

不動產去來에 있어서 權利分析制度的 活性化 方案

김 상 명*

目 次

- I. 序論
- II. 不動產去來事故와 不動產權利分析
- III. 不動產權利分析의 制度化 必要性
- IV. 不動產權利分析制度의 活性化 方案
- V. 結論

국문초록

부동산거래에 있어서 발생하는 부동산 거래사고는 다양화·대형화되고 있는 것이 오늘날 우리의 현실이다. 이러한 부동산 거래사고는 규모나 수법에 있어서도 교묘하게 발전하고 있어 부동산 거래사고로 인하여 발생한 손해는 개인의 재산상 손해만이 아니라 정신적 손해를 넘어 사회적 문제로 발전하게 되었다. 또한 부동산 거래사고는 일단 발생하게 되면 손해액이 과다하거나 원상회복이 불가능하게 되는 문제점이 있다. 그러므로 국가가 이를 방지할 수 있는 입법적·정책적 방안을 모색할 필요성이 대두되게 되었다.

그러나 우리나라 현행 법률로써는 부동산 거래사고가 발생하는 경우에 사후적인 형사처벌로 규율하고 있을 뿐 사전에 예방할 수 있는 방안이 없다는 점이 문제인 것이다. 그러므로 부동산거래에 있어서 거래사고를 미연에 방지할 수 있는 입법적·정책적 방안을 제시하고자 한다.

첫째, 우리나라에서도 사회적 여건의 변화, 진정한 권리자의 손실을 보전할 수 있는 권원보험제도의 도입, 부동산등기에 등기공무원의 실질적 심사권을 부여, 부동산등기제도의 보완이 전제가 되고 국민적 합의를 얻어 부동산등기에 공신력을 부여하여 부동

* 법학박사, 제주산업정보대학 부동산컨설팅과 전임강사, 제주대학교 법학부 시간강사

산 거래사고를 사전에 방지할 수 있도록 하여야 한다.

둘째, 우리나라에서도 등기부와 지적공부를 일원화 하여 전산화에 따른 통일적으로 관리하고 감독하여야 하며, 부동산권리분석제도를 공인화하여 현실적으로 적절한 입법을 통하여 매도증서에 대한 부동산거래 이행보증제도를 도입하여 부동산 거래사고를 미연에 방지할 수 있도록 하여야 한다.

셋째, 부동산권리분석제도를 도입함에 있어서 개별적 입법형식으로 하는 것이 바람직하며, 부동산권리분석업무를 의무화하는 것이 부동산 거래사고를 방지할 수 있는 최고의 대안이 될 수는 있다.

앞에서 검토한 바와 같이 부동산권리분석제도를 공인화하기에는 많은 어려움이 따를 것으로 보인다. 무엇보다도 부동산권리분석자에게 공증제도를 도입하기 위해서는, 공인증개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률상 부동산중개업자와의 업무범위 및 권리·의무규정의 관계 설정, 공증인법, 변호사법, 법무사법에 의한 업무범위와 권리·의무 관계 설정이 선행되어야 한다.

주제어 : 부동산거래, 부동산거래사고, 부동산권리분석, 부동산권리보증보험.

1. 序 論

부동산거래란 부동산에 관한 권리의 발생, 변경, 소멸이 되는 '권리변동'의 법률행위로서, 가령 부동산의 매매, 교환, 환매, 증여, 임대차, 사용대차, 전세권의 설정, 저당권의 설정, 지역권의 설정, 상속, 점유로 인한 시효취득 등에서 권리변동의 의사표시를 불가결의 요소로 하는 부동산에 관한 사법상의 법률요건을 말하는바, 부동산은 국가의 경제 성장과 함께 자산가치측면에서 우리 인간생활에 매우 중요한 영향을 미치고 있다.

부동산거래에 있어서 대상물건의 하자나 권리관계의 흠결로 인하여 분쟁관계가 발생하는 경우에 개인뿐만 아니라 사회적으로나 국가적으로 중대한 영향을 미친다. 이렇듯 부동산은 우리 인간생활에 있어서 불가결한 조건인 동시에 부동산이 지니는 사회적·경제적 비중이 매우 크다(김상명, 2005, "부동산권리분석사제도의 입법화 방안", 62면; 김상명·김상찬, 2005, "부동산거래사고의 방지방안에 관한 연구", 462면). 하지만 부동산거래는 근본적으로 인간과 부동산과의 조화로운 관계개선이 요청되지만 부동산의 거래과정에서 불의의 거래사고가 발생하여 오히려 그 관계가 악화되는 현상으로 나타난 경우가 빈번하다.

그러므로 부동산 거래에서 발생할 수 있는 지상권·지역권·전세권과 같은 용익물권과 유치권·저당권과 같은 담보물권, 그리고 법정지상권·관습법상법정지상권·법정저당권·분묘기지권·입목법에 의한 입목·명인방법에 의한 수목집단 등과 같은 특수한 물권 등은 부동산 거래에서 권리분석이 중요한 위치를 차지한다. 또한 부동산 매매·환매·교환·임대차·상속 등에 있어서도 다양한 법률적 검토를 철저히 하지 않으면 사후에 분쟁이 발생하기도 한다.

오늘날 부동산의 거래활동이 활발히 진행됨에 따라 전문기획단에 의한 사기적 거래사고가 발생하거나 일부 부동산중개업자에 의한 인위적인 부동산 거래사고가 발생하여 사회적 문제를 발생시키기도 한다. 이러한 부동산 거래사고는 그 규모나 수법에 있어서 막대하고 교묘하게 발전하고 있어 부동산 거래사고로 인하여 파생되는 재산상 손해만이 아니라 정신적 피해는 피해자인 개인의 문제를 넘어 사회적 문제로서 국가가 이를 방지하기 위하여 정책적 차원에서 부동산 거래사고를 방지할 수 있는 방안을 모색해야 할 필요가 있다(김상명, 2005, “부동산권리분석사제도의 입법화 방안”, 62면)

그러나 우리나라에서는 부동산 거래사고가 발생하는 경우에 사후적인 형사처벌로 규율하고 있으므로, 아직까지는 미흡한 것이 현실이다. 그리고 부동산 거래사고는 일단 발생하면 손해액이 과다하거나 원상회복이 어렵다는 특징이 있다. 그렇지만 현재 공·사법은 이러한 부동산 거래사고를 사전에 방지할 수 있는 방안이 마련되어 있지 못하다.

따라서 이러한 부동산 거래사고를 미연에 방지할 수 있기 위해서는 무엇보다도 부동산 거래시에 발생할 수 있는 권리분석을 제도화할 수 있는 새로운 대안을 제시하여야 한다. 이를 위하여 부동산거래에 있어서 발생할 수밖에 없는 우리나라 사법상의 문제점을 검토하고, 부동산권리분석사제도의 도입 방안, 부동산권리분석의 제도화, 부동산이행보증(혹은 공증)제도의 도입, 부동산권원보험제도의 도입 방안을 검토함으로써 우리나라에서 부동산권리분석제도를 활성화하여 사전에 부동산 거래사고를 방지할 수 있는 입법적 대안을 찾는 데 그 목적이 있다.

II. 不動產去來事故와 不動產權利分析

1. 不動產去來事故

(1) 意義

부동산에 관한 '권리변동'의 법률행위로서 부동산의 권리관계의 발생, 변경, 소멸을 일으키는 권리변동(가령 매매, 교환, 환매, 증여, 임대차, 사용대차, 전세권의 설정, 저당권의 설정, 지역권의 설정, 상속, 점유로 인한 시효취득)의 의사표시를 불가결의 요소로 하는 사법상의 법률요건을 부동산거래로 정의할 수 있으므로, 부동산거래에서 부동산 거래사고의 개념을 명확하게 정리할 필요가 있다. 그러나 아직까지 부동산 거래사고의 개념에 대하여 명확한 정의를 내리지 못하고 있으나, 학자들의 견해를 검토하면, 부동산 거래사고의 개념을 협의로는 "타인의 부동산을 사취하거나 사취당하는 것"으로 정의한다. 그러나 광의로는 "거래 대상인 부동산에 하자가 있었으나 거래과정에서 사전에 발견하지 못하고 그대로 거래가 완결되는 것"으로 정의하는 견해(김영진, 2000, 78면)와 "부동산 거래가 완료되거나 또는 부동산 거래에 하자가 있는데도 사전에 이를 발견하지 못하고 계약이행의 과정에서 중개의뢰인의 일방이나 중개업자의 고의 또는 불가항력적인 사건에 의하여 계약이행이 이루어지지 않는 것"으로 정의하는 견해가 있다(이왕무 외, 2004, 320면).

사건으로서는, "거래대상 부동산의 사법상 권리관계가 불진정 혹은 불완전하거나 공법상의 제반규제 등으로 인하여 부동산거래 당시에는 발견하지 못하였거나 예견하지 못했던 불능 혹은 불완전한 거래 등으로 발생하는 인간과 거래 대상 부동산간의 관계 악화현상"으로, 부동산거래사고의 개념을 정의할 수 있다(김상명, 2005, "부동산권리분석사제도의 입법화 방안", 63면).

