

# 가등기상 권리를 양도한 최초의 가등기명의인을 상대로 한 사해행위취소 및 가액배상청구에서 가액배상의무의 범위\*

- 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결-

서정원\*\*

## 【목 차】

<b>[사안의 개요]</b> 1. 사실관계 2. 소송의 경과 가. 제1심 나. 항소심 3. 대상판결의 요지 가. 근저당권설정등기 부분 관련 나. 가등기 부분 관련	<b>[연구]</b> 1. 서론 2. 사해행위에 의한 가등기의 설정 가. 가등기 일반 나. 강제집행절차상 가등기의 취급 다. 사해행위에 의한 가등기의 설정 3. 매매예약 등의 취소에 따른 원상 회복의 문제 가. 원칙적인 형태 : 등기말소에 의한 원물의 반환 나. 가액배상이 문제되는 경우 다. 대상판결의 검토 4. 결론
---	--

## 【국 문 요 약】

사해행위인 매매예약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 가등기 이전의 부가등기를 마치고 나아가 가등기에 기한 본등기가 마쳐졌을 때, 대상판결에서 대법원은 수익자가 가등기 및 본등기에

\* 이 글은 2023. 2. 20. 민사판례연구회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것이다. 귀중한 의견을 주신 익명의 심사위원님들에게 감사드린다.

\*\* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수.

대한 말소청구소송에서 피고적격이 부정되는 지위에 있다 하더라도 가등기 및 본등기에 의하여 발생된 채권자들의 공동담보 부족에 관하여 그를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로서 가액배상을 구할 수 있다고 판단하고, 피고적격이 부정됨을 이유로 이를 부정하였던 종전의 판례를 변경하였다. 등기절차상 등기의무자의 지위를 인정할 수 없어 원물의 반환이 불가능하다는 것이 가액배상을 부정할 근거가 될 수 없다는 점에서 이러한 판례의 입장 자체는 타당하나, 가등기는 순위보전의 효력이 있을 뿐 그 자체만으로 물권변동의 효력을 갖는 것은 아니며, 매매예약을 위한 가등기 외에도 거래계에서 담보 목적의 가등기가 자주 활용되고 있고 가등기담보법이 적용되지 않는 가등기의 경우 담보 목적인 경우에도 강제집행절차상 우선변제권이 인정되지 않는다는 특징이 있다. 따라서 가등기상 권리를 양도한 종전의 가등기명의인인 수익자에 대하여 가등기 자체의 말소를 할 수 없다는 이유만으로 목적부동산 가액 상당의 가액배상을 명할 경우 공동담보의 부족분을 초과하여 회복을 명하는 결과가 발생할 수도 있다. 대상판결의 사안에서는 수익자들이 가등기 설정을 하면서 선순위로 근저당권을 함께 설정받았고 본등기가 마쳐질 때 근저당권을 말소하였다. 그렇다면 근저당권을 말소하는 과정에서 수익자들은 근저당권자로서 피담보채권의 우선변제를 받았을 것으로 보이므로, 이 부분을 심리하여 근저당권설정에 의하여 발생한 공동담보의 부족분에 관한 가액배상을 명하는 것이 우선이었다고 보인다. 거기에 다시 부족분이 존재하였다면, 가등기 원인행위의 취소와 원상회복으로서 가액배상을 인정할 필요가 있었을 것이다. 다만 그 경우에도 가등기상 권리를 양수한 제3자가 매매계약을 체결하고 매매대금을 지급하였다면 지급받은 대금의 사용처에 따라서는 사해행위에 해당하지 않을 수 있고, 그 경우에는 가등기상 권리 양도인에게만 가액배상의무를 인정하여서는 안 된다.

## [사안의 개요]

### 1. 사실관계

대상판결 사안에서 문제된 부동산은, 원심판결의 별지 목록에 기재된 16건의 주상복합건물 아파트 가운데에서 채무자가 공동소유하고 있던 각 1/2 지분 범위에 해당하는 부동산이다. 그 가운데 대법원이 파기환송한 부분은 같은 목록 순번 6 부동산<sup>3)</sup>을 제외한 나머지 15건의 부동산(각 1/2 지분)에 관한 부분인데, 거칠게 나누자면 (1) 가등기상의 권리가 이전되면서 가등기이전의 부기등기가 마쳐진 부동산 12건(판결이유 제1항 부분)과, (2) 이전의 부기등기 대신에 경정등기가 마쳐져 경정등기의 효력이 문제된 부동산 3건(판결이유 제2항 부분)으로 나눌 수 있다. 대법원은 위 (1)의 부동산과 관련하여, 사해행위에 의하여 경료된 가등기상의 권리가 이전된 경우에 관하여 기존 판례를 변경하여 사해행위 취소 및 가액배상에 관한 법리를 전원합의체로 선언하였다. 이하에서는 편의상 위 (1)에 해당하는 각 부동산의 지분을 가리켜 ‘이 사건 각 부동산’이라고 부르기로 한다<sup>4)</sup>.

이 사건 각 부동산의 등기관계는 다음과 같다<sup>5)</sup>. 즉 채무자 을은 주상복합건물의 공동시행자로서 이 사건 각 부동산(즉 1/2 지분)에 관하여 지분소유권보존등기를 마친 지분소유자였고, 나머지 1/2 지분은 공동시행자이던 병이 소유하고 있었다. 채무자 을은 이 사건 각 부동산에 관하여 ① 2006. 9. 12. 피고 4<sup>6)</sup> 앞으로 채권최고액 2억 원의 근저당권설정등기(2006. 8. 31.자 근저당권설정계약이 원인), ② 같은 날 피고 1 내지 피고 5 앞으로 채권최고액 200억 원의 근저당권설정등기(2006. 8.

3) 해당 부동산의 가등기는 해제를 원인으로 말소되었다.

4) 따라서 경정등기와 관련된 쟁점 부분은 이 글에서 다루지 않기로 한다.

5) 사실관계는 대법원판결과 원심판결 등을 참고하여 요약하였다.

6) 본건 소송계속 중에 위 회사에 파산이 선고되어 파산관재인이 소송을 수계하였는데, 편의상 피고 4라고 부른다.

31.자 근저당권설정계약이 원인)<sup>7)</sup>을 마쳐주었고, 다음날인 ㉓ 2006. 9. 13. 피고 4 앞으로 지분이전청구권가등기(2006. 8. 31.자 매매예약이 원인)를 추가로 마쳐주었다. 다만 위 가등기에는 2006. 9. 18. 착오를 원인으로 가등기명의인을 위 피고 4에서 피고 1 및 피고 4로 경정하는 부기등기가 마쳐졌다.

그 후 ㉔ 각 수분양자로 보이는 제3자들 앞으로 위 ㉓의 가등기에 관하여 가등기상의 권리를 이전하는 부기등기가 마쳐졌고, 이후 ㉕ 각 가등기명의인인 위 제3자들이 가등기에 기하여 지분이전의 본등기를 마치면서 ㉖ 같은 날 위 ㉑㉒의 근저당권설정등기에 관하여 일부포기를 원인으로 각 말소등기가 마쳐졌다. 가령 이 사건 각 부동산 가운데 별지 순번 2 부동산에 관하여는 ㉔ 2006. 9. 25. 정 앞으로 가등기이전의 부기등기, ㉕ 2007. 2. 8. 위 가등기에 기한 정 명의의 지분이전의 본등기, ㉖ 같은 날 일부 포기를 원인으로 한 위 ㉑㉒ 근저당권설정등기의 각 말소등기가 마쳐졌다. 한편, 위 ㉔의 가등기이전의 등기원인은 각 부동산별로 매매 또는 계약양도로 기재되어 있다.

이 사건에서, 원고는 건설사인 갑 회사의 대출금 채무를 신용보증약정에 따라 대위변제한 자이고, 을은 갑 회사의 원고에 대한 구상금 채무를 연대보증한 갑의 대표이사이다. 원고는 을의 연대보증 채권자로서 채무자인 을이 채무초과 상태에서 이 사건 각 부동산에 관하여 체결한 위 ㉑㉒의 근저당권설정계약과 ㉓의 매매예약이 채권자를 해하는 사해행위라고 주장하면서, 위 각 근저당권설정계약 및 매매예약에 대하여 사해행위로서 취소하고 가액배상할 것을 구하는 소를 제기하였다. 원고는 을에 대한 잔여 채권액인 94,455,354원의 한도 내에서, (1) 을과 피고 4 사이에 체결된 위 ㉑의 근저당권설정계약(채권최고액 2억원), (2) 을과 피고 1 내지 5 사이에 체결된 위 ㉒의 근저당권설정계약(채권최고액 200억원), (3) 을과 피고 1 및 피고 4 사이에 체결된 매매예약을 각 취소하고, (4) 피고들이 각자 원고에게 가액배상으로서 94,455,354원과 판결확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 것을 구하였다.

7) ㉑㉒ 근저당권 모두 공동저당인 것으로 보인다.

## 2. 소송의 경과

### 가. 제1심 (서울서부지방법원 2011. 6. 3. 선고 2010가단7969 판결)

제1심 법원은 각 근저당권설정계약과 매매약이 모두 사해행위에 해당한다고 전제한 다음, 근저당권설정등기와 가등기가 각 말소되거나 이전된 이상 원상회복의 방법으로 등기의 말소가 불가능하므로 가액배상이 이루어져야 한다고 보았다. 각 법률행위를 원고의 채권액인 위 94,455,354원의 범위에서 사해행위로 취소하고 피고들에게 위 금액 상당의 가액배상을 명하는 원고승소 판결을 선고하였다.

### 나. 항소심 (서울서부지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011나7929 판결)

#### (1) 근저당권설정등기 부분에 관한 판단

각 근저당권설정등기가 마쳐진 다음 각 근저당권설정계약이 모두 이 사건 소 제기 전에 포기 또는 해지되어 그에 따른 근저당권설정등기가 말소되었으므로, 근저당권설정계약의 취소 및 원상회복을 구할 소의 이익이 없다고 보았다.

#### (2) 가등기 부분에 관한 판단

“가등기의 이전에 의한 부기등기는 기존의 가등기에 의한 권리의 승계 관계를 등기부상에 명시하는 것일 뿐이므로 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 가등기가 원인무효인 경우 가등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서의 피고적격이 없다는 법리에 비추어 보면, 사해행위에 기하여 가등기가 마쳐졌고, 그 후 가등기권리이전의 부기등기가 마쳐진 후 그 가등기에 기한 본등기가 마쳐진 사건에 있어서, 가등기말소등기청구의 상대방이 될 수 없고 본등기 명의인도 아닌 가등기권리양도인이 채권자에 대하여 가액배상의무를 부담한다고 볼 수 없다”라고 한 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다70079 판결의 법리를 원용하여, 설령 이 사건 각 부동산에 관한 매매약이 사해행위라고 하더라도 가등기상 권리의 양도인인 피고 1, 4는 가등기말소청구의 상대방이 될 수 없고 본등기의 명의인도

아니어서 원고에 대하여 가액배상의무를 부담하지 않는다는 이유로 원고의 해당 부분의 청구를 받아들이지 아니하였다.

### 3. 대상판결의 요지

#### 가. 근저당권설정등기 부분 관련

##### (1) 판시 법리

채권자가 채무자의 부동산에 관한 사해행위를 이유로 수익자를 상대로 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기한 후 소송계속 중에 사해행위가 해제 또는 해지되고 채권자가 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 사해행위취소소송의 목적은 이미 실현되어 더 이상 소에 의해 확보할 권리보호의 이익이 없어진다. 그리고 이러한 법리는 사해행위취소소송이 제기되기 전에 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 채무자에게 복귀한 경우에도 마찬가지로 타당하다.

