

부동산 인도와 관련한 사전 분쟁예방제도로서의 집행증서에 대한 소고

장 재 형

안하대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사

1. 서론

건물이나 토지 등 부동산의 인도와 관련한 현행 분쟁해결 방법으로서 가장 전형적인 것은 법원에 의한 집행권원의 취득과 이에 기한 강제집행이다. 현재 집행권원의 취득을 위한 일반적인 방법으로서 민사소송으로서 통상소송절차로서 판결절차 이외에 제소전 화해, 조정 등이 있다.

그 중에서도 토지나 건물 등 부동산의 인도청구권에 관한 법률행위에 대하여 판결절차를 거치지 않고 간편히 집행권원을 얻는 방편으로 주로 법원의 제소전 화해가 실무상 활발히 이루어지고 있다. 그러나 본고에서 검토하는 바와 같이 위와 같은 제소전 화해의 실무는 재판상 화해의 법리상 그 신청 요건에 있어서 적지 않은 문제점을 내포하고 있고, 나아가 그 효력에 있어서도 준재심에 의하지 않는 한 이를 반복할 수 없어 사후 구제에 있어서 극히 경직되어 부당한 결과를 시정하기가 어렵다.

한편 공증사무는 국가사무로서 예방사법의 중요한 기능을 함에도 부동산 거래 등 각종 분야에 활용도가 상당히 저조한 실정이다. 따라서 이러한 공증제도를 활성화하여 분쟁을 사전에 예방하고, 사회비용을 절감하며 선진적인 법률문화를 조성할 것이 요청된다.

현행법상 집행증서는 공증인이 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서, 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 공정증서는 집행권원이 될 수 있다(민사집행법 제56조 제4호). 그리고 어음·수표에 첨부하여 강제집행을 인낙한다는 취지를 적어 작성한 공정증서도 집행권원이 될 수 있다(공증인법 제56조의2). 그러나 집행증서의 대상범위는 위와 같이 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 한정되어 있고, 특정유체동산의 인도청구라든지 토지나 건물의 인도청구와 같은 특정물의 급부를 목적으로 하는 청구에 관하여는 집행증서가 인정되지 않고 있다.

그런데 최근 독일에서는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여에 국한하였던 집행증서의 제한을 삭제함으로써 100여 년 만에 독일법제에서의 집행증서를 라틴계 공증체계의 일반적 수준으로 끌어올렸다.

본고는 토지·건물 등 부동산의 인도청구권에 관한 사전 분쟁예방제도로서 공증인법상의 집행증서가 특히 현재 실무상 주로 이루어지고 있는 제소전 화해를 대체할 새로운 방안이 될 수 있는지에 관하여 먼저 제소전 화해의 문제점을 짚어보고 집행증서 일반론을 바탕으로 상호 간의 실증적 비교를 통하여 이를 분석·검토하고, 아울러 이에 대한 비판론도 검토하고자 한다.¹⁾

II. 실증적 분석

1. 접근방식

집행증서 대상의 범위를 토지·건물 등의 인도계약에 확장할 경우 얻을 수 있는 분쟁의 감소·비용의 절약 등 사회경제적 효과에 대한 실증적 분석은 이러한 토지·건물 등의 인도를 둘러싼 분쟁의 해결에 관한 현행 제도를 고찰하고 이를 집행증서 작성과

1) 본고는 논자·전병서 공동의 2011년도 법무부 연구용역 과제인 ‘집행증서 대상의 범위 확대에 관한 개선방안 연구’의 보고서 내용 중 일부를 상당 원용한 것임.

직·간접적으로 비교함으로써 대강을 얻을 수 있을 것으로 보인다.

건물이나 토지 등 부동산의 인도 등과 관련한 현행 분쟁해결 방법으로서 가장 전형적인 것은 법원에 의한 집행권원의 취득과 이에 기한 강제집행이다.²⁾ 현재 집행권원의 취득을 위한 일반적인 방법으로서 민사소송으로서 통상소송절차로서 판결절차 이외에 제소전 화해, 조정 등이 있다.

그러나 민사본안소송과 조정절차에 의한 집행권원의 취득은 먼저 민사본안의 경우 상당한 기간과 비용이 들고 법원의 업무 부담이 가중되고 있으며, 조정의 경우 임의조정의 경우에만 가능하여 실제 효용성이 크게 떨어지고, 양 제도 모두 분쟁의 사후 해결에 그치는 한계가 있어 공증인에 의한 집행증서의 작성과는 그 절차, 방법, 효율 면에서 질적인 차이가 있다. 이에 관하여는 현행 부동산 인도 등에 관한 분쟁해결제도의 실태에서 통계를 기초로 한 개괄적인 분석을 통하여 그 문제점을 검토할 필요가 있다.

다만 제소전 화해의 경우 현재 제도의 운용과 효율성이 거의 공정증서 작성에 의한 그것과 대응하는 것으로 보이므로 그 현행 실태에 관한 집중적인 파악과 상호간의 비교·분석으로써 한층 더 그 사회경제적 효율의 실익을 현실적으로 가늠할 수 있는 것으로 판단된다.

2. 현행 부동산의 인도 등에 관한 분쟁해결제도의 실태

1) 민사본안소송³⁾

2010년도 민사본안사건(소액사건은 제외)을 종류별로 보면 제1심의 경우 전체 293,739건 중 건물명도·철거가 31,326건으로 약 11%를 점하고 있고, 동 사건의 처리 내역은 조정 4,314건, 화해 1,871건(인낙 14건, 소장각하명령 523건, 소각하 35건)으로 사건의 약 20%는 실질적으로 판결에 의한 일도양단식 종결이 아닌 형태로 결론이 나고 있다.

2) 현재 건물·토지의 인도나 반환과 관련한 분쟁이 당사자 사이에 자발적으로 해결되지 않는 경우 집행권원에 의한 강제적인 해결 이외에 달리 다른 방도는 없는 것으로 보인다.

3) 대법원 사법연감(통계) <http://www.scourt.go.kr/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10> 2011.5.5. 17:40 들어 감.

〔 2010년도 민사본안사건 제1심 종류별 건수표 〕

구분	합계	부동산 소유권	건물 명도 철거	(근) 저당권 설정 말소	제3자 이의 청구 이의	공사 대금	사해 행위 취소	구상금	대여금	신용 카드 이용 대금	매매 대금
건수	293,739	18,328	31,326	3,945	9,232	7,928	6,745	29,700	39,043	2,449	19,572

양수금	어음 수표금	임금	임대차 보증금	부당 이득금	보증 채무금	배당 이의	약정금	채무 부존재 확인	손해 배상	기 타
27,175	2,961	4,588	7,015	6,731	2,516	4,617	6,994	7,090	25,559	30,225

〔 2010년도 건물명도철거사건 제1심 처리 내역 〕

구 분	금 년 접 수	처 리											
		합 계	소 장 각 하 명 령	판 결					소 취 하 (간주)	조 정	화 해	인 낙	기 타
				원고승	원고일부승	원고패	각 하	기 타					
건 수	31,326	31,909	523	15,531	1,332	555	35	15	7,332	4,314	1,871	14	397

항소심의 경우에도 전체 민사본안사건 49,274건 중 건물명도 청구가 2,309건으로 약 5%를 점하고 있는데, 고등법원의 경우 429건 중 조정 84건, 화해 26건으로 약 20%, 지방법원의 경우 1,880건 중 조정 274건, 화해 146건으로 약 22%가 역시 제1심과 같은 형태로 그 사건처리가 이루어지고 있다.

〔 2010년도 민사본안사건 항소심 종류별 건수표 〕

구분	합계	부동산 소유권	건물명 도철거	(근) 저당권 설정 말소	제3자 이의 청구 이의	공사 대금	사해 행위 취소	구상금	대여금	신용 카드 이용 대금	매매 대금
건수	49,274	4,364	2,309	578	821	1,812	1,212	2,594	5,158	134	4,241

양수금	어음 수표금	임금	임대차 보증금	부당 이득금	보증 채무금	배당 이의	약정금	채무 부존재 확인	손해 배상	기 타
1,489	322	1,143	1,126	2,521	507	747	1,694	1,117	8,366	7,019

〔 2010년도 건물명도철거사건 고등법원 처리 내역 〕

구 분	금 년 접 수	처 리										
		합 계	각 하 명 령	판 결			소 취 하	상 소 취 하 (간주)	조 정	화 해	인 낙	기 타
				상 소 기 각	파 기 취 소	기 타						
건수	429	429	3	135	98	3	16	63	84	26	-	1

〔 2010년도 건물명도철거사건 지방법원 처리 내역 〕

구 분	금 년 접 수	처 리										
		합 계	각 하 명 령	판 결			소 취 하	상 소 취 하 (간주)	조 정	화 해	인 낙	기 타
				상소 기각	파기 취소	기 타						
건수	1,880	1,905	22	597	282	7	65	506	274	146	-	6

한편 임대차보증금 사건도 제1심의 경우 7,015건으로 전체 사건 293,739건의 약 2.4%, 항소심의 경우 1,126건으로 전체 사건 49,274건의 약 2.3%에 달하는 적지 않은 비중을 차지하고 있고, 그 처리 내역도 아래 표에서 보는 바와 같이 제1심의 경우 무려 약 42%, 항소심의 경우에도 약 30~33%가 조정과 화해로 종결되고 있다.

〔 2010년도 임대차보증금사건 제1심 처리 내역 〕

구 분	금 년 접 수	처 리											
		합 계	소장 각하명령	판 결					소 취 하 (간주)	조 정	화 해	인 낙	기 타
				원고 승	원고 일부 승	원고 매	각 하	기 타					
건수	7,015	7,025	85	2,495	633	349	18	2	1,335	1,367	599	4	138

〔 2010년도 임대차보증금사건 고등법원 처리 내역 〕

구 분	금 년 접 수	처 리										
		합 계	각 하 명 령	판 결			소 취 하	상 소 취 하 (간주)	조 정	화 해	인 낙	기 타
				상소 기각	파기 취소	기 타						
건수	264	252	-	77	58	1	8	30	63	13	-	2

〔 2010년도 임대차보증금사건 지방법원 처리 내역 〕

구 분	금 년 접 수	처 리										
		합 계	각 하 명 령	판 결			소 취 하	상 소 취 하 (간주)	조 정	화 해	인 낙	기 타
				상소 기각	파기 취소	기 타						
건수	862	851	2	255	158	-	28	122	173	109	-	4

결론적으로 법원의 전체 사건 가운데 현재 제1심 법원의 경우 약 2%, 항소심의 경우 약 1%가 건물명도 등과 관련하여 조정이나 화해로 종결되므로 이를 판결에 의하지 않고 사전 예방적으로 해결하여 법원의 사건 부담을 덜어 줄 필요성이 있고, 더구나 건물명도 등 사건과 관련하여 임대차관계에 있어서는 임차인의 임차보증금반환청구는 임대인측의 건물명도청구와 더불어 동시에 일거에 해결할 수 있는 점에서 임차건물의 명도·철거의 분쟁에 관한 한 상당부분이 사전예방에 의한 분쟁해결이 바람직하고, 결과적으로 법원의 사건 부담을 상당히 줄일 수 있을 것임을 시사하고 있다.

2) 조정⁴⁾⁵⁾

2010년도 조정신청에 의한 민사조정사건은 전체가 10,166건으로 그 중 조정 성립은 1,798건, 조정에 갈음하는 결정은 1,887건, 조정 불성립은 2,214건, 취하가 3,623건, 기타 1,329건이나, 조정에 대한 이의신청이 388건, 이의신청 취하 또는 각하가 7건, 조정갈음결정의 직권취소가 20건으로 결국 실제 조정으로 종결된 것은 3,284건(조정 성립 1,798건 + 조정 갈음결정 1,486건)으로 조정에 의한 분쟁 해결은 약 32%이다.

