

집행증서의 대상 및 범위의 확대

배 병 일

영남대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

2009년도 전국 법원이 접수한 사건은 1,791만 728건이고, 그중 소송사건이 634만 5,439건이다. 이 많은 사건을 대법관 14명을 비롯한 2,600여 명의 법관이 담당하고 있다. 단순한 수치상으로만 본다면, 우리나라 사법용량은 이미 포화상태를 넘어서고 있다. 최근 국민의 권리의식의 고양에 따라 권리다툼을 소송으로 해결하려는 의지가 강해지고 있고, 그런 의미에서 향후 우리 사회가 소송사회화¹⁾로 나아감에 따라 사법의 확대는 필연적이다. 그런데 민사소송법상 1심판결의 선고기간이 5월 이내로 되어 있음(민사소송법 제199조)에도 불구하고, 민사사건의 접수부터 첫 기일까지의 대기기간이 2004년 100.6일을 기록한 이래 2005년 101.9일, 2006년 107.1일, 2007년 113.9일, 2008년 115.6일, 2009년 119일 등 약 4개월에 가까운 기간으로 매년 대기기간이 증가하고 있는 추세이다. 이는 민사소송법상 중국판결 선고기간 5월보다 한 달이 적은 수치이다. 이처럼 재판 시작이 지연됨에 따라 1심 중국판결 선고기간인 5월을 넘겨 판결을 내리는 건수도 해마

1) 민주주의 국가인 우리 사회는 법적 문제를 소송에 의해서 해결되는 사회가 되어야 한다. 그러나 소송이 국민의 권리보호에 머물지 않고, 소송을 통해서 사회적 또는 정치적 모든 문제를 해결하게 된다면, 결국 시민사회가 소송에 의해서 좌우되는 바람직스럽지 못한 현상이 발생할 수 있다.

다 늘어나서 2005년에는 전체 사건의 27.0%인 173,060건이 법정 기간을 넘긴 것을 파악되었으나 2006년 29.1%, 2007년 32.3%, 2008년 34.0%, 2009년 38.9%까지 증가하였다²⁾. 위와 같이 국민의 기대에 부응할 수 없는 사법용량의 한계를 극복하기 위해서는 여러 가지 방안이 강구될 수 있는데, 그 중 하나가 집행증서의 대상과 범위의 확대이다. 현재 많은 건수의 소액사건이 자백간주나 공시송달로 종결되고 있고, 상당한 사건이 실질적 분쟁이 없음에도 불구하고 기관력과 집행권원을 얻기 위한 수단으로서 소송이 이용되고 있는 실정이다³⁾. 소송을 통한 집행권원의 부여가 집행증서와 상당 부분 중첩될 수 있다고 한다면, 집행증서의 활성화와 대상범위의 확대를 통해서 소송지연 문제를 일정 부분 해결할 수 있을 것이고, 이에 따라 사법용량의 감소에 큰 역할을 할 것이다.

한편 공증은 특정사실이나 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 것을 말한다. 협의로는 공증인에 의해 당사자가 작성한 법률행위나 사실에 대하여 공적 증명력을 가지게 하는 제도를 말한다⁴⁾. 따라서 공증은 중요거래의 증거를 보전하여 사전에 분쟁을 예방하고, 권리자의 권리실행을 위한 사실을 증명해주는 제도로서 예방사법의 기능을 수행하고 있다. 그러므로 공증은 증거보전에 의한 법률생활의 안정, 법적 분쟁의 예방이라는 측면에서 매우 필요한 제도이고, 이는 이미 조선시대부터 토지매매에서 입안으로서의 稅契過割⁵⁾이 그러한 역할을 하였다. 공증에 관한 법률은 공증법이 아니라 공증인법이다. 공증인법은 1961년 9월 23일 법률 제723호로 제정되어 1961년 9월 23일부터 시행되었다. 그동안 우리나라는 공증에 관한 국제기구에 가입하지 못한 채 국제적인 공증업무와 괴리된 상태에서 우리나라 스스로 나름대로 발전을 해왔지만, 2009년 2월 6일 공증인법을 개정하여 대한공증인협회가 임의가입단체에서 법정 의무가입단체로 격상되면서 국제기구에 가입을 서둘렀다. 그래서 2010년 10월 3일부터 6일까지 아프리카 모로코(Morocco)의 말라케쉬(Marrakech)에서 개최된 국제공증인협회(UINL; International Union of Latin Notaries)의 제26차 국제공증인대회(International Congress of Notaries)에서 튀니지아(Tunisia), 마우리티우스(Mauritius), 보스니아 헤르츠고비나(Bosnia-Herzegovina), 마

2) 2009년 10월에 민주당 이춘석 의원이 대법원으로부터 받은 자료.

3) 오민석, 지정토론문, 제7회 한국법률가대회 특집호, 저스티스 121호, 한국법학원, 2010., 466면.

4) 이재성, 공정증서와 강제집행, 민사재판의 이론과 실제 2권, 1976., 56면.

5) 稅契는 인증이고, 過割은 명의변경절차라고 한다(전병서, 공증법제의 새로운 전개, 중앙대출판부, 2010., 13면.).

우리타니아(Mauritania) 등 다른 4개국과 함께 뒤늦게 회원국으로 가입되었다. 이로써 국제공증인협회 회원국은 1948년에 창설된 이래 81개국이 되었고, 아시아에서는 1977년 일본, 1997년 인도네시아, 2003년 중국에 이어 4번째 회원국이 되었다. 그런데 집행증서는 다른 채무명의와 달리 법원이 관여하지 아니하고 공증인에 의하여 간이·신속한 방법으로 작성되어, 집행증서의 내용인 이행청구권에 관하여 공권적 확정이라는 절차를 거치지 아니한 채 집행문이 부여되며, 집행문의 부여 또한 공증인에 의하여 이루어진다는 측면에서 집행증서를 간이채무명의라고 한다⁶⁾. 우리나라 집행증서는 일정한 금액이나 대체물, 일정한 수량 급여의 유가증권에 한정되어 있어서, 유체동산의 인도청구나 부동산 인도청구에 대해서는 인정하지 않고 있다. 우리나라도 2010년 국제공증인협회 회원국 가입을 계기로 하여 국제적인 기준에 비추어 집행증서의 대상과 범위의 확대라는 논의를 심각하게 고려해보아야 할 것이다. 이하에서는 이러한 논의를 위해서 집행증서의 개념, 민사집행법상의 집행증서의 대상과 범위, 다른 나라의 집행증서의 대상과 범위 등을 살펴보고, 향후 우리나라에서의 집행증서의 대상과 범위를 고찰하고자 한다.

II. 집행증서

법원에서 승소판결을 받더라도 강제집행이 뒷받침되지 않으면 채권만족을 얻을 수 없다. 따라서 판결로 승소하는 것보다는 더 중요한 것이 민사집행을 통한 채권만족이다. 민사집행에는 강제집행과 임의경매로 구분할 수 있고, 강제집행은 국가권력을 동원해서 집행권원이 표시된 청구권을 강제적으로 실현하는 절차이다. 따라서 강제집행에는 집행권원이 있어야 한다. 집행권원에는 확정된 종국판결(민사집행법 제24조)이 가장 중요한 것이지만, 이외에도 인낙조서, 가압류(민사집행법 제291조), 가처분명령(민사집행법 제301조) 등과 같은 민사집행법과 민사소송법에 규정된 집행권원뿐 아니라 확정된 이행권고결정(소액사건심판법 제5조의7 제1항), 조정조서(민사조정법 제29조), 비송사건절차의 비용재판(비송사건절차법 제29조) 등과 같은 민사집행법과 민사소송법 외의 법률에 규정된 집행권원에 의해서도 강제집행을 실시할 수 있다. 그 중에서도 가장 문제가 많이 되고 있는 것이 집행증서이다.

6) 이진성, 집행증서, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(상), 재판자료 35집, 법원행정처, 1987., 47면.

