

不動産登記制度의 問題點과 改善方案에 관한 考察

- 登記의 公信력을 中心으로 -

徐 海 溶

(法學博士, 講義教授)

< 目 次 >

- | | |
|-----------------------------|---------------------------|
| I. 序 論 | 2. 登記簿와 臺帳의 二元化 |
| II. 不動産登記의 公信력에 관한 各 國의 立法例 | 3. 不動産登記簿의 二元化 |
| 1. 獨逸 | IV. 不動産登記의 公信력認定에 관한 改善方案 |
| 2. 스위스 | 1. 登記官의 實質的 審査 |
| 3. 프랑스 | 2. 不動産帳簿의 一元化 |
| 4. 美國 | 3. 登記原因의 公證 |
| 5. 日本 | 4. 登記強制主義 |
| 6. 우리나라 | 5. 登記電算網의 完成 |
| III. 不動産登記의 公信력認定에 대한 問題點 | 6. 登記保險의 實施 |
| 1. 登記官의 形式的 審査 | V. 結 論 |

I. 序 論

公信의 原則은 원래 로마법상에 있어서는 「어느 누구도 자기가 가지는 이상의 권리를 타인에게 줄 수 없다」(Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)라는 원칙으로서 양도인이 무권리자이면 무권리자라고 믿는데 과실이 없어도 양수인은 그 권리를 취득하지 못한다고 보아公信의 原則을 부정하였으나, 게르만법제에 의하면 「사람은 자기가 신뢰를 둔 곳에서 그 신뢰를 찾아야 한다」(Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn suchen)라고 하여 상대

방을 신뢰하여 점유를 준 경우에는 그 점유를 취득한 제3자에게는 반환을 청구하지 못한다고 하는 公信의 原則이 인정되고 있었다. 또한 프랑스 고유법에 의하면 「동산은 추급할 수 없다」(Meubles n'ont pas de suite)는 원칙이 있었다.¹⁾ 따라서 公信의 原則은 게르만법과 프랑스 고유법에 그 제도적 기원을 두고 있다고 할 수 있다.²⁾

그러나 근대적인 법 원리를 바탕으로 거래의 안전을 보호하기 위한 公信력이 인정된 것은 근대적인 등기제도가 발생한 후라고 할 수 있다.³⁾ 이러한 의미에서 不動產登記의 公信력이 처음으로 인정된 법은 1896년 獨逸民法⁴⁾에 의해서 인정되기 시작했고 그 후 스위스民法⁵⁾에 계승되었다. 또한 미국에서는 토렌스제도(Torrens System)⁶⁾를 시행하여 등기의 公信력을 인정하고 있다.

등기의 公信력을 인정하는 경우 부동산거래의 안전과 신속을 보호할 수는 있으나 진정한 권리자의 권리가 상실될 우려가 있다. 따라서 不動產登記에 대한 公信력을 인정할 것이냐 여부는 각 국의 부동산 거래의 현실적인 사회적 구조, 경제사정 그리고 법제사적인 배경에서 결정할 문제이다.

일반적으로 부동산에 대한 권리는 物權이기 때문에 제3자에 대한 배타성을 가진다. 따라서 당사자간의 부동산거래에 있어서는 권리관계를 명확히 하고 거래의 안전을 보호하기 위해서 일정한 장부인 登記簿에 반드시 공시하도록 하여, 제3자가 언제든지 확인할 수 있도록 하고 있다. 때문에 거래 당사자는 해당 登記簿를 확인하고 거래하는 것이 일반적이다. 그러나 아직까지도 우리나라는 등기부상의 권리에 대한 公信력을 인정하지 않고 있기 때문에, 登記簿상의 권리가 진정한 권리인 것으로 믿고 거래한 당사자의 거래 안전을 침해하고 있다.

그러나 오늘날 경제의 급속한 발전에 따른 거래의 신속과 안전보호의 필요성이 높아가고 있는 현실에서 볼 때, 부동산거래에 있어서도 등기의 公信력을 인정하여 선의의 제3자를 보호할 필요성이 강조되고 있다.

특히 부동산거래에 있어서의 公正證書에 의한 作成, 登記保險制度, 帳簿의 一元化, 不動產登記帳簿의 電算化 등을 통하여 不動產登記의 公信력을 인정하기 위한 방법이 강구되고 있다.

따라서 여기에서는 公信력 인정 유·무에 관한 각 국의 立法例를 살펴보고, 우리나

1) 郭潤直, 物權法, 博英社, 2001, 45面.

2) 崔拭, “物權變動에 있어 公信의 原則”, 考試界, 1960. 11, 122面.

3) 丁玉泰, “不動產登記의 公信력에 관한 研究”, 서울大博士學位論文, 1987, 3面.

4) 獨逸民法 제892조.

5) 스위스民法 제937조.

6) 오스트레일리아의 토렌스(Sir Robert Richard Torrens, 1814-1884)가 창안한 것으로 창안자의 이름을 붙여 Torrens System이라고 한다.

라가 아직까지 不動産登記에 관한 公信력을 인정하지 않는 문제점과 公信력 인정 필요에 따른 개선방안을 강구해 보도록 한다.

II. 不動産登記의 公信력에 관한 각 국의 立法例

1. 獨逸

독일의 등기제도는 물건에 대한 지배의 외형적 표현이라고 할 수 있는 게르만법상의 Gewere제도와 관련이 있으며, 이 Gewere의 공시적 작용으로부터 발전한 것이라고 말할 수 있다.⁷⁾

독일에 있어서 현행 등기제도를 규율하는 법제로서는 1896년의 民法典(BGB)과 1897년의 토지등기부령(Grundbuchordnung:GBO)이다. 獨逸民法에는 등기부에 관한 章이나 節을 따로 두고 있지 않으며, 제3편 물건법의 제2장 「토지에 관한 일반규정」 속에 실체적 권리와 관계에서 등기제도를 규율하는 규정(실체적 등기법)이 약간 있을 뿐이다. 등기부의 조직, 등기업무, 등기의 요건에 관한 규정은 토지등기부령에 자세하게 규정을 하고 있다.

