

미국의 공증제도와 등기제도 소개

이상석

대한공증인협회 부협회장
공증인 · 변호사

I. 머리말

우리나라에서도 미국처럼 등기원인증서를 공증받아 등기소에 제출토록 하면 등기의 외형과 실질을 일치시켜 거래의 안전 및 공신력 확보에 유익하지 않겠느냐는 논의가 있어 왔다. 그렇다면 미국의 공증제도와 등기제도는 어떻게 되어 있으며 등기를 하는 과정에서 공증이 어떻게 활용되고 있는지에 대하여 알아보면 도움이 될 것이다.

미국에서는 부동산 거래에 있어 널리 공증제도가 이용되고 있다고 한다. 우리나라의 등기필정보(속칭 권리증)와 비슷한 미국의 부동산 양도증서(Deed)는 등록소의 공공기록부에 등록되기 전에 공증인으로부터 양도인의 서명에 관한 인증(acknowledgement)을 받아와야 등록소에 등록될 수 있기 때문이다.

그런데 미국의 공증제도는, 대륙법계인 우리나라와 달리, 공증인의 비법조성, 공증인 자격 취득의 용이성, 공증인 숫자의 과다성, 공증인 직무범위의 제한성, 공증인 권리·의무 규율의 입법적 정밀성 등 여러 가지 고유한 특징이 있다. 따라서 미국의 부동산 등기제도를 살펴보기에 앞서 먼저 위와 같은 미국의 공증제도의 실상에 관하여 개괄적으로나마 이해할 필요가 있다.

한편, 미국은 ‘양도증서(Deed)등록제도’라고도 불리는 ‘레코딩 제도(Recording

system)' 와 한국의 등기제도와 유사한 '토렌스제도(Torrens registration system)' 라는 두 가지의 부동산 공시제도를 가지고 있다.

그러나 위 두 가지 제도 중 토렌스제도는 2016년 현재 50개 주 중에서 그것도 주 전체가 아닌 주 내 일부 도시에서만 시행하는 경우까지 포함하여 New York, Massachusetts 등 단 9개 주만이 채택하여 시행하고 있을 뿐이다.¹⁾

따라서 본고에서는 먼저 미국의 공증제도에 관한 개요를 설명하고, 다음에 미국의 부동산 물권변동 절차에 관하여 알아본 다음, 이어서 미국 다수의 주에서 채택하고 있는 레코딩제도에 관하여 설명하면서 미국의 부동산 물권변동 절차에 있어서 공증제도와 권원보험제도가 어떻게 활용되고 있는지 살펴보고, 뒤이어 토렌스제도에 관하여 간단히 일별하기로 한다.

II. 미국의 공증제도²⁾

1. 공증제도의 계통³⁾

공증제도는 대체로 대륙법의 라틴계⁴⁾와 영미법의 앵글로색슨계의 두 종류로 나뉘는데, 라틴계의 공증인⁵⁾은 고도의 법률가라고 할 수 있는데 반하여, 앵글로색슨계의 공증인⁶⁾은 법률가가 아니라 그냥 실무가라고 보면 된다.

따라서 라틴계 공증제도에 있어서는 법의 운용이 공증인의 주된 업무라고 할 수 있음에 대하여, 앵글로색슨계 특히 미국의 공증인의 업무는 본인서명사실의 확인 - 공증

1) New York, Massachusetts, Minnesota, Colorado, Georgia, Hawaii, North Carolina, Ohio, Washington 등 9개 주.

2) 유진호, 미국 공증제도에 관한 연구, 한국법제연구원, 2008. 임창국, 미국의 공증인 선발 및 양성제도 연구, 형사법의 신동향, 통권 제25호, 대검찰청, 2010.

3) 전병서, 각국의 공증법제 비교연구, 법무부, 2008.

4) 라틴계 공증 국가는 프랑스를 시작으로 스페인, 이탈리아, 독일, 오스트리아, 벨기에, 네덜란드 등 유럽, 중남미, 아프리카, 그리고 일본, 한국, 중국, 베트남 등 아시아 및 캐나다의 케벡(Quebec)주 등으로, 이를 라틴계 중 주요국들은 1948년에 국제공증인협회(International Union of Latin Notaries: 줄여서 UINL)을 조직하여 교류하고 있다.

5) 공증인을 프랑스에서는 「Notaire」, 스페인에서는 「Notario」, 독일에서는 「Notar」라 표기.

6) 공증인을 미국에서는 「Notary」 또는 「Notary Public」이라 표기.

인의 면전에서 증서에 서명한 사람이 진실로 그 사람 본인임에 틀림없다는 것을 나타내는 문언에 공증 인영을 찍어주는 정도에 한정되어 있다.

2. 공증인법

미국 헌법은 공증인법의 제정을 각 주(州)에 맡겨 두고 있다. 따라서 미국의 공증제도에 관한 법률은, 미국 공증인협회(NNA)와 전미 통일 주법 위원회(NCCUSL)가 연방 법률 차원에서 샘플 공증인법들⁷⁾을 만들어 입법자료로 제공하면, 각 주가 이를 전체적 또는 부분적으로 채택하여 입법함으로써 각 주별로 공증인법을 제정하여 시행하고 있다.

