

우리나라 가등기제도의 문제점과 개선방안*

Problems and improvements of Korean provisional registration system

홍 승 옥**
Hong, Seung-Ok

목 차

- I. 서 론
- II. 가등기제도의 연혁
- III. 가등기제도의 현황과 문제점
- IV. 가등기제도의 개선방안
- V. 결 론

국문초록

우리나라의 가등기제도는 독일 제도의 일부를 도입한 일본의 제도를 그대로 도입하였다. 그리하여 판례와 학설상 많은 혼란을 거듭하였고, 변칙담보가 성행하여 이를 규제하기 위하여 가등기담보법이 제정되기에 이르렀다.

우리나라의 가등기제도는 입법상의 불비로 체계적인 해석이나 합리적인 운영에 많은 문제점이 야기되고 있다. 가등기의 효력과 관련한 현행법의 규정은 부동산등기법 제91조가 유일하고, 가등기 자체에 아무런 실체법적 효력이 없

논문접수일 : 2011. 12. 30

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

* 이 논문은 2010년 성균관대학교 대학원 박사학위 청구논문 '가등기제도에 관한 연구'에서 발췌, 수정 보완한 것임.

** 법학박사·서울고등법원 민사1과장

다고 하면서도 가등기의무자는 가등기가 경료된 부동산을 처분할 수 있고, 가등기권자가 가등기에 기한 본등기를 하면 제3취득자의 등기는 말소되나 그 효력에 있어서는 소급하지 아니하는 모순이 생긴다. 가등기에 기한 본등기 시 부동산등기법 제92조에 의하여 제3취득자의 등기를 직권말소 하는 등의 방법은 가등기권리자만을 보호하는데 치중한 것으로 가등기의무자의 처분권을 제한하고 제3취득자의 권리보호에 미흡하다.

가등기에 청구권보전의 실효를 거둘 수 있도록 하고, 논리가 일관되는 해석을 가능하게 하려면 독일 민법 제883조 제2항(청구권 보전의 효력과 물권적 효력)에 상당하는 규정을 도입할 필요가 있다.

그리고 가등기에 기한 본등기 이전에 제3취득자의 등기가 경료된 후 등기소에 본등기를 신청하는 경우, 제3취득자의 등기를 직권말소 할 것이 아니라, 독일 민법 제883조 제2항 이외에 동법 제888조 제1항 및 독일 부동산등기법 제19조에 상당하는 규정을 두어서 제3취득자에게 동의를 청구할 수 있게 하여야 할 것이다. 등기부 기재방식에 있어서도 가등기에 기한 본등기 시 우리나라의 통설, 판례가 취하는 물권변동불소급설과 일치시켜야 할 것이다.

또한, 가등기제도와 관련한 법 규정을 개정하면서 가등기담보법을 폐지함이 바람직할 것이다.

위와 같은 방법으로 가등기제도를 개선한다면, 가등기제도는 본래 목적의 가등기제도로 이용되어 가등기권리자의 이익을 보호하고 더 나아가 가등기의무자 뿐만 아니라 제3취득자의 이익보호의 균형과 공평을 실현할 수 있게 될 것이다.

주제어 : 가등기제도, 가등기의 효력, 가등기에 기한 본등기절차, 등기부 기재 방식, 가등기담보법의 폐지

1. 서론

가등기는 민법 제186조의 규정에 의한 물권변동의 효력은 없으나, 본등기를 하기 위한 실체법상 또는 절차법상의 요건이 완비되지 아니한 경우에 장래

필요한 요건이 구비된 때에 이루어질 본등기를 위하여 미리 '그 순위를 확보 하기 위하여 행하는 등기'를 말한다(부동산등기법 제88조). 따라서 가등기는 부동산물권변동을 일어나게 할 청구권을 가지는 자를 보호하기 위하여 인정 되는 일시적·예비적 보전수단의 등기이다.¹⁾ 그리고 가등기는 공시방법인 등기의 일종이므로 제3자에 대한 관계에 있어서는 경고적 의미를 가지는 등기이다.²⁾

우리의 가등기제도는 일본의 제도를 받아들였고, 일본은 독일의 가등기(Vormerkung) 제도를 참고로 하여 도입하였다.³⁾ 이때 일본은 독일 민법의 가등기에 관한 규정을 받아들이면서 실체법적 규정인 독일민법 제883조 내지 제888조 가운데 제883조 제1항·제3항만을 부분적으로 계수하였다.

우리나라의 가등기제도는 독일의 제도 중 일부를 계수한 일본의 제도를 그대로 받아들였다 할 것이다. 그리하여 가등기에 관한 실체법적 규정의 불비로 체계적인 해석이나 합리적인 운영에 많은 문제점이 야기되고 있다.⁴⁾

우리나라에서는 가등기의 실체법적 효력과 관련하여 2004년 '민법 개정법률안' 제187조의2⁵⁾의 규정에 대한 입법론이 국회에 상정되었다가 회기만료로 폐기되었다.⁶⁾ 그리고 판례로 인정되고 있던 '가등기 이후 등기의 직권말소'에 관

1) 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2002, 83면.

2) 末川 博, 「物權法」, 日本評論新社, 1961, 153面 : 柚木 馨, 「改訂民法(上卷)」, 青林書院新社, 1964, 219面.

3) 일본 不動産登記法の 입안자인 田部 芳이 가등기제도의 창설 이유에 관한 설명에서 일본의 가등기는 독일법을 모범으로 한 것이라고 하였다[日本學術振興會編, "不動産登記法案第二回議事筆記(1896. 2. 19)", 「法典調査會 不動産登記法案議事筆記」, 法務省民事局, 1939, 13~14面 참조].

4) 박윤직, "가등기제도-독일 및 일본의 제도와와의 비교·검토-", 「법학」, 제22권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1981, 2면.

5) 2004년 '민법 개정법률안' 제187조의2에 "가등기 후에 행하여진 목적물에 대한 처분은 그 가등기에 의하여 보전되어 있는 권리를 침해하는 한도에서 그 효력이 없다."라고 규정되어 있었다.

6) 우리나라 법무부에서는 반세기 동안 완고하게 굳어져 있던 민법이 현 시대에 맞게 리모델링에 들어간다고 한다. 제1차 연도에는 다수의 학계 및 실무계의 최고 전문가 37명으로 구성된 '민법개정위원회'를 출범하여 계약 및 법률행위 등 6개 분과위원회에 배치하고, 향후 4년에 걸쳐 우리 민법을 순차적으로 개정하기로 하였다고 한다 [법무부 홈페이지(<http://www.moj.go.kr>), 알림마당 2009. 2. 11.자 '50년만의 민법 리모델링!!' 참조].

한 규정이 2011. 4. 12. 부동산등기법 전부개정, 신설⁷⁾로 2011. 10. 13.자로 시행되고 있는데, 과연 이러한 부동산등기법 개정이 올바른 것인지 등이 의문이다.

그러므로 여기서는 가등기제도와 관련하여 그 연혁에 대하여 살펴보고, 이어서 우리나라 가등기제도의 현황과 문제점 및 개선방안에 대하여 고찰하고 입법론을 제시하고자 한다.

II. 가등기제도의 연혁

우리나라 가등기제도는 1912. 3. 18. 이른바 '제령' 제8호로 '조선부동산등기령'을 발표하여 일본의 不動産登記法の 의용에 의해 도입되었다.⁸⁾ 그 후 1960. 1. 1. 법률 제536호로 부동산등기령에 갈음하는 부동산등기법이 공포되어 현재 까지 시행되고 있다. 그러나 동법의 가등기에 관한 규정들은 그 전에 의용되었던 일본 不動産登記法の 규정과 거의 같다. 즉, 가등기에 관한 실체법적 규정이라 할 수 있는 우리 부동산등기법 제88조와 제91조는 일본 不動産登記法 제105조 제2호 및 제106조와 그 내용이 같다 할 것이다.⁹⁾

일본의 가등기제도는 1899년 不動産登記法을 제정할 당시 1895년의 독일 민법 제2초안에 의하여 신설된 독일의 가등기(Vormerkung)제도를 참고로 하여 도입하였다.¹⁰⁾ 이때 일본은 독일 민법의 가등기에 관한 실체법적 규정인 제

