creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000234384

2007 年 *8*月

博士學位論文

不動産登記制度의 改善에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 洪 起

不動産登記制度의 改善에 관한 硏究

A Study on the Improvement of Real-estate Registration system

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 洪 起

不動産登記制度의 改善에 관한 硏究

指導敎授　朴　運　吉

이 論文을 法學碩士學位申請 論文으로 提出함

2007 年　*4* 月　　日

朝鮮大學校　大學院

法　學　科

朴　洪　起

朴洪起의 博士學位論文을 認准함.

委員長　淸州大學校　名譽敎授　　印

委　員　檀國大學校　敎　　授　　印

委　員　朝鮮大學校　敎　　授　　印

委　員　朝鮮大學校　敎　　授　　印

委　員　朝鮮大學校　敎　　授　　印

2007 年　　*6* 月　　日

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

目 次

ABSTRACT

第1章 序 論 ····· 1

第1節 硏究의 目的 ····· 1
第2節 硏究의 範圍 및 方法 ····· 3

第2章 不動産登記制度의 沿革 및 立法例 ····· 5

第1節 不動産登記制度의 沿革 ····· 5
第2節 近代的 登記制度의 成立 ····· 8
Ⅰ. 近代的 登記制度의 成立 ····· 8
Ⅱ. 近代的 登記制度의 基本原理 ····· 11
第3節 外國의 不動産登記制度 ····· 18
Ⅰ. 獨逸의 登記制度 ····· 18
Ⅱ. 스위스의 登記制度 ····· 26
Ⅲ. 프랑스의 登記制度 ····· 31
Ⅳ. 日本의 登記制度 ····· 35
Ⅴ. 英美法의 不動産登記制度 ····· 43
Ⅵ. 要 約 ····· 53

第3章 우리 나라 不動産登記制度의 內容 ····· 56

第1節 不動産登記의 意義 ····· 57
第2節 不動産登記制度의 沿革 ····· 59
Ⅰ. 第1期 立案制度 ····· 60
Ⅱ. 第2期 家契와 地契制度 ····· 61
Ⅲ. 第3期 證明制度 ····· 63

Ⅳ. 第4期 土地調査事業 ····· 64
第3節 不動産登記法의 性格 및 體系 ····· 66
Ⅰ. 不動産登記法의 性格 ····· 66
Ⅱ. 不動産登記關聯法의 體系 ····· 68
Ⅲ. 不動産登記制度의 特徵 ····· 84
第4節 物權行爲와 登記와의 關係 ····· 93
Ⅰ. 物權行爲의 意義 ····· 93
Ⅱ. 物權變動에 관한 公示方法 ····· 98
Ⅲ. 物權行爲와 登記와의 關係 ····· 102
Ⅳ. 物權行爲의 獨自性과 無因性 ····· 106

第4章 不動産登記制度의 問題點과 改善方案 ····· *110*

第1節 不動産登記制度의 問題點 ····· 110
Ⅰ. 登記簿와 臺帳의 二元化 ····· 110
Ⅱ. 登記官의 形式的 審査權 ····· 115
Ⅲ. 不動産登記의 公信力 不認定 ····· 117
Ⅳ. 印鑑證明制度 ····· 120
Ⅴ. 電算情報處理組織에 의한 不動産登記 ····· 123
第2節 不動産登記制度의 改善方案 ····· 135
Ⅰ. 登記簿와 臺帳의 一元化 ····· 136
Ⅱ. 登記官의 審査權强化 ····· 140
Ⅲ. 登記의 公信力 認定與否 ····· 142
Ⅳ. 印鑑證明制度의 改善 ····· 143
Ⅴ. 電算情報處理組織에 의한 不動産登記 ····· 145
Ⅵ. 登記原因의 公證制度 ····· 152
Ⅶ. 補償制度 등 ····· 160

第5章 結 論 ····· *164*

參考文獻 ····· 166

ABSTRACT

A Study on the Improvement of Real-estate Registration system

Park, Hong-gi
Advisor : Prof. Park, Woon-kil, Ph. D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

In this research, my major study intends to how to guarantee the stability and quick characteristic of real-estate transaction by publishing clearly the relationship of the entity right which is the ultimate object of real estate registration system and improving in any way the problem of real estate registration system. The real right is the powerful right in effect not only between the specific person but also regarding all people owing to exclusive supremacy concerning the thing. Consequently, regarding the presence or a fluctuation of real right, it always need to publish a certain inland binding or mark in order to be able to recognize from outside. One of the real right, the most important thing is the right of ownership and the mortgage which are a conceptional right which does not do actuality governing with element. Like this conceptional right, the necessity of public notification is particularly urgent to secure the stability of transactions by visibling evidently. Modern time civil law by like this request it employed the public notification system of real right, this what is called is real-estate registration system. And the goal of real-estate registration system is to guarantee the stability and quick characteristic by publishing clearly the relationship of the entity right regarding a real estate real right. To achieve for this, first of all, is to hold the registration which corresponds in relationship of entity right must come to do. Real-estate registration system in my country, however, adapts the

formal screening system which could grant the register office only the informal judgement right and the scope of judgement concerning a registration application would end in the decisions on only the legality or illegality in registration process law. Therefore there is no security of the legality concerning the application. Furthermore even if someone register the counterfeit of registration cause certificate and apply registration due to the fabrication of a certificate of registration obligators' seal impression, a transcript of resident registration and a registration certificate, it could be executed far from discovering owing to overlooking of registries in registration execution process. Consequently, it came about the faithlessness registration which does not correspond in relationship of entity right occurs in actual circumstance. Also present real-estate registration system could not be sufficient the stability and speed which is the goal of real-estate registration system due to duality a register book and the original register. Hence, my study intends to investigate the ideal of real-estate registration system

by improving the following.

First, it must complement the deficient point of the entity regulation through the revision of law and prescribe in regard to the presumption power of registration, effect of provisional registration, the registration claim right.

Second, it need to unify a register book and the original register and construct one resister by integrating two parts - a register of the land registration and the building registration.

Third, it is the reinforcement of the screening right concerning registries (office) and must strengthen judgement right and title insurance to recognize a public trust.

Fourth, it must introduce the notarial act system of the registration cause certificate in order to guarantee the sincerity characteristic of registration.

Fifth, it must be required the professional and systematic education of registries and excluded an interchange of personnel between general employment of court of law in order to secure the professionalism of the registries.

第1章 序 論

第1節 硏究의 目的

물권은 물건에 대한 배타적인 지배권이기 때문에 특정 당사자 사이뿐만 아니라 모든 사람에 대하여 효력이 있는 강력한 권리이므로, 물권의 존부나 변동에 관하여 언제나 외부에서 인식할 수 있도록 어떤 표상 내지 표지에 의하여 공시하는 것이 필요하다.[1] 물권 가운데에서도 가장 중요한 소유권과 저당권은 현실적 지배를 요소로 하지 않는 관념적인 권리이다. 이러한 관념적인 권리를 거래계에 있어서 눈에 보이게 함으로써 거래의 안전을 확보하기 위해서 공시의 필요성은 더욱 절실하였던 것이다.[2] 근대 민법은 이러한 요청에 의하여 물권의 공시제도를 채용하였는데, 이것이 이른바 부동산등기제도이다.

그리고 부동산등기제도의 이상은 부동산물권에 관한 실체적 권리관계를 명확히 공시함으로써 부동산거래의 안전성과 신속성을 보장하는 것이라 할 수 있다.[3] 이를 위해서는 여러 방안이 강구되어야 할 것이나, 무엇보다도 실체적 권리관계에 부합하는 등기가 행하여져야 할 것이다.

그런데 우리 나라의 부동산등기제도는 등기관에게 형식적 심사권만을 부여하는 형식적 심사주의를 채용하고 있어서(부동산등기법 제55조 참조), 등기신청에 대한 심사의 범위를 등기절차법상의 적법성 여부에 그치고 있다. 따라서 그 신청의 적법성의 보장이 없다. 뿐만 아니라 당사자의 신청, 허위의 등기원인증서에 의한 등기가 경료되거나 또는 등기의무자(부동산소유자, 저당권설정자 등)의 인감증명서·주민등록등본·등기필증 등의 위조에 의한 등기신청이 있더라도 등기실행과정에 등기관의 간과로 인하여 발견되지 못하고 등기가 실행되는 경우로 말미암아 실체적 권리관계에 부합하지 않는 부실등기가 발생되고 있는 실정이다.[4] 또한 현행 부동산등기제도는 등기부와 대장의 이원화로 인하여 부동산등기

---

1) 권용우, 「물권법」, 법문사, 2001, 53면; 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 2001, 5면.

2) 상게서, 53면.

3) 권용우, "등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-", 「민법학논고」, 신양사, 2002, 91면.

제도가 이상으로 하는 안전성과 신속성을 충족시키지 못하고 있다.[5)]

이러한 현행 부동산등기제도의 문제점으로 말미암아 실체적 권리관계를 명확히 공시하지 못하고 있는 실정이다.

따라서 본 연구에서는 부동산등기제도의 문제점을 어떠한 방향으로 개선함으로써 이 제도의 이상인 실체적 권리관계를 명확히 공시함으로써 부동산거래의 안전성과 신속성을 보장할 수 있을 것인가를 주된 연구 목적으로 하였다.

그밖에도 물권의 존재를 추측케 하는 등기를 갖춘 경우에 비록 등기가 진실한 권리관계와 일치하지 않는 경우일지라도 그 등기를 신뢰하고 물권을 거래한 자를 보호하여야 할 것인가, 즉 등기에 공신력을 부여하여야 할 것인가에 관해서도 연구의 대상으로 삼았다. 이는 우리 현행 민법이 물권변동에 관하여 구민법(의용민법)의 의사주의(불법주의)를 버리고 독일 민법을 본받아 형식주의(독법주의)를 채용하면서도 그밖의 등기제도에 있어서는 독일 민법과는 다른 점이 적지 않다. 그 중의 하나가 부동산등기에 공신력을 인정하지 않는 것이다. 그리하여 민법 시행당시부터 이에 관한 논쟁이 끊이지 않고 있다.

또 최근에 서울을 비롯하여 수도권을 중심으로 시범적으로 시행 중에 있는 온라인 부동산등기제도・국가배상책임제도・등기관의 자질향상과 전문직화・권원보험의 실시 등에 관해서도 연구의 대상으로 삼았다.

이러한 검토를 통해서 부동산거래의 안전성과 신속성을 보장하기 위하여 채용된 부동산등기의 이상을 충족할 수 있는 부동산등기제도의 개선방안을 제시하고자 한다.

---

4) 상게논문, 9면.

5) 정권섭, “대장과 등기부의 이원화”, 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」, 서울대학교 출판부, 1978, 47-48면.

第2節 硏究의 範圍 및 方法

Ⅰ. 硏究의 範圍

현행 부동산등기법의 미비와 부동산등기의 운용상의 미비 등으로 말미암아 실체적 권리관계에 부합하지 않는 등기가 발생할 수 있는 여지가 있는데, 이것이 구체적으로 어떠한 것이며 그것을 어떠한 방향으로 개선할 것인가를 논의의 중심과제로 삼았다.

그 개선방안으로서 등기부와 대장의 일원화, 등기관의 심사권강화, 등기의 공신력 인정, 인감증명제도의 개선, 등기원인의 공증 등에 관하여 구체적으로 살펴보기로 한다. 그밖에 온라인 부동산등기제도·국가배상책임제도·등기관의 자질향상과 전문화·권원보험 등에 관하여 이의 도입 내지 개선에 관한 방안을 밝히고자 한다.

이를 위하여 다음과 같은 논점들을 연구의 대상으로 삼았다.

첫째, 부동산등기제도의 연혁과 외국의 입법례를 고찰하였다. 이는 우리 나라 부동산등기제도의 뿌리가 어디에서 출발하고 있는가를 이해하고, 이를 토대로 하여 외국의 등기제도와의 비교법적 연구를 하고자 함에서이다. 그런데 외국의 입법례를 검토함에 있어서 자료수집의 한계로 말미암아 독일·스위스·프랑스·일본 및 영미법을 검토하는데 한정하였음을 밝혀둔다.

둘째, 우리 나라의 부동산등기제도의 내용을 구체적으로 고찰하였다. 이는 현행 부동산등기제도의 문제점이 무엇인가를 도출하기 위해서이다. 또한 여기에서 문제점이 있다면 그 문제점이 무엇에 기인하는가를 정확하게 파악하고 그에 대한 개선방안을 찾기 위한 전제이다.

셋째, 위에서 파악된 문제점을 기초로 해서 부동산등기제도의 개선방안이 무엇인가를 구체적으로 고찰하고자 하였다. 이것이 본 연구의 과제이다.

Ⅱ. 硏究의 方法

본 연구는 국내외의 단행본 및 논문 등의 선행 연구문헌을 분석·검토함으로

써 부동산등기제도에 관한 국내외의 이론을 고찰하였다.

그리고 외국의 입법례를 비교법적으로 고찰함으로써 우리의 부동산등기제도를 이해하는데 참고로 하였다. 특히 이를 통해서 우리의 부동산등기제도의 개선방안을 모색하는데 크게 참고하였다. 또한 부실등기와 관련된 대법원의 판례를 분석하고, 그것이 현행 부동산등기제도의 문제점과 어떠한 관련성이 있는지에 관하여 고찰하였다.

더 나아가 등기소를 방문해서 등기의 신청, 등기신청에 대한 심사, 등기의 실행과정을 등기관과의 면담을 통해서 체험하고, 부동산등기제도의 실현과정을 본 연구에 반영하도록 하였다. 뿐만 아니라 대장(토지대장·건축물관리대장·임야대장) 관할청을 방문해서 대장의 작성과정, 등기부 작성과의 관련문제 등에 관한 실무를 통해서 대장과 등기부의 이원화에 따른 문제점이 무엇인가를 파악하려고 하였다.

第2章 不動産登記制度의 沿革 및 立法例

부동산등기제도는 거래의 안전을 위하여 부동산물권관계를 일반거래에 있어서 등기라는 특수한 방법에 의하여 외관적으로 공시하는 제도이다. 이러한 부동산등기제도는 각국의 문화적·역사적 특성에 따라 다양한 목적하에 발달·성립하여 왔다. 부동산등기제도는 12세기경에 게르만법에서 동산과 부동산을 구별하면서, 부동산에 대한 물권의 변동을 토지장부에 기입하는 관행이 생겨나게 되었는데, 이것이 오늘날의 부동산등기제도의 시초가 된 것이다.[1] 그리고 각국의 입법례에 큰 영향을 준 것이 독일의 등기제도이며, 독일보다는 좀 늦게 성립하였고 상당한 차이를 보이는 것이 프랑스 제도이다. 또한 영·미에서는 가장 완비된 등기제도라고 평가받고 있는 "토렌스"제도와 이와는 다른 형태의 레코딩시스템 등이 있다.

이하에서 이러한 선진 각국의 부동산 등기제도를 고찰하여 현재 우리 나라에서 부실등기의 발생을 방지하고 등기의 신뢰성을 제고하기 위해 활발하게 논의되고 있는 등기제도의 문제점 및 개선방안을 도출하고자 한다.

第1節 不動産登記制度의 沿革

토지관련법은 친족상속법과 같이 역사적·민족적 성격이 강한 법분야 중 하나이다. 특히 부동산등기제도는 기술적 성격이 강한 것이었기 때문에 각국마다 독자적으로 발전을 추구하여 왔다. 부동산등기제도는 부동산에 관한 물권의 공시제도이다. 즉, 물권은 채권과는 달리 여러 특질을 가지고 있기 때문에 이를 공시하는 것이 물권거래의 안전을 위하여 필요하다. 예컨대 소유권을 양수하거나 제한물권을 취득하고자 하는 자는 자신보다 우선하는 권리가 목적 부동산에 존재하는지의 여부를 파악하여야 보호될 수 있다. 그러나 권리의 취득자가 스스로 목적부동산에 대한 권리관계를 조사하고 파악한다는 것은 대단히 어려운 문제이므로 물권에 관한 거래의 안전과 원활을 기하기 위하여 물권변동에 관한 내용을 외부

1) 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 2001, 9면; 김은권, 「부동산등기법」, 한국사법행정학회, 1976, 62면.

에서 인식이 가능하도록 할 기술적 방법이 필요하다. 부동산물권과 동산물권 모두 공시의 필요성은 요청되지만, 오늘날 각국의 입법례는 부동산과 동산의 공시방법에 차이를 두고 있다. 예컨대 부동산은 등기에 의하여, 동산은 사실적 지배 내지 점유라는 불완전한 방법에 의하고 있다. 다만, 예외적으로 자동차, 선박, 항공기 등의 동산들은 등기 또는 등록이라는 공시방법을 통하여 부동산과 같이 다루어진다.

근대 이전인 고대와 중세의 법제에서도 부동산물권변동에 대한 엄격한 방식, 현실의 인도, 공부에의 기재, 법원의 개입 등, 부분적으로 부동산등기제도가 존재하지만, 현대와 같은 거래안전의 원활·확실화를 위한 것은 아니었다. 즉, 권리자의 지배를 보장하고 현실화하기 위하여 또는 세금을 징수하기 위한 행정적 목적하에 공적 장부에 기재한 것이 우연히 공시작용을 하게 된 것에 불과한 것이다. 따라서 거래의 안전이나 원활화, 제3자의 보호 등은 고려되지 않았으며, 권리자의 보호만을 문제삼았을 뿐이다.[2)]

부동산등기제도는 유럽대륙에서 성립·발달하여 각국의 입법례가 이를 받아들여 부동산물권의 공시제도로서 운용하고 있다. 고대 로마의 부동산거래방법은 구두의 의사표시로 법률행위를 하였기 때문에 로마법에서는 부동산물권의 공시제도가 거의 발달하지 않았다. 로마의 부동산거래방법으로는 장악행위[3)], 인도, 양도증서 등이 이용되었다. 로마법에서 부동산등기제도가 발달하지 않은 이유는 거래의 안전문제를 사실문제로만 파악하고 물권의 공시방법에는 관심을 갖지 않았다는 점과 고법시대 이래로 신용 확보수단으로 주로 인적 담보인 보증제도가 활용되었고, 부동산담보제도는 거의 이용되지 않았기 때문이다.[4)]

부동산등기제도는 로마법의 영향이 미치지 아니한 독창적인 제도이다. 즉, 중세 게르만법이 Sale와 Investitura를 통한 부동산의 거래방법에서 발달한 법기술적 산물이다. Sale는 일종의 물권적 양도계약이었고, Investitura는 양도의 이행행

---

2) 곽윤직, 상게서, 6면.

3) 장악행위는 로마시민간 또는 로마시민과 거래하는 외국인 간의 요식행위로써, 매도인과 매수인이 5인의 증인을 대동하여 1인의 衡器소유자의 면전에서 "나는 이 토지나 주택이 매각되었음을 선언합니다"를 연명하면 성립되는 제도이다(추신영, "부동산등기부의 역사-물적 편성주의를 기초로 한 독일부동산등기의 역사를 중심으로-", 「토지법학」 제17권, 학국토지법학회, 2001. 12, 48면).

4) 현승종·조규창, 「게르만법」, 박영사, 1997, 475면.

위로서 Gewere를 취득케 하는 행위를 말한다. Sale는 증인들 앞에서 일정한 의식적 말을 교환해서 토지의 양도를 약속하고, 양도인이 양수인에게 목적물인 토지에 대한 지배를 상징하는 물건을 교부함으로써 체결된다. Investitura는 증인들 앞에서 양도인이 의식적 방법으로 토지로부터 퇴거하고, 양수인이 그 토지에 들어가서 새로운 소유자임을 표시하는 행위를 하는 형식으로 이루어졌다. 이 Investitura에 의하여 양수인의 소유권취득은 완성된다.[5] Investitura를 통한 부동산거래방법은 9세기 중반까지 지속되었지만, 토지거래가 증대하면서 이러한 양도방식은 많은 불편을 초래하게 되어 법률행위를 토지로부터 분리할 필요성이 생겼다. 그래서 로마卑俗法의 증서(carta)[6]를 이용하면서 Sale를 대신하게 되었다. 또한 Investitura는 현실적 이행행위에서 상징적 Investitura인 양도인의 인도약속이나 점유포기행위로 대신하게 되면서, 이른바 Auflassung이 나타나게 되었다.[7] 이러한 Auflassung은 지팡이를 던지면서 의사표시를 하는 방식으로 법원에서도 할 수 있게 되었다. 그리고 이러한 Auflassung 자체를 법원에서 하는 방식으로 바뀌는 "재판상의 Auflassung"이 등장하게 되었다. 즉, 양수인의 관념적인 Gewere를 취득할 때, 법관이 목적 토지위에 평화를 깨뜨린 자를 벌한다는 "平和罰令"에 대한 내용을 공시최고하고, 그 기간이 만료하면 양수인의 Gewere는 완전한 본권인 소유권을 취득하는 것이 된다.

이후 1135년 쾰른(köln)지방의 행정구역인 성마르틴교구에 연고를 두고 있는 상인조합은 시당국에 대하여 그들의 부동산거래행위에 대하여 등록장부를 만들어 거래행위시마다 등록하고, 이를 시장이 보증하고 주무공무원이 이를 처리해 줄 것을 요구하였다. 시 당국은 이를 받아들여 그들의 부동산거래행위를 증명하는 문서를 작성하여 비치하였는데, 이것이 부동산등기부의 기원이 되었다.[8] 부동산등록대장은 법률행위의 종류를 구별하지 않고 법률행위의 성립순서에 따라 편

---

5) 곽윤직, 전게서, 8면; 추신영, 전게논문, 50면.

6) 기원전 300년 전 로마의 지배권이 미치는 그리스와 이집트에서 일정한 증서(carta)를 이용하여 부동산거래행위를 하였다. 양도인과 양수인은 소유권양도증서를 3부 작성하여 각자가 한 부씩 가져가고, 한 부는 국가서고에 비치함으로써 공시작용을 하도록 한 것이다(추신영, 전게논문, 49면).

7) 당시의 Auflassung은 토지의 양도인이 그의 Gewere를 버리는 것을 일컫는 것을 의미하였다(곽윤직, 전게서, 9면).

8) Hammer, Die Geschichte des Grundbuches in Bayern, München, 1960, S.27.

철되었으나, 후에 법률행위의 종류에 따라 부동산의 양도처분은 토지대장에, 부동산의 담보설정은 질권대장, 채무대장, 정기금대장에 등기하는 등 각기 일책의 등기부를 만들게 되었다.

이와 같이 상인들이 거래안전의 필요에서 고안한 부동산대장을 국가가 관할 처리하게 됨에 따라 등기부에 공신력이 주어졌으며, 관청에서 발급하는 등기증서의 법적 성격이 종래의 단순한 증명증서에서 처분증서로 전환되었고, 부동산등기서류는 권리증서의 효력을 가지게 되었다. 도시에서 시작된 등기제도는 그 후 농촌지역까지 확산되었고, 거래당사자는 물권변동을 등기하고 등기비용을 납부하게 됨으로써 등기제도의 모태가 되었다.[9]

第2節 近代的 登記制度의 成立

Ⅰ. 近代的 登記制度의 成立

부동산등기제도는 일반거래에 있어서 부동산 물권관계를 외관적으로 명료케 함으로써 거래의 안전을 도모하기 위한 제도이다.

근대 등기제도의 창설은 저당권의 발달에서 싹트기 시작하였다고 볼 수 있다. 근대 사회에 이르러 토지는 여러 봉건적 구속으로부터 해방되어 자유로운 유통의 객체가 되었고, 토지의 유동화 내지 상품화는 토지를 물적 신용의 객체가 되게 하고, 물적 신용 중에도 저당에 대한 사회적 요청이 높아가면서 근대적 의의의 공시제도가 요구된 것이다.[10] 저당권의 공시에서 시작된 등기는 그 후 널리 토지물권의 공시를 위한 제도로 발전하였다.

부동산등기제도는 중세봉건사회의 지적, 토지대장의 작성과 정비가 근대에 들어 더욱 활발하게 추진되면서 등기제도 확립의 기초가 되었다는 점, 그리고 봉건시대에 부분적으로 일부지역에서 토지소유권의 이전을 위한 공적 장부라는 방법이 행해졌다는 사실 등의 요소와 아울러 등기제도가 창안된 것이다.

---

9) 현승종 · 조규창, 전게서, 326면; 최승영, "우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 대한 연구", 「민사법연구」 제12집 제1호, 2004. 6, 204-205면.

10) 곽윤직, 전게서, 6면.

(1) 근대적 등기제도는 대체로 이상과 같은 경과를 거쳐서 발전, 성립하였는데 그 대표적인 나라가 독일의 등기제도이다. 독일의 등기제도는 물건에 대한 지배의 외형적 표현이라고 할 수 있는 게르만법상의 Gewere와 관련이 있으며, 이 Gewere의 공시적 작용으로부터 발전한 것이라고 할 수 있다. 앞에서 살펴 본 중세 게르만법의 부동산거래방법인 Sale와 Investitura를 거쳐서, 12세기 퀼른(Köln)시의 부동산거래행위에 대한 관행이 기원이 되었다. 퀼른시의 관행에 의해 생겨난 등록장부가 이후 모든 토지에 관하여 문서를 편철하게 하고, 13세기에는 장부를 기재하고 비치하는 등기로 발전하게 된 것이다. Lübeck지방을 중심으로 하여 13세기 중반부터 북독일 지역에서, 그리고 München지방을 중심으로 남부 독일에서도 부동산등기부의 사용이 일반화되었다. 특히 Danzig의 부동산등기부는 연대적 편성주의에 따라 오래도록 시행되어 온 것을 처음으로 물적 편성주의를 채택한 것으로 그 의미를 갖는다.[11] 15세기 이후부터 18세기 바이에른과 프로이센의 부동산등기부가 나타나기 이전까지 독일 전역에 로마법이 유입되면서 등기부의 발달을 저해하게 되었다.[12]

현행 독일의 부동산등기법(GBO)은 독일 민법(BGB)과 더불어 1900년부터 시행되고 있다. 1897년 GBO는 각 Land에 특별법에 의한 유보를 넓게 인정하고 있었기 때문에 부동산등기제도의 통일을 이루지는 못하였다.

(2) 독일의 등기제도보다는 좀 늦게 성립한 프랑스 제도도 여러 나라의 제도에 영향을 주었다. 프랑스도 독일과 같이 프랑크 왕국의 지배영역 내에 있었기 때문에 게르만법의 법문화에 기초하고 있다. 즉, 양도계약 외에 그 이행행위로서 Investitura라는 요식의 인도행위가 있어야만 소유권이 이전되었고, 일정한 상징적인 의식이 따르는 양도인의 점유이탈(exitus)과 양수인의 점유취득(versitura)이라는 두 행위로 행해졌다. 중세 까배왕조시대에 들어서면서 Investitura에 영주가 개입하게 되고, 14세기 경부터는 소유권이전의 계약서에 déssaisinesaisne가 있었다는 뜻의 약관을 삽입하면서 Investitura가 생략되고, 이것이 16세기에는 관습법으로 인정되었다. 이것이 프랑스민법이 취하고 있는 물권변동에 관한 의사주의의 원칙의 시작이라고 할 수 있다.[13]

---

11) 추신영, 전게논문, 51-54면.

12) 곽윤직, 전게서, 11면; 추신영, 상게논문, 54면 참조.

13) 곽윤직, 상게서, 19면.

프랑스에 있어서 부동산물권에 대한 공시제도가 발전하기 시작한 것은 대혁명 시대이며, 발전의 계기가 된 것은 다른 여러 나라의 경우와 같이 저당제도의 발달이었다.[14]

대혁명 이전에 전국적으로 공시를 갖추지 않은 저당제도의 이용은 거래의 안전을 해치게 되었다. 그 해결을 위하여 1795년에 저당권의 설정·양도 등에는 저당권보존공무원이 작성·비치하는 장부에는 '登記'(inscription)를 유효요건으로 하는 「저당권법(Décret concernant le Code hypothécaire)」을 제정하였지만, 시행되지 못하였다. 그 후 1798년의 「저당신용법(Loi de credit hypothécaire)」은 소유권과 저당권의 목적이 되는 부동산에 대한 물권의 이전증서는 모두 謄記(transcription)하여야 하며, 謄記없이는 제3자에 대하여 권리변동의 효력을 주장할 수 없게 하였다.[15] 같은 해 「저당권보존에 관한 법률(Loi relative à l'organisation de la conservation des hypothéques)」을 제정하여 소유권 및 지분권과 저당권의 설정·이전을 모두 공시하게 되었으며, 登記와 謄記의 조직을 정하여 소유권 및 그밖의 물권의 이전은 등기를 요하고, 저당권과 우선특권에는 장부에 등기할 것을 요하였다.

프랑스는 1804년 민법전(C.c.)의 제정을 보았지만, 대항요건으로서 登記나 謄記가 요구되는 것은 거의 제한적이었고, 다만 저당권과 우선특권에 관하여서만 등기가 제3자의 대항요건이 된다고 규정한데 불과하였다. 1855년 3월 23일의 「謄記法(transcriptionsgesetz)」은 소유권 기타의 부동산물권의 변동에 대해서 이를 謄記(transcription)하여야 제3자에게 대항할 수 있다고 하여 등기사항을 크게 확대하였다. 이후에도 많은 시행착오를 거치면서 부동산등기제도와 관련된 제정 및 개정법령들을 보게 된다.

(3) 또한 영미에서 널리 이용되고 있는 가장 완비된 등기제도로서 평가되고 있는 "토렌스"제도(Torrens System)가 있다.[16] 토렌스제도는 1850년 남부 오스트레일리아 주의 수상이었던 리차드 로버트 토렌스(Richard Robert Torrens)가 영국상선에 대한 선박의 양도·입질에 관한 권원등기(registration of title)에서 착안한 것으로 이와 유사하게 토지에 대한 증명방법으로 부동산권원등기제도를 고

14) 상게서, 20면; 石田文次郎, "佛法主義", 「物權法論」, 有斐閣, 1971, 161-163면.

15) 곽윤직, "우리의 부동산등기제도의 현재와 장래", 민사판례연구회, 1979, 217면.

16) 곽윤직, 전게서, 7면.

안한 제도이다. 이 제도는 1858년 Real Property Act로 시행되다가, 그의 이름을 따서 토렌스시스템이라 일컬어지게 되었다. 이후 이 제도는 영국연방과 유럽에 널리 퍼지게 되었고, 미국에서는 1895년에 일리로이스(Illonois) 주에서 시작하여 약 20개 주에서 입법을 통하여 채택하였다.[17] 영국은 1925년 토지등기법(Land Registration Act)을 제정하여 등기를 강제함으로써 등기제도가 정착되었다[18].

(4) 우리의 등기제도는 독일과 프랑스 두 나라의 제도로부터 각각 큰 영향을 받아서 발전한 것이다.

Ⅱ. 近代的 登記制度의 基本原理

부동산등기제도는 각국의 특유한 전통과 관습에 따라 성립·발전한 역사적·민족적 산물이기 때문에 그 입법례는 고유한 습성에 각기 차이를 보인다. 이하에서 근대 등기제도가 취하고 있었던 기본원리들을 살펴보고자 한다.

1. 登記簿의 編成

등기제도는 토지 또는 건물 등 부동산에 대한 일정한 권리의 득실변경을 기재하여 공시하는 제도이므로 그 공시방법인 등기가 그 기능을 가장 잘 발휘하기 위해서는 등기부를 편성하여야 한다. 편성방법으로는 물적 편성주의(System des Realfoliums), 인적 편성주의(System des Personalfoliums), 연대적 편성주의(chronologisches System) 등의 세가지로 구분된다.

물적 편성주의는 개개의 토지와 건물을 기준으로 하여 하나의 부동산에 하나의 등기용지를 사용하여 등기부를 편성하는 방식이다. 이 제도가 가장 우수하고 또한 합리적이라고 볼 수 있다. 다만, 물적 편성주의를 취함에 있어서는 地籍 내지 土地臺帳(Kataster, cadastre)의 완비가 그 전제조건이 되며, 성부를 좌우한다고 할 수 있다.[19] 독일과 스위스 및 다수 국가의 등기부가 그 대표적이며, "토렌

17) Joyce Palomar, Ⅲ Patton and Palomar on Land Titles 394, 3rd ed. 2002.

18) Bostick, Land Title Registration; An English Solution to an American Problem, 63 Ind. L.J. 55, 1987.

19) 곽윤직, 전게서, 33-34면.

스"제도에 의하고 있는 것에도 물적 편성주의를 따르는 예가 많다. 특히, 독법주의에서 등기부는 물적 편성주의에 의하며, 등기는 물권변동의 효력요건이면서 공신력이 인정되고, 등기공무원은 실질적 심사권을 갖는다.[20]

인적 편성주의는 개개의 부동산소유자를 기준으로 하여 하나의 소유자에 하나의 등기용지를 사용하여 등기부를 편성하는 방식이다. 이 제도는 연대적 편성주의보다는 공시적 기능을 발휘하지만, 합리적이지 못하다. 同名인 사람이 많을 뿐만 아니라 동일인이 여러 부동산을 소유하고 있으면 그 소재를 파악하기 곤란하기 때문이다. 1955년 이전의 프랑스가 연대적 편성주의를 취하면서 인명색인부를 가지고 있어서 이를 가지고 謄·登記簿의 필요부분을 찾았기 때문에 인적 편성주의를 취하였다고 한다.[21] 통상 불법주의에서 등기부는 인적 편성주의에 의하며, 등기는 물권변동의 대항요건일 뿐 공신력이 없고, 등기공무원은 형식적 심사권만 가진다.[22]

연대적 편성주의는 어떠한 특별한 기준을 두지 않고 부동산상의 권리의 변동을 당사자 신청의 순서에 따라서 순차적으로 등록하여 등기부를 편성하는 방식이다. 연대적 편성주의는 프랑스의 등기부와 공시부, 미국의 각주가 채용하고 있는 Recording System 등이 취하고 있다. 그러나 부동산의 권리변동에 따라 그 제목의 증서의 사본을 편철하여 등기부에 편철시키므로 등기의 불완전과 열람에 의한 완전조사의 어려움이 있다. 이러한 단점으로 인하여 등기부의 편성방법 중 공시의 기능이 가장 떨어지는 제도라 할 수 있다. 예컨대, 미국의 Recording System은 단순한 私署證書를 연대적으로 편철하고 있기 때문에 공시방법이 매우 불완전하다. 따라서 변호사 또는 권원보험회사가 권원조사를 하는 방법 등으로 그 불완전한 점을 보완하고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 물적 편성주의는 당해 목적 부동산의 권리관계를 하나의 등기용지에 기재하므로 공시방법으로는 간명하다는 장점이 있고, 인적 편성주의는 특정인인 부동산소유자의 부동산과 관련된 권리관계를 총괄적으로 파악할 수 있는 장점이 있다.[23]

---

20) 최돈호, 「부동산등기법」, 박영사, 2004, 23면.

21) 곽윤직, 전게서, 33면.

22) 최돈호, 전게서, 23면.

23) 상게서, 23면.

2. 登記簿의 編綴

등기부에 편철되는 것이 무엇인가를 살펴본다면 크게 두 유형으로 나누어 볼 수 있다.

첫째는 소유권의 양도나 저당권의 설정과 같은 부동산에 관한 처분의 공정증서 또는 등기소가 작성하는 이른바 권원증명서를 편철하는 유형이다. 프랑스의 공시부와 등기부, "토렌스"제도를 취하는 미국의 일부지역의 등기부가 이에 의하고 있다. 둘째는 일정한 방식에 따른 소정의 등기용지를 마련하고, 이를 편철해서 등기부를 만드는 유형이다. 독일·스위스의 등기부와 "토렌스"제도에 취하는 영국 기타 미국의 여러 지역의 등기부가 이에 의하고 있다. 첫째의 유형은 처분문서 또는 권원증명서 자체가 곧 등기부를 이루기 때문에 물권변동을 매우 확실하게 공시하는 장점이 있고, 둘째 유형은 등기공무원에 의한 등기시에 오기, 누락 등의 위험은 있으나 그 공시가 매우 간편하다는 장점이 있다.[24] 우리 나라 등기제도의 측면에서 본다면, 둘째 유형인 등기용지의 사용이 보다 합리적인 제도라고 할 수 있다.

그러나 등기용지를 따로 두는 곳이어도 공증문서가 전혀 이용되지 않는 것은 아니다.[25] 예컨대 독일은 토지소유권 이전의 경우에 채권계약서와 Auflassung 또는 지상권의 변동에 관한 Einigung의 공증을, 그외 물권변동의 경우에는 처분자의 물권적 의사표시가 추단되는 등기허락서의 공증을 요구한다. 그리고 스위스에서는 등기원인이 되는 모든 법률행위에 공정증서를 작성할 것을 요구하고 있다.[26]

3. 登記申請主義

물권변동은 당사자들의 자유의사에 의하여 일어나는 것이 원칙이므로 각국의 등기제도는 예외없이 당사자의 신청에 의하여 행해지는 신청주의(Antragsprinzip)

---

24) 곽윤직, 전게서, 34-35면.

25) 공증제도란 공증인이라는 공공업무수행인에 의하여 당사자들이 작성한 계약 기타 법률행위 등에 대하여 공적 증명력을 가지게 하는 제도이다(법무부, 「각국의 공증제도」, 법무자료 제140집, 1990. 12, 9면).

26) 곽윤직, 전게서, 34-35면.

를 취하고 있다. 즉, 등기공무원은 특별히 법률이 정하고 있는 경우 이외에는 당사자에게 등기를 강제하거나 직권으로 등기를 할 수 없다.[27] 따라서 진실한 권리관계와 부합되지 않는 부실등기가 발생할 여지가 생긴다. 그러나 등기의 기능은 부동산 물권변동을 외부에 공시하여 거래의 안전을 도모하기 위한 것이므로 현재의 권리상태에 부합되지 않는 부실등기의 발생을 방지하기 위하여 당사자에게 등기를 강제하는 것이 필요하다. 그러한 강제방법으로 나타난 것이 등기의 효력에 관한 성립요건주의(형식주의) 내지 대항요건주의(의사주의)의 대립이다.[28]

근대 등기제도가 모두 신청주의를 채용하고 있지만, 구체적으로 신청권자를 누구로 하는가에 있어서는 각국의 입법례가 차이를 나타내고 있다. 이론적으로는 등기권리자(능동적 당사자)와 등기의무자(수동적 당사자)의 양자가 공동으로 신청하게 하는 공동신청주의와 양자 중 일방 당사자 단독으로 신청할 수 있는 단독신청주의가 있다.[29] 공동신청주의와 단독신청주의 역시 장단점이 존재한다. 즉, 공동신청주의는 등기를 함으로써 불이익을 받게 되는 자의 참여로 등기의 진정성을 보장하게 되는 장점이 있고, 단독신청주의는 등기절차의 신속을 꾀할 수 있는 장점이 있다. 그러면 단독신청주의하에서 등기의 진정성을 확보하는 방안은 무엇인가를 생각해 볼 수 있다. 예컨대 독일의 경우에는 등기의무자의 등기허락(공정증서에 의해서 작성된 서류)이 있는 경우에 등기가 행해지는 형식적 합의주의(Das formelle Konsensprinzip)에 의해서 해결하고 있다. 또한 토렌스제도하에서는 권원증명서의 제출로 등기허락에 갈음하고 있다. 그러나 독일의 제도보다는 스위스와 같이 등기의무자만을 신청권자로 하는 것이 더 합리적인 것이라 할 수 있다.

---

27) 상게서, 35-36면.

28) 입법주의와 관련한 역사적 배경에 대해서는 홍성재, “부동산물권변동이론의 형식과 입법적 전개”,「민사법학」 제11・12호, 한국민사법학회, 1995, 11-60면 참조.

29) 근대 등기제도는 모두가 단독신청주의를 취하고 있었지만, 등기권리자와 등기의무자 중 신청권자를 누구로 하느냐에 관해서는 입법례가 일치하지 않는다. 예컨대 독일은 양자 중 누구든지 단독으로 신청할 수 있지만, 스위스는 등기의무자를 신청권자로 하고 있다((곽윤직, 전게서, 36면).

4. 登記公務員의 審査權

등기의 이상을 추구하기 위해서는 등기는 언제나 진실한 권리관계와 부합되어야 한다. 따라서 부실등기가 발생하지 않도록 사전에 방지하는 것이 중요하다. 여기에서 등기공무원의 등기신청에 대하여 적법한가 아니면 부적법한가를 심사할 수 있느냐의 권한여부가 문제된다.

등기공무원의 심사권을 어느 범위까지 인정할 것인가에 관하여 입법례는 형식적 심사주의(형식적 적법주의)와 실질적 심사주의(실질적 적법주의)로 나뉘어져 있다.[30] 형식적 심사주의는 신청에 대한 심사의 범위를 등기절차법상의 적법성 여부만에 한정하여 조사하는 권한을 가질 뿐 실체법상 실체관계와 일치여부에 대한 조사는 할 수 없는 입법주의를 말한다. 독일의 등기제도는 소유권의 이전 및 지상권의 설정·양도의 경우를 제외하고는 이에 의하고 있다. 실질적 심사주의란 등기의 신청이 절차법상의 적법성뿐만 아니라 그 밖에 등기신청의 실질적 이유 내지 원인의 존재와 효력까지도 심사할 수 있는 입법주의이다. 이에 의하는 나라로 스위스가 대표적이며, 위에서 본 독일의 예외적인 경우와 "토렌스"제도에 있어서의 최초등기의 경우가 이에 속한다.

형식적 심사주의는 등기절차의 신속성을 꾀할 수 있으나, 등기와 실질관계의 부합이라는 목적을 확실하게 달성할 수 없는 단점이 있다. 반면에 실질적 심사주의는 등기를 진정한 권리관계에 부합시키는데 있어서 적합하지만, 등기절차의 지연으로 인하여 신속성이 떨어진다는 단점이 있다.

그러나 양자의 단점은 부동산등기제도에 있어서 매우 치명적인 것이므로 이의 보완을 통하여 완화시키고 있는 제도가 「공증」이다. 대표적인 나라가 스위스이다. 스위스는 실질적 심사주의를 취하고 있지만, 등기공무원이 물권변동의 원인관계의 실질까지 판단할 권한이나 의무는 없다. 그러나 원인행위를 고도의 증명력이 있는 공정증서로 작성하여 제출할 것을 요구함으로써 실질관계의 심사를 간단·명료하게 처리할 수 있게 되어 실질적 심사주의의 단점을 보완하고 있다. 한편 독일에서도 일정한 경우를 제외하고는 등기허락시 언제나 공증인의 인증(공정증서)을 요구함으로써 형식적 심사주의를 취하고 있음에도 실질적 심사주의를 취하고 있는 것과 같은 효과를 가지게 된다.[31]

---

30) 최돈호, 전게서, 130-131면 참조.

5. 公示의 原則

물권변동은 거래의 안전을 위해 외부에서 인식할 수 있는 어떠한 표상, 즉 등기를 수반하여야 한다는 것이 공시의 원칙이다. 부동산물권의 공시방법으로 나타난 것이 등기제도이다. 공시의 원칙을 관철하기 위해서는 위에서 살펴본 바와 같이 등기를 강제하는 것이 필요하다. 여기에는 성립요건주의와 대항요건주의의 두 주의가 대립하고 있다. 성립요건주의는 등기를 하지 않는 한 부동산 거래의 당사자 사이에서도 물권변동은 일어나지 않는다는 입법주의이다. 대항요건주의는 부동산 거래 당사자 사이에서는 등기 없이도 물권변동이 일어나지만, 등기를 하지 아니하면 그 물권변동을 가지고 제3자에게 대항할 수 없는 것으로 하는 입법주의이다. 성립요건주의를 등기주의(Eintragungsprinzip) 또는 등기강제주의(Eintragungszwang)라고도 하며, 독일・스위스・토렌스제도 등이 취하고 있다. 대항요건주의는 프랑스와 일본 등이 채용하고 있다. 다만, 프랑스에서는 “등록”의 절차과정에서 등록세뿐만 아니라 등기세도 징수함으로써 사실상 등기를 강제하고 있다.[32)]

두 입법주의를 비교해 보면, 대항요건주의하에서는 대항력을 갖추기 위해 등기가 자연스럽게 이루어지지 않겠느냐의 계산은 있을 수 있지만, 등기의 강제가 소극적이다고 볼 수 있다. 반면에 성립요건주의하에서는 등기를 하지 아니하면 물권변동 자체가 일어나지 않을 뿐만 아니라 당사자 사이에서도 물권변동의 효력이 없으므로 등기의 강제가 보다 철저하고 직접적이다. 따라서 대항요건주의보다는 성립요건주의가 입법태도로 타당하다.

6. 公信의 原則

등기라는 공시의 원칙이 관철되어 있다 하더라도 언제나 그 실체관계에 부합하는 유효한 물권이 있다고는 할 수 없다. 예컨대 위조서류에 의한 등기, 물권변동의 원인행위인 채권행위가 무효인 경우 등에는 물권변동이 일어나지 않는다. 근대 등기제도는 등기공무원에게 실질적 심사권을 부여하여 사전에 이러한 부실

31) 곽윤직, 전게서, 38-39면 참조.

32) 정태륜, “프랑스 부동산공시제도의 연구”, 석사학위논문, 서울대학교, 1986, 27면.

등기가 발생하지 않도록 노력하지만, 이의 발생을 절대적으로 저지시키는 것은 불가능하다.

이러한 경우에 물권의 존재를 추측케 하는 표상, 즉 등기를 신뢰하여 거래한 자가 있는 경우 비록 그 공시방법인 등기가 진실한 권리관계와 일치하지 않더라도 공시된 대로의 권리가 존재하는 것과 동일한 효과를 주어서 그 자의 신뢰를 보호해 주어야 한다. 이 원칙이 공신의 원칙이다.

로마법에서는 "어느 누구도 자기가 가지는 이상의 권리를 타인에게 줄 수 없다"(Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet)라는 원칙이 관철되어 있어서 공신의 원칙이 인정될 여지가 없었다. 이 원칙은 근대법의 기본원칙의 하나이지만, 공신의 원칙은 이에 대한 예외인 것이다.

독일, 스위스, 토렌스제도에서는 제3자의 신뢰보호의 원리, 즉 공신주의(Prinzip des öffentlichen Glaubens)를 인정하고 있다. 그러나 프랑스, 일본 및 우리 나라 등에서는 등기의 공신력을 인정하지 않는다. 다만, 프랑스에서는 공증을 거친 공정증서의 제출로 그 효력은 공신력을 인정하는 것과 비슷한 결과를 이루고 있다.

7. 國家賠償責任主義

등기의 공신력을 인정하게 되면 등기의 신뢰성과 부동산거래의 안전을 확보하게 되지만, 한편으로는 진정한 권리자로부터 그의 권리를 박탈하는 결과가 되고 만다. 거래의 안전도 중요하지만, 진실한 권리자의 보호도 무엇보다 중요하다. 따라서 진정한 권리자를 위한 보호책으로 권리자의 손해를 전보해 주는 국가배상책임주의의 확립이 필요하다.

피해의 보상에 있어서는 가해자나 등기관에게 배상책임을 인정하는 것으로는 충분하지 않고,[33] 독일이나 스위스의 경우와 같이 적어도 국가가 직접 책임을 지는 국가배상책임주의가 바람직하다. 그러나 진실한 권리자의 보호와 손해 전보의 실질을 기하기 위해서는 토렌스등기제도를 채용한 국가에서 보이는 것처럼 공적 보험제도(권원보험)를 채택하는 것이 보다 더 합리적이라 할 수 있다.[34]

---

33) 우리 나라의 현행 부동산등기법은 제177조의7에서 등기관 및 대법원장의 지정을 받은 자의 재정보증에 관한 사항을 정하고 있다.

34) 곽윤직, 전게서, 42면; 최춘기, 「부동산등기특강」, 을지출판사, 1991, 44면.

第3節 外國의 不動産登記制度

부동산등기제도는 부동산 물권관계를 외관적으로 명료하게 함으로써 거래의 안전을 도모하려는 공시제도임은 앞에서 언급하였다. 이 제도가 가장 큰 역할을 하는 것은 소유권과 저당권에서이다. 이들 권리는 오늘날 현실적 지배를 요소로 하지 않는 이른바 관념적인 권리이다. 이 관념적인 권리를 가시화하고 현실화함으로써 거래의 안전을 확보하기 위한 방편이 바로 부동산등기제도이다.

이 부동산등기제도가 거래의 안전에 기여하고자 하여 재산법상의 기본원리 중의 하나로 된 것은 근대의 공시제도의 소산에 있다.[35] 앞에서 본 바와 같이 근대 이전의 법제에서도 부동산물권변동 등에는 엄격한 방식, 공부기재, 법원의 관여와 현실의 인도 등 미흡하지만 공시방법을 요구한 경우가 있었다. 그러나 이것은 어디까지나 공조징수의 수단이거나 권리자보호에 치중한 것이고, 거래의 안전은 고려의 대상이 아니었다. 그후 토지의 유동화 내지 상품화가 높아가면서 거래의 안전을 위한 공시제도가 요구되었고, 이것이 근대적 공시제도가 성립·발전하게 된 계기가 되었다.

근대적 공시제도로서 대표적인 독일의 등기제도와 그 후에 성립한 프랑스의 등기제도는 여러 나라에 커다란 영향을 주었고, 영국이나 미국 등에서 시행하고 있는 토렌스제도도 그 우월성이 높이 평가받고 있다.

이하에서는 등기제도의 올바른 이해와 등기제도의 바람직한 발전방향을 모색하기 위하여 이들 세가지 등기제도와 이에 관한 그밖의 입법례를 살펴보고자 한다. 아울러 우리 나라에서 부실등기의 발생을 방지하고 등기의 신뢰성을 제고하기 위해 등기제도의 문제점 및 개선방안을 도출하고자 비교·연구하는 자료로 삼고자 한다.

Ⅰ. 獨逸의 登記制度

독일은 12세기경부터 부동산에 대한 물권변동을 도시장부에 기입하는 관행에 기초하여 부동산등기제도가 발달하였다.[36] 독일의 부동산등기제도는 우리 나라의

35) 곽윤직, 상게서, 5면.

부동산등기제도에 많은 영향을 주었다. 그러나 우리 나라의 법체계와는 다르게 부동산은 토지(Boden)만을 의미하거나 토지와 건물의 일체물을 일컫는다. 독일 민법상 토지의 정착물과 토지와 결합한 산출물은 그 토지의 본질적 구성부분(wesentliche Bestandteile)이며(동법 제94조 제1항), 건물의 완성을 위하여 부가한 물건은 건물의 본질적 구성부분이 된다(동법 제94조 제2항). 즉, 건물과 같이 본질적 구성부분으로 되는 경우에는 토지와 일체로 된 부동산이지만, 비본질적 구성부분이나 가장구성부분(Scheinbestandteil)은 부동산으로 인정하지 않는다. 따라서 본질적 구성부분으로서 건물은 별개의 권리의 객체가 될 수 없으며,[37] 건물에만 별도로 제한물권을 설정할 수 없다.[38]

독일의 부동산등기제도는 1896년 제정된 실체적 등기법의 규정인 민법전(Bürgerliches Gesetzbuch; BGB)의 제3편 물권법과 1897년 제정된 형식적 등기법의 규정인 토지등기법(Grundbuchordnung; GBO)에 의해 규율되고 있다.[39] 그러나 등기제도에 관한 BGB에는 제3편 물권법의 2장은 "토지에 관한 일반규정" 속에서 실체적 권리와의 관계에 대한 약간의 규정이 있을 뿐이고, GBO는 전문과 제124조로 구성되어 있으며, 등기부의 조직, 등기사무, 등기요건 등에 관하여 자세히 규정하고 있다. 독일에서의 부동산은 토지이기 때문에 토지등기법에 의하여 등기절차가 진행된다.

이외에도 지상권법(Verordnung über das Erbbaurecht; ErbbRVo(1919)), 주거소유권법(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht(1951)) 등의 실체적 부동산등기법령들이 제정되어 있다.[40]

---

36) 독일 부동산등기법의 구체적 내용에 관하여는 법무부, 「각국의 부동산등기제도」, 법무자료 제190집, 1995, 263-318면 참조.

37) 전병환, "부동산의 일원화에 관한 연구", 박사학위논문 창원대학교, 2003, 22면.

38) Münchener, Kommentar zum BGB, Bd Ⅰ, 4.Aufl., C.H.Beck, 2001, §94, Rz.16-18.

39) 1990년 10월 독일이 통일되기 전까지 구서독은 건물과 토지를 하나의 부동산으로 파악한 반면, 구동독은 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하였다. 통독후 이를 재정비해야 할 필요성에 따라 1994년 물권청산법(Sachenrechtsbereinigungsgesetz)을 제정하여 구동독지역의 토지와 건물의 통합 및 토지의 소유권과 이용의 분리현상을 해소하였다(정우형, 「부동산등기법」, 법우사, 2007, 37면 참조).

40) Soergel-Siebert, BGB, 10.Aufl., 1968, §946 RdNr. 13, 14. S.286.

1. 登記事務의 管割

등기업무는 區法院(Amtsgericht)[41]이 관할하며 비송사건이다. 등기소(Grundbuchamt)는 구법원의 일부이고, 등기사건의 처리에 관한 관할은 구법원의 전속관할이다. 1969년의 사법보조관법(Rechtspflegergesetz; RpflG)이 제정되어 사법보조관(Rechtspfleger)이 등기업무를 담당하며(동법 제3조 제1항 h, GBO 제1조), 토지등기판사(Grundbuchrichter)는 사법보조관의 質疑(Vorlage)나 당사자의 異議(Erinnerung)가 있을 때 그에 대한 결정을 한다(GBO 제71조; 사법관리관법 제5조, 제11조).[42] 법원서기는 등기부에 기재하는 등의 실무에 종사하며, 등기업무 전반은 사법보조관이 관장한다. 등기공무원은 제출된 서류에 의하여 적법성여부를 심사한다. 즉, 토지소유권이전의 물권적 합의는 공정증서로 제출하고, 그 외의 물권변동의 경우 물권적 합의는 등기허락서에 인증을 받아야 하기 때문에 등기공무원은 실질적 심사를 하는 것과 같다.

독일의 지적제도는 1801년 시작하여 지적측량은 1864년에 지적조사는 1900년에 완료하였다. 지적업무는 연방정부의 고유사무로 운영되어 오던 중 제2차 세계대전 이후 주 정부에서 독자적으로 운영하고 있다. 즉, 지적사무는 내무성에서 등기업무는 법무성이 관장하는 이원체계로 운영되고 있다. 그러나 행정능률과 부실방지를 위하여 유관기관 상호간에 자동통보로 조정하고, 일선에서 민원처리는 통합사무소를 설치·운영하여 국민의 불편을 해소시키고 있다.[43]

2. 登記簿의 編成

등기부(Grundbuch)는 물적 편성주의(System des Realfoliums)에 따라 등기의 대상이 되는 부동산(Grundstück)은 토지를 기준으로 하여 편성하고 있다(GBO 제2조, 제3조). 즉 하나의 부동산(토지)에 하나의 등기용지를 두고 있다. 하나의

---

41) Amstgericht : 소송물의 가격 3,000M(Deutsche Mark)이하만 관할하는 1심법원.

42) 사법보조관에 대한 상세는 법원행정처, 「독일통일과 사법통합」, 1995, 148-149면 참조.

43) 이성화, "부동산공시제도 통합에 관한 연구", 「부동산학연구」 제8집 제2호, 한국부동산분석학회, 2002. 12, 125-126면 참조; 최청인, "부동산공시제도의 개선방안에 관한 연구", 「한국지적학회지」 제18권 제2호, 2002, 37면.

토지를 이루는 기초는 과세대장(Kataster)상의 필지(Flurstück, Parzelle)이다. 즉, 독일의 지적은 각 주별로 모든 토지의 일필지와 건축물을 공통으로 등록하며, 일필지를 기초로 하는 제도이다. 일필지는 도면과 대장자료로써 설명하고, 법률상 지적은 토지의 범위를 나타낸다.[44] 그러나 하나의 토지가 언제나 하나의 필지가 되는 것은 아니며, 2개 이상의 필지로 되어 있는 경우 뿐만 아니라 반드시 인접해 있는 것도 아니다.[45] 독일은 "지상물은 토지에 속한다(Supefricies solo cedit)"는 원칙에 따라 건물은 토지의 본질적 구성부분(Wesentlicher Bestandteil)을 이룬다(BGB 제94조 참조).

