

부동산등기의 공신력과 진정성 확보에 대한 연구

A Study on Public Trust for the Registration of Real Estate and the Ensuring Accuracy

김 명 엽*
Kim, Myung-Yeop

목 차

- | | |
|-----------------|-------------------------|
| I. 서 론 | III. 등기원인을 증명하는 정보의 공증과 |
| II. 부실등기에 대한 논의 | 진정성 확보방안 |
| | IV. 결 론 |

우리 부동산등기제도는 형식적 심사주의를 취한 결과 등기실무운영상 등기절차를 이 론적이고 체계적으로 정립하려는 노력을 등한시하여 실체법상의 법률관계와 등기절차의 괴리를 초래하였다. 등기신청내용의 진정성을 확보하기 위하여 등기원인증서에 대한 공 증제도 도입과, 등기관에게 실질적 심사권도 인정하고 있다. 부실등기의 실태를 파악한 결 과 그 수는 비록 적었지만 등기의 신뢰성을 더욱 제고하여 부실등기를 감소시키면 공신력 을 인정하기가 더욱 수월해질 수 있을 것이다. 부실등기의 방지를 위하여 여러 제도가 검토 되고 있지만 등기원인의 공증제도의 도입이 필요한 시점이다. 이 제도에 대하여 민법개정 시에 논의가 있었으나 물권법의 근간과 관련된 논의로서 도입이 이루어지지 않았다. 공신 력을 인정하지 않는 우리 법제에서는 등기원인의 진실성을 공증을 통하여 담보함으로써 부실등기가 사전에 방지되는 효과를 얻을 수 있을 것이다. 그러나 공증제도의 도입에 있어 서 주의하여야 할 점이 있다. 여기에는 공증인의 자격과 공증의 대상과 범위에 대한 논란이 있다. 공증제도의 도입은 형식적 심사주의에서 비롯되는 부실등기의 방지라는 측면도 있 지만, 궁극적인 목표는 부동산 거래내용의 진정성을 제고하는 측면이라는 인식의 전환이 필요하다. 이처럼 등기원인 공증의 유용성을 살리면서 국민의 경제적 부담을 줄이고, 부실 등기를 방지하기 위한 방향으로 도입이 이루어져야 할 것이다.

[주제어] 부동산등기, 공증, 등기원인증명정보, 공신력, 부실등기

투고일 : 2014. 12. 31. / 심사회의일 : 2015. 1. 13. / 게재확정일 : 2015. 2. 3.

* 서남대학교 부동산학과 교수

Assistant professor, Department of Real Estate, Seonam University

I. 서 론

1. 부동산등기제도의 이상과 공신력

부동산 물권변동이 있는 경우에 그 권리변동에 관한 등기는 진실한 권리관계가 등기부에 반영되어야 하고, 부동산등기부와 부동산거래정보에 관한 공적인 제도를 기초로 하여, 투명하고 정상적인 거래가 안정적으로 일어나도록 하는 것이 부동산거래의 이상이다.¹⁾ 따라서 등기신청단계에서부터 그 등기신청내용의 진정성을 확보하는 제도가 중요하다. 그리하여 각국의 부동산등기제도는 등기신청내용의 진정성을 확보하기 위하여 등기원인증서에 대한 공증을 의무화하고, 더 나아가서 등기관에게 등기신청내용의 진실여부를 확인할 수 있도록 실질적 심사권도 인정하고 있다.²⁾ 우리나라의 현재 부동산등기제도를 보면 부동산등기특별조치법, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률, 공인중개사법 등에서 부실등기를 방지하기 위한 행정적 제재수단을 사용하고 있을 뿐, 실제적 권리관계의 내용을 확실하게 검증하는 제도적 장치가 부족한 실정이다.³⁾ 또한 등기원인에 대한 공증제도의 미비로 인하여 실체와 부합하지 않는 부실등기 또는 허위등기가 발생할 가능성이 상존한다. 한편 부동산 등기의 공신력은 부실등기 때문에 인정하는 것이다. 등기부의 전산화는 등기의 공신력의 전제가 되는 등기의 실질적 심사를 보완할 수 있고 등기를 신속하게 할 수 있을 것이다. 또한 민법제정 시부터 부동산등기의 공신력을 인정하지 않은 것은 부실등기의 우려 때문이기도 하지만, 이제 완료된 등기전산화는 부동산의 불법거래 등을 차단하는 수단으로도 활용될 수도 있을 것이다. 부실등기가 전혀 없는 완벽한 등기제도 아래에서는 공신력의 논의가 필요하지 않다. 오히려 부실등기가 많아 부동산거래가 불안해질수록 그 거래의 불안을 제거하기 위해 공신력의 필요성이 커진다고 할 수 있다.⁴⁾

1) 김상용, “부동산거래 공증제도에 관한 연구”, 법무부 보고서, 2004, 6-7쪽.

2) 홍봉주, “미국의 부동산등기제도”, 토지법학 제25-2호, 한국토지법학회, 2009, 49쪽.

3) 김판기, “부동산등기원인증서공증제도의 개선에 관한 소고”, 재산법연구 제24권 제3호, 한국재산법학회, 2008, 46쪽.

4) 권영준, “등기의 공신력 -1957년, 그리고 2011년-”, 법조 제661권, 법조협회, 2011, 11쪽.

2. 형식적 심사주의와 등기실무

실체법상의 법률관계와 등기절차를 연결하는 매개역할로서 등기관의 심사업무에 대하여 우리 부동산등기제도는 등기에 대하여 형식적 심사주의를 취하고 있다.⁵⁾ 법령의 규정은 없으나 형식적 심사주의는 오로지 등기절차상의 적법성 여부만을 심사하는 것을 말한다.⁶⁾ 즉 등기의 실질은 심사하지 않고 등기절차상 요건 구비만을 등기관이 심사할 권한을 가지는 주의이다. 판례도 우리 부동산등기제도법이 형식적 심사주의를 취하고 있다고 본다.⁷⁾ 우리 민법이 형식주의를 취하면서도 등기의 공신력을 인정하지 않은 이유는 민법 제정 당시 등기에 공신력을 인정할 만한 제반의 준비를 갖추지 못했기 때문이다. 즉 사전적 조치로는 등기와 실체적 권리관계를 일치시키고, 사후적으로는 공신력의 인정에 의하여 권리를 잃게 되는 진정한 권리자를 보호하는 것이다. 따라서 진정한 권리자의 희생이 발생한 경우에 그 손해를 전보하는 배상제도, 예방적 조치로서 등기공무원의 실질적 심사권의 부여, 등기부와 대장의 일원화, 진정한 권리자가 등기와 진정권리관계가 부합하지 않음을 알 때의 등기에 대한 이의 또는 경정의 절차의 존재 등이다.⁸⁾

그러나 이상과 같은 제도의 미비로 인하여, 등기신청이 있을 때 등기관의 심사범위는 등기의 적법성 여부만을 심사하는 것에 한정된다. 실무적으로는 등기심사의 권한과 방법에 따라 형식적 심사주의와 실질적 심사주의를 구분하는 견해도 있다.⁹⁾ 전자는 심사대상에 대한 것이 아니고 심사방법과 권한관계에 관한 것으로서 신청정보와 첨부정보 및 등기기록에 의하여 심사하여야 하고, 구술에 의한 신문 등은 할 필요가 없다. 이에

5) 1984년 부동산등기법 개정 시 제56조의 2가 신설되어 구분건물의 표시에 관한 등기에 대하여는 실질적 심사주의를 취하였으나 2011년 부동산등기법 개정 시 삭제되었다. 부동산등기법 전부개정법률(안), 입법 예고, 법무부공고 제209-181호에 의하면, 구분건물의 표시에 관한 등기관의 실질심사제도를 폐지한 이유로 “실질적 심사권은 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행초기에 구분건물판단기준의 혼선문제를 해결하려고 도입한 제도인바, 이제는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률이 안정적으로 시행되고 있고, 원칙적으로 구분건물인지 여부는 건축물대장 소관청에서 판단하는 것이 타당하며, 구분건물의 표시에 관한 등기관의 실질적 심사권을 그대로 유지할 경우, 건축물대장에는 일반건물로 되어 있는 것이 등기부에는 구분건물로 표시될 수 있어 거래의 불안을 야기하므로 이를 폐기하였다.”고 설명하고 있다.