-
- 7) 부동산등기법 제92조(가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 가등기 이후 등기의 직권 말소) ① 등기관은 가등기에 의한 본등기를 하였을 때에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 가등기 이후에 된 등기로서 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 등기를 직권으로 말소하여야 한다. ② 등기관이 제1항에 따라 가등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 말소된 권리의 등기명의인에게 통지하여야 한다.
 - 8) '조선부동산등기령'은 가등기에 관한 규정을 두지 아니하였고, 동령 제1조에 "부동산에 관한 권리의 등기에 관하여는 본령 기타의 법령에 특별규정이 있는 경우를 제외하고는 不動産登記法에 의한다....(이하 생략)"라고 규정되어 있다. 그러므로 동령 제1조에 의하여 일본 不動産登記法の 가등기에 관한 규정이 의용되었다.
 - 9) 다만 우리 민법은 부동산물권변동에 관하여 형식주의 내지 등기주의를 취하고 있어서 일본 不動産登記法 제105조 제1호의 물권보전의 가등기가 불필요하여 이 규정을 도입하지 않은 것이 다름 뿐이라 할 것이다.
 - 10) 현재 독일에서의 판례 및 통설은 가등기를 등기부에서의 주석으로 평가하는 데는 소극적이

883조 내지 제888조 가운데 제883조 제1항·제3항만을 부분적으로 계수하여 이를 민법에 규정하지 아니하고 不動産登記法에 규정하였다.¹¹⁾

독일 민법의 가등기제도의 기원은 1783년 프로시아 저당법에서 비롯된 것으로, 부동산 비점유담보권을 공시하기 위한 제도로서 담보부가 도입되었고, 이어서 부동산소유권의 변동을 공시하는 기능도 가진 등기부가 채용되었다. 이러한 등기제도의 생성 및 발전에 수반하여 1895년의 독일 민법 제2초안의 확정으로 독일의 가등기제도가 도입되었다. 독일 민법에서 우리의 '가등기'에 상당하는 Vormerkung에 관한 규정은 제883조 내지 제888조의 6개조이다.¹²⁾

우리나라는 독일의 가등기제도의 일부를 계수한 일본의 제도를 그대로 받아들였다 할 것이다. 그래서 가등기제도의 해석, 운용에 많은 어려움이 있었다. 특히, 가등기의 효력에 관한 규정은 부동산등기법 제91조뿐이어서 판례와 학설상 많은 혼란을 거듭해 왔다.¹³⁾ 그러던 중 1962년 대법원은 '소유권이전 청구권 가등기에 기한 본등기시 가등기 이후의 제3취득자의 등기를 직권말소'

며, 그 보전수단으로서의 특징에 착안하고 있다(BGHZ 25, 23 : 28, 185f. : 57, 342f. : 60, 49 참조 : Dieter Medicus, "Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde", *Archiv für Civilistische Praxis*, 163, Mohr Siebeck, 1964, S. 4 : Claus-Wilhelm Canaris, *Bürgerliches Recht : Das parzellierte Grundstück*, Berlin : Bertelsmann, 1969, S. 81). 즉, 가등기는 대상이 되는 청구권에 대하여 특정한 물권적인 효과를 부여하여 결과적으로 그 청구권으로 하여금 물권적인 성질을 띠게 하는 특수한 보전수단으로 본다. 가등기는 채권적 청구권을 사후의 처분으로부터 보호하는 제도이다. 즉, 가등기는 대상이 되는 청구권에 대하여 물권적인 효과를 부여하는 것이며, 그러므로 물권과 채권이 혼합된 제도라고 평가하고 있다 (Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, *Sachenrecht, 18. Auflage*, München : Beck, 2009, S. 253).

- 11) 독일과 일본의 가등기제도에 관하여는 鈴木祿彌, 「抵當制度の研究」, 一粒社, 1968, 326면 이하 등을 참조.
- 12) 독일 민법이 가등기의 효력에 관하여 상세한 규정을 둔 것은 "단지 순위보전의 효력 규정 만으로는 소유권이전청구권보전 가등기 후 당해 부동산이 제3자에게 양도된 경우를 충분히 설명할 수 없고, 또한 가등기에 기한 본등기의 등기의무자가 도대체 누구인지를 결정할 수 없다는 점, 더군다나 본등기절차를 정하는 것은 불가능하다."고 보았기 때문이다[吉野 衛, "假登記の一考察(1)-不動産登記法第105條との關係を中心として", 「判例時報」, 404号, 判例時報社, 1965, 65面].
- 13) 일본은 이를 해결하기 위하여 1960년 일본 不動産登記法 개정 시에 제109조를 삽입함으로써 소유권에 관한 가등기에 기한 본등기절차에 관한 문제를 입법적으로 해결하였다고 한다 (内海 一, 「假登記制度に關する實證的研究-假登記の理論と實務-」, 法務研究報告書(第46集 第7號), 法務總合研究所, 1961, 246面). 그러나 이 규정은 절차상의 난점을 해소하는 것에 불과하여 가등기에 관한 문제를 철저히 해결하지 못하였다는 평가를 받고 있다(吉野 衛, 상계논문, 67面 : 幾代 通, 「登記請求權」, 有斐閣, 1979, 127~128面 등).

한다고 판시하였고,¹⁴⁾ 그 후 하나의 판례이론으로 굳어져 일관된 입장을 취하고 있다.¹⁵⁾ 그리고 담보가등기 등 변칙담보가 성행하여 이를 규제하기 위하여 1983년 가등기담보등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)이 제정되었는데, 이러한 담보가등기의 출현으로 판례에 의하여 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기 시 중간처분의 등기를 일률적으로 직권말소 할 수 없는 경우가 생기게 되었다.¹⁶⁾ 위와 같이 판례로 인정되고 있던 '가등기 이후 등기의 직권말소'에 관한 규정이 2011. 4. 12. 부동산등기법의 전부개정, 신설로 2011. 10. 13.부터 시행되고 있다.

Ⅲ. 가등기제도의 현황과 문제점

1. 현황

우리나라의 가등기에는 부동산물권변동에 관한 청구권을 확보 내지 보전하는 가등기와 채권확보를 위하여 담보목적으로 하는 담보가등기가 있으며, 후자를 규율하는 법으로 '가등기담보법'이 있다.

우리나라는 가등기에 관하여 민법에 규정하지 않고, 부동산등기법에 제88조 내지 제93조의 6개조를 두고 있다. 이들 규정 중 실체법적 규정은 제88조와 제91조뿐이고 나머지는 모두 절차법적 규정이다.

가등기의 효력과 관련하여 부동산등기법 제91조 1개 조항뿐이고, 가등기 자체에 아무런 실체법적 효력이 없다고 하면서 가등기의무자는 가등기가 종료되어 있는 부동산을 처분할 수 있고, 그 후 가등기권자가 가등기에 기한 본등기를 하면 제3취득자의 등기는 말소되나 그 효력에 있어서는 소급하지 아니

14) 대법원 1962. 12. 24.자 4294민재항675 결정.

15) 대법원 1963. 7. 25. 선고 63다53 판결, 대법원 1963. 9. 26. 선고 63다447 판결, 대법원 1965. 4. 28.자 65마219 결정, 대법원 1979. 9. 27.자 79마222 결정, 대법원 1981. 10. 6.자 81마140 결정, 대법원 2010. 3. 19.자 2008마1883 결정 등.

16) 김영희, "가등기제도-가등기에 의한 본등기 시 중간처분등기의 직권말소와 가등기의 청구권보전의 효력을 중심으로-", 「비교사법」 제7권 제1호, 한국비교사법학회, 2000, 270면.

하는 모순이 생긴다.

판례로 인정되고 있던 '가등기 이후 등기의 직권말소'에 관한 규정이 2011. 4. 12. 부동산등기법의 전부개정으로 동법 제92조(가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 가등기 이후 등기의 직권말소)에 신설되어 2011. 10. 13.부터 시행되고 있다.

소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기 시 우리나라의 통설,¹⁷⁾ 판례¹⁸⁾는 가등기의 순위만이 소급하고 중간처분의 실효는 소급하지 아니한다는 물권변동불소급설을 취하고 있는데, 등기부 기재방식은 제3취득자의 등기를 직권말소 하여 물권변동소급설과 같은 방식을 취하고 있다.

