

등기의 진정성 확보를 위한 입법론적 고찰*

The Legal Review of the Assurance of Correctness in Real Estate Registration

조재영**

Cho, Jae Young

目次

- I. 서론
- II. 등기원인증서의 공증제도 도입의 필요성
 - 1. 부실등기방지
 - 2. 부동산투기의 억제
 - 3. 등기원인의 공증과 부동산등기의 공신력과의 관계
 - 4. 등기원인증서의 공증제도 도입에 반하는 입장
- III. 주요국의 입법례
 - 1. 프랑스
 - 2. 독일
 - 3. 미국
 - 4. 일본
- IV. 등기원인증서의 공증제도의 도입방안
 - 1. 공증의 대상
 - 2. 공증의 방식
 - 3. 공증의 범위
 - 4. 공증의 담당기관
- V. 자격대리인의 본인확인절차
 - 1. 자격대리인의 본인확인강화 필요성
 - 2. 자격대리인에 의한 본인확인절차 개선방안
- VI. 결론
 - <abstract>
 - <참고문헌>

ABSTRACT

1. CONTENTS

(1) RESEARCH OBJECTIVES

The register system aim at stability and speedness on transaction of the right relation. In order to accomplish the role of register system, above all, our law would recognize the public trust in the registration. Since our Civil law does not recognize any public trust to the registration of real estate right, the person who placed confidence in the registration and transacted the real estate falls a victim

* 이 논문은 2010년 한양대학교 교내연구비 지원으로 연구되었음

** 주 저 자 : 한양대학교 경성대학 경영학부 교수, 법학박사, cjy@hanyang.ac.kr

▷ 접수일(2014년 2월 4일), 수정일(1차: 2014년 2월 6일), 게재확정일(2014년 2월 10일)

to unexpected loss. Under situation, This study will deal with the problems of a device of advanced public trust and improvement.

(2) RESEARCH METHOD

Every issue was studied and analyzed through referring to the relevant documents about the civil law and the real estate registration law. The scope of this study is confined to the real estate registration law. The foreign legislative examples on the register Notification are reserched. The French law and , German law and American law are analyzed relatively.

(3) RESEARCH FINDINGS

I check the problems of methods to guarantee authenticity of registry, for instance, authentication of registry instruments. I Investigated the problem of the Authentication of registry instruments and propose the recommendation of a means to vitalization of the Authentication record.

2. RESULTS

When the deed of grounds for registration notarization system is adopted, the effect on the prevention of poor registration may not be high when compared to the additional social and economic costs that citizens have to sssume. Given all these, it may be possible to complement through the strenthening of the qualification agent's self authentication procedure since an agent is in charge of applying for registration in most cases instead of merely relying on the adoption of deed of grounds for registration notarization system.

3. KEY WORDS

- real estate registration, public trust in the registration, registration notarization system, poor registration, assurance of correctness in real estate registration
- 부동산등기, 등기공신력, 등기원인공증, 부실등기, 등기진정성

I. 서론

부동산등기제도는 부동산에 관한 권리관계의 변동을 정확히 공시함으로써 국민의 사유재산권을 보호하고 부동산거래의 안전을 도모하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해서 현

행 부동산등기법은 공동신청주의와 출석주의(동법 제23조)를 취하면서, 등기신청시 등기원인을 증명하는 정보, 등기의무자의 등기필 정보, 인감증명서과 같은 첨부서류 제공 등을 규정(동법 제50조 제2항)함으로써 부실등기를 방지하고 등기의 진정성을 보장하고 있다.

그러나 등기공무원의 심사의 범위를 등기절차상의 적법성 여부에 한정하는 형식적 심사주의¹⁾를 채택하고 있어 허위의 등기원인증명정보를 원인으로 한 등기를 신청하거나 등기의 무자의 인감증명서, 등기필정보 등의 위조에 의한 등기신청을 할 경우 이를 확인하는 것은 거의 불가능한 실정이다. 이처럼 우리나라의 부동산등기제도는 아직도 그 제도상 · 운영상 불비로 말미암아 진실한 권리관계와 등기가 불일치하는 부실등기가 발생할 여지가 많은 것으로 지적되고 있다.

이러한 부실등기를 방지하기 위해서 등기신청에 대한 등기공무원의 실질적 심사권²⁾, 등기원인에 대한 등기원인증서의 공증제, 등기부와 대장의 일원화,³⁾ 등기강제주의 도입 등 여러 가지 방안이 논의되어 왔다. 특히 등기원인증서의 공증문제는 민법 개정과 관련된 소식이 있을 때마다 지속적으로 등장하는 중

심주제였다.⁴⁾ 등기원인증서에 대한 공증제도의 도입에 대해서는 부정적인 입장도 적지 않지만 공신력을 인정하지 않는 우리 법제에서는 등기원인의 진실성을 공증을 통하여 담보함으로써 부실등기가 사전에 방지되는 효과를 얻게 될 것이다.⁵⁾ 그러나 등기원인증서의 공증제도는 여러 차례 입법시도에도 불구하고 아직까지 현실적인 여건으로 인하여 실현되지는 못하고 있다.⁶⁾

한편 우리나라에서 등기신청의 대부분이 법무사 또는 변호사 같은 자격대리인에 의해 이루어지고 있는 실정⁷⁾을 감안할 때 이들 대리인들로 하여금 등기당사자의 본인확인을 철저히 하는 것만으로도 국민에게 추가적 비용 부담을 주지 않으면서 전형적인 유형의 부실등기방지에 상당한 역할을 할 수 있을 것이다. 즉 경제적 비용이나 등기절차의 지연없이도 등기의 진정성보장 효과를 얻을 수 있다.