집행증서는 공증인, 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급부를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀있는 증서와 공증인, 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 어음, 수표에 부착하여 강제집행을 인낙한 취지를 적어 작성한 증서를 말한다(민사집행법 제56조 제4호, 공증인법 제56조의2, 변호사법 제58조 제2항, 제58조의17, 제58조의31). 집행증서제도는 간이·신속성으로 인하여 채권자의 이행청구권의 강행적 실현수단으로 자주 이용되고, 한편 채무자로서도 금융편의를 쉽게 얻을 수 있는 장점이 있기 때문에 금전소비대차에 있어 그 이용률이 높았다. 한편 집행증서는 민사집행법이나 공증인법에서는 명시적으로 사용되고 있는 용어는 아니지만, 근로기준법 제44조의 3 제1항 제2호에서는 “...집행명령, 하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조 제4호에 따른 집행증서,...”라고 하여 명문규정상 집행증서라는 용어를 사용하고 있다.

1. 집행증서의 요건⁷⁾

집행증서는 공증인 등이 스스로 작성한 공정증서로서 법정요건을 갖추어 집행력이 인정된 것을 말한다. 집행증서는 공증인, 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 스스로 작성한 자서증서이어야 하기 때문에⁸⁾, 사인이 작성한 사서증서를 인증한 것에 불과한 것은 집행증서가 아니다. 이하에서 집행증서의 요건에 대하여 살펴보고자 한다.

가. 공증인 등이 그 권한 내에서 법령이 정한 방식에 의하여 스스로 작성한 증서⁹⁾.

공정증서는 공증인, 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 작성하여야 한다. 집행증서의 작성권자 중에서 공증인은 공증인법의 적용을 받고, 법무법인과 법무법인(유한) 또는 법무조합은 변호사법의 적용을 받고 있다. 우리나라는 집행증서의 작성권자에 대한 적용 범위가 일원화되어 있지 아니하는 등 복잡한 체계를 가지고 있다. 당초 구

7) 이시윤, 민사집행법, 박영사, 2009., 126면 이하.

8) 이시윤, 전제서, 127면.

9) 이시윤, 전제서, 126면.

변호사법 제63조에서는 공증인가 합동법률사무소도 공증에 관한 업무를 할 수 있도록 하고 있었으나, 변호사법이 2005년 1월 27일에 개정되면서 공증인가 합동법률사무소 제도가 폐지되었다. 다만, 위 법률개정당시에 중전규정에 의하여 인가를 받은 합동법률사무소는 공증인의 직무에 속하는 업무를 계속할 수 있다(변호사법 부칙 제6조). 따라서 공증법을 새로이 제정하여 공증에 관한 규정을 일원화할 필요가 있다.

나. 일정한 금액의 지급이나 대체물·유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 특정한 청구를 표시할 것

우리나라는 금전이나 대체물의 청구에 한하고, 유체동산이나 토지, 건물과 같은 부동산 명도청구에 관한 집행증서는 작성할 수 없다. 판례는 동산을 목적으로 하는 유동 집합물 양도담보설정계약을 체결함과 동시에 채무불이행시 강제집행을 수락하는 공정증서를 작성한 경우, 양도담보권자로서는 그 집행증서에 기하지 아니하고 양도담보 계약내용에 따라 이를 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 현금화할 수도 있지만, 집행증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 현금화할 수도 있는데, 만약 후자의 방식에 의하여 강제경매를 실시하는 경우, 이러한 방법에 의한 경매절차는 형식상은 강제집행이지만, 그 실질은 일반 강제 집행절차가 아니라 동산양도담보권의 실행을 위한 환가절차로서 그 압류절차에 압류를 경합한 양도담보설정자의 다른 채권자는 양도담보권자에 대한 관계에서 압류경합권자나 배당요구권자로 인정될 수 없고, 따라서 환가로 인한 매득금에서 환가비용을 공제한 잔액은 양도담보권자의 채권변제에 우선적으로 충당하여야 한다¹⁰⁾고 하여, 동산양도담보의 경우 집행증서에 의한 강제경매는 강제집행절차가 아니라 환가절차라고 하고 있다. 그래서 동산을 목적으로 하는 양도담보설정계약을 체결함과 동시에 채무불이행시 강제집행을 수락하는 공정증서를 작성한 경우, 양도담보설정자가 그 피담보채무를 불이행한 때에는 양도담보권자는 양도담보권을 실행하여 담보목적물인 동산을 환가함에 있어서 집행증서에 기하지 아니하고 양도담보의 약정 내용에 따라 이를 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 환가할 수도 있지만,

10) 대법원 2005. 2. 18. 선고, 2004다37430 판결.

집행증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 환가할 수도 있다¹¹⁾. 또한 집행증서를 소지한 동산양도담보권자는 특별한 사정이 없는 한 양도담보권자인 지위에 기초하여 제3자 이의의 소에 의하여 목적물건에 대한 양도담보권 설정자의 일반채권자가 한 강제집행의 배제를 구할 수 있으나, 그와 같은 방법에 의하지 아니하고 집행증서에 의한 담보목적물에 대한 이중 압류의 방법으로 배당절차에 참가하여 선행한 동산압류에 의하여 압류가 경합된 양도담보권설정자의 일반채권자에 우선하여 배당을 받을 수도 있다¹²⁾.

일정한 청구이어야 하기 때문에, 지급 금액과 수량이 구체적으로 증서상 특정되어야 한다. 따라서 강제집행에 있어서 채권자가 채무자에 대하여 가지는 집행채권의 범위는 채무명의에 표시된 바에 의하여 정하여지므로, 채무명의 즉, 집행력 있는 공정증서정본상 차용원금채권 및 이에 대한 그 변제기까지의 이자 이외에 변제기 이후 다 갚을 때까지의 지연손해금채권에 대하여는 아무런 표시가 되어 있지 않는 한 그 지연손해금채권에 대하여는 강제집행을 청구할 수 없다¹³⁾.

다. 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있을 것

이는 변제기에 채무를 갚지 못하면 채무자가 판결 없이 즉시 강제집행을 당해도 좋다는 취지의 의사표시가 있는 것을 말하고, 이를 집행수락문언이라고 한다. 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 경우 채무명의로서의 효력이 없는 것이고 무효인 공정증서에 기하여 진행된 경매절차 역시 무효이어서 경락인은 소유권을 취득하지 못하고 그 등기는 원인무효로서 말소되어야 함이 원칙이며, 다만 무효주장이 금반언 및 신의칙에 위반되는 경우에는 그 주장이 제한될 뿐이다¹⁴⁾. 또한 공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률

11) 대법원 1999. 9. 7. 선고, 98다47283 판결.

12) 대법원 2004. 12. 24. 선고, 2004다45943 판결.

13) 대법원 1994. 5. 13., 94마542, 543 결정.

14) 대법원 2002. 5. 31. 선고, 2001다64486 판결.

사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다 한들 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 채무명의를 유효하게 될 수는 없다¹⁵⁾.

2. 집행증서의 종류

가. 공증인이 일정한 금전의 지급이나 대체물, 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 강제집행을 인낙하는 취지를 기재한 공정증서이다(민사집행법 제56조 제4호). 예를 들면 금전소비대차계약서 공정증서-금전의 차용을 약정하면서 채권자와 채무자의 합의 아래 이자지급방법, 원금의 분할 상환방법등을 자세하게 명시할 수 있다. 양도담보 금전소비대차계약 공정증서-금전의 차용을 약정하면서 담보물의 소유권을 채권자에게 양도하고, 일정 기간 내에 변제하면 담보물의 소유권을 반환받는 담보이다. 동산을 목적으로 하는 양도담보설정계약을 체결함과 동시에 채무불이행시 강제집행을 수락하는 공정증서를 작성한 경우, 양도담보설정자가 그 피담보채무를 불이행한 때에는 양도담보권자는 집행증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 환가할 수도 있다¹⁶⁾고 한다. 상호신용금고법 제12조 소정의 대출금액제한규정을 회피하기 위하여 신용부금납입계약서상 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고 실질적인 주채무자가 형식상 연대보증인이 된 사실을 알면서 그 연대보증을 하고 집행증서를 작성한 경우, 위 연대보증인은 실질적인 주채무자의 채무에 대한 자신의 연대보증채무에 관하여 강제집행을 승낙하는 의사표시를 한 것으로서 위 집행증서가 유효하다¹⁷⁾.

