

※ 바로 잡습니다.

1. 본 논문의 제목 “「어음·수표의 공증」 법적성격”은 “「어음·수표의 공증」의 법적성격”으로 제목을 바로잡습니다.
2. 본 논문 내용 중 “강제집행인락”은 “강제집행인낙”으로, “인락”은 “인낙”으로 바로잡습니다.
3. 32면 중 “(1) 인증방식”은 “2. 인증방식”으로, “(2) 결합방식”은 “3. 결합방식”으로, 33면 중 “(3) 분리방식”은 “4. 분리방식”으로 소제목번호를 바로잡습니다.
4. 33면 중 위에서 16번째 줄부터 시작되는 “이상과 같이 …… (이하 중략) 다름 수밖에 없다.” 문장 앞에 “5. 결론” 제목을 추가하는 것으로 바로잡습니다.
5. 48면 중 위에서 17번째 줄부터 시작되는 “한편 집행하는 데에 조건이나 …… (이하 중략) 타당하다(어음법 제77조, 제43조).” 문단은 삭제하는 것으로 바로 잡습니다.

• 특집 I > 어음·수표 공증 •

「어음·수표의 공증」 법적성격

남 상 우

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서론

공증인¹⁾이 법률행위 기타 사건에 관한 사실에 대하여 작성하는 증서를 공정증서라고 하고, 공증인이 사인이 작성한 증서 즉, 사서증서에 대하여 일정한 사실을 증명하여 주는 것을 인증이라고 한다²⁾. 다시 말하여 인증은 사인이 작성한 증서에 대하여 하는 것이고, 공정증서는 공증인이 직접 작성한 증서를 일컫는다. 공증인이 작성하는 증서 즉, 공정증서는 크게 법률행위에 관한 것과 기타 사건에 관한 사실에 대한 것으로 나뉘어 진다. 공증인은 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때 「일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구」에 관하여 채무자가 강제집행을 승낙한 경우 그 취지를 기재할 수 있고, 민사집행법(이하 '집행법'이라고 하는 경우에는 '민사집행법'을 지칭한다)은 그러한 공정증서를 '그 밖의 집행권원'으로 인정하여 그 공정증서에 기초하여 강제집행을 실시할 수 있도록 규정하고 있다(집행법 제56조 제4호). 이와 같이 집행권원으로 인정되는 공정증서를 실무상 '집행증서'라고 일컫는다.

그런데 공증인법(이하 '법'이라고 하는 경우에는 '공증인법'을 지칭한다) 제56조의2는 「어음·수표의 공증」³⁾에 관하여 규정하여 집행법상의 '그 밖의 집행권원'과는 별도로 집행권원으

1) 현행법상 공증업무집행자는 공증인법에 의거한 임명공증인 및 공증사무대행자가 있고, 변호사법에 의거한 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합이 있고, 이미 폐지되었으나 변호사법 부칙 경과규정에 의해 아직 살아 있는 공증인가합동법률사무소가 있다. 본고에서 이들을 모두 통칭하여 공증인이라고 하기로 한다.

2) 인증의 개념에 관하여 통설은 사서증서의 작성자임을 나타낸 서명 또는 기명날인에 대하여 공증인이 확인하고 이를 증명하는 것만을 의미한다고 본다. 그러나 필자는 이러한 개념정의에 찬성하지 아니한다. 사인이 작성한 증서에 관하여 작성자임을 나타내는 서명 또는 기명날인에 대하여 공증인이 확인하고 이를 증명하여 주는 것은 사서증서의 인증에 국한한 개념이고, 등본인증은 사서증서의 원본과 부합함을 공증인이 확인하고 이를 증명하여 주는 것을 의미하며, 의사록의 인증은 의사록의 기재와 같이 의결이 이루어졌다는 점에 관하여 공증인이 확인하고 증명하여 주는 것을 의미한다. 따라서 공증인법상 인증은 이들을 모두 포괄하는 개념으로서 공증인이 사서증서에 대하여 일정한 사실을 확인하고 이를 증명하여 주는 것이라고 정의하는 것이 타당하다.

로 인정하고 있다. 이 「어음·수표의 공증」은 우리나라에서 창설된 제도로서 다른 나라에는 없는 독특한 제도라고 한다. 이 제도는 원래 1970. 12. 31. 간이절차에의한민사분쟁사건처리특례법(이하 '특례법'이라고 약칭한다)의 제정⁴⁾으로 입법화되었으나 그 뒤 특례법이 폐지되면서 공증인법에서 이를 규정하게 되었다.

어음·수표는 유가증권으로서 그것이 표창하는 권리의 설정·행사·이전에 반드시 그 증서를 요하는 완전유가증권이다. 또한 요식증권이자 상환증권이므로 어음·수표채권에 관하여 공증인법에서 정한 공정증서작성방식에 의하여 이를 작성한다는 것은 물과 기름처럼 서로 융합하기 어려운 문제를 내포하고 있다. 그리하여 「어음·수표의 공증」제도가 도입된 초기에는 뒤에서 보는 바와 같이 그 시행에 있어서 상당한 혼란이 발생하였고 지금도 일부 쟁점에 관하여는 실무상 관례나 그 밖의 명확한 기준이 없어 공증집행기관마다 다르게 취급되고 있는 실정이다. 그럼에도 불구하고 「어음·수표의 공증」제도는 공증이 국민들 법률생활에 뿌리내리는 데 있어서 매우 큰 역할을 수행하였고 여전히 훌륭한 경제적 기능을 수행하고 있다.

이와 같이 어음·수표와 공증을 결합시키기에는 서로 이질적인 요소가 많아 「어음·수표의 공증」이 양 요소가 상호간에 충돌로 인하여 법률적인 문제를 발생시킬 소지가 많음에도 불구하고 그로 인하여 분쟁이 그다지 표출되지는 않고 있는 것으로 보인다. 이는 다른 공증과 마찬가지로 「어음·수표의 공증」도 당사자 사이의 합의에 따라 이루어지게 되므로 당사자가 굳이 문제를 제기하는 일이 드물기 때문이 아닌가 생각된다. 어찌 보면 이러한 현상이야말로 공증의 뛰어난 분쟁예방기능을 보여주는 단적인 예의 하나일 것이다.

「어음·수표의 공증」제도는 전술한 바와 같이 세계적으로 유례가 없는 매우 독특한 제도로서 잘 가꾸어 나간다면 공증분야에서 법률선진국에 내 놓아도 손색이 없는 제도로 발전할 수 있는 장점이 많은 제도이다⁵⁾. 앞으로 학문적으로 깊이 있는 연구결과가 나올 것을 기대하면서 여기서는 공증실무와 집행실무상 제기되는 문제와 관련하여 「어음·수표의 공증」의 법적 성격을 규명해 보고자 한다. 이를 위하여 본고에서는 먼저 「어음·수표의 공증」의 기능, 그 입법변천과정,

3) '법' 제56조의2는 【어음·수표의 공증 등】이라는 제목을 달고 있다. 이는 행위에 초점을 맞춘 것이지만 어음·수표 자체에 대하여 공증을 하는 것이 아니므로 정확한 용어라고 볼 수 없고 굳이 행위에 초점을 맞추어 제목을 삼는다면 「어음·수표채권의 공증」이 정확한 표현일 것이다. 그러나 법에서 사용한 용어이므로 본고에서도 행위에 초점을 맞춘 경우에는 특례법상에 의한 것이든 현행법에 의한 것이든 이 용어를 사용하기로 한다. 한편 어음·수표의 공증에 의하여 작성된 공정증서를 약속어음공정증서라고 하는 것에서 보듯이 일반적으로는 어음·수표 명칭 다음에 공정증서라고 붙여 부르는 것 같다. 그러나 이는 어음 또는 수표를 공증인이 공정증서로 작성하여 주는 것이 아니므로 잘못된 용어라고 생각한다. '법' 제56조의2에 의거하여 작성한 공정증서는 당연히 그 법적 성격에 의거하여 이름을 붙이는 것이 타당하다고 본다. 본고에서는 후술하는 바와 같이 그것을 어음·수표채무에 관하여 작성된 공정증서이므로 이를 줄여서 「어음·수표채무공정증서」라고 칭하기로 한다. 또한 특례법상으로는 어음·수표에 강제집행을 인락하는 진술을 기재하여 공정증서를 작성하였으므로 약칭하여 「어음·수표에 작성하는 공정증서」라고 칭하기로 한다.

4) 특례법의 제정으로 「공증인가 합동법률사무소제도」와 「어음·수표에 작성하는 공정증서」 및 「의사록의 인증」 등이 도입되었다.

「어음·수표의 공증」의 입법론을 살펴본 다음, 본고의 목적인 「어음·수표의 공증」의 법적 성격을 검토하고, 끝으로 그 법적 성격과 밀접하게 연관된 「어음·수표의 공증」에 대한 집행문부여에 관하여 검토하는 순으로 서술하기로 한다.

II. 「어음·수표의 공증」의 기능

무릇 법률제도라는 것이 보통은 순기능과 역기능을 모두 지니고 있듯이 「어음·수표의 공증」 제도도 순기능적인 측면이 있는가 하면 역기능적인 측면이 있다. 그러므로 이 제도의 운용에 있어서 공증인과 이를 이용하는 사람들은 물론 법원으로서도 그 순기능은 더욱 살리고, 그 역기능은 억제하도록 하는 노력이 필요할 것이다.

1. 「어음·수표의 공증」의 순기능

(1) 어음·수표제도의 경제적 기능

어음·수표는 당사자 사이에 경제적인 측면에서, 통상 원인관계에서 생겨난 금전채무의 이행 수단으로서 현금지급에 대신하여 어음·수표를 지급하는 경우에서 보듯이 지급기능, 격지자 간의 거래에서 현금을 직접 보내는 것에 갈음하여 어음·수표를 수수하는 경우에서 보듯이 송금기능, 당장 지급하는 것이 아니라 만기를 후일로 한 어음·수표를 상대방에게 교부하여 그 때까지 기간 동안 동액상당의 돈을 활용하는 경우에서 보듯이 신용창조기능 등 다양한 경제적 기능을 수행한다. 뿐만 아니라 채권자가 채무자로 하여금 어음·수표를 발행하게 하고 다른 사람에게 배서양도하여 채권을 추심하는 효과를 얻거나 추심위임배서를 하여 자기 대신 채권추심을 하게 하는 경우에서 보듯이 추심기능, 책임재산이 없거나 부족한 채무자 자신이 자신의 채무이행을 보장하는 의미로 어음·수표를 채권자에게 교부하는 경우에서 보듯이 담보기능도 수행한다.

(2) 공증제도의 기능

한편 공증은 증명력을 강화시켜 주는 역할의 수행 즉, 증명기능을 가장 기본으로 하고 있음은 주지의 사실이다. 내용이 무효인 법률행위나 취소할 수 있는 법률행위에 관한 것일 때는 공정증서를 작성할 수 없도록 되어 있고 그와 같은 사유가 있는 사서증서에 관하여도 이를 인증할 수 없도록 되어 있는 것에서 보듯이 공증은 부수적으로 증서의 적법성을 보장하는 기능을 수행한다.

더 나아가 공증은 공정증서 중에서도 집행증서에 해당하는 것은 채무이행이 이루어지지 아니

5) 특히 어음공증은 채무자의 책임재산 전부에 관하여 집행력이 부여된 채권이 유동화되는 의미를 지니고 있다. 어음공증이 초기에는 이용자입장에서 내용이 이해하기 쉽고 단순한 측면에서 금전소비대차공정증서를 대신하여 많이 활용되었지만 앞으로는 집행력이 부여된 채권의 유동화라는 측면에서 더욱 더 많이 활용될 것이라 기대된다.

한 경우 곧바로 강제집행을 할 수 있어 채무자가 스스로 채무이행의 약속을 잘 지키도록 하는 것에서 보듯이 담보기능을 수행한다. 공증을 하였으나 실제 채무이행이 이루어지지 않을 때에는 집행증서에 기하여 곧바로 채무자의 재산에 관하여 강제집행을 하여 채권을 추심하도록 하는 것에서 보듯이 공증은 권리구제기능을 수행한다.

공증을 흔히 '예방사법의 꽃'이라고 일컫는데 그 이유는 이러한 여러 가지 기능이 서로 유기적으로 작용하여 분쟁을 예방하는 예방사법의 기능을 수행하기 때문이다.

(3) 「어음·수표의 공증」의 순기능

① 「어음·수표의 공증」에 관하여는 강제집행력이 부여되어 있으므로 일반 집행증서와 마찬가지로 신속하게 권리를 구제받을 수 있게 하는 권리구제기능과 예방사법적 기능이 있음은 당연하다. 특히 우리나라에서 창설된 「어음·수표의 공증」에서 이러한 기능을 수행하는 모습을 더욱 뚜렷이 볼 수 있다.

어음·수표에 표창된 채권은 「일정한 금액의 지급을 목적으로 하는 청구」 중에서도 그 내용이 가장 단순하고 정형화된 형태라고 할 수 있다. 따라서 「어음·수표의 공증」은 금전소비대차나 준소비대차계약에 관한 공정증서를 작성하는 것을 대신하여 이용될 수 있다. 채권자와 채무자로서는 채권자와 채무자가 각 누구이고, 채무금액은 얼마이며 언제까지 갚아야 한다는 것인지 간단 명료하므로 그 의미를 쉽게 이해할 수 있다. 공증인으로서도 어음·수표가 이미 작성되어 있는 경우에는 채권·채무의 내역이 그것에 다 나타나 있으므로 다른 진술이 필요 없고, 당사자가 공증사무소에서 직접 어음·수표를 작성하여 공증하는 경우에도 당사자에게 채권자와 채무자가 각 누구이고, 채권채무액은 얼마이며, 언제까지 갚아야 하는 것인가만 확인하여 그에 맞는 어음·수표를 당사자에게 작성하게만 하면 되므로 다른 공정증서에 비하여 작성하기가 아주 쉽고 간단하다.

이런 이점 때문에 공증제도가 아직 널리 이용되지 않던 시절에도 「어음·수표의 공증」은 제도가 도입되자마자 특히 금전청구권을 갖는 채권자의 입장에서 활발하게 이용되었다. 그 결과 「어음·수표의 공증」이 아직 공증이 일반에 널리 알려지지 않은 시절에 공증제도를 일반에 널리 알리는 첨병 역할을 하고 일등공신이 되었다. 그 과정에서 「어음·수표의 공증」이 신속한 권리구제기능과 예방사법적인 기능을 충실히 수행하였음은 더 말할 나위가 없다.

② 「어음·수표의 공증」을 하게 되면 어음·수표채권에 강제집행력이 부여되는 것이므로 그로 인하여 어음·수표가 수행하는 경제적 기능은 더욱 원활히 수행된다. 「어음·수표의 공증」은 어음·수표의 경제적 기능, 특히 추심기능과 신용창조기능 및 담보기능을 한층 강화시켜 주는 기능이 있는 것이다.