6) 박윤직, 부동산등기법, 박영사, 1998, 226쪽

7) 대법원 2005. 2. 25. 선고, 2003다13048 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2007다4295판결 등

8) 김지원, “부동산등기의 공신력 -독일법을 중심으로-”, 법학논집 제16권, 이화여자대학교 법학연구소, 2011, 124-125쪽.

9) 사법연수원, 부동산등기법, 2012, 50쪽.

따르면 실질적 심사주의는 진실한 등기를 확보할 수 있는 장점이 있지만,¹⁰⁾ 형식적 심사주의는 등기실무에 다소 부정적인 영향을 미쳤다. 예를 들면,¹¹⁾ 등기실무운영을 형식적인 절차로 흐르게 하여 등기절차를 이론적이고 체계적으로 정립하려는 노력을 등한시하여 실체법상의 법률관계와 등기절차의 괴리를 초래하였다. 즉 실무적으로 등기사건 처리시간의 제한으로 인하여 아주 짧은 시간 내에 등기필정보를 작성하여 교부하도록 하고 있다.¹²⁾ 또한 등기소 인력의 정원에 비하여 처리하는 사건 수가 많고,¹³⁾ 등기관원의 직무교육을 위한 전문지식양성시스템이 부족한 측면이 있다. 이처럼 형식적 심사주의는 실체법상의 법률관계를 정확하고 신속하게 공시한다는 등기제도의 이상에 비추어 볼 때 절차적 정의와 신속이라는 측면에서 개선되어야 할 부분이다.

3. 등기원인을 증명하는 정보의 현실

우리나라는 부동산거래과정과 부동산거래내용에 대한 실체적 진실의 확보를 위한 적극적인 방법을 갖고 있지 않다. 즉 등기관에게 등기신청서류에 관한 실질적 심사권이 없고,¹⁴⁾ 등기원인을 증명하는 정보에 대한 공증제도도 확립되어 있지 않기 때문이다. 부동산등기제도와 등기원인을 증명하는 정보제도는 부동산거래의 진실성을 확보하고 담보할 수 있는 부동산 공시제도이어야 한다. 물건변동을 등기절차에 반영하여 부실등기를 최소화하기 위하여 각국의 등기제도는 등기관이 실체를 실질적으로 심사하기보다는 등기원인을 증명하는 정보의 공증제도를 통하여 실체와 등기를 부합시키고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 부동산거래에서 등기원인을 증명하는 정보가 차지하는 역할과 중요성에 비추어 실체법적으로나 등기절차적으로 큰 의미를 두지 않았다.

10) 사법연수원, 위의 책, 56쪽.

11) 구연모, 부동산등기의 진정정보장연구, 경인문화사, 2014, 136-137쪽 요약정리.

12) 대법원 등기예규 제1167호 부동산등기신청사건 처리지침에 의하면 늦어도 오전에 제출된 사건은 다음 날 18시까지, 오후에 제출된 사건은 다음 다음 날 12시까지 교부하도록 규정하고 있다.

13) 대법원 등기예규 제1364호 등기관지정요령에는 1일 평균 1인당 70-80건의 등기신청사건을 기준으로 1명의 등기관을 지정하도록 되어 있으나 실제로는 1인당 120건을 기준으로 배정하고 있다.

14) 2011년 우리나라 부동산등기법 개정 시 참고가 되었던 일본은 2004년 부동산법등기의 개정을 통해 등기관의 적극적인 심사권을 강화하였다. 동법 제24조에서는 '등기관은, 등기의 신청이 있는 경우에, 신청인으로 되어야 할 자 이외의 자가 신청하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는, 제25조의 규정에 의하여 당해 신청을 각하하여야 할 경우를 제외하고, 신청인 또는 그 대표자나 대리인에 대하여 출석을 요구하여, 질문을 하고 또는 문서의 제시 기타 필요한 정보의 제공을 요구하는 방법에 의하여, 당해 신청인의 신청의 권한의 유무를 조사해야 한다.'라고 규정하여 형식적·소극적 심사원칙을 수정하였다.

즉 부동산등기특별조치법이 등기원인 허위기재를 금지하고 그 위반에 대하여 형사처벌까지 규정하고 있지만 우리 판례는 실제와 다른 등기원인에 의한 등기의 유효성을 인정하고 있다.¹⁵⁾ 이처럼 등기의 진정성 보장기능보다는 등기필정보의 작성기능을 중요시하여 당사자 사이에 작성된 실제의 등기원인증서보다는 등기용으로 작성된 서면을 제출하는 관행이 형성되어, 지나치게 절차적 측면에 치중한 결과 물권변동이론과 등기절차가 서로 연계되지 못하는 원인이 되었다.¹⁶⁾

그리하여 우리나라에서도 등기원인을 증명하는 정보의 공증제도의 도입에 관한 논의와 입법시도도 있었다. 등기원인증서에 대한 공증제도의 도입에 대해서는 부정적인 입장도 있지만,¹⁷⁾ 공신력을 인정하지 않는 우리 법제에서는 등기원인의 진실성을 공증을 통하여 담보함으로써 부실등기가 사전에 방지되는 효과를 얻을 수 있을 것이다. 그러나 등기 원인증서의 공증제도는 여러 차례 입법시도에도 불구하고 아직까지 현실적인 여건으로 인하여 실현되지 못하고 있다. 그러나 부동산등기원인 공증제도가 실시되면 부실등기가 감소하므로 공신력을 인정함으로써 발생하는 진정한 권리자의 권리박탈위험은 감소할 것이고 이는 등기의 공신력 인정을 위한 하나의 전제가 될 것이다.¹⁸⁾ 따라서 본 논문에서는 부실등기에 관한 논의를 거쳐 이를 방지하기 위한 하나의 방편으로서 등기원인을 증명하는 정보의 공증제도의 도입에 대한 논의를 전개하고자 한다.

Ⅱ. 부실등기에 대한 논의

1. 부실등기의 의미

부실등기는 어떤 법률에 의하여 명확히 정의되고 있는 개념은 아니지만,¹⁹⁾ 부실등기는 원인무효와 실제적 권리관계가 부합하지 않는 등기를 말한다.²⁰⁾ 그러나 민법판례를

15) 대법원 1993. 8. 13. 선고, 92다42651판결.

16) 구연모, 앞의 책, 261쪽.

17) 이영준, 물권법, 박영사, 16쪽.

18) 김상용, “부동산등기의 공신력과 부동산물권의 선의취득에 관한 한독비교”, 법학연구, 제18권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 13쪽.

19) 다만, 부동산등기법 제10조 제3항은 누구든지 부실등기를 하도록 등기의 신청이나 촉탁에 제공할 목적으로 등기필정보를 취득하거나 그 사정을 알면서 등기필정보를 제공하여서는 아니 된다고 규정하여 부실등기라는 용어를 명시적으로 사용하고 있다.