(2) 發生原因과 類型

일반적으로 부동산거래사고의 발생원인을 개인적 원인, 제도적 원인, 사회적 원인으로 나누어진다. 여기에서 개인적 원인으로는, 가령 부동산 관련 지식의 결여라든가 부동산거래 당사자간의 경솔과 무경험 등을 지적할 수 있다. 사회적 원인으로는, 가령 경제발전 또는 지역개발에 편승하여 부동산투기가 조장되거나 토지이용규제에 대한 강화로 인하여 진정한 권원관계를 파악하기 어려운 점 등을 지적할 수 있다. 그리고 제도적 원인으로는, 가령 부동산등기에 공신력이 결여라든가 등기공무원에 대한 실질적

심사권한의 부재와 등기와 지적의 이원화, 부동산권리분석제도의 미비 등이 원인이 된다. 따라서 이하에서는 제도적 원인에 중점을 두고 구체적으로 검토하기로 한다.

부동산거래사고는 그 유형을 여러 가지 형태로 분류할 수 있으나 부동산거래상 발생할 수 있는 하자(흠)의 존재가 어떤 측면에서 연유되는지에 따라서 법률적 거래사고, 경제적 거래사고, 기술적 거래사고로 분류하여 검토한다.

법률적 거래사고는, 대상 부동산의 법률상 권리관계의 하자로 인하여 발생하는 거래사고로서 사법적·공법적·행정적·세법, 기타 법률적 하자가 있는 경우를 말한다(이창석, 2004, 536면). 그 모습으로는 첫째, 권리취득의 불가능을 들 수 있다. 권리의 취득을 목적으로 하는 부동산활동에 있어서 권리의 전부 또는 일부를 취득할 수 없게 되는 거래사고를 말한다. 이는 대상 부동산의 소유권 등에 어떤 하자가 있었거나 권리의 취득과정에 법률상의 하자가 있는 경우에 발생하게 된다.

법률적 거래사고는 주로 협잡성(挾雜性) 부동산의 거래에서 비롯되어 원시적 불능에 의한 취득불능으로 나타나는 것이 대부분이며(김상명·김상찬, 2005, 271면), 이와 달리 정상적인 거래 후에 발생하는 후발적 불능의 상태로 권리관계가 조작되는 경우가 있을 수 있다. 이런 거래사고의 발생원인은 주로 부동산등기의 공신력의 결여가 큰 원인이고, 때로는 공법상 필요한 절차를 잘못 밟았거나(가령 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 토지거래 허가구역에서 토지거래 허가지역의 관할 시장·군수·구청장의 토지거래 허가를 취득하지 않고 부동산 매매 등을 하는 경우에는 원칙적으로 무효이고, 나중에 허가를 받은 경우에는 유효한 거래행위로 보는 경우), 필요한 절차(가령 농지 매매의 경우에는 농지법에 의한 농지취득자격증명서를 토지관할 읍·면·동장의 농지취득자격증명서를 발급 받아야 하지만 이를 받지 못하는 경우에는 농지취득이 원칙적으로 제한되는 경우)를 밟지 않음으로써 권리의 취득이 원활하지 않는 경우가 있다(김영진, 2000, 79면).

둘째, 인수가 불가능한 경우가 있다. 이는 부동산거래에서 등기부상 소유권의 취득은 하였지만 현실적으로 목적물의 전부 또는 일부를 인수할 수 없게 되는 거래사고를 말한다. 예컨대, 부동산등기부상 표시면적과 실제면적이 다른 경우, 대상 부동산의 점유자가 유치권이나 점유권을 행사하고 있는 경우, 기타 불법으로 점유를 당하는 경우 등이 일반적인 현상이다(한혜근, 2005, 29면).

이러한 인수가 불가능한 경우는 특히 경매사고에서 볼 수 있다. 먼저, 부동산경매에 있어서 부동산등기부에는 나타나지만 낙찰로 인하여 소멸되지 않는 권리로는, 가령 전 소유자의 가압류, 선순위의 가처분 등기, 선순위의 매매예약등기, 소멸되지 않는 전세권, 선순위의 지상권, 토지의 저당권이 건물낙찰자에게 인수되는 경우, 환매특약등기, 예고등기, 환지에정지의 지정여부 등에서 볼 수 있다. 다음으로는, 부동산경매에 있어

서 등기부상에 나타나지 않는 권리로서 낙찰로 인하여 소멸되지 않는 권리로는, 가령 주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인의 권리, 관습법상 법정지상권, 법정지상권, 법정저당권, 유치권, 공법상의 제한 등이 있다.

셋째, 이용의 불가능성이다. 이는 부동산 거래에 있어 소유권취득에는 하등의 이상이 없으나 목적물의 이용이 불가능한 거래사고를 말한다. 이러한 거래사고는 대상 부동산의 권리관계가 불안정하여 발생하는 경우이다. 또한 토지이용에 관한 공법상의 규제 또는 사법상의 권리관계의 제한 사유 때문에 야기되는 중대한 사고이다. 그러한 사고는 부동산거래에서 권리분석을 철저히 함으로써 미연에 사고를 방지할 수 있다.

넷째, 공용징수나 징발의 대상이 되는 부동산을 취득하는 경우이다. 이는 대상 부동산이 토지수용법에 의한 수용이나 징발법에 의한 징발의 대상이 되어 있는 경우에 그러한 사실을 알지 못하고 소유권을 취득함으로써 발생하는 거래사고를 말한다. 이러한 경우는 거래 당사자가 공법상의 규제를 알지 못하는 경우에도 원인이 있으나 특히 수용 등의 대상을 사전에 공시하는 수단이 불안정한 데도 그 원인이 있다(한혜근, 2005, 30면).

다섯째, 불법한 건물의 취득의 경우이다. 일정한 건물 등이 건축법 기타 법률상 적법하지 않고, 현재 또는 미래에 불리한 요인이 내포되어 있음에도 불구하고 그 사실을 알지 못하고 건물 등 부동산을 취득함으로써 발생하는 거래사고를 말한다. 건축물은 건축법을 비롯하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도로법, 소방법, 문화재관리법 등 기타 제규제법률에 저촉되지 않고 적법한가의 여부를 조사, 확인하는 등 부동산관련 제규정을 철저히 분석하여 미연에 부동산거래사고를 방지할 수 있어야 할 필요가 있다.

여섯째, 과다 또는 불합리한 세금 및 공과금 부담이다. 부동산관련세법의 무지로 인하여 과다한 세금을 부담하는 경우이다. 이는 매도인의 미납액에 대한 납세의무자를 본의 아니게 승계하게 되는 경우에 이에 해당된다. 따라서 부동산 거래사고 중에서 이러한 경우를 방지하기 위해서는 부동산관련세법을 확실하게 조사하여 분석하여야 한다.

경제적 거래사고는, 부동산의 매매 등에 있어서 부동산의 경제적 가치를 불합리하게 반영하는 경우로써 대상 부동산의 거래가격이나 자료 등이 부적정한 경우를 말한다. 경제적 거래사고는 거래되는 가격이나 임료가 불합리하거나 순이익이나 관리비용 등이 표준적인 것이 되지 못하는 경우, 수익성 부동산에 대한 수익성 판단이나 예측을 잘못된 경우, 개발사업 등을 위한 입지선정이 잘못된 경우, 최유효 이용상태에 있지 않는 부동산을 오판하여 거래한 경우 등으로 인하여 부동산 거래사고의 발생원인이 된다(이창석, 2004, 536면).

기술적 거래사고는, 거래 목적인 부동산이 기술적 하자가 발생하여 나타나는 거래사고를 말한다. 예컨대, 건물의 견고성, 내구연수 등에 대한 판단을 잘못하여 발생하는

거래사고의 경우, 설계 및 설비 등이 나쁜 경우, 기술적 요인으로 인하여 본래 목적대로 사용할 수 없는 경우, 기타 물리적 기능적 하자가 있어 발생하는 경우 등이다(김영진, 2000, 79면; 이창석, 2004, 537면).

2. 不動産權利分析

(1) 意義

부동산권리분석(real estate title analysis)에 대하여 명확한 정의를 내릴 수 없으나 학자에 따라서 다음과 같이 개념정의를 하고 있다. 부동산권리분석이란 “비권력적인 서비스행위로서 아무리 등기소유권을 살펴보아도 발견할 수 없는 흠을 발견하여 부동산과 관련한 제사고를 방지하는 사회과학이다”고 하는 견해(김태훈, 2001, 218-219면; 김태훈, 2000, 347면)와 “부동산 소유권의 내용이 어떻게 이루어지고 있는가를 판정하는 것을 뜻 한다”는 견해(이창석, 2004, 526면), “대상 부동산의 권리관계에 대한 진정성(가령 하자의 유무)과 법률적 가치를 실질적으로 조사·확인·판단함으로써 일련의 부동산활동을 안전하게 하려는 작업이다”는 견해가 있다(김상명·김상찬, 2005, 265면; 서동기, 2002, 368면).

