

부동산 공시방법의 역사에 관한 비교법적 고찰

홍 봉 주*

목 차

- | | |
|----------------------|---------------|
| I. 서론 | 3. 중세시대의 공시방법 |
| II. 공시의 원칙의 이론적 근거 | 4. 프랑스의 공시방법 |
| III. 부동산 공시방법의 역사 | 5. 독일의 공시방법 |
| 1. 상징적 의식에서 등록·등기제도로 | 6. 영국의 공시방법 |
| 발전 | 7. 미국의 공시방법 |
| 2. 로마법의 공시방법 | IV. 결론 |

I. 서론

공시의 원칙은 물권의 변동이 있을 때마다 그것이 공시되지 아니하면 안된다는 원칙이다. 즉 물권의 변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 어떤 표상 즉 공시방법에 따라야 한다. 공시의 원칙을 실현하기 위하여 이를 강제하는 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 공시방법을 갖추지 아니하면 전적으로 물권변동의 효력이 인정되지 아니하는 방법이고, 다른 하나는 물권변동을 목적으로 하는 의사표시만 있으면 물권변동의 효력이 인정되지만 공시방법을 갖추지 아니하는 동안에는 제3자에 대하여 그 물권변동의 효력을 주장하지 못하는 방법이다.¹⁾ 우리 민법과 독일 민법·스위스민법 등은 앞의 방법을 취하고 있고, 프랑스민법과 일본민법은 뒤의 방법을 따른다. 부동산물권에 관하여는 등록 또는 등기라는

* 건국대학교 법학전문대학원 부교수

1) 김증한/김학동, 물권법 제9판(박영사, 1997), 32쪽.

완전한 공시방법이 인정되어 있는 관계로 공시의 원칙은 거의 완전하고 그 기능을 다하고 있는 반면에, 동산물권에 관하여는 점유의 이전(인도)이 공시로서 대단히 불완전하기 때문에 공시의 원칙은 거의 그 기능을 발휘하지 못하고 있다. 그럼에도 불구하고 동산물권의 거래가 안전하게 행하여지는 것은 공신의 원칙에 의한 것이다.²⁾

따라서 본 논문은 공시의 원칙에 관한 연구범위를 부동산물권변동과정에 한정하고자 한다. 종래 국내에서의 부동산 공시방법에 관한 논의는 주로 독일법과 프랑스법의 등기제도를 대비하는 방법으로 이루어졌고, 미국법의 등록제도(recording system)³⁾와 영국의 등기제도⁴⁾에 관한 문헌은 많지 아니하다. 본 논문에서는 연구대상을 현재까지 국내 연구들이 주로 대상으로 하였던 독일, 프랑스 등의 대륙법계 국가뿐만 아니라 영국, 미국 등 영미법계 국가들도 포함하고 있다. 또한 본 논문은 토지의 공시의 원칙을 역사적으로 고찰하기 위하여 로마법상의 인도(traditio)가 근대 독일, 프랑스 등의 대륙법계의 공시의 원칙에 어떠한 영향을 주었는지 살펴보고, 로마법이 근대 대륙법계 국가에 계수되기 이전의 중세시대의 공시방법이 영국법에 살아남아 독자적인 발전을 이룬 과정도 함께 연구하였으며, 현재 전세계적으로 행해지고 있는 부동산물권변동과정에서의 공시의 원칙을 비교법적으로 고찰하면서 프랑스법의 대항요건주의의 형성과정을 추적하여 이것과 미국법에서의 등록제도(recording system)와의 유사한 점과 다른점을 대비하여 연구하고, 영국법에서의 등기제도와 현행민법이 계수받은 독일민법의 등기제도를 대비하여 연구하고자 한다.

2) 박윤직, 물권법 제7판(박영사, 2002), 29쪽.

3) 그동안 미국물권법에 관한 선행연구로는 우선 김상용, 미국부동산법론(삼지원, 1986); 박홍래, 미국재산법(전남대학교 출판부, 2004); 가정준, “미국법상 부동산 소유권 변동 과정에 관한 법적고찰”, 민사법학 제31호(한국민사법학회, 2006) 등이 있다.

4) 이은희, “영국의 부동산등기절차”, 법학연구 제19권 제1호(충북대학교 법학연구소, 2008).

II. 공시의 원칙의 이론적 근거

국내연구는 공시의 원칙의 이론적 근거로서 물권은 배타성·절대성이 있으므로 거래의 안전을 위하여 공시가 필요하다는데 대체로 일치하고 있다. 그러나 부동산물권변동과정에서 현행민법의 공시방법인 등기가 거래의 안전을 보호하기 위해서는 공신력이 인정되어야만 논리적으로 이해될 수 있다. 독일 민법과 달리 공신력이 인정되지 아니하는 현행민법의 등기는 거래의 안전을 충분히 보호하고 있지 아니하다.

오히려 성립요건주의를 택하고 있는 현행민법에서의 등기제도는 등기하지 아니한 자의 물권취득이 거부된다는 점에 공시의 원칙의 이론적 근거가 있다고 볼 수 있다. 동산과 달리 부동산의 경우는 점유하는 자가 소유자로서 처분권자일 수 있지만 임차인 또는 불법점유자 또는 파산자와 같이 처분권한이 없는 자일 수도 있다. 즉 동산과 달리 부동산은 비록 부동산을 점유하고 있더라도 임차인, 무단점유자 등과 같이 소유권을 갖고 있지 않은 경우가 있게 되어 부동산의 점유자의 처분이나 상속이 허용되지 않는 경우가 있게 된다. 또한 부동산은 장소이동이 되지 않으므로 저당권 등 담보물권이나 지상권 등의 용익물권을 설정하기 용이하다. 그러므로 부동산의 양수인은 매매대상인 부동산의 양도인이 진정한 소유자인지 여부와 그 부동산에 이미 설정된 제한물권의 유무 및 그 내용에 관하여 확신을 갖고 싶어 한다. 따라서 부동산물권변동과정에서는 공시의 원칙이 필요하게 된다. 또한 부동산의 점유자와 저당권 등 담보설정계약을 체결하고자 하는 자는 당해 부동산의 진정한 처분권자와 담보설정계약을 체결하고자 하는데, 이러한 경우에 등기부에 기재된 자가 진정한 소유자임을 표현하고 있고, 가처분 또는 선순위담보권 등 당해 부동산에 관한 부담들이 등기부에 기재되어 있다면 거래의 편리를 제공할 수 있을 것이다.

따라서 등기에 공신력이 인정되고 있지 아니한 현행민법에서 부동산

등기라는 공시제도의 이론적 근거는 거래의 안전으로 파악하기는 어렵고, 거래의 편리 또는 거래비용의 절감으로 이해되어야 할 것이다.

Ⅲ. 부동산 공시방법의 역사

1. 상징적 의식에서 등록·등기제도로 발전

비교법적으로 부동산공시방법을 살펴보기 위하여 성문법계와 불문법계로 대비되는 대륙법계와 영미법계로 나누어 보면, 대륙법계는 종래 국내에서 연구된 바와 같이 독일법의 성립요건주의와 프랑스법의 대항요건주의로 비교할 수 있는 반면에 영미법계는 미국법의 등록제도와 1862년 토지등기법(Land Registry Act) 이후의 영국법과 영연방 및 제3세계의 토렌스제도를 비교해 볼 수 있다.

