

변호사법상 인가공증인의 공증사건 수임제한

정 형 근

법무법인 더스마트 변호사
(전 경희대학교 법학전문대학원 교수)

I. 서론

공증이란 특정한 사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 행위이다. 즉, 의문 또는 다툼이 없는 사항에 관하여 공적 권위로써 이를 증명하는 행위를 말한다. 공증인의 직무는 법률행위나 그 밖에 사권(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성, 사서증서(私署證書) 또는 전자문서(공무원이 직무상 작성한 것은 제외한다)에 대한 인증, 공증인법과 그 밖의 법령에서 공증인이 취급하도록 정한 사무를 규정하고 있다(공증인법 제2조). 이러한 공증제도는 사인 사이의 권리 또는 법률관계 등을 명확히 하여 사권을 보호하는 것과 함께 장래의 분쟁을 미연에 방지하고 법적 질서를 유지하는 것을 목적으로 한다.¹⁾

공증인에는 임명공증인과 인가공증인이 있다. 임명공증인은 공증에 관한 직무를 수행할 수 있도록 법무부장관으로부터 임명을 받은 사람을 말한다(공증인법 제1조의2 제1호). 통산하여 10년 이상 판사·검사·변호사 등 법원조직법 제42조 제1항 각 호의 직에 재직했던 사람이 임명공증인에 임명될 수 있고(공증인법 제12조), 공증인법 제13조의 결정

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

사유가 있는 사람은 공증인에 임명될 수 없다.

인가공증인은 변호사법에 따라 설립된 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합(이하 '법무법인등'이라 한다)은 해당 법무법인 등의 구성원 변호사 중 2명 이상이 공증담당변호사의 자격을 갖추고 인가신청을 한 경우 법무부장관으로부터 공증인가를 받은 자를 말한다(공증인법 제1조의2 제1호, 제15조의2). 인가공증인의 경우 공증에 관한 법령을 적용할 때에는 그 성격에 반하지 아니하는 한 공증담당변호사를 공증인으로 본다(공증인법 제15조의5).

공증인은 여러 의무가 있다. 공증인은 정당한 이유 없이 공증의 촉탁을 거절하지 못하고, 거절하는 경우에는 촉탁인이나 그 대리인에게 거절의 이유를 알려야 한다(공증인법 제4조). 법률에 특별한 규정이 있거나 촉탁인의 동의를 받은 경우가 아니면 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 못하고(공증인법 제5조), 임명공증인은 법무부장관의 허가를 받은 경우 이외에는 다른 공무를 겸하거나 상업을 경영할 수 없고, 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인이 될 수 없는 겸직금지의무를 진다(공증인법 제6조). 공증인은 촉탁인으로부터 수수료, 일당 및 여비를 받지만 금액에 관하여는 법무부령에 정하여져 있고 그 밖에 어떠한 명목으로도 취급한 사건에 관하여 보수를 받지 못한다(제7조). 또한 공증인은 수수료 등을 임의로 감액할 수 없다(공증인 수수료 규칙 제30조). 또한 공증인은 촉탁인의 법률행위가 적법하고 유효한지 확인할 의무가 있고, 이 과정에서 필요한 사항을 설명하고 조언하는 교시의무가 있다. 공증인은 법률전문가로서 촉탁인의 법률적 무지나 착오를 방지하고 적법하고 타당한 공증이 이루어지도록 하기 위하여 촉탁인에게 공증사무에 관하여 필요한 사항을 설명하고 조언해야 한다. 반면, 공증인이 법률행위에 관한 증서를 작성하거나 인증을 함에 있어서 당사자의 능력 기타 법률행위의 효력에 영향을 미칠 사항에 대하여 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하도록 한다.²⁾ 후견계약은 공정증서로 체결하여야 한다(민법 제959조의14 제2항). 공증인은 후견계약에 관한 공정증서 작성시 촉탁인에게 의사능력 내

2) 공증인법 시행령 제12조(증서의 작성과 인증에 의심이 있는 경우의 조치) ① 공증인이 법률행위에 관한 증서를 작성하거나 인증을 함에 있어서 당사자의 능력 기타 법률행위의 효력에 영향을 미칠 사항에 대하여 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 한다.

② 공증인이 법률행위가 아닌 사실에 관하여 증서를 작성함에 있어서 그 사실로 인하여 영향을 받을 권리관계에 대하여 의심이 있는 경우에도 제1항과 같다.

지 의사결정능력이 있는지 여부 또는 촉탁인의 대리인에게 이를 대리 내지 대행할 권한이 있는지 여부를 신중하게 검토하고, 후견계약에 의하여 처리할 사무의 내용과 그 처리를 위한 권한의 범위 등을 명확히 함으로써 장래의 분쟁발생 가능성에 대비하여야 하는 의무가 있다.³⁾

법무법인등은 그 법인이 인가공증인으로서 공증한 사건에 관하여는 변호사 업무를 수행할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다(변호사법 제51조). 여기서 ‘변호사 업무를 수행할 수 없다’는 것은 상대방이 의뢰하는 소송사건의 대리행위와 같은 외부적인 행위의 금지는 물론 비공식적인 법률상 조언 및 정신적 지원 등과 같은 변호사로서의 모든 활동이 금지됨을 의미한다.⁴⁾ 다시 말하면, 해당 사건을 수임할 수 없다는 것이다. 이 글은 인가공증인이 공증한 사건의 수임금지는 변호사의 이익충돌회피의무와 관련되므로 이 의무와의 관계를 검토하고, 인가공증인이 공증한 사건의 구체적인 수임제한사유를 개괄적으로 살펴보고, 그 위반할 때의 효력을 연구해 보기로 한다.

II. 변호사의 이익충돌회피의무와의 관계

1. 변호사의 수임의 자유와 이익충돌회피의무

변호사와 의뢰인의 관계는 민법상 ‘위임’ 계약으로 보는 것이 일반적이다.⁵⁾ 변호사의 선임행위는 민법상의 위임계약이면서 동시에 소송행위로서의 성격을 가진다. 변호사가 의뢰인의 법률사무를 처리해 주기로 하는 내용의 계약을 위임(수임)계약이라고 한다. 변호사법은 변호사의 사건 선임의 법적 성질을 민법상 위임으로 파악하고 있다(변호사법 제28조의2, 제31조, 제58조의11 등). 판례 역시 변호사와 의뢰인의 관계를 위임계약으로 본다. 소송대리를 위임받은 변호사는 그 수임사무를 수행함에 있어 전문적인 법률지식과 경

3) 편집대표 윤진수, 주해친족법 제2권, 박영사, 2015, 1421면.

4) 정형근, 법조윤리강의 제14판, 도서출판 정독, 2025, 237면.

5) 정형근, 변호사법주석 제2판, 도서출판 정독, 2022, 33면.

힘에 기초하여 성실하게 의뢰인의 권리를 옹호할 의무가 있으며, 구체적인 위임사무의 범위는 변호사와 의뢰인 사이의 위임계약의 내용에 의하여 정하여진다.⁶⁾

변호사의 수임의 자유는 헌법상 직업의 자유에 해당된다. 변호사가 법률전문가로 생활할 수 있는 것은 수임의 자유가 보장되기 때문이다. 그런데 오랜 기간 다수의 사건을 수임하는 직업의 특성상 기존에 수임하여 처리한 사건과 과거 또는 현재의 의뢰인 이익과 충돌할 가능성이 있다. 변호사의 수임과 관련하여 야기될 수 있는 의뢰인 상호간 및 현재와 과거의 의뢰인 상호간, 변호사와 의뢰인 사이에 이해관계가 상반되는 현상을 이익충돌(conflict of interest)이라고 한다.⁷⁾ 변호사가 사건수임에 있어서 이익의 충돌로 인하여 당사자에게 손해를 끼치지 않도록 해야 할 의무를 이익충돌회피의무라고 한다. 이익충돌회피의무는 결국 변호사의 사건수임 제한으로 규율된다.⁸⁾ 특히 변호사의 이익충돌회피의무는 비밀유지의무와 함께 변호사의 직업윤리 중 가장 중요한 근간으로 평가된다. 다만, 변호사의 이익충돌회피의무를 위하여 수임을 제한하려는 경우, 헌법상 기본권 제한의 한계 원리에 관한 과잉금지원칙을 준수해야 한다.⁹⁾

과잉금지원칙은 국가 이전에 선제하는 자유 영역에 대한 국가의 간섭·제약으로부터 개인의 권리를 최대한 보호하고 국가작용을 최소한으로 억제하려는 이념을 출발점으로 하고 있다.¹⁰⁾ 과잉금지의 원칙의 내용은 목적의 정당성, 방법(수단)의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 들 수 있으며, 이는 기본권을 제한하는 법률에 대한 위헌성 판단의 기준이다.¹¹⁾ 헌법재판소 역시 과잉금지원칙을 법치국가원리로부터 파생하는 헌법적 원칙으로 판시하고 있다.¹²⁾ 헌법재판소는 변호사에게 전년도에 처리한 수임사건의 건수 및 수

6) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354 판결 [손해배상(기)].

7) 정형근, “변호사의 이익충돌회피의무”, 경희법학 제46권 제2호, 2011, 204면.

8) 정형근, 법조윤리강의 제14판, 231면; 최진안, 법조윤리, 세창출판사, 2012, 119면 이하.

9) 한수웅, 헌법학 제14판, 법문사, 2025, 499면.

10) 김하열, 헌법강의 제7판, 박영사, 2025, 287면.

11) 성낙인, 헌법학 제25판, 법문사, 2025, 1082면.

12) 국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고

임액을 소속 지방변호사회에 보고하도록 규정하고 있는 구 변호사법(2007. 3. 29. 법률 제 8321호로 개정되고, 2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정되기 전의 것) 제28조의2가 청구인들의 영업의 자유를 침해하는지 여부에 대하여 과잉금지의 원칙에 위반하지 않았다고 판시한 바 있다.¹³⁾

2. 변호사법·변호사윤리장전이 규정하는 수임제한사유

변호사에 대한 수임제한의 유형은 먼저, 일정한 사유에 해당되면 수임을 금지하는 ‘절대적 수임제한사유’가 있다(변호사법 제31조 제1항 제1호, 제3호, 제32조). 변호사법 제31조 제1항 제1호의 동일한 사건의 수임제한은 쌍방대리금지의 원칙에 입각한 것으로, 동일한 변호사가 이해관계가 상반되는 양 당사자를 동시에 대리하는 것을 금지함으로써 의뢰인의 이익을 보호하고 변호사의 공정성과 독립성을 확보하려고 한다. 둘째로, 의뢰인의 동의 또는 양해등이 있으면 수임을 허용하는 ‘상대적 수임제한사유’로 분류할 수 있다(변호사법 제31조 제1항 제2호). 마지막으로, 법률사무의 전문성, 공정성, 신뢰성 등의 확보를 위한 수임제한으로는 전관예우를 근절하기 위한 공직퇴임변호사의 수임제한(변호사법 제31조 제3항), 변호사시험 합격자의 연수기간 중의 수임제한(변호사법 제31조의2), 사건소개로 금품을 제공하면서 하는 수임제한(변호사법 제34조 제2항), 재판·수사기관 공무원이 소개한 사건의 수임제한(변호사윤리장전 제40조) 등과 같은 여러 사유를 두고 있다.¹⁴⁾

변호사의 수임제한은 변호사법뿐만 아니라 대한변호사협회가 제정·시행 중인 회칙의 일종인 「변호사윤리장전」에서도 수임제한사유를 두고 있다. 변호사윤리장전 제21조(부

(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 형사소송법 제331조 단서규정에 대한 위헌심판).