그러므로 부동산권리분석제도는 급증하는 부동산 거래사고에 대한 피해를 사전에 예방하기 위하여 전문지식을 가지고 있는 공인된 부동산권리분석제도를 통하여 거래 물건에 관한 권리관계의 진실한 관계나 실제관계와 부합하는지를 분석·평가하게 하여 하자관계를 사전에 발견함으로써 원만한 거래를 도와줄 수 있는 제도를 말한다.

따라서 부동산권리분석이라 함은 부동산에 관련된 권리관계의 태양을 실질적으로 조사하여 확인하고 판단하여 부동산거래활동을 안전하게 하려는 일련의 작업을 말한다고 정의할 수 있다(김상명, 2005, “부동산권리분석사제도의 입법화 방안”, 77면).

(2) 性格과 原則

1) 性格

일반적으로 논의되고 있는 부동산권리분석의 성격을 보면, 첫째, 부동산 권리관계를 취급하는 활동이다. 부동산권리분석은 부동산의 물적인 상황을 취급하는 것이 아니라 대상 부동산에 대한 권리관계를 취급하는 부동산활동이다. 둘째, 부동산권리분석의 성격은 비권력적 행위이다. 부동산권리분석은 판결에서의 경우처럼 법적인 구속력을 가지는 것이 아니라 권리분석사가 행하는 비권력적 행위이다. 권리분석이 비권력적 행위이기 때문에 부동산권리 분석활동을 행하게 되는 실무활동에서 많은 어려움이 따르게

된다(김태훈, 2001, 313면; 이창석, 2004, 527면).

셋째, 부동산권리분석은 사전적 행위보다는 사후확인행위가 대부분이다. 부동산권리 분석은 권리관계를 사후에 확인하는 경우가 많은데 이는 편취되었거나 권리변공과정 에 문제가 있었는지를 확인하기 때문인 것이다. 그러나 부동산 거래시에는 권리분석을 사전에 확인해야 안전성을 확보할 수 있기 때문에 사전확인행위의 성격도 아울러 가지고 있다(서동기, 2004, 369면; 김상명, 2005, 266면; 김태훈, 2001, 314면). 넷째, 부동산권리분석은 주관성과 객관성을 포함한다. 부동산권리분석은 객관적인 자료를 중심으로 행해진다는 점에서 객관성을 가지지만, 권리분석사의 주관적인 관점에 의한다는 점에서 주관성을 갖는다.

다섯째, 부동산권리분석은 과학성과 기술성을 내포한다. 부동산권리분석은 이론이나 지식을 바탕으로 한다는 점에서 체계화된 학문의 입장에서 보면 과학성을 가지며, 이론이나 지식을 실무활동에 응용한다는 점에서는 기술성을 갖는다. 여섯째, 부동산권리 분석은 사회성과 공공성을 함께 가지고 있다. 부동산권리 분석활동의 결과는 직·간접으로 많은 사람들에게 영향을 미치게 되므로 사회성과 공공성이 강조된다.

2) 原則

첫째, 능률성의 원칙이다. 부동산권리 분석활동이 능률적으로 이루어져야 하고 균형적인 활동이 되어야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 부동산 권리분석이 자칫 비능률화가 되기 쉽고 다른 분야의 부동산활동에도 영향을 미치기 때문에 강조하는 원칙이다.

둘째, 안전성의 원칙이다. 부동산권리분석에 있어서 안전성을 기하여야 한다는 원칙으로, 법률적·경제적·기술적 특성과 결부된 사고의 안전성을 확보하여야 한다는 원칙이다. 권리분석의 원칙 중 가장 중요한 원칙이며 안전성을 추구하기 위해서는 다음 사항을 주의하여야 한다(김상명, 2005, 270-271면). ① 하자전제의 원칙이다. 모든 권리는 일단 하자가 있는 것으로 가정하는 원칙으로 어떤 권리도 충분히 확인하지 않고는 안전할 수가 없다는 것이다. ② 완전심증의 원칙이다. 의심나면 완전성에 따라야 한다는 원칙으로 실제 권리분석은 의심스러우면 충분히 확인해야 하는 것이다. ③ 범위확대의 원칙이다. 분석과 판단에는 범위를 넓혀서 보도록 노력을 해야 한다는 원칙으로 범위를 넓히는 만큼 안전성이 확보된다. ④ 차단 원칙이다. 분석과정에서 판단에 혼동을 초래할 위험이 있는 모든 원인은 미리 분리시켜야 한다는 원칙으로 의심나면 다수의 증인을 심문하도록 하며 어떤 권리에 선입견은 버려야 한다. ⑤ 유동성대비의 원칙이다. 권리분석사의 결론에 영향을 주는 수많은 요인은 유동적이기 때문에 사태의 유동성에 충분한 배려와 준비를 해야 한다는 원칙으로 증인의 경우는 증언 후에 사망

혹은 변심하는 수가 있다는 가정이다.

셋째, 증거주의의 원칙이다. 증거주의 원칙은 권리분석사가 한 일련의 조사·확인·판단은 반드시 증거로 뒷받침되어야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 안전성을 지원하는 원칙이라고도 할 수 있고 객관성을 부여하려는 노력이기도 한다.

넷째, 탐문주의의 원칙이다. 탐문활동이란 권리분석활동에 필요한 여러 가지 자료와 정보를 권리분석사가 직접 탐문하여 얻는 것으로 증인이나 증언 탐문이 중요하다. 권리분석활동에서의 탐문활동의 범위는 부동산중개업자, 주택공급업자를 포함하여 건축업자, 감정평가사, 법무사, 인근 거주자 등 기타 당해지역과 대상 부동산에 정통(正統)한 입장에 있는 사람이 된다.

Ⅲ. 不動産權利分析의 制度化 必要性

1. 序

부동산거래를 안정하게 하는 것은 부동산거래활동에 있어서 가장 근본적이고 중요한 것이다. 특히 부동산거래당사자가 되는 일반인은 부동산에 관한 전문지식이나 복잡한 공법상, 사법상의 규제와 권리관계를 일일이 다 알 수 없기 때문에 이러한 점을 보완해 줄 수 있는 전문기관의 대행이 제도적으로 필요한 것이다.

우리나라 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제25조에는 중개업자는 중개대상물에 대하여 확인·설명의무가 있으나 근본적으로 중개업자는 중개 그 자체가 본연의 업무일 뿐만 아니라 실질적으로 중개의뢰인이 통산 복수의 중개업자에게 중개의뢰를 하고 있는 것이 오늘날 우리나라의 현실이고, 중개물건에 대하여 계약체결 가능성도 확정적인 것이 아닌 상태에서 중개물건을 확인·설명을 하는 것은 어려움이 있다. 한편, 현재 우리나라 부동산중개업자는 법인인 중개업자, 공인중개사인 중개업자와 중개인인 중개업자로 나누어져 있어 모든 중개업자가 중개대상물에 대한 권리분석을 할 수 있는 능력이 부족하다고 할 수 있다.

또한 부동산전문가로 불리는 법무사나 감정평가사 역시 부동산거래 공법과 사법에 대한 권리분석을 할 수 있는 제도 면이나 능력 면에 있어서도 정밀성이 의심될 수밖에 없는 것이다. 특히 부동산활동과 권리관계 사이에는 불가분의 관계가 있어 공법상의 규제로 인한 불의사고를 당하는 경우가 허다하다(김태훈, 2001, 391면). 이러한 법률적 거래사고는 곧바로 경제적 거래사고로 직결될 가능성이 매우 높기 때문이다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 미국에서는 부동산권리대행업(Title business)과 부동산권리보증업(Title insurance)이 활발하게 진행되고 있으므로 권리보증이 거부된 부동산은 시장성을 상실하게 되어 부동산거래물건으로 거부되어 부동산거래사고를 미연에 방지하고 있다.

사건으로서는, 우리나라에서도 부동산권리분석의 3차적 수준의 분석을 담당하여, 부동산 거래사고를 사전에 방지할 수 있는 제도적인 장치마련이 될 수 있는 부동산권리분석사에 의한 부동산권리분석대행업이 반드시 필요하다고 생각된다.

2. 不動產登記의 公信力 不在

부동산물권변동에 있어서 진정한 권리관계와 권리의외관이 불일치한 경우에 그 외관을 신뢰하고 외관대로 부동산물권을 취득한 때에도 그 선의의 상대방을 보호하여야 한다는 원칙이 “공신의 원칙”이다. 부동산거래에서는 이러한 공신의 원칙이 등기의 공신력으로 표현된다(김상용, 2003, 70면). 즉 등기를 신뢰하고 거래한 자는 그 등기와 진정한 권리관계가 부합하지 않는 경우에 그 등기가 실질적인 권리를 수반하지 않는 공허한 것이 아니라고 믿고 거래한 때에는 그 신뢰를 보호하여야 하는 것이 부동산물권거래에 있어서의 공신의 원칙이며 등기의 공신력이다.

