

대법원 2002. 12. 10 선고 2002다42001 판결 [소유권말소등기등] [공2003.2.1.(171),342]

---

## 판 시 사 항

- [1] 이른바 '처분정산'형의 담보권실행이 가등기담보등에관한법률상 허용되는지 여부(소극)
- [2] 가등기담보등에관한법률 제3조, 제4조의 각 규정에 위반하여 경료된 가등기에 기한 본등기가 사후에 실제적 법률관계에 부합하는 등기로서 유효한 등기가 될 수 있는지 여부(적극)
- [3] 가등기담보등에관한법률 제6조 제1항에 의한 후순위권리자에 대한 통지를 결여한 채 행하여진 청산절차의 효력

## 판 결 요 지

[1] 가등기담보등에관한법률이 제3조와 제4조에서 가등기담보권의 사적 실행방법으로 귀속정산의 원칙을 규정함과 동시에 제12조와 제13조에서 그 공적 실행방법으로 경매의 청구 및 우선변제청구권 등 처분정산을 별도로 규정하고 있는 점, 위 제4조가 제1항 내지 제3항에서 채권자의 청산금 지급의무, 청산기간 경과와 본등기청구, 청산금의 지급의무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도 채무의 동시이행관계 등을 순차로 규정한 다음, 제4항에서 제1항 내지 제3항에 반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다(다만, 청산기간 경과 후에 행하여진 특약으로서 제3자의 권리를 해하지 아니하는 경우는 제외된다.)고 규정하고 있는 점, 나아가 제11조는 채무자 등이 청산금

채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 가등기담보등에관한법률상 허용되지 아니한다.

[2] 가등기담보등에관한법률 제3조, 제4조의 각 규정에 비추어 볼 때 그 각 규정을 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우에는 그 본등기는 무효라고 할 것이고, 설령 그와 같은 본등기가 가등기권리자와 채무자 사이에 이루어진 특약에 의하여 이루어졌다고 할지라도 만일 그 특약이 채무자에게 불리한 것으로서 무효라고 한다면 그 본등기는 여전히 무효일 뿐, 이른바 약한 의미의 양도담보로서 담보의 목적 내에서는 유효하다고 할 것이 아니고, 다만 가등기권리자가 가등기담보등에관한법률 제3조, 제4조에 정한 절차에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 그 통지를 받은 날로부터 2월의 청산기간이 경과하면 위 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기가 될 수 있다.

[3] 가등기담보권자인 채권자가 청산기간이 경과하기 전 또는 가등기담보등에관한법률 제6조 제1항에 의하여 채무자에게 청산통지를 하였다는 사실 등을 후순위권리자에게 통지하지 아니하고, 채무자에게 청산금을 지급한 경우에는 이로써 후순위권리자에게 대항할 수 없는 것이나, 이러한 채권자의 변제 제한의 효력은 후순위권리자에게만 적용되는 상대적인 것이므로, 후순위권리자는 청산금채권이 아직 소멸하지 않은 것으로 보고 채권자에게 직접 권리를 행사할 수 있고 후순위권리자가 채권자에게 청산금을 지급하여 줄 것을 청구하게 되면 채권자로서는 청산금의 이중 지급의 책임을 면할 수 없다는 취지일 뿐이지, 후순위권리자가 존재한다는 사유만으로 채무자에게 담보권의 실행을 거부할 권원을 부여하는 것은 아니다.

## 참 조 조 문

[1] 가등기담보등에관한법률 제3조,제4조,제11조,제12조,제13조

[2] 가등기담보등에관한법률 제3조,제4조

[3] 가등기담보등에관한법률 제6조 제1항,제7조 제2항

## 재 판 경 과

대법원 2002. 12. 10 선고 2002다42001 판결

서울고등법원 2002. 6. 14 선고 2000나37816 판결

서울남부지방법원 2000. 6. 22 선고 99가합14076 판결

## 참 조 판 례

[1] 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결(1984,520)

[2] 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다20132 판결(1988,189), 대법원 2002. 4. 23. 선고 2002다9127 판결, 대법원 2002. 6. 11. 선고 99다41657 판결(1992,1037)

