

임명공증인의 소송사건 수임제한에 관한 법적 근거

- 법무부 유권해석을 중심으로 -

정 형 근

공증인가 법무법인 한미 공증담당변호사
(전 경희대학교 법학전문대학원 교수)

I. 임명공증인의 소송사건 수임 여부에 관한 법무부 유권해석

법무부는 2022. 10. 경 임명공증인이 소송사건을 수임할 수 있는지 여부 및 임명공증인으로 임명되기 이전에 수행한 사건과 관련하여 의뢰인의 채권의 소멸시효 만료기간이 얼마 남지 않았음을 이유로 검직금지의 예외로서 법무부장관의 허가가 가능한지에 관한 질의에 대하여 아래와 같이 회신하였다.¹⁾

□ 질의요지

1. 임명공증인이 소송을 수임할 수 있는지 여부
2. 임명공증인으로 임명되기 이전에 수행한 사건과 관련하여 의뢰인의 채권의 소멸시효 만료기간이 얼마 남지 않았음을 이유로 검직금지의 예외로서 법무부장관의 허가가 가능한지 여부

1) 법무부 법무과, 공증 관련 질의회답 사례, 2022. 10., 71면.

□ 답변

〈질의 1.에 대한 답변〉

- 임명공증인은 법무부장관이 임명하는 국가공무원에 해당하며, 공증인법 제6조2)에 의하여 겸직이 금지됩니다.
- 따라서, 국가공무원에 해당하는 공증인으로 임명된 변호사는 공증사무 외 일반 소송 사건을 수임하는 등 변호사 업무를 할 수 없습니다.

〈질의 2.에 대한 답변〉

- 겸직금지의 예외로서 허가를 구하는 소송사무가 다른 변호사가 아닌 질의인 본인에 의해서만 수행되어야 한다는 사정이 있다고 할 수 없는 점, 소멸시효는 재판상·재판 외 청구(최고)에 의하여 중단되므로 급박한 사정이 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 겸직금지의 예외가 인정되지 아니합니다.

Ⅱ. 임명공증인의 겸직 제한에 관한 법무부 유권해석 쟁점

1. 법령소관기관의 유권해석

누구든지 법령 등의 내용에 의문이 있으면 법령을 소관하는 중앙행정기관의 장(이하 “법령 소관기관”이라 한다)에게 법령해석을 요청할 수 있다(행정기본법 제40조 제1항). 「법제업무 운영규정」[대통령령 제33605호, 2023. 6. 27., 일부개정]은 법령해석과 관련한 사항을 정하여 법령해석의 절차적 정당성을 확보하고 있다.³⁾ 정부유권해석 중 법무부는 민사·상사·형사, 행정소송, 국가배상 관계 법령 및 법무부 소관 법령과 다른 법령의 벌칙조항에 대한 해석을 관장하고, 나머지 사항은 정부입법의 총괄기관인 법제처가 맡고 있다.⁴⁾

- 2) 공증인법 제6조(겸직금지) 공증인은 다른 공무를 겸하거나 상업을 경영하거나 또는 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자나 사용인이 될 수 없다. 다만, 법무부장관의 허가를 얻은 때에는 예외로 한다.
- 3) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 410면.
- 4) 「법제업무 운영규정」 제26조(법령해석의 요청) ① 중앙행정기관의 장은 지방자치단체의 장 또는 민원인으로부터 법률적 판단이 필요한 질의를 받는 등 법령을 운영·집행하는 과정에서 해석상 의문이 있는 경우에는 행정운영의 적법성과 타당성을 보장하기 위하여 「행정기본법」 제40조 제3항에 따른 법령해석 업무를 전문으로 하는 기관(민사·상사·형사, 행정소송, 국가배상 관계 법령 및 법무부 소관 법령과 다른

법무부장관은 공증인을 감독하며(공증인법 제78조), 공증인의 부적절한 직무수행에 관하여 주의를 촉구하거나 적절하게 직무를 취급하도록 지시하는 등으로 감독권을 행사한다(공증인법 제79조). 따라서 법무부장관이 공증인법상 검직 제한에 관한 유권해석을 한 것은 적법하다.

법령해석에 관한 유권해석이 구속력을 갖는지 문제된다. 행정기본법이나 다른 법령에 구속력이 있다고 명시하는 규정이 없으므로, 국민이나 행정기관에 대하여 법적 구속력을 갖는다고 할 수 없다.⁵⁾ 대법원 역시 유권해석이 법원을 구속하지 않는다고 하였으며,⁶⁾ 헌법재판소도 같은 입장이다.⁷⁾

법제처는 정부유권해석과 달리 집행할 경우 부적절한 집행으로 인한 징계나 감사원의 감사 등을 통한 책임문제가 제기될 수 있으므로 유권해석은 관계 행정기관에 대한 사실상의 구속력을 가진다고 한다.⁸⁾ 이런 법리는 법무부의 유권해석에도 동일하게 적용된다고 할 것이다. 유권해석은 개별적인 질의에 대한 회신 또는 업무처리 ‘지침’과 같은 행정규칙 형태로 행해질 수 있다.

법무부는 2013년부터 「공증사무지침」을 제정·시행 중인데, 이 지침은 공증인법상 여러 관련 사항을 유권해석한 행정규칙의 일종이라 할 수 있다. 법무부장관은 2013. 10. 1. 공증인의 ‘집행증서’⁹⁾ 작성사무에 관한 사항을 정하여 그 사무의 적절성과 공정성을 확보하고 집행증서 작성 과정에서 집행채무자의 권리가 부당하게 침해되는 것을 방지함을 목적으로 「집행증서 작성사무 지침」을 제정하였다. 이는 공증인의 감독기관인 법무부장관이 상위 법령의 구체적인 위임 없이 공증인이 직무수행에서 준수하여야 할 세부적인 사항을 규정한 행정규칙이다.¹⁰⁾ 위 지침 제4조는 공증인법 제4조 제1항에서 정한 촉탁 거절의 ‘정당한

법령의 별칙조항에 대한 해석인 경우에는 법무부를 말하고, 그 밖의 모든 행정 관계 법령의 해석인 경우에는 법제처를 말한다. 이하 “법령해석기관”이라 한다)에 법령해석을 요청하여야 한다.

- 5) 홍정선, 행정기본법 제2판, 박영사, 2022, 291면.
- 6) 법원이 국세예규심사위원회의 유권해석에 구속되는 것은 아니므로 동 위원회에서 의결된 “가정형”에 관한 유권해석에 따르지 아니하였다 하여 이를 위법이라고 할 수 없다(대법원 1986. 10. 28. 선고 85누 808 판결 [특별소비세부과처분취소]).
- 7) 이 사건 유권해석은 소득세법 규정의 해석 등에 관한 청구인의 민원을 검토한 후 그에 대한 의견을 회신한 것에 불과할 뿐, 그로 인해 청구인의 법적 지위 또는 권리의무에 직접 영향을 미친다고 할 수 없으므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 정하는 공권력 행사에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 2022. 8. 23. 2022헌마1109 기획재정부 유권해석 위헌확인).
- 8) [정부유권해석의 효력] <https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10106010000> [2024. 7. 27. 방문].
- 9) 이는 법령상 용어는 아니고 강제집행을 승낙하는 의사표시가 기재되어 민사집행법에 따른 강제집행의 집행권원이 되는 공정증서를 강학상, 실무상으로 지칭하는 용어이다.
- 10) 피고가 이 사건 지침 제4조와 같은 사항을 직무상 명령으로 발령하기 위해서는 법령에 뚜렷한 위임근거가

이유'로 포섭할 수 있는 구체적인 사안 유형에 관하여 피고(법무부장관)가 감독기관으로서 해석의견을 제시한 것이다. 그런데 위 지침 제4조는 법률이 허용하는 쌍방대리 형태의 촉탁 행위에 대하여 '대부업자 등'의 금전대부계약에 따른 채권·채무에 관한 경우에는 행정규칙의 형식으로 일반적으로 공증인에게 촉탁을 거절하여야 할 의무를 부과하는 것이어서 '법률 우위원칙'에 위배되어 무효라고 할 수 있다.¹¹⁾ 그 결과 위 지침 위반을 이유로 한 과태료 부과 징계처분은 취소되었다.¹²⁾ 또한 법무부가 「공증사무지침」의 일종인 「징계전력자의 공증인 임명 등 제한기준」에 근거한 공증 재인가 불허처분도 취소된 바 있다.¹³⁾ 이런 사례에서 알 수 있듯이, 법무부가 공증인에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정할 수 있지만, 그 지침이나 해석·적용이 법치행정의 원칙과 위임입법의 법리 등에 부합되는지 여부를 엄격하게 검토할 필요가 있다.

2. 공증인의 법적 지위(공무수탁사인)

공증인은 변호사와 달리 어느 일방 의뢰인의 대리인이 아니라 관련 당사자 모두를 위하여 복잡하고 중요한 법적 사무를 독립적이고 공정한 위치에서 조력하는 전문가에 해당된다. 공증인은 그 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 본다(공증인법 제2조). 공증인이 그 직무에 관하여 작성한 공정증서나 인증서를 타인이 위조하면 공문서위조죄가 되고(형법 제225조), 공증인이 허위 내용으로 공증하면 허위공문서작성죄가 되며(형법 제227조),¹⁴⁾ 그 밖에 국가배상법의 적용에 있어서도 공증인을 공무원으로 본다.¹⁵⁾

있어야 할 것인데, 공증인법에는 이에 관한 위임근거를 찾아볼 수 없고, 피고는 다른 법령상의 위임 근거도 제시하지 못하고 있다(서울고등법원 2020. 6. 12. 선고 2019누64527 판결 [과태료부과처분취소]).

11) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2020두42262 판결 [과태료부과처분취소].

12) 피고(법무부장관)는 2017. 10. 8. '원고 2 등이 피고의 직무상 명령인 「집행증서 작성사무 지침」 제4조 제3호를 위반함으로써 공증인의 직무를 위반하였다.'라는 이유로 공증인법 제82조 제1항 제2호, 제83조 제3호, 제84조 등에 따라 원고 ○○법무법인과 원고 5에게는 과태료 300만 원, 원고 2, 원고 3, 원고 4에게는 각 과태료 200만 원의 각 징계처분을 하였다(서울행정법원 2019. 10. 25. 선고 2019구합51000 판결 [과태료 부과처분취소]).

13) 위 기준에 해당하지 않음에도 과거 징계전력을 기준으로 재인가를 제한하는 것은 특별한 사정이 없는 한 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다고 할 것이다(서울고등법원 2016. 5. 27. 선고 2015누58937 판결 재인가제외처분취소).

14) 공증담당 변호사가 법무사의 직원으로부터 인증촉탁서류를 제출받았을 뿐, 법무사가 공증사무실에 출석하여 사서증서의 날인이 당사자 본인의 것임을 확인한 바 없음에도 마치 그러한 확인을 한 것처럼 인증서에 기재한 경우, 허위공문서작성죄가 성립한다고 한 사례(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도3844 판결 [허위공문서작성·허위작성공문서행사]).

공증인이 공무원 신분을 갖게 됨에 따라 다른 공무원처럼 정년제도를 도입하는 것이 당연하다는 지적도 있다.¹⁶⁾ 아울러 공증업무의 감독관청인 법무부장관의 공증인의 직무수행에 대한 감독(공증인법 제79조)과 서류 등의 검열(공증인법 제80조)이 있다.¹⁷⁾ 또한 겸직 제한과 같은 규제도 받는다.

공증사무는 국가 사무로서 공증인 인가·임명행위는 국가가 사인에게 특별한 권한을 수여하는 행위이다.¹⁸⁾ 공증사무는 분쟁을 사전에 예방하는 역할을 하거나 이미 발생한 분쟁에 대한 강력한 증거를 마련하는 역할을 한다. 나아가 공증인이 작성한 공정증서 중 일부는 집행권원이 되기도 한다(공증인법 제56조의2 등). 따라서 공증인이 공무원의 지위를 가진다고 할 때, 보다 구체적으로는 공증인은 법령에 의하여 위임을 받은 특정한 행정권한을 자신의 명의로 책임으로 행사할 수 있는 권한을 가진 공무수탁사인이라고 할 수 있다.¹⁹⁾ 국가는 그 임무를 국가기관이 직접 수행할 수도 있고, 임무의 기능을 민간 부문으로 하여금 수행하게 할 수도 있다.²⁰⁾ 국가는 공증업무를 변호사 자격을 가진 공무수탁사인에게 수행하도록 하며, 검사나 등기소장도 공증업무를 할 수 있도록 한다(공증인법 제77조).