이러한 공신력을 인정하면 물권변동에 있어서 거래의 안전은 보호되지만 진정한 권리자를 해(害)하게 되는 문제점이 있다(최돈호, 2001, 223면). 그러므로 부동산물권변동에 있어서 만일 공신력을 인정한다면 부동산거래의 안전이 보장될 수 있으나 우리나라는 등기의 추정력만 인정됨으로 부동산거래의 안전이 확보되지 않는다. 이런 문제점으로 인하여 독일, 미국과는 달리 우리나라에서는 부동산거래사고가 빈번하게 발생하는 원인이 되고 있다(김상명, 2005, 275면).

독일, 스위스, 미국 등은 등기의 공신력을 인정함으로써 부동산거래의 안전이 유지된다. 특히 미국의 토렌스제도(Torrence system)는 부동산권리를 관할법원에 등록케 하고, 법원이 등록된 부동산에 대한 권리를 보증하는 제도로 미국의 몇몇 주에서 채택하고 있는 제도이다. 토렌스제도는 권리증서상에 나타나지 않는 사항에 대해서는 권리를 인수받은 매수인은 아무런 책임지지 않는다는 제도로, 당초 권원조사에서 발생할 수 있는 실수, 착오, 누락 등에 의해 매수자가 손해를 입었을 경우에는 관할법원이 손해를 보상해 준다. 관할법원은 등록수수료로 보증기금을 설정하고 이것으로 보상문제를 처리한다. 따라서 토렌스 등기제도 하에서는 부동산거래사고가 발생할 여지가 매우 낮은 것이 특징이다.

사건으로서는, 우리나라에서도 부동산등기에 공신력을 인정하여야 할 것인가에 대해서는 부동산의 특성과 사회적·경제적 여건의 변화, 진정한 권리자의 손실 보전, 부동산등기제도의 보완이 전제가 되고 국민적 합의를 얻을 경우에 부동산등기에도 공신력을 인정할 수 있을 것이며, 이렇게 되는 때에는 부동산거래사고를 방지할 수 있는 대안이 될 수 있을 것이다.

그러므로 우리나라에서 공신의 원칙이 적용되기 위한 전제조건으로 첫째, 진정한 권리자를 희생하고서라도 거래의 상대방을 보호할 만한 사회경제적 필요성이 있어야 하며, 둘째, 등기와 진정한 권리관계가 일치할 수 있는 등기제도가 완비되어야 하고, 셋째, 공신력 인정에 의해 권리를 박탈당하는 진정한 권리자의 손실을 전보할 수 있는 제도가 확립되어야 한다(김상용, 2003, 72면).

3. 實質的 審査權의 不在

등기신청이 있으면 등기관은 등기신청서류를 심사한 후 신청에 따르는 등기를 할 것인지, 아니면 신청을 각하할 것인지를 결정하여야 한다. 등기는 실체관계와 최대한 일치하여야 한다. 그러므로 등기관이 등기신청서류를 접수하였을 때에 실체관계와 일치하는 등기의 신청이 이루어졌는지를 심사하여야 한다. 이러한 등기관의 등기신청서류심사에 관하여는 형식적 심사주의(형식적 적법주의)와 실질적 심사주의(실질적 적법주의)가 대립하고 있다.

형식적 심사주의는 오로지 등기절차상의 적법성 여부만을 심사하는 입법주의이나 실질적 심사주의는 등기절차법상의 적법성 여부는 물론 등기신청의 실질적 이유 내지 원인의 존부 효력까지도 심사하는 입법주의이다(김상용, 2003, 151면). 형식적 심사주의 하에서는 등기절차가 신속히 처리되나 반면에 허위의 등기가 될 위험이 크며 등기제도의 목적을 충분히 달성할 수 없게 된다. 이와 달리 실질적 심사주의 하에서는 등기와 실질관계의 일치를 피할 수 있어 등기제도에 대한 높은 신뢰성을 유지할 수 있는 장점이 있으나, 등기절차가 지연될 수 있는 결함이 있다(이영준, 1993, 173면).

그리고 형식적 심사주의보다 실질적 심사주의가 실체적 권리관계가 일치하고 부실 등기의 소지는 적으나 시행하기 위해서는 여러 가지 문제가 있다. 그 하나는 많은 등기공무원이 충원되어야 하고 업무수행능력도 배양되어야 하며, 다른 하나는 등기공무원의 고의·과실 없이 부실등기가 발생하여도 등기공무원의 책임문제를 물을 수 있어야 한다. 또한 실질적 심사주의를 채택하는 경우에는 등기원인은 공정증서로 작성하여 제출하도록 함으로써 등기절차의 지연을 방지할 수 있어야 한다(곽윤직, 2002, 114면).

그러나 이에 대하여 우리나라에 있어서 부실등기는 고도의 위조기술에 의하여 인감증명·주민등록등본·등기필증 등을 위조하여 등기신청을 하거나 미등기부동산을 대상으로 하는 것이므로 공중인이 등기원인을 증명하는 서면을 공중한다하더라도 부실등기를 막기는 대단히 어렵다고 하는 견해가 있다(이영준, 1993, 174면).

사건으로는, 부실등기에 의한 부동산거래사고를 방지하기 위해서는 위에서 검토한 부분을 보완하여 등기공무원에게 실질적 심사권을 부여하여야 한다. 이렇게 되면 부동산등기에 공신력을 인정할 수 있는 여건이 성숙되어질 것으로 판단된다.

4. 登記와 公簿의 不一致

등기부는 부동산의 권리관계를 공시하기 위한 공부로서 등기소에 비치되어 사법부에서 관장하고, 토지 및 가옥대장은 부동산의 사실상태를 파악함을 목적으로 하는 공부로서 행정자치부산하의 시·구·군 등에 비치되어 행정부에서 관장하고 있다(김광식, 1985, 29면). 이와 같이 이 두 제도의 목적과 관장기관은 다르나, 이 양자는 지극히 밀접한 관계가 있기 때문에 양자 사이에 그 표시상의 불일치가 생기지 아니하도록 현행 부동산등기법에서도 많은 배려를 하고 있다. 즉 토지와 건물의 보존등기는 위 대장등본에 의하도록 하였고(부동산등기법 제130조, 제131조), 또 양자의 표시가 일치하지 아니할 때에는 먼저 부동산의 표시변경등기에 의하여 양자를 일치시킨 후가 아니면 다른 등기를 신청할 수 없도록 하였으며(동법 제56조), 또 소유권의 보존 또는 이전등기 등을 하였을 때에는 그 취지를 대장 소관청에 통지하도록 한 것 등이다(동법 제11조).

그러나 이와 같은 배려가 있음에도 불구하고 대장의 변경사항을 등재하려면 원칙으로 신고에 의하지만 신고가 없을 때에는 직권등록이 가능한데 대하여, 등기는 언제나 신청에 의하게 되어 있고(동법 제27조), 또 현실적으로 등기소에서 간혹 변경통지가 누락되는 일도 있으며, 대장 소관청에서도 그 통지서에 의하여 대장정리를 하여야 하는데 이를 소홀히 하는 경우도 있어 실제상 대장의 표시와 일치하지 않는 등기가 발생하게 된다. 이렇게 됨으로써 부동산의 거래나 각종 행정상의 시책에 많은 지장을 주게 되고, 그 뿐만 아니라 양제도가 병존함으로써 당사자는 공부이용시 2중의 수고와 시간의 낭비 및 비용 등이 들게 되는 폐단도 있다(곽윤직, 1998, 64-65면; 김정수, 1988, 31-33면).

사건으로서는, 등기나 대장의 불일치를 완전히 제거하고 당사자에게 2중의 수고와 비용 등을 부담시키는 폐단을 시정하고, 나아가서 부동산등기업무의 전산화 시행을 조속히 이룩하기 위하여서라도 결국 양자를 한 개의 공부로 통합시키는 것이 바람직한 것이다. 만일 일원화가 어렵더라도 등기부까지 전산화하여 대장과 상호연계방법을 강

구하여야 할 것이다.¹⁾ 즉 토지대장 및 가옥대장제도를 폐지하여 이를 등기제도에 흡수시켜서 부동산의 사실상태도 등기부자체로서 파악할 수 있도록 표제부등기를 개선하여야 할 것이다. 이러한 개선을 위해서는 당연히 표제부등기, 이른바 표시에 관한 등기를 함에 있어서 등기의 객체인 부동산을 정확히 파악해야 하기 때문에 등기공무원도 실질심사나 현지조사 등을 하지 않으면 안 되는 바, 이 때에 등기공무원의 자격을 어떻게 하여야 할 것이냐 하는 점이 문제이다. 이런 문제에 관해서는 많은 논의가 있을 수 있으나 등기업무의 특수성에 비추어 행정자치부산하의 독립기관을 두는 방안²⁾과 사법부산하의 독립관청을 두어 그 기관으로 하여금 관장케 하는 방안(김정수, 1996, 34면)이 있으나 전자가 보다 합리적이라고 생각한다.

