

碩士學位論文

不動產競賣制度的 改善方案에 관한 研究

- 임차주택 · 임차상가건물을 중심으로 -

指導教授 金 祥 燦



濟州大學校 行政大學院

行政學科 司法行政專攻

金 汝 鮮

2007年 12月

# 不動產競賣制度的 改善方案에 관한 研究

- 임차주택 · 임차상가건물을 중심으로 -

指導教授 金 祥 燦

이 論文을 行政學 碩士學位 論文으로 提出함

2007年 12月 日

濟州大學校 行政大學院

行政學科 司法行政專攻

金 汝 鮮

金汝鮮의 行政學 碩士學位 論文을 認准함

2007年 12月 日

審査委員長 \_\_\_\_\_ 印

委 員 \_\_\_\_\_ 印

委 員 \_\_\_\_\_ 印

# 목 차

제 I 장 서론 .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	3
제2장 부동산경매제도의 기초이론 .....	5
제1절 부동산경매의 의의와 종류 .....	5
1. 부동산경매의 의의 .....	5
2. 부동산경매의 본질 .....	6
3. 부동산경매의 종류 .....	7
제2절 부동산경매의 목적물 .....	9
1. 집행대상의 범위 .....	9
2. 집행대상으로서의 부동산 .....	10
제3절 부동산경매의 절차 .....	12
1. 이해관계인 .....	12
2. 압류 .....	14
3. 매각 .....	22
4. 배당 .....	49
제3장 부동산경매제도의 입법례와 부동산권리분석 .....	55
제1절 서설 .....	55
제2절 주요국가의 입법례 .....	56
1. 일본 .....	56
2. 독일 .....	59
3. 프랑스 .....	62
4. 함의 .....	65

제3절 부동산경매에 있어서 권리분석 .....	66
1. 부동산권리분석 .....	66
2. 말소기준권리분석 .....	67
3. 잉여주의 및 소멸주의와 인수주의 .....	69
4. 입법주의에 따른 부동산권리분석 .....	70
<b>제4장 부동산 경매제도의 문제점과 개선방안 .....</b>	<b>72</b>
제1절 부동산경매에 있어서 부동산임차인의 지위 .....	72
1. 부동산임대차의 의의 .....	72
2. 부동산임대차의 특성 .....	73
3. 임차인의 대항력 .....	74
4. 임차인의 우선변제권 .....	75
5. 보증금의 우선변제권 .....	76
6. 임차인의 배당요구 .....	78
제2절 부동산경매제도의 문제점 .....	80
1. 부동산경매에 있어서 주택임대차보호제도의 문제점 .....	80
2. 부동산경매에 있어서 상가건물임대차보호제도의 문제점 .....	86
제3절 부동산경매제도의 개선방안 .....	92
1. 주택임대차에 있어서의 개선방안 .....	92
2. 상가건물임대차에 있어서의 개선방안 .....	93
<b>제5장 결론 .....</b>	<b>97</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>100</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>104</b>

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

금융기관의 대출금리가 낮아지면서 부동산경매 시장에 많은 투자자들이 몰려들고 있다. 부동산경매는 채무자나 물상보증인 소유의 부동산을 압류·환가하여 그 매각대금으로 채권자의 금전채권의 만족을 얻을 목적으로 행하는 부동산에 대한 강제집행의 일종으로, 채권자가 자력구제에 의하여 채무자의 재산을 강제적으로 처분하는 것을 허용하지 않고, 법원에 강제처분의 신청을 하여 채무변제가 이루어지도록 행하는 법집행절차이다.

법률관계에서 채권·채무관계가 발생하는 경우에 채권자가 가지는 채무자의 채무이행에 대한 신뢰는 필수적인 것이다. 채권관계는 채권자와 채무자간의 신뢰관계에서 발생한다. 그러나 채무자가 신뢰를 저버리고 채무를 이행하지 않을 경우에 그 채무의 이행을 강제할 수 있는 수단이나 제도적인 장치가 필요하게 된다. 이러한 채권을 강제적으로 이행하도록 하는 강제수단이 바로 민사상의 강제이행제도이다. 이러한 강제이행의 절차와 방법은 민사집행법에 규정하고 있다. 강제집행은 채권이 금전채권이나 비금전채권이냐에 따라 강제집행방법이 달라진다. 그러나 비금전채권도 손해배상채권으로 변하여 금전채권화하게 되는 경우가 많으므로 비금전채권의 경우에도 금전채권에 대한 강제집행과 동일하다.<sup>1)</sup>

민사상의 강제이행제도에 있어서 채권의 최종적 실행은 채무자가 소유하고 있는 일반재산이 되므로, 채무자의 일반재산에 대한 강제집행을 통하여 채권을 만족하게 된다. 채무자의 일반재산이 어떤 형태이냐에 따라 강제집행의 절차나 방법이 다르게 된다. 즉 채무자가 가지고 있는 일반재산의 형태를 부동산, 유체동산, 채권 그 밖의 재산권 등으로 나누어 각각 강제집행의 절차와 방법을 달리하게 되는 것이다. 일반적으로 부동산강제집행이라 함은 채무자의 부동산을 압류하여 이를 환가한 후 그 대금에서 우선변제를 받거나(강제경매), 부동산에서 나오는 수익으로 우선변제를 받는(강제관리) 강제집행방법을 말한다. 부동산은 금전적 가치가 높을 뿐만 아니라 은닉하기가 어려워 채권자로서는 다른 재산에 비하여 그 발견이 용이하고 채권회수에 유리한 면이 있다. 이에 비하여

1) 오시영, 「강제집행법」, 학현사, 2007, 354면.

동산은 금전적 가치가 부동산에 비하여 상대적으로 작을 뿐 아니라 발견이 용이하지 않고, 채권은 채무자와 제3자 사이에 이루어진 채권관계에 대한 파악이 사실상 어려워 강제집행을 하기에 용이하지 않은 점이 있다.

최근 부동산경매에 일반인이 참여하는 비중이 상당히 높아져 가는 추세에 있다. 이러한 현상에 부동산에 관한 전문지식이 결여된 상태에서 부동산경매에 참여함으로써 오히려 재산증식에 도움을 주지 못하고 재산적 피해만 아니라 정신적 피해를 보는 경우가 많다. 그러므로 부동산경매에 참여하기 위해서는 무엇보다도 경매에 관한 일반지식을 잘 알고 있을 뿐 아니라 부동산권리분석을 철저히 하지 않으면 개인적 피해를 넘어 사회적·국가적인 피해가 양산될 수 있다.<sup>2)</sup>

민사집행법(2002.1.26. 제정, 7.1.시행, 법률 제6627호)은 구 민사소송법과는 달리 부동산에 대한 강제집행을 가장 중요한 강제집행방법으로 취급하여 강제집행의 제일 앞부분에 편재하였고, 제78조(강제집행) 내지 제171조(강제관리의 취소)에 걸쳐 강제집행절차를 자세하게 규정하고 있으며 이를 부동산의 강제관리, 선박 등 준부동산 집행, 부동산 담보권의 실행, 동산집행 등에 준용하도록 하고 있다. 따라서 부동산강제집행절차는 강제집행절차의 핵심을 이루는 절차라고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

민사집행법상 강제경매절차는 채권자가 법원에 강제경매신청을 함으로써 개시되는데(동법 제78조 제1항), 크게 보면 압류·매각(환가)·배당의 순서로 이루어진다. 압류라 함은 채무자의 부동산에 대한 처분권을 박탈하여 강제경매시 당시의 권리상태로 강제집행이 이루어지도록 하는 보전조치라고 할 수 있다. 부동산에 대한 압류는 부동산등기부에 압류를 등기함으로써 이루어진다. 매각은 압류한 부동산을 법원이 강제적 절차에 따라 매도하는 단계로, 매각하는 방법에는 호가경매·기일입찰·기간입찰 등의 방법이 있다. 마지막 단계인 배당은 매각대금 중에서 강제집행비용을 공제하고 남은 금액으로 채권자의 채권을 변제해 주는 절차로 채권자가 단독인 경우에는 채권자에게 교부하고 남은 금액이 있으면 채무자에게 반환하고, 채권자가 여러 명인 경우에는 그 우선순위에 따라 배당하며, 우선순위가 같거나 우선권이 없는 채권자인 경우에는 채권자평등의 원칙에 의해 채권액의 비율대로 배당한다.

부동산경매제도에 있어서, 압류채권자가 경매를 신청한 경우에 채무자의 다른 채권자들도 자신들의 채권을 주장하면서 배당해 줄 것을 요구하며 강제집행절차에 참가하게 된다. 이 경우 여러 명의 채권자들에 대하여 어떠한 법적 지위를 부여하여 배당을 해 줄 것인가가 문제되는데, 다행히 경매를 통하여 압부된 매각대금이 총채권액보다 많은

2) 한삼인·김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006, 120면.

3) 오시영, 전제서, 355면.

경우에는 참가한 채권자들에게 모두 배당하고 남은 것은 채무자에게 반환하면 되지만 반대로 적은 경우에는 채권자들에게 모두 만족을 줄 수 없다. 특히 우리나라는 배당에 있어서 평등주의<sup>4)</sup>를 취하고 있어, 경매를 신청한 채권자의 경우도 배당절차에서 배당을 신청한 다른 일반채권자와 마찬가지로 채권액에 비례하여 평등하게 배당받을 수밖에 없다. 평등주의는 다수의 채권자가 집행절차에 참가할 경우에 집행절차가 복잡해져 신속한 집행이 어렵게 되는 문제가 있을 뿐 아니라 채권자들은 보다 많은 배당을 받기 위하여 집행채권액보다 과도한 금액을 압류신청하는 경향이 있어 채무자의 이익을 침해할 우려가 크고, 채무자 역시 허위의 가장채권을 만들어서 사실상 강제집행을 면탈하려는 악의의 시도를 많이 하기 때문에 강제집행을 적극적으로 실시한 집행채권자를 해할 우려가 크다는 문제가 있다.

부동산은 대부분 고가의 재산이고 등기라는 공시제도에 의하여 운영되며, 용익권 또는 담보물권 등이 설정되어 있는 경우가 많아 부동산에 관한 권리관계가 복잡하다. 뿐만 아니라 특히 주택이나 상가건물의 강제경매절차에서는 임차문제와 관련하여 등기부상에 나타나지 않는 권리관계가 복잡하게 얽혀져 있는 것이 보통이어서, 상당히 상세한 권리관계의 분석이 없이는 경매에 참가하기가 어려운 경우가 보통이다.

그러므로 본 연구에서는 민사집행법상 부동산경매제도의 기초이론으로 부동산경매의 의의와 종류, 부동산경매의 목적물, 그리고 부동산경매의 절차, 즉 압류절차, 경매절차, 배당절차에 대하여 자세히 살펴보려 한다. 그리고 부동산경매제도에 관한 주요국가의 입법례와 더불어 부동산경매에 있어서의 권리분석의 원칙과 방법 등에 대하여 살펴보고자 한다. 나아가 부동산경매에 있어서 임차인의 지위문제와 관련하여 복잡한 권리관계가 얽히는 점을 감안하여 임차주택과 상가건물을 중심으로 부동산경매에 있어서의 문제점을 도출하고 그 개선방안을 모색하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

민사집행법상 강제집행의 대상은 다양하지만 본 연구에서는 부동산경매에 한하여 연구의 범위로 삼았다. 이 논문의 연구방법은 문헌연구방법을 주로 사용하였다. 학자들이 연구하여 발표한 기존의 논문들을 중심으로, 법원행정처 등의 기관자료, 부동산 관련

4) 이에 관한 입법례로서 평등주의, 우선주의, 균등우선주의가 있으며, 우리나라를 비롯하여 일본, 프랑스, 이태리는 평등주의를, 독일이나 영미국가는 우선주의를, 스위스는 균등우선주의를 채택하고 있다(오시영, 전계서, 326-329면)

학회의 관련 자료를 참고하였으며, 관련된 판례의 내용을 분석·검토하였다.

이 논문은 다음과 같은 논술의 체계를 그 구성내용으로 하고 있다.

제1장 서론에서는 부동산경매제도가 가지는 의의와 중요성에 대하여 살펴봄으로써 본 연구의 방향에 대하여 간단히 서술하고, 본 연구의 목적·연구의 범위와 방법에 대하여 설명한다.

제2장에서는 부동산경매제도의 기초이론으로 부동산경매의 의의와 종류를 규명하고, 부동산 입찰단계, 부동산 매각단계, 배당단계 등에 대한 부동산경매절차에 대하여 살펴본다.

제3장은 부동산경매에서 매우 중요시 되는 부동산권리분석에 대하여 검토하고, 나아가 부동산강제집행에 관하여 일본, 독일, 프랑스 등 주요국가의 입법례를 살펴보려 한다.

제4장은 부동산경매에서 부동산임차인의 법적지위와 관련하여 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법 등 특별법과 관련하여 발생하는 제문제점을 지적하고 그에 대한 합리적인 개선방안을 제시한다.

제5장에서는 앞에서 검토되어진 연구내용을 바탕으로 총괄적인 요약과 함께 우리나라의 부동산경매제도의 나아갈 방향에 대하여 입법론을 제시한다.

## 제2장 부동산경매제도의 기초이론

### 제1절 부동산경매의 의의와 종류

#### 1. 부동산경매의 의의

일반적으로 경매라 함은 국가기관이 법률의 규정에 따라 금전의 지급을 목적으로 채무자의 부동산을 강제적으로 매각하여 현금화 한 후 배당이라는 절차를 통하여 채권자의 만족을 얻게 하는 부동산집행의 방법 중의 하나이다. 광의의 경매란 매도인이 다수인 중에서 구두로 매수신청을 하게 되고 최고가격의 신청인에게 매도하는 매매방향을 말한다. 즉 다수인이 서로 경쟁하게 하여 그 가운데 가장 유리한 계약내용을 표시하는 자를 선택하여 이를 상대방으로 계약을 체결하는 경쟁체결의 방법에 의한 매매방법이다.<sup>5)</sup> 경매는 채권자의 신청에 의하여 집행법원이 채무자에 대하여 강제력을 행사함으로써 집행권원에 표시된 청구채권의 실현을 도모하는 절차이다. 사인 간에 행하여지는 경매를 사경매라 하고, 국가기관이 행하는 경매를 공적경매 또는 공매라고 한다. 민법 제187조에서 말하는 경매는 공적경매를 의미함은 물론이다. 공적경매는 국가공권력에 의해 금전채권의 실현목적을 위해 하는 경제 환매제도로 여기에는 민사집행법의 강제 집행절차에 의한 경매와 국세징수법의 체납처분에 의한 공매가 있으며, 민사집행법의 경매는 재산의 보전방법으로 행해지는 강제공매와 담보권실행을 위한 경매로도 나눌 수 있다.

부동산경매란 채무자가 변제기일까지 채무를 상환하지 않은 때에 채권자가 법원으로 하여금 채무자 대신 경쟁매매방식으로 채무자의 부동산을 강제로 매각하게 하여 그 매각 대금으로 채권자의 채무를 변제받는 절차를 말한다.<sup>6)</sup> 이는 법원이 채무자 또는 물상보증인의 재산을 현금화하여 채권자의 금전채권을 만족시키는 것을 목적으로 하는 절차이다. 이러한 부동산경매는 채권의 만족을 위하여 채무자 등의 재산을 강제로 현금화하는 점에서 채무자 등에게는 가혹한 면이 있으나, 자본주의 경제하에서 채권자의 사유재산보호를 위해 필수적인 강제집행제도라고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

5) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004, 44면 ; 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003, 267면 ; 김상원 외 3인, 「민사집행법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 33면 ; 동, 「민사집행법(Ⅰ)」, 한국사법행정학회, 2004, 34면.

6) 정용채, 「법원경매실무」, 경록출판사, 2005, 249면.

이러한 부동산경매제도는 자력구제를 통하여 채무자의 재산을 강제로 처분하는 것을 허용하지 않으므로, 국가구제의 방법, 즉 채권자가 법원에 이행의 소를 제기하여 승소 판결을 받아낸 다음 이에 강제처분신청을 하여 채무변제가 이루어지도록 하는 법집행 절차를 따를 수밖에 없다.<sup>8)</sup>

## 2. 부동산경매의 본질

### 1) 학설

경매의 본질에 관하여 학설은 사법상의 매매설, 공법설, 절충설 등으로 나뉘고 있다. 첫째, 사법상의 매매설은 경매의 본질을 사법상의 매매라고 보는 견해로서, 매각에 있어서 매도인을 누구로 하느냐에 따라 채권자매도인설, 집행기관매도인설, 채무자매도인설 등으로 나누어진다. 채권자매도인설은 부동산강제경매의 매각을 채권자의 채권변제를 목적으로 하는 현금화에 기인한 매매계약으로 보는 견해이고,<sup>9)</sup> 집행기관매도인설은 매각신청을 국가기관에 대하여 그 권한의 행사를 요구하는 공법상의 신청으로 보면서 사인의 이름으로 사법상의 매매를 청구하는 것이라고 보는 견해이다. 채무자매도인설은 민법 제578조 소정의 경매와 매도인의 담보책임을 들어 채무자와 매수인 사이에 매매계약이 성립하는 것이고 매수인은 목적부동산을 승계취득 하는 것이라고 보는 견해로서 우리나라의 통설적 견해이다.<sup>10)</sup>

둘째, 공법설은 경매의 본질을 사법상의 매매와는 다르게 집행기관이 국가기관으로서 공법상의 처분을 하여 권리관계를 설정하는 것으로 보는 견해이다. 그 구체적으로 공용징수유사처분설, 공법계약설, 재판상의 형성절차 등이 있다. 공용징수유사처분설은 국가기관인 집행기관이 매각을 그 직무상의 권한에 의하여 매매의 형식에 의하여 하는 공법상의 처분으로서 매수인은 경매목적물을 원시취득 하는 것이라고 보는 견해이다. 공법계약설은 강제집행법에 의한 부동산 경매를 사법상의 매매와는 달리 일종의 공법상의 매매라고 보는 견해이고, 재판상의 형성절차설은 부동산 경매를 목적물의 소유권이전에 관한 집행채무자의 의사의 하자를 매각허가라고 하는 재판상의 형성절차에 의하여 보충된다고 보는 견해이다.<sup>11)</sup>

셋째, 절충설은 경매의 근본성질은 공법상의 처분임을 인정하면서도 다른 한편으로

7) 한삼인·김상명, 전계논문, 122면.

8) 강석희, 「실전경매」, 법문사, 2005, 13면; 강대성, 「민사집행법」, 삼영사, 2003, 221면.

9) 新堂幸司, 「新民事訴訟法」, 弘文堂, 2003, 89면.

10) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행(II)-부동산집행-」, 1면; 박두환, 전계서, 268면; 김상원 외, 전계서, 35면 등.

11) 内田貴, 「民法3(債權各論)」, 東京大出版社, 2004, 551면 以下.

사법상의 매매의 성질과 효과를 겸한다고 보는 견해이다.

## 2) 판례

판례는 사법상의 매매설을 취하고 있다. 즉 미성년자의 매수신청을 무효라고 하거나,<sup>12)</sup> 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매한 경우 매수인의 선의취득을 인정함으로써,<sup>13)</sup> 간접적으로 사법상의 매매설을 지지하고 있고, 매매의 일종이라고 판시한 것<sup>14)</sup>도 있다.<sup>15)</sup>

## 3) 사건

생각건대 사법상의 매매설은 경매를 매수인 또는 집행관과 소유자인 채무자간의 매매라고 보면서 그 근거로 민법 제578조 소정의 담보책임을 들고 있으며, 경매의 목적도 채무자 소유의 부동산을 매각하여 현금화 한 후 채권자의 채권을 충족하고 잉여금이 있으면 채무자에게 귀속되는 매매대금의 잔여금이라고 할 수 있다. 또한 매각이 불능이 되면 규정에 따라 매각절차를 속행할 수 있고, 경매법정에서 최고가 매수금액이 동일하게 2인 이상일 때에는 그 신고인들에 한해 추가경매를 실시하는 점은 사인간의 경쟁을 통하여 매각의 실현을 달성하려는 계약이라고 보아야 할 것이므로 사법상의 매매설이 타당하다고 생각한다.

## 3. 부동산경매의 종류

### 1) 강제경매와 임의경매

부동산경매는 강제경매와 임의경매(담보권 실행 등을 위한 경매)로 나눌 수 있다. 민사집행법상 부동산집행의 방법으로는 강제경매와 강제관리가 있다(민사집행법 제78조 제2항). 강제경매절차는 채권자가 법원에 강제경매신청을 함으로써 개시되는데(동조 제1항), 크게 보면 압류·매각·배당의 순서로 이루어진다. 말하자면, 부동산 강제경매는 집행권원을 가진 채권자의 신청에 의하여 채무자 소유의 부동산을 압류, 환가하여 그 매각대금으로 신청채권자와 배당요구 채권자의 금전채권의 만족을 얻음을 목적으로 하는 강제집행절차이다.<sup>16)</sup> 일단 유효한 집행정본에 기하여 경매절차가 완결된 때에는 후

12) 대결 1969.11.19.자 69마989.

13) 대판 1998.3.27. 97다32680.

14) 대판 1991.10.11. 91다21640 ; 대판 1993.5.25. 92다15574.

15) 법원행정처, 전게서, 1면.

16) 오시영, 전게서, 359면.

일 그 집행권원에 표상된 실체상의 청구권이 당초부터 부존재 무효라든가, 매각절차 완결 시까지 변제 등으로 소멸 되거나, 재심으로 집행권원이 폐기된 경우<sup>17)</sup>라 하더라도 경매절차가 유효한 한 매수인은 적법하게 부동산의 소유권을 취득 한다.<sup>18)</sup>

임의경매는 담보권실행의 경매로, 이는 강학상 강제경매에 대응하는 개념으로 임의경매라 지칭하여 사용하고 있다. 이는 강제경매가 집행권원을 요하는 반면 임의경매는 집행권원 대신 저당권, 질권, 전세권, 가등기담보 등의 담보권에 기하여 그 실행절차를 규정한 것으로 임의경매(실질적 경매)라 하여 널리 사용하고 있다.

## 2) 최초의 매각과 새 매각 및 재매각

최초의 매각이란 집행법원이 경매부동산에 대하여 매각기일을 지정하면서 조세나 공과금을 주관하는 공공기관에 대하여 최고, 현황조사, 최저경매가격결정 등의 적법절차가 끝나고 경매절차를 취소할 사유가 없는 경우에 직권으로 매각기일을 정하여 그 요지를 신문에 공고한 다음 매각을 실시하는 경매를 말한다.

새 매각이란 매각기일에 당해 매각부동산에 대한 매수신고가 없어 불능 되는 경우, 압류채권자보다 우선하는 우선채권을 해하지 아니하는 한도에서 최저매각가격을 상당히 저감하고(통상 최저가격의 20%-30%가 저감된다), 새 매각기일을 정하여 실시하는 경매를 말하며, 새매각기일과 재매각기일은 매각기일의 2주일 전까지 공고하여야 한다(민사집행법 제104조, 동법규칙 제56조).

재매각은 매수인이 대금지급기한 또는 민사집행법 제142조 제4항의 다시 정한 기한까지 그 의무를 완전히 이행하지 아니하였거나, 다음 순위 매수신고인이 없는 때에 집행법원이 직권으로 기일을 정하여 행하는 매각을 말한다(민사집행법 제138조 제1항). 여기에서 당해 부동산에 대한 이해관계인이나 매각기일에 매수희망자로서 최고가매수인으로 결정되지 않아 재매각기일이 지정공고 되었다 하더라도 전매수인이 재매각기일의 3일 이전까지<sup>19)</sup> 대금, 지연이자, 절차비용을 지급한 때에는 재매각 절차를 취소하도록 하고 있으므로(민법 제138조 제3항) 재매각기일이 지정되었다 하여 반드시 매각이 실시되는 것은 아니다. 최초매각은 처음으로 매각기일이 진행되는 것이고, 새매각은 최초매각진행을 실시하였으나 매수희망자가 없어 불능 되는 경우로서 둘 다 매각결정전에 실시되는 매각절차이다. 반면에 재매각은 매각기일에 최고가매수인이 결정되고 매각

17) 대판 1996.12.20. 96다42628.

18) 대판 1991.2.8. 90다16177.

19) 재매각기일의 3일 이전까지라 함은, 재매각기일의 전일부터 소급하여 3일이 되는 날 까지를 의미한다. 예컨대 재매각기일이 1월 30일이면, 1월 29일부터 역산하여 3일이 되는 날이 1월 27일이므로 1월 27일까지 대금 등을 납부한 때에 매수인은 소유권을 취득하게 되고 재매각절차를 취소한다(대결 1992.6.9.자 91마 500).

허가결정기일에 매수인이 결정된 이후 집행법원이 대금지급기한 통지서를 매수인에게 보냈음에도 불구하고 매수인이 그 대금지급의무를 이행하지 않아 매각기일을 다시 실시한다는 점에서 차이가 있다. 따라서 재매각의 경우는 매각부동산에 대한 권리상의 하자가 있어서 재매각하는 경우도 있지만, 대항력 있는 임차인이 있는지 사전에 모르고 매수인이 최고가 매수인으로 매각결정이 허가되면 매수인은 당해 부동산에 대한 부담이 많아 손해가 발생할 수 있다. 그러므로 예기치 않게 매수인이 대금지급기한이 도래하였음을 알면서도 대금지급을 부득이 포기하는 경우가 종종 있다. 뿐만 아니라 매각부동산에 임차하여 실제 주하는 임차인 등이 매수인이 되어있으나 대금지급능력이 없어서 입찰보증금을 포기하고 대금지급의무를 이행하지 않는 경우도 있다. 또한 토지인 경우 농지취득자격증명을 제출하지 못하여 입찰보증금을 포기한 재매각도 있다.

### 3) 개별매각과 일괄매각

하나의 매각절차에서 여러 개의 부동산을 매각하는 경우에 최저매각가격의 결정과 매각의 실시를 각 부동산별로 하는 방법과 여러 개의 부동산의 전부에 관하여 일괄하여 하는 방법이 있는 바, 전자를 개별매각이라 하고, 후자를 일괄매각이라 한다.

민사집행법 제124조 제1항에서 여러 개의 부동산을 매각하는 경우에 한 개의 부동산의 매각대금으로 모든 채권자의 채권액과 강제집행비용을 변제하기에 충분하면 다른 부동산의 매각을 허가하지 아니한다고 규정하고 있으므로 민사집행법은 원칙적으로 개별매각이다. 따라서 여러 개의 부동산을 동시에 매각하는 집행법원이 일괄매각결정을 한 바 없었다면 그 부동산들은 개별매각으로 보아야 한다.<sup>20)</sup>

## 제2절 부동산경매의 목적물

### 1. 집행대상의 범위

강제집행절차에 있어서 경매대상은 부동산으로 한정되어 있다. 민법상의 부동산은 토지 및 그 정착물로 되어 있지만(민법 제99조 제1항), 강제집행에서의 부동산은 반드시 민법상의 개념과 일치한다고는 볼 수 없다. 여기에서의 부동산은 토지 이외에 건물, 부동산의 공유지분(민사집행법 제139조, 제140조 참조), 그리고 부동산과 같이 취급되는

20) 대결 1994.8.8.자 94마1150.

자동차, 증기, 선박, 항공기 등이라고 할 수 있다. 토지를 목적으로 하는 지상권과 전세권은 재산권의 집행방법(민사집행법 제251조)에 의하여야 한다는 견해와 부동산을 목적으로 하는 권리이므로 부동산집행방법에 의하여야 한다는 견해가 대립되어 왔으나 민사집행규칙 제40조에서 지상권과 그 공유지분을 부동산으로 본다는 규정을 두어 이와 같은 대립의 여지를 없앴다고 할 수 있다.

또한 특별법상 부동산으로 취급되는 입목(입목에 관한법률 제3조), 공장재단(공장저당법 제14조), 광업재단(광업재단저당법 제5조), 어업권(수산업법 제24조) 등도 모두 부동산 집행방법에 의한 강제집행의 대상이 된다.

## 2. 집행대상으로서의 부동산

### 1) 토지

토지에 부착된 정착물 중에서 독립된 부동산으로 취급할 수 없는 것, 예컨대 돌담, 다리, 도랑 등 이른바 종속정착물은 토지와 일체로 되어 하나의 부동산으로 취급되며 독립하여 강제경매의 대상으로 되지 않는다. 토지 위에 생육하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 토지의 구성부분으로서 토지의 일부로 간주되어 토지와 함께 경매되는 것이나,<sup>21)</sup> 입목에 관한 법률에 의하여 소유권보존등기가 된 입목(입목법 제2조, 제3조 제1항)이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우는 토지로부터 독립하여 부동산으로 취급되므로 독립하여 경매의 대상으로 된다.

토지의 정착물이라 함은 토지에 부착되어 쉽게 이동될 수 없는 물건으로서 그 토지로부터 해체되지 않고 현존 그대로의 물건이 이용상, 거래관념상의 성질로 부동산과 함께 취급되는 것을 말한다. 또 판례에 의하면 토지와 독립된 부동산으로서 소유권의 객체가 될 수 없기 때문에 토지에 관한 권리변동의 효과를 받게 되며, 이에 해당되는 토지에 종속된 정착물은 지반 이용의 권원이 있는 자가 돌담의 재료인 석재를 지반에 부속시킨 경우라도 부합(민법 256조)에 의하여 그 토지소유권에 흡수 된다.<sup>22)</sup>

미분리 천연과실은 토지의 구성부분이므로 통상은 그 토지에 대한 압류의 효력이 이에 미친다. 다만 민법 제102조 제1항에 의하면 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속하게 되고, 민사집행법 제189조 제2항 제2호에 의하면 토지에서 분리하기 전의 과실로서 1월 이내에 수확할 수 있는 것은 유체동산으로 압류할 수 있으므로 과실에 관하여는 수확 전 1개월 내부서는 과실 수취권자를 채무자로 하여 유체동산에 대

21) 대결 1998.10.28.자 98마1817.

22) 대판 1958.5.25, 4292민상460.

한 강제집행으로 집행할 수 있다.<sup>23)</sup>

토지의 공유지분도 독립하여 강제경매의 대상으로 된다. 공유부동산의 지분에 대한 강제경매신청의 경우 채무자인 공유자 이외의 공유자 전원의 성명, 주소 및 채무자가 가지는 지분의 비율을 기재해야 한다. 그 이유는 다른 공유자에게 강제경매개시결정이 있다는 것을 통지하여야 하고 또 최저매각가격은 채무자의 지분에 관하여 정하여지기 때문이다(민사집행법 제139조 제1항, 제2항). 다만 집합건물에서 대지권 취지의 등기가 되지 아니한, 대지사용권으로서의 토지공유지분은 전유부분과 분리하여 처분이 가능하도록 규약으로 정하여져 있는 경우가 아닌 한 건물과 독립하여 강제경매의 대상이 되지 아니한다(집합건물법 제20조).

## 2) 건물

건물은 항상 토지로부터 독립된 부동산으로 취급되므로 강제경매의 대상으로 된다. 독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위해서는 최소한의 기둥과 지붕, 그리고 주벽이 이루어지고,<sup>24)</sup> 그 목적하는 용도에 따라 제공할 수 있는 상태의 것을 말한다. 건물의 공유지분 및 구분소유권도 독립하여 강제경매의 대상으로 된다. 축조되어 완성된 건물은 토지의 일부 또는 구성부분이 아니라 토지와는 별개의 독립된 권리의 객체가 되어 그에 관한 물권변동은 원칙적으로 등기하여야 효력이 생기며(민법 제186조 참조), 또 부동산 등기법에서도 토지의 정착물 전부를 토지등기부 표시 상에 등기되지 않고, 독립된 건물만의 목적물로 되어 강제경매의 대상 부동산이 된다.<sup>25)</sup>

건물의 증축된 경우에 증축부분이 독립된 부동산인지 아니면 본 건물에 부합되어 지는지 여부는 증축부분이 기존 건물에 부착된 물리적 구조뿐만 아니라, 그 용도와 기능 면에서 기존 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다.<sup>26)</sup>

미등기 부동산, 즉 미등기 토지나 미등기 건물도 채무자의 소유이면 강제경매를 할 수 있다. 미등기부동산에 관하여 경매개시결정을 하면 등기관이 직권으로 소유권보존등기를 하고 경매개시결정등기를 하게 된다. 미등기부동산에 대한 경매를 신청할 때에는 즉시 채무자의 명의로 등기할 수 있음을 증명할 서류 즉 채무자의 소유임을 증명하는 서면과 부동산의 표시를 증명하는 서면(부동산등기법 제132조 제2항)을 붙여야 한다.<sup>27)</sup>

23) 법원행정처, 전게서, 7면.

24) 대판 2001.1.16, 200다51872 ; 대판 2002.4.26. 200다16350.

25) 오시영, 전게서, 358면.

26) 대판 1996.6.14. 94다53006.

### 3) 그 밖의 부동산집행의 대상

공장저당법에 의한 공장재단, 광업재단저당법에 의한 광업재단은 1개의 부동산으로 취급되어 강제경매의 대상이 된다(공장저당법 제10조, 제14조, 광업재단저당법 제5조). 그리고 광업권, 어업권은 법률상 부동산으로 취급되므로(광업법 제12조, 수산업법 제15조 제2항) 이들은 강제집행의 대상으로 된다.

금전채권에 기초한 강제집행에서 지상권 및 그 공유지분은 부동산으로 본다(민사집행규칙 제40조). 지상권은 부동산의 공유지분(민사집행법 제139조)과 마찬가지로 부동산 자체는 아니지만, 부동산을 목적으로 하는 권리로서 등기의 대상이 되므로 부동산집행의 절차에 의하도록 규정하였다.

자동차, 건설기계 및 항공기는 실제법상으로는 동산임에는 틀림없으나 그 특수성에 비추어 등록된 자동차와 건설기계에 대한 강제집행은 민사집행규칙에 특별한 규정이 없으면 부동산에 대한 강제경매의 규정에 따르고(민사집행법 제108조, 제130조), 등록된 항공기에 대한 강제집행은 선박에 대한 강제집행의 예에 따라 실시한다(동 규칙 제106조).<sup>28)</sup>

## 제3절 부동산경매의 절차

### 1. 이해관계인

#### 1) 이해관계인의 범위

민사집행법상 경매절차의 이해관계인은 ①압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, ②채무자 및 소유자, ③등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, ④부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람이다(민사집행법 제90조). 이는 제한적·열거적 규정으로서, 본 조항에 규정된 이해관계인의 범위에 속하지 않는 자는 그 매각절차에서 사실상 진정한 이해관계가 있는 자라 하더라도 이해관계인으로 취급받지 못하게 된다.<sup>29)</sup>

부동산경매절차에서 많이 문제가 되고 있는 가압류권자,<sup>30)</sup> 가처분권자<sup>31)</sup>, 예고등기권

27) 법원행정처, 전게서, 9-15면 참조.

28) 법원행정처, 전게서, 15-17면.

29) 박두환, 전게서, 270면.

30) 대판 1999.4.9, 98다53240.

31) 대결 1994.9.30.자 94마1534.

자<sup>32)</sup>, 매수인이 매각대금을 납부하지 않아 재매각을 실시하는 경우의 대금을 납부하지 않은 매수인은 이해관계인이라고 볼 수 없다. 다만 경매개시결정이 있기 전에 가압류등기를 마친 채권자는 배당요구를 하지 않았더라도 본안 판결이 확정될 때까지 배당요구한 것과 동일하게 인정하지만 본조의 이해관계인은 아니며, 또한 그 외 일반채권자라고 주장하더라도 배당요구종기일 까지 배당요구를 하지 않은 채권자는 이해관계인이 아니다.<sup>33)</sup>

집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자는 반드시 집행력 있는 정본 자체를 집행법원에 제출하여야 하는 것은 아니고, 집행력 있는 정본 또는 그 사본이 첨부된 배당요구서를 제출함으로써 충분하다. 또한 압류가 경합되어 첫 매각기일 이전 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자는 집행력 있는 정본 또는 그 사본이 첨부된 배당요구서를 제출하면 본 호에 적용되며, 집행문이 부여된 공정증서원본이 아니라 사본을 제출하여 배당요구를 한 채권자도 이해관계인이 된다.<sup>34)</sup> 그리고 선행사건이 정지되어 있는 동안 후행사건이 적법하게 경매개시결정을 하고 경매진행이 될 경우 후행사건의 압류권자는 본 호의 이해관계인이 된다.<sup>35)</sup> 체납처분에 의한 압류등기를 한 압류권자도 본 호의 이해관계인이라 할 수 있다. 채무자라 함은 당해 사건의 집행 채무자를 말한다. 그런데 강제경매에 있어서는 임의경매와 달리 채무자와 소유자가 동일하여야 한다. 여기서의 소유자라 함은 경매개시결정 압류등기 당시의 등기부상에 나타나 있는 소유자를 말한다.

민사집행법 제139조 제1항에 의하면 “공유지분을 경매하는 경우에는 채권자의 채권을 위하여 채무자의 지분에 대한 경매개시결정이 있음을 등기부에 기입하고 다른 공유자에게 그 경매개시결정이 있다는 것을 통지하여야 한다”라고 규정하고, 동법 제140조 제1항은 “공유자는 매각기일까지 보증을 제공하고 최고매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선매수 하겠다는 신고를 할 수 있고, 이 경우 법원은 최고가매수신고가 있더라도 그 공유자에게 매각을 허가하여야 한다”고 하여 공유자의 우선매수를 부여한 규정이라 할 수 있다. 이 규정의 우선매수권은 우리나라에 특유한 제도로서 공유물지분권자는 공유물 전체를 이용하는데 있어서 다른 공유물지분권자 보다 용이하고, 또한 다른 공유자와의 인적 유대관계를 유지할 필요성 및 매각으로 인하여 새로운 사람이 공유자로 되는 것보다 기존의 공유자에게 우선권을 부여하여 그 공유지분을 매수

32) 대결 1967.10.26.자 67머947 ; 대결 1968.1.15.자 67마1024.