3. 공증인의 자격

미국에서 공증인이 되려면 ‘시민권자 또는 영주권자 이상의 신분을 가진 자’로서, 일정한 종류의 형사 중범죄(felony)에 관한 범죄경력자가 아니어야 한다.

그러나 미국의 공증인은 변호사 자격자일 것이 요구되지 않는다. 따라서 일반인이 간단한 교육과정 또는 자격시험을 통해 공증인으로 활동할 수 있다.⁸⁾ 예컨대, 캘리포니아 주에서는 4년마다 자격 있는 사람을 공증인으로 임명하는데, 온라인, 홈스터디 또는 인가된 공증교육인을 통하여 6시간의 공증인 학습 과정을 마치면 공증사무관계법에 관한 공증인자격시험에 응시할 수 있다고 한다.

FBI와 주 정부의 신원조회를 거쳐 주 정부에 의하여 주의 공무원의 지위인 공증인으로 임명되면, 공증사무 선서(oath) 및 등록을 해야 하며, 일정 금액 이상의 보증금(bond)을 납입하여야 한다. 미국은 공증인 자격요건이 엄격하지 않은 대신에 보증금 납입 또는 보험제도를 통하여 공증업무상 공증인의 고의·과실로 인한 손해를 전보할 수 있도록 장치하고 있는 것이다.

7) 통일 공증인법(Uniform Notary Act), 통일 공증행위법 (Uniform Law On Notarial Act), 모델 공증인법 (Model Notary Act) 등.

8) 대부분의 주에서는 시험을 통과할 필요도 없이 일정 금액의 보증금만 납부하면 간단한 절차에 의하여 공증인이 될 수 있다고 한다. 2009. 7. 시점에서 공증인시험을 실시하는 주는 다음의 6개 주에 불과하다. New York주, California주, Connecticut주, Missouri주, North Carolina주, Oregon주, 유진호, 상기 논문.

공증인은 임명된 주 전체를 관할(jurisdiction)지역으로 하여, 임명기간 동안 공증업무를 할 권한을 갖게 된다.

4. 공증인의 수

우리나라의 인감증명과 같은 제도가 없는 미국에서는 공증인에 의한 본인서명사실 확인을 통하여 사기나 문서위조 등을 예방할 목적으로 개인이 작성한 문서들은 관행적으로 공증을 거치도록 하는 등 사회적 경제적 필요에 따라 공증인이 비교적 용이하게 지속적으로 배출되다 보니 현재 전국적으로 엄청나게 많은 수의 공증인이 활동하고 있다. 예를 들어, 베지니아 주만 하더라도 지난 2008년 시점에서 12만 명의 공증인이 활동하고 있고, 2013년 시점에서의 미국 전체 공증인의 수는 약 450만 명 정도로 추정된다고 한다.⁹⁾

그러다보니 미국의 많은 주에서는 약국의 약사, 은행원, 부동산업자, 보험대리점 소장, 우편물취급소 직원, 변호사 직원, 학교 교직원 등이 공증인 자격을 가지고 본직·본업 이외의 부업으로 공증사무를 취급하는 경우가 많다고 한다. 그래서 미국에서는 어디든 가까운 약국이나 우편물취급소, 은행에 가서도 공증을 받을 수 있는 것이다.

5. 공증인의 권한

미국의 공증인은 대륙법 국가들의 공증인에 비하여 자격요건이 엄격하지 않고 그 숫자도 많은 까닭에 그 직무권한이 엄격하게 제한되어 있다. 따라서 미국에서 변호사가 아닌 공증인은 법률상담이나 법률자문을 제공할 수 없고 법률문서를 작성해줄 수도 없다. 또한 문서에 어떻게 서명하여야 하며 어떤 종류의 공증이 필요한지에 대해서도 의견을 제시해서는 안 된다. 당연히 유언에 관한 공정증서, 집행력 있는 공정증서의 작성도 불가하다.

즉, 대부분의 주에서 공증인은 주로 서명 자인 인증(acknowledgment)의 공증사무를

9) TheFormTool 웹사이트, “4.5 Million Notaries Public Will Become Extinct Thanks to the iPhone”, 2013. 10. 7., <https://www.theformtool.com/4-5-million-notaries-public-will-become-extinct-thanks-to-the-iphone/>

함으로써 문서의 서명의 진정성(authentication of documents)을 확보함과 동시에 인증대상에 대한 본인확인을 통한 증인(witness)의 역할을 수행하는 것을 주된 업무로 한다.

구체적으로 보자면, 2002년의 모델공증인법은 제5-1조에서 8가지 공증인의 권한을 열거하고 있는데, 서명 자인 인증(acknowledgement), 선서인증상 선서증언(oath)인증 및 무선서증언(affirmation)인증, 서명인증(signature witnessing), 등본인증(copy certification), 사실진위확인(verification of fact), 전자공증(electronic notarizations), 기타 주법에 의해 가능한 공증행위 등이 그것이다.¹⁰⁾ 그 중 주요한 것은 다음과 같다.

