

[판례평석]가등기담보 등에 관한 법률 제11조 단서의 선의의 제3자와 ‘소급적 유효’ 법리의 제문제

- 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결 -

김정은 · 정원준

[사실관계 및 판결요지]	<목 차>
I. 사실관계 II. 제1심 및 원심의 판단 1. 제1심판결 2. 원심판결	III. 본등기의 소급적 유효 법리의 타당성 검토 (1): 법문언의 해석 1. 쟁점 2. 입법연혁 3. 대항불능의 효과 4. 기타 민법 규정과의 비교
III. 대법원의 판단	IV. 본등기의 소급적 유효 법리의 타당성 검토 (2): 권리관계의 변동
[연구]	1. 문제점
I. 서론	2. 채무자의 경우
II. 가등기담보법 제11조 단서의 유추적용 가부	3. 채권자의 경우
1. 가등기담보법에 따른 부동산 소유권 취득 절차	4. 문제적 상황 (1): 반사적 효과 법리의 부당성
2. 담보가등기에 대한 가등기담보법 제11조 단서 적용 내지 유추적용 가부	5. 문제적 상황 (2): 채권자의 과보호
	V. 결론

〈국 문 초 록〉

본 평석은 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)에 대한 분석을 통해 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라 한다) 소정의 청산절차 위반 후 선의의 제3자의 부동산 소유권 취득이 있는 경우에 본등기 효력변동이 있는지, 있다면 그 효력변동의 법률효과가 어느 범위까지 미치는지 여부에 관련한 문제를 중점적으로 다룬다. 대상판결은 가등기담보법 소정의 청산절차 없이 종료되어 무효인 본등기가 가등기담보법 제11조 단서 선의의 제3자의 부동산 소유권 취득에 따라 소급적으로 유효가 된다고 실시하였다. 이에 이 글은 가등기담보법 제11조 단서의 선의의 제3자 보호규정을 중심으로 그 문언의 합리적 해석론, 본등기의 효력을 둘러싼 채권자, 채무자, 제3자 간의 권리의무 변동을 중심으로 그 법리의 타당성을 탐구하고자 하였다.

종래 판례와 학설에 대한 검토를 통해 ① 대상판결에서 인정한 본등기의 소급적 유효를 뒷받침할 연혁적, 문리적 배경을 찾기 어려울뿐더러, ② 대상판결에서 사용한 반사적 효과의 논증에서 반사효과 어느 단계까지 미치는지, 반사효과 이익을 보는 자가 이를 촉발하는 법률행위를 한 때에도 마찬가지로인지 불분명하며 ③ 본등기의 소급적 유효로 인하여 채권자에게 과도한 보호를 제공하는 문제점이 있음을 보였다. 이러한 문제는 부동산 거래의 안정성과 투명성을 확보하고자 한 가등기담보법의 본래 취지와 상충된다고 볼 수 있다.

이 글에서는 입법상 취지와 선의의 제3자 보호규정의 입법연혁 및 다른 민사법 규정 해석과의 균형 등을 고려하면 본등기의 유효화는 장래효로 해석하는 것이 타당하다는 점을 설명한다. 설령 본등기의 소급적 유효를 인정할 필요가 있다 하더라도, 이러한 예외적인 법리를 새롭게 제안하기 위하여는 본등기의 소급적 유효로 말미암은 채권자의 부당이득반환청구권의 취득 등 연쇄적인 법률관계 변동을 고려하여 당해 법리에 대한 추가적인 정당화가 필요하다는 점을 강조한다.

주요어: 가등기담보 등에 관한 법률, 담보가등기, 선의의 제3자, 소급적 유효, 반사적 효과

[사실관계 및 판결요지]

I. 사실관계

대상판결의 사실관계를 논의에 필요한 한도에서 요약하면 다음과 같다. 채권자 소외 1은 2002. 7. 30. 채무자 동광주택건설 주식회사(이하 ‘동광’이라 한다)에게 합계 13억 원을 대여(이하 ‘이 사건 대여금’이라고 한다)하는 금전소비대차계약을 체결하였고, 채무자 동광은 2006. 2. 20. 이 사건 대여금채권의 담보를 위하여 본인 소유 아파트(이하 ‘이 사건 아파트’라 한다)를 담보목적물로 하는 가등기담보계약을 체결하면서 이 사건 아파트에 관하여 소외 1 명의 소유권이전청구권가등기(이하 ‘이 사건 가등기’라고 한다)를 마쳐주었다.

동광이 채무를 불이행하자 소외 1은 2007. 1. 29. 이 사건 아파트에 관하여 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라 한다)상의 청산절차를 거치지 않고 이 사건 가등기에 기초하여 본등기를 경료하였다(이하 ‘이 사건 본등기’라 한다). 당시 이 사건 아파트의 시가는 약 88억 3천만 원으로, 이 사건 대여금채권의 원리금 합계인 약 17억 8천만 원을 훨씬 초과하였다. 소외 1은 같은 날 이 사건 대여금채권을 담보하기 위하여, 이 사건 아파트에 관하여 자신의 부인인 피고 명의 근저당권설정등기를 경료하였다(이하 ‘이 사건 근저당권’이라 한다).

원고는 동광의 채권자로서 이 사건 본등기로 인하여 동광이 소외 1에 대하여 가지는 청산금채권 중 약 5억 6천만 원에 관하여 2009. 5. 29. 채권압류 및 추심명령을 받았고, 그 후 원고는 2009. 7. 20. 소외 1을 상대로 추심금 청구의 소를 제기하여 일부 인용판결을 받아 그 판결이 2012. 7. 26. 확정되었다. 이에 원고는 이 사건 아파트에 관하여 경매를 신청하였다. 이 사건 아파트에 관한 경매절차에서 이 사건 본등기가 무효임을 알지 못하고 알지 못한 데에 과실이 없는 경락인이자 매수인인 주식회사 우성디앤씨(이하 ‘우성디앤씨’라 한다)가 2014. 8. 26. 매각대금을 완납하고 2014. 11. 27. 이 사건 아파트에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다. 피고는 이 사건 근저당권자로서 2012. 10. 23. 채권액 합계 19억 5천만 원, 원고는 소외 1에 대한 일반채권자로서 채권 원리금 합계 약 7억 6천만 원의 배당을 요구하였고, 집행법원은 2014. 9. 26. 배당기일에 피고에게 합계 약 15억 원을 배당하고 원고는 배당에서 제외하였다. 이에 원고는 위 배당기일에 출석하여 피고에 대한 배당액 전부에 대하여 이의를 진술하고 이 사건 배당이의의 소를 제기하였다.¹⁾

II. 제1심 및 원심의 판단

1. 제1심판결(대구지방법원 김천지원 2015. 8. 28. 선고 2014가합2078 판결)

원고의 주장은 다음과 같다. 이 사건 아파트에 관한 가등기는 소외 1이 동광에 대한 대여금채권을 담보하기 위하여 경료한 담보가등기로서 가등기담보법이 적용되는바, 가등기에 기한 본등기를 마친 소외 1이 가등기담보법 소정의 청산금을 지급하지 않았으므로 소외 1 명의 본등기는 무효이다. 다만 경락인 우성디앤씨는 선의의 제3자로서 가등기담보법 제11조 단서에 의하여 이 사건 건물의 소유권을 취득하여 소외 1의 본등기는 결과적으로 유효하게 되었으므로, 대여금채권은 본등기에 의한 대물변제로 모두 소멸하였다. 그럼에도 이 사건 경매절차에서 그 피보전채권이 변제로써 이미 소멸한 피고 명의 근저당권에 기하여 배당표가 작성됨으로써 원고

1) 한편 이 사건 경매절차의 배당기일인 2014. 9. 26.까지 발생한 이 사건 대여금채권의 원리금 합계액은 약 34억 7천만 원이었다.

가 배당에서 제외되었으므로, 원고의 채권 원금 및 지연손해금 합계 약 9억 3천만 원에 해당하는 금액은 원고에게 배당되는 것으로 배당표가 경정되어야 한다.

1심법원은 원고의 청구를 전부 인용하여 배당표의 경정을 명하였다. 법원은 먼저 이 사건 본등기의 효력에 관하여, 경매를 통해 선의의 제3자인 우성디앤씨가 이 사건 아파트의 소유권을 취득한 이상 동광이 채무액을 변제하고 이 사건 아파트에 관한 본등기의 말소를 청구할 수 없게 되었음을 이유로, 비록 청산금이 지급되지 않았지만 소외 1 명의의 이 사건 아파트에 관한 본등기는 말소될 수 없는 유효한 등기가 되었다고 판단하였다.

나아가 법원은 이 사건 근저당권의 효력(피담보채무 변제 여부)에 관하여, 이 사건 아파트에 관한 본등기 당시 이 사건 대여금채권의 원리금 합계는 1,783,582,568원인데,²⁾ 당시 이 사건 아파트의 시가는 8,839,523,533원으로 이 사건 대여금채권의 원리금 합계액을 훨씬 초과하였으므로 이 사건 대여금 채무는 이 사건 아파트에 관한 본등기의 경료로 모두 변제되었고, 따라서 피고 명의 근저당권은 소멸하였다고 판단하였다.

2. 원심판결(대구고등법원 2016. 8. 17. 선고 2015나23100 판결)

제1심판결과 달리, 원심판결은 비록 피고 명의 근저당권설정등기는 가등기담보법을 위반하여 경료된 소외 1 명의 본등기에 기초한 것으로서 무효이나, 피고는 담보가등기권리자로서 원고보다 채권을 우선변제 받을 권리가 있다고 하여 원고의 청구를 전부 기각하였다.

원심법원은 먼저 가등기담보법이 적용되는 이 사건 본등기의 효력에 관하여, 본등기일 당시 이 사건 아파트의 시가(8,839,523,533원)는 ‘피고 등의 대여금’ 채권액(1,783,319,878원)을 초과하였지만 소외 1은 본등기 전 또는 후에 가등기담보법 제4조 소정의 청산금 즉, 이 사건 건물의 가액에서 ‘피고 등의 대여금’ 채권액 및 선순위담보 등에 의하여 담보된 채권액을 뺀 금액을 동광에게 지급하지 아니하였으므로 소외 1의 본등기는 가등기담보법 제3조 및 제4조에 위반한 무효인 등기라고 판단하였다. 나아가 이 사건 아파트를 경락받은 우성디앤씨는 가등기담보법 제11조 단서의 선의의 제3자에 해당하여 이 사건 아파트의 소유권을 적법하게 취득하였으나, 그 결과로 무효이던 소외 1의 본등기가 소급하여 유효로 되는 것은 아니라고 판시하였다.

나아가 원고는 소외 1 명의 본등기로 인하여 이 사건 아파트의 소유권이 동광으로부터 소외 1로 이전되었음을 전제로 피고 등이 대물변제 받았음을 주장하나, 법원은 이 사건 근저당권은 무효인 본등기에 기초한 것으로서 당연히 무효임을 전제로 여전히 이 사건 피고 등의 대여금채권은 잔존한다고 판시하였다.

Ⅲ. 대법원의 판단(대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결)

대법원은 원심과 마찬가지로 가등기담보법 제3조 및 제4조를 위반하여 적법한 청산금 지급 절차를 거치지 않은 담보가등기에 기한 본등기의 효력은 무효라는 기존 대법원의 입장(대법원 1994. 1. 25. 선고 92다20132 판결 등 참조)을 재확인하였다. 즉, 이 사건 본등기 경료 당시 아파트의 가액이 그때까지의 이 사건 대여 원리금을 훨씬 초과함에도 소외 1이 동광에 청산금을 지급하는 절차를 거치지 않았으므로 이 사건 본등기는 가등기담보법 제4조를 위반하여 무효라고 판단하였다.

2) 잔여 원금 920,490,410원 + 2003. 3. 4.부터 이 사건 아파트에 관한 본등기 전날인 2007. 1. 28.까지 연 24%의 비율에 의한 이자, 원 미만 버림, 이하 같다.

다만, 선의의 제3자가 그 본등기에 터잡아 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득하면, 가등기담보법 제11조 본문의 적용에 따라 채무자는 채권자를 상대로 그 본등기의 말소를 청구할 수 없게 된다면서, 이 경우 ‘반사적 효과’로서 무효인 채권자 명의의 본등기는 그 등기를 마친 시점으로 소급하여 확정적으로 유효하게 된다고 판시하였다. 대법원은 본등기가 소급적으로 유효하게 됨으로써 담보목적부동산에 관한 채권자의 가등기담보권은 소멸하며, 위 사안에서 무효였던 본등기에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기 역시 소급하여 유효하게 된다고 보았다.

사안에서 우성디앤씨가 이 사건 아파트가 소외 1의 소유임을 전제로 진행된 경매절차에서 이 사건 아파트를 매수하여 매각대금을 납입하였고, 당시 우성디앤씨가 소외 1이 청산절차를 거치지 않고 이 사건 본등기를 마쳤음을 알았다고 인정할 수 있는 사실이 없으므로, 우성디앤씨는 선의의 제3자로서 가등기담보법 제11조 단서 후문에 따라 이 사건 아파트의 소유권을 취득한다. 대법원 판시의 “반사적 효과”에 따르면 소외 1 명의의 이 사건 본등기는 그 등기를 마친 시점으로 소급하여 유효하게 되고, 이에 따라 소외 1의 가등기담보권은 소멸하고 피고 명의의 이 사건 근저당권도 소급적으로 유효해진다고 본 것이다.

결국 위 사안에서 제기된 배당이의의 소는 원·피고의 배당순위 및 배당액의 당부를 다투는 바, 본등기와 이에 터잡은 소외 1의 근저당권이 모두 소급적으로 유효해졌을 때의 법률상 지위를 따져야 한다. 대법원은 이 사건 대여금채권은 본등기에 의하여 담보되고 있는 가운데 피담보채권액을 초과하는 가액 상당의 담보목적물이 담보가등기권자이자 대여금채권자 중 1인인 소외 1에게 귀속되었다면 피담보채권인 이 사건 대여금채권은 소멸하고 이 사건 근저당권 역시 당연소멸하는 것이므로 이 사건 본등기와 근저당권이 전부 무효로서 피고가 담보가등기권자로서 피고의 배당순위가 원고보다 우선한다고 판단한 원심법원의 판결에 잘못이 있다고 하였다.

