



I. 들어가면서

1. 공증인법의 개정

인도집행증서는 공증인이 건물이나 토지 또는 특정동산의 인도 또는 반환을 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 집행권원이 되는 것을 말한다. 공증인법이 2013. 5. 28. 법률 제11823호로 개정되면서 신설되었다(공증인법 제56조의3).¹⁾

중전에는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여만 집행증서를 작성할 수 있었으므로(민사집행법 제56조제4호), 건물이나 토지의 인도를 목적으로 하는 경우에는 공증을 이용할 수 없고, 제소전 화해가 널리 활용되어 왔다.

1) ‘인도집행증서’라는 용어는 실무상 사용하는 명칭이다. 공증인이 작성한 공정증서로서 집행력이 있는 증서를 ‘집행증서’라고 부르는데, 중전에는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것과 어음·수표에 첨부하여 강제집행을 인낙한 취지를 적어 작성한 공정증서만 집행증서가 되었으므로 이와 구별하는 의미에서 인도집행증서라는 용어가 사용되고 있다. 인도청구권 집행증서라는 용어도 사용된다.

2. 제소전화해의 문제점

가. 제소전화해의 의의

제소전화해는 민사상 다툼이 있는 경우에 소제기 이전에 화해를 신청하는 절차이다. 분쟁의 일방 당사자가 제소전화해를 신청하면(민사소송법 제385조), 법원은 화해기일을 지정하여 상대방을 소환한다. 신청인과 상대방이 기일에 출석하여 화해가 성립하면 화해조서를 작성하며(민사소송법 제386조), 화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다(민사소송법 제220조). 당사자가 기일에 출석하지 않거나 출석하더라도 합의에 이르지 않으면 제소전화해는 불성립으로 종결되며, 이 경우 당사자는 소제기신청을 할 수 있고, 적법한 소제기신청이 있으면 화해신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 본다(민사소송법 제388조).

나. 제소전화해의 이용실태

제소전화해는 분쟁이 소송으로 발전하지 않도록 예방하는 제도이지만 실제로는 계약의 내용을 법원의 조서에 기재하여 공증의 효과를 얻음과 동시에 집행권원을 얻고자 하는 목적으로 이용되고 있다. 특히 현재의 실무에서는 건물임대차계약을 체결함에 있어서 종료시 임차인이 인도를 지연하는 것에 대비하여 건물인도의 집행권원을 확보하기 위하여 이용되는 것이 대부분이다. 임대인으로서 임차인이 제소전화해에 합의한 경우에 한하여 임대차계약을 체결하려고 한다.

다. 제소전화해의 문제점

당사자 사이에서 합의가 성립되어 계약을 체결하는 단계에서는 민사상의 다툼이 있다고 볼 수 없다. 장래에 분쟁이 발생할 가능성이 있다는 이유로 현재에는 분쟁이 없음에도 화해신청을 하는 것이 허용되는지에 대해서는 논란이 있다.

화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있으므로 기판력도 인정된다. 화해의 성립과정에 하자가 있는 경우에는 그것이 재심사유에 해당되는 경우에만 준재심에 의하여 구

제를 받을 수 있고, 그 외에는 무효를 주장할 수 없다. 화해조항이 강행법규에 위반됨에도(예: 1회 차임연체만으로 임차건물을 인도하기로 하는 기한의 이익 상실조항, 민법 제652조, 제640조) 법원이 이를 간과하여 화해가 성립한 경우에는 기판력에 저촉되어 무효를 주장할 수 없게 된다. 강행법규 위반행위를 합법화시키고 후일 재판상 다투는 길을 봉쇄하는 방편으로 악용될 우려가 있다. 신군부가 이를 활용한 사례가 있다(대법원 1992. 11. 27. 선고 92다8521 판결 참조).

법원의 역할이라는 측면에서도 문제가 있다. 법원은 화해의 앞선 · 권고 대신에 당사자 사이에 성립된 계약에 대한 공증의 역할을 하는데 그치고 있다. 제소전화해는 실질상 공증인이 작성한 집행증서와 다를 바가 없는데 공정증서의 경우에 기판력이 인정되지 않는 것과 비교하여 형평에 어긋난다.

제소전화해를 위하여 대리인을 선임하는 권리를 상대방에게 위임할 수 없으며(민사소송법 제385조 제2항), 법원은 필요한 경우 대리권의 유무를 조사하기 위하여 당사자 본인 또는 법정대리인의 출석을 명할 수 있다(민사소송법 제384조 제3항). 이 조항이 1990. 1. 13. 신설되었지만(「구 민사소송법」 제355조 참조), 자기의 우월적 지위를 이용하여 제소전화해를 하기 위하여 미리 상대방으로부터 그 대리인 선임에 관한 백지위임장을 받아두는 방식의 거래가 많았다. 그리하여 위임하는 자는 자신의 대리인이 누구인지 모르고, 대리인은 본인의 이름 이외에는 아는 것이 없게 된다.

이와 같이 제소전화해는 남용의 우려가 크다. 독일에서는 이를 폐지하였고, 일본의 경우에는 간이재판소의 특례절차로서 인정하고 있을 뿐이다. 경제적 강자인 채권자의 폭리행위나 탈법행위를 합법화하는 방편으로 남용되는 사례가 많으므로 사법부의 존엄과 가치가 훼손되는 것을 막기 위하여도 제소전화해제도는 더 이상 유지되어서는 아니 될 것이다.²⁾

3. 본고의 목적

공정증서의 집행력의 범위를 확대하여야 한다는 주장은 오래전부터 있었다. 대한공

2) 장재형, “집행증서의 범위의 확대에 관한 실증적 분석과 검토”, 인권과정의 423호(2012. 2.) 90면~96면.
이시윤, 신민사소송법(제5판), 박영사(2009), 527면.

증협회(대한공증인협회의 전신)는 1999. 11. 6. 법무부장관에게 인도집행증서의 신설을 건의하였으며, 그 이후 세미나 등지에서도 그러한 주장이 끊임없이 이어져왔고,³⁾ 그 결과 인도집행증서가 규정되기에 이르렀다.

공증인법의 개정에도 불구하고 실무에서는 작성 사례가 극히 드물 정도로 이용이 저조하다. 인도집행증서가 채소전화해를 대신할 것이라고 기대하였으나 법원의 채소전화해 사건수는 감소하지 않았다. 오히려 늘었다는 지적도 있다.⁴⁾ 인도집행증서의 이용도가 떨어지는 것은 여러 가지 원인이 있겠지만 가장 많이 활용될 것으로 예상되는 건물의 임대차에 관하여 증서의 작성을 지나치게 제한하였기 때문으로 생각된다. 부수적으로는 인도집행증서의 서식이 미비한 문제도 있다.

인도집행증서가 널리 이용될 수 있도록 인도집행증서와 관련된 법률관계를 정리하고, 작성방법을 검토하는 데 본고의 목적이 있다.

II. 인도집행증서

1. 집행증서

가. 집행증서의 의의

강제집행을 신청하려면 채권자가 집행권원을 가지고 있어야 한다. 집행권원이란 사법(私法)상 이행청구권의 존재와 범위를 표시하고 그 청구권에 집행력을 인정한 증서를 말한다. 대표적인 집행권원은 확정된 중국판결이며(민사집행법 제24조), 그 외에 화해조서, 지급명령, 조정조서, 가사심판 등도 집행권원이 된다. 구체적으로 어떠한 증서가 집행권원이 되는지는 민사집행법을 비롯하여 법률로 정해져 있다. 무엇을 집행권원으로 정하느냐는 것은 입법정책의 문제이다.

3) 전병서, “공증제도에 관한 약간의 검토”, 인권과정의 340호(2004. 12.), 89면.

4) “물건인도에 관한 공증 유명무실” 법률신문(2014. 5. 15.), <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=84313>(2016. 3. 18. 확인).

공증인이 작성한 공정증서로서 집행권원이 되는 것을 보통 집행증서라고 하는데 다음의 세 가지이다.⁵⁾

- ① 일정한 금전의 지급, 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 급여에 관한 공정증서로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것(민사집행법 제56조 제4호, 협의의 집행증서)
- ② 어음·수표에 첨부하여 강제집행을 인낙한 취지를 적어 작성한 공정증서(공증인법 제56조의2 제4항, 어음공정증서)⁶⁾
- ③ 건물이나 토지 또는 대통령령으로 정하는 동산(특정동산)의 인도 또는 반환을 목적으로 하는 청구에 대하여 강제집행을 승낙하는 취지를 기재하여 작성한 공정증서(공증인법 제56조의3 제3항, 인도집행증서)

공정증서라도 후건계약 공정증서나 유언 공정증서의 경우에는 집행력이 인정되지 아니 한다.

나. 집행수락문언

(1) 집행수락문언의 의의

공증인이 작성한 증서가 집행권원이 되려면 공정증서에 채무자가 강제집행을 승낙한 취지의 기재가 있어야 한다. 어음공정증서에는 강제집행을 인낙한 취지를 기재하여야 한다. 이를 집행수락문언(또는 집행약관)이라고 한다.

5) 집행증서는 공정증서로서 집행권원이 되는 증서를 말한다. 집행문이 붙어 있어야 집행증서가 되는 것이 아니다. 집행문이 붙어 있는 집행증서는 '집행력 있는 정본'이 된다(민사집행법 제57조, 제28조).

6) 약속어음은 채무자(발행인)가 채권자(수취인)나 그 지시인에게 일정한 날 일정한 금액을 지급할 것을 약정하는 유가증권이다. 반면 환어음과 수표는 수취인에게 일정한 날 일정한 금액을 지급해달라고 발행인이 제3자(지급인)에게 지급을 위탁하는 것이다. 채권·채무의 당사자인 발행인(채무자)은 수취인(채권자)에게 액면금 지급 채무를 직접적으로 부담하지 않으며, 지급인(제3자)은 법률행위의 직접 당사자가 아니므로 공정증서를 이용하기 어려운 점이 있다. 그리하여 공증 실무에서는 약속어음공증만 이용되고, 환어음이나 수표에 대한 공증은 거의 없는 실정이다.

집행수락의 의사표시는 집행력 발생의 근거가 되는 것으로서 공증인에 대한 채무자의 소송행위로서 이해하는 것이 일반적인 견해이며, 판례의 기본입장이다.⁷⁾ 집행수락의 의사표시는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시라고 설명한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결). 그리하여 소송능력, 소송대리권 등 소송행위의 일반요건에 흠결이 있으면 그 집행증서의 집행력을 인정하지 아니한다.

(2) 집행수락문언과 관련된 판례

판례의 이론을 부연하여 설명하면 다음과 같다. 집행수락의 의사표시에는 민법상의 표현대리의 규정을 적용하거나 준용하지 않는다(대법원 1994. 2. 22. 선고 93다42047 판결). 그리하여 기본이 되는 행위의 대리권을 수여받은 사람이 그 수권의 범위를 넘는 행위를 하고 그에 관하여 공정증서를 작성한 경우에 그 수권의 범위 내에서는 본인이 기본이 되는 행위에 따른 실체법상의 채무를 부담하지만, 그 공정증서는 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 것이므로 집행권원으로서 효력이 없다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다45503, 45310 판결). 대리권의 범위 내에서도 집행권원이 될 수 없다는 것이다.

대리권의 흠결이 있는 공정증서라고 하더라도 추인은 가능하지만 그 집행인낙에 대한 추인의 의사표시는 공정증서를 작성한 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하고, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위를 한 경우에는 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 집행권원이 유효하게 될 수는 없다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2000다2803 판결).

자기계약·쌍방대리의 금지에 관한 민법 제124조가 집행수락 의사표시에 적용되는지 여부에 관하여도 판례는 이를 긍정하고 있다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결, 대법원 1975. 5. 13. 선고 72다1183 전원합의체 판결). 다만 집행수락 의사표시를 포함한 계약 조항이 이미 당사자 사이에 결정되어 있고, 대리인이 단지 공정증서를 작성하기 위한 대리인이고, 새로이 계약 조항을 결정하는 것이 아니라면 이러한 대리관계는 쌍방대리금지에 저촉되지 않는다고 판단하고 있다.

7) 법원실무제요 민사집행[I] 199면, 201면, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결, 公証人法, 日本公証人連合會(2011), 81면.

(3) 검토

이러한 종래의 이론에 대하여는 검토의 여지가 있다.

- ① 집행수락의 의사표시가 집행력 발생의 기본이 된다는 점은 인정하나 그 의사표시가 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시라는 점은 납득하기 어렵다. 금전소비대차계약 공정증서를 예로 든다면 공증인은 채권자와 채무자의 촉탁으로 당사자의 진술을 들어서 증서를 작성한다(공증인법 제34조). 증서를 작성하는 과정에서 채무자가 별도로 공증인에게 집행수락이라는 의사표시를 하는 일은 없다. 집행수락도 채권자와 채무자가 합의한 사항일 뿐이다. 약속어음 공정증서의 경우에도 발행인과 수취인이 합의해야만 증서를 작성할 수 있다. 약속어음의 발행이나 배서는 단독행위이지만 그의 일방적인 촉탁으로는 어음공정증서를 작성할 수 없고, 반드시 발행인과 수취인, 양도인과 양수인 또는 그 대리인이 공동으로 촉탁하여야 작성할 수 있다(공증인법 제56조의2 제2항).

즉, 당사자들이 집행수락의 합의를 한 사실이 집행력의 근거로 이해된다. 따라서 행위능력, 대리권은 채무자만 문제되는 것이 아니라 채권자도 이를 갖춰야 한다.

- ② 다음 집행수락의 의사표시가 소송행위라는 점도 의문이다. 공증인이 작성한 증서로서 일정한 요건을 갖춘 경우에 집행권원이 되지만 이는 민사집행법 등 법률의 규정에 따라 발생하는 효력이다. 소송법(사실은 민사집행법)상의 효과가 발생한다고 하여 그것을 바로 소송행위로 파악해야 하는지는 의문이다. 채무자의 행위가 소송행위이면 그 상대방인 공증인도 소송행위를 하는 것이 자연스러운데, 과연 그런지 의문스럽다. 공증인의 증서 작성행위를 소송행위로 이해할 이유는 없다.

공증인이 작성한 증서는 공증인법이나 그 밖의 법률에서 정한 요건을 갖추지 아니하면 공증의 효력⁸⁾이 없게 된다(공증인법 제3조). 무능력자의 촉탁으로 공정증서를 작성하였으면 공증인법 제25조 제3호에 위반되고, 무권대리인이 촉탁한 경

8) 공증의 효력이 무엇인지 공증인법에는 규정되어 있지 않다. 공증은 특정한 사실 또는 법률관계의 존부, 내용을 증명하는 것이다. 그 자체로는 법률관계가 창설·변경·소멸되는 효과가 생기지 아니한다. 공증으로 인하여 어떠한 효력이 발생하는지는 개별법에 따라 정해지며, 또한 공증의 종류에 따라 그 효력이 달라진다.

우에는 공증인법 제31조에 위반되어 그 증서는 공증의 효력이 없고 따라서 집행력도 없게 되는 것이다. 굳이 소송능력, 소송대리권 등을 거론하여 소송행위의 일반요건에 흠결이 있기 때문에 집행력이 생기지 아니한다고 이론을 구성하여야 하는 것이 아니다.

- ③ 촉탁의 대리에 관하여 검토하면, 공증인법은 대리인에 의한 촉탁을 허용하고 있다(공증인법 제30조). 대리 촉탁⁹⁾의 경우에는 공증인은 대리인이 그 사람이 맞다는 것을 확인하여야 하고, 대리인이 문맹이거나 외국인으로 국어를 모르는 등 일정한 경우에는 통역인이나 참여인을 참여시켜야 한다(공증인법 제30조, 제27조 내지 제29조). 대리인은 대리권을 증명할 증서(위임장)를 제출하게 하여야 하며(공증인법 제31조 제1항), 위임장은 인증을 받았거나 인감증명서(또는 서명에 관한 증명서)에 의하여 진정성립이 증명되어야 한다(공증인법 제32조 제2항).

대리인의 대리권에 관한 규정은 공증인법 제31조가 전부이다. 즉 대리인은 대리권을 증명할 증서를 제출하여야 하고, 그 증서는 진정하게 성립된 것이어야 한다는 규정이 있을 뿐이며, 그 외에 민법이나 민사소송법을 준용하는 규정은 없다. 이는 대리인이 촉탁하는 사항은 위임장에 기재된 것에 한정되고, 공증인은 촉탁받은 사항에 대하여만 증서를 작성할 수 있다는 뜻이다. 대리인의 촉탁이 위임의 범위를 벗어난 경우에는 공증인은 촉탁을 거절하여야 하며(공증인법 제4조 제1항), 만일 공증인이 작성한 증서가 위임의 범위를 벗어났다면 그 증서는 공증인법의 요건을 갖추지 아니하여 공증의 효력을 가지지 아니한다.

촉탁의 대리에 관하여는 민법의 규정이 적용되지 않으므로 공정증서의 작성에 관

법률행위 공정증서의 집행력은 민사집행법 제56조에 근거하고, 공정증서의 증거력은 민사소송법 제356조 제1항에 따른 것이다. 공정증서 등본은 형사소송법상 증거능력이 있고(형사소송법 제315조 제1호), 유언 공정증서는 검인이 필요하지 않다(민법 제1091조 제2항).

사서증서에 인증을 받으면 본인의 서명·날인·무인사실이 증명되어(민사소송법 제358조) 결국 진정한 사문서로 추정받는다(민사소송법 제357조). 주식회사의 정관은 인증받아야 효력이 있으며(상법 제292조), 법인의사록은 인증받아야 법인등기신청서에 첨부할 수 있다(공증인법 제66조의2).

공정증서에 기입한(작성)일자란은 확정일자라 되며, 공증인이 사서증서의 인증서에 기입한 일자도 확정일자라 된다(민법 부칙 제3조 제4항).

- 9) 공증촉탁의 대리과 법률행위의 대리는 별개이다. 공증촉탁의 대리에는 민법의 규정이 적용될 여지가 없다. 법률행위가 완성된 후에 공증의 촉탁만 위임할 수도 있고, 법률행위의 대리권과 공증촉탁의 대리권을 동시에 수여할 수도 있다. 법률행위만의 대리인이 공증을 촉탁할 수 없음은 물론이다.

하여는 표현대리가 적용되지 않음은 물론이고, 자기계약·쌍방대리를 금지한 민법 제124조도 적용되지 않는다. 금지규정이 없다는 점에서 그 허용성에 관하여 논란이 있을 수도 있겠지만 공증인법에 특별 규정이 있는 경우(예: 공증인법 제56조의3 제2항) 외에는 그것이 금지되지 않는다고 해석한다.

이와 같이 공증 촉탁의 대리에 관하여 굳이 민법이나 민사소송법의 규정이나 소송행위의 개념을 동원할 필요는 없다고 할 것이다.¹⁰⁾

판례는 대리권의 흠결이 있는 공정증서의 추인에 관하여, 추인의 의사표시는 공정증서를 작성한 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 한다고 판단하였는데 모두 공정증서의 효력을 부인하면서 펼친 논리이다.¹¹⁾ 대리권의 흠결을 추후 보완하는 방법은 공증인법 제31조 제3항에 규정되어 있다. 즉 증서의 작성에 관한 규정에 따라 대리 또는 그 방식의 결함을 추후 보완한 경우에는 그 증서는 결함이 있었다는 이유로 효력이 부정되지 아니한다. 여기서 ‘증서의 작성에 관한 규정에 따라’ 결함을 추후에 보완한다는 것은 추완공정증서를 작성하여야 한다는 뜻이다. 단순히 공증인에게 위임장을 추가로 제출하고 보완의 의사표시를 하는 것으로는 추후 보완할 수 없다. 판례에서 말하는 ‘공증인에 대하여 의사표시를 공증하는 방식’이 구체적으로 무엇을 말하는지는 명확하지 않지만 공증인법 제31조 제3항에 따라야 한다는 뜻으로 이해한다. 이와 다른 방법의 추인을 인정하는 취지라면 공증인법에 위반된다.

공증인법 제31조 제3항은 공증인이 대리권의 흠결을 간과한 경우에 관한 것이다. 적법한 대리권이 없다는 것을 알면서 증서를 작성하거나, 추후에 보완할 것을 예정하고 증서를 작성하는 것은 공증인법에 위반된다.

결국 이 규정의 취지는 대리인 아닌 자가 대리인으로 행세하거나 대리권을 증명하지 못하였음에도 공증인이 적법한 대리인으로 오인하고 증서를 작성한 경우에 관한

10) 공증의 효력과 실체법상 채무를 부담하는 것은 별개의 문제이다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다45503, 45310 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2000다2803 판결 참조).

11) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결, 대법원 1991. 4. 26. 선고 90다20473 판결, 대법원 1983. 2. 8. 선고 81다카621 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다카804 판결.

것이다.¹²⁾¹³⁾

다. 집행증서의 집행력의 범위

판결의 집행력은 기판력에 준한다. 그 시적(時的) 범위는 사실심 변론종결시를 기준으로 한다(민사소송법 제218조, 민사집행법 제44조 제2항). 채무자가 청구이의 소송에서 주장할 수 있는 이유는 변론이 종결된 뒤에 생긴 것이어야 한다(민사집행법 제44조 제2항).

집행증서는 기판력이 없다. 증서에 기재된 청구권이 당초부터 불성립 또는 무효인 경우에도 청구이이의 소를 제기할 수 있으며(민사집행법 제59조 제3항), 집행증서 있는 청구권에 대하여 이행의 소나 확인의 소를 제기할 수도 있다.

판결의 경우에는 주문에 포함된 것에 한하여 기판력이 있고(민사소송법 제216조 제1항), 집행력도 인정된다. 집행증서의 경우에는 주문과 이유의 구분이 없으므로 그에 기재된 이행청구권을 기준으로 집행력의 객관적 범위를 결정하여야 한다.

판결의 기판력은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 판결한 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인), 당사자나 승계인을 위하여 목적물을 소지한 사람, 제3자를 위하여 당사자가 된 사람이 받은 판결에서의 제3자에게 미친다(민사소송법 제218조).

12) 공증실무(개정판), 대한공증인협회(2013), 188면.

공증실무, 대한공증협회(2004) 17. 및 107.에서는 ‘대리권을 증명하게 하지 못하고 증서를 작성한 경우에도 3일 이내에 그 흠결을 추완할 수 있다’고 하였으나 이는 공증인법 제31조에 위반되는 해석이다. 제31조 제3항에는 3일 이내라는 문구가 없다. 3일 이내를 규정하고 있는 공증인법 제27조 제3항은 급박한 사유로 증서를 작성한 경우인데, 제31조 제3항은 급박한 사유로 증서를 작성한 경우로 한정하지 않고 있다. 따라서 급박한 사유가 있다는 이유로 3일 이내에 추완할 예정으로 증서를 작성하는 것은 공증인법에 위반된다.

제3자의 허락이나 동의를 필요한 법률행위에 관하여 공증인이 증서를 작성할 때에는 그 허락이나 동의가 있었음을 증명할 증서를 제출하여야 한다(공증인법 제32조 제1항). 이 경우에 제31조 제2항 및 제3항이 준용된다. 제3자의 허락이나 동의를 필요한 법률행위임에도 공증인이 이를 간과하고 증서를 작성한 경우에 후일 그 흠결을 추완할 수 있다는 뜻이다. 또한 제3자의 허락이나 동의를 필요한 법률행위이므로 이를 증명하게 한 다음에 증서를 작성하였는데 사실은 증명되지 않은 것으로 판명된 경우에도 그 흠결을 추완할 수 있다는 뜻이다. 제3자의 허락이나 동의를 증명되지 않은 상태에서 후일 추완할 것을 예상하고 증서를 작성하는 것은 공증인법에 위반된다.

13) 처음부터 추후에 보완할 것을 예정하고 증서를 작성하는 것은 촉탁인이나 대리인의 확인에 한정된다(공증인법 제27조 제3항, 제30조).

기관력이 미치는 사람에 대하여 집행력도 미친다(민사집행법 제25조). 그러나 이 조문은 집행증서에는 준용되지 않는다(민사집행법 제57조). 따라서 집행증서의 집행력은 증서상의 채권자와 채무자, 증서 작성 후의 승계인에게만 미친다.¹⁴⁾ 당사자를 위해 청구목적물을 소지하는 자에 대하여는 집행증서에 의하여 강제집행을 할 수 없다고 할 것이다.

라. 집행증서의 요건이 흠결된 경우

무권대리인이 촉탁한 경우, 집행증서에 집행수락문언이 누락된 경우 등 집행증서의 요건이 흠결된 경우에는 그것은 집행력이 없다. 따라서 공증인은 집행문을 부여할 수 없으며, 만일 집행문이 부여된 경우에는 집행문부여에 대한 이의로써 다룰 수 있다(민사집행법 제59조 제2항).