부동산 공시방법으로 대륙법계이건 영미법계이건 구별 없이 역사상 부족사회 또는 폐쇄사회에서는 양도의 상징적 행위인 로마법상의 인도(traditio), 게르만법상의 게베레(Gewere), 중세 영국법상의 봉건적 점유인도(livery of seisin)와 같은 현실적인 인도가 하나의 의식으로 자리 잡았다. 그러나 사회가 커지고 먼 거리에 있는 부동산 양도 시에는 현실적인 인도가 불편을 주므로 부동산양도방법으로서 현실적인 인도를 대체하는 문서양도(delivery of deed)방법이 고안되었다. 부동산 공시방법으로서 양도의 상징적 행위 또는 문서양도는 모두 양도인이 양도대상인 부동산의 진정한 소유자인지 여부와 그 부동산에 설정된 제한물권의 존재에 관하여 양수인에게 불완전한 정보를 제공할 뿐이므로 양수인은 반드시 양도인 이전의 모든 양도행위와 설정행위에 관하여 조사하여야 한다. 이러한 권리조사(title search)는 시간이 걸리고 비용이 들 뿐만 아니라 그러한 권리조사가 불완전할 수도 있다. 그러므로 부동산 공시방법으

로 대륙법계이건 영미법계이건 간에 새로운 대체적인 방법이 요구되는데 그것이 등기 또는 등록제도이다.⁵⁾

한편 부동산에 관한 등기제도는 역사적으로 그리스법에 따라 B.C. 3세기경에 헬레니즘시대의 이집트(Hellenistic Egypt)인 프톨레마이우스 마케도니아 왕조에서 시작되었다.⁶⁾ 그러나 역사상 최초로 나타난 부동산에 관한 등기제도는 부동산물권변동과정에서 양수인을 보호하기 위한 사법적인 기능을 한 것이 아닌 징세를 위한 공법적인 기능을 담당하였다. 이는 현대에도 부동산 등기제도가 과세의 기초장부로 사용되고 있으므로 충분히 예상할 수 있을 것이다. 역사적으로 의미 있는 부동산에 관한 등기제도가 다시 나타난 것이 중세 독일에서 저당권제도와 관련하여서이다.⁷⁾ 대륙법계에서 뿐만 아니라 영미법계에서도 자생적으로

5) Real Property Commision, *Second Report*(London, 1830), 3쪽.

6) Taubenschlang, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri 332 B.C.-640 A.D.*(New York and warsaw, 1944), 205쪽.

7) 김상용, “부동산 등기제도와 저당제도 발전의 상호관계”, 민사법연구3(법원사, 2000), 361쪽. 중세독일의 도시장부의 최초는 1135년의 독일의 Köln 시에서 담보서류(Schreinp fand)를 양피지로 된 용기(Schrein)에 보관함으로써 시작되었다. 13세기에 이르러서는 여러 도시에서 부동산의 권리변동과정의 내용을 도시장부에 기입하는 방법으로 등기 제도가 발전하고 또 널리 이용되었다. 중세도시의 도시장부에는 연대적 편성주의를 취하였으며, 부동산에 관련된 행위의 종류에 따라 각각 다른 장부를 만들었다. 여컨대, 상속에 관해서는 상속장부(Erbebuch), 담보설정을 위해서는 부동산담보권장부(Pfandbuch)가 만들어졌다. 나중에는 점차 일필의 토지에 관계되는 등기는 모두 일괄하는 방법으로 발전되어 물적주의(System der Realfolien)로 전환하고 각종 부동산물권을 등기할 수 있는 여러 개의 란을 두게 되었다. 1357년 Danzig시에서 최초로 물적편성주의를 취하였으며, 15세기 초에는 이러한 물적편성주의가 일반화되었다. 이렇게 도시장부에서 시작된 최초의 등기는 독자적인 하나의 부인할 수 없는 증거방법(unanfechtbares Beweismittel)으로 기능하였다. 이러한 등기제도는 바로 부동산의 자금화를 위해서 만들어졌기 때문에 부동산담보권부터 등기하기 시작하여 점차 다른 물건으로 확대되었다. 1722년에 preußen에서는 저당 및 파산령(Hypotheken-und Konkursordnung)을 제정하여 법원으로 하여금 저당등기부를 비치토록 하고, 모든 부동산재산(alle unbewegliche Güter)의 현상을 표시할 수 있도록 하였다. 그리고 모든 새로운 부동산물권의 취득자는 그의 권리를 등기하여야 할 의무를 부담하게 되었다. 그래서 새로운 부동산물권의

부동산등기제도가 나타났는데 1858년 7월 2일부터 호주에서 시행된 토렌스제도와 1862년 영국의 토지등기법이 그것이다.

따라서 부동산에 관한 공시방법은 역사적으로 지역적으로 유사하게 양도의 상징적 행위였고 그 후 발전은 증서양도방법에 의하였으나 그 제도의 결함을 해결하기 위한 대체적 방법으로 등기제도를 채택하는 과정이 대륙법계와 영미법계에서 유사하다는 것이 매우 흥미롭다. 다만 대륙법계와 영미법계에서 부동산 공시방법의 차이는 11세기 이탈리아의 Ravenna대학과 Bologna대학에서 연구되어 서유럽에 전파된 로마법의 계수정도차이에서 비롯되었다. 대륙법계는 로마법이 넓게 계수된 반면 영미법계는 로마법계수가 전면적으로 이루어지지 않았다.⁸⁾ 따라서 중세유럽의 봉건제도 하에서 대륙법계와 영미법계에서 두루 이용되었던 봉건적 점유인도(livery of seisin)가 대륙법계에서는 주석학파(glossators)와 주해학파(commentators)가 연구해 낸 로마법상의 인도(traditio)로 바뀌게 되었으나, 영미법계에서는 봉건적 점유인도가 유지된 채 봉건시대에서 근대 시민사회로 정치·사회적 변화를 겪으며 오늘에 이르고 있다. 대륙법계에서도 독일법계는 로마법의 계수에도 불구하고 게르만법의 Gewere와 로마법의 계수이전에 개발된 등기제도가 큰 힘을 발휘하여 성립요건주의를 취하게 된 반면, 프랑스법계는 16세기 인문주의자(humanists)와 17·8세기의 자연법학자(natural law school)의 영향으로 로마법의 인도(traditio)를 제거하고 매매계약만으로 물권변동이 일어나는 대항요건주의를 취하게 되었다.

취득자는 등기를 할 때까지는 그의 권리가 유효하지 못한 무효(ungültig und nichtig)로 간주되었다. 이렇게 해서 점차 등기는 물권변동의 성립요건으로 발전하였다. 입법적으로는 1872년 프로이센의 소유권취득법(Das Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke)에서 등기를 물권변동의 성립요건으로 규정하였다. 이와 같이 도시장부에서 시작된 근대적 등기제도는 로마법의 계수에 의해 그 발전이 지체되긴 했으나 계속해서 유지·존속되어 왔다.

8) Maitland, *English Law and Renaissance*(Camgrige, 1901), 305쪽.

