

# 부동산실거래가 등기제도의 보완과제

韓三寅·康龍岩

(제주대학교 법학부 교수·제주대학교 대학원 법학과)

## <국문요약>

부동산등기부에 실제 거래가액을 기재토록 하는 것은 등기를 통하여 부동산의 거래가액을 일반에게 널리 알림으로써 부동산가액에 대한 보다 정확한 정보를 일반인들에게 제공하고 부동산의 투기수요를 근절하는 등 부동산거래질서를 바로잡아 나가자는 데에 주목적을 두고 있는 것이라 하겠다.

그러나 등기된 사항을 전적으로 믿어도 좋을 만큼 공신력이 인정되지 않고 있는 현실적 바탕에서 등기부에 기재된 부동산 거래가액은 오히려 부동산거래질서를 어지럽히고 부작용만을 초래할 가능성이 높다. 그러므로 부동산등기부에 부동산의 거래가액을 기재하도록 한 제도적 목적을 살리려면 그 거래가액이 실제의 거래가액임을 신뢰할 수 있도록 등기의 공신력을 갖추지 않으면 안된다.

부동산거래가액에 관한 등기의 공신력을 확보하기 위해서는 등기원인증서 즉 부동산 거래계약에 관한 증서가 진정성을 보유하고 있어야 한다.

등기원인증서의 진정성을 확보하기 위해서는 무엇보다도 등기원인증서가 진실하다는 것을 공적으로 증명할 공증제도가 필요하다.

공증은 부동산 거래 내용의 진실성을 담보할 수 있어야 한다는 점에서, 단순히 물권적 합의를 하였는지를 확인하는 것만으로는 부족하므로 채권계약의 공증이 필요하다. 그러므로 공증의 범위와 관련해서는 모든 물권변동의 원인행위에 공증을 요구함이 바람직하다.

그리고 등기원인증서에 대한 공증업무의 담당은 공증제도의 도입취지와 공증업무의 특성에 비추어 부동산 거래 일선에서 직접적으로 거래에 관여하고 있는 공인중개사 중에서 일정한 법률적 소양 등을 겸

정, 선발된 자가 담당하는 것이 바람직하다.

다만 등기원인증서의 공증제도를 도입함에 있어서는 먼저 그 도입의 전제로서 실제 계약이 존재하는지 여부, 당사자 행위 능력의 유무, 처분권 유무, 계약서의 기재와 등기부의 기재가 일치하는지 여부 등 등기공무원의 실질적 심사제도도 함께 채택되어야 할 것이다.

또한 공증제도의 실효성을 확보하기 위해서는 공증인에 대한 국가의 철저한 감독이 가능하도록 하는 입법조치가 요망된다.

아울러 부실 공증시 이에 대하여 손해배상책임을 지게 되는 공증인과 손해를 입은 당사자의 보호를 위한 공증 보험 등의 제도적 보완도 필요하다.

주제어 : 부동산등기부, 부동산 거래가액, 등기원인증서, 진정성, 공증제도, 등기의 공신력, 실질적 심사제도

## 1. 問題의 提起

개정된 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률에서는 거래당사자가 일정한 부동산 또는 부동산을 취득할 수 있는 권리에 관한 매매계약을 체결한 때에는 부동산 등의 실제 거래가액을 원칙적으로 거래계약의 체결일부터 60일 이내에 매매 대상 부동산 소재지의 관할 시장·군수 또는 구청장에게 공동으로 신고하도록 하고(동법 제27조 제1항) 매매계약에 기하여 소유권이전등기를 신청하는 경우 등기원인증서인 매매계약서의 첨부와 함께 관할 시장·군수 또는 구청장에게 신고한 신고필증의 첨부 및 실제 거래가액을 등기신청서에도 기재하도록 함으로써 부동산 거래가액의 등기가 강제적으로 이루어지도록 하였다(동법 제41조 제1항).

이와 같이 부동산의 실제거래가액을 부동산 등기부에까지 기재토록 하는 것은 등기부의 공신력을 통하여 부동산가액에 대한 보다 정확한 정보를 일반인들에게 제공함으로써 부동산거래질서를 바로 잡고 나아가 부동

산의 투기수요를 근절하자는 데에 주목적을 두고 있는 것으로 이해된다.

그러나 이와 같은 제도적 취지와는 달리 등기부에 기재된 부동산의 거래가액이 실제 거래가액이 아닌 경우 즉, 부동산등기부에 기재된 거래가액이 실제 거래액보다 훨씬 부풀려진 가액의 경우에는 그 폐해의 심각성이 우려할 만하다. 예컨대 8년 이상 자경 농지를 매매하는 경우 투기적 목적을 가진 매수자는 매도자가 양도소득세 비과세대상임을 악용하여 부동산의 취득가액을 최대한 높여 신고하려 할 것이다. 왜냐하면 매수자가 향후 전매를 하게 될 경우 비록 취득·등록세의 부담이 있더라도 양도차익의 축소에 따른 양도소득세액의 탈루액이 훨씬 클 수 있기 때문이다. 이러한 거래현상은 양도소득세의 부담이 없는 매도자의 매도욕구와 투기적 이익을 노리는 매수자의 욕심에 의하여 쉽게 이루어지는 것으로 파악되고 있다.

또한 실제 보다 크게 부풀려 기재된 등기부상의 거래가액을 신뢰하여 그 가액을 기준으로 부동산담보대출을 해 준 금융기관은 부실대출로 인한 손해를 피할 수 없을 것이며 이러한 결과는 금융위기 등 심각한 경제적·사회적 문제를 불러일으킬 수 있다.

부동산등기부에 왜곡된 거래가액이 기재됨으로써 해악이 더욱 커질 수 있는 까닭은 부동산 등기가 가지고 있는 공시력과 권리변동적 효력, 순위확정적 효력, 점유적 효력, 실체적 권리관계가 존재하는 것으로 추측케 하는 추정적 효력 등이 인정되기 때문이다.<sup>1)</sup>

물론 우리 법제상 등기의 공시력은 부인되고 있다. 그러나 부동산거래가액이 부동산등기부에 기재될 경우 대다수의 사람들은 등기가 가지고 있는 그러한 효력 때문에 등기부의 내용을 진실한 것으로 믿고 거래에 임하게 되는 것이 현실이다.

등기의 공시력이 없다고 하더라도 공시된 등기의 내용을 신뢰하고자 하는 일반인들의 의식은 당연하고 자연스럽다. 부동산등기부에 굳이 거래가

1) 박윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998. 441면.

액을 기재하게 된 동기도 등기에 대한 믿음을 전제한 것이라 할 수 있다.

따라서 부동산등기부에 기재되는 거래가액은 진실한 실제거래가액이어야 하며 그 거래가액은 공신력을 가져야만 한다. 그럴 때라야만 부동산등기부에 부동산거래가액을 기재토록 한 제도적 목적을 이룰 수 있을 것이다.

그렇다면 등기된 부동산 거래가액의 공신력은 어떻게 확보해야 할 것인가? 이 문제는 결국 거래가액이 기재된 등기원인증서(매매계약서)의 진정성을 어떠한 방법에 의해 증명할 수 있는가로 귀착된다고 하겠다.

## II. 登記原因證書의 公證制度

### 1. 登記原因證書의 意義

등기원인증서란 등기원인을 증명하는 서면으로서 등기를 요하는 법률 행위 또는 기타의 법률사실의 성립을 증명하고자 하는 목적으로 작성된다. 따라서 매매에 의한 소유권이전등기의 신청에 있어서는 그 매매계약서가 등기원인을 증명하는 서면이 된다. 이러한 등기원인증서는 등기신청시 원칙적으로 제출을 하여야 한다(부동산등기법 제40조 제1항). 등기신청시 등기원인증서를 제출케 하는 이유는 일반적으로, 등기공무원으로 하여금 등기원인이 사실상 존재하고 있는지의 여부를 알게 하고 나아가 등기원인 없는 부실내지 허위 등기의 신청을 예방하고자 하는 목적 때문이라고 한다. 이에 대하여 등기신청시 등기원인증서를 제출케 하는 이유는 등기필증을 작성하기 위한 것이라는 견해가 있다.<sup>2)</sup> 아무튼 등기신청시 등기원인증서를 요구하는 것은 등기의 진정성 확보라는 차원에서 등기원인증서가 매우 중요하게 다루어지고 있음을 나타내고 있다.

2) 박윤직, 전계서, 198면.

