

不動產登記制度的 問題와 改善方向에 관한 研究

-- 特別法上 登記義務化制度和 關連하여 --

金亨洙* · 金相明**

目 次

- I. 序 論
- II. '不動產登記特別措置法'上的 登記義務化制度
 1. '不動產登記特別措置法'上的 登記義務化
 2. 中間省略登記의 有效性 與否
 3. 判例의 動向
- III. '不動產實權利者名義登記에 관한 法律'上的 登記義務化制度
 1. '不動產實權利者名義登記에 관한 法律'上的 登記義務化
 2. 名義信託의 有效性 與否
 3. 判例의 動向
- IV. 不動產登記義務化制度의 問題點
 1. 登記義務化는 私的自治에 違背되는가
 2. 兩特別法上의 不調和
 3. 檢印契約書와 中間省略登記의 慣行
- V. 不動產登記制度의 改善方向
 1. 不動產登記 義務化制度의 改善方向
 2. 不實登記防止를 위한 制度의 改善方向
 3. 登記制度의 專門化를 위한 制度의 改善方向
- VI. 結 論

I. 序 論

부동산등기제도는 부동산에 관한 물권과 물권변동과정을 공시하는 제도로서 부동산물권거래의 확실화와 거래의 안전에 이바지 할 수 있게 하려고 근대법이 창안한 법기술적

* 濟州大學校 法學科 教授 · 法學博士

** 濟州大學校 大學院 法學科 博士課程 · 濟州產業情報大學 兼任專任講士

제도이다.¹⁾ 부동산등기제도는 재산권인 물권과 채권중에서 특정재산을 배타적으로 지배하는 대세적 효력이 있는 물권에 관련을 갖는다.²⁾ 특히 우리 민법은 물권변동이 이루어지기 위하여는 등기를 하여야 하는 물권변동에 있어서 성립요건주의 혹은 효력발생요건주의를 취하고 있기 때문에 부동산등기제도는 중요한 역할을 한다. 우리 민법은 제186조에서 '부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실은 등기하여야 그 효력이 생긴다'고 규정하고 있다. 이것을 가리켜서 우리 민법이 물권변동에서 성립요건주의를 취하는 근거라고 한다.³⁾

그러나 모든 나라의 법률이 성립요건주의를 채택하고 있는 것은 아니고 나라에 따라서는 등기를 대항요건으로서 인정하고 있는 경우도 있다. 이러한 입법을 의사주의라고 하며 우리의 구민법과 프랑스 및 일본이 취하고 있는 형식이다. 이들 나라들이 취하고 있는 의사주의하에서는 등기는 다만 제3자에게 자기의 권리임을 입증·대항할 수 있는 것에 불과하다. 그렇지만 성립요건주의를 취하고 있는 독일, 스위스, 우리 나라의 경우에는 등기를 함으로써 물권변동의 효력이 발생하게 된다. 이렇게 부동산등기제도는 물권변동에 관하여 의사주의를 취하든 형식주의를 취하든 간에 물권변동과 밀접한 관계를 맺고 있으며, 특히 형식주의를 취하는 법제하에서는 더욱 긴밀하고 중요한 역할을 하게 된다.⁴⁾

따라서 부동산물권변동에 있어 형식주의를 원칙으로 하고 있는 우리 나라에서는 부동산등기제도의 완비야말로 더 없이 중요하다. 또 근래에 와서 부동산거래가 빈번하고 거래 당사자들 간의 인적요소가 광범위하기 때문에 특정 부동산에 관한 사항은 누구나 신뢰할 수 있는 공적장부에 의하여 확인할 수 있고, 그 내용대로 신뢰하고 거래하여도 아무런 하자가 없게 되어야 할 필요성이 크게 요청되기도 한다.⁵⁾ 특히 토지부동산은 생산이 불가능한데 비해 그 수요성은 크게 증대되면서 가격상승에 따른 투기의 대상으로 되어 세금포탈의 탈법행위를 조장하는 사회적 문제까지 발생하기도 하기 때문에 더욱 중요하다. 하지만 이러한 요청에도 불구하고 우리 나라에서는 근대적 등기제도가 시행된지도 상당히 오랜 세월이 흘렀지만 아직도 부동산등기제도의 이상과는 거리가 먼 부실등기가 적지 않게

1) 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998, p.1.

2) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 1995, p.50.

3) 헌법재판소 1996. 12. 26. 93 헌바 67: 우리 민법이 제정되면서 부동산물권변동에서 형식주의로의 대전환과정에서 증대한 공익적 목적을 위하여 그 경과조치로서 부득이 구법하에서 취득한 물권에 대하여 민법시행 후 장기간 등기를 하지 않고 방치한 경우에 한하여 위와 같이 어느 정도의 제한이 가해진다고 하여 이를 가지고 소급입법에 의한 재산권 박탈이라거나 부당한 재산권행사라고 볼 수 없고, 청구인들의 행복추구권을 침해하는 것이라고도 할 수 없다.

4) 김정수, "현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방향", 재판자료 제43집, 「등기에 관한 제문제(상)」, 법원행정처, 1988, pp.9-10; 김형수, "부동산등기제도와 공신력에 관한 연구", 「현대민법학의 제과제」, 1987, p.36.

5) 田中康久, "不動産登記制度の變遷と今後の課題" 「不動産登記制度と實務上の諸問題 上卷」(東京: テイハン, 昭和63年 <1988>), pp.3-6; 田代有嗣, "登記と法と社會生活(中)", 「財産法」, (東京: テイハン, 1993), p.35.

행해지고 있다. 그러한 부실등기가 부동산사고의 원인이 되고, 부동산의 투기적 거래·탈법 및 조세포탈의 목적으로 사용되어 사회적으로 큰 물의를 일으키고 있다. 이러한 문제들을 대체할 방안으로 나온 법이 바로 부동산등기특별조치법⁶⁾과 부동산실권리자명의등기에 관한 법률⁷⁾ 등이 바로 그것이다.

이러한 점을 감안하여 본 논문에서는 우리 나라 현행 부동산등기법의 특별법으로서의 '부동산등기특별조치법' 및 부동산실명제를 위한 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률'상의 등기의무화제도를 중심으로 그 쟁점인 중간생략등기의 유효성여부와 명의신탁등기의 유효성여부에 대한 학설과 판례를 중심으로 각각의 문제점을 검토하고, 아울러 부실등기를 방지할 수 있는 제도와 등기제도의 전문화를 위한 제도의 개선방향을 검토하여 진정한 부동산등기제도가 되는 대안을 강구하고자 하는데 그 목적을 두고자 한다

II. '不動產登記特別措置法'上的 登記義務化制度

1. '不動產登記特別措置法'上的 登記義務化

不動產登記特別措置法(1990. 8. 1. 법률 제4244호, 1990. 9. 2.시행)은 부동산 거래에 대한 실제적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위하여 부동산등기제도의 보완에 그 목적을 두고 있다(동법 제1조). 이러한 부동산등기특별조치법의 입법취지에 부합하게 하기 위하여 부동산투기의 수단으로 이용되고 있는 등기원인의 허위기재, 중간생략등기, 명의신탁등기 등의 부실등기를 방지하기 위하여 부동산등기의 의무화를 규정하고 있는데, 이러한 등기의무화에 관하여 미국에서는 최초등기를 하느냐 여부는 당사자의 자율에 맡겼으나 등기의무화가 'Torrens'등기제도의 보급에 크게 기여하였다고 한다.⁸⁾ 그리고 일본은 '부동산 등기의 일부를 개정하는 법률'(1966. 3. 31, 법률 제14호)로써 등기부와 대장을 일원화하면서 등기를 표시에 관한 등기와 권리에 관한 등기로 구분하고 그 과정에서 표시에 관한 등기 한하여 등기신청의무를 지우고 직권에 의한 등기를 허용하는 등기의무화제도를 실시하

6) 부동산등기특별조치법(1990. 8. 1. 법률 제4244호, 1990. 9. 2.부터 시행)은 부동산등기법상의 미비점을 보완하고, 부동산등기에 있어서의 투기 및 조세포탈의 목적으로 등기하는 경우에 중간생략등기의 금지와 등기의무화에 따른 과태료처분과 부동산소유권이전등기에 있어서 점인계약서 사용의무화 등 강제력을 통하여 실제적 권리와 등기부의 기재를 일치시키려 하고 있다.

7) 부동산실권리자명의등기에 관한 법률(1995. 3. 30, 법률 제4944호, 1995. 7. 1.부터 시행)은 등기청구권의 의무화와 등기신청의무화에 따른 과태료부과처분과 명의신탁의 금지 등을 규정하고 있다.

8) 정옥태, "토렌스 등기제도에 관한 고찰", 「민법학의 현대적 과제」, 해석고창현박사화갑기념, 박영사, 1987, p.159.

고 있다.⁹⁾

우리 나라 부동산등기특별조치법상 등기의무화에 관한 내용을 보면, 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 그 계약이 쌍무계약인 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날로부터(동법 제2조 1항 1호), 그 계약이 편무계약인 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날로부터(동법 제2조 1항 2호), 각 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하도록 의무화하고 있으며, 목적 부동산의 소재지를 관할하는 시장 등은 등기의무 위반자를 행정자치부령이 정하는 기준에 따라 과태료에 처하도록 하고 있다(동법 제11조). 소유권이전등기를 신청하여야 할 자가 등기원인을 허위로 기재하여 등기를 신청하거나 소유권이전등기 이외의 등기를 신청하는 때에는 징역이나 벌금에 처하도록 하고(동법 제6조), 조세부과를 면하려 하거나 또는 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로, 타인의 명의를 빌려 등기를 신청하는 경우에도 징역이나 벌금에 처하도록 하고(동법 제8조 1항), 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하는 것을 원칙적으로 금지함과 동시에, 조세부과를 면하려 하는 등의 목적이 없는 경우로서 등기신청시에 대법원의 규칙이 정하는 서면을 제출한 경우에만 예외적으로 그 등기를 허용하되, 서면의 제출없이 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청한 때에는 역시 징역이나 벌금에 처하도록 하고 있다. 그리고 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 거래사항을 기재한 계약서에 검인을 받도록 하여 부실이나 허위기재를 방지하려고 하고 있다(동법 제3조).

2. 中間省略登記의 有效性 與否

(1) 中間省略登記의 效力

(a) 중간생략등기라 함은 부동산이 전전이전된 경우에, 그 변동과정의 중간과정 전부 또는 일부에 대하여 등기를 하지 않고, 최초의 양도인으로부터 직접 최후의 취득자에게 등기가 행하여지는 것을 말한다.¹⁰⁾ 예컨대 부동산의 소유권이 甲으로부터 乙로 양도되고 乙로부터 丙에게 양도된 경우 원칙적으로는 소유권이전등기가 甲으로부터 乙에게 이전되고 다시 乙로부터 丙에게 이전되어야 하지만, 甲으로부터 乙에게 이전등기를 생략하고 甲으로부터 직접 丙에게 이전등기가 이루어진 경우에 이 甲·丙간의 등기를 말한다.¹¹⁾ 이러한 중간생략등기는 등록세를 비롯한 여러 가지의 조세부담을 경감하고, 등기에 필요한 비용을 절약하고 절차를 간소화하기 위한 일종의 편법으로서, 구민법시대부터 널리 우리사회에 관

9) 김재우, "등기신청의무화는 가능한가", 「사법행정」, 1990. 9. pp.79-81.

10) 어인의, "중간생략등기와 부동산등기특별조치법 및 부동산실권리자명의등기에 관한 법률", 범주서영배 박사화갑기념논문집, 「현대 민법의 전망」, 경성대학교 법학연구소, 1995. p.233.

11) 박윤직, 「민법주해(4)」, 물권(1), 박영사, 1997. p.150.

행으로 행해지고 있다. 이러한 편법이 현행민법하에서도 여전히 관행되고 있는 이유는 부동산거래에 관한 국민들의 법의식이 구민법시대와 크게 달라지지 않았고,¹²⁾ 또한 양도차익을 노리는 투기목적 등 여러가지 이유에서 이용되고 있다.

오늘날에도 중간생략등기가 관행적으로 행하여지고 있는 행태는 구민법이나 현행민법에서 크게 다를 바가 없다.¹³⁾ 구민법시대의 대항요건주의 아래에서는 당사자 사이에서 의사합치¹⁴⁾만으로 물권이 이전될 수 있었으므로(구민법 제176조) 중간생략등기는 관행으로 널리 행하여 질 수 있었으나, 현행민법하의 효력발생요건주의 아래에서는 사정이 크게 다르다. 그럼에도 불구하고 중간생략등기가 관행으로 널리 행하여지고 있음을 볼 수 있다.

(b) 중간생략등기의 유효성에 관한 종래의 학설로서 무효설은 의사주의하(구민법)에서는 물권변동은 법률행위만으로 당연히 효력이 생기므로, 중간생략등기의 경우에 소유권은 이미 甲으로부터 乙을 거쳐 丙에게 이전되므로, 甲으로부터 직접 丙에게 등기가 이전되었다면, 이러한 등기는 비록 물권의 변동과정은 여전히 표시하지 못하더라도 현재의 권리상태는 정확하게 공시하는 것이므로, 甲·乙·丙간의 합의가 있는 경우에는 중간생략등기가 유효하다고 할 수 있다. 그러나 형식주의하(현행민법)에서는 법률행위만으로는 물권의 변동이 일어나지 않고, 등기를 이전해야 비로소 물권이 변동하기 때문에 甲은 乙에게 등기이전을 하지 않으므로 乙은 아직 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하고 있다. 따라서 이러한 상태에 있는 乙로부터 부동산을 매수한 丙은 무권리자로부터 부동산을 매수한 것이 되고, 甲으로부터 丙에게로의 등기이전은 원인행위가 없는 것이 된다. 따라서 중간생략등기는 오래전부터 관행되고 있을 뿐만 아니라, 丙이 그 부동산을 다시 丁에게 양도된 경우에는 거래의 안전을 고려하여 이를 유효로 취급하는 것이 타당하다고 한다. 이 설은 중간생략등기를 원칙적으로 무효라고 하지만, 그것이 다시 제3자에게 양도된 경우에는 유효라고 하고 있기 때문에 이를 상대적 무효설이라고 명명하는 경우도 있다.¹⁵⁾

이 설은 중간생략등기는 물권의 변동과정은 물론이고, 물권의 현재상태도 공시하지 못하므로¹⁶⁾ 원칙적으로 무효라고 하나, 현행민법하에서도 乙의 지위를 무권리자로 볼 것이 아니라, 물권적 기대권자 또는 채권을 양수받은 것으로 보아 이는 그 근거가 명확하지 않을 뿐만 아니라, 법률관계를 필요없이 복잡하게 만들 염려가 있는 것으로 타당하다고 할 수 없다.¹⁷⁾

이에 반하여 유효설은 우리 나라 관례와 학설의 다수설로서 중간생략등기의 유효성을

12) 권오승, 「중간생략등기」, 「월간고시」, 1989. 1. p.25.