종전에는 실체법상의 무효원인을 주장하는 경우에는 청구이의소송으로 집행력의 배제를 구하는 것만 허용되고 집행문부여에 대한 이의를 할 수 없다는 이론이 지배적이었다. 대법원이 집행증서상의 명의를 모용당한 경우에 청구이의의 소를 제기하는 것은 물론이고 집행문부여에 대한 이의로써 무효인 집행증서에 부여된 집행문의 취소를 구할 수 있다고(대법원 1999. 6. 23.자 99그20 결정) 판단한 이후, 채무자는 청구에 관한 이의의 소와 집행문부여에 대한 이의신청을 모두 할 수 있고, 어느 방법에 의할지는 당사자가 자유롭게 선택할 수 있게 되었다.¹⁵⁾

마. 집행증서의 기재가 사실과 다른 경우

공증인은 당사자의 진술을 들어서 법률행위 공정증서를 작성하지만 당사자의 진술이 진실에 부합하는지 여부를 조사할 권한은 없다. 그저 법률행위의 위법성과 무효여부를 심사할 뿐이다. 집행증서에 기재된 내용이 객관적 사실과 일치하지 않는 일도 발생한다.

14) 일본 민사집행법 제23조 제2항 참조.

15) 법원실무제요 민사집행[I] 201면.

사소한 부분의 불일치를 이유로 공정증서의 효력을 부인하는 것은 부정되어야 한다. 공정증서의 기능을 저해하고, 불성실한 채무자의 시간끌기나 집행면탈에 이용당할 뿐이기 때문이다. 예를 들면 물품대금채무에 대하여 금전소비대차계약 공정증서를 작성한 것처럼 당사자 사이에 채권채무의 성립과 금액에는 다툼이 없는 경우이다. 물론 준소비대차계약 공정증서나 채무변제계약 공정증서를 작성하는 것이 온당하겠지만 경우에 따라서는 편의상 금전소비대차계약 공정증서를 작성하더라도 그 집행력이 인정된다고 할 것이다. 물품대금이나 공사대금 등 금전지급의 의무가 있는 경우에 당사자가 그 금전을 소비대차의 목적물로 약정하면 소비대차의 효력이 생기기 때문이다(민법 제605조). 즉 금전소비대차계약 공정증서를 작성한 것이 바로 준소비대차인 것이다.

또한 ‘채무자는 1억 원을 2016년 1월부터 10월까지 매월 10일 천만 원씩 10회에 걸쳐 분할하여 변제한다.’고 기재할 것을 ‘채무자는 1억을 매월 천씩 10회에 걸쳐 분할하여 변제한다.’고 기재한 경우와 같이 오기임이 명백한 때에는 ‘매월 천만 원씩 변제한다.’고 기재된 것으로 취급하여야 할 것이다. 공정증서에는 판결의 경우와 달리 경정제도(민사소송법 제211조)가 없어, 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 표현상의 잘못이 있고, 또 잘못이 분명하더라도 이를 경정할 수 없다. 그렇다고 하여 이를 무효로 볼 것은 아니므로 오기가 없었더라면 기재되었을 내용이 기재된 것으로 취급하여야 할 것이다.

증서에는 갑이 대여한 것으로 기재되어 있는데 사실은 을이 대여한 경우도 있다. 소송의 결과 을이 갑의 명의를 가장한 것으로 판명되면 그 증서는 집행증서의 효력이 부정될 것이다.

바. 집행증서에 기재된 법률행위가 무효인 경우

실제로는 채권·채무관계가 존재하지 아니함에도 단지 채권자들에 의한 채권의 추심이나 강제집행을 피하기 위하여 집행력이 있는 공정증서를 작성하면 통정허위표시로서 무효이다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다70024 판결).

무효인 법률행위에 대하여는 누구나 무효를 주장할 수 있고, 언제나 무효를 주장할 수 있다. 재판에 의한 무효의 선언이 있어야 무효가 되는 것이 아니다. 그러나 청구이의 소송이나 집행문부여에 대한 이의신청으로 그 집행력을 배제하지 않는 한 그 집행증서

는 유효한 것으로 취급된다.¹⁶⁾ 경우에 따라서는 채무부존재확인 소송도 가능하다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다108863 판결). 집행이 종료한 이후로는 청구이의소송이나 집행문부여에 대한 이의신청으로는 더 이상 다룰 수 없으며, 이때에는 부당이득의 반환을 청구할 수밖에 없다.

채권자와 채무자가 통모하여 허위채무를 부담하고 집행력 있는 공정증서를 작성하면 공정증서원본불실기재죄 및 불실기재공정증서원본행사죄도 성립된다(2012. 4. 26. 선고 2009도5786 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007도3005 판결). 공증인이 작성한 공정증서원본이 형법 제228조 제1항의 공정증서에 해당된다는 것은 대법원 1977. 8. 23. 선고 74도2715 전원합의체 판결 이후 대법원의 확립된 견해이다.

집행증서를 작성한 법률행위가 사해행위로 취소되는 경우도 있다. 공정증서의 작성으로 인하여 채무자의 책임재산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 사해행위가 성립된다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다33884 판결). 그러나 채권자가 채무의 변제를 요구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서는 아니 되고, 채무자도 다른 채권자가 있다는 이유로 채무이행을 거절할 수는 없다. 그러므로 채무자가 채권자의 요구에 따라 채권자에 대한 기존채무의 변제를 위하여 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주는 것은 원칙적으로 사해행위가 되지 않는다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다14975 판결).

2. 인도와 인도집행

가. 인도

인도란 점유의 이전을 말한다. 점유는 물건을 사실상 지배하는 것이다(민법 제192조 제1항). 사실상 지배한다는 것은 사회관념상 물건이 어떤 사람의 지배 안에 있는 객관

16) 위 같은 면. 공증인법 제25조는 훈시규정이므로 그에 위반하여도 집행력이 인정된다고 설명하고 있다. 그러나 이 설명은 의문이다. 무효인 법률행위에 관하여 증서를 작성하면 공증인법 제25조에 위반하여 공증의 효력이 없게 되므로(공증인법 제3조), 이를 훈시규정이라고 단정하기는 어렵다. 공증인법 제25조는 공증인이 증서를 작성하는 단계에서는 증서작성의 한계를 설정하지만, 그 이후에는 공증의 효력을 판단하는 기준으로 작용한다.

적인 관계를 말한다. 물건을 물리적으로 잡고 있는 것이 반드시 필요한 것은 아니다. 물건을 사실상 지배하더라도 점유가 아닌 경우도 있다. 사실상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건을 사실상 지배하는 경우이다. 이때는 타인이 점유하는 것이며, 사실상 지배하는 사람은 점유보조자이다(민법 제195조).

민법상의 점유는 간접점유를 포함한다. 사실상의 지배가 없어도 점유자로 인정되는 경우이다. 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치, 기타의 관계로 타인으로 하여금 점유하게 한 경우에는 간접적으로 점유하게 되는 것이다(민법 제194조).

인도는 점유를 이전하는 것이므로 직접점유를 이전하는 것은 물론이고, 간접점유를 이전하는 것도 인도이다.

직접점유의 이전은 ‘현실의 인도’이다. 물건에 대한 사실적 지배를 이전하는 것이지만 반드시 물리적으로 이전하는 것을 의미하는 것은 아니며, 사회통념상 또는 거래관념상 물건에 대한 지배가 양도인의 지배로부터 양수인의 지배로 옮겨가는 것을 말한다. 그 방법이나 형식은 동산·부동산 등에 따라, 각 경우마다 다르다. 동산에 있어서는 직접 교부하는 것이 보통이고, 부동산에 있어서는 열쇠를 넘겨주는 것처럼 그 관리나 이용이 옮겨 가는 것이 보통이다. 어떠한 경우에 사실상 지배의 이전이 있다고 인정하느냐 하는 것은 결국 사회통념에 의하여 정한다.

간접점유의 이전은 간이인도(민법 제188조 제2항), 점유개정(민법 제189조), 목적물 반환청구권의 양도(민법 제190조)와 같은 방법으로 한다. 의사표시만으로 인도를 하는 것이다.

나. 인도집행

(1) 직접점유의 이전

동산물권변동의 공시방법으로서 인도는 ‘현실의 인도’에 한하지 않고, 의사표시만으로 하는 관념적인 인도를 포함한다(민법 제188조 내지 제190조). 그러나 강제집행 방법으로서 인도(민사집행법 제257조, 제258조)는 직접점유의 이전만을 뜻한다. 점유개정이나 목적물반환청구권의 양도와 같은 간접점유의 이전은 의사표시를 구하는 청구의 집행(민사집행법 제263조)에 의하여야 한다. 즉 인도집행이란 채무자로부터 직접점

유, 즉 현실의 지배를 빼앗아 채권자나 제3자로 하여금 점유하게 하는 것이다. ‘채무자로부터 빼앗아’ 또는 ‘채무자로부터 점유를 빼앗아’ 채권자에게 인도하는 것이다.

(2) 명도

부동산의 인도는 명도를 포함한다. 명도는 「구 민사소송법」의 용어로서 채무자가 살림을 가지고 거주하는 경우에 살림살이를 비우고, 거주자를 퇴거시켜서 완전한 지배를 이전하는 형태의 인도방법을 말한다.

협의이혼계약 공정증서를 작성함에 있어서 부(혹은 처)가 동거하는 주택에서 퇴거하기로 약정하는 경우도 있다. 이러한 퇴거도 인도방법의 하나이다.

(3) 토지상에 건물이나 수목이 있는 경우

토지 위에 건물이 있는 때에 토지의 인도를 집행하려면 그 지상 건물을 철거해야만 한다. 그 건물을 철거하지 않는 한 그 부지인 토지의 점유를 이전할 수 없는 것이다. 그렇다고 집행관이 직접 건물을 철거할 수는 없으며, 별도로 건물철거에 관한 집행권원이 없다면 건물 부지인 토지의 인도는 집행불능이 된다. 건물은 토지와 별개의 부동산이기 때문이다.¹⁷⁾

토지 위에 수목이 있는 경우에도 건물과 같이 독립한 부동산으로 처리한 사례가 있다. 건물철거와 토지인도를 명한 판결에 따라 강제집행을 실시함에 있어서 그 토지 거의 전부에 걸쳐 감귤나무가 식재된 경우에 감귤나무를 그대로 두고는 토지인도를 집행할 수 없다고 한 것이다(대법원 1980. 12. 26. 자 80마528 결정). 이에 대하여 토지에 수목이 있는 경우 그 수목을 토지의 부합물로 취급하여 현상 그대로 채권자에게 인도하여야 한다는 견해도 있다.¹⁸⁾

17) 토지의 인도는 ‘주는 급부’이고, 건물의 철거는 ‘하는 급부’여서 그 집행방법이 다르다. 토지의 인도는 집행관이 채무자로부터 빼앗아서 인도하는 방법으로 집행하지만, 건물철거의 경우에는 대체적 작위채무에 대한 강제집행(민사집행법 제260조 제1항)의 방법으로 집행한다. 즉 채권자는 먼저 수권결정을 받아야 하며, 그 다음에 비로소 실제로 철거를 집행하게 되는 것이다.

18) 법원실무제요 민사집행[III] 560면 참조.

3. 인도집행증서

가. 의의

인도집행증서는 건물·토지·특정동산의 인도 또는 반환을 목적으로 하는 청구에 대하여 강제집행을 승낙하는 취지를 기재한 공정증서이다(공증인법 제56조의3 제1항).

공증인이 작성하는 공정증서라는 점에서는 민사소송법 제56조 제4호에 규정된 협의의 집행증서와 같지만 청구의 목적이 다르다. 인도집행증서는 건물·토지·특정동산의 인도 또는 반환을 목적으로 하는 청구에 관한 것이고, 협의의 집행증서는 일정한 금액이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관한 것이다.

인도집행증서의 집행력은 공증인법 제56조의3 제3항에 근거하지만 협의의 집행증서의 집행력은 민사집행법 제56조 제4호에 따른다.

나. 집행권원

인도집행증서가 집행권원이 되려면 공정증서에 인도청구에 대하여 강제집행을 승낙한 취지가 기재되어야 한다.

공증인이 스스로 작성한 공정증서만 집행권원이 될 수 있다. 공증인이 사서증서(사문서)를 인증한 경우(공증인법 제57조 제1항)에는 사서증서에 집행수락문언이 기재되어 있어도 집행권원이 될 수 없다.

다. 인도 또는 반환

사용대차의 경우, 대주가 물건을 사용, 수익하도록 차주에게 넘겨주는 것은 인도라고 하고, 차주가 사용, 수익한 후에 되돌려 주는 것은 반환이라고 한다(민법 제609조 참조). 반환은 인도의 한 유형에 지나지 않고, 특별히 구별할 필요는 없다. 그러나 건물임대차의 경우에는 인도와 반환에 차이가 있음에 주의하여야 한다. 공증인법 제56조의3

제1항 단서는 임대차관계를 종료를 원인으로 반환하는 경우에만 적용되기 때문이다. 법문에는 ‘인도 또는 반환’ 이지만 그 의미는 반환의 뜻이다.

인도는 그야말로 점유의 이전에 관한 것이며, 소유권의 이전과는 관련이 없다. 이전 등기가 필요한 경우에는 인도집행증서는 효과적인 대책이 될 수 없다. 예를 들면 부동산 매매계약을 공정증서로 작성함에 있어서 소유권이전등기를 목적으로 하는 청구에 대하여 강제집행을 승낙하더라도 그것을 근거로 바로 소유권이전등기를 경료할 수 없다.

라. 건물·토지

건물이나 토지의 인도나 반환을 목적으로 하는 경우에 한정된다. 토지에 독립적인 부동산으로 취급될 수 있는 수목이 존재하는 경우 수목의 인도에 관하여 인도집행증서를 작성할 수 있는지는 의문이다.

공증인법 제56조의3에서 부동산이라고 하지 않고(민법 제99조 제1항 참조), 건물이나 토지라고 열거한 것은 적절하지 않다. 사리에 맞지 않으므로 조속히 개정되어야 할 것이다.

집행목적물인 건물이 미등기인 경우에도 증서를 작성할 수 있다. 미등기 건물에 대한 인도의 집행방법은 등기된 건물의 경우와 다를 바가 없다.

마. 특정동산

‘대통령령으로 정하는 동산’에서 동산이란 특정동산을 뜻한다. 조문의 제목에 특정동산으로 명시되어 있다. 민사집행법 제257조는 특정동산과 대체물의 인도집행방법을 규정하고 있다. 특정동산이란 동산으로서 특정물을 말한다.¹⁹⁾

19) 특정물이란 거래에 있어서, 당사자가 물건의 개성을 중요시하여 동종의 다른 물건으로 바꾸지 못하게 한 물건이고, 다른 물건으로 바꿀 수 있게 한 물건은 불특정물이다.

대체물은 물건의 개성이 중요시되지 않고, 단순히 종류·품질·수량에 의하여 정하여지고, 거래상 같은 종류, 같은 품질, 같은 수량의 물건으로 바꾸어도 영향을 주지 않는 물건이며, 불대체물은 그러한 대체성이 없는 물건이다. 특정물과 불대체물, 불특정물과 대체물은 대체로 일치하는 것이 보통이지만 언제나 일치하는 것은 아니다.

민사집행법 제257조의 동산은 유체동산만을 의미한다. 전기 기타 관리할 수 있는 자연력도 동산이지만(민법 제98조), 그 공급의무를 이행하려면 특별한 장치와 그 조작을 필요로 하므로 이는 ‘하는 급부’에 속하고 따라서 동산인도청구의 방법으로는 집행할 수 없으며, 대체집행이나 간접강제의 방법으로 집행하여야 한다. 수돗물, 가스, 열의 공급도 마찬가지이다.

동산이 대체물이더라도 특정물인 경우에는 인도집행증서의 대상이며, 대체물이고 불특정물인 경우에는 민사집행법 제56조제4호에 따른 집행증서를 작성하여야 한다.

물건을 제작·가공하여 인도할 것을 내용으로 하는 청구의 경우에는 주의를 요한다. 물건을 제작·가공하는 부분은 ‘하는 급부’로서 곧바로 인도집행의 대상이 되지 않는다. 제작·가공이 완료되어 완성된 물건의 인도만 인도집행의 대상이 된다.

유아인도의 집행은 유체동산인도청구권의 집행절차에 준하여 집행관이 강제집행한다(「유아인도를 명하는 재판의 집행절차」, 재특 82-1). 그러나 유아가 특정동산이 아님은 명백하다. 협의이혼계약 공정증서를 작성하거나 별도로 공정증서를 작성함에 있어서 유아인도를 약정하더라도 집행력이 없다.

인도집행증서를 작성할 수 있는 특정동산은 대통령령으로 정하는 동산에 한정된다. 이에 대하여는 뒤에서 살펴보기로 한다.

III. 인도집행증서의 작성방법

1. 법률행위 공정증서

가. 용지, 용어, 기재방법

인도집행증서는 법률행위 공정증서의 하나이다. 따라서 공정증서의 작성에 관한 공증인법의 규정이 모두 적용된다.

용지는 가로 210mm, 세로 297mm의 직사각형 용지를 사용하고, 위쪽에 30mm, 좌우와 아래쪽에 각 15mm의 여백을 두고 직사각형의 칸을 인쇄하여 사용하며, 공증사무소의 명칭을 인쇄하여야 한다(공증인법시행령 제7조 제1항, 행정업무의 효율적 운영에

관한 규정 제7조 제6항, 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제6조 제1항). 흰색바탕에 흑색으로 인쇄하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제6조 제2항).

공증인이 증서를 작성할 때에는 국어를 사용하여야 하고, 다만 촉탁인의 요구가 있는 경우에는 외국어를 병기할 수 있다(공증인법 제26조 제1항). 국어와 외국어를 병기한 경우에 내용이 서로 다른 경우에는 국어로 작성한 내용이 우선한다(공증인법 제26조 제2항).

공증인은 보통의 쉬운 용어를 사용하고 글자 획을 명확히 써야 하며(공증인법 제36조 제1항), 글자가 연결되어야 할 자행(字行)에 빈 공간이 있을 때에는 직선 또는 사선을 그어 그 부분에 다른 글자가 없음을 표시하여야 한다(공증인법 제36조 제2항). 증서의 글자는 수정할 수 없으며, 글자를 삽입할 때에는 글자 수와 그 위치를 칸의 밖이나 끝부분 여백에 적고 공증인, 촉탁인 또는 그 대리인과 참여인이 이에 날인하여야 한다. 삭제할 때에는 그 글자를 명확히 읽을 수 있도록 글자의 모양을 남겨두고 삭제한 글자 수와 그 위치를 칸의 밖이나 끝부분 여백에 적고 공증인, 촉탁인 또는 그 대리인과 참여인이 이에 날인하여야 한다. 이러한 방법을 위반한 정정은 효력이 없다(공증인법 제37조).

나. 관할, 제척

공증인은 사무소에서 직무를 수행하여야 하며(공증인법 제17조 제3항 본문, 제17조의2 제1항), 다만 사건의 성질상 사무소에서 직무를 수행할 수 없는 경우에는 출장하여 직무를 수행할 수 있다(공증인법 제17조 제3항 단서). 인도집행증서를 작성하는 경우에도 필요한 경우에는 출장할 수 있다. 다만 출장의 경우에도 그 소속 지방검찰청의 관할구역을 벗어나지 않아야 한다(공증인법 제16조 참조).

인도집행증서의 작성은 관할의 제한이 없다. 건물이나 토지 또는 특정동산이 소속 검찰청의 관할구역 밖에 있어도 상관이 없으며, 후일 강제집행하는 경우 그 집행법원의 관할도 문제가 되지 않는다.

공증인에게 공증인법 제21조에 규정된 제척사유가 없어야 증서를 작성할 수 있다. 특히 인가공증인의 경우에는 해당 법무법인 또는 공증인가합동법률사무소가 대리한 소송사건과 관련하여 인도집행증서를 작성할 수 없음에 주의하여야 한다(공증인법 제15조의9 제1호).

다. 법률행위의 요건

공증인은 ① 법령을 위반한 사항, ② 무효인 법률행위, ③ 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여는 공정증서를 작성할 수 없다(공증인법 제25조).

법률행위가 법률상 효력을 가지려면 일반적으로 ① 당사자가 능력이 있을 것, ② 법률행위의 내용이 확정할 수 있고, 가능하고, 적법하고, 사회적 타당성이 있을 것, ③ 의사표시에 관하여는 의사와 표시가 일치하고, 그 의사가 타인의 부당한 간섭이 없는 자유로운 의사일 것을 요구한다. 그 어느 것이라도 충족하지 않으면 무효이다.²⁰⁾

공증인은 촉탁사항에 관하여 위법성과 무효여부를 심사하며, 당사자의 능력 기타 법률행위의 효력에 영향을 미칠 사항에 대하여 의심이 있는 경우에는 공증인은 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 한다(공증인법시행령 제12조 제1항). 그러나 공증인이 사실조회 등을 통하여 직권으로 사실을 탐지하여 심사할 의무는 없다. 자료제출과 설명의 책임은 당사자에게 있을 뿐이다.²¹⁾ 당사자가 필요한 설명을 하지 않거나 설명을 하더라도 여전히 의심이 있는 경우에는 공증인은 촉탁을 거절하여야 한다. 공증인이 촉탁을 거절하는 경우에는 촉탁인이나 그 대리인에게 거절의 이유를 알려야 하며(공증인법 제4조 제2항), 촉탁인이 청구하면 그 이유서를 교부하여야 한다(공증인법시행령 제11조 제1항). 공증인이 이유서를 교부한 경우에는 지체없이 그 사유를 소속 지방검찰청검사장과 대한공증인협회의 장에게 보고하여야 한다(공증인법시행령 제11조 제2항). 촉탁인이나 이해관계인은 공증인의 사무취급에 관하여 이의가 있는 경우 소속 지방검찰청검사장에게 이의신청할 수 있으며(공증인법 제81조 제1항), 지방검찰청검사장은 공증인의 사무 취급이 공증 관계 법령에 위반되었는지 여부와 적정하게 처리되었는지 여부를 조사하여 이유 없음, 주의 촉구, 경고, 징계사유발생보고 등의 조치를 한다(공증사무 이의신청사건의 처리에 관한 규칙 제3조). 지방검찰청검사장의 처분에 관하여는 다시 법무부장관에게 이의신청할 수 있다(공증인법 제81조 제2항).

20) 박윤직, 민법총칙(제7판), 박영사(2011), 199면.

21) 등기관은 형식적 심사권과 유사하다. 등기관은 신청의 내용인 실체관계의 효력까지 심사할 수 있다. 다만, 신청서와 첨부서류에 의해서만 심사하여야 하고, 등기할 사항의 존부, 효력의 유무, 취소원인의 유무에 관하여 당사자에게 증명을 요구하거나 심문할 수 없으며, 현장확인, 사실조회 등을 할 권한이 없다. 상업등기실무[I] 311면~312면 참조.

제3자의 허락이나 동의가 필요한 행위에 관하여 인도집행증서를 작성하는 경우에는 그 허락이나 동의가 있었음을 증명하게 하여야 한다(공증인법 제32조).

라. 촉탁인·대리인의 확인

공증인은 면전에 있는 사람이 촉탁인 본인 또는 대리인이 맞는지 확인하여야 한다. 그 확인방법은 공증인법에 규정되어 있으며, 그 외의 방법으로 확인하여서는 아니 된다(공증인법 제27조, 제30조). 촉탁인이나 대리인이 국어를 해독하지 못하는 경우 또는 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자도 해독하지 못하는 경우이면 통역인을 사용하고(공증인법 제28조, 제30조), 촉탁인이나 대리인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 참여인을 참여하게 하여야 한다(공증인법 제29조 제1항, 제30조, 필요적 참여인). 공증인법 제33조 제3항에 해당하는 사람은 참여인이 될 수 없다. 촉탁인이나 대리인이 시각장애인이 아니어도, 또 문자를 해독하지 못하는 사람이 아니어도 참여인의 참여를 청구하는 경우에는 그를 참여시켜야 한다(공증인법 제29조 제2항, 제30조, 임의적 참여인).

대리인은 대리권을 증명할 증서(위임장)를 제출하여야 한다. 그 위임장은 인증을 받은 것이거나 권한 있는 행정기관이 작성한 인감증명서(또는 서명에 관한 증명서)를 제출하게 하여 진정한 것임이 증명되어야 한다(공증인법 제31조).

마. 공정증서의 기재사항

(1) 기재사항

공정증서에는 공증인이 들은 진술, 목격한 사실, 그 밖에 실제로 경험한 사실과 그 경험한 방법을 적어야 한다(공증인법 제34조). 인도집행증서를 비롯하여 법률행위 공정증서의 경우에는 법률행위의 내용을 기재하고, 그것을 확인한 방법으로서 진술의 청취를 기재하는 것이 보통이다.

그 외에 인도집행증서에는 공증인법 제35조 소정의 사항을 기재하여야 한다. 열거하면 다음과 같다.