부동산등기법은 등기원인이라는 용어를 사용하고 있으나(동법 제40조 제1항 제2호 등), 등기원인이 무엇을 가리키느냐에 관한 정의규정은 두고 있지 않다. 등기원인은 등기를 정당화하는 법률상의 원인으로서, 그것이 부존재하거나 하자가 있으면 등기는 원인무효의 등기가 된다. 대체로 등기원인은 실체법상 등기원인과 절차법상 등기원인으로 구별하여 파악할 수 있다.

#### (나) 實體法上 登記原因

실체법상 등기원인은 물권변동의 원인인 법률행위 또는 법률사실을 말한다. 이와 같이 실체법상 등기원인은 물권변동의 실질적 요건인 점에서, 그것이 존재하지 않거나 존재하더라도 등기와 부합하지 않으면 물권변동의 효력이 발생하지 않는다.

실체법상 등기원인은 법률행위로 인한 부동산 물권변동에 있어서의 등기원인과 법률의 규정에 의한 부동산 물권변동에 있어서의 등기원인으로 구분할 수 있으나, 등기원인의 공증과 관련해서는 전자의 등기원인이 문제된다.

판례는 법률행위로 인한 부동산 물권변동에 있어서의 실체법상 등기원인을 채권행위로 보고 있다.<sup>3)</sup> 하지만, 물권적 합의의 존부가 문제되는 경우에는 물권적 합의를 포함하는 채권행위를 등기원인으로 이해하고 있다.<sup>4)</sup>

학설은 실체법상 등기원인의 이해를 물권행위의 독자성 및 무인성 이론과 관련시키고 있다. 대체로 물권행위의 독자성의 부인 및 물권행위의 유인성론자는 등기원인을 원인행위인 채권행위라고 이해하고<sup>5)</sup>, 물권행위의 독자성을 긍정하고 그 무인성을 인정하는 물권행위 무인성론자는 물권행위를 등기원인으로 이해한다.<sup>6)</sup>

3) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다50999 판결.

4) 대법원 1966. 5. 31. 선고 66다531 판결.

5) 박윤직, "등기원인증서의 공증", 「후암민법논집」, 박영사, 1991, 351면 이하.

아무튼 법률행위로 인한 부동산 물권변동에 있어서의 실제법상 등기원인은 민법 제186조에 정한 '법률행위'라고 하겠다. 따라서 동조 '법률행위'의 의미를 파악함으로써 법률행위로 인한 부동산 물권변동의 경우의 실제법상 등기원인을 확정할 수 있을 것이다.

요컨대 민법 제186조의 '법률행위'의 의미는 물권적 의사표시를 포함하는 채권행위로 해석할 것이다.<sup>6)</sup> 그러므로 법률행위로 인한 부동산 물권변동에 있어서의 실제법상의 등기원인은, 물권적 의사표시를 포함하는 채권행위로 보아야 할 것이다. 따라서 물권적 합의가 이루어지지 않은 상태에서는 채권행위가 유효하게 존재하더라도 아직 등기원인을 갖추지 못한 결과 등기청구권을 행사할 수는 없다고 하겠다.

#### (다) 節次法上 登記原因

절차법상 등기원인은 등기시에 등기공무원이 의거해야 할 근거로서 등기부 사항관의 기재사항이다(부동산등기법 제57조 제2항). 그래서 부동산등기법은 등기신청서에 등기원인과 그 년월일을 기재하도록 하고(등법 제41조 제1항 제2호), 등기원인을 증명하는 서면을 첨부하도록 하고 있다(등법 제40조 제1항 제2호). 또 등기원인에 대하여 제3자의 허가, 동의 또는 승낙을 요할 때에는 이를 증명하는 서면을 첨부하도록 하고 있다(등법 제40조 제1항 제4호). 그리고 등기원인을 증명하는 서면이 처음부터 없거나 또는 이를 제출할 수 없는 경우에는 신청서의 부분을 제출하여 등기원인 증명서면에 같음하도록 하고 있다(등법 제45조). 물론 등기원인에 대한 공증제도를 도입하게 되면 당연히 공증된 서면에 기재된 물권변동의 원인이 절차법상 등기원인으로 될 것이다.

다만 절차법상 등기원인이 실제법상 등기원인과 다르다고 하여 곧바로 그 등기가 무효라고 할 것은 아니다. 가령, 증여로 인한 소유권 이전

6) 정옥태, "등기원인 및 그 공증에 관한 일고찰", 『민사법학』 제4·5호(한국민사법학회, 1985. 2), 28면 이하.

7) 홍성재, 『물권법』, 대영문화사, 2006, 211면.

등기를 함에 있어서 등기원인을 매개로 하였더라도 그 등기가 실제적 권리관계에 부합하는 이상 무효의 등기라 할 수 없다.<sup>8)</sup>

등기원인증서와 관련하여 부동산등기특별조치법에는 몇 가지 특례조항이 규정되어 있다. 즉 계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청할 때에는 일정한 사항(당사자·목적부동산·계약연월일·대금·대금 지급일·자등 지급에 관한 사항 또는 평가액 및 그 차액의 정산에 관한 사항·부동산중개업자가 있을 때에는 부동산중개업자·계약의 조건이나 기한이 있을 때에는 그 조건 또는 기한)이 기재된 계약서에 검인신청인을 표시하여 부동산의 소재지를 관할하는 시장·군수(이하 “시장 등”이라 한다) 또는 그 권한의 위임을 받은 자의 검인을 받아 관할등기소에 이를 제출하여야 하도록 규정하고 있다(동법 제3조 제1항). 그리고 제1항의 경우에 등기원인을 증명하는 서면이 집행력 있는 판결서 또는 판결과 같은 효력을 갖는 판결서 등의 조서인 때에는 그 조서에 제1항의 검인을 받아 제출하여야 하도록 하고 있다(동법 제3조 제2항).

또한 시장 등 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 제1항, 제2항 등의 규정에 의한 검인을 한 때에는 그 계약서 또는 판결서 등의 사본 2통을 작성하여 1통은 보관하고 1통은 부동산의 소재지를 관할하는 세무서장에게 송부하여야 하도록 함으로서 과세의 편의와 세금의 탈루방지를 꾀하고 있다.

그리고 동법 제4조에서는 중간생략등기를 방지하기 위한 목적으로, 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 제2조 제1항 각호의 계약을 체결한 자는 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 먼저 체결된 계약의 계약서에 제3조의 규정에 의한 검인을 받아야 하도록 규정해 놓고 만약 이를 어기면 1년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제9조).

8) 대법원 1955. 1. 24. 선고 4287민상200 판결.

## 2. 登記原因證書 公證制度 導入의 期待效果

등기원인증서의 공증제도 도입은 무엇보다도 부실등기를 방지하여 부동산 거래의 안전을 도모하는 데 있다고 할 수 있다. 또한 부동산 투기를 방지하고 거래 당사자의 분쟁을 사전에 예방할 수 있다는 점도 그 중요한 이유 중의 하나라고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

### (1) 不實登記의 防止效果

#### 1) 부실등기의 의의

유효한 등기가 되기 위해서는 그 등기가 부동산등기법 등이 정하는 절차의 준수 등 형식적 유효요건을 갖추어야 할 뿐만 아니라 적법한 등기원인의 존재와 등기가 그 등기원인에 부합하여야 한다는 실질적 유효요건을 갖추어야 한다. 그러므로 형식적 유효요건과 실질적 유효요건을 갖추지 못한 등기는 그 유효성을 인정할 수 없는 부실등기가 된다. 예컨대 부동산등기법 등 법령상 등기할 사항이 아님에도 불구하고 등기가 된 경우라든지 등기능력이 없는 자의 명의로 등기가 이루어진 경우는 유효요건을 갖추지 못한 부실등기로서 등기의 효력이 부인된다. 그리고 등기대상이 되는 물건도 민법 제99조 등 법령에서 정한 부동산이어야 하며 등기되는 권리 역시 등기에 적합한 것이어야 한다. 그러므로 사실상 지배를 요건으로 하는 점유권, 유치권 등과 동산에만 허용되는 질권은 성질상 등기의 대상이 아닌 것이며 이러한 권리 등이 등기되어 있다면 그 등기는 부실등기로서 효력이 없다.

또한 부실등기라 함은 등기부상의 물권변동의 기재가 실체관계와 상이하여 원인무효인 등기를 의미한다.<sup>10)</sup> 그러므로 등기는 이루어졌지만 그

9) 임용모, "등기원인에 대한 공증제도의 도입방안", 『사법연구자료』 제23집(1996. 12), 13면 이하.