등기업무는 區法院(Amtsgericht)이 관장하며 사법보조관(Rechtspfleger)이 그 사무를 담당하고, 등기부는 등기의 대상이 되는 토지를 기준으로 편성하는 物的編成主義(System des Realfoliums)에 의하고 있다.

등기업무로 이해관계인이 손해를 입은 경우에는 국가가 이를 배상한다. 國家賠償責任이 생기는 것은 등기공무원이 고의나 과실로 그의 직무상의 의무에 위반하여 이해관계인에게 손해를 준 경우에 한하며, 국가가 배상한 경우에는 고의나 중과실이 있는 공무원에게는 구상할 수 있다.

독일법상 부동산물권변동에 있어서는 登記主義 내지 成立要件主義를 취하고 있다. 또한 등기신청에 관하여는 형식적 요건으로 신청(Antrag)과 등기허락(Eintragsbewilligung)이 있어야 한다. 신청은 능동적 당사자(등기권리자)나 수동적 당사자(등기의무자) 중 누구나 단독신청에 의하고 있다. 또한 등기허락은 수동적 당사자가 등기소에 대하여 등기하는 것을 허락하는 일방적 의사표시이며 공정증서로 작성하여야 한다. 이 등기허락을 등기의 요건으로 함으로써 권리자가 그의 의사에 반하여 등기부상 그의 권리를 침해당할 위험이 방지 된다. 등기신청에 따른

7) 郭潤直, 不動産登記法, 博英社, 1998. 7면.

등기공무원의 심사권도 법정요건을 갖추고 있는지의 여부를 심사하는 형식적 심사주의 내지 형식적 적법주의(formelles Legalitätsprinzip)를 취하고 있지만, 부동산소유권의 이전에 관한 채권행위는 이를 공정증서로 작성하도록 하여 이 공정증서를 제시한 경우에만 등기를 할 수 있다. 따라서 등기와 실체적 권리관계가 일치하지 않을 경우라도 법규정에 의해서 거래의 안전을 위하여 일정한 요건하에 등기의 公信用⁸⁾을 인정하고 있고, 또한 推定力⁹⁾도 인정하고 있다.¹⁰⁾ 즉 부동산물권변동의 취득자가 진정한 권리자를 알지 못하고 또한 등기의 부진정에 대한 이의등기(Widerspruch)가 되어 있지 않는 한 등기의 기재는 진정한 것으로 간주된다.¹¹⁾ 또한 등기부에 기재된 권리관계는 일응 진실에 부합하는 것으로 추정하기 때문에 반대의 주장을 하려는 자는 반증을 들어야만 추정력을 깨뜨릴 수 있다.

따라서 독일민법은 등기의 公信用을 인정함으로써 부동산거래자는 등기를 완전히 신뢰하여 안심하고 거래를 할 수 있게 되고 거래의 안전을 보호하고 있다.

2. 스위스

스위스의 현행 등기제도를 규율하는 주요법원은 스위스민법(ZGB)과 등기부에 관한 명령(Verordnung über das Grundbuch von 22. 2. 1910)이다. 스위스민법 제4편 「물권편」 전반에 걸쳐서 실체적 등기법의 규정을 여기저기 두고 있으나, 특히 그 제3장 「점유 및 등기」의 제2절 「등기부」 속에 36개조에 이르는 많은 규정을 두어서 실체적 등기법뿐만 아니라 형식적 등기법도 포함하고 있으며, 「등기부에 관한 명령」은 형식적 등기법의 면에서 스위스민법을 보충해 주고 있다.¹²⁾

등기소의 관할구역은 각 「칸톤」(Kanton)이 이를 정하며, 등기업무로 이해관계인이 받은 손해는 각 Kanton이 배상책임을 지며, 등기공무원의 고의나 과실은 그 요건이 아니다.¹³⁾

등기부는 物的編成主義에 따라 편성되며, 1개의 토지에 1용지를 둔다.¹⁴⁾ 등기신청에 관하여는 등기의무자의 단독신청을 취하고 있고, 법률행위에 의한 물권변동에 형식

8) 獨逸民法 제982조.

9) 獨逸民法 제891조.

10) 郭潤直, 前掲不動産登記法, 16面.

11) 郭潤直, “不動産物權變動에 있어서의 公信의 原則에 관하여”, 서울대학교 法學, 1959, 제1권 제1호, 136面.

12) 郭潤直, 前掲不動産登記法, 17面.

13) 스위스民法 제955조.

14) 스위스民法 제945조

주의를 취하여 모든 물건변동은 토지등기부에 등기를 요하고 있다.¹⁵⁾ 그러나 독일 민법과 다른 점은 물건행위의 유인성을 인정하고 있다는 점이다.¹⁶⁾ 따라서 물건변동을 목적으로 하는 채권계약은 반드시 공정증서에 의하여 작성하여야 한다.¹⁷⁾ 그리하여 등기신청에 따른 등기공무원의 심사는 실질적심사주의를 취하는 것으로 이해되고 있다.¹⁸⁾

그러나 등기공무원의 심사는 물건변동의 원인이 유효하기 위하여 필요한 형식을 갖추고 있는지의 여부 즉, 원인행위가 공정증서로 되어 있는지의 여부를 심사할 수 있을 뿐이고 원인관계의 실질까지를 심사할 권한이나 의무는 있지 않다.¹⁹⁾ 또한 스위스민법도 독일민법과 같이 등기부의 公信力과 推定力을 인정하고 있다.²⁰⁾

3. 프랑스

프랑스에 있어서의 부동산에 대한 물건변동은 오래 전부터 의사주의를 취하고 있었기 때문에 민법전은 물건변동에 관하여 이른바 대항요건주의를 채용하여 공시방법은 제3자에 대한 대항요건에 지나지 않는다.²¹⁾

등기는 부동산물권변동에 대한 계약서의 공증과 등록을 필한 후에만 가능하다. 이러한 절차는 각 각 분업화 되어 있으며 공증사무는 공증인(notaire)이, 등록사무는 등록사무관리국(Direction Générale de l'enregistrement)의 등록접수공무원(Receveur de l'enregistrement)이, 그리고 등기는 등기공무원(comserveur des hypothèques)이 분담하고 있는데 등기공무원은 등기를 함에 있어 실질적인 심사권한이 없으므로 등기신청의 형식적 요건과 절차상의 결함여부만 심사의 대상이 된다. 따라서 등기공무원에게는 형식적 심사권만 주어져 있다.