가등기는 등기절차가 비교적 간편하고(부동산등기법 제89조, 제90조), 비용이 적게 드는 관계로(지방세법 제131조 제1항 제7호) 실제 거래에서 많이 이용되고 있는데,¹⁹⁾²⁰⁾ 담보가등기는 최근 사적 청산절차의 번잡성 등의 이유로 거의 이용되지 않고 있다.²¹⁾

2. 문제점

우리나라의 가등기제도에 있어서 가등기의 효력과 가등기에 기한 본등기절

- 17) 박윤직, 「물권법[민법강의Ⅱ]」, 박영사, 2005, 113면 ; 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2009, 196면 ; 김중환, 「물권법(민법강의Ⅱ)」, 박영사, 1983, 98면 ; 김현태, 「신물권법(상)」, 일조각, 1975, 101면 ; 오시영, 「물권법」, 학현사, 2009, 133면 ; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009, 247~248면 ; 지원림, 「민법강의(제8판)」, 홍문사, 2010, 513면 ; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2010, 245~246면 ; 김숙자, “가등기에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 1983, 64~65면.
- 18) 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3117 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결, 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결 등.
- 19) 윤철홍, 「물권법강의」, 박영사, 1998, 68면.
- 20) 우리나라 2009. 1.~2009. 12. 부동산등기건수 합계 10,425,424건(17,857,017개) 중 가등기 및 가등기이전 건수는 49,054건(93,076개)으로(법원행정처, 2010 사법연감, 법원행정처, 2010, 966면), 부동산등기 총 건수 중 가등기 및 가등기이전 사건이 차지하는 비중은 건수 대비 약 0.47%(개수 대비 0.52%)이다.
- 21) 우리나라의 2007년부터 2009년까지 3년간 담보가등기 신청건수는 한 건도 없고, 담보가등기이전 건수(개수)는 2007년 17건(21개), 2008년 17건(25개), 2009년 10건(12개)이며, 저당권설정가등기 신청건수 및 이전 건수는 한 건도 없다[2010. 12. 1.자 정보공개청구(법원행정처 종합민원과-968)에 대한 공개내용임].

차 등에 대한 적절한 법 규정이 미비한 것은 아닌가라는 문제 등에 대하여 의문이 제기된다.

가. 가등기의 효력에 관한 문제

(1) 순위보전의 효력

가등기의 순위보전의 효력은 “본등기를 하기까지 어느 정도의 시일을 요하는 경우에 임시로 등기를 함으로써 우선적 순위를 취득하기 위한 목적으로” 만들어진 가등기제도의 입법취지²²⁾로 보아도 명백한 것이지만, “본등기의 순위는 가등기의 순위에 따른다”는 것이 어떠한 이유로 그런 효과가 발생하는 것인지, 환언하면 순위보전의 효력의 실질적인 내용이 무엇인지는 부동산등기법 제91조만으로는 분명하지 아니하여 해석상 논란이 있어 왔다. 결국, 이것은 가등기에 기하여 본등기가 행하여졌을 때 물권변동의 효력(구법상으로는 그 대항력)을 가등기 당시로 소급할 것인가의 문제이다.

저당권 등 제한물권설정 가등기 이후에 저당권설정이 되고 후일 가등기에 기한 본등기가 경료되는 경우에 동법 제91조의 순위보전의 효력에 의하여 후 순위보다 선순위 저당권 등 제한물권이 되므로 문제가 없다. 그러나 소유권이 전청구권 가등기 이후에 제3자에게 소유권이전이나 저당권설정의 중간처분이 있는 경우에는 문제이다. 이와 관련하여 가등기에 기하여 본등기를 한 때에는 물권변동의 효력이 소급하지 아니하고, 본등기의 순위만이 가등기 당시로 소급한다는 물권변동불소급설이 우리나라의 통설²³⁾·판례²⁴⁾이다. 이 설에 의하

22)鈴木敬親編,「不動産登記法案參考書(法典修正案理由書)」,法典質疑會,1898,2面.

23)곽윤직, 전계서, 113면 : 김상용, 전계서, 196면 : 김증한, 전계서, 98면 : 김현태, 전계서, 101면 : 오시영, 전계서, 133면 : 이영준, 전계서, 247~248면 : 지원립, 전계서, 513면 : 홍성재, 전계서, 245~246면 : 김숙자, 전계논문, 64~65면 : 또한, 일본의 통설이다[幾代通(德本伸一補訂),「不動産登記法(第4版)」,有斐閣,1994,467面 : 杉之原舜一,「不動産登記法(新版)」,一粒社,1973,123面 : 川島一郎,“假登記の效力”,「新版注釋民法(6) : 物權(1)物權總則」(舟橋鐔一=德本鎮編),有斐閣,613面 : 香川保一,“新不動産登記法逐條解說(81)”,「登記研究」706号,テイハン,2006,26面 등].

24)대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3117 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결, 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결 등.

면, 가등기 후 본등기 전에 본등기에 저촉되는 중간처분은 그 저촉의 범위에서 효력을 잃거나 후순위가 된다.²⁵⁾ 이에 대한 이론적 근거로 법의 기술적 순위조작을 들고 있다. 그러나 이는 권리의 실질적인 내용에 의한 논리적인 결과라기보다는 순위관계에 의하여 권리의 실효를 강요당하는 결과가 된다 할 것이므로 중간처분의 실효를 이론적으로 설명하기가 곤란하다.²⁶⁾

순위관계(Rangverhältnis)는 동일한 부동산에 존재하는 수 개의 권리 간의 관계를 규정하는 것으로, 권리의 법적 유효성을 결정하는 것이 아니라 권리의 경제적 가치를 결정한다.²⁷⁾ 즉, 순위관계는 부동산의 강제집행 시에 수 개의 권리가 실현되는 순서를 규정하는 것으로 후순위의 권리는 선순위 권리보다 경제적 가치의 만족에서 높은 위험성을 가지는 것으로,²⁸⁾ 후순위 권리의 유효성 여부와 관계가 없다. 그러므로 어떤 등기에 의하여 등기된 다른 권리가 침해된다고 하는 문제는 실질적으로 순위와 관계가 없으며, '순위'는 권리의 실체법적인 유효성 판단기준이 아니므로 권리의 유효성 여부는 다른 법적 규정에 의하여 이루어진다. 부동산등기법 제91조는 가등기에 의하여 보전된 권리의 순위만을 언급한 것으로서 순위관계가 성립하는 권리에 관하여만 적용된다 할 것이다.²⁹⁾ 순위관계는 동일한 부동산에 설정된 수 개의 제한물권 간에만 성립하며,³⁰⁾ 소유권 자체는 제한물권과 순위관계에 있지 아니하고 소유권의 순위능력도 부인되기 때문에,³¹⁾ 소유권이전청구권보전 가등기에도 순위보전의 효력이 없다고 할 것이다.³²⁾

25) 권 성, 「가등기·대물변제」, 박영사, 2010, 161면 : 김증한, 전게서, 98면 : 박경량, 「가등기」, 「사법행정」 제31권 제6호, 한국사법행정학회, 1990, 80면 : 윤철홍, 전게서, 68면 : 대법원 1966. 5. 24. 선고 66다485 판결, 대법원 1970. 3. 10. 선고 69다1699 판결 등이 있다.

26) 권 성, 전게서, 167면 : 엄영진, 「가등기의 효력에 관한 고찰」, 「고시연구」 제17권 제6호, 고시연구사, 1990, 52면 참조.

27) Astrid Stadler, "Der Rang im Immobiliarsachenrecht-ein noch immer ungelöstes Problem?", *Archiv für Civilistische Praxis*, 189, Mohr Siebeck, 1989, S. 427.

28) 김영희, 「가등기의 효력」, 「법학논집」, 이화여자대학교 법학연구소, 2000, 111면.

29) KG, JFG 8, 318.

30) Stadler, a. a. O., 432, 433.

31) BGH DNotZ 1971, 411, 413 : Stadler, a. a. O., S. 432.

32) BGB-RGRK Augustin §883 Rn. 107 : 독일에서는 소유권의 순위능력을 부인하는 것이 지배적인 견해이다.

부동산등기법 제91조는 가등기에 기한 본등기의 순위만을 언급하고 있고 중간처분의 실효에 대해서는 아무런 언급이 없다.³³⁾ 소유권이전청구권 가등기 후 본등기 전에 행하여진 중간처분이 본등기된 권리에 저촉되는 범위 내에서 그 효력이 상실된다고 하는 것은 가등기 자체에 어떤 실체법적 효력이 있기 때문이라 할 것이다. 그러므로 가등기 후 중간처분이 있는 경우에는 동법 제91조의 순위보전의 효력이 적용되지 않는다 할 것이다.³⁴⁾ 가등기 자체에 어떠한 실체법적 효력을 인정함으로써 중간처분의 실효를 논리적으로 설명할 수 있도록 하기 위해서는 현행법 개정이 필요하다 할 것이다.