10) 김상용, "부실등기의 원인과 해소방안", 『사법행정 특집Ⅱ』, 1990.6, 51면 ; 김학균, "부실등기에 관한 소고", 『사법논집』 제23, 1992. 12, 378면.

등기가 공시하고 있는 내용대로 실체관계가 존재하고 있지 않거나 또는 일치하지 않는 경우를 말한다. 즉 부동산물권의 권리의외관으로써 등기는 등기가 공시하고 있는 내용대로 존재하는 것으로 추정되나 권리의 실체관계와 그것의 외관인 등기가 일치하지 않을 때를 부실등기라 한다.<sup>11)</sup>

## 2) 부실등기의 유형

부실등기와 관련된 한 유형으로써 절차상의 하자에 의해 하나의 부동산에 대하여 양립할 수 없는 두개 이상의 등기가 실행되는 경우가 있다. 이중등기와 관련하여 판례는 동일부동산에 관하여 동일인 명의로 중복하여 보존등기가 이루어진 경우에는 선등기 우선의 원칙으로 일관하고 있다. 시간적으로 뒤에 이루어진 등기는 부실등기로 무효가 된다는 것이다<sup>12)</sup>이에 대하여 등기명의인을 달리하여 이중등기가 되어 있는 경우에는 대법원 판례가 변경된 모습을 보이고 있다. 즉 초기에는 이중등기의 효력을 다투는 경우 법원은 그 실체관계에 들어가서 어느 것이 진실한 소유권에 기하여 이루어진 것인가를 확정함으로써 그 유무효를 결정하는 것이 옳다고 하였다<sup>13)</sup>이후 법원은 먼저 이루어진 소유권 보존등기가 원인무효가 되지 않는 한, 뒤에 이루어진 소유권 보존등기는 그것이 실체관계에 부합하더라도 이중등기로서 무효라고 판시하였다.<sup>14)</sup>

그리고 법률행위로 인한 부동산 물권변동의 경우에 등기가 유효하기 위해서는 첫째, 등기는 그 원인인 법률행위와 부합하여야 한다. 다만 허위 등기원인의 기재에 의하여 행하여진 등기의 효력이 문제되나, 판례는 그 유효성을 인정하고 있다<sup>15)</sup> 둘째, 등기가 법률행위에 부합한다고 하더라도 법률행위에 하자가 없어야 한다. 따라서 법률행위가 부존재

11) 김상용, 상계논문, 52면.

12) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다36397 판결.

13) 대법원 1978. 12. 25. 선고 77다2427 전원합의체판결.

14) 대법원 1990. 11. 27. 선고 87다카2961 전원합의체판결.

15) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다791 판결.

또는 무효이거나 취소 내지 해제된 경우에는 법률행위가 실효되어, 이를 원인으로 행하여진 등기는 원인무효의 등기가 된다.

한편 법률의 규정에 의한 부동산 물권변동에 있어서도 부실등기가 발생할 수 있다. 가령, 피상속인이 사망하지 않았는데 상속을 원인으로 등기가 이루어졌다면 그 등기는 원인무효의 등기가 된다. 그리고 공용징수를 원인으로 한 등기는 후에 재결 등의 처분이 취소되면 그 등기는 원인무효의 등기가 된다. 또한 사자를 당사자로 한 판결은 기판력과 형성력이 생기지 않는 바, 이에 기한 등기는 원인무효의 등기가 된다. 나아가 피담보채권이 소멸하면 저당권 설정등기는 무효로 된다.

물론 법률의 규정에 의하여 등기부 외에서 물권변동이 일어나면 당연히 실체관계에 부합하지 않는 부실등기가 발생하게 된다. 하지만, 이 경우의 부실등기는 부동산 물권변동 제도 자체로 인하여 발생하는 부실등기이기 때문에 이러한 제도를 개선하지 않는 한 이를 사전에 예방할 수 있는 방안은 생각할 수 없다. 즉, 물권변동이 등기부 외에서 일어남에 따라 발생하는 부실등기는 등기원인의 공증을 통해서 억제할 수는 없고, 이는 별도의 등기정정 강제제도를 도입하여 그 부실등기를 해소하여야 할 것이다. 가령, 독일 토지등기법은 토지소유권변동의 경우에 등기공무원에게 신소유자로 하여금 소유권이전등기절차를 진행할 것을 강제하는 권한을 부여하여 등기 상태를 실체관계에 부합하도록 하고 있다(독일 토지등기법 제82조, 제82조a).

대부분의 부실등기는 등기의 형식적 내지 실질적 유효요건을 갖추지 못함으로써 발생하지만, 다른 이유로도 흔히 발생할 수 있다. 즉 당사자의 신청착오, 등기관원의 기입착오 등에 의하여 발생하는 경우도 있다. 또한 허위의 등기원인증서를 기초로 하여 등기가 경료 되거나 또는 위조된 등기의무자의 인감증명서·주민등록표등본·등기필증 등에 의하여 등기가 이루어진 경우에도 부실등기가 발생할 수 있다. 뿐만 아니라 토지대장 등의 지적공부와 등기부가 서로 불일치됨으로 인하여 발생할 수도 있다. 지적공부상의 현황은 등기부의 표제부상의 기재내용과 일치하

여야 함에도 때때로 양자가 일치하지 않는 경우가 발생한다.

### 3) 부실등기의 방지책

부동산 등기제도의 이상은 실제적 물권변동을 정확신속하게 공시함으로써 부동산 거래의 안전에 이바지하려는 데에 있다고 할 수 있다. 그런데 부동산 거래의 신속과 정확이라는 이상은 서로 양립하지 못하는 수가 많으며, 따라서 양자 간의 조화를 기하기 어렵다. 여기에서 등기신청의 적법 여부를 심사하는 등기공무원의 심사권이 문제된다. 즉, 등기공무원의 등기원인에 대한 심사의 범위를 등기절차상의 적법성 여부에 한정하는 형식적 심사주의와 그 밖에 등기원인의 존부와 효력까지도 심사케 하는 실질적 심사주의가 대립하고 있다.

형식적 심사주의는 등기부의 진정성 보장에 미흡하고, 실질적 심사주의는 등기절차의 지연으로 국민의 재산권 행사에 지장을 초래한다는 점에서 다 같이 일장 일단이 있다.<sup>16)</sup> 물론 독일처럼 실질적 심사주의를 채택하더라도 물권행위의 무인성을 인정하여 그 심사의 범위를 물권행위에 한정하게 되면 등기의 진정성을 확보하면서 등기의 지연을 방지할 수는 있다. 즉, Savigny의 무인적 물권계약이론은 프로이센 토지소유권 취득법에서 Auflassung제도와 결합되어, 당시의 부동산 신용의 장애가 되어왔던 실질적 심사주의 폐단을 제거한다는 역할을 갖고 입법에 반영되었다 또한 이는 독일 민법에서 Pandekten체제와 결합하여 입법적 확립을 보게 되었다<sup>17)</sup>

형식적심사주의와 실질적심사주의의 결점을 보완, 합리적인 심사를 하기 위하여 가장 효과적인 것이 등기원인의 공증제도라고 할 수 있다. 즉, 등기원인의 진정성과 유효성이 공증을 통하여 담보됨으로써, 등기공무원은 공증의 적법 여부만 심사하면 진정성이 확보된 등기부 유지와 신속한 등기라는 부동산등기제도의 이상을 모두 실현할 수 있을 것이기 때문이다.

16) 광윤지, "등기원인증서의 공증", 『법학』 제27권 제2·3호(서울대, 1986), 341면.

17) 홍성재, 전계서, 204면 이하.

결국 등기원인의 공증제도 도입은 형식적 심사주의의 장점과 실질적 심사주의의 장점을 모두 살려 부실등기를 방지할 수 있는 가장 효과적인 제도라고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

### (2) 不動産 投機의 抑制效果

등기원인증서의 허위기재는 특히 부동산실거래가액을 등기부에 기재토록 한 최근 들어 부동산투기의 수단으로 각광을 받고 있다. 등기가 가지고 있는 공시력을 십분 활용할 수 있기 때문임은 앞에서 밝힌 바와 같다. 등기원증서의 허위기재를 규제하기 위하여 부동산 등기특별조치법과 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률 등을 제정하여 시행해 오고 있다. 그러나 현행법령의 내용만으로는 등기원인증서의 허위기재를 효과적으로 차단할 수 없다. 즉 현행 부동산 등기제도의 개선 없이 형식적인 검인계약서나 공법적 규제만으로 부동산 투자를 방지하려고 하는 것은 또 다른 탈법행위를 조장하고, 자칫 국가공권력의 남용이라는 문제를 야기할 우려가 있다.