33) 대판 1995.7.28, 94다57718 ; 대판 1999.4.9, 98다53240 ; 대결 2003.2.10.자 2001마785 ; 이시윤, 전게서, 212면.

34) 대결 2002.20.29.자 2002마580.

35) 대결 1975.10.22.자 75마332.

할 기회를 주는 것이 타당하다는 데 그 입법취지가 있다.

판례는 “다만 누가 공유자가 되더라도 이해관계가 없다고 판단되는 공유관계, 예컨대 아파트, 상가, 또는 다세대주택 등 구분소유 적 공유자의 경우에는 누가 공유자로 되더라도 이해관계가 없다할 것이므로 이해관계인으로 보지 않아도 무방하다”라고 판시하고 있다.<sup>36)</sup>

## 2) 이해관계인의 권리

부동산경매절차는 채무자 소유의 부동산을 매각·현금화하여 변제의 만족을 얻기 위한 일련의 절차이다. 더욱이 경매부동산에 대해서는 이해관계를 가진 자가 많이 있음을 볼 수 있고, 특히 이러한 이해관계를 가진 자는 경매절차가 공정하고 합리적인 방법으로 실시되는 것을 원할 뿐만 아니라 자기의 이해관계에 많은 영향을 받으므로 이러한 자의 권리를 보호하기 위하여 민사집행법은 이해관계를 가진 자 중에서 특히 보호할 필요가 있는 자를 이해관계인으로 규정하였다(민사집행법 제90조). 그런데, 이 법에서 이해관계인을 규정함에 있어서 각개의 경우마다 개별적으로 법률로 규정하는 것은 입법 기술적으로도 번거로울 뿐만 아니라 그렇다고 각개의 사항별로 해석에 의하여 정하는 것도 해석상 불안정을 초래하여 보장을 받을 수 없다고 하였다. 그래서 특히 보호할 필요가 있는 이해관계인 중에서 제한적으로 열거하는 방법으로 그 범위를 명시하여, 경매절차의 전반에 걸쳐 지위를 부여하고,<sup>37)</sup> 그 외의 개별적 사항에 대하여는 다만 이해관계인이라고 규정함으로써 이를 원용하는 방법으로 하고 있다.<sup>38)</sup>

민사집행법 제90조에 열거한 이해관계인은 그 권리행사에 있어서 법정된 범위내의 방법으로 집행법원이 행한 절차에 관하여 권리행사를 할 수 있다. 이러한 이해관계인의 권리행사에는 자기의 권리에 관한 절차 위배뿐만 아니라 공익적인 절차규정의 위배에 관하여서만 행사할 수 있으므로 다른 이해관계인의 권리에 관한 이유를 들어 할 수는 없다(민사집행법 제122조).

## 2. 압류

### 1) 강제경매의 신청

부동산 경매는 목적부동산의 소재지 지방법원 또는 지원이 그 전속관할이므로(민사

---

36) 대결 1998.3.4.자 97마962.

37) 이시윤, 전게서, 213면.

38) 오시영, 전게서, 363면.

집행법 제79조 제1항, 제268조), 당사자의 합의가 있어도 변경할 수 없고, 또 채권자가 승낙한다고 해서 응소관할이 생기는 것은 아니다. 그러나 부동산 소재지의 관할지방법원이 경매법원이 된다고 하는 것은 법원이 강제경매를 실시한다는 것뿐이고 경매법원이 경매를 실시하기 위한 모든 집행행위가 그 법원의 관할구역 내에서 행해져야 하는 것은 아니다.<sup>39)</sup>

## 2) 강제경매 개시결정

민사집행의 신청은 서면으로 해야 한다(민사집행법 제4조). 강제경매신청서에는 채권자, 채무자, 법원의 표시, 부동산 및 집행권원을 기재하여야 하고(민사집행법 제80조), 소정의 서류를 붙여야 한다(동법 제81조).<sup>40)</sup> 또한 소정의 인지를 첨부하여야 한다(인지법 제9조 제2항). 집행법원은 신청서에 기재된 첨부서류에 의하여 강제집행의 일반적인 요건 등을 심사 한다.<sup>41)</sup> 여기에서는 민사본안심리와 같은 실질적 심사는 필요하지 않으며 서류에 의한 형식적 심사를 한다. 그러나 심리의 필요성이 있어 심문기일이나 변론기일을 열어 채권자, 채무자등 이해당사자 등을 심문할 수도 있으나, 실무상 심문 없이 서류에 의하여 심사하는 것이 통상적 방법이다. 이와 같이 심리의 결과 요건상의 흠이 없으면 경매개시결정을 하고, 요건 상에 흠이 있어 그 흠이 보정될 수 없는 것이거나, 보정명령에도 그 기간 내(통상1주일)에 그 흠을 보정하지 않을 때에는 결정으로 신청을 각하한다.<sup>42)</sup> 또한 경매신청서에 첨부된 서류 등이 요건 상 적법한지 아닌지의 여부는 경매개시결정 시를 기준으로 하여 결정한다. 강제경매신청이 부적법하여 기각하거나,<sup>43)</sup> 방식이 부적법하여 각하하는 재판에 대하여는 즉시 항고할 수 있다(민사집행법 제 83조 5항).

부동산에 대한 강제집행은 그 부동산이 있는 곳이 지방법원이 관할하므로, 집행법원의 관할은 전속관할이다(민사집행법 제79조 1항). 부동산이 여러 지방법원의 관할구역이 있는 때에는 각 지방법원에 관할권이 있다. 이 경우 법원이 필요하다고 인정한 때에는 사건을 다른 지방법원으로 이송할 수 있다(동법 제79조 제2항). 법원은 관할권의 유무를 조사하여 관할권이 없는 경우에는 관할법원에 이송한다(민사소송법 제34조 제1항). 강제집행의 요건 중 집행권원의 정보제출은 중요하다. 집행법원은 집행권원을 제출하였는지 여부를 조사하여 만약 제출이 없으면 경매신청을 결정으로 각하한다. 또한

39) 오시영, 전게서, 375면 ; 이재성, 「주석강제집행법」, 한국사법행정학회, 1993, 616면.

40) 신청서 기재사항과 첨부서류에 대하여 자세히는, 법원행정처, 전게서, 19-32면 참조.

41) 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2004, 209면.

42) 이영섭, 「주석 강제집행법(중)」, 육법사, 1990. 231면.

43) 박두환, 전게서, 277면.

집행력 있는 정본이 제출된 경우에는 그 집행권원이 집행력이 있는지를 조사하여 집행력이 없으면 결정으로 신청을 각하한다. 그리고 집행권원에 청구권의 금액을 확정할 만한 특정이 기재가 없든지, 그 유효기간을 도과하였을 때 등이다.

경매부동산이 채무자의 소유이어야 하는 것은 당연하지만 채무자의 소유라는 사실은 부동산등기부에 채무자의 소유로 등기된 등기부등본(민사집행법 제81조 1항 1호), 또한 채무자의 소유로 등기되지 아니한 부동산에 대하여는 즉시 채무자명의로 등기할 수 있다는 것을 증명한 서류, 다만 그 부동산이 등기되지 아니한 건물인 경우에는 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류(동법 제81조 제1항 제2호) 등에 의하여 증명되어야 한다. 이러한 서류가 제출되지 아니하면 경매부동산이 채무자의 소유가 아닌 것으로 인정하고 결정으로 신청을 각하하여야 한다.

법률상 압류할 수 없는 부동산은 강제경매절차를 진행할 수 없다. 국가유공자등예우 및 지원에 관한법률에 의하여 그 대부금으로 부동산을 취득하였거나(동법 제58조), 학교교육에 직접 사용하는 교지, 교사(사립학교법 제28조 2항, 동법 시행령 12조 1항) 등의 재산은 압류금지부동산으로써 강제집행의 대상이 될 수 없고,<sup>44)</sup> 따라서 이러한 재산에 대한 강제경매신청은 각하하여야 한다.

그러나 주무관청의 허가가 있어야만 처분할 수 있는 재산으로, 사찰소유의 부동산<sup>45)</sup> (전통사찰보존법 6조 1항), 학교법인의 기본재산(사립학교법 제28조 1항), 사회복지법인의 기본재산(사회복지사업법 23조 3항)에 대한 주무관청의 허가는 매수인의 소유권취득요건에 불과하므로 경매신청시에 그 허가서를 제출하지 아니하였다 하더라도 경매신청을 기각할 것은 아니다.<sup>46)</sup> 또한 주무관청의 허가가 없음에도 불구하고 매각허가결정이 확정되어 그 대금을 완납하였어도 대금납부의 효력은 없으며, 매수인도 소유권을 취득할 수 없다.<sup>47)</sup> 그리고 경매부동산이 공장재단,<sup>48)</sup> 광업재단을 구성하고 있다면 이에 대한 개별집행은 금지되어야 하므로 (공장저당법 제18조, 광업재단법 제5조), 경매신청은 각하한다.

피상속인의 사망으로 인하여 채무자가 상속을 하였으나 아직 상속등기를 마치지 않은 경우에는 민법 제404조, 부동산등기법 제29조, 제52조에 의하여 채권자가 채무자를 대위하여 상속등기를 한 다음 상속인에 대하여 강제경매신청을 할 수 있다. 이러한 경우 대위원인을 증명하는 서면으로 강제경매는 집행권원(집행력 있는 정본), 담보권에

44) 대결 1972.4.14.자 72마330 ; 대판 1996.11.15, 96누4947.

45) 대판 1994.1.2, 93다42993 ; 대판 1999.10.22, 97다49817.

46) 대결 1986.1.17.자 85마720.

47) 대판 1994.1.25, 93다42993 ; 대판 1999.10.22, 97다49817.

48) 대결 1969.11.28.자 69마908 ; 대결 1969.12.9.자 69마920 ; 대결 1971.2.9.자 70마935.

의한 임의경매일 경우는 담보권이 설정된 등기부등본을 첨부하면 충분하고, 경매신청채권자가 경매신청서와 함께 앞선 등기에 필요한 서면을 첨부하여 제출하여도 된다.

가장 앞선 순위의 처분금지가처분등기 또는 순위보전을 위한 가등기부동산이 경매개시결정이 취소되지 않고 경매부동산이 매각에 의하여 담보권설정이 소멸되는 경우라 하더라도 매수인은 위 두 권리자에게는 대항 할 수 없고, 반면 담보권이나 가압류등기보다 후행으로 이루어진 처분금지가처분 또는 소유권이전청구권보전의 가등기일 경우에는 가처분권리자 또는 가등기권리자는 경매부동산의 매수인에게 대항할 수 없을 뿐만 아니라 대금납부 후에는 그 가처분등기나 가등기를 말소하게 된다.<sup>49)</sup> 따라서 매각으로 말소되는 담보권 또는 압류보다 후행의 가처분채권자는 매각 절차가 개시되었다는 이유를 들어 제3자 이의 등 집행이신청을 할 권한은 없고, 이후에 본안소송에서 승소판결을 받았을 때에는 그 강제집행절차를 중지시킬 수 있음과 더불어 그 결과를 부인할 수 있을 따름이다.<sup>50)</sup>

대법원은 “경매절차에서 이미 소유권이전청구권 가등기가 되어 있는 부동산을 매각 결정기일에 매각허가를 받은 경우, 이때 가등기에 기한 본등기는 아직 이루어지지 않은 상태라 할 수 있으므로 매수인이 매각부동산의 소유권을 상실한 것이 아니다. 따라서 민법 제578조에 의한 손해배상책임은 성립되지 않는 것으로 볼 것이다”<sup>51)</sup>고 하였고, 가장 앞선 순위의 가등기(담보가등기는 제외)가 있는 경우에는 개시결정에 이후 경매개시결정의 압류등기를 마친 단계에서 매각절차를 사실상 중지하는 것이 타당하다고 판시하였다. 또한 대법원은, “가등기담보등에 관한 법률 제15조에 의하여 담보가등기가 이루어진 부동산에 경매개시 결정에 의하여 경매절차가 진행할 경우에는 그 가등기가 소유권이전등기 청구권 보전을 위한 가등기인지 아니면 담보가등기인지 알 수 없다. 이러한 경우 부동산등기부에 그 가등기가 가장 앞선 순위이면 집행법원은 일 응 순위보전을 위한 가등기로 보아 매수인에게 그 부담이 인수될 수 있다는 취지를 매각물건명세서에 기재한 후 그에 기하여 매각절차를 진행하였다고 하여 위법한 것은 아니다. 또한 반드시 그 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 밝혀질 때까지 매각절차를 중지하여야 하는 것도 아니다”<sup>52)</sup>라고 하고 있다.

### 3) 압류의 효력발생시기

압류의 효력발생시기를 언제로 할 것인지는 이해관계인들에게는 대단히 중요한 문제

49) 대결 1988.4.28.자 87마1169 ; 대결 1997.1.16.자 96마231.

50) 대결 1993.2.19.자 92마903.

51) 대판 1999.9.17, 97터54024.

52) 대결 2003.10.6.자 2003마1438.

이다. 왜냐하면 압류로 인하여 채무자의 부동산에 대한 처분권이 제한되기 때문에 압류의 효력발생시점을 기준으로 많은 이해관계인들의 이해관계가 충돌하게 되기 때문이다.

민사집행법 제83조 제4항은 “압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다”고 하여, ①압류결정이 채무자에게 송달된 때와, ②제94조(경매개시 결정의 등기)의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다고 하여 두가지로 규정하고 있다. 그런데 경매개시 결정의 기입등기가 먼저 되어 압류의 효력이 등기가 된 때에 소급하여 발생한다고 하더라도 경매개시결정을 채무자에게 송달하여야 하고, 경매개시결정을 채무자에게 송달하지 않고서는 이후의 경매절차를 진행할 수 없다.

경매개시결정의 압류에는 경매목적물에 대한 채무자의 처분금지이다. 따라서 이를 처분금지효라고 하고, 압류된 이후에 채무자의 처분행위는 채무자와 그 상대방간에만 효력이 있고, 경매집행 채권자의 경매절차에는 이를 부정하기 때문에 채무자의 처분행위는 효력이 없다고 볼 수 있다. 그러나 채무자는 경매목적물을 압류한 이후라도 매수인이 매각대금을 완납하여 그 소유권을 취득할 때까지 이에 저촉되지 않는 한도 내에서 목적물을 관리·사용·수익할 수 있다(민사집행법 제83조 제2항).

압류채권자의 압류등기는 그 압류등기 이후에 이루어진 채무자의 처분행위가 당해채권자 뿐만 아니라 집행절차에 참가한 모든 채권자와의 관계에서 효력이 없다는 견해이다.<sup>53)</sup> 따라서 가장 먼저 압류한 이후 채무자가 경매목적물에 대하여 담보권을 설정하고 다음 순위로 이중압류와 배당요구를 한 채권자가 있었을 경우, 그 담보권자는 가장 먼저 된 압류채권자만이 아니라 이중압류권자와 배당요구채권자 등 담보권설정 이후에 집행에 참가한 채권자에 대하여도 그 담보권의 효력이 있다고 할 수 없게 되어 우선변제를 받지 못하게 된다고 할 수 있다.

압류의 효력은 원칙적으로 저당권의 효력이 미치는 부동산 및 부합된 물건과 종물에도 미친다(민법 제358조). 따라서 부합물로서 입목에 관한 법률에 등기된 입목, 명인방법을 갖춘 수목이 아닌 한 압류의 효력이 미친다고 할 수 있다.<sup>54)</sup> 또한 건물의 증·개축을 하면서 그 부분이 독립된 구분소유권의 객체로 거래될 수 없다고 보아지면 기존 건물에 부합하여 압류의 효력이 미친다.<sup>55)</sup>

#### 4) 경매개시결정의 송달

부동산의 압류는 채무자에게 강제경매개시결정이 송달된 때 또는 경매개시결정등기

53) 이시윤, 전거서, 198면.

54) 대결 1976.11.24.자 76마275 ; 대결1999,10,28.자 98마1817.

55) 대판 1981.7.7, 80다2643. 2644.

가 된 때에 그 효력이 생기므로(민사집행법 제83조 제4항), 직권으로 그 결정 정본을 채무자에게 송달하여야 한다(동법 제83조 제4항, 제23조 제1항, 민사소송법 제174조).<sup>56)</sup>

경매진행절차에 있어서 경매개시결정은 압류의 효력을 발생시키는 것일 뿐만 아니라 매각절차의 기초가 되는 재판이어서 그것이 채무자에게 송달되지 않으면 효력이 발생한다고 할 수 없고, 별도의 압류의 효력과는 관계없이 경매개시결정의 고지 없이는 유효하게 매각절차를 속행할 수 없다.<sup>57)</sup> 또한 채무자 이외의 이해관계인 도 채무자에 대한 경매개시결정 송달의 하자를 허가결정에 대한 항고사유로 삼을 수 있다.<sup>58)</sup> 판례는 “매각대금을 완납하였다 하더라도 이에 대한 매수인의 소유권 취득은 그 효력이 없다고 보아지며 채무자에 대한 경매개시결정 송달 없이 매각절차가 이루어져 매각대금을 완납한 이후 이를 발견한 집행법원이 사후적으로 매각개시결정을 채무자에게 송달하였다고 하여 그 결론이 달라지는 것은 아니다.”<sup>59)</sup>라고 판시하여, 결국 집행법원이 사후적으로 경매개시결정을 채무자에게 송달하여도 매각허가결정의 효력은 부정된다 할 것이다.

부동산경매에 있어서는 경매개시결정에 대한 압류기입등기가 이루어지기 전에 경매개시결정정본을 먼저 채무자에게 송달하면 채무자가 매각부동산을 악의적으로 제3자에게 처분할 염려가 있다. 때문에 실무에 있어서도 채무자에 대한 송달은 선행절차로서 경매개시결정에 대한 압류등기 촉탁을 한 이후 등기관으로부터 제95조 소정의 등기부등본 또는 이에 갈음할 통지서를 송부 받거나 또는 경매개시결정의 압류기입등기를 촉탁하고 상당한 기간(보통 1주일)이 지난 이후에 개시결정정본을 채무자에게 송달하고 있다.

## 5) 압류의 경합

경매개시결정을 한 부동산에 대하여 다른 강제경매의 신청이 있는 때에는 법원은 다시 경매개시결정(이른바 ‘이중경매개시결정’)을 하고, 먼저 경매개시결정을 한 집행절차에 따라 경매를 진행한다(민사집행법 제87조 제1항). 따라서 이미 개시결정을 한 부동산에 대하여도 이중의 개시결정은 허용되고, 다만 현금화절차는 먼저 개시결정한 집행절차에 따라 실시한다.<sup>60)</sup>

선행사건에 대한 경매개시결정이 되어 있는 경우라야 한다. 그러나 그 개시결정의 효

56) 송달에 대하여 자세히는, 법원행정처, 전게서, 63-71면.

57) 대결 1991.12.16.자 91마239.

58) 대결 1997.6.10.자 97마814.

59) 대판 1994.1.28. 93다9477.

60) 법원행정처, 전게서, 83면 : 이시운, 전게서, 215면.

력이 발생하였는지 여부를 묻지 않는다. 선행 경매신청사건이 아직 경매개시결정을 하지 아니한 상태에서 후행 경매신청사건이 접수된 경우에는 선행된 경매신청과 후행의 경매신청을 병합하여 1개의 경매개시결정을 할 수 있고 이 경우에는 이중경매개시결정의 문제는 없고 공동경매에 해당한다고 보아진다. 그리고 앞서와 같이 강제경매신청이 경합되는 경우뿐만 아니라, 담보권에 의한 임의경매신청과 강제경매신청이 경합되는 경우에는 민사집행법 제87조 제1항이 준용 된다.<sup>61)</sup>

선행경매신청과 같이 후행경매신청도 대상 부동산이 경매신청당시 채무자와 같은 소유자이어야 한다. 선행경매사건에 의해 경매절차가 진행 중에 경매부동산이 제3소유자로 변경되고 그 제3자 소유의 채권자가 그 부동산에 관하여 경매신청을 한 경우에도 이중경매신청에 해당된다는 견해는 있으나, 이중경매신청은 같은 소유자에 대한 경매신청을 전제로 하므로 앞에 한 경매신청과 뒤에 한 경매신청은 별개 독립의 것이어서 이중경매는 아니나, 이 경우에도 후행 경매사건에 대하여 경매개시결정을 하여야 하고, 압류등기 촉탁을 하여야 한다. 다만 소유권양도는 선행경매 채권자에게 대항할 수 없으나 다른 점에 있어서는 유효한 것이기 때문이다. 또한 이러한 경우에 선행절차의 대상은 목적물에 관한 채무자의 소유권 자체임에 반하여 후행절차의 대상은 선행 압류가 실효될 것을 조건으로 하는 양수인의 소유권이므로 양 절차는 채무자를 달리하는 개별 독립의 절차이고 이중압류의 문제는 생기지 아니 한다.

후행사건에 의한 이중개시결정이지만 이는 독립한 결정이므로 이중경매개시결정은 이를 채무자에게 송달하여야 하고(민사집행법 제83조 제4항), 압류등기촉탁도 하여야 한다(민사집행법 제94조). 판례는 “후행사건으로 절차를 속행하면서 이중경매신청에 기한 경매개시결정을 채무자에게 송달함이 없이 매각절차를 진행하였다면 그 경매는 경매개시결정이 효력을 발생하지 아니한 상태에서 이루어진 것이어서 당연히 무효이고, 매각대금 납부의 효력도 인정할 수 없다”고 하고,<sup>62)</sup> “매각대금의 완납 후에 사후적으로 이중경매개시결정을 채무자에게 송달하였다고 하여 그 결론이 달라지지 않는다”<sup>63)</sup>고 판시하였다. 이러한 판시의 이유는 채무자에게 경매개시결정이 송달 없이 무효인 매각절차가 매각목적물의 매수인으로 하여금 그 대금이 완납되어 배당이 되고 채무자가 남은 금액을 지급받기까지 한 다음 위 매각 절차에 관하여 아무런 이의제기를 하지 않았다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 그 경매로 인하여 경매목적물에 관한 소유권을 상실할 우려가 있는 제3취득자인 소유자가 그 경매개시결정이 채무자에게 송달되지 아니하여

61) 대결 1991.4.13.자 91마131.

62) 대결 1995.7.11.자 95마147.

63) 대판 1994.1.2, 93다9477.

무효라고 주장하는 것을 가리켜 신의칙에 반한다거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다고 보여 진다.

부동산경매절차에 있어서는 후행경매신청사건도 선행경매신청사건과 마찬가지로 경매개시결정을 채무자에게 송달되거나, 또는 경매개시결정 압류등기가 이루어지면 그 효력이 생긴다. 그리고 경매절차는 먼저 개시결정한 선행사건의 집행절차에 따라 진행되는 것이 원칙이다(선행경매사건에 대해서만 정지결정이 있는 경우). 따라서 이해관계인의 범위, 매각기일의 통지, 이의, 항고 등의 적법성 여부 등도 선행사건을 기준으로 진행하여야 한다.

판례는 “선행사건이 있음에도 뒤의 경매개시결정에 의하여 매각절차를 진행하는 것은 위법이지만(민사집행법 제 121조 제1호), 후행사건이 그대로 진행되어 매각허가결정이 확정되고 그 대금까지 완납하였다면 매각부동산의 소유권은 매수인에게 적법하게 이전된다”<sup>64)</sup>고 판시하였다. 또한 “이중경매에서 잉여의 판단기준은 강제경매개시 후 압류채권자에 우선하는 저당권자 등이 경매신청을 하여 이중경매개시결정이 되어 있는 경우에는 민사집행법 제102조 소정의 최저매각가격과 비교하여야 할 우선채권의 범위를 정하는 기준이 되는 권리는 그 절차에서 경매개시결정을 받은 채권자 중 최 우선순위권리자의 권리로 본다”<sup>65)</sup>고 판시하였다.

선행사건으로 개시결정을 한 강제경매나 담보권에 의한 경매신청사건이 취하되거나 그 절차가 취소된 경우에 집행법원은 민사집행법 제91조 제1항의 규정에 어긋나지 아니하는 한도 안에서 후행의 경매개시결정에 따라 절차를 속행하여야 한다(동법 제87조 제2항). 그러나 선행절차가 취소되고 후행절차를 진행함으로써 후행절차가 무익한 집행이 될 경우에는 그러하지 아니 한다. 따라서 후행의 개시결정이 배당요구의 종기 이후에 신청한 것인 때에는 집행법원은 새로이 배당요구를 할 수 있는 종기를 정하여야 한다(동조 제3항). 또한 후행사건절차는 선행사건절차의 속행이라는 성격을 가지므로, 선행한 경매신청이 취하되거나 그 절차가 취소된 경우와 정지된 경우에는 후행사건의 경매신청인을 위하여 그때까지 진행되어 온 선행사건의 경매절차를 후행사건에 인계하여 경매절차를 속행하여야 하는 것이 당연하다고 보아진다. 이 경우에 선행한 매각절차의 결과는 후행한 매각절차에서 유효한 범위에서 그대로 승계되어 이용되는 것이다.<sup>66)</sup>

---

64) 대결 2000.5.29.자 2000마603.

65) 대결 2001.12.28.자 2001마2094.

66) 대결 2001.7.10.자 2000마66010.

### 3. 매각

#### 1) 부동산 매각조건

부동산 매각조건이란 법원이 부동산을 매각하여 그 소유권을 매수인에게 이전시키는데 있어서 지켜야 할 조건, 즉 경매의 성립과 효력에 관한 조건을 말한다.<sup>67)</sup> 강제경매는 소유자의 의사와는 관계없이 집행법원이 강제적으로 압류된 경매목적물을 매각하여 현금화한 다음 채권자 만족을 얻도록 한다는 점에 있어서 어떠한 조건으로 매각을 허가하는가, 또는 매각이 어떤 효과를 발생하게 되는 가 등의 경매의 요건, 효과 등을 정형화하여 법정할 필요가 있다. 이와 같이 법률로 정하여 놓은 정형화된 매각조건을 법정매각조건이라 하고, 관계인의 합의 또는 법원의 직권으로 법정매각조건과 달리 정하거나 부가하여 정하는 매각조건을 특별매각조건이라 한다.<sup>68)</sup>

#### 2) 매각조건의 종류

##### (1) 법정매각조건

강제경매에 의한 부동산 매각도 일종의 매매라 할 수 있다. 그러나 일반적인 매매에서는 조건을 당사자가 임의로 자유롭게 정할 수 있지만 강제경매에서는 소유자의 의사와는 무관하게 국가기관이 강제적으로 행해지며 이해관계인도 참여하게 대립되므로 강제집행법에서는 매각조건으로 획일적으로 법정한 것이다. 이와 같이 모든 매각절차에 있어서 공통적으로 적용되도록 민사집행법과 동법 규칙이 미리 정하여 놓은 매각조건을 법정매각조건이라 한다.<sup>69)</sup>

법정매각조건으로서는 ①우선채권을 변제하고 남은 것이 있을 것(민사집행법 제91조 제1항, 제102조), ②최저매각가격에 이르지 않는 매각 불허가(동법 제97조), ③매수신청인의 보증제공의무(동법 제113조), ④매각에 의하여 부동산 위의 용익권·담보권의 소멸 혹은 인수(동법 제91조), ⑤개별매각의 원칙, 일괄매각의 예외(동법 제98조), ⑥대금납부 시에 매수인의 소유권 취득(동법 제135조), ⑦매수인의 인도청구시기(동법 제136조), ⑧대금불납부시에 매각의 실효(동법 제138조), ⑨공유지분매각의 경우에 최저매각의 결정(동법 제139조 제2항), 다른 공유자의 우선매수권(동법 제140조), ⑩농지매각에서 매수인자격의 제한(농지법 제6조, 제8조), 채무자·집행관·감정인의 매수금지(동법

67) 박두환, 전게서, 320면 ; 법원행정처, 전게서, 209면.

68) 長谷部・由起子 編, 「ケースブック民事訴訟法」, 弘文堂, 2004, 45面.

69) 이시윤, 전게서, 278면 ; 오시영, 전게서, 431면.

시행규칙 제59조), ①법정지상권의 성립(민법 제366조) 등이 있다.<sup>70)</sup>

채무자의 부동산을 적법한 매각절차에 따라 그 매각대금으로 당해사건의 집행비용과 압류채권자의 채권에 우선하는 채권액을 배당하고 남는 것이 없으면 압류채권자에게는 원 채권에 대한 배당을 할 수가 없게 된다. 때문에 압류채권자도 무익한 매각절차가 진행되는 물론 그 압류채권자에 우선한다는 다른 채권자에게도 원치 않은 매각절차라 할 수 있다(동법 제 91조 제1항).

민사집행법 제102조 제1항에 의하면, 법원은 최저매각가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정한 때에는 압류채권자에게 이를 통지하여야 한다. 이러한 경우 첫 매각기일에 정한 최저매각가격을 기준으로 할 때뿐만 아니라 매각이 불능 되어 2차, 3차 등 매각절차가 진행되는 동안에는 어느 차수에 관계없이 적용된다고 보여 진다.

집행법원이 매각물건이 매각되어 압류채권자 보다 우선 채권자에게 배당하고 나면 무익여인에도 불구하고 이를 간과하여 동법 제102조의 절차 없이 경매절차를 진행한 경우, 다행히 매수신고액이 집행비용과 우선채권 총액을 초과하면 그 흠은 치유된다 할 것이다.<sup>71)</sup> 그러나 매각기일에 매수인의 매수신고액이 절차비용과 우선채권 총액에 미달하면 집행법원은 직권으로 매각불허가결정을 하여야 하고(민사집행법 제121조 제1호 또는 7호, 동법 제123조 제2항), 이를 간과하여 매각절차를 진행하더라도 위반의 흠이 치유되지는 아니 한다.<sup>72)</sup> 그런데 무익여인에도 이를 간과하여 매각대금을 완납하면 매수인은 적법하게 경매 목적부동산의 소유권을 취득한다.<sup>73)</sup>

## (2) 특별매각조건

부동산의 특별매각조건에는 합의에 의한 특별매각조건과 법원의 직권에 의한 특별매각조건이 있다.<sup>74)</sup> 법정매각조건 중 매각가격 이외의 매각조건은 공공의 이익이나 경매의 본질에 관계되지 않는 조건들이 다수결이 아닌 이해관계인 전원의 합의에 의하여 변경할 수 있고(민사집행법 제110조 제1항), 또한 법원은 변경을 수긍할 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 직권으로 매각조건을 바꾸거나 새로운 매각조건을 부가할 수 있다(동법 제111조). 그리고 이해관계인의 합의는 배당요구의 종기까지 하여야 하고(동법 제110조 제2항), 그 합의를 정확하게 하기 위해서는 공정증서 등 인증할 수 있는 서면

70) 법정매각조건에 관하여 자세히는, 김상찬 “경매에 있어서 부동산 매각조건에 관한 연구”, 「법과정책」 제13집 제2호, 제주대학교 사회과학연구소, 2007.8, 46면-55면 참조.

71) 신현기, 「민사집행법각론(상)」, 법률서원, 2003, 171면.

72) 대결 1995.12.1.자 95마1142.

73) 신현기, 전게서, 171면.

74) 김상찬, 전게논문, 56면-58면.

에 의함이 바람직하다. 또한 명문의 규정은 없으나 위와 같은 합의가 적법 유효한지 여부를 심사할 필요가 있다.

거래의 실상을 반영한 경매절차를 효율적으로 진행하기 위하여 필요한 경우에 법원은 직권으로 법정매각조건을 변경하거나 새로운 매각조건을 설정할 수 있다(동법 제111조). 개정 전의 구 민사소송법 제623조 제1항에서는 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 부동산강제경매에 관한 규정 등의 매각조건을 변경할 수 있다고 규정하였다. 그래서 부동산강제경매에 관한 규정 등 그 내용상 이미 법률에서 명확하게 규정하고 있는 사항에 대하여는 직권으로 그 내용을 변경하는 것만을 가리키고 새로운 사항의 매각조건을 설정하는 것은 허용되지 아니하는 것으로 해석될 여지가 있었다.

### 3) 매각의 준비

#### (1) 일괄매각과 개별매각

집행법원이 매각기일을 정함에 있어서 부동산을 매각하는 매각조건으로 개별매각이 원칙이지만,<sup>75)</sup> 일괄매각을 정하는 경우가 있다. 집행법원은 여러 개의 부동산을 함께 묶어 매각하는 경우에 최저매각가격을 총괄하여 같은 사람에게 매각하는 것을 일괄매각이라 한다. 이에 반하여 여러 개의 부동산을 동시에 매각하는 경우에 최저매각가격을 개별적으로 정하여 그 중 한 개의 부동산을 매각대금으로 보든 채권자의 채권액과 강제집행비용을 변제하는데 충족 되면 다른 부동산의 매각을 허가하지 아니한다. 이를 개별매각이라고 한다. 또한 민사집행법은 집행법원이 일괄매각결정을 한 바 없으면 그 부동산은 개별매각 되는 것이 원칙이다.<sup>76)</sup>

집행법원이 매각기일에 여러 개의 부동산을 동시에 매각하는 경우에는 원칙적으로 개별매각 하는 것이 원칙이다. 그러나 일괄매각하는 것이 높은 가액으로 매각할 수 있는 것으로 예정이 되면 그것은 채권자와 채무자 상방에 이익과 도움이 되고 또한 이용상의 견련성이 있으면 매수인의 편의에도 도움이 될 수 있기 때문에 예외적으로 일괄매각을 허용한다.

첫째, 민사집행법 제98조 제2항에 의하면 집행법원은 여러 개의 부동산의 위치·형태·이용관계 등을 고려하여 다른 종류의 재산을 그 부동산과 함께 일괄매수하게 하는 것이 알맞다고 인정하는 경우 예컨대, 공장저당법에 의한 공장의 토지와 기계가 설치된 건물을 일괄매각하는 경우이다. 또한 공장저당법에 의한 저당권이 아니라 하더라도 경

75) 대결 2001.8.22.자 2001마3688 ; 이시윤, 전게서, 232면.

76) 대결 1994.8.8.자. 94마1150.

제적으로 이용상, 유기적인 일체성이 인정되어 그 매각이 고가로 매각될 수 있는 반면, 사회경제적으로도 유익할 경우에는 직권 또는 이해관계인의 신청에 따라 일괄매각 하도록 결정할 수 있다.

둘째, 매각부동산에 대한 일괄매각의 요건이 수 개의 부동산 상호간에, 이용성과 관련성을 요구하고 있는 것이 있다. 이때 일괄매각을 진행할 지에 대한 판단을 전부 집행법원의 재량에 맡기게 된다면 이해관계인 당사자나 사회적인 관점에서 일괄매각이 불필요한 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에도 매각절차의 간이화를 위하여 안이하게 일괄매각의 방법이 채택될 우려가 있으며, 필요하지 않는데도 일괄매각을 함으로써, 최저매각가격이 지나치게 높게 되면 오히려 매수참가자를 감소시키는 결과가 될 수도 있다.<sup>77)</sup>

셋째, 수년 전까지만 하더라도 부동산등기법상 문제가 많이 있었던 것인데, 집합건물에 있어서 대지권등기가 있는 아파트 등의 건물은 대지권의 분리처분이 가능하지 않고 각자의 전유부분과 공용부분인 건물부분은 집행법원의 결정 없이도 규정에 의하여 당연히 일괄매각을 하는 경우이다.

넷째, 또한 민법 제365조에 의하면 저당 토지와 건물에 관한 일괄매각에 관한 규정이 있다. 그래서 토지와 건물을 함께 일괄매각할 경우,<sup>78)</sup> 그 토지 만에 대한 저당권을 설정한 이후 저당권설정자가 그 토지상에 새로이 건물을 신축한 때에는 토지를 목적으로 한 저당권자가 토지와 건물을 일괄하여 경매신청을 할 수 있도록 규정한 본래의 뜻은, 저당권은 담보물의 교환가치를 얻고자 하는 목적일 뿐 담보물의 이용을 제한하는 것은 아니기 때문에 저당권설정자는 그 설정 후에도 그 지상에 신축 건물을 지을 수 있다. 그러나 그 후에 앞에서 본 담보권 실행으로 인한 토지가 제3의 매수인에게 매각될 수 있고 또한 매각이 되었다고 가정할 경우 그 건물을 철거하여야 할 처지에 놓이게 된다. 그렇다면 이는 사회경제적, 불이익이고 때론 엄청난 손해가 생기게 될 뿐만 아니라 이를 방지해야 할 필요성이 대두되므로 이러한 이해관계를 조정하고, 더 나아가서 저당권자에게도 저당토지상에 축조된 건물에 대한 담보권 실행을 쉽게 할 수 있도록 하기 위해 위 규정을 둔 것이다.<sup>79)</sup>

다섯째, 일괄매각을 실시하는 것이 개별매각 보다 현저히 높은 가격으로 매각할 수 있는 경우라면, 토지와 그 지상건물이 동시에 매각되는 경우가 있다.<sup>80)</sup> 예컨대 면적이 적어서 두 필의 토지를 합쳐야만 건축이 가능한 인접 토지 등은 동일인에게 일괄매각

77) 대결 2001.8.22.자 2001마3688

78) 대결 1998.4.28.자 97마2935.

79) 대결 1994.1.24.자 93마1736 ; 대결 1999.4.20.자 99마146 ; 대결 2001.6.13.자 2001마1632.

80) 대결 1967.8.31.자 76마781.