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

14) 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 인권과정의 제447권, 2015년 2월, 99면.

당한 사건의 수임금지), 제22조(수임 제한) 제1항 제4호(상대방 또는 상대방 대리인과 친족관계에 있는 경우), 제5호(동일 사건에서 둘 이상의 의뢰인의 이익이 서로 충돌하는 경우), 제6호(현재 수임하고 있는 사건과 이해가 충돌하는 사건), 제42조(검직 시 수임 제한), 제48조(수임 제한), 제54조(증인으로서의 변호사)는 법률(변호사법)의 근거 없이 신설된 수임제한 사유에 해당된다.

행정기본법 제8조는 “법치행정의 원칙”이라는 제목으로 “행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.”고 한다. 따라서 변호사의 수임의 자유를 제한하려면 반드시 법률에 근거를 두거나, 법률에서 구체적인 위임을 받았어야 한다. 그런데 대한변호사협회가 법률의 근거 또는 위임받은 바 없이 회칙제정권으로 위와 같은 수임제한사유를 신설하는 것은 위헌·위법한 규정이라고 할 수 있다.¹⁵⁾

3. 변호사법상 법무법인등의 업무제한

변호사법은 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합(이하 “법무법인등”이라 한다)이 법무부장관으로부터 공증인가를 받은 ‘인가공증인’이 공증한 사건에 관하여 수임할 수 없도록 한다. 법무법인은 그 법인이 인가공증인으로서 공증한 사건에 관하여는 변호사 업무를 수행할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다(변호사법 제51조). 여기서 ‘변호사 업무를 수행할 수 없다’는 것은 수임제한에 관한 변호사법 제31조 제1항의 ‘직무를 수행할 수 없다’는 내용과 같은 개념이다. 변호사 업무를 수행할 수 있는 것은 의뢰인으로부터 사건을 수임하는 것에서 비롯되기 때문에 ‘직무를 수행할 수 없다’는 의미는 결국 수임할 수 없다는 것을 말한다.

변호사법 시행령은 이에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있다. 법무법인이 수행할 수 있는 변호사의 업무는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 대한 소송에 관한 행위를 제외한 것으로 한다(변호사법 시행령 제13조).

1. 법률행위나 그 밖의 사권(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성한 사건
2. 어음, 수표 또는 이에 부착된 보충지(補充紙)에 강제집행할 것을 적은 증서를 작성한

15) 정형근, 법조윤리강의 제14판, 265면.

사건

3. 법인의 등기 절차에 첨부되는 의사록을 인증한 사건

4. 「상법」 제292조 및 그 준용규정에 따라 정관을 인증한 사건

「변호사윤리장전」에서도 ‘공정증서 작성사무에 관여한 사건’을 수임하지 아니한다(제22조 제1항 제1호)고 이를 확인하고 있다. 따라서 법무법인·법무법인(유한)·법무조합은 물론 그 구성원이나 소속 변호사는 법무법인·법무법인(유한)·법무조합이 공증한 사건을 수임하여 처리할 수 없다. 구성원 변호사가 직접 공증담당 변호사로 공증을 하지 않았더라도 마찬가지다.

4. 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건수임 금지

변호사법 제31조 제1항 제3호는 공무원으로 재직 중 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건을 공직 퇴임 후에 수임하는 것을 금지한다. 여기서 ‘공무원’은 법원조직법에 의한 법관, 검찰청법등에 의한 검사, 국가공무원법과 지방공무원법 등에 의하여 공무원의 신분이 있는 자와 공무원 의제규정에 의하여 공무원으로 인정된 자도 포함된다.¹⁶⁾ 공무원·조정위원 또는 중재인으로 재직 중에 취급한 사건을 수임할 수 없도록 한 것은 공무수행의 공정성을 확보하려는 데 있다.¹⁷⁾

공증인법은 공증인은 그 직무를 수행할 때는 공무원의 지위를 가지는 것으로 본다(공증인법 제2조 후단). 여기서 ‘공무원’을 법무부는 국가공무원이라고 유권해석을 한 바 있다.¹⁸⁾ 그러나 헌법재판소는 “공증인은 공증사무에 한하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 의제될 뿐, 국가공무원법이나 지방공무원법상 공무원에 해당하지 아니한다.”고 판시하였다.¹⁹⁾ 그리고 1985년 공증인법 개정이유를 보면, “공증인은 공무원에 준하는 신분을 가지는 직책을 수행하는 자이기 때문에 공증인의 결격사유를 법관·검사 기타 국가공무원의

16) 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 110면.

17) 정형근, 법조윤리강의 제14판, 246면.

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

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

결격사유와 균형을 유지하도록 이를 정비함”²⁰⁾이라고 하여 공증인은 ‘공무원에 준하는 신분’을 가지는 것이라고 명시하고 있다. 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.²¹⁾ 2009년 개정된 국가배상법 제2조 제1항은 “공무를 위탁받은 사인”을 공무원으로 규정하고 있기 때문에 공무수탁사인의 위법한 공무수행과 관련하여 사인에게 손해가 발생한 경우에는 국가나 지방자치단체가 배상책임을 진다.²²⁾

공무원이 장래에 변호사가 되어 자신이 직무상 처리하였던 사건을 수임할 수 있다면, 그 직무를 처리하는 순간부터 개인적인 이해타산에 따를 위험이 있다. 머지않아 변호사로 개업할 예정인 공무원이 재직 중에 의뢰인 관계를 형성하여 그가 원하는 방향으로 사건이 처리될 수 있다는 잘못된 신뢰를 줄 수 있다. 그리고 공무상 취급하였던 사건을 나중에 수임한 경우 잠재적인 의뢰인 이익을 위하여 부당하게 처리하였다는 비난을 받을 가능성도 크다. 재판이나 수사기관 재직 중에 취급하였던 사건을 변호사가 되어 수임할 수 있다면, 재판과 수사에 대한 국민의 불신을 초래하게 되기 때문에 이를 금지한 것이다.

현재 인가공증인 법무법인은 1982. 12. 31. 개정된 변호사법에서 최초로 신설되었다. 그 때 공증업무를 하게 된 법무법인은 공증한 사건은 수임할 수 없도록 하였다. 즉, 법무법인은 그 법인이 공증한 사건에 관하여는 변호사의 업무를 행할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다(제41조). 이처럼 변호사법이 개정되어 인가공증인이 출범하기 전에는 공증인의 공증업무에 대하여도 변호사법 제31조 제1항 제3호 “공무원 또는 중재인으로서 직무상 취급한 사건”의 수임제한 규정의 적용을 받았다.

대법원은 합동법률사무소가 공증한 사건에 관하여는 합동법률사무소 소속 변호사는 모두 “공무원으로서 직무상 취급한 사건”으로 수임제한을 받는다고 판시한 바 있다.

“본건에 적용될 구 간이절차에 의한 민사분쟁사건처리특례법 제9조 제1항에 의하면 공증사무를 처리하는 합동법률사무소의 구성원인 변호사는 합동하여 법률사무에 종사하

20) 공증인법[시행 1985. 10. 1.] [법률 제3790호, 1985. 9. 14., 일부개정] 개정이유.

21) 정하중·김광수, 행정법개론 제16판, 법문사, 2022, 61면; 정형근, 행정법 제13판, 도서출판 정독, 2025, 62면.

22) 정형근, 행정법 제13판, 62면; 홍정선, 행정법원론(상) 제30판, 박영사, 2022, 135면.

게 되어 있음이 소론과 같고 또 같은법 제12조 제1항의 규정에 의하면 공증에 관한 문서는 합동법률사무소명의로 작성하고 그 합동법률사무소 구성원이 5인 이상인 때에는 3인이, 구성원이 3인 이상인 때에는 변호사 2인이 공동서명날인 하여야 하게 되어 있으며 같은 법 제16조의 규정에 의하면 합동법률사무소에 관하여 같은 법에 규정이 있는 것을 제외하고는 그 업무에 관하여 변호사법을 준용하게 되어 있다. 이러한 규정 등에 의하면 합동법률사무소의 구성원인 변호사는 법률상 합동하여 공증사무를 처리하는 것이고 따라서 공증에 관한 문서도 합동법률사무소 명의로 작성되는 것이므로 합동법률사무소가 공증한 사건에 관하여는 그 공정증서에 서명날인한 변호사는 물론 그에 서명날인하지 아니한 변호사라 할지라도 소속 합동법률사무소 명의로 공증된 사건에 관하여는 변호사법 제16조가 준용되는 것으로 해석하여야 할 것이며 따라서 합동법률사무소 명의로 공정증서가 작성된 경우에는 그 소속구성원인 변호사는 그 공정증서에 서명날인한 여부에 불구하고 변호사법 제16조 제2호의 규정에 의하여 그 직무를 행사할 수 없는 것이라 할 것이다.

왜냐하면 변호사법 제16조 제2호에는 공무원으로서 직무상 취급한 사건에 관하여는 그 직무를 행할 수 없다고 규정하고 있으나 이는 공무원신분을 가진 사람이 직무상 취급한 사건만을 말하는 것이 아니라 공무원신분을 갖지 않은 사람이라 할지라도 그 사람이 취급한 사건이 국권의 하나인 사법권능에 속하는 사건이면 즉 채무명이나 집행력 있는 정본의 형성에 관한 것이라면 그 취급사건에 관한 한 이에 해당되는 것으로 보아야 하기 때문이다.”²³⁾

이 판결에서 말하는 변호사법 제16조 제2호는 “공무원 또는 중재인으로서 직무상 취급한 사건”을 말한다.²⁴⁾ 이러한 판례의 태도는 공증사무의 공공성과 공증인의 공무원적 지위를 고려할 때 타당하다고 생각된다. 따라서 변호사법 제51조는 법무법인이 인가공증인으로서 공증한 사건의 수임을 제한하고 있으며, 공증인법 제15조의9 역시 인가공증인은

23) 대법원 1975. 5. 13. 선고 72다1183 전원합의체 판결 [청구이의].