(2) 청구권보전의 효력

가등기의 효력에 관하여 우리 민법에는 아무런 실체적 규정이 없고 부동산등기법에 규정되어 있을 뿐이다. 가등기의 본체적 효력은 본등기의 순위를 보전하는데 있는 것이고, 본등기가 없는 한 가등기 자체로서는 아무런 실체법상의 효력도 없다는 것이 우리나라의 다수설³⁵⁾과 판례³⁶⁾의 입장이다.

따라서 가등기가 경료되어 있다 하더라도 가등기 자체만으로는 물권변동의 효력이 발생하지 아니하므로, 가등기의무자는 여전히 소유자로서 목적물을 유효하게 제3자에게 처분할 수 있다.³⁷⁾ 이것은 결국 소유권이전청구권 가등기 후에 행한 가등기의무자의 중간처분은 가등기권리자의 청구권을 침해하는 한도에서 효력이 없다고 하여야 할 것이므로 다수설, 판례는 전후 모순을 범하고 있다.

가등기는 그 자체만으로는 아무런 실체법적 효력이 없다고 하면서, 한편으로 가등기권자는 제3자의 등기 후에도 본등기를 할 수 있고, 또한 그 본등기에 저촉되는 제3자의 등기를 말소시킬 수 있다는 것은 모순이며, 따라서 가등

33) 김영희, 전계논문, 114면.

34) 김영희, 상계논문, 112면.

35) 권용우, 「물권법」, 법문사, 2000, 130면 : 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1993, 150면 : 김증한, 전계서, 99면 : 김증한/김학동, 「물권법」, 박영사, 1997, 106면 : 김현태, 전계서, 102면 : 오시영, 전계서, 134면 : 이영준, 전계서, 248면 : 홍성재, 전계서, 245면 등.

36) 대법원 1966. 5. 24. 선고 66다485 판결, 대법원 1970. 3. 10. 선고 69다1669 판결.

37) 박윤직, “가등기의 효력”, 「현대민법학의 제문제(청헌 김증한 박사 화갑기념논문집)」, 박영사, 1981, 150면 : 김숙자, 전계논문, 66면.

기는 가등기인 채로 어떠한 실체법적 효력이 있다고 하여야 할 것인데, 그 효력이 바로 청구권보전의 효력이라고 한다.³⁸⁾

(3) 물권적 효력

우리나라에서는 가등기의무자가 파산한 경우에도 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제331조 제1항에 가등기권리자가 파산관재인에 대하여 본등기절차의 이행을 청구할 수 있는 규정을 두어 가등기권리자에게 물권과 마찬가지로의 효력을 인정해 주고 있는데, 경매절차나 상속인의 한정승인의 경우에는 이와 관련한 아무런 규정을 두지 아니하여 문제가 있다.

즉, 우리 대법원판례³⁹⁾는 강제경매 시 가등기권리자는 민사집행법 제90조 및 제268조의 이해관계인에 해당하는가에 대하여 이를 부인하고 있다. 아울러 저당권설정청구권 가등기에 의한 가등기권리자는 담보권실행 등을 위한 경매절차에서 경매실시의 결과 자기의 권리가 상실되어 가등기의 말소등기촉탁이 되고(민사집행법 제144조) 매각대금으로부터 우선배당을 받을 수 없다.⁴⁰⁾

나. 가등기에 기한 본등기절차에 관한 문제

(1) 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기절차

우리나라는 대법원 판례⁴¹⁾에 의하여 '소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기의 경우에 등기관이 (구)부동산등기법 제175조 제1항 및 제55조 제2호(현행 제58조 제1항 및 제29조 제2호)에 의하여 가등기 이후의 제3취득자의 등기를 직권말소'하였다.⁴²⁾ 그런데, 2011. 4. 12. 현행 부동산등기법의 전부 개정으로

38) 박윤직, 전게서, 115면 : 박윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998, 328~329면 및 447~449면 : 김상용, 전게서, 199면.

39) 대법원 1965. 2. 3.자 64마958 결정 : 대법원 1965. 9. 30.자 65마811 결정

40) 일본은 가등기된 저당권에 관하여 본등기 된다면 배당되어야 할 배당액에 상당하는 금액을 매각대금에서 공탁하고(日本民事執行法 제91조 제1항 제5호, 제188조에 의한 준용 등), 그 가등기에 기한 본등기를 할 수 있는 증명이 있는 때에는 그 가등기된 담보권자에게 당해 공탁금이 교부된다(동법 제92조 제1항).

41) 대법원 1962. 12. 24.자 4294민재항675 결정.

42) 판례는 가등기에 기한 본등기를 한 경우에 등기관이 가등기 이후에 한 제3취득자의 등기를

‘가등기 이후 등기의 직권말소’에 관한 규정이 부동산등기법 제92조에 신설되어 2011. 10. 13.부터 시행되고 있다.

부동산등기법 제29조 제2호에서 말하는 ‘사건이 등기할 것이 아닌 경우’라는 것은 등기신청 당시를 기준으로 하는 것이고,⁴³⁾ 등기를 완료한 후의 사정에 의하여 등기할 것이 아닌 때에 해당한다고 해서 직권으로 말소할 수는 없을 것이다.⁴⁴⁾ 이와 같은 방식은 법적 근거가 없는 것이고, 이는 가등기권리자의 이익만을 지나치게 보호하는 결과가 되어 제3자의 보호를 소홀히 하게 된다.

또한, 가등기의 효력과 관련하여 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기시 우리나라의 통설⁴⁵⁾·판례⁴⁶⁾는 물권변동불소급설을 취하고, 등기부 기재방식은 물권변동소급설과 같은 방식을 취하고 있다 할 것이어서, 위 통설, 판례와 등기부의 기재방식은 일치하지 아니하고 서로 모순된다 할 것이다. 이에 반하여 독일의 등기부 기재방식은 물권변동불소급설과 같은 방식을 취하고 있다 할 것이다.⁴⁷⁾

(2) 소유권 이외의 권리에 관한 가등기에 기한 본등기절차

직권말소 하도록 하고 있는 반면, 확실은 먼저 가등기에 기한 본등기를 한 다음, 제3취득자의 등기를 말소하여야 한다는 견해, 제3취득자의 등기를 먼저 말소하고 가등기에 기한 본등기를 하여야 한다는 견해 및 가등기에 기한 본등기와 제3취득자 등기의 말소를 동시에 하여야 한다는 견해 등이 있다.

43) 대법원 1972. 11. 29.자 72마766 결정.

44) 박윤직, “가등기제도-독일 및 일본의 제도와 비교·검토-”, 『법학』 제22권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1981, 33면 ; 김영희, “가등기제도-가등기에 의한 본등기 시 중간처분등기의 직권말소와 가등기의 청구권보전의 효력을 중심으로-”, 『비교사법』 제7권 제1호, 한국비교사법학회, 2000, 272면.

45) 박윤직, 『물권법[민법강의Ⅱ]』, 박영사, 2005, 113면 ; 김상용, 전제서, 196면 ; 김숙자, 전제 논문, 64~65면 ; 김중환, 전제서, 98면 ; 김현태, 전제서, 101면 ; 오시영, 전제서, 133면 ; 이영준, 전제서, 247~248면 ; 지원립, 전제서, 513면 ; 홍성재, 전제서, 245~246면.

46) 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3117 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결, 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결 등.

47) 독일은 저장권설정청구권가등기는 제3구간의 등기사항란의 좌측에 기입하고 그 우측에는 본등기를 하기 위한 여백을 남겨두고, 장래 본등기를 한 경우에는 이 여백에 기입한다. 그러나 소유권이전에 관한 가등기는 제2구간 용지의 등기사항란에서 이루어지고, 그 본등기는 제1구간 용지의 등기사항란에서 이루어지기 때문에, 제2구간 용지에서 이루어진 가등기의 부분에는 여백을 남겨두지 아니한다(§19 Abs. 1 GBV).

저당권 등 제한물권설정청구권 가등기에 기한 본등기 시 후순위 저당권설정이나 제3취득자의 등기가 있는 경우에 가등기의 순위번호를 사용하여 본등기의 기재를 하면 될 것인데(부동산등기규칙 제146조), 이때 누구를 등기의무자로 할 것인지와 제3취득자의 등기는 어떠한 방법으로 할 것인지가 문제이다. 이와 관련하여 우리 대법원판례는 아직 나타나 있지 않다.