[연구]

I. 서론

대상판결의 요지는 ‘청산절차 없이 마쳐진 무효인 본등기를 신뢰한 선의의 제3자가 가등기담보법 제11조 단서에 따라 담보목적부동산의 소유권을 취득하면, 무효인 본등기는 소급적으로 유효로 된다’는 것이다. 본 평석은 가등기담보법 제11조의 해석 및 적용이 문제된 대상판결을 아래의 쟁점들을 중심으로 분석한다. 먼저 논지의 전건(前件)에 관하여 ① 문언상 부동산 양도담보에 적용되는 규정인 가등기담보법 제11조 단서가 부동산 양도담보가 아닌 가등기담보에도 적용 내지 유추적용되는지 본다. 이어서 논지의 후건(後件)에 관하여 ② 문언상 가등기담보법 제11조 단서가 적용되는 경우 무효인 본등기가 소급적으로 유효로 된다고 봄이 타당한지, ③ 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우 당사자들의 이익 상황의 변동을 고려할 때 소급적 유효의 법리가 구체적으로 타당한지 검토한다. 첫 번째 쟁점은 II.에서, 두 번째와 세 번째 쟁점은 III.과 IV.에서 차례로 검토한다.

II. 가등기담보법 제11조 단서의 유추적용 가부

1. 가등기담보법에 따른 부동산 소유권 취득 절차

가등기담보법은 금전 소비대차계약에서의 채권자가 채무자의 채무불이행 시 사전에 체결된 가등기담보계약에 따른 담보가등기 등에 기초하여 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위한 절차를 규율하는 법률이다.

금전 소비대차계약에서의 채권자는 대여금채권을 담보하기 위하여 다음의 2가지 형태의 계약을 체결할 수 있다. 먼저 채권자는 채권을 담보할 목적으로 채무자 소유 부동산에 미리 소유권이전등기를 경료해두고, 장래 채무가 이행되면 채무자에게 부동산 소유권을 회복시키지만 불이행되면 그 부동산으로부터 채권의 만족을 받기로 하는 ‘부동산 양도담보계약’을 체결할 수 있다. 한편 채권자는 채무자 소유 부동산에 소유권이전등기를 경료하는 대신 그 부동산에 관한 매매예약 또는 대물변제의 예약을 하고, 장래 예약완결 시 발생할 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기를 경료하여 채무의 불이행 시 그 가등기에 기초한 본등기를 경료해 대물변제로써 채권을 만족받기로 하는 ‘가등기담보계약’을 체결할 수도 있다.³⁾

가등기담보법은 위의 경우 채무액에 비하여 담보목적물인 부동산의 가액이 지나치게 고가일 때 채권자가 채무자의 불이행을 이유로 폭리를 취하는 것을 방지하기 위하여 제정된 법률로서, 계약 체결 또는 예약 당시 담보목적부동산의 가액이 차용액 및 이자의 합산액을 초과하는 경우 채권자가 가등기담보법에 따른 절차를 거쳐야만 부동산의 소유권을 적법하게 취득할 수 있다고 정한다(가등기담보법 제2조 제1호, 이하 법명 없는 조문은 가등기담보법의 조문이다).

구체적으로 가등기담보법에 따르면 채권자는 다음의 절차(이하 ‘청산절차’라 한다)를 거쳐야만 담보목적부동산의 소유권을 적법하게 취득할 수 있다(제3조, 제4조). 채권자는 먼저 채권의 변제기 도래 후 담보목적부동산의 가액에서 그 채권액을 뺀 금액(청산금 평가액)을 채무자에게 통지하여야 한다. 이후 청산금을 채무자에게 지급하여야 하고, 담보권 실행의 통지 이후 2개월의 청산기간이 경과하여야 한다. 이미 소유권이전등기를 마친 채권자는 청산금 평가액 통지, 청산금 지급, 청산기간 경과의 3가지 조건이 모두 충족된 시점에 담보목적부동산의 소유

3) 박윤직·김재형, 물권법, 제8판, 박영사, 2015, 542면.

권을 즉시 적법하게 취득하며, 담보가등기를 마친 채권자는 위와 같은 시점 이후 가등기에 따른 본등기를 경료하여 소유권을 취득할 수 있다.

이상의 청산절차를 위반하여 본등기가 경료된 경우 그 본등기는 무효이다.⁴⁾ 다만 가등기권리자가 가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차에 따라 청산금의 평가액을 채무자등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나, 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 통지를 받은 날부터 2월의 청산기간이 지나면 무효인 본등기는 실제적 법률관계에 부합하는 유효한 등기로 될 수 있을 뿐이다.⁵⁾

2. 담보가등기에 대한 가등기담보법 제11조 단서 적용 내지 유추적용 가부

가. 문제제기

가등기담보법 제11조 본문은 “채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다.”라고 하여, 채권자가 금전채권의 담보를 위하여 채무자 소유 부동산에 미리 소유권이전등기를 경료해두는 부동산 양도담보의 경우 채무자가 부동산의 소유권을 회복할 수 있는 방법을 정하고 있다. 한편 동조 단서는 “다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여, 채권자 명의의 소유권이전등기가 부동산 양도담보계약에 따른 등기라는 사실에 대하여 선의인 제3자는 그 부동산의 소유권을 적법·유효하게 취득할 수 있고 그 경우 채무자는 더 이상 채권자에게 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다고 정하고 있다.

이상의 문언상 제11조는 담보목적부동산에 소유권이전등기가 경료되어 있는 부동산 양도담보의 경우를 상정하고 있고, 가등기담보법의 또 다른 규율대상인 가등기담보에 관하여는 정하지 않고 있다는 점이 명백하다. 그렇다면 제11조, 특히 동조 단서 후단의 “선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우”를 정하는 부분은 부동산 양도담보가 아닌 가등기담보에도 적용 내지 유추적용되는가? 만약 제11조 단서가 가등기담보에 대하여는 적용 내지 유추적용되지 않는다면, ‘청산절차 없이 본등기가 경료된 후 선의의 제3자가 담보목적부동산의 소유권을 취득한 경우’를 전제로 본등기가 소급적으로 유효로 됨을 판시하는 대상판결의 법리는 그 전제가 부정되어 부당한 것이 된다.

결국 ‘선의의 제3자의 담보목적부동산 취득에 따른 본등기의 소급적 유효화’라는 대상판결의 법리가 타당한지 검토하려면 부동산 양도담보가 아닌 가등기담보의 경우에도 ① 제11조 단서가 적용 내지 유추적용되는지, ② 적용 내지 유추적용되는 경우 가등기 또는 청산절차를 위반하여 경료된 무효인 본등기를 둘러싼 채무자와 채권자의 법률관계는 어떠한지 먼저 살펴 보아야 한다. 이하에서는 ① 제11조 단서는 가등기담보의 경우에도 적용 내지 유추적용되는 것이 타당하며, ② 제11조 단서가 적용되는 경우 채무자는 채무액을 변제하고 가등기의 말소를 구할 수 있으며, 이미 청산절차를 위반하여 가등기에 기한 본등기가 경료되었다면 그 무효인 본등기의 말소를 구할 수 있는 권리가 있음을 논한다.

4) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다13171 판결.

5) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2017다202296 판결.

나. 학설 및 판례

1) 부정설

부정설에 따르면 가등기담보에 제11조 단서 후단을 적용 내지 유추적용하는 것은 타당하지 않다. 그 이유는 첫째로 선의의 제3자가 담보목적부동산의 소유권을 취득할 수 있도록 하는 제11조 단서 후단 자체가 등기의 공신력을 부정하는 우리 민법 체계에 반하기 때문이다.⁶⁾ 우리 민법은 원칙적으로 부동산 등기를 신뢰하고 그에 관한 물권을 취득하더라도, 부동산의 진정한 소유자의 권리보호를 위하여 해당 등기가 원인 무효인 경우에는 그 물권의 취득을 부정하여 등기의 공신력을 인정하지 않는다. 그런데 제11조 단서 후단은 채권자가 이미 본인 명의 소유권이전등기가 경료되어 있음을 기화로 선의의 제3자에게 부동산을 처분한 경우 그 소유권 취득을 인정하는 규정으로서, 등기의 공신력을 인정하는 규정으로 해석할 수밖에 없다.⁷⁾ 이는 등기의 공신력을 원칙적으로 부정하는 우리 민법의 체계에 반한다.⁸⁾

가사 부동산 거래안전을 위하여 선의의 제3자의 소유권 취득을 예외적으로 인정할 수 있다고 하더라도 제11조가 명시적으로 규율대상으로 삼는 부동산 양도담보와 가등기담보는 이익상황이 다르므로 후자에 대하여는 동조를 적용할 수 없다. 부동산 양도담보 상황에서 이루어지는 채권자 명의 소유권이전등기는 당사자 간 양도담보계약상의 합의하에 경료된 유효한 등기이다. 반면 가등기담보 상황에서 청산절차 없이 경료된 본등기는 강행규정에 위반하여 무효라는 점에서 부동산 양도담보에서의 등기와는 본질적 차이가 있으므로, 가등기담보의 경우에까지 제11조를 적용하는 것은 문언을 넘어선 확장해석으로서 타당하지 않다.⁹⁾

둘째, 선의의 제3자의 소유권 취득을 인정하면 채권자가 적법한 청산절차를 거치지 않았음에도 가등기담보법이 허용하지 않는 사적 처분정산을 인정하는 것이 되어 가등기담보법의 입법 취지에 반한다. 처분정산이란 담보목적부동산을 타인에게 매각하는 등의 처분을 통하여 얻은 환가대금으로 피담보채권의 만족을 얻고, 후속 조치로서 환가대금에서 피담보채권액을 공제하고 남은 차액을 채무자에게 반환하는 절차를 거치는 것이다. 처분정산은 ① 처분의 순간 채무자는 부동산의 소유권을 상실하고, ② 부동산 환가가 정당한 가액으로 이루어지지 않는 경우 손해 회복이 어려울 뿐 아니라, ③ 처분 자체가 채권자의 의사에 따라 이루어지므로 채권자가 처분의 명목으로 목적물을 인도받은 후 처분을 지연하여도 채무자는 대응 수단이 없다는 점에서 문제적이다. 이에 가등기담보법은 가등기담보권의 실행방식을 사적 실행으로서 채권자가 담보권의 소유권을 취득하는 귀속정산과 공적 실행으로서 채권자가 경매를 신청하여 그 대가로부터 변제를 받는 두 가지로 한정하고 있다.¹⁰⁾ 그런데 채권자가 임의로 무효인 본등기를 경료한 후 선의의 제3자에게 부동산을 처분하였을 때 그 소유권 취득의 효과를 인정한다면 이는 사실상 가등기담보법이 허용하지 않는 사적 처분정산을 허용하는 것이 되어 채무자를 보호하

6) 박윤직·김재형(주 3), 561면.

7) 이동선·김대경, “부동산물권의 등기를 통한 공시와 제3자 보호 - 등기의 공신력 제고를 중심으로”, 법과정제 제26권 제3호(2020), 99면.

8) 정병호, “가등기담보등에 관한 법률 제11조 단서 후단의 ‘소유권 취득’의 의미와 효과 - 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결[공2021하,2229]의 평석”, 서울법학 제30권 제2호(2022), 19-20면.

9) 김병선, “가등기담보 등에 관한 법률을 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 않고 이루어진 담보가등기에 기한 본등기의 효력 - 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016 다 248325 판결”, 법학논집(이화대학교 법학연구소) 제27권 제2호(2022), 12면.

10) 김용덕, 주석 민법 물권(4), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 467면(오영준 집필); 송덕수, 물권법, 제6판, 박영사, 615-625면 참조.

기 위한 가등기담보법의 실효성을 크게 감소시킨다.¹¹⁾

결국 부정설에 따르면 가등기담보에는 제11조 단서 후단이 적용 내지 유추적용될 수 없고, 청산절차 없이 경료되어 무효인 본등기에 터잡아 경료된 선의의 제3자 명의 소유권이전등기는 무효이다.

2) 긍정설

긍정설에 따르면 가등기담보에도 제11조 단서 후단을 적용 내지 유추적용할 수 있다. 제11조 단서 후단은 부동산 거래안전을 위하여 예외적으로 등기의 공신력을 인정하는 규정으로 보아야 하고, 부동산 거래안전의 보장이라는 측면에서 부동산 양도담보의 경우와 이익상황이 동일한 가등기담보에 대하여도 적용 내지 유추적용되어야 한다.

가등기담보법 시행 전 판례는 청산절차 없이 가등기에 기초하여 경료된 본등기도 청산절차를 예정하는 ‘약한 의미의 양도담보’로서 유효하고,¹²⁾ 대외적으로 소유권을 주장할 수 있는 양도담보권자로부터 부동산을 양수한 제3자는 선·악의를 불문하고 소유권을 취득한다는 입장이었다.¹³⁾ 그러나 가등기담보법 시행 후 청산절차 없이 경료된 본등기는 절대적 무효로 그 명의자인 채권자에게는 부동산 처분권한이 없으므로, 그로부터 부동산을 양수한 제3자는 소유권을 적법하게 취득하지 못하게 되었다. 이에 부동산 거래안전을 위하여 가등기담보법 제11조 단서가 도입된 것이다.¹⁴⁾ 나아가 악의가 아닌 선의의 제3자만을 보호한다는 점에서 제11조 단서 후단은 거래안전과 부동산의 진정한 소유자인 채무자 보호라는 두 가지 목적을 최대한 조화롭게 보장하고자 하고 있으므로 이를 가등기담보의 경우에 적용 내지 유추적용하는 것이 등기의 공신력을 과도하게 확장한다고 볼 수 없다.¹⁵⁾

결국 긍정설에 따르면 가등기담보에도 제11조 단서 후단이 적용 내지 유추적용되어, 선의의 제3자는 청산절차 없이 경료되어 무효인 본등기에 터잡아 적법·유효하게 담보목적부동산의 소유권을 취득할 수 있다.