등기부의 편성은 부동산의 권리자를 표준으로 한 人的編成主義에 의한다. 그러나 人的編成主義는 공시방법으로서 그 기능을 잘 발휘할 수 없으므로, 1955년의 개정된 등기법에서는 부동산 포함을 설치하도록 함으로써 物的編成主義를 가미하였다.²²⁾

15) 스위스民法 제656조, 제731조, 제779조, 제783조, 제799조.

16) 스위스民法 제794조 제2항.

17) 스위스民法 제965조.

18) 郭潤直, 前掲不動產登記法, 18面.

19) 스위스民法, 제965조 3항.

20) 스위스民法 제9조, 제937조, 제973조 등.

21) 郭潤直, 前掲不動產登記法, 21面.

22) 權龍雨, 物權法, 法文社, 1997, 105面.

등기의 신청은 단독신청주의를 취하고 있어 신청권자가 단독으로 신청할 수 있으므로 등기청구권문제는 발생하지 않는다. 등기공무원은 실질적 심사권이 없기 때문에 등기공무원의 책임에 있어서도 국가배상책임이 인정되지 않으며 직무집행상의 책임도 민사적인 책임에 불과하며 행정책임은 인정하지 않는다.

또한 등기의 公信用도 인정되지 않으며, 등기공무원에게 실질적 심사권도 부여되어 있지 않다.²³⁾ 따라서 거래의 안전은 거의 도외시한 입법이라고 할 수 있다. 그러나 실제거래에 있어서 공증제도가 활용되고 있기 때문에 별 문제가 일어나는 일은 많지 않다. 즉 부동산거래에 공증인이 개입함으로써 등기에 公信用이 인정되는 것과 비슷한 결과가 된다고 볼 수 있다.²⁴⁾

4. 美國

미국에 있어서의 부동산 공시제도는 일반적으로 두 가지 등기제도 즉, 사적 공시 방법으로 날인증서(deeds)을 등록하는 방법에 의한 권원증서등록제도(Recording System)와 공적 공시방법으로 부동산의 권원(title)을 등기하는 토렌스제도(Torrens System)를 두고 있다.²⁵⁾

미국은 처음에 공시제도로서 Recording System을 시행하였으나 이것은 권원의 등기가 아니라 권원에 관한 증서(instruments)를 연대적 순서에 따라 편철하는 것이기 때문에 공시제도로서 완전하지 못하였다. 이러한 공시방법의 불안전을 해소하기 위하여 권원조사(title search)가 행하여지고 권원회사(title companis)들이 효율적인 권원조사를 위하여 자체의 등기부라 할 수 있는 title plant를 만들었는데 이것을 사적공시방법이라 한다.

이러한 레코딩 시스템은 부동산 거래가 있을 때마다 권원을 확인하기 위해 권원조사를 해야 하므로 거래에 있어서 시간과 비용이 많이 드는 문제점을 가지고 있다.

이러한 레코딩 시스템의 문제점을 해결하고 권원의 유통성을 촉진하기 위하여 한번의 권원조사만으로 권원의 등기를 할 수 있는 토렌스등기제도가 1895년 일리노이주에 최초로 입법된 후 다른 여러 주에서 입법되었다.²⁶⁾

23) 金容漢, “公示의 原則과 公信의 原則”, 考試界, 1987. 12, 157面.

24) 郭潤直, 不動産物權變動의 理論, 博英社, 1969, 97面 ; 川島武宜, 所有權의 理論, 日本:岩波書店, 1962, 221面.

25) 金相容, 美國不動産法論, 三知院, 1986, 48面.

26) 上掲書, 64面.

토렌스등기제도는 최초등기에 의해 권원이 확정되므로 최초등기가 매우 중요하며 신중한 절차로 행하여지며, 반드시 법원이 관여한다. 즉 권원조사자에 의하여 권원조사를 하고, 그 부동산에 이해관계가 있는 자가 이의신청을 할 수 있음을 고지한 다음 이를 법원이 심리한 후 권원확정의 판결을 받아 권원증서(Certificate of title)를 발급 받는다.²⁷⁾

최초등기의 권원은 확정적이므로²⁸⁾ 최초 등기전에 존재하였던 권원의 하자는 완전히 치유되며 과거의 하자로 다룰 수 없고 유통성을 갖는다. 또한 최초 등기후의 권원의 이전은 등기하여야 효력이 발생²⁹⁾하기 때문에 등기는 권리변동적 효력이 있다.

또한 토렌스등기제도는 최초등기가 실체적 진실주의에 입각하여 권원조사와 사법적 결정과정을 거쳐 이루어지므로 비록 진실한 권리관계와 등기가 부합하지 않는다 하더라도 그 등기를 신뢰한 선의취득자는 완전한 권원을 취득한다. 즉, 등기의 公信력이 인정된다.

등기의 公信력이 인정되기 때문에 진정한 권리자가 그 권원을 잃게 되는 경우에는 진정한 권리자를 보호하기 위하여 등기수수료의 일부를 적립한 보험기금(Assurance fund)을 마련하여 보상을 받는다.³⁰⁾ 그러나 이러한 보험기금에 의한 보상은 보충적이며, 1차적으로 그러한 원인을 야기한 자에 대하여 강제집행을 하고 그로부터 충분한 보상을 받지 못했을 때 비로서 보험기금으로부터 보상을 받는다.³¹⁾

이러한 토렌스등기제도는 미국의 여러 주, 오스트레일리아, 캐나다의 다수 주, 영국 등에서 채용하고 있다.