2. 로마법의 공시방법

로마법상 부동산을 포함한 소유권양도방법으로는 법정양도(*injure cesso*), 악취행위(*mancipatio*), 인도(*traditio*)가 있었는데, 앞의 두 가지는 매우 엄격한 의식절차를 요구하였으나 마지막은 특별한 방식을 요구하지 아니하였다. 가장 오래된 것⁹⁾은 공적인 의식절차인 법정양도로서 불법점유자에 대한 소유물회수의 소송방식이 소유권이전을 목적으로 하는 가장의 소송행위로 전용된 제도라 한다. 법정양도란 말은 법정절차에서 권리의 다툼이 없는 양도인의 소극적 태도에서 유래되었다. 법정양도는 양도인과 양수인이 출정하여 법무관(*praetor*)의 면전에서 원고인 목적물의 양수인이 신성도금 대물소송방식에 따라 목적물을 손에 쥐고 이 물건이 시민법상 나의 것이라는 요식문언을 언명함과 동시에 소유권의 상징인 권봉을 목적물에 대면, 법무관은 피고인 양도인에게 반대주장을 하겠느냐고 물었으며, 피고가 반대하지 않겠단가 또는 침묵을 지키면 법무관은 원고의 주장사실을 인정하여 목적물이 양수인의 소유임을 선고하였으며, 이 판결의 효과로써 양수인은 시민법상의 소유권을 취득했다.

악취행위는 법무관이 없이 사적인 의식절차로서 가장의 매매행위형태(*the form of a fictitious act of sale*)로 행해졌다. 악취행위의 의식에는 8명¹⁰⁾이 - 양도인(*mancipium datus*), 양수인(*mancipium accipiens*), 로마시

9) Alejandro M. Garro, *Recordation of Interests in Land*(International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VI Property and Trust, Chapter 8)(J.C.B. MOHR, 2004), 12쪽; 그러나 현승중/조규창, 로마법 I(박영사, 1996), 554쪽은 본문에서 법정양도와 악취행위 중에서 어느 제도가 먼저 발생하였는지 분명하지 않다고 하나 각주 102)에서 지배적 견해는 악취행위가 먼저 성립했다고 하고 있다. 12표법은 법정양도와 악취행위를 모두 규정하고 있다.

10) 서울오, 물권행위론에 관한 학설사적 연구(세창출판사, 2008), 17쪽에서 악취행위의식에 7명이 참여한다고 하고 있으나 양도인까지 참여하였으므로 8명이다.

민이고 성인인 증인(testes classici) 5명, 동저울을 든 칭량자(libripens)－참여했다. 가령 노예를 악취행위를 통해 양도한다고 하면, 양수인은 목적물(노예)을 손으로 붙잡고 있으면 칭량자가 동편을 양수인에게 주면서 그 동편으로 저울을 두드리라고 하고 그가 동편으로 저울을 건드린 후 그것을 양도인에게 넘겨준다. 그런데 소유권이전의 목적물이 노예와 가축과 같은 동산인 때에는 양도인은 목적물을 법률행위장소로 가져와야 했으나, 토지나 가옥인 경우에는 흙덩어리나 건물의 작은 조각을 칭량자에게 교부해야 했다 한다.

12표법은 일정한 요식문언의 진술을 악취행위의 효력발생요건으로 규정했다. 이 요식문언의 진술을 언명(nuncupatio)이라 했으며 당사자의 일방적인 선언문구로 구성되었다. 그간 이 언명의 의미·내용에 관하여 많은 논란이 제기되었으나 통설은 양당사자에게 법적 구속력을 발생시키는 요식행위의 종속문언으로서 악취행위와 관련된 합의를 의미한다고 한다. 따라서 양도인이 역권이나 기타 용익물권의 부담 없는 완전한 토지소유권을 양도한다고 언명하였음에 반하여, 양수한 토지의 면적이 부족하거나 부담 있는 토지일 경우 양수인은 토지면적에 관한 소송(actio de modo agri)으로 부족평수의 2배액의 배상을 청구할 수 있었다. 또한 토지소유자가 그의 토지를 양도함과 동시에 목적토지상의 용익권을 유보하겠다고 언명한 경우 양수인은 취득한 토지에 양도인의 용익권을 인정해야만 했다. 이와 같이 악취행위에 있어서 양도인의 언명내용이 사실과 일치하지 않을 경우 양도인은 그의 말에 대한 책임을 져야만 했다. 또한 양수인이 취득한 목적물에 관하여 법적 분쟁이 발생한 경우 양도인은 소송에 참가하여 양수인을 보호할 의무가 있었고, 양수인이 패소하여 소유권을 상실한 경우 양도인은 목적물가액의 2배액의 배상의 무가 있었다. 이를 악취행위에서 발생하는 양도인의 추탈담보책임이라 하며, 패소로 목적물을 상실한 양수인은 추탈담보소송(actio auctoritatis)으로 그 배액의 손해배상을 청구 할 수 있었다. 토지매도인의 추탈담보

책임은 2년이다. 즉 양도인은 양수인이 토지를 사용취득하기까지 2년간 그의 점유를 유지할 담보책임이 있다. 법정양도나 악취행위는 원인행위와 무관하게(무인적으로) 유효하였으므로 양도인은 소유권을 회복하기 위하여 소유물반환청구(rei vindicatio)를 사용할 수 없었고, 단지 채권적인 효력을 가지는 부당이득반환청구(condictio)에 의존할 수밖에 없었다.¹¹⁾

법정양도에 관한 최후의 기록이 293년 Diocletianus의 칙법에 수록되었으므로 미루어 법정양도는 4세기 이후에 소멸한 것으로 짐작되고 고대에 발달한 악취행위가 고전후기인 335년과 395년에 제정된 칙법에 수록된 사실로 미루어 악취행위가 장기간에 걸쳐 로마시민의 물권생활에 핵심적 기능을 수행했으며 로마물권법의 주축을 이루었음을 알 수 있다.¹²⁾

마지막으로 인도(traditio)는 고전기 초기에는 법정양도, 악취행위와 같이 존재하였으나 만민법(jus gentium)상의 외국인인 비악취물(res nec Mancipi)에 관한 소유권양도방법이었다. 그러나 2세기 Gaius 시대에 이르러 인도는 시민권자를 포함한 모든 사람들의 악취물을 포함한 모든 물권에 관한 소유권방법이 되었다. 이러한 상황은 유스티니아누스 황제가 로마법 대전을 편찬할 때에도 달라지지 않았다. 유스티니아누스는 악취행위나 법정양도를 아예 배제하고, 일종의 취득시효에 해당하는 사용취득(usucapio)과 인도만을 소유권 취득의 방법으로 인정하였다. 그리하여 악취행위나 법정양도는 유스티니아누스 법전에서 삭제되거나 traditio로 대체되었으므로, 중세 이후의 법학에서는 오직 인도에 의한 소유권 취득만을 유일한 양도의 방법으로 생각했고, 그것이 소유권취득과 관련한 논의에서 중심적 위치를 차지하였다. 인도는 특별한 방식을 요구하지도 않았고 양도인과 양수인 이외의 다른 사람들의 존재도 필요

11) 서울오, 앞의 책, 20쪽.

12) 현승중/조규창, 앞의 책, 552쪽, 각주 9).