3) 판례

대법원은 긍정설의 입장에서 가등기담보에도 제11조 단서 후단을 적용 내지 유추적용할 수 있다고 본다. 대상판결은 “가등기담보법 제3조, 제4조의 청산절차를 위반하여 이루어진 담보가등기에 기한 본등기가 무효라고 하더라도 선의의 제3자가 그 본등기에 터잡아 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득하면, 채무자등은 더 이상 가등기담보법 제11조 본문에 따라 채권자를 상대로 그 본등기의 말소를 청구할 수 없게 된다.” 라고 판시하여, 가등기담보 상황에서의 제11조 단서 적용 내지 유추적용을 긍정한다.

다만 해당 판시내용은 앞선 판례들에서 나타난 바 없고 대상판결에서 처음으로 제시된 것임에도 불구하고 그에 관한 법리적 근거는 별달리 제시되고 있지 않다. 선의의 제3자가 무효인 본등기에 터잡아 부동산의 소유권을 취득하면 ‘그 반사적 효과로서 무효인 본등기는 경료 시점으로 소급하여 유효하게 된다’ 고 하여 등기의 소급적 유효화에 관한 논리를 곧바로 전개해

11) 김병선(주 9), 14-15면.

12) 대법원 1969. 10. 23. 선고 69다1338판결.

13) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다28528 판결; 김용덕(주 10), 498면(오영준 집필).

14) 김용덕(주 10), 498면(오영준 집필); 양창수·김형석, 민법Ⅲ - 권리의 보전과 담보, 제4판, 박영사, 2021, 589-591면.

15) 김용덕(주 10), 498면(오영준 집필).

나갈 뿐, 제11조가 가등기담보의 경우에 적용되는 것인지 아니면 유추적용되는 것인지, 그 법리적 근거는 무엇인지는 설시되고 있지 않다. 대법원은 해당 법리를 대상판결 사안의 제1심법원의 판시로부터 원용한 것으로 보이는데, 제1심법원은 기존 판례들에서 나타난 바 없는 제11조에 관한 해당 법리를 별다른 근거 없이 최초로 설시하였다.¹⁶⁾ 원심법원 역시 비록 결론은 제1심법원과 달리하였으나 “주식회사 우성디앤씨는 가등기담보법 제11조 단서의 ‘선의의 제3자’에 해당한다고 할 것이다. 따라서 주식회사 우성디앤씨는 이 사건 건물의 소유권을 취득하였다고 할 것인데 (후략)” 라고 하여 별다른 이견 없이 위 법리를 수용하였고, 대법원 역시 해당 내용을 수용한 것으로 보인다.¹⁷⁾

다. 검토

다음의 두 가지 이유로 긍정설이 타당하다. 첫 번째 이유는 제11조 단서 규정 자체가 민법 체계에 반하여 등기의 공신력을 인정하는 조문이므로 적용되어서는 안 된다는 부정설의 논지에 대한 반론이다. 다른 하나의 이유는 등기의 공신력을 예외적으로 인정할 수 있음을 전제로, 제11조 단서가 부동산 양도담보가 아닌 가등기담보에도 적용될 수 있음에 관한 입론이다.

첫째로 우리 법제는 여러 국면에서 예외적으로 등기의 공신력을 인정하고 있음을 고려하면, 등기의 공신력을 인정하는 조문이라는 이유만으로 제11조 단서의 적용을 일체 부인하는 것은 타당하지 않다.

우리 법제에 등기의 공신력을 부정하는 일반적·명시적 규정은 없으나 원칙적으로 등기의 공신력은 부정된다는 점에 대하여는 해석론으로서 다툼이 없다.¹⁸⁾ 다만 우리 법제는 민법의 의사표시에 관한 규정(민법 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항), 계약해제에 관한 규정(민법 제548조 제1항 단서), 등기부취득 시효에 관한 규정(민법 제245조 제2항) 및 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)의 명의신탁에서의 제3자 관련 규정(부동산실명법 제4조 제3항) 등을 통하여 부동산 거래에서의 제3자를 보호함으로써 부분적으로 부동산 등기에 공신력을 부여하고 있다.¹⁹⁾ 예컨대 부동산 매매계약이 통정허위표시일 때 매수인으로부터 부동산을 양도받은 선의의 제3자는 비록 매수인 명의 부동산이전등기가 무효임에도 그 소유권을 취득할 수 있고, 무효인 양자간 명의신탁 약정에 따라 부동산 명의를 수탁받은 자로부터 부동산을 매수한 선의의 제3자는 해당 부동산의 소유권을 적법하게 취득한다.

이처럼 원칙적으로 등기의 공신력을 부정하면서 거래 안전을 위하여 예외적 수단들을 마련할 것인지, 혹은 원칙적으로 등기의 공신력을 인정하면서 진정한 권리자의 보호를 위한 기타 수단을 마련할 것인지는 본질적으로 법정정책적인 문제이다. 우리나라의 경우 1950년대 민법 제정 당시 상당수의 부실등기와 전국적 토지조사를 위한 역량의 한계 등으로 등기의 신뢰성이 확보될 수 없어 등기의 공신력을 인정하지 않기로 하고, 진정한 권리자의 보호와 거래 관계에서의 신뢰 보호라는 두 가치 중 적어도 부동산에 관하여는 전자를 강조하는 법정정책적 결단이 있었을 뿐이다.²⁰⁾

이처럼 등기의 공신력 인정의 문제가 거래상의 동적 안전과 진정한 권리자의 정적 안전 사

16) 대구지방법원 김천지원 2015. 8. 28. 선고 2014가합2078 판결.

17) 대구고등법원 2016. 8. 17. 선고 2015나23100 판결.

18) 박윤직·김제형(주 3), 148면.

19) 이은영, “부동산의 선의취득이 인정되는 경우”, 고시연구 제24권 제11호(1997), 49-51면, 55-56면.

20) 권영준, “등기의 공신력 - 1957년, 그리고 2011년”, 법조, 제60권 제10호(2011), 7-10면.

이의 선택에 관한 가치지향적이고 법정책적인 문제라면, 우리 민법은 등기의 공신력을 부정하기 때문에 등기의 공신력을 인정하는 조문인 제11조 단서는 적용되어서는 안 된다는 주장에 근거한 논증은 예외적으로 등기의 공신력을 인정할 필요성이 입증되면 쉽게 기각된다. 특히 아래에서 상술하는 바와 같이, 채권자의 일방적 등기 경로행위에 따라 무효인 본등기가 등기부상 유효한 것으로 표상되어 있는 경우 담보부동산을 양도받는 선의의 제3자로서는 그 등기가 무효라는 사정을 알 수 없다는 점에서 적어도 제11조의 적용 국면에서는 예외적으로 등기의 공신력을 인정할 필요가 있다.

둘째로 부동산 거래안전 및 제3자 보호라는 관점에서 부동산 양도담보와 가등기담보는 이익 상황이 동일하다는 점에서 유추적용을 통한 등기의 공신력 인정에 대한 정책적 필요를 도출할 수 있다. 제11조 단서는 등기의 외형을 신뢰한 선의의 제3자를 보호하기 위한 규정임을 고려하면, 양자 모두의 상황에서 외관상 등기가 유효한 것으로 판단되는 이상 등기가 실제로 유효한지는 주요한 고려대상이 되기 어렵다.

부동산 양도담보의 목적으로 이미 경로된 소유권이전등기는 대외적 관점에서 적법·유효하게 마쳐져 등기명의인의 소유권을 표상하는 것으로 인식된다. 한편 가등기담보의 경우에도 마찬가지로 채권자가 허위의 등기원인을 내세워 청산절차 없이 임의로 본등기를 경로하는 이상, 대외적으로는 유효·적법하게 경로된 것으로 나타난다.²¹⁾ 나아가 부동산 양도담보에서 등기원인은 ‘양도담보계약’ 등으로 기재되어 제3자로서는 해당 등기가 채권의 담보목적으로 경로된 사실을 알 수 있는 것에 비하여, 가등기담보에서 제3자로서는 채무자의 대물변제 등을 이유로 본등기가 적법하게 경로되었다고 추단하게 됨이 오히려 더욱 자연스럽다. 우리 법제 하에서 등기의 경로는 등기권리자와 등기의무자의 협력을 통한 공동신청으로써 이루어지는 이상(부동산등기법 제23조), 가등기담보 당사자 간 대내적 관계를 인식하기 어려운 제3자로서는 채무자 역시 채권자의 본등기 경로에 동의하였을 것이라고 판단할 수 밖에 없기 때문이다. 결국 부동산 양도담보와 가등기담보 양자의 경우 모두에서 등기는 외관상 유효한 것으로 나타나고, 선의의 제3자를 보호하는 제11조 단서 후단의 적용을 달리할 이유는 없다.

Ⅲ. 본등기의 소급적 유효 법리의 타당성 검토 (1): 법문언의 해석

1. 쟁점

선의의 제3자가 소유권을 취득하는 경우 채무자등은 더 이상 가등기담보법 제11조 본문에 따라 채권자를 상대로 그 본등기의 말소를 청구할 수 없게 되어 선의의 제3자는 그 본등기가 무효라는 사실을 알았다는 사정이 없는 한 적법하게 소유권을 취득하게 된다. 이는 등기의 공신력을 인정하지 않은 우리 민법체계에서 등기제도를 보완하기 위해 우리 민법 곳곳에 입법된 선의의 제3자 규정들과 그 효과를 같이 하고 있다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 대상 판결에서 선의의 제3자의 적법한 소유권 취득 외에 선의의 제3자가 법률상 이해관계를 가지게 된 중간등기²²⁾가 소급적으로 유효해진다는 설시는 기존의 선의의 제3자 규정에 대한 우리 판례에서도 찾아보기 어려운 이례적인 판단이다.²³⁾ 우리 민법에서 소급효는 법률에 명시적으로

21) 가등기담보 상황은 ① 담보가등기만 경로된 경우와 ② 담보가등기에 기하여 청산절차 없이 무효인 본등기가 경로된 경우로 구분되나, 전자의 경우 제3자로서는 담보목적부동산의 소유권은 여전히 채무자에게 귀속하고 있다는 점을 인식할 수 있으므로 등기의 외형을 신뢰한 자를 보호하는 제11조 단서는 적용될 여지가 없다. 따라서 논의의 대상에서 제외한다.

22) 대상판결의 경우에 청산절차 없이 경로된 무효인 본등기를 지칭한다.

규정되어 있거나 판례법리가 안정적으로 쌓여온 경우에 제한적으로 인정되고 있는바,²⁴⁾ 아래에서는 선의의 제3자 규정의 법문언의 해석에서 대법원이 말한 “반사적 효과”로서의 소급효를 도출할 수 있는지 살펴보기 위하여 그 법문언의 입법연혁, 대항불가의 효과에 대한 고찰, 기타 민법규정과의 비교를 시도한다.

2. 입법연혁

가등기담보법에는 선의의 제3자 보호규정이 제11조에만 규정되어 있으나, 우리 민법에서는 선의의 제3자 보호규정을 곳곳에서 발견할 수 있다. 민법의 편장을 가리지 않고 의사표시에 관한 규정, 대리에 관한 규정, 채권양도에 관한 규정, 친족에 관한 규정 등에 마련되어 있으며 그 개수는 20여 개에 달한다.²⁵⁾ 가등기담보법이 우리 민법에서의 비전형담보에 관한 규정을 보완하기 위하여 입법되었다는 점을 고려하면 선의의 제3자 보호규정에 대한 이해를 바로 세우기 위하여는 그 모체가 되는 민법의 선의의 제3자 보호규정을 면밀히 살펴보아야 할 필요가 있다.

우리 민법은 “대항하지 못한다”, “권리를 해하지 못한다”, “이익을 해하지 못한다”, “그러하지 아니하다” 등의 표현을 두루 사용하고 있다. 이 중 가장 많이 사용되는 표현은 바로 “선의의 제3자에게 대항하지 못한다” 이고, 이것이 선의의 제3자 보호규정의 전형례로 이해되고 있다.²⁶⁾ 문언 측면에서 가등기담보법 제11조 단서는 “그러하지 아니하다” 라고 하여 가장 일반적인 형태의 입법은 아니다.

우선 전형례를 기준으로 선의의 제3자 보호규정 문언의 요건과 효과를 분설하자면, 요건은 선의의 제3자이고 효과는 대항불능이다. 요건에 있어서는 대법원 판례를 비롯하여 학계에서 “외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자” 라는²⁷⁾ 민법 제108조 제2항의 선의의 제3자의 의미를 여타 다른 선의의 제3자 보호규정에서의 해석에 통용하고 있다.²⁸⁾ 그러나 대항불능과 관련하여는 모든 선의의 제3자 보호규정의 문언이 일치하지는 않는데, 문언상 차이가 법률효과의 차이로 이어지는지 의문을 제기할 수 있다.

그러나 문언상 차이에도 불구하고 우리 민법에서 선의의 제3자 보호규정을 파악함에 있어 공통적으로 대항불능의 틀을 사용하고 있는 것으로 보인다.²⁹⁾ “대항하지 못한다” 라고 함은 대부분의 경우 무효를 주장할 수 없다는 것을 의미한다.³⁰⁾ 당사자 간에 있어서는 무효이지만 선의의 제3자에 대한 관계에서는 유효가 되어 이른바 ‘상대적 무효’가 된다.³¹⁾ 민법 제548조 제1항 단서에서 규정하는 해제의 경우,³²⁾ “대항하지 못한다” 라는 표현 대신에 “권리를 해하

23) 정병호(주 8), 14면.