24) 변호사법 [제2654호 일부개정, 시행 1973. 12. 20.] 제16조 변호사는 좌기 각호의 1에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 행할 수 없다.

1. 상대방의 상의를 받은 사건으로서 그 상의의 방법정도가 신뢰관계에 기인한 것으로 인정되는 사건 또는 그 위촉을 승낙한 사건
2. **공무원 또는 중재인으로서 직무상 취급한 사건**
3. 수임하고 있는 사건의 상대방이 위촉하는 다른 사건. 다만, 수임하고 있는 사건의 위촉자가 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

해당 법무법인등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여 특정한 공증업무를 수행할 수 없도록 엄격히 금지한다.

Ⅲ. 인가공증인이 공증한 사건의 수임제한사유

1. 인가공증인의 공증사건 수임제한의 연혁

과거 공증사무는 법무부장관이 임명한 공증인(임명공증인)과 일정한 시설을 갖춘 법무법인등과 공증인가합동법률사무소에 의해 수행되었다. 그렇지만 임명공증인에 관한 사항은 공증인법에, 법무법인등과 공증인가합동법률사무소에 관한 사항은 변호사법에 각각 규정되어 법체계의 통일성 및 제도 운영의 효율성이 저하된다는 비판이 있었다. 또한 공증사무 수행자들의 공증제도에 대한 이해와 지식 부족, 변호사 업무와의 겹침으로 인한 공증보조자에 대한 높은 의존 등으로 국가사무인 공증의 신뢰성과 적정성이 훼손되고 있다는 지적도 있었다.²⁵⁾

그리하여 2009. 2. 6. 개정된 공증인법은 종래 변호사법에서 규정하고 있던 공증 관련 규정을 폐지하고 공증 관련 법령 체계를 공증인법으로 일원화하였다. 공증인을 법무부장관으로부터 임명받은 ‘임명공증인’과 법무부장관으로부터 공증인가를 받은 ‘인가공증인’으로 규정하여 공증인 체계를 통일적으로 개편했다. 그리고 공증사무를 수행하고 있던 법무법인등의 경우 종전에는 법무법인 설립인가만 취득하면 공증인가를 따로 받을 필요 없이 공증사무를 수행할 수 있었으므로, 그 기간에 제한이 없었으나[구 변호사법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항], 그 후 법무법인등도 설립인가 외에 공증인가를 따로 받도록 하고 그 인가의 유효기간도 5년으로 제한하여 5년마다 재인가를 받도록 개정되었다(공증인법 제15조의8).

공증인이 공증한 사건의 수임제한은 임명공증인과 인가공증인 모두에게 필요하다. 임

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

명공증인의 수임제한에 관하여 법무부는 유권해석으로²⁶⁾ 공증인법 제6조 “검직 금지” 조항을 들고 있다.²⁷⁾ 그러나 공무원 지위에서 국가사무를 수행하는 임명공증인의 소송사건 수임제한을 하는 것은 적법하지만, 그 법적 근거는 법무부가 제시하는 공증인법 제6조(검직 제한)는 변호사 직무를 포괄할 수 없기 때문에 행정법상 불문법원인 행정관습법에서 찾는 것이 타당하다고 하겠다.²⁸⁾

인가공증인이 한 공증사건의 수임제한은 2009. 2. 6. 개정된 변호사법과 공증인법에 동일한 내용으로 규정되고 있다. 변호사법 제51조는 “업무 제한”이라는 제목으로 “법무법인은 그 법인이 인가공증인으로서 공증한 사건에 관하여는 변호사 업무를 수행할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 반면, 공증인법 제15조의9는 “변호사 업무와의 관계”라는 제목으로 “인가공증인은 해당 법무법인등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여 다음 각 호와 같은 공증업무를 수행할 수 없다.”고 규정하고 있다.

변호사법은 인가공증인으로 공증한 사건의 수임제한을 하고 있고, 공증인법은 대리하였던 소송사건에 관한 공증업무의 금지를 규정하고 있다. 이는 공증업무를 먼저 하였든, 소송사건의 수임을 먼저 하였든 상관없이 수임을 금지하고 있다. 입법체계상 이해충돌을 금지하려는 바람직한 규율형식으로 보인다. 이러한 수임제한제도를 공증인은 변호사와는 달리 어느 일방 의뢰인의 대리인이 아니라 관련당사자 모두를 위하여 복잡하고 중요한 법적 사무를 독립적이고 공정한 위치에서 조력하는 전문가로서 그 직무의 중립성으로 파악하는 견해도 있다.²⁹⁾ 인가공증인이 공증한 사건의 수임을 제한하는 구체적인 내용은 변호사법 시행령 제13조(법무법인의 업무범위)와 공증인법 제15조의9(변호사 업무와의 관

26) 법무부 법무과, 공증 관련 질의회답 사례, 71면.

27) 공증인법 제6조(검직 금지) 임명공증인은 다른 공무(公務)를 겸하거나 상업을 경영할 수 없고, 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인이 될 수 없다. 다만, 상시 근무가 필요하지 아니하고 공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무로서 법무부장관의 허가를 받은 경우는 그러하지 아니하다.

28) 정형근, “임명공증인의 소송사건 수임제한에 관한 법적 근거 - 법무부 유권해석을 중심으로 -”, 공증과 신뢰 <통권 제17호>, 2024, 53면.

29) 장재형, “공증인의 직무상 의무로서의 중립성 - 변호사의 쌍방소송대리 금지에 대한 재고찰과 더불어-”, 인권과정의 제410호, 2010. 10., 148면 이하.

계)에서 각각 규정하고 있다. 아래에서는 변호사법 시행령 제13조를 중심으로 그 내용을 살펴보기로 한다.

2. 법률행위나 그 밖의 사건(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성한 사건 (제1호)

공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁(囑託)에 따라 ① 법률행위나 그 밖에 사건(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서(公正證書)의 작성, ② 사서증서(私署證書) 또는 전자문서 등(공무원이 직무상 작성한 것은 제외한다)에 대한 인증, ③ 이 법과 그 밖의 법령에서 공증인이 취급하도록 정한 사무를 처리하는 것을 직무로 한다.

사서증서란 작성자의 서명날인이나 기명날인이 있는 사문서를 말한다. 사서증서의 인증은 촉탁인으로 하여금 공증인 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 적는 방법으로 한다(공증인법 제57조 제1항). 사문서를 인증받으면 공사병존문서가 된다. 공사병존문서에는 내용증명 우편에 의한 통지서, 확정일자를 부여받은 임대차계약서, 소장접수증명원 등도 있지만, 이들 서류는 공문서의 진정성립으로 사문서 부분의 진정성립이 증명되지 아니한다.³⁰⁾ 변호사법은 이 중에서 ‘법률행위나 그 밖의 사건(私權)에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성한 사건’으로 한정하여 수임제한을 하고 있다.

여기서 ‘법률행위를 내용으로 하는 공정증서’란 의사표시에 따라 단독행위(채무면제, 계약의 해지, 재단법인의 설립행위 등), 계약, 합동행위로 분류할 수 있는데 이러한 법률행위에 관하여 작성하는 공정증서를 말한다. 그리고 ‘사권에 관한 사실에 대한 공정증서’란 사권에 관련된 사실에 대하여 직접 목격한 사실과 오감의 감각기관에 의하여 직접 체득한 사실에 기하여 작성한 공정증서를 말한다.³¹⁾ 공증인은 증서를 작성할 때 그가 들은 진술, 목격한 사실, 그 밖에 실제로 경험한 사실과 그 경험한 방법을 적어야 한다(공증인법 제34조).

사권에 관한 사실에는 ① 사람의 출생·생존·사망 등, ② 신체·재산에 대한 손해의 형

30) 대한공증인협회, 공증실무, 2013, 240면.

31) 신정식, 공증인법개설[수정증보], 삼화문화사, 2017, 13면.

상·정도 등, ③ 동산·부동산의 품질·종류·크기·형상·수량·현존상태 등, ④ 회사·조합의 총회의 의사, ⑤ 지급정지의 상황, ⑥ 동산·부동산의 점유상황 등, ⑦ 재산목록의 작성이 포함된다.³²⁾ 이를 공증실무에서는 ‘사실실험 공정증서’라 표현한다.

대법원은 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다. 즉, 공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 그 사서증서가 진정하게 성립된 것 인지의 여부에 관하여 다툼이 생길 경우 그 문서가 진정한 것임에 대한 증명력을 높여 주려는 데 그 근본적인 목적이 있는 것인바, 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 같은 법에 따라 반드시 촉탁인의 확인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있으므로, 공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 그와 같은 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·입증되는 등 특별한 사정이 없는 한 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립을 함부로 부인하여서는 안된다.³³⁾³⁴⁾

대한변호사협회는 법무법인 소속 변호사로서 유언 공증을 하였는데 유언자 사망 후 공동상속인 중 1인이 수증자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하였는데, 이 경우 위 수증자를 대리할 수 있는지 여부에 관한 질의회신에서 “유언공증은 사권에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성하는 행위에 해당되는 것이고, … 유언공증의 진정성립을 다투는 것이 아니라 하더라도 공증한 사건과 관련이 있는 유류분청구소송도 수임할 수 없다고 판단된다.”고 한 바 있다.³⁵⁾ 따라서 인가공증인이 유언공증을 한 후에 그 유언공증의 무효를 다투는 사건을 수임할 수 없지만, 유언공증의 상속인이 제3자를 상대로 제소한 대여금 청구의 소를 대리하는 것은 인가공증인의 수임제한에 해당되지 않는다.

32) 대한공증인협회, 공증실무, 137면.

33) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다17187 판결 [소유권이전등기].

34) 공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 공증인이 증서에 기재하는 것으로서, 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 공증인법에 따라 반드시 촉탁인의 확인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있으므로, 공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 그와 같은 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·입증되는 등 특별한 사정이 없는 한, 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립은 추정된다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결 [대여금]).

35) 대한변호사협회, 판례·선례 변호사법 축조해설, 2009, 278면.

3. 어음, 수표 또는 이에 부착된 보충지(補充紙)에 강제집행할 것을 적은 증서를 작성한 사건(제2호)

공증인은 어음·수표에 첨부하여 강제집행을 인낙(認諾)한다는 취지를 적은 공정증서를 작성할 수 있다(공증인법 제56의2 제1항). 이처럼 어음·수표에 부착하여 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서를 ‘어음·수표에 관한 공정증서’라고 한다. 어음·수표의 공정증서제도는 1985. 9. 14.개정된 공증인법에 신설되었다. (공증인법 제56의2) 제1항에 따른 증서는 어음·수표의 발행인과 수취인, 양도인과 양수인 또는 그 대리인의 촉탁이 있을 때에만 작성할 수 있다(공증인법 제56의2 제2항). 이와 같이 어음·수표에 관한 공정증서가 작성되면 어음·수표상의 채무자가 어음·수표채무를 이행하지 않은 경우에는 어음·수표상의 채권자는 바로 강제집행을 할 수 있다.³⁶⁾ 이런 공정증서는 집행권원의 하나인 집행증서가 된다.