기존의 집행증서가 집행법 제56조에서 정한 '일정한 금액의 지급을 목적으로 하는 청구'라는 요건을 갖춘 경우에만 가능하지만 「어음·수표의 공증」은 특히 당사자 사이의 법률관계가 비록

‘일정한 금액의 지급을 목적으로 하는 청구’라는 요건을 갖추지 못한 경우일지라도 이용될 수 있다는 점에서 기존의 다른 집행증서가 갖지 않은 기능을 수행한다. 즉 채권자 또는 장차 채권자로 될 자는 채권액을 확정할 수 없거나 또는 채권액이 아직 확정되지 않은 경우에도 그 원인관계와 상관없이 채무자로 하여금 어음·수표를 발행하게 하고 이를 매개로 하여 「어음·수표의 공증」을 하여 채무자에 대하여 집행증서를 확보할 수 있는 것이다.

더 나아가 계약관계에서 장차 발생할지 모르는 장래의 손해에 관하여도 이를 담보하는 의미로 어음·수표의 공증을 하게 하는 일도 있다. 반대로 특별히 책임재산이나 담보가 없거나 부족한 자 입장에서든 거래상대방에게 장래 채무의 이행을 담보하고 자신의 신용을 담보하는 의미로 「어음·수표의 공증」을 이용하는 경우가 있다. 이 경우 「어음·수표의 공증」은 저당권이나 근저당권과 유사한 기능을 수행하는 것이다.

2. 「어음·수표의 공증」의 역기능

「어음·수표의 공증」이 이처럼 순기능만 있는 것은 아니다. 한 때 ‘공증하면 약속어음공증’이라고 할 정도로 약속어음의 공증이 활발하게 이용된 적이 있고 지금도 금전거래에서 꽤 많이 이용되고 있다. 그런데 약속어음의 공증이 활발하게 이용되게 된 속사정을 들여다보면 모두 꼭 바람직하게 이용되었던 것은 아니었다. 개인 간의 금전소비대차거래를 공정증서로 작성할 때 이자약정이 이자제한법을 위반한 경우에는 그대로 그 내용에 포함하여 공정증서를 작성할 수는 없다. 그러나 「어음·수표의 공증」을 이용하면 이자제한법을 위반한 원리금 또는 그 이상의 금액으로 쉽게 집행권원을 받아낼 수 있다. 전술한 바와 같이 이와 같은 사정으로 도입초기부터 대부업자에게 널리 이용되었으며 시간이 흐르면서 일반인 사이에서도 널리 이용되기에 이르렀다.

또한 「어음·수표의 공증」은 원인채무와 별개로 집행권원으로 되므로 탈법적인 계약을 하면서 그 이행을 강제하기 위하여 하는 일도 있는 것으로 보인다. 이처럼 「어음·수표의 공증」은 탈법적인 사항을 간접적으로 강제하는 방편으로 악용되기도 한다. 이는 「어음·수표의 공증」의 역기능이라고 할 수 있다.

항용 그러하듯이 「어음·수표의 공증」도 앞에서 본 바와 같이 순기능과 역기능이 있다. 그러나 「어음·수표의 공증」의 예방사법적 기능이나 담보 및 신용창조기능 또는 신속하고 용이한 채권추심기능을 고려할 때 다소간의 역기능에도 불구하고 「어음·수표의 공증」제도는 충분히 존재의 가치가 있다고 할 수 있다.

3. 「수표의 공증」제도 폐지론

「수표의 공증」은 「어음·수표의 공증」이 처음 도입될 당시부터 현재까지 어음의 경우와 똑 같

이 취급되고 있다. 그러나 공증실무에서 「수표의 공증」은 거의 이루어지지 아니하고 있다. 「수표의 공증」이 이루어지지 아니한 이유는 다음과 같다.

첫째, 수표법 제2조에 의하면 수표는 제시한 때에 발행인이 처분할 수 있는 자금이 있는 은행을 지급인으로 하고 발행인이 그 자금을 수표에 의하여 처분할 수 있는 명시 또는 묵시의 계약에 따라서만 이를 발행할 수 있다(수표법 제3조 본문). 이 계약을 소위 수표계약이라고 한다. 이 규정에 위반하는 경우에도 수표로서의 효력에 영향을 미치지 아니하긴 하나 수표계약을 체결하지 않고 수표를 발행하는 경우는 부정수표단속법위반으로 형사처벌을 받는다(수표법 제3조 후단). 이처럼 수표계약이 체결되어 있는 자가 아니면 수표를 발행할 수 없기 때문에 수표의 공증이 드물게 이용될 수밖에 없는 것이다⁶⁾.

둘째, 「법」 제56조의2에 의하면 「수표의 공증」은 발행인과 수취인이 함께 공증촉탁을 하도록 되어 있다⁷⁾. 그런데 수취인은 수표요건이 아니고 임의적 기재사항이다. 즉 수표발행에 있어서 수취인을 정할 수도 있고 수취인을 정하지 아니할 수도 있다. 또한 수표법에 의하면 수취인을 정하도록 되어 있으나 수취인이 정하여져 있지 아니하면 소지인출급식으로 간주하고 있다(수표법 제5조 제3항). 기명식 수표에 「또는 소지인에」의 문자 또는 이와 동일한 의의가 있는 문언을 기재한 때에는 소지인출급식수표로 본다(수표법 제5조 제2항)⁸⁾. 더구나 실제 거래에 있어서는 거의 대부분 소지인출급식으로 발행되고 있다. 시중에 나와 있는 수표양식 자체는 소지인출급식 또는 기명해야 선택적 기명식으로 되어 있다. 결국 「수표의 공증」은 발행단계에서 수취인을 정하고 발행하여야 비로소 가능한데 수취인을 정하지 않고 발행하는 거래관행으로 인하여 발행인과 수취인 쌍방이 촉탁한 경우에 한하여 가능한 수표의 공증이 이루어질 가능성이 희박하다.

「수표의 공증」은 위에서 본 바와 같이 수표법에서 정한 요건과 공증인법에서 정한 요건을 모두 충족하여야 하는 제약 때문에 애초에 이용이 제한적일 수밖에 없어 실무상 거의 이용되지 않고 있다.

또한 수표는 공증제도와 서로 어울리지 않는다. 즉 공증은 장래 이행할 채무에 관하여 증거로 남겨 이를 명확히 하고 경우에 따라서는 채권에 관하여 강제집행력을 부여함으로써 채무를 잘 이행하게 하고 채무가 정하여진 대로 이행되지 않은 경우에는 강제집행절차를 밟아 권리를 신속하게 구제받을 수 있도록 하는 기능이 있으므로 어음의 담보기능이나 신용창조기능 등과는 서로 잘 어울려 이를 강화시켜주는 역할을 할 수 있다. 이에 반하여 수표는 어음과 달리 현금대용수단으

6) 더구나 1997년 외환위기 이후 부정수표단속법위반에 관한 구속기준의 완화 이후 개인이나 기업 간의 거래에서 수표의 이용이 많이 줄게 되었다.

7) 다만 특례법 제정 당시에는 이러한 제한이 없어 수표행위자 즉, 수표채무자는 누구나 「수표에 강제집행을 인락하는 취지를 기재한 증서」의 작성을 촉탁할 수 있었는데 뒤에서 보는 바와 같이 1차 개정으로 단독으로 촉탁할 수 없게 되고 게다가 촉탁인도 제한되었다.

8) 예를 들어 “홍길동 또는 소지인에 지급하시오”

로서 지급기능과 송금기능을 주로 수행하므로 공증과는 융합할 여지가 별로 없다. 더구나 수표에는 만기라는 개념이 없으므로 변제기(만기)에 일정한 금액이 지급되지 아니한 경우에 강제집행력을 부여하는 공증과는 어울리지 아니한다.

결론적으로 사건으로는 「수표의 공증」은 거래관행으로나 법리상으로나 폐지되는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 수표의 공증이 폐지되기 전에는 어음과 수표라는 점을 제외하고는 공증이라는 측면에서 보면 거의 모든 면에서 같으므로 어음의 공증과 수표의 공증은 서로 달리 취급할 이유가 없으므로 본고에서는 「어음·수표의 공증」이라 하여 그 둘을 같은 범주에 포함시켜 함께 살펴보기로 한다.

III. 「어음·수표의 공증」 제도의 입법 변천과정

1. 「어음·수표에 작성한 공정증서⁹⁾」 제도의 도입

앞에서 살펴본 바와 같이 「어음·수표의 공증」제도는 1970. 12. 31. 특례법이 제정되면서 도입되었는데, 그 입법목적에서 밝히고 있는 바와 같이 「민사에 관한 사건처리의 지연을 방지하고 국민의 권리의무의 신속한 실현과 분쟁처리의 촉진을 기함을 목적」으로 도입되었다.

특례법은 원래 1970년 여름 경 대한변호사협회가 성안하여 국회에 청원을 하고 의원입법의 형식으로 의결하여 청원한 안대로 제정되었다고 한다¹⁰⁾. 당시 경제적으로 어음이나 수표의 부도가 빈발하여 사회경제적으로 악영향을 끼치므로 그 폐단을 방지하고자 부정수표단속법과 궤를 같이 하여 유가증권의 부도에 뒤따르는 민사분쟁의 신속한 해결방법으로서 창안되었다고 한다¹¹⁾.

다만 당시 새로운 제도를 도입하기에 급급하였던 탓인지 그 내용이 공증인이 어음·수표 또는 그 부전에 강제집행인락에 관한 진술을 기재한 새로운 유형의 집행증서를 작성할 수 있다는 정도에 그치고 말았다. 당시 특례법의 조문은 아래와 같다.

9) 법문에는 단지 '증서'라고 되어 있으나 공증인이 작성하는 증서를 공정증서라고 하므로 사서증서와 명확히 구분 지운다는 의미에서 공정증서라고 함.

10) 이재성, 민사재판의 이론과 실제 2권, 79면, 1976. 9. 법조문화사.

11) 당시 특례법의 입법에 직·간접적으로 관여하신 이재성 변호사님에 의하면 「근래에 어음이나 수표의 부도가 빈발하여 경제거래에 나쁜 영향을 미치고 있으므로 그 폐단을 막아보고자 수표의 부도를 처벌하는 부정수표단속법까지 나온 형편이었지만 그것만으로는 수표의 부도사태를 원천적으로 방지할 수는 없었던 것이며, 부도에 뒤따르는 민사분쟁의 신속한 해결방법을 강구하는 입법이 절실한 터이어서 특례법은 어음이나 수표 자체 또는 그 부전에 직접 집행증서를 작성할 수 있게 하여서 마치 요식행위인 어음 또는 수표의 발행·보증·인수·배서 등의 행위도 공정증서로 작성한 것과 동일한 효과를 노림과 동시에 그 강제집행력이 부여된 어음 또는 수표를 유통할 수 있게 함으로써 그 유가증권의 신용도를 법적 측면에서 올려주어 그 유통을 원활하게 하고, 나아가서 부도가 났을 때 그 증서의 소지인이 신속하고 간편하게 강제집행을 할 수 있게 하자는 의도에서 고안된 것」이라고 한다(이재성, 전제서 531면).

제4조【채무명의】 ① 제9조의 규정에 의한 합동법률사무소¹²⁾ 또는 공증인은 공증인법에 규정한 공증업무이외에 즉시 강제집행할 것을 어음 및 수표 또는 이에 부착된 부전에 기재한 증서를 작성할 수 있다.

② 전항의 규정에 의한 증서는 민사소송법 제519조에 불구하고 채무명의¹³⁾로 본다.

2. 특례법의 개정

입법적으로 새로운 형식의 공증을 도입함에 있어서 위에서 본 바와 같이 단지 2개항만으로 이루어져 실무상 집행과 관련하여 여러 가지 어려운 문제가 대두되었다. 당장 어음·수표행위가 단독행위라는 측면에서 다른 집행증서의 경우에는 모두 채권자 채무자 쌍방이 공증을 촉탁하여 공정증서가 작성되고 있는데, 「어음·수표에 작성하는 공정증서」의 경우에는 채무자 단독으로 촉탁하여도 되는 것인지에 관하여 의문을 표하는 경우가 많았다.

그리하여 특례법 시행 2년 만에 촉탁인은 누가 되는지, 누구에 대하여 채무명의로 되는지, 집행문은 누구에게 부여하는지 등에 대하여 이를 명확히 하는 차원에서 특례법을 개정하였다(이하 이를 '1차 개정'이라고 한다). 그러나 당시 이 개정에 관하여 법리상 모순이라고 주장하면서 원래대로 환원할 것을 주장하는 견해가 있었다¹⁴⁾. 당시 개정된 특례법 조문은 다음과 같다.

제4조【채무명의】 ① 제9조의 규정에 의한 합동법률사무소 또는 공증인은 '법'에 규정된 공증업무 이외에 즉시 강제집행할 것을 어음·수표 또는 이에 부착된 부전에 기재한 증서를 작성할 수 있다.

② 전항의 규정에 의한 증서는 어음·수표의 발행인과 수취인, 양도인과 양수인 또는 각 대리인의 촉탁이 있는 때에 한하여 작성할 수 있다.

③ 전2항의 규정에 의한 증서는 민사소송법 제519조에 불구하고 그 어음 또는 수표에 공증한 발행인과 배서인 및 공증된 환어음을 공증인수한 지급인에 대하여는 채무명의로 본다.

④ 전항의 규정에 의하여 채무명의로 보는 증서에 대한 집행문을 부여하는 공증인 또는 합동법률사무소는 공증된 어음·수표의 수취인 또는 공증배서된 양수인에 대하여만 이를 부여한다.

12) 특례법의 제정으로 공증인가합동법률사무소제도가 비로소 생긴 것으로 이를 지칭하는 것이다. 특례법의 폐지 후 변호사법에 그대로 수용되었다가 2005. 1. 27. 변호사법 개정으로 폐지되었으나 변호사법 부칙 경과규정에 의하여 한시적으로 존재하는 공증집행기관이다.

13) 현행 민사집행법상의 집행권원에 해당한다.

14) 이재성, 전계서 532면 이하.

3. 공증인법에의 수용

1985. 9. 14. 특례법이 폐지되게 되자 특례법에서 규정한 「어음·수표의 공증」은 같은 일자로 자연스럽게 '공증인법'에서 이를 규정하는 것으로 되었다. 그 과정에서 1차 개정 이후 드러낸 논란을 입법적으로 해결하는 차원에서 증서의 작성절차를 비교적 자세히 규정하는 것으로 개정하게 되었다(이하 이를 '2차 개정'이라고 한다). 즉 특례법에서는 '어음·수표에 공정증서를 작성'할 수 있다고만 규정하고 그 공정증서에 관한 증서의 정본이나 등본에 관하여는 아무런 규정을 두지 않음으로 인하여 그 동안 무엇이 원본이고, 무엇이 정본인지, 집행문수통부여나 채도부여의 경우에는 어떻게 하여야 하는지에 관하여 실무상 의견이 분분하였다. 그리하여 공증인법에서 이를 규정하게 되면서 이러한 문제에 관하여 입법적으로 정리하고 또한 공정증서작성에 관한 조항을 일부 준용한다는 규정을 신설하였다. 공증인법에 규정된 「어음·수표의 공증」에 관한 법조항은 아래와 같다.