13) 어인의, 전계논문, p.236.

14) 대판 1996. 2. 27. 95 다 38875; 대판 1995. 8. 22. 95 다 15575; 대판 1991. 4. 23. 91 다 5761; 대판 1991. 12. 13. 91 다 18316.

15) 장경학, 「물권법」, 법문사, 1990. pp.228-231

16) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 1995. p.169.

17) 같은 견해: 김용한, 「물권법」, 박영사, 1985. p.132.

인정하고 있으나 중간취득자의 동의를 요건으로 하는지에 관하여 중간생략등기가 최초의 양도인과 중간취득자 및 최종취득자 3자가에 합의가 있거나 중간취득자의 동의가 있으면 유효하다고 하는 조건부유효설과 중간생략등기는 3자간의 합의 또는 중간취득자의 동의와 상관없이 언제나 유효하다고 하는 무조건유효설이 있다. 전자는 종래의 다수설과 판례의 입장이다. 후자는 다시 그 이론적 근거에 대하여 최초의 양도인 甲과 중간취득자 乙 사이의 물권행위로 인하여 乙은 물권과 유사한 물권적 기대권을 취득하고 乙은 최종취득자 丙에게 그 물권적 기대권을 다시 양도한 것이 되므로, 丙은 그 물권적 기대권에 기하여 중간취득자인 乙의 동의없이 최초의 양도인 甲에게 직접 자기 앞으로 등기를 이전해 줄 것을 청구할 수 있다고 하는 물권적 기대권설과¹⁸⁾ 물권행위의 독자성을 부인하는 전제하에 무권리자의 처분은 그것이 권리자의 동의를 얻어서 행한 것인 때에는 유효하다는 독일민법의 법리를 원용하여, 甲·乙사이의 물권행위는 무권리자인 乙이 甲의 부동산을 처분하는 데 대한 동의로서의 의미를 갖는다고 보고, 따라서 乙·丙사이에 물권행위도 유효하게 되고, 이들 甲·乙, 乙·丙사이의 채권행위와 이와 포함되어서 행해진 물권행위에 의하여 甲·丙간에 그러한 채권행위와 물권행위가 있었던 것으로 되므로, 甲으로부터 丙으로의 이전등기가 있으면 소유권은 유효하게 甲으로부터 丙에게 이전된다고 하는 독일민법 제185조 제1항 유추적용설이 있다. 다만, 전자는 물권적 기대권을 전제로 하고 있기 때문에 이를 부인하는 입장에서는 이 학설을 받아들이지 않고 있다.¹⁹⁾

(2) 中間省略登記請求權

우리 나라 학설은 일단 이루어진 중간생략등기의 효력에 관한 문제와 중간생략등기청구권의 문제를 구별하여 따지지 아니하고 있다. 그러므로 중간생략등기의 효력을 인정하는 입장에서는 丙의 甲에 대한 직접적인 중간생략등기청구권도 인정하고 있다. 그러나 3당사자의 중간등기의 생략에 합의가 없는 한 중간생략등기에 의하여 원소유자나 중간매수인의 법률상의 이익이 침해되는 경우가 있을 수 있으므로 丙의 甲에 대한 직접적인 이전등기청구권을 인정할 수 없다 할 것이다. 3당사자간에 중간생략등기의 합의가 있는 경우에는 어느 당사자의 이익도 침해되지 아니하므로 이를 부인할 필요는 없을 것이며, 그러한 경우에는 甲·丙간에 물권적 합의가 있었으며, 이에 터잡아 등기청구권이 생긴다고 볼 것이다.

우리 대법원의 판결²⁰⁾은 중간생략등기의 합의가 없는 한 중간생략등기청구권을 인정하지 아니하는 입장을 유지하고 있다. 그리고 합의는 명시적으로는 물론 묵시적으로도 할 수 있으며,²¹⁾ 그 합의는 3자 전원의 합의뿐만 아니라 甲·乙, 乙·丙간의 순차적으로 하여도

18) 김중환, 「물권법강의」, 박영사, 1985, p.74.

19) 박윤직, 전제서, p.170.

20) 대판 1983. 12. 13. 83 다카 881.

21) 대판 1982. 7. 13. 81 다 254.

무방하다.²²⁾ 그러나 중간생략등기의 합의가 있었다 하더라도 중간자의 원매도인에 대한 등기청구권은 소멸되지 않는다.²³⁾ 그리고 중간등기에 있어서 등기원인과 그 일자가 특약에 의하여 명백히 정해지지 아니하는 경우라면 최종의 계약을 기준으로 하여 등기원인과 일자를 정한다.

3. 判例의 動向

우리 대법원은 중간생략등기의 유효성과 관련하여 '관계자 전원의 합의가 있으면 유효하다'²⁴⁾고 한다. 이러한 합의는 '제3자 전원의 합의뿐만 아니라 甲·乙과 乙·丙간에 순차적으로 하여도 무방하다'²⁵⁾고 한다. 합의 여부에 관하여 '최초의 양도인이 중간생략등기를 거부하고 있어 매수인란이 공란으로 된 백지의 매도증서와 위임장 및 인감증명서를 교부한 것만으로는 중간생략등기에 관한 합의가 있었다고 할 수 없다'²⁶⁾고 한다. 다만, '매수인 성명을 공백으로 한 소유권이전등기신청 서류와 함께 부동산이 전전매매된 경우에는 중간생략등기에 합의가 있는 것으로 볼 수 있다'²⁷⁾고 한다. 그리고 합의 효력에 관련하여 '중간생략등기의 합의가 있다 하더라도 그 합의는 중간생략에 이의가 없고, 등기의 효력에 영향을 미치지 않겠다는 의미일 뿐 그 합의에 의해 중간매수인의 소유권이전등기청구권이 소멸된다거나 첫 매도인의 그 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 소멸되지는 않는다'²⁸⁾고 한다. 그 후 대법원은 '중간생략등기합의하에 최종 매수인과 최초 매도인을 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 최초 매도인으로부터 최종매수인 앞으로 마쳐진 소유권이전등기는 효력이 없어 무효라'²⁹⁾고 한다. 그리고 부동산등기특별법상 중간생략등기의 금지규정이 효력규정인가 아니면 단속규정인가에 관련하여 '부동산등기특별조치법상 조세포탈과 부동산 투기 등을 방지하기 위하여 이 법 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 '등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌' 하도록 되어 있으나, 이로써 순차적으로 매도한 당사자 사이에 중간생략등기 합의에 관한 사법상 효력까지 무효가 되지는 않는다'³⁰⁾고 판시함으로써 대법원은 단속규정으로 보고 있다.

22) 대판 1971. 2. 23. 70 다 2986.

23) 대판 1979. 2. 27. 78 다 2446.

24) 대판 1991. 4. 23. 91 다 5761; 대판 1969. 1. 28. 67 다 1974.

25) 대판 1995. 8. 22. 95 다 15575; 대판 1971. 2. 23. 70 다 2986.

26) 대판 1991. 4. 23. 91 다 5761.

27) 대판 1983. 7. 13. 81 다 254.

28) 대판 1991. 12. 13. 91 다 18316.

29) 대판 1996. 7. 26. 96 다 7762; 대판 1977. 3. 14. 96 다 22464.

30) 대판 1993. 1. 26. 92 다 39112.

Ⅲ. ‘不動產實權利者名義登記에 관한 法律’上的 登記義務化制度

1. ‘不動產實權利者名義登記에 관한 法律’上的 登記義務化

不動產實權利者名義登記에 관한 法律(1995년 3월 30일 법률 제4944호)은 1995년 7월 1일부터 시행되고 있는데, 명의신탁이라 함은 ‘대내적인 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하여 목적물을 관리, 수익하면서 공부상의 명의만을 수탁자로 하여 두는 것이 명의신탁이다’고 우리의 대법원 판례는 정의하고 있다.³¹⁾ 그러므로 대외적으로 수탁자에게 소유권이 이전되어 있으므로 수탁자로부터 부동산을 취득한 제3취득자는 명의신탁관계에 대해 알았거나 알지 못하였거나를 불문하고 완전히 그 소유권을 취득한다는 것이다. 명의신탁은 계약에 의해서 체결되는 것이므로 명의신탁관계가 성립하기 위해서는 신탁자와 수탁자 사이에 반드시 명의신탁관계의 설정에 대한 합의가 있어야 한다.³²⁾ 이러한 합의는 명시적이든 묵시적이든 불문한다.³³⁾ 그리고 공부상에 타인 명의로 기재되어 있는 것만으로 명의신탁이 성립되었다고 할 수 없다.³⁴⁾ 그리고 이러한 합의 이외에도 명의신탁이 성립하려면 공부상의 수탁자의 명의로 등기나 등록이 되어 있어야 한다.³⁵⁾ 명의신탁에 있어서 명의란 소유명의를 의미하는 것이므로 소유권에 관해서만 명의신탁이 인정된다.³⁶⁾

이 법은 부동산에 관한 소유권 기타 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화를 기할 것을 목적으로 한다(동법 제1조). 이 법에서 명의신탁을 금지하고 있는 것은 부동산등기특별조치법에서 중간생략등기를 금지하고 있는 것과 같은 입법취지이다.³⁷⁾ 부동산등기특별조치법 제2조 2항에서 중간생략등기를 금지하고 있는데, 이에 위반한 자가 ‘조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적’인 때에는 처벌을 받도록 규정하고 있다.

31) 대판 1972. 11. 28. 72 다 1789; 대판 1965. 5. 18. 65 다 312.

32) 대판 1981. 12. 8. 80 다카 367; 대판 1972. 5. 23. 71 다 2760.

33) 대판 1983. 7. 12. 83 누 139.

34) 대판 1996. 6. 11. 96 다 7403; 대판 1981. 12. 8. 80 다카 367.

35) 대판 1996. 7. 30. 95 다 30734; 대판 1966. 5. 3. 66 다 397.

36) 윤철홍, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률”, 범주서영배박사화갑기념, 「현대 민법의 전망」, 경성대학교법학연구소, 1995. p.209; 권오창, “부동산신탁의 법률관계에 관한 시론- 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 시행과 관련하여-” 제1집 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997. p. 269; 다만 부동산 소유권 이외에도 공부에 의하여 권리관계가 공시되는 경우(가입전화사용권, 주주명의 등)에 대하여 명의신탁관계를 인정하거나 문제가 될 수 있으나, 본 법 제2조 제1호에서 소유권 기타 물권을 적용대상으로 규정함으로써 그 외의 물건에 대한 명의신탁관계에는 부동산실권리자명의등기에 관한 법률이 적용되지 아니 한다.

37) 어인의, 전계논문, p.248.

(동법 제8조 1호).

2. 名義信託의 有效性 與否

명의신탁에 관해서는 아직 정립된 이론은 없으나, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 제2조 제1호에 의하면 '부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한다 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)이다'고 정의할 수 있다

명의신탁의 유효성에 관하여 무효설은 신탁자와 수탁자가 서로 통정한 허위표시이기 때문에 민법 제108조에 의해 무효이라고 하며, 이러한 명의신탁을 하기 위해서는 당사자는 일정한 법률행위를 하게 되나, 그 법률행위는 당사자의 어떤 목적을 위한 외관을 가장으로 만들기 위하여 이용되고 있을 뿐이고 진정으로 당사자가 소유권의 이전을 의욕하고 있지 않기 때문에 허위표시라고 주장한다.³⁸⁾ 명의신탁에 관하여 제한적 유효설은 표현소유권설과 수동신탁이론이 있는데, 表見所有權說은 아무런 처분권이 없는 명의수탁자는 表見所有者에 해당하며 그 외관을 믿고 거래한 선의나 무과실의 제3자는 그 외관작용에 진정한 소유자의 귀책사유가 있는 한 완전한 권리를 취득한다는 이론이다.³⁹⁾ 受動信託理論은 영미법상의 수동신탁은 능동신탁과는 달리 명의만을 수탁자로 하고 실제로 신탁재산의 관리나 처분은 수익자가 행사하는 신탁을 말한다. 이 때 수탁자는 명의상으로는 권원자이고 보통 법상과 형평법상의 모든 권한은 수익자가 가지는 것으로 명의신탁은 이와 같은 것이라고 한다.⁴⁰⁾

한편, 명의신탁이론의 유효성 논의에서 유효설⁴¹⁾은 상대적권리이전설과 절대적권리이전설이 있다. 상대적 권리이전설은 명의신탁에 의하여 내부적인 소유권은 신탁자가 보유하지만 외부적인 소유권은 수탁자에게 있다는 것이다. 이러한 명의신탁계약은 내심의 효과의사와 표시상의 효과의사가 일치되므로 사적자치에 의하여 허위표시가 아니라 유효한 계약으

38) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 1995, p.395; 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 「후암민법논집」, 박영사, 1991, p.245; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1990, p.345; 권오곤, "명의신탁에 관한 판례의 동향", 「민사판례연구 X」, 박영사, 1988, pp.404-405.

39) 고상용, "명의신탁이론의 재검토 소고", 후암곽윤직교수화갑논문집, 「민법학논총」, 박영사, 1985, p.190.

40) 김상용, 「물권법」, 법문사, 1993, p.480; 김상용, "영미법상의 수동신탁법리에 의한 명의신탁이론의 재구성", 「판례월보」, 1987, p.27.

41) 헌법재판소 1989. 7. 21. 89 헌마 38: '조세회피나 조세포탈의 목적이 없는 모든 명의신탁에 대해 증여로 의하는 것은 위법'이라는 일부위헌결정에 따라 명의신탁의 규제가 유명무실화되어 있다.

로 보고 있다.⁴²⁾ 우리 나라 대법원판례도 같은 태도이다.⁴³⁾ 이와 반대로 절대적 권리이전설은 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있는 우리 민법의 대원칙에 따라 명의신탁을 민법상의 신탁이론으로 이해하여 대내관계 뿐만 아니라 대외관계에서도 수탁자만이 신탁목적에 의해 채권적 제한을 받는 범위내에서는 완전한 소유자이며, 내부적인 것은 진정한 소유권이 아니고 채권관계의 일종일 뿐이라는 견해로서 민법 108조 2항의 유추적용을 든다.⁴⁴⁾ 사건으로서는, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 입법취지에 따라 예외적인 규정(동법 제8조)을 제외하고는 효력규정으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.⁴⁵⁾

3. 判例의 動向

명의신탁의 성립을 인정하는 우리 대법원이 판례를 보면, '부부가 공동으로 부동산을 사면서 등기부상의 소유자를 남편 이름으로 하는 경우,⁴⁶⁾ 골프장용 토지를 기업이 개인이름으로 취득하는 경우, 종종채산을 종종원 1인 또는 수인에게 공탁하여 그들의 이름으로 등기한 경우,⁴⁷⁾ 1필지 토지의 일부만 샀으나 당사자간 합의하여 1필지의 전부에 대하여 소유권이전등기를 한 경우에 매수하지 않은 부분에 대하여 명의신탁이 성립한다'⁴⁸⁾고 한다. 또 '1필의 토지의 일부를 특정하여 양도받고 편의상 그 전체에 관하여 공유지분등기를 마친 경우에는 상호명의신탁에 의한 수탁자의 등기로서 유효하고 그 특정 부분이 전전 양도되고 그에 따라 공유지분등기도 전전하여 마치면 상호명의신탁한 지위도 전전 승계되어 최초의 양도인과 그 특정 부분의 최후의 양수인과 사이에 명의신탁관계가 성립한다'⁴⁹⁾고 한다. 그리고 '공유자간 공유물을 분할하기로 약정하고 그 때부터 자신의 소유로 분할된 각

42) 김기수, "부동산명의신탁의 여명론", 「고시계」, 1997. 2. p101; 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 1991. p.315; 권오승, 「민법특강」, 홍문사, 1994. p.211; 이영준, "명의신탁의 유효성에 관하여", 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1988. p.7.

