민법 제482조 제2항 제1호의 '부기등기'의 시기에 관한 학설상의 오류

명 순 구

민법 제482조 제2항 제1호의 부기등기의 시기에 관하여 학설상 대립이 있다. 이 글을 통하여 이들 각 학설의 구체적 주장내용을 전반적으로 살피고자 하는 것은 아니다. 부기등기의 시기에 관한 논의에 있어서 종래의 학설에는 假登記의 기능에 대한 약간의 오해가 있지 않은가 하는 생각이 든다. 다음에서는 가등기의 문제를 중심으로 부기등기의 시기에 관한 종래 학설의 기본적 관점을 비판적으로 검토하고자 한다.

부기등기의 시기에 관한 학설상의 논의는 크게 세 가지로 구분된다.

제1설은 다음과 같다: 제482조 제2항 제1호의 '미리'라는 것은 '보증인이 변제하기 전'을 의미한다; 그러므로 보증인 명의의 부기등기의 시기는 보증인이 변제하기 전이어야 한다. 제1설에 따르면, 보증인의 변제와 제3취득자의 권리취득의 전후는 문제되지 않으며 보증인의 부기등기는 항상 가등기라고 한다.

제2설은 다음과 같다: 제482조 제2항 제1호의 '미리'라는 것은 변제의 전후를 불문하고 '제3자의 권리취득 전'을 의미한다; 그러므로 보증인이 변제하기 전에 부기등기를 하는 경우에는 가등기, 변제한 후에는 본등기를 하게 된다.

제3설은 다음과 같다: 제482조 제2항 제1호의 '미리'라는 것은 '보증인의 변제 후 제3자가 권리를 취득하기 전'을 의미한다.

부기등기의 취지를 고려해 볼 때, 결과에 있어서 제3설의 입장이 타당하다고 생각된다. 제1설과 제2설은 여러 가지 측면에서 비판이 가해질 수 있다. 그러나 여기에서 유의하고자 하는 것은, 이들 두 학설이 假登記의 의미를 오해하고 있지 않은가 하는 것이다.

가등기란 부동산물권(예: 所有權·地上權·地役權·傳貰權·抵當權) 및 이에 준하는 權利(예: 賃借權)의 변동을 일어나게 할 청구권을 가지는 자의 보호를 위한 예비적 보전수단으로서 인정되는 등기를 말한다. 즉 보전의 목적으로 일정한 청구권을 공시하는 豫備登記이다. 가등기가 예비적 보전수단으로서 인정되는 등기이기는 하지만, 가등기가 유효하기 위해서는 최소한 가등기에 의하여 보전할 청구권이 성립하여 존재하고 있어야 한다(부동산등기법 제3조 참조). 즉 假登記라 하여 假想의 등기는 아닌 것이다. 이와 같은 관념을 가지고 제1설과 제2설을 보기로 한다.

제1설에 따르면, 부기등기의 시기에 관하여 이를 '보증인이 변제하기 전'으로 보며 변제한 보증인의 부기등기는 언제나 가등기가 된다고 한다. 여기에서 다음과 같은 의문이 제기된다: 변제자대위는 구상권 확보를 위한 제도이다; 보증인이 변제를

하지 않았다면 변제자대위의 요건으로서의 구상권이 아직 발생하지 않는 것이 원칙이다; 그러므로 변제자대위권이 성립하지 않으며, 따라서 등기의 대상이 되는 권리가 존재하지 않는다.[1] 가등기의 대상이 존재하지 않음에도 불구하고 가등기를 할 수 있다는 해석은 수용하기 곤란하다.

제2설에 따르면, 보증인이 변제하기 전에 부기등기를 하는 경우에는 가등기, 변제한 후에는 본등기를 하게 된다. 보증인이 변제하기 전에 행하는 부기등기가 가등기라고 설명하는 제2설의 주장부분 또한 제1설에 대하여 지적한 것과 마찬가지의 비판이 가능하다.

1) 보증인인 수탁보증인이어서 그에게 사전구상권이 인정되는 경우(민법 제442조)에는 그와 같은 법리적 문제가 발생하지 않을 것이다.