시켜 이를 용이하게 이용토록 하는 것이 경제적 효용성을 높이고 따라서 고가로 매각할 수 있다고 예상되는, 토지와 건물이 하나의 기업시설을 구성하고 있는 경우가 있다.<sup>81)</sup>

여섯째, 구분건물의 전유부분 만에 설정된 담보권이 이에 대한 담보권실행이 이행될 경우 이에 대한 저당권의 효력범위가 어디까지 미치는지, 이 문제는 대지권등기 없는 구분건물의 전유부분 소유자가 대지사용권을 취득하였는데 전유부분 만에 대하여 경매신청이 있는 경우, 판례는 “대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정해져 있지 않다면 전유부분에 대한 경매개시결정 및 압류의 효력이 대지사용권에도 미치므로 전유부분과 대지사용권에 대하여 일괄경매결정을 할 필요가 없고, 분리처분이 가능하도록 규약으로 정해져 있다면 대지사용권에 대하여는 압류의 효력이 미치지 아니하여 매각대상에서 제외되어 일괄매각결정을 할 수가 없다”<sup>82)</sup>고 판시하였다.

부동산 매각절차에 있어서 집행법원은 과잉매각금지의 원칙에 의하여, 여러 개의 부동산을 일괄매각 하는 경우, 그 가운데 일부의 매각대금으로 모든 채권자의 채권액과 강제집행비용을 변제하기에 충분하면 다른 재산의 매각을 허가하지 아니한다(민사집행법 제101조 3항, 동법 제1항 본문).

## (2) 일괄매각조건의 결정시기

집행법원이 매각기일을 정함에 있어 모든 절차적요건(감정평가서 및 현황보고서 도착 등)이 갖추어지면 부동산 매각기일을 정하게 된다. 이 때 매각은 일괄매각으로 결정하며, 결정은 그 목적물에 대한 매각기일 이전까지 할 수 있다(민사집행법 제 98조 제3항). 그러한 매각절차에서 각 재산의 대금액과 각 재산이 부담할 집행비용 액을 특정할 필요가 있는 경우에는 각 재산에 대한 최저매각가격의 비율을 정하여야 한다(민사집행법 제101조 제2항). 또한 서로 다른 별개의 부동산에 대하여 매각대금의 배당 순서를 달리하여야 한다면, 각 부동산에 대한 매각대금을 별도로 특정할 필요가 있다. 판례도 “일괄매각의 각 부동산별로 그 최저가격을 정하여 매각절차를 진행하여야 하고, 각 부동산별로 따로 최저매각가격을 정하지 아니한 경우에는 매각허가결정에 대한 항고사유<sup>83)</sup>가 되고, 일괄매각한 여러 개의 부동산 중 일부에 대하여 매각불허가 사유가 있으면 전체에 대하여 매각불허를 하여야 한다”<sup>84)</sup>고 하고 있다.

81) 대결 1968.12.30.자 68마1406.

82) 대결 1997.6.10.자 97마814 ; 대판 2001.2.9, 2000다62179 ; 대판 2001.9.4, 2001다22604.

83) 대결 1995.3.2.자 94마1729.

84) 대결 1985.2.8.자 84마카31.

### 3) 매각을 위한 보전처분

#### (1) 부동산가치보전의 내용

경매개시결정에 의하여 채무자의 부동산이 압류등기가 되어 있다 할지라도 채무자는 자기 소유의 경매 목적물이 이전될 때까지는 그 부동산을 관리, 이용할 수 있다. 그래서 경매개시결정을 한 이후 매각결정시까지 가격감소행위를 금지하게 하거나 일정한 의무를 명령할 수 있다. 또한 경매부동산에 대한 침해행위로서 목적물의 교환가치를 하락시키거나 또는 하락시킬 우려가 있는 행위를 한 때에도 압류채권자 또는 최고가매수 신고인의 신청에 따라 매각허가결정이 있을 때까지 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하게 하지 아니하고 그 행위를 한 사람에 대하여 가격감소행위 등을 금지하거나 일정한 행위를 할 것을 명할 수 있다(동규칙 제44조 제1항). 이러한 행위는 작위, 부작위가 모두 포함된다고 할 수 있으며, 적극적으로 건물을 파괴하는 행위, 또는 필요한 관리에 해당하는 수리행위를 하지 아니하고 방치하는 경우도 이에 해당된다 할 것이다.

#### (2) 부동산보전처분의 발령

민사집행규칙 제44조 제1항, 제2항에 의하면 집행법원은 매각허가결정이 있을 때까지 압류채권자 또는 최고가매수신고인의 신청에 의하여 가격감소행위의 금지를 명하는 금지명령, 일정한 행위를 명하는 작위명령, 집행관에 의한 보관을 명하는 보관명령을 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 보전처분의 발령법원은 개시결정을 한 집행법원이다.

집행법원의 채무자·소유자 이외의 점유자에 대하여 민사집행규칙 제44조 제1항 또는 제2항의 규정에 따른 결정을 하려면 그 점유자를 심문하여야 한다(동조 제3항 본문). 이와 같이 심문제도를 둔 것은 상대방에 대한 권리를 보장하기 위한 일련의 절차라고 보아진다. 다만, 그 점유자가 압류채권자, 가압류채권자 또는 민사집행법 제91조 제2항 내지 제4항의 규정에 따라 소멸되는 권리를 갖는 사람에 대하여 대항할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있지 아니함이 명백한 때 또는 이미 그 점유자를 심문할 때에는 그러하지 아니하다(동 조 제3항 단서).

민사집행법 제91조 특히 제3항은 “지상권, 지역권, 전세권, 등기된 임차권은 가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸 된다”라고 규정한다. 입법자가 어떠한 의도에서 이러한 규정을 제안했는지는 명확하지 않지만, 매우 의미심장한 조문이 아닐 수 없다. 이 조문은 “소멸 된다”라는 용어를 사용하고 있다. 동조 제2항의 “저당권이 소멸 된다”라는 부분과 같고, 기존의 틀을 옹호한다는 의미에서 개별상대효를 준수하려는 의도를 파악할 수 있다.

동법 제91조 제3항은 전술한 바와 같이 용익권 이외의 기타 부동산상의 제 권리(예컨대 저당권 등)를 포함해야 한다는 점, 그리고 “효력을 상실 한다”라는 의미를 갖고 있다는 점에서, “가압류저당권자에게 대항할 수 없다”라는 방안은, 가압류권자라는 문언을 삽입함으로써(가압류에 관한), 절차상대효설에 관한 유력한 근거가 되는 것이다. 물론 가압류채권자인 이상 본안소송의 결과에 따라 가압류가 취소될 가능성이 있고, 이러한 점을 규정하지 않은 것은 반대로 가압류의 존속을 그다지 문제 삼지 않는다는 태도로 볼 수 있다.

### (3) 부동산의 현황조사

부동산 현황조사는 법원의 명령에 따라 집행관이 조사하여 보고하는 것으로 되어 있다(민사집행법 제85조 제1항). 이는 부동산경매절차에서 반드시 거쳐야 할 사실조사이다.

#### ① 현황조사명령

법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현황, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 기타 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다(민사집행법 제85조 제1항). 이것을 일반적으로 현황조사명령이라고 부르는데, 조사명령의 성질은 결정이며, 집행관에 대하여 발하여지는 직무명령이다.<sup>85)</sup>

#### ② 명령시기

실무에서는 경매개시결정등기축탁과 동시에 조사명령을 내리고 있다. 통상 동일자에 경매개시결과와 현황조사명령이 행해지거나, 경매개시결정등기가 이루어지기 전에 현황조사에 착수하게 되면 채무자가 그 경매부동산을 제3자에게 처분 또는 담보로 제공할 우려가 있다. 그래서 경매개시결정등기를 축탁한 2-3일 후 또는 압류등기필증이 돌아온 이후에 조사명령을 하는 것이 일반적인 실무관행이다. 다만 담보권실행으로 인한 임의경매는 경매개시결정일로부터 3일안에, 강제경매에 있어서는 등기필증 접수일로부터 3일안에 조사명령을 발하도록 하고, 또 집행관은 현황의 사실조사가 마쳐지면 그 보고서의 제출기간은 2주간으로 하고 있다.

#### ③수명자

현황조사는 집행관에게 명해야 하며, 집행관 이외의 자에게 명할 수 없다(동법 제85조 제1항).

### (4) 조사 사항

85) 법원행정처, 전계서, 125면.

집행관은 현황조사를 함에 있어서, 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황이다(동법 제85조 제1항). 집행관은 현황조사를 함에 있어서 실질적으로 채무자 또는 소유자, 임차인이 점유하고 있는 현장을 직접 찾아가 건물소유자(임대인) 및 임차인을 직접 만나 질문하고 관계서류를 확인하면서 조사하기 때문에 조문에 열거한 것은 그냥 예시에 불과하다. 그러므로 집행관은 사실상 있는 그대로 조사하면 충분하고 임대차가 제3자에게 대항할 수 있는 것인가 여부의 법률적 판단까지 할 필요는 없다. 그리고 조사사항을 이와 같이 객관적으로 기재하여 조사명령을 발하게 되면 구체적으로 어떠한 항목에 관하여 조사할 것인지 명확하지 못하므로, 실무에서는 현황조사사항을 부동산의 현상 및 점유관계, 임대차관계, 그 밖의 현황 등 크게 셋으로 나누고 전자에 속한 사항으로서 부동산의 위치 및 현상, 부동산의 내부구조 및 사용용도 등과 부동산의 점유자와 점유권원을, 그리고 임대차에 속하는 사항으로서 임차목적물, 임차인, 임차내용(보증금, 전세금, 임대차기간 등), 주민등록전입 여부 및 그 일자, 임대차계약서상의 확정일자 여부 등을 조사하도록 그 조사사항을 구체적으로 세분하여 조사명령을 발하고 있다.<sup>86)</sup>

##### (5) 집행관의 조사권한

집행관은 현황조사를 위하여 건물에 출입할 수 있고, 채무자 또는 그 건물을 점유하는 제3자에게 질문하거나 문서를 제시하도록 요구할 수 있다(민사집행법 제85조 제2항, 제82조 제1항). 집행관이 직무집행을 행함에 있어서 법률이 일정한 범위 내에서 차질 없이 조사에 임할 수 있도록 강력한 조사권한을 부여한 것이다. 건물에 출입하기 위하여 필요한 때에는 잠긴 문을 여는 등 적절한 처분을 할 수도 있고(민사집행법 제85조 제2항, 제82조 제2항), 관할구역 밖에서도 그 직무를 행할 수 있으며(민사집행규칙 제46조 제3항), 저항을 받으면 경찰 또는 국군의 원조를 요청할 수 있다(민사집행법 제5조 제2항), 집행관이 경찰의 원조를 요청하는 때에는 그 집행에 관한 직무의 수행 장소를 관할하는 경찰서장에게 원조를 요청하여야 하고, 다만 긴급을 요하는 때에는 집행 장소에서 가장 가까운 곳에 있는 파출소 등의 경찰관에게 구두로 직접 원조를 요청할 수 있다. 또한 해상에서 집행에 관한 직무를 수행함에 있어서는 해양경찰서장에게 원조요청을 할 수 있다. 반면, 집행관이 국군의 원조를 요청하는 경우에는 집행법원이 신청하여 집행법원이 그 요청 여부를 결정하게 되는데(민사집행법 제5조 제3항), 이때 원조에 필요한 사유와 원조의 내용을 적은 서면을 법원장 또는 지원장과 법원행정처장을 거쳐 국방부장관에게 보내는 방법으로 국군원조의 요청을 한다(민사집행규칙 제4조).

86) 대판 2003.2.11, 2002다65929.

## (6) 현황조사의 주의의무

집행관에게는 현황조사를 함에 있어 정확하고 충실하게 조사하여야 할 주의의무가 주어진다. 이와 같이 주의의무가 주어진 것은 특히나 최근의 복잡한 구분건물의 주상복합건물, 또는 다세대주택, 오피스텔을 주거로 개조한 경우, 허가 없이 상가점포를 일부 개조하여 주거로 사용하는 경우 등에 있어 집행관이 현황조사를 함에 있어 정확하고 충실한 조사를 하여야 할 것이다. 이에 대해 충실한 조사를 하지 못한 관계로 직무상의 과실이 있는 경우에 판례는 “집행관이 현황조사를 함에 있어 기울여야 할 통상의 주의의무를 현저하게 결여한 중대한 과실이 있는 경우, 국가에 대하여 구상책임을 져야 된다”<sup>87)</sup>고 하고 있다.

## 4) 최저매각가격의 결정

법원은 감정인의 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정한다(민사집행법 제97조 제1항). 감정인의 평가액을 그대로 최저매각가격으로 정하여야 하는 것은 아니다. 그러나 감정인의 평가액을 증감하여 최저매각가격을 정함에는 그럴만한 합리적인 이유가 있어야 한다. 실무에서도 원칙적으로 감정인의 평가액을 그대로 최저매각가격으로 정하고 있는 것이 통례이다.<sup>88)</sup> 실무상 감정인은 감정평가사 중에서 대법원이 규정한 전산프로그램에 따라 선정하고 있으며, 최저매각가격은 그 사건의 매각기일에서 당해 부동산을 그 가격보다 저가로 매각할 수 없고, 그 액 또는 그 이상으로 매각함을 요하는 매각가격의 기준을 제시한다고 할 수 있다. 최저매각가격은 경매에 있어 매각을 허가하는 최저의 그 액에 미달하는 매수신고에 대하여 매각허가가 되지 아니 한다.<sup>89)</sup> 이는 법정매각조건이며 이해관계인 전원의 합의에 의하여도 바꿀 수 없다. 최저매각가격제도를 채택하고 있는 이유는 부동산이 고가로 매각되지 않고 그 실세보다 훨씬 저가로 매각되게 되면 이해관계인의 이익을 해치게 되므로 공정 타당한 가격을 유지하여 부당하게 염가로 매각되는 것을 방지함<sup>90)</sup>은 물론 동시에 매수신고희망자들에게 기준을 제시함으로써 매각이 공정하게 이루어지도록 함에 있다<sup>91)</sup>할 것이다.

## (1) 부동산 평가명령

법원은 최저매각가격을 정할 때에 감정인에게 경매부동산을 감정하여 평가하게 하고

87) 대판 2003.2.11, 2002다65929.

88) 법원행정처, 전게서, 158면.

89) 대결 1967.9.26.자 67마796.

90) 대결 1995.7.12.자 95마453.

91) 대결 1994.11.30.자 94마1673 ; 대결 1994.12.2.자 94마1720 ; 대결 1995.7.29.자 95마540.

그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정하여야 한다.<sup>92)</sup> 감정인은 경매부동산을 평가함에 있어서는 집행법원의 보조자라고 할 수 있다. 부동산 경매절차에서는 최저매각가격의 결정을 위하여 감정인을 선정함에 있어 감정인 선정프로그램에 따라 감정평가사를 감정인으로 선정함을 원칙으로 하고 있다. 이는 감정인 선정절차에 있어서 합리적이고 공정성을 기하기 위한 제도라고 보여 진다.

집행법원은 경매신청이 요건 상에 흠이 없이 경매개시결정을 하게 되면, 이와 동시에 경매목적부동산에 대한 평가를 하기 위하여 직권으로 감정인에게 평가명령을 하게 된다. 이와 같이 법원으로부터 감정명령을 받은 감정인을 그 부동산에 대한 평가를 함에 있어 법정지상권 존부, 주택 및 상가 등에 대한 임차권의 존부와 대항력유무 등의 법률적 판단을 요할 사항이 있으면 집행법원은 그에 대한 판단을 정하여 이를 전제로 한 평가 명령을 하여야 한다.

감정인은 경매부동산의 평가에 필요한 자료 등을 얻어내기 위하여 당해 부동산 목적물 내, 또는 점유자등 관계인으로부터 질문을 통하여 직접 얻어 낸 정확한 자료에 의하여 평가를 하게 된다. 이와 같은 평가를 위하여 감정인은 그 건물에 출입할 수 있고, 채무자 또는 건물을 점유하는 제3자에게 질문하거나 문서를 제시하도록 요구할 수 있다(민사집행법 제97조 제2항, 제82조 제1항). 판례에 의하면, “첫 최저매각가격을 결정한 후 상당한 시일이 경과되고 부동산 가격에 변동이 있다고 하더라도 평가의 전제가 된 중요한 사항이 변경된 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 집행법원이 부동산 가격을 재평가하여야 하는 것은 아니다”<sup>93)</sup>라고 판시 하였다. 다시 말해서 단순히 상당한 기간이 경과하였다는 사실, 또는 가격이 저렴하다는 사실만으로는 재평가 사유가 되지 못하지만, 첫 매각기일 이후 강제집행의 정지결정으로 인하여 장기간 매각절차가 정지된 후 다시 속행하는 경우에 그동안 경제사정의 급격한 변동이 생겨 당초의 평가액이 정당한 최저매각가격이라고 보기 어려울 때에는 법원은 경매의 공정을 기하기 위하여 재평가를 명할 수 있다.

## (2) 매각물건명세서

법원은 매각물건명세서·현황조사보고서 및 평가서의 사본을 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하여야 한다(동법 제105조 제2항). 그것은 일반인의 경매참가를 용이하고 나아가 적정한 매각의 실현을 도모하려는 취지와 강제집행제의 기능과 효율성을 제고시키려는데 그 목적이 있다.<sup>94)</sup> 부동산 경매는 채무자의 압류부동산을 매각이란

92) 대결 1994.5.26.자 94마83(대법원전원합의체결정).

93) 대결 1998.10.28.자 98마1817.

절차를 통해 채권자에 대한 채권실현을 목적으로 하는 일련의 강제집행절차이다. 때문에 매각부동산에 관하여 매수희망자가 많이 참여할 수 있도록 일반인들에게 명시하고,<sup>95)</sup> 그 매각부동산에 관한 현황과 권리관계 분석을 통해 후에 매수인이 부담하게 될 사항들을 상세하게 기재함으로써 인수부담도 줄이는 한편, 그 매각부동산을 매수하려는 입찰 희망자들에게 매각부동산에 대한 경매기록을 총체적으로 검토하고 정보를 용이하게 얻어 합리적인 판단 하에 매수신청을 할 수 있도록 집행법원이 제공하는 서비스적인 매각방법의 한 부분이라 할 수 있다.

집행법원은 경매목적물에 대한 집행관의 현황조사보고서와 감정인의 감정평가보고서가 제출되면 그 보고서에 흠이 있는지를 조사하고 배당요구종기 일을 지정하는 등 매각기일을 지정하기 위한 모든 준비가 이루어진다. 이와 더불어 매각물건명세서를 작성하게 되는데 매각부동산의 현황과 그에 관한 권리관계, 매각 후에 매수인이 부담하게 되는 대항력 있는 권리관계에 관하여 그때까지 집행법원이 인식한 사실관계와 법적판단을 기재 한다.<sup>96)</sup> 이에 대하여는 매각물건명세서의 작성은 집행처분이 아닌 단순한 집행사실행위라는 견해<sup>97)</sup>도 있고, 매각물건명세서의 작성은 집행처분에 그치고 기판력이나 형성력이 생기는 재판이 아니라는 견해<sup>98)</sup>도 있다.

매각물건명세서에는 민사집행법 제105조에 규정된 각 사항을 기재한다. 이를 간단히 살펴보면 다음과 같다.<sup>99)</sup>

#### ① 부동산의 표시(1호)

부동산매각에 있어서는 무엇보다도 제일 중요한 것이 매각목적물인 부동산의 기재라고 할 수 있다. 그래서 매각부동산을 표시한다. 경매기록에 첨부된 등기부등본상의 부동산표시를 그대로 기재하되, 그 표시와 부동산 현황이 다른 경우에는 그것이 경매목적물에 포함됨을 전제로 한 것으로 보게 되므로 미등기건물을 목적물에서 제외할 경우에는 그 취지를 명확히 하여 매수희망자로 하여금 그 취지를 알 수 있도록 하여야 한다.<sup>100)</sup>

판례는 “등기부에 등재되지 않은 제시 외 건물이 존재하는 경우에는 소유자가 건축하여 소유하는 것으로 판명되어 경매신청인이 대위에 의한 보존등기를 하여 일괄경매신청을 하거나 그것이 매각대상 부동산의 종물 또는 부합 물임이 명백한 경우가 아닌

94) 박두환, 전게서, 345면 ; 이시윤, 전게서, 225면.

95) 대결 1995.11.22.자 95마1197 ; 대결 2000.1.19.자 99마7804.

96) 김상원 외 3인, 전게서, 496면.

97) 박두환, 전게서, 346면 이하 참조.

98) 이시윤, 전게서, 226면 이하 참조.

99) 이에 대하여 자세히는, 법원행정처, 전게서, 161면-164면 참조.

100) 대결 1991.12.27.자 91마608.

한 매각목적물에 포함시켜서는 안 된다”<sup>101)</sup>고 판시하였다. 그리고 매각목적물 중 일부가 소재불명이면 소재불명이라는 사실을 기재하여야 한다.<sup>102)</sup>

### ② 부동산의 점유자와 점유권원 등의 진술(2호)

점유에 관한 사항을 기재함에 있어서는 현황을 되도록 정확하게 파악하여 기재하여야 한다. 통상 집행관의 현황조사보고서 또는 감정인의 평가보고서 등에 의하여 파악한 결과를 기재 한다.<sup>103)</sup> 또한 경매부동산의 점유자와 그 점유권원, 임차인이 점유할 수 있는 기간, 임대차에 대한 차임 또는 보증금에 관한 관계인의 진술, 상가임대차보호법 및 주택임대차보호법에 의한 대항력과 임차인의 배당요구여부<sup>104)</sup>와 그 일자, 전입신고 일자 및 확정일자의 유무와 그 일자를 기재 한다. 그리고 판례는 선순위 임차인의 주민등록에 대한 기재가 누락된 경우 중대한 흠이 있다고 하며,<sup>105)</sup> 배당요구하지 않은 임차인의 전입신고일자가 저당권설정 일자보다 앞선 것으로 잘못 기재된 경우에도 중대한 흠이 되나,<sup>106)</sup> 다만 선순위 임차인의 배당요구사실이 기재되지 아니하여도 매수의사결정 및 가격 등에 영향이 적으면 중대한 흠이 되지 않는다고 한다.<sup>107)</sup>

### ③ 등기된 부동산에 대한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 효력을 잃지 아니하는 것(3호)

등기된 부동산에 대한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력을 잃지 아니하고 매수인에게 인수되는 것을 매각물건명세서에 기재하여야 한다. 또 매각목적물에 설정된 최선순위 타물권 (또는 가압류)을 기준으로 하므로, 예컨대, 저당권, 가압류채권, 압류채권에 대항할 수 있는 지상권, 지역권, 전세권 및 등기된 임차권(단, 전세권중 배당 요구한 것은 제외, 민사집행법 제91조 제3, 제4항)등을 기재한다.

실무상 가장 주의하여야 하는 것은 등기부에 기재된 가처분인데, 가처분의 경우에는 가처분의 내용과 집행 연월일을 기재한다. 또 가처분 중에서 토지소유자가 건물의 소유자를 상대로 건물을 철거하고 토지를 인도하라는 내용을 피 보전권리로 하여 가처분을 한 경우에는 그 가처분이 건물에 대한 경매개시결정등기 또는 담보권설정등기 이후의 것이라도 매각으로 말소되지 아니하므로 매각물건명세서에 반드시 기재를 하여야 한다.

임차인이 상가건물을 임차한 후 그 내부시설을 변경하여 거액의 시설비가 투입됨을 이유로 유치권을 주장하고 있는 사례인데, 유치권은 매수인에게 인수되나(민사집행법

101) 대결 1999.8.9.자 99마504 ; 대결 1986.5.23.자 86마295.

102) 대결 1991.1.15.자 93마1601.

103) 대결 2000.2.16.자 98마2837.

104) 대판 2001.9.25, 2001다1942.

105) 대결 1995.11.22.자 95마1197.

106) 대결 1999.9.6.자 99마2696.

107) 대결 1999.11.15.자 99마4498.

제91조 제5항), 등기된 부동산에 관한 권리가 아니므로 본 호에 다른 기재사항이 아니다. 다만, 유치권자라고 주장하는 자도 점유를 하고 있는 경우에는 그 효력을 잃을지 여부가 불분명하다고 기재하여야 할 것이다.

판례에 의하면 “예고등기도 부동산에 관한 권리관계를 공시하는 등기가 아니므로 이를 매각물건명세서에 기재하지 아니하였다하여 매각물건명세서 작성에 중요한 흠이 있는 때에 해당하지 않는다”<sup>108)</sup>고 판시하였다.

경매부동산이 매각되었으나 등기부상 소멸되지 않는 최선순위 전세권인 경우가 있을 수 있다. 이때 전세권자가 배당요구 종기일 까지 배당요구를 하지 않으면 매수인이 전세권을 인수하여야 하므로(민사집행법 제91조 제3항, 제4항), 물건명세서에 그 취지를 기재하여야 한다(민사집행법 제105조 제1항 제3호).

매각물건을 매수하려는 희망자가 가장 먼저 권리분석을 하여야 하는 것이 바로 등기부선상에 있는 최선순위의 저당권설정이다. 매각목적물에 설정된 최선순위 저당권 설정일자(또는 가압류등기일자)를 기준으로 임차인의 매수인에 대한 대항력 여부가 결정된다. 때문에 매수인이 예기치 않게 임차보증금을 인수하여야 하는 불이익을 받지 않도록 하기 위해서는 최선순위의 저당권 설정일자(또는 가압류등기일자)를 기재하고, 그 일자보다 먼저 전입신고를 마치고 거주하는 임차인의 보증금은 매수인이 인수하는 경우가 생길 수 있다는 주의 문구를 기재 한다.

#### ④ 매각에 따라 설정된 것으로 보게 되는 지상권의 개요(4호)

민법 제366조는 토지 및 건물의 임의경매에 관한 경우이고, 입목에 대한 강제경매와 임의경매에 관해서는 입목에 관한 법률 제6조 제1항에서 법정지상권에 관한 규정을 두고 있다. 따라서 민법 제366조에 의하면, 건물 없는 토지에 저당권이 설정되고 그 후에 설정자가 그 토지위에 건물을 신축한 경우에는 법정지상권이 생길 수 없다.<sup>109)</sup> 또한, 동일인 소유에 속하는 토지 및 그 지상건물에 대하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상건물이 철거되고, 새 건물이 신축된 경우에는 그 신축 건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다.<sup>110)</sup> 그리고 그 지상건물은 건물로서의 요건을 갖추고 있는 이상 무허가건물, 또는 미등기건물을 가리지 않는다.<sup>111)</sup> 또 토지만을 위한 저당권이 설정될 당시 토지소유자에 의하여 그 지상에 신축건물을 짓고 있었을 경우가 있다. 그런데 판례는 “그 건물이 사회 관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모 및 종류를 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었다면 법정지상

108) 대결 2001.3.14.자 99마4849.

109) 대판 1978.8.22, 78다630 ; 대결, 1995.12.11.자 95마1262 ; 대판 1995.12.26, 95다24524.

110) 대판 2003.12.18, 98다43601(전원합의체).

111) 대판 1988.4.12, 87카2404.

권의 성립이 인정된다”<sup>112)</sup>고 판시하였다.

### (3) 매각물건명세서의 하자과 공신력

집행법원이 매각기일을 지정하고 난 다음 매각기일 공고, 통지 등 일련의 절차를 진행하려면 착오에 의한 하자가 생길 수 있다. 때문에 물건명세서의 작성에 중대한 하자가 있는 때에는 매각허가에 대한 이의사유가 되며 나아가 직권에 의한 매각불허가 사유가 된다(민사집행법 제121조 제5호, 제123조 제2항). 물건명세서를 비치하지 않았거나 또는 비치기간을 지키지 않은 경우에도 이에 해당한다고 볼 것이다. 하자가 매각을 허가하지 아니할 정도로 중대한가의 여부는 그 하자가 일반매수희망자가 매수의사나 매수신고가격을 결정함에 있어 어떠한 영향을 받을 정도의 것이었는지를 중심으로 하여 부동산경매와 매각물건명세서제도의 취지에 비추어 구체적 사안에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.<sup>113)</sup>

민사집행법 제105조에 의한 물건명세서를 작성함에 있어서, 매수인이 인수하여야 할 권리상의 부담에 있어 착오이던 착오가 아니던 이를 누락하여 기재하지 않은 경우가 있다. 이러한 경우 그 효력에 대한 물적 부담을 어떻게 하여야 하고 이에 대한 효력이 어디까지 미치는가이다. 이를 두고 부동산 매각물건명세서 기재의 공신력이라 한다.

## 5) 매각의 실시

### (1) 매각기일의 지정

매각기일이라 함은 집행법원이 매각부동산에 대한 매각을 실시하는 기일을 말한다. 법원이 부동산을 매각하기 위해서는 우선 매각기일과 매각결정기일을 지정하고 이를 공고하여야 한다. 민사집행법 제103조에 의하면, 강제경매의 매각방법으로서 부동산의 매각은 집행법원이 정한 매각방법에 따르되, 매각기일에 하는 호가경매, 매각기일에 입찰 및 개찰케 하는 기일입찰 또는 입찰기간 이내에 입찰하게 하여 매각기일에 개찰케 하는 기간입찰의 3가지 방법을 채택하였다.

위와 같은 방법 중에서도 기간입찰은 구 민사소송법에서는 없었던 것을 민사집행법이 새로 도입한 제도로서 당해 경매목적물에 대한 매수희망자가 경매법정에 직접 출석하지 않고서도 적법한 절차에 따라 입찰에 참가할 수 있도록 하여 경매법정 주위에서 담합 등 부정행위, 경매브로커, 폭력단원들의 위협적인 행위 등을 사전에 방지할 수 있

112) 대판 1992.6.12, 92다7221.

113) 대결 1994.1.15.자 93머1601.

고, 일반 매수희망자들이 안심하고 입찰에 적극적으로 참가가 가능케 하여 매각가격의 상승과 매각법정의 질서유지 등이 긍정적인 효과를 기대할 수 있을 것으로 보아, 이는 바람직한 제도개선이라고 할 수 있다.<sup>114)</sup>

## (2) 매수신청의 방법

부동산매각은 ①매각기일에 하는 호가경매, ②매각기일에 입찰 및 개찰하게 하는 기일입찰, ③입찰기간 내에 입찰하게 하여 매각기일에 개찰하게 하는 기간입찰의 세 가지 방법으로 한다(민사집행법 제103조 제2항). 민사집행법은 부동산 경매에 관하여 위 3가지의 매각방법을 규정하고, 집행법원이 그 중 한가지 방법을 자유로이 선택하여 매각절차를 진행하도록 하면서(동법 제1항), 경매절차에 관하여 자세한 사항은 대법원의 민사집행규칙 제61조 내지 72조에 정하도록 위임하고 있다. 실무에서는 기일입찰을 원칙으로 하고 보충적으로 기간입찰을 사용하고 있으나 부동산의 경우 호가경매의 방법은 거의 이용되지 않고 있다.<sup>115)</sup>

### ① 기일입찰

기일입찰의 입찰장소에는 입찰자가 다른 사람이 알지 못하게 입찰표를 적을 수 있도록 설비를 갖추어야 한다(민사집행규칙 제61조 제1항). 경매법정내에서 입찰의 주체는 집행관이 한다(민사집행법 제112조). 기일입찰이라 함은 집행법원이 부동산 매각기일을 지정, 공고하고 그 정해진 매각기일에 매수희망자들을 입찰법정에 입찰시킨 후 각 매수신고인이 입찰표라고 하는 서면에 매수가격을 기재하여 집행관에게 제출하면 그 중 최고가격을 신청한 매수인을 정하는 방법을 말한다. 그런데 종전 호가경매에서 기일입찰을 시행함으로써 여기에 따르는 단점도 있다. 매수신고 희망자들의 총체적인 입찰가격의 상승을 몰라 최고가매수신고인이 저렴한 가격으로 될 우려가 있고, 호가경매와 다를바 없이 입찰기일에서도 매수신고 희망자들이 경매법정 내외에서 담합할 우려가 있다. 우리나라는 기일입찰을 원칙으로 하고 있다.

### ② 기간입찰

기간입찰은 특정한 매각기일에 특정한 입찰장소에서 입찰을 실시하는 기일입찰제도와는 달리 일정한 기간을 정하여 그 기간 내에 입찰표를 매수희망자 본인이 직접 집행법원에 제출하거나 또는 등기우편으로 제출하면서 집행법원이 미리 정한 보증금을 집행법원이 지정한 은행 계좌에 납입한 뒤 그 입금표를 입찰 표와 함께 첨부하거나 또는 지급보증위탁계약체결증명서를 첨부하게 하며, 입찰기간이 종료되면 집행법원이 특정한

114) 장해창, “환가방법으로서의 경매와 입찰”, 「재판자료」 제71집, 법원행정처, 506-508면.

115) 이시윤, 전게서, 235면 ; 박두환, 전게서, 351면.

날을 개찰기일로 정하여 개찰결과 최고가매수신고인 또는 차 순위매수신고인을 정하고 그로부터 통상 1주일 이내에 매각허가결정을 하는 매각방법으로서, 법이 정하고 있는 부동산에 대한 매각방법의 하나이다(동법 제103조 제2항).

### ③ 호가경매

호가경매는 입찰과 함께 매각방법으로서 법에 규정되어 있는데(동법 제103조 제2항), 호가경매는 부동산 매각기일에 매수신청의 액을 경쟁시켜 서로 올라가는 방법으로 한다(민사집행규칙 제72조 제1항). 그리고 매수신청을 한 사람은 더 높은 액의 매수신청이 있을 때까지 그 신청액에 구속된다(동조 제2항). 따라서 호가경매는 구두로 호칭함으로써 다른 사람의 신고가격을 서로 알게 하여 보다 높은 가격으로 결정되게 하는 점에서, 입찰제도와는 그 방식이 전혀 다르다.

### (3) 매각결정기일

매각결정기일이라 함은 집행법원이 매각기일의 종결 후 법원 내에서 매각허부의 결정에 관하여 이해관계인의 진술을 듣고 직권으로 법정의 이의사유가 있는지 여부를 조사한 후 매각의 허가 또는 불허가결정을 하는 기일이다. 법원은 부동산 매각명령을 발하면서 매각기일과 매각결정기일을 정하여야 하고, 매각기일을 지정할 때에는 연월일과 시각을 특정하여 지정하여야 한다. 따라서 집행법원은 매각부동산을 현금화하기 위해서는 우선 매각기일과 매각결정기일을 지정하고, 이를 공고하여야 하는데, 이는 기간입찰 제도에서도 마찬가지이다. 또한 민사집행법 제104조 제1항에 따라 집행법원은 조세, 그 밖의 공과금을 주관하는 공공기관에 대한 최고, 현황조사, 최저매각가격결정 등의 절차가 끝나고 경매절차를 취소할 사유가 없는 경우에는 직권으로 매각기일을 정하여 공고한다.<sup>116)</sup>

매각기일지정에 대하여 이해관계인이 합의하여 기일을 정한다하더라도 법원은 이에 구속되지 않는 집행법원의 고유의 권한이다. 집행법원은 매각기일(기간입찰은 입찰기간의 개시일)의 2주일 전까지 하여야 한다. 그래서 지정된 매각기일 전날부터 역순으로 계산하여 2주일에 해당하는 일자를 포함한 날을 말한다. 그래서 매각공고일과 매각기일의 중간기간은 13일이면 충분하다.<sup>117)</sup> 또한 매각결정기일은 매각기일로부터 1주일 이내로 정하여야 하는데(민사집행법 제109조 제1항), 이는 강제규정이 아니라 훈시규정이다.

집행법원은 매각이 실시되어 최고가매수신고인이 있을 때 출석한 이해관계인의 진술을 듣고 매각절차의 적법 여부를 심사하여 매각허가 또는 불허가의 결정을 선고하는

116) 법원행정처, 전계서, 286면.

117) 대결 1979.3.20.자 79마79.

기일을 매각결정기일이라 한다. 별도로 매각기일 외에 매각결정기일을 재차 열도록 한 것은, 매각기일은 집행관이 이를 주재하여 실시하므로, 매각허부에 대하여 집행법원 스스로 최종적인 심사와 결정을 하게 하는 것이 법원을 경매의 집행기관이라고 규정한 취지와 부합하기 때문이다.<sup>118)</sup>

집행법원이 부동산매각을 실시한 후 매각기일에 최고가매수인이 정해지고 법원이 정한 매각결정기일까지 그 사이에 경매절차를 일시정지하게 하는 재판의 정본이 제출된 경우(민사집행법 제49조 제2호)에는 ‘집행을 계속 진행할 수 없는 때’(동법 제121조 제1호)에 해당하는 사유로서 매각결정기일에 매각불허가결정을 하여야 한다(동법 제123조 제2항).

#### (4) 매각기일의 공고

집행법원이 매각기일과 매각결정기일을 지정한 때에는 이를 공고하여야 한다(민사집행법 제104조 제1항). 이와 같이 매각기일을 공고하는 목적은 집행법원이 매각기일을 지정한 후 매각실시에 관한 사항을 널리 사회 일반인들에게 알게 함으로써 이를 안 매수희망자들이 기일에 많이 참여하게 되고, 부동산등기부에 기입되지 않았다 하더라도 그 권리를 주장할 수 있는 이해관계인에게 그 권리를 신고할 수 있는 기회를 부여하는데 의미가 있다.

매각기일의 공고에는 ①부동산의 표시, ②강제집행으로 매각한다는 취지와 그 매각방법, ③부동산의 점유자, 점유의 권원, 점유하여 사용할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금의 약정 및 그 액수, ④매각기일의 일시·장소, ⑤최저매각가격, ⑥매각결정기일의 일시·장소, ⑦매각물건명세서·현황조사보고서 및 평가서의 사본을 매각기일 전에 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 제공한다는 취지, ⑧등기부에 기입할 필요가 없는 부동산에 대한 권리를 가진 사람은 채권을 신고하여야 한다는 취지, ⑨이해관계인은 매각기일에 출석할 수 있다는 취지 등의 내용이 들어가야 한다(동법 제106조).