43) 대판 1996. 10. 25. 95 다 40939; 대판 1994. 2. 8. 93 다 42986; 대판 1993. 8. 13. 92 다 42651; 대판 1991. 5. 10. 90 다 20039; 대판 1990. 6. 26. 88 다카 14366.

44) 김광년, "명의신탁에 관한 판례이론검토", 「판례월보」, 1992. 2. p.21; 강봉수, "명의신탁에 있어서의 내부적인 소유권의 의미(Ⅲ)", 「사법행정」, 1988. 2. p.36.

45) 한삼인, "부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 문제점", 제1집, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997. p.297; "등기원인증서의 공증제 및 등기부의 전산화·등기부와 토지대장의 일원화, 등기공무원에 대한 실질적 심사권의 부여 등 부동산등기제도의 개선을 통하여 명의신탁의 효력문제를 해결하는 것이 바람직하다"고 지적한다.

46) 대판 1986. 11. 25. 85 누 677.

47) 대판 1973. 2. 13. 72 다 2297.

48) 대판 1981. 7. 28. 80 다 1819.

49) 대판 1996. 10. 25. 95 다 40939; 대판 1994. 2. 8. 93 다 42986; 대판 1991. 5. 10. 90 다 10039; 대판 1990. 6. 26. 88 다카 14366.

부분을 특정하여 점유·사용하여 온 경우 공유자들의 소유형태는 구분소유적 공유관계라 할 것이므로 그 중 1인이 특정하여 소유하고 있는 부분에 관한 타 공유자 명의의 지분소유권이전등기는 명의신탁등기이다⁵⁰⁾고 한다.

명의신탁의 소유권 귀속에 관하여 대법원은 '명의신탁계약의 경우 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계에 있어서 그 목적물의 소유권은 언제나 신탁자가 보유하는 것이므로 그 목적물의 소유권과 관련되어 발생된 권리도 그들 내부관계에 있어서는 신탁자에게 귀속된다⁵¹⁾고 한다. '명의신탁 목적물에 관한 소유권 귀속의 경우 대외적으로 명의수탁자가 소유자가 되기 때문에 명의수탁자로부터 목적물을 취득한 사람은 선의·약의에 관계없이 소유권을 취득하게 된다⁵²⁾고 한다. 명의신탁을 부정하는 판례로서는 '甲이 건축허가서상의 건축주 명의를 편의상 乙 앞으로 하여 두고 甲의 비용으로 신축한 건물에 대하여 丙이 乙로부터 丙에 대한 채무의 변제에 갈음하여 그 건물에 대한 건축주 명의를 이전하여 주겠다는 제의를 받아 丙 앞으로 건축주 명의를 변경한 경우 건물이 완공되어 건축물 관리대장이 편제되자 이를 사용하여 丙 명의를 소유권보존등기를 마치기에 이르렀다면 丙 명의로 이루어진 소유권보존등기의 추정력을 깨어지고 丙이 대외적인 소유권을 가지지 못한 乙로부터 이를 양수하여 소유권보존등기를 마친 것만으로는 그 소유권을 적법하게 취득하지 못한다⁵³⁾고 한다.

명의수탁자의 점유와 그로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점유와 관련하여 '등기명의가 신탁되었다면 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 부동산에 관한 점유는 그 권원의 성질상 자주점유라고 할 수 없고 다시 명의수탁자로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점유도 상속 전과 그 성질 내지 태양을 달리하는 것이 아니어서 특별한 사정이 없는 한 그 점유가 자주점유로 될 수 없고, 그 점유가 자주점유로 되기 위해서는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로서 점유를 시작하여야 한다⁵⁴⁾고 한다.

부동산의 명의신탁자가 수탁자로부터 그 등기를 회복하는 과정에서 제3자에게 해준 소유권이전등기와 관련하여 '부동산의 실제소유자인 명의신탁자가 명의수탁자로부터 그 등기를 회복하는 과정에서 그 중간단계로 양당사자들과 그 부동산에 관한 가등기권리자가 모두 합의한 바에 따라 그 가등기에 기한 본등기를 마친 경우 이는 허위의사표시에 기하여 이루어진 것이라고 볼 수 없고 그와 같은 행위는 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 반환의무의 이행의 한 방법으로서 그것이 사해행위를 구성하는 것은 아니다⁵⁵⁾고 한다. '소유권이

50) 대판 1997. 3. 28. 96 다 56139; 대판 1975. 11. 11. 75 다 82.

51) 대판 1996. 10. 25. 95 다 40939; 대판 1996. 5. 31. 94 다 35985; 대판 1987. 5. 12. 86 다카 2653.

52) 대판 1962. 1. 15. 4294 민상 165.

53) 대판 1996. 7. 30. 95 다 30734.

54) 대판 1996. 6. 11. 96 다 7403.

전등기청구 사건의 소송물이 그 사건 소장부분 송달일자 계쟁 부동산에 대한 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권인 경우 그 소송에서의 판결의 기판력이 미치는 객관적 범위는 판결의 주문에 포함된 등기청구권의 존부에만 한하는 것일 뿐 그 목적부동산의 명의신탁 사실의 존부에까지 미치는 것이 아니다⁵⁶⁾고 한다. 그리고 '명의신탁관계를 성립시키기 위한 신탁계약의 기본에 따라 그 목적물이 소유권과 관련되어 발생된 권리도 그들 내부관계에 있어서는 신탁자에게 귀속되는 것이므로 신탁자가 그 신탁계약을 해지하면 신탁자는 그 권리를 신탁자에게 이전하여 줄 의무가 있고 명의수탁자가 사망하면 그 명의신탁관계는 그 재산상속인과의 사이에 존속하게 된다'⁵⁷⁾고 판단하고 있다.

IV. 不動產登記義務化制度의 問題點

1. 登記義務化는 私的自治에 違背되는가

부동산등기특별조치법에서 등기신청을 의무화한 것에 관하여 이러한 경우에 사적자치의 원칙에 위배되는 것인지에 관하여 두 가지 견해가 있다. 첫 번째 견해로서는, 부동산등기에 있어서 등기신청의 의무화가 재산권보장의 원칙에 위반하지도, 근본적으로 사적자치의 원칙에 위반하지 않는다는 견해이다.⁵⁸⁾ 이에 대한 논거는 등기의무화주의는 극히 제한적이긴 하지만 이미 부동산등기법에서 규정하고 있는 표시변경등기의 경우 변경사실발생 후 1개월 이내에 등기하도록 하고, 이를 해태하면 5만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 한 규정(부동산등기법 제90조, 제101조, 제186조의 3)을 예로 든다. 두 번째 견해로서는, 아무리 형식주의를 취하는 법제하에서도 등기를 하고 안하고는 국가권력이 침해할 수 없는 사적자치의 영역이라는 견해이다.⁵⁹⁾ 형식주의를 취하는 나라에서도 간접적인 강제로서 소유권을 이전하기 위해서 서둘러 등기를 하게 된다. 또한 어떤 매수인은 경제적인 이유나 기타의 사정으로 인하여 등기를 하지 않을 수도 있으며 매수인은 매도인이 부동산을 2중으로 매매하는 악덕과 2중매매로 인해서 자신이 입게 될 위험을 부담하면서 등기를 하지 않는 것으로 내일은 내가 알아서 한다는 사적자치정신의 발로라고 한다.⁶⁰⁾

사건으로서는, 등기의무화는 개인의 사적자치권을 강제하는 것으로, 부동산 등기에 있어

55) 대판 1996. 9. 20. 95 다 1965.

56) 대판 1997. 4. 11. 96 다 36227; 대판 1991. 12. 13. 91 다 8159; 대판 1990. 1. 12. 88 다카 24622.

57) 대판 1996. 5. 31. 94 다 35985.

58) 김상용, "부동산등기의무화법안에 관한 검토", 「법률신문」, 1990. 6. 18, p.14.

59) 김재우, "등기신청의무화는 가능한가", 「사법행정」, 1990. 9. p.78.

60) 김재우, 상계논문, p.79.

서 무조건 등기를 강제하는 것은 재산권 보장의 원칙과 사적자치의 위배라고 본다.

2. 兩特別法上의 不調和

부동산등기특별조치법에서는 중간생략등기를 막기 위하여 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하도록 하고(동법 제2조) 있으나, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에서는 부동산등기법 제2조 1항·제11조 및 동법부칙 제2조의 적용을 받는 자는 반대급부의 이행일 등 특정한 날로부터 3년 이내에 소유권이전등기를 신청하도록 하였다(동법 제10조). 그러나 위의 두 법률에 규정되어 있는 등기신청의무화기간이 차이가 있다. 즉 부동산등기특별조치법은 60일이고, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률은 3년이다. 이로 인하여 부동산등기특별조치법 제2조 2항 및 제3항의 규정은 무의미하고, 등기신청의무기간을 연장해 주는 결과로써 중간생략등기를 시인하는 결과가 된다는 지적이 있다.⁶¹⁾ 이와 같이 두 법의 등기신청의무기간이 크게 다른 것은 중간생략등기가 행하여 질 수 있는 시간적 여유를 주는 것으로 균형상에 문제가 있다고 본다.⁶²⁾ 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 시행전에 명의신탁약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자 명의로 등기하거나, 등기하도록 한 기존의 명의신탁자는 이 법 시행일부터 1년의 유예기간내에 실명등기를 하도록 하였다(동법 제11조 1항). 그러나 동법 제2항 1호에서는 기존 명의신탁자가 당해 부동산에 관한 물권에 관하여 매매 기타 처분행위를 하고, 유예기간 이내에 그 처분행위로 인한 취득자에게 등기를 이전한 경우에는 실명등기를 한 것으로 보고 있다.

그런데 이 경우에 부동산등기특별조치법에서는 '먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다'고 하고 있는 데(동법 제2조 3항), 이와는 달리 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에서는 유예기간내에 취득자에게 등기를 이전하여 실명화하는 것으로 충분하다. 이는 부동산 실명화에 주력한 나머지 기존 명의신탁자에게 실명등기를 하지 않고 처분행위를 할 수 있게 한 것은 부동산등기특별조치법에서 금지하고 있는 중간생략등기를 행할 수 있는 기회를 주는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.⁶³⁾ 그리고 과징금을 부과 받은

61) 이동명, "부동산실권리자명의등시에 관한 법률의 입법과정에서의 쟁점", 제1집, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997, pp.254-255; 윤철홍, 전계논문, p.218; 김상용, "부동산실명법의 체모순", 「고시계」, 1997. 2. p.84.

62) 이동명, 전계논문, p.255: "등기청구권의 소멸시효가 완성되는 10년간(점유하면서 사용하는 경우에는 영원히) 방치가 가능한 것을 본법에서는 3년으로 단축한 것이므로 그 정도면 상당히 진일보한 것으로 생각되었고, 3년간 등기하지 않으면 명의신탁으로 간주한다는 것이 3년간 방치한다는 것은 결코 아니며, 60일 내에 등기를 하지 않으면 여전히 부동산등기특별조치법 제11조에 의하여 과태료에 처하게 되어 있으므로 그 정도로 적당하다"고 하고 있다.

63) 같은 견해: 김상용, "부동산실명제의 배경, 내용 및 실명법의 문제점", 제주대학교 행정대학원 강의자료, 1996. 5. 17, pp.10-11; 윤철홍, 전계논문, pp.215-216.

자는 지체없이 자신의 명의로 등기하여야 하지만 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸된 후 지체없이 자신의 명의로 등기하여야 한다(동법 제6조 1항). 예컨대, 분양주택의 전매금지기간에 저촉되어 등기할 수 없는 전매자는 이 기간 내에 목적물을 중간생략등기에 의하여 처분할 수 있는 허점이 여전히 남게될 뿐만 아니라 변칙담보의 설정을 위한 등기신청에 있어서 채권담보 목적의 소유권이전등기 또는 소유권이 전가등기의 신청임을 기재하는 서면을 제출토록 하고 있지만, 여전히 매매 또는 매매의 예약으로 기재함으로써 은닉된 변칙담보가 행하여지게 된다는 문제점이 있다.⁶⁴⁾

3. 檢印契約書와 中間省略登記慣行

부동산등기특별조치법에 의하면 계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청할 때에는 일정한 사항을 기재한 계약서에 부동산 소재지를 관할하는 시장·군수 등의 검인을 받아 관할등기소에 이를 제출하도록 하였다(동법 제3조 1항).⁶⁵⁾ 이와 더불어 부동산등기특별조치법 제2조 2항 내지 4항에서는 중간생략등기를 금지하고 있다. 다만, 중간생략등기를 전적으로 금지하는 것이 아님을 유의하여야 한다. 결국 이 법 제2조와 제3조는 중간생략등기를 막고 부동산물권변동의 과정과 실제적 권리관계를 빠짐없이 공시하고자 하는 것이다.

그렇다면 검인계약서의 제출의무를 규정하고 있는 부동산등기특별조치법(동법 제3조)하에서 중간생략등기를 여전히 관행으로 볼 수 있으며, 또한 이것의 효력을 인정할 것인가에 관하여 논의가 제기된다. 특히 부동산등기특별조치법을 보면, 조세의 부과를 면하려 하거나(조세포탈), 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나(투기목적), 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적(탈법)으로 중간생략등기를 하는 때에는 처벌을 받도록 하였다(동법 제8조 1항 참조). 그렇다고 해서 현재에도 제도적으로나 현실적으로 중간생략등기가 완전히 없어 졌다고 기대하기는 어렵다.⁶⁶⁾ 즉 제도적으로는 등기공무원이 등기신청서류에 대하여 형식적 심사권 밖에 없으므로 실제적 진실을 밝혀 내는데 한계가 있고, 현실적으로는 허위의 계약서를 작성하여 검인을 받아 제출할 여지가 있고, 또한 최근에 부동산등기부 위조 사기단 사건에서 본 바와 같이 처벌을 무릅쓰고 등기신청의 무를 위반하는 중간취득자가 있을 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾

64) 김상용, “부동산실명법 규정의 체모순점”, 『고시계』, 1997. 2. pp.81-82: 이러한 문제점을 해결하기 위하여 “서면제출의 강제와 동시에 담보목적의 변칙담보는 등기부의 청구에 기재하도록 하고, 등기원인도 양도담보설정약정 또는 가등기담보설정계약으로 기재하도록 함이 타당하다”고 한다.