1부동산(토지) 1등기용지 원칙에는 두 가지의 중요한 예외가 있다. 첫째, 동일 소유자에게 속하는 2개 이상의 토지를 일괄해서 1개의 등기용지에 등기가 가능하다. 이 등기용지를 공동용지(gemeinschaftliches Blatt)라고 하며, 동일등기소에 속하고 혼란을 야기할 우려가 없을 경우에 한하여 등기소가 직권으로 작성할 수 있다(GBO 제4조 제1항). 이것은 물적 편성주의에 인적 편성주의(System des Personalfoliums)의 요소가 가미된 것이어서, 견해에 따라 물적·인적 편성주의(System der Realpersonalfolien)라고도 한다.[46] 둘째, 건물에 대해서는 독립한 소유권이 인정되지 않기 때문에, 지상권(Erbbaurecht)이 1개의 토지와 같이 다루어진다.[47] 예컨대 타인의 토지 위에 지상권이 설정되면, 그 토지의 등기용지의 해당란에 그 뜻을 기재하고 새로이 지상권에 관한 등기용지를 개설하면, 이후에 있어서의 지상권에 대한 등기는 이 등기용지에서만 하게 된다. 즉, 타인의 토지에서 건물을 소유하려는 자는 지상권을 설정해서 건물을 신축하여야 하고, 그 건물은 토지의 본질적 구성부분이 되는 것이 아니라 지상권의 본질적 구성부분이 된다(ErbbRVo 제14조 참조).[48] 이 경우가 우리 나라의 건물등기와 같은 작용을 하게 된다.[49]

---

44) 이성화, 상게논문, 125면.

45) 곽윤직, 전게서, 12-13면.

46) Jürgen Baur/Rolf Stürner, Sachenrechts, München: C.H.Besks, 17.Aufl., 1999, S.133.

47) 세습건축권이라고도 한다(김상용, "독일에서의 부동산등기절차의 제원칙 및 특수등기에 관한 고찰", 「민사법연구」 제3호, 법원사, 2000, 57면).

48) Siehe, Karl Haegele, Grundbuchrecht, 6.Aufl., 1979, Rn. 1.

49) 곽윤직, 전게서, 13면; 정우형, 전게서, 40-41면; 김정수, "부동산등기제도의 개선에 관한 연구 -신뢰성 제고방안을 중심으로-", 박사학위논문 경성대학교, 1996, 7-8면.

이상과 같은 등기용지를 모아서 편철한 것이 등기부이며, 각 등기용지(Grundbuchblatt)는 1매가 아니고 일종의 장부(Heft)로써, ① 표제부(Aufschrift), ② 현상목록(Bestandsverzeichnis), ③ 제Ⅰ구(Erste Abteilung), ④ 제Ⅱ구(Zweite Abteilung), ⑤ 제Ⅲ구(Dritte Abteilung)로 나누어 진다(토지등기권리규정: GBV 제4조 내지 제12조).[50]

표제부에는 관할구법원, 등기부의 관할구역, 당해용지가 속한 권(Band)과 당해용지(Blatt)의 표호가 있다. 현상목록은 우리 등기의 표제부에 해당하는데, 측량관청과 대장관청의 표시에 준하여 부동산의 종류, 크기, 활용목적과 위치를 기재하고, 제Ⅰ구에는 소유자 및 취득원인 등의 소유관계가 표시 되어 있고, 제Ⅱ구에는 용익물권과 같은 부담 및 강제경매나 강제관리 목적의 부동산압류 등 법원의 양도금지 등을 기재하고, 제Ⅲ구에는 저당권・定期土地債務(Rentenschuld) 등 부동산담보권이 기재된다.[51]

3. 登記申請節次

독일법상 법률행위에 의한 물권변동은 당사자의 물권적 합의와 등기부에의 등기가 있어야 하는 성립요건주의를 취하고 있다(BGB 제873조).[52] 즉, 등기가 물권변동의 요건이지만, 등기만으로는 물권변동이 발생하지 않으며, 합의(Einigung)가 있어야만 한다. 부동산등기는 반드시 서면에 의하여 신청하여야 하고(GBO 제30조), 본인 또는 대리인에 의한 신청이 가능하다. 신청인은 등기권리자나 등기의무자중 누구든지 1인이 신청하는 단독신청주의를 취하고 있다(GBO 제13조 제1항).[53]

신청서류는 법률행위로 인한 물권변동은 토지소유권이전 및 지상권의 설정・양도의 경우와 그 밖의 물권변동의 경우로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 토지소유권

---

50) 田山輝明, “西ドイツの不動産登記制度”, 「不動産登記の諸問題(上)」, チイハン, 1974, 73-74면; 곽윤직, 전게서, 13-14면; 정옥태, “부동산등기의 공신력에 관한 연구”, 박사학위논문 서울대학교, 1987, 18면; 남윤봉, “현행 부동산등기제도의 문제점”, 「재산법연구」 제12권 제1호, 한국재산법학회, 1995, 181면.

51) 황적인・이은영, 「독일법」, 박영사, 1987, 116-117면; 김정수, 전게논문, 8면.

52) 田山輝明, 전게논문, 64-66면; 곽윤직, 전게서, 15면.

53) Baur/Stürner. a.a.O., S.146.

이전의 경우에는 매매·증여 등의 채권계약에서는 물권적 합의(Auflassung)를 공정증서(notarielle Beurkundung)로 제출하여야 한다(GBO 제20조). 등기를 위한 의사표시는 공증인에 의해 공정증서로 작성되어야 하고(GBO 제15조), 공정증서는 당사자 쌍방이 공증인[54] 앞에 출두하여 공증을 받아야 하는 특별한 방식을 요구하고 있다(BGB 제925조). 공증인은 Auflassung을 받았음을 증명하는 공정증서를 작성하여야 하고, 이 공정증서로 작성된 Auflassung이 제출되기 때문에 등기허락서는 필요하지 않다.[55] 1969년 연방공증인법제정 이전에는 공증인 이외에도 등기소 구법원(Amtsgericht)도 Auflassung의 관할관청이었으나, 동법 제정 이후에는 공증인만이 관할권을 가진다. 양도인과 양수인의 의사표시는 동시에 이루어져야 하지만, 당사자가 직접 출석하지 않고 대리인에 의하여도 할 수 있다. 일방 당사자가 Auflassung에의 협력을 거절하는 경우에는 민사소송법 제894조의 의사표시를 명하는 판결(확정판결)로써 상대방의 의사표시를 대체할 수 있다. 이 경우에는 양수인이 공증인 앞에서 자신의 의사표시를 함과 아울러 위 판결을 제시함으로써 Auflassung은 성립된다.

토지소유권 이외의 일반 물권변동의 경우에는 등기신청(GBO 제13조)과 등기의무자의 등기허락(Eintragungsbewilligung; GBO 제19조, 제20조)이 있어야 한다. 등기를 함으로써 불이익을 받는 자의 등기허락서를 받아야 한다. 등기허락서는 공증인에게 서명의 공적인증(öffentliche Beglaubigung)을 받아 제출하여야 한다(GBO 제19조, 제29조). 이 경우에 있어서 물권적 합의(Einigung)는 특별한 방식을 요구하고 있지 않으므로 조건이나 기한도 붙일 수 있다. Einigung은 무방식으로 행하여지기 때문에 등기공무원이 유효한 Einigung이 존재하는지의 여부를 알 수가 없다. 따라서 등기를 신청함에는 등기의무자의 등기허락이 필요하다(GBO 제29조 제1항). 등기허락이 있을 때에 유효한 Einigung이 있었던 것으로 보려는 취지이다. 등기허락은 등기의무자가 등기소에 대하여 등기를 하여도 좋다는 일방적 의사표시이다. 이와 같은 절차는 부실등기를 방지하여 등기에 공신력을 인정하려는 조치이다.

---

54) 독일의 공증법규는 연방공증인법, 법률상담법 등이 있다.

55) 실제는 원인행위, 토지소유권이전의 물권적 합의, 등기허락, 등기신청이 모두 한 서면으로 공증인 앞에서 작성되는 것이 일반적이다(정옥태, 전게논문, 14면).

4. 登記公務員의 審査權

독일법상 등기공무원은 등기하기 전에 등기신청인의 등기신청이 관할·등기능력·처분권한·대리권·의사표시의 형식과 내용 등의 법정요건을 갖추고 있느냐의 여부를 심사하여야 한다.

일반적 물권변동의 경우에 등기의 형식적 요건으로서 GBO상의 등기신청서와 등기허락서를 심사하여 등기를 하게 되고, 양당사자의 물권적 합의는 심사의 대상이 되지 아니한다. 뿐만 아니라 물권변동의 원인이 되는 법률행위, 즉 채권행위 등도 심사의 대상이 되지 않는다. 따라서 등기공무원의 심사권은 형식적 심사주의(형식적 합법주의; formelles Legalitätsprinzip)를 취하고 있다고 한다. 그러나 위에서 살펴본 토지소유권이전의 합의의 경우에는 등기허락서가 아니라 그 물권적 합의 자체(Auflassung)를 공정증서로 작성하여 제출하게 함으로써 등기공무원이 실질적 심사권을 갖는 것과 같은 효과를 얻는다. 또한 등기공무원의 심사권은 지상권 설정·양도의 경우에도 물권적 합의만을 심사하여야 함으로 그 한도에서는 실질적 심사주의(실질적 합법주의; materielles Legalitätsprinzip)를 취하고 있다고 할 수 있다.[56]

5. 登記의 公信力 및 推定力

위에서 살펴본 바와 같이 독일법상 부동산등기제도가 등기주의 내지 성립요건주의를 취하고 있지만, 등기가 형식적 확정력 내지 설권적 효력을 가지는 것은 아니기 때문에 등기와 실체적 권리관계가 일치하지 않는 경우가 발생하게 된다. 이러한 경우에 등기신청에 있어서 원인행위의 진실을 보증하고 부동산거래의 안전을 위하여 선의의 취득자를 보호하기 위한 등기의 추정력과 공신력을 인정하고 있다(BGB 제892조, 제893조).[57] 이러한 등기의 공신력인정에 의하여 부동산물권의 선의취득에 있어서 거래의 상대방은 악의가 아니면, 선의인데 중대한 과실이 있더라도 선의취득이 인정된다(BGB 제893조). 따라서 거래의 안전이 보장되며 등기부의 내용은 선의취득자의 이익을 위하여 정당한 것으로 간주된다.[58]

56) Baur/Stümer, a.a.O., S.141.

57) 김상용, “부동산등기의 공신력”, 「토지법학」 제19권, 한국토지법학회, 2003. 12, 230-231면; 곽윤직, 전게서, 16면.

그러나 다른 한편에서는 등기에 공신력이 인정되기 때문에 진정한 권리자가 권리를 잃게 될 위험성도 함께 갖고 있다.[59] 등기의 공신력이 인정되는 대상으로는 ① 등기부에 등기된 물권의 존재, ② 등기능력이 있는 물권이지만 등기가 경료되지 않았거나 말소된 물권의 부존재, ③ 등기능력이 있는 처분권의 제한이지만 등기가 경료되지 않았거나 말소된 처분권 제한의 부존재 등이다.[60]

독일민법 제891조는 권리의 등기는 그 권리의 존재를 추정시키고, 말소등기는 그 권리가 존재하지 않음을 추정시킨다고 규정하고 있다. 따라서 등기부에 기재된 권리관계는 일응 진실에 부합하는 것으로 추정된다. 그러나 이 규정은 입증의 편의를 위한 권리추정규정이므로 반대의 주장을 하는 자는 반증을 들어 추정력을 깨뜨릴 수 있다.[61] 추정력이 인정되는 등기는 권리에 관한 등기로서 등기공무원이 등기부에 유효하게 기재한 등기이어야 한다. 따라서 등기부에 사인이 행한 기재, 현저한 강박에 의하여 행하여진 기재, 사실적 기재, 이의등기 등은 추정력이 인정되지 않는다.[62]

6. 國家賠償責任 및 訂正請求權

그러나 위와 같은 조치에도 불구하고 부실등기가 존재하는 경우에는 정정청구권이 인정된다. 정정청구권을 행사함에는 정정등기로 불이익을 받는 자의 등기허락서가 있어야 하고, 만일 등기허락서를 받지 못하면 부실등기임을 인증하는 공문서나 인증서에 의거하여 정정청구가 가능하다. 또한 등기공무원의 고의나 과실로 그 직무상의 업무에 위반하여 이해관계인에게 손해를 준 경우 국가배상책임을 인정하고, 국가가 배상한 경우에는 고의나 중과실이 있는 공무원에게는 구상할 수 있다(BGB 제839조).

---

58) BGB 제899조에 정정등기를 함에 있어 시간이 지체되는 동안 제3자의 선의취득을 막기 위해 잠정적으로 등기부의 정당성에 대한 이의등기를 행함으로써 공신력을 차단할 수 있다고 규정하고 있다.

59) Jürgen Baur/Rolf Stürner, a.a.O., S.129.

60) a.a.O., S.141.

61) Münchener, a.a.O., §891, Rn.1.

62) 정옥태, 전게논문, 15면; 김상용, “독일에서의 부동산등기절차의 제원칙 및 특수등기에 관한 고찰”, 66-67면 참조.

Ⅱ. 스위스의 登記制度

스위스의 등기제도는 독일과 공통점을 기지고 있지만 상이한 점도 많다. 독일과 같이 등기의 공신력을 인정하여 부동산거래의 원활·확실화를 도모하며, 채권행위를 등기원인으로 파악하여 채권계약서를 공정증서로 작성할 것이 요구되지만(ZGB 제657조),[63] 독일과는 달리 부동산물권변동의 요건으로 채권행위·물권행위·등기를 요구하고 있으며, 등기의무자가 등기신청권자이다. 또한 부동산물권의 선의취득에 있어서 취득자는 선의·무과실이어야 한다.[64]

스위스의 부동산등기제도는 등기의 대상물을 토지에 한하고 있고, 건물은 부동산으로서의 독립성을 인정하지 않고 있다. 또한 등기강제주의를 채용하고 있기 때문에 모든 부동산은 부동산등기부에 기재되어야 한다.[65]

스위스의 부동산등기제도는 스위스민법(ZGB) 제4편 "물권법" 전반에 걸쳐서 실체적 등기법의 규정을 두고 있지만, 특히 제3장의 "점유 및 등기"의 제2절 "등기부" 속에는 형식적 등기법도 포함되어 있다. 형식적 절차에 대해서는 1910년 2월 22일 제정된 "등기부에 관한 명령(GbVO)"으로 전문 117개 조항으로 구성되어 있고, 그 외에 세부적인 사항에 대하여는 「칸톤法」 등이 규정하고 있다.[66]

1. 登記事務의 管轄

등기사무를 관장하는 기관은 등기소이고, 토지등기관리인(Grundbuch verwalter)이 등기사무를 담당한다. 등기소의 관할구성은 지방행정구역인 주정부(Kanton)가 정한다. 연방의회는 등기법제에 관한 일반적인 감독권한이 있으며,[67] 등기공무원은 주정부의 공무원으로서 주정부의 감독[68]과 연방의회(Bundesrat) 등기법무국

63) 스위스민법 제657조 제1항은 "소유권양도를 목적으로 하는 계약은 공증을 받아야 구속력을 가진다"고 규정하고 있다.

64) 김상용, 전게논문, 231면; 정옥태, 전게논문, 70면; 남윤봉, 전게논문, 183면.

65) 선점, 상속, 공용징수, 강제집행, 판결 등의 경우에는 등기가 없어도 취득은 가능하지만, 처분하려면 취득자 명의로 등기하여야만 가능하다(남윤봉, 상게논문, 184면).

66) 이외에도 시행세칙적 명령들이 다수 있다(곽윤직, 전게서, 16-17면).

67) BSk ZGBⅡ/Jürg Schmid, Art. 956 N4.

68) Tuor-Schnyder, Das Schwelzerische Zivilgesetzbuch, Zurich; Schulthess

의 감독을 받는다(ZGB 제956조).[69]

스위스는 사법경찰성 법무국에서 지적을 관리하며, 지적과와 측량관리과를 두고, 지적과 등기는 일원화하여 처리하고 있다.[70]

2. 登記簿의 編成

스위스는 토지소유자의 권리보호를 주목적으로 하는 적극적 등록주의를 취하고, 토지에 관한 계약이나 협정은 토지등록이 되어야 효력이 있다. 따라서 등기된 토지는 국가가 보증하는 공신력을 가지고 있다.

등기부는 물적 편성주의에 따라 편성되고 하나의 토지에 하나의 용지를 둔다(ZGB 제945조). 하나의 토지는 등기부의 부속물인 지적도(Pläne)상에서 분할된 구획이다(ZGB 제905조). 공동용지제도(Kollektivblatt)가 있다는 점도 독일과 같으나, 스위스에서는 소유자의 허락이 있는 경우에만 이를 작성한다는 점에서 다르다(ZGB 제947조). 또한 독일에서는 지상권이 설정되면 따로 등기용지를 개설하지만 독일에서의 지상권에 해당하는 스위스의 제도는 건축권(Baurecht)이다(ZGB 943조).[71] 건물은 독립성이 없고 건축권을 위한 등기용지가 우리 나라의 건물등기와 같은 작용을 하는 점은 독일과 같다.[72]

스위스의 등기부는 主帳簿(Hauptbuch), 日記帳(Tagebuch), 地籍圖(Pläne), 不動産記述書(Liegenschaftsbeschreibung), 登記原因證書綴(Belege), 不動産表示簿(Liegenschaftsverzeichnis)로 구성되어 있다(ZGB 제942조). 스위스민법상 협의의 등기부 의미로 등기의 주체를 이루는 것은 "主帳簿"이며, 다른 장부의 기재는 주장부의 기재와 일치하는 경우에만 효력이 있다.[73] 이는 所有權欄, 역권 및 토지

Poligraphischer Verlag, 1979, S.542.

69) 정옥태, 전게논문, 34면.

70) 최청인, 전게논문, 38면; 이성화, 전게논문, 126면.

71) 스위스 민법 제943조상 등기의 대상이 되는 부동산은 토지와 독립·상존의 부동산 권리, 광산 및 부동산에 대한 공유권이다. 독립·상존의 부동산 권리로는 건축권(ZGB 제779조)과 源泉權(Quelleurecht; ZGB 제780조)을 들 수 있고, 그 외에도 공유하천용수권, 특별이용권 등이 있다(BSK ZGBⅡ/Jürg Schmid, Art. 943 N6ff).

72) 정옥태, 전게논문, 35면; 곽윤직, 전게서, 17면

73) Tuor-Schnyder, a.a.O., 534면.

부담의 欄, 抵當權欄으로 나누어지고 각각 독일의 제1구 내지 제3구에 해당한다.[74] 또한 주장부외에는 "부동산기술서"가 있으며, 우리 나라의 표제부와 독일의 「현상목록(Bestandsverzeichnis)」에 해당하는 것이며(ZGB 제945조), 지적도와 등기원인증서철이 등기부의 일부를 이룬다는 특색이 있다.

3. 登記申請節次

법률행위에 의한 물권변동은 등기하여야 효력이 발생하는 성립요건주의를 취하고 있으므로 토지등기부에 등기를 하여야만 하며(ZGB 제656조, 제731조, 제746조, 제779조, 제783조, 제799조 등), 물권행위의 무인성을 인정하는 독일법과는 달리 물권행위의 유인성을 명문으로 인정하고 있다(ZGB 제974조 제2항). 등기의 요건으로서 신청과 등기허락이 요구됨은 독일과 같다.

법률행위에 의한 물권변동의 경우에 있어서 등기신청은 등기의무자만이 단독으로 신청할 수 있다(ZGB 제963조 제1항).[75] 그러나 법률의 규정이나 판결 등에 의한 물권변동의 경우에는 등기권리자가 신청을 할 수 있다(ZGB 제665조). 등기신청은 반드시 서면에 의하여야 하나 공증인에 의한 공증은 필요하지 않다.[76] 또한 등기신청은 동시에 등기허락과 같은 성질도 갖고 있으므로 등기허락서도 필요하지 않다.

등기의무자의 서면에 의한 등기신청을 申告(Anmeldung)라고 한다. 이 신고는 복합적 성질을 가지고 있는 것으로 등기소에 대하여 등기부를 변경하여 줄 것을 요청하는 절차상의 신청(Antrag)과 동시에 그것은 등기된 소유권에 관한 실체적 처분으로서의 기능도 갖고 있다. 또한 물권적 단독행위로의 성질도 가지고 있다.[77]

---

74) 곽윤직, 전게서, 17면; 정우택, 「부동산등기법의 강의」, 북아뜨리에, 1994, 21면.

75) 스위스민법 제963조 제1항에 따르면 등기를 하기 위해서는 기본적으로 서면에 의한 신청이 필요하다. 다만, 등기신청의 서면성은 등기신청의 유효성의 요건이 아니기 때문에 서면화된 신청없이 소유권자의 의사가 있는 경우에는 경료된 등기가 무효가 되거나 취소되는 것은 아니다. 전화 또는 전자적 신청은 그 자체로 서면에 갈음할 수 있으나, 그 후에 즉시 서면으로 보충할 수 있다(BSK ZGBⅡ/Jürg Schmid, Art. 963 N5ff).

76) 곽윤직, 전게서, 18면.

77) 정옥태, 전게논문, 33면.

4. 登記公務員의 審査權

스위스에서 등기공무원의 심사권은 어느 범위까지 인정되는가에 대하여 학설의 대립이 있다. 그러나 법률행위에 의한 물권변동의 경우에 공정증서로 작성되는 채권계약과 신고가 있을 때에 등기를 하게 되는데, 이때 등기소는 등기신청자의 처분권과 권원(Rechtsgrund)에 대한 증명을 심사하게 된다(ZGB 제965조 제1항). 독일과 다른 것으로 위와 같은 신청외에 물권변동의 원인이 되는 법률행위, 즉 채권관계의 증명을 등기의 요건으로 하고 있는 점이다.[78] 채권계약을 공정증서로 작성하게 하는 이유로는 ① 경솔한 계약의 체결방지, ② 계약의 정확성확보, ③ 확실한 등기원인의 확정 등의 목적을 달성하고자 하는 것이다. 이 점에서 스위스에 있어서 등기공무원의 심사권은 실질적 심사주의를 취하는 것으로 이해되고 있다.[79] 그러나 등기절차가 지연되는 것을 막기 위하여 등기공무원의 심사권은 물권변동의 원인이 유효하기 위하여 필요한 형식을 갖추고 있는지의 여부, 즉 원인행위가 공정증서로 되어 있는지의 여부만을 심사할 뿐이며, 원인관계의 실질까지를 심사할 권원이나 의무는 없다(ZGB 제965조 제3항).

5. 登記의 公信力 및 推定力

등기부의 추정력과 공신력을 인정하는 점은 독일법과 같다(ZGB 제9조, 제937조, 제973조 등). 위에서 살펴본 바와 같이 부동산 물권변동을 일으키는 원인행위인 채권계약을 공정증서로 제출하도록 함으로써 사해행위에 의한 부동산물권변동을 사전에 방지하는 효과를 발생시킬 뿐만 아니라 부동산등기에 공신력을 인정하는 기초가 된다. 또한 등기강제와 성립요건주의 및 실질적 심사주의를 통하여 부실등기가 발생할 가능성이 현저히 저하된다. 그러나 등기의 형식적 확정력이 인정되고 있는 것은 아니므로 부실등기가 전혀 발생하지 않는 것은 아니

---

78) 스위스의 공증인제도는 Kanton법에 따라 각기 다르므로 공정증서를 작성하는 담당자도 직업공증인, 공무원공증인, 또는 공무원 중에서 업무를 담당하게 된다. 그리고 공정증서에는 양도인과 양수인 쌍방의 의사표시 중에서 본질적인 것으로 이런 점에 관하여 합의가 없었다면 계약을 체결하지 않았으리라고 여겨지는 사항들을 기재하여야 한다(남윤봉, 전게논문, 184-185면; 정옥태, 전게논문, 39면).

79) Tuor-Schnyder, a.a.O., S.542.

다.[80] 따라서 부실등기를 진정한 것으로 신뢰하고 법률관계를 맺은 제3자를 보호하기 위하여 공신의 원칙을 인정하고 있다. 다만, 등기의 공신력은 독일과 달리 선의뿐만 아니라 무과실도 요구하고 있고, 법률행위에 의하지 않는 승계취득을 포함하고 있으며, 부실등기의 정정제도 등이다.[81]

등기된 부동산에 관한 권리의 추정은 등기에 의하여 인정되고, 등기명의자는 등기된 권리의 권리자인 것으로 추정된다(ZGB 제937조 제1항). 이 규정에 의하여 진실한 권리관계와 일치하지 않는 등기는 물권변동의 효력을 갖지 못하게 되므로 권리자도 자기의 권리임을 입증할 필요가 없다. 추정력이 인정되는 등기는 형식적으로 적법하고, 외관상 진정한 등기로 보이는 것에 한하므로 등기될 수 없는 권리나 사실에 관한 등기에는 추정력이 인정되지 아니한다. 추정력은 반증으로 뒤집히기까지 적법한 등기로 추정되는 것이므로 입증책임의 전환이 일어난다. 또한 등기는 공적 장부이므로 옳지 않음이 증명되기 전까지는 완전한 증명력을 갖는다(ZGB 제9조).[82]

6. Kanton의 損害賠償責任 및 登記訂正制度

등기업무로 인하여 이해관계인에게 손해가 발생하고, 그 등기업무가 객관적인 손해의 원인으로 인정되면 등기공무원의 고의·과실의 유무에 관계없이 주정부가 1차적인 배상책임을 지게 된다. 이 Kanton의 배상책임은 1년의 시효로 소멸하며, 손해의 발생이 등기공무원의 귀책사유로 발생한 경우에는 주정부가 그에게 구상할 수 있다(ZGB 제955조).

그리고 부실등기가 된 경우에는 그 옳지 않은 등기를 정정하는 제도를 두고 있다(ZGB 제975조 내지 제977조). 즉 물권의 등기가 권원이 없거나 정당한 등기가 부당하게 말소 또는 변경된 경우에는 그 등기는 부정당한 등기가 되어 말소 또는 변경청구의 대상이 된다(ZGB 제975조 제1항). 그러나 선의의 제3자가 등기에 의하여 취득한 물권과 손해배상청구권에 영향을 미치지 않는다(동조 제2항). 따라서 선의취득자는 정정청구에도 불구하고 부동산물권을 취하게 된다. 또한 옳

80) 정옥태, 전게논문, 43면.

81) 이에 대해서는 상게논문, 43-48면 참조.

82) 상게논문, 37면; 김정수, 전게논문, 16-17면.

지 않은 등기의 정정청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 한다.[83]

등기의 말소·변경청구의 상대방은 정정으로 등기부상 지위가 불리하게 될 자이므로 등기부에 물권적 권리자로 등기된 자이다. 등기정정청구를 받은 상대방은 선의취득, 시효취득, 하자의 치유 등의 항변을 통하여 등기의 정당성을 항변할 수 있다. 그러나 등기에는 추정력이 있기 때문에 정정청구권자는 토지등기부상의 등기가 옳지 않음을 입증하여야 한다. 또한 제3취득자가 그 취득에 악의가 있거나 과실이 있음을 입증하여 선의취득을 배제하여야 한다. 이미 제3취득자가 선의취득을 한 후에는 그 전자에 대하여도 정정청구를 할 수 없다.

Ⅲ. 프랑스의 登記制度

프랑스의 부동산에 관한 공시제도는 1804년 3월 21일에 제정·공포된 「민법전(Code civil; C.c.)」과 1855년의 「謄記法(transcriptionsgesetz)」에 의하여 규율되고 있다.[84] 등기법은 1935년과 1955년에 개정되어 현재에 이르고 있으며, 이외에도 1955년 1월 4일 제정된「토지공시의 개혁에 관한 명령」(Decret portant reforme de la publicite fonciere)과 1959년 1월 7일 대통령령(1′ordonnance) 등이 있다.

프랑스에서 부동산물권변동의 공시방법에는 1959년까지 저당권 및 우선특권의 登記(inscription)와 그 밖의 부동산물권의 공시인 謄記(transcription)로 구별하여 사용하여 왔다. 그러나 1959년에 대통령령으로 종래 사용되던 謄記(tanscription)라는 용어를 없애고, 공시라는 publicité로 대체되었다. 따라서 현재에는 저당권 및 우선특권[85]의 공시방법인 登記(inscription)와 그 밖의 부동산물권의 공시방법인 공시(publicité)가 물권변동의 공시방법이다. 1969년 12월 26일 법률로서 등록절차(l′enregistrement)와 부동산등기절차를 통합시켰다.[86] 이때부터는 원칙적으

83) 남윤봉, 전게논문, 185면.

84) 프랑스 민법전에 대해서는 남효순, “나폴레온법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구”, 「법학」 제35권 제1호, 서울대학교, 1994, 283면 이하 참조.

85) 우선특권은 목적물을 유치하지 않더라도 우선변제권이 인정되는 권리로서, 근로자의 임금우선, 주택임차인에게 인정되는 보증금 등이 이에 해당한다(정우형, 전게서, 45면).

86) 곽윤직, 전게서, 24면; 김상용, “불란서의 부동산공시제도”, 「지적」, 대한지적공사,

로 공정증서를 저당권보존공무원에게 제출하면 되는 것으로 되었다.

프랑스에서 부동산은 토지와 건물의 일체물 또는 토지만을 의미한다. 즉, 프랑스에서는 건물 기타 지상정착물을 토지의 일부로 보고 있으며, 독립된 부동산으로 인정하지 않는다.[87] 토지와 건물의 일체물을 건축부동산(immeuble bati), 건물이 건축되어 있지 않은 토지(나대지)를 비건축부동산(immeuble non bati)라고 한다.[88]

1. 登記事務의 管轄

프랑스에서의 등기는 부동산 물권변동에 대한 계약서의 공증과 등록을 필한 후에만 가능하다.[89] 따라서 부동산등기와 관련하여 공증사무는 공증인이, 등록사무는 등록사항관재국의 등록접수공무원이, 등기는 등기공무원이 분담하는 형태로 그 사무가 분업화되어 있다.

등기나 공시의 사무를 관할하는 기관은 재무부 국세국(Direction Gènérale des lmpôts)이지만, 실제로는 지방국세국장에 예속하는 저당권보존소(Bureau de la Conservation des Hypothéques)이다. 등기공무원(Conservateurdes Hypotheques)은 저당권보존소 소속의 행정공무원으로 사무를 담당한다.[90] 다만, 알사스(Alsaace-Lorraine) 지방은 등기판사가 담당하고 있다. 따라서 행정공무원인 저당권보존소 공무원이 실행하는 공시절차는 행정절차이지 사법절차는 아니다.[91]

2. 登記簿의 編成

프랑스에서는 등기원인서류를 전부 공정증서에 의하도록 하고 있고, 공증서류

1985. 3. 37면.

87) 정우형, 전게서, 42면; 박준서 대표, 「주해 민법(총칙Ⅱ)」, 한국사법행정학회, 2001, 231면; 이회규・박광동, “부동산일원화에 대한 역사적 고찰”, 「중앙법학」제8집 제1호, 중앙법학회, 2006. 4, 416면.

88) 법무부, 「각국의 부동산등기제도」, 294면.

89) 정태륜, 전게논문, 27면.

90) 鎌田薫, “フランスの土地公示制度”, 「不動産登記の諸問題(上)」, テイハン, 1974, 131-132면.

91) 김정수, 전게논문, 18면.

를 비치하는 방법에 의하여 등기부를 운용하고 있다. 1804년 프랑스 민법전 제정 후 부동산 공시제도의 필요성이 제기되어, 1855년 공시에 관한 법률이 제정되었는데, 등기부의 편성은 부동산의 권리자를 표준으로 한 인명색인부를 공시의 검색수단으로 사용하였기 때문에 흔히 프랑스의 등기부는 인적편성주의에 의하였다고 한다.[92] 그 후 1955년 공시제도의 개혁으로 인명색인부를 작성하지 않고, 부동산카드를 작성하는 것으로 대체하여 목적 부동산에 대한 거래증서를 쉽게 찾아볼 수 있도록 물적 편성주의를 가미하였다.[93]

저당권보존공무원이 비치하는 등기에 관한 주요 장부로는 저당권과 우선특권의 등기부, 그 밖의 부동산물권의 공시부, 압류등기부, 접수부, 인명색인부, 부동산색인카드철 등이다. 부동산색인카드철은 인명(소유자)카드철, 토지(필지)카드철, 시가지카드철 등 세 가지로 구성되어 있는데, 이는 연대적으로 분류·편철된 증서를 찾아보기 위한 것으로 종래의 인명부는 이 카드철로 대체되었다. 인명카드는 각종 등기부의 검색을 위한 장부이나 외형상으로는 우리 나라의 등기부와 비슷하고, 사실상 등기부의 역할을 하는 것이라고 할 수 있다.[94]

프랑스의 지적제도는 근대 지적의 효시라 할 수 있는 1807년 9월 15일 나폴레옹 지적법의 제정으로 시작하여 1830년 완성되었다. 토지대장은 조세의 부과를 위한 재정적 목적에서 작성된 것이다. 경계와 면적을 결정하는 분야를 지적으로 하고, 소유권과 매매가격 등의 관리관계의 등록을 등기로 구분하여 물권변동의 공시는 공증-등록-등기라는 3단계를 거치도록 하고 있다. 즉, 부동산의 동일성에 변동이 없는 경우에는 공증인은 지적초본을 발부받아 이를 바탕으로 스스로 매매 등의 증서초본을 작성하여 이들 서류를 등기소에 제출하면, 등기소에서는 등기절차를 마친 뒤 지적초본, 증서초본을 지적국에 보내게 되고, 지적국은 이를 기초로 지적공부에 기재한다. 주에 따라 행정관 또는 사법관이 담당하고 지적과 등기가 이원화되어 있으나, 지방자치단체가 접수창구를 위임하거나 일원화하여 통합사무소의 효과를 가지고 있다.[95]

---

92) 곽윤직, 전게서, 24면.

93) 정태륜, 전게논문, 17면.

94) 곽윤직, 전게서, 24-25면; 정태륜, 상게논문, 18-19면; 김정수, 전게논문, 18-19면.

95) 최청인, 전게논문, 38면; 한국지적학회, 「토지등록공시제도의 일원화」, 1993, 5-7면.

3. 登記申請節次

프랑스법상 공시는 신청에 의하여 이루어지며, 謄記(transcription)의 신청은 등기의 대상이 되는 증서를 작성한 공증인, 변호사, 집행관, 행정기관은 그들이 작성하거나 그들의 협력으로 작성한 증서의 공시(publicité)를 법정기간[96] 내에 등기를 할 의무를 부담한다. 한편 登記(inscription)의 신청은 등기권리자인 매수인이 등기를 신청하는 단독신청주의를 취하고 있기 때문에 선취특권과 저당권등기는 채권자 또는 그 대리인이 단독으로 신청할 수 있다(C.c. 제2148조 제1항). 다만, 판례는 저당권설정증서를 작성한 공증인에게 직무상의 의무를 이유로 등기신청의무를 인정하고 있다.[97]

공시신청에 필요한 서류는 공시되어야 할 증서나 판결등본 2통이고, 등기신청에 있어서는 공시되어야 할 명세서 2통과 저당권이나 우선특권을 발생케 한 원인증서 또는 판결의 정본이나 등기이다. 그 이외의 신청서류는 필요없으나, 특히 1955년 명령에서 원칙적으로 공시되는 모든 서류에 공정증서의 형식을 요구한다는 점이다.[98] 그리고 공시될 증서·판결·명세서 등에는 당사자의 동일성 확인과 관계부동산의 원본과의 대조필 확인이 기재되어야만 한다.

4. 登記公務員의 審査權

저당권보존공무원은 사법기관이 아니라 행정공무원이므로 공시를 신청한 증서의 적법성을 심사할 권한은 없고 형식적 심사권만 갖는다. 즉, 등기공무원은 공시를 위하여 제출된 서류가 소정의 방식[99]이나 규격에 어긋날 때에는 접수를 거

---

96) 신청하는 법정기간은 원칙적으로 공시되어야 할 증서의 작성 후 3월 이내이지만, 상속인증서는 4월, 판결은 그 확정 후 3월 이내에 신청하여야 한다. 이 신청기간을 지키지 아니한 경우에는 벌금의 제재를 받게 된다. 그러나 이 벌금제재는 공시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(곽윤직, 전게서, 25면).

97) 상게서, 25면.

98) 1995년 개혁 이전에는 약정저당권의 설정에 있어서 공정증서를 요구하였다(C.c. 제2127조).

99) 공적 증명력을 가지는 행위는 증서를 작성할 권한을 가지고 있는 공공관리에 의하여 그 행위가 행하여진 장소에서 그에 필요한 정도의 엄숙함을 가지고 이루어진 행위라야 한다(C.c. 제1371조).

부하거나 공시를 각하할 수 있을 뿐이다.

등기공무원은 실질적 심사권이 없기 때문에 등기공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상책임에 있어서도 국가배상책임은 인정되지 않는다. 또한 직무집행상의 책임도 행정적인 책임이 아니라 민사적인 책임에 불과하다.[100]

5. 登記의 效力

프랑스의 부동산등기제도에는 등기의 추정력은 인정되지만, 공신력은 인정되지 않는다. 1955년의 명령은 공시되는 모든 서류에 원칙적으로 공정증서의 작성을 요구하고 있으며, 등기나 공시는 물권변동의 대항요건에 불과하다.[101] 따라서 등기나 공시없이는 제3자에 대하여 그의 권리를 주장하지 못한다. 그러나 등기나 공시를 함에 있어서 반드시 공증을 거쳐야 하고, 등기의 방식이 당사자가 제출하는 공증문서를 그대로 편철하는 것이므로 공증문서에 단순한 추정력이 아닌 법원의 증명력이 인정되는 것과 같으므로, 실제에 있어서는 공신력을 인정하는 것과 비슷한 결과가 된다.[102] 그러나 이러한 경우에 있어서 등기의 공신력은 권원의 등기를 하는 경우에만 인정되는 것인데, 프랑스의 등기제도는 단순한 거래사실을 공시하는 것에 지나지 않으므로 공신력의 인정유무를 논할 수 있는 등기제도는 아니라는 견해도 있다.[103]

Ⅳ. 日本의 登記制度

일본의 부동산권리에 관한 근대적인 공시제도는 명치 19년(1886년) 8월 13일 법률 제1호로 제정·공포된 「등기법」이다. 동법은 프랑스법을 모방한 것으로 현행 부동산등기법의 원형을 이루었지만, 부동산등기법이 제정되면서 폐지되었

---

100) 김상용, 불란서의 부동산공시제도, 39면.

101) 곽윤직, 전게서, 26면; 김상용, "영미에 있어서 부동산권리공시제도", 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1990. 7, 39면; 星野英一, "フランスにおける1955以降の不動産物權公示制度の改正",「民法論集」第2卷, 有斐閣, 1973, 132면.

102) 김용한, "등기원인증서의 공증", 「부동산등기법 개정에 관한 연구」, 한국민사법학회 편, 서울대학교 출판부, 1978, 31면; 곽윤직, 전게서, 27면; 최승영, 전게논문, 209면.

103) 김상용, 불란서의 부동산공시제도, 39면.

다.[104] 부동산등기법은 명치 31년(1898년) 민법의 시행과 더불어 명치 32년(1899년) 2월 24일 제정되고, 동년 6월 16일 시행된 이후 여러 차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 특히, 1960년의 등기부와 대장의 일원화 및 「表示登記」 제도가 신설된 점, 1988년의 등기정보시스템이 도입된 점, 그리고 최근 개정된 2005년의 개정된 부동산등기법은[105] 그 목적조항을 신설하였고,[106] 고도정보화시대의 요청에 따른 온라인신청제도의 도입과 인터넷등기부 규정의 일체화 및 지도의 전자화 등의 실질적인 개정사항을 도입하였다.[107]

일본은 건물을 토지와 독립한 것으로 취급하였다.[108] 일본이 외국법을 계수하였음에도 불구하고 건물을 독립한 부동산으로 취급한 이유는 일본 고유의 관행에서 비롯한 것으로 이해되고 있다. 즉, 명치시대에 지주는 농지와 택지를 가리지 않고 임대하면서, 특히 택지에 대해서는 단순히 토지만을 임대하는 것에 그치지 않고 건물을 지어 판매하는 관행이 일반적이었다고 한다.[109]

---

104) 그러나 프랑스법과는 달리 ① 물적 편성주의를 취하면서 1부동산 1등기용지의 원칙에 대한 예외를 인정하여 수개의 부동산을 하나의 등기용지에 기재할 수 있다. ② 등기의 대상이 토지, 건물, 선박의 3종이었고 등기할 권리는 소유권, 질권, 저당권 뿐이었다는 점이다(吉村衛 , 「註釋不動産登記法(上)」, 奧村印刷(株), 1982, 9면 이하 참조).

105) 일본의 부동산등기법에 대한 전면개정의 배경과 과정에 관해서는 박광동, "일본의 부동산등기법의 전면 개정", 「법학연구」 제21집, 2006, 212-213면; 최명구, "일본 신 부동산등기법의 주요내용", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005. 6, 849-855면.

106) 일본의 개정부동산등기법 제1조는 "부동산의 표시 및 부동산에 관한 권리를 공시하기 위한 제도를 정함에 있어, 국민의 권리보전을 꾀하고, 보다 더 거래의 안전과 원활화에 이바지한다"고 목적을 규정하고 있다.

107) 일본의 2005년 개정 부동산등기법은 舊法에서는 정해져 있지 않았던 목적(제1조) 규정을 신설한 것 이외에, ① 登記記錄(제2조 제5호), ② 登記識別情報(제2조 제14호), ③ 表題登記(제2조 제20호), ④ 申請情報(제18조 등), ⑤ 登記原因證明情報(제61조), ⑥ 登記申請(제18조 제1호) 등의 새로운 개념을 창설했다(坂和章平, 「實務 不動産法講義」, 民事法研究會, 2005, 117-118면; 由野目章夫, "不動産登記法の新しい用語や概念 : 10個の事項の辭典仕立てによる解說", 金融法務事情, 1732號, 2005. 3, 8-14면; 淸水響, "新不動産登記法の概要について(下)", 民事法情報, No. 218, 民事法情報セソター, 2004. 11, 7-13면).

108) 坂和章平, 상게서, 82-85면; 三好登, "土地と建物の二元的所有權; その起源を慣習に求あて", 「土地法學」 第17號, 有斐閣, 2001, 235-238면; 瀨川信久, 「不動産附合法の研究」, 有斐閣, 1983, 10면 이하; 정우형, "토지소유권과 건물소유권의 이원적 체계에 관한 연혁적 고찰", 「감정평가연구」 제14집 제1호, 2004. 6, 163면 이하.

일본의 부동산등기법은 우리의 부동산등기제도에 시사하는 점이 크므로 이하에서는 2005년 개정된 부동산등기법을 중심으로 고찰하고자 한다.

1. 登記事務의 管轄

일본은 행정부인 법무성 산하의 법무국, 지방법무국 및 지국, 출장소 등에서 등기업무를 관장하고 있다(일본 부동산등기법 제8조). 일본에 있어서 등기업무는 1886년 구등기법하에서는 치안재판소와 戶長, 役長에서 관장하였다. 이후 司法省令으로 등기법취급규칙이 제정된 후에는 사법부인 區재판소와 지방재판소에서 관장하였으며, 1899년 새로운 부동산등기법이 제정된 후에는 區재판소와 지국, 출장소가 등기업무를 관장하였다. 1949년 부동산등기법의 개정에 의하여 행정부인 법무성 산하 법무국으로 이관되기까지 60여년 동안 사법부에서 관장하였다.

그리고 일본은 토지조사를 1877년 완료하고, 1884년 지조조례를 제정하여 지적제도가 확립되었으나, 1887년 지권제도를 대장제도로 전환하였다. 그리고 1947년 토지대장법을 개정하고 토지대장을 재무성 산하 세무서에서 사법상 산하의 등기소로 이관하여 행정개편으로 현재는 법무성이 관장한다.[110] 특히 1960년 3월 31일 부동산등기법을 개정하여 부동산등기제도와 토지대장제도를 통합·일원화하고, 이때부터 국토조사사업을 착수하여 2000년 말까지 약 절반에 해당하는 면적을 완료하였다.

2. 登記簿의 編成

일본은 대장과 등기부의 일원화를 위한 작업을 전국의 각 등기소별로 순차적으로 진행하여 1970년대 말에 완료하였다. 종래의 토지대장과 가옥대장을 각각 토지등기부와 건물등기부로 일원화하여 대장의 기능을 등기부의 표제부에 기재하는 것으로 대신하였다.[111]

그러나 일본에서는 건물과 토지를 각각 독립한 부동산으로 다루기 때문에 등

109) 정우형, 전게서, 46-47면 참조.

110) 최청인, 전게논문, 37면.

111) 林良平·青山正明, 「不動産登記法」, 青林書院, 1992, 5-6면; 정우형, 전게서, 48-49면.

기부도 건물등기부와 토지등기부로 나뉘어져 있다. 등기용지는 1부동산 1등기용지를 원칙으로 하는 물적 편성주의를 원칙으로 하였다(구일본 부동상등기법 제15조). 다만, 예외적으로 1용지에 수 개의 부동산을 등기하는 경우에 1개 부동산의 일부의 등기를 하는 것을 인정한다.[112] 현행 부동산등기법에서도 「1필의 토지 또는 1개의 건물」등에 등기기록을 작성하는 것으로 되어(일본 부동산등기법 제2조 제5호), 개정전 부동산등기법의 원칙이 이어지고 있다.

등기기록은 전자적 방식, 자기적 방식 등으로 사람의 지각에 의해서는 인식하는 것이 불가능한 방식으로 만들어져 기록되어 있고, 컴퓨터에 의한 정보처리용으로 제공되어졌다. 이러한 자기디스크등기부는 표제부와 권리부로 구분해서 작성되어졌다(개정 부동산등기법 제12조). 권리부는 甲區와 乙區로 구분해서 작성되고, 구법과 같은 甲區에는 소유권에 관한 등기의 등기사항을, 乙區에는 소유권 이외의 권리에 관한 등기의 등기사항을 기록하는 것으로 됐다(동규칙 제4조 제4항).[113]

3. 登記申請節次(出頭主義의 廢止)

2005년 개정된 일본 부동산등기법은 등기신청의 방법으로서, 서면을 제출하는 방법에 의한 등기신청과 함께 온라인신청을 도입하여 등기신청을 이원화하고 있다(동법 제18조 제1호).[114]

서면신청은 「신청정보를 기재한 서면[115]을 제출하는 방법」(동법 동조 제2호)이며, 온라인신청은 신청정보를 「등기소의 컴퓨터와 신청인 또는 그 대리인의 컴퓨터를 전기통신회사에 접속하여 전자정보처리조직을 사용하는 방법」으로 신청하는 것을 의미한다. 즉, 부동산등기를 자택이나 사무실에서 인터넷을 이용한 신청이 가능하게 된 것이다.

---

112) 幾代通, 「不動産登記法」, 有斐閣, 1989, 23면.

113) 坂和章平, 전게서, 119-120면.

114) 신청절차의 기본구조에 온라인신청과 창구신청이 병존되어지는 과도기적 입법이 장래의 전자등기부의 보급에 악영향을 미치지 않을까 하는 염려된다는 견해가 있다(七戸克彦, “不動産登記法の改正 : その物權變動論に及ぼす影響について”, 「私法」第66号, 日本私法學會, 106면).

115) 법무성령에서 정한 신청정보의 전부 또는 일부를 기록한 자기디스크를 포함한다.

종래 일본의 등기는 법률에 다른 정함이 있는 경우(표시등기)를 제외하고는 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁없이는 신청할 수 없다(舊法 제26조 제2항 참조). 이러한 신청은 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 하며, 또는 그들의 대리인이 등기소에 출두하여 이를 신청하여야 했었다(동조 제1항 참조). 그러나 등기신청서면에 있어서 당사자의 편리성을 고려하여 온라인・우송・택배 등에 의한 신청이 인정되면서 출두주의는 폐지되었다.[116]

권리등기의 신청은 2005년 개정 전 부동산등기법과 같이 그 정확성을 확보하기 위해서 법령에서 별도로 정하고 있는 경우를 제외하고, 권리의 등기에 있어서는 등기권리자 및 등기의무자가 공동으로 하지 않으면 안 된다(개정 부동산등기법 제60조). 즉, 공동신청주의는 그대로 존속시키는 것으로 하였다.[117] 등기권리자의 관여가 요구되어지고 있는 것은 일본 민법 제177조가 등기를 물권변동의 대항요건으로 하고 있어서, 등기를 신청할 것인가 아닌가는 원칙적으로 당사자가 자유로이 결정할 수 있기 때문이다.[118] 즉, 당사자의 의사에 의하여 등기의 진정성이 보장되기 때문이다.[119]

4. 登記官의 本人確認(登記濟證의 廢止)

등기의 진정성을 확보하기 위해서는 등기의무자로서 신청하고 있는 신청인이 등기의무자 본인인 것을 확인할 필요가 있다. 등기관에 의한 본인확인의 결과, 신청권한을 가지지 않은 자의 신청으로 인정되어진 때에는 등기신청이 각하되어진다(일본 부동산등기법 제25조 제4호).[120] 본인확인수단으로 부동산등기법의 개

116) 출두주의는 본인 확인 및 신청 의사의 확인 및 등기의 진정을 담보할 수 있고, 당일 보정의 기회와 순위 확보에 편리함에도 불구하고 이를 폐지한 것은 타당하지 않다는 견해도 있다(遠藤 浩・青山正明, 「基本法コンメンタ-ル不動産登記法」, 日本評論社, 1994, 79면; 北野聖造, オンライン登記申請制度研究會 最終報告書に關する意見, 日司連發, 第100号, 2003. 4. 30).

117) 박광동, “일본의 부동산등기법의 전면 개정”, 214면.

118) 이에 대한 논의는 七戶克彦, 전게논문, 14면; 鈴木正道, “登記のオンライン化”, 「土地バブル經濟と法・都市の混迷」, 日本土地法學會, 有斐閣, 2004, 96면 참조.

119) 冊橋諄一, 「註釋民法(6)」, 有斐閣, 1979, 181면.

120) 坂和章平, 전게서, 119면; 倉田熱, 「逐條不動産登記令」, 金融財政事情研究會, 2005, 10면; 磯崎泰博, “不動産登記業務の現在・將來”, 「登記情報」第518号, 民

정전 출두주의하에서는 등기관은 출두한 본인확인이 가능하였다. 그러나 형식적 심사권만을 가지고 있었기 때문에 등기의무자의 인감증명서와 자기의 권리에 관한 등기제증의 제공을 요구하고 이를 서면심사함에 그쳤다(구일본 부동산등기법 제35조 제1항 제3조, 제60조). 개정 이후에도 등기의 진정성을 확보하기 위해 신청인으로 되어야 할 자 이외의 자가 신청하고 있다고 의심하기에 상당한 이유가 있다고 인정되는 때에는 등기관은 당사자의 출두를 요구하거나 본인확인을 위한 조사를 하지 않으면 안 된다고 규정하고 있다(일본 부동산등기법 제24조 제1항). 따라서 온라인신청에 있어서 전자증명서 또는 서면신청에 있어서 인감증명서뿐만 아니라 등기의무자에게 등기식별정보(동법 제2조 제14호)[121]의 제공을 요구하고 있다(동법 제21조 본문, 제22조 본문).[122] 즉, 제출서류의 실질적 진성성을 확보하고자 하고 있다(동법 제25조 참조). 그리고 등기식별정보는 온라인등기신청의 도입으로 서면으로 교부되는 등기필증 등의 기능을 대신하는 제도이다.

또한 자격자대리인인 사법서사・변호사 또는 표시에 관한 등기에 있어서 토지가옥조사사인 대리인 등으로부터 적절한 본인확인정보의 제공이 있었던 때에는, 사전통지를 생략하다(일본 부동산등기법 제23조 제4항 제1호). 자격자대리인에 의한 본인확인정보의 내용으로는 ① 자격자대리인이 신청인과 면담할 일시, 장소 및 그 상황, ② 자격자대리인이 신청인의 성명을 알고, 또한 면식이 있는 때는 그 취지 및 면식이 생긴 경위, ③ 자격자대리인이 신청인의 성명을 알지 못하거나, 면식이 없는 때에는, 신청인이 본인인 것을 확인하기 위해 제시받은 증거서류의 내용 및 본인인 것을 인정한 이유 등을 法務省令으로 정하고 있다(동규칙 제72조 제1항).

이러한 구체적인 정보의 내용에 의해 작성자가 자격자대리인이라는 것과 함께, 폐지되어진 보증서제도 보다도 더욱 더 등기의 진정성이 확보되어 진다. 자격자대리인이 허위의 본인확인정보를 제공한 경우에는 벌칙에 의한 재판이 규정되어져 있다(일본 부동산등기법 제132조, 제135조).[123]

事法情報センタ, 2005. 1, 23면; 鈴木正道, 전게논문, 101-102면.

121) 이에 대해서는 里村美喜夫, “登記識別情報制度に關する一考察”, 「登記情報」第48巻 8号, 民事法情報センタ, 2003. 8, 28면 참조.

122) 이러한 등기식별정보는 아라비아 숫자 그 외의 부호(실제는 12자의 영숫자)의 조합에 의한다(일본 부동산등기법규칙 제61조)

123) 倉田熱, 전게서, 9-10면; 磯崎泰博, 전게논문, 21-22면; 松岡久和, “不動産登記法の

5. 登記原因證明情報의 提供

일본의 경우에도 등기의 공신력에 관한 명문규정을 두고 있지 않다. 또한 무권리자로부터 양수한 자가 권리를 취득할 수 있다고 하는 것은 법이론으로서는 이례에 속하고 공신력을 인정하는 규정이 없는 이상 이를 인정할 수 없다는 견해가 대세이다.[124] 그러나 판례는 일본 민법 제94조 제2항을 유추적용하는 방법을 통하여 공신력 부여에 접근해 있다고 한다.[125] 따라서 부동산거래를 하기 위해서는 등기 이외에 그 등기원인정보를 수집하고, 그 유효성을 조사하지 않으면 안된다(구일본 부동산등기법 제35조 제1항). 그리하여 등기의 진정성을 확보하기 위해서는 신청인의 본인확인과 함께 등기원인이 있었던 것을 확인할 필요가 있다. 이는 등기업무의 효율화와 신청인의 부담경감의 관점에서 고려된 것이다.[126]

부동산등기법은 권리등기를 신청하는 경우에는 법령에 별도로 정하고 있는 경우를 제외하고, 반드시 등기원인을 증명할 정보를 제공하지 않으면 안된다(일본 부동산등기법 제61조). 일본 민법의 의사주의하에서는 등기신청시 계약서 또는 전자계약서를 첨부해야 하지만, 신청인에게는 부담이 된다. 그래서 온라인 등기신청시 등기원인증서에 의한 등기필증을 작성하는 것보다는 등기원인의 진실성을 확보하는 것이 부동산거래에 있어 국민의 일반적 이익에 부합된다고 보았기 때문이다.[127] 그리고 법문상 등기원인증명보를 제출하는 경우는 권리에 관한 등기신청을 하는 경우에 한하여 적용된다. 등기원인증명정보는 그 내용에 의하여 등기원인이 되는 물권변동의 존재를 확인할 수 있도록 그 요건사실에 해당하는 구체적 사실이 기재되어야 한다.

改正", 「法律時報」第942號, 日本評論社, 2004. 4, 41면; 淸水響, 전게논문, 26-29면.

124) 半田正夫, "不動産去來와 登記制度-不動産取引と登記制度-", 「土地法學」제9호, 1993, 58면.

125) 상게논문, 58면.

126) 최명구, "일본 신부동산등기법의 주요내용", 864면.

127) 法務省, 電子情報處理組織を使用する方法による申請の導入等に伴う不動産登記法の改正に關する担当者骨子案, 2003, 第1條 내지 第9條 참조.

6. 登記簿 및 地圖에 관한 실질적 개정사항

등기부는 개정전 법에서는 종이류를 원칙으로서 하고 자기디스크의 것을 예외의 것으로 하고 있었으나(구일본 부동산등기법 제151조의2 참조), 현행법에서는 자기디스크를 가지고 조제하는 것으로 되어져 있고(개정 부동산등기법 제2조 9호), 등기사무의 전산화가 곧 완료될 예정이며, 기의 전산화를 위해 조문체제를 カタカナ・문어체에서 ひらがな・구어체로 바꿔 용어의 현대화하였다.[128]

지도, 건물소재도 및 지도에 준하는 도면을 전자적 기록으로 하여 지적제도의 기반으로 하고자 한다(일본 부동산등기법 제14조 제6항). 지도의 전자화에 의해서 보다 정확한 지도의 유지・관리를 하는 것이 가능하고(전자지도에서는 종이에 의한 노화의 문제가 없고, 필계선의 기록작업도 수치적으로 정확하게 하는 것이 가능하다), 지도의 신속한 공개 등을 도모하는 것이 가능하게 되었다.[129]

이외에도 구법과는 달리 제3자의 승낙이 있으면 직권으로 등기의 정정을 하는 것을 부정할 필요가 없기 때문에, 개정부동산등기법에서는 등기관은 제3자의 승낙이 있는 때에는 등기정정을 할 의무가 있는 것으로 하고 있다(일본 부동산등기법 제67조 제2항 단서). 또한 정확한 등기를 조기에 실현하고자 등기관은 심사청구에 이유가 있다고 인정되는 때에는 스스로 상당한 처분을 할 의무가 있다고 되어져 있다(동법 제129조 제1항). 최근 민사집행을 방해할 목적으로 남용이 지적되어지고 있는 예고등기제도를 폐지하였다.[130]

7. 國家賠償責任

일본의 국가배상법은 등기공무원의 고의・과실에 의한 위법・부당한 처분으로 손해를 입은 자는 국가에 대하여 배상을 청구할 수 있도록 하고 있다(동법 제1조). 다만, 국가가 배상책임을 부담하는 경우 등기공무원의 직무수행 중 발생한 불법행위에 대하여 당해 등기공무원도 책임을 부담하는가? 이에 대해서 불법행위를 한 당해 등기공무원은 피해자에 대하여 직접 배상의무를 지지 않는다고 보

128) 최명구, “일본 신부동산등기법의 주요내용”, 870면.

