判例評釋

양도담보채무의 변제를 조건으로 한 말소등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 허부

대법원 재판연구관

윤 경

목 차

I. 問題點 提起 ····· 1

1. 對象判決의 要旨 ····· 1

2. 이 事件의 爭點 (問題點 提起) ····· 1

II. 讓渡擔保債務의 辨濟를 條件으로 한 抹消登記請求權을 被保全權利로 한 處分禁止假處分 2

1. 被保全權利 ····· 2

가. 不動産處分禁止假處分의 被保全權利 ····· 2

(1) 處分禁止假處分의 趣旨와 目的 ····· 2

(2) 處分禁止假處分의 被保全權利 ····· 2

나. 讓渡擔保債務者의 被保全權利 ····· 3

2. 條件附 抹消登記請求權(條件附權利)도 被保全權利가 될 수 있는지 여부 ····· 4

가. 學說과 判例의 態度 ····· 4

(1) 學 說 (= 肯定說) ····· 4

(2) 判 例 (= 肯定說) ····· 4

나. 小結論 ····· 5

III. 債權者의 擔保權行使로서의 處分行爲와 假處分의 效力에 반하는지 여부 ····· 6

1. 問題點 提起 ····· 6

2. 被保全權利 없이 받은 處分禁止假處分의 效力 ····· 6

가. 被保全權利 없이 받은 假處分決定 및 그 執行의 效力 ····· 6

나. 被保全權利없이 받은 處分禁止假處分에 反하는 行爲의 效力 ····· 7

3. 債權者의 擔保權行使로서의 處分行爲는 處分禁止假處分의 效力에 반하는지 여부 ····· 8

가. 讓渡擔保權者의 擔保權實行方法 ····· 8
나. 債權者의 擔保權行使로서의 處分行爲가 假處分의 處分禁止效에 反하는지 여부 (= 消極) ····· 8
다. 債權者의 處分行爲를 막을 수 없는 處分禁止假處分을 許容할 實益 여부 (= 肯定) 9
라. 債權者의 處分行爲가 있은 후 假處分을 抹消하는 方法 ····· 9
IV. 맺음 말 ····· 10

양도담보채무의 변제를 조건으로 한 말소등기청구권을 보전하기 위한 處分禁止假처분의 허부

(大法院 2002. 8. 23. 宣告 2002다1567 判決)

大法院 裁判硏究官 尹 瓊

I. 問題點 提起

1. 對象判決의 要旨

[1] 假處分이란 將來의 執行不能 또는 곤란을 예방하기 위한 것이므로, 그 被保全權利는 가처분 신청 당시 確定的으로 발생되어 있어야 하는 것은 아니고 이미 그 발생의 基礎가 存在하고 그 내용이나 주체 등을 특정할 수 있을 정도의 要件만 갖추어져 있으면, 條件附·負擔附 청구권이라 할지라도 그 피보전권리로 될 수 있다 할 것이다.

[2] 채무자들의 借用金債務를 담보하기 위하여 부동산에 관하여 채권자 명의의 假登記 및 本登記가 경료된 경우에 채무자들이 아직 그 차용금채무를 변제하지 아니한 상태라 할지라도, 채무변제를 조건으로 한 抹消登記請求權을 보전하기 위하여 그 담보목적 부동산에 관하여 처분금지가처분을 신청할 수도 있다 할 것이며, 그 경우 채권자가 담보목적 부동산에 대한 담보권 행사가 아닌 다른 처분행위를 하거나, 피담보채무를 변제받고서도 담보목적 부동산을 처분하는 것을 방지하는 목적 범위 내에서는 보전의 필요성도 있다고 할 것이다(다만 이러한 가처분을 허용한다고 하여도 피담보채무가 변제되지 아니한 경우에는 채권자가 담보권 행사로서 담보목적 부동산의 처분행위를 방지하는 효력이 없어 위 가처분으로서는 채권자의 處分行爲의 효력을 다툴 수 없게 될 뿐이다).