가. 서명 자인 인증(Acknowledgement)

인증은 가장 일반적으로 이용되는 공증행위로서, 주된 목적은 서명자의 신분확인이라 할 수 있다. 즉, 문서에 이름이 기재된 사람이 실제로 서명한 그 사람이라는 사실을 확인함으로써 서명의 진정성을 확보하는 것이다. 따라서 공증인은 인증을 실시할 때, 반드시 문서서명자의 신분을 확인하고 공증인 앞에서 서명을 하도록 하여야 한다. 특히 부동산 양도증서(Deed)는 그 문서가 공공기록부에 등록되기 전에 공증인으로부터 서명에 관하여 자인하는 인증(acknowledge)을 받아야 한다.

나. 선서인증

선서인증은 만약 서명자가 거짓으로 선서한 것이 밝혀지면 위증으로 인한 형사처벌을 받을 수 있는 절차를 진행하는 인증이다.

선서인증을 실시할 때 공증인은 반드시 신청자가 문서에 서명하는 것을 지켜본 다음, 서명자로 하여금 절대적 존재인 하나님에게 진실성을 약속하는 선서증언(oath)인증을 하게 하거나, 자신의 명예를 걸고 진실성을 약속하는 무선서증언(affirmation)인증을 하게 하여야 한다. 서명자는 선서증언, 무선서증언 둘 중 하나를 선택할 수 있고 그 법적 효과는 동일하다.

선서인증은 일반적으로 법원의 소송절차에서 증거로 사용되는 증거개시 절차상의

10) 유진호, 상기 논문.

증언(deposition)이나 선서진술서(affidavit)와 같은 역할을 한다.

다. 서명인증(Signature witnesssting)

서명인증(signature witnesssting)이라 함은, 공증인이 개인적으로 알고 있거나, 신분에 관한 충분한 증거(satisfactory evidence of identity)에 의하여 본인확인이 된 개인이 특정 시간과 장소에서 공증인에게 직접 문서를 제시하고, 면전에서 문서에 서명한 경우의 공증행위를 말한다.

라. 사실진위확인(Verification of fact)

사실진위확인(Verification of fact)이라 함은, 공증인이 개인에 관한 다음의 사실을 확인 또는 확정하기 위하여 공공기록(public record) 또는 생활기록(vital record)을 검토하는 공증행위를 말한다.

(a) 출생일자, (b) 부모, 자녀, 형제자매의 성명, (c) 혼인이나 이혼 날짜, (d) 배우자의 성명 등.

6. 공증인의 책임

공증인은, 고의나 과실 또는 부정(corruption)에 의하여 공증한 문서를 진정한 것으로 믿은 결과 손해를 입은 사람들에게 손해배상의 책임이 있다. 공증인의 손해배상책임에 있어서, 보증금은 피해자 입장에서 최소한의 실현 가능한 구제금액의 역할을 한다. 하지만 공증인의 손해배상책임은 보증금액에 한정되지 않고 손해액 전체에 대하여 개인 책임을 져야 한다.

공증인은 공증인으로서의 법률상의 의무를 성실히 이행하지 못하거나, 허가되지 않은 업무를 행한 경우에는 자격을 박탈당하고, 민사뿐 아니라 형사책임까지 질 수 있다. 예컨대, 법률문서의 작성이나 법률문서와 관련한 법적 자문을 제공한 경우가 그것이다. 또한 공증인의 면전에서 서명되지 않은 문서에 대하여 공증인이 공증 인영을 찍은 경우에도 자격이 취소된다.

7. 연방법상의 공증인

연방법에 규정되어 있는 공증인 관련 규정은 다음과 같다.

- ① 미 영사(consular offices)는 직무수행에 관련하여 공증사무를 할 권한이 있다.
- ② 법무부장관은 공증인이 미국 이민법 절차에서 선서증언이나 증거개시 절차상의 증언을 주관 또는 집행하도록 허가할 수 있다.
- ③ 공공은행(national bank) 이사(director)는 공증인 앞에서 성실하게 직무를 이행하겠다는 선서증언(oath)을 하여야 한다.
- ④ 미연방법률 제10편, 일반 군법(General Military Law) 제1044a조는 미군 소속 군법 무관이 공증인의 사무를 행할 수 있다고 하고 있다.
- ⑤ 채광특허신청자의 시민권 선서도 공증인 앞에서 행해져야 한다.
- ⑥ 미국 타이완기구(American Institutue in Taiwan)의 직원들은 공증인의 사무를 할 수 있다.
- ⑦ 국가해양대기부 공무원은 공증인의 사무를 할 수 있다.
- ⑧ 미연방법률 제5편, 정부 조직 및 고용인(Government Organization and Employees) 제2105조에 의하면, 워싱턴DC 정부에 의해 고용된 자로서 자신의 공무와 관련하여 공증인으로서 직무를 동시에 수행하여야 하는 자들은 공증인의 사무를 할 수 있다.