129) 박광동, “일본의 부동산등기법의 전면 개정”, 221면.

130) 七戸克彦, “豫告登記の廢止”, 「登記情報」第43卷 8号, 民事法情報セソター, 2003. 8, 31면.

는 부정적인 견해가 다수설[131]과 판례[132]의 태도이다. 다만 위법한 처분을 한 등기공무원에게 고의나 중대한 과실이 있는 때에는 국가는 당해 등기공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(일본 국가배상법 제1조 제2항).

Ⅴ. 英美法의 不動産登記制度

영국에서는 공시제도가 발달하지 못하여 토지의 거래는 deed(날인증서)[133]에 의하여 행해졌다. 토지에 관한 권원의 입증은 그 토지에 대한 거래를 하려는 자는 deed(날인증서)를 조사하고 확인하여야 했는데, 그 조사가 매우 곤란하여서 토지매매나 담보 등을 설정하려는 경우에 필요한 토지의 권원조사는 변호사가 담당하였다. 이러한 불편을 벗어나기 위하여 1862년 전국적인 토지등기법을 제정하였고,[134] 그 후 몇 차례의 개정을 거쳐 1925년에 비로소 Torrens System에 의한 현행 "토지등기법(Land Resistration Act)"에 이르렀다. 그러나 영국에서는 토지에 대한 등기제도가 확립된 뒤에도 전국에 강제적으로 시행되지 않고 일부지역을 제외하고는 "임의적"인 제도로 운영되고 있다.[135] 그러므로 등기법의 실효성을 확보하기 위하여 London주변 그 밖의 여러 지역에 있어서 등기법을 강제적으로 실시하고 있는 형편이었다.

미국에서는 부동산계약이 성립하여 종료할 때까지 일반적으로 계약당사자는 두 번의 서명이 필요하다. 첫 번째는 목적 부동산에 매도인과 매수인의 의사의 합치가 내재되어 있는 매매계약서를 작성할 때이고, 두 번째는 목적 부동산의 소유권을 매수인에게 양도한다는 의사표시인 deed를 작성할 때이다.[136] 이 두가지

131) 幾代通, 전게서, 15면 참조.

132) 日本最高裁, 1955. 4. 19. 判決, 民集 9卷 5號, 534면; 最高裁 1971. 9. 3. 判例時報 第645鵠, 72면.

133) deed는 부동산 및 물권의 표시·보유조건·보유사항·약관 등을 기재하고 작성자가 날인해서 상대방에게 교부하는 사증서이다(곽윤직, 전게서, 27면).

134) Tiffany, A treatiseon theModern Law of Real property(new abridged Edition), pp.863-868.

135) 곽윤직, 전게서, 27면.

136) 가정준, "미국법상 부동산 소유권 변동과정에 대한 법적 고찰", 「민사법학」 제31호, 2006. 3, 142면 이하 참조.

의 서면은 미국법상 부동산 소유권 변동과정에서 필수적인 요소이다.

영미의 부동산 공시방법으로는 전통적인 Recording system(등록제도)과 Torrens or registration system(등기제도)이 있다. 미국은 대부분의 주에서 레코딩 시스템을 적용하고 있는 반면에 일부 주의 일부 지역에서 토렌스 시스템을 채택하고 있다. 즉, 어느 제도를 취하느냐는 각 주에 따라 다를 뿐만 아니라 같은 주에서도 전혀 다른 제도를 채용하기도 한다.

1. Recording system(登錄制度)

영미법의 Recording system은 영국의 부동산등기제도를 계승한 것[137]으로 토지에 관한 권리 자체를 등기하는 것이 아니라, 단순히 토지의 처분에 관한 증서의 내용을 등록하여 분쟁이 발생하였을 때에 제3자 이해관계인에 대하여 주장 또는 대항할 수 있도록 증거로 하는 것이므로 권원의 등기라고는 할 수 없다.[138] 즉, 권원(title)과 관련된 증서(instruments)를 부동산권리자가 카운티의 등록소(registry)에 제출하면 등록소는 제출된 증서를 일정한 방법에 따라 편철하는 부동산등록제도를 말한다.[139] 그러나 등록소는 해당부동산에 영향을 미치기 이전의 법적 거래에서 발생한 증서를 편철하여 보관하는 보관자의 역할에 불과하므로 권원조사자(titlesearcher)는 해당부동산에 관련된 증서를 색인 등을 통하여 찾아 권원의 연속(chain of title)이나 권원의 하자에 대하여 조사를 하여야 한다. 즉, Recording system은 등록소의 직원이 부동산권리자가 제출하는 증서를 받아서 복사하고 색인을 만들어 일정한 방법에 따라 편철하여 보관하면 되는 것으로 주정부의 일이 쉽고 그 역할 또한 단순하다. 그러므로 편철된 권원증서를 분석하고 법적인 결론을 얻은 것은 개인적인 사용자들에게 맡겨져 있게 된다.

이와 같이 Recording system은 증서의 원본이 분실되더라도 등록소에서 증서

---

137) Recording system은 1624년 매사츄세츠주 플리마우스 식민지에서 처음 시작되었는데, 1535년 영국의 토지양도등록법(Statute of Enrollements)의 영향을 받았다고 한다(정옥태, “토렌스 등기제도에 관한 고찰”, 「민법학논집」 매석 고창현박사 화갑기념논문집, 박영사, 1987, 155면).

138) 가정준, 전게논문, 157면.

139) Alan C Iack, Scopeand Method of Political Science, Homewood Dorscy, 1969, pp.26-29.

의 작성여부를 확인할 수 있기 때문에 입증이 편리하다는 장점이 있지만, 증서의 등록은 임의의 신청에 의하므로 토지에 관한 모든 증서가 등록되지 않아 권리이전의 연속성을 증명하기 곤란하고, 사실관계를 조사함이 없이 신청을 그대로 접수해서 등록하기 때문에 이중양도의 증서, 무권리자로부터 양도증서 등도 쉽게 등록될 수 있는 단점을 가지고 있다. 이 제도는 부동산권리의 등록제도로서는 불완전하기 때문에 개인의 필요에 따른 권원조사가 필요하며, 권원조사 또한 권리조사방법으로서는 한계가 있기 때문에 여러 입법과 제도들이 함께 발달하여 왔으며 그 중 대표적인 것이 권원보험(title insurance)이다.[140]

(1) 登錄方法

부동산권리에 영향을 주는 증서(instruments)로서 법에 정하여진 것은 모두 등록할 수 있다.[141] 대표적인 것으로는 날인증서(deed)[142]이고 그외에 모게지(mortgage). 우선특권(liens),[143] 판결(judgement), 지역권(easements)[144], 부동산과 함께 이전하는 특약(restrictive covenants),[145] 부동산임차권(leases) 등도 등

140) 김정수, 전게논문, 26-27면; 박홍래, “미국의 레코딩 시스템과 토렌스 시스템”, 「민사법연구」 제11집 제2호, 2003. 12, 205면.

141) Roger Bernhardt, Real Property 320, 3rd ed. 1993.

142) 날인증서는 부동산 권리이전의 합의내용을 담고 있는 증서로서 날인증서의 교부는 부동산 권리이전의 방법으로서 가장 중요하고 가장 자주 이용되는 방법이다. 날인증서에 관해서는 김상용, “영미에 있어서 부동산권리공시제도”, 37면 참조.

143) 우선특권은 채무자의 재산으로부터 우선변제를 받을 수 있는 채권자의 권리로서 우리 나라의 유치권과 같이 변제가 이루어질 때까지 목적물을 점유. 유치할 수 있는 경우와 선취특권과 같이 목적물의 점유. 유치가 불가능한 경우의 양자 모두를 포함한다.

144) 지역권은 작위지역권과 부작위지역권으로 나눌 수 있는데 작위 지역권은 지역권자가 승역지(servient tenement)를 이용할 수 있는 권리이고 부작위 지역권은 승역지 소유자로 하여금 승역지에 관하여 일정한 행위를 하지 못하도록 요구할 수 있는 권리이다.

145) 부동산과 함께 이전하는 특약은 특약자가 피특약자에게 어떤 것을 하겠다고 하거나 하지 않겠다고 하는 약속으로서 법에 의하여 강제할 수 있는 것을 말하며 이는 특약자와 피특약자 뿐만 아니라 특약자와 피특약자 사이에 관련되 부동산의 승계자에게도 효력이 있다(William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, The Law of Property 470, 3rd ed. 2000).

록할 수 있다. 다만 증서를 등록하기 위해서는 공증을 받아야 한다.[146]

등록소의 직원은 부동산권리자가 제출한 증서를 복사하여 등록철에 편철하고 등록된 증서들에 관하여 정보를 제공하는 색인부를 만들어 유지한다. 그리고 본래의 증서는 제출자에게 반환한다. 등록소는 해당 부동산이 위치하고 있는 카운티를 관할구역으로 하나, 권원의 종류에 따라 분산되어 있다.[147]

등록공무원은 날인증서의 내용을 실질적으로 심사할 권한은 없고, 등록사무 또한 사법사무가 아닌 관리행정사무(ministrial act)이다.[148]

(2) 登錄의 效力

당사자 사이의 양도는 계약과 날인증서의 교부에 의하여 성립하므로 등록은 양도의 성립과는 아무런 관계가 없고, 양수인 또한 등록의무가 없다.[149] 그러나 선행양수인이 등록을 하지 않고 있는 사이에 양도인이 같은 부동산을 후속 양수인에게 다시 양도한 경우에 그 효력은 날인증서를 등록한 순서에 따라 우선순위가 결정되기 때문에 악의의 후속매수인(subsequent purchaser)이 먼저 날인증서를 등록하면 그가 우선하게 된다. 대부분의 양수인들은 이와 같은 등록의 우선순위 결정력 때문에 등록을 하게 된다.[150]

날인증서의 등록은 제3자에게 권원이 양도되었음을 고지(notice)하여야 하며, 권원의 우선순위(Priority)를 결정하는 기능을 가진다. 또한 증서가 등록되면 그 부동산에 대한 후속거래자는 실제로 등록된 증서를 열람하였던 열람하지 않았던

---

146) 박홍래, 전게논문, 207-209면 참조.

147) 예컨대, 생존 중에 처분한 부동산권원의 증서는 일반등록소, 유언은 유언장등록기관(registry of wills), 검인법원(probate court), 부동산권리의 처분능력과 관련한 출생, 사망, 이혼 등은 가정법원(family court) 등에 각각 비치·보관한다(Tairfax Leary Jr, David G.Blake, 「Twentieth Century Real Estate Business and Eighteenth Centuur Recording」, American University L.R., V. 22, N.2, Winter 1973, pp.83-84).

148) 김상용, "영미에 있어서 부동산권리공시제도", 38면; 김정수, 전게논문, 27면.

149) Grant S. Nelson & William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, Contemporay Property 1020(2nd ed.2002). p.525; John W. Bruce & James W. Ely, Jr., Modern Property Law 525(4th ed. 1999).

150) 박홍래, 전게논문, 210면; 김정수, 전게논문, 27면.

간에 증서의 내용을 알고 있다고 간주되는 의제적 고지(constructive notice)의 효력이 인정된다.[151] 등록제도의 이전에 존재하여 온 전통적인 원칙은 '시간에 있어 앞서는 사람이 우선권을 갖는다(first in time, first in right)'는 것이다. 예컨대 부동산을 소유하는 甲이 乙에게 부동산을 양도하고 다시 丙에게 같은 부동산을 양도하였다면, 乙은 부동산을 취득하게 되지만 丙은 아무런 권리를 취득하지 못한다.[152] 즉, 양도인은 제1양수인에게 부동산을 양도하였기 때문에 제2양수인에게 양도할 어떠한 권리도 존재하지 않는 것이다.[153] 그러나 이러한 전통적인 원칙은 등록제도에 의하여 각 주에 따라 선순위자 보호(race statutes), 선의자 보호(notice statutes), 선순위자 및 선의자 보호(race-notice statutes) 등으로 변화하였으며, 미국부동산제도의 특징이 되었다.[154]

(3) 登錄制度의 例外

등록제도가 인정되지 않는 경우에 있어서는 '시간에 있어 앞서는 사람이 우선권을 갖는다'는 이론에 의하여 우선순위가 결정된다. 또한 등록되지 않는 많은 권리들도 보호되고 있을 뿐만 아니라 등록되어 있는 권리이더라도 무효 내지 취소할 수 있는 경우가 있기 때문에 아무리 유능한 권원조사자라도 존재하는 하자를 모두 발견하는 것은 매우 곤란하다. 이에 해당하는 것으로 다음과 같은 것들이 있다.

먼저, 등록되지 않은 권리들이다. ① 1년 내지 3년 이내의 단기간의 부동산임차권(short-term lease)은 부동산임차인의 점유에 의하여 후속양수인이 부동산임차권의 존재를 알 수 있기 때문에 대부분의 주에서 등록하지 않더라도 보호하고 있다.[155] ② 보통법상 부부 중 일방이 사망한 경우에 다른 일방이 받게 되는 상속재산(dower and curtesy)에 관한 배우자의 권리(spousal rights)나 이와 유사한

151) William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, op.cit, p.1014; Roger Bernhart, op.cit., p.325.

152) Joseph William Singer, Property Law 943, 2nd ed. 1997; John W. Bruce & James W. Ely. Jr., op.cit., p.525; Roger Bernhardt, op.cit., p.314.

153) Joseph William Singer, ibid, p.943.

154) 이에 대해서는 박홍래, 전게논문, 211-214면; 가정준, 전게논문, 161면 이하 참조.

155) 박홍래, 상게논문, 215면.

제도로부터 발생한 배우자의 권리는 등록하지 않더라도 보호가 되기도 한다.[156] ③ 연방정부에 의한 양도나 연방정부에 대한 양도(conveyances made by or to the Federal government)는 '연방법은 주법에 우선한다'는 미국헌법의 우선조항(the Supremacy Clause of the U.S. Constitution) 때문에 등록을 할 필요가 없다. 이외에도 악의적인 점유에 의한 부동산권의 취득(adverse possession),[157] 묵시적인 방법에 의한 지역권의 취득(creation of easements by prescription, implication)[158] 등이 있다.

둘째, 권리가 발생한 이후 일정한 기간 이내에 등록하면 보호되는 권리로써 공사수급인의 우선특권(mechanics' and material suppliers liens) 등이 있다.[159]

셋째, 등록법의 적용을 받지 않고 등록소 이외의 다른 장소에 등록되는 권리들이다. 즉, 유언과 상속(will and transfers by intestate succession) 검인법원(probate court)의 기록에서, 파산재산은 파산법원(bankruptcy court)의 사건일정표에, 조세우선특권(tax liens)은 세무서에, 판결에 의한 우선특권(judgement liens)은 법원에, 수익자부담금 등은 관할행정기관에 등록되어 있다.

(4) 權原調査

권원조사는 현재의 소유자가 누구이고 소유자의 권리를 제한하는 것이 있는지 등 권원의 상태에 대하여 조사하는 것으로 주로 색인과 등록철에 의하여 조사한다. 그러나 대부분의 주가 사용하는 인명색인은 등록철에 보관되어 있고 색인이

156) 주에 따라 이러한 배우자의 권리는 선의의 후속양수인에게도 우선한다는 주{Petta v. Host, 1 Ill.2d 293,115 N.E.2d 881(1953)}와 선의의 후속양수인에게는 우선하지 못한다는 주{State v. Pettis, 149 Wis.2d 207, 441 N.W.2d 247(App.1989), review denied 439 N.W.2d 144(1989)}로 구분된다.

157) 악의적인 점유에 의한 부동산권의 취득은 우리의 점유취득시효제도와 상당부분 일치하지만, 점유에 있어서 우리는 자주점유를 요구하고 있음에 반하여 미국의 경우는 적대적으로 악의를 가지고 하는 악의적인(hostile) 점유일 것을 요건으로 하는 점에서 차이가 있다(박홍래, 전게논문, 216면).

158) 묵시적인 방법에 의한 지역권의 취득은 이전사용(prior use)으로부터 묵시적인 지역권의 취득, 필요성(necessity)으로부터 묵시적인 지역권의 취득, 분할된 도면(plat)으로부터 지역권의 취득이 있다.

159) 공사수급인의 우선특권은 공사수급에 의하여 돈을 지급받을 권리가 발생한 이후 일정한 기간 동안에는 등록하지 않더라도 보호된다.

제대로 되어 있는 경우에도 적대적 양도(adverse conveyance)를 찾아내는 것이 불가능하거나 어려운 경우가 많으므로 권원의 연속을 파악하기 곤란하다.[160]

이와 같이 등록제도 그 중에서 특히 인명색인을 사용하는 주에서는 여러 가지 결함을 가지고 있어 서부, 중서부, 남서부의 주에서는 권원조사가 공적인 등록을 통해서 이루어지는 것이 아니라 권원보험(title insurance)과 권원요약(title abstract) 회사가 필지별 색인(tract index)으로 만들어져 있는 사적인 등록철인 권원부(title plants)에 의해 이의 문제를 해결하고 있다.[161]

(5) 讓受人을 保護하기 위한 制度

위에서 살펴본 것처럼 권원조사가 치밀하게 진행된다 하더라도 권원의 하자를 모두 발견하기는 어려우므로 양수인을 보호하기 위한 제도가 발달하여 왔는데 즉 권원의 특약(covenants of title)과 권원보험(titleinsurance)제도가 있다.

권원의 특약(covenants of title in deeds)은 특약자인 양도인의 지불능력이 없게 된다면 효과가 없으므로 권원의 보증(assurance)으로서 효과적이지 않으나 양도인이나 양도인의 권원보험회사에 의하여 많이 이용되고 있다.[162] 권원의 특약의 형태로는 권리의 특약(covenant of seisin), 양도할 권리의 특약(covenant of right to convey), 권원의 제한에 대한 특약(covenant against encumbrances), 권원의 보호와 평온한 권리향유의 특약(covenant of warranty and quiet enjoyment), 미래권원보증 특약(covenant of further assurances) 등의 6가지 형태로 분류되는데 이러한 여섯 가지는 각각 분리되거나 당사자의 합의에 의하여 두 가지 이상의 결합으로 사용되어진다.[163]

권원보험은 위에서 살펴본 바와 같이 레코딩시스템은 등록소에 보관된 관련 증서들을 모두 분석하더라도 발견되지 않는 하자가 존재할 수 있고, 등록하지 않

160) 필지별 색인에는 해당 필지에 영향을 미치는 각 증서들이 색인부에 색인되어 있기 때문에 권원의 연속을 확인하고 하자가 있는 지를 조사할 수 있으므로 어려움이 크지 않다(William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, op.cit., p.894).

161) 박홍래, 전게논문, 221-222면.

162) Dale A. Whitman, Optimizing Land Title Assurance Systems, 42 Geo. Wash. L. Rev. 40, 1974, pp.41-42.

163) 이에 대한 상세는 박홍래, 전게논문, 226-228면 참조.

은 권리임에도 보호되는 경우가 있는 등 여러 결함을 가지고 있다. 이러한 불완전함으로부터 오는 양수인의 위험을 극복하기 위하여 권원보험제도가 발생하게 되었다. 권원보험증서(title insurance policy)는 권원이 증서에 표시되어 있는 상태에 있지 않으면 그로 인하여 피보험자가 입게되는 손해를 보험자가 보상하겠다는 약속이다. 권원보험의 종류로는 모게지권자(mortgage lender) 권원보험, 소유자(owner) 권원보험 등이 있다.

2. Torrens system(토렌스 登記制度)

Torrens system(登記制度)은 1858년 남부 오스트레일리아에서 시행된 이후, 영국연방과 유럽 및 미국의 약 20개 주에서 채택된 제도이다.[164] 그러나 등기제도는 단지 몇 개의 지방에 있는 중요한 부동산에서 이행되었을 뿐 거의 활용되지 않고 있다. 왜냐하면 등기제도의 활용은 법적인 의무가 아니라 자발적인 것으로 소유자에게 그의 부동산을 등기할 것인지 아니면 계속하여 등록제도를 활용할 것인지에 관하여 선택하도록 하였기 때문이다.[165]

'토렌스'제도는 철저한 권원조사를 하여 권원자체를 등기하고, 그 등기된 권원은 확정적 효력과 절대적 유통성을 갖도록 하는 제도이다. 일반적으로 이 제도는 거울원리, 커턴원리 그리고 보험원리의 3원리 위에 이루어진다.[166] 그러나 이 제도는 나라마다 또는 곳에 따라서 상당한 차이가 있으나, 기본원리와 특질은 동일

---

164) 미국은 1895년에 일리노이스(Illonois) 州가 처음으로 입법화하여 시행했는데, 이는 레코딩시스템의 불완전한 점을 보완하기 위해서였다. 그러나 영국과 캐나다를 포함하여 대다수의 국가들은 미국의 레코딩시스템과 다른 등기제도를 채택하고 있다(Joyce Palomar, op.cit., 2002).

165) 이외에도 미국에서의 시행이 부진한 원인은 이 제도가 ① 미국헌법상 합헌성의 원칙에 따라 최초등기는 행정사무가 아니라, 사법사무라고 하여 반드시 법관이 관여하는 사법절차에 의해서만 가능하게 되어 많은 시간과 비용이 필요하게 된 점, ② 토지관계를 규율하는 실체법의 미비로 인한 물권법정주의의 불인정, ③ 부동산권원보험의 발달로 인하여 권원조회자나 권원보험회사가 자신들의 직역 침해를 염려하여 시행을 반대하였고, ④ 등기는 하지 않았지만 등기한 권원에 우월하는 우월적 권리를 인정 하는 것 등이 그 원인이다(김상용, "영미에 있어서 부동산권리공시제도", 43-44면; 박홍래, 전게논문, 233-235면; 김정수, 전게논문, 28-29면; 吉村眸, "アメリカシの不動産登記制度", 「不動産登記の諸問題(上)」, テイハン, 1974, 186-188면).

166) 정옥태, "부동산등기의 공신력에 관한 연구", 57면 참조.

하다.[167]

(1) 登記簿의 編成

1915년 미국의 통일부동산등기법(Uniform Land Registration Act: ULRA)은 법원에서 등기사무를 관할하도록 규정하고 있다(동법 제4조). 이리하여 미네소타, 오하이오주 등은 기존 법원이 등기사무를 관할하나, 마사츄세츠주는 특별법원인 토지법원을 설치하여 등기사무를 관할시키고 있다.[168]

등기제도의 본질은 주나 지방정부의 직원이 일정한 부동산의 소유자가 누구인지를 밝혀놓은 문서 즉 권원의 증명에 있다. 최초등기(initial registration)를 하면, 우리의 등기부등본과 같은 권원증명서(certificate of title) 2통을 작성하여 1통은 권리자에게 교부하고, 1통은 등기소에 비치·보관한다.[169] 등기용지를 따로 개설하지 않는 곳에서는 이 권원증명서를 편철하여 등기부를 만든다. 등기부는 물적 편성주의에 따라 권원증서를 편철한다. 해당부동산에 관한 제한이 덧붙여지거나 제거된 경우 이러한 사실이 등기부에 적절하게 기재된다. 소유자가 그의 부동산을 다른 사람에게 양도하면 양수인은 날인증서와 등기부등본을 등기소에 가지고 오고 새로운 소유자의 이름으로 등기부등본이 발급된다. 그러므로 원칙상 등기부는 항상 최근의 것이고 신뢰할 수 있다. 따라서 권원조사는 필요하지 않고 부동산매수인을 대신한 권원조사자는 현재의 등기부를 찾아 읽고 평가하면 되므로 매우 간단하다.

(2) 登記申請節次

최초등기는 보존등기 또는 창설등기라고 하며, 이에 의하여 권원이 창설되며, 그 신청이 있으면 등기공무원의 철저한 권원조사(examination of title)를 거쳐 등기를 하게 된다.

최초등기는 미국의 헌법상 합법성의 원칙(due process of law)에 따라 재판에

167) 김정수, 전게논문, 29면.

168) 김상용, “영미에 있어서 부동산권리공시제도”, 43-44면.

169) 상게논문, 45면; 정옥태, “부동산등기의 공신력에 관한 연구”, 59면.

준하는 사법절차로 행하여지므로 이는 단순히 등기용지를 개설한다고 하는 뜻만이 있는 것이 아니고, 부동산을 Title Registration Act하에 둔다고 하는 적극적 의미도 있는 것이다.[170]

(3) 登記公務員의 審査權

등기신청이 있으면 법원은 조사관으로 하여금 권리자가 제출한 과거의 거래증서 기타 모든 증거방법에 의하여 권원을 조사·보고하고, 이해관계인에게 이의신청을 할 수 있도록 고지(notice)를 한다. 조사관이 작성한 보고서는 공부(public record)로 되고, 이해관계인은 이를 열람할 수 있다. 이러한 절차를 거쳐 신청인이 적법한 권원을 가진 자로 인정되는 경우에는 법원은 등기공무원에게 등기할 것을 명령하고, 등기공무원은 이 명령에 따라 당해 토지에 대하여 등기를 하게 된다.[171] 즉, 등기공무원은 등기신청에 대하여 실질적 심사를 하고 있다.

최초등기가 된 토지에 대한 권리변동은 등기를 하여야 효력이 발생하므로 등기는 물권변동의 성립요건이다(ULRA 제54조).[172] 그러나 등기공무원의 심사권은 양도인의 등기 이후의 사항만 조사할 뿐이다.

(4) 登記의 公信力 및 效力

일반적으로 토렌스(Torrens)제도에서의 등기의 공신력은 인정된다.[173] 그러나 토렌스제도에서 인정되는 권원확정적 효력이 인정되지 않는 예외의 경우에 비로소 그 등기의 기재를 신뢰하고 거래한 자가 보호되느냐의 문제가 발생하기 때문에 독일이나 스위스에서 말하는 공신력과는 다른 의미를 가지는 것이라 할 수 있다.[174]

그리고 최초등기가 있으면 등기에는 권원을 확정하는 효력 내지 절대적 효력

---

170) 吉村眸, 전게논문, 179면.

171) 곽윤직, 전게서, 29면; 김상용, “영미에 있어서 부동산권리공시제도”, 44면.

172) 吉村眸, 전게논문, 180면.

173) 곽윤직, 전게서, 30면; 김상용, “영미에 있어서 부동산권리공시제도”, 43-44면.

174) 정옥태, 전게논문, 60-70면.

(absolute)이 있어 더 이상 다툴 수 없는 권원확정적 효력이 있다(indefeasible; unimpeachable; irrefragable; unassailable). 토렌스제도에 있어서 이 권원확정적 효력은 등기의 형식적 확정력과는 다른 개념이다. 등기의 형식적 확정력(Prinzip der formaren Rechtskraft des Grundbuchs)이란 물권변동의 효력이 발생하기 위한 요건으로 등기만 있으면 족하다는 실체법상의 원칙을 말하는 경우도 있지만, 등기가 존재하는 이상 그 유·무효를 불문하고 누구든지 등기절차상은 이것을 무시하지 못한다는 효과를 의미한다.[175]

Ⅵ. 要 約

(1) 법률행위에 의한 물권변동으로 당사자의 의사표시만으로는 물권변동이 일어나지 않고, 등기를 하여야만 물권변동이 일어나는 성립요건주의를 취하고 있는 입법례는 독일, 스위스, 토렌스제도, 우리 나라 등이다. 반면에 당사자의 의사표시만으로 물권변동이 성립하는 대항요건주의를 취하는 입법례는 프랑스, 일본 등이다. 형식주의를 취하는 나라로 독일은 등기원인을 물권행위로 이해되고, 물권행위는 독자성·무인성이 인정된다. 토지소유권이전의 토지소유권 이전의 합의(Auflassung)는 공정증서로 작성하거나 물권적 합의(Einigung)를 추측케 하는 등기허락서에 공적 인증을 받게 하여 등기원인증서로 한다. 반면에 스위스는 물권변동을 목적으로 하는 채권계약은 공정증서로 작성하고, 이를 등기원인증서로 하며, 물권계약은 유인성을 갖는 것으로 이해된다.

(2) 등기사무의 관할에 관하여 독일에서는 종래에는 토지등기판사가 담당하였으나 1969년의 「사법관리관법」에 의하여 사법관리관이 담당하고, 스위스는 토지등기관리인이 담당하는데 등기공무원은 주정부의 감독과 연방의회법무국에서 관할하고 있다.

(3) 등기부의 편성은 독일, 스위스, 일본, 토렌스제도 및 우리 나라는 1부동산 1등기용지주의의 원칙을 채택하여 물적 편성주의를 취하고 있으나, 프랑스는 인적 편성주의를 원칙으로 하고 있다. 다만, 우리 나라는 “집합건물의소유및관리에관한법률”에 의한 구분소유의 건물에 관하여 이의 예외를 인정하고 있다.

(4) 등기는 신청에 의하여 이루어지는 등기신청주의를 원칙으로 하고 직권등기

175) 홍성재, 「부동산 물권변동론」, 법문사, 1992, 296면.

등은 예외적으로 인정하고 있다. 등기신청을 등기권리자와 등기의무자가 단독으로 하는 단독신청주의와 양자가 공동으로 하는 공동신청주의가 있다. 독일, 스위스, 토렌스제도 등은 단독신청주의를 취하고 있다. 다만, 독일은 등기권리자 또는 등기의무자 중 누구든지 단독으로 신청할 수 있으나, 스위스의 경우는 등기의무자만이 토렌스제도에서는 등기권리자만이 단독으로 신청한다. 일본과 우리 나라는 등기권리자와 등기의무자가 함께 신청하는 공동신청주의를 채택하고 있다. 단독신청시 등기의무자의 의사에 반하여 등기되는 것을 방지하기 위하여 독일에서는 등기의무자의 등기허락(공적 인증을 받은)을 요하며, 토렌스제도에서는 등기의무자가 보유하는 권원증명서를 제출하게끔 하고 있다.

(5) 등기의 진정성을 확보하기 위하여 등기공무원에게 심사권을 부여하고 있는데, 심사의 범위와 권한에 따라 실질적 심사주의와 형식적 심사주의가 대립한다. 등기절차의 적법성 여부에만 한정하여 심사하는 형식적 심사주의는 프랑스, 일본(표제부등기 제외), 독일 등이다. 다만, 독일은 토지소유권이전의 경우와 지상권설정·양도에 관한 등기의 경우에만 한하고 있다. 반면에 신청이 등기절차상의 요건에 적합한지의 여부뿐만 아니라 실체법상의 권리관계와 일치 및 권리관계의 유효여부까지 심사하는 실질적 심사주의는 스위스, 토렌스제도의 최초등기, 독일의 토지소유권이전과 지상권설정의 경우에 이 주의를 취하고 있다. 양주의는 등기절차의 신속, 거래의 원화, 부실등기의 방지 등에서 차이가 나타나며, 그 단점을 보완하기 위하여 독일과 스위스는 등기원인에 대한 공증제도를 채용하고 있다. 우리 나라는 형식적 심사주의에 의하면서, 등기원인에 대한 공증제도를 도입하고 있지 않다.

(6) 독일과 스위스민법은 등기의 공신력을 인정하고 있지만 프랑스, 일본, 우리나라는 등기의 공신력을 인정하고 있지 않다. 대체적으로 공신력을 인정하고 있는 나라는 형식주의를 취하고 있고, 공신력을 인정하지 않는 나라는 의사주의를 취하고 있다. 독일민법은 권리의 등기는 그 권리의 존재를 추정시키고 말소등기는 그 권리자가 존재하지 않음을 추정한다고 규정하고 있고, 스위스민법은 등기된 부동산에 대한 권리의 추정이 인정되고 등기명의자는 등기된 권리의 권리자인 것을 추정한다는 규정을 두고 있다. 따라서 독일의 경우 법률행위에 의하여 물권을 선의로 취득한 제3자에 한하는데 선의이면 충분하고 과실은 묻지 않으나, 스위스는 선의·무과실인 경우에 보호를 받는다. 공신력을 배제하기 위해서는 독

일은 이의등기, 스위스는 임시의 지위를 정하는 가등기를 하여야 한다. 토렌스제도에도 공신력이 인정된다고 하고 있으나 이 등기제도에서는 권원확정적 효력이 인정되지 않는 예외의 경우에, 비로소 등기의 기재를 신뢰하고 거래한 자를 보호하느냐의 문제가 발생할 뿐이므로 독일, 스위스에서의 공신력과는 차이가 있다.

(7) 국가배상제도에 관하여 독일은 공무원의 과실을 요하나, 스위스는 무과실책임이다. 공무원의 과실이 없는 경우에도 보상을 받을 수 있도록 하는 것이 등기제도의 이상을 추구하는데 적합하나, 국가의 큰 재정적 부담이 요구된다. 우리나라는 국가배상책임을 인정하지 않는다.[176]

176) 그러나 국가배상법에 의하여 일정한 요건하에 국가배상책임을 인정한다는 견해도 있다(곽윤직, 전게서, 59면).

第3章 우리 나라 不動産登記制度의 內容

우리 나라 부동산 등기제도는 고려시대와 조선왕조에 있어서 부동산소유권의 양도방법이 어떠하였는가는 확실하지 않다. 다만 조선왕조 이후 현행 등기제도에 이르기까지 공시제도의 변천과정은 후술하는 바와 같이 4기로 구분하고 있다.[1] 제1기는 서면에 의한 양도로서 문기를 작성하고, 이를 공증하는 입안제도가 있었고, 제2기는 근대적 공시제도로 발전하는 과도기로 1893년부터 1905년까지 지권제도가 시행되었고, 제3기는 근대적 등기제도의 시초라 할 수 있는 증명제도가 도입·시행된 시기이고, 제4기는 일본에 의한 식민지시대의 등기제도로서 1912년 3월 18일 제령 제9호 「조선부동산등기령」이 발포된 이후부터 1960년 1월 1일의 「부동산등기법」공포·시행된 시기이다.

위와 같은 과정을 거쳐 제정된 현행 부동산등기법상의 등기제도는 등기부의 조직에 있어서 물적 편성주의를 취하였고, 등기절차에 있어서는 공동신청주의와 형식적 심사주의를 채택하였으며, 등기의 효력에 있어서는 성립요건주의에 의하고 있다. 그러나 등기의 공신력은 인정하지 않았다.

현행 부동산등기제도와 구법령(제4기)에 의한 등기제도 사이에 가장 큰 차이점은 대항요건주의에서 성립요건주의로 바뀐 것이다. 즉, 조선민사령 제13조에서 물권변동은 등기하여야 「제3자에게 대항할 수 있다」고 하였던 것을 민법 제186조는 「법률행위에 의한 부동산 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다」고 한 것이다.

부동산등기제도의 이상은 부동산 물권관계를 정확·신속하게 공시함으로써 거래의 안전에 기여하고자 하는 것이다. 이러한 이상을 추구하는 것은 우리 나라 부동산등기법도 예외는 아니다. 그러나 우리 나라 부동산등기법은 그 규정이 대부분 절차적이고, 명확해야 할 부분이 불분명하기도 하고, 반드시 규정해야 할 사항인 등기의 추정력·공신력·등기청구권 등을 결여하여 등기의 공시작용과 거래안전 등에 미흡한 점이 없지 않다. 또한 전산정보처리조작에 의한 등기사무의 처리 및 인터넷등기에도 보충하고 보완할 부분이 있다.

우리 민법 제186조에서 성립요건주의(형식주의)를 취하고 있기 때문에 부동산

1) 곽윤직, 「부동산등기법」, 42면 이하; 남윤봉, "부동산등기제도에 관한 일고", 「현대민법의 전망」, 범주회갑기념논문집, 1995, 192면.

등기제도는 재산권에 있어 더없이 중요한 역할을 하고 있다.[2] 이하에서는 우리나라의 부동산등기제도를 살펴보고, 등기제도의 이상에 다가가기 위한 필요조건을 찾아보고자 한다.

第1節 不動産登記의 意義

등기라 함은 등기부라고 하는 공적 장부에 일정한 사항을 기재하는 것 또는 그 자체를 말한다. 이러한 등기에는 부동산등기, 선박등기, 입목등기, 법인등기 등의 여러 가지 등기가 있으나, 여기에서는 부동산등기에 관하여만 언급하기로 한다. 부동산등기라 함은 부동산의 현황이나 권리관계를 부동산 등기부라고 하는 공적 장부에 기재하는 것 또는 그 기재된 것을 말한다.

우리 민법은 제186조에서 "부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실·변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다"고 규정하여 원칙적으로 부동산에 관한 물권변동은 부동산등기법에 정한 바에 따라서 등기하여야만 효력이 발생한다. 부동산등기를 「사실의 등기」와 「권리의 등기」로 구분할 경우, 부동산의 위치·면적·지목·구조 등의 상황의 등기를 사실의 등기라고 하고, 부동산의 권리관계 변동을 등기하는 것을 권리의 등기라고 한다. 그런데 부동산등기를 실체법상에서는 권리의 등기를 의미한다. 예컨대 민법 제186조에서 「부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실·변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다」고 규정하고 있는데, 여기서 등기는 권리의 등기를 의미한다. 그러나 부동산등기법에서 등기는 사실의 등기와 권리의 등기 두 가지를 모두 의미한다. 사실의 등기로서 부동산등기법에서 「구분건물의 표시」(동법 제2조 본문)에 관한 것을 등기할 사항으로 규정하고 있으며, 「구분건물의 표시에 관한 등기」(동법 제131조의2 제3항) 등이 이에 해당한다.[3]

---

2) 1999년 2월 5일 민법(재산법)개정특별분과위원회가 구성되어 개정작업에 착수하였고, 그 결과 등기와 관련한 많은 부분이 개정 또는 신설되었다. 이에 대해서는 백태승, "등기와 관련한 민법의 개정", 「부동산법학」 제14집, 한국부동산법학회, 2006. 6, 5-면 이하 참조.

3) 부동산등기법에서는 부동산의 표시에 관한 등기를 별도로 인정하지 않는다. 소유권보존등기시에 표시란에 부동산의 표시를 하고 甲구사항란에 소유자를 기재한다(신언

부동산등기법에서는 권리에 관한 등기만을 인정하여 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 권리질권, 임차권의 설정·보존·이전·변경·처분의 제한 또는 소멸에 관한 사항을 甲구 또는 乙구에 등기하도록 하였으나, 1985년 4월 10일부터 구분건물에 관하여는 부동산의 표시에 관한 등기를 인정하고 있다. 따라서 부동산등기의 의미도 실체법과 절차법에서 차이가 있으나, 여기서는 양자를 포함하는 부동산등기법을 중심으로 하여 설명하기로 한다.

부동산등기를 부동산의 현황 또는 권리관계를 부동산등기부에 기재하는 것이라고 할 경우, 등기관이 권리관계의 등기에 관하여 등기의 신청을 수리하고 등기필증을 교부하였다고 하더라도 등기관이 착오 등의 이유로 등기부에 기재하지 아니한 때에는 부동산등기는 존재하지 않는다(민법 제186조, 부동산등기법 제2조). 또한 등기부에 「부동산의 현황 또는 권리관계」가 아닌 사항을 기재하더라도 그것은 등기가 아니다. 예컨대 등기관의 날인 또는 교합인 등은 등기가 아니다. 따라서 등기부에 부동산의 현황이나 권리관계에 기재가 있으면 등기가 되었다고 할 것이고 등기관의 날인이 누락되었다고 하여 등기가 존재하지 않는다고는 할 수 없다.[4)]

부동산등기라고 할 때 부동산등기부에 기재하는 것을 말하는가 아니면 기재된 것 그 자체를 말하는가는 경우에 따라 판단해야 할 것이다. 예컨대 「등기를 새로운 용지에 이기한다」 또는 「등기의 말소」(부동산등기법 제87조)라고 하는 경우에는 등기부에 기재한 것을 말한다.

이상에서 본 바와 같이 부동산등기의 의미는 여러 가지 관점에서 달리 파악되지만, 부동산등기에 관한 사항을 규정한 부동산등기법을 준거하여 해석함이 타당하다고 할 것이다.

숙, 「부동산등기법」, 육법사, 1997, 20면).

4) 대판 1977. 10. 31, 77마262; 대결 등기예규 제156항.

第2節 不動産登記制度의 沿革

우리 나라는 일찍부터 토지에 대해서는 국유를 원칙으로 하고 있었다. 그러면 언제부터 토지의 사유가 인정되었는가. 이에 대해 견해의 대립이 있으나 삼국시대부터 인정되어 왔다는 것이 현재의 유력설이다.[5] 씨족 및 부족법시대에는 토지를 백성에게 나누어 주거나 均田制가 존재하지 않은 것으로 알려져 있다. 삼국시대에는 食邑制度[6]를 통해서 알 수 있듯이 왕실·귀족·사원·농민이 소유할 수 있었으며, 통일신라시대에는 각종 토지의 분급이 국가통제력의 부족으로 매매·양여 등의 형태로 나타나 토지사유화의 기운이 싹트기 시작하였다.[7] 고려시대에는 국가재정이 지방에 의존하고 있어서 역시 토지국유제가 채택되고 있었으나 관료중심의 토지분급을 위한 수조권의 재분배(과전법)로 인하여 私田化의 현상을 막을 수 없었다. 조선시대에는 고려말의 과전법에 기초해서 수조권의 귀속에 따라 토지가 공전과 사전으로 나뉘어지고, 공전의 사유화로 발전되어 대토지사유화의 현상이 나타나게 되었다.[8] 이와 같이 우리 나라의 토지소유는 역대 왕조가 표방한 토지국유제의 분해과정에서 서서히 싹트기 시작하여 대한제국에 이르러 일반화된 것이다.[9]

토지 소유권의 양도방식에 대하여서는 고려시대까지의 법률제도나 관행에 대해서는 파악하기 곤란하다. 조선시대의 토지소유권은 오직 문서에 의해 확정되고, 입증되는 것이 원칙이다. 이는 국가에 의해 확정·보호되었고, 분쟁발생시 그 해결기준이 준비되어 있었다. 조선왕조 이후 현행제도에 이르기까지 양도방식과 그에 관한 공시제도의 변천은 4기로 나눌 수 있다.[10]

---

5) 곽윤직, 전게서, 42면; 임윤수, “부동산등기제도의 발달과 개선방안”, 「서일논총」 제16집, 서일대학, 1998, 544면.

6) 食邑이란 귀족이나 공신에게 일정한 고을을 지정하고, 그 고을에서 국가에 납부할 조세를 받게 하거나 국가가 소유하는 토지를 특별히 주는 賜田制度이다(우병창, 「조선시대재산법」, 세종출판사, 2006, 170면).

7) 최돈호, 「부동산등기법」. 박영사, 2004, 3-4면; 김옥근, 「한국토지제도사연구」, 대왕사, 1980, 44면.

8) 김상용, 「한국법사 중심 법사와 법정책」, 한국법제연구원, 2007, 106면 이하; 이영래, 「한국근대토지제도사연구」, 보문사, 1968, 9-12면 참조.

9) 류해웅, 「토지법제론」, 부연사, 2001, 35면.

Ⅰ. 第1期 立案制度

제1기는 조선초기부터 그 말기인 고종 30년(1893)에 이르기까지 약 500년의 장기간에 해당한다. 세종대왕때 경기감사의 요청으로 토지매매가 일반적으로 허용되었다. 이때에는 서면에 의한 양도방법인 文記와 일종의 공증제도인 立案[11]이 행하여진 시기이다. 토지나 가옥의 양도는 서면에 의한 계약과 목적물의 인도에 의한 요물계약이었다.[12]

문기는 양당사자와 증인 그리고 집필인이 모인 가운데에 집필인이 작성한다. 문기에는 매도일자, 매수인, 매매이유, 목적토지나 가옥에 대한 권리전승의 유래, 부동산의 소재와 四至(四標)[13], 대금과 그 수령사실, 담보문서 등을 차례로 적고 끝으로 매도인, 증인, 집필인이 각기 기명화압한다. 문기를 작성한 후에는 이를 그 부동산에 관한 권리전승을 증명하는 모든 문서와 함께 매수인에게 인도하면 양도행위가 완료된다.[14] 이와 같이 토지의 매매계약의 합의문기와 대금의 수수에 의하여 토지의 소유권이 이전되면, 그 토지매매의 취소권은 제한된다.[15] 문기는 종선왕조 말기까지 토지소유권의 증명수단이었으며, 관민이 함께 그 효력을 인정하였다. 만약 문기를 분실한 경우에는 군수에게 立旨 또는 完文이라는 증명을 받아서 토지소유권을 증명하였다.

입안은 소유권이전의 사실을 관청에 신고하는 것, 즉 일반 개인 사이에 작성된 문기를 告官하여 그 관청의 공증을 받는 절차로써 경국대전의 시행에 비롯한다.

---

10) 곽윤직, 전게서, 42-56면.

11) 당초에는 대명율을 적용하여 토지를 매매할 경우 토지문기와 함께 세전을 소관관서에 납부하고 그 증명(稅契立案)을 받도록 하였으며, 만일 이를 준수하지 않으면 일정한 제재를 가하였으므로 토지에 대한 공적 증명제도가 이때부터 출발한 것으로 본다(김종권, 「실무 부동산등기법(상)」, 한국사법행정학회, 1992, 70면; 정우형, 「부동산등기법」, 법우사, 2007, 52면).

12) 김상용, 전게서, 114면; 최돈호, 전게서, 4-5면; 박병호, 「한국법제사고; 근세의 법과 사회」, 법문사, 1974, 15면; 김옥근, 전게서, 101면.

13) 매매라는 토지의 동서남북에 있어서의 경계를 이루는 표시 내지 표지(정우형, 전게서, 52면.

14) 김상용, 전게서, 114면; 정우형, 전게서, 52면; 김옥근, 전게서, 103면; 임윤수, 전게논문, 545면.

15) 김상용, 상게서, 115면.

입안절차를 거친 문기를 관서문기라 하고, 그렇지 않은 문기를 백문문기라 한다.[16]

입안은 토지매수인이 소재관인 수령에게 입안을 신청하는 「所志」를 제출한다. 수령은 문기를 통하여 매매가 유효하게 성립하였다는 심증을 굳히면 소정의 서식에 따라서 입안문을 작성하여 수결을 하고 관인을 찍어 이를 매수인에게 교부하였다. 이와 같이 입안은 관에서 매매의 합법성여부를 조사하고, 합법적이고 진실한 경우에만 사급하므로 그 매매사실에 대한 확실한 입증이 되어 다툴 수 없는 공증력을 가진다. 또한 입안이 사급되면 번복할 수 없는 확정력을 가지게 되어 권리관계가 명확해지고, 매수인의 소유권은 강하게 보호될 수 있다.[17]

그러나 입안은 매매에 관여한 매도인, 매수인, 증인, 筆執人 등이 관사에 출두하여야 하는 절차상의 요청, 계속된 내우외환인 임진왜란과 병자호란으로 국가적인 혼란의 초래, 作紙負擔의 과중 등 조세부담을 위한 토지세제에 대한 대장적 역할을 함으로써 활성화되지는 못하고, 점차적으로 입안없이 백문으로만 토지매매를 하는 방향으로 발전되었다.[18]

Ⅱ. 第2期 家契와 地契制度

제2기는 1893년부터 광무 9년(1905년)에 이르는 기간으로 가계와 지계제도가 시행된 시기이다. 대한제국은 국가재정을 튼튼히 하기 위하여 量地衙門을 설치하여 양전사업을 추진하였다. 입안제도가 백문거래로 유명무실해지면서 위조문서가 성행되고, 또한 개항지와 개시지에 외국인의 거류지가 생기게 되자 외국인이 토지나 가옥을 취득한 경우에 종래의 입안에 갈음하는 제도가 필요하게 되었다. 그래서 1893년 가계제도와 1901년에 지계제도를 실시하였다.[19]

가계는 가옥의 소유에 관한 관의 인증이며, 매매 등으로 가옥을 양도할 때에 발급되었다. 이는 1893년 2월 13일에 내무부의 계에 따라 한성부에서 처음으로 발급하였고, 후에 개항지와 개시지에도 발급되었다. 인증서 전면에는 가계문언이

16) 우병창, 전게서, 258면; 박병호, 전게서, 36면 참조.

17) 우병창, 상게서, 265-266면 이하 참조.

18) 곽윤직, 전게서, 45-46면; 김상용, 전게서, 115면; 정우형, 전게서, 53면.

19) 김상용, 상게서, 179면; 이영래, 전게서, 80면.

인쇄되어 있고, 끝부분에 담당공무원·매도인·매수인·증인 등이 서명하고 堂上官이 화합한 것으로 대체로 입안과 같은 형식의 것이다.[20] 매매에 의하여 가계를 받은 자가 다시 매도하는 경우에는 구계를 제출하여 신계를 교부받아야만 소유자로 인정되었다.

지계는 가옥소유권을 증명하던 공문서인 가계에 상대되는 개념으로 소재·평수·매매사유를 기재한 토지의 소유권을 명기한 공문서를 말한다.[21] 지계는 한국인으로 전답을 소유하는 자는 반드시 이 관계를 소지하도록 한 것으로 지권이라고도 한다.[22] 전답관계는 3통을 작성하여 1통은 지계아문이 보유하고, 1통은 토지소유자에게 교부하고, 1통은 지방관청이 이를 보존하도록 하였다.[23] 전술한 백문거래로 토지제도의 위조문기가 성행되어 광무 5년(1901년)에 토지의 정비·세수의 확보, 도매의 방지를 위하여 그해 9월 9일에 따로 중앙에 지계위문을 설치하여 한성부와 각도에 지계감리를 두어 「대한제국전답관계」라는 지계를 발급하기 시작하였다. 그러나 양지에 대한 지식과 기술의 미숙, 계획의 부적정 등으로 토지조사가 제대로 되지 않아 중도에서 이 제도의 시행은 중지되고, 증명제도로 바뀌어서 발전하게 되었다.

지계나 가계는 토지가옥에 대한 권리의 설정, 이전에 필요한 요건이었다고 볼 수 없지만, 지계나 가계를 소지한 자는 제3자에 대하여 자기의 권리를 주장하여 보호받을 수 있었다.[24]

---

20) 곽윤직, 전게서, 47면; 김상용, 전게서, 179면; 최돈호, 전게서, 5면.

21) 최돈호, 상게서, 6면.

22) 지계는 열강제국과의 거류지에 관한 조약에 의하여 외국인 거류지 및 거류지로부터 10리(4㎞) 이내의 地所에 대하여 조약국의 국민이 소유권을 취득하고자 할 때 감리서에서 발급하였던 것이다. 즉, 외국인에게 발급하였던 지계를 전답소유자인 모든 국민에게 발급하고자 했던 제도이다(곽윤직, 전게서, 48면; 최돈호, 상게서, 6면).

23) 곽윤직, 상게서, 48면; 정우형, 전게서, 56면; 지종덕, 「지적의 이해」, 기문당, 2001, 83면.

24) 김병화, 「한국사법사; 중세편」, 일조각, 1980, 386면; 박병호, 전게서, 74면. 또한 지계와 가계를 분리하여 운용한 것은 그 당시에 토지와 건물을 별개의 부동산으로 분리하여 다루었다는 것을 추론할 수 있다는 주장도 있다(김상용, 전게서, 179면).

Ⅲ. 第3期 證明制度

제3기는 1906년부터 1910년까지 약 5년간의 기간으로 불완전하지만, 근대적 등기제도의 시초라고 할 수 있는 증명제도가 도입·시행된 때이다.

을사조약(1905년)에 의하여 일제는 대한제국을 반식민지 상태로 만들었다. 그리고 외국인의 토지취득을 허용하지 않았던 대한제국의 「토지건물의 매매, 교환, 양여, 전당의 건」법률을 무력화시키고, 일본인으로 하여금 우리 나라의 토지를 취득할 수 있도록 「토지가옥증명규칙」을 광무 10년(1906년) 1월 30일 제정하여 동년 12월 1일부터 시행하였다. 또한 이 칙령의 시행을 위하여 동년 11월 17일의 「토지가옥증명규칙시행세칙」이 나왔으며 그밖에도 법부훈령이라 하여 공포된 여러 개의 시행세칙적인 것이 있다.[25]

한말에 관의 증명없이 토지매매가 이루어지는 악습이 만연하였다. 따라서 「토지건물의 매매, 교환, 양여, 전당의 건」을 제정하여 위조문권으로 도매하는 악습을 없애고, 외국인에게 토지소유권이 넘어가는 것을 막고자 하였다.[26] 즉, 토지나 건물을 매각, 양여, 교환 혹은 전당할 때에는 소유자가 地券 기타 서면을 구비하여 부동산소재지의 사정을 잘 알고 있는 토지나 건물소재지의 이장 또는 면장의 證印을 받은 후, 군수 또는 府尹의 인허를 받도록 하였다(동법 제1조 참조).

토지가옥증명규칙[27]에 의하면, 토지나 가옥을 매매, 증여, 교환, 전당할 경우에 당사자는 계약서 2통(전당의 경우는 3통)을 작성하여 統首 또는 통장에게 제출하여 군수 또는 부윤에게 증명을 받아야 한다(동규칙 제1조). 통수나 통장은 이미 비치된 인증부에 기입하고 계약서 각통에 인증하여 당사자에게 반환한다(동세칙 제2조, 제3조). 이 인증된 계약서는 다시 부윤 또는 군수에게 제출하고, 이를 접수한 부윤·군수는 당사자가 진정한 권리자인지의 여부, 당사자능력, 부동산의 동일성, 계약의 유효성 등을 심사하고(실질적 심사주의) 틀림이 없음을 확인한 때에는 비치한 토지가옥증명부에 소정 사실을 기재하고 증명한 후에 계약서의 1통(전당의 경우는 2통)을 당사자에게 교부한다(동세칙 제5조). 외국인간의 거래에

25) 이에 대해서는 김상용, 전게서, 186-190면; 최돈호, 전게서, 8-9면 참조.

26) 정우형, 전게서, 58면; 김상용, 전게서, 186면; 최돈호, 상게서, 7면.

27) 동규칙의 제정과정에 대해서는 정연태, “대한제국 후기 부동산 등기제도의 근대화를 둘러싼 갈등과 그 귀결”, 「법사학연구」 제16호, 1995. 12, 98-100면 참조.

있어서는 일본 이사관에 신청하고, 이사관은 당해 군수 또는 부윤에게 조회하여 토지가옥 증명부에 기재한 후 증명한다(동규칙 제8조). 그리고 외국인과 한인간에 있어서는 일본 이사관의 사증을 받는 것으로 되어 있다(동규칙 제8조).[28]

증명을 얻은 계약서는 완전한 증거가 되며, 당해 관청에서는 즉시 집행할 수 있는 집행력을 가지게 되었다.[29] 이 법령은 외국인의 부동산소유에 대하여 종래의 국지성을 없애고, 외국인에게도 부동산소유를 인정하고 증명하는 것을 그 내용으로 하고 있다.[30]

그리고 1908년 "토지가옥소유권증명규칙"(칙령 제47호)을 제정하여 토지가옥증명규칙 시행 전에 매매, 증여, 교환, 유산의 계수, 가옥의 신축 등에 의하거나 동규칙 시행전에 매매, 증여, 교환을 제외한 원인에 의하여 토지 또는 가옥의 소유권을 취득한 자가 토지가옥증명규칙에 의한 증명을 받고자 할 때에는 그 소재지를 관할하는 군수 또는 부윤에게 신청을 하도록 하였다(동규칙 제1조).

이와 같은 증명제도의 특징은 증명부라는 공부를 작성하여 이것이 공시의 기능을 하게 되었다는 점과 이른바 실질적 심사주의를 취하여 증명부의 신뢰도를 높이고 있다는 점이다. 이 제도에 의하여 처음으로 근대적 등기제도로 접근하게 된 것이다.[31]

Ⅳ. 第4期 土地調査事業

제4기는 1910년 한일합방 이후 일제의 식민지시대로 일본의 등기제도를 의용한 때를 일컫는다. 일반적으로 근대적인 부동산공시제도는 구한말인 광무 10년(1906년)에 공포된 토지가옥증명규칙에서 비롯된다고 할 수 있지만, 경술국치로 일련의 부동산공시제도는 결실을 맺지 못하고, 일제가 주관하는 조선총독부로 이관되었다. 혼란한 재래의 토지소유관계를 정리하고 개편하는 것이 일본의 식민지정책을 수립하는데 있어서 필수조건이 되었기 때문이다.

---

28) 외국인의 토지소유를 허용한 결과 그 증명규칙과 이를 금지한 조약 및 「형법대전」이 공존하는 기이한 결과가 되었다(상게논문, 103면).

29) 곽윤직, 전게서, 50면; 김상용, 전게서, 186면.

30) 최돈호, 전게서, 7-8면.