20) 김병두, “부실등기해소를 위한 방법론에 관한 비교법적 고찰 -일본 부동산등기법으로부터의 시사-”,

살펴보면²¹⁾ 부실등기의 의미를 지칭하기 위하여 실체적 권리관계에 부합하지 않는 등기 및 원인무효의 등기가 등장한다. 실체적 권리관계에 부합하지 않는 등기는 원래 유효하였던 등기가 사후에 등기부 외에서 물권변동이 일어난 경우를 지칭한다. 따라서 이러한 등기는 법률행위에 의하지 않은 물권변동의 경우에 문제된다. 한편으로 원인무효등기는 등기원인이 없거나 무효인 등기를 가리킨다. 이에는 법률행위에 의한 물권변동의 등기나 법률행위에 의하지 않은 물권변동의 등기가 모두 포함된다. 그러나 부실등기는 넓게는 당해 등기소의 관할에 속하지 않는 등기, 등기할 사항이 아닌 경우의 등기, 신청절차에 결함이 있는 등기 등도 부실등기라고 할 수 있다.²²⁾ 부동산등기법상 등기원인을 증명하는 서면은 사서증서를 포함하고 있어 증거력이 약하고, 등기관의 형식적 심사권만을 인정하고 있어 위·변조된 인감증명을 판별하기 어려워 부실등기를 방지하는 것은 한계가 있으므로 등기원인증서를 공증하여 이를 방지하고자 하는 것이다.²³⁾

부실등기가 발생하는 유형으로는 채권행위의 부존재 또는 무효·취소사유의 존재, 등기의사의 부존재 등이 있다. 구체적으로는 등기공무원의 형식적 심사, 대장과 등기부의 이원화, 당사자의 신청착오 혹은 등기공무원의 기입착오, 허위의 등기원인증서를 원인으로 한 등기경로, 등기의무자의 인감증명서, 주민등록등본, 등기필증 등의 위조에 의한 등기신청 등에 기인한다.²⁴⁾ 또한 공신력과 관련성 아래에서 문제되는 것은 사실에 관한 부실등기가 아니라 권리에 관한 부실등기이다. 그 이유는 공신력은 등기된 권리에 대한 것이기 때문이다.

2. 부실등기의 실태

부실등기의 실태파악은 부실등기에 관해 다루는 등기의 공신력 또는 등기원인증서 공증의 논의에서 중요한 문제이다. 이는 등기의 공신력 문제에 있어 추상적일 수 있는 논의를 현실론으로 끌어들이 수 있기 때문이다.²⁵⁾ 2005년 부실등기의 통계를 다룬 논문

성균관법학, 제20권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2008, 90쪽.

21) 대법원 2014. 8. 20. 선고, 2014다30483 판결; 대법원 2013. 6. 28. 선고, 2013두2778 판결; 2013. 12. 26. 선고, 2013다21512 판결.

22) 허성욱, 부동산등기원인행위의 공증제도 의무화로 인한 사회적 비용과 편익에 관한 법경제학적 분석연구, 2011년 법무부 보고서, 2011, 16쪽.

23) 조재영, “등기의 진정성 확보를 위한 입법론적 고찰”, 부동산학보 제56집, 한국부동산학회, 2014, 98쪽.

24) 김병두, 앞의 논문, 90쪽.

25) 권영준, 앞의 논문, 18쪽.

에 의하면 부실등기의 유형 및 개수 100개 중 원인증서 등 첨부서류를 정확하게 심사하였다면 방지될 수 있는 유형으로 부실등기의 대표적인 사례로서 공증과 공신력 모두 관련 있는 사례는 인감을 위조·도용하였거나 인감증명 자체를 위조한 경우가 4개, 사망 이후에 계약이 체결되었다는 이유로 무효된 경우가 1개, 중중 대표자를 사칭한 경우가 1개 등 총 6개 등이다. 신뢰구간을 95%로 하여 통계적으로 계산하면 소유권에 관한 등기 4,283,762개 중 연간 653~1,323개(0.0152~0.0309%)의 공신력과 관련된 부실등기가 발생한다고 추정할 수 있다.²⁶⁾ 그 외 2004년도에 소유권관련등기 신청서류 위조 보고건수는 9건이었으며, 이 중 인감 등을 위조한 경우가 5건, 판결문이나 제적등본 등을 위조한 경우가 3건, 건축물대장 소유자 위조의 경우가 1건이었다. 한편 2009년 단행본 형태로 발표된 자료에 의하면, 이러한 부실 등기신청은 전형적이고 위험성도 큰 부실등기 생산 원인이다. 동년 12월 한 달 동안 등기신청된 부동산 개수는 1,654,158개이고 부실등기로 원고승소한 판결에서 등기 개수는 579개로 등기신청 부동산 대비 부실등기 관련 승소판결이 선고된 등기 개수의 비율은 0.035%이다. 이 중 공증과 관련된 부실등기는 29개이므로, 그 비율은 0.002%이고, 공신력과 관련된 부실등기는 266개로 그 비율은 0.016%에 지나지 않는다.²⁷⁾

3. 분석의 결과

이러한 통계를 통하여 알 수 있는 것은 등기원인을 공증함으로써 방지될 수 있는 부실등기의 비율은 아주 적다는 점과 부실등기의 사유 중 대부분은 심사업무와 무관하다는 것을 알 수 있다. 등기원인에 대한 공증이 등기의 진정성을 높이는 방안이 될 수는 있지만 부실등기의 건수를 현저히 줄일 수 있다고 보기는 어렵다는 주장이 있을 수 있다.²⁸⁾ 그러나 부실등기의 발생은 제도나 절차의 문제만으로 완전히 방지할 수는 없다. 현행 등기절차가 형식적 심사주의를 취하기 때문만은 아니라고 할 수 있다. 그러나 과거에 비해 부실등기가 감소하였다거나, 전체 부동산등기에서 차지하는 부실등기의 비율이 미미하다는 점만으로 부실등기의 실태가 심각하지 않다고 단정할 수는 없다. 따라서 등기의 신뢰성을 더욱 제고하여 부실등기를 감소시키면 공신력을 인정하기가 더욱 수월

26) 안태근, “등기원인증서의 공증과 등기의 공신력” 법조 54권12호, 법조협회, 2005, 108-110쪽 참조.

27) 구연모, 앞의 책, 319쪽.

28) 구연모, 위의 책, 325쪽.

해진다는 점이다.

즉 공신력 인정을 위해서는 등기의 신뢰성 제고방안으로서 부실등기 감소방안을 실행하는 것이 안전한 선택일 것이다. 등기의 진정성을 강화하는 방안을 강구하기 위하여 우리의 등기현실에 대한 정확한 분석과 그에 바탕을 둔 올바른 인식의 전환이 필요하다.

Ⅲ. 등기원인을 증명하는 정보의 공증과 진정성 확보방안²⁹⁾

1. 공증의 필요성

1.1 부실등기의 방지

형식적 심사주의를 취하고 있는 우리나라에서 등기관이 등기신청의 진실성을 확인할 수 있는 제도가 미흡한 결과 부실등기가 발생한다는 전제하에 등기원인을 증명하는 정보를 공증함으로써 이를 방지하자는 것이다. 이와 같이 등기원인을 증명하는 정보를 공증함으로써 등기원인의 진정성립과 그 유효성을 확보하여 등기가 진정한 권리관계를 표시하지 않게 되는 원인무효등기 또는 옳지 않은 등기의 발생을 방지하여 등기로 하여금 언제나 진정한 권리관계를 그대로 공시하게 하려는 것이다. 그리하여 공증제를 도입하면 등기에 공신력을 인정하지 않는 현행의 법제하에서도 프랑스 민법에서와 같이 등기에 공신력을 인정하는 것과 같은 효과를 거둘 수 있다는 점도 기대할 수 있을 뿐만 아니라, 부동산투기·전매를 목적으로 하는 각종 중간생략등기에서 발생하는 탈세의 방지와 세원포착, 부동산의 실제 거래의 파악, 사고로 인한 등기부의 소실·멸실 시의 입증의 용이, 부동산거래에서 발생하는 각종 분쟁의 사전방지 등의 부차적 효과도 기대할 수 있다.³⁰⁾ 그 외에도 당사자들이 공증인 앞에 서서 다시 한 번 합의내용을 확인하고 공증인의 법률적 조언을 들음으로써 합의의 준수가능성이 높아지고 분쟁의 발생 가능성은 낮아진다. 설령 분쟁이 발생하더라도 공증과정에서 작성된 공정증서나 인증등본은 강한 증거력을 가지기 때문에 법원의 입장에서는 사실인정이 훨씬 용이해진다. 이는

29) 2011년 전부 개정된 부동산등기법 제29조에서는 ‘등기원인을 증명하는 서면’이라는 용어 대신에 방문신청과 전자신청에 공통된 용어로서 ‘등기원인을 증명하는 정보’로 용어를 변경하였다.