65) 부동산등기법 제40조 제2항 및 제45조의 검인계약서에 관한 규정은 1990. 8. 1 법률 제4244호 부동산등기특별조치법 제3조가 매매 또는 교환계약 뿐만 아니라 계약의 종류를 묻지 않고 계약서에 검인을 받게 함으로써 1991. 12. 14. 법률 제4422호에 의한 부동산등기법의 개정에 의하여 폐지되었다.

66) 같은 견해: 한삼인, 『판례민법』, 법률행정연구원, 1998. p.156.

67) 어인의, 전제논문, p.237.

중간생략등기에 관해서도 현재로서는 중간생략등기가 상당히 억제되고 있고 매우 어렵게 되어 있으나, 중간생략등기는 제도상의 허점을 이용하거나, 탈세·탈법을 하기 위하여 여전히 계속되고 있고 또 계속될 것이다. 중간생략등기가 우리 사회에서 관행으로 행해져 오고 있으며, 앞으로도 근절되지 않을 중간생략등기의 효력을 어떻게 할 것인가가 문제된다.

V. 不動產登記制度의 改善方向

1. 不動產 登記義務化制度의 改善

(a) 1990년부터 시행하고 있는 부동산등기특별조치법은 부동산거래에 대한 실체적 권리 관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하여, 건전한 부동산 거래질서를 확립하려고 하고 있다(동법 제1조). 이러한 목적을 달성하기 위하여, 이 법 제2조 제2항, 제3항 및 제8조 제1항에서 중간생략 등의 신청을 금하고, 이에 위반한 사람에게 벌칙을 정하여 놓았다.

이 법은 실체관계에 적합한 등기를 하게 하기 위하여 부동산소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결하는 자는 일정한 기간내에 소유권이전등기를 신청하도록 하였고(동법 제2조 1항 본문), 부동산소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 일정한 기간 후에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 먼저 체결한 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하도록 하였다(동법 동조 제2항). 대부분의 중간생략등기가 투기의 목적·조세의 포탈·재산의 은닉·부동산거래의 회피수단으로 거래질서를 해하는 것이 된다. 이를 바로잡기 위하여 3년 이하의 징역이나 1억원이하의 벌금에 처하도록 하였다(동법 제8조 제1호).

앞에서 본 바와 같이 법에 위반하여 행하여진 중간생략등기가 유효⁶⁸⁾이나 무효⁶⁹⁾로 볼 것이냐는 이 법률의 법적성격이 어떤 것이냐에 달려있다. 중간생략등기를 금지하는 이 법 제2조 제2항이 효력규정이냐 단속규정이냐 하는 문제로서 사법적 효력에 어떤 영향을 미치는가 하는 것이다. 이에 관하여 학자들의 견해⁷⁰⁾나 판례⁷¹⁾는 이것을 단속규정으로 보고 있다. 우리 대법원⁷²⁾은 '부동산등기특별조치법상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위

68) 대판 1995. 8. 22. 95 다 15575; 대판 1994. 9. 9. 93 다 31191; 대판 1993. 12. 14. 93 다 45930; 대판 1991. 4. 23. 91 다 5761; 대판 1991. 12. 13. 91 다 18316.

69) 대판 1997. 3. 14. 96 다 22464; 대판 1996. 7. 26. 96 다 7762; 대판 1996. 6. 28. 96 다 3982.

70) 한삼인, 「판례민법」, 법률행정연구원, 1998. p.159; 권윤직, 「물권법」, 박영사, 1995. p.401; 양창수, "민법판례회고(하)", 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1994. 5. p.18; 윤철홍, "명의신탁의 무효성", 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1993. 11. p.57.

71) 대판 1993. 8. 13. 92 다 42651; 대판 1993. 1. 26. 92 다 39112.

72) 대판 1993. 1. 26. 92 다 39112.

하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서登記하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위내에서 형사처벌하도록 되어 있으나, 이로써 순차매도한 당사자 사이의 중간생략등기의 합의에 관한 사법상의 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다'고 하여 단속규정임을 명백히 하고 있다.

사건으로서는, 중간생략등기는 투기나 탈법의 수단으로 이용되고 있을 뿐 아니라 우리 민법의 형식주의 원칙과 사적자치의 원칙에 크게 반한다. 이는 곧 민법 제186조의 의미와 부동산등기특별조치법의 중간생략등기에 관한 규정을 단속규정으로 볼 것인가 아니면 효력규정으로 볼 것인가가 문제가 되는 것은 앞서서도 보았다. 이런 점을 고려하면, 중간생략등기의 신청을 금지하는 부동산등기특별조치법 제2조 제3항을 어디까지 단속규정으로 볼 것인가 하는 의문이 생길 수 있다. 물론 효력규정으로 보기 위하여는 그에 전제가 되는 현행법률의 제도적인 정비가 필요하다.⁷³⁾ 이에 관하여는 종래에는 학설과 판례는 중간생략등기를 유효하다고 함으로써 부동산등기특별조치법의 성격을 단속규정으로 봄으로써 법의 실효성을 크게 떨어뜨리고 있다. 다만, 이에 관한 규정의 보완을 입법론으로 미룬다고 하더라도 중간생략등기를 한 자에게 엄한 형벌까지 규정하고 있는 부동산등기특별조치법의 입법취지를 살리기 위하여는 효력규정으로 해석하여 적용하는 것이 입법목적상 타당하고,⁷⁴⁾ 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에 있어서는 효력규정으로 하고 있기 때문에 양자의 균형을 위하여서도 효력규정으로 하여 무효로 하는 것이 타당하다.⁷⁵⁾ 종래에는 중간생략등기는 최소한의 관행으로 허용되었다고 할지라도 앞으로는 이것을 무효로 하는 것이 타당하다고 본다.⁷⁶⁾ 이렇게 해석하여야 하는 이유는 중간생략등기의 신청을 금지하는 규정에 위반하였다고 하여 무거운 형벌만 가하는 것으로 하는 것은 이 법의 입법취지를 잃게 되기 때문이다. 따라서 중간생략등기를 막으려고 하는 부동산등기특별조치법상의 입법취지에 맞게 이를 효력규정으로 개정하던가, 아니면 부동산등기특별조치법 및 부동산실권리자명의등기에 관한 법과 부동산등기법을 통합하고 보완하여 통합입법을 만드는 것이 합리적이라 생각한다.

(b) 앞에서 검토한 바와 같이 부동산등기특별조치법과 부동산실권리자명의등기에 관한

73) 어인의, 전계논문, p.247.

74) 같은 견해 : 김상용, 「물권법」, 법문사, 1993, p.181; 김상용, 전계논문, pp.14-15.

반대 견해 : 김재우, 전계논문, pp.78-80; 한삼인, 전제서, p.159.

75) 어인의, 전계논문, p.247.

76) 대법원 1996. 6. 28. 96 다 3982: 판례에 의하면 '토지거래허가구역내의 토지가 중간생략등기의 합의 아래 전전매매된 경우 최종 매수인은 최초의 매도인에 대하여 직접 그 토지에 관한 토지거래허가 신청절차의 협력을 청구할 수 없으며, 또한 설사 최종 매수인이 자신과 최초 매도인을 매매 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 최종 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료하더라도 그러한 소유권이전등기는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로서 무효이다'고 판시함으로써 중간생략등기에 관하여 중대한 제한을 가하고 있다.

법률에 규정되어 있는 등기신청의무화기간이 차이가 있다. 이와 같이 두 법의 등기신청의 무기간이 크게 다른 것은 중간생략등기가 행하여 질 수 있는 시간적 여유를 주는 것으로 균형상의 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 점이다.

사건으로서는, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률은 오랫동안 관행적으로 그 유효성을 인정하였던 명의신탁을 경제정의의 실천이라는 개혁 입법으로서의 성격을 지나치게 강조한 나머지 명의신탁을 전적으로 무효로 하여(동법 제4조) 사법적 효력을 부인하고 있다.⁷⁷⁾ 따라서 명의신탁등기가 되지 않은 것은 등기할 필요가 없고, 이미 이루어져 있는 명의신탁등기는 실권리자 명의로 회복하여야 한다. 이것은 부동산거래를 정상화함으로써 국민경제의 건전한 발달에 이바지하기 위한 국가정책적 배려라고 할 수 있으나, 이러한 경우에는 부동산등기특별조치법의 보완에 의하여서도 얼마든지 해결할 수 있는 문제이다.⁷⁸⁾ 현재로서는 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에서 중간생략등기가 생기는 것을 막는 대안을 제시하여야 할 것이다. 중간생략등기이든 명의신탁이든 조세포탈·투기 등의 목적으로 행하여졌다면 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에 의한 경우는 무효로 해석되나, 부동산등기특별조치법에 의한 경우에는 유효라고 해석하여 적용할 때 법의 상호 불균형이 생길 뿐만 아니라 중간생략등기가 통용될 우려가 있어 부동산등기특별조치법의 위상을 떨어트릴 염려가 있다.⁷⁹⁾ 즉 중간생략등기 위반은 단속규정으로서 사법상 효력은 유효로 하고 있고, 명의신탁등기의 위반은 효력규정으로 사법상 효력을 무효로 하고 있기 때문이다. 따라서 조세포탈·투기·탈법을 목적으로 하는 중간생략등기와 같은 목적으로한 명의신탁에 대하여 상호 균형을 맞추어 효력여부를 인정하는 것이 바람직 하다.

2. 不實登記防止를 위한 登記制度的 改善方向

부동산등기법은 부동산등기의 절차와 방법을 내용으로 하고 있는 절차법이다.⁸⁰⁾ 부동산등기법은 등기기관, 등기장부를 비롯하여 등기절차에 관한 내용이 주류를 이루고 있다. 등기신청에 있어서는 공동신청주의를 원칙으로 하여 등기권리자와 의무자가 협력하여 등기신청에 참여함으로써 부실등기를 방지하는데 노력하고, 형식적 심사주의를 원칙으로 하여 등기공무원은 등기신청서류의 구비여부 등 서류에 의한 심사를 거쳐 당부를 판단토록 함으로써 신속한 등기절차가 이행되도록 하고 있으나, 실제적 내용의 진위를 판단할 권한이 극히 예외적으로만 인정되어 무권한에 의한 부실등기가 실행될 염려가 있고, 국가배상주의

77) 김준호, "명의신탁의 본질", 「고시계」, 1997. 2, p.51.

78) 김준호, 상계논문, p.51.

79) 같은 견해: 어인의, 전계논문, p.249; 김상용, 전계논문, pp.6-7.

80) 우리 나라의 부동산등기법은 1960년 1월 1일부터 시행되어 오늘날에 이르고 있으며, 본문 제7장 187조와 부칙을 합하여 모두 192조로 되어 있다.

에 의하여 등기공무원의 고의·과실에 의한 등기업무로 인하여 국민에게 손해를 끼친 경우에는 우선 국가에서 배상하게 함으로써 피해자 구제에 우선을 두고 있다.

그러나 현행 부동산등기제도가 완전한 것이라고는 할 수 없다. 사회·경제적 변화에 따른 미비점이 발생하고, 국가의 예산·직원의 전문화 부족에 의한 문제점을 비롯하여 부동산거래의 원활·확실화를 위하여는 보완할 점이 적지 않다.

(1) 登記原因證書의 公證制 導入論

부동산등기는 부동산등기법 제40조 소정의 서면과 동 시행규칙 제53조 내지 제54조의 정한 바에 따라서 등기의무자의 인감증명을 첨부하여 신청하여야 한다. 등기신청이 있는 경우에는 등기공무원은 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 근거없는 보증서를 제출하더라도 등기공무원은 이를 수리할 수밖에 없다. 물론 관계서면이 위조·도용·모용된 것이거나 부실한 것임이 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.⁸¹⁾ 그리하여 이러한 부동산등기의 제도적 허점은 그 악용의 소지를 제공하게 되어 위조 및 사기 등의 여러 가지 부정방법에 의하여 부실등기가 행하여지는 경우가 많고, 이를 막기 위한 방편으로서 등기원인증서의 공증의 필요성이 논의되고 있다.⁸²⁾

한편, 검인계약서가 등기원인증서인가⁸³⁾ 아니면 등기신청서의 단순한 첨부서면에 불과하는가⁸⁴⁾ 견해의 대립이 있으나 소유권이전등기를 신청하는 경우에 검인계약서를 사용하게 하는 점과 부동산등기법 제40조 제3항 등을 미루어 검인계약서는 등기원인증서가 아니고 등기신청서의 하나의 첨부서면에 불과하다고 해석하는 것이 타당하다.⁸⁵⁾

부동산등기법 제40조 1항 2호에서 말하는 등기원인을 증명하는 서면이라고 함은 등기할 권리변동의 원인인 법률행위의 성립을 증명하는 서면으로 매매계약서가 아니라 매도증서

81) 같은 견해: 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998, p.62.

82) 김정수, "현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방안", 재판자료 제43집, 「등기에 관한 제문제(상)」, 법원행정처, 1988, p.25.

83) 김상용, "관인계약서 사용에 의한 부동산물권변동이론의 수정", 「고시계」, 1989, 12, p.54; 곽윤직, "등기원인증서의 공증", 「서울법학」 제27권 제2-3호 합병호, 서울대출판부, 1986, p.10.

84) 정옥태, "검인계약서의 제문제점", 「사법행정」, 1989, 6, pp.10-15.

85) 같은 견해: 김정수, 전제논문, pp.101-102.

를 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 우리 나라 등기의 실정이며, 등기부에 등기원인으로서 ○○년 ○월 ○일자 매매라고 기재되는 일자는 매매계약서의 일자가 아니라 매도증서의 일자인 것이다.

따라서 우리 나라의 매도증서는 독일 민법상의 Auflassung⁸⁶⁾에 해당하는 것이라고 볼 수도 있겠지만, Auflassung은 엄격한 요식행위이고 이에 조건이나 기한을 붙이는 것이 금지되어 있으므로 그 행위의 확실성과 안전성에 있어서 우리 나라의 매도증서의 접수는 비교될 수 없다. 더구나 Auflassung의 기초가 되는 계약은 독일민법 제313조 1항의 규정에 따라 공증된 것이어야 한다고 규정되어 있는 반면, 우리 나라의 매도증서는 불요식일 뿐만 아니라 확실한 법적 근거조차 없다. 그렇다고 하더라도 현실적으로 매도증서가 등기원인증서로서 관용되고 있으므로 적절한 입법을 통하여 법제화함으로써 매도증서에 대한 공증제도를 도입하는 것은 현행 부동산등기제도의 결함을 보완할 수 있는 바람직한 방안이라고 본다.⁸⁷⁾ 그러나 우리 나라에 공증제도를 실시한다고 하더라도 공증인의 충분한 확보가 어려우므로 현재 부동산거래 및 등기신청에 참여하고 있는 전문가, 즉 공인중개사인 중개업자에게 소유권이전등기신청에 한해서만 공증인의 자격을 부여하는 방안도 생각할 수 있을 것이다.

