공증제도는 서로 다른 입법목적을 추구하면서도 상호 보완적 기능을 할 수 있는 측면을 가지고 있다. 전자어음법에서 정한 위와 같은 입법 목적을 추구하면서도 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자로 하여금 어음공정증서와 같은 간편한 수단을 사용할 수 있도록 하는 것은 얼마든지 가능하며 또 그렇게 함이 마땅하다. 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자도 종전에는 아무런 제한 없이 어음공증제도를 활용하여 왔다는 사실을 고려한다면 전자어음법 제6조의2가 규정됨으로 인하여 이들 법인사업자는 어음공증제도 접근권이 박탈된 것이다.

전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자는 어음공정증서를 이용할 수 없더라도 협의의 집행증서는 이용할 수 있을 것이다.³¹⁾ 하지만 협의의 집행증서를 이용할 수 있으니 어음공정증서를 이용하지 못하더라도 문제가 없는 것일까? 협의의 집행증서는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관해서만 작성할 수 있는 것이므로 금액이 확정되지 않은 채권에 대하여는 이용할 수 없다. 즉, 장래에 발행할 불확정적인 채무를 담보하기 위한 목적으로는 협의의 집행증서를 작성할 수 없다는 이야기다. 반면, 어음공정증서는 기존에 이미 발생한 채무의 지급을 위해서도 작성할 수 있지만 향후 발생할 불확정적인 채무를 담보하기 위한 목적으로도 작성할 수 있다. 전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자가 종이어음을 발행할 권한을 무조건적으로 배제한 결과 이들은 향후 발생할 불확정적인 채무를 담보하기 위한 용도로는 집행증서 제도를 이용할 수 없게 된 것이다.

31) 협의의 집행증서를 작성하는 경우 그 수수료는 쌍방이 이행할 급부의 가액을 기준으로 산정한다는 점에서 일방(발행인)이 이행할 급부의 가액을 기준으로 산정하는 어음공정증서에 비하여 항상 더 높다. 따라서 전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자에게 협의의 집행증서만 이용하게 하는 것은 공평치 않은 일이다.

나아가 현실적 문제로서 공증인은 전자어음법 제6조의2에 해당하는 법인사업자인지를 확인할 방법이 마땅치 않다. 전자어음법 시행령 제8조의2에 따라 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자는 직전 사업연도 말의 자산총액이 10억 원 이상인 법인사업자를 의미한다. 법무부는 질의회신에서, 매년 3월 말 법인세 자진신고 시 당해 법인사업자가 신고하는 자산총액을 기준으로 한다고 답변한 바 있다. 그러므로 공증인이 특정한 촉탁인이 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자인지 여부를 확인하려면 그 촉탁인으로부터 법인세 자진신고 시 신고한 자산총액에 관하여 자료를 제출받아야 한다. 하지만 이들 법인사업자들이 종전에는 이와 같은 서류의 제출 없이도 제한 없이 어음공증을 이용해 왔다는 점에서 과도한 서류를 요구하는 규제가 새로 생긴 것이다. 더구나 법인 설립 직후거나 연초라서 직전 사업연도와 관련해 이용할 수 있는 법인세 자진신고 내역이 없는 경우도 있어 공증인으로서의 언제나 자산규모를 확인할 수 있는 것도 아니다.

3. 전자어음법 제6조의2의 해석론

전자어음법 제6조의2로 인하여 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자는 거래나 담보의 수단으로 어음공증을 전혀 활용할 수 없게 되었다. 이 문제를 근본적으로 해결하려면 결국 전자어음법을 개정하는 수밖에 없겠지만, 입법적 보완이 이루어지기 전이라도 법률해석으로 문제를 회피할 방법은 없을까?

생각건대, 전자어음법의 입법목적과 규정의 전취지를 고려할 때 전자어음법 제6조의2에서 말하는 ‘발행’은 어음을 지급수단으로 이용하는 경우, 즉 실질적 원인관계가 존재하고 여기서 발생한 확정적 채무의 지급을 위하여 발행하는 경우만을 의미하는 것으로 볼 수 있다고 생각한다. 이 법의 입법과정에서는 어음의 거래상 지급수단으로서의 이용 측면에 지나치게 치중하다가 어음의 담보수단으로서의 이용 측면이나 어음공증의 이용가능성 등에 관한 고려를 놓친 것 같다. 하지만 입법자가 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자로 하여금 어음공증을 이용하지 못하게 할 의도가 있었던 것은 아닐 것이다. ‘발행’의 개념을 이처럼 제한적으로 이해한다면, 전자어음의 발행의무가 있는 법인사업자는 원인관계에서 발생한 확정적 채무의 지급수단으로 어음을 발행할 경우 반드시 전자어음으로 발행하여야 하고, 발행된 전자어음과 관련하여 집행권원을

미리 작성할 필요가 있다면 채무변제계약공정증서 등의 협의의 집행증서를 작성하면 될 것이다. 반면 이들 법인사업자가 장차 발생할 불확정적인 채무의 담보를 위하여 어음을 발행하고자 한다면 이는 전자어음법 제6조의2에 규정된 ‘발행’에 해당하지 않으므로 종이어음으로 발행할 수 있고, 이에 관하여 미리 집행권원을 마련해두고자 한다면 어음공정증서를 작성할 수도 있을 것이다. 이와 같은 해석론만으로 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자로 하여금 어음공증제도를 전면적으로 이용할 수 있도록 보장해 줄 수는 없겠지만 일단 법 개정이 이루어질 때까지라도 임시변통은 가능할 것이다.

