

# 부동산거래에 있어서 공증인의 역할

이상영

동국대학교 법과대학 교수

## I. 서론

부동산거래는 동산물건의 매매와 달리 당사자간에 합의가 있었던 계약체결시기와 완전한 이행 사이에 어느 정도의 처리기간이 소요될 수밖에 없다. 흔히 외국의 실무에서는 계약체결부터 소유권양도까지 평균적인 소요기간을 3개월로 보고 있다.<sup>1)</sup> 부동산거래에 있어서 잔금지불을 지체하게 되는 가장 큰 이유는 우선 매도물건의 권리관계를 조사해야 하기 때문이다. 이런 매도물건의 권리관계를 조사하는데 필요한 시간은 매수인이 등기부를 어느 정도 신뢰하고, 등기를 어떻게 설비하는냐(물적편성·인적편성주의)에 따라 차이가 있다. 또한 등기부나 대장 등 공적장부에서 완전하게 파악할 수 없는 공법적인 용역제한과 처분제한 등이 있을 수 있다는 문제도 있다. 그러므로 이런 물권적 제한의 유무를 파악하기 위해서는 아울러 특별한 조사가 선행되어야 한다. 하지만 부동산거래의 직접적인 당사자들은 이런 일련의 법률문제에 관하여 생소할 뿐만 아니라, 기본적 지식도 부족하기 때문에 복잡한 거래절차에 흔히 당황하게 된다. 그러므로

1) 영국에서는 Joseph, *The Conveyancing Fraud*(1976), p.219,에서 1개월로 파악하고, 미국에서는 Atteberry/Pearson/Litka, *Real Estate Law*, p.199에서 2~3개월로 보며, 프랑스에서는 최소 90일로 잡고 있다; Lapeyre, *La vente d'immeuble*, in: *Droit notarial et les techniques des contrats II*(1968), 18.

부동산거래행위를 함에 있어서는 법률전문가의 자문이 필요하게 된다.

최근 언론에 부동산거래와 관련한 사기범죄가 자주 등장하는 것을 보면서 거래당사자의 신분이나 거래대상물을 신뢰하고 보다 안전하게 부동산거래를 하는 방법은 과연 무엇인지 숙고하게 되었다. 이에 따라 우선 선진국의 부동산거래 방식에 주목하지 않을 수 없었으며, 독일, 프랑스, 영국, 미국 등 선진국에서 부동산거래에 관여하는 법률전문직업인과 그들에 의한 부동산거래제도가 어떻게 행해지고 있는지 검토할 필요가 있다고 보았다. 부동산거래에 대한 법률가의 자문행위에는 물권관계의 조사, 공법적인 용익권 또는 처분권의 제한여부, 계약체결과 계약내용의 정확한 작성, 행정관청의 거래허가서 발급, 매매대금의 지급, 소유권양도와 등기절차의 실행 등을 예로 들 수 있다. 여러 선진국에서 부동산거래에 있어서 특별법상의 형식강제나 공증강제를 요구하고 있는 것도 부동산거래행위의 위험을 방지하기 위하여 전문가의 자문을 보장하려는 데 있는 것이다. 부동산거래에 분업적인 협력관계를 인정하고 있는 미국을 제외하고 여타 국가에서는 부동산거래에 대한 자문기능이 공증인이나 변호사에 집중되고 있다는 점도 주목하게 된다. 이에 비하여 우리나라에서는 공증제도가 완비되어 있지 못하고, 공증인의 직무범위도 매우 제한적이어서 공증제도가 예방사법으로서의 기능은 물론 부동산거래에서도 제 역할을 하지 못하고 있다.

이에 본고에서는 부동산거래 당시부터 법률전문가인 공증인이 직접 관여하여 매매목적물에 대한 권리관계를 조사하고 매매계약서까지 작성하여 등기를 촉탁하기까지의 업무를 담당함으로써 공증제도를 활성화하자는 취지에서 각국의 제도를 검토하면서 우리 공증제도의 개선방안을 제시하고자 한다.

## II. 부동산거래의 특색과 매수인보호의 필요성

### 1. 부동산거래의 특색

고전과 국가경제학자들은 부동산을 가리켜 증대시킬 수도 없고, 훼손할 수도 없는 물건이라고 정의하였다.<sup>2)</sup> 또한 부동산은 위치가 고정된 부동의 물건으로서 대체가 불가능한 특성을 갖는다. 이러한 특성으로 인해 부동산거래는 전형적인 특정물매매에 속한다. 즉 매매계약서에 매매목적물을 특정할 필요가 있다. 그러므로 부동산매도인의

채무불이행에 대한 매수인의 소유권이전청구권은 동산물건의 물품매매계약과는 현저히 다른 의미를 갖는다. 즉 매수인은 부동산시장에서 동일한 가치를 갖는 다른 대체물을 찾기가 어려우며, 그러므로 동산거래와는 달리 매도인이 매수인과 매매계약을 체결한 후에 매매부동산을 다시 제3자에게 양도할 수 없는 장치를 마련해야 한다.

부동산은 생산시설, 주거지, 휴양지와 교통 및 국방시설과 같은 부동산수요에 대한 인간의 욕구충족을 위한 필수적인 요소가 된다. 그러나 부동산의 공급이 수요보다 절대적으로 부족하고 자연히 그 필요성이 증가함으로 말미암아 부동산이용을 제한하게 되고, 부동산이용계획을 마련하는 등 부동산거래에 국가가 관여하게 되었다. 아울러 부동산거래에 있어서 공적(公的)인 이익을 고려함으로써 결국 부동산거래가 억제되기에 이르렀다.

이러한 부동산의 특성 때문에 부동산시장은 일반시장과 달리 경직되고 가격형성도 일반적이지 못하게 되었다. 즉 부동산거래에 있어서는 시장가격이란 것이 없다. 특정 지역의 부동산유통가격이란 것도 금융기관이나 부동산투자기관에 의해서 다만 통계치를 비교한 것에 불과할 뿐이다. 물론 가격형성에는 계약상 물적·인적·공간적·시간적 요인들이 작용하기는 하지만, 이들의 객관적인 작용근거를 파악하기가 어렵기 때문이다.<sup>3)</sup> 물론 최근 아파트의 경우 거래가 빈번하고 시장조사를 통하여 시세가 공시되고는 있지만, 통상 부동산의 경우 시장가격이 명확하지 않아 매매가격이 시세를 초과했는지 밑돌고 있는지를 파악하기가 쉽지 않으며, 이는 당사자의 계약위반시 손해배상액을 산정하는 데까지 영향을 미친다. 그러므로 부동산거래에 나타나는 급부와 반대급부 사이의 심각한 불균형을 조정하기 위한 노력도 결국 시장가격의 불확정성으로 인해 혼미에 빠지게 된다.

이와 같은 부동산의 특색에 따라 부동산거래는 일반물품 매매계약과는 현저히 다른 특성을 나타내고 있다. 물론 채권법상의 원칙과 관련지어 판단해 보면, 일반계약법상의 규정들이 부동산매매에도 그대로 유효하므로 부동산거래법도 일반채권법상

2) Mahr, Boden, in: Staatslexikon II, 74-80; Burrows, Peculiarities of Conveyancing Contracts: N.Z.U.L.Rev.4, 232-253. 농지를 대지로 바꾼다든가, 시비를 통해 수확을 증대시키는 등 환지나 이용도의 집약화에 의해 간접적으로 부동산의 가치를 증대시킬 수 있고, 사람에 의한 인위적인 훼손이나 주거의 슬럼화와 같은 사회적인 영향 및 기후에 의해 가치가 감소될 수도 있기 때문에 이러한 정의를 완전한 것으로 볼 수는 없다.

3) Mahr, aaO., 77.

의 기본규정과 밀접한 관련이 있다. 그럼에도 불구하고 물권행위와 일반 거래행위의 법률상 이행이 서로 다르기 때문에 부동산거래는 물품매매계약과 크게 관련이 없다. 그러므로 부동산매매에 있어서는 계약체결과 물권적 양도간의 불가피한 다름에 의해서 특정물매매계약과 다른 판단기준이 주어진다. 즉 물품매매계약과 달리 부동산매매에 있어서는 점유가 소유권을 보유한다는 추정을 배제하여 권리상의 하자담보 책임을 파악해야 한다. 지역권과 같은 제한물권에 의해 소유권이 제한될 수 있다는 것은 물품매매계약에서는 있을 수 없는 부동산매매계약만의 특성이다. 이같이 부동산거래상의 하자담보책임(瑕疵擔保責任)은 매도인의 적절한 이행여부에 의해 파악되는 물품매매계약상의 하자담보책임과 다른 근거를 갖는다. 또 부동산매매시 발생할 수 있는 부동산측량의 오류(誤謬)같은 특수한 문제는 전문적인 측량기사의 측정에 의해서만 하자확인이 가능하다.

## 2. 부동산거래상 매수인 보호의 필요성

부동산거래는 매도인이 진정한 소유자라야 부동산소유권을 효과적으로 양도할 수 있다는 기본원칙에서부터 출발한다. 이 원칙은 로마법의 영향아래 있는 대륙법(大陸法)과 보통법(普通法)에서도 동일한 효력을 갖는다.<sup>4)</sup> 매수인은 거래행위에 앞서서 부동산에 대한 소유권이 과연 매도인에게 존재하고 있는지를 조사해야 한다.<sup>5)</sup> 이러한 사전조사를 통해 매도인의 악의적인 술책을 밝힐 수 있을 뿐만 아니라, 흔히 매도인 스스로도 자기가 무효인 행위나 무권리자로부터 매입하였다는 사실을 모르고 이를 다시 타인에게 매도하려고 할 수 있다는 점을 밝힐 수 있게 된다. 즉 매도인의 소유권관계를 조사함에 있어서 매수인은 매도인까지 이어진 일련의 양도행위가 어떻게 연결되고 있는지를 소급적으로 파악해야만 한다. 물론 이론적으로는 소유권이 보존등기 된 최초의 거래행위까지 추론할 수 있을 것이다.

매매계약서나 행정관서의 공문서 등 양도관련문서야말로 소유권 양도의 연속을 밝

4) 대륙법계에서는 '아무도 자기가 가진 권리 이상을 양도할 수 없다'(Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet)는 격언을 인용하지만, 영미법계에서는 '아무도 가지고 있지 않은 것을 줄 수는 없다'(nemo dat quod non habet)는 격언을 사용한다(Kaser, Das Römische Privatrecht I, 413).

5) 이하 졸고, 소유권양도제도와 토지거래보호, 충남대 박영우 교수 화갑기념논문집(1994. 11.), 102면 참고.

힐 수 있는 유일한 증거가 된다. 그러나 이런 문서를 통하여 매도인의 행위무능력이나 사기와 같이 문서 이외의 무효원인까지 매수인이 알아낸다는 것은 쉬운 일이 아니다. 흔히 문서의 위조(偽造)나 기타 무효원인 등은 계약을 체결한 이후에도 파악하기 어렵다. 이와 같은 어려움으로 인하여 매매 부동산에 관한 실태파악을 위해서는 많은 시간을 필요로 한다. 더욱이 우리 나라에서 감정평가사에 의한 부동산감정은 법률전문가에 의한 권리관계 조사라기보다는, 주로 감정가격의 산정에 치우쳐 있기 때문에 감정서에 기재된 권리관계를 신뢰할 수 없다는 문제점이 있다.