- 1) 현행 부동산등기법이 형식적 심사주의를 채택하고 있음은 등기관이 부적법한 등기신청으로서 각하하여야 할 경우를 한정적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 방법은 서면심사를 원칙으로 하고 있는 점에서도 찾을 수 있다. 이는 대법원 판례를 통해서도 나타나고 있다(사법연수원, 부동산등기법, 2008, pp.55~56; 대판2008. 10. 9. 선고, 2007다87979 참조).
- 2) 2012년을 기준으로 한 해 동안 우리나라의 총등기신청건수는 11,172,300건임에 반해, 등기업무에 종사하는 인원은 총 1,761여명에 불과하여 1인이 1일 평균 77.7건의 등기사건을 처리하고 있고, 1건의 등기사건처리에 소요되는 시간은 평균 34.0시간이다(법원행정처, '2012년도 등기사건현황 및 건의사항에 대한 조치결과', p.1). 이와 같은 현실적 여건을 감안했을 때 실질적 심사제의 도입은 오히려 등기의 신속을 저해하여 등기제도가 갖는 본래의 목적을 심각하게 훼손하는 결과를 초래할 것으로 보인다.
- 3) 국토해양부는 2012. 6. 21. 국토연구원 대강당에서 "부동산 행정정보 일원화의 전국확산을 위한 사업착수보고회를 개최하였다. 2013년부터 일원화되는 부동산공부는 토지대장, 입야대장, 대지권등록부, 공유지연명부, 지적도, 입야도, 경제개발표준등록부, 건축물대장의 11종이다. 그러나 현재까지의 일원화사업은 행정공부에만 해당되고 사법부가 관리하는 부동산등기부까지 포함되는 공부의 일원화는 아직 실현되지 못하고 있다(한정희, "부동산행정정보 일원화의 비용편의 추정연구", 부동산학보, 한국부동산학회, 2013, 52집, p.146)
- 4) 통설은 부동산등기의 공신력과 관련하여 부동산등기법이 형식적 심사주의를 취하므로 부실등기가 양산되고 있고, 공신력을 인정하기 위해서는 등기원인증서에 대한 공증이 전제되어야 한다고 주장한다(권용우, "등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-", 민사법학, 한국사법행정학회, 2000, 제18호, p.253 이하 참조).
- 5) 부실등기를 사전에 방지하려는 노력에도 불구하고 현실적으로 부실등기가 발생하는 것을 완전히 배제하긴 불가능하다는 문제가 있다. 이 경우에 있어서도 등기를 신뢰한 자를 보호하는 제도적 장치가 필요하다. 아무런 보호제도가 없을 경우에는 등기관 물권의 존재 또는 그 귀속에 관하여 개연성만 공시하는데 그치고 정확한 것은 다른 방식으로 조사하라는 것과 같은 의미이어서 등기제도의 이점이 훼손되지 않을 수 없다. 여기서 부실등기를 신뢰한 자를 보호하는 제도로서 주로 논의되는 것이 등기의 공신력과 권원보형 등이다(안태근, "등기원인증서의 공증과 등기의 공신력", 법무사, 대한법무사협회, 2005, 제462호, p.8).
- 6) 부동산등기원인을 공증하는 제도를 도입하려는 시도는 20년 전에도 한번 추진되었다. 그 당시 공증수수료가 국민들에게 새로운 부담을 줄 것이라는 저항에 부딪혀 제도의 도입이 무산되었다. 그러나 부동산 등기이전시 부담하는 취득세, 등록세 등 각종 공과금에 비하면 공증수수료가 상대적으로 큰 부담이 아닐 것임에도 불구하고 다소 선동적이었던 반론을 잠재울 수 있는 논거를 미리 준비하지 못하였던 것이 당시 법률개정 준비팀의 한계였다. 최근 법무부가 민법의 물권편 및 그와 관련된 법제의 정비와 관련하여 등기원인의 공증제 도입에 관해 구체적 관심을 보였다. 법무부는 부동산등기 원인행위의 공증 의무화로 국민의 수수료 부담증가 등 예상되는 사회적 비용과 부실등기의 감소로 인한 분쟁의 사전예방과 등기의 공신력 향상 등 예상되는 사회적 편익에 대한 법경제학적 분석을 내용으로 하는 연구용역을 공모하였다(부동산등기원인의 공증제, 비용·편익 균형 찾아야, 법률신문 2011. 8. 25)
- 7) 최근의 통계를 살펴보면 전자신청제 등의 도입으로 일반인에 의한 직접신청이 늘어날 것이라는 예상과는 달리 자격대리인에 의한 등기신청비율이 오히려 더 증가하고 있다. 2012년도에는 전체의 4.2%가 일반인에 의한 직접신청이었고 나머지 95.8%가 자격대리인에 의한 신청이었다(법원행정처, "2012년도 등기신청 현황 및 건의사항에 대한 조치결과", p.2).

따라서 본 고에서는 실제로 등기원인 공증제를 도입할 경우 예상되는 현실적 문제점을 살펴하고, 자격대리인의 본인확인절차와 관련된 제규정을 검토함으로써 등기의 진정성 보장을 위한 제도운용상 개선책 또는 입법적 보완책을 제시해보고자 한다.

II. 등기원인증서의 공증제도 도입의 필요성

1. 부실등기의 방지

부동산등기법상 등기원인을 증명하는 서면은 사서증서를 포함하고 있어 증거력이 약하고, 등기관의 형식적 심사권만을 인정하고 있어 위·변조된 인감증명을 판별하기 어려워 부실등기를 방지하는 데는 한계가 있으므로 등기원인증서를 공증하여 이를 방지하자는 것이다.⁸⁾

일반적으로 등기가 이루어지는 절차를 살펴보면 유효한 원인행위 즉 정당한 당사자가 유효한 계약을 체결하고 그에 따른 물권행위가 있는 후 당사자의 적법한 등기신청의사에 의하여 등기가 실행된다. 따라서 등기부에 정확히 기재된 등기가 실제와 부합하는 등기가 될 것이며 그렇지 못한 등기가 부실등기가 될 것이다.

부실등기가 발생하는 유형으로는 채권행위의 부존재 또는 무효·취소사유의 존재, 등기

의사의 부존재 등이 있다. 그런데 공증제도가 도입되면 이러한 부실등기의 유형을 사전에 차단하는 효과가 있다. 즉 원인행위에 하자가 있음에도 불구하고 등기를 신청하는 경우 하자있는 원인행위로 등기를 신청하는 것이 방지될 수 있으며, 원인행위에 하자가 있고 등기신청의사가 없음에도 불구하고 정당한 당사자 아닌 자가 등기소에 출석하거나 대리인에게 위임한 경우에도 원인증서를 등기신청서에 첨부함으로써 정당한 신청인 이외의 자가 등기를 신청하는 것을 방지하는 효과가 있다.⁹⁾

2. 부동산투기의 억제

부동산투기의 수단으로 악용되어 왔던 명의신탁이나 중간생략등기, 등기원인의 허위기재 등을 규제하기 위하여 부동산등기특별조치법, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 그리고 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률을 제정하여 시행해 오고 있다. 그러나 형식적인 검인계약서나 형벌, 행정벌 또는 과세와 같은 사후적인 공법적 규제만으로는 효과적인 방지책이 되지 못하고 오히려 다른 탈법행위를 조장하는 결과를 초래하게 되었다. 따라서 등기원인증서의 공증제도를 도입하여 부동산거래시 계약단계부터 법률전문가를 참여시킴으로써 사전적이고 사법적으로 규율하는 것이 필요하다. 또한 공증제도는 부동산실거래가격의 파악, 등기부와 대장의 멸실의 경우에 있어서 입증의 용이 등과 같은 부차적인 효과가 있다.

8) 형식적 심사주의는 등기부의 진정성 보장에 미흡하고, 실질적 심사주의는 등기절차의 지연으로 국민의 재산권 행사에 지장을 초래한다는 점에서 다같이 장단점이 있다. 이러한 양 주의의 결점을 보완하여 합리적인 심사를 하기 위하여 가장 효과적인 것이 등기원인의 공증제도이다. 즉 등기원인의 진정성이 공증을 통하여 담보됨으로써 등기공무원은 공증의 적법여부만을 심사하여 정확한 등기부 유지와 신속한 등기라는 이상을 모두 실현할 수 있을 것이기 때문이다. 결국 등기원인의 공증제도 도입은 형식적 심사주의의 장점과 실질적 심사주의의 단점을 모두 살릴 수 있는 가장 효과적인 제도라고 할 수 있다(홍성제, "등기원인증서의 공증제도 도입", 법과 정책연구, 동광출판사, 2006. 6, 제6집 제1호, p.191).

9) 등기원인증서의 공증의 실효성에 관하여 부정적으로 보는 시각도 있다. 등기원인증서의 공증은 사기·강박 등을 당한 당사자를 보호하기 위하여 도입하는 것이 아니라 거래의 안전을 위하여 도입하자는 것이다. 그런데 법률은 법률행위에 무효, 취소사유가 있는 때 부분의 경우 제3자를 보호하기 위한 제반의 규정을 두고 있어 대부분의 경우에는 문제가 안된다. 단지 무능력, 폭리행위, 반사회적행위 등 제3자 보호규정이 없는 경우에 한하여 문제되나 미성년자의 법률행위에 대해서는 현재도 법부사 또는 등기관이 이를 걸러내고 있고, 공증단계에서 공증인이 폭리행위인지 여부를 판단하는 것은 용이하지 않을 뿐 아니라 사서증서의 인증방법으로 하는 공증제도를 택할 경우에는 거의 효용을 기대할 수 없을 것임은 쉽게 예상할 수 있다(안태근, 앞의 논문, pp.14~15).

3. 등기원인의 공증과 부동산등기의 공신력과의 관계

등기의 공신력을 인정하자는 견해는 두 가지로 나뉜다. 공신력을 인정하기 위해서는 진정한 권리자를 보호하기 위한 일정한 제도적 장치가 전제되어야 한다는 견해¹⁰⁾와 전제조건인 성취여부와 상관없이 우리 민법은 부동산물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하고 있으므로 아무런 조건없이 법률로써 공신력을 인정하면 된다는 견해¹¹⁾가 있다.