로 하지 않았다. 로마법상의 인도는 점유권과 소유권을 동시에 이전하였다. 고전기 로마법은 인도에 의한 소유권 양도에 있어서 인도 이외에도 정당한 원인(*iusta causa*)이라는 요건을 동등하게 요구하였다. 즉 단지 인도만 있어서는 안되고, 또한 정당한 원인(*iusta causa*)만이 있어서는 안되고, 오직 두 가지 요건 모두가 갖추어진 경우에만 소유권이 이전된다는 것이다. 이와 같이 인도가 소유권을 이전하고 따라서 인도에 의하여 양도인이 소유권을 상실한다는 점에서 로마법의 인도는 부동산 물권 변동에서 등기와 같은 기능을 하고 있다. 한편 그리스법이 적용되던 헬레니즘 지역에서는 - 그 중에서도 특히 마케도니아의 프톨레마이우스 왕들의 이집트에 관한 연구가 많이 이루어졌는데 - 기원전 3세기경부터 부동산 등기제도를 시행했고, 로마가 A.D. 1세기 중반에 이 지역을 점령한 이후에도 등기제도를 계속 시행했다. 그러나 등기제도의 목적은 조세를 위한 것이었으므로, 등기가 소유권변동의 요건이 아니었으며 등기에 공신력도 인정되지 아니하였다.

3. 중세시대의 공시방법

로마법이 서유럽에 계수되기 이전에 서유럽은 중세봉건시대였다. 모든 토지는 국왕(*lord*)의 소유였고, 귀족(*vassal*)들은 소유권이 아닌 점유권만 인정되었다. 귀족이 갖게 되는 토지에 대한 권리를 봉토(*feud, fee*)라고 하였고 봉토를 점유하는 형태를 봉건적토지 보유형태(*tenure*)라고 하였으며, 봉토의 점유자를 *tenant*, 그 대상 토지를 *tenement*라고 하였다. 봉토는 상속되거나 양도될 수 없었다. 왕과 영주들간의 관계는 개인적이고 토지에 대한 영주들의 권리는 처음에 상속이 인정되지 않아 영주의 생애동안만 존속하였다. 또한 영주가 자신의 의무를 다하지 못한 경우 왕은 영주로부터 토지를 몰수하였다. 왕과 영주와의 관계에 있어 영주가 부담하는 의무로는 기사제공과 같은 일정한 기간마다 지는 의무(*services*)

와 상속세의 납부와 같은 일정하지 않은 의무(incidents)로 분류할 수 있는데 점차 일정하지 않은 의무는 인플레이션과 함께 증가하기 때문에 경제적인 측면에서 점점 더 중요하게 되었다. 또한 기사를 제공할 의무 등도 점차 금전적인 지급의무로 변화하여 갔다.

봉토(feud)는 국왕에 의하여 새로운 귀족에게 기사제공 등 의무와 함께 이전되었는데 이를 봉토의 수여(investiture)라고 하였다. 봉토의 수여는 의식적인 행동인데 국왕(lord)이 이전대상 토지에서 토지를 상징하는 잔디 등을 양수인에게 넘겨주는 행위로 행해졌다. 그리고 9세기에 이르러 이러한 봉토의 수여행사는 시장, 교회, 왕궁에서 이루어졌다.

봉토의 수여에 의한 양도를 주석학파(Glossators)는 로마법상의 의제 인도(traditio ficta)의 한 종류로 여겼지만, 양자 중 전자는 점유의 이전일 뿐이지만 후자는 소유권의 이전으로 전혀 법적 성질이 다르다. 또한 법률효과에 있어서도 전자는 양도인의 하자가 승계되지 아니하는 원시 취득이지만 후자는 양도인의 하자가 승계되는 승계취득이다.

중세시대의 공시방법은 로마법이 계수된 대륙법계에서는 소멸하였지만, 로마법이 전면적으로 계수되지 아니한 영국에서는 살아남아 점유 이전방법(livery of seisin)이 되었다.

4. 프랑스의 공시방법

프랑스에서는 9세기부터 로마법이 계수되면서 남부와 중부프랑스는 로마법상의 인도(traditio)에 의하여 부동산 물권변동이 이루어졌지만, 북부프랑스에서는 로마법상의 인도가 사라지고 관습법상의 초기형태의 등록제도가 중여, 담보와 소유권 이전에서 생겨났다. 1804년 프랑스민법 제정으로 인하여 등록제도는 폐지되었지만, 중여의 경우 등록을 요구하는 관습법은 살아남았다. 16, 7세기경에는 부동산양도계약 작성시 공증인의 면전에서 작성하도록 요구되었다. 북부프랑스지역에서 현실적 점

유이전이 매매계약에 포함되는 방식이 사용되었는데 이를 의제인도(traditio ficta)로 보았다.

주석학과와 주해학과에서는 로마법의 인도를 현실적 인도(traditio vera)와 의제인도(traditio ficta)로 나누어 보았다. 의제인도에는 장수인도(traditio longa manu)¹³⁾, 단수인도(traditio brevi manu)¹⁴⁾, 점유개정(constitutum possessorium)¹⁵⁾ 및 상징적 인도(traditio clavicum)¹⁶⁾가 포함된다. 그러나 그 후 인문주의자들(humanists)과 자연법학자들(natural law school)은 로마법과 결별을 시도하여 부동산 물권변동에서 로마법상의 인도를 제외시켜 계약만으로 물권변동이 생긴다는 합의원칙(consensualistic principle)을 주장하였고 이것이 1804년에 제정된 프랑스민법에서 채택되었다. 그래서 프랑스관습법상의 초기 등록제도는 프랑스민법에서 증여를 제외하고는 폐지되었고, 로마법상의 부동산 물권변동에 관하여 요구되던 두 가지 요건인 정당한 원인과 인도 중 후자 역시 폐지되었다.

그러나 프랑스 민법이 시행되자 당연히 부동산 담보권자들의 피해가 속출하였다. 부동산 담보권자는 부동산의 진정한 소유자가 아닌 자에게 담보를 제공하면서 피해를 입게 되었고, 부동산 매수인은 매도인이 진정한 부동산 소유자가 아님을 밝혀질 때마다 피해를 보게 되었다. 이에

13) 장수인도란 양도인이 양수인 앞에서 양도의 목적물을 지정하는 인도방식을 말한다. 예를 들면 양도인이 건물옥상이나 석탑 또는 산정에서 목적토지를 양수인에게 지적하는 경우가 이에 해당한다.

14) 단수인도란 양수인이 임대차, 사용대차, 임치 또는 어떤 법률관계에 의하여 목적물을 이미 소지하고 있을 경우에 양도인의 소유권양도의 의사표시만으로 인도하는 방식을 말한다. 현행법상의 간이인도에 해당한다.

15) 점유개정이란 양도인이 목적물의 소유권을 이전하고서도 양수인과의 법률관계에 의하여 계속 목적물을 사용·수익하는 경우를 말한다. 따라서 양수인은 목적물의 현실적 이전을 받음이 없이 점유와 소유권을 취득했다.

16) 상징적 인도란 양도인이 목적물에 대한 현실의 점유이전에 갈음하여 이 물건을 상징하는 다른 물건을 인도하는 소유권 이전방식을 말한다. 현물인도에 갈음한 창고열쇠를 양수인에게 교부하는 방법에 의한 인도이다.

파리의 금융가인 Casimir périer가 부동산등록제도에 관한 최고의 연구에 관하여 상금을 내걸었고, 1841년 프랑스정부는 민법에 규정된 합의의 원칙을 보충할 방법을 찾아내기 위한 위원회를 구성하였다. 이 위원회 활동으로 1855년 3월 23일 부동산담보등사법(Law on transcription of mortgages)이 제정되어 1856년 1월 1일부터 시행되었다. 이 법의 내용은 제3자에게 대항하기 위하여 등록을 필요로 하는 규정을 담고 있었는데 등록이 필요한 경우는 부동산 양도, 부동산 담보, 지역권 및 18년 이상의 임대차 등이었다. 그리하여 오늘날의 대항요건주의가 성립하게 되었다.