그러므로 효과적으로 부동산 투자를 차단하기 위해서는 부동산 거래계약단계에서 부터 관련전문가가 참여하는 등기원인의 공증제도를 도입하여 부동산 거래의 투명성을 확보할 필요가 있다.

### (3) 民事紛爭의 豫防效果

등기원인의 공증제도 도입은 부동산 거래의 계약체결시부터 법률전문가인 공증인의 참여를 보장하여, 조언을 받을 기회를 제공하고 경솔한 계약체결을 방지함으로써 부동산 거래의 진실성 및 유효성을 담보하고<sup>19)</sup>, 따라서 부동산 거래의 안전 및 분쟁의 사전 예방을 기대할 수 있게 된다.<sup>20)</sup>

18) 홍성재, "등기원인증서의 공증제도 도입", 『법과 정책연구』, 제6집 제1호(2006.6), 191면.

19) 김상영, "등기원인증서의 공증강제", 『부산지방변호사회지』, 제13호(1995. 12), 76-77면.

### 3. 登記原因證書 公證制度의 具體的 內容

등기원인의 공증제도를 도입함에 있어 우선적으로 고려되어야 할 것은 공증의 대상과 그 범위 및 관할에 관한 사항이라고 할 수 있다. 먼저 공증의 대상은 물권행위론의 입장에 따라 다르게 정해진다.

또한 소유권이전을 위한 거래의 경우에만 공증을 요구할 것인지 아니면 모든 물권변동의 경우에 공증을 요구할 것인지에 관한 공증의 범위도 문제된다. 공증의 범위에 관한 사항은 부실등기의 방지 등 공증제도의 도입 목적은 물론 거래 당사자에게 가해지는 비용 내지 절차상의 부담 문제와도 관련된다.

#### (1) 公證의 對象

공증의 대상을 무엇으로 할 것인가에 대해서는 물권행위의 유인성과 무인성의 입장에 따라 원인행위를 공증하여야 한다는 주장과 물권행위를 공증하여야 한다는 주장이 갈린다. 즉 물권행위의 유인성을 인정할 경우에는 원인행위 공증설을 취하고 물권행위의 무인성을 인정할 경우에는 물권행위 공증설을 취하고 있다.

물권행위의 유인설을 취하는 입장에서는 등기원인을 원인행위인 채권행위로 보아 이에 공증을 하는 것이 타당하다고 한다.<sup>21)</sup> 그 주장의 근거로써 원인행위 단계에서는 이해관계가 대립할 뿐만 아니라 이행의 문제도 남아 있기 때문에 매매대금을 실제와 다르게 기재할 가능성이 적음을 들고 있다.

그러나 매매대금의 지급 등의 이행이 없이 등기만 행하여질 여지가 충분하기 때문에 오히려 부실등기가 발생할 수 있다는 등의 비판이 있다.<sup>22)</sup>

한편 등기원인을 물권적 합의<sup>23)</sup> 내지 물권행위행위로 보아 이에 공

20) 김황식, "독일의 공증제도에 관한 고찰", 「한독법학 III」(한독법률학회, 1982), 97면.

21)곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 2002, 143면.

22) 홍성재, 전제논문, 200면.

증을 하는 것이 타당하다고 보는 물권행위설의 입장<sup>24)</sup>에서는 무엇보다 원인행위의 이행단계에서 발생할 수 있는 부실등기를 방지할 수 있는 점 등에서 효과적이라는 주장을 하고 있다. 이에 대해서는 물권변동의 전 과정을 포괄하지 않고, 물권행위에만 공증을 요구하므로, 부실등기를 원천적으로 막을 수는 없고 현재 사용되는 검인계약서를 공증서면으로 변경하게 될 경우 이중계약서의 작성 등 기존의 폐단이 그대로 존속될 가능성이 높기 때문에 물권행위에 대한 공증은 결국 요식행위에 그치기가 쉽다는 비판이 있다.

결국 등기원인의 공증기능은 일반적으로 분쟁의 예방기능, 증명기능, 집행기능 등으로써 주로 부실등기를 사전에 방지한다거나 분쟁을 사전에 예방하는 예방기능에 있다고 본다면, 공증의 대상은 채권행위로 보아야 할 것이다. 즉, 부실등기를 방지하여 부동산 투기를 막고, 또 등기의 공신력을 인정하여 부동산 거래안전을 보호함과 동시에 당사자 사이의 분쟁을 사전에 예방한다는 공증의 목적을 고려할 때 원인행위인 채권행위를 공증의 대상으로 삼는 것이 타당하다. 즉 등기원인을 물권적 합의를 포함하는 채권행위로 이해하더라도, 공증의 대상은 원인행위인 채권행위로 삼아야 할 것이다. 독일의 경우와 달리 우리나라에서는 물권적 합의의 시기가 불명확할 뿐 아니라 부동산 거래의 경우 물권행위의 존부도 보통은 문제되지 않기 때문이다. 이러한 입장은 채권행위와 물권행위 모두에 공증을 요구하는 견해<sup>25)</sup>와는 다르다. 물론 물권적 합의 내지 물권행위를 등기원인으로 이해하더라도 필요하다면 등기원인 외에 일정한 경우의 채권계약까지도 공증을 요하게 할 수도 있을 것이다(독일 민법 제311b조 제1항). 나아가 부동산등기법상의 공동신청주의를 등기의무자의 등기권리포기서 내지 등기허락서에 기한 단독신청주의

23) 이영준, 『물권법』, 박영사, 2004, 197면.

24) 이영준, 상계서, 170면 : 김용한, “부동산등기제도의 문제점”, 『법조』 제27권 제11호(1978. 7), 1면.

25) 김상용, “부동산거래 공증제도 연구”, 법무부(2004. 8. 31), 70면.

로 등기신청의 방법을 변경하는 것을 전제로 한다면 등기허락서를 공증의 대상으로 할 수도 있을 것이다(독일 토지등기법 제29조 참조).

## (2) 公證의 方式

공증의 방식으로는 공정증서의 작성 방법과 사서증서의 인증 방식이 있다.<sup>26)</sup>

공정증서란 널리 공무원이 그의 권한 내에서 어떤 사실을 증명하기 위하여 작성한 문서를 뜻한다. 그러나 일반적으로는 공증인이 공증인법에 따라 작성한 문서를 공정증서라고 한다. 공정증서에는 법률행위에 관한 공정증서와 사실에 관한 공정증서의 두 가지가 있는데, 등기원인의 공증제도와 관련해서는 법률행위에 관한 공정증서가 문제된다.

법률행위에 관한 공정증서는 법률행위에 관하여 작성된 증서라는 점에서 사서증서의 인증과 차이가 없으나, 사서증서의 인증의 경우 문서는 법률행위를 한 당사자가 직접 작성한 것인데 반하여 공정증서는 공증인이 직접 작성한 것이라는 점이 다르다. 공정증서는 사인의 촉탁에 의하여 사인간의 법률행위를 공증인이 직접 작성한 것이라는 점에서 그 성격은 공문서로 된다는 점에서 사문서보다는 강력한 효력이 부여된다.

한편 사서증서의 인증이란 법률행위를 한 당사자가 작성한 증서가 진정 그 작성명의인의 의사에 의하여 작성되었다는 것을 공증인이 확인하고 그 증명문구를 써주는 것을 사서증서의 인증이라고 한다.

사서증서의 인증에는 원본의 인증(공증인법 제57조 제1항)과 등본의 인증(동법 제57조 제2항)의 두 가지가 있는데, 어느 경우나 공증인은 그가 인증한 증서에 인증문을 기재하고 서명날인을 하게 되는데(동법 제58조), 이 경우 인증을 위한 기재부분은 공문서가 된다.

공정증서 및 사서증서에 인증을 하게 되면 공증인이 공증입법의 규정에 따라 작성한 공정증서는 진정한 공문서로 추정된다(민사소송법 제356조 제1항). 즉, 실질적 증거력은 인정할 수 없으나, 형식적 증거력이

26) 박윤직, 전제논문, 360면 이하.