[3] 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다17776 판결(공1988, 168)

## 따 릇 판 례

대법원 2010. 11. 9 자 2010마1322 결정 , 대법원 2010. 8. 19 선고 2009다90160,90177 판결 ,  
대법원 2007. 12. 13 선고 2007다49595 판결 , 대법원 2007. 7. 13 선고 2006다46421 판결

## 전 문

【원고,상고인】 김◎록

(소송대리인 변호사 박◆주)

【피고,피상고인】 망 장△식◇ 소송수계인 이♡열 외 5인

(소송대리인 변호사 조▲형)

【원심판결】 서울고법 2002. 6. 14. 선고 2000나37816 판결

## 주 문

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## 이 유

상고이유를 본다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

원심이 채용한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 가등기 및 근저당권설정등기가 망 장△식이 위조한 문서들에 의하여 경료된 것으로 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배에 의한 사실오인 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

### 가. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 담보목적으로 경료된 장△식 명의의 가등기에 기하여 이루어진 이 사건 본등기는 가등기담보등에관한법률(이하 '가등기담보법'이라 한다) 소정의 청산절차를 거치지 아니하고 이루어진 것이므로 무효의 등기라는 원고의 주장에 대하여 이 사건 가등기는 장△식◇ 원고에 대한 대여금채권을 담보하기 위하여 경료된 것으로서 위 가등기 당시 담보부동산의 시가가 대여 원리금을 초과하였으므로 가등기담보법 소정의 가등기라고 할 것이고, 이런 경우에는 채권자가 담보계약에 의한 가등기담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 채권의 변제기 후에 가등기담보법 제3조, 제4조 소정의 청산금의 평가액을 통지하고 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2개월간의 청산기간이 경과하여야 하며, 채권자의 청산금의 지급의무와 담보 부동산의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있는 등 가등기담보법 제3조, 제4조 소정의 절차에 따라야 하고, 이에 반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다고 전제한 후(가등기담보법 제4조 제4항), ① 장△식과 원고는, 원고가 장△식에 대한 채무를 변제하지 아니하던 중 1997. 1. 28. 및 1997. 1. 31. 이 사건 가등기에 기한 피담보채무를 정산하기로 하여 ㉠ 원고의 장△식에 대한 채무는, 서울지방법원 남부지원 92가합18260호 판결에 의하여 확정된 원금 455,000,000원과 이에 대한 1993. 1. 31.부터 1997. 1. 31.까지 연 25%의 비율에 의한 지연손해금 등 합계 금 910,000,000원에서 장△식이 1995. 4.부터 1996. 12.까지 변제받은 금 92,800,000원을 공제한 나머지 금 817,200,000원으로 하고, ㉡ 담보목적물인 이 사건 토지의 평가액은 성♡공사의 1997. 1. 8.경 공매처분감정가격인 956,550,000원으로 하고, 장△식은 이 사건 토지의 평가액에서 원고의 위 확정 채무액 817,200,000원을 공제한 금액(139,350,000원)보다 더 많은 금 230,000,000원을 원고에게 정산금으로 지급하되, 원고의 체납재산세 및 성♡공사의 수수료 등을 장△식이 추가로 대신 지급하는 조건으로 이 사건 가등기에 기한 본등기절차를 경료하기로 하는 내용의 합의(이하 '이 사건 정산합의'라 한다)를 한 사실, ㉢ 이에