이런 점에서 장래의 잠재적 매수인의 권리를 보호하기 위해서는 매도인의 권리가 진정한 권리로서 보호받을 수 있어야 한다. 또한 부동산 권리관계를 믿고 자유롭게 거래하려면 우선 부동산감정평가서의 사실관계 조사뿐만 아니라, 신뢰 가능한 부동산권리 조사가 전제되어야 한다. 나아가 많은 비용과 시간을 허비하는 부동산권리조사란 굴레에서 매수인을 해방시킬 수 있어야만 한다. 외국의 금융기관들은 부동산에 대한 신속하고 안전한 담보대출을 위하여 이러한 문제점을 정책적으로 해결하려고 부단히 노력하고 있다.<sup>6)</sup>

부동산거래의 안전을 우선 보호하려다 보면 진정한 권리자가 소유권을 상실하는 결과를 초래할 수도 있다. 물론 권리자 스스로 자기의 이익에 상반되는 권리외관을 유발했거나 불이익을 스스로 인용(忍容)해야 할 경우는 별개의 문제이지만, 공부상(公簿上)의 오류(誤謬)등기를 믿고 부동산거래를 하였으나 이 등기의 오류가 권리자의 잘못에 의한 것이 아닐 경우에 그 오류를 권리자의 책임으로 돌린다는 것은 잘못이다. 바로 이 점에서 매수인 보호의 필요성이 대두되는 것이다.

일상의 거래행위에 있어서는 계약의 체결과 양도가 시기적으로 동시에 이루어지는데 반하여, 부동산매매는 계약체결행위와 양도행위의 분리가 가능하고 유동기간이란 시간적인 간격이 존재한다. 또한 부동산거래행위를 수행함에 있어서 당사자는 일반적으로 전문지식이 없고, 매수인은 단기간내에 매매대금을 조달해야 한다. 이런 것들이 매도인의 법적지위에 대한 사전조사를 어렵게 하는 원인이 되기도 한다. 흔히 동산물

6) 프랑스에서는 1955년 부동산등기법을 개정하면서 신용기관의 요청을 수용하였다 (Ferid/Jürgen, Das französische Zivilrecht II, 1986, 3 C 19). 미국에서도 1975년 통일부동산거래법(Uniform Land Transactions Act)이 제정됨에 따라 곧바로 담보권유통시장에서 저당권법의 통일화가 요구되기에 이르렀다. Bruce, Mortgage Law Reform: Georgetown L.J. 64(1976) 1245.

건의 매수인은 물건을 점유하고 있는 매도인이 그 물건의 소유자라는 사실을 신뢰할 수 있지만, 부동산에 있어서는 부동산을 점유하고 있다는 사실만으로 소유권추정이 불가능하다. 그러므로 매도인이 진정한 소유주인가를 조사해야 하고, 소유권양도를 위한 절차에도 법률전문가의 조력이 필요하게 된다.

이러한 점에서 법률전문가는 전문적이고 숙련된 지식을 갖추고 있기 때문에 거래행위의 의미를 쉽게 파악할 수 있고, 계약을 체결할 때부터 소유권을 양도하고 대금을 정산할 때까지 계약당사자에게 법률에 의거한 자문을 제공할 수 있다. 즉 법률전문가는 자문을 통해 계약당사자가 파악할 수 없는 소유권양도에 관한 법률문제를 합리적이며 효율적으로 해결해 줄 수 있다.

### Ⅲ. 부동산거래에 관여하는 각국의 전문직업인

대륙법계 국가에서는 부동산거래에 공증인이 관여하고 있다. 이에 반하여 영국에서는 역사적으로 볼 때 Solicitors가 부동산거래에 관여하는 최초의 직업인이었으며, 지금도 Solicitors는 법률자문역으로서 부동산거래 행위에 관여한다. 한편 미국에서는 거래당사자 대부분이 부동산매매에 있어서 변호사를 이용하지 않고 대신에 부동산중개인(broker, Markler)이나 보험회사를 이용하고 있다. 본 장에서는 이들 직업인을 중심으로 한 부동산거래 업무의 특색을 검토하고자 한다.<sup>7)</sup>

#### 1. 대륙법계 국가의 공증인

로마의 공증인제도는 서유럽과 라틴아메리카 및 로마법의 영향을 받은 북아메리카에 널리 보급되었다.<sup>8)</sup> 또 라틴계공증인제도의 국제공증인연합회는 직업교육을 통해 공증제도의 국제적인 보편화를 도모하고 공증과 관련된 전문분야에 있어서 상호간의 정보교환을 위해 노력한다. 로마공증인제도의 특색은 프랑스와 독일에서 특히 잘 반영되고 있다.<sup>9)</sup>

7) 줄고, 서구의 토지거래에 있어서 법률자문과 계약체결의 요식성에 관한 비교법적 연구, 성곡논총 제25집 상권(1994. 6), 성곡학술문화재단, 556면 이하 참고.

8) Herrmann/Schippel, Lateinisches Notariat: Juristen-Jahrbuch 5(1964/65) 78-92.

공증인은 자유롭게 활동하는 자유직업인과 국가행정관료 사이의 중간적 지위를 지니면서, 행정관서의 통제를 받는 직업인으로 특징지워진다. 그러나 그는 국가의 유급 공무원이 아니며, 자기의 직무집행에 관한 수수료를 보수에 갈음한다. 공증인의 직무는 경제적인 면에서 자유직업인의 직무와 동일하게 취급되지만, 법률적인 면에서는 몇가지 전문직업상의 의무와 특권이 있다는 점에서 자유직업인의 직무와 차이가 있다.<sup>10)</sup>

공증인의 직무는 크게 공증업무와 법률자문으로 구분된다. 그는 소송대리인으로서의 지위가 없으며, 당사자의 이익을 대변하고 공익(公益)을 수호해야 한다. 그러므로 공증하려는 거래행위가 강행법규에 위반하면 공증을 거부해야 한다. 또한 공증인은 당사자에게 조세의무를 부과할 수 있다.

그밖에 공증인은 거래당사자의 중간적 자문자이다.<sup>11)</sup> 공증인은 당사자의 소극적 의사표시를 받아 진정한 의사임을 증명하고 그 문서를 보존하는 일에 그치지 않는다. 그는 당사자의 내부의사의 형성과 의사를 표시(表示)하는 과정에 적극적으로 관여할 수 있다. 즉 공증인은 상황을 설명하며 당사자의 의사를 파악하고, 행위의 법률효과에 관하여 당사자에게 주지시킴으로써 그들의 의사형성에 영향을 끼친다. 이때 공증인은 무경험하고 경솔한 당사자가 피해를 입지 않도록 배려해야 한다. 또 공증인은 나중에 해석상의 다툼이 없도록 하기 위하여 당사자의 의사표시를 명백하고 확실하게 재확인해야 한다.<sup>12)</sup> 이렇게 공증인은 당사자의 의사형성과정에서 중간자적 중개인으로서의 역할을 한다.<sup>13)</sup>

영국에서는 두 명의 solicitor가 부동산거래행위에 개입하여 이들 각자가 각 당사자 1인의 이익을 대표하는데 반하여, 대륙법계의 공증제도에서는 1인의 공증인이 양 당사자의 이익을 모두 고려할 의무가 있다. 이같은 공정한 중립의무가 공증인 업무의

9) 두 나라의 공증인제도에 대해서는 Roes, Epilogue et résumé, in: Le notariats latin de demain(1975) 203에서 잘 기술하고 있다.

10) Kordel, Der Notar als Ermittler, DNotZ 2009, S. 644.

11) 독일문서작성법 제17조. 프랑스에서는 법규로 공증인의 자문의무를 정하고 있지 않으나, 자문의무가 공증인의 주요한 업무활동 분야에 속한다는 데 이견이 없다. Vgl. Defrénoire/Kuhn/Kuhn, in: Rép. Dr. civ.(mise à jour 1978) s.v. Notaire Nm.178ff.

12) 그러나 판례에서는 문서증명과정에서 불확실한 법률관계가 야기되었을 경우에 공증인이 소송비용의 책임을 부담하느냐에 대해서는 신중한 태도를 보이고 있다. BGH 21.2.1978, NJW 1978,1005.

13) De Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, Nouv. éd. II(1762)364.

특징이다.<sup>14)</sup> 하지만 공증인의 중립성을 위해 요구되는 조건이 구체화되지는 않았다. 여기서 중립성이란 의미에는 단지 소극적 태도를 뜻하는 것이 아니라, 경험없는 자를 적극적으로 돌보는 것도 포함될 수 있다고 한다. 그러나 무경험자를 배려하다 보면 때로 전문가의 업무를 번거롭게 하고, 공증인에게 경제적 손실을 가져오게 할 수도 있다.

이러한 공증인의 배려의무와 경제적 손실간에 이해가 상충되는 경우가 독일에서 발생하였다. 즉 주택건설업자와 사인(私人)간에 부동산 매매계약을 체결함에 있어서 공증인이 건설업자에 의해 일방적으로 작성된 계약조건을 공증문서화하였으나, 이러한 공증인의 행위가 법원에 의해 적절치 못한 것으로 판단되어 결국 공증문서화된 계약이 무효가 되었다.<sup>15)</sup> 이는 비록 공증인이 계약체결에 관여했다고 하여 그가 반드시 계약 내용을 충분히 잘 작성하였다고 볼 수 없기 때문이라는 것이다. 그러므로 독일법에서는 공정증서로 작성한 계약서라도 보통계약약관법에 따른 재판상 계약내용의 조정 가능성을 인정하고 있다.<sup>16)</sup>

## 2. 영국의 사무변호사(Solicitors)

영국과 일찌기 영국의 점령하에 있던 영연방국가에서는 Solicitors가 법률자문역으로서 부동산거래행위에 관여한다. 역사적으로 영국의 Solicitors는 이런 부동산거래에 관여하는 직업군으로서 최초의 직업인이며, 오늘날에는 Solicitors협회 사이의 빈번한 결속을 통해 영연방국가와도 서로 교류하고 직업적 동질성을 형성해 가고 있다.<sup>17)</sup>

영국의 Solicitors는 일반적 법률관계를 자문해 주는 직업인으로서 자유롭게 활동한다. 하지만 일반적인 법률자문을 Solicitors만이 독점하고 있는 것은 아니다. 전통적으로 Solicitors는 양도문서의 작성(conveyancing)과 상속권 및 상속재산의 처리를 주요한 업무로 하며, 권리상 분쟁이 있을 때에는 법정에서 소송에 개입할 수도 있었다. 그런데 부

14) Thirlway, Conveyancing and Conveyancing Costs in France: Sol.J. 1967, 204.

15) BGH 29.3.1974, BGHZ 62, 251.