나. 공증인이 어음·수표에 부착하여 집행인낙취지를 기재하는 공정증서(약속어음 공정증서)이다(공증인법 제56조의2).

이 공정증서에 부착하는 어음은 “일람출급” 또는 “확정일 출급”의 어음이 있는데 “일람 출급”의 어음에 이자약정의 문언이 기재(어음법 제5조 제1항 전단)되어 있는 공정

15) 대법원 2006. 3. 24. 선고, 2006다2803 판결.

16) 대법원 1999. 9. 7. 선고, 98다47283 판결.

17) 대법원 1991. 4. 23. 선고, 90다19657 판결.

증서는 채권자가 이자까지 강제집행을 할 수 있지만, “확정일 출금”의 어음에는 이자 약정의 문언을 기재할 수 없다. 설령 그 문언을 기재한다 하더라도 어음상의 효력이 발생하지 아니하여 이자까지 강제집행할 수는 없다.

Ⅲ. 집행증서의 대상과 범위

집행증서의 대상이 될 수 있는 것은 일정액의 금전의 지급이나 다른 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 특정한 청구이다.

1. 대상의 한정 및 특정

가. 금전 기타 대체물, 유가증권의 급여청구에 한정된다. 가옥명도나 특정물 급여청구에 관하여는 집행증서를 작성할 수 없다. 이 점에서 당사자의 합의를 기본으로 한 화해 조서나 조정조서와 차이가 있다.

나. 급여청구는 특정한 구체적인 청구로서 명확히 표시되어야 하는 바, 표시된 청구가 다른 청구와 구별되어 그 동일성을 인식할 수 있을 정도로 특정되어야 한다.

2. 금액 또는 수량의 일정한 청구

집행증서는 법원이 관여하지 아니하는 채무명의이므로 집행기관이 증서 자체만으로 채권자가 실현하려 하는 급여청구의 범위를 신속·정확하게 파악할 수 있도록 급여청구의 목적인 금액 또는 수량이 증서상 명시적으로 일정하거나, 최소한 증서상 용이하게 산출·확정될 수 있어야 한다¹⁸⁾. 따라서 증서 이외의 자료를 가지고 금액이 확정될 수 있는 경우에는 그 요건이 흠결되었다고 보아야 한다.

가. 장래 발생할 청구권

18) 이진성, 전게논문, 55면.

채권은 성립되어 있으나 기한부, 조건부채권 또는 반대급부가 있는 채권과 같이 청구권이 장래 발생할 것이 예정되어 있는 채권에 관하여 작성된 공정증서가 집행증서로 되는지 여부에 대하여 다툼이 있다. 집행증서 작성시 당사자 사이에 현존하는 법률관계가 확정되어 있고, 증서상 급부하여야 할 금액 또는 수량이 명백하게 정하여져 있는 이상, 비록 장래에 발생할 청구권에 관하여도 이를 긍정하여야 한다는 견해¹⁹⁾가 있다. 장래 발생할 청구권이라도 급부금액이 확정되어 있는 이상 긍정하여야 할 것이다.

나. 임대료채권

임대차계약에서 단순히 임대료를 1개월에 얼마로 정한 경우, 이것만으로는 몇 개월분의 임대료의 지급이 강제집행의 대상으로 되는지 여부가 불분명하므로 집행증서로서의 효력이 없다. 그러나 공정증서에 임대료의 지불시기와 방법, 임대차계약의 해제 방법 등에 관하여 세부적으로 명시되어 있으면 임대료 채권액을 구체적으로 산정할 수 있고, 그렇다면 일정한 청구라는 요건도 충족된다고 보아야 한다.

다. 대출계약에 기한 장래 채권

당좌대월계약이나 근저당권설정 금전소비대차계약 등 장래 거래액의 최고한도를 정하여 그 범위에서 소비대차하기로 하는, 이른바 대출계약에 관하여 집행증서가 작성되는 경우가 있다. 이 경우 공정증서에 기재된 대출계약 채권은 일정한 청구라는 요건을 충족하는가에 대하여, 이 대출계약에서 금액은 장차 거래종료시에 처음으로 확정되는 것이고 증서에 표시된 금액은 당사자 사이에 장차 거래될 금액의 최고한도를 표시한 데 지나지 아니하며 채무자가 현실적으로 부담하는 금액은 아니므로 이러한 공정증서는 일정성의 요건을 결여하여 무효라고 보아야 한다는 견해²⁰⁾와 이와 같은 취지의 견해로서 집행증서를 작성하면서 당좌대월계약의 한도액으로 금액을 표시하면 이는 채무최고액일뿐 채무자의 부담채무가 아니므로 일정한 청구로 표시된 집행증서가 아

19) 이진성, 전계논문, 56면.

20) 이진성, 전계논문, 57면.

니라는 견해²¹⁾가 있다. 계속적 거래로 인하여 발생하는 채무액은 거래당시에는 확정될 수 없기 때문에, 집행증서 작성시 일정한 청구라는 요건이 갖추어진 것은 아니며, 채권 최고액도 거래 종료후 발생한 확정된 채권을 증명하는 것도 아니기 때문에 집행증서에 서의 일정한 청구라는 요건을 만족시킬 수 없어서 대출계약서에 기한 채권에 근거한 집행증서는 작성할 수 없다.

라. 할부판매계약상의 대금채권

우리나라에서도 자동차의 할부판매계약을 공정증서로 작성하면서, 매수인의 이행지체나 목적물양도 또는 전대 등의 처분행위가 있을 경우 매수인이 기한의 이익을 상실하기로 하면서 채무자는 즉시 자동차를 반환하여야 하며, 채권자는 반환받은 자동차를 처분하거나 감정인으로 하여금 가액을 평가하게 하여 처분가액 또는 평가액이 자동차회수비용과 미지불대금 및 손해금의 합계액에 미달할 때에는 채무자는 채권자에 대하여 그 부족액을 즉시 지불하여야 한다고 하는 조항을 부가하는 경우가 있다. 이러한 조항이 기재된 공정증서가 집행증서로서의 효력을 가지는지 여부에 대하여 이 경우 집행증서의 대상은 매도인의 부족액채권이고, 이 부족액은 채권자의 처분가액이나 감정평가액에서 채권자에게 발생한 소정의 합계액을 공제하여야하므로 결국 공정증서 자체로서는 부족액을 산정할 수 없는 경우에 해당된다고 한다. 이것은 일정한 청구라는 요건을 충족하지 못하였으니 집행증서로서의 효력이 없다고 한다²²⁾.

마. 장래의 채권

장래의 채권은 취소권·해제권·환매권등의 행사로 발생할 채권, 연대채무자, 보증인, 물상보증인이 장래 취득할 구상권 등과 같이 현재 형성되어 있는 기본적 법률관계를 바탕으로 장래 성립할 채권을 의미한다. 따라서 이미 성립되어 있으나 실현에 장애가 있는 위 가.의 정지조건부, 시기(始期)부채권 등은 이에 해당되지 아니한다.

21) 이시윤, 전계서, 129면.

22) 이진성, 전계논문, 58면.

장래의 채권에 관한 공정증서가 채권의 일정한 청구라는 요건을 갖추고 있는지 여부에 대하여, 이러한 채권은 증서작성당시 채권이 존재하지 아니할뿐 아니라, 그 금액을 명시적으로 특정할 수 없어서 집행기관이 집행에 할 당시에 증서만으로는 채권금액을 특정할 수 없기 때문에, 일정한 청구라는 요건을 충족시키지 못한다. 따라서 장래채권에 관하여 작성된 공정증서에 대하여는 일정한 청구라는 요건을 구비하여 못하여 법적 안정성을 해하기 때문에 집행권원을 인정할 수 없다²³⁾.