- ① 증서의 번호
- ② 촉탁인의 주소 · 직업 · 성명 및 나이(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지)
- ③ 대리인에 의하여 촉탁되었을 경우에는 그 사유, 대리권을 증명할 증서를 제출하게 한 사실, 그 대리인의 주소 · 직업 · 성명 및 나이
- ④ 촉탁인이나 그 대리인의 성명과 얼굴을 아는 경우에는 그 사실
- ⑤ 제3자의 허락이나 동의가 있었음을 증명하는 증서를 제출하게 하였을 경우에는 그 사유와 제3자의 주소 · 직업 · 성명 및 나이(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지)
- ⑥ 공증인법 제27조 제2항에 따른 증명이 있을 경우에는 그 사유, 증인의 주소 · 직업 · 성명 · 나이 또는 그 확인의 방법
- ⑦ 공증인법 제27조 제3항의 경우에는 그 사유
- ⑧ 공증인법 제31조 제2항에 따른 증명이 있었을 경우에는 그 사유
- ⑨ 통역인이나 참여인을 참여하게 하였을 경우에는 그 사유와 통역인 또는 참여인의 주소 · 직업 · 성명 및 나이
- ⑩ 작성 연월일과 장소

(2) 증서작성 절차

증서의 기재사항을 모두 기재한 다음에는 공증인은 그 증서를 모든 참석자에게 읽어 주거나 열람하게 하여야 하며, 촉탁인 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 한다(공증인법 제38조 제1항). 통역인이 참여한 경우에는 통역인에게 증서의 취지를 통역하게 하고 그 취지를 증서에 적어야 한다(공증인법 제38조 제2항). 위와 같은 취지를 모두 적은 다음에는 공증인과 참석자가 각각 서명날인하여야 한다(공증인법 제38조 제3항). 이때 서명할 수 없는 사람이 있으면 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다(공증인법 제38조 제4항). 증서가 여러 장이면 공증인은 각 장에 걸쳐 직인으로 간인하여야 한다(공증인법 제38조 제5항).

공증인은 다른 서면을 증서에 첨부하고 이를 인용할 수도 있다. 이때에는 증서와 첨부서면에 걸쳐 직인으로 간인하여야 한다(공증인법 제39조 제1항). 이 첨부서면에 관하여는 공증인법 제36조(증서의 작성방법), 제37조(글자의 수정 · 삽입 · 삭제), 제38조

(증서의 작성절차)가 준용되며, 증서의 일부가 된다(공증인법 제39조 제3항).

공증실무에서는 증서의 원본과 함께 정본·등본도 동시에 작성하여, 정본은 채권자(인도채권자)에게, 등본은 채무자(인도의무자)에게 교부하고, 그 교부사실 및 수령사실까지 증서의 원본에 기재하는 것이 보통이다. 증서의 정본 또는 등본을 발급받은 자는 그 증서의 정본 또는 등본을 송달받은 것으로 보기 때문에(공증인법 제56조의5 제1항 단서), 민사집행법상 특별한 의미가 있다. 채무자가 수인인 경우 전원이 등본을 수령한 것으로 기재되어야 한다.

바. 접수부, 증서원부

증서의 작성과 관련하여 공증인은 접수부(제3호 서식)를 기재하고, 증서원부(제1호 서식)를 기재하여야 한다. 증서원부는 공증인법시행령 제20조에 따라 대한공증인협회 협회장이 인증한 장부를 말한다. 증서원부에 촉탁인의 성명을 기재함에 있어서 촉탁인이 2인 이상인 때에는 당사자 쌍방 각 1인만을 기재하고 그 외의 자에 대하여는 인원수만을 기재한다(공증인법시행령 제23조 제1항). 예를 들면 채무자가 수인인 경우 그중 1인만 기재할 수 있다는 뜻이며, 채권자와 채무자 중 1인만을 기재하는 취지가 아니라는 점에 주의하여야 한다.²²⁾

사. 통지

공증인이 대리인의 촉탁에 의하여 증서를 작성한 경우에는 증서를 작성한 날로부터 3일내에 소정사항을 본인에게 통지하여야 한다. 다만, 대리인이 본인의 고용인이거나 동거인인 경우에는 예외로 한다(공증인법시행령 제13조 제1항). 공증인이 본인에게 통지를 한 경우에는 증서원부의 비고란에 통지의 요지·통지의 방법과 연월일을 기재하여야 한다(공증인법시행령 제13조 제2항). 통지서는 제13호 서식을 사용한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제17조).

22) 공증실무(개정판), 대한공증인협회(2013), 159면의 설명도 동일하다.

아. 부속서류의 연철

(1) 부속서류

부속서류는 공증인이 작성한 증서에 연철(連綴)하여야 한다. 다만, 촉탁인이 부속 서류 원본의 반환을 청구한 경우에는 원본 대신 그 등본을 연철할 수 있다(공증인법 제40조 제1항).

부속서류란 ① 대리권을 증명하는 증서, ② 권한이 있는 행정기관이 발행한 증명서, ③ 제3자의 허락 또는 동의를 증명하는 증서, ④ 그 밖의 부속 서류를 말한다. 공증인은 증서와 그 부속 서류 간 및 부속 서류 상호 간에 걸쳐 직인으로 간인하여야 한다(공증인법 제40조 제2항).

연철하는 순서는 공정증서원본·촉탁서·촉탁인확인증명서사본·대리권증명서류·통지서 및 우편송달보고서등의 순서이다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제10조 제1항).

(2) 촉탁서

공정증서의 작성은 공증촉탁서(제8호 서식)의 작성에서 시작한다. 공증을 촉탁하는 사람이 그 사람이 틀림없는지 확인하는 것에서 부터, 본인인지 대리인인지, 대리인이라면 대리권이 있는지, 촉탁인이나 대리인이 글을 쓰고 읽을 수 있는지 확인하게 된다. 따라서 공증촉탁서는 반드시 자필로 작성하게 하여야 한다.

촉탁인이 동시에 수개의 촉탁을 하는 경우에는 공증촉탁서는 하나만 작성하여 원용할 수 있으며, 공통사항은 한번만 기재하면 되지만, 공통되지 않은 사항은 모두 기재하여야 한다. 별지를 첨부하여 증서번호·촉탁인 및 법률행위의 내용 등을 기재할 수도 있다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조 제3항). 공증촉탁서가 첨부되지 아니한 증서에는 제9호서식의 증명서 원용을 첨부하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조 제4항).

(3) 신원확인 증명서 사본

공증인이 주민등록증 등 증명서에 의하여 촉탁인 또는 대리인의 신원을 확인하는 경우에는 그 증명서 사본을 공증촉탁서 뒤에 첨부하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제12조 제2항). 공증인이 촉탁인과 면식이 있어 면식부(제11호 서식)를 비치한 경우에는 면식부에 증서작성일과 증서번호를 기재하여야 한다.

(4) 증명서의 원용

촉탁인이 동시에 수개의 촉탁을 하는 경우에는 증명서는 1부만 제출할 수 있으며(공증인법시행령 제14조 제1항), 1개의 촉탁사건에 증명서를 철하고, 다른 촉탁사건에는 증명서원용(제9호 서식)을 작성하여 철한다(공증인법시행령 제14조 제2항).

자. 보존

공증인은 증서의 원본과 그 부속서류를 보존하여야 하며(공증인법 제24조), 증서의 원본이 멸실(滅失)된 경우에는 이미 발급한 증서의 정본(正本) 또는 등본을 회수하여 소속 지방검찰청검사장의 인가를 받아 멸실된 증서를 대신하여 보존하여야 한다(공증인법 제41조 제1항). 그 증서에는 소속 지방검찰청검사장의 인가를 받아 멸실된 증서를 대신하여 보존한다는 취지와 인가 연월일을 적고 공증인이 서명날인하여야 한다(공증인법 제41조 제2항).

증서의 원본은 증서의 번호 순으로 연철하여 보존하며, 원본철에는 표지를 붙여야 한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제3조 제1항).

2. 인도집행증서 작성의 유의사항

아래에서는 인도집행증서와 관련하여 특별히 문제가 되는 것을 검토한다.

가. 임차건물에 대한 특칙

(1) 반환의 시기

임차건물의 인도 또는 반환에 관한 공증증서는 임대차관계 종료를 원인으로 임차건물을 인도 또는 반환하기 전 6개월 이내에 작성되는 경우에 한하여 작성할 수 있다(공증인법 제56조의3 제1항 단서). 사회적 약자인 건물임차인을 보호하기 위한 규정이다.

임대차관계 종료를 원인으로 임차건물을 인도 또는 반환하는 것은 임대차의 기간만료가 보통이지만 이에 한정되는 것은 아니다. 해지의 통고(민법 제635조 이하), 차임연체로 인한 해지(민법 제640조), 합의해지 등 그 사유를 불문한다.

임차건물을 반환하기 전 6개월 이내에 인도집행증서를 작성할 수 있다는 것은 반환시점을 기준으로 한다. 쉽게 말해서 건물의 반환일자가 증서작성일부터 6개월 이내여야 한다는 뜻이다. 임대차관계 종료일을 기준으로 하는 것은 아니다. 기간만료로 임대차관계가 종료된 경우에도 당사자가 약정한 건물반환일자가 6개월을 넘으면 인도집행증서를 작성할 수 없다.

인도집행증서에 인도 또는 반환의 시기가 분명하지 않은 경우에는 공증인법을 위반하여 집행증서를 작성할 우려가 있으므로 유념하여야 한다. 예를 들면 잔여 임대차기간이 6개월을 넘는데도 막연히 임대차관계 종료시 임차건물을 반환하는 것으로 약정하는 경우에는 인도집행증서를 작성하여서는 아니 된다.²³⁾

6개월의 제한은 인도 또는 반환하기 전 6개월 이내에 인도집행증서를 작성할 수 있다는 뜻이며, 증서를 작성한 이후에 실제의 인도나 인도집행을 6개월 이내에 마쳐야 한다는 뜻은 아니다.

공증인법 제56조의3 제1항 단서는 건물을 임차한 경우에 적용된다. 토지를 임차한 경우에는 적용되지 않지만 토지와 그 지상의 건물을 동시에 임차한 경우에는 적용된다.

임대차관계가 아닌 경우에는 적용되지 않는다, 예를 들면 매매계약을 하면서 건물의 인도를 약정하는 경우, 또는 임대차관계 종료 이후에 별도로 사용대차계약을 체결한 경우 등이다.

(2) 임차인의 금전 지급청구권에 대한 집행력

임차인에 대한 금원지급에 대하여도 강제집행을 승낙하는 취지의 합의내용이 포함

23) 「공증인법 제56조의3 제1항 단서의 해석」, 전자공증시스템 공지사항(2014. 1. 21).

되어 있는 경우에만 인도집행증서를 작성할 수 있다. 이는 임대인이 임차인에게 지급할 금원이 있을 경우에는 그 반환에 관하여 집행력있는 증서를 작성하여야 한다는 취지이다. 예를 들면 장기간의 차임 연체로 보증금이 모두 공제되어 임대인이 임차인에게 반환할 금원이 없는 경우에도 인도집행증서를 작성할 수 있다고 본다. 이러한 경우에는 공증인법 위반의 오해를 피하기 위하여 임차인에게 지급할 금원이 없다는 취지를 기재하는 것이 바람직하다.

(3) 문제점

제소전화해의 이용실태를 보면 건물임대차가 대부분을 차지하고 있다.²⁴⁾ 인도청구권에 대하여 집행력을 구하는 대부분이 건물의 임대차계약이라는 뜻이다. 이러한 현실을 외면하였기 때문에 인도집행증서가 거의 이용되지 않고 있으며, 무의미한 입법으로 변질되고 말았다. 입법의 목적을 달성하려면 인도집행증서의 작성시기에 대한 제한을 철폐하여 건물(점포)임대차계약을 체결하는 시점에서 바로 인도집행증서를 작성할 수 있도록 하여야 할 것이다.

소송상 화해의 대상이 되고, 당사자가 처분할 수 있는 것이면 널리 집행증서의 대상으로 허용하여야 한다는 견해도 있다. 현행법상 인도집행증서의 대상이 너무 한정적이라는 것이다. 다만 임차한 주택에 관하여는 인도집행증서의 대상에서 제외하여야 한다고 한다. 사회적 약자를 보호하고 주거생활의 안정을 위한 것이다.²⁵⁾

나. 특정동산

(1) 인도집행증서를 작성할 수 있는 특정동산

인도집행증서를 작성할 수 있는 특정동산은 대통령령으로 정하도록 되어 있다(공증인법 제56조의3 제1항). 공증인법 시행령에 따르면 공증인은 민법 제99조 제2항의 동산

24) 제소전화해 사건의 약 80%를 건물명도가 차지하고 있다. 장재형, “부동산인도와 관련된 사전 분쟁예방 제도로서의 집행증서에 대한 소고”, 공증과신포 5호(2012), 23면.

25) 정동윤, “집행증서의 대상의 확대”, 법조689호(2014. 2.), 21면.

에 대하여 인도집행증서를 작성할 수 있다(공증인법시행령 제37조의2). 다만 그중 ① 선박법에 따라 등록된 선박, ② 건설기계관리법에 따라 등록된 건설기계, ③ 자동차관리법에 따라 등록된 자동차, ④ 항공법에 따라 등록된 항공기, ⑤ 공장 및 광업재단 저당법에 따라 공장재단이나 광업재단으로 등기된 기업재산, ⑥ 그밖에 다른 법령에 따라 등기되거나 등록된 동산에 대하여는 인도집행증서를 작성할 수 없다.

(2) 문제점

선박, 건설기계, 자동차, 항공기 등을 인도집행증서의 대상에서 제외한 근거는 분명하지 않다. 등기나 등록의 대상이더라도 건물과 토지에 대한 인도집행증서가 허용된 것을 감안하면 납득하기 어렵다. 합리적인 근거가 없거나 입법상의 오류로 생각된다. 개정되어야 마땅하다. 인도집행증서의 대상에서 제외할 사회적 요구는 민사집행법 제195조의 압류금지물건 정도이다.

현행 규정에 따르면 등록되지 않은 선박만 인도집행증서의 작성대상이 된다. 등록 대상인 선박에 대해서 미처 등록하지 않은 상태에서 인도집행증서를 작성하였다가 후일 집행단계에서는 등록된 경우에는 어떻게 하여야 하는가. 인도집행증서를 무효라고 할 수 있는지는 의문이다.

다. 자기계약, 쌍방대리의 금지

(1) 금지의 취지

인도집행증서의 작성을 촉탁하는 경우 어느 한 당사자가 다른 당사자를 대리하거나 어느 한 대리인이 당사자 쌍방을 대리하지 못한다(공증인법 제56조의3 제2항). 인도집행증서를 작성하는 경우에는 자기계약과 쌍방대리가 금지된다.

앞서 본바와 같이 공증 촉탁의 대리에 관하여는 민법의 규정이 적용되지 않으므로 공정증서의 작성에 관하여는 표현대리가 적용되지 않음은 물론이고, 자기계약·쌍방대리를 금지한 민법 제124조도 적용되지 않는다. 따라서 공증인법 제56조의3 제2항은 사회적·경제적 약자를 배려하기 위한 특별 규정으로 이해한다.

제소전화해에 있어서 화해를 위하여 대리인을 선임하는 권한을 상대방에게 위임할 수 없도록 한 것과(민사소송법 제385조 제2항) 같은 취지의 규정이다.

(2) 문제점

자기계약 및 쌍방대리의 금지가 인도집행증서의 이용을 방해하는 측면이 있다. 인도의무자가 공증인 사무소에 직접 출석하여야 하는 경우가 많은데, 예를 들면 임대차 기간의 만료에 이르러서는 임차인은 인도집행증서를 작성하는 것에 대하여는 관심이 없고, 그저 임대인에게 증서작성의 촉탁을 위임하는 것으로 끝내기를 희망하는 수도 있다. 이런 경우에는 자기계약, 쌍방대리의 금지가 임차인의 보호에 도움이 되지 않는다. 오히려 귀찮고 불편하기만 한 제약일 뿐이다.

임대차관계에서 보통은 임차인이 사회적 약자로 여겨지지만 경제적으로도 약자인지는 의문이 있다. 더욱이 임대차관계가 종료될 즈음에는 임차인이 사회적·경제적 약자라고만 할 수는 없다. 경우에 따라서는 임대인이 더 열악한 지위에 몰릴 수도 있다. 장기간의 차임연체로 보증금이 모두 공제된 지경에 달로는 언제까지 인도하겠다고 철석같이 약속하고 실제로는 차일피일 미루기만 하는 일도 있다.

인도집행증서를 작성하였다고 하더라도 바로 집행에 착수하는 것은 아니다. 집행문을 부여받으려면 증서 작성일부터 1개월이 지나야 하고, 공증인은 법원의 허가를 받아야 집행문을 부여할 수 있다. 이와 같이 집행에 착수하려면 상당한 시일이 소요되는 점을 감안하면 자기계약, 쌍방대리의 금지가 임차인 보호를 위하여 필수적인 것으로는 보이지 않는다.²⁶⁾²⁷⁾

제소전화해의 경우에는 기관력이 인정되어 준재심만 허용되고 청구이의소송이나 집행문부여에 대한 이의신청 등 일반적인 방법으로는 불복할 수 없다. 이러한 경우에

26) 김대현, “건물등의 인도 공증에 관한 문제점과 개선방안”, 법률신문, 연구논단, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=2194>(2016. 3. 18. 확인)

27) 자기계약, 쌍방대리의 금지는 “집행증서 작성사무 지침(법무부 2013. 10. 1.제정)”에도 규정되어 있다. 공증인이 대부업자 등의 금전대부계약에 따른 채권·채무에 관한 집행증서를 작성함에 있어서 대부업자, 그 직원 또는 대출모집인 등이 채무자를 대리하는 경우에는 그 집행증서 작성의 촉탁을 거절하여야 한다(사무지침 제4-4조). 사채업자의 횡포로부터 채무자를 보호하기 위한 것이다. 입법 사항을 법무부의 내부규정으로 정한 것의 당부에 관하여는 논란이 있다.

는 자기계약 및 쌍방대리를 금지할 필요가 있다. 그러나 인도집행증서의 경우에는 기판력이 인정되지 않으므로 그 필요성이 그리 크지 않다.

라. 토지, 건물 표시의 특정

인도 대상 물건이 특정되도록 구체적으로 표시하여야 한다. 토지인 경우에는 토지대장의 표시에 따라 그 지번, 지목과 면적을 기재하고, 건물인 경우에는 건축물대장이나 등기부에 따라 그 대지의 지번, 건물의 구조·층수·용도·건축면적 등을 빠짐없이 정확히 기재하여야 한다. 등기부에 도로명주소와 지번주소가 모두 있는 경우에는 이를 병기하는 것이 바람직하다. 미등기건물, 건축물대장이 없는 건물의 경우에는 그 현황대로 지번이나 구조·층수·용도·건축면적 등을 정확히 기재하여야 할 것이다. 증서의 불명확으로 인하여 집행불능이 되는 일이 없도록 주의하여야 한다.

토지의 일부 또는 건물의 일부가 대상인 경우에는 도면을 별지로 붙여야 한다. 방위와 거리·척도 등으로 인도부분을 특정할 수 있어야 한다. 건물의 일부를 도면으로 표시하는 경우에는 거리·벽·구조 등으로 인도할 부분이 특정되도록 해야 한다.²⁸⁾

강제집행의 목적인 건물이나 토지의 중물인 동산은 집행권원에 별도로 기재되어 있지 않더라도 건물이나 토지와 함께 강제집행의 대상이 된다. 중물이 아닌 동산은 집행권원의 효력이 미치지 않으므로 집행관이 이를 제거하여 채무자에게 인도한다(민사집행법 제258조 제3항). 따라서 건물이나 토지를 기재함에 있어서 굳이 중물 여부를 살필 필요까지는 없다.

마. 기타 유의사항

(1) 건물임대차계약 공정증서의 서식과 기재사항

건물임대차계약 공정증서에 관한 제28호 및 제28호의2 서식은 건물임대차계약을 체결함에 있어서 공정증서를 작성하는 경우에 관한 것이다. 임대차관계의 종료에 즈음하

28) 법원실무제요 민사[III] 401면.

여 인도집행증서를 작성하는 경우에는 이용하기에 적절하지 않다.²⁹⁾ 종전에 결정된 차임이나 임대차기간 등을 다시 기재하는 것은 무의미하고, 오히려 혼란만 초래할 우려가 있다. 임대차관계의 종료와 관련된 사항으로서 임차건물 반환의 시기, 보증금의 반환 등만 기재하면 충분하다고 할 것이다. 인도집행증서의 서식에 관하여는 아래에서 따로 검토하기로 한다.

(2) 기한의 이익 상실을 약정하는 경우

건물 기타 공작물을 임대차의 목적으로 한 경우 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다(민법 제640조). 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지 임대차의 경우에도 같다(민법 제641조). 이와 다른 약정으로 임차인에게 불리한 것은 무효이다(민법 제652조).

따라서 2회 연체하면 해지의 의사표시가 없어도 당연히 종료한다고 정한 약정(실권약관)은 효력이 없게 된다. 일반적으로는 해지의 의사표시를 하여야 한다는 뜻이다. 그러나 임대기간이 만료한 뒤에 임차건물반환에 관하여 인도집행증서를 작성하는 경우나 임대기간 중이라도 이미 2기의 차임액을 연체하여 임대인이 계약을 해지할 수 있는 때에 인도집행증서를 작성하는 경우에는 실권약관을 규정하더라도 강행규정에 위반되지 않는다고 할 것이다. 다만 증서를 작성함에 있어서는 강행규정 위반이 아님을 분명히 하기 위하여 임대차 기간의 만료, 차임연체액이 2기에 달한 사실, 임차인의 요청으로 임대차관계를 해지하는 취지를 명시하는 것이 바람직하다.

실권약관에 따라 임차인이 차임을 2회 연체한 사실은 집행문부여의 조건이 아니다.³⁰⁾ 다만 해지의 의사표시가 필요한 때에는 그 의사표시를 한 사실은 집행문부여의 조건이다. 내용증명우편이 제출된 경우에 한하여 집행문을 부여할 것이다.

(3) 대상적 급부, 위약벌, 손해배상의 예정

29) 「2013. 11. 29. 시행 개정 공증인법에 따른 건물·토지·특정동산의 인도 등에 관한 법률행위 공증시 서식 및 수수료 산정기준」, 전자공증시스템 내부공지(2013. 11. 28.)에서 예시하고 있는 건물임대차 계약 공정증서도 마찬가지이다.

30) 주52) 참조.

건물이나 토지 또는 특정 동산의 인도를 약정하면서 이를 이행하지 않은 경우에는 그에 갈음하여 금전을 지급하기로 하는 약정도 흔히 볼 수 있다. 예를 들면 특정기계의 인도를 약정하고, 이를 인도할 수 없을 때에는 100만 원을 지급하기로 약정하는 경우이다. 일정시기 예를 들면, 2016. 6. 30.까지 인도하기로 약정하면서 그 불이행에 대비하여 2016. 7. 1.부터 인도완료일까지 매일 10만 원의 비율에 의한 돈(위약금)을 지급하기로 약정하는 경우도 있다. 이러한 약정은 민법 제652조에 위반되지 않으면 모두 유효하다.

계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 정기행위의 경우에는(민법 제545조) 다액의 위약벌을 약정하기도 한다.

위약벌은 채무의 이행을 확보하기 위하여 약정하는 것으로 원칙적으로 유효하다. 다만 의무의 강제로 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 될 뿐이다(대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다14511 판결). 위약금은 손해배상의 예정으로 추정되지만(민법 제398조 제4항), 위약벌로 인정되는 경우에는 법원에 의하여 감액되지 아니한다. 감액의 대상은 민법 제398조 제2항이 적용되는 손해배상의 예정에 한정된다.

만일 대상적급부, 위약벌, 손해배상의 예정을 약정하고 그에 관하여도 집행력을 얻으려고 하는 경우에는 집행수락문언이 누락되지 않도록 주의하여야 할 것이다.

3. 수수료

가. 쌍방 급부의 가액의 합산

인도집행증서는 법률행위 공정증서이므로 그 작성에 관한 수수료는 공증인수수료 규칙 제2조에 따라 법률행위 목적의 가액을 기준으로 산출한다.

법률행위의 목적의 가액은 증서작성에 착수한 때의 가액에 의한다(공증인수수료 규칙 제4조). 인도집행증서는 당사자 쌍방의 촉탁에 의하여 증서를 작성하므로 법률행위의 목적의 가액은 각 급부의 가액을 합산한 액에 의하되, 그 수수료는 당사자 쌍방이 부담한다(공증인수수료 규칙 제5조).

정기에 지급할 채권의 가액은 전기간에 지급할 총액에 의한다(공증인수수료규칙 제

10조 제1항 본문). 다만 동산의 임대차에 있어서는 1년, 부동산의 임대차 및 상공업의 수습을 목적으로 하지 아니한 고용계약에 있어서는 5년, 기타의 경우에 있어서는 10년분의 급부의 가액을 초과할 수 없다(공증인수수료규칙 제10조 제1항 단서).

기간의 정함이 없는 경우에는 동산의 임대차이면 1년, 부동산의 임대차이면 5년, 고용계약은 5년, 그 어느 것도 아닌 경우에는 10년 동안 지급할 급부의 총액으로 한다(공증인수수료규칙 제10조 제2항).

정기에 지급할 경우로서 상대방의 급부의 목적이 금전이 아닌 경우에는 그 가액은 정기에 지급할 채권의 가액과 동일한 것으로 본다(공증인수수료규칙 제10조 제3항).

당사자 일방의 급부의 가액을 산정할 수 없는 경우에는 그 급부는 상대방의 급부와 동일한 가액으로 한다(공증인수수료 규칙 제11조).