16) 독일보통거래약관법(AGBG vom 9.12.1976) 제21조 제1항 2문에서는 “어떤 형태의 계약이든 상관하지 않는다”라고 정하고 있다. Vgl. Kötz, in: Münchener Kommentar I(2002) §1 AGBG Rdz. 14.

17) 즉 영국의 Solicitors협회는 보칙(補則, Supplement Charter)으로 외국에 있는 다른 유사단체와의 교류를 규정하고 있다.

동산거래행위에 Solicitors의 개입을 입법으로 강제하고 있지는 않다. 그렇기 때문에 제3자의 조력 없이 당사자 스스로 부동산거래행위를 하는 것이 가능하며, 마찬가지로 제3자가 무상으로 타인의 부동산거래행위에 조력하는 것도 가능하다. 나아가 매매계약의 작성과 부동산에 관한 물권관계의 조사 및 매매대금의 완불에 한해서는 제3자라도 유상의 조언행위가 허용된다. 더구나 Solicitors와 경쟁관계에 있는 부동산중개상이 부동산매매에 관여하는 것도 법으로 금지하고 있지 않다. 오히려 이들 중개상은 부동산거래에 Solicitors를 개입시키도록 거래당사자에게 권유한다.<sup>18)</sup> 이는 Solicitors에게 부동산의 양도서류를 준비하고 작성할 수 있는 법률상 특별전권을 인정하고 있기 때문이다. 그러므로 Solicitors가 아닌 자가 타인을 위해 유상으로 부동산의 양도서류를 준비하고 작성하면 처벌된다.<sup>19)</sup>

그러나 최근에는 부동산거래행위에 관여하는 여러 직능단체가 출현함으로써 Solicitors 사이에 경쟁이 치열해졌다. 이로써 제한적이긴 하지만 Solicitors의 법률적 업무독점이 어렵게 되었으며, 업무처리에 대한 수수료까지 낮추게 되었다. 이에 대해 사무변호사협회는 Solicitors가 경쟁적 직능단체와 협력한다는 것이 직업신분에 어긋나는 것이라고 주장하면서,<sup>20)</sup> 계약당사자 일방의 Solicitors가 다른 타방의 직능단체에 의한 대리행위를 거절하는 등 대응책을 강구하게 되었다.<sup>21)</sup> 또한 Solicitors는 수수료의 비율을 새롭게 변경하여 그들에게 허용된 수수료를 일정한 범위내로 연동시킴으로써 경쟁적 관계에 있는 다른 직능단체와의 가격경쟁을 가능하게 하였다.<sup>22)</sup>

한편 미국의 부동산권원보험회사 역시 최근에 영국에서의 Solicitors와 경쟁하기 위해 노력하고 있다. 이들은 거래당사자들을 위해 부동산거래의 절차 및 과정에 대한 상세한 해설서를 발행하여 널리 보급시키면서 부동산거래행위에서 Solicitors을 배제시키려고 시도하고 있다. 이러한 시도는 오스트레일리아에서도 나타났는데, 1976년에는 법률전문가를 조사하기 위한 왕립위원회가 설치되었고, 이 위원회에서는 부동산

18) Newman, A Typical House-Purchasing Transaction in the United Kingdom: Am.J. Comp.L.15, 797. 뉴질랜드에서는 모든 부동산중개인의 직능단체가 사무변호사협회(Law Society)의 권고를 지지하기 때문에 독자적인 법률자문을 받기 전에는 어떤 중개인도 부동산매매계약을 체결할 수 없다.

19) Solicitors법 제22조 참조. 1804년 이후에도 이와 유사한 내용이 규정되어 있었다.

20) Conveyancing Firm Attacks Law Society: The Times vom 27.1.1977.

21) A Guide to the Professional Conduct of Solicitors(1974) 77.

22) Sec. 2(V) Solicitors' Remuneration Order 1972.

거래에 있어서 Solicitors의 직업상 독점적 권리가 아직도 필요한가에 대하여 조사하였다.<sup>23)</sup>

통상 Solicitors는 매도인과 매수인간의 부동산매매과정에 간여하면서 거래당사자로부터 부동산거래 절차를 위한 비용과 보수를 받는다. 그런데 Solicitors가 단독으로 거래당사자 쌍방을 대리하여 매매행위를 하는 소위 쌍방대리가 실무상 빈번하게 행해지고 있었다. 이에 대해 법원으로부터 지적과 비판을 받으면서 Solicitors협회에서는 이러한 쌍방대리행위를 직무상 위반되는 행위로 금지하였다.<sup>24)</sup> 이런 쌍방대리의 금지는 다수의 Solicitors가 모여 합동사무소를 결성하고 있는 경우에도 적용된다. 오스트레일리아에서도 Solicitors 한사람이 서로 다른 이해관계에 있는 두 당사자를 동시에 자문하는 행위를 금지하였다. 이는 1인의 Solicitors가 이익이 상반(相反)되는 양당사자의 업무상 기밀을 지켜주면서 전문적인 법률자문가로서 당사자 모두에게 만족스런 서비스를 제공하는 것이 불가능하다는 것을 인정한 것이다.

### 3. 부동산중개인

미국 부동산중개인의 주요한 업무는 계약체결을 준비하고, 재정적인 지원을 알선해 주며 매매대금을 지불할 때 협조하는 것이다. 계약체결준비는 중개인이 매도인으로부터 매수인을 소개해 달라는 부탁을 받으면서부터 시작된다. 이처럼 중개인의 업무가 신탁적이기 때문에 중개인이 업무를 악용할 위험이 상존한다.

최근의 국제적 동향은 이러한 위험을 방지하기 위하여 중개인의 영업허가와 업무수행에 대해 엄밀한 요건을 요구하고 있으며, 이들의 업무수행에는 관청의 감독을 받도록 하고 있다.<sup>25)</sup> 또한 전문지식을 습득하고, 인간적 신뢰감을 가질 수 있도록 함으로서 이러한 위험을 저지하려 하고 있다. 또 미국의 각 주에서는 별도로 중개인이 고의로 의무를 위반하였을 경우 피해자의 손해를 배상하기 위한 배상기금제도를 채택하고 있다.

23) Wilkinson, New L.J. 1976, 1071. 같은 해에 New South Wales주가 영국의 전형을 따랐다. 여기에서도 Solicitors의 개입 없이 부동산거래를 정리하는 것은 일부 메모 정도에 불과하였다.

24) Solicitors' Practice Rules 1936-72 Rule 2.

25) Atteberry/Pearson/Litka, aaO., 166; 이에 대한 비판은 Epley/Armbrust, Legal Limitations on Real Estate Prelicensing Agreements: Real Est. L.J.7 (1978) 15-25.

이 배상기금은 영업허가를 받은 중개인들로부터 출연한 금액을 적립하여 마련한다. 그러나 거래당사자에게 피해가 있더라도 중개인의 단순한 과실로 인한 경우에는 배상하지 않는다는 문제가 있다.<sup>26)</sup>

미국의 부동산중개인은 법률가가 기안한 계약문서의 양식을 토대로 하여 스스로 최종적인 계약서를 작성한다. 이에 반해 대부분의 다른 나라에서는 법이나 관습으로 중개인이 본래의 계약체결에 관여하는 것을 금지하고 있다. 즉 사문서로 계약을 체결할 경우에도 법률전문가가 직접 개입하여 자문하게 함으로써 거래의 안전을 꾀하고 있다. 예를 들어 벨기에와 호주에서는 부동산매매계약을 체결함에 있어서 중개인과 법률전문가가 공생관계를 유지하고 있다. 이들 국가에서는 전문직업단체가 입안해 놓은 일정한 양식의 부동산매매계약서를 구비하고 있다. 벨기에에서는 이렇게 입안된 양식을 토대로 하여 중개인이 제한된 범위에서 계약을 체결할 수 있도록 하고 있으며,<sup>27)</sup> 호주에서는 Solicitors에게 계약체결을 맡기도록 중개인에게 권장하고 있다.<sup>28)</sup>

#### 4. 미국의 부동산권원보험회사

부동산매매에 관여하는 부동산권원보험회사는 미국에서 발전되었다. 처음에는 부동산권원보험회사의 업무영역이 일정한 지역에 제한되었으나, 연방전역에 걸쳐 활동하는 몇몇 기업들이 업무를 강력하게 집중시킴으로써 최근에 더욱 비약적인 발전을 하게 되었다.<sup>29)</sup> 부동산권원보험회사는 거의 모든 주에서 보험감독원의 감독을 받는다.

부동산권원보험회사는 매수인이 소유권을 취득하지 못하거나 제3자의 담보권이 설정된 목적물을 취득할 위험을 보장해 준다. 그러므로 보험수익자는 매수인 자신일 수도 있고(owner' policies), 매매물건에 부동산담보권을 설정하고 담보대출한 금융기관일 수도 있다(mortgage policies). 특히 캘리포니아와 그밖의 서부지역의 주에서는 매수

26) Levine, Real Estate Recovery Funds, Public Protection Against Broker Malpractice: Real Est.L.J. 5(1976) 166-169. 여기서 보면 미국의 17개 주에서 이러한 배상기금제도를 채택하고 있다.

27) Notarius 1974, 283f.

28) Conrick/Thomson, Sale of Real Property and Law of Agency (1973) 45.

29) Powell,R., The Law of Real Property, §1048.

인과 금전소비대주의 위험을 보장하기 위한 보험상품을 내놓고 있다. 부동산권원보험회사는 보험금전보준비를 확약하기 전에 부동산에 대한 물권관계를 조사한다. 특히 대도시에서는 권원보험회사가 본래의 등기부편찬업무(title plants)를 처리하기 때문에 이러한 물권조사는 보다 신속하고 간편한 방법으로 할 수 있게 되었다. 더구나 등기부편찬작업이 점차 전산자료처리에 의해 자동화됨으로써 물권조사는 보다 신속하게 처리될 수 있다.<sup>30)</sup> 그러나 권원보험회사의 중요한 기능은 위험을 단순히 인수한다는 데 있는 것이 아니라 물권관계를 예방적 차원에서 조사함으로써 위험을 사전에 미리 배제한다는 데 의미가 있다.<sup>31)</sup> 그러므로 부동산권원보험회사의 핵심적 업무는 곧 이러한 물권조사이다.

부동산권원보험회사는 차츰 자기의 업무영역을 보다 확장하여 소유권양도문서를 작성하거나 소유권이전을 포함한 모든 부동산거래행위 일체를 관장한다.<sup>32)</sup> 거래당사자가 사무변호사에 의한 관례적인 권원조사보다 부동산권원보험회사를 선호하는 이유는 등기편찬의 자동화에 의한 신속한 조사업무의 처리뿐만 아니라 등기부에서는 파악할 수 없는 물적하자가 있을 경우에는 보험을 통해 전보받을 수 있다는 점이다. 특히 위조된 양도문서를 근거로 등기를 완료했거나 아니면 원래의 소유자에 의해 양도문서가 교부되었지만 취득자에게 이전될 수 없을 경우에 보험회사가 이에 대한 손해를 보장한다.<sup>33)</sup>

부동산권원보험회사가 급속하게 팽창된 또 다른 원인은 보험사의 권원조사가 변호사의 권원조사보다 유리하기 때문임은 물론, 미국 부동산담보제도의 구조적 특성에 기인한다.<sup>34)</sup> 즉 저당은행(mortgage banks)은 금전소비대차의 차주가 부동산권원보험을 체결했을 경우에만 금전소비대차를 허용한다. 또 미국의 저당은행들은 부동산담보를 위탁하기 위한 방법을 장기담보증권에서 구하지 않고, 보험회사나 신용기관과 같은 2차 자본유입시장에 채권을 매각함으로써 운용한다. 여기서 저당은행은 흔히 자기

30) von Metzler, Das anglo-amerikanisches Grundbuchwesen(1966), S.61f.