〔 2010년도 민사조정사건 조정신청 〕

구 분	금 년 접 수	처 리						이의신청 및 직권취소		
		합 계	조정 성립	조정에 갈음 하는 결정	조정 불성립	취하	기타	이의 신청	이의 신청 취하 또는 각하	조정 갈음 결정의 직권 취소
건수	10,166	10,761	1,798	1,887	2,124	3,623	1,329	388	7	20

한편 민사조정사건의 처리기간은, 소송 중 조정 회부와 위 조정신청에 의한 경우를 포함하여 전체적으로 16,247건 중 즉일 67건, 14일 이내 1,339건, 1월 이내 2,029건, 2월 이내 5,379건, 3월 이내 3,847건, 6월 이내 3,031건, 6월 초과 555건으로 전체 사건의 반 정도는 2월 이내에 처리되고 있다.

4) 조정에는 여러 제도에 의한 것이 많은데, 부동산 인도 등에 관한 조정은 법원에 의한 조정이 주된 것으로 그 중에서도 제소 후 소송 중 조정 회부에 의한 경우(조정위원회의 조정 포함)는 제외하고 처음부터 민사조정법에 따른 조정신청에 의한 것만을 대상으로 한다.

5) 대법원 사법연감(통계) <http://www.scourt.go.kr/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10> 2011.5.23. 13:20 들어 감.

〔 2010년도 민사조정사건 처리기간별 건수표 〕

기간	합계	즉일	14일 이내	1월 이내	2월 이내	3월 이내	6월 이내	6월 초과
건수	16,247	67	1,339	2,029	5,379	3,847	3,031	555

3) 제소전화해의 실태⁶⁾

서울중앙지방법원의 2010년 1년간의 제소전화해사건의 내용을 사건의 종류에 따라 분류하면 아래 표와 같은데, 물건 등 인도청구와 관련한 사건은 총 11,010건 중 8,722건으로 전체 사건의 약 80%를 차지하고 있고, 특히 건물 명도가 8,492건으로 전체의 약 77%, 토지 인도가 206건으로 약 1.9%, 즉 건물·토지의 명도·철거사건이 전체의 약 80%를 차지하고 있는 점을 알 수 있다.

〔 서울중앙지방법원 2010년도 제소전화해 사건의 종류별 현황 〕

사건의 종류	접 수	사건의 종류	접 수
대여금	9	소유권이전등기청구권	3
유체동산인도	24	공유물분할	158
건물명도	8,492	임대차보증금	51
토지인도	206	기타	1,967
소유권이전등기	96		
소유권말소등기	4	합계	11,010

6) 사법연감 등 각종 통계자료상의 내용이 상세 분류가 되어 있지 않고 전국적인 법원의 실태자료도 집계
가 현실적으로 한계가 있어 주로 서울중앙지방법원, 인천지방법원 등을 중심으로 조사한 것이다.

4) 각 집행권원에 의한 강제집행의 현황

한편 전국 법원의 2010년도 집행권원별 강제집행 사건은 아래 표와 같은데, 전체 강제집행 사건 수는 총 168,576건인데 그 중 공정증서에 의한 것은 모두 18,992건으로 약 11.27%를 점하고 있다.

이는 강제집행에까지 이르는 분쟁의 종국적인 해결에서도 판결이나 조서 등 재판에 의한 집행에 비하여 공증의 집행증서에 의한 경우가 상당한 비중의 역할을 담당하고 있다는 사실을 보여 주고 있다.

〔 민사집행사건 중 집행권원별 사건수 및 비율 〕

집행관사무소	전체건수	판결 / 조서		공정증서	
		사건수	비율	사건수	비율
서울중앙지방법원	12,104	10,448	86.32	1,656	13.68
서울동부지방법원	5,782	5,020	86.82	762	13.18
서울남부지방법원	6,810	6,794	99.77	16	0.23
서울북부지방법원	5,266	4,516	85.76	750	14.24
서울서부지방법원	4,306	4,076	94.66	230	5.34
의정부지방법원(지원포함)	12,608	11,623	92.19	985	7.81
인천지방법원(지원포함)	15,777	13,543	85.84	2,234	14.16
수원지방법원(지원포함)	26,231	22,429	85.51	3,802	14.49
춘천지방법원(지원포함)	4,157	3,857	92.78	300	7.22
청주지방법원(지원포함)	4,619	4,467	96.71	152	3.29
대전지방법원(지원포함)	10,958	10,386	94.78	572	5.22
대구지방법원(지원포함)	14,214	12,086	85.03	2,128	14.97
부산지방법원(지원포함)	12,830	11,394	88.81	1,436	11.19
울산지방법원	4,933	4,926	99.86	7	0.14
창원지방법원(지원포함)	8,572	7,217	84.19	1,355	15.81
광주지방법원(지원포함)	11,749	10,042	85.47	1,707	14.53
전주지방법원(지원포함)	5,811	5,131	88.30	680	11.70
제주지방법원	1,849	1,629	88.10	220	11.90
	168,576	149,584	88.73	18,992	11.27
※ 집행관사무소에 신청한 사건수임					

3. 현행 제소전화해제도의 실상과 문제점

1) 제도상의 문제

① 의의

분쟁의 해결수단으로서 화해는 대단히 중요한 제도이고 이를 위해 민사소송법상 서면화해제도 및 화해권고결정제도, 소송촉진 등에 관한 특례법의 민사화해제도 등 이를 활성화하는 노력이 계속되고, 조정과 같이 재판상화해가 성립된 것으로 보는 화해간주도 있다. 그러나 화해는 기본적으로 당사자들이 서로 양보하여 그들 사이의 다툼을 끝낼 것을 약정함으로써 성립하는 민법상의 계약으로(민법 제731조⁷⁾) 화해가 성립하기 위해서는 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼이 있어야 하고, 서로 양보하여야 하며, 다툼을 그만두기로 합의하여야 한다. 이러한 화해를 소송법적으로 유효하게 하는 제도가 재판상화해로서 소송상 화해와 더불어 제소전화해가 있는 것이다.

② 입법론상 문제점

현행 민사소송법 제385조 제①항⁸⁾은 현존하는 민사상의 다툼을 전제로 하는데, 현재 제소전화해의 실무는 이미 당사자 사이에 성립된 다툼 없는 계약내용을 조서에 기재하여 재판상화해를 성립시키기 위해 이용되고 있다. 따라서 이 경우의 법원의 역할은 화해의 알선권고가 아니라 당사자 사이에 성립된 계약에 대한 확인-단지 공증적 역할을 함에 그치고 있다.⁹⁾ 즉 현행 공증인법상 집행증서의 대상에 포함되어 있지 않은 임대건물명도 등에 있어서 공정증서의 대용물로 제소전화해가 많이 이용되고 있다.

7) 민법 제15절은 ‘화해’라는 제하에 제731조(화해의 의의)에서 화해는 당사자가 상호양보하여 당사자 간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기고, 제732조(화해의 창설적 효력)에서 화해계약은 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 효력이 있으며, 제733조(화해의 효력과 착오)에서 화해계약은 원칙적으로 착오를 이유로 하여 취소하지 못하나, 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 가능한 것으로 각 규정하고 있다.

8) 민사소송법 제385조(화해신청의 방식)는 제①항에서 민사상 다툼에 관하여 당사자는 청구의 취지·원인과 다툼의 사정을 밝혀 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원에 화해를 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

9) 이시윤, 신민사소송법 제4판, 박영사(2009), 527면.

제소전 화해는 이밖에도 종래 금전소비대차의 채권자가 폭리행위를 해놓고 이를 집행권원으로 만들기 위해 악용하여 왔으며, 판례가 제소전 화해조서에 무제한집행력을 따름을¹⁰⁾ 기화로 강행법규의 탈법을 합법화시키고 뒤에 재판상 다투는 길을 봉쇄하는 방편으로 이용되고 있어 제소전 화해가 원래의 제도외적 목적으로 남용되는 면이 많아¹¹⁾ 그 존치가 해석론적으로는 물론 입법론적으로도 재검토가 필요하다는 지적이 대부분이다.¹²⁾

이와 관련하여 독일이 1990년 사법간소화개정법(Rechtspflegevereinfachungsgesetz)에 의하여 창설한 변호사화해(Anwaltsvergleich)의 도입을 주장하는 견해도 있다.¹³⁾ 이는 소송을 회피하고 신속하게 집행권원을 획득할 수 있게 하기 위하여 고안된 제도로써, 양 당사자가 모두 변호사를 소송대리인으로 선임한 경우에, 양 당사자와 양 쪽 변호사가 화해계약서에 서명을 하고, 채무자가 즉각적 강제집행을 수락하는 의사표시를 한 때에는 그 화해계약서에 집행력을 인정하는 것이다(독일 민사소송법 1044b I). 이 경우에는 계약서를 관할법원에 보관하여야만 집행이 가능하다(독일 민사소송법 1039). 그러나 당사자가 합의하는 경우에는 관할법원 대신에 관할법원의 관내에 있는 공증인에게 보관시킬 수 있다(독일 민사소송법 1044b II). 이 제도는 소 제기 전에도 소송계속 후에도 이용할 수 있다.

한편, 일본에서는 제소전 화해 신청은 상대방 보통재판적 소재지를 관할하는 간이법원에 할 수 있다(일본 민사소송법 275조). 간이법원의 특례절차에 그친다.

10) 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1565 판결; 동 1992. 11. 27. 선고 92다8521 판결.

11) 그밖에 현재 가등기에 기한 본등기이전이나 공유부동산의 분할 등을 위한 편법으로 이용되고 있는 실정이다.

12) 이시윤, 신민사소송법 제4판, 박영사(2009), 527면; 송상현·박익환, 민사소송법 신정 5판, 박영사(2008), 503면; 진성규, “제소전 화해의 실태와 문제점”, 부동산거래의 제문제(1979), 299면; 이재성, “강행법규위반의 소송상 화해의 효력”, 사법행정 13권 10호(1972), 19면 이하; 윤경, 주석신민사소송법(2004), 514면; 강현중, 민사소송법 제6판, 박영사(2004), 630면; 호문혁, 민사소송법 제8판, 박영사(2010), 753면

13) 정동윤·유병현, 민사소송법 제3판 보정판, 법문사(2010), 653~645면.

③ 해석론상 문제점

제소전화해의 경우에도 민사소송법 제385조 제1항에 따라 그 권리관계에 다툼이 있어야 하는데, ‘민사상 다툼’이 현실의 분쟁이 있을 것을 요하는지(현실분쟁설¹⁴⁾), 아니면 장래의 분쟁가능성이 있으면 족한지(장래분쟁설¹⁵⁾)에 관하여 논란이 있다. 입장에 따라 ‘다툼’의 의의를 넓게 또는 좁게 해석하게 된다.

우리 하급심의 결정에서 이에 관한 명백한 문제 인식에 기초한 각하 결정이 수차례 있었고¹⁶⁾, 이에 대한 항고심의 결정은 서로 엇갈리고 있다.¹⁷⁾

제1심 각하 결정 중 하나(서울중앙지법 2010자432 결정)의 이유를 예시하면 “민사소송법 제385조는 민사상 다툼에 관하여 당사자는 다투는 사정을 밝혀 제소전 화해신청을 하도록 되어 있고, 같은 법 제388조는 화해가 성립하지 않으면 신청인은 소제기신청을 할 수 있고, 그 경우 화해신청시 소가 제기된 것으로 본다”고 한다. 위의 규정들의 문언 그리고 (1) 민사소송법상의 재판상 화해와 제소전 화해는 그 성질과 효력은 동일하고 단지 성립의 시기가 소제기 이후인지 소제기 이전인지에 차이가 있을 뿐이므로, 재판상 화해와 마찬가지로 제소전화해신청도 신청인과 피신청인 사이에 법률적 분쟁이 있는 경우에만 허용된다고 봄이 마땅한 점, (2) 화해와 함께 대안적 분쟁해결제도의 하나인 조정에 관하여 민사조정법 제1조, 제2조 역시 ‘민사에 관한 분쟁’을 조정신청의 요건으로 명시하고 있는 점, (3) 민사소송법상 법원이 당사자 사이에 합의된 약정을 공증하여 주거나 당사자 사이에 합의된 약정에 집행력을 부여해주는 기관임을 규정한 법률조항은 그 어디에도 존재하지 않는 점, (4) 제소전화해가 성립한 경우에는 당사자들은 준재심의 소를 제기할 수 있는 민사소송법 제451조의 제한적인 사유들을 제외하고는 그 어떤 이유로도 제소전화해조서의 내용을 다룰 수 없는데, 임대차계약을 체결하고서 임대인이 임차인을 상대로 신청하는 제소전 화해신청은 임차인에게 현저하게 불

14) 이시윤, 앞의 책 530면; 김홍엽, 민사소송법 제2판, 박영사(2011) 702면; 강현중, 앞의 책 629면; 호문혁, 앞의 책 754면.