바. 백지어음

백지어음은 후일 어음소지인으로 하여금 어음요건의 전부 또는 일부를 보충시킬 의사로써 이를 기재하지 아니하고 어음이 될 서면에 기명날인하여 어음행위를 한 미완성의 어음을 말하며, 이는 미완성의 어음으로 무효가 아닌 점에서 어음요건을 결하여 무효인 불완전한 완성어음과 구별된다. 일반적으로 백지어음은 요건을 보충하였을 때 완전한 효력을 발생하므로, 보충이전의 백지어음에는 어음채권이 성립할 수 없다. 따라서 백지어음인 채로 집행력있는 정본을 부여받았다고 하더라도 어음채권이 성립되지 아니하여 실체상 부존재이므로 채무자는 그 집행력배제를 위하여 청구이의의 소를 제기할 수 있다. 백지어음에 대하여 공정증서를 작성한 다음에, 어음채권자가 자신이 소지한 증서정본에 부착된 어음원본에 백지를 보충한 경우에는 공정증서 작성 당시 채권이 존재하지 아니하므로 집행권원이 될 수 없다. 액면이 백지로 된 어음에 대한 공정증서는 그 금액을 작성당시 명시적으로 특정할 방법이 없으므로 일정한 청구라는 요건을 충족시키지 못한 것이 되어 집행권원을 부정할 수밖에 없다. 또한 채권자가 공정증서정본에 부착된 어음원본에 백지를 보충한다 하더라도 증서원본에 부착된 어음사본에는 여전히 백지인 상태로 남게 되므로 증서원본과 정본의 기재가 다르게 되어 그 증서정본은 공증인법 제47조에 위배되는 것으로, 이에 대하여 채무자는 집행문부여에 대한 이의신청의 방법으로 다룰 수 있다. 따라서 공증인법 제56조의2 규정상의 어음은 완성된 어음만을 의미하고, 백지어음은 제외된다고 보아야 한다²⁴⁾.

23) 이진성, 전계논문, 59면.

24) 이시윤, 전계서, 128면; 이진성, 전계논문, 60면.

IV. 다른 나라의 집행증서의 대상과 범위²⁵⁾

공증제도는 라틴법계와 앵글로색슨계로 구분된다. 라틴법계는 대륙법계이고, 앵글로색슨계는 영미법계이다. 라틴법계 국가들은 라틴계 국제공증인협회(International Union of Latin Notaries; UINL)을 조직하였고, 우리나라도 2010년에 가입하였다. 우리나라는 라틴법계인 독일법을 계수한 일본법과 매우 유사하다. 이하에서는 외국의 공증법제에 대하여 간략하게 살펴보고자 한다.

1. 오스트리아

오스트리아가 신성로마제국에 속하고 있었던 당시에는, 이른바 준비된 집행의 절차도 독일 지역과 같이 전개되었다. 1850년 프랑스의 영향을 받은 공증인법이 제정되어, 1871년 동법에 공정증서의 집행력이 규정되었다. 1895년~1896년 이래 집행법 제1조 제17호에 공증인법 제3조에 따라 작성된 공정증서를 집행명의로서 규정하였다.

오스트리아법에 의하면, 집행증서의 작성은 독점적으로 공증인의 권한이다. 공증인은 국가가 임명하지만, 공무원은 아니다. 법조자격을 가지고 특별한 공증인시험에 합격하고 또한 7년간 법조경험을 가져야 한다. 증서작성자의 중립성을 유지하기 위해서 공증인은 변호사와 겸업을 할 수 없다. 작성된 공정증서는 공증인법 제2조에 의하여 공적증서로 되어, 민사소송법 제292조에 기하여 완전한 증명력을 가진다. 즉시 집행에 관하여 채무자의 동의가 있으면 집행력을 가진다.

오스트리아에서는 종전까지 지불청구권이나 금전채권에 한하여 집행증서를 인정하여 왔던 것을, 1962년 공증인법 개정(1963년 1월 1일 시행)에 의하여 화해를 할 수 있는 모든 급부 또는 부작위채무에 관해서 집행가능하다고 하였다. 예외는, 주거의 명도청구뿐이다(그러나, 예외의 예외가 있다). 그 결과, 오스트리아 공증인법 제3조는 “공정증서는 다음의 경우에, 법원에 있어서 체결한 화해와 동일한 강제집행력이 있다. a) 증서상 급부 또는 부작위의 채무가 명시되어 있을 경우. 다만, 부동산의 소유자 또는 공유

25) 이 부분은 山本和昭, EC 規則の制定とヨーロッパ各國の執行證書, 公證 136호, 2003. , 3면 이하를 요약한 것임.

자의 청구에 의한 명도에 관한 것이 아닌 경우에 있어서, 주거 또는 독립한 주거부분의 명도채무를 제외한다. b)채권자 채무자의 인별, 권원 및 급부 또는 부작위의 목적물 · 종류 · 분량 및 시기가 증서면에 의하여 알 수 있을 경우. c) a호의 채무에 관하여 화해가 허용될 경우. d) 채무자가 공정증서가 즉시집행력을 가져야 한다는 취지를 당해 공정증서 또는 별개의 공정증서에 있어서 인락하고 있을 경우”라고 규정하고 있다.

1962년의 법률에서 금전지불조항을 철폐한 이유에 관해서, 국민평의회 제9입법기의 1962년 3월 29일부 정부제안 설명서에 의하면, 다음과 같이 서술되어 있다. 제1항 a)호 및 b)호는 집행력있는 공정증서의 요건을 규정하고 있다. 집행증서에 모든 급부 또는 부작위를 기재할 수 있게 되었다. 예외는 주거의 명도에 관한 청구이다. 다만, 부동산의 소유자 또는 공유자가 거주하는 주거가 문제되고 있는 경우에 한하여, 예외의 예외로서 증서에 의하여 집행할 수 있다. 이와 같이 집행할 수 있는 범위를 확대함으로써, 이제까지 집행증서의 대상이 되지 않았던 채무에 관하여 재판상의 화해에 의지할 필요가 없게 되었다. 여러 종류의 채무를 포함한 안전을 하나의 공정증서로서 해결할 수 있다. 이에 따라 법원의 부담경감을 기할 수 있게 되었다. 무엇보다 이 개정에 의한 규정이 재판상 화해의 체결을 배제하는 것은 아니다.

2. 네덜란드

네덜란드의 집행증서의 기원은 12, 13세기의 북이탈리아의 법률가였던 공증인에게 있었던 것으로 보인다. 로마법의 영향을 받은 독일을 거쳐 네덜란드의 공증제도가 성립했다. 그러나 집행력 있는 증서는 활용되지 않았고, 법거래는 행정관청의 개입에 의하는 것이 많아졌다. 공증제도에 르네상스가 왔던 것은 프랑스에 점령된 1810년 이래, 나폴레옹 법률이 이 지역에 적용되었기 때문이라고 한다.

1838년의 민사법전 제436조가 공적증서에 판결과 같은 효력을 인정했다. 이 효력에 관하여 법적 확정력을 의미한다고 하는 견해와 집행력이라고 하는 견해가 대립하고 있다. 그래서 1992년 개정된 신규정 제430조에서는 문언상으로도 집행력이라고 규정하고, 집행력 있는 문서 중에 공적증서 정본의 규정을 두고 있다. 위 법은 증서작성자의 손에 남겨진 원본과는 구별하여 집행력있는 정본에 관하여 규정하고 있다. 그로세(grosse)의 개념에 대해서는 법률은 상세한 정의를 두고 있지 않지만, 권리자에게 교부

하는 제1등본을 말한다고 한다. 공적증서는 재판적 판단과는 구별되는 여러 증서의 총체를 나타낸다. 실무적으로 가장 중요한 공적문서는 공정증서이다.

네덜란드법은 외국에 있어서 증서작성에 관하여 특이한 취급을 하고 있다. 독일 민사소송법제794조 제1항 제5호는 독일공증인이 작성한 것을 집행증서로 하도록 하여, 장소적 제한이 없고, 인적인 제한만을 두고 있는데 대하여, 네덜란드는 증서는 네덜란드 국내에서 작성되지 않으면 효력이 없다고 한다. 또한 소송법에 의하면, 작성국에서 집행력이 없는 외국증서는, 네덜란드에서 집행하는 것을 내용으로 하여 작성되었다고 하더라도, EC 규칙 제57조의 의미에서의 집행력은 가질 수 없다고 한다.