30) 황정수, “등기원인증서의 공증에 관한 소고”, 민사집행법연구 제10권, 한국민사집행법학회, 2011, 343쪽.

사법비용을 낮추는 효과를 가져온다. 그 이외에도 공증제도를 채택하면 공동신청주의나 인감증명 등의 제출은 필요성이 없어지거나 감소하므로 이 과정에서 등기절차비용을 절약할 수도 있다.³¹⁾

1.2 등기절차에서 진정성 보장 수단

등기원인에 대한 정의에 대하여 특별한 설명은 없으나,³²⁾ 부동산등기법상 등기원인에 관한 규정으로서 등기원인 또는 등기원인 및 그 연월일은 등기사항의 하나라고 규정하고 있으나,³³⁾ 등기원인은 등기를 보유하게 하는 것을 정당하게 하는 법률상의 원인으로 권원이라고 할 수 있다.³⁴⁾ 따라서 그것이 부존재하거나 하자가 있으면 등기는 원인 무효의 등기가 된다. 이러한 등기원인은 실체법상의 등기원인과 절차법상의 등기원인으로 구별하며, 절차법상의 등기원인은 등기 시 등기관이 의거해야 할 근거로서 등기부 사항란의 기재사항을 말한다.³⁵⁾ 등기의 진정성은 실체법상의 법률관계를 정확하게 공시하는 것이다. 이를 위하여 등기원인을 증명하는 정보를 제출하게 하고 있다. 등기신청시에 제출하는 등기원인을 증명하는 정보는 실체법상의 법률관계와 등기절차를 연결하는 개념으로, 등기의 진정성을 확보하기 위해서는 등기원인에 대한 심사가 중요한 의미를 갖는다. 즉 부동산물권변동의 과정과 그 내용이 진실 그대로 신청되고 공시될 수 있는 방법을 강구해야 할 것이다. 이를 위해서는 등기원인에 대하여 실질적인 심사를 거친 후에 등기가 이루어지도록 하는 것이 가장 확실하고 이상적인 방법일 것이며, 가장 효율적인 것이 부동산거래계약의 체결 시부터 법률전문가인 공증인이 참여하여 실제 거래 내용이 그대로 등기될 수 있도록 유도하는 등기원인을 증명하는 정보 공증제도의 도입이라고 생각된다. 공증제도의 도입은 형식적 심사주의에서 비롯되는 부실등기의 방지라는 측면도 있지만, 궁극적인 목표는 부동산 거래내용의 진정성을 제고하는 측면이라는 인식의 전환이 필요하다.

31) 권영준, 앞의 논문, 54쪽.

32) 일본 부동산등기법 제5조에서는 ‘등기원인의 의미에 대하여 등기의 원인으로 되는 사실 또는 법률행위를 말한다.’라고 규정하고 있다.

33) 부동산등기법 제34조 6호, 제40조, 제1항 5호, 제48조 제1항 4호 등.

34) 송덕수, 물권법, 박영사, 2012, 97쪽.

35) 홍성재, “등기원인증서의 공증제도도입”, 법과정제연구 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006, 199쪽.

2. 등기원인 공증에 관한 외국의 입법례

2.1 독일

독일은 성립요건주의, 물권행위의 독립성 및 무인성을 인정하는 대표적인 나라이다. 물권변동은 당사자의 물권적 합의(Einigung)와 등기부의 기재에 의하여 발생한다. 독일 민법 제873조에 의하여 부동산소유권의 양도에 요구되는 양도인과 양수인의 합의인 물권적 합의(Auflassung)는 당사자 쌍방이 동시에 공증인 앞에서 하여야 한다(독일 민법 제925조). Auflassung은 부동산등기법(Grundbuchordnung) 제20조 및 제29조가 정한 등기 절차에 따라 등기소에서 공정증서에 의한 증명을 필하도록 하고 있으며, 1969년 공증인법이 제정된 후에는 공증인만의 증서작성권이 인정되고 있다.³⁶⁾ 한편 부동산소유권양도 또는 취득의 의무를 지우는 채권계약은 공정증서로 작성되어야 하나 실제로 부동산소유권양도합의와 동시에 공증인 앞에서 행하여지는 것이 관행이다.³⁷⁾ 즉 부동산소유권양도를 목적으로 하는 채권행위는 공정증서로 작성하도록 하고 있으며, 소유권이전을 공증받기 위하여는 공증된 채권행위의 원인증서를 공증인에게 제출하거나 채권행위 자체를 소유권이전과 동시에 공증하도록 하여 채권행위와 소유권이전과의 불일치를 최소화하고 있다.³⁸⁾ 독일의 부동산등기법은 등기신청에 있어 단독신청주의를 취한다(등법 제13조). 따라서 등기의무자의 등기승낙 여부에 대한 진정성을 확인할 수 없기 때문에 이를 극복하기 위하여 등기승낙을 요식행위로 하고 이를 공정증서나 사서증서의 인증이 있는 서면에 의하여 증명된 경우에만 등기가 행하여지도록 규정하고 있다.

2.2 프랑스

프랑스 민법은 물권변동에 관하여 의사주의를 취하여 소유권은 채권의 효력에 의하여 취득되고 이전되므로(프랑스 민법 제711조, 제1138조) 물권변동에 있어 별도로 물권행위라는 개념이 필요하지 않다. 따라서 물권변동 또는 등기절차에 있어서도 채권행위를 중심으로 구성되어 있다. 등기이전에 당사자의 의사표시에 의하여 물권변동이 일어나르

36) 조재영, 등기원인증서의 공증제도입에 관한 연구, 한양법학 제19권 제3호, 한양법학회, 2008, 110쪽.

37) 박기주, “등기청구권의 비교법적 의미 -부동산물권변동과 등기법의 구조를 중심으로-”, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012, 10, 409쪽.

38) 홍동기, “부동산부실등기의 방지와 신뢰자보호에 관한 연구”, 경성대학교 박사학위논문, 2013, 76쪽.

로 등기는 권리창설적 효력은 없고, 제3자에 대한 대항력만을 부여하고 있다. 따라서 등기의 임무는 단순히 당사자의 계약 자체를 정확히 공시하는 데 의미가 있을 뿐이다. 이처럼 등기에 대한 관청의 관여가 비교적 적어 등기원인증서에 대한 공증인의 공증에 의하여 등기의 진정성을 담보하고 있다.³⁹⁾ 등기를 위해서는 계약서를 공정증서에 의하여 작성하고,⁴⁰⁾ 공증인은 당사자 사이에 거래가 성립하면 가계약을 체결한 이후 공증인은 약 3개월 동안 당사자의 인적 동일성, 행위능력, 재산처분권한, 목적물의 동일성, 공·사법상의 제한, 계약내용의 적법성 및 유효성을 조사한 이후에 그와 같은 내용에 이상이 없는 경우에만 매매계약이 체결된다. 이처럼 프랑스는 공증인의 주도적 역할에 의하여 원인행위의 진정성이 확보된다.

