

부동산등기의 공신력 부여방안에 관한 고찰

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

조재영*
Cho, Jae Young

目次

- | | |
|----------------------|----------------------|
| I. 서론 | III. 등기관에 실질적 심사권 도입 |
| 1. 연구배경 및 목적 | 1. 실질적 심사권과 공신력과의 관계 |
| 2. 연구범위 및 방법 | 2. 주요 국가의 심사제도 |
| II. 등기원인증서의 공증제도 도입 | 3. 소 결 |
| 1. 공증제도와 공신력과의 관계 | VI. 결론 |
| 2. 주요 국가의 공증제도 | <abstract> |
| 3. 등기원인증서의 공증제도 도입방안 | <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 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.

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

▷ 접수일(2016년 5월 11일), 수정일(1차: 2016년 5월 20일), 게재확정일(2016년 5월 20일)

(3) RESEARCH RESULTS

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 assume. Given all these, it may be possible to complement through the strengthening 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

국문초록

그동안 우리나라는 부동산등기의 공신력을 인정한다는 명문의 규정을 두지 않았고, 학설과 판례도 이를 인정하지 않았다. 그러나 부동산거래의 대폭적인 증가와 다양한 부동산금융상품의 등장, 정보처리 및 통신기술의 발달 등은 부동산등기의 공신력인정에 관한 필요성을 대두시켰다. 오늘날 부동산등기에 대한 공신력의 인정은 거래의 안전은 물론이고, 부동산금융의 활성화 또는 부동산규범의 국제화를 위해 갖추어야 할 필수적 요건이 되어가고 있다. 부동산등기의 온라인신청과 부동산거래의 국제화 등의 현실을 고려할 때 이제는 부동산등기의 공신력을 인정하여 부동산거래의 안전을 도모하고, 선의의 피해자를 방지하는 것이 바람직한 정책방향이라 할 수 있다. 등기에 공신력을 부여하기 위해서는 무엇보다 우선 등기원인증서의 공증이 필요하다. 부동산등기의 공신력 인정은 등기원인증서의 공증제도의 도입과 함께 추진되어 입법으로 명문화한다면 거래안전이라는 동적안전과 진정한 권리자보호라는 정적안전 모두를 보호할 수 있는 합리적 부여방안이 될 것이다.

핵심어 : 부동산등기, 등기공신력, 등기원인증, 부실등기, 등기심사권

I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

지난 4월 5일 대법원은 부동산등기에 공신력을 부여하는 방안을 검토하겠다고 밝혔다. 등기의 공신력이 인정되면 1960년 부동산등기 제도 도입 이후 58년만에 대대적인 변화가 예상된다.

그동안 우리나라는 부동산등기의 공신력을 인정한다는 명문의 규정을 두지 않았고, 학설과 판례도 이를 인정하지 않았다. 그러나 부동산거래의 대폭적인 증가¹⁾와 다양한 부동산 금융상품의 등장, 정보처리 및 통신기술의 발달 등은 부동산등기의 공신력인정에 관한 필요성을 대두시켰다.

오늘날 부동산등기에 대한 공신력의 인정은 거래의 안전은 물론이고, 부동산금융의 활성화 또는 부동산규범의 국제화를 위해 갖추어야 할 필수적 요건이 되어가고 있다. 비교법적으로도 독일, 스위스 그리고 토렌스시스템 하에서 모두가 공신의 원칙을 인정하고 있다.

부동산 등기의 공신력을 인정하기 위해서는 우선 진정한 권리자의 희생을 감수하면서까지 부동산거래의 상대방을 보호할 사회적·경제적 필요성이 있어야 한다. 또한 진실한 권리관계와 등기가 서로 일치되지 않는 부실등기를 방지하기 위한 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다. 이를 위해 논의되는 것이 등기원인증서의 공증제도와 등기관의 실질적 심사권 등과 같은 사전적 조치와 공신력을 인정함으로써 권리를 잃은

진정한 권리자에 대한 국가배상책임, 권원보험과 같은 사후조치 등이다. 따라서 부동산등기의 공신력을 인정하기 위해서는 부실등기 방지를 위한 여러 가지 방안을 강구한 후에 공신력을 인정하는 것이 합리적일 것이라 판단된다.²⁾

우리나라는 등기를 물권변동의 성립요건으로 하고, 공적 장부로서 등기부를 마련하여 국가가 관리하고 있는 이상 등기부에 공신력을 인정하는 것이 이상적이다. 이러한 관점에서 본 논문은 등기에 공신력을 인정하는 전제조건인 등기원인증서의 공증제도와 등기관의 실질적 심사권을 실제로 도입할 경우 예상되는 현실적 문제점을 살펴보고 등기의 공신력인정을 위한 합리적인 부여방법을 모색해보고자 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

부동산등기의 공신력인정을 위해서는 우선적으로 진실한 권리관계가 등기부에 기록되도록 하는 안정된 시스템이 마련되어야 할 것이다. 이를 위해서는 등기원인증서의 공증제도의 적극적 도입검토가 필요하며, 또한 등기관의 실질적 심사권도 함께 고려해 볼 필요가 있다고 생각된다.