24) 서울고등법원 판례공보스터디, “판례공보스터디 민사판례해설(2019.7.1.자 공보 ~ 2022.6.15.자 공보)”, 2022, 1356면.

25) 도제문, “선의, 악의·중과실 및 해의(害意)에 대한 정합적 해석의 시도”, 금융법연구 제11권 제3호(2014), 263면.

26) 정진명, “대항불능이론에 대한 고찰”, 민사법학 제35권(2007), 127-128면.

27) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다72125 판결.

28) 도제문(주 25), 277면.

29) 김가을, “프랑스 민법상 대항 그리고 대항불능에 관한 이론”, 서울법학 제28권 제2호(2020), 69면.

30) 박기주, “민법 제108조 허위표시에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울대학교(2004), 11면.

31) 위의 논문, 11면.

32) 해제의 경우, 제3자가 선의일 것은 아니나 판례가 정의하는 “그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자”를 보호하는 규정으로 거래의 안전을 위해 마련된 제3자 보호규정임은 같이 한다. 나아가 “해제 전에” 새로운 이해관계를 가졌을 것을 요구하므로 선의를 요구하는 것과 일맥상통하며 오히려 이에 더하여 완전한 권리를 취득할 것을 추가로 요하므로 선의의 제3자의 범위를 더 엄격히 인정한 것이라 볼 수 있다. 김준호, 민법강의, 제27판, 법문사, 2021, 905면.

지 않는다”라는 표현을 쓰고 있음에도 “제3자의 소유권 취득에는 아무런 영향이 없다.”라고 설시하여 문언상 차이에도 불구하고 그 효과에 있어서 차이를 두고 있지 않다. 즉, A가 자신의 부동산을 B에게 매도하고, B가 이를 C에게 매도하여 C 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후, A가 B의 채무불이행을 이유로 B와의 매매계약을 해제하여 소유권이 A에게 복귀하더라도 C의 소유권 취득에는 영향을 주지 않음으로써 C를 시작으로 하는 승계취득이 인정된다.³³⁾

대상판결에서 사용하고 있는 표현인 “그러하지 아니하다”는 가등기담보법 제11조의 문언상 “채권자에게 … 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다”는 본문의 표현이 “선의의 제3자가 소유권을 취득하는 경우에는 채권자에게 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다”는 표현으로 단서에서 대치된다. 이때 청구할 수 없는 상대방이 채권자로 규정되어 있어 여타 다른 선의의 제3자 보호 규정과 같이 취급할 수 있는지 문제 될 수 있다.

청구의 상대방이 상이한 기술적 차이가 있으나 가등기담보법의 입법취지상 위 규정은 소유권취득행위를 한 선의의 제3자의 신뢰를 보호하기 위하여 특별히 정한 것이라고 하여³⁴⁾ 선의의 제3자 보호 규정의 일종이라고 파악함이 타당하다. 특히 위 규정의 선의의 입증책임과 관련하여 민법 제108조 제2항의 선의에서와 같이 판단할 수 있다고 하는 등 선의의 제3자 보호 규정의 해석론이 적용되고 있는 모습을 확인할 수 있다.³⁵⁾ 이에 따르면 가등기담보법 제11조 단서는 선의의 제3자가 유효하게 소유권을 취득함을 이미 전제로 한 규정이므로,³⁶⁾ 채권자에 대하여 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 함은 채권자의 소유권이전등기 말소등기의무가 이행불능이 되었음을 확인하는 의미라고 볼 수 있다.

이러한 논의를 바탕으로 우선 선의의 제3자 보호규정의 전형례인 “대항하지 못한다”의 의미를 파악하여 그 내용을 가등기담보법 제11조 단서의 해석에 활용할 수 있다.

3. 대항불능의 효과

가. 이른바 ‘상대적 무효’의 이해

우리 민법은 무효와 취소에 대하여 제137조부터 제146조까지의 규정을 두면서도 민법 곳곳에 규정된 대항불능에 관하여는 별도로 그 효과를 구체적으로 정의하고 있지 않다. 다만, 앞서 살펴본 바와 같이 의사표시에 관한 규정에 마련된 제108조 제2항을 선의의 제3자 보호규정의 전형례로 보고 있으며,³⁷⁾ 학설과 판례는 선의의 제3자에게 대항할 수 없음을 정한 문언을 해석함에 있어서 대항불능과 무효를 엄격히 구분하지 않고 무효임을 대항할 수 없다는 의미에서 ‘상대적 무효’라는 개념을 도입하고 있다.³⁸⁾ 즉, 상대적 무효라 함은 당사자 사이에서는 여전히 무효이지만, 선의의 제3자에 대한 관계에서는 표시된 대로 효력이 생긴 상태를 지칭한다.³⁹⁾

선의의 제3자가 임의로 무효를 주장할 수 있는지 여부에 관한 학설상 논의에서 다수설은 선의의 제3자가 임의로 무효를 주장할 수 있는지 여부에 관하여 선의의 제3자가 원칙적으로

33) 김준호(주 32), 905면.

34) 양창수·김형석(주 14), 591면.

35) 양창수·김형석(주 14), 591면.

36) 양창수·김형석(주 14), 591면.

37) 정진명(주 26), 137면.

38) 정진명(주 26), 137면.

39) 김준호(주 32), 240면; 김용덕, 주석 민법 총칙(2), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 678면(윤강현 집필).

당사자 사이의 법률효과인 무효를 주장하는 것도 가능하다고 보고 있다.⁴⁰⁾ 다수설은 법률행위는 본래 그 성질대로 효과가 발생하여야 하는 것이고, 다만 선의의 제3자를 보호하기 위하여 예외적으로 다른 효력을 인정한다고 해서 반드시 그 반대되는 효력을 인정해주어야 할 법적 필요가 없다고 해석한다.⁴¹⁾ 즉, 명시적으로 언급되고 있지는 않지만 대항불능은 선의의 제3자의 이익을 해하는 한도에서만 적용되면 충분하다는 점을 전제로 논의를 전개하고 있다.

나. 승계취득의 인정

대항불능의 효과는 제3자에게 승계취득을 인정하여 거래안전을 도모하는 데 그 목적이 있다고 봄이 타당하다. 문제 되는 법률관계의 당사자는 그에게 당해 무효를 주장하지 못하게 되어 그 새로운 법률관계를 보호하는 장래적 효력에 관심을 두고 있지 그 이전의 법률관계를 제3자의 새로운 법률관계에 맞추어 소급적으로 변동시키는 데 초점을 두고 있지 않다. 이러한 관점은 선의의 제3자 보호규정의 대표적인 제108조 제2항의 통정·허위표시에 관한 판례를 보았을 때 두드러지게 나타난다.

허위표시의 당사자와 제3자 간의 효력에 대하여 판시한 대법원 판례에 의하면,⁴²⁾ “상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자 뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못한다.” 라고 판시하였다.

예컨대 A가 그 소유의 부동산을 B에게 허위로 양도하고 B는 이러한 사실을 모르는 C에게 그 부동산을 매도한 경우, 민법 제108조 제2항에 의해 허위표시의 무효로써 선의의 제3자에 대하여 대항하지 못하므로, 선의의 제3자 C는 그 소유권을 취득한다. 그러나 이 경우에도 여전히 A와 B 사이에 가장매매는 무효라는 것이 판례의 입장이다. C가 적법하게 소유권을 취득함으로써 인해서 그 이전의 거래가 소급적으로 유효해지는 것이 아니다. 이러한 점은 선의의 제3자인 C가 소유권을 취득한 이후 A와 B의 법률관계를 살펴보면 명확히 드러난다.

학설과 판례는 위 사안에서 선의의 제3자인 C가 소유권을 취득한 이후에도 중간등기인 B의 등기는 무효함을 전제로, A는 B에게 ① B가 C로부터 받은 매매대금에 대하여 부당이득의 반환을 청구하거나, ② B가 A의 재산을 위법하게 침해한 점에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정할 수 있다고 논의를 전개하고 있다.⁴³⁾ 다시 말해, C가 승계취득을 할 수 있다는 점에 중점이 있는 것이지 그 이전의 중간등기의 효력을 전환하는 것을 예정하고 있지 않다. 의사표시에 관한 규정에서 당사자의 진정한 의사에 대한 고려가 기저에서 작동하고 있음을 고려한다면 제108조 제2항이 대항불능의 전형례라 하더라도 중간등기의 효력 여부에 대한 입장을 대상판결에 관한 논의에 곧바로 적용하기에는 무리가 따를 수 있다.

그러나 등기의 공신력의 국면에서 적용되는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)에서도 유사한 경향성을 확인할 수 있다. 부동산실명법 제4조 제2항은 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물건변동은 무효로 하지만 동조 제3항에서 그 무효를 제3자에게 대항하지 못한다고 정하고 있다. 이러한 부동산실명법 제4조 제2

40) 김준호(주 32), 240면.

41) 김용덕(주 39), 688면(윤강현 집필).

42) 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결.

43) 김준호(주 32), 243면.

항의 해석과 관련하여, 양자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3자가 유효하게 소유권을 취득하였는데 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득한 경우에 명의신탁자가 말소등기청구권 내지 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구권을 행사할 수 있는지 여부가 문제 된 사건에서 중간등기의 효력에 관한 대법원의 입장을 다시금 확인할 수 있다. 당해 사건에서 대법원은 ① 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 되고, 이로써 신탁자는 신탁부동산에 대한 소유권을 상실하는 것이고, ② 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다고 하더라도 명의신탁자가 신탁부동산의 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, ③ 명의수탁자가 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다 하더라도 명의신탁자는 그 소유권의 회복을 구할 수 없다고 판시하였다.⁴⁴⁾ 즉, 본래 명의신탁약정은 무효이므로 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 원인무효를 이유로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있을 뿐 아니라 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있으나, 대법원은 부동산실명법 제4조 제3항의 대항불능을 제3자의 확정적 소유권 취득으로 파악하여 소유권을 상실한 명의신탁자는 추후 명의수탁자 앞으로 등기명의가 된 사정이 있다 하더라도 소유권에 기반한 물권적 청구권을 행사할 수 없다고 한 것이다.

나아가 양자간 등기명의신탁에서 명의신탁된 부동산을 임의처분한 명의수탁자에게 명의신탁자가 손해배상을 청구한 사건에서 대법원은 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 불법행위에 따른 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다.⁴⁵⁾ 대법원에 따르면, 명의수탁자로부터 부동산을 양수한 제3자는 그 소유권을 유효하게 취득하게 되므로 제3자에게 임의로 처분한 명의수탁자는 명의신탁자의 소유권을 침해하는 위법행위를 한 것이 된다. 이러한 위법행위로 인하여 명의신탁자에게 손해가 발생하였으므로, 명의수탁자의 행위는 민법 제750조에 따른 불법행위책입의 성립요건을 충족한다는 것이 판례의 입장이다.

이때 명의수탁자가 임의처분함으로써 명의신탁자에게 배상하여야 할 손해액은 임의처분시의 부동산의 시가에 해당한다.⁴⁶⁾ 이는 명의신탁자가 임의처분시까지 명의신탁된 부동산의 소유권을 보유하다가 명의수탁자가 임의로 부동산을 처분한 때 위법하게 소유권을 침해하였음을 전제로 하고 있다. 제3자의 소유권 취득과 동시에 임의처분시 소유권이전등기의 명의자인 명의수탁자가 명의신탁시점에 소급하여 신탁부동산의 소유권을 취득하였다는 등의 법리구성은 나타나지 않을뿐더러 그러한 법리구성은 대법원의 손해배상액의 산정과도 논리적으로 부합하지 않는다.

지금까지 추적되어온 대항불능과 관련한 대법원의 민사판결례를 보았을 때 우리 대법원은 꾸준히 대항불능의 효과를 제3자의 확정적 승계취득을 인정하는 쪽으로 파악하고 있다. 제3자의 승계취득 이전에 문제 되는 법률관계는 제3자의 소유권 취득에 따른 소급효 등의 영향을 받지 않고 본래 법률관계에 따라 부당이득반환, 손해배상청구 등을 인정하고 있을 뿐이다.

다. 대상판결의 검토

대상판결에서 문제 되는 가등기담보법 제11조의 경우에도 위와 같은 상대적 무효의 틀과 대항불능이론을 적용해볼 수 있다. 상대적 무효의 틀을 관철하여도 동광과 우성디앤씨 사이의 관

44) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결.

45) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결.

46) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016다269964,269971 판결, 부산고등법원 2016. 7. 7. 선고 2015나5347 판결 등 참조.

계에서 우성디앤씨는 선의의 제3자로서 소유권을 유효하게 취득할 수 있지만, 동광과 소외 1 사이에 경료된 본등기가 여전히 무효여야 한다는 점에서 대상판결은 선의의 제3자 보호규정에서 종래 적용되어오던 상대적 무효의 틀에 부합하지 않는다. 대항불능이론을 적용하더라도 우성디앤씨가 이 사건 아파트의 소유권을 취득하는 점에 있어서만 이해관계를 가지므로 동광이 소외 1 사이에 경료된 본등기의 무효를 우성디앤씨에게 주장하는 경우에 이를 배척할 수 있을 따름이고 이러한 이익의 한도를 넘어 본등기의 효력이 전환된다고 보기는 어렵다. 따라서 선의의 제3자인 우성디앤씨가 이 사건 아파트의 소유권을 취득하는 경우에도 이 사건 본등기의 효력은 본래 효력 그대로 무효로 남아있다고 봄이 타당하다.

