

碩士學位論文

未完成建物の 強制執行에 관한 研究

A Study of Compulsory Execution for
Incomplete Buildings



濟州大學校 大學院

法 學 科

李 忠 殷

2007年 12月

未完成建物の 強制執行에 관한 研究

指導教授 金 祥 燦

李 忠 殷

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2007年 12月

李忠殷의 法學 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 (印)

委 員 (印)

委 員 (印)

濟州大學校 大學院

2007年 12月

A Study of Compulsory Execution for Incomplete Buildings

Lee, Choong Eun

(Supervised by Professor Kim, Sang Chan)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of master of law

2007. 12.

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

目 次

第1章 序 論	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	4
第2章 不動産 強制執行 一般論	6
제1절 서 설	6
1. 부동산강제집행의 의의	6
2. 강제집행 절차	8
제2절 강제경매의 대상	11
1. 토지, 건물	11
2. 미등기부동산	14
3. 부동산과 동일시 되는 권리(준부동산)	16
제3절 강제집행의 방법	18
1. 강제경매	19
2. 강제관리	25
3. 강제저당제도	26
第3章 未完成建物에 대한 強制執行方法	28
제1절 서 설	28
제2절 미완성건물 강제집행에 관한 주요국가의 입법례	29
1. 일본	29
2. 독일	31
3. 스위스	31

4. 이탈리아	32
5. 프랑스	32
6. 영미법	33
7. 합의	33
제3절 건물의 신축단계에 따른 집행방법	34
1. 가설건축물의 집행방법	36
2. 무허가건물의 집행방법	37
3. 건물의 신축정도에 따른 집행방법	38
제4절 미완성건물의 집행방법	41
1. 서설	41
2. 유체동산집행방법을 준용하는 방법	42
3. 부동산집행방법을 준용하는 방법	53
第4章 未完成建物에 대한 強制執行의 問題點 및 解決方案	57
제1절 서 설	57
제2절 유체동산집행방법을 준용할 경우의 문제점	58
1. 건물평가상의 문제점	58
2. 집행절차상의 문제점	59
3. 매수인(경락인)의 소유권취득상의 문제점	62
4. 채무자에 의한 건물완공과 소유권보존등기에 따른 문제점	63
5. 실체법과 충돌하는 문제점	65
6. 건물을 부동산으로 보는 시기에 대한 문제점	65
제3절 부동산집행방법을 준용할 경우의 문제점	67
1. 서설	67
2. 민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문 적용시 문제점	67
3. 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 적용시 문제점	68
제4절 미완성건물의 강제집행방안 검토	72
1. 서설	72

2. 미완성건물의 강제집행방안에 대한 제 견해	74
3. 검토	76
第5章 結 論	80
참고문헌	83
ABSTRACT	91



第1章 序 論

제1절 연구의 목적

부동산강제집행이라 함은 채무자의 부동산을 압류하여 이를 환가한 후 그 대금에서 우선변제를 받거나 부동산에서 나오는 수익으로 우선변제를 받는 강제집행방법을 말하는데, 전자를 강제경매라 하고 후자를 강제관리라 한다. 부동산은 일반적으로 고가일 뿐만 아니라 은닉하기가 어려워 채권자로서는 다른 재산에 비하여 그 발견이 용이하고 채권 회수에 유리한 면이 크다. 이에 비해 동산은 금전적 가치가 부동산에 비해 상대적으로 작을 뿐만 아니라 발견이 용이하지 않고, 채권은 채무자와 제3자 사이에 이루어진 채권관계에 대한 파악이 사실상 어려워 강제집행을 하기에 용이하지 않은 점이 있다.

현행 민사집행법은 구 민사소송법과 달리 부동산에 대한 강제집행을 가장 중요한 강제집행방법으로 취급하여 강제집행의 제일 앞부분에 편재하였고, 제78조(집행방법) 내지 제171조(강제관리의 취소)에 걸쳐 강제집행절차를 자세하게 규정하고 있으며 이를 부동산의 강제관리, 선박 등 준부동산집행, 부동산 담보권의 실행, 동산집행 등에 준용하도록 하고 있다. 따라서 부동산집행절차야말로 강제집행절차의 핵심을 이루는 절차라고 할 수 있다.¹⁾

여기서 부동산이라 함은 토지 및 그 정착물을 말하는데, 토지 이외의 부동산의 범주에 건물 등을 포함시킬 것인가의 여부는 각국의 입법정책과 연역적 법률문화에 따라 매우 상이한 것이 현실이다. 일반적으로 독일, 스위스 등의 대륙법계 국가는 물론 영국과 미국 등의 영미법계 국가에서도 ‘지상물은 토지에 따른다(superficies solo cedit)’라는 로마법상의 법언에 충실하게 토지의 정착물은 토지와 일체성을 가지는 것으로 보고 있다.²⁾ 이에 대하여 우리나라와 일본의 법제에

1) 강대성, 「민사집행법(제2판)」, 삼영사, 2004, 248면 ; 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007, 354면.

2) 남동현, “건축중인 건물의 부동산강제집행 가능성”, 「민사집행법연구」 제1권, 한국사법행정학회, 2005, 193-194면.

서는 토지와 별도로 건물과登記 및 등록 가능한 정착물 등을 민사집행법상 부동산 내지는 부동산에 준하여 취급하고 있다. 전자의 입법례에서와는 달리 후자의 입법례에서는 특히, 건물의 경우에 소유권의 추정과 거래안전을 위한 공시방법으로서 등록을 하지 아니하였거나, 등록할 수 없는 건축 중인 건물 등에 대한 민사집행법상의 취급을 어떻게 할 것인가의 문제가 매우 중요한 과제로 부각되고 있다.³⁾

건물을 신축하는 과정과 관련하여 건물의 물리적 완성도⁴⁾에 따르면 첫째, 토지의 부합물인 건물로, 공사에 착공하여 기초공사 등을 하고 있는 단계로서 토지로부터 독립된 정착물의 형태를 갖추지 못한 형태의 건물, 둘째, 건축 중인 미완성 건물로, 공사가 진척되어 건물의 외관을 갖추어 토지와 독립한 정착물로서 기초공사의 단계를 넘어 독립된 부동산의 형태를 갖춘 건물, 셋째, 행정절차상 미완성 건물로, 완전한 형태를 갖추었으나 아직 사용승인 등의 절차를 받지 않은 건물, 넷째, 소유권보존등기만 안 된 건물로, 물리적으로 완성되고 사용승인까지 얻었으나 아직 소유권보존등기를 마치지 않은 건물, 다섯째, 소유권보존등기를 마친 건물로, 건물의 실질을 모두 마치고 건물등기부에 등재된 건물 등으로 구분할 수 있다.⁵⁾ 건물의 신축과정과 관련하여 건물은 신축 정도에 따라 상당히 다른 평가를 할 수 있는데, 두 번째 유형의 미완성 건물의 경우에는 현행법상 강제집행을 할 수 있는 방법이 없는 실정이다.

그러나 현대사회에 있어서 건축기술의 발달로 건물이 대형화되고 건물이 완공되기까지는 많은 시간과 비용이 소요되므로 아직 완공되지 아니한 건물도 상당한 재산적 가치가 있고 실질적으로도 그러한 건물이 거래의 대상이 되고 있기 때문에 이와 같은 미완성건물에 대하여도 강제집행을 인정할 필요가 있다.⁶⁾

3) 남동현, 전계논문, 194면 ; 정영환, “신축중의 건물의 집행법상의 지위”, 「민사집행법연구」 제1권, 한국사법행정학회, 2005, 3면.

4) 건축물의 완성 여부는 건축신고 및 건축허가 당시 설계도서상 처음 건물을 건축하려고 하는 사람의 의사와 함께 건축학적으로 객관적 평가를 기준으로 정하여야 할 것이다(남동현, 상계논문, 198면).

5) 이 중에서 현행 민사집행법 제81조 제1항의 적용을 받을 수 있는 건물로 문제가 되는 것은 둘째·셋째·넷째 유형의 건물일 것이다. 한편 둘째 유형의 건물을 유체동산집행방법에 의하여 강제집행을 하고, 셋째·넷째유형의 건물을 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 강제집행을 하자는 견해(이에 대한 상세한 내용은 정영환, 전계논문, 11면)와 둘째·셋째 유형의 건물을 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 건물의 범위에 포함시키고 넷째 유형의 건물을 동법 동조 동항 동호 본문의 건물에 포함시키자는 견해가 있다(최승록, “집행절차에 있어서 미등기건물에 대한 소유권보존등기와 처분제한등기”, 「법조」, 통권 제558호, 법조협회, 2003.3, 11면 이하 참조).

한편 건축법 제2조 제1항 제2호에서는 “건축물이라 함은 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 기타 대통령령이 정하는 것을 말한다”라고 규정하는데, 이는 건물의 범주를 완성된 건물 내지는 최소한 사회통념상 완성된 건물만이 포함되는 것으로 해석하고 있다. 따라서 미완성건물의 경우 채권자가 이를 강제집행 할 방법이 없고 이로 인하여 채권자가 투자된 자금을 회수하지 못하여 동반 부실화 되는 것은 물론 건축주인 채무자도 건축 중인 미완성건물이 그 부지와 일괄하여 집행의 대상이 되지 못함으로 인하여 대부분의 경우 그 부지의 매각가격이 감정가의 절반 이하로 매각되어 막대한 피해를 보는 것이 현실이다.

우리나라와 관련법제도가 비슷한 일본의 경우에도 과거에는 우리나라와 같이 많은 논란이 있었으나, 민사집행법의 개정을 통하여 실체법상 건물로 인정될 수 없는 미완성건물은 등기할 수 없는 토지의 정착물로 판단하여 유체동산 강제집행방법으로 강제집행하고, 실체법상 건물로 인정될 수 있는 건축물은 등기관의 실지조사에 의하여 등기를 한 후 부동산집행방법으로 강제집행하기 때문에 이 문제를 입법적으로 해결하였다.

우리나라의 경우 과거에는 건축 중인 미완성의 건물 또는 완성된 건물이라고 하더라도 부동산등기법 제131조에서 정한 보존등기에 필요한 서면을 제출할 수 없는 미등기건물은 모두 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호(현 민사집행법 제189조 제2항 제1호)의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”에 해당한다고 보아 유체동산 강제집행 방법을 허용하였으나, 대법원은 “유체동산의 집행의 대상이 되는 정착물은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것이라고 보아야 할 것이므로, 미완성건물은 등기할 수 없는 토지의 정착물이기는 하나 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것이라고 볼 수 없어 유체동산집행의 대상에 해당하지 않는다”고 판시⁷⁾한 이후로는 더 이상은 유체동산강제

6) 안영진. “강제집행의 대상으로서의 등기할 수 없는 토지의 정착물”, 「사법논집」 제27집, 법원도서관, 1996, 357면 ; 홍기태, “미완성건물에 대한 강제집행의 방법”, 「민사판례연구」 제19집, 박영사, 1997, 513면.

7) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

집행방법을 통하여 강제집행 할 수 없게 되었다.

이와 같은 미완성건물의 강제집행상의 문제점을 해결하기 위해서 민사집행법은 실제법상 부동산으로 인정되는 미완성건물에 대해 부동산집행방법에 의하여 강제집행 할 수 있도록 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서를 제정하였다. 따라서 “강제경매신청서에 집행력 있는 정본과 그 건물이 채무자의 소유임을 증명하는 서류, 그 건물의 지번·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고 증명할 서류”를 제출하는 경우에는 부동산집행방법에 의한 강제집행이 가능하게 되었다. 그러나 대법원은 이럴 경우 무허가건물을 강제집행 절차를 통하여 등기하게 되어 무허가건물을 방지하려는 건축행정의 목적을 침해하게 된다는 이유로 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의해 강제집행의 대상이 되는 미등기건물을 건축허가 또는 건축신고 된 내용과 동일성이 인정되는 부동산으로 제한하는 민사집행규칙 제42조 제2항을 제정하여 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 입법취지를 훼손하는 결과를 초래하였다.

따라서 본 논문에서는 부동산강제집행의 일반론을 검토하고, 두 번째 유형인 건축 중인 미완성건물에 대한 강제집행에 관하여 현재의 실태와 현상, 그로 인한 문제점을 제기하여 해결방안과 이후의 과제 등을 연구하는데 궁극적인 목적이 있다.