집행명의의 내용(청구)에 제한이 없다. 따라서 부동산의 명도도 증서에 기재하여 집행할 수 있다. 다만, 1842년의 공증인법 입법과정에서 금전청구에 한정해야 한다는 논의가 있었고, 그 후에도 일부에서 같은 취지의 의견이 표명되었다. 민법전 제589조, 제434조에 의하면, 증서의 집행에 법원 집행관이 구속의 수단을 이용하는 것은 명확하게 금지되고 있다.

3. 프랑스

프랑스는 오늘날과 같은 집행증서의 모국이다. 프랑스 집행증서의 제도는 루이 9세가 인증에 관한 규칙을 정하고, 파리의 공증인이 작성한 증서에 집행력을 인정한 1260년~1270년에 소급한다. 그리고 이 규칙은 1304년 프랑스 전역의 공증인에게 확장되었다. 구체제(ancien regime)하에서는 여러 종류의 공증인이 존재했다. 왕 또는 지방영주가 임명하는 공증인이 있었고, 사제나 대사제가 임명하는 교회공증인도 있었다. 공증인의 수는 모두 1만 4천여 명에 이르렀고, 법적거래로 인한 필요성을 훨씬 초과하였다. 그래서 프랑스혁명전에, 직역(職域)에 관한 새로운 규정이나 공증인의 감원을 요구하는 의견이 있었다.

프랑스 혁명 당시 당초 공증인에 대하여는 구체제 지지자로서 노골적인 반감을 표시하였지만, 질서정연한 법적 거래의 확보를 위해서는 반감을 거둬들이지 않을 수 없었다. 나폴레옹법전 편찬 과정에서, 공증인의 조직에 관한 기본적 법률이 나폴레옹 11년 포월 25일(1803년 3월 16일)에 입법되었다. 이것이 그 유명한 웬드제법률이다. 공증인에 대한 직무감독규정을 규정하고, 통일적 기능적인 공증제도를 설계하기에 이르렀다.

공증인의 공적지위 및 그에 따른 사회적신용성을 보장하고, 공정증서의 집행력이 전체 공화국에 미치는 것을 명확하게 규정하였다.

그 후, 이 풍월법률은 개정이나 제한을 거쳤지만(특히 1971년의 데크레 및 1976년 6월 15일의 채권양도 형식에 관한 법률), 공정증서의 집행명의 성질에 관해서는 전혀 변경이 없었다. 또한, 1993년 포괄적인 개정후에도 1991년 7월 9일의 91-650법률 제3조에 의한 공정증서가 집행명의라는 것에 아무런 변화가 없었다. 그러나, 개정에 의하여 법전의 체계상 정합성이 부분적으로 무너지게 되었다. 특히 여러 법률간의 관계가 불명료하고, 증서의 기재가 허용되는 내용과 범위에 대하여 약간 통일되지 않은 면이 보인다.

풍월법률 제19조 제1항 공정증서에는, 대상에 관련하여 하등의 제한이 없다. 이것은 지불채무뿐 아니고 반대급부도 직접 강제집행할 수 있다는 것을 의미하고 있다. 모든 종류의 채무에 관하여 집행증서를 작성할 수 있다.

다만 ① 금전청구이외의 청구에 관하여 어떤 집행수단이 있는지는 확실하지 않다. 특히 강제금의 적용범위가 한정되어 있다. ② 집행력 있는 정본은 일정한 결제성이 있는 채권에 관한 계약에만 주어진다는 소수설²⁶⁾이 있다. ③ 1991년 7월 9일 91-650법률 제61조는 건물 및 주거의 강제명도에 관해서는 법원의 재판 또는 재산처분심리에 관한 집행력있는 프로토콜(의정서)에 의한다고 규정하여, 명확하게 공증인의 증서를 배제한 점을 고려하면, 집행증서의 대상은 이론상은 별론으로 하더라도, 실제상은 금전청구 혹은 동산인도 등에 한한다.

4. 벨기에

1795년 벨기에는 프랑스에 병합되었기 때문에, 공정증서에 집행력을 인정한 나폴레옹 11년의 풍월법률 제19조가 적용되었다. 벤토제법률 제19조에 의하면, 증서작성자는 공증인만이 할 수 있다. 법적 지위나 절차법에 관해서는 벤토제법에 규정이 있다. 직접적인 집행력을 가진 신뢰성 있는 증서작성은 공증인이 독점적으로 하는 업무이다. 공증인은 법률상 자격증과 공증법상 자격증을 대학에서 취득한 벨기에인으로서는 3년간 실무수습을 수료하여야 한다. 공증인은 공무를 수행하는 공무에 접속한 자유업이다.

26) Thierry Colin, Le notaire français et le notaire suisse face a l'Europe 1993, S.28.

어떤 증서내용에 집행력을 인정할 수 있는가의 문제는 벨기에집행법의 가장 곤란한 문제 중의 하나이다. 집행증서의 대상은 금전청구에 한정된다고 하여, 금액 또는 가치의 일정한 물건의 인도에 관한 청구가 집행증서작성의 전제조건이라는 견해²⁷⁾이다. 그러나 벨기에 과핵원(Cour de cassation)은 1991년 기본판결에서 금전청구 이외의 집행증서 작성을 배제하는 규범이 존재하지 않기 때문에, 원칙적으로 증서작성은 가능하다는 취지를 명확하게 판시하였다²⁸⁾. 무엇보다 청구는 충분하게 특정되지 않으면 안된다. 또한 집행대상인 청구는 적법한 것이라야 된다. 예를 들면 사법법전 제1626조는 부동산집행에 관하여 채권자에 의한 토지의 무정형한 환가합의를 금지하고 있다.

5. 이탈리아

프랑스가 근대적 집행증서의 어머니라고 한다면, 이탈리아는 할머니라고 할 수 있다. 집행증서의 원형인 보증증서뿐 아니고, 라틴계 공증인 제도도, 이탈리아에서 기원한다. 보증증서는 19세기 북부 및 중부 이탈리아지역이 프랑스로의 병합의 과정에서 벤토제법률이 이탈리아에도 적용되면서 부활했다. 민사소송법 제474조 제2항 제2호는 공증인 또는 법률에서 권한을 정한 다른 공무원에 의해서 작성된 증서는 금전의 지불 채무에 관해서만 집행명이가 된다고 하는 취지의 규정이 있다.

민사소송법은, 일의적으로 금전채권만을 집행증서의 대상으로서 규정하고 있다. 대체물의 급부청구도 대상이 아니다. 1998년 8월 3일의 개정에서 이탈리아도 프랑스 등의 법제를 모방하여, 저당권설정 공정증서에 집행력을 인정하고, 집행에 관하여도 집행법원으로부터 공증인에 위임된 계획이 가능하다고 한다.

6. 그리스

그리스의 집행법은 라틴·게르만체계로서 특이한 내용이 없다. 바이에른의 법률가 마우리의 지도하에 입법된 1834년의 그리스 민사소송법에서는, 제856조 제2호에 공정

27) de Valkeneer, Précis du notariat, 1988, Rn 284.

28) Cass. v. 23.5.1991, Rechtskundig Weekblad 1991-1992, S.463.

증서가 집행명의로서 규정되어 있다. 1968년의 민사소송법 제904조 2d에 의하면 그리스의 공증인이 작성한 증서는 일정액의 금전 지불, 일정수량의 대체물 급부, 또는 작위·부작위를 구하는 청구가 기재되어 있는 한 집행력이 있다고 규정되어 있다. 채무자에 의한 개별 집행 인낙의 의사표시는 요구하지 않는다고 한다²⁹⁾.

재판의 집행과 증서의 집행은 동일한 절차로서 이루어진다. 집행의 수단은 독일 민사소송법이 인정하고 있는 모든 방법이 가능하다. 외국의 집행증서도 그리스민사소송법 제905조에 의하여 강제집행할 수 있다. 그 경우 집행명의가 공서양속에 반하지 않는가 여부는 비송사건으로서 법원이 조절한다.

7. 스페인

스페인은 흩어져 있는 여러 규정 중에서 다양한 집행증서를 인정하고 있다. 민사절차법 제1429조 제1항은 간이 증서집행절차로서 집행될 수 있는 다음의 명의를 규정하고 있다.