15) 송상현 · 박익환, 앞의 책 504면; 정동윤 · 유병현, 앞의 책 654면.

16) 서울남부지방법원 2009. 12. 10.자 2009자187 결정(항고); 서울중앙지방법원 2010자222 결정(항고), 같은 법원 2010자717 결정(항고); 같은 법원 2010자432 결정(확정); 같은 법원 2010자466 결정(확정); 같은 법원 2010자675 결정(확정); 같은 법원 2010자872 결정(확정).

17) 항고 기각; 서울중앙지방법원 2010라656 결정(확정, 원심은 같은 법원 2010자222 결정), 같은 법원 2010라774 결정(확정, 원심은 같은 법원 2010자717 결정); 항고 인용, 서울고등법원 2010라28 결정(확정, 원심은 서울남부지방법원 2009자187 결정)

이익한 내용으로 또는 민법, 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법 등에서 임차인을 보호하기 위하여 만든 강행규정에 반하는 내용으로 신청취지가 작성되는 경우가 많으므로, 법원에서 그 요건을 엄격하게 심사하지 않는다면, 법원의 재판이 사회상규나 입법부가 정한 법률에 반하는 행위를 법률적으로 정당화하는 도구로 전락할 위험이 상존하는 점, (5) (신청인의 신청취지를 장래의 이행을 구하는 것으로 선행한다고 하더라도) 민사소송법 제251조의 장래의 이행을 청구하는 소는 장래의 강제집행의 곤란에 대비하기 위한 것이 아니라 채무자가 미리부터 채무의 존재를 다투기 때문에 이행기가 도래하거나 조건이 성취되었을 때에 임의의 이행을 기대할 수 없는 경우에만 가능한 소송인 점, (6) 임대차계약을 체결하고서 임대인이 임차인을 상대로 신청하는 제소전 화해신청 사건에서 임대인이 임대차계약체결 시 임차인의 차임지급의무의 이행지체나 이행불능 및 이에 기한 원상회복청구나 명도청구에 따른 임대인의 손해배상채권을 담보할 목적으로 임차인으로부터 보증금을 수수하는 것이 상례인 점 등의 사정들을 종합하면, 임대차계약을 체결하면서 혹은 체결한 후 당사자 사이에 법적 분쟁이 없음에도 장래에 혹시 있을지도 모를 분쟁을 사전에 예방하거나 방지하기 위함이라는 이유로 한 제소전 화해신청은 부적법하다고 할 것이다. 이 사건으로 돌아와 보건대, 이 사건 신청서에는 당사자 사이에 다투는 사정에 관한 기재가 없고, 신청원인에 의하더라도 이 사건 신청은 당사자 사이에 발생한 법률적 분쟁에 관한 것이 아니라, 현재 당사자 사이에 다툼이 없이 합의된 사항들 또는 장래에 혹시 있을지도 모르는 사항들에 관한 것임이 명백하고, 민사상 다툼의 존부에 관하여 석명하고 이에 따라 신청원인과 신청취지를 보완 또는 정정하라는 이 법원의 명령에도 신청인이 응하지 아니하였으므로, 이 사건 신청은 부적법하여 이를 각하한다.”라고 하고 있고,

이를 그대로 유지하여 항고 기각한 항고심의 결정의 하나(서울중앙지법 2010라774 결정)는 그 이유에서 “민사소송법상 제385조 제1항에 따라 ‘민사상 다툼에 관하여 당사자는 청구의 취지·원인과 다투는 사정을 밝혀’ 제소전 화해신청을 할 수 있는데, 여기서 말하는 ‘민사상 다툼’에는 현재의 권리관계에 다툼이 있는 경우는 물론이고 장래의 권리관계에 다툼이 있는 경우도 포함된다. 그러나 민사소송법 제388조 제1항에서는 제소전 화해가 성립되지 아니한 경우 당사자는 소제기신청을 할 수 있고, 같은 조 제2항에서는 적법한 소제기신청이 있으면 화해신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 본다”고 하고 있는 점, 민사소송법 제251조에서는 장래에 이행할 것을 청구하는 소는 미리 청구

할 필요가 있어야 제기할 수 있다고 하고 있는 점에 비추어 볼 때, 장래의 권리관계에 대한 다툼을 피하기 위해 제소전 화해신청을 하려면, 장래에 다툼이 발생할 수 있다는 것만으로는 부족하고, 적어도 당사자 사이에 권리관계의 존부, 범위, 태양 등에 관하여 현실로 다툼이 있어서 미리 소송을 제기할 수 있을 정도에 이르러야 한다. 이 사건에 관하여 보건대, 항고인은 피신청인과 사이에 현재 민사상 다툼이 없음에도 단지 미리 집행권원을 얻기 위하여 제소전 화해신청을 하였는바, 그러하다면 위 법리에 비추어 볼 때 항고인의 이 사건 제소전 화해신청은 그 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하므로 이를 각하한 제1심 결정은 정당하다.”라고 설시하고 있다.

반면에 소각하결정에 대한 항고를 인용하여 파기·환송한 서울고등법원 2010. 6. 1. 자 2010라28 결정은 그 이유에서 “㉠ 제소전 화해는 일반 민사 분쟁이 소송으로 발전하는 것을 방지하기 위하여 소제기 전에 당사자 사이에 화해를 성립시키는 절차를 말하는데, 당사자는 민사소송법 제385조에 따라 민사상 다툼에 관하여 청구의 취지·원인과 다투는 사정을 밝혀 제소전 화해를 신청할 수 있는바, 이 경우 제소전화해의 성질 및 제도적 취지 등에 비추어 다투는 사정의 요건을 지나치게 좁게 해석해서는 아니 되며, 권리의 존부와 범위 등에 관한 직접적인 분쟁이 현존하고 있는 경우뿐만 아니라, 당사자 사이에 위와 같은 분쟁이 있었다가 의사가 근접한 경우나 여러 사정에 비추어 장래에 분쟁이 발생할 가능성이 있는 경우 등까지 포함하는 것으로 해석함이 상당하다. ㉡ 기록에 의하면 신청인이 목적 부동산을 피신청인에게 임대하는 과정에서 피신청인이 위 부동산의 현상을 변경함에 따라 당사자 사이에 권리관계에 관하여 분쟁이 야기된 사정 등이 소명되는바, 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건은 제소전화해의 대상이 되는 민사상 다툼이 있는 경우에 해당된다고 볼 것이다(제1심 법원은 신청서의 화해조항에 의하면 피신청인의 계약상 지위가 현저하게 불리하게 되어 있다고 적시하고 있으나, 제소전 화해에 있어 법원은 당사자가 작성한 화해조항을 수동적으로 확인하여 주는 역할에 그치지 않고, 심리를 통해 강행법규에 위배되거나 임차인의 권리를 부당하게 제한하는 규정에 관하여 청구취지의 정정을 명하는 등의 방법으로 이를 합리적으로 조정할 수 있으므로, 위와 같은 사정만으로 이 사건 신청이 보정할 수 없는 흠결이 있는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다). ㉢ 이 사건 신청은 제소전화해의 신청 요건을 구비하여 적법함에도, 제1심 법원은 화해기일을 통해 그 본안에 관하여 살펴봄이 없이 이를 각하하고 말았다.”고 설시하고 있다.

그러나 건물이나 토지의 명도·인도에 관한 집행증서의 작성이 불가능한 현실에서 현재 대부분의 법원에서는 ‘민사상 다툼의 존재’에 관하여 완화 해석한 위 서울고등법원 결정의 견해를 좇아 종전처럼 제소전화해의 재판 실무가 계속되어 지고 있는 실정이다.

2) 당사자 구제상의 문제

제소전 화해조서는 확정판결과 같은 효력을 가지는 것으로(민사소송법 제220조), 집행력과 형성력을 가진다.

종래 소송상화해의 법적 성질에 관하여 학설의 주류는 1개의 행위로 민법상의 화해계약임과 동시에 소송행위인 성질을 갖춘 경합된 행위라는 양행위경합설(양성설)의 입장이나, 우리 판례의 주된 태도는 민법상의 화해계약과는 본질상 전혀 다른 소송행위로서 소송법의 원칙에 따라 규율되고 민법상의 화해계약에 관한 규정의 적용은 배제되는 것이라는 소송행위설의 입장이다. 그러나 소송행위설은 재판상화해가 소송종료의 의사와 사법상의 분쟁해결 결과가 밀접불가분의 관계에서 결합되어 있는 점을 간과하고, 조건이나 기한의 부관을 붙여 분쟁을 유연성 있게 해결하는데 장애가 되며, 해제에 의하여 실효시켜 종료된 소송을 다시 부활시키거나 강행법규위반, 반사회질서, 불공정한 행위 및 사기, 강박 따위의 실체법상의 무효, 취소 사유가 있어도 화해의 효력에 아무런 영향이 없고, 더구나 소송상화해의 효과에 관하여 무제한기판력설과 연결되어 화해조서는 확정판결과 마찬가지로 제한 없는 기판력이 생겨 다시 다툴 수가 없다고 하여 화해가 탈법수단으로 악용되어도 속수무책이 된다는 비판을 받고 있다.

판례는 제소전 화해에 관하여도 기판력에 있어서 소송상화해의 법리와 다를 바 없다고 하여 전면적으로 무제한으로 긍정하고 있고¹⁸⁾¹⁹⁾, 창설적 효력도 인정하고 있다.²⁰⁾

18) 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 전원합의체 판결; 동 1970. 7. 24. 선고 70다969 판결; 동 1984. 8. 14. 선고 84다카207 판결; 동 1990. 3. 17.자 90그3 결정; 동 1990. 12. 11. 선고 90다카24953 판결; 동 2000. 3. 10. 선고 99다67703 판결; 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2006헌마1322 전원재판부 결정.

19) 다만 판례는 소송행위설을 취하면서도 화해조항 자체에 실효조항을 정한 경우에는 그 조건성취로써 화해의 효력이 실효된다고 하고(대법원 1996. 11. 15. 선고 94다35343 판결; 동 1993. 6. 29. 선고 92다56056 판결; 동 1988. 8. 9. 선고 88다카2332 판결), 또한 상법의 강행법규에 위반하여 이루어진 자기주식의 취득을 내용으로 하는 화해조서와 주권발행 전의 주식양도에 관한 화해조서의 기판력을 부인하였는데(대법원 1964. 11. 12. 선고 64마719 판결; 동 1970. 3. 10. 선고 69다1812 판결; 반대의 판례도 있다), 이는 판례의 소송행위설이나 기판력긍정설의 입장과 배치되는 것이다.

20) 대법원 1980. 7. 8. 선고 80다899 판결; 동 1982. 4. 13. 선고 81다531 판결; 동 1981. 8. 25. 80다2645 판결; 동 1988. 1. 19. 85다카 1792 판결.

따라서 제소전화해의 경우 화해의 성립과정의 실제법상의 하자를 이유로 다룰 수 없고 오로지 제심사유에 해당하는 경우에 한하여 민사소송법 제461조의 준제심의 소에 의한 구제의 길밖에 없다.²¹⁾ 민사소송법 제451조의 제심사유 11개 중 화해의 경우에 해당하는 것은 제2호의 제척이유, 제3호의 소송능력·대리권의 흠, 제4호의 법관의 직무상 범죄, 제5호의 형사상 처벌 받을 타인의 행위로 인한 때, 제10호의 전의 화해에 어긋나는 화해 때의 5가지 정도인데, 이에 의한다면 화해의 흠에 대한 구체책이 거의 봉쇄되게 된다. 법적 안정성을 지나치게 강조한 나머지 이에 기판력을, 더구나 무제한적으로 인정함으로써 당사자가 실제법상의 하자를 다투어 통상의 재판절차에 의한 법원의 판단을 받는 길을 막는 것은 헌법 제27조 위반의 소지가 있을 수도 있다.²²⁾

이처럼 제소전 화해는, 집행력을 가지는데 불과한 공정증서와 비교하여 당사자의 구제를 더욱 어렵게 만들고 있는 것은 물론, 앞에서 본 바와 같은 현재의 제소전화해의 실무상 이용 현황을 참작하면 상호 형평에도 어긋난다. 이와 관련한 비판의 목소리도 있었다.²³⁾

한편 위와 같은 차이 이외에는 당사자의 구제에 있어서 강제집행법의 법리상 집행문 부여의 소, 집행문부여 이의의 소, 청구이의의 소 등의 구체책은 집행증서나 제소전 화

21) 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다44014 판결.