대법원은 부동산등기의 공신력부여와 관련하여 다각적인 법제도 개선도 추진할 계획이라 밝혔다. 즉 등기관의 기입 오류를 방지하기 위해 복잡한 정도에 따라 사건을 분류하는 지능형 업무처리 시스템을 도입함으로써 등기관이 충분히 심사하도록 지원하고, 부동산거래의 안전확보를 위해 부동산거래 통합지원시스템³⁾을 시행할 예

1) 부동산 등기는 2014년 1천127만6천386건으로 1997년 735만2천569건에 비해 400만여 건 이상 증가하고 있다.

2) 부실등기를 사전에 방지하려는 노력에도 불구하고 현실적으로 부실등기가 발생하는 것을 완전히 배제하기란 불가능하다는 문제가 있다. 이 경우에 있어서도 등기를 신뢰한 자를 보호하는 제도적 장치가 필요하다. 여기서 부실등기를 신뢰한 자를 보호하는 제도로서 주로 논의되는 것이 등기의 공신력이라는 주장도 있다(안태근, "등기원인증서의 공증과 등기의 공신력", 법무사, 대한법무사협회, 2005, 제462호, p.8).

3) 대법원 법원행정처는 부동산 안전거래 통합지원 시스템(일명 등기선진화)을 2018년부터 순차적으로 시행한다고 밝혔다. 등기선진화는 권리종합정보제공, 등기전 거래보호, 부동산전자계약 활성화, 원인증서-등기연계 등이 주된 내용이다. 종전에는 부동산 거래에 앞서 등기부등본을 발급해 해당 부동산이 누구 소유인지, 은행이 근저당권을 설정했는지, 채권최고액이 얼마인지 등을 확인했다. 그 밖에도 토지, 건축물대장정보, 확정일자, 체납정보 등 최소 8가지 이상 정보를 알기 위해 별도의 절차를 거쳐야 했지만 내년부터는 산재된 정보를 등기 한 장(권리종합정보)으로 종합적으로 확인할 수 있다. 또한 이르면 2018년부터 등기 이전의 거래 과정을 보호하기 위한 등기전 권리보호방안도 시행될 예정이다. 그동안 부동산 거래 계약을 체결한 뒤 잔금을 지급하고 등기를 마치기까지 통상 2개월간 법적 효력의

정이라고 한다. 그러나 등기의 공신력을 부여하기 위한 방안으로서 이러한 시스템은 현재 연구 중에 있으므로 본 논문의 연구범위에서는 제외하고 추후 확정된 시행방안이 나온 뒤에 다시 검토를 하기로 한다.

등기원인증서의 공증 및 등기관에 실질적 심사권에 대해서는 기존 문헌을 참고하였으며, 다른 나라의 법제를 수용하는 것은 우리의 시행착오를 줄일 수 있는 장점이 있는 만큼 외국의 입법례를 통한 비교법적 검토를 통해 그 내용과 절차상의 차이점을 고찰하고자 하였다.

II. 등기원인증서의 공증제도 도입

1. 공증제도와 공신력과의 관계

등기의 공신력을 인정하자는 견해는 두 가지로 나뉜다. 공신력을 인정하기 위해서는 진정한 권리자를 보호하기 위한 일정한 제도적 장치가 전제되어야 한다는 견해⁴⁾와 전제조건 성취 여부와 상관없이 우리 민법은 부동산물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하고 있으므로 아무런 조건없이 법률로써 공신력을 인정하면 된다는 견해⁵⁾가 있다.

공신력을 인정하기 위해서 전제조건을 요구하는 견해는 사전적으로 등기관에게 실질적 심사권의 인정과 등기원인증서의 공증⁶⁾을, 사후적으로는 진정한 권리자를 보호하기 위한 제도

로서 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 도모 하자는 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 실제관계를 일치시키기 위한 노력을 할 것이기 때문에 오히려 부실등기가 적어질 것이라고 한다.

2. 주요국가의 공증제도

1) 독일

독일은 성립요건주의를 취하면서, 물권행위의 독자성(Trennungsprinzip) 및 등기의 공신력을 인정하는 대표적인 나라이다. 소유권이전합의(Auflassung)는 부동산등기법(Grundbuchordnung:GBO) 제20조 및 제29조가 정한 등기절차에 따라 등기소에서 공정증서에 의한 증명을 필하도록 하고 있다.⁷⁾ 또한 채권계약도 물권적 합의와 마찬가지로 공

공백이 생겨 이중매매, 사기 등의 피해가 발생할 가능성이 있었다. 이에 대법원은 계약을 체결한 직후부터 등기부등본을 통해 조망간 해당 부동산의 주인이 바뀔 것이라는 정보를 제공할 수 있도록 보다 효율적인 방법을 마련하고 있다. 또한 집주인과 구매자가 공인중개사 사무소에서 만나서 종이계약서에 서명하는 번거로움도 덜게 된다. 부동산 전자계약을 활성화해 앞으로는 언제 어디서나 태블릿PC와 휴대전화로 계약을 체결하고, 곧바로 거래신고와 세금납부, 소유권이전까지 마칠 수 있게 된다(매일경제, "복잡한 부동산등기 내년부터 한 장으로 끝", 매일경제신문, 2016. 5. 2).