8. 새로운 공증인 Civil-Law Notary¹¹⁾

미국 대다수의 공증인은 공증인이 되기 위하여 특별한 자격이 필요 없으며, 심지어 고교 졸업 이상의 학력조차도 없이 일정 금액의 보증금을 납부하기만 하면 간단한 절차에 의하여 공증인이 될 수 있는 등 그 자격요건이 낮고, 사전 사후 교육이 미흡하여 그 자질이 매우 저하되어 있고, 공증된 문서라 할지라도 서명사실 이외에 그 내용의 진정성을 알 수 없다는 비판을 받고 있고, 대륙법계 공증문서와의 격차로 인한 현실적인 불편해소의 필요성 등 그에 대한 대응책 마련이 요구되어 왔다.

11) 임창국, 상기 논문.

그리하여 기존의 보통법계 공증인의 단점을 보완하기 위한 제도개선책으로 등장한 것이 새로운 공증인이다.

즉, 대륙법의 라틴계 공증인으로서, 루이지애나 주와 푸에르토리코 자치주 및 앨라배마 주와 플로리다 주에서 도입한 Civil-Law Notary가 그것이다.

이들 Civil-Law Notary 공증인은 루이지애나 주를 제외하고는 변호사의 자격이 있을 것을 필수 요건으로 하며, 법률문서를 작성하거나, 타인이 작성한 문서에 내용의 진정성이나 신빙성, 법적 효력을 부여할 권한이 주어져 있다.

III. 미국의 부동산 물권변동 절차¹²⁾

1. 부동산 매매계약(contract)

미국에서 부동산매매계약은 서면계약이 원칙이고, 매매계약서에는 최소한 목적물의 표시, 매매대금, 당사자의 서명이 기재되어 있어야 한다.

2. 양도증서(Deed)

양도증서(Deed)란 부동산에 관한 권리이전의 합의 내용을 담고 있는 증서로서, 양도증서(Deed)의 교부(conveyance)가 있어야 부동산의 권리이전이 이루어진다.

대부분의 주에서는 거래의 안정성과 효율성을 위하여 주법으로 양도증서의 표준형 서식을 입법화해 두고, 그 표준형에 양도인과 양수인의 성명, 양도목적물의 표시, 양도를 한다는 문구(words of grant), 양도인의 서명 등을 필수 기재사항으로 하고 있다.

이 양도증서는 1회용으로 부동산이 양도 양수될 때마다 새로이 작성 교부하여야 하는 것이므로, 매수인이 당해 부동산을 매도할 때에는 종전 매도인으로부터 받았던 양도증서를 건네주는 것이 아니라, 자기가 새로 양도증서를 작성해서 교부해 주어야 한다.

12) 이지환, “미국의 부동산매매계약상 물권변동과 등기제도에 대한 연구”, 화랑대논문집, 2016.

3. 부동산 소유권 이전

미국에서 토지 · 건물 등 부동산 매매에 따른 소유권 이전은 계약이 이루어진 주가 ‘레코딩제도’와 ‘토렌스제도’ 중 어떠한 제도를 채택하고 있느냐에 따라 달라진다.

미국의 대부분의 주가 채택하고 있는 레코딩제도 하에서는, 매매계약서의 작성 등 계약체결 후 매매대금을 지급받고 양도증서(Deed)를 작성하여 교부함으로써 물권변동이 이루어진다.¹³⁾ 그 후 매수인이 양도증서를 등록소에 레코딩(등록)하도록 하는 것은 이해관계 당사자들의 우선순위를 결정하는 기준이 될 뿐 권리이전과는 직접적인 관련이 없다. 즉, 유효하고 완전한 양도증서의 교부에 의하여 소유권은 확정적으로 이전하고, 그 우선순위를 공시하기 위한 후속 절차로 양도증서를 공증받아 등록소에 등록할 수 있도록 되어 있는 것이다.

반면, 미국 일부 주의 일부 지역에서만 채택하고 있는 토렌스제도 하에서는, 양도증서의 교부는 물론 등기까지 해야 물권변동이 발생한다.

IV. 미국의 등록 · 등기제도¹⁴⁾

1. 레코딩제도 (Recording System)

미국의 부동산 공시방법으로는 레코딩제도와 토렌스제도가 있지만 한국의 등기제도와 유사한 토렌스제도는 극소수이고 거의 모든 주가 레코딩제도를 채택하고 있어서 미국의 등기제도는 사실상 레코딩제도라고 해도 과언이 아니다.

가. 레코딩제도의 의의

레코딩제도는 부동산의 권원(title)에 관한 양도증서(Deed)를 부동산권리자가 주 정

13) 김상용, 미국부동산법론: 부동산권리변동 및 권원보험, 삼지원, 1986, 73~84면(유인목, 미국의 부동산 권리와 부동산거래 과정에서의 법적문제, 2006, 59면에서 재인용).

14) 이지환, 상기 논문.

부 산하 등록소(registry)에 제출하면 등록소에서 그 제출된 증서를 복사하여 등록철에 편철하고 색인을 만들어 비치하며 정보를 제공하는 제도이다.