22) 헌법재판소 1996.3. 28. 선고 93헌바27 결정 참조.

23) 법률신문 기사[2010-05-21/ <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=52528&kind=2011.6.11.15:40> 들어감.

『법원 제소전화해 운영에 허점

‘당사자간 합의’ 내용 불공정행위도 그대로 인정

“법원 내용심사 형식적… 도장만 찍어주는 公證역할” 비판

재판부, 화해조서 작성前 독소조항 등 걸리 주는 역할해야

서울 강남에서 상가를 빌려 게임장을 운영하다 경기불황으로 임대료가 석달이나 밀린 J(46)씨는 가게 문을 닫으려다 더 큰 곤경에 빠졌다. 상가주인에게 보증금을 돌려달라고 했다가 1억 원 가량을 때일 위기에 처한 것이다. 상가임차계약 당시 임대인과 맺었던 제소전화해가 화근이었다. J씨는 보증금 2억 원에 월세 2,000만 원을 내는 조건으로 가게를 빌렸다. 하지만 주인은 여기에 덧붙여 월세 지연 등으로 인한 법적 분쟁을 미리 막는다며 ‘60일 이상 부동산의 차임지급을 연체하면 부동산을 즉시 임대인에게 명도하고, 차임 지급이 단 하루만 늦어도 월세의 30분의 1 비율로 연체차임을 부담한다’는 내용의 제소전화해에 동의할 것을 요구했다. J씨는 연체차임이 한달 월세에 맞먹는 2,000만 원이나 되는 등 화해내용이 마뜩잖지만 빨리 가게를 빌려야만 해 ‘별 일이야 있겠나’ 하는 마음으로 합의했고, 법원에서 화해조서도 작성했다. 그러나 이 화해조서는 얼마 못가 불행의 씨앗이 되고 말았다.

억울한 심정에 법원을 찾았지만 1,2심은 “제소전화해조서는 확정판결과 같은 효력이 있어 당사자 사이에 기판력이 생기는 것이므로 그 내용이 강행법규에 위반된다 해도 준재심절차에 의해 취소되지 않는 한 그 화해가 무효라는 취지의 주장은 할 수 없다”는 대법원 판결(92다19033 등)을 들어 J씨에게 패소판결을 내렸다. 실의에 빠진 J씨는 마지막 기대를 걸고 최근 대법원에 상고했다. J씨는 상고이유서에서 “과도한 연체차임을 정한 화해내용을 법원이 그대로 인정하는 것은 정의관념에 반한다”며 “패소판결을 내린 하급심이 참조한 대법원 판례의 변경이 필요하다”고 호소했다.

당사자 합의를 통해 민사분쟁이 소송으로 이어지는 것을 미연에 막고 신속한 분쟁해결을 도모하는 제소전화해제도가 운용상의 허점을 드러내고 있어 서민들을 울리고 있다. 경제적으로 우월한 지위에 있는 임대인 등이 분쟁에 대비해 자신에게 절대적으로 유리한 내용의 제소전화해를 임대차계약 당시 임차인에게 강요하는 등 악용 사례가 발생하고 있지만, 법원이 심리과정에서 이같은 독소조항들을 제대로 걸러내지 못하고 있기 때문이다. 특히 당사자 사이에 합의가 이뤄졌다는 이유만으로 불공정한 법률 행위 등 강행법규에 반하는 화해조항까지 법원에서 그대로 인정해줘 판사가 화해조서에 ‘도장만 찍어주는 역할’을 하고 있다는 비판이 제기되고 있다.

이 때문에 법조계에서는 제소전화해제도가 판결을 면탈하고 집행권원을 확보하려는 임대업자 등에게 절대적으로 유리한 제도로 전락하지 않을까 우려하는 목소리가 높다. 법률가들은 “판사들이 화해 내용에 불공정한 내용이 있는지, 당사자들이 그러한 내용을 모두 숙지하고 있는지 등을 꼼꼼히 점검할 필요가 있다”고 지적하고 있다.

◇ 당사자 합의 통한 예방적 분쟁해결 수단 ‘제소전화해’

제소전화해제도(민사소송법 제385조 등)는 민사분쟁이 소송으로 이어지는 것을 막기 위해 당사자들이 미연에 법원에서 ‘화해’하는 절차를 말한다. 제소전화해를 원하는 당사자들이 관할 법원에 신청하면 법원이 당사자를 불러 심리절차를 거친 후 화해 성립여부를 결정한다. 당사자가 1회 불출석하면 심리기일을 연기하고 2회 불출석했을 때는 화해불성립으로 종결된다. 만약 화해가 성립되면 법원이 화해조서를 작성하는데 이 화해조서는 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 집행권원이 되기 때문에 분쟁시 소송을 거치지 않고도 이를 근거로 곧바로 집행할 수 있다. 또 당사자가 준재심을 거치지 않고서는 그 효력을 다룰 수 없는 등 종국적인 분쟁해결기능도 갖고 있다. 이처럼 소송을 통하지 않고도 사전에 간편하게 확정판결과 동일한 집행권원을 확보할 수 있기 때문에 임대차계약의 당사자 등 국민들이 실생활에서 많이 활용하고 있다.

◇ 법원, ‘당사자 합의’ 이유 형식적 심사 그치는 경우 많아

하지만 문제는 제소전화해 내용을 심리하는 판사가 당사자 합의를 이유로 형식적 심사만 하는 경우가 많다는 데 있다. 화해내용을 제대로 점검하지 못한 채 무조건적인 ‘공증’ 역할에 그치는 경우가 종종 있다는 것이다. 중견 로펌의 한 변호사는 “제소전화해는 임대차계약 체결시에 많이 활용되는데, 임차인이 월세를 연체하거나 계약기간이 끝나도 건물을 비워주지 않는 등 문제가 생겼을 때를 대비해 건물명도 집행을 손쉽게 하려고 임차인에게 미리 이에 동의할 것을 요구하는 경우가 많기 때문”이라며 “임차인의 경우 다소 불리한 내용이 있어도 이에 응할 수밖에 없는 경우가 많고 한번 화해조서가 작성되면 확정판결과 같은 효력이 생겨 임차인이 차후 다룰 수도 없어 더 큰 문제가 발생하게 된다”고 말했다.

서초동의 한 변호사는 “상대방의 궁박한 상태를 이용하거나 연 1,200%의 연체차임부과 등 당사자 일방에게 현저히 불공정한 내용의 강행법규를 위반한 화해조항도 법원이 당사자 합의라는 이유로 제대로 걸러내지 못하고 인정해 주는 것은 문제”라며 “제소전화해를 담당하는 민사신청 단독 판사들의 경우 대개 경력도 짧고 일부 판사들은 화해조항내용을 제대로 검토해 보지도 않고 당사자들이 써오는 내용 그대로 인정하는 경우도 있다”고 비판했다. 이 변호사는 이어 “한번 화해조서가 작성되면 임차인 등이 부당한 화해조항에 대해 다룰 기회마저 봉쇄당해 사회·경제적 약자보호 측면에서도 문제가 있다”고 강조했다.

해나 하등 다를 바 없다.²⁴⁾ 다만 집행증서의 경우 기관력이 없으므로 채무자가 청구 이의의 소를 제기하는 경우 민사집행법 제59조제3항²⁵⁾에 의하여 동법 제44조제2항²⁶⁾의 적용을 배제하므로 증서 작성 이전의 이유까지 주장하면서 다룰 수 있음은 물론이다.

3) 법원 업무량의 증가와 처리 지연

한국의 실정은 일본의 경우와 대비하여 인구는 1/3정도밖에 되지 않으나, 민사·형사·행정 등 소송 사건 수는 오히려 일본보다 많고, 현재 제소전 화해 신청사건도 매년 증가하는 추세로서 2010년 제소전 화해 사건이 무려 11,010건이나 되고 이로 인하여 제소전 화해 사건 자체는 물론 법원의 전체 업무량이 증가하여 사건 처리에 상당한 기일

◇ 법조계, “불공정 등 독소조항 걸러내도록 재판부 노력 필요

이에 따라 법조계에서는 담당 재판부가 제소전화해에 포함된 불공정조항 등 일방에게 불리한 독소적 내용들을 제대로 걸러내야 한다는 지적이 제기되고 있다.

로펌의 한 변호사는 “제도가 소송으로 가기 전 당사자 합의에 따라 분쟁을 해결한다는데 의미가 있으므로 당사자들의 합의사항을 인정해 주되 재판부가 화해조서를 작성하기 전 심리절차에서 강행법규나 사회상규에 반하는 조항은 없는지 등을 꼼꼼히 따져 걸러주는 역할을 해야 한다”고 주장했다.

재경지법의 한 판사는 “간혹 화해조항의 내용을 잘 살펴보지 않고 당사자가 가져온 내용대로 인정해 주는 사례도 있는 것으로 안다”며 “제소전화해가 성립되면 당사자 사이에 집행권원이 생기는 만큼 판사들이 더욱 신경을 써 내용을 확인할 필요가 있다”고 말했다.

다른 판사는 “대개의 불공정조항이 심리과정에서 걸러지는 것으로 알고 있지만 그렇지 않은 경우도 발생해 안타깝다”며 “판사들이 심리 전 당사자의 제소전화해 내용을 좀 더 꼼꼼히 살펴 일방에게 현저히 불공정한 조항은 없는지 살피고, 문제가 될 만한 내용에 대해서는 타방 당사자에게 설명하고 내용을 제대로 알고 있는지 물어보는 것이 중요하다”고 말했다. 이 판사는 또 “이를 통해 해당 내용을 삭제하거나 적절한 범위로 조정해 어느 한쪽만 일방적으로 불리한 입장에 몰리는 것을 막아야 한다”며 “임차인 등 당사자들도 화해내용을 제대로 숙지하고 자신에게 어떤 영향을 미칠지 신중하게 생각한 다음 제소전화해에 응해야 할 것”이라고 말했다.』

24) 집행증서의 하자과 채무자의 구체책-불복방법에 관하여 상세한 서술은 김능환, “하자 있는 집행증서의 효력”, 재판자료 제71집, 법원도서관, 37~44면 참조.

25) 제59조(공증증서와 집행)

① 공증인이 작성한 증서의 집행문은 그 증서를 보존하는 공증인이 내어 준다.

② 집행문을 내어 달라는 신청에 관한 공증인의 처분에 대하여 이의신청이 있는 때에는 그 공증인의 사무소가 있는 곳을 관할하는 지방법원 단독판사가 결정으로 재판한다.

③ 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

26) 제44조(청구에 관한 이의의 소)

① 채무자가 판결에 따라 확정된 청구에 관하여 이의하려면 제1심 판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다.

② 제1항의 이의는 그 이유가 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것이어야 한다.

③ 이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장하여야 한다.

이 지체되고 있는 것이 현실이다.

따라서 법원의 재판사무량을 줄여주는 측면에서도 이를 대체하거나 보충할 방법으로서는 집행증서의 대상을 확장할 필요가 있다.

[제소전화해사건 년별비교표(2001년~2010년)²⁷⁾]

연도	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
건수	7,102	9,291	9,025	8,081	8,383	8,911	9,585	10,871	10,905	11,010

III. 집행증서 일반론

1. 공증사무

공증인법 제2조에서, 공증인은 당사자 기타 관계인의 촉탁에 의하여 ① 법률행위 기타 사권에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성, ② 사서증서에 대한 인증(2009년 개정 공증인법에서 전자문서 등에 대한 인증 추가), ③ 공증인법 및 그 밖의 법령에서 정하는 공증인이 취급하도록 정한 사무를 처리함을 그 직무로 한다고 규정하고 있다.