제2절 연구의 범위와 방법

이 논문은 사회통념상 완성되지 않은 미완성건물을 강제집행하기 위하여 나타나는 문제점들을 검토하고 해결방안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이를 연구하기 위해서는 토지의 정착물로서 건물과 미완성건물의 차이점 등을 이해하여야 한다. 따라서 본 논문은 부동산 강제집행의 일반론에 대해 개괄적으로 검토하고 강제경매의 대상이 되는 부동산을 살펴보고, 신축건물의 단계별 법률관계와 미완성건물의 강제집행시 문제점을 살펴보고 그 해결방안을 제시해 보고자 한다.

본 논문의 진행방향은 총 5장으로 구성되어 있으며, 제1장에서는 연구의 목

적, 연구의 범위와 방법을 기술한다.

제2장에서는 부동산 강제집행의 일반론을 대상, 절차, 방법을 중심으로 개괄적으로 검토하고 기술하고자 한다.

제3장에서는 미완성건물에 대한 강제집행방법과 관련하여 주요국가의 입법례를 살펴보고, 건물의 완성단계에 따른 집행방법과 미완성건물의 집행방법으로서 민사집행법 제189조 제2항 제1호 및 동법 제81조 제1항 제2호를 검토하고자 한다.

제4장에서는 미완성건물을 민사집행법 제189조 제2항 제1호에 의하여 유체동산강제집행시의 나타나는 문제점과 동법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 부동산집행방법으로 집행할 경우의 문제점을 살펴본 후 그 방안에 대하여 자세히 검토하고, 특히 현행 민사집행규칙 제42조 제2항이 법률의 위임 근거 없이 상위법규인 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 입법취지를 변경한 내용과 이로 인하여 헌법 제108조와 민사집행법 제23조에 의해서 무효인 근거를 제시하고자 한다.

마지막으로 제5장에서는 결론 부분으로서 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 규정의 입법취지와 민사집행규칙 제42조 제2항의 신설로 인한 문제점을 정리하고, 그 해결방안으로서 입법론을 제시한다.

第2章 不動産 強制執行 一般論

제1절 서 설

1. 부동산강제집행의 의의

부동산강제집행이라 함은 채무자의 부동산을 압류하여 이를 환가한 후 그 대금에서 우선변제를 받거나(강제경매) 부동산에서 나오는 수익으로 우선변제를 받는(강제관리) 강제집행방법을 말하는 것으로 강제경매는 채권자가 채무자의 부동산을 압류한 후 이를 경매(입찰)절차를 통해 환가하여 그 부동산의 매각대금으로 채권의 만족을 얻는 것을 목적으로 하는 민사집행절차를 말하고, 강제관리는 부동산의 권리관계를 그대로 유지시키면서 부동산의 사용·수익에서 나오는 천연과실이나 법정과실 등으로 채권자가 채권의 만족을 얻는 강제집행절차를 말한다. 채권자는 자기의 선택에 의하여 어느 한 가지 방법으로 집행하게 하거나 두 가지 방법을 함께 사용하여 집행하게 할 수 있다(민사집행법 제78조 제3항).

이 중 강제경매에 대비되는 것으로서 임의경매⁸⁾가 있다. 임의경매라는 말은 원래 법전상의 용어는 아니나 그 실행에 집행권원을 요하지 아니하는 경매 즉 민사집행법 제3편에 규정된 담보권의 실행 등을 위한 경매를 가리켜 강학상 임의경매라 부른다. 이들 두 경매 사이의 근본적 차이는 통상의 강제경매의 신청에는 집행권원이 필요하지만,⁹⁾ 담보권 실행을 위한 경매는 그 신청에 집행권원을 필요로 하지 않는다는 점에 차이가 있다. 종전에는 부동산에 대한 임의경매절차는 경매법에 의하여 진행하고 강제경매절차는 민사소송법에 의하여 진행하였기

8) 임의경매는 전세권·질권·저당권 등 담보물권이 가지는 우선변제권을 실현하기 위해 하는 '실질적 경매'와 단순히 물건을 금전으로 현금화하기 위해 경매의 수단을 이용하는데 지나지 않는 '형식적 경매'로 나뉜다. 전자를 '담보권실행경매'로 후자를 '유치권 등에 의한 경매'로 표현한다(김준호, 「민법 강의」, 법문사, 2007, 686면).

9) 당사자에 의한 화해조서, 조정조서, 집행증서 등인 경우도 그 조서의 문언에만 구애받을 것이 아니고 동조서나 증서의 기재 내용 이외의 사정도 참작하여야 한다(김상찬, "경매에 있어서 부동산의 매각 조건에 관한 연구", 「법과정제」 제13권 제2호, 제주대학교 사회과학연구소, 2007, 44면).

때문에 경매진행절차에 있어서 약간의 차이가 있었고 경락으로 인한 소유권 취득시기 등에 있어서도 서로 달랐으나, 민사소송법(1990.1.13. 법률 제4201호)을 개정하면서 경매법을 폐지하고 담보권의 실행 등을 위한 임의경매에 관한 규정을 구 민사소송법(2002.1.26. 법률 제6626호로 개정되기 이전의 것) 제7편 제5장에 규정함으로써 강제경매에 관한 규정을 준용하도록 하였기 때문에 절차적인 면에 있어서는 큰 차이가 없어지게 되었다. 그 후 2002.1.26. 종전의 민사소송법에 포함되어 있던 강제집행에 관한 규정을 분리하여 법률 제6627호 민사집행법을 제정하여 2002.7.1.부터 시행하여 오늘에 이르고 있다.¹⁰⁾

강제경매라 함은 채무자 소유의 부동산을 압류, 현금화하여 그 매각대금을 가지고 채권자의 금전채권의 만족을 얻음을 목적으로 하는 강제집행절차이다. 강제경매에 관한 매각의 성질에 관하여는 사법상의 매매설과 공법상의 처분설이 대립되어 있다. 사법상의 매매설은 경매를 매수인 또는 집행관과 소유자인 채무자 간의 매매라고 보는 견해로서,¹¹⁾ 그 근거로 민법 제578조의 담보책임 을 들고 있다. 공법상의 처분설은 집행관은 국가기관으로서 경매처분을 하여 사법상의 권리 관계를 설정하는 것이라고 보는 견해로서, 공용징수와 유사한 것으로 취급하여 매수인은 목적물을 원시취득한다고 본다. 사법상의 매매설이 통설이다. 판례도 미성년자의 매수신청을 무효라고 하거나¹²⁾, 매수인의 선의취득을 인정함으로써¹³⁾ 간접적으로 사법상의 매매설을 지지하고 있고, 매매의 일종이라고 판시한 것¹⁴⁾도

10) 이재성의 3인, 「주석민사집행법Ⅱ」, 한국사법행정학회, 2003, 33면.

11) 그러나 경매는 사법상의 매매계약과 달리 사적자치가 허용되지 않기 때문에 계약의 체결여부나 내용 및 효과 등에 관한 중요사항을 당사자가 임의로 정할 수 없고, 민사집행법에 의하여 확일적으로 결정된다는 점이 다르다(김상찬, 전제논문, 44-45면).

12) 대법원 1967.7.12. 자 67마507 결정 ; 대법원 1969.11.19. 자 69마989 결정 등

13) 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매한 경우에도 경매절차에서 그 동산을 경락받아 경락대금을 납부하고 이를 인도받은 경락인은 특별한 사정이 없는 한 소유권을 선의취득 한다고 할 것이지만, 그 동산의 매득금은 채무자의 것이 아니어서 채권자가 이를 배당 받았다고 하더라도 채권은 소멸하지 않고 계속 존속한다고 할 것이므로, 배당을 받은 채권자는 이로 인하여 법률상 원인 없는 이득을 얻고 소유자는 경매에 의하여 소유권을 상실하는 손해를 입게 되었다고 할 것이니, 그 동산의 소유자는 배당을 받은 채권자에 대하여 부당이득으로서 배당받은 금원의 반환을 청구할 수 있다고 판시하고 있다(대법원 1998.3.27. 선고 97다32680 판결).

14) 민법 제578조 제1항, 제2항은 매매의 일종인 경매에 있어서 그 목적물의 하자로 인하여 경락인이 경락의 목적인 재산을 완전히 취득할 수 없을 때에 매매의 경우에 준하여 매도인의 위치에 있는 경매의 채무자나 채권자에게 담보책임을 부담시켜 경락인을 보호하기 위한 규정으로서, 그 담보책임은 매매의 경우와 마찬가지로 경매절차는 유효하게 이루어졌으나 경매의 목적이 된 권리의 전부 또는 일부가 타인에게 속하는 등의 하자로 경락인이 완전한 소유권을 취득할 수 없거나 이를 잃게 되는 경우에 인정되는 것이고, 경매절차 자체가 무효인 경우에는 경매의 채무자나 채권자의 담보책임

있다.

2. 강제집행 절차

강제경매절차는 대체로 목적물을 압류하여 현금화한 다음 채권자의 채권을 변제하는 3단계의 절차로 진행된다. 강제경매절차의 개요는 다음과 같다.

먼저 채권자의 신청이 있으면 집행법원은 신청서의 기재 및 첨부서류에 의하여 강제집행의 일반요건 및 강제경매에 특히 필요한 요건 등에 관하여 형식적 심사를 한다. 그 심리는 당사자의 심문기일이나 변론기일을 열어 할 수도 있으나 변론이나 심리 없이 서면에 의하여 심리하는 것이 통상적 방법이다.¹⁵⁾ 심리의 결과 신청이 적법하면 강제경매개시결정을 하고 만약 요건에 흠이 있고, 그 하자가 보정될 수 없는 것인 때에는 결정으로 신청을 각하한다. 법원이 경매개시결정을 하면 법원사무관 등은 즉시 그 사유를 등기부에 기입하도록 등기관에게 촉탁하여야 한다(민사집행법 제94조 제1항).¹⁶⁾ 그 다음 경매개시결정원본을 기록에 철하여야 하고, 부동산의 압류는 채무자에게 강제경매개시결정이 송달된 때 또는 경매개시결정등기가 된 때에 그 효력이 생기므로(동법 제83조 제4항) 직권으로 그 결정 정본을 채무자에게 송달하여야 한다(동법 제83조 제4항·제23조 제1항·민사소송법 제174조). 송달시기는 송민 91-5에 의하면 개시결정일부터 3일 이내에 채무자에게 송달하도록 되어 있으나, 실무에서는 경매개시결정에 대한 기입등기가 이루어지기 전에 개시결정정본을 채무자에게 송달하면 채무자가 즉시 매각부동산을 타에 처분할 염려가 있기 때문에 개시결정에 대한 등기촉탁부터 하고 그 이후 등기관으로부터 민사집행법 제95조 소정의 등기부등본 또는 이에 갈음할 통지서를 송부받거나 또는 경매개시결정의 기입등기를 촉탁하고 상당한 기간(보통 1주)이 지난 후에 개시결정정본을 채무자에게 송달한다. 그러나 이미 경매개시결정등기가 마쳐진 부동산에 대하여 다른 경매신청이 있는 경우에는 당

은 인정될 여지가 없다(대법원 1991.10.11. 선고 91다21640 판결 동지; 대법원 1993.5.25. 선고 92다 15574 판결).

15) 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사집행II」, 2003, 36면.

16) 이미 경매개시결정이 된 부동산에 대하여 다른 경매신청이 있어도 법원은 두 번째 신청에 관하여 다시 경매개시결정을 하고 이 때 경매개시결정등기의 촉탁을 하여야 한다.

사자에 대한 개시결정의 송달과 기입등기의 촉탁을 동시에 하여도 무방하다.

경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때(그 경매개시결정전에 다른 경매개시결정이 있는 경우를 제외한다)에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정한다(민사집행법 제 84조 제1항). 매수참가를 희망하는 사람이 매수신고 전에 권리의 인수 여부를 판단할 수 있고 또한 법원으로서도 매각기일 전에 무잉여 여부를 판단할 수 있도록 함으로써 매각절차의 불안정을 해소하기 위하여 배당요구의 종기를 정하도록 하고 있다.