4) 김상용, "부동산등기의 공신력", 토지법학, 한국토지법학회, 2003. 12. 제19권, pp.224~234.

5) 강태원, "부동산등기의 공신력에 관한 일고찰", 연세법학연구, 연세대학교 연세법학연구회, 1990, 창간호, p.355.

6) 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 적법여부만은 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(홍성재, "등기원인증서의 공증제도 도입", 법과 정책연구, 동광출판사, 2006. 6. 제6집 제1호, p.191).

정증서로 이루어지도록 규정되어 있다.⁸⁾ 결과적으로 부동산 소유권 이전에 관하여는 채권행위와 물권적 합의 모두 공정증서의 작성이 필요하다.

독일은 공정증서의 작성이건 사서증서 인 증방식이건 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,⁹⁾ 공증인은 법률에 규정되는 바에 따라 전업공증인(Nur-Notar), 변호사겸업공증인(Anwaltsnotar), 공무원공증인(Beamten-notar)의 세 종류로 구별된다¹⁰⁾(연방공증인법 제1조). 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.

2) 프랑스

프랑스 민법은 물권변동에 관하여 의사주의

를 취하여 소유권은 채권의 효력에 의하여 취득되고 이전되므로, 물권변동에 있어 별도로 물권행위라는 개념이 필요하지 않다.¹¹⁾ 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.

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 부담한다. 공증인에 의해 서면이 제출되면 등기소는 거래 이해관계인에게 통지한다. 거래 이해당사자는 등기가 되기 전에 이의를 제기할 수 있다. 이러한 절차가 끝나면 최종매매계약서에 서명하게 되는 데,¹²⁾ 이것을 공정증서라 하고, 법정에서 다룰 수 없다. 매매계약이 공정증서로 작성된 후 소유권이 전청구권행사가 가능하며, 매매대금은 일반적으로 매수인이 수표로 발행하여 이를 공증인에게 교부하는 방법으로 지급한다.¹³⁾

- 7) 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.
- 8) 독일 민법 제925조 1항에서 부동산소유이전합의의 의사표시는 공증된 채권계약서가 공증인의 면전에서 제시되거나 채권계약의 공증이 동시에 행해지는 경우에만 Auflassung이 성립될 수 있다고 규정하고 있다.
- 9) 1969년 공증인법이 제정된 후에는 공증인만이 증서작성권이 인정되고 있다(Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15. Aufl., München: C. h. Beck, 1990, S.141).
- 10) 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 변호사자격 취득한 이후에 최소한의 3년간의 실무수습의 경험을 필요로 한다. 또한 변호사 겸업공증인은 조금 더 긴 5년의 변호사 실무경험을 요구하고 있고, 또한 취임예정지역에서 의 3년의 실무경험을 이증으로 요구하고 있다.
- 11) 물권에 대한 소유권은 상속, 증여, 유증 및 채권의 효과로서 취득, 이전된다(프랑스민법 제711조)
- 12) 한국법제연구원, "프랑스 공증인제도와 관련 법률", 최근외국법제정보 2008-07 pp.62~69 참조.
- 13) 임명된 공증인들은 매매대금의 지급과 관련하여 에스스로 에이전트로 활동하기도 한다(Jean-Claude Groslière, *La Vente*

프랑스에서는 판결, 정부로부터의 매수, 경매에 의한 경우를 제외하고는 공정증서없이 부동산거래는 이루어질 수 없다.

프랑스의 공증인은 전부 전업공증인이다. 전업공증인이 되기 위해서는 「공증인직 양성 및 공증인의 업무개시 요건에 관한 명령」 제3조에서 규정한 자격요건을 갖추어야 한다.¹⁴⁾ 법무부 장관은 이러한 요건을 갖춘 자들 중에서 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.

3) 미국

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 공시제도로서 레코딩 시스템(Recording System)과 토렌스 시스템(Torrens System)이 있다.¹⁵⁾

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 합의 문서라고 할 수 있는데, 독일의 Auflassung에 해당된다.¹⁶⁾ 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 평가되지도 않는다.