공무수탁사인은 행정기본법, 행정심판법, 행정소송법 등의 법률에서 행정처분을 하는 행정청의 지위로 규정되어 있다. 행정청은 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(행정심판법 제2조 제4호, 행정소송법 제2조 제2항). 이와 달리 공무수탁사인은 공무수행을 사실상 보조하는 ‘공무원’의 지위를 갖기도 한다. 공무수탁사인은 종래에는 행정주체의 일종으로 분류되었지만, 오늘날에는 행정청의 역할이 강조되고 있다.²¹⁾

공무수탁사인은 자연인, 사법인 또는 법인격 없는 단체일 수도 있다.²²⁾ 따라서 임명공증인은 자연인이고, 인가공증인은 법무법인·법무법인(유한)·법무조합과 그에 소속한 공증담당 변호사가 이에 해당된다.²³⁾ 만약 공무수탁사인이 공무수탁의 법률요건을 더 이상 충족하지

15) 현재 2022. 11. 24. 2019헌마572 공증인법 제10조 제2항 등 위헌확인.

16) 법무부 법무과, “공증인법 개정의 배경 및 주요내용”, 대한공증협회지 통권 제3호, 2010, 6면.

17) 박종순, “공증인에 대한 정제와 관련한 약간의 고찰”, 공증과신회 통권 제15호, 2022, 10면.

18) 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결 [인가공증인인가신청반려처분취소청구의소]; 현재 2022. 11. 24. 2019헌마572 공증인법 제10조 제2항 등 위헌확인.

19) 정형근, 행정법 제12판, 도서출판 정독, 2024, 62~63면; 하명호, 행정법 제6판, 박영사, 2024, 55면.; 홍준형, 행정법 제2판, 법문사, 2017, 76면.

20) 현재 2007. 6. 28. 2004헌마262 지적법제41조의3위헌확인.

21) 정남철, 한국행정법론 제4판, 법문사, 2024, 42면.

22) 김남철, 행정법강론 제10판, 박영사, 2024, 86면.; 박균성, 행정법강의 제21판, 박영사, 2024, 66면.

23) 우리나라는 임명공증인, 인가공증인 모두 변호사 자격이 있어야 하지만, 미국에서는 변호사 자격자일

않거나 법정사실이 발생한 때는 그 직무수행이 제한되거나 위임된 사무가 취소 또는 박탈될 수 있다.²⁴⁾

3. 임명공증인의 소송사건 수입 제한 관련 유권해석의 문제점

가. ‘소송’을 수입

임명공증인의 소송사건 수입 제한과 관련한 법무부의 질의회답 중 ‘소송을 수입’이라고 한 용어는 변호사법상 적절하지 않다. 사건수입을 공증인법은 ‘소송사건’(litigation case)이라 표현하고,²⁵⁾ 변호사법은 ‘수입사건’(Cases Accepted)이라고 하면서 그 수입대상을 법률사건(legal case) 또는 법률사무(legal affair)라고 한다. 다만, 변호사법은 ‘법률사건’과 ‘법률사무’를 엄격히 구분하지 않고 있다.²⁶⁾ 이 글에서는 공증인법과 유권해석에서 사용한 용어를 참고하여 ‘소송사건’이라고 부르기로 한다.

나. 임명공증인은 ‘국가공무원’

법무부는 임명공증인을 ‘국가공무원’이라고 하지만 의문이다. 공증인은 그 직무에 관하여 공무원의 지위를 가진다는 규정을 신설할 당시 국회 법제사법위원회 검토보고서는 “임명공증인은 해석상 공무원의 지위를 가지는 것”이라고 밝히고 있다.²⁷⁾

국가·지방공무원의 구별기준은 국가에 의하여 선임되는 공무원을 국가공무원, 지방자치단체에 의하여 선임되는 공무원을 지방공무원으로 구별한다.²⁸⁾ 한편, 「공무원의 노동조합

것이 요구되지 않는다(이상석, “미국의 공증제도와 등기제도 소개”, 공증과신뢰 통권 제9호, 2016, 239면).

24) 정하중·김광수, 행정법개론 제16판, 법문사, 2022, 63면.

25) 공증인법 제15조의9(변호사 업무와의 관계) 인가공증인은 해당 법무법인등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여 다음 각 호와 같은 공증업무를 수행할 수 없다.

1. 법률행위나 그 밖에 사건에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성
2. 어음·수표 또는 이에 부착된 보충지에 강제집행할 것을 기재한 증서의 작성
3. 법인의 등기 절차에 첨부되는 의사록의 인증
4. 「상법」 제292조 및 그 준용규정에 따른 정관의 인증

26) 정형근, 변호사법 주석 개정2판, 도서출판 정독, 2022, 45면.

27) 국회 법제사법위원회 전문위원 강경필, 공증인법 일부개정법률안 검토보고(2008. 11.), 4면.

28) 박세진, “국가공무원과 지방공무원간의 관계연구”, 입법자료[1991. 8.].

설립 및 운영 등에 관한 법률」 제2조에서는 국가공무원과 지방공무원을 함께 “공무원”으로 정의하고 있다.

법무부장관이 임명공증인을 임명하기에 국가공무원이라고 하지만, 다른 법령에서 공증인을 국가공무원으로 분류하고 있는 예는 찾아보기 어렵다.²⁹⁾ 공무수탁사인을 공무원으로 인정하는 학설에서도 국가·지방공무원으로 분류하지는 않는다. 따라서 공증인은 그 직무가 공무에 해당될 뿐 국가공무원법상 공무원은 아니라는 견해가 타당하다.³⁰⁾

헌법재판소 역시 공증인은 공증사무에 한하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 의제될 뿐, 국가공무원법이나 지방공무원법상 공무원에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.³¹⁾ 공증인은 국가배상법 제2조의 공무원에도 해당하는데,³²⁾ 국가배상법은 “공무원 또는 공무를 위탁받은 사인”을 “공무원”이라고 한다. 따라서 임명공증인은 공무원의 지위를 가질 뿐 국가공무원은 아니다.

다. 소송사건 수임제한의 근거인 ‘공증인법 제6조(검직 제한)’

법무부는 임명공증인의 소송사건 수임제한의 근거를 공증인법 제6조(검직 제한)를 들고 있는데, 신중한 검토가 필요하다. 소송사건의 수임제한은 국민에게는 변호사 조력을 받을 기본권을 제한하고, 변호사에게는 직업의 자유를 침해할 수 있다.³³⁾ 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항). 행정은 법률의 수권이 있는 경우에만 국민의 자유와 재산을 제한할 수 있으며, 그 적용 대상자가 그 규제 내용을 미리 알 수 있도록 분명하게 규정하여 장래의 행동지침으로 삼을 수 있도록 명확해야 한다.³⁴⁾ 따라서 임명공증인의 검직 제한 규정에서 소송사건의 수임제한 내용이 분명하게 규정되어 있어야 한다.

29) 국가공무원총정원령 제2조(총정원) ①행정기관에 두는 국가공무원 정원의 최고한도(이하 “총정원”이라 한다)는 32만9,503명으로 한다.

30) 신정식, 공증인법개설 수정증보, 삼화문화사, 2017, 4면.

31) 헌재 2022. 11. 24. 2019헌마572 공증인법 제10조 제2항 등 위헌확인.

32) 헌재 2022. 11. 24. 2019헌마572 공증인법 제10조 제2항 등 위헌확인.; 공증인은 공증인법의 규정에 비추어 볼 때에 실질적 의미에 있어서 국가공무원의 공권력을 행사하고 있으므로 국가배상법 2조 소정의 공무원에 해당한다(서울고등법원 1975. 7. 11. 선고 75나425 판결 손해배상).

33) 정형근, “변호사의 이익충돌회피의무”, 경희법학 제46권 제2호, 2011. 6., 204면.; 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 인권과정의 통권 447호, 2015. 2., 98면.

34) 성낙인, 헌법학 제22판, 법문사, 2022, 1096면.; 한수웅, 헌법학 제13판, 법문사, 2024, 494면.

공증인법상 겸직 제한 규정은 “공무를 겸하거나 상업을 경영할 수 없고, 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인”이 되는 것이다. 그러나 ① 변호사의 소송 사건 수임과 처리는 민법상 위임계약 관계에 해당되므로,³⁵⁾ ‘공무’를 겸직하는 것이 아니다. ② 그러면 ‘상업을 경영’하는 것인지 문제된다. 변호사법과 대법원은 변호사의 직무수행이 영리를 추구하는 상인의 영업활동이 아니라고 한다.³⁶⁾ 그 때문에 소송사건 수임이 ‘상업 경영’에도 해당되지 않는다. ③ 마지막으로 ‘상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인’ 요건에 해당되는지 검토해야 한다. 변호사법은 1982년부터 법무법인은 영리를 목적으로 하는 법인에 해당되지 않는다고 명시하였고, 현재도 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되어 그 대표자가 되거나 변호사 직무를 행하는 것은 상업이나 영리 목적의 활동이 아니라고 한다.

따라서 공증인법상 겸직 제한 규정은 임명공증인의 소송사건 수임금지에 관한 근거가 될 수 없다. 그럼에도 공증업무의 적절성과 신뢰성 제고를 위한 임명공증인의 필요성,³⁷⁾ 소송사건의 수임도 병행할 수 있는 인가공증인을 별도로 인정하고 있는 점, 임명공증인이 소송사건을 수임하여 처리하기 어려운 근무여건 등을 고려하면, 법무부 유권해석의 법적 근거는 적합하지 않지만, 그 결론은 타당하다고 본다.

이 글에서는 공증인법과 변호사법에서 공증업무에만 전념하는 임명공증인을 두고 있는 그동안의 입법 연혁과 그 취지 등을 고려하여, 현행 공증인법상 겸직 제한의 요건과 개선할 점, 변호사법상 변호사의 직무의 공공성과 상인성 여부 등을 고찰한 후에 임명공증인의 소송사건 수임제한의 법적 근거와 입법론을 제시하려고 한다.

Ⅲ. 공증인법상 겸직 제한의 연혁과 그 요건

1. 공증인법 제6조(겸직 제한)의 연혁

1961. 9. 23. 법률 제723호로 제정·시행된 공증인법은 국가재건최고회의(1961~1963) 법제

35) 김준호, 민법강의 제30판, 법문사, 2024, 1040면.; 송덕수, 신민법강의 제17판, 박영사, 2024, 1335면.

36) 대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정 [등기관처분에대한이의].

37) 이미 20년 전부터 변호사의 대량 배출에 따라 변호사를 통한 국민의 법률서비스 수요가 충분히 해소되고 있으므로 공증업무 담당자는 국가사무인 공증업무에만 전념하는 전업 공증인으로 일원화할 필요가 있다는 견해가 있다(염웅철, “변호사 겸업 공증인제도의 문제점 및 개선방안”, 법률신문 2003. 3. 6.자).

사법위원장이 제출한 법률안이다. 그 제안 이유를 보면, “구법령정리사업의 하나로써 공증인의 지위와 그 공증사무처리를 적절히 규율하여 공증인제도를 확립하기 위하여 제안하는 것임”이라고 했다. 공증인법의 제정으로 朝鮮公證令(조선공증령)이 폐지되고 「朝鮮公證會(조선공증회)」도 폐지되었다.³⁸⁾ 국가재건최고회의에서 제정된 법률은 대부분 법률안의 검토보고서 또는 회의록이 남아 있지 않아서 입법과정은 정확히 알 수 없는데, 공증인법도 마찬가지다.

그때 제정된 공증인법 제6조는 “검직금지”라는 제목으로 “공증인은 다른 공무를 겸하거나 상업을 경영하거나 또는 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자나 사용인이 될 수 없다. 단 법무부장관의 허가를 얻은 때에는 예외로 한다.”라는 규정을 두었다. 이 규정은 일본 공증인법 제5조의 검직 제한 내용을 참고한 것이었다.³⁹⁾ 1961년 공증인법이 제정될 당시에는 현재의 임명공증인과 같은 전업 공증인만이 존재하였다. 그래서 검직 제한도 임명공증인에 대한 것이었다.