주된 법률행위와 부수된 법률행위가 있는 경우에는 주된 법률행위에 의하여 수수료를 산정한다(공증인수수료 규칙 제7조). 과실, 손해배상 및 비용이 법률행위에 부대되는 목적인 경우에는 그 가액은 이를 법률행위의 목적의 가액에 산입하지 아니한다(공증인수수료 규칙 제12조). 집행력의 유무는 수수료의 산정과 무관하다(사무지침 7-7조).

법률행위의 목적의 가액을 산정할 수 없는 경우에는 그 가액은 2천만100원으로 본다(공증인수수료규칙 제13조 본문). 다만, 그 최저가액이 2천만100원을 초과하는 것이 명백하고 그 최저가액을 산정할 수 있는 경우에는 그 최저가액을 법률행위의 목적의 가액으로 하고, 최고가액이 2천만100원에 미달하는 것이 명백하고 그 최고가액을 산정할 수 있는 경우에는 그 최고가액을 법률행위의 목적의 가액으로 한다(공증인수수료규칙 제13조 단서).

나. 공증사무지침

공증인수수료규칙의 적용과 관련하여 분명하지 않은 경우에는 공증사무지침³¹⁾에 따라 산정한다.

31) 「공증 수수료 등 산정기준」은 「공증사무지침」[전자공증시스템 공지사항(2014. 1. 28.)] 가운데 하나이다. 이는 「2013. 11. 29. 시행 개정 공증인법에 따른 건물·토지·특정동산의 인도 등에 관한 법률행위 공증서 서식 및 수수료 산정기준」[전자공증시스템 내부공지(2013. 11. 28.)]에 첨부된 「인도집행증서 수수료 산정기준 등」 그동안 수수료의 산출과 관련하여 논란이 있던 부분을 정리한 것이다.

법률행위에 관한 공정증서를 작성하는 경우 법률행위 목적의 가액은 증서 작성을 촉탁한 당사자 각각의 급부의 가액을 합산한 액에 의한다(사무지침 7-7조). 그리하여 매매계약 경우에는 매수인의 급부가액은 그 대금액으로 하고, 매도인의 급부 가액은 매매목적물의 가액에 의하되, 이를 산정할 수 없는 경우에는 매수인의 급부 가액에 의한다(사무지침 7-8조). 교환계약인 경우에는 쌍방이 각각 이전하는 재산권의 가액을 합산한 액에 의한다(사무지침 7-9조).

소비대차계약의 경우에는 대주의 급부의 가액은 대주가 차주에게 교부하는 금액이나 소유권을 이전하는 대체물의 가액이고, 차주의 급부의 가액은 차주가 대주에게 반환하는 금액이나 대체물의 가액이다. 공정증서 작성 당시에 이미 대주가 금전 기타 대체물을 차주에게 이전한 경우에도 같다(사무지침 7-10조 제1항).

준소비대차계약의 경우에는 채무자의 급부의 가액은 변제할 금전 기타 대체물의 가액으로 하고, 채권자의 급부의 가액 또한 같다(사무지침 7-11조 제1항). 채무변제계약의 경우에는 채무자의 급부의 가액은 채무자가 변제해야 할 잔존채무의 가액으로 하고, 채권자의 급부의 가액 또한 같다(사무지침 7-12조 제1항).

소비대차계약, 준소비대차계약, 채무변제계약과 동시에 담보물권·용익물권을 설정하는 경우에는 그 목적물의 가액은 합산하지 않고(사무지침 7-10조 제2항, 제7-11조 제2항, 제7-12조 제2항), 소비대차와 동시에 연대보증계약을 체결하는 경우에도 합산하지 아니한다(사무지침 7-10조 제3항, 제7-11조 제3항, 제7-12조 제3항).

사용대차계약의 경우에는 대주의 급부의 가액은 목적물 가액의 2분의1로 하고, 차주의 급부의 가액도 이와 같다(사무지침 제7-13조). 임대차계약의 경우에는 임차권설정 등기를 하든 채권적 전세계약이든 이를 묻지 않고, 임대인의 급부의 가액은 ① 목적물 가액의 2분의1, ② 보증금(임대차 종료시 임대인이 임차인에게 반환할 금액)의 합산액으로 하고, 임차인의 급부의 가액은 ① 목적물 가액의 2분의1, ② 보증금, ③ 임차기간 동안의 차임 총액(동산 임대차는 1년분, 부동산 임대차는 5년분을 초과할 수 없음)의 합산액으로 한다(사무지침 7-14조 제1항 및 제2항). 임대차계약 기간 중 또는 기간 종료 후 임대차목적물의 인도 또는 반환에 관하여 인도집행증서를 작성하는 경우에도 같은 방법으로 목적물 가액을 산출한다(사무지침 7-14조 제3항).

공증인이 인도집행증서를 작성하는 경우에는 매매, 교환, 임대차, 사용대차 등 그 계약의 내용에 따라 수수료의 산출방법이 달라지므로 그 법률관계를 명백히 하여야 할

것이다.

4. 인도집행증서의 서식

가. 공증서식

공증인사무소에서 사용하는 서류의 양식, 작성방법, 편철순서 기타 공증사무처리에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 되어 있으며(공증인법시행령 제7조 제2항), 그에 따라 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」이 마련되어 있다. 공증인은 이 규칙이 정하는 서식을 사용하여야 하고(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제2조), 공증인이 임의로 서식을 수정하는 것은 허용되지 않는다. 예를 들면 금전소비대차계약 공정증서에 관한 제25호 서식의 제1조부터 제9조는 일반적으로 널리 사용되는 모범적인 예문으로 해석한다. 따라서 당사자들의 수요에 따라 다소 이를 수정하여 사용하는 것도 가능하다. 제22호 서식, 제23호 서식과 같은 백지식 서식은 기존의 서식으로는 증서를 작성할 수 없는 경우에 대비한 것이다.

현행 공증실무에서는 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」에 서식이 없는 경우, 예들 들어 매매계약 공정증서는 작성할 수 없는 것으로 착각할 정도인데, 공증인은 서식이 마련되어 있지 않다는 이유로 촉탁을 거절할 수는 없다(공증인법 제4조 참조). 이 규칙이 열거하고 있는 금전소비대차계약, 채무변제(준소비대차)계약, 양도담보부 금전소비대차계약, 건물임대차계약, 유언, 협의이혼계약 이외의 법률행위에 대해서도 증서를 작성할 수 있음은 물론이다. 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」에서 정하지 아니한 법률행위의 유형에 관한 서식을 사용하고자 할 경우에는 그 서식사용의 필요성, 서식의 형식 및 월평균 사용횟수 등을 법무부장관에게 신고하여야 하는데(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제3조), 일회적인 사용인 경우에는 굳이 신고할 필요가 없다고 할 것이다. 위 규정은 수시로 반복적으로 사용하는 경우에 관한 것으로 실책이나 오류를 예방하기 위한 것이기 때문이다.

나. 인도집행증서의 서식

(1) 법무부 지침의 서식

인도집행증서의 서식은 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」에 반영되어 있지 않다. 다만 법무부 지침으로 세 가지의 서식이 예시되어 있다.³²⁾ 건물임대차, 동산매매계약, 건물(토지, 동산)인도(반환)계약이 그것이다. 건물임대차에 관한 인도집행증서의 서식은 임대기간이 6개월 이내인 경우에 관한 것이다. 만일 임대기간이 6개월을 넘는 경우에는 공증인법 제56조의3 제1항 단서에 위반된다.

인도집행증서의 서식이 이것에 한정되지는 않는다. 당사자의 법률관계에 따라 그 내용을 달리하여 증서를 작성하여야 할 것이다.

[예시 1]

제 호

건물임대차계약 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 임대인은 ○○년 ○○월 ○○일 임차인에게 별지 목록 기재건물을 임대하고 임차인은 이를 임차하여 목적물의 인도를 받았다.

제2조(임대차기간) 임대차기간은 ○○년 ○○월 ○○일부터 ○○년 ○○월 ○○일까지로 한다.

제3조(차임) ① 차임은 월금 ○○○원으로하고 매월 ○○일에 지급한다.

② 차임은 임대인 명의의 **계좌(계좌번호: , **은행)로 지급한다.

제4조(보증금) 임차인은 임차보증금 ○○○원정을 임대인에게 지급하였고 임대인은 이를 영수하였다.

32) 「2013. 11. 29. 시행 개정 공증인법에 따른 건물·토지·특정동산의 인도 등에 관한 법률행위 공증서식 및 수수료 산정기준」, 전자공증시스템 내부공지(2013. 11. 28.)

제5조(목적 외 사용금지) 임차인은 이 계약에 의한 임차물을 ***목적으로 임차한 것이므로 그 목적 이외의 용도로 사용하지 못한다.

제6조(양도 및 전대금지) 임차인은 임대인의 서면에 의한 동의 없이는 타인에게 임차권의 전부 또는 일부를 양도하거나 임차물의 전부 또는 일부를 전대하지 못한다.

제7조(증축 등의 금지) 임차인은 임대인의 서면에 의한 동의 없이는 임차물건을 개조 증축 구조변경 또는 부속물의 설치 및 변경행위를 하지 못한다.

제8조(원상회복) 임차인은 임대인의 동의를 얻어 제7조의 행위를 한 경우에도 임차물을 임대인에게 반환할 때에는 자기의 비용으로 이를 철거하여 원상회복하여야 하고, 임대인에게 그 비용의 상환 또는 그 부속물의 매수를 청구하지 못한다. 다만 임차인이 그 원상회복을 하지 아니할 때에는 임대인이 직접 원상회복하고 임차인에게 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.

제9조(보관의무) 임차인은 선량한 관리자의 주의로 임차물을 보관하여야 하고, 고의 또는 과실로 임차물을 멸실 또는 훼손시킨 때에는 이를 원상회복 하여야 하며 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생한 때에는 이를 배상하여야 한다.

제10조(비용부담) 임차인은 임차물의 소수선에 따른 비용 또는 전기, 수도, 가스 등의 사용요금을 부담한다.

제11조(계약의 해지) 임대인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 계약을 해지할 수 있다.

1. 차임을 *회 이상 지급하지 아니한 때
2. 임차인이 다른 채무로 인하여 강제집행, 경매, 가압류 또는 가처분을 당하거나 임차인에 대하여 파산선고, 회생절차개시 또는 개인회생절차개시의 신청이 있을 때
3. 임차인이 이 계약조항을 위반한 때

제12조(임차물의 반환) 임차인은 임대차기간의 만료, 계약의 해지 기타 사유로 이 계약이 종료한 때에는 지체 없이 임차물을 임대인에게 인도하여 반환하여야 한다.

제13조(보증금의 반환) 임대인은 임대차기간의 만료, 계약의 해지 기타 사유로 이 계약이 종료한 때에는 지체 없이 보증금을 임차인에게 반환하여야 한다.

제14조(미지급 차임의 공제) 임차인이 차임 지급을 지체한 경우에는 임대인은 임대보증금에서 미지급 차임을 공제한 금원을 지급한다.

제15조(동시이행) 임차인의 임차물 반환의무와 임대인의 임대보증금 반환의무는 동시이행관계에 있다.

제16조(강제집행의 승낙) ① 임차인은 이 계약에 의한 건물 반환의무를 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

② 임대인은 이 계약에 의한 임대보증금 반환의무를 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

[예시 2]

증서 년 제 호

동산 매매계약 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 이 공정증서는 매도인과 매수인 사이의 별지 목록 기재 동산의 매매계약에 대한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(매매대금) ① 매수인은 매도인에게 ○○년 ○○월 ○○일까지 금 ○○○를 지급한다.

② 제1항의 지급은 매도인 명의의 계좌(계좌번호 : , **은행)로 지급한다.

제3조(인도) ① 매도인은 매수인에게 ○○년 ○○월 ○○일까지 별지 목록 기재 동산을 인도한다.

② 제1항의 이행은 매수인의 주소지에서 한다.

제4조(동시이행) 매수인의 대금지급의무와 매도인의 물건인도의무는 동시이행관계에 있다.

제5조(강제집행의 승낙) ① 매수인은 이 계약에 의한 대금지급의무를 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

② 매도인은 이 계약에 의한 인도의무를 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

[예시 3]

증서 년 제 호

건물(토지, 동산) 인도(반환) 계약 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 당사자들은 ○○년 ○○월 ○○일 이 증서에 첨부한 서면과 같은 계약을 체결하였다.

제2조(서면의 인용) 첨부한 서면을 이 증서의 일부로 한다.

제3조(강제집행의 승낙) ① ○○는 이 계약에 의한 인도(반환)의무를 ~까지 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

② ○○는 이 계약에 의한 금전지급을 ~까지 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

(2) 임차건물의 반환과 보증금의 반환을 위주로 기재하는 경우

증서 년 제 호

임차건물반환계약 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음 취지의 법률행위에 관한 진술을 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 당사자들은 첨부서면과 같은 부동산임대차계약을 체결하였으며, 임대차 관계의 종료에 따라 임차인의 반환과 관련하여 다음과 같이 약정한다.

제2조(건물의 반환) 임차인은 20〇〇년 〇〇월 〇〇일 별지 위 건물을 임대인에게 반환한다.

제3조(보증금의 반환) ① 임대인은 임대보증금 〇〇원을 임차인에게 지급하기로 한다.

② 임차인이 월차임의 지급을 지체한 경우에는 임대인은 미지급 차임을 공제한다.

제4조(동시이행) 임차인의 위 건물 반환의무와 임대인의 임대보증금반환의무는 동시이행관계에 있다.

제5조(강제집행의 승낙) ① 임차인은 이 계약에 의한 건물 인도(반환)의무를 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

② 임대인은 이 계약에 의한 임대보증금의 지급을 이행하지 아니한 때에는 강제집행을 당하여도 이의가 없다.

(3) 임대인이 반환하여야 할 보증금이 없는 경우

제3조(보증금) 연체된 차임으로 보증금이 모두 공제되어 임대인이 반환하여야 할 임대보증금이 없음을 확인한다.

(4) 점유이전의 금지를 정하는 경우

제2조(금지행위) ① 채무자는 제1조의 건물에 관하여 점유를 타인에게 이전하여서는 아니 된다.

② 채무자는 건물의 현상을 변경하여서는 아니 된다.

(5) 동산의 이전을 금지하는 경우

제2조(금지행위) ① 채무자는 현재 서울 서초구 서초동 〇〇번지 소재 〇〇공장 내에서 점유하고 있는 위 동산에 관하여 점유를 타인에게 이전하여서는 아니 된다.

② 채무자는 위 동산을 다른 장소로 이전하거나 현상을 변경하여서는 아니 된다.

(6) 자연손해금의 지급을 약정하는 경우

제2조(자연손해금) 채무자가 위 물건의 인도를 지체한 때에는 일일 금○○원으로 계산한 자연손해금을 채권자에게 지급한다.

(7) 계약의 해지에 관한 사항을 약정한 경우

제3조(계약의 해지) 임대인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 계약을 해지할 수 있다.

1. 차임을 2회 이상 지급하지 아니한 때
2. 임대인의 동의 없이 임차권을 양도하거나 전대한 때
3. 임차인이 파산선고를 받은 경우
4. 임차인이 이 계약조항을 위반한 때

(8) 실권약관을 기재하는 경우

제1조(목적) 임대인은 별지 목록 기재 건물을 보증금은 금○○원, 월 차임은 금○○원, 임대차기간은 20○○년 ○○월 ○○일까지로 정하여 임차인에게 임대하였는바, 기간 만료에 따라 임대인과 임차인은 다음과 같이 약정한다.

제1조(목적) 임대인은 별지 목록 기재 건물을 보증금은 금○○원, 월 차임은 금○○원, 임대차기간은 20○○년 ○○월 ○○일까지로 정하여 임차인에게 임대하였는바, 임차인의 요청으로 임대차 관계를 해지하기로 합의함에 따라 임대인과 임차인은 다음과 같이 약정한다.

제1조(목적) 임대인은 별지 목록 기재 건물을 보증금은 금○○원, 월 차임은 금○○원, 임대차기간은 20○○년 ○○월 ○○일까지로 정하여 임차인에게 임대하였는바, 2기의 차임액 연체로 임대인과 임차인은 다음과 같이 약정한다.

제3조(기한의 이익 상실) 다음의 경우에는 해지의 의사표시가 없어도 임대차관계는 당연히 종료하고 임차인은 즉시 건물을 인도하여야 한다.

1. 차임을 1회라도 지급하지 아니한 때
2. 채무자가 이 계약 이후 목적물의 현상을 변경한 때
3. 임차인이 이 계약조항을 위반한 때

IV. 인도집행증서의 집행문

1. 집행문

가. 집행문의 의의

집행문은 집행권원에 집행력이 있다는 것과 집행당사자를 공증하기 위하여 집행권원 뒤에 덧붙이는 문서이다.

실체법상 권리의무나 법률관계의 존부는 재판절차에서 결정된다. 소송을 통하여 확정된 권리를 강제적으로 실현하는 것이 집행절차이다. 현행법에서는 재판절차와 집행절차는 구분되며, 재판기관과 집행기관도 구분된다. 이들 두 기관을 연결하는 것이 집행문이다. 재판절차에서 확정된 사법상의 이행청구권이 강제집행에 의하여 실현할 수 있다는 것, 또 누가 집행의 당사자인지 확정하여 집행기관이 신속하게 집행할 수 있도록 하는 것이 집행문의 목적이다.

집행문은 강제집행을 신청하는 경우에 필요하지만 그 외에 배당요구나(민사집행법 제88조 제1항, 제247조 제1항, 제268조), 재산명시신청을 하는 경우(민사집행법 제61조 제2항)에도 집행문이 필요하다.

인도집행증서의 집행문은 법원의 허가를 받아야 하는 점 외에는 다른 집행증서의 집행문과 크게 다를 바가 없다. 여기서는 공증인의 집행문부여에 대하여 전체적으로 검토하면서, 인도집행증서의 집행문도 살펴보기로 한다.

나. 집행력 있는正本

집행문이 있는 집행권원(예: 판결)의 정본을 ‘집행력이 있는 정본’이라고 한다(민사집행법 제28조 제1항). 집행력 있는 정본은 ① 정본일 것, ② 집행권원에 집행력이 있을 것, ③ 집행문이 붙어 있을 것을 모두 뜻하는 말이다.

정본(正本)은 원본의 등본 가운데 특히 정본이라고 표시한 서면으로서 원본을 대신하는 것이라고 설명하는 것이 보통이다. 등본도 사법(私法)상의 이행청구권의 존재와 그 범위를 기재하고 있지만 정본만 집행력이 있고, 등본에는 집행력이 없다.

모든 공정증서에 집행력이 있는 것은 아니다. 사실실험 공정증서는 집행력이 있을 수 없다. 법률행위 공정증서라도 거기에 기재된 청구권이 이행청구권으로서 강제집행으로 실현될 수 있는 경우에만 집행력이 있다. 후견계약 공정증서나 유언공정증서는 집행권원이 될 수 없다.

집행권원에 집행문이 붙어 있어야 집행을 개시할 수 있다(민사집행법 제39조 제1항). 집행문이 있는 공정증서 정본은 ‘집행력이 있는 정본’(민사집행법 제57조, 제28조 제1항)이 된다.

2. 집행문 부여방법

가. 집행문의 기재사항

(1) 민사집행법 제29조 제2항

집행문은 증서 정본의 끝에 덧붙여 적는다(민사집행법 제57조, 제29조 제1항). 실제로는 집행문을 별도로 작성하여 증서 정본의 마지막 장 다음에 덧붙인다. 집행문에는 “이 정본은 피고 아무개 또는 원고 아무개에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 원고 아무개 또는 피고 아무개에게 준다.”라고 적고 법원사무관등이 기명날인하여야 한다(민사집행법 제29조 제2항). 이 정본을 근거로 누가 누구에 대하여 강제집행할 수 있는지를 적는 것이다. 집행문이 판결정본에 붙어 있는 상태에서는 이 문언의 뜻이 난해해진다. “이 정본은”은 앞의 판결정본을 의미한다. 그런데 집행문 부여는 판결정본을 내어주는 것이 아니라 집행문을 내어주는 것이다. 집행문에 “이 정본은..... 내어준다”라고 기재함으로써 “이 정본”이 마치 집행문을 뜻하는 것처럼 오해를 불러일으킨다. 개

정되어야 마땅하다.³³⁾

(2) 제17호 서식

공증인이 집행문을 부여하는 경우에는 제17호 서식을 사용한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제19조 제1항).³⁴⁾

제17호 서식은 민사집행법 제29조 제2항의 “이 정본은”을 삭제한 형태로서 어법에 맞지만 민사집행법 위반의 의심이 있다. 공증인이 집행문을 부여하는 경우에도 민사집행법 제29조 제2항이 적용되기 때문이다(민사집행법 제57조).³⁵⁾

수통 부여하거나 재도 부여의 경우에는 그 사유를 집행문에 기재하여야 한다(민사집행법 제35조 제3항). 조건성취집행문이나 승계집행문의 경우 법원사무관은 재판장의 명령을 받은 사실을 집행문에 기재하여야 하지만(민사집행법 제32조 제3항), 공증인은 재판장의 명령을 받지 않고 집행문을 부여하므로 이에 관하여는 기재할 사항이 없다.

승계집행문의 경우 승계가 명백한 사실인 경우에는 이를 집행문에 기재하여야 한다(민사집행법 제57조, 제31조 제2항).

(3) 민사집행규칙 제20조

공정증서에 기재된 청구권의 일부에 대하여 집행문을 내어 주는 때에는 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 적어야 한다(민사집행규칙 제20조 제1항).

33) 집행문에는 “이 정본으로 채권자 ○○○는 채무자 ○○○에 대하여 강제집행할 수 있다.”고 기재하는 것이 바람직하다. 재판장의 명령에 의하여 부여하는 경우에는 “재판장의 명령에 의하여 이 집행문을 내어준다.” 재도부여의 경우에는 “이 집행문을 다시 내어 준다.” 수통 부여의 경우에는 “이 집행문을 ○통 내어 준다.”고 추가하여 기재하면 될 것이다.

34) 공증인은 증서 작성(공증인법 제38조 제3항), 정본 발급(공증인법 제47조 제1항), 등본 발급(공증인법 제51조), 사서증서의 인증(공증인법 제58조, 제63조 제4항, 제66조의2 제4항)의 경우에 서명날인하여야 한다. 반면 집행문부여의 경우에는 규정이 없다. 정본 발급 사실을 원본에 기재하는 경우(공증인법 제49조), 집행문 부여사실을 원본에 기재하는 경우(공증서식의 사용에 관한 규칙 제19조 제2항) 서명날인하므로 집행문에도 공증인이 서명날인하여야 할 것이다.

35) 제17호 서식은 집행문부여장소를 기재하도록 되어 있다. 집행문부여장소는 민사집행법상의 기재사항이 아니다.

공정증서에 채권자·채무자의 주민등록번호등이 적혀 있지 아니한 때에는 집행문에 채권자·채무자의 주민등록번호등을 적어야 한다(민사집행규칙 제20조 제2항).

승계집행문을 부여하는 경우(민사집행법 제57조, 제31조)에는 집행문에 승계인의 주민등록번호(주민등록번호가 없는 사람의 경우에는 여권번호 또는 등록번호, 법인 또는 법인 아닌 사단이나 재단의 경우에는 사업자등록번호·납세번호 또는 고유번호) 또는 주소를 적어야 한다(민사집행규칙 제20조 제3항).

나. 증서 원본에의 기재

집행문을 부여한 경우에는 집행권원 원본에 집행문을 부여한 취지와 그 날짜를 적어야 한다(민사집행법 제57조, 제36조). 공증인이 집행문을 부여하는 경우에는 공정증서 원본작성자의 서명날인 밑에 집행문을 부여하였다는 취지와 그 부여한 연·월·일을 기재한 뒤 서명날인한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제19조 제2항).

수통 부여하거나 채도 부여의 경우에는 그 사유를 원본에 기재하여야 한다(민사집행법 제57조, 제35조 제3항). 승계집행문을 부여한 경우에는 그 취지와 승계인의 이름을 기재하고(민사집행규칙 제21조 제1항 제1호), 공정증서에 기재된 청구권의 일부에 대하여 집행문을 내어 주는 때에는 강제집행을 할 수 있는 범위를 증서의 원본에 적어야 한다(민사집행규칙 제21조 제1항 제2호, 제20조 제1항).

다. 수통부여와 채도부여

(1) 일반적인 경우

공정증서 정본의 집행력은 전국 법원의 관할구역에 미친다(민사집행법 제57조, 제37조). 채권자가 한 지역에서 또는 한 가지 방법으로 강제집행을 하여도 모두 변제를 받을 수 없는 때에는 여러 통의 집행력 있는 정본에 의하여 여러 지역에서 또는 여러 가지 방법으로 동시에 강제집행을 할 수 있다(민사집행법 제57조, 제38조).