공신력을 인정하기 위해서 전제조건을 요구하는 견해는 사전적으로 등기관에게 실질적 심사권의 인정과 등기원인증서의 공증을, 사후적으로는 진정한 권리자를 보호하기 위한 제도로서 국가배상책임을 인정한다든가, 보험제도 등의 마련을 주장하고 있다. 즉 현행 등기제도하에서는 등기의 공신력을 인정하기 어려우므로 이와 같은 공증제도에 의하여 부실등기를 방지한 다음 공신력을 인정하여 거래의 안전을 도모하자는 것이다.

반면에 전제조건없이 공신력을 인정하자는 견해는 공신력의 인정여부는 동적안전과 정적안전 중 어느 것을 더 존중할 것인가의 문제이며, 제도의 정비여부와는 직접적인 관계가 없다고 한다. 즉 공신력을 인정하지 않더라도 이러한 제도의 개선은 필요하다는 것이다. 그리고 공신력이 인정되면 권리를 잃게 될 진정한 권리자는 물론 등기관 기타 관계자들은 더욱 신중하게 등기와 실체관계를 일치시키기 위한 노력을 할 것이기 때문에 오히려 부실등기가 적어질 것이라고 한다.

4. 등기원인증서의 공증제도 도입에 반하는 입장

등기관에게 실질적 심사권을 인정하지 않는 현 제도하에서는 등기원인증서를 공정증서로 작성한다고 하여 부실등기문제를 근본적으로 해결하기란 불가능하다. 뿐만 아니라 수백만건에 해당하는 등기신청사건에 대하여 공증절차를 거치도록 하는 것은 등기절차간소화에 위배될 뿐 아니라 많은 경제적 부담을 국민에게 부과하는 결과를 초래하게 되므로 공증제도를 도입할 필요가 없다고 한다. 따라서 법무사의 위임인확인 의무를 강화하는 등의 방법으로 부동산등기법상 부실등기를 방지하기 위한 여러 규정 즉, 당사자의 출석, 공동신청, 인감증명에 의한 신분확인, 등기필정보 제공 등을 보완하는 것이 합리적이다. 오히려 공증제도를 원용하게 되면 공증절차의 번잡화와 이로 인한 등기절차의 지연을 초래하여 등기의 신속성을 해하기 쉽고 등기관의 형식적 심사주의에 따른 공정증서의 위조·변조문제, 당사자의 이중비용문제, 공증인의 부족 내지 분포의 불균형문제¹²⁾ 등 당장 등기원인증서의 공증제를 실시함에 많은 어려움이 있다는 견해이다.¹³⁾

Ⅲ. 주요국의 입법례

1. 프랑스

프랑스 민법은 물권변동에 관하여 의사주

10) 김상용, "부동산등기의 공신력", 토지법학, 한국토지법학회, 2003. 12, 제19권, pp.224~234.
 11) 강태원, "부동산등기의 공신력에 관한 일고찰", 연세법학연구, 연세대학교 연세법학연구회, 1990, 창간호, p.355.
 12) 전국 공증사무소의 절반정도가 서울에 있는 등 수도권집중현상이 두드러지는가 하면 부산의 경우 수원·대구에도 미치지 못하는 것으로 나타났다. 법무부에 따르면 현재 전국의 공증사무소는 모두 338곳으로, 법무법인이 239개, 합동사무소는 70개, 공증인은 29명이다. 지역별로는 서울에 법무법인 116개, 합동사무소 37개, 공증인사무소 4개 등 총 157곳이 몰려있다. 이에 비해 부산은 21곳, 인천 18곳, 광주 17곳, 대전·창원이 각 11곳, 의정부 10곳, 청주8곳, 울산·전주 각 7곳, 춘천 4곳, 제주 3곳 등이다(인터넷법률신문 2005. 10. 18).
 13) 김정수, "부동산등기제도의 개선에 관한 연구", 경성대학교 박사학위논문, 1997, p.110 이하 참조.

의를 취하여 소유권은 채권의 효력에 의하여 취득되고 이전되므로,¹⁴⁾ 물권변동에 있어 별도로 물권행위라는 개념이 필요하지 않다. 따라서 물권변동과 등기를 위해 진정한 채권행위가 있었음을 증명하는 과정이 중요하며, 이를 위해 등기원인증서에 대한 공증이 강제된다. 즉 부동산거래와 관련하여 공시되는 모든 서류가 반드시 공정증서로 작성되어야 한다.¹⁵⁾

공정증서 작성 이전에 당사자 간에 이루어진 합의는 어디까지나 가계약 및 계약에 대한 준비행위로 여겨진다. 가계약이 체결되면 공증인은 향후 약 3개월 동안 당사자의 인적 동일성, 행위능력, 목적물의 동일성, 공법-사법상 강행법규 위반여부, 계약내용의 적법성 및 유효성을 직접 조사한다. 이처럼 공증인에 의해 엄격한 심사를 거쳐 내용에 이상이 없어야만 공정증서 작성에 참여한 공증인 등은 당사자의 의사와 관계없이 공시를 신청할 의무를 부담하게 되고, 공증인 등의 등기신청에 의하여 비로소 매매계약이 최종적으로 체결된다.¹⁶⁾ 매매계약이 공정증서로 작성된 후 소유권이전청구권행사가 가능하며, 매매대금은 일반적으로 매수인이 수표로 발행하여 이를 공증인에게 교부하는 방법으로 지급한다.¹⁷⁾

프랑스의 공증인은 전부 전업공증인이다. 전업공증인이 되기 위해서는 「공증인직 양성 및 공증인의 업무개시 요건에 관한 명령」 제3조에서 규정한 자격요건을 갖추어야 한다.¹⁸⁾ 법무부 장관은 이러한 요건을 갖춘 자들 중에

서 공증인을 임명할 수 있는데, 이러한 임명은 전 공증인의 상속자의 추천에 에 따라 임명이 되기도 하며, 새로운 공증사무소가 신설됨에 따라 공증인이 임명되는 경우도 있고, 마지막으로 결원이 있는 사무소에 배치할 공증인을 임명하는 경우도 있다.

2. 독일

독일은 성립요건주의를 취하면서, 물권행위의 독자성(Trennungsprinzip) 및 등기의 공신력을 인정하는 대표적인 나라이다. 독일 민법은 「부동산소유권을 양도하거나 부동산에 물권을 설정하거나 또는 그 물권을 양도하거나 그 물권에 부담을 설정함에 있어서는 권리자와 상대방의 합의와 등기를 요한다」라고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 물권변동은 물권적 합의(Einigung)와 등기(Eintragung)에 의하여 발생한다. 한편 「제873조에 의하여 부동산소유권의 양도에 요구되는 양도인과 양수인의 합의(공증에 의한 소유권 이전의 합의: Auflassung)는 양당사자가 동시에 출석하여 공증인의 면전에서 표시하여야 한다」라고 규정하고 있다.²⁰⁾

소유권이전합의(Auflassung)는 부동산 등기법(Grundbuchordnung:GBO) 제20조 및 제29조가 정한 등기절차에 따라 등기소에서 공정증서에 의한 증명을 필하도록 하고 있다.²¹⁾ 또한 채권계약도 물권적 합의와 마찬가지로

14) 물건에 대한 소유권은 상속, 증여, 유증 및 채권의 효과로서 취득, 이전된다(프랑스 민법 제711조)

15) 부동산거래서류를 공정증서로 작성하고 그 공증서류를 연대적 순서로 편철한 것이 등기부가 된다. 또한 인명색인부를 별도로 만들어 연대적 순서로 편철함으로써 인적편성주의를 취하고 있다고 한다.

16) 한국법제연구원, 「프랑스 공증인제도와 관련 법률」, 최근외국법제정보 2008-07 pp.62~69참조.

17) 임명된 공증인들은 매매대금의 지급과 관련하여 에스크로 에이전트로 활동하기도 한다(Jean-Claude Groslière, *La Vente d'immeubles*, Paris, Dalloz, 1996, pp.106~108).