매각기일의 공고에는 부동산의 점유자, 점유의 권원, 점유하여 사용할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금약정 및 그 액수를 기재하여야 한다. 다시 말해서 그 매각부동산에 대한 점유자가 누구인지, 그 점유자는 정당한 점유관계를 가지고 있는지 임대차계약 등이 체결되어 있는 경우에는 그 임차권이 대항력을 갖추고 있는지 여부 등을 모두 고려하여 매수의사를 결정하고 또는 그 부동산의 이용관계 및 가격의 추정을 결정할 수 있도록 한다. 매각부동산에 대한 점유의 권원은 점유자의 점유를 정당하게 할 법률상의 원인을 말하며 그것이 매수인에게 대항할 수 있는가의 여부는 묻지 아니 한다. 또한 임대

118) 김상원 외 3인, 전계서, 525면.

차가 매수인에게 대항할 수 없는 것이면 매각기일공고에 있어 그 기간, 차임 등의 기재가 없더라도 요건의 기재에 흠이 있다고 볼 수 없다.

매각기일의 공고에 집행관의 이름을 기재하는 것은 매각기일을 누가 주재하여 진행할 것인가를 밝히기 위한 것이고, 공고에 표시된 집행관이 사망, 질병 그 밖의 사유로 매각기일을 진행할 수 없게 되면 같은 소속의 다른 집행관이 대신 그 매각절차를 주재하여도 그 효력이 여전하다.<sup>119)</sup>

### (5) 이해관계인에 대한 매각기일 통지

법원은 매각기일과 매각결정기일을 이해관계인에게 통지하도록 규정하고, 매각결정기일을 그 매각기일로부터 7일 이내로 정하도록 규정(동법 제109조 제1항)하고 있는데, 이 규정은 훈시규정으로 보고 있다. 그러므로 이에 위반하였다고 해서 그 효력에 영향을 미치지도 않는다. 첫 매각기일 이전 배당요구 종기일까지 배당요구나 권리신고가 이루어졌다면, 그 이해관계인에 대한 통지가 되지 아니한 채 집행법원이 매각기일에 진행절차를 이행한 것은 매각허가결정에 대한 항고사유가 되나,<sup>120)</sup> 매각기일의 공고 및 다른 이해관계인에 대한 매각기일 및 매각결정 기일에 대한 통지절차가 완료되어 버린 이후에 권리신고를 하였을 경우에는 비록 권리신고가 매각기일·매각결정기일을 통지하지 않았다 하여 위법 하다고는 할 수 없다고 한다.<sup>121)</sup>

#### ① 발송송달에 의한 통지

발송송달이란 민사소송법 제187조 및 민사집행법 제104조 제3항, 동법 규칙 제9조에 따라 우편송달의 방법으로 통지하는 절차이다. 즉 집행법원이 직권으로 하는 교부송달을 할 수 없을 때에 행해지는 방법으로써 경매기록 앞장에 표시된 이해관계인의 주소와 등기부등본, 권리신고서 또는 배당요구 신청서상의 주소 등을 참고하여 등기우편으로 발송할 수 있다. 그리고 주의할 것은 집행기록에 나타나지 않을 수 있는 주소 중 가장 최근의 주소라야 한다.<sup>122)</sup> 따라서 이와 같은 우편송달은 다른 송달과는 달리 발송한 때에 그 송달의 효력이 있다<sup>123)</sup>.

판례에 의하면, 담보권에 의해 등기부에 기입된 부동산의 권리자가 등기부상 주소변경등기를 게을리 하여 종전의 등기부상 주소에 등기우편으로 송달되므로 해서 매각기일 통지를 받지 못하였다 하더라도 그 발송 시에 송달의 효력이 발생하고, 등기부에 기

119) 대결 1996.8.19.자 96마1174.

120) 대결 1995.4.22.자 95마320.

121) 대결 1998.3.12.자 98마206.

122) 대결 1993.7.6.자 93마549.

123) 대결 1994.7.30.자 94마1107 ; 대결 1995.9.6.자 95마372. 373.

입된 동산의 권리자가 사망하여 이해관계인의 지위를 승계한 상속인들이 등기부상 상속등기를 게을리 하여 매각기일 통지가 이미 사망한 등기부상 권리자의 주소에 등기우편으로 송달된 경우도 마찬가지이다.<sup>124)</sup>

특수우편물 수령증이 첨부되지 아니한 등기우편에 의한 발송송달은 부적법하다<sup>125)</sup>. 등기우편에 의한 발송송달은 매각절차의 신속한 진행을 위하여 보통의 송달방법과는 다른 특례를 인정하고 있음에 불과하여, 법원으로서는 적절하다고 인정되는 송달방법을 택하여 그 통지를 송달하면 족하므로, 위 규정과 달리 보통의 송달방법을 택하여 그 통지를 송달하면 족하므로, 위 규정과 달리 보통의 송달방법에 의하여 교부송달을 실시하거나 요건을 갖추어 공시송달을 실시하였다고 하여 그 송달의 효력을 부인할 수는 없다.<sup>126)</sup>

## ② 이해관계인에 대한 통지 누락

매각기일에 있어서 기일통지는 그 무엇보다도 중요하다. 따라서 이해관계인에 대한 기일 통지의 누락은 매각허가에 대한 이의사유로서 ‘집행을 속행할 수 없는 때’에 해당한다(민사집행법 제121조 제1호).<sup>127)</sup> 또한 위의 매각기일통지를 받지 못한 공유지분권자도 이를 이유로 매각허가결정에 대한 항고를 할 수 있다.<sup>128)</sup>

판례는 “최저매각가격을 잘못 기재한 경우로서, 집행법원이 이해관계인에게 매각기일을 통지함에 있어 최저매각가격을 잘못 통지한 경우 이는 고지하여 주는 것에 지나지 않으므로 매각허가결정에 대한 취소사유가 되지 않는다”고 하였다.<sup>129)</sup> 또한 이해관계인이 기일 통지를 받지 못하였다하더라도 매각기일을 스스로 알고 그 기일에 출석하여 입찰에 참가한 경우, 자신의 권리보호에 필요한 조치를 취할 수 있었다면, 이러한 통지의 누락은 특별한 사정이 없는 한 동법 제121조 제1호 소정의 ‘집행을 속행할 수 없는 때’에 해당한다고 볼 수 없고,<sup>130)</sup> 또한 권리신고를 하지 않는 주택임차인에게 위 통지를 하지 않은 경우, 이때에도 이는 매각허가결정에 대한 불복사유가 될 수 없어 취소사유가 아니라고<sup>131)</sup>하였으므로, 또한 위와 같은 통지가 없더라도 불복 없이 매각허가결정이 확정되면 그 하자는 치유 된다<sup>132)</sup>고 각각 판시하였다.

124) 대결 1995.9.6.자 95마372.

125) 대결 2000.1.31.자 99마7663.

126) 대결 1995.4.25.자 95마35.

127) 대결 1999.11.15.자 99마5256.

128) 대결 1998.3.4.자 97마962.

129) 대결 1999.7.22.자 99마2906.

130) 대결 2000.1.31.자 99마7663.

131) 대결 2000.1.31.자 99마7663.

132) 대판 1992.2.14. 91다40160.

## (6) 매각기일의 진행

### ① 집행관의 기일개시

부동산 매각기일에 매각절차는 경매법정에서 담임집행관이 주재한다. 이와 같이 매각기일에는 담임집행관이 경매법정 질서에 필요한 사전점검과 매수희망자들이 열람할 수 있도록 물건명세서, 현황조사서사본, 감정서사본 등의 모든 준비를 완료한 다음 매각절차를 개시하기 전에 매각실시방법의 개요를 매수희망자에게 설명한 다음 출석한 이해관계인과 일반매수희망자에 대하여 적당한 방법으로 매각을 개시한다는 취지를 선언함으로써 개시된다. 기일입찰에 있어서 입찰절차는 담임집행관이 입찰의 개시를 알리는 타종을 한 다음 법정에 있는 매수희망자들에게 입찰 표 기재방법과 제출방법을 알리고 입찰마감시각과 개찰시각을 고지함으로써 시작한다.

### ② 일반인의 매수신청과 자격 및 능력

입찰장소에서 매수희망자의 매수신청을 사법상 매매의 계약과 동일한 성격을 가지는데, 민법상 권리능력과 행위능력을 가지는 자에 한해서만 매수신청의 권한이 주어지게 된다. 이와 같이 자연인이 매수신청을 할 수 있음은 당연하다. 법인이 아닌 사단이나 재단의 경우에도 대표자나 관리인이 있다면 매수신청이 가능하다. 또한 미성년자 등 행위무능력자도 친권자인 법정대리인을 통해서도 매수신청이 가능하다.

공동입찰인은 각자 매수할 지분을 정하여 입찰하였다하더라도 일체로서 그 권리를 취득하고 의무를 부담하는 관계에 있으므로 그 공동입찰에 대하여는 일괄하여 매각허가 여부를 결정하여야 하고 공동입찰인 중의 일부에 매각불허가 사유가 있으면 전원에 대하여 매각을 불허가하는 것으로<sup>133)</sup> 판시하고 있다.

### ③ 매각부동산에 대한 매수신청 보증금액

민사집행법 제113조에 의하면 매수신청은 대법원규칙(규칙 제63조 1항, 동 제71조, 제72조 4항)이 정하는 바에 따라 집행법원이 정하는 금액과 방법에 맞는 보증을 집행관에게 제공하여야 한다고 규정하고 있다. 그런데 일반 사인간의 부동산 매매계약에서도 계약 이행의 보증금액으로 그 매매대금의 10% 상당액을 정하는 것이 통상적인 관행이다.

민사집행법은 차 순위매수신고인의 제도를 두고 있다(민사집행법 제114조). 본조 제1항에서는 최고가매수신고인 외의 매수신고인은 매각기일을 마칠 때까지 담당집행관에게 최고가매수신고인이 대금지급기한까지 그 의무를 이행하지 아니하면 자기의 매수신고에 대하여 매각을 허가하여 달라는 취지의 신고를 할 수 있도록 한 것이 바로 차 순위매수신고인 제도이다. 또한 동조 제2항에서 차 순위매수신고인은 그 신고액이 최고가

133) 대결 2001.7.16.자 2001마1226.

매수신고액에서 매수신청의 보증 액을 뺀 금액을 넘은 매수신고인에 한해 차 순위매수 신고를 할 수 있도록 하고 있어, 이러한 보증 액을 정액으로 법정액화 함에 따라 입찰 법정에서의 착오를 가져 올 수 있는 금액의 계산과 매수희망의 부담을 덜어주게 되었다고 할 수 있다.

#### ④ 매각허가결정과 불허가결정기일

부동산매각절차에 있어서는 집행관에 의한 매각실시가 종료된 이후 집행법원이 매각 결정기일을 열어 매각허부의 결정에 관하여 이해관계인의 진술을 듣고 직권으로 법정의 이의사유가 있는지 여부를 조사한 이후 최고가매수인에 대한 매각을 허가하거나 또는 허가하지 않는 결정을 선고 하는 날을 의미한다. 또한 매각기일에서 집행관이 최고가매수를 허가한 것을 토대로 그 허가의 적법성 여부와 매각절차의 적법성여부도 집행법원으로써 직접조사. 심리한 다음 매각의 허부결정을 하기 위함이고, 그와 같은 심사를 형식적인 서면심리를 하지 않고 기일을 열게 한 것은 출석한 이해관계인의 진술을 들어 이의여부의 진술도 듣고자 하려는 뜻도 있지만, 집행기관은 어디까지나 법원이기 때문에 이에 대해 집행관으로 하여금 실시한 매각의 결과를 법규에 근거한 심사를 한 다는데 그 취지가 있다.

매각결정의 법적 성질은 여기에 전제가 된 부동산경매의 법적 성질과 관련성이 있다. 이에 대하여는 매매로 보는 사법설, 공법상의 처분으로 보는 공법설, 이 두 학설을 절충한 절충설이 있다. 강제경매는 매각부동산을 매각하는 것이 사법상의 매매라고 이해 하는 견해로서, 이는 강제경매에 관하여도 민법상의 매도인의 담보책임의 규정이 적용 되는 것으로 보게 된다(민법 제578조). 이 설에 의하면 강제경매란 청약과 승낙에 의한 매매계약의 성립이라고 이해하는데, 그 청약과 승낙에 대하여는 다음의 두 견해가 있다. 제1설은, 매수신고의 최고(매각기일공고)는 매도의 청약이고, 매수신고는 보다 고가의 매수신고가 없을 것을 조건으로 하는 매수의 청약이며, 매각은 최고가의 매수신고에 의하여 성립하고 매각허가결정은 단지 매각의 완결을 확인하는 행위라고 설명한다. 그리고 제2설은, 매각기일의 공고는 매매에 관한 청약의 유인이고 매수신고가 매수의 청약이며 매각허가결정은 그에 대한 승낙이라고 설명한다. 제2설이 다수설이다.

부동산매각을 허가하는 절차는 매각절차의 최대목표인 매각대금을 현금화하는 절차로 이어진다. 그래서 매각허가결정이 이해관계인의 항고 없이 확정되면 매수인은 그 동안 미확정으로 불안한 지위에서 벗어나 최고가 매수인으로서 지위와 권리를 갖게 된다. 그래서 매각부동산에 대한 매수인의 지위로서 대금납부의 의무를 지게 되고, 집행법원이 정한 대금납부 기한 내에 어느 때라도 대금을 완납하면 소유권등기와 관계없이 소유권에 대한 권리취득을 하게 된다(민사집행법 제135조).

절차상의 일정한 하자는 소송법이나 집행법의 절차법상으로 이의가 없는 한 그 기간이 도과됨으로 인해서 그 흠이 치유된다. 그래서 매각허가결정도 정한 기간이 도과되면 확정되고 당연 무효가 아닌 한 그 흠은 치유되어 더 이상 다룰 수 없게 되고, 매수인은 정당한 지위와 권리를 얻게 된다. 판례에 의하면, “당해 매각기일 이전의 매수인은 재매각의 매각결정기일에 이의 진술권을 가지지 못한다. 다만 전의 매수인에 대한 매각대금지급기한의 통지가 부적합함에도 대금지납을 이유로 재매각결정을 한 경우 이와 같은 재매각명령의 위법은 민사집행법 제121조 제1호의 집행을 계속 할 수 없는 때에 해당하므로 전의 매수인은 이를 이유로 재매각명령에 따른 매각결정기일에 이의를 하거나 매각허가결정에 대하여 즉시 항고할 수 있다”<sup>134)</sup>고 판시하였다.

이의로 인한 매각불허가결정인데, 매각결정기일에 출석한 이해관계인의 이의진술이나 그 반대의 진술 등을 종합심사한 후 그 결과를 판단해서 매각결정을 할 것인가, 아니면 불허가결정을 하여야 할 것인가를 법원이 판단하게 되는데, 매각불허가사유(가령, 경매개시결정이 채무자에게 송달불능, 농지취득자격증명 미제출 등)가 명백하다고 주장하는 자의 진술을 참작하여 매각기록을 조사한 후 이의가 정당하다고 인정되면 매각을 불허가 할 수 있다(민사집행법 제123조 제1항).

첫째, 법원은 그 기일에 출석한 이해관계인의 이의가 정당하다고 인정된 경우에는 매각을 허가하지 아니한다(동법 제123조 제1항). 둘째, 이해관계인의 매각허가에 대한 이의가 없더라도 집행법원이 스스로 직권조사에 의한 결과 민사집행법 제121조에 열거된 이의사유가 있다고 판단되는 때에는 매각을 허가하지 아니한다(민사집행법 제123조 제2항 본문). 그래서 매각기일에 있었던 최고가매수신고인의 행위능력과 매각기일에는 부동산취득자격 없이 농지에 대한 최고가매수신고인으로 정해졌을 경우 그 매수의 흠이 그 이후 매각결정기일까지 집행법원에 법정대리인의 주인이나 법령이 정한 관할관청의 제 증명 허가취득 유예기간으로 말미암아 추후 보완된 경우에는 이에 대한 매각결정을 불허하여서는 안 된다. 셋째, 그 다음은 법 제124조 제1항 본문에 의한 과잉매각인데, 여러 개의 부동산을 매각하는 경우에 한 개의 부동산의 매각대금으로 모든 채권자의 채권액과 강제집행비용을 변제하기에 충분하면 다른 부동산의 매각을 허가하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

## (7) 부동산 매수인의 권리의무

### ① 매각대금의 지급절차

매각에 의한 대금지급이란, 부동산 경매에 있어서 채권자에 대한 채권만족을 위한 하

134) 대결 2001.6.4.자 2000마7550.

나의 처분행위로서 민법상 청약과 승낙에 의한 매매와 다를 바 없다. 구 민사소송법 제 654조는 경락허가결정이 확정되면 법원은 대금지급기일을 정하고 경락인과 차 순위매수신고인을 소환하여야 하며, 경락인은 위 기일에 경락대금을 지급하여야 한다고 규정하고 있어, 그 해석상 경락대금은 법원이 지정한 대금 지급기일이 아닌 날에 납부하거나 또는 공탁하여도 대금납부로서 효력이 없고, 기일 전에 지급은 무효는 아니나 대금지급기일의 경과로 그 효력이 발생한다고 보았다.<sup>135)</sup>

## ② 매각대금지급기한과 권리의무

매각허가결정이 확정되면 법원은 대금의 지급기한을 정하고, 이를 매수인과 차 순위매수신고인에게 통지하여야 하며, 매수인은 위 기일까지 매각대금을 지급하여야 한다(민사집행법 제142조 제1항, 제2항). 매각허가결정이 확정되면 매수인의 권리의무가 그 효력이 발생하게 되는데, 매수인 자신의 일방적인 의사표시로써 이를 포기할 수는 없다.

또한, 매수인의 대금지급의무는 매각허가결정이 확정됨에 따라 발생하게 되는 것이므로 그 이전에는 집행법원은 대금지급기한을 정할 수 없고, 설사 집행법원이 매각허가결정 확정 전에 대금지급기한을 정하여 매수인으로 하여금 매각대금을 납부하게 하였다 하더라도 적법한 매각대금의 지급으로 보기는 어렵다 할 것이다.<sup>136)</sup> 판례는 “매각허가결정이 일단 확정되면 대금지급기일 내의 대금지급이 있었다라도 이해관계인의 추후보완에 의한 항고가 항고법원에서 허용되었다면 그 후 위 항고 및 재항고가 기각되었다 하더라도 위 대금지급은 적법한 지급이라 할 수는 없다”<sup>137)</sup>고 판시하였다. 이 때 매수인은 매각대금을 납부하지 않았을 경우 집행법원은 재항고기각결정에 따라 매각허가결정이 확정될 것이고, 이후 다시금 대금지급기한을 정하여야 하며 매수인은 그 기일까지 대금을 지급하여야 한다.

## ③ 매각대금지급기한의 지정 및 통지

매각허가결정이 확정되면 집행법원은 직권으로 대금지급기한을 지정하게 된다(민사집행법 제142조 제1항 전단). 민사집행규칙 제78조는 매각허가결정이 확정된 날부터 1월 안의 날로 정하고, 경매사건기록이 상소법원에 있는 때에는 그 기록을 송부 받은 날로부터 1월 안의 날로 정하도록 규정하고 있다(민사집행규칙 제78조). 또 대금지급기한을 정하게 되면 이를 매수인과 차 순위매수신고인에게 대금을 납부하도록 통지하여야 한다(동조 제1항).

135) 대판 1970.3.31, 70다32.

136) 대판 1992.2.14, 91다40160.

137) 대결 1998.3.4.자 97마962 ; 대결 2002.12.24.자 2001마1047.

매각허가결정 확정 전에 대금지급기한을 지정한 경우 그 기한 지정은 아무런 효력이 없으므로 그 기한 내에 매수인이 매각대금을 납부하지 아니하였다 하더라도 매각허가결정이 그 효력을 상실하는 것은 아니다.<sup>138)</sup> 또한 대금지급기한통지서의 송달이 부적법한 경우에는 대금미납을 이유로 재매각을 명하여 경매절차를 진행한 것은 위법하고, 이에 대한 이의나 매각허가결정에 대한 즉시항고로 다룰 수 있다.<sup>139)</sup> 다만, 매수인은 특별한 지급방법으로서 매각조건에 따라 부동산의 부담을 인수하는 외에 배당표의 실시에 관하여 매각대금의 한도에서 관계채권자의 승낙이 있으면 대금의 지급에 갈음하여 채무를 인수할 수 있고(민사집행법 제143조 제1항), 또 채권자가 매수인인 경우에는 매각결정기일이 끝날 때까지 집행법원에 신고하고 배당 받아야 할 금액을 제외한 대금을 배당기일에 낼 수 있다(민사집행법 제143조 제2항).

#### ④ 매각대금납부의 방법

매각허가결정에 기재된 매각대금은 매수인이 납부하여야 할 금액이다. 매각기일에 입찰 표에 기재된 매수신청의 보증금을 제공한 경우에는 그 금전을 매각대금에 넣는다고 규정하고 있다(민사집행법 제142조 제3항). 그래서 매수인이 사실상 납부하여야 할 금액은 위 보증금을 공제하고 남는 금액이 될 것이다. 매각대금은 분납허가를 받지 않는 한 납부기한 내에 현금으로 지급하여야 하고, 금융기관 발행의 자기앞 수표는 지급이 확실하기 때문에 현금에 준하는 것으로 취급한다. 여러 사람이 부동산을 매수한 경우에는 대금지급기한까지 각자가 가능한 시점에 대금을 납부할 수 있도록 하는 것이 요구되므로 이러한 경우에는 분할지급이 허용되는 것으로 본다.

동일절차에서 동일인이 수개의 부동산을 분할(개별)매각에 의하여 매수신청을 하여 이에 관한 매각허가결정이 있었던 경우에는 이는 각 부동산별로 매수한 것이므로 매수인은 일부의 부동산에 대한 매각대금만을 지급하여도 된다.

채권자가 매수인인 경우에는 대금을 현금으로 납부한 후 배당표에 기재된 금액을 다시 찾아가게 한다면 여러 가지로 불편한 점이 있다. 따라서 민사집행법 제143조 제2항은 매각결정기일이 끝날 때까지 법원에 신고하고 배당받아야 할 금액을 제외한 대금을 배당기일에 낼 수 있도록 한 제도로서 실무상 이를 상계처리라 한다. 여기서 배당받아야 할 금액이란 매수인의 배당요구액이 아니라, 매수인이 배당할 금액과 배당순위에 따라 배당기일에 채권자가 실제로 배당받을 수 있는 금액을 말한다.

따라서 실제로 매수인의 배당순위가 후순위로 되어 배당받을 것이 없는 경우에는 차액지급은 당연히 허용되지 않으며, 또한 배당받을 금액이 있는 매수인이라 하더라도 민

138) 대판 1992.2.14, 91다40160.

139) 대결 2001.6.4.자 2000마7550.

사집행법 제160조 제1항 각 호의 공탁사유에 해당하거나, 매수인인인 저당권자의 저당권부 채권이 압류 또는 가압류된 경우, 매수인의 채권이 압류, 가압류된 경우와 같이 배당금을 현실로 수령할 수 없어 공탁하여야 하는 경우에는 차액지급이 허용되지 않는다. 다만 여기에 해당하지 아니하여 일단 차액지급이 허용된 이상 매수인의 채권의 전부 또는 일부가 부존재하는 것으로 나중에 밝혀지더라도 대금납부의 효력에는 변함이 없다.<sup>140)</sup>

## (8) 부동산 인도명령

인도명령은 매각부동산을 인수한 매수인이 대금을 납부한 후 집행법원에 신청하여 현재 점유하고 있는 채무자 또는 임차인 등 일정범위 내의 자에게 그 부동산의 점유를 매수인에게 인도할 것을 명하는 재판이다.<sup>141)</sup> 인도명령은 당사자의 신청에 의하여서만 발령할 수 있으며, 그 성질은 결정에 해당한다. 민사집행법은 인도명령을 집행권원으로 규정하고, 상대방의 범위 및 심문방법 등을 명문으로 규정하였으며, 그 불복방법과 집행방법을 분명히 하였다고 할 수 있다.<sup>142)</sup>

### ① 법적 성질

부동산 인도명령은 부동산매각절차에 있어서 매수인이 대금을 완납한 이후 그의 신청에 의하여 실제 점유하고 있는 채무자(임의경매에 있어서는 소유자) 또는 제3자에 대하여 그 부동산을 매수인에게 인도할 것을 명하는 재판이다. 또한 재판의 형식은 결정이며, 변론을 거치지 않고 형식적 서면심리에 의하여 명령하고, 인도명령은 매수인이나 그 일반승계인이 대금을 완납한 후 6개월 이내에 신청하지 않으면 안 된다(민사집행법 제136조 제2항). 민사집행법에서는 매수인을 위하여 구 민사소송법과는 달리 압류의 등기 전후를 불문하고 대항력이 있는 점유자를 제외한 자에 대해서는 모두 그 적용 대상의 범위로 확대하였다고 할 수 있다. 또한 부동산인도명령은 매각부동산을 실제 점유하고 있는 상대방만을 그 대상으로 할 수 있을 뿐이며, 그 외의 권리 등에 대해서는 발할 수 없을 것이다.

인도명령의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(민사집행법 제136조 제5항). 그러나 인도명령은 즉시항고가 제기되더라도 집행정지의 효력이 생기지 않으며(동법 제15조 제6항), 집행정지를 구하려면 별도의 집행정지결정을 얻어 집행관에게 제출하여야 한다. 인도명령은 용어상 명령이나 형식을 결정이며, 이것이 곧 집행권

140) 대판 1991.2.8, 90다16177.

141) 이시윤, 전게서, 252면.

142) 박두환, 전게서, 396면 ; 법원행정처, 전게서, 408면 이하.

원이 된다. 따라서 인도명령에 나타난 권리의 법적 성질은 매수인으로서의 지위에 기한 인도청구권이나 소유권에 기한 인도청구권의 존부에 관한 기판력은 갖지 않는다.<sup>143)</sup> 또한 매수인의 인도명령에 의하여 간이·신속하게 부동산을 인도 받을 수 있다고 하더라도 이에 의하지 아니하고 채무자 등을 상대로 소로써 부동산의 인도를 청구하는 것을 배제할 수는 없다.<sup>144)</sup>

## ② 신청당사자

인도명령을 신청할 수 있는 자는 매각허가결정이 확정되고 이에 따라 매각대금을 납부한 매수인과 그 매수인의 상속, 합병 등으로 인한 일반승계인에 한하고, 인도명령이 부동산환가절차에 부수하여 매수인에게 편의, 간략하게 부동산을 인도 받을 수 있게 하는 취지의 절차인 만큼 이른바 행사상의 일신전속권(민법 제404조 제1항 단서)에 해당한다고 해석되므로 매매, 증여 등과 같은 법률행위에 의한 특별승계인이나 제3자가 채권자대위권에 기하여 신청하는 것은 인정되지 않는다. 판례는 “매각대금을 전부 납부한 매수인이 가지는 집행법상의 권리이므로 가사 매수인이 매각부동산을 제3자에게 양도하였다 하더라도 매수인이 인도명령을 구할 수 있는 권리를 상실하지 아니 한다”<sup>145)</sup>고 판시하였다. 그러나 판례는 “매수인이 인도명령의 상대방이 될 수 있는 소유자 및 채무자에게 매매 등 소유권을 양도하는 행위를 한 경우에는 매매계약의 해제 등 그 점유권원이 소멸된 사실을 입증하지 않는 한 인도명령을 신청할 수 없다”<sup>146)</sup>고 판시하고 있다.

매수인이 매각대금을 완납한 후 집행법원에 인도명령신청을 할 수 있는데, 그 상대방은 채무자, 소유자 또는 부동산점유자이다(민사집행법 제136조 제1항). 여기에는 채무자나 소유자의 일반승계인도 인도명령의 상대방이 될 수 있다. 채권자가 채권실현을 목적으로 경매 신청할 때에는 그 경매신청서에 채무자를 특정 한다. 이때 집행법원이 경매개시결정에 따른 집행채무자의 범위를 한정하게 된다. 또한 일반승계인도 그 성격상 이에 포함되며, 공동의 상속이 있는 경우에는 각 상속인마다 단독으로 인도명령의 상대방이 될 수 있다.

채무자에 대한 인도명령은 직접점유자로 한정한다. 채무자는 매각의 법률적 효과에 의하여 부동산을 매수인에게 인도하여야 할 의무가 있기 때문이다. 실무상 채무자가 부동산을 직접 점유하지 않은 경우 집행관은 현재 점유자를 상대로 인도 집행을 할 수 없고(민사집행법 제258조), 다만 채무자가 직접점유자에 대하여 어떤 방법이든 인도청

143) 대판 1981.12.8, 80다2821

144) 대판 1971.9.28, 71다1437.

145) 대결 1970.9.30.자 70마539.

146) 대결 1999.4.16.자 98마3897.

구권을 넘겨받는 방법으로 집행할 수밖에 없다. 또한 채무자가 매수인에게 대항할 수 있는 권원을 가지는 경우, 예컨대 채무자 소유의 토지상에 건물이 신축되어 있고, 토지만이 경매되어 건물을 위한 법정지상권이 발생하는 경우에는 인도명령의 대상이 되지 않는다고 볼 것이다. 판례는 “채무자에 대한 인도명령은 채무자에 대하여만 효력이 있어 채무자 아닌 제3자가 점유하는 매각부동산에 대하여는 그 인도 집행을 할 수 없다.”<sup>147)</sup> “그러나 남편이 채무자일 경우 공동생활을 하고 있는 처와 그 동거가족에게는 인도명령의 효력이 미친다”<sup>148)</sup>고 판시하였다.

점유 개시시가 압류의 효력발생 전후와 관계없이 해당되고, 또한 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있다고 주장하는 자라도 매각으로 인하여 소멸하는 가장 앞선 순위의 저당권이나 가압류보다 먼저 점유를 시작하였다는 증거가 없을 경우 (민사집행법 제136조 제1항 단서)에는 인도명령의 상대방이 된다. 매수인에게 대항할 수 있는 권원을 가진 자라 함은 유치권자, 매수인으로부터의 임차인, 인도의 유예를 받은 점유자, 압류 전에 등기는 하여 놓고서 입주를 압류 후에 한 임차인 등이라 할 수 있다. 여기서 점유자란 직접점유자만을 가리키는지 아니면 간접점유자도 포함되는지에 관하여 이론이 있을 수 있으나, 앞서 설명하였듯이 직접점유자만이 상대방이 된다고 보는 것이 다수설의 입장이다.<sup>149)</sup> 또 인도명령의 집행력은 당해 채무자 등은 물론 독립한 생계를 영위하지 않은 가족에 대하여도 미친다.<sup>150)</sup>

주택임대차보호법 또는 상가건물임대차보호법상의 대항력과 우선변제권 모두를 겸유하고 있는 임차인의 경우가 문제되는데, 이 경우 임차인은 우선변제권을 선택하여 임차주택(또는 상가건물)에 대하여 그 임차보증금에 관하여 첫 매각기일 전 배당요구종기까지 배당요구를 한 경우에는 그 대항력이 있다하더라도 매득금에서 우선 배당을 받을 수 있고, 이와 반대로 배당요구를 하지 않았을 경우에는 매수인에게 대항력을 이유로 임차보증금을 주장하면서 매수인에 대하여 임차주택 또는 상가건물의 명도를 거절할 수 있다.<sup>151)</sup>

### ③ 인도명령의 재판

인도명령의 신청이 있는 경우에 한하여 집행법원은 그 적부를 판단할 수 있으며 인도명령을 발할 수 있는 요건의 구비가 기록상 명백하다 하더라도 그 신청이 없으면 집행법원이 직권으로 인도명령을 발할 수 없다. 집행법원은 매수인이 신청한 인도명령에

147) 대판 1976.5.25, 75도528.

148) 대결 2000.1.5.자 99마4307.

149) 이시윤, 전게서, 253면.

150) 대판 1998.4.24, 96다30786.

151) 대판 1997.8.29, 97다11195.

대하여 서면 만에 의하여 심리할 것인지 인도명령의 허부를 결정하여야 한다. 또 필요하다고 인정되면 심문기일이나 변론기일을 정할 수도 있다(민사집행법 제23조 제1항). 집행법원이 상대방에게 심문기일의 통지를 하고 정해진 기일에 진술할 기회를 주었음에도 불구하고 그 점유자가 심문에 응하지 아니하면 민사소송법상 변론기일에서 다투지 아니한 것과 마찬가지로 보아 그의 진술을 듣지 않고서도 인도명령을 발할 수 있을 것이다.

집행법상 인도명령은 부수적인 재판으로서 이른바 확정되어야 효력이 생기는 재판으로 규정되어 있지 아니하므로 송달만으로 즉시 집행력이 생기며 즉시항고가 제기되더라도 집행정지의 효력이 생기지 않으므로(민사집행법 제15조 제6항), 그 집행을 정지하려면 민사집행법 제15조 제6항의 잠정처분인 집행정지결정을 받아야만 인도 집행을 정지시킬 수 있다. 만약 인도명령이 발하였음에도 불구하고 상대방이 인도명령에 따르지 아니하면 신청인은 인도 집행의 부담을 안고 집행관에게 위임하여 집행관으로 하여금 민사집행법 제258조에 따라 인도 집행을 하도록 할 것이다(민사집행법 제136조 제6항).

그리고 인도명령을 발한 이후 신청인 또는 상대방에 관하여 일반승계사유가 생긴 경우 또는 상대방의 점유가 제3자에게 승계된 경우에는 민사소송법 제218조, 민사집행법 제25조, 제31조 등을 유추 적용하여 승계집행문을 부여받아 집행하여야 한다. 판례는 “인도명령의 상대방이 채무자인 경우에 그 인도명령의 집행력은 당해 채무자는 물론 채무자와 한 세대를 구성하며 독립된 생계를 영위하지 아니하는 가족과 같이 그 채무자와 동일시되는 자에게도 효력이 미친다”<sup>152)</sup>고 판시하였다.

#### 4. 배당

부동산 매각절차에 있어서 집행법원은 매수인으로부터 대금이 지급되면 반드시 배당절차를 밟아야 한다(민사집행법 제145조 제1항). 따라서 집행법원은 납부된 매각대금으로 배당받을 채권자가 한 사람뿐이거나, 채권자가 여러 사람인 경우라도 그 매각대금으로 집행비용과 다른 채권자의 채권액을 만족하게 할 수 있는 경우에는 각 채권자에게 그 채권액을 배당하고, 이에 반해 변제받을 채권자들이 경합되어 있고 매각대금으로 채권자들의 채권을 만족시키기에 충분하지 아니한 경우에는 집행법원이 각 채권자들에게 민. 상법, 그 밖의 법률에 의한 우선순위 또는 안분비례에 따라 매각대금을 배당하여야 한다.<sup>153)</sup>

152) 대판 1998.4.24, 96다30786.

## 1) 배당 참가인

### (1) 이중경매신청인

배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자가 배당을 받을 수 있는 것은 제도적인 취지에 비추어 당연하다고 할 수 있다. 그래서 후행으로 경매신청을 한 채권자는 선행사건의 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자이다(민사집행법 제148조 제1호). 반대로 배당요구의 종기 이후에 경매신청을 한 채권자는 배당에서 제외된다고 할 것이다.

### (2) 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자

등기부상 가압류채권자도 배당절차에서는 성질상 담보권과 같이 등기말소 대상이 된다. 구법에서는 명문의 규정이 없어 실무상 가압류채권자가 배당요구를 하든지 아니면 집행법원이 등기부상 나타난 가압류결정문을 찾아 그 결정문에 표시된 청구금액으로 한정하여 배당을 실시하고 이를 공탁하여 오던 중, 판례에 따라 이번 민사집행법에서 이를 명문화 하였다(민사집행법 제148조 제3호). 따라서 이에 해당하는 가압류채권자가 채권계산서를 제출하지 않았다하여 배당에서 제외되어서는 아니 된다.<sup>154)</sup>

### (3) 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자

담보권인 저당권을 매각에 의하여 당연히 소멸하므로(민사집행법 제91조 제1항) 여기에서 배당을 받는 것은 당연하다. 그래서 저당권 또는 전세권이라 하더라도 우선변제청구권이 있는 채권자라면 첫 경매개시결정등기 전에 등기가 되었고 당해 부동산이 매각에 의해 소멸하는 권리를 가진 채권자는 법률상 당연히 배당 요구한 것과 같은 효력이 있다할 것이므로,<sup>155)</sup> 달리 배당요구가 없더라도 법률에 규정한 순위에 따라 배당을 받을 수 있다(민사집행법 제184조 제4호).

담보가등기는 또한 저당권과 마찬가지로 그 해석상 우선변제청구권이 있다고 볼 것이나, 실무상 등기부에 담보목적물의 가등기인 취지가 기재되어 있지 않고, 다만 소유권이전청구권보전을 위한 가등기의 형식으로 기재된 경우가 많다. 이러한 경우 부동산 등기부에 기재된 내용에 의하면 그 가등기가 담보가등기인지 아니면 소유권에 의한 본래의 가등기인지의 여부를 알 수 없다. 더 나아가 담보가등기라 하더라도 등기부상 피담보채권의 공시가 없기 때문에 가등기 담보권의 경우에는 채권신고의 최고기간까지 채권신고를 하여야만 배당을 받을 수 있다(가등기담보법 제16조 제2항).