제56조의2【어음·수표의 공증등】 ① 공증인은 어음·수표에 부착하여 강제집행을 인낙하는 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 증서는 어음·수표의 발행인과 수취인, 양도인과 양수인 또는 그 대리인의 촉탁이 있는 때에 한하여 작성할 수 있다.

③ 공증인이 제1항의 규정에 의한 증서를 작성하는 때에는 어음·수표의 원본에 부착하여서는 증서의 정본을 작성하고, 그 어음·수표의 사본에 부착하여서는 증서의 원본과 등본을 작성한 후, 그 정본은 어음·수표상의 채권자에게, 등본은 어음·수표상의 채무자에게 각각 교부하며, 원본은 공증인이 보존한다.

④ 제1항의 규정에 의한 증서는 민사소송법 제519조의 규정에 불구하고 그 어음 또는 수표에 공증된 발행인과 배서인 및 공증된 환어음을 공증인수한 지급인에 대하여는 채무명의로 본다.

⑤ 제4항의 규정에 의하여 채무명의로 보는 증서에 대한 집행문의 부여는 공증된 어음·수표의 수취인 또는 공증배서된 양수인에 대하여만 이를 한다.

⑥ 제25조 내지 제38조, 제40조 내지 제43조의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다.

위 2차 개정 뒤에도 2002. 1. 26. 자로 또 한번의 개정이 있었으나 이는 민사소송법에서 집행에 관한 사항이 따로 분리되어 민사집행법이 제정됨에 따라 이에 맞추어 '민사소송법 제519조'는 '민사집행법 제56조'로, '채무명의'는 '집행권원'으로 개정한 것일 뿐 실질적으로는 종전규정과 똑같다.

IV. 어음·수표채권을 집행증서로 인정하는 방법론

1. 서론

어음·수표가 표창하는 채권에 관하여 민사집행법 제56조 제4호에 따라 ‘그 밖의 집행권원’으로서의 집행증서에 해당하는 공정증서를 작성할 있는가에 관하여 이를 긍정하는 견해가 있다¹⁵⁾. 그에 따르면 어음·수표는 금전채권을 표창하고 있으므로 그 채무에 관하여 경계계약을 하고 그 경계계약을 공정증서로 작성하면서 채무불이행시 강제집행을 받아도 좋다는 조항 - 집행인락조항을 넣어 집행증서를 만들거나 어음채무의 이행을 약정하고 그 어음을 인용하여 위 약정을 집행인락조항과 함께 공정증서로 작성할 수도 있다는 것이다. 다만 그와 같이 작성된 공정증서상의 어음채권에 대하여는 배서에 의한 양도는 생각할 수 없고 지명채권양도에 관한 방식에 따라 양도할 수밖에 없다고 한다.

만일 긍정설과 같이 어음·수표가 표창하는 권리에 관하여 어음·수표와 완전히 분리하여 별도로 집행증서로 작성할 수 있다고 한다면 어음·수표만이 제3자에게 배서양도에 의하여 양도될 수 있고 이에 따라 어음·수표를 제3자가 선의취득할 수도 있게 된다. 그 결과 어음·수표가 표창하는 권리의무관계와 공정증서에 의하여 증명되는 권리의무관계 및 원인관계에 의한 권리의무관계(직접적인 원인관계가 없는 경우도 있을 수 있다)등으로 당사자 사이의 법률관계가 한없이 복잡하여 지고 굳이 공정증서로 작성하는 실익도 없다.

또한 어음·수표채권에 관하여 경계계약을 체결하여 이에 관하여 채무변제계약공정증서로 작성함이 가능하다고 한다면 이상한 결론에 이른다. 즉 어음·수표행위의 원인관계에 있는 법률관계가 집행법 제56조의 제4호에서 정한 요건으로서 「일정한 금원지급 등을 목적으로 하는 청구권」에 해당하지 않는 경우 즉, 아직 채무액이 확정되지 않은 경우라도 담보조로 어음·수표를 발행하게 하는 경우에는 어음·수표의 채권이 일정한 금원지급을 목적으로 하는 청구권에 해당하는 셈이 되므로 이에 관하여 경계계약을 체결하면 일정한 금원지급 등을 목적으로 하는 청구권에 해당하는 것으로 되어 이에 관하여 집행증서인 공정증서를 작성할 수 있게 되는 결과가 된다. 즉 집행법에서 정한 집행증서의 요건에 관한 규정을 잠탈하게 되는 것이다. 따라서 어음·수표채권은 집행법 제56조 제4호에서 말한 「일정한 금원지급 등을 목적으로 하는 청구권」에 해당하지 않는다고 보아야 한다.

그렇다면 어음·수표가 표창하는 채권 즉, 어음·수표채권에 관하여 공증을 통하여 그에 기초하여 강제집행할 수 있게 하는 방법은 유가증권으로서 어음·수표를 빼고는 생각할 수 없다. 입법적으로 어음·수표채권에 관하여 공증을 통하여 집행권원으로 인정하는 방식은 다음 세 가지

15) 이재성, 전거서 531면; 부구옥, 「약속어음 공정증서에 관한 제문제」 566면, 법원행정처 재판자료 제31집.

방식을 생각하여 볼 수 있다¹⁶⁾.

2. (1) 인증방식

먼저, 사인이 작성한 어음·수표에 사인으로 하여금 강제집행을 인락한다는 취지를 기재하고 기명날인 또는 서명하게 하고 그것에 관하여 인증을 받은 경우에 법률에서 이를 곧바로 집행증서로 인정하는 방식(일용 '인증방식'이라고 부르기로 한다)을 생각해 볼 수 있다.

주식회사 설립 시 작성하는 정관에 대하여 인증을 받아야 비로소 정관으로서 그 법적 효력을 인정하는 예에서 보는 바와 같이 입법적으로는 인증을 받은 어음·수표가 표창하는 채권에 관하여는 어음·수표를 인증받은 경우에는 특별히 그것을 집행증서로 한다는 규정을 두는 것도 얼마든지 가능할 것이다. 이 경우 인증은 기명날인 또는 서명에 대하여 하므로 촉탁은 단독으로 할 수밖에 없을 것이다. 또한 강제집행인락행위는 공증인에 대하여 단독으로 하는 소송행위가 아니라 어음·수표채무자가 어음·수표채권자를 상대로 한 소송행위로서의 의미가 있을 것이다. 공증인은 인증한 어음·수표증서를 발행인 등 어음·수표채무자에게 교부하고, 그에 의하여 비로소(또는 다시) 유통될 것이다. 다만 인증방식을 취할 경우 이는 전혀 새로운 유형의 집행증서일 것이므로 인증된 어음·수표로 강제집행을 할 경우에는 민사집행법상 그 밖의 집행권원과는 전혀 다른 것이므로 민사집행법이나 공증인법에서 이에 관한 상세한 규정을 두어야 할 것이다.

3. (2) 결합방식

다음으로, 어음·수표상의 기명날인 또는 서명에 관하여 인증을 하고, 채무자가 공증인을 상대로 어음·수표채권에 관하여 강제집행인락을 하면 공증인이 그 진술을 어음·수표 또는 그와 동일한 효과가 있는 그 부전에 기재하여 공정증서를 작성하는 방식을 생각하여 볼 수 있다. 다시 말하여 이는 강제집행인락이라는 소송행위에 관한 공정증서를 유가증권인 어음·수표에 작성하는 것이다. 따라서 이는 공정증서와 사서증서가 결합되는 형식이다(따라서 이러한 방식을 일용 '결합방식'이라고 부르기로 한다).

이렇게 인증하고 작성한 증서(사인이 작성한 유가증권과 공증인이 작성한 인증 및 공정증서가 복합된 증서)는 촉탁인에게 교부되어야 하고, 그에 의하여 비로소(또는 다시) 유통될 것이다.

결합방식을 취하는 경우 사인이 작성한 어음·수표는 유가증권으로서 유통되어야 하므로 그것에 작성한 공정증서는 공증인이 아닌 채권자가 보관하는 것으로 될 수밖에 없을 것이다. 결합방식을 취할 경우 이처럼 그것은 인증서이면서 동시에 공정증서에 해당하므로 기존 집행증서와는 완전히 다른 새로운 형태의 공정증서이자 집행증서가 된다.

16) 그 밖에도 어음·수표의 발행·배서 기타 어음수표행위 자체를 공정증서로 작성하게 하는 방식을 생각하여 볼 수도 있으나 이는 어음·수표법과의 관계 기타 법체계상 허용될 수 없다고 본다.

4. (3) 분리방식

끝으로, 유가증권으로서 어음·수표와 공정증서를 분리하여 어음·수표채권·채무에 관하여 채권자·채무자 쌍방¹⁷⁾이 이를 승인하고, 이와 함께 채무자가 공증인을 상대로 강제집행인락에 관하여 진술하면 공증인이 그 진술을 공정증서에 기재하여 공정증서를 작성하고 이렇게 작성된 공정증서를 집행증서로 인정하는 것도 가능할 것이다. 이는 어음·수표가 공정증서와 분리되고 공정증서는 어음·수표와 별도로 작성하는 것이다(따라서 일용 '분리방식'이라고 부르기로 한다). 다시 말하여 어음·수표와 공정증서를 분리한다는 것은 그 공정증서에 어음·수표채권에 관한 사항과 강제집행인락에 관한 사항을 기재한다는 것을 의미한다.

이러한 방식은 어음·수표채권에 관한 이행판결이 있는 경우에 판결에 어음·수표를 첨부하지 않는다는 점에서 그와 유사한 구조이다. 다만 판결의 경우에는 이행기가 도래한 어음·수표채권에 한하여 인정되지만 이러한 방식의 집행증서는 보통 만기가 도래하지 않는 어음·수표채권에 관하여도 작성된다는 점이 서로 다르다.

다만 이 경우에는 어음·수표상의 권리는 어음·수표증서에 표창되기 때문에 권리행사 더 나아가 강제집행을 함에 있어서 공정증서와 유가증권으로서 어음·수표와의 관계를 어떻게 설정할 것인지 과제이다.

5. 결론
이상과 같이 어음·수표채권에 관하여 강제집행력이 부여된 집행증서로 인정하는 방법은 세 가지 방식이 존재하는바 각각의 방식에 따라 인증하거나 작성된 증서는 각 해당 방식에 따라 진술한 바와 같이 법률적으로 그 성격이 다를 수밖에 없다.

인증방식의 경우에 그것은 사인이 작성한 유가증권 및 유가증권에 사인이 강제집행인락의 취지를 기재하고 기명날인 또는 서명한 것에 대하여 인증받은 것이고 그 법적 효력은 오로지 그 제도를 도입하고 있는 법에서 규정되는 바에 의하여 정하여 질 것이다¹⁸⁾.

결합방식의 경우에 그것은 유가증권으로서의 어음·수표와 강제집행인락에 관한 진술을 기재한 공정증서가 결합한 복합증서에 해당할 것이다.

분리방식의 경우 그것은 어음·수표채권에 관한 진술 및 강제집행인락에 관한 진술을 기재한 공정증서에 해당하는 것이 될 것이다.

한편 각각의 방식은 나름대로 약점을 안고 있다. 인증방식과 결합방식의 경우는 유가증권으로

17) 이에 대하여 어음·수표행위가 단독행위이므로 단독으로 공증촉탁이 가능하다는 견해가 있다(이재성, 전거서 533면). 그러나 유인과 같이 상대방 없는 단독행위에 해당하면 혼자서 촉탁인이 되어 공정증서작성을 촉탁할 수 있지만 상대방 있는 단독행위(법률행위)에 관한 공정증서는 단독행위자와 그 상대방 쌍방이 촉탁하거나 최소한 상대방이 단독행위를 수령하는 현장을 공증인이 직접 목도할 수 있는 상황에서만 혼자서 촉탁할 수 있다고 보아야 한다.

18) 사인이 사인을 상대로 한 강제집행인락행위에 대하여 공증인의 인증을 받으면 곧바로 강제집행력이 인정되는 소송법적 효과가 발행하는 소송행위가 민사소송법적인 측면에서 법리상 가능한지는 의문이 제기될 수도 있을 것이다.

서 어음·수표의 유통성은 확보되지만 기존 집행증서와는 완전히 다른 것이다. 기존의 집행증서의 경우를 준용하기가 어렵다. 분리방식의 경우에는 공정증서와 유가증권으로서 어음·수표가 분리되므로 어음·수표가 표창하고 있는 권리의무관계가 공정증서와 유가증권으로 서로 분리되어 복잡하게 되는 약점이 있다.

V. 「어음·수표의 공증」의 법적 성격

전술한 바와 같이 어음·수표채권에 관하여 공증을 통하여 집행증서로 인정하는 방법으로 인증방식, 결합방식, 분리방식이 있다고 할 때, 특례법상 「어음·수표에 작성하는 공정증서」와 공증인법상 「어음·수표의 공증」은 각 어느 방식에 해당하고 그에 따라 법적 성격은 무엇인가. 차례로 살펴보기로 한다.

1. 특례법상 「어음·수표에 작성한 증서」의 법적 성격

(1) 최초 도입당시

① 무릇 공정증서나 인증서가 완성되는 과정에는 모두 ‘진술’이나 ‘사실’을 ‘기재’하는 행위가 개입되어 있고 넓은 의미에서 진술이나 사실을 기재하고 서명날인하는 것은 모두 ‘작성’에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데 ‘법’에 따르면 공정증서에 관하여는 반드시 공증인이 증서를 ‘작성’한다 라고 표현하고 있고, 인증에 관하여는 공증인이 인증을 ‘행’한다(법 제57조) 또는 인증을 부여한다(법 제58조, 법 제61조) 라고 표현하여 공정증서를 작성한 경우에 한하여 ‘작성’이라고 하고 있다.

그런데 전술한 본 바와 같이 어음·수표채권에 관하여 강제집행력이 부여되는 집행증서를 작성하는 방법에 관하여 특례법에 처음 도입될 당시 동법 제4조에 따르면 ‘…… 공증인이 즉시 강제집행할 것을 어음 및 수표 또는 이에 부착된 부전에 기재하여 작성’한다고 하였다. 공증인이 증서를 작성한다고 하였으므로 이는 공정증서의 작성에 해당하는 것은 자명하다.

위 강제집행을 인락하는 진술이 기재되는 곳은 어음·수표 또는 어음·수표에 기재한 것과 똑같은 효력이 인정되는 그 부전(이하 그냥 어음·수표라고만 한 경우에도 특별한 사정이 없으면 그 부전¹⁹⁾을 포함하는 의미로 사용하기로 한다)에 한다. 즉 유가증권에 공정증서가 작성되는 것이다.

19) 어음·수표상에 지면의 부족 등의 사유로 어음·수표행위를 나타내기가 부족한 경우에 어음·수표 행위자가 어음·수표에 어음·수표와 다른 지편을 붙이고 그 사이에 기명날인 또는 서명하여 어음·수표의 지편과 동일한 효력이 있는 것으로 인정한 것을 부전이라고 하고 어음·수표에 부전을 붙이는 행위를 부착이라고 한다. 따라서 부착의 행위주체는 어음·수표행위자이다.