18) 독일과 달리 반드시 변호사 자격을 요구하지는 않는다. 다만 법학석사 학위 또는 공증업무에 필요한 학위를 취득하고 공증인직업인수센터(CFPN)에서 1년의 교육과 2년간의 공증인시보로서 실무교육을 마치는 과정을 거쳐야 한다. 또한 대학에서 적어도 3년간의 연수교육을 마치고 심사를 통과하여 공증인직 상급증서(DSN)를 받게 되면 공증인 시보로서 활동할 수 있는 자격이 주어진다.

19) BGB § 873(1) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz einanderes vorschreibt.

20) BGB § 925(1)

가지로 공정증서로 이루어지도록 규정되어 있다.²²⁾ 결과적으로 부동산 소유권 이전에 관하여는 채권행위와 물권적 합의 모두 공정증서의 작성이 필요하다.

독일은 공정증서의 작성이건 사서증서 인증방식이건 공증인의 확인절차를 반드시 거치기 때문에 이 과정을 통하여 물권적 합의의 진정성이 확보되게 된다. 따라서 등기관은 형식적 심사권만을 가지고, 등기의 신청에 있어서는 공동신청을 요구하지 않고 단독신청주의를 취하고 있다.

독일의 공증인제도는 연방공증인법(Bundesnotarordnung)과 증서작성법(Beurkundungsgesetz)에 의하여 규율되고 있으며,²³⁾ 공증인은 법률에 규정되는 바에 따라 전업공증인(Nur-Notar), 변호사겸업공증인(Anwalts-notar), 공무원공증인(Beamten-notar)의 세 종류로 구별된다.²⁴⁾ 연방공증인법은 공증인의 직무, 공증인회 및 공증인에 대한 감독과 징계절차에 대해 규율하고 있으며, 증서작성법은 촉탁인에 대한 본인확인, 공증인의 설명의무, 증서작성의 거절 및 작성증서에 대한 보관에 의하여 규율하고 있다.

3. 미 국

미국은 물권과 채권의 구별이 뚜렷하지

않고 물권법정주의도 인정되지 않는다. 부동산 권리를 양도했을 경우에 부동산권리 자체를 등기라는 형식으로 공시하는 방법은 미국의 대부분의 주의 경우에 존재하지 않는다. 등기 대신 부동산 공시제도로써 레코딩 시스템(Recording System)과 토렌스 시스템(Torrens System)이 있다.²⁵⁾

레코딩시스템은 부동산거래가 있을 때 작성하는 사문서인 날인증서(deed)를 등록소에서 그 연대적 순서에 따라 편철하는 방법, 즉 권원증서를 등록하는 제도이다. 이 때의 날인증서는 부동산권리의 변동을 목적으로 하는 권리이전의 합의문서라고 할 수 있는데, 독일의 Auflassung에 해당된다.²⁶⁾ 그러나 날인증서의 인도와 수령에 의해서 부동산권리의 변동이 일어나는 것이지 날인증서의 등록은 물권변동의 요건은 아니다. 이러한 레코딩시스템은 권원조사에 의하여 등기의 진정성을 보장하고 이에 권원보험제도가 실시됨으로써 부동산거래의 안전과 모기지의 유동화를 가능하게 하고 있다. 다만 이 레코딩시스템하에서의 등록은 물권변동의 요건이 아니라 2중 양도 등의 경우에 우선순위를 정하고 제3자에게 대항할 수 있는 역할만 하며 프랑스의 경우와는 달리 사실상 공신력이 인정되고 있다고 평가되기도 않는다.

토렌스시스템(Torrens System)은 남호

21) 독일의 민법은 원칙적으로 등기의무자의 등기허락만 있으면 행하여지는 등기승낙주의를 취하고 있으므로 진정한 등기승낙의 진정성 보장이 결여될 위험성을 내포하고 있다. 즉 등기의 단독신청주의를 채택하고 있기 때문에 등기관이 등기의무자를 대면할 가능성이 거의 없으므로 등기의무자의 등기승낙(Eintragungsbewilligung) 여부에 대한 진정성을 확인할 수 없기 때문에 그 진정성이 보장될 수 없는 것이다. 이를 극복하기 위하여 등기승낙을 요식행위로 하고 이를 공정증서(öffentliche Urkunde)나 사서증서의 인증(öffentliche beglaubigte Urkunde)이 있는 서면에 의하여 증명된 경우에만 등기가 행하여지도록 규정하고 있다.

22) 독일 민법 제925조 1항에서 부동산소유이전합의의 의사표시는 공증된 채권계약서가 공증인의 면전에서 제시되거나 채권계약의 공증이 동시에 행해지는 경우에만 Auflassung이 성립될 수 있다고 규정하고 있다.

23) 1969년 공증인법이 제정된 후에는 공증인만이 증서작성권이 인정되고 있다(Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15. Aufl., München: C. h. Beck, 1990, S.141).

24) 공무원공증인은 다른 공증인들에 비해 일부 주에서만 예외적으로 인정되는 데 비해 전업공증인과 변호사 겸업공증인은 연방공증인법에 의해 직접 규율됨으로써 공무원공증인에 비해 일정 수준의 엄격한 자격요건을 필요로 한다. 연방공증인법 제5조 및 제7조에 따르면 전업공증인이 되기 위해서는 변호사자격을 취득한 이후에 최소한의 3년간의 실무수습의 경험을 필요로 한다. 또한 변호사 겸업공증인은 조금 더 긴 5년의 변호사 실무경험을 요구하고 있고, 또한 취업예정지역에서 의 3년의 실무경험을 이증으로 요구하고 있다.

25) 한국법제연구원, "미국 공증제도에 관한 연구", 최근외국법제정보 2008-06, pp.29~58 참조.

26) Auflassung은 공정증서인데 반하여 날인증서(deed)는 사서증서의 인증에 의한 공증된 문서이며 등록소에 비치·보관되어 등록부를 구성한다.

주에서 처음으로 채용되어 현재에는 영·미의 여러 나라에서 시행되고 있다. 이 제도는 부동산물권변동의 효력발생요건으로 하고 등기관에게 실질적 심사권을 주고 있으며 등기에 공신력이 부여되고 있다. 그리고 부동산에 대하여 처음으로 등기하려면 부동산에 대한 권원조사를 한 후에 그 권리상태를 기재한 지권 2통을 작성하여 1통은 소유자에게 다른 1통은 등기부로 한다. 이러한 절차를 거쳐 등기가 행해지면 권원이 창설되고 법원은 등기된 소유자에게 권원증명서를 교부한다. 토렌스 시스템은 철저한 권원조사를 통하여 권원 자체를 등기하고 그 등기된 권원은 확정적 효력과 절대적 유통권을 갖는다.

공증인의 자격과 관련해서는 연방법이 아니라 각 주의 법률로서 별도로 정해진다.²⁷⁾ 각 주는 독자적으로 공증인법을 제정, 운영하면서 공증인을 임명한다. 공증인이 되는 데에 특별한 교육과정이 필수적으로 요구되는 것도 아니고, 반드시 변호사 및 법률전문가도 아니기 때문에 공증인이라고 할지라도 할 수 있는 일에 차등이 있게 되는 경우가 발생한다.

4. 일본

일본의 민법은 등기에 대하여 공동신청주의를 취하며, 인감증명의 제출이 요구되고, 부동산 권리관계에 관한 등기관의 형식적 심사권만을 가진다는 점에서 우리나라의 민법과 유사하다.²⁸⁾

일본의 공증에 관한 기본법으로 공증인법과 동법시행규칙이 있고, 법무부령으로 규정된 공증인 수수료령, 공증인신원보증금령 등의 명령이 있다.