인정되는 결과 실제 소송에서는 매우 높은 증거력이 인정된다. 또한 일정한 금전의 지급을 목적으로 하는 법률행위에 관하여 공정증서를 작성할 경우 강제집행을 인낙하는 문구를 기재해두면 약정대로 지급되지 않을 경우 공정증서를 집행권원으로 하여 강제집행을 할 수 있다(민사집행법 제56조 제4호).

물론 사서증서에 인증을 한 경우에도 공증인이 기재한 부분은 공문서로서 형식적 증거력을 갖게 되고, 또한 증서작성자의 서명이나 날인이 공증되어 있으므로 그 사서증서는 진정의 추정을 받게 된다(동법 제357조). 뿐만 아니라 실제에 있어 사서증서의 성립이나 존재에 관하여도 고도의 증명력을 가지게 된다. 그러나 사서증서의 인증의 경우 공정증서를 작성한 경우처럼 강제집행을 할 수 있는 효력은 없다.

등기원인의 공증제도를 도입한다고 할 때, 과연 어느 방법을 채택할 것인지가 문제된다. 우선 양자를 비교해서 어떤 차이가 있는지를 보기로 한다.<sup>27)</sup>

사서증서 인증의 경우에는 당사자가 등기원인이 되는 법률행위를 서면으로 작성하고 서명 날인한 후 그 서명날인의 인증을 받아 진정 성립을 확보한다. 그러나 서명 또는 날인의 인증이 있다고 해서 그 법률행위의 유효성이 확보되지는 않는다.

공정증서의 경우에는 공증인이 당사자의 진술을 청취한 후 그것이 유효한 것일 때에 한하여 증서를 작성할 것이므로 그 법률행위가 무효 또는 취소될 가능성은 매우 낮다. 이러한 점에서 스위스에서는 등기원인인 채권계약은 공정증서로 작성할 것을 요구하고 있다(스위스 민법 제657조 제1항).

한편 독일에서는 토지 소유권이전의 채권계약(독일 민법 제311b조 제1항)과 토지소유권이전에 관한 합의(Auflassung)의 증명을 공정증서로 작성할 것을 요구하는 것으로 판단된다(독일 토지등기법 제20조).

27) 임용모, “등기원인에 대한 공증제도의 도입방안”, 『사법연구자료』 제23집(1996. 12), 46면.

이와 같이 볼 때 공증의 대상인 채권행위를 공정증서로 작성할 것을 요구한다면, 그 법률 행위의 유효성을 상당히 높게 확보할 수 있으므로 등기공무원은 등기원인에 대한 형식적 심사만으로 등기를 하여도 부실 등기가 생길 가능성은 크지 않다. 또한 등기원인을 공정증서로 작성하는 경우에, 공증인으로 하여금 당사자의 일방이 처분권자임을 등기부를 통해서 확인도록 한 후 이를 공정증서에 반드시 표시하게 한다면, 현재 부동산등기법상의 등기필 제도(동법 제67조 제1항)는 불필요하게 될 것이다. 등기필제도는 등기의무자의 진정 여부를 등기공무원이 확인하도록 하여, 등기의 진정성을 보장하기 위한 것이기 때문이다. 또한 공정증서를 작성한 공증인에게 등기를 신청하게 한다면 등기절차는 보다 간편하게 끝날 것이다. 결국 등기원인 증서의 공증제도 도입에 있어서 공정증서의 작성에 의하는 것이 타당하다고 하겠다.<sup>28)</sup>

### (3) 公證의 範圍

등기원인의 공증제도를 도입하는 경우에, 이를 법률행위에 의한 물권 변동의 모두에 관하여 요구하는 것이 타당한지, 아니면 부동산 소유권 이전의 경우에만 요구할 것인지 공증의 범위가 문제된다.

먼저 부동산 소유권 이전에 한정하자는 입장<sup>29)</sup>은, 모든 물권변동에 대하여 공증을 요구하는 것은 당사자에게 과도한 부담을 지우고 큰 필요성이 없는 경우까지 공증을 요구하게 되어 불필요한 낭비를 초래한다고 한다. 이에 대하여 제도를 도입한 취지를 잘 살릴 수 있고, 또 등기에 대한 신뢰도를 높여 부동산 거래의 안전을 기 할 수 있기 위해서는 법률행위로 인한 모든 물권변동에 대하여 등기원인의 공증을 요구하자는 견해<sup>30)</sup>가 있다.

28) 김상용, "부동산등기제도의 변천과 보완", 「민법학의 회고와 전망(민법시행30주년기념논문집)」, (한국민사법학회, 1993), 205면.

29) 김경현, "부동산등기부의 신뢰회복을 위한 입법의 방향", 「사법연구자료」 제2집(1975. 2), 138면 ; 김황식, "물권법의 개정방향", 「민사판례연구」 제7권(1993. 5), 294면 ; 권용우, "등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안", 「민사법학」 제18호(2000. 5), 258면.

본래 등기원인의 공증제도의 도입 취지는 등기원인의 진정성과 그 유효성을 공증을 통해 담보함으로써, 부실등기 발생을 방지하려는 것이라는 점에서 어느 특정의 경우에 한해서만 공증을 요구하게 되면 공증의 본래 목적을 충분히 달성할 수 없게 되므로, 등기원인의 공증은 법률행위에 의한 모든 물권변동에 있어서 요구함이 바람직하다. 하지만, 당사자 부담의 경중, 공증인 제도의 개편, 각 등기사건의 처리 수 등을 참작할 때, 우선은 부동산 소유권 이전에만 공정증서에 의한 공증을 요구하는 것이 타당할 것이다.<sup>31)</sup>

#### (4) 公證業務의 擔當主體

등기원인증서에 대한 공증제도를 도입하게 될 경우 누구에게 공증의 권한을 부여할 것인가가 중요하다. 이는 절차에 있어서의 정의 문제와 관련될 뿐만 아니라, 법조 직역 사이에 이해관계가 첨예하게 대립되는 문제이기도 하다. 이에 관해서는 공증인, 변호사, 법무사, 등기공무원, 행정공무원, 공인중개사 등이 거론되고 있다

공증인은 공증사무를 담당처리 하는 자로서 법무부장관이 임명한다(공증인법 제1조), 공증인의 정원은 법무부령인 “공증인의 정원 및 신원보중에 관한 규칙”으로 정하고 있다. 현행법상 공증사무를 담당처리 하는 자로는 공증인법에 의한 임명공증인 외에 변호사법에 의한 공증인 가합동법률사무소와 법무법인이 있다(변호사법 제59조, 제49조 제1항). 그리고 공증인이 없거나 공증인이 직무를 수행할 수 없는 지방의 경우에는 지방검찰청 검사, 지방법원 등기소장이 공증인의 업무를 수행한다(공증인법 제8조). 또한 재외공관 영사(재외공관공증인법)도 공증인의 업무를 수행한다.

공증인은 본 업무가 공증이고 법률전문가<sup>32)</sup>라는 형식적 자격을 갖추

30) 박윤지, 전계논문, 357면.

31) 임용모, 전계논문, 49면.

32) 공증인이 되기 위하여는 변호사의 자격을 가져야 하고 대한민국 국민이어야 한다

었다는 점에서, 등기원인증서의 공증은 공증인에게 맡기자는 입장이 있다.<sup>33)</sup> 또한 지방검찰청의 관할지역 내에 공증인이 없거나 그 직무를 수행할 수 없는 경우에는 법무부장관이 지방검찰청 검사로 하여금 그 관할구역 내에서 공증인의 직무를 행할 수 있게 한다면 공증인의 도시 편재 현상을 극복할 수 있다는 것이다.

이에 대해서는 현재의 공증인 제도하에서의 공증인은 그 수가 턱없이 부족하고, 전국적으로 분포되어 있지도 않다는 비판이 있다. 물론 공증인 외에 공증업무를 담당처리 하는 자로서 공증인가합동법률사무소의 구성원변호사와 법무법인이 있으나 역시 일부 지역에 편중되어 있기는 마찬가지이다. 또한 공증인으로 지정된 검사 또는 등기소장에게는 그 고유의 업무가 따로 있는 상황에서 공증업무에 전념할 수 있을지 의문이 있다는 것이다.<sup>34)</sup>

등기는 준사법적인 절차임과 동시에 민사법 관계에 대한 절차적 부속 행위라는 특성에 비추어 법률전문가인 변호사가 공증을 담당하는 것이 적절한 방안으로 거론된다.<sup>35)</sup>

그러나 우리나라의 경우 변호사의 절대수가 부족할 뿐만 아니라, 이러한 소수의 변호사마저 도시에 편중되어 있기 때문에 공증의 수요에 만족을 주기에는 아주 미흡하고, 실제로 공증을 담당해도 공증업무는 부수적인 업무로서 가볍게 처리될 위험성이 있다는 비판이 있다.<sup>36)</sup>

법무사로 하여금 공증을 담당하게 하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

(공증인법 제12조).