물론 앞서 살핀 바와 같이 민법 제108조와 가등기담보법 제11조가 이익형량하고자 하는 법률상황은 서로 다르므로 선의의 제3자 보호규정의 전형례에 따라 쌓인 판례법리가 만연히 적용되어야 한다고 보는 것은 아니다. 다만, 민법 제108조가 선의의 제3자 보호규정의 대표적인 규정으로 운용되고 있고, 현재까지 위 규정에서 파생된 법리가 선의의 제3자 보호를 위한 상황에 통용되어 오랜 기간 안정적으로 적용되어 왔음은 부정하기 어렵다. 특히, 당사자의 진정한 의사를 존중하고자 하는 민법의 의사표시에 관한 규정이나 등기의 공신력을 보완하고자 하는 부동산실명법의 규정 등 그 제도의 목적과 기능이 다른 경우에도 선의의 제3자 보호 법리는 큰 줄기에서 벗어남이 없이 응용되어 왔다. 기존의 법리에서 예외적인 법리를 설시하는 경우에는 그러한 예외를 인정하여야 할 논리적 필연성 내지 사안에서의 구체적 타당성을 제시하지 않은 점에서 대상판결에 대한 아쉬움이 남는다.

4. 기타 민법 규정과의 비교

가. 추인

처음부터 무효인 법률행위를 당사자의 의사로 소급적으로 유효로 할 수 있는지에 관하여 다루는 것이 민법 제139조의 ‘추인’이다. 우리 민법에 따르면 무효인 법률행위는 처음부터 확정적으로 무효인 것이어서 추인을 하더라도 소급효가 없다.⁴⁷⁾ 소급효를 인정하게 되면 그러한 법률행위를 무효로 정한 법의 취지를 실현할 수 없기 때문이다. 그렇기 때문에 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때 소급하여 유효가 되는 것이 아니라 새로운 법률행위가 이루어지는 것으로 보도록 정한 것이 민법 제139조 단서의 내용이다. 그러므로 위 규정에 따라 무효인 법률행위를 당사자가 추인하면 장래를 향하여 유효하게 하는 것이지 원칙적으로 소급효가 없다. 다만 당사자 사이에 상대적으로 소급효를 인정하기로 하는 특약을 하는 것이 허용할 수 있다는 통설이 존재한다.⁴⁸⁾ 이에 대하여 추인으로서는 얻고자 하는 과실의 취득 또는 채무의 부담 등에 관한 법률효과는 추인으로 발생하는 새로운 법률행위에 부가되는 내용으로 삼으면 족하다는 반론이 제기된다.⁴⁹⁾

무권대리도 무효인 법률행위로 본인에 대하여 효력이 없는 것이 원칙이다. 그러나 무권대리에 있어서는 본인이 나중에 자신에의 효과귀속을 의욕하는 의사표시를 하는 경우에 이를 그대로 인정하지 못할 이유가 없다.⁵⁰⁾ 본인이 스스로 행위하지 않고도 타인의 능력과 자질을 이용

47) 김용덕, 주석 민법 총칙(3), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 466면(권순민 집필).

48) 김준호(주 32), 335면.

49) 김준호(주 32), 335면.

50) 양창수·김재형, 민법 I - 계약법, 제3판, 박영사, 2020, 215면.

하여 원하는 법률행위의 효과를 얻고자 한 사적자치의 확장적 기능을 하는 제도이고, 상대방으로서도 계약을 처음부터 유효한 것으로 인수할 의사였기 때문이다.⁵¹⁾ 이러한 법리적 고려에 따라 무효인 법률행위의 추인 원칙에 대한 예외로서 무권대리행위의 추인은 소급하여 효력을 생기도록 정한 것이 민법 제133조이다.⁵²⁾

그러나 이 경우에도 다른 의사표시가 있거나 동조 단서에서 정하는 바와 같이 제삼자의 권리를 해하지 못한다고 하여 소급효의 제한을 두고 있다. 이때 제삼자의 권리란 무권대리행위시부터 추인까지의 사이에 제3자가 취득한 권리 기타 법적 지위로서 계약상대방의 법적 지위와 양립할 수 없는 것을 가리킨다.⁵³⁾ 양립할 수 없는 법적 지위를 취득한 자 사이에 시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다는 점을⁵⁴⁾ 고려하였을 그 제한이 타당하다는 점을 쉽게 인정할 수 있다. 명문으로 소급효를 인정하는 경우에 제도의 성질에 따라 그 법리적 고려는 상이할 수 있지만 제삼자의 권리를 해할 수 없다는 제한이 따르고 있다.⁵⁵⁾

나. 점유·등기부취득 시효

추인의 경우에는 당사자의 의사로 법률행위의 효력을 전환할 수 있는지의 국면이었다면, 시효는 일정한 사실상태가 상당한 기간 동안 지속된 경우에 그대로의 효력을 인정할 수 있는지의 국면을 다룬다. 부동산취득 시효는 민법 제245조 제1항의 점유취득 시효와 동조 제2항의 등기부취득 시효 두 가지 종류가 있는바, 그 존재 이유가 사뭇 다르다.

점유취득 시효의 경우에는 부동산을 점유하는 상태가 오랫동안 계속된 경우 권리자로서의 외형을 지닌 사실상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 높여 보호함으로써 법질서의 안정을 기하고, 장기간 지속된 사실상태는 진실한 권리관계와 일치할 개연성이 높다는 점을 고려하여 권리관계에 관한 분쟁이 생긴 경우 점유자의 증명곤란을 구제하려는 데에 제도의 취지가 있다.⁵⁶⁾ 그러나 부동산 물권변동에서 점유는 별다른 기능을 하지 못한다는 점을 고려할 때 점유가 오랜 기간 지속되었다는 사정으로 소유권 취득을 인정한다는 점에서 그 타당성을 쉬이 인정하기 어렵다.⁵⁷⁾ 부동산 권리관계에서 등기자가 점유자 보다 강하게 보호되어야 하므로, 장기의 점유가 존중되어야 할 만한 사정이 있어 부동산 소유자를 배제하는 것이 불가피한 경우로 엄격히 해석하여야 할 것이다.⁵⁸⁾

이와 달리 등기부취득 시효의 경우에는 등기에 공신력을 주고 있지 않은 현행 민법 하에서 등기를 믿고 부동산을 취득한 자를 보호하려는 데에 제도의 취지가 있다.⁵⁹⁾ 선의·무과실의 소유권양수인이 소유권등기를 이전받았음에도 전자의 무권리를 이유로 자신의 신뢰대로 권리를 취득하지 못하는 상태를 정리한다는 점에서 등기의 공신력을 인정하지 않는 현행 민법의 보완책으로서 기능하고 있는 것이다. 두 부동산취득 시효는 그 입법목적과 기능을 달리함에 따라 공통요건으로서 “소유의 의사로 평온하고 공연하게 부동산을 점유하는 것” 외에 각기 특유의 요건을 정하고 있다. 점유취득 시효는 20년간 점유계속을 요구하는 반면, 등기부취득 시효

51) 위의 책, 147-148면, 216면.

52) 김용덕(주 47), 311면(이균용 집필).

53) 양창수·김재형(주 50), 216면.

54) 양창수·김재형(주 50), 217면.

55) 양창수·김재형(주 50), 216면.

56) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결 참조.

57) 양창수·권영준, 민법Ⅱ - 권리의 변동과 구제, 제4판, 박영사, 2021, 262면.

58) 위의 책, 263면.

59) 대법원 1989. 12. 26. 선고 87다카2176 판결 참조.

는 부동산 소유자로서의 등기와 선의·무과실의 점유개시를 요한다.

취득 시효완성의 효과에 있어서도 차이점이 있다. 등기부취득 시효가 완성되면 점유자는 즉시 소유권을 취득하는 반면, 점유취득 시효가 완성되면 점유자는 시효 완성 당시의 소유자에게 소유권이전등기청구권을 취득하고, 소유권 자체는 소유권이전등기청구권에 기하여 등기가 이루어질 때 비로소 취득한다. 이는 등기부취득 시효에서와 달리 점유취득 시효는 부동산물권변동을 등기부에 미리 반영되어 있지 않아 그 변동이 공시될 수 있도록 하여야 하기 때문이다.⁶⁰⁾ 그럼에도 민법 제247조 제1항에서 부동산취득 시효 완성에 따른 소유권 취득의 효력은 점유를 개시한 때로 소급한다고 공통적으로 규정하고 있다. 이는 두 부동산취득 시효가 영속된 사실관계가 등기부에 반영되어있는지 여부에서 상반될 뿐, 그 영속된 사실관계를 권리관계로 높여 법률관계의 안정을 꾀하고자 하는 동일한 목적에 연유하여 소급효를 인정하고자 하는 것이기 때문이다.⁶¹⁾

다. 무권리자의 처분행위의 추인

앞서 소개한 제도들과 달리 우리 민법은 무권리자의 처분행위의 추인에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 대법원은 판례법리상 이를 허용하고 있다. 대법원은 무권리자가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않으나 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것도 자신의 법률관계를 스스로의 의사에 따라 형성할 수 있다는 사적자치의 원칙에 따라 허용된다는 입장이다.⁶²⁾ 이러한 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적 또는 묵시적으로 할 수 있으며, 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 해도 무방하다.

무권리자의 처분행위를 권리자가 추인하였을 때 그 효력이 소급적으로 적용되는지 장래에 향하여 영향을 미치는지 문제 된다. 대법원은 권리자가 무권리자의 처분행위를 추인하면 무권대리에 대하여 본인이 추인을 한 경우와 당사자들간 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 민법 제130조, 제133조 등을 무권리자의 처분행위의 추인에 유추적용할 수 있다고 보았다. 이에 따라 대법원은 무권리자의 처분행위를 권리자가 추인하면 계약의 효과가 원칙적으로 계약을 체결했을 때로 소급한다고 보았다.

이러한 대법원의 입장을 살펴보았을 때, 대법원은 무권리자의 처분행위에 소급효를 인정할 직접적인 법규정이 없는 경우이지만 소급효를 인정하기 위하여 무권대리의 추인의 이익상황과 비교하여 양자 모두 자신의 의사에 기하여 자신의 법률관계를 형성한다는 사적 자치의 원칙의 발현이라는 공통토대를 기반으로 해당 규정을 유추적용하는 방식을 채택하였다. 이는 결국 이익상황의 비교라는 논리적 단계를 거쳐 민법상 마련된 법규정을 적용한 것이라고 볼 수 있다.

라. 소결

우리 민법에서 소급적 유효를 인정하는 경우는 많지 않다. 소급적 유효를 인정하는 경우에도 법문언상 그 효과가 명시적으로 규정된 경우가 대부분이다. 법률이 명시적으로 소급효를 예정하고 있지 않다면, 이를 인정하지 않는 것이 원칙이고 합리적인 법률해석이라 할 것이다. 이러한 원칙에서 벗어나 예외적으로 소급효를 인정하기 위하여는 그러한 예외를 인정하여야만 하

60) 양창수·권영준(주 57), 290면.

61) 김준호(주 32), 1503면.

62) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2017다3499 판결.

는 구체적인 근거가 제시되어야 한다. 무권리자의 처분행위를 추인하는 사안에서 소급적 유효를 인정하는 경우를 보더라도, 대법원은 소급효를 인정하여야만 하는 구체적 근거로 당해 사안이 소급효를 예정하고 있는 다른 민법 규정과 이익상황이 유사하여 이를 엄격한 해석을 통해 유추적용할 수 있다는 점을 분명히 밝히고 있다. 다시 말해, 법문언을 직접 적용하든 구체적 근거 확보를 통하여 유추적용하든, 이러한 법문언상 직·간접적 근거 없이 소급효를 인정하고 있는 사안은 찾기 어렵다. 우리의 입법·사법실태를 고려할 때 가등기담보법 제11조가 양도담보로서의 소유권이전등기 내지 가등기담보에서 비롯된 본등기의 소급적 유효를 예정하였다면 그 효과를 명문화하는 것이 타당하다. 설사 판례법리를 통해 소급효를 인정하려 하는 경우에도, 다른 민법 규정과 조화롭게 해석될 수 있도록 이익 상황의 비교를 통해 유사한 민법 규정을 유추적용하는 것이 바람직하고, 법문언상의 근거 확보를 회피하는 대상판결의 설시는 선뜻 수용하기 어렵다.

IV. 본등기의 소급적 유효 법리의 타당성 검토 (2): 권리관계의 변동

1. 문제점

본등기가 소급적으로 유효로 되는지 혹은 무효로 남는지에 따라 채권자와 채무자의 권리관계는 변동한다. 대상판결에 따르면 선의의 제3자가 소유권을 취득하면 그때부터 본등기는 그 경료 시로 소급하여 유효한 것이 되므로, ‘본등기 경료 시점부터 선의의 제3자의 소유권 취득 시까지’ 채권자와 채무자의 권리관계 및 그에 따른 이익상황의 변동이 문제 된다.

먼저 본등기가 무효로 남는 경우 채무자는 본등기 경료 여부와는 무관하게 제3자가 소유권을 취득할 때까지의 피담보채무액 원금 및 지연이자를 부담한다. 반면 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우 본등기 경료 시를 기준으로 부동산은 채무자로부터 채권자에게 적법하게 양도된 것이 되어, 채무자는 해당 시점을 기준으로 ① 이후 발생하는 피담보채무의 지연이자를 면하고, ② 제3자의 부동산 소유권 취득으로 인하여 더 이상 채무액을 변제하고 부동산 소유권을 회복할 수 없게 된 것에 관한 손해배상청구권을 얻는다. 반면 채권자는 ① 본등기 경료 시로 소급하여 대물변제를 받아 채권을 전액 만족 받고, ② 제3자가 소유권을 취득할 때까지 채무자의 불법점유에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다.

이상의 변동 사항 중 핵심은 본등기의 소급적 유효 법리를 적용하는 경우 채권자가 본등기 경료 시 청산금의 지급 없이 즉시 부동산의 소유권을 완전하게 취득하고 자신의 채권을 만족 받는 것으로 보게 된다는 점이다. 반대로 채무자는 해당 시점부터 물권적 지위를 상실하고 채권적 지위에서 담보권자에 대하여 손해배상의 청구와 함께 청산금의 지급만을 구할 수 있게 된다.