프랑스민법은 소유권은 채권의 효력으로서 이전된다고 한다(제 711 조).¹⁷⁾ 그리고 물건의 인도채무는 당사자의 합의만에 의하여 완성되며, 물건의 인도가 아직 행해지지 않은 때에도 이러한 채무는 채권자를 소유자로 만든다(제1138조).¹⁸⁾ 나아가 매매에 관한 규정에서, 매매의 목적물 및 대금에 관한 약정이 있는 때에는 목적물의 인도 및 대금의 지급 전이라도 매매는 당사자 사이에서 완성되며, 매수인은 매도인에 대한 관계에서 당연히 소유권을 취득한다(제1583조)¹⁹⁾고 규정한다. 즉, 당사자의

17) 프랑스민법 제711조

“La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations.”

18) 프랑스민법 제1138조

“L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.”

19) 프랑스민법 제1583조

“Tant à l’égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu’il a la propriété exclusive d’un bien.

Les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l’égard des tiers bien que dans le rapports entre époux, s’il n’en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyen propres à établir que les biens n’appartiennent pas à l’époux que la présomption désigne, ou même, s’ils lui appartiennent,

의사표시에 의하여 물건변동이 일어나기 때문에 등기는 제3자에 대한 대항요건일 뿐이다. 등기의 임무도 당사자의 계약 자체를 정확하게 공시하는 것에 한정되고, 등기시스템은 권리관계를 취급하는 사법절차가 아니라 행정절차에 불과하다. 또한 등기부라는 별도의 장부를 두지 않고 당사자가 제출한 계약서를 편철한 것이 등기부가 된다. 등기카드라는 것이 있으나 이는 계약서를 찾기 쉽게 하기 위한 것으로서 등기카드에 기재되는 것에 의하여 등기가 이루어지는 것은 아니다. 등기부등본의 발급도 당사자가 제출한 계약서를 복사하여 교부하는 방식에 의한다.

위와 같이 등기제도 자체는 매우 간략하지만 그 대신 등기원인증서에 대한 공증인의 공증을 요구하여 등기의 진정성을 담보하고 있다. 즉 거래당사자가 가계약을 체결한 이후 공증인이 약 3개월 동안 당사자의 인적 동일성, 행위능력, 재산처분권한, 공법상 또는 사법상 제한, 계약내용의 적법성 및 유효성 등 실체적 권리관계까지 조사하여 이상이 없는 경우에 비로소 매매계약이 체결된다. 매매계약서는 공증인의 공정증서로 작성되는데 이 공증된 매매계약서에 의하여 등기를 신청하는 것이다. 당사자 일방만이 위 공정증서를 첨부하여 등기신청을 할 수 있으며, 공증인도 당사자의 의사에 상관없이 일정한 기간 내에 등기를 신청하여야 하는 의무가 있다. 등기관은 공시를 위하여 제출된 서류가 소정의 방식이나 규격에 부합하지 않을 경우 접수를 거부하거나 공시를 각하할 수 있을 뿐 증서의 적법성을 심사할 권한은 없다(형식적 심사주의).

5. 독일의 공시방법

A.D. 800-1,000년의 게르만 시대의 부동산 물건변동은 공무원(coram

qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux.

Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.”

judiceloci) 앞에서 의식으로 거행되고 물권변동과정을 등록하였다. 부동산 물권변동과정은 3단계였는데 양도인의 구두선언(Sala), 점유이전(Gewere), 봉건영주의 면전에서 양도인의 권리포기선언(Auglassung)²⁰⁾으로 이루어 졌고, Sala와 Gewere 만으로는 소유권이 이전되지 않고 Auglassung까지 행해야 소유권이 이전되었다.

게르만시대의 부동산 물권변동은 로마법이 계수된 이후 traditio와 Gewere가 비교되었지만, 양자간에는 전자는 유인적 이었는데 반하여 후자는 무인적 이었다는 차이가 있다. 또한 게르만법과 달리 독일에서는 등기제도가 발달하게 되면서 로마법과는 달리 독일 특유의 무인적이고 등기에 공신력을 인정하는 형식요건주의를 만들어 냈다.

독일민법은 물권변동을 제3편 물권법에서 규율하며, 여기에서 우선 물권변동을 위해서는 Einigung이라는 물권변동에 관한 합의를 요구하고, 나아가 그 외에 부동산에 관해서는 등기²¹⁾를 하여야 비로소 물권변동의 효력이 생긴다고 하여 형식주의를 취한다. 그리고 특히 부동산소유권 이전의 합의(Auflassung)라고 하여 다른 물권적 합의와 구별하고, 양 당사자가 관할관청에 동시에 출석하여 표시하여야 한다(제925조 1항 본문).²²⁾ 보통의 물권적 합의(Einigung)는 무방식으로 할 수 있고 조건과

20) 박수곤, “물권행위개념에 관한 소고—프랑스법적 시각에서의 검토—”, 민사법학 제43-2호(한국민사법학회, 2008), 182쪽에서 Auflassung에 대한 이해인데, Auflassung은 그 발생사적 측면에서 본다면 로마법에서의 ‘mancipatio’, ‘in jure cessio’ 또는 ‘traditio’가 계수된 것이라고 설명하여도 무방하다고 할 수 있을 것이라고 하고 있으나 이는 Auflassung이 게르만의 고대관습법에서 비록된 것임을 간과한 설명으로 보인다.

21) 독일민법 제873조 제1항

“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 ein anderes vorschreibt.”

22) 독일민법 제925조 제1항

“Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach §873 erforderliche

기한도 붙일 수 있지만 *Auflassung*은 요식행위로서, 반드시 소유권이전의 양 당사자가 공증인 앞에 출석해서 하여야 한다.

성립요건주의에 의하면 등기한 때에 물건변동이 일어나므로 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대하여도 물건변동의 시기가 정확하게 공시된다는 장점이 있다. 독일법은 위와 같이 비교적 완비된 절차에 의하여 등기제도를 운용하는 한편, 거래의 안전을 위하여 등기에 공신력을 인정하고 있다. 다만, 모든 물건변동에 공신력이 인정되는 것은 아니고 법률행위에 의한 물권을 취득한 경우에만 인정된다. 취득자가 선의이면 비록 중과실이 있더라도 공신력에 의하여 보호된다.

6. 영국의 공시방법

영국은 로마법이 전면적으로 계수되지 못하여 중세시대의 부동산 물건변동 방법인 봉건적 점유이전(*livery of seisin*)이 계속 남아있었다. *livery of seisin*이 로마법상의 *traditio*와 비교되지만, 전자는 점유권의 이전인데 반하여 후자는 소유권의 이전으로 법률효과가 다르며, 영국에서는 봉건시대의 영향으로 소유권개념이 아닌 점용권 유사한 *estate* 개념에 의하여 물건법이 구성되었다.

영국에서는 16세기 구신탁(*use*)제도가 성행하였는데, 이는 귀족들이 국왕으로부터 요구받는 기사제공의무를 피하기 위하여 자신의 부동산을 다른 사람 명의로 바꾸어 놓는 관행이 생겼다. 이러한 부동산 물건변동 방법은 수탁자가 임의처분 하는 경우 *common law*에서는 소유권변동을 인정했지만 형평법원(*Chancery Court*)에서는 수탁자의 임의처분의

Einigung des Veräußerers und des Erwerbers(*Auflassung*) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. Zur Entgegennahme der *Auflassung* ist, unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen, jeder Notar zuständig. Eine *Auflassung* kann auch in einem gerichtlichen Vergleich oder in einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan erklärt werden.”