##### (2) 판단

당해 사안에서 이 사건 각 부동산에 관한 앞에서 본 바와 같은 ①②의 근저당권설정계약은 모두 이 사건 소 제기 전에 해제, 포기 또는 해지되어 각 근저당권설정등기가 모두 말소되었으므로 근저당권설정계약의 취소 및 원상회복을 구할 소의 이익이 없다고 본 원심의 판단을 수긍하였다.

#### 나. 가등기 부분 관련

##### (1) 판시 법리

사해행위인 매매약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전등자 앞으로 가등기 이전의 부기등기를 마치고 나아가 가등기에 기한 본등기까지 마쳤다 하더라도, 위 부기등기는 사해행위인 매매약에 기초한 수익자의 권리의 이전을 나타내는 것으로서 부기등기에 의하여 수익자로서의 지위가 소멸하지는 아니하며, 채권자는 수익자를 상대로 사해행위인 매매약의 취소를 청구할 수 있다. 그리고 실령 부기등기의 결과 가등기 및 본등기에 대한 말소청구소송에서 수익자의 피고적격이 부정되는

등의 사유로 인하여 수익자의 원물반환의무인 가등기말소의무의 이행이 불가능하게 된다 하더라도 달리 볼 수 없으며, 특별한 사정이 없는 한 수익자는 가등기 및 본등기에 의하여 발생된 채권자들의 공동담보 부족에 관하여 원상회복의무로서 가액을 배상할 의무를 진다<sup>8)</sup>.

## (2) 판단

가등기명의인이던 피고1, 4에 대하여 매매예약의 취소를 구할 수 있고, 가등기말소의무의 이행이 불가능하다 하더라도 가등기와 이후 가등기양수인이 본등기를 마침으로써 발생한 공동담보 부족에 관하여 원상회복의무로서 가액배상의무를 진다고 판단하였다<sup>9)</sup>.

## [연구]

### 1. 서론

채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자신의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채권자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리<sup>10)</sup>를 말하고, 그 요건과 효과에 대하여 우리법은 민법 제406조, 제407조에서 이를 규율하고 있다. 채권자취소권의 법적 근거에 대해서는 부당이득 자체 또는 부당이득의 일종이라는 견해, 사해행위가 불법행위

8) 따라서 사해행위인 매매예약에 의하여 마친 가등기를 부기등기에 의하여 이전하고 그 가등기에 기한 본등기를 마친 경우에, 그 가등기에 의한 권리의 양도인은 가등기말소등기청구 소송의 상대방이 될 수 없고 본등기의 명의인도 아니므로 가액배상의무를 부담하지 않는다는 취지의 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다70079 판결(원심이 원용한 대법원판결) 등을 대상판결과 배치되는 범위에서 변경하였다.

9) 환송 후 항소심인 서울서부지방법원 2015. 12. 4. 선고 2015나2618 판결은, '환송판결에 의하여 확정된 부분을 제외한 부분에 대한 피고들의 항소를 기각한다'라고 하여 이 사건 각 부동산에 관하여 체결된 각 매매예약을 사해행위로 취소하고 가액배상을 명한 제1심 판결 부분에 관한 피고측 항소를 기각하는 판결을 선고하였고 판결이 확정되었다.

10) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결 등

로서 재산반환은 불법행위로 인한 원물반환에 의한 손해배상과 같다는 견해, 불법행위에 준한다고 보는 견해, 채무자의 채무불이행의 효과로서 부여된다는 견해 등이 제기되었지만, 형평에 근거하여 법에서 일정한 요건 아래 취소 및 반환청구권을 인정한다고 보는 이른바 법정채권설 내지 법정채무설이 현재의 통설이고 판례<sup>11)</sup>도 같은 입장으로 설명된다<sup>12)</sup>.

대상판결에서 채권자인 원고가 사해행위로서 취소를 구한 채무자 을의 행위는 크게 근저당권설정계약과 매매계약인데, 매매계약의 취소에 따른 원상회복의무 부분이 대상판결이 전원합의체로 종전 판례의 법리를 변경한 부분이다. 즉 가등기권리자가 제3자 앞으로 가등기이전의 부기등기를 하고 그 제3자가 가등기에 기한 본등기를 마친 사안에서, 기존의 가등기권자에게 채권자취소의 원상회복으로서 가액배상을 청구할 수 있는지 여부가 문제된 부분이다. 앞에서 본 바와 같이 대상판결은 가액배상의무가 있다고 보았고, 가등기이전의 부기등기가 마쳐진 이상 종전 명의자는 가액배상의무를 부담하지 않는다고 본 종래의 판례를 변경하였다.

이에 관해서는 이미 충실한 평석과 논의가 있으므로<sup>13)</sup> 이 글에서는 주

11) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결 등.

12) 편집대표 김용덕, 주석민법(제5판), 채권총칙(2), 한국사법행정학회(2020), 331~332면(이백규 집필부분), 오시영, “채권자취소권의 실제법상의 성질에 대한 고찰”, 민사법학 46호, 한국사법행정학회(2009), 166면 등.

13) 김건호, “사해행위에 의해 마쳐진 가등기를 이전하는 부기등기와 수익자의 지위 및 위법한 경정등기의 효력”, 한국콘텐츠학회논문지 제15권 제9호, 한국콘텐츠학회(2015), 126면 이하. 김덕중, “사해행위에 의한 가등기가 부기등기로 이전된 경우 원상회복의 방법 - 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 원광법학 제32집 제1호, 원광대학교 법학연구소(2016), 67면 이하. 김상현, “채권자취소권의 수익자 지위에 관한 비판적 고찰”, 서울법학 제24권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소(2016), 31면 이하. 박병건, “사해행위인 매매계약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전등자 앞으로 가등기 이전의 부기등기를 마치고 가등기에 기한 본등기까지 마친 경우, 채권자가 수익자를 상대로 사해행위인 매매계약의 취소를 청구할 수 있는지 여부 및 부기등기의 결과 수익자의 원물반환의무인 가등기말소의무의 이행이 불가능하게 된다 하더라도 마찬가지로 여부, 수익자는 가등기 및 본등기에 의하여 발생한 채권자들의 공동담보 부족에 관하여 원상회복의무로서 가액배상의무를 부담하는지 여부”, 전북판례연구 Vol.1, 전북판례연구회(2017), 389면 이하. 오영두, “사해행위로 마쳐진 가등기가 이전된 경우 수익자에게 가액배상을 명할 수 있는지 여부 : 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결”, 판례연구 28집, 부산판례연구회(2017), 191면 이하. 임소연, “사해행위에 의한 가등기가 부기등기로 이전된 경우 사해행위 취소의 피고적격과 원상회복 방법”, 강원법학 제50



로 당해 사안과 같이 가등기권리자가 가등기상 권리를 양도한 경우를 비롯하여 채무자의 일반 책임재산에 관하여 사해행위로 가등기가 설정된 경우에 원상회복, 특히 가액배상의 방법과 구체적인 범위를 중심으로 살펴보고자 한다. 이를 위하여 가등기의 내용과 성질, 유형에 관한 일반론(2의 가항)을 바탕으로 강제집행절차상 가등기권리자의 지위(2의 나항)에 관하여 살펴본 다음, 가등기 설정행위의 사해행위성(2의 다항) 및 그 원인행위의 취소에 따른 원상회복의 방법으로서 원물반환과 가액배상(3항)에 관하여 논의하고자 한다. 구체적으로는, 먼저 대상판결에서 문제된 가등기말소의무의 피고적격과 관련된 쟁점을 간단히 살펴본 다음, 가등기의 유형에 따른 원상회복의 방법을 검토하고, 나아가 대상판결의 사안에서 책임재산의 회복으로서 가액배상의 범위에 관하여 보고자 한다. (가등기상 권리가 양도된 경우, 정확한 명칭은 아니지만 편의상 종전의 가등기명의인은 ‘가등기 양도인’으로, 권리를 이전받아 부가등기를 마친 자를 ‘가등기 양수인’으로 부르기로 한다.)

## 2. 사해행위에 의한 가등기의 설정

### 가. 가등기 일반

본래 가등기는 부동산의 물권변동을 목적으로 하는 청구권을 보전하기 위해 하는 예비적이고 일시적인 등기로서 후에 행하여질 본등기의 순위 확보 또는 순위보전을 목적으로 하는 강학상의 예비등기에 해당하는 등기이다<sup>14)</sup>. 한편 거래계에서는 가등기가 채권을 담보할 목적으로 대물변제의 예약 등을 원인으로 활용되어 왔고, 채권자는 가등기에 기하여 본등기를 마쳐 직접 그 소유권을 취득하거나 가등기이전 등의 방식으로 제3자에게 처분함으로써 채권의 회수를 도모하였다. 이러한 형태의 가등기 활용이 빈번해지자 1983. 12. 30. 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라고 한다)이 제정되었고, 크게 보면 모두 가등기에 의해

권, 강원대학교 비교법학연구소(2017), 687면 이하. 진상범, “사해행위에 기한 가등기가 전득자에게 이전되어 본등기가 된 경우, 수익자에 대한 사해행위 취소 및 가액배상청구의 가부”, 민사재판의 제문제 26권, 한국사법행정학회(2018), 722면 이하.

14) 김병학, “가등기에 관한 연구”, 비교법학 제4집, 전주대학교 비교법학연구소(2004), 1면.

소유권이전등기청구권이 보전되는 것이기는 하나 채권 담보의 목적을 가진 것을 담보가등기, 매매예약 등을 원인으로 소유권이전등기청구권의 보전 자체를 목적으로 하는 것을 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기라고 통상 부르고 있다. 또한 담보가등기 중에서도 위 가등기담보법이 적용되는 담보가등기와 그렇지 않은 담보가등기가 있다. 차용물의 반환에 관하여 약정한 경우로서 예약 당시 재산의 가액이 차용액과 이에 붙인 이자를 합산한 액수를 초과하는 경우(가등기담보법 제1조)에 가등기담보법이 적용된다. 따라서 매매대금채무, 공사대금채무 등 다른 채무를 담보할 목적으로 가등기가 마쳐진 경우에는 가등기담보법이 적용되지 않는다.

등기예규<sup>15)</sup>는 담보가등기를 ‘소유권이전담보가등기<sup>16)</sup>’라 하여 통상의 청구권 보전을 위한 가등기와 구별하고 있고, 등기기록상 담보가등기는 등기목적을 ‘소유권이전담보가등기’ 등기원인을 ‘대물반환예약’으로, 청구권 보전을 위한 가등기는 등기목적을 ‘소유권이전청구권가등기’ 등기원인을 ‘매매예약’으로 기재하도록 정하고 있다<sup>17)</sup>. 다만 등기가 담보가등기인지 여부는 그 등기부상 표시나 등기할 때 주고 받은 서류의 종류에 의하여 형식적으로 결정될 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정될 문제라고 보므로<sup>18)</sup> 당해 가등기의 등기상 원인이 매매예약으로 기재되어 있는지 또는 대물변제예약으로 기재되어 있는지와 같이 등기부 내지 등기기록상 형식적 기재가 아닌 실제상 채권담보를 목적으로 하였는지를 가려보아야 한다<sup>19)</sup><sup>20)</sup>.

15) 가등기에 관한 업무처리지침 [등기예규 제1632호, 시행 2018. 3. 7.].

16) 소유권 이외의 권리에 관해서도 가령 ‘저당권이전담보가등기’ 등이 있으나 실무상 자주 활용되지는 않는다.

17) 로앤비 온주, 부동산등기법 제88조(정진아 집필부분). 김병학, 위의 글, 8면.

18) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36932 판결 (위 판결을 원용한 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결은, 가등기의 구체적인 등기원인의 추정력을 부정하는 것이 의용 민법과 부동산등기법에서부터 현행 민법과 부동산등기법에 이르기까지 대법원의 입장이라고 설명한다.).

