

14. 가등기에 기한 본등기 청구

가. 의 의

가등기라 함은 본등기를 할 수 있을 만한 실체법적 또는 절차법적 요건을 완비하지 못한 경우에 장래 그 요건이 완비된 때에 행하여질 본등기를 위하여 미리 순위를 보전해 두는 효력을 가지는 등기를 말한다. 가등기는 그에 기한 본등기가 이루어지기 전에는 물권변동을 일으키는 효력이 없고 또 가등기의무자의 처분권을 제한하는 효력도 없다. 그러나 후에 본등기를 하게 되면 그 본등기의 순위가 가등기의 순위에 의하게 되므로(부동산등기법 제91조),³²¹⁾ 가등기 후 그에 기한 본등기 사이에 일체의 처분행위에 의하여 생긴 권리 중 본등기된 권리와 저촉되는 것은 모두 실효되거나 후순위로 되고,³²²⁾ 본등기에 의한 물권변동의 효력이 가등기 한 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다.³²³⁾ 가등기를 할 수 있는 것은 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 권리질권, 채권담보권, 임차권의 설정·이전·변경 또는 소멸의 청구권을 보전하려 하는 때 및 그 청구권이 시기부 또는 정지조건부인 때 기타 장래에 있어서 확정될 것인 때에 이를 한다(부동산등기법 제88조). 그러므로 가등기는 위와 같은 채권적 청구권을 보전하기 위해서만 가능하고 이 같은 청구권이 아닌 물권적 청구권을 보존하기 위해서는 할 수 없다.³²⁴⁾ 가등기는 대개 당사자가 목적물에 관하여 매매예약을 체결한 때에 그 매매예약에 의한 소유권이전등기청구권의 순위 보전을 위하여 행하여지는 경우가 많다.

321) 가등기의 효력 : 가등기는 그 성질상 본등기의 순위보전에 효력만이 있고 후일 본등기가 경료된 때에는 본등기의 순위가 가등기 한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기 보다 후순위로 되어 실효될 뿐이고 본등기에 의한 물권변동의 효력이 가등기 한 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다.(대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결)

322) 압류등기 이전에 소유권이전청구권 보전의 가등기가 경료되고 그 후 본등기가 이루어진 경우에, 그 가등기가 매매예약에 기한 순위보전의 가등기라면 그 이후에 경료된 압류등기는 효력을 상실하여 말소되어야 할 것이므로 압류해제 사유에 관한 국세징수법 제53조 제1항 제2호는 적용의 여지가 없게 되는 반면, 그 가등기가 채무담보를 위한 가등기 즉 담보가등기라면 그 후 본등기가 경료되더라도 가등기는 담보적 효력을 갖는 데 그치므로 압류등기는 여전히 유효하다.(대법원 1996. 12. 20. 선고 95누15193 판결, 대법원 1998. 10. 7. 선고 98마1333 판결 등 참조)

323) 가등기는 그 성질상 본등기의 순위보전의 효력만이 있어 후일 본등기가 경료된 때에는 본등기의 순위가 가등기 한 때로 소급하는 것뿐이지 본등기에 의한 물권변동의 효력이 가등기 한 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다.(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결, 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1298, 1299 판결 등 참조)

324) 부동산등기법 제3조에서 말하는 청구권이란 동법 제2조에 규정된 물권 또는 부동산임차권의 변동을 목적으로 하는 청구권을 말하는 것이라 할 것이므로 부동산등기법상의 가등기는 위와 같은 청구권을 보전하기 위해서만 가능하고 이같은 청구권이 아닌 물권적 청구권을 보존하기 위해서는 할 수 없다.(대법원 1982.11.23. 선고 81다카1110 판결)

한편 가등기에는 본등기의 순위보전을 위하여 하는 가등기 외에 가등기담보 등에 관한 법률(1983. 12. 30. 법률 제3681호)의 적용을 받는 담보가등기가 있다. 가등기담보 등에 관한 법률에 기하여 생길 수 있는 소송 형태로는 가등기권리자의 본등기청구 및 목적물인도청구소송과 소유명의자의 소유권에 기한 목적물인도청구소송 등을 들 수 있다.