위 ③항과 관련하여 채무소멸 또는 계약해소의 부기(법 제35조의 2), 정관의 인증(법 제63조)²⁸⁾, 법인의사록의 인증(법 제66조의 2)²⁹⁾ 등이 공증인법이 정하고 있는 공증인의 권한이다. 그 밖의 다른 법령에서 공증인의 권한으로 규정한 것은 유언증서의 작성

27) 대법원 사법연감(통계) <http://www.scourt.go.kr/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10> 2011.5.27. 13:30 들어 감.

28) 그런데 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사를 상법 제295조 제1항에 따라 발기설립(發起設立)하는 경우에는 정관의 인증을 면제하여 상법 제289조 제1항에 따라 각 발기인이 정관에 기명날인 또는 서명함으로써 효력이 생기고, 공증인의 인증을 받지 않아도 되도록 되도록 상법 제292조 단서를 추가하였다(2009. 5. 28. 법률 제9746호로 상법 일부 개정). 그리고 정관의 인증에 관한 사무를 회사의 본점 소재지를 관할하는 지방검찰청 소속 공증인만이 취급하도록 제한을 한 공증인법 제62조는 2009년 개정 공증인법에서 삭제하였다.

(민법 제1068조, 제1069조 등 참조), 확정일자자의 압날(민법 부칙 제3조 제1항), 공정증서에 대한 집행문의 부여(민사집행법 제56조 제4호, 제59조), 어음 및 수표의 거절증서의 작성(거절증서령 제2조), 주식회사의 설립에 관한 조사보고(상법 제298조 제3항, 제299조의 2, 제310조 제3항, 제313조 제2항), 신탁재산의 표시 등을 들 수 있다.³⁰⁾

2. 공정증서의 작성

공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁에 따라 법률행위나 그 밖의 사건에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성할 권한을 가진다(공증인법 제2조 제1호).

공정증서에는 재산법 관계, 신분법 관계 등의 법률행위에 관한 공정증서와 스스로 실험한 사실관계에 관한 사실실험 공정증서가 있는데, 현재 작성되는 대부분은 법률행위에 관한 공정증서이고, 사실실험 공정증서는 거의 이용되지 않고 있다.

법률행위에 관한 공정증서는 법률행위에 관한 것이라는 점에서는 사서증서와 구별이 없으나, 사서증서는 법률행위를 행한 당사자가 작성한 것인데 대하여, 공정증서는 공증인이 직접 작성한 것이라는 점이 다르다. 공증인이 직접 작성한 것이라는 점에서 공정증서는 성격상 사문서가 아닌 공문서가 되며, 여러 가지 점에서 사문서 보다는 강력한 증거력이 부여된다.

3. 집행증서의 작성

1) 의의

공증인이 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로

29) 그런데 법인 등기를 할 때 일률적으로 총회 등의 의사록을 공증인에게 인증받도록 하던 것을 자본금 총액이 10억 원 미만인 소규모 회사를 발기설립하는 경우에는 창업자들의 신뢰관계를 존중하여 의사록에 대한 공증의무를 면제하여 소규모 회사가 신속하게 창업할 수 있도록 2009. 5. 28. 법률 제9750호로 공증인법 일부 개정(제18차)이 있었다. 그리하여 자본금의 총액이 10억 원 미만인 회사를 상법 제295조 제1항에 따라 발기설립하는 경우 또는 대통령령으로 정하는 공법인이나 비영리법인의 경우에는 법인의사록의 인증을 받지않아도 된다(제66조의2 제1항 단서).

30) 최근 성년후견제의 도입에 따른 민법 개정으로(제959조의14; 2013. 7. 1. 시행) 후견계약 체결의 공정증서 작성과 후견철회의 공증(인증)이 추가되었다.

하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서, 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것은 집행권원이 될 수 있다(민사집행법 제56조 제4호). 그리고 어음·수표에 부착하여 강제집행을 인낙하는 취지를 기재하여 작성한 공정증서도 집행권원이 될 수 있다(공증인법 제56조의 2).

이는 공증제도가 강제집행제도와 연결된 것으로 물론, 집행증서라는 용어를 관련 법률에서 명문으로 정식으로 사용하고 있지는 않지만³¹⁾, 공정증서 가운데 집행력을 가지지 않는 공정증서와 구별하기 위하여 위와 같은 공정증서를 특히 집행증서(vollstreckbare Urkunde)라고 부른다.³²⁾

그런데 위와 같은 기능을 가지는 집행증서의 대상범위가 현행법상으로는 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 한정되어 있고, 특정유체동산의 인도청구라든지 토지인도청구와 같은 특정물의 급부를 목적으로 하는 청구에 관하여는 집행증서가 인정되지 않고 있다.

2) 촉탁

공증사무의 처리, 즉 공정증서의 작성, 사서증서의 인증, 정관의 인증 등을 청구하는 행위를 공증의 촉탁이라고 부른다.³³⁾ 공증인은 정당한 이유가 없는 한, 촉탁을 거절하지 못하는데(공증인법 제4조), 이를 촉탁인수의무라고 한다. 공증인은 당사자 그 밖의 관계인의 촉탁에 의하여 수동적으로 직무를 집행하지만, 정당한 이유가 없는 한, 이 수동적 직무집행을 거절할 수 없다.

촉탁이 대리인에 의하여 이루어지는 때에는 특히 나중에 분쟁이 생길 우려가 많으므

31) 민사집행법 제56조 제4호는 “공증인이 …작성한 공정증서…”라고 하여 ‘집행증서’라는 용어를 사용하고 있지 않다. 또한 공증인법 제56조의 2 제1호는 “강제집행을 인낙하는 취지를 기재한 공정증서”, 동조 제5호는 “집행권원으로 보는 증서” 등의 용어를 사용하고 있을 뿐이다. 다만, 근로기준법 제44조의 3 제1항 제2호에서 “…하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조제4호에 따른 ‘집행증서’…”라고 규정하여 유일하게 집행증서라는 용어를 사용하고 있다.

32) 근대적인 집행증서의 발생은 공증인의 등장과 함께 13세기에 보증증서(instrumentum guarentigiatum)에 행한 채무의 인정이 법원에 의한 채무의 인정과 마찬가지로 본 것에서 시작되었다고 한다. 13세기에 공증인은 증서를 집행력을 나타내는 문장으로 마무리 하였다고 한다. 집행증서의 기원에 대하여는 Vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde(2. Aufl., 2006), S. 5ff.

33) 공증촉탁은 서면에 의하여야 한다는 규정은 없지만, 공증서식 사용 등에 관한 규칙 별지 제8호 서식으로 촉탁서의 서식을 규정한 바 있다.

로 그 위임장에 있어서 가능한 한 명확하게 의심이 들지 않도록 기재에 신경을 쓸 필요가 있다.

그리고 집행수락사항은 위임장에 명기되어 있지 않으면, 공정증서작성의 촉탁에 관한 일체의 행위 중에 당연히 포함된다고 할 수 없으므로(공증촉탁 행위 가운데 집행수락의 의사표시까지 포함시키는 것은 불합리하다) 그 명기가 없는 위임장으로는 집행수락조항을 넣을 수 없다고 할 것이다.³⁴⁾

4. 집행증서의 요건과 효력

1) 요건

집행증서는 당사자 사이에 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관한 법률행위 또는 어음·수표에 관한 법률행위가 성립하고 그 채무불이행의 경우에는 채무자가 그 증서에 기한 강제집행을 받을 것을 승낙한다는 취지를 공정증서에 기재한 것이므로, 집행증서가 유효한 채무명의로 인정되기 위해서는 ① 적법한 절차와 방식에 의하여 작성된 것일 것, ② 청구권이 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 지급이나 어음·수표금의 지급에 관한 것일 것, ③ 집행수락문구가 기재될 것, ④ 공정증서 작성의 촉탁이 본인의 의사에 기한 것일 것, ⑤ 그 기재된 청구권이 진실한 권리관계를 반영하는 것일 것 등의 요건을 구비하여야 한다.

위 요건 중 ①과 관련하여서는 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성되는 경우와 자기계약, 쌍방대리 금지의 법리가 주로 문제되고, 이는 아울러 ③의 요건과도 직접 관련되며, ②에 관하여는 청구권이 대체성이 없는 급부를 목적으로 하는 경우와 금액 또는 수량의 일정성(一定性)이 특히 요청된다.

2) 효력

집행증서는 법원의 관여 없이 작성되는 것으로서 기판력이 인정되지 않는 것이어서 그 작성 내지 성립에 관한 요건에 흠결이 있는 경우에는 그 집행증서는 원칙적으로 무

34) 대한공증협회, 공증실무(2004), 44면; 김상영, 한국공증제도에 관한 연구-공증의 예방사법적 역할을 중심으로-, 부산대 박사학위논문(1995), 121면.

효이고³⁵⁾, 집행권원성이 부정되어 집행력은 인정되지 않는다. 다만 여기에서의 무효는 집행증서 그 자체에 한정되는 것이고, 그 내용의 일부를 이루는 당사자 사이의 법률행위까지도 무효라는 의미는 아니다. 무효인 집행증서에 기재된 당사자의 법률행위의 효력은 당사자의 의사해석의 문제이다.³⁶⁾

형식적 하자가 있는 집행증서의 예로서는 단독 촉탁으로 작성된 집행증서, 집행수락 의사표시의 기재가 없는 집행증서, 촉탁인의 서명이 흠결된 집행증서, 서명대행 방식에 의하여 작성되거나, 금액, 수량이 일정하지 아니한 집행증서, 제척사유 있는 공증인에 의하여 집행문이 부여된 집행증서와 무능력자 자신에 의한 집행수락의사표시나 표현대리인에 의하여 집행증서가 작성된 경우 등 공증촉탁행위나 집행수락의사표시가 무효인 때 등을 들 수 있다.³⁷⁾

IV. 제소전 화해와 집행증서의 경제적 비교

1. 비용

제소전 화해를 위해서는 민사소송 등 인지법에 따른 인지를 첩부하고³⁸⁾ 송달료를 납부하여야 하며, 사안이 복잡하고 전문적인 경우 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다. 현재 제소전화해의 경우 변호사 선임율은 약 20~30%인 것으로 추산되는데, 이에 필요한 변호사비용은 실재에 있어서는 정형화할 수 없으나 소송비용에 산입되는 변호사 보수를 기준으로 일응 최소한의 선임료를 산출할 수 있다.³⁹⁾ 이를 공증인수수료⁴⁰⁾와 대비하면 아래 표와 같은 비교가 가능하다.

35) 신현기, “집행권원(상)”, 법무사 420호, 대한법무사협회(2002.06) 24~38면.

36) 주해 강제집행(1) 555면 참조.

37) 이진성, “집행증서”, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(상), 법원행정처, 재판자료 35집, 69~70면.

38) 민사소송 등 인지법 중 인지의 액수와 관련된 조항을 확인하면,

제2조(소장) ①항에서 소장(반소장(反訴狀) 및 대법원에 제출하는 소장은 제외한다)에 붙이는 인지 금액은 소송목적의 값이 1천만 원 미만인 경우 1만분의 50, 1천만 원 이상 1억 원 미만인 경우 1만분의 45를(나중에 5천 원을 따로 더 함), 1억 원 이상 10억 원 미만인 경우 1만분의 40을(나중에 5만5천 원을 따로 더 함), 10억 원 이상인 경우 1만분의 35(나중에 5천 원을 따로 더 함)를 각 곱한 금액이고, 제7조(화해신청서 등) ①항에서 화해신청서에는 위 제2조에 따른 금액의 5분의 1에 해당하는 인지를 붙이도록 규정하고 있다.