VII. 결 론

전자어음법상 전자어음의 발행의무에 관한 규정은 앞에서 본 것처럼 단속규정에 불과하다. 따라서 이에 위반하여 종이어음이 작성되었다 하더라도 그 사법상의 효력에는 아무런 문제가 없다. 2014년 전자어음법이 개정되어 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자의 범위가 대폭 확대되면서 전자어음법을 위반한 종이어음이 어음공증의 대상이 되기 시작하였다. 종전에는 아무런 문제 없이 어음공정증서를 작성해 주던 어음이었지만 전자어음법의 적용 범위가 확대되면서 공증인들은 공증인법 제25조 제1호 위반 문제를 고려하지 않을 수 없게 되었다. 이 글에서는 이런 어음에 대하여 어음공증이 가능할지 알아보기 위하여 어음공증의 본질론과 관련된 내용들을 검토해 보았다. 어음공정증서는 단지 어음의 진정성립만을 증명하는 것이 아니라 어음이 실질적으로도 아무런 하자 없이 발행되었다는 것을 증명하기 위한 증서이다. 일각에서는 어음발행행위가 완료된 후에 증서가 작성되는 어음공증의 특성상 어음발행 당시의 법령위반이 어음공정증서 작성에 영향을 미치지 않는다고 주장하지만, 어음공정증서의 증명사항을 이와 같이 보는 이상 어음의 발행과 관련된 전자어음법 위반이 어음공정증서의 심사대상이 되는 것은 부득이하다고 생각한다.

공증인이 전자어음법 제6조의2를 위반한 종이어음에 대하여 어음공정증서를 작성해 주더라도 공증인법 제25조는 훈시규정에 불과하므로 집행권원으로서 완전히 유효한 효력을 갖는다는 점은 이미 살펴본 바와 같다. 그럼에도 공증인은 이러한 어음에 관한 어음공정증서 작성의 촉탁을 반드시 거절하여야 하는가? 공증인법 제25조에 비추

어보면 일단 그렇다고 할 수밖에 없다. 하지만 현실론으로서 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자의 어음공증 요구를 외면한다는 것도 쉬운 일은 아니다. 이를 외면한다면, 특히 향후 발생할 불확정적 채무에 관하여 담보를 위하여 어음을 발행하고자 하는 경우 이들은 어떠한 집행증서도 미리 작성해둘 수 없게 된다. 이러한 상황에서 전자어음법 제6조의2의 ‘발행’을 원인관계상의 확정채무 지급을 위하여 어음을 발행하는 경우만을 의미하는 것으로 해석하면, 불완전하나마 하나의 해법이 될 수 있다.

하지만 전자어음법 제6조의2가 대상 법인사업자의 종이어음 발행을 아무런 유보 없이 전면적으로 금지하는 규정형식을 취하고 있기 때문에 위와 같은 해석도 시비에 휘말릴 가능성이 있다. 그러다 보면 공증인들도 공증인법 제25조 위반에 관한 우려로 앞서 본 해석론에 의하면 어음공증이 가능한 경우라도 증서 작성을 기피하게 될 것이다. 이러한 문제들을 근본적으로 없앨 수 있는 유일한 방법은 향후 조속한 시일 내에 전자어음법을 개정하는 것뿐이다. 우선 전자어음법에 의하여 발행한 전자어음에 부착하여 전자적 방식으로 작성하는 전자어음공정증서 제도를 마련하는 것이 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 하지만 이러한 제도를 도입하기 위한 법적, 제도적 기반이 마련되는 데는 아직 많은 시일이 필요할 것으로 보인다. 결국, 조속한 시일 내에 문제를 해결할 수 있는 방안은 어음공정증서 작성을 위하여 종이어음을 발행하는 것을 전자어음 발행의무의 예외로 인정해 주는 내용으로 전자어음법을 개정하는 것뿐이라 할 것이다.

또한, 법무부도 공증인이 앞서 제시한 해석이 허용하는 범위 내에서 어음공정증서를 작성한 경우라면 이를 공증인법 제25조 위반이라는 이유로 징계의 대상으로 삼아서는 아니 될 것이다. 나아가 법 개정 전에 전자어음 발행의무가 있는 법인사업자들이 집행증서를 받지 못하는 일이 없도록 적극적으로 위 해석에 따라 증서 작성이 가능한 범위에 관하여 지침을 마련하여 공증인들에게 하달하는 것도 좋은 방안이 될 것이다. 