일본의 공증인은 법무대신에 의하여 임명

된다(공증인법 제11조). 공증인이 없는 지역에서는 법무국 또는 지방법무국에 근무하는 법무사무관이 공증사무를 대행하고 있다. 법무대신은 공증인을 선발하는 과정에 있어서 일정한 자격이 있고, 일정한 결격사유(금고이상의 형에 처해진 자 또는 파산, 가자분산(家資分散)에 신고를 받고 복권되지 아니한자)에 해당하지 않는 자 중에서 적임이라고 인정하는 자를 공증인으로 임명한다. 자격을 갖춘 자들이라면 주로 재판관, 검찰관, 법무국장, 장기간 법률실무에 종사하여 상당한 경력을 갖춘 변호사들을 의미한다. 임명 이외에도 성년자로 법무대신이 정하는 시험에 합격한 후에 6개월 이상 공증실무의 수습을 완료하면 공증인으로 임명될 수 있다.

IV. 등기원인증서의 공증제도의 도입방안

1. 공증의 대상

부실등기방지를 위한 방안으로 등기원인증서의 공증제도를 도입한다면 공증의 대상은 무엇으로 할 것인가에 대해서는 학설이 대립되고 있다.

1) 원인행위설

물권행위의 유인성을 인정하는 입장에서 등기원인행위인 채권행위를 공증하여야 한다는 견해이다.²⁹⁾ 실제로 부동산등기법 제48조, 제52조 등의 규정에서도 매매, 교환 등 원인행위를 등기원인으로 보고 있으며, 채권 계약으로서의 매매가 성립하였음을 증명할 뿐

27) 전미통일주법위원회(NCCUSL)와 전미공증인협회(NNA)가 두 축이 되어 통일된 공증인에 관한 법률을 지속적으로 발전시키기 위한 노력을 경주하고 있으며, 1982년에는 통일공증행위법(Uniform Law on Notarial Acts; ULONA)이 마련되었으며 2002년에는 모델공증법(The Model Notary Act)이 마련되기도 하였다.

28) 한국법제연구원, "일본의 공증인법", 최신외국법제정보, 2008-4, pp.4~10 참조.

29) 박윤직, "등기원인증서의 공증", 법학, 서울대학교, 1986, 제27권 2호, p.16.

이고, 그 효과로서 발생한 채무가 그대로 이행될 것인가의 여부는 불확실한 상태에 있는 것이므로 물권행위를 등기원인증서로 하기에 적합하지 않다고 본다. 또한 물권행위가 아닌 계약체결 단계에서부터 공증인이 관여하여 매매당사자들에게 법률전문가의 조력을 받을 기회를 제공함으로써 경솔한 계약 체결을 방지할 수 있다는 것 등을 그 근거로 든다.

이에 대해 매매대금의 지급 등의 이행이 없이 등기가 행하여질 수 있어 오히려 부실등기가 발생할 수 있고, 물권행위를 공증할 경우보다 공증사건의 수가 많아져 공증관할기관이 부족하여 당사자의 불편을 초래할 수 있으며 매매계약은 해제·취소·무효사유가 많을 것이므로 공증비용의 낭비와 시간적 손실을 초래할 가능성이 많다는 점이 단점으로 제기되고 있다.

2) 물권행위설

등기원인을 물권행위로 보아 매도증서 등에 공증을 하자는 견해로서 매도증서가 대금을 전부 받고나서 등기권리증과 함께 매수인에게 교부하는 것이므로 오히려 공증과 관련된 비용을 감소할 수 있다고 주장한다. 또한 공증을 하게 되는 경우에는 설사 소유권이전의 합의가 취소되거나 무효로 되는 경우라고 하더라도 매매계약서를 공증하는 경우에 비해 그 안전성은 현저히 높다고 주장하는 견해이다.³⁰⁾

이에 대한 비판으로는 물권변동의 전과정을 포괄하지 않아 중간생략등기 등에 의한 부실등기를 막을 수 없고, 현재 사용하는 검인계약서를 공증서면으로 변경하게 되면 기존의 폐단, 예컨대 이중계약서 작성 등은 남은 채로 요식행위에 그칠 위험성이 있음을 제기한다.

3) 검토

법률행위의 무효나 취소 사유가 대부분 채권행위에 존재하며, 현행법이 이미 원인행위를 채권행위로 보고 있다는 점을 고려할 때 공증의 대상으로서 등기원인은 채권행위로 보아야 할 것이다. 실제로 소유권등기를 하는 것을 정당화시켜주는 법률상의 원인이 물권변동을 일으키겠다는 의사를 포함하는 매매계약인 채권행위이며, 물권행위는 이러한 채권행위의 일련의 과정에 포함된 것이라고 볼 수 있기 때문이다.

또한 검인계약서를 소유권이전등기신청서에 첨부하도록 하고 있는 현행 법제하에서는 원인행위설이 타당하다. 왜냐하면 물권행위설에 의할 경우 검인계약서 외에 또다시 물권행위를 하였다는 증거를 제출한다는 것은 현실성이 없기 때문이다. 특히 토지거래허가, 농지취득자격증명 등과 같은 제3자의 허가, 동의, 승인을 요할 때 이를 증명하는 서면을 제출하여야 하는데, 이와 같은 허가 등은 물권행위를 기준으로 판단하는 것이 아니라 원인행위를 기준으로 판단하고 있기 때문이다.

2. 공증의 방식

1) 사서증서의 인증

사서증서의 인증은 공정증서 작성과 더불어 공증인의 업무 가운데 가장 중요한 부분을 차지하고 있다(공증인법 제2조 제2호). 법률행위를 한 당사자가 작성한 증서를 진정한 작성 명의인의 의사에 의하여 작성되었다는 것을 공증인이 확인하고 그 증명을 하는 것을 사서증서의 인증이라 한다.³¹⁾ 사서증서의 인증은 부동산거래의 양 당사자에 의하여 작성된 문서에 단지 공증인이 서명만을 확인하는

30) 이영준, 물권법, 박영사, 2004, p.170.

31) 공증인법 제57조 제1항은 "사서증서의 인증은 촉탁인으로 하여금 공증인의 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 적는 방법으로 한다"고 규정하고 있다.

것으로서 부동산거래계약의 성립의 진정성은 확인하지만 그 거래내용의 진실성이 확보되지는 아니한다.

사서증서의 인증에는 원본의 인증과 등본의 인증의 두 가지가 있는데, 어느 경우나 공증인은 그가 인증한 증서에 인증문을 기재하고 서명날인을 하며(공증인법 제57조 제1항 및 제2항), 이 경우 인증을 위한 기재부분은 공문서가 된다.³²⁾

2) 공정증서의 작성

일반적으로 공증인이 공증인법 제2조 제1호에 따라 작성한 문서를 공정증서라고 한다. 공정증서에는 법률행위에 관한 공정증서와 사실에 관한 공정증서의 두 가지가 있는데, 등기원인의 공증제도와 관련해서는 법률행위에 관한 공정증서가 문제된다.

공증인이 공정증서 작성의 방식으로 공증을 하려면 매매계약을 체결하려는 당사자들이 공증인 면전에 출석하여 그들의 의사를 표시해야 하며, 공증인은 자신이 들은 진술, 목격 사실, 실제로 경험한 사실 및 방법을 증서에 기재하고 서명 날인하는 방식을 따라야 할 것이다(공증인법 제34조, 제38조).

법률행위에 관한 공정증서는 법률행위에 관하여 작성된 증서라는 점에서는 사서증서의 인증과 차이가 없으나 사서증서의 인증의 경우에는 법률행위를 한 당사자가 직접 작성한 것인데 반해 공정증서는 공증인이 직접 작성한 것이라는 점이 다르다. 즉 공정증서는 공

증인이 당사자의 의견을 듣고 작성하는 것이므로 그 법률행위가 무효 또는 취소될 개연성이 적고 등기의 진정성이 확보된다. 공정증서의 작성은 공적 문서로 추정되므로 완전한 증거능력이 부여된다(민사소송법 제356조 제1항). 단 이 방식을 택하기 위해선 공증인보다 높은 법률적 전문성을 가진 자가 되어야 할 것이므로 엄격한 자격을 갖춘 전문공증인의 수를 확보하여야 하는 현실적 어려움이 있을 것이다.