다. 담보가등기에 관한 문제

가등기제도가 비전형담보 내지 변칙담보로 이용되고 이로 인하여 채권자의 폭리가 사회문제로 대두되어 이를 규제하고 채무자를 보호하기 위하여 1983. 12. 30. 법률 제3681호로 가등기담보법이 제정·시행되었는데, 담보가등기는 사적 청산절차의 번잡성 등의 이유로 최근 거의 이용되지 않고 있다.⁴⁸⁾ 그리고 담보가등기를 이용하게 되면 청산절차를 거쳐야 하는 불편함 때문에 담보목적의 가등기를 할 때에 소유권이전청구권 가등기를 해 두었다가 그 부동산이 경매되면 배당절차에서 담보가등기라고 하며 배당을 받는 것이 현재의 실정이다. 그러므로 담보가등기제도는 문제가 있다 할 것이다.

IV. 가등기제도의 개선방안

이상에서 언급한 우리나라 가등기제도의 문제점을 중심으로 가등기제도의 개선방안에 대하여 고찰하고, 입법안을 제시하고자 한다.

1. 가등기의 효력

가. 청구권보전의 효력

48) 우리나라의 2007년부터 2009년까지 3년간 담보가등기 신청건수는 한 건도 없고, 담보가등기이전 건수(개수)는 2007년 17건(21개), 2008년 17건(25개), 2009년 10건(12개)이다[2010. 12. 1.자 정보공개청구(법원행정처 종합민원과-968)에 대한 공개내용임].

가등기의 효력의 내용이 어떠한 것인가에 관한 통설⁴⁹⁾·판례⁵⁰⁾는 물권변동 불소급설을 취하고 있는데 이에 의하면, 등기의 효력발생시기와 등기의 순위가 괴리되는 현상이 생기게 되어 법의 기술적 순위조작에 의하여 권리의 실효를 강요하는 것이 되어 논리의 기초를 결한다 할 것이다.⁵¹⁾ 그러므로 이 설은 결함이 있다 할 것이므로 이를 극복하기 위해서는 가등기 자체에 어떠한 실체적 효력을 인정하여야 할 것인데, 그 효력은 청구권을 보전하는 한도에 국한하는 '상대적 무효'의 효력을 부여하는 것이 가장 합리적이라 할 것이지만,⁵²⁾ 현행 법의 해석으로는 불가능하다고 할 것이므로 새로운 입법이 요구된다.

이 점에 관하여 우리 법이 독일 민법 제883조 제2항 '가등기 후에 그 부동산이나 권리에 관하여 한 처분은 청구권을 침해하는 한도에서 효력이 없다'라는 핵심적인 조항을 누락하여 계수하였기 때문이라고 한다.⁵³⁾ 그리하여 현행 법의 해석으로는 부동산등기법 제91조가 독일 민법 제883조 제2항과 제3항을 합한 규정으로 보아, 이 규정이 가등기의 순위보전의 효력에 관한 실체법적인 규정이 될 수밖에 없다고 해석해야 한다는 견해⁵⁴⁾가 있다. 그러나 위 조문에는 중간처분이 실효된다는 아무런 규정이 없으므로 위 조문을 근거로 한 이러한 해석은 무리라 할 것이며, 이는 입법의 미비로 인한 것이라고 생각한다.

가등기의 효력과 관련하여 독일 민법 제883조 제2항을 참고로 하여 부동산 등기법 제88조에 규정하자는 견해가 있고,⁵⁵⁾ 이를 실체법인 민법 제187조의2

49) 박윤직, 전게서, 113면 : 김상용, 전게서, 196면 : 김중환, 전게서, 98면 : 김현태, 전게서, 101면 : 오시영, 전게서, 133면 : 이영준, 전게서, 247~248면 : 지원림, 전게서, 513면 : 홍성재, 전게서, 245~246면 : 김숙자, 전계논문, 64~65면.

50) 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3117 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결, 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결 등.

51) 박경량, 전계논문, 80면.

52) 독일에서는 가등기의무자가 가등기를 행한 뒤에 그 가등기의 목적인 토지 또는 부동산물권을 가등기에 반하여 제3자에게 처분한 경우 그 처분은 누구에 대하여도 유효하지만, 가등기권리자에 대하여만은 무효인 상대적으로 무효라는 방법을 선택하였다(독일 민법 제883조 제2항)(Baur/Stürner, a. a. O., S. 261.). 이 가등기의 효력을 처분보전의 효력(청구권보전의 효력)이라 한다(大場浩之, "ドイツにおける假登記(Vormerkung)についての考察(5)-不動産物權變動との關係を中心に-", 『早稻田法學』 83卷 1號, 早稻田大學法學會, 2007, 82面).

53) 자세한 내용에 대하여는 박윤직, 전계논문, 1면 이하 참조.

54) 양승태, "가등기와 본등기의 관계", 『판례자료』 제43집 [등기에 관한 제문제(상)], 법원행정처, 1988, 679면 이하.

에 신설하자는 견해⁵⁶⁾가 있다. 가등기의 효력에 관한 실체법적 규정을 신설하는데 있어서 이를 절차법인 부동산등기법에 규정할 것이 아니라 실체법인 민법에 규정해야 한다고 보는데, 민법개정 특별분과위원회의 개정시안과 같이 민법 제187조의2(가등기의 효력)에 규정할 것이 아니고, 민법 제186조의2(가등기의 요건과 효력)로 옮기는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고 동조 제2항에 “가등기 이후에 부동산 또는 권리에 대하여 행하여진 처분은 제1항의 청구권을 침해하는 한도에서 효력이 없다. 그 처분이 강제집행 또는 가압류에 의하여 행하여지거나 파산관재인이 이를 행한 경우에도 또한 같다.”로 신설 규정하고, 제1항에는 “부동산등기법 제88조의 규정”을, 제3항에는 “부동산등기법 제91조의 규정”을 각 옮겨서 규정하는 것이 적합하다고 생각한다.⁵⁷⁾

나. 물권적 효력

우리나라는 파산절차에서는 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제331조 제1항의 규정을 두어, 가등기권리자는 채무자(가등기의무자)의 파산선고에 관계없이 피보전청구권의 이행을 요구할 수 있다.⁵⁸⁾ 그러나 경매절차나 상속인의 한정승인의 경우에는 가등기권리자를 보호하는 아무런 규정이 없다.

독일에서는 파산절차나 강제집행 등의 절차에서 가등기권리자에게 물권과 마찬가지로 보호를 해 주고 있는데,⁵⁹⁾ 우리나라도 독일과 같이 경매절차나 상속

- 55) 이 견해는 독일 민법 제883조 제2항을 참고로 하여 현행 부동산등기법 제88조(구법 제3조)의 규정을 제1항으로 하고, “가등기 후에 한 일체의 처분은 전항의 청구권을 침해하는 범위에서 효력이 없다.”는 규정을 제2항으로 신설할 것을 제안한다[곽윤직, 전계논문, 33면 : 김숙자, 전계논문, 204면] : 그러나 곽윤직, 전게서, 115면 및 김증한, 전게서, 99면은 현행법의 해석론에 의하여도 상대적 무효를 인정할 수 있는 것으로 설명하고 있다.
- 56) 가등기의 효력에 관하여 상대적 무효의 효력을 인정하는 실체법적 근거규정을 두자는 견해도 있다. 이러한 취지에서 민법에 “제187조의2(가등기의 효력) 가등기 이후에 이루어진 목적물에 대한 처분은 그 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 한도에서 효력이 없다.”는 규정을 신설하자고 한다[이은영, “물권법 개정안에 관한 주제발표”, 「민법(재산편)개정 공청회」, 법무부, 2001, 84면].
- 57) 홍승욱, “가등기제도에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 2010, 197면.
- 58) 박경량, 전계논문, 82면 : 법원행정처, 「부동산등기실무[Ⅲ]」, 법원행정처, 2007, 372면.
- 59) 가등기의무자가 파산한 경우에도 가등기권리자가 파산관재인에 대하여 피보전청구권의 실현을 요구할 수 있는 효력이 있는데, 이를 만족적 효력(프리트츠·파울 교수에 의하여 이 효

의 한정승인의 경우에도 가등기권리자에게 물권과 마찬가지로 보호를 해 주어야 한다고 생각한다.⁶⁰⁾

즉, 경매절차에서 가등기가 신청채권자의 권리보다 후순위인 경우에 가등기는 소멸하여 문제가 있다 할 것인데, 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 독일 민법 제883조 제2항 2문과 같은 규정을 두는 이외에 독일 강제경매법 제91조, 제92조 제1항에 상당하는 규정을 두어 매각대금에 대한 보상청구권을 가지게 하여야 하고, 독일 민법 제882조에 상당하는 규정을 우리 민법 제186조의5(가액상환의 최고액)에 “부동산에 설정된 권리에 대하여 강제경매에 관한 규정에 따라 매각으로 인하여 소멸한 경우에 권리자에게 매각대금으로 가액을 상환하여야 하는 때에는 그 상환의 최고액을 정할 수 있다. 이 최고액을 정한 때에는 등기부에 등기를 하여야 한다.”라고 신설할 필요가 있다고 생각한다.