다음에 채권신고 최고를 하고, 현금화의 준비절차로서 집행관에게 부동산 현황에 관한 조사를 명한다. 법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차입 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하는데(동법 제85조 제1항) 이것을 일반적으로 현황조사명령이라고 한다. 명령시기에 대하여 실무에서는 경매개시결정등기촉탁과 동시에 조사명령을 내리고 있으나, 경매개시결정등기가 이루어지기 전에 조사에 착수되면 채무자가 매각부동산을 타인에게 처분할 염려가 있으므로 같은 법원의 등기과에 경매개시결정등기를 촉탁하는 경우라면 모르되 그렇지 않는 한 경매개시결정등기를 촉탁한 2~3일 뒤에 조사명령을 하는 것이 무난할 것이다.¹⁷⁾

그 후 집행법원은 감정인에게 매각부동산을 평가하게 하고 그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정한다(동법 제97조 제1항). 최저매각가격이란 그 사건의 매각기일에서 당해 부동산을 그 가격보다 저가로 매각할 수 없고 그 액 또는 그 이상으로 매각함을 요하는 기준매각가격을 말한다. 최저매각가격은 경매에 있어 매각을 허가하는 최저의 가격으로 그 액에 미달하는 매수신고에 대하여는 매각허가가 되지 아니한다.¹⁸⁾ 최저매각가격제도를 채택하고 있는 이유는 부동산이 그 실세보다 훨씬 저가로 매각되게 되면 이해관계인¹⁹⁾의 이익을 해치게 되므로 공

17) 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사집행II」, 2003, 125면.

18) 대법원 1967.9.26. 자 67마796 결정

19) 민사집행법 제90조는 “1. 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자 2. 채무자 및 소유자 3. 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자 4. 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람”을 이해관계인으로 보고 있다. 이 규정은 제한적 열거규정으로 보고 있으므로(대법원 1999.4.9. 선고 98다53240 판결) 위 조항에 열거된 이해관계인의 범위에 속하지 않는 자는 그 매각절차에 어떠한 이해관계가 있는 사람이라도 매각절차에서 이해관계인으로서 취급받지 못하게 된다.

정하고 타당한 가격을 유지하여 부당하게 염가로 매각되는 것을 방지함과 동시에 매수신고를 하려는 사람에게 기준을 제시함으로써 매각이 공정하게 이루어지도록 함에 있다.²⁰⁾

위 절차가 끝나면 법원은 직권으로 매각기일 및 매각결정기일을 지정하여 이를 공고한다. 매각결정기일이라 함은 매각이 실시되어 최고가매수신고인이 있을 때 법원이 출석한 이해관계인의 진술을 듣고 매각절차의 적법여부를 심사하여 매각허가 또는 불허가의 결정을 선고하는 기일을 말한다. 매각기일과 매각결정기일을 지정한 때에는 법원은 ①법원게시판 게시, ②관보·공보 또는 신문 게재, ③전자통신매체를 이용한 공고 중 어느 하나의 방법으로 공고하여야 한다(동법 제104조 제1항·민사집행규칙 제11조 제1항 각호). 그 공고시기는 입찰기일(기일 입찰의 방법으로 진행할 경우에는 입찰기간의 개시일)의 2주일 전까지이다(동규칙 제56조).

다음으로 매각기일에는 집행관이 집행보조기관으로서 매각을 실시하여 최고가매수신고인이 정하여지면 법원은 매각결정기일에 이해관계인의 의견을 들은 후 매각의 허부를 결정한다. 이 경우 이해관계인은 매각허가여부의 결정에 따라 손해를 볼 경우에는 그 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있고(동법 제129조 제1항), 또 매각허가에 정당한 이유가 없거나 결정에 적은 것 외의 조건으로 허가하여야 한다고 주장하는 매수인 또는 매각허가를 주장하는 매수신고인도 즉시항고를 할 수 있다(동법 제129조 제2항). 매각허가결정이 확정되었을 때에는 법원은 대금지급기한을 정하여 매수인에게 대금의 지급을 명한다. 매수인이 대금을 완납한 경우에 있어서 채권자의 경합이 없거나 그 대금으로써 각 채권자의 채권 및 비용을 변제하기에 충분한 때에는 각 채권자에게 이를 지급하고 각 채권자의 채권 및 비용을 변제하기에 부족한 경우에는 배당절차를 행한다. 매수인이 대금을 완납한 경우에는 매수인이 취득한 권리의 등기를 촉탁한다. 매수인이 대금을 지정된 기한까지 완납하지 아니할 때에는 차순위매수신고인에 대한 매각허가여부를 결정하고 차순위매수신고인이 없는 때에는 재매각을 명한다.

매수인은 매각허가결정이 있는 후에는 매각부동산의 관리명령을, 대금완납 후에는 인도명령을 각 신청할 수 있다.²¹⁾

20) 대법원 1994.11.30. 자 94마1673 결정 ; 대법원 1995.7.29. 자 95마540 결정

제2절 강제경매의 대상

부동산경매의 대상이라 함은 경매의 대상이 되는 채무자 또는 물상보증인의 부동산²²⁾을 말하며, 강제경매의 대상이 될 수 있는 것은 개개의 부동산의 소유권과 그 공유지분권이므로(민사집행법 제139조), 어느 부동산의 소유권의 양적 일부(지분권)에 관하여는 강제경매가 가능하나, 당해 부동산의 물리적 일부에 관하여는 현행법상 강제경매의 대상이 될 수 없다. 그리고 경매는 경매개시결정과 동시에 기입등기촉탁을 하고, 매각 후에는 소유권이전등기촉탁을 하여야 하므로 부동산등기능력이 없으면 부동산경매의 대상이 될 수 없다. 그러므로 미등기부동산의 경우는 즉시 채무자의 명의로 등기할 수 있음을 증명할 서류를 첨부하거나, 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서, 제2항, 제3항, 제4항에 의해 적법하게 건축허가를 받았거나 건축신고를 마친 건물이 사용승인을 받지 못한 경우 부동산집행을 위한 보존등기 신청 시 부동산경매의 대상이 될 수 있다.²³⁾

1. 토지, 건물

가. 토지

토지 및 그 정착물은 부동산(민법 제99조 제1항)이므로 경매의 대상이 된다. 그러나 토지의 정착물 중에서 독립된 부동산으로 취급할 수 없는 것(예컨대 돌담, 다리, 도랑 등)은 토지와 일체로 되어 하나의 부동산으로 취급되기 때문에 독립하여 강제경매의 대상으로 되지 않는다.

경매의 대상이 된 토지 위에 생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 토지의 구성 부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로,²⁴⁾ 그 수목의 가액을 포함하여 경매대상 토지를 평가하

21) 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사집행(II)」, 2003, 3면.

22) 여기서 부동산이라 함은 토지 및 그 정착물, 부동산과 동일시되는 권리를 말한다(상계서, 6면 ; 손창환, 「사례로 본 민사집행」, 법률정보센터, 2004, 3면).

23) 김진호, 「경매부동산의 배당과 권리분석의 연구」, 법률서원, 2003, 107면.

여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하나, 「입목에관한법률」에 의하여 소유권보존등기가 된 입목(제2조, 제3조 제1항)이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우는 토지로부터 독립하여 부동산으로 취급되므로 독립하여 강제경매의 대상으로 된다. 고가의 정원수·정원석도 토지의 부합물로서 함께 경매된다. 그리고 토지의 사용대차권에 기하여 그 토지상에 식재된 수목은 이를 식재한 자에게 그 소유권이 있고 그 토지에 부합되지 않는다 할 것이므로 비록 그 수목이 식재된 후에 경매에 의하여 그 토지를 경락받았다고 하더라도 경락인은 그 경매에 의하여 그 수목까지 경락취득하는 것은 아니다.²⁵⁾

미분리의 천연과실²⁶⁾은 토지의 구성부분이므로 통상은 그 토지에 대한 압류의 효력이 미친다. 다만, 민법 제102조에 의하면 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때 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 내부터는 과실수취권자를 채무자로 하여 유체동산에 대한 강제집행으로 집행할 수 있다.

나. 건물

건물은 항상 토지로부터 독립된 부동산으로 취급되므로 강제경매의 대상이 된다. 독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위해서는 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 된다.²⁷⁾ 그러나 건축 중에 있는 건물로서 사회통념상

24) 경매의 대상이 된 토지 위에 생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 토지의 구성 부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로 그 수목의 가액을 포함하여 경매 대상 토지를 평가하여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하고, 다만 입목에관한법률에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지 평가에 포함되지 아니한다고 할 것이다(대법원 1998.10.28. 자 98마 1817 결정 동지 ; 대법원 1970.11.30. 선고 68다1995 판결).

25) 토지에 부합하지 않은 정원수나 입목에관한법률에 따라 등기가 되지 아니한 입목 등은 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”에 해당하여 유체동산 강제집행의 대상이 될 수 있을 것이다.

26) 수목의 집단 또는 미분리과실이 명인방법을 갖춘으로써 독립의 거래의 객체로 되는 경우에, 그것은 부동산이나 동산이나가 문제되는데, 아직 토지의 정착물이므로 부동산이라고 함이 타당하다. 다만 미분리과실은 매우 가까운 장래에 쉽게 동산으로 될 것이 예상되기 때문에 이를 동산에 준하여 취급하는 수가 있다(김중환·김학동, 「물권법」, 박영사, 2004, 109면).

27) 참고로, 신축중인 건물의 지상층 부분이 골조공사만 진행되었을 뿐이라고 하더라도 지하층 부분만으로도 독립된 건물로서의 요건을 갖추었다고 본 판례가 있기도 하다(신축 건물이 경락대금 납부 당

아직 독립한 부동산으로 볼 수 없고 분리가 가능하다면 개개의 건축자재나 공작물을 유체동산 압류방법에 따라 집행할 수밖에 없을 것이다. 만일 채무자가 이 집행을 무시하고 건축공사를 계속하여 경매할 시점에 이르러 건물이 성립되어 독립된 부동산이 되는 단계에 이르면 집행관은 유체동산집행으로서의 경매 등을 더 이상 속행할 수 없다.²⁸⁾

기존 건물의 부합물²⁹⁾ 또는 종물³⁰⁾로 인정되는 경우에는 기존건물과 함께 경매대상이 되지만, 거래상 독립하여 별개의 소유권의 객체가 되는 건물인 경우에는 실사 경매대상건물의 부합물 또는 종물로 오인하여 경매대상에 포함하여 매각허가를 하였더라도 그 독립된 건물에 대한 매각은 당연무효이고 매수인은 소유권을 취득하지 못한다.³¹⁾ 종물이란 주물의 상용에 이바지하는 것으로 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말한다. 따라서 비록 주물 소유자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계없는 물건은 종물이 아니다. 또한 경매목적물과 동일 지면에 건립되어 있다는 것만으로 그 목적물의 종물이나 부속건물이라 할 수 없고, 가옥대장 등 공부상에 부속건물이라 기재되어 있다고 하여 그것을 곧 건물에 부합되었다거나 종물로서 저당권의 효력이 미친다고 단정할 수 없다.³²⁾

건물이 증축된 경우에 증축 부분이 독립된 부동산인지 아니면 기존 건물에 부합되었는지 여부는 증축 부분이 기존 건물에 부착된 물리적 구조뿐만 아니라, 그 용도와 기능면에서 기존 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의

시 이미 지하 1층부터 지하 3층까지 기둥, 주벽 및 천장 슬라브 공사가 완료된 상태이었을 뿐만 아니라 지하 1층의 일부 점포가 일반에 분양되기까지 하였다면, 비록 토지가 경락될 당시 신축 건물의 지상층 부분이 골조공사만 이루어진 채 벽이나 지붕 등이 설치된바가 없더라도, 지하층 부분만으로도 구분소유권의 대상이 될 수 있는 구조라는 점에서 신축건물은 경락 당시 미완성 상태이기는 하지만 독립된 건물로서의 요건을 갖추었다고 본 사례. 대법원 2003.5.30. 선고 2002다21592,21608 판결).

28) 대법원 1994.4.12. 자 93마1933 결정

29) 본 건물에 연이어 증설된 건물은 특별한 사유가 없는 한 본 건물에 대한 부합물 또는 종물이라고 볼 것이므로 근저당권은 그 증설된 건물부분에도 미치고 경매법원은 그 증설부분의 평가액도 합산하여 최저매각가격을 정해야 한다(대법원 1981.6.15. 자 81마151 결정).

30) 건물에 설치된 주유기(대법원 2000.10.28. 자 2000마5527 결정), 백화점건물의 지하2층 기계실에 설치된 전화교환설비(대법원 1993.8.13. 선고 92다43142 판결), 별채로 지어진 가재도구의 보관 장소로서 방과 연탄창고 및 공동변소(대법원 1991.5.14. 선고 91다2779 판결) 등은 종물로 인정된다.