3) 검토

등기의 진정성과 법률행위의 유효성을 확보하기 위해서는 사서증서 인증보다는 공증인이 당사자의 진술을 듣고 증서를 작성하게 되는 공정증서가 타당하다 하겠다.³³⁾ 공증의 대상인 채권행위를 공정증서로 작성하게 되면 법률행위를 유효성을 확보할 수 있어 등기공무원의 형식적 심사만으로 등기를 하여도 부실등기가 생길 가능성은 적어질 것이다. 그러나 현재 공증인 사무실의 지역적 편중이 심한 점, 공증인의 수가 부족한 점 등 현실적 요건을 고려해 볼 때 신중한 태도로 접근하는 것이 필요할 것이다.

3. 공증의 범위

부동산거래계약을 공정증서에 의한 공증서면으로 전환함에 있어서 광범위한 부동산거래 중 어느 범위까지로 할 것인가에 대해서 견해의 대립이 있다. 먼저 모든 법률행위로

32) 공정증서의 작성방식과는 반대로 공증의 효율성을 더 중요한 가치로 여긴다면 사서증서 인증방식을 택하는 것이 타당할 것이다. 훨씬 더 간편하고 신속하게 적은 비용으로 공증절차를 이룰 수 있을 것이고, 이 방식을 택할 때 등기원인증서의 공증제도가 부동산거래제도와 보다 긴밀하게 연결되어 연착륙할 수 있는 가능성이 높을 것이다. 법률가의 전문성보다도 국민에 대한 공증서비스의 접근도가 보다 더 중요하게 여겨지는 가치가 될 것이니, 법학전문대학원의 설립과 더불어 많은 법률가가 법률시장으로 배출되게 될 상황에서 현실적으로 보다 시의적절한 대응책이 될 수도 있다고 보인다. 사서증서 인증의 업무는 공정증서의 작성에 비하여 현재 임명된 공증인들에 비해 상대적으로 실무경험이 적은 법률가라고 할지라도 수행할 수 있는 업무일 것이기 때문이다(권영준, "등기의 공신력과 등기원인증서의 공증연구", 2010년도 법무부연구용역 과제 보고서, 2010, p.65).

33) 대부분의 계약서를 중개사무소에서 작성하는 현실을 볼 때 부동산 중개인을 제쳐 놓고 계약서를 공증인 사무실에서 작성하도록 제도를 변경하는 것이 가능할지, 또한 공정증서를 작성하는 경우 제3자의 허락이나 동의를 요하는 법률행위인 경우 그 자의 허락이나 동의가 있음을 증명하는 서류를 제출하여야 하는데 공증단계에서 공증인이 이러한 허락 등을 심사케 할 필요가 있는지 등 현실성에 의문을 제기하기도 한다(안태근, 앞의 논문, p.12).

인한 물건변동을 범위로 하자는 견해는 등기 원인을 공증하게 되면 공증제도를 도입한 취지를 살릴 수 있을 것이고 등기의 신뢰성을 높여 부동산 거래 안전을 기할 수 있다고 한다. 이에 대해 부동산 소유권이전에 한정하자는 견해는 모든 물건변동에 대해 공증을 요구하는 것은 당사자에게 과도한 부담을 지우고 불필요한 낭비를 초래한다고 한다.

생각건대 등기의 진정성을 보장하고 부실 등기의 문제를 근본적으로 줄여나가기 위해서는 모든 물권의 득실변경에 대하여 공증을 의무화하는 것이 이상적일 것이다. 그러나 모든 법률행위에 의한 물건변동에 있어서 공증을 강제할 경우에는 현실적으로 단기간에 그 모든 부동산거래계약을 공증할 공증인의 확보가 용이하지 않다는 제약이 있다. 또한 현재 등기원인증서로 사용되고 있는 검인계약서제도를 등기원인증서의 공시제도로 전환함이 등기원인서면의 제도전환을 용이하게 할 수 있고, 부동산 거래의 진실성 확보는 대체로 부동산 매매를 중심으로 한 거래분야에서 더욱 요구되는 점을 고려할 때 공증의 범위는 계약을 원인으로 한 소유권이전에 한정하여 도입하고 차츰 다른 물건변동에도 확대할 수 있을지 여부를 검토해보는 것이 타당하다고 생각한다.

4. 공증의 담당기관

등기원인증서에 공증제도를 도입함에 있어서 가장 문제되는 것은 공증의 권한을 누구에게 부여할 것인가 하는 점이다.³⁴⁾ 이에 관해서는 공증인, 변호사, 법무사, 등기공무원,

행정공무원, 공인중개사 등이 거론되고 있다.

현행 공증인법³⁵⁾에 따르면 공증에 대한 수요에 비해 공증인의 자격이 너무 협소하여 국민들에게 불편을 초래하게 될 것이고 무분별하게 확대하면 공증서비스의 질이 낮아지는 문제가 존재하는 것이 현실이다.

1) 변호사

등기업무는 준수법적인 절차이므로 법률 전문가인 변호사에게 공증권한을 부여하자는 것이다. 그러나 우리나라의 경우 변호사의 수가 절대적으로 부족할 뿐 아니라 도시에 편중되어 있기 때문에 공증의 수요에 만족을 주기에는 미흡하고,³⁶⁾ 실제로 공증을 담당해도 공증업무를 부수적인 업무로 처리하여 국민들에게 소요되는 비용은 높아지는데 질 좋은 서비스를 받지 못하게 될 위험성이 있다는 비판이 있다.

2) 법무사

등기원인증서의 공증제도 도입에 따라 법무사에게 새롭게 공증인의 자격을 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 법무사로 하여금 공증을 담당하게 하는 것은 현재의 등기관행과 일치하고 전국적으로 고루 분포되어 있어서 공증인의 희소성으로 인한 문제를 해소할 수 있고, 등기신청인의 입장에서도 등기원인증서의 공증에 따른 불편을 없을 것으로 본다.³⁷⁾ 그러나 공증이 고도의 법률적 지식과 경험을 요구한다는 것에 비추어 법무사에게 공증제도 본래의 목적에 부합한 전문성을 기

34) 실제로 그동안 등기원인증서의 공증제도를 도입하기 위한 논의가 번번이 부결되었던 이유도 공증의 권한을 누구에게 부여하는지와 관련해서도 많은 의견충돌이 있었다는 점에서 이 문제를 쉽게 목과할 수는 없는 것이다.

35) 임명공증인 또는 인가공증인의 공증담당변호사는 10년 이상 경력을 가진 법조인이어야 한다(공증인법 제12조, 제15조의2 및 제15조의4).

36) 2010년 말 발표 기준으로 전국의 개업변호사는 9612명이다. 이 중 서울에 개업한 변호사는 6,830명, 전체의 71.1%를 차지하는 비중이다. 다음으로 경기·인천권이 1,016명(10.6%), 경상권 952명(9.9%), 충청권 365명(3.8%), 전라권 332명(3.5%), 강원도 81명(0.8%), 제주도 36명(0.4%)으로 집계됐다. 개업변호사 1인당 지역별 인구수는 서울 1,494명, 경기·인천권 13,994명, 경상권 13,726명, 충청권 13,833명, 전라권 15,666명, 강원권 18,088명, 제주도 15,629명이다(통계로 보는 대한민국 법조현황, 개업변호사·서울 과밀, 지역 쉐어링, 법률저널, 2010. 12. 24)

37) 임용보, "등기원인에 대한 공증제도의 도입방안", 사법연구자료, 법원행정처, 1996.12. 제23집, p.55.

대할 수 있을까하는 점, 현재 부실등기를 양산하고 있는 등기절차에 있어서 가장 중요한 역할을 한 것이 법무사인 점 등을 감안하면 그 공정성에 문제가 많다는 비판이 있다. 한편 대량의 변호사가 법률시장에 배출된다면 법무사에게 공증권한을 부여하자는 논의의 타당성이 감소될 우려도 있다.