이 점에 관하여는 개정된 일본 부동산등기법에서도 아무런 규정을 두지 않았으며, 다만 토지가옥심사로 하여금 부동산표시등기에 관하여 토지 또는 가옥에 대한 심사·측량 및 신청절차를 맡게 하고 있을 뿐이다. 때문에 현재 일본에서도 표시에 관한 등기인 경우에도 운용의 실체는 탁상심사에 의거 거의 형식적 심사에 가까운 업무취급을 하기 때문에 등기부의 표시와 실체가 일치하지 아니한 채로 등기가 되어 버리는 일이 생기고 있어 문제점으로 대두되고 있다는 것이다(정권섭, 1978, 56면).³⁾

따라서 등기부와 토지대장의 이원화로 말미암아 부동산거래사고가 빈발하고 있는 것이 현실이다. 그러므로 앞서 검토한 바와 같이 부동산의 특수성과 부동산등기업무의 특수성이 존재하고 있음을 인정하고 행정자치부산하에 독립기관을 두고 등기부와 토지대장을 관장할 수 있도록 하는 것이 전산화에 따른 부동산거래사고를 방지할 수 있는 대안이 될 것으로 판단된다(김상명, 1999, “부동산등기제도의 문제와 개선방향에 관한 연구-특별법상 등기의무화제도와 관련하여-”, 230면).

5. 登記原因證書 公證의 不在

부동산등기는 부동산등기법 제40조 소정의 서면과 동 시행규칙 제53조 내지 제54조의 정한 바에 따라서 등기의무자의 인감증명을 첨부하여 신청하여야 한다. 등기신청이

- 1) 일원화의 비판론적 입장으로 김정수, “부동산등기제도의 개선에 관한 연구-신뢰성 제고방안을 중심으로-”, 경성대학교대학원 박사학위논문, 1996, 125-146면. 참조
- 2) 가령 이렇게 하는 방안을 생각할 수 있는 것은 대장과 등기부의 일치화 뿐만 아니라 행정공무원의 토지대장·건축물대장 등 실질적심사가 가능하고, 아울러 대장의 전산화와 등기부의 전산화에 크게 기여할 수 있기 때문이다.
- 3) 정권섭교수는 법문상 아무리 등기공무원에게 실질적 심사권을 주더라도 등기공무원의 자질이 그에 따르지 못하거나 발전적이고도 창의적이며 또 사명감이 강하지 못하다면 실효를 거둘 수가 없는 것이다.

있는 경우에는 등기공무원이 부동산등기법 제55조의 사유가 없는 이상 그것을 접수하여야 한다. 등기공무원은 그 등기원인이 실제법상 성립하였는가의 여부나 그 유효성을 조사할 권한이 없고 그 신청서가 형식적 요건을 갖추고 있기만 하면 그것을 수리하여 등기를 실행하여야 한다.

따라서 등기신청서류의 중심이 되는 인감증명을 위조하여 첨부하거나 또는 진정한 등기권리자의 등기필증에 갈음하여 근거 없는 보증서를 제출하더라도 등기공무원은 이를 수리할 수밖에 없다. 물론 관계서면이 위조·도용·모용된 것이거나 부실한 것이 그 자체에 의하여 확인할 수 있는 경우라면 등기공무원은 그 보정을 명할 수 있고, 문제된 등기신청을 각하할 수도 있다(부동산등기법 제55조 참조). 그러나 실제에 있어서는 등기신청서류 자체에 대하여 그 진부 및 위조 또는 도용의 여부를 확인한다는 것은 거의 불가능한 일이다(곽윤직, 1998, 62면).

그러므로 이러한 부동산등기의 제도적 허점은 그 악용의 소지를 제공하게 되어 위조 및 사기 등의 여러 가지 부정방법에 의하여 부동산거래사고를 발생시키는 경우가 많았다. 이를 막기 위한 방편으로서 등기원인증서의 공증의 필요성이 논의되고 있는 것이다(김정수, 1988, 25면). 한편, 검인계약서가 등기원인증서인가(김상용, 1989, 12, 54면; 곽윤직, 1986, 10면) 아니면 등기신청서의 단순한 첨부서면에 불과한 것인가 견해(정옥태, 1989, 10-15면)의 대립이 있으나 소유권이전등기를 신청하는 경우에 검인계약서를 사용하게 하는 점과 부동산등기법 제40조 제3항 등을 미루어 검인계약서는 등기원인증서가 아니고 등기신청서의 하나의 첨부서면에 불과하다고 해석하는 것이 타당하다(김상명, 1999, 222면).

부동산등기법 제40조 1항 2호에서 말하는 등기원인을 증명하는 서면이라고 함은 등기할 권리변동의 원인인 법률행위의 성립을 증명하는 서면으로 매매계약서가 아니라 매도증서를 의미한다. 왜냐하면 매매계약서는 단순히 채권계약인 매매가 성립하였다는 것을 증명할 뿐이고 그 효과로서 발생한 채무가 과연 그대로 이행될 것인가 어떤가는 아직 미지수이며 대금도 계약금의 지급이 있을 뿐이지 대금의 중요 부분은 아직 이행되지 않고 있기 때문이다. 반면에 매도증서는 대금의 완급을 받음과 상환으로 교부되는 것이고 그 뜻이 문언에도 '대금을 틀림없이 받았으므로'라고 하여 나타나 있다. 또한 부동산등기법 제40조 1항 2호에서 말하는 등기원인을 증명하는 서면으로는 매매계약서가 아니라 매도증서만이 접수되고 있는 것이 우리나라 등기의 실정이며 등기부에 등기원인으로서 ○○년 ○월 ○일자 매매라고 기재되는 일자는 매매계약서의 일자가 아니라 매도증서의 일자인 것이다.

따라서 우리나라의 매도증서는 독일 민법상의 Auflassung⁴⁾에 해당하는 것이라고 볼

수도 있겠지만, Auflassung은 엄격한 요식행위이고 이에 조건이나 기한을 붙이는 것이 금지되어 있으므로 그 행위의 확실성과 안전성에 있어서 우리나라의 매도증서의 접수는 비교될 수 없다. 더구나 Auflassung의 기초가 되는 계약은 독일민법 제313조 1항의 규정에 따라 공증된 것이어야 한다고 규정되어 있는 반면, 우리나라의 매도증서는 불요식일 뿐만 아니라 확실한 법적 근거조차 없다.

사건으로서, 현실적으로 매도증서가 등기원인증서로서 관용되고 있으나, 적절한 입법을 통하여 법제화함으로써 매도증서에 대한 공증제도를 도입할 필요가 있으며, 이렇게 하는 것은 현행 부동산등기제도의 결함을 보완할 수 있고 부동산 거래사고를 방지할 수 있는 바람직한 방안이 될 것이다(김상영, 1995, 81면; 윤기택, 1992, 193면; 곽윤직, 1986, 1면; 김상명, 1999, 223면).

그러나 우리나라에 공증제도를 실시한다고 하더라도 공증인의 충분한 확보가 어려우므로 현재 부동산거래에서 직접적으로 참여하고 있는 공인중개사인 중개업자에게 소유권이전등기신청에 한해서 공증인의 자격을 부여하는 방안(김상명, 1999, 224면)과 부동산권리분석사제도를 입법화하여 제도적으로 공인된 부동산권리분석사제도를 도입하는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 다만, 모든 공인중개사인 중개업자에게 인정하는 것은 현재로서 공인중개사의 능력이나 그간의 공인중개사의 수적확대에 따라 현실적으로 인정하기 어려우므로 제도적인 보완을 통한 부동산권리분석사를 공인화하여 제도적으로 도입하는 방안이 타당하리라 생각한다.

6. 不動産權利分析制度의 未治

부동산을 거래하는 데는 누구나 법률상 안전하고 하자가 없는 권리를 취득하기를 원하고 있다. 그러나 오늘날 부동산거래는 사법상의 권리관계와 공법상의 권리관계가 직·간접으로 연결되어 이루어져 있기 때문에 거래당사자가 부동산에 대한 전문지식을 갖기가 어렵고 복잡한 공법상 또는 사법상의 규제에 따른 권리관계를 일일이 파악하는 것은 거의 불가능하다.

- 4) 독일 민법 제873조의 법률행위에 의한 물권변동은 당사자의 물권적 합의(Einigung)와 등기부예의 등기(Eintragung)를 요하는 것이 원칙이다. 그리고 토지소유권이전의 경우 매매·중여 등의 채권계약은 공정증서를 작성하여야 하고(BGB 제313조 전단), 당사자 쌍방이 공증인 앞에서 토지소유권이전의 합의, 이른바 Auflassung을 하여야 한다(BGB 제925조). Auflassung을 받은 공증인은 Auflassung을 수령하였음을 증명하는 공정증서를 작성하여야 한다(GBO 제29조). 독일에서는 물권적 합의(Einigung: 부동산 소유권양도의 물권적 합의인 Auflassung)와 등기허락(Eintragungsbewilligung, GBO 제19조)이 있다. Auflassung은 공정증서로 작성되고, 등기허락서는 서명의 공적 확인이 있어야 한다. 공증인이 작성하는 Auflassung의 증서와 서명의 확인이 있는 Eintragungsbewilligung의 증서가 등기원인증서에 해당한다.