채권자가 여러 통의 집행문을 신청하거나 전에 내어 준 집행문을 돌려주지 아니하고 다시 집행문을 신청한 때에는 법원사무관은 재판장의 명령이 있어야만 이를 내어 주지

만(민사집행법 제35조 제1항) 공증인은 전적으로 공증인의 재량으로 이를 부여하며, 재판장의 명령을 받을 필요가 없다.³⁶⁾

동일한 채무자에 대하여 동산집행, 채권집행, 부동산집행을 한다는 이유로 수통의 집행문을 구하는 경우도 있고, 주채무자와 보증인에 대하여 각각 집행한다는 이유로 수통의 집행문을 구하는 경우도 있다. 공정증서 정본의 분실을 이유로 재도부여를 구하는 경우도 적지 않다. 이러한 경우에는 수통부여 또는 재도부여를 필요로 하는 사유에 대하여 소명하여야 한다.³⁷⁾ 재도부여의 경우에는 사용증명원, 분실사유서 등을 제출하는 것이 보통이다.

재도부여의 경우 먼저 소명한 사실에 대하여 증명서가 제출되어 있으면 다시 증명을 요하지 아니한다. 집행문 부여, 정본재발급, 등본발급의 경우 개명이나 상호변경에 관한 서류가 제출되는 경우도 있다. 이러한 서류도 증서원본철에 철하는 것이 바람직하다. 신청서철에 철한다면 촉탁인 또는 그 승계인이 신청할 때마다 새로 제출해야 하는 번거로움이 있다.

(2) 전부명령을 받은 경우

채권자가 전부명령을 받은 경우에는 재도부여에 주의하여야 한다. 전부명령이 확정되면 피전부채권은 전부채권자에게 이전되고, 전부채권자의 집행채권은 소멸한다(민사집행법 제229조, 제231조). 따라서 더 이상은 집행문을 부여할 수 없게 된다. 제3채무자가 자력이 없어 현실적으로 변제를 받지 못하더라도 그 소멸에는 영향이 없다.

36) 공증인의 경우에 재판장의 명령을 받아야 하는지 여부에 관하여 현행 민사집행법의 문언만으로는 그 뜻이 분명하지 않다. 그러나 실무상으로는 재판장의 명령을 요하지 않는 것으로 해석한다. 공증인이 재판장의 명령을 받는 절차에 관하여는 공증인법이나 민사집행법에 규정이 없다. 그러나 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되기 전의 것) 제522조 제2항 중 “다시 집행문부여에 관한 재판은 공증인이 직무상의 주소를 가진 지를 관할하는 지방법원 단독판사가 이를 한다”는 규정을 삭제하여 집행문의 부여를 공증인의 전권으로 하고 있는 점에 비추어 보면, 채권자가 전에 부여한 집행문을 반환하지 아니하고 다시 집행문을 청구한 경우에는 재판장의 명령이 있는 때에 한하여 부여하도록 한 구 민사소송법 제485조의 규정은 공정증서의 경우에는 준용되지 아니한다(서울민사지방법원 1990. 12. 18. 자 90 카112437 결정 참조).

37) 법원실무제요 민사집행[I] 217면. 소명은 즉시 조사할 수 있는 증거에 의한다(민사소송법 제299조 제1항). 민사소송의 경우에는 보증금의 공탁이나 선서로 소명에 갈음하는 제도가 있으나(민사소송법 제299조 내지 제302조) 공증의 경우에는 이를 준용하는 규정이 없다.

만일 피전부채권이 존재하지 아니하였다면 그때에는 집행채권 소멸의 효력이 생기지 아니한다(민사집행법 제231조 단서). 제3채무자에게 전부명령이 송달될 당시를 기준으로 피전부채권이 처음부터 존재하지 아니하였거나 소멸 또는 제3자에게 양도된 경우가 대표적이지만 이에 국한된 것은 아니다. 전부명령이 송달될 당시에는 피전부채권이 유효하게 존재하고 있었으나 그 후 제3채무자의 취소나 해제 또는 상계에 의하여 소급하여 소멸한 경우에도 포함된다. 장래의 조건부채권에 대한 전부명령이 확정된 후에 조건이 성취되지 않아 그 채권의 전부 또는 일부가 존재하지 아니한 것으로 밝혀진 경우도 포함된다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다24168 판결). 이처럼 피전부채권이 소급적으로 소멸하는 경우에는 집행채권도 소급적으로 부활하게 되는 것이다. 이러한 경우에 한하여 공증인은 집행문을 재도부여할 수 있게 된다. 채권자는 전부금 청구소송의 패소판결을 제출하는 방법으로 증명하는 것이 보통이다.

(3) 수통부여, 재도부여 경우의 조치사항

집행문을 여러 통 내어 주거나 다시 집행문을 내어 주는 때에는 그 사유를 원본과 집행문에 적어야 한다(민사집행법 제57조, 제35조 제3항).

공증인이 집행문을 수통 부여하거나 재도부여하는 경우에는 그 사실을 채무자에게 통지하여야 한다(민사집행법 제57조, 제35조 제2항). 현재 공증관계법령에는 그 서식이 규정되어 있지 않다. 법원의 통지서 서식을 활용하여야 할 것이다(법원실무제요 민사집행[Ⅰ] 232면). 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」에 규정되어 있는 통지서 서식, 즉 제13호 서식은 대리인의 촉탁으로 공정증서를 작성한 경우에 본인에게 통지하는 서식이다(공증인법시행령 제13조 제1항, 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제17조 제1항, 제2항).

위 규정은 훈시규정이므로 통지하지 않았다고 하더라도 그 이후의 집행절차의 효력에는 영향이 없고, 통지서를 발송하였으나 주소불명 등으로 반송되었을 경우에 다시 통지할 필요는 없다.³⁸⁾ 통지서를 발송함에 있어서는 반송되지 않도록 하는 것이 보통의 실무이다. 공증인사무소에 따라서는 1개월 정도 지나서 발송하기도 한다.

38) 법원실무제요 민사집행[Ⅰ] 219면. 대법원 1980. 10. 8.자 80마394 결정.

(4) 정본의 발급

집행문을 여러 통 내어주려면 필연적으로 정본도 더 작성해야 한다. 집행문은 정본의 끝에 덧붙이기 때문이다.

공정증서의 정본은 촉탁인 또는 그 승계인의 청구로 발급한다(공증인법 제46조 제1항). 열람이나 등본 발급의 경우에 촉탁인 또는 그 승계인 외에 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계가 있음을 증명한 자도 청구인이 되지만(공증인법 제43조 제1항, 50조 제1항), 이해관계인은 정본의 발급을 청구할 수 없다.

공증인이 공정증서의 정본을 작성하는 경우에는 증서를 작성하는 경우에 준하여 촉탁인 또는 그 승계인이 본인이 맞는지 확인하여야 하고, 대리인이 청구하는 경우에는 대리인이 맞는지, 대리권이 있는지, 대리권을 증명하였는지 확인하여야 한다(공증인법 제46조 제2항, 제27조 제1항·제2항, 제30조, 제31조 제1항·제2항). 촉탁인의 승계인이 증서정본의 발급을 청구하는 경우에는 승계인임을 증명하는 증서를 제출하게 하여야 하며(공증인법 제46조 제2항, 제43조 제3항), 그 증서가 인증을 받지 아니한 사서증서일 경우에는 그 증서 외에 권한 있는 행정기관이 작성한 인감증명서 또는 서명에 관한 증명서를 제출하게 하여 증서가 진정한 것임을 증명하게 하여야 한다(공증인법 제46조 제2항, 제31조 제2항).

증서의 정본을 발급할 때에는 촉탁인 또는 그 승계인 아무개에게 정본을 발급한 사실과 발급연월일을 원본의 끝 부분에 적고 서명날인하여야 한다(공증인법 제49조). 이와 같이 정본의 발급은 열람이나 등본의 발급에 비하여 제한적이다. 촉탁인 또는 그 승계인이 정본을 요구하는 사유에 대하여 의심이 있는 경우에는 그 사유를 증명시켜야 한다(공증인법시행령 제16조). 증서의 정본을 남용할 우려가 있기 때문이다.

증서 정본 발급의 청구인인 촉탁인과 그 승계인은 집행문 부여의 신청인과 다르지 않다. 그러나 반드시 일치하는 것은 아니다. 증서 정본을 분실하였다고 그 재발급을 청구하면서 집행문은 신청하지 않는 사례도 실무에서 흔히 본다.

(5) 약속어음 공정증서 분실의 경우

약속어음 공정증서의 정본을 분실한 경우에는 제권판결을 받은 경우에 한하여 정본

을 재교부할 수 있음에 주의하여야 한다.

약속어음 공정증서를 작성하는 경우 어음의 원본을 공정증서의 정본에 붙이는데(공증인법 제56조의2 제3항), 어음이 공정증서 정본에 첨부되더라도 유가증권인 약속어음의 성격에는 변함이 없으며, 그 분실의 경우에는 공시최고절차를 거쳐 이를 무효로 하여야 한다(민법 제521조, 어음법 제77조, 제11조). 약속어음에 대하여 제권판결이 선고되어야만 그 어음은 무효가 되고, 공시최고의 신청인이 어음을 소지한 것과 동일하게 되어 공증인이 비로소 정본을 발급할 수 있게 된다.

제권판결의 대상은 약속어음이고, 약속어음 공정증서 전체는 제권판결의 대상이 아니다.³⁹⁾

제권판결에 대해서는 상소를 하지 못하므로(민사소송법 제490조 제1항), 제권판결은 선고와 동시에 확정된다.

라. 집행문 부여의 수수료

(1) 집행문부여 수수료

증서의 정본에 집행문을 부여하는 수수료는 1만 원이며, 조건 성취 집행문, 승계집행문, 수통 부여의 경우에는 2만 원이다(공증인수수료규칙 제23조).

(2) 정본·등본 수수료

집행문 부여와 함께 정본이나 등본을 작성하여야 하는 경우에는 별도로 그 수수료를 계산하여야 한다(공증인수수료규칙 제24조 참조). 정본이나 등본의 수수료는 1장에 500원이다(공증인 수수료 규칙 제24조 제1항). 장수를 계산함에 있어서는 1행 20자 24행을 1장으로 하며, 1장에 미달한 것은 이를 1장으로 본다(공증인 수수료 규칙 제24조 제2항, 제3조 제2항).

39) 법원실무제요 민사[III] 433면~434면.

(3) 송달 수수료

송달이 필요한 경우에는 공증인은 그에 필요한 실비(實費)를 받으며(공증인법 제7조 제2항), 실비는 우편법에 따른 우편요금으로 한다(공증인 수수료 규칙 제23조의2 제1항). 또한 공증인법 제56조의5에 따른 우편에 의한 송달의 수수료는 4,000원이다(공증인 수수료 규칙 제23조의2 제1항).⁴⁰⁾

(4) 송달증명 수수료

송달 결과 송달증명서 또는 송달불능증명서를 발급하는 경우의 수수료에 관하여는 규정이 없다. 수수료의 정함이 없는 사항에 대한 수수료는 그 사항에 가장 유사한 사항에 대한 수수료의 액과 동일한 액으로 한다(공증인 수수료 규칙 제26조).

공증인은 증명서를 발급하기 위하여는 송달보고서의 내용을 검토하여야 한다. 보고서에 송달된 것처럼 기재되어 있더라도 정당한 수령권이 없는 사람에게 교부된 경우에는 부적법한 송달이며, 보충송달·유치송달의 요건을 갖추지 못한 경우에도 동일하다. 이와 같이 송달의 적법 여부를 심사하고 그 결과에 따라 증명서를 발급한다는 점에서 집행문의 부여와 유사하고 할 것이다.

3. 집행문 부여 공증인

가. 공증인

공증인이 작성한 증서의 집행문은 그 증서를 보존하는 공증인이 내어 준다(민사집행법 제59조 제1항).

임명공증인이 증서를 작성하고 보존도 하는 경우에는 그 임명공증인이 부여하고, 인가공증인이 증서를 보존하면 그 인가공증인이 부여한다. 인가공증인[법무법인, 법무법

40) 2013. 5. 28. 공증인법을 개정하면서 종전의 제56조의4가 제56조의5로 이동되었다. 그러나 이 조문을 인용하고 있는 공증인수수료규칙은 개정되지 않아 조문이 서로 어긋나고 있다. 혼란을 초래하는 입법이다.

인(유한), 법무조합, 공증인가합동법률사무소⁴¹⁾의 경우에는 법무법인등 자체가 공증인이다(공증인법 제15조의2). 공증담당변호사는 인가공증인의 구성원이며, 공증인은 아니다.⁴²⁾ 인가공증인의 공증담당변호사가 변경되더라도 인가공증인 자체에는 변경이 없다.

나. 집행문부여 공증인

공정증서를 작성한 공증인과 다른 공증인이 집행문을 부여하는 경우도 있다. 대리공증인, 후임자·서류인수자, 겸무자, 공증인가합동사무소의 다른 공증인이 그것이다.

(1) 대리공증인

(가) 공증직무 대리의 촉탁, 공증직무의 대리명령

공증인이 질병이나 그 밖의 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 다른 공증인에게 대리를 촉탁할 수 있다(공증인법 제67조 제1항). 이때에는 지체없이 소속 지방검찰청 검사장에게 신고하여야 하며, 대리를 해임하였을 때에도 같다(공증인법 제67조 제2항).

공증인 본인이 대리를 촉탁할 수 없을 때에는 소속 지방검찰청검사장은 그 관할구역의 다른 공증인에게 대리를 명령할 수 있다(공증인법 제68조 제1항). 공증인이 다시 직무를 수행할 수 있게 되었을 때에는 소속 지방검찰청 검사장은 대리명령을 철회하여야 한다(공증인법 제68조 제2항).

공증인 본인이 대리의 촉탁을 하는 경우에는 관할구역의 제한이 없지만 지방검찰청 검사장이 대리명령을 하는 경우에는 관할구역의 다른 공증인으로 제한된다.

공증인은 질병 기타 부득이한 사유로 인하여 직무를 집행할 수 없는 경우에 다른 공증인에게 그 직무의 대행을 촉탁할 수 없을 때에는 지체없이 그 사실을 소속지방검찰

41) 공증인가합동법률사무소는 공증인법 부칙(2009. 2. 6.) 제3조 제1항에 따라 인가공증인으로 본다.

42) 다만 공증에 관한 법령을 적용할 때에는 그 성격에 반하지 아니하는 한 공증담당변호사를 공증인으로 본다(공증인법 제15조의2).

청 검사장에게 신고하여야 한다(공증인법시행령 제28조 전단). 업무의 공백을 방지하기 위하여 공증인에게 신고의무를 부과한 것이다. 지방검찰청 검사장의 대리명령 이후 공증인이 그 직무를 다시 집행할 수 있게 된 경우에도 그 사실을 소속지방검찰청 검사장에게 신고하여야 한다(공증인법시행령 제28조 후단). 대리명령의 철회를 촉구하기 위한 것이다.

(나) 대리공증인의 직무

대리공증인은 피대리공증인의 사무소에서 직무를 수행하여야 한다(공증인법 제69조 제1항).⁴³⁾ 대리공증인이 직무상 서명할 때에는 자신의 직명, 소속 및 사무소 소재지를 적는 것 이외에(공증인법 제22조), 피대리공증인의 성명, 소속, 사무소 소재지, 그의 대리공증인이라는 사실을 적어야 한다(공증인법 제69조 제2항).

대리공증인이 직무를 수행하는 경우, 제척사유에 관한 공증인법 제21조를 적용함에 있어서는 피대리공증인에 대하여 제척사유가 없어야 하는 것은 물론이고 대리공증인에 대하여도 제척사유가 없어야 한다(공증인법 제69조 제3항).

대리공증인은 그 직무를 행하는 사무소의 보기 쉬운 곳에 대리인으로서 직무를 수행한다는 뜻을 게시하여야 한다(공증인법시행령 제26조).

예를 들면 대리공증인이 서명한 공정증서에 대하여 본래의 공증인이 직무에 복귀하여 집행문을 부여하는 경우에는 일반적인 방법으로 서명하면 족하며(공증인법 제22조), 굳이 대리관계가 종료한 사실까지 기재할 필요는 없다고 할 것이다.

(2) 후임자 · 서류인수자

(가) 후임자의 임명 · 서류인계명령

43) 공증인법 제69조 제1항 “대리공증인이 제67조 및 제68조에 따라 그 직무를 수행하는 사무소는 피대리공증인(被代理公證人)의 사무소로 본다.”는 조문은 해석상 오해의 소지가 있다. 대리공증인이 자신의 사무소에서 본래의 직무를 수행하는 한편 대리공증인의 직무도 수행할 수 있고, 이러한 경우 대리공증인이 피대리공증인의 사무소에서 직무를 수행한 것으로 본다는 뜻으로 오해할 여지가 있다. 원래의 뜻은 대리공증인이 피대리공증인의 사무소에 임하여 직무를 수행하여야 한다는 뜻이다. 2009. 2. 6. 개정 이전의 조문 참조.

공증인이 사망, 면직 또는 사임한 경우에는 후임자를 임명하고(공증인법 제71조 제1항), 정원이 변경되었거나 그 밖의 사유로 후임자가 필요하지 아니게 된 경우에는 다른 공증인(서류인수자)에게 서류인계를 명하여야 한다(공증인법 제75조 제1항).

서류인계명령의 경우에는 법무부장관은 지리적 근접성, 공증인 임명 또는 인가의 시기, 사무소의 시설 현황, 공증업무 처리의 건수 등을 고려하여 인계받을 공증인을 선정하고, 필요한 경우 여럿의 공증인을 선정할 수 있다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제1항). 소속 지방검찰청 관할구역에 공증인이 없는 경우에는 해당 지방검찰청검사장이 서류를 인수한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제4항). 공증인이 있는 경우에는 사망, 면직 또는 사임한 공증인과 같은 특별자치도·시·군 또는 구(자치구로 한정한다. 이하 "같은 특별자치도·시·군 또는 구"라 한다)에 있는 공증인에게 서류를 인계한다. 같은 특별자치도·시·군 또는 구에 공증인이 없는 경우에는 소속 지방검찰청 관할구역의 다른 특별자치도·시·군 또는 구의 공증인에게 서류를 인계한다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제2항). 소속 지방검찰청 관할구역의 다른 특별자치도·시·군 또는 구의 공증인에게 서류를 인계한 경우에 사망, 면직 또는 사임한 공증인과 같은 특별자치도·시·군 또는 구에 공증인을 새로 임명하거나 인가한 경우에는 그 공증인에게 서류를 인계하고, 인계한 날부터 2년 내에 같은 특별자치도·시·군 또는 구에 공증인을 새로 임명하거나 인가한 경우에는 서류의 일부를 다시 인계할 수 있다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제3항). 지방검찰청검사장이 서류를 인수한 경우 그 관할구역에 공증인을 새로 임명하거나 인가한 경우에는 그 공증인에게 서류를 인계하고, 인계한 날부터 2년 내에 같은 특별자치도·시·군 또는 구에 공증인을 새로 임명하거나 인가한 경우에는 인계한 서류의 일부를 다시 인계할 수 있다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제7조 제5항).

공증인이 사망, 면직, 또는 사임한 경우로서 후임자도 없고, 서류인수자도 없는 경우는 있을 수 없다.

(나) 공증인의 사망, 면직 또는 사임과 서류의 봉인

공증인의 사망, 면직 또는 사임으로 인하여 필요하다고 인정할 때에는 소속 지방검찰청검사장은 그가 지정한 공무원에게 지체 없이 사무소의 서류를 봉인(封印)하게 하여

야 한다(공증인법 제70조). 공증인이 사망한 경우 그 사실을 소속 지방검찰청 검사장이 알지 못할 수도 있다. 그리하여 공증인이 사망한 경우에는 공증인의 직계비속이 그 사실을 소속 지방검찰청 검사장에게 신고하도록 규정하고 있다(공증인법 제29조 제2항).

(다) 후임자·서류인수자의 서류 접수

공증인이 면직 또는 사임한 경우 후임자는 전임자의 참여 아래 지체 없이 서류를 접수하여야 한다(공증인법 제72조 제1항). 전임자가 사망이나 그 밖의 사유로 참여할 수 없는 경우에는 후임자는 소속 지방검찰청검사가 지정하는 공무원의 참여 아래 서류를 인수하여야 한다(공증인법 제72조 제2항). 서류의 봉인 후에 임명된 후임자는 소속 지방검찰청검사가 지정한 공무원의 참여 아래 봉인을 풀고 서류를 인수하여야 한다(공증인법 제72조 제3항).

공증인이 후임자로서 서류를 접수한 경우에는 서류의 목록을 작성하고 그 끝에 접수의 사유 및 연월일을 기재하고 이에 참여한 공무원이 있을 때에는 그 공무원 및 접수자가 서명·날인하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항, 제72조). 공증인은 위와 같이 작성한 서류의 목록의 등본을 지체없이 소속 지방검찰청검사에 제출하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항).

서류인수자도 후임자와 같은 방법으로 서류를 인수하고(공증인법 75조 제2항, 제72조), 서류의 목록을 작성하고, 소속 지방검찰청검사에 제출하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항, 제75조, 제72조).

(라) 후임자·서류인수자의 직무수행

전임자나 겸무자가 작성한 증서에 대하여 후임자가 정본이나 등본을 작성하고 이에 서명할 때에는 후임자인 사실을 적어야 한다(공증인법 제74조 제2항). 집행문의 부여가 법문에는 누락되어 있으나 포함되는 것은 당연하다. 서류인수자에 대하여 위 규정이 준용되므로(공증인법 제75조 제2항, 제74조 제2항), 전임자나 겸무자가 작성한 증서에 대하여 서류인수자가 정본이나 등본을 작성하고 이에 서명할 때에는 서류인수자인 사실을 적어야 한다.

공증인甲이 증서를 작성한 이후에 사망하고, 공증인乙이 겸무자로서 집행문을 부여하고, 공증인丙이 후임자로서 집행문을 제도부여하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 공증인丙은 공증인甲의 후임자인 사실만 표시하면 충분하고 겸무공증인乙의 관계까지 기재할 필요는 없다고 할 것이다.

후임자가 작성하는 문서의 번호는 전임자가 작성한 문서번호의 순서에 따라 기재하여야 한다(공증인법시행령 제27조). 서류인수자의 경우에는 사망, 면직 또는 사임한 공증인의 서류에 관하여는 보존만 하고 자신의 직무를 수행하는 것은 종전과 마찬가지로 문서번호를 부여함에 있어서 전임자가 작성한 문서번호는 고려할 필요가 없다.

공증인의 후임자는 그 직무를 행하는 사무소의 보기 쉬운 곳에 후임자로서 직무를 수행한다는 뜻을 게시하여야 한다(공증인법시행령 제26조). 법문에 서류인수자가 누락되어 있는데 규정의 취지에 비추어보면 서류인수자도 그 직무를 행하는 사무소의 보기 쉬운 곳에 서류인수자인 뜻을 게시하여야 할 것이다.

(3) 겸무자

(가) 겸무명령

후임자가 임명되거나 서류인수자가 결정되는 데에 상당한 시일이 걸려 업무의 공백 상태가 일어날 우려가 있으므로 이를 방지하기 위하여 겸무제도가 마련되어 있다. 즉 시 후임자가 임명되지 아니한 경우에는 소속 지방검찰청검사장은 그 관할구역의 다른 공증인에게 겸무를 명할 수 있다(공증인법 제71조 제1항). 후임자가 임명되어 그 직무를 수행할 수 있게 되었을 때에는 겸무명령을 철회하여야 한다(공증인법 제72조 제2항). 겸무명령은 임시적인 조치이다. 후임자와 서류인수자는 법무부장관이 임명하거나 명령하지만 겸무명령은 소속 지방검찰청검사장이 발령한다.

(나) 겸무자의 서류 접수

겸무자는 전임자의 참여 아래 지체 없이 서류를 접수하여야 한다(공증인법 제72조 제1항). 전임자가 사망이나 그 밖의 사유로 참여할 수 없는 경우에는 소속 지방검찰청

검사장이 지정하는 공무원의 참여 아래 서류를 인수하여야 한다(공증인법 제72조 제2항). 서류 봉인 후의 검무자는 소속 지방검찰청검사장이 지정한 공무원의 참여 아래 봉인을 풀고 서류를 인수하여야 한다(공증인법 제72조 제3항). 검무자가 서류를 다시 다른 공증인에게 인도하는 경우에도 공증인법 제72조를 준용한다(공증인법 제73조).

공증인이 검무자로서 서류를 접수한 경우에는 서류의 목록을 작성하고 그 끝에 접수의 사유 및 연월일을 기재하고 이에 참여한 공무원이 있을 때에는 그 공무원 및 접수자가 서명·날인하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항, 제72조). 공증인은 위와 같이 작성한 서류의 목록의 등본을 지체없이 소속 지방검찰청검사장에게 제출하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항).

(다) 검무자의 직무수행

검무자는 본래의 자신의 직무를 수행하는 한편 사망, 면직 또는 사임한 공증인의 직무도 수행하게 된다. 검무공증인은 자신의 사무소에서는 자신의 직무를 수행하고, 전임자의 사무를 처리함에 있어서 전임자의 사무소에 임하여 처리하는 것이 원칙이다. 다만 필요한 경우에는 자신의 사무소에서 전임자의 사무를 처리할 수 있다(공증인법시행령 제25조 제1항). 이때에는 지체없이 그 사실을 법무부장관에게 신고하여야 한다(공증인법시행령 제25조 제2항). 검무자가 전임자의 사무소에서 작성하는 문서의 번호는 전임자가 작성한 순서에 따라 기재하여야 할 것이다(공증인법시행령 제27조 유추해석).