그런데 어음·수표상의 기명날인에 관한 진술을 기재하지는 않는다. 그러나 촉탁인은 유가증권으로서 어음·수표에 공정증서를 작성하여 줄 것을 촉탁하는 것이므로 필연적으로 촉탁인 자신이 기명날인²⁰⁾ 한 어음·수표를 공증인에게 제출하여야 한다. 만일 기명날인한 어음·수표행위자가 아닌 다른 자가 공증촉탁을 한다면 공증인이 특례법 제4조에 따른 증서를 작성할 수 없는 것은 자명하다. 따라서 유가증권상에 기명날인에 관한 인증부여문구가 기재되지 않을 뿐 실질상 인증이 이루어지고 있는 것이나 마찬가지이다. 어음·수표채권에 관하여 집행권원으로 하기 위한 방법론 중 결합방식에 속한다.

한편 공정증서로 작성하는 내용은 즉시 강제집행을 인락하는 진술에 관한 것이다. 여기서 강제집행을 인락하는 진술 즉, 의사표시는 어음·수표채무자가 공증인을 상대로 단독으로 하는 소송행위²¹⁾에 해당한다. 따라서 이는 유가증권에 소송행위에 관한 공정증서를 작성한 것에 해당한다. 기존 집행증서가 법률행위에 관하여 공정증서를 작성하면서 소송행위에 관한 진술을 덧붙여 작성한 공정증서로서 법률행위 및 소송행위에 관한 공정증서라고 한다면 어음·수표에 작성한 공정증서는 소송행위에 관한 공정증서이다.

그렇다면 어음·수표에 즉시 강제집행할 것을 기재한 증서는 사인이 작성한 유가증권과 공증인이 작성한 공정증서가 결합된 복합증서이다²²⁾²³⁾. 그리고 이와 같이 결합된 복합증서가 집행증서로 인정된 것이다.

② 이렇게 볼 때 특례법 제정 당시의 규정만으로 본다면 어음·수표행위는 단독행위에 해당하고 강제집행인락행위 역시 단독으로 하는 소송행위에 해당하므로 그 공증촉탁도 단독으로 한다고 보는 것이 타당할 것이다²⁴⁾. 그리고 유가증권상에 공정증서가 작성되었다고 하여도 여전히 유가증권으로서의 성격을 갖고 있으므로 그것을 공증인이 보존할 수는 없고 촉탁인에게 교부하여 유통시킬 수밖에 없다. 대신 공증인은 거절증서의 예에서 보듯이 공정증서를 작성한 근거를 보존하고 있어야 마땅하므로 그 정본 또는 등본²⁵⁾을 보존하고 있어야 할 것이다.

20) 특례법 시행당시 어음법 및 수표법에는 어음행위자 또는 수표행위자가 기명날인하도록 되어 있었다.

21) 집행증서를 작성할 때 채무자가 하는 강제집행인락의사표시는 공증인을 상대로 단독으로 하는 소송행위라고 하는 것이 통설이자 판례의 태도이다. 이재성, 「공정증서작성의 촉탁행위의 성질」, 사법행정 26권 2호, 1985; 부구옥, 전제논문 590면; 대한공증협회, 공증실무 2004년, 115면; 대법 1975. 5. 13., 72다1183 전원합의체; 1982. 2. 8., 81다카621 판결; 1984. 6. 26., 82다카1758 판결.

22) 박응무, 「간이절차특례법 제4조에 관하여」, 법조 23권 11호, 1면; 이재성, 전제서 536면.

23) 다만 이와 같이 복합증서라고 하면서도 그 전체가 하나의 공정증서라고 설명한다. 그러나 필자는 단지 유가증권에 공정증서를 작성하였을 뿐으로 유가증권이 공정증서화 되는 것은 아니고 공정증서에 인용된 것이라고 본다.

24) 대법원 판결 1975. 5. 13., 72다1183 전원합의체.

채권자가 권리행사를 위하여 정본교부 청구가 있으면 공증인은 채권자로부터 원본을 제출받아야 이에 근거하여 정본을 작성하여야 할 것이다. 집행문을 부여할 때 채권자는 정본만 제시하여서는 아니되고 원본을 제출하여 채권의 존재를 증명하고 집행문부여사실을 그 원본말미에 기재하여야 할 것이다. 또한 어음·수표의 증서가 배서양도된 경우 최종 소지인이 채권자로서 집행문(승계집행문이 아닌)을 부여받을 수 있다고 하여야 할 것이다²⁶⁾. 당시 특례법 제4조에 따르면 수취인이 없이 소인출급식으로 발행된 수표에 공정증서를 작성하여 유통된 경우를 생각하면 당연한 이치이다. 다만 모든 어음·수표채권자가 일반 집행문을 부여받을 수 있는 것은 아니고 어음·수표법에서 통상적으로 인정하고 있는 양도방법에 의하여 증서자체로서 어음·수표채권자임이 바로 인정되는 자에 한하여 직접 집행문을 부여받을 수 있고 배서의 연속 등이 단절된 경우에는 배서의 연속이 인정된 피배서인까지만 직접 집행문을 부여하고 그 다음의 양수인은 승계집행문을 부여하여야 한다고 보는 것이 타당할 것이다.

특례법에 따라 공증이 이루어진 뒤 채무자가 채권자에게 교부하기 전이나 또는 교부하고 나서 채권자와 채무자가 합의로 유가증권의 일부내용을 고쳤다면 이는 법적으로 어떻게 되는가. 유가증권의 작성부분이 직접적으로 인증되지 않았다 하여도 간접적으로 인증된 의미를 내포하고 있고 강제집행을 인락하는 진술에는 그 권리에 관하여 강제집행을 인락한다는 의미로서 공정증서에서 유가증권을 인용하고 있는 것이므로 공증 후에 이를 고치는 것은 비록 기명날인자일지라도 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다²⁷⁾. 복합증서 중 공정증서에 해당하는 부분은 무효라고 하여야 한다. 따라서 그러한 경우에 해당한다면 집행문부여도 하여서는 아니된다.

(2) 1차 개정 후의 상황

① 앞서 본 바와 같이 특례법에 처음 도입 당시 어음·수표의 공증절차에 의하면 단지 강제집행인락행위에 관하여만 이루어지는바, 그것은 공증인에 대하여 단독으로 하는 소송행위에 해당하므로 공증촉탁 역시 단독으로 하는 것으로 함이 법리상 타당하다. 전술한 바와 같이 이러한 법리는 집행문부여에도 그대로 적용되어 배서양도받은 최종소지인 등에게는 승계집행문이 아닌 직접 집행문이 부여된다고 함이 타당하다.

그런데 위와 같이 특례법에 따라 인정되었던 집행증서는 채권자와 채무자 사이의 계약 즉, 법률행위에 관하여 공정증서를 작성함에 있어서 채무자가 특별히 강제집행인락행위를 하고 그에

25) 공정증서부분에 관하여 공정증서원본과 같은 효력을 갖는 것이라는 의미에서 정본이라고 하는 견해가 있다. 필자도 같은 생각이다. 거절증서령에 의하면 거절증서는 어음이나 수표 또는 이에 결합한 부전에 기재하여 작성하도록 되어 있고 공증인은 거절증서의 등본을 보관하도록 되어 있다(거절증서령 제4조, 제9조).

26) 대법원 판결 1975. 5. 13., 72다1183 전원합의체.

27) 만일 특례법하에서 어음·수표에 증서가 작성된 이후 어음·수표를 발행인 등이 임의로 고칠 경우 유가증권이라는 측면에서만 보면 그에게 정정할 권한이 있다고 하여도 이는 형사상 공문서변조에 해당할 것으로 본다.

관한 진술이 기재된 기존 집행증서와는 사뭇 다르다. 그리하여 당시 기존 집행증서에만 익숙해 있던 공증실무계 및 집행실무계에 이는 매우 낯선 제도였고 아직 대법원판례도 나오지 않은 탓으로 누가 촉탁인이 되고 누구에 대하여 집행문을 부여할 수 있는지에 관하여 끊임없이 논란이 일었다²⁸⁾.

② 그에 따라 시행 2년 만에 특례법 제4조는 기존 집행증서와 유사하게 공증촉탁도 채권자 채무자 쌍방이 하는 것으로 하고 집행문도 촉탁인이었던 채권자에 대하여만 부여하는 것으로 개정되기에 이르렀다²⁹⁾.

당시 공증촉탁을 채권자와 채무자 쌍방이 하도록 하고 집행문을 촉탁한 채권자에 대하여만 부여하도록 한 것은 기존 집행증서에 준하여 처리하려는 의도가 있었던 것으로 보여진다. 이로 인하여 종전에는 어음·수표를 배서양도받은 최종 소지인은 권리자로서 곧바로 집행문을 부여받을 수 있는 채권자에서 이제는 승계집행문을 받아야하는 자로 바뀌게 되었다³⁰⁾. 그러나 여전히 「즉시 강제집행할 것을 어음·수표 또는 이에 부착된 부전에 기재한 증서를 작성할 수 있다」라고 한 규정은 전혀 변경된 바 없으므로 그것은 도입당시의 성격을 그대로 유지하고 있었다.

(3) 원본론과 정본론의 논쟁에 관하여

① 이와 같이 특례법에서 기존의 집행증서와는 그 작성이나 그 권리내용³¹⁾이 현저하게 다른 집행증서를 새로 창설하면서 정작 그에 대하여 어떻게 취급하여야 한다는 것인지에 관하여 구체적인 규정을 두지 않은 탓에 당시 공증실무계를 중심으로 소위 원본론과 정본론으로 나뉘어 격렬한 논쟁이 있었다. 다만 당시 논란은 아쉽게도 「어음·수표에 작성한 공정증서」의 법적 성격을 규명하는 차원이라기보다는 공정증서원본을 무엇으로 보아야 하는지, 집행문을 어디에 부여하여야 하는지 라는 점에만 초점이 맞추어졌었다.

② 당시 원본론에 따르면 공증인이 기재한 문서자체가 공정증서원본이고 어음·수표는 유가증권으로서 전전 유통되어야 할 것이어서 원본은 촉탁인에게 반환하지 않을 수 없을 터이므로 어음·수표의 원본에 작성된 증서가 공정증서원본에 해당하고 공증인은 공정증서의 등본³²⁾을 보관하여야 한다고 한다. 이 경우 공증인은 촉탁인이 정본교부를 청구하면 촉탁인으로부터 원본을 제출받아 작성한다고 한다. 다만 집행문은 이와 같이 작성한 정본에 부여한다고 하는 견해³³⁾와

28) 위 대법원 전원합의체 판례는 특례법 제4조가 개정된 후에 선고되었지만 그 사안은 특례법 제4조가 개정되기 전에 이루어진 공증에 관한 것이었다.

29) 이재성, 전거서 535면.

30) 이재성, 전거서 541면.

31) 어음·수표에 작성한 공정증서가 금전지급을 목적으로 하는 청구권에 해당하지만 유가증권에 표창된 것임에 반하여 기존 집행증서는 그렇지 않다는 점에서 차이가 있다.

32) 등본이 아닌 정본이라고 하는 견해가 있다. 이재성, 전거서 537면.

원본에 부여할 수 있다는 견해가 있었다³⁴⁾³⁵⁾.

③ 한편 정본론에 따르면 공증인은 공정증서의 원본을 외부에 지출할 수 없고³⁶⁾ 이를 보존하여야 할 뿐더러 집행력 있는 정본부여에 관한 민사소송법의 구조에 대하여 예외를 인정한 것으로는 볼 수 없으므로 촉탁인에게 반환될 어음·수표원본을 이용하여 작성되는 것은 공정증서원본이 될 수는 없고 집행문이 부기될 정본에 해당한다고 하였다. 반면에 어음·수표사본을 이용하여 작성되는 것은 공정증서원본에 해당하고 공증인이 보관하게 된다고 한다³⁷⁾.

(4) 원본론과 정본론의 논쟁에 대한 사건

① 다음과 같은 이유에서 원본론이 타당하다. 즉 정본론은 특례법 제4조에 근거하여 작성한 증서가 정본이라고 할 때 정본의 작성에 관하여는 규정하고 있으면서 정작 원본의 작성에 관하여는 이에 관하여 아무런 규정도 없다는 치명적인 맹점이 있다. 어음·수표사본을 이용하여 작성되는 것이 공정증서원본에 해당한다고 하나 특례법 어디에도 원본이든 등본이든 그 밖의 그 무엇이든 어음·수표사본을 이용하여 작성하도록 하는 규정을 두지 않았다.

따라서 마치 어음·수표사본을 이용하여 작성하는 그 무엇인가가 존재하는 것을 전제로 이를 원본이라고 하는 것은 분명 결론을 미리 내놓고 그에 맞추어 원본 개념을 만들어 낸 억지 논리일 뿐이다.

정본론은 원본론에 대하여 원본을 공증인이 보존하지 않는 점을 문제삼으나 공정증서라고 하여도 원본을 반드시 공증인이 보존하여야 한다는 논리는 성립될 수 없다. 그러한 예는 거절증서의 경우에서 찾아 볼 수 있다.

무엇보다도 어음·수표에 강제집행인락의 진술을 기재한 공정증서를 작성한다고 하였으므로 유가증권으로서 어음·수표에 작성된 것은 공정증서원본임이 법문상 원본에 해당함은 자명하다.

② 그럼에도 불구하고 당시 많은 공증사무소가 위 정본론의 입장에서 실무를 집행하였던 것 같다. 그 이유는 대체 무엇이였을까. 다음과 같이 추론해 볼 수 있다.

즉 기존 집행증서와 다른 새로운 형태의 공정증서가 도입되다 보니 이는 공증업계 및 집행실무계에 매우 생소하였을 것이다. 그럼에도 정본·등본 작성과 집행문부여에 관하여 법률에 아무런 규정을 두지 않아 공증사무소나 집행기관마다 그 업무처리에 관하여 차이를 보였을 것이다. 어

33) 박응무, 「어음수표공정증서에 대한 집행문부여」, 법률신문 1977. 1. 19. 발행.

34) 이재성, 전거서 537면.

35) 그러나 이러한 견해에 의하면 이렇게 되면 최초의 집행문 1통 외에는 추가로 집행문을 부여받을 수 없는 결과가 되어 어음·수표의 공증을 집행증서로 인정하는 취지에 전혀 맞지 않아 당시 특례법 해석상으로 타당하지 않다고 본다.

36) '법' 제24조.

37) 부구옥, 전계논문 603면.