아울러 독일 강제경매법 제9조 제1항 제1호에 상당하는 규정을 두어 가등기권리자에게 이해관계인으로서의 모든 권한을 인정해 주어야 할 것이며, 독일 강제경매법 제48조와 같은 규정을 두어 경매절차에서 가등기에 의해 보전된 권리는 본등기된 권리와 마찬가지로 취급하여야 한다고 생각한다.

또한, 가등기의무자가 사망하여 상속인이 한정승인을 하였을 경우에 가등기권리자를 보호할 필요가 있으므로, 이러한 내용을 규정하고 있는 독일 민법 제884조와 같은 규정을 우리 민법 제186조의 3(상속인의 책임)에 “청구권이 가등기에 의하여 보전된 경우에, 의무자의 상속인은 그의 책임의 제한을 주장하지 못한다.”라고 신설하여야 한다고 생각한다.

2. 가등기에 기한 본등기절차

가. 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기절차

력을 ‘만족적 효력’이라고 명명하였다) 또는 물권적 효력이라고 한다[石川 清, “ドイツ土地登記法30講(11) 第11講 假登記と異議登記”, 「登記研究」 663號, テイハン, 2003, 92面].

60) 홍승욱, 전계논문, 197~199면 참조.

소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기시 물권변동의 효력이 가등기 당시로 소급하지 아니하고 본등기 시부터 발생한다고 하면서, 부동산등기법 제92조에 의하여 제3취득자의 등기를 직권말소 하고 있다. 이는 그 법적 근거의 면에서 보나 제3취득자 보호의 면에서 보아 부당하다 할 것이다. 등기부에는 부동산에 관한 물권변동사항을 순차적으로 기재하여야 하는데, 소유권이전청구권 가등기 이후 제3취득자의 등기를 직권말소 한다면 등기부상의 연속성은 단절될 것이다. 즉, 제3취득자는 부동산의 소유자로서 그 부동산을 배타적으로 지배하다가 가등기에 기한 본등기를 하였다고 하여 직권말소 된다는 것은 논리적 모순이다.

앞에서 논한 바와 같이 입법으로 독일 민법 제883조 제2항과 같은 청구권 보전적 효력을 인정하게 된다면, 가등기권리자는 가등기의무자에게 본등기청구를 할 수 있게 된다. 그러나 이때 중간처분이 있는 경우에 가등기권리자가 가등기의무자와 함께 본등기신청을 한다면, 등기명의인이 제3취득자로 되어 있으므로 부동산등기법 제29조 제6호의 신청서에 기재된 등기의무자의 표시가 등기부와 일치하지 아니한 경우에 해당하게 되어 그 본등기신청은 각하를 면할 수 없을 것이다. 독일 민법 제883조 제2항의 상대적 무효는 단지 실체법상 효력이 있는 것이며 절차법인 부동산등기법은 이러한 상대적 무효에 의하여 영향을 받지 않는다.⁶¹⁾ 또한, 가등기가 본등기로 고쳐지려면 가등기 후 본등기를 취득한 정당한 보호이익을 가진 제3자로 하여금 자기의 이익을 위하여 항변할 기회를 부여하여야 할 것이다.⁶²⁾ 그러므로 가등기에 기한 본등기 이전에 제3취득자의 등기가 경료된 후 등기소에 본등기신청을 하려면, 최근 부동산등기법 전부 개정에 의하여 신설된 동법 제92조(가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 가등기 이후 등기의 직권말소)의 규정을 폐지하고, 독일 민법 제883조 제2항 이외에 동법 제888조 제1항 및 독일 부동산등기법 제

61) 제3취득자의 가등기권리자에 대한 등기나 등기말소에 대한 동의는 실체법상의 의미가 있는 것이 아니라 절차법상의 의미만 있다[BGHZ 49, 263, 266f. : Claus-Wilhelm Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, in : *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, 12. September 1978, Köln : Werner, 1978, 371, 382 ; Canaris, a. a. O., S. 82].

62) 홍성재, 전제서, 248면 : 최종길, "가등기의 효력", 『고시계』 제12권 제5호, 국가고시학회, 1967, 17면.

19조에 상당하는 규정을 두어야 할 것이라고 생각한다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 즉, 우리 민법 제 186조의4(가등기권리자의 동의청구권)에 “등기된 권리 또는 그러한 권리에 대한 권리의 취득이 가등기권리자에 대하여 무효인 경우에 그는 그 한도에서 취득자에 대하여 가등기에 의하여 보전된 청구권의 실현을 위하여 필요한 등기 또는 말소등기에 대한 동의를 청구할 수 있다.”라는 규정과, 부동산등기법 ‘제6관(가등기)’에 “가등기에 기한 본등기는 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에 제3자의 승낙이 있는 때에 한하여 신청할 수 있다.”라는 ‘제3취득자의 승낙’에 관한 규정을 두어야 할 것이다.

나. 소유권 이외의 권리에 관한 가등기에 기한 본등기절차

저당권 등 제한물권설정청구권 가등기에 기한 본등기 시 후순위 저당권설정이나 제3취득자의 등기가 있는 경우에, 누구를 등기의무자로 할 것인지와 제3취득자의 등기에 대하여는 어떠한 방법으로 할 것인지가 문제이다. 이에 대하여 우리나라나 일본의 경우에는 명문규정이 없다.⁶⁵⁾

앞에서 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기절차에서 언급한 바와 같이 독일 민법 제883조 제2항, 제888조 제1항 및 독일 부동산등기법 제19조와 같

63) 일본 不動産登記法 제109조 제2항은 제3자 명의의 등기를 직권으로 말소할 것을 규정하나, 그 전제로서 가등기권리자가 제3취득자의 승낙이 있는 때에 한하여 본등기를 신청할 수 있도록 함으로써 제3취득자의 이익을 보호하고 있다.

64) 가등기에 반하는 중간처분등기가 독일 민법 제883조 제2항에 의해서 실제법상 효력이 없음에도 불구하고 제888조 제1항에서 제3취득자의 등기상의 협력을 요구하는 이유는 첫째, 가등기 후에 이루어진 중간처분등기가 가등기권리자에 대하여 상대적으로 무효가 되는지의 여부에 대한 실질적인 심사권을 등기관에게 주지 않으려는데 있고 둘째, 가등기권리자에게 가등기의무자의 협력 없이도 제3취득자에 대하여 절차법상 요구되는 동의를 청구할 수 있도록 함과 동시에, 가등기에 반하여 권리를 취득한 제3취득자에게 가등기에 대하여 갖는 항변을 주장할 수 있는 기회를 주기 위한 것이라고 한다(Harry Westermann/Dieter Eickmann/Winfried Pinger, *Sachenrecht II, 6. Auflage*, Heidelberg : Müller, 1988, S. 641ff.).

65) 일본은 이 경우에 가등기의무자만이 본등기의무자라는 견해가 다수설이며 최근의 판례이고, 등기실무는 가등기의무자, 제3취득자 모두를 등기의무자로 해도 된다고 한다. 그리고 독일의 경우에는 민법 제883조 제2항에 의하여 가등기권리자는 가등기의무자에게 본등기청구권을 행사하고, 동법 제888조 제1항에 의하여 제3취득자에게 절차법상 요구되는 부동산등기법 제19조에 의한 동의청구권을 행사하여야 하며, 이때 제3취득자는 동의할 의무가 있다고 한다.