1970. 12. 31. 법률 제2255호로 개정된 공증인법 부칙의 ‘경과조치’로 「제6조의 규정에 의한 “공무”에는 선거에 의한 공무원의 직무는 제외된다.」는 조항이 신설되었다. 국회의원이거나 지방의회의원으로 당선된 경우에 검직 제한을 받지 않는다는 것이다. 그러나 2013년 개정된 국회법은 국회의원은 국무총리 또는 국무위원의 직 이외에는 다른 직을 겸직할 수 없도록 하였다(국회법 제29조). 국회의원의 특혜로 인식되어 온 검직을 제한하고 의정활동에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위함이었다. 따라서 국회의원은 변호사는 물론 공증인 역시 겸직할 수 없게 되었다.⁴⁰⁾

2008. 12. 19. 법률 제9138호로 개정된 공증인법에 공증인이 그 직무에 관하여 공무원의 지위를 가짐을 명문화하였다.⁴¹⁾ 공증인이 공무원의 지위를 갖게 됨에 따라 공무원법처럼

38) 국회 의안정보시스템 <https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=003562> [2024. 7. 26. 방문].

39) 일본 公証人法 第五条 公証人ハ他ノ公務ヲ兼ネ 商業ヲ営ミ又ハ商會社若ハ營利ヲ目的トスル社団法人ノ代表者若ハ使用人ト為ルコトヲ得ス。但シ法務大臣ノ許可ヲ得タルトキハ此ノ限ニ在ラス.

40) 정형근, 법조윤리강의 제13판, 도서출판 정독, 2024, 116면.

41) 국회 법제사법위원회 전문위원 강경필, 공증인법 일부개정법률안 검토보고(2008. 11.), 4면은 “현행법에 따른 공증사무는 「공증인법」에 따라 법무부장관이 임명하는 공증인과 「변호사법」에 따라 공증업무를 수행하고 있는 공증담당 변호사가 각각 수행할 수 있는 이원적인 체계로 되어 있음. 이에 따라 개정안은 「공증인법」에 따른 임명공증인은 해석상 공무원의 지위를 가지는 것으로 되어 「국가배상법」이나 「형법」의 적용에 있어 공무원으로서의 엄격한 책임을 지게 되나, 공증담당 변호사는 공무원으로서의 책임이 발생하지 여부가 분명하지 않으므로 공증담당 변호사의 경우에도 공무원으로서의 책임을 지게 하기 위하여 「공증인법」에 공증인이 공무원임을 규정하여 법무법인 등 및 그 구성원의 공증에 관한 업무 및 그 감독과 징계에 관하여 「공증인법」을 준용하도록 규정하고 있는 「변호사법」에 따라 공증담당 변호사도 공무원으로서의 책임을 지도록 하고자 하는 것임.”이라고 한다.

직무전념의무 차원에서 겸직 제한의 의미가 더욱 커졌다. 공무원의 겸직 제한의 중요한 근거는 공직자의 직무전념성 보장과 이해충돌방지에 있다.⁴²⁾

2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정된 공증인법 제6조 겸직 제한에 관한 본문과 단서를 개정하였다.⁴³⁾ 본문에서는 기존의 ‘공증인’에서 ‘임명공증인’으로 변경하였다. 즉, “임명공증인은 다른 공무(公務)를 겸하거나 상업을 경영할 수 없고, 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인이 될 수 없다.” 이는 공증인이 변호사업무를 병행함에 따라 공증보조자에 대한 의존성이 지나치게 높고, 근무지를 무단이석하는 등 부적절한 직무집행이 문제됨에 따른 것이었지만,⁴⁴⁾ 정작 임명공증인이 소송사건을 수임할 수 없다는 규정은 명시하지 않았다.

그리고 겸직 제한 규정의 단서에 “다만, 상시 근무가 필요하지 아니하고 공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무로서 법무부장관의 허가를 받은 경우는 그러하지 아니하다.”라는 내용을 신설하였다. 법무부장관이 겸직 제한을 허가하는 재량권을 행사함에 있어 그 기준을 구체적으로 제시한 의미있는 개정이다. 이런 과정을 거쳐서 겸직 제한 제도가 오늘에 이르게 되었다.

2. 임명공증인의 겸직 제한의 요건

가. 겸직 제한의 대상자

겸직 제한을 받는 자는 임명공증인(appointed notary public)이다.⁴⁵⁾ 임명공증인은 공증에 관한 직무를 수행할 수 있도록 법무부장관으로부터 임명을 받은 사람으로 통산하여 10년 이상 판사·검사·변호사 등 법원조직법 제42조 제1항의 직에 재직했던 사람이어야 한다.

42) 김나영, “공무원 겸직 제한 법제의 헌법적 타당성 검토 및 신고제로의 전환 제언”, 법과 정책연구 제23집 제3호, 2023. 9., 9면 이하.

43) 이때 개정된 공증인법은 종래 변호사법에서 규정하고 있던 공증 관련 규정을 폐지하고 공증 관련 법령 체계를 공증인법으로 일원화하였으며, 공증인을 법무부장관으로부터 임명받은 ‘임명공증인’과 법무부장관으로부터 공증인가를 받은 ‘인가공증인’으로 규정하여 공증인 체계도 통일적으로 규율하였다.

44) 국회 법제사법위원회 전문위원 강경필, 공증인법 일부개정법률안 검토보고(2009. 1.), 3면 이하.; 법무부 법무과, “공증인법 개정의 배경 및 주요내용”, 4면.

45) 임명공증인의 겸직 제한 제도 중 독일은 공증을 주된 직업으로 하는 사람을 전담공증인이라고 하고, 보수를 받는 다른 관직이나 자영업 등을 영위할 수 없도록 규제한다. 이사, 감사 혹은 기업의 자문역할 등 소득이 발생하는 부업은 해당 감독기관에 신청하여 허가를 받아야 가능하다(신주화, “독일 공증제도에 관하여”, 공증과신회 통권 제4호, 2011, 183-184면.)

임명공증인은 공무원의 지위를 갖지만, 국가의 예산 지원이나 일반 공무원처럼 국가로부터 급여를 받는 일이 없다.⁴⁶⁾ 오로지 자신의 출연으로 사무실을 개설·운영하며, 공증 수수료를 받아 비용과 보수에 충당한다. 이런 임명공증인을 자영전문직(a self-employed professional)이라고도 한다.⁴⁷⁾

반면, 인가공증인에 대한 겸직 제한은 공증인법에 존재하지 않는다. 공증담당변호사는 변호사법이 정하는 겸직 제한을 받는다. 이런 차이가 있는 것은 공증인법에 공증업무에만 전념하는 전업 공증인(임명공증인)을 둔 후 변호사법에 변호사 직무를 겸직할 수 있는 인가공증인을 추가로 신설하였기 때문이다. 1949. 11. 9. 법률 제63호로 제정·시행된 변호사법은 변호사의 겸직 제한 규정을 두었다.⁴⁸⁾ 이 역시 일본 변호사법에 있었던 규정을 참고한 것이다.⁴⁹⁾ 일본 변호사법은 2003년 변호사가 영리업무에 종사하는 것이 반드시 변호사 품위와 신용을 훼손하는 것이 아니라고 영리업무의 사전허가제를 폐지하고 신고제로 변경하였다.⁵⁰⁾ 이와 달리 우리나라는 여전히 겸직 허가제를 유지하고 있다.

현행 변호사법 제38조에 규정된 겸직 제한은 공증인법 제6조와 비슷한 내용이지만,⁵¹⁾ 변호사법의 규정이 훨씬 구체적이다. 따라서 겸직 제한은 임명공증인은 공증인법 제6조로, 인가공증인은 변호사법 제38조에서 규율하고 있다.

46) 장재형, “한국 공증업계의 현황과 당면 과제”, 공증과신회 통권 제2호 2009, 134-135면.

47) 김교창, “변호사공증제도 전면 폐지해야 할까?”, 법률신문 2003. 11. 24.자.

48) 변호사법 제18조 변호사는 보수있는 공무원을 겸할 수 없다. 단, 국회 또는 지방의회의 의원이 되거나 혹은 관공서에서 촉탁한 직무를 행하는 것은 예외로 한다. 변호사는 소속변호사회의 허가를 받지 않으면 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이것을 경영하는 자의 사용인이 되거나 또는 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원, 취체역 또는 사용인이 될 수 없다. 제9조 제1항의 경우에는 제1항과 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

49) 일본 변호사법이 겸직 제한 규정에 변호사의 공직취임 제한을 두었던 것은, 변호사는 국민을 위하여 그 직책을 다할 것을 본질로 하는 직업이기 때문에 그 직무가 공정하고 성실하게 수행되기 위해서는 권력행사로부터 거리를 두어야 한다는 점, 겸직에 의하여 변호사의 사무수행에 장애가 발생할 우려가 있으므로 이를 방지하려는 취지였다. 그러나 2003년 개정된 변호사법은 변호사가 보수 있는 공직을 겸할 수 없다는 내용과 그 예외에 관한 규정을 삭제하여 현재는 이런 제한이 존재하지 않는다(정형근, 변호사법 주석 제2판, 448면).

50) 日本辯護士聯合會調査室, 條解 辯護士法 第5版, 弘文堂, 2019, 259면.

51) 변호사법 제38조(겸직 제한) ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸할 수 없다. 다만, 국회의원이거나 지방의회 의원 또는 상시 근무가 필요 없는 공무원이 되거나 공공기관에서 위촉한 업무를 수행하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 다음 각 호의 행위를 할 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것

2. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것

③ 변호사가 휴업한 경우에는 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다.

나. “다른 공무”의 겸직 금지

임명공증인은 다른 공무를 겸직(concurrently serve in public office)할 수 없다. 여기서 ‘다른 공무’란 임명공증인이 행하는 공무 외의 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 행하는 직무를 말한다. 임명공증인이 입법작용, 사법작용, 행정작용과 관련된 직무를 수행하는 것이 ‘다른 공무’의 겸직이다. 그런데 변호사법상 겸직 제한 규정에서는 ‘보수를 받는 공무원’을 겸할 수 없다’고 하면서 ‘상시 근무가 필요 없는 공무원’이 되는 것은 제한하지 않는다. 공증인 법에는 이런 규정이 없기 때문에 원칙적으로 보수 유무 또는 상시 근무 여부를 불문하고 공무원이 될 수 없다고 할 것이다. 다만, 상시 근무가 필요하지 아니하고 공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무로서 법무부장관의 허가를 받은 경우는 그러하지 아니하다(공증인법 제6조 단서)고 하므로, 법무부장관의 허가를 받으면 상시 근무가 필요하지 않은 공무원 겸직은 가능하다. 예컨대 임명공증인이 허가를 받아 공무원 의제 규정을 둔 위원회의 위원(행정심판위원회의 위원 등)으로 정기적으로 개최되는 회의에 참여하는 정도의 겸직을 할 수 있을 것 같지만, 합동사무소가 아닌 혼자 사무소를 운영하는 임명공증인은 이런 활동도 쉽지 않을 것이다.

공증인법 부칙은 「제6조의 규정에 의한 “공무”에는 선거에 의한 공무원의 직무는 제외된다.」고 한다. 그러나 국회의원은 국회법에서 공증인 겸직을 금지하고, 지방자치단체장은 상시 ‘공무를 겸’하는 자이고, 지방의회 의원은 상시 근무자는 아니지만 공증인의 직무수행을 방해하는 것에 해당된다고 할 것이라서 이 역시 겸직이 금지된다고 보아야 한다.