- ① 제1호 공적증서의 제1정본. 제2정본 이후의 정본에 관해서는 법적거래를 보호하기 위한 공증인규칙에 특별한 규정을 두고 있다. 즉 법관의 명령이 없는 경우 제1정본 수령자에 대하여 부여할 때에, 제2 이후의 정본은 집행력을 가지지 않는다는 취지를 부기할 의무를 가진다.
- ② 제2호 관할 법관의 면전에서 선서한 사서 승인증서. 이것은 금전청구에 한정한다.
- ③ 제3호 관할 법원에 있어서의 채무승인.
- ④ 제4호 어음, 약속어음, 수표.
- ⑤ 제5호 정규로 발행된 무기명 또는 기명증권 및 이자 증권.
- ⑥ 제6호 상거래에 관한 보험증서(당사자 및 증권 중개자 또는 상거래중개자의 서명이 있는 것).
- ⑦ 제7호 장부기장자에 의한 일정한 증명서. 이외에도 해사상거래에 관하여 금전채무에 관한 증서의 제시로 재판에 의한 명의를 대체하는 것도 인정된다(민사절차법 제1544조). 변호사보수에 대한 서약계산서도 집행력이 있다(민사절차법 제7조, 제

29) Dimitrios Tsirikas, Bemerkungen zur Struktur und Funktion des griechischen vollstreckungsrechts, S.15.

8조, 제12조). 특히 채무를 담보하고 있는 저당권에 관한 공정증서도 간이집행을 적용하고 있다.

이상의 모든 증서에 대하여 스페인에서는 직접적인 집행력이 있다고 한다.

공적증서 자체는 내용적으로 제한이 없다. 그러나 증서집행절차는 결제성있는 금전 청구에 대해서만 집행할 수 있다. 작위 또는 부작위의 집행(비금전집행)은 주된 청구를 문제로 하는 한 고려하지 않는다. 보충적 청구는 재판에서 심리할 수 있기 때문에 증서 집행의 대상이 되지 않는다.

8. 포르투갈

포르투갈의 공증제도는 오랜 전통을 가지고 있어서, 1305년 디니스(Dom Dinis)왕이 제정한 서기에 관한 규칙을 비롯해서 1899년~1900년에 이르러 처음으로 공증인의 직무지위를 확립하였다. 다른 유럽국가와는 달리 포르투갈의 공증인은 수수료 수입에만 의존하는 자유업이 아니고, 국가로부터 일정액의 급여를 받고, 아울러 수수료 수입의 일부도 받는 공무원이라는 점이 가장 특징적이다. 포르투갈 공증인은 법률가로서 교육과 활동이 요구되지만, 다른 공무원이나 변호사는 겸업할 수 없다.

포르투갈은 1967년 민사소송법을 입법하였다. 이것은 스페인보다도 약 90년 뒤늦게 제정한 것이기 때문에, 그만큼 근대적 내용을 가지고 있다. 민사소송법 제46조는 집행력을 가지는 명의를 규정하고 있다. 제46조 b)호는 공증인에 의하여 작성 또는 인증된 증서를 규정하고 있다. 제50조에 의하면, 공정증서는 채무의 존재를 증명하는 것인 한, 집행력을 가진다고 명확하게 규정하고 있다. 제46조 c)호는 상거래를 촉진하기 위하여 채무자가 서명하고, 일정액의 금전지불 또는 대체물의 인도에 관한 사서증서에도 집행명의를 인정하고 있다.

증서는 집행명의로서 내용적 제한은 정혀 없다. 민사소송법 제45조 제2항에 의하면, 강제집행의 목적은 금전의 지불, 일정한 물건의 인도, 적극적 또는 소극적인 일정한 행위의 급부도 가능하다. 인도 또는 작위집행에 대한 이의에 관한 규정으로도 가능하다. 이의는 증서의 금전채무집행에 대한 것을 규정하고 있을뿐 아니라 공증인의 증서가 비금전채권의 내용을 명의로 하는 것을 전제로 하고 있다. 조건부 청구 또는 장래의 급부도 집행증서의 대상이 된다.

9. 스웨덴

스웨덴에는 지방행정위원회가 임명하는 공증인제도가 있다. 많은 변호사가 겸직하고 있지만, 유럽대륙에 상응하는 증서작성제도는 없고, 따라서 집행증서가 존재하지 않는다. 그러나 법원의 인정절차를 거치지 않은 집행력과 공무원에 의한 문서작성이라는 2가지 기준을 만족한 공적증서는 존재한다. 예를 들면, 사회복지관계관청의 승인하에 체결된 자(子)의 부양계약이 있다. 또한 공적입장을 가진 자의 면전에서 행하는 화해도 공적증서로 볼 수 있다.

10. 아일랜드와 핀란드

아일랜드와 핀란드는 EU가맹국이지만, 집행증서나 공적증서 제도는 존재하지 않는다.

11. 독일³⁰⁾

독일에서 강제집행을 하기 위해서는 집행권원, 집행문, 송달 및 특별요건이 필요하다. 개정전 독일 민사소송법 제794조 제1항은 강제집행은 “다음의 경우에 터잡거나 위해서 할 수 있다.”고 하고, 제5호에서 “독일 법원 또는 공증인이 그 직무상의 권한내에서 정규 방법에 따라 작성한 증서. 다만, 일정한 금액의 지불 또는 대체물 혹은 유가증권의 일정수량의 급부를 목적으로 하는 청구에 관한 증서를 작성하고 채무자가 그 증서에 관하여 즉시 강제집행에 복종한 경우에 한한다. 저당권, 토지채무 또는 정기토지채무에 터잡은 청구도 금액지불을 목적으로 하는 청구로 본다.”고 규정하여 금전채권 등에 한하여 공증인 등이 작성한 공정증서를 집행권원으로 규정하고 있었다. 1997년 12월 17일 강제집행법 개정 제2법률에서 의사표시를 구하는 청구권과 주거 임대차의 존립에 관한 청구권의 2가지 예외를 제외하고, 화해에 의한 규율이 허용되는 모든 청구권을 집행증서의 대상이 될 수 있다는 취지의 개정을 하였고, 이 개정규정은 1999년 1월 1일부터 시행하고 있다.

30) 이 부분은 山本和昭, ドイツにおける執行證書の對象範圍の擴大について, 公證 127호, 2002., 5면 이하를 요약한 것임.

독일은 위 민사소송법 개정에서 화해에 의한 규율이 적용되는 청구권에 대하여 집행증서를 작성할 수 있게 되었고, 다음과 같은 청구권이 가능하게 되었다. 작위 또는 수인 혹은 부작위를 목적으로 하는 이행의 소와 이행판결의 대상이 될 수 있는 모든 청구권, 동산과 부동산 등 물건의 반환을 목적으로 하는 청구권, 일의 완성을 목적으로 하는 청구권 등이다. 예외적으로 의사표시를 구하는 것을 목적으로 하는 경우와 주거 임대차에 관한 경우에는 집행증서를 작성할 수 없다. 이러한 독일 민사소송법의 개정으로 인한 집행증서의 집행력의 확대는 먼저 법원의 부담이 경감되는 효과를 가져 올 수 있다³¹⁾. 둘째, 집행증서의 집행력의 확대는 채권자의 권리에 대한 접근을 간소화시킨다는 기능을 한다. 셋째, 집행력의 확대는 공증인에 대한 신뢰도를 높이게 된다. 마지막으로 집행력의 확대는 공증인의 공증절차와 관련하여 공증인이 작성하는 집행증서는 권리의 관념형성의 일종이라고 보아야 하기 때문에, 공증인은 집행증서의 작성에 있어서 채무자에 대하여 석명의무나 교시의무를 인정할 필요가 있다.