(공증인법 제56의2) 제1항에 따른 증서는 「민사집행법」 제56조에도 불구하고 그 어음 또는 수표에 공증된 발행인, 배서인(背書人) 및 공증된 환어음을 공증인수(公證引受)한 지급인에 대하여는 집행권원으로 본다(공증인법 제56의2 제4항). 공증의 대상이 되는 어음·수표는 완성된 어음·수표에 한한다. 완성된 어음·수표란 어음법,³⁷⁾ 수표법³⁸⁾에 규정

36) 신정식, 공증인법개설[수정증보], 172면.

37) 어음법 제1조(어음의 요건) 환어음(換어음)에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 증권의 본문 중에 그 증권을 작성할 때 사용하는 국어로 환어음임을 표시하는 글자
2. 조건 없이 일정한 금액을 지급할 것을 위탁하는 뜻
3. 지급인의 명칭
4. 만기(滿期)
5. 지급지(支給地)
6. 지급받을 자 또는 지급받을 자를 지시할 자의 명칭
7. 발행일과 발행지(發行地)
8. 발행인의 기명날인(記名捺印) 또는 서명

38) 수표법 제1조(수표의 요건) 수표에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 증권의 본문 중에 그 증권을 작성할 때 사용하는 국어로 수표임을 표시하는 글자
2. 조건 없이 일정한 금액을 지급할 것을 위탁하는 뜻
3. 지급인의 명칭
4. 지급지(支給地)

된 어음·수표의 필요적 기재사항을 하나도 빠짐없이 기재한 어음·수표를 말한다. 그중 하나라도 빠뜨린 미완성의 어음·수표는 법률상 어음·수표로서의 효력을 인정받는 데 다름이 생길 수 있기 때문이다.

대법원은 만기의 일자가 발행일보다 앞선 일자로 기재되어 있는 확정일출급 약속어음은 무효라고 한 바 있다. 즉, 어음의 요식증권 내지 문언증권으로서의 성질상 어음요건의 성립 여부는 어음상의 기재만에 의하여 판단하여야 하고, 어음요건의 기재가 그 자체로 불가능한 것이거나 각 어음요건이 서로 명백히 모순되어 함께 존립할 수 없게 되는 경우에는 그와 같은 어음은 무효라고 봄이 상당하고, 한편 약속어음의 발행일은 어음요건의 하나로서 그 기재가 없는 상태에서는 어음상의 권리가 적법하게 성립할 수 없는 것이므로, 확정된 날을 만기로 하는 확정일출급 약속어음의 경우에 있어서 만기의 일자가 발행일보다 앞선 일자로 기재되어 있다면 그 약속어음은 어음요건의 기재가 서로 모순되는 것으로서 무효라고 해석하여야 한다.³⁹⁾

대법원 전원합의체 판결은 어음면상 발행지의 기재가 없으나 어음면의 기재 자체로 보아 국내어음으로 인정되는 경우, 그 어음의 효력은 유효하다고 판시하였다. 다수의견은, 어음에 있어서 발행지의 기재는 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력(세력)을 달리하는 어음 기타 국제어음에 있어서는 어음행위의 중요한 해석 기준이 되는 것이지만 국내에서 발행되고 지급되는 이른바 국내어음에 있어서는 별다른 의미를 가지지 못하고, 또한 일반의 어음거래에 있어서 발행지가 기재되지 아니한 국내어음도 어음요건을 갖춘 완전한 어음과 마찬가지로 당사자 간에 발행·양도 등의 유통이 널리 이루어지고 있으며, 어음교환소와 은행 등을 통한 결제 과정에서도 발행지의 기재가 없다는 이유로 지급거절됨이 없이 발행지가 기재된 어음과 마찬가지로 취급되고 있음은 관행에 이른 정도인 점에 비추어 볼 때, 발행지의 기재가 없는 어음의 유통에 관여한 당사자들은 완전한 어음에 의한 것과 같은 유효한 어음행위를 하려고 하였던 것으로 봄이 상당하므로, 어음면의 기재 자체로 보아 국내어음으로 인정되는 경우에 있어서는 그 어음면상 발행지의 기재가 없는

5. 발행일과 발행지(發行地)

6. 발행인의 기명날인(記名捺印) 또는 서명

39) 대법원 2000. 4. 25. 선고 98다59682 판결 [약속어음금].

경우라고 할지라도 이를 무효의 어음으로 볼 수는 없다.⁴⁰⁾

대한변호사협회는 공증인가 법무법인이 채권자와 채무자의 촉탁으로 약속어음 공증을 하여 주었는데, 이후 채권자는 채무자가 그 재산을 도피시켰음을 이유로 채무자를 상대로 사해행위 취소소송을 제기하려고 하는데, 위 법무법인이 채권자로부터 위 소송을 수임하여 수행할 수 있는지에 대한 질의회신에서, 채권자가 제기하려는 사해행위취소청구 사건이 “약속어음에 강제집행을 할 것을 기재한 증서를 작성한 사건”에 해당하느냐 하는 것이 문제인데, 사해행위 취소사건은 약속어음 공정증서의 효력을 다투는 것이 아니라 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적을 한 법률행위를 한 때” 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 약속어음채권의 존부 또는 범위에 그치지 않고 약속어음 공정증서의 효력에 관해서 다투는 경우에는 법무법인이 공증한 사건에 해당하는 것으로 사료된다고 한 바 있다.⁴¹⁾ 따라서 인가공증인이 어음, 수표에 강제집행할 것을 내용으로 하는 공증을 한 후에 촉탁인의 의뢰를 받아 민사집행법상의 강제집행 행위에 관한 대리행위를 할 수 없다.

4. 법인의 등기 절차에 첨부되는 의사록을 인증한 사건(제3호)

법인 등기를 할 때 그 신청서류에 첨부되는 법인 총회 등의 의사록은 공증인의 인증을 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다(공증인법 제66의2 제1항).

1. 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사를 「상법」 제295조 제1항에 따라 발기설립하는 경우
2. 대통령령으로 정하는 공법인 또는 비영리법인인 경우
3. 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 의결한 경우

주식회사의 설립방법에는 발기설립과 모집설립이 있다. 발기설립(단순설립, 동시설립)은 회사설립 시에 발행하는 주식의 총수를 발기인이 인수하는 설립방식을 말하고, 모집설립(복잡설립, 점차설립)은 회사설립 시에 발행하는 주식총수의 일부는 발기인이 인수

40) 대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결 [약속어음금].

41) 대한변호사협회, 판례·선례 변호사법 축조해설, 279면.

하고 나머지는 발기인 이외의 자가 인수하는 설립방식을 말한다.⁴²⁾ 발기인이 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수를 인수한 때에는 지체없이 각 주식에 대하여 그 인수가액의 전액을 납입하여야 한다. 이 경우 발기인은 납입을 맡을 은행 기타 금융기관과 납입장소를 지정하여야 한다(상법 제295조 제1항). 납입금을 보관한 은행이나 그 밖의 금융기관은 발기인 또는 이사의 청구를 받으면 그 보관금액에 관하여 증명서를 발급하여야 한다(상법 제318조 제1항). 이 증명은 설립등기를 할 때 필요하므로, 결국 설립등기 이전에 발기인의 납입이 이루어지도록 강제하는 것이 된다.⁴³⁾

법인의 의사록 인증은 상법이 아닌 공증인법에서 요구하고 있고, 법무부는 「법인의 사록에 대한 인증사무 처리지침」을 제정·시행하고 있다. 「상업등기규칙」과 「상업등기신청서의 양식에 관한 예규」에서도 의사록의 인증을 요구하고 있다. 즉, 주주총회, 종류주주총회, 이사회 또는 청산인회의 결의를 필요로 하는 등기를 신청하는 경우에는 그 의사록을 제공하여야 한다(상업등기규칙 제128조 제2항).⁴⁴⁾ 관청의 허가(인가)가 등기할 사항의 효력요건인 경우에는 등기신청서에 관청의 허가서(인가서) 또는 그 인증이 있는 등본을 첨부하였다는 기재를 하여야 한다(상업등기신청서의 양식에 관한 예규 제3조 제2항). 예컨대 영업주가 회사인 경우 지배인 선임등기 양식 14의 2호는 “지배인의 선임사실을 증명하는 서면(이사회 의사록<공증받은 것> 등)”이라고 하고 있다. 또한 주식회사 설립등기(발기설립) 양식 제65-1호는 “정관(자본금 금 10억 이상일 경우 공증받은 것), 발기인회의사록(자본금 금 10억 이상일 경우 공증받은 것)”이라고 한다.

(법인 총회 등의) 인증은 공증인이 법인 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합한다는 사실을 확인하고, 촉탁인이나 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 그 사실을 적는 방법으로 한다(공증인법 제66조의2 제2

42) 김홍기, 상법강의 제8판, 박영사, 2024, 297~298면; 정찬형, 상법강의요론 제19판, 박영사, 2023, 314면.

43) 송옥렬, 상법강의 제14판, 홍문사, 2024, 766면.

44) 「상업등기규칙」 제155조(첨부정보에 관한 통칙) ① 정관의 규정, 법원의 허가 또는 총사원의 동의가 없으면 효력이 없거나 취소할 수 있는 사항의 등기를 신청하는 경우에는 정관, 법원의 허가 또는 총사원의 동의가 있음을 증명하는 정보를 제공하여야 한다.

② 사원총회의 결의 또는 어느 이사나 청산인의 동의를 필요로 하는 등기를 신청하는 경우에는 사원총회의 의사록 또는 그 이사나 청산인의 동의가 있음을 증명하는 정보를 제공하여야 한다.

항). 제2항에 따른 사실의 확인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 한다(공증인법 제66조의2 제3항).

1. 공증인이 해당 법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사한 후 그 검사 결과와 의사록의 내용이 부합하는지를 대조하는 방법
2. 공증인이 해당 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인으로부터 진술을 듣고 그 진술과 의사록의 내용이 부합하는지를 대조하는 방법

임명공증인 또는 인가공증인의 공증담당변호사가 제66조의2 제2항을 위반한 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처한다(공증인법 제88조). 법무부장관은 공증인이 “이 법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우”에 해당하면 제85조에 따른 공증인징계위원회에 징계의결을 요구하여야 한다(공증인법 제82조 제1항). 따라서 본조 위반 시에는 임명공증인은 해임, 인가공증인은 인가취소와 같은 불이익처분을 당할 수 있다.