나. 청구취지의 표시

가등기도 일반 원칙에 따라 가등기권리자와 가등기의무자 쌍방의 공동신청에 의하여 할 수 있음은 물론이지만, 가등기의무자의 승낙서 또는 가등기가처분명령의 정본을 첨부하여 가등기권리자가 이를 신청할 수 있다(부동산등기법 제89조). 그러나 가등기의무자가 공동신청에 협력하지 않거나 가등기권리자의 단독신청에 가등기의무자가 승낙을 거부하는 경우 가등기권리자는 판결을 얻어 단독으로 가등기를 신청할 수 있다(같은 법 제23조 제4항).

가등기에 기한 본등기 청구의 경우 청구취지에도 등기의 종류와 내용 이외 등기원인과 그 연월일을 표시하여야 한다.³²⁵⁾

다. 청구취지의 기재례

☐ 가등기에 기한 본등기 청구(기본형)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2000. 4. 1. 접수 제54507호로 마친(또는 경료한) 가등기에 기하여 2000. 5. 15. 매매(또는 매매예약완결)를 원인으로 한 소유권이전등기절차(또는 소유권이전의 본등기절차)를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 매매예약 완결권의 법적 성질 및 그 행사기간

매매의 일방예약에서 예약자의 상대방이 매매예약 완결의 의사표시를 하여 매매의 효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약 완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는

325) 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기가 형식상 매매예약을 등기원인으로 하고 있지만 실제상으로는 가등기권자의 청구가 있으면 별도의 매매완결권의 행사를 요하지 아니하고 언제든지 본등기를 경료하기 위한 것이라면 가등기권자는 언제든지 가등기에 기한 본등기의 이행을 청구할 수 있으며 그 경우의 판결주문에서는 그 원인인 완결권의 행사나 그 연월일을 표시하지 아니하여도 무방하고 그 판결이 확정된 경우의 등기신청서에는 등기원인을 그 확정 판결로, 연월일을 그 확정판결의 선고연월일로 기재하여야 한다.(대법원 1981.3.10. 선고 80다2583 판결 참조)

그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고, 그 기간을 지난 때에는 예약 완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다.

② 매매예약 완결권의 행사시기에 관한 약정이 있는 경우, 그 제척기간의 기산점

제척기간은 권리자로 하여금 당해 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정시키려는 데 그 제도의 취지가 있는 것으로서, 소멸시효가 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 사정에 의하여 권리 소멸의 효과를 가져오는 것과는 달리, 그 기간의 경과 자체만으로 곧 권리 소멸의 효과를 가져오게 하는 것이므로, 그 기간 진행의 기산점은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 권리가 발생한 때이고, 당사자 사이에 매매예약 완결권을 행사할 수 있는 시기를 특별히 약정한 경우에도 그 제척기간은 당초 권리의 발생일로부터 10년간의 기간이 경과되면 만료되는 것이지 그 기간을 넘어서 그 약정에 따라 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년이 되는 날까지로 연장된다고 볼 수 없다.(대법원 1995.11.10. 선고 94다22682, 22699 판결)

☞ 가등기에 기한 본등기 청구(선택적 병합, 지분, 대물변제, 약정, 매매예약완결)

선택적으로, 원고에게 피고 안○○은 ○○서울 ○○구 ○○동 630-6 대 747㎡에 관한 740/747지분에 대하여, 피고 임○○은 위 부동산에 관한 7/747지분에 대하여 ○○지방법원 ○○등기소 1982. 7. 14 접수 제34326호로 경료된 가등기에 기하여 1982. 10. 6자 대물변제, 또는 1981. 10. 28자 약정, 또는 1982. 10. 6자 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] ① 채무자가 피담보채무를 변제하더라도 채권자가 채권담보의 목적으로 경료된 가등기의 말소에 협력할 것으로 기대되지 않는 경우 피담보채무의 변제를 조건으로 가등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있는지 여부