2. 이 事件의 爭點 (問題點 提起)

借用金의 擔保條로 채권자 앞으로 假登記를 경료하였는데, 그 가등기에 기하여 채권자 앞으로 本登記(소유권이전등기)가 경료된 경우 채무자는 채무변제를 하지 않은 상태에서 채무변제를 條件으로 한 이전등기의 抹消登記請求權을 被保全權利로 하여 처분금지가처분을 할 수 있는지 여부가 이 사건의 爭點이다. 양도담보권자로서는 처분정산을 하기 위하여 담보권의 실행에 따른 처

분행위를 하여야 하는데, 위와 같은 처분금지가처분이 발령된 경우 채권자의 처분행위는 그 가처분의 효력에 반하는 것으로서 무효로 되는 것인지 의문이 생긴다. 채권자의 처분행위가 무효로 된다면 양도담보권자의 假處分實行權限이 剝奪되는 결과가 되기 때문이다.

II. 讓渡擔保債務의 辨濟를 條件으로 한 抹消登記請求權을 被保全權利로 한 處分禁止假處分

1. 被保全權利

가. 不動産處分禁止假處分의 被保全權利

(1) 處分禁止假處分의 趣旨와 目的

부동산처분금지가처분은 목적물에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권·전세권·임차권의 설정 그밖에 일체의 처분행위를 금지하고자 하는 가처분이다. 목적물의 처분을 가처분으로 금지하여 두면 그 이후 채무자로부터 목적물을 讓受한 자는 가처분채권자에게 대항할 수 없게 되어 피보전권리의 실현을 위한 소송과 집행절차에서 당사자를 恒定시킬 수 있게 되므로, 그 목적으로 신청하게 된다.

(2) 處分禁止假處分의 被保全權利

다툼의 대상에 관한 가처분은 다툼의 대상의 현상이 바뀌면 채권자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 허용되므로, 그 피보전권리는 목적물에 대한 이전등기청구권과 같은 特定物에 대한 履行請求權이다. 다만 자기 소유 토지상의 채무자 소유 건물의 撤去請求를 본안으로 할 때와 같이 방해배제청구권의 보전을 위해서도 할 수 있다. 국토이용관리법상 규제구역 내의 토지에 관하여 체결된 매매계약에 기한 매수인의 토지거래허가신청절차청구권도 피보전권리가 된다.[1)]

여기에서 다툼의 대상(係爭物)이라고 함은 당사자 사이에 다투어지고 있는 물건 또는 권리를 가리킨다. 다툼의 대상은 有體物에 한하는 것은 아니며 채권적 청구권, 물권적 청구권, 지적재산권, 공법상의 규제를 받는 鑛業權이나 공유수면매립면허권 등도 다툼의 대상이 될 수 있다.

다툼의 대상에 관한 이행청구권에 있어서 그 이행의 내용은 동산의 인도나 부동산의 인도, 명도는 물론이요, 공작물의 철거, 물건에 대한 권리의 이전, 설정이나 이에 대한 등기·등록을 행하는 것과 같은 작위의무, 물건의 소유 또는 이용에 관한 부작위의무(예컨대 물건을 타에 양도하지 아니할 의무) 또는 출입을 허용하는 의무와 같은 수인(受忍)의무 등을 포함한다.

---

1) 대법원 1998. 12. 22. 선고 98다44376 판결.

피보전권리는 반드시 이행을 구하는 것이 아니고 확인을 구하는 권리관계이더라도 무방하다. 확인청구권의 경우에도 본안소송에서 승소판결을 받게 되면 實體的인 권리관계가 확정됨에 의하여 분쟁이 해결될 수 있으므로 반드시 피보전권리 그 자체의 實現을 꾀하지 않아도 좋을 것이기 때문이다.[2)]

나. 讓渡擔保債務者**의** 被保全權利

① 채권자가 채권담보의 목적으로 부동산에 가등기를 경료하였다가 그 가등기에 기하여 본등기가 이루어지더라도 淸算節次가 없으면 채권자는 완전한 소유권을 취득한 것이 아니고, 그 소유권이전등기는 담보의 목적으로 경료된 것에 불과하다. 즉 그 본등기도 채권담보의 목적으로 경료된 것으로서 당사자 사이에 정산절차를 예정하고 있는 이른바 "약한 의미의 讓渡擔保"가 된 것으로 보아야 할 것이다.[3)]

② 양도담보조로 소유권을 채권자에게 이전한 경우 對內的인 所有權은 擔保權設定者에게 있고, 對外的인 所有權은 擔保權者에게 있다.