31) 대법원 1990.10.12. 선고 90다카27969 판결; 대법원 1988.2.23. 선고 87다카600 판결; 대법원 1983.8.23. 선고 83다177 판결

32) 대법원 1994.6.10. 선고 94다11606 판결

소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다.³³⁾

다. 건물·토지의 공유지분

건물의 공유지분, 구분소유권이나 토지의 공유지분도 독립하여 경매의 대상으로 된다. 공유부동산의 지분에 대한 강제경매신청의 경우 채무자인 공유자 이외에 공유자 전원의 성명, 주소 및 채무자가 가지는 지분의 비율을 적어야 한다. 그 이유는 다른 공유자에게 강제경매개시결정이 있다는 것을 통지하여야 하고 또 최저매각가격은 채무자의 지분에 관하여 정하여지기 때문이다(민사집행법 139조 제1항·제2항). 다만 집합건물에서 대지권 취득의 등기가 되지 아니한 대지사용권으로서의 토지공유지분은 전유부분과 분리하여 처분이 가능하도록 규약이나 공정증서로 정하여져 있는 경우가 아닌 한 건물과 독립하여 강제경매의 대상이 되지 않는다(집합건물의소유및관리에관한법률 제20조).

2. 미등기부동산

미등기부동산이라 하더라도 완성되고 채무자의 소유이면 강제경매를 할 수 있다(민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문). 미등기부동산에 관하여 경매개시결정을 하면 등기관이 직권으로 소유권보존등기를 하고 경매개시결정등기를 하게 된다. 등기부가 멸실되고 아직 회복등기가 되어 있지 아니한 부동산도 마찬가지이다.

미등기부동산에 대한 경매를 신청할 때는 즉시 채무자의 명의로 등기할 수 있음을 증명할 서류 즉 채무자의 소유임을 증명하는 서면과 부동산의 표시를 증명하는 서면(부동산등기법 제132조 제2항)을 붙여야 한다.

채무자 소유의 부동산이 무효의 원인에 의하여 제3자 명의로 등기되어 있는 경우에는 그 등기명의를 채무자에게 회복한 후가 아니면 채무자에 대한 강제집행으로서의 강제집행의 대상이 되지 아니한다. 채무자가 아직 소유권을 취득하지

33) 대법원 1996.6.14. 선고 94다53006 판결

못하고 소유권이전등기청구권만 가지고 있는 부동산에 대하여도 채무자의 명의로 등기를 하기 전에는 부동산 자체에 대한 강제집행을 신청할 수 없다.

가. 미등기 토지

채무자의 명의로 등기할 수 있음을 증명할 서류는 토지대장, 소유권확인판결, 수용증명서 등이다(부동산등기법 제130조).

대장등본에 의하여 소유권보존등기를 신청할 수 있는 자는 원칙적으로 대장등본에 의하여 대장에 자기 또는 피상속인이 최초의 소유자로 등록되어 있음을 증명하는 자이어야 한다. 적법하게 토지대장 또는 임야대장상에 소유자로서 복구등록이 되지 않은 경우 즉 토지대장등본에는 대장상의 소유자로서 기재되어 있으나 적법하게 소유자로 복구등록이 되지 아니한 경우 그 대장상의 소유자는 직접 자기명의로 소유권보존등기를 할 수 없다.³⁴⁾ 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 판결은 그 내용이 신청인에게 소유권이 있음을 증명하는 확정판결이면 족하고, 그 종류에 관하여 아무런 제한이 없어 반드시 확인판결이어야 할 필요는 없고, 이행판결이든 형성판결이든 관계가 없으며, 또한 화해조서 등 확정판결에 준하는 것도 포함한다.³⁵⁾

나. 미등기 건물

(1) 일반적인 집행방법

미등기 건물에는 무허가 건물과 아직 사용 승인을 받지 못하였으나 사회통념상 이미 건물의 실체를 갖추고 있는 신축 건물이 있다. 미등기 건물에 대하여 경매를 신청하는 경우에는 건물이 채무자의 소유임을 증명하는 서류로서 부동산등

34) 대장 멸실 후 복구된 대장에 최초의 소유자로 기재(복구)된 자는 그 대장등본에 의하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다. 다만, 1950.12.1. 법률 제165호로 제정된 구 지적법(1975.12.31. 법률 제2801호로 전문개정되기 전의 것)이 시행된 시기에 복구된 대장에 법적 근거 없이 소유자로 기재(복구)된 자는 그 대장등본에 의한 소유권보존등기를 신청할 수 없다(등기예규 제899호, 개정 2005.1.5. 등기예규 제1093호).

35) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다57704 판결

기법 제131조에서 정한 서면을 붙여야 한다.³⁶⁾

(2) 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 따른 집행방법

종전에는 신청인이 전항에서 말한 서면을 제출하는 것은 사실상 어렵기 때문에, 실무상 미등기 부동산에 대한 경매는 거의 이루어지지 않았고, 미등기 신축 건물에 대한 집행 또한 할 방법이 없었는데, 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 신설로 미등기 신축건물에 대한 경매가 가능하게 되었다. 그러나 이 규정의 신설로 모든 미등기 건물에 대한 경매가 가능하게 된 것은 아니라 적법하게 건축허가나 건축신고로 마친 건물이 사용승인을 받지 못한 경우에만 가능하게 한 것이다. 만약 건축허가나 건축신고를 하지 아니한 무허가 건물에 대해서도 부동산 집행을 허용함으로써 이를 위한 보존등기가 가능하게 되면 불법 건축물이 양산되어 건축물 관리의 근본 취지가 크게 훼손될 뿐 아니라 절차적인 측면에서도 이러한 건물의 경우에는 그 소유권자를 확인하기 어려운 문제점이 있기 때문이다.

3. 부동산과 동일시 되는 권리(준부동산)

가. 공장재단, 광업재단

공장저당법에 의한 공장재단, 광업재단저당법에 의한 광업재단은 1개의 부동산으로 취급되어 강제경매의 대상이 된다(공장저당법 제10조, 제14조, 광업재단저당법 제5조). 즉 공장재단, 광업재단을 구성하는 기계·기구 등 동산이라 하더라도 유체동산에 대한 집행이 될 수 없고 그 저당권의 목적물인 토지, 건물, 광업권 등과 함께 부동산에 대한 강제집행의 방법에 의하여 경매를 할 수 있을 뿐이다. 매각부동산이 공장재단, 광업재단의 일부를 구성하고 있을 때에는 이를 양도하거나 소유권이외의 권리, 압류, 가압류 또는 가처분의 목적으로 하지 못한다. 따라서 이에 대한 개별집행은 금지되므로 재단의 일부에 속함이 드러난 경우에

36) 대법원 1995. 12. 11. 자 95마1262 결정

는 매각절차를 취소하여야 한다(공장저당법 제18조, 광업재단저당법 제5조).

나. 광업권, 어업권

광업권, 어업권은 법률상 부동산으로 취급되므로(광업법 제12조, 수산업법 제15조 제2항) 이들은 강제경매의 대상으로 된다. 다만 공동광업권자의 지분은 다른 공동광업권자의 동의가 없으면 처분할 수 없으므로(광업법 제34조 제2항) 그 지분은 강제경매의 대상이 되지 아니한다.

다. 소유권보존등기된 입목

소유권보존등기된 입목은 부동산으로 취급되므로 강제경매의 대상으로 된다(입목에관한법률 제3조 제1항, 제23조).

라. 지상권 등

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.

부동산에 대한 용익물권 중 지역권은 요역지의 소유권에 부종하며(민법 제292조 제1항), 요역지와 분리하여 처분할 수 없으므로(동조 제2항), 독립하여 부동산집행의 대상이 되지 아니한다. 또한 저당권은 피담보채권에 부종하므로 피담보채권과 분리하여 따로 강제집행의 목적재산이 될 여지가 없다(민법 제361조).

등기된 전세권 중 존속기간이 만료되지 않은 전세권에 대하여는 전세권 자체에 대하여 그 밖의 재산권에 대한 집행방법(민사집행법 제251조 제1항)에 의하고, 존속기간이 만료되거나 합의해지된 전세권에 대하여는 전세금반환채권(전세권부채권)에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받아 집행한다. 반면 전세권에 대하여 설정된 저당권의 실행방법은 부동산매각절차에 따라야 한다.³⁷⁾ 그

리고 토지를 목적으로 하는 지상권 및 전세권에 대한 강제집행도 부동산집행의 방법에 의한다(민사집행규칙 제40조 참조).³⁷⁾

채권담보를 목적으로 하는 가등기상의 권리, 부동산환매권 등은 모두 그 밖의 재산권에 대한 강제집행의 대상이 될 수 있을 뿐이고 부동산집행의 목적은 되지 아니한다.

마. 자동차, 건설기계 및 항공기

자동차, 건설기계 및 항공기는 실체법상으로 동산임에는 틀림없으나 그 특수성에 비추어 등록된 자동차와 건설기계에 대한 강제경매의 규정을 따르고(민사집행규칙 제130조) 등록된 항공기에 대한 강제집행은 선박에 대한 강제집행의 예에 따라 실시한다(민사집행규칙 제106조).

제3절 강제집행의 방법

현행 민사집행법상 부동산집행의 방법으로는 강제경매와 강제관리가 있다. 강제경매란 채무자 소유의 부동산을 집행권원에 의하여 압류, 현금화하고 그 매각대금을 가지고 채권자의 금전채권의 만족을 얻음을 목적으로 하는 강제집행절차이고, 강제관리란 채권자로부터 부동산의 소유권을 박탈하지 아니하고 그 부동산의 수익을 가지고 금전채권의 만족을 얻는 부동산에 대한 강제집행방법이다. 또한 우리나라에서 인정되고 있지 않지만 독일 강제집행법에서 인정되는 강제저당제도라는 것이 있다.

따라서 부동산집행방법으로써 강제경매와 강제관리, 강제저당제도를 살펴보려 한다. 특히 본 논문에서는 미완성 건물의 강제집행과 관련하여 부동산강제경매를 중점적으로 고찰하고 있는바, 이하에서는 강제경매를 중점적으로 살펴보려 한다.

37) 대법원 1995.9.18. 자 95마684 결정

38) 강대성, 전게서, 250면 ; 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003, 277면 ; 오시영, 전게서, 359면.

1. 강제경매

강제경매라 함은 앞에서 살펴본 바와 같이 채무자 소유의 부동산을 압류, 현금화하여 그 매각대금을 가지고 채권자의 금전채권의 만족을 얻음을 목적으로 하는 강제집행절차를 말한다. 이것은 채권자가 법원에 강제경매신청을 함으로써 개시되는데(동법 동조 제1항), 크게 보면 압류·매각(환가)·배당의 순서로 이루어진다.

가. 압류절차

압류라 함은 집행기관이 채무자의 재산을 강제적으로 확보하여 채무자로 하여금 임의처분을 하지 못하도록 하는 집행행위이다. 채권자로서는 채무자에 대하여 강제집행을 실시하려면 무엇보다도 채무자의 재산을 강제적으로 확보할 필요가 있다. 그렇게 함으로써 채무자가 자신의 재산을 임의로 처분하지 못하게 되어 채권자에게 복종할 수 있게 된다. 이와 같이 민사집행의 첫 번째 집행조치가 채무자의 책임재산을 확보하여 처분을 금지시키는 압류이다. 압류는 채권자의 신청에 의하여 집행기관이 하는 집행행위이지만 어디까지나 압류의 주체는 집행기관의 고유권한이지 채권자의 대리인의 지위에서 하는 것이 아니다. 압류의 방식은 대상재산이 부동산인가 동산인가 채권인가에 따라 각각 다르지만 일단 압류가 된 이후에는 채무자는 그 재산을 임의로 처분할 수 없는 효과가 발생한다는 점에서는 같다.

부동산집행절차에서의 압류는 그 부동산에 대한 경매개시결정과 동시에 압류를 명령함으로써 행한다(민사집행법 제83조 제1항). 즉 부동산집행은 채권자가 경매신청을 하면 집행법원이 경매개시결정을 하면서 동시에 압류를 명령함으로써 압류의 효력이 생기므로 압류를 위해서는 먼저 강제경매신청을 하여야 한다.³⁹⁾ 부동산에 대한 강제경매는 민사집행의 일종이기 때문에 채권자가 민사집행법 제80조 “채권자·채무자와 법원의 표시, 부동산의 표시, 경매의 이유가 된 일정한 채권과 집행할 수 있는 일정한 집행권원”을 기재한 서면으로 강제경매를

39) 이하는 오시영, 전게서, 367면 참조.