31) 정우형, 전게서, 57-58면; 이영래, 전게서, 85면.

1912년 3월 18일 「조선부동산등기령」 발포하여 부동산의 등기에 관하여는 동령에 특별규정이 있는 경우를 제외하고는 일본의 부동산등기법에 의하도록 하였다.[32] 이후 「조선부동산증명령」, 「조선부동산증명령시행규칙」을 연이어 발포하여 모든 토지를 공부상에 등기하도록 하였다.[33] 「조선부동산증명령」은 토지가옥증명규칙과 토지가옥소유권증명규칙에 의하여 시행되어 오던 증명제도를 대체한 것으로써, 「조선부동산등기령」이 시행되는 지역에서는 그 적용이 배제되었다. 주요한 특징은 구규칙이 실질적 심사주의에 의하고 있던 것을 형식적 심사주의로 바꾼 것이다.[34]

그러나 부동산물권의 공시제도의 확립을 위한 전제조건으로 토지대장의 완비가 문제였다. 당시 토지조사, 즉 세부측량이 되어 있지 않았었기 때문에 등기제도의 실시를 보류하고 증명제도를 계속 실시하는 동시에 동년 8월에 제령 제2호로써 「토지조사령」을 공포하면서 세부측량을 실시하게 되었다. 토지조사는 토지소유자의 신고에 의거하는 준비조사와 1필지조사 및 분쟁지조사 등의 조사, 그리고 사정, 재결의 과정으로 진행되었다.[35] 1914년부터 서울을 비롯한 일부지역의 토지조사사업이 완료되고, 토지대장규칙에 의하여 토지대장이 만들어짐으로써 부분적으로 부동산등기령에 의한 등기가 실시되어 4년 2개월 만인 1918년 7월 1일에 전국적으로 등기령의 실시를 보게 되었다.[36] 토지조사사업이 끝나자 1918년 조선임야조사령을 제정하여 임야조사사업을 실시하여, 1935년 완결하였다. 그 결과 우리 나라는 다른 나라와는 특이하게 임야대장과 토지대장이라는 두 대장을 가지게 되었다.

이와 같은 과정을 거쳐서 우리 나라에서 시행된 의용된 일본부동산등기법의 특징은 ① 지방법원·지원 또는 출장소가 등기소가 되어 등기사무를 관장하고, 등기공무원의 직무집행에 있어서 신청인 및 기타의 자가 손해를 입었을 때에는 등기공무원의 고의·과실이 있는 경우에만 배상하도록 하였다. ② 다른 나라와는

---

32) 곽윤직, 전게서, 52면;

33) 정우형, 전게서, 60면; 정권섭, "소유권사상과 토지소유권", 「한국법사학논총」, 박병호교수 화갑기념논문집(Ⅱ), 1991, 215-216면.

34) 곽윤직, 전게서, 53면; 정우형, 전게서, 60면.

35) 곽윤직, 상게서, 53면; 김상용, 전게서, 219면 참조.

36) 곽윤직, 상게서, 54면; 김상용, 상게서, 222-223면; 이원준·우홍구, 「부동산등기 지적공시론」, 범론사, 1995, 99면.

달리 등기부를 토지와 건물로 나누었을 뿐만 아니라 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 하였다. ③ 등기부는 물적 편성주의에 따라 편성되고, 하나의 부동산은 하나의 등기용지를 사용하였다. ④ 등기공무원의 심사권은 형식적 심사주의에 의하고, ⑤ 등기의 효력에 있어서도 성립요건주의가 아니라 대항요건주의를 취하여 등기의 공신력을 인정하지 않았다.[37]

그러나 해방이 되었음에도 불구하고 일본의 등기제도는 1960년 「부동산등기법」이 시행될 때까지 계속되었다.[38] 그리고 대법원규칙 제63호로 제정된 「부동산등기법시행규칙」을 제정·공포하여 시행됨으로써 일본의 의용제도는 종식되었다.[39]

第3節 不動産登記法의 性格 및 體系

1958년 2월 22일 실체적 등기법이라 할 수 있는 민법이 제정되면서, 형식적·절차법적 성격의 등기법의 제정이 필요하였다. 1960년 1월 1일 법률 제536호로 공포되고, 즉시 시행된 「부동산등기법」이 그것이다. 그 시행에 관해서는 대법원규칙으로 정하도록 하여, 「부동산등기법시행규칙」을 공포하여 시행하였다. 「부동산등기법」은 사회·경제적 변화에 따라 이후 19차에 걸쳐 개정(2007. 5. 17, 법률 제8435호)되어 현재의 부동산등기법에 이른 것이다.

Ⅰ. 不動産登記法의 性格

현행 등기제도는 대체로 구법시대의 등기제도를 승계하고 있다고 할 수 있다.[40] 예컨대 등기부의 편성에서 물적 편성주의를 취하고, 등기절차에서는 공동

37) 곽윤직, 상게서, 55-56면.

38) 미군정포고령에 의하여 민사에 관한 사항은 일본 법령이 그 효력을 갖는다고 하였고, 또한 건국헌법 제100조에서 등기제도에 관하여 조선민사령과 조선부동산등기령 및 동 시행규칙은 계속 효력을 갖는다고 하였기 때문이다(최승영, "우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 대한 연구", 「민사법연구」 제12집 제1호, 2004. 6, 145면).

39) 곽윤직, 전게서, 57면.

신청주의와 형식적 심사주의를 취하며, 등기의 효력에 관하여는 이른바 등기주의 내지 성립요건주의에 의하고 있으나, 공신력을 인정하지 않는다. 구법의 등기제도와 다른 점으로는 등기의 효력에 관하여 조선민사령 제13조는 대항요건주의를 취하였지만, 현행 민법 제186조의 법률행위에 의한 부동산물권변동에 관한 규정에 따라 성립요건주의로 전환하였다는 점이다.[41]

부동산 등기에 관하여 적용되는 법규는 크게 실체법과 절차법의 두 가지로 나눌 수 있다. 실체적 등기법은 등기하여야 할 물건과 권리 및 법률관계, 등기의 유효요건, 등기의 효력 등에 관한 규정들이다. 즉, 실체법인 민법의 통칙규정인 신의성실의 원칙(동법 제2조)과 물권편 중 물권법정주의(동법 제185조) 그리고 부동산물권의 득실변경에 관한 규정인 제186조와 제187조의 규정 등이 여기에 해당한다. 반면에 절차적(형식적) 등기법이란 등기소, 등기관, 등기에 관한 장부, 등기의 절차 등에 관한 규정들이다. 이 절차적 등기법에 속하는 규정들을 모아 놓은 대표적인 법률이 부동산등기법이다. 부동산등기법은 민법의 물권변동의 실현으로서 존재가치가 있는 법규이므로 실체적 등기법에 속하는 규정들이 몇 조문 삽입되어 있지만, 그것은 민법과 같은 실체법이 규제하여야 할 사항이다.[42] 이외에도 부동산등기에 적용되는 절차법으로는 그 시행규칙인 부동산등기규칙, 부동산등기특별조치법, 집합건물의소유및관리에관한법률 등의 등기와 관련된 특별법 등을 들 수 있다.

부동산등기법은 등기를 실현하기 위하여 일반국민이 행하는 행위, 국가기관인 등기소가 할 행위, 그 외에 절차법규에 관한 기술적 법규를 내용으로 한다. 따라서 이러한 행위에는 정형화된 일정한 형식이 요구되므로 절차법에 해당한다.[43] 그러나 부동산등기법은 민법의 물권변동의 실현을 위한 법규로서 사법에 속하는 것으로 분류되나 그 성격은 공법에 속하는 절차법이라 할 수 있다. 부동산등기법은 공법 성격의 사법, 실체법 성격의 절차법, 강행법 성격의 임의법과 비송사건의 성질을 가진다.[44]

---

40) 곽윤직, 상게서, 58면.

41) 상게서, 58-59면.

42) 상게서, 70-71면.

43) 최승영, 전게논문, 219면.

44) 상게논문, 218면; 주명식, 「신부동산등기법론」, 범론사, 1984, 32-34면.

부동산등기법이 공법 성격을 갖는다는 것은 국가기관인 등기관이 등기라는 사법행정을 위한 권한과 조직 및 절차를 규정하고 있기 때문이다. 등기는 등기신청인이 등기소에 대하여 일정내용의 등기부에 기재해 줄 것을 요구하는 절차법상의 의사표시이므로 사법상의 법률행위는 아니며, 사인이 행하는 일종의 공법상 행위에 불과하다. 등기신청은 공법상의 법률행위는 아니며, 공법상 행위에 불과하다. 등기신청행위는 사법상 매우 중요한 의의를 가진다. 등기신청은 실제 사법상의 법률행위(물권행위)는 아니며, 당사자 사이에서는 사법상 채권의 변제와 같은 의미를 가지므로 형식적 의미의 부동산등기법은 민법의 물권변동의 실현수단으로서 사법에 속한다.[45]

등기의 신청은 당사자의 권리로써 자신의 신청에 의하므로 임의법적 성격이 강하다. 그러나 부동산등기특별조치법에 의하여 등기의무화가 행해지므로 더 이상 임의법적 성격을 갖고 있다고 하기는 어려울 것이다. 등기의 실행은 등기신청인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없고, 등기관은 부동산등기법이 정하는 절차에 따라야 하는 강행법규적 성격을 가진다. 이러한 강행법규에 따른 형식의 정형화는 일정형식을 해태하면 그것만으로 당해 등기실현행위에 하자가 있게 되고, 이 형식을 구비하면 그것만으로 일단 적법성이 추정된다.

현행법상 등기는 물권변동의 요건이며, 외부에서의 인식 수단이 된다. 이 때 등기사무는 민사상의 분쟁을 목적으로 하는 소송사건이 아니라 민사상의 생활관계를 조장하거나 감독하기 위하여 국가가 직접 후견적 작용을 영위하는 것을 주목적으로 한다. 이와 같이 등기사무는 비송사건의 일종이므로 등기신청행위는 비송행위의 일종인 것이다.

Ⅱ. 不動産登記關聯法의 體系

1. 不動産登記法

현행 「부동산등기법」이 법률 제536호로 제정·공포되고, 동법 시행에 따른 사무처리상의 규칙인 「부동산등기법시행규칙」이 대법원규칙 제63호로 공포되

45) 류해웅, 전게서, 729-730면; 최승영, 전게논문, 219면; 주명식, "부동산등기와 지적과의 관계", 「부동산학보」 제3집, 한국부동산학회, 1982, 84면.

어 1960년 1월 1일 동시에 시행되었다. 동법률의 시행으로 그때까지 효력을 가졌던 「조선부동산등기령」과 「조선부동산등기시행규칙」은 폐지되었다. 즉, 부동산등기법은 민법(법률 제471호)이 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행됨에 따라 조선부동산등기령을 폐지하고 그에 대체하여 민법의 부속법규의 하나로서 부동산물권변동의 등기에 관한 사항을 정하고자 제정된 법률이다. 그 후 부동산등기법은 2007년 5월까지 19차의 개정이 있었다.

제1차 개정은 1970년 1월 1일(법률 제2170호) 국유부동산의 관리청의 명칭을 부동산등기부에 첨기하도록 국유재산법이 개정됨에 따라 국유부동산의 관리환등에 의하여 관리청이 변경된 경우 그 명칭 변경등기절차를 신설하였다. 제2차 개정은 1978년 12월 6일(법률 제3158호) 부동산투기의 가열화로 인하여 부동산의 이용을 저해하고 나아가 국민경제에 악영향을 미치고 있는 실정에 비추어 음성적인 거래를 양성화하여 투기를 억제함으로써 부동산의 거래 및 이용을 정상화하고 과세의 적정을 기하는 한편 소유권의 매매 또는 교환의 경우 등기원인에 관한 분쟁을 가능한 한 방지하기 위하여 관인계약서에 의하여 계약을 체결하게 하였다.

제3차 개정은 1983년 12월 31일(법률 제3692호) 부동산등기법이 제정된 후 사회경제사정의 변천으로 부동산의 활용도가 높아지고 부동산에 관한 권리의 득실변경이 빈번하여 종전의 규정만으로는 이를 정확하게 공시하기에 미흡한 점이 있으므로 이를 보완하여 거래의 안전을 도모하고자 하였다. 여기에서 등기용지의 카드화에 따른 조문의 정리, 부정등기의 방지를 위한 보증서에 의한 등기절차의 개선, 등기권리자의 주민등록번호의 기재 등 등기사무처리의 기계화 및 능률화를 위한 전반적인 개정이 이루어졌다.

제4차 개정은 1984년 4월 10일(법률 제3726호) 경제발전과 인구의 도시집중으로 인하여 대도시에 아파트 등 공동주택이 급격히 증가하고 있고, 이에 수반하여 고층건물의 소유와 이용의 형태는 종래와는 달라서 한 채의 건물을 수십 내지는 수백의 구분소유와 공동이용이라는 새로운 형태로 발전하고 있으나 이러한 새로운 생활관계를 규율할 규정이 미비되어 있고 등기방법도 복잡하여 부동산등기공시제도의 기능을 충분히 발휘하지 못하고 있으므로 부동산등기제도를 개선하여 고층건물 기타 집합건물내에서의 공동생활을 합리적으로 규율하고 그 권리관계를 간명히 공시할 수 있도록 하였다. 여기에서 '집합건물의소유및관리에관한법률'

의 시행과 관련된 대지권 등기제도 및 1부동산 1등기용지주의의 원칙에 대한 예외로써 구분건물에 관하여 새로운 등기용지를 창설하였다.

제5차 개정은 1985년 9월 14일(법률 제3789호) 등기의무자의 권리에 관한 등기필증이 멸실된 경우의 등기절차를 간소화하고, 등기부와 등기신청서의 기재에 있어서는 금전 기타의 물건의 수량, 연월일과 지번은 반드시 일·이·삼 등의 한자로 표기하도록 되어 있으나 이들 문자가 일반국민에게 친숙하지 아니하여 사용에 불편이 많으므로 국민의 편의도모와 등기사무의 능률화를 위하여 아라비아숫자 등 다른 문자로도 표시할 수 있도록 위와 같은 한자의 강제사용규정을 삭제하며, 아울러 현행규정상의 용어 등 운영상 나타난 일부 미비점을 정비·보완하고자 하였다.

제6차 개정은 1986년 12월 23일(법률 제3859호) 부동산에 관한 자료를 전산화하여 다양한 행정목적의 수행에 이바지할 수 있도록 하기 위하여 부동산등기시에 개인의 성명과 함께 주민등록번호를 병기하게 하고 있는 것과 보조를 맞추어 국가·지방자치단체·국제기관·외국정부·외국인·법인·법인아닌 사단이나 재단에게도 부동산등기용등록번호를 부여하여 이를 등기하도록 하였다.

제7차 개정은 1990년 8월 1일(법률 제4244호) 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고, 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위·부실등기신청행위와 부동산투기억제를 위한 거래제한법령을 회피하여 나가는 각종 편법·탈법행위를 직접적으로 규제함으로써, 등기부기재와 거래의 실제내용이 일치하도록 하여 건전한 부동산거래질서를 확립하고자 하였다. 여기에서는 부동산거래질서의 확립을 위하여 “부동산등기특별조치법(법률 제4244호)”이 제정되어 관련조문을 재정비하였다. 즉, 등기신청의 의무화제도의 신설과 기존에 판례에 의해서 인정되어 오던 명의신탁이 금지되었다.

제8차 개정은 1991년 12월 14일(법률 제4422호) 부동산등기절차의 번잡성을 해소하고, 예고등기제도, 보증서첨부제도 등을 개선·정비함으로써 국민의 편의를 도모함과 아울러 부동산등기의 공시기능을 강화하고자 하였다.

제9차 개정은 1992년 12월 8일(법률 제4522호) “출입국관리법”이 전문 개정됨에 따라서 개정된 것이다. 즉, 산업발전과 국제화 추세에 따라 출입국자가 급증하고, 국내임금수준의 상승에 따라 외국인 불법취업자가 계속 증가되고 있는 등 체류외국인의 활동이 복잡·다양화되고 있는 현실에 효과적으로 대응하기 위하

여 출입국심사 및 체류관리제도를 합리적으로 개선하고, 외국인불법 체류를 억제할 수 있도록 현행규정상의 미비점을 보완하고자 하였다.

제10차 개정은 1993년 12월 10일(법률 제4592호) 난민의지위에관한협약 및 동의정서에 가입함(1992. 12. 3)에 따른 난민지위의 보장을 위하여 필요한 난민관련 규정을 신설하고 기타 현행규정상의 미비점을 개선·보완하였다.

제11차 개정은 1996년 12월 30일(법률 제5205호)로 등기신청시에 수수료를 납부하도록 하는 근거규정을 마련하고, 전산정보처리조직에 의한 부동산등기사무를 처리하는 경우의 특례를 정하며, 사무국을 둔 지원의 경우에는 지원장이 등기공무원을 지정하도록 하여 감독권과 지정권을 일치시키는 등 현행제도의 운영상 나타난 미비점을 개선·보완하고자 전산정보처리조직에 의하여 등기사무를 처리하는 경우 등기부의 등본이나 초본은 등기부에 기록된 사항의 전부 또는 일부를 증명하는 서면을 말하는 것으로 하고, 등기부의 열람은 등기부에 기록된 사항을 기재한 서면을 교부하거나 전자적 방법에 의하여 그 내용을 보게 하는 방법에 의할 수 있도록 하였다.

제12차 개정은 1998년 12월 28일(법률 제5592호) 부동산등기업무 전산화사업을 추진함에 있어서 현행규정 중 전산정보처리조직에 의한 등기사무처리에 적합하지 아니한 조문과 용어를 정비하고, 부동산등기업무 전산화사업의 효율성과 생산성을 향상시킬 수 있도록 관련규정을 보완함으로써 정보화를 통한 국가경쟁력 강화에 이바지하고자 하였다. 즉, 등기사무를 처리하는 "등기공무원"의 명칭을 "등기관"으로 변경하였고(동법 제12조, 제13조 및 제41조의2 등), 국가기관 또는 지방자치단체로부터 등기사무처리와 관련된 전산정보자료를 제공받을 수 있도록 하고, 등기전산정보자료를 이용하거나 활용하고자 하는 경우의 절차규정을 마련하였다(동법 제177조의5 제2항 내지 제4항 신설). 또한 전산정보처리조직에 의하여 등기사무를 처리하는 등기관 등의 업무상의 위험을 분산시키고, 국가의 배상책임을 경감시키기 위하여 법원행정처장으로 하여금 등기관 등의 재정보증에 관한 사항을 정하여 운용할 수 있도록 하였다(동법 제177조의7).

제13차 개정은 2001년 12월 19일(법률 제6525호)로 2002년 1월 1일부터 등기사무직렬이 신설됨에 따라 법원서기관, 법원사무관, 법원주사 또는 법원주사보 중에서 지정하던 등기관을 법원서기관, 등기사무관, 등기주사 또는 등기주사보 중에서 지정하도록 하였다.

제14차 개정은 2002년 1월 26일(법률 제6631호) 미등기건물 중 건축법에 의한 건축신고 또는 건축허가를 마쳤으나 사용승인을 받지 아니하여 보존등기를 마치지 못한 건물에 대하여 부동산집행의 방법으로 강제집행할 수 있도록 하고 있는 민사집행법 제81조의 규정에 따라 부동산등기절차에 이를 반영하였다.

제15차 개정은 2003년 7월 18일(법률 제6926호) 집합건물의 구분점포에 대하여 표시등기를 신청하는 경우 구분점포의 경계표시 등에 관한 명확성을 기하기 위하여 필요한 첨부서류를 보완하고자 하였다.

제16차 개정은 2005년 1월 27일(법률 제7357호) 변호사법의 개정에 따른 일부개정으로 상황변동에 따른 신설조항을 추가하였다.

제17차 개정은 2005년 12월 29일(법률 제7764호) 부동산 거래의 투명성을 확보하기 위하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 등기신청서에 거래신고필증에 기재된 거래가액을 기재하고, 신청서에 기재된 거래가액을 부동산등기부 甲구의 권리자 및 기타사항란에 기재하도록 하였다.

제18차 개정은 2006년 5월 10일(법률 제7954호) 부동산등기사무처리의 효율화와 등기신청에 관한 국민의 편의증진을 위하여 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청할 수 있는 근거를 마련하고, 중복등기, 구분건물의 대지사용권 이전등기 및 합필등기의 운용과정에서 발생하는 문제점을 개선하며, 그 밖에 현행규정의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선・보완하고자 하였다.

제19차 개정은 2007년 5월 17일(법률 제8435호)이지만, 그 시행일은 2008년 1월 1일부터이다. 동개정은 민법의 친족상속편에 대한 개정내용이 2008년 1월 1일부터 시행되므로 그에 맞추어 가족관계의 등록 등에 관한 법률의 개정에 따른 일부개정으로서 그 미비점을 정비・개선・보완하고자 하였다.

2. 不動産登記特別措置法

「부동산등기특별조치법」은 1990년 8월 1일 법률 제4244호로 제정한 법이다. 즉 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고, 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위・부실등기신청행위와 부동산투기억제를 위한 거래제한법령을 회피하여 나가는 각종 편법・탈법행위를 직접적으로 규제함으로써, 등기부기재와 거래의 실제내용이 일치하도록 하여 건전한 부동산거래질서를 확립하고자 제정된 것이다(동

법 제1조 참조). 동법은 특히 토지공개념, 토지종합소득세 등 모든 부동산 정책의 기초가 되는 부동산 등기의 정확성을 재고하기 위하여 등기신청의 의무화에 따른 과태료 부과등 강제력을 통하여 실체적 권리관계와 등기관의 등기부 기재를 일치시키고자 하였다. 이후 2000년 1월 21까지 5차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

(1) 登記義務化制度

부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날 또는 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날로부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하도록 의무화 하고 있다(동법 제2조 제1항). 이 경우 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 위 기간 이후 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 그 제3자와 계약을 체결하기 전에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동조 제2항). 또한 계약을 체결한 자가 위 기간 전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 때에는 먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동조 제3항). 소유권보존등기가 되어 있지 아니한 부동산에 대하여 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 60일 이내에 소유권보존등기를 신청하여야 한다(동조 제5항). 그리고 부동산의 소유권 이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 거래사항을 기재한 계약서에 검인을 받도록 하여 부실등기를 방지하려고 하고 있다(동법 제3조).

(2) 中間省略登記의 禁止

중간생략등기라 함은 부동산이 전전이전된 경우에 그 물권변동의 과정의 전부 또는 일부에 대하여 등기를 하지 않고, 최초의 양도인으로부터 직접 최후의 취득자에게 등기가 행해지는 것을 말한다.[46] 예컨대, 甲 소유의 부동산을 乙에게

매도하였는데도 불구하고 이것을 乙명의로 이전등기를 하지 않고서, 乙이 다시 丙과 매매계약을 체결하여 甲으로부터 직접 丙에게 이전등기를 하는 경우에, 중간매수인인 乙이 등기를 하지 않은 것을 말한다.

중간생략등기는 등록세를 비롯한 각종의 조세부담을 경감하고, 등기에 필요한 비용을 절약하고 절차를 간소화하기 위한 일종의 편법으로서, 우리 사회에 관행으로 행해지고 있다. 중간생략등기가 현행 민법하에서도 여전히 행해지고 있는 이유는 부동산거래에 관한 국민들의 법의식이 구민법 시대와 크게 달라지지 않았고, 또한 양도차익을 노리는 투기목적 등 여러 가지 이유에서 이용되고 있기 때문이다. 그러나 부동산등기특별조치법은 이러한 중간생략등기가 세금포탈, 부동산투기의 수단으로 이용되는 것을 금지하고 있다(동법 제2조 내지 제4조, 제8조). 판례도 "최종 양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초 양도인에게 직접 중간생략등기를 청구하기 위하여는 관계 당사자 전원의 의사합치가 필요하지만, 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 일단 중간생략등기가 이루어진 이상 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 이유만으로는 중간생략등기가 무효라고 할 수는 없다"고 하여 인정하고 있다.[47]

우리 민법의 형식주의에 반하고, 부동산등기특별조치법에서도 금지하고 있는 중간생략등기의 효력을 유효한 것으로 보아야 할 것인가. 이는 민법 제186조의 법률행위로 인한 물권변동과 부동산등기특별조치법의 규정을 효력규정으로 보느냐 단속규정으로 보느냐의 대립에 있다고 할 것이다. 종래의 학설과 판례는 중간생략등기를 유효하다고 함으로써 제186조의 의미를 애매모호하게 하였고, 특별조치법의 성격을 단속규정으로 보아 이 법의 실효성을 떨어뜨렸다.[48] 예컨대 "부동산등기특별조치법상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 되어 있으나, 이로써 순차매도한 당사자 사이의 중간생략등기 합의에 관한 사법상의 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니

---

46) 어인의, "중간생략등기와 부동산등기특별조치법", 「한국민사법학논집」, 어인의교수정년기념, 2006, 184면; 양재모, "부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법의 제정필요성의 여부", 「부동산법학」 제10집, 한국부동산법학회, 2004. 6, 60면.

47) 대판 2005. 9. 29, 2003다40651; 대판 1997. 5. 16, 97다485; 대판 1995. 8. 22, 95다15575; 대판 1991. 12. 13, 91다18316 등.

48) 어인의, 전게논문, 185면.

다"[49]라고 판시하여, 단속법규임을 명백히 밝히고 있다.[50] 그 이유는 비록 물권의 변동과정을 공시하지는 못하고 있다 하더라도 물권의 현재 상태를 공시하고 있으므로 이를 무효로 한다면 거래안전에 큰 위험이 될 수 있다. 또한 여러 단계의 법적 조치를 통해 최종매수인에게 소유권을 귀속시키는 것은 소송경제상 낭비이며, 이미 정당한 절차를 거쳐 매도한 최초매도인에게 소유권을 다시 귀속시키는 것도 정의에 부합되지 않는다. 이러한 이유로 판례는 부동산등기특별조치법상 중간생략등기의 금지조항을 단속규정으로 파악하고 있는 것으로 보인다.[51]

나아가 "부동산등기특별조치법 제7조 제1항, 제8조의 규정 자체에 의하더라도 등기신청의 원인행위인 같은 법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의의 신탁약정 자체가 금지된다고는 해석할 수 없으므로 그와 같은 명의신탁약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니다"고 판시하여[52], 명의신탁에 관하여서도 단속법규로 파악하고 있다.[53]

(3) 檢認契約書

검인계약서 제도를 부동산등기에 처음 도입한 것은 부동산등기법의 제2차 개정인 1978년 12월 6일이다. 검인계약서는 실제 계약서에 검인을 받아 이를 등기원인을 증명하는 서면으로 제출케 함으로써 부동산투기를 억제하고 부동산거래 및 이용을 정상화하여 과세의 적정에 이바지 하도록 하는 것이다. 즉, 부동산투기의 근절을 위하여 매매 또는 교환을 원인으로 소유권 이전등기를 신청하는 경우에는 검인계약서의 사용을 의무화하였던 것이다. 그러나 그 시행은 10여년간 유보되어 오다가 다시 부동산 투기가 일어나게 되자 1988년 10월 1일부터 시행하게 되었고, 1990년 9월 2일부터는 모든 계약을 원인으로 하는 소유권이전등기

49) 대판 1993. 1. 26, 92다39112.

50) 이완근, "중간생략등기의 효력", 「대불대학교논문집」 제8집, 대불대학교, 2002, 66면.

51) 윤철홍, "부동산등기와 공시", 「우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가? -한국민사법학 60년 회고와 전망-」, 민사법학 특별호(제36호), 박영사, 2007. 5, 222면.

52) 대판 1993. 8. 13, 92다42651; 대법원 1995. 11. 14, 94누11729.

53) 결국 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률의 제정으로 이어졌다. 김상용, "부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제 실시의 전제요건", 「민사재판의 제문제(상)」, 이시윤박사화갑기념논문집, 1995, 144면.

의 신청에 검인을 받은 계약서를 제출하도록 하였다. 그러고 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」 제 제27조 제4항에 의해서 중개업자 또는 거래당사자가 신고필증을 교부받은 때에는 매수인은 「부동산등기 특별조치법」 제3조 제1항의 검인을 받은 것으로 본다.

계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청할 때에는 당사자, 목적부동산, 계약연월일, 대금 등의 일정한 사항이 기재된 계약서에 검인신청인을 표시하여 부동산의 소재지를 관할하는 시장·구청장·군수 또는 그 권한의 위임을 받은 자의 검인을 받아 관할등기소에 이를 제출하여야 한다(동법 제3조 제1항). 또한 부동산 소유권의 이전계약을 체결한 자는 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 먼저 체결된 계약의 계약서에 검인을 받아야 한다(동법 제4조).

시장 등 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 검인을 한 때에는 그 계약서 또는 판결서등의 사본 2통을 작성하여 1통은 보관하고, 1통은 부동산의 소재지를 관할하는 세무서장에게 송부한다(동조 제3항). 또한 등기원인을 증명하는 서면이 집행력 있는 판결서 또는 판결과 같은 효력을 갖는 조서인 때에는 판결서등에 검인을 받아 제출하여야 한다(동조 제2항).

이와 같은 검인계약서의 제출은 실거래에서 “이중계약서”의 작성으로 투기억제의 역할을 하지 못하며, 또한 부동산의 규모와 관계없이 모든 거래관계에 검인을 받도록 하여 투기와 관련이 없는 서민에게 부담만 가중시키고 있다는 비판도 가해지고 있다.

(4) 벌칙 등

조세부과를 면하려 하거나 시세차익을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 소유권이전등기 신청의무의 기한을 위반한 자 또는 등기원인을 허위로 기재하거나 소유권이전등기 외의 등기를 신청한 자는 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다(동법 제8조). 이에 해당되지는 않지만 검인신청의 특례 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 3000만원 이하 벌금에 처한다(동법 제9조). 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위반행위를

한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 벌금형을 과한다(동법 제10조).

등기권리자가 상당한 사유없이 등기신청을 해태한 때에는 그 해태한 날 당시의 그 부동산에 대한 등록세액(등록세가 비과세·면제·감경되는 경우에는 지방세법의 규정에 의한 부동산가액에 부동산등기세율을 곱한 금액)의 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료에 처한다. 다만, 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률에 의하여 과징금을 부과한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제11조 제1항). 과태료는 그 부동산의 소재지를 관할하는 시장 등이 이를 부과·징수하며(동법 제12조 제1항), 이 경우 위반사실과 과태료의 금액을 서면으로 명시하여 이를 납부할 것을 과태료 처분대상자에게 통지하여야 한다(동조 제2항). 통지를 할 때에는 미리 10일 이상의 기간을 정하여 과태료 처분대상자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다(동조 제3항). 과태료 처분에 불복이 있는 자는 통지를 받은 날부터 30일 이내에 시장 등에게 이의를 제기할 수 있다(동조 제4항).

3. 不動産 實權利者 名義登記에 관한 法律

「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」은 1995년 3월 30일(법률 제4944호) 부동산에 관한 소유권과 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고, 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하기 위해 제정된 법이다(동법 제1조). 그 목적을 달성하기 위하여 그동안 유효한 것으로 인정되어 오던 명의신탁에 대하여 무효화 선언(동법 제4조 제1항)과 공법적 규제(과징금과 이행강제금) 내지 형사적 처벌(징역과 벌금)을 규정하고 있다. 동법은 명의신탁에 의한 물권변동의 사법적 효력을 부정하기 위하여 제정하였지만, 그 내용에 대하여 많은 비판이 제기되고 있다.[54]

---

54) 이에 대해서는 어인의, “명의신탁과 「부동산실권리자명의등기에관한법률」”, 「한국민사법학논집」, 어인의교수정년기념, 2006, 305면 이하; 박동진, “‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’에 의거한 부동산명의신탁제도의 검토와 동 법률의 해석” 「연세법학연구」 제6집 제1권, 연세법학연구회, 1999, 281면 이하; 윤철홍, “‘부동산실권리

이후 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하고자 2007년 5월 11일(법률 제6683호)까지 8차례 개정되었다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

(1) 不動産名義信託制度의 意義

신탁행위의 한 유형으로 볼 때 신탁행위는 신탁법상의 신탁행위, 민법해석상의 신탁행위, 명의신탁 등 크게 3가지 유형으로 나눌 수 있다.[55] 여기에서의 명의신탁은 부동산소유권과 관련하여 우리 나라에만 유독 성행하였던 명의신탁이다. 즉, 대내관계에 있어서 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리·수익하면서 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하는 것을 말한다.[56]

명의신탁은 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률에 의하여 무효가 원칙이며(동법 제4조), 예외적으로 종중재산의 명의신탁(동법 제8조 제1호), 부부간의 명의신탁(동법 제8조 제2호), 공유자간의 명의신탁(동법 제2조 제1호 나)[57]은 유효하다.

(2) 實權利者 名義登記 義務

누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기해서는 아니된다(동법 제3조 제1항). 즉, 명의신탁약정에 의하여 수탁자명의로 등기하지 못하며, 또한 누구든지 부동산에 관한 물권을 실권리자명의로 등기하여야 할 의무를 부담하게 된 것이다.[58] 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률

자명의등기에 관한 법률'의 사법적 검토", 「현대민법의 전망」, 서영배박사화갑기념논문집, 1995, 220면 이하; 김상묵, "부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 문제점", 「법정고시」 1996. 7, 98면 이하 참조.

55) 박동진, 전게논문, 283면; 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 206-207면; 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 445면 이하; 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 1999, 416면.

56) 김상용, 상게서, 445-446면; 권용우, 「물권법」, 법문사, 2001, 304면; 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2007, 94면 이하; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 267면.

57) 1필의 토지의 일부를 특정하여 양도받고 편의상 그 전체에 관하여 공유지분등기를 경료한 경우에는 상호 명의신탁에 의한 수탁자의 등기로서 유효하고, 위 특정부분이 전전 양도되고 그에 따라 공유지분등기도 전전 경료되면 위와 같이 상호 명의신탁한 지위도 전전 승계 되어 최초의 양도인과 위 특정부분의 최후의 양수인과의 사이에 명의신탁 관계가 성립한다(대판 1990. 6. 26, 88다카14366).

에 의하여 실권리자 명의의 등기의무를 부담하는 물건은 토지, 건물, 「입목에 관한 법률」에 의하여 등기된 입목의 소유권 기타 물권이다.[59]

채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받은 경우에는 채무자·채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기신청서와 함께 등기관에게 제출하여야 한다(동조 제2항).

(3) 名義信託約定의 效力

명의신탁약정은 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말한다(동법 제2조 제1호)

1) 原則的 無效

명의신탁약정의 효력은 원칙적으로 무효로 한다(동법 제4조 제1항). 즉, 신탁자는 대내적 소유자로서 취득하는 일체의 권리와 의무를 갖지 못할 뿐만 아니라 수탁자 역시 대외적 소유자로 인정되지 않는다. 따라서 이행 전에는 신탁자나 수탁자는 약정에 따른 이행을 청구할 수 없을 뿐만 아니라 채무불이행책임을 물을 수 없다. 또한 이행이 되었더라도 명의신탁해지권의 행사를 통하여 원상회복을 구할 수 없다. 다만, 반사회적 행위로 불법원인급여가 아닌 한 민법 제741조의 부당이득반환의 법리에 의하여 해결할 수 있다. 판례도 “명의신탁약정 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정

58) 어인의, “명의신탁과 「부동산실권리자명의등기에관한법률」”, 307면.

59) 상게논문, 311면.

에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인 급여에 해당한다고 볼 수 없다"고 하고 있다.[60]

그리고 판례는 이른바 계약명의신탁약정을 한 경우에 부당이득의 대상에 있어서 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률 시행 전후를 구분하여 판시하고 있다. 예컨대 시행 이후에는 명의수탁자가 명의신탁자에게 반환하여야 할 부당이득의 대상은 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득하였다고 판시하였고,[61] 시행 전에는 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자로부터 명의수탁자 앞으로 소유권이전등기가 경료되고 같은 법 소정의 유예기간이 경과하여 명의수탁자가 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에게 반환하여야 할 부당이득의 대상은 당해 부동산 자체라고 판시하였다.[62]

2) 名義信託約定에 의한 物權變動의 無效

명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다(동법 제4조 제2항 본문). 이 조항은 종래 물권행위의 유인성·무인성을 둘러싼 논쟁에 대하여, 명의신탁과 관련된 물권행위는 유인성론에 따르는 것을 보여주고 있다.[63] 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 예외로 한다(동법 제4조 제2항). 즉, 명의수탁자와 신탁자간의 명의신탁약정을 매도인이 알고 있었는지 여부에 따라 물권변동의 효력에 영향을 받게 된다. 매도인이 명의신탁약정사실을 알았다면 원칙에 의해 소유권이전등기가 무효가 되지만, 만약 이러한 사실을 몰랐다면 매도인과 명의수탁자사이의 소유권이전등기는 유효하게 된다.

판례는 "동업 목적의 조합체가 부동산을 조합재산으로 취득하였으나 합유등기

60) 대판 2003. 11. 27, 2003다41722.

61) 대판 2005. 1. 28, 2002다66922.

62) 대판 2002. 12. 26, 2000다21123.

63) 박동진, 전게논문, 292면; 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력", 「법학」 제38권 제1호, 서울대학교, 1997, 79면; 배병일, "명의신탁등기", 「고시계」, 1997. 2, 64면.

가 아닌 조합원들 명의로 공유등기를 한 후 조합원들 중 1인이 조합에서 탈퇴하면서 나머지 조합원들에게 그 지분에 관한 소유권이전등기를 경료하여 준 경우, 그 해당 조합원 명의의 부동산 지분은 그의 소유가 아니다"고 하였다.[64] 본 판결은 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문을 적용하여 사해행위라고 보지 않은 것이다.

3) 제3자와의 關係

명의신탁약정의 무효와 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(동법 제4조 제3항). 명의신탁에 의한 부동산거래의 직접적 당사자가 아닌 자는 명의신탁약정이 있었고 그로 인한 등기가 있었다는 사실을 모르기 때문에 제3자의 법적 보호가 필요하다는 점에서 규정을 둔 것이다.[65] 따라서 부동산을 명의신탁 한 경우에는 소유권이 대외적으로 수탁자에게 귀속하므로 수탁자가 수탁부동산을 처분하였을 때에는 그 처분행위가 무효 또는 취소되는 등의 사유가 없는 한 제3취득자는 신탁재산에 대한 소유권을 적법하게 취득하고 명의신탁관계는 소멸한다.[66] 여기에서 말하는 "제3자"라 함은 명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다.[67] 따라서 명의수탁자와 직접 이해관계를 맺은 것이 아니라 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경료받은 것 같은 외관을 갖춘 자, 무효인 등기를 기초로 다시 이해관계를 맺은 데 불과한 자는 제3자에 해당되지 아니한다.[68]

---

64) 대판 2002. 6. 14, 2000다30622; 대판 2000. 3. 10, 99다55069.

65) 그러나 선의·악의를 불문하고 제3자를 보호하고 있기 때문에 찬·반 양론이 대립되고 있다(어인의, "명의신탁과 「부동산실권리자명의등기에관한법률」, 313-314면; 권오창, "부동산실명법의 법률관계에 관한 논의", 「법률신문」, 1996. 10. 14, 14면; 배병일, 전게논문, 63면 참조).

66) 대판 2002. 10. 6, 2000다32147.

67) 대판 2004. 8. 30, 2002다48771.

68) 대판 2005. 11. 10, 2005다34667, 34674; 대판 2003. 5. 16, 2003다11714; 대판 2001. 6. 26, 2001다5371; 대판 2000. 3. 28, 99다56529.

(4) 宗中·配偶者에 대한 特例

부동산실명법은 조세포탈·강제집행의 면탈 또는 법령상의 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 상호명의신탁(제2조 1호 나)과 종중이 보유한 부동산에 관한 물권의 명의신탁과 배우자명의로 부동산에 관한 물권을 명의신탁한 경우에는 특례를 인정하여 유효로 하고 있다(제8조).

종중에 대해서는 부동산명의신탁의 법리가 종중원명의로 등기한 것을 시초로 하여 70-80년간의 장기간에 걸쳐 관행으로 행해져 와서 이에 대한 위법성의 인식이 없으며, 종중명의로 등기하는 경우에 "등기원인"등의 증명서류를 제출하기가 곤란하다는 것이다. 배우자에 대해서도 민법이 부부별산제를 채택하고는 있으나, 현실적으로 가사비용의 공동부담, 혼인 중 취득한 재산에 있어서 실소유자 명의로 등기하지 않는 관행, 부부간의 명의신탁에 대한 위법성의 인식 및 악용의 가능성이 없다는 점에서 유효로 인정된 것이다.[69]

종중 및 배우자 간에 이루어진 명의신탁에 대해서는 명의신탁약정의 무효(제4조), 과징금부과(제5조), 이행강제금(제6호), 벌칙의 적용(제7조) 및 기존명의신탁의 실명등기위반시의 효력(제12조) 등 규정의 적용이 배제된다.

이러한 특례조항이 시간적으로 이미 행하여진 명의신탁에만 적용되느냐 아니면 장래의 종중 및 배우자가 행하는 명의신탁에도 적용되느냐 하는 것이 문제된다. 그러나 동법의 입법취지나 관행 등을 고려할 때 과거의 명의신탁은 물론 장래의 것에도 특례가 적용된다고 할 것이다.[70] 판례도 명의신탁등기가 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률에 따라 무효가 된 후 신탁자와 수탁자가 혼인하여 그 등기명의자가 배우자로 된 경우 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 경우에도 그 명의신탁등기는 당사자가 혼인한 때로부터 유효하게 된다고 판시하였다.[71]

---

69) 어인의, "명의신탁과 「부동산실권리자명의등기에관한법률」, 318면; 김하연, "부동산명의신탁에 관한 연구", 박사학위논문 청주대학교, 1996, 110면, 122면; 재정경제원, 「부동산실명법해설」, 1995, 116-118면.

70) 어인의 상게논문, 318면; 권오창, 전게논문, 14면.

71) 대판 2002. 10. 25, 2002다23840.

(5) 罰則 등

명의수탁자의 명의로 등기한 자 또는 채권자 및 담보의 뜻이 기재된 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자에 대하여는 해당 부동산 평가액의 30% 이내에서 과징금을 부과한다(동법 제5조 제1항). 과징금을 부과 받은 자는 지체 없이 해당 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 한다. 다만, 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸된 후 지체없이 자신의 명의로 등기하여야 한다(동법 제6조 제1항). 이를 위반하면 과징금 부과일로부터 1년이 경과한 때에 부동산 평가액의 10%, 다시 1년이 지난 때에는 20%에 해당하는 금액을 이행강제금으로 부과한다(동조 제2항).

명의신탁자, 채권자 및 담보의 뜻을 기재한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자 및 그를 교사하여 명의신탁을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다(동법 제7조 제1항). 명의수탁자 및 그를 교사하여 당해 규정을 위반하도록 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(동조 제2항). 명의신탁약정을 위반하도록 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(동조 제3항).

또한 쌍무계약에 있어서 반대급부의 이행이 사실상 완료된 날 또는 편무계약에 있어서 그 계약의 효력이 발생한 날로부터 3년 안에 소유권이전등기를 신청하지 않은 장기 미등기자에 대하여도 부동산 평가액의 30%에 해당하는 금액의 범위내에서 과징금을 부과한다(동법 제10조 제1항 본문). 과징금의 부과기준은 부동산 평가액, 소유권이전등기를 신청하지 않은 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 있었는지의 여부, 부동산등기특별조치법에 따른 과태료가 부과되었는지의 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하여 부과한다(동조 제2항). 장기미등기자가 과징금을 부과받고도 소유권이전등기를 신청하지 아니한 때에는 이행강제금을 부과한다(동조 제4항). 장기미등기자 및 그를 교사하여 소유권이전등기를 신청하지 않도록 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하고, 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(동조 제5항).

시장·군수·구청장은 필요하다고 인정하는 경우 및 국세청장은 탈세 혐의가 있다고 인정하는 경우에 이 법에 따른 실명등기 의무 등의 규정에 대한 위반 여

부를 확인하기 위한 조사를 할 수 있다(동법 제9조 제1항, 제2항). 이외에도 기존의 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기 등(동법 제11조), 실명등기에 대한 조세부과의 특례(동법 제13조), 기존 양도담보권자의 서면제출 의무 등에 관한 규정이 있다(동법 제14조).

Ⅲ. 不動産登記制度의 特徵

부동산등기제도의 이상은 진실한 권리관계와 등기가 일치하여 누구나 그 내용을 정확하게 파악할 수 있고, 또한 부동산거래의 신속과 원활을 꾀하는 것이다. 따라서 등기부에 기재된 내용을 신뢰할 수 없다면 부동산거래의 안전은 기대할 수 없을 것이다. 우리 부동산등기법은 이러한 점을 고려하여 물적 편성주의, 공동신청주의, 형식적 심사주의, 성립요건주의 등을 취하고 있다. 그러나 거래의 신속성을 도모한다는 점에서 공신력의 불인정, 형식적 심사주의를 취하고 있는 문제가 있다. 그리고 1996년 부산등기법의 개정으로 마련한 전산정보처리조직에 의한 부동산등기사무처리에 관한 특례를 정하고 있다. 이하에서 우리 부동산등기제도의 특징을 살펴보고자 한다.

1. 物的編成主義

부동산등기부의 편성에 관해서는 인적 편성주의와 물적 편성주의, 연대적 편성주의를 들 수 있다. 인적 편성주의는 개개의 부동산소유자를 중심으로, 물적 편성주의는 개개의 부동산을 중심으로 등기부를 편성하는 방법이다. 전자는 프랑스에서 채택하고 있으며, 현존상태뿐만 아니라 동적상태를 등기한다. 후자는 독일과 스위스가 채택하고 있다.

우리 부동산등기법은 등기부에는 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대하여 1용지를 사용하는 물적 편성주의를 취하고 있다. 그러나 1동의 건물을 구분한 건물에 있어서는 1동의 건물에 속하는 전부에 대하여 1용지를 사용한다(부동산등기법 제15조 제1항). 또한 동일한 등기소의 관할에 속하는 부동산이 등기부를 분설한 수개의 구획에 걸칠 때에는 그 1개 구획의 등기부에만 그 부동산에 관한 용지를 사용한다(동조 제2항).

따라서 어떤 토지나 건물에 관하여 등기가 되어 있고, 비록 그 등기가 부적법하다고 하더라도 이를 말소하지 않고는 다시 그 토지나 건물의 등기를 하지 못한다. 기존등기와 모순되는 등기의 신청은 유·무효를 다툴 필요없이 각하되어야 한다. 이와 같이 서로 모순되는 두 개 이상의 등기가 절차상의 문제로 발생한 경우 어떻게 되는가. 이러한 중복등기의 경우 등기관은 동일한 토지에 관하여 중복하여 마쳐진 등기를 발견한 경우에는 대법원규칙이 정하는 절차에 따라 중복등기가 되어 있는 등기용지 중 어느 하나는 남겨두고, 나머지 등기용지는 쓰지 못하게 하는 방법에 의하여 이를 정리하고 있다(동법 제16조).

2. 申請主義

등기는 부동산의 권리를 공시하는 것을 그 본래의 목적으로 하고 있으므로 등기에도 사적 자치의 원칙이 지배하고 있다. 따라서 등기신청에 관하여 당사자 사이에 등기신청을 의무화하거나, 신청을 게을리하여 사법상 불이익을 받을 수는 있지만 공법상으로 등기의무를 부과하거나 등기신청을 강제하는 것은 아니다.

우리 부동산등기법은 "등기는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁이 없으면 이를 하지 못한다"고 규정하여 원칙적으로 신청주의를 취하고 있다(동법 제27조). 또한 "등기는 등기권리자와 등기의무자 또는 대리인이 등기소에 출석하여 이를 신청하여야 한다"고 규정하여 공동출석주의와 공동신청주의에 의하고 있다(동법 제28조). 공동신청주의는 등기에 의하여 불이익을 받게 될 자를 등기신청에 참가시킴으로써 등기의 진정성을 보장하기 위하여 인정된 원칙이다.[72] 다만, 판결에 의한 등기나 상속에 의한 등기의 경우(동법 제29조)와 같은 등기부의 기재 또는 첨부서면의 내용 등에 비추어 등기의 진정을 확보할 수 있는 경우에는 단독신청을 허용한다(동법 제37조, 제38조, 제130조, 제131조, 제166조, 제167조, 제168조 제2항 등 참조). 출석신청주의에 있어서도 예외가 인정된다. 예컨대 관공서의 촉탁에 의한 등기의 경우와 당사자 또는 대리인이 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청하는 경우에는 출석주의가 배제된다(동법 제177조의8 제1항, 제3항). 또한 등기소가 지적공부소관청으로부터 지적법 제36조 제3항 후단의 규정에 의한 통지를 받은 경우에 1월 이내

72) 곽윤직, 「물권법」, 64면; 김상용, 「물권법」, 138면; 권용우, 전게서, 91면.

에 등기신청이 없는 때에는 등기관은 직권으로 등기용지 중 표시란에 그 통지서의 기재내용에 따른 변경의 등기를 하는 직권등기를 하는 경우(동법 제90조의2)를 제외하고는 등기신청은 임의주의를 원칙으로 하고 있다.

그리고 부동산특별조치법은 부동산거래에 있어서 실체적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위하여, 부동산소유권 이전을 내용으로 하는 계약을 체결하는 자는 그 계약이 취소·해제·무효인 경우를 제외하고는 반대급부를 이행한 날로부터 또는 계약의 효력이 발생한 날로부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동법 제2조). 이에 위반되는 경우에는 과태료를 부과함으로서(동법 제11조) 등기강제주의에 접근하고 있다. 나아가 부동산에 관한 소유권은 물론이고 그밖의 물권을 실체관계와 부합하도록 실권리자명의로 등기하도록 등기의무를 부과하고 있다(부동산실권리자명의등기에관한법률 제3조). 이에 위반하는 경우에는 과징금(동법 제3조), 이행강제금(동법 제6조), 벌칙(동법 제7조)의 제제를 받는다.

이와 같이 부동산의 등기신청의무를 규정하고 있는 경우로써 과태료·이행강제금·벌칙 등의 제제가 따르므로 등기신청강제주의에 가깝다고 할 것이다. 그러나 이것은 어디까지나 예외적인 것이고, 등기신청의무는 사적 자치의 영역에 있다고 할 것이다.[73]

3. 書面申請主義

부동산등기법은 등기를 신청할 때에는 서면을 제출하여야 한다(동법 제40조 제1항). 즉, 등기의 신청은 반드시 서면에 의하여야 하는 요식행위로써, 구술로 신청하는 것은 허용하지 않는다는 서면신청주의를 명시한 것이다. 등기신청의 착오를 방지하고 등기관으로 하여금 등기처리의 신속을 도모하고자 함에 있다. 따라서 서면신청주의에 위반한 경우에는 “방식에 적합하지 아니한 때”의 등기신청으로 보아 등기관은 이를 각하하게 된다(동법 제55조 제4호). 그러나 신청서의 기재에 잘못이 있거나, 신청에 필요한 서면을 제출하지 않은 상태에서 등기가 행해졌다 하더라도 그 등기가 실체적 요건을 구비하였다면 그 등기는 유효하다. 구체적으로 부동산등기법 제55조 제1호 및 제2호는 당연무효에 해당하지만, 제3호

73) 신언숙, 전게서, 68면.

이하는 당연무효가 되지 않는다고 보아야 한다.[74] 판례도 “등기공무원이 일단 등기를 완료한 후에는 부동산등기법 제55조 제1호 및 제2호의 경우 외에는 이의신청에 의하여 말소를 구할 수 없다”고 하였다.[75]

제출하여야 하는 서면으로는 ① 신청서, ② 등기원인을 증명하는 서면, ③ 등기의무자의 권리에 관한 등기필증, ④ 등기원인에 대하여 제3자의 허가, 동의 또는 승낙을 요할 때에는 이를 증명하는 서면, ⑤ 대리인에 의하여 등기를 신청할 때에는 그 권한을 증명하는 서면, ⑥ 소유권의 보존 또는 이전의 등기를 신청하는 경우에는 신청인의 주소를 증명하는 서면, ⑦ 법인이 등기권리자인 경우에는 법인등기부등본 또는 초본, 법인아닌 사단이나 재단 또는 외국인이 등기권리자인 경우에는 부동산등기용등록번호를 증명하는 서면, ⑧ 소유권의 이전의 등기를 신청하는 경우에는 토지대장・임야대장・건축물대장의 등본 기타 부동산의 표시를 증명하는 서면, ⑨ 매매에 관한 거래계약서를 등기원인을 증명하는 서면으로 하여 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 거래신고필증과 매매목록 등이다(동법 제40조 제1항 제1호 내지 제9호).

그러나 전산정보처리조직에 의하여 등기사무를 처리하는 경우에는 전자문서 그 밖의 방법으로 위의 서면을 대신할 수 있고, 전자문서의 경우에 신청인・작성자 또는 발행자의 기명날인 또는 서명은 전자서명으로 대신할 수 있다(동법 제177조의8 제2항). 따라서 인터넷 등기신청의 경우에는 서면신청주의가 배제된다고 할 수 있다.[76]

4. 物權變動의 成立要件主義

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권변동의 효력에 관한 입법주의로 의사주의와 형식주의가 있다. 의사주의(대항요건주의)는 물권변동을 목적으로 하는 의사표시만으로 효력이 생기고, 그 밖에 공시방법을 요건으로 하지 않는다. 반면에 형식주의(성립요건주의)는 물권변동을 목적으로 하는 의사표시만으로는 효력이 생기지 않고, 그 밖에 등기라고 하는 공시방법을 갖추어야만 물권변동이 발생한

74) 곽윤직, 「물권법」, 86면; 김상용, 「물권법」, 166면.

75) 대결 1969. 2. 28, 68마1528; 대결 1968. 8. 23, 68마823.

76) 유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2006, 7면.

다는 입법주의이다.

우리 민법은 독일, 스위스 민법의 영향을 받아서 제186조에서 「부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다」고 규정하고 있다. 즉, 부동산 물권변동에 있어서 구민법의 의사주의를 버리고 형식주의를 취하고 있다. 따라서 법률행위로 인한 물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시만으로는 효력이 발생하지 않고 등기라는 공시방법을 갖추어야만 효력이 발생하는 것으로 하고 있다.

그러나 형식주의는 구분건물의 표시와 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 권리질권, 임차권 등의 권리의 설정・보존・이전・변경・처분의 제한 또는 소멸에 대하여 적용된다(동법 제2조). 따라서 점유를 요건으로 하는 점유권, 유치권의 경우에는 적용되지 아니하고, 또한 법률행위에 의하지 않는 물권변동에 있어서 등기는 처분요건에 해당한다(민법 제187조). 그리고 구분건물의 공용부분에 관한 물권의 득실변경은 등기를 요하지 아니한다(집합건물법 제13조 제3항).

5. 形式的 審査主義

등기는 물권에 대한 국가의 공증행위이므로 등기의 공신력 유무와는 관계없이 그 등기가 진실한 권리관계와 합치하도록 노력해야 한다. 따라서 등기관이 신청서를 접수한 때에는(동법 제53조) 지체없이 신청에 관한 모든 사항을 조사하여야 한다(동규칙 제73조). 그러나 등기관의 조사권한에 관하여 현행 부동산등기법은 제55조 「신청의 각하」에서 소극적인 조사 또는 서면조사의 원칙에 비추어 형식적・한정적으로 규정하고 있으므로 형식적 심사주의를 취하고 있다. 형식적 심사주의란 등기의 신청이 등기할 사항인가, 관할권이 있는가, 필요서면이 법정형식을 갖추어 첨부되었는가 등의 등기절차법상의 적법성 여부만을 조사하는 권한을 가질 뿐 실체법상 실체관계와 일치여부에 대한 조사는 할 수 없는 입법주의이다.

판례도 “등기관은 등기신청에 대하여 부동산등기법상 그 등기신청에 필요한 서면이 제출되었는지 여부 및 제출된 서면이 형식적으로 진정한 것인지 여부를 심사할 권한을 갖고 있으나 그 등기신청이 실체법상의 권리관계와 일치하는지 여부를 심사할 실질적인 심사권한은 없으므로, 등기관으로서는 오직 제출된 서면

자체를 검토하거나 이를 등기부와 대조하는 등의 방법으로 등기신청의 적법 여부를 심사하여야 할 것이다"[77]고 하여 심사의 대상은 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 한정되며, 그 이외의 자료는 심사대상이 아님을 명백히 하였다. 또한 "등기관은 등기신청에 대하여 실체법상의 권리관계와 일치하는 여부를 심사할 실질적 심사권한은 없고 오직 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 의하여 등기요건에 합당한지 여부를 심사할 형식적 심사권한 밖에는 없다"[78]고 하여 형식적 심사주의를 밝히고 있다.

그러나 등기관은 1동의 건물을 구분한 건물에 관한 등기신청이 있는 경우에 필요한 때에는 그 건물을 조사하고 건물의 소유자 기타 관계인에게 문서의 제시 요구와 질문을 할 수 있다고 하여 등기관의 조사권을 규정하고 있다(동법 제56조의2; 동규칙 제73조의2 내지 제73조의4).