앞서 검토한 바와 같이 부동산권리분석제도가 도입된다면 부동산등기제도의 미비점과 문제점으로 인한 등기제도의 취약성은 여러 가지 면에서 보완될 수 있으며, 부동산거래사고도 미연에 방지할 수 있는 대안이 될 수 있는 것이다(김태훈, 2001, 387면).

사건으로는, 부동산거래에 있어서 사전에 공법과 사법상의 규제 및 권리관계에 대한 충분한 조사와 분석을 대행함으로써 부동산 거래사고를 미연에 방지할 수 있으며, 거래의 동적안정을 추구할 수 있는 전문대행기관이 필요하다. 이러한 기관은 바로 국가가 공인한 공인부동산권리분석사가 국가적·사회적으로 필요할 것으로 판단된다.

Ⅳ. 不動產權利分析制度의 活性化 方案

1. 不動產權利分析士制度의 導入

오늘날 급증하고 있는 부동산 거래사고를 미연에 방지하여 부동산거래로 인한 피해를 사전에 예방하기 위하여 전문지식을 가지고 국가자격시험에 합격한 자를 부동산거래시에 거래물권에 관한 공·사법상 권리관계를 조사·분석하여 진실한 법률관계와 실제관계가 부합하는지를 평가하여 부동산거래를 원만하게 할 수 있도록 당사자를 도와주는 공인된 부동산권리분석사제도가 필요하다.

앞에서 검토한 바와 같이 부동산 거래사고는 매우 크고 다양하여 개인의 재산적 피해만이 아니라 사회적·국가적 문제로 대두되게 되었다. 이러한 부동산 거래사고를 사전에 방지하여 국민의 재산권을 보호하기 위하여 부동산전문가라 할 수 있는 법무사, 감정평가사, 공인중개사 제도와 같이 부동산권리분석사제도를 독립된 공인자격으로 인정할 필요가 있다.

부동산거래를 안정하게 하는 것은 부동산 거래활동에 있어서 가장 근본적이고 중요한 것임을 두말할 필요가 없다. 부동산 거래에서 거래당사자가 되는 일반인은 부동산에 관한 전문지식이나 복잡한 공법상·사법상의 규제와 권리관계를 일일이 다 알 수 없기 때문에 이러한 측면에서 보완해 줄 수 있는 대행전문기관이 제도적으로 필요한 것이다. 따라서 부동산과 관련된 제사고와 문제를 미연에 방지하고 국민의 재산권을 보호하기 위해서는 시대적 요청인 부동산감정평가업, 부동산중개업 등에 의하여 확립된 감정평가사, 공인중개사 등의 제도와 같은 부동산권리분석사제도를 수립하는 것이 불가피하다(김태훈, 2001, 389면).

이러한 부동산권리분석사의 필요성은 부동산거래활동에 있어 대상 부동산의 하자

유무에 따라 재산권행사나 부동산경제활동에 지대한 영향을 받게 된다. 즉, 부동산권리 분석을 잘못하여 소유권에 하자가 발생하게 되면 원금회수가 불가능하게 되어 개인이나 국가나 경제적 손실을 감수하여야 할 경우가 발생한다.

따라서 우리나라에서 부동산거래사고를 미연에 방지한다는 취지하에 다음과 같은 이유에서 공인된 부동산권리분석사제도를 조속히 도입하여 실시할 필요성이 있다. 첫째, 우리나라는 다른 나라와 달리 부동산등기의 공신력이 결여되어 있으므로 등기부상 권리관계에 하자가 있을 가능성이 아주 많아 부동산거래사고의 가장 큰 문제점이 되기도 한다. 둘째, 민법 및 관습법상으로 인정되고 있으나 등기할 수 없는 권리관계(상속, 공용징수, 경매, 판결 등)가 존재하며, 이러한 법률규정에 의한 물권변동원인이 공부상 권리관계를 제한하거나 위태롭게 하게 된다. 셋째, 공·사법의 규제가 복잡하고 다양하여 사고위험이 높고 그 규제가 수시로 확대 또는 변경되어 법률관계를 면밀히 분석하지 않으면 안 되는 점이다. 넷째, 협작성 부동산사고와 조작성 내지 변조가 가능한 권리관계가 있을 여지가 많다는 점 등을 들 수 있다. 다섯째, 등기부와 토지대장의 이원화로 말미암아 부실등기가 발생할 소지가 많다는 점이다. 이는 지적공부를 위조 혹은 변조하여 등기를 하는 경우에 그러한 행위를 막을 방안이 없다는 점이다. 여섯째, 등기공무원의 실질적 심사권이 부재하는데도 그 원인이 있다. 등기공무원은 지적공부와 등기부간의 형식적인 내용만 일치하면 등기를 접수하여야 하며, 등기부와 실체적 관계를 확인할 방안이 없으므로 부실등기의 원인이 발생하여 부동산거래사고를 발생 시키게 된다는 점이다.

그러므로 부동산 거래사고를 사전에 방지하고 국민의 재산권을 보호할 필요성에 의하여 우리나라에서는 학계를 중심으로 부동산권리분석사제도의 도입을 적극적으로 논의하였다. 하지만 독립된 공인자격이 아닌 자격기본법에 의한 순수한 민간기관에 맡기게 되어 민간기관에서 최근 몇 년간 부동산권리분석사를 양성하고 있으나 업무범위와 권리·의무가 법문화되어 있지 않아 부동산권리분석사제도가 유명무실해질 위험이 매우 크다고 할 수 있다.

2. 不動産權利分析의 立法化

오늘날 부동산 거래사고가 다양화되고 거대화됨에 따라 이로 인한 피해는 개인적인 문제를 넘어 사회적·국가적인 문제로 대두되게 되었다. 이러한 부동산 거래사고에 대한 피해를 사전에 예방하기 위해서는 거래물건에 대한 권리와 실체관계가 부합되는지를 조사하여 그에 대한 하자를 사전에 발견하여 거래당사자를 보호할 수 있어야 하며,

원활한 부동산거래질서를 확립할 수 있는 부동산분석제도는 반드시 필수적이라고 할 수 있다. 그렇지만 부동산권리분석제도를 제도적으로 도입한다고 하더라도 어떠한 입법형식을 필요할 것인가, 또 어떻게 적용할 것인가, 그리고 업무적용범위를 어디까지로 한정하여야 할 것인가가 문제가 될 것이다.

(1) 立法의 形式

부동산권리분석제도를 도입함에 있어서 포괄입법을 취할 것인가 아니면 개별적 입법을 취할 것인가가 문제가 된다. 우선 포괄적 입법을 취하는 경우에는 공인중개사제도와 함께 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률을 개정하여 포괄적 입법으로 규정하는 방안⁵⁾과 부동산권리분석제도를 규정할 수 있는 개별적 입법으로 규정하는 방안⁶⁾이 있을 수 있다.

사건으로서는, 전자는 현재 우리나라 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률상 중개업자는 3종류의 중개업자가 존재하고 있을 뿐만 아니라 부동산 중개업무는 주로 중개의뢰인의 중개의뢰에 대하여 알선·중개하는 행위가 주류를 이루고 있으므로 포괄적 입법으로 규정하는 것은 현실에 있어서 실효성이 적다고 할 수 있다. 하지만 후자는 부동산권리분석사의 권리와 의무를 독립적으로 규정할 수 있을 뿐만 아니라 부동산권리분석의 업무범위와 관련된 제규정을 독립적으로 규정할 수 있으므로 독자적인 부동산권리분석이 요구되는 부동산권리분석제도는 개별적 입법으로 하는 것이 타당하다고 생각한다.

(2) 擔當機關의 法的 性格

부동산권리분석을 담당할 기관에 대하여 어떻게 구성하여야 하는가에 따라 담당기관의 법적 성격이 달라진다. 이에 관하여 공적기관으로 할 것인가와 공인기관으로 할 것인가에 따라서 장·단점이 생길 수 있다. 먼저, 공적기관으로 할 경우에는 부동산관련 공부를 국가 또는 지방자치단체가 관장하게 되어 부동산권리분석업무를 통일적으로 운영할 수 있는 장점이 있으나, 국가 혹은 지방자치단체는 부동산권리분석업무를 담당할 공무원에 대하여 권원조사 및 권원분석을 할 수 있는 공무원의 선발하여 교육 훈련 및 관리 등의 복합적인 문제점이 단점으로 지적될 수 있다. 다음으로 공인기관으로 할 경우에는 공인부동산권리분석제도를 도입하여 독립적인 입법을 통하여 국가 또

5) 가령 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률을 개정하여 가칭 '부동산 중개업무 및 부동산 권리분석업무에 관한 법률'로 하는 포괄적 입법을 취하는 방식으로 할 수 있을 것이다.

6) 가령 부동산권리분석사법을 취하는 방식으로 할 수 있을 것이다.