5. 日本

일본에 있어서 근대적인 등기제도를 도입한 것은 프랑스법을 모방한 명치 19년 제정 공포한 등기법이지만, 그 후 명치 32년 현행 不動産登記法이 제정 공포된 후 몇 차례의 개정을 통하여 현재에 이르고 있다.³²⁾

27) 美國 統一不動産登記法(Uniform Land Registration Act : ULRA) 제17조-제48조.

28) ULRA, 제51조.

29) ULRA, 제54조.

30) ULRA, 제83조 제3항.

31) 金相容, 前掲書, 71面.

32) 吉村衛, 註釋不動産登記法總論(新版・上), 東京:奥村印刷, 1982, 9-27面 ; 藤塚昭次, 不動産登記法講義, 東京:青林書院新社, 1975, 21面.

일본에 있어서는 부동산물권변동은 의사주의³³⁾를 취하고 등기에 있어서는 대항요건주의³⁴⁾를 취하고 있다. 또한 등기의 公信力을 인정하지 않으며, 등기부의 편성은 물적편성주의를 취하고 있으며 등기공무원의 심사도 형식적심사주의를 취하고 있다.³⁵⁾ 그러나 1960년 不動産登記法の 개정으로 등기부와 대장의 일원화를 기하였다. 또한 공부의 안전성을 위해 표제부등기제도를 창설, 등기공무원의 실질적 심사권을 인정하여 지적 및 建物所有圖를 비치하게 하여 부동산표제부의 사실의 등기에는 실질적심사권을 인정하고 있다.³⁶⁾

6. 우리나라

우리나라에서는 언제부터 토지의 사유가 인정되었느냐에 관해서는, 논란이 있지만 삼국시대부터 인정되어 왔다고 알려지고 있다.³⁷⁾ 그러나 고려시대까지의 법제도나 관행은 아직 밝혀져 있지 않다. 오늘날 토지양도방법을 추적할 수 있는 시대는 조선왕조 이후이다.

조선왕조 이후 현행제도에 이르기까지의 양도방법과 그에 관한 공시제도의 변천은 이를 4기로 나누어 보는 것이 적당하다. 제1기는 조선왕조 초기부터 고종 30(1893)년에 이르는 약 500년의 기간이며, 이 때에는 이른바 「文記」라고 일컬어지는 서면에 의한 양도와, 「立案」이라는 일종의 공증제도가 행하여진 시기이다. 이 시기의 특징은, 토지가 아직 상품화되지 못한 때이어서, 거래의 안전을 위한 제도를 전혀 볼 수 없고, 오직 소유자의 보호만을 의식되고, 이를 위한 제도만 있을 뿐이었다는 점이다.

제2기는 1893년부터 광무9(1905)년에 이르는 기간으로, 地契制度和 家契制度라는 地券制度가 시행된 시기이다. 이 시기는, 토지의 상품화가 서서히 이루어져 가면서, 구제도로부터 근대적 공시제도로 발전하는 한 과도기라고 할 수 있다.

제3기는 1906년부터 약5년간의 기간으로, 제2기의 地券制度에 갈음하여, 아직 불완전하긴 하지만 근대적 등기제도의 시초라고 할 수 있는 증명제도가 도입·시행된 때이다. 이 시기에 이르러 우리나라는 비로소 근대등기제도의 틀을 갖추어 간다.

제4기는 일본식민지시대이다. 이 기간 동안 한반도에서 효력을 가진 법령은 모두

33) 日本民法 제176조.

34) 日本民法 제177조.

35) 幾代 通・徳本伸一(補訂), 不動産登記法(제4판), 東京:有斐閣, 2000, 16面.

36) 尹皇地, “不動産登記의 公信력에 관한 一 考察”, 不動産法學 제5집, 1999, 237面.

37) 朴秉濤, 土地法制史攷, 法文社, 1974, 174面.

가 유럽 대륙의 제도를 계수한 일본의 법령이며, 따라서 부동산의 양도나 공시도 근대적 제도가 행하여진 시기이다.³⁸⁾

현행 우리나라 등기제도는 1906년에 공시된 토지증명규칙에서 시작하여, 그 후 1913년부터 시작된 토지조사에 의한 토지대장의 작성과 1914년 日本 不動產登記法의 의용에 의한 不動產登記令에 의한 등기제도가 실시 되었고,³⁹⁾ 현행 不動產登記法은 1960년 제정되어 지금까지 시행되고 있다.

우리민법 제186조에서는 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권변동은 등기하여야 효력이 있다고 규정하여 형식주의를 취하고 있고, 1부동산 1등기용지인 物的編成主義를 취하고 있다. 등기신청에 있어서는 등기권리자와 등기의무자의 공동신청에 의하고 있다. 그러나 예외로 단독신청을 허용하는 경우도 있다(법 제29조, 제38조, 제115조, 제130조, 제131조). 또한 민법에서나 不動產登記法에서나 등기의 公信力에 관한 법규정을 두고 있지는 않다. 따라서 우리나라에서는 不動產登記에 公信力을 인정하느냐 않느냐의 여부는 판례나 학설에 맞겨진 상태이다. 판례⁴⁰⁾에 의하면 “등기의 公信力이 인정되지 않은 현행 등기제도 하에서는 등기 기재에 부합하는 실체상의 권리관계가 존재함을 전제로 그 유효성이 인정된다”라고 하여 등기의 公信力을 부인하고 있으며 학설⁴¹⁾도 아직까지는 일치하고 있다. 그러나 거래의 안전과 신속의 보호를 위해서 不動產登記의 公信力을 인정해야 한다는 학설⁴²⁾이 많이 등장하고 있다.

Ⅲ. 不動產登記의 公信力認定에 대한 問題點

1. 登記官의 形式的 審査

현행 不動產登記法上 당사자의 등기신청이 있게 되면 등기관은 반드시 접수장에

38) 郭潤直, 前掲不動產登記法, 43面.

39) 金容漢, “不動產登記制度的 問題點”, 法曹, 제27권 제17호, 1978, 4面.