한편 소송대리인이 선임되지 않은 경우에도 대부분의 당사자 본인 신청의 경우에 법무사에게 제소전화해조항의 내용과 작성, 법원에의 제출을 의뢰하는 것이 현실이므로 이 경우 법무사수수가 비용으로 소요된다. 이에 대한 법무사수수는 대한법무사회의 법무사보수표의 기준으로 개략적인 수치를 추산할 수 있다.⁴¹⁾

- 39) 변호사보수의소송비용산입에관한규칙 제3조(산입할 보수의 기준) ①항에 따라 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송목적의 값에 따라 아래 별표의 기준에 의하여 산정하게 된다.

[별표] <개정 2007.11.28>

소송목적의 값	소송비용에 산입되는 비율
1,000만 원까지 부분	8%
1,000만 원을 초과하여 2,000만 원까지 부분 $\{80\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 1,000\text{만 원}) \times \frac{7}{100}\}$	7%
2,000만 원을 초과하여 3,000만 원까지 부분 $\{150\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 2,000\text{만 원}) \times \frac{6}{100}\}$	6%
3,000만 원을 초과하여 5,000만 원까지 부분 $\{210\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 3,000\text{만 원}) \times \frac{5}{100}\}$	5%
5,000만 원을 초과하여 7,000만 원까지 부분 $\{310\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 5,000\text{만 원}) \times \frac{4}{100}\}$	4%
7,000만 원을 초과하여 1억 원까지 부분 $\{390\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 7,000\text{만 원}) \times \frac{3}{100}\}$	3%
1억 원을 초과하여 2억 원까지 부분 $\{480\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 1\text{억 원}) \times \frac{2}{100}\}$	2%
2억 원을 초과하여 5억 원까지 부분 $\{680\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 2\text{억 원}) \times \frac{1}{100}\}$	1%
5억 원을 초과하는 부분 $\{980\text{만 원} + (\text{소송목적의 값} - 5\text{억 원}) \times \frac{0.5}{100}\}$	0.5%

- 40) 2010. 2. 5. 법무부령 제693호 공증인 수수료 규칙에 의하면 공정증서작성 수수료는 1천만 원까지 3만3천 원, 1천500만 원까지 4만4천 원, 1천500만 원 초과 시 초과액의 2천분의 3을 더하되, 300만 원을 초과하지 못함.

- 41) 제소전화해의 경우 법무사보수는 일용 법무사협회 회칙 제76조의 별표(2006. 4. 1. 시행)의 아래 관련 조항을 기준으로 산출할 수 있다.

제 4. 법원 · 검찰청 등에 제출하는 서류의 작성 등의, 제9. 서류의 작성의, 가. 문안을 요하는 서류 (1) 중 화해신청서는 300,000원까지인데, 목적물 가액이 1천만원을 초과하는 경우 다음의 구분에 따라 가산한다(목적물가액이 없는 경우에는 2천만 원으로 간주).

1천만 원 초과 5천만 원까지 1천만 원 초과액의 9/10,000
 5천만 원 초과 2억 원까지 36,000원 + 5천만 원 초과액의 8/10,000
 2억 원 초과 5억 원까지 156,000원 + 2억 원 초과액의 7/10,000
 5억 원 초과 10억 원까지 366,000원 + 5억 원 초과액의 6/10,000
 10억 원 초과 20억 원까지 666,000원 + 10억 원 초과액의 2/10,000
 20억 원 초과 866,000원 + 20억 원 초과액의 1/10,000

한편 송달증명의 신청서, 집행문부여신청서는 15,000원, 제4의 제10. 서류의 제출대행 등의 가. 중 집행사건의 신청서는 25,000원, 나. 중 비송사건이나 기타 사건의 신청서 등은 20,000원으로 정하고 있다.

http://www.kjaa.or.kr/public_html/intro/intro09.asp 2011. 6.11. 15:00 들어감.

〔비용대비표〕

(단위 : 만 원)

구분 가액	제소전화해			공증수수료 ⁴²⁾
	인지	변호사보수	법무사보수 ⁴³⁾	
1,000	1	80	30	3.3
2,000	1.9	150	30.9	5.15
3,000	2.8	210	31.8	6.65
5,000	4.6	310	33.6	9.65
1억	9.1	480	37.6	17.15
2억	17.1	680	45.6	32.15
5억	41.1	980	66.6	77.15
10억	81.1	1,230	96.6	152.15
20억	151.1	1,730	116.6	302.15→300
최고액	상한선 없음			300

위 표를 분석하면 비용면에서 제소전화해의 경우 순수한 인지대와 송달료는 공증수수료의 반액을 약간 상회하나 여기에 변호사보수를 더하면 약 15배가 되고, 변호사보수 대신에 법무사보수를 더하면 가액에 따라 1.5배 내지 4배나 된다.

2. 절차 및 소요기간

제소전화해의 경우 신청서 접수로부터 첫 심문기일까지는 평균 약 2개월, 대부분 1회의 심문기일을 거쳐 심문 종결 후 제소전화해조서의 작성 및 수령하기까지 평균 0.5~1개월 등 총 약 2.5~3개월 전후가 소요되는 것으로 추산된다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

42) 공증수수료의 경우, 쌍무계약의 경우 쌍방 법률행위로서 원래의 일방 법률행위의 수수료의 2배가 된다는 견해와 이에 따른 일부 실무 관행이 이루어져 왔으나 이는 해석상 논란의 여지가 있으므로 논의에서 제외하였다.

43) 서류의 제출대행 수수료 20,000원은 제외한 금액임.

44) 서울중앙지방법원의 경우 2개의 신청단독부가 제소전 화해 사건을 담당하여 1달에 3번 매주 월요일에 약 100건씩의 심리를 진행하고 있는데, 신청서 접수 후 심리기일까지는 1달 반~2달 정도 걸리고 거의 1회의 심리로 종결되며, 조서의 작성 및 송달에는 약 3~4주가 소요된다고 한다. 사건의 대부분은 건물명도 특히 상가점포의 명도가 대부분으로서 주택은 거의 없다고 한다. 변호사선임율은 비교적 높아 약 30~40%에 달하고, 화해조항과 관련하여 목적물의 특정에 관한 문제는 별로 없으며, 권리금이나 필요비, 유익비의 사전 포기가 상당수에 달하여 동시이행관계에 따른 금전 청산의 문제도 특별히 없다고 한다.

이에 반해 집행증서 작성의 경우 일반적으로 인도 목적물의 특정, 강행법규 위반 여부 등 서류의 심사과 작성, 정본 교부예까지 대략 30분~1시간이 소요될 것으로 추산되어 출석이나 심문 등 절차적인 면은 물론 이에 걸리는 소요기간의 면에서는 제소전화 해와는 비교할 수 없을 정도로 간편하게 된다.

V. 집행증서의 범위 확대 논의

1. 집행력 있는 공정증서의 범위 확대에 관한 논의

1) 현행법상 대상범위의 한정

현재 집행증서의 대상청구권은, 독촉절차(지급명령)의 요건과 같은 형태로(민사소송법 제462조 참조) 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 한정하고 있다.⁴⁵⁾

45) 인천지방법원의 경우 신청서 접수 후 심리기일까지 소요되는 시간에 대하여, 상대방에 대한 송달이 빨리 이루어지는 경우 한 달 내에 기일이 잡히는 경우도 있고, 송달이 늦어지는 경우 2~3달이 걸리기도 하며, 판사 2명이 보통 한 달에 하루, 40~50건씩 1시간 정도 기일을 진행하고 있다.

사건당 심리 회수는 1회가 대부분이고, 사건의 내용은 95% 이상이 임대차 종료, 해지 등으로 인한 건물 명도라고 하여 유형이 상당히 정형화되어 있으며, 간혹 투자금 반환이나 유채동산 인도를 내용으로 하는 경우가 있다고 한다.

보통 대규모 임차가 연관되는 경우나 건물 시가가 상당한 경우 변호사가 선임되기도 하는데, 대략 비율로 보면 10건 중 2건 정도 변호사가 선임되는 듯하고, 제소전 화해조항 작성시 판사가 문구나 부적절한 조항을 수정, 삭제하기도 하는데, 보통 강행법규 위반한 내용을 삭제하게 하거나 필요비나 유익비 지급 문구, 동시이행 표현 등을 수정하는 것이 주된 것이지만, 이것도 요즘은 워낙 사안이 정형화 되어 있어 변호사나 법무사가 거의 양식에 맞게 해오기 때문에 그다지 수정할 부분이 많지 않다고 한다.

46) 여기서 청구권은 그 원인이 구체적으로 특정되어 다른 청구와 식별할 수 있을 정도로 명확히 표시될 필요가 있다. 소장에 청구원인을 기재하게 하는 것(민사소송법 제249조 제1항 참조)과 같은 취지이다. 예를 들면, 어느 날짜 소비대차계약으로 인한 대여금 채권이라는 뜻을 기재하는 따위이다. 그리고 청구권의 금액 또는 수량은 증서 상에 계수적으로 확정·명시되어 있거나 적어도 증서 자체로부터 용이하게 산출·확정할 수 있어야 한다. 이는 집행기관으로 하여금 집행증서만 보아서도 실현하여야 할 청구의 범위를 신속·정확하게 파악할 수 있도록 하기 위한 것이므로 금액 또는 수량의 확정만 반드시 증서 자체만으로서 할 수 있어야 하며 그 밖의 자료가 있어야만 확정할 수 있는 경우에는 이 요건을 결여하였다고 할 것이다. 반면 이자 같은 것은(그 액수 자체는 증서 상에 명기되어 있지 않기 때문에 언뜻 일정성이 결여된 것처럼 보이나) 원본액, 이율과 기간 등이 증서 상 결정되어 있다면, 그 액수를 쉽게 산정할 수 있는 것이므로 일정성의 요건을 갖추고 있는 것이 된다. 청구가 기한부·조건부이든가, 반대급여에 걸려 있더라도 이것은 일정성과는 관계없다. 다만 집행문 부여의 문제 또는 집행개시의 문제가 될 뿐이다. 대한공증협회, 공증실무(2004), 114면.

그 이유는 대상을 정형화하여 그 집행을 쉽게 할 수 있도록 하기 위함이고, 나아가 가령 부당한 집행이 이루어지더라도 금전손해배상에 의하여 쉽게 원상회복을 할 수 있기 때문이라고 한다.⁴⁷⁾

따라서 현행 제도에서는 가옥명도청구나 유체동산인도처럼 특정물의 급여를 목적으로 하는 청구권에 대해서는 집행증서를 작성할 수 없다. 이 점에서 독촉절차(지급명령)의 대상범위와는 동일하나, 화해조서, 조정조서의 대상범위와는 다르다. 예를 들어 제소전 화해는 민사상 다툼에 관하여 대상에 제한이 없이 활용될 수 있다. 즉 민사상 다툼에 관하여 당사자는 청구의 취지·원인과 다투는 사정을 밝혀 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원에 화해를 신청할 수 있다(민사소송법 제385조 제1항).

2) 대한공증인협회의 건의

일찍부터 집행증서 대상 범위의 확대가 문제되었는바, 이미 대한공증인협회(구, 대한공증협회)는 1999. 11. 6. 자로 법무부장관에게 공증인법에 특정동산, 건물·토지의 인도 또는 명도계약 공정증서에 강제집행을 승낙하는 취지의 기재를 할 수 있는 규정의 신설을 건의하였다.

그 구체적 내용은 먼저 조문으로는 공증인법 제56조의 5(특정동산, 건물·토지 등의 인도 또는 명도계약공증)을 신설하여 공증인은 특정동산의 인도를 목적으로 하는 계약, 건물·토지의 사용대차 또는 임대차 계약, 기타 건물·토지 등의 인도 또는 명도를 목적으로 하는 계약에 해당하는 법률행위에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있고, 그 증서는 민사소송법 제519조의 규정에 불구하고 채무명의로 본다는 것이고, 다음 신설 이유로는 ① 대만에서는 오래 전부터 특정동산이나 토지·건물 등의 인도 또는 명도계약에도 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있게 하였고, 지금까지도 그 제도를 유지하고 있고⁴⁸⁾, ② 독일에서도 대상청구권을 확대하는 법률의 개정이 있었으며⁴⁹⁾, ③ 현재 법원에서는 토지·건물의 임대차 종료시 인도(명도)집행을 확보할 목적으로 하는 제소전 화해신청사건이 날로 증

47) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[1](2003), 180면; 대한공증협회, 공증실무(2004), 113면.