- 33) 김용한, "부동산등기제도의 문제점-개선 의 이론과 방향", 「재산법의 과제와 판례」, (박영사, 1989), 66면.
- 34) 권용우, "등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-", 「민사법학」 제18호 (2000.5), 260면.
- 35) 정옥태, "부동산등기의 공신력에 관한 연구", 「서울대 법학박사학위논문」, 1987, 136면 : 최광철, "등기원인증서의 공증<김중환 교수의 발표>에 대한 토론", 「민사법개정의견서」, (한국민사법학회, 1982), 17면.
- 36) 권용우, "등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-" 「민사법학」 제18호 (2000.5), 259면.

왜냐하면 현재의 등기관행과 일치하고, 전국적으로 고루 분포되어 있어서, 등기신청인의 입장에서 볼 때 등기원인증서의 공증에 따른 불편이 적을 것으로 본다.<sup>37)</sup>

그러나 법무사는 현재 부실등기를 양산하고 있는 등기절차에서 가장 중요한 역할을 하고 있는 것이 법무사인 점을 감안하여 그 공정성에 문제가 많다는 비판이 있다.

등기공무원을 전문화하고 질을 향상하며, 대폭 증원하는 것을 전제로 등기공무원에게 공증을 담당하도록 하자는 견해도 있다.<sup>38)</sup> 그 논거로는, 첫째 실무에 밝은 전문가라는 점, 둘째 등기부 앞에서 공증이 가능하다는 점, 셋째 공무원이고 거래관행과 큰 마찰이 없는 점, 넷째 장차 공증인 공증제도 등으로의 전환이 용이하다는 점 등을 들고 있다.

그러나 등기공무원의 등기 고유업무도 과중한 현실에서 공증업무까지 부담케 하려면 등기공무원의 숫자를 대폭 늘려야만 하는데 이는 예산상의 어려움을 수반하는 문제를 가지고 있다. 또한 등기가 형식적 심사에 의해 이루어지는 제도적 환경에서 등기원인증서만 공증토록 하는 것은 균형이 맞지 않는다고 할 수 있다.

한편 공증인이 없는 지역에 행정공무원인 시장, 구청장, 군수, 읍 면 장으로 하여금 공증업무를 보게 하는 것이 좋을 것이라는 견해<sup>39)</sup>가 있다. 그러나 이 역시 고유의 업무와 공증업무가 긴밀성을 가지고 있다고 보기 어렵다는 점이 지적된다.

그 밖에 현재 전국적으로 분포되어 있고 또한 그 지역사정에 가장 밝으며, 부동산에 관한 기초적인 법률 소양을 갖추고 있는 공인중개사에게 부동산거래 서면에 한해서만 공증인의 자격을 주는 방안을 검토해 볼만한 가치가 있다고 하는 견해가 있다.<sup>40)</sup>

37) 권용우, 상계논문, 262면 : 임용모, 전계논문, 55면.

38) 정옥태, "등기원인 및 그 공증에 관한 일고찰", 『민사법학』 제4·5호(한국사법행정학회, 1985), 57-58면.

39) 김중환, "등기원인증서의 공증", 『민사법개정의견서』(한국민사법학회, 1981. 8), 5면.

40) 김상용, "부동산거래실명제 입법예고법률안의 내용과 문제점", 『사법행정』(한국사법

이에 대해서는 비판하는 견해가 있으나<sup>41)</sup> 부동산거래에 관한 등기 원인증서를 가장 가깝게 대하고 대부분 직접적으로 관여하고 있는 공인중개사에게 공중업무를 담당케 하는 것은 매우 바람직하다고 본다. 다만 공인중개사의 숫자가 전국적으로 과다하게 배출이 된 현실에서 모두가 전문성을 갖추었다고 보기에는 어려움이 있으므로 전문성이 확보된 실무 유경력 공인중개사에 한하여 공중인의 자격을 부여하고 그들로 하여금 공중업무를 처리하게 한다면 적어도 부동산거래와 관련해서는 가장 효과적인 공중업무가 이루어 질 것으로 기대된다.

등기원인의 공중제도 도입의 취지는 등기원인 등의 진정성 및 그 유효성을 공중을 통해 담보함으로써 부실등기의 발생을 방지하고 부동산거래와 관련된 분쟁을 사전에 예방하는 데에 있다고 할 수 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 공중인은 전문성을 갖추고 나아가 엄정하고 공평한 성품을 갖춘 자이어야 함은 당연하다.<sup>42)</sup>

다만 이에 더하여 부동산거래에 관한 정확한 정보를 가지고 있다면 더 할 나위가 없다고 하겠다. 그러한 관점에서 공중인의 업무는 일정한 실무경력을 갖춘 공인중개사가 담당하는 것이 가장 효과적이라고 본다. 다만 공중업무에 필요한 전문성을 갖추기 위하여 필요한 교육과정을 이수하게 하거나 별도의 자격을 취득하게 하는 방안 등의 보완이 필요하다.

### Ⅲ. 登記의 公信力과 實質的審査主義

#### 1. 不動產登記의 公信力

공신의 원칙이란 부동산 거래에 있어서 물권의 존재를 추측케 하는

---

행정학회, 1995. 3), 21면.

41) 권용우, 전제논문, 261면.

42) 임용모, 전제논문, 53면.

표상, 즉 공시방법이 갖추어 지면 그 공시를 신뢰하고 거래한 자는 설사 그 공시가 진실한 권리관계와 불일치하더라도 거래자가 신뢰한 대로 효력을 발생케 하여 보호하여야 한다는 원칙이다.<sup>43)</sup> 공신의 원칙을 인정하면 물권의 거래의 안전은 보호되지만 그 반면에 진정한 권리자는 권리를 박탈당할 수 있다. 즉, 정적 안전을 희생하여 동적 안전을 보호하는 것이므로 양자의 어느 쪽을 보호하여야 할 것인가를 비교·검토하여 동적 안전이 중요시되는 경우에 한하여 인정할 수 있는 것이다.

이는 등기라는 공시제도의 흠결을 시정하여 거래시에 상대방이 진실한 권리자인지의 여부를 일일이 조사하지 아니하고 권리의 표상을 신뢰하여 거래한 자를 보호함으로써 거래의 안전과 선의의 제3자 보호라는 목적을 달성하기 위한 기술적 제도인 것이다.

우리 민법은 부동산에 관한 등기의 공신력을 인정하지 않고 있으므로 부실등기의 문제가 많이 발생할 뿐 아니라 그 폐해 또한 심각하므로 이에 대한 대책의 필요성이 제기되고 있다. 다만 등기의 공신력을 인정하기 위해서는 일정한 전제조건이 성취되어야 한다는 견해<sup>44)</sup>와 아무런 전제조건 없이 법률로써 공신력을 인정하면 된다는 견해가 있다.<sup>45)</sup>

전제조건 없이 공신력을 인정하자는 견해는 부동산의 공신력의 인정여부는 부동산거래의 동적 안전을 보호할 것이냐 정적 안전을 존중할 것이냐의 문제에 있을 뿐이고 이러한 제도의 정비여부를 문제 삼을 것은 아니라는 것이다. 공신력을 인정하지 않더라도 이러한 제도의 개선은 필요하고, 정책적으로 바람직하지는 않겠지만 이러한 제도적 준비가 없더라도 공신력을 인정하는 것이 전혀 불가능하다고 할 수는 없기 때문이다. 뿐만 아니라 공신력이 인정되면 권리를 잃게 될 위험이 있는 진정한 권리자는 서둘러서 등기와 실제관계를 일치시킬 것이고, 등기공

43) 김상용, 전제서, 70면.

44) 김상용, 전제논문, 34면.

45) 김용한, "부동산등기제도의 문제점", 「법조」, 제27권 12호, 법조협회, 1978. 50면 ; 강태원, "부동산등기의 공신력에 관한 일고찰", 「연세법학연구」, 창간호, 연세법학연구회, 1990. 355면.