2.3 일본

일본은 물건행위의 무인성이 인정되지 않으므로 등기의 진정성을 담보하기 위하여 원인행위가 유효하게 성립하고 효력이 발생하고 있는지를 확인하기 위하여 등기원인을 증명하는 정보를 제출하게 하고 있다(일본 부동산등기법 제61조). 이러한 등기원인증명 정보의 필요적 제공에 관한 규정은 증서가 공시되는 프랑스 제도의 영향을 받은 것이다. 이는 등기원인증서 공증제도를 채택하지 않은 상태에서 신청인에게 과중한 부담이 되지 않는 범위 내에서 등기의 진정성의 확보라는 관점에서 마련된 규정이다.⁴¹⁾ 등기원인증명정보는 단지 등기원인의 진정성을 체크하는 작용에 머무르지 않고, 공시되는 내용 자체의 구체화·정밀화에 의한 공시기능의 충실화에 있다. 즉 등기원인증명정보는, 등기부의 부속서류로서 보존되어 복사·교부 또는 열람을 통해서 그 내용을 알 수 있다. 이는 거래관계에서 당사자의 의사를 확인해 정확한 계약서를 작성하는 관행을 정착시키

39) Décret는 프랑스 제5공화국하에서는 대통령, 수상이 행하는 행정입법의 형식으로서 부동산공시제도 개혁에 관한 데크레(Décret n°55-22 du 4 janvier 1955, portant réforme de la publicité foncière) 56개 조문으로 구성되어 있으며, 1955년 부동산공시 제도의 개혁에 관한 것으로서 알자스·로렌 지방의 부동산공시절차를 따라 부동산공시 절차의 정확성을 확보하기 위한 일반적인 원칙을 정한 것이다. 최근에는 2012년도에 개정되었으며 조문의 자세한 내용은
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006060731&dateTexte=20141219> 참조, 검색일: 2014. 12. 19.

40) 따라서 계약이 공정증서로 작성되기 이전의 당사자 사이의 합의는 계약의 준비행위에 지나지 않는다. 김상용, 부동산거래의 공증과 부동산등기의 공신력 연구, 법원사, 2008, 116쪽.

41) 박광동, “일본의 부동산등기법의 전면개정”, 법학연구 제21집, 한국법학회, 2006, 220쪽.

는 것뿐만 아니라, 등기신청에 사법서사 등이 관여하여 등기의 원인관계를 조사·정리하고 당사자의 의사를 확인해서 서면화하는 전문가의 적극적인 역할을 이끌어 내는 효과도 있다.⁴²⁾ 등기원인증명정보는 채권행위인 원인행위의 성립을 증명하는 소면으로 매매계약서, 근저당권설정계약서 등이다.⁴³⁾ 반드시 하나의 서면일 필요는 없고, 등기사항의 일부를 증명하는 서면이더라도 다수의 서면이나 자료를 합하여 전체로서 등기원인을 증명하는 것이면 모두 등기원인증명정보가 된다.

2.4 소결

독일은 원인행위인 채권계약과 물권계약을 철저히 분리하여, 독일의 고유한 물권계약 개념을 창설하고 이를 등기절차 속에서 구현하고 있다. 또한 등기의 공신력 인정, 국가배상제도의 확립, 물적편성주의 등을 통해 등기부 자체가 공적장부로서의 역할과 기능을 충실하게 하도록 시스템을 정비해 왔으며 이를 위한 공증제도 또한 발전시켜 왔다. 그러나 실질적 심사주의를 채택하고 있는 독일의 경우도 등기의 공신력은 등기관에 실질적 심사권이 아니라 등기원인 증서의 공증제도로서 뒷받침되고 있다.⁴⁴⁾ 프랑스는 독일과는 달리 당사자의 합의만으로 물권이 이전하는 의사주의를 채택하여 등기를 단순히 제3자에 대항하기 위한 대항요건으로 삼았다. 그러나 원인행위, 즉 채권계약과정에 공증인이 의무적으로 개입하도록 하였다. 일본의 경우 등기법 자체는 우리 법과 가장 유사하다고 볼 수 있으나 일본 민법은 원칙적으로 의사주의를 채택하고 있어 우리 민법이 취한 형식주의 입법과는 차이를 보인다.

3. 도입여부에 대한 논란

3.1 입법적 경과

1981년 5월, 민법개정작업에서 등기원인 공증에 대한 논의가 시작되었다. 민법, 상법

42) 多田利隆, 物權變動論からみた改正不動産登記法, 一不実登記への対応を中心に, 西南学院大学法学論集, 44卷1号, 西南学院大学学術研究所, 2011, 166項.

43) 藤原勇喜, “物權變動原因の公示と登記原因証明情報(中)登記原因証明情報の役割と機能”, 登記研究, 第763号, 2011, 53項.

44) 한삼인/박경식, “등기의 공신력과 거래안전”, 법조 통권 제626호, 법조협회, 2008, 56쪽.

개정 특별심의위원회 소위원회에서는 민법개정안으로 민법 제186조 제2항에 “전조의 등기는 공증된 서면을 기초로 하여야 한다. 등기원인증서는 매도증서로 한다.”는 안을 민법분과위원회 전체회의에 제안하였으나 1982년 8월 26일 제9차 회의에서 부결된 바 있다. 이러한 안이 부결된 이유는 법무사의 주업무가 등기사무인데, 주요업무인 등기업무가 공증인인 변호사에게 넘어간다는 대한법무사협회의 반대로 무산되었다. 또한 제한된 공증인 수로 인하여 전국적인 부동산매매에 대한 공증을 감당하기 어렵다는 비판이 있어 법무부도 반대의견을 피력하였다.⁴⁵⁾

또한 2004년까지 법무부 주관으로 운영된 민법개정 특별분과위원회에서도 부동산거래공증제도 도입여부 주제로 회의가 계속하여 진행되었다. 당시 정부차원에서 투기적 부동산 수요를 차단하기 위한 대책을 강구하던 중 법원행정처가 부동산 거래 시 반드시 공증인의 공증을 받도록 하고 공정증서에 사법적 효력을 부여하자는 안을 제시하였던 것이다. 그러나 이 제도가 부동산등기제도와 더불어 등기의 공신력, 전반적인 사적 자치와 맞물린 큰 제도개혁이므로 선불리 추진할 수 없는 문제이기 때문에 법무부에서는 법원행정처에 부동산거래 공증제도를 도입할 경우 그 필요성 여부, 시기 등에 대하여 소위원회에서 논의해 줄 것을 제안하였다.⁴⁶⁾ 그러나 공증비용의 문제와 공증제도를 도입하더라도 현실적으로 부실등기를 방지하기 어렵다는 주장 등으로 인하여 민법개정 특별분과위원회에서는 명백한 결론을 내리지 못한 채, 장기적으로 독일식 공증제도에 대한 연구가 필요할 것이라는 결론만을 내리고 추후 연구과제로 다시 유보하였다.⁴⁷⁾ 2009년에 시작된 민법(재산편) 전면 개정작업에도 이 주제가 검토대상에 포함되었고 2011년부터 이에 대한 논의가 다시 시작되었으며, 부동산 등기원인을 공증하는 제도 도입 역시 민법개정작업의 일환으로 추진되고 있는 것이다.⁴⁸⁾

3.1.1 긍정론

부동산등기법상 등기의 신청 시에는 당사자출석주의(제55조 제3호)와 공동신청주의(제28조)가 의무화되지만 대부분 등기관리자와 등기의무자 모두 법무사에게 쌍방대리신청을 하므로 출석주의와 공동신청주의의 원칙적 의미가 퇴색되고 있는 현실이다. 또한

45) 김판기, 앞의 논문, 50쪽.

46) 법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 2004. 11, 236쪽.

47) 허성욱, 앞의 보고서, 52쪽.

48) <<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=58972>>, 검색일: 2014. 12. 15.