19) 대법원 1998. 10. 7.자 98마1333 결정 참조.

20) 한편, 가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기에 관하여, 대법원은 채무를 담보하기 위하여 가등기를 마친 경우에도 변제기에 채무를 변제하지 않으면 채권채무관계가 소멸하고 본등기에 의하여 부동산의 소유권이 확정적으로 채권자에게 귀속된다는 명시의 특약

한편, 가등기에 기하여 소유권이전의 본등기를 마치게 되면 이로써 소유권이전의 물권변동의 효력이 발생하는데, 물권변동의 효력은 본등기를 한 때부터 발생하지만 본등기의 순위를 결정하는 시점은 가등기를 한 때로 소급한다<sup>21)</sup>. 이와 관련하여 우리법은 독일 민법 제883조 제2항<sup>22)</sup>과 같은 가등기의 실체법적 효력에 관한 규정을 따로 두고 있지는 않고, 등기절차에 관한 법률인 부동산등기법 제92조에서 ‘가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 등기를 직권으로 말소하여야 한다’고 규정하여 가등기 후에 이루어진 중간등기를 말소하는 근거로 삼고 있다<sup>23)</sup>.

#### 나. 강제집행절차상 가등기의 취급

가등기는 그 종류에 따라 강제집행절차상 달리 취급된다.

가등기담보법상 가등기권리자는 담보권을 사적으로 실행할 수도 있고 목적 부동산의 경매를 청구할 수도 있다(가등기담보법 제12조 제1항). 가등기권리자는 강제집행절차에서 자기채권을 우선변제 받을 권리가 있고 그 순위에 관하여는 저당권으로 본다(같은 법 제13조). 담보가등기권

---

이 없는 이상 대물변제의 약정이 있었다고 인정할 수 없고, 단지 위 채무에 대한 담보권 실행을 위한 방편으로 소유권이전등기를 하는 약정, 이른바 정산절차를 예정하고 있는 ‘약한 의미의 양도담보’ 계약이라고 봄이 타당하다고 보고 있다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다63138, 63145 판결 등).

21) 부동산등기실무III, 법원행정처(2015), 50면.

22) 제883조 [가등기의 요건과 효력] ① 부동산 또는 부동산에 설정된 권리에 대한 권리의 취득 또는 소멸을 목적으로 하는 청구권을 보전하기 위하여 부동산등기부에 가등기를 할 수 있다. 가등기는 장래의 청구권 또는 조건부 청구권의 보전을 위하여도 이를 할 수 있다.

② 가등기 후에 부동산 또는 권리에 대하여 행하여진 처분은 제1항의 청구권을 좌절시키거나 침해하는 한도에서 효력이 없다. 그 처분이 강제집행 또는 가압류에 의하여 행하여지거나 도산관재인이 이를 행한 경우에도 또한 같다.

③ 청구권이 권리의 취득을 목적으로 하는 때에는, 그 권리의 순위는 가등기에 따라 정하여진다. [양창수, 독일민법전, 박영사(2021)의 번역을 따름].

23) 이와 달리, 일본의 경우 부동산등기법(제109조 제2항)이 직권말소할 수 있다고 규정하고는 있으나 제3취득자의 승낙이 있는 때에 한하여 가등기권리자가 본등기를 신청할 수 있도록 정하고 있고, 독일의 경우 독일 민법 제888조 제1항에서 제3취득자 등에 대하여 등기에 대한 동의를 청구하도록 정하고 있다. 중간등기를 마친 자가 실체법상 등기말소에 대하여 승낙의 의무가 있는 경우에도, 절차적으로 가등기에 대하여 다룰 기회를 부여하는 의미가 있다고 설명한다. 홍승욱, “우리나라 가등기제도의 문제점과 개선방안”, 법과 정책 제18집 제1호, 제주대학교(2012), 454면.

리는 그 부동산의 매각에 의하여 소멸하므로(같은 법 제15조), 최우선 순위의 가등기담보의 경우에도 배당이 이루어질 뿐 매수인에게 인수되지 않는다<sup>24)</sup>.

한편 청구권 보전을 위한 가등기나 가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기에는 강제집행절차상 우선변제권이 없다<sup>25)</sup>. 다만 그보다 선순위의 담보권이나 가압류 등이 없다면, 즉 최우선 순위에 해당한다면 강제집행절차에서 목적 부동산이 매각된 후에도 소멸하지 않으므로 매수인에게 인수된다<sup>26)</sup>.

따라서 가등기가 경료된 부동산에 대하여 강제경매 등의 개시결정이 있는 경우에 집행법원은 가등기권리자에게 해당 가등기가 담보가등기인지, 그 내용과 채권은 무엇인지 등을 신고하도록 최고하여야 하고(가등기담보법 제16조 제1항), 권리신고가 되지 않아 담보가등기인지 여부를 알 수 없는 경우에도 그 가등기가 등기기록상 최우선 순위이면 집행법원은 일단 순위보전을 위한 가등기로 보아 매수인에게 그 부담이 인수될 수 있다는 취지를 매각물건명세서에 기재한 후 그에 기해 경매절차를 진행하면 족하다고 보고, 반드시 그 가등기가 담보가등기인지 여부가 밝혀질 때까지 경매절차를 중지할 필요는 없다<sup>27)</sup>.

#### 다. 사해행위에 의한 가등기의 설정

대법원은 일찍이 ‘소유권이전등기 청구권을 보전하기 위한 가등기는 그 자체만으로는 물권취득의 효력을 발생하지 않지만 후일 본등기를 하는 경우엔 가등기시에 소급하여 소유권변동의 효력이 발생하기 때문

24) 따라서 매각 후에 경료된 가등기에 기한 본등기는 원인을 결여한 무효의 등기이다(대법원 1994. 4. 12. 선고 93다52853 판결). 또한 가등기담보법 제3조에 의한 사적 실행에 착수하였더라도, 청산금을 지급하기 전에(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전) 강제경매 등의 신청이 있어 경매 등이 개시된 경우에 가등기권리자는 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다(가등기담보법 제14조).

25) 경매절차상 우선변제권을 부정한 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다60466 판결(각주 55 참조). 가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기의 경매절차상 취급에 관하여는 3의 다.2)항 해당 부분에서 좀더 논의한다.

26) 대법원 2003. 10. 6.자 2003마1438 결정 등.

27) 위 2003마1438 결정.

에<sup>28)</sup> 채권자로 하여금 완전한 변제를 받을 수 없게 하는 결과를 초래하게 되므로 채권자를 해하는 것이다'라고 하여 사해행위로서 매매예약을 취소하고 원상회복으로서 가등기의 말소를 구하는 청구를 허용하고 있다<sup>29)</sup>. 위 판시는 대상판결에서도 반복되고 있으며, 반드시 채권 담보 목적의 가등기일 필요가 없다.

채무자 소유의 부동산에 관하여 청구권 보전의 가등기가 경료되었더라도 앞에서 본 바와 같이 경매절차의 진행이 가능하고 해당 부동산이 채무자의 책임재산임은 분명하나, 가등기의 부담이 매수인에게 인수될 수 있는 이상 본등기를 마치지 않은 상태에서도 그 원인행위를 취소하여 부담을 해소할 필요는 충분히 인정되는 것이다. 대법원이 '채권자대위'의 요건으로서 채무자의 무자력 여부의 판단과 관련하여 '채무자의 적극재산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 가등기가 마쳐져 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로 그 가등기가 가등기담보법에 정한 담보가등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 적극재산을 산정할 때 제외하여야 한다<sup>30)</sup>'고 본 것도 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

다만 청구권 보전의 가등기만 있는 상태에서는 그 부동산은 여전히 채무자의 소유이고 가등기를 설정하는 '현재'의 시점에서는 재산의 전부 또는 일부가 소유권이전되거나 담보로 제공되었다고 볼 수 없어 '채무자의 책임재산에서 일탈한 재산'이 무엇인지가 반드시 명확치는 않다. 담보가등기의 경우에도, 그 가운데 가등기담보법이 적용되는 담보가등기의 경우에는 법에서 강제집행절차상 저당권과 같이 취급하도록 정하고 있어 법적 성질을 담보물권으로 파악하여 일부 채권자에 대한 담보의 제공행위인 사해행위로 평가하는 데 어려움이 없으나<sup>31)</sup>, 가등기담보법이 적용

28) 앞에서 본 바와 같이 물권변동의 순위가 보전될 뿐 그 효력 자체가 소급하여 발생한다고 보지는 않는데, 해당 판시는 다소 오해의 소지가 있다.

29) 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다334 판결.

30) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결.

31) 이른바 특수저당권설이 현재의 통설이다. 편집대표 김용덕, 주식민법(제5판), 물권법, 한국사법행정학회(2019), 440면 (오영준 집필부분).

되지 않는 경우에는 청구권 보전의 가등기와 마찬가지로 가등기만으로는 물권변동의 효력이 없고 우선변제권도 인정되지 않으며 대물변제나 양도 담보 약정에 기하여 발생할 소유권이전등기청구권의 순위를 보전하는 효력이 있을 뿐이다<sup>32)</sup>.

이 점에서 청구권 보전의 가등기만 마친 가등기권리자는 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 부동산에 처분금지가처분을 마친 채권자와 지위가 비슷한 면이 있다<sup>33)</sup>. 부동산에 관하여 처분금지가처분을 마친 가처분채권자는 본안소송에서 승소판결을 받아 확정되면 가처분 위반행위의 효력을 부정할 수 있다<sup>34)</sup>. 처분금지의 상대적 효력에 따라 가처분채권자의 권리 취득과 저촉되는 범위에서는 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자에게 대항할 수 없다.

매매예약을 사해행위로 취소한 다음 원상회복으로서 가등기의 말소를 구하는 것은, 일탈된 책임재산을 돌려놓는다고보다는 앞으로 일탈될 일이 없는 상태로 회복하는 의미로 볼 것이다. 독일의 경우에, 채권자가 채권자취소권을 행사하더라도 그 재산은 여전히 상대방에게 귀속되어 있고 채권자는 강제집행수인의 승소판결로 권원을 획득하여 상대방의 재산에 강제집행을 할 수 있다고 보는데<sup>35)</sup>, 가등기 설정행위가 사해행위에 해당

32) 가등기담보법 시행 전의 담보 목적 가등기의 효력에 관한 판결로, 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다33584, 33591 판결.

33) 한편, 도산절차에서는 파산선고 또는 회생계획인가의 결정에 의하여 가처분이 실효됨은 법상 명확하나(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제348조 제1항, 제256조 제1항), 파산선고 또는 회생절차개시 전에 마쳐진 가등기에 기하여 절차개시 후 본등기를 청구할 수 있는지에 관하여는 관련 규정인 위 법률 제331조 제1항, 제66조 제1항의 내용이 명확치 않아 견해가 대립되는 것으로 보인다. 집필대표 권순일, 주식 채무자회생법(I) (제1판), 한국사법행정학회(2021), 585~587면 (심태규 집필부분). 같은 주식 채무자회생법(IV) (제1판), 233~235면 (이희준 집필부분). (위 주석서는 모두 부정적인 입장이다.)

34) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2000다65802, 65819 판결, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015다202360 판결, 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다276218 판결 등.

35) 독일의 채권자취소법 제11조는 채권자취소의 효력에 관하여 규정하면서 채권자가 취소할 수 있는 법적행위(Rechtshandlung)에 의하여 채무자의 재산에서 양도·반출·포기된 것을 채권자의 만족을 위하여 필요한 한도에서 처분할 수 있다고 규정하고 있고, 그 해석론에 기초하여 채권자취소권의 효력에 관한 통설은 종래의 무효설에서 벗어난 채권설이라고 한다. 독일의 판례도 같다. 김영주, “독일의 채권자취소법과 채권자취소소송”, 비교사법 제24권 4호(통권 79호)(2017), 1753~1754면 이하.