153) 이시윤, 전게서, 255면.

154) 대판 1995.7.28, 94다57718.

155) 대판 1996.5.28, 95다34415 ; 대판 1999.1.26, 98다21946.

#### (4) 조세, 기타 공과금에 의한 교부채권자

국가기관에 의한 조세 등이라 할지라도 부동산 매각절차에 있어서는 특단의 사정이 없는 한, 조세, 기타 공과금에 관하여 배당의 교부 청구(국세징수법 제56조)를 하여야 하고, 다만 국가나 지방자치단체, 공공자치단체 등일 경우에는 그 성격상 배당요구로 보아야 한다.<sup>156)</sup> 경매부동산에 관하여 첫 경매개시결정이 등기되기 전에 체납처분의 절차로서 압류 또는 보전압류등기가 되어 있는 경우에는 교부 청구를 한 효력이 있으므로,<sup>157)</sup> 이 경우에는 별도의 배당요구가 없어도 된다고 본다. 또한 첫 경매개시결정 등기 후에 체납처분에 의한 압류등기가 된 경우에는 집행법원에 배당요구의 종기까지 배당요구로서 교부 청구를 하여야만 배당을 받을 수 있다.

#### (5) 재개발·재건축사업 등의 권리자

노후한 주택부지에 재개발, 재건축사업시행결과 이미 공급된 부동산상 등기되어 있던 등기권리자인데, 이 경우 당해 부동산에 대한 경매가 진행되고 있을 경우이다. 그런데 위 사업의 결과 새로이 공급된 주택이나 대지가 매각부동산인 경우에는 그 등기부에 종전 부동산에 관한 부담내용이 이기되지 아니하였더라도 등기된 것과 동일하게 보아야 하므로(민법 제187조), 판례는 “종전 부동산의 등기부에 위와 같은 등기가 있는 경우에는 그 등기된 권리자도 배당요구하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는 채권자에 해당하는 것으로 보아야 한다. 다만, 압류채권자나 배당요구한 채권자가 채권의 일부 금액으로 경매신청 또는 배당 요구한 경우 배당요구종기 이후에 채권을 추가하거나 확장할 수 없다”<sup>158)</sup>고 판시하고 있다.

### 2) 법률의 규정에 의한 배당요구채권자

민사집행법 제88조 제1항은 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법이나 상법 혹은 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자, 조세 기타 공과금채권자, 대위변제자의 배당요구채권자는 배당요구를 할 수 있다고 규정하고 있고 이는 한정적 규정으로 해석된다.

### 3) 배당요구의 종기

민사집행법상 부동산 매각대금에 있어서 배당요구의 시기에 관한 명문 규정은 없다. 그러나 부동산 경매신청이란 소정의 절차에 따라 경매개시결정 이후라고 보아야 할 것

156) 대판 2001.5.8, 2000다21154 ; 대판 2001.11.27, 99다22311.

157) 대판 1997.2.14, 96다51584.

158) 대판 2002.1.25, 2001다11055.

이고, 경매개시결정 이후 소정의 절차에 따라 등기부상 압류효력발생이 있기 전에 배당요구가 있었다면 그 배당요구는 압류의 효력발생시에 효력이 발생한다고 보아야 한다. 경매신청 채권에 있어 집행력 있는 집행권원과 집행권원이 없는 채권을 함께 병기하였을 때는 선행의 집행권원은 강제경매신청으로 보아야 하고, 후행의 경우에는 배당요구의 취지로 보아야 할 것이다. 판례는 “종결 처리된 종전 경매기록이 새로운 경매기록에 편의를 위하여 사실상 철회된 경우 종전 경매절차에서의 배당요구를 새로운 경매절차에서의 배당요구로 볼 수 없다”<sup>159)</sup>고 판시하였다.

#### 4) 배당권자의 배당요구의 효력

##### (1) 배당받을 권리

부동산이 매각되어 그 매각대금에서 배당을 실시하여야 하는데, 배당요구의 효력 중에 가장 중요한 것이 배당받을 권리이다. 배당요구가 필요한 채권자는 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로써 매각대금으로부터 배당요구를 받을 수 있고, 배당요구가 필요한 채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니한 때에는 실체법상 우선변제청구권이 있는 채권자라 하더라도 그 매각대금으로부터 배당을 받을 수 없다.

##### (2) 배당기일을 통지받을 권리

배당요구 채권자는 경매부동산이 매각되어 그 대금을 납부한 이후 집행법원으로부터 배당기일통지를 받고(민사집행법 제146조), 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 의견을 진술할 수 있는 권리(민사집행법 제151조)가 있다.

##### (3) 집행력 있는 정본에 의한 배당요구의 특별한 효력

배당요구를 함으로써 경매절차의 이해관계인이 된 경우에는(민사집행법 제90조) 다른 채권자로부터 배당요구가 있으면 법원으로부터 그 통지를 받고(민사집행법 89조, 제88조 제1항), 매각기일에 출석할 수 있으며(민사집행법 제116조 제2항), 배당요구의 종기까지 매각조건의 변경에 합의를 할 있고(민사집행법 제110조), 매각기일에 출석하여 매각허가에 관한 의견을 진술할 수 있으며(민사집행법 제120조), 또 매각허가 여부의 결정에 대하여 손해를 볼 경우 즉시항고 할 수 있는 권리(민사집행법 제129조)가 있다.

#### 5) 배당실시

부동산이 매각되어 집행법원이 정한 기한 내에 매수인이 대금을 완납하게 되면 소정의 절차에 따라 배당표를 작성하게 되고, 집행법원은 배당기일을 지정하여 그 기간 동

159) 대판 1990.4.9, 98다55240.

안 이의가 없으면 배당표가 확정되는데, 이와 같이 확정된 채권에 대하여 배당을 실시하게 된다. 이와 같이 집행법원은 채권자와 채무자, 배당요구채권자들에게 미리 보여주기 위하여 배당기일 3일전에 배당표원안을 작성하여 법원에 비치하도록 규정(민사집행법 제149조 제1항)하고 있다. 또한 집행법원이 3일간의 기간을 지키지 아니한 때에는 그 때문에 불이익을 받게 되는 사람이 배당기일의 연기를 요구할 수 있고, 그럼에도 집행법원이 배당기일의 실시를 강행할 경우에는 집행에 관한 이의를 할 수 있을 것이, 또 배당기일에 출석한 채권자, 채무자는 배당표 작성의 절차에 위법이 있다든지 또는 배당표에 기재된 채권의 순위나 액수에 흠이 있다고 인정될 때에는 배당표에 대한 이의를 진술할 수 있다. 그러나 배당기일에 이의를 진술하지 아니하고 배당표에 관하여 진술할 때에는 그 연기를 요구할 권리를 잃는다.<sup>160)</sup>

#### (1) 배당이의가 없는 경우

집행법원은 배당기일에 출석한 이해관계인들의 심문을 통하여 배당표원안에 대한 정정·추가·삭제가 끝나면 배당표를 확정한다. 즉, 채권자 및 채무자로부터 적법한 이의가 없는 경우, 배당기일에 출석한 이해관계인과 배당요구채권자 사이에 합의가 성립한 경우(민사집행법 제150조 제2항) 또는 배당기일에 출석하지 아니함으로 인하여 배당표와 같이 배당을 실시하는 데에 동의한 것으로 보는 경우(동법 제153조 제1항)에는 집행법원이 작성한 배당표 원안이 그대로 확정되므로 이에 따라 배당을 실시한다.

#### (2) 배당이의가 있는 경우

매각부동산이 매각된 후 매수인이 대금을 납부하면 집행법원은 배당표원안을 작성하고 배당기일을 지정하게 되며, 배당기일 통지를 하게 된다. 배당기일에는 채권자, 채무자는 배당표 작성에 관한 절차법적 위법이나 또는 그 흠에 대하여 배당표에 기재된 권리관계가 부당하다는 등의 의견진술을 할 수 있다. 이를 배당표에 대한 이의라고 한다.

집행법원은 배당기일에 이해관계인이 이의를 정당하다고 인정하거나 다른 방법으로 합의한 때에는 이의가 완결되는데(동법 제152조 제2항), 이의가 완결 되면 내용대로 배당표가 확정되므로 집행법원은 완결된 내용에 따라 배당표를 경정하여야 하고, 경정된 배당표에 따라 배당을 실시한다.

채권자는 이의의 결과 자기의 배당액이 증가되는 경우에 한하여 이의를 제기할 수 있고,<sup>161)</sup> 구 민사소송법은 배당표에 대하여 이의를 제기하기 위해서는 채권자, 채무자를 막론하고 반드시 배당기일에 출석하여 진술하여야 했으나, 민사집행법은 채무자에 한하여 출석하는 대신 서면에 의한 이의권의 행사를 인정하고 있는데, 문제는 이러한

160) 대판 2001.4.24, 2000다1614.

161) 대판 1994.1.25, 92다50270.

경우 채무자가 배당기일에 별도로 이의를 하지 아니하는 경우에 명시적으로 철회하였다고 보기 어려우므로 집행법원은 석명을 통하여 이의여부를 분명히 확인하여야 될 것이다.

집행법원이 정한 배당기일에 배당표에 대하여 이의를 한 채무자 또는 채권자는 서면 또는 구술로 이의를 철회(취하)할 수 있다. 이때에는 이의로 인하여 정지되었던 배당을 실시하여야 한다. 이 경우 실무에서는 집행법원이 따로 기일을 지정하지 않고 집행법원사무관 등이 민사집행법 제160조 제2항의 채권자가 배당기일에 출석하지 아니한 때에 준하여 공탁을 한 다음 후일 수시로 출석한 채권자에게 지급증명서를 교부한다.

부동산이 매각되어 매수인이 대금을 납부하고 배당을 실시하였으나 미확정 채권 등이 있어 그 배당액을 공탁하게 된다. 따라서 추가배당이란 집행법원이 원 배당기일에 배당표를 작성하였으나 채권자 또는 채무자 등 당사자등이 이의를 하거나 가압류채권자와 같은 미확정 채권자가 있을 경우에는 그 자들에 대한 배당을 공탁하게 된다. 이와 같이 공탁한 이후 그 사유가 소멸하여 확정되면 다시 공탁된 금액으로 모든 채권자를 위하여 재배당을 실시하게 된다.<sup>162)</sup>

### (3) 배당이의의 소

배당기일에 배당표에 의한 이의가 완결되지 아니하면 이의를 한 채권자 또는 집행력 있는 집행권원의 정보를 가지지 않은 채권자에 대하여 이의를 한 채무자는 이의의 상대방을 피고로 배당이의의 소를 제기하고 배당기일부터 1주 이내에 집행법원에 그 사실을 증명해야 하는 바, 위에 해당하는 자가 배당기일부터 1주 이내에 배당이의의 소제기증명을 제출하지 못하면 이의가 취하된 것으로 보아(동법 제154조 제3항) 일단 유보된 배당절차가 다시 속행되어 배당이 실시되기 때문에 이소는 배당절차에 있어서 배당의 실시를 막는데 필요불가결한 수단이다.<sup>163)</sup>

162) 대판 2001.10.12, 2001다37613.

163) 법원행정처, 전계서, 564면.

### 제3장 부동산경매제도의 입법례와 부동산권리분석

#### 제1절 서설

부동산경매와 관련하여, 우리나라에서도 최근 대학에서 부동산학과를 설치하여 부동산경매에 대한 새로운 연구와 강의를 하는 등, 이에 대한 관심과 참여의 기회가 점점 확산되고 있는 추세에 있다. 그렇지만 부동산경매에 참여하려면 경매물건에 대한 목적, 시세 파악, 자금조달 방안, 취득에 따른 세금과 비용에 대하여 어느 정도의 부동산경매에 대한 지식을 가지고 있어야 한다.

뿐만 아니라 경매에 있어서 부동산물건에 대하여 권리분석을 철저히 하여야 한다. 그렇지 못하면 부동산경매에 있어서 크나큰 손실을 볼 수 있기 때문이다. 특히 부동산경매에 있어서 매수 신청 후 대항력 있는 임차인이 발견되었을 경우에는 매각불허가 신청을 하여야 하며, 대금납부 전에 대위변제가 있는 경우에는 매각허가취소결정신청을 하여야 하고, 매각대금 완납 후 배당실시 전에 가등기에 기한 본등기가 경료되어 대금 완납으로 취득한 소유권이 상실되는 경우에는 매매계약의 해제와 대금반환신청을 하여야 하며 배당기일 이후에 가등기에 기한 본등기가 경료되어 대금완납으로 취득한 소유권이 상실되는 경우에는 민법 제578조의 경매와 매도인의 담보책임에 관한 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있으나, 채무자에게 자력이 없는 경우가 대부분이므로 경락인은 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금의 전부나 일부에 대하여 부당이득반환의 소를 제기하여야 한다.

따라서 부동산경매에 있어서 부동산에 대한 물건분석의 전문성과 부동산관련 법률에 대한 전문지식이 요구되고, 경매물건의 권리분석에 있어서는 민법과 민사특별법(주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법)에 대하여 검토되어야 하며, 경매절차분석에 있어서는 민사집행법에 대한 검토가 있어야 한다. 부동산경매에 있어서 권리분석에 많은 문제점이 발생하는 부분은 임차인과 매수자의 관계에서 발생한다. 즉, 임차인의 대항력이 매수자에게 대항 하는 한 경우에는 매수자는 경낙대금에 추가 부담을 지는 경우가 발생하고, 이와 반대로 낙찰자에게 대항할 수 없는 경우에는 임차인은 임차보증금의 회수가 어려울 수 있는 경우가 발생한다.<sup>164)</sup> 이 장에서는 우선 부동산경매제도에 관한 주요

164) 한삼인·김상명, 전제논문, 121면.

국가의 입법례를 살펴본 후, 부동산경매에 있어서 권리분석에 대하여 살펴보고자 한다.

## 제2절 주요국가의 입법례

다른 법 분야도 비슷하지만, 부동산경매에 관하여 규율하고 있는 민사집행법은 일본 법이나 독일법을 모델로 하고 있다. 물론 제정과정에서 많은 부분이 우리나라 실정에 맞게 수정되기도 하였지만 아직도 상당부분은 이 국가의 법들과 그 맥락을 같이한다고 할 수 있다. 그러므로 여기에서는 일본, 독일, 프랑스 등 우리나라와 법계를 같이 하는 주요국가의 부동산경매제도에 관한 입법례를 살펴봄으로써 중요한 시사를 얻고자 한다.

### 1. 일본

#### 1) 민사집행법의 제정

일본의 동산집행법은 1877년 당시 독일 민사소송법을 대폭 계수하였으나, 부동산집행에 대해서는 당시 독일에 통일된 부동산에 대한 집행법규가 없었으므로 독일연방 중 지도적 지위에 있었던 프로이센 부동산집행법을 대폭 승계하였다.<sup>165)</sup> 즉 일본의 구 민사소송법은 독일 법을 계수하면서 평등주의라는 관점에서만 입법의 최종단계에서 받아들여 일부 조문만 수정함으로써 독일형의 우선주의와 프랑스형의 평등주의라는 두 가지의 상반된 사상이 내포된 여러 가지의 모순이 제기되었다. 구법 하에 있어서 민사집행법의 제정에 관한 구체적인 법 개정의 움직임은 1971년의 ‘강제집행법안 요강 안(제1차 시안)’을 그 시초로 한다. 이 시안과 1973년의 제2차 시안에서 구법 하에서 비판받던 것을 수용해 담보권실행을 강제집행의 일종으로서 평가하는 것과 동시에, 경매절차가 적법하게 완결되었을 때에는 제3자가 매수인의 소유권 취득을 방해할 수 없는 것으로서 구법하의 폐해에 대한 해결을 도모하였다.<sup>166)</sup>

그러나 1977년의 ‘민사집행법안 요강’이 확정되면서 미등기의 담보권에 의한 부동산 경매를 인정하는 등 당초의 방침을 변경하는 경향이 보였다. 이와 같은 배후에는 임의 경매가 담보권에 의한 환가권에 근거하여 오랜 세월을 거치는 관습이 내재 되어 있었고, 또 간단하고 쉬운 임의경매 절차에 친숙해져 온 실업계로부터의 강한 반대가 있던 것 등이 이유가 된다고 할 것이다. 결국, 최종 단계의 ‘민사집행안’에서는 강제경매절

165) 竹下守夫, 「不動産執行法の研究」, 有斐閣, 2000, 5面.

166) 不動産流通近代化センター, 「不動産コンサルティング實務講座」, 大成出版社, 2002. 26面.

차와 담보권실행절차의 통합은 단념되고 민사집행이라고 하는 상위 개념으로 이것들을 총칭하는 것으로 하여 담보권의 실행에 관해서는 채무명의제도를 채용하기에 이르렀던 것이다. 그래도 구법 하에 최대의 문제가 되었던 매수인 지위의 불안정성을 그대로 방치할 수는 없었기 때문에, 입안자는 채무명의의 효력에 의하지 않고서도 공신력의 효과를 인정하는 구법하의 학설의 영향을 받았다고 할 수 있다.<sup>167)</sup> 그래서 일본 민사집행법 제181조로부터 제183조에서 소유자의 절차진행을 보장하고, 동법 제184조에서는 경매절차 종료 후 매수인의 지위의 안정에 대하여 규정하였던 것이다. 1978.3.30. 공포된 일본 민사집행법은 1980.10.1.부터 시행되어 최근까지 운용되어 왔으며, ‘담보물권 및 민사집행제도의 개선을 위한 민법 등 일부를 개정하는 법률안’이 2003.8.1.에 공포되어, 2004.4.11.일부터 시행되고 있다.

## 2) 일본 민사집행법의 주요 개정내용

일본은 민사집행법개정을 하면서 종전에 없었던 중요 사항을 신설하였다. 그 주된 내용은 다음과 같다.<sup>168)</sup> ① 채무자를 특정하는 집행문의 부여, ② 집행의 실효성의 향상(법 제27조 3항·5항), ③ 민사집행법상의 보전처분의 강화 제55조의 매각을 위한 보전처분 등(요건의 완화, 특히 집행관 보관), 제55조의 2의 상대방을 특정하지 않고 발하는 매각을 위한 보전처분 등(점유자의 교체 대책), 제68조의 2의 매수신청을 한 압류채권자를 위한 보전처분 등 제77조의 최고가매수신고인 또는 매수인을 위한 보전처분 등, 제83조의 2의 점유이전 금지의 보전처분 등의 효력(법 제55조 1항 3호, 제77조 1항 3호의 신유형의 점유이전금지의 보전처분이 있으면, 그 후 점유자가 바뀌어도 원래의 보전처분의 상대방에 대한 인도명령에 근거하여 현재의 부동산 점유자에 대한 강제집행이 가능), 제187조의 담보부동산 경매개시결정 전의 보전처분 등, ④ 부동산의 매각의 촉진(법 제64조의 2), ⑤ 강제관리규정의 정비(법 제93조의 2-4항, 제105조, 제107조, 제108조), ⑥ 압류금지동산의 범위의 정비(식료 및 연료는 1개월, 금전동산은 2개월, 법 제131조), ⑦ 양육비 등의 이행확보(기한 미도래 분도 집행할 수 있어 그 때의 금지압류채권의 범위를 감축, 법 제151조의 2, 제152조 3항), ⑧ 명도 최고의 법제화(실무관행의 법제화, 최고 후의 점유자에 대해서는 승계집행문 없이 강제집행 가능, 법 제168조의 2), ⑨ 간접강제의 적용범위 확대(법 제173조)(부대체적인 작위채무 및 부작위채무(제72조)에 가세하고, 물건의 인도 채무, 대체적인 작위채무 및 부작위채무에 대해서도

167) 김상균, “일본민사집행법상의 부동산매각방법과 우리나라 경매제도의 개선점”, 「재판자료」 제66집, 법원행정처, 1995, 630면.

168) 정연환, “부동산경매제도에 관한 연구(우리나라와 일본의 법제를 중심으로)”, 영남대학교대학원 박사학위논문, 2005, 30면.

가능), ⑩ 담보부동산 수익집행의 신설(법 제180조, 제188조. 강제관리의 규정을 준용), ⑪ 동산경매의 용이화(집행관에 의한 수색, 법 제190조, 제192조), ⑫ 재산개시수속 시 신설(채무자의 재산내용의 파악, 법 제196조-203조), ⑬ 벌칙의 강화(공고서류 등의 파괴죄, 진술 등의 거절죄, 법 제204조-제206조).

### 3) 일본의 부동산경매에 관한 특별법의 내용

일본의 새로운 제도 중 중요한 것은 ‘경매절차의 원활화 등을 위한 관계 법률의 정비에 관한 법률(경매절차원활화법)’과 ‘특정경매절차에서의 현황조사 및 평가 등의 특례에 관한 임시조치법’, ‘특정경매절차 조사평가법’ 등이다. 이러한 법률에서는 특히 다음과 같은 점을 기존의 민사집행법에 추가하여 규정하고 있다.<sup>169)</sup>

첫째, 경매부동산의 현황조사 시 종전에 집행관에게 인정되었던 권한 이외에 집행관은 현황조사를 위해 필요한 경우, 지방자치단체에 대해 부동산에 부과하는 고정자산세에 관해서 보유하는 도면 기타 자료의 사본의 교부를 청구할 수 있고(일본 민사집행법 제57조 제4항), 전기·가스·수도의 공급 기타 이에 유사한 계속적 급부를 행하는 공익사업법인에 대해 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있도록 하고 있다(동조 제5항).<sup>170)</sup>

둘째, 경매부동산의 매각이 불가능한 경우에 기존의 매각을 위한 보전처분(일본 민사집행법 제55조, 제187조의 2)이나 최고가매수신청인, 매수인을 위한 보전처분(동법77조) 이외에, 예비적 매수신청을 한 압류채권자를 위해서 보전처분의 요건을 완화하였을 뿐만 아니라, 즉시 집행관에게 보관명령을 하거나 또는 그 보전처분을 신청한 압류채권자에게도 이에 준하도록 하고 있다. 또한 폭력단원 등을 배후에 두고 있는 것 같은 태도를 취함으로써 일반 매수자들로 하여금 매수의욕을 잃게 하는 경우가 가격감소행위에 해당하며, 그러한 태도를 취하려는 것이 예상되는 사람에게도 점유이전금지의 대상이 된다고 하고 있다.<sup>171)</sup>

셋째, 경매부동산이 매각되지 않거나 경매신청의 취하 없이 지연되므로 경매사건이 늘어나는 것에 대비하여 법 제68조의 3을 신설하고 사건이 신속하게 집행되도록 하였다. 따라서 매각이 3회에 걸쳐 불능이 되고 다시 매각을 실시하여도 매각의 가망이 없을 경우, 집행법원은 경매절차를 정지하고 이를 압류채권자에게 통지한 이후 3개월 이내에 압류채권자의 신청으로 매각을 실시하였지만 불능 된 경우에는 경매절차를 취소

169) 竹下守夫, 前掲書, 132面. 以下; 長谷部・由起子 編, 前掲書, 45面 以下.

170) 김상균, 전계논문, 634면; 小澤善哉他, 「圖解不動産の時價・減損會計と評價」, 東洋經濟新報社, 2002, 128-130面.

171) 김상균, 상계논문, 635면; 정연환, 전계논문, 117-119면; 佐藤清次, 「わかりやすい競賣評實務」, 住宅新報社, 2003, 181面 以下.

할 수 있도록 하고 있다.<sup>172)</sup>

넷째, 매수인의 대금납부에 관해 동법 제82조 제1항 이외에 동조 제2항을 다음과 같이 추가하였다. “매수인 및 매수인으로부터 부동산 위에 저당권을 신청하는 때에는, 전항의 규정에 의한 촉탁은 등기신청의 대리를 업으로 할 수 있는 자로서 신청인이 지정하는 자에게 촉탁서를 교부하여 이를 등기소에 제출하는 방법이다. 이 경우에 신청인이 지정하는 자는 지체 없이 촉탁서를 등기소에 제출하여야 한다.” 이 조문은 매수인의 대금납부에 관해 금융기관의 자금협력을 얻어 매각을 촉진시키려는 제도일 뿐만 아니라, 집행법원의 업무의 효율성·능률성을 감안한 것이다.<sup>173)</sup>

다섯째, 일본은 ‘채납처분과 강제집행 등의 절차에 관한 조정법률’을 제정하여 양 절차가 서로 충돌하지 않도록 이에 대한 시스템을 구축하였다.

여섯째, 인터넷을 통한 경매신청 및 통보에 있어 일본은 우리나라보다 진일보한 시스템을 구축하고 있으며, 이는 우리나라의 법원시스템이나 부동산 경매시스템 구축 시 고려하여야 할 대상이 된다. 실제로 일본의 경우에는 각 지방법원별로 구축된 시스템이 중앙의 시스템과 유기적으로 연계되어 있을 뿐만 아니라, 법원경매 등과 관련한 시스템을 한 화면을 통해 대부분 온라인으로 발급받도록 되어 있다.<sup>174)</sup>

## 2. 독일

독일에서의 부동산에 대한 강제집행에 대한 규정은 독일민법(BGB)의 물권규정과 민사소송법(ZPO), 부동산강제경매 및 강제관리법(ZVG) 등이 있다. 그리고 독일의 부동산에 대한 강제집행방법으로는 우리나라 제도와 유사한 강제경매(Zwangsvorsteigerung), 강제관리(Zwangsvorwaltung) 및 일반채권자가 강제경매 및 강제관리로서 우선적으로 변제받기 위한 예비적 수단이라고 할 수 있는 강제저당(Zwangshypothek)의 세 가지가 있는데(독일민사소송법 제866조), 채권자는 이 세 가지 방법 중에서 강제집행방법을 자유롭게 선택할 수 있다.<sup>175)</sup> 독일에서는 부동산 강제집행절차에서 부동산을 매수한 매수인은 기존의 부동산등기부상에 있는 기존의 권리들을 인수해야 하는 이른바 인수주의를 취하고 있는데, 이는 이에 대응하는 제도인 소제주의에 대한 비판을 거쳐 채택된 것이라고 한다.<sup>176)</sup>

172) 佐藤清次, 上掲書, 198面 以下 ; 西岡清一郎, 「民事執行の實務・不動産執行編」, 金融財政事情研究会, 2003, 89-92面.

173) 정연환, 전계논문, 171면 ; 西岡清一郎, 上掲書, 93面 以下 ; 中野貞一郎, 「民事執行・保全法概説(第2版)」, 有斐閣. 2004, 142面 以下.

174) 정연환, 상계논문, 154면.

175) 이주홍, “독일의 부동산 강제집행제도 개설”, 「법조」 제373호, 법조협회, 1987.10, 41면.

## 1) 압류채권자 우선주의

집행을 당하는 채무자에게 채권자가 다수 있을 때 그 채권자들 사이에서 매득금을 분배할 때 어떠한 원칙에 따를 것인가에 관한 입법례로는 우선주의, 군단우선주의 및 평등주의가 있는데, 우리 민사집행법은 평등주의를 기본으로 하고 있는데 독일 민사소송법은 우선주의를 택하고 있다. 우선주의는 채무자의 개별 재산에 대하여 압류한 채권자가 그 재산으로부터 '우선적으로' 만족을 얻는다는 원칙이다. 이 원칙은 강제집행법이 취하는 개별집행의 원칙에 따른 배당절차에서의 원칙으로 일반집행을 원칙으로 하는 도산절차와 대비된다. 도산절차에서는 모든 채권자를 부분적으로나마 만족시키기 위하여 채무자의 전 재산을 환가함으로 당사자 사이에 우선순위가 없는 것이 원칙이다. 그러므로 우리법이 취하는 평등주의는 도산절차와 더 잘 어울리고, 독일법이 취하는 우선주의는 집행절차의 본질에 맞다고 할 수 있다.<sup>177)</sup>

스파르타식 정신과 뿌리를 같이하는 엄격한 법정신으로 인하여 로마에서는 초기의 도시국가 때부터 채무자의 존재 전체, 즉 그의 인격과 재산 전체를 집행의 대상으로 하였다. 그 뒤에는 법무관의 법집행에 따라서 어느 정도 규제는 되지만 그래도 채무자의 전 재산을 집행의 대상으로 하였다. 이러한 집행의 성격은 공화정이 끝날 때뿐만 아니라 후기의 제정시대에까지 유지되었다. 각각의 집행 채권자는 정무관이 모든 동산과 부동산을 압류하도록 하고, 그 물건들을 매도하도록 할 권리를 취득하였다. 그러나 하나의 유일한 목적물에 대해서만 집행이 가능할 경우에는 임의의 다른 채권자나 모든 채권자들에게 비율에 따른 배당에 참가할 가능성이 주어졌다. 이러한 융통성 없는 법체계는 일반집행과 개별집행의 선택, 즉 비율에 따를 것인가 우선권을 인정할 것인가를 결정할 가능성은 전혀 생각할 수 없었다. 로마에서 개별집행의 조짐이 나타난 것은 로마 제정 후기, 기원 2세기 말부터 3세기 초였기 때문에 로마 법원에서 그 모습을 파악하기는 불가능하였다.

로마제국의 멸망으로 유럽이 게르만의 원시적인 지배 하에 들어가자 강제집행이라는 법제도는 소멸하고 게르만족의 원시적인 절차가 지배하게 되었다. 이때에는 옛 로마와는 반대로 개개의 재산에 대한 압류가 집행이 첫 단계였다. 그 형태나 내용은 자력구제를 기본으로 하는 매우 원시적인 것이었고, 후대에 로마법의 영향을 받아 제도로서 정비되고 일반집행의 요소가 도입되기도 했지만 근간은 역시 개별집행이었다. 그리하여 독일 보통법에 이르러 채무자가 도산에 이르기 전에는 깨어있는 채권자에게 우선권을 주자는 원칙인 질권원인판결(*pignus in causajudicaticaptum*)이 확립되었고 여기서 우선

176) 이은희, “저당권과 임차권 관계에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1998, 24면.

177) 정연환, 전계논문, 21면 ; Rosenberg/Gaul/Schilken, *aa.O.*, §50 III 3e.

주의가 유래한 것이라고 한다. 그러나 프랑스, 이탈리아, 그리스 및 일본은 로마법의 전통에 따라 평등주의를 채택하였다(다만, 프랑스는 1993.1.1.부터 시행하는 개정법부터는 채권압류에 관하여는 우선주의를 취하고 있다).<sup>178)</sup>

우선주의는 초과압류와 채권자의 즉시 경매의 위협 때문에 채무자가 조기 도산에 이르는 것을 방지하는 장점이 있다. 또한, 실체법에 가까운 집행법의 본질에 맞다. 그리고 채무자의 주도권을 인정하는 것이므로 집행법이 이바지하는 사법에서의 사적자치와도 어울린다. 우선주의에 대한 비판으로는, 시각적으로 조금 늦었다고 만족을 얻지 못하는 다른 채권자에 가혹한 면이 있다는 점, 적어도 가압류 질권에 대하여는 헌법 위반이라는 점, 자력구제를 법원과 집행기관으로 이식하게 된다는 점 등이 주장된다. 이 중 헌법 위반이라는 점에 대하여는, 헌법상의 평등권은 법원 앞에서의 기회균등을 의미하는 것이지 집행기관 앞에서의 채권자 상호간의 평등을 의미하는 것이 아니며 각 채권자 사이에 자의적인 차별을 하자는 것도 아니라는 점, 판결절차에서는 원고와 피고가 각기 자기의 승소를 위하여 소송을 수행하는 것이므로 그들에게 평등한 기회를 주어야 하지만 집행과정에서 각 채권자는 자기 채권의 만족을 위하여 행위를 하므로 이들을 평등하게 다루어야 하는 것이나 이는 모든 채권을 동등하게 만족시켜야 한다는 것과는 다른 의미라는 점에서 타당하지 않다고 본다.

## 2) 부동산 담보권 실행을 위한 경매와 집행권원

우리 민사집행법에서는 담보권의 실행을 위한 경매를 하려면 부동산과 채권 기타 재산권에 대하여는 채권자가 담보권의 존재를 증명하는 서류를 첨부하여 신청하여야 한다(민사집행법 제724조, 제733조). 이와는 달리 독일법에서는 저당권(Hypothek), 토지채무(Grundschuld), 정기토지채무(Rentenschuld) 등을 실행하기 위한 부동산의 환가는 강제집행의 방법으로만 하도록 하고 담보 채권자를 만족시키기 위하여 토지의 소유권을 강제집행이 아닌 다른 방법으로 채권자에게 이전하는 것을 금지한다(독일민법 제1147조, 제1149조). 담보권의 실행도 강제집행으로 하므로 집행을 하려면 집행권원이 필요하다.

토지에 대한 담보권을 실행하려면 채권자에 의한 매각이 아닌 강제집행을 통하여야 한다. 동산의 경우에는 담보권자가 점유를 취득하는 것이 통상이므로 한 물건에 여러 제한물권이 성립하는 일이 매우 드물기 때문에 담보권자가 매각을 해도 별 문제가 없지만, 부동산의 경우에는 다수의 물권자가 존재하는 것이 가능하기 때문에 담보물의 매

178) 이은희, 전계논문, 26면 ; Rosenberg/Gaul/Schilken, *aa.O.*, §5 VI 5 ; Traichel, *Die Reform des französischen Zwangsvollstrecht*, 1995, S. 128 f.

각에 매우 복잡한 절차가 따를 수 있다. 그렇기 때문에 반드시 법원에 의한 강제집행 절차를 거치도록 한 것이다. 그리고 채무자가 자기 부동산에 저당권을 설정할 때 부동산에 대한 집행에 복종하겠다는 조항을 포함시켜 이를 등기하면 그 부동산의 모든 소유자에게 효력이 생긴다. 이때 채권자가 담보물에서 만족을 얻으려면 피담보채무의 이행기가 도래했다는 점만 입증하여 법원이나 공증인 앞에서 집행문이 부여된 공정증서를 작성하여 그것이 집행권원이 된다.

### 3) 강제저당

강제저당은 강제경매와 강제관리와 함께 부동산에 대한 강제집행의 한 방법으로 인정된 것이다. 이는 부동산등기부에 강제로 기입하는 보전저당으로, 다른 집행방법과는 달리 채권자를 직접 만족시키는 효과는 없고 채권자에게 물권의 일종인 저당권을 취득 시킴으로써 강제경매나 강제관리를 할 때 자신의 저당권의 순위에 따라 만족을 얻도록 하는 집행방법이다. 강제저당은 이미 확정된 순위를 가진 담보 물권을 가진 사람에게는 의미가 없고, 그러한 효력이 없는 채권을 가진 사람이 일단 순위를 확보하고 집행할 적절한 시기를 기다리고자 할 때에 사용할 수 있는 방법이다.<sup>179)</sup>

강제저당은 채권자의 신청으로 등기소가 등기부에 기입함으로써 한다(독일민사소송법 제867조 제1항). 등기소에서 실제로 등기를 담당하는 자는 사법보좌관이다. 집행기관으로서의 등기소는 신청이 있으면 모든 집행요건이 구비되었는지 조사하고, 등기법상의 요건도 조사한다. 이 요건의 하나로 채권자의 신청이 있어야 하고, 채무자의 동의는 필요 없다. 집행권원이 동의를 갈음하기 때문이다. 등기부에 기입하는 절차는 강제집행 절차와 비송사건절차가 혼합된 형태이다. 이 뒤에 채권자가 이 등기에 기재된 집행권원으로써 강제저당이 포함된 저당권의 순위에 따라 강제경매를 할 수 있고, 별도의 수인 명의를 얻을 필요가 없다.<sup>180)</sup>

### 3. 프랑스

독일법상 우선주의가 강제집행의 모든 종류를 통하여 일관되고 있는 것과는 달리 프랑스 법은 실체법과 절차법이 미분화되어 있는 것이 특징이다. 또한 동산과 부동산 및 채권집행이 통일적인 체계화 단계에 이르지 못하고 있는 등의 원인으로 강제집행의 중

179) 오시영, 전게서, 361면.

180) 이주홍, 전계논문, 43면 ; Jauernig, Othmar, *Zwangsvollstreckungs und Insolvenzrecht*, 20. Aufl., 1996, §23 IV.

류에 따라 개별상대효설 요소가 짙은 분야도 많다. 나폴레옹 이후 수차례 법 개정을 통해 평등주의는 강제성과 융통성을 갖게 되었다. 즉 우선주의적 요소가 많이 도입되어 프랑스민법 제2093조는 채무자의 총재산은 그 채권자의 공동담보가 되며, 매득금은 개개의 채권자에게 법정의 우선권이 인정되지 않는 한 채권액에 상응하여 채권자간에 분배되는 평등주의가 보편적으로 행해지는 것을 선언하고 있으나, 평등주의가 실천되는 것은 동산집행 뿐이다.

부동산 강제집행은 압류에 의하는 강제경매와 재판상 저당권에 의하는 방법이 있다. 부동산 강제경매를 수행하는 각 채권자 간에는 부동산이 저당권을 부담하지 않으며 채권액에 비례하여 배당을 받고, 저당권을 부담하는 토지를 경매하는 경우에는 저당권의 설정순위에 의해 배당이 된다(프랑스 민사소송법 제750조-제779조). 부동산에 대한 재판상 저당권이란 프랑스 특유의 역사적 전통을 갖는 제도로 이는 중국판결 등을 얻은 채권자가 이를 등기하여 제3자에게 대항요건을 구비하면 실체법상 우선권이 확보되고 집행채권자는 재판상 저당권을 인정받게 되어 장래에 우선적 변제를 받을 수 있다. 즉 재판상 저당권은 후일 경매 시 약정저당권과 같이 우선변제권이 인정되며 재판상 저당권이 아닌 한 모두 평등한 취급을 받는다.