辨濟期가 도과하였다고 하여도 채권자가 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 가등기 및 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있으므로, 청산절차에 의하여 還收權이 消滅하는 시기, 즉 歸屬淸算의 경우에는 청산금을 지급하고 목적물을 채권자가 引受하는 때, 처분정산의 경우에는 목적물이 제3자에게 처분된 때에 비로소 설정자(채무자)의 내부적 소유권은 喪失된다.[4)]

양도담보권자(채권자)가 담보권의 존속기간 중 청산절차 없이 부동산을 타에 처분하였다면 이로 인한 손해를 배상하여야 할 것이고, 선의의 제3자에게 처분하여 설정자(채무자)의 환수권을 상실시켰다면 그 가액 전부를 賠償하여야 할 것이다.

③ 따라서 채무자가 채권자에 대하여 가지는 피보전권리는 "精算節次를 마치기 전까지 債務를 辨濟할 것을 停止條件으로 하는 假登記 및 本登記의 抹消登記請求權"이다.

결국 이 사건 피보전권리는 條件附權利라고 할 것이다. 위와 같은 피보전권리를 '장래의 권리'라고 보는 견해[5)]도 있으나, 장래의 권리란 이행기 미도래의 권리, 기한부 권리, 조건부 권리 등

---

2) 法院實務提要(임시판) 民事執行(下) 法院行政處 編(2002) 624쪽.

3) 대법원 1983. 10. 11. 선고 82누66 판결, 1984. 12. 26. 선고 83누661 판결, 1991. 10. 8. 선고 90다9780 판결, 1992. 1. 21. 선고 91다35175 판결, 1993. 6.22. 93다7334 판결, 1996. 7. 30. 선고 95다11900 판결 등.

4) 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1513 판결, 1981. 4. 14. 선고 80다714 판결, 1996. 7. 30. 선고 95다11900 판결.

5) 權誠 [외] 著,「假處分의 硏究」博英社(1994), 90쪽.

을 모두 포함하는 개념이므로, 조건부 권리라고 보는 것이 정확한 표현이다. 判例도 條件附權利로 보고 있다.[6]

2. 條件附 抹消登記請求權(條件附權利)도 被保全權利가 될 수 있는지 여부

가. 學說과 判例의 態度

(1) 學 說 (= 肯定說)

학설은 모두, 기한부 권리나 조건부 권리도 가압류나 계쟁물에 관한 가처분의 피보전권리로서의 適格性을 인정하고 있다.[7] 우리나라 실무 및 일본의 다수학설과 판례의 입장이다.[8]

장래의 채권 중 基礎로 되어 있는 法律關係가 이미 形成되어 있어 實現可能性이 크고 재산적 가치가 있는 것은 피보전권리로서의 적격을 가진다는 견해[9]가 있으나, 이러한 견해 역시 긍정성의 범주를 크게 벗어나는 이론은 아니라고 보인다.

종전의 이러한 태도를 반영하여, 가압류의 경우 民事執行法 第276條 第2項은 "보전될 청구권은 조건이 붙어 있는 것이거나 기한이 차지 아니한 것이라도 무방하다"고 규정하여, 明文으로 조건부채권이나 기한부채권도 피보전채권이 될 수 있음을 明示하였다. 가처분이라고 하여 달리 볼 이유가 없다.

(2) 判 例 (= 肯定說)

(가) 判例의 態度

① 판례는, 채무자가 채무의 擔保를 목적으로 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료함으로써 양도담보권을 설정한 사안에서 채무변제가 없는데 발령된 처분금지가처분결정은 피보전권리가 될 소유권이전등기말소청구권이 없이 한 것이므로, 그 가처분 결정은 채권자의 목적 부동산에 대한 擔保權行使로서의 處分行爲를 防止할 효력이 없다고 判示하고 있다.[10]

② 이러한 판례의 태도에 대하여, ㉠將來의 請求權(기한부, 조건부 청구권)은 피보전권리로서

---

6) 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다8678 판결, 1992. 7. 14. 선고 92다16157 판결, 1993. 7. 13. 선고 93다20870 판결 등 참조.