하는 경우에는 채권자가 강제집행수인의 소를 제기할 수는 없고 수익자가 부담하는 강제집행의 수인의무는 “채권자에 대해 자신의 가등기에 기한 권리(독일민법 제883조 제2항)를 행사할 수 없다”는 의미로 해석한다고 한다<sup>36)</sup>. 현재 책임재산 자체는 여전히 채무자에게 있으므로, 강제집행수인의 승소판결을 받아 집행할 책임재산에서 이탈된 재산의 개념을 상정하기 어렵기 때문이라고 생각된다.

### 3. 매매예약 등의 취소에 따른 원상회복의 문제

#### 가. 원칙적인 형태 : 등기말소에 의한 원물의 반환

채권자는 사해행위에 대하여 그 취소 및 ‘원상회복’을 법원에 청구할 수 있고(민법 제406조 제1항), 원상회복은 채무자의 책임재산에서 일탈한 재산을 회복하여 채권자의 강제집행이 가능하도록 하는 것<sup>37)</sup>으로 설명된다. 원상회복은 채권자가 채권자취소권을 행사하는 주된 목적이다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 사해행위 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하고 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 예외적으로 가액배상에 의하여야 한다고 보고 있다<sup>38)</sup>.

수익자가 매매예약 등을 원인으로 가등기를 마친 경우 매매예약 취소로 인한 원상회복의 원칙적인 방법은 가등기의 말소가 될 것이고, 나아가 수익자가 가등기에 기하여 본등기를 마쳤다면 마찬가지로 매매예약 및 매매계약의 취소로 인한 원상회복으로서 가등기 및 본등기를 말소하면 될 것이다. 이 점에 대하여는 별다른 의문이 없다. 취소채권자는 가등기 등이 말소되어 자신과의 관계에서 사해행위가 있기 전과 같이 회복된 채무자의 책임재산에 대하여 강제집행을 하면 된다.

그러나 아래에서 보는 바와 같이 가등기의 말소에 의하여 책임재산을 회복하는 것이 가능하거나 적절한지가 문제되는 경우가 있고, 대상판결

36) Huber, Anfechtungsgesetz(11. Aufl), C.H.Beck, 2016, §11, Rn. 19 : §13 Rn 26. (김영주, 위의 글, 1782면에서 재인용).

37) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결, 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다224469 판결 등.

38) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결 등.

의 경우도 그러하다. 이 경우 가액배상의무가 문제되며, 문제되는 사안의 형태에 관해서는 아래에서 살펴보기로 한다.

#### 나. 가액배상이 문제되는 경우

대상판결의 사안은, 사해행위에 의하여 가등기가 설정되었으나, 가등기상 권리가 양도되어 양수인 앞으로 가등기이전의 부기등기, 나아가 가등기에 기한 본등기가 마쳐져 종전의 등기명의인인 가등기 양도인을 상대로 가등기의 말소를 구하는 것이 책임재산을 원상회복하는 데 실효적이지도 가능하지도 않은 경우에 해당한다. 앞서 본 바와 같이 대법원은 “특별한 사정이 없는 한 가등기 양도인이 가지는 수익자로서의 지위가 소멸하지 않고 수익자는 ‘가등기 및 본등기에 의하여 발생된 채권자들의 공동담보 부족’에 관하여 원상회복의무로서 가액을 배상할 의무를 진다.”고 하여, 가액배상의무를 인정한 다음 그 가액배상의 범위를 ‘본등기’에 의한 공동담보 부족의 가액으로 보았다.

가액배상이 문제되는 사안은 대체로, ① 가등기권자가 가등기상 권리를 양도하는 등으로 현재 가등기의 명의인이 아니거나, ② 가등기명의인 이기는 하지만 가등기말소에 의하여 사해행위가 있기 전과 동일한 책임재산의 상태로 회복한다고 보기 어려운 사안으로 구분할 수 있을 것이다. ①의 경우에는 등기절차상 말소등기의 등기의무자가 될 수 없는 지위에 있어 가등기말소 자체가 불가능한 경우이고, ②의 경우에는 가등기말소 자체는 가능하나 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 않던 부분까지 회복이 이루어지는 등의 경우 등이 문제될 것이다. 대상판결의 사안은 위 ①의 경우에 해당하므로, 이 글에서는 가등기양도 등으로 가등기권자가 현재 가등기의 명의인이 아닌 경우를 중심으로 살펴본다.

한편, 가등기상 권리가 양도된 경우는, 양수인 또는 전전양수인이 본등기를 마친 사안과 본등기를 마치지 않은 사안으로 구별할 수 있을 것인데, 대상판결은 가등기 양수인이 본등기를 마친 사안이다.

#### 다. 대상판결의 검토

##### 1) 가등기말소의무의 피고적격

대상판결에서 대법원이 변경한 종전의 대법원판결은, 가등기이전의 부기등기가 마



처진 경우 특별한 사정이 없는 한 양수인을 상대로 가등기의 말소를 구하면 족하므로 가등기 양도인이 말소등기의 등기의무자가 될 수 없다는 가등기말소의 등기절차에 관한 법리<sup>39)</sup>의 연장선상에 있다. 이는 가등기말소청구에 관한 등기절차상의 피고적격에 관한 법리를 채권자취소권에 있어 원상회복의무의 존부의 판단 근거로 삼은 것으로서<sup>40)</sup>, 결국 등기절차상 원물의 반환이 불가능하다는 것에서 원물반환을 비롯한 원상회복의무가 존재하지 않는다는 결론을 역으로 이끌어낸 것이어서 적절한 논증이라 보기 어렵다. 원물반환이 불가능한 경우에 가액배상의무를 인정하는 것까지도 들어맞지 않는다<sup>41)</sup>. 특히 가등기담보법이 적용되는 가등기담보의 경우에는 가등기담보법의 내용에 비추어 볼 때 저당권과 달리 취급할 근거를 찾기 어려운데, 가등기에 의하여 등기명의인이 취득하는 권리의 내용을 살피지 않고 곧바로 위와 같은 결론을 내릴 수는 없다. 피고적격과 채권자취소의 수익자의 지위는 별개의 문제라는 측면에서, 종전 대법원판결의 문제점을 지적한 판단은 타당하다<sup>42)</sup>.

이처럼 가등기말소의 등기의무자가 될 수 없다는 것이 수익자의 원상회복의무를 인정하는 데 걸림돌이 될 수 없다는 점은 별다른 의문이 없다. 다만, 가등기말소에 의한 원물반환을 할 수 없게 된 수익자의 원상회복, 즉 책임재산 회복이 어떻게 이루어져야 하는지, 가액배상을 한다면 그 범위를 어떻게 평가하고 산정할 것인지의 문제는 여전히 남는다. 이는 결국 개별 사안에서 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

## 2) 가등기의 유형에 따른 검토

### 가) 가등기담보법이 적용되는 담보가등기

가액배상의무의 대상판결은 가등기의 유형에 관하여 언급하고 있지 않으므로 명확히 선언된 법리의 사정범위를 일정한 유형의 가등기로 제한

39) 대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결 등. 근저당권이 양도되어 근저당권 이전의 부가등기가 마쳐진 경우에도 같이 보고 있으며(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결 등) 부가등기의 종속성에 기초한 것으로 설명하고 있다. 진상법, 같은 글, 725면.

40) 진상법, 같은 글, 728면.

41) 대상판결이 가액배상의무를 인정하는 구체적인 근거를 제시하고 있지 않으나, 결국 원물반환이 불가능하거나 현저히 불가능한 경우에 가액배상의무를 인정하는 기존 법리의 연장선상에 있는 것으로 설명하는 견해로, 임소연, 같은 글, 705~706면.

42) 오히려 피고적격의 문제는 가등기 양수인이 악의의 전득자여서 그를 상대로 가등기말소 또는 가등기말소와 본등기말소의 원물반환을 받으면 족한 사안에서, 굳이 가등기 양도인에게 가액배상의무를 인정할 것인지의 관점에서 살펴볼 여지가 있을 것이다.

하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 다만 사안을 보면 채권 담보의 목적이기는 하나 차용물의 반환이 아닌 공사대금채권이 문제된 것으로 보아, 가등기담보법이 적용되는 담보가등기의 사안은 아닌 것으로 보인다.

만약 문제된 가등기가 가등기담보법이 적용되는 담보가등기였다면, 저당권자와 동일하게 취급하면 족할 것이다. 다만 근저당권 또는 저당권의 경우 채권최고액 내지 채무의 내용이 공시되어 일반 책임재산에서 이탈하는 재산 범위의 특징이 용이한데, 위 담보가등기의 권리자는 목적 부동산의 전체 가액의 범위에서 채권을 회수할 수 있으며 피담보채권의 내용이나 채권최고액 등의 공시가 불가능하다는 점에서 차이가 있다. 가등기 양수인이 가등기담보법이 정한 바에 따라 담보권을 실행하여 본등기를 마쳤다면 피담보채권액의 범위에서 가액배상의무를 부담한다고 평가할 수 있을 것이다. 피담보채권액을 초과한 범위에서는 채무자는 가등기담보권자로부터 청산금을 지급받아야 할 것이고(가등기담보법 제4조), 그 초과 범위에서까지 가액의 배상을 인정할 것은 아니다. 수익자가 취득한 것은 담보물권으로서 가등기담보권이기 때문이다. 한편, 가등기 양수인이 본등기를 마치지 않은 상태인데 그를 상대로는 그가 선의의 전득자에 해당한다는 등의 이유로 가등기 말소의 원상회복을 구할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이때 가등기 양도인의 가액배상의 범위는 어떠한가. 이 경우도 별다른 선례는 발견할 수 없는데, 채무자의 일반 채권자들로서는 가등기 양수인이 본등기를 마치지 않은 이상 여전히 가등기가 설정된 채무자의 재산에 강제집행할 수 있으므로, 비록 가등기가 담보하는 잠재적인 채무가 부동산 전체 가액에 미칠 수 있다 하더라도 경매절차의 진행 등으로 담보목적물의 가액 범위에서 피담보채권액이 특정되기를 기다려 가액배상액을 산정하거나 가등기 당시의 피담보채권을 일응의 기준으로<sup>43)</sup> 원상회복이 불가능해진, 즉 이탈된 책임재산의 가액을 산정함이 타

43) 담보가등기를 마친 후 피담보채권이 추가되거나 피담보채권의 내용이 변경, 추가된 경우에 가액배상액을 산정함에 있어서는 다음과 같은 법리를 참고할 수 있을 것이다.

가등기담보법 시행 전의 사안으로, 담보로 가등기를 경료한 후 추가로 금전을 대여한 경우 추가대여금에 관하여 별도의 담보제공이 있다거나 반대의 특약이 있다는 등 특별한 사정이 없다면 조리상 당사자의 의사는 추가되는 대여금 역시 기왕의 가등기 부동산의 피담보채무 범위에 포함시키는 의사로 수수한 것이라고 해석함이 타당하다고 본 판결로, 대법원 1985. 12. 24. 선고 85다카1362 판결 등. 한편, 가등기담보법상 가등기담보권을 설

당할 것이다.

이와 같이 가등기담보법이 적용되는 담보가등기의 경우에는 가등기 양도인이 피담보채권과 함께 담보물권을 취득하여 가등기 양수인에게 양도하였으므로, 가등기 양도인에게 취득하였던 담보물권에 해당하는 가액의 배상, 즉 담보목적물의 가액 범위에서 피담보채권액 상당의 가액배상을 명하는 것에 별다른 의문이 없다. 대법원은 대상판결 전에 이미 근저당권을 양도한 수익자에게 양수인의 배당액 상당의 가액배상의무를 인정한 바 있는데<sup>44)</sup>, 마찬가지로 볼 것이다.