(2) 登記의 公信力 認定與否

물권변동에 있어서 등기를 필수요건으로 하는 성립요건주의를 취하고 있는 우리 나라

86) 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: 부동산소유권양도의 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.

87) 김상영, "등기원인증서의 공증강제", 제13호, 「부산지방법번호사」, 1995, p.81; 윤기택, "등기의 공신력의 우리 민법상 도입과 공증제도의 문제에 대하여" 「법학논총」, 청주대학교법학연구소, 1992, p.193 이하; 박윤직, "등기원인증서의 공증", 제27권 제2,3합본, 「서울법학」, 서울대학교출판부, 1986, p.1.

에서는 부동산등기는 더 없이 중요하다. 실제적 거래관계에서 계약에 따른 모든 내용이 완료되었다 하더라도 그 변동내용을 해당 등기부에 등기하지 아니하면 법률적 효력은 발생하지 않기 때문이다. 특히 법률행위에 의한 부동산 물권변동에는 반드시 등기해야 효력이 발생한다. 이처럼 부동산물권의 변동과 그에 따른 등기는 밀접불가분의 관계에 있는데 부동산등기자체에는 어떠한 효력을 인정하는가, 등기부에 등재되어 있는 대로 물권 내용을 믿어 주는가 문제이다. 만일 실제적 거래관계는 없는데 사기적 방법에 의해 외관으로 일정한 등기만이 이행한 경우에도 과연 물권변동력을 인정하는지에 문제가 있다. 보통 말하는 등기의 공신력의 문제이다. 물론 부동산등기법은 등기의 공신력을 인정하지 아니한다는 명문의 규정은 없다. 그러나 법전체적인 합리적 해석상 우리 부동산등기에는 공신력을 인정할 수 없고⁸⁸⁾ 추정력만 인정할 수 있다는데 이론이 없고⁸⁹⁾ 판례⁹⁰⁾도 같다.

그 이유로서는 현행 부동산등기법에 의한 등기는 서면에 의한 형식적 심사만을 할 수 있게 함으로써 권원없는 부실등기를 철저히 방지할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않기 때문이라고 할 수 있다.⁹¹⁾ 등기공무원은 수동적인 입장에서 당사자의 신청에 의한 서류상의 타당성만을 심사할 수 있을 뿐이고 그 내용의 실질적 타당성 조사에는 권한이 미칠 수 없기 때문이다. 그러므로 부동산등기에 공신력을 인정하여 물권변동에서 등기의 중요성이 완벽히 발휘될 수 있게 하는 조치를 강구하기 위한 법적인 보완책이 요청된다. 이처럼 부동산등기에 공신력을 인정할 수 없기 때문에 부동산등기제도가 공극의 목적으로 삼고 있는 부동산거래의 원활하고 확실한 보장을 실현할 수 없게 된다. 따라서 등기원인증서의 공증제와 함께 등기의 공신력을 인정하여야 할 것이다.⁹²⁾

현행 부동산등기법상 등기의 효력에는 물권변동력, 순위확보력, 추정력, 점유적효력 등이 있으나 문제가 되는 것은 부동산등기에 추정력을 인정하고, 공신력을 인정하지 않는데 있다. 물론 부동산등기에 공신력을 부정하는 명문의 규정이 있는 것은 아니다. 등기절차상 부실등기를 방지하는 철저한 장치가 없기 때문에 등기의 외관을 믿는 자 보다는 진실한 권리자를 보호하여야 하기 때문이다. 그러나 등기의 공신력을 인정하지 않게 되면 부동산

88) 독일에서는 통설로서 물권행위의 무인론을 채택하고 있기 때문에 원인행위인 채권행위에 하자가 발생하더라도 등기 내지 물권변동의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 것이 일반적 견해이다.

89) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 1995, p.85; 김용한, “등기원인증서의 공증” 「부동산등기법의 개정」에 관한 연구, 서울대출판부, 1978, p.62; 김중환, 「물권법강의」, 박영사, 1985, p.33; 장경학, 「물권법」, 박영사, 1994, pp.150-153; 정권섭, 전제논문, p.51.

90) 대판 1969. 6. 10. 68 다 199; 대판 1964. 5. 19. 63 다 793.

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

92) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 1995, p.57: “등기의 공신력은 정적안전의 희생 위에 동적 거래안전을 기하려는 제도이기 때문에 진정한 권리자의 이익이 지나치게 희생되는 것을 방지할 수 있는 제도가 마련되지 않으면 공신력을 인정할 수 없다”고 한다.

등기제도의 목적인 부동산물권의 확정화와 거래의 원활화를 도모할 수 없게 되고, 목적달성이 불가능하다면 법자체의 보완이 필연적이라 할 것이다.⁹³⁾ 부동산등기에 공신력을 인정하기 위한 절차상의 보완으로서 부실등기가 발생할 수 있는 소지를 차단하는 것이다. 그런 방법으로는 물권변동의 원인에 대한 진정성을 확보하는 것이다. 다만 등기의 공신력의 인정은 거래의 정적안전의 희생위에 동적안전을 보호하는 제도이다.⁹⁴⁾

따라서 현행 부동산등기법에서 인정하고 있는 등기공무원의 형식적 서류심사에 의한 등기신청의 적부판단방법을 개선하여 실질적 심사권을 인정하는 방법을 도입할 수 있고, 또는 물권변동의 원인을 공정증서에 의해 권원의 진정성을 보장하는 방법도 효과적인 방법 중의 하나가 된다고 본다. 법의 적용은 사회적·경제적 여건에 맞게 행하여져야 하는 것이라면 현재 우리의 사회적·경제적 상황으로 보아 권원증서를 공증인이 공정증서로 제출하게 개선하는 것이 바람직하다고 생각한다. 이러한 여건의 변화 등을 고려할 때에 등기신청시에 권원증서를 공증서로 제출하게 의무화하는 방안도 생각할 수 있으며, 또 1995년 7월 1일부터 시행된 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률'에 의거 실질적 권리자만이 등기명의를 취득하도록 의무화하고 있는 조치 등은 부동산등기에 공신력을 갖게 하는데 다소 기대가 되나 이도 역시 그 역할을 다하지 못하는 입법임은 부인할 수 없다고 할 것이다. 따라서 획기적으로 법무사 및 공인중개사인 중개업자를 활용하여 부동산소유권이전등기시에 한하여 등기원인증서 공증제 도입의 방안을 강구하는 것도 하나의 방안이 될 것이다.

(3) 登記公務員의 實質的 審査權 認定與否

등기제도의 기본목적은 부동산물권변동에 있어서 권리의 외관을 공시하는데 있다. 따라서 등기는 언제나 진실한 권리관계를 그대로 표시하여야만 한다. 이를 위해서는 무엇보다도 진정한 권리관계에 부합하지 않는 허위의 등기가 행하여지는 것을 사전에 방지한다는 것이 가장 중요하다. 여기서 등기신청이 있을 때에 그 신청이 과연 적법한가 또는 부적법한가를 검사하는 등기공무원의 심사권이 문제된다. 이 심사권에 관하여는 실질적 심사주의와 형식적 심사주의의 대립이 있다. 전자를 실질적 합법주의라고 하고 후자를 형식적 합법주의라고도 한다. 형식적 심사주의는 등기신청에 대한 등기공무원의 심사범위를 등기절차상의 적법성여부에 한정하는 것으로서 독일과 프랑스가 채용하고 있으며, 실질적 심사주의는 그밖에 등기신청의 실질상의 이유 내지 원인의 존재와 효력까지도 심사케 하는 것으로서 스위스민법과 Torrence system⁹⁵⁾이 채용하고 있다.⁹⁶⁾ 두 주의를 비교할 때 형식적 심사

93) 정권섭, 전제논문, p.52.

94) 등기의 공신력을 인정하고 있는 나라는 독일(GOB 제 892조), 스위스(ZGB 제973조) 및 토렌스등기제도를 채택하고 있는 국가(영국, 호주, 미국의 일부 주, 대만)이며, 일본·프랑스 및 우리 나라는 등기의 공신력을 인정하지 않고 있다.

95) Torrence system 및 에스 크 로 제도에 관해서는, 内田勝一, "アメリカにおける不動産取引流通の保護-権原保險

주의는 등기가 신속히 이루어진다는 장점이 있는 반면에 등기와 실질관계의 부합이라는 목적을 확실하게 달성할 수 없는 단점이 있고, 실질적 심사주의는 등기를 진실한 권리관계에 부합하게 하는데 가장 적합한 것이기는 하나 등기절차의 지연으로 신속성이 저해되는 단점이 있다.⁹⁷⁾

현행 부동산등기법상의 심사주의를 보면, 부동산에 관한 등기신청이 있으면 등기공무원은 일정한 접수절차(부동산등기법 제53조)를 밟은 후 지체없이 신청에 관한 모든 사항을 조사하여야 한다(부동산등기법 시행규칙 제73조). 그리고 그 심사를 거쳐 신청의 수리 즉 등기의 실행이나 신청의 각하 중 어느 쪽인가의 처분을 내리게 된다. 그런데 등기공무원의 심사는 부동산등기법이 제40조에서 등기원인을 증명하는 서면을 요구하고 있고, 또한 동 제55조 2항에서 사건이 등기할 것인가의 여부를 등기공무원의 판단에 맡기고 있는 점 등으로 보아 그 대상이 실체법상의 사항에까지 미치고 있다. 그러므로 현행법은 그 심사주의에 있어 어느 정도 실질적 심사주의를 채택하고 있다고 볼 수 있으나, 동 법 제55는 어떠한 경우에 등기공무원이 등기신청을 부적법한 것으로서 각하할 수 있는가에 관하여 한정적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 심사의 방법은 서면심리를 원칙으로 하고 있으며 실체법상의 사항에 관한 조사도 그 실질적 진정에 관해 외형적·소극적인 판단을 함에 그친다.

그러므로 등기공무원은 등기신청의 실질적인 원인관계의 존부와 나아가서 그 효력에 관한 적극적인 심사를 할 권한은 없고 다만 등기신청에 관한 모든 사항을 창구적·형식적·소극적으로 심사할 수 있을 뿐이다.⁹⁸⁾ 또한 그 심사의 대상이 원인행위에까지 미친다고 볼 수도 없다.⁹⁹⁾ 따라서 우리 부동산등기법상 등기공무원의 심사권은 형식적 심사주의를 채용하고 있다고 해석하는 것이 타당하다.¹⁰⁰⁾ 다만 1984년의 부동산등기법의 개정에 의하여 집합건물(구분소유건물)의 표시사항에 관해서는 등기공무원에게 건물의 실태를 조사하도록 함으로써 공동주택의 건물에 한하여 실질적 심사권을 인정하게 되었다(부동산등기법 제56조의 2 참조).

우리 부동산등기법상 등기공무원의 심사권은 형식적 심사에 그치는 것으로서 그 대상이 실체법상의 사항에까지 미친다고 하더라도 동법 제56조의 2의 집합건물의 표시사항에

とエスクロ-制度” 高島平歳 教授古稀記念, 「民法學の新たな展開」(日本: 成文堂, 平成5年), pp.179-196.

96) 여기서 독일법과 스위스법은 특수한 기술적인 제도에 의하여 양주의의 단점을 제거·시정하려고 한다. 그 결과 독일법은 형식적 심사주의를 취하면서도 진정한 권리관계에 부합하지 않는 등기의 성립을 막고, 스위스법은 실질적 심사주의에 의하면서도 거래의 신속을 해하는 일이 거의 없다.

97) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 1995, p.142; 김중환, 「물권법강의」, 박영사, 1985, p.85; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1985, p.118.

98) 金正洙, 전계논문, p.15; 金貞洙, 전계논문, pp.177-178.

99) 김현태, “부동산등기제도의 결합과 그 개혁방안”, 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」, 한국민사법학회, 1978, pp.163-164

100) 같은 견해 : 金正洙, 전계논문, p.15.

관한 특례규정을 제외하고는 어디까지나 외형적·창구적·소극적인 심사에 한하기 때문에 그 신청이 유효한 원인행위에 기한 것인가를 실질적·적극적으로 심사할 수 없다. 그러므로 사실관계와 부합하지 않는 신청이나 무효인 원인행위 내지 부존재의 원인행위에 기한 신청이 있더라도 그 신청이 일정한 형식만 정확히 갖추었으면 수리하여 등기를 실행하여야 한다. 따라서 우리 등기공무원의 심사권은 허위의 등기가 성립하는 것을 방지하는 데 무력하다는 것을 알 수 있으며 이 문제를 입법론적으로 어떻게 처리하여야 할 것인가 하는 것이 부동산 물권변동의 법리 확립에 관한 당면과제 중의 하나인 것이다.¹⁰¹⁾

사건으로서는, 형식적 심사주의와 실질적 심사주의는 모두 일장일단이 있으므로 그 흠을 되도록 완화하여 두 주의를 접근시킬 필요가 있으며, 이를 충족시키는 것이 등기원인증서의 공증제도이다. 이에 대하여 등기원인증증제도만 도입하면 실질적 심사권이냐 형식적 심사권이 문제가 되지 않은 것으로 설명하는 분도 있으나 등기원인증증제와는 별도로 등기공무원의 심사권도 중요하다고 할 것이다. 따라서 등기의 공증제도를 채용하더라도 스위스민법처럼 실질적 심사주의를 채용하는 것이 타당하다.

3. 不動産登記制度의 專門化를 위한 制度의 改善方向

(1) 不動産登記簿의 一元化

유럽의 여러 나라에서는 우리 나라와 달리 모두가 토지만을 독립한 부동산으로 하고 있다.¹⁰²⁾ 따라서 부동산등기부로서는 토지등기부만을 두고 있다. 그러나 우리 나라는 토지 외에 건물 내지 가옥도 이를 독립한 부동산으로 하고 있으며, 등기부도 토지등기부·건물등기부의 양자를 두고 있다(부동산등기법 제14조 1항 참조). 이와 같이 부동산등기부로서 토지등기부와 건물등기부의 양자를 둔 최초의 나라는 일본이다(일본 부동산등기법 제14조 참조). 그 후 일본법의 영향을 받은 몇몇 나라가 이에 따르고 있으며, 우리 나라에서도 일본인들에 의하여 제정·시행되었던 1912년의 조선부동산등기령 이래로 이원적 등기부제도를 유지하고 있다. 그런데 일본에서는 등기부와 대장의 이원화를 1971년 3월 31일에 법률 개정하여 일원화 하였고, 일원화로 인하여 등기부의 표제부가 토지대장 및 가옥대장의 기능을 하게 되므로 토지대장법과 가옥대장법은 폐지되었다. 당시 일본에서 일원론¹⁰³⁾과 이

101) 정권섭, 전제논문, p.10; 남윤봉, "부동산등기제도에 관한 일고", 「현대민법의 전망」, 법주서영배교수 회갑기념, 경성대학교 법학연구소, 1995, p.194.