토렌스시스템(Torrens System)은 남호주에서 처음으로 채용되어 현재에는 영·미의 여러 나라에서 시행되고 있다. 이 제도는 부동산 물권변동의 효력발생요건으로 하고 등기관에게 실질적 심사권을 주고 있으며 등기에 공신력이 부여되고 있다. 그리고 부동산에 대하여 처음으로 등기하려면 부동산에 대한 권원조사를 한 후에 그 권리상태를 기재한 지권2통을 작성하여 1통은 소유자에게 다른 1통은 등기부로 한다. 이러한 절차를 거쳐 등기가 행해지면 권원이 창설되고 법원은 등기된 소유자에게 권원증서를 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.¹⁷⁾ 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 있

d'immeubles, Paris, Dalloz, 1996, pp.106~108).

14) 독일과 달리 반드시 변호사 자격을 요구하지는 않는다. 다만 법학석사 학위 또는 공증업무에 필요한 학위를 취득하고 공증인직업수센터(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.

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

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

17) 전미통일주법위원회(NCCUSL)와 전미공증인협회(NNA)가 두 축이 되어통일된 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.

게 되는 경우가 발생한다.

4) 일본

일본의 민법은 등기에 대하여 공동신청주의를 취하며, 인감증명의 제출이 요구되고, 부동산권리관계에 관한 등기관이 형식적 심사권만을 가진다는 점에서 우리나라의 민법과 유사하다.¹⁸⁾ 권리에 관한 등기를 신청하는 경우에는 법령에 별도로 정하고 있는 경우를 제외하고는 반드시 등기원인증명정보를 제공하도록 하고 있다(일본 부동산등기법 제61조).¹⁹⁾ 이러한 등기원인증명정보의 필요적 제공에 관한 규정은 증거가 공시되어지는 프랑스제도의 방향성을 채용한 것이다.

일본의 공증인은 법무대신에 의하여 임명된다(공증인법 제11조). 공증인이 없는 지역에서는 법무국 또는 지방법무국에 근무하는 법무사무원이 공증사무를 대행하고 있다. 공증인으로 자격을 갖춘 자는 주로 재판관, 검찰관, 법무국장, 장기간 법률실무에 종사하여 상당한 경력을 갖춘 변호사들을 의미한다. 한편 사법서사에게 등기원인증명정보의 작성권한과 인증권한을 부여하여 등기원인증명정보와 본인확인정보의 일체화를 강구하자는 주장이 제기되기도 하였다.²⁰⁾

3. 등기원인증서의 공증제도 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.²¹⁾ 실제로 부동산등기법 제48조, 제52조 등의 규정에서도 매매, 교환 등 원인행위를 등기원인으로 보고 있으며, 채권계약으로서의 매매가 성립하였음을 증명할 뿐이고, 그 효과로서 발생한 채무가 그대로 이행될 것인가의 여부는 불확실한 상태에 있는 것이므로 물권행위를 등기원인증서로 하기에는 적합하지 않다고 본다. 또한 물권행위가 아닌 계약체결 단계에서부터 공증인이 관여하여 매매당사자들에게 법률전문가의 조력을 받을 기회를 제공함으로써 경솔한 계약 체결을 방지할 수 있다는 것 등으로 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 매매계

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

19) 일본의 부동산등기법 개정시 등기원인증서 대신에 신청서부분을 첨부하도록 하였던 규정을 폐지하였다(山野日章夫, "不動産登記制度現況と課題", 登記情報, 金融財政事情研究会, 2007, 第5423号, p.7 참조).

20) 일본사법서사연합회에서는 사법서사에게 부동산등기법 규정에 근거해 등기원인증명정보의 인증권한을 부여하면 당사자의 서명날인에 의한 형식적 증거력에 사법서사가 공적인 증인이 되어 당사자의 서명날인을 확인함으로써 실질적 증거력을 부여할 수 있다고 하였다(宗守活, "登記制度と司法書士の浮來像", 司法書士, 日本司法書士會聯合會, 2006.3, No409, pp.33~34 참조)

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

약서를 공증하는 경우에 비해 그 안전성은 현저히 높다고 주장하는 견해이다.²²⁾

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 하였다라는 증서를 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.²³⁾ 사서증서의 인증은 부동산거래의 양 당사자에 의하여 작성된 문서에 단지 공증인이 서명만을 확인하는 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.²⁴⁾

(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, 목격사실, 실제

22) 이영준, 물권법, 박영사, 2004, p.170.

23) 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.

24) 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 공증 연구, 2010년도 법무부연구용역 과제 보고서, 2010, p.65).

로 경험한 사실 및 방법을 증서에 기재하고 서명 날일하는 방식을 따라야 할 것이다(공증인법 제 34조, 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 공증인이 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 공증인이 보다 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.²⁵⁾ 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 공증

서면으로 전환 함에 있어서 광범위한 부동산거래 중 어느 범위까지로 할 것인가에 대해서 견해의 대립이 있다. 먼저 모든 법률행위로 인한 물권변동을 범위로 하자는 견해는 등기원인을 공증하게 되면 공증제도를 도입한 취지를 살릴 수 있을 것이고 등기의 신뢰성을 높여 부동산거래 안전을 기할 수 있다고 한다. 이에 대해 부동산 소유권이전에 한정하자는 견해는 모든 물권변동에 대해 공증을 요구하는 것은 당사자에게 과도한 부담을 지우고 불필요한 낭비를 초래한다고 한다.