무원 기타 관계자들은 등기에 더욱 신중한 태도를 취할 것이기 때문에 부실등기의 문제는 많이 해소될 것이라고 한다. 공신력 인정의 전제조건을 요구하는 견해는 사전적으로 등기공무원에게 실질적 심사권의 인정과 등기원인서면의 공증제도의 확립을, 사후적으로 진정한 권리자를 보호하기 위한 제도적 장치의 마련을 주장하고 있다.<sup>46)</sup>

현행법상 등기공무원은 서면에 의한 형식적 심사권밖에 없으므로 수동적인 입장에서 당사자의 신청에 의한 서류의 타당성만을 심사할 수 있을 뿐이고, 그 내용의 진실성을 조사할 권한은 없기 때문에 부실등기를 방지할 수 없다.<sup>47)</sup>

따라서 등기공무원에게 실질적 심사권을 부여하여 등기의 절차적인 면에서 부실등기의 소지를 사전에 차단할 수 있게 하여야 한다.

## 2. 實質的 審査主義

물권변동에 관한 등기는 언제나 정확하게 실체관계에 일치하게 기재되어야 한다. 이를 위하여 가장 효과적인 것은 등기공무원이 당사자의 등기신청이 있을 때에 허위의 등기가 행해지는 것을 사전에 방지하기 위하여 실제로 신청된 등기와 부합하는 실체관계가 있는지의 여부를 등기하기 전에 실질적 심사를 하는 것이다. 등기신청을 심사함에 있어서 등기의 정확성과 신속성 중 어느 쪽을 중시하느냐에 따라 실질적 심사주의와 형식적 심사주의의 대립이 있다. 형식적 심사주의는 등기신청에 대한 심사의 범위를 등기절차상의 적법성 여부에 한정하는 입법주의를 말하며 형식적 심사주의를 채택하고 있는 나라로는 프랑스, 독일(소유권의 이전 및 지상권의 설정·양도 이외의 경우)등이 있다. 등기공무원은 법률행위의 성립과정이나 유·무효에 관하여 조사할 권한

46) 권용우, 전제논문, 267면.

47) 정권섭, "등기강제 제도의 문제점과 개선방향", 「동의법정」, 제13집, 동의대학교, 1997, 45~46면; 田中克志, 「不實登記責任論 入門」, 信山社, 1992, 101면.

이 없고 부동산등기법에 규정된 절차에 한하여 심사할 수 있으며 심사자료도 당사자가 등기신청 당시에 제출한 신청서·첨부서면·등기부등만 심사할 수 있고 이러한 서면 이외의 자료 내지 방법에 대해서는 심사를 할 수 없다.

실질적 심사주의는 등기의 신청이 절차법상 적법한지 뿐만 아니라 실체법상 적법한지 까지를 심사하는 입법주의를 말하며 등기관은 등기신청의 실체법상의 원인의 존부와 효력까지도 심사하게 된다. 스위스나 독일(소유권의 이전 및 지상권의 설정·양도) 등이 이 제도를 채택하고 있다.

심사대상은 등기의 절차뿐만 아니라 등기원인의 존·부내용 및 등기사항의 효력까지도 포함하며 심사자료도 당사자가 등기신청 당시에 제출한 신청서·첨부서면·등기부 이외에도 필요한 경우에는 다른 자료까지 포함하여 적법여부의 심사를 할 수 있다.

실질적 심사주의에 의하게 되면 등기와 실체관계와의 부합가능성은 높아지고 부실한 등기로 인하여 불측의 손해를 보는 제3자가 발생할 가능성은 적어지겠지만 등기절차는 그만큼 지연되고 거래의 원활성은 크게 저해 될 것이다. 그러나 반대로 형식적 심사주의를 채택하게 되면 거래의 신속·원활은 확보되나 등기신청에 대한 조사를 소홀히 하게 됨으로써 부실·무효의 등기가 양산될 가능성이 높고 이에 따라 선의의 피해자도 속출될 가능성이 높다.

이와 같이 양 주의는 각각 장·단점을 가지고 있기 때문에 각국의 법률문화와 입법정책에 따라 차이가 있다.

우리나라는 부동산등기법 제56조의 2에 의한 집합건물의 표시사항에 관한 조사 외에는 형식적 심사주의를 취하고 있다.

즉, 등기공무원이 신청서를 받았을 때에는 지체 없이 신청에 관한 모든 사항을 조사하도록 규정하고 있으나(부동산등기법시행규칙 제73조), 부동산등기법 제55조는 등기신청시 등기공무원이 부적법한 것을 원인으로 등기수리를 각하할 수 있는가에 관하여 한정적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 심사방법도 서면심리를 원칙으로 함으로서 실체법상의 사

함에 관한 조사는 외형적·소극적인 판단을 함에 그치고 있다.<sup>48)</sup> 따라서 등기공무원은 등기신청의 실질적 원인관계의 존부와 나아가서 그 효력에 관한 적극적인 심사를 할 권한이 없고, 다만 등기신청에 관한 모든 사항을 형식적 소극적인 판단을 함에 그친다. 즉, 등기공무원은 사실관계와 부합하지 않는 신청이나 무효인 원인행위 내지 부존재의 원인행위에 기한 신청이 있더라도 그 신청이 소요의 형식만 갖춘 것이면 수리하여 등기를 시행하여야 한다. 이와 같이 등기공무원의 형식적 심사권은 허위의 등기가 성립하는 것을 방지할 수 없을 뿐만 아니라 공신력 인정의 장애요인이 되고 있다.

따라서 등기의 공신력을 확보하기 위해서는 등기공무원의 심사권을 실질적인 것으로 강화할 필요가 있다. 형식적 심사주의는 등기가 신속하게 이루어진다는 장점은 있으나 등기와 실체관계의 부합이라는 목적을 달성하기에는 어려움이 있기 때문이다.<sup>49)</sup> 실질적 심사주의를 채택할 경우 등기절차가 지연되는 점에 대해서는 제도의 기술적 보완을 통하여 개선해나갈 수 있을 것이다. 실질적 심사주의에 의하면서도 거래의 신속을 해하는 일이 거의 없도록 양주의의 단점을 제거 내지 시정한 스위스법은 그 좋은 입법례라고 할 수 있다.<sup>50)</sup>

#### IV. 結 論

부동산등기부에 실제 거래가액을 기재토록 하는 것은 등기의 공신력을 통하여 부동산가액에 대한 보다 정확한 정보를 일반인들에게 제공함

48) 강석창, “부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구 - 민법 제186조를 중심으로”, 박사학위 논문, 한양대학교 대학원, 1987, 104면.

49) 김상용, 전계서, 151면 ; 이은영, 전계서, 186~187면.

50) 内田勝一, “アメリカにおける不動産取引流通の保護 : 権原保険とエスクロー제도”, 田山輝明 外篇, 「民法學の新たな展開 : 高島平藏教授古稀記念」, 成文堂, 1993, 179~196면.

으로써 부동산거래질서를 바로 잡고 나아가 부동산의 투기수요를 근절 하자는 데에 주목적을 두고 있는 것이라 하겠다.

그러나 등기의 공신력이 확보되지 않은 바탕에서 기재된 부동산 거래 가액은 오히려 부동산시장의 교란과 부작용만을 초래할 가능성이 높다. 그러므로 부동산등기부에 부동산거래가액을 기재하도록 한 제도적 취지를 살리려면 그 거래가액이 실제의 거래가액임을 신뢰할 수 있도록 등기의 공신력을 갖추지 않으면 안된다.

부동산거래가액에 관한 등기의 공신력을 확보하기 위해서는 등기원인 증서 즉 부동산 거래계약에 관한 증서가 진정성을 보유하고 있어야 하며 등기원인증서의 진정성이 확보되기 위해서는 등기원인증서의 공증제도가 필요하다. 비록 계약을 원인으로 부동산의 소유권 이전등기를 신청할 경우 검인계약서를 제출하고 부동산거래 신고필증을 첨부하도록 하는 등의 제도가 이미 마련되어 있으나 검인과 거래의 신고가 형식적으로 이루어지고 있는 현실을 감안할 때 등기원인증서의 진정성을 신뢰 하기에는 미흡한 점이 많다. 또한 우리 법제상의 부동산 거래는 독일법과는 달리 매매계약 등의 채권계약에 공증을 요구하지 않을 뿐 아니라, 등기신청시에 어떠한 서류에 대해서도 공정증서 또는 사서증서의 인증을 요구하지 않는다. 이와 같이 등기원인 서면의 진정성을 확보하기 위한 어떠한 장치도 마련해 놓지 않은 현행 등기제도 하에서는 당연히 부실등기의 가능성이 높을 수 밖에 없기 때문에 등기원인증서 공증제도의 필요성은 더욱 절실하다고 하겠다.