7) 吳天錫, "保全處分의 被保全權利", 裁判資料(45輯) 保全訴訟에 관한 諸問題(上) (89.09) 16쪽, 24쪽 ; 改正增補版 法院實務提要 强制執行(下) 法院行政處 編(1992) 513쪽, 517쪽.

8) 權誠, 前揭書 93-94쪽.

9) 權誠, 前揭書 97쪽.

10) 대법원 1971. 3. 23. 선고 70다3018 판결, 1972. 10. 31. 선고 72다1271,72다1272 판결, 1979. 2. 27. 선고 78다2295 판결, 1991. 5. 14. 선고 91다8678 판결, 1993. 7. 13. 선고 93다20870 판결.

의 適格이 없다는 뜻으로 해석하는 견해[11]와 ㉡판례는 그런 가처분이 처음부터 許容될 수 없는 것이었다거나 혹은 當然無效라는 판시를 하고 있지 않은 것으로 보아, 장래의 권리를 피보전권리로 하는 가처분 자체는 일응 가능하다는 전제 위에 선 것으로 間接的으로 그러한 가처분이 可能함을 시사한 것이라는 견해[12]가 있다. 즉 판례의 의미에 관하여 ㉠부정설의 입장에 선 것이라는 견해와 ㉡부정설을 취한 것으로 단정하기 어렵고 오히려 긍정설을 위한 것이라고 보는 견해의 대립이 있다.

(나) 分 析

판례의 文句만을 보면 마치 否定說의 입장에 선 것으로 보인다. 하지만 판시의 내용은 변제를 하지 않은 채무자가 양도담보의 목적부동산에 대한 처분금지가처분을 한 경우 채권자의 처분행위는 가처분의 효력에 반하지 않는다는 당연한 결론을 도출하고 있고, 그 결론을 도출하기 위한 이론적 근거로 "피보전권리 없이 가처분이 발령된 경우 그 가처분에 반하는 행위는 무효가 아니다"라는 법리를 설시하는 과정에서 다소 어색한 표현을 한 것으로 보인다. 따라서 위 표현만을 가지고 판례가 부정설의 입장에 선 것이라고 보기는 곤란하다.

더욱이 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다29801 판결은 "가압류의 피보전권리는 가압류신청 당시 확정적으로 발생되어 있어야 하는 것은 아니고 이미 그 발생의 기초가 존재하는 한 조건부 채권이나 장래에 발생할 채권도 가압류의 피보전권리가 될 수 있다"고 하여 명백히 긍정설의 입장에 서고 있다.

나. 小結論

긍정설이 타당하므로, 조건부 말소등기청구권을 피보전권리로 한 가처분은 허용될 수 있다.

판례[13]도 미리 청구할 필요가 있는 한 잔존채무의 변제를 조건으로 담보목적 소유권이전등기의 말소를 명할 수 있다고 판시하고 있으므로, 본안소송에서 이러한 변제를 조건으로 한 장래이행의 청구가 인용될 수 있다면, 그 전 단계에서 그러한 청구권을 보전하기 위한 가처분도 당연히 인정되어야 하는 것이다.[14] 즉 本案訴訟은 인정하면서도 보전처분을 인정하지 않는 것은 論理的으로 矛盾이다.

---

11) 改正增補版 法院實務提要 强制執行(下) 法院行政處 編(1992) 517쪽.

12) 權誠, 前揭書 95쪽.

13) 대법원 1981. 9. 22. 선고 80다2270 판결, 1987. 4. 14. 선고 86다카981 판결, 1987. 5. 12. 선고 86다카2286 판결, 1987. 10. 13. 선고 86다카2275 판결, 1988. 1. 19. 선고 85다카1792 판결, 1992. 7. 14. 선고 92다16157 판결.

14) 吳天錫, 前揭論文 24쪽.

물론 위와 같은 가처분만으로 채권자의 담보목적 부동산에 대한 담보권행사로서의 처분행위를 막을 수는 없지만, 양도담보권자의 변제기전의 처분을 금지하고, 변제기후에라도 정산절차를 마치기 전까지 목적부동산의 환수권을 확보하기 위하여 목적부동산에 대한 처분금지 가처분을 허용하여야 함은 당연한 것이다.[15]

많은 實務家들은 판례(70다3018 판결 등 5건)가 부정설을 취하고 있다는 전제하에 그 妥當性을 批判하고 있다.[16] 만일 판례가 부정설을 채택한 것이라면 판례변경을 검토하여야 하나, 기존 판례(70다3018 판결 등 5건)는 부정설에 입각한 판시를 명시적으로 낸 것이 아니고, 더욱이 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다29801 판결은 명백히 긍정설의 입장에 서고 있으므로, 이 사건의 판시가 기존의 판례와 저촉되지는 않는다.

