

공증제도의 예방사법기능 강화를 위한 공증인법 일부개정법률안 설명

김 윤 섭

서울동부지방검찰청 검사
(전 법무부 법무과 검사)

최근 민·형사상 분쟁을 사전에 예방하는 공증제도를 국민들이 널리 이용하도록 공증의 제 기능을 살리고, 제도의 실효성을 높이기 위한 공증인법 일부개정법률안이 법무부에서 입안되어 2011. 12. 27. 국무회의 의결을 거쳐 2011. 12. 30. 국회에 제출되어 현재 계류 중이다.¹⁾

이번 법안 제출 이전인 2010. 2. 7. 사실상 공증인제도에 관한 전면 개정이라 할 수 있는 개정 공증인법이 시행되어 공증인은 그전 보다 엄격한 자격요건을 갖추고, 보다 적정한 공증사무 수행을 통해 국민들의 더 큰 신뢰를 얻어갈 수 있게 되었다. 그러나 정작 국민들이 공증제도를 활용할 수 있는 길은 아직 제한되어 있어 공증이 ‘예방사법’이라는 제 기능을 발휘하도록 하여 국민들의 분쟁을 예방하고 사법비용을 줄이자는 목소리가 있어왔고, 이번 개정안은 이러한 목소리를 담았다는데 그 의의가 있다고 할 수 있다.

개정안의 주요 내용을 소개하면,

첫째, 현재 금전·어음 등 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 경우만 이용할 수 있

1) 이 글은 2011. 12. 30. 국회에 제출된 공증인법 일부개정법률안(정부)을 소개하는 글로서, 일부 내용은 법무부의 공식적인 견해가 아닌 저자의 사견임. 동 개정법률안 원문은 이 책 293면 이하 참조.

던 집행증서를²⁾ 건물이나 토지, 일정한 특정동산 등의 인도를 구하는 경우에도 이용할 수 있게 하면서 사회적 약자를 보다 철저히 보호하도록 개선하였다.

그중 임차건물 반환에 관한 집행증서는, 임대차 종료로 임차건물을 반환하기 전 3개월 이내에만 작성할 수 있도록 하여 장기 임대차의 경우 임차인의 불안정한 지위로 인하여 임대인의 일방적 요구에 따라 집행증서가 작성될 우려를 최소화하였다. 아울러 임대인이 상환할 보증금 등 금원 반환도 함께 이뤄질 수 있도록 집행증서에 그 내용을 반드시 포함하도록 한 것은 양 당사자가 공정하게 집행권원을 가질 수 있도록 하는 취지를 담고 있다.

또한 집행증서의 대상범위를 확대하되, 경제적·사회적 약자의 보호를 위하여 집행증서의 적정성, 신중성 및 엄정성을 높이고자 집행문 부여 단계에서 법원의 허가를 받도록 하였다.

둘째, 촉탁인이 공증인 앞에서 증서의 내용이 진실함을 선서하고 공증인이 그 선서 사실을 인증하는 선서인증제도를 둔 다른 선진국의 경우와 유사하게 거짓 선서를 하고 문서에 선서인증을 받은 경우 300만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하여 문서내용의 진실성이 보장되도록 하였다. 다만 거짓 선서를 한 후에도 법정에서 오류를 시정한 경우에는 과태료를 감경하거나 면제하도록 하여 관련 사건의 재판과정에서 법관이 실제적 진실을 발견하는 데 장애가 되지 않도록 하였다.

그럼 아래에서는 이번 개정안에 대한 이해를 돕기 위하여 개정안에서 쟁점이 되는 사항을 정리하여 소개하여 본다.

(1) 강제집행에 이용될 수 있는 집행증서의 대상에 건물·토지 등의 인도를 구하는 경우까지 포함시키는 이유

현재 집행증서는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 경우에만 이용할 수 있다.³⁾ 그래서 건물이나 토지 등의 인도를 구하는 경우에는 집행증서의 대용물로 강제집행의 권원을 얻기 위하여 제소전화해를 이용하는 사례가 빈번하여왔다.