검무자가 직무상 서명하는 경우에는 검무자라는 사실을 적어야 한다(공증인법 제74조 제1항). 검무공증인은 그 직무를 행하는 사무소의 보기 쉬운 곳에 검무자로서 직무를 수행한다는 뜻을 게시하여야 한다(공증인법시행령 제26조).

(라) 정직자의 검무자

공증인이 징계로서 정직을 당한 경우에는 소속 지방검찰청검사장은 필요하다고 인정할 때에는 그가 지정한 공무원에게 지체없이 사무소의 서류를 봉인하게 하여야 한다(공증인법 제76조 제1항, 제70조).

정직자의 소속 지방검찰청검사장은 그 관할구역의 다른 공증인에게 검무를 명하여

야 한다(공증인법 제76조 제1항, 제71조 제1항). 정직자가 그 직무를 수행할 수 있게 되면 소속 지방검찰청검사장은 검무명령을 철회하여야 한다(공증인법 제76조 제1항, 제71조 제2항).

서류의 봉인 후에 임명된 검무자는 소속 지방검찰청검사장이 지정한 공무원의 참여 아래 봉인을 풀고 서류를 인수하여야 한다(공증인법 제76조 제1항, 제72조 제3항).

정직자의 검무자는 서류를 접수한 경우에는 서류의 목록을 작성하고 그 끝에 접수의 사유 및 연월일을 기재하고 이에 참여한 공무원이 있을 때에는 그 공무원 및 접수자가 서명·날인하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항, 제76조). 공증인은 위와 같이 작성한 서류의 목록의 등본을 지체없이 소속 지방검찰청검사장에게 제출하여야 한다(공증인법시행령 제24조 제1항). 정직자가 다시 직무에 복귀하는 경우에는 검무자는 정직자에게 서류를 인도하여야 하며, 이때에도 같은 방법으로 처리한다(공증인법 제73조, 공증인법시행령 제24조 제1항).

정직자의 검무자는 정직자의 사무소에서 직무를 수행하여야 한다(공증인법 제76조 제2항).⁴⁴⁾ 정직자의 검무자는 새로운 증서를 작성할 수 없으며, 단지 기존에 작성된 증서에 관하여 집행문을 부여하거나 정본·등본을 작성하는 사무만 처리할 수 있다고 할 것이다. 정직의 취지를 관철하여야 하기 때문이다.

(4) 공증인 합동사무소의 경우

2인 이상의 임명공증인이 사무의 합리화 또는 품위의 향상을 도모하기 위하여 필요한 경우에는 합동사무소를 설치할 수 있다(공증인법시행령 제36조). 공증인합동사무소는 공증인법 제17조 제2항에 근거를 두고 있다.

임명공증인이 합동사무소를 설치하고자 할 때에는 규약을 정하여 법무부장관의 인가를 받아야 한다(공증인법시행령 제37조 제1항). 규약에는 ①명칭, ②사무소의 소재지, ③구성원에 관한 사항, ④임원에 관한 사항, ⑤수입에 관한 사항, ⑥경비에 관한 사항, ⑦가입·탈퇴에 관한 사항을 적어야 한다(공증인법시행령 제37조 제2항). 규약을 변경하는 경우에도 법무부장관의 인가를 받아야 한다(공증인법시행령 제37조 제1항).

44) 각주 43)참조, 원래의 뜻은 검무공증인이 정직자의 사무소에 임하여 직무를 수행하여야 한다는 뜻이다.

공증인 합동사무소의 경우에는 각 임명공증인이 자신의 명의로 공증업무를 수행하지만 하나의 공증서류보관창고를 공동으로 사용하고, 접수부·증서원부·인증부 등 하나의 장부에 의하여 공증업무를 처리하고 있다. 그리하여 공증인 합동사무소의 경우에는 각 임명공증인이 증서를 공동으로 보존하는 것으로 본다. 따라서 별도로 대리·검무의 절차가 없더라도 본인이 서명하지 않은 증서에 대하여도 직접 집행문을 부여할 수 있다.

4. 집행문 부여의 신청

공증인에 대하여 집행문부여를 신청하는 경우에는 신청서를 작성하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제18조 제1항). 신청서는 제16호 서식에 따른다. 따라서 말로 집행문을 신청할 수 있다는 민사집행법 제28조 제3항은 적용할 여지가 없다(민사집행법 제57조 참조).

신청서는 별도로 철하여 보관하되, 신청이유와 대리권을 입증하는 서류를 신청서 뒤에 첨부하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제18조 제2항).

집행문부여의 신청인은 촉탁인 또는 그 승계인이다. 대리인이 신청하는 경우에는 대리권을 증명하여야 한다.

5. 집행문 부여의 심사

집행문 부여의 신청이 있는 경우 공증인은 집행문 부여의 요건을 세심하게 검토하여야 한다. 특히 다음 사항에 주의하여야 한다.

가. 증서의 정본과 원본의 대조

신청인이 제출한 공정증서 정본이 공증인 사무소에 보존하는 원본에 따른 것인지 자세히 확인하여야 한다. 등본을 제출하는 경우, 공정증서정본의 사본을 제출하는 경우에는 집행문을 부여할 수 없다. 당사자가 정본을 임의로 수정한 경우에는 집행문을 부여하여서는 아니 된다. 약속어음 공정증서의 어음액면금이 변경된 경우도 있다.

나. 집행문부여의 시기

공증인은 공정증서를 작성한 날부터 7일이 지나지 아니하면 집행문을 부여할 수 없다(공증인법 제56조의4 제1항). 7일이 경과하여야 하므로 8일째부터 집행문을 부여할 수 있다. 인도집행증서에 관하여는 특칙이 있다. 이는 아래에서 따로 살펴보기로 한다.

다. 해제부기의 경우

공증인은 제35조의2제1항에 따른 부기가 있으면 집행문을 부여할 수 없다(공증인법 제56조의4 제2항).

공증인은 공정증서에 적힌 양쪽 당사자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 채무의 전부 변제 사실이나 계약의 전부 해소 사실을 증서의 원본에 부기(附記)할 수 있다(공증인법 제35조의2 제1항). 이때에는 그 연월일을 명확하게 적고 촉탁인 또는 그 대리인과 공증인이 서명날인하여야 한다(공증인법 제35조의2 제2항). 원본의 부기도 하나의 공정증서이므로 공정증서 작성에 관한 방법을 준용하도록 되어 있다(공증인법 제35조의2 제3항, 제27조부터 제33조까지 및 제36조부터 제38조).

라. 인도집행증서에 대한 특칙

(1) 인도집행증서의 집행문 부여시기

인도집행증서를 작성한 경우에는 1개월이 경과하여야 한다(공증인법 제56조의4 제1항). 인도집행의 중대성을 감안한 규정이다.

(2) 법원의 허가

(가) 공증인 사무소 소재지 관할 지방법원 또는 지원

인도집행증서에 대한 집행문은 그 증서를 보존하는 공증인이 그 공증인의 사무소가

있는 곳을 관할하는 지방법원 단독판사의 허가를 받아 부여한다. 이 경우 지방법원 단독판사는 허가 여부를 결정하기 위하여 필요하면 당사자 본인이나 그 대리인을 심문할 수 있다(공증인법 제56조의3 제4항).

법원의 허가절차는 민사집행규칙 제22조에 규정되어 있으며 이에 따라 「공증인의 집행문부여에 관한 허가절차 업무처리 방안」이 마련되어 있다.⁴⁵⁾

(나) 집행문부여 허가 청구서

집행문부여허가청구서는 소정의 양식을 사용한다. 청구서에는 집행증서의 표시와 내어줄 집행문의 문구를 적고, 집행문부여신청인의 성명, 주민등록번호, 주소와 집행문부여신청일도 기재한다.

허가청구서에는 ① 집행문부여신청서(대리인에 의해 신청된 경우 대리권 증명서류 포함), ② 인도집행증서 정본, ③ 허가청구서의 부분 1통, ④ 조건 성취 집행문, 승계집행문, 재도부여나 수통부여의 경우에는 그 증명 자료 또는 채권자·채무자 또는 승계인의 주소 또는 주민등록번호등을 소명하는 자료를 첨부하여야 한다.

그 외에 공증인의 자격을 증명하는 서류 사본을 제출하여야 하며, 대리, 겸무, 후임, 서류인계명령의 경우에는 그 명령장, 촉탁서 등 해당사유에 관한 증명서류 사본도 제출하여야 한다.⁴⁶⁾

(다) 집행문부여 허가청구서의 제출

공증인이 집행문 부여의 허가를 청구하는 경우에는 집행문부여허가청구서 및 그 부분 1통을 그 공증인의 사무소가 있는 곳을 관할하는 지방법원 또는 지원의 민사집행 업무를 담당하는 과에 제출하여야 한다.

공증인이 직접 제출하여야 하는 것은 아니고, 공증인 사무소 담당직원, 집행문부여

45) 법원행정처 사법지원실, 「공증인의 집행문부여에 관한 허가절차 업무처리 방안」, 전자공증시스템 내부 공지(2014. 5. 20.) 참조

46) 위 업무처리방안, 19.

신청인, 집행문부여신청인의 대리인(변호사나 법무사), 대리인으로부터 허가청구서의 수령권한을 위임받은 사람(변호사나 법무사의 사무직원)도 제출할 수 있다.⁴⁷⁾

(라) 법원의 접수와 처리

공증인이 법원에 집행문부여허가청구서를 접수하면, 법원은 집행문부여허가사건처리부에 접수하고, 담당 판사는 집행문부여의 허가 여부를 결정하여야 한다.

판사가 전부 허가하는 경우에는 허가서에 서명날인하며, 전부 허가하지 아니하는 경우에는 그 취지와 불허가의 이유를 적고 서명날인한다. 일부에 대해서만 허가하는 경우에는 공증인이 내어줄 집행문의 문구를 수정하여 기재하고, 일부 불허가의 취지 및 불허가 이유를 기재하고 서명날인하여야 한다.

집행문부여허가서가 발부된 경우에 법원사무관등은 해당사항을 사건처리부에 적고 집행문부여허가서와 허가청구서 등을 공증인 사무소 담당직원이나 집행문부여신청인(대리인에 의해 신청된 경우에는 그 대리인 또는 그로부터 허가청구서 등의 수령권한을 위임받은 사람을 포함한다)에게 인계한다. 일부 허가되지 아니한 경우에도 같다. 집행문부여가 전부 허가되지 않은 경우에는 법원사무관등은 해당사실을 사건처리부에 적고 허가청구서 등을 공증인 사무소 담당 직원이나 집행문부여신청인에게 인계한다.

사건처리부는 10년간 보존하며, 집행문부여허가청구서 부본철은 1년간 보존한다.

(마) 인도집행증서의 금전지급청구권

인도집행증서에 대한 집행문부여의 특칙이 그 증서에 포함된 모든 청구권에 적용되는지는 의문이다. 인도집행증서에 금전청구권이 포함된 경우 그 금전부분에 관하여 집행문을 부여하는 경우에도 법문언상으로는 증서작성일부터 1개월이 경과하여야 하고, 법원의 허가를 받아야 한다. 그러나 이러한 특칙은 인도집행의 중대성을 감안한 것이므로 금전의 지급에 관하여는 적용되지 않는다고 할 것이다.

47) 위 업무처리 방안, 17.

(바) 집행문의 부여

공증인은 법원의 허가에 따라 집행문을 부여하며, 그 사실을 집행문과 공정증서 원본에 기재하여야 할 것이다. 그 외에 허가서의 사본을 집행문에 첨부하여야 한다.⁴⁸⁾ 집행법원이나 집행관으로 하여금 허가사실을 명확히 확인하도록 하기 위한 것이다.

집행문의 부여를 법원이 허가하지 않은 경우에는 공증인은 집행문부여를 거절하여야 한다. 거절처분은 말로 하면 충분하고 서식은 마련되어 있지 않다.

판사의 허가 또는 불허가 결정에 대하여 불복하는 경우에는 공증인의 집행문 부여 또는 집행문 부여 거부에 대한 이의신청이나 소로써 다투어야 한다. 판사의 허가재판은 집행개시 전 집행문부여 단계에서의 절차에 지나지 않고, 허가청구권자는 공증인이므로, 당사자가 직접 불복신청권을 가진다고 볼 수 없다는 것이다.⁴⁹⁾

(사) 허가서의 보존

허가서의 보존에 관하여는 규정이 없지만 공정증서 원본철에 연철하여 보존하여야 할 것이다. 집행문부여신청서 및 첨부서류, 허가청구서 및 부속서류의 사본, 허가서 또는 불허가서를 모두 원본철에 연철하여야 한다. 신청서철에 철하지 않도록 주의하여야 한다.

(아) 인도집행증서에 대한 집행문의 수통부여, 재도부여

인도집행증서에 집행문을 수통 부여하거나 재도 부여하는 경우에도 법원의 허가를 받아야 한다.

마. 집행에 조건을 붙인 경우

48) 「법원행정처장의 법무부장관에 대한 업무협조」 전자공증시스템 내부공지(2014. 1. 13) 참조.

49) 위 업무처리 방안, 2~3.

채무의 이행에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에는 이를 증명하는 서류를 제출하여야만 집행문을 내어준다(민사집행법 제57조, 제30조 제2항).⁵⁰⁾

(1) 조건

여기서 조건이란 민법상의 조건보다 넓은 개념으로 즉시 집행하는 것을 저지하는 모든 사실을 말한다. 실무상 조건으로서 증명을 필요로 하는 것을 열거하면 다음과 같다.

① 정지조건

채권자가 25평형 아파트를 임대하여 채무자에게 거주하도록 해주면 채무자는 채권자에게 별지 목록 기재 토지를 인도한다.

② 불확정기한

채무자는 증서의 갑이 사망한 때에 채권자에게 별지목록 기재 건물을 인도한다.

③ 채권자의 선이행

채무자는 채권자로부터 이사비용 100만 원을 지급받고, 1개월 이후에 채권자에게 건물을 인도한다.

④ 채권자의 의사표시

채무자가 월 임료를 2회 이상 연체하는 경우에는 채권자는 임대차계약을 해지할 수 있다. 이 경우 채무자는 즉시 별지목록기재 물건을 인도하기로 한다.

(2) 증명의 방법

조건의 성취를 증명하는 증명서 예를 들면 변제영수증, 공탁서, 내용증명우편 등을

50) 조건이 성취되어야 강제집행할 수 있을 때에는 법원사무관은 조건이 성취되었는지 여부를 조사하고, 재판장의 명령을 받아 집행문을 부여하여야 한다. 이를 확인하지 않고 집행문을 부여한 경우에 국가의 손해배상책임을 인정한 사례가 있다(서울중앙지방법원 2013. 1. 23. 선고 2012가합40924 판결). 이러한 점에서 공증인의 집행문 부여는 기명날인으로 가볍게 취급할 사무가 아니다. 집행문부여에 기명날인으로 충분하다는 견해는 이상석, “공증 규제 개선에 관한 논의”, 공증과신평 제8호(2015), 83면~87면. 참조

제출하여야 집행문을 부여한다.⁵¹⁾

조건의 성취가 명백한 때에는 증명서를 제출할 필요가 없다고 해석한다. 예를 들면 “채무자는 20〇〇년 〇〇월 〇〇일 이후에는 채권자 요구시에 즉시 별지 목록 기재 건물을 인도한다”고 약정한 경우이다. 불확정기한이지만 20〇〇년 〇〇월 〇〇일을 경과한 이후에는 채권자가 인도를 요구한 사실을 별도로 증명하지 않더라도 집행문을 부여할 수 있다고 할 것이다.

(3) 조건의 성취를 증명할 수 없는 경우

조건이 성취되었음에도 증명할 수 없는 경우에는 집행문부여의 소를 제기하여야 한다(민사집행법 제33조).

소송의 결과 집행문부여의 판결이 확정되거나 가집행의 선고가 있으면 공증인은 이에 따라 집행문을 부여한다. 이 경우 공증인은 집행문부여의 요건에 대하여 더 이상 조사·판단할 필요가 없다.

(4) 조건이 아닌 것

강제집행에 조건이나 기한이 달려 있더라도 다음의 경우에는 집행문부여의 요건이 아니다.

- ① 확정기한의 도래는 집행개시의 요건이다(민사집행법 제40조 제1항). 따라서 기한이 도래하지 않은 경우에도 집행문을 부여할 수 있다.
- ② 반대급부의 이행과 동시이행을 약정한 공정증서에 의하여 강제집행을 하는 경우 반대급부의 이행 또는 이행의 제공은 집행문부여의 요건이 아니라 집행개시의 요

51) 법원사무관은 재판장의 명령이 있는 경우에만 집행문을 부여할 수 있으며, 이때 재판장은 그 명령에 앞서 서면이나 말로 채무자를 심문(審問)할 수 있다. 공증인이 법원의 허가를 받아야 하는 경우는 별개로 하고 공증인이 전적으로 심사하여 집행문을 부여하는 경우에 조건의 성취여부를 확인하기 위하여 재판장처럼 채무자를 심문할 수 있는지 문제가 된다. 부정적으로 해석하여야 한다. 공증인은 재판장의 명령을 받지 않고 집행문을 부여하므로 민사집행법 제32조, 제35조가 준용되지 않기 때문이다. 또한 공증인이 채무자를 심문하는 절차가 공증인법에 규정되어 있지 않다.

건이 된다(민사집행법 제41조). 따라서 집행문부여에 반대급부의 이행 또는 이행의 제공 여부를 심사할 필요는 없다.

예를 들어 특정동산 매매계약을 체결함에 있어서 매도인의 대금지급의무와 매수인의 물건인도를 동시이행관계로 기재하면서 특정동산 인도에 관하여만 집행수락문언을 기재하면 매도인은 공정증서를 집행권원으로 하여 집행할 수 없게 된다. 쌍방의 급부에 대하여 집행수락문언이 기재되어야 함에 주의하여야 한다.

주택이나 상가의 임차보증금반환에 관하여 공정증서를 작성한 경우, 이를 집행권원으로 하여 당해 주택이나 상가에 대하여 경매를 신청하는 때에는 민사집행법 제41조에도 불구하고 반대의무의 이행이나 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 아니한다(주택임대차보호법 제3조의2 제1항, 상가임대차보호법 제5조 제1항).

- ③ 해제조건의 성취는 권리의 소멸사유로서 채권자가 증명할 사항이 아니다. 그 증명책임은 상대방에게 있다. 해제조건은 민사집행법 제30조 제2항의 조건에 해당되지 않는다. 즉 집행문부여시에 해제조건이 성취하지 않은 사실을 확인할 필요는 없다는 것이다.

- ④ 대상적 급부는 조건이 아니다. 예를 들면 채무자는 채권자에게 백미 5가마(80kg 들이)를 인도한다. 만일 이를 인도할 수 없는 경우에는 100만 원을 지급한다는 것과 같이 대상적 급부를 약정한 경우에는 먼저 본래의 이행의무에 대하여 강제집행을 하고, 그것이 불능이면 대상적 급부에 대하여 집행을 하여야 한다. 이때에 대상적 급부에 대하여 다시 집행문을 받을 필요는 없다. 집행기관이 본래 의무의 집행불능을 인식하고 있기 때문이다.

- ⑤ 분할급부의 경우

분할급부의 경우라도 변제기가 확정되어 있으면 그 변제기의 도래는 집행문 부여의 조건이 아니라 집행개시의 요건이 된다. 제1회의 변제기 이전에도 채권액 전액에 대하여 집행문을 부여할 수 있다.

채무자가 매월 1일, 100만 원씩, 10개월 동안 지급하되, 분할금의 지급을 1회라도 지체한 때에는 기한의 이익을 상실하고 전액을 일시에 지급한다고 약정한 경우와 같이 기한의 이익 상실조항이 있는 때에 1회의 지체 사실은 채권자가 증명할 집행문부여의 조건이 아니라고 한다. 입증책임의 분배원칙에 따르면 이행지체사실은

채권자가 증명할 사항이 아니기 때문이다. 따라서 이러한 경우에도 제1회의 변제기 이전에 채권액 전액에 대하여 집행문을 부여할 수 있다.

같은 법리에 따라 월차임을 3회 이상 지급하지 않을 때에는 임대차계약은 당연히 해제되고 채무자는 토지를 인도한다고 약정한 경우 채무자의 차임지급의무 불이행도 집행문부여의 요건이 아니다.⁵²⁾

그러나 기한의 이익 상실 조항이더라도 채무자가 타인으로부터 강제집행·가압류·가처분을 받은 때에 기한의 이익을 상실한다고 약정한 경우에는 그 사실은 채권자가 증명할 집행문부여의 조건이 된다.

임차인이 2기의 차임을 연체한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있으며, 임차인은 즉시 토지를 인도하여야 한다고 약정한 경우도 있다. 이때에는 차임 연체 사실은 증명할 사항이 아니지만 계약해지의 의사표시를 한 사실은 증명하여야 한다. 내용증명우편으로 통지한 사실을 증명하는 것이 보통이다.

타인의 강제집행을 근거로 집행문부여를 신청하거나 임대차계약 해지의 의사표시를 하였다는 사실을 이유로 집행문부여를 신청하는 경우에는 조건 성취 집행문으로 처리하여야 한다. 확정기한이라는 이유로 단순히 집행문을 부여하면 집행기관은 확정기한이 도래할 때까지 집행을 개시할 수 없게 된다.

⑥ 협의이혼의 성립

협의이혼계약 공정증서를 작성함에 있어서 양육비, 위자료 및 재산분할 등을 약정한 경우에는 그 청구권의 내용에 따라 집행증서가 될 수 있고, 인도집행증서도 될 수 있다.

협의이혼계약 공정증서는 그 협의이혼이 성립하였을 때에만 효력이 있으므로 혼인관계증명서에 협의이혼사실이 기재되어 있는 경우에만 집행문을 부여할 수 있다. 이혼사실이 기재되어 있더라도 재판상 이혼한 경우에는 집행문을 부여하여서는 아니 된다.

양육비부담조서의 집행문은 그 조서가 작성된 협의이혼의사확인사건의 확인서에 따라 이혼신고를 하였음을 소명한 때에 부여한다(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제78조 제5항). 실무에서는 협의이혼의 신고를 조건으로 보지 않는

52) 법원실무제요 집행집행[I] 209면.

것 같다.⁵³⁾

(5) 책임재산의 제한

금전채권에 기초한 집행에서 집행권원에 어떠한 제한이 붙어있지 않으면 채무자의 전 재산이 책임재산으로서 집행의 대상이 된다. 만일 책임재산을 제한하려면 집행권원에 이를 명시하여야 한다. 예컨대 채무자의 재산 중 특정한 재산에 대하여만 강제집행하기로 하거나 특정한 재산에 대하여는 강제집행하지 않기로 하는 경우이다. 양도담보부금전소비대차계약 공정증서를 작성함에 있어서 연대보증인이 물상보증의 뜻으로 양도담보목적물에 대해서만 강제집행을 수락하는 경우도 있다. 이러한 경우 집행문에 책임재산을 표시하여야 하여야 하는지는 실무상 견해가 나뉘고 있다. 집행기관이 집행권원에 표시된 범위 내에서만 집행하는 것이 당연하므로 굳이 이를 표시할 필요까지는 없다는 견해가 있다. 반면 집행기관의 혼란과 착오를 방지하기 위하여 집행문에 책임재산을 분명히 표시하여야 한다는 견해도 있다. 이론상으로는 전설이 타당하다고 생각한다.

(6) 조건성취 집행문과 증명서의 송달

(가) 집행문과 증명서

집행이 집행권원의 취지에 따라 채권자가 증명할 사실에 매인 때에는 집행권원 외에 집행문을 집행개시 전에 채무자에게 송달하여야 한다(민사집행법 제57조, 제39조 제2항).⁵⁴⁾

53) 양육비부담조서정본에 집행문을 부여하는 경우에는 당사자가 제출한 혼인관계증명서에 기록된 협의이혼의사확인 사건번호와 양육비부담조서정본에 기재된 사건번호가 일치하는 경우 담당 관사의 명령에 따라 부여한다(「협의이혼의 의사확인사무 및 가족관계등록사무 처리 지침」[가족관계등록예규 제481호] 제20조의2). 그러나 담당 관사의 명에 따라 부여하는 사실을 집행문과 조서 원본에 기재하여야 한다는 규정은 보이지 않는다.

54) 민사집행법 제39조에는 채무자의 승계인에게 송달하여 한다고 되어 있으나 채무자 또는 채무자의 승계인으로 해석한다.

채권자가 증명할 사실에 매인 때는 증명서에 의하여 조건의 성취사실을 증명하는 경우(민사집행법 제30조 제2항)와 증명서로 승계를 증명한 때(민사집행법 제31조 제1항 단서)를 말한다.

집행문을 송달한다는 것은 집행권원에 집행문을 덧붙인 상태로 송달한다는 뜻으로 해석한다. 집행권원 없이 집행문만 따로 떨어져서는 그 뜻이 부정확하다. 또한 집행문의 등본을 송달하는 것으로 해석한다.