부동산 집행시 압류명령이 등기부에 공시되면 이해관계에 대한 권리최고가 행해지고, 이 절차에 의한 이해관계인의 범위가 확정된 후의 저당권자는 이해관계인 전원의 동의가 없는 한 압류채권의 변제를 받았다하더라도 단독으로 취하 또는 취소에 의해 집행 절차를 종결할 수 없다. 이중압류권자의 압류효력도 최초의 압류 시로 소급되고 채무자의 저촉처분은 이해관계인 전원에 해 대항하지 못하며(절차상대효설), 초과압류는 당연히 허용된다. 채권집행은 집행권원의 유무를 묻지 않고, 압류명령 후 유효확정판결을 하기 전 집행절차에 참가한 채권자 간에는 평등배당을 하고 그 후 집행참가는 인정하지 않는다(프랑스 민사소송법 제579조). 독일법과는 달리 압류에 의해 집행채권자에게 어떤 우선권도 없어 자기의 청구권이 타 청구권에 우선하는 경우가 아닌 한 모두 동일하게 채권액에 비례하여 평등한 취급을 받는다. 즉 군단우선주의와 같은 효과가 발생한다.

프랑스에서는 강제매각의 대상을 채무자의 소유에 속하는 부동산 및 부동산으로 간주되는 부속물과 이와 동일한 성질의 재산에 대하여 채무자가 보유하고 있는 용익물권으로 규정하고 있다(프랑스 민법 제2204조). 또한 우리나라 일본과 마찬가지로 강제매각은 경영체의 주된 소재지를 관할하는 법원에서 행해지며 주된 소재지가 없는 때에는 납세대장을 기준으로 최대의 수입을 올린 재산 부분을 관할하는 법원에서 행해진다. 더구나 저당권이 설정된 재산과 저당권이 설정되지 않은 재산 또는 상이한 주소지에 소

재하는 재산이 단일의 동일한 경영체의 일부를 구성하는 경우에 채무자의 청구가 있다면 재산 전부에 대한 일괄적인 매각을 실행할 수 있으며, 필요한 경우에는 분할매각도 가능하다. 또한 부동산 매각대금의 배당순위 및 배당방법과 절차에 관해서는 법률로 규정하고 있다.<sup>181)</sup>

프랑스민법 제549조는 “단순한 점유자는 선의인 경우가 아니면 과실을 자신의 것으로 하지 못한다. 반대의 경우에 그는 그 물건의 반환을 요구하는 소유자에게 그 물건과 함께 그 산출물을 반환할 의무를 진다. 당해 산출물이 현물로 존재하지 아니하는 경우에는 그 가액은 상환시를 기준으로 평가된다”고 규정하고, 이어서 제550조는 “① 점유자는, 소유권이전명목에 기하여 또 그 하자를 알지 못하고 소유자로서 점유하는 때에는 선의이다. ② 점유자는 그 하자를 안 때로부터는 더 이상 선의가 아니다”라고 규정하고 있다.

그러면 반환청구소송이 제기된 경우는 어떠한가? 프랑스민법에는 우리 민법 제197조 제2항과 같은 명문의 규정은 존재하지 않는다. 그러나 1840.12.23.의 파후시원 민사부 판결<sup>182)</sup> 이래로, 판례<sup>183)</sup>와 통설은 소유자가 소유물반환청구소송을 제기한 날로부터 점유자는 비록 자신이 소송의 제기 후에도 여전히 선의임을 주장·입증하더라도 과실을 수취할 권리를 가지지 못하며, 그 날 이후의 과실을 반환하여야 한다는 태도를 취하여 왔다. 그리고 그 이유는 대체로 두 가지 관점에서 설명되고 있다. 하나는 ‘그 때로부터 점유자는 과실을 반환하여야 하게 될 수도 있음을 예기하여야 하기 때문’이라는 것이다. 다른 하나는 ‘법관이 준수하여야 할 소송상의 원칙에 의하면, 법관은 당사자들의 권리를 판단함에 있어서 소송의 지연이 당사자들에게 불이익을 주지 않도록 소송의 개시 시점을 기준으로 하여야 한다’는 것이다.<sup>184)</sup> 한편으로 소유물반환청구소송에서의 판결의 선언적 성격을 중시하고, 그 효력이 소송 제기 시로 소급한다는 설명도 제기되고 있다.<sup>185)</sup> 민법상의 직접청구권은 그 연혁을 따져 올라가면, ‘직접소권’에 관한 규정으로 소급된다. 즉 임대인의 직접청구권은 프랑스민법 제1753조 제1항에(“전차인은 압류시에 부담하고 있던 전차임을 한도로 하여 소유자에 대하여 의무를 부담한다. 다만 전차인은 차임의 전분으로써 대항하지 못한다”), 위임인의 직접청구권은 프랑스 민법 제1994조 제2항에(“위임인은 복수위임인에 대하여 직접 소를 제기할 수 있다”), 그리고 복수위임의 직접청구권은 이른바 ‘직접소권의 상호성’에 기하여 학설이 일찍부터 인정하여 왔고

181) 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004, 853-854면.

182) Cass. civ. 23 déc. 1840, S. 41. 1. 136

183) 정연환, 전계논문, 27면 ; Jacques Audier, *Juris Classeur Civil*, Propriété(Art. 515 à 577), Art. 547 à 550, Fasc. D(1990), n° 36.

184) 정연환 상계논문, 28면 ; Jean Carbonnier, *Droit civil*, T.3 : Les biens, 19 éd.(2000), 208, S. 326.

185) 정연환 상계논문, 28면 ; Jacques Audier, *Juris Classeur Civil*, n° 36.

1960년 이래 판례도 이를 인정하기에 이르렀다.<sup>186)</sup>

#### 4. 합의

여기에서는 위에서 살펴본 주요 국가의 경매제도의 내용을 검토하여 우리에게 주는 시사점을 찾고자 한다.

우선, 일본의 민사집행법과 경매절차원활화법 등의 특별법에서 규정하고 있는 몇가지 새로운 제도는 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 특히, 경매부동산이 매각되지 않거나 경매신청의 취하 없이 지연되므로 경매사건이 늘어나는 것에 대비하여, 매각이 3회에 걸쳐 불능이 되고 다시 매각을 실시하여도 매각의 가망이 없을 경우 집행법원은 경매절차를 정지하고 이를 압류채권자에게 통지한 이후 3개월 이내에 압류채권자의 신청으로 매각을 실시하였지만 불능된 경우에는 경매절차를 취소할 수 있도록 한 규정은 매우 바람직한 규정이라 생각된다. 또한, 집행법원의 업무의 효율성이나 능률성을 감안하여 매수인의 대금납부에 관하여 금융기관의 자금협력을 얻어 매각을 촉진시키려는 제도도 눈여겨 볼만 한 제도이다. 이러한 제도들은 부당한 집행방해 행위에 의한 집행절차의 지연을 사전에 방지하기 위한 제도인 바, 매각부동산을 안전하게 매수인에게 인도하는 것도 중요하지만, 가능한 한 높은 금액으로 부동산을 매각하여 채권실현을 달성하는 것도 중요하다는 것을 감안하면 이러한 제도는 높이 평가할 만하다고 하겠다.

특히, 일본은 ‘채납처분과 강제집행 등의 절차에 관한 조정법률’을 제정하여 양 절차가 서로 충돌하지 않도록 이에 대한 시스템을 구축하고 있는데, 우리는 이러한 법률이나 시스템을 구축하지 않아 서로 충돌하는 사례까지 있어 법원경매 담당직원이 중과실을 물어 구상한 사례도 있다. 우리도 양 절차가 충돌되지 않도록 입법으로 해결하여야 할 과제라고 할 수 있다. 또한, 일본은 인터넷을 통한 경매신청 및 통보에 있어 진일보한 시스템을 구축하고 있는 바, 각 지방법원별로 구축된 시스템이 중앙의 시스템과 유기적으로 연계되어 있을 뿐만 아니라, 법원경매 등과 관련한 시스템을 한 화면을 통해 대부분 온라인으로 발급받도록 되어 있다. 우리나라의 경우 법원전산망이 독자적으로 가동되기는 하나, 관련시스템인 G4B, G4C 등과의 연계가 이루어지지 않아 법원 경매 시스템 역시 제 기능을 발휘하지 못하고 있는 실정이므로 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

다음으로, 독일은 경매제도에 있어서 ‘압류채권자 우선주의’를 취하고 있다. 즉, 다수

186) 양창수, "2003년 민사판례개관", 서울대학교 민사실무연구회 제255회 발표논문, 11면.

의 채권자들 간에 매득금을 분배에 관한 입법례로 우선주의, 군단우선주의 및 평등주의가 있는데, 우리 민사집행법은 평등주의를 기본으로 하고 있는데 독일 민사소송법은 우선주의를 택하고 있다. 우선주의는 채무자의 개별 재산에 대하여 압류한 채권자가 그 재산으로부터 ‘우선적으로’ 만족을 얻는다는 원칙이다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 법이 취하는 평등주의는 도산절차와 더 잘 어울리고, 독일법이 취하는 우선주의는 집행절차의 본질에 맞는다고 할 수 있다. 그러므로 장기적으로는 우선주의를 도입해야 할 것으로 생각된다. 또한 독일법상의 강제저당제도는 강제경매와 강제관리 이외의 제3의 강제집행방법으로 특히 우리나라처럼 부동산가격의 폭등현상이 빚어지고 있는 형편에서는 더욱 효용성이 크다고 할 것이므로 이 제도의 도입도 적극적으로 검토할 필요가 있다.<sup>187)</sup>

### 제3절 부동산경매에 있어서 권리분석

#### 1. 부동산권리분석

부동산권리분석(real estate title analysis)에 대하여 명확한 정의를 내릴 수 없으나 학자에 따라서 다음과 같이 개념정의를 하고 있다. 부동산권리분석이란 “비권력적인 서비스행위로서 아무리 등기소유권을 살펴보아도 발견할 수 없는 흠을 발견하여 부동산과 관련한 제사고를 방지하는 사회과학이다”고, 하는 견해<sup>188)</sup>와 “부동산소유권의 내용이 어떻게 이루어지고 있는가를 관정하는 것을 뜻 한다”는 견해,<sup>189)</sup> “대상 부동산의 권리관계에 대한 진정성(하자의 유무)과 법률적 가치를 실질적으로 조사·확인·판단함으로써 일련의 부동산활동을 안전하게 하려는 작업이다”는 견해가 있다.

투자대상으로서의 부동산은 일반 재화에 비해 상대적으로 경제적 가치가 커서 경매 대상물인 부동산에 대한 권리분석을 잘못하여 권리상 하자 있는 부동산을 취득하면 막대한 손해를 입을 가능성이 높다. 부동산 경매물건의 주를 이루는 것은 주택 및 상가건물이다. 이에 대한 권리분석을 하기 위해서는 경매결과 낙찰자에게 인수되는 권리가 있는지 여부와 부동산상의 권리자, 특히 주택 및 상가건물 임차인들이 배당절차에서 얼마

187) 추신영, “강제저당제도에 관한 연구”, 경성대학교박사학위논문, 2000.2, 11면 이하 ; 강대성, “경제불황기의 부동산집행절차”, 「토지법학」 제14호, 한국토지법학회, 1999.1, 198면 ; 오시영, 전게서, 361면.

188) 김태훈, 「부동산권리분석론」, 법문사, 2001, 218-219면; 김태훈, 「부동산학사전」, 부연사, 2000, 347면.

189) 이창석, 「부동산학개론」, 형설출판사, 2004, 526면.

를 배당받는지를 분석하여야 한다.

이처럼 권리분석은 경매투자에 있어서 첫 출발점이고 가장 중요한 부분이다. 경매물건의 하자에 대한 책임은 어디까지나 경매투자자의 몫이지 법원이 책임을 저주지 않는다. 따라서 경매를 함에 있어서 어디까지나 경매투자 본인이 경매물건에 대하여 완전한 분석을 할 수 있는 능력을 워야 한다. 그러므로 경매결과 소멸되는 권리와 인수되는 권리가 무엇인지를 가려낼 수만 있으면 충분하다고 할 수 있다. 권리분석은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 부동산등기부 분석은 경매결과 소멸되지 않고 낙찰자에게 인수되는 권리가 있는지 여부를 파악하는 것이고, 주택 및 상가건물임차인 분석은 경매결과 임차권이 소멸되지 않아 낙찰자가 매각대금 이외에 임차인의 보증금을 인수해야 하는지에 대한 여부를 분석하여야 한다.<sup>190)</sup>

## 2. 말소기준권리분석

말소기준일이란 등기부상 소멸되는 권리 중 인수되는 권리와 소멸되는 권리를 구분 짓는 권리를 말한다.<sup>191)</sup> 말소기준권리에는 저당권, 근저당권, 가압류, 담보가등기, 강제경매기입등기가 있다. 이런 권리들 중에서 등기부상에 제일 먼저 설정된 등기가 말소기준권리에 해당된다.<sup>192)</sup> 그러므로 말소기준권리를 포함하여 등기부상 그 후에 설정되었던 권리가 모두 소멸한다. 민사집행법상 말소기준권리는 동법 제91조 제3항에 “지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항 할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸한다”라고 규정함으로써 저당권, 압류채권, 가압류채권을 인수 또는 소멸되는 권리의 말소기준권리로 보고 있다.<sup>193)</sup>

따라서 경매물건의 낙찰자가 입찰금액 이외에 추가로 부담하여야 하는 금액 또는 권리가 있는지 여부를 파악하기 위해서는 입찰 전 등기부등본에 의해 경매물건의 말소기준권리를 찾아내어야 한다. 말소기준권리보다 앞선 권리나 먼저 전입(상가건물은 사업자등록)한 임차인의 보증금은 낙찰자가 인수하여야 하지만, 나중에 설정된 권리나 늦게 전입신고(상가건물은 사업자등록)한 임차인의 보증금은 낙찰자가 인수하지 않는다.<sup>194)</sup>

### 1) 저당권과 근저당권

대법원도 최초의 저당권 혹은 근저당권보다 이후에 이루어진 대항요건을 갖춘 임차

190) 한삼인·김상명, 전계논문, 127면.

191) 강석희, 전계서, 201면.

192) 전장현, “민사소송에서 민사집행까지”, 한국사법행정학회, 2002, 351면.

193) 전장현, 전계, “임차부동산의 경매와 임차인의 보호에 관한 연구”, 14면.

194) 강석희, 전계서, 201면.

인은 경락인에게 대항할 수 없다고 판시하고 있다.<sup>195)</sup> 이러한 경우 임차인에게 대항력을 인정하게 된다면 담보물의 가치를 하락시키는 결과를 초래하게 되어 선순위의 근저당권자가 손실을 보게 된다. 이처럼 근저당권이 등기부상에 최선순위로 설정되어 있는 경우, 근저당권은 채권액 회수여부를 떠나서 소멸하게 되고 후순위권리도 근저당과 함께 소멸하게 되므로 근저당권은 말소기준권리에 해당한다. 주의를 요하는 것은 말소기준권리인 근저당권이 설정된 후의 권리나 대항력을 갖춘 주택 또는 상가건물의 임차인은 낙찰로 그 권리가 소멸되나, 말소기준 근저당권보다 먼저 설정된 일정한 권리(가처분등기, 보전가등기, 환매등기, 지상권, 지역권, 전세권, 대항력 있는 임차인)은 낙찰로 소멸하지 않고 낙찰자가 부담하게 된다.<sup>196)</sup>

## 2) 압류와 가압류

강제집행을 하기 위해 채무자의 재산을 강제적으로 확보하는 조치가 압류이다. 부동산강제집행에 있어서 압류는 그 부동산에 대한 경매개시결정을 하면서 동시에 압류명령을 함으로써 행한다. 경매신청에 의하여 법원이 경매개시결정을 하면 압류의 효력이 생기므로 압류를 위해서는 먼저 강제경매신청이 있어야 한다.

가압류는 금전채권을 위한 보전처분으로서 앞으로 집행의 대상이 될 수 있는 재산을 임시로 압류해 두는 조치를 말한다. 제3자에 대하여 처분금지의 효력을 나타내며 이를 공시함으로써 제3자에게 경고함을 목적으로 한다. 그러므로 부동산에 경매개시결정기입등기가 경료된 후나 가압류등기가 된 후에 그 부동산을 임차한 자는 가압류집행으로 인한 처분금지의 효력에 의하여 가압류사건의 본안판결의 집행으로 그 부동산을 취득한 경락인에게 임대차의 효력을 주장할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>197)</sup>

## 3) 가등기담보권

경매에 있어서 말소기준권리보다 먼저 설정된 가등기는 소멸되지 않고 낙찰자에게 인수되는 것이 원칙이다. 그러나 선순위 가등기가 담보가등기라면 경매시 근저당권으로 간주되므로 순위에 의하여 배당을 받고 소멸하며, 이때 최선순위 담보가등기는 말소기준권리가 된다. 가등기는 담보가등기인지 보전가등기인지 여부 및 담보하는 채권에 관한 내용(채권액, 채무자, 변제기, 이자 등)이 등기부상 공시되지 않아 제3자는 가등기담보권의 범위를 알 수 없으므로 목적부동산의 담보가치의 하락이 있을 수 있다.<sup>198)</sup> 따라

195) 대판 1987.2.24, 86다카1936.

196) 강석희, 전계서, 205면.

197) 대판 1983.4.26. 83다카116.

198) 강석희, 전계서, 267면.

서 가등기된 부동산이 경매진행된 경우 법원은 가등기가 담보가등기인지 소유권이전청구권 보전가등기인지 여부를 법원에 신고할 것을 가등기권리자에게 최고하여야 한다(가등기담보등에관한법률 제16조).

특히 여기서 주의를 요하는 것은 법원에서 최고가 있음에도 불구하고 가등기권리자가 채권계산서를 제출하지 않은 경우에는 담보가등기가 아닌 보전가등기로 보는 것이 실무계의 현실이다. 이러한 선순위 보전가등기가 있는 인수하게 되어 불측의 손해를 볼 수도 있다.<sup>199)</sup>

### 3. 잉여주의 및 소멸주의와 인수주의

#### 1) 잉여주의

잉여주의란 매각대금을 가지고 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 부담 및 집행비용을 변제하면 남는 것이 없을 것이라고 인정한 경우 부동산의 매각을 허용하지 않을 것을 말한다. 잉여주의는 동산의 매각절차에도 적용되고, 담보권실행경매절차에도 적용된다. 법원은 최저매각가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정한 때에는 압류채권자에게 이를 통지하여야 한다(동법 제102조 제1항). 그리고 압류채권자가 통지를 받은 날로부터 1주 이내에 부담과 비용을 변제하고 남을 만한 가격을 정하여 그 가격에 맞는 매수신고가 없는 때에는 자기가 그 가격으로 매수하겠다고 신청하면서 충분한 보증을 제공하지 아니하면, 법원은 경매절차를 취소하여야 한다(동법 제102조 제2항). 또한 이러한 취소 결정에는 즉시항고를 할 수 있다(동법 제102조 제3항).

#### 2) 소멸주의(소제주의)와 인수주의

압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부동산의 부담을 경매절차에서 어떻게 처리할 것인가에 관하여 두 가지 입법주의가 있다. 소멸주의는 매각에 따라 부동산의 부담을 소멸시켜서 매수인에게 부담 없는 완전한 부동산 소유권을 취득시키는 입법주인데 반하여, 인수주의는 부동산의 부담을 매수인에게 그대로 인수시키는 입법주의를 말한다.

소멸주의는 한 번의 경매로 모든 부담을 소멸시키기 때문에 각 부담에 따라 경매가 되풀이되는 복잡함을 막을 수 있을 뿐만 아니라, 매수인이 안심하고 부동산의 소유권을 취득할 수 있으므로, 경매를 용이하게 하는 장점이 있다. 그러나 매수신청인은 일시에

199) 한삼인·김상명, 전제논문, 130면.

고액의 대금을 마련하여야 하므로 오히려 경매를 기피하는 사유로 작용하는 단점이 있다.<sup>200)</sup>

이에 반하여 인수주의에 따르면 매수인은 인수할 부담상당액을 최저경매가격에 산입시켜 그 차액만을 지급하면 되므로 일시에 고액의 대금을 내지 않아도 된다는 장점이 있다. 그리고 부동산 위의 권리자는 매수인에 대해서도 계속하여 권리를 행사할 수 있으므로 그 법적 지위가 안정적이다. 특히 담보권자가 원하지 않는 시기에 부동산이 매각되어 충분하지 못한 배당을 받게 되는 위험을 피할 수 있다는 점에서 부동산금융제도에 유익한 기능을 하는 장점도 있다. 반면 소멸주의와 달리 매수인이 인수 받는 담보권이 행사되면 다시 경매를 실시하여야 하는 위험이 있으므로 매수인의 법적 지위가 불안하다는 단점도 있다.<sup>201)</sup>

#### 4. 입법주의에 따른 부동산권리분석

##### 1) 저당권

저당권은 채권자가 채무자 또는 물상보증인이 채무의 담보를 위하여 제공한 부동산 기타 목적물의 점유를 이전받지 아니한 채 그 목적물을 관념상으로만 지배하다가 채무자가 변제기일에 변제하지 않는 경우 그 목적물로부터 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있는 권리이다. 이러한 저당권의 특수성에 따라 점유를 수반하지 않고 단지 우선변제권만 있는 모든 저당권은 소제주의에 따라 매각으로 소멸된다(동법 제91조 제2항). 따라서 저당권은 압류채권에 우선하든 우선하지 않던 소멸주의에 따라서 소멸되는데, 압류채권보다 우선한다고 하여 인수시킨다면 다시 또 그 저당권에 의해 경매신청이 가능한 길을 열어 놓게 되는 불합리성이 있을 수 있다. 다만, 문제가 되는 것은 저당권자가 원하지 않는 시기에 저당권을 소멸시켜 저당권이 목적하는 투자의 기회를 침해하는 결과를 초래할 수 있는 단점이 있다.

##### 2) 가등기담보권

가등기담보가 경료된 부동산에 대하여 경매 등이 행하여진 때에는 담보가등기권리는 그 부동산의 매각에 의하여 소멸한다(가등기담보등에관한법률 제15조). 그러나 청산금이 없는 경우에 청산기간이 경과된 뒤에 경매신청이 있었거나 청산금이 있는 경우에 경매신청이 있기 전에 청산금이 지급된 경우에는 가등기담보권은 소멸하지 않고, 담보

200) 강대성, 전계서, 310면.

201) 강석희, 전계서, 91면.

가등기권리자는 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있다(동법 제14조).

### 3) 용익권

지상권, 지역권, 전세권, 등기된 임차권은 원칙적으로 인수주의에 따라 매수인에게 인수된다. 또 주택 및 상가건물임대차보호법의 적용을 받는 임차권도 매수인에게 인수된다. 그러나 전세권의 경우 전세권자가 배당요구를 하면 이도 매각으로 소멸한다(민사집행법 제91조 제4항). 이러한 용익권이 저당권, 압류채권, 가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 인수되지 않고 매각으로 소멸한다(동법 제91조 제3항).

### 4) 유치권

유치권이란 타인의 물건 등을 점유한 자가 그 물건에 관하여 발생한 채권이 있을 경우 그 채권을 변제받을 때까지 물건 등을 유치할 수 있는 권리를 말한다(민법 제320조 제1항). 유치권은 우선변제권이 없으나 유치권의 목적물이 경매 또는 강제집행되더라도 낙찰자에게 유치권에 기한 채권을 변제받지 때까지 목적물의 인도를 거절할 수 있어 사실상 우선변제권이 있는 것으로 보아야 한다.<sup>202)</sup> 또한 유치권은 일정한 요건만 갖추면 당사자의 의사와는 상관없이 당연히 발생하는 법정담보물권으로서 경매물건의 권리 분석이 중요한 위치를 차지하고 있다. 그러므로 유치권은 소멸기준 전후를 떠나서 낙찰자가 무조건 인수하여야 하는 권리에 해당한다.

### 5) 예고등기

예고등기란 등기부에 등기된 사실에 대하여 말소 또는 말소회복청구의 소송이 제기된 경우 제3자에게 알림으로써 피해를 입지 않게 하기 위해 소송을 접수한 법원이 직권으로 촉탁등기하는 예비등기의 일종이다. 예고등기된 부동산이 경매신청되면 말소기준권리와 상관없이 경매로 소멸되지 않고 무조건 낙찰자가 인수하여야 한다. 따라서 예고등기 되어 있는 부동산물건은 소송의 결과에 따라서 부동산의 소유자가 결정되기 때문에 낙찰자는 불안정한 지위에 놓이게 되므로 권리분석을 잘 해야 한다.

202) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2003, 735면; 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2003, 637-638면; 강석희, 전 계서, 276면.

## 제4장 부동산 경매제도의 문제점과 개선방안

### 제1절 부동산경매에 있어서 부동산임차인의 지위

#### 1. 부동산임대차의 의의

부동산은 인간이 사회적·경제적 활동을 하기 위하여 필수불가결한 것이다. 그런데 타인의 물건, 특히 부동산을 이용하는 법적 수단으로 임대차가 유일한 것은 아니지만 대부분 임대차에 의하고 있다. 즉 임대차라는 채권관계에 있어서는 계약자유의 원칙이 지배하므로 당연히 임차인의 지위는 약하고 임대인은 특약에 의하여 강한 지위를 보유할 수 있는 반면, 용익물권제도를 이용하면 오히려 용익물권자의 안정적 지위가 확보되는데 이러한 차이는 타인의 부동산의 이용관계가 주로 임대차에 의한다는 결과를 낳는다. 그런데 임대차에 있어서는 양 당사자의 지위의 불균형은 부동산시장, 그 중에서도 주거시장에서처럼 수요와 공급의 균형이 상실된 곳에서 채권적 이용관계인 임대차에 있어서 경제적 약자인 임차인의 보호를 위한 조치를 피하지 않을 수 없게 되었다. 그리하여 각종의 특별법에 의하여 부동산임차인의 지위가 동산임차인의 그것보다 여러 점에서 강화되어 가고 있다.

원래 임대차란 임대인이 임차인에게 임대물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 임차인은 이에 의하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다.<sup>203)</sup> 이러한 임대차는 사용·수익의 대가로서 차임을 지급한다는 점에서 유상계약이나 대가지불의 무가 생기지 않는 무상계약인 사용대차와 구별된다. “매매는 임대차를 깨뜨린다”는 원칙은 물권인 소유권이 채권인 임대차에 우월하다는 것을 뜻한다. 그 결과 임차권은 목적물이 제3자에게 양도되는 경우에 보호받지 못하고 있었다. 이러한 로마법상의 임대차가 독일보통법에 이르러 “매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다; Kauf bricht nicht Miete”는 원칙으로 변화를 거쳐 부동산임차권은 채권이지만 물권화 과정에 있는 물권화설이 다수의 지지를 받고 있다.

203) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004, 227면.

## 2. 부동산임대차의 특성

민법 제621조 제1항에서 “부동산 임차인은 당사자간의 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다”고 하여 부동산 임대차인 채권의 경우에도 등기할 있음을 인정하고 있다. 또한 동조 제2항에서 “부동산 임대차를 등기할 때에는 그 때부터 제3자에게 대항하여 효력을 가진다”고 규정함으로써 ‘임대차의 물건화’ 경향을 보이고 있다. 한편, 동법 제622조 제1항에서 “건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다”라고 규정함으로써<sup>204)</sup> 임차권인 채권이 물권의 공시방법인 등기의 활용이 가능하게 되는 등의 부동산임대차의 특수성이 존재한다.

그렇지만 소유자에 비해 임차인은 경제적 열위에 있어 임차권의 등기가 임대인의 협력이 없이는 불가능하였으며, 위 조항으로 임차인의 보호에 미비하는 점을 지적하여 열악한 서민주거생활의 안정이 심하게 위협받음에 따라 주택임대차보호법(1981. 3. 5, 법률 제3379호)을 제정하여 “주택임대차는 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(동법 제3조 제1항)”라고 규정하여 채권에 물권의 성질을 부여하였다. 여기서 주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면, 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만은 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다.<sup>205)</sup>

한편, 상가건물의 소유자에 비해 열악한 지위에 놓인 상가건물임차인 경우에도 소액임차인을 특별히 보호하기 위하여 상가건물임대차보호법(2002. 11. 1, 법률 제6542호)을 제정하여 “상가건물임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(동법 제3조 제1항)”라고 규정하여 상가건물임대차인 채권에 물권의 성질을 부여하고 있다. 그러나 주택임대차나 상가건물임대차는 일반 임대차와 달리 양법의 적용을 받는 경우에는 임대인의 승계는 법률상 당연승계에 해당된다. 이에 양도인 또는 양수인에 의한 양도사실의 통지나 임차인의 승낙은 없어도 가능하고 양수인의 권리취득의 원인은 매매나 증여 등의 법률행위든 상속·경매·채납채분 등의 법률규정에 의한 경우든 임차인은 최종양수인에게 존속기간과 임차보증금의 반환을 주장할 수 있는 것이다.<sup>206)</sup>

204) 대판 1996.2.27. 95다29345; 대판 1993.4.13. 92다24950.

205) 대판 2002.11.8. 2000다38361, 38378; 대판 2001.1.30. 2000다58020, 58033; 대판 2000.2.11. 99다59306.

그러나 이러한 규정도 일반 매매인 경우에는 별다른 문제가 없지만 부동산(주택 및 상가건물)에 경매가 진행되는 경우에는 복잡한 양상을 띠게 된다. 임차인은 양수인인 경락인에게 임차인이 동법 제3조 제1항과 제2항을 근거로 대항력을 행사할 수 있는가에 대하여 견해의 대립이 있다.<sup>207)</sup>

### 3. 임차인의 대항력

임차인의 대항력이란 제3자에게 자기의 임차권이 정당함을 주장할 수 있는 권리를 말한다. 민법상 부동산임차인의 대항력 취득에 대하여 부동산 임차인은 당사자간의 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력을 할 것을 청구할 수 있으며(민법 제621조 제1항), 부동산 임대차를 등기한 때에는 그 때부터 제3자에 대하여 효력을 가지게 됨으로 대항력을 취득하게 된다. 또한 건물의 소유를 목적으로 한 토지 임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력을 인정하여 대항력을 취득할 수 있는 경우가 있다. 따라서 위의 경우에는 물권의 공시방법을 활용할 수 있도록 함으로써 일반 물권과 같이 경매에 있어서 말소기준권리가 된다.

특별법상 임대차를 보면, 주택의 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(주택임대차보호법 제3조 제1항). 그리고 상가건물 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날로부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(상가건물임대차보호법 제3조 제1항).

그러므로 임차인의 대항력의 요건은 적법한 임대차계약이 체결되고 주택인 경우에는 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날부터, 상가건물인 경우에는 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 다음날부터, 대항력이 발생하게 된다. 여기서 ‘익일부터’ 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 하는 것은, 익일(다음날) 오전 영시부터 대항력이 생긴다는 취지이다.<sup>208)</sup> 이러한 대항력은 그 발생시점에 선순위의 말소기준권리가 없어야 한다. 말하자면, 저당권, 근저당권, 압류, 가압류, 담보가등기가 선순위로 되어 있으면 대항력을 취득할 수 없게 된다.

206) 임정평, 「채권각론」, 법지사, 1995, 402면.

207) 전장현, “임차부동산의 경매와 임차인의 보호에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 2003, 11면.

208) 대판 1999.5.25. 99다9981.

#### 4. 임차인의 우선변제권

부동산 임차인은 대항요건을 갖추면 민법 제621조에 의한 부동산 임차권은 임차보증금의 액수에 관계없이 등기한 때로부터 즉시 제3자에게 대항력을 취득한다(민법 제621조 제2항). 또한 주택임차인은 임차보증금의 액수와 관계없이 대항요건(주택의 인도와 주민등록 전입신고)을 갖추거나(동법 제3조 제1항) 임대차계약서상에 확정일자<sup>209)</sup>를 받은 경우(동법 제에는 부동산이 경매로 매각이 되더라도 임차인보다 후순위 권리자나 채권자에 우선하여 매각대금에서 변제받을 권리가 있다(동법 제3조의2 제2항). 그러므로 저당권이 실행이 되어 경매로 부동산이 매각되는 경우에는 소제주의에 따라서 임차권의 운명은 '최선순위'의 저당권의 성립시기와 임차권의 대항요건의 구비시기의 선후에 의하여 결정된다.<sup>210)</sup>

한편, 상가건물 임차인은 임차보증금의 액수가 지역에 따라 일정금액이하<sup>211)</sup>인 경우에 대항요건(건물의 인도와 사업자등록)을 갖추거나(상가건물임대차보호법 제3조) 상가건물 임대차계약서상에 확정일자를 받는 때(동법 제5조)에는 부동산이 경매로 매각되는 때에는 임차한 대지를 포함한 상가건물의 매각대금에서 후순위 권리자 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 그러므로 저당권이 실행이 되어 경매로 부동산이 매각되는 경우에는 소멸주의에 따라서 상가건물에 대한 임차권의 운명은 동법 제2조 및 동법 시행령 제2조에 해당되는 경우를 제외하고는 '최선순위'의 저당권의 성립시기와 임차권의 대항요건의 구비시기의 선후에 의하여 결정된다.<sup>212)</sup>

특히 주의를 요하는 것은 일반적인 법정담보물권자의 경제집행권과는 달리(민사집행법 제148조 제4호), 주택 및 상가임대차인 경우에는 임차인의 우선변제권은 실체법상 인정되는 것으로써 경매가 진행되는 경우에 임차인이 자신의 권리를 증명하여 배당요구를 하여야만 보증금의 우선변제를 받을 수 있다는 점을 주의할 필요가 있다. 따라서 임차보증금의 우선변제청구권이 인정되는 임차인이더라도 적법한 배당요구를 하지 않은 이상 그가 적법한 배당요구를 하였더라면 배당받을 수 있었던 금액 상당액이 후순위 채권자에게 배당되었다고 하더라도 이를 법률상 원인 없는 것이라 하여 다룰 수 없는 것이다.<sup>213)</sup>

209) 대판 1988.4.12. 87다카2429.

210) 대판 2000.2.11. 99다59306; 대판 1990.1.23. 89다카33043.

211) 상가건물임대차보호법 제2조, 동법 시행령 제2조에 따라 서울특별시의 경우에는 2억 4천만원, 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역의 경우에는 1억 9천만원, 광역시의 경우에는 1억 5천만원, 그 밖의 지역은 1억 4천만원을 초과하는 상가건물의 임대차에는 동법이 적용되지 않는다.

212) 지원림, 전계서, 1331면.

213) 지원림, 상계서, 1319면.

## 5. 보증금의 우선변제권

### 1) 소액보증금의 우선변제

임대인의 채권자에 의한 강제집행이나 담보권의 실행, 또는 임대인의 국세체납으로 인하여 임차주택 또는 임차상가건물이 경매 또는 공매되는 경우에, 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖춘 때에는 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권보다 우선하여 변제받을 권리가 있다(주택임대차보호법 제8조 제1항, 상가건물임대차보호법 제14조).

주택임대차의 소액보증금의 우선변제에 대하여, 주택(대지를 포함) 가액의 2분의 1을 최고한도로 하여 임차인이 소액보증금을 우선변제받을 수 있는 범위는, 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역에서는 4,000만원 이하일 때 1,600만원까지이고, 광역시(군지역과 인천광역시지역을 제외)에서는 보증금 3,500만원 이하일 때 1,400만원까지이며, 그 밖에 지역에서는 보증금이 3,000만원 이하일 때 1,200만원까지 경매신청의 등기 전에 대항력만 구비하면 최우선 변제를 받을 수 있다(동법 시행령 제3조, 제4조).

상가건물임대차의 소액보증금의 우선변제에 대하여, 소액임차인의 경우에 임대건물의 가액의 3분의 1의 범위 안에서 보증금 중 소액임차인이 우선변제를 받을 수 있는 범위는 서울특별시에서는 4,500만원 이하일 때 1,350만원까지이고, 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역에서는 3,900만원 이하일 때 1,170만원까지며, 광역시에서는 3,000만원 이하일 때 900만원까지이고, 그 밖의 지역에서는 2,500만원 이하일 때 750만원까지 경매신청의 등기 전에 대항력만 갖추게 되면 순위와 관계없이 최우선 변제를 받을 수 있다(동법 시행령 제6조, 제7조).

소액임차권자가 자기의 보증금을 반환받으려면 경매법원에 반드시 배당요구를 하여야 한다. 배당요구를 할 수 있는 시기는 경매의 효력이 발생하는 시점인 경매개시결정이 있을 때부터 할 수 있으며, 그 종기는 첫 매각기일 이전으로 한다(민사집행법 제84조 제1항). 만약 소액임차권자가 배당요구를 하지 않을 경우에는 매수인의 건물인도를 거절할 수 없으며, 소액보증금의 반환도 요구할 수 없다. 최우선변제권이 있는 임차인이 배당요구를 하지 않아 배당의 후순위인 근저당권자가 소액임차인이 배당받아야 할 금액까지 배당받았다면 이에 의하여 실제법상의 권리가 확정되는 것이 아니므로 소액임차인은 근저당권자에 대하여 소액보증금 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 된다.<sup>214)</sup> 주택임대차보호법 제3조의2 제1항의 규정취지 및 이에 기한 우선변제권을 갖는 임차보증금 채권자와 선순위의 가압류채권자와의 배당관계를 보면, 부동산 담보권자보다 선순위의 가압류 채권자가 있는 경우에 그 담보권자가 선순위의 가압류채권자와 채

214) 대판 1990.3.27. 90다카315.