6. 登記의 推定力

우리 민법은 부동산에 관하여는 거래상대방의 신뢰보다는 진정한 권리자의 이익을 보호하여야 한다는 입장에서 등기의 공신력을 인정하지 않는다. 다만, 동산에 있어서 도품·유실물을 제외한 거래물건에 관하여는 이를 인정하고 있다(민법 제249조). 원래 공신의 원칙에 의하여 양수인을 보호하면 거래의 안전, 즉 동적 안전은 보호된다.

그러나 실질상의 권리관계와 부합하지 않는 등기라도 형식적으로 등기부상 기재되어 있다는 사실 자체로부터 등기에 의하여 표시된 실체적 권리 또는 법률관계가 존재하는 것으로 추정된다. 이를 등기의 추정력이라 한다. 민법에는 등기의 추정력에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 학설[79]과 판례[80]는 그 근거에

77) 대판 2005. 2. 25, 2003다13048; 대판 1990. 10. 29, 90마772.

78) 대결 1995. 1. 20, 94마535.

79) 곽윤직, 「물권법」, 109면; 권용우, 전게서, 121면; 이은영, 전게서, 222-223면; 김준호, 「물권법」, 법문사, 2007, 88면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2001, 204면; 김상용, 「물권법」, 201면; 최돈호, 전게서, 159면; 박준서 대표, 대표, 「주해 민법(총칙 Ⅱ)」, 한국사법행정학회, 2001, 219면; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 286면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1987, 253면; 황적인, 「현대민법론 Ⅱ」, 박영사, 1987, 114-115면.

80) 대판 1991. 2. 8. 90다카28221; 대판 1990. 11. 13, 90다카8616; 대판 1987. 10. 13, 86

차이는 두고 있으나 이를 인정하고 있다.

등기의 추정력은 반대의 증거에 의하여 깨뜨릴 수 있다. 다만, 그 정도에 관하여 판례는 소유권이전등기를 마친 자가 소유권이전등기의 실제원인이 등기원인 사실과 같은 것이 아니라고 자인하고 다른 원인이 있음을 주장하는 경우에는 등기의 적법추정력은 깨어지고, 다른 원인이 있음을 주장하는 자가 이를 입증하여 등기가 실체관계에 부합함을 증명할 책임이 있다고 하였다.[81] 그러나 2001년 11월 22일 판결에서는 "등기를 마친 자가 보증서나 확인서에 기재된 취득원인이 사실과 다름을 인정하더라도 그가 다른 취득원인에 따라 권리를 취득하였음을 주장하는 때에는, 특별조치법에 따른 등기를 마칠 수 없음이 명백하거나 그 주장하는 내용이 구체성이 전혀 없다든지 그 자체로서 허구임이 명백한 경우 등의 특별한 사정이 없는 한 위의 사유만으로 특별조치법에 따라 마쳐진 등기의 추정력이 깨어진다고 볼 수는 없으며, 그 밖의 자료에 의하여 새로이 주장된 취득원인 사실에 관하여도 진실이 아님을 의심할 만큼 증명되어야 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 것이다"고 하여 이를 변경하였다.[82]

7. 地籍依存主義

특정의 토지에 관하여 새로이 등기용지를 개설하는 등기가 보존등기이다. 보존등기에 있어서는 소유권의 존재에 관한 특별한 증명을 절차상 요구하는데, 그 증명에 있어서 무엇보다 중요한 것이 토지에 관한 대장이다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 일제하에서 경작지를 중심으로 한 토지조사를 바탕으로 하여 토지대장이 먼저 만들어지고, 이후 임야에 대한 조사·사정을 거쳐 임야대장이 만들어진 관계로 우리 나라는 다른 나라와 달리 지적공부로서 토지대장과 임야대장 모두를 가지고 있다.[83]

다카2928(전); 대판 1989. 8. 8, 88다카6242.

81) 대판 1992. 12. 8, 92다32067; 대판 1991. 11. 12, 91다26188; 대판 1997. 7. 11, 97다14125.

82) 대판 2001. 11. 22, 2000다71388, 71395(전); 대판 2005. 4. 29, 2005다2189; 대판 2004. 12. 23, 2004다25741; 대판 2002. 3. 12, 2001다78416.

83) 지적공부란 대장인 토지대장·임야대장·공유지연명부·대지권등록부와 도면인 지적도·임야도 및 경계점좌표등록부을 말한다(지적법 제2조 제1항 가목).

지적공부로서 토지대장이나 임야대장은 토지에 대한 과세와 징세를 위한 것이고, 토지등기부는 토지에 관한 권리관계를 공시하여 거래의 안전을 도모하고자 하는 것이다. 그러나 등기의 객체인 토지가 존재하는지의 여부를 판단하는 데에는 각 필지의 동일성을 상당히 정확하게 표시하고 있는 토지대장·임야대장·건축물대장 등의 기재에 의하고 있고, 또한 이를 기초로 보존등기, 변경등기 등이 이루어지므로 지적의존주의를 채택하고 있다고 한다(동법 제40조 제1항 제8호, 제91조 등). 따라서 토지대장과 등기부는 각각 일정사항에 관하여 동일한 기재를 하게 되며, 이 기재는 내용에 있어서 언제나 일치하고 부합하여야 한다. 따라서 양자는 절차적으로 충분한 연락을 취할 수 있도록 하여야 한다. 그렇지 않으면 부동산의 사실상의 상황과 부합되지 않을 때에는 등기 또한 부실등기가 될 수 밖에 없다.[84]

대장과 등기부의 일정사항에 관하여 어느 기재를 바탕으로 하느냐는 토지의 권리관계에 관하여는 등기부를 기초로 하여 토지대장 등을 따르게 하고(지적법 제36조 참조), 토지의 사실관계(등기부의 표시란에 기재되는 사항들)에 관하여는 등기부가 토지대장을 따르게 하고 있다(부등법 제55조 제10호 참조).

8. 登錄稅納付主義

현행 부동산등기법상 등기를 하고자 하는 자는 등록세, 교육세, 채권(국민주택채권, 도시철도채권)의 매입총액 및 발행번호 등을 기재하여야 하며(등기규칙 제49조 제1항), 등기신청과 관련하여 다른 법률에 의하여 부과된 의무를 이행하지 아니한 경우(동조 제2항)에는 등기관은 이유를 기재한 결정으로써 등기신청을 각하하여야 한다(동법 제55조 제9호). 따라서 등기를 하고자 하는 자는 과세표준액에 부동산세율을 적용하여 등기소에 접수하는 날까지 신고하고 납부하여야 한다(지방세법 제150조의2; 동시행령 제104조의2).

이와 같이 부동산등기법은 등기신청시 등록세를 납부해야 하는 등록세납부주의를 채택하고 있으며, 납세의무의 불이행시 각하사유에 해당하므로 물권변동의 실질적 요건에 해당되는 점이다. 그러나 앞에서 살펴 본 바와 같이 세금을 납부하지 않았음에도 불구하고 등기관의 잘못으로 등기가 이루어져 그 등기가 실체

84) 곽윤직, 「부동산등기법」, 348-349면.

적 관계에 부합된다면 이의신청의 대상에 해당되지 않는다고 보아야 한다.

9. 職權更正主義

우리 부동산등기법은 제72조 제1항에서 “등기관은 등기의 착오 또는 유루가 등기관의 과오로 인한 것임을 발견한 때에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우를 제외하고는 지체없이 이를 경정하여야 한다”고 규정하여 직권에 의한 등기경정을 인정하고 있다. 등기상 이해관계있는 제3자는 경정등기를 함으로써 손해를 입게 될 위험성이 있는 등기상의 권리자를 의미한다.[85] 이해관계인이 있는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 경정등기를 하여야 하며, 등기관이 이해관계인의 승낙서를 첨부하여 경정등기를 할 수는 없다.

등기관은 경정등기를 한 때에는 그 취지를 지방법원장에게 보고하고,[86] 등기권리자와 등기의무자에게 통지하여야 한다. 이 경우 등기권리자 또는 등기의무자가 2인 이상인 때에는 그중 1인에게 통지할 수 있다(동조 제2항).

경정등기로 인하여 기존등기와 신등기와의 동일성의 유무는 통상적으로 사회관념에 따라 판단하여야 할 것이지만, 등기절차상으로는 등기관에게 형식적 심사권밖에 없으므로 이를 별도로 심사하지는 않는다.[87] 다만, 등기관의 착오로 甲구에 하여야 할 등기를 乙구에 등기한 경우는 경정절차에 바로잡을 수 없으므로 기존등기를 말소한 후 직권 또는 신청에 의하여 유루발견으로 인한 등기를 하여야 한다(등기예규 제1148호).

판례도 “일반적으로 부동산에 관한 등기의 지번표시에 실질관계와 동일성 혹은 유사성 조차 인정할 수 없는 착오 또는 오류가 있는 경우에는 그 등기는 무효로서 공시의 기능도 발휘할 수 없고 경정등기도 허용할 수 없는 것이 원칙이나, 그러한 경우에도 같은 부동산에 대하여 따로 보존등기가 존재하지 아니하거나 등기의 형식으로 보아 예측할 수 없는 손해를 미칠 우려가 있는 이해관계인이 없는 경우에는 그 경정등기 후의 등기부가 분할 후의 일부 토지에 대한 등기

85) 대결 1998. 4. 9, 98마40; 대결 1987. 1. 23, 86마784.

86) 그러나 실무에서는 등기관의 과오로 인한 것이 명백한 등기의 착오 또는 유루에 의한 직권경정등기에 대해 지방법원장에게 보고하는 것은 불필요한 절차에 불과한 것으로 지켜지지 않는다고 한다(최돈호, 전게서, 78면).

87) 상게서, 84면; 유석주, 전게서, 909면.

부로서의 효력을 가진다고 보아야 한다"고 하여 인정하고 있다.[88]

第4節 物權行爲와 登記와의 關係

물권의 배타성으로 인하여 물권의 변동과 그 내용을 외부에 표상하여 인식할 수 있게 하지 않으면 제3자는 불측의 손해를 입을 수 있고, 또한 거래의 안전을 해칠 수 있다. 여기서 물권변동에 대하여 누구든지 쉽게 인식할 수 있는 공시의 방법이 요구되며, 또한 공시를 신뢰한 자를 어떻게 보호할 것이냐가 문제된다.[89]

우리 민법 제186조는 "부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기를 하여야 그 효력이 생긴다"라고 규정하고 있으므로, 이에 대한 민법의 원칙을 해석하는데 있어서 다음의 점을 살피는 것이 중요하다. 첫째, 채권행위와 대비되는 물권행위의 실체를 규명하고, 둘째, 물권행위의 입법주의와 우리 민법 제186조의 원칙과는 어떠한 관계에 있는가. 셋째, 물권행위와 그 공시방법인 등기와의 관계는 어떠한가. 넷째, 물권행위는 채권행위와 독립하여 존재하는 것인가, 그리고 이를 토대로 물권행위가 유효한 이상 채권행위로부터 영향을 받지 않는 것인가 등이다.

Ⅰ. 物權行爲의 意義

1. 物權行爲의 槪念

(1) 물권행위(dingliches Rechtsgeschäft)란 직접 물권의 변동(물권의 발생·변경·소멸)을 목적으로 하는 의사표시(Willenserklärung)를 요소로 하는 법률행위

88) 대판 2000. 3. 10, 99다40975; 대판 1997. 2. 25, 96다51561; 대판 1995. 9. 29, 95다22849, 22856; 대판 1980. 10. 27, 79다636, 637; 대판 1978. 6. 27, 78다544; 대판 1975. 4. 22, 74다2188

89) 현행법상 공시방법으로 민법 제186조에서 부동산물권에 관하여 등기를 제188조 제1항에서 동산물권에 관하여 인도를 요구하고 있다. 또한 "입목에 관한 법률"의 적용을 받는 수목의 집단은 등기를, 동법의 적용을 받지 않는 수목의 집단·미분리의 과실 등에 관해서는 관습법상의 명인방법 등이 이용되고 있다.

로써 물권적 법률행위라고도 한다.[90] 소유권의 이전, 지상권 및 저당권 등의 제한물권 설정행위 등이 여기에 해당한다. 물권행위는 사적자치(Privatautonomie) 내지 계약자유를 기본원칙으로 하는 근대민법에 있어서 법률행위에 의한 물권변동은 중요한 의의를 갖는다.[91]

(2) 물권행위는 채권행위와 대립되는 개념이다.[92] 채권행위는 채권·채무의 발생을 목적으로 하는 법률행위로서 채권이 발생할 뿐이므로 그 발생한 채권의 이행이라는 문제가 남게 되지만, 물권행위는 물권변동이 일어난 상태에서는 더 이상 당사자 간에 이행할 것이 남아 있지 않으므로 이행의 문제는 발생하지 않는다. 예컨대, 민법 제563조에서 "매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다"는 규정을 보면, 매매계약은 재산권을 이전할 것을 약정하고(채권행위) 그와는 별도의 재산권이전을 위한 행위(물권행위)가 있어야 한다는 것이다.[93] 그러나 현실매매의 경우에 있어서는 채권행위와 물권행위의 구별은 사실상 어렵다. 이와 같이 채권행위가 먼저 이루어지고 그 이행으로서 물권행위가 행하여지는 경우, 즉 채권행위가 물권행위의 원인(causa)이 되는 경우에 그 채권행위를 물권행위의「원인행위」(Kausalgeschäft)라고 한다.[94] 그리고 채권행위의 이행으로 이루어지는 물권행위를 채권행위의 이행행위라고 한다.

물권행위는 물권의 변동을 목적으로 하는 채권행위의 이행으로서 행하여지는 것이지만, 물권거래의 실제에 있어서는 채권행위와 합체하여서 외형상 하나의 행위로 행하여지는 수가 있고, 또는 채권행위가 먼저 행하여지는 일이 없이 물권행위만이 홀로 행하여지는 수도 있다.

---

90) 김상용, 「물권법」, 75면; 곽윤직, 「물권법」, 31면; 이은영, 전게서, 121면; 권용우, 전게서, 59면; 이영준, 전게서, 63면; 김증한·김학동, 「물권법」, 박영사, 1997, 46면.

91) 물권행위 개념에 대한 비판적인 견해들도 있다. 명순구·김제완·김기창·박경신, 「아듀, 물권행위」, 고려대학교출판부, 2006, 125면 이하; 명순구, "물권행위 개념의 유용성에 대한 비판적 검토", 「물권법의 현대적 과제와 자유주제」, 한국민사법학회 춘계학술대회, 2007. 3. 31, 7-22면; 이호정, "부동산의 최종매수인(전득자)의 최초매도인에 대한 등기청구권", 「고시계」 제26권 제7호, 1981. 7, 17면 이하.

92) 우리 나라의 물권행위와 채권행위에 대한 개관은 김민규, "한국 부동산물권변동의 발전과 문제점", 「토지법학」 제21호, 2005. 12, 184-190면 참조.

93) 권용우, 전게서, 59-60면; 이영준, 전게서, 63-64면.

94) 곽윤직, 「물권법」, 32면; 김상용, 「물권법」, 76면; 김증한·김학동, 전게서, 46면.

(3) 우리 현행 민법은 법률행위를 의무부담행위(Verpflichtungsakt)와 처분행위(Verfügungsgeschäft)로 구분하여, 채권행위는 의무부담행위로 물권행위는 처분행위로 파악하고 있다. 처분행위에는 재화의 파훼·소비 등과 같이 재산을 훼손·멸실케 하거나 또는 그 성질을 변하게 하는 사실적 처분행위와 직접 재산권의 설정·이전·변경·소멸의 법률적 처분행위가 있다. 따라서 물권행위는 법률적 처분행위인 것이다.

법률적 처분행위가 유효하기 위해서는 처분자가 처분능력(행위능력)을 가지고 있어야 하며, 그 밖에도 재산권을 처분할 수 있는 법적 권한, 즉 처분권한을 가져야 한다. 처분권한은 물권변동과 관련하여 물권적 의사표시를 한 때로부터 등기·인도시까지 존재하여야 한다.[95] 처분권한이 없는 자의 처분행위는 무효이나, 처분권자가 사후에 추인했을 경우에 그 처분행위의 효력은 어떠한가. 우리 민법은 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 독일민법은 제185조 제1항에서 처분권자의 추인으로 무권리자의 처분행위는 그 행위시에 소급하여 유효하다고 하고 있다. 우리도 이와 같이 해석하는 것이 타당할 것이다.[96]

(4) 물권행위도 법률행위이므로 민법총칙편의 법률행위에 관한 규정은 모두 여기에 적용된다. 예컨대 당사자의 권리능력과 행위능력(민법 제5조 이하), 의사표시와 대리(민법 제107조 이하), 무효와 취소(민법 제137조 이하), 조건과 기한(민법 제147조 이하) 등에 관한 규정 등은 모두 물권행위에 적용된다. 민법 중 채권편은 그 성질상 적용되지 않는 것이 원칙이지만, 물권행위 중 물권적 합의도 일종의 계약이므로 채권편의 계약의 성립에 관한 규정은 당연히 준용된다(민법 제527조～제535조).

2. 物權行爲의 種類

법률행위는 그 요소인 의사표시의 수와 모습에 따라서 계약행위·단독행위·합동행위로 구분하는 것과 같이 물권행위도 물권적 의사표시의 수와 모습에 따라서 물권적 단독행위·물권계약·물권적 합동행위의 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 이러한 물권행위 중 가장 중요한 것은 물론 물권계약이다.[97]

---

95) 김상용, 상게서, 77면; 이은영, 전게서, 124-125면; 장경학, 전게서, 156면.

96) 김상용, 상게서, 85면; 장경학, 전게서, 156면.

물권적 단독행위는 물권의 포기·승역지 소유자의 위기(민법 제299조) 등이 해당한다. 이러한 물권적 단독행위도 상대방이 있느냐에 없느냐에 따라 상대방있는 단독행위와 상대방없는 단독행위로 나누어진다. 상대방에 대한 의사표시와 등기가 필요한 제한물권의 포기는 상대방있는 단독행위에 해당한다. 반면에 소유권의 포기는 포기의 의사표시와 등기(부동산의 경우) 또는 점유의 포기(동산의 경우)에 의하는 것은 상대방없는 단독행위에 해당한다.

물권계약(dingliches Vertrag)이란 물권변동을 목적으로 하는 의사표시의 합치를 말한다. 채권의 발생을 목적으로 하는 좁은 의미의 계약인 채권계약과 구별하기 위하여 「물권적 합의」라고도 한다. 독일 민법은 채권계약만을 「계약」(Vertrag)이라고 하고, 물권계약을 「물권적 합의」(Einigung)라고 구별하고 있고, 물권계약 중 특히 부동산소유권이전의 합의는 이를 Auflassung이라고 한다(독일 민법 제873조). 우리 민법은 이러한 구별을 하고 있지 않지만, 채권계약과의 구별을 명확하게 한다는 의미에서 물권계약을 물권적 합의로 사용하고 있다.[98] 판례도 물권적 계약이라는 용어를 흔히 사용하고 있다.[99] 소유권의 이전, 지상권·저당권의 설정 등이 이에 해당한다.

물권적 합동행위는 각자의 물권자가 동일한 방향으로서 물권적 의사표시를 함으로써 성립하는 물권행위이다. 예컨대, 수인의 공유자가 공유물 전부에 대하여 소유권을 포기하는 것과 같다.[100]

3. 物權行爲의 方式과 內容

(1) 물권행위가 특별한 방식을 갖추어야 하는가에 대해서는 입법례에 따라 다르다. 독일 민법은 법률행위에 의한 부동산 물권변동에는 당사자의 물권적 합의

97) 김상용, 상게서, 78면; 곽윤직, 「물권법」, 32-33면; 권용우, 전게서, 60면.

98) 김상용, 상게서, 78면; 곽윤직, 「물권법」, 33면; 권용우, 상게서, 60면.

99) 대판 1964. 11. 24, 64다851.

100) 공유자는 독립한 소유자이기 때문에 2인 이상의 공유자가 반드시 같이 그 소유권을 포기하여야 하는 것은 아니며, 또한 그 성질도 다르다. 이것은 소유권의 포기가 우연히 동시에 일어난 것에 불과하므로 '물권적 단독행위의 우연한 경합'으로 보아야 한다고 하여 물권적 합동행위를 부정하는 견해가 있다(김준호, 전게서, 42면; 이영준, 전게서, 64-65면).

(Einigung)와 등기부에의 등기(Eintragung)가 있어야 한다(BGB 제873조 제1항). 법률행위에 의한 부동산물권변동은 부동산소유권이전의 경우(토지권의 설정, 양도의 경우 포함)와 그밖의 물권변동의 경우로 나누어진다. 전자의 경우에는 당사자는 매매 등의 채권계약을 공정증서로 작성(notarielle Beurkundung)하여(BGB 제313조), 당사자 쌍방이 동시에 관할관청(부동산등기소, 구법원, 공증인)에 출석하여 부동산소유권이전의 의사를 표시하여야 하는 물권적 합의인 Auflassung을 하여야 한다(BGB 제925조 제1항). 이때 공증인은 Auflassung을 받았음을 증명하는 공정증서(GBO 제20조)를 작성하게 된다. 이 공정증서가 독일 민법 제29조에서 요구하는 등기서류이다. 따라서 독일 민법은 부동산소유권이전의 합의인 Auflassung은 일정한 방식에 의하여 행할 것을 요구하는 요식행위이다. 그러나 부동산소유권이전의 합의 이외의 물권적 합의(Einigung)는 무방식으로 가능하다.

(2) 이와 같이 특정의 물권행위에 관하여 일정한 방식을 요구하는 입법례가 있기는 하지만, 우리 민법은 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 일정한 방식이 요구되는가에 관하여 학설이 나누어져 있다.[101] 그러나 우리 민법은 물권행위에 관하여 그러한 방식을 요구하고 있는 경우는 없으므로, 모든 물권행위에 대하여 무방식으로 할 수 있다.[102] 다만, 부동산등기특별조치법에 의하여 '계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 신청할 때'에는 일정한 요건을 갖춘 검인계약서를 제출하여야 하므로(동법 제3조 제1항), 이 한도 내에서 물권행위는 요식행위가 된다.[103]

민법상 물권행위는 무방식일 뿐만 아니라 그 내용에 관하여도 제한이 없다. 따라서 어떤 고정된 문언으로 물권적 의사표시를 명시적으로 할 필요가 없음은 물론이며, 그것은 묵시적으로도 가능하다. 그러나 물권행위는 그것에 의하여 변동되는 물권이 무엇이며, 당사자가 누구라는 것은 언제나 알 수 있고 또한 확정할 수 있어야만 한다.[104]

---

101) 김상용, 전게서, 81-82면 참조.

102) 곽윤직, 「물권법」, 33면; 이영준, 전게서, 65면.

103) 권용우, 전게서, 61면; 김상용, 「물권법」, 82면; 이은영, 전게서, 121-123면 참조.

104) 권용우, 상게서, 61면; 곽윤직, 「물권법」, 33면.

Ⅱ. 物權變動에 관한 公示方法

물권행위의 효력으로서 물권변동은 일어난다. 그러나 법률행위로 인한 물권변동이 당사자의 의사표시만으로 물권변동이 발생하느냐, 당사자의 의사표시 이외에 일정한 형식(예컨대 부동산물권변동에는 「등기」, 동산물권변동에는 「인도」라는 공시방법)을 갖추어야만 비로소 효력이 발생하느냐에 있어서는 입법정책에 따라 달라진다. 전자의 경우를 의사주의라고 한다. 의사주의에서 등기나 인도는 제3자에 대한 대항요건이기 때문에 대항요건주의라고도 한다. 후자의 경우는 일정한 형식을 갖추어야 하기 때문에 형식주의라고 한다. 여기에서의 등기나 인도는 그 형식을 갖추지 아니하면 물권변동의 효력은 발생하지 않으므로 성립요건주의라고도 한다.

1. 沿　革

오늘날 세계 각국의 민법상 물권변동에 관한 입법태도는 각기의 역사적 배경을 가지고 있지만, 로마법에 대한 고찰은 벗어날 수 없다.

로마법은 동산·부동산을 묻지 않고 소유권이전에 대하여 엄격한 방식을 요구하였다. 초기에는 당사자 사이의 합의 이외에 mancipatio(악취행위)[105] 또는 in iure cessio(법정양여)[106]와 같은 특수한 형식을 필요로 하였다. 이후 Justinianus 大帝이후에는 그 형식이 어느 정도 완화하였다. 그러나 이 경우에도 traditio(점유의 이전)를 소유권이전의 필수요건으로 함으로써 물권변동을 위한 계약을 대인관계인 채권의 변동을 목적으로 하는 계약과는 구별하여 취급하였다.

로마법에 있어서도 거래의 실제상 언제나 현실의 인도를 필요로 하는 것은 불

105) 握取行爲란 수중물을 취득하고자 하는 자가 양도인 및 로마시민권을 가진 성인남자 5인의 증인과 1인의 저울을 든 자의 입회하에서 객체(노예인 경우)를 잡고 "나는 이 노예가 로마시민법에 의해서 나의 소유인 것을 선언한다. 그리하여 이 노예는 이 銅片 및 저울에 의해서 나에게 취득된다"고 말하는 물권변동의 형식이다(현승종, 「로마법」, 법문사, 1996, 549-553면; 권용우, 전게서, 62면).

106) 法廷讓與란 로마시민법상의 소유권을 취득하고자 하는 자가 양도인과 함께 법무관의 면전에 출석하여 객체에 손을 잡고, "나는 이 노예가 로마시민법에 의해서 나의 소유임을 선언한다"라고 하는 물권변동의 형식이다(현승종, 상게서, 553-554면; 권용우, 상게서, 62면).

편하였기 때문에 점차 인도가 관념화되어 간이인도나 점유개정 등이 생겨나게 되었다. 즉, traditio가 목적물에 대한 현실의 인도가 따르지 않는 관념적인 형식으로 변화되었지만, 이것은 거래의 실정에 맞지 않을 뿐만 아니라 물권거래의 보호를 위한 방법으로서 의의를 잃게 되었다. 따라서 traditio의 형식으로부터 벗어나고 물권거래의 새로운 보호방법을 모색하고자 하였다. 이러한 요청은 프랑스와 독일에서 각기 다른 모습으로 나타나게 되었고, 이것이 오늘날의 의사주의와 형식주의라는 입법태도의 두 주류로 형성되어졌다.[107]

2. 立法主義

(1) 意思主義(對抗要件主義, 佛法主義)

물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시, 즉 물권행위만 있으면 일어나고, 그 밖에 등기나 인도와 같은 공시방법도 필요로 하지 않는다고 보는 입법주의이다. 프랑스와 일본민법이 채택하고 있다.

프랑스민법은 소유권에서 「채권의 효력으로써」(par l'effet des obligations) 취득되고 이전한다고 하고(C.c 제711조), 물건을 인도할 채무는「당사자의 합의만에 의하여」(par le seul consentement des parties contractantes)완성되며 채권자를 소유자로 만든다고 규정하고 있어(C.c. 제1138조) 의사주의를 취하고 있다. 따라서 프랑스 민법은 ① 물권변동을 일으키는 의사표시는 채권을 발생시키는 의사표시와 구별되지 않고 ② 물권변동은 물권행위만으로 일어나므로 그 밖에 공시방법을 갖출 필요가 없고, ③ 하나의 법률행위로 채권의 발생과 물권변동의 양자를 모두 일어나게 하는 것도 가능하므로 물권행위의 독자성이 인정되지 않는다. 그 결과 ④ 물권행위의 효력을 원인관계로부터 절연하느냐 않느냐의 문제(즉 물권행위의 무인성)도 일어나지 않는다.[108]

의사주의하에서는 물권변동이 당사자의 의사표시만에 의하여 일어나고 공시되지 아니하므로 외부에서는 물권변동의 사실을 알 수 없게 되어 불측의 손해를 입을 염려가 있다. 그래서 프랑스에서는 거래의 안전을 위하여 동산물권변동에는

---

107) 권용우, 상게서, 63면; 김상용, 「물권법」, 88면.

108) 권용우, 상게서, 64면; 곽윤직, 「물권법」, 35면; 김상용, 「물권법」, 89면; 김정수, 전게논문, 60면.

공신의 원칙을 인정하고(C.c. 제1141조, 제2279조), 부동산 물권변동은 登記(inscription) 및 公示方法(謄記; transcription)을 갖추지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없도록 하였다.[109] 따라서 부동산 물권변동에 있어서의 법률관계는 당사자 사이의 법률관계(의사표시만으로 효력발생)와 제3자에 대한 법률관계(공시방법을 갖추어야 함)로 분열된다.[110]

이상에서와 같이 의사주의는 당사자의 의사를 존중한다는 데 그 기초를 두고, 당사자 사이의 법률관계를 중심으로 물권변동 이론이 구성되어 있다.

(2) 形式主義(成立要件主義, 獨法主義)

물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시, 즉 물권행위만에 의해서는 일어나지 않고, 그 밖에 등기·인도라는 공시방법을 갖추어야 비로소 물권변동이 일어난다고 하는 입법주의이다. 이를 형식주의 내지 독법주의라고 한다. 형식주의는 물권변동을 제3자도 쉽게 인식할 수 있도록 하여 거래의 안전을 도모하는데 그 취지가 있다. 따라서 공시방법을 갖추지 않는 한 제3자에 대한 관계에 있어서는 물론이며, 당사자 사이에서도 물권변동의 효과는 발생하지 않는다. 독일 민법, 우리 민법, 그리고 Torrens제도를 운용하는 국가에서 이 입법주의를 취하고 있다.

독일 민법은 ① 물권행위는 채권의 발생을 목적으로 하는 채권계약(Vertrag)과 구별하여 물권적 합의(Einigung)라 한다. 그리고 Einigung 가운데서도 "부동산토지소유권이전의 합의"를 Auflassung이라 한다. Einigung은 무방식으로도 할 수 있으나(BGB 제873조 제2항), Auflassung은 반드시 일정한 방식을 갖추어야 하고, 조건과 기한을 붙일 수 없다(BGB 제925조). ② 물권변동은 물권적 합의(Einigung) 이외에 부동산물권변동에는 등기를 하여야 효력이 발생한다(BGB 제873조, 제928조). ③ 물권변동을 일으키는 물권행위는 그 원인행위인 채권을 발생케 하는 채권행위와는 언제나 독립하여 존재하므로 서로 다른 시기에 별개의 행위로 행하여진다. 따라서 물권행위의 독자성이 인정된다. ④ 물권행위의 독자성이 인정되므로 물권행위의 효력은 그 원인되는 행위인 채권행위가 무효 또는

109) 이에 대해서는 전술한 외국의 입법례 중 프랑스 편 참조.

110) 김상용, 상게서, 89-90면.

실효하더라도 영향을 받지 않게 되므로 물권행위의 무인성이 인정된다.

이와 같이 독일 민법에서는 물권행위를 채권행위로부터 구별하며, 그 독자성·무인성을 인정하고 거래의 동적 안전을 확보하기 위하여, 동산의 점유뿐만 아니라 부동산의 등기에도 공신력을 인정하고 있다. 형식주의에 있어서 물권행위는 공시방법과 결합되어 있어서, 의사주의에서와 같이 물권변동의 효과가 당사자 사이와 제3자에 대한 관계에 있어서 다르게 적용되는 문제가 발생하지 않는다.[111]

(3) 檢　討

의사주의와 형식주의의 대립은 "법률행위에 의한 물권변동"에 있어서 입법주의의 대립이지, 우리 민법 제186조와 제187조와 같은 경우의 대립이 아니다.

의사주의는 근대법의 사적자치의 원칙에 부합되고, 물권변동에 성립요건주의와 같은 등기·인도라는 형식을 필요로 하지 않으므로 물권거래의 신속을 기할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 물권변동의 존부·발생시기 등을 외부에서는 인식하기 어렵기 때문에 거래의 안전을 해칠 염려가 있다. 또한 그 효력은 당사자 사이와 제3자에 대한 관계를 분열시키므로 물권의 귀속관계를 복잡하게 하는 단점이 있다. 형식주의는 당사자 사이와 제3자에 대한 법률관계가 분열하지 않고 일원화되어 법률관계가 명확하고, 등기와 권리관계의 일치를 도모할 수 있고, 등기로써 물권의 변동과정을 명료하게 나타내므로 거래의 안전에 기여할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 등기·인도라는 형식을 강요하므로 당사자에게 번거롭고 거래의 신속을 저해하며, 등기나 점유에 공신력을 인정하므로 진실한 권리자가 희생된다는 단점이 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 양 입법주의는 서로 장단점을 가지고 있지만, 성립요건주의가 부동산 물권관계의 명료성과 물권거래의 안전을 위해 대항요건주의보다 더 우수한 제도라고 할 수 있다.[112]

111) 김상용, 상게서, 90-91면; 곽윤직, 「물권법」, 35-36면; 김준호, 전게서, 36면.

112) 곽윤직, 상게서, 38면; 김상용, 상게서, 92면; 김준호, 상게서, 36-37면.

3. 民法의 態度

우리 민법은 독일·스위스 민법의 영향을 받아 형식주의를 취하고 있다. 부동산물권변동의 효력은 등기하여야 그 효력이 발생하고(동법 제186조), 상속·공용징수·판결·경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 않으나, 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못하도록 규정하고 있다(동법 제187조). 동산소유권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 발생하는 것으로 하고 있다(동법 제188조 내지 제190조).

부동산 물권변동에 관해서 구민법의 의사주의를 버리고 형식주의로 전환하였다. 그 이유로는 ① 물권변동의 존부와 시기를 명확하게 하고자 하였다. 구민법 제176조의 "의사표시"가 물권행위인지 채권행위인지의 여부, 물권행위라면 이것은 어느 때에 행해지는 것인지 명확하지 않았다. 형식주의로 전환하면 이러한 문제점을 극복하여 물권변동의 존부와 시기가 명확하게 된다. ② 물권의 귀속을 법률행위의 당사자 사이와 제3자에 대한 관계에 따라 분열되는 것을 막아준다. ③ 채권과 물권을 개념적·추상적으로 준별하고 이러한 이념형으로서 고전적 물권개념을 가능한 한 관철하려고 한다.[113]

Ⅲ. 物權行爲와 登記와의 關係

우리 민법 제186조는 구민법과 달리 형식주의를 천명하고 있다. 따라서 법률행위에 의한 부동산물권변동은 물권적 의사표시와 공시방법인 등기를 갖출 때에 그 효력이 발생한다. 여기서 물권행위는 물권적 의사표시와 등기를 합한 것이냐, 아니면 물권적 의사표시만이 물권행위를 이루는 것이냐가 문제된다. 물권행위의 개념을 어떻게 파악하느냐에 따라 민법 제186조에서 말하는「물권행위」의 해석이 달라지고, 등기의 법적 성질이 달라지게 된다. 이 문제에 대하여 학설의 대립이 심하다.

113) 권용우, 전게서, 65면; 홍성재, 전게서, 193면; 양창수, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 203면; 제26회 국회정기회의 속기록 제30호, 1957, 6면 이하 참조.

1. 제1설 (물권적 의사표시 + 등기)

물권적 합의와 공시방법인 등기가 결합되어 물권변동이라는 법률효과를 발생시키는 행위를 물권행위라고 보는 견해이다.[114] 즉, 공시방법인 등기를 물권행위의 성립요건인 동시에 효력발생요건이라고 본다. 따라서 물권행위는 등기라는 형식을 갖추어서 하여야 하는 「요식행위」 내지 「형식」이라고 한다.

이 견해의 근거는 성립요건주의하에서는 물권적 합의만으로는 어떠한 법률효과도 발생하지 않고 등기라는 공시방법을 갖추어야만 물권변동의 법률효과가 발생하는 것이므로 물권행위는 물권적 합의와 공시방법을 합한 것이라 한다. 그리고 계약은 사법상의 의사표시의 합치이지만, 등기라는 공법상의 국가행위를 요건으로 할 수 있다. 또한 물권행위는 의사표시로써 물권변동이라는 법적 효과를 발생케 하는 법률행위이고, 법률효과를 발생시키지 않는 법률행위는 있을 수 없다.[115] 따라서 현행 민법상 등기를 하여야만 부동산물권변동이라는 법률효과를 발생시킨다는 제186조의 규정상 당연히 물권행위의 개념 속에 물권적 의사표시와 등기를 포함시켜야 한다는 것이다.[116]

판례도 제1설과 같은 입장을 취하는 것으로 보인다. 예컨대, "무허가건물의 신축은 원시취득한다고 하지만, 이를 양도하는 경우에는 등기 없이 물권행위 및 인도에 의하여 소유권을 이전할 수 없다 할 것인바, 점유자가 무허가건물의 신축자로부터 이를 매수하여 인도받아 점유하고 있다고 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없고, 신축자가 법률상의 처분권한을 상실하였다고 할 수 없다"고 판시하였다.[117] 나아가 "소유권이전등기를 경료받지 않는 한 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 그러한 건물의 취득자에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 볼 수 없다"고 판시하였다.[118]

---

114) 이영준, 전게서, 85-86면; 장경학, 전게서, 167면; 황적인, 전게서, 47면; 홍성재, 전게서, 220면; 고상용, 「물권법」, 법문사, 2001, 63면; 이영준, "물권행위의 구성요소", 「손해배상법의 제문제」, 성헌 황적인박사화갑기념논문집, 박영사, 1990, 707면; 이태재, "등기청구권", 「고시연구」, 1980. 12, 87면 이하.

115) 山田晟, 「ト〃イシ法概論」, 有斐閣, 2001, 197면.

116) 이용박, "물권행위의 독자성과 무인성이론의 비판", 「민법과 법학의 중요문제」, 의당 장경학박사고희기념논문집, 동국대학교출판부, 1987, 40-41면.

117) 대판 1997. 11. 28, 95다43594. : 참조판례 대판 2005. 3. 10, 2004다67653, 67660; 대판 2001. 10. 9, 2000다51216; 대판 1991. 3. 22, 91다70 등.

2. 제2설(효력발생요건설)

법률행위의 요건에는 성립요건과 효력발생요건으로 분류할 수 있다. 즉, 물권변동은 등기를 갖추었을 때에 이루어진다는 점을 전제로 물권적 의사표시만이 물권행위의 성립요건이며, 공시방법인 등기를 물권행위의 효력발생요건이라고 보는 견해이다.[119]

그 근거로 첫째, 의사표시를 공시방법보다 중시하여야 하며, 물권적 의사표시만으로 물권변동의 효과가 발생하지 않는다고 하여 물권행위로 취급할 수 없는 것은 아니다. 따라서 물권적 합의는 성립요건이며, 등기나 인도는 효력요건이라고 한다.[120] 둘째, 물권적 합의와 등기와의 사이에는 상당한 시간적 간격이 발생하는 것이 보통이다. 이 경우에 매수인을 보호하기 위해서는 물권적 기대권을 갖고 있다고 하여야 한다. 따라서 물권적 합의만으로 이미 물권행위는 성립되고 공시방법인 등기를 갖추었을 때에 비로소 물권변동의 효력이 발생한다고 보는 것이다.[121] 셋째, 등기는 등기관이 공적 장부인 등기부에 기재하는 공법상의 행위임에도 이를 사법상 법률행위의 일부로 구성하는 것은 부당하다는 것이다. 넷째, 물권적 합의는 있었으나 등기하지 않은 자도 그 의사표시의 하자로 무효 또는 취소가 가능하다는 점 등이다.

3. 제3설(별개요건설)

법률행위로 인한 부동산물권변동은 물권행위의 요소인 물권적 합의와 물권행위의 요소는 아니지만 법률에 의하여 요구되는 등기를 하여야만 물권변동이라는 법률효과가 발생한다고 보는 견해이다.[122] 물권적 합의만을 물권행위의 요소로

118) 대판 1999. 3. 23, 98다59118; 대판 1996. 6. 14, 94다53006.

119) 김증한・김학동, 전게서, 47면; 황적인, 전게서, 47-48면; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1993, 76면; 윤철홍, “물권적 기대권과 공시방법”, 「비교사법」 제11집 제1호, 2004, 177면.

120) 윤철홍, “부동산등기와 공시”, 205면.

121) 김용한, 전게서, 75면.

122) 곽윤직, 「물권법」, 40-41면; 김상용, 「물권법」, 97면; 김상묵, “부동산등기제도의 문제점과 개선방안”, 「법학연구」 제26집, 2007. 5, 123-124면. 이은영교수는 부동산의 경우는 별개요건설을 동산의 경우는 합체설을 취한다(전게서, 132-133면).

보며, 공시방법은 물권행위와 함께 물권변동을 일으키는 또 하나의 요건이라는 것이다. 즉, 양자가 결합해서 물권변동이라는 법률효과가 발생하지만, 등기와 인도라는 공시방법은 물권행위와 동등한 가치를 갖는 것으로 물권행위의 형식이나 공증이 아니라 물권행위로부터 독립한 것이라고 한다. 예컨대 부동산 소유권이전에 있어서 물권행위를, 독일 민법의 Auflassung은 일정한 방식을 요구하는 「요식행위」라고 할 수 있지만, 우리 민법은 어떠한 방식도 요구하고 있지 않으므로 물권행위는 「불요식행위」이다.

4. 檢　討

제1설은 물권행위와 공시방법과의 관계에 관하여 양자는 결합된 것으로 보는 것으로 우리 민법이 형식주의를 채택하고 있으므로 이러한 해석이 합리적일 수 있다. 그러나 공시방법인 등기에는 의사표시에 관한 규정을 적용할 수 없다. 또한 이 견해에 의하면 모든 물권행위는 요식행위가 될 뿐만 아니라 등기는 국가기관인 등기관이 행하는 공법상의 행위임에도 물권행위에 포함시킴으로써 사법상 계약의 일부분을 구성하게 되어 사적자치가 제한될 수 있으므로 부당하다.[123]

제2설에서는 물권행위도 법률행위로 보아 성립요건과 효력발생요건의 두 요건으로 나누어진다는 점을 전제로 하여 물권적 의사표시만이 물권행위를 이루고 등기를 물권행위의 효력발생요건으로 보는 것이다. 그리고 현행 민법 제186조와 제188조 제1항의 등기 또는 인도하여야 "효력이 생긴다"는 규정 또한 물권행위의 효력발생요건으로 규정한 것이라고 한다. 그러나 물권변동을 물권행위에 의해서만 발생하게 하느냐, 그 외의 공시방법을 갖추어야 하느냐의 문제는 입법정책상의 문제이지만, 현행 민법은 등기라는 공시방법을 갖출 것을 요구하고 있으므로 물권행위만으로 물권변동이 일어난다고 할 수 없다. 더욱이 물권행위를 성립요건과 효력발생요건으로 구별하여 등기라는 공시방법도 물권행위의 성립요건과 효력발생요건 중의 어느 하나에 속하게 하는 것은 우리 민법이 형식주의를 취하는 이상 타당하지 않다.[124]

---

123) 김상용, 「물권법」, 95면; 윤철홍, "부동산등기와 공시", 205면; 김민규, 전게논문, 194면 이하; 명순구, 전게논문, 10면; 정옥태, "물권변동의 현안문제",「민사법학 제9, 10호」, 한국민사법학회, 1993, 417-420면; 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2004, 110-111면 참조.

결론적으로 등기라는 공시방법은 물권행위와 동가치를 가지는 것으로 물권행위와 독립한 것이다. 그리고 우리 민법 제186조는 “등기하여야 효력이 생긴다”고 규정하고 있을 뿐이지, 등기를 하여야만 “물권행위가 효력을 발생한다”고 규정하고 있지 않으므로 “물권의 득실변경”은 등기를 통해서 효력이 발생한다. 즉, 민법은 등기를 물권행위의 효력발생요건으로 규정하지 않고 물권변동의 효력발생요건으로 규정하고 있다. 따라서 공시방법은 물권행위 이외에 법률에 의하여 요구되는 물권변동의 또 하나의 요건이라고 보는 제3설이 타당하다.

Ⅳ. 物權行爲의 獨自性과 無因性

물권행위의 독자성 및 무인성의 문제는 현행 민법 제정 이후 1960년대부터 70년대까지 물권법이론의 핵심을 이룬 것으로, 물권행위 개념의 인정여부에 대한 논의를 시작한 이후 물권행위의 성립시기에 관한 논쟁으로 변천하고 있다. 현행 민법이 물권변동에 관하여 독일 민법을 계수하였지만, 입법형식에 있어서는 독일 민법을 그대로 계수하지 아니하고 이론계수만 이루어져서 물권행위 및 물권행위의 독자성이 독일에서와는 달리 이해되고 있다.[125]

1. 物權行爲의 獨自性

(1) 물권행위의 독자성이란 물권행위의 개념을 인정하고 물권행위가 원인행위인 채권행위로부터 독립하여 별개의 행위로서 행해진다는 것을 의미한다.[126] 물권행위의 독자성의 개념에 대하여는 두 가지의 학설이 대립되고 있다. 먼저, 물권행위가 행해지는 시기와 관련하여 물권행위는 그 원인이 되는 채권행위와는 별개의 행위로서 행해져야 하는가 아니면 채권행위와 결합해서 하나의 행위로 행하여져야 하는가의 문제로 파악한다. 이를 긍정하는 것이 물권행위의 독자성을 인정하는 견해이고, 이를 부정하는 것이 물권행위의 독자성을 부정하는 견해이

124) 곽윤직, 「물권법」, 39-40면; 강태성, 상게서, 111-113면.

125) 김상용, “물권행위 및 물권행위의 독자성에 관한 한·독 비교”, 「민사재판의 제문제」 제8권, 한국사법행정학회, 1994, 111면.

126) 이은영, 전게서, 135면; 이영준, 전게서, 66면.

다.[127] 다른 한편 물권행위의 독자성을 물권행위가 채권행위와 개념적으로 구별되는가?의 문제로 파악한다.[128] 물권행위의 독자성을 인정하는 것은 물권행위가 원인행위인 채권행위로부터 독립되어 있으며, 이를 부정하는 것은 물권행위 개념을 부인하는 것으로 본다.[129]

(2) 종래에는 물권행위의 독자성을 긍정하는 견해가 다수설이었으나,[130] 부정하는 견해가 소수설이었다.[131][132] 그러나 1988년 10월 1일부터 부동산의 매매 또는 교환의 경우 「검인계약서」가 등기원인을 증명하는 서면으로 사용됨으로 인하여 학설의 변동이 이루어질 것이다. 다만, 물상보증인과 채권자와의 담보물권설정계약의 경우에는 채권행위와 물권행위가 별도로 행해지므로, 물권행위의 독자성이 인정된다. 즉, 물상보증인으로 하여금 담보물권을 설정케 한다는 채권행위는 채무자와 채권자 사이에서만 행해지지만, 담보물권설정의 합의는 물상보증인과 채권자 사이에서 행하여지므로 결국, 채권행위의 당사자와 물권행위의 당사자가 서로 다르기 때문에 채권행위와 물권행위는 별도로 행해지는 것이다.[133]

(3) 판례는 일관되게 물권행위의 개념을 인정하고 있지만, 물권행위의 독자성에 대해서는 이유 내지 근거를 밝히지 않으면서 부정하는 태도를 취하고 있다. 예컨대 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복 된다고 할 때, 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않으므로 계약이 해제되면 그 계약

---

127) 권용우, 전게서, 66면; 곽윤직, 「물권법」, 41면.

128) 이영준, 전게서, 66면; 명순구, 전게논문, 12-13면 참조. 독일의 독자성이론은 물권행위가 원인행위인 채권행위와 독자적으로 존재하는 것으로 독자성을 파악한다(김상용, 「물권법」, 99면).

129) 물권행위 개념을 부인하는 견해로는 현승종, 「민법(총칙·물권)」, 일신사, 1975, 181-182면. 명순구, 전게논문, 21면 등이 있다.

130) 장경학, 전게서, 174-176면; 김증한·김학동, 전게서, 51면; 이영준, 전게서, 73-79; 이은영, 전게서, 140-142면; 홍성재, 전게서, 215-216면; 윤진수, "물권행위 개념에 대한 새로운 접근", 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005, 35-36면.

131) 곽윤직, 「물권법」, 45-46면; 김상용, 「물권법」, 112-113면.

132) 긍정하는 견해와 부정하는 견해의 근거 및 차이점에 대해서는 곽윤직, 상게서, 42-45면; 김상용, 상게서, 103-112면; 권용우, 전게서, 70-74면; 이은영, 전게서, 136-139면; 이영준, 전게서, 66-72면 참조.

133) 권용우, 전게서, 69-70면; 김상용, 상게서, 112-113면.

의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다고 하였다.[134] 또한 매도인이 계약금만 지급받은 단계에서 계약이 적법하게 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 되었던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 상태로 복귀한다[135]고 하여 대체적으로 독자성을 부인하는 태도를 취하고 있다.

(4) 그러나 물권행위의 독자성을 부인한다고 하여 물권행위의 개념 자체를 부인하는 것은 아니며, 채권행위와 물권행위가 별개로 독립하여 행해질 수 없다는 뜻도 아니다. 한편 물권행위의 독자성을 인정한다고 하여 물권행위는 언제나 채권행위와 별개로 행해져야 하고, 외형상 하나로 결합되어 행해질 수 없다는 뜻도 아니다. 따라서 물권행위의 성립시기가 명백한 경우에는 어느 견해에 의하거나 차이는 없다.[136]

2. 物權行爲의 無因性

(1) 물권행위는 그 원인이 되는 채권행위의 이행으로서 행해지는 것이 보통이므로 채권행위가 유효하게 존재하여야 하는가? 채권행위가 무효 내지 취소 또는 해제되면 물권행위의 효력도 영향을 받는가? 하는 문제가 물권행위의 유인성·무인성의 문제이다. 우리 민법은 물권행위의 무인성 또는 유인성에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 학설의 대립이 있다.

물권행위의 독자성을 인정하는 학설은 물권행위의 무인성도 인정하고 있으며, 종래의 다수설이었다. 그러나 물권행위의 독자성을 인정한다고 해서 무인성까지 인정하는 것은 아니다.[137] 무인성설은 물권행위의 효력을 그 자체의 요건만으로 결정하고 그 원인이 된 채권행위의 무효·취소에 영향을 받지 않도록 하는 견해이다.[138] 유인성설은 물권행위의 무인성을 부정하고, 채권행위에 의해 영향을 받는다고 보는 견해이다.[139]

---

134) 대판 1977. 5. 24, 75다1394.

135) 대판 1995. 5. 12, 94다18881, 18898, 18904.

136) 권용우, 전게서, 67면.

137) 이은영, 전게서, 151면; 권용우, 전게서, 75면.

138) 장경학, 전게서, 183면, 192면; 김증한·김학동, 전게서, 55-61면; 김용한, 전게서, 91면; 정옥태, "물권행위의 무인론", 「고시연구」, 1998. 8, 115-135면.

139) 곽윤직, 「물권법」, 52-53면; 김상용, 「물권법」, 121-122면; 권용우, 전게서, 75면;

(2) 판례는 물권행위의 무인성을 부인하는 것이 명백하지만, 그렇다고 유인성설에 입각하여 사안을 해결하고 있는 것이라고 보기는 어렵다.[140] 다만, 민법시행 후 부동산등기의 원인무효에 관한 사건에서 물권행위의 무인성을 인정한 적이 없으므로 유인론을 취한 것으로 해석된다.[141] 예컨대 "채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 부동산으로 대물변제를 하였으나 본래의 채무가 존재하지 않았던 경우에는, 당사자가 특별한 의사표시를 하지 않은 한 대물변제는 무효로서 부동산의 소유권이 이전되는 효과가 발생하지 않는다"고 판시하였다.[142]

(3) 물권행위의 무인성은 앞서 살펴본 바와 같이 검인계약서의 사용으로 물권행위의 독자성을 인정할 수 없게 되었기 때문에, 물권행위의 유인성을 자연스럽게 띄게 되었다.[143] 따라서 이에 대한 논의는 무의미하며, 입법적으로 해결되어야 할 것이다.

이은영, 전게서, 151-153면.

140) 홍성재, 전게서, 237면; 이은영, 전게서, 149면.

141) 이영준, 전게서, 79면.

142) 대판 1991. 11. 12, 91다9503.

143) 김상용, 「물권법」, 121면; 권용우, 전게서, 78면.

第4章 不動産登記制度의 問題點과 改善方案

第1節 不動産登記制度의 問題點

우리 나라는 부동산물권의 공시제도로서 등기제도를 채용하고 있다. 부동산등기제도는 토지와 건물의 거래가 있을 때는 반드시 등기하게 함으로써 등기부의 기재와 진실한 부동산의 권리관계가 일치할 것과, 그 거래과정이 등기부에 정확하게 누락됨이 없이 진실 그대로 기재될 것을 요청하고 있다. 실체적 권리관계에 따른 물권변동을 명확하고 신속하게 공시함으로써 부동산거래의 안전과 원활을 그 이상으로 하여 창안된 제도이다. 그런데 거래의 안전과 신속 또는 정확과 원활이라는 이상은 서로 양립하지 못하는 경우가 있으며, 그 해결은 매우 어려운 문제로 나타나게 된다. 즉, 등기가 이상에 미치지 못했을 때 부실등기가 되고, 부실등기는 부동산 거래의 안전을 위한 제도로서 그 기능을 다하지 못하게 된다.

부실등기가 발생할 수 있는 원인으로는 여러 가지가 있지만, 무엇보다도 등기관의 등기신청서류에 대한 형식적 심사주의와 등기원인서류에 대한 공증을 요하지 않는 점이 가장 중요한 원인으로 지적되고 있다. 그리고 좁은 국토에서 토지수요에 따른 토지거래가 보다 다양해지면서 부동산 사기나 투기적 거래가 빈번하게 일어나면서 정당하게 등기를 믿고 부동산을 취득한 자가 취득한 권리를 상실하거나 침해당할 소지가 있게 된다는 점 등이다.[1)]

이하에서 우리 나라의 현행 등기제도의 문제점을 살펴봄으로써, 그 개선방안의 기초로 삼고자 한다.

Ⅰ. 登記簿와 臺帳의 二元化

1. 登記簿와 臺帳의 二元化

(1) 우리 나라는 부동산의 공시와 관련하여 등기부외에 지적공부로서 토지대

1) 임정평 "부동산등기제도의 문제점과 그 개선방안", 「토지개발」, 제128집, 1989, 11, 4-7면.

장・임야대장・건축물대장을 두고 있어 등기부와 대장이 이원화되어 있다. 등기부는 부동산의 권리관계를 등기부에 기재하여 공시함으로서 거래의 안전이라는 목적을 달성하기 위한 공부로서 등기소에 비치되어 사법부(법원행정처)에서 관할하고 있다. 토지 및 건축물대장은 부동산 자체의 사실상태 내지 현황의 파악을 목적으로 대장에 기재하여 정확하게 파악하기 위한 공부로서 행정자치부에서 관할하고 있다. 또한 대장은 부차적으로 과세에 대한 기초자료 및 국토종합개발 등을 위한 자료가 된다.[2] 지적제도[3]는 토지대장의 기초가 되는 것으로 1917년 일본의 토지조사사업에 근거하여 작성된 것이므로 당시의 측량기술의 문제점 또는 이후 토지 실체의 변경으로 말미암아 대장과 실재가 일치하지 않는 경우도 있다.[4] 건축물대장은 건축물의 소유・이용상태를 확인하거나 건축정책의 기초자료로 활용하기 위하여 작성되지만, 그에 대한 시장・군수・구청장은 건축물의 소유・이용상태를 확인하거나 건축정책의 기초자료로 활용되기도(건축법 제29조 제1항) 하기 때문에 그 근거법이 명확하지 않다.

(2) 현행 등기제도가 등기부와 대장의 이원화로 되어 있어 본래 부동산등기법상 이상으로 하고 있는 신속과 안전에 관한 문제를 충족시키지 못하고 있는 실정이다. 현행 등기부의 기능은 부동산에 관한 권리관계는 명확하게 처리되나 그 권리의 객체인 부동산 자체의 현황은 오로지 토지대장이나 건축물대장의 등록에 의존하고 있는 실정이다. 이는 권리의 목적인 부동산 자체의 현황이 명확하게 파악됨으로써 그 의의가 있는 것이지만, 권리의 객체인 부동산의 등기가 불명확한 경우에는 어떤 형태로 권리관계가 등기되어 있더라도 완전한 부동산등기제도라고 말할 수 없다. 따라서 부동산에 관한 권리관계를 공시하는 공부로서 등기부상의 물권변동은 언제나 부동산의 사실상의 현황대로 명확히 파악될 수 있어야 하고, 등기부상의 기재되어 있는 부동산의 내용과 그 사실상의 외관이 일치되어야 한다.[5]

---

2) 정우형, 「부동산등기법」, 법우사, 2007, 80면; 주명식, “부동산등기의 행정적 과제(상)”, 「법률신문」, 1977. 6. 20; 정권섭, “대장과 등기부의 일원화”, 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」, 서울대학교 출판부, 1978, 46면, 53면.

3) 지적제도란 국가기관이 토지에 대한 물리적 현황과 법률상의 권리관계 등을 등록 공시하고 그 변경사항을 관리하는 국가의 사무제도라고 할 수 있다(노종천, “등기와 지적제도의 이원화로 인한 법률문제연구”, 박사학위논문 숭실대학교, 1999, 66-67면).