는 지방자치단체에서 관리와 감독을 할 수 있도록 함으로써 부동산거래사고를 미연에 방지하고 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권보호에 기여할 수 있는 장점이 있으나, 기존의 법무사법에 의한 법무사의 업무와 공인중개사의 업무 및 부동산 거래사고에 관한 법률에 의한 부동산중개업무 등과 상충되지 않고 국민적 합의를 이끌어 내어 새로운 법률을 제정하여 운영해야 하는 점이 단점으로 지적할 수 있다.

이에 대하여 미국에 있어서는 법적으로 자격요건을 갖추고 있는 공인기관에서 대형 부동산권리분석업무를 하고 있다. 그러므로 부동산권리분석업무는 권원조사를 위한 고도의 전문지식이 요구되는 부동산활동이므로 우리나라에서도 공인부동산권리분석제도를 도입하여 부동산거래로 인한 피해를 예방하고 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권보호에 크게 기여할 수 있도록 할 필요가 있다.

사건으로서는, 부동산거래활동에 있어서 권리분석을 의무화할 것인가 아니면 당사자의 임의에 맡길 것인가가 문제가 된다. 이는 부동산권리분석제도를 도입하는 취지에서 의무적으로 권리분석을 하도록 하는 것이 부동산권리분석사에게 권원보증을 할 수 있도록 하는 취지에서 뿐만 아니라 부동산거래질서를 확립하고 나아가 부동산거래에 따른 권리분석업무도 빠른 기간안에 정착할 수 있으므로 부동산권리분석사에게 소유권이전등기에 한하여 권리분석을 의무화하는 것도 바람직하다고 생각한다. 그러나 부동산권리분석에 있어서 의무화를 규정하는 것은 타당성은 있을지 몰라도 현실적으로 보아 여건의 변화가 없는 한 실효성이 낮다는 지적이 있음을 간과해서는 아니 된다.

(3) 資格要件

부동산 거래사고를 막을 수 있는 부동산권리분석사는 부동산중개업자의 부동산거래 활동에 대하여 부동산 권리분석 활동으로 부동산에 대한 권리관계를 조사하고 판단하는 사회적·공익적 업무수행으로써 보다 높은 자격요건과 신뢰성을 필요함으로 공신력 있는 자격면허제로 하는 것이 바람직 한다.

따라서 부동산권리분석사는 높은 전문지식을 겸비하여야 하며, 대외적으로 공신력을 갖추고 있어야 한다. 그러므로 국가 또는 지방자치단체에서 시행하는 시험에 합격하고 일정기간 연수교육을 이수한 자에 한하여 소정의 자격면허에 따른 개업허가를 받도록 하여야 할 필요성이 있다고 생각한다(김태훈, 2001, 397면).

3. 不動產權利保證(公證)制度의 導入

미국에 있어서 부동산권리분석사는 의뢰인이 요구한 권리관계를 분석·보고할 뿐이고, 그 결과에 대해서는 거의 책임을 지지 않기 때문에 의뢰인에게 서비스상의 불만을 초래할 수 있다. 그러나 부동산권리분석사에게 책임을 질 수 있도록 하기 위해서는 충분한 제도적인 보완과 권리분석의 능력을 갖춘다면 부동산권리분석에 대한 업무를 기업화도 가능하다고 할 수 있을 것이다(이원준, 2000, 726면). 따라서 우리나라에서 의뢰인으로부터 의뢰받은 목적·내용에 따라 대상 부동산의 권리관계를 분석하고 그 결과를 의뢰인에게 보고하는 서비스업을 제도화시키기 위해서는 부동산권리분석업을 전담할 수 있는 기관을 창설하여 의뢰인에게 권리분석결과를 보증하여 주는 권리보증 제도가 되어야만 안전하고 능률적인 거래활동이 이루어 질 수 있을 뿐만 아니라 부동산거래사고를 사전에 방지할 수 있는 방안이 될 것이다.

이행보증제도(Escrow)는 매도인과 매수인간의 계약체결시기와 실제로 거래가 종결되는 시기 사이에 발생할 수 있는 여러 가지 하자에 대하여 미연에 예방해 주는 것을 업으로 하는 제도이다(김상명, 2005, 322면). 다시 말하면 매도인과 매수인이 계약체결에서부터 계약종결시까지 안전하게 대금이나 문서를 보관뿐만 아니라 세금의 체납, 저당권의 설정 등에 있어서 안전하고 신속한 업무처리를 하고 거래당사자와 이해관계가 없는 제3자인 전문적인 에스크로우회사에 의하여 공평하게 이행보증을 하는 제도를 말한다. 그러므로 부동산거래에서 발생할 수 있는 사고를 미연에 방지하기 위해서는 거래당사자와 전혀 이해관계가 없는 제3자적 입장에 서있는 에스크로우회사에 의하여 이행을 보증할 수 있도록 함으로써 부동산거래사고를 방지할 수 있으며, 나아가 국민의 재산권 보호에 크게 기여할 것으로 생각된다.

부동산거래활동에 있어서 부동산중개업자는 중개의뢰인의 중개의뢰물건에 대하여 확인·설명 의무가 있으나 실제 거래계에서는 이러한 의무를 이행하지 않거나 위반하고 있는 사례가 많다. 그 이유는 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률상 중개대상물에 대한 매개·알선하는 중개업자는 3종류의 중개업자로 분류되어 있어 전문성이 결여되어 있기 때문이다. 그러므로 부동산 거래활동에 있어서 꾸준히 거래사고가 빈발하고 사고의 유형도 다양화·대형화되고 있는 것이 오늘날 부동산중개업계의 현실이다.

따라서 이러한 부동산 거래사고를 미연에 방지할 수 있는 방안에 대하여 여러 가지 대안이 있을 수 있으나 관련법령을 개정하여 공인중개사인 중개업자에게 부동산소유권이전시에 한하여 공증할 수 있는 제도적인 장치 마련이 필요함을 주장하였던 것이

사건이었으나(김상명, 1999, 223면), 앞서 검토한 바와 같이 부동산중개업자의 2원화로 인하여 고도의 전문지식의 결여와 사회적인 공신력의 결여로 인하여 부동산중개업자에게 인정하기에는 어려운 점이 있다고 할 수 있다.

사건으로서는, 부동산 거래사고를 사전에 예방할 수 있는 대안으로 부동산권리분석 제도를 개별입법을 통하여 제도화하고, 나아가 부동산 소유권이전등기에 한하여 부동산권리분석사에 의한 공증제도를 도입하는 방안을 새롭게 제시한다. 이러한 견해가 합리성을 갖추기 위해서는 사회적 합의는 물론 공증인법, 법무사법, 변호사법 등 제법령을 개정하거나 새로운 입법을 제정하여야 할 것이다.

4. 不動產權原保險制度의 導入

부동산권리분석사가 부동산거래에 있어서 의뢰물건에 대하여 권리를 분석하는데 있어 언제나 사전에 부동산권리에 대한 하자의 존재여부를 미리 조사하는 권리분석제도가 반드시 완전하고 정확하다고 할 수 없다. 특히 부동산권리분석사의 고의·과실이 없으나 권리에 하자가 있거나 제3자의 위조·변조로 인하여 의뢰인에 불측의 손해를 주게 되는 경우에 이에 대한 손해를 보상하여야 할 제도가 필요하게 된다.

우리나라와 같이 부동산등기에 공신력이 인정되지 않고 등기부와 지적공부가 이원화됨으로써 등기공무원의 실질적 심사가 어려운 현행 제도화에서는 부동산거래사고로 인하여 피해를 입은 자는 발생할 수 있다. 따라서 이러한 불측의 손해에 대하여 손실을 보전해줄 제도가 권원보험제도인 것이다.

이러한 권원보험은 보험계약자의 채무불이행으로 인한 피보험자의 손해를 보험금으로 전보하는 손해보험으로써 보증보험과 유사하지만 여러 점에서 차이가 있다. 권원보험은 자기를 위한 보험이고 보험사고의 발생이 사람의 행위일 것이 요구되지 않으며, 보험계약자는 피보험자인 양수인 또는 보험업자이다. 그러나 보험사고의 발생은 객관적으로 존재하는 권원의 하자로 인한 손해의 발생이라는 점에서 차이가 있다.

오늘날 우리나라에서 부동산거래사고로 인한 피해를 구제하기 위하여 권원보험제도가 필요하다. 그 이유를 들면 다음과 같다. 우선, 우리나라에서는 부동산등기에 공신력을 인정하지 않고, 등기공무원에게 실질적 심사권을 인정하지 않으며, 등기부와 지적공부의 이원화 등으로 인하여 부동산거래사고의 발생원이 되고 있다. 그러므로 부동산거래사고를 사전에 예방하기 위하여 부동산권리분석제도를 입법화할 필요성이 있으나, 완전한 부동산권리분석이 되지 않아 의뢰인에게 손해가 발생하는 경우에 사후적인 구제를 받을 수 있는 권원보험제도가 필요하다고 할 것이다.

다음으로 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률상 공인중개사의 책임과 어떠한 관계에 놓여있는지에 대하여 견해가 있을 수 있다. 이에 대하여 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제30조는 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래 당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정함으로써 부동산 거래활동에 있어서 중개의뢰인에게 손실을 발생시키는 경우에는 중개업자는 책임을 면할 수 없다.