음·수표에 공정증서원본을 작성하여 채권자에게 교부하므로 증서원본과 별개로 처음부터 별도로 정본을 교부할 필요성이 없었을 것이다. 그러다 보니 채권자가 후에 집행문부여를 신청하는 경우 그 때 비로소 처음에 채권자에게 교부한 원본에 집행문을 부여할 수 없다고 한다면 새로이 정본을 만들어야 했을 것이다. 그런데 당시에는 복사기가 지금처럼 널리 사용되지 않아 비용상으로도 시간상으로도 복사기의 이용이 쉽지 않았을 것이다. 어음·수표증서부분은 물론 그 부전에 기재한 공정증서부분까지 모두 새로 기재하여 작성한다는 것은 생각보다 번거로운 일이었을 것이다. 이런 사정으로 인하여 어음·수표원본이 붙어있는 공정증서원본에 그냥 집행문을 부여하는 경우도 다반사였을 것이다. 정본·등본 작성 및 집행문부여에 관하여 어떻게 처리하여야 한다는 규정을 전혀 두지 않았기 때문에 기존 집행증서와 최대한 유사하게 취급하려는 경향이 있었을 것이다. 아무튼 현재 남아있는 문헌으로는 정본론을 비판하면서 원본론이 타당하다는 견해를 피력한 자료만 있고 정본론을 직접 지지하는 문헌은 보이지 않는 것 같다. 그럼에도 불구하고 공증 실무차원에서는 시간이 지날수록 위에서 든 이유로 정본론이 점점 공증업계의 대세를 이룸으로써 결국 특례법이 폐지되고 「어음·수표의 공증」을 공증인법에서 규정하게 되면서는 정본론에 입각한 입법을 할 수밖에 없는 지경이었던 것으로 보인다.

2. 공증인법상 「어음·수표의 공증」의 법적 성격

(1) 서론

① 전술한 바와 같이 특례법 당시 「어음·수표에 작성한 증서」에 관하여 위 정본론 입장에서 업무를 처리하면 기존 집행실무를 그대로 따를 수 있어 편리한 측면이 있지만 그것은 문리를 너무나 벗어난 해석이었다. 그리하여 특례법이 폐지되고 「어음·수표의 공증」에 관하여 공증인법에 이를 수용하게 되면서 그동안 제기되었던 문제에 관하여 이를 입법적으로 해결하였다. 그 주된 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 먼저 공정증서원본을 작성하는 것에 관하여 분명히 밝히고 공증인이 그 원본을 보존하는 것을 천명하였다³⁸⁾. 둘째, 공정증서원본과 어음·수표증서원본을 결합시키지 않고 그 사본을 결합시키고 유가증권으로서 어음·수표증서는 공정증서정본에 결합시킴으로써 한편으로는 어음·수표의 유통성을 확보하면서 한편으로는 완전 분리되는 것을 차단하여 완전분리될 때 생길 수 있는 복잡한 법률관계를 미리 방지하였다³⁹⁾. 셋째, 타서면의 인용에 의한 공정증서작성에 관한 규정과 정본 및 등본에 관한 규정을 제외하고 일반 공정증서의 작성에 관한 규정을 준용하는 것으로 하여 전혀 새로운 형태의 공정증서가 아니라 기존 공정증서의 일종임을 천명하였다⁴⁰⁾. 이로

38) 법 제56조의2 제3항39) 법 제56조의2 제3항.

39) 법 제56조의2 제3항.

써 「어음·수표의 공증」에 관하여 원본론이다 정본론이다 하는 논란은 완전히 자취를 감추었다.

② 이러한 개정에 대하여 어음·수표원본에 부착하여 공정증서정본을 작성하는 것으로 된 것에 착안하여 이는 기존 정본론을 입법화한 것이라는 견해가 있다⁴¹⁾. 이 견해는 명확하지는 않지만 종전의 「어음·수표상에 작성한 증서」나 현행 「어음·수표의 공증」이나 법적 성격은 차이가 없다고 보는 것 같다. 그러나 필자는 특례법을 폐지하고 공증인법에 「어음·수표의 공증」을 수용하면서 그 내용을 변경한 것은 정본론이 타당하여 이를 지지하여서라기보다는 해석론으로는 한계가 있기 때문에 입법적으로 해결한 것이라고 본다.

③ 한편 종전에는 어음·수표에 증서(원본)를 작성하였는데 이제는 어음·수표사본에 부착⁴²⁾하여 공정증서원본을 작성하는 것으로 변경됨으로써 어음·수표의 증서원본과 공정증서원본의 관계는 종전과는 완전히 달라지게 되었다. 어음·수표상의 권리에 관하여 어떠한 방식으로 집행증서로 할 것인지와 관련하여 종전 「어음·수표에 작성하는 증서」는 결합방식에 따른 공정증서였다고 한다면 현행 「어음·수표의 공증」은 유가증권으로서 어음·수표증서원본과 공정증서원본이 완전히 분리되는 방식으로 바뀌었다. 그 의미에 관하여 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

(2) 「어음·수표의 공증」절차의 법률적 의미

① 공증인법에서 정한 「어음·수표의 공증」이 유가증권으로서 어음 또는 수표에 공정증서를 작성하지 않는 점 바꾸어 말하면 공정증서원본에 유가증권으로서 어음·수표가 첨부되지 않은 점에 비추어 그것이 전술한 분리방식에 입각한 것임은 분명하다.

그러나 법 제56조의2 법문에 의하면 「어음·수표의 공증」을 할 때 공정증서원본을 어음 또는 수표사본에 부착하여 작성하도록 되어 있을 뿐 강제집행인락의 의사표시에 관한 진술 및 그 기재 이외에는 그 밖의 법률행위에 관한 진술 및 그 기재를 필요로 하지 않는다. 기존 집행증서를 작성함에 있어서는 채무자의 강제집행인락의 의사표시에 관한 진술 및 그 기재 외에도 강제집행인락의 목적으로 된 청구권에 관한 진술 다시 말해 법률행위에 관한 진술 및 그 기재가 필요한 것과 일견 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 사건으로는 「어음·수표의 공증」에도 기존의 집행증서의 경우와 같은 강제집행인락의 목적으로 된 청구권에 관한 진술 및 그 기재와 유사한 면이 있다고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 현행 공증인법에 의한 「어음·수표의 공증」은 어음·수표채권자와 채무자가 함께 공증

40) 법 제56조의2 제6항.

41) 부구옥, 전개논문 603면.

42) 특례법 제4조 제1항 중 「부착」은 어음·수표발행자 등 어음·수표행위자가 부전을 만들어 내는 행위로서 행위주체가 어음·수표행위자이므로 어음·수표와 부전사이에 어음·수표행위자의 날인이 필요하였다. 그러나 현행 제도에서는 부착의 행위주체가 공증인으로 되어 있다. 따라서 공정증서원본과 어음·수표사본 사이 및 공정증서정본과 어음·수표원본 사이에 하는 날인은 공증인만 하면 될 것이다.

을 촉탁하도록 되어 있다(법 제56조의2 제2항). 그것은 '상대방이 있는 단독행위'와 그 단독행위의 수령의 의미로 볼 수 있다⁴³⁾. 둘째, 촉탁인은 공증인에게 유가증권으로서 어음·수표를 제출하여야 한다(법 제56조의2 제3항). 이는 서명 또는 기명날인을 포함한 어음·수표행위에 관한 '진술'의 의미로 볼 수 있다. 셋째, 공정증서원본을 작성함에 있어서 어음·수표사본에 부착하여 작성하도록 되어 있다. 이는 어음·수표사본에 표시된 어음·수표행위로 인한 채무를 부담하기로 하는 채무승인에 관한 진술을 '기재'하는 의미로 볼 수 있다. 이와 같이 해석하는 것이 「어음·수표의 공증」이 이루어지는 일련의 절차 속에 녹아 있는 촉탁인들의 진정한 의사(행위)일 것이다⁴⁴⁾.

이러한 의미를 종합하여 볼 때 「어음·수표의 공증」은 어음·수표 채무자가 공증인의 면전에서 어음·수표채권자를 상대로 자신의 어음·수표행위가 틀림없음을 진술하고 이에 관하여 공증인이 이를 증명하는 공정증서를 작성하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

어음·수표행위가 공정증서방식으로 성립할 수 없기 때문에 이에 관하여 공정증서로 작성할 수 없는 것은 아닌가 의문이 있을 수 있다. 보통 법률행위에 관하여 공정증서를 작성할 때, 설령 그것이 동시에 이루어진다고 하여도 공정증서의 작성과 법률행위의 성립은 논리적으로는 엄밀하게 말하여 전혀 별개로 이루어진다. 법률행위는 당사자 사이에 성립하는 것이고 공정증서는 그렇게 성립한 법률행위에 관하여 공증인의 면전에서 그 내용을 진술하여 공증인이 이를 기재하여 공정증서를 작성하는 것이다. 그렇게 작성된 공정증서에 의하여 법률행위는 그 성립과 존재가 증명되는 것이다. 그 때 법률행위가 반드시 불요식행위에 해당하는 경우에 한하여 공정증서로 작성할 수 있는가. 요식행위인 경우 보통 법률행위의 성립과 존재의 증명을 위하여 공정증서를 작성할 필요는 불요식행위에 비하여 덜 하겠으나 증서를 분실할 염려 또는 그 내용의 복잡성 또는 그 내용의 어려움 등으로 인하여 공정증서를 작성하고자 하는 경우도 얼마든지 있을 수 있을 것이다⁴⁵⁾. 더 나아가 그 요식행위가 공정증서방식으로 할 수 없는 경우라도 요식행위의 실질적인 유효요건 등의 구비를 증명하기 위하여 공정증서를 작성할 수도 있음은 법리상 아무런 문제가 없다. 이러한 의미에서 요식행위인 어음·수표행위에 관하여도 그에 해당하는 행위가 유효하게 성립하였음⁴⁶⁾을 공증인의 면전에서 사후적으로 확인하고 이를 증명받기 위하여 이에 관하여 공정증서를 작성할 수 있는 것이다.

② 한편 「어음·수표의 공증」에 관하여 법 제56조의2 제1항에는 「…… 강제집행을 인락한 취

43) 단독행위에 관하여 공정증서를 작성하는 경우라도 그것이 상대방 있는 단독행위라면 단독행위라는 의사표시의 수령이 있어야 비로소 단독행위로서의 효력이 발생하는 것이므로 상대방과 함께 촉탁하는 것은 얼마든지 가능하다고 본다.

44) 공증실무에서도 「위 촉탁인은 본직에 대하여 이 증서에 부착된 어음의 발행 및 기명날인을 자인하며」라고 기재한 양식을 사용하여 공증을 하고 있다. 공증실무, 262면 참조, 대한공증협회 2004년.

45) 다만 유언공정증서와 같이 법률에서 요식행위로서 공정증서방식으로 작성할 때 비로소 성립하는 것으로 규정한 경우에는 공정증서작성으로 비로소 그 법률행위가 성립한다.

지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있다」라고 규정되어 있는바, 이 규정에는 채무자가 공증인에게 강제집행인락에 관한 진술을 하고 공증인이 이를 기재하여 어음·수표채권에 관하여 강제집행을 인락하는 공정증서를 작성한다는 의미가 당연히 내포되어 있다. 따라서 「어음·수표의 공증」은 당연히 강제집행인락행위⁴⁷⁾, 즉 소송행위에 관하여 공정증서를 작성하는 것에 해당한다.

③ 그렇다면 현행 공증인법 제56조의2에서 정한 「어음·수표의 공증」에 의하여 작성된 공정증서는 어음·수표행위에 관하여 작성된 공정증서이자 소송행위에 관하여 작성된 공정증서이다. 그 점에서 집행증서에 관한 권리가 하나는 행사 및 이전에 유가증권을 요하는 것이지만 하나는 그렇지 않다는 점을 빼면 「어음·수표의 공증」에 의하여 작성된 공정증서와 기존 집행증서는 전혀 다르지 않는 것이다. 그러므로 「어음·수표의 공증」에는 당연히 특별한 사정이 없는 한 기존 공정증서 작성에 관한 제규정을 준용할 수 있고, 「어음·수표의 공증」에 의하여 작성된 공정증서에는 특별한 사정이 없는 한 기존 집행증서에 관한 제규정을 그대로 준용할 수 있는 것이다. 또한 그것은 어음·수표채무에 관하여 작성된 공정증서라는 의미에서 어음·수표채무공정증서라고 부를 만하다⁴⁸⁾. 이와 같이 어음·수표채무에 관하여 공정증서를 작성하는 것을 「어음·수표의 공증」이라고 할 때, 어음·수표채무에 관한 공정증서 즉, 어음·수표채무공정증서가 갖는 법적 성격의 구체적인 내용에 관하여 검토하기로 한다.

(3) 어음·수표채무공정증서의 법적 성격

① 어음·수표채무공정증서는 법률행위에 관한 공정증서의 일종이다.

㉔ 어음·수표채무공정증서는 진술한 바와 같이 어음·수표행위에 관한 공정증서이고 어음·수표행위는 일종의 법률행위에 해당하므로 결국 법률행위에 관한 공정증서의 일종에 해당한다. 그렇다면 특별한 사정이 없는 한 법률행위에 관한 공정증서의 작성에 관한 규정이 어음·수표채무공정증서의 작성에도 그대로 준용된다.

i) 그리하여 어음·수표행위에 법령에 위반한 사항이 있거나 무효인 어음·수표행위에 해당하거나 무능력으로 취소할 수 있는 어음·수표행위에 해당하는 경우에는 어음·수표채무공정증서를 작성할 수 없다(법 제56조의2 제6항, 제25조)⁴⁹⁾. 무엇이 법령위반에 해당하는지, 무효사

46) 가령 어음·수표의 공정증서를 작성함에도 법률행위에 해당하는 어음·수표행위가 무능력으로 취소할 수 있는 경우에 해당한다든가 기타 무효사유가 있다든가 법인과 이사 간의 거래에 해당하여 이사회의 승인을 요한다든가 등의 경우와 같이 효력발생에 장애가 되는 경우에는 공정증서를 작성할 수 없도록 되어 있기 때문에 이러한 사유가 없다는 것을 공적으로 확인받고자 요식행위에 해당하는 법률행위에 대하여도 공정증서를 작성할 수 있을 것이다.

47) 특별법 이래 「어음·수표의 공증」에서 강제집행인락의 의사표시는 어음·수표채무자가 단독으로 공증인에 대하여 하는 소송행위라고 보는 견해가 통설이자 판례의 태도이다.

48) 이러한 의미에서 「어음·수표의 공증」을 진술한 바와 같이 상대방 있는 단독행위에 관한 공정증서가 아니라 어음·수표채무자가 어음·수표에 표창된 채무부담을 승인하고 채권자가 이를 받아들이는 일종의 편무계약으로 파악할 여지도 있다고 본다.

유에 해당하는지, 무능력으로 취소할 수 있는 경우에 해당하는지에 관하여는 법률행위에 관한 일반이론 및 어음법 또는 수표법의 법리에 따라 정하여 질 것이다.

ii) 한편 어음·수표행위가 제3자의 동의나 허락을 요하는 경우에는 그 동의나 허락이 있고 이에 관하여 증명이 있어야 「어음·수표의 공증」을 할 수 있음은 당연하다(법 제56조의2 제6항, 법 제32조). 그리하여 주식회사와 이사 사이의 어음·수표행위가 있는 경우에는 이사회 의 승인을 요하고 그 승인에 관하여 증명이 있어야 공증할 수 있다.