따라서 등록소는 해당 부동산에 관하여 종전의 법적 거래에서 발생한 증서를 편철하여 보관하고 있으면서, 권원 조사자(title searcher)가 해당 부동산에 관련된 증서를 색인(index) 등을 통하여 찾아서, 권원의 연속이나 권원의 하자에 대해 조사할 수 있도록 제공하며, 부동산권리의 거래 서면인 양도증서(Deed)를 그 연대적 순서에 따라 등록소(registry)에서 편철 비치함으로써 간접적으로 부동산권리를 공시하는 방식이 레코딩제도이다.

또한 레코딩제도는 당사자 사이에서 소유권이전에 대한 법적 효력을 발생시키기 위한 것이 아니라, 제3자인 이해관계인에게 우선순위를 주장하여 대항할 수 있도록 마련한 제도이다.¹⁵⁾

나. 레코딩제도의 절차 및 방법

(1) 등록소¹⁶⁾

양도증서 등 각종 증서들의 레코딩은 시청이나 카운티(County) 사무소 등의 주 정부 관할에 속하며, 등록소(registry)는 해당 부동산이 위치하고 있는 카운티를 관할구역으로 한다.

부동산권리자가 양도증서 등 각종 증서를 등록소에 제출하면, 등록소의 직원은 그것을 복사하여 등록부에 편철하고, 본래의 증서는 제출자에게 반환한다.

(2) 등록의 대상

부동산의 권리와 관련 있는 증서(instruments)로서 법에 정하여진 것은 모두 등록할 수 있다. 가장 대표적이고 중요한 것으로는 양도증서(deed)이고, 그 밖에 모기지

15) 가정준, “미국법상 부동산 소유권 변동과정에 대한 법적 고찰”, 민사법학, (31), 139~176, 2006, 157면.

16) 박홍래, “미국 재산법”, 전남대학교 출판부, 2004, 223~224면.

(mortgage), 우선특권(lien)¹⁷⁾, 판결(judgment), 지역권(easement)¹⁸⁾, 부동산과 함께 이전하는 특약(restrictive covenant)¹⁹⁾, 부동산임차권(lease) 등도 등록할 수 있다.

(3) 등록 전 공증의 필요성

등록소에 위와 같은 증서들을 등록하기 위해서는 먼저 공증(notarization)을 받아 제출하여야만 한다. 양도증서는 공증이 없어도 유효하나, 레코딩제도 하에서 주 정부 산하 등록소에 등록을 하기 위해서는 대부분의 주에서 먼저 공증인사무소에 양도증서를 보이고 공증을 받은 다음 등록소에 제출하도록 요구하고 있는 것이다. 심지어 캘리포니아 주에서는 일부 부동산거래 공증 시 공증장부에 지문 날인까지 하도록 의무화되어 있다고 한다.

다. 레코딩의 효력

(1) 우선순위 결정의 효력

미국법상으로는 가령, 소유권 이전에 대한 양도증서가 등록소에 등록되지 않았다 하더라도 양도증서의 교부에 의하여 당해 소유권 이전은 매도인과 매수인 간에 유효하다. 즉, 양도증서를 등록하지 않더라도 양도는 성립하고 양수인은 양도증서를 등록할 의무는 없다.

그러나 미국에서도 실제 거래 관행상 거의 대부분의 양수인은 양도증서를 등록소에 등록하는데, 그 이유는 등록의 우선순위 결정력 때문이다. 만약 선 행 양수인이 등록을

17) 우선특권(lien)은 채무자의 재산으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리로서, 우리나라의 유치권과 같이 변제가 이루어질 때까지 목적물을 점유, 유치할 수 있는 경우 및 선취특권과 같이 목적물의 점유, 유치가 불가능한 경우의 양자 모두를 포함한다. 박홍래, 상기 논문, 223면.

18) 지역권(easement)은 작위지역권과 부작위지역권으로 나눌 수 있다. 작위지역권은 지역권자가 승역지(servient tenement)를 이용할 수 있는 권리이며, 부작위지역권은 승역지 소유자로 하여금 승역지에 관하여 일정한 행위를 하지 못하도록 요구할 수 있는 권리이다. 박홍래, 상기 논문, 224면.

19) 부동산과 함께 이전하는 특약(restrictive covenant)이란, 특약자의 피특약자에 대한 작위 또는 부작위 약정으로서 법에 의해 강제할 수 있는 것을 말한다. 박홍래, 상기 논문, 224면.

하지 않은 상태에서 양도인이 이중매매를 하여 동일한 부동산 권원을 후속양수인에게 재양도한 경우, 선행양수인은 부동산 권원을 후속양수인에게 주장하지 못하는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.²⁰⁾ 즉, 권리를 주장하는 양수인이 여러 명일 경우 등록한 순위에 따라 우선순위를 결정하므로, 예컨대, 제1양수인이 등록하지 않은 사이에 제2양수인이 먼저 등록하면 제1양수인은 권리를 인정받지 못하고 제2양수인의 권리가 우선하고 만다.