우리나라에서 등기의 진정성은 인감제도에 의하여 담보되고 있으나 인감증명의 위조·변조·도용이 용이하고 이러한 경우 형식적 심사권밖에 없는 등기관은 이를 판별하기 어려워 결국 수리할 수밖에 없는 구조로 인하여 부실등기가 발생하고 있으므로 등기원인증서의 공증으로 이를 방지하자는 것이다.⁴⁹⁾ 또한 인감증명서는 대리발급이 가능하기 때문에 부정사용의 가능성은 언제나 존재하는 것이며, 등기필증에 관해서는 부동산등기법 제51조에 의하여 그것이 멸실된 경우에도 등기의무자들은 등기신청을 할 수 있다. 따라서 긍정론자들에 의하면 등기원인증서를 공증을 받는 것만이 가장 효율적인 부실등기를 방지하는 방법이라고 한다. 즉 긍정론의 논거는 거래의 안전 보호로 집약된다. 부동산거래가 빈번한 현대사회에서 공신력이 인정되지 않으면 제3자의 지위가 불안정하게 되어 거래의 안전을 해친다고 본다.⁵⁰⁾ 또한 등기원인증서의 공증이 의무화된다면 법률전문가인 공증인이 계약체결 시부터 부동산거래에 참여하게 되므로 계약의 무효, 취소사유가 있는지 미리 확인할 수 있으므로, 경솔한 계약체결의 가능성을 줄임으로써 부동산 거래의 진실성 및 유효성이 보다 담보될 수 있고 사후적인 분쟁을 초기에 방지할 수 있다고 본다.⁵¹⁾

3.1.2 부정론

진실한 권리관계에 부합하지 않는 등기, 즉 부실등기를 사전에 방지하려는 노력에도 불구하고 현실적으로 부실등기가 발생하는 것을 완전히 배제하기란 불가능하다는 문제가 있다. 이 경우에 있어서도 등기를 신뢰한 자를 보호하는 어떠한 제도가 있어야지 부실등기를 신뢰한 자를 보호할 수 있는 아무런 제도가 없을 경우에는 등기란 물권의 존재 또는 그 귀속에 관하여 그 개연성만 공시하는 데 그치고 정확한 것은 다른 방식으로 조사하라는 것과 동일한 의미이어서 등기제도의 의미 또한 크게 훼손되지 않을 수 없는 것이다.⁵²⁾ 이처럼 계약서의 위조가 있을 수 있다면 공정증서까지 위조하는 것도 어렵지 않기 때문에 공증으로 인하여 부실등기 자체를 근절하는 것은 어려우며, 특히 만약 사서증서 인증의 방식을 택한다면 위조의 가능성은 더욱 높아질 수 있고, 극소수의 부실등기를 방지하기 위해 공증제도를 도입한다는 것은 등기절차간소화에 위배될 뿐 아니라 많은 경제적 부담을 국민에게 부과하는 결과를 초래하게 되므로 공증제도를 도입할

49) 안태근, 앞의 논문, 114쪽.

50) 권영준, 앞의 논문, 11쪽.

51) 권영준, 등기의 공신력과 등기원인증서의 공증연구, 법무부 보고서, 법무부, 2010, 55쪽.

52) 안태근, 앞의 논문, 95쪽.

필요가 없다고 한다.⁵³⁾ 또한 공증인이 전국적으로 배치되어 있지 못하다는 점⁵⁴⁾ 등을 들어 등기원인증서의 공증제도를 부정하고 있다.

3.1.3 소결

등기원인증서의 공증제도도 국민의 경제적·시간적 부담이라는 비용을 전제로 하는 것이어서 부실등기방지라는 효용을 얼마만큼 발휘할 수 있을 것인가를 밝히는 것은 등기원인증서 공증제도의 도입 여부에 관한 결론을 내는 데 있어서 가장 중요할 것이다. 형식적 심사주의는 등기절차가 신속히 처리되지만, 등기부의 진정성 보장에는 미흡하고, 실질적 심사주의는 등기와 실질관계의 일치를 도모할 수 있으나, 등기절차의 지연으로 국민의 재산권 행사에 지장을 초래할 수 있는 단점이 있다.⁵⁵⁾ 그러나 현행법상에서 이러한 양 주의의 결점을 보완하여 합리적인 심사를 하기 위해 가장 효과적인 방안이 등기원인의 공증제도라고 할 수 있다. 등기원인의 진정성이 공증인에 의해 작성된 공정증서에 의해 담보될 수 있다면, 등기공무원이 지금까지처럼 공증의 형식적 적법 여부만 심사하면 되는 경우라 할지라도 정확한 등기부 유지와 신속한 등기라는 부동산 등기제도의 이상을 실현하는 초석이 될 수 있기 때문이다.⁵⁶⁾ 그러나 성급한 등기원인정보의 공증을 강제하는 것은 혼란을 가져올 수 있으므로 국민의 부담을 경감하고 공증제도의 유용성을 제고하기 위해서는 우리의 현실을 정확히 분석하고 현재의 등기제도와 등기원인정보의 공증제도를 병존시키면서 그 시행결과를 분석한 후에 등기절차에 공증제도를 도입하여야 할 것이다.

3.2 등기원인을 증명하는 정보의 공증에 대한 논의

3.2.1 공증인의 자격

공증을 담당할 주체로서 공증제도 도입과 관련하여 변호사, 법무사 간 그리고 등기공무원 간에 가장 이해관계가 첨예하게 대립하고 있는 문제이다. 실제로 그동안 등기원인

53) 조재영, 앞의 논문, 99쪽.

54) 2014년 11월 21일 현재 공증인의 수는 인가공증인 292명과 임명공증인 66명을 합쳐 358명에 이른다.
 <http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ShowData.do?strNbodCd=noti0045&strWrtNo=173&strAnsNo=A&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_10103020&strOrgGbnCd=100000>, 검색일: 2104. 12. 16.

55) 유주선, “부동산등기의 공신력 도입에 대한 비판적 검토”, 부동산학보, 제36집, 한국부동산학회, 2009, 124-126쪽.

56) 허성욱, 앞의 보고서, 53쪽.

증서의 공증제도를 도입하기 위한 논의가 번번이 부결되었던 이유도 공증의 권한을 누구에게 부여하는지와 관련해서 많은 의견충돌이 있었기 때문이다. 직무의 성질상 부동산거래계약을 공정증서로 작성하는 공증인은 자질 면에서 등기원인 등의 유효성 여부를 검토할 수 있는 법률전문가이어야 한다. 이는 공증인이 부동산거래 분쟁에 대한 사전 예방 및 합리적 해결을 위한 법률적 검토를 할 수 있는 능력이 있어야 하기 때문이다. 또한 소양 면에서 등기원인 등의 진정성을 보장할 수 있는 훌륭한 인격 및 엄정공평한 성품의 소유자이어야 한다.⁵⁷⁾ 현행 공증인법에 따르는 경우라면, 임명공증인 또는 인가공증인의 공증담당변호사는 10년 이상의 경력을 가진 법조인이어야 한다(공증인법 제12조(임명공증인), 제15조의2, 제15조의4(인가공증인)). 현행 법을 따라 공증에 대한 수요에 비해 공증인의 자격이 너무나 협소하면 공증을 받는 국민들의 부담이 커질 것이고, 오히려 일부 집단의 기득권을 보호하기 위한 잘못된 입법이 될 가능성이 높다.⁵⁸⁾ 한편 법무사에게 공증 권한을 주어야 한다고 주장하는 입장에서는 실질적인 부동산 거래업무와 등기 업무에 있어서 가장 현실적으로 많이 관여하는 것이 법무사이므로,⁵⁹⁾ 그로 하여금 공증을 담당하게 하는 것은 현재의 등기관행과 일치하고 전국적으로 고루 분포되어 있어서 공증인의 희소성으로 인한 문제를 해소할 수 있고, 등기신청인의 입장에서도 등기원인 증서의 공증에 따른 불편이 없을 것으로 본다.⁶⁰⁾ 이는 법무사에게 모든 공증권한을 부여하는 것이 아니라 등기원인의 공증만을 담당하게 하자는 것이다.⁶¹⁾ 그리고 법무사에게 본인 확인의무를 강화하고 위임관련 서류 및 등기원인증서의 보관 의무를 부담하게 하는 방안도 소수의견으로 제시되고 있다.⁶²⁾ 이에 대하여 공증이 고도의 법률적 지식과 경험을 요구한다는 것에 비추어 법무사의 전문성에 대한 우려도 있다. 한편으로는 겸업공증인의 공증업무에 대한 부실을 우려하여, 전업공증인 제도를 도입하여 자격은 변호사와 법무사 중에서 일정한 요건을 갖춘 경우에 한해 부여하는 것으로 하자는

57) 김판기, 앞의 논문, 58쪽.