유효성을 제한하여 선의의 매수인(bona fide purchaser for value)에게만 권리를 인정하였다. 그 후 중세가 몰락하는 과정에서 더 많은 국세징수를 필요로 했던 국왕이 구신탁(use)을 인정하지 않는 유즈법(statute of use)을 1535년 제정하여 수탁자에게 법률상 소유권을 인정하고 조세납부의무(incidents)를 부과하였다. 그리하여 구신탁(use)에 의한 부동산 물건변동 방법은 귀족들 사이에서 사용되지 않게 되었다.

위와 같은 해에 헨리 8세는 조세징수를 위하여 부동산등록법(Statute of Enrollment)을 제정하였으나 영국의 귀족들은 자신의 재산내역이 공개되는 것을 원하지 않았기 때문에 부동산등록을 하지 않고, 대신 변호사를 이용하여 부동산의 권리조사를 하는 방법에 의하여 부동산 거래를 하였다.

등록제도(recording system)는 1535년 영국의 ‘등록법’(Statute of Enrollments)에서 고안된 제도이나 영국에서는 자신의 재산내역이 공개되는 것을 원하지 않았던 귀족들의 반대로 시행되지 않았으므로 미국만의 제도이다. 미국에서 등록제도가 최초로 시행된 것은 독립전쟁 훨씬 이전 영국식민지시대인 1627년 Plymouth Colony에서 부터이다²³⁾. 영국과 달리 미국에서 등록제도가 널리 시행된 이유로 여러 가지가 있지만 우선은 미국의 넓은 영토로 인하여 점유하고 있는 소유자를 알기 불편하므로 또 다른 소유자확인방법이 필요했을 것이라는 이유가 있다²⁴⁾. 그러나 영국에서는 1925년에 토지등기법(Land Registration Act)을 제정하여, 성립요건주의인 등기제도를 채택하여 오늘에 이르고 있다.

영국에서 최초로 등기제도가 도입된 것은 1862년의 토지등기법(Land Registry Act)에서이다. 최초의 등기제도가 정착되지 아니한 이유로 등기강제주의를 채택하지 않았다는 사실이 지적되어, 1897년에 제정된 토지

23) 4 AM. LAW OF PROP. §17. 4(1952).

24) C. Dent Bostick, “Land Title Registration : An English Solution to an American Problem”, 63 *Ind. L. J.* 55쪽, 67쪽.

양도법(Land Transfer Act)은 등기강제주의(compulsory title registration)를 채택하였다. 동법은 등기강제주의를 실시하는 지역에 관하여 시위원회(city council)에 위임하였고, 1902년 런던시위원회가 영국에서 최초로 등기강제를 채택하였다. 런던 이외의 지역으로의 등기강제주의의 확산을 반대하는 변호사들의 반대로 영국의 등기제도는 더 이상 발전을 하지 못하고 세기가 바뀌고 1차 세계대전이 끝난 후에 1925년 근본적 개혁입법 6개로 인하여 획기적인 변화를 맞게 된다. 동법들은 1926년 1월 1일부터 시행되었다. 6개의 법률은 토지등기법(LRA; Land Registration Act), 부동산법(LPA; Land of Property Act), 토지부담법(Land Charges Act), 토지승계법(Settled Land Act), 수탁자법(Trustees Act), 부동산관리법(Administration of Estates Act) 등이다. 위 6개의 법률 중 토지부담법은 1972년 제정된 토지부담법으로 대체되었고, 토지등기법과 부동산법은 현재까지 수차례 개정을 하였는데, 그중 특히 2002년에 개정된 토지등기법이 중요한 역할을 하고 있다. 2002년 토지 등기법의 시행일은 2003년 10월 13일이다.

7. 미국의 공시방법

미국법에서는 등록제도²⁵⁾로서 부동산물권변동의 내용을 기재한 사문서인 날인증서(deed)의 사본을 등록소에 보관비치 하는데 그것은 권원의 등기가 아니라, 권리변동의 증거인 권원을 증명하는 증서를 연대순으로 등록하는 제도에 불과하다. 따라서 미국의 등록제도는 등기부라는 특별한 장부를 만들지 아니하고 당사자가 제출하는 권리변동의 내용을 담은 원인증서를 시간적 순서에 편찬한다는 점에서 프랑스의 공시방법과 매우 유사하다.

25) 가정준, 앞의 논문, 157쪽 각주 3)에서 등록제도가 영미법의 제도라고 하고 있으나 등록제도는 미국의 제도일 뿐이고, 영국은 1925년부터 등기제도를 채택하고 있다.

미국의 등록제도와 프랑스의 공시방법의 차이는 등록의 효과에서 차이가 난다. 즉 프랑스는 이중매매의 경우 제3자에게 대항하기 위하여 등기가 갖추어져야 하지만, 미국에서는 이중매매에 있어서 누구에게 우선권이 있느냐에 관하여 보통법(common law)와 형평법(equity)이 다른 기준을 가지고 있었는데, 보통법에서는 제1매매 이후에는 매도인에게 더 이상 양도할 권리가 없다는 논리 때문에 선시주의(first in time, first in right)를 취하고 있었고, 반면에 형평법에서는 제2매수인이 선의인 경우는 제1매수인에게 우선한다는 선의매수인보호법리(equitable doctrine of bona fide purchaser)를 취하고 있었다. 미국에서 등록법(recording acts) 형평법을 택하고 이를 더욱 확장하였다.

미국 날인증서등록법은 이중매매의 경우 우선권자 결정에 관하여 세 가지 형태로 분류 된다.²⁶⁾ 가장 오래된 형태의 등록법은 선순위자보호형 날인증서등록법(race statute)인데 현재는 델라웨어주²⁷⁾와 루이지애나주, 노스캐롤라이나주의 3개주에서만 시행되고 있다. 우선권은 누가 등록소에 먼저 등록했느냐로 결정되지만 악의의 제2매수인도 먼저 등록하면 제1매수인에게 우선하게 되므로 위의 형평법상 선의매수인보호원리에 부합하지 않는다는 비판을 받고 있다. 그러나 대륙법계의 대항요건주의와 유사하다고 볼 수 있다. 등록법의 두 번째 형태는 선의자보호형 날인증서등록법(notice statute)이고 세 번째 형태는 선의등록자보호형 날인증서등록법(race-notice statute)인데 전자가 플로리다주²⁸⁾를 포함한 약

26) Charles Szypszak, "Public Registration and Private Solution: An Evolving American Real Estate Conveyance Regime", 24 *Whittier L. Rev.*, 663쪽, 666쪽.

27) 델라웨어주법 제153조(Del. Code Ann. tit. 25, §153) "A deed concerning lands or tenements shall have priority from the time that it is recorded in the proper office without respect to the time that it was signed, sealed and delivered."