40) 大判 1969. 6. 10 68다199.

41) 郭潤直, 前掲物權法, 173面 ; 李英俊, 物權法, 博英社, 2001, 215面 ; 金相容, 物權法, 法文社, 1995, 211面.

42) 丁玉泰, “登記原因 및 그 公證에 관한 一 考察”, 全南大社會科學論叢 제9집, 1981, 1073面 ; 同 “登記의 公信力과 관련된 몇 가지 問題點”, 月刊考試, 1993. 8, 95面 이하 ; 金曾漢, “登記原因證書의 公證”, 韓國民事法學會 민사법개정심포지움 발표요지, 1981, 32面 ; 尹皇地, 前掲論文, 263面.

기재하고 지체 없이 신청서에 기재된 모든 사항을 조사 내지 심사하여야 한다.

이러한 심사는 등기절차상 적법성유·무에 관한 형식적 심사에 그치기 때문에 서면심리에 한정되는 관계상⁴³⁾ 등기관은 그 등기원인인 법률행위가 실체법상 성립하며 유효한가의 여부를 조사할 수 없으며, 신청서에 형식적 요건만 갖추면 접수하여 등기하여야 한다. 이러한 등기제도의 맹점을 이용하여 인감증명이나 등기필증에 위조서류를 첨부하거나 등기의 원인을 증명하는 위조서류를 제출한 때에도 등기관은 형식적 요건을 구비한 이상 이를 수리하여야 한다.

이와 같이 형식적·소극적 심사에 한하기 때문에 사실관계에 부합하지 않은 신청이나 무효인 등기원인 내지 부존재의 원인행위로 기한 신청이 있더라도 그 신청이 형식만 갖춘 것이면 수리하게 된다.

그러나 집합건물의 표시사항에 관해서는 등기관이 그 건물의 실태와 직접 조사할 수 있게 함으로써 예외적으로 실질조사를 인정하고 있지만 이 경우에도 등기관이 필요한 경우에만 해당한다.

2. 登記簿와 臺帳의 二元化

우리나라는 부동산의 권리관계를 공시하는 장부로 사법부에서 관할하는 등기부를 두고, 부동산의 사실관계를 공시하는 장부로 행정기관의 각종 대장을 두고 있다. 不動産登記法에서는 토지 및 건물의 물권변동(특히 보존·변경·멸실)에 관해서는 토지대장 및 건축물대장·임야대장을 기본으로 등기를 실행하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에, 등기신청이 있는 경우 등기신청서에 기재한 사항과 대장이 부합하지 않은 경우 등기관은 등기신청을 각하하도록 규정하고 있고, 등기부에 기재된 부동산 및 등기명의인의 표시가 대장과 부합하지 않는 경우에는 그 부동산의 표시 및 등기명의인의 표시 변경등기를 하지 아니하면 다른 등기를 신청할 수 없다고 하여 대장과 등기부의 일치를 꾀하고 있다. 그러므로 토지 및 건물에 관한 등기를 신청하려면 그 선행조건으로 먼저 대장에 이를 등재하여야 하고 이를 기초로 등기신청을 하게 된다. 그러나 각 종 대장이 부실할 경우에도 등기공무원은 그 내용에 대해 실질적 심사권이 없기 때문에 등기신청을 수리하여야 한다.⁴⁴⁾

또한 이러한 양 제도가 병존함으로써 당사자는 공부 이용시 이중의 수고와 시간의 낭비 및 비용이 들게 되는 폐단도 있다. 따라서 등기나 대장의 불일치를 완전히

43) 大判 1966. 7. 25 66마108.

44) 金顯泰, “不動産登記制度의 缺陷과 그 改革方案”, 不動産登記法の 改正에 관한 研究, 韓國民事法學會, 서울대학교 출판부, 1978, 162面.

제거하고 당사자의 이중의 수고와 비용을 부담시키는 폐단을 시정하기 위하여 등기부에 흡수시켜 일원화하여 부동산의 사실상태도 등기부 자체로서 파악할 수 있도록 표제부등기를 개선하여야 할 것이다.⁴⁵⁾

3. 不動産登記簿의 二元化

각 국에 있어서 부동산은 토지만을 독립한 부동산으로 보고 있다. 그러나 우리나라는 일본의 영향으로 토지 외에 건물에 대해서도 독립한 부동산으로 인정하고 있다. 그리하여 등기부도 토지등기부·건물등기부를 두고 있다. 이러한 이유는 다른 나라에 비하여 부동산에 대한 가치가 매우 크기 때문이라고 볼 수 있겠지만 이러한 경우에도 굳이 따로 등기부를 둘 필요가 없다고 본다.⁴⁶⁾

IV. 不動産登記의 公信力認定을 위한 改善方案

1. 登記官의 實質的 審査

등기는 본질적으로 개인의 권리에 대한 국가적인 공중행위이므로 등기와 실질관계가 부합하도록 노력하는 것이 등기제도의 이상이며, 이러한 등기의 이상은 등기의 정확성에 의해서만 실현될 수 있다.

그러나 등기의 정확성을 기하기 위하여 신중한 심사로 등기절차가 지연된다면 거래의 신속성을 저해할 수 있고, 반대로 심사를 소홀히 하면 부실하고 무효인 등기를 양산하여 등기제도에 대한 사회의 신뢰를 잃게 된다. 그러므로 등기의 정확성과 신속성을 동시에 달성하기 위한 방법을 찾는 것이 등기제도의 과제이다.

여기에 따른 등기신청의 합법성여부를 확인케 하는 심사로서 등기공무원의 형식적 심사주의와 실질적 심사주의가 문제가 되는 것이다.

일반적으로 형식적 심사를 하는 나라로서는 독일, 프랑스, 일본, 우리나라 등이 있다. 실질적 심사를 하는 나라로서는 스위스, 독일에 있어서의 부동산소유권 양도와 지상권설정의 양도, 그리고 영국 및 미국의 일부 주에서 채용하고 있는 토렌스

45) 金容駿, “不實登記發生原因의 實證的 考察과 防止策에 대한 小考”, 法學研究 제4집, 三英社, 1986, 160面.