31) Kratovil, Real Estate Law(1974), 151.

32) Payne, American Title Insurance in an English Context: Conveyancer 40(1976), 448f..

33) Payne, aaO., 207 N.35.

34) Grebler, Amerikanische Wohnungsfinanzierung, Versuch einer vergleichenden Studie: Kredit und Kapital 4(1974) 453-476.

담보증권의 구입자를 위해 소비대차의 결제를 떠맡는다. 물론 권리상 하자발생의 위험을 전보해 줄 보험에 가입되어 있어야만 2차자본시장에 부동산담보채권의 매각이 가능하다.

부동산거래에 있어서는 관례상 금융기관의 위험만을 보험을 통해 보장하자는 것이 지 매수인의 위험까지 보장하려는 것은 아니다. 그러므로 권리상 하자가 발생했을 경우에 매수인은 보험회사에 대해 아무런 배상청구권을 주장할 수 없다. 매수인이 배상청구권을 포기하는 첫째 이유는 추가적인 경비지출부담 때문이며, 둘째는 부동산담보정책상 위험예방적인 권원조사가 보장됨으로써 권리상 하자가 사전에 드러날 수 있다는 것을 매수인이 신뢰하기 때문이다.

다만 권리상 하자가 발생했을 때에 한하여 부동산권원보험회사가 보험가입자에게 손해를 배상할 의무가 있는나, 아니면 권원보험회사에게 물권관계를 사전에 위험예방차원에서 조사할 의무도 있는지에 대하여 판례의 입장은 일관적이지 못하며 확실하지도 않다. 권원보험회사에게 이러한 사전조사의무를 인정할 경우에 손해를 입은 보험계약자는 보험금뿐만 아니라, 아울러 보험회사에 대해 불법행위상 과실에 기인한 손해배상청구권을 주장할 수 있다. 또 권원보험회사가 부동산거래에 대한 매매대금의 결제에도 관여했다면, 특히 매매서류를 준비하거나 소유권양도에 직접 관계했다면 보험가입여부와 관계없이 보험계약자는 보험회사에 대해 과실에 의한 손해배상청구권을 주장할 수 있다. 그러나 보험회사가 법률가로서 부동산양도증서를 작성하는 매매행위에 관여했다 하여도 소비대주의 위험만을 보험으로 보장하고 있다면 매수인은 조사의무위반을 이유로 한 아무런 배상청구권도 주장할 수 없다. 결국 보험회사가 개입한 경우에는 변호사가 관여했을 때보다 취득자보호란 점에 있어서 손해배상범위가 좁게 된다.

#### IV. 전문직업인에 의한 각국의 부동산거래제도

법률전문가에 의한 자문의 전형적인 것들은 부동산의 물권적 관계라든가 공법상의 용역제한이나 처분제한을 조사하고, 계약체결 및 계약내용의 작성, 행정상 거래허가서의 발급, 동기형식에 의거한 부동산소유권양도절차의 진행 등을 들 수 있다. 본 장에서는 여러 국가들이 앞에서 기술한 전문직업인을 통하여 어떻게 부동산거래가 이루어지는지 검토하고자 한다.

## 1. 프랑스

### 가. 물권관계의 조사

프랑스에서는 공증인이 부동산매매를 공증하기 전에 매도인의 원소유권(origine de propriété)을 조사해야 한다.<sup>35)</sup> 공증인의 권원조사를 통해 매도인과 전소유자의 취득권원(예: 상속, 매매)이 문서에 의해 증명될 수 있다. 이러한 소유권의 취득과정은 보통 거래행위로부터 거슬러 올라가 30년 전의 취득행위까지 소급하여 추적하게 된다. 30년이란 추적기간은 취득시효규정에 의해 정해진 기간이다. 매도인의 소유권 취득근거가 매매계약에 의한 경우에 혹시 전소유자에게 처분권제한이 있었는지를 확인하기 위해 그의 신분과 재산관계를 조사하게 된다. 경우에 따라서는 매매대금을 지불한 증거서류를 요구할 수도 있다. 프랑스에서는 등기부의 소극적 공시효과가 인정되고 있는데, 이는 새로운 취득자에게 대항력을 갖는 제한물권이 등재되어 있는지를 공증인이 등기부를 열람함으로써 파악할 수 있도록 보장한다는 것이다.<sup>36)</sup>

매매부동산이 등기되면 공증인이 등기부관계를 재확인하도록 하는 것이 일반적이다. 즉 이때에는 매수인을 보호하기 위해 등기상태를 다시 확인하는 것이 필요하다. 등기에 의해 매수인의 완전한 소유권취득이 보장되면 매수인은 매매대금을 지불하여야 한다. 그러나 근래의 판례에서는 계약을 체결하기 전에도 공증인에게 등기상태를 조사할 부가적인 의무가 있음을 인정하였다. 이에 따라 오늘날 프랑스의 공증인은 등기상황을 두 차례나 조사해야 하는 의무를 지고 있는데, 즉 계약을 체결하기 이전에 한 번 그리고 양도시에 다시 한 번 권리관계를 조사해야 한다. 이런 거래절차는 매수인의 보호란 측면에서 이해가 되지만, 부동산거래행위를 현저하게 지연시키는 결과를 초래하였다. 더구나 프랑스의 공증인은 등기부를 개인적으로 열람할 수 없고 다만 등기소의 서면통지만을 기다려야 한다는 점이다. 등기소의 서면통지는 때로는 1개월 정도까지 소요되기도 한다.<sup>37)</sup>

35) Cass.civ.(프랑스최고법원 민사부) 6.6.1894, I.94.I. 359.

36) 줄고, 서구의 토지거래에 있어서 법률자문과 계약체결의 요식성에 관한 비교법적 연구, 성곡논총 제25집 상권(1994. 6), 성곡학술문화재단, 570면 이하 참고.

37) de Poulpiquet, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires (1974) 141-145.

프랑스에서는 공증인이 매매계약을 공증문서로 작성하기 전에 도시건설계획상의 용역제한과 농지법상의 용역제한 및 선매권행사 여부 등을 관할행정관청에 질의하여 확인할 수 있다. 영국과 달리 행정관청에 물권관계를 조회하는 동안에도 미리 계약을 체결할 수 있다. 매매할 토지상에 건축이 예정된 경우에는 2개월 이내에 관할관청에 도시계획확인원(certificat d'urbanisme)의 발급을 청구할 수 있다.<sup>38)</sup> 해당 관청은 부동산거래 이후에도 용역변경을 예정하고 있지 않다면 도시계획법과 행정상의 용역제한에 대한 간단한 절차로 확인원을 발급하게 된다. 이 확인원의 발급은 행정지침에 따른 것일 뿐, 법적으로 아무런 근거가 없다. 문서작성행위의 효력발생을 보장하기 위해 도시계획확인원의 교부를 청구하는 것은 프랑스 공증인의 직무상 의무에 속한다. 도시계획확인원에 대한 교부청구는 거래당사자의 특별 위임을 필요로 하지 않는다.

#### 나. 매매계약의 작성과 소유권양도

프랑스에서는 계약양식을 사용하는데 있어서 엄밀한 형식을 요구하고 있다. 즉 판례에서는 공증실무상 전형적인 면책약관조차 계약당사자의 진정한 의사로 보지 않으며, 또한 이를 계약내용으로 파악하지도 않고, 다만 전형적 약관으로 본다. 그러나 이런 약관도 당사자의 의사가 투영되어 있다면 효력을 발생한다.

프랑스에서는 특별한 양도행위가 없어도 계약을 체결함으로써 소유권이 이전된다. 그러나 매수인이 제3자에 대해 소유권취득을 주장하기 위해서는 매매계약을 근거로 등기를 이전해야 한다. 1955년 법이 개정된 이후 등기관청은 공정증서로 작성된 계약서만을 근거로 이전등기를 할 수 있게 하였다. 동시에 공증인은 자신이 공정증서로 작성한 부동산매매계약서를 기초로 하여 등기를 이전하도록 할 법적인 의무를 진다. 이러한 공증인의 등기의무는 거래당사자의 의사나 이해와 무관하다. 이에 대한 근거는 등기가 거래당사자의 이익을 위한 것이라기 보다는 공증인에게 국가권력의 집행자로서 공익을 위해 등기의무를 지우고 있기 때문이라고 한다. 그러나 공증인이 매매계약상의 이전등기를 지체할 경우에는 매수인에 대해 직무상의 의무위반에 대한 책임을 져야 한다.<sup>39)</sup>

38) Code de l'urbanisme vom 8.11.1973, Art.L 410-1.

39) Cass.civ. 9.12.1975, J.C.P.1977, 18560 mit Anm. Dagot.

## 다. 형식강제

프랑스법에서는 부동산매매계약의 효력발생에 특별한 형식요건을 주목하지 않고 있다. 즉 부동산거래는 공문서로 작성할 의무가 있지만, 이러한 형식의무에 따르지 않았다고 하여 부동산매매계약이 무효가 되지는 않는다.<sup>40)</sup> 프랑스민법에서는 매매계약을 구두로도 체결할 수 있다고 정한다. 하지만 부동산매매계약과 50프랑을 넘는 모든 계약은 계약체결 사실을 부정하는 소송당사자(피고)의 자백과 당사자신문을 통해 입증할 수 있을 뿐이며,<sup>41)</sup> 법정의 증인을 통해서도 입증할 수 없다고 한다(프랑스민법 제 1431조). 즉 피고가 이의를 제기하면 증인에 의한 계약체결 사실을 입증할 수 없다. 그러므로 피고는 구두상의 계약체결 사실을 증인을 통해 입증하려는 원고에 대해 항변을 제기함으로써 입증을 저지할 수 있다. 결국 구두상의 매매계약을 무효로 하지 않기 위해서는 계약체결 사실을 문서화할 필요가 있는 것이다.

프랑스 판례에서는 부동산매매계약을 구두로 한 경우 매도인이 부동산의 표시와 매매대금을 기재하여 계약의 체결을 지시하고 공증문서를 준비해 주도록 부탁하기 위해 공증인에게 보낸 편지가 있다든가, 매수인의 1차불입금에 대한 영수증이 있다면, 부동산매매계약의 체결을 증명하는 서면증거로 보기에 충분하다고 보았다.<sup>42)</sup> 구두상 부동산매매계약에도 간접적인 형식강제란 대응방법을 원용한 것이다. 그러나 프랑스민법 제1347조에 제3항을 신설함으로써 소송에서 적극적으로 의사를 개진하거나, 침묵 또는 변론불참과 같은 당사자 일방의 태도에 따라 증인에 의한 입증을 허용하는 근거를 마련하였기 때문에 간접적인 문서강제가 무의미하게 되었다. 한편 프랑스에서는 신축 증인 주택에 대한 매매예약은 공증문서로 작성할 것을 엄격하게 요구한다.