따라 장△식은 1997. 2. 6. 정산금 중 130,000,000원을 원고의 대리인 김×호에게 지급하고, 같은 날 위 가등기에 기하여 이 사건 본등기절차를 경로하였고, 1997. 3. 31. 원고가 체납한 재산세 금 15,798,300원, 성♡공사에 대한 공매수수료 금 1,132,280원을 각 대위지급한 사실, ③ 장△식은 원고에 대한 정산금 중 금 100,000,000원을 지급하지 못하고 있던 중 소외 김◆진으로부터, 1999. 6. 18. 위 김◆진이 원고에 대하여 가지고 있는 채권 중 200,000,000원을 양도받았고, 김◆진의 채권양도 통지가 그 무렵 원고에게 도달한 사실, ④ 장△식◇ 소송수계인들인 피고들은 원고를 상대로 서울지방법원 2000가합46783호 양수금청구 소송을 제기하면서, 그 소장에서 위 김◆진으로부터 양도받은 채권 200,000,000원을 자동채권으로 하여 원고에 대하여 부담하고 있는 정산금 100,000,000원의 채무와 대등액에서 상계한다는 뜻을 표시하였는바, 위 소장 부분이 2000. 8. 30. 원고에게 도달하여 같은 날 피고들의 양수금 채권과 원고의 정산금 채권은 그 대등액에서 소멸한 사실을 인정한 다음, 장△식과 원고의 이 사건 정산 합의가 가등기담보법이 규정하고 있는 2개월의 청산기간을 부여하지 아니하고, 본등기와 청산금 일부가 동시이행으로 이루어지지 않는 등 가등기담보법 소정의 청산절차를 그대로 따르고 있지 않은 점은 있으나, 이 사건 정산합의는 변제기 후에 이루어졌고, 담보부동산의 평가액은 객관적인 감정가격을 기초로 한 성♡공사의 공매처분 감정가격으로, 피담보채권액은 이미 확정된 위 92가합18260호 판결에 기하여 산정한 금액으로 각 계산하여 청산한 점, 그 결과 담보부동산의 평가액이 139,350,000원 정도 많았으나, 장△식은 그 보다 많은 금 230,000,000원을 정산금으로 지급하는 동시에 원고의 체납재산세 및 공매수수료 등을 추가지급하는 조건으로 이 사건 본등기를 경로하기로 한 점, 실제로 장△식은 1997. 2. 6. 정산금 중 130,000,000원을 원고의 대리인 김×호에게 지급하고, 같은 날 위 가등기에 기하여 이 사건 본등기절차를 경로하였으며, 1997. 3. 31. 원고가 체납한 재산세 금 15,798,300원, 성♡공사에 대한 공매수수료 금 1,132,280원을 각 변제한 점, 장△식◇ 원고에 대한 나머지 정산금 100,000,000원은 그 후 위 양수채권과 상계·소멸하여 정산이 완료된 점 등 이 사건 변론과정에 나타난 제반 사정을 종합하여 고찰하면, 원고와 장△식 사이의 이 사건 정산합의는 담보부동산의 평가액에서 피담보채권액을 초과하는 금액을 반환하는 방법으로 청산절차가 이루어진 것으로서, 적법한 담보권실행으로 유효하다고 인정되고, 나아가 채무자인 원고에게 불리한 약정이라고 볼 수도

없다는 이유로 원고의 청구를 배척하였다.

#### 나. 대법원의 판단

가등기담보법이 제3조와 제4조에서 가등기담보권의 사적 실행방법으로 귀속정산의 원칙을 규정함과 동시에 제12조와 제13조에서 그 공적 실행방법으로 경매의 청구 및 우선변제청구권 등 처분정산을 별도로 규정하고 있는 점, 위 제4조가 제1항 내지 제3항에서 채권자의 청산금 지급의무, 청산기간 경과와 본등기청구, 청산금의 지급의무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도 채무의 동시이행관계 등을 순차로 규정한 다음, 제4항에서 제1항 내지 제3항에 반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다(다만, 청산기간 경과 후에 행하여진 특약으로서 제3자의 권리를 해하지 아니하는 경우는 제외된다.)고 규정하고 있는 점, 나아가 제11조는 채무자 등이 청산금 채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 가등기담보법상 허용되지 아니하고( 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결 등 참조), 또한 가등기담보법 제3조, 제4조의 각 규정에 비추어 볼 때 위 각 규정을 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우에는 그 본등기는 무효라고 할 것이고, 설령 그와 같은 본등기가 가등기권리자와 채무자 사이에 이루어진 특약에 의하여 이루어졌다고 할지라도 만일 그 특약이 채무자에게 불리한 것으로서 무효라고 한다면 그 본등기는 여전히 무효일 뿐, 이른바 약한 의미의 양도담보로서 담보의 목적 내에서는 유효하다고 할 것이 아니고, 다만 가등기권리자가 가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 그 통지를 받은 날로부터 2월의 청산기간이 경과하면 위 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기가 될 수 있다고 할 것이다( 대법원 2002. 6. 11. 선고 99다41657 판결 등 참조).