이러한 법률관계의 변동에 대하여 대상판결에서 이끌어 낼 수 있는 법리적 근거는 ‘반사적 효과’ 논지이다. 그러나 이는 아래에서 살펴보는 바와 같이 그 내용과 의미가 불명확하고, 대상판결 사안에 적용하는 경우 위법행위를 오히려 용인하게 된다는 문제점을 안고 있다. 나아가 위와 같은 법률관계의 변동은 결국 채권자가 조기에 채권을 만족받고 채무자에 대한 부당이득 반환청구권 등을 추가로 획득하게 된다는 점에서, 채무자 보호를 위하여 엄격한 청산절차를 정하여 두고 적절한 청산금 회수를 보장하고자 하는 가등기담보법의 취지와 상반된다.

2. 채무자의 경우

대상판결에 따르면 가등기담보법 제11조 단서에 따라 선의의 제3자가 담보목적부동산의 소유권을 취득하는 경우 기존의 무효인 본등기는 소급적으로 유효로 된다. 이때 본등기 경료 시를 기준으로 ① 피담보채무 원금은 소멸하고 채무자는 그에 대한 지연이자를 면제받고, ② 채권자에 대한 손해배상청구권을 획득한다.

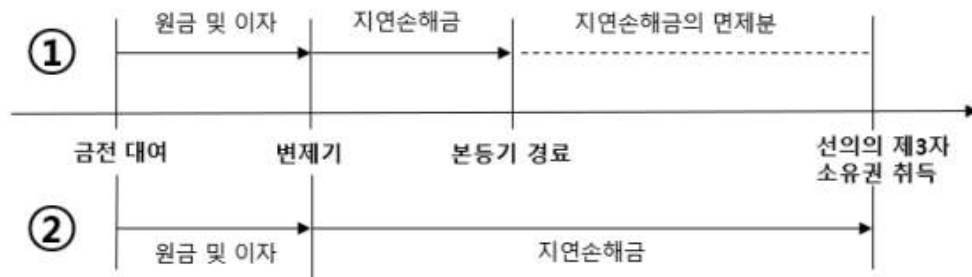
가. 지연손해금의 면제

1) 법리 적용에 따른 차이

아래 <그림 1>의 수직선 위쪽 부분(①)은 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우를 나타낸다. 금전을 차용한 채무자는 변제기에 이르기까지 채권자에게 이자를 지급하여야 하고, 변제기 이후로는 원리금 및 지연손해금을 채권자에게 지급할 의무가 있다. 그런데 대상판결의 법리에 따르면 가등기담보법 제11조 단서에 따라 선의의 제3자가 소유권을 취득하면 본등기는 그 경료 시점에 유효하게 마쳐진 것으로 되고, 동시에 담보부동산의 소유권은 본등기를 경료한 채권자에게 적법하게 이전된 것이 된다. 담보부동산의 가액은 당초 차용액 및 이자를 합산한 금액을 초과하였으므로(가등기담보법 제1조), 특별한 사정이 없는 한 본등기 경료 시까지 발생하였던 원금, 이자 및 지연손해금은 모두 대물변제로 소멸한다. 피담보채무액이 소멸하였으므로 해당 시점 이후로는 지연손해금 역시 발생하지 않는다.

한편 <그림 1>의 수직선 아래쪽 부분(②)은 대상판결이 판시한 소급적 유효의 법리를 적용하지 않은 경우를 나타낸다. 이 경우 가등기담보법 제11조 단서에 따라 선의의 제3자가 소유권을 취득하더라도 기존 본등기의 효력에는 영향이 없고, 청산절차 없이 경료된 해당 본등기는 경료 시부터 무효인 것으로 남는다. 본등기가 무효이므로 법률적으로는 본등기의 경료가 없는 것처럼 취급되고, 본등기 시점을 전후로 한 담보목적부동산의 소유권 이전 및 대물변제도 일어나지 않는다. 결국 피담보채무와 기존의 가등기는 각각의 발생 및 경료 시점부터 유효하게 존속하고, 피담보채무에 대한 지연손해금 역시 유효하게 발생한다.⁶³⁾

<그림 58> 채무자의 이익상황 변동



2) 검토

이상 법리 적용에 따른 차이를 대상판결 사안에서 구체적으로 확인해볼 수 있다. 대상판결이 인정한 사실관계에 따르면 2007. 1. 29. 청산절차 없는 본등기 경료 당시까지 발생한 피담보채무액은 약 17억 원, 같은 날 이 사건 아파트의 시가는 약 88억 원이었다.⁶⁴⁾ 이 사건 아파트의

63) 서울고등법원 판례공보스터디(주 24), 1356면.

시가가 본등기 경료 시까지 발생한 피담보채무액을 훨씬 상회하므로, 본등기가 경료 시점으로 소급하여 유효로 된다는 법리를 적용하면 해당 시점에 담보부동산의 소유권이 채무자에서 채권자로 이전되어 피담보채무가 전액 변제된 것이 된다. 물론 현실의 거래에서는 이미 선의의 제3자로서의 양도가 이루어진 상황에서 등기의 소급효 적용에 따른 법률관계를 확정하게 되므로, 대상판결의 사안과 같이 경매가 이루어진 경우 채권자는 매각대금에서 본인의 채권액을 배당 받게 될 것이다. 또한 경매가 아닌 매매 등의 방식으로 제3자에게 소유권이 이전된 경우 채권자는 제3자에 대한 양도 당시의 매수금액을 전부 보유한 상태에서, 이미 변제된 것으로 취급되는 본인의 채권을 제외한 나머지 금액을 이해관계인에게 반환하게 될 것이다.

한편 본등기가 무효로 남는 경우, 본등기 경료 당시에는 아무런 법률관계의 변동이 일어나지 않고 채무자는 최종적으로 담보부동산에 대한 경락대금을 수령 후 배당기일까지 발생한 피담보채무액을 채권자에게 지급하여야 한다. 이 사건 경매절차의 배당기일인 2014. 9. 26. 당시 피담보채무액은 그간의 이자가 합산된 약 34억 원이었으므로 채무자는 이 사건 아파트의 매각대금 중 약 34억 원을 채권자에게 지급하여야 한다.⁶⁵⁾

결국 대상판결의 사안에서는 법리 적용에 따라 약 17억 원(34억 원-17억 원)의 금액 차이가 발생하고, 채무자는 해당 금액만큼의 피담보채무액을 면제받는다. 대여원금이 약 9억 원으로 적지 않고, 본등기 경료 시점부터 경락 후 배당시점까지 약 7년간 채무가 이행되지 않아 상당한 규모의 지연손해금이 누적되었다는 사정 등을 고려하면 서로 다른 법리 적용에 따라 유의미한 금액의 차이가 발생한다는 점을 확인할 수 있다.

나. 손해배상청구권의 발생

1) 등기말소청구권의 이행불능에 따른 손해배상청구권

가등기담보계약의 채무자는 언제든지 채무액을 전부 변제하고 채권자에게 가등기의 말소를 청구할 수 있으며, 이는 본등기가 청산절차 없이 위법하게 경료되어 아무런 법적 효력이 없는 경우에도 마찬가지이다.⁶⁶⁾ 즉 채권자는 가등기담보계약에 따른 채권적 청구권으로서의 가등기 말소청구권 및 청산절차 없이 경료된 본등기말소청구권을 갖는다.

본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우 채권자는 본등기 경료 시부터 담보부동산의 적법한 소유자가 되므로, 채무자는 해당 시점부터는 더 이상 채무를 변제하더라도 본등기의 말소를 청구할 수 없다. 따라서 채무자가 가등기담보계약에 기하여 가졌던 등기말소청구권은 이행불능이 되고, 채권자에 대하여 채무불이행에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. 한편 본등기가 무효로 남는 경우 채무자는 선의의 제3자의 담보부동산 취득으로 인하여 비로소 부동산 소유권을 상실하므로, 해당 시점부터는 채권자에게 채무액을 변제하더라도 이미 제3자가 적법하게 이전등기를 마친 부동산 위의 본등기에 대하여 말소를 청구할 수 없다. 따라서 채무자는 본등기 경료 시가 아닌 선의의 제3자의 소유권 취득 시부터 채권자에게 등기말소의무의 이행불능에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.

64) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결; 대구고등법원 2016. 8. 17. 선고 2015나23100 판결; 본등기일 기준 대여원금 920,354,838원, 이자 862,965,040원의 합계 1,783,319,878원.

65) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결; 대구고등법원 2016. 8. 17. 선고 2015나23100 판결; 배당기일 기준 대여원금 920,354,838원, 이자 2,554,400,726원의 합계 3,474,755,564원.

66) 김용덕(주 10), 497면.

2) 불법행위에 따른 손해배상청구권

한편 채권자가 담보부동산 처분행위로 인하여 채무자에 대하여 채무불이행책임을 지는 것과는 별개로, 해당 처분행위가 위법한 행위로서 채무자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는지 문제 된다.

먼저 본등기가 무효로 남는 경우 채권자는 가등기만을 적법하게 경료한 자일뿐 담보부동산의 소유권은 여전히 채무자에게 귀속한다. 그렇다면 담보부동산의 소유권을 갖지 않은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 처분하는 행위는 무권리자의 처분행위로서, 담보부동산의 소유권을 상실한 채무자는 채권자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 여지가 있다.

관련하여 대법원은 “채권자가 가등기담보법상 청산절차를 밟지 아니하여 담보목적부동산의 소유권을 취득하지 못하였음에도 그 담보목적부동산을 처분하여 선의의 제3자가 소유권을 취득하고 그로 인하여 가등기담보법 제11조 단서에 의하여 채무자가 더는 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 되었다면, 채권자는 위법한 담보목적부동산 처분으로 인하여 채무자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 하여 불법행위로 인한 손해배상청구권의 발생을 인정하였다. 나아가 대법원은 그 손해액에 관하여 “이때 채무자가 입은 손해는 다른 특별한 사정이 없는 한 채무자가 더는 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 된 때의 담보목적부동산의 가액에서 그때까지의 채무액을 공제한 금액”으로 봄이 상당하다고 판시하였다.⁶⁷⁾ 이상의 판시는 문언상 부동산 양도담보에 관한 것이었으나, II.에서 검토한 바와 같이 가등기담보법 제11조 단서가 가등기담보에 대하여도 적용된다고 보아야 하는 이상 대상판결에 대하여도 적용될 수 있을 것이다.

이때 채무자가 갖는 손해배상청구권의 법적 성질 내지 근거에 관하여 위 판결(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다27458 판결)은 별다른 언급을 하지 않고 있으나, 채권자가 무권리자로서 담보부동산을 제3자에게 처분한 것이 명백한 이상 해당 채권은 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권(민법 제750조)으로 봄이 자연스럽다. 요컨대 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우 채무자는 불법행위로 인한 손해배상청구권을 갖지 않고, 본등기가 무효로 남는 경우 채무자는 해당 채권을 갖는다.

한편 본등기가 소급적으로 유효로 되면 제3자에 대한 채권자의 담보부동산 처분행위는 별도의 불법행위로 인한 손해배상 문제를 야기하지 않는다. 가등기담보법상의 청산절차를 위반하여 본등기를 경료하였더라도, 이후 본등기가 소급적으로 유효로 되는 이상 그 경료 시점에 부동산 소유권이 채무자에서 채권자에게로 적법·유효하게 이전한 것이 되어 제3자에 대한 채권자의 처분행위는 소유권자로서 행한 적법한 법률행위가 되기 때문이다. 이는 그 법적 성질이 사법상 매매인 경매의 경우에도 마찬가지이다.⁶⁸⁾

다만 이 경우 본등기가 소급적으로 유효로 된다는 대상판결의 법리가 당초 청산절차 없이 마쳐진 본등기의 위법성을 치유 내지 조각하는지 문제 될 수 있다. 만약 본등기가 소급적으로 유효로 되는 것은 단순히 선의의 제3자의 부동산 취득으로 인한 ‘반사적 효과’에 불과할 뿐 그것이 이미 과거 본등기 경료 당시 이루어진 채권자의 위법행위의 위법성까지도 치유하는 것은 아니라고 본다면, 채권자는 본등기의 효력과는 별개로 채무자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상채무를 부담할 수도 있기 때문이다.

생각건대 본등기가 소급적 유효로 되는 경우 그 경료행위의 위법성은 치유 내지 조각된다고

67) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다27458 판결.

68) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결.

보아야 한다. 물권행위는 물권적 의사표시라는 의사적 요소와 이에 상응하는 등기라는 사실적 요소로 구성된다고 보아 양자를 개념적으로 구별할 수는 있으나,⁶⁹⁾ 결국 물권행위에 따라 이루어지는 물권변동이 유효하기 위하여는 물권적 의사표시와 등기 모두에 하자가 없어야 한다. 그렇다면 등기가 소급적으로 유효로 되어 적법한 물권변동이 일어난 것으로 보기 위하여는 마찬가지로 물권적 의사표시의 발현인 본등기 경료행위 역시 하자 없는 것으로 보아야 할 것이다.⁷⁰⁾

3) 검토

요컨대 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우 채권자는 담보부동산에 관한 본등기를 유효하게 마친 것이 되는바 불법행위로 인한 손해배상책임은 부담하지 않으나, 여전히 존속하는 가등기담보계약에 기하여 채무자의 본등기말소청구권이 이행불능됨에 따른 채무불이행책임은 부담한다. 한편 본등기가 무효로 남는다면 채권자의 제3자에 대한 처분행위는 소유권 없는 무권리자의 처분행위이므로 채무자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다. 나아가 채무자는 제3자의 소유권 취득으로 인하여 더 이상 본등기의 말소를 청구할 수 없다는 점은 소급적 유효의 경우와 동일하므로, 채권자는 채무자의 본등기말소청구권의 이행불능에 따른 채무불이행책임을 진다.