102) 우리 민법 제99조는 '토지 및 그 정착물은 부동산이다'라고 규정하고 있는데, 그 '정착물' 중 건물은 토지로부터 독립된 별개의 부동산으로 취급하고 있다(민법 제305조, 제366조, 제283조 2항, 제643조). 이러한 민법태도에 비판적 견해로서는, 엄동섭, "토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 관한 비판적 고찰", 「법조」, 1993. 7, pp.34-60; 광윤직, "현행 부동산등기법의 문제점", 「서울법학」 제29권1호, 서울대출판부, 1988, pp.92-94.

103) 香川保一, "登記簿及び量帳の一元化について", 「民事研究-不動産登記制度の改正」 第30號(東京: 法務

원론¹⁰⁴)간의 상당한 견해의 대립이 있었는데, 일원론의 논거는 첫째, 물건변동의 목적물인 부동산(토지 및 가옥)에 대한 등기부상의 표시가 부동산 자체의 현황과 항상 일치하여야 하나, 이원론화에서는 일치할 수 없다는 점이다. 둘째, 부동산 거래를 하고자 하는 자는 거래관계에 필요한 권리관계 등을 조사하기 위하여 등기부뿐만 아니라 대장도 함께 조사하여야 하므로 열람 및 등본발급 등과 관련하여 이중의 노력과 비용이 든다는 점이다. 셋째, 건물을 신축하거나 부동산의 현황에 변경이 있을 때에 소유자는 대장등록을 한 후 다시 등기신청의 절차를 밟아야 하는 것은 이중의 노력과 비용이 든다고 주장한다. 이에 대하여 이원론화에서는 등기부와 대장은 그 기능이 본질적으로 다른 것으로 등기는 자유신청주의 원칙을 기본으로 하고 있지만, 대장제도 자체로서는 부동산의 현황파악을 명확히 해서 국가의 공익적 목적인 과세대장으로서의 성격도 가지고 있으므로 당사자 신청이 없을 때에는 직권등록이 가능하며, 전혀 상반된 양공부를 행정의 편의만을 내세워 통합하여 일원화하는 것은 근대사법질서를 뒤흔든 처사라고 비판한다.

사건으로서는, 이원적 등기부제도가 우리 나라에 도입된 경위는 불문으로 하고서라도 현재의 제도를 앞으로도 계속 유지할 필요가 있는 것인가, 즉 토지 이외의 건물을 별개의 부동산으로 하고 그에 관한 등기부도 따로 둘 필요가 있는가라는 현행법의 체제에 관하여 강한 의문이 제기된다. 즉 토지만을 부동산으로 하고, 등기부도 토지등기부만을 두는 것이 훨씬 타당하다고 생각된다. 그렇게 주장하는 논거는 먼저 우리나라에서의 부동산거래에 있어서 대지를 제외하고 그 위의 건물만을 거래한다는 일은 극히 드물다. 예컨대 지상건물을 제외한 대지의 매매라든가 또는 그 반대의 경우는 비록 현행법상의 이론으로서는 가능하다 하더라도 거래의 실제에서는 보기 매우 힘든 현상이다. 타인의 토지를 임차하거나 또는 지상권을 설정해서 건물을 지을 수도 있으나, 실제로 그런 경우를 볼 수 있는 예가 적다. 또 이미 건물이 세워져 있는 토지에 관하여 지상권을 설정한다는 것이나, 건물이 있는 토지에 있어서 그 토지만에 관하여 전세권을 설정한다는 것도 보기가 힘든 예이다. 그러한 경우에는 건물위에 전세권이 설정될 뿐이다(민법 제304조·305조 참조). 저당권의 설정도 토지와 그 지상의 건물위에 이른바 공동저당권을 설정하는 것이 보통이지 건물이나 그 대지만을 저당권의 목적으로 하는 경우는 드물며 예외적으로 볼 수 있을 뿐이다.¹⁰⁵) 이러한 거래관행에 비추어 볼 때 토지와 그 지상의 건물을 별개의 부동산으로 하여 따로 따로 등기부를 둘 필요는 없다고 하겠다. 토지등기부만을 두고 지상의 건물에 관하여는 표제부 표시란에 이를 표시하는 것으로 족할 것이다. 다시 말하면 지상의 건물만을 독립한 부

總合研究所, 1959), p.15; 川島一郎, “不動産登記法の一部を改正する等の法律の解説”, 「法曹時報」第12卷6號, p.32; 酒井勲, “登記簿と土地臺帳・家屋臺帳の一元化”, 「シュスト」第175號.

104) 浦野雄行, 「新不動産登記法」(東京:商社法務研究会, 1988), pp.2-33; 渡邊洋三, “ふたたび登記簿と臺帳の一元化問題についで-登記制度は何のために制度か-”, 「シュスト」第198號(東京:有斐閣, 1960), p.34.

105) 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998, p.63.

동산으로 할 필요는 없으며 토지만을 부동산으로 하고, 그 지상의 건물은 토지의 본질적 구성부분을 이루는 것으로 하는 것이 타당하다.

만일에 토지만을 부동산으로 하고 건물에 관하여는 이를 독립한 부동산으로 하지 않고서 그 대지의 본질적 구성부분을 이루는 것으로 한다면 현재의 제도와 비교할 때 어떤 장점과 단점이 있게 되는 것인가. 우선 장점으로는 건물을 별개의 독립한 부동산으로 함으로써 생기는 많은 복잡한 법률문제가 없어지게 되고 따라서 토지 내지 부동산에 관한 법률관계가 현재보다 훨씬 단순하게 될 뿐만 아니라,¹⁰⁶⁾ 국민들에게 절차의 번잡을 피하고 많은 비용을 절약케 하는 이점이 있게 된다. 원래 등기는 부동산공시라는 중요한 기능을 하는 매우 유용한 제도이지만, 한편 그것은 극히 기술적인 제도이어서 전문가의 관여없이 그의 원활한 운영을 기대하기 어려워 자연히 그 절차는 매우 번거롭다. 그러한 번거로운 절차를 두 번 거치는 대신 한 번으로 그친다면 이는 국민에게 커다란 편리를 제공하는 것이 됨은 명백하다. 또한 등기는 전술한 바와 같이 매우 기술적인 제도이어서 국민 누구나가 간단히 신청할 수 있는 성질의 것이 아니며, 자연히 그 방면의 전문가의 도움을 필요로 하여 비용이 들게 된다. 특히 등기를 하게 되면 당사자는 각종의 세금(취득세·양도소득세·등록세 등)을 납부하여야 하며 다액의 지출이 따르게 된다. 등기절차를 두 번 밟는 것과 한 번 거치는 것과의 사이에는 국민의 소비지출면에서 커다란 차가 있음은 명백한 사실이다. 위와 같은 장점 내지 이점이 있는데 반하여, 단점으로서는 특히 문제될 만한 것은 민법을 비롯하여 다수의 관련법령의 규정들을 개정하여야 한다는 대작업이 뒤따르게 된다는 정도의 것이다. 이상에서 검토한 바와 같이 건물 내지 가옥을 토지와는 별개로 독립한 부동산으로 할 필요는 없을 것이다.¹⁰⁷⁾ 따라서 등기부도 토지등기부만을 두는 것으로 충분하다고 생각된다.

(2) 登記簿와 臺帳의 一致化

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.¹⁰⁸⁾ 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 제

106) 곽윤직, 전계논문, p.94 이하.

107) 같은 견해 : 곽윤직, 전제서, p.64; 정권섭, "대장과 등기부의 일원화", 「등기법 개정에 관한 연구」, 서울대학교출판부, 1978, p.89; 오현진, "토지공시제도의 개선방향에 관한 연구", 제8집, 「사회과학논총」, 청주대학교, 1989, pp.169-172.

반대 견해 : 김정수, 전계논문, pp.144-145.

108) 김광식, "우리 부동산등기제도의 문제점(상)", 「사법행정」, 1985. 10, p.29.

130조, 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(동법 제11조) 등이다. 그러나 이와 같은 배려가 있음에도 불구하고 대장의 변경사항을 등재하려면 원칙으로 신고에 의하지만 신고가 없을 때에는 직권등록이 가능한 데 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.¹⁰⁹⁾

사건으로서는, 등기나 대장의 불일치를 완전히 제거하고 당사자에게 2중의 수고와 비용을 부담시키는 폐단을 시정하며, 나아가서는 후술할 부동산등기업무의 전산화 시행을 조속히 이룩하기 위하여서라도 결국 양자를 한 개의 공부로 통합시키는 것이 바람직할 것이다. 만일 일원화가 어렵더라도 등기부까지 전산화하여 대장과 상호연계방법을 강구하여야 할 것이다.¹¹⁰⁾ 즉 토지대장 및 가옥대장제도를 폐지하여 이를 등기제도에 흡수시켜서 부동산의 사실상태도 등기부자체로서 파악할 수 있도록 표제부등기를 개선하여야 할 것이다.¹¹¹⁾ 이러한 개선을 위하여는 자연히 표제부등기, 이른바 표시에 관한 등기를 함에 있어서 등기의 객체인 부동산을 정확히 파악해야 하기 때문에 등기공무원도 실질심사나 현지조사 등을 하지 않으면 안되는 바, 이 때에 등기공무원의 자격을 어떻게 하여야 할 것이냐 하는 점이 문제이다. 이런 문제에 관해서는 많은 논의가 있을 수 있으나 등기업무의 특수성에 비추어 자치행정부산하의 독립기관을 두는 방안¹¹²⁾이나 사법부산하의 독립관청을 두어 그 기관으로 하여금 관장케 하는 방안¹¹³⁾ 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 거

109) 박윤직, 전게서, pp.64-65; 金貞洙, 전게 “부동산등기제도의 개선에 관한 연구”, p.126 이하; 金正洙, 전게 “현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방향”, pp.31-33.

110) 일원화의 비판론적 입장으로 김정수, “부동산등기제도의 개선에 관한 연구 -신뢰성 제고방안을 중심으로-”, 경성대학교대학원 박사학위논문, 1996, pp.125-146. 참조

111) 황적인, 전계논문, pp.167-173.

112) 이렇게 하는 방안을 생각할 수 있는 것은 대장과 등기부의 일치화 뿐만 아니라 행정공무원의 토지대장·건축물대장 등 실질적 심사가 가능하고, 아울러 대장의 전산화와 등기부의 전산화에 크게 기여할 수 있기 때문이다.

113) 같은 견해: 金正洙, 상계논문, p.34.

의 형식적 심사에 가까운 업무취급을 하기 때문에 등기부의 표시와 실체가 일치하지 아니한 채로 등기가 되어 버리는 일이 생기고 있어 문제점으로 대두되고 있다는 것이다.¹¹⁴⁾

(3) 印鑑證明制度 및 保證書制度의 改善方向

1) 印鑑證明制度의 改善方向

부동산등기시행규칙 제53조 내지 제54조에서 등기신청의 구비서류 중에 인감증명의 첨부를 요구한 것은 부정등기의 방지를 목적으로 하는 것이나 인감증명제도는 다음과 같은 문제점이 있다.¹¹⁵⁾

첫째, 인감사무에 관한 권한의 전부가 시장 및 구청장으로부터 그 소속동장 또는 동에 준하는 출장소의 소장과 읍·면의 장에게 위임되어 있는 바(인감증명법 시행령 제2조), 인감증명서가 책임성이 약한 동사무소의 말단직원이나 임시직공무원으로부터 용이하게 발급받을 수 문제점이 있다. 둘째, 인감증명은 본인뿐만 아니라 대리인에 의해서도 신청이 가능하므로 인장만 소지하면 위임사항에 날인하여 얼마든지 부정발급을 받을 수 있다(동 시행령 제13조1항). 셋째, 인감의 개인절차가 용이하며 인감청구는 본인 이외의 대리인에 의하여도 가능하고 또 改印을 수리하여 인감을 발급하는 경우에도 그 명의자 본인에 대한 사전 또는 사후통지제도를 전혀 두고 있지 않기 때문에 부정개인 및 부정발급이 가능하다. 넷째, 인감의 대조 및 그 동일성의 확인이 극히 어렵다.¹¹⁶⁾

이상에서 언급한 바와 같이 인감증명은 그 관장·주체·발급 및 개인절차의 부실이나 위조·도용 등의 가능성 또는 판별의 곤란성 등의 사정으로 인해 행위자 본인임을 증명한다는 본래의 사명인 신분증명으로서의 기능이 상실되고 그 효용이 현저하게 저하되고 있다. 인감증명제도는 우리 나라에 있어서 근대적 토지소유권제도가 확립된 후 부동산거래에 증대한 역할을 담당해 왔다는 사실을 과소평가할 수는 없을 것이다.¹¹⁷⁾ 그러나 오늘날의 인감증명제도가 부동산거래의 안전을 확보한다는 원래의 기능을 다하지 못하고 오히려 부동산거래에 있어서 위험과 혼란을 초래하게 되어 등기부에 대한 신뢰를 동요시키는 요인의 하나가 되고 있다는 점을 고려할 때 현행 제도에 대한 재검토가 절실히 요구되고 있다. 더욱이 우리 나라의 경제도 과거의 농업경제를 탈피하여 급속한 공업화를 이룩하고 이에

114) 정권섭, "대장과 등기부의 일원화", 「부동산등기법의 개정에 관한 연구」, 한국민사법학회, 서울대학교출판부, 1978, p.56; 법문상 아무리 등기공무원에게 실질적 심사권을 주더라도 등기공무원의 자질이 그에 따르지 못하거나 발전적이고도 창의적이며 또 사명감이 강하지 못하다면 실효를 거둘 수가 없는 것이다.

115) 金貞洙, 前掲 "不動產登記制度의 改善에 關한 研究", p.167.

116) 대판 1992. 6. 23. 91 다 14987; 대판 1991. 7. 9. 91 다 5570: 인감증명을 발급하는 공무원의 고의 또는 과실로 허위 내지 부실의 인감증명을 발급함으로써 손해가 발생하는 경우에는 인감증명발급관청은 손해배상책임을 져야 한다.

117) 김상용, "부동산등기의무화방안에 관한 검토", 「법률신문」, 1990. 6. 18, pp.13-15.

보조를 맞추어 부동산금융이나 부동산거래도 그 비중을 더해가고 있는 실정이다. 따라서 거래에 대한 안전보장이 당사자의 인격적 신뢰관계로부터 등기부예의 신뢰에 의존할 수 있도록 부실등기의 방지책을 강구해야 함은 사회경제적 요구라고 할 수 있다.