다. “상업을 경영”하는 겸직 금지

임명공증인은 상업을 경영(engage in commercial business)할 수 없다. 상법은 ‘상업’을 정의하지 않고 상업장부(제5장), 상업등기(제6장) 등에서 ‘상업’이라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 ‘상업’이란 상품을 거래하여 이익을 남기는 행위나 그 직업을 말한다. 일반적으로 영리를 목적으로 상업에 종사하는 자를 상인이라 하는데, 상법은 자기명의로 상행위를 하는 자를 상인이라고 정의한다. 상행위는 상인이 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 대외적인 거래활동을 지칭한다. 상법 제46조에 열거된 행위를 ‘영업으로’ 하는 경우는 기본적 상행위(상법 제46조)이고, 상인이 ‘영업을 위하여’ 하는 행위는 보조적 상행위(상법 제47조)이라고 한다.⁵²⁾ 상행위에는 언제나 영업성을 전제로 한다. 따라서 임명공증인은 영리를 목적으로

하는 상업을 경영할 수 없다. 상업을 경영하는 구체적인 행위유형은 국가공무원법 제64조(영리 업무 및 겸직 금지) 제2항 “영리를 목적으로 하는 업무의 한계는 대통령령등으로 정한다.”는 내용을 참고할 필요가 있다.⁵²⁾

라. “상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인”의 겸직 금지

‘상사회사’란 상행위를 영업으로 하는 것을 목적으로 설립된 사단법인을 말한다.⁵⁴⁾ 상사회사란 용어는 의용상법에서 유래된 것이다. 우리나라에서도 1890년대 후반에 민족자본에 의한 기업활동이 활기를 띠기 시작하면서 석유목면회사, 광신교역회사, 협상회사, 채과회사, 양잠회사 등과 같은 상사회사가 설립되었다.⁵⁵⁾ 의용상법은 상행위 이외의 영리행위(농업·어업 등)를 목적으로 하는 사단법인은 민사회사라고 하였다.⁵⁶⁾ 이런 기준에 따라 회사는 상법 제46조에 열거된 22개의 상행위를 목적으로 하는 상사회사와 그 밖의 영리를 목적으로 설립된 민사회사로 나눌 수 있다.⁵⁷⁾

상법은 “회사”란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다(상법 제169조)고 정의하여, 종래의 민사회사도 상법상 회사에 포함시키고 있다. 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사와 유한회사의 5종으로 한다(상법 제170조). 상법은 상사회사를 회사 종류 안에 포함시키지 않는 것을 알 수 있다.

민법은 영리를 목적으로 하는 민사회사를 설립할 때는 상사회사에 관한 규정을 준용하고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 상법이 ‘회사’ 개념 안에 민사회사를 포함하고 있기 때문에 민사회사와 상

52) 김흥기, 상법강의 제8판, 박영사, 2024, 17면.; 송옥렬, 상법강의 제14판, 홍문사, 2024, 100면.

53) 국가공무원 복무규정[시행 2024. 7. 2.] [대통령령 제34660호, 2024. 7. 2., 일부개정] 제25조(영리 업무의 금지) 공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무에 종사함으로써 공무원의 직무 능력을 떨어뜨리거나, 공무에 대하여 부당한 영향을 끼치거나, 국가의 이익과 상반되는 이익을 취득하거나, 정부에 불명예스러운 영향을 끼칠 우려가 있는 경우에는 그 업무에 종사할 수 없다.

1. 공무원이 상업, 공업, 금융업 또는 그 밖의 영리적인 업무를 스스로 경영하여 영리를 추구함이 뚜렷한 업무
2. 공무원이 상업, 공업, 금융업 또는 그 밖에 영리를 목적으로 하는 사기업체(私企業體)의 이사·감사 업무를 집행하는 무한책임사원·지배인·발기인 또는 그 밖의 임원이 되는 것
3. 공무원 본인의 직무와 관련 있는 타인의 기업에 대한 투자
4. 그 밖에 계속적으로 재산상 이득을 목적으로 하는 업무

54) 박윤직 편집대표, 민법주해 제1권 총칙(1), 박영사, 1996, 610면[홍일표 집필부분].; 김중환·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 181면.

55) 신장철, “개항후 식민지 시대의 한국 상사회사에 대한 연구”, 경영사연구 통권 제41호, 2006, 7면.

56) 송덕수, 민법총칙 제6판, 박영사, 2021, 607면.

57) 김흥기, 상법강의 제8판, 19면.; 이기수·최병규, 상법총칙·상행위법 [상법강의 I] 제9판, 박영사, 2022, 123면.

사회사를 구별하는 것은 무의미하다. 그래서 민사회사에 상사회사를 준용한다는 민법 제39조는 무의미하거나 삭제할 필요가 있다는 지적이 있다.⁵⁹⁾ 공증인법은 1961년 제정된 때부터 검직 제한 규정에서 상사회사라는 용어를 사용하고 있으므로 향후 상법에 따라 ‘회사’라고 함이 타당할 것이다.

“영리를 목적으로 하는” 사단법인이란 영리를 목적으로 하는 산업에 종사하는 행위를 설립목적으로 정한 법인을 말한다. 이는 법인이 영리적인 사업을 한다는 의미가 아니라 구성원(사원)의 이익을 목적으로 함을 의미한다.⁶⁰⁾ 영리성이란 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 말하고,⁶¹⁾ 판례 역시 마찬가지다.⁶²⁾ 영업성은 영리성, 계속성 및 영업의사를 그 요건으로 한다.⁶³⁾ 이 중 영리성은 돈을 버는 것이 주된 목적이어야 하며, 단순히 무상으로 공급하는 것이 아니라거나 또는 부수적으로 이익이 생기는 것만으로는 영리성이 인정된다고 할 수 없다.⁶⁴⁾ 대법원은 “영리를 목적으로 하는 업무라 함은 반드시 상법상의 상인요건으로서의 영업만을 지칭하는 것이 아니라 널리 일에 대한 대가를 취득하는 모든 업무를 포함한다고 할 것”이라고 판시한 바 있다.⁶⁵⁾

‘영리를 목적으로 하는 사단법인’인지 여부는 그 법인의 설립근거가 되는 법령을 고려하여 영리적인지 비영리 목적인지 여부를 판단한다. ‘사단법인’은 일정한 목적을 위하여 결합한 사람의 단체(사단)를 실체로 하는 법인을 말한다. 민법과 상법에 의하여 설립되는 ‘일반법인’과 그 외의 법률에 의하여 설립되는 ‘특수법인’이 있다.⁶⁶⁾ 법인의 구성원인 사원이 있는 사단법인만이 영리법인이 될 수 있으며, 재단법인은 이익을 분배해 줄 사원이 없기 때문에 이론상 영리법인이 될 수 없다.⁶⁷⁾

사단법인의 대표자는 대표이사, 이사, 임시이사, 특별대리인, 직무대행자, 청산인 등을 말한다.⁶⁸⁾ 그리고 ‘사용인’이란 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하는 자에 종속되어 대외

58) 민법 제39조(영리법인) ① 영리를 목적으로 하는 사단은 상사회사설립의 조건에 좇아 이를 법인으로 할 수 있다. ② 전항의 사단법인에는 모두 상사회사에 관한 규정을 준용한다.

59) 송덕수, 민법총칙 제6판, 607면.; 박윤직 편집대표, 민법주해 제1권 총칙(1), 610면[홍일표 집필부분].

60) 지원림, 민법강의 제21판, 홍문사, 2024, 103면.

61) 송옥렬, 상법강의 제14판, 18면.

62) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93다54842 판결 [대여금].

63) 정찬형, 상법강의요론 제19판, 박영사, 2023, 61면.

64) 송옥렬, 상법강의 제14판, 18면.

65) 대법원 1990. 10. 12. 선고 90누370 판결 [세무사검직불허처분취소].

66) 김준호, 민법총칙 제15판, 법문사, 2021, 107면.

67) 송덕수, 민법총칙 제6판, 606면.

68) 박윤직·김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2015, 187면.; 김중환·김학동, 민법총칙 제10판, 217면.

적인 영리활동을 보조하는 자를 말한다. 상법상 상업사용인에는 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인, 물건판매점포의 사용인이 있다.

임명공증인이 영리를 목적으로 하는 법인의 대표자나 사용인으로 겸직할 수 없도록 한 이유는, 본래 업무에 전념하도록 하려는 목적과 함께 영리법인의 종속적인 지위에서 만약 그 법인의 공증업무를 수행할 경우 업무의 공정성이 훼손될 우려도 있어서 이를 방지하기 위한 것이다.

3. 겸직 제한의 예외사유

다만, 상시 근무가 필요하지 아니하고 공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무로서 법무부장관의 허가를 받은 경우는 그러하지 아니하다(공증인법 제6조 단서). 공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무는 법무부장관의 허가를 받으면 겸직이 제한되지 않는다. 공증인의 직무수행을 방해하지 아니한 업무의 유형으로 ‘상시 근무가 필요하지 아니한 업무’를 제시하고 있다.

‘상시 근무’를 한다는 것은 공무원의 집무시간처럼 일정한 시간을 정해놓고 출·퇴근하면서 하는 업무를 한다는 것이다. 상시 근무가 필요하지 아니한 업무는 이론적으로 일시적이며, 잠정적인 업무를 말한다고 할 수 있지만, 이는 상당히 추상적이고 일률적인 기준을 제시하기 어렵다. 정부기관의 위원회에 비상임위원으로 회의에 참석하는 것은 상시 근무가 필요한 업무는 아니다. 또한 대학의 겸임교수로 한 학기 동안 특정 과목을 강의하는 것 역시 상시 근무가 필요하지 아니한 업무로 볼 수도 있다.

이처럼 일시적으로 외부 기관의 활동이라도 임명공증인 1인이 운영하는 사무소라면, ‘공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무’의 요건을 충족하기 어려울 수 있다. 공증인은 그 사무소에서 직무를 수행하여야 한다(공증인법 제17조 제3항). 공증인의 직무 외의 사유로 근무지를 무단이석하는 등 부적절한 직무집행이 문제되었던 사유로 2009년 개정된 공증인법 제6조(겸직 제한) 단서를 현재와 같이 구체적인 예외사유를 신설하였지만, 여전히 겸직 제한은 엄격히 유지된다고 할 수 있다.

4. 소 결

임명공증인이 소송사건을 수임하여 처리하는 행위가 겸직 제한의 대상이 되려면, 그것이

영리를 목적으로 하는 상업 경영에 해당되어야 한다. 임명공증인의 사건수임이 상사회사나 영리사단법인의 대표자나 사용인이 되는 것은 아니기 때문이다.

변호사에 대한 통상적인 인식은 ‘변호사를 선임한다’는 말보다 ‘변호사를 산다’고 한다. ‘변호사를 산다’는 것은 변호사의 전문적인 법적 지식과 실무경험 등을 구매한다는 것이다.⁶⁹⁾ 변호사와 의뢰인은 용역제공에 대한 대가를 지급하는 상거래 관계로 볼 수도 있어서 변호사는 법적 서비스를 제공하는 상인으로 일종의 사업자라 볼 여지도 있다. 변호사는 본질적으로 매출 증대에 힘쓰는 사업자라는 주장도 있는데,⁷⁰⁾ 이는 끊임없이 발생하는 변호사와 의뢰인 간의 수임료 분쟁, 전문학적인 수임료를 받아내는 탐욕적인 법조풍토 때문에 비롯된 것으로 보인다.

다음에 상세히 검토할 예정이지만, 변호사법은 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하고 있다. 헌법재판소는 변호사의 업무는 다른 어느 직업적 활동보다도 강한 공공성을 내포한다는 점을 인정하고 있다.⁷¹⁾ 대법원 역시 변호사의 직무 관련 활동이 상업적 경향이 있음을 인정하면서도 변호사는 상법상 당연상인은 물론 의제상인도 아니라고 판시하고 있다.⁷²⁾ 하급심 판결도 변호사의 자격을 가진 자가 변호사로서 등록하여 변호사로서의 직무를 수행하는 범위 내에서는 그 직무 수행은 상행위가 아니며 변호사는 상인이 될 수 없다고 한다.⁷³⁾

따라서 임명공증인의 소송사건 수임제한은 공증인법 제6조 겸직 제한의 내용인 ‘상업을 경영’하는 것이거나 ‘영리활동’이라고 할 수 없으므로, 공증인법 제6조(겸직 제한)는 임명

69) 정형근, 변호사법 주석 제2판, 14면.

70) 황승홍, “변호사의 공익활동의무”, 법과 사회 제26권, 2004, 242면.

71) 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마667 변호사법 제28조의2 위헌확인.

72) 대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정 [등기관처분에대한이의].

73) 상법에 대한 관계에서 특별법이라고 할 수 있는 변호사법은 변호사는 기본적인 인권을 옹호하고 사회 정의를 실현함을 사명으로 하며(제1조), 공공성을 지닌 법률전문가로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 행하며(제2조), 당사자 기타 관계인의 위임과 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 행함을 그 직무로 하는 것으로 규정하고 있고(제3조), 또 엄격한 자격을 지닌 자만이 변호사로 등록하여 변호사 직무를 수행할 수 있도록 하여 변호사가 아니면서 변호사의 직무를 행하는 자를 처벌하는 규정을 두고 있으며, 특히 제38조에서 겸직제한 규정을 두어 변호사가 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원, 이사 또는 사용인이 될 수 없는 것으로 규정하고 있어, 변호사가 변호사의 직무를 수행하는 것은 상업이나 영리를 목적으로 하는 업무가 아닌 것으로, 즉 상행위가 아닌 것으로 천명하고 있다고 보아야 할 것이고, 더 나아가서는 변호사가 변호사의 직무를 수행하는 것이 상행위가 되어서는 안 된다는 것을 천명하고 있다고 보아야 할 것이다 (서울지방법원 2003. 12. 17. 선고 2003비단19 결정 등기관처분에대한이의).