권액에 비례한 평등배당을 받을 수 있는 것과 마찬가지로, 위 규정에 의하여 우선변제권을 갖게 되는 임차보증금 채권자도 선순위의 가압류채권자와는 평등배당의 관계에 있게 된다.<sup>215)</sup>

## 2) 대항력과의 관계

임차건물에 대한 경매가 행하여진 경우에 임차권은 그 임차건물의 매각에 의하여 소멸하지만 소액보증금이 전액 변제되지 아니한 대항력이 있는 임차인의 임차권은 소멸하지 않는다(주택임대차보호법 제3조의5, 상가건물임대차보호법 제5조의4). 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 두 가지 권리를 겸유하고 있는 임차인이 우선변제를 선택하여 제1경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당을 요구하였으나 보증금 전액을 배당받을 수 없었던 때에는 경락인에게 대항하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있을 뿐이고, 임차인의 우선변제권을 경락으로 인하여 소멸하는 것이므로 제2경매절차에서 우선변제권에 의한 배당을 받을 수 없다.<sup>216)</sup>

## 3) 소액보증금의 우선변제권이 미치지 않는 권리

### (1) 가등기권리자

가등기권리자는 주택임대차보호법 제8조 제1항 및 상가건물임대차보호법 제조 제항의 담보물권자에 해당하지 않는다. 소액임차인이 대항요건을 갖추기 전에 대상주택에 대하여 매매예약에 기한 소유권이전청구권보전의 가등기, 즉 소유권이전청구권가등기가 되어 있는 주택 혹은 상가건물을 임차한 경우에는 가등기에 기한 본등기가 경료된 경우 소액임차인의 보증금 중 일정액도 보호대상이 되지 않으므로 이런 등기가 되어 있는 주택 혹은 상가건물 임대차는 주의를 요한다.

### (2) 가처분권리자

소액임차인이 대항요건을 갖추기 전에 주택 혹은 상가건물의 소유권이전청구의 집행보전을 위한 점유이전, 기타 처분을 금지하는 가처분등기를 경료한 가처분권자에게는 보증금 중 일정금액의 우선변제를 주장할 수 없다. 다시 말하면 선순위의 가처분권자가 본안소송에서 승소하여 건물의 인도를 요구한 때에는 임차인은 인도요구에 응해야 하며, 소액보증금의 반환도 요구할 없게 된다. 그러므로 최우선순위의 가처분등기가 되어

215) 대판 1992.10.13. 92다30597; 대판 1992.3.27. 91다44407.

216) 대판 2001.3.27. 98다4552 ; 대판 2001.3.23. 2000다30165 ; 대판 1993.12.24. 93다39676 ; 대판 1986.7.22. 86다카466.

있는 임차건물인 경우에는 임대차계약을 피하여야 하며, 경매참여도 주의하여야 한다.

### (3) 예고등기자

임차건물에 소유권이전등기무효의 소송이 제기 되어 있을 경우에 소를 제기한 자가 본안소송에서 패소하였다면 아무런 문제가 없으나 만약 승소한다면 소를 제기한 자는 새로운 소유자가 되고 예전의 소유자와 체결하였던 임대차계약은 소유권이 없던 자와 체결한 것이 되어 유효한 임대차로 인정받을 수 없게 되는 문제점이 있다. 그러므로 보증금 중 일정액의 반환을 주장할 수 없게 되므로 예고등기된 건물의 임대차는 주의할 필요가 있다.

### (4) 임차권등기명령에 의해 등기된 임차인

임대차가 종료된 후 보증금에 대해서 우선변제를 받기 위해서는 대항요건(주거용건물인 경우에는 주택의 인도와 주민등록과 상가건물인 경우에는 건물의 인도와 사업자등록)과 임대차계약서상에 확정일자를 갖추어야 한다(특히 실무에서 대항요건은 '경락허가결정 신고서'까지 유지되어 한다). 그러나 임차인이 사정상 이사를 가야하는 때에는 대항요건을 상실하게 되어 우선변제권을 잃게 된다는 문제점이 발생하였던 것이다. 그래서 이 문제를 해결하기 위하여 임대차보호법은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령제도(주택임대차보호법 제3조의3, 상가건물임대차보호법 제6조)를 인정하여 동조에 따라 임차권등기가 경료된 때에는 이미 대항요건을 갖추고 있었던 임차인이 '이사' 혹은 '이전'을 하더라도 대항력 및 우선변제권을 그대로 유지하게 되며, 아직 대항요건을 갖추지 못한 임차인이더라도 그 등기에 의하여 대항력 및 우선변제권을 취득하게 된다. 그리고 임차권등기명령에 의해 임차권등기가 경료된 건물을 그 이후에 임차한 임차인은 최우선변제를 받을 수가 없다.<sup>217)</sup>

## 6. 임차인의 배당요구

### 1) 대항력만 갖춘 경우

임대차에서 대항력만 갖춘 경우란 주택임대차인 경우에 '주택의 인도와 주민등록'을 마친 임차인을 말하고, 상가건물임대차인 경우에 '건물의 인도와 사업자등록'을 마친 경우를 말한다. 최선순위근저당권자 등 담보물권자보다 먼저 주택의 인도와 전입신고를

217) 김준호, 전게서, 1404면 ; 지원립, 전게서, 1327면.

하였거나 건물의 인도와 사업자등록을 한 임차인을 말하는데, 여기서 먼저라고 하는 것은 대항력 발생시기를 기준시점으로 한다. 이런 경우에 임차인은 부동산경매에 있어서 배당절차에서 배당요구를 하여도 배당금액에서 배당받을 수 없으며, 건물의 인도시에 대항력만 인정되므로 결국에는 경락인이 경락대금 이외에 추가로 임차인의 임차보증금을 변제해야만 경락건물을 인도받을 수 있게 된다.

## 2) 우선변제권만 갖춘 경우

임대차계약서상에 확정일자를 받았으나 대항요건을 최선순위근저당, 가압류, 가등기 등의 권리자보다 그 일자가 늦은 경우의 임차인을 말한다. 이러한 임차인은 매수인에게 대항할 수 없으나 매각절차에서 배당요구종기까지 우선 배당요구를 할 수 있다. 이 경우에 법정기일, 최종요건구비일, 등기일 등의 선후에 따라 배당순위가 결정되고 매각대금에서 선순위채권자에게 먼저 배당하고 잔여금이 있을 때에만 배당을 받을 수 있다. 이 경우에 보증금 중 일부만 배당을 받더라도 매수인에게 대항할 수 없으므로 매수인이 임차건물인도청구시에 이에 응해야 하며, 미회수의 임차보증금을 매수인에게 요구할 수 없으며, 경매당시의 소유자에게 청구가 가능하고 일반채권자로서 권리행사를 할 수 있을 뿐이다. 그러므로 반드시 임차시에 선순위의 근저당이 설정되어 있는지 등기부등본으로 확인하고 만약 선순위의 근저당권이 설정되어 있다면 채권최고액과 경물이 경매시에 얼마에 낙찰될 것인지를 계산하고 임차보증금의 회수가 가능한지 살펴 임대차계약을 체결하여야 한다.

## 3) 대항요건과 우선변제권을 갖춘 경우

주택임대차의 경우에는, 건물에 입주와 주민등록을 마치고 동시에 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 경우에, 상가건물임대차인 경우에는, 건물의 인도와 사업자등록을 마치고 동시에 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 경우로 최선순위에 해당하는 경우를 말한다. 이러한 요건을 갖춘 임차인은 배당절차에 참여하여 배당요구 신청을 하고 후순위권리자 기타 채권자에 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다. 배당절차에 있어서 대항력과 확정일자를 갖춘 임차인은 근저당, 전세권, 임차권등과 동등한 권리자이며, 그 등기 또는 요건을 갖춘 선후에 의하여 배당순위 및 배당금액이 결정된다.<sup>218)</sup> 하지만 동순위인 때에는 금액비율로 안분하여 배당받게 된다. 또한 대항력과 우선변제권을 갖춘 임차인은 배당절차에 참여하지 않고 매수인에게 그 대항력을 행사하여 매수인에게 유치권을 행사할 수 있게 된다. 이러한 선택권의 행사여부에 의해 매수인과 다른 배당채

218) 대판 1994.6.24. 94다카3155; 대판 1990.8.24. 90다카11377.

권자와 이해관계가 복잡해질 경우가 있다. 임차인이 배당요구를 하면 매수인은 임차보증금이 배당할 금액에서 지급되기 때문에 또 다시 부담하지 않아도 된다. 그러나 다른 배당채권자는 임차인 때문에 배당금액이 감액되는 손해를 보아야 한다.

또 임차인이 매수인에게 대항력을 행사하는 경우에는 배당채권자들의 배당받을 금액은 늘어날 것이나 매수인은 보증금의 부담을 계산하고 경매에 임하기 때문에 낙찰금액이 저감될 수 있다. 민사집행법에서는 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때(그 경매개시결정 전에 다른 경매개시결정이 있는 경우를 제외한다)에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정하여 공고하고 채권자들에게 고지하여야 한다(동법 제84조 제1항).

이러한 것은 또 배당요구절회로 경매진행이 지연되는 종래의 관행을 개선하는 규정이다. 만약 임차인이 경매절차에서 보증금 전액이 회수되지 않았다면 매수인은 미회수의 금액을 매수인에게 대항력의 행사로 청구할 수 있다.<sup>219)</sup> 그러나 배당받은 후 임차목적물을 전부 계속하여 사용하는 경우 배당받은 보증금에 해당하는 부분에 대하여 부당이득반환의무가 생긴다.<sup>220)</sup>

## 제2절 부동산경매제도의 문제점

### 1. 부동산경매에 있어서 주택임대차보호제도의 문제점

#### 1) 주택임대차보호법의 문제

주택임대차보호법은 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장할 목적으로 1981.3.에 제정된 후 몇 차례 개정되었는데, 동법은 임차인의 임차권을 강화하고 있을 뿐만 아니라, 등기를 하지 않아도 보증금의 반환이 가능토록 하고 있다. 이 법은 1981년 제정된 후 많은 문제점이 노출되었다.<sup>221)</sup> 즉, 법조문상 불명확한 부분이 많았고 특히 무주택의 영세서민을 보호하는 데는 불충분하였다. 이에 바로 제1차 개정(1983년 12월 30일)이 이루어 졌으나 현실적으로 임차인의 대부분을 차지하는 이른바 중간임차인은 그의 후순위 권리자나 채권자로부터 보호를 받을 방법이 없었다.<sup>222)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위하여 제2차 개정(1989.12.30.)

219) 대판 1998.6.26. 98다2754; 대판 1997.8.29. 97다11195; 대판 1997.8.22. 96다53628.

220) 대판 1998.7.10. 98다15545.

221) 고영남, “주택임대차보호법의 한계와 공동성의 포기”, 「민주법학」, Vol. 23, No. 1, 민주주의법학연구회, 2003, 152면.

이 이루어졌으며, 또한 임차인은 최소한도 2년간은 안정된 주거생활을 할 수 있도록 하였다. 그러나 이 개정 후에도 역시 대량의 해지통지와 전세 및 월세금의 대폭인상이 초래되었다. 그 후 1997년의 제3차 개정이 이루어졌는데, 보증금의 우선변제와 관련된 경매절차에 관한 규정을 신설하였다. 그러나 임차인의 피해상황은 계속 증가하였고, 이러한 문제점들은 처음부터 입법의 준비가 부족한 것에 기인한 것이었으며, 이와는 반대로 입법 당시부터 잘못된 규정에 기한 것, 그리고 이른바 IMF 시대의 엄청난 경제적 변화에 기인한 것이었다. 따라서 입법의 불비 문제는 해석론으로 어느 정도로 보충할 수가 있겠으나 그 한계를 극복하기란 매우 난해하기 때문에 결국 입법으로 해결할 수 밖에 없다. 그러나 입법 당시부터 잘못된 규정 때문에 임차인의 피해가 속출한다면 이는 원래 주택임대차보호법의 입법취지에 역행하는 것이므로 당연히 그러한 조항은 삭제되어야 한다. 이에 정부는 1998.12.에 최근 경제사정의 악화로 임대차가 종료되었음에도 불구하고 임차인이 임대인으로부터 임차보증금을 받지 못하는 경우가 빈발하고, 근무지변경 등으로 이주할 필요가 있는 경우에도 보증금을 반환받지 못할 것을 우려한 나머지 이주를 못하고 주민등록을 이전할 수 없어 부부가 별거를 하거나 자녀를 전학시키지 못하는 사례가 속출하는 등 기존 임대차제도의 문제점이 나타남에 따라 임차인이 경매를 신청하는 경우에도 임차주택에 계속 거주할 수 있도록 관련규정을 정비하고 임차인 단독으로 임차인 등기를 할 수 있도록 임차권등기명령 제도를 도입함으로써 사회적 약자인 임차인의 권익보호에 충실을 기하는 등 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 및 보완하기 위하여 1999.1.에 제4차 개정을 하였다.

주택임대차보호법의 제4차 개정 내용을 살펴보면 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째, 임차인이 임차보증금반환채권의 확정판결 기타 이에 준하는 채무명예에 의하여 경매신청을 하는 경우에는 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 보지 아니함으로써 임차인이 주택을 비우지 아니하고서도 경매를 신청할 수 있도록 하였다(동법 제3조의2 제1항). 둘째, 임대차가 종료된 후 보증금을 받지 못한 임차인이 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기가 경료 되면 등기와 동시에 대항력 또는 우선변제권을 취득하도록 하고, 만일 임차인이 이미 대항력과 우선변제권을 취득한자인 경우에는 종전의 대항력과 우선변제권을 유지하며, 임차권등기 이후에는 주택의 점유와 주민등록의 요건을 갖추지 아니하더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권이 유지되도록 함으로써 임차권등기의 효력을 강화하고 임차인이 자유롭게 주거를 이전할 수 있도록 하였다(동법 제3조의 3항).<sup>223)</sup> 셋째, 민법 제621조의 규정에

222) 장영희, 박운철, 최은경, “주택임대차에 관한 제도적 개선방안 연구”, 「주택연구」, 제8권 제1호, 한국주택학회, 1999, 273면.

의한 임대차등기에도 이 법에 규정된 임차권등기명령에 의한 임차권등기와 동일한 효력을 가지도록 함으로써 우선변제권을 부여하였다(동법 제3조의 4 제1항). 넷째, 임대차 기간을 2년 이하로 약정한 경우 임대인은 2년 이하의 약정기간을 주장할 수 없으나, 임차인은 이를 주장할 수 있도록 하여 임차인의 주거안정과 임대차 기간에 관한 선택권을 함께 보장하였다(동법 제4조 제1항 단서). 다섯째, 묵시적 계약갱신의 경우 임대인은 2년의 기간 동안 해지를 주장할 수 없으나, 임차인은 언제든지 계약을 해지할 수 있도록 하였다(동법 제6조의 2). 여섯째, 보증금반환청구소송에 관하여 소장송달과 기일지정 등 소액사건심판법의 일부 조항을 준용함으로써 소송절차가 신속히 진행될 수 있도록 하였다(동법 제13조).

이와는 별도로 우리나라 현행민법의 임대차와 관련된 규정은 다음의 특징을 가진다. 첫째, 현행민법은 의용 민법에 20개 정도의 조문을 신설 또는 첨가하여 임대차의 권리관계를 과거보다 명확하게 하였으며, 또한 임차권의 강화를 위해 임차인의 갱신청구권 및 부속물매수청구권 등을 규정하였다. 둘째, 현행민법은 종래의 관습법상 전세를 전세권이라는 제한물건으로 격상시켰다. 용익권자의 보호를 위해서 관습상의 전세를 용익물권으로 입법하였으나, 그 것을 채권계약으로 유지시키고자 하는 부동산 소유자의 의도에 따라 용익물권인 전세권보다 임차권이 더 많이 이용되고 있다. 그 결과 관습상의 전세는 전세권과 채권적 전세로 이분화 되었다. 주택임대차보호법에서는 채권적 전세에 대하여 대항력을 부여함으로써 실제 주택의 채권적 전세는 전세권과 다름없이 강화되었다. 셋째, 관행상 수수되는 보증금 및 권리금의 법률관계에 관하여는 임차인이 임대차의 종료 시에 보증금을 반환받을 수 있게 하기 위해서 우선변제와 우선특권을 부여하였다.<sup>224)</sup>

이러한 민법상의 임대차규정은 아직도 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 첫째, 임차권의 존속보장이란 측면에서는 우리 법 규정이 외국의 주택임대차보호법에 비해 미흡하다. 주택임대차보호법에서 2년의 존속기간을 보장하였지만 그 기간은 임차인이 안정적인 주거생활을 영위하기에는 부족하다. 둘째, 임차권의 대항력 취득요건을 인도가 아닌 등기로 함으로써 실제로 대항력을 취득할 수 있는 길이 매우 제한되어 있다. 그러나 이 문제는 주택임대차보호법에 의해 보완되고 있다. 셋째, 관행상 임대차에 부수하여 제공되는 보증금, 전세금, 권리금 등의 금전수수에 관하여 입법에 규정을 두지 않아서 법률의 흠결이 존재하고, 그 결과 그에 관해 법률관계의 혼란과 임차인의 피해가 속수무책으로 방치되어 있다는 점이다.<sup>225)</sup> 이에 주택임대차보호법에서 주택임대차의 보증금

223) 대판 1990.8.24, 90다카11377.

224) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005. 452면.

과 전세금에 관하여는 특별한 보호를 하고 있다. 넷째, 건물임대차에서 영세 상인들이 과도한 차임·보증금·관리금으로 고통을 겪고 있고, 짧은 존속기간약정과 갱신에 대한 불안감으로 영업활동에 지장을 받고 있는데 이에 관한 배려가 부족하다.<sup>226)</sup>

## 2) 부동산경매에 있어서의 문제점

### (1) 적용대상의 문제

주택임대차보호법의 적용대상으로는 주거용 건물, 임차주택의 일부가 주거외의 목적으로 사용되는 경우, 쉽게 철거할 수 없도록 튼튼하게 지은 가건물, 근린상가, 주거환경이 조성된 오피스텔건물, 건물의 용도와 구조를 변경하여 주거용으로 개조하여 세를 놓은 건물, 미등기주택을 임차한 경우에 확정일자를 받은 경우와 미등기주택이나 무허가주택이 포함된다는 데에는 이론이 없다.<sup>227)</sup>

그러나 임차권등기명령제도가 적용되는 주택은 등기를 할 수 있는 임차주택을 전제로 하고 있기 때문에 미등기주택이나 무허가주택들은 보호대상에서 제외된다는 문제가 발생한다. 또한 주민등록상의 주소와 임차주택의 지번이 불일치한 경우에 임차권등기명령을 신청 받은 법원은 실무적으로 어떻게 심리해야 할 것인지가 문제가 된다.<sup>228)</sup>

### (2) 민사집행법상과의 부조화

부동산에 대한 강제경매절차에 있어서 집행당사자 이외에 매각에 의하여 영향을 받는 권리자가 많으므로 이들로 하여금 절차에 관여하여 그 이익을 보호할 기회를 줄 필요가 있으므로 우리 민사집행법에서는 이해관계를 가진 자 중에서 특히 보호할 필요가 있는 자를 이해관계인으로 규정하여 이들에게 경매절차 전반에 걸쳐 관여할 자격을 주고 있다.<sup>229)</sup> 경매개시결정 등기 이전에 부동산상에 주택임차권 등기를 한 임차인 역시 민사집행법 제90조 제3호 소정의 이해관계인이 되는 것이다. 하지만 민사집행법과 주택임대차보호법을 비교하여 보면 그동안 주택임대차보호법을 수차례 개정하였음에도 불구하고 아직도 많은 문제점이 있음을 알 수 있다.

우선, 경매개시결정을 한 후에는 법원은 직권 또는 이해관계인의 신청에 의해 부동산에 대한 침해행위를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다(민사집행법 제83조

225) 어인의, “보증금과 관리금에 관한 고찰”, 「법학논집」 제10집, 청주대학교 법학연구소, 1995. 140면.

226) 김영일, “임대차에 있어서 권리금을 둘러싼 문제”, 「재판자료집」 32집, 법원행정처, 1986, 328-329면.

227) 박태영, “주택임대차보호법의 적용범위”, 「재판자료」 제32집, 법원행정처, 1986, 444면; 서울민사지방법원, 1985.7.9, 선고84가합5398 판결(법률신문 1985.8.5, 8면).

228) 천영, “개정주택 임대차보호법상 문제점에 관한 고찰”, 「한국부동산분석학회」, 2001. 120면.

229) 박두환, 전게서, 270-271면.

제3항). 일반적으로는 압류가 되더라도 매각대금이 완납될 때까지는 채권자의 사실적인 이용·수익의 권능은 박탈되지 아니하나 채무자가 부동산의 가액을 감소시키는 행위를 할 때에는 경매의 실효성을 확보하기 위하여 일종의 보전처분으로서 침해방지를 위한 필요한 조치를 취할 수 있다. 하지만 이를 신청할 수 있는 이해관계인은 압류채권자 또는 최고가매수신고인에 한한다고 한다(민사집행규칙 제44조). 즉 실질적으로 침해사실을 가장 잘 알 수 있을 임차인이 엄연한 법률상의 이해관계인임에도 불구하고 신청인에서 제외되고 있는 것이다.

다음으로, 주택임차인의 우선매수권의 불인정의 문제점이다. 민사집행법의 공유물지분의 경매에 있어 채무자 아닌 다른 공유자에게는 당해 경매목적물의 우선매수권을 인정하고 있다. 이 경우 최고가매수신고가 있더라도 그 공유자에게는 매각을 허가하여야 한다(민사집행법 제140조). 이는 공유지분자라는 특별한 이용관리관계가 있음을 법이 인정한 때문이다. 하지만 주택임차인의 경우도 매각부동산을 점유하여 수익하고 있는 점을 감안할 때 다소 문제의 소지가 있다.

### (3) 차임통제의 문제

현행 민사집행법에 의하면 임차권의 최소존속기간이 2년이 경과한 후에는 임대인은 임차인에게 퇴거를 요구할 수 있다. 임대인은 주택임대차보호법 제7조의 규정에 의하여 임대차계약기간 중에는 차임의 증액을 요구할 수 없지만, 2년경과 후 임대인의 퇴거 요구시 임차인이 거부할 수밖에 없는 차임의 증액을 요구하여 사실상 퇴거를 강제하게 된다. 그러나 이사의 특성상 그 부대비용과 불편함을 고려할 때 임차인들은 과도한 차임통제를 감수하고 임대차기간을 연장하는 경우가 많은 것이 현실이다.

주택임대차보호법에서는 2년 경과한 후 차임액 증액시에 약정차임의 1/20의 금액을 초과하지 못한다고 규정하고 있는데 임대인이 이를 악용하여 최초 임대차계약시에 약정차임을 높게 설정한다면 1/20이라는 금액은 그 실효성을 상실하게 된다. 또한 동법 제7조는 “약정차임 또는 보증금이 임차주택에 대한 조세·공과금 기타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는데 차임상승의 정당성 입증책임이 임대인에게 귀속될 수 있다는 것도 문제가 된다. 따라서 주택임대차보호법상의 1/20이내의 상승은 임대가옥이 새로이 축조된 신축건물일 경우에는 부족하다고 생각한다.<sup>230)</sup>

### (4) 임차권등기명령제도의 문제

230) 이상혁, 「부동산임대차의 현대적 법리」, 법문사, 1997, 90면.

주택임대차보호법 제3조의 3은 “임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원이나 지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권명령을 신청할 수 있다”고 하여 임차권등기제도를 규정하였다. 이는 임차인이 경매를 신청하는 경우에도 임차주택에 계속 거주할 수 있도록 하면서, 임차인 단독으로 임차권 등기를 할 수 있도록 함으로써 사회적 약자인 임차인의 권익보호에 충실을 기한다고 한다. 하지만 실질적으로 주민등록을 대항요건으로 하고 있는 것은 가장 임차인을 미연에 방지하자는 의도가 있는 것으로 보인다. 그러나 주민등록은 주민등록법에 의하여 오직 행정상의 목적으로만 요구되는 요건이다. 즉, “주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고 간이한 처리를 도모함을 그 목적”으로 만들어진 제도이다. 1983년 제1차 개정과정에서도 주민등록이라는 대항요건은 그 목적을 달리하고 있기 때문에 행정상의 목적으로 인하여 임차인이 피해를 입을 이유가 없다하여 이를 삭제해야 한다는 의견이 강력하게 대두되었다. 이에 대하여 정부 측은 주민등록을 동법 제3조 제1항에 규정한 것은 행정상 인구의 동태를 파악하기 위한 것으로서, 만약에 동향에서 주민등록의 요건을 삭제한다면 주민의 이동을 파악하기 어렵기 때문에 이 문제만은 양보할 수 없다하여 주민등록의 삭제를 강력히 반대하였던 것이다. 이와 같이 그 입법취지는 임차권의 공시방법으로서가 아니고 오직 주민의 이동 파악이라는 순수한 행정상의 목적에 있다는 것이 명백하였다. 또한 1988년 주택임대차보호법 제2차 개정과정에서도 이 문제가 강력히 제기되었으나, 이러한 주장은 국회의 법사위원회에서는 받아들여지지 않았으며, 그 반대이유로 제3자의 보호나 거래의 안전을 해친다는 것은 아니었다. 더욱이 1991년 주민등록법 개정시에 주민등록의 비공개원칙이 채택된 것은 임차인을 포함한 일반주민의 인권이나 사생활의 침해라는 이유에 의한 것이다. 그럼에도 불구하고 임차인의 경우에 한하여 주민등록이 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이라고 할 수 있는지가 의문이다.

## (5) 정리

주택임대차보호법과 관련하여 임차주택 경매상의 문제점을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 미등기주택이나 무허가주택은 임차권등기명령제도의 대상이 되지 못하므로, 미등기주택 또는 무허가주택의 임차관계가 등기부상에 나타나지 않아 권리관계가 복잡할 뿐 아니라 경매신청채권자에게 생각하지 못했던 불이익을 줄 수 있다.

둘째, 경매개시결정 등기 이전에 부동산상에 주택임차권 등기를 한 임차인도 민사집행법 제90조 제3호 소정의 이해관계인이 되는데, 경매개시결정을 한 후 경매부동산에

대한 침해행위를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하도록 신청할 수 있는 이해관계인은 압류채권자 또는 최고가매수신고인에 한하도록 하고 있어(민사집행규칙 제44조), 실질적으로 임차인이 신청인에서 제외되고 있다.

셋째, 경매주택에 대하여 주택임차인의 우선매수권이 인정되지 않고 있다.

넷째, 주택임대차보호법상 임차권등기명령제도의 신청 요건상 주민등록을 대항요건으로 하고 있는 바, 이는 가장 임차인을 미연에 방지하자는 의도가 있는 것으로 보이지만, 임차인의 주민등록만으로 임차권의 존재를 제3자가 인식할 수 있는 공시방법으로 인정하여 거래의 안전을 확보할 수 있는지 의문이다.

## 2. 부동산경매에 있어서 상가건물임대차보호제도의 문제점

### 1) 상가건물임대차보호법의 문제

상가건물의 임대차에 있어서도, 최근 저금리시대를 맞이하면서 임대인들이 일방적으로 보증금을 낮추는 대신 고액의 월세로 전환하면서 상가임차인들에겐 과중한 부담이 되어 왔다. 상가건물 임대차의 경우 임대차존속기한이 짧기 때문에 임대인의 묵시적 동의 하에 시설투자 및 관리금을 지급하고 입주한 임차인들이 임대차기간의 연정이 건물주 혹은 임대인 측의 거절로 인하여 결국 시설투자비를 포기하고 이전할 수밖에 없는 사례가 빈번하게 발생하게 되므로 인하여 결국 국가·사회적으로 큰 손실을 가져오는 결과를 초래하였다.<sup>231)</sup>

이와 같이 주택임차인보호 못지않게 상가임차인보호가 사회적인 문제로 크게 대두되어, 대도시를 중심으로 상가임차인들의 결집을 통한 NGO단체가 결성되고, 경실련 등의 시민단체를 중심으로 상가임대차법을 제정해야 한다는 주장이 제기되어 왔으며, 지난 1996.7.에는 의원입법으로 가칭 ‘점포임대차보호법안’<sup>232)</sup>을 상정하였으나 폐기된 바 있다. 그러던 중 민주노동당과 참여연대 등의 시민단체들이 중심이 되어 상가임대차보호법안을 제안하기에 이르렀고, 결국 민법의 특별법으로 상가건물임대차보호법이 2001.12.29. 법률 제6542호로 제정되고 2003.1.1.부터 시행되기에 이르렀다.

상가건물임대차보호법은 오랜 기간동안의 논의와 여론 수렴과정을 거쳤음에도 불구하고 많은 문제점들을 내포하고 있다. 이 법에는 경제적 약자인 영세임차인의 보호라는 원래 목적을 벗어난 법의 목적과 그에 따른 적용범위의 문제, 많은 사항을 대통령령에

231) 윤철홍, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 「비교사법」, 제16호, 한국비교사법학회, 2002. 4, 76면.

232) 이 법률안의 구체적인 내용과 문제점에 대해서는, 윤철홍, “점포임대차보호법(안)의 문제점과 개선방안”, 「부동산법학」 제4집, 한국부동산법학회, 1997, 227면 이하 참조.

위임하고 있다는 점, 공시방법 상의 문제, 계약해지권의 부재로 인한 과도한 임차인의 보호, 가장 임차인에 대한 대책 등 다양한 문제점들이 내포되어 있다.<sup>233)</sup>

상가건물임대차보호법의 주요 내용을 개관하면 다음과 같다. 우선 본 법의 제정목적은 “상가건물임대차에 관하여 민법의 특례를 규정하여 국민경제생활의 안정을 보장 한다”고 하여 영세상인의 보호 목적보다는 국민 경제생활의 안정에 두고 있다. 또한 본 법의 적용범위는 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 및 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록의 대상이 되는 상가건물로서 일시사용의 경우를 제외한 임대차에 적용되 대통령령이 정하는 보증금액을 넘는 임대차에 대하여는 적용하지 아니하며(동법 제2조 제1항),<sup>234)</sup> 또한 일정 보증금액은 당해 지역의 경제여건 및 임대차 목적물의 규모 등을 감안하여 지역별로 구분하여 규정하되, 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 그 차임 액에 은행법에 금융기관의 대출금리 등을 감안하여 대통령령이 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함하여야 한다(동조 제2항)고 규정되어 있다.

보증금의 회수와 관련하여 상가건물의 인도와 사업자등록신청에 의한 대항요건을 갖추고 관할세무서장으로부터 임대차계약서상의 확정일자를 받은 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차한 대지를 포함한 임차건물의 환가대금에서 후순위 권리자 그 밖에도 채권자보다 우선하여 변제받을 권리를 가진다(동법 제5조 제2항). 물론 임차인은 임차건물을 양수인에게 인도하지 아니하면 이러한 규정의 의한 보증금을 수령할 수 없다(동조 제3항). 또한 임차인이 건물에 대한 경매신청의 등기 전에 임대건물의 인도와 사업자등록증을 신청한 경우에는 보증금 중 일정액을 다른 담보물건자보다 우선하여 변제 받을 수 있다(동법 제14조 제1항). 이 경우 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 임대건물 가액의 1/3범위 안에서 당해 지역의 경제여건, 보증금 및 차임 등을 고려하여 대통령령으로 정하도록(동조 제3항) 규정하고 있다.

임대차가 종료한 후에도 보증금을 반환 받지 못한 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원, 동 지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있는데(동법 제6조 제1항), 이 경우 신청의 취지 및 이유, 임대의 목적인 건물, 임차권 등기의 원인이 된 사실은 이를 소명하여야 한다(동조 제2항). 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권이 그대로 유지되면 임차권등기 이후에는 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제

233) 윤철홍, 상계논문, 86면.

234) 일본의 경우 차지차가 법에 의하여 주거용 차가이든 영업용 차가이든 구별 없이 적용되는 것과 비교하여 그 보호범위가 협소하다고 볼 수 있다(민일영, 「임대차, 민법주해 XV, 채권(8)」, 박영사, 1999, 40면).

권을 상실하지 않는다(동조 제5항 단서). 임차인은 임차권등기명령의 신청 및 그에 따른 임차권등기와 관련하여 소요된 비용을 임대인에게 청구할 수 있다(동조 제8항).

임대차의 존속기간과 관련하여 임대차기간 만료 전 6개월부터 1개월까지 사이에 행한 임차인의 계약갱신요구에 대하여, 임대인은 임차인이 임차액을 3기에 달하도록 연체한 사실이 있거나, 거짓 또는 부정한 방법으로 임차한 경우 등과 같은 이 법에 규정된 정당한 사유가 없는 한 이를 거절하지 못한다(동법 제10조 제1항). 이 경우 임차인의 갱신요구청구권은 최초의 임대차기간을 포함하여 전체임대기간이 5년을 초과하지 않는 범위 내에서만 행사할 수 있다(동조 제2항). 임대인이 임대차기간 만료 6월부터 1월까지 임차인에게 갱신거절의 통지 또는 조건의 변경에 대한 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전의 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대한 것으로 보며(동조 제3항), 이 경우 임대차의 존속기간은 정함이 없는 것으로 본다(동조 제4항). 이러한 존속기간이 없는 경우 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지를 통지할 수 있고, 임대인이 그 통고를 받은 날로부터 3월이 경과하면 그 효력이 발생한다(동조 제5항). 또한 차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세, 공과금 그 밖에 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다.

## 2) 부동산경매에 있어서의 문제점

### (1) 적용범위의 문제

상가건물임대차보호법은 세법상 사업자등록의 대상이 되는 상가건물의 임대차에 대하여 적용하되, 대통령령이 정하는 보증금액을 초과하는 상가임대차에 대하여는 적용하지 아니한다(동법 제2조 제1항). 여러 법안들이 주택을 제외한 모든 건물에까지 적용범위를 확장하였던 것에 비하여, 적용범위가 보증금액수와 사업자등록의 대상이 되는 건물로 제한되고 있는 것이다. 그러나 여기서 문제가 되는 것은 적용범위를 사업자등록이 가능한 상가건물 중에서 일정 보증금 한도만으로 제한하는 것이 타당한 것인가 하는 점이다. 따라서 경제적 약자라는 표현에 부합하는 자만을 대상으로 해야 하는데, 일정액의 금액만으로 정한다는 것은 적절하지 못하다고 해야 한다.<sup>235)</sup> 시민단체가 제안했던 법안 제2조에서는 적용배제건물들을 구체적으로 적용대상을 적시하고 있는데, 예컨대 임대인이 국가나 지방자치단체인 경우 도박 등 사행행위를 목적으로 하는 업종 등에 대해서는 제외시키는 것으로 하고 있다.<sup>236)</sup>

235) 김제완, 상계논문, 106면.

## (2) 대항력발생요건상의 문제

상가건물임대차보호법은 임대차등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 부가 가치세법 제5조, 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 발생한다고 규정하고 있다(동법 제3조). 즉, 공시방법을 인도와 사업자등록증의 신청으로 하고 있는 것이다. 우리 민법상 부동산물권의 공시방법으로 등기제도가 정착되어 있음에도 불구하고, 임차권등기라는 제도를 도외시키고 다른 목적에서 운영되고 있는 세법상 징세의 편의를 위하여 만들어진 사업자등록이라는 제도를 편법으로 이용하는 것은 바람직하지 않다.<sup>237)</sup>

이 법은 사업자등록 신청을 공시방법의 한 기준으로 삼고 있는데, 이것이 타당한 점인가 문제가 된다. 예컨대 부가가치세법 시행령 제7조 제7항에 의하면 사업자등록의 처리기간은 7일로 규정되어 있고, 필요한 경우에는 7일에 한하여 연장하여 현장조사를 한 다음 사업자등록증을 교부할 수 있도록 규정되어 있다. 이에 따르면 사업자등록 신청 후 사업자등록이 완료될 때까지 등록증 발급여부가 불확실하게 되므로 채권자등 이해관계인이 불측의 손해를 입을 우려가 있다. 인도와 사업자등록의 신청에 의해 대항력을 취득하기 때문에 사업자등록신청으로 대항력을 취득했다가 14일 후에 신청이 반려된 경우에는 문제가 될 것이다.<sup>238)</sup> 따라서 인도와 사업자등록의 신청을 공시의 기준으로 삼을 것이 아니라 사업자등록증을 교부받은 다음날부터 대항할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>239)</sup>

주택임대차보호법 제2조 제1항의 단서에 의하면 “임차주택의 일부가 주거외의 목적으로 사용되는 경우”에도 주택임대차보호법이 적용된다. 또한 상가임대차건물보호법 제2조 제1항에서는 임대차목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우에도 적용범위 속에 포함시키고 있다. 따라서 주거용과 상가용으로 겸용하는 경우에는 그 임대차의 목적, 전체건물과 임대차 목적물의 구조와 형태 및 임차인의 임대차 목적물의 이용관계, 임차인이 그 곳에서 일상생활을 영위하는지 여부 등을 고려해야 한다.<sup>240)</sup> 이에 따르면 주거용인지 상가용인지 여부는 법원이 최종적으로 판단해야 할 것인데, 양자간의 공시방법이 서로 다르고 공시요건의 취득시기가 다를 경우에 문제가 될 수 있다.

236) 정연완, 전계논문, 213면.

237) 김동국, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 「법률신문」, 2002.3.4일자 15면 ; 윤기택, “상가임대차의 문제점과 법률안의 검토”, 「재산법연구」 제18권 제1호, 한국재산법학회, 2001.10, 180면.

238) 물론 이와 반대로 휴업이나 폐업으로 사업자등록이 말소되는 경우에 대항력이 상실하는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 주택임대차보호법의 경우에는 실제로 주민등록을 대항력의 존속요건으로 보고 주민등록이 말소되거나 이전된 경우에는 대항력도 상실하는 것으로 해석하고 있다(대판 1998.12.11, 98다34584).

239) 김제완, 전계논문, 108면.