2) 집행증서: 공정증서 중 채무자의 강제집행 승낙에 따라 집행권원이 되는 증서

화해는 기본적으로 당사자들이 서로 양보하여 그들 사이의 다툼을 끝낼 것을 약정함으로써 성립하는 민법상의 계약으로(민법 제731조⁴⁾) 제소전화해 역시 재판상화해의 한 종류로서 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼을 전제로 한다. 그러나 현재 제소전화해의 실무는 이미 당사자 사이에 성립된 다툼 없는 계약내용을 조서에 기재하여 재판상화해가 갖는 집행력을 얻는데 이용되고 있고, 이 경우 법원의 역할은 화해의 알선 권리가 아니라 당사자 사이에 성립된 계약에 대한 확인 즉, 단지 공증적 역할을 함에 그치고 있다는 비판이 있어왔다.⁵⁾ 그밖에도 제소전화해는 지위가 열악한 채무자에게 불리한 내용으로 채권자가 폭리행위를 해놓고 이를 집행권원으로 만들기 위해 악용될 경우 제소전화해조서의 무제한기판력설에 따라 강행법규 위반을 합법화하고 재판상 다투는 길을 봉쇄하는 수단이 될 수 있어 제도외적 목적으로 남용되는 문제가 있다는 지적이 있어 왔다.⁶⁾⁷⁾

-
- 3) 민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여서도 실시할 수 있다.
 - 1.~3.(생략)
 4. 공증인이 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것
 5. 소송상 화해, 청구의 인낙(認諾) 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것
 - 4) 민법 제15절 화해

제731조(화해의 의의) 화해는 당사자가 상호양보하여 당사자간의 분쟁을 중지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

제732조(화해의 창설적 효력) 화해계약은 당사자일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 효력이 있다.

제733조(화해의 효력과 착오) 화해계약은 착오를 이유로 하여 취소하지 못한다. 그러나 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
 - 5) 장재형·전병서, 「집행증서 대상의 범위 확대에 관한 개선방안 연구」, 법무부 연구용역결과보고서(2011), 51면 재인용(이시윤, 신민사소송법 제4판, 박영사(2009), 527면).
 - 6) 장재형·전병서, 「집행증서 대상의 범위 확대에 관한 개선방안 연구」, 법무부 연구용역결과보고서(2011), 51면 이하 참조.
 - 7) 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 걸러 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 떼일 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 준제심절차에 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 찍어 주는 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 심리 기일을 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 준제심을 거치지 않고서는 그 효력을 다룰 수 없는 등 중구적인 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 ‘공중’ 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 건물 명도집행을 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

법무부 연구용역결과보고서에 따르면 2010년 서울중앙지방법원의 제소전화해사건 총 11,010건 중 물건 등 인도청구사건이 8,722건으로 약 80%를 차지하고, 특히 건물 명도청구사건이 약 77%를 차지하는 것으로 나타났다.⁸⁾ 한편 법원 하급심에서는 민사상 다툼이 없는데도 제소전화해를 신청하는 경우 위와 같은 문제의식에 기초하여 신청을 각하한 결정례가 수차례 있었으나, 이에 대한 항고심의 결정은 서로 엇갈리고 있다.⁹⁾

확정판결과 같은 효력이 생겨 임차인이 차후 다툼 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 다툼 기회마저 봉쇄당해 사회·경제적 약자보호 측면에서도 문제가 있다”고 강조했다.

◇ 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.

제경지법의 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.

김홍엽 성균관대 법대 교수는 “제소전화해의 부작용은 기본적으로 상당부분이 법규제 등으로 제한받고 있고 법원 운영과정에서도 걸러지는 것으로 알고 있다”며 “부작용을 완전히 근절하기 위해서는 판사들이 화해조항 중 우려할만한 내용을 잘 걸러내는 것이 중요하다”고 지적했다.』

- 8) 장재형·전병서, 「집행증서 대상의 범위 확대에 관한 개선방안 연구」, 법무부 연구용역결과보고서 (2011), 43면.
- 9) 장재형·전병서, 「집행증서 대상의 범위 확대에 관한 개선방안 연구」, 법무부 연구용역결과보고서 (2011), 52~57면.

이러한 상황은, 결국 제소전화해의 남용으로 인해 법원은 재판이 아닌, 당사자 간의 계약에 관해 확인하는 공증적 역할로 업무량이 증가하고 사건처리가 지연되어 사법기능의 비효율이 발생한다는 비판의 목소리를 낳았다. 이러한 목소리를 반영하여 건물인도 등 대체로 정형화된 행위를 집행증서의 대상범위에 포함시켜 공증의 제 기능을 살리되, 사회적 약자 보호를 위해 작성할 수 있는 기간을 제한하고 법원 통제를 강화하는 방식으로 개선하려는 것이 이번 법안의 개정이유이다.