공증인의 소송사건 수입제한의 법적 근거가 되기 어렵다.

겸직 제한 제도는 일반적으로 그 직업 활동으로 나오는 수입으로 생활이 가능하다는 전제하에 도입된 측면도 있다. 그러나 소비생활과 가계지출 형태의 변화로 부업이 일상화 되고, 특히 디지털 기술 발달로 온라인상에서 유튜브(YouTube) 활동도 증가하는 등 저마다의 재능 활동으로 소득창출이 가능해진 시대 상황을 고려할 때,⁷⁴⁾ 본래의 직업 외의 다른 영리 활동을 제한하는 것은 한편으로는 개성신장의 자유를 제약하는 면도 강하기 때문에 겸직 제한 제도 역시 시대의 변화에 맞게 개선해 나갈 필요는 있다 하겠다.

Ⅳ. 변호사 직무의 공공성과 상인성 여부

1. 변호사 직무수행의 주체(등록한 변호사)

임명공증인의 소송사건 수입제한 문제는 임명공증인이 변호사 직무를 수행할 수 있음을 전제로 한다. 변호사가 사건수임 등의 직무를 하려면 변호사 자격등록과 개업신고를 해야 한다. 변호사로서 개업을 하려면 대한변호사협회에 등록을 하여야 한다(변호사법 제7조 제1항). 대한변호사협회에 등록을 하지 아니하고 변호사의 직무를 수행한 변호사는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(변호사법 제112조 제4호).

임명공증인이 되려는 변호사는 자격등록까지 해야 하는지 명확하지 않다. 공증인법 제12조는 “임명공증인에 임명될 수 있는 사람은 통산하여 10년 이상 「법원조직법」 제42조 제1항 각 호의 직에 재직했던 사람으로 한다.”고 규정하고 있다. 「공증인법 시행령」은 임명공증인 임명절차에서 제출할 서류로 경력증명서를 요구한다.⁷⁵⁾

74) 김나영, “공무원 겸직 제한 법제의 헌법적 타당성 검토 및 신고제로의 전환 제언”, 10면 이하.; 현재 공무원의 40% 이상을 차지하고 있는 MZ세대는 업무와 사생활의 분리를 추구하는 세대에게 본업과 무관한 겸직 제한은 합리적이지 않다고 여겨질 것이라고 한다.

75) 공증인법 시행령 제1조의2(임명공증인 임명절차) ① 「공증인법」(이하 “법”이라 한다) 제11조에 따라 임명공증인으로 임명받으려는 사람은 법무부령으로 정하는 임명신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 법무부장관에게 제출하여야 한다.

1. 주민등록표 등본 또는 초본
2. 이력서 및 경력증명서
3. 사무소의 설치 예정지를 적은 서류
4. 「공무원 채용신체검사 규정」에 따른 신체검사서

법무부의 「임명 및 인가공증인 모집 공고」에는 “변호사등록증명원(상세증명원 포함) 또는 경력증명서 등 1부”라고 되어 있다.⁷⁶⁾ 이런 점을 고려하면, 공증인 법령은 임명공증인의 임명 자격으로 대한변호사협회에 자격등록을 해야 할 것을 요건으로 하지 않는 것으로 보인다. 다만, 공증인의 직무가 변호사법상 ‘일반 법률 사무’에 해당된다고 할 것이라서 반드시 자격 등록을 하여야 한다는 견해도 있을 수 있다. 임명공증인이 된 변호사가 자격등록을 한 상태 라면 공증업무와 변호사 직무를 수행할 수 있는 병존적 지위를 갖는다.

아무튼 변호사 자격등록을 하지 않고 임명공증인이 되었다면, 변호사 직무수행은 할 수 없기에 소송사건 수입제한 문제도 발생하지 않는다. 다만, 검사나 등기소장이 공증인의 직무를 수행 하는 경우를 제외하고, 임명공증인의 존속요건으로 변호사 자격은 필요하다.

2. 직무의 공공성이 인정되는 전문자격사

가. 전문자격사와 입법형성권

국가가 공인하는 일정한 자격을 취득한 후 법이 부여하는 특정한 업무를 행하는 자를 전문자격사라고 한다. 변호사를 비롯한 변리사, 세무사, 법무사, 관세사, 공인노무사, 행정사, 공인중개사, 심판변론인 등의 개별법률(변호사법, 변리사법, 세무사법, 법무사법, 관세사법, 공인노무사법, 행정사법 등)에 의하여 자격사별로 고유한 직무사항이 정해져 있다.⁷⁷⁾ 헌법 재판소는 공증인 역시 관련 당사자 모두를 위하여 복잡하고 중요한 법적 사무를 독립적이고 공정한 위치에서 조력하는 ‘전문가’라고 한다.⁷⁸⁾

전문자격사를 개괄적으로 분류해 보면, ① 법률분야의 전문자격사는 변호사, 법무사, 변리사, ② 회계·세무 분야의 전문자격사는 공인회계사, 세무사, ③ 보건의료서비스 분야의 전문자격사로 의사, 약사, 간호사, ④ 기타 분야의 전문자격사는 관세사, 감정평가사, 건축사로 나눌 수 있다.⁷⁹⁾ 특히 법률사무 취급과 관련하여 다양한 전문가들이 존재함으로 인하여 생존권 확보와 직역 확대를 위하여 다툼(변호사 자격자에게 세무사 자격 부여 폐지, 변리사의 소송 대리권의 확보 등)도 벌어지고 있다.⁸⁰⁾

76) <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/184/578758/artclView.do> [2024. 8. 2. 방문].

77) 정형근·서인검, “법조 유사직역 자격사의 전관예우 근절방안에 관한 고찰 - 세무사, 변리사를 중심으로 -”, 인권과 정의 통권 501호, 2021. 11., 96면.

78) 헌재 2022. 11. 24. 2019헌마572 공증인법 제10조 제2항 등 위헌확인.

79) 고영선·김두얼·윤경수·이시욱·정완고, 전문자격사제도 개선방안 연구, KDI 연구보고서 2009-2, 5~10면.

변호사와 같은 전문자격사는 그 자격의 취득과 상실 등에 대한 진입규제와 업무에 대한 규제를 특징으로 한다. 헌법재판소는 자격사제도에 관하여 입법자에게 넓은 입법형성권을 인정하고 있다. 즉, 입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다.⁸¹⁾ 이에 따라 특정한 전문자격사는 그 직무의 공공성과 겸직 제한과 같은 규제를 받고 있다.

나. 직무의 공공성이 인정되는 변호사·세무사·관세사

변호사를 비롯한 전문자격사는 고객의 업무를 처리해 준 대가를 보수로 받아 생활하기 때문에 상인처럼 영리를 목적으로 영업을 하는 것과 같은 행태를 보일 수 있다. 저마다 법이 허용하는 고유한 직무를 의뢰인으로부터 위임받아서 이를 처리하고 보수를 받아 생활한다. 전문자격사의 직무는 일반적으로 공공성을 갖는다는 견해도 있지만,⁸²⁾ 법은 특정한 자격사에 한정하여 직무의 공공성을 인정하고 있다.

변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직(a legal professional of public nature)으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다(변호사법 제2조). 1995. 12. 6. 개정·시행된 세무사법 제1조의 2에서도 “세무사는 공공성을 지닌 세무전문가(a customs specialist of public nature)로서 납세자의 권익을 보호하고 납세의무를 성실하게 이행하게 하는 데에 이바지하는 것을 사명으로 한다.”고 규정하였다. 아울러 2017. 12. 30. 개정된 관세사법은 ‘관세사의 사명’으로 “관세사는 공공성을 지닌 관세 전문가(a customs specialist of public nature)로서 납세자의 권익을 보호하고 건전한 통관질서의 확립에 기여하는 것을 사명으로 한다.”(관세사법 제1조의1)는 규정을 신설하였다.

대법원은 법률에 규정은 없지만, 법무사와 의사에 대하여 직무의 공공성을 인정하고 있다. 법무사는 법령에 의하여 상당한 정도로 그 영리추구 활동이 제한됨과 아울러 직무의 공공

80) 정형근, “법조 유사직역의 소송대리권 주장에 대한 비판적 고찰”, 경희법학 제54권 제1호, 2019. 3., 38면 이하.; 정형근, “외부세무조정제도와 법무법인에 대한 외부세무조정반 지정거부처분의 검토”, 전북대학교 법학연구 통권 제49집, 2016. 8., 387면 이하.; 정형근, “법무법인의 소속 변호사에 대한 세무사등록 거부처분의 당부”, 법조 통권 제718호, 2016. 8., 268면 이하.

81) 현재 1996. 4. 25. 94헌마129등 의료기사법 제1조 등 위헌확인.

82) 박인수, “변호사의 공익활동과 책임”, 사회과학연구 제20권 제2호, 영남대학교 사회과학연구소, 2001, 25면.

성이 요구되므로 법무사의 활동은 상인의 영업활동과는 본질적인 차이가 있다.⁸³⁾ 의사의 의료행위도 공공성과 고도의 윤리성을 갖고 있기 때문에 의료법인은 비영리성을 갖도록 한다. 그래서 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당하지 않는다고 한다.⁸⁴⁾

다. 변호사 직무가 공공성을 갖는다는 의미

변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다(변호사법 제1조 제1항). 이런 변호사의 사명을 달성하도록 변호사 직무의 공공성이 인정되고 있다. 변호사도 자영전문직으로 스스로 수입을 올리고 생활하는 직업이다 보니, 상업적 활동과 유사성을 갖는다. 그런 점에서 변호사 직무의 공공성 선언은 변호사는 상인이 아니며, 변호사의 사건 수입은 이윤추구를 목적으로 하는 영리활동이 아니라는 점을 확인한 것이라 할 수 있다.⁸⁵⁾

공공성이라는 용어는 여러 분야에서 다양하게 사용된다. 사전적 의미로 공공성(公共性)은 ‘일반 사회 구성원 전체에 두루 관련되는 성질’로 규정된다. “공공(公共)”이라는 낱말은 의미의 애매성과 다의성 문제를 넘어 그 낱말의 지시 범위 문제까지 놓고 있다. 공무(公務), 공직(公職), 공관(公館), 공사(公事), 공원(公園) 등은 국가 또는 정부와 직접 관계된 것만을 지시하는 데 반해 “공공(公共)”은 시민사회의 어떤 활동까지 포괄한다.⁸⁶⁾ 그리고 의료분야

83) 법령에 의하여 상당한 정도로 그 영리추구 활동이 제한됨과 아울러 직무의 공공성이 요구되는 법무사의 활동은 상인의 영업활동과는 본질적인 차이가 있고, 법무사의 직무 관련 활동과 그로 인하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인하여 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하지 않으면 안 될 특별한 사회·경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없으므로, 법무사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자’라고 볼 수는 없다(대법원 2008. 6. 26.자 2007마996 결정 [등기관처분에대한이의]).

84) 의사의 영리추구 활동을 제한하고 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영입기반의 자유로운 확충을 통한 최대한의 효율적인 영리추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이다. 또한 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 의료법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하면 의사나 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결 [임금]).

85) 정형근, 변호사법 주석 제2판, 12면.

86) 구연상, “공공성(公共性)의 우리말 뜻 매김”, 동서철학연구 제96호, 2020. 6., 434면. “공공(公共)”은 일

에서 공공성은 개인과 시민들의 건강, 질병이나 장애에 대처할 수 있는 안전, 건강을 통해 누릴 수 있는 개인적·사회적 기회의 보장, 사회적 불평등 및 불안의 감소 등 중요한 개인적·사회적 가치를 보장하는 것을 의미하며, 보편적 의료서비스 보장을 통한 공적 가치의 실현이라는 방향성을 지닌 용어로 사용되기도 한다.⁸⁷⁾ 행정학, 사회학, 정치철학, 철학에서는 공공성 개념에 대한 담론에 대한 공통적인 하나의 특징은 공공성의 공(公)의 개념을 이해함에 있어 공(公)의 의미는 사(私)와의 경계 사이에서 상대적이고 대대적인 차원의 의미를 가질 뿐이라고 한다.⁸⁸⁾ 헌법재판소는 정부관리기업체의 공공성(公共性)과 기업성(企業性)에 대하여 “공공성은 정부관리기업체가 공공수요의 충족과 공공복리의 증진을 목적으로 설립·운영되는 공익사업체라는 것이고, 기업성은 관료조직의 관여를 되도록 배제하고 자율·책임경영에 의한 경영의 능률과 효율을 제고하여 이윤(수익성)을 추구하는 것을 말한다.”고 판시하고 있다.⁸⁹⁾

헌법과 변호사법 및 형사소송법 등에서는 변호사의 직무가 법관과 같은 사법기관은 아닐지라도 그에 준하는 고도의 공공성을 갖는 것으로 규정하고 있다.⁹⁰⁾ 변호사 직무의 공공성은 전문자영업자라고 부르는 변호사가 많은 보수를 얻고자 의뢰인의 이익을 위하여 수단과 방법을 가리지 않고 활동하는 ‘고용된 총잡이’(Hired Gunman)처럼 활동하는 것을 방지하는 역할을 한다.⁹¹⁾ 전문자격사 중 유일하게 변호사에게만 ‘공익활동의무’를 부담시키는 것도 이 때문이다.