46) 郭潤直, 前掲不動産登記法, 64面.

제도가 해당한다.

우리나라가 등기공무원의 실질적 심사권을 부여하는데 있어서는 현실적으로 많은 제약이 있음을 부인할 수 없다. 등기의 실질적 심사를 위해서는 등기공무원의 전문화와, 인원을 대폭 증원해야 하는 등 예산상의 문제가 수반할 뿐 아니라, 신중한 심사로 인하여 등기가 지연되는 등 거래의 신속성이 저해되는 것이 문제가 된다.

이와 같은 결점을 완화시킬 수 있는 방법은 등기원인에 대한 공증제도이다. 즉 실질적 심사에서 등기절차의 지연이라는 단점을 등기원인에 관하여 공증증서를 작성하게 함으로써 제거할 수 있고, 또한 형식적 심사에서도 등기원인을 공정증서로 작성하게 함으로써 등기와 권리관계를 부합시키려는 목적을 달성하게 하여 양 제도의 문제점을 완화시키는 결과가 된다.

그러나 스위스에서 시행하고 있는 등기원인증서의 강제를 통한 등기공무원의 실질적 심사는 현실적으로 가능하다고 본다.

2. 不動産帳簿의 一元化

첫째, 不動産登記의 일원화이다.

부동산거래의 실체에 있어서 대지를 제외하고 그 위에 건물만 거래하는 일은 거의 없으며, 또한 그렇게 할 필요도 없다. 즉, 지상의 건물을 제외하고 토지 내지 대지만을 매매한다든가 또는 그 반대의 경우와 같은 것은, 비록 현행법상 이론상으로 가능하다고 하더라도, 거래실체에 있어서는 있을 수 없다. 이미 건물이 세워져 있는 토지에 관하여 지상권을 설정한다는 것도 거의 생각할 수 없다. 또한 건물이 있는 토지에 있어서 그 토지만에 전세권을 설정한다는 것도 있을 수 없다. 그러한 경우에는 건물 위에 전세권이 설정될 뿐이다. 따라서 토지와 그 지상의 건물을 별개의 부동산으로 하여 등기부를 따로 둘 필요가 없다. 토지등기부만 두고 지상의 건물에 관하여는 표제부 표시란에 이를 표시하는 것으로 충분할 것이다.⁴⁷⁾

또한 토지만을 부동산으로 하는 것이 우리의 관행에 더욱 부합하는 것으로 생각한다. 우리의 관행에 있어서는 가옥을 독립한 부동산으로 보고, 그 대지는 종물로 하고 있었다고 한다. 말하자면, 토지와 건물 중 하나만을 부동산으로 하고 있었을 뿐이다. 그렇다면, 토지만을 부동산으로 하고 그 지상의 건물은 토지의 구성부분으로 이루는 것으로 하는 것이 우리의 구관습에 가깝게 되는 것으로 생각한다.⁴⁸⁾

47) 上掲書, 63面.

둘째, 등기부와 대장의 일원화이다.

등기부의 기재는 언제나 실체관계와 부합하게 하는 것이 매우 중요하다. 이러한 실체관계의 부합에 관하여 부동산의 현재상황에 관한 등기부의 기재와 실체와의 부합이 필요하다. 그러기 위해서는 등기부와 대장의 일원화가 필요하다.

이러한 등기부와 대장의 일원화에 의해 부동산에 관한 등기부상의 표시와 장부상의 표시가 언제나 일치하게 함으로써 不動產登記制度의 본래의 기능을 다할 수 있게 하고, 현재의 등기부는 권리관계에 관하여 등기된 부동산에 관해서만 표제부에 그 부동산의 표시의 등기를 하고 있으나, 등기부와 대장을 일원화 한다면 등기부에는 권리관계에 관하여 등기되어 있지 않은 부동산에 관하여도 모두 표제부가 두어지고, 그것에 각 부동산의 현황이 등기되는 것이 된다. 이는 이른바 전부동산 강제원칙이 적용되게 된다. 또한 등기신청에 따른 이중의 절차와 비용을 절약하게 된다.⁴⁹⁾

3. 登記原因의 公證

不動產登記에 公信用을 인정하기 위해서는 진정한 권리자가 손해를 보는 경우가 발생하지 않게 하기 위해서 필요한 것이 등기원인증서의 공증제도이다.

등기공무원의 실질적 심사주의를 채용하는 경우에는 등기공무원은 등기원인이 공정증서로 되어 있느냐를 심사함으로써 그 존재와 유효성을 확인하도록 하여 등기의 지연을 막을 수 있다. 또한 형식적 심사주의를 취하는 경우에는 등기원인의 공증제도를 통하여 진정한 권리 관계와 부합하지 않는 등기를 방지할 수 있도록 하고 있다.

그리고 공증제도를 도입하여 등기부에 대한 일반사회의 신뢰를 회복하여 부동산 거래의 안전을 확보하여야 한다는 사회적 여망에 부응할 수도 있다.⁵⁰⁾

또한 공증제도의 도입은 부동산거래의 안전을 위해서만이 아니라 그 외에 투기목적의 전매의 억제, 그로 인한 탈세의 방지와 세원의 포착, 부동산 실제 거래가격의 파악, 여러 가지 분쟁의 사전 방지 등과 같은 부차적인 효과도 거둘 것으로 본다.⁵¹⁾

이 제도는 독일·스위스·프랑스 등 유럽 제국에서 不動產登記申請의 필수적 요건으로 채용되어 등기의 신속과 정확의 조화에 이바지하고 있다. 특히 프랑스에서는 공증제도를 채택한 결과 등기에 公信用을 인정하지 않는 데도 불구하고, 그 실

48) 上掲書, 64面.

49) 上掲書, 67面.

50) 金容漢, “登記原因證書의 公證”, 韓國民事法學會, 서울大出版部, 1978, 31面.

51) 上掲論文, 43面.