3) 전문공증인

변호사 또는 법무사에게 공정증서 작성의 권한을 주는 것에 있어 문제점을 해결하기 위하여 주장되는 것이 전업공증인제도이다. 공증인은 공증업무를 수행함에 있어서 독립성을 유지하여야 하고, 공증신청 당사자와 이해관계를 갖지 않아야 한다. 그렇게 하여야 부동산소유권이전을 내용으로 한 계약의 진실성을 공정증서를 통하여 확보할 수 있다. 따라서 부동산 소유권이전을 내용으로 하는 계약의 공정증서를 작성하는 공증인은 공증업무만을 하는 전업공증인이 가장 적절하다는 견해이다.³⁸⁾ 전업공증인의 자격은 변호사와 법무사 중에서 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 부여되는 것으로 해야 할 것이다. 보다 전문성을 가진 변호사의 경우에는 당사자의 신청으로 전업공증인의 자격을 부여하고, 법무사의 경우에는 법률전문가로서의 자질을 향상시키기 위하여 기존의 법과대학 등과 연계하여 별도의 프로그램을 마련하고 이를 이수한 사람에게 전업공증인의 자격을 부여하는 방안을 고려해 볼 수도 있다.³⁹⁾

공증인은 당사자의 진술내용의 실제적 진실을 조사하고 확인한 후에 공정증서를 작성하여야 할 것이다. 따라서 공증인에게 실제적 진실 발견의무가 부과되어야 하며 계약내용에

대한 조사권한이 주어져야 한다.

4) 기타

그밖에도 등기관에게 공증권한을 부여하여 등기관의 실질적 심사권을 인정하자는 견해,⁴⁰⁾ 공인중개사는 타인의 의뢰에 의하여 일정한 수수료를 받고 부동산중개를 업으로 하는 자이므로 공증권한을 부여하자는 견해, 공증인의 부족현상을 감안하여 행정공무원 등에게도 그 권한을 부여하자는 견해 등이 있다.

5) 검토

공증인은 법률전문가이어야 한다는 자질의 측면에서 볼때 행정공무원이나 공인중개사는 제외되어야 할 것이고 법무사가 아닌 변호사만 공증을 하게 한다면 별도의 사회적 비용을 지출하여야 하고 등기절차가 지연되는 면이 감안되어야 할 것이고, 법무사만 공증을 하게 한다면 공증본래 목적에 부합하는 전문성을 기대하기 어려울 수 있다는 문제가 지적된다. 또한 등기관에게 공증을 맡긴다는 것은 등기소에 획기적인 지원을 하지 않는 한 현재로서는 불가능하다. 결국 공증을 누가 하느냐 하는 문제는 이론적인 것보다 정책적 결정이 있어야 할 것이다.

V. 자격대리인의 본인확인절차

1. 자격대리인의 본인확인강화 필요성

우리나라에서는 거의 대부분의 등기신청이 자격대리인에 의해 이루어지고 있으므로,

38) 김상용, 부동산거래 공증제도 연구, 법무부, 2004, p.72.

39) 김판기, "부동산등기원인증서제도의 개선에 관한 소고", 재산법연구, 한국재산법학회, 2008, 제24권 제3호, p.61.

40) 등기관이 1인당 처리하는 1일 부동산 등기 건수는 80여건을 상회한다. 따라서 현재 등기관의 업무량에 비추어 볼 때 공증업무까지 부담하게 하는 것은 비현실적일 것이라고 본다. 역시 이 문제와 관련해서도 등기공무원을 늘리자는 의견이 나올 것이나, 등기관은 공무원이기 때문에 합부로 숫자를 늘리는 문제에는 예산상의 어려움도 있을 뿐만 아니라, 법무사와 마찬가지로 변호사에 비해 법률전문가로서 자질이 떨어지는데 이들이 과연 공증업무를 담당할 자질이 되는가에 대한 동일한 비판에 직면할 수 있게 될 것이다.

자격대리인들의 등기당사자 본인확인절차가 등기의 진정성을 보장하는 데 있어 중요한 역할을 한다. 실제로 정당한 대리권을 수여받은 것처럼 가장하여 등기신청의 위임을 시도하던 중 자격대리인에 의해 발각되어 등기신청이 저지되는 사례가 종종 있어 왔다. 따라서 자격대리인의 본인확인절차는 등기신청 당사자들로부터 하여금 추가비용이나 등기절차의 지연없이도 등기원인증서 공증제 도입을 대체하는 효과를 기대할 수 있을 것이다.⁴¹⁾ 더욱이 원인증서 공증제를 도입하더라도 그 대상은 소유권이전을 목적으로 하는 등기에 한정하여야 할 것이므로 제한물권등기에 있어서는 이들 자격대리인들의 본인확인절차를 엄정히 하는 것이 필요하다.

그런데 우리 부동산등기법은 대리인들의 본인확인절차에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 등기의무자의 등기필정보가 없는 경우에 등기관이 확인이나 공증인의 공증을 대신하여 변호사나 법무사가 확인서면을 작성하도록 규정하고 있을 뿐이다.⁴²⁾ 실무상으로도 등기필정보가 없는 경우의 거의 모든 등기신청은 위와 같은 자격대리인에 의한 확인서면에 의하고 있으므로 그 부분에서는 이미 자격대리인이 사실상 사서증서의 공증과 같은 기능을 수행하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이와 같은 현실에도 불구하고 부동산등기법에서 본인확인절차에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않고, 또한 확인서면에 기재되

어야 할 구체적 내용에 관하여는 단지 등기에 규⁴³⁾로 규정하고 있다는 점은 문제가 아닐 수 없다.⁴⁴⁾

2. 자격대리인에 의한 본인확인절차 개선방안

현행 부동산등기법 하에서는 자격대리인에 의한 본인확인절차를 강화하고 구체화하는 것만으로도 부실등기의 방지에 상당한 역할을 할 것으로 여겨진다. 따라서 등기신청대리권이 인정되는 자격대리인은 단순히 수입인에 대한 대리인으로서의 지위뿐만 아니라 국가적인 공증업무인 등기업무의 일부를 담당하는 공적인 지위를 함께 지니고 있음을 명확히 하여 그에 따른 본인확인과 그 근거서류 보관에 대한 의무규정을 두어야 할 것이다. 즉 권리의 이전과 소멸을 목적으로 하는 중요한 등기와 등기의무자의 등기필정보가 없어 자격대리인의 확인서면으로 대체하는 경우에는 반드시 본인확인은 물론 등기당사자의 자필 등이 기재된 확인서류를 작성토록 한 다음 이를 일정 기간 보관토록 해야 할 것이다. 또한 이러한 의무규정을 법무사법 및 변호사법 등에 따를 것이 아니라 부동산등기법에 통일하여 규정함으로써 법무사와 변호사 모두 부동산등기법상의 동일한 절차에 따르도록 하는 것이 필요할 것이다.⁴⁵⁾

41) 안근태, 앞의 논문, p.128.

42) 등기관리자와 등기의무자가 공동으로 권리에 관한 등기를 신청하는 경우 등기의무자의 등기필정보가 없는 경우에는 첫째, 등기의무자가 등기소에 출석하여 등기관으로부터 등기의무자임을 확인받거나 둘째, 변호사나 법무사인 등기신청인의 대리인이 등기의무자로부터 위임받았음을 확인한 경우 셋째, 신청서 중 등기의무자의 작성부분에 관하여 공증인의 공증을 받아 등기를 신청하도록 규정하고 있다(부동산등기법 제50조 제2항, 제51조).

43) 변호사나 법무사가 작성한 확인서면으로 등기신청을 하는 경우 확인서면에 위촉인의 신체적 특징을 기재하도록 하고 있다(대법원 등기에규 제754호).