## 2. 미국과 영연방국가

### 가. 물권관계의 조사

40) 1955년 1월4일 「등기부개정을 위한 법」 제4조; Nerson, La "solennisation" de la vente d'immeubles, in: Etudes... Julliot de la Morandière(1964) 401,407.

41) Goubeaux/Bihr, Preuve, in: Rép.Dr.civ.IV(1977) Nr.170.

42) Cass. civ. 1.4.1971, J.C.P. 1972.II. 16998.

영미법에 따른 권원조사(investigation of title)제도와 방법은 프랑스의 그것과 원칙적으로 다른 점이 없지만, 양 당사자의 부동산 거래업무를 맡고 있는 solicitors 사이의 업무분야에 있어서는 차이가 있다.<sup>43)</sup> 즉 매도인의 solicitors는 매도인의 소유권을 추론할 수 있는(abstract of title) 양도문서에 관한 초본을 제시하는데 반하여, 매수인의 solicitors는 바로 이 초본의 하자유무, 형식요건의 준수여부, 권원질의(requisitions on title)와 같은 항변사유의 주장 및 초본과 원본의 일치여부 등을 조사한다.<sup>44)</sup>

또한 유효한 권원의 뿌리를 밝히기 위해 소유권의 연쇄적 취득과정을 소급하여 추론한다. 19세기의 권원관계조사실무에서는 권원의 과정을 60년까지 파악해야 했다. 이와 같은 장기간의 권원소급기간은 19세기 말에 이르러서 법규를 통해 30~40년으로 단축되었다.<sup>45)</sup> 1969년에는 Law of Property Act에 의해 권원소급기간을 15년으로 단축했고, 아울러 취득시효기간도 12년으로 정해졌다.<sup>46)</sup>

앵글로-색슨 지역에서도 매도인이 자기권리의 정당성을 입증해야 할 이런 권원소급 조사기간을 단축하려는 경향이 확인되고 있다. 호주와 캐나다에서는 각주의 법령에 의해 처음 60년의 권원소급조사기간을 40년 또는 30년으로 단축하였다.<sup>47)</sup> 미국의 거래안전권원법(marketable title act)에 따르면 매도인은 40년 이상의 취득과정을 문서로 증명해야 한다.

한편 매수인의 solicitor는 제한물권등기부를 직접 열람할 수도 있지만, 또한 등기관청에 증명서(official search)의 발급을 요구할 수도 있다. 그런데 등기를 열람하는 것보다는 증명서로 발급받는 것이 유리하다. 왜냐하면 등기관청이 증명서를 발급한 후 15일이내에 매수인이 소유권양도에 의해 권리를 취득했다면, 증명서를 발급한 이후에 등기된 담보물권은 매수인에게 주장할 수 없기 때문이다.

미국에는 부동산에 대한 공법적 물권관계를 파악하기 위해 매수인이 조언을 받을 만한 마땅한 자문자가 없다. 즉 매수인은 부동산중개인으로부터도 신뢰할 만한 정보를 기대할 수 없다. 또한 부동산권원보험회사는 공법상인 건축제한과 그밖의 용익제

43) Thirlway, Conveyancing and Conveyancing Costs in France: Sol.J. 1967, 205.

44) Bowman/Tyler, The Elements of Conveyancing (1972) 119ff.

45) Sec. 1 Vendor and Purchaser Act 1874; s. 44(1) Law of Property Act 1925.

46) Cretney, Land Law and Conveyancing Reforms: The Modern Law Review(London) 32(1969) 477, 480.

47) Helmore, Sale of Land in Australia (1971) 94; di Castri, Law of Vendor and Purchaser (1976) 2323.

한에 대해 어떠한 손해배상책임도 지지 않는다.<sup>48)</sup> 변호사 역시 매도인의 법적지위를 파악하고 공법상의 제한을 조사하는 것이 그들의 당연한 업무에 해당하지 않는다고 한다.<sup>49)</sup>

## 나. 매매계약의 작성과 소유권양도

미국에서는 각 주 또는 지역 중개인연합회와 부동산권원보험회사가 부동산거래를 위한 계약서 양식을 발간한다. 한때 미국에서도 법률가협회(American Bar Association)가 주관하여 전국적으로 통일된 양식을 규정하려는 제의가 있었으나, 변호사들의 거부로 실현되지 못하였다.

미국의 거래당사자는 양도문서의 교부에 법률가를 끌어들이는 것을 달가와 하지 않는다. 그러므로 매매대금을 지원하는 금융기관의 소속변호사가 흔히 양도문서의 교부를 위임받는다. 이렇게 양도문서의 교부를 위임함으로써 이 시기에 양도문서의 형식과 내용에 대해 당사자의 이해가 서로 대립되는 것을 방지할 수 있게 된다. 물론 금융기관이 양도문서를 작성하면서 채권의 담보가치를 무리하게 요구함으로써 매도인에게 피해를 줄 수도 있다. 이처럼 금융기관의 변호사는 매도인으로부터 매수인에게 양도문서가 교부되는 것을 중재·감독하며, 부동산담보권의 설정등기와 함께 소유권의 이전등기를 신청한다. 한편 부동산권원보험회사와 중개인은 소유권양도문서를 준비하고, 권리이전의 실행을 감독한다.<sup>50)</sup>

## 다. 형식강제

미연방의 모든 각 주에서도 부동산거래에 있어서는 영국의 문서형식법을 모방하거나, 이 법에서 인용한 내용을 규정하고 있다. 1975년의 통일부동산거래법(Uniform Land Transactions Act)에 형식요건을 새롭게 입안하는 작업에 착수하였다.<sup>51)</sup> 왜냐하면 최근

48) von Metzler, aaO., 57.

49) Payne, aaO., 209 N.38.

50) Skiba, The Completion of Deed Forms by Real Estate Brokers: Marquette L.Rev. 44(1961) 519-531.

51) ULTA, s.2-201. In Comment 41 wird von einem 'fresh start' gesprochen.

영국법에서 논란이 되고 있는 당사자의 계약의사를 문서를 통해 추론해야 할 것인지의 문제가 통일부동산거래법에 의해서도 해결되지 않았기 때문이었다. 계약이 체결됐다는 암시가 문서에서 확인할 수 있어야 하지만 이 암시가 꼭 명백하게 문서에 드러나야 할 필요는 없다. 특히 영국에서는 문서에 의해 청약이 있었다는 것만으로 계약체결의 입증능을 가능하게 하고 있다.

부동산거래의 문서에 모든 계약내용을 담고 있어야 한다. 즉 이 문서엔 당사자와 부동산표시가 우선 기재되어야 한다. 그러나 영국처럼 문서의 기재가 다른 방법에 의해 입증될 수 있으면 문제가 없다.<sup>52)</sup> 매매가격의 결정도 대체로 계약체결의 절대적인 요건이 아니라는 데 견해가 일치되고 있다.<sup>53)</sup> 그러므로 물품매매와 같이 부동산매매에 있어서도 '적당한 가격'을 합의한 것으로 본다. 매매가격이 거래행위의 본질적 요소가 아니기 때문에 문서에 거래가격이 기재되지 않아도 계약의 효력에는 영향이 없다. 그러나 매매대금을 합의한 경우라면 이를 문서에 기재하여야 한다. 그러나 미국의 몇몇 주에서는 매매가격을 반드시 문서에 기재해야 한다고 규정하고 있다. 특히 뉴욕주에서는 1944년 법개정을 통해 이러한 요건을 채택하였다. 즉 매매가격에 대해 아무런 합의가 성립되지 않았다면 계약체결의 본질적인 요소에 하자가 있다는 것이다.

영국의 「문서형식법」처럼 통일부동산거래법과 대다수 미국의 법에서는 형식을 갖추지 않은 부동산매매계약에 대해서는 소송을 허가하지 않는다. 몇몇 주에서는 형식을 갖추지 않은 부동산매매계약을 실질적으로도 효력이 없는 것으로 파악한다. 그러므로 형식무효인 계약을 근거로 1차불입금을 지불한 매수인은 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있다.<sup>54)</sup>

또한 문서를 분실했을 경우 증인을 통해 그 문서가 이미 작성되었다는 사실을 입증할 수 있으며, 분실한 문서의 내용을 조사하기 위해 증인을 재차 소환할 수도 있다. 하지만 형식요건을 엄수하지 않았다는 사실을 법관이 직권으로 원용할 수는 없다. 결론적으로 소송개시 후에 접수된 문서에 의하여 형식요건을 충족하는 것으로 파악하지 않는다.

52) Casner, American Law Property, A Treatise on the Law of Property in the United States, III 19; Allen, Description of Designation of Land in Contract or Memorandum of Sale, Under Statute of Frauds: 23 A.L.R. 2d 6-106(1952).

53) Allen, Consideration, Necessity and Sufficiency of Statute of Consideration in Contracts or Memorandum of Sale of Land, Under Statute of Frauds: 23 ALR 2d. 164-216(1952).

54) Pomerance, Statute of Frauds, Evaluation of Underlying Theories: Cornell L.Q. 14 (1928/29) 102-108.

### 3. 영국

#### 가. 물권관계의 조사

영국에서는 등기된 양도문서작성(conveyancing)의 등기열람을 채택하고 있다는 점이 특기할 만하다. 즉 당사자간 계약상 약정이 없더라도 매도인은 매수인에게 등기부의 열람을 허가하고, 등기부등본을 제시할 의무가 있다.<sup>55)</sup> 그러나 solicitor가 등기부를 개인적으로 직접 조사할 수는 없으며, 그대신 서면에 의한 통보절차를 이용하는 것이 인정된다. 즉 계약을 체결하기 전에 매도인으로부터 등기부의 열람을 직접 위임받은 매도인의 solicitor가 등기부등본의 발급을 신청할 수 있다. 이렇게 발급받은 등본을 매도인의 solicitor가 매매계약약정서와 함께 매수인의 solicitor에게 발송한다. 형식적인 계약체결에 있어서 매수인의 solicitor는 매도인으로부터 등기열람을 위한 대리권을 부여받는다. 매수인의 solicitor에 의한 제2차 등기열람은 1차등기부등본을 발급받은 후 그동안에 새로운 등기가 있었는지를 확인하는 역할을 한다. 제2차 등기열람 역시 매수인의 solicitor가 등기관청에 증명서(official search)의 발급을 신청하는 방법으로 행해진다. 등기관청은 매수인의 solicitor의 신청에 의해 다시 등기부등본을 발급한다. 이 등본을 발급한 후 15일이 경과하여 접수된 등기신청은 매수인에 대해 우선권을 주장할 수 없다. 이러한 우선권이 보장됨으로써 매수인은 제3자의 등기에 의하여 소유권취득이 좌절되는 것을 염려하지 않아도 되고, 또한 매수인은 안심하고 매매대금을 지불하고 매도인으로부터 소유권 이전등기를 받을 수 있게 된다.<sup>56)</sup>

영국에서는 매수인의 solicitor가 계약을 체결하기 전에 공법적인 부동산담보나 용역 제한이 있는지를 조사한다. 이는 일련의 제한물권이 제한물권등기부에 등기되기 때문이다. 부동산이용계획법상의 제한내용이 담보물권과 달리 등기부에 등기될 수 없는 것이라면 사무변호사협회와 지방자치단체최고연합회가 공동으로 해당관청에 당해 부동산에 대한 물권조회를 하고, 이에 대해 관청의 회신을 받게 된다. 이처럼 공법적 제한을 조사하는 것이 기술적으로는 어렵지 않지만 많은 시간이 소요되는 단점이 있다.<sup>57)</sup>

55) Ruoff/Roper, On the Law and Practice of Registered Conveyancing (London, 1972), 330.