채권담보의 목적으로 부동산에 관하여 가등기가 경료된 경우 채무자는 자신의 채무를 먼저 변제하여야만 비로소 그 가등기의 말소를 구할 수 있는 것이기는 하지만, 채권자가 그 가등기가 채무담보의 목적으로 된 것임을 다투는지 피담보채무의 액수를 다투기 때문에 장차 채무자가 채무를 변제하더라도 채권자가 그 가등기의 말소에 협력할 것으로 기대되지 않는 경우에는 피담보채무의 변제를 조건으로 가등기를 말소할 것을 미리 청구할 필요가 있다 할 것이다.

② 채권자가 제1심 이래 계속하여 가등기가 채권담보의 목적으로 경료된 것임을 다투어 왔고, 또 그 채무원리금의 범위에 관하여도 다툼이 있다면 채무자로서는 정당한 채무원리금의 변제를 조건으로 위 가등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 한 사례

채권자가 제1심 이래 계속하여 가등기가 차용금의무의 변제에 갈음하여 부동산의 소유권을 넘겨주기로 하는 대물변제예약에 의하여 경료된 것이라거나, 또는 채권자가 제3자로부터 위 부동산을 매수한 후 채무자에게 다시 이를 팔고 채권자 명의의 중간등기를 생략한 채 바로 채무자 앞으로 소유권이전등기를 해주면서 채무자와의 매매계약이 실효경우 소유권을 회복하기 위하여 경료한 것이라고 주장해 오다가 원심 변호종결시점에 이르러 선택적 청구로서, 가사 위 가등기가 담보목적으로 경료된 것이라 하더라도 그 담보권실행을 위하여 그 본등기절차의 이행을 구하는 것이라고 주장함으로써 위 가등기가 담보목적으로 경료된 것임을 다투어 왔고, 또 채무자는 위 피담보채무에

이자약정이 없었다고 주장함에 대하여 채권자는 이자약정이 있었다고 주장함으로써 그 채무원리금의 범위에 관하여 다툼이 있다면 채무자로서는 정당한 채무원리금의 변제를 조건으로 위 가등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 한 사례.(대법원 1992.7.10. 선고 92다15376, 15383 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(선택적 병합, 상속지분, 매매 또는 매매예약 완결을 원인으로)

선택적으로, 피고들은 원고에게 별지 부동산 목록 기재 각 부동산 중 별지 상속지분표 기재의 각 지분에 관하여 1989. 5. 1. 매매 또는 ○○지방법원 ○○등기소 1989. 6. 19. 접수 제12443호로 마친 가등기에 기하여 이 사건 소장부분 송달일 매매예약 완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] ① 자경·자영의사 없는 농지매수인이 농지소유권을 취득할 수 있는지 여부
농지개혁법상 자경 또는 자영의 의사가 없는 농지의 매수인은 농지매매증명의 발급 여부나 그 증명의 행정처분으로서의 효력 유무에 불구하고 농지에 대한 소유권을 취득할 수 없다.

② 농지매매증명을 얻은 농지매수인은 자경·자영의사가 추정되는지 여부
농지매매증명을 얻은 매수인은 자경 또는 자영의 의사가 있었다고 추정되나, 반증에 의하여 자경 또는 자영의 의사가 없었음이 입증되면 그 추정은 번복된다.

③ 위장전입의 방법으로 농지매매증명을 얻는 등 자경·자영의사의 추정이 번복된 비농가인 농지매수인의 소유권이전등기청구의 가부 및 그 농지매수인 앞으로 경료된 소유권이전등기의 효력
비농가인 매수인이 위장전입의 방법으로 농지매매증명을 얻는 등 자경·자영의사가 없었다고 인정되어 이 점에 관한 농지매매증명의 추정이 번복되면 매수인은 매도인에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없고, 이미 소유권이전등기가 마쳐졌다 하더라도 이는 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 원인무효로서 비농가인 매수인은 농지개혁법상의 농지소유에 필요한 요건을 구비하지 못한 셈이 되어 농지의 소유권을 취득할 수 없다.