법인 등기는 법인등기부에 등재하는 것을 말하므로 부동산등기는 해당되지 않는다. 의사록 인증제도는 인증을 통하여 결의절차·내용의 진실성을 담보하고 허위 또는 위조된 의사록에 의한 부실등기를 방지하여 분쟁을 미연에 방지하는 기능을 한다.⁴⁵⁾ 따라서 인가공증인이 법인의 등기 절차에 첨부되는 의사록을 인증한 후에 그 의사록의 효력이나 결의 자체를 다투는 등에 관한 사건을 수입할 수 없다.

5. 「상법」 제292조 및 그 준용규정에 따라 정관을 인증한 사건(제4호)

주식회사의 정관은 공증인의 인증을 받음으로써 효력이 생긴다(상법 제292조 본문). 정관은 실질적으로는 회사의 조직과 운영에 관한 근본규범 그 자체를 의미하지만, 형식적으로는 그러한 근본규범을 기재한 서면을 의미한다. 정관의 효력이 생긴다는 것은 정관 작성 이후에 정관의 규정에 근거하여 행해지는 회사설립 관련 모든 행위가 유효해짐을 의미한다. 그러므로 공증인의 인증을 받지 못한 정관은 회사설립의 근거가 될 수 없다.⁴⁶⁾ 공증인의 인증은 정관이 진정하게 작성되고 내용이 적법함을 확보하기 위함이다. 공증인의 인증은 원시정관의 경우에만 요구된다. 원시정관은 발기인 또는 설립 시 사원이 작성

45) 대한공증인협회, 공증실무, 288면.

46) 이철송, 회사법강의 제30판, 박영사, 2022, 250~251면.

한 정관을 말한다. 일단 유효하게 작성된 정관을 변경할 경우에는 주주총회의 특별결의가 있으면 그때 유효하게 정관변경이 이루어지는 것이고, 공증인의 인증 여부는 정관변경의 효력발생에는 아무 영향이 없다.⁴⁷⁾ 정관의 변경 시에는 인증이 요구되지 않는다는 것이다. 판례 역시 같은 입장이다.

주식회사의 원시정관은 공증인의 인증을 받음으로써 효력이 생기는(상법 제292조) 것이지만 일단 유효하게 작성된 정관을 변경할 경우에는 주주총회의 특별결의(상법 제433조, 제434조)가 있으면 그때 유효하게 정관변경이 이루어지는 것이며 서면인 정관이 고쳐지거나 변경내용이 등기사항인 때의 등기여부 내지는 공증인의 인증여부는 정관변경의 효력발생에는 아무 소장이 없다고 할 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 피고의 설립 당시의 정관에 주주총회의 결의는 법령 또는 정관에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 2/3 이상의 수로써 한다고 규정(제19조)되어 있었으나, 2000. 12. 8.경 이후로는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 1/2 이상의 수로써 하는 것으로 변경되었다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 채증법칙을 위반한 위법이 없다는 사례도 있다.⁴⁹⁾

다만, 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사를 제295조제1항에 따라 발기설립(發起設立)하는 경우에는 제289조 제1항에 따라 각 발기인이 정관에 기명날인 또는 서명함으로써 효력이 생긴다(상법 제292조 단서). 과거 상법은 회사를 설립함에 있어서 자본금의 규모나 설립형태를 불문하고 설립등기시에 첨부하는 정관에 대하여 일률적으로 공증인의 인증을 받도록 강제하여 창업에 불필요한 시간과 비용이 드는 경우가 있었다. 그래서 2009. 5. 28. 개정된 상법은 자본금총액이 10억 원 미만인 회사를 발기설립 하는 경우에는 창업자들의 신뢰관계를 존중하여 발기인들의 기명날인 또는 서명이 있으면, 공증인의 인증이 없더라도 정관에 효력이 발생하도록 하였다.⁵⁰⁾ 규모가 영세한 회사의 경우 설립에 필요한 비용을

47) 김건식·노혁준·천경훈, 회사법 제6판, 박영사, 2022, 102면.; 이기수·최병규, 회사법 제9판, 박영사, 2011, 170면.; 임재연, 회사법I 개정7판, 박영사, 2020, 702면.

48) 대법원 1978. 12. 26. 선고 78누167 판결 [재산세부과처분취소등].

49) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다62362 판결 [주주총회결의취소].

50) 이기수·최병규, 회사법 제9판, 157면.

절감해 줌으로써 설립을 촉진하기 위한 특례이다.⁵¹⁾

상법 제292조 준용규정에 따라 정관을 인증하는 경우로는 유한회사 정관의 작성이 있다. 유한회사를 설립함에는 사원이 정관을 작성하여야 한다(상법 제543조 제1항). 상법 제292조의 규정은 유한회사에 준용한다(상법 제543조 제3항). 따라서 유한회사 설립에는 사원이 정관을 작성하고, 각 사원이 기명날인 또는 서명하여야 한다. 정관은 공증인의 인증을 받음으로써 효력이 발생한다. 유한회사는 모집설립이 인정되지 않고 사원이 되고자 하는 자는 설립절차에 참여하여 출자를 해야 하므로 주식회사에서 발기설립에 해당하는 절차만 인정된다.⁵²⁾

공증인법 제2조 “공증인의 직무”에는 사서증서의 인증 외에 ‘정관의 인증’을 공증인의 직무로 한다는 명시적 규정은 없다. 그러나 「상법」 제292조와 그 준용 규정에 따라 정관의 인증을 촉탁할 경우 그 처리에 관한 내용을 규정하고 있다. 「상법」 제292조와 그 준용 규정에 따라 정관의 인증을 촉탁하려면 정관(전자문서로 작성된 정관은 제외한다. 이하 같다) 두 통을 제출하여야 한다(공증인법 제63조 제1항). 정관의 인증은 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 제출된 각 정관에 발기인이 서명 또는 기명날인하였음을 확인하게 한 후 그 사실을 적는 방법으로 한다(공증인법 제63조 제2항). 공증인은 제2항의 기재를 한 정관 중 한 통은 자신이 보존하고 다른 한 통은 촉탁인 또는 그 대리인에게 돌려주어야 한다(공증인법 제63조 제3항).

상법이나 기타 특별법에서 특별히 정관인증을 요하지 아니한 경우에는 그 정관은 공증인의 인증을 받지 아니하여도 정관으로서의 효력이 발생한다.⁵³⁾ 예컨대 합명회사의 설립에는 2인 이상의 사원이 공동으로 정관을 작성하여야 한다(상법 제178조). 그 외 합자회사의 정관, 민법상 재단법인이나 사단법인의 정관은 공증인의 인증을 받을 필요는 없다. 따라서 인가공증인이 주식회사 정관을 인증한 후에 그 정관에서 주주총회 성립에 관한 의사정족수를 규정할 수 있는지 여부에 관한 회사의 소송사건을 수임할 수 없다.

51) 이철송, 회사법강의 제30판, 251면.

52) 송옥렬, 상법강의 제14판, 1300면.

53) 신정식, 공증인법개설[수정증보], 508면.

Ⅳ. 인가공증인의 공증사건 수임제한 위반의 효과

1. 형사처벌

변호사법 제115조 제1항은 “법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이나 구성원 아닌 소속 변호사가 제51조를 위반하면 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”, 같은 조 제2항은 “법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이나 구성원이 아닌 소속 변호사가 그 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합의 업무에 관하여 제1항의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합에게도 같은 항의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

이처럼 변호사법에서 인가공증인이 공증한 사건을 수임한 경우에 처벌규정을 두고 있기 때문에 공증인법에는 별도의 처벌규정이 없다. 인가공증인은 한편으로는 공무원 지위를 가지는 공증인이면서도, 다른 한편으로는 변호사의 지위를 겸하고 있기 때문에 그 직무수행과 관련된 규율은 변호사법에서 하고 있다.

2012. 1. 17. 개정된 변호사법은 헌법재판소가 양벌규정에서 책임주의 원칙이 관철되도록 하는 결정을 함에 따라서 그 취지에 맞게 변호사법 제115조 제2항을 신설하였다.⁵⁴⁾ 종전에는 법무법인등이 소속 변호사에 대한 관리·감독상 주의의무를 다하였는지에 관계없이 법무법인 등을 처벌하도록 하고 있어 책임주의 원칙에 위배될 소지가 있었다. 그러나 지금은 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해

54) 개인 영업주가 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지에도 영업주에게 형벌을 부과할 수밖에 없게 된다. 이처럼 이 사건 심판대상 법률조항들은 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 개인 영업주의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 영업주 개인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 개인 영업주가 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 영업주 개인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이 사건 심판대상 법률조항들은 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것이라 하지 않을 수 없다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가10).

당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 처벌을 면하게 함으로써 양벌규정에도 책임주의 원칙이 관철되도록 하였다.

2. 수임제한을 위반한 대리행위의 사법상 효력

가. 형사처벌 규정과의 관계

변호사법상 수임제한에 위반한 경우에 형사처벌을 한다고 하여 당사자 사이의 사법상 효과까지 부정되는 것은 아니다. 예컨대 변호사는 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다(변호사법 제31조 제1항 제3호). 이 규정을 위반하여 사건을 수임한 변호사는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(변호사법 제113조 제5호).

판례는 이 수임제한 규정에 위반하여 소송대리를 한 경우는 원칙적으로 무효라고 하면서도, 당사자가 그 사유를 알고서도 이의를 제기하지 않는 경우에는 유효하다고 본다. 즉, 변호사가 판사로서 항소심 변론에 관여하였던 재심대상사건을 수임하여 소송대리를 한 것이 구 변호사법(1949.11.7. 법률 제63호) 제16조 제2호⁵⁵⁾에 위반되어 무효한 행위임에도 불구하고 그 소송대리행위를 유효로 본 것은 잘못이라 하더라도 민사소송법 제422조 제1항 단서에 의하여 당사자가 그 사유를 알고 주장하지 아니한 때에 해당하는 경우에는 원판결의 잘못은 재심의 소를 기각하는 판결의 결과에는 영향이 없다.⁵⁶⁾

변호사법상 계쟁권리의 양수금지에 관한 규정도 마찬가지다. 변호사법 제32조는 “변호사는 계쟁권리를 양수하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다. 이를 위반한 변호사에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(변호사법 제112조 제5호). 변호사가 계쟁권리를 양수한 경우 의뢰인과 체결한 양수계약의 효력에 대하여 판례는 이 규정은 단속규정으로서 그 양수행위의 사법적 효력에는 아무 영향이 없다고 한다. 즉, 구 변호사법(1973.12.20. 법률 제2654호) 제17조의 변호사의 계쟁권리양수를 금한 규정은 변호사의 그와 같은 행위를 단속하기 위하여 금지규정을 둔 것에 불과하여 그 양수행위의 사

55) 현행 변호사법 제31조 제1항 제3호에 해당된다.