공증은 부동산 거래 내용의 진실성을 담보할 수 있어야 한다는 점에 서, 단순히 물권적 합의를 하였는지를 확인하는 것만으로는 부족하므로 채권계약의 공증이 필요하다. 그러므로 공증의 범위와 관련해서는 모든 물권변동의 원인행위에 공증을 요구함이 바람직하다.

그리고 등기원인증서에 대한 공증업무의 담당은 공증제도의 도입취지와 공증업무의 특성에 비추어 부동산 거래 일선에서 직접적으로 거래에 관여하고 있는 공인중개사 중에서 일정한 법률적 소양 등을 겸정, 선발

된 자가 담당하는 것이 바람직하다고 하겠다.

공증제도를 통하여 등기원인증서가 진정성이 확보된다면 부동산 거래 가액을 등기부에 기재하여 얻고자 했던 소기의 목적을 달성할 수 있을 것이다. 다만 등기원인증서의 공증제도를 도입함에 있어서는 먼저 그 도입의 전제로서 실제 계약이 존재하는지 여부, 당사자 행위 능력의 유무, 처분권 유무, 계약서의 기재와 등기부의 기재가 일치하는지 여부 등 등기공무원의 실질적 심사제도도 함께 채택되어야 할 것이다. 또한 공증제도의 실효성을 확보하기 위해서는 공증인에 대한 국가의 철저한 감독이 가능하도록 하는 입법조치가 요망된다.<sup>51)</sup> 아울러 부실공증시 이에 대하여 손해배상책임을 지게 되는 공증인과 손해를 입은 당사자의 보호를 위한 공증 보험 등의 제도적 보완도 필요할 것이다.

### 參考文獻

- 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2004.  
 곽윤직, 『부동산등기법』, 박영사, 2002.  
 김상용, 『물권법』, 법문사, 2005.  
 이영준, 『물권법』, 박영사, 2004.  
 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2004.  
 홍성재, 『물권법』, 대영문화사, 2006.  
 강석창, “부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구 - 민법 제186조를 중심으로”, 박사학위 논문, 한양대학교 대학원, 1987.  
 곽윤직, “등기원인증서의 공증”, 『후암민법논집』, 박영사, 1991, 351면 이하.  
 곽윤직, “등기원인증서의 공증”, 『법학(서울대)』, 제27권 제2·3호(1986).  
 권용우, “등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-”, 『민사

51) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2004, 156면.

- 법학』, 제18호(한국사법행정학회, 2000).
- 김병두, “일본의 부실등기방지제도에 관한 고찰”, 모원 김옥곤 교수 정년기념 논문집 「계약법의 과제와 전망」(삼지원, 2005).
- 김상영, “등기원인증서의 공증강제”, 『부산지방변호사회지』, 제13호(1995. 12).
- 김상용, “등기원인증서의 공증에 관한 비교 고찰”, 『등기의 이론과 실무에 관한 제문제 II』(한국등기법학회, 2002. 4).
- 김상용, “부동산거래 공증제도 연구”, 법무부(2004. 8. 31).
- 김상용, “부실등기와 그 해소방안”, 『민사법학』, 제9·10호(한국민사법학회, 1993.7).
- 김성수, “원인무효의 등기”, 『등기에 관한 제문제(상)』, 재판자료 제43집(법원행정처, 1988).
- 김용한, “등기원인증서의 공증”, 『부동산등기법의 개정에 관한 연구』(한국민사법학회, 1978).
- 김용한, “부동산등기제도의 문제점”, 『법조』, 제27권 제11호(1978. 7).
- 김정수, “현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방향”, 『등기에 관한 제문제(상)』(법원행정처, 1988.12).
- 김정현, “부동산등기부의 신뢰회복을 위한 입법의 방향”, 『사법연구자료』, 제2집(1975. 2).
- 김중한, “등기원인증서의 공증”, 『민사법개정의견서』(한국민사법학회, 1982).
- 김학균, “부실등기에 관한 소고”, 『사법논집』, 제23집(법원행정처, 1992).
- 김황식, “독일의 공증제도에 관한 고찰”, 『한독법학 III』(한독법률학회, 1982).
- 김황식, “우리 부동산등기제도의 문제점”, 광윤직교수화갑기념논문, 『민법학 논총』(박영사, 1985).
- 백태승, “등기와 관련한 민법의 개정”, 『부동산공시제도와 사법질서의 조화』(한국부동산법학회 20주년 기념 학술대회 발표논문, 2005. 12. 16).
- 서영배, “관인계약서사용의 실효성”, 『월간고시』(1989. 8).

- 안태근, “등기원인증서의 공증과 등기의 공신력”, 『법조』, 제591호(2005. 12).
- 윤기태, “등기의 공신력의 우리 민법상의 도입과 공증제도의 문제에 대하여”, 『법학논총』, 제6집(청주대, 1992).
- 이근태, “등기원인증서의 공증제도 창설에 관한 소고”, 『법률신문』 제1263호(1975.3.14) 및 제1264호(1978. 8. 21).
- 임용모, “등기원인에 대한 공증제도의 도입방안”, 『사법연구자료』, 제23집(1996. 12).
- 정옥태, “등기원인 및 그 공증에 관한 일고찰”, 『민사법학』, 제4·5호(한국민사법학회, 1984).
- 정옥태, “부동산등기의 공신력에 관한 연구”, 『서울대 법학박사학위논문』(1987).
- 최광률, “등기원인증서의 공증<김중환 교수의 발표>에 대한 토론”, 『민사법개정 의견서』(한국민사법학회, 1982).
- 홍성재, “독일의 부실등기 방지제도”, 모원 김옥곤교수 정년기념논문집 『계약법의 과제와 전망』(삼지원, 2005).
- 홍성재, “부실등기신뢰자보호의 법리구성에 관한 연구”, 『비교사법』, 창간호(한국비교사법학회, 1994).
- 홍성재, “절충적 등기주의의 과제”, 『비교사법』, 제7권 제1호(한국비교사법학회, 2000. 6).
- 内田勝一, “アメリカにおける不動産取引流通の保護 : 権原保険とエスクロー제도”, 田山輝明 外篇, 『民法學の新たな展開 : 高島平藏教授古稀記念』, 成文堂, 1993.
- 植村秀三, 『日本公證人論』, 信山社, 1989.
- 田中克志, 『不實登記責任論 入門』, 信山社, 1992.
- F. Baur/R. Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts. 16. Aufl., 1992.

<ABSTRACT>

**The Complementary Issue of Actual Transaction  
Price in the Real Estate Register System**

Han, Sam-In · Kang, Yong-Am

The goal of mandatory entering of the actual transaction price in the real estate register is to make real estate transactions orderly and to prevent excessive real estate speculation by informing the public about more accurate real estate transaction price.

However, unqualified public trust in real estate registers has not been established. As a result, real estate transaction prices entered in registers have on the contrary disturbed real estate transactions and caused negative side-effects. Therefore, the institutional goal of entering the actual transaction price can be achieved only when the public trust in register entries is established.

To secure the public trust in real estate transaction prices entered in registers, the certificate of real estate transaction contract called "the certificate of registration cause" has to be marked by truthfulness.

To secure authenticity of the certificate of registration cause, it is above all necessary to introduce an authentication system for publicly proving that certificates of registration cause are genuine.

Because authentication has to secure genuineness of the contents of real estate transactions, simple verification of agreements on real rights is not enough and authentication of bond contract is necessary. Therefore, it is desirable to necessitate authentication of causal acts of all changes

in real rights as far as the scope of authentication is concerned.

Considering the goal of introducing the authentication system and the characteristics of authentication operation, licensed real estate agents, who are directly involved in real estate transactions, should be in charge of authenticating certificates of registration cause. A testing of legal qualifications would be necessary to select licensed real estate agents with authentication authority.

The introduction of the authentication system for certificates of registration cause should be accompanied by the adoption of effective review system operated by civil servants engaged in register operation. The civil servants would be in charge of verifying the existence of actual contracts, the competence of parties to act, the existence of disposition right, and agreement between the contents of contracts and registers.

**Key Words** : real estate register, real estate transaction price, certificate of registration cause, truthfulness, authentication system, public trust in registers, effective review system