

가처분의 피보전권리가 사해행위취소로 인한 소유권이전등기 말소청구권인경우 가처분 대상인 소유권이전등기의 말소청구시 가처분권자가 이해관계 ,인에 해당하는지 여부

【선례요지】 갑 명의에서 을 명의로 소유권이전등기가 경료된 후 갑의 채권자 병이 을 명의의 소유권이전등기에 대하여 사해행위로 인한 소유권이전등기 말소청구권을 피보전권리로 하는 처분금지 가처분을 하였을 경우에 을 명의의 소유권이전등 ,기에 관하여 병 이외의 자가 말소등기신청을 하는 때에는 병의 승낙서 또는 그에대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다.

[1999. 12. 16. 3402-1143 등기 질의회답]

《해 설》

1. 거래의 안전과 원활을 도모하기 위한 공시제도인 부동산등기가 등기로서 유효하기 위하여는 그 등기에 부합하는 실체법상의 권리관계가 존재하여야 하고 또 부동산등기법이 정하는 일정한 절차에 따라 적법하게 행하여져야 한다 따라서 일정한 등기가 등기부에 경료되어 있다고 하더라도 원시적 또는 후발적인 사유에기하여 기존의 등기가 실체관계와 부합하지 않게 된 경우에는 등기부에 기재된내용대로 효력을 갖지 못하게 되므로 그러한 등기는 가능한 한 조속히 등기부에서 지워야 할 필요성이 있게 된다. 위와 같이 기존의 등기가 원시적 또는 후발적 사유로 인하여 실체관계와 부합하지 않게 된 경우에 기존등기 전부를 소멸시킬 목적으로 행하는 등기를 말소등기라고 한다 이는 부동산등기부가 물권변동과 물권상태의 적정한 공시라는 그 이상을 달성할 수 있도록 하기 위한 목적에서 마련된 등기제도이다 그러나 기존의 .등기가 실체관계와 부합하지 않게 되어 말소를 할 필요성이 있다고 하더라도 이미 공시되어 있는 기존 등기를 신뢰하고 등기를 경료한 제3자가 있는 경우에 그 제3자의 이해관계를 무시하고 말소등기를 할 수 있다고 한다면 이 또한 거래의 안전을 심히 해하게 될 것이다 그러므로 부동산등기법은 말소등기를 신청함에 있어 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 때에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 하도록 하여 이해관계의 조절을 꾀하고 있는데(법 제171조), 이때 누구를 말소등기에 있어 이해관계 있는 제3자로 볼 것인가의 문제가 있다.

2. (1) 말소에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자 말소에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자라 함은 등기부 기재의 형식으로 보아 등기의 말소로 인하여 손해를 받을 우려가 있다고 일반적으로 인정되는 제3자를 말한다 등기의 형식상 일반적으로 손해를 입을 우려가 있어야 하므로 비록 실질적으로는 ,손해를 입을 우려가 있다 하더라도 그러한 염려를 등기의 형식상 알 수 없는즉 등기부상에 기재되어 있지 아니한 자는 이해관계 있는 제3자가 되지 못하고 반대로 일반적으로 손해를 입을 염려가 등기의 형식상 인정되는 한에서는 ,비록 그 권리가 실체상 정당한 권리자에게 대항할 수 없

어서 실질적 구체적으로 손해를 입을 우려가 없더라도 이해관계 있는 제 3자에 해당한다 이는 등기관에게는 형식적 심사권만이 있을 뿐 실질적 심사권이 없어서 실체법상의 권리 유무를 조사하는 것이 불가능하므로 그 조사의 책임을 면하기 ,위하여서는 등기의 기재 형식만으로 판단할 수밖에 없기 때문이다 예컨대 저당권이 변제 등으로 실질상 소멸된 경우에도 등기부상 말소되지 않아 저당권자로 등기되어 있는 자는 이해관계 있는 제3자로 다루어지고 1번 저당권의 말소에 대한 2번 저당권자나 지상권의 말소에 대한 당해 토지상의 저당권자 등은 여기서 말하는 제3자가 아니다. 말소등기의 상대방은 현재의 등기명의인이어야 하므로 현재의 등기명의인을 이해관계인으로 보아 그의 승낙서를 첨부하여 말소등기를 신청할 수는 없다 예컨대 갑에서 을로 을에서 병으로 소유권이전등기가 경료된 후 갑이 갑에서 을로의 소유권이전등기가 무효라고 하여 말소등기를 할 경우에 병은 말소등기의 상대방이 되므로 (즉 을·병간의 말소와 갑·을간의 말소가 순차로 이루어져야 함), 갑과 을이 말소등기를 공동신청하면서 병의 승낙서를 첨부한 경우에 이 말소등기신청은 수리될 수 없다.