56) 대법원 1971. 5. 24. 선고 71다556 판결 [소유권이전등기말소].

법적 효력에는 아무 소장이 없으며 여기서 “계쟁권리”라 함은 바로 계쟁중에 있는 그 권리이며 계쟁목적물이었던 부동산 자체를 계쟁권리라 할 수 없다.⁵⁷⁾

생각건대 계쟁권리의 양수금지는 변호사가 직무수행 중에 이익을 취하는 것 등을 금지하려는 취지를 고려하면 사법상 효력까지 부정하여 양수행위를 원천적으로 금지시킬 필요가 있다. 그 위반시에 형사처벌을 하는 점을 고려하면, 효력규정으로 파악할 수도 있다. 그렇지만 계쟁권리를 변호사에게 양도한 의뢰인의 이익도 고려한다면, 단속규정으로 보는 것이 타당하다. 따라서 이 규정에 위반한 양도양수계약의 사법상 효력은 유효하다고 할 것이다.⁵⁸⁾ 따라서 변호사법상 이익충돌회피를 위한 수임제한과 그 위반에 대한 형사처벌을 한다고 할지라도 수임제한 위반행위가 사법상 효력이 없다고 할 수는 없다는 것이 판례의 입장이다.

반면, 변호사법 제109조 제1호⁵⁹⁾는 강행법규로서 같은 법조에서 규정하고 있는 이익취

57) 구 변호사법(1973.12.20. 법률 제2654호) 제17조는 변호사는 계쟁권리를 양수할 수 없다고 규정하고 있는바, 이는 변호사가 당사자로부터 계쟁권리를 양수하므로 인하여 당사자와 변호사 사이의 신임관계에 균열을 초래하며 또는 당사자와 이해상반하는 결과를 가져오는 등 변호사의 일반적 품위를 손상시킬 염려가 있으므로 이와 같은 행위를 단속하기 위하여 금지규정을 둔 것에 불과하여 그 양수행위의 사법적 효력에는 아무 소장이 있을 수 없을 뿐만 아니라 계쟁권리라 함은 바로 계쟁중에 있는 그 권리이며 이 사건에서와 같이 판결이 확정된 계쟁목적물이었던 부동산은 계쟁권리라 할 수 없으므로 피고 1과 피고 2 명의의 이 사건 소유권이전등기를 위 구 변호사법 제17조의 위반이라고 나무라는 논지는 독자적 견해에 불과하여 받아드릴 것이 되지 못한다(대법원 1985. 4. 9. 선고 83다카1775 판결 [소유권이전등기말소]).

58) 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 117면.

59) 변호사법 제109조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률 관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자

가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건

나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건

다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건

라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건

마. 그 밖에 일반의 법률사건

득을 목적으로 하는 법률행위는 그 자체가 반사회적 성질을 띠게 되어 사법적 효력도 부정된다. 그리고 변호사법 제109조 제1호를 위반하여 소송 사건을 대리하는 자가 소송비용을 대납한 행위는 성격상 대리를 통한 이익취득 행위에 불가결하게 수반되는 부수적 행위에 불과하므로, 위와 같이 대납하는 소송비용을 소송 종료 후에 반환받기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한, 이익취득 약정과 일체로서 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효라고 보아야 하고 이 부분만을 따로 떼어 효력을 달리한다고 볼 것은 아니다.⁶⁰⁾ 변호사법 제109조 제1호는 ‘변호사가 아닌 자’가 한 변호사 직무수행을 규율하는 문제라서 변호사의 수임제한과 그 위반 시의 효과 문제와는 차원을 달리한다.

나. 민사소송에서 수임제한 위반행위의 효력

변호사법 제31조 제1항이 규정하는 수임제한 사유에 위반한 민사사건에서의 소송대리의 법적 효력에 대하여 견해가 대립되고 있다.⁶¹⁾

(1) 절대무효설

당사자가 선임한 변호사가 변호사법에 위반된 경우에는 징계를 받는 것은 물론이고 변호사가 한 소송행위도 절대적으로 무효라는 견해이다(절대무효설). 위 법 규정의 보호법익인 공익은 어떤 수단을 다하여서라도 달성하지 않으면 안 되므로 변호사에 대한 징계방법 이외에 소송행위의 효력을 희생해서라도 공익을 실현하여야 하기 때문이라는 것이다. 그러나 문제된 변호사의 소송행위가 변호사법에 위반된다고 하여 그 소송행위 전부를 절대 무효라고 주장할 수 있다면 그때까지 진행되었던 소송절차가 모두 뒤집어짐으로써 소송경제에 어긋나며 특히 당사자들은 소송결과에 따라 패소판결을 뒤집는 방법으로 무효

60) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다28728 판결 [대여금등].

61) 변호사법 제31조(수임제한) ① 변호사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다. 다만, 제2호 사건의 경우 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건
2. 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건
3. 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건

를 주장할 수도 있어 신의칙에도 반하는 경우가 생길 수 있다.⁶²⁾

반면, 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건(변호사법 제31조 제1항 제3호)과 변호사법 제31조 제3항 및 제4항의 수임제한을 위반한 사건들의 경우에는 입법의 취지상 소송대리권이 없다고 하여야 하며(절대무효설),⁶³⁾ 따라서 이의권의 포기·상실이나 추인의 여지가 없다는 견해가 있다.⁶⁴⁾

변호사법 제31조 제1항 제3호 ‘공무원’에는 해석상 공증인도 포함된다는 견해도 있다.⁶⁵⁾ 판례는 변호사가 법관으로 재직 중 취급한 사건을 수임하여 소송대리를 한 경우 무효에 해당되지만, 당사자가 그 사유를 알고 이의하지 않은 경우에는 유효라는 입장이다.⁶⁶⁾

또한 변호사대리의 원칙(민사소송법 제87조)을 어기고 변호사가 아닌 사람이 이익을

62) 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023, 244면.

63) 변호사법 제31조(수임제한) ③ 법관, 검사, 장기복무 군법무관, 그 밖의 공무원 직에 있다가 퇴직(재판연구원, 사법연수생과 병역의무를 이행하기 위하여 군인·공익법무관 등으로 근무한 자는 제외한다)하여 변호사 개업을 한 자(이하 “공직퇴임변호사”라 한다)는 퇴직 전 1년부터 퇴직한 때까지 근무한 법원, 검찰청, 군사법원, 금융위원회, 공정거래위원회, 경찰관서 등 국가기관(대법원, 고등법원, 지방법원 및 지방법원 지원과 그에 대응하여 설치된 「검찰청법」 제3조제1항 및 제2항의 대검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청, 지방검찰청 지청은 각각 동일한 국가기관으로 본다)이 처리하는 사건을 퇴직한 날부터 1년 동안 수임할 수 없다. 다만, 국선변호 등 공익목적의 수임과 사건당사자가 「민법」 제767조에 따른 친족인 경우의 수임은 그러하지 아니하다. <신설 2011. 5. 17., 2013. 5. 28.>

④ 제3항의 수임할 수 없는 경우는 다음 각 호를 포함한다. <신설 2011. 5. 17., 2016. 3. 2.>

1. 공직퇴임변호사가 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합 또는 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인(이하 이 조에서 “법무법인등”이라 한다)의 담당변호사로 지정되는 경우
2. 공직퇴임변호사가 다른 변호사, 법무법인등으로부터 명의를 빌려 사건을 실질적으로 처리하는 등 사실상 수임하는 경우
3. 법무법인등의 경우 사건수임계약서, 소송서류 및 변호사의견서 등에는 공직퇴임변호사가 담당변호사로 표시되지 않았으나 실질적으로는 사건의 수임이나 수행에 관여하여 수임료를 받는 경우

64) 강현중, 민사소송법 제8판, 247면.

65) 호문혁, 민사소송법 제15판, 법문사, 2024, 311면.

66) 변호사가 관사로서 항소심 변론에 관여하였던 재심대상 사건을 수임하여 소송대리를 한 것이 위 규정에 위반되어 무효한 행위 임에도 불구하고, 그 소송대리행위를 유효로 본 것은 잘못이라 하더라도, (구)민사소송법 제422조 제1항 단서에 의하여 당사자가 그 사유를 알고 주장하지 아니한 때에 해당하는 경우에는 원판결의 잘못된 재심의 소를 기각하는 판결의 결과에는 영향이 없다고 한다(대법원 1971. 5. 24. 71다556 [소유권이전등기말소]).

받을 목적으로 행한 대리행위는 변호사법 제109조 위반으로 절대 무효이고, 추인의 여지가 없다고 할 것이다.⁶⁷⁾ 고도의 공익적 규정인 변호사법 제109조 제1호를 정면으로 위반한 경우는 본인이 수권했다고 하더라도 절대 무효라고 해야 한다.⁶⁸⁾ 판례 역시 변호사법 제109조 제1호를 위반하여 소송 사건을 대리하는 자가 대납한 소송비용을 소송 종료 후에 반환받기로 하는 약정의 효력은 원칙적으로 무효라고 함은 앞에서 본 바와 같다.⁶⁹⁾

(2) 추인설

변호사의 소송행위가 변호사법에 위반되면 무권대리 행위가 되므로 본인이나 대리권을 가진 자가 이를 추인하면 유효하다는 견해이다(추인설).⁷⁰⁾ 변호사법 제31조 제1항 제2호의 경우에는 이익충돌관계에 있는 당사자의 동의가 있으면 수임할 수 있다고 명문으로 인정하고 있으므로,⁷¹⁾ 쌍방 당사자의 동의가 있으면 추인한 것으로 보아 유효하다고 볼 수 있다고 한다. 추인의 시기에 관하여는 별다른 제한이 없으므로, 상고심에서도 가능하다.⁷²⁾

67) 전병서, 강의 민사소송법 제5판, 박영사, 2025, 75면.

68) 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023, 199면

69) 변호사법 제109조 제1호는 강행법규로서 같은 법조에서 규정하고 있는 이익취득을 목적으로 하는 법률행위는 그 자체가 반사회적 성질을 띠게 되어 사법적 효력도 부정된다. 그리고 변호사법 제109조 제1호를 위반하여 소송 사건을 대리하는 자가 소송비용을 대납한 행위는 성격상 대리를 통한 이익취득 행위에 불가결하게 수반되는 부수적 행위에 불과하므로, 위와 같이 대납하는 소송비용을 소송 종료 후에 반환받기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한, 이익취득 약정과 일체로서 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효라고 보아야 하고 이 부분만을 따로 떼어 효력을 달리한다고 볼 것은 아니다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다28728 판결 [대여금등]).