헌법재판소는, 변호사는 기본적 인권 옹호와 사회정의 실현을 사명으로 하므로 직무의

본말에서 들어온 것인데, 일본말 “公共”은 잉글리시 낱말 “public”을 번역하면서 새로 만들어진 것이며, 이 낱말은 정부와 사회를 한데 아울러 뜻한다고 한다. 일본말 “公”이 정부나 국가를 뜻하는 만큼, “共”은 ‘시민사회(市民社會)’를 의미하기도 한다는 것이다.

87) 김도경, “한국의 의료 공공성에 대한 인식의 부재 소고”, 한국의료윤리학회지 제27권 제2호(통권 제79호), 2024. 6., 91면.

88) 염승준, “근대성과 자본주의 체제 종속 담론으로서의 공공성(公共性) 개념과 함석헌의 ‘같이 살기운동’의 원리”, 한국종교 제57집, 2024, 255면.

89) 헌재 2002. 11. 28. 2000헌바75 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조 제1항 등 위헌소원(동조 제2항).

90) 정형근, “변호사 직무의 공공성”, 한양법학 제21권 제2집, 2010. 5., 195면.

91) 1820년 영국의 George 4세가 Caroline 왕비를 부정행위로 기소하였을 때, 브로엄 경(Lord Brougham)이 의회에서 왕비를 변호하면서 「고용된 총잡이」(Hired Gunman)론을 제기한 바 있다. 즉, “변호사는 자신의 책무를 이행할 때 세상에서 단 한 사람만 알면 된다. 그 사람은 바로 의뢰인이다. 모든 수단과 방법을 동원하여, 다른 사람에게 어떠한 위협과 손실을 끼치더라도, 심지어는 자신이 그런 위해를 입을 지라도, 의뢰인을 지키는 것은 변호사의 가장 우선되고 유일한 책무이다. 그런 책무를 수행할 때 다른 사람에게 가져다 줄지도 모를 불안, 고통, 파괴를 고려해서는 안 된다. 비록 그것이 자기 나라를 혼란에 빠뜨리는 불행한 일이라 할지라도 애국심을 변호사의 책무와 분리하여 결과에 상관없이 계속해 나가야 한다.”고 하였다(정형근, 법조윤리강의 제13판, 5~6면).

공공성이 강조되고 있다고 한다. 즉, 변호사는 기본적 인권옹호와 사회정의 실현을 사명으로 하며 그 독점적 지위가 법률사무 전반에 미친다. 이에 따라 변호사법은 법률사무의 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 변호사의 품위유지, 공익활동, 독직행위금지 등 의무를 부과함으로써 변호사의 공공성을 강조하고 있다.⁹²⁾

이와 달리 변호사 수임사무가 형사적·공법적 영역에 속하는 경우에는 변호사 직무의 공공성을 부인하기 어렵겠지만, 수임사무의 내용이 민사적 영역에 속하는 경우에는 일정한 범위에서 그 자체로 업무의 공공성과 무관하며, 따라서 그 경우에는 변호사의 사적 직업성도 용이하게 인정될 수 있다는 견해도 있다.⁹³⁾ 이 견해는 변호사의 상인성이 긍정되는 영역은 변호사의 업무 중 금전적 거래가 포함된 변호사선임계약의 법률관계 및 변호사업무의 운영과 관련된 법률관계에서이며, 이를 제외한 나머지 영역에서는 그 상인성을 인정할 필요나 논의의 실익이 없다고 한다.⁹⁴⁾ 그러나 변호사는 의뢰인과 수임약정 후 행하는 직무의 종류에 따라 형사사건 등은 공공성을 인정하고, 민사사건 영역에서는 이를 부정하지만, 이런 구분의 실정법적 근거는 존재하지 않고, 변호사법은 변호사가 행하는 모든 직무에 대하여 공공성을 인정하고 있는 점을 고려하면 수긍하기 어려운 견해이다. 변호사의 상인성을 인정하는 다른 견해는, 변호사에 대하여 상인성을 인정하여 상법의 적용을 받게 하더라도 변호사의 공공성은 특별법적 지위에 있는 변호사법에 의하여 규율되기 때문에 본질적인 부분이 훼손될 가능성은 낮다고 본다는 입장도 있다.⁹⁵⁾ 이는 변호사의 상인성은 인정하되, 공공성 부분은 변호사법으로 규율할 수 있다는 것이지만, 공공성 규정의 핵심은 상인성 부정이라 할 것이라서 양립하기 어려운 입장이라고 본다.

3. 변호사 직무가 의제적 상행위인지 여부

가. 우리나라 법제와 판례의 입장

상법은 영업을 위하여 하는 행위를 상행위라고 정의하면서 22개의 기본적 상행위와 보조적 상행위로 구분하고 있다(상법 제46조, 제47조). 자기명의로 상행위를 하는 자를 당연상인이라고 하며(상법 제4조), 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을

92) 현재 2019. 5. 30. 2018헌마267 변호사법 제5조 제2호 위헌확인.

93) 박경재, “변호사는 의제상인이 아닌가”, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제36집, 2011. 6., 111면.

94) 박경재, “변호사는 의제상인이 아닌가”, 124면.

95) 황남석, “변호사의 상인성에 관한 소고”, 성균관법학 제22권 제3호, 2010. 12., 1042면.

하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 보는데, 이를 의제상인이라고 한다(상법 제5조 제1항). 변호사의 직무는 기본적 상행위에 포함되어 있지 않기 때문에 의제상인에 해당되는지 문제된다.

그리고 법무법인은 상법의 합명회사를, 법무법인(유한)은 유한회사를 기본구조로 한다. 법무법인에 관하여 변호사법에 규정되지 않는 사항(법무법인의 책임 관계 등)은 합명회사의 규정을 준용한다(변호사법 제58조). 법무법인(유한)에 관하여 이 법에 정한 것 외에는 상법 중 유한회사에 관한 규정(상법 제545조는 제외한다)을 준용한다(변호사법 제58조의17). 그럼에도 법무법인·법무법인(유한)·법무조합의 정관과 등기사항에 ‘상호’가 아닌 ‘명칭’을 기재하도록 하여, 회사 설립 때 ‘상호’를 기재하는 것과 차이를 두고 있다. 이는 법무법인·법무법인(유한)·법무조합이 상인에 해당하지 않음을 확인하려는 목적 때문이다.

대법원은 변호사는 상법 제5조 제1항에서 정한 의제상인에 해당되지 않으며, 상인의 영업 활동과는 본질적으로 차이가 있다고 한다.⁹⁶⁾ 변호사가 유상의 위임계약으로 사실상 영리를 목적으로 그 직무를 행하는 것과 같은 현실을 부정하지 않으면서 규범적 측면에서 직무의 공공성을 유지하려는 의지를 엿볼 수 있다.

대법원은 2023년에 변호사가 구성원 또는 소속변호사로 근무하는 법무법인 역시 의제상인이 아니라고 하였다. 즉, 변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적

96) 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정에 비추어 보면, 위임인·위촉인과의 개별적 신뢰관계에 기초하여 개개 사건의 특성에 따라 전문적인 법률지식을 활용하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 수행하는 변호사의 활동은, 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동을 벌이고, 자유로운 광고·선전활동을 통하여 영업의 활성화를 도모하며, 영업소의 설치 및 지배인 등 상업사용인의 선임, 익명조합, 대리상 등을 통하여 인적·물적 영업기반을 자유로이 확충하여 효율적인 방법으로 최대한의 영리를 추구하는 것이 허용되는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이고, 변호사의 직무 관련 활동과 그로 인하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하지 않으면 아니 될 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 근래에 전문직업인의 직무 관련 활동이 점차 상업적 성향을 띠게 됨에 따라 사회적 인식도 일부 변화하여 변호사가 유상의 위임계약 등을 통하여 사실상 영리를 목적으로 그 직무를 행하는 것으로 보는 경향이 생겨나고, 소득세법이 변호사의 직무수행으로 인하여 발생한 수익을 같은 법 제19조 제1항 제11호가 규정하는 ‘사업서비스업에서 발생하는 소득’으로 보아 과세대상으로 삼고 있는 사정 등을 감안한다 하더라도, 위에서 본 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적 방법에 의하여营业을 하는 자’라고 볼 수는 없다 할 것이므로, 변호사는 의제상인에 해당하지 아니한다(대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정 [등기관처분에대하여의]).

방법에 의하여 영업을 하는 자'라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다.⁹⁷⁾

변호사가 변호사법 제40조에 의하여 그 직무를 조직적·전문적으로 행하기 위하여 설립한 법무법인은, 같은 법 제42조 제1호에 의하여 그 정관에 '상호'가 아닌 '명칭'을 기재하고, 같은 법 제43조 제2항 제1호에 의하여 그 설립등기 시 '상호'가 아닌 '명칭'을 등기하도록 되어 있으므로, 이러한 법무법인의 설립등기를 '상호' 등을 등기사항으로 하는 상법상 회사의 설립등기나 개인 상인의 상호등기와 동일시할 수 없다고 한다.⁹⁸⁾

대법원은 변호사처럼, 직무의 공공성을 인정하는 세무사의 상인성도 부정한다. 즉, 세무사의 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하고 있는 세무사법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 세무지식을 활용하여 직무를 수행하는 세무사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영업기반의 자유로운 확충을 통한 최대한의 효율적인 영리 추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다. 그리고 세무사의 직무와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여는 상인의 영업활동 및 그로 인해 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 세무사를 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수 없고, 세무사의 직무에 관한 채권이 상사채권에 해당한다고 볼 수 없으므로, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다.⁹⁹⁾

나. 독일과 미국의 변호사 상인성에 관한 입장

독일 변호사법 제1조는 “변호사는 독립한 사법기관이다.”라고 규정하고 있다.¹⁰⁰⁾ 변호사는 독립한 사법기관으로서 모든 법률사무에서 상담자이자 대리인이다. 변호사는 의뢰인에게 법률서비스를 제공하는 자이다. 변호사는 의뢰인의 위임을 받은 상담자이자 대리인으로서 타당한 판단에 이르도록 기여할 임무와 법원, 검찰 또는 행정기관의 부당한 결정으로부터 의뢰인을 보호할 임무가 있다. 무엇보다도 법적 지식이 없는 당사자를 권리상실의 위험으로

97) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결 [추심금].

98) 대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정 [등기관처분에대한이의].

99) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2021다311111 판결 [청구이의]. ; 대법원 2022. 8. 31. 선고 2022다217124 판결 [용역비].

100) Feuerich · Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, München:Vahlen, 2008, S.25.