제에 있어서는 등기에 公信力을 인정하는 것과 동일한 효과를 거두고 있다. 특히 독일에서는 부동산소유권의 이전에 관한 채권행위는 반드시 공정증서로 작성하여야 하고 이 공정증서를 제시한 경우에만 소유권이전을 받는 것으로 하고 있다. 또한 스위스에서는 채권관계의 증명은 반드시 공정증서로 작성하게 되어 있다.⁵²⁾

4. 登記強制主義

부동산에 관한 물권변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 어떠한 표상 즉 공시 방법을 수반하여야 한다는 것이 공시의 원칙이기 때문에 이러한 공시의 원칙을 관철하려면 등기를 강제하는 것이 필요하다. 또한 公信의 原則이 인정되려면 철저한 공시의 원칙이 관철되어야 하는데 이를 위하여는 전국의 토지의 일제 측량을 실시하고, 대장의 일원화를 통해서 빠짐 없이 등기를 하도록 강제할 필요가 있다.

5. 登記電算網의 完成

현재 진행되고 있는 등기부의 전산화작업을 통해서 등기의 실질적 심사를 보완할 수 있다. 즉 개인별로 소유한 부동산에 대한 정보체계를 구축함으로써 차명, 중간생략등기, 가등기 등에 의한 탈법·탈세적 목적의 등기를 원천적으로 봉쇄하는 등 전산망을 통하여 등기의 실질적 심사를 신속하게 할 수 있다. 등기전산망이 완성되면 행정부가 운용하는 토지 및 주택전산망과 연계하여 부동산의 불법거래를 차단하는 수단으로 활용할 수 있을 것이다.⁵³⁾

6. 登記保險의 實施

不動産登記保險은 不動産登記簿에 기재된 사실에 대해 公信力을 인정하지 않는 현재의 우리나라 不動産登記制度의 미비점을 보완하기 위해 부동산 거래시 별도의 등기보험에 가입하도록 함으로써 등기부 기재사실을 믿고 거래한 자를 보호하려는 제도이다.

등기의 公信力을 인정할 경우 거래안전과 등기를 신뢰하고 거래한 선의의 제3자는 보호되나, 반면에 진정한 권리자는 그의 권리를 상실하게 된다. 이 경우 국가를

52) 金河年, “不動産登記制度의 問題點”, 培材大社會科學研究 제17집, 1998. 8, 22面.

53) 손희두, “不動産登記制度의 改革에 관한 檢討”, 韓世政策 제9집, 1995. 3, 48面.

통한 국가배상주의와 미국에서 실시하고 있는 Torrens System에 의해 실시되고 있는 보험제도를 둘 수 있다. 이러한 不動產登記保險은 부동산보험 중 미국법상 권원보험(Title Insurance)과 그 내용에 있어서 같다고 볼 수 있다.

미국에 있어서는 권원 그 자체를 등기할 수 없기 때문에 부동산의 거래서면을 비치하는 방법으로 간접적으로 부동산의 권리를 공시하는 Recording System을 취하고 있다. 그러한 이유로 사전에 매수인이 변호사, 권원조사자 또는 권원보험회사에 의뢰하여 취득하고자 하는 목적부동산에 관한 권원의 연속과 권원의 하자를 조사하게 하고, 그 조사결과를 바탕으로 한 권원의견을 기초로 하여 당해 부동산의 권원을 취득함으로써 자기의 권원을 보호한다.⁵⁴⁾

이러한 권원조사는 부동산거래안전제도의 한계성을 극복하기 위하여 권원보험제도가 이용되게 되었다. 이러한 권원보험은 등기의 公信力 인정과 비교될 수 있는데 등기의 公信力 인정은 진정한 권리자를 희생시키고 거래의 상대방을 보호하고자 하는 제도이나, 권원보험은 진정한 권리자를 보호하면서 거래의 상대방에 대하여 보험금으로 그 손실을 전보하는 제도이다. 따라서 권원보험은 정적 안정의 바탕 위에서 동적 안정을 이룩하려는 부동산거래안전제도이다.⁵⁵⁾

독일은 登記公務員이 고의·과실로 그의 직무에 위반하여 손해를 발생하였을 때에는 국가가 손해배상을 하고 있다. 이에 대하여 스위스에서는 등기로 인하여 이해관계인에게 발생한 손해에 대하여 손해를 발생한 Kanton이 직접 책임을 지며, 이 경우 登記公務員의 과실 유무를 묻지 않는다.

V. 結 論

이상에서 제 외국의 등기제도와 우리나라의 등기제도를 살펴 본 결과, 특히 등기제도의 이상인 부동산물권변동을 정확하게 공시하여 거래의 안전을 보호하기 위해서는 등기의 공신력을 인정하기 위한 제도적인 정비의 필요하다는 점이 요청되고 있다.

우리민법 제정 당시에는 일본민법의 영향으로 등기의 公信力에 관한 요구가 크지 않았으나 그 후 경제의 급속한 신장에 따른 부동산거래의 안정과 신속에 따른 등기의 公信力認定 필요성이 더욱 더 요청되고 있다. 이러한 현실사정에서 과연 강조되

54) 金相容, 前掲美國不動產法, 103面.

55) 金相容, 前掲物權法, 212面.

는 것은 부동산 거래에 있어서 등기부를 신뢰하고 거래한 자를 우선해야 할 것인가, 아니면 진정한 권리자를 더 보호해야 할 것인가의 문제이다.

앞에서 살펴 보았지만 각 국에 있어서 不動産登記에 公信력을 인정하는 나라들은 일정한 공통점을 갖고 있다. 먼저 登記公務員의 등기원인증서의 공증제도의 실시이다. 이러한 공증제도가 확립된 나라에서는 공증인이 실질적인 심사를 하고 登記公務員은 공증서류에 의한 형식적인 심사를 하고 있다. 또한 등기원인증서의 공증제도를 관철하고, 등기를 법에 의해서 강제하고 있고, 등기신청에 있어서 단독신청주의를 취하고 있다. 또한 등기의 公信력認定으로 손해보는 진정한 권리자를 위해 일정한 보호방법을 갖추고 있다는 점이다.