70) 한충수, 민사소송법 제4판, 박영사, 2025, 179면.

71) 변호사법 제31조(수임제한) ① 변호사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다. 다만, 제2호 사건의 경우 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건
2. 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건
3. 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건

72) 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되고, 이러한 추인은 상고심에서

추인을 하는 경우에는 원칙적으로 무권대리에 의하여 행해진 소송행위 전부를 대상으로 하여야 한다.⁷³⁾

따라서 추인은 상소심(항소심·상고심)에서도 할 수 있다. 추인은 법원 또는 상대방에 대하여 한다. 추인은 반드시 명시적으로 하지 않더라도 묵시적으로도 할 수 있다.⁷⁴⁾ 추인은 원칙적으로 (특별한 사정이 없는 한) 소송행위 전체를 대상으로 해야 하고(일괄추인), 그 일부의 소송행위만을 선별하여 하는 것(일부추인)은 허용되지 않는다. 다만 예외적으로 ① 소송의 혼란을 일으킬 우려가 없고, ② 소송경제적으로도 적절한 때에 한하여 일부 추인이 허용된다. 예컨대 무권대리인이 한 상소행위만을 추인하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않으므로 이로써 상소행위가 유효하게 되는 것은 아니나,⁷⁵⁾ 무권대리인이 위임한 변호사가 소를 제기하여 승소했는데 상대방의 항소로 소송이 제2심에 계속 중 그 변호사가 소를 취하한 사안에서, 일련의 소송행위 가운데 소취하행위만을 분리해도 독립의 의미를 가지고 있어서 이것만을 제외하고 나머지 소송행위를 추인하더라도 소송의 혼란을 일으킬 우려가 없고, 소송경제적으로도 적절하므로 그 추인은 유효하다.⁷⁶⁾ 만약 추인 거절의 의사표시를 하면 무권대리행위는 유동적 무효의 상태에서 확정적 무효가 되므로, 그 후에 다시 추인할 수 없다.⁷⁷⁾

무권대리인의 추인의 방식과 관련하여, 무권대리인의 촉탁에 따라 작성한 집행증서의 흠의 추인은 해당 집행증서를 작성한 공증인(증서의 원본을 보존하고 있는 공증인)에 대해서 해야 하고, 또 공정증서로써 (그 의사표시를 공증하는 방식으로) 해야 한다. 이와 같

도 할 수 있다(대법원 2016. 7. 7. 선고 2013다76871 판결 [소유권이전등기절차이행]).

73) 박재완, 민사소송법 제5판, 박영사, 2024, 134면.

74) 항소의 제기에 관하여 특별수권을 받지 아니한 1심 소송대리인이 제기한 항소는 무권대리인에 의해 제기된 것으로서 위법하다 할 것이나, 그 당사자의 적법한 소송대리인이 항소심에서 본안에 관하여 변론하였다면 이로써 그 항소제기 행위를 추인하였다고 할 것이므로 그 항소는 당사자가 적법하게 제기한 것으로 된다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다67893 판결 [소유권이전등기말소등]).

75) 무권대리인이 행한 소송행위의 추인은 특별한 사정이 없는 한 소송행위의 전체를 대상으로 하여야 하고, 그 중 일부의 소송행위만을 추인하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다79480 판결 [대표이사선임결의무효확인]).

76) 대법원 1973. 7. 24. 선고 69다60 판결 [소유권이전등기말소].

77) 이시윤, 신민사소송법 제16판, 194면.

은 방식에 의하지 않은 추인행위는 그 추인행위에 의하여 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 되는 것은 별론으로 하고 무효의 집행권원을 유효하게 할 수는 없다.⁷⁸⁾

이 견해에 대한 비판은 변호사법 위반의 보호 주체는 변호사법 위반의 변호사를 선임한 본인의 상대방인데, 상대방이 아니라 변호사를 선임한 본인이 자기가 선임한 대리인의 무권대리 행위를 추인으로 유효하게 한다는 것은 변호사법의 취지에 맞지 않는다는 점이다. (구)변호사법 제16조에 위반되는 소송행위가 무권대리행위라고 하여도 추인하면 효력이 발생한다는 판결도 있다.⁷⁹⁾ 이 판결은 무권대리 행위의 추인에 관한 일반적 내용의 판시라고 할 수 있어 특정된 변호사법 위반의 경우에 적용하는 데는 문제가 있다는 지적도 있다.⁸⁰⁾

(3) 이의설

당사자가 선임한 변호사의 변호사법위반 사실을 상대방이 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 사실심의 변론종결 당시까지 이의하지 아니하면 민사소송법 제151조(소송절차에 관한 이의권)를 유추하여 무효를 주장할 수 없다는 견해가 있다(이의설). 본인이 수임제한에 위반한 대리행위를 방지할 경우, 추인설에 의하면 무권대리가 되지만, 이의설에 의하면 흠이 치유되므로 이의설에 의하는 것이 변호사에게 유리하다.⁸¹⁾

이의설은 형식적으로는 변호사법 제31조 제1항 제1호에 위반된 대리인의 행위가 상대방과의 신뢰관계를 배반하였으므로 상대방의 이의 유무를 기준으로 소송행위의 효력을 정하되 사실심의 변론종결 당시까지 무효주장을 하지 않는 경우에는 금반언의 법리에 의하여 무효주장을 허용하지 않는다는 견해이다(통설). 법원이 심리한 상대방의 이의권 행사가 ‘선행행위에 모순되는 거동의 금지’ 내지 ‘소송상 권능의 남용금지 원칙’에 위반될

78) 김홍엽, 민사소송법 제11판, 박영사, 2023, 226면.

79) 변호사 정순백이 본 건 건물의 철거소송의 별소에서 피고의 소송대리인이었던 자가 본건 동일 목적물인 철거소송에서 위 피고의 상대방인 원고의 소송대리인으로서 소송행위를 하였음은 변호사법 제16조 제1호에 위반되는 행위로서 무권대리행위라고 할 것이라 하여도 원심에서 원고가 위 무권소송대리행위를 추인하였음이 기록상 뚜렷하므로 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 발생된다 할 것이 고...(대법원 1970. 6. 30. 선고 70다809 판결 [건물철거]).

80) 강현중, 민사소송법 제8판, 245면.

81) 호문혁, 민사소송법 제15판, 312면.

소지가 있다면 법원은 상대방의 이익권 행사를 각하하여 본인의 정당한 이익을 보호하여야 할 것이다. 따라서 상대방의 이익권은 무제한적인 것이 아니라 신의칙과 금반언의 제약을 받아야 한다.⁸²⁾

판례의 주류는 이의설, 즉 상대방이 이의하면 무효이지만, 이의하지 않으면 유효라고 본다.⁸³⁾ 즉, 변호사법 제31조 제1호의 규정에 위반한 변호사의 소송행위에 대하여는 상대방 당사자가 법원에 대하여 이의를 제기하는 경우 그 소송행위는 무효이고 그러한 이의를 받은 법원으로서도 그러한 변호사의 소송관여를 더 이상 허용하여서는 아니 될 것이지만, 다만 상대방 당사자가 그와 같은 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 사실심 변론종결시까지 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다.⁸⁴⁾

82) 강현중, 민사소송법 제8판, 246~247면.

83) 전원열, 민사소송법강의 제4판, 박영사, 2025, 204면.

84) 기록에 의하면, 원고는 2001. 9. 14. 이 사건 소를 제기하면서 그 소송대리인으로 소외 1 법무법인(업무담당변호사 소외 2, 소외 3)을 선임하여, 소외 2 변호사로 하여금 소송행위를 대리하게 하였고, 위 법무법인이 해산된 이후 원고는 위 소외 2 변호사 개인을 소송대리인으로 선임하여 위 변호사로 하여금 원고를 위한 소송행위를 하게 한 사실, 한편 피고 1은 원고의 이 사건 면책주장과 동일한 쟁점인, '이 사건 화재에 터잡아 관련 증빙을 조작하여 원고에 대하여 과다한 보험금을 청구하려고 한 행위'에 관하여 보험사기미수죄로 수사기관에서 구속될 무렵 형사변호인으로 이 사건의 제1심 원고 소송대리인과 같은 소외 1 법무법인(업무담당변호사 소외 2, 소외 3)을 선임한 바 있었고 그 이후 같은 죄명으로 기소되어 진행된 제1심 형사사건인 천안지원 2000고단1751 사건의 공판과정에서 업무담당변호사 소외 3으로 하여금 그 제1심판결이 선고될 때인 2000. 11. 29.까지 위 피고를 위한 변론을 하는 등 직무를 수행하도록 하였던 사실을 각 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 의하면 위 법무법인의 구성원 변호사들이 이 사건 피고 1에 대하여 기소된 같은 쟁점의 보험사기미수 형사사건의 변호인으로 선임된 위 법무법인의 업무담당변호사로 지정되어 그 중 변호사 소외 3이 직무를 수행한 바 있었음에도, 다시 위 법무법인이 이 사건에서 위 형사사건의 피해자측에 해당하는 원고 보험회사를 위한 소송대리인으로 선임되어 제1심에 관여하여 직무를 수행하였고 이어 위 법무법인이 해산된 이후 변호사 소외 2가 변호사 개인의 지위에서 원심에서 같은 민사사건을 수임하여 그 변론과정에 관여한 것은 모두 변호사법 제31조 제1호의 수임제한규정을 위반한 것이라고 할 것이며, 비록 이 사건에서 직접적으로 소송업무를 담당한 변호사 소외 2가 위 형사사건에서 피고인을 위한 직접적인 변론에 관여를 한 바 없었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다.

그러나 위 법무법인 등이 그와 같은 수임제한규정을 위반하였다고는 하더라도 피고들이 그와 같은 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 사실심 변론종결시까지 이 점에 관하여 이의를 제기한 바 없었음이 기록상 명백한 이 사건에 있어서, 결국 원고 소송대리인이었던 위 법무법인과 위

(4) 소결

생각건대, 수임제한에 위반한 변호사의 소송행위로 당사자의 이익이 침해된 바 없고, 그러한 점에 대하여 당사자가 법원에 이의를 제기하지 않는다면 굳이 법원이 직권으로 그 행위의 효력을 무효로 할 실익은 없다. 추인설은 의뢰인의 명시적·묵시적인 의사표시인 추인에 의하여 유효로 된다는 것이다. 이의설에서 이의를 하지 않은 것은 묵시적으로 그 행위를 추인하였다고 볼 수도 있으므로, 두 견해 사이에 명확하고 본질적인 차이는 없다고 할 것이다. 따라서 변호사가 행한 대리행위의 효과는 결국 의뢰인에게 귀속되므로, 이해관계의 당사자의 추인에 의하여 그 행위는 유효로 된다고 하겠다. 당사자의 이익권 또는 추인권 행사에 의하여 변호사법상 변호사의 수임제한에 관한 직무상 의무의 효과가 좌우된다는 점은 문제라 할 수 있다.