(나) 송달

공증인이 송달하는 경우는 조건성취집행문과 승계집행문을 부여한 때뿐이다. 채권자의 신청을 받아 송달하며, 집행문은 강제집행을 개시하기 전에 송달하여야 하고, 증명서의 등본은 강제집행을 개시하기 전에 채무자에게 송달하거나 강제집행과 동시에 송달하여야 한다(민사집행법 제57조, 제39조 제3항). 공증인이 집행문부여 판결에 따라 집행문을 부여하는 경우에는 증명서의 송달은 있을 수가 없다.

(다) 송달의 실시

1) 공증인의 송달방법

공증인이 송달하는 경우에는 우편으로 하며(공증인법 제56조의5 제2항), 구체적으로는 우편집배원이 한다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제176조 제2항). 공증인은 민사소송법 제187조에 따라 등기우편으로 발송하는 방법으로 우편송달을 하여서는 아니 된다.

우편송달하는 경우에는 공증인은 봉투이면에 제14호서식에 의한 우편송달보고서를 부착하고, 봉투표면에 "특별송달"이라고 기재하여야 한다(공증서식의 사용 등에 관한 규칙 제17조 제3항).

2) 교부송달의 원칙

송달받을 사람에게 서류의 등본 또는 부분을 교부하여야 한다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제178조 제1항).

소송무능력자에게 할 송달은 그의 법정대리인에게 하며(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제179조), 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제180조).

군사용의 청사 또는 선박에 속하여 있는 사람에게 할 송달은 그 청사 또는 선박의 장에게 한다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제181조). 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치(留置)된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 한다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제182조).

3) 송달장소

① 주소

송달은 받을 사람의 주소(또는 거소·영업소 또는 사무소)에서 하여야 한다. 법정대리인에게 할 송달은 본인의 영업소나 사무소에서 할 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제183조 제1항).

② 근무장소

송달받을 사람의 주소(또는 거소·영업소 또는 사무소)를 알지 못하거나 그 장소에서 송달할 수 없는 때에는 그 사람의 근무장소에서 송달할 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제183조 제2항). 근무장소란 고용·위임 그 밖에 법률상 행위로 취업하고 있는 다른 사람의 주소(또는 거소·영업소 또는 사무소)를 말한다.

③ 만나는 장소

송달받을 사람의 주소(또는 거소·영업소 또는 사무소) 또는 근무장소가 국내에 없거나 알 수 없는 때에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제183조 제3항). 주소 또는 근무장소가 있는 사람의 경우에도 만나는 장소에서 송달받기를 거부하지 아니하면 그 장소에서 송달할 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제183조 제4항).

4) 보충송달·유치송달

① 보충송달

송달 받을 사람의 주소(또는 거소·영업소 또는 사무소)에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자(被用者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부할 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제186조 제1항).

근무장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 민사소송법 제183조제2항의 다른 사람(예: 사장, 고용주), 그 법정대리인이나 피용자 그 밖의 종업원으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람이 서류의 수령을 거부하지 아니하면 그에게 서류를 교부할 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제186조 제2항).

② 유치송달

서류를 송달받을 사람 또는 그 사무원, 피용자(被用者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 송달할 장소에 서류를 놓아둘 수 있다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제186조 제3항). 근무장소에서 보충송달을 받을 수 있는 사람에게는 유치송달할 수 없다.

5) 송달보고서

송달한 기관은 송달에 관한 사유를 대법원규칙이 정하는 방법으로 공증인에게 알려야 한다(공증인법 제56조의5 제3항, 민사소송법 제193조).

재판예규에 따르면 우편집배원은 우편송달통지서에 의하여 통지하여야 한다.⁵⁵⁾ 공증인은 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」 제14호 서식에 의하여 통지를 받아야 한다. 일반 등기우편의 경우와 같이 우편봉투에 반송사유를 기재한 상태로 반송하는 것을 실무에서 흔히 보게 되는데 반드시 우편송달보고서에 의하여 통지를 받아야 한다.

(라) 송달불능의 경우

1) 송달증명서·송달불능증명서

공증인은 우편송달보고서를 수령한 경우 적법하게 송달되었는지 여부를 심사하여

55) 우편집배원에 대한 교육(재판예규 제943-21호, 시행 2004. 1. 1)

야 한다. 보고서에 송달된 것으로 기재되어 있더라도 정당한 수령권이 없는 사람에게 배달된 경우에는 부적법한 송달이므로 송달불능으로 처리하여야 한다. 보충송달·유치송달이 요건을 갖추지 못한 경우에도 동일하다.

우편송달의 결과에 따라 공증인은 송달증명서 또는 송달불능증명서를 작성·교부한다. 그 서식은 제15호 서식에 따른다.

2) 집행관의 송달

송달불능의 경우에는 채권자는 집행관에게 송달을 위임할 수 있다(민사집행규칙 제22조의2 제2항).⁵⁶⁾ 공증인은 송달불능증명서 외에 송달불능되어 반송된 집행문과 증명서의 등본도 채권자에게 교부하여야 한다.

(마) 외국에서 할 송달

외국에서 공정증서 정본 등을 송달하여야 하는 경우에는 채권자는 공증인의 직무상 주소를 관할하는 지방법원에 신청할 수 있다(민사집행규칙 제22조의2 제4항). 외국에서 하여야 하는 송달은 재판장이 그 나라에 주재하는 대한민국의 대사·공사·영사 또는 그 나라의 관할 공공기관에 촉탁한다(민사소송법 제191조).

(바) 공시송달

채권자는「민사소송법」제194조제1항의 사유가 있는 때에는, 즉 당사자의 주소(또는 거소·영업소 또는 사무소) 또는 근무장소를 알 수 없는 경우에는 공증인의 직무상 주소를 관할하는 지방법원에 공시송달을 신청할 수 있다.(민사집행규칙 제22조의2 제5항).

공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원계시판에 게시하거나, 그 밖에 대법원규칙이 정하는 방법에 따라서 한다(민사집행규칙 제22조의2 제5항, 민사소송법 제195조). 보충적인 송달방법이다.

56) 민사집행규칙 제22조의2 제2항에 의하면 집행문 및 증명서 등본의 송달과 동시에 강제집행할 것을 위임하는 경우에도 집행관에게 송달을 위임할 수 있다.

공시송달을 신청하는 경우에는 그 사유를 소명하여야 하고(민사집행규칙 제22조의 2 제5항, 민사소송법 제194조 제2항), 공시송달처분은 법원사무관등이 한다(민사집행규칙 제22조의2 제5항, 민사소송법 제194조 제1항). 재판장은 제1항의 경우에 소송의 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 공시송달을 명할 수 있다(민사집행규칙 제22조의2 제5항, 민사소송법 제194조 제3항). 재판장은 직권으로 또는 신청에 따라 법원사무관등의 공시송달처분을 취소할 수 있다(민사집행규칙 제22조의2 제5항, 민사소송법 제194조 제4항).

공시송달은 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 같은 당사자에게 계속 공시송달하는 경우에는 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다(민사집행규칙 제22조의2 제5항, 민사소송법 제196조 제1항).

(사) 송달관계서류의 보존

집행문과 증명서를 송달하는 경우 송달관계서류는 공정증서원본에 이어서 연철하여 보존하여야 한다. 보존기간이 10년으로(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제5조 제1항 제6호) 신청서철(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제5조 제1항 제7호, 3년간 보존)에 철하지 않도록 주의하여야 한다.

공정증서 원본의 보존기간 만료일이 임박한 경우에는 송달관계서류의 보존기간을 감안하여 그 증서를 별도로 보존하여야 할 것이다(공증 서류의 보존에 관한 규칙 제5조 제3항).

바. 당사자에게 승계가 있는 경우

집행문은 증서에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 증서에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 내어 줄 수 있다. 다만, 그 승계가 명백한 사실이거나, 증명서로 승계를 증명한 때에 한한다(민사집행법 제57조, 제31조 제1항).

승계집행문은 증서에 표시된 당사자의 승계인에 대하여 집행력이 미치는 사실을 공증함으로써 집행권원을 보충하는 의미가 있으며, 승계집행문에 의하여 집행채권자 또는 집행채무자가 특정된다.

집행증서의 청구권이 양도되어 대항요건을 갖춘 경우 집행당사자의 자격이 양수인으로 변경되고, 양수인이 승계집행문을 부여받음에 따라 집행채권자는 양수인으로 확정되는 것이며, 양도인에 대한 기존 집행권원의 집행력은 소멸한다(대판 2008. 2. 1. 2005다23889 참조).

승계는 상속, 합병 등 포괄승계에 한정되지 않고, 채권 양도, 목적물의 매매와 같은 특정승계를 포함한다. 승계는 권리의 승계와 의무를 승계를 포함한다. 또한 승계의 원인이 임의양도에 의한 것 이외에 경매, 전부명령 등 국가의 집행행위에 의한 것도 포함한다.

서면으로 증명할 수 없으면 집행문부여의 소를 제기하여 승계를 증명하여야 한다(민사집행법 제33조).

(1) 포괄승계

당사자가 사망하여 상속인이 집행하거나 상속인을 상대로 집행하는 경우에는 피상속인과 상속인의 가족관계증명서, 기본증명서를 제출하는 것이 보통이다. 당사자인 법인이 합병한 경우에는 법인등기사항증명서를 제출한다.

금전채권은 원칙적으로 가분채권으로서 채권자의 상속인이 수인인 경우에는 각 상속인에게 분할하여 상속되고, 채무자의 상속인이 수인인 경우에는 각 상속인에게 분할하여 상속된다. 그리하여 각 상속인별로 채권금액 또는 채무의 금액을 명시하여 승계집행문을 부여한다.

상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3월내에 한정승인 또는 상속포기를 할 수 있고(민법 제1019조 제1항), 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 알지 못하고 단순승인한 때에는 그 사실을 안 날로부터 3월내에 한정승인할 수 있다(민법 제1019조 제3항). 상속인이 상속을 포기할 수 있는 3월내에 집행문을 부여할 수 있는지 문제가 되지만 실무에서는 제한없이 승계집행문을 부여한다. 상속의 효과를 다투는 채무자는 상속의 포기 또는 숙려기간 중임을 이유로 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제59조 제2항)이나 이의의 소(민사집행법 제59조 제4항)를 제기하여야 한다.

채무의 한정승인 사실이 밝혀진 상태에서 집행문을 부여하는 경우에는 집행문에 상

속재산의 범위 내에서 강제집행할 수 있다는 뜻을 기재하여야 한다. 한정승인 사실이 밝혀지지 않아 단순히 승계집행문이 부여된 경우 또는 집행문부여 이후에 한정승인을 한 경우에는 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제59조 제2항)이나 이의의 소(민사집행법 제59조 제4항)를 제기하여야 한다.

상속인의 존부가 분명하지 아니한 때에는 상속재산관리인에 대하여 승계집행문을 부여한다. 상속재산관리인은 가정법원이 선임한다(민법 제1053조).

(2) 채권양도·채무인수

채권의 양수인이 집행문을 신청하는 경우에는 채권양도계약서 외에 채무자에 대한 대항요건을 증명하는 서면을 제출하여야 한다. 양도인의 양도통지서나 채무자의 승낙서를 제출하여야 한다(민법 제450조 제1항). 양도통지서의 경우에는 내용증명우편으로 통지한 것 이외에 그 배달의 증명도 제출하여야 한다(민법 제111조 제1항).

채무를 중첩적으로 인수한 경우에는 당사자의 채무가 그대로 존속하며, 이와 별개의 채무를 부담하는 것에 불과하므로 승계집행문을 부여할 수 없다(대법원 2010. 1. 14. 자 2009그196 결정).

면책적 채무의 인수인에 대해서만 승계집행문이 가능한데 이때에는 채권자, 채무자, 인수인 3자의 합의로 작성한 계약서등을 제출하여야 한다.

(3) 전부명령

증서에 표시된 채권을 압류한 제3자가 전부명령을 받았음을 이유로 승계집행문을 신청하는 경우에는 전부명령의 정본이나 등본 이외에 확정증명도 제출하여야 한다.

(4) 대위

대위변제자는 채권자를 대위할 수 있으므로(민법 제480조, 481조), 증서상의 채무자를 위하여 변제한 사람은 승계집행문을 받아 채무자에게 집행할 수 있다. 변제영수증을 제출하고, 임의대위의 경우에는 채권자의 승낙서(민법 제480조 제1항), 채권자가 채

무자에게 채권의 대위변제를 통지한 사실을 증명하는 내용증명우편과 그 도달의 증명 또는 채무자의 대위승낙서를 제출하여야 한다(민법 제480조 제2항).

법정대위의 경우에는 변제영수증 이외에 변제할 정당한 이익이 있다는 사실을 증명하여야 한다. 연대채무자, 보증인, 담보물 제공자가 변제할 정당한 이익이 있는 사람이다.

보증인이 변제하고 주채무자에게 구상하는 경우에는 채무자의 부담부분을 따질 필요가 없으므로 바로 승계집행문을 부여할 수 있다. 수인의 보증인이 있는 경우에 어느 보증인이 자기의 부담부분을 넘은 변제를 한 때에는 다른 보증인에 대하여 구상권을 행사할 수 있고(민법 제448조 제2항, 제425조), 그 구상권의 범위 내에서 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리는 법률상 당연히 그 변제자에게 이전되는 것이므로(민법 제482조 제1항), 채권자를 대위하는 변제자는 채권자의 승계인으로서 승계집행문을 받을 수 있다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다33251 판결).

연대채무자의 1인이 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있으며(민법 제425조 제1항), 연대채무자의 부담부분은 균등한 것으로 부담부분은 추정되므로(민법 제424조) 이러한 경우에는 부담부분의 범위를 명백하게 표시하여 승계집행문을 부여할 수 있다.

부진정연대채무자의 경우에는 변제자대위로 승계집행문을 부여하는 데에는 주의하여야 한다. 확정판결에 따라 수인이 공동불법행위책임을 지는 때에 1인이 변제하고 다른 공동불법행위자에 대하여 구상하는 경우에는 각자의 부담부분이 집행권원에 확정되지 않았으므로 별도의 구상금소송을 제기하여야 한다(대법원 1991. 10. 22. 선고 90다20244 판결),

대위변제로 변제자가 승계집행문을 받을 수 있는 경우에는 채무변제의 부기(공증인법 제35조의2)에 주의를 요한다. 승계집행문을 받을 의사가 없음을 분명히 표시하는 경우에만 부기를 하여야 한다.

(5) 특정물의 소유권 양수

인도집행증서에 기재된 특정동산, 건물, 토지에 관하여 채권자로부터 그 소유권을 양수한 자는 승계집행문을 청구할 수 있다.

동산의 경우에는 매매계약서, 건물이나 토지의 경우에는 등기사항증명서를 제출하여야 한다.

(6) 특정물에 관한 채무자 점유의 승계

인도집행증서에 기재된 특정동산, 건물, 토지에 관하여 제3자가 점유를 승계한 경우에 집행문을 부여할 수 있는지에 대하여는 견해가 나뉜다.⁵⁷⁾ 현재로서는 공증인으로서 승계집행문을 부여할 수 없다고 할 것이다.

인도집행증서의 효용성을 증가시키기 위하여 채무자가 제3자에게 점유를 이전하는 경우에는 위약금 조항을 두고, 이에 대하여 집행력을 부여할 것을 약정할 수 있다. 이 경우 위약금 조항에 대하여 집행문을 부여하는 경우에는 조건 성취 집행문이 된다.

점유이전금지가처분을 집행한 후 그 목적물의 점유를 승계한 자에 대하여 본안판결을 집행함에 있어서는 승계집행문을 필요로 한다는 판례가 있다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다59118 판결). 점유이전금지가처분을 집행한 이후 당사자 사이에서 건물인도에 관한 인도집행증서를 작성한 경우에는 승계집행문을 부여할 수 있을 것이다.

또한 점유이전금지가처분의 집행 이후에 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈한 경우에는 승계집행문에 의하여 집행할 수 없다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결).

(7) 채무자를 위하여 목적물을 소지하는 자

확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미치고(민사소송법 제218조), 그 사람에 대하여 집행력도 미친다(민사집행법 제25조 제1항).

그러나 집행증서에 관하여는 민사집행법 제25조가 준용되지 않는다(민사집행법 제

57) 실질설, 형식설, 권리확인설이 있다. 자세한 내용은 법원실무제요 민사집행[I] 215면 참조.

57조). 특정동산의 수치인, 창고업자, 운송인에 대하여 승계집행문을 부여하여서는 아니 된다. 주의를 요한다.

(8) 수탁자의 변경 등

신탁재산에 대하여 강제집행을 개시한 후 수탁자가 변경된 경우에는 신수탁자에 대하여 속행(續行)할 수 있다(신탁법 제53조 제3항). 이 경우에는 승계집행문을 필요로 하지 않는다.

(9) 집행문부여 이후의 승계인

집행문부여 후에 당사자적격에 변동이 있는 때에는 새로 승계집행문을 부여받지 아니하면 집행에 착수할 수 없고, 집행절차를 속행할 수도 없다. 집행절차에서는 판결절차에서와 같은 법률상의 당연승계나 이에 기한 중단, 수계가 없기 때문이다.

강제집행이 개시된 후 신청채권자가 승계된 경우 승계인이 자기를 위하여 강제집행의 속행을 신청하는 때에는 승계집행문이 붙은 집행권원 정본을 제출 하여야 한다(민사집행규칙 제23조 제1항). 위 정본이 제출된 때에는 법원사무관등 또는 집행관은 그 취지를 채무자에게 통지하여야 한다(민사집행규칙 제23조 제2항).

(10) 집행문부여 이후 채무자 사망의 경우

이러한 원칙에 대하여 예외가 있다. 강제집행을 개시한 뒤에 채무자가 죽은 때에는 상속재산에 대하여 강제집행을 계속하여 진행한다(민사집행법 제52조 제1항). 승계집행문이 없어도 그 채무자에 속하는 책임재산에 대하여 그대로 집행할 수 있다는 뜻이다. 상속인의 존부, 상속 승인의 유무를 불문한다. 다만 채무자에게 알려야 할 집행행위를 하는 경우(예: 채무자에 대한 압류의 통지, 민사집행법 제189조 제3항)에는 상속인에게 통지하여야 한다. 이때 상속인이 없거나 상속인이 있는 곳이 분명하지 아니하면 집행법원은 채권자의 신청에 따라 상속재산 또는 상속인을 위하여 특별대리인을 선임하여야 한다(민사집행법 제52조 제2항).

회사가 합병에 의하여 소멸한 경우에 대하여는 규정이 없다. 채무자 사망에 준하여 합병 당시 있었던 재산에 대하여 집행절차를 속행할 수 있다는 해석도 있다.⁵⁸⁾

(11) 승계집행문의 부여와 송달

집행이 집행권원에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 하는 것이거나 집행권원에 표시된 채무자의 승계인에 대하여 하는 것일 때에는 집행권원 외에 이에 덧붙여 적은 집행문을 강제집행을 개시하기 전에 채무자의 승계인에게 송달하여야 한다(민사집행법 제57조, 제39조 제2항). 채권자의 승계인을 위하여 집행하는 경우에는 채무자에게 송달하고, 채무자의 승계인에 대하여 강제집행을 하는 경우에는 채무자의 승계인에게 송달하여야 한다는 뜻이다.

집행권원과 집행문의 등본을 송달하는 것은 조건 성취 집행문의 경우와 같다. 집행문은 반드시 강제집행을 개시하기 전에 송달하여야 한다. 강제집행과 동시에 송달하면 위법한 집행이 된다. 강제집행을 개시하기 전을 그야말로 시간적으로만 판단하여 07:55경 승계집행문을 송달하고, 08:00경부터 인도집행을 한 사안에 대하여 위법하지 않다고 판단한 사례가 있다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다41256 판결). 집행채무자가 강제집행의 개시 전에 승계집행문 부여에 대하여 불복 절차를 밟을 수 있도록 충분한 기간을 두고 승계집행문을 송달하는 것이 집행채무자 보호의 관점에서는 바람직하지만 그러한 충분한 기간을 두지 않았다고 하더라도 이를 가리켜 반드시 위법하다고 볼 것은 아니라고 한다.

증명서에 의하여 승계집행문을 내어 준 때에는 그 증명서의 등본을 강제집행을 개시하기 전에 채무자에게 송달하거나 강제집행과 동시에 송달하여야 한다(민사집행법 제57조, 제39조 제3항).

송달의 방법과 절차는 조건 성취 집행문의 경우와 같다.

58) 법원실무제요 민사집행[I] 170면.

6. 인도집행증서 집행문의 문례

가. 기본문안

[집행증서상 당사자가 채권자, 채무자로 기재된 경우]

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 ○○지원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

[집행증서상 당사자가 임대인, 임차인으로 기재된 경우]

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 임차인 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 임대인 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

나. 당사자의 개명 또는 상호변경

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○회사(변경전 △△회사)에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○(개명전 △△△)에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

다. 집행에 조건이 붙어 있는 경우

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

라. 승계집행문의 경우

[채권자 측 승계가 있는 경우]

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○의 승계인 ○○○(주민등록번호 또는 주소)에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

[채무자 측 승계가 있는 경우, 승계인 1인]

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○의 승계인 ○○○(주민등록번호 또는 주소)에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 ○○지원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

[채무자 측 승계가 있는 경우, 승계인 2인, 불가분 채무]

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○의 승계인 ○○○(주민등록번호 또는 주소), ○○○(주민등록번호 또는 주소)에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

[채무자측 승계가 있는 경우, 승계인 2인, 승계부분 특정]

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○의 승계인 ○○○(주민등록번호 또는 주소)에 대하여는 증서상의 제2조 제1항 기재 건물에 관하여, 승계인○○○(주

민등록번호 또는 주소)에 대하여는 증서상의 제2조 제2항 기재 건물에 관하여 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

마. 집행권원 중 일부에 대한 경우

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대하여 증서상의 인도청구권 중 제2조 제1항 기재 건물 부분에 한하여 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

바. 수통 부여

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문 ○통을 이 사무소에서 부여한다.

사. 재도부여

증서 20○○년 제○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 단독판사의 허가(허가청구 접수번호 : 20○○-○○호)를 받아 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 다시 부여한다.

7. 공증인의 집행문부여와 불복방법

가. 불복방법 개관

공증인이 작성한 공정증서와 관련된 민사집행법의 불복방법을 정리하면 다음과 같다.

- ① 공정증서에 기재된 청구권의 변제 등 집행력을 다투는 경우에는 청구이의의 소를 제기한다. 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다(민사집행법 제57조, 제59조, 제44조).
- ② 집행문부여 단계의 신청사건으로 집행문부여거절처분에 대한 이의신청(민사집행법 제57조, 제34조 제1항), 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제57조, 제34조 제1항)을 할 수 있으며, 공증인 사무소 소재지 관할 지방법원 단독판사가 관할한다(민사집행법 제57조, 제59조 제2항).
- ③ 집행문부여단계의 소송으로는 집행문부여의 소(민사집행법 제57조, 제33조), 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제57조, 제45조)를 제기할 수 있다. 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할법원이다(민사집행법 제57조, 제59조 제4항).
- ④ 집행단계의 소송으로는 청구이의의 소 이외에 제3자이의의 소(민사집행법 제57조, 제48조)가 있다. 집행법원이 관할한다(민사집행법 제48조 제2항). 그 외에 배당이의의 소(민사집행법 제156조)가 있고, 사법보좌관이 배당표를 작성한 경우에는 이의신청할 수 있다(사법보좌관규칙 제5조).
- ⑤ 집행단계의 원칙적인 불복절차는 즉시항고(민사집행법 제15조)와 집행에 관한 이의신청(민사집행법 제16조)이다. 사법보좌관의 처분에 대하여도 이의신청할 수 있다(사법보좌관규칙 제3조, 제4조).

나. 집행문부여 거절처분에 대한 이의신청

(1) 의의

공증인이 집행문부여신청을 거절한 때에는 채권자는 이의신청을 할 수 있다(민사집행법 제57조, 제34조 제1항). 공증인이 법원의 허가를 받지 못하여 집행문부여를 거절한 경우에도 공증인의 거절처분에 대하여 이의신청하여야 하며, 법원의 불허가처분에 대하여 불복할 것은 아니다.

관할법원은 공증인의 사무소가 있는 곳을 관할하는 지방법원 단독판사이다(민사집행법 제59조 제2항). 토지관할은 전속관할이다(민사집행법 제21조).

(2) 법원의 결정과 집행문의 부여

법원은 결정으로 재판하며 이의신청이 이유 있으면 거절처분을 취소하고 공증인에게 집행문의 부여를 명한다.

[주문례]

공증인○○○사무소 증서 20○○년 제○○○호 채권자 신청인 채무자○○○인 금전소비대차계약 공정증서에 대하여 공증인○○○가 20○○년 ○○월 ○○일 한 집행문거절처분은 이를 취소한다. 공증인은 위 증서정보에 대하여 집행문을 부여하라.

채권자가 결정정본을 송달받아 집행문부여를 다시 신청하면, 공증인은 집행문을 부여하여야 하며, 법원의 허가를 요하는 경우에도 따로 허가를 받을 필요가 없다.