240) 대판 1996.3.12, 95다51593.

### (3) 계약갱신청구권의 문제

상가건물임대차보호법 제10조 제1항에서는 임대인은 임차인이 임대차기간 만료 전 6월부터 1월까지 사이에 행하는 계약갱신요구에 대하여 정당한 사유 없이 이를 거절하지 못하도록 규정하면서 거절의 사유로 8가지를 들고 있다. 이러한 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 않은 범위 내에서 행사할 수 있는데(동조 제2항), 임대인이 임대기간 만료 전 6월부터 1월 사이에 갱신기간의 통지 또는 조건의 변경에 대해 통지를 하지 아니할 때에는 그 기간이 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 보며, 이 경우에 임대차는 존속기간의 정함이 없는 것이 된다(동조 제4항). 이러한 기간이 없는 임대차의 경우 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지의 통고를 할 수 있고, 임대인은 그 통고를 받은 날로부터 3월이 경과하면 그 효력이 발생한다(동조 제5항). 이 계약갱신요구권과 관련하여 임차인에게만 기한이 없는 상가건물의 임대차에 대해 계약해지 통고를 할 수 있는 점이 또 하나의 특징적인 것이다. 이 계약갱신을 거절할 수 있는 사유로 규정되어 있는 대부분이 계약해지 사유라고 할 수 있는 것들이다.<sup>241)</sup> 그러나 임차인이 영업이 잘 되지 않는 경우에는 크게 문제가 되지 않겠지만 잘되는 경우에는 임대인은 자신이 받지도 않은 권리금 등 고액의 금액들 제공해야만 계약갱신을 거절할 수 있을 뿐이다. 따라서 이 법에 의해서는 5년 동안은 계약갱신거절 이외의 방법에 의한 해지는 할 수 없게 된다. 이것은 과도한 임차인의 보호라고 생각한다.

### (4) 가장 임차인의 문제

상가건물임대차보호법 제14조에 의하면 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권보다 우선하여 변제받을 수 있다. 이에 따라 경매 우려가 있는 임대인의 경우 임차인과 공모하여 가장 임대차계약을 체결하고 대항력을 보유할 수 있게 된다. 말하자면 주택임대차의 경우에도 임대인이 가장 임차인과 공모하여 경매과정에서 우선 변제를 받는 경우가 자주 발생하는데, 상가건물의 경우 특히 대규모 복합 상가라면 주택임대차와는 달리 내부문제가 복잡하여 가장 임차인이 발생할 가능성은 매우 높다.

이러한 가장 임차인의 출현으로 인하여 건물을 주된 담보로 하고 있는 금융의 담보 질서와 부동산거래에 큰 피해를 줄 수 있다.

### (5) 임대보증금의 우선변제권의 문제

임대보증금의 우선변제권을 인정하는 문제도 임대인에게는 임차인 이외에도 그 보다

241) 윤기택, 전계논문, 190면.

더 열악한 지위에 있는 채권자 등이 얼마든지 있을 수 있는데, 그 상가 보증금의 일정액을 최우선적으로 보호한다는 것은 다른 채권자와의 평등의 원칙에 크게 반한다. 원래 주택임대차의 경우에도 확정일자란 계약서의 존재 자체만을 증명할 수 있는 것이지 보증금 수수의 내용을 증명할 수는 없는 자, 주민등록과 전입신고를 요하는 주택의 경우와 같은 보호의 발상은 상가건물임대차법의 영역에 부합될 수가 없다. 왜냐하면 상가를 중심으로 이루어지는 상거래에서는 영세임차인보다 더 열악한 채권자 등이 얼마든지 있을 수 있기 때문에 경제현상에 일면으로 보고 보증금의 우선변제권을 인정하는 것은 다른 제3채권자를 크게 해할 수 있기 때문이다.<sup>242)</sup> 더구나 상가보호법의 경우처럼 보증금의 일정액을 선순위권리자 보다 최우선적으로 보호하게 되면 건물을 담보로 하는 금융관계의 대혼란을 야기하게 되어 가뜩이나 어려운 금융기관을 통한 자금조달이 어려워져, 결국은 상인들의 경제활동이 오히려 크게 위축될 수 있고 악덕임차인과 담합하거나 제3자와 짜고 교묘하게 선순위채권자의 권리를 배제할 수도 있어 오히려 거래안전을 크게 해치는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

## (6) 정리

상가건물임대차보호법과 관련하여 임차상가건물 경매상의 문제점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 상가건물임대차보호법의 적용범위를 사업자등록이 가능한 상가건물 중에서 일정 보증금 한도만으로 제한하는 것은 타당하지 않다. 경제적 약자를 보호하려 한다면 일정액의 보증금 한도로 제한한다는 것은 적절하지 못하다.

둘째, 상가건물임대차의 효력발생 요건으로서의 공시방법을 건물의 인도와 사업자등록증의 신청으로 하고 있는데, 민법상 부동산물권의 공시방법으로 등기제도가 정착되어 있음에도 불구하고, 임차권등기라는 제도를 도외시키고 세법상 징세의 편의를 위하여 만들어진 사업자등록이라는 제도를 편법으로 이용하는 것은 바람직하지 않다.

셋째, 상가건물 임차인에 허용되는 계약갱신요구권은 임차인에 비하여 과도한 보호라고 할 수 있으며, 이는 경매제도에 있어서 매수인의 지위를 약하게 만든다.

넷째, 상가건물 임차인에게 주어지는 임대보증금의 우선변제권은, 특히 대규모 복합상가의 경우 가장 임차인이 발생할 가능성은 매우 높으며, 이로 인하여 상가건물의 경매에 있어서 채권자들이 피해를 줄 수 있다.

242) 소재선, “비교법적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제”, 「경희법학」 제32권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1997.8, 170면.

### 제3절 부동산경매제도의 개선방안

#### 1. 주택임대차에 있어서의 개선방안

##### 1) 임차인의 우선매수청구권 부여

채무자가 거주하지 않고 있는 부동산에 있어 부동산에 관한 침해사실을 가장 잘 알 수 있는 사람은 다른 아닌 실제 거주자인 임차인이라고 할 수 있다. 더구나 입법취지를 생각하면 경매개시결정 후 경매목적물의 물리적인 훼손으로 담보가치를 감소시키거나 침해행위 등으로 이해관계인의 배당요구 등을 침해하는 경우 법원이 이 사실을 알 수 있기란 매우 어려운 일이다. 따라서 이해관계인에게 그 사실을 경매법원에 알리게 함으로써 경매절차의 원활한 진행과 불의의 피해자를 방지하는 데에 목적이 있는 것으로 생각하면 임차인에게도 이 권리를 인정하여야 할 것으로 생각 된다.<sup>243)</sup> 그리고 임차인의 우선매수권을 인정하지 않은 문제와 관련하여 임차인은 매각부동산을 직접 점유하여 사용하고 수익하는 자로써 다른 어떤 부동산상의 이해관계인보다 특수한 지위에 있다고 할 것이므로 주택임차인에게 우선매수권을 인정할 필요가 있다.<sup>244)</sup>

##### 2) 가장 임차인의 방지

주택임대차보호법이 주민등록을 기반으로 하여 임차권등기명령 제도를 채택하고 있는 것은 가장 임차인 문제가 가장 큰 원인이 되지만 어디까지나 주민등록은 행정상의 목적으로만 요구되는 조건이므로 이를 보완하거나 대체하기 위한 별도의 대책이 마련되어야 할 것이다. 이를 위하여, 주민등록 전입신고 일에 해당 동사무소의 직원이 신고자의 주거지를 직접 확인하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 이 경우에는 실제 전입여부와 지번의 오인으로 인한 불이익을 미연에 예방할 수 있을 것이나 현행 행정력의 상황으로는 실행되기에 많은 어려움이 따를 것이다. 따라서 동사무소 직원을 대신하여 전입자와 인접해 있고 당해 통, 반을 관할하고 있는 통반장의 확인이 날인된 전입 신고서를 접수하여 주민등록에 기재하는 방법이 대안으로 제시될 수 있다. 물론 이 경우에는 위장전입자와 통반장이 통정하여 허위로 전입 신고서를 접수시키거나 해당 전입 신고서를 위조하는 우려가 있을 수 있겠으나 동사무소나 관련기관이 통반장을 관리 및 교육하면 되기 때문에 행정력의 소모도 상당히 줄어들 수 있을 것이다. 이 외에도 당해 통, 반에

243) 박제승, 전제논문. 485-486참조.

244) 지철수, “부동산경매절차에서의 임차인의 지위와 그 보호에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 제23집, 법원행정처, 1996, 295-296면.

주소를 두고 있는 주민의 신원보증인란에 전입신고가 실제 거주하고 있거나 또는 전입해 왔다는 사실을 날인하여 동사무소에 비치된 주민등록원부에 기재하는 방안도 고려될 수 있다.<sup>245)</sup>

### 3) 차임통제의 실효성 확보

우리나라의 주택임대차 차임은 월세 기준인 외국과는 달리 보증금을 기반으로 하여 결정되는 경우가 일반적이다. 따라서 주택임대차와 관련하여 임차인보호에는 보증금에 대한 상한액 규제를 할 필요가 있다.<sup>246)</sup> 그리고 보증금의 차임증감청구권과 관련하여 입법론으로 법원이나 기타 기관으로 하여금 증감상당액을 승인 내지는 확정하게 하는 제도도 고려해에 한다.<sup>247)</sup> 또한 주택임대차의 경우에도 계약자유의 원칙이 존중하여 당사자간의 합의를 통해 차임이 결정되면 그것이 구속력을 갖는 것이 기본원칙이지만 국가나 국가기관이 주택임대차에 대해서는 미리 기준차임을 제시하는 것도 합의의 기준을 설정하는 좋은 방안이 될 것이다.

우리나라의 경우에는 임차인을 보호하기 위하여 사전에 차임의 과도한 인상을 예방하자는 취지가 바탕이 되어 인상분을 법으로 규제하고 있으나, 이미 과도한 차임인상을 감당하고 있는 임차인의 보호에는 소홀한 부분이 있는 것으로 판단된다. 물론 초과된 인상분에 대해서는 당연 무효이겠으나 이를 반환받을 수 있는 제도는 마련되어 있지 않으므로 이에 대한 대책도 동시에 고려되어야 한다. 물론 민사조정법에 의하여 조정신청을 할 수 있겠으나 약자인 임차인이 강자인 임대인을 상대로 조정신청을 한다는 것은 쉬운 일이 아니므로 독일의 경제형법과 같이 임대인을 형벌로써 규제할 수 있는 제도의 모색도 필요할 것이다. 독일민법은 차임인상의 실제적 요건으로 차임의 인상시부터 15개월간 차임이 변동되지 아니하여야 하고, 이 차임인상청구는 최종의 차임인상이 있는 후 적어도 1년 후에야 이를 할 수 있고, 이 경우 차임은 3년 동안에 20%를 초과하여 인상하지 못하는 것으로 규정하고 있다(독일민법 제558조).<sup>248)</sup>

## 2. 상가건물임대차에 있어서의 개선방안

### 1) 상가건물의 적용범위의 확대

상가건물임대차의 적용범위는 소득세법, 법인세법, 부가가치세법에 해당하는 사업자

245) 정연환, 전계논문, 206-207면.

246) 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2004, 492면.

247) 이를 위하여 최저임금제도와 같은 적정차임결정위원회를 구성하여 이 기구에서 차임의 적정성을 결정하여 제시하는 방안도 고려해야 한다는 견해가 있다(김상용, 「채권각론」, 법문사, 2006, 373면 참조).

248) 정연환, 전계논문, 208면.

에 한하여 적용된다. 그러므로 사업자 등록을 하지 않은 비영리사업자에게는 적용되지 않는다. 그러나 영업, 직업, 고용을 포함하는 법인이든 자연인이든 모든 임차인에 의하여 행하여지는 모든 사업활동을 포함하도록 할 필요가 있다. 또 일부만 영업목적으로 사용하고 일부는 주거목적으로 사용하는 겸용건물의 경우에는 어느 사용목적이 지배적 인가를 묻지 않고 상가건물임대차보호법이 적용되어야 할 것이다. 다만 주거목적 임대차와 상호조화를 위하여 주택임대차보호법이 적용되는 경우에는 본 법의 적용을 배제하는 것이 합리적이라고 생각한다.<sup>249)</sup>

## 2) 당사자의 의무강화

임대인의 주된 의무라면 영업용건물을 인도하는 것이지만, 이 외에도 건물의 수선의무, 방해제거의무, 하자담보의무 등을 규정하여야 하며, 임차인의 의무로서는 차임지급의무, 건물의 적법한 사용의무, 건물의 보관의무, 임대차종료시의 건물반환의무 등을 따로 규정하여야 하지만 임료 지불 시기는 당사자의 자유로운 의사에 맡기는 것이 타당하며, 특히 임차인이 건물을 적정하게 사용하지 않는 경우에 한하여 임대인의 손해배상 및 계약해제를 청구할 수 있도록 하여야 한다. 또 임차인으로서 상가건물에 제3자의 부당한 침해가 배제할 수 있도록 하여야 하며, 만일 점유권에 대한 부당한 침해가 있는 경우라면 점유보전 및 점유회수의 소를 인정하여야 한다.

## 3) 차임의 결정과 통제의 필요

상가건물의 경우 차임의 결정은 임대료를 산정하는 표준이 유동적(예컨대, 임차인의 이윤이라든가 매상실적)이라면 금액산정은 가변적 일수 있으며, 이 경우에도 정해진 최고금액 이상을 초과할 수 없도록 차임통제의 구체적인 경우를 시행령으로 다루는 것이 바람직하다.

## 4) 임차권의 대항력의 개선

임차권의 대항력에 있어서는 주택임대차와 달리 상가건물은 상업등기를 대항요건으로 규정한다면, 특히 무허가 영업을 방지할 수가 있고, 투기 및 탈세를 방지할 수 있기 때문에 상가건물은 상업등기를 대항요건으로 하는 것이 타당하다고 하는 견해가 있으나, 큰 건물의 임대나 백화점 등과 같은 대형건물의 임대차에 있어서는 모르지만 영세상인들의 조그만 점포에까지 상업등기를 하도록 하는 것은 현실성이 없다. 따라서 임차인이 건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의

249) 상가건물임대차와 관련한 개선방안은 상계논문, 218-221면 참조.

규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 있다고 하는 것은 사회적인 현실에 적합하다고 할 것이다.

### 5) 보증금제도의 보완

상가건물임대차에서 당사자간 수수되는 보증금은 실제 관행화되어 있으나, 상가건물임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 갖추고 관할 세무서장으로부터 임대차계약서상의 확정일자를 받은 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차건물의 환가대금에서 후순위권리자 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다고 하는데, 보증금의 상한선 및 인상통제와 함께 임대기간만료후의 신속한 보증금의 반환에 대하여도 규정할 필요가 있다.

상가건물임대차에 있어서는 주택임대차와는 달리, 점포를 중심으로 이루어지는 상거래에서는 영세임차인보다도 더 열악한 채권자가 있을 수 있으므로 주거목적 임대차와 같이 우선변제권을 인정하는 것은 다른 제3채권자를 해할 염려가 있으므로 우선변제권을 인정하는 것은 영업목적 건물임대차에 있어서는 타당하지 않다고 할 것이다.

### 6) 존속기간의 보장과 권리금의 제도화

상가건물의 임대차에 있어서는 사용목적에 따라 다르기 때문에 법으로 강제하는 것보다는 당사자의 사적자치에 맡겨야 하나 다만, 임대인이 지나치게 임료를 상승시킬 목적으로 단기로 하는 경우에는 최단기간을 정하여야 한다.

그리고 권리금의 인정문제와 관련하여, 판례는 권리금반환특약이 없는 상태에서 계약갱신의 거절시 일정액의 권리금을 청구할 수 있도록 하고 있을 뿐이다.<sup>250)</sup> 권리금의 수수는 관행으로 행하여지고 있으나 권리금을 입법적으로 해결하는 것은 바람직하지 않고, 당사자의 자치에 따르도록 하는 것이 합리적이라고 생각한다.

## 3. 주요국가의 선진 입법의 도입

앞의 제3장 제2절에서 주요국가의 부동산경매제도에 대한 선진 입법례를 검토하였는데, 이러한 입법례 중 몇 가지 제도에 대하여 우리나라에의 도입가능성을 분석하여 봄으로써, 이러한 제도가 위에서 살펴본 임차주택 또는 임차상가건물 경매 상의 문제점에 대한 해결방안으로 삼고자 한다.

우선, 부동산경매의 신속한 진행을 위하여, 경매부동산의 매각이 3회에 걸쳐 불능이

250) 대판 1989.2.28, 87다카823.824.

되고 다시 매각을 실시하여도 매각의 가망이 없을 경우 경매절차를 취소할 수 있도록 하고 있는 제도는 도입하는 것이 바람직하다.

둘째, 집행법원의 업무의 효율성이나 능률성을 감안하여 매수인의 대금납부에 관하여 금융기관의 자금협력을 얻어 매각을 촉진시키는 제도도 도입하는 것이 바람직 하다.

셋째, 일본과 같이, ‘체납처분과 강제집행 등의 절차에 관한 조정법률’을 제정하여 양 절차가 서로 충돌하지 않도록 이에 대한 시스템을 구축해야 할 것이다.

넷째, 임차주택이나 임차상가건물의 경매절차에서 임차주택 또는 임차상가건물의 임차인의 보호와 관련하여 압류채권자가 보호되지 못하는 경우가 많은데, 독일법상의 ‘압류채권자 우선주의’를 도입하면 이러한 문제를 해결할 수 있을 것으로 생각한다.



## 제5장 결 론

지금까지 우리나라의 부동산경매의 절차와 아울러 부동산경매제도의 문제점과 개선 방안에 대하여 살펴보았다. 우리나라의 경우도 부동산경매는 민사집행의 중심을 이루고 있으며, 부동산경매 사건은 날이 갈수록 급증하고 있는 실정이다. 그러나 부동산경매와 관련하여 특히 특별법상의 임차주택이나 임차상가건물의 임차인의 권리문제가 등기부상에 나타나지 않음으로 인하여 경매부동산의 권리관계 매우 복잡하여 권리분석을 어렵게 만들 뿐 아니라, 압류채권자가 예기하지 못한 불이익을 받는 등 여러 가지 문제가 발생되고 있고, 이로 인하여 경매절차가 상당히 장기간 지연되고 있는 것이 현실이다.

우리나라는 강제집행제도를 합리적으로 규율하기 위하여 민사집행법(2002.1.26. 제정, 법률 제6627호)을 제정·시행하고 있으나, 부동산경매제도의 활성화를 위해서 개선해야 할 점이 아직도 많은 실정이다. 외국의 입법례에서 우리나라에 도입할 수 있는 제도를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 우리나라의 경우 부동산경매가 여러 가지 이유로 지연되는 경우가 많아 경매의 신속한 진행을 위한 제도적 장치가 필요한 바, 일본의 경우 경매부동산의 매각이 3회에 걸쳐 불능이 되고 다시 매각을 실시하여도 매각의 가망이 없을 경우 경매절차를 취소할 수 있도록 하고 있으므로 이 제도를 도입할 필요가 있다.

둘째, 부동산은 대부분 고가여서 자금이 부족한 사람은 부동산경매에 참여하기가 매우 어렵다. 이러한 점과 관련하여 일본의 경우 집행법원의 업무의 효율성이나 능률성을 감안하여 매수인의 대금납부에 관하여 금융기관의 자금협력을 얻어 매각을 촉진시키는 제도를 도입하고 있으므로 우리나라도 장기적으로 이 제도를 도입해야 한다.

셋째, 우리나라의 부동산경매에 있어서 체납처분과 강제집행절차에 관한 조정시스템이 구축되지 않아 종종 문제가 되고 있는 바, 일본의 경우 ‘체납처분과 강제집행 등의 절차에 관한 조정법률’을 제정하여 양 절차가 서로 충돌하지 않도록 이에 대한 시스템을 구축하고 있으므로 우리나라도 이러한 시스템을 도입하여 양 절차가 충돌되지 않도록 해야 할 것이다.

넷째, 독일은 경매제도에 있어서 ‘압류채권자 우선주의’를 취하고 있다. 우선주의는 채무자의 개별 재산에 대하여 압류한 채권자가 그 재산으로부터 ‘우선적으로’ 만족을 얻는다는 원칙이다. 우리나라가 취하는 평등주의는 도산절차와 더 잘 어울리고, 독일법이 취하는 우선주의는 집행절차의 본질에 맞다고 할 수 있다. 특히, 우리나라의 임차

주택이나 임차상가건물의 경매절차에 있어서 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법상의 임차인의 보호규정과 관련하여 압류채권자가 예상하지 못한 불이익을 받는 경우가 많은 문제점이 도출되고 있는 바, 이러한 문제는 독일법상의 우선주의를 도입함으로써 해결할 수 있을 것으로 생각한다.

다섯째, 독일법상의 강제저당제도는 강제경매와 강제관리 이외의 제3의 강제집행방법으로 특히 우리나라처럼 부동산가격의 폭등현상이 빚어지고 있는 형편에서는 더욱 효용성이 크다고 할 것이므로 이 제도의 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 강제저당제도는 집행권원이 있는 채권자의 단독신청으로 채무자의 부동산에 대하여 저당권을 일방적으로 설정하는 제도이다(독일민사소송법 제866조, 제867조). 저당권은 약정 담보물권이므로 저당권자와 저당권설정자의 합의로 설정되는 것이 원칙이지만, 강제저당권은 우선변제권이 없는 채권자가 집행권원을 취득한 경우 그 집행권원에 근거하여 일방적으로 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권의 설정을 신청하고 법원이 이를 허용함으로써 설정된다. 이는 채무자로서도 당장 강제경매를 당하지 않고 부동산을 사용·수익할 수 있는 장점이 있는 제도로서, 민법 물권 편외의 저당제도에 법정저당권으로서 강제저당제도를 규정하거나, 강제집행법의 개정을 통하여 도입이 가능하다고 생각한다.

다음으로, 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법 등 특별법에 의한 임차인의 보호규정들은 부동산 경매절차에 있어서 압류채권자나 부동산 매수인의 지위에 상당한 영향을 주고 있으며 부동산경매제도에 걸림돌이 되고 있다. 이하에서는 임차주택과 임차상가건물의 경매상 문제점과 개선방안을 각각 살펴보고자 한다.

우선 주택임대차보호법과 관련하여 임차주택 경매상의 문제점 및 개선방안을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 미등기주택이나 무허가주택은 임차권등기명령제도의 대상이 되지 못하므로, 미등기주택 도는 무허가주택의 임차관계가 등기부상에 나타나지 않아 권리관계가 복잡할 뿐 아니라 경매신청채권자에게 생각하지 못했던 불이익을 줄 수 있다. 이를 개선하기 위하여 미등기주택이나 무허가주택의 경우 임차관계를 공시할 수 있는 시스템이 필요하다.

둘째, 경매개시결정 등기 이전에 부동산상에 주택임차권 등기를 한 임차인도 민사집행법 제90조 제3호 소정의 이해관계인이 되는데, 경매개시결정을 한 후 경매부동산에 대한 침해행위를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하도록 신청할 수 있는 이해관계인은 압류채권자 또는 최고가매수신고인에 한하도록 하고 있어(민사집행규칙 제44조), 실질적으로 임차인이 신청인에서 제외되고 있다. 민사집행규칙 제44조를 개정하여 임차인도 신청인으로 인정해야 한다.

셋째, 경매주택에 대하여 주택임차인의 우선매수권이 인정되지 않고 있는데, 주택임차인은 매각부동산을 직접 점유하여 사용하고 수익하는 자로써 다른 어떤 부동산상의 이해관계인보다 특수한 지위에 있다고 할 것이므로 주택임차인에게 우선매수권을 인정해야 한다.

넷째, 주택임대차보호법상 임차권등기명령제도의 신청 요건상 주민등록을 대항요건으로 하고 있는 바, 이는 가장 임차인을 미연에 방지하자는 의도가 있는 것으로 보이지만, 임차인의 주민등록만으로 임차권의 존재를 제3자가 인식할 수 있는 공시방법으로 인정하여 거래의 안전을 확보할 수 있는지 의문이다. 그러므로 가장 임차인의 방지를 위한 대책이 필요하다. 이를 위한 방안으로서는 우선, 주민등록 전입신고 일에 해당 동사무소의 직원이 신고자의 주거지를 직접 확인하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 다만, 이는 행정인력의 부족으로 어려움이 있다. 두 번째 방안으로, 동사무소 직원을 대신하여 전입자와 인접해 있고 당해 통·반을 관할하고 있는 통·반장의 확인이 날인된 전입 신고서를 접수하여 주민등록에 기재하는 방법을 생각할 수 있다.

상가건물임대차보호법과 관련하여 임차상가건물 경매상의 문제점과 개선방안을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 상가건물임대차의 효력발생 요건으로서의 공시방법을 건물의 인도와 사업자등록증의 신청으로 하고 있는데, 민법상 부동산물권의 공시방법으로 등기제도가 정착되어 있음에도 불구하고, 임차권등기라는 제도를 도외시하고 세법상 징세의 편의를 위하여 만들어진 사업자등록이라는 제도를 편법으로 이용하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 장기적으로는 임차권등기제도를 이용하도록 해야 할 것이다.

둘째, 상가건물 임차인에 허용되는 계약갱신요구권은 임차인에 비하여 과도한 보호라고 할 수 있으며, 이는 경매제도에 있어서 매수인의 지위를 약하게 만든다. 따라서 상가건물임차인에게 주어지는 계약갱신요구권의 범위를 조정해야 한다.

셋째, 상가건물 임차인에게 주어지는 임대보증금의 우선변제권은, 특히 대규모 복합상가의 경우 가장 임차인이 발생할 가능성은 매우 높으며, 이로 인하여 상가건물의 경매에 있어서 채권자들이 피해를 줄 수 있다. 가장임차인의 방지를 위한 방안은 위에서 설명한 주택임차인의 경우와 유사하므로 생략한다.

넷째, 상가건물임대차에 있어서는 주택임대차와는 달리, 점포를 중심으로 이루어지는 상거래에서는 영세임차인보다도 더 열악한 채권자가 있을 수 있으므로 주거목적 임대차와 같이 우선변제권을 인정하는 것은 다른 제3채권자를 해할 염려가 있으므로 우선변제권을 인정하는 것은 영업목적 건물임대차에 있어서는 타당하지 않다. 장기적으로는 우선변제권을 인정하지 않는 방향으로 개정해야 할 것이다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

#### 1) 단행본

- 강대성, 「민사집행법(제2판)」, 삼영사, 2003.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 1998.
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004.
- 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2006.
- 김상원 외 3인, 「민사집행법 I,II,III」, 한국사법행정학회, 2004.
- 김종국, 「부동산경매」, 매일경제신문사, 2004.
- 김진호, 「경매부동산의 배당과 권리분석의 연구」, 법률서원, 2004.
- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2004.
- 남동현, 「민사집행법」, 삼조사, 2004.
- 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004.
- 박두환, 「민사집행법(제2판)」, 법률서원, 2003.
- 법원행정처, 「법원실무제요(민사집행 I,II,III,IV)」, 법원행정처, 2003.
- 신현기, 「민사집행법각론(상)」, 법률서원, 2003.
- 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007.
- 윤 경, 「부동산경매(입찰)의 실무(하)」, 법률정보센터, 2001.
- 윤완중, 「민사소송부동산경제론」, 한국금융연수원, 1996.
- 이상혁, 「부동산임대차의 현대적 법리」, 법문사, 1997.
- 이시운, 「신민사집행법」, 박영사, 2004.
- 이영섭, 「주석 강제집행법(중)」, 육법사, 1990.
- 이재성, 「주석강제집행법」, 한국행정사법학회, 1993.
- 정승호, 「부동산권리분석 실무」, 부연사, 2004.
- 정용채, 「법원경매실무」, 경록출판사, 2005.
- 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003.

## 2) 논문

- 강대성, “경제불황기의 부동산집행절차”, 「토지법학」 제14호, 한국토지법학회, 1999.1.
- 고영남, “주택임대차보호법의 한계와 공공성의 포기”, 「민주법학」, Vol.23, No.1, 민주주의 법학연구회, 2003.
- 김동국, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 「법률신문」, 2002.3.4.
- 김상균, “일본 민사집행법상의 부동산매각방법과 우리나라 부동산경매제도의 개선점”, 「재판자료」 제66집, 법원행정처, 1995.
- 김상용, “강제경매와 임의경매의 통합”, 「고시계」 통권402호, 고시계사, 1990.
- 김상찬, “경매에 있어서 부동산의 매각조건에 관한 연구”, 「법과정책」 제13집 제2호, 제주대학교 사회과학연구소, 2007.8.
- 김영일, “임대차에 있어서 권리금을 둘러싼 제문제”, 「재판자료집」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 김제완, “상가건물임대차보호법의문제점”, 「비교사법」 제16호, 한국비교사법학회, 2002.4.
- 김형배, “독일채권법 현대화작업-채무불이행법의 체계를 중심으로”, 「저스티스」 통권 제10호, 한국법학원, 2001.
- 민일영, “주택임대차보호법 제3조의2에 관한 일고”, 「법조」 제459호, 법조협회, 1994.
- 박재승, “부동산경매절차에 있어서의 임차인의 지위”, 「사법논집」 제21호, 법원행정처, 1990.
- 박태영, “주택임대차보호법의 적용범위” 「재판자료」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 소재선, “독일에 있어서의 주거목적 이외의 건물임차인의 보호제도”, 「경희법학」 제31권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1996.
- , “비교법적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제”, 「경희법학」 제32권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1997.
- 어인의, “보증금과 권리금에 관한 고찰”, 「법학논집」 제10집, 청주대학교 법학연구소, 1995.
- 엄영진, “부동산경매절차에 있어서 전세권자의 지위에 관한 고찰”, 「법조」 제549호, 법조협회, 2002.
- 유병조, “개정 주택임대차보호법에 관한 연구”, 「대한부동산학회지」, Vol 17, No.1, 대한부동산학회, 1999,
- 윤기택, “상가임대차의 문제점과 법률안의 검토”, 「재산법연구」 제18권 제1호, 한국재

- 산법학회, 2001.10,
- 윤재식, “부동산 강제경매개시결정에 있어서 몇 가지 문제”, 「사법논집」 제7권, 법원행정처, 1976.
- 윤철홍, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 「비교사법」, 제16호, 한국비교사법학회, 2002.
- , “상가임대차보호법(안) 상의 계약갱신요구 권에 관한 소고”, 「송상현선생화합기념논문집」, 박영사, 2002.
- 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1998.
- 장영희·박은철·최윤경, “주택임대차에 관한 제도적 개선방안 연구”, 「주택연구」 제8권 제1호, 한국주택학회, 1999.
- 장해창, “환가방법으로서의 경매와 입찰”, 「재판자료」 제71집, 법원행정처, 1996.
- 전장현, “임차부동산의 경매와 임차인의 보호에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 2003.
- 정승열, “확정일자제도의 문제점 고찰”, 「법조」 제546호, 법조협회, 2002.
- 정연환, “부동산경매제도에 관한 연구(우리나라와 일본의 법제를 중심으로)”, 영남대학교대학원 박사학위논문, 2005.
- 조현래, “주택임대차의 대항력 발생시기”, 「법률신문」 제2883호, 2000.5.11.
- 지철수, “부동산경매절차에서의 임차인의 지위와 그 보호에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 제23집, 법원행정처, 1996.
- 천 영, “개정주택 임대차보호법상 문제점에 관한 고찰”, 「한국부동산분석학회지」, 한국부동산분석학회, 2001.
- 추신영, “강제저당제도에 관한 연구”, 경상대학교대학원 박사학위논문, 2000.2.
- 한삼인·김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적 지위”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006.
- 한상호, “경매절차의 이해관계인”, 「재판자료」 제35집, 법원행정처, 1987.

## 2. 일본문헌

- 高橋宏志, 「中點 講義 民事訴訟法(下)」, 有斐閣, 2004.
- 内田貴, 「民法3: 債權總論論・擔保物權(第2版)」, 東京大出版會, 2004.
- 瀬川昌輝他, 「不動産業の開業ガイドと實務」, 住宅新報社, 2004.

不動産流通近代化センター, 「不動産コンサルティング実務講座」, 大成出版社, 2002.  
佐藤清次, 「わかりやすい競賣評実務」, 住宅新報社, 2003.  
上原敏夫・山木和彦, 「民事執行・保全法」, 有斐閣, 2004.  
西岡清一郎, 「民事執行の実務 不動産執行編(下)」, 金融財政事情研究会, 2003.  
小澤善哉他, 「圖解不動産の時價・減損會計と評價」, 東洋經濟新報社, 2002.  
新堂幸司, 「新民事訴訟法」, 弘文堂, 2003.  
長谷部・由起子 編著, 「ケースブック民事訴訟法」, 弘文堂, 2004.  
竹下守夫, 「不動産執行法の研究」, 有斐閣, 2000.  
中野貞一郎, 「民事執行・保全法概説(第2版)」, 有斐閣, 2004.

### 3. 구미문헌

Arens, Peter/Lüke, Wolfgang, *Ziviprozeßrecht*, 6.Aufl., 1994.  
Baumbach/Lauterbach, *Ziviprozeßordnung*, 52.Aufl., 1994.  
Brox/Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 4.Aufl., 1993.  
Jauernig/Othmar, *Zwangsvollstreckungs und Insolvenzrecht*, 20.Aufl., 1996.  
Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11.Aufl., 1997.  
Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, 26.Aufl., 1996.  
Terré/Simler, *Droit civil. Les biens*, 5 éd. 1998.

# ABSTRACT

## Research into Reform Measures for the Real Estate Auction System

- With a focus on the Housing and Storefront Rental Market-

Yeo-Sun Kim

Major of Judicial Administration

Graduate School of Public Administration

Cheju National University

Supervised by Professor Sang-Chan Kim

In the case of real estate auctions, real estate owned by a debtor or 3rd-party debt guarantor is seized and sold to pay off creditors. It is a kind of seizure, but the creditors are not permitted to directly confiscate the debtor's assets. Instead, creditors must file for seizure of a debtor's assets with the regional court, which begins the liquidation process.

In January 2002, regulations regarding the enforcement of civil law were passed, and the forced disposition of real estate assets was the most important part of this law. The law prescribed guidelines regarding administration of seized assets, stipulated the procedure for confiscating semi-real estate assets such as boats and other property, set regulations for enforcing mortgage rights on real estate, and established standards for disposition of non-real estate assets. Accordingly, forced disposition of real estate assets became the core of compulsory enforcement of civil law.

According to the laws of civil procedure, once a creditor files for forced sale by auction of a debtor's assets, the forced disposition process begins. There are 3 stages in this process- seizure, sale (liquidation) and payment to creditors. In the seizure stage, the debtor loses rights over their property, and under such circumstances forced auction can take place as a kind of preservative measure. Real estate seizures occur after being recorded in the real estate registry. In the sale (auction) stage of seized real estate, the court can dispose of the assets

by accepting sealed bids, holding a public auction on an appointed date, or by accepting bids during a period of 1 week to 1 month. Finally, in the payment to creditors stage, the proceeds from asset liquidation are used to pay the expenses of carrying out the auction and then the remaining funds are used to repay creditors. In the case of a single creditor, funds are given directly to the creditor and then the remaining funds, if any, are given to the debtor. In the case of numerous creditors, payments are made depending on creditors' debt seniority. In cases where creditors' debt seniority is the same or doesn't exist at all, the principle of fairness to all creditors is upheld and payments are made in proportion to the value of the creditor's claim.

Once the process of forced sale by auction of real estate is initiated by one creditor, other creditors also take part to receive payment for their claims as well. A key issue in this process is the legal status and debt seniority of creditors who wish to be repaid. Fortunately, the proceeds of the forced sale are not paid lump-sum to one creditor but are rather shared among all creditors. On the other hand, rarely is it possible to satisfy all creditors. Especially in Korea the repayment to creditors follows the principle of fairness. Even the creditor who initiates auction proceedings against the debtor has the same repayment priority as other creditors, and receives funds in proportion to the size of their outstanding claims. However there are several disadvantages- because repayment to creditors is proportional to their claims under the principle of fairness, if a large number of creditors participates in the auction proceedings, the situation can become very complicated. Also, in order to increase the funds that they might receive, creditors tend to overstate the value of their claims against the debtor, which violates the rights of the debtor. In addition, some debtors create false debts to avoid paying their creditors. Because of foul play and other problems, the initiator of auction proceedings can justifiably worry about suffering harm.

Most real estate assets are high-priced and are publicly registered, so there are many cases in which rights of usage and mortgage rights are hard to untangle. Particularly in the case of houses and storefront buildings, determining ownership rights is usually quite complicated because of the rental variable and conditions which aren't apparent from looking at the public register. It is therefore difficult to participate in a real estate auction without first analyzing the rights of all the parties involved.

The structure of this research thesis is as follows.

Part 1 is the introduction which covers real estate auction regulations and their significance. Also, the general direction, goal, scope and methodology of this research paper is explained.

In Part 2, the basic principles and types of auctions are discussed, including the stages of real estate auctions- seizure, sale, and payment to creditors- and the general process of real estate auctions is covered.

In Part 3, the importance of property rights analysis is discussed as it relates to real estate auctions. Procedures regarding forced auction of real estate are examined in various countries such as Germany, France, Japan and other countries and the relevant laws regarding such auctions are examined.

In Part 4, the legal rights of renters, the housing renter protection law, the storefront building renter protection law, and other special laws are discussed. Problems arising from the laws and proposed solutions are covered.

In Part 5, issues not covered in the other sections are briefly touched upon. This paper concludes with an overall summary, the outlook for the future direction of Korean real estate auction policies, and policy suggestions.