48) 법무부, 각국의 공증제도(1990), 251면 이하 참조. 이후 1999. 4. 21. 개정 공증법 제13조에서도 마찬가지이다.

49) 이에 대하여 자세히는 아래에서 후술한다.

가하는 추세에 있고, 임대차계약이 종료된 후 임차목적물을 반환하지 아니하여 임대인이 그 반환을 청구하는 토지·건물 등의 인도(명도)청구소송도 적지 않다는 것인 바, 토지·건물의 임대차계약 공정증서를 작성할 때에 강제집행을 승낙하는 기재를 할 수 있게 하면, 재판을 받지 아니하고 인도(명도)집행을 할 수 있게 되어 법원의 사무량을 줄여주고 임차인이 임대기간 종료 뒤, 불법점유를 계속할 수 있는 소지를 원천적으로 봉쇄하여 임대차보증금도 현재보다 내려 갈 수 있는 이익도 있을 것으로 기대된다는 것 등이다.⁵⁰⁾

이후에도 대한공증인협회(구, 대한공증협회)는 계속하여 법무부장관에게 위와 같은 건의를 하고 있다.⁵¹⁾

3) 관련 세미나 등에서의 주장

2007. 7. 9.에 개최된 공증제도 개선방향에 대한 세미나에서도 윤상일 대한변호사협회 공보이사는 공정증서의 집행력의 범위를 확대할 필요가 있다고 주장한 바 있고, 아울러 장재형 대한공증협회 총무이사도 우리 현실은 제소전 화해 사건의 증가로 제소전 화해조서를 받기까지 상당한 시일이 걸리는데, 제소전 화해조서를 작성하기 전에는 분쟁 해결로서 특정 동산이나 부동산에 대한 인도 집행을 기대할 수 없으므로 집행증서의 집행력의 범위를 확대할 필요가 있다는 주장을 하였다.

4) 공증인법 일부개정법률안

최근 법무부는 수년간의 연구검토 결과 끝에 2011. 10.경 “건물이나 토지 또는 대통령령으로 정하는 동산의 인도 또는 반환을 목적으로 하는 청구”에 대한 집행증서 확대와 관련하여 공증인법 일부개정법률안을 마련하여 현재 국회 본회의의 심사를 앞두고 있다. 그 개정 취지와 개정 조문을 그대로 소개하면 다음과 같다.

50) 윤종섭, 공증관계법 개정에 관한 의견, 법률신문 인터넷 홈페이지인 <http://www.lawtimes.co.kr> 참조 (2001. 1. 6. 입력).

51) 예를 들어 2001. 3. 8.자 대한공증인협회(구, 대한공증협회)의 법무부장관에게의 건의(문서번호 공증협 제2000-12호 참조).

『가. 개정 취지

집행증서 대상범위의 합리적 확대

- (1) 건물·토지·특정동산 등의 인도에 관한 집행증서를 신설하여 현행 금전·유가증권 등 일정한 수량의 급여 목적에만 한정되어 있던 집행증서의 대상범위를 확대하고, 그중 특정동산의 구체적 범위는 대통령령으로 정함
- (2) 임차건물 반환에 관한 집행증서는 임대차 종료에 따라 증서 작성일부터 3개월 이내에 임차건물을 반환하는 경우에 한하여 작성할 수 있도록 제한하고, 임대인이 상환할 보증금 등 금원 반환도 함께 포함되도록 하여 건물임차인 보호를 강화함
- (3) 집행증서 작성의 중대성을 고려하여, 집행을 당하는 채무자 보호를 위해 공증촉탁 단계에서 당사자 간 대립적 구조를 담보하도록 증서의 자기촉탁 및 쌍방대리 촉탁을 금지함
- (4) 집행증서의 집행문은 작성일로부터 1개월이 지나 법원의 허가를 받아 부여하도록 하고, 이때 법원이 당사자를 심문할 수 있도록 하여 집행절차의 신중성·적정성을 높이고, 사회적·경제적 약자 보호를 강화함

나. 개정 조문

공증인법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제56조의3의 제목 “(집행문 부여의 제한)”을 “(건물·토지·특정동산의 인도 등에 관한 법률행위 공증 등)”으로 하고, 같은 조 제1항 및 제2항을 각각 다음과 같이 하며, 같은 조에 제3항부터 제5항까지를 각각 다음과 같이 신설한다.

- ① 공증인은 건물이나 토지 또는 대통령령이 정하는 특정 동산의 인도 또는 반환(이하 “인도 등”이라 한다)을 목적으로 하는 청구에 관하여 강제 집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서(이하 이 조에서 “증서”라 한다)를 작성할 수 있다. 다만 임차건물에 대하여는 임대인과 임차인 사이에 임대차 종료에 따라 증서 작성일부터 3개월 이내에 임차건물을 반환하는 경우에 한하여 작성할 수 있고, 이 경우 증서에 임차인에 대한 금원 지급에 관하여도 강제집행을 승낙하는 취지의 합의내용이 포함되어야

한다.

- ② 제1항의 증서 작성을 촉탁할 때에는 어느 당사자 일방이 다른 당사자를 대리하거나 어느 대리인이 당사자 쌍방을 대리하지 못한다.
- ③ 제1항에 따른 증서는 「민사집행법」 제56조의 규정에도 불구하고 강제 집행을 집행권원으로 본다.
- ④ 제3항에 따라 집행권원으로 보는 증서에 대한 집행문은 그 증서를 보존하는 공증인이 그 공증인의 사무소가 있는 곳을 관할하는 지방법원 단독판사의 허가를 받아 부여한다.
- ⑤ 지방법원 단독판사는 제4항의 허가 여부를 명령하기에 앞서 당사자 본인이나 그 법정대리인을 심문할 수 있다.

제56조의4의 제목 “(집행권원인 공정증서의 정본 등의 송달)”을 “(집행문 부여의 제한)”으로 하고, 같은 조 제1항 및 제2항을 각각 다음과 같이 한다.

- ① 공증인은 공정증서를 작성한 날부터 7일이 지나지 아니하면 집행문을 부여할 수 없다. 단 제56조의3에 따른 증서 중 건물 또는 토지의 인도 등에 관하여는 1개월이 지나야 한다.
- ② 공증인은 제35조의2 제1항에 따른 부기가 있으면 집행문을 부여할 수 없다.

제4장에 제56조의5를 다음과 같이 신설한다.

제56조의5(집행권원인 공정증서의 정본 등의 송달)

- ① 「민사집행법」 제56조 제4호에 따른 집행권원인 증서의 정본 또는 등본이나 그 증서에 관한 같은 법 제39조 제2항·제3항의 집행문 및 증명서 등본의 송달은 우편으로 하거나 대법원규칙으로 정하는 방법으로 한다. 다만, 제46조 또는 제50조에 따라 증서의 정본 또는 등본을 발급받은 자에 대하여는 그 증서의 정본 또는 등본이 송달된 것으로 본다.
- ② 우편에 의한 송달은 신청을 받아 공증인이 수행한다.
- ③ 제2항에 따른 송달에 관하여는 「민사소송법」 제176조 제2항, 제178조 제1항, 제179조부터 제183조까지, 제186조 및 제193조를 준용한다.』

2. 비판 등 견해와 검토

집행증서의 확대 특히 부동산의 인도청구권에 대한 확대에 대해서는 여러 가지 비판이나 보충 견해가 있다.

1) 법이론상의 불균형

① 우선 법이론상으로 먼저 일본에서의 논의된 내용으로서, 공증제도는 본래 당사자 사이의 법률관계를 명확히 하여 장래 발생할 수 있는 분쟁을 사전에 방지하고자 함에 있는 것이므로, 공정증서를 집행권원으로 하여 강제집행을 하는 것은 공정증서의 제2차적 작용이고, 처음부터 예정된 기능은 아니다.⁵²⁾ 이에 비하여 재판상 화해는 이미 발생한 분쟁을 해결하기 위해서 이루어지는 것이고, 그것은 집행을 전제로 작성되는 것이라고 할 수 있다. 전자는 집행이라는 문제까지 충분히 주의를 기울이지 않을 가능성이 크고, 반대로 후자는 집행의 문제를 충분히 숙고하여 작성될 것이라고 추측할 수 있다. 이 차이는 집행증서와 재판상 화해조서를 그 본질상 동일한 위치에 두기 어렵게 한다. 또 재판상 화해에 있어서는 사건의 내용에 대하여 각기 이해득실을 따진 뒤에 합의하는 것이 보통이다. 이에 반하여 공정증서의 경우에는 그 작성이 눈앞의 편의에 의해 그 내용이 충분히 검토되지 않고 안이하게 작성에 합의하는 경우가 많다. 이런 견지에서 집행증서를 재판상 화해와 동일한 위치에서 그 범위를 재판상 화해와 같이 넓게 인정하는 것에 찬성할 수 없다는 의견이다.

② 그러나 집행상의 문제에 있어서 집행증서와 재판상 화해조서를 그 본질상 동일한 위치에 둘 수가 없다는 주장은 소송상 화해의 경우는 몰라도 제소전화해의 경우 이를 달리 취급할 논리적 이유는 없는 것으로 판단된다. 또 공정증서의 경우에는 그 작성이 눈앞의 편의에 의해 그 내용이 충분히 검토되지 않고 안이하게 작성에 합의하는 경우가 많다는 주장은 사회현실상 일리가 있을 수 있으나, 이는 강행법

52) 末川博, 公證人制度改善管見, 日本公證人協會雜誌 第13号, 16頁.

규에 위반되지 않는 한 집행증서의 작성이든 제소전화해이든 어디까지나 법률행위에 관한 당사자 의사의 객관적 확인을 넘어서 이루어질 수 있는 것이 아니며 이를 벗어나는 경우 자칫 법관이나 공증인의 중립의무에도 배치될 수 있는 것이다. 오히려 그러한 현실적인 문제점은 공증실무 현장에서의 신중한 법률상담, 엄격한 서류 심사 및 부수적 제도 보완을 통하여 충분히 해결할 수 있는 부분이다.

2) 확장신증론

- ① 다음으로 독일에서의 집행법 체계와 관련된 논의로서 Baur가 제기한 확장신증론⁵³⁾으로서 집행법 체계에서 집행증서가 차지하는 위치 및 집행증서가 채무자에게 미치는 불이익 내지는 위험의 문제이다.

판결이 원칙적 집행권원이 되는데, 집행권원을 판결에 한정하는 것은 실제적이지 못하기 때문에 그 밖의 종류의 집행권원도 인정하는 것이다. 그러나 그 경우에도 집행권원의 종류의 확대에 있어서 어느 정도의 정당성의 보증이 요구되는 것은 당연하다. 다만, 예외적으로 집행권원성을 인정함에 있어서 그러한 보증이 반드시 엄격하게 요구되지 않는 것이 재판상의 화해와 집행증서이다. 여기서는 당사자의 의사표시가 마땅히 갖추어야 할 형식에 의해 확정되는 한에서는 그것이 집행의 기초를 형성한다. 그러나 오늘날 종종 극단적으로 복잡화된 법률실태에서 이러한 근거는 통용될 수 없다는 것도 유의하여야 한다.

또한 즉시 집행을 당하는 채무자를 보호하는 견지에서 본다면, 재판상의 화해와 집행증서는 구별하여야 한다. 화해는 구체적 생활사실관계 및 이것과 관련되는 법률관계에 관한 소송절차를 종료시키는 것이고 또한 증명도 이미 거의 마무리된 경우가 많다. 따라서 법률지식이 없는 당사자로서도 무엇이 문제인가가 충분히 이해되고 있는 경우가 많다. 화해에서 법관의 역할은 단순히 공증인으로서 머무르지 않는다. 대부분의 경우, 법관은 당사자의 주장의 여러 측면을 살피면서 장래의 법률관계의 합목적적 규율에 협력하는 것에 의해 정도의 차이는 있지만, 화해의 성립에 협력하는 것이 보통이다. 이에 반하여 집행증서에서는 화해와 사

53) Fritz Baur, Einige Bemerkungen zur vollstreckbaren Urkunde, Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag(1973), S. 316ff.