신청한다. 경매신청이 있으면 집행법원은 변론을 열거나 열지 아니하고 집행의 요건과 그 개시요건 그리고 신청요건 등을 심사하여 적법하다고 인정하면 강제 집행개시결정을 하고, 신청이 이유 없거나 부적법하다고 인정되면 신청을 기각하거나 각하의 결정을 한다(민사집행법 제3조).

경매개시결정으로 채무자의 부동산에 대한 강제경매가 개시되는데, 이처럼 경매개시결정이 있게 되면 채무자의 재산에 대하여 압류라고 하는 집행절차상 중요한 효과가 생긴다. 압류는 앞에서 살펴본 바와 같이 부동산에 대한 채무자의 처분권을 채무자로부터 빼앗아 집행기관에 귀속시키는 집행처분이다. 이러한 압류의 효력으로는 처분 제한적 효력, 사용 제한적 효력, 부수적 효력 등이 있다. 처분 제한적 효력이라 함은 압류로 인하여 채무자가 부동산에 대하여 행사할 수 있었던 처분권이 소멸되어 채무자는 부동산을 양도하거나 제한물권을 설정하는 등의 처분행위를 할 수 없게 되는 효력을 말한다. 처분 제한적 효력을 위반하여 채무자가 부동산에 대한 권리를 처분하더라도 이로써 압류한 채권자에게 대항할 수 없게 된다. 즉 절대적 무효가 아니라 상대적 무효가 되는 것이다. 즉 압류 이후에 채무자가 부동산에 대한 권리를 처분하였다면 만일 그 압류가 계속되어 경매가 정상적으로 진행되어 경락이 되어 버리면 채무자의 처분은 무효가 되지만, 만일 압류 후에 강제경매가 취소되거나 이의신청 또는 즉시항고에 의해 실효될 경우에는 채무자의 압류 후 처분행위는 그대로 유효하게 된다. 이처럼 처분 제한적 효력은 압류 뒤의 채무자의 처분행위를 절대적으로 무효로 보거나 처분행위의 상대방과의 사이에서도 언제나 무효로 된다는 것이 아니라 압류가 소멸하게 되면 유효하게 된다는 점에서 상대적 무효가 되는 것이다. 처분 제한적 효력은 상대적 무효라는 상대적 무효설이 현재의 통설이다.

사용 제한적 효력은 압류의 원칙적 효력은 아니다. 즉 채무자는 압류로 처분권을 제한받을 뿐 압류물에 대한 사용권이나 관리권을 행사하는 데 제한을 받지 않는다. 다만 예외적으로 집행법원은 압류 목적물의 가치를 보존하거나 채무자의 사용권과 수익권을 제한할 필요가 있을 경우에는 집달관으로 하여금 압류 목적물의 점유를 이전받도록 하여 압류 목적물의 사용권과 수익권을 제한할 수 있다. 그 외에도 실체법상 일정한 효과가 발생하기도 하는데, 이를 압류의 부수적 효력이라 한다.⁴⁰⁾

나. 매각절차

집행법원에 의하여 강제경매 할 부동산에 대한 압류가 이루어지면 그 다음에는 이를 매각하는 절차가 진행된다. 매각절차는 압류한 부동산을 법원이 강제적 절차에 따라 매도하는 단계로, 매각하는 방법에는 호가경매·기일입찰·기간입찰 등의 방법이 있다. 호가경매는 매수하고자 하는 자가 법정에서 매수금액을 구두로 호가하여 최고가를 부른 자를 매수인으로 결정하는 절차로서, 1993년경까지는 주로 이용되었으나 현재 실무에서는 부동산의 경우 호가경매의 방법은 거의 이용되지 않고 있다.⁴⁰⁾ 기간입찰 매각방법은 일정한 입찰기간을 정하여 그 기간 내에 입찰표를 직접 또는 우편으로 법원에 제출하게 하면서 법원이 정한 보증금을 일률적으로 법원의 은행 계좌에 납입한 뒤 그 입금표를 입찰표에 첨부하게 하거나 또는 지급보증위탁계약체결증명서를 첨부하게 하며, 입찰기간 종료 후 일정한 날짜 안에 별도로 정한 개찰기일에 개찰을 실시하여 최고가매수신고인, 차순위매수신고인을 정한 다음 매각결정기일에 매각허가결정을 하는 방법으로 구 민사소송법에 없던 것을 현행 민사집행법이 처음 도입한 제도로 경매꾼들의 부당한 경매질서 문란행위를 막을 수 있는 제도이다. 기일입찰은 집행관이 법원의 입찰 명령에 의하여 실시하는 매각기일에 입찰장소에서 입찰자에게 봉합한 입찰표에 입찰가격을 기재하여 제출하게 하여 그 중에서 최고가의 신고를 한 자를 최고가매수신고인으로 정하고 매각결정기일에 매각허가결정을 하는 방법을 말한다.

경매는 국가기관인 법원에 의하여 강제로 시행된다는 특징이 있으나 결국은 사법상의 매매처럼 현소유자로부터 매수인에게 소유권을 이전하는 것에 지나지 않고, 다만 그 매매대금을 소유자가 아닌 소유자의 채권자에게 지급해 준다는 특징이 있을 뿐이다. 따라서 집행법원이 매매를 주도한다는 특징에도 불구하고 그 절차는 사법상의 매매계약체결과정과 유사하다고 하겠다. 즉 매각기일 및 매각결정기일의 공고는 매매계약에 있어 청약의 유인에 해당하고, 매수신청은 청약에 해당하며, 매각허가결정은 승낙의 의사표시에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데 사법상의 매매계약과 다른 점은 사적 자치가 허용되지 않기 때문에 계약의 체결

40) 오시영, 전제서, 386-387면.

41) 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사집행(II)」, 2003, 187면.

여부나 내용 및 효과 등에 관한 중요사항을 당사자가 임의로 정할 수 없고, 민사 집행법에 의해 확일적으로 결정된다는 점이다. 따라서 사법상의 매매계약과 달리 매매대금의 결정방법, 대금지급방법, 부동산에 존재하는 부담의 처리 문제 등에 대하여 민사집행법은 확일적으로 정해 두고 있다. 이처럼 강제집행절차를 확일적으로 처리할 수밖에 없는 이유는 경매에 대한 신뢰를 통해 다수의 매수신청인의 유치가 가능하게 되고, 그들의 매수경쟁을 통해 적정한 최고매수가격을 확보할 수 있으며, 경매절차에 이해관계가 서로 다른 다수의 이해관계인들을 효율적으로 조정하여야 하기 때문이다. 그리하여 경매의 요건이나 효과 등을 정형화하여 법에서 정하는 법정매각조건에 의하여 경매가 이루어지고 있다. 다만 이러한 법정매각조건은 이해관계인의 합의 또는 법원의 직권에 의하여 변경될 수 있는데, 이렇게 변경된 매각조건을 특별매각조건이라고 한다. 즉 강제집행절차에서의 매각조건에는 법정매각조건과 특별매각조건이 있다고 할 수 있다.

부동산에 대한 경매는 집행법원이 강제적으로 압류된 경매목적물을 매각하여 현금화 한 다음 채권자의 만족을 얻도록 한다는 점에서 어떠한 조건으로 매각을 허가하는가, 또 매각이 어떤 효과를 발생시키는가 하는 것은 매우 중요한 것이라 할 수 있다.⁴²⁾

(1) 법정매각조건

강제경매에 의한 부동산 매각도 일종의 매매라 할 수 있다. 그러나 일반적인 매매에서는 조건을 당사자가 임의로 자유롭게 정할 수 있지만, 강제경매는 소유자의 의사와는 관계없이 국가기관이 강제적으로 행해지며 이해관계인도 참여하게 대립되므로 강제집행법에서는 매각조건을 확일적으로 법정한 것이다. 이와 같이 매각절차에 있어서 공통적으로 적용되도록 민사집행법과 동법 규칙이 미리 정하여 놓은 매각조건을 법정매각조건이라 한다.⁴³⁾

법정매각조건으로서는 ①우선채권을 변제하고 남은 것이 있을 것(민사집행법 제91조 제1항·제102조), ②최저매각가격에 이르지 않는 매각 불허가(동법 제97

42) 김상찬, 전계논문, 45면.

43) 오시영, 전계서, 431면 ; 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2006, 278면.

조), ③매수신청인의 보증제공의무(동법 제113조), ④매각에 의하여 부동산 위의 용익권·담보권의 소멸 혹은 인수(동법 제91조), ⑤개별매각의 원칙, 일괄매각의 예외(동법 제98조), ⑥대금납부시에 매수인의 소유권 취득(동법 제135조), ⑦매수인의 인도청구시기(동법 제136조), ⑧대금불납부시에 매각의 실효(동법 제138조), ⑨공유지분매각의 경우에 최저매각의 결정(동법 제139조 제2항), ⑩농지매각에서 매수인자격의 제한(농지법 제6조·제8조), 채무자·집행관·감정인의 매수금지(동법 시행규칙 제59조), ⑪법정지상권의 성립(민법 제366조) 등이 있다.

(2) 특별매각조건

법정매각조건 중 최저매각가격 이외의 매각조건은 공공의 이익이나 경매의 본질에 관계되지 않는 조건들이 다수결이 아닌 이해관계인의 전원의 합의에 의하여 변경할 수 있고(민사집행법 제110조), 또한 법원은 변경을 수긍할 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 직권으로 매각조건을 바꾸거나 새로운 매각조건을 부가할 수 있다(동법 제111조 제1항). 이와 같이 각 개의 매각절차에 있어서 이해관계인의 합의 또는 법원의 직권으로 변경한 매각조건을 특별매각조건이라 한다.⁴⁴⁾

다. 배당절차

마지막 단계인 배당절차는 집행채권자를 비롯한 모든 채권자들이 최종적으로 매각대금으로부터 자신의 채권을 회수하는 것을 말하고, 이러한 채권회수절차가 배당절차라고 할 수 있다. 즉 압류와 매각단계를 거쳐 최종단계인 배당절차가 종료되어야만 실질적인 강제집행절차가 종료된다고 볼 수 있다(민사집행법 제145조 제1항). 문제는 배당받을 채권자가 한 명인 경우에는 매각대금으로 채권자의 채권 상당액을 배당하고 남은 것이 있으면 채무자에게 돌려주면 되지만, 대부분의 경우 채권자들의 채권액 합계액이 매각대금보다 많기 때문에 이 경우 채권자 상호간에 어떻게 배당을 할 것인지가 어려운 문제로 대두된다는 점이다.⁴⁵⁾ 채권

44) 김상찬, 전계논문, 56면.

자들은 매각절차에서는 서로 협력적일 수 있지만, 배당받는 단계에서는 상호간의 이해관계가 대립될 수 있기 때문에 배당절차에 신중을 기하지 않을 수 없다. 한편 매각대금이 채권액보다 많아서 매각대금을 채권자에게 단순히 교부하는 경우도 배당절차의 일종이기 때문에 넓은 의미의 배당절차라고 한다. 그러나 이러한 넓은 의미의 배당절차도 나중에 채권자와 채무자 사이에 채권의 존재 여부에 대한 분쟁이 있을 수 있기 때문에 배당표를 작성하여 배당절차에 임하여야 한다. 좁은 의미의 배당절차라고 하면 다수의 채권자가 있고, 그들의 채권총액이 매각대금보다 많아 그들이 모두 채권의 만족을 얻을 수 없는 경우에 채권자들 사이의 이해관계를 조정하면서 원활한 배당을 기하는 집행절차를 말한다. 보통 배당절차라고 하면 이러한 좁은 의미의 배당절차로 이해하고 있다.

배당절차의 특성은 강제집행절차의 일부이면서도 압류나 매각절차와 달리 당사자들의 사적자치가 어느 정도 보장된다는 점이다.⁴⁵⁾ 즉 압류나 매각절차는 채무자의 재산에 대한 국가공권력의 강제적 집행이기 때문에 채권자나 채무자의 의사가 적극적으로 개입할 여지가 거의 없어 법원의 직권주의에 의해 획일적으로 진행되는 것이 원칙이지만, 배당절차는 매각대금의 원만한 분배이기 때문에 이해당사자인 채권자들의 합의를 존중할 필요가 있다고 하겠다. 따라서 채권자들이 합의에 의하여 배당받을 몫을 결정한다면 법원도 이를 부정하여야 할 이유가 없으며 오히려 채권자들의 자주적·능동적 절차개입이 합목적적일 수도 있다(동법 제150조 제2항). 특히 현행 민사집행법은 구 민사소송법이 동산집행의 배당절차를 일반적 규정으로 하고 있었던 것과 달리 부동산집행 및 그 매각대금에 관한 배당절차를 특별한 규정이 없는 한 동산집행이나 채권집행 및 담보권실행절차 등에 준용하도록 함으로써 부동산집행 및 배당절차에 관한 규정이 배당절차의 일반규정의 기능을 담당하게 되었다고 할 수 있다. 부동산이 일반적으로 채무자의 중심이 되는 재산인 경우가 많기 때문에 실제에 부합하는 입법적 개선이라고 할 수 있다. 부동산 경매 및 배당절차와 관련하여 다수의 이해관계인이 경합하고 있는 부동산의 실체법상의 권리관계에 대한 법적 판단은 당연히 법원이 담당하며, 그 판단에 따라 배당하고 있다(동법 제145조 이하).