4) 국토개발원, 「종합토지정책에 관한 연구」, 1984, 279면.

(3) 현행 부동산등기법은 등기부의 권리관계와 대장의 사실상태의 일치를 도모하고자 여러 규정을 두고 있다. 등기신청을 하고자 하는 자의 제출서면에 소유권 이전의 등기를 신청하는 경우에는 토지대장·임야대장·건축물대장의 등본 기타 부동산의 표시를 증명하는 서면을 제출하도록 하고 있다(동법 제40조 제1항 제8호). 또한 신청서에 기재한 사항이 토지대장·임야대장 또는 건축물대장과 부합하지 아니한 때에는 신청을 각하하도록 하고 있다(동법 제55조 제10호). 등기부에 기재된 부동산의 표시가 토지대장·임야대장 또는 건축물대장과 부합하지 아니하는 경우에는 부동산의 표시의 변경의 등기를, 등기부에 기재된 등기명의인의 표시가 토지대장·임야대장 또는 건축물대장과 부합하지 아니하는 경우에는 등록명의인표시의 변경의 등록을 하지 아니하면 다른 등기를 할 수 없도록 하고 있다(동법 제56조 제1항, 제2항). 또한 토지멸실 등의 등기를 신청하는 경우에는 신청서에 토지의 분합, 멸실, 증감된 면적과 현재의 면적 또는 신지목을 기재하고 이에 토지대장등본 또는 임야대장등본을 첨부하도록 하고 있다(동법 제91조). 토지대장소관청은 연 1회 이상 지적공부와 등기부와의 부합 여부를 조사·확인하여야 하며 부합에 필요한 조치를 청구할 수 있는 것이다(지적법 제36조, 동시행령 제65조). 이외에도 많은 규정이 있음에도 불구하고 기관간 정보의 불일치를 해소하지 못하고 있을 뿐만 아니라 그 운용도 기관 상호간의 협조부족으로 원활하지 못하다.

(4) 등기부와 지적공부는 각각의 목적에 따라 사용되고 그 기능을 다하지만, 실제에 있어서는 거의 같은 기능을 하고 있다. 등기부에 표제부를 두어 부동산의 현황을 함께 공시하는 한편 부동산에 관한 현황은 대장에 기재하여 공시함으로써 목적물을 특정하고 있다. 또한 대장에도 소유자에 관한 사항을 기재하여 권리자를 기재하고 있으므로 등기부와 대장에 이원적으로 존재하게 된다. 그럼에도 불구하고 등기부와 대장의 이원화로 인하여 토지관련민원인들에게도 이중의 부담을 주는 등 그 절차가 복잡하고 다원화되어 혼란이 가중되고 있으며, 각 등기부와 공부가 일치하지 않는 경우가 많다.[6]

(5) 이와 같이 현재의 이원화된 제도 아래에서는 부동산에 관한 일목요연한 권

5) 정권섭, 전게논문, 48면.

6) 정우형, 전게서, 80면; 최청인, “부동산공시제도의 개선방안에 관한 연구”, 「한국지적학회지」, 제18권 제2호, 2002, 41-42면; 이성화, “부동산공시제도 통합에 관한 연구”, 「부동산학연구」 제8집 제2호, 한국부동산분석학회, 2002, 12, 128-129면.

리관계의 파악이 어려울 뿐만 아니라 부동산의 현황과 권리관계의 실질이 부합하지 않은 난점이 있어 목적물 특정의 문제, 지적부부합지에 관한 소유권의 범위의 문제 등 부실등기의 발생원인이 된다. 이는 결국 지적 및 등기의 공신력 인정의 장애요인이 되고 있다. 특히 건축물대장과 토지대장은 과세대장이므로 세원의 자료로서 가치가 적은 토지나 건물의 변동사항에 관한 기재는 더욱이 부정확한 경우가 많아서 이 또한 공신력 인정의 장애요인이라고 할 수 있다. 현행 토지공시제도가 토지의 현황표시는 지적제도에서, 소유권 등 권리관계는 등기로 공시를 실현하고 있다. 토지표시에 대해서는 지적소관청의 사실심사와 국정주의에 의한 직권등록주의를 채택하여 공시를 실현하고 있다. 그럼에도 불구하고 국가가 이에 대한 공신의 원칙을 부정함으로써 토지의 표상에 대한 지적공시의 효력을 부정하고 있는 것이다. 따라서 지적은 물론 소유권의 공시를 위한 등기의 효력까지도 문제가 된다.[7]

2. 土地登記簿와 建物登記簿의 二元化

(1) 우리 나라의 부동산등기제도는 등기에 대하여 토지 외에 건물도 독립한 부동산으로 인정하고 있고, 이에 따라 등기부도 토지등기부와 건물등기부의 2종을 두고 있다(부동산등기법 제14조 제1항 참조). 이와 같이 우리 나라가 부동산등기부를 2종으로 둔 이유는 일본인들에 의하여 제정·시행되었던 1912년의 조선부동산등기령[8]이후 현재까지 이원적 등기부제도를 유지하고 있기 때문이다.[9]

부동산의 범위에 대한 기준은 법률의 규정에 의해서 결정된다.[10] 토지란 인위적으로 구획된 일정범위의 지면에 사회관념상 정당한 이익이 있는 범위 내에서의 상·하를 포함하는 것이며, 토지의 정착물이란 토지에 계속적으로 고착되어

---

7) 노종천, 전게논문, 99-100면; 류해웅, 「토지법제론」, 부연사, 2001, 717면 이하; 최승영, "부동산등기와 지적의 토지공시제도 개선에 관한 연구", 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12, 131-132면.

8) 동양에서 토지와 건물을 각각 독립한 부동산으로 보는 입법례는 일본 민법이 시초이다(內田 貴,「民法 Ⅰ(總則·物權總論)」, 東京大學出版會, 2001, 344면).

9) 정우형, "토지와 건물에 대한 이원적 소유권 체계에 관한 연구", 「한국지적학회」, 제22권 제1호, 2006. 6, 101-114면 참조.

10) Rolf Schmidt, Sachenrecht Ⅱ, Grasberg bei Bremen, 2005, S.15.

쉽게 이동할 수 없는 것으로서 거래상 물건으로 인정되는 것이며, 건물이란 토지에 정착되는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 등을 말한다(건축법 제2조 제2호).[11] 그러나 토지 이외에 건물을 별개의 부동산으로 하고 그에 관한 등기부도 별도로 존재할 필요가 있는지 의문이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 유럽 대륙 및 영미의 여러 나라들은 모두가 토지만을 독립한 부동산으로 인정하고 있다. 따라서 우리 나라의 등기부도 토지등기부만을 두는 것이 훨씬 타당하지 않을까 하는 의문이 제기된다.

(2) 그 이유를 보면, 첫째 부동산거래의 실제에 있어서 대지를 제외하고 그 위의 건물만을 거래하는 일은 거의 없다. 지상의 건물을 제외하고 토지 내지 대지만을 매매한다든지 또는 그 반대의 경우와 같은 것은 비록 현행법상 이론적으로는 가능하다 하여도 거래실제에 있어서도 찾아보기가 어려울 것이다. 법률적으로는 타인의 토지를 임차하거나 또는 지상권을 설정해서 건물을 지을 수도 있으나, 실제로는 그런 경우는 찾아보기 어렵다. 다른 예로서 이미 건물이 존재하고 있는 토지에 관하여 전세권을 설정하거나 지상권을 설정하는 경우는 찾아보기가 어려울 것이다. 이러한 경우에는 건물 위에 전세권이 설정될 뿐이다. 또한 저당권의 설정도 토지와 그 지상의 건물 위에 이른바 공동저당권을 설정하는 것이 보통이지 건물이나 그 대지만을 저당권의 목적으로 하는 경우는 드물며 예외적으로 볼 수 있을 뿐이다. 이러한 거래관행에 비추어 볼때 토지와 건물을 별개의 부동산으로 하여 취급할 이유는 없다고 할 것이다. 토지등기부만을 두고 지상의 건물에 관하여는 표제부 표시란에 표시하는 것으로써 족할 것이다. 즉, 지상의 건물만을 독립한 부동산으로 할 필요는 없으며 토지만을 부동산으로 하고 그 지상의 건물은 토지의 본질적 구성부분을 이루는 것으로 하면 될 것이다.[12]

둘째, 우리 나라 종래의 관행에 있어서 가옥의 개념은 토지 위에 건축되는 것이고, 대지를 떠나서 가옥을 생각할 수 없었기 때문에, 우리의 조상들은 예로부

11) 강태성, "민법상의 물건에 있어서의 여러 문제점", 「법학논총」 제25집, 단국대학교, 2001. 12, 256면; 이상태, "한국법상 토지와 건물과의 관계", 「일감법학」 제9권, 건국대학교 2004, 1-30면; 이회규·박광동, "일본의 부동산등기법의 전면 개정", 418-421면 참조.

12) 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 2001, 63면; 김형수·김상명, "부동산등기제도의 문제와 개선방향에 관한 연구-특별법상 의무화제도와 관련하여-", 「법과정책」 제5호, 제주대학교, 1999, 228면.

터 가옥이 매매되는 경우에는 그 대지의 소유권은 가옥의 소유권과 함께 당연히 이전하는 것으로 보았다. 즉, 가옥을 독립한 부동산으로 보고, 그 대지는 가옥의 종물로 보고 있었던 것이다. 따라서 종래에 있어서 토지라고 하면 전답과 같은 경지와 임야를 의미하고, 가옥이라고 하면 그 대지를 포함하는 것이었다.[13]

이와 같은 사실에서 가옥 내지 건물을 토지와는 별개의 독립한 부동산으로 취급하여 등기부를 토지와 건물로 이원화하고 있는 현행제도는 개선의 필요성이 있다.

Ⅱ. 登記官의 形式的 審査權

(1) 물권변동에 관한 등기는 언제나 정확하게 실체관계에 일치되게 기재하여 그 외관을 공시하여 부동산거래자의 불측의 손해를 방지하고, 거래의 안전과 신속을 꾀하는 것을 이상으로 하고 있다. 따라서 등기신청이 있으면 등기관은 등기신청서류를 심사한 후 신청에 따른 등기를 할 것인지, 아니면 신청을 각하할 것인지를 결정하여야 한다. 즉, 등기관이 등기신청서류를 접수하였을 때에 실체관계와 일치하는 등기의 신청인지의 여부를 심사하여야 하는데, 이 심사를 바탕으로 그 신청이 과연 적법한가 또는 부적법한가를 조사하는 등기관의 심사권이 문제된다.

(2) 현행 부동산등기법은 등기관의 심사권에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않으며, 특히 심사의 범위에 관한 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 다만, 부동산에 관한 등기신청이 있으면 등기관은 일정한 접수절차를 거친 후(동법 제53조),[14] 등기관은 지체없이 신청에 관한 모든 사항을 조사한다고 규정하고 있다(동규칙 제73조). 그러나 부동산등기법 제55조는 등기관의 심사권한을 한정적·형식적으로 열거하여 등기신청이 부적법한 것으로 각하할 수 있는 경우를 규정하고 있다.[15] 나아가 심사의 방법은 서면심리를 원칙으로 하고 있다(동법 제40조 참조).

---

13) 곽윤직, “현행 부동산등기법의 문제점”, 「법학」 제29권 1호, 서울대학교, 1988, 92-93면.

14) 등기관은 등기신청서가 제출되면 원칙적으로 이를 받아들여야 하며, 이를 거절할 수 없다. 따라서 접수의 효과는 등기관이 신청서를 받았을 때 바로 발생한다(법원공무원교육원, 「부동산등기실무」, 2003, 151면).

15) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2007, 73면.

서면심사는 통상 서면대조로 이루어지며, 제출된 서면은 그 작성방법과 외형에 의하여 그 존부와 진부를 판단하면 족하고, 등기원인의 존부까지 판단할 것은 아니다.[16] 그리고 등기관이 부동산등기법 제55조에 의하여 등기신청서류에 대한 심사를 하는 경우 등기신청서의 심사의 기준시는 신청서의 제출시가 아니라 등기부에 기재(등기의 실행)하는 때를 말한다.[17]

그리고 부동산등기법 제55조 제3호의 "당사자 또는 그 대리인이 출석하지 아니한 때"를 각하사유로 규정하여, 등기신청시 출석심사를 할 수 있도록 하고 있다. 이는 등기신청의 진정을 확보하고, 신청의 흠결이 있는 경우에 당일 보정할 기회를 주기 위함이다.[18]

(3) 등기관은 등기신청의 실질적 원인관계의 존부와 나아가서 그 효력에 관한 적극적인 심사를 할 권한이 없고, 등기신청에 관한 모든 사항을 형식적·소극적인 판단을 함에 그친다. 따라서 부동산등기법상 등기관의 심사에 관하여는 형식적 심사주의를 채용하고 있다고 할 수 있다.[19] 그 중요한 이유 중 하나는 실질적 심사를 하게 되면 등기절차가 지연되어 거래의 신속을 해치게 된다는 것이다. 그런데 1984년 개정 부동산등기법은 제56조의2를 신설하여 집합건물(구분소유건물)의 표시사항에 관하여는 등기관에게 건물의 실태를 조사할 수 있게 함으로써 부분적이지만 실질적 심사권을 인정하는 예외를 인정하게 되었다. 그러나 구분건물 이외의 부동산에 대한 그 현황을 정확하게 파악하는 데는 아무런 규정이 없다.

(4) 이와 같이 부동산등기법상 등기관의 심사권은 형식적 심사에 그치는 것이므로 동법 제56조2의 집합건물의 표시사항에 관한 특별규정을 제외하고는 그 신청이 유효한 원인행위인가를 실질적·적극적으로 심사할 수 없다. 그러므로 등기관은 사실관계와 부합하지 않는 신청이나 무효인 원인행위 내지 부존재의 원인행위에 기인한 신청이 있더라도 그 신청이 소정의 형식만 갖춘 것이면 이를 수리하여 등기를 실행하여야 한다. 따라서 등기관의 심사권은 허위의 등기가 성립하는 것을 방지하는데 무력하다는 것을 알 수 있으며, 또한 이것이 공신력 인정

16) 상게서, 155면 이하 참조.

17) 대결 1989. 5. 29, 87마820.

18) 최명구, "부동산등기신청에 대한 등기관의 주의의무-대법원 2005. 2. 25, 선고 2003다13048 판결-", 「민사법학」 제31호, 2006. 3, 221-222면.

19) 강창석, "부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구", 박사학위논문 한양대학교, 1987, 104면.

의 장애요인 중의 하나라고 할 수 있다. 이와 같은 등기관의 형식적 심사권은 부실등기가 발생할 소지를 제공한다는 문제점을 안고 있다.

(5) 판례 또한 등기관은 등기신청에 대하여 실체법상의 권리관계와 일치하는 여부를 심사할 실질적 심사권한은 없고 오직 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 의하여 등기요건에 합당하는지 여부를 심사할 형식적 심사권한 밖에는 없다.[20] 따라서 그 밖에 필요에 응하여 다른 서면의 제출을 받거나 관계인의 진술을 구하여 이를 조사할 수는 없다고 판시하였다.[21] 즉, 등기관의 등기신청에 대한 심사는 신청에 따라 제출된 서류와 형식적인 자료에만 의하여 심사할 것을 명백히 하고 있다.[22] 다만, 법원의 촉탁에 의한 등기를 실행하는 경우 촉탁서의 기재내용과 촉탁서에 첨부된 판결의 기재내용이 일치하는지 여부는 심사할 수 있다[23]고 하여 형식적 심사권의 범위 내에서 단순한 대조에서 나아가 내용의 일치여부도 예외적인 경우에 한하여 인정할 수 있다고 하였다.

Ⅲ. 不動産登記의 公信力 不認定

(1) 부동산등기의 공신력(Gutglaubenswirkung)이란 부동산 거래에 있어서 물권의 공시를 신뢰하고 거래한 자는 권리의 외관인 등기가 진실한 권리관계와 부합하지 않는 경우라도 등기가 공시하고 있는 대로의 권리를 취득하는 것으로 하는 권리외관의 효력이다.[24] 예컨대 부동산의 진정한 소유자가 甲이지만 乙의 소유로 등기되어 있는 경우 丙이 그 등기를 신뢰하여 거래하였다면 유효하게 물권을 취득하게 된다. 따라서 등기의 공신력을 인정하게 되면 물권거래의 안전은 보호하게 되어 동적 안전을 이룰 수 있지만, 진정한 권리자는 권리를 상실하게 된다. 즉, 등기의 공신력은 동적 안전을 추구하여 등기라는 공시제도의 흠결을 보완하여 거래의 안전과 선의의 제3자 보호라는 목적을 달성하기 위한 기술적 제도이다. 또한 등기관의 잘못으로 부실등기가 발생하는 경우에 국가배상책임의 경

20) 대결 1995. 1. 20, 94마535.

21) 대결 1990. 10. 29, 90마772.

22) 대판 1994. 1. 14, 93다46469; 대판 1989. 3. 28, 87다카2470 등.

23) 대결 1987. 3. 6, 87마15.

24) Jürgen Baur/Rolf Stürner, Sachenrechts, München: C.H.Besks, 17.Aufl., 1999, S.255.

우가 발생하게 되므로 등기관으로 하여금 진실한 등기를 하도록 최대한 노력하게 하는 효과도 도모할 수 있게 된다.[25] 오늘날의 부동산거래는 매우 다양하며 복잡하고, 자주 행하여지기 때문에 거래시에 상대방이 진실한 권리자인가 아닌가를 일일이 조사하기에는 매우 어려우므로 주로 권리의 표상을 신뢰하여 행하여지는 것이 보통이다. 특히 자산유동화·저당권의 유동화·장기주택론의 시행 등 2차 저당시장의 형성에 의한 부동산금융상품이 다양하게 등장하고 있는 실정이며, 이러한 부동산 또는 저당권에 대한 부동산금융투자자의 보호를 위해서 그 표상을 신뢰한 자를 보호함으로써 거래의 안전과 신속을 도모하려는 데에 공신의 원칙을 인정하여야 할 경제적 필요성이 증대되고 있다.[26]

(2) 우리 민법은 등기의 공신력에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아서 부동산등기에 공신력을 부여할 것인지 여부는 해석에 맡겨져 있다. 판례는 "등기의 공신력이 인정되지 않는 현행 등기제도하에서는 등기기재에 부합하는 실체상의 권리관계가 존재함을 전제로 그 유효성이 인정된다"[27]고 하여 등기의 공신력을 인정하고 있지 않는다.[28] 학설도 무권리자로부터 권리를 취득하는 경우에는 법률에 의하지 아니하고는 인정될 수 없다고 하여 공신력을 인정하고 있지 않는다(동산의 선의취득에 관한 민법 제249조 참조).[29] 즉, 부동산거래에 있어서 신뢰보호라는 동적 안전보다는 진정한 권리의 보호라는 정적 안전을 우선시하고 있다. 예컨대, 甲이 서류를 위조하여 乙 소유의 부동산을 자기의 소유명의로 등기하여 이를 丙에게 매도하여 이전한 경우에 있어서 丙이 아무리 등기를 신뢰하고 甲소

25) 김상용, "부동산등기의 공신력", 「토지법학」 제19권, 한국토지법학회, 2003. 12, 224면.

26) 이러한 경제적 필요성에 따라 민법개정위원회에서도 물권변동과 관련하여 등기의 공신력을 인정하는 문제를 심도있게 논의하였다. 이러한 논의에서 등기의 공신력을 인정하기 위한 제도정비와 관련하여 등기원인증서를 공증시키자는 의견이 제시되었으며, 부동산의 선의취득을 인정하자는 견해가 제시되었다(김범철, "한국물권법에 직면한 문제", 國際シンポジウム-日中韓の民法學のトレンド, 早稻田大學, 2007. 1. 26, 48면; 법무부, 민법(재산법)개정 자료집, 2001. 12. 13 참조).

27) 대판 1969. 6. 10, 68다199.

28) 대판 2005. 11. 10, 2005다34667, 34674; 대판 2000. 3. 16, 97다37661(전) : 판결이유에서 제시하는 경우로 대판 1995. 11. 21, 94다20532; 대판 1989. 12. 26, 87다카2176(전); 대판 1987. 10. 13, 86다카2928 등.

29) 곽윤직, 「부동산등기법」, 69면; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1993, 170면 이하; 김준호, 「물권법」, 법문사, 2007, 91면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2004, 215면; 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 203면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1987, 150-153면 등.

유의 것이라고 믿더라도 丙은 권리를 취득하지 못한다.

우리 민법은 구민법상의 의사주의를 버리고 부동산물권변동에 등기를 성립요건으로 하는 형식주의로 전환하면서도 공신력만은 인정하지 않아서 중대한 결함을 안게 되었다. 그것은 당시 국민들이 실제로 형식주의에 적응하는 데에 적지 않은 시간이 걸릴 것이므로 권리변동을 등기로는 제대로 공시할 수 없다는 판단 때문에 부동산등기에 공신력을 부여하지 않았던 것으로 이해할 수 있다.

이와 같이 우리 민법은 부동산등기의 공신력에 대하여 프랑스·일본 민법과 같이 인정하지 않을 뿐만 아니라 그 전제조건을 크게 결하고 있다. 따라서 부실등기의 문제뿐만 아니라 그 폐해도 심각하므로 그에 대한 대책으로 등기의 공신력을 인정하여야 한다는 데에는 대체로 일치하고 있다. 민법상 선의의 제3자보호규정인 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항, 제548조 제1항 단서 등의 경우에는 무권리자인 부동산소유자라 할지라도 그 외형인 등기를 신뢰하고 이와 거래를 한 때에는 보호를 받게 되므로 마치 부동산등기의 공신력이 인정되는 것과 같은 결과가 된다. 이를 상대적 공신설이라고도 하지만,[30] 이것은 등기에 공신력이 인정되기 때문인 것은 아니다.[31]

(3) 영미의 부동산등기법이 뛰어난 제도임은 부인할 수 없는 사실이지만, 현행법의 체계하에서는 부동산거래에 있어 실체법이나 부동산등기법과 기초를 같이 하는 독일이나 스위스의 등기제도가 유익한 제도라 할 수 있다. 다만, 부동산등기의 공신력 인정여부는 동적 안전을 보호할 것이냐 정적 안전을 존중할 것이냐의 문제라는 견해의 대립이다. 즉, 등기의 공신력을 인정하기 위해서는 일정한 전제조건이 갖추어야 한다는 견해[32]와 전제조건의 성취여부와는 상관없이 우리 민법은 부동산물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하고 있으므로 바로 법률로써 공신력을 인정하면 된다는 견해가 있다.[33]

---

30) 이근식, “부동산등기와 공신력”, 「민법논선(상)」, 동아학연사, 1982, 377-378면.

31) 곽윤직, 「물권법」, 111면.

32) 곽윤직, 「부동산등기법」, 69면; 김상용, “부동산등기의 공신력”, 227-230면; 최승영, “우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 대한 연구”, 「민사법연구」 제12집 제1호, 2004. 6231-232면; 정옥태, “부동산등기의 공신력에 관한 연구”, 박사학위논문 서울대학교, 1987, 119-120면.

33) 강태원, “부동산등기의 공신력에 관한 일고찰”, 「연세법학연구」 창간호, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1990, 355면; 김용한, “부동산등기제도의 문제점”, 「법조」, 제27권 제12호, 1978. 12, 50면.

전제조건없이 공신력을 인정하자는 견해는 공신력을 인정하지 않더라도 제도의 개선은 필요하고, 정책으로 바람직하다고 할 수 없지만 공신력을 인정하는 것이 불가능한 것은 아니다. 또한 공신력이 인정되면 권리를 잃게 될 위험이 있는 진정한 권리자는 서둘러서 등기와 실체관계를 일치시킬 것이고, 등기관 및 기타 관계자들은 부실등기를 방지하기 위하여 등기에 더욱 신중한 태도를 취할 것이기 때문에 부실등기의 문제는 많이 해소될 것이라는 입장이다.[34] 반면에 공신력 인정의 전제조건을 요구하는 견해는 사전에 실체적 권리관계와 등기가 가능한 한 일치할 수 있도록 등기관에게 실질적 심사권의 인정과 등기원인서면의 공증제도의 확립을, 사후에 공신력 인정에 의해 희생되는 진정한 권리자를 보호하기 위한 제도적 장치의 마련을 주장하고 있다.[35]

(4) 등기의 공신력은 등기가 특별한 예외적 사정이 없는 한, 진실한 권리관계에 부합한다는 신뢰에 기초하여 인정되기 때문에 실제에 있어서는 부실등기의 발생가능성이 많음에도 불구하고 여타의 제도적 준비를 하지 않은 채 등기에 공신력을 부여할 수는 없을 것이다. 국민들은 국가가 관리·운용하는 등기제도를 신뢰하고 거래하는 것이 일반적이다.[36] 따라서 등기에 공신력을 인정하기 위해서는 마땅히 이로 인하여 불이익을 입게 되는 진정한 권리자를 최소한으로 줄이기 위한 제도적 준비와 적절한 보상제도를 마련하여야 할 것이다.

Ⅳ. 印鑑證明制度

본인증명제도란 국민들 개개인에 대한 성명과 신분을 국가기관 등 공적기관이 그 책임하에 증명하는 제도로써 우리 나라와 일본에서는 인감증명이 이용되고 있다. 우리 나라의 인감증명 발급제도는 1914년에 도입되어 현재 약 94년간의 역사를 갖고 있는 것으로서 공증제도가 일반화되어 있지 않은 우리의 현실여건상 저렴한 비용과 간편한 절차로 사경제활동시 본인의 의사를 입증하는 수단으로 활용되고 있다. 인감증명제도는 개인 또는 법인이 법률행위를 함에 있어서 행위자 본인임에 틀림없다는 것을 증명하는 일종의 간이한 신분증명의 방법으로써,

34) 정옥태, 전게논문, 120면.

35) 김상용, 전게논문, 227-229면.

36) 정태옥, 전게논문, 120-121면.

행정청이 출원자의 현재 신고되어 있는 인감을 증명함으로써 국민의 편의를 도모함을 목적으로 한다(인감증명법 제1조).

인감증명은 부동산매매, 채무부담, 보증, 근저당 설정, 교환, 증여, 상속포기 등 재산권의 처분 내지 포기 또는 채무부담 행위시 본인의 의사를 확인하기 위한 수단으로 쓰여지고 있다. 현재는 인감업무의 전산화가 완료됨에 따라 전국의 시·군·구청과 읍·면·동사무소에서 인감증명서를 발급받을 수 있다(인감증명법 제12조 제2항; 시행령 제5조의2). 현행 부동산등기법이 등기를 신청하는 모든 경우에 인감증명의 제출을 요구하고 있는 것은 아니며, 부동산등기규칙 제53조와 제54조에 규정에 한하여 제출을 요구하고 있다.

(1) 소유권의 등기명의인이 등기의무자로서 등기를 신청하는 경우 등기의무자의 인감증명(동규칙 제53조 제1호)

(2) 소유권에 관한 가등기명의인이 가등기말소등기를 신청하는 경우 가등기명의인의 인감증명(동조 제2호)

(3) 소유권 이외의 권리의 등기명의인이 등기의무자로서 신청서에 법 제49조 제1항 단서의 규정에 의한 서면을 첨부하여 등기를 신청하는 경우 등기의무자의 인감증명(동조 제3호)

(4) 토지의 분할등기신청서에 법 제91조의2의 규정에 의한 권리자의 서면을 첨부하는 경우 그 서면에 날인한 권리자의 인감증명(동조 제4호)

(5) 협의분할에 의한 상속등기를 신청하는 경우 분할협의서에 날인한 상속인 전원의 인감증명(동조 제5호)

(6) 등기신청서에 제3자의 동의 또는 승낙을 증명하는 서면을 첨부하는 경우 그 서면에 날인한 동의 또는 승낙자의 인감증명(동조 제6호)

(7) 인감증명을 제출하여야 하는 자가 법인 또는 외국회사인 때에는 등기소의 증명을 얻은 그 대표자의 인감증명을, 법인아닌 사단 또는 재단인 때에는 그 대표자 또는 관리인의 인감증명을 제출하여야 한다(동규칙 제54조 제1항).

(8) 법정대리인에 의하여 제53조 제1호 내지 제3호에 해당하는 등기신청을 하거나 동조 제4호 내지 제6호의 서류를 작성한 경우에는 법정대리인의 인감증명을 제출하여야 한다(동조 제2항).

(9) 인감증명을 제출해야 하는 자가 외국인인 경우에는 인감증명법에 의한 인감증명 또는 본국의 관공서가 발행한 인감증명을 제출하여야 한다. 다만,

본국에 인감증명 제도가 없고 또한 인감증명법에 의한 인감증명을 받을 수 없는 자는 위임장이나 서면에 한 서명에 관하여 본인이 직접 작성하였다는 취지의 본국 관공서의 증명이나 이에 관한 공정증서를 제출하여야 한다(동조 제4항).

위에서 보는 바와 같이 부동산등기신청시 인감증명서의 제출을 요구하고 있다. 현재 등기신청을 하고 있는 사람이 본인임이 틀림없는지를 확인하고, 또한 등기신청의사의 유무를 확인함으로써 부실등기의 발생을 방지하고자 하기 때문이다.[37] 그러나 현행 인감증명제도는 다음과 같은 여러 가지의 문제점을 안고 있다.[38]

첫째, 증명청은 인감사무에 관한 권한의 전부 또는 일부를 읍장·면장·동장 또는 출장소장에게 위임할 수 있다(인감증명법 제14조의2). 인감증명서가 책임성이 약한 동사무소의 말단직원이나 임시직 공무원으로부터 쉽게 발급 받을 수 있게 되어 각종 부정, 청탁 등 여러 가지 부실발급의 소지가 있다고 할 수 있다. 둘째, 인감증명의 발급은 본인뿐만 아니라 대리인(17세 이상의 자)의 신청에 의해서도 청구를 할 수 있게 함으로써(동법시행령 제13조), 인장만 소지하면 위임사항에 날인하여 얼마든지 부정발급이 가능하다. 셋째, 인감을 신고한 자가 성명의 변경, 인장의 분실 및 마멸 그 밖의 사유로 인하여 신고된 인감을 변경할 수 있다(인감증명법 제13조, 제14조; 동법시행령 제16조). 그러나 改印의 절차는 인감신고 요령과 동일하게 규정되어 있다. 즉, 인감의 변경이 본인 이외에 대리인에 의해서도 가능하도록 改印절차가 용이하게 규정되어 있고, 그 개인을 수리하여 인감을 첨부하는 경우에도 명의자 본인에 대한 사전통지제도를 두고 있지 않아서 부정발급 및 허위발급이 가능하다.[39] 넷째, 근본적인 문제는 인감의 대조 및 그 동일성의 확인이 극히 어렵다. 인감의 동일성의 확인은 육안으로 쉽게 판별하기를 기대한다는 것 자체가 어려우므로 인감증명서 자체를 위조·변조하는

37) 곽윤직, 「물권법」, 72면.

38) 김정수, "부동산등기제도의 개선에 관한 연구 -신뢰성 제고방안을 중심으로-", 박사학위논문 경성대학교, 1996, 167면.

39) 인감증명을 발급한 기관은 인감증명을 제출받은 자가 발급사실의 확인을 요청하는 때에는 이를 확인하여 줄 수 있도록 하여 불법적 인감위조 등 인감사고를 통한 경제적 거래를 방지하여 일반 국민이 불의의 경제적 손실을 입는 것을 예방하고자 하지만(인감증명법 제12조의2), 그 확인은 시간의 간격이 있기 때문에 실효성이 크다고는 할 수 없을 것이다.

경우가 큰 문제라 할 수 있다.

판례도 인감증명의 이러한 문제점을 인식하여 허위발급에 대한 손해를 지방자치단체에 인정하고 있다. 예컨대 “동사무소 주민등록업무 담당공무원이 우송되어 온 주민등록표가 용지의 마멸 훼손상태, 정정방법, 기재내용 등이 비정상적이어서 위조의 의심이 있는데도 전주거지에 확인하여 보는 등의 조치를 취하지 아니한 채 접수하였다면 그로 인하여 손해를 입은 자에게 손해배상책임이 있다”고 판시하였다.[40] 또한 “공무원의 직무상 과실로 허위의 주민등록표가 발급됨에 따라 기망당하여 부동산을 매수한 자가 손해를 입은 경우 공무원의 직무상 과실과 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 하였다.[41]

Ⅴ. 電算情報處理組織에 의한 不動産登記

최근 언제 어디서나 네트워크에 접속할 수 있다는 유비쿼터스(ubiquitous)의 개념이 새 국가경영전략으로 부상하고 있다. 다양한 컴퓨터가 도처에 편재되고 사용자가 컴퓨터와 네트워크를 의식하지 않고 컴퓨팅을 수행하며, 주변환경 모두에 센서나 컴퓨터화된 칩이 내재되어 지능화되고, 이들 사물과 환경들이 모두 무선의 네트워크로 연결되는 사물의 인터넷(things to things, Internet of things, neworks of atoms)화를 지향한다. 이러한 기술의 변화는 우리 생활의 법제도 및 정책을 변화시킬 것이다.[42]

현재 우리 나라의 경우 인터넷의 발전으로 부동산거래 부분에도 영향을 받고 있다. 즉, 인터넷의 일정사이트에서 부동산가격정보를 올려 놓고 중개인을 통한 거래가 이루어지고 있으며, 향후 부동산에 관한 대부분의 거래과정이 중개인 없이 당사자간에 on-line에 의해 이루어질 전망이다.[43] 이러한 부동산거래분야의

---

40) 대판 1994. 8. 12, 93다32903; 대판 1991. 7. 9, 91다5570.

41) 대판 1993. 7. 13, 93다15250.

42) 정보통신부, “위치기반서비스(LBS) 산업육성 계획(안)”, 2007년까지 U- Korea 건설, 2003. 1. 19. 22면; 이전호, “등기 신청 전산화의 현황과 전망 -온라인 등기신청과 관련하여”, 「법무사저널」 제135호, 서울지방법무사회, 2003, 108면.

43) 건설교통부 보도자료, “인터넷 건축허가시스템 구축사업 본격 추진”, 2005. 2. 2., 1-2면; 박광동, “부동산전자거래의 법률적 개념과 현황”, 「토지법의 이론과 실무」, 지암 이선영박사화갑기념, 2006, 273면.

변화는 그 자체의 변화뿐만 아니라 부동산거래 관련제도의 변화도 가져오고 있다. 예컨대 인터넷을 통한 부동산 매물이나 시세의 검색과 부동산등기부를 비롯한 토지와 관련된 다양한 행정정보들을 손쉽게 열람할 수 있게 되었다. 특히 1996년 12월 30일 부동산등기법을 개정하여 전산정보처리조직에 의한 부동산등기사무처리에 관한 특례를 정하여 그 근거를 마련하였고, 2006년 6월 부동산등기법의 개정으로 인터넷을 통한 부동산등기신청도 가능하게 되었다.

이하에서 이에 대한 개괄적인 내용을 살펴보면서 문제점을 제시하고자 한다.

1. 不動産登記의 IT화

(1) 進行過程

등기관련 민원사무에 대한 사회적 요구에 부응하여 대국민 서비스의 질적 향상과 고도 정보화 사회에 능동적으로 대처하기 위하여 등기부를 전산화하는 작업을 시작하였다. 부동산등기의 IT화는 등기업무의 효율성 제고와 대국민 서비스의 질적 향상 및 국가기관 전산망과의 정보연계 기반 조성 등을 목표로 1993년 등기업무 전산화 종합계획을 수립하고, 1994년 5월부터 부동산등기업무전산화사업을 시행하여, 1998년 10월 7일 서울지방법원 등기과 등 7개 등기소에서 부동산등기업무 대국민 전산서비스를 시작하였다.[44] 이후 2002년 9월 30일에 전국 213개 등기소에 대한 부동산등기와 법인등기업무의 1차 전산화를 완료하였다. 그리고 부동산등기부를 전산이기하면서 부동산별로 고유번호[45]를 부여하여 부동산등기부 등·초본의 발급을 종래의 소재지번을 이용하는 것보다 발급속도를 약 35% 높일 수 있으며, 인적·물적 자원의 절약효과를 기대할 수 있게 되었다. 그리고 2003년 9월부터 2007년 8월 31일까지 등기업무 2차 전산화 사업을 추진하여 거의 마무리 단계에 있다. 2차 전산화 사업을 통하여 등기부등본 인터넷 전자발급, 인터넷 등기신청 접수서비스 등 다양한 서비스를 제공하고, 유관기관과의

44) 서울지방법원 등기과, 구로등기소, 인천지방법원 남동등기소, 인천지방법원 부천지원 등기과, 소사등기소, 대구지방법원 북대구등기소, 광주지방법원 등기과 등 7개소를 시범등기소로 지정하였다(대법원보도자료, “부동산등기 대국민전산서비스 개시”, 1998. 10. 7 http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=부동산등기&searchOption=/&seqnum=104&gubun=6).

45) 고유번호는 해당 부동산을 특정하는 숫자이다.

전자적 정보연계 및 등기시스템의 재개발 등을 통하여 등기업무 전산시스템 운영환경의 혁신을 추진할 예정이다.[46] 이후 2004년 3월 20일부터 부동산등기부 등본 인터넷 발급서비스를 시작하였다.[47]

이러한 과정을 거쳐서 모든 등기부등본의 전산화가 이루어졌으며, 이를 바탕으로 대법원은 인터넷 등기소(www.iros.go.kr)를 통하여 2006년 6월 1일부터 부동산등기 전자신청 대국민 서비스를 개시하였다. "등기전자신청"이란 신청인이 인터넷으로 등기 신청정보를 입력하여 전자적으로 제출하는 것이다(부동산등기규칙 제145조의2). 이러한 전자신청서비스의 시행으로 신청인은 언제 어디서나 등기신청이 가능하므로 편의성과 신뢰성을 제고하면서, 주민등록등본·토지대장의 전자적 제출로 인한 등기신청의 간소화되었다. 즉, 민원인 및 등기소 담당자의 등기민원 처리시간과 비용이 획기적으로 절감되어 편의성 및 신속성이 향상되어 편리한 등기·안전한 등기·신속한 등기의 실현을 통해 등기업무의 혁신을 달성할 수 있게 되었다.[48] 2006년 6월 시행된 전자신청 시행범위는 서울중앙지방법원 등기과를 우선적으로 전자신청 지정등기소로 선정하고 5개 등기유형을 지정 등기유형으로 한정하였다.[49]

---

46) 대법원보도자료, "법원 등기업무 2차 전산화 사업 착수", 2003. 10. 28.(http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=등기업무&searchOption=/&seqnum=253&gubun=6(검색일자 2006. 12. 20).

47) 대법원보도자료, "부동산 등기부 등본 인터넷 발급 서비스 개시", 2004. 3. 5.http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=인터넷&searchOption=/&seqnum=278&gubun=6(검색일자 2006. 12. 20).

48) 대법원보도자료, "부동산등기 전자신청 대국민 서비스 개시", 2006. 5. 24.(http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined& - searchWord=부동산등기&searchOption=/&seqnum=383&gubun=6(검색일자 2006. 12. 20).

49) 상게자료

범위선정의 배경	⇒	전자신청의 범위
- 법인등기는 전자신청 시행에 관한 법률 미통과		- 부동산등기
- 건축물대장에 대한 연계성공률 낮음		- 토지
- 현재 서울지역에 한하여 등록세 전자적 납부 및 통지가 가능함		- "서울중앙지방법원 등기과"를 지정하여 우선 시행
- 시행초기임을 감안하여 우선적으로 안정적이고 간편한 등기유형을 선택		- 제공되는 지정 등기유형 ◎ 토지 소유권보존등기 ◎ 검인을 대상으로 하는 매매에 의한 토지 소유권이전등기 ◎ 토지 등기명의인표시변경등기 ◎ 토지 등기명의인표시경정등기 ◎ 토지 표시변경등기

(2) 大法院規則의 變化

1992년에 등기부의 전산화를 위하여 대법원규칙으로 사법업무전산화추진위원회규칙을 제정하였으나, 이 규정은 2000년에 등기업무전산화추진위원회가 조직되면서 등기업무전산화추진위원규칙으로 대체되었다. 이 규칙을 통하여 등기업무의 전산화작업에 대한 추진세부계획을 수립할 수 있게 되었고, 전산기기 설치에 대한 검토, 체계법령정비 및 제도개선에 관한 구체적인 계획을 추진하게 되었다.

(3) 不動産登記法의 變化

전산정보처리조직을 이용한 등기신청을 전자신청이라고 한다(부동산등기규칙 제145조의2 제1항). 전자신청은 대법원장이 지정·고시하는 등기소의 등기사무는 그 전부 또는 일부를 전산정보처리조직에 의하여 처리할 수 있는 바, 등기신청의 당사자 또는 대리인은 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제177조의8 제1항). 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청한다 함은 당사자 또는 등기신청을 대리할 수 있는 변호사나 법무사(자격자대리인)는 법 제41조 또는 그 밖의 법령에 의하여 등기신청에 필요한 정보(신청정보)를 「전자서명법」 제2조의 전자문서로 송신하는 것을 의미한다(규칙 제145조의2 제1항). 등기부 접수시기는 물권의 우선순위를 판단하는 중요한 정비이다. 이에 대해 전자신청 시에는 등기신청정보가 전산정보처리조직에 전자적으로 등록되는 때에 등기신청서가 접수된 것으로 본다(제177조의10). 등기신청에 있어 예상되는 서면신청과 전자신청의 중복현상에 대해서는 일정한 정보가 전산정보처리조직에 기록된 때(즉, “키락”이 설정되었을 때)를 접수된 것으로 보고 있다. 신청된 등기에 대하여 등기가 경료된 경우에 그 등기가 전자적으로 신청된 때에는 등기관은 등기필증 대신 일련의 번호(아라비아 숫자와 기타 부호로 조합된 번호와 숫자로 조합된 비밀번호)로 구성된 등기필정보를 통지하게 되고 등기필정보를 가진 자가 등기신청을 할 때에는 그 등기필정보를 제공함으로써 등기필증의 제출에 갈음할 수 있도록 하고 있다(제177조의9). 전자신청인 경우 등기필정보의 유출을 막기 위한 벌칙규정을 두고 있다(제186조의3, 4).

2. 不動産登記의 IT화에 따른 個人情報保護 問題

부동산등기의 IT화에 따라 현재 모든 등기부가 전산화되어 국민들에게 온라인상 열람과 발급서비스를 제공하고 있다. 등기부의 전산화에 따라 국민 개개인의 정보보호문제가 대두되고 있고, 이를 위해 법·제도적 장치 및 기술적 방법이 요청되고 있다.[50]

부동산등기법이 개정되면서 등기필정보의 안전을 확보하기 위해서 제186조의3 규정을 두었다. 서면신청인 때에는 등기필증이 1개만 존재하기 때문에 등기필 사실에 대한 안전이 보장되는 반면 전자신청인 때에는 등기필정보가 전자적으로 남기 때문에 이에 대한 보안문제가 발생할 수 있다. 이에 따라 등기관은 등기필정보의 漏泄, 멸실 또는 훼손의 방지와 그밖에 등기필정보의 안전관리를 위해 필요하고 적절한 조치를 강구하여야 하고, 또한 등기관과 등기업무에 종사하는 자 및 그 직에 있던 자는 등기필정보의 작성, 관리에 대한 비밀을 유지할 의무가 부과되었다. 이를 위반한 때에는 형사적 처벌이 가능하도록 벌칙규정을 두고 있다(동법 제186조의4). 또한 누출된 등기필정보를 실효시킬 수 있는 제도를 도입하였다. 서면으로 작성된 등기필증과 달리 전자적 등기필정보는 타인에게 노출된 경우 불법적으로 사용될 여지가 있다. 따라서 등기명의인 또는 그 상속인 기타의 일반 승계인은 등기소에 서면 또는 전자적인 방법을 이용하여 등기필정보의 실효신고를 할 수 있다. 실효신고가 있으면 실효시키는 조치를 하여야 한다(동규칙 제145조의13). 다만 부동산등기법에서 처벌할 수 있는 자의 범위를 “비밀을 누설한 자”, “등기부에 부실등록을 하도록 …등기필정보를 취득한 자 또는 …제공한 자”, 또는 “보관한 자”로 규정되어 있어 문리적 의미에서는 고의범죄에 한정하고 있다. 따라서 과실에 의한 경우나 부실등기목적이 아닌 경우에도 이러한 규정이 적용되는 지가 의문이다. 즉, 전자적 장치를 사용하기 때문에 불가피하게 등기사무에 관련되는 서버관리자 등 전자시스템의 전문가에 의한 단순한 정보유출에는 직접 적용하기에는 어렵지 않을까 한다. 보완이 필요한 부분이다.[51]

공공기관의 개인정보보호에 관한 법률은 공공기관의 컴퓨터·폐쇄회로 텔레비

---

50) 강경근, “행정정보의 공동이용에 따른 법적 과제”, 「법제」, 한국법제연구원, 2001. 12. 39면 이하 참조.

51) 김범철, 전게논문, 52면 참조.

전 등 정보의 처리 또는 송·수신 기능을 가진 장치에 의하여 처리되는 개인정보의 보호를 위함을 목적으로 하고 있다(동법 제1조). 여기에서 “개인정보”라 함은 생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 및 화상 등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보(당해 정보만으로는 특정개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다)를 말한다(동법 제2조 제2호). “공공기관”이라 함은 국가행정기관·지방자치단체 그 밖의 공공단체 중 각급 학교, 정부투자기관, 특수법인 등을 말한다(동조 제1호). 그러나 동법률의 적용대상에서 사법부가 제외되어 있다는 문제점을 안고 있다. 또한 대법원에서 2003년 제정하여 시행하고 있는 ‘공고 등에 있어서 개인정보의 보호요령’도 부동산등기의 인터넷서비스에 대한 개인정보보호의 규정이 없다.

이상의 법률에서 보이는 것과 같이 법·제도상 부동산등기의 인터넷서비스로 인한 개인정보보호에 대한 내용이 전혀 마련되어 있지 않고, 부동산등기법의 경우에는 처벌할 수 있는 근거규정을 마련하였지만 이미 침해된 개인의 법익보호에 관한 부분에 대한 언급은 부동산등기법에서 찾아볼 수 없다. 따라서 개인정보의 침해를 받은 이용자는 침해를 받은 후 그 손해를 보상받을 수 있는가. 예컨대, 손해가 있는 경우 민법상 손해배상(민법 제750조 이하)의 요건이 존재하면 가해자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.[52] 또한 가해자가 공무원으로서 직무에 관하여 피해자에게 손해를 가했을 경우에는 국가배상법의 규정에 따라 국가 또는 지방자치단체를 상대로 손해배상청구를 할 수 있을 것이다(국가배상법 제2조).[53]

2004년 행정자치부는 행정정보의 공동이용이 촉진됨에 따라 국민의 개인정보오·남용의 가능성을 줄이기 위해서 공공기관의 개인정보보호를 강화하는 법률개정(안)을 6월 임시국회에 제출하기도 하였다. 그러나 이 개정안은 개인정보보호심의위원회의 권한을 강화하기 보다는 정부기관의 부처간 정보공유를 합법화한 것에 불과할 뿐만 아니라 공공기관이 개인정보를 침해하였을 경우와 관련하

52) 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, 35면 이하; 김범철, 전게논문, 52면.

53) 이주홍, 「손해배상책임법」, 박영사, 1997, 104-105면; 김기동, “국가배상과 공무원의 개인책임”, 「법조」 제43권 제19호, 1994, 139면 이하; 최명구, “한국의 부동산등기와 IT화”, 「인문사회과학연구」제6권, 부경대학교 인문사회과학연구소, 2006. 2, 141-142면 참조.

여 벌칙조항도 두지 않았다.[54] 이 개정안은 많은 논란만 야기시켰을 뿐 결국 국회를 통과하지 못하여 폐기되었다.

그러나 개인정보침해에 의한 손해배상은 직접적인 관련법이 없어도 현행 법률로 구제받을 수 있다하더라도 개인정보침해가 발생하지 않도록 관련법률 속에서 법적·제도적 보완과 기술적 개발이 필요하다고 할 것이다.

3. 申請節次의 複雜化

(1) 전산정보처리조직을 이용한 등기의 신청은 당사자 또는 등기신청을 대리할 수 있는 변호사나 법무사(자격자대리인)에 한한다(규칙 제145조의2 제1항). 또한 전자신청서를 송신할 때에는 공인인증서를 함께 송신하여야 한다(동조 제2항). 사이버공간에서 이루어지는 모든 행위는 비대면상태에서 이루어지기 때문에 당사자의 진정성 확보와 보안성 강화가 최우선적 고려대상이다. 이것은 인터넷을 통한 부동산등기에 있어서도 그대로 적용된다. 전자신청을 모두에게 개방하게 되면 고도의 기술을 갖춘 전산전문가는 전자문서의 위·변조 가능성이, 전산정보처리에 익숙하지 못한 일반인에게는 작동의 미숙으로 인한 부실등기신청의 위험성이 있다. 그러므로 전자신청의 초기단계에서는 전자신청을 할 수 있는 신청인의 범위를 제한할 필요가 있다. 이에 따라 부동산등기규칙에서는 일반인이 타인을 대리하여 전자신청을 대리할 수 없는 것으로 하였다.[55]

(2) 전자신청은 대한민국 국적을 가진 자로서 사용자등록을 한 경우에 할 수 있다. 그러므로 법인과 법인아닌 사단(또는 재단) 및 외국인은 전자신청을 할 수 없다(2006. 5. 24, 등기예규 제1134호). 변호사나 법무사가 아닌 자는 다른 사람을 대리해서 전자신청을 할 수 없다(2006. 5. 24, 등기예규 제1134호). 사용자등록신청자를 이와 같이 엄격하게 제한함으로써 자기 사건인 경우뿐만 아니라 법정대리인인 경우를 포함하여 일반인에 의한 대리신청은 불가능하다. 이것은 당사자가 직접 사용자등록을 하여 전자신청을 하거나 아니면 변호사나 법무사를 이용하여 등기신청을 하여야 하는 것으로 등기의 공신력을 높이기 위한 과도기적인 조치

---

54) http://www.peoplepower21.org/article/article_view.php?article_id=11545(참여연대홈페이지; 검색일자 : 2006. 11. 25)

55) 법원행정처, 「개정 부동산등기법 해설」, 2006, 43면.

라면 한편에서는 환영할 수도 있을 것이다. 그러나 전자신청에 의한 등기에 대한 효력이 서면신청과 다름이 없고 등기원인에 대한 공정증서적 성격도 부여하고 있지 않기 때문에 결국 전자신청을 하고자 하는 등기당사자는 자격자대리인을 이용하는 비용만 추가로 부담하는 결과를 야기하게 된다.[56]

전자신청을 하는 경우에는 전자서명법상의 공인인증서를 송신하여야 하고, 법인이 전자신청을 할 경우에는 2008년 1월 1일부터 시행되는 상업등기법안 제12조에 의거 등기소에서 발행하는 전자증명서를 첨부하여 등기신청을 할 수 있다.

(3) 등기는 등기당사자 또는 그 대리인이 신청하여야 한다. 그러나 전자신청은 신청인이 등기소에 출석하지 않고 등기신청을 할 수 있는 제도이므로 오프라인상 이루어지는 본인의 등기신청서 의사를 확인하고 본인 출석에 준하는 정도의 진정성을 확보해야 할 필요가 있다. 따라서 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청하고자 하는 당사자 또는 대리인은 미리 사용자등록을 하여야 한다(부동산등기법 제177조의8 제1항). 사용자등록을 신청하는 당사자 또는 자격자대리인은 등기소에 출석하여 사용자등록신청서, 인감증명 및 주소증명서류 등을 제출하여야 한다(동법 제145조의5). 사용자등록신청은 비대면에 의한 등기신청으로 발생할 수 있는 부실등기의 위험성을 감소하기 위한 것이라 한다. 공동신청의 경우에는 양당사자가 모두 사용자등록을 하여야 한다.[57] 사용자등록의 유효기간은 3년이며, 이 유효기간이 경과한 경우에는 사용자등록을 다시 하여야 한다. 사용자등록의 유효기간 만료일 3월전부터 만료일까지는 그 유효기간의 연장을 전자문서로 신청할 수 있지만, 연장기간은 3년으로 한다(규칙 제145조의5). 이는 사용자등록 후 장기간 방치한 경우에 다른 사람에 의하여 사용자 등록이 이용될 위험성이 있으므로 사용자등록의 유효기간을 둔 것이다. 그리고 사용자등록의 효력정지(규칙 제145조의5), 사용자등록정보 변경(규칙 제145조의8) 등도 가능하다.

이와 같이 사용자등록을 하기 위해서는 등기소에 출석하여 이러한 사용자등록을 위한 출석이 업무상 등기신청을 자주하는 변호사 또는 법무사 즉, 자격자대리인인 경우에는 의미가 있다고 할 수 있으나, 등기신청을 평생 몇 번하지 않는 일반인인 경우에는 필요한 서류를 구비하여 서면신청하는 것과 큰 차이가 없어 보인다. 또한 비록 전자적 방법으로 연장할 수 있다고는 하나, 사용자등록유효기간

56) 김범철, 전게논문, 50면.

57) 법원행정처, 「개정 부동산등기법 해설」, 47면.

도 3년으로 제한되어 있고, 연장기간도 만료일 직전 3개월로 제한되어 있어 그 기간을 기억하고 있다가 적절하게 사용자등록을 연장할 수 있는 일반인이 많을 것으로 예상하기 어렵다. 따라서 일반인에게는 등기의 전자신청제도는 큰 의미를 찾기가 어렵다. 사용자등록을 위해 등기소에 출석하여야 하는 기회에 서면신청한다면 굳이 복잡하게 사용자등록을 할 필요가 없기 때문이다.[58)]

<<전자등록 사용자 신청서 양식>>

본인 확인	처리인

사용자등록신청서

신청구분	□신규등록 □사용자등록해지 □효력정지 □효력회복 □유효기간연장 □사용자정보변경			
신청인	성명		주민등록번호	
	주소			
	전화번호	(집)	(휴대폰)	
	인터넷등기소 회원ID	(1순위)	(2순위)	(3순위)
	전자우편주소			
자격자정보	□법무사 □변호사		자격등록번호	
	사무소 소재지			
	전화번호	(사무실)	(FAX)	
첨부서면	주민등록등(초)본	통		
	인감증명서	통		
	자격자증명서면 사본	통		

주) 1. 자격자정보란은 변호사나 법무사 등 자격자대리인만 기재합니다.
2. 자격등록번호란 법무사(변호사)등록증상의 번호를 말합니다.
3. 신청서의 주민등록번호는 인터넷등기소에서 사용자등록시 사용할 개인공인인증서의 주민등록번호와 일치하여야 합니다.

전자신청을 위한 사용자등록을 신청합니다.

2007 년 월 일

신청인 인

사용자등록신청에 따른 접수증을 수령하였습니다.

수령인 인

등기과(소)귀중

58) 김범철, 전게논문, 49-50면.

(4) 전자신청제도의 활성화를 위하여 대법원규칙 및 예규를 변경하여 2007년 7월 1일부터 소유권이전등기와 근저당권설정등기에 대해서는 첨부서면의 스캐닝 제출이 허용된다. 다만 스캐닝제출의 경우에도 자격자대리인의 공인인증서는 반드시 첨부되어야 한다. 스캐닝 제출로 등기신청수수료 방문신청 대비 33% 절감, 전자적 특성상 정확하고 신속한 등기업무처리 가능, 각종 첨부서면의 전자적제출로 인한 시간 및 발급비용 절감, 등기소방문 없이 등기업무를 신속하게 처리하는 것이 가능해졌다.

이와 같은 스캐닝에 의한 서류제출을 인정하는 것은 적절하지만, 문제는 제출되는 서류의 작성명의인의 공인인증서가 첨부되어야 한다는 점과 소유권이전등에 있어서 등기를 위하여 행정기관 작성의 공문서・등기원인증서・위임장・등기필증・확인서면・공탁서・인감증명・기타 행정정보공동이용망을 통한 연계대상이 아닌 문서 등 제출되는 첨부서류가 한 두 가지가 아니라는 점에서 등기의 전자신청제도의 이용을 가로막는 장애물이 될 수도 있다. 또한 공인증명서가 첨부되었다고 하더라도 제출되는 서류의 위・변조를 완전히 방지할 수 있는지가 의문이다.

4. e-form에 의한 신청

e-form(전자표준양식)은 등기신청인이 인터넷등기소에서 제공하는 양식을 통해 편리하고 정확하게 신청서를 작성할 수 있도록 지원하는 시스템을 말한다.[59] 신청인은 e-form 시스템에 신청정보를 시스템에 임시저장한 후, 이를 종이신청서로 출력하여 등기소에 방문 제출하면 등기관은 저장된 디지털 신청정보를 활용하여 업무처리를 가능하게 함으로써, 신청인의 편의 제고와 등기관의 업무 효율성을 동시에 제고할 수 있게 된다. 2005년 11월 25일부터 일부등기소에서 등기신청에 있어 e-form이 시행되어,[60] 현재는 전국적으로 시행되고 있다. e-form

59) 대법원 보도자료, “금년 11월부터 e-form에 의해 등기신청서 작성이 더욱 쉬워집니다!”, 2005. 8. 30(http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=e-form&searchOption=/&seqnum=335&gubun=6(검색일자 2006. 12. 21).