생각건대 등기의 진정성을 보장하고 부실등기의 문제를 근본적으로 줄여나가기 위해서는 모든 물권의 득실변경에 대하여 공증을 의무화하는 것이 이상적일 것이다. 그러나 모든 법률행위에 의한 물권변동에 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 등기원인증서의 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 물권변동에도 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.²⁶⁾ 이에 관해서는 공증인, 변호사, 법무사, 등기공무원, 행정공무

25) 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 심사할 필요가 있는지 등 현실성에 의문을 제기하기도 한다(안태근, 앞의 논문, p.12).

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

원, 공인중개사 등이 거론되고 있다.

현행 공증인법²⁷⁾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 법률전문가인 변호사에게 공증권한을 부여하자는 것이다. 그러나 우리나라의 경우 변호사의 수가 절대적으로 부족할 뿐 아니라 도시에 편중되어 있기 때문에 공증의 수요에 만족을 주기에는 미흡하고,²⁸⁾ 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 입장에서 등기원인증서의 공증에 따른 불편을 없을 것으로 본다.²⁹⁾ 그러나 공증이 고도의 법률적 지식과 경험을 요구한다는 것에 비추어 법무사에게 공증제도 본래의 목적에 부합한 전문성을 기대할 수 있을까하는 점, 현재 부실 등기를 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.³⁰⁾ 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.³¹⁾

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

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

28) 2010년 말 발표 기준으로 전국의 개업변호사는 9612명이다. 이 중 서울에 개업한 변호사는 6,830명, 전체의 71.1%를 차지하는 비중이다. 다음으로 경기·인천권인 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 쏠림", 법률저널, 2010. 12. 24. <http://lec.co.kr>)

29) 임용모, "등기원인에 대한 공증제도의 도입방안, 사법연구자료, 법원행정처, 1996.12, 제23집, p.55.

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

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

(4) 기타

그밖에도 등기관에게 공증권한을 부여하여 등기관의 실질적 심사권을 인정하자는 견해,³²⁾ 공인증개사는 타인의 의뢰에 의하여 일정한 수수료 받고 부동산중개를 업으로 하는 자이므로 공증권한을 부여하자는 견해, 공증인의 부족 현상을 감안하여 행정공무원 등에게도 그 권한을 부여하자는 견해 등이 있다.

(5) 검토

공증인은 법률전문가이어야 한다는 자질의 측면에서 볼때 행정공무원이나 공인증개사는 제외되어야 할 것이고 법무사가 아닌 변호사만 공증을 하게 한다면 별도의 사회적 비용을 지출하여야 하고 등기절차가 지연되는 면이 감안되어야 할 것이고, 법무사만 공증을 하게 한다면 공증 본래 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 하는가 하는 문제는 이론적인 것보다 정책적 결정이 있어야 할 것이다.

등기신청이 온라인을 통해 가능하게 되었다. 이에 따라 등기관의 등기심사권의 범위와 방법은 간편하게 되었지만, 그 중요성은 더욱 커졌다고 할 수 있다. 등기관의 등기심사권은 등기공신력을 인정하기 위한 전제가 된다. 등기관의 심사권은 심사범위에 따라 형식적 심사주의와 실질적 심사주의로 나뉜다. 형식적 심사주의는 등기절차상의 적법성 여부만을 심사하는 것이고, 실질적 심사주의는 절차상의 적법성 이외에 등기신청의 실질적 이유 내지 원인의 존부와 효력까지도 심사케 하는 입법주의를 말한다.

현행 부동산등기법은 등기관의 등기심사권에 관하여 형식적 심사권만을 인정하고 있다.³³⁾ 따라서 허위의 등기원인증명정보를 원인으로 한 등기를 신청하거나 등기의무자의 인감증명서, 등기필정보 등의 위조에 의한 등기신청을 할 경우 이를 확인하는 것은 거의 불가능한 실정이다. 이와 같은 등기관의 형식적 심사권은 부실등기가 성립하는 것을 방지하기 어려울 뿐만 아니라 공신력 인정의 장애가 되고 있다.³⁴⁾ 이하에서는 등기관의 심사권에 관한 외국의 입법례를 살펴보고 우리 부동산등기법상 실질적 심사권의 도입여부에 관하여 검토하고자 한다.

2. 주요 국가의 등기심사권

1) 독일

독일에서의 부동산거래과정은 채권행위, 물권행위와 부동산소유권 이전의 합(Auflassung), 그리고 등기(Eintragung)의 3단계로 진행된다. 채권행위와 부동산물권의 합

Ⅲ. 등기관의 실질적 심사권 도입

1. 실질적 심사권과 공신력과의 관계

우리나라 부동산등기부는 2002년 전산화가 완료된 이후, 2006년 6월 1일부터는 부동산

32) 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 것이다. 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.