III. 債權者의 擔保權行使로서의 處分行爲와 假處分의 效力에 반하는지 여부

1. 問題點 提起

양도담보채무의 변제조건부 청구권을 피보전권리로 한 처분금지가처분이 인정되어야 함은 앞서 본 바와 같다.

그런데 양도담보권자로서는 處分精算을 위하여 담보권의 실행에 따른 처분행위를 할 수 있는데 이러한 처분행위가 위 가처분으로 인하여 障碍를 받는 것은 아닌지가 문제된다. 즉 이런 가처분을 허용한다면 양도담보권자의 담보권실행권한이 剝奪되는 것은 아닌지에 대한 의문이 생긴다. 따라서 채권자의 담보권행사로서의 처분행위는 위 가처분의 효력에 반하는 것으로서 무효인지 여부를 아래에서 살펴본다.

2. 被保全權利 없이 받은 處分禁止假處分의 效力

가. 被保全權利 없이 받은 假處分決定 및 그 執行의 效力

피보전권리 없이 가처분을 받은 경우 가처분 권리자는 그 가처분에 위반한 채무자의 행위를 무효라고 주장할 수 없다. 하지만 피보전권리 없이 가처분을 받았다고 하여, 그 결정 및 이에 따른 執行 자체가 無效로 되는 것은 아니다.[17] 즉 가처분결정이 취소되기까지는 가처분결정은 여전

15) 金時昇, “變則擔保와 登記”, 裁判資料 44輯 (88.12) 303쪽.

16) 吳天錫, 前揭論文 24쪽; 金時昇, 前揭論文 303쪽.

17) 尹瓊, “被保全權利 없이 받은 臨時의 地位를 定하는 假處分에 違反한 行爲의 效力”, 人權과 正義 300호 (2001.08) 56쪽.

히 유효하고 그 결정에 따라 행하여 진 집행(부동산에 대한 가처분 기입등기 등)도 유효하다.

이 말은 피보전권리 없이 한 가처분 권리자는 그 가처분의 효력을 채무자나 제3자에게 주장할 수는 없다는 점에서 그 가압류는 實體上으로는 무효[18]이나, 形式上으로는 유효하다는 말이다. 즉 피보전권리 없이 한 가처분결정도 하나의 재판인 이상 이를 당연무효라고 할 수 없고 다만 실체법상의 효과를 발생시키지 않는다는 의미에서 무효라고 보아야 한다는 의미이다.[19] 가처분 권리자가 위와 같은 가처분의 효력을 주장할 경우 상대방은 피보전권리가 존재하지 않는다는 實體法上의 효과를 들어 無效라고 주장할 수 있다. 하지만 위와 같은 가처분은 형식적으로는 무효가 아닌 듯한 外形을 가지고 있으므로 필요에 따라 그러한 외형을 無力化시킬 절차가 필요하므로 채무자는 假押留異議 등을 통하여 그 取消를 구할 수 있다.[20]

나. 被保全權利없이 받은 處分禁止假處分에 反하는 行爲의 效力

계쟁물에 관한 가처분의 경우 피보전권리가 없음에도 불구하고 그 권리보전이란 구실 아래 처분금지가처분결정을 받아 이를 집행한 경우에는 그 가처분 후에 그 가처분에 반하여 한 행위라도 그 행위의 효력은 그 가처분에 의하여 무시될 수 없는 것이다.[21]

本案訴訟이 被保全權利의 不存在를 理由로 債權者敗訴로 確定된 경우에도 保全處分決定은 실질적으로는 무효이지만 형식적으로는 유효하므로, 그 외형을 제거하기 위하여 債務者는 敗訴確定事實을 異議나 事情變更의 한 事由로서 主張하여 별도로 取消節次를 밟아야 한다.[22] 그러나 臨時의 地位를 정하는 假處分의 경우에는 별다른 執行行爲가 必要하지 않기 때문에 별도의 執行取消節次를 밟지 않더라도 取消判決의 宣告와 同時에 취소의 효과가 생긴다.