56) Land Registration (Official Searches) Rules 1969.

## 나. 매매계약의 작성과 소유권양도

영국과 영연방국가에서는 직접적이든 간접적이든 법적인 강제를 받지 않고 계약서를 작성하는 것이 solicitor의 업무에 속한다. 계약의 종류에 따라 부동산매매계약의 내용이 각기 다르겠지만, 영국에서는 부동산계약을 한 단계 진전된 계약양식으로 통일화시키려고 노력하였다. 즉 경제가 성장하면서 부동산거래가 증가한 19세기 중엽부터 계약내용에 일반약관을 사용하는 것이 관례화되었다. 오늘날 영국에서는 두 가지 종류의 계약양식을 사용하고 있다.<sup>57)</sup> 하나는 solicitor협회가 기업에 의뢰하여 1902년 처음으로 공포하여 발간한 「National Conditions of Sale」인데, 이 거래양식은 여러 차례 개정을 거듭하였고 그 사이에 19판까지 이어지고 있다. 다른 하나는 solicitor협회의 「Conditions of Sale」로서 1926년 새로운 부동산법이 발효된 직후에 폐지되었다가 그동안 여러 차례 개정된 바 있다.

일찍이 National Conditions이 solicitor협회의 Condition보다 매도인에게 더 유리한 것으로 나타났기 때문에 한때 National Conditions이 solicitor협회의 Condition보다 더 널리 보급되었었다. 그러나 오늘날에는 그 반대상황이 되었다.

한편 영국의 법원은 통상적인 계약양식에 따라 작성된 면책약관을 억제하거나, 내용을 변경하도록 조치하며, 나아가 약관을 임의로 해석한다든가 계약내용을 독자적으로 조정하는 것을 제한한다.<sup>59)</sup>

영국에서는 등기상 소유권을 이전하기 위하여 우선 매수인의 solicitor가 등기관청에 비치된 일정한 서식에 계약내용을 기재한다. 이렇게 기재한 문서를 매도인의 solicitor가 심사한 다음 기명날인하고, 매도인이 매수인에게 교부한다. 매수인의 solicitor는 이렇게 교부받은 양도문서를 소유권 이전등기를 위하여 등기관청에 제출해야 한다.

57) 관청의 부동산담보등기부조사에는 약 3주일이 소요된다(Bowman/Tyler, aaO., 41). 여기에 Joseph은 부동산거래행위시의 주요한 지연요인을 파악하려고 했으며 매수인의 개인적인 의문을 주목하였다(The Conveyancing Fraud, 186).

58) Lord Chancellor에 의해 발행된 「Statutory Form of Conditions of Sale 1925」는 당사자가 다른 약정을 합의하지 않은 경우에 부동산매매계약을 위한 양식으로 정해졌다. 그러나 이 서식도 실무에서는 아무런 의미를 얻지 못하였다; Wilkinson, Standard Conditions of Sale of Land(1974) V.

59) Farrand, Contract and Conveyance (1973), 78f..

## 다. 형식강제

부동산거래에서는 당사자가 서로 약정한 모든 거래내용 즉 당사자의 성명, 매매부동산, 매매가격 및 그밖의 모든 부대협정 등을 문서를 통해 파악할 수 있어야 한다.<sup>60)</sup> 그러나 판례에서는 기재내용의 정확성을 기하기 위해 엄격한 요건을 설정하고 있다. 또 계약내용을 구체적으로 입증하기 위하여 증인을 심문하는 것도 허용하고 있다.

매매가격을 제3자가 결정하는 방식으로 가격결정 방법이 정해졌을 경우에는 매매가격을 문서에 기재해 놓아야 한다. 그러나 매매가격을 명백하게 정하지 않고 단지 시장가격으로 정한다고만 명시하고 있어도 상관없다. 또 매매문서에서 매매가격에 대한 아무런 암시가 없다면 물품매매의 경우 법원이 결정할 수 없는 것과 달리 부동산매매의 경우에는 법원이 적당한 가격(reasonable price)으로 결정하는 것을 묵시적으로 인정한 것으로 본다.

구두약정의 내용을 문서에 그대로 기재하지 않았다는 사실이 증인에 의해 입증되었을 경우에는 이 문서의 효력을 배제할 수 있다. 이 경우 계약은 전부 형식무효가 된다. 또 계약내용의 기록을 단일서류로 작성할 필요는 없다. 어떤 통지에 대해 회신하는 것처럼 다른 문서를 참고로 인용할 경우에 선행하는 문서의 내용은 후행하는 문서와 일치한 것으로 본다. 두 문서가 서로 일치하는지의 여부는 증인에 의해서 입증이 가능하다. 문서에 양 당사자가 서명할 필요까지는 없고, 법원에 피소(被訴)된 당사자 일방의 서명이 있으면 족하다. 즉 매수인이 매매문서에 서명하였다면 매도인이 계약상 이행청구권을 주장할 수 있다.

문서형식에 하자가 있다고 하여 곧바로 계약무효의 효과가 발생하는 것은 아니다. 이런 하자있는 계약상의 권리를 소송을 통해 법원에서 무효화시킬 수는 있다. 즉 계약상의 권리를 소송이 아닌 항변을 통해 주장할 경우 법원에서는 계약의 유효함을 인정할 수 있다. 예를 들어 매도인이 구두상 매매계약을 체결하면서 매수인으로부터 매매대금의 1차 대금을 수령했으나, 매수인이 이후에 계약을 해제하고 1차불입금의 반환청구를 법원에 제기했다면, 매도인은 이에 대해 매매계약의 불이행을 이유로 1차불입금이 실효에 의해 자기에게 귀속되었음을 항변할 수 있다. 매매계약의 형식상 하자는 법정에서 직권으로 고려할 사항이 아니며, 특히 하자를 주장하는 측에서 형식불비를 주장해야 한다.

60) Farrand, Contract and Conveyance, 39f.

문서형식법을 제정할 당시의 목적은 위증죄를 저지하자는 데 있었으나, 오늘날 이 법의 목적은 모든 정직한 자에게도 있을 수 있는 인간의 기억력의 한계와 기억력 약화로 인한 다툼을 막자는 데 있다. 그러므로 일반적으로 법정에서 증인진술에 지나친 가치를 인정하고 있다면, 특히 부동산소송에 있어서는 계약내용의 입증방법을 보다 엄격하게 제한할 필요성이 있을 것이다.<sup>61)</sup>

## 4. 독일

### 가. 물권관계의 조사

독일에서 공증인은 부동산매매계약을 공증하기 전에 먼저 등기관계를 파악할 의무가 있다(문서작성법 제21조). 이런 조사의무는 보통 기술적으로 공증인사무소의 직원이 직접 등기를 열람함으로써 해결된다. 한편 독일의 공증인에게는 공법적인 담보와 용의제한을 추적할 의무가 없다.<sup>62)</sup> 하지만 그는 이해관계인에게 관청의 거래허가요건과 명확한 조세증명의 요건 및 법정선매권에 대해 고지해야 한다(문서작성법 제18조~제20조). 그러나 공증인 스스로 관청의 인가와 확정적 조세증명발급이나 선매권행사에 관한 권리자의 진술을 받아낼 의무는 없다. 그밖에 당사자가 집행에 필요한 조치를 하게 하는 것도 공증인의 교시의무에 속한다. 당사자를 대신해 공증인 스스로 필요한 조치를 떠맡은 경우에는 상세한 설명이 필요하지 않다. 공증인에 의한 관청의 인가취득, 결정적 조세증명과 선매권의 진술 등은 연방공증인법 제24조의 의미상 증서작성업무와는 무관한 자문업무로 파악한다.<sup>63)</sup>

한편 수수료와 관련하여 공증인은 관청의 인가취득 등의 업무가 공증문서작성업무에 부대되는 단순한 업무가 아닌 특별자문업무로 분류되는데 관심을 갖는다. 이는 부대업무와<sup>64)</sup> 달리 자문업무에는 특별수수료를 별도로 청구할 수 있기 때문이다. 나아가

61) Wilkinson, Law of Property Act 1925 s.40, A Case for Abolition: Conveyancer 31(1967) 182,186.

62) Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars(1974) Nr. 323.

63) Krüger, Die Funktionen des Notars im Immobilien und Baurägerrecht, DNotZ 2007, S. 138

64) 상세한 내용은 비송사건수수료에 관한 규정(KostO) 제146조 제1항(업무집행)와 제147조(기타 및 부대업무) 참조.

공증업무와 달리 자문업무에 대하여는 공증인이 개입을 거절할 수 있다. 그러므로 자문업무는 간단하게 위임될 수 있지만 당사자는 공증인이 행정관청의 인·허가를 위해 필요한 조치를 해 줄 것으로 기대한다. 그러므로 관례에서는 공증인이 인·허가취득에 관여하고 싶지 않다는 것을 당사자에게 별도로 알리지 않은 상황에서 아무런 조치를 취하지 않았다면 공증인의 직책상 의무위반이 있는 것으로 인정하였다.<sup>65)</sup> 즉 인가취득 시에 공증인이 개입하는 것을 거래상 관행으로 본 것이다.

#### 나. 매매계약의 작성과 소유권양도

공증인이 작성한 부동산계약의 약관에 대하여 이전의 독일 관례에서는 제한적인 해석을 하였지만, 최근에는 자유로운 내용조정을 허용하고 있다. 즉 공증인이 부동산계약과 관련하여 양식을 선정하고, 계약내용을 작성한 경우에는 독일의 보통거래약관법을 적용하지 않는다.<sup>66)</sup> 이는 보통거래약관법의 적용범위가 계약당사자 일방이 계약내용을 사전에 미리 작성하는 계약에만 한정되기 때문이다. 물론 공증인이 작성한 거래양식에도 당사자가 내용을 구체적으로 파악할 수 없고, 당사자의 이해관계를 고려하지 않은 전형적인 약관이 있을 수 있다.