(2) 의제적 고지의 효력

의제적 고지의 효력이란, 일단 증서가 등록되면 그 부동산에 대한 후속거래자가 실제로 등록된 증서를 본 여부와 상관없이 등록된 증서의 내용을 알고 있다고 간주되는 효력을 말한다.²¹⁾

라. 권원보험제도²²⁾

권원보험제도야말로 양도증서의 공증제도와 함께 미국에서 레코딩제도가 활성화되도록 한 결정적인 기여자라고 해도 과언이 아니다. 권원보험제도란 레코딩제도 하에서 등록소에 등록되지 않은 권리의 하자로 인한 분쟁, 등록되었더라도 등록서류의 무효·오류 등으로 인한 분쟁, 권리조사상의 실수로 인한 분쟁 등의 단점을 해결하기 위하여, 매도인 또는 매수인이 금융사와 권리보험계약을 체결하여 부동산거래에서의 권리상 실 등의 손해를 보험금으로 전보함으로써 매수인을 보호하는 제도이다.

권원보험이란, 레코딩제도 하에서 권리 하자로 인한 권리의 상실에 대비하여 권리보험계약을 체결하면 권리 하자로 인한 손해를 보험금으로 전보함으로써 매수인을 보호하는 보험상품이다.

권원보험증서는 만약 권리가 증서의 효력발생일에 증서에 기재된 상태에 있지 않다

20) 박홍래, 상기 논문, 227면.

21) 박홍래, 상기 논문, 231면.

22) 이지환, 상기 논문.

면 보험자는 보험계약자에게 그에 따른 손실을 보상한다는 보험자의 약속인데, 권원보험증서에는 ① 모기지 대출자의 권리를 보험하는 것(lender's title insurance)과 ② 소유자의 권리를 보험하는 것(owner's title insurance)의 두 가지 종류가 있다.

권원보험회사는 등록소에 있는 양도증서를 복사하여 보험사 자체적으로 필지별로 재구성한 사적권리등록부(private title plant)를 작성하여 가지고 있으므로, 권원조사를 별도로 할 필요가 없이 단지 보험료만을 받게 되므로 권원조사비용을 획기적으로 낮출 수 있었다.

현재 미국의 평균적 보험료는 소유자를 위한 보험증서의 경우 매매가 1,000달러당 3.5달러이고, 모기지 대출자를 위한 보험증서의 경우는 대출금 1,000달러당 2.5달러라고 하며, 매수인이 모기지 대출을 받는 경우가 일반적이므로 위 두 가지 증권을 함께 발행하는 경우에는 소유자를 위한 보험증서의 보험료에 25달러만 추가한다고 한다.

최근 30년 동안에는 금융의 발달과 함께 모기지의 유동화가 이루어지면서 모든 2차 모기지유통시장(secondary mortgage market)에서 모기지 양수인들은 모기지 대출자(lender or mortgagee)에게 권원보험을 강요하게 되었다.

이와 같은 상업적 이유로 레코딩제도와 결합된 권원보험제도는, 더 나아가 금융산업과 연계되면서 이제는 레코딩제도를 폐지한다면 미국 금융산업의 한 측면이 없어지는 결과가 되게끔 되고 말았다고 한다.

2. 토렌스제도 (Torrens Title Registration System)

가. 토렌스제도의 의의

토렌스제도는 한국의 등기제도와 같이, 등기소에 등기해야만 소유권이 이전되고, 그 등기된 내용이 최종적이고도 절대적인 효력을 가지게 되는 제도이다.

따라서 원칙적으로 등기부의 기재는 신뢰할 수 있다. 그러므로 따로 부동산에 관한 권원조사는 필요하지 않고, 누구라도 현재의 등기부를 찾아보면 되므로 권리관계에 대한 조회가 매우 간단하다.

나. 토렌스제도의 절차 및 방법²³⁾

(1) 등기부

등기부에는 소유권뿐만 아니라 그 권원에 대한 제한 즉, 지역권(easement), 우선특권(lien), 모기지(mortgage), 부동산임차권(lease) 등까지 모두 기재되며, 말소 시 말소 기록도 남게 된다.

등기부는 등기소가 보관하고, 소유자는 등기소로부터 등기증서를 발급받는다.

(2) 등기절차

소유자가 그의 부동산을 다른 사람에게 양도하면, 양수인은 양도증서와 등기증서를 등기소에 가지고 가 등기신청을 하며, 새로운 소유자(양수인)의 이름으로 등기된 등기증서를 발급받는다.

다. 토렌스제도의 효력

토렌스제도란 본래 최초등기에 의해 권원이 창설되고 그 등기에 공신력을 부여하는 제도이다. 최초등기를 할지 여부는 소유자의 자유이다. 즉, 최초등기를 보존하기 원하는 소유자가 권원신청을 법원에 제기하면, 모든 이해관계인에 대하여 통지를 한 상태에서 당해 부동산에 대한 권원을 확정하기 위한 사법절차를 거쳐 등기신청인이 진정한 권리자임이 확인되면 비로소 최초등기를 하고, 권리자에게 권원등기증서(certificate of title)를 발행하여 교부한다.