따라서 이러한 제도적인 장치가 없는 우리나라의 현행 不動産登記制度上에 있어서는 아직 不動産登記의 公信력을 인정하는 점에 있어서 무리가 있다고 볼 수도 있겠지만 제도상의 문제점을 개선한다는 전제하에 不動産登記의 公信력을 인정해야 할 것이다.

우선 등기의 公信력을 인정하기 위한 전제조건으로는 여러 가지 문제점이 있으나, 첫째로 등기원인증서의 공증이다. 공증제도의 도입을 통한 부실등기의 가능성을 최소화 함으로써 등기에 公信력을 인정할 수 있을 것이다. 공증제도의 도입에 대해서는 아직 현실적인 문제가 있을 수 있으나 현재 시행하고 있는 검인계약서제도의 보완을 통해서 충분하다고 본다. 둘째, 부실등기의 방지를 위해서 등기부와 각종 대장의 일원화 문제이다. 그러나 이러한 등기부와 각종 대장의 일원화를 위해서는 경제적인 비용과 시간이 필요하겠지만, 현재 등기부의 전산화가 완성되어 가는 단계이기 때문에 대장과 등기부의 전산장부의 확인이 가능해 질 것이다. 또한 공신력 인정에 따른 진정한 권리자의 손해에 대한 보전방법으로 권원보험제도의 실시도 필요하다고 본다.

《参考文献》

- 郭潤直, 物權法, 博英社, 2001
郭潤直, 不動產登記法, 博英社, 1998
郭潤直, 不動產物權變動의 理論, 博英社, 1969
權龍雨, 物權法, 法文社, 1997
金相容, 物權法, 法文社, 1995
金相容, 美國不動產法論, 三知院, 1986
朴秉濠, 土地法制史攷, 法文社, 1974
李英俊, 物權法, 博英社, 2001
- 郭潤直, “不動產物權變動에 있어서의 公信의 原則에 관하여”, 서울대학교法學 제1권 제1호, 1959
金容駿, “不實登記發生原因의 實證的 考察과 防止策에 대한 小考”, 法學研究 제4집, 三英社, 1986
金容漢, “登記原因證書의 公證”, 韓國民事法學會, 서울대출판부, 1978
金容漢, “公示의 原則과 公信의 原則”, 考試界, 1987. 12
金容漢, “不動產登記制度의 問題點”, 法曹 제27권 제17호, 1978
金曾漢, “登記原因證書의 公證”, 韓國民事法學會 민사법개정심포지움 발표요지, 1981
金河年, “不動產登記制度의 問題點”, 培材大社會科學研究 제17집, 1998
金顯泰, “不動產登記制度의 缺陷과 그 改革方案”, 不動產登記法의 改正에 관한 研究 - 韓國民事法學會, 서울대학교출판부, 1978
尹皇地, “不動產登記의 公信力에 관한 一 考察”, 不動產法學 제5집, 1999
丁玉泰, “不動產登記의 公信力에 관한 研究”, 서울대博士學位論文, 1987
丁玉泰, “登記原因 및 그 公證에 관한 一 考察”, 全南大社會科學論叢 제9집, 1981
丁玉泰, “登記의 公信力과 관련된 몇 가지 問題點”, 月刊考試, 1993. 8
崔式, “物權變動에 있어 公信의 原則”, 考試界, 1960. 11
- 川島武宜, 所有權의 理論, 東京:岩波書店, 1962
吉村 衛, 註釋不動產登記法總論(新版・上), 東京:奧村印刷, 1982
蔬塚昭次, 不動產登記法講義, 東京:青林書院新社, 1975

幾代 通・徳本伸一(補訂), 不動産登記法(제4판), 東京:有斐閣, 2000

A Study on the Problem of the Real Estate Registration System and Its Improvements

- Focused on the Public Confidence Power of Registration -

Seo, Hae Yong

(Department of Law, Konkuk University)

This study attempted to investigate the foreign registration system and the Korean registration system. As a result, it was found that the its institutional reorganization is needed to recognize the public confidence power of the registration system in order to make an accurate disclosure of changes in the real right of real estate, an ideal of the registration system, and protect the safety of its transactions,

At the time when the Korean Civil Law was enacted, requirement for the public confidence power of registration was not great due to the influence of the Japanese Civil Law, but the need for recognition of the public confidence power of registration has been ever since further required in response to the stability and agility of real estate transactions in accordance with the rapid growth of economy.

What is further emphasized in this point in time is whether to give priority to those trusting the register book and transacting real estate in real estate transactions or to protect the true rightful person.

As investigated earlier, those countries which recognize the power of public confidence in real estate registration in every country have something in common. The first is the enforcement of the authentication system for the deed of the cause for registration by the registration official. In the countries which have this well-established authentication system, the notary is authorized to make the real screening of real estate registration and the registration official makes the formal screening of notarial documents.

And they follow the notarial system of the deed of the cause for registration, compel real estate transactions to be registered and take the individual application principle. And they have the certain protection system for the true rightful person damaged by the

registration of the public confidence power of registration.

Accordingly, it can be seen that it is premature in recognizing the public confidence power of real estate registration under the current Korean real estate registration system without this institutional arrangement. The public confidence power of real estate registration

should be recognized under the premise of improving its institutional problem.

The preconditions for recognizing the public confidence power of real estate registration are as follows:

The first is the authentication of the deed of the cause for registration. Public confidence in real estate registration could be recognized by minimizing the possibility of poor registration through the introduction of the authentication system. The introduction of the authentication system may have a realistic problem, but it is seen to be enough through the supplementation of the current enforced approved contract document system.

Second, it is necessary to resolve the problem of unifying the register book and all kinds of books to prevent the unreliable registration of real estate. But economic cost and time are required to unify the register book and all kinds of books, but because the computerization of the register book is now completed, it would be possible to confirm the computerized book of the books and the register book. And it is seen that it is necessary to implement the title insurance system as the method of preserving the damage of the true rightful person coming from the recognition of public confidence power.