다. 소결

이상 대상판결의 법리에 따라 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우와, 그렇지 않고 본등기가 무효로 남는 경우 각 채무자의 상황을 정리하면 와 같다.

먼저 본등기가 소급적으로 유효한 경우 피담보채무 원금에 대한 지연이자를 본등기 경료 시부터 면제받는다라는 점은 채무자에게 유리한 사항이다. 한편 본등기가 소급적으로 유효해짐에 따라 채권자에 대하여 갖는 본등기말소청구권의 행사시기가 기존 ‘소유권 이전시’에서 ‘본등기 경료 시’로 앞당겨진다는 점은 채무자에게 중립적인 사항이다. 각 시점에 산정한 이행이익 손해는 구체적 사실관계에 따라 달라질 수 있고, 손해배상청구권의 성립 시기를 본등기 경료 시로 앞당길 뿐 해당 시점부터 채무자가 현실적으로 이행청구를 할 수 있었던 것은 아니므로 손해배상청구권에 대한 지연손해금 역시 본등기가 무효인 경우와 다름이 없기 때문이다. 나아가 본등기가 소급적으로 유효해짐에 따라 더 이상 채권자에 대한 불법행위 손해배상청구권을 행사할 수 없다는 점은 채무자에게 불리한 사항이다.

3. 채권자의 경우

가. 담보부동산의 소유권 취득

69) 양창수·권영준(주 57), 60면.

70) 이 경우 본등기는 그 경료행위의 위법성의 치유 없이도 ‘실체관계에 부합하는 등기’로서 유효하게 된다는 논리구성을 시도해 볼 여지는 있다. 그러나 대법원은 무효인 본등기에 관하여 나중에 그 청산절차가 마쳐지면 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 된다는 법리 외에 선의의 제3자의 소유권 취득으로 그 등기가 실체관계에 부합하는 유효한 것으로 된다는 법리는 명시적으로 실시한 바 없다는 점, 소급적으로 유효하게 된 본등기에 대하여 등기명의인 앞으로 그 등기가 실제로 행하여져야 할 실체적 권리가 있거나 그 등기청구권의 실현에 법적 장애가 없는 등 실체관계에 부합하는 등기의 요건이 충족되었다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 대상판결 사안의 본등기가 그 경료행위의 위법성 치유 없이도 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하게 된다는 주장은 그 근거가 다소 약하다.

본등기가 소급적으로 유효로 되면 채권자는 해당 시점으로 소급하여 담보부동산의 소유권을 취득한다. 본등기 경료 이후 채권자가 행한 부동산에 대한 담보물권 설정 등의 행위는 모두 유효·적법한 행위가 되며, 채권자는 선의의 제3자에게 부동산을 양도하는 시점에 그 소유권을 상실한다. 한편 본등기가 무효로 남는 경우 담보부동산의 소유권자는 변하지 않는다. 채무자가 본인 소유 부동산에 가등기를 경료한 이후 타인에게 양도하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 선의의 제3자가 소유권을 취득하기 전까지 채무자가 계속해서 소유권을 가진다.

나. 담보부동산에 관한 부당이득반환청구권

본등기가 소급적으로 유효로 되면 그 경료 시점부터 부동산의 적법한 소유자는 채권자이고, 부동산의 처분권과 더불어 사용·수익권을 갖는다. 만약 채무자가 해당 부동산을 점유하며 사용·수익하고 있었다면 본등기 경료 시를 기준으로 그 점유는 권원 없는 것이 되고, 채권자는 불법점유자인 채무자에 대하여 부동산 차임 상당액의 부당이득을 반환할 것을 청구할 수 있다(민법 제741조). 통상 가등기담보의 경우 채권자는 채무자 소유 부동산에 가등기만을 경료하여 두고 해당 부동산의 점유 및 사용은 채무자가 계속하는 것이 일반적임을 고려하면, 채무자는 본등기 경료 시 이후 부동산의 차임상당액의 합계에 해당하는 부당이득반환의무를 부담하게 된다.⁷¹⁾

한편 본등기가 무효로 남는 경우, 본등기 경료 전후 별도의 법률관계의 변동은 없다. 담보부동산의 소유권은 선의의 제3자에게 이전되기 전까지 채무자에게 귀속하므로, 채무자는 소유자로서 해당 부동산을 적법하게 점유 및 사용·수익할 수 있기 때문이다. 따라서 별도의 부당이득반환은 문제 되지 않는다.

다. 소결

이상 대상판결의 법리에 따라 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우와, 그렇지 않고 본등기가 무효로 남는 경우 각 채권자의 상황을 정리하면 아래와 같다.

본등기가 소급적으로 유효해짐에 따라 그 경료 시에 즉시 채권의 만족을 받을 수 있다는 점은 채권자에게 유리한 사항이다. 또한 본등기 경료 시부터 채무자의 불법점유에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다는 점 역시 채권자에게 유리하다.

4. 문제적 상황 (1): 반사적 효과 법리의 부당성

이상 검토한 바에 따르면 본등기가 소급적으로 유효로 되는지 혹은 무효로 남는지에 따라 채무자와 채권자의 권리·이익상황은 다소 크게 변동한다. 담보부동산의 시가, 차임 상당액, 제3자의 소유권 취득 시기와 그에 따른 채권자·채무자의 손해액 및 이득액은 개별 사안별로 달라질 수 있으나, 기본적으로 부동산은 그 가액과 차임액이 상당한 물건이고 특히 가등기담보법이 적용되는 경우 그 가액은 항상 피담보채무액을 초과한다는 점을 고려하면 부동산 소유권의 귀속과 손해배상·부당이득액의 산정은 당사자에게는 주요한 문제이다.

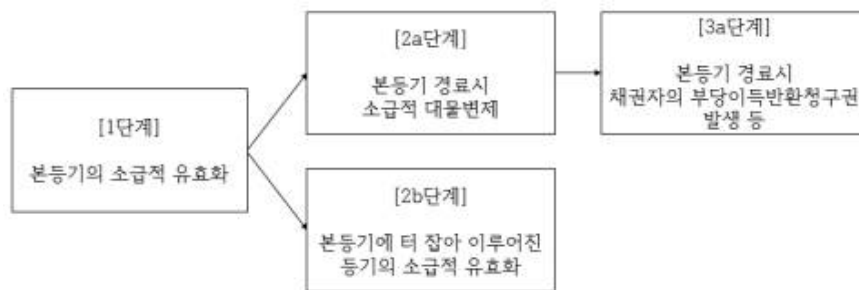
그런데 대상판결은 이와 같은 변동을 야기하는 ‘본등기의 소급적 유효’ 법리의 근거를 충분히 설명하고 있지 않다. 대상판결에서 찾아볼 수 있는 유일한 법리적 근거는, 본등기의 소급

71) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다77717,77724 판결; 다만 부당이득에 관한 대법원의 실질적 이득론에 따르면 채무자가 담보목적부동산을 법률상 원인 없이 점유하고 있다고 하더라도 본래의 용도대로 사용·수익할 수 없었다면 실질적 이득이 없어 반환할 부당이득은 없을 것이다. 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다25830,25847 판결.

적 유효화는 선의의 제3자의 소유권 취득에 따른 ‘반사적 효과’ 라는 것이다. 선의의 제3자가 부동산을 취득함에 따라 채권자는 그 처분권을 상실하고 본인이 경료한 본등기를 말소할 수 없게 되었으니 그에 따른 불가피한 결과로 본등기는 소급적으로 유효로 되어야 한다는 논지이다.

그러나 대상판결의 ‘반사적 효과’ 논지는 다음의 두 가지 측면에서 다소 부당하다. 첫째로 본등기의 소급적 유효화에 따른 연쇄적인 권리·이익상황의 변동을 모두 단순한 ‘반사적 효과’로 설명하기 어렵다. 대상판결에 따르면 선의의 제3자가 소유권을 취득하면 그 반사적 효과로서 무효인 본등기는 소급적으로 유효가 된다([1단계]). 나아가 본등기가 소급적으로 유효하게 됨에 따라 그 경료 시점에 소급하여 대물변제가 이루어진 것이 되고 채권자의 가등기담보권은 소멸한다([2a단계]). 또한 본등기가 소급적으로 유효하게 됨에 따라 무효였던 본등기에 터 잡아 이루어진 등기 역시 소급하여 유효하게 된다([2b단계]). 이에 더하여 대상판결이 명시하고 있지는 않으나, 위 IV. 2, IV. 3.에서 살펴본 바와 같이 본등기 경료 시로 소급하여 대물변제가 이루어짐에 따라 채권자는 해당 시점에 채권의 만족을 얻고, 채무자의 부동산 점유에 대한 부당이득반환청구권 등을 취득한다([3a단계]). 이상의 내용을 정리하면 아래와 같다.

〈그림 59〉 본등기의 소급적 유효화에 따른 연쇄적 법률효과



문제는 대상판결이 원용하고 있는 ‘반사적 효과’ 법리의 구체적 내용은 대법원 판례를 통하여 확립된 바 없이 다소 불명확하여, 위 일련의 효과들 중 반사적 효과로 볼 수 있는 범위를 확정할 때 그 법적 근거가 불충분하다는 데에 있다. 대법원은 불법원인급여, 부동산 점유취득시효가 문제 된 사안 등에서 이른바 ‘반사적 소유권취득론’⁷²⁾, ‘가등기의 반사적 소멸론’⁷³⁾을 통하여 반사적 효과에 관한 판례 법리를 형성하여왔다. 예컨대 불법원인급여의 급여자는 그 원인행위가 민법 제103조에 따라 무효임을 이유로 수령자에게 그 반환을 청구할 수 없으므로 그 반사적 효과로서 수령자가 불법원인급여물을 취득하고, 부동산 점유취득시효 완성자는 장기간의 점유라는 사실관계를 이어온 이상 완전한 소유권을 원시취득할 수 있도록 보호되어야 하므로 그 반사적 효과로서 취득시효 완성 전 부동산에 대하여 설정된 가등기는 시효 완성자의 소유권 취득에 따라 소멸한다는 것이다.

그러나 대법원은 반사적 효과의 구체적 범위와 내용에 관하여는 침묵한다. 예컨대 어떠한 경우에 반사적 효과가 인정되는 것인지, 반사적 효과가 인정되는 경우 수익자 및 손실자는 단순한 사실상의 이익·손해를 넘어선 완전한 ‘법적 효과’로서의 ‘법적 이익·손해’를 받게 되는 것인지, 반사적 효과의 결과로 나타나는 연쇄적 법률관계의 변동은 어디까지 허용될 것인지에

72) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

73) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다31463 판결.

관한 명확한 기준은 판례들을 통하여 제시되지 않고 있다.

대상판결에서도 법원이 ‘반사적 효과’로 보는 법률관계의 변동은 그 자체로 엄밀한 법리적 근거에 기초한 것이라고 보기 어렵다. 특히 대상판결이 ‘반사적 효과’로 상정하는 각 단계 진행은 필연적이지 않다. 예컨대 무효인 본등기가 소급적으로 유효로 되는 것([1단계])은 그 실체법적 효력이 대세적으로 변하는 것이 아니라, 단순히 등기부에서 말소되었어야 할 무효의 등기를 더 이상 등기부에서 말소하지 않고 남겨두어도 무방한 등기로 취급하는 것이라는 논리 구성도 가능하다. 마찬가지로 본등기가 소급적으로 유효가 되어도 그것이 무효였을 당시 터 잡아 이루어진 제3자 명의의 등기까지도 소급하게 유효해지는 것([2b단계])은 아니고, 단순히 가등기담보계약의 직접 당사자인 채권자와 채무자의 관계에서만 소급적으로 유효로 되는 것에 그친다는 논리구성도 가능하다.

이처럼 반사적 효과의 내용과 범위에 관한 판단재량이 인정된다면, 대상판결은 반사적 효과로서의 일련의 법률관계 변동을 설시하기에 앞서 그 구체적인 법리적 근거와 범위, 나아가서는 대상판결이 원용하고자 하는 ‘반사적 효과’의 의미와 내용, 범위에 관하여 보다 구체적인 설명을 제시하였어야 한다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 별다른 설명 없이 등기의 소급적 유효화 및 그에 따른 법률관계의 변동을 포괄하여 긍정하였다는 점에서 그 논리에 쉽게 수긍하기 어렵다.

둘째로 가사 본등기의 소급적 유효화에 따른 일련의 권리·이익상황의 변동을 ‘반사적 효과’로 인정할 수 있더라도, 적어도 대상판결 사안에서 그와 같은 반사적 효과를 인정하는 것은 부당하다. 반사적 효과로 이익을 얻는 채권자는 위법행위로 그 이익을 야기한 자이기 때문이다.