60) 시범등기소로 부동산등기는 서울중앙지방법원 등기과와 강남등기소를, 법인등기는 수원지방법원 성남지원 등기과이다.

시스템은 기존 등기절차를 유지하면서 종이문서와 디지털정보가 병존하는 과도기단계에서 신청인의 편의와 국가 정보화 추진 양 측면을 모두 보장할 수 있다는 데에 그 의의가 있다고 한다.

e-form은 일반인, 자격자 대리인 모두 제한이 없으며, 사용자등록이나 인증서를 구비함이 없이 누구나 이용하여 신청서를 작성할 수 있다.[61] 다만, 자격자 대리인에게는 표준화된 신청서 제출요구를 통해 사실상 의무화하고 있다.[62]

전자표준양식(e-Form)에 의한 등기신청은 당사자에게는 등기신청서 작성의 편의를 제공하고 등기업무담당자에게는 접수나 기입업무의 경감을 꾀하기 위해 도입된 제도이다. 등기신청인은 등기시스템에 접속하여 신청서를 작성한 후, 그 신청서에 필요서면을 첨부하여 등기신청을 하는 것을 말하고, 이는 본질적으로 서면신청으로 보아야 한다. 다만 신청인이 직접 등기소를 방문하여야 한다는 점에서는 서면신청과 동일하나, 신청서 작성시 입력한 정보가 별도의 조치없이 등기전산정보처리조직에 의하여 저장된다는 점에서는 전자신청과 유사하다. 신청인은 대법원예규가 정하는 바에 따라 신청정보를 전산정보처리조직에 저장할 수 있고, 이 경우 신청인은 전산정보처리조직에 저장한 등기신청정보를 출력하여 그 출력물로써 등기신청을 하여야 한다(규칙 제145조의4).

그러나 e-form은 사이버공간인 인터넷상으로 들어온 서류에 불과하기 때문에 이를 공적 문서로써 취급하고, 신뢰하게 됨으로써 off-line에서 행해지는 등기신청의 문제점에서 나타나듯이 형식적 심사를 고착화시킬 수 있다. 또한 등기소에서는 e-form인 공적 문서를 민간인인 등기신청인 작성하는 것이므로, 오탈자의 발생과 탈루 등으로 인하여 공문서로써 신뢰가 저하된다는 문제가 있다.

5. 출석주의 제도와 단독신청주의

등기는 등기권리자와 등기의무자 또는 대리인이 등기소에 출석하여 이를 신청하여야 하는 요식행위이다. 다만, 판결에 의한 신청, 상속에 의한 신청과 같은 경

61) 대법원 보도자료, “대법원 인터넷등기소 구축 완료”, 2005. 8. 30http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=인터넷등기&searchOption=/&seqnum=336&gubun=6)(검색일자 : 2006. 12. 20).

62) 이전호, “전자표준양식(e-form)의 법무사 의무사용제도의 문제점”, 「법무사」 통권 459호, 대한법무사협회, 2005. 9, 36면 이하 참조.

우에는 공동신청주의의 예외로서 등기권리자 단독으로 신청할 수 있다(부동산등기법 제55조). 그러나 전자신청의 경우에는 출석주의가 적용되지 않으므로 당사자 또는 대리인이 출석하지 않았다고 하여 등기신청을 각하할 수 없다(동법 제177조의8 제3항). 그런데 전자신청과 함께 당사자출석주의를 병행하고 있으며, 공동신청주의를 유지하고 있다. 이러한 입장은 전자신청의 역할을 감소시키는 문제를 야기시킬 수 있다.

6. 인터넷 부동산등기부등본의 위·변조여부

대법원은 인터넷으로 출력한 부동산등기부등본에도 붉은색 관인표시, 말소된 등기의 붉은 실선 표시, 노란색의 법원마크가 나타나는 등 등기소에서 직접 발급한 등본과 형식면에서 차이가 없다. 그리고 흑백 프린터를 이용하여 출력하면 붉은색이나 노란색이 검정색으로 표시되지만, 이 경우에도 법적 효력에는 아무런 문제가 없다. 그러나 인터넷으로 발급받은 부동산등기부등본에는 위·변조방지와 위·변조여부확인을 위하여 다음과 같은 장치를 두어 거래의 안전을 담보하고 있다고 하였다. 유효한 등본에는 우측 하단에 '인터넷 발급'이라는 표시가 있는데, 이를 복사기를 이용하여 복사하면 이 표시가 '사본'이라고 바뀌게 되어, 위·변조 가능성 있는 사본이 유통되는 것을 방지하고 있다. 또한 인터넷으로 발급된 부동산등기부등본의 위·변조 여부를 직접 확인하려면, 대법원 인터넷 홈페이지의 '부동산등기서비스' 중 '위·변조 확인서비스'에 접속하여 등본 하단에 표시된 발급확인번호를 입력하면 현재 시점의 등기부와 직접 비교할 수 있고, 그 외에도 등본의 하단에 있는 2차원(2D) 바코드(bar - code)에 포함된 정보를 스캐너를 이용하여 위·변조 여부를 확인할 수도 있다. 또한 디지털저작권관리(DRM, Digital Right Management)를 통한 화면출력 제한, 화면캡쳐 방지 기능 등에 의하여 거래의 안전을 담보하고 있다.[63]

그러나 최근 인터넷 민원서류 발급서비스에 의한 민원서류의 위·변조가 가능하다는 것이 제기되었다. 사이트에 접속, 주소와 주민번호를 입력한 뒤 등기부등본 자체를 컴퓨터에 파일로 저장해 등본 내용을 바꿔 출력하는 방식으로 위·변조가 가능하다고 하였다. 이에 대해 대법원은 "고도의 전문지식을 보안업체와

63) 대법원 보도자료, "부동산 등기부등본 인터넷 발급서비스 개시", 2004. 3. 5.

프린터 드라이버 제작업체의 공동기술에 한해 가능한, 이른바 '가상 프린터 드라이버 제어방식'에 의한 변조방식으로 추정되지만, 등기신청과정에서 원본 등기정보와 대조되는 검증절차가 있기 때문에 변조된 등기부 등본이 실제 사용됐을 가능성은 없을 것이다"고 하였다.[64] 이와 함께 대법원은 등기부 등본 서비스의 보안성 향상을 위해 2005년 9월 27일부터 동년 11월 27일까지 부동산과 법인의 등기부 등·초본 발급이 중단되고 등기소와 무인발급기를 통해서만 발급이 가능하였다.

대법원의 인터넷 부동산 등기부등본에는 국민과 기업의 부동산과 관련된 모든 정보가 담겨 있으므로, 위·변조될 경우 부동산 소유자가 바뀌게 되어 혼란을 초래할 우려가 높다. 따라서 이와 같은 사례가 또 다시 발생하지 않도록 제반조치를 다하여야 할 것이며, 특히 위·변조나 해킹을 원천적으로 막을 수 있는 프로그램을 개발·운영하여야 할 것이다.

第2節 不動産登記制度의 改善方案

이상에서 부동산등기제도의 문제점에 대하여 살펴보았다. 부동산등기제도의 이상을 달성하기 위해서는 권리변동에 관한 등기와 실체관계를 부합시키는 것이 중요한 선결과제이다. 그러나 지금까지의 부동산등기의 실무에서 나타나는 바에 의하면, 인감증명 및 보증제도의 결함이 부실등기의 한 원인으로서 지적되고 있으며, 무엇보다도 등기관의 등기신청서류에 대한 형식적 심사주의와 등기원인서류에 대한 공증을 요하지 않는 점이 부실등기의 가장 중요한 원인으로 지적되고 있다. 그리고 부동산에 관련된 사기나 투기가 바로 이와 같은 부동산 등기를 매개로 하여 일어난다는 점에서 우리 나라의 부동산등기제도의 미비점은 문제의 심각성을 더하고 있다.

---

64) http://www.moneytoday.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2005092718271653223 (머니투데이 2005. 9. 27; 검색일자 : 2007. 2. 10); 연합뉴스, 2005. 9. 27.

Ⅰ. 登記簿와 臺帳의 一元化

1. 登記簿와 臺帳의 整備 및 一元化

(1) 등기부와 지적공부는 토지의 현황과 권리변동의 내용을 공시하는 국가의 공적 장부이다. 그러나 동일 토지임에도 불구하고 공시의 주체에 따라 등기부와 지적공부로 그 관리기관도 행정부와 사법부로 이원화되어 있어서 인력과 예산, 자원과 행정력 낭비 등 불필요한 사회경제적 비용이 발생하고 있다.

우리 나라에 많은 영향을 주었던 일본에서도 부등산등기법을 개정하여 등기부와 대장의 이원화를 일원화하여 등기절차의 합리화와 간소화를 이루었다. 일본은 1950년 토지세가 국세에서 지방세로 전환하였고, 1948년의 행정기구의 개혁에 따라 1951년 토지대장과 가옥대장이 세무서에서 등기소로 이관되고, 1960년 4월 1일에 토지대장과 가옥대장을 폐지하여 등기부의 표제부가 토지대장 및 가옥대장의 기능을 하게 되어 토지대장법과 가옥대장법은 폐지되었다.[65]

(2) 토지 및 건물의 보존등기는 토지대장·임야대장 및 건축물대장상 자기 또는 피상속인이 소유자로 등록되어 있는 경우에만 가능하다(부동산등기법 제130조 제1항, 제131조 제1항). 즉, 지적공부와 등기부의 상호관련성 아래 등기부의 표제부 사항란에 기입되는 토지의 표시는 대장의 내용을 이기하는 것이므로 토지의 현황에 대한 조사가 제대로 이루어져 대장이 작성되어야 한다. 따라서 등기제도의 성공여부는 지적제도의 완비에 있다고도 할 수 있다.[66]

토지대장과 임야대장에는 토지의 소재, 지번, 지목, 면적, 소유자의 주소, 주민등록번호, 성명 등을 기재한다(지적법 제9조). 건축물대장에는 건축물의 표시 및 소유자 현황에 관한 사항을 기재한다(건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙 제2조 제4호). 대장과 등기부는 그 관할기관이 다르고 목적도 다르기 때문에 양자는 불일치 할 수도 있지만, 부동산등기법은 그 일치를 도모하고자 많은 규정을 두고 있다. 등기부와 대장의 일원화가 이루어지기 전까지는 이러한 규정들을

---

65) 프랑스의 경우도 지적등기를 통합하여 재무경제부라는 행정기관이 관장·운영하고 있고, 네덜란드도 지적등기사무를 통합하여 주택도시계획 및 환경부라는 행정기관을 통하여 운영하고 있다. 대만도 지적등기사무를 일원화하여 地政司라는 행정기관을 설치하여 운영하고 있다(노종천, 전게논문, 92면).

66) 곽윤직, 전게논문, 100-101면.

활용하여 등기부와 대장이 일치하도록 하여야 한다.

현재의 이원화된 제도하에서 발생하는 문제점을 해결을 위하여 등기부와 대장의 일원화가 보다 궁극적이다.[67] 등기부와 대장의 일원화는 부동산등기제도의 본래의 기능을 다할 수 있고, 미등기부동산에 대하여도 모두 표제부가 작성되어지므로 「全不動産登記强制의 原則」에 접근하게 된다. 그리고 국민에게 번거로운 절차와 비용을 절약하게 하는 편의를 제공해 줄 수 있다.[68]

(3) '등기부와 대장의 일원화'라 함은 대장제도를 등기제도 속에 포함시켜서, 등기부의 표제부의 형식과 내용을 대장의 기재내용으로 바꾸어 놓으면, 등기부의 표제부가 대장의 목적과 기능을 하게 되어 양자는 언제나 일치하게 되는 것을 말한다.[69] 즉, 등기부와 대장을 기술적으로 하나의 장부인 등기부로 단일화하려는 것을 말한다. 이러한 일원화를 위한 방안으로 첫째, 지적과 등기제도의 통합에 따라 구체적인 사항을 법률로 명확히 규정하여야 한다. 단기적으로는 토지공시에 관련된 법들을 개정·폐지하여 새로운 「토지등기법(가칭)」을 제정하고, 장기적으로는 토지에 대한 기본이념을 제시하고 토지·건물과 지적·등기의 관련된 모든 법들을 통합하는 「토지기본법(가칭)」을 제정하여야 한다.[70] 둘째, 전국의 토지나 건물에 대한 현황을 일제측량과 재조사 등을 실시하여 지적공부와 등기부가 갖고 있는 근본적인 문제점인 토지의 실제 현황과 지적공부와의 불부합을 바로 잡는 것이다.[71] 다만, 이를 위해서는 막대한 비용과 인원이 필요하므로 가능한 범위내에서 순차적으로 실시할 필요가 있다. 셋째, 대장과 등기부의

---

67) 곽윤직, 「부동산등기법」, 65-66면; 정권섭, "대장과 등기부의 일원화", 67면; 이성화, 전게논문, 130면; 최청인, 전게논문, 43-45면. 그러나 등기부와 대장의 일원화에 대한 비판적인 견해도 있다. 김정수, 전게논문, 134면; 김황식, "우리 부동산등기제도의 문제점", 「민법학논총」, 후암 곽윤직교수화갑기념, 박영사, 1985, 287면; 김재우, "등기부와 대장의 일원화에 관하여", 「사법행정」제297호, 1985. 9, 90면; 김정수, "현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방향(상)", 「재판자료」제43집, 1988. 12, 34면 이하 참조.

68) 곽윤직, 상게서, 66-67면; 정권섭, "등기법 개정에 관한 연구 - 재산권 관리기구의 일원화를 중심으로-", 「법학연구」제21권 제1호, 1979, 부산대학교, 89면 이하; 오현진, "토지공시제도의 개선방향에 관한 연구", 「사회과학논총」제8집, 청주대학교, 1989, 169-173면.

69) 곽윤직, 상게서, 66면.

70) 최승영, "부동산등기와 지적의 토지공시제도 개선에 관한 연구", 134면.

71) 곽윤직, 「물권법」, 67면; 최청인, 전게논문, 44면.

이원화로 소유자의 권리행사 및 담당공무원의 업무처리도 비능률적이다. 그래서 행정자치부에서는 토지이용계획, 도시계획 등의 토지정책의 자료로 활용하고, 토지의 소유현황을 제공하기 위하여 1993년 국토이용관리법의 개정으로 1994년 1월부터 토지거래전산망의 구축을 시작하여 현재까지 부동산정보화사업을 추진하고 있다.[72] 또한 2002년 9월 30일 전국 213개 등기소에 대한 등기업무 전산화 제1차 사업이 완료됨으로써 전국 어느 등기소에서든지 모든 지역의 등기부등·초본을 발급받을 수 있게 되었다. 이미 전산화가 완료된 등기와 대장의 연계방법, G4C 사업[73]에 의한 전산자료의 통합활용 등을 참작하면, 단기적으로는 전국의 등기소에 지방자치단체의 「등기지원 민원분실」을 개설하여 민원관리업무를 처리하는 방안을 고려할 수 있다. 장기적으로는 행정부의 행정자치부 또는 법무부, 사법부의 법원행정처로 통합·일원화하여 관장기구를 정하는 것이 타당할 것이다.[74]

2. 不動産登記簿의 一元化

오늘날의 부동산거래 개념과 그 공시방법의 개념은 구한말까지 전해져 온 우리의 전통적인 개념과는 차이가 있음을 앞에서 살펴보았다. 일본의 부동산등기법은 유럽대륙의 발달한 부동산 공시방법을 일본 고유의 관습을 부가하여 특수한 형태로 제정한 것이다. 그러나 식민통치를 위한 수단과 그들의 편의에 우리의 종래의 관행을 묵살하고 전통적 거래관념과 다른 법을 의용케 함으로써 아직까지 많은 문제점을 남기고 있다.[75]

---

72) 부동산정보화사업의 추진현황에 대해서는 정우형, “부동산정보화사업의 추진현황과 과제”, 「토지법의 이론과 실무」, 지암 이선영박사화갑기념, 2006, 532-539면 참조.

73) G4C는 인터넷, 휴대전화, PDA 등 다양한 매체를 이용하여 언제 어디서나 쉽고 편리하게 원하는 민원 행정서비스 및 기관별 행정정보를 이용할 수 있도록 정보화 함으로써 국민과 더욱 가까워진 유비쿼터스 전자정부를 만들어 가는 사업이다. 여기에는 인터넷을 통한 5,000여종의 민원안내 및 720종의 민원신청서비스와 행정정보 공동이용 서비스 등을 제공받을 수 있다(http://www.egov.go.kr/ 검색일자 : 2007. 1. 10).

74) 최청인, 전게논문, 43면; 이성화, 전게논문, 130면; 최승영, “부동산등기와 지적의 토지공시제도 개선에 관한 연구”, 136면 참조.

75) 이영식, “부동산등기법에 관한 연구”, 「대구산업대학논문집」 제12집, 대구산업대학,

건물은 부동의 물건이 아니며, 변·개조가 용이하여 그 동일성을 유지·확인하기 어려울 뿐만 아니라 영구적인 것이 아니므로 완전한 건축물대장의 비치는 매우 어려운 것이다. 또한 등기부의 이원화는 소모되는 각종 경비에 비추어 낭비적이며, 또한 이중적 절차로 인한 복잡함과 기술적 번거로움 등이 따르게 된다. 토지와 건물을 독립한 부동산으로 파악하는 것보다 토지만을 부동산으로 하고, 그 지상의 건물은 토지의 본질적 구성부분으로 보는 것이 타당할 것이다. 또한 대지를 종물로 보았던 우리의 관행으로 보아 일원화의 작업은 어려운 것은 아닐 것이다.[76] 등기부의 일원화로써 토지와 건물에 대하여 별개의 등기부는 필요없고, 토지등기부만을 두어 지상의 건물에 관하여는 표제부 표시란에 이를 표시하는 것으로 족할 것이다. 따라서 우리 나라의 현행법체제도 유럽의 여러 나라에서와 같이 토지만을 부동산으로 인정하는 일원화 제도를 도입할 필요성이 있다. 토지와 결합된 경제적 통일성을 유지하려는 목적을 가진 민법상 부합의 원리[77]로 보면 건물을 토지에 부속시키는 법적 근거도 제시할 수 있을 것이다.[78]

등기부의 일원화는 건물을 별개의 독립한 부동산으로 함으로써 발생하는 여러 복잡한 법률관계가 사라지고, 토지에 관한 법률관계가 현재보다 훨씬 단순하게 될 뿐만 아니라, 국민들에게 건물에 대한 등기를 따로 하는 절차의 번잡을 피하고 많은 비용을 절약케 하는 장점이 있다. 등기는 부동산 공시라는 중요한 기능을 담당하고 있지만, 그것은 전문가의 관여가 필요한 매우 기술적이고 번거로운 절차인데, 이러한 절차가 한 번에 그친다면 국민들에게 커다란 편리를 제공하는 것이 될 것이다. 이러한 장점은 등기부의 이원화로 발생하는 현행법상 문제점을 해결하는 이유로 충분하다. 굳이 단점이라면 이렇게 하기 위해서는 민법을 비롯한 많은 관계 법령의 규정들을 개정하는 대작업이 수행되어야 한다는 것이다.[79]

이상에서 검토한 바와 같이 건물 내지 가옥을 토지와는 별개로 독립한 부동산

1998. 6, 190면; 이상태, 전게논문, 1-30면 참조.

76) 등기부 일원화의 또 다른 저해요인으로 정부 기관간의 이기주의와 부동산공시제도와 관련한 이익집단의 이해관계를 들기도 한다(최청인, 전게논문, 42면).

77) Bamberger / Roth, BGB, Bd 2., C.H.Beck, 2003, §946 Rz. 1. S.1734.

78) 이회규·박광동, 전게논문, 427면.

79) 곽윤직, 「부동산등기법」, 64면; 최승영, "우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 대한 연구", 225면; 김상묵, "부동산등기제도의 문제점과 개선방안", 「법학연구」 제26집, 2007, 5, 128-129면.

으로 할 필요는 없을 것이다. 법제사적으로도 우리 나라는 토지와 건물을 하나의 부동산으로 보았으며,[80] 일본의 경우에도 민법 제정 당시 이를 부합의 원리로 인정하여 하나의 부동산으로 보자는 의견도 있었으며,[81] 현재도 논의되고 있다. 따라서 등기부도 토지등기부만을 두는 것으로 충분하다고 생각된다.

Ⅱ. 登記官의 審査權强化

(1) 등기관이 등기신청을 심사함에 있어서 실체관계와 등기와의 부합에 따른 등기의 정확성과 거래의 신속 중 어느 쪽을 중시하느냐에 따라 실질적 심사주의와 형식적 심사주의가 대립되고 있다. 우리 나라는 부동산등기법 제56조의 2에 의한 집합건물의 표시사항에 관한 조사 외에는 형식적 심사주의를 채용한 것으로 해석된다. 즉, 부동산등기법 제55조는 등기관의 심사권한을 정하는 규정으로 형식적 심사권한을 정하고 있다. 그러나 등기관은 이러한 심사에서 나타날 수 있는 결함을 방지하기 위하여 등기절차법상 형식적 사항에 관한 심사에 적극적으로 그 권한을 행사하여야 할 것이다. 예컨대 등기관은 신청자의 본인인지 의심이 가는 경우에는 본인임을 증명할 것을 요구할 수 있고, 관공서에서 발급한 서류(등기필증, 주민등록등본, 인감증명)가 형식적으로 진정성에 외견상 명백한 하자가 있다고 판단하는 경우에는 등기신청을 각하하여야 할 것이다. 따라서 등기관은 등기의 형식적 심사권을 행사하되, 그 범위 내에서 적극적 심사를 하여 당사자의 이익을 확보해 주어야 할 것이다.[82]

(2) 판례도 등기관은 부동산등기법상 등기신청이 실체법상의 권리관계와 일치하는지 여부를 심사할 실질적인 심사권한은 없으므로, "등기관으로서는 오직 제출된 서면 자체를 검토하거나 이를 등기부와 대조하는 등의 방법으로 등기신청

---

80) 이에 대해서는 송영민, "토지와 건물을 별개의 물건으로 취급하는 민법태도에 관한 법사회적 일고찰", 「토지법학」 제19호, 한국토지법학회, 2003. 12, 9면; 전병환, "부동산의 일원화에 관한 연구", 박사학위논문 창원대학교, 2003, 54-55면.

81) 瀨川信久, 不動産附合法の硏究」, 有斐閣, 1983, 328면.

82) 최명구, "부동산등기신청에 대한 등기관의 주의의무", 223면; 김종호, "부동산등기신청에 대한 심사권과 등기신청의 각하(1)", 「경영법무」 통권 84호, 2001. 3, 59면; 김동홈, "등기공무원의 심사권의 범위", 「사법연구자료」 제14집, 법원행정처, 1996, 296면 참조.

의 적법 여부를 심사하여야 할 것이고, 이러한 방법에 의한 심사 결과 형식적으로 부진정한, 즉 위조된 서면에 의한 등기신청이라고 인정될 경우 이를 각하하여야 할 직무상의 의무가 있다고 할 것이지만, 등기관은 다른 한편으로 대량의 등기신청사건을 신속하고 적정하게 처리할 것을 요구받기도 하므로 제출된 서면이 위조된 것임을 간과하고 등기신청을 수리한 모든 경우에 등기관의 과실이 있다고는 할 수 없고, 위와 같은 방법의 심사 과정에서 등기업무를 담당하는 평균적 등기관이 보통 갖추어야 할 통상의 주의의무만 기울였어도 제출 서면이 위조되었다는 것을 쉽게 알 수 있었음에도 이를 간과한 채 적법한 것으로 심사하여 등기신청을 각하하지 못한 경우에 그 과실을 인정할 수 있다"[83]고 판시하고 있다. 예컨대 보존등기를 신청하는 건물이 이미 등기된 건물과 동일한 경우임을 식별할 수 있는데도 불구하고 이를 간과하여 중복보존등기를 경료케 한 경우,[84] 등기신청인이 제출한 등기의무자 명의의 등기권리증상에 매도인의 주소와 목적부동산의 면적이 등기부상의 기재와 다르고 인감증명의 유효기간도 3월로 기재되어 인감증명법에 어긋나며 주민등록등본과 인감증명에 계인이 전혀 없는 사실[85] 등에 국가배상책임을 인정하여 형식적 심사주의 내에서 적극적인 심사를 하도록 하고 있다. 이는 등기관이 등기처리시 통상 보통인 보다 높은 전문가의 주의의무를 부담함으로써 등기사무처리의 관련규정에 근거하여 등기사무를 처리할 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다.[86]

(3) 형식적 심사주의는 등기와 실질관계의 부합이라는 목적을 달성할 수 없는 단점이 있고, 실질적 심사주의는 등기절차의 지연으로 인하여 신속성이 떨어진다는 단점이 있다. 그러나 부실등기를 방지한다는 관점에서 살펴보면 실질적 심사주의를 강화해야 할 필요성이 있다. 즉, 실질적 심사주의에 의할 때 등기의 진실성은 확보되나, 등기절차의 지연문제 또한 간과할 수 없다. 이 등기절차 지연문제의 해결책으로 등기원인에 대한 공증제도를 들 수 있다.[87] 형식적 심사주의의 단점인 진실에 부합하지 않는 부실등기의 발생도 등기원인을 공정증서로 작성케

83) 대판 2005. 2. 25, 2003다13048.

84) 대판 1995. 5. 12, 95다9471.

85) 대판 1993. 8. 24, 93다11937.

86) 최명구, "부동산등기신청에 대한 등기관의 주의의무", 233면.

87) 김형수・김상명, 전게논문, 227면.

함으로써 이를 방지할 수 있을 것이다.

이와 같이 등기원인에 대하여 공증제도를 채용함으로써 실질적 심사주의의 단점을 보완하면서, 나아가 형식적 심사주의를 실질적 심사주의로 전환되는 계기로 삼는 것이 바람직하다.

Ⅲ. 登記의 公信力 認定與否

우리의 구민법은 물권변동에 있어서 의사주의를 채택하여 등기의 공신력을 인정하지 않았다.[88] 그러나 현행 민법은 권원의 등기제도를 유지하고 있고, 물권변동에 있어서 등기를 필수요건으로 하는 형식주의를 취하고 있기 때문에 부동산등기는 매우 중요하다. 실제 거래관계에 있어서 물권적 합의에 의하여 모든 내용을 완료하였더라도 등기를 하지 아니하면 물권변동의 효력은 발생하지 않기 때문이다.

현행법상 등기의 공신력을 인정하지 않는다는 명문의 규정은 없다. 다만, 앞에서 살펴본 바와 같이 법 전체적인 해석상 우리 부동산등기에는 공신력을 인정할 수 없고, 추정력만 인정할 수 있다는데 학설[89]과 판례[90]는 일치하고 있다. 왜냐하면 현행 부동산등기법에 의한 등기는 서면에 의한 형식적 심사만을 인정하고 있으므로 부실등기를 철저히 방지할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않기 때문이다.[91] 또한 부동산등기법상 등기관은 수동적인 입장에서 당사자의 신청에 위한 서류상의 타당성만을 심사할 수 있을 뿐이고 그 내용의 실질적 타당성 조

88) 현행 민법은 그 기본적인 토대를 만주민법에 두고 있었지만, 만주민법과는 달리 등기의 공신력을 인정하지 않았다(만주민법 제179조).

89) 곽윤직, 「물권법」, 109면; 권용우, 「물권법」, 법문사, 2001, 121면; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 222-223면; 김준호, 전게서, 88면; 이영준, 전게서, 204면; 김상용, 「물권법」, 201면; 최돈호, 「부동산등기법」, 박영사, 2004, 159면; 박준서 대표, 주해 민법(총칙Ⅱ)」, 한국사법행정학회, 2001, 219면; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 286면; 장경학, 전게서, 253면; 황적인, 「현대민법론 Ⅱ」, 박영사, 1987, 114-115면.

90) 대판 1991. 2. 8. 90다카28221; 대판 1990. 11. 13, 90다카8616; 대판 1987. 10. 13, 86다카2928(전); 대판 1989. 8. 8, 88다카6242.

91) 정권섭, “등기강제제도의 문제점과 개선방향”, 「동의법정」 제13집, 동의대학교, 1997, 45-46면; 田中克志, 「不動産登記責任論入門」, 新山社, 1992, 101면.

사에는 권한이 미칠 수 없기 때문이다.

부동산등기의 공신력의 인정은 거래의 정적 안전의 희생위에 동적 안전을 보호하는 제도이므로 진정한 권리자의 보호문제 내지 손실보상에 미흡해서는 안된다. 그리고 물권변동에서 등기의 중요성이 완전히 발휘될 수 있게 하기 위하여 부실등기를 막기 위한 여러 조치를 강구하기 위한 법적인 보완책이 요청된다. 첫째, 부동산등기법에서 인정하고 있는 등기신청에 대한 등기관의 형식적·소극적 서면심사 방법을 개선하여 실질적 심사권을 인정하여야 한다. 등기관이 등기신청서류에 대한 실질적 심사권을 행사할 수 있어야 등기와 실체적 권리관계의 부합을 이룰 수 있기 때문이다. 둘째, 등기관이 등기신청서류의 내용을 일일이 심사한다는 것은 용이하지 아니하므로 등기원인서면에 대한 공증제도로 대체하여야 한다. 즉, 물권변동의 원인을 공정증서에 의하여 권원의 진정성을 보장하고 담보할 수 있는 효과적인 방법 중의 하나이다. 우리가 등기원인증서로 사용하였던 과거의 매도증서나 현재 사용하고 있는 검인계약서는 사문서일뿐만 아니라 공증이 이루어져 있지 않으므로 그 성립 및 내용의 진정성을 담보할 수 없어서 부실등기의 발생소지를 충분히 갖고 있다. 셋째, 공신력을 인정하는 결과 희생되는 진정한 권리자의 만족스러운 보상을 위해서는 국가배상책임이나 특별한 보험기금 제도를 마련하는 것이 필요하다.[92]

이상에서 살펴본 바와 같이 등기의 공신력을 인정하기 위해서는 물권변동의 원인에 대한 진정성을 확보하는 것이 필요하다. 공신의 원칙을 채택하느냐의 여부는 매우 신중을 요하는 문제이지만, 현재 우리의 사회적·경제적 상황으로 보아 공신력의 채택을 부인하거나 보류할 수는 없다. 부동산등기제도의 궁극의 목적은 부동산거래의 신속화와 원활하고 확실한 보장을 이상으로 하고 있으므로 이를 위해서는 등기의 공신력을 인정하여야 한다.

Ⅳ. 印鑑證明制度의 改善

현행 부동산등기제도상의 인감증명제도는 그 관할·주체·발급 및 개인의 위조, 도용 등의 가능성 또는 판별의 곤란성 등의 사정으로 인해 행위자 본인임을 증명한다는 본래의 기능인 신분증명으로서의 기능이 상실되고 그 효용이 현저하

92) 곽윤직, 「부동산등기법」, 69면.

게 저하되고 있다. 인감증명제도는 우리 나라에 있어서 근대적 토지소유권제도가 확립된 후 부동산거래에 중대한 역할을 담당해 왔다는 사실을 과소평가할 수는 없을 것이다.[93] 그러나 오늘날의 인감증명제도가 부동산거래의 안전을 확보한다는 원래의 기능을 다하지 못하고 오히려 부동산 거래에 있어서 위험과 혼란을 초래하게 되어 등기부에 대한 신뢰를 동요시키는 요인의 하나가 되고 있다는 점을 고려할 때 현행제도에 대한 재검토가 절실히 요구되고 있다. 물론 과거와는 달리 지금의 인감증명서를 관할하는 기구는 물적 시설 및 인적 구성에 있어서 비교가 될 수 없을 정도로 정리되어 있다.

인감증명의 문제점에서 제기한 바와 같이 인감증명발급관서에서 증명담당 공무원에 의하여 부정하게 발급되는 사례가 전혀 없다고는 할 수 없지만, 그 보다는 인감증명서 자체를 위조·변조하는 경우가 더욱 큰 문제이다. 인감증명서 자체를 육안으로 구별할 수 없을 정도로 정교하게 위조·변조하여 등기신청에 필요한 서류 등을 제출한 경우 통상적으로 등기사무에 종사하는 등기관 및 변호사·법무사 등은 인감증명서를 본인확인의 사후 증명서 정도로만 생각하지 말고, 주민등록증 등 신분증명서에 의하여 본인인지 여부를 철저히 확인하여야 할 것이다. 여기에서 주의해야 할 것은 인감증명서를 위조·변조하거나, 부정하게 발급을 받았다고 하여 바로 등기를 신청할 수 있는 것이 아니고, 당사자의 확인규정(부동산등기법 제49조, 제55조 제3호; 법무사법 제23조) 등에 의하여 그 진정성 여부가 검증되고 있기 때문에 인감증명의 위조·변조만으로 허위의 등기신청이 바로 행하여지는 것은 아니라는 점이다.[94] 그리고 발급신청에 인감도장의 제출과 인영의 대조없이 '본인 이외 발급 불가'라는 '인감증명보호신청'을 해두지 않을 경우에는 제3자가 허위 위임장으로 대리발급을 할 수 있다는 점이다. 따라서 '인감증명보호신청'을 예외적 제도가 아니라 원칙적 제도로 하여, 예외적으로 엄격한 요건하에서 대리발급을 허용하는 방안을 검토하는 것이 인감증명제도의 본래의 취지를 지킬 수 있다고 본다.[95]

부동산거래에 있어서 나타나는 인감증명의 문제점을 어떠한 방법으로 보완할 것인가. 이것은 인감증명법의 개정이나 그 운영의 개선을 통하여 어느 정도 그

93) 김상용, "부동산등기의무화 방안에 관한 검토", 「법률신문」, 1990. 6. 18, 13-15면.

94) 김정수, 전게 학위논문, 168-169면.

95) 이전호, "등기신청 전산화의 현황과 전망 -온라인 등기신청과 관련하여", 114면.

미비점을 보완할 수도 있겠지만 물리적으로 인감의 위조 또는 도용의 가능성이 언제라도 발생할 개연성이 있으므로 제도의 개선이나 운영의 시정만으로 근본적인 해결책이 될 수는 없다. 따라서 현행 인감증명제도를 대체하는 비밀번호제도나 서명날인제도 그리고 기술적·예산상의 문제가 있으나 컴퓨터 지문인식기를 활용할 필요성이 있고 또한 이와 병행하여 등기원인증서의 공증제도를 도입하면 부실등기를 방지할 수 있다고 본다.[96] 또한 인감을 改印하였을 경우에는 최초 인감증명서 발급시 이에 대한 사전통지제도를 명문으로 규정하여, 인감도장의 분실 등을 이유로 허위로 개인하는 것을 사전에 방지할 수 있을 뿐만 아니라 그에 따른 부정발급 및 허위발급도 방지할 수 있을 것이다.

Ⅴ. 電算情報處理組織에 의한 不動産登記

등기업무 전산화 사업(일명 인터넷등기소 구축 사업)이 완료되고,[97] 부동산등기법상 인터넷등기서비스는 2006년 6월 1일 개정됨에 따라 시행되었고, 상업등기법안은 2007년 7월 2일 국회를 통과하여 2008년 1월 1일부터 시행되므로 인터넷 상업등기서비스는 2008년 1월 1일 실시될 예정이다.[98] 인터넷을 통한 등기신청제도에 있어서 등기의 정확성은 형식주의를 취하고 있는 법체계상 서면접수의 경우보다 부실등기가 발생될 가능성이 높아진다면 부동산거래에 미칠 영향은 매우 크다고 할 것이다.[99] 따라서 등기의 정확성확보를 위한 여러 제도의 도입(권원보험 등) 과 필요하다면 기존 제도(등기관의 심사권 등)의 개정을 통하여 국민의

96) 김형수·김상명, 전게논문, 232면; 김상묵, 전게논문, 131면.

97) 부동산전자거래에 대한 용어가 다양하게 사용되고 있으므로 이를 통일하여야 한다. 이와 관련된 문헌으로 최근의 이윤선, “전자거래에 관한 연구”, 「민사법연구」 제11집 제2호, 대한민사법학회, 2003. 12; 송호열, “전자거래와 소비자의 권리”, 「동아법학」 제34호, 동아대학교 2004. 6; 권연호, “전자상거래 분쟁의 국제경제법적 해결방안”, 「국제법학회논총」 제49권 제3호, 대한국제법학회, 2004. 12; 노태악, “전자거래와 계약”, 「CYBER LAW의 제문제」 재판자료 제99집, 법원도서관, 2003 등.

98) 대법원 보도자료, “대법원 인터넷등기소(www.iros.go.kr) 구축 완료”, 2005. 8. 30.

99) 일본 인터넷 등기신청제도연구회의 최종보고서에 의하면 인터넷등기신청은 ① 정확성의 관점, ② 등기사무처리의 신속성의 관점, ③ 신청인의 부담경감의 관점, ④ 현재의 실무·거래관행배려 등의 네 가지의 관점에 유의하여야 한다고 하고 있다(김우종, “온라인등기신청제도 도입시 문제점 및 한국과 일본의 차이점”, 대한법무사협회 정보화위원회, 2005. 2. 19 참조).

재산권을 보호하는 방안이 절실하다.

1. 不動産登記의 IT화에 따른 個人情報保護

공공기관의 개인정보호보호에 관한 법률의 내용에서 지적하였듯이 개인정보를 이용할 수 있는 것을 법적으로 금지하고, 개인정보침해에 따른 처벌조항과 적용대상에 사법부를 포함시켜야 한다. 그러나 궁극적으로 개인정보보호를 강화하기 위해 공공・민간과 온・오프라인 전체를 아우르는 「통합개인정보보호법」을 제정하고, 제도의 보완으로 당해 법률에 독립적이고 전문적인 개인정보보호위원회를 마련하여야 할 것이다. 또한 본위원회의 설치・운영을 법적으로 보호하고, 개인정보보호를 위한 가이드라인 및 개인정보보호인증마크제를 도입할 필요가 있을 것이다.[100] 기술적인 측면에서 디지털콘텐츠의 위・변조를 방지하고 해당 콘텐츠의 저작권을 보호하기 위한 디지털저작권관리(DRM; Digital Rights Management)를 확대・적용하고, 이외에도 개인정보보호를 위한 다양한 기술적 조치가 필요할 것이다.[101]

그러나 무엇보다도 중요한 것은 개인정보침해가 발생하지 않도록 관련법률 속에서 법적・제도적 보완과 기술적 개발이 필요하고, 또한 개인정보침해에 대한 손해배상을 직접적으로 규정할 필요가 있다.

2. 申請節次의 複雜化

(1) 부동산등기법상 자연인과 법인뿐만 아니라 권리능력없는 법인도 등기능력을 가지고 있지만(동법 제30조 제1항), 이들은 전자신청을 할 수 없다(2006. 5. 24, 등기예규 1134). 일본의 경우 권리능력없는 법인의 등기능력을 인정하고 있지 않은 점에 비해 법인도 제외시키고 있다.[102] 전자신청에 있어서 디지털 검

100) 개인정보보호를 위한 독립된 전문인증기관을 두어 부동산등기의 DB내용과 고객관리 등 개인정보보호에 적합하게 되어 있는가를 심사하여 통과한 경우에는 해당기관에 개인정보인증마크를 부여하고 이를 해당사이트에 게시함으로써 이용자는 안심하고 해당 정보를 이용할 수 있게 될 것이다(최명구, “한국의 부동산등기와 IT화”, 143면 인용).

101) 대법원 보도자료, “부동산 등기부등본 인터넷 발급서비스 개시”, 2004. 3. 5.; 최명구, 상게논문, 143면.

인・디지털 공증・디지털서명은 off-line상에 행해지는 검인계약서, 등기원인에 대한 공정증서, 기명날인 대치하는 것으로 부동산물권변동의 요소들이 전자화되면서 신뢰를 구축하기 위해 필수불가결한 것으로 볼 수 있다. 따라서 이에 대한 논의를 심도있게 진행하여 이를 제도적으로 갖추어 시행하게 되면 부동산등기의 전자적 신청에 대한 진정성 확보를 도모할 수 있을 것이다.[103]

(2) 부동산등기법 제177조의8에서는 전자신청시 등기신청 당사자 또는 대리인은 미리 사용자등록을 하게 되어 있다. 이 경우 공인인증서가 필요하게 된다. 이는 off-line상 출석주의제도의 배려에서 본인의 출석에 갈음하여 사용자등록제도를 채택한 것이다.[104] 이러한 사용자등록에서 나타나는 문제점을 개선하기 위해서는 첫째, 현재 금융기관과 관공서 등에서 이용하고 있는 공인인증서와 같이 비교적 용이하게 사용자등록을 할 수 있게 하여야 한다. 둘째, 사용자등록의 유효기간을 3년으로 제한하는 것은 타당하지만, 연장을 위해서는 다시 접속했을 때 필요한 정보를 전자적으로 입력하는 방식을 채용하는 것이 등기의 전자신청제도를 활성화하는 것이라 할 수 있다.[105] 또한 전자적 인증에서 인증의 효력기간의 장기화로 인한 부정사용으로 또 다른 법률상 문제의 유발가능성이 있다. 따라서 일반 개인의 경우와 부동산거래를 업으로 하는 법인이나 개인에게 서로 다른 전자인증시스템을 구축하여 기간을 단기화 시키거나 정량제 시스템을 도입하는 것이 타당할 것이다.[106]

(3) 부동산등기신청은 법정서면(스캐닝에 의한 방법을 포함)을 제출해야 하는 요식행위이다(부동산등기법 제40조 및 동법 제55조 제4호). 관련서면의 제출에 관한 요식성은 전산정보처리조직에 의한 등기신청의 경우에 엄격히 강조하게 되면, 아울러 등기내용의 정확성・진정성 등도 강하게 요구될 수 있기 때문이

---

102) 今上益雄, 「不動産登記法」, 東京法經學園出版, 2004, 122-124면.

103) 이에 대해서는 박광동, "부동산디지털등기제도에 관한 연구", 박사학위논문 건국대학교, 2006, 137-144면; 이경규, "전자거래관련법상의 기술중립성에 관한 비교법적 고찰", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005. 9, 690면; 최명구, "Online을 이용한 매매에 의한 부동산소유권이전에 관한 소고", 「토지법학」 제20권, 한국토지법학회, 2004. 12, 273면.

104) 박광동, 상게논문, 144면.

105) 김범철, 전게논문, 50면.

106) 박광동, "부동산디지털등기제도에 관한 연구", 144면.

다.[107] 그러나 부동산등기를 전자신청으로 하는 경우 제출되는 첨부서면이 너무 많다. 따라서 적절하지 않은 서류의 제출은 제외시키는 것이 타당하다. 예컨대 인감증명서는 현대사회에 있어서 그 기능을 다하지 못하고 있음에도 이를 제출서류로 하는 것은 타당하지 않다고 본다. 그리고 부동산정보화사업은 이원적 소유권체계라는 구조적인 문제점으로 인하여 각 주무관서별로 추진되어 정보화사업이 중복되기도 하며, 표준화되어 있지 않고, 유지관리가 쉽지 않다는 점이다.[108] 따라서 비표준화 등으로 인하여 공공기관 상호간 연계가 이루어지지 못하고 있다. 향후 전개되는 정보화사업에 있어서는 이를 통폐합하여 기관별·분야별 전산화의 중복추진이 배제되어야 하고, 각종 정보화사업을 표준화하거나 시스템을 연계하여야 한다. 이를 위해서 공공기관 상호간 협조와 조정이 있어야 할 것이다.

3. e-form에 의한 신청

e-form은 등기신청을 위한 예비단계에 불과한 것이다. e-form 시스템을 통해 등기신청서를 기입한 것만으로 등기신청행위가 아니라 바코드가 있는 e-form신청서를 출력하여 등기소를 방문하여 제출하면 이를 등기관이 기입확인한 후 일반적인 등기절차를 거치게 된다. 이러한 절차를 거치게 하는 것은 e-form 시스템이 기존 등기절차를 유지하면서 종이문서와 디지털정보가 병존하는 과도기단계의 제도이기 때문이다.[109]

그런데 법적 근거 없는 e-form에 의한 등기신청은 신뢰감을 저하시키고 있다는 우려가 있다. 현재 e-form 작성에 대하여 규칙이나 예규의 제·개정을 통해서 e-form 사용의 선택·의무화를 규정하고 있거나, 관련법규[110]에서 그 법적 근거를 찾고 있다. 그러나 부동산등기법에 e-form에 대한 규정을 새로이 신설하는

107) 박광동, “부동산물권변동에 있어서의 디지털의사표시”, 「법학연구」 제25집, 2007. 2, 237면.

108) 이에 대해서는 정우형, “부동산 정보화사업의 추진현황과 과제”, 541-542면 참조.

109) 박광동, “부동산디지털등기제도에 관한 연구”, 154면.

110) 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화촉진에 관한 법률 제16조 및 제25조에서는 행정기관의 전자문서의 작성·발송·접수·보관·보존 및 활용과 전자문서의 서식의 작성방법 등에 관하여 필요한 사항은 규칙 및 대통령령이 정하는 바에 의하여 전자공문서, 행정코드 및 행정기관에서 공통적으로 사용되는 행정업무용 컴퓨터 등의 표준화를 위하여 필요한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다.

것이 e-form 사용에 대한 논란이 되고 있는 문제를 해결하는 방안이 될 것이다. 물론 부동산등기법 제177조의8, 제177조의2 제2항 등에서 전자문서에 관하여 규정하고 있으나, 그러한 법조문들이 e-form에 의한 등기신청의 법적 근거라고 하기는 어렵다.[111]

4. 單獨申請主義로의 轉換

현재 등기신청시 등기신청자의 진정성을 확보하기 위해서 채택하고 있는 공동신청주의에 대한 재검토가 필요하게 되었다. 종래의 당사자출석주의가 전산정보처리조직에 의한 부동산등기신청에서는 등기신청을 할 때 미리 사용자등록을 하라는 형태로 바뀌었을 뿐 그 요식성에는 변화가 없다. 그리고 부동산등기를 신청하고자 하는 자리 미리 사용자등록을 하고, 전산정보처리조직을 통하여 부동산등기를 신청할 수 있도록 하고 있는데, 사전 사용자등록을 독일 등기법상 등기의 승낙으로 해석하게 되면 단독신청주의로 이해될 수도 있다는 견해가 있다. 이렇게 이해한다면 등기의 전자신청제도의 도입으로 인한 단독신청주의로 전환도 모색할 수 있을 것이다.[112] 부동산거래에 있어 그 거래가 진정한 거래라면 등기를 신청하기 위해 사용자등록한 것을 등기에 의한 의사로 파악하여 그 정보를 이용하여 이루어지는 일방당사자에 의한 등기도 부정할 필요는 없다.

5. 인터넷 부동산등기부등본의 위·변조여부 방지 및 확인

인터넷 부동산등기부등본과 관련한 민원서류의 위·변조의 가능성 문제로 법원 및 행정부에서는 행정정보공유시스템의 빠른 추진과 기술적 보완 및 처벌의 강화 등을 그 대책으로 내놓고 있다. 개인적인 대처방안으로는 현실에서 제공받은 등기부등본을 전자정부사이트 '발급확인메뉴'에서 접수일로부터 90일까지는 위·변조여부의 확인이 가능하고, 90일 이후에는 전자정부 홈페이지 자료실에서 제공하는 '문서확인 프로그램을 통해 대조작업이 가능하다. 다만, 발급확인번호에

111) 이전호, "전자표준양식(e-form)의 법무사 의무사용제도의 문제점", 37면.

112) 윤철홍, "부동산등기와 공시", 「우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가? -한국민사법학 60년 회고와 전망-」, 민사법학 특별호(제36호), 박영사, 2007. 5, 230면; 김범철, 전게논문, 52-53면.

의하여 등·초본의 진위 여부를 확인하는 경우에는 발급일로부터 3월 이내에 2회에 한한다(인터넷에 의한 등기부의 열람 등에 관한 업무처리지침 제11조의4).

그러나 이러한 개인적인 대처방안보다는 가장 근본적인 해결방안을 제시하여야 한다. 정보화의 속도가 국민들의 법적 안정성보다는 우선할 수는 없다. 따라서 대법원이나 관련부서에서 국민들의 편의를 위한 새로운 시스템을 먼저 개발하기 보다는 부동산디지털등기부의 위·변조가 발생하지 않도록 그에 대한 홍보와 보안관련 프로그램을 계속적으로 발전시켜 나가야 할 것이다.

6. Escorow制度의 導入

(1) 에스크로제도란 부동산 매매과정에서 매도인과 매수인의 이해관계에 얽매이지 않고, 중립적인 제3자 대리 또는 부동산거래대금의 제3자 보관인 제도로서 부동산에 대한 권리나 매매대금이 당사자에게 안전하게 전달될 수 있도록 쌍방으로부터 잠정적으로 채무이행을 받아 서로 교환해 주는 제도를 말한다. 즉, 어떤 조건이 성립될 때까지 제3자에게 보관해 두는 조건부 날인증서이다.[113] 따라서 에스크로 담당자는 매도인과 매수인의 위임에 의하여 매매에 관련된 매매대금이나 보증 또는 그것에 해당하는 재산과 서류일체를 계약조건이 완성될 때까지 보관하게 된다. 부동산거래와 관련하여 이해관계인을 보호하기 위하여 2001년 개정된 부동산중개업법 제19조의2에 계약금 등의 반환채무이행의 보장이라는 표제하에 도입되었다.[114] 2005년 7월 29일 전면 개정된 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」에서도 동일하게 중개업자는 거래의 안전을 보장하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 거래계약의 이행이 완료될 때까지 계약금·중도금 또는 잔금을 중개업자 또는 금융기관, 공제사업을 하는 자 또는 「신탁업법」에 의한 신탁회사 등에 예치하도록 거래당사자에게 권고할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제31조 제1항). 이렇게 부동산중개업법 및 부동산 거래신고에 관한 법률에서 에스크로제도를 규정하고 있지만, 법문에 권고규정으로 두고 있어서 실효성이 크지 않다.

(2) 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률에 의해서 거래당사자

113) James Karp/Eliot Klyman, Real Estate Law, Dearborn, 2003, p.297.

114) 이성근, 「부동산금융론」, 부동산경제연구원, 2003, 제6장 참조.

는 부동산 또는 부동산을 취득할 수 있는 권리에 관한 매매계약을 체결한 때에는 부동산 등의 실제 거래가격 등을 거래계약의 체결일부터 60일 이내에 매매대상부동산 소재지의 관할 시장·군수 또는 구청장에게 공동으로 신고하여야 한다. 중개업자가 거래계약서를 작성·교부한 때에는 당해 중개업자가 신고를 하여야 한다(동법 제27조 제1항, 제2항). 시장·군수 또는 구청장이 신고를 받은 때에는 부동산거래가격 검증체계에 의하여 그 적정성을 검증하여야 하고, 세무관서의 장은 신고사항을 국세 또는 지방세 부과를 위한 과세자료로 활용할 수 있다(동법 제28조 제2항, 제3항). 또한 중개업자의 고의·과실 또는 중개사무소를 다른 사람의 중개행위로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 따라서 중개업자는 업무를 개시하기 전에 손해배상책임을 보장하기 위하여 보증보험 또는 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다(동법 제30조). 이와 관련하여서도 권원보험제도의 도입에 관한 논의가 계속 진행되고 있다.[115]

(3) 에스크로제도를 인터넷 부동산등기에도 적용하게 되면 매도인은 매매대금을 확실하게 받을 수 있고, 매수인 또한 목적 부동산에 대한 정확한 정보와 완전한 소유권을 취득하게 될 것이다. 에스크로 담당자는 당사자들이 모르는 중대한 사실에 관하여 공개할 의무를 부담하고 있다.[116] 그러므로 계약당사자는 자신이 모르는 계약내용을 정확하게 인식할 수 있고, 또한 공정하게 계약을 체결하기 위하여 에스크로제도를 이용할 것이다. 이러한 에스크로 담당자는 일정한 자격을 갖추어야 하고, 에스크로의 역할을 하기 위한 보증금을 예치해야 할 것이다.[117] 그러나 에스크로제도가 on-line상에서 이루어지는 부동산거래에 있어 그 기능을 다하기 위해서 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률과 같은 권고규정으로 두어서는 안된다. 즉, 적극적 부동산거래의 안정화를 도모하기 위해서 의무규정으로 하여야 할 것이다.

---

115) 김상용, "부동산등기의 공신력", 232-233면; 송호열, 부동산거래사고의 원인과 방지대책, 87면.

116) James Karp/Eliot Klyman, op.cit., p.297; William H.Pier/Robert J.Bruss, California Real Estate Law, Dearborn, 2003, p.434.

117) 최명구, "Online을 이용한 매매에 의한 부동산소유권이전에 관한 소고", 273면.

Ⅵ. 登記原因의 公證制度

등기에 공신력을 인정하면 부실등기의 경우 진정한 권리자의 희생이 발생하므로 진정한 권리자의 손해발생을 최소화하여야 한다. 이를 위하여 요청되는 것이 등기원인의 공증제도이다. 등기원인의 공증제도는 실질적 심사주의하에서는 등기의 지연을 방지할 수 있고, 형식적 심사주의하에서는 진실한 권리관계와 부합하지 않는 등기를 방지할 수 있다. 또한 공증제도를 도입하는 경우 전매, 특히 투기목적의 중간생략등기의 억제, 그로 인한 탈세의 방지와 세원의 포착, 부동산 실제거래가격의 파악, 불의의 사고로 인한 등기대장의 멸실 또는 소실의 경우에 있어서의 입증의 용이, 나아가서는 여러 가지 분쟁의 사전방지 등과 같은 부차적인 효과도 있을 것이다. 이러한 등기원인증서의 공증은 선진 각국이 시행하고 있으며, 이를 통하여 등기의 진실성을 확보하고 있고, 등기의 공신력을 인정하는 전제조건이기도 하다.

부실등기의 방지를 위한 등기신청에 대한 실질적심사주의의 채택, 등기부와 대장의 일원화, 인감증명제도의 강화 등 여러 가지 방안이 논의되어 왔으나, 그 중의 하나가 등기원인증서의 공증제도의 도입이다. 그러나 이에 대한 논의는 여러 차례 있었지만,[118] 아직도 입법적 해결을 보지 못하고 있는 상태이다.[119]

등기원인증서의 공증제도를 도입한다면 '공증의 대상을 무엇으로 할 것인가', '공증의 범위를 어디까지로 할 것인가', '공증의 방식을 어떻게 할 것인가', '공증

118) 권용우, "등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-", 「민법학논고」, 신양사, 2002, 92-93면 참조. 등기원인증서에 대한 공증제도의 도입을 절대 반대하는 견해도 있다. 그 근거로 ① 등기신청을 하는 국민들에게 경제적으로 과중한 부담을 주게 되고, ② 등기신청을 하는 국민에게 시간적·장소적으로 많은 불편을 주게 되고, ③ 법률행위자유의 원칙에 위반되며, ④ 국민감정 및 정부시책, 시대 흐름에 반하며, ⑤ 농촌경제에 미치는 영향이 크다는 점 등을 들고 있다(최돈호, "등기원인증서에 대한 공증제도의 고찰", 「등기의 이론과 실무에 관한 제문제(Ⅱ)」 한국등기법학회, 2002. 4, 76-80면; 김우현, "등기원인증서의 공증(김증한 교수의 발표)에 대한 토론요지", 「민사법개정의견서」, 한국민사법학회 편, 박영사, 1982. 20-24면; 이한규, "등기원인증서의 공증에 대한 반대의견", 「사법행정」, 1981. 11, 8-19면 참조).

119) 1981년 5월부터 시작된 민법개정작업에 있어서 민법·상법개정특별심의위원회 소위원회에서는 민법 제186조 제2항에 「전조의 등기는 공증된 서면을 기초로 하여야 한다. 등기원인증서는 매도증서로 한다」는 안을 민법분과위 전체회의에 제안하였으나, 1982년 8월 26일 제9차 회의에서 부결되었다(황적인, "등기의무주의의 필요성", 「민법학논총」, 곽윤직 교수 화갑기념, 박영사, 1985, 166면).

의 관할을 어느 기관으로 할 것이냐'하는 것이 선결문제이다. 그밖에도 등기사무처리의 신속성 저해, 당사자의 과다한 비용부담 등의 문제도 있을 것이다. 더 나아가, 등기원인증서의 공증이 공정성을 가짐으로써 제도의 효용성이라는 순기능을 다할 수 있을 것인가의 문제도 있다.