㉠ 법 제56조의2 제6항에 어음·수표채무공정증서에 대하여는 법 제44조, 제45조의 규정이 마치 준용되지 않는 것처럼 누락되어 있다. 그러나 어음·수표채무공정증서도 특별한 사정이 없는 한 법률행위에 관한 공정증서의 작성에 관한 규정을 준용하는바 특별히 이를 준용하지 않을 만한 사정이 없으므로 당연히 이 규정도 준용된다고 생각된다. 이는 입법상의 오류라고 생각한다.

그러므로 어음·수표채무공정증서를 작성하는 경우 증서원부에 제45조에서 정한 사항을 그때마다 기입하여야 하는 것은 말할 나위가 없다. 실제 공증실무에서도 어음·수표채무공정증서를 작성한 경우 이에 관하여 기존 공정증서의 경우와 같이 취급하여 작성할 때마다 증서원부에 기입하는 것으로 공증실무가 이루어지고 있다.

㉡ 한편 법 제56조의2 제6항에서는 공정증서의 정본 및 등본에 관한 사항은 이를 준용하지 않는 것으로 하고 있다. 그렇다면 「어음·수표의 공증」을 할 때에는 원본을 작성할 때 동시에 작성하는 정본 또는 등본(이하 일용 ‘최초의 정본 또는 등본’이라고 한다)을 제외하고는 더 이상 정본 및 등본을 작성할 수 없는가.

어음·수표채무공정증서의 경우에만 그렇게 보아야 할 아무런 합리적인 이유가 없다. 만일 그와 같이 보아야 한다면 집행문의 수통부여나 제도부여는 물론 심지어 어음·수표채무공정증서에 관하여는 등본도 작성할 수 없다는 이상한 결과가 되고 만다. 따라서 그 규정은 최초로 작성하는 어음·수표채무공정증서의 정본 및 등본에 한하여 적용되는 것으로 해석하여야 한다(한정적 적용론).

그렇다면 원본을 작성하면서 함께 작성하는 최초의 정·등본을 제외하고는 기존 공정증서의 정·등본에 관한 규정이 그대로 준용된다. 따라서 필요하면 채권자가 정본교부청구를 할 수 있고 채무자 또는 기타 이해관계인이 등본교부청구도 할 수 있다. 또한 공증인은 이에 따라 공정증서 정·등본 작성에 관한 규정을 준용하여 이를 작성·교부한다. 공증실무상으로도 그렇게 하고 있다.

㉢ 만기가 지난 어음이나 발행일로부터 지급제시기간이 경과한 수표가 표창하는 채권에 관하

49) 공증인법 제25조를 위반하여 작성된 공정증서의 효력에 관하여 곧바로 무효로 되지 않고 위 조항은 단지 훈시규정이라는 견해가 있다(부구욱, 전제논문 601면, 602면).

여 집행증서인 공정증서로 작성할 수 있는가. 보통 일반 금전채권에 관하여 집행증서인 공정증서로 작성함에 있어서 변제기가 이미 경과한 것을 작성할 수 있다는데 전혀 이론이 없듯이 「어음·수표의 공증」의 경우에도 만기가 이미 도래한 어음 또는 제시기간이 이미 경과한 수표에 관하여도 집행증서로 작성할 수 있다. 공증실무에서도 그와 같이 취급되고 있다.

㉔ 어음·수표채무공정증서는 타서면을 인용하여 작성한 공정증서이다.

㉕ 어음·수표채무공정증서는 공정증서의 일종이면서 앞서 본 바와 같이 진술에 대신하여 어음·수표사본을 제출하고 이에 부착하여 공정증서를 작성한다. 이는 실질적으로 어음·수표사본이라는 타서면을 인용하고 이를 첨부하여 작성하는 것을 의미한다. 그렇다면 어음·수표채무공정증서에도 '법' 제39조가 준용된다고 보아야 한다. 따라서 제56조의2 제6항에서 법 제39조 전부를 준용하지 않은 것으로 규정한 것은 어음·수표상의 삭제, 삽입에 관하여 어음·수표행위자 즉, 발행인 등 어음·수표채무자가 어음·수표상에서 이미 삽입, 삭제 취지를 기재하고 날인하였다면 공정증서원본에 부착하는 사본에 그것이 그대로 현출되고 있으므로 다시 그러한 절차를 취할 필요는 없고 어음·수표채권자와 공증인만이 그 절차를 취하면 된다는 의미로 한정적으로 해석하여야 한다.

㉖ 이와 같이 어음·수표채무공정증서로서 타서면을 인용하고 이를 증서에 첨부하여 작성하는 공정증서에 해당하므로 어음·수표사본도 공정증서의 일부에 해당하고 이에 따라 어음·수표사본과 증서와의 철목에 사이에 간인하여야 하는 것은 말할 나위가 없다(법 제39조 제1항).

어음·수표사본에 나타난 어음·수표요건에 해당하는 문구는 어음·수표요건에 관한 진술을 기재한 것을 의미하므로 어음·수표요건 등 어음·수표상에 기재된 용어는 보통 평이해야 하고 자획이 명백하여야 한다(법 제36조 제1항). 어음·수표요건의 기재는 사인이 작성하는 것이지만 공정증서의 일부가 되는 것이므로 자획이 극히 불명한 경우에는 원본을 다시 작성하게 하는 등의 방법으로 이를 시정하게 하는 것이 바람직하다. 시정이 이루어지지 아니한다면 「어음·수표의 공증」을 거절하여야 할 경우도 있을 것이다.

또한 보통의 공정증서작성의 경우 접속하여야 할 자행에 공백이 있을 경우에는 직선 또는 사선으로 된 흑선으로 이를 접속하게 하듯이 「어음·수표의 공증」을 함에 있어서도 그러한 조치가 필요하다. 특히 어음·수표의 금액기재부분이라든가 수취인란에 공백이 있으면 사후에 이를 변조할 수 없도록 미리 공백부분을 직선 또는 묵선 등으로 접속하게 하는 것이 필요하다(법 제36조 제2항).

어음·수표사본에 표시된 어음·수표요건에 해당하는 문구 중 문자의 변경, 삽입, 삭제가 있는 경우에는 법 제37조에서 규정한 바에 따라야 한다. 그리하여 문자가 삽입된 경우에는 그 자수와 위치를 난외나 말미의 여백에 기재하고 공증인 및 어음·수표채권자가 이에 날인하여야 한다(법 제37조 제1항). 문자가 삭제된 경우에는 그 문자는 명백히 읽을 수 있도록 자체를 남겨두고 삭제

한 자수와 위치를 난외나 말미의 여백에 기재하고 공증인 및 어음·수표채권자가 이에 날인하여야 한다(법 제37조 제2항).

㉔ 이와 같이 어음·수표채무공정증서가 타서면을 인용하고 이를 첨부하여 작성한 공정증서라고 할 때 그 타서면은 당연히 증서의 일부로 간주된다⁵⁰⁾. 따라서 공증이 있고 난 후 공정증서원본 중 그것에 첨부된 어음·수표의 기재사항을 고치는 경우에는 공문서변조에만 해당하고 유가증권변조나 위조에 해당하지는 않는다⁵¹⁾.

③ 어음·수표채무공정증서는 집행증서이다.

㉕ 어음·수표채무공정증서를 작성함에는 법 제56조의2 제1항에서 규정된 대로 채무자가 공증인에게 강제집행인락에 관한 진술을 하여야 하고 공증인이 그 진술을 기재하여 작성한다. 이렇게 작성된 어음·수표채무공정증서는 법 제56조의2 제4항에 의하여 집행증서로 된다. 다시 말하여 그것은 전술한 바와 같이 어음·수표행위에 관한 공정증서를 작성할 때 어음·수표채무자가 단독으로 공증인을 상대로 강제집행인락에 관한 진술 즉, 소송행위를 하고 이것을 기재하여 작성한 소송행위에 관한 공정증서이다⁵²⁾. 특례법에 의한 어음·수표에 강제집행인락의 진술을 기재하여 작성한 공정증서는 (구)민사소송법 제519조에서 인정한 '그 밖의 채무명의'와는 전혀 별개인 집행증서에 해당하여 집행법상 그것을 어떻게 취급하여야 하는가에 관하여 매우 어려운 문제가 제기되었다.

그러나 현행 어음·수표채무공정증서는 전술한 바와 같이 법률행위에 관한 공정증서 겸 강제집행인락 즉, 소송행위에 관한 공정증서로 인정됨으로써 집행법 제56조에서 정한 '그 밖의 집행권원' 즉, 기존의 집행증서와 같게 되었다. 어음·수표채무공정증서가 목적으로 하고 있는 채권이 유가증권에 표창된 금전채권이라면 기존 집행증서가 목적으로 하는 것은 일정한 금원 등의 지급을 목적으로 하는 청구권이라는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 유가증권에 표창된 금전채권은 일정한 금원 등의 지급을 목적으로 하는 청구권의 한 유형에 속한다. 따라서 어음·수표채무공정증서에 기하여 집행을 함에는 특별한 사정이 없는 한 민사집행법상의 '그 밖의 집행권원'의 예에 따라 할 수 있다.

㉖ 이와 같이 어음·수표채무공정증서를 소송행위에 관하여 작성한 공정증서라고 할 때 종래 대리촉탁시 자기계약 또는 쌍방대리금지에 관한 민법 제124조가 적용되는지에 대하여 논란이 있다⁵³⁾. 어음·수표채무공정증서는 소송행위에 관하여 작성된 공정증서이지만 한편으로는 어

50) 법 제39조 제3항.

51) 어음·수표원본이 첨부된 최초의 정본의 경우는 뒤에서 보는 바와 같이 유가증권변조와 공문서변조가 성립하고 상상적 경합관계에 있다.

52) 부구육, 전게논문 590면.

53) 부구육, 전게논문 593면; 대법 1975. 5. 13., 72다1183 전원합의체 판결.

음·수표행위에 관하여 작성된 법률행위에 관한 공정증서라고 하는 사건에 의하면 어음·수표행위에 관하여 자기계약 또는 쌍방대리금지가 적용되므로 당연히 어음·수표채무공정증서의 작성에도 그대로 적용된다고 본다⁵⁴⁾.

㉔ 한편 소송행위인 강제집행인락의 의사표시에 민법의 표현대리에 관한 규정을 적용 내지 준용할 수 있는가에 관하여 이를 긍정하는 견해⁵⁵⁾가 있다. 소송행위는 소송절차 본래의 요청에서 독자적인 법리의 규율을 받으며, 특별한 규정 또는 특별한 사정이 없는 한 법률행위에 관한 민법의 규정이 적용되지 않는다고 한다⁵⁶⁾. 민사집행법은 강제집행력이 부여되는 집행권원에 관하여 원칙적으로는 재판 및 이에 준하는 효력을 가진 조서에 한하여 인정하면서 예외적으로 채무자의 강제집행인락의 의사표시에 근거하여 작성된 집행증서에 대하여 집행권원으로 인정하고 있다. 그러므로 예외적인 집행권원에 해당하는 집행증서에 대하여 강제집행력을 부여하는 유일한 근거에 해당하는 강제집행인락이라는 채무자의 의사는 엄격히 해석되어야 한다. 따라서 이를 부정하는 견해가 타당하다⁵⁷⁾. 판례도 부정설의 입장에 있다⁵⁸⁾.

㉕ 전술한 바와 같이 어음·수표채권에 관하여는 반드시 법 제56조의2의 규정에 따라 작성하여야 하고 그 경우에는 당연히 집행증서로 되는 것이므로 어음·수표채무공정증서의 작성을 촉탁하는 의사에는 어음·수표채무자가 명시적으로 강제집행을 인락하는 진술을 구체적으로 하지 않았다고 하여도 그러한 취지가 포함된 것으로 간주해도 무방하다고 본다. 마찬가지로 어음·수표채무공정증서의 작성을 대리로 하기 위한 위임장에 강제집행인락대리권을 명시적으로 수권사항에 포함시키지 않은 경우에도 당연히 포함되는 것으로 보아도 무방하다고 본다⁵⁹⁾.

④ 어음·수표채무공정증서는 정본작성방법이 특수한 집행증서이다.

㉖ 어음·수표채권에 관하여 집행증서로 함에 있어서 분리방식을 취하여 유가증권으로서 어음·수표의 증서와 별도로 집행증서를 작성한다는 것은 유가증권으로서 어음·수표와 집행증서가 어떠한 이유에서든 서로 유리되어 따로 놀 가능성이 있고 그 경우 선의의 피해자가 발생하는 등 법률관계가 복잡하여질 소지가 다분하다. 그리하여 공증인법은 전술한 바와 같이 어음·수표의 공증에 있어서는 반드시 원본을 작성하면서 정본을 동시에 작성하도록 하고 그 정본에는 유가증권으로서 어음·수표증서원본을 첨부하여 작성하여 그 자리에서 채권자에게 교부하도록 규정

54) 다만 단독행위인 어음·수표행위에 관하여 이를 적용할 것인지에 대한 논란은 이철송, 어음·수표법 제5판, 박영사 2003, 93면; 이영준, 민법총칙(한국민법론 I), 박영사 2005년, 492면, 493면.

55) 이재성, 사법행정26권 2호, 1985년, 90면, 91면.

56) 이시윤, 신민사소송법 제2판, 박영사 2004년, 314면.

57) 부구옥, 전게논문 594면부터 596면까지.

58) 대법 1984. 6. 26., 82라카 1758호 판결; 대법 1983. 2. 8., 81라카621 판결.

59) 부구옥, 전게논문 578면.

하고 있다. 따라서 어음·수표채무공정증서는 그 정보작성방법이 보통의 집행증서의 정보작성방법과는 다르다는 점에서 기존의 집행증서와는 다른 특수한 집행증서이다. 그리하여 유가증권인 어음·수표에 부착하여 작성된 어음·수표채무공정증서정본은 유가증권으로서의 속성과 공정증서정본으로서의 속성을 겸유하고 있는 특수한 집행증서정본에 해당한다.

㉔ 어음·수표채무공정증서정본은 이처럼 어음·수표로서 유가증권성을 겸유하고 있으므로 이에 대하여는 원칙적으로 어음·수표법이 그대로 적용된다. 따라서 어음·수표채권을 양도하려면 공정증서정본에 결합된 어음·수표에 배서양도 등의 방법으로 양도할 수 있음은 물론이다. 어음·수표채권을 양도하는 경우에는 유가증권으로서 어음·수표증서원본이 붙은 최초의 정본에 배서하여 양도하면 되고 공정증서원본에는 그것을 기재할 수도 없고 할 필요도 없다.

㉕ 전술한 바와 같이 어음·수표채무공정증서의 정본은 원본과 동시에 작성하고 그 자리에서 채권자에게 교부하도록 되어 있으므로 채권자가 대리인을 통하여 어음·수표채무공정증서를 작성하는 경우 그 공증촉탁위임장에 정본수령권한이 기재되어 있지 않아도 정본을 대리인에게 교부할 수 있다.