부터 보호하여야 한다.¹⁰¹⁾

독일 변호사법 제2조 제2항은 “변호사의 활동은 영업이 아니다.”라고 규정하고 있다. 이처럼 변호사와 같은 자유전문직을 상인에 포함시키지 않았던 것은 변호사 제도 성립기에는 상인계층에 속하지 않는 특권계층만이 변호사 업무를 담당하였으며, 연혁적으로도 로마법은 변호사의 업무와 같은 고급 노무의 경우 의뢰인과 노무제공자는 위임계약관계에 있었으며, 이러한 위임계약은 신의(fides) 관념이 바탕이 된 사회적 인간관계로서 무상이 아니면 무효였기 때문이었다.¹⁰²⁾

그리고 미국변호사협회의 「변호사직무에 관한 모범규칙」(Model Rules of Professional Conduct) 서문은 “변호사는 법률전문직에 있는 자로서 의뢰인의 대리인이며, 법 제도의 공무담당자로 사법정의를 실현되도록 하는 특별한 책임을 맡은 공인이다(A Lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice).”라고 한다.¹⁰³⁾ 여기서 변호사는 법 제도의 공무담당자(an officer of the legal system)라는 부분이 변호사 지위의 공공성과 관련된다. 법 제도의 공무담당자를 ‘법관’으로 번역하기도 한다.¹⁰⁴⁾

반면, 미국 연방대법원은 변호사의 상인성을 긍정하고 있다. 1975년 골드팔브(Goldfarb) 사건에서 변호사의 상인성을 인정하는 판결을 하였다.¹⁰⁵⁾ 이 사건은 버지니아(Virginia)주의 군(郡) 변호사회(county bar)가 제정한 최저보수규정이 연방반독점법인 셔먼법(Sherman Act)에 반하는 것인지 여부가 문제된 것이었다. 피고 버지니아주변호사협회는 전문직(learned profession)은 셔먼법의 적용 대상인 영업(trade or commerce)에 해당하지 않는다고 주장했다. 그러나 연방대법원은 유상으로 용역(service)을 제공하는 행위는 상거래(commerce)에 해당된다고 판시하면서, 변호사협회의 가격유지(price fixing) 행위는 셔먼법에 저촉된다고 하였다.

연방대법원은 1977년 베이츠(Bates) 사건에서 전면적으로 변호사의 상인성을 긍정하였다.¹⁰⁶⁾ 미국 애리조나(Arizona)주 변호사 베이츠(John Bates)는 1974년 동료와 함께 리걸

101) BverfG NJW 1996, 3267; 1988, 191.; 1993, 1535.; 1979, 1159.

102) 황남석, “변호사의 상인성”, 1031면.

103) American Bar Association, ABA Compendium of professional responsibility rules and standards, 2007, p.19.

104) 최대권, “변호사의 역할 - 변호사의 사회적 책임론을 제창하면서 -”, 서울대학교 법학 제23권 제1호, 1982, 134면.

105) Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773(1975).

106) Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350(1977).

클리닉(Legal Clinic)이라는 법률사무소를 개설하였다. 그들은 저렴한 보수를 받고 단순하고 일상적인 법률사무를 취급하였다. 약 2년 동안 법률사무소를 운영한 후 보다 많은 사건을 수임할 목적으로 그 지역에서 발간되는 일간신문(Arizona Republic)에 다음과 같은 광고를 냈다. “변호사 필요하세요? 매우 합리적인 비용으로 법률 서비스 제공!(DO YOU NEED A LAWYER? LEGAL SERVICES AT REASONABLE FEES.)” 그 당시 애리조나주 대법원이 정한 징계규칙은 변호사가 자기 자신, 파트너 변호사, 소속 변호사 등이 신문·잡지·라디오·TV·광고판·전화번호부·기타 다른 상업적 광고수단을 통하여 광고하는 행위를 금지하고 있었다. 애리조나 변호사회는 베이츠 변호사에게 위와 같이 광고를 하였다는 이유로 1주일 자격정지 징계처분을 하였다. 이에 베이츠 변호사는 애리조나 대법원의 징계규칙이 경쟁을 제한하는 역할을 하고 있어서 셔먼법(Sherman Act) 위반이며, 표현의 자유를 규정하는 수정헌법 제1조 위반이라고 주장하며 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 변호사 광고를 규제하는 애리조나 대법원의 징계규칙이 셔먼법 위반이라는 원고의 주장을 배척하였다. 다만, 수정헌법 제1조 위반 주장에 대하여는 5:4로 의견이 나뉘었다.

다수 의견은 변호사의 일상적 법률서비스에 대한 가격광고를 포괄적으로 금지하는 것은 표현의 자유를 위반한다고 판시하였다. 자유시장경제에서 공급자가 구매자에게 상품이나 거래조건에 관한 정보를 알려주는 역할을 하는 광고는 법률서비스에서도 유익하고, 변호사의 업무가 상거래보다 고차원적(lawyers are somehow above trade)이라는 믿음은 시대착오적이며 위선적이라고 했다.¹⁰⁷⁾ 현재 미국 대부분의 주법원들도 변호사에 대하여 소비자보호법이 적용된다는 입장을 취하고 있다.

4. 직무의 공공성이 인정되는 전문자격사의 겸직 제한

전문자격사 중 직무의 공공성을 인정하고 있는 변호사·세무사·관세사에 한하여 겸직 제한을 하고 있다. 전문자격사 관련 개별법률에서 직무의 공공성을 명시하지 않을 때는 겸직 제한 규정을 두지 않는 특징이 있다. 따라서 겸직 제한은 직무의 공공성을 확보하는 역할도 한다. 모든 전문자격사는 고객이 의뢰하는 직무를 충실하게 처리할 의무가 있지만, 특히 변호사·세무사·관세사의 직무 특성을 고려하여 직무전념의무의 일환으로 겸직 제한을 하고 있다. 국민의 공복인 공무원도 국민에 대하여 직무를 전념해야 할 의무의 일종으로 겸직 및 영리

107) 박준·이상원·이효원·박준석·윤지현, 판례로 본 미국의 변호사윤리, 소화, 2012, 308면.

활동 금지 규정을 두고 있다. 공무원이 영리 업무에 해당하지 아니하는 다른 직무를 겸하려는 경우에는 소속 기관의 장의 사전 허가를 받아야 하며, 제1항의 허가는 담당 직무 수행에 지장이 없는 경우에만 한다(국가공무원 복무규정 제26조).

1949. 11. 7. 제정·시행된 변호사법부터 검직 제한 규정을 두었다.¹⁰⁸⁾ 그 후 세무사법 제16조(공무원 겸임 또는 영리 업무 종사의 금지), 관세사법 제15조(공무원 겸임 또는 영리업무 종사 금지)에서 검직 제한 규정이 신설되었다. 판례는 법무사에 대하여 직무의 공공성을 인정하지만, 법무사법에는 검직 제한 규정을 두지 않고 있다.

변호사법상 검직 제한의 규정은 변호사 직무가 영리를 목적으로 하는 영업활동인 상행위에 해당하지 않음을 확인하는 역할도 한다.¹⁰⁹⁾ 변호사법 제38조 제2항은 소속 지방변호사회의 허가 없이 ① 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것, ② 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것을 금지한다. 만약 변호사 직무가 상업이거나 영리를 목적으로 하는 행위에 해당한다면, 그와 다른 상업의 겸직을 금지하는 것은 모순적일 수밖에 없다.

특히 1982. 12. 31. 법률 제3594호로 개정·시행된 변호사법은 변호사 직무의 공공성 규정과 함께 법무법인을 신설하였다. 바로 그때 법무법인이 영리법인이 아니라는 의미를 분명하게 명시하기 위하여 제28조(검직 제한) 제2항에 “변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나 또는 영리를 목적으로 하는 법인(法務法人을 제외한다)의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 없다.”고 하였다. 법무법인이 영리를 목적으로 하는 법인이 아님을 분명히 한 것이다.

2005. 1. 27. 법률 제7357호로 개정된 변호사법은 법률서비스 시장의 개방에 대비하여 공동 법률사무소의 국제경쟁력을 강화하고 전문적 법률서비스를 제공하기 위하여, 대형화에

108) 제18조 변호사는 보수있는 공무원을 겸할 수 없다. 단, 국회 또는 지방의회의 의원이 되거나 혹은 관공서에서 촉탁한 직무를 행하는 것은 예외로 한다. 변호사는 소속변호사회의 허가를 받지 않으면 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이것을 경영하는 자의 사용인이 되거나 또는 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원, 취체역 또는 사용인이 될 수 없다.

제9조제1항의 경우에는 제1항과 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

109) 변호사법 제38조에서 검직제한 규정을 두어 변호사가 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원, 이사 또는 사용인이 될 수 없는 것으로 규정하고 있어, 변호사가 변호사의 직무를 수행하는 것은 상업이나 영리를 목적으로 하는 업무가 아닌 것으로, 즉 상행위가 아닌 것으로 천명하고 있다고 보아야 할 것이고, 더 나아가서는 변호사가 변호사의 직무를 수행하는 것이 상행위가 되어서는 안 된다는 것을 천명하고 있다고 보아야 할 것이다(서울지방법원 2003. 12. 17. 선고 2003 비단19 결정 등기관의처분에대한이의).

제약이 있었던 법무법인 외에 법무법인(유한)과 법무조합 제도를 도입하였다. 그와 함께 변호사에 대한 겸직 제한 규정을 개정하여 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속변호사가 되는 경우에는 상업 기타 영리를 목적으로 하는 등의 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것이 아니라는 점을 확인하였다. 즉, 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나 또는 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다(변호사법 제38조 제2항). 따라서 변호사의 겸직 제한 규정 역시 변호사 또는 법무법인·법무법인(유한)·법무조합의 직무가 영리를 목적으로 하는 상업적 행위가 아니라는 점을 말해준다.

V. 결론

1. 공증인법 제6조(겸직 금지)는 임명공증인의 소송사건 수임제한에 관한 법적 근거가 될 수 없음

법무부는 임명공증인이 소송사건을 수임하여 처리하는 행위는 공증인법 제6조(겸직 제한) 규정에 의하여 금지되므로, 국가공무원에 해당하는 공증인으로 임명된 변호사는 공증사무 외 일반 소송사건을 수임하는 등 변호사 업무를 할 수 없다고 해석하였다. 임명공증인의 겸직 제한은 임명공증인이 다른 공무(公務)를 겸하거나 상업을 경영할 수 없고, 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인이 되는 것에 한정된다.

그러나 변호사의 직무수행은 공무에 해당하지 아니하고, 상업이나 영리활동에도 해당하지 않는다. 변호사법은 변호사의 직무가 공공성을 지닌다고 선언하여 상인성을 부정하였으며, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속변호사가 되더라도 상업 기타 영리를 목적으로 하는 등의 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것이 아니라고 확인하고 있다. 따라서 법무부 유권해석은 변호사의 직무를 상업의 경영 또는 영리를 목적으로 하는 행위로 보고 있는 것으로 추정할 수 있는데, 이는 변호사법과 판례에 부합된다고 할 수 없다.

행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할

수 없다(행정규제기본법 제4조). 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다(행정기본법 제8조). 국민의 자유와 권리는 법률로써만 제한할 수 있으므로, 법률에 의하지 아니하고 국민의 기본권을 제한하는 것은 대외적으로 구속력이 없다.¹¹⁰⁾

현행 공증인법은 임명공증인의 소송사건 수입제한을 규제하는 내용이 흠결된 상태라 할 것이다. 따라서 검직 제한 규정으로 임명공증인의 소송사건 수입제한이 포함된다고 ‘해석’하는 것은 위헌이라고 할 수 있다. 헌법재판소는 법률조항의 다양한 해석·적용가능성 중에서 특정 해석·적용가능성의 위헌성을 확인할 때는 한정위헌결정을 하고 있다.¹¹¹⁾ 이런 한정위헌 결정도 위헌결정의 일종으로 법원을 비롯한 국가기관에 대하여 기속력을 가진다.¹¹²⁾ 반면, 대법원은 헌법재판소의 한정위헌결정에 대한 기속력을 인정하지 않고 있다.¹¹³⁾

만약 법무부가 유권해석처럼 공증인법 제6조를 근거로 하여 어느 임명공증인의 소송사건 수입에 대하여 징계 등과 같은 공권력을 행사한다면, 그에 대한 불복으로 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고, 권리의무를 제한하는 위헌적인 공권력 행사라는 이유로 헌법 소원심판청구를 할 수 있을 것으로 본다.

2. 임명공증인의 소송사건 수입제한의 법적 근거는 행정관습법

1961년 공증인법이 제정될 당시에는 현재의 임명공증인과 같은 전업 공증인만이 존재하였다. 판사, 검사 또는 변호사의 자격을 가진 자에게 공증인 자격을 부여하면서 오로지 공증 업무에만 전념하도록 한 것이다. 공증인법 제정·시행 당시부터 공증인의 검직 제한 규정이 임명공증인의 변호사 직무수행의 금지 근거로 해석되었다.

그런데 1982년 변호사법에 변호사 직무의 공공성 규정이 신설되었다. 아울러 변호사 직무를 전문적·조직적으로 수행할 목적으로 법무법인이 신설되면서 변호사 직무가 영리를 목적으로

110) 대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결 [정보공개거부처분취소].