28) 플로리다주법 제695조 제1항 제1호(Fla. Stat. Ann. §695.01(1)) "No conveyance, transfer or mortgage of real property, or of any interest therein, nor any lease for a term of one year or longer, shall be good and effectual in law or equity against creditors or subsequent purchasers for a valuable consideration and without notice,

반수의 주에서 채택되고 있고 후자가 캘리포니아주²⁹⁾를 포함한 나머지 반수의 주에서 시행되고 있다. 전자가 시행되는 주에서는 선의이고 유상(대가를 지급한, for value)인 제2매수인은 언제나 등록하지 않은 제1매수인에게 우선하게 되고, 후자가 시행되는 주에서는 먼저 등록한 선의이고 유상인 제2매수인은 언제나 제1매수인에게 우선하게 된다. 따라서 미국에서는 매수인이 선순위매수인이 없는지 알아보기 위하여 등록소에서 등록된 날인증서를 열람하게 되고, 후순위매수인에게 권리를 잃지 않기 위하여 등록하게 됨으로써 날인증서의 등록이 활성화 되었다. 그러나 등록된 날인증서만으로 실재소유자라는 사실이 증명될 수 없었을 뿐만 아니라 등록되지 아니하였다 하더라도 매수인에게 대항할 수 있는 권리들도 있었기 때문에 매수인은 불안한 상태였다. 이 레코딩시스템(Recording system)은 부동산물권이 공시제도로서는 지극히 불안전하여 이것을 보완할 제도가 필요하였다. 그러한 보완제도로는 처음에는 권원조사(title search)가 이용되었으나 오늘날은 광범위하게 권원보험(title insurance)에 의하고 있다. 권원조사(title research)는 등록된 서류에 의하여 권원의 연속과 권원의 하자 및 권원에 대한 부담을 조사하여 해당 부동산의 현재의 권리관계를 확인하는 것이다. 권원보험제도(title insurance)는 등록제도와 관련된 등록되지 않는 권리의 문제점, 등록된 서류가 유효하지 않을 수 있는 문제, 권원조사를 하는 변호사 등의 제한된 책임, 조사상의 실수 등을 해결하기 위하여 권리하자로 인한 권원의 상실에 대비하여 권원보험계약을 체결하고 권리하자로 인한 손해를 보험금으로 전보함

unless the same be recorded according to the law.”

29) 캘리포니아주법 제1214조(Cal. Civ. Code §1214) Every conveyance of real property or an estate for years therein, other than a lease for a term not exceeding one year, is void as against any subsequent purchaser or mortgagee of the same property, or any part thereof, in good faith and for a valuable consideration, whose conveyance is first duly recorded, and as against any judgment affecting the title, unless the conveyance shall have been duly recorded prior to the record of notice of action.

으로써 매수인을 보호하고 있다. 권원보험증서는 만약 권원이 증서의 효력 발생일에 증서에 묘사된 상태에 있지 않다면 보험자는 보험계약자에게 이에 따른 손실을 보상한다는 보험자의 약속인데, 권원보험증서에는 모기지대출자의 권리를 보험 하는 것(lender's title insurance)과 소유자의 권리를 보험(owner's title insurance)하는 두 가지 종류가 있다.

미국의 일부 주를 포함한 영미법계에서는 토렌스 제도(torrens system)라는 등기제도가 독일과는 전혀 별개로 개발되었고 영국은 1962년 토지 등기법으로 위 토렌스 제도와는 별개로 등기제도를 채택하였다.³⁰⁾ 영미법계에서 등기제도는 호주에서 시작되었는데 최초 고안자의 이름을 붙여 토렌스 제도 (torrens system)라고도 한다. Sir Robert Richard Torrens(1814-1884)는 호주관세청행정관(australian customs administrator)으로 근무하며 영국식 선박등기부관리법(english method of registering ship)을 경험하였다. 그 당시 영국식 선박등기부는 선박마다 한 페이지에 선박명과 제원, 소유자, 유치권(lien) 등 부담(encumbrance)을 기재하고, 선박소유자에게는 권원증서(certificate of title)내지 소유자증명으로서 그 페이지의 복사본을 교부하였으며, 선박매매가 되면 매매계약서와 종전에 교부된 권원증서(certificate of title)를 함께 등록소에 접수하면 새로운 페이지에 위와 같은 작업을 반복하였다. 토렌스경은 선박등기부관리방법과 유사하게 부동산권리도 관리될 수 있고 부동산 등기제도가 확실성, 경제성, 단순성, 편리성 등 4가지 장점이 있다고 주장하며 입법을 촉구하여 1858년 호주에서 부동산등기법이 시행되게 되었다. 토렌스 제도는 그 즉시 영국식민지에 빠른 속도로 전파되었다.³¹⁾

미국에서는 등록제도의 불완전성을 치유하는 방법으로 토렌스 제도

30) Garro(주 9), 55면.

31) 1859년에 중앙아메리카의 벨리즈, 1860년에 캐나다 서부의 밴쿠버, 1862년에 아프리카의 탄자니아, 1865년에 아일랜드, 1870년에 뉴질랜드, 1875년에 웨일즈, 1888년에 자마йка, 1904년에 캐나다동부의 노바스코샤, 1908년에 우간다등에서 토렌스제도가 시행되었다.

의 도입이 1891년부터 3년간 하버드대학교 로리뷰에 논문이 게재된 이후³²⁾ 1895년 11월 5일 일리노이주 Cook County에서 주민투표에 의해 미국 최초로 토렌스 제도가 시행되게 되었다³³⁾. 그 후 몇 십 년 만에 미국내 전역에서 토렌스 제도가 시행되었는데 전성기에는 21개주에서 토렌스 제도가 채택되었다. 그러나 1992년 일리노이주에서 토렌스 제도를 폐지한 것을 포함하여 11개주에서는 폐지되었고 현재 콜로라도³⁴⁾, 조지아³⁵⁾, 하와이³⁶⁾, 메사추세츠³⁷⁾, 미네소타³⁸⁾, 뉴욕³⁹⁾, 노스캐롤라이나⁴⁰⁾, 오하이오⁴¹⁾, 버이지니아⁴²⁾, 와싱턴주⁴³⁾등 10개주에서만 시행되고 있다.

토렌스 제도는 독일의 등기제도와 유사하다. 즉 부동산물권을 취득하기 위하여 등기가 필요한 성립요건주의이다. 부동산 물권을 특별한 장부인 등기부에 기재되고 새로운 권리자임을 증명하는 등기권리증(title certificate)이 발행된다.

32) John T. Hassam, "Land Transfer Reform: The Australian System", 4 *Harv. L. Rev.*(1891), 271쪽; H. W. Chaplin, "Land Transfer Reform: Constitutionality", 4 *Harv. L. Rev.*(1891), 280쪽; Joseph H. Beale, "Registration of Title to Land", 6 *Harv. L. Rev.*(1892), 369쪽; F. V. Balch, "Land Transfer—A Different point of View", 6 *Harv. L. Rev.*(1892), 410쪽; James R. Carret, "Land Transfer—A Reply to Criticisms of the Torrens System", 7 *Harv. L. Rev.*(1893), 24쪽.

33) John L. McCormack, "Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age", 18 *Wm. Mitchell L. Rev.*(1992) 61쪽, 72쪽.

34) Colo. Rev. Stat. Ann. §§ 38-36-101-38-36-199(2002).

35) Ga. Code Ann. §§ 44-2-40-44-2-253(2002).

36) Haw. Rev. Stat. §§ 501-1-501-219(2002).

37) Mass. Gen. Laws Ann. ch. 185, §§ 1-118(2002).

38) Minn. stat. Ann. §§ 508.01-508.84(2002).

39) N.Y. Real Prop. Law §§ 370-435(2002).

40) N.C. Gen. Stat. §§ 43-1-43-64(2002).

41) Ohio Rev. Code Ann §§ 4309.01-4309.98, 5310.01-5310.21(2002).