45) 오시영, 전계서, 550면.

46) 상계서, 550면.

집행법원(사법보좌관)은 매수인이 매각대금을 완납하게 되면 배당절차를 개시하는 되는데(민사집행법 제145조) 매각대금으로 배당참가한 모든 채권자를 만족시켜 줄 수 없는 경우에는 법원은 각 채권자들에게 민·상법, 그 밖의 법률에 의한 우선순위에 따라 안분비례의 방법으로 매각대금을 배당⁴⁷⁾하여야 한다고 하고 있다.⁴⁸⁾

이러한 강제경매신청 절차는 부동산이 대부분 고가의 재산이고 등기라는 공시제도에 의해서 운영이 되며, 용익권 또는 담보권 등이 설정되어 있는 경우가 많아 부동산에 관한 권리관계가 복잡하므로 경매절차 및 배당절차 등도 복잡한 경우가 많아 다른 집행절차에 비하여 보다 신중하게 집행되어야 한다.

2. 강제관리

강제관리는 앞에서 살펴본 바와 같이 부동산의 권리관계를 그대로 유지시키면서 부동산의 사용·수익에서 나오는 천연과실이나 법정과실 등으로 채권자가 채권의 만족을 얻는 강제집행절차를 말한다. 그러나 실무에서는 강제관리가 거의 행해지지 않고 대부분 강제경매절차에 의하고 있다. 강제관리는 채권자의 강제관리신청에 의하여 개시되며, 법원이 강제관리개시결정을 내리면 채무자는 그 목적물에 대한 관리 사무를 할 수 없게 되고 부동산의 수익에 대한 처분권을 박탈당하게 된다. 따라서 그 부동산의 수익을 채무자에게 지급해야 할 의무가 있는 제3자는 그 수익을 관리인에게 지급하여야 한다(민사집행법 제164조 제1항). 강제관리에 있어 관리인은 수익금을 채권자 사이의 협의에 따라 배당하여야 하나 만일 협의가 성립되지 않으면 강제경매의 배당절차에 준하여 작성된 배당표에 의하여 채권자에게 배당하여야 한다. 채권자가 채권 전부에 대한 배당을 받게 되면 법원은 강제관리취소결정을 하고 이로써 강제관리절차는 종결된다.

강제관리는 종래의 부동산 권리자가 관리처분권만 제한될 뿐 권리 자체를 상

47) 민사집행법 제145조 제2항이 매각대금으로 배당에 참가한 모든 채권자를 만족하게 할 수 없는 때에는 배당절차로 넘어간다고 규정하고 있어서 마치 매각대금이 채권총액을 충족시키는 경우에는 배당절차로 넘어가지 않아도 되는 듯이 표현하고 있지만, 이 경우에도 넓은 의미의 배당절차가 개시된다고 하겠다(오시영, 전거서, 551면).

48) 법원행정처, 「법원실무제요 : 민사집행(II)」, 2003, 419면.

실하는 것은 아니기 때문에 부동산 권리자에게 유리한 면이 있고, 채권자로서도 전문 관리인의 관리를 통해 채권을 회수할 수 있기 때문에 유리한 면이 있다. 강제관리가 이루어지게 되면 채무자가 가지고 있던 부동산에 대한 사용수익권이 하나의 재산을 구성하여 강제관리의 대상이 되고 이를 관리인이 지배하게 되는데, 이를 통해 채권자로서는 부동산의 수익에 대하여 개별적으로 집행하여야 하는 수고를 덜게 되고 부동산의 수익에 대한 개별적인 유체동산집행이나 채권집행의 수고를 덜 수 있을 뿐 아니라 강제관리가 효율적으로 이루어진다면 부동산 가치의 상승을 가져와 종국에 강제경매를 하더라도 보다 더 유리한 변제를 받을 수 있는 장점이 있다. 또한 채권이 소액인 경우 고가의 부동산을 경매하는 데는 시간과 비용이 많이 들기 때문에 강제관리를 통한 수익금의 회수로 채권회수가 충분한 경우도 있을 수 있다. 강제경매는 가압류 상태에서는 할 수 없으나, 강제관리는 소유권의 귀속에 영향을 주지 않기 때문에 가압류 상태에서도 허용된다(민사집행법 제78조 제4항).

이처럼 강제관리는 채권자나 채무자 모두에게 유리한 점이 많은 강제집행제도인데도 불구하고 실무상으로는 거의 이용되고 있지 않아서 문제이다. 그 이유는 여러 가지가 있을 수 있는데, 아무튼 앞으로 강제관리제도의 활성화방안에 대하여도 신중한 검토가 있어야 하리라고 본다.⁴⁹⁾

3. 강제저당제도

연혁적으로 살펴볼 때 강제경매와 강제관리제도는 프로이센 부동산집행법에서 계수된 것이라고 할 수 있다. 그런데 독일 강제집행법에는 우리에게 없는 강제저당제도라는 것이 있다. 이 제도는 집행권원이 있는 채권자의 단독신청으로 채무자의 부동산에 대하여 저당권을 일방적으로 설정하는 제도이다. 즉 저당권은 약정담보물권이기 때문에 저당권자와 저당권설정자의 합의에 의해 이루어지는 것이 원칙이지만, 강제저당권은 우선변제권이 없는 채권자가 집행권원을 취득한 경우 그 집행권원에 근거하여 일방적으로 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권의 설정을 신청하고, 법원이 이를 허용함으로써 강제저당권을 설정하게 되면,

49) 오시영, 전게서, 361면.

채권자로서는 채권의 담보를 확보할 수 있을 뿐만 아니라 현재의 부동산 가격이 낮더라도 장차 부동산 가격의 상승에 따른 채권의 이행이 보장되고, 채무자로서도 당장 강제경매를 당하지 않고 부동산을 사용·수익할 수 있는 장점이 있다.⁵⁰⁾

강제저당제도는 강제경매와 강제관리 이외의 제3의 강제집행방법으로 특히 우리나라처럼 부동산가격의 폭등현상이 빚어지고 있는 형편에서는 더욱 효용성이 크다고 할 것이므로 강제저당제도의 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다.⁵¹⁾



50) 추신영, “강제저당제도에 관한 연구”, 경상대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 11면 이하 참조.

51) 강대성, “경제불황기의 부동산집행절차”, 「토지법학」 제14호, 한국토지법학회, 1999, 197-198면.

第3章 未完成建物에 대한 强制執行方法

제1절 서설

앞에서 살펴본 바와 같이 건물은 항상 토지로부터 독립된 부동산으로 취급되고 통상 토지의 지하 및 지상에 동산의 형태인 여러 가지 재료를 합성하여 일정한 공간을 이용하기 위하여 제작하는 인위적인 공작물로서 건축과정 중 일정한 시점이 지나면 토지와 독립한 부동산으로 취급을 받게 되므로 신축 정도에 따라 상당히 다른 평가를 할 수 있고, 그 집행방법도 달리할 여지가 있다. 건물을 신축하는 과정과 관련하여 건물의 물리적 완성도에 따라 그 종류를 분류하면 다음과 같다. 첫째, 토지의 부합물인 건물로 공사에 착공하여 기초공사 등을 하고 있는 단계로서 토지로부터 독립된 정착물의 형태를 갖추지 못한 형태의 건물, 둘째, 건축 중인 미완성 건물로 공사가 진척되어 건물의 외관을 갖추어 토지와 독립한 정착물로서 기초공사의 단계를 넘어 독립된 부동산의 형태를 갖춘 건물, 셋째, 행정절차상 미완성 건물로 건물로서 완전한 형태를 갖추었으나 아직 사용승인 등의 절차를 받지 않은 건물, 넷째, 소유권보존등기만 안 된 건물로 물리적으로 완성되고 사용승인까지 얻었으나 아직 소유권보존등기를 마치지 않은 건물, 다섯째, 소유권보존등기를 마친 건물로 건물의 실질을 모두 마치고 건물등기부에 등재된 건물 등으로 구분할 수 있다. 이 중에서 두 번째 유형의 미완성 건물인 경우는 현행 민사집행법, 민사집행규칙 및 대법원판례에 비추어 볼 때, 이에 대한 강제집행방법이 없는 상태이다.

신축중인 건물 중 미완성건물에 대한 강제집행에 있어서 종전 법원실무에서는 유체동산집행방법에 의하여 강제집행을 하였으나,⁵²⁾ 대법원은 “유체동산의 집행의 대상이 되는 정착물은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것이라고 보아야

52) 서울지방법원, 「보전처분 및 입찰에 관한 실무지침」, 1994, 25면.

할 것이므로, 미완성건물은 등기할 수 없는 토지의 정착물이기는 하나 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것이라고 볼 수 없어 유체동산집행의 대상에 해당하지 않는다”고 판시⁵³⁾한 이후로는 더 이상은 유체동산강제집행방법을 통하여 강제집행 할 수 없게 되었다.

어떤 물건을 어떤 집행방법에 의하여 집행할 것이냐의 문제는 입법정책의 문제이기 때문에 실체법상 독립한 부동산으로서의 건물이라고 하여 반드시 부동산 강제집행의 대상이 되어야 한다고 할 수는 없다. 예컨대 미완성건물을 부동산집행의 대상이 될 뿐이라고 본다면 현실적으로 강제집행을 할 수 없게 되어 채권자를 보호할 수 없게 된다는 문제가 있고, 유체동산집행의 대상으로 본다면 채무자의 실질적인 책임재산에 대하여 강제집행을 할 수 있고 채권자로부터의 강제집행을 면할 목적으로 악의적으로 건물의 완공을 지연하거나 사용승인신청을 하고 있지 아니하는 채무자로부터 채권자를 두텁게 보호할 수 있다는 장점이 있는 반면, 경락인의 소유권취득 등 여러 가지 법률적 문제점이 남게 된다. 그러므로 등기되어 있는 건물, 미등기건물, 미완성건물에 대한 각각의 집행방법은 모두 강제집행의 이념 등에 따라 민사집행법에 대한 해석에 의하여 결정되어야 한다.

따라서 본장에서는 미완성건물 강제집행에 관한 주요국가의 입법례를 살펴본 후 건물신축단계에 따른 집행방법과 두 번째 유형의 건축 중인 미완성건물에 관하여 어떠한 방법에 의하여 강제집행을 할 것인지를 살펴보려 한다.

제2절 미완성건물 강제집행에 관한 주요국가의 입법례

1. 일본

일본의 경우는 부동산을 토지 및 그 정착물로 정하고 있으며, 민사집행법을 개정하기 전까지는 우리나라와 같이 많은 논란이 있었으나 민사집행법을 개정하면서 이 문제를 입법적으로 해결하였다.

53) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

일본민사집행법 제43조(부동산집행의 방법)는 부동산집행의 대상인 부동산의 범위를 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물을 제외’한다고 규정하고, 같은 법 제122조(동산집행의 개시 등)에서는 동산집행의 대상이 되는 동산을 ①등기할 수 없는 토지의 정착물, ②토지로부터 분리하기 전의 천연과실로서 1개월 이내에 수확하는 것이 확실한 것, ③배서금지되어 있는 외의 유가증권을 포함한다고 명확히 규정하고 있어 실제법상 완성된 미등기건물에 대하여 채권자가 해당건물이 채무자의 소유에 속한다는 것을 증명하는 문서와 부동산등기법 제101조에 규정하고 있는 도면을 제출하는 경우에는(우리나라 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 서류와 유사함) 부동산집행이 가능하고 실제법상 건물로 인정할 수 없어 부동산집행의 목적이 아닌 건축물에 대한 강제집행은 동산집행의 방법에 따른다.⁵⁴⁾

일본에서는 미등기건물 중 부동산집행의 방법이 가능한 특별한 경우 외에는 동산집행방법에 따라 강제집행을 행하고 있다고 볼 수 있다. 이유는 일본 민사집행법은 동산집행의 대상을 ‘단순히 등기할 수 없는 토지의 정착물’로만 규정하고 우리나라 민사집행법 제189조 제2항 제1호와 같이 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 「독립하여 거래의 객체가 될 수 있을 것」”이라는 부가조건을 규정하고 있지 않아 우리나라와 같은 논란의 소지를 근본적으로 제거하였기 때문이다.⁵⁵⁾

한편 등기관은 토지, 건물의 상황에 대하여 직권조사권을 가지며, 등기신청과 그 조사의 결과가 부합하지 아니한 때에는 신청을 각하하도록 하고 있다. 특히 등기관은 신축중인 건물이 사회통념상 건물로 볼 수 있는 정도의 상태에 있으면 완공전의 건축물이라도 직권으로 표시에 관한 등기를 할 수 있고(같은 법 제25조), 표시등기가 이루어진 건물에 대하여는 소유권에 관한 등기가 이루어지지 아니한 경우에도 부동산집행을 할 수 있기 때문에(같은 법 제104조 제1항) 우리나라 같이 사회통념상 독립된 부동산으로서의 단계에 있는 미완성건물에 대한 집행의 문제는 발생할 여지가 없다.

54) 吉野衛・三宅弘人, 「註釋民事執行法」, 社團法人金融財政事情研究會, 1990, 29面 ; 鈴木忠一 外, 「註解民事執行法(2)」, 第一法規, 1976, 45面.

55) 정영환, 전계논문, 188면.

2. 독일

독일민법에 의하면 물건이란 유체물만을 말하며(독일민법 제90조), 물건의 다수의 구성부분이 그 중 하나를 훼손시키거나 그 중 하나의 본질을 변경하지 아니하면 서로 분리될 수 없는 경우에는 이들은 별도의 권리의 목적이 될 수 없다(독일민법 제93조).⁵⁶⁾ 또한 토지의 정착물 중 특히 건물과 토지에 부착되어 있는 토지의 산출물은 토지의 본질적 구성부분(wesentlicher Bestandteil)에 속한다.

이에 따라서 저당권의 효력도 토지의 구성부분, 종물(Zubehör) 등에 미치게 되므로(BGB §1120) 강제경매의 압류의 효력도 이에 미치게 되고(ZVG §55, §Abs.1), 경매절차에서 매각결정으로 토지의 소유권에 따라 건물의 소유권도 이전하게 된다(ZVG §89 · §104).⁵⁷⁾ 따라서 부동산경매절차에서 건물은 토지와 운명을 같이 하게 되어 미등기건물이 따로 문제가 되지 아니한다. 단지 건물이 압류되기 전에 양도 되어 토지로부터 분리되면 저당담보책임(Hypothekenhaftung)의 대상이 되지 아니하나(독일민법 제1121조) 건물이 토지로부터 분리되는 예는 거의 없을 것이다.⁵⁸⁾

3. 스위스

스위스 민법에 의하면 토지소유권의 객체는 토지이고 토지는 땅 · 토지등기부에 등기된 독립적이고 영속적인 권리 · 광산 · 토지에 대한 공유지분을 포함한다(스위스민법 제19장 제1절 제655조). 토지소유권은 소유권의 행사를 위하여 이익이 있는 범위에서 공중과 지하에 미치며, 법률상의 제한을 제외하고는 모든 건축물과 식물 및 원천을 포함한다(스위스민법 제667조 제1항, 제2항). 또한 자기 토

56) 독일을 비롯한 유럽이나 영미법에서는 약간의 차이는 있지만 로마법의 “지상물은 토지에 따른다.”(superficies solo cedit)는 원칙에 의하여 건물은 토지와 일체를 이루고 독립성을 갖지 아니하는 것이 원칙이다.

57) 이주홍, “독일 부동산강제경매 제도의 개설”, 「법조」 통권 제373호, 법조협회, 1987.10, 37면 이하 ; 통권 제374호, 법조협회, 1987.11, 25면 이하 ; 제375호, 법조협회, 1987.12, 53면 이하 참조 ; Walter Gerhardt, “Grundzüge und Probleme der Zwangsversteigerung”, 「Juristische Analysen」 1981.12 ; Kurt Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 13. Aufl. 1989 ; Habermeier, “Die Zwangshypothek der Zivilprozessordnung”, 1989.

58) 상계논문, 제373호, 37면 이하 ; 제374호 25면 이하 ; 제375호 53면 이하 참조.

지에 건축하기 위하여 타인의 자재를 사용하거나 타인의 토지에 자기의 자재를 사용한 경우에는 그 자재는 토지의 구성부분이 되며, 자재의 소유자는 자재가 그의 동의 없이 사용된 경우에 불측의 사회통념상의 손해가 없다면 토지소유자의 비용에 의한 자재의 분리와 그 반환을 청구하는 권리를 가지며, 한편 토지소유자는 그의 동의 없이 건축된 경우에는 건축자의 비용으로 자재의 철거를 청구할 수 있다(스위스민법 제19장 제2절 제671조 제1항·제2항·제3항). 스위스민법은 원칙적으로 부동산은 토지에 한정되고, 토지의 정착물인 건물 등은 단지 토지의 구성부분으로 보고 있다.⁵⁹⁾ 따라서 스위스민법의 경우에도 미완성건물에 대한 집행의 문제는 발생하지 않는다.

4. 이탈리아

이탈리아 민법은 재산을 부동산과 동산으로 구분하고 있고 제3권 제1편 제2장의 규정에서는 ‘토지소유권’이라는 제목 하에 토지의 소유권은 그 지하와 그 안에 포함되어 있는 모든 것에 미치고(동법 제840조 제1항 본문), 같은 장 제5절에 건물소유권이라는 제목 하에 부동산의 소유자는 건물의 신축 및 기존건물의 증·개축에 있어서 시·읍·면의 조정계획에 따라야 한다는 규정(동법 제869조) 등에 의하면 건물 등을 부동산으로 취급하고는 있으나 토지의 소유권에 포함되는 것으로 보고 있다.⁶⁰⁾

5. 프랑스

프랑스민법에 의하면 모든 물건은 동산 또는 부동산으로 보며(프랑스민법 제2권 제1편 제516조) 부동산은 성질에 의한 부동산,⁶¹⁾ 용도에 의한 부동산⁶²⁾ 및 객체에 의한 부동산⁶³⁾으로 나누어진다고(동법 제517조).

59) 남동현, 전제논문, 195면.

60) 상계논문, 195면.

61) 토지와 건물, 기둥에 고정되어 있고 건물의 일부를 구성하는 풍차 또는 물레방아는 성질에 의한 부동산이다(프랑스민법 제518조·제519조).

62) 토지의 소유자가 토지의 이용 및 경영을 위하여 토지에 설치한 경작과 관련을 가지는 동물, 농기구, 보일러, 대장간, 제지 및 기타 공장경영에 필요한 기구 등은 용도에 의한 부동산이다(동법 제524조).

프랑스민법에서도 토지소유권은 토지의 상하에 대하여 미치며, 토지소유자는 ‘역권 또는 지역권’편에서 규정된 예외를 제외하고는 그 토지 위에 그가 적당하다고 생각하는 모든 식재 및 건축을 할 수 있고, 지상 또는 지중에 있는 모든 건축물·식재·공작물은 반증이 없는 한 토지소유자가 자기의 비용으로 설치하고 그의 소유에 속하는 것으로 추정한다(동법 제552조·제553조). 또한 토지소유자와 건축한 자가 다를 경우에 있어서 건물과 토지의 소유관계를 일치시키기 위해 토지소유자의 가액상환, 제3자에 대한 설치물의 제거 등에 관한 규정을 두고 있다(동법 제554조·제555조)

프랑스 민법의 이러한 규정에 비추어 보면 토지상의 건물을 별도의 부동산으로 인정하고 있다고 볼 수 있다.⁶⁴⁾

6. 영미법

영미법에서의 부동산담보형태는 채권자가 부동산을 점유하는 질(gage)에서 출발하여 채무불이행이 있을 때까지는 채무자가 목적부동산을 점유하는 형태인 양도저당으로 발전하였다.⁶⁵⁾ 대륙법계에서와 같이 영미법계에서도 건물은 토지의 정착물로 토지에 종속된다고 보기 때문에(영국법 제43조) 미등기 건물의 강제집행에 관한 문제가 실제로 거의 일어나지 않는다.⁶⁶⁾

7. 합의

앞에서 살펴보았듯이 독일과 스위스 등의 대륙법계 국가와 영국과 미국 등의 영미법계 국가에서는 토지의 정착물은 토지와 일체성을 가지는 것으로 보고 있으므로 미완성 건물의 강제집행에 관한 문제가 거의 일어나지 않고, 일본의 경우

63) 부동산의 용익권, 역권(役權) 또는 토지의 사용권, 부동산의 반환을 목적으로 하는 소권(訴權) 등은 객체에 의한 부동산이다(동법 제526조).

64) 그러나 프랑스 민법은 토지소유자와 건물소유자가 다르게 되는 경우를 방지하기 위한 여러 가지 규정들을 두고 있다. 이에 대한 상세한 내용은 정영환, 전계논문, 7-8면 참조.

65) 영국에서는 차지(charge), 미국에서는 모게지(mortgage)라 한다. 이에 대한 상세한 내용은 김상용, 「부동산담보법」, 법원사, 1991, 543면 참조.

66) 최승록, 전계논문, 25면 이하.

도 동산집행의 대상을 ‘단순히 등기할 수 없는 토지의 정착물’로만 규정하여 우리나라 민사집행법 제189조 제2항 제1호 규정과 달리 ‘독립하여 거래의 객체가 될 수 있을 것’이라는 부가조건을 규정하고 있지 않아 논란의 소지를 제거하였으며 부동산의 경우에도 실체법상 건물로 인정될 수 있는 건축물에 대하여는 등기관이 실지조사에 의하여 그 보존등기가 이루어지고 특히 신축중인 건물이 사회통념상 건물로 볼 수 있는 정도의 상태에 있으면 완공전의 건축물이라도 직권으로 표시에 관한 등기를 할 수 있으며, 표시등기가 이루어진 건물에 대하여는 소유권에 관한 등기가 이루어지지 않더라도 부동산집행을 할 수 있기 때문에 우리나라와 같이 미완성건물에 대한 집행의 문제는 발생할 여지가 없다. 따라서 우리나라의 경우도 관련법 제도가 비슷한 일본의 경우와 마찬가지로 등기관에게 실질적 심사권을 부여하고 미완성 건물에 대하여 강제집행신청이 있으면 관할법원이 현장에서 건물의 현황을 확인하여 신청인이 제출한 서류를 검토·종합함으로써 당해 건축물이 건물로서의 형태와 효용을 갖춘 것이라고 판단되면 보존등기를 촉탁할 수 있도록 부동산등기법 제131조를 개정하는 것이 바람직하다 할 것이다.

제3절 건물의 신축단계에 따른 집행방법

건물을 짓기 위해서는 우선 건축 등에 관한 공사용의 도면과 구조계산서 및 시방서 등 설계도서(건축법 제2조 제1항 제14호)가 필요한데, 일정 규모 이상의 건물 등을 짓기 위해서는 반드시 건축사가 작성한 설계도서가 있어야 한다(건축법 제19조 제1항).

건축을 하고자 하는 자는 이러한 서류들을 붙여서 시장·군수·구청장에게 건축허가를 받아야 하는데(건축법 제8조 제1항), 다만 일정한 경우⁶⁷⁾에는 미리

67) 1. 바닥면적의 합계가 85㎡ 이내의 증축·개축 또는 재축.
2. 농·어업을 영위하기 위하여 필요한 소규모주택·축사 또는 창고로서 대통령령이 정하는 지역 및 규모의 건축물의 건축 또는 대수선.
3. 대수선.