33) 법무부는 2009년 부동산등기법 전부개정안을 통해 구분건물의 표시에 관한 등기관의 실질적 심사권을 폐지하였다. 이로써 구분건물인지의 여부에 대한 판단은 등기관이 아닌 건축물대장 소관청에서 담당하게 되었다. 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; 대판 2008.10.9 선고, 2007다87979 참조).

34) 김상목, “부동산등기제도의 문제점과 개선방안”, 법학연구, 한국법학회, 2007. 5, 제26집, p126.

의는 특별한 방식을 요하지 않지만 부동산소유권 이전의 합의는 양당사자가 동시에 공증인의 면전에서 하여야 하는 방식이 강제된다. 부동산소유권 이전의 합의는 공정증서에 의한 공증서면으로 입증함이 일반적이다.³⁵⁾

독일의 등기소는 구법원(Amtsgericht)이며, 구법원판사(Amtsrichter)의 등기업무는 사법관인 등기관(Rechtspfleger)에게 등기업무가 위임되어 있다.³⁶⁾ 등기업무처리는 일반행정직원이 접수·기입한 후, 신청서를 등기관에게 보내면 등기관이 신청서와 컴퓨터 화면상의 등기부를 대조하고 법률적 사항을 검토한 후 이상이 없으면 전자서명으로 절차가 완료된다.³⁷⁾

등기부에 기재된 권리관계는 진실에 부합되는 것으로 추정되며 공신력이 인정된다(독일민법 제892조,³⁸⁾ 제893조³⁹⁾). 이는 등기에 대한 실질적 심사를 통해 거래의 안전을 보호하기 위한 것이다. 등기관은 등기신청서류가 관련 법규정에 부합하는 지에 대한 형식적인 적법성 심사권한은 있으나 등기신청서류에 대한 실질적 심사권한은 없다. 그러나 실제로는 등기원인증서를 공증인이 작성하여 제출하므로 실무상으로는 공증인이 등기원인에 대하여 실질적 심사를 하고 있다. 결국 등기관은 부동산소유권 이전의 합의가 법규정에 맞게 공증되었는지에 관한 적법성 심사만을 하는 것이다. 다만 독일 판례는 등기

신청서류만으로 등기가 정당하지 못하게 될 것이라는 것이 쉽게 확인되지 아니한 때에는 등기관은 등기신청서류를 심사할 의무가 있다고 판결하고 있다. 그리고 등기관은 물권적 합의에 흠결이 있음을 적극적으로 안 때에는 등기를 거절하도록 하고 있다.⁴⁰⁾

2) 프랑스

프랑스의 부동산물권 공시방법에는 공시(publicité)와 등기(inscription)의 두 가지 있다. 공시는 일반적인 부동산물권의 공시방법을 의미하며, 등기는 저당권 및 우선특권의 공시방법을 말한다. 부동산물권만을 등기할 수 있는 것이 아니라 존속기간이 12년 이상인 부동산임차권도 등기할 수 있도록 하였다.⁴¹⁾ 공시나 등기를 담당하는 기관은 재무국 국세국이며, 각 지방국세국장의 감독하에 있는 저당권보존소가 실제 사무를 담당한다.

부동산물권의 공시는 계약서의 공증과 등록이라는 절차를 반드시 거쳐야 가능하고,⁴²⁾ 공시 절차는 저당권보존 공무원이 담당하고 저당권보존 공무원은 각기 담당구역이 있고 또한 소정의 공부를 비치해야 한다.

프랑스의 부동산등기부는 부동산물권 그 자체를 등기부에 등기하는 즉 부동산거래서면을 공정증서로 작성하고 그 서면을 연대순으로 비

35) 김상용, 부동산거래의 공증과 부동산등기의 공신력 연구, 법원사, 2008, pp.64~68.

36) 김상용, 앞의 책, p.74.

37) 법원공무원교육원, 2006년 외국사법제도과정 결과보고, 2006, 12, 15.(http://edu.scourt.go.kr)

38) 독일민법 제892조(부동산등기부의 공신력) ① 부동산등기부의 내용은 법률행위로 인하여 부동산물권 또는 그 권리상의 권리를 취득한 자의 이익에 대하여 정당한 것으로 본다. 다만 정당성에 대한 이의의 등기가 있거나 취득자가 그 정당하지 아니함을 안 경우에는 그러하지 아니하다. 부동산등기부에 등기된 권리의 처분에 관하여 권리자가 특정인의 이익을 위하여 제한을 가한 경우에는 제한은 부동산등기에 명시되거나 취득자가 안 경우에 한하여 취득자에 대하여 효력이 있다. ② 취득자가 전항의 사실을 아는 것에 관하여는 권리의 취득에 등기를 요하는 경우에는 등기의 신청시, 제873조에 따라 권리의 취득에 필요한 합의가 등기후에 성립된 경우에는 합의를 표준으로 한다.