58) 이전호, “법무사에 의한 부동산등기원인서면인증제 -인증을 위한 법제 정비방안-”, 발표자료, 대한법무사협회, 2004, 2쪽.

59) 2013년 부동산 등기 전체 신청건수는 10,696,661건으로 1000만 건을 넘는 수였다. 그중에서 법무사가 매매 당사자들을 대리하여 등기를 신청한 경우는 7,241,838건으로서 총 신청 등기의 87%라는 높은 비율을 차지하고 있다. 한편 변호사는 701,477건으로 9% 정도이다. 이상섭, “통계로 보는 법무사의 미래와 발전전략 -전자법원과 대국민서비스를 중심으로-”, 법무사 제564호, 2014. 6, 38쪽 참조.

60) 조재영, 앞의 논문, 105쪽.

61) 임용모, “등기원인에 대한 공증제도의 도입방안”, 사법연구자료 제23집, 법원도서관, 1996, 52쪽.

62) 안태근, 앞의 논문, 128쪽.

견해로서 보다 전문성을 가진 변호사의 경우에는 당사자의 신청으로 전업공증인의 자격을 부여하고, 법무사의 경우에는 법률전문가로서의 자질을 향상시키기 위하여 기존의 법학전문대학원 등과 연계하여 별도의 프로그램을 마련하고 이를 이수한 사람에게 전업공증인의 자격을 부여하여야 할 것으로 보인다.⁶³⁾

3.2.2 공증의 범위

등기원인에 대한 공증을 할 경우 모든 법률행위로 인한 물건변동에 대해 인정할 것인지, 아니면 부동산 거래 중 계약으로 인한 소유권 이전에 한정할 것인가가 우선적으로 결정되어야 한다. 등기의 진정성을 보장하고 부실등기의 문제를 근본적으로 줄여 나가기 위해서는 모든 물권의 득실변경에 대하여 공증을 의무화하는 것이 이상적이다. 그러나 모든 경우에 공증을 요구하는 것은 당사자에게 경제적인 부담과 시간적 낭비를 초래할 수 있으므로 부동산소유권이전에만 공정증서에 의한 공증을 요구하고, 그 밖의 경우에는 사서증서의 인증에 의한 공증이면 충분하다는 견해가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 공정증서에 의한 공증은 공증인이 직접 부동산거래계약서를 스스로 작성하여 거래내용을 확인하는 방법의 공증이며, 후자의 사서 인증에 의한 공증은 당사자들이 스스로 부동산거래계약서를 작성하고 공증인은 그 거래계약서가 당사자에 의하여 작성되었다는 의사의 진정성만을 확인하는 방법의 공증이다. 그러므로 전자의 공정증서에 의한 공증은 부동산거래계약의 성립과 그 내용 양자의 진실성을 담보한다. 그러나 후자의 사서 인증에 의한 공증은 부동산거래계약의 성립의 진정성은 담보가 되지만 그 거래계약내용의 진실성은 담보되지 않는다는 견해도 있다.⁶⁵⁾ 또한 의사의 진정성은 신분증 위조 등 이를 회피하기 위한 의도적인 행위로 여전히 위협받을 수 있고, 내용의 진정성은 공증인의 전문성 또는 성실성의 부족으로 여전히 위협받을 수 있다. 아울러 공증은 등기 이전에 이루어지는 것이므로 후발적 부실등기를 막는 데에는 한계가 있다. 따라서 등기원인을 증명하는 정보의 공증은 공정증서 작성에 의하는 것이 적절하다고 본다. 그 이유는 계약내용을 공증인의 면전에서 진술하도록 하면 그 내용을 공증인이 유효라고 판단하는 경우에만 증서를 작성할 수 있고, 계약 내용에 대한 부존재, 유·무효 등의 문제를 사전에 차단하여, 거래당사자의 진의파악이 가능하기 때문이다.

63) 김판기, 앞의 논문, 61쪽.

64) 김상영, “부동산등기원인증서의 공증제도 도입에 관하여”, 대한공증협회지, 통권 제2호, 대한공증협회, 2009, 40쪽.

65) 김상용, 위의 논문, 14쪽.

4. 등기원인 공증제도 도입의 방향성

공증제도를 도입한다 할지라도 갑작스러운 공증의 의무화는 사회적 혼란을 초래할 수도 있다. 그러므로 공증의 유용성을 살리면서 국민의 경제적 부담을 줄이고, 편익을 주기 위한 방향으로 도입이 이루어져야 할 것이다. 특히 공증제도의 핵심은 법률전문가가 부동산거래단계에서 단순한 의사확인 차원을 넘어서서 전문적인 법률 조언을 통해 내용상의 진정성까지도 제고하는 데에 있기 때문이다.⁶⁶⁾ 공증제도 도입에서 가장 중요한 것은 그 도입여부도 있겠지만, 무엇을 어떻게 공증하느냐의 문제가 더 중요하다. 이런 시각에서 접근하지 않는다면 등기원인을 증명하는 정보를 공증하더라도 등기신청용으로 작성된 공증은, 하나의 요식행위로서 형식적인 관행이 되풀이될 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾

등기원인 공증제도 도입을 위해서는 첫째, 공증수수료가 낮아져 등기를 신청하는 국민의 부담을 줄여야 하고, 공증인에 대한 접근성이 높아져야 할 것이다. 2013년 기준으로 최근 5년 동안 부동산등기신청건수를 보면 총 11,169,209건수 중 소유권이전등기는 2,261,278건으로 구성비율은 20% 정도이다.⁶⁸⁾ 한편 전국의 주택매매평균가격은 234,176,000원이었으며 유형별로는 아파트 257,685,000원, 연립주택 138,784,000원, 단독주택 224,575,000원이었으며, 매매건수는 100만 건 정도였다.⁶⁹⁾ 부동산 중 주택만으로 한정하여 공증인 수수료 규칙 제2조에 따른 방식으로 계산하면 수수료는 372,764원이며 소유권이전등기 신청건수를 곱하면 그 금액은 37,276,400,000원이나 된다. 주택으로 한정된 수치일지라도 공증비용이 3천 700억 정도 된다면 국민에게 큰 부담이 아닐 수 없다. 둘째, 공증의 대상범위를 축소하여, 채권행위로서 거래내용으로 공증하되, 특히 부동산 거래 중 소유권이전에 대해서만 공정증서의 작성을 요구하는 것이 필요하다. 셋째, 등기절차를 간소화하여 국민의 절차적 부담을 감소시켜야 한다.

그리하여 이러한 전제조건들을 충족시키면서, 우리의 부동산등기제도의 현실에 대한 냉정한 분석하에서 공증제도의 도입을 논의하되, 공증인과 공증범위가 확정되어 인적·물적 여건이 갖추어질 때까지는 현재의 등기제도와 등기원인에 대한 공증제도를 병존시키면서 당사자에게 선택권을 부여하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다. 그 후에 그 성과를

66) 권영준, 앞의 논문, 58쪽.

67) 구연모, 앞의 책, 341쪽.

68) 이상섭, 앞의 논문, 38쪽.

69) 한국감정원 보도자료, 2014. 12. 30, 9쪽.