④ 매도인과 매수인이 공동명의로 농지매매증명을 발급받은 경우 매도인의 상속인들이 그 농지매매증명의 효력을 다투는 것이 신의칙에 반하는지 여부
농지매수인에게 자경·자영의사가 있었다고 볼 수 없고 아직 매수인 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기도 경료되지 아니한 경우, 매도인과 매수인이 공동명의로 농지매매증명의 발급신청을 하여 이를 발급받았다는 사정만으로 매도인의 상속인들이 그 농지매매증명의 효력을 다투는 것이 신의칙이나 금반언의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.(대법원 1994.9.13. 선고 93다52501 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(매매예약완결을 원인으로)

피고는 원고에게 별지 부동산 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2014. 4. 23. 접수 제3251호로 마친 가등기에 기하여 2014. 12. 31. 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 가등기에 기한 본등기청구에 있어 그 등기원인을 매매예약완결이라고 주장하면서 위

가등기의 피담보채권을 처음에는 대여금채권이라고 하다가 나중에는 손해배상채권이라고 주장한 경우 청구의 변경에 해당하는지 여부

가등기에 기한 본등기청구를 하면서 그 등기원인을 매매예약완결이라고 주장하는 한편 위 가등기의 피담보채권을 처음에는 대여금채권이라고 주장하였다가 나중에는 손해배상채권이라고 주장한 경우 가등기에 기한 본등기청구의 등기원인은 위 주장의 변경에 관계없이 매매예약완결이므로 등기원인에 변경이 없어 청구의 변경에 해당하지 아니하고, 위 가등기로 담보되는 채권이 무엇인지는 공격방어방법에 불과하다.(대법원 1992.6.12. 선고 92다11848 판결)

㊤ 가등기에 기한 본등기 청구(매매예약 완결, 금전지급)

1. 피고는

가. 원고 이○○에게 별지 목록 기재 부동산의 0/0 지분에 관하여, 원고 김○○, 김○○, 김○○에게 각 위 부동산의 0/0 지분에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 200 . . . 접수 제00호로 마친 가등기에 기한 200 . . . 매매예약완결을 원으로 한 소유권이 전등기절차를 이행하고,

나. 원고 이○○에게 돈 00원, 원고 김○○, 김○○, 김○○에게 각 돈 00원 및 각 이에 대한 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 따른 돈을 지급하라.

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

3. 제1항 중 금원지급 부분은 가집행할 수 있다.

㊤ 가등기에 기한 본등기 청구(공유지분)

피고는 소외 차○○에게 ○○시 ○○동 23-3 답 659㎡에 대한 공유지분 659분의 437.5에 관하여 ○○지방법원 2001. 9. 3. 접수 제28208호로 마친 가등기에 기하여 2002. 8. 26. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 가등기담보권자가 후순위권리자에게 가등기담보등에관한법률 제6조 제1항에 의한 통지를 하지 않고 채무자에게 청산금을 지급한 경우의 효력

가등기담보권자인 채권자가 청산기간이 경과하기 전 또는 가등기담보등에관한 법률 제6조 제1항에 의하여 채무자에게 청산통지를 하였다는 사실 등을 후순위 권리자에게 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. 따라서 같은 법 제6조 제1항의 통지를 받은 후순위권리자가 채권자에게 직접 권리를 행사한 바가 없고 또한 청산기간을 경과하게 되면, 채권자는 채무자에게 청산금을 변제할 수 있음은 물론, 채권자가 채무자에 대하여 가등기 담보에 의하여 담보되지 아니한 별개의 금전채권을 가지고 있는 경우에는 이것을 자동채권으로 하여 채무자의 청산금채권을 상계할 수 있다.(대법원1996. 7. 12. 선고 96다17776 판결, 공1996하, 2488)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(선택적 병합, 매매예약완결의 등기이행과 명도 또는 말소)