그런데 別途의 取消節次가 없어 그 假處分이 形式上 有效하게 存在한다고 하여도 피보전권리가 없는 경우에는 그 가처분에 위반한 행위가 無效로 되는 것은 아니다. 채권자가 패소확정판결을 받는 등으로 가처분결정이 보호할 피보전권리는 없는 것으로 밝혀진 이상 그 위반행위로 인하여 침해될 피보전권리가 존재하지 않기 때문이다.[23]

---

18) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다52044 판결 參照

19) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1588 판결 參照 ; 實務提要 强制執行(下) 217쪽 참조

20) 尹瓊, 前揭論文 56쪽.

21) 대법원 1972. 10. 31. 선고 72다1271,72다1272 판결, 1979. 2. 27. 선고 78다2295 판결, 1994. 4. 29. 선고 93다60434 판결, 1995. 10. 13. 선고 94다44996 판결, 1999. 7. 9. 선고 98다6831 판결, 1999. 10. 8. 선고 98다38760 판결.

22) 대법원 1973. 3. 20 72다165, 1991. 1. 11. 선고 90다8770 판결, 1990. 4. 10. 선고 88다카31224 판결.

23) 尹瓊, 前揭論文 57쪽.

피보전권리의 不存在는 債權者가 제기한 本案訴訟이나 債務者가 제기한 被保全權利 不存在確認請求訴訟에서 채권자의 敗訴判決이 확정된 경우에 인정될 수 있지만[24], 이러한 판결 등이 없는 경우라도 법원은 證據 등에 의하여 피보전권리의 유무를 判斷할 수 있다.[25]

3. 債權者의 擔保權行使로서의 處分行爲는 處分禁止假處分의 效力에 반하는지 여부

가. 讓渡擔保權者의 擔保權實行方法

양도담보권자는 담보권실행방법으로 ①목적부동산을 평가하여 청산금을 지급하고 자기가 목적물의 소유권을 갖는 방법(歸屬淸算型)과 ②목적부동산을 타에 처분하여 그 환가금에서 피담보채권의 원리금을 추심하는 방법(處分淸算型) 중 어느 하나를 자유롭게 選擇[26]하여 실행할 수 있다.

나. 債權者의 擔保權行使로서의 處分行爲가 假處分의 處分禁止效에 反하는지 여부 (=消極)

① 채권자의 담보권행사로서의 처분행위가 이 사건 가처분의 처분금지효에 반하지 않는다.

변제기가 도과하였다고 하여도 채권자가 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 가등기 및 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있으나, 처분정산의 경우에는 목적물이 제3자에게 처분된 때에 비로소 설정자(채무자)의 내부적 소유권은 상실되고 환수권 역시 소멸되므로, "채무의 변제를 정지조건으로 하는 가등기 및 본등기의 말소등기청구권(피보전권리)"이 없어지게 된다.

즉 채권자가 처분청산형으로 목적물을 처분함과 동시에 가처분의 피보전권리가 소멸하게 되므로, 이 때는 가처분결정이 보호하여야 할 피보전권리가 없게 되고, 따라서 그 가처분에 위반하는 처분행위를 한다고 하여도 침해될 피보전권리가 없으므로, 채권자의 처분행위는 가처분의 처분금지효에 위반되는 것이 아니다.

채권자의 처분행위와 동시에 위 가처분은 피보전권리가 소멸됨으로써 사실상 위 가처분은 그 순간부터 무효의 가처분이 되는 것이다(외형상으로는 유효하나, 실체법상의 효과를 발생시키지 않는다는 의미에서 무효임).

② 이런 점에서 본다면 대법원이 "처분금지가처분의 피보전권리가 될 소유권이전등기의 말소

---

24) 대법원 1990. 4. 10. 선고 88다카31224 판결 參照

25) 尹瓊, 前揭論文 57쪽.

26) 대법원 1988. 12. 20. 선고 87다카2685 판결.