111) 김하열, 헌법소송법 제5판, 박영사, 2023, 372면; 헌법재판소 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 경성문화사, 2015, 563면; 헌법재판소, 헌법재판실무제요 제1개정증보판, 2008, 155면.

112) 헌재 2022. 6. 30. 2014헌마760등 헌법재판소법 제68조 제1항 등 위헌확인(재판 취소 사건).

113) 헌법재판소가 법률 조항 자체는 그대로 둔 채 그 법률 조항에 관한 특정한 내용의 해석·적용만을 위헌으로 선언하는 이른바 한정위헌결정에 관하여는 헌법재판소법 제47조가 규정하는 위헌결정의 효력을 부여할 수 없으며, 그 결과 한정위헌결정은 법원을 기속할 수 없고 재심사유가 될 수 없다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012재두299 판결 [법인세부과처분취소]).

하는 상업 또는 상행위가 아니라는 점이 확인되었다. 그 때문에 공증인법상 영리행위 등을 금지하는 겸직 제한 규정으로 임명공증인의 소송사건 수임 등 변호사 직무의 수행을 제한할 수 없게 되었다. 다만, 1982년 이전까지는 변호사 직무의 상인성을 부정하는 입법이 없었기에 공증인법상 겸직 제한 규정이 실효적이었다고 주장할 여지도 있다. 그러나 1949년 제정·시행된 변호사법 당시에는 변호사 직무의 영리성이 인정되다가 1982년에 이르러 부정되었다고 볼 수는 없다 할 것이다.

아무튼 임명공증인은 공증사무만을 전담하여 왔고, 변호사 직무수행을 하지 않은 풍토가 조성되었다. 특히 변호사 직무수행도 겸직하는 인가공증인 제도의 도입으로 임명공증인의 공증업무에 대한 전업적인 성격은 더욱 확실해졌다. 대법원도 임명공증인은 겸직이 금지되어 공증사무만을 수행하므로 임명공증인의 비율을 늘려나가는 것이 공증사무의 적절한 수행을 위해 바람직하다고 하고,¹¹⁴⁾ 인가공증인이 변호사 겸업을 하는 것은 공증제도에 비추어 기형적이라는 비판도 있다.¹¹⁵⁾

법무부가 임명공증인에 대하여 공증인법 제정·시행 당시부터 현재까지 유권해석 등의 방식으로 임명공증인의 소송사건 수임을 제한하는 규제를 하여 온 것의 법적 의미를 고려하면, 행정법의 법원(法源) 중 불문법의 일종인 행정관습법으로 파악할 수 있다. 행정법의 법원은 헌법, 법률, 명령 등의 성문법 외에 불문법으로는 재판례, 행정선례, 관습법, 조리 등을 들 수 있다.¹¹⁶⁾ 관습법은 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다.¹¹⁷⁾ 헌법재판소는 행정관습법의 성립요건으로 “특정한 행위를 통한 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 오랜 기간 동안 반복하여 존재하며, 이러한 행정관행에 대한 행정기관과 일반 국민들의 법적 확신이 존재해야 한다.”고 판시하고 있다.¹¹⁸⁾

114) 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결 [인가공증인인가신청반려처분취소청구의소].

115) 전병서, “각국의 공증법제 비교 연구”, 2008년도 법무부 연구용역 과제보고서, 2008. 10., 7면에서는 변호사 겸업 공증인 제도의 문제점에 관하여 “공증인의 중립적 신분을 고려할 때, 사인(私人)의 일방 대리가 주된 업무인 변호사에게 공증까지 겸무시키는 것은 공증의 양적 확대 또는 수입의 증대에는 기여하겠지만, 분명 기형적 결합이라는 지적을 면하기 어렵다.”고 한다.

116) 대법원 1952. 6. 19. 선고 4285행상20 판결 [광업권등록취소].

117) 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 [중회회원확인]).

모든 행정영역에 성문법규가 완비될 수 없기에 행정관습법이 형성될 수 있음을 고려하면,¹¹⁹⁾ 공증인법 분야에서도 행정관습법이 존재할 수 있다. 임명공증인이 법률에 명시적인 금지규정이 없음에도 변호사 직무를 행하지 않는 현상이 수십 년 동안 지속되어 온 것은 관습법상 ‘관행의 성립’이라 할 수 있다. 이런 관행의 ‘성립 시기’는 1961년 공증인법 시행 당시부터라고 할 것이다. 변호사 직무를 겸직하는 인가공증인 제도의 도입과 같은 공증인 법제의 변천에 맞춰서 법무부는 물론 임명·인가공증인 등 이해당사자들도 임명공증인은 소송사건 수임행위가 금지된다는 ‘법적 확신’이 형성되었다고 본다. 대법원은 공증인법 제15조의2에 따른 인가공증인은 변호사 업무를 병행하는 반면 공증인법 제11조에 따른 임명공증인은 겸직이 금지되어 공증사무만을 수행한다고 판시한다.¹²⁰⁾ 이 판결은 임명공증인의 겸직 금지의 근거를 명시하지 않지만, 법원도 임명공증인이 변호사 직무를 겸업하지 않음을 확인하고 있다.

따라서 공무원 지위에서 국가사무를 수행하는 임명공증인의 소송사건 수임제한의 법적 근거는 공증인법 제6조(겸직 제한)가 아니라 행정법상 불문법원인 행정관습법으로 보는 것이 타당하다. 이 점에서 임명공증인의 소송사건 수임제한에 관한 법무부의 유권해석이 제시한 법적 근거는 재검토가 필요하지만, 그 결론은 수긍할 수 있다. 향후 공증인법 제6조(겸직 제한)를 개정할 때 기본권 제한의 법률유보 원칙에 따라 임명공증인은 “변호사법 제3조의 직무를 수행할 수 없다”는 내용을 추가할 필요가 있다.¹²¹⁾

118) 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 당진군과 평택시간의 권한쟁의.

119) 정형근, 행정법 제12판, 23면.

120) 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결 [인가공증인인가신청반려처분취소청구의소]. 제1심 판결 역시 “임명공증인은 겸직이 금지되어 공증사무만을 전담하므로 공증사무에 전념할 수 있는 점”이라고 하고 있다(서울행정법원 2017. 11. 10. 선고 2017구합64996 판결 [인가공증인인가신청반려처분취소청구의소]).

121) 변호사법 제3조(변호사의 직무) 변호사는 당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관(이하 “공공기관”이라 한다)의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무를 하는 것을 그 직무로 한다.

참고문헌

- 곽윤직 편집대표, 민법주해 제1권 총칙(1), 박영사, 1996
- 곽윤직·김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2015
- 김남철, 행정법강론 제10판, 박영사, 2024
- 김준호, 민법강의 제30판, 법문사, 2024
- 김준호, 민법총칙 제15판, 법문사, 2021
- 김증한·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013
- 김하열, 헌법소송법 제5판, 박영사, 2023
- 김흥기, 상법강의 제8판, 박영사, 2024
- 박균성, 행정법강의 제21판, 박영사, 2024
- 법무부 법무과, 공증 관련 질의회답 사례, 2022. 10.
- 법무부 법무과, “공증인법 개정의 배경 및 주요내용”, 대한공증협회지 통권 제3호, 2010
- 법제처, 행정기본법 해설서, 2021
- 성낙인, 헌법학 제22판, 법문사, 2022
- 송덕수, 신민법강의 제17판, 박영사, 2024
- 송덕수, 민법총칙 제6판, 박영사, 2021
- 송옥렬, 상법강의 제14판, 홍문사, 2024
- 신정식, 공증인법개설 수정증보, 삼화문화사, 2017
- 이기수·최병규, 상법총칙·상행위법 [상법강의 I] 제9판, 박영사, 2022
- 정남철, 한국행정법론 제4판, 법문사, 2024
- 정찬형, 상법강의요론 제19판, 박영사, 2023
- 정하중·김광수, 행정법개론 제16판, 법문사, 2022
- 정형근, 법조윤리강의 제13판, 도서출판 정독, 2024
- 정형근, 변호사법 주석 개정2판, 도서출판 정독, 2022
- 정형근, 행정법 제12판, 도서출판 정독, 2024
- 지원림, 민법강의 제21판, 홍문사, 2024
- 하명호, 행정법 제6판, 박영사, 2024
- 한수웅, 헌법학 제13판, 법문사, 2024
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요 제1개정증보판, 2008

- 헌법재판소 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 경성문화사, 2015
- 홍정선, 행정기본법 제2판, 박영사, 2022
- 홍준형, 행정법 제2판, 법문사, 2017
- 고영선·김두얼·윤경수·이시욱·정완교, 전문자격사제도 개선방안 연구, KDI 연구보고서 2009-2
- 구연상, “공공성(公共性)의 우리말 뜻 매김”, 동서철학연구 제96호, 2020. 6.
- 국회 법제사법위원회 전문위원 강경필, 공증인법 일부개정법률안 검토보고(2008. 11.)
- 국회 법제사법위원회 전문위원 강경필, 공증인법 일부개정법률안 검토보고(2009. 1.)
- 김나영, “공무원 겸직 제한 법제의 헌법적 타당성 검토 및 신고제로의 전환 제언”, 법과 정책 연구 제23집 제3호, 2023. 9.
- 김도경, “한국의 의료 공공성에 대한 인식의 부재 소고”, 한국의료윤리학회지 제27권 제2호 (통권 제79호), 2024. 6.
- 박경재, “변호사는 의제상인이 아닌가”, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제36집, 2011. 6.
- 박세진, “국가공무원과 지방공무원간의 관계연구”, 입법자료[1991. 8.]
- 박인수, “변호사의 공익활동과 책임”, 사회과학연구 제20권 제2호, 영남대학교 사회과학 연구소, 2001
- 박준·이상원·이효원·박준석·윤지현, 판례로 본 미국의 변호사윤리, 소화, 2012
- 박종순, “공증인에 대한 징계와 관련한 약간의 고찰”, 공증과신뢰 통권 제15호, 2022
- 신장철, “개항후 식민지 시대의 한국 상사회사에 대한 연구”, 경영사연구 통권 제41호, 2006
- 신주화, “독일 공증제도에 관하여”, 공증과신뢰 통권 제4호, 2011
- 염승준, “근대성과 자본주의 체제 종속 담론으로서의 공공성(公共性) 개념과 함석헌의 ‘같이 살기운동’의 원리”, 한국종교 제57집, 2024
- 이상석, “미국의 공증제도와 등기제도 소개”, 공증과신뢰 통권 제9호, 2016
- 장재형, “한국 공증업계의 현황과 당면 과제”, 공증과신뢰 통권 제2호 2009
- 전병서, “각국의 공증법제 비교 연구”, 2008년도 법무부 연구용역 과제보고서, 2008. 10.
- 정형근, “변호사 직무의 공공성”, 한양법학 제21권 제2집(2010. 5)
- 정형근, “변호사의 이익충돌회피의무”, 경희법학 제46권 제2호, 2011. 6.
- 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 인권과정의 통권 447호 2015. 2.

- 정형근, “외부세무조정제도와 법무법인에 대한 외부세무조정반 지정거부처분의 검토”, 전북 대학교 법학연구 통권 제49집, 2016. 8.
- 정형근, “법무법인의 소속 변호사에 대한 세무사등록거부처분의 당부”, 법조 통권 제718호, 2016. 8.
- 정형근, “법조 유사직역의 소송대리권 주장에 대한 비판적 고찰”, 경희법학 제54권 제1호, 2019. 3.
- 정형근·서인겸, “법조 유사직역 자격사의 전관예우 근절방안에 관한 고찰 - 세무사, 변리사를 중심으로 -”, 인권과정의 통권 501호, 2021. 11.
- 최대권, “변호사의 역할 - 변호사의 사회적 책임론을 제창하면서 -”, 서울대학교 법학 제23권 제1호, 1982
- 황남석, “변호사의 상인성에 관한 소고”, 성균관법학 제22권 제3호, 2010. 12.
- 황승흠, “변호사의 공익활동의무”, 법과 사회 제26권, 2004
- 김교창, “변호사공증제도 전면 폐지해야 할까?”, 법률신문 2003. 11. 24.자
- 염웅철, “변호사 겸업 공증인제도의 문제점 및 개선방안”, 법률신문 2003. 3. 6.자

American Bar Association, ABA Compendium of professional responsibility rules and standards, 2007

Feuerich · Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, München:Vahlen, 2008

日本辯護士聯合會調査室, 條解 辯護士法 第5版, 弘文堂, 2019