㉖ 한편 법 제56조의2에 의하면 정본뿐만 아니라 등본의 작성도 원본작성시에 작성하고 그 자리에서 채무자에게 교부하도록 되어 있다. 이는 혼시규정이라고 보아야 한다. 따라서 등본이 원본을 작성할 때 동시에 작성되지 않은 경우라도 그 공증이 무효로 되는 것은 아니라고 보아야 한다. 다만 등본작성도 원본작성과 동시에 하며 채무자에게 교부하도록 되어 있으므로 채무자가 대리인을 통하여 공증을 촉탁한 경우 등본수령에 관한 위임이 누락되어 있으나 등본수령권한이 있다고 보아야 한다.

㉗ 또한 어음·수표채무공정증서의 정본에 붙은 유가증권으로서의 어음·수표에 관하여 그 금액을 고치는 경우에는 어떻게 취급되는가.

공증인법상 어음·수표채무공정증서정본에 붙어 있는 어음·수표의 금액이나 기타 어음·수표의 요건에 해당하는 기재를 채권자와 채무자가 합의하여 고친 경우에는 어떤가. 이 경우에도 마찬가지라고 생각된다. 무릇 공정증서의 정본이란 원본의 전문을 기재하도록 되어 있다(법 제47조 제1항). 그런데 어음·수표채무공정증서정본은 원본의 전문이 기재되는 대신 원본에 붙어 있는 어음·수표사본과 내용이 같은 어음·수표를 붙인 것이므로 이 역시 원본의 전문이 기재된 것과 같은 의미를 가진다. 어음·수표채무공정증서의 경우 그 공정증서원본에 어음·수표사본을 첨부하는 것은 그와 같은 어음·수표행위가 있었다는 진술의 기재나 같으므로 공정증서정본에 첨부된 어음·수표의 원본은 공정증서원본의 전문의 기재에 대신한 것을 의미한다. 따라서 공정증서원본과 다르게 그 정본에 있는 어음·수표의 내용을 고친 행위는 공문서변조에 해당한다.

VI. 집행문부여에 관한 문제

1. 서론

집행문이란 집행권원에 집행력 있음과 집행당사자를 공증하기 위하여 집행문 부여기관이 집행권원의 끝에 덧붙여 적은 공증문언을 말한다⁶⁰⁾. 전술한 바와 같이 특례법 당시의 「어음·수표에 작성한 증서」는 법률행위에 관한 공정증서가 아니라 소송행위에 관한 공정증서일 뿐이었으므로 그 밖의 집행권원에 관한 (구)민사소송법 제519조 제4호와는 전혀 다른 성격의 집행증서에 해당하였지만 현행 어음·수표채무공정증서는 특수한 집행권원이긴 하나 민사집행법 제56조에서 정한 그 밖의 집행권원과 유사한 집행권원에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 집행문부여에 관하여는 민사집행법이 그대로 준용된다고 본다(집행법 제59조, 제57조, 제28조 내지 제55조).

그러므로 어음·수표채무공정증서에 대한 집행문은 그 공정증서원본을 보존하고 있는 공증인이 내어 주되(집행법 제59조), 그 정본의 끝에 덧붙여 적는다(동법 제57조, 제29조). 또한 공증인이 집행문을 부여함에 있어서 그 요건심사는 확정판결의 경우에 준한다. 따라서 집행권원인 집행증서가 유효하게 존재하는가, 집행채권자 또는 채무자로 주장된 자와 집행증서에 기재된 채권자 또는 채무자와 동일한가, 승계집행문을 구하는 경우에는 승계사실의 유무, 집행문 수통부여 또는 채도부여신청이 있는 경우에는 그 필요성의 유무 등을 심사하여야 한다. 또한 집행문을 내어주는 경우에는 공정증서원본에 이를 내어준다는 취지와 그 날짜를 기재하여야 한다(집행법 제36조).

~~한편 집행하는 데에 조건이나 기한이 붙어 있는 경우에는 그 조건이 성취되었거나 기한이 도래되었음을 증명하는 때에 집행문을 내어 주도록 되어 있다(집행법 제30조 제2항). 그 채권에 대한 이행기에 해당하는 만기가 있는 어음의 경우에는 기한 즉, 만기가 도래한 때에만 내어 준다(집행법 제57조, 제30조). 만기 전일지라도 소구할 수 있는 경우 즉, 약속어음의 발행인이 파산선고를 받거나 지급정지상태이거나 그 재산에 관하여 강제집행이 주효하지 아니한 경우에는 기한의 이익을 상실한 것으로 보아 만기 전이라도 집행문을 부여할 수 있다고 보는 것이 타당하다(어음법 제77조 제43조).~~

삭제

이하에서는 보통의 집행증서와 다른 특수한 사항을 위주로 하여 살펴보기로 한다.

2. 집행채무자와 집행채권자

(1) 집행채무자

① 법 제56조의2 제4항은 어음·수표채무공정증서는 「공증된 발행인과 배서인 및 공증된 환어음을 공증인수한 지급인에 대하여는 집행권원으로 본다」라고 하고 있다. 따라서 공동발행인 중

60) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 I 2003년, 188면.

일부만 공증을 촉탁할 수 있고 그 경우에는 공증촉탁한 발행인에 한하여 집행권원으로 된다. 환어음에서 수명의 인수인이 있는데 이 중 일부만 인수에 관하여 수취인과 함께 공증촉탁을 한 경우 촉탁한 인수인에 한하여 집행권원으로 된다. 공동배서한 경우에도 마찬가지다. 즉 어음·수표 채무자로서 직접 공증을 촉탁하고 강제집행을 인락한 자에 한하여 집행문을 부여할 수 있다.

특례법 제정당시에는 「즉시 강제집행할 것을 어음 및 수표 또는 이에 부착된 부전에 기재한 증서를 작성할 수 있다」라고만 규정하였기 때문에 어음·수표행위자 즉, 어음·수표채무자는 누구라도 그러한 증서작성을 촉탁할 수 있었고 그 경우에는 그 채무자에 대하여는 누구라도 집행문을 부여할 수 있었다. 그런데 전술한 바와 같이 1차 개정 당시 증서작성을 촉탁할 수 있는 자를 제한하는 것으로 개정되면서 이와 궤를 같이 하여 집행문을 부여받은 채권자도 제한하였다.

② 한편 환어음의 경우에는 누가 촉탁인이 되는가에 대하여 의문이 있다. 법 제56조의2 제2항에 의하면 촉탁인의 개념에 발행인과 수취인, 양도인과 양수인만 있고 환어음의 인수인은 빠져 있다. 그러나 제4항에서는 느닷없이 「공증된 환어음을 공증인수한 지급인」에 대하여 집행문을 부여할 수 있다고 하였다. 그렇다면 이는 입법상의 오류이다. 원래 환어음의 경우 발행인과 수취인 외에 당연히 어음채권자인 수취인과 어음채무자인 인수인 쌍방이 공증을 촉탁할 수도 있어야 함은 당연하다. 따라서 법 제56조의2 제2항은 수취인과 인수인도 촉탁할 수 있는 것으로 개정되어야 마땅하다. 한편 환어음의 경우 「공증된 환어음」을 공증인수한 지급인에 대한 집행문을 부여할 수 있다고 한 규정은 마치 공증된 환어음 즉, 발행인과 수취인의 공증촉탁으로 공증발행된 환어음에 대하여만 공증인수할 수 있는 것처럼 규정하고 있으나 이것은 전혀 이치에 맞지 않으므로 「공증된 환어음」에서 「공증된」이라는 내용은 삭제되어야 마땅하다⁶¹⁾.

(2) 집행채권자

① 어음·수표채무공정증서에 대한 집행문의 부여받을 수 있는 집행채권자는 공증을 촉탁하였던 어음·수표채권자 외에도 후에 이를 양수받아 최종 소지하고 있는 어음·수표채권자도 이에 해당한다. 다만 직접 공증촉탁을 한 당사자가 아닌 경우에는 승계집행문을 받아야 한다. 그런데 법 제56조의2 제5항에 의하면 「…… 집행문의 부여는 공증된 어음·수표의 수취인 또는 공증배서된 양수인에 대하여만 이를 한다」라고 하여 마치 어음·수표채무공정증서를 후에 양수한 피배서인은 집행채권자가 될 수 없는 듯이 규정되어 있다. 그리하여 이에 관하여 한 때 어음·수표채권부 공정증서는 공증촉탁한 어음·수표채권자에 한하여만 집행채권자가 될 수 있다고 한정적으로 해석하면서 다른 자에게는 승계집행문의 부여도 할 수 없다는 견해가 있었다⁶²⁾. 그러나 이는 타당하지 않다. 일반 지명채권에 관하여 집행증서로 작성된 경우라도 원칙적으로 채권의 양도

61) 이재성, 전거서 540면.

62) 공증실무에서 한 때 이러한 견해에 입각하여 승계집행문을 부여하지 않은 적이 있다고 한다.

는 가능하고 채권의 양도가 이루어진 경우 양수인은 승계집행문을 받을 수 있다. 어음·수표채권은 해당 법에 채권의 양도가 지명채권보다 한층 간편하고 신속하게 이루어지도록 제도적으로 보장되어 있다. 이러한 어음·수표채권에 관하여 작성한 공정증서로 배서에 의하여 어음·수표채권을 양수한 피배서인이 지명채권양수인조차도 부여받을 수 있는 승계집행문을 받을 수 없다고 하는 것은 도저히 균형이 맞지 않는 해석이다. 유통성을 보장하기 위하여 정본에 어음·수표를 붙여 작성하도록 하고서 승계집행문을 부여할 수 없다고 한다면 어음·수표채권은 유통 즉, 양도를 해서는 안된다는 해괴한 결과가 된다. 따라서 위 법조문의 「집행문」에 승계집행문이 포함되지 않는 것은 너무나 당연하다⁶³⁾.

② 그렇다면 위 제5항은 왜 규정하게 된 것일까. 사건으로는 위 제5항을 두게 된 것은 어음·수표의 공증제도가 변경되는 과정에서 변경된 뜻을 보다 분명하게 하기 위함으로 보인다. 전술한 바와 같이 종전의 특례법 시절에는 어음·수표상에 강제집행을 인락하는 공정증서를 작성한 경우 촉탁인에 관한 규정도 없었으므로 어음·수표채무자 단독으로 공증촉탁을 할 수도 있었고 공증한 어음·수표에 관하여 배서양도가 이루어지면 적법하게 양수하여 이를 소지한 어음·수표채권자에 대하여 직접 집행문(승계집행문이 아닌)을 부여할 수 있었다. 그런데 1차 개정으로 공증촉탁을 어음·수표채권자와 채무자 쌍방이 공동으로 촉탁하여야 하는 것으로 개정함으로써 직접 집행문부여신청을 할 수 있는 집행채권자에 관하여도 촉탁인에 한하여 인정되는 것이 법리상 타당할 것이다. 따라서 이를 보다 분명히 하기 위하여 이러한 규정을 두게 된 것으로 보인다.

결론적으로 법 제56조의2 제5항은 어음·수표가 유통증권이라 하여도 그 채권에 의하여 강제집행을 하려 할 경우에는 공증촉탁한 당사자에 한하여 일반 집행문을 부여할 수 있고, 촉탁당사자가 아닌 한 승계사실을 증명한 승계인에 한하여 승계집행문을 부여하여야 함을 분명히 하겠다는 점에 그 의의가 있다고 이해된다⁶⁴⁾.

3. 어음·수표채권의 양도와 집행문부여

(1) 어음·수표채무공정증서가 작성된 후 그 어음·수표채권의 양도는 공정증서정본에 붙어 있는 유가증권으로서 어음·수표증서에 배서하여 양도하는 것이 일반적일 것이다. 또한 통설과 판례⁶⁵⁾는 어음·수표법이 예정한 양도방식은 배서방식이지만 이는 양도인에게 간편하게 양도할 수 있는 편의를 주는 의미이므로 굳이 양도인(소지인)이 그 이익을 포기하고 일반 지명채권의

63) 부구육, 전계논문 613면.

64) 집행채권자가 직접 집행문을 받을 경우와 승계집행문을 받을 경우 그 실제적인 차이는 상당하다. 보통의 집행문은 집행을 개시하기 전에 채무자에게 별도로 집행문을 송달할 필요가 없으나 승계집행문의 경우는 집행을 개시하기 전에 집행문등본 및 그 승계사실을 증명하는 증명서를 채무자에게 송달하여야 한다(민사집행법 제39조).

65) 이철송, 전계서; 대법원 1996. 4. 26., 94다9764.

양도방식에 따라 양도하는 것은 무방하다고 한다.

또한 어음법 또는 수표법에 의하면 배서금지된 어음 또는 수표는 지명채권의 양도방식에 따라 하게 되어 있다(어음법 제11조 제2항, 수표법 제14조 제2항). 따라서 이 경우 어음·수표채권을 양도하고자 하는 양도인(채권자)은 채권양도에 관하여 채무자에게 양도통지를 하거나 채무자의 승낙을 받아야 효력이 발생한다. 배서금지가 된 경우라도 제시증권성과 상환증권성은 지니고 있으므로 실제상으로는 배서금지된 어음·수표채권의 양도에는 유가증권의 교부도 있어야 할 것이다.

어음·수표채무공정증서가 작성된 뒤 그 채권의 양도가 이루어져 양수인이 그 집행증서에 기초하여 강제집행을 신청하려는 경우 그 채권양수인은 전술한 바와 같이 승계사실을 증명하여 승계집행문을 받아야 한다. 승계집행문을 부여받으려면 승계사실의 증명이 필요한 바, 그 증명은 배서사실과 어음·수표의 소지만으로 인정된다. 이는 기존 집행증서와 차이를 보이는 점으로 집행권원으로 된 채권이 어음·수표채권인 것에서 비롯된 당연한 결과이다. 승계집행문에 기하여 강제집행을 하는 경우 집행문등본은 집행개시전에 송달하여야 하고 승계사실을 증명하는 증명서등본은 집행개시전 또는 집행과 동시에 채무자에게 송달하여야 하므로(집행법 제39조 제2항, 제3항) 공증인은 채권자의 신청에 의하여 이를 송달하여야 한다. 배서양도의 경우 어음·수표채무자에 대한 통지는 필요 없기 때문에 위 승계사실증명서등본은 배서된 어음·수표를 사본한 등본만 송달하면 된다.

(2) 배서공증을 한 경우 배서인에 대하여 소구권자로서 채권자에 해당하는 피배서인에 대하여 직접 집행문을 부여하는 것은 당연하다. 다만 주의를 요하는 점은 채권자가 이 경우 소구요건을 갖추어야 한다는 사실이다. 배서인이 피배서인에 대하여 갖는 어음·수표채권은 소구권이고 소구권이 발생하려면 적법한 지급제시 등 소구요건을 갖추어야 하기 때문이다. 따라서 공증인은 공증한 피배서인이 배서인에 대하여 집행문부여를 신청한 경우에 어음법 제43조(소구의 실질적 요건) 및 제44조(소구의 형식적 요건) 또는 수표법 제39조 등의 요건을 모두 갖춘 사실을 증명할 때 집행문을 부여할 수 있다.