39) 독일민법 제893조(등기한 자와의 법률행위) 부동산등기부에 권리의 등기가 있는 자에게 그 권리에 의거하여 이행을 한 경우 또는 그 자와의 사이에 그 권리에 관하여 제892조에 규정된 이의의 권리처분의 법률행위를 한 경우에는 제892조의 규정을 준용한다.

40) 부동산소유권 이전의 합의 이외의 실질적 심사권에 대하여 구체적으로 권리자의 조사에 관한 사항을 규정하고 있다(토지등기부령 제94조 제1항). 등기소는 소유권 또는 등기된 권리가 권리자로 등기된 자에 속하는지 여부 또는 다른 자에게 속하는지 여부를 직권으로 조사할 수 있으며, 이에 관한 증거를 조사할 수 있다. 증거조사의 경우 토지등기부령 제35조의 범위에 관하여 등기소가 자유재량으로 결정할 수 있다(김상용, 앞의 책, pp.75~76 참조).

41) 등기되는 물권은 소유권, 용익물권, 공동소유권, 구분소유권, 지역권, 저당권 등이다(김상용, 앞의 책, p.115).

42) 프랑스민법 제2127조 참조

치하고, 인명색인부를 별도로 만들어 연대적 순서로 편철된 부동산거래서면을 찾아볼 수 있도록 구성되어 있다.

프랑스의 등기제도에 있어서 등기의 공신력은 인정되지 않는다. 그러나 등기를 할 때에는 반드시 공증을 거쳐야 하고, 또는 등기의 방식이 당사자가 제출하는 공정증서를 그대로 편철하는 것이므로 공정증서에 단순한 추정력이 아닌 법적 증명력이 인정되므로 결과적으로 공신력을 인정하는 것과 같다. 등기관은 등기를 함에 있어서 실질적 심사권이 없으므로 등기신청의 형식적 요건과 절차상의 흠결여부만 심사의 대상이 된다.

3. 소결

등기에 대해 공신력을 인정하지 않는 이유 중에 하나로 등기관의 실질적 심사권 없음을 들고 있다. 그러나 실질적 심사주의를 채택하고 있는 독일의 경우도 등기의 공신력은 등기관의 실질적 심사권이 아니라 등기원인의 공증제도로 뒷받침되어 있다. 특히 프랑스의 경우는 등기관에 대해 형식적 심사권만이 인정됨에도 불구하고, 모든 원인증서에 대해 공정증서 작성을 요구함으로써 실제로는 등기에 공신력을 인정하는 것과 같은 결과를 가져오고 있다.

이러한 관점에서 볼 때 등기의 공신력을 인정하는 전제로서 반드시 등기공무원이 실질적 심사권을 가져야 된다는 것은 아니라고 생각이 된다.

V. 결론

우리나라는 그동안 부동산등기의 공신력을

인정하지 않아 등기의 기재사항보다는 실질적인 권리자를 인정하여 왔다. 그로 인해 부동산과 관련하여 많은 혼란과 분쟁을 초래하여 수많은 피해자를 양산하여 왔다.

부동산등기의 온라인신청과 부동산거래의 국제화 등의 현실을 고려할 때 이제는 부동산등기의 공신력을 인정하여 부동산거래의 안전을 도모하고, 선의의 피해자를 방지하는 것이 바람직한 정책방향이라 할 수 있다.

등기에 공신력을 부여하기 위해서는 무엇보다 우선 등기원인증서의 공증이 필요하다고 본다. 공증제도의 도입은 부동산거래시 등기원인에 대하여 공증을 받도록 하는데 그치는 것이 아니라 공증된 증서에 사법적 효력을 부여하는 방안의 하나라고 할 수 있다. 즉, 공증인의 공증을 계약의 효력발생요건으로 하여 당사자로 하여금 계약을 신중하게 하고 법률관계를 명료하게 함으로써 분쟁의 소지를 미리 제거하고 등기부와 실제 거래관계를 부합하게 할 수 있다. 다만 그동안의 부동산시장의 거래관행과 현실적인 여건을 감안하여 국민들이 부담하게 될 경제적 · 사회적 비용을 최소화할 수 있는 방향으로 단계적 도입이 바람직하다고 본다. 따라서 공증제도의 효율적인 도입을 위해서는 일정한 전제조건이 충족되어야 할 것이다.

첫째, 현재와 같은 수준의 공증수수료는 재조정이 필요할 것이다. 공증수수료는 부동산의 거래규모와 가액, 국민의 소득수준, 공증인의 적정한 수입보장 등을 염두에 두고 책정되어야 하고, 정기적으로 재검토가 필요할 것이다.⁴³⁾

둘째, 공증인에 대한 접근성을 강화시키기 위하여 공증인의 숫자를 늘이는 한편 지역불균형문제를 해결해야 할 것이다.⁴⁴⁾ 또한 정보통신기술의 발달을 최대한 활용할 수 있는 공증제도의 발전이 필요하다.