등기청구권이 위 가처분결정 당시까지도 발생하지 아니한 이상 가처분결정은 담보목적 부동산에 대한 담보권행사로서의 처분행위를 방지할 효력이 없으므로"라고 계속 판시[27]한 것은 결론에 있어서는 타당하나, 일응 조건부권리는 피보전권리로서의 적격이 없고, 따라서 피보전권리 없이 이루어진 가처분은 사실상 무효라는 취지로 보이므로, 위 대법원 판시는 매우 부적절한 표현을 함으로써 오해를 낳을 여지가 많다고 생각된다.

위 판시의 내용을 "양도담보권자가 담보권의 실행으로 목적물을 제3자에게 처분하면 채무자의 환수권이 소멸됨으로써 가처분의 피보전권리인 "채무변제를 정지조건으로 하는 이전등기의 말소등기청구권"은 더 이상 침해될 여지가 없으므로, 채권자의 처분행위는 가처분의 처분금지효에 위반되지 않는다"는 취지로 표현하였더라면 더 좋았을 것이다.

다. 債權者의 處分行爲를 막을 수 없는 處分禁止假處分을 許容할 實益 여부 (= 肯定)

채권자의 담보권실행으로서의 처분행위를 막을 수 없다면, 처분금지의 실효성을 가지지 못하는 이러한 가처분을 허용할 실익이 있을까?

결로적으로 이를 허용할 실익이 있다. ① 먼저 채무자가 변제를 한 경우에는 채권자에 대하여 "소유권이전등기의 말소등기청구권"을 가지므로, 변제를 받은 양도담보권자가 함부로 처분을 한 경우에는 양수인의 선의·악의를 불문하고 그 처분행위는 가처분의 효력에 반하여 무효가 된다. ② 채권자가 변제기 전에 처분을 한 경우에도 그 처분행위는 피보전권리의 침해행위로서 가처분의 효력에 반한 것이므로 무효로 된다.

즉 정당한 담보권의 실행이 아닌 다른 처분행위는 가처분에 의하여 금지되므로, 이러한 가처분을 허용할 실익은 충분한 것이다.

라. 債權者의 處分行爲가 있은 후 假處分을 抹消하는 方法

양도담보권자의 정당한 담보권의 실행으로 목적부동산을 양수한 제3자는 자신이 양수하는 순간 위 가처분의 피보전권리가 소멸하였음을 이유로 가처분권자를 상대로 사정변경에 의한 가처분결정취소(민사소송법 제706조)를 구할 수 있다.

사정변경에 의한 결정취소의 申請權者는 채무자, 일반승계인, 파산관재인 외에 목적물의 특정승계인[28]이나 채권자대위권자도 포함되므로[29], 목적부동산의 양수인도 위 취소신청을 할 수 있

---

27) 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다8678 판결, 1993. 7. 13. 선고 93다20870 판결 등 5건.

28) 대법원 1968. 1. 31. 선고 66다842 판결.

29) 金起東, "事情變更과 保全命令의 取消", 裁判資料(46輯) 保全訴訟에 관한 諸問題(下) (1989.09) 519-523쪽; 金祥源, 鄭址炯 共著「假押留·假處分」新版(第2版), 韓國司法行政學

다.

IV. 맺음 말

차용금의 담보조로 채권자 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우 채무자의 채무변제가 없는 상태에서 채무변제를 조건으로 한 이전등기 말소등기청구권을 피보전권리로 한 처분금지가처분은 허용되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이러한 가처분이 허용되지 않는다고 판시한 원심은 처분금지가처분의 피보전권리에 대한 법리를 오해하였다고 생각되고, 對象判決은 이 점을 適切히 指摘하고 있다.

한편 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다8678 판결이나 대법원 1993. 7. 13. 선고 93다20870 판결 등은 일응 "채무변제를 조건으로 한 이전등기 말소등기청구권"은 피보전권리가 될 수 없다는 취지로 보이기는 하지만 이는 결론을 도출하는 과정에서 다소 부적절한 표현을 한 것에 불과하므로 대상판결과 저촉되는 것은 아니며, 이러한 점을 명확히 판시한 對象判決은 先例로서의 重要한 價値를 지닌다.

會(1995) 269-270쪽; 改正增補版 法院實務提要 强制執行(下) 法院行政處 編(1992) 592-593쪽.