[집행문 문례]

증서 20○○년 제○○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 카기○○호 결정에 의하여 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

이의신청에 정당한 이유가 없으면 기각한다. 기각 결정에 대하여는 채권자는 통상항고, 즉시항고, 집행에 관한 이의신청의 방법으로는 불복할 수 없고, 특별항고(민사집행법 제23조, 민사소송법 제449조)만 가능하다고 한다.

다. 집행문부여에 대한 이의신청

(1) 의의

공증인이 집행문을 부여한데 대하여 채무자가 그것이 부적법하다는 이유로 들어 취소를 구하는 경우에는 이의신청을 할 수 있다(민사집행법 제57조, 제34조 제1항). 공증인이 법원의 허가를 받아 집행문을 부여한 경우에도 이의신청할 수 있고, 집행문부여 거절처분을 하였다가 채권자의 이의신청을 인용한 법원의 결정에 의하여 집행문을 부여한 경우에도 채무자는 이의신청할 수 있다.

관할법원은 공증인의 사무소가 있는 곳을 관할하는 지방법원 단독판사이다(민사집행법 제59조 제2항). 토지관할은 전속관할이다(민사집행법 제21조).

(2) 이의의 사유

이의사유는 공증인이 집행문부여시 조사할 사항에 속하는 모든 요건의 흠결이다. 공정증서 정본의 사본에 집행문이 부여된 경우, 해제부기가 되었음에도 집행문이 부여된 경우, 인도집행증서를 작성한지 1개월이 되지 않았음에도 집행문이 부여된 경우, 법원의 허가없이 집행문이 부여된 경우, 조건 성취의 부존재나 증명서의 부존재, 승계사실의 부존재 또는 증명서의 부존재, 정당한 이유 없이 수통 또는 채도 부여한 경우 등이다.

채무자 명의를 모용하여 공정증서가 작성된 경우 채무자는 그 집행력을 배제하기 위하여 청구이의의 소를 제기할 수 있음은 물론이고, 집행문부여에 대한 이의로써 집행문의 취소를 구하는 것도 가능하다고 한다(대법원 1999. 6. 23.자 99그20 결정).

이의사유의 존부에 관한 판단의 기준시는 집행문이 부여된 시점이 아니라 이의를 판단하는 시점이다.

채무자는 집행문이 부여된 후라면 언제든지 이의신청을 할 수 있으며, 현실적으로 집행이 개시되어야만 신청할 수 있는 것은 아니다. 그러나 집행이 종료된 후에는 이의신청을 할 이익이 없다.

(3) 법원의 결정

법원은 결정으로 재판하며, 변론의 여부는 임의적이다. 이의의 이유가 있다고 인정하면 집행문을 취소하고, 그 공정증서 정본에 기한 집행을 허가하지 아니한다는 취지의 결정을 한다.

이의를 인용하는 결정은 민사집행법 제49조 제1호의 서류에 해당된다. 채무자는 결정의 정본을 집행기관에 제출하여 이미 실시한 집행처분의 취소재판을 구할 수 있다. 집행력있는 정본을 반환하여야 하는 것은 아니다. 공증인이 취하여야 하는 특별한 조치는 없다.

[주문례]

신청인과 상대방 사이의 공증인○○○사무소 증서 20○○년 제○○○호 금전소비대차 계약 공정증서 정본에 대하여 공증인이 20○○년 ○○월 ○○일 부여한 집행문은 이를 취소한다. 위 증서정본에 기한 강제집행은 이를 불허한다.

의의에 정당한 이유가 없으면 기각결정을 한다. 기각결정에 대하여 채무자는 즉시항고, 집행에 관한 이의신청을 할 수 없고 특별항고만 가능하다.

집행문부여에 대한 이의신청이 인용된 경우 채권자는 집행문부여의 소(민사집행법 제33조)를 제기하여 다룰 수 있고, 집행문부여에 대한 이의신청이 기각된 경우에 채무자는 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조)를 제기하여 다룰 수 있다.

(4) 집행문부여에 대한 이의의 소와 관계

채무자는 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조)를 제기할 수 있는 경우

에도 집행문부여에 대한 이의신청을 할 수 있다(민사집행법 제45조 단서). 양자는 병존적이므로, 채무자는 어느 방법을 선택할 수도 있고, 양자를 동시에 신청할 수도 있다. 채무자가 집행문부여에 대하여 이의신청하여 집행문 취소재판을 얻은 때에는 집행문부여에 대한 이의의 소는 소의 이익을 잃게 된다. 그러나 이의신청을 기각하는 결정이 내려진 경우에는 같은 사유로 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기하는 것은 가능하다. 결정에는 기판력이 없기 때문이다.

집행문부여에 대한 이의의 소의 원고(채무자)패소판결이 확정되면 기판력에 의하여 채무자는 그 기준시 이전의 이의사유를 주장하여 집행문부여에 대한 이의를 신청할 수 없게 된다.

(5) 잠정처분

이의신청이 제기되었다고 강제집행이 정지되지 않는다. 법원은 이의신청에 대한 재판에 앞서, 잠정처분으로, 채무자(신청인)에게 담보를 제공하게 하거나 제공하게 하지 아니하고 집행을 일시정지하도록 명하거나, 채권자에게 담보를 제공하게 하고 그 집행을 계속하도록 명할 수 있다(민사집행법 제57조, 제34조 제2항, 제16조 제2항). 잠정처분 결정의 정본은 민사집행법 제49조 제2호의 서류로서 채무자는 이를 집행기관에 제출하여 집행의 일시정지를 구할 수 있다.

[주문례]

신청인이 담보로 ○○원을 것을 공탁하는 것을 조건으로 신청인과 상대방 사이의 공증인 ○○○사무소 증서 20○○년 제○○○호 금전소비대차계약 공정증서정본에 기한 강제집행은 20○○카기○○ 집행문부여에 대한 이의신청사건의 결정 고지시까지 이를 정지한다.

라. 집행문부여의 소

(1) 의의

증명서를 제출하여야만 집행문을 부여하는 경우 즉, 집행권원을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 증명하여야 하는 경우(민사집행법 제30조 제2항)와 승계를 증명하여야 하는 경우(민사집행법 제31조 제1항 단서)에 판결로써 집행문의 부여를 구하는 소송이다(민사집행법 제33조). 채권자는 증명방법의 제한에서 해방되어 조건 성취 사실과 승계사실을 입증할 수 있다.

집행문부여 신청을 하였다가 거부당한 경우 외에 집행문부여 신청 없이 바로 집행문부여의 소를 제기할 수도 있다. 여러 통의 집행문을 구하거나 재도부여 신청을 하는 경우에는 집행문부여거절처분에 대한 이의신청을 할 수 있을 뿐 집행문부여의 소를 제기할 수 없다.

관할법원은 채무자의 보통재판적 소재지 지방법원이다. 다만, 그러한 법원이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 압류할 수 있는 피고의 재산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다(민사집행법 제59조 제4항).

집행문부여의 소는 채권자가 채무자를 상대로 제기하며, 공증인은 상대방이 아니다. 집행문부여 소송에서 채무자가 청구권의 소멸, 변경 등 청구이의소송에서 주장할 사유를 방어수단으로 제출할 수 있는지에 대하여는 부정설이 판례이다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다93087 판결).

(2) 판결

청구에 이유가 있는 경우에는 집행문부여판결을 한다.

[주문례]

원고와 피고 사이의 공증인○○○사무소 증서 20○○년 제○○○호 금전소비대차계약 공정증서 정본에 대하여 공증인○○○은 피고에 대한 강제집행을 위하여 원고에게 집행문을 부여하라.

일부 승소의 경우에는 그 집행력이 인정되는 일부에 대하여만 집행문을 부여하도록 공정증서에 기재된 청구권 중 범위를 특정하여 집행문부여를 명하여야 한다.

청구를 인용하는 판결이 확정되거나 가집행의 선고가 있으면 원고는 그 정본을 공증인에게 제출하여 집행문부여를 구할 수 있다. 원고승소판결이 집행문을 대신하는 것은 아니므로 집행문을 부여받아야 집행을 개시할 수 있다. 공증인으로서 판결이 확정되지 않은 상태에서는 집행문을 부여하지 않도록 주의하여야 한다. 공정증서 정본에 원고승소의 판결 정본이나 등본을 첨부할 필요는 없다.

공증인이 판결에 기하여 집행문을 부여하는 경우에는 그 취지를 집행문과 공정증서 원본에 기재하여야 한다.

[집행문 문례]

증서 20○○년 제○○○호 공정증서 정본 표시 채무자 ○○○에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 ○○지방법원 ○○지원 20○○년 ○○월 ○○일 선고 20○○가합○○ 판결에 의하여 채권자 ○○○에게 이 집행문을 이 사무소에서 부여한다.

마. 집행문부여에 대한 이의의 소

(1) 의의

공증인이 조건성취집행문을 부여하거나 승계집행문을 부여한 경우 그 조건의 성취나 승계사실을 다투어 집행문부여가 위법하다고 주장함으로써 강제집행을 저지하는 소송이다(민사집행법 제57조, 제45조).

본 소송은 집행문부여의 소에 대응하는 것으로 그 이의사유는 조건의 불성취와 승계사실의 부존재에 한정된다. 따라서 그 이외의 이의사유를 주장하는 경우에는 이의신청만 가능하다.

관할법원은 채무자의 보통재판적 소재지 지방법원이다. 다만, 그러한 법원이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 청구의 목적 또는 담보의 목적이거나 압류할 수 있는 피고의 재산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다(민사집행법 제59조 제4항).

집행문에 표시된 채무자가 원고이며, 채무자의 승계인에 대하여 집행문이 부여된 경

우에는 그 승계인이 원고이다. 집행문이 부여된 후이면 집행개시 여부는 따지지 않으며, 집행이 완료된 후에는 제기할 수 없다.

이의사유의 존부는 변론종결시를 기준으로 한다. 따라서 조건성취 이전에 집행문이 부여되었더라도 변론종결 당시 조건이 성취되면 원고패소의 판결을 하여야 한다.

(2) 판결

원고 승소의 경우에는 공정증서 정본에 기한 집행의 불허를 선언하는 판결을 한다.

[주문례]

공증인○○○사무소 증서 20○○년 제○○호 금전소비대차계약 공정증서 정본에 대하여 공증인이 20○○년 ○○월 ○○일 부여한 집행문에 기한 피고의 원고에 대한 집행은 이를 불허한다.

집행문부여의 취소를 선고하는 것까지는 필요하지 않으며, 승소판결은 민사집행법 제49조 제1호의 서류에 해당된다.

(3) 잠정처분

집행문부여에 대한 이의의 소가 제기되어도 강제집행의 속행에는 영향이 없다(민사집행법 제46조 제1항). 채무자가 강제집행의 속행을 저지하기 위해서는 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기한 후 법원으로부터 강제집행의 정지를 명하는 잠정처분을 받아야 한다. 일반적인 가처분의 방법으로 강제집행을 정지할 수는 없다고 한다.

잠정처분의 관할법원은 원칙적으로 집행문부여에 대한 이의의 소의 수소법원이고(민사집행법 제46조 제2항), 급박한 경우에는 수소법원의 재판장이 명할 수 있다(민사집행법 제46조 제3항). 또한 집행법원도 잠정처분을 할 수 있다. 급박한 경우에는 집행법원이 잠정처분을 명할 수 있으며, 이 경우에는 상당한 기간 이내에 수소법원의 재판

서를 제출하도록 명하여야 한다(민사집행법 제46조 제5항). 위 기간을 넘긴 때에는 채권자의 신청에 따라 강제집행을 계속하여 진행한다(민사집행법 제46조 제5항).

잠정처분에 대한 재판은 변론 없이 하며(민사집행법 제46조 제3항), 집행문부여에 대한 이의 소송의 판결이 있을 때까지 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하게 하지 아니하고 강제집행을 정지하도록 명할 수 있으며, 담보를 제공하게 하고 그 집행을 계속하도록 명하거나 실시한 집행처분을 취소하도록 명할 수도 있다(민사집행법 제46조 제2항).

잠정처분은 민사집행법 제49조 제2항에 기재된 재판 정본의 하나이다. 채무자가 잠정처분의 정본을 집행기관에 제출하여 집행의 정지를 신청함으로써 비로소 집행이 정지된다. 담보를 조건으로 한 경우에는 담보를 제공한 증명서를 함께 제출하여야 한다.

집행문부여에 대한 이의소송의 본안판결을 선고하면 잠정처분은 효력을 잃게 된다. 이미 잠정처분이 있었으면 그 명령을 취소·변경 또는 인가해야 하며, 이에 대하여는 반드시 가집행의 선고를 하여야 한다(민사집행법 제47조).

바. 청구에 관한 이의의 소

(1) 의의

공정증서 정본에 기재된 청구권에 관하여 이의를 내세워 그 집행력의 배제를 구하는 소송이다(민사집행법 제67조, 제44조). 확정판결의 경우에는 변론종결 뒤에 생긴 사유에 한하여 주장할 수 있지만(민사집행법 제44조 제2항), 공정증서의 경우에는 이러한 제한이 없다(민사집행법 제59조 제3항).

청구이의의 사유는 청구권의 전부 또는 일부를 소멸케 하고, 영구적 또는 일시적으로 실효케 하는 사정이지만 공정증서의 경우에는 기판력이 없으므로 청구권의 불성립이나 무효도 이의의 사유가 된다. 변제, 대물변제, 면제, 상계, 포기, 혼동, 계약해제, 해제조건 성취, 화해, 이행불능, 소멸시효의 완성은 물론이고, 청구권의 양도, 청구권에 대한 전부명령의 확정, 면책적 채무인수, 기한의 유예, 연기의 합의, 이행조건 변경의 합의도 이의의 사유이다. 부집행 합의도 청구이의의 사유이다(대법원 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결). 이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장하여야 한다(민사집행법

제44조 제3항).

청구이의의 소는 집행권원이 유효하게 존속하는 한 언제든지 제기할 수 있다. 집행문 부여의 전이거나 강제집행의 개시 전에도 제기할 수 있다. 집행 당할 우려가 있어야 하는 것도 아니다. 경매와 배당절차를 종료하였더라도 집행권원의 효력이 전부 소멸된 것이 아니면 이때에도 청구이의의 소를 제기할 수 있다. 만일 집행이 완료되어 채권자가 만족을 얻은 뒤에는 소의 이익이 없고, 이때에는 부당이득반환청구나 불법행위로 인한 손해배상의 소를 제기하여야 한다.

관할법원은 채무자의 보통재판적 소재지 지방법원이다. 다만, 그러한 법원이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 압류할 수 있는 피고의 재산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다(민사집행법 제59조 제4항).

(2) 판결

소송의 결과 청구의 전부나 일부를 인용하는 경우에는 청구취지에 응하여 집행불허 판결을 선고한다. 영구적 불허, 일시적인 불허, 전부의 불허, 일부의 불허 등이 있다.

[주문례, 영구적 불허]

○○지방법원 소속 공증인○○○이 20○○년 ○○월 ○○일 작성한 20○○년 증서○
○○호 동산인도계약 공정증서에 기한 피고의 원고에 대한 강제집행은 이를 불허한다.

[주문례, 일시적 불허]

○○지방법원 소속 공증인○○○이 20○○년 ○○월 ○○일 작성한 20○○년 증서○
○○호 토지인도계약 공정증서에 기한 피고의 원고에 대한 강제집행은 20○○년 ○○월
○○일까지 이를 불허한다.

[주문례, 일부 불허]

○○지방검찰청 소속 공증인○○○이 20○○년 ○○월 ○○일 작성한 20○○년 증서○○호 임차건물반환계약 공정증서에 기한 피고의 원고에 대한 강제집행은 금1억 원을 초과하는 부분에 한하여 이를 불허한다.

원고 승소의 판결이 확정되면 집행권원의 집행력이 소멸되므로, 그에 기한 집행문의 부여를 막을 수가 있고, 채무자가 그 정본을 집행기관에 제출하여 집행의 개시, 속행을 저지할 수 있고, 이미 행해진 집행처분의 취소를 구할 수 있다(민사집행법 제49조 제1호, 제50조 제1항).

(3) 공증인의 후속조치

채무자가 청구이의소송의 승소판결 정본 및 확정증명서를 제출할 때에는 공증인법에는 아무런 규정이 없지만 공증인은 이를 공정증서 원본철에 연결하고 그 이후로는 집행문을 부여하여서는 아니 된다. 집행문부여 이후에 채무자가 승소판결을 제출하는 경우에 이미 발급한 집행문을 반환받아야 하는 것은 아니다. 이러한 경우에도 공정증서 원본철에 연결하고, 후일 재도부여하지 않도록 주의하여야 한다.

청구이의의 소송을 제기하더라도 집행에는 영향이 없으므로(민사집행법 제46조 제1항), 채무자가 강제집행의 속행을 저지하기 위해서는 별도로 강제집행의 정지를 명하는 잠정처분을 받아야 한다. 그 방법은 집행문부여에 대한 이의의 소에서 설명한 것과 동일하다.

사. 강제집행정지신청과 공정증서

청구이의의 소나 집행에 관한 이의를 신청할 필요 없이 공정증서 정본에 의하여 바로 강제집행정지를 신청할 수 있는 경우도 있다.⁵⁹⁾ 민사집행법 제49조 제6호에 따라 강

59) 강제집행정지신청이 불복방법은 아니지만, 공정증서와 관련이 있는 부분은 함께 살펴보기로 한다.

제집행을 하지 아니한다거나 강제집행의 신청이나 위임을 취하한다는 취지를 적은 공정증서(公正證書)의 정본이 제출되는 경우이다.

부집행의 합의, 강제집행 신청(집행위임)취하의 합의가 공정증서에 기재된 경우이다. 금전소비대차계약 공정증서를 작성하면서 동시에 당시에 진행되고 있는 강제경매를 취하하기로 합의하는 것이 그 예이다. 단순히 강제경매를 취하하기로 합의한 내용만으로 공정증서를 작성할 수도 있고, 채권자 일방의 촉탁으로 집행취하의 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수도 있다.

집행기관이 이러한 공정증서의 정본을 제출받으면 바로 집행을 정지하고, 이미 실시한 집행처분을 취소하여야 한다(민사집행법 제50조 제1항).

채권자가 강제집행신청 취하서를 제출한 경우에는 당연히 강제집행절차가 종료되며, 이는 민사집행법 제49조 6호의 서류와는 아무런 관련이 없다. 따라서 본조는 채무자가 공정증서를 제출하는 경우에 관한 것이다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

집행기관에는 공정증서의 정본이 제출되어야 하므로 이러한 증서를 작성한 경우에는 채무자에게도 정본을 교부하여야 한다. 실무상 주의를 요한다.

공정증서의 문례는 다음과 같다.

[강제경매신청 취하의 특약]

증서 년 제 호

금전소비대차계약 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.

60) 윤경, 민사집행(부동산경매)의 실무, 육법사(2008), 350면.

61) 임의경매의 경우에는 사문서를 제출하더라도 경매절차가 정지된다(민사집행법 제266조 제1항 제4호).

제1조(목적) 채권자는 년 월 일 금 원정을 채무자에게 대여하고 채무자는 이를 차용하였다.

제9조(강제집행의 인낙) 채무자 및 연대보증인이 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙하였다.

제10조(경매신청취하의 특약) 채권자가 신청한 ○○지방법원 20○○타경○○ 부동산강제경매신청은 이를 취하하기로 한다.

같은 날 본 공증인은 위 촉탁인들의 청구에 따라
정본은 채권자, 채무자에게
등본은 연대보증인에게
각 1통씩 작성 교부하였으며, 각자 이를 수령하였다.

[강제집행 취하 공정증서]

증서 년 제 호

부동산강제경매신청 취하합의 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 취지의 진술을 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 갑과 을은 갑이 신청한 ○○지방법원 20○○타경○○ 부동산강제경매신청을 취하하기로 합의하였다.

[강제집행 일시 유예 공정증서]

증서 년 제 호

부동산강제경매신청 취하에 관한 공정증서

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 취지의 진술을 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 갑과 을은 갑이 신청한 ○○지방법원 20○○타경○○ 부동산강제경매신청을 취하하기로 합의하였다.

제2조 을이 20○○년 ○○월 ○○일까지 채무를 변제하지 아니하는 경우에는 다시 강제경매신청을 하여도 이의하지 않기로 한다.

[채권자 단독, 강제집행취하 공정증서]⁶²⁾

증서 년 제 호

부동산강제경매신청 취하의 공정증서

본 공증인은 당사자의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.

제1조(목적) 채권자 갑은 을에 대하여 신청한 ○○지방법원 20○○타경○○ 부동산강제경매신청을 취하하기로 한다.

62) 채권자가 공증인사무소에 단독으로 출석하여 공정증서를 작성한 다음에, 그 증서 정본을 채무자에게 교부하면, 채무자가 이를 법원에 제출하여 강제집행의 정지를 구하게 된다.

관계자의 표시

관계 촉탁인 채권자

성명(명칭) ○○○

주소(소재지)

직업

주민등록번호

본 공증인은 촉탁인이 제시한

주민등록증에 의하여 그 사람이 틀림없음을 인정하였다.

본 공증인은 이 증서를 참석자에게 읽어주고, 열람하게 하였던바 참석자는

이 증서의 기재에 이의가 없다고 확인하고 서명날인하였다.

촉탁인 채권자 ○○○

이 증서는 년 월 일 이 사무소에서 작성하였다.

같은 날 본 공증인은 촉탁인의 청구에 따라 정본을 채권자에게 교부하였으며,

채권자는 이를 수령하였다.

V. 마치면서

집행증서는 채권자에게 매우 간편하고 저렴하게 집행권원을 만들 수 있는 방법을 제공하고 법원의 재판 부담을 줄여주는 기능을 가진다. 반면 채무자의 권익을 침해할 우려도 있다.

집행증서의 대상 범위를 확대하는 것은 세계적인 추세이다. 프랑스, 오스트리아, 스페인, 대만은 모든 청구로 확대하였고, 독일도 화해의 대상인 모든 청구, 또는 화

해로 처분할 수 있는 모든 청구로 범위를 확대하면서, 다만 의사표시의 진술에 관한 청구와 거주공간의 인도 청구는 제외하였다. 일본의 경우에는 아직 입법에 이르지 못하였으나 부동산과 동산의 인도청구, 의사표시의 청구로 확대할 것을 논의하고 있다.⁶³⁾

우리의 경우 집행증서의 대상을 확대하면서도 인도집행증서를 작성할 수 있는 경우를 지나치게 제한함으로써 이용률을 떨어뜨린 것은 입법적으로 재검토되어야 한다. 임차건물의 반환에 관하여 6개월 내에 인도하는 경우에 한정하여 인도집행증서를 작성할 수 있도록 한 것과 자기계약이나 쌍방대리의 금지는 지나친 제한이라 할 것이다. 인도집행증서에 관하여 채무자(인도의무자)는 청구이의소송이나 집행문부여에 대한 이의신청에 의하여 구제받을 수 있으므로 남용의 가능성을 크게 두려워할 필요가 없다. 이러한 구제의 가능성이 차단되고 오직 준재심만 허용되는 제도전화해가 오히려 더 많은 문제를 안고 있다.

임대차계약을 체결하면서 바로 인도집행증서를 작성할 수 있도록 길을 터주어야 증서의 이용이 늘고 입법목적은 달성할 수 있을 것이다. 다만 주거생활의 안정을 위하여 주거용 건물은 인도집행증서의 대상에서 제외한다든지 별도의 대책을 마련하는 것도 필요하다.

2014년 법원의 통계에 따르면 건물명도·철거사건은 34,000건으로 제1심 민사본안 사건 329,385건 가운데 약 10%정도를 차지하고 있다. 대여금사건(43,366건 12.8%)에 이어 2위를 차지하고 있으며, 부동산소유권사건(14,661건 4.4%)과 비교하면 대단히 높은 비율이다.⁶⁴⁾

건물명도·철거사건은 원고패소의 비율이 1.8%로, 민사본안사건 전체의 원고패소 비율 7.6%에 비하여 현저히 낮고, 소취하의 비율은 23.1%로, 본안사건 전체의 취하비율 14.8%에 비하여 역시 현저히 높다. 건물명도·철거사건은 전체 소송사건에서 차지하는 비중이 큰 반면 사건자체는 비교적 단순한 것으로 분석된다. 또한 소송 도중에 합의나 임의 이행 등 다른 방법으로 분쟁이 해결되는 일이 많다는 것도 알 수 있다. 분쟁

63) 정동윤, “집행증서의 대상의 확대”, 법조 689호(2014. 2.) 11면~16면.

64) 2015 사법연감(대법원), 530면~531면, 534면, 544면, 615면, 636면, 716면~718면. 토지인도, 건물인도, 특정동산인도 청구사건에 관한 통계자료가 없으므로, 건물명도·철거사건의 통계를 이용하기로 한다.

이 발생하는 경우에는 소송으로 나가는 것이 일반적이고, 소송이 제기된 이후에는 인도 의무자도 쉽게 승복한다는 뜻이 숨어있는 것으로 보인다. 이러한 사건에는 인도집행 증서가 적절하면서도 유용한 해결수단이 될 것으로 생각한다. 