(2) 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본 등기상 이해관계 있는 제3자가 당해 말소등기에 대하여 승낙을 하여야 할 의무가 있는가 없는가는 오로지 실체법상의 권리관계에 의하여 결정된다. 말소의 원인이 기존등기의 명의인에게 실체법상 권리가 없다는 점에 있기 때문에, 이러한 말소등기 명의인의 무권리로 인하여 논리상 필연적으로 그 제3자에게도 실체적인 권리 없음을 초래하는 경우에는 그 제 3자는 말소등기에 승낙할 의무가 있게 되는 것이다. 즉 실체법상 무효이어서 권리가 없는 무권리자인 경우에는 말소등기가 되더라도 아무런 손해가 발생할 우려가 없을 것이므로 이러한 자는 승낙 의무를 부담한다는 것이다.

3. 사안의 검토 본 질의의 취지는 갑 소유이던 부동산에 대하여 매매 또는 증여를 원인으로 을 명의로 소유권이전등기가 경료된 후, 갑의 채권자인 병이 갑과 을 사이의 매매 또는 증여계약이 사해행위라는 이유로 위 매매 또는 증여계약의취소 및 그에 따른 원상회복으로서 을 명의의 소유권이전등기에 대한 말소를 구하는 사해행위취소소송을 제기하기에 앞서 을 명의의 소유권이전등기에 관하여 사해행위로 인한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분을 하였을 경우, 을 명의의 소유권이전등기에 관하여 가처분권자인 병 이외의 자가 그 말소신청을 하는 경우 (예컨대, 갑과 을이 매매 또는 증여계약의 해제로 인한 소유권이전등기의 말소등기를 신청하는 경우)에 가처분권자인 병의 승낙이 필요한가 하는 것이다. 이와 관련하여 종전의 선례(1999. 4. 3. 등기 3402-363 질의회답, 1999. 4.28. 등기 3402-464 질의회답)는 피보전권리의 목적을 달성하였다는 이유에서 가처분권자를 이해관계있는 제3자로 보지 않았으나 다음과 같은 이유에서 본 선례에 의해 위 선례들은 변경되었다. 사해행위로 인한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분은 단지 을 명의의 소유권이전등기를 말소하려는데 그 종국적인 목적이 있는것이 아니고, 원래의 소유자인 채무자 갑 명의로의 소유권복귀를 통하여 그 책임 재산을 확보하려는 데에 그 목적이 있는 것이다. 즉 채무자 갑이 그 소유부동산에 관하여 사해행위로서 을 명의로 소유권이전등

기를 경료함으로써 공동담보의부족 내지 상실을 초래한 경우, 채권자 병으로서는 을 명의의 소유권 이전등기에 대하여 먼저 처분금지가처분을 하게 되고 뒤이어 본안소송으로 을을 상대로 사해행위취 소청구의 소를 제기하여 을 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하게 되고, 여기서 승소하여 그 판결 이 확정되면 이를 근거로 을 명의의 소유권이전등기를 말소하여 원래의 소유자인 채무자 갑 명의로 그 소유권을 회복시켜 놓은 다음 강제집행을 통하여 채권의 만족을 얻게 되는 것이다 그런데 병 이 외의 자가 을 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 병의 동의 없이도 신청할 수 있다면 갑과 을이 통모하여 임의로 을 명의의 소유권이전등기를 말소하고 다시 제3자에게 빼돌 리는 것을 막을 수 없 게 될 것이다 그러므로 본 선례는 가처분의 피보전권리가 사해행위로 인한 말소등기청구권인 경우 에, 가처분권자는 그 등기의 말소에 관하여 이해관계인에 해당한다고 본 것이다.위의 경우와는 달리 피보전권리가 말소등기청구권인 일반적인 가처분의 경우, 즉 갑에서 을로 소유권이전등기가 경료되 어 있으나 갑이 을로의 소유권이전등기가 무효라고 하여 갑에서 을로의 소유권이전등기에 대한 말 소등기청구를 하면서가처분을 하였을 경우에 가처분권리자가 그 승소판결에 따른 등기를 신청하는 때에는 가처분권리자는 그 등기의 말소에 대하여 등기상 이해관계인이지만 동시에 그 말소등기에 관한 등기권리자이므로, 당연히 등기말소에 관한 승낙이 있는것으로 보아 그 가처분의 등기를 등기 관이 직권으로 말소하게 된다.