은 규정을 도입한다면, 저당권 등 제한물권설정 가등기 이후 본등기 전에 제3취득자의 등기가 경료된 경우의 본등기절차에 있어서의 문제점도 해소될 것이다. 즉, 가등기권리자는 가등기의무자를 상대로 본등기 청구를 하고, 제3취득자에 대하여 동의청구권을 행사하여 제3취득자의 동의를 얻어 본등기신청을 하여 가등기시 남겨둔 여백에 본등기의 기재를 하면 될 것이다.⁶⁶⁾

다. 등기부의 기재방식

우리나라의 통설⁶⁷⁾·판례⁶⁸⁾는 가등기에 기하여 본등기를 하게 되면 물권변동의 효력이 소급하지 아니하고, 본등기의 순위만이 가등기 당시로 소급한다는 물권변동불소급설의 입장이다. 그런데 등기부의 기재방식은 가등기에 기한 본등기시 가등기 이후의 등기를 직권말소하고 있으므로 물권변동소급설과 같은 방식을 취하고 있다할 것이다. 그러므로 이 경우에도 독일과 같이 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기의 경우에는 물권의 배타성에 의하여 순위관계가 성립하지 아니한다 할 것이므로, 제3취득자의 등기를 말소의 방식에 의할 것이 아니라고 생각한다.

즉, 소유권이전청구권 가등기 이후 본등기 전에 중간처분이 있는 경우에 부동산등기규칙 제146조에 의하여 가등기의 순위번호를 사용하여 본등기를 하고 있는데, 이와 같은 방식에 의할 것이 아니라, 제3취득자의 동의를 얻어 가등기에 기한 본등기신청을 하고 제3취득자의 등기 다음에 소유권이전 본등기를 기입하고 가등기를 말소하여야 할 것이다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾ 이와 같은 등기부 기재방식

66) 이때 가등기권자는 후순위 저당권자에 대하여는 부동산등기법 제91조에 의하여 순위가 보전되어 있으므로 선순위를 주장할 수 있으므로 동의를 받을 필요가 없다.

67) 박윤직, 전게서, 113면 : 김상용, 전게서, 196면 : 김중한, 전게서, 98면 : 김현태, 전게서, 101면 : 오시영, 전게서, 133면 : 이영준, 전게서, 247~248면 : 지원립, 전게서, 513면 : 홍성재, 전게서, 245~246면 : 김숙자, 전게논문, 64~65면.

68) 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3117 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결, 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결 등.

69) 홍승옥, 전게논문, 203~204면.

70) 독일은 저당권설정청구권가등기는 제3구간의 등기사항란의 좌측에 기입하고 그 우측에는 본등기를 하기 위한 여백을 남겨두고, 장래 본등기를 한 경우에는 이 여백에 기입한다. 그러나 소유권이전에 관한 가등기는 제2구간 용지의 등기사항란에서 이루어지고, 그 본등기

에 의한다면, 통설, 판례인 물권변동불소급설과 등기부 기재방식은 일치하게 되어 그 불일치로 인한 문제점은 해소될 것이다.⁷¹⁾

3. 가등기담보법의 폐지

금전채권을 담보하기 위한 담보가등기의 경우에 사적 청산절차를 거쳐야 하는 불편 때문에 소유권이전청구권 가등기를 해 두었다가 그 부동산이 경매 되면 배당절차에서 담보가등기라고 하며 배당을 받고 있고, 최근 담보가등기 신청건수는 거의 없는 실정이다.

이러한 측면에서 본다면 가등기담보법은 그 기능을 상실하였다고 할 것이며, 위와 같이 가등기제도와 관련한 법 개정을 한다면 가등기담보법은 존치할 필요성이 없다 할 것이므로 가등기담보법을 폐지함이 바람직하다 할 것이다.⁷²⁾

V. 결 론

이상에서 우리나라 가등기제도의 문제점과 개선방안에 대하여 가등기의 효력과 가등기에 기한 본등기절차 등을 중심으로 고찰하였다.

1. 우리나라는 가등기의 효력에 관하여 부동산등기법 제91조의 순위보전의 효력 이외에 아무런 규정을 두고 있지 않음을 확인하였다. 특히 가등기 자체

는 제1구단 용지의 등기사항란에서 이루어지기 때문에, 제2구단 용지에서 이루어진 가등기의 부분에는 여백을 남겨두지 아니한다(§19 Abs. 1 GBV).

71) 그리고 소유권이전청구권 가등기 등의 경우에 있어서는 제3취득자가 있는 경우에 부동산등기규칙 제146조는 적용되지 않는다 할 것이므로, 부동산등기규칙 제146조(가등기에 의한 본등기)를 “소유권이전청구권 가등기 및 권리의 말소청구권 가등기를 제외한 그 이외의 가등기를 한 후 본등기의 신청이 있을 때에는 가등기의 순위번호를 사용하여 본등기를 하여야 한다.”로 개정하여야 할 것이다.

72) 그런데 가등기담보법을 폐지하면 종전과 같이 담보 목적의 가등기를 하려고 하는 자가 저당권설정등기를 하지 아니하고 청구권보전의 가등기를 하는 폐단이 생길 우려가 있다. 이와 같은 폐단을 방지하기 위하여 담보 목적으로 소유권이전청구권보전의 가등기를 하는 경우에는 이를 무효로 한다든지 아니면 저당권설정으로 본다는 특별규정을 두어야 한다고 생각한다(홍승욱, 전제논문, 206면).

의 효력과 가등기 이후 행하여진 제3자의 중간처분등기와 가등기와의 관계에 관한 것이 문제이다. 그런데 이러한 문제점과 관련하여 학설과 판례는 많은 문제가 있으며, 그 문제점의 가장 큰 원인은 우리 민법이 이들 문제에 대하여 침묵하고 있기 때문이라고 생각한다. 따라서 민법개정특별분과위원회에 의한 민법 제187조의2의 규정의 신설을 통하여 가등기의 상대적 무효에 관한 규정을 두자는 것은 타당한 것이었다고 생각한다.

2. 그러나 위와 같이 가등기에 반하는 중간처분의 상대적 무효의 효력에 관한 규정의 신설만으로 가등기권리자의 보호를 위하여 충분하다고 할 수 없다. 중간처분행위의 상대적 무효가 인정되는 경우에 어떻게 가등기권리자의 청구권을 실현할 수 있는지가 여전히 불분명하다.

가등기의 내용에 저촉되는 중간처분에 따른 제3자의 중간취득 등기의 처리에 관하여도 문제가 있다. 즉, 가등기의 효력은 위 민법개정특별분과위원회에 의한 신설 규정안에 따른다고 하여도 상대적 효력만이 있을 뿐이고, 따라서 가등기 이후 본등기 전의 중간처분은 그 가등기된 권리를 침해하는 한도에서만 무효일 뿐이다. 이러한 점에서 중간처분에 의한 제3자의 등기의 처리도 문제된다.

결국, 가등기의 실체법적 효력을 인정하는 규정을 두는 것과 함께, 가등기권리자가 중간취득자의 동의를 얻어 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있는 규정을 둘 필요가 있다 할 것이다. 독일 민법 제883조 제2항과 같은 가등기의 실체법적 효력 즉, 상대적 무효의 효력을 우리 민법 제186조의2 제2항에 규정해야 함과 동시에, 가등기에 기한 본등기 절차에 관하여 우리 부동산등기법 제92조의 규정을 폐지하고, 독일 민법 제888조 제1항과 같은 규정을 우리 민법 제186조의4에 규정하고, 독일 부동산등기법 제19조와 같은 규정을 우리 부동산등기법에 두어야 한다고 생각한다.

3. 그리고 물권적 효력과 관련하여 파산절차에서는 가등기권리자를 보호하는 규정이 있으나 경매절차나 상속의 한정승인의 경우에는 가등기권리자의 보호에 관한 아무런 규정이 없다.

그러므로 독일 민법 제883조 제2항 제2문과 같은 규정을 두는 이외에 동법 제882조와 같은 규정을 우리 민법 제186조의5에 규정하고, 독일 강제경매법 제91조, 제92조 제1항과 같은 규정을 우리 강제집행법에 두어 경매절차에서

매각대금에 대한 보상청구를 할 수 있게 하고 가치보상의 최고액을 미리 등기해 두도록 하여야 한다고 생각한다. 그리고 독일 강제경매법 제9조 제1항 제1호에 상당하는 규정을 두어 이해관계인에게 보장하고 있는 모든 권한을 가등기권리자에게 주고, 독일 강제경매법 제48조와 같은 규정을 두어 경매절차에서 가등기에 의해 보전된 권리는 본등기된 권리와 마찬가지로 취급하여야 한다고 생각한다.