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

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

셋째, 공증의 범위와 관련해서는 검인제도를 공증제도로 전환한다는 측면에서 계약에 의한 부동산소유권이전의 경우에만 공증을 요구하는 것이 적절할 것이다.⁴⁵⁾

이 밖에도 공증제도를 지원할 수 있는 수단이 함께 강구할 필요가 있다. 예컨대 에스크로 제도의 확립⁴⁶⁾, 부동산과세제도의 조정 등의 조치가 필요하다. 이러한 지원수단이 확립되면 공정증서에 의한 공증제도는 부동산거래 내용의 진실성을 보다 더 확실하게 담보할 수 있게 될 것이다.

한편 등기관의 실질적 심사권의 도입은 등기의 공신력인정을 위해 반드시 도입해야 하는 제도는 아니라고 보여진다. 왜냐하면 등기원인

증서의 공증제도를 시행할 경우 이미 공증인에 의해 사실상 실질적 심사권과 동일한 효과를 가져 올 수 있기 때문이다. 따라서 등기관의 실질적 심사권에 관한 명문의 규정을 둘 필요까지는 없을 것이다. 단지 등기관이 등기업무에 있어서 형식적 심사권의 범위 내에서 당사자의 이익을 확보해 주는 방안을 적극 검토해야 할 것이다.⁴⁷⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 부동산등기의 공신력 인정은 등기원인증서의 공증제도의 도입과 함께 추진되어 입법으로 명문화한다면 거래 안전이라는 동적안전과 진정한 권리자보호라는 정적안전 모두를 보호할 수 있는 합리적 부여방안이 될 것이다.

參考文獻

- 노한장·유정석, “주택임대차의 공시방법 개선방안에 관한 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2014, 제58집.
 권영준, “등기의 공신력과 등기원인증서의 공증연구”, 2010년도 법무부 연구용역과제보고서, 2010.
 권용우, “등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-”, 민사법학, 한국사법행정학회, 2000, 제18호.
 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.
 김중호, “부동산등기신청에 대한 심사권과 등기신청의 각하(1)”, 경영법무, 한국법무경영연구소, 2000, 제80호.
 김판기, “부동산등기원인증서의 개선에 관한 연구”, 재산법연구, 한국재산법학회, 2008, 제24권 제3호.
 민선찬, “임대차분쟁조정제도 도입에 관한 법적 고찰”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2015, 제62집.
 안태근, “등기원인증서의 공증과 등기의 공신력”, 법무사, 대한법무사협회, 2005, 제462호
 이동찬, “부동산 권리분석에 관한 이론적 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2013, 제52집
 이상신, “주택임대차시장 선진화 방안과 그 과세문제연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2014, 제58집.

45) 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.

46) 우리나라의 부동산거래 실무관행이나 법제, 관련된 제도들과 직역 종사자 등이 미국과는 너무나 다른 상황이어서 에스크로우제도의 도입을 의무화하는 것은 담당 민간기업의 배만 불리며 결과를 초래할 수 있다는 우려도 있다. 오히려 현재 법원에서 관리하는 공탁제도를 조금 개선하는 것이 부동산거래의 안전성을 담보하는데 보다 효율적이라 주장한다(이천교, “부동산 안심거래 ‘한국형 에스크로제’를 제안하며, 법률신문, 2016. 3. 21)

47) 등기관은 신청자 본인인지 의심이 가는 경우에는 본인임을 증명할 것을 요구할 수 있고, 관공서에서 발급한 서류가 형식적으로 진정성에 의견상 명백한 하자가 있다고 판단하는 경우에는 등기신청을 각하하는 등의 심사방법을 취하여야 할 것이다(김중호, “부동산등기신청에 대한 심사권과 등기신청의 각하(1)”, 경영법무, 한국법무경영연구소, 2000, 11, 통권 제80호, p.59).

- 이영준, 물권법, 박영사, 2009
- 이윤홍, “정부의 부동산 규제완화가 금융시장에 미치는 영향과 개선방안”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2015, 제63집.
- 이천교, “부동산 안심거래 ‘한국형 에스크로우제’를 제안하며”, 법률신문, 2016. 3. 21
- 임용모, “등기원인에 대한 공증제도의 도입방안”, 사법연구자료, 법원행정처, 1996, 제23집.
- 최명구, “온라인을 이용한 부동산등기신청과 등기관주의 의무”, 비교사법, 비교사법학회, 2007, 제14권 제3호.
- 최차순, “주택가격과 보유세간의 관계분석”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2015, 제63집.
- 한기찬, “공증업무 확대방안”, 저스티스, 한국법학원, 2010.12 통권 제121호.
- 허성욱, “부동산등기원인행위의 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
- 宗守活, “登記制度と司法書士の浮來像”, 司法書士, 日本司法書士會聯合會, 2006.3, No409.
- 인터넷 법률신문 <http://www.lawtimes.co.kr>