지금까지 대법원은 주로 일정한 공익적 목적을 달성하는 과정에서 불가피하게 한 측에 이익 또는 손해를 주어야 하는 경우 반사적 효과의 법리를 활용하여 왔다. 예컨대 불법원인급여 사안에서는 사회적 타당성이 없는 행위를 한 급여자가 급여물을 되돌려받는 것을 막기 위하여, 수령자에게 급여물의 소유권을 인정하는 이익을 주었다.⁷⁴⁾ 또 부동산 점유취득시효 사안에서는 장기간 부동산을 점유하여 온 사실상태를 존중하고 점유자의 원시취득을 인정함으로써 법질서의 안정을 기하기 위하여, 시효완성 전 가등기를 마친 자에게 시효완성자의 소유권 취득에 따른 가등기의 소멸이라는 손해를 부담하게 하였다.⁷⁵⁾

그러나 대상판결의 사안에서 반사적 이익을 받는 채권자는 위법행위로서 바로 그 이익을 이끌어낸 자라는 점에서 이를 인정하기에는 문제가 있다. 채권자는 본등기가 반사적으로 유효해짐에 따라 채권을 본등기 경료 시로 소급하여 일찍 만족받을 수 있게 되고, 채무자의 부동산 점유에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있게 되는 등의 이익을 얻는다. 그런데 당초 본등기가 반사적 유효해진 것은 선의의 제3자가 부동산의 소유권을 취득하였기 때문이고, 제3자가 소유권을 취득할 수 있었던 것은 채권자가 가등기담보법상의 청산절차를 거치지 않고 위법하게 경료한 본등기가 무효임을 알 수 없었기 때문이다. 즉 반사적 효과는 당초 채권자가 법률을 위반하여 등기를 마친 행위를 그 발생 연원으로 삼고 있다. 결국 반사적 효과를 인정하여 채권자가 스스로 마친 위법행위의 결과로 이익을 얻을 수 있도록 하는 것은 우리 법체계의 근본정신에 반한다. 등기의 무효를 알지 못하였던 제3자의 소유권 취득, 즉 거래안전을 보호한다는 공익적 목적을 고려하더라도, 단순히 채무자에게 자신의 담보부동산 소유권을 조기에 빼앗

74) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

75) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다31463 판결.

기는 손해를 부담하도록 하는 것을 넘어 위법행위로 사태를 초래한 채권자가 바로 그 위법행위로써 조기에 채권을 만족받고 채무자에 대한 별도 채권을 획득하는 이익을 얻을 수 있도록 하는 것은 부당하다.

5. 문제적 상황 (2): 채권자의 과보호

또한 법리적인 측면에서 문제 되는 것은 본등기의 소급적 유효에 따라 채권자와 채무자의 법적 지위가 역전되고 가등기담보법상 주요한 보호대상인 채무자보다 채권자가 과도한 보호를 받게 된다는 점이다. 대상판결의 법리에 따르면 채권자는 본등기 경료 시부터 담보부동산의 적법한 소유자인 것으로 취급되어 물권적 지위를 갖게 되는 반면, 채무자는 해당 시점 이후로 채권자에 대하여 청산금채권의 이행을 요구하는 채권적 지위만을 갖게 될 뿐이다. 위법하게 등기를 경료한 채권자는 대세적·배타적 효력이 있는 물권을 획득하는 반면 채무자는 담보목적물의 소유권을 잃고 채무자의 청산금채권도 시효소멸과 채권침해의 위험에 일찍이 노출된다.

나아가 이와 같은 권리·의무관계 변동의 주도권이 채권자에게 있다는 점 역시 다소 문제적이다. 채권자는 이미 현행 가등기담보법상으로도 선의의 제3자가 부동산을 적법하게 취득할 수 있음을 이용하여, 청산절차 없이 본등기를 경료한 후 선의의 제3자를 모색하여 부동산을 처분할 유인을 갖는다. 이로써 채권자는 지급받은 부동산 양도대금으로부터 자신의 채권을 우선적으로 상계하여 만족받을 수 있기 때문이다. 그런데 본등기가 소급적으로 유효로 되어 채권자가 확정적으로 소유권을 획득하는 것으로 보게 된다면, 채권자는 그로써 즉시 채권을 만족받고 채무자에 대하여 부동산 사용에 관한 부당이득반환을 청구할 수 있다는 이익을 보장받게 된다. 이 경우 반대로 채무자로부터 본등기 경료 이후 발생한 피담보채무의 지연이자를 받지 못하게 되고, 등기말소청구권 이행불능에 따른 손해를 배상하게 될 수 있다는 점을 고려하더라도, 채권자는 그에 따른 이익과 손해를 비교하여 이익을 극대화하는 선택을 할 수 있다는 점에서 유리하다. 본등기의 경료 시점과 제3자에 대한 양도시점 모두를 채권자가 선택하는 것임을 고려하면 이러한 이익 극대화의 가능성을 상정하는 것이 어려운 것은 아니다.

가등기담보법의 주된 입법목적은 채권자가 원리금 초과 상당액의 담보목적부동산의 환가를 통하여 쉽게 폭리를 취하는 것을 방지하고 채무자를 보호하는 것에 있다.⁷⁶⁾ 그렇다면 채권자가 이미 선의의 제3자에게 부동산을 매각하여 채권을 만족받는 사적 처분정산을 행할 수 있음에 더하여, 무효였던 본등기까지 소급적으로 유효로 된다고 보아 채권자가 당사자 간 권리·의무 및 그에 따른 손익관계를 일방적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 부당하다. 본등기의 소급적 유효화로 채권자가 당사자 간 법률관계 변동을 좌우할 수 있도록 하고, 채무자에게 추가적인 손해가 발생할 가능성을 열어두는 것은 채무자 보호라는 가등기담보법의 입법취지에 반한다.

V. 결론

본 평석에서는 가등기담보법상 청산절차를 위반하여 경료된 무효인 본등기에 터잡아 선의의 제3자가 소유권을 취득하면 본등기는 소급적으로 유효로 된다는 대상판결의 법리의 타당성을 검토하였다. 먼저 부동산 양도담보만을 명시적 규율대상으로 하는 가등기담보법 제11조 단서의 제3자 보호규정은 ① 우리 법제에서 원칙적으로 등기의 공신력은 부정되나 예외적으로 부동산 거래안전을 위하여 공신력이 인정될 수 있다는 점, ② 부동산 양도담보와 가등기담보 상황에서

76) 김용덕(주 10), 467면.

모두 등기는 외관상 유효·적법하게 마쳐진 것으로 나타나므로 선의의 제3자를 보호한다는 취지하에서는 이익상황이 동일하다는 점을 근거로 가등기담보에도 적용 내지 유추적용되어야 함을 지적하였다.

이를 전제로 먼저 제11조 단서 문언의 해석을 통하여는 본등기의 소급적 유효 법리를 도출할 수 없음을 주장하였다. 선의의 제3자를 보호하는 동법 제11조 단서가 등기의 ‘상대적 무효화’를 명하는 것으로 본다면 비록 채무자와 제3자 사이의 관계에서 제3자는 소유권을 유효하게 취득할지라도 채무자와 채권자 사이의 관계에서 본등기는 여전히 무효로 남아야 한다. 한편 동조 단서가 제3자에 대한 ‘대항불능’을 정하는 것으로 보더라도 이는 본등기의 무효 주장을 제3자가 자신의 이익을 한도로 배척할 수 있음을 말하는 것일 뿐 본등기의 효력 자체가 변동할 수 있다는 것의 근거가 되지 못한다.

한편 본등기의 소급적 유효 법리의 근거인 ‘반사적 효과’ 논증 역시 부당함을 주장하였다. 대상판결은 이른바 반사적인 효과로서 본등기의 소급적 유효, 그에 따른 대물변제와 채권의 소급적 소멸, 이에 기초한 채권자의 권리취득 등이 발생한다고 하나, 반사적 효과의 구체적 의미와 내용, 해당 법리로 포섭할 수 있는 법률관계 변동의 범위를 설명하고 있지 않다. 주요한 법리적 논점에서 종종 활용되고, 나아가 대상판결 사안에서는 등기의 소급적 유효라는 이례적 법리를 뒷받침하는 근거인 반사적 효과에 관한 추가적인 법리적 분석이 이루어지지 못한 점에 아쉬움이 남는다.

나아가 본등기의 소급적 유효 법리는 채권자를 과보호하여 가등기담보법의 취지를 몰각한다는 점에서도 문제가 있다. 동법 제11조 단서가 존재하는 이상 이미 채권자는 일단 효력 없는 본등기를 경료한 후 선의의 제3자를 모색하여 매도하는 방식으로 동법이 금지하는 사적 처분 정산에 나아갈 수 있다. 이에 더하여 본등기가 소급적으로 유효로 되는 경우 채권자는 청산절차 없이도 그 경료 시로부터 부동산의 완전한 소유권을 취득하여 자신의 채권을 우선적으로 만족받을 수 있게 되고, 반대로 채무자는 더 이상의 물권적 지위를 상실하고 채권적 지위에서 청산금의 지급만을 구할 수 있게 된다. 나아가 채무자가 부동산의 점유를 계속하면서 채권자에게 담보목적 가등기를 경료해주는 가등기담보의 특성상, 채무자의 부동산 점유는 본등기 경료 시로부터 불법적인 것이 되어 채권자는 해당 시점부터 발생한 부당이득을 반환할 것을 청구할 수 있게 된다. 이상과 같이 채권자 일방의 과보호를 야기하는 법리는 당초 채무액에 비해 과도하게 높은 가액의 부동산을 목적으로 채권자가 폭리를 취하는 것을 방지하고 엄격한 청산절차 규정으로 채무자를 보호하고자 한 가등기담보법의 취지에 반한다.

당초 무효였던 등기가 제3자의 출현으로 인하여 소급적으로 유효로 된다는 법리는 기존 판례와 학설에서는 찾아볼 수 없는 이례적인 법리이다. 그럼에도 대상판결이 문언적, 법리적 측면에서 해당 법리를 실시한 이유와 그 타당성에 대하여는 의문이 남는다. 가등기담보법 제11조 단서의 제3자 및 부동산 거래안전 보호라는 취지를 온전히 실현하는 것이 목적이었다면 동 조문을 직접 적용하는 것으로 충분했 것이다. 법리적으로 다소 근거가 약할 뿐 아니라 가등기담보법상 보호 필요성 있는 채무자의 이익상황을 악화하는 대상판결의 법리는 부동산 거래안전과 진정한 소유자의 보호라는 두 가지 목적 중 어느 것에도 부응하기 어렵다. 등기가 소급적으로 유효로 된다는 법리의 정착을 위하여는 추가적인 설명과 정당화가 필요할 것이다.

〈참 고 문 헌〉

단행본

- 곽윤직·김재형, 물권법, 제8판, 박영사, 2015.
김준호, 민법강의, 제27판, 법문사, 2021.
송덕수, 물권법, 제6판, 박영사, 2023.
양창수·권영준, 민법Ⅱ - 권리의 변동과 구제, 제4판, 박영사, 2021.
양창수·김재형, 민법Ⅰ - 계약법, 제4판, 박영사, 2020.
양창수·김형석, 민법Ⅲ - 권리의 보전과 담보, 제4판, 박영사, 2021.

논문

- 권영준, “등기의 공신력 - 1957년, 그리고 2011년”, 법조 제60권 제10호(2011).
김가을, “프랑스 민법상 대항 그리고 대항불능에 관한 이론”, 서울법학 제28권 제2호(2020).
김병선, “가등기담보 등에 관한 법률을 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 않고 이루어진 담보가등기에 기한 본등기의 효력 - 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016 다 248325 판결”, 법학논집(이화대학교 법학연구소) 제27권 제2호(2022).
도제문, “선의, 악의·중과실 및 해의(害意)에 대한 정합적 해석의 시도”, 금융법연구 제11권 제3호(2014).
박기주, “민법 제108조 허위표시에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울대학교(2004).
이동선·김대경, “부동산물권의 등기를 통한 공시와 제3자 보호 - 등기의 공신력 제고를 중심으로”, 법과정책 제26권 제3호(2020).
이은영, “부동산의 선의취득이 인정되는 경우”, 고시연구 제24권 제11호(1997).
정병호, “가등기담보등에 관한 법률 제11조 단서 후단의 ‘소유권 취득’의 의미와 효과 - 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결[공2021하,2229]의 평석”, 서울법학 제30권 제2호(2022).
정진명, “대항불능이론에 대한 고찰”, 민사법학 제35권(2007).

주석서

- 김용덕, 주석 민법 물권(4), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.
_____, 주석 민법 총칙(2), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.
_____, 주석 민법 총칙(3), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

기타 자료

- 서울고등법원 판례공보스터디, “판례공보스터디 민사판례해설(2019.7.1.자 공보 ~ 2022.6.15.자 공보)”, 2022.

[Abstract]

An Examination of the *Bona Fide* Third Party and the ‘Retroactive Effect’ Doctrine
Regarding the Proviso to Article 11 of the Provisional Registration Security Act
- On Supreme Court Decision 2016Da248325 Decided October 28, 2021 -

Jung Eun Kim & Won Jun Chung
J.D. Candidates, Seoul National University School of Law

This paper examines the Supreme Court Decision 2016Da248325 decided October 28, 2021(hereinafter referred to as “the decision”), focusing on whether there is a change in the legal effect of principal registration if a *bona fide* third party acquires the ownership of secured real estate after a violation of the liquidation procedure specified in the Provisional Registration Security Act(hereinafter referred to as “the principal registration”), and, if so, the extent to which such effect extends.

The decision ruled that the principal registration made on the basis of the provisional registration shall be retroactively valid when a *bona fide* third party has acquired the ownership of secured real estate as per proviso to Article 11 of the Provisional Registration Security Act. This paper aims to suggest an alternative interpretation of the proviso to Article 11 of the Provisional Registration Security Act and scrutinize the validity of the ‘retroactive effect’ doctrine presented by the decision.

The following points are substantiated through this paper: ① There is lack of historical and literal/grammatical grounds to support the retroactive effect of the principal registration as endorsed by the decision; ② The exact scope and extent of the reflexive effect presented by the decision is rather ambiguous; ③ The retroactive effect granted to the principal registration excessively favors the creditor, deviating from the original purpose of the Provisional Registration Security Act which is to balance the interests of the creditor and the debtor.

In conclusion, this paper proposes that the effect of the principal registration shall be prospective, not retroactive, aligning with the purpose of the Provisional Registration Security Act, the historical background of the provision for a *bona fide* third party, and systematic interpretation of other Korean Civil Law provisions. This paper further contends that even if the ‘retroactive effect’ doctrine, which is notably deviant from the Korean Civil Law system, were to be adhered to, additional justification is required that accounts for the consecutive change in legal relationship induced by such doctrine.

Keywords: Provisional Registration Security Act, Provisional Registration for Security, *Bona Fide* Third Party, Retroactive Effect, Reflective Effect