또한, 상속인의 한정승인과 관련하여 독일 민법 제884조에 상당하는 규정을 우리 민법 제186조의 3에 규정하여야 한다고 생각한다.

4. 그리고 가등기의 효력의 내용이 어떠한 것인가와 관련하여 우리나라의 통설과 판례는 물권변동불소급설을 취하고, 소유권이전청구권 가등기에 기한 본등기시 제3취득자가 있는 경우에 있어서의 등기부 기재방식은 물권변동소급설의 방식을 취하고 있다 할 것이어서 서로 일치하지 않고 있다. 그러므로 소유권이전청구권 가등기시 가등기의 기재 다음에 여백을 남겨두지 말고, 가등기에 기한 본등기 시 제3취득자의 등기 다음에 본등기의 기재를 하고 가등기를 말소하게 하여야 한다고 생각한다.

5. 또한, 가등기제도와 관련한 법 규정을 개정하면서 가등기담보법을 폐지함이 바람직하다고 생각한다.

6. 위와 같은 방법으로 가등기제도를 개선한다면, 가등기제도는 본래 목적의 가등기제도로 이용되어 가등기권리자를 보호하고 더 나아가 가등기의무자 및 제3취득자와의 이익보호의 균형을 꾀할 수 있게 될 것이다. 그렇게 된다면, 거래관계가 복잡화된 현 상황에서 가등기제도는 본래의 제도로서 정착하여, 보다 활성화될 수 있을 것이라고 생각한다.

참고문헌

- 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2002.
곽윤직, 「물권법[민법강의Ⅱ]」, 박영사, 2005.
_____, 「부동산등기법」, 박영사, 1998.

- 권 성, 「가등기·대물변제」, 박영사, 2010.
- 권용우, 「물권법」, 법문사, 2000.
- 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2009.
- 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1993.
- 김증한, 「물권법(민법강의Ⅱ)」, 박영사, 1983.
- 김증한/김학동, 「물권법」, 박영사, 1997.
- 김현태, 「신물권법(상)」, 일조각, 1975.
- 법원행정처, 「부동산등기실무[Ⅲ]」, 법원행정처, 2007.
- _____, 「2010 사법연감」, 법원행정처, 2010.
- 오시영, 「물권법」, 학현사, 2009.
- 윤철홍, 「물권법강의」, 박영사, 1998.
- 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009.
- 지원림, 「민법강의(제8판)」, 홍문사, 2010.
- 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2010.
- 김숙자, “가등기에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 1983.
- 홍승욱, “가등기제도에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 2010.
- 곽윤직, “가등기제도-독일 및 일본의 제도와의 비교·검토-”, 「법학」 제22권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1981.
- _____, “가등기의 효력”, 「현대민법학의 제문제(청헌 김증한 박사 화갑기념 논문집)」, 박영사, 1981.
- 김영희, “가등기의 효력”, 「법학논집」, 이화여자대학교 법학연구소, 2000.
- _____, “가등기제도-가등기에 의한 본등기 시 중간처분등기의 직권말소와 가등기의 청구권보전의 효력을 중심으로-”, 「비교사법」 제7권 제1호, 한국비교사법학회, 2000.
- 박경량, “가등기”, 「사법행정」 제31권 제6호, 한국사법행정학회, 1990.
- 양승태, “가등기와 본등기의 관계”, 「판례자료」 제43집 [등기에 관한 제문제(상)], 법원행정처, 1988.
- 엄영진, “가등기의 효력에 관한 고찰”, 「고시연구」 제17권 제6호, 고시연구사, 1990.

이은영, “물권법 개정안에 관한 주제발표”, 「민법(재산편)개정 공청회」, 법무부, 2001.

최종길, “가등기의 효력”, 「고시계」 제12권 제5호, 국가고시학회, 1967.

幾代 通, 「登記請求權」, 有斐閣, 1979.

_____ (德本伸一補訂), 「不動産登記法(第4版)」, 有斐閣, 1994.

内海 一, 「假登記制度に關する實證的研究-假登記の理論と實務-」, 法務研究報告書(第46集 第7號), 法務總合研究所, 1961.

鈴木敬親編, 「不動産登記法案參考書(法典修正案理由書)」, 法典質疑會, 1898.

鈴木祿彌, 「抵當制度の研究」, 一粒社, 1968.

末川 博, 「物權法」, 日本評論新社, 1961.

杉之原舜一, 「不動産登記法(新版)」, 一粒社, 1973.

柚木 馨, 「改訂民法(上卷)」, 青林書院新社, 1964.

吉野 衛, “假登記の一考察(1)-不動産登記法第105條との關係を中心として”, 「判例時報」404号, 判例時報社, 1965.

大場浩之, “ドイツにおける假登記(Vormerkung)についての考察(5)-不動産物權變動との關係を中心に-”, 「早稻田法學」83卷1號, 早稻田大學法學會, 2007.

石川 清, “ドイツ土地登記法30講(11) 第11講 假登記と異議登記”, 「登記研究」663號, テイハン, 2003.

日本學術振興會編, “不動産登記法案第二回議事筆記(1896. 2. 19)”, 「法典調査會不動産登記法案議事筆記」, 法務省民事局, 1939.

川島一郎, “假登記の效力”, 「新版注釋民法(6) : 物權(1) 物權總則」(舟橋鐔一=德本 鎮編), 有斐閣, 1997.

香川保一, “新不動産登記法逐條解説(81)”, 「登記研究」706号, テイハン, 2006.

Astrid Stadler, “Der Rang im Immobiliarsachenrecht-ein noch immer ungelöstes Problem?”, *Archiv für Civilistische Praxis*, 189, Mohr Siebeck, 1989.

Claus-Wilhelm Canaris, *Bürgerliches Recht : Das parzellierte Grundstück*, Berlin : Bertelsmann, 1969.

_____, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in : Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978, Köln : Werner, 1978.*

Dieter Medicus, "Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde", *Archiv für Civilistische Praxis*, 163, Mohr Siebeck, 1964.

Harry Westermann/Dieter Eickmann/Winfried Pinger, *Sachenrecht II, 6. Auflage*, Heidelberg : Müller, 1988.

Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, *Sachenrecht, 18. Auflage*, München : Beck, 2009.

법무부 홈페이지(<http://www.moj.go.kr>).

정보공개청구(법원행정처 종합민원과-968).

[Abstract]

Problems and improvements of Korean provisional registration system

Hong, Seung-Ok

Director of Civil Affairs Division 1 SEOUL HIGH COURT

Korean provisional registration system was introduced by Japanese system introduced by German system. Therefore, there were lots of confusion for precedents and theories and irregularities/securities, so provisional registration security act was regulated for regulating them.

Korean provisional registration system causes lots of problems for systematic interpretation and rational operation because of the defect of legislatively.

For the regulation of current laws related to the effects of provisional registration, there is only the Article 91 of the Real Property Registration Act. And, although there is no actual effect for the provisional registration, a debtor of provisional registration can sell real estate completed by provisional registration. But, if a person who has right for provisional registration makes a deadline registration for provisional registration, the registration of the third acquirer is disposed, but the effects have a contradiction the effects are not retroactive. During the main registration by provisional registration, the method to erase the registration of the third acquirer based on the Article 92 of the Real Property Registration Act is biased to protect only a person who has the right of provisional registration. And, the disposal of a person who must conduct provisional registration is limited and it's insufficient that rights of the third acquirer can be protected.

It's necessary to make effects for protecting claim on provisional registration and introduce the registration of the second clause of Article 883 of Germany civil law (effects of claim protection and material effects) if making the interpretation whose logic is consistent.

And, if main registration is registered after the register of the third acquirer is completed before the main registration by provisional registration, it must be registered to the third acquirer with the regulation for not only the second clause of the Article 883 of Germany civil law but also the first clause of the Article 888 of Germany civil law and the 19th clause of German Real Property Registration Act, not disposal of the third acquirer's registration. For the method to write register, it must be same as material change non-retroactivity theory taken by Korean common view and precedent during the main registration by provisional registration.

Also, while revising the regulation related to provisional registration, it will be proper to abolish the provisional registration security law.

If improving provisional registration with the above methods, provisional

registration will be used as the provisional registration whose purposes are original. So, the rights of a person who has rights of provisional registration can be protected and furthermore, it will actualize balance and equity of interests protection of not only a person who has duty of provisional registration but also the third acquirer.

Key words : provisional registration, effects of provisional registration, procedure of deadline's main registration by provisional registration, method to write register, abolishment of provisional registration security law.