독일에서는 당사자의 물권적 합의(Auflassung)와 등기부상 등기에 의해 소유권양도가 실현된다. 그러므로 공증인에 의해 체결된 계약을 문서로 작성했다하여 곧바로 직접적인 효과가 발생하는 것은 아니다. 다만 공증인은 계약체결시 소유권양도를 실행하기 위해 필요한 조치에 대하여 당사자에게 고지해야 한다.<sup>67)</sup>

공증인은 또한 물권적 합의를 인수할 수 있다. 즉 매도인의 등기승낙과(부동산등기법 제19조) 같은 절차상의 진술은 대부분 소유권양도를 등기부에 등기하기 위해 필요한 물권적 합의와 결부된다. 공증인이 물권적 합의와 등기승낙을 공정증서로 작성했을 경우 그는 등기관청에 이 증서를 제출해야 한다(문서작성법 제53조).<sup>68)</sup>

65) BGH 11.6.1959, VersR 1959,739; BGH 3.11.1955, DNotZ 1956,319.

66) 공증인이 작성한 부동산매매계약 양식은 계약체결시에 타방의 계약당사자를 설정하지 않았기 때문에 이 계약양식은 독일보통거래약관법 제1조 제1항 1문의 의미상 보통거래약관이 아니다.

67) Daimer/Reithmann, aaO., Nr.298.

68) 거래당사자가 스스로 등기신청을 하지 않은 경우에도 이런 의무가 있다. 문서작성법 제53조에서는 공증인이 부동산등기법 제19조에 따라 등기대리권을 행사할 의무가 있다고 규정하고 있다.

소유권양도를 위한 독일공증인의 직무상 의무는 프랑스법과 달리 이해관계인의 이익을 위한 것이지 공적이익에 근거를 두고 있지 않다. 그러므로 당사자는 공증인에게 소유권양도를 위한 문서를 등기소에 당분간 제출하지 않도록 요청할 수 있다(문서작성법 제53조). 양국간에 이러한 차이점은 등기부의 기능이 서로 상이하기 때문이다. 프랑스에서는 공적이익과 일치하지 않는 물권관계와 등기상태 사이의 불일치를 당사자의 의사와 무관하게 공증인의 등기의무에 의하여 해결하지만, 독일법에서는 등기부의 제도적 기능에 의하여 이와 같은 실제와 외관(Sein und Schein) 사이의 상위가 발생하지 않도록 조치한다.

#### 다. 형식강제

독일에서는 매도인이 부동산소유권을 양도할 의무있는 계약을 체결할 때에는 공증인에 의해 공문서로 작성할 것을 요구한다(독일민법 제313조 제1문). 1973년 7월1일 이후 독일에서는 부동산매매계약을 공정증서로 작성할 것을 강제하였다. 이에 따라 매도인은 부동산을 양도해야 한다. 이러한 형식강제가 매도인뿐만 아니라, 매수인의 보호에도 유리하다고 한다.<sup>69)</sup> 이렇게 모든 계약내용의 문서화가 강제됨으로써 계약의 핵심 내용뿐만 아니라, 그밖에 다른 약정도 당사자의 합의(合意)가 있으면 문서화되어야 한다. 그러나 단순한 대화라든가 그밖에 문서에 나타나지 않은 상황은 문서의 내용을 해석하는데 단지 참고가 될뿐이다.<sup>70)</sup>

양도하게 될 부동산의 표시도 문서에 확정되어 있어야 한다. 물론 나중에 확정할 수 있어도 무방하다. 부동산관리대장 번호를 잘못 기재하는 것과 같이 부동산의 표시를 착오로 인해 잘못 기재하였을 경우 잘못된 진술에 의해 피해를 받지 않는다(falsa demonstratio non nocet). 즉 계약은 표시자가 의도했던 대로 성립한다.

부동산매매계약을 성립시키기 위해 당사자가 매매대금을 강제로 결정할 필요는 없다. 즉 매매대금을 결정하지 않았을 경우 독일민법 제315조와 제316조의 해석규정에 의거하여 매도인의 재량으로 매매대금을 적절하게 결정할 수 있기 때문이다.<sup>71)</sup> 물론

69) Erman(-Battes), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, 8 Aufl.(2004), §313 Rdz.

70) BGH 8.11.1968, NJW 1969,132; BGH 20.12.1974, BGHZ 63, 362.

71) BGH 15.2.1952, BGHZ 5,173,180.

제3자에게 매매가격의 결정을 위임할 수도 있다. 마찬가지로 거래가격이나 공용징수법의 원칙에 따르는 것도 가능하다. 계약체결시에 매매대금을 결정하지 않았다면 계약서에 매매대금을 기재할 필요가 없다. 즉 실제로 합의한 내용만을 문서로 작성하면 된다. 그러나 당사자가 고의로 매매가격을 잘못 기재했을 경우에는 계약의 효력이 없다. 다만 공문서에서는 계약의 내용뿐만 아니라, 계약체결시에 진술한 내용도 함께 작성해야 한다. 문서를 작성하고 나서 참석자에게 낭독한 후 이의가 없으면 참석자로부터 자필서명을 받는다. 문서를 낭독하고 참석자가 이의없이 자필서명했다는 사실을 공증인이 문서에 확인하게 되는데, 이로써 공증문서에 강력한 증거력이 부여되는 것이다.

한편 부동산매매계약을 체결할 때에는 당사자의 동시출석을 필요로 하지 않으며, 다만 선행하는 청약과 이에 따른 승낙이 문서로 작성되었다면 형식요건을 충족하게 된다(독일민법 제128조). 물론 계약체결의 명확성을 기한다는 점에서 볼 때 이런 시간적 간격이 있는 계약문서의 작성은 동시출석에 의한 작성보다 완전한 계약체결로 이해하기 어려운 단점이 있다.

형식요건에 따르지 않고 체결한 계약은 당연무효이다. 그러므로 당사자가 소송에서 무효의 주장을 원용하지 않더라도 법원은 직권으로 계약의 무효를 판단해야 한다. 형식불비의 계약이 추후에 필요한 형식요건을 갖추는 방법으로 추완되었을 때에는 계약의 효력이 소급적으로 발생하는 것이 아니라, 불비요건을 보완했을 때부터 장래에 대하여 효력이 있다. 그러므로 무효인 계약을 근거로 이행한 급부는 원칙적으로 반환청구가 가능하다.

## V. 부동산거래에 있어서 공증인의 역할

전문직업인에 의한 각국의 부동산거래제도를 살펴보면 부동산거래에 공증인이 관여하는 나라는 독일과 프랑스 등 대륙법국가라는 것이 파악되었다. 본 장에서는 이들 국가를 중심으로 공증인의 직무내용을 살펴보고, 우리의 실정에서 부동산거래에 공증인이 어떤 역할을 할 수 있을지 검토하고자 한다.

### 1. 공증인의 직무내용

프랑스의 공증인은 거래당사자의 법률행위에 공적증거력을 부여하거나, 법률행위의 일시를 확정하거나, 기타 서류의 등본이나 사본의 발송업무를 담당한다. 특히 공적 증거력을 보유하기 위해서라면 계약 등 법률행위 전반에 관한 직무를 공증인이 부여받는다. 공증인이 접수받은 법률행위와 관련하여 법률상 기간에 다툼이 있을 때에는 공증한 서류상의 날짜가 바로 증거력 있는 날짜로 인정된다. 그밖에 공용수용시 토지가 격의 결정에 어려움이 있을 경우 현장조사를 위해 공증인을 지명하며, 조세기본법에 따른 과세물의 평가를 위해서도 공증인을 조정위원으로 위촉한다.

한편 영국에서는 공증인의 직무범위에 관하여 연혁과 관습으로만 정해져 있을뿐, 법령에서 하등의 규정을 찾을 수 없다. 이처럼 직무의 범위가 법령에 명확하게 규정된 것은 없으나 대략 살펴보면, ① 외국 및 재외영지에서 사용할 계약증서, 위임장, 조합 계약서, 유언서, 기타행위에 관한 증서의 작성과 그 성립의 인증, ② 사실에 관한 공정증서의 작성, ③ 법률관계에 관한 공정증서의 작성, ④ 번역 및 번역의 인증, ⑤ 어음지급 제시, noting 거절 증서 및 참가인수, 참가지불에 관한 증서의 작성, ⑥ 선서 및 선언의 관장 등을 들 수 있다.

또한 영국의 공증인은 자신이 당사자로서 체결하는 계약에 관한 공정증서를 작성할 수 없고, 기타 이해관계 있는 사항에 관한 공정증서도 작성할 수 없다. 공증인은 수탁사무를 스스로 처리함을 요하고, 다른 일반인은 물론 다른 공증인에게도 이를 위임할 수 없다. 공증인은 수탁사무의 처리에 있어서 전문가로서 상당한 기능과 주의가 요구된다. 이와 같이 공증인은 의뢰인에게 충실할 것을 요한다.

한편 독일에서 공증업무에 대한 기본적인 법규는 연방공증인법과 문서작성법, 수수료법 등 세가지가 있다. 1961년에 제정된 연방공증법에서는 공증의 역사적인 측면을 고려하면서 공증제도를 통일시키려고 노력하였다. 즉 연방공증법에는 공증인의 신분 에 대한 조항과 공증사무소의 설치와 폐쇄, 공증절차, 공증인의 책임 등을 정하고 있다. 1969년 8월28일 제정된 문서작성법에는 모든 문서작성업무를 담고 있다. 이 법에는 문서작성을 위한 공증절차를 정하며, 소송사건에 있어서 판사가 민사소송법을 적용하듯이, 공증인에게는 문서작성법을 따르도록 정하고 있다. 문서작성법은 공증인이 문서를 어떻게 작성하고, 그밖의 공무를 어떤 절차로 수행해야 하는지를 정한다. 그러므로 이 법에는 의사록을 어떻게 정리하며, 문서작성시 어떤 절차를 주의해야 하는지, 공증인에게 어떤 조사의무와 설명의무가 있는지, 장애인 이 이해관계인일 경우 어떤

조치를 취해야 하는지와 작성한 문서를 어떤 방식으로 취급해야 하는지를 정하고 있다. 나아가 공증인의 직업상의 권리조항도 들어있다. 문서작성법 제17조에는 공증업무와 관련해 이해관계인의 보호를 위하여 공증인이 지켜야 할 조사의무와 설명의무라는 일반약관을 정하고 있다. 끝으로 공증인이 자신의 업무에 대해 어느 정도의 수수료를 받을 것인가란 문제 역시 연방법으로 규정하게 되는데, 이것이 바로 「수수료에 관한 법」이다.

독일의 공증인은 증서에 작성한 사건에 대한 완전한 지각을 가지고, 법률행위공정증서, 사권사실공정증서를 작성하여 서명·인증함으로써 그 공정력을 인정받게 한다. 즉, 독일은 공증강제의 규정을 두어 증거보전, 의사결정에 신중을 기하도록 하고 있다.