사건으로서는, 부동산거래에 있어서 나타난 현행 인감제도의 부실을 어떠한 방법으로 보완할 것인가 하는 문제가 필연적으로 대두되지 않을 수 없게 된다. 이것은 인감증명법의 개정이나 그 운영의 개선을 통하여 어느 정도 그 불비점을 보완할 수도 있겠지만 물리적으로 인감의 위조 또는 도용의 가능성이 언제나 개재되고 있는 이상 제도의 개선이나 운영의 시정만으로써는 근본적으로 그 부실을 제거할 수 있는 해결책이 될 수 없을 것이다.¹¹⁸⁾ 따라서 현행 인감제도와 대치하거나 또는 이와 병행하여 등기원인증서의 공증제도를 도입하면 부실등기를 방지할 수 있다고 본다.¹¹⁹⁾

2) 確認書面의 改善方向

현행법이 인정하고 있는 보증서(부동산등기법 제49조)제도는 등기필증이 멸실된 경우에 이에 대신하여 진정한 등기신청이라는 것을 보증하여 그 등기의 방법을 마련하려는 것이다. 그것은 어디까지나 위 보증서의 내용이 사실에 부합하는 것이고 진정한 것이라는 것을 전제로 하고 있다.¹²⁰⁾ 그러나 등기의 실제에 있어서는 위와 같은 보증서제도는 그 본래의 효용을 다하지 못하고 오히려 각종 부정등기의 방법으로 악용되고 있는 실정이다. 종래의 보증서제도를 1991년 12월 14일 법률 제4422호로 폐지하고 등기신청을 하는 자가 등기의무자 본인이라는 점을 담보할 수 있는 등기공무원의 확인조서서의 작성으로 하도록 하고 있다. 다만 이에 관한 입법예를 살펴보면, 독일은 등기허락서의 공증제도, 스위스와 프랑스는 등기원인증서의 공증제도가 있다.

사건으로서는, 등기공무원은 출석한 당사자가 본인임이 틀림없는지를 확인함으로써 등기신청의 진위를 확인할 수 있는 경우와 인감증명서나 주민등록증을 제출하게 하는 등의 방법으로서는 부정등기를 막을 수 없어 동법 제49조(확인조서의 작성·확인서면의 제출·공증서면 부분의 제출)를 두고 있으나, 이러한 경우에도 역시 부정등기를 완전히 해소할 수 없으므로 등기원인증서의 공증제도를 도입하는 것이 타당하다고 본다.¹²¹⁾

118) 이것은 부동산물권변동에 있어서 중간생략등기를 방지하기 위해 부동산등기법시행규칙(제55조)과 인감증명법시행령(제13조2항)을 개정하여 부동산소유권의 이전등기신청을 위한 인감증명의 유효기간을 1월로 단축시키고 용도란에 매수자의 성명·주소 및 주민등록번호를 기재하도록 하였으나 별로 효과를 거두지 못하고 있는 데에서 단적으로 알 수 있다.

119) 같은 견해: 박윤직, 전계서, pp.136-138.

120) 실무와 관련하여 문제가 되는 것은 부동산등기법상용어와 실제에 있어서의 용어가 동일하지 않다는 것이다. 예를 들면 부동산등기법에서는 등기를 다 마치면 그 마친 사실을 확인·통보하기 위하여 신청인에게 통보해 주는 증서를 등기필증이라고 한다. 그런데 등기소에서 실제로 발부해주는 등기를 마쳤다는 증서에는 등기권리증이라고 표기되어 있다. 이것은 법규의 용어와 실제상의 용어가 혼동을 일으키고 법규의 용어의 사용이 무시되는 현상으로서 시정되어야 한다.

(4) 不動產物權變動時期의 明確化의 必要性

민법 제186조에는 법률행위에 의한 물권변동의 효력은 등기를 함으로써 발생한다고 규정하고 있으나 부동산등기법은 등기를 신청하여 접수한 연월일과 접수번호는 등기부에 기재하도록 하였을 뿐 실제적으로 등기사항이 등기부에 언제 기재되었는지는 일자를 표시토록 하지 않아 현실적으로 등기 연월일을 등기부 기재하고 있지 않고, 접수 연월일이 기재되어 있으므로 그 일자에 등기가 되었으리라고 추측은 할 수 있으나, 만일 그렇지 아니한 경우에도 절대로 없다고 단정할 수 없다. 그렇다면 등기사항을 실제로 등기부에 기재한 일자 정도는 기재하여야 할 것이 아닌가 생각한다. 그렇게 함으로써 등기에 의하여 발생한 물권변동의 효력의 발생시기가 명확하게 되고, 우리 민법의 성립요건주의를 명확히 실천하는 의미에서도 등기일자의 기재는 당연한 것으로 보여진다.¹²²⁾

(5) 建物の 固有番號附記의 必要性

현재 우리 나라의 등기부나 가옥대장에서 건물을 특정하는 표시는 건물소재지의 지번, 종류, 구조, 면적 및 소유자에 관한 기재에 의하고 있다. 그러나 실제로 동일지번위에 건물의 종류, 구조 및 면적 등이 비슷한 것이 얼마든지 있으며, 더욱이 지금과 같이 연립주택의 건축이 장려되고 또 성행될 때에는 더욱 그러하다. 이러한 경우 위와 같은 표시방법으로써는 건물을 특정하여 판별하기란 매우 어려운 일이며, 따라서 이중등기의 발생을 방지하는 일도 그만큼 어렵다. 이러한 경우 현행 부동산등기법에서도 건물의 번호를 붙일 수 있게 되어 있으나(동법 제42조), 붙이는 방법이 일정하지 않고 또 건물번호를 붙이지 않았다고 하여 각하하지 못한다고 해석되고 있으므로, 이에 의하여 이중등기를 방지하기란 어려운 일이다. 그런데 여기서 말하는 가옥번호란 위에서 본 건물번호와는 다른 것이다. 즉 건물번호란 동일지번상에 수동의 건물이 있을 때에 건물을 특정하기 위하여 임의로 붙인 번호를 말하는 것이나 가옥번호는 모든 건물에 예외 없이 마치 주민등록번호와 같이 일정한 법의 규정에 따라서 붙인 번호를 말하며, 이에 의하여 모든 건물은 그만이 갖는 고유번호에 의해서 다른 건물과 구별되게 되는 것이다. 그리고 지금과 같이 등기부와 대장이 이원화되어 있는 제도하에서는 등기부와 가옥대장 양자에 모두 가옥번호를 부여하여야 함은 물론이다.

그런데 가옥번호제도를 법제화하여 실시하고 있는 일본에서는 이 제도를 실시함에도 불구하고 현물조사시 목적인 건물을 오인하여 이중등기가 발생하는 일이 간혹 있다고 하며 이러한 현상을 방지하기 위한 방법으로서 가옥번호를 구체화하자는 논의까지 나오고 있다.¹²³⁾ 즉 가옥을 등록할 때에 부여된 가옥번호를 그 가옥의 특정부위에다 관급의 번호

121) 이렇게 보는 이유는 등기권리증이라는 것은 등기의 진정성 여부와는 관계없이 하나의 증빙 혹은 입증서류에 불과하기 때문이다. 같은 취지의 판례: 대판 1976. 1. 27. 75 다 322.

122) 남윤봉, 전제 "부동산등기제도에 관한 일고", p.194.

123) 김용준, "부동산등기제도에 관한 연구 -현행제도의 결함과 그 개선 방향을 중심으로-", 연세대학교대

판을 붙이도록 법제화함으로써 현장을 보아 그 건물의 동일성을 당장 식별할 수 있게 하자는 것이다. 이중등기 발생방지를 위하여 얼마나 고심하고 있나를 엿볼 수 있다고 할 것이며 우리가 이러한 제도를 법제화할 때에도 참고할 가치가 있다고 할 것이다.¹²⁴⁾

(6) 登記公務員의 專門化의 必要性

등기공무원은 등기신청을 심사하며 수리 또는 각하의 결정권을 갖는 하나의 독립기관의 구성원이며, 등기공무원의 이러한 결정은 비송사건에 있어서 일종의 재판이므로 고도의 전문지식을 가지고 신속·정확하게 합리적인 처분을 하여야 하는 특수한 사무이다. 따라서 아무리 등기제도가 완비되어 있다고 하더라도 등기공무원의 지식·경험 등 능력이 부족하면 불합리한 사무처리나 부실등기의 발생을 막을 수 없게 된다. 등기공무원의 전문화에 대한 개선방향으로,¹²⁵⁾ 먼저, 등기공무원에 대한 교육의 철저이다. 현재 법원공무원교육원이 있어 등기공무원의 교육을 연차적으로 교육하고 있으나 여기서의 교육 Seminar는 일반적이고 개괄적인 것으로 좀 더 집중적이고 전문적인 교육이 필요할 것이다. 또 등기공무원으로 지정된 자는 의무적으로 일정기간 교육을 거친 뒤에 등기사무에 종사할 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요할 것이다. 둘째, 등기공무원의 인사에 관한 특별배려가 요구된다. 등기공무원에 관한 업무의 특수성을 고려하여 일정기간 내에서는 타 업무에 보직되지 않고 연속적으로 등기사무에 종사할 수 있도록 함으로써 등기업무에 숙지할 수 있도록 할 필요가 있다. 전문지식을 습득할 최소한의 기간은 부여할 필요가 있기 때문이다. 셋째, 장기적으로 볼 때 등기공무원을 법원일반직과 구별하여 임용 때부터 특수직으로 하여 일반직공무원과의 인사교류를 원칙적으로 배제함으로써 제도적으로 전문화하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다고 본다. 이는 등기부와 대장의 일원화문제와 관련하여 등기사무를 독립된 기관으로 하여금 관장케 하는 전제적인 준비작업의 하나로도 볼 수 있는 것이라고 생각된다.

(7) 登記管理廳 設置의 必要性

등기부와 대장의 일원화문제는 필연코 일원화된 등기업무의 소관청을 어디로 하느냐의 문제를 대두되게 한다. 사권에 대한 권리관계의 파악을 위해 여러 제도가 있지만, 시민의 사권관계의 표시나 변동에 대한 공시에는 정책적 집행의 필요보다 사권의 법적보호를 위한 안전성이 선행되어야 한다. 따라서 사권보호를 위한 독립적 기관의 성격은 정치적 중립성이 보장되어야 하며, 소관사무의 성질로 보아 극히 공정성이 요구되는 관계로 소속공무원의 신분보장에 관한 문제와 자질에 관한 문제도 별도로 정하는 법에 의하여 보호를 받아야 할

학원 박사학위논문, 1984, p.94.

124) 김용준, 전계논문, p.95.

125) 김정수, "현행 부동산등기제도의 문제점과 개선방안", 「재판자료」 제43집 [등기에 관한 제문제(상)], 법원행정처, 1988, p.41.

뿐만 아니라, 이들 공무원의 업무수행상 끼친 개인의 피해를 구제하기 위해서 보상을 제도화함으로써 등기제도의 이상인 공신력부여가 이루어질 수 있는 성질의 것이어야 할 것이다.

그리고 독일, 스위스, 영국 등과 같이 대부분의 선진국에서는 모두 등기업무를 법원에서 관장하고 있는데, 그 주된 이유는 등기사무는 고도의 법률지식을 필요로 하기 때문에 원칙적으로 판사의 관장사항에 속하는 것으로 하고 있으며, 또 등기사무는 당사자의 권리관계에 중대한 영향을 끼치고 있으므로 법원에서 등기업무를 관장하는 것이 등기에 대한 신뢰와 공신력을 높이게 될 것이라는 데 있다. 또 등기공무원의 수리 또는 각하하는 결정권은 비송사건으로서 재판의 일종이라 할 것이므로, 행정이 아닌 이러한 사법작용을 사법부가 관장·처리하여야 한다는 것은 당연한 귀결이다. 따라서 우리 나라도 일원화 후에 있어서도 등기업무의 주된 목적이 역시 국민의 재산권보호를 위한 사법적 업무임에는 변함이 없는 것이고, 또한 업무의 내용으로 보더라도 대장과 관련이 있는 부분은 막대한 등기업무 중 부동산등기의 일부인 표제부에 불과한 것이며, 외국의 대부분의 입법예가 법원에서 등기업무를 관장하고 있는 점 등으로 보아 우리도 대법원 산하에 독립된 기구로서 등기관리청을 두어 일원화된 등기업무를 관장하도록 하는 것이 바람직하다.¹²⁶⁾ 등기관리청의 설치를 가상해 본다면 중앙에는 중앙법정관리청을 두어 그 곳에서 등기와 호적사무를 총괄할 수 있게 하며, 조세부과상 필요로 하거나 기타 병무행정 또는 호적행정상 필요한 경우에는 당해부처와 유기적인 연락과 전산기구를 통해 그 사무를 수행하도록 하는 것이 바람직하다.¹²⁷⁾ 그리고 집중적이고도 획기적인 개선을 기대하기 위하여서는 한시법으로 개혁에 필요한 예산은 등록세의 일부에서 충당할 수 있도록 '등기 및 호적업무개선을 위한 특별회계'를 설치함으로써 등기관리청의 전산화 업무와 더불어 등기업무의 효율화를 도모할 수 있을 것이다.¹²⁸⁾

(8) 法務士制度 · 公認仲介士制度 改善必要性

법무사는 법원과 검찰에 제출하는 서류를 작성함을 업무로 하는 자로서 국민의 법률생활을 보좌하는 공익적이며 봉사적인 직책을 맡고 있다. 이러한 법무사가 작성한 서류는 개인의 재산권보호와 직결되면서 각국의 법률질서와 깊은 관련을 맺기 때문에 전혀 하자가 없는 완전한 문서일 것이 요구된다. 특히 등기신청에 있어 법무사의 대리행위는 등기공무원의 심사권(처분)에 직접적인 영향을 미치는 바, 법무사의 불찰로 인하여 신청행위에 하자가 있는 경우에는 사무지연·부실등기의 발생 등의 결과가 초래되는 것이다. 그렇기 때문에 법무사는 법원이나 검찰업무 특히 등기업무에 관하여 풍부한 전문적인 지식과 경험을 갖추 것이 요청되어, 이러한 뜻에서 일정한 연한이상 법원이나 검찰에 근무한 경력이 있음을 그

126) 김용준, 전계논문, p.92.

127) 정권섭, 전계논문, p.66.

128) 같은 견해: 김용준, 전계논문, p.92.

요건으로 하고 있었다. 그러나 실제로는 법무사의 업무처리과정의 하자 때문에 부실의 등기가 발생하는 경우가 적지 않으며, 그러한 현상이 발생하는 원인 중 가장 중요한 것은 법무사 중에는 그 업무에 관한 전문지식이나 경험이 없어 서류를 자기가 작성하지 못하고 사무원에게 거의 맡겨 버리는 데 있다. 이런 점을 미루어 보아서 과거 법무사의 자격요건에 결함이 있음을 알 수 있다. 즉 법원이나 검찰청에 몇 십년 근무한 자라도 검찰실무에 대한 전문지식만 가지는 경우도 있고, 반대로 민사실무에 대한 전문지식만 가지는 경우도 있기 때문이다. 이러한 단점을 보완하기 위해서 정부는 법무사제도를 개선하여 특례를 부정하고 있다.