그러므로 이러한 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률이 있으므로 부동산권리분석사제도를 도입함에 있어서 권원보험제도를 도입할 필요성이 있는지에 대하여 의문을 가질 수 있다. 그러나 부동산중개업자에게는 과실책임을 인정하고 있으나 어디까지나 부동산중개업자는 2차적 수준의 권원조사를 하게 됨으로 중개업자가 과실이 없거나 3차적 권원조사에서 발생한 거래사고에 대하여는 책임을 물을 수 없게 되는 문제점이 있다. 따라서 부동산거래사고를 사전에 예방하는 것이 바람직하겠지만 그렇지 못한 경우에는 거래 당사자를 사후적으로 충분히 보호할 수 있도록 할 필요가 있으므로 부동산권리분석사제도를 도입함에 있어서 권원보험제도를 함께 도입할 필요가 있다고 생각한다.

V. 結 論

부동산 거래에 있어서 발생하는 부동산 거래사고는 다양화·대형화되고 있는 것이 오늘날 우리의 현실이다. 이러한 부동산 거래사고는 규모나 수범에 있어서도 교묘하게 발전하고 있어 부동산 거래사고로 인하여 발생한 손해는 개인의 재산상 손해만이 아니라 정신적 손해를 넘어 사회적 문제로 발전하게 되었다. 또한 부동산 거래사고는 일단 발생하게 되면 손해액이 과다하거나 원상회복이 불가능하게 되는 문제점이 있다. 그러므로 국가가 이를 방지할 수 있는 입법적·정책적 방안을 모색할 필요성이 대두되게 되었다.

그러나 우리나라 현행 법률로써는 부동산 거래사고가 발생하는 경우에 사후적인 형사처벌로 규율하고 있을 뿐 사전에 예방할 수 있는 방안이 없다는 점이 문제인 것이다. 그러므로 부동산 거래에 있어서 거래사고를 미연에 방지할 수 있는 입법적·정책적 방안을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 우리나라에서도 사회적 여건의 변화, 진정한 권리자의 손실을 보전할 수 있는 권원보험제도의 도입, 부동산등기에 등기공무원의 실질적 심사권을 부여, 부동산등기제

도의 보완이 전제가 되고 국민적 합의를 얻어 부동산등기에 공신력을 부여하여 부동산 거래사고를 사전에 방지할 수 있도록 하여야 할 것이다.

둘째, 우리나라에서도 등기부와 지적공부를 일원화 하여 전산화에 따른 통일적으로 관리하고 감독하여야 하며, 부동산권리분석사를 공인화하여 현실적으로 적절한 입법을 통하여 매도증서에 대한 공증제도를 도입하여 부동산 거래사고를 미연에 방지할 수 있도록 하여야 할 것이다.

셋째, 부동산권리분석사제도를 도입함에 있어서 개별적 입법형식으로 하는 것이 바람직하며, 부동산권리분석업무를 의무화하는 것이 부동산 거래사고를 방지할 수 있는 최고의 대안이 될 수는 있으나 이는 타당성은 있으나 실효성이 낮은 점에 주의할 필요가 있다.

앞에서 검토한 바와 같이 부동산권리분석제도를 공인화 하기에는 많은 어려움이 따를 것으로 보인다. 무엇보다도 부동산권리분석사에게 공증제도를 도입하기 위해서는, 공인증개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률상 부동산중개업자와의 업무범위 및 권리·의무규정의 관계 설정, 변호사법과 법무사법에 의한 변호사 또는 법무사의 업무범위와 권리·의무 관계 설정이 선행되어야 할 것이기 때문이다.

Abstract

A Study on the Title Examine System of Real Estate's Transaction

Kim Sang-Myeong

There is a problem in that it is impossible to recover the original state or that the damage is excessive. Therefore, the outcry for the necessity of seeking out a legislative and policy measure which will prevent this happening on a national level has been raised.

Therefore, the following legislative and policy measures which might prevent such incidents before its actual occurrence in the real estate transactions are suggested.

First, a claiming ground insurance system which will preserve the true rightful person's loss as well as the changes in the social conditions should be introduced in Korea as well. The public servant working at the real estate registration office should be endowed with a substantial power of inspection so that there is further support in the real estate registration system. Further efforts should be made to prevent any real estate transaction incidents beforehand by endowing the power of public confidence under the agreement of the people to the real estate registration.

Second, the registration department and the account department should be unified so that it may be supervised and inspected uniformly. The real estate rights analysis system should be officialized so that real estate transaction incidents may be prevented beforehand by introducing a real estate transaction execution guarantee system regarding the bill of sales through an appropriate legislation that is realistic.

Third, in introducing the real estate rights analyst system, it is advisable to carry it out as an individual legislative form and it is reasonable to assume that it is the best possible alternative which will prevent real estate transaction incidents but it should be noted that it is low in effectiveness.

As mentioned earlier, many obstacles are foreseen in order to make the real estate rights analysis system into an official system. Most importantly, in order to introduce the notarization system to the real estate rights analyst, there is a need to first establish the relationship with the middlemen about the boundaries of business dealings as well as the rights and duties according to the real estate brokerage law.

and with the judicial scrivener about the boundaries of business dealings as well as the rights and duties according to the laws of judicial law.

Key Word : real estate transaction, real estate transaction incident, real estate rights analysis, real estate rights execution guarantee.

참고문헌

- 곽윤직, 2002. 「물권법」, 박영사.
 -----, 1998. 「부동산등기법」, 박영사.
 김태훈, 2000. 「부동산권리분석론」, 법문사.
 -----, 2001. 「부동산학사전」, 부연사.
 김상명, 2005. 「부동산학개론」, 법문사.
 김상용, 2003. 「물권법」, 법문사.
 김영진, 2000. 「부동산학총론」, 법문사.
 서동기, 2002. 「부동산학개론」, 부연사.
 이원준, 2002. 「부동산원론」, 박영사.
 이영준, 1993. 「물권법」, 박영사.
 이왕무 외, 2004. 「부동산용어사전」, 법문사.
 이창석, 2004. 「부동산학개론」, 형설출판사
 최돈호, 2001. 「부동산등기법 강의」, 법률출판사.
 김광식, 1985. 10., “우리 부동산등기제도의 문제점(상)”, 「사법행정」.
 김상명, 2005. “부동산권리분석사제도의 입법화 방안”, 「한국부동산권리분석학회보」 창간호, 한국부동산권리분석학회.
 김상명, 1999. “부동산등기제도의 문제와 개선방향에 관한 연구-특별법상 등기의무화 제도와 관련하여-”, 「법과 정책」 제5호, 제주대학교 법과 정책연구소.
 김상명·김상찬, 2005. “부동산거래사고의 방지방안에 관한 연구”, 「법학연구」 제18집, 한국법학회.
 김상용, 1989. 12. “관인계약서 사용에 의한 부동산물권변동이론의 수정”, 「고시계」.
 김상영, 1995. “등기원인증서의 공증강제”, 제13호, 「부산지방변호사」.

- 김정수, 1988, “현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방안”, 「등기에 관한 제문제(상)」 재판자료 제43집, 법원행정처.
- 김태훈, 2005, “부동산활동과 부동산권리분석활동원칙에 관한 연구”, 「한국부동산권리분석학회보」 창간호, 한국부동산권리분석학회.
- 곽윤직, 1986, “등기원인증서의 공증”, 「서울법학」 제27권 제2-3호, 서울대출판부.
- 안병영, 2005, “부동산권리보험제도의 정착을 위한 방안에 관한 연구”, 「한국부동산권리분석학회보」 창간호, 한국부동산권리분석학회.
- 윤기택, 1992, “등기의 공신력의 우리 민법상 도입과 공증제도의 문제에 대하여”, 「법학논총」 청주대학교법학연구소.
- 정권섭, 1978, “대장과 등기부의 일원화”, 한국민사법학회 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」, 서울대학교출판부.
- 정옥태, 1989. 6, “검인계약서의 제문제점”, 「사법행정」.
- 조문현, 2005, “부동산권리분석의 지도원리에 관한 연구”, 「한국부동산권리분석학회보」 창간호, 한국부동산권리분석학회.
- 한국소비자보호원, 2003. 12, “부동산거래 관련 피해실태조사-광고권유 및 토지분양 관련 피해를 중심으로-”, 「조사보고서」, 한국소비자보호원 생활경제국 상품거래팀.
- 한혜근, 2005, “부동산권리분석제도의 필요성에 관한 연구”, 「한국부동산권리분석학회보」 창간호, 한국부동산권리분석학회.
- 村田陰雄編, 1973, 「不動産用語事典」, 住宅新報社.
- Jerame S. Gross, 1969, Illustrated Encyclopedia Dictionary of Real Estate Terms, Prentice-Hall, Inc, Ehglewood Cliffs, N.
- Maurice A.Unger, 1959, Real Estate, South-Western Publishing co., Ohio.