선택적으로, 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1987. 9. 25. 접수 제67690호로 경료된 가등기에 기하여 1987. 12. 31. 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고 위 부동산을 명도하라. 또는 피고는 원고에게 위 부동산에 관하여 위 가등기에 기하여 1988. 7. 30. 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고 위 부동산을 명도하라. 또는 피고는 원고에게 위 부동산에 관하여 위 법원 1987. 9. 21. 접수 제66510호로 경료된 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 매매잔대금 채권을 담보하기 위하여 경료된 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구하는 경우 가등기담보등에관한법률이 적용될 것인지 여부

차주가 차용물의 반환에 관하여 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우가 아니라 단순히 매매잔대금 채권을 담보하기 위하여 경료된 가등기에 기하여 본등기를 구하는 경우에는 가등기담보등에관한법률은 적용되지 아니한다.(대법원 1991.9.24. 선고 90다13765 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기등 청구(매매완결을 원인으로, 부동산명도)

1. 피고는 원고에게

(1) 별지 목록의 부동산 목록란 기재 각 부동산에 관하여 각 ○○지방법원 ○○등기소 1999. 2. 12. 접수 같은 목록의 접수번호란 기재 각 접수번호로써 경료된 각 매매예약을 원인으로 한 소유권이전등기청구권보전의 가등기에 기하여 1999. 10. 10. 매매완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각 이행하고,

(2) 위 같은 부동산을 명도하라.

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

3. 위 제1의 (2)항은 가집행할 수 있다.

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(예비적 병합, 매매예약완결, 대물변제계약을 원인으로)

1. 주위적 청구취지

피고는 원고들에게 별지 제1목록 기재 부동산에 대한 별지 제2목록 기재 원고들의 각 지분에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1976. 12. 28. 접수 제8102호로 경료된 가등기에 기하여 1977. 2. 28. 매매예약 완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. 소송비용은 피고가 부담한다.

2. 예비적 청구취지

피고는 원고들에게 별지 제1목록 기재 부동산에 대한 별지 제2목록 기재 원고들의 각 지분에 관하여 1978. 6. 1.자 대물변제 계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. 소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 적법한 증거없이 준소비대차계약 성립을 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 하여 원심판결을 파기한 사례(대법원 1990.11.27. 선고 90다카25055, 26062 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(동시이행, 주위적 대물변제계약을 원인으로, 예비적 금전지급)

1. 주위적 청구취지

피고는 원고로부터 돈 3,833,289원을 수령함과 동시에 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2007. 11. 24. 접수 제78118호로서 경료된 가등기에 기하여 2008. 10. 31. 대물변제계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. 소송비용은 피고가 부담한다.

2. 예비적 청구취지

피고는 원고에게 돈 26,000,000원 및 이에 대한 2007. 5. 23.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

제1항은 가집행할 수 있다.

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(매매예약완결 및 매매를 원인으로)

피고는 원고들에게 별지 제1, 2목록기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1986. 11. 3. 접수 제69214호로 경료된 가등기에 기하여 1987. 6. 30. 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를, 별지 제3목록기재 부동산에 관하여 1987. 6. 30. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각 이행하라. 소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 가등기담보부동산의 매매예약 당시의 시가가 피 담보채권액에 미치지 못하는 경우 가등

기담보등에관한법률 제3조 소정의 청산 금 평가액의 통지 요부
가등기담보부동산에 대한 매매예약 당시의 시가가 그 피 담보채무 액에 미치지 못하는 경우에는
가등기담보등에관한법률 제3조가 정하는 청산 금의 평가액의 통지를 할 여지가 없다 할 것이다.(대
법원 1990.1.23. 선고 89다카21125, 89다카21132 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(매매를 원인으로, 부동산인도)