사건으로서는, 현행 법무사제도에 있어서 완전 자격시험제도에 따른 법무사 인원수의 확충 및 연수교육제도의 도입과 아울러 공인중개사인 중개업자에게도 함께 부동산등기이전신청의 대리권을 부여하여 사회적으로 그 지위와 책임을 높이도록 함이 바람직하다.¹²⁹⁾

(9) 不動産登記申請時에 있어서의 代理制度 改善

부동산등기법은 절차법으로서 부동산등기에 관련된 신청인, 대리인, 등기공무원 등에게 편리하고 신속하게 업무를 처리하면서도 정확을 기할 수 있어야 한다. 그런데 등기신청을 함에 있어서 본인은 물론 대리인에 의한 신청도 가능하도록 하여 대리인에 의해 신청하는 경우에는 대리권을 수여받은 증명서를 신청서류로서 제출하도록 해서 전문자격인인 법무사가 대리신청토록 하였다. 따라서 법무사는 직업적인 법률전문가로서 일정한 자격을 취득한 자이며, 등기신청에 따른 절차상의 문제는 모두 본인을 대리하여 행할 수 있고 책임도 부담하게 된다. 그런데 현행 부동산등기법은 대리인으로서 법무사명으로 작성한 서류를 직접 법무사가 등기소에 제출토록 요구하고 있다. 물론 이의 불합리를 시정하는 잠정적인 조치를 1995. 4. 1.부터 법무사 사무원 1인에 한하여 신분증을 확인하여 서류제출을 사무원으로서도 제출케 하고 있으나, 이것은 잠정적인 조치로서 할 것이 아니고 부동산등기법의 차원에서 법무사 사무소 사무장에 의한 제출을 넓게 인정하여야 할 것이며, 아울러 공인중개사인 중개업자에게도 인정하는 것이 타당하리라 본다.

왜냐하면 신청서를 작성하고 내용을 검토하는 법률전문가인 법무사가 직접하면 대리인의 자격으로 중요한 임무는 수행한 것이고, 작성·완료된 신청서류의 제출은 특별한 자격을 가진 자만의 제출이어야 할 필요가 없다고 여겨지는데 굳이 법무사가 직접 제출토록 하는 것은 불필요한 규제로서 완화되어야 마땅하고, 아울러 부동산 전문가인 공인중개사인 중개업자에게도 인정하는 것이 타당하리라 본다. 그렇게 보는 연유는 대리인은 법률행위를

129) 이렇게 주장하는 데에는 공인중개사인 중개업자는 부동산중개활동에서 중추적인 역할을 할뿐만 아니라 부동산권리분석에 있어서 전문가이며, 부동산중개업법상 공인중개사인 중개업자는 신뢰성 제고방안으로 공인중개사의 자격제·부동산중개업의 허가제에 따른 부동산의 전문가로서 역할과 기능이 중요하고, 또한 손해배상에 대한 업무보증을 의무화하고 있어 책임성이 함께 요구되고 있기 때문이다.

대리하는 것이 중심이며 그에 부수하는 사실행위까지 직접수행하기를 요구하는 것은 지나친 요구라고 보여지기 때문이다.

(10) 不動產登記制度의 電算化의 必要性

현대의 사회를 정보화사회라고 하며, 앞으로의 세계는 정보가 지배하는 사회가 된다고 한다. 우리 나라에 있어서의 정보화도 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 영역에 있어서 하루가 다르게 발전되고 있다. 이와 같은 정보화사회의 견인차적 선도사업으로 행정전산화 작업은 상당한 발전을 거쳐 현재 시행되고 있다. 예컨대, 주민등록 및 토지대장 등은 이미 전산화가 되어 있어 어느 곳에서도 그 등본을 발급받을 수 있고, 금융계의 전산화망도 완료 되어 우리가 편리하게 이용하고 있다.

사법부에서도 1979년 한국과학기술원에 사법업무전산화를 위한 타당성의 조사를 의뢰함을 시발점으로 하여 1981년에는 대법원판례의 전산입력작업을 사법업무의 효율화를 위한 정보화 사업에 진력을 하고 있다. 특히 부동산등기사항은 고도경제성장에 따른 토지수요의 증대, 도시여로의 인구집중으로 급격한 증가현상을 보이고 있으며, 이에 따른 민원도 급증하고 있고, 이를 해결하기 위한 인원의 증원, 등기업무의 기계화 등의 방식으로 대응하는데 한계가 있어 등기사항의 처리 및 등본발급의 지연 등으로 국민들의 원성이 높아지고 있음도 사실이다. 특히 이미 전산화되어 있는 토지대장등본과 등기부등본의 발급을 비교·대조하여 등기부의 등본발급 절차와 형태에 대하여 국민으로부터 많은 질책을 받는 것도 사실이다. 이러한 등기업무를 둘러싼 민원의 근본적인 해결을 위해서는 등기업무의 전산화밖에 없고 아울러 등기업무의 전산화는 시급한 과제가 아닐 수 없다.¹³⁰⁾

등기업무가 전산화되면 등기사항의 신속처리는 물론 등·초본의 즉시 발급이 전국 어느 등기소에서도 가능하게 됨은 물론 신속·정확한 부동산등기사항의 정보 등 부동산정책 관련 정보를 적기에 받을 수 있고, 행정전산망(지적전산망, 주민등록전산망, 국세전산망, 건축물전산망 등)과 연결하여 부동산 관련정보를 네트워크를 통하여 상호 교환함으로써 획기적인 부동산정책을 수립할 수 있을 것이다. 무엇보다도 전산화가 이루어지면 등기부대장의 일원화논의는 자연히 해소될 것으로 기대된다.

VI. 結 論

이 논문에서는 부동산등기의무화제도의 문제와 부동산등기제도의 개선방안을 제시하기 위하여 부동산등기법의 특별법적 지위에 있는 부동산등기특별조치법상의 점인계약서 제출

130) 이러한 전산화 작업은 개인의 사생활의 침해문제가 대두될 수 있다. 따라서 개인의 사상활보호가 전제되어야 함을 간과해서는 아니된다.

의무와 함께 중간생략등기의 유효성 문제와 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에 의한 명의신탁의 유효성 문제에 대하여 학설과 판례를 검토하여 보았다. 소유권이전등기의 의무화와 관련하여 살펴 본 바와 같이 이 두 법률은 여러 가지 모순점을 안고 있으면서도 탈세·부동산투기억제라는 사회적 정의의 실현이라는 명제를 위해 근본적인 등기문제의 해결을 등한시 한 채 특별법이라는 방법으로 그 해결을 찾으려고 하고 있으나, 이 두 특별법의 시행으로 탈세나 부동산투기의 현상을 어느 정도 억제할 수 있을지 모르나 완전히 해결된다고 볼 수 없어 근본적인 부동산등기제도의 개선이 전제되어야 한다.

부동산등기제도는 재산권인 물권의 변동과 밀접한 관련을 가지고 있어 이 제도의 철저한 정비와 시행은 부동산물권의 거래안전과 부동산시장의 원활화를 도모하는데 중요한 관건이 된다. 특히 부동산에 의한 투기, 조세포탈을 방지하고 부동산실명제도를 확립하여 탈법적인 방법으로 부동산이 거래되거나 보유되는 것을 막기 위하여서도 부동산등기제도는 보완되어져야 한다.

부동산등기는 국가기관인 등기공무원이 부동산에 관한 일정한 사항을 등기부에 기재하여 부동산의 현황과 권리관계를 공시함으로써 거래의 안전과 신속을 꾀하려는 것을 이상으로 하고 있다. 등기가 이러한 역할을 다하기 위해서는 우선 진정한 권리관계에 부합하는 정확한 등기가 행하여 져야 한다. 만일 등기가 정확하지 아니하면 등기는 거래의 동적 안전을 해하게 된다. 그리고 부동산등기는 신속하고도 정확하여야 한다. 이러한 이상을 실현하기 위하여 다음과 같이 부동산등기제도가 개선되어야 한다. 첫째, 부동산등기법의 특별법인 부동산등기특별조치법상의 중간생략등기제도의 문제와 부동산실권리자명의등기에 관한 법률상의 명의신탁제도는 사법상 효력규정이 상호 불균형이 발생하지 않도록 개정하거나, 아니면 이 두 특별법을 부동산등기법에 흡수시키는 방안을 제시하고자 한다. 둘째, 부동산등기에 있어서 등기의 진정성을 확보하기 위하여 등기원인증서의 공증제도를 도입하여야 한다. 다만, 공증대상과 범위는 부동산소유권이전등기에 한하는 것이 타당하고, 공증인의 수의 적정화를 위하여는 법무사와 공인중개사인 중개업자에게 인정하는 방향을 생각해 볼 수 있을 것이다. 셋째, 등기공무원의 실질적 심사권의 부여와 등기공무원의 수를 확충하여야 한다. 다섯째, 부동산등기제도에 있어서 등기의 공신력을 인정하는 방향도 검토되어야 한다. 여섯째, 등기부 일원화와 등기부와 대장의 일원화하고, 전문 등기관리청의 설치를 검토하여야 한다. 일곱째, 등기공무원의 전문화의 필요성과 등기제도의 전산화가 이루어 져야 한다.

부동산등기에 공신력이 인정된다고 하면 거래의 안전은 물론 부실등기에 관련된 문제까지 해결될 수도 있겠으나, 그에 반하여 진정한 권리자의 권리는 잃게 될 소지가 크다는 데 유의하여야 한다. 즉 동적 안전을 보장하기 위하여 정적 안전이 희생될 우려가 있는 것이다. 따라서 진정한 권리자의 보호와 부동산거래의 원활화를 위하여는 등기공무원수를 늘리고, 실질적 심사권의 인정과 등기원인증서의 공증제도가 필수적으로 마련되어야 할 것이다. 그리고 등기에 공신력을 인정하지 않더라도 최소한의 권원보험에 의하여 부동산거래의 안

전과 저당권의 유동화를 가능하게 할 수 있을 것이다. 아울러 등기공무원의 직권심사주의를 도입하여 등기의무화를 해태한 자는 불이익을 받도록 하여야 한다. 그리고 등기사무를 신속 정확하게 하기 위하여 등기의 전산화와 등기사무를 독립시키기 위하여 등기관리청을 신설하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김기수, “부동산명의신탁의 여명론”, 「고시계」, 1997. 2.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 1993.
- _____, “민사법제의 변천-그 평가와 전망-”, 통권 제14호, 「법제연구」, 한국법제연구원, 1998.
- 김상목, “부동산실권리자의명의등기에 관한 법률상의 문제점”, 「법정고시」, 1996. 7.
- 김윤찬, “부동산등기제도의 개선에 관한 연구-신뢰성 제고방안을 중심으로-”, 경성대학교 대학원 박사학위논문, 1996.
- 김용한, 「물권법」, 박영사, 1990.
- 김준호, “명의신탁의 본질”, 「고시계」, 1997. 2.
- 김학동, “명의신탁이론의 연구”, 「판례월보」, 1996. 4.
- _____, “명의신탁의 법률관계에 관한 판례이론”, 「고시계」, 1997. 2.
- 김형수, “부동산등기제도와 공신력에 관한 연구”, 「현대법학의 제과제」, 1987.
- 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998.
- _____, 「물권법」, 박영사, 1995.
- _____, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 「후암민법논집」, 박영사, 1991.
- 권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 「민사판례연구X」, 박영사, 1988.
- 권오승, 「민법특강」, 홍문사, 1994.
- 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론-부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 시행과 관련하여-”, 제1집, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997.
- 남윤봉, “부동산등기제도에 관한 일고”, 범주서영배박사화갑기념, 「현대민법의 전망」, 경성대학교 법학연구소, 1995.
- 목영준, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 제261호, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1998. 5.
- 박종두, “부동산실명법상 무효인 명의신탁과 법률관계”, 「법정고시」, 1996. 6.
- 배병일, “명의신탁등기”, 「고시계」, 1997. 2.
- 양창수, “민법판례회고(하)”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1994. 5.
- 윤철홍, “명의신탁의 무효성”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1993. 11.

- _____. “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 사법적 검토”, 범주서영배박사화갑기념, 「현대민법의 전망」, 경상대학교 법학연구소, 1995.
- 이동명, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 입법과정에서의 쟁점”, 제1집, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997.
- 이영환, 「민법학의 현대적 과제」, 부산대학교출판부, 1997.
- 이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1988.
- 이승우, 「물권법」, 한국방송통신대학교출판부, 1998.
- 정옥태, “토렌스 등기제도에 관한 고찰”, 매석고창현박사화갑기념, 「민법학의 현대적과제」, 박영사, 1987).
- _____. “부동산등기의 공신력에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1987.
- 양경승, “명의신탁행위가 불법원인급여에 해당하는지 여부와 그 판단기준”, 제1집, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997.
- 어인의, “중간생략등기와 부동산등기특별법 및 부동산실권리자명의등기에 관한 법률”, 범주서영배 박사화갑기념, 「현대민법의 전망」, 경상대학교 법학연구소, 1995.
- 정권섭, “등기강제제도의 문제점과 개선방향”, 「동의법정」 제13집, 동의대학교 법정연구소, 1997.
- 장경학, 「물권법」, 법문사, 1990.
- 최병모, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률시행상의 몇가지 세부적 문제점에 관한 논의”, 제1집, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997.
- 한삼인, 「판례민법」, 법률행정연구원, 1998.
- _____. “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 문제점”, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997.
- 内田勝一, “アメリカにおける不動産取引流通の保護-権原保驗とエスクロー-” 高島平蔵教授古稀記念 「民法學の新たな」(日本: 成文堂, 1995).
- 田代有嗣, “登記と法と社會生活(中)”, 「財産法」, (東京: テイハン, 1993).
- 田中克志, 「不動産登記責任論入門」(東京: 新山社, 1992).
- 田中康久, “不動産登記制度と實務上の諸問題(上卷・下卷)”, (東京: テイリン, 1990).
- 西山國顯, “韓國における不動産登記制度”, 第603號 「登記研究」(日本: 帝國判例法規, 1998. 5).
- 松尾英夫, “公證制度と不動産登記制度の交錯”, 「登記研究」(日本: 帝國判例法規, 1998. 2).
- _____. “公證實務がら見た不動産登記手續上の諸問題”, 第37卷10號 「登記情報」(日本: 民事法情報センタ).
- 浦野雄帝, “判例不動産登記法ノート”, 第604號 「登記研究」(日本: 帝國判例法規, 1998. 5).
- 香川保一, “不動産登記法第7條1項と同法第56條との關係の疑問”, 第604號 「登記研究」(日本: 帝國判例法規, 1998. 5).