우리나라 공증인의 직무범위 내지 공증인으로 대표되는 공증업무담당자가 취급하는 공증업무를 간추려 보면 공정증서의 작성, 사서증서 인증, 의사록과 정관의 인증, 확정일자 압날, 신탁재산의 표시, 거절증서의 작성, 파산재산의 봉인 등으로 분류해 볼 수 있다. 공증인법 제25조에서 제40조까지는 매매·임대·금전소비대차와 같은 법률행위에 관한 공정증서의 작성과 사실실험 공정증서 작성 및 유언공정증서의 작성에 대해 규정하고 있고, 동법 제56조의2는 어음·수표 또는 그 부전에 작성하는 강제집행인락취지의 공정증서에 대해 정하고 있으며, 동법 제57조부터 제61조에는 사서증서의 서명날인을 확인하는 내용을<sup>72)</sup>, 동법 제66조의2에서는 등기에 첨부되는 의사록의 결의 절차 및 내용의 사실여부 확인에 대하여 규정하고 있다. 이와 같은 공정증서나 사실확인 등은 민사소송법 제519조 제4호에 따른 채무명의의 효력이나, 민사소송법 제327조 및 형사소송법 제315조에서 정하고 있는 강력한 증거력을 지닌다.

이처럼 우리나라 공증인의 직무권한은 다양하지만 본령은 주로 각종 공정증서의 작성이며, 부동산거래에 직접적으로 관여할 법적 근거는 미약하다. 또한 부동산거래에 대한 주요한 업무를 주로 공인중개사가 담당하고 있을뿐만 아니라, 공증인이 부동산거래에 관여한다고 하더라도 공증인의 숫자가 절대적으로 부족하기 때문에 수많은 부동산거래업무 중에서 공증인이 실제로 관장하는 비율은 매우 미미할 수밖에 없을 것이다.

72) 사서증서에 관한 자세한 사항은 정옥태, 기명날인증서인증의 효력, 법률신문 제2033호(1991.6.3), 15쪽 참조; 사서증서에 관한 인증서는 공문서로 본다. 대법원 1992.10.13 선고, 92도 1064.

## 2. 부동산거래와 공증인의 역할

법률상 안전한 부동산거래를 위해서는 시간적·경제적으로 광범위한 예방책이 필요하다. 즉 거래행위의 의미가 중요할수록 사후에 손해를 배상하는 문제보다 사전에 위험을 조사하여 이를 줄이거나 예방하는데 더 많은 노력이 필요하다. 더구나 부동산거래의 특성이나 절차상의 복잡성 및 거래당사자의 전문지식 부족으로 인해 법률전문가의 협력이 불가피하게 된다. 앞에서 살펴 본 바와 같이 대륙법계 국가에서는 부동산거래에 대해 공증인의 관여를 정하고 있다. 공증인은 이해관계인을 위해 거래행위의 의미를 쉽게 파악할 수 있고, 전문적이고 숙련된 지식을 갖추고 있기 때문에 계약을 체결할 때부터 소유권을 양도하고 대금을 정산할 때까지 부동산거래에 자문을 할 수 있다. 즉 공증인이 부동산거래에 관여함으로써 계약당사자가 파악할 수 없는 소유권양도에 관한 법률문제를 합리적이며 효율적으로 이끌어 줄 수 있다.

거래절차의 통일화를 위해서는 숙련된 조치를 취할 수 있는 법률자문기관이 부동산의 이용과 부동산거래에 대한 내용을 쉽게 파악할 수 있도록 공공기관이 거래절차를 통일시켜 문서화하는 사전준비가 필요하다. 부동산중개인은 당사자 일방의 의뢰에 의해 거래행위에 개입하므로 중개인은 의뢰인의 이익에 따라 충실하게 일한 의무를 지게 된다. 이와 달리 영국의 solicitor는 거래당사자 일방만을 위해 일한다는 것이 명백하다. 그러므로 영국의 제도에서는 당사자 각자에게 solicitor가 있게 되고, 이들에게 동등한 법률자문의 기회가 주어진다.

이에 반하여 공증제도에서는 거래당사자들에게 공동으로 법률자문을 행할 수 있다고 정하고 있다. 그러므로 공증인은 공인(公人)으로서 거래경험이 없는 당사자를 지도 및 교시할 의무와 업무를 공정하게 처리할 의무를 부담한다. 이는 노동경제적인 측면에서 볼 때 두 명의 solicitor보다는 한 명의 공증인이 부동산거래에 관여하므로 공증 및 법률자문에 대한 수수료를 절감할 수 있다는 장점이 있다. 독일과 프랑스처럼 부동산거래에 있어서 공증인에게 공증을 받도록 하는 것은 일반 거래행위의 위험을 방지하기 위하여 전문가의 자문을 보장하자는 데 있다. 그러나 법률전문가가 부동산계약에 관여한다고 하여 반드시 계약내용을 명확하게 명시할 수 있다고 장담할 수는 없다. 더구나 공증인에 의한 부동산매매계약의 공증을 강제하다보면 거래의 신속성 보다는 거래의 안전을 꾀하게 되고, 이로 인해 시간적으로 계약체결이 지연될 수도 있다. 물론 등기제

도를 잘 설비한 국가에서는 물권관계를 신속하게 조사할 수 있겠지만, 이런 공시제도가 없는 국가에서는 물권관계를 조사하는데 시간적·경제적 부담이 크게 된다.

그럼에도 불구하고 많은 나라에서는 부동산매매계약을 체결함에 있어서 형식강제를 요구하고 있다. 이는 실생활에 있어서 부동산거래가 형식이 요구되는 계약중에서 가장 중요한 계약에 해당되기 때문이다. 부동산거래에 공증제도를 강제할 경우의 장점은 공증인이 여러 가지 법규를 고려하여 계약서를 작성하게 되므로 경솔한 계약체결을 방지할 수 있다는 데 있다. 또한 거래문서가 명확하면 법적 분쟁을 줄이는 효과를 가져다 준다. 독일민법에서 공증강제제도를 채택한 사회정책적 동기는 농민들의 경제적인 존립기반이 되는 토지가 쉽게 양도·이전되는 것을 막자는 데 있었다. 이는 부동산정책과 함께 개인의 권익보호라는 차원도 서로 고려한 것이었다.

처음에는 서유럽 각국에서도 일반적인 부동산관련 판례에 의지하여 공증강제에 반대하였지만, 부동산거래라는 특별한 매매에 있어서는 공증인과 같은 법률전문가가 개입하는 것이 훨씬 유리하다는 점을 인식하게 되었다.

이러한 선진국의 법제와 달리 우리나라에서는 부동산거래에 공증인이 전혀 관여하지 않고 있다. 더구나 우리 법제에서는 부동산등기에 공신력까지 인정하지 않고 있다. 이런 현실에서 부동산거래에 공증인을 관여하게 함으로써 부동산등기에 대한 신뢰를 높여줄 수 있을 것으로 보여진다. 물론 이 점에서 부동산등기원인증서에 공증제도를 도입하자는 제안도 있으나,<sup>73)</sup> 이는 부동산거래 이후의 매매계약서에 대한 공증을 의미하기 때문에 중개수수료 이외에 공증수수료까지 부담해야 한다는 점에서 부동산매매 당사자들이 선호하지 않을 것이 분명하다. 즉 거래당사자들에게 오히려 절차만 번거롭게 할 뿐 특별한 법적 안정성을 제공하지 못하기 때문이다.

또한 부동산거래에 대하여 공증인이 관여하기 위해서는 공증인법 제2조에서 정하고 있는 공증인의 직무범위를 확장하여야 할 것이다. 부동산중개업법 제25조에서는 공인중개사의 중개대상물에 대한 확인·설명 의무에 대하여 정하고 있으나, 권리관계까지 조사할 것을 요구하지는 않고 있다. 즉 부동산중개에 있어 중개업자의 조사·확인 의무의 내용과 정도는 중개대상물의 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한 사항 등을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인

73) 김상영, 부동산등기원인증서의 공증제도 도입에 관하여, 대한공증협회지 2009년 제2호, 31쪽 이하.

에게 서면으로 제시하고 성실·정확하게 설명하여야 할 의무로 이해되고 있다.<sup>74)</sup> 이 점에서 볼 때 부동산거래에 있어서 공증인의 주요한 직무행위는 물권관계의 조사, 매매계약서의 작성, 소유권양도와 등기절차의 실행 등이 주요한 직무행위가 될 것이다. 물론 이와 같은 자문행위를 체계적으로 수행하기 위해서는 어떤 일정한 판단기준에 따라 확일적으로 규정할 필요가 있다. 이렇게 확일적으로 규정하는 주요한 목적은 이해관계인을 보호하고, 거래를 신속하게 하며, 비용을 절감할 수 있다는 데 있다.


## VI. 결론

법률전문가의 업무가 다양해지고 복잡해지면서 법무법인이 대형화되고 있는 추세에 있으나, 향후 법률시장의 개방에 대비하기 위한 법률서비스의 전문화에는 아직 미흡한 실정이다. 이에 현행 법률서비스제도를 전문화·다양화·특성화 방향으로 개선·정비할 필요가 있다. 이점에서 공증제도는 공증인의 지위를 향상시키고 보장하기 위한 제도가 아니라, 대국민봉사라는 행정차원에서 접근해야 한다고 본다. 공증제도의 문제점 역시 이러한 시각에서 접근해야 할 것이다. 즉 변호사의 다양한 소송업무와 공증업무를 분리하여 이원화하는 문제를 신중히 검토해야 할 것이다. 즉 공증업무가 소송업무 등 변호사 업무에 부수적인 업무가 되지 않도록, 공증업무를 부동산거래까지 확대·전문화하여 안정적인 부동산거래를 위해 공증인의 역할이 필요하다고 보여진다.

하지만 우리의 상황에서는 부동산거래에 관여할 공증인의 숫자가 절대적으로 부족하며, 부동산거래에 대한 주요한 업무는 주로 공인중개사가 담당하도록 되어 있다. 물론 우리 부동산중개업법상 부동산거래를 공인중개사에 한정하고 있지 않으므로 공증인이 관여할 수 있는 여건은 충분하다고 본다. 그럼에도 불구하고 겸업공증인들이 공증업무를 부수적인 업무로 파악하고 있는데다가 공증업무에 대한 비중이 점차 감소하고 있는 상황에서 과연 공증인이 부동산거래업무까지 담당할 수 있을지는 의문이다. 물론 향후 로스쿨제도가 정착된다면 매년 수천명의 변호사가 쏟아져 나올 것으로 예상되고, 변호사들간의 경쟁 또한 치열해지면서 이들의 상당수가 부동산거래업무에 관심

74) 인천지법 2004. 6. 24. 선고 2003가합12577 판결.

을 가질 것으로 보여진다.

공증은 일상생활의 중요한 거래에 관하여 증거를 보전함으로써 당사자간의 분쟁을 사전에 예방하고, 분쟁 발생시 신속한 해결을 도모하며, 나아가 권리자의 권리실행을 용이하게 하는 기능을 한다. 그러므로 부동산거래에 관여하는 선진국의 공증제도를 보다 충실한 연구한다면 우리 실정에 맞는 공증제도로 발전시켜 나갈 수 있을 것이다. 

주요문헌

- 1. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 2. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 3. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 4. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 5. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 6. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 7. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 8. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 9. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 10. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 11. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 12. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 13. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 14. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 15. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 16. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 17. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 18. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 19. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.
- 20. 김민준, 「공증의 기능과 공증의 확대」, 『공증』, 법문사, 2009.

본문 17페이지에 실린 내용은 2011년 4월 15일 현재까지의 내용입니다.