피고는 원고에게

(1) 서울 ○○구 ○○동 107-14 대 180.3㎡에 관하여 서울중앙지방법원 ○○등기소
1988.10.20. 접수 제153789호로 마친 가등기에 기하여 1989. 5. 10.자 매매를 원인
으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고,

(2) 위 부동산을 인도하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 가등기담보등에관한법률은 차용물의 반환에 관하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한
경우에 적용된다.(대법원 1995. 4. 21. 선고 94다26080 판결, 공1995상, 1932)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(매매예약완결을 원인으로)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 건물에 관하여 서울지방법원 ○○지원 1988. 3. 25.
접수 제25502호로써 마친 가등기에 기하여 1988. 3. 24. 매매예약완결을 원인으로 한
소유권 이전등기 절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 가등기담보등에관한법률의 규정에 따른 청산절차 진행 전에 신청된 강제경매에 의하
여 제3자에게 소유권이전이 된 경우 위 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있는지 여부
가등기담보등에관한법률의 규정에 따른 청산절차 진행 전에 신청된 강제경매에 의하여 제3자에게
소유권이전이 된 이상 담보가등기권자는 더 이상 위 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없다.

② 가등기가 담보가등기인지 여부의 판단 기준

가등기가 담보가등기인지 여부는 그 등기부상 표시나 등기시에 주고받은 서류의 종류에 의하여
형식적으로 결정될 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정될 문제라고 할 것이
다.(대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36932 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(양도담보계약을 원인으로)

피고는 원고들에게 별지 목록 기재의 토지에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1983.
3. 22 접수 제1642호로써 마친 가등기에 기하여 1988. 1. 29 양도담보계약을 원인으로
한 소유권이전 본등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 양도담보의 피담보채권액의 인정에 채증법칙위반과 심리미진의 위법이 있다고 하여 원심판결을 파기한 사례(대법원 1990.11.13. 선고 90다카12431, 12448 판결)

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(대물반환을 원인으로)

피고는 원고에게 서울 ○○구 ○○동 산 1-2 임야 3,789㎡에 관하여 ○○지방법원 1981. 9. 3. 접수 제28208호로 마친 가등기에 기하여 1982. 8. 26. 대물반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

※ 가등기담보 등에 관한 법률이 적용되는 경우에는 가등기담보 채권자가 그 채권의 변제기 후에 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하여야 하고(법 제3조 제1항) 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2월의 청산기간이 경과하여야 청산금의 지급과 상환으로 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있으므로(법 제4조 제2항, 제3항) 위 2월의 기간이 경과한 다음 날자 대물반환을 원인으로 한다.³²⁶⁾

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(매매, 가등기의 회복등기, 매매예약완결)

피고 이○주는 원고에게 서울 ○○구 ○○동 371-134 대 1,143.1㎡에 관하여 1982. 12. 6.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를, 피고 황○하, 황○희, 권○숙, 황○희, 황○하는 피고 이○주에게 같은 부동산에 관하여 서울지방법원 ○○등기소 1978. 6. 17. 접수 제46542호로 경료한 같은 달 14일자 매매예약에 의한 소유권이전등기청구권 보전을 원인으로 한 가등기의 회복등기절차 및 위 가등기에 기하여 위 매매예약의 같은 날자 완결을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 각 이행하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] ① 가등기가 불법말소된 이후에 그 가등기된 목적물에 관하여 위 가등기권자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우에 있어 위 가등기에 기한 본등기를 소구할 이익이 있는지 여부 가등기에 기하여 본등기가 된 때에는 본등기의 순위가 가등한 때로 소급함으로써 가등기후 본등기전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효되는 것이므로 가등기권자가 가등기된 목적물에 관하여 소유권 이전등기를 받고 있다 하더라도 가등기후 그 소유권이전등기 전에 중간처분이 있는 경우에는 가등기권자는 그 순위보전을 위하여 가등기에 기한 본등기청구를 할 이익이 있다. ② 원고의 청구를 기각하여야 할 사안을 잘못하여 소각하를 선고한 원심판결을 그대로 유지한 사례 원심이 원고의 청구를 기각하여야 할 사안에 대하여 소각하판결을 하였다고 하더라도 원고만이 불복상고하였다면 위 판결을 파기하여 청구를 기각함은 원고에게 불이익한 결과가 되므로 그대로 유지되어야 한다.(대법원 1988.9.27. 선고 87다카1637 판결, 공1988, 1330)

326) 사법연수원, 2002 변호사실무(민사), p56.