집행증서의 허용 대상범위에 관한 각국의 입법례를 요약하여 살펴보면, 다음과 같다.¹⁰⁾

① 일본

- 우리와 마찬가지로 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 한정하고 있음

② 대만

- 집행증서의 대상범위를 금전, 대체물 또는 유가증권의 급부청구로 제한하지 않고, 특정 동산의 급부청구, 건물 등에 대한 임대차종료시의 반환청구 등에까지 확대함

③ 오스트리아

- 화해를 할 수 있는 급부 또는 부작위채무 전부가 대상이 됨
- 예외는 주거의 인도청구

④ 프랑스

- 공정증서의 대상에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않음
- 이론상은 별론으로 하더라도, 실제상은 금전청구 혹은 동산인도 등에 한정
- * 공정증서의 성격을 집행계약으로 포착하고 집행인락조항은 필요하지 않으며
공정증서는 그 자체가 집행력을 가짐

10) 장재형·전병서, 「집행증서 대상의 범위 확대에 관한 개선방안 연구」, 법무부 연구용역결과보고서 (2011), 24~34면 참조.

⑤ 독일

- 화해에 의한 규율이 허용되는 청구권을 대상으로 하되, 의사의 진술을 구하는 청구권 및 주거임대차의 지속에 관계되는 청구권은 예외

(2) 개정안에 따른 건물 등의 인도에 관한 집행증서 사례

『甲은 자신이 소유하는 상가건물을 乙에게 보증금 2억 원에 월세 2,000만 원을 조건으로 임대하였다. 1년의 임대차기간이 끝나기 두 달 전쯤 乙이 점포를 이전하겠다고 계약 해지를 요구하여 3개월 뒤 甲은 보증금을 정산한 금액을 반환하고 乙은 건물을 원상 회복하여 명도하기로 합의하였다.』

이 사례에서 만일 3개월 뒤 甲이 정산금을 반환해주지 않거나, 乙이 합의사항을 어기고 건물을 명도해주지 않을 경우 통상 甲과 乙 간에 민사소송으로 장기간 재판을 받아야 해결할 수 있을 것이다.

장기간의 소송을 피하기 위해 甲과 乙 간에 임대차계약을 체결하면서 미리 제소전화해를 하는 방법도 있으나, 통상 2~3개월의 시일이 걸리고, 변호사를 선임할 경우 비용도 많이 들게 될 뿐 아니라, 제소전화해는 확정판결과 같이 기판력이 있어, 지위가 열약한 임차인에게 강행법규에 위반한 불리한 내용이 있다하더라도 준재심 절차에 의해 취소되지 않는 한 그 화해가 무효라고 주장할 수 없어 문제가 있을 수 있다.

이번 개정안에 따른 경우, 甲과 乙은 위와 같이 계약 청산에 관해 합의하면서 가까운 공증사무소에 직접 찾아가 집행증서 작성을 의뢰하여 1시간 정도면 甲과 乙 간에 상호 대등한 관계에서 서로에 대한 권리를 증명하는 집행증서를 받을 수 있어 서로 간에 불필요한 분쟁을 예방하고, 이행기에 상대방이 이행하지 않는 경우 소송 없이 집행절차에 들어갈 수 있다는 장점이 있다.

이 경우 공증인은 증서의 내용이 강행법규에 위반되는 경우에는 증서를 작성할 수 없고, 설사 강행법규에 위반한 내용으로 집행증서가 작성되더라도 집행문 부여 전에 법원의 허가절차를 통해 이중의 보호를 받을 수 있으며, 제소전화해와 달리 채무자가 집행이 끝나기 전에 청구이의의 소 등을 제기하여 집행권원의 집행력을 배제할 수 있을 것이다.

(3) 개정안에 따른 선서인증 사례

『甲은 자신이 경험한 사실에 관하여 확인서를 쓰고 서명한 후 이를 가지고 공증사무소에 찾아가 공증인 앞에서 그 확인서의 내용이 진실함을 선서하고 그 선서사실에 대한 공증인의 인증을 받았다.』

현행 공증인법에는 위와 같은 선서인증을 받더라도 거짓선서에 대한 아무런 제재가 없기 때문에 甲의 선서는 위 확인서의 진실성을 보장하지 못하여 선서인증으로서 큰 효용가치가 없다는 문제점이 있다.

개정안에 따를 경우 甲은 거짓선서를 할 경우 300만 원 이하의 과태료의 제재를 받게 되므로, 문서의 내용이 확실히 진실하다고 여길 경우에만 선서인증을 받을 것이다. 이로써 선서인증의 실효성이 높아짐에 따라, 선서인증이 행정기관, 수사기관 또는 법원에 제출하기 위한 양질의 증명·소명자료로 활용될 수 있어 신속한 절차 진행이 가능해질 수 있다.

다만 甲이 거짓선서를 한 후라도 자신 또는 다른 사람에 대한 재판에서 위 확인서에 적힌 거짓내용을 정정하여 바로잡는 경우에는 과태료를 감경하거나 면제받을 수 있다. 