특히 대법원은 변호사가 변호사법 제31조 제1항 제1호 동일사건을 동일한 법률사무소 소속 변호사들이 수행하여 수임제한 규정을 위반한 쌍방대리행위는 민법 제124조에 따라 본인의 허락이 있는 경우에는 효력이 있다고 판시하여 변호사법상 수임제한 규범력을 현저하게 약화시켜 수임의 자유를 폭넓게 허용하고 있다. 즉, 변호사가 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따른 수임제한 규정을 위반한 경우에는 민법 제124조가 적용됨에 따라 원칙적으로 허용되지 않는 무권대리행위에 해당하고, 예외적으로 본인의 허락이 있는 경우에만 한하여 효력이 인정될 수 있다. ‘본인의 허락’이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법 취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명 책임을 부담하고, 이때의 ‘허락’은 명시된 사전 허락 이외에도 ‘묵시적 허락’ 또는 ‘사후 추인’의 방식으로 가능하⁸⁵⁾다.

변호사가 한 제1심 및 원심에서의 소송행위에 대하여 **피고들로서는 그 수임제한규정 위반을 내세워 더 이상 다룰 수 없게 되었다고 할 것**이므로, 원심판결에 주장과 같은 판결 결과에 영향을 미친 변호사법에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556 판결 [채무부존재확인]).

85) 변호사가 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따른 수임제한 규정을 위반한 경우에는 민법 제124조가 적용됨에 따라 원칙적으로 허용되지 않는 무권대리행위에 해당하고, 예외적으로 본인의 허락이 있는 경우에만 한하여 효력이 인정될 수 있다. ‘본인의 허락’이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법 취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명 책임을 부담하고, 이때의 ‘허락’은 명시된 사전 허락 이외에도 ‘묵시적 허락’ 또는 ‘사후 추인’의 방식으로 가능하다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결 [주식양도]).

3. 공증사건 수임제한 위반의 효과 (임명공증인의 수임제한과 관계)

인가공증인이 아닌 변호사의 수임제한에 관하여는 변호사법 제31조가 규율하는데, 그 수임제한 위반의 효과와 관련하여 판례는 수임제한을 위반한 사건의 상대방이 이의를 제기하면 무효이지만, 이의하지 않으면 유효하다는 입장이다. 심지어 같은 법률사무소에서 동일한 사건의 양 당사자를 쌍방대리한 행위에 대해서는 본인의 허락이 있을 때는 유효한 것으로 본다.

다만, 동일한 사건이라도 본인의 허락이 있을 때 수임제한 규정을 위반한 행위도 가능하다는 법리가 동일한 변호사 또는 법무법인등이 같은 법정에서 원고와 피고를 동시에 대리하는 경우까지 포함된다고 할 수는 없을 것이다. 이처럼 변호사법상 수임제한은 사인의 지위에서 전문자격사인 변호사의 직무수행의 범위와 한계를 정하는 문제이다.

그러나 인가공증인의 수임제한 위반문제는 공무원 지위에서 행한 행위의 유효성 여부에 관한 것이다. 공증인법 제2조는 “공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁에 따라 다음 각 호의 사무를 처리하는 것을 직무로 한다. 공증인은 위 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 본다.”라고 한다. 여기서 “공무원의 지위”를 갖는다는 것은 그 직무가 공무에 해당된다는 것이다.

임명공증인은 모든 소송사건의 수임이 제한된다. 대법원은 공증인법 제15조의2에 따른 인가공증인은 변호사 업무를 병행하는 반면 공증인법 제11조에 따른 임명공증인은 겸직이 금지되어 공증사무만을 수행한다고 판시하는데,⁸⁶⁾ 그 법적 근거는 명시하지 않고 있다. 임명공증인은 일반 소송사건은 물론 공증업무를 수행한 사건과 관련된 소송사건을 수임하여 행한 행위는 무효라고 할 것이다. 실제로 임명공증인이 소송사건 수임을 하여 문제된 사례는 발견되지 않는다.

인가공증인 역시 공증한 사건의 수임제한의 규제를 받는 것은 임명공증인과 동일하다. 변호사법 제31조의 수임제한과 그 위반에 대한 효과는 법률전문가인 사인(私人)의 지위에 있는 변호사와 그 의뢰인 사이의 문제이지만, 인가공증인은 공무원으로서의 직무수행과 관련한 이해충돌을 방지하기 위한 것이어서 그 위반 시에는 무효라고 해야 입법취지를 달성할 수 있다. 인가공증인이 일반 사건수임과 공증업무를 겸직하다 보니, 양자의 직무

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

를 명확하게 구별하여 이해충돌이 발생하지 않도록 한 것이다.

따라서 인가공증인이 공증한 사건에 관하여 사건을 수임하여 변호사 직무를 수행하는 것은 무효라고 할 것이다. 아울러 인가공증인이 공증사건 수임제한을 위반할 때는 징계처분을 받을 수 있다. 변호사법 또는 공증인법 중 어느 법률에 따른 징계를 받는지 여부는 수임제한의 내용이 공증한 사건에 관하여 변호사 업무를 수행한 경우에는 변호사법 제51조 위반이므로 대한변호사협회의 변호사징계위원회의 징계를 받는다고 할 것이다. 반면, 해당 법무법인등 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여 공증업무를 수행한 경우에는 공증인법 제15조의9 위반이라서 공증인징계위원회의 의결에 따라 법무부장관이 징계를 한다(공증인법 제84조).

V. 결 론

공증은 특정 사실 또는 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 행위로, 사권 보호와 분쟁 예방을 목적으로 한다. 공증인은 공증업무 수행 시 공무원 지위를 가지며, 공무수탁사인으로서의 성격을 갖는다. 인가공증인은 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 법무부장관으로부터 공증인가를 받은 자로 공증담당변호사를 통해 공증업무를 수행한다. 인가공증인의 공증사건 수임제한은 변호사법 제51조와 공증인법 제15조의9에서 서로 다른 측면에서 규율하고 있다.

변호사법은 인가공증인이 수임제한을 위반하면 500만 원 이하의 벌금으로 처벌한다. 다만, 수임제한 위반의 사법상 효과에 대하여는 규정하지 않고 있다. 일반 변호사의 수임제한 위반에 대해서는 절대무효설, 이의설, 추인설과 같은 견해가 대립하지만, 판례는 추인설 또는 이의설을 지지하고 있다. 변호사의 직무규범 위반 여부가 당사자의 이의 여부에 의존하는 문제점이 있다.

변호사법상 수임제한 문제는 일반 사인의 지위에 있는 변호사와 그 의뢰인과 상대방 사이의 문제이다. 인가공증인이 공증한 사건에 관하여 변호사 직무를 수행하는 것은 공무원 지위에서 행한 것이어서 일반 변호사의 수임제한 위반과는 다르게 평가되어야 한다. 따라서 상대방의 추인이나 이의 여부로 수임제한 위반의 효력을 좌우할 수는 없다. 인가공증인의 경우에는 공증업무 수행 시 공무원 지위를 가지므로 수임제한을 위반한 행위는 무효

로 보는 것이 타당하다고 본다.

변호사법과 공증인법은 상호보완적으로 인가공증인이 공증한 사건의 수임을 제한하고, 수임한 사건에 대한 공증업무 수행을 금지함으로써 공증제도의 공정성과 변호사 직무의 독립성을 도모하고 있다. 인가공증인의 수임제한 위반 시 형사처벌과 함께 해당 법률행위의 무효라는 효과를 부과하여 수임제한의 법 취지가 달성되도록 해야 한다. 만약 인가공증인의 수임제한 위반의 효과에 대하여 추인이 있거나 이의가 없었다는 이유로 유효하다고 본다면, 인가공증인도 공무원 지위를 갖고 공무를 수행한다는 공증제도를 훼손하는 결과를 초래할 것으로 본다. 인가공증인의 공증사건 수임제한 제도는 공증제도의 공신력과 법률서비스의 신뢰성을 함께 제고함으로써, 국민의 권리보호와 법적 안정성 확보라는 법치주의의 실현에 기여하는 중요한 법적 장치라고 할 수 있다. 

참고문헌

- 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023
 김건식·노혁준·천경훈, 회사법 제6판, 박영사, 2022
 김하열, 헌법강의 제7판, 박영사, 2025
 김홍기, 상법강의 제8판, 박영사, 2024
 김홍엽, 민사소송법 제11판, 박영사, 2023
 대한공증인협회, 공증실무, 2013
 대한변호사협회, 판례·선례 변호사법 축조해설, 2009
 박재완, 민사소송법 제5판, 박영사, 2024
 송옥렬, 상법강의 제14판, 홍문사, 2024
 성낙인, 헌법학 제25판, 법문사, 2025
 신정식, 공증인법개설[수정증보], 삼화문화사, 2017

- 이기수·최병규, 회사법 제9판, 박영사, 2011
- 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023
- 이철송, 회사법강의 제30판, 박영사, 2022
- 임재연, 회사법 I 개정7판, 박영사, 2020
- 전병서, 강의 민사소송법 제5판, 박영사, 2025
- 전원열, 민사소송법강의 제4판, 박영사, 2025
- 정찬형, 상법강의요론 제19판, 박영사, 2023,
- 정하중·김광수, 행정법개론 제16판, 법문사, 2022
- 정형근, 법조윤리강의 제14판, 도서출판 정독, 2025
- 정형근, 행정법 제13판, 도서출판 정독, 2025
- 정형근, 변호사법주석 제2판, 도서출판 정독, 2022
- 최진안, 법조윤리, 세창출판사, 2012
- 편집대표 윤진수, 주해친족법 제2권, 박영사, 2015
- 한수웅, 헌법학 제14판, 법문사, 2025
- 한충수, 민사소송법 제4판, 박영사, 2025
- 호문혁, 민사소송법 제15판, 법문사, 2024
- 홍정선, 행정법원론(상) 제30판, 박영사, 2022
- 법무부 법무과, 공증 관련 질의회답 사례, 2022. 10.
- 장재형, “공증인의 직무상 의무로서의 중립성 - 변호사의 쌍방소송대리 금지에 대한 재고찰과 더불어-”, 인권과정의 제410호, 2010년 10월
- 정형근, “임명공증인의 소송사건 수임제한에 관한 법적 근거 - 법무부 유권해석을 중심으로 -”, 공증과신회 <통권 제17호>, 2024
- 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 인권과정의 제447권, 2015년 2월
- 정형근, “변호사의 이익충돌회피의무”, 경희법학 제46권 제2호, 2011