44) 자격대리인의 본인확인절차와 관련하여 법무사법 제25조는 “법무사가 사건을 위임받으면 주민등록증, 인감증명서 등 법령에 따라 작성된 증명서의 제출이나 제시, 그 밖에 이에 준하는 확실한 방법으로 위임인이 본인이거나 그 대리인임을 확인하여야 하고, 그 확인방법과 내용 등을 사건부에 적어야 한다”고 규정하고 있으나, 확인절차 이행한 후 관련서류 보관의무 등에 대해서는 아무런 규정이 없어 비판을 받고 있다(안태근 앞의 논문, p.128). 또한 변호사법은 본인확인에 관한 규정이 전혀 없다.

45) 홍동기, “부동산 부실등기의 방지와 신뢰보호에 관한 연구”, 경성대학교 박사학위논문, 2013, pp.112~120.

VI. 결 론

부동산등기원인을 공증하는 제도를 도입하려는 시도는 전에도 추진되었으나 그 당시 공증수수료가 국민들에게 새로운 부담을 줄 것이라는 저항에 부딪혀 제도의 도입이 무산되었다. 그러나 공정증서에 의한 방법을 채택하게 되면 당사자의 경솔한 계약체결을 방지하고 법률전문가의 조력을 받을 기회를 갖게 되어 분쟁을 사전에 예방하고 등기의 진정성을 보다 잘 확보할 수 있게 될 것이다. 따라서 우리나라도 공정증서의 방식에 의한 공증제도를 도입할 필요성이 있다.⁴⁶⁾ 다만 그동안의 부동산시장의 거래관행과 현실적인 여건을 감안하여 국민들이 부담하게 될 경제적·사회적 비용을 최소화할 수 있는 방향으로 단계적 도입이 바람직하다고 본다. 즉 공증제도를 도입하는 것과 도입하지 않는 것의 사회적 비용과 사회적 편익의 법경제학적 효과를 비교·검토하여 국민들이 부동산거래를 할 때 거래당사자가 부담하는 공증수수료가 효과에 비하여 기꺼이 부담할 수 있는 정도의 균형점을 찾아 이 제도를 도입하여야 할 것이다.

공증제도의 효율적인 도입을 위해서는 일정한 전제조건이 충족되어야 할 것이다.

첫째, 현재와 같은 수준의 공증수수료는 재조정이 필요할 것이다. 공증수수료는 부동산의 거래규모와 가액, 국민의 소득수준, 공

증인의 적정한 수입보장 등을 염두에 두고 책정되어야 하고, 정기적으로 재검토가 필요할 것이다.⁴⁷⁾

둘째, 공증인에 대한 접근성을 강화시키기 위하여 공증인의 숫자를 늘이는 한편 지역 불균형문제를 해결해야 할 것이다.⁴⁸⁾ 또한 정보통신기술의 발달을 최대한 활용할 수 있는 공증제도의 발전이 필요하다.

셋째, 공증의 범위와 관련하여서는 검인제도를 공증제도로 전환한다는 측면에서 계약에 의한 부동산소유권이전의 경우에만 공증을 요구하는 것이 적절할 것이다.⁴⁹⁾

이 밖에도 공증제도를 지원할 수 있는 수단이 함께 강구할 필요가 있다. 예컨대 에스 크로 제도의 확립, 부동산과세제도의 조정 등의 조치가 필요하다. 이러한 지원수단이 확립되면 공정증서에 의한 공증제도는 부동산거래 내용의 진실성을 보다 더 확실하게 담보할 수 있게 된다.

한편 등기원인증서의 공증제도를 도입하더라도 이는 부동산소유권이전을 내용으로 하는 원인증서에 한정되어야 할 것이므로 제한물권의 설정, 이전 및 말소등기에 있어서는 대리인들의 등기의무자 본인확인절차를 엄정하게 실행하여야 할 것이다. 따라서 부동산등기법상 본인확인에 대한 의무규정을 보다 구체적으로 마련하여야 할 것이다.

46) 대부분의 나라는 등기원인증서의 공증방법으로 공정증서에 의한 방법을 채택하고 있다. 독일과 스위스의 제도에서는 비록 공증방법은 서로 다르지만 모든 법률행위로 인한 물권변동에서 등기원인증서의 공증을 요구하고 있다.

47) 인하되어야 할 공증수수료의 규모는 현행 공증수수료의 약 7%수준까지 되어야 할 것이다(법무부, "부동산 등기원인행위의 공증제도 의무화로 인한 사회적 비용과 편익에 관한 법경제학적 분석연구", 연구보고서, 2011. pp.163~165 참조).

48) 변호사 수의 증가는 공증인 수의 증가와 직결되며, 지방소계의 법학전문대학원을 졸업한 변호사들이 그 지역에 자리 잡을 경우 공증인의 지역불균형 문제도 상당 부분 해소될 것이다.

49) 공증의 범위와 관련하여 구체적으로 일정금액 이상의 부동산거래에 제한적으로 도입하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 예를 들어 10억원 이상의 부동산에 대한 소유권이전등기 사건에 대하여 우선적으로 공증을 실시해 본 후 반응을 살펴 그 적용범위를 확대 혹은 축소를 검토해볼 수 있다.

參考文獻

- 권영준, “등기의 공신력과 등기원인증서의 공증연구”, 2010년도 법무부 연구용역과제보고서, 2010.
- 권용우, “등기원인증서의 공증—부실등기방지를 위한 입법방안—”, 민사법학, 한국사법행정학회, 2000, 제18호.
- 김갑열, “부동산 정책목표의 합리성 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2013, 제52집.
- 김상영, “등기원인증서의 공증제도 도입에 관하여”, 대한공증협회지, 대한공증협회, 2009, 제2호.
- 김상용, “부동산거래의 공증과 부동산등기의 공신력 연구”, 법원사, 2008.
- _____, “부동산거래 공증제도 연구”, 법무부, 2004.
- _____, “부동산등기의 공신력”, 토지법학, 한국토지법학회, 2003.12, 제19권.
- _____, “부동산등기제도의 개선에 관한 연구”, 경성대학교 박사학위논문, 1997.
- 김종호&정재호, “이명박정부의 부동산시장과 정책 평가”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2012, 제50집.
- 김관기, “부동산등기원인증서의 개선에 관한 연구”, 재산법연구, 한국재산법학회, 2008, 제24권 제3호.
- 안태근, “등기원인증서의 공증과 등기의 공신력”, 법무사, 대한법무사협회, 2005, 제462호.
- 이동찬, “부동산 권리분석에 관한 이론적 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2013, 제52집.
- 이상신, “주택을 중심으로 한 현 정부의 부동산정책 평가와 차기 정부의 과제”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2013, 제51집.
- 이영준, 물권법, 박영사, 2004.
- 임용모, “등기원인에 대한 공증제도의 도입방안, 사법연구자료, 법원행정처, 1996, 제23집.
- 최명구, “온라인을 이용한 부동산등기신청과 등기관 주의의무, 비교사법, 비교사법학회, 2007, 제14권 제3호.
- 한기찬, “공증업무 확대방안”, 저스티스, 한국법학원, 2010.12 통권 제121호.
- 한정희, “부동산 등기등록 일원화의 일본사례 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2012, 제49집.
- _____, “부동산행정정보 일원화의 비용편익 추정연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2013, 제52집.
- 허성욱, “부동산등기원행위의 공증제도 의무화로 인한 사회적 비용과 편익에 관한 법경제학적 분석연구, 2011년도 법무부 연구용역과제보고서, 2011.
- 홍동기, “부동산 부실등기의 방지와 신뢰자보호에 관한 연구”, 경성대학교 박사학위논문, 2013.
- 홍성재, “등기원인증서의 공증제도 도입”, 법과 정책연구, 동광출판사, 2006.6, 제6집 제1호.
- Jean-Claude Groslière, *La Vente d'immeubles*, Paris, Dalloz, 1996.
- Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15. Aufl., München: C. h. Beck, 1990.
- 山野日章夫, “不動産登記制度現況と課題”, 登記情報, 金融財政事情研究會, 2007, 第5423号.
- 인터넷 법률신문 <http://www.lawtimes.co.kr>