정을 달리한다. 집행증서에서는 일반적 행위조건이 어느 정도 사전에 정형화된 양산적 행위가 그 대상이다. 따라서 집행증서에서는 구체적 사안의 특수성은 고려되지 않는다. 그리고 집행증서는 법률관계 발전의 출발점에서 작성되는 것인데, 이에 반하여 화해는 전개된 분쟁을 종결시키려는 것이라는 차이가 있다. 즉, 집행증서는 장래 어떻게 발전할 지 반드시 확실하지 않는 법률관계의 출발점에서 작성된다. 그 작성 시로부터 집행에 이르기까지 사이에 발생하는 법률관계의 변동은 집행문 부여절차에서는 고려되지 않는다. Baur는 위와 같은 이유에서 집행증서가 채무자에게 상당히 위험하다는 것을 분명히 하였다.⁵⁴⁾

- ② 이와 같은 비판은 다소 경청할 점이 있으나, 위 1)에서 검토한 바와 같이 이는 집행증서 자체의 제도적 문제라기보다는 사회적 약자인 채무자의 보호를 위한 정책적인 고려에 치중한 것으로 집행증서 자체의 대상범위 확대와는 별개의 문제이고 또한 집행증서의 범위 확대에 따른 구체적 입법과정에서 상당 부분 보완될 수 있는 내용이다.

3) 부작용의 우려

- ① 그 밖에 부동산계약에 대한 공정증서의 작성이 활성화되는 경우에 부동산거래업체의 공정증서 브로커 행위 등의 부작용이 예상되어 이에 대한 감독 강화 방안이 검토되어야 한다는 견해⁵⁵⁾, 토지·건물 등의 인도나 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 비판적 견해⁵⁶⁾가 있다.

54) 石川明, 強制執行法案要綱案と執行証言(再論), 民商法雜誌 제74권 제5호(1976. 8), 708면 이하.

55) 김윤섭, 지정토론문, 제7회 한국법률가대회 특집호, 저스티스 121호, 한국법학원(2010), 458면.

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

- ② 먼저 부동산거래업체의 브로커 행위 등의 부작용 우려와 관련하여 예상되는 부작용은 부동산 거래업자의 문제라기보다는, 예컨대 부동산의 임대차에 있어서 인도청구권자인 임대인에 대한 인도의무자인 임차인의 상대적 열악한 사회적·경제적 위치에 비롯되는 것으로, 이에 대하여 사회적·법률적 정의에 따른 임차인의 적정한 보호를 위해서는 부동산 인도에 관한 집행증서 작성의뢰에 있어서의 인도의무자의 정확한 의사의 확인과 관련 강행법규 위반 여부의 충실한 심사에 중점을 둌으로써 그 부작용을 미연에 방지할 수 있을 것이다.

한편 명도관련 분쟁에 있어서의 매매대금이나 보증금의 지급 등 동시이행관계 해소의 어려움은, 이는 비단 집행증서 작성뿐만 아니라 제소전 화해에서도 동일하게 상정될 수 있는 문제로서, 매매대금처럼 확정적인 금액의 경우에는 비교적 문제가 적으나 임대건물의 명도에 있어서 상환 급부의 대상인 임차보증금은 그 법적 성격상 임대차종료시의 연체 임료나 손해배상채무의 부존재를 해제조건으로 하는 금전관계 청산에 따른 법률관계 변동의 어려움이 있는 것은 분명하다. 이는 집행증서의 내용에 있어서 특정성·일정성 충족의 요건과도 밀접한 관련이 있는데⁵⁷⁾, 당사자 사이에 이에 대한 명백한 합의가 없는 경우에는 집행증서의 작성 자체가 불가능한 것으로 처음부터 그 대상이 될 수 없다 할 것이다. 실무상으로는 동시이행관계에 있는 임차보증금보다 권리금의 확보, 점유의 이전에 따른 필요비나 유익비의 상환에 관한 법률관계가 더 문제가 될 수 있다. 그러나 사전에 이를 포기하는 합의가 이루어지지 않는 한⁵⁸⁾ 별도의 법률분쟁이 남을 수밖에 없는 것이나, 이는 집행증서의 작성과는 또 다른 별개의 잠재적 잔존 분쟁에 불과한 것이다. 집행증서의 작성으로 이와 관련한 장래의 모든 불확실한 분쟁을 일거에 해결할 것을 요구하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 분쟁예방수단으로서의 공증의 본질과도 합당하지 않다.

57) 집행증서의 대상의 특정성과 금액·수량의 일정성에 관하여는 이진성, “집행증서”, 재판자료 제35집, 법원도서관, 55~61면 참조.

58) 임대차 종료시 원칙적으로 임차인이 임대인에 대하여 권리금의 반환을 청구하지 못하고, 한편 임차인의 필요비·유익비 등 비용상환청구권은 강행규정이 아니므로 이를 사전에 포기하는 특약이 허용되는데, 이 경우 임차인의 원상복구의무도 면제되는 것으로 해석하는 것이 판례의 입장이다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98다6497 판결).

따라서 판결이나 소송상화해에 있어서와 같은 정도의 당사자 사이의 금전 이해관계 청산을 공증 단계에서 완벽하게 요구함은 법리상이나 실제상 무리라 하겠다.

4) 교시의무의 도입

- ① 집행증서가 채무자의 진정한 의사에 기하지 않은 채 실제적 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 견해⁵⁹⁾가 있다.

즉 교시의무와 관련하여 실무적 상황을 반영하지 않은 이론적 구상을 전제로, 집행증서의 대상청구권의 범위를 확대하는 것은 적은 비용으로 재판절차를 거치지 않고 집행권원을 취득할 수 있는 가능성을 제공한다는 점에서 채권자의 법적 권리에의 접근을 간소화시킨다는 효용이 있어서 공증제도의 이용을 보편화·일반화하게 될 것이다. 결국 공증제도는 사법제도의 하나의 축을 이루는 것으로, 집행증서의 대상 범위를 확대하는 것은 법원이 담당하는 업무부담의 감경을 가져올 것이고, 조정이나 소송이라는 사후적 분쟁해결방법이 아닌, 집행증서의 작성에 의하여 채권자는 분쟁예방적 방식으로 권리실행방식을 간소화할 수 있을 것이다. 따라서 집행권원이 될 수 있는 대상청구권의 범위를 특정물의 인도청구나 부동산의 인도(명도)청구를 포함하여 원칙적으로 집행할 수 있는 모든 청구에까지 확대하는 것에 찬성한다.

다만 집행증서는 법원의 통제를 거치지 않고 간이·신속하게 채권자에게 강제집행의 근거를 부여하는 것인데, 채무자의 진정한 의사에 기하지 않은 채 실제적 권리관계에 합치하지 않은 집행증서가 작성될 때에는 다른 집행권원에서 볼 수

59) 전병서, “집행증서의 대상범위의 확대”, 법조 616호, 법조협회(2009), 273~274면.

없는 채무자의 이익을 해칠 위험성이 있게 된다.⁶⁰⁾ 따라서 집행증서의 대상청구권을 확대하는 것이 채권자 측으로 기울어진 사회적 요청에 기인한 것이라면, 집행증서의 대상범위를 확대하는 것에 비례하여 채무자의 이익을 해칠 폐해도 한층 심각할지 모르므로 집행증서의 대상청구권을 확대하는 것에 수반하여 집행증서의 내용의 정확성에 대한 개연성을 높이는 방안도 함께 강구하여야 한다.

이는 집행증서의 작성에 있어서 직무에 임하는 공증인의 자세나 태도와도 관련될 수 있는 문제라고 생각하는데(공증인이 상당한 수준의 법적 지식이나 풍부한 경험을 가지고 있지만, 현재 공증에 임하는 자세나 태도에 있어서는 공증제도의 신뢰성이 아주 문제가 없는 것은 아니라고 생각한다), 집행증서의 내용의 적정성, 정당성을 담보하고 공증인에 대한 신뢰도를 높이기 위해서 공증인에게 “당사자의 진정한 의사(der wahre Wille)를 파악하고, 사실관계를 해명하고, 법률행위의 법적 사정거리에 관한 설명을 하고, 증서에 당사자의 진술을 명확하게 재현할 의무”, 즉 교시의무(敎示義務, Belehrungspflicht)를 부과하는 것을 생각할 수 있다.⁶¹⁾ 독일에서는 증서작성에 있어서 공증인이 활동하는 측면을 단순히 당사자의 의사 표시를 공증한다는 점에 그치지 않고, 공증인에게 보호자적으로 창조적인 역할을 부여하고 있다.⁶²⁾ 당사자와 함께 절차의 주역을 맡을 공증인이 법률의 전문가로서 교시의무에 의하여 채무자의 입장을 보호한다면, 집행증서의 대상범위를 확대하더라도 양쪽 당사자를 공평하게 배려한 균형 있는 집행증서의 실무가 형성될 수 있을 것이다.

혹시 일거에 집행증서의 대상범위를 확대하는 것이 너무 파격적이라면, 동산의 인도의 경우에는 우선 대체성이 강한 동산에 한정하여 확대하는 것(만일 대체

60) Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht(19. Aufl.). S. 22.

61) 물론 공증인법 제25조 등에서 공증인은 법령에 위반한 사항, 무효인 법률행위와 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 증서를 작성할 수 없다는 법적 규제를 두고 있지만 이 정도로 절차보장이 충분하다고 할 수 없다.

62) 독일 증서작성법(Beurkundungsgesetz, 약칭하여 BeurKG) 제17조는 공증인의 교시의무를 규정하고 있다. 교시의무는 독일 공증인 활동의 마그나 카르타라고 불린다. Karl Winkler, Beurkundungsgesetz(15. Aufl. 2003) S. 275.

교시의무의 위반 등 직무상의 위반이 있는 경우에는 민사상의 손해배상책임이 부과된다(Bundesnotarordnung ‘연방 공증인법’ 제19조).

독일에서는 공증인에 대하여 국가배상책임이 적용되지 않고, 개인배상책임이 부과된다.

성이 작고 주관적 가치가 큰 동산에 대하여는 부당집행이 이루어지면 손해회복이 용이하지 않은 점을 고려), 그리고 부동산의 인도의 경우에는 이미 구체적으로 발생한 인도청구권에 한정하여 확대하는 것이 적당하다고 한다.

- ② 독일에서와 같은 공증인의 교시의무는 입법론적으로 앞으로 한국의 공증제도에 서 어떤 형태로든 마땅히 도입되어야 하는 기본적인 명제 중의 하나로서 충분히 수긍이 가지만 이를 전적으로 도입하기에는 공증제도의 목적과 한계, 현행 공증 실무의 현실을 감안한 전제 조건, 관련 제도와 연계 등 여러 가지 근본적인 검토가 이루어져야 하므로 집행증서의 범위 확장과 관련하여 바로 연계하여 해결할 수 있는 단계는 아니라고 생각된다.

VI. 결 론

근원적으로 건물·토지 등 부동산의 인도청구권에 대한 집행증서의 작성 문제는 일반 재판절차에 대한 반성과 보완으로서의 ADR 제도 확충의 시대적 요청과 마찬가지로, 재판에 의하지 않은 분쟁의 해결, 특히 사전 예방 기능을 갖고 있는 공증제도를 통하여 이와 관련한 법원의 과중한 업무를 경감하고 다른 한편 당사자들의 편익을 위해서 출발한 것이다. 따라서 이에 대한 제도적 또는 법률적 접근은 근본적으로 법원 업무의 경감이라는 기본적 전제 위에서 사회경제적 실익이나 국민의 편익을 추구하는 방향으로 검토되어야 한다.

더구나 현재 실무상 이루어지는 제소전 화해는 입법론·해석론의 제도상은 물론 당사자 구제에 있어서도 여러 가지 문제점을 내포하고 있으므로 이를 지양하고, 새로이 부동산 인도청구권에 관한 법률행위에 있어서는 일부 비판에도 불구하고 분쟁의 사전 예방을 위하여 공증인법상의 집행증서 범위의 확대가 더 이상 천연되어서는 곤란하다 할 것이다. 