1. 公證의 意味

"공증"이라는 용어를 우리는 흔히 사용하고는 있으나 법령에서 사용되는 예는 볼 수 없다. 다만 민법부칙 제3조에는 「공증력」이라는 용어가 쓰여져 있고, 또한 공증인법 제3조에서는 「공정의 효력」이라는 말을 볼 수 있다. 여기서의 「공정」은 「공증」과 동의어로 볼 수 있다. 공증 내지 공정이라는 낱말의 뜻은 '공적증명'을 줄인 말이고, 따라서 그것은 어떤 사실이나 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 행위를 가리키는 것으로 이해된다.[120]

통상적으로 공증이란 공증인에 의한 증명행위를 말한다. 그러면 공증인의 증명행위는 무엇인가. 공증인법 제2조의 공증인의 직무를 보면 "공증인은 당사자 기타 관계인의 촉탁에 의하여 법률행위 기타 사권에 관한 사실에 대한 공정증서의 작성, 사서증서에 대한 인증과 이 법 및 기타의 법령이 정하는 공증인의 사무를 처리함을 그 직무로 한다"고 규정하고 있다. 따라서 결국 공증인의 주된 직무 내지 기본임무는 공정증서의 작성과 사서증서 인증의 양자라고 할 수 있다.[121]

2. 公證의 對象

우리 민법은 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있기 때문에 법률행위에 의한 부동산물권변동의 경우에는 등기라는 공시방법을 갖추어야만 비로소 물권변동이 일어난다(동법 제186조).

그리고 등기를 신청할 때에는 등기원인을 증명하는 일정한 서면을 제출하여야 한다(부동산등기법 제40조 제1항). 여기서 「등기원인을 증명하는 서면」이란 등

120) 곽윤직, "등기원인증서의 공증", 「법학」 제27권 2·3호, 서울대학교, 1986, 16면; 임용모, "등기원인에 대한 공증제도의 도입방안", 「사법연구자료」 제23집, 법원도서관, 1996, 43면.

121) 곽윤직, 상게논문, 16면; 정옥태, 전게논문, 133면.

기원인의 성립을 증명하는 서면을 말한다. 예컨대 매매·증여에 의한 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 매매나 증여계약서가, 저당권설정등기를 신청하는 경우에는 저당권부소비대차계약서 또는 저당권설정계약서이다. 그리고 판결에 의한 등기신청의 경우에는 판결등본이 등기원인을 증명하는 서면이고, 상속에 의한 경우에는 상속을 증명하는 시·구·읍·면의 장의 서면 또는 이를 증명함에 족한 서면이다(부동산등기법 제46조). 종래에는 매도증서가 등기원인을 증명하는 서면으로 이용되었으나, 중간생략등기에 악용되는 등 폐단이 많았었다.[122] 그리하여 1970년대 후반에 부동산투기의 과열로 인한 투기를 억제하여 부동산의 거래 및 이용을 정상화하고 과세의 적정을 기하는 한편, 등기원인에 관한 분쟁을 가능한 한 방지하기 위하여 검인계약서제도가 채택되었다(부동산등기법 제40조 제2항, 제45조 단서).[123] 이로써 그동안 부동산매매에 있어서 등기원인을 증명하는 서면으로 관행상 사용되어졌던 「매도증서」는 사라지고, 「검인계약서제도」로 대체되었다. 이러한 검인계약서제도는 부동산등기특별조치법에 의하여 1990년 9월 2일부터「검인계약서」로 바뀌게 되었고, 그 사용범위가 계약을 원인으로 한 소유권이전등기에까지 확대되었다(동법 제3조).[124] 따라서 검인계약서가 부동산등기법 제40조 제1항 제2호의 「등기원인」을 증명하는 서면이므로 동계약서를 제출하는 경우에는 이와 별도로 매도증서 또는 교환증서 등을 제출할 필요가 없다.

부실등기방지를 위한 방안으로 등기원인증서의 공증제도를 도입한다면, 공증의 대상은 무엇으로 할 것인가. 이에 대해서는 학설이 대립되고 있다. 원인행위설은 등기원인을 원인행위인 채권행위로 보아 매매계약서 등에 공증을 하자는 견해이다.[125] 물권행위설은 등기원인을 물권행위로 보아 매도증서 등에 공증을 하자는 견해이다.[126] 전자는 채권계약으로서의 매매가 성립하였음을 증명할 뿐이고, 그

122) 권용우, 전게서, 95-96면.

123) 권용우, “검인계약서의 사용과 물권변동이론의 수정”, 「법학논총」 제15집, 단국대학교, 1989, 73-82면 참조.

124) 권용우, 전게서, 120면.

125) 곽윤직, “등기원인증서의 공증”, 13면, 21면; 김정수, 전게 학위논문, 25면; 김용한, 전게서, 87면.

126) 김증한, “등기원인증서의 공증”, 한국민사법학회 민사법개정문제 심포지움 주제발표요지, 1981, 25면; 김용한, “등기원인증서의 공증”, 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」, 한국민사법학회 편, 서울대학교출판부, 1978, 37면; 정옥태, “등기원인 및 그 공증에 관한 -고찰”. 「민사법학」 제4·5합병호, 한국민사법학회, 1985, 53면.

효과로서 발생한 채무가 그대로 이행될 것인가의 여부는 불확실한 상태에 있는 것이므로, 이것을 등기원인증서로 하기에는 적합하지 않다.[127] 후자인 매도증서는 대금을 전부 받고서야 등기권리증과 함께 매수인에게 교부하는 것이므로, 이에 공증을 하게 되는 경우에는 설사 소유권이전의 합의가 취소되거나 무효로 되는 경우라고 하더라도 매매계약서를 공증하는 경우와 비교한다면 그 안정성은 현저히 높을 것이다.[128] 또한 종래에 관행되어 왔던 것이기 때문에 국민들의 법의식에도 부합되는 것이라 할 수 있다.[129]

그런데, 매도증서를 등기원인증서로 한다면 그 밖의 경우인 증여·교환에 의한 소유권이전등기시라든지, 저당권설정등기시에는 어떻게 할 것인가.[130] 이는 등기원인증서의 공증제도를 도입하는 경우 법률 내에 그 방식을 반영하면 될 것이다.[131] 현재 등기원인증서로 수수되고 있는 검인계약서는 이중의 가장계약서를 작성케 하는 결과를 초래하였을 뿐 그 본래의 목적인 과세의 적정이나 음성적인 거래의 양성화라는 기능은 무력화되고 말았다.[132] 따라서 현행의 검인계약서를 등기원인서면으로서의 공증은 고려의 대상이 되지 못하므로, 그 근거규정인 부동산등기특별조치법 제3조는 삭제하여야 할 것이다.[133] 또한 헌법재판소가 모순적인 법인 소득세법시행령의 규정을 합헌으로 결정하여[134] 더욱더 검인계약서 제도는 그 실효성을 잃고 있다.[135]

---

127) 김용한, “부동산등기제도의 문제점”, 65면.

128) 상게논문, 65면.

129) 매매계약서와 매도증서 양자를 공증받도록 하는 것이 타당하지만, 부동산거래에 있어서 공증 자체가 행해지지 않는 현실에서 볼 때, 매도증서만이라도 공증받도록 하는 것은 그 자체가 커다란 개선이라는 주장도 있다(김정현, “공증원인증서의 공증(김증한 교수 발표)의 토론요지”, 「민사법개정의견서」, 한국민사법학회 편, 박영사, 1982, 12면).

130) 곽윤직, “등기원인증서의 공증”, 12면; 최광률, “등기원인증서의 공증(김증한 교수의 발표)에 대한 토론요지”, 「민사법개정의견서」, 한국민사법학회 편, 박영사, 1982, 17면.

131) 권용우, “등기원인증서의 공서”, 101면.

132) 검인계약서사용에 따른 문제점에 대하여는 권용우, “검인계약서의 사용과 물권변동이론의 수정”, 81-82면 참조.

133) 권용우, “등기원인증서의 공증”, 102면.

134) 헌재결 195. 11. 30, 94헌바40·95헌바13(병합); 헌재결 1997. 12. 24, 96헌마172·173(병합).

이상에서 살펴본 바와 같이 등기원인을 물권행위로 보는 것이 타당하나, 그 원인행위에 대한 공증도 함께 행하는 것이 적절할 것이다. 탈세·탈법수단으로 악용되는 부실등기를 방지하여 부동산거래의 정상화를 기하고 부동산에 대한 분쟁예방 등을 위하여 등기원인에 대한 공증제도를 도입하여야 할 것이다.

3. 公證의 範圍

등기원인증서에 대한 공증제도를 도입한다면 그 범위는 이디까지 인정할 것인가 문제된다. 법률행위로 인한 모든 물권의 득실변경으로 할 것인가, 아니면 계약으로 인한 소유권이전에 한정할 것이냐의 문제이다.

이에 대해서 등기의 진정성보장을 위해서는 법률행위로 인한 모든 물권의 득실변경으로 하는 것이 이상적이나, 첫 단계로서 계약으로 인한 소유권이전의 경우로 한정하는 것이 좋다는 견해도 있다.[136] 그러나 등기원인증서의 주된 목적이 등기원인증서의 진정성립과 유효성을 확인하여 등기가 진정한 권리관계를 표시하지 않는 부실등기의 발생을 방지하려는 것이므로, 어느 특정의 경우에만 공증을 요구한다면 그 목적을 달성하기 힘들 것이기 때문이다. 그러므로 등기원인증서 공증의 범위는 마땅히 법률행위에 의한 물권변동 전체이어야 하겠다. 독일과 스위스의 제도에서는 비록 공증방법은 경우에 따라 다르지만 모든 법률행위로 인한 물권변동에서 등기원인증서의 공증을 요구하고 있다.[137]

4. 公證의 方法

(1) 등기원인증서의 공증제도를 도입하는 경우에 공증의 방식을 어떻게 할 것인가 하는 것도 문제된다. 증서작성에 관한 구체적 시행방법을 규정한 독일 증서작성법에 의하면 증서작성은「공적 공증작성」또는「공증인에 의한 증서작성」이라고 한다.[138] 이러한 독일의 공증제도는 우리 나라의 공증제도와 크게 다르지

135) 김상용, "등기원인증서의 공증에 관한 비교고찰",「등기의 이론과 실무에 관한 제문제(Ⅱ)」, 한국등기법학회, 2002. 4, 52-54면.

136) 권용우, "등기원인증서의 공증", 102면.

137) 김상용, "등기원인증서의 공증에 관한 비교고찰", 44-50면 참조.

138) 곽윤직, "등기원인증서의 공증", 18면.

않다. 따라서 사서증서의 인증 및 공정증서의 작성을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(2) 사서증서의 인증은 부동산거래의 양당사자에 의하여 작성된 문서에 단지 관할기관이 서명만을 확인하는 것이다. 사서증서의 인증에 대해 공증인이 기재한 부분은 공문서로서 형식적 증거력을 갖게 되고, 증서작성자의 서명날인이 공증되어 있으므로 진정의 추정을 받게 된다(민사소송법 제358조). 그러나 사서증서의 인증은 그 사서증서 작성자의 서명이나 날인의 진정 성립을 증명하는 것이므로 어느 경우에나 증서에 포함되어 있는 법률행위의 유효성은 확보되지 않는다.

공정증서의 작성은 모든 거래내용이 관할기관에 의하여 작성되고, 당사자가 열람한 후 서명날인하고 관할기관이 서명함으로써 성립된다. 공정증서의 작성은 공적 문서로 추정되므로 완전한 증거능력이 부여된다(민사소송법 제356조 제1항). 독일 민사소송법 제5조는 공증인에 의하여 증서에 기재된 사항에 대하여 완전한 증거가 된다고 하여 실질적 증거력을 인정하고 있지만, 우리 민사소송법에는 그러한 규정이 없다. 그리고 법률전문가인 공증인이 작성하는 것이므로 그 법률행위가 무효 또는 취소될 가능성이 적고, 당사자 일방이 처분권자임을 등기부를 통하여 확인하고 이를 공정증서에 표시한다면 우리의 등기필증제도나 보증서제도는 필요없게 될 것이다.[139]

(3) 등기원인증서의 공증방법에 있어서는 사서증서의 인증방법을 취하는 나라도 있지만, 일반적으로 공정증서에 의한 공증방법을 채택하고 있다. 공정증서에 의한 공증방법이 등기의 진실을 담보할 수 있기 때문이다. 따라서 우리도 등기원인증서의 공증방법에 대해 공정증서의 작성을 채택하게 되면 당사자의 경솔한 계약체결을 방지하고, 법률전문가의 조력을 받을 기회를 갖게 될 뿐만 아니라 당사자 사이의 분쟁을 사전에 예방할 수 있을 것이다.[140]

5. 公證人의 資格

등기원인증서의 공증을 할 수 있는 공증인의 자격을 어떻게 할 것인가 문제가 된다. 우리의 실정에 맞는 공증인의 자격에 대해서 종래로부터 다양한 의견들이 제

139) 곽윤직, “등기원인증서의 공증”, 20면.

140) 권용우, “등기원인증서의 공증”, 103면; 김상용, “부동산등기제도의 변천과 보완”, 「민법학의 회고와 전망」, 민법전시행 삼십주년 기념논문집, 한국사법행정학회, 1993, 205면.

시되어 왔었다.

첫째, 등기업무는 준사법적인 절차이므로 변호사에게 공증권한을 부여하자는 견해이다.[141] 변호사법 제3조에 변호사는 소송에 관한 행위 외에 일반법률사무를 행함을 그 직무로 한다고 하고 있으므로 등기원인증서의 공증업무를 담당하는 것이 타당할 수도 있다. 그러나 변호사가 서울을 비롯한 도시지역에 편중되어 있기 때문에, 전국 각지에 걸쳐 광범위하게 행하여지고 있는 등기실태에 비추어 공증의 수요에 만족을 줄 수 없다는 문제점이 있다.

둘째, 공증인에게 공증권한을 부여하자는 견해이다.[142] 공증인법에 의하면, 공증인은 대한민국의 국민으로서 판사·검사 또는 변호사의 자격을 가진 자 중에서(동법 제12조), 법무부장관이 임명하고 그 소속검찰청을 지정하도록 되어 있다(동법 제11조). 그러나 변호사의 경우와 마찬가지로 공증인의 도시편재현상으로 말미암아 등기신청인의 불편을 가중할 것으로 생각된다.

셋째, 공인중개사는 타인의 의뢰에 의하여 일정한 수수료를 받고 부동산중개를 업으로 하는 자이므로(공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률 제2조 제2호 내지 제4호, 제8조 참조) 공증권한을 부여하자는 견해이다.[143] 그러나 부동산중개제도가 본격적으로 시행된 것은 1984년부터이고, 아직 그 제도가 정착단계에 이르지 못하였다고 할 수 있다. 따라서 공인중개사의 고유업무 외에 등기원인증서의 공증권한까지를 갖게 하는 것은 시기상조라 할 수 있다.

넷째, 등기관에게 공증권한을 부여하는 것은 등기신청에 대한 등기관의 실질적 심사권을 인정하는 것과 같은 법적 효과를 가져올 수 있으므로 긍정적이라고 할 수 있다.[144] 다만, 등기관의 직무부담을 가중케 하는 결과를 가져올 수 있다. 따라서 스위스의 경우와 같이 등기관의 심사권을 인정하면서도 별도의 공증기관에 의한 등기원인증서의 공증제도를 채택하는 부실등기의 방지에 보다 효과적이라 할 것이다.

다섯째, 원칙적으로 공증인에게 공증권한을 부여하면서 공증인의 부족현상을

---

141) 최광률, 전게 토론요지, 17면.

142) 김용한, “부동산등기제도의 문제점”, 66면.

143) 김상용, “부동산거래실명제 입법예고법률안의 내용과 문제점”, 「사법행정」, 1995. 3. 21면.

144) 정옥태, “등기원인증서의 공증(김증한 교수의 발표)에 대한 토론요지”, 「민사법개정의견서」, 한국민사법학회 편, 박영사, 1982, 30면.

감안하여 등기관 또는 행정공무원 등에게도 그 권한을 부여하자는 견해이다.[145] 이는 공증인의 부족현상을 감안하는 견해인데, 등기관에게 공증권한을 부여하는 것은 직무부담의 가중을 가져오게 되고, 또한 등기업무가 준사법적인 절차라는 점을 고려하면 행정공무원에게 공증권한을 부여하는 것은 적절치 못하다.

여섯째, 법무사에게 공증권한을 부여하자는 견해이다.[146] 법무사는 등기원인증서의 공증을 위한 법률전문가로서의 자질을 충분히 가지고 있으며, 전국의 등기소가 소재하는 읍소재지까지 법무사가 분포되어 있으므로 공증사무를 처리하는데 아무런 지장이 없을 것이므로 타당하다.

이상에서 살펴본 바와 같이 현행 부동산등기법에 의하면 변호사 및 법무사 등의 대리인에 의한 등기신청이 허용되어 있고(동법 제28조), 등기업무가 준사법적인 절차라는 점과 법률전문가에 의해서 이루어지는 것이 등기의 이상인 실체관계와 등기의 일치화로 부실등기를 방지하는 것이므로 변호사나 법무사에 의하여 공증업무를 처리하는 것이 타당할 것이다.

6. 小　結

등기원인증서의 공증은 선진 각국이 이를 실천하고 있다. 그리하여 등기의 진실성을 확보하고 있고, 등기의 공신력을 인정할 수 있는 전제조건을 갖추고 있다. 등기원인증서를 공증할 경우에, 등기원인인 물권행위 뿐만 아니라 그 원인행위에 대한 공증도 함께 실천하여야 한다. 그래야만 명실상부한 부동산거래의 실명제를 실천할 수 있는 것이다. 각국은 원인행위도 공증하게 하는 것이 일반적이다. 그 원인행위의 공증은 반드시 공정증서로 작성하도록 하여야 한다. 그렇게 하여야만 부동산거래의 내용이 진실 그대로 공시되는 것이다.

공증제도를 도입한다면 부실등기의 발생요인이 억제되어 부동산거래의 안전이 도모됨은 물론, 과세의 적정·음성적인 거래의 양성화에 따른 중간생략등기의 억제, 부동산거래의 실상 파악, 등기부 멸실의 경우에 입증의 용이, 당사자의 분쟁의 미연방지 등의 부수적인 효과도 있을 것으로 기대된다.

---

145) 김현태, 전게논문, 173면.

146) 김증한, “등기원인증서의 공증”, 2면; 권용우, “등기원인증서의 공증”, 106-107면.

Ⅶ. 補償制度 등

1. 補償制度

등기의 공신력을 인정하는 경우에는 진정한 권리자가 손해를 입게 되는 경우가 발생하여서는 안되므로 국가배상책임을 인정하여야 한다. 즉, 부실등기로 인한 진정한 권리자의 희생은 불가피한 것이므로 그 손해의 전보는 필요한 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 제외국에서 등기의 공신력을 인정하는 국가에서는 예외없이 국가배상제도를 두고 있다.

우리의 국가배상법 제2조에서도 공무원이 고의·과실로 인하여 법률행위로 타인에게 피해를 입혔을 경우에는 국가 등으로 하여금 손해를 배상하도록 규정하고 있다. 그런데 현행 부동산등기법은 등기관에게 형식적 심사권을 인정하므로 공무원의 배상책임이 인정될 여지는 희박하다. 등기제도가 부동산거래의 신속과 안전 및 원활에 그 이상을 두고 있는 것이므로 이를 위해서는 등기관의 실질적 심사권을 인정하여야 한다. 그리고 등기에 공신력을 인정하여 그 공신력에 의하여 손해를 입은 자가 있다면, 국가가 배상책임을 부담하는 것이 국민의 권리보호를 타당한 정책이 된다.

2. 登記官의 資質向上과 專門職化

현행 부동산등기법상 등기관으로 등기 신청시에 제출된 서류에 대한 형식적 서면심사를 통한 등기신청의 적법여부만을 심사하는 형식적 심사주의를 채용하고 있다. 그 결과 등기원인증서 등 등기신청에 필요한 서류를 위·변조하여 허위의 등기를 신청하는 경우, 등기원인의 무효 내지 취소된 경우 등에 있어서 등기의 진정성을 담보하기가 어렵게 되었다.

등기관은 등기신청을 심사하고 수리 또는 각하의 결정권을 갖는 하나의 독립기관의 구성원이며, 등기관의 이와 같은 결정은 비송사건에 있어서 일종의 재판이므로 고도의 전문지식을 가지고 신속·정확하게 합리적인 처리를 하여야 하는 특수한 사무이다. 그런데 등기관의 등기업무는 전문지식이나 경험부족, 사무량의 과다에서 오는 부주의와 책임의식이나 사명감의 결여 등으로 부실등기가 발생할

가능성이 있다. 또한 등기관을 법원일반직공무원으로 지정하여 업무에 종사토록 하고 있고, 또한 일반공무원과의 인사교류를 하고 있어서 등기업무처리에 있어 전문성이 떨어지고 있다. 현재 등기업무와 관련되어 법원직 공무원을 별도의 시험제도로 충원하고 있다. 그러나 아직도 대부분의 등기관은 인사교류에 따라 순환보직의 형식으로 지정되고 있는 것이 사실이고, 그 보직기간도 1년 단위로 거의 정례적으로 하고 있다. 따라서 등기관의 전문화를 위해서는 교육훈련을 통하여 전문적인 지식의 함양이나 능력을 배양할 기회와 계속적인 능력향상이 요구되지만, 그 기회가 그리 많지 않은 것이 사실이다.

등기의 신뢰성을 높이기 위해서는 등기관의 자질향상과 전문직화는 필수적이다. 등기제도가 이상적으로 완비되어 있더라도 등기관의 지식・경험・능력 등이 부족하게 되면 부실등기의 문제를 방지할 수 없게 된다. 더욱이 우리 현행 법제하에서는 등기와 실체적 권리관계바 부합하지 않는 부실등기의 발생이 크기 때문이다. 등기의 신뢰성 회복을 위한 방안으로 등기관의 자질향상과 전문직화를 위한 방안으로 다음과 같을 것을 생각할 수 있다.[147]

첫째, 등기관의 등기에 관한 전문교육이 우선적이다. 현재등기 업무에 관한 교육도 등기관 또는 법원 일반직 공무원 중에서 선발하여 법원 공무원 교육원에서 전문교육의 형식으로 실시하고 있으나, 그 횟수가 많지 않고 또 교육기간도 1주일 정도에 지나지 않아 전문교육으로서의 실효성을 거두기에는 미흡하다. 또한 전문교육을 받은 자도 각 지방법원의 순환보직의 원칙에 의하여 등기관으로 보직을 받지 못하고 있는 실정이다. 따라서 등기전문 교육의 기회를 확대하고 교육기간도 상당기간 늘려서 집중적이고, 전문적인 교육이 되도록 하여야 할 것이다. 또한 등기관으로 지정된 자는 의무적으로 일정기간 전문적인 교육을 받고 등기업무에 종사할 수 있도록 제도화가 필요하다고 할 것이다.

둘째, 등기관의 인사에 관해 특별배려가 요구된다. 등기전문교육을 받고 등기관으로 지정된 자는 2-3년 정도 계속하여 등기업무를 취급할 수 있도록 제도화하는 것이 필요하다. 즉, 등기업무의 특수성을 감안하여 일정기간내에 타업무에 보직되지 않고 등기업무에 종사하도록 하는 것이 등기관의 전문지식 습득에 필요한 전제조건이 될 것이다. 또한 법원일반직과 구별하고, 일반행정직과의 인사

147) 최승영, “우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 관한 연구”, 232-233면; 김형수・김상명, 전게논문, 234면; 김정수, “현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방안”, 41면.

교류를 원칙적으로 배제하는 장치가 필요하다.

셋째, 우리 나라도 앞에서 살펴본 바와 같이 독일의 경우처럼 장기적으로는 등기청(가칭)을 신설하여 독일의 사법관리관에 준하는 등기관을 양성하여 등기업무를 취급하게 하는 방안을 검토할 필요가 있다.

등기관의 자질향상 및 전문직화가 이루어지면 등기정정제도, 이의등기 및 직권이의등기 등의 제도의 도입도 가능할 것으로 보인다.

3. 權原保險의 實施

권원보험제도는 부동산권리와 관련된 문서의 위조·사기·선순위담보권 등 등기부로 발견할 수 없는 잠재적 위험으로부터 피보험자(부동산소유자, 저당권자)의 부동산권리에 하자가 발생하였을 때 피보험자가 입게 되는 손실을 보상해 주는 보험이다. 이 제도는 등기의 이상인 부동산 거래의 안전을 달성하기 위해서 보험을 이용하는 것이고, 저당권의 유동화를 가능케 하는 미국에서 발달한 부동산의 권리보험이며, 손해보험이다. 권원보험제도는 정적 안정을 희생시키고 동적 안전을 이루고자 하는 등기의 공신력 인정방법과는 반대의 기능을 한다. 즉, 진정한 권리자에게는 당해 부동산을 귀속시키고 거래의 상대방에게는 금전인 보험금으로 전보하는 것이다. 결과적으로는 부동산거래에 있어서 진정한 권리자를 1차적으로 보호하여야 하는 부동산거래의 이상과도 조화를 이루는 부동산거래의 안전방법이다.[148] 2001년 6월 퍼스트아메리칸권원보험회사를 시작으로 2001년 11월에 삼성화재, LG화재, 동부화재 등이 금융감독원으로부터 인가를 받아 영업중인데, 국내영업실적 성과는 아주 미미하다.[149]

우리 나라는 부동산등기제도가 부동산거래안전제도로 충분히 기능하지 못하고 있고, 등기의 공신력도 인정하지 않고 있기 때문에 권원보험의 실시도 고려해 볼 수 있다. 물론 권원보험제도가 미국의 특수한 사정 하에서 생성된 제도인 만큼 우리의 실정에 맞도록 수정해서 변용해야 할 것이다.

부동산거래의 안전을 국가주도의 규제적 방법에서 국민들에게 맡기는 형식으로 권원보험제도를 도입할 필요도 있다. 또한 권원보험의 실시에 의해 등기의 공

148) 김상용, “부동산등기의 공신력”, 232-233면.

149) 최승영, “우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 관한 연구”, 23면.

신력을 보완할 수 있고, 부동산 시장의 투명화로 부동산의 거래안전 및 그 예방은 물론 저당권의 유동화·부동산전문가의 양성·보험업의 확대 등 경제적·파생적인 효과도 기대할 수 있을 것이다.

권원보험제도를 활성화하기 위해서는 첫째, 자본금요건, 전문성 및 조직 요건, 전산시스템 요건, 감사 및 감독에 관한 사항 등을 법률에 명확하게 규정하여야 한다. 둘째, 부동산과 관련된 업무는 일반 업무와는 다른 특수성을 띄고 있으므로 그 권원조사를 위해서는 전문적인 인력의 양성이 필요하다. 이를 위해서는 업계와 정부의 노력이 필요할 것이다. 셋째, 전산시스템의 구축이 필요하다.[150]

그리고 권원보험제도의 실시와 함께 부동산거래과정도 매매계약 또는 저당권설정계약 체결과정과 이러한 계약체결 후의 목적부동산의 권리관계의 조사 후의 매매계약 또는 저당권설정계약의 체결과정으로 나누어 권리관계의 조사가 있고 권원보험계약을 체결한 후에 매매계약 또는 저당권설정계약을 종결하도록 2단계로 체계화할 필요하다. 또한 부동산거래중개기관에 있어서도 중개인은 부동산매매계약 또는 저당권설정계약의 체결을 돕도록 하고, 부동산권리관계전문가가 거래목적 부동산의 권리관계를 조사하고 권원보험회사가 당해 부동산의 위험을 보험으로 인수하도록 해야 할 것이다.[151] 이렇게 함으로써 부동산거래는 진실한 권리관계 위에서 신속·안전하게 이루어지며, 전문가에 의해서 부동산거래가 이루어지므로 일반인은 전문가에 의한 권리보호를 받을 수 있고, 부동산거래질서는 확립될 수 있을 것이다.

150) 이에 대해서는 전술한 전산관련 부분을 참조.

151) 김상용, "부동산등기와 권원보험", 「민사법학」 제6호, 1986. 12, 159-160면.

第5章 結 論

부동산등기제도의 이상은 부동산물권에 관한 실체적 권리관계를 명확히 공시함으로써 부동산거래의 안전성과 신속성을 보장하는 것인데, 등기부와 대장의 이원화·등기관의 형식적 심사권·인감증명제도의 미비 등으로 말미암아 그 본래의 목적을 달성하지 못하고 있다. 이러한 현행 부동산등기제도의 문제점이 무엇이며, 그 개선방안이 어떠한 것인지에 관하여 연구한 결과를 다음과 같이 정리하면서 결론으로 삼고자 한다.

첫째, 등기부와 대장의 정비 및 일원화이다. 여기에서는 먼저, 현재의 이원화된 제도하에서 발생하는 문제점을 해결을 위하여 등기부와 대장의 일원화가 보다 궁극적이다. 등기부와 대장의 일원화는 부동산등기제도의 본래의 기능을 다할 수 있고, 미등기부동산에 대하여도 모두 표제부가 작성되어지므로 「全不動産登記强制의 原則」에 접근하게 된다. 그리고 국민에게 번거로운 절차와 비용을 절약하게 하는 편의를 제공해 줄 수 있다. 그리고 토지와 건물등기부의 일원화를 통하여 이원화로 인한 여러 복잡한 법률관계의 문제점을 해결할 수 있고, 특히 국민들에게 절차의 번잡을 피하고 많은 비용을 절약케 하는 장점이 있다.

둘째, 등기관의 심사권강화을 강화하여야 한다. 형식적 심사주의는 등기와 실질관계의 부합이라는 목적을 달성할 수 없는 단점이 있다. 따라서 부실등기를 방지한다는 관점에서 살펴보면 실질적 심사주의를 강화해야 할 필요성이 있다. 그리고 실질적 심사주의에 의할 때 등기의 진실성은 확보되나, 등기절차의 지연문제 또한 간과할 수 없다. 이의 해결책으로 등기원인에 대한 공증제도를 채용함으로써 실질적 심사주의의 단점을 보완하면서, 실질적 심사주의로 전환되는 계기로 삼는 것이 바람직하다.

셋째, 등기의 공신력 인정여부이다. 현행법상 등기의 공신력을 인정하지 않는다는 명문의 규정은 없지만, 등기는 서면에 의한 형식적 심사만을 인정하고 있고 부실등기를 철저히 방지할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않기 때문에 인정할 수 없다는 데에 학설과 판례가 일치하고 있다. 등기의 공신의 원칙을 채택하느냐의 여부는 매우 신중을 요하는 문제이지만, 부동산등기제도의 궁극의 목적은 부동산거래의 신속화와 원활하고 확실한 보장을 위해서는 인정하여야 하

것이다.

넷째, 인감증명제도의 개선이다. 현행 부동산등기제도상의 인감증명제도는 본래의 기능인 신분증명으로서의 기능이 상실되고 그 효용이 현저하게 저하되고 있다. 이는 인감증명법의 개정이나 그 운영의 개선을 통하여 어느 정도 그 미비점을 보완할 수도 있겠지만, 큰 도움은 되지 못한다. 따라서 전산정보처리조직에 의한 등기가 가능해 진 현시점에서 비밀번호제도나 서명날인제도, 컴퓨터 지문인식기를 활용할 필요성과 등기원인증서의 공증제도를 도입하여야 할 것이다.

다섯째, 전산정보처리조직에 의한 부동산등기이다. ① 무엇보다도 개인정보침해가 발생하지 않도록 관련법률 속에서 법적·제도적 보완과 기술적 개발이 필요하고, 개인정보침해에 대한 손해배상을 직접적으로 규정할 필요가 있다. ② 부동산등기의 전자적 신청에 대한 진정성 확보를 도모하기 위하여 공인인증서의 개발, 사용자등록의 유효기간, 첨부서류의 간이화 등 개선방안을 강구하여야 한다. ③ 법적 근거 없는 e-form은 신뢰감을 저하시킬 수 있으므로 부동산등기법에 자체에 이에 대한 규정을 신설하여야 한다. ④ 전자신청제도의 도입으로 인한 단독신청주의로 전환도 모색해 보아야 한다. ⑤ 인터넷 부동산등기부등본의 위·변조여부 방지 및 확인을 위하여 대법원이나 관련부서에서는 보안관련 프로그램을 계속적으로 발전시켜 나가야 할 것이다. ⑥ Escorow제도의 도입으로 등기의 당사자들이 매도인은 매매대금을 확실하게 받을 수 있고, 매수인 또한 목적 부동산에 대한 정확한 정보와 완전한 소유권을 취득하게 하여야 한다.

여섯째, 등기원인의 공증제도의 도입이다. 차제에 등기의 공신력을 인정함으로서 부실등기가 발생하면 진정한 권리자의 희생을 최소화하여야 하며, 이를 위해서는 공증제도를 도입하여야 한다. 공증제도는 부실등기의 발생요인의 억제와 부동산거래의 안전 및 여러 부수적인 효과도 가져올 것이다.

일곱째, 그 외에 보상제도, 등기관의 자질향상과 전문직화, 권원보험의 실시 등을 들 수 있다.

參考文獻

▣ 國內文獻

1. 單行本

강태성. 「물권법」. 대명출판사, 2004.

고상룡. 「민법총칙」. 법문사, 1999.

고상용. 「물권법」. 법문사, 2001.

곽윤직. 「물권법」. 박영사, 2007.

————. 「민법총칙」. 박영사, 2007.

————. 「부동산물권법」. 박영사, 2001.

권용우. 「물권법」. 법문사, 2001.

김병화. 「한국사법사; 중세편」. 일조각, 1980.

김상용. 「물권법」. 법문사, 2006.

————. 「불법행위법」. 법문사, 1997.

————. 「한국법사 중심 법사와 법정책」. 한국법제연구원, 2007.

김옥근. 「한국토지제도사연구」. 대왕사, 1980.

김용한. 「물권법」. 박영사, 1993.

김은권. 「부동산등기법」. 한국사법행정학회, 1976.

김종권. 「실무 부동산등기법(상)」. 한국사법행정학회, 1992.

김준호. 「물권법」. 법문사, 2007.

김증한・김학동. 「물권법」. 박영사, 1997.

류해웅. 「토지법제론」. 부연사, 2001.

명순구・김제완・김기창・박경신. 「아듀. 물권행위」. 고려대학교출판부, 2006.

박병호. 「한국법제사고; 근세의 법과 사회」. 법문사, 1974.

박준서 대표. 「주해 민법(총칙 Ⅱ)」. 한국사법행정학회, 2001.

신언숙. 「부동산등기법」. 육법사, 1997.

양창수. 「민법연구」 제1권. 박영사, 1991.

우병창. 「조선시대재산법」. 세종출판사, 2006.
유석주. 「부동산등기법」. 삼조사, 2006.
이성근. 「부동산금융론」. 부동산경제연구원, 2003.
이영래. 「한국근대토지제도사연구」. 보문사, 1968.
이영준. 「물권법」. 박영사, 2004.
이원준・우홍구. 「부동산등기 지적공시론」. 범론사, 1995.
이은영. 「물권법」. 박영사, 2006.
이주흥. 「손해배상책임법」. 박영사, 1997.
장경학. 「물권법」. 법문사, 1987.
정우택. 「부동산등기법의 강의」. 북아뜨리에, 1994.
정우형. 「부동산등기법」. 법우사, 2007.
주명식. 「신부동산등기법론」. 범론사, 1984.
지종덕. 「지적의 이해」. 기문당, 2001.
최돈호. 「부동산등기법」. 박영사, 2004.
최춘기. 「부동산등기특강」. 을지출판사, 1991.
현승종. 「로마법」. 법문사, 1996.
현승종. 「민법(총칙・물권)」. 일신사, 1975.
현승종・조규창. 「게르만법」. 박영사, 1997.
홍성재. 「물권법」. 대영문화사, 2006.
홍성재. 「부동산 물권변동론」. 법문사, 1992.
황적인. 「현대민법론 Ⅱ」. 박영사, 1987.
황적인・이은영. 「독일법」. 박영사, 1987.
제26회 국회정기회의 속기록 제30호, 1957.
국토개발원. 「종합토지정책에 관한 연구」, 1984.
법무부. 「각국의 공증제도」. 법무자료 제140집, 1990. 12.
법무부. 「각국의 부동산등기제도」. 법무자료 제190집, 1995.
법원공무원교육원. 「부동산등기실무」, 2003.
법원행정처. 「개정 부동산등기법 해설」. 법원행정처, 2006.
법원행정처. 「독일통일과 사법통합」, 1995.
재정경제원. 「부동산실명법해설」, 1995.

한국지적학회. 「토지등록공시제도의 일원화」. 한국지적학회, 1993.

2. 論 文

가정준. “미국법상 부동산 소유권 변동과정에 대한 법적 고찰”. 「민사법학」 제31호, 2006. 3.

강경근. “행정정보의 공동이용에 따른 법적 과제”. 「법제」. 한국법제연구원, 2001. 12.

강창석. “부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구”. 박사학위논문 한양대학교, 1987.

강태성. “민법상의 물건에 있어서의 여러 문제점”. 「법학논총」 제25집. 단국대학교, 2001. 12.

강태원. “부동산등기의 공신력에 관한 일고찰”. 「연세법학연구」 창간호. 연세대학교 법률문제연구소, 1990.

곽윤직. “등기원인증서의 공증”. 「법학」 제27권 2·3호. 서울대학교, 1986.

————. “우리의 부동산등기제도의 현재와 장래”. 민사판례연구회, 1979.

————. “현행 부동산등기법의 문제점”. 「법학」 제29권 1호. 서울대학교, 1988.

권연호. “전자상거래 분쟁의 국제경제법적 해결방안”. 「국제법학회논총」 제49권 제3호. 대한국제법학회, 2004. 12.

권오창. “부동산실명법의 법률관계에 관한 논의”. 「법률신문」, 1996. 10. 14.

권용우. “검인계약서의 사용과 물권변동이론의 수정”. 「법학논총」 제15집. 단국대학교, 1989.

————. “등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-”. 「민법학논고」. 신양사, 2002.

김상묵. “부동산등기제도의 문제점과 개선방안”. 「법학연구」 제26집, 2007. 5.

김상묵. “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 문제점”. 「법정고시」, 1996. 7.

김상용. “독일에서의 부동산등기절차의 제원칙 및 특수등기에 관한 고찰”. 「민사법연구」 제3호. 법원사, 2000.

————. “등기원인증서의 공증에 관한 비교고찰”. 「등기의 이론과 실무에 관한 제문제(Ⅱ)」. 한국등기법학회, 2002. 4.

————. “물권행위 및 물권행위의 독자성에 관한 한·독 비교”. 「민사재판의

제문제」 제8권. 한국사법행정학회, 1994.
————. “부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제 실시의 전제요건”. 「민사재판의 제문제(상)」. 이시윤박사화갑기념논문집, 1995.
————. “부동산거래실명제 입법예고법률안의 내용과 문제점”. 「사법행정」, 1995. 3.
————. “부동산등기의 공신력”. 「토지법학」 제19권. 한국토지법학회, 2003. 12.
————. “부동산등기의무화 방안에 관한 검토”. 「법률신문」, 1990. 6. 18.
————. “부동산등기제도의 변천과 보완”. 「민법학의 회고와 전망」. 민법전시행 삼십주년 기념논문집. 한국사법행정학회, 1993.
————. “불란서의 부동산공시제도”. 「지적」. 대한지적공사, 1985. 3.
————. “영미에 있어서 부동산권리공시제도”. 「인권과 정의」. 대한변호사협회, 1990. 7.
김용한. “등기원인증서의 공증”. 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」. 한국민사법학회 편. 서울대학교출판부, 1978.
————. “부동산등기제도의 문제점”. 「법조」. 제27권 제12호, 1978. 12.
김우종. “온라인등기신청제도 도입시 문제점 및 한국과 일본의 차이점”. 대한법무사협회 정보화위원회, 2005. 2. 19.
김우현. “등기원인증서의 공증〈김증한 교수의 발표〉에 대한 토론요지”. 민사법개정의견서. 한국민사법학회 편. 박영사, 1982.
김재우. “등기부와 대장의 일원화에 관하여”. 「사법행정」 제297호, 1985. 9.
김정수. “부동산등기제도의 개선에 관한 연구 -신뢰성 제고방안을 중심으로-”. 박사학위논문 경성대학교, 1996.
————. “현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방향(상)”. 「재판자료」 제43집, 1988. 12.
김정현. “공증원인증서의 공증(김증한 교수 발표)의 토론요지”. 민사법개정의견서(한국민사법학회 편). 박영사, 1982.
김종호. “부동산등기신청에 대한 심사권과 등기신청의 각하(1)”. 「경영법무」 통권 84호, 2001. 3.
김증한. “등기원인증서의 공증”. 한국민사법학회 민사법개정문제 심포지움 주제발표요지, 1981.

김하연. “부동산명의신탁에 관한 연구”. 박사학위논문 청주대학교, 1996.
김형수・김상명. “부동산등기제도의 문제와 개선방향에 관한 연구-특별법상 의무화제도와 관련하여-”. 「법과정책」 제5호. 제주대학교, 1999.
김황식. “우리 부동산등기제도의 문제점”. 「민법학논총」. 후암 곽윤직교수화갑기념. 박영사, 1985.
남윤봉. “부동산등기제도에 관한 일고”. 「현대민법의 전망」. 범주회갑기념논문집, 1995.
————. “현행 부동산등기제도의 문제점”. 「재산법연구」 제12권 제1호. 한국재산법학회, 1995.
남효순. “나폴레온법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구”. 「법학」 제35권 제1호. 서울대학교, 1994.
노종천. “등기와 지적제도의 이원화로 인한 법률문제연구”. 박사학위논문 숭실대학교, 1999.
노태악. “전자거래와 계약”. 「CYBER LAW의 제문제」 재판자료 제99집. 법원도서관, 2003.
명순구. “물권행위 개념의 유용성에 대한 비판적 검토”. 「물권법의 현대적 과제와 자유주제」. 한국민사법학회 춘계학술대회, 2007. 3. 31.
박광동. “부동산디지털등기제도에 관한 연구”. 박사학위논문 건국대학교, 2006.
————. “부동산물권변동에 있어서의 디지털의사표시”. 「법학연구」 제25집, 2007. 2.
————. “부동산전자거래의 법률적 개념과 현황”. 「토지법의 이론과 실무」. 지암 이선영박사화갑기념, 2006.
————. “일본의 부동산등기법의 전면 개정”. 「법학연구」 제21집, 2006.
박동진. “‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’에 의거한 부동산명의신탁제도의 검토와 동 법률의 해석” 「연세법학연구」 제6집 제1권. 연세법학연구회, 1999.
박홍래. “미국의 레코딩 시스템과 토렌스 시스템”. 「민사법연구」 제11집 제2호, 2003. 12.
배병일. “명의신탁등기”. 「고시계」, 1997. 2.
백태승. “등기와 관련한 민법의 개정”. 「부동산법학」 제14집. 한국부동산법학

회, 2006. 6.
송영민. “토지와 건물을 별개의 물건으로 취급하는 민법태도에 관한 법사회적 일고찰”. 「토지법학」 제19호. 한국토지법학회, 2003. 12.
송호열. “전자거래와 소비자의 권리”. 「동아법학」 제34호. 동아대학교, 2004. 6.
양재모. “부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법의 제정필요성의 여부”. 「부동산법학」 제10집. 한국부동산법학회, 2004. 6.
양창수. “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”. 「법학」 제38권 제1호. 서울대학교, 1997.
어인의. “명의신탁과 「부동산실권리자명의등기에관한법률」”. 「한국민사법학논집」. 어인의교수정년기념, 2006.
————. “중간생략등기와 부동산등기특별조치법”. 「한국민사법학논집」. 어인의교수정년기념, 2006.
오현진. “토지공시제도의 개선방향에 관한 연구”. 「사회과학논총」 제8집. 청주대학교, 1989.
윤진수. “물권행위 개념에 대한 새로운 접근”. 「민사법학」 제28호. 한국민사법학회, 2005.
윤철홍. “‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’의 사법적 검토”. 「현대민법의 전망」. 서영배박사화갑기념논문집, 1995.
윤철홍. “물권적 기대권과 공시방법”. 「비교사법」 제11집 제1호, 2004.
————. “부동산등기와 공시”. 「우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가? -한국민사법학 60년 회고와 전망-」. 민사법학 특별호(제36호). 박영사, 2007. 5.
이근식. “부동산등기와 공신력”. 「민법논선(상)」. 동아학연사, 1982.
이경규. “전자거래관련법상의 기술중립성에 관한 비교법적 고찰”. 「비교사법」 제12권 제2호. 한국비교사법학회, 2005. 9.
이상태. “한국법상 토지와 건물과의 관계”. 「일감법학」 제9권. 건국대학교, 2004.
이성화. “부동산공시제도 통합에 관한 연구”. 「부동산학연구」 제8집 제2호. 한국부동산분석학회, 2002. 12.
이영식. “부동산등기법에 관한 연구”. 「대구산업대학논문집」 제12집. 대구산업대학, 1998. 6.
이영준. “물권행위의 구성요소”.「손해배상법의 제문제」. 성헌 황적인박사화갑

기념논문집. 박영사, 1990.
이완근. “중간생략등기의 효력”. 「대불대학교논문집」 제8집. 대불대학교, 2002.
이용박. “물권행위의 독자성과 무인성이론의 비판”. 「민법과 법학의 중요문제」. 의당 장경학박사고희기념논문집. 동국대학교출판부, 1987.
이윤선. “전자거래에 관한 연구”. 「민사법연구」 제11집 제2호. 대한민사법학회, 2003. 12.
이전호. “등기 신청 전산화의 현황과 전망 -온라인 등기신청과 관련하여”. 「법무사저널」 제135호. 서울지방법무사회, 2003.
————. “전자표준양식(e-form)의 법무사 의무사용제도의 문제점”. 「법무사」 통권 459호. 대한법무사협회, 2005. 9.
이태재. “등기청구권”. 「고시연구」, 1980. 12.
이한규. “등기원인증서의 공증에 대한 반대의견”. 「사법행정」, 1981. 11.
이호정. “부동산의 최종매수인(전득자)의 최초매도인에 대한 등기청구권”. 「고시계」 제26권 제7호, 1981. 7.
이회규・박광동. “부동산일원화에 대한 역사적 고찰”. 「중앙법학」 제8집 제1호. 중앙법학회, 2006. 4.
임용모. “등기원인에 대한 공증제도의 도입방안”. 「사법연구자료」 제23집. 법원도서관, 1996.
임윤수. “부동산등기제도의 발달과 개선방안”. 「서일논총」 제16집. 서일대학, 1998.
임정평 “부동산등기제도의 문제점과 그 개선방안”. 「토지개발」. 제128집, 1989. 11.
전병환. “부동산의 일원화에 관한 연구”. 박사학위논문 창원대학교, 2003.
정권섭. “대장과 등기부의 이원화”. 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」. 서울대학교 출판부, 1978.
————. “등기강제제도의 문제점과 개선방향”. 「동의법정」 제13집. 동의대학교, 1997.
————. “등기법 개정에 관한 연구 - 재산권 관리기구의 일원화를 중심으로-”. 「법학연구」 제21권 제1호, 1979.
————. “소유권사상과 토지소유권”. 「한국법사학논총」. 박병호교수 화갑기념논문집(Ⅱ), 1991.
정연태. “대한제국 후기 부동산 등기제도의 근대화를 둘러싼 갈등과 그 귀결”. 「법사학연구」 제16호, 1995. 12.

정옥태. “등기원인 및 그 공증에 관한 -고찰”. 민사법학(한국민사법학회 편) 제4·5합병호. 한국사법행정학회, 1985.
————. “등기원인증서의 공증(김증한 교수의 발표)에 대한 토론요지”. 민사법개정의견서(한국민사법학회 편). 박영사, 1982.
————. “물권변동의 현안문제”.「민사법학 제9. 10호」. 한국민사법학회. 1993.
————. “물권행위의 무인론”. 「고시연구」, 1998. 8.
————. “부동산등기의 공신력에 관한 연구”. 박사학위논문 서울대학교, 1987.
————. “토렌스 등기제도에 관한 고찰”. 「민법학논집」 매석 고창현박사 화갑기념논문집. 박영사, 1987.
정우형. “부동산정보화사업의 추진현황과 과제”. 「토지법의 이론과 실무」. 지암 이선영박사화갑기념, 2006.
————. “토지소유권과 건물소유권의 이원적 체계에 관한 연혁적 고찰”. 「감정평가연구」제14집 제1호, 2004. 6.
————. “토지와 건물에 대한 이원적 소유권 체계에 관한 연구”. 「한국지적학회」. 제22권 제1호, 2006. 6.
정태륜. “프랑스 부동산공시제도의 연구”. 석사학위논문 서울대학교, 1986.
주명식. “부동산등기와 지적과의 관계”. 「부동산학보」제3집. 한국부동산학회, 1982.
주명식. “부동산등기의 행정적 과제(상)”. 「법률신문」, 1977. 6. 20.
최광률. “등기원인증서의 공증(김증한 교수의 발표)에 대한 토론요지”. 민사법개정의견서(한국민사법학회 편). 박영사, 1982.
최돈호. “등기원인증서에 대한 공증제도의 고찰”. 「등기의 이론과 실무에 관한 제문제(Ⅱ)」한국등기법학회, 2002. 4.
최명구. “부동산등기신청에 대한 등기관의 주의의무-대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다13048 판결-”. 「민사법학」제31호, 2006. 3.
————. “일본 신부동산등기법의 주요내용”. 「비교사법」제12권 제2호. 한국비교사법학회, 2005. 6.
————. “한국의 부동산등기와 IT화”. 「인문사회과학연구」제6권. 부경대학교 인문사회과학연구소, 2006. 2.
————. “Online을 이용한 매매에 의한 부동산소유권이전에 관한 소고”. 「토지법학」제20권. 한국토지법학회, 2004. 12.

최승영. “부동산등기와 지적의 토지공시제도 개선에 관한 연구”. 「토지법학」 제22호. 한국토지법학회, 2006. 12.
————. “우리 나라 부동산등기제도의 개선방안에 대한 연구”. 「민사법연구」 제12집 제1호, 2004. 6.
최청인. “부동산공시제도의 개선방안에 관한 연구”. 「한국지적학회지」. 제18권 제2호, 2002.
추신영. “부동산등기부의 역사-물적 편성주의를 기초로 한 독일부동산등기의 역사를 중심으로-”. 「토지법학」 제17권. 학국토지법학회, 2001. 12.
홍성재. “부동산물권변동이론의 형식과 입법적 전개”.「민사법학」 제11·12호. 한국민사법학회, 1995.
황적인. “등기의무주의의 필요성”. 「민법학논총」. 후암 곽윤직교수 화갑기념. 박영사, 1985.

건설교통부 보도자료. “인터넷 건축허가시스템 구축사업 본격 추진”. 2005. 2. 2.
대법원 보도자료. “부동산등기 대국민전산서비스 개시”. 1998. 10. 7.
대법원 보도자료. “법원 등기업무 2차 전산화 사업 착수”. 2003. 10. 28.
대법원 보도자료. “부동산 등기부 등본 인터넷 발급 서비스 개시”. 2004. 3. 5.
대법원 보도자료. “부동산등기 전자신청 대국민 서비스 개시”. 2006. 5. 24.
대법원 보도자료. “금년 11월부터 e-form에 의해 등기신청서 작성이 더욱 쉬워집니다!”. 2005. 8. 30
대법원 보도자료, “대법원 인터넷등기소 구축 완료”, 2005. 8. 30
정보통신부 보도자료. “위치기반서비스(LBS) 산업육성 계획(안)”. 2007년까지 U- Korea 건설. 2003. 1. 19.

▣ 外國文獻

1. 日本文獻

今上益雄. 「不動産登記法」. 東京法經學園出版, 2004.
幾代通. 「不動産登記法」. 有斐閣, 1989.

吉村衛 . 「註釋不動産登記法(上)」. 奥村印刷(株), 1982.
内田 貴.「民法 Ⅰ(總則・物權總論)」. 東京大學出版會, 2001.
瀬川信久. 「不動産附合法の研究」. 有斐閣, 1983.
山田晟. 「ト〃イシ 法概論」. 有斐閣, 2001.
遠藤 浩・青山正明. 「基本法コンメンタ-ル不動産登記法」. 日本評論社, 1994.
林良平・青山正明. 「不動産登記法」. 青林書院, 1992.
田中克志. 「不動産登記責任論入門」. 新山社, 1992.
冊橋諄一. 「註釋民法(6)」. 有斐閣, 1979.
坂和章平. 「實務 不動産法講義」. 民事法研究會, 2005.
倉田熱. 「逐條不動産登記令」. 金融財政事情研究會, 2005.

鎌田薫.“フランスの土地公示制度”. 「不動産登記の諸問題(上)」. テイハン. 1974.
磯崎泰博. “不動産登記業務の現在・將來”. 「登記情報」第518号. 民事法情報センタ, 2005. 1.
吉村睦.“アメリカシの不動産登記制度”. 「不動産登記の諸問題(上)」. テイハン. 1974.
法務省, 電子情報處理組織を使用する方法による申請の導入等に伴う不動産登記法の改正に關する担当者骨子案, 2003.
半田正夫, “不動産去來와 登記制度-不動産取引と登記制度-”, 「土地法學」 제9호, 1993.
北野聖造. “オンライン登記申請制度研究會最終報告書に關する意見”. 「日司連發」. 第100号. 2003. 4. 30.
鈴木正道.“登記のオンライン化”. 土地バブル經濟と法・都市の混迷. 日本土地法學會. 有斐閣. 2004.
三好登.“土地と建物の二元的所有權; その起源を慣習に求あて”. 「土地法學」第17號. 有斐閣. 2001.
石田文次郎.“佛法主義”.「物權法論」. 有斐閣. 1971.
星野英一. “フランスにおける1955以降の不動産物權公示制度の改正”.「民法論集第2卷」. 有斐閣. 1973.
松岡久和.“不動産登記法の改正”. 「法律時報」第942號. 日本評論社, 2004. 4.
由野目章夫. “不動産登記法の新しい用語や概念 : 10個の事項の辭典仕立てによ

る解說". 金融法務事情. 1732號. 2005. 3.
里村美喜夫. "登記識別情報制度に關する一考察". 登記情報. 第48卷 8号. 「民事法情報センタ」. 2003. 8.
田山輝明. "西ドイツの不動産登記制度". 「不動産登記の諸問題(上)」. チイハン, 1974.
清水響. "新不動産登記法の概要について(下)". 民事法情報. No. 218. 「民事法情報センター」, 2004. 11.
七戸克彦. "不動産登記法の改正 : その物權變動論に及ぼす影響について". 「私法」第66号, 日本私法學會.
七戸克彦, "豫告登記の廢止", 「登記情報」第43卷 8号, 民事法情報セソター, 2003. 8.

2. 西洋文獻

Basler Kommentar zum schweizerisden Privatrecht/Jürg Schmid zu §956 RdNr 4.
Alan C Iack, Scopeand Method of Political Science, Homewood Dorscy, 1969.
Bamberger / Roth, BGB, Bd 2., C.H.Beck, 2003.
Bostick, Land Title Registration; An English Solution to an American Problem, 63 Ind. L.J. 55, 1987.
Dale A. Whitman, Optimizing Land Title Assurance Systems, 42 Geo. Wash. L. Rev. 40, 1974.
Grant S. Nelson & William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, Contemporay Property 1020, 2nd ed.2002.
Hammer, Die Geschichte des Grundbuches in Bayern, München, 1960.
James Karp/Eliot Klyman, Real Estate Law, Dearborn, 2003.
John W. Bruce & James W. Ely, Jr., Modern Property Law 525, 4th ed. 1999.
Joseph William Singer, Property Law 943, 2nd ed. 1997.
Joyce Palomar, III Patton and Palomar on Land Titles 394, 3rd ed. 2002.
Jürgen Baur/Rolf Stürner, Sachenrechts, München: C.H.Besks, 17.Aufl., 1999.
Münchener, Kommentar zum BGB, Bd Ⅰ, 4.Aufl., C.H.Beck, 2001.

Roger Bernhardt, Real Property 320, 3rd ed. 1993.

Rolf Schmidt, Sachenrecht Ⅱ, Grasberg bei Bremen, 2005.

Siehe, Karl Haegele, Grundbuchrecht, 6.Aufl., 1979.

Soergel-Siebert, BGB, 10.Aufl., 1968.

Tairfax Leary Jr, David G.Blake, 「Twentieth Century Real Estate Business and Eighteenth Centuur Recording」, American University L.R., V. 22, N.2, Winter 1973.

Tuor-Schnyder, Das Schwelzerische Zivilgesetzbuch, Zurich; Schulthess Poligraphischer Verlag, 1979.

William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, The Law of Property 470, 3rd ed. 2000

William H.Pier/Robert J.Bruss, California Real Estate Law, Dearborn, 2003.

저작물 이용 허락서

학 과	법	학 번	20057342	과 정	석사, **박사**
성 명	한글: 박 홍 기 한문 : 朴 洪 起 영문 : Park, Hong-gi				
주 소	광주시 남구 봉선동 70 한국아델리움 105-1202				
연락처	E-MAIL : phk0022@naver.com				
논문제목	한글 : 不動産登記制度의 改善에 관한 硏究 영문 : A Study on the Improvement of Real-estate Registration system				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

2007 년 8 월 일

저작자: 박 홍 기 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하