#### 나) 가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기

가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기의 경우, 가등기담보법상 가등기와 달리 경매절차에서 가등기권리자에게 우선변제권이 인정되지 않는다. 그러나 ① 선순위 저당권이 존재하지 않는다면, 가등기권리자는 경매절차상 우선변제권은 없으나 가등기에 기하여 본등기를 마침으로써 비전형 담보물권인 약한 의미의 양도담보권을 취득하게 되고, 이후 정산절차<sup>45)</sup>를 거쳐 피담보채권을 우선적으로 회수할 수 있다. 한편, 이와 달리

---

정한 후 이해관계 있는 제3자가 생긴 상태에서 새로운 약정으로 기존 가등기담보권에 피담보채권을 추가하거나 피담보채권의 내용을 변경, 확장하는 경우, 피담보채권으로 추가, 확장한 부분이 이해관계 있는 제3자에 대한 관계에서 우선변제권 있는 피담보채권에 포함되지 않는다고 본 판결로, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다28090 판결.

- 44) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결. (다만 위 판결에서는 자산유동화에 관한 법률에 따라 저당권이전의 부가등기 없이 법률 규정에 의하여 저당권이 유동화회사 앞으로 이전되었다.)
- 45) 가등기권자인 채권자는 채무의 변제기가 지나면 부동산의 가액에서 채권의 원리금 등을 공제한 나머지 금액을 채무자에게 반환하고 부동산의 소유권을 취득하거나(귀속정산), 부동산을 처분하여 그 매각대금에서 채권원리금 등의 변제에 충당하고 나머지 금액을 채무자에게 반환할 수도 있다(처분정산). 그러나 채무자가 채권자에게 적극적으로 위와 같은 정산을 요구할 청구권이 없고 그 정산을 이유로 본등기절차의 이행을 거절할 수도 없다. 다만 채무자는 변제기가 지난 후에도 채권자가 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 언제든지 채무를 변제하고 가등기 및 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있다. (대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다63138, 63145 판결 등). 이러한 말소는 양도담보약정 당시의 목적물의 시가가 채권원리금에 미치지 못하는 경우에도 마찬가지이다. (대법원 1998. 4. 10. 선고 97다4005 판결 등) (가등기담보법이 적용되는 담보가등기의 경우에는 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 않는 ‘처분정산’형의 담보권 실행은 인정되지 않고

② 선순위 저당권이 존재하는 경우, 경매절차가 진행되기 전에<sup>46)</sup> 가등기 권리자가 가등기에 기한 본등기를 마친다면 이로써 약한 의미의 양도담보권을 취득하여 선순위 저당권에 제공된 담보가액을 제외한 나머지 범위에서 피담보채권을 우선적으로 회수할 수 있다<sup>47)</sup>. 그러나 가등기만 마친 상태에서 경매절차가 진행될 경우에는, 부동산이 경매절차에서 매각될 때 가등기상의 권리로 선순위 저당권자에게 대항할 수 없으므로 가등기상의 권리는 소멸하고 경매절차상 매수인에게 인수되지 않는다(민사집행법 제91조 제2항, 제3항). 가등기권리자에게 우선변제권이 없으므로, 부동산 소유자의 일반채권자들은 선순위 저당권에 제공된 부분을 제외한 일반 책임재산에 가등기권리자와 평등한 지위에서 배당요구 등을 거쳐 채권의 만족을 꾀할 수 있다. 즉 선순위 저당권이 설정된 부동산에 관해서는 가등기가 설정되었더라도 본등기가 마쳐지지 않은 이상 일반채권자의 평등한 집행이 가능해 책임재산의 감소나 일탈은 잠정적인 상태라고 볼 수 있다.

#### 다) 소유권이전등기청구권 보전의 가등기

다음으로 매매예약에 따른 소유권이전등기청구권 보전의 가등기의 경

---

귀속정산만이 인정된다는 점에서 차이가 있다. 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다42001 판결 등).

귀속정산의 방법으로 부동산에 대한 양도담보권을 실행하기 위하여 거쳐야 할 정산절차에 있어서 담보목적 부동산의 가액은 채무자에 대하여 목적부동산을 확정적으로 자기의 소유로 귀속시킨다는 뜻의 의사표시를 통지하는 시점을 기준으로 평가하는데(대법원 1991. 4. 10. 선고 91다44674 판결), 부동산의 가액이 가등기의 피담보채권액에 미달하는 경우 채무자는 가등기권리자에게 가등기에 기하여 귀속정산 완료를 원인으로 한 본등기를 마쳐주어야 하고, 부동산의 가액이 가등기의 피담보채권액을 넘는 경우에는 가등기에 기한 담보권 실행을 원인으로 하는 본등기를 마쳐주어야 한다고 본다. (위 2015다63138, 63145 판결 참조).

46) 엄밀히는 경매절차 진행 중에도 부동산이 매각되어 매수인이 소유권을 취득함으로써 가등기상의 권리가 소멸하기 전이라면 가등기에 기한 본등기 자체는 가능할 것이나, 압류의 효력이 발생한 이상 본등기를 마칠 실익은 거의 없다.

47) 다만 그 후에 선순위 저당권이 실행되는 경우, 귀속정산 또는 처분정산에 의하여 부동산의 소유권을 취득한 가등기권리자 또는 제3자는 매각에 의하여 소유권을 상실하고 매각대금 중 선순위 저당권자의 배당액 등을 공제한 잔여액을 지급받게 되는데, 매각가액에 따라서 그 금액이 가등기권리자가 양도담보권의 실행으로 회수한 피담보채권액과 지급한 청산금의 합계액 또는 제3자가 부담한 매매대금액에 미치지 못하는 결과가 될 수는 있다.

우도, 위의 경우와 크게 다르지 않다. ① 선순위 저당권이 존재하지 않는다면, 가등기에 기하여 매매계약을 원인으로 본등기를 마침으로써 소유권을 취득하게 되고, 이로써 해당 부동산은 채무자의 책임재산에서 이탈하게 된다. ② 선순위 저당권이 존재하는 경우에도 가등기에 기하여 본등기를 마침으로써 저당권이 설정된 부동산의 소유권을 취득할 수 있고 마찬가지로 이로써 채무자의 책임재산에서 이탈하게 된다. 다만, 그 전에 경매절차가 진행될 경우 선순위 저당권의 존재로 인하여 가등기권리자는 다른 일반채권자와 평등한 지위에서 나머지 일반 책임재산에 채권의 만족을 꾀할 수 있을 뿐이다. 즉 마찬가지로 본등기가 마쳐지지 않은 이상에는 책임재산의 감소나 이탈은 잠정적인 상태라고 볼 수 있다.

### 3) 가등기담보법이 적용되는 담보가등기를 제외한 가등기의 경우, 원인행위의 취소에 따른 원상회복의 방법

가등기담보법상 담보가등기의 경우에는 채무자의 부동산에 관하여 담보물권이 설정되는 것이므로, 그 원인행위를 사해행위로 취소하고 원상회복을 구한다고 하면 담보로 제공된 범위에서 채무자의 일반채권자에 대한 책임재산이 감소하였다가 이를 다시 책임재산으로 회복하는 것이라고 이해하면 되고, 가액배상을 한다면 담보로 제공된 재산의 가액을 채권최고액의 범위에서 피담보채권액을 산정하여 이를 가액배상액으로 정하면 될 것이다. 그런데 이에 해당하지 않는 유형의 가등기일 경우에는, 사해행위 취소에 따른 원상회복으로서 가등기를 말소하는 것이 채무자의 부동산을 가등기의 부담이 없는 원래의 상태로 회복시키는 것이기는 하지만, 앞서 본 경우처럼 채무자의 부동산 가운데 일정한 범위의 재산이 책임재산에서 이탈되었다가 이를 반환 내지 회복하는 것으로 구성하기 어려운 면이 있다. 이는 장래에 본등기 경로에 의하여 책임재산에서 벗어날 수 있는 위험이 있는 잠정적인 상태에서 그럴 위험이 제거된 확정적인 재산상태로 돌려놓는다는 의미에 가깝다. 대법원은 형사상 사기죄의 구성요건으로서 ‘재산상의 이익’ 또는 ‘재산적 처분행위’의 해석이 문제된 사안에서, 부동산 위에 소유권이전청구권 보전의 가등기를 마친 자가 그 가등기를 말소하면 부동산 소유자는 가등기의 부담이 없는 부동산을 소유하게 되는 이익을 얻게 되는 것이므로 가등기를 말소하는 것 역

시 사기죄에서 말하는 재산적 처분행위에 해당한다고 판단하였는데<sup>48)</sup>, 가등기의 부담이 없는 상태라는 재산상 이익은 계산적으로 산출하기 용이하지 않다<sup>49)</sup>.

그런데 대상판결의 설시는 가등기 양도인에 대하여 “가등기 및 본등기에 의하여 발생된 채권자들의 공동담보 부족”에 대하여 가액배상의무를 진다고 되어 있어, 가등기 양수인이 가등기에 기하여 본등기를 마침으로써 초래한 책임재산의 이탈에 대하여 가등기 양도인도 동일한 범위에서 가액배상의무를 인정하는 것처럼 보인다. 대상판결의 사안에서는 가등기 양수인이 선의의 수분양자일 가능성이 적지 않고 실제 원고는 가등기 양수인이 아닌 가등기 양도인만을 피고로 삼아 가액배상을 구하였는데, 결국 가등기 양도인은 자신이 본등기를 마친 경우와 같이 가액배상의무를 부담하게 되었다.

가등기 양수인에 의하여 본등기가 이루어진 이상 그것이 반드시 수익자인 가등기 양도인에 의하여 이루어지지 않았다고 하더라도 가등기 양도인이 양도한 권리 자체에서 현실화된 것이라는 점, 책임재산의 현실적인 이탈은 장래에 본등기시에 일어나지만 그 법적 효력이 가등기 시점에 책임재산에서 이탈된 것과 마찬가지로 그때의 일반채권자들에게도 우선하는 결과가 되는 점, 가등기 양도인이 가등기를 이전함으로써 인하여 책임재산인 부동산을 가등기 전의 상태로 회복하는 것이 현실적으로 불가능

48) 대법원 2008. 1. 24. 선고 2007도9417 판결 (나아가 가등기가 무효임이 밝혀졌다고 하더라도 가등기의 말소로 인한 재산상의 이익이 없었던 것으로 볼 수 없다고 판단하였다).

49) 사기죄에 있어서 재산상의 이익은 계산적으로 산출할 수 있는 이익에 한정하지 않으므로 범죄사실을 판시함에 있어서도 그 이익의 액수를 명시하지 않았다 하더라도 위법이라고 할 수 없다. (대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1095 판결 등).

참고로, 선순위 근저당권이 설정된 부동산에 관하여 담보 목적 가등기(피담보채무 10억원)가 설정된 상태에서 이를 기망으로 해제하였을 때 피고인이 얻게 되는 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률에 따른 ‘이득액’의 규모가 문제된 사안에서, 피해자가 재산적 처분행위를 할 무렵 선순위 근저당권에 의하여 토지의 실제 교환가치가 감소되었으므로 가등기를 해제하였다 하여 10억원 또는 위 법률에서 정한 5억원 이상의 재산상 이익을 취득하였음이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 “액수 미상의 재산상 이익을 취득하였다”라고 하여 위 범위에서 유죄로 판단한 하급심판결로, 수원지방법원 성남지원 2019. 6. 27. 선고 2018고합102 판결 (검사가 항소하여 재산상 이익의 범위에 관하여 다투었으나 수원고등법원 2019. 12. 12. 선고 2019노259 판결로 원심의 판단을 수긍하고 항소를 기각하였으며, 대법원 2020. 3. 26. 선고 2020도21 판결로 상고 기각되어 확정되었음).