12. 대만³²⁾

대만 공증법 제11조 제1항은 당사자는 금전 또는 기타 대체물 또는 유가증권의 일정 수량의 급부를 목적으로 하는 법률행위에 대하여 청구되어 작성된 공증서는 즉시 강제 집행을 받을 수 있음이 분명히 기재된 경우에 그 증서에 의하여 집행할 수 있다(제1호)고 규정하고 있다. 이는 우리나라 민사집행법상의 집행증서의 범위와 동일하다. 그러나 대만은 특정동산의 급부를 목적으로 하는 법률행위(제2호)에 대해서도 집행증서를 작성할 수 있다. 더욱이 건축물 기타 공작물의 임대차 또는 기간을 정하여 빌려서 사용하고 기간만료시에 건축물을 돌려 주는 법률행위(제3호)에 대해서도 집행증서를 작성할 수 있다. 또한 토지 임대차 또는 경작에 제공하거나 건축을 목적으로 하지 않기로 약정하여 빌려 사용하고 기한만료시에 돌려주는 법률행위(제4호)에 대해서도 집행증서를 작성할 수 있다. 이러한 집행증서는 당사자 이외에도 공증서 작성후 그 법률행위로 인하여 당사자의 승계인이 되거나 당사자 또는 그 승계인이 점유하는 청구의 목적이

31) 石川明, 執行證書の執行力の擴大, 判例タイムズ, No.1034, 2000., 52-53面; 石川明, 執行證書の對象請求權の擴大, 公證 130號, 2001., 19面 이하.

32) 법무부, 각국의 공증제도, 법무자료 제140호, 1990., 254면.

된 경우에도 효력이 있다(제11조 제2항)고 한다.

13. 일본

일본 민사집행법 제22조에서는 강제집행은 다음에 게기한 것(이하 ‘채무명의’라 한다)에 의한다고 규정하고, 제5호에서는 금전의 일정액의 지불 또는 기타 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급부를 목적으로 하는 청구에 관하여 공증인이 작성한 공정증서에서 채무자가 직접 강제집행에 복종한다는 취지의 진술이 기재되어 있는 것(이하 ‘집행증서’라 한다)이라고 규정하고 있다. 이는 우리나라와 유사한 규정으로 현재에도 유효한 규정이다.

일본공증인연합회는 민사집행법의 입법과정중이던 1971년 12월에는 강제집행법 등 요강안에 대하여, 1973년 9월에는 강제집행법 제2차 시안에 대하여 집행증서의 집행력의 확대에 관한 의견서를 제출하였다. 여기서는 집행력의 대상이 되는 청구를 확대하여 첫째, 특정 동산의 인도를 목적으로 하는 청구를 추가함과 동시에 둘째, 일정금액의 지불 중에 최고한도액이 정해져 있는 장래 채권에서 집행문 부여시에 그 확정액이 증명될 수 있는 것을 포함시키자고 요청하였다. 그러나 이 요청은 민사집행법을 제정하면서 받아들여지지 않았다.

2000년 4월에 또다시 일본공증인연합회는 국민의 편익을 증진하는 것과 함께 법률상 분쟁을 미연에 방지하는 예방사법의 작용을 충실히 하고자 하는 목적으로 공증제도 개선에 관한 제언을 제안하였다. 이 제언에서 일본공증인연합회는 부동산 또는 사람이 거주하는 선박 등의 인도 또는 명도(차지차가법의 법정갱신에 관한 규정이 적용되는 차지차가 관계에 관한 것은 제외), 동산의 인도, 의사표시를 집행증서로 작성할 수 있도록 하자고 주장하였다.

그러나 아직까지도 일본 민사집행법상 집행증서의 대상과 범위는 확대되지 않고 있다.

14. 중국

중국은 중국 제10기 전국인민대표대회 상무위원회 제17차 회의에서 중국 공증법을

제정하고 2006년 3월 1일부터 시행하고 있다. 집행증서에 관해서는 공증절차규칙 제39조에 규정하고 있다. 강제집행력을 가지는 채권문서의 공증은 ① 채권문서가 화폐나 물품 또는 유가증권의 급부를 내용으로 하는 것일 것, ② 채권채무관계가 명확하여야 하고, 채권자와 채무자가 채권문서상의 급부내용에 관하여 이의가 없을 것, ③ 채권문서상에 채무자가 채무를 이행하지 않거나 불완전이행을 하였을 때 강제집행을 하여도 좋다는 채권자의 승낙이 있을 것, ④ 공증법이 규정하고 있는 기타 조건을 구비하였을 것 이라고 규정하고 있다.

V. 집행증서의 대상 및 범위의 확대

1. 우리나라에서의 집행증서의 확대에 대한 경과

앞에서 본 바와 같이 우리나라는 집행증서의 대상과 범위가 일본과 유사하고, 독일이나 대만과 같이 범위를 확대시키지 않고 있다. 그 이유에 대해서는 집행증서의 대상을 정형화하여 그 집행을 쉽게 할 수 있어 채권자로서도 이러한 급부청구의 실현에 대하여 신속한 집행을 필요로 하고, 또한 만약 부당한 강제집행이 이루어지더라도 금전 손해배상에 의해서 쉽게 원상회복을 할 수 있어서 채무자에게 예측할 수 없는 손해를 부담시키는 경우가 드물기 때문이라고 한다³³⁾.

이에 대하여 1999년 11월 6일에 대한공증인협회는 공증인법의 개정을 건의하였다. 그 주요 내용은 특정동산, 건물·토지의 인도 또는 명도계약공정증서에 강제집행을 승낙하는 취지기재를 할 수 있는 규정의 신설을 건의하였는데 그 조문안과 그 신설이유는 다음과 같다.

개정건의 규정안으로는, 공증인법 제56조의 5(특정동산, 건물·토지 등의 인도 또는 명도계약공증) ① 공증인은 다음 각 호의 1에 해당하는 법률행위에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있다.

1. 특정동산의 인도를 목적으로 하는 계약
2. 건물·토지의 사용대차 또는 임대차 계약

33) 전병서, 집행증서의 대상범위의 확대, 법조협회, 2009., 261면; 법원행정처, 법원실무제요민사집행(1), 2003., 180면; 이진성, 전계논문, 55면.

3. 기타 건물·토지 등의 인도 또는 명도를 목적으로 하는 계약

② 제1항의 증서는 민사소송법 제519조의 규정에 불구하고 채무명의로 본다. 는 규정을 제안하고 있다.

신설건의 이유로는, ① 대만에서는 오래 전부터 특정동산이나 토지·건물 등의 인도 또는 명도 계약에도 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서를 만들 수 있게 하였고(법무부가 1990년 12월에 발간한 「각국의 공증제도」 251쪽 이하 제6장 중화민국의 공증법 제11조 참고) 지금까지도 그 제도를 유지하고 있다. ② 그리고 독일에서도 1997년 12월 17일 독일민사소송법 제794조 제1항 제5호로 대만과 같은 토지와 건물 명도에 관한 공정증서 작성시에 강제집행의 사전 승낙기재를 할 수 있게 개정하여 1999년 1월부터 시행하고 있다. 이에 따라 우리나라에서도 특정동산, 건물·토지 등의 인도 또는 명도에 관한 계약공정증서에 강제집행 승낙의 기재를 할 수 있는 제도를 신설함이 적절하다고 생각된다. ③ 지금 법원에서는 토지·건물의 임대차 종료시 명도집행을 확보할 목적으로 하는 제소전 화해 신청사건이 날로 증가하는 추세에 있고 임대차계약이 종료된 후 임차목적물을 반환하지 아니하여 임대인이 그 반환을 청구하는 토지·건물 등의 인도(명도) 청구소송도 적지 않다는 것인 바, 토지·건물의 임대차계약공정증서를 작성할 때에 강제집행을 승낙하는 기재를 할 수 있게 하면 재판을 받지 아니하고 명도집행을 할 수 있게 되어 법원의 사무량을 줄여주고, 임차인이 임대기간 종료후 불법점유를 계속할 수 있는 소지를 원천적으로 봉쇄하여 임대차보증금이 현재의 반액 이하로 내려갈 수 있는 이익도 있을 것으로 기대된다고 하면서 제안하였다.