최초등기에는 어느 누구도 다툴 수 없는 불가쟁적 효력이 발생하며, 최초등기 이후에는 변경된 등기를 하여야만 물권변동의 효력이 발생한다. 또한 최초등기 이후의 매매, 저당권설정 등의 물권거래 시에는 권원등기증서를 기초로 권리변동을 반영한 새로운 등기증서가 발행된다.

23) 홍봉주, “미국의 부동산등기제도”, 한국토지법학 제25-2호, 43면.

토렌스제도에서는 최초등기에 의하여 최초의 등기 이전에 존재했던 권리의 하자는 완전히 치유되며, 이를 바탕으로 이루어지는 권리변동 등기에도 공신력이 인정된다. 따라서 진정한 권리자가 권리의 잃게 되는 경우가 생길 수 있으나, 이 경우 보상기금(assurance or indemnity fund)을 마련하여 이들에게 보상을 해 주는 것으로 문제를 해결하고 있다.

라. 미국에서 토렌스제도가 열세인 이유²⁴⁾

(1) 사법관이 아닌 공무원 개입의 위헌성

미국은 특히 자유주의 성향이 강함으로 인하여, 공무원이 사유재산권에 대한 증명서를 접수하고 심사한 후 소유권을 이전시키는 등 사유재산권에 관여하는 토렌스제도와 같은 부동산등기제도 자체에 대해 반감이 크고, 이는 미국 최초로 입법됐던 부동산등기법인 1885년의 Cook County에 대한 일리노이 주법(州法)이 위헌판결을 받은 것에서부터 잘 드러난다. 판사가 아닌 공무원(non-judicial officer)의 심사에 의한 최초등기 절차는 적법절차(due process)를 규정한 헌법위반이라는 것이었다.²⁵⁾

(2) 토렌스제도 도입을 위한 최초등기의 비용부담

위에서 보았듯이 위헌성 문제를 해결하기 위해 최초등기 절차를 사법적 절차로 변경하는 경우, 부동산 소유자가 등기하기를 원하면 자기 비용으로 법원이나 준사법기관에 권리확정소송(quiet title action)을 제기하여야 한다. 그러면 공적인 권리조사자나 승인을 얻은 변호사가 권리의 조사한 다음 법원에 조사결과를 보고하고, 법원은 해당 부동산에 관한 등기를 위한 소송이 제기되었음을 우편 등을 통하여 해당 부동산에 이해관계를 갖고 있는 모든 사람에게 알린다. 곧이어 청문절차가 진행되고, 반대증거가 없으면 소유자의 권리은 인정되어 등기부가 발행된다.

이러한 절차는 최소한 6개월 내지 8개월 이상 걸리고 비용도 많이 듈다.²⁶⁾ 그런데 이

24) 박홍래, 상기 논문, 250~251면.

25) 홍봉주, 상기 논문, 44면.

26) William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, supra note 6, 926면(박홍래, 251면, 상기 논문에서 재인용).

렇게 최초의 등기를 한 소유자는 그러한 시간과 비용의 투자에 대해 보상을 받지 못한다. 그러니 현재의 소유자로서는 종전과 같이 양도증서의 교부만으로써 소유권을 넘길 수 있음에도 굳이 최초등기를 보존하기 위한 소송비용을 지불하고자 나설 필요가 없다는 것이다.²⁷⁾

(3) 등기되지 않아도 인정되는 예외적 권리들의 존재

토렌스제도가 레코딩제도에 비해 권원의 보장이 좀 더 확고한 것은 사실이나, 토렌스제도 상으로 등기가 되어 있다 하더라도 모든 권리관계가 나타나 있는 것도 아니고, 등기되지 않았더라도 유효하게 인정되는 권리들이 있다.²⁸⁾

이러한 예외들로는 연방정부의 권리, 단기간의 부동산임차권자의 권리, 배우자의 권리, 점유취득시효, 재산세 우선특권(property tax lien)이나 토지부담금 우선특권(assessment lien), 공사수급인의 우선특권(mechanics lien), 공공통행지역권(public rights-of-way) 등이 있다.

이처럼 등기부에 기재되어 있지 아니함에도 불구하고 보호를 받는 예외가 폭넓게 존재하다 보니 토렌스제도의 효과를 감소시키는 것도 사실이다.

(4) 불충분한 보상기금 재원 및 재원 확보에 있어 사인의 재산권 침해

토렌스제도는 공신력을 인정하므로, 이러한 등기제도로 인하여 권리를 부당하게 잃은 사람이나 특히 등기관의 실수로 권리를 잃은 사람에게 보상하기 위하여 보상기금제도(assurance or indemnity fund)를 운영하고 있다.

그 기금은 토렌스제도를 이용하는 사람들이 부담하게 되어 있는데 현실적으로 그 기금이 잠재적인 배상가능성에 비하여 불합리하게 재원이 적을뿐만 아니라, 기금 부족 시 주 정부의 공공자금으로 충당하는 것에 대한 반감이 큰 결과, 기금이 확보하고 있는 재원 자체가 적어 토렌스제도 운영의 신용을 충분히 담보하고 있지 못하다. 일례를 들

27) 홍봉주, 상기 논문, 45면.