㉔ 가등기에 기한 본등기 청구(예비적 병합, 대물변제예약완결)

(주위적 청구취지)

피고는 원고들에게 별지 목록 기재 부동산에 대하여 서울지방법원 ○○지원 1980. 8. 26. 접수 제36151호로서 한 소유권이전청구권 가등기에 기하여 1982. 1. 5. 대물변제 예약 완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

(예비적 청구취지)

피고는 원고들에게 별지 목록 기재 부동산에 대하여 서울지방법원 ○○지원 1980. 8. 26. 접수 제36151호로서 한 소유권이전청구권 가등기에 기하여 1980. 10. 1. 매매예약 완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 복수채권자 명의로 매매예약을 체결하고 소유권이전등기 청구권보전을 위한 가등기를 경료한 경우, 매매예약 완결권의 행사방법

한 사람의 채무자에 대한 복수채권자의 채권을 담보하기 위하여 그 채무자와 복수채권자가 채무자소유의 부동산에 관하여 복수채권자를 공동의 권리자로 하는 매매예약을 체결하고 그에 따른 소유권이전등기청구권보전의 가등기를 한 경우, 복수채권자는 매매예약완결권을 준공유하는 관계에 있다 할 것이고 매매예약 완결권의 행사와 이에 따른 소유권의 이전등기를 구하는 소의 제기는 다같이 매매예약완결권의 처분행위라 할 것이므로 매매예약완결의 의사표시는 복수채권자 전원에 의하여 공동으로 행사되어야 하며 매매예약이 완결된 매매목적물에 대한 소유권이전의 본등기의 이행을 구하는 소는 필요적 공동소송으로서 매매예약완결권을 준공유하고 있던 복수채권자 전원에 의하여 제기되어야 한다.(대법원 1985. 10. 8. 선고 85다카604 판결, 공1985, 1477)

㉔ 가등기에기한본등기 청구(담보약정을 원인으로)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1985. 7. 23. 접수 제16264호로 경료된 가등기에 기하여 1985. 7. 22.자 담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 갑과 을이 각자의 채권을 담보할 목적으로 갑과 을 공동명의로 가등기를 하기로 약정하였으나 을이 약정과 달리 을과 병 명의로 가등기를 한 경우 을이 자기 명의의 가등기를 갑에게 이전해 줄 의무가 있는지 여부

갑과 을이 각자의 채권을 담보할 목적으로 부동산에 관하여 갑과 을의 공동명의로 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기를 경료하기로 약정하였으나 을이 약정과 달리 갑의 승낙도 없이 을과 병의 공동명의로 가등기를 경료한 경우 을 명의의 가등기가 을 자신의 채권을 담보할 목적으로 경료된 것인 이상 갑의 채권을 담보하기 위한 가등기는 병 명의로 경료되어 있는 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 을이 갑에 대하여 약정에 따른 채무를 이행하지 아니함으로 인한 책임을 지는 것은 별론으로

하고, 을이 위 약정에 기하여 막바로 갑에게 을 명의의 가등기를 이전하여 주어야 할 의무나 가등기 명의를 갑 명의로 변경하여 줄 의무는 없다.(대법원 1992.12.8. 선고 92다35301 판결)

☐ 가등기에 기한 본등기 청구(매매예약완결)

피고는 원고에게 ○○시 ○○동 462-2 대 738.9㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1987. 7. 18. 접수 제25260호로 마친 가등기에 기하여 1989. 10. 1. 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.