한편 개인적으로도 집행증서의 확대에 대하여 다음과 같이 공증인법의 개정을 건의하고 있다³⁴⁾. 공증제도가 민·형사 분쟁예방 효과로 사법기관의 업무경감에 크게 공헌이 되어온 실적을 참작하여 대한공증인협회에서 건의 중인 특정동산, 건물·토지의 인도등 계약공증, 이혼협의서 작성의 공증, 사서증서의 인증촉탁을 위한 선서 등의 공증직역을 확대하여 민·형사 분쟁예방의 범위를 확대함이 절실한바, 그 중 특정동산, 건물·토지의 인도 등 계약공증에 관한 필요성은 다음과 같다. 대만에서는 오래전부터 특정동산, 건물·토지 등의 인도 또는 명도 계약공증서에도 강제집행을 승낙하는 취지를 기재할 수 있게 하였고(법무부가 1990년 12월에 발간한 「각국의 공증제도」 251쪽 이

34) 윤종섭, 공증관계법 개정에 관한 사건, 법률신문 3145호, 2003. 2. 8.

하 제6장 중화민국의 공증법 제11조 참고) 지금까지도 그 제도를 유지하고 있다. 독일에서도 1997년 12월 7일 독일민사소송법 제794조 제1항 제5호로 대만과 같이 토지의 인도·건물명도에 관한 공정증서에 강제집행의 승낙기재를 할 수 있게 개정하여 1999년 1월부터 시행하고 있다. 이에 따라 우리나라에서도 특정동산, 건물·토지 등의 인도 등을 목적으로 하는 계약공정증서에 강제집행을 승낙하는 기재를 할 수 있는 제도를 신설하는 것이 적절하다고 생각된다. 지금 법원에서는 토지·건물의 임대차 종료시 인도 등 집행을 확보할 목적으로 하는 제소전 화해 신청사건이 날로 증가하는 추세에 있고, 임대차계약이 종료된 후 임차목적물을 반환하지 아니하여 임대인이 그 반환을 청구하는 토지·건물등의 인도(명도)청구소송도 적지 않다는 것인바, 토지·건물임대차 계약공정증서를 작성할 때에 강제집행을 승낙하는 기재를 하면 법원의 절차를 거치지 아니하고도 인도 등 집행을 할 수 있게 되어 법원의 사무량을 줄여주고 임차인이 임대기간 종료 후 불법점유를 계속 할 수 있는 소지를 원천적으로 봉쇄하면 임대보증금도 현재보다 내려 갈 수 있을 것이다.

2. 집행증서의 확대에 관한 잠정적 의견

집행증서의 대상청구권의 범위를 금전이나 대체물, 유가증권에서 특정물의 인도청구나 부동산의 명도청구까지 확대하는 것에 대해서는 아무런 이론이 없다고 해도 과언이 아니다. 그동안 부동산의 명도에 대해서는 제소전 화해가 많이 이용되어 왔지만, 제소전 화해는 사건이 많기 때문에 제소전화해 조서를 받으려면 시간이 너무 많이 걸리는 단점이 있었다³⁵⁾. 심지어 제소전 화해조서를 받기까지 2개월 이상이 소요된다고 하는 보고도 있다³⁶⁾. 그런 의미에서 제소전 화해는 우회하여 돌아가는 공증제도라고 할 수 있다. 국민의 사법예의 접근권을 보장해주기 위해서라도 부동산에 관한 집행증서의 확대는 필요하다.

이러한 확대방안에 대해서는 부동산계약에 대한 공정증서의 작성이 활성화되는 경우에 부동산거래업체의 공정증서 브로커 행위 등의 부작용이 예상되어 이에 대한 감독

35) 전병서, 전게논문, 27면; 장재형, 공증제도 개선방향에 대한 세미나에서의 발언, 인권과 정의, 2007.8., 13면; 장재형, 한국공증제도의 현황과 개선방향, 저스티스 101호, 2008., 160면.

36) 한기찬, 공증업무확대방안, 제7회 한국법률가대회 발제문, 저스티스 121호, 한국법학원, 2010., 451면.

강화방안이 검토되어야 한다는 견해³⁷⁾, 토지·건물 등의 인도·명도를 내용으로 하는 집행증서에 집행문을 부여하려면 동시이행관계의 해소가 전제되어야 하고, 명도관련 분쟁은 매매대금이나 보증금의 지급과 동시이행관계가 문제되는 경우가 대부분이기 때문에, 소송을 거치지 않고 동시이행관계가 해소되는 사례가 많지 않아서, 집행증서 이용의 필요성 또는 효용성을 인정하기 어렵다고 하는 견해³⁸⁾, 집행증서가 채무자의 진정한 의사에 기하지 않은 채 실체적 권리관계에 합치하지 않은 집행증서가 작성될 때에는 다른 집행권원에서 볼 수 없는 채무자의 이익을 해칠 위험성이 있게 되고, 이에 집행증서의 내용의 정확성에 대한 개연성을 높이는 방안의 하나로서 공증인에게 당사자의 진정한 의사를 파악하고 사실관계를 해명하고 법률행위의 법적 사정거리에 관한 설명을 하고 증서에 당사자의 진술을 명확하게 재현할 의무, 즉 교시의무를 부과하여야 한다는 견해³⁹⁾가 있다.

집행증서의 범위의 확대가 불가피하다고 한다면, 과연 독일에서와 같은 부동산에서의 주거공간에 관한 제한이 필요할 것인지 여부에 대하여 논의가 필요하다. 우리나라는 주택임대차보호법에 의하여 임차인의 보호에 만전을 기하고 있다. 즉, 임차인은 인도와 주민등록에 의하여 대항력을 인정받고(주택임대차보호법 제3조), 나아가 확정일자에 의한 보호(주택임대차보호법 제3조의 2 제2항), 임차권등기명령에 의한 보호(주택임대차보호법 제3조의 3), 2년의 임대차 기간(주택임대차보호법 제4조), 소액보증금의 우선변제권(주택임대차보호법 제8조) 등 각종 제도적 장치에 의하여 보호를 받는다. 그런 의미에서 집행증서를 확대할 경우에 독일에서와 같은 예외를 인정하지 아니하고, 원칙적으로 적용되어야 할 것이다.

따라서 특정물의 인도청구와 건물과 토지와 같은 부동산의 명도나 인도청구에 대해서도 집행증서제도를 적용되어야 하고, 나아가 주거용건물의 경우에도 예외없이 집행증서제도가 적용되어야 할 것이다. 아울러 공증인에게 당사자의 진정한 의사를 파악하고 법률행위의 법적 사항에 관한 설명을 하여야 할 설명의무와 교시의무를 도입하여야 할 것이다.

37) 김윤섭, 제7회 한국법률가대회 지정토론, 저스티스 121호, 한국법학원, 2010., 458면.

38) 오민석, 전제논문, 466면.

39) 전병서, 전제논문, 273~274면.

VI. 결론

집행증서는 공증인이 법률방식에 의하여 작성한 증서로서 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정 수량의 지급을 목적으로 하는 청구에 관하여 채무자가 강제집행을 받아도 좋다는 승낙을 기재한 것이다. 이 집행증서는 집행권원으로서 소송을 거치지 아니하고 이용되는 것이다. 그런데 토지나 건물 등의 임대차 등에 있어서 계약을 공증하였다고 하더라도, 계약의 만료나 파탄시에 토지나 건물의 인도나 명도와 관련해서 채권자가 강제집행을 하려면 계약에 관한 공정증서는 아무런 의미가 없고, 판결이나 제소전 화해조서를 받아야 한다. 실무에서의 사례를 살펴보면, 간혹 악의적인 의도를 가지고 임차인이 임대차계약기간의 만료에도 불구하고 명도를 하지 않는 경우가 많이 있다. 이러한 경우에 대비하여 제소전 화해를 하기도 하지만, 이 또한 여러 가지 이유로 일반인으로서서는 불편하기 짝이 없다. 현행법령상으로는 부동산의 명도와 관련해서는 집행증서를 작성할 수 없다. 그래서 임대인으로서서는 집행실시가 가능한 집행증서를 이용하는 경우에는 매우 유익할 것이다. 특히 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법에 의하여 보호받는 임차인에 비하여 임대인은 악의적인 임차인에 대하여 아무런 보호대책이 없거나 비용이 많이 드는 대책밖에 없다고 할 수 있다. 이는 무기대응의 원칙상 매우 불합리한 것이다. 그러므로 특정동산의 명도나 인도, 부동산의 명도나 인도청구에까지 집행증서의 활용범위를 확대하고, 이와 함께 공증인의 교시의무를 도입하는 것이 타당하다. 