28) 홍봉주, 상기 논문, 45면.

자면, 1937년 캘리포니아주에서는 *Gill v. Johnson*, 69 P.2d 1016 사건에서 단 한 번의 배상소송으로 보상기금이 고갈되는 사건이 발생하여 1955년 토렌스제도를 폐지하기도 하였던 것이다.²⁹⁾

(5) 권원보험제도의 발전 및 권원보험회사들의 저항

위에서 보았듯이, 보상기금제도는 재원 부족과 헌법적 정당성 부족이라는 이중고에 시달리고 있다. 토렌스제도를 유지하기 위해서는 합리적인 보상기금제도가 필수적인데, 비용부담이 적은 기준의 레코딩제도에서 권원보험을 통해 레코딩제도의 단점이 보완된다면 굳이 새로운 제도를 도입하고 이에 더하여 보상기금제도까지 마련할 동기가 떨어지는 것이다.

더 나아가 미국의 금융산업 발달로 인해 2차 모기지 유통시장에서 권원보험(title insurance)의 가입이 강제되는 등 권원보험제도가 광범위하게 발전됨에 따라 토렌스제도의 수요는 결정적으로 줄어들게 되었다.

권원보험회사는 1800년대 중반에 나타났는데,³⁰⁾ 특히 1930년대 대공황 시기에 연방정부가 장기저리대출이자로 주택구입을 지원하는 정책을 쓰게 되자 권원보험회사는 급성장했고, 이에 따라 전국적인 모기지 시장이 형성되면서 권원보험이 활성화됨에 따라 토렌스제도의 입지는 더욱 좁아지게 되었다.³¹⁾ 실제로 현실 시장에서 권원보험회사는 토렌스제도의 도입에 의해 권원보험에 대한 수요가 줄어드는 것을 원치 않기 때문에 각종 로비를 통하여 토렌스제도의 채택 및 적용의 확대를 반대하고 있는 것이다.³²⁾

(6) 컴퓨터 기술과 인터넷 기술의 발전

29) 홍봉주, 상기 논문, 45면.

30) Barlow Burke, *Law of Title Insurance*(3d ed.), Aspen L. & Bus, 2000, 17면(홍봉주, 46면, 상기 논문에서 재인용).

Charles Szyszak, "Public Registration and Private Solution: An Evolving American Real Estate Conveyance Regime," 24 *Whittier L. Rev* 683면(홍봉주, 43면, 상기 논문에서 재인용).

Bostick, *Land Title Registration; An English Solution to an American Problem*, 63 Ind. L.J. 55(1987), supra 32) note 82, 63면(박홍래, 251면, 상기 논문에서 재인용).

마지막으로 컴퓨터 기술이 발전함에 따라 권원보험회사들은 권원조사 내용을 모두 데이터베이스화하였고 보험사의 사적권리등록부(private title plant)는 보다 완벽해졌다. 또한 인터넷 기술로 인하여 면 곳의 등록소에 있는 증서들의 조사도 쉽게 이루어지게 됨에 따라 레코딩제도의 결함이 나타날 가능성이 줄어들었고, 권원보험료도 더욱 저렴하게 되었다.

뿐만 아니라 등록부가 데이터베이스화되면 부동산등기부와 외형적 차이가 나타나지 않게 되다 보니 굳이 토렌스제도를 도입하기보다는 기존의 레코딩제도를 유지하는 것이 편하게 된 것이다.³³⁾

그 결과 앞으로도 토렌스제도의 확산은 쉽지 않을 것으로 보인다.

V. 맷는말

지금까지의 논의를 통해, 미국에서 전국적으로 우세한 레코딩제도가 바로 양도증서의 공증 후 등록(레코딩)제도임을 알았다.

전반적으로 보아 한국의 부동산 등기제도가 법적으로나 경제적으로 더 효율적인 면은 있으나 공신력이 인정되지 않고 있는 취약성을 보완하기 위해서라면 미국의 양도증서 공증 후 등록제도를 우리 실정에 맞게 정비하여 도입하는 것도 유익하리라고 생각한다. 더군다나 법률적 소양이 미흡한 미국 공증인과 달리 한국의 임명공증인, 인가공증인은 일정한 경력 이상의 중견 법률가들로 구성되어 있고³⁴⁾ 정부의 엄격한 감독하에 운영되고 있는 사실에 비추어 등기원인증서에 대한 면밀한 사전 검증 및 법률적 여과가 가능할 것이기 때문이다.

다만, 한국에서는 공증인의 숫자가 적고 대도시에 치우쳐 있는 점과 공증수수료의 부담 문제 등이 부동산등기 관련 제도의 전자화와 함께 장기적으로 해결돼야 할 과제일 것이다. 

33) John L. McCormack, "Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age," 18 Wm. Mitchell L. Rev., 73면(홍봉주, 47면, 상기 논문에서 재인용).

34) 한미 공증인의 현격한 차이점에 비추어 보면, 한국 공증인의 영문 표기를 「Notary Public」이 아니라 「Notary Lawyer」라고 하는 것이 적절할 것이다.