한편, 가등기담보권자인 채권자가 청산기간이 경과하기 전 또는 가등기담보법 제6조 제1항에 의하여 채무자에게 청산통지를 하였다는 사실 등을 후순위권리자에게 통지하지 아니하고, 채무자에게

청산금을 지급한 경우에는 이로써 후순위권리자에게 대항할 수 없는 것이나, 이러한 채권자의 변제 제한의 효력은 후순위권리자에게만 적용되는 상대적인 것이므로, 후순위권리자는 청산금채권이 아직 소멸하지 않은 것으로 보고 채권자에게 직접 권리를 행사할 수 있고 후순위권리자가 채권자에게 청산금을 지급하여 줄 것을 청구하게 되면 채권자로서는 청산금의 이중 지급의 책임을 면할 수 없다는 취지일 뿐이지, 후순위권리자가 존재한다는 사유만으로 채무자에게 담보권의 실행을 거부할 권원을 부여하는 것은 아니라고 할 것이다( 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다17776 판결 참조).

원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 정산합의는 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보목적물의 인도를 받을 수 있게 하고, 청산기간이나 동시이행의 항변권을 인정하지 아니하는 내용으로 가등기담보법 제4조 제2항 및 제3항에 위반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것이므로 같은 법 제4조 제4항에 의하여 무효라고 할 것이고, 따라서 이 사건 정산합의에 기하여 행하여진 이 사건 본등기도 원인무효의 등기였다고 할 것이다. 그러나 원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 장△식은 원고와 사이에 이 사건 정산합의를 함에 있어서 이 사건 토지의 가액은 1997. 1. 8.경 이 사건 토지에 대한 성♡공사의 공매처분 감정가격으로, 채권액은 장△식과 원고 사이의 서울지방법원 남부지원 92가합18260 판결에서 확정된 금원으로 각 산정하고, 그 차액에다가 장△식이 원고에게 추가로 지급하기로 한 금 90,650,000원을 더한 합계 금 230,000,000원을 청산금으로 하여 원고에게 담보권을 실행할 의사를 표시한 사실, 장△식은 이 사건 정산합의가 있는 날로부터 2개월이 경과하기 전에 이 사건 가등기에 기한 본등기를 경료하고 그 때 위 청산금 중 130,000,000원을 원고에게 지급하였으며, 장△식◇ 상속인들인 피고들이 김◆진의 원고에 대한 채권을 양수한 후 나머지 청산금과 대등액에서 상계함으로써, 2000. 8. 30.경 위 청산금 230,000,000원이 모두 지급된 사실을 알 수 있다. 사정이 그러하다면, 장△식과 원고 사이의 이 사건 정산합의가 가등기담보법 제4조 제4항에 의하여 무효라고 하더라도, 장△식이 원고에게 청산금의 평가액을 금 230,000,000원으로 하여 이 사건 가등기담보권을 실행할 의사를 표시한 이상 적어도 이는 담보권실행의 통지로서의 효력은 있다고 할 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 그 통지일로부터 2개월의 청산기간이 경과하고, 위 금 230,000,000원이 모두 지급되었으며, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 위 금 230,000,000원이

정당한 청산금이라고 볼 수 있으니, 원고가 위 정당한 청산금을 모두 지급받은 때에 이 사건 가등기에 기한 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기로 되었다고 봄이 상당하고, 담보권실행의 통지를 받지 못한 후순위권리자가 존재한다고 하더라도 이와 달리 볼 사정은 되지 못한다고 할 것이다.

따라서 원심이 이 사건 정산합의가 가등기담보법 제4조 제1항 내지 제3항의 규정에 반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것으로서 무효라는 원고의 주장을 배척한 데에는 가등기담보법상의 청산절차에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 것이나, 이 사건 가등기에 기한 본등기가 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기라고 볼 수 있는 이상 원고의 청구를 배척한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 판결의 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장) 이용우 배기원(주심) 박재윤