발행인과 수취인의 촉탁으로 어음·수표채무공정증서가 작성되고, 그 뒤 수취인이 양도인(배서인)이 되어 이를 타인(피배서인)에게 (배서)양도하고 양도인과 양수인 쌍방 촉탁으로 배서공증이 이루어진 경우에 집행문부여는 어떻게 이루어지는가. 어음·수표채권의 양수인(피배서인)으로서는 직접 함께 「어음·수표의 공증」을 촉탁한 양도인(배서인)에 대하여는 소구요건을 갖추어 직접 집행문을 부여를 받을 수 있고 발행인에 대하여는 직접 채권채무관계가 없는 양수인의 지위에 있으므로 승계집행문을 받아야 한다.

4. 추심위임배서와 집행문

(1) 어음·수표의 편리한 기능 중에 추심위임배서제도가 있다. 이는 어음·수표상의 권리행사에 관한 대리권의 수여방식을 정형화함으로써 대리권의 존재에 관한 입증을 용이하게 하고, 어음·수표채무자의 면책을 쉽게 하기 위한 취지에서 만들어진 제도이다⁶⁶⁾. 추심위임배서는 배서금지어음이나 지명채권양도방식으로 양도된 어음에 관하여도 할 수 있고 기한후배서의 피배서인도 할 수 있다. 추심위임배서의 피배서인은 어음·수표로부터 생기는 모든 권리를 행사할 있다(어음법 제18조 제1항 본문, 수표법 제23조 제1항 본문). 따라서 추심위임배서의 피배서인은 소제기도 할 수 있다고 하는 것이 통설이다⁶⁷⁾. 추심위임배서의 피배서인은 배서인의 승낙이 없이도 재추심위임배서를 할 수 있다(어음법18조1항후단, 수표법23조1항후단). 또한 배서인이 사망한 경우에도 피배서인의 대리권은 소멸하지 않는다(어음법 제18조 제3항, 수표법 제23조 제3항).

(2) 어음·수표채무공정증서가 작성된 뒤 채권자가 추심위임배서를 하여 추심하고자 하는 경우도 있을 수 있다. 이 경우 집행문부여는 어떻게 되는가. 추심위임배서가 있는 경우 권리행사는 배서인의 이름으로 해야한다는 설⁶⁸⁾과 피배서인의 이름으로 행사한다는 설⁶⁹⁾이 있다. 배서인의 이름으로 권리행사를 하여야 한다면 배서인을 집행채권자로 하여 직접 집행문을 부여하여야 할 것이고 피배서인의 이름으로 권리행사를 하여야 한다면 피배서인을 집행채권자로 하여 승계집행문을 부여하여야 할 것이다. 다만 배서인의 이름으로 하는 경우 위임에 관한 권한은 추심위임배서만으로 증명된다.

5. 최초의 정본을 분실한 경우 제권판결 필요여부

(1) 어음·수표채무공정증서는 집행증서이긴 하나 어음·수표채권에 관한 집행증서이므로 채권이 표창된 어음·수표증서를 분실한 경우, 다시 말하여 어음·수표증서가 부착된 공정증서정본을 분실한 경우, 채권자는 일반의 집행증서와 마찬가지로 공증인에게 청구하고 이를 교부받아 집행문을 부여받을 수 있는지 아니면 어음·수표를 분실하였으므로 이에 관하여 공시최고절차에 따라 제권판결을 받아야 비로소 정본과 집행문부여신청을 할 수 있는지 문제이다.

(2) 특례법에 의한 「어음·수표증서상에 작성한 증서」는 어음·수표에 작성한 공정증서로서 유가증권을 겸한 복합증서이므로 그 어음 또는 수표를 분실한 때에는 제권판결이 있어야 함은 당

66) 이철송, 전계서 346면.

67) 이철송, 전계서 347면.

68) 이철송, 전계서 347면.

69) 이시윤, 「민사소송법」(제2판), 박영사, 2004, 131면.

연하다⁷⁰⁾. 다만 제권판결이 있는 경우 그 뒤 공증인이 정본을 다시 작성할 수 있는가 없는가. 공정증서원본을 가지고 있지 아니하므로 그 뒤의 문제는 민사사건으로 처리하여야 한다고 하는 견해⁷¹⁾와 정본을 작성할 수 있다는 견해⁷²⁾가 있었다.

현행 공증인법하에서는 이에 관하여는 어음·수표채무공정증서로 작성된 순간 어음·수표는 유통성을 상실하였으므로 보통의 집행증서와 마찬가지로 어음·수표원본이 부착된 최초 정본을 분실한 경우 공증인은 어음·수표권리자가 공시최고절차에 의한 제권판결을 받아 오지 않아도 공증사무소에서 보관 중인 공정증서원본에 기하여 새로운 정본을 작성할 수 있고 그 정본에 집행문을 부여할 수 있다고 하는 견해가 있는 것 같다⁷³⁾.

(3) 그러나 현행 공증인법 아래에서도 유가증권으로서 어음·수표가 붙은 공정증서정본을 분실한 경우, 그 어음·수표를 무효화시키는 제권판결이 필요하다. 특별법 제정당시 단독으로 공증을 촉탁하고 최종소지인에게 직접 집행문(승계집행문이 아닌)을 부여할 수 있었던 때에 비하면 강제집행력의 유통성이 다소 약화되었다고는 하나 현행 공증인법 아래에서도 최초 정본에 부착된 어음·수표는 유통증권으로서의 성질을 그대로 유지한다. 유통증권으로서의 성질은 어음·수표의 본질로서 어음·수표가 표창하는 채권은 타인에게 승계되는 것을 당연한 전제로 하고 있다. 또한 어음·수표는 상환증권이기 때문에 이를 소지하고 있지 아니하면 그 채권이 소멸하였을 가능성이 매우 높다. 무엇보다도 특히 어음·수표가 만기 전에 유통되었다면 선의의 제3자가 어음·수표채권을 선의취득할 수도 있다. 작성할 때 이미 기한이 도래한 어음채권이나 제시기간이 경과한 수표채권에 관한 공정증서인 경우라도 그 권리의 이전이나 권리의 행사는 어음이나 수표에 의하여야 한다. 집행문의 부여는 조건이 달린 경우 조건의 성취가 있어야 할 수 있다. 그런데 전술한 바와 같이 어음·수표채무공정증서는 어음·수표에 표창된 채권에 관하여 작성된 공정증서이다. 어음·수표채권의 이전에는 유가증권으로서의 어음·수표증서에 관한 점유의 이전이 반드시 뒤따라야 한다. 그렇다면 어음·수표채권은 유가증권의 불점유를 해제조건으로 하여 인정되는 채권이라고 볼 수 있다. 그렇게 볼 때 어음·수표증서의 불점유는 조건의 불성취에 해당한다. 역으로 어음·수표의 점유가 조건의 성취에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 어음·수표채무공정증서에 대하여 집행문을 부여하는 데는 어음·수표의 소지나 기타 이에 준하는 권리의 존재를 증명하여야 한다고 본다.

결국 어음·수표채무공정증서를 작성한 경우 유가증권으로서 어음·수표증서원본이 붙은 최

70) 박용무, 「어음·수표공정증서에 대한 집행문부여」, 법률신문, 1977. 1.19.; 이재성, 전게서 543면.

71) 박용무, 앞의 글.

72) 이재성, 전게서 543면.

73) 현재도 공증사무소에 따라서는 이러한 견해에 입각하여 집행문을 부여하고 집행법원에 따라서는 이에 관하여 그대로 유효한 것으로 취급하여 집행이 진행되는 사례도 있는 것 같다.

초의 정본을 분실한 경우 제권판결을 받아야 한다⁷⁴⁾. 제권판결을 받은 경우 공증인은 어음·수표채권자에게 자신이 보관하고 있는 어음·수표채무공정증서원본에 기하여 정본을 작성하여 줄 수 있음은 물론이다.

6. 집행문 수통 또는 재도부여에 관한 문제

(1) 채권자가 한 지역에서 또는 한 가지 방법으로 강제집행을 하여도 모두 변제를 받을 수 없는 때에는 여러 통의 집행력 있는 정본으로 여러 지역에서 여러 가지 방법으로 강제집행을 하기 위하여 여러 통의 집행문을 신청하거나 전에 내어 준 집행문을 돌려주지 아니하고 다시 집행문을 신청할 수 있고(집행법 제35조), 이러한 수통의 집행문으로 동시에 집행하는 것도 가능하다(집행법 제39조). 어음·수표채무공정증서도 이러한 요건에 해당하면 집행문을 수통부여하거나 재도부여할 수 있음은 당연하다.

(2) 한편 특례법에 의한 어음·수표에 작성한 증서의 경우에는 수통의 집행력있는 정본의 부여는 마치 발행인의 의사에 반하여 복본을 발행한 것과 같은 부당한 결과를 낳을 염려가 있으므로 처음부터 복본을 발행하여 그것까지 공증을 받은 경우는 논외로 하고 수통의 집행문을 부여하는 것은 할 수 없는 것이다 라는 견해가 있었다⁷⁵⁾. 어음·수표증서가 붙은 공정증서원본에 집행문을 부여한다는 견해를 취하는 입장에서 그렇게 보는 것 같다. 특례법하에서라면 어음·수표의 복본제도와 관련하여서 일부 경청할 만한 가치가 있지만 아무래도 그러한 결과는 이상하다고 생각된다. 특례법하에서도 수통의 집행문을 부여할 수 있다는 견해가 있었음은 물론이다⁷⁶⁾. 또한 「어음·수표에 작성한 증서」에 대하여 집행문 수통부여나 재도부여에 관한 판례를 찾아 볼 수 없는 것도 공증실무에서 수통의 집행문부여나 재도부여가 거부되지 않고 무리없이 이루어졌기 때문일 것으로 생각된다.

(3) 현행 공증인법상 「어음·수표의 공증」에 의하여 작성된 공정증서를 채무승인에 관한 공정증서의 일종으로 보는 견해에 따르면 그 원본은 공증인이 보존하므로 원본에 기하여 정본을 수통 작성하는데 법리상 아무런 문제가 없다. 어음·수표채무공정증서라고 하여 집행에 있어서 다른 집행증서와 차등을 두어야 할 합리적인 이유도 전혀 없다. 따라서 어음·수표채무공정증서의 경우에도 다른 집행증서와 마찬가지로 민사집행법에서 정한 요건을 갖추고 있으면 당연히 수통부

74) 부구옥, 전계논문 614면.

75) 이재성, 전계서 543.

76) 박응무, 「어음·수표공정증서와 집행문부여」, 법률신문, 1977. 12. 26..

여나 제도부여를 할 수 있다고 본다⁷⁷⁾).

VII. 결론

지금까지 살펴본 「어음·수표의 공증」의 법적 성격을 요약하면 다음과 같다.

특례법에서의 「어음·수표에 작성한 공정증서」는 유가증권으로서의 어음·수표에 강제집행인락에 관한 진술을 기재하여 공정증서를 작성한 것이었다. 즉 그것은 유가증권에 공정증서가 작성된 것으로 복합증서였다. 공정증서의 측면에서는 강제집행인락이라는 소송행위에 관하여 작성된 공정증서로서의 성격을 가지고 있었다. 공정증서가 어음·수표에 작성된 것이므로 유통을 위하여 촉탁인에게 교부되는 것은 필연적이었다. 그리하여 어음·수표와 결합된 공정증서원본은 공증인이 아닌 채권자가 보존하는 것으로 될 수밖에 없었고, 그 정본작성은 채권자에게 공정증서원본을 제출하게 하여 할 수밖에 없었다. 이는 공정증서에 채무자의 강제집행인락의 의사표시를 기재하여 작성한 기존의 집행증서와는 판이하게 다른 집행증서에 해당하였다. 그러므로 이를 어떻게 취급할 것인지에 관하여 별도의 규정이 필요하였다. 그러나 특례법에서는 이에 관하여 그렇게 작성된 공정증서가 채무명의(집행권원)에 해당한다는 선언규정 외에는 아무런 규정을 두지 않았다.

현행 공증인법에서의 「어음·수표의 공증」에 의하여 작성되는 어음·수표채무공정증서원본은 어음·수표사본에 부착하여 강제집행인락에 관한 공정증서를 작성하는 것으로 이는 어음·수표행위에 관한 진술과 강제집행인락에 관한 진술을 기재하여 공정증서를 작성하는 것에 해당한다. 즉 어음·수표행위 즉, 법률행위에 관한 공정증서 겸 강제집행인락 즉, 소송행위에 관한 공정증서에 해당한다. 이는 민사집행법 제56조 제4호에서 정하고 있는 공정증서의 일종으로서 기존의 집행증서의 한 유형에 속한다. 따라서 어음·수표채무공정증서에는 원칙적으로 작성에 관하여는 공정증서작성에 관한 공증인법 제규정이, 집행에 관하여는 민사집행법상 집행증서에 관한 제규정이 준용된다. 본고에서 「어음·수표의 공증」의 법적 성격을 규명한 것도 여기에서 그 의의를 찾을 수 있다.

다만 어음·수표채무공정증서는 기존의 공정증서나 집행증서와 다음과 같은 점에서 다르다. 즉 기존의 공정증서는 정본과 등본은 원본을 작성한 다음 원본에 기하여 작성됨에 비하여 어음·수표채무공정증서는 원본을 작성할 때, 정본·등본도 함께 작성하고 정본에 유가증권으로서의 어음·수표를 첨부한다. 또한 공정증서정본에 붙어 있는 어음·수표는 유가증권으로서의 성격을 잃지 않으므로 어음·수표채권을 양도함에는 이 정본에 있는 어음·수표에 배서양도하여 할 수 있다. 기존의 집행증서의 경우 강제집행의 기초가 되는 권리가 일정한 금원 등의 지급을 목적으

77) 부구옥, 전제논문 615면.

로 하는 청구권임에 비하여 어음·수표채무공정증서의 경우 강제집행의 기초가 되는 권리가 어음·수표에 표창되어 있는 금전채권이라는 점이 서로 다르다. 기존의 집행증서의 경우에는 정본을 분실하여도 아무런 상관이 없지만 어음·수표채무공정증서의 경우에는 그 때마다 자신에게 어음·수표채권이 존재함을 증명하여야 하므로 어음·수표가 붙어 있는 최초의 정본을 분실하면 채권관결을 받아야 한다.

「어음·수표의 공증」은 그것이 갖고 있는 많은 장점에도 불구하고 불법적인 계약의 이행을 강제하거나 기타 탈법적인 수단으로 악용되는 경우도 많은 것 같다. 「어음·수표의 공증」이 이렇게 악용되는 것을 방지하기 위하여는 공증인이 보다 적극적으로 어음공증이라 하더라도 촉탁인의 진의를 탐문하는 자세가 필요하다고 본다. 또한 이와 더불어 공증인은 「어음·수표의 공증」이 더욱 활발하게 이용되도록 하기 위하여 당사자의 진의를 탐문하여 추심위임배서, 배서금지, 일람후 정기출급, 정기후일람출급, 지급제시기간의 연장이나 축소 거절증서작성의 면제 혹은 불면제 등과 같이 어음·수표법이 정한 다양한 기법을 조인하는 적극적인 자세가 필요하다고 본다. 