분석하여 등기원인에 대한 공증제도 의무화를 신중하게 도입하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

IV. 결 론

부동산거래는 부동산물권에 관한 실체적 권리관계를 명확히 공시함으로써 부동산거래의 안전성과 신속성을 보장하는 것이라 할 수 있다. 또한 부동산등기제도는 실체법상의 법률관계를 정확하고 신속하게 공시하여야 한다. 형식적 심사주의가 강조되면 등기의 정확성을 기할 수 없는 모순이 있다. 여기에서 부실등기가 발생할 여지가 있다. 그러나 우리의 형식적 심사주의에 대한 정확한 이해 없이 막연히 형식적 심사주의로 부실등기가 양산될 수밖에 없다고 이해하는 것은 우리 등기절차에 대한 부정적 인식을 심어 주는 원인이 되었다. 그동안 부실등기를 방지하기 위해서는 등기원인에 대한 등기공무원의 실질적 심사주의의 채택, 등기부와 대장의 일원화, 인감증명제도의 강화 등 여러 방안이 있으나 그중에서도 가장 중심이 되는 논의는 등기원인의 공증제도의 도입이다. 부동산물권변동과 관련된 개정논의가 있을 때마다 등기의 공신력 및 등기원인을 증명하는 정보에 대한 공증의무화 제도의 도입논의는 계속 제기되었다. 그러나 등기원인을 증명하는 정보의 공증과 관련된 논의는 민법개정 논의 시 두 번에 걸쳐 심도 있게 논의되었는데, 단순한 법리적인 논쟁이 아닌 물권법의 근간을 좌우하게 될 개혁적인 논의로서 그 도입이 매번 연기되었다. 도입여부에 대한 부정론의 논거는 바로 얻을 수 있는 사회적 편익에 비해 국민들이 등기신청에 따른 사회적 비용이 너무나 크다는 점이다. 그러나 부동산등기원인행위에 대하여 공증제도를 도입한다면, 권리자는 등기의 진정한 공시를 통해 자신의 권리를 더욱 확실하게 보장받을 수 있고, 특히 제3자 보호규정들이 있는 경우, 권리자 자신의 권리를 박탈당하는 상황을 감소시킬 수 있다.

공증인의 자격은 우리의 현실에서는 변호사와 법무사로 한정하되 법무사에게는 등기원인의 공증만을 담당하게 하는 것이 타당할 것으로 보인다.

실질적으로 실제 부실등기의 건수는 부동산 등기 건수에 비해 매우 낮다. 그럼에도 불구하고 등기원인을 증명하는 정보에 대한 공증은 등기의 실효성과 신뢰성의 문제를 내포하고 있기 때문에 공증제도 도입은 공증수수료 인하와 공증의 대상범위 축소, 등기절차의 간소화 등의 조건을 충족시키면서 부동산거래내용의 진정성을 확보한다는 차원

에서 신중하게 접근해야 할 것이다. 그리하여 부동산거래 시 공증을 통한 법률전문가의 관여로 당사자 간 분쟁을 사전에 예방하고, 법의식에 대한 선진화라는 틀 속에서 등기원인을 증명하는 정보에 대한 공증이 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 부동산등기법, 박영사, 1998.
- 구연모, 부동산등기의 진정성보장연구, 경인문화사, 2014.
- 김상용, 부동산거래의 공증과 부동산등기의 공신력 연구, 법원사, 2008.
- 사법연수원, 부동산등기법, 2012.
- 송덕수, 물권법, 박영사, 2012.
- 이영준, 물권법, 박영사, 2009.

2. 학술지

- 권영준, “등기의 공신력 - 1957년, 그리고 2011년 -”, 법조 제661호, 법조협회, 2011, 1-74쪽.
- 김병두, “부실등기해소를 위한 방법론에 관한 비교법적 고찰 -일본 부동산등기법으로부터의 시사-”, 성균관법학, 제20권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2008, 89-124쪽.
- 김상영, “부동산등기원인증서의 공증제도 도입에 관하여”, 대한공증협회지, 통권 제2호, 대한공증협회, 2009, 31-64쪽.
- 김상용, “부동산등기의 공신력과 부동산물권의 선의취득에 관한 한독비교”, 법학연구, 제18권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 1-48쪽.
- 김지원, “부동산등기의 공신력 -독일법을 중심으로-”, 이화여자대학교 법학논집, 제16권, 이화여자대학교 법학연구소, 2011, 117-139쪽.
- 김판기, “부동산등기원인증서공증제도의 개선에 관한 소고”, 재산법연구 제24권 제3호, 한국재산법학회, 2008, 37-67쪽.
- 박기주, “등기청구권의 비교법적 의미 -부동산물권변동과 등기법의 구조를 중심으로-”, 법학논고, 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012. 10, 405-442쪽.
- 박광동, “일본의 부동산등기법의 전면개정”, 법학연구 제21집, 한국법학회, 2006, 211-231쪽.
- 안태근, “등기원인증서의 공증과 등기의 공신력”, 법조 제591호, 법조협회, 2005, 92-143쪽.
- 유주선, “부동산등기의 공신력 도입에 대한 비판적 검토”, 부동산학보, 제36집, 한국부동산학회, 2009, 114-126쪽.
- 이상섭, “통제로 보는 법무사의 미래와 발전전략 -전자법원과 대국민서비스를 중심으로-”, 법무사 제564호, 2014. 6, 1-84쪽.

조재영, “등기의 진정성 확보를 위한 입법론적 고찰”, 부동산학보 제56집, 한국부동산학회, 2014, 95-109쪽.

_____, “등기원인증서의 공증제도입에 관한 연구”, 한양법학 제19권 제3호, 한양법학회, 2008, 105-121쪽.

한삼인/박경식, “등기의 공신력과 거래안전, 법조 통권 제626호, 법조협회, 2008, 40-88쪽.

홍봉주, “미국의 부동산등기제도”, 토지법학 제25-2호, 한국토지법학회, 2009, 31-54쪽.

홍성재, “등기원인증서의 공증제도도입”, 법과정책연구 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006, 179-212쪽.

황정수, 등기원인증서의 공증에 관한 소고, 민사집행법연구, 한국민사집행법학회, 2011, 338-372쪽.

多田利隆, 物權變動論からみた改正不動産登記法, 一不実登記への対応を中心に一, 西南学院大学法学論集, 44卷1号, 西南学院大学学術研究所, 2011, 152-180쪽.

藤原勇喜, 物權變動原因の公示と登記原因証明情報(中)登記原因証明情報の役割と機能, 登記研究, 第763号, 2011, 21-95쪽.

3. 학위논문

홍동기, “부동산부실등기의 방지와 신뢰자보호에 관한 연구”, 경성대학교 박사학위논문, 2013, 1-27쪽.

4. 자료집

김상용, 부동산거래 공증제도에 관한 연구, 법무부 보고서, 2004.

법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 2004.

한국감정원, 보도자료, 2014. 12. 30.

허성욱, 부동산등기원인행위의 공증제도 의무화로 인한 사회적 비용과 편익에 관한 법경제학적 분석연구, 법무부 보고서, 2011.

[Abstract]

A Study on Public Trust for the Registration of Real Estate and the Ensuring Accuracy

Kim, Myung-Yeop*

The ideal for real Real Estate Registration system pursue accuracy and speedness on transaction of the right relation under the principle of requirement for formation adopted as regards the change of real right for real estate. In order that registration can take this role sufficiently, first of all, a correct registration suitable to an authentic relation of right should be made.

This article deals with the problems of a device of advanced public trust and improvement.

Unless the registration is correct, it may be harmful to the safety of a transaction. If a procedure for registration is delayed only for correctness, economy around real estate may not be smooth. Therefore, the harmony between correctness and rapidity should aim. The public trust is not admitted at the registry system in Korea. A number of improper registrations is lower than that of improper real estate registrations.

The notarization system in information deed of grounds for registration and it requires the registrant to prove his motive for registering, which is an undeniable necessity for ensuring the safety of real estate transactions and preventing cases of improper real estate registration. To tell the conclusion, it must introduce the notarial act system of the registration cause certificate in order to guarantee the sincerity characteristic of registration.

[Key Words] Real estate registration, Notarization, Information deed of grounds for registration, Public trust, Improper real estate registration

* Assistant professor, Department of Real Estate, Seonam University