해진 점 등을 고려하면, 이전된 가등기에 기하여 본등기가 마쳐진 이상에는 가등기 양도인으로 하여금 가등기를 설정하였던 원물과 동등한 가액으로 평가한 가액의 배상을 명하는 것이 가등기 설정 및 이전으로 초래된 공동담보의 부족을 해소하는 방법으로 타당하다고 볼 여지가 있다.

또한, 가등기 양도인에 대하여 일률적으로 가액배상의무를 부정할 경우에는, 가등기 양도의 방식으로 책임재산을 은닉하거나 원상회복의무를 면탈하는 등 악용될 가능성도 적지 않다<sup>50)</sup>. 부동산거래 실무상 매매계약이 아닌 매매계약을 체결하고 매매대금을 전액 지불하여 소유권이전등기를 마칠 수 있는 지위에 있으나 가등기만 마친 채 전매하고 가등기에 이전의 부기등기를 하는 경우도 있는데, 가액배상을 부정할 경우 채권자는 전득자가 선의인 경우 전득자로부터 원상회복을 받을 수 없는 한편 책임재산 감소에 핵심적인 역할을 한 수익자로부터도 어떠한 회복을 받을 수 없는 결과가 되어 부당하다<sup>51)</sup>.

그러나 매매계약 및 가등기만으로는 물권변동의 효력이 없고<sup>52)</sup> 매매계약과 본등기가 경료되어야 물권변동의 효력이 발생하는데, 물권변동을 일으킨 본 계약인 매매계약을 둔 채 가등기 양도인을 상대로 매매계약의 취소에 따른 원상회복으로 가액배상을 명할 수는 없다는 견해<sup>53)</sup>도 있다. 이러한 견해에 따르면 원래의 가등기권자는 원물반환의무만 있던 자이므로 가등기의 이전이 원물반환의무의 존속에 영향을 미치는지를 가리면 족하고, 가액배상의무는 따질 필요가 없다고 본다. 설령 가액배상의무가 있다고 하더라도 가등기만을 마친 수익자에게 ‘가등기’로 발생한 공동담보의 부족분을 평가해 배상을 명해야 하는데, 이는 본등기로 인한 공동담보 부족분과 동일하게 평가할 수는 없고, 물권취득의 효력이 없는 이상 공동담보의 부족이 발생하지 않거나 가액 평가가 불가능하다고 한다.

가등기 양도인에 대하여 가등기에 의해 공동담보의 부족이 발생하지 않아 가액배상의무 자체를 인정할 수 없다는 결론을 일률적으로 내릴 수

50) 같은 맥락에서 대상판결의 결론을 지지하는 견해로, 김건호, 같은 글, 131면. 김덕중, 같은 글, 71면. 임소연, 같은 글, 702면 등.

51) 진상범, 같은 글, 726면 참조.

52) 가등기담보법이 적용되는 담보가등기를 제외한 논의이다.

53) 오영두, 앞의 글, 212~213면.

있는지에 관해서는 좀더 신중하게 살펴보아야 할 것이나, 적어도 가등기 담보법이 적용되는 담보가등기상의 권리가 양도된 경우와 달리, 청구권 보전의 가등기 등 다른 유형의 가등기 양도인에게 가액배상을 인정할 경우에는 그 가액을 본등기를 마친 경우와 동등하게 평가할 수 있는지를 살펴보아야 한다는 점에서 고려할 만한 지적이라고 생각한다.

이를 위해서는 가등기 양도인의 권리가 무엇이었는지, 이전의 부기등기가 이루어진 원인이 무엇이었는지를 개별적으로 살펴 볼 필요가 있다. 대상판결의 사안도 그러한 측면에서 검토해 보기로 한다.

#### 4) 대상판결 사안의 검토

##### 가) 근저당권설정계약의 취소 부분과의 관계

##### (1) 책임재산의 회복과 권리보호의 이익

##### (가) 대법원의 판단

그 전에, 먼저 원심이 직권으로 사해행위 취소청구의 소의 이익이 없다고 보아 해당 부분 소를 각하한 ‘근저당권설정계약’의 취소 및 원상회복청구 부분에 관하여 본다.

대법원은 이 부분의 원심판단이 정당하다고 보아 해당 부분의 판단 및 결론을 유지하였다. 이는 “채권자가 채무자의 부동산에 관한 사해행위를 이유로 수익자를 상대로 그 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기하여 그 소송계속 중 위 사해행위가 해제 또는 해지되고 채권자가 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 그 채권자취소소송은 이미 그 목적이 실현되어 더 이상 그 소에 의해 확보할 권리보호의 이익이 없어지는 것이다”라고 하는 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다85157 판결<sup>54)</sup> 등의 기존 법리에 따른 것이다.

대상판결은 소송계속 중이 아니라 채권자인 원고가 소제기를 하기 전에 근저당권이 말소된 사안이어서, “그리고 이러한 법리는 사해행위취소소송이 제기되기 전에 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 채무자에게 복귀한 경우에도 마찬가지로 타당하다”라고 덧붙였다. 이는

54) 위 판결의 판례해설로, 차문호, “계약의 해지에 대한 채권자취소소송 가능 여부 등”, 대법원판례해설 75호(2008. 12.), 법원도서관, 79면 이하.



민사소송법상 권리보호 이익에 관한 일반 법리의 연장선상에 있는 것으로 이해할 수 있으며, 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소소송의 목적이 실현되었기 때문에, 즉 이미 승소판결을 받아 원상으로 회복시키려던 채무자의 책임재산의 상태가 이미 실현되었기 때문에 본안에 관하여 굳이 판단을 할 필요가 없다는 의미로 이해할 수 있다.

#### (나) 책임재산의 회복 여부 : 순차로 설정된 근저당권등기와 가등기의 관계 측면에서

해당 사안에서 근저당권설정등기가 말소되었고 그 원인이 일부포기 등으로 표시되었기는 하다. 그러나 권리보호의 이익을 부정하는 법리가 적용되는 것은, 근저당권설정등기가 말소되었다는 사실 자체로부터가 아니라 근저당권설정등기가 말소됨으로써 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 “채무자에게 복귀”하였다는 책임재산의 회복이라는 상태로부터 온다. 그런데 대상판결의 사안을 보면, 각 근저당권설정등기가 말소되기에 앞서 이 사건 각 가등기를 이전받은 수분양자 앞으로 가등기에 기한 본등기가 마쳐졌는데, 이로써 위 각 근저당권이 일반 책임재산으로부터 이탈시켜 확보하고 있던 부동산의 교환가치는 그대로 본등기를 마친 수분양자에게 이전되었을 뿐 이를 두고 대법원의 실시와 같이 “채무자에게 복귀”하였다고 할 수 없어 보인다.

나아가 근저당권과 가등기상 권리의 관계에 관하여 보면, 해당 사안에서 채무자 을은 건설사 갑 회사의 대표이사로서, 채권자인 원고에 대하여 갑의 구상채무를 연대보증한 자이다. 피고 1, 피고 4가 을로부터 을 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 앞서 본 바와 같이 가등기를 마친 것을 두고, 위 피고들이 가등기에 기하여 다세대주택의 본등기를 마쳐 그 소유권을 취득하려는 의사였다거나(매매예약 등을 원인으로 한 청구권 보전) 실제로 채권 담보 목적의 가등기로 취득하여 이를 실행할 의사였다(대물반환 예약이나 장래의 양도담보권 설정<sup>55)</sup>)고 볼 수 있는지는 명확치 않다. 왜냐하면 피고들은 위 가등기를 설정하기 전날에 이미 이 사건 각 부동산에 선순위 공동저당으로 채권최고액 2억원 및 200억원의

55) 앞서 본 바와 같이 차용물의 반환에 관한 담보가 아니므로 가등기담보법이 적용되는 사안은 아니다.

근저당권을 설정받아 해당 부동산의 담보가치를 확보하였기 때문이다<sup>56)</sup>. 가등기 양수인인 수분양자도 부동산 소유자인 을과 직접 분양계약을 체결한 것으로 보이고, 피고1, 4가 이 사건 각 부동산에 관하여 가지는 현재 또는 장래의 소유권이전등기청구권을 양도받았거나 피고1, 4의 분양계약상의 지위를 인수하였거나 피고1, 4로부터 이 사건 각 부동산을 미등기전매로 매수하였다고 보이지는 않는다. 피고들은 이미 선순위 근저당권을 설정함으로써 채무자의 일반 책임재산에서 담보가액 상당을 일탈시켜 우선변제권을 확보하였는데, 그 나머지 재산에 관해서도 가등기권리자로서 향후 매매나 양도담보 등으로 이전 내지 처분하여 그 가액을 확보하고자 하였는지 의문이다.

피고 1, 4가 설정받은 가등기는 가등기담보법이 적용되지 않으므로 우선변제권이 없고, 그 전날 먼저 설정된 선순위 근저당권이 존재하는 이상 강제집행절차에서 매수인에게 인수되지 않고 소멸된다. 대법원은 근저당권설정등기와 가등기가 마쳐진 부동산에 관하여 체결된 매매계약을 사해행위로 취소하고 가액배상을 명한 사안에서 부동산의 시가에서 선순위 근저당권의 피담보채무액은 공제하였으나 근저당권 설정 후에 유류대금 채권을 담보하기 위해 마쳐진 가등기에 대해서는 가등기담보법이 적용되지 않아 우선변제권이 없다는 이유로 가액배상액 산정시 유류대금 채무액이 공제대상이 되지 않는다고 한 원심의 판단을 수긍한 바 있다<sup>57)</sup>.

대법원과 하급심의 판결이유만으로는 을과 피고 4 등이 근저당권과 가등기 설정에 이른 구체적인 경위나 세부적인 약정의 내용을 파악하기 어려우나, 근저당권 등을 설정한 시점이 을이 대표이사로 있던 갑 회사에 부도가 발생하여 원고가 갑 회사의 대출금채무를 대위변제한 후라는 점을 감안하면, 을은 갑 회사 또는 을에 대한 채권을 가진 피고들 등 채권단과 일정한 협상을 거쳐 여럿의 이름으로 근저당권 및 가등기의 설정에 이르렀고, 향후 을이 주상복합건물 아파트를 분양하여 수분양자들로부터 분양대금을 지급받게 되면 그 대금으로 피고들 등에 대한 공사대금 등

56) 이에 대하여 채권자인 원고가 각 근저당권설정등기의 취소 및 원상회복을 함께 구하였음을 앞에서 본 바와 같다.

57) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다60466 판결.

채무를 변제하려고 한 것으로 생각된다. 제1심 판결의 이유에 나오는 설시인 “피고들 스스로 자신들이 채무자 을 또는 갑 회사의 공사 하수급 협력업체들로 구성된 채권단으로서 갑 회사의 부도 이후 채권을 변제받기 위하여 매매예약이나 근저당권설정계약을 체결하고 등기를 마친 것이라고 인정하고 있는 점”을 통해서도 이러한 사정을 엿볼 수 있다.