42) Va. Code Ann. § 55-112(2002).

43) Wash. Rev. Code Ann §§ 65.12.005-65.12.800(2002).

미국에서 부동산 등기제도의 도입이 논의된 것은 앞서 본 바와 같이 기존의 날인증서 등록제도(recording system)의 결함 때문에 그 대체 방안으로 논의된 것이다. 그런데, 미국 내에서는 날인제도의 결함을 치유하는 방안으로 권원보험회사(title insurance company)가 출현했고 권원조사(title search)에 들어가는 시간과 노력을 줄여주기 위한 개량입법이 나오면서 부동산 등기제도의 도입필요성이 그만큼 줄어들게 되었다.

V. 결론

부동산 물권변동 과정에서의 공시제도를 비교법적으로, 역사적으로 살펴본 결과 현행민법이 채택하고 있는 성립요건주의의 등기제도가 보다 우수한 제도라는 결론에 도달하였다. 이는 대륙법계에서 독일이 그러하고 영미법계의 토렌스 제도도 그러할 뿐만 아니라 영국에서도 1925년 이후 실시하고 있기 때문이다. 독일의 등기제도는 고대 게르만법에서부터 중세를 거치며 발달하였던 제도이고, 영국의 등기제도는 보통법과 형평법을 기반으로 자생적으로 입법한 제도이고 영미법계의 토렌스 제도는 토렌스경에 의하여 1857년 호주에서 발명된 제도이나 유사한 내용을 담고 있는 것이 흥미롭다.

공시제도는 로마법상의 소유권이전방법인 traditio에 관한 주석학과 이후 자연법학자들까지의 연구가 영향을 끼친 프랑스민법에서 비록 물권변동이 합의(consentment)만으로 이루어진다고 하였지만, 부동산 양도나 부동산 담보의 혼란이 야기되자 40년이 지난 후 등록제도를 도입하여 대항요건주의를 완성한 역사적 과정에서도 보듯이 대항요건주의보다 성립요건주의가 보다 우수한 제도이다. 또한 대항요건주의에 의할 경우 권리관계가 당사자 사이의 법률관계와 제3자에 대한 법률관계로 분열되어 복잡해지는 문제가 있다. 등기부 편성방법에 있어서도 독일은 지적

내지 토지대장을 정비하여 부동산을 중심으로 등기부를 편성하는 물적 편성주의이지만 프랑스는 등기신청의 시간적 순서에 따라 원인증서를 편찬 보관하는 연대적편성주의이다. 또한 무엇을 편찬해서 등기부를 만드느냐에 관하여도 독일은 개개의 부동산에 관하여 일정한 방식에 따른 특별한 장부인 등기부를 편찬하고 있지만 반면에 프랑스는 당사자가 제출하는 공정증서등을 편찬하기만 할 뿐 특별한 장부를 만들지 아니하고 있다.

공시방법에 관한 한 대륙법계와 영미법계로 나누어 살펴보는 방법보다는 성립요건주의와 대항요건주의로 대비하여 살펴보는 것이 적절한 방법론으로 여겨진다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 독일 제도와 영국제도가 유사하고 프랑스제도와 미국제도 역시 매우 유사하기 때문이다. 그렇다면, 현재 전세계적으로 활용되고 있는 부동산공시방법은 로마법이 전면적으로 계수되었던 대륙법계이건 로마법이 계수되지 아니하고 중세시대의 제도가 왕권약화라는 정치적 변동과정을 거쳐 자생적으로 진행된 영미법계이건 간에 통일적 연구가 가능한 주제인 것 같다. 다만 부동산의 공시제도에 있어서 공신력 인정여부, 보호 받는 제3자의 범위 또는 물권행위의 무인성 인정여부 등에서 각국의 제도가 상이한 태도를 보이고 있으므로, 국내민법의 운영과정에 있어서도 이제는 독일법 이론이나 프랑스법 이론을 넘어서서 영미법계의 이론을 받아들여 비교법적으로 보다 더 근본적이고 충실한 연구가 향후 요청된다고 할 것이다.

(투고일 2009년 11월 3일, 심사일 2009년 11월 9일, 게재확정일 2010년 1월 12일)

주제어 : 공시의 원칙, 등기제도, 등록제도, 인도, 부동산소유권이전의 합의, 봉건적 점유인도

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2002.
- 김상용, 미국부동산법률, 삼지원, 1986.
- 김증한/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 1997.
- 박홍래, 미국재산법, 전남대학교 출판부, 2004.
- 서울오, 물권행위론에 관한 학설사적 연구, 세창출판사, 2008.
- 현승중/조규창, 로마법 I, 박영사, 1996.
- Maitland, *English Law and Renaissance*, Camgrige, 1901.
- Real Proterty Commision, *Second Report*, London, 1830.
- Taubenshlang, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*
332 B.C.- 640 A.D, New York and Warsaw, 1944.

2. 논문

- 가정준, “미국법상 부동산 소유권 변동과정에 관한 법적고찰”, 민사법학 제31호, 한국민사법 학회, 2006.
- 김상용, “부동산 등기제도와 저당제도 발전의 상호관계”, 민사법연구(3), 법원사, 2000.
- 박수근, “물권행위개념에 대한 소고－프랑스법적 시각에서의 검토”, 민사법학 제43-2호, 한국민사법학회, 2008.
- 이은희, “영국의 부동산등기절차”, 법학연구 제19권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2008.

홍봉주, “미국의 부동산등기제도”, 토지법학 제25-2호, 한국토지법학회, 2009.

Bostick, C. Dent, “Land Title Registration: An English Solution to an American Problem”, 63 *Ind. L. J.*, 1988.

McCormack, John L., “Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age”, 18 *Wm. Mitchell L. Rev.*, 1992.

Szypszak, Charles, “Public Registration and Private Solution: An Evolving American Real Estate Conveyance Regime”, 24 *Whittier L. Rev.*, 2003.

[Abstract]

Comparative Review on History of Publicity of Immovable Property Transfer

Bong-Joo Hong*

Publicity of legal transactions purporting to transfer interests in immovable property took a primitive form in close-knit communities. At a time when neighbors knew each other, publicity of land conveyances was given by highly ceremonial performances that took place on the land itself. Symbolic acts such as the handing over of a turf or a twig, accompanied by an oral declaration before a group of neighbors, were deemed sufficient safeguards not only to the purchaser or transferee but also to third parties in general.

Public recordation of interests in land was not a feature of Roman law, although there is historical evidence pointing to the existence during the pre-Christian era of an incipient system of land recordation developed in Roman provincial territories which were subject to Greek Law.

Within the orbit of the Civil Law, a basic comparison may be drawn between the Germanic influenced legal systems on the one hand, in which recordation is a requirement to create or constitute a right in rem(hence the label of “constitutive” recordation systems), and French inspired legal systems on the other, in which the act of recordation merely declares the existence of a right that has already been created by the will of the

* Associate Professor of Law School, Konkuk University.

parties (hence the level of “declarative” recordation systems). This distinction is not generally used as a basis of comparison within the orbit of the Common Law, where the differences among recording systems rest by and large on the models provided by the Torrens and post-1925 English recordation systems on the one hand(referred to as “title registration”), and eclectic methods of public recordation coupled with title insurance that prevail in the United States (referred to as “recordation of deeds”), on the other hand.

Key Words : Publicity of Legal Transactions in Immovable Property,
Registration of Title, Recordation of Deeds, Traditio,
Auflassung, Livery of Seisin