#### (다) 근저당권설정계약 취소의 권리보호의 이익

한편, 채무자가 선순위 근저당권이 설정되어 있는 상태에서 그 부동산을 제3자에게 양도한 다음 선순위 근저당권설정계약을 해지하고 근저당권설정등기를 말소한 경우 선순위 근저당권설정계약의 취소를 구하는 소의 권리보호 이익과 관련하여, 대법원은 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다75232 판결에서 “비록 근저당권설정계약이 이미 해지되었지만 그것이 사해행위에 해당하는지에 따라 후행 양도계약 당시 당해 부동산의 잔존 가치가 피담보채무액을 초과하는지 여부가 달라지고 그 결과 후행 양도계약에 대한 사해행위취소청구가 받아들여지는지 여부 및 반환범위가 달라지는 때에는 이미 해지된 근저당권설정계약이라 하더라도 그에 대한 사해행위취소청구를 할 수 있는 권리보호의 이익이 있다고 보아야 한다”라고 판단한 바 있다. 이는 새로 설정된 후순위 ‘담보권’의 말소를 구하는 사해행위취소 청구 사안에 관한 판례의 기존 법리<sup>58)</sup>의 연장선상에 있는데, 그 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 인정되어 취소되고 그에 기한 등기가 말소되었거나 채권자가 선순위 담보권과 후순위 담보권에 대한 사해행위취소 및 등기말소를 구하는 소송에서 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 인정되는 경우, 후순위 담보권 설정행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에 선순위 담보권의 피담보채무액을 당해 부동산에 설정된 담보권의 피담보채무액에 포함시켜서는 안 된다고 보는 것이다. 이와 같이 보지 않고 사해행위에 해당하는 선순위 담보권의 피담보채무액을 포함시켜 후순위 담보권 설정행위의 사해행위 여부를

58) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결, 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다276581 판결 등. 위 2011다75232 판결은 후순위 담보권의 설정이 문제된 사안이 아닌바, 대법원은 당해 부동산의 후행 양도행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 공제대상인 피담보채무 금액에 포함되어서는 안 된다고 보았다.

판단한 결과 후순위 담보권 설정행위가 사해행위에 해당하지 않는다고 판단할 경우, 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 취소되어 그 등기가 말소되더라도 이에 해당하는 책임재산이 채무자의 일반 채권자들에게 회복되지 못하고 후순위 담보권자에게 담보로 제공되는 결과가 될 수 있기 때문이다.

그러나 위 법리를 근거당권설정계약이 해지되고 근거당권설정등기가 말소된 이상 그 취소 여부가 후행 양도계약의 사해행위 해당 여부 등의 판단에 영향을 미치는 예외적인 사정이 있어야만 권리보호의 이익이 있다는 취지로 읽을 필요는 없다고 생각된다.

근저당권설정계약이 사해행위인 이상 그로 인한 근거당권설정등기가 경매절차에서 매각되어 말소되었다고 하더라도 수익자로 하여금 근거당권자로서 배당을 받도록 하는 것은 민법 제406조 제1항의 취지에 반하므로 수익자에게 그와 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위하여 근거당권설정등기로 인하여 해를 입게 되는 채권자는 근거당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다고 보는 것이 판례의 확립된 입장이고<sup>59)</sup>, 같은 맥락에서 원상회복, 즉 이탈된 책임재산의 회복을 구할 이익이 있는지 여부가 기본적으로 권리보호의 이익이 있는지 여부 판단의 출발점이 되어야 한다. 그래서 경매절차에서 매각에 이르지 않았더라도, 채무자가 사해행위로 인한 근거당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 부동산을 매각하고 그 대금으로 근거당권자인 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 그 근거당권설정등기가 말소된 경우에도 마찬가지로 근거당권의 우선변제권이행으로 일반 채권자에 우선하여 된 것이라고 봄이 타당하며 이 경우에도 수익자로 하여금 근거당권 말소를 위한 변제 이익을 보유하게 하는 것은 부당하여 근거당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다고 본다<sup>60)</sup>. 그리고 이러한 경우 원상회복의 경우 원물의 반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명하여야 하는데<sup>61)</sup>, 위 판결의 법리를 원용하는 하급심판결에서는 이를 근거당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 사안에 제한하지 않고 근거당권이 설정된 부동산을 매도하면서 근거당권

59) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687 판결 등.

60) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다65058 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다82118 판결 등.

61) 대법원 2018. 6. 19. 선고 2017다270107 판결 등.

설정등기를 말소한 경우에 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있음을 전제로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명한 것들이 있고<sup>62)</sup>, 근저당권자가 근저당권설정등기 말소 과정에서 목적부동산의 매매대금 등으로부터 변제를 받는 등 우선변제권에 기하여 피담보채권을 회수하였다고 평가할 수 있다면<sup>63)</sup> 경매절차상 배당받은 것과 같이 가액배상을 명하는 것이 타당하다고 생각된다. 채무자의 일반 채권자들을 위하여 책임재산으로 복귀하였다고 볼 수 없고 오히려 책임재산에서 이탈된 상태가 종국적으로 확정되었으며, 그 과정에서 수익자인 근저당권자는 애초에 근저당권 설정으로 달성하려던 목적인 우선변제를 현실화하였기 때문이다.

#### (라) 근저당권설정계약의 취소 및 근저당권자들의 가액배상의무

같은 맥락에서 대상판결의 사안의 경우에도 근저당권과 가등기는 피고들이 건물 공사와 관련된 채권을 우선적으로 회수하기 위하여 설정한 것이라고 보이고, 피고들이 수분양자들이 가등기에 기하여 본등기를 마칠 때 피고들이 분양대금 등으로부터 피담보채권을 일정 범위에서 회수하면서 근저당권설정등기를 말소하였을 가능성이 상당하므로, 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있음을 전제로 적어도 채권최고액의 한도 내

62) 서울고등법원 2022. 7. 6. 선고 2022나2008991 판결(미상고 확정. 위 2017다270107 판결의 판시를 “근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명하여야 한다.”고 추상적으로 인용하고 근저당권자가 근저당권을 말소하면서 받은 채권최고액 2억원을 가액배상금으로 산정하였다.), 서울중앙지방법원 2020. 1. 9. 선고 2019가합503547 판결(같은 취지에서 근저당권자가 매수인으로부터 지급받은 424,030,000원을 가액배상금으로 인정하였다. 항소심에서 서울고등법원 2020. 11. 12. 선고 2020나2010518 판결에서 청구변경에 따른 변경판결이 선고되었는데, 해당 부분의 판단은 그대로 유지되었다. 항소심 판결은 미상고 확정.) 등. 그밖에 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 부인권 행사가 문제된 사안에서 같은 취지로 판단한 것으로 서울고등법원 2020. 6. 5. 선고 2019나2001150 판결이 있다.

63) 사해행위의 사안은 아니나, 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산에 공동근저당권이 설정된 후 공동담보의 목적부동산 중 채무자 소유 부동산을 제3자에게 ‘매각’하여 그 대가로 피담보채권의 일부를 변제하는 경우에도, 공동근저당권자가 그와 같이 변제받은 금액에 관하여 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다고 하여 임의환가에 의한 청산시 우선변제권을 행사한 것으로 평가하고 있다. (대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결).

에서 목적부동산의 분양대금 등으로부터 회수한 피담보채권액의 범위에서 가액배상을 명하였어야 한다고 생각된다<sup>64)</sup>.

제1심 법원은 원고의 청구를 받아들여 근저당권설정계약과 매매예약을 피보전채권인 원고의 채권액 범위 내에서 모두 취소하고 원고의 채권액 상당의 가액배상을 명하였는데, 근저당권설정계약과 매매예약이 원인일자가 동일하고 실제 등기일도 하루 차이라는 점 등을 고려하여, 채무자의 위 각 행위를 같은 목적을 가진 일련의 처분행위로서 전체로 파악하여 취소하고 가액배상을 인정한 것으로 생각된다. 또한, 그 과정에서 근저당권설정계약의 취소에 의하여 이미 원고가 구하는 가액배상액이 전부 받아들여지는 이상 가등기 양도인으로서 가액배상의무를 부담하는지, 해당 가액의 평가는 어떻게 할 것인지를 독립된 쟁점으로 별도로 판단하지 않은 것으로 보인다. 근저당권설정등기의 말소가 수분양자로 보이는 가등기 양수인인 제3자의 가등기에 기한 본등기와 동시에 이루어졌는바, 결국 근저당권설정등기의 말소에 의해 담보로 제공된 재산이 일반 책임 재산으로 회복되었다고 평가하기는 어렵다는 점에서 제1심 법원의 판단은 수긍할 만한 측면이 있다. 근저당권설정계약이 해지되고 근저당권설정등기가 말소됨으로써 ‘채권자가 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀하였다’고 한 대상판결의 판단은 타당하다고 보기 어렵다.

#### 나) 가등기 양도인의 가액배상의 범위

결국, 대상판결의 사안에서 피고들이 다액의 선순위 근저당권을 확보하고 후순위로 설정한 가등기가 가등기담보법이 적용되는 담보가등기가 아닌 이상 가등기 자체만으로 확보를 기대할 수 있는 책임재산의 가치는 잠정적이고 부수적이다. 또한, 앞에서 본 것처럼 선순위 근저당권자가 근저당권설정등기를 말소하면서 일반 책임재산이 회복되었다기보다는 피담

64) 근저당권을 이전하여 처분한 것과 같이 평가한다면 실제 회수한 금액을 묻지 않고 담보잔액의 범위 내에서 피담보채권액 상당의 가액을 평가할 여지가 있겠으나(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결 참조), 근저당권 이전은 양도인과 양수인 사이의 법률관계인 반면 근저당권설정계약의 해지는 채무자와 사이의 법률관계라는 점에서 반드시 같이 평가하기는 어렵다고 생각된다.

보채권의 전부 또는 일부를 회수하여 우선변제받았을 가능성이 적지 않고, 가등기상 권리의 양도는 (수분양자로 보이는) 제3자 앞으로 부동산의 소유권을 이전해 주기 위하여 위 근저당권설정등기의 말소와 함께 일련의 행위로서 이루어진 것으로 보이므로[가등기 양도인인 피고 1, 4는 모두 선순위 근저당권자(피고 1 내지 5)의 지위도 겸하고 있다.], 피고 1, 4가 가등기상 권리를 양도하여 가등기 이전의 부기등기를 마쳐주었고 그를 상대로 가등기 자체의 말소를 구할 수 없게 되었다는 사정을 들어 구체적인 사정에 관한 고려 없이 목적부동산 상당의 가액배상의무를 인정하는 것은 가등기 설정으로 생긴 공동담보 감소의 회복으로서 과다하다.

가등기의 가액배상의무를 인정한 대상관결을 지지하는 논거 중의 하나가 취소채권자의 보호인데, 대상관결의 사안에서는 근저당권설정계약의 취소에 따른 가액배상을 명함으로써 이탈한 책임재산의 회복을 명할 수 있으므로, 이를 먼저 살펴본 다음에 여기에 추가로 가등기에 관한 가액배상의무를 인정할 필요가 있었는지를 살펴보았어야 한다. 원고는 가액배상으로 목적물 전체의 가액 가운데 자신의 채권액에 해당하는 94,455,354원의 지급을 구하였는데, 근저당권자인 피고들이 근저당권설정등기를 말소하면서 위 금액 이상의 피담보채권을 회수하였다면 근저당권설정계약의 취소와 가액배상 청구를 인용하는 것으로 족하였다고 생각된다.

위 인용액이 94,455,354원에 미치지 못하는 경우에 부족한 금액의 범위<sup>65)</sup>에서 가등기 원인행위의 취소를 판단할 필요가 있을 것인데, 그 경우에도 가등기가 담보 목적인지 매매예약인지 원인행위의 내용을 살펴 책임재산에 미친 영향을 가려 보아야 한다. 앞에서 본 바와 같이 가등기 명의인인 피고 1, 4가 채권단의 구성원으로서 채권을 변제받기 위하여 근저당권등기와 가등기를 설정받은 것이라면, 매매예약에 따른 소유권이 전등기청구권 보전을 위한 가등기라기보다는 담보 목적의 가등기일 것인데, 위 일련의 행위 가운데 근저당권 해지와 독립하여 가등기의 이전과 관련하여 피담보채권을 회수하였을 것으로 보이지는 않는다. 다만 이 경

65) 만약 근저당권자들이 피담보채권의 회수 없이 근저당권설정등기를 말소함으로써 실제로 근저당권을 포기하고 책임재산을 회복하여 준 경우라면, 가등기양도인에 대하여 94,455,354원 전액의 범위에서 가액배상의 범위를 가려보아야 할 것이다.

우에 저당권과 달리 가등기는 말소되지 않고 가등기상 권리가 이전되어 본등기가 마쳐진 경우에는 일응은 가등기 양도인이 가등기 설정 당시 보전한 권리를 기초로 하여 최종적인 책임재산 이탈 또는 감소가 현실화되었다는 점을 고려하여, 본등기에 의하여 발생된 공동담보 부족을 가액으로 평가하여 책임재산의 회복을 명하는 것이 타당하다고 생각된다.

그러나 이 경우에도 본등기의 원인행위의 내용이 사해행위에는 해당하여야 할 것이다. 가등기의 원인된 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 ‘당시’를 기준으로 판단하여야 하는 것이지만<sup>66)</sup>, 본등기의 원인행위로서 채무자와 가등기 양수인 사이에 실제 체결된 계약의 구체적인 내용에 따라서는 매각 목적 등을 살펴 일정한 경우에는 사해행위에 해당한다고 볼 수 없고<sup>67)</sup> 이러한 경우에는 사해행위임에도 전득자가 선의여서 원물의 반환이 불가능한 것이 아니라 책임재산을 해하는 결과가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 가등기 양도인에 대하여 가액배상을 명해서는 안된다고 할 것이다<sup>68)</sup>.

증여와 달리 매매는 목적물이 책임재산에서 이탈하는 대신 그 반대급부로서 매매대금을 지급받는 유상계약이다. 따라서 매매를 두고 그 성질에 비추어 책임재산의 감소만을 가져오는 행위라고 바로 단정지을 수는 없다. 대법원이 채무초과의 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 타인에게 적정가격보다 낮은 가격에 매각하거나, 그의 ‘유일한’ 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 ‘금전’으로 바꾸는 행위가 채권자에 대하여 사해행위가 된다고 보는 것도<sup>69)</sup> 그 해당 행위의 실질을 살핀 결과

66) 대법원 1999. 4. 9. 선고 99다2515 판결, 대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다73377 판결 등.

67) 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 원칙적으로 사해행위가 되지만, 부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, 대금이 부당한 염가가 아니며, 실제 이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우에는, 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다. (대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다83992 판결 등).

68) 사해행위취소로 인한 원상회복의무로서의 수익자나 전득자의 가액배상의무가 성질상 불가분채무의 관계에 있다는 점(대법원 2014. 12. 11. 선고 2011다49783 판결 등)에서도 그러하다.

69) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다28819, 28826 판결 등.



이다. 이에 따라 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸었다고 하더라도, 부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, 대금이 부당한 염가가 아니며, 실제 이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우에는, 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다<sup>70)</sup>. 또한, 가등기 양수인이 채무자와 매매계약을 체결하고 본등기를 마쳤는데 그 대금이 채무의 변제 또는 변제자력의 유지에 사용되는 등으로 채권자를 해한다고 볼 수 없다면, 가등기 양도인에 대하여도 책임재산의 이탈 내지 감소를 전제로 그 가액의 배상을 구할 수 없다고 보아야 한다. 해당 부동산의 매도행위가 채권자를 해하였다고 볼 수 없는데도 가등기 양도인에게 가액의 배상을 명하는 것은 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 않았던 부분까지 회복을 명하는 것과 다르지 않다.

#### 4. 결론

대상판결은 최초의 가등기 명의인이 양수인 앞으로 가등기이전의 부기등기를 마치고 그 양수인이 가등기에 기한 본등기를 마친 사안에서, 채권자는 최초의 가등기권자를 상대로 사해행위인 매매예약의 취소와 그 원상회복으로서 가등기 및 본등기에 의하여 발생된 공동담보 부족에 관하여 가액배상의무가 있다고 보았다. 이로써 부기등기로 인해 가등기말소의 피고적격이 없다는 이유로 가액배상의무를 부담하지 않는다고 본 종래의 판례를 변경하였다.

등기절차상 피고적격의 준부를 원상회복의무와 연결지을 수 없다는 점에서 대상판결의 논리는 타당하다. 다만 구체적으로 가액배상의 범위를 어떻게 산정할 것인지는 가등기의 성질과 내용, 가등기 이전의 원인이 다양하다는 점에서 일률적으로 평가하기 어려우며, 구체적 사안의 해결이 쟁여야 할 것이다. 사건으로는, 대상판결의 사안은 가등기 양도인인

70) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다83992 판결, 대법원 2021. 10. 28. 선고 2018다223023 판결 등.

피고들이 선순위 근저당권을 설정받은 사안으로서, 근저당권이 설정됨으로써 이탈된 책임채산을 회복하는 방식의 원상회복이 먼저 이루어져야 할 것으로 보이고, 그 부족분에 한하여 가등기 양수인이 본등기를 마침으로써 책임채산에서 이탈한 목적부동산 가액의 범위 내에서 가액배상을 인정할 수 있을 것이다. 다만 이 경우에도 가등기 양수인과 채무자가 체결한 매매계약의 내용과 매매대금의 사용내역을 살펴 그것이 채권자를 해하는 행위라고 평가하기 어렵다면 가등기 양도인에 대해서도 가액배상을 명하여서는 안 될 것이라고 생각된다.

가등기는 그 이용이 간편하고, 가등기의 유용도 비교적 잘 일어난다. 반면에 가등기의 공시기능은 매우 불완전하여, 등기기록에 나타난 등기 목적이나 등기원인만으로는 채권자가 가등기권자의 권리 내용이나 가등기가 설정된 부동산의 일반 책임채산으로서의 담보가치를 파악하여 확보하기에 상당한 어려움이 있다.

가등기담보법이 적용되는 가등기와 그렇지 않은 담보 목적 가등기의 법적 효력이 상이하나 현실적으로 그 경계가 애매하다는 점에서, 이를 일원화하거나 가등기의 공시기능을 강화하는 것이 책임채산 이탈에 관하여 효과적으로 대응하고 부동산의 담보가치를 효율적으로 활용하는 데 도움이 될 수 있을 것으로 생각한다.

(논문투고일: 2023.11.26., 심사개시일: 2023.12.11., 게재확정일: 2023.12.27.)



#### ▶ 서 정 원

사해행위, 원상회복, 가액배상, 가등기, 본등기

## 【참 고 문 헌】

편집대표 김용덕, 주석민법(제5판), 채권총칙(2), 한국사법행정학회(2020).

편집대표 김용덕, 주석민법(제5판), 물권법, 한국사법행정학회(2019).

로앤비 온주, 부동산등기법 제88조(정진아 집필부분).

부동산등기실무III, 법원행정처(2015).

집필대표 권순일, 주석 채무자회생법(I) (제1판), 한국사법행정학회(2021).

집필대표 권순일, 주석 채무자회생법(IV) (제1판).

김건호, “사해행위에 의해 마쳐진 가등기를 이전하는 부기등기와 수익자의 지위 및 위법한 경정등기의 효력”, 한국콘텐츠학회논문지 제15권 제9호, 한국콘텐츠학회(2015).

김덕중, “사해행위에 의한 가등기가 부기등기로 이전된 경우 원상회복의 방법 - 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결을 중심으로 -, 원광법학 제32집 제1호, 원광대학교 법학연구소(2016).

김병학, “가등기에 관한 연구”, 비교법학 제4집, 전주대학교 비교법학연구소(2004).

김상현, “채권자취소권의 수익자 지위에 관한 비판적 고찰”, 서울법학 제24권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소(2016).

김영주, “독일의 채권자취소법과 채권자취소소송”, 비교사법 제24권 4호 (통권 79호)(2017).

박병건, “사해행위인 매매예약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 가등기 이전의 부기등기를 마치고 가등기에 기한 본등기까지 마친 경우, 채권자가 수익자를 상대로 사해행위인 매매예약의 취소를 청구할 수 있는지 여부 및 부기등기의 결과 수익자의 원물반환의무인 가등기말소의무의 이행이 불가능하게 된다 하더라도 마찬가지로 마찬가지인지 여부, 수익자는 가등기 및 본등기에 의하여 발생한 채권자들의 공동담보 부족에 관하여 원상회복의무로서 가액배상의무를 부담하는지 여부”, 전북판례연구 Vol.1, 전북판례연구회(2017).

오시영, “채권자취소권의 실체법상의 성질에 대한 고찰”, 민사법학 46호, 한국사법행정학회(2009).

오영두, “사해행위로 마쳐진 가등기가 이전된 경우 수익자에게 가액배상을 명할 수 있는지 여부 : 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결”, 판례연구 28집, 부산판례연구회(2017).

임소연, “사해행위에 의한 가등기가 부기등기로 이전된 경우 사해행위 취소의 피고적격과 원상회복 방법”, 강원법학 제50권, 강원대학교 비교법학연구소(2017).

진상범, “사해행위에 기한 가등기가 전득자에게 이전되어 본등기가 된 경우, 수익자에 대한 사해행위 취소 및 가액배상청구의 가부”, 민사재판의 제문제 26권, 한국사법행정학회(2018).

차문호, “계약의 해지에 대한 채권자취소소송 가능 여부 등”, 대법원판례해설 75호(2008. 12.).

홍승욱, “우리나라 가등기제도의 문제점과 개선방안”, 법과 정책 제18집 제1호, 제주대학교(2012).

Abstract

The Scope of Monetary Compensation in the  
Revocation and Restoration Claim of a Fraudulent  
Transfer, in a case where the Provisional Registration  
was completed by a Fraudulent Act and Transferred  
to a third party

Suh Jeongwon

In a case where a beneficiary's provisional registration was fraudulently established and subsequently transferred to a third party as an additional registration form, which later became perfected based on the provisional registration, Supreme Court of Korea held that, even if the beneficiary was in a position of being disqualified as a defendant in an ordinary claim for cancellation of the provisional registration, creditors could still seek the restoration of a fraudulent transfer as a way of monetary compensation. The Supreme Court reversed its previous decision that denied the restoration claim on the grounds of defendant's disqualification. The argument that the impossibility of returning the original real estate, due to the transferred and perfected registration, is insufficient to deny valued compensation. In this respect, the Court made a valid point. However, if a beneficiary, who was the previous holder of provisional registration and transferred the rights to a third party, is compelled to bear compensation liability equivalent to the value of the subject real estate solely due to the reason that the provisional registration itself cannot be removed, it may result in ordering restoration in

excess of the shortfalls of joint collateral. A provisional registration does not entail the effect of changes in real rights over immovables but serves only to preserve their priority. In addition to provisional registration for the purpose of reservation of sale, provisional registration for the purpose of collateral is frequently employed. In cases not covered by the Provisional Registration Collateral Act, the right of priority reimbursement in enforcement proceedings is not recognized even for collateral purposes. The determination of the beneficiary's monetary compensation should involve a detailed examination of the scope of joint collateral secured by the beneficiary in each case. In the present case, the beneficiaries were granted a priority mortgage at the time of the provisional registration, and the mortgage was canceled upon the completion of perfected registration. Consequently, it appears that the beneficiaries already received priority payment of the secured debt in the process of canceling the mortgage, so the liability for compensation should be recognized to the extent that the secured debt has been satisfied. Any amounts covered during this process shall be excluded from the calculation of compensation arising from the provisional registration. Furthermore, it should also be examined whether the sale contract that led to the perfected registration can be evaluated as an fraudulent act in its entirety.



---

▶ **Suh Jeongwon**

Fraudulent act, Restoration, Compensation of equivalent value, Provisional registration, Perfected registration