시장·군수·구청장에게 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다(건축법 제9조 제1항). 이렇게 건축허가를 받거나 건축신고를 한 건축물의 공사를 착수하고자 하는 건축주는 허가권자에게 그 공사계획을 신고하여야 한다(건축법 제16조 제1항). 착공신고는 건축의 해태를 방지하고 일정한 자격이 있는 자로 하여금 건축물을 시공케 하기 위한 것으로 착공신고서에는 건축장소, 건축주, 공사감리자, 공사시공자, 착공일자, 사용검사예정일 등을 기재하여야 하고, 건축허가 또는 신고로부터 1년 이내에 공사를 시작하여야 하며(동법 제8조 제8항), 경미한 공사를 제외하고는 자격 있는 건설업자만이 시공을 할 수 있는데(건설산업기본법 제41조), 이를 위반하는 경우에는 건축허가의 취소(건축법 제8조 제8항) 또는 형사처벌을 받게 된다(동법 제79조 제2항).

그리하여 건축물의 건축공사를 완료하여 그 건축물을 사용하고자 하는 건축주는 허가권자에게 사용승인을 신청하여야 하고(동법 제18조 제1항), 사용승인신청을 받은 허가권자는 지정된 공사감리자의 감리완료보고서가 붙어 있는 경우에는 그 신청서를 접수한 날부터 7일 이내에 건축주에게 사용승인서를 교부하여야 하고(동법 제18조 제1항·제2항 전문, 건축법 시행규칙 제16조 제2항), 공사감리자를 지정하지 않은 건축물에 대하여는 그 신청서를 접수한 날부터 7일 이내에 사용승인을 위한 검사를 하여 검사에 합격한 건축물에 대하여는 사용승인서를 교부하여야 한다(동법 제18조 제2항 후문, 동 시행령 제17조 제1항). 사용승인을 얻은 경우에는 오수처리시설 또는 단독정화조의 준공검사(오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제12조), 배수설비의 준공검사(하수도법 제24조)를 받거나 지적공부변동사항의 등록신청(지적법 제3조)을 한 것으로 본다(건축법 제18조 제4항). 그리고 시장·군수·구청장은 위와 같이 사용승인서를 교부한 경우 또는 건축신고대상 건축물에 대하여 공사를 완료한 후 건축주가 건축물대장의 기재를 요청하는 경우에는 건축물의 소유·이용상태를 확인하거나 건축정책의 기초자료로 활용하기 위하여 건축물대장에 건축물 및 대지에 관한 현황을 기재하고 이를 보관하여야 한다.⁶⁸⁾

4. 국토의계획및이용에관한법률에 의한 제2종지구단위계획구역 안에 건축하는 건축물로서 연면적이 100㎡ 이하인 것.

5. 기타 소규모건축물로서 대통령령이 정하는 용도 및 규모의 건축물.

68) 법원도서관, 「민사집행법 실무연구 : 민사집행법커뮤니티 연구자료집」 재판자료 제109집, 2006,

이러한 건축법에 의한 행정적인 절차가 끝나면 건축물대장에 자기 또는 피상속인이 소유자로서 등록되어 있는 자는 그 건물에 대하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제131조 제1호).

그 주요단계를 행위자의 측면에서 시간적 흐름에 따라 간략하게 정리해 보면 다음과 같다.⁶⁹⁾

①설계도서의 작성(설계자) - ②건축허가·신고신청(건축주) - ③건축허가·신고(시장·군수·구청장) - ④착공신고(건축주가 공사감리자 및 공사시공자가 서명한 신고서) - ⑤사용승인신청(건축주가 공사감리자의 감리완료보고서를 첨부하여 시장·군수·구청장에게) - ⑥사용승인서교부(시장·군수·구청장) - ⑦건축물의 사용(건축주)

건물을 건축할 때에는 위와 같은 과정을 거치게 된다. 이 과정과 관련하여 처음부터 건축허가나 신고 없이 완성된 건물을 무허가건물이라 하고 이와 별도로 가설건축물이라는 것이 있는데, 이를 부동산으로 볼 것인지, 동산으로 볼 것이냐가 문제된다. 그러나 본 논문에서는 적법하게 건축허가를 받거나 건축신고를 한 후 건축 중인 건물에 관한 연구이므로 이하에서는 가설건축물의 집행방법과 무허가건물의 집행방법에 대하여는 간략하게 살펴보고, 건물의 신축정도에 따른 집행방법을 구체적으로 살펴보려 한다.

1. 가설건축물의 집행방법

가설건축물이란 ‘가설’이라는 표현 그대로 임시로 설치한 건축물을 말한다. ‘임시로 설치한다’고 하는 것은 어떤 공작물을 특정 목적을 위해 설치하고 그 목적을 달성한 이후에는 곧바로 철거할 것을 예정하고 있음을 의미한다. 다시 말해

439-440면 참조.

69) 김상일, “건축중인 건물, 미등기건물, 무허가건물에 대한 강제집행”, 「명지법학」 제2호, 명지대학교 법학연구소, 2006, 7면.

서 가설건축물이란 ‘토지의 정착성’이라는 건물의 개념요소를 특히 시간적으로 이를 충족하지 못하는 것으로서 건축물이 아닌 것을 말한다. 토지의 정착물이란 토지에 고정적으로 부착되어 용이하게 이동할 수 없는 물건으로서, 그러한 상태로 사용되는 것이 통상적으로 용인되는 것을 말한다. 그러나 가설건축물의 경우는 토지에 충분히 정착되어 있지 않으므로 정착물로 볼 수가 없고 따라서 가설건축물의 경우는 동산으로 취급된다. 즉 유체동산집행 방법에 의하여 강제집행을 하면 되므로 문제될 것이 없다.

2. 무허가건물의 집행방법

무허가건물이란 처음부터 건축허가나 건축신고 없이 완성된 건물을 말하는 것으로 보통 양성화조치가 있기 전에는 미등기상태이므로 미등기무허가 건물이라고 칭한다. 무허가건물이 건축되고 완공되어 사회통념상 건물이 되는 과정은 허가 받은 건축의 경우와 같지만, 이는 무허가건물이기에 건축허가대장 등의 공부가 작성되지 아니하고 따라서 건축허가대장상의 건축주명의변경신고제도를 이용할 수 없다. 이러한 무허가건물의 경우에도 강제집행의 필요성이 요구되는 바, 민사소송법개정위원회에서도 논의가 있었다. 민사소송법개정위원회에서의 논의를 보면 처음에는 무허가건물에 관해서도 강제집행이 가능하도록 하였으나 수정안에서는 건축허가나 건축신고를 하지 아니한 무허가건물에 대해서도 부동산집행을 위한 보존등기를 허용하게 되면 불법건축물이 양산되어 건축물관리의 근본취지가 크게 훼손될 뿐만 아니라 절차적인 측면에서도 이러한 건물의 경우에는 그 소유권자를 확인하기 어려운 문제가 있다는 이유로 건축법에 의한 건축신고·건축허가를 마쳤으나 사용승인을 받지 아니하여 보존등기를 마치지 못한 미등기건물에 한하여 부동산집행의 방법으로 집행할 수 있도록 하여, 현재는 무허가 건물에 대하여 강제집행을 할 방법이 없는 실정이다. 그러나 무허가건물이라도 장기간 누구도 이의를 제기하지 아니하는 등 일정한 요건이 충족되는 경우에는 강제집행을 할 수 있도록 하든지, 아니면 요건이 완화된 특별법을 제정하여 일거에 보존등기를 할 수 있는 길을 열어주어야 할 것이다.⁷⁰⁾

70) 김상일, 전개논문, 34면 참조.

3. 건물의 신축정도에 따른 집행방법

가. 서설

토지는 민법상 부동산으로 인정되므로 이 경우 부동산집행방법에 의한 강제집행을 함에 있어 특별히 문제가 될 것이 없다. 그러나 건물의 경우는 통상 토지의 지하 및 지상에 동산의 형태인 여러 가지 재료를 합성하여 일정한 공간을 이용하기 위하여 제작하는 인위적인 공작물로서, 건축과정 중 일정한 시점이 지나면 토지와 독립한 부동산으로 취급을 받게 되므로 신축 정도에 따라 상당히 다른 평가를 할 수 있고, 그 집행방법도 달리할 여지가 존재한다.

건물을 신축하는 과정과 관련하여 건물의 물리적 완성도에 따라 첫째, 토지의 부합물인 건물로 공사에 착공하여 기초공사 등을 하고 있는 단계로서 토지로부터 독립된 정착물의 형태를 갖추지 못한 형태의 건물, 둘째, 건축 중인 미완성 건물로 공사가 진척되어 건물의 외관을 갖추어 토지와 독립한 정착물로서 기초공사의 단계를 넘어 독립된 부동산의 형태를 갖춘 건물, 셋째, 행정절차상 미완성 건물로 완전한 형태를 갖추었으나 아직 사용승인 등의 절차를 받지 않은 건물, 넷째, 소유권보존등기만 안 된 건물로 물리적으로 완성되고 사용승인까지 얻었으나 아직 소유권보존등기를 마치지 않은 건물, 다섯째, 소유권보존등기를 마친 건물로 건물의 실질을 모두 마치고 건물등기부에 등재된 건물 등으로 구분할 수 있다.

첫 번째 유형의 건물은 토지의 부합물로서 민사집행법상으로도 부합물로 처리되어 주된 경매목적물에 포함되어 평가될 수 있고, 세 번째, 네 번째 유형의 건물은 현행 민사집행법 제81조 제1항 제2호에 의하여 부동산집행방법에 의한 강제집행을 하면 될 것이며, 다섯 번째 유형의 건물은 강제집행개시결정등기를 하기 위한 조건을 모두 충족하였기 때문에 민사집행법상 문제될 것이 없다.

그러나 두 번째 유형의 건물인 경우는 현행 민사집행법, 민사집행규칙 및 대법원판례에 비추어 볼 때, 이에 대한 강제집행방법이 없는 상태이다. 재산적 가치가 있는 미완성건물을 어떠한 방법으로든지 강제집행 할 수 없다는 것은 강제집행의 이념에 반하는 것이므로 어떠한 방법이든지 강제집행을 인정해야하는 당위

성이 있다고 볼 수 있다. 이러한 미완성건물을 부동산강제집행의 방법에 의할 것인지, 아니면 유체동산집행의 방법으로 처리할 것인지는 순전히 입법정책⁷¹⁾ 또는 법해석의 문제라고 볼 수 있다.

두 번째 유형인 ‘건축 중인 미완성건물’에 대한 집행방법에 대한 학자들의 견해는 크게 유체동산의 집행방법으로 강제집행하고 한다는 견해⁷²⁾와 제81조 제1항 제2호 단서의 건물의 범위에 포함시켜 부동산의 집행방법으로 강제집행을 해야 한다는 견해⁷³⁾등으로 나누어진다. 이에 대한 자세한 내용은 뒤에서 다시 검토한다.

나. 토지의 부합물인 건물

토지의 부합물인 건물은 공사에 착공하여 기초공사 등을 하고 있는 단계로서 토지로부터 독립된 정착물의 형태를 갖추지 못한 형태의 건물을 말하는데, 이 단계의 기초공사부분은 토지의 일부에 불과하고 토지의 가치증대에 어느 정도 기여할 뿐이다.⁷⁴⁾ 따라서 토지에 대한 강제집행절차에 따라 진행될 것이고, 토지에 부합된 건축물은 토지에 대한 평가를 하면서 이에 부가하여 감정평가를 하여 강제집행하면 될 것이다.⁷⁵⁾

다. 건축 중인 미완성건물

건축 중인 미완성건물은 공사가 진척되어 건물의 외관을 갖추어 토지와 독립한 정착물로서 기초공사의 단계를 넘어 독립된 부동산의 형태를 갖춘 건물을 말하는데, 이러한 단계의 건물이 민사집행법상 가장 문제가 된다. 민사집행법상 완성된 건물의 경우에는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서를 적용하여 부동산 집행방법에 의한 강제집행을 할 수 있으나, 건축 중인 미완성건물은 상당히 공사

71) 안철상, “건축중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 「판례연구」 제7집, 부산판례연구회, 1997, 569면.

72) 정영환, 진계논문, 179면 이하.

73) 최승록, 진계논문, 241면.

74) 김상일, 진계논문, 8면.

75) 박윤직, 「민법주해(II)」, 박영사, 1997, 49면.

가 진척되어 건물의 외곽을 갖추어 토지와 별개의 독립부동산의 형태를 갖춘 건물로부터 공사가 완전히 완공되지 아니하였기 때문에 민사집행규칙 제42조 제2항 규정인 “강제경매신청을 한 건물의 지번·구조·면적이 건축허가 또는 건축신고된 것과 동일하다고 인정되지 아니하는 때에는 법원은 강제경매신청을 각하하여야 한다”에 저촉된다는 이유로 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 부동산집행방법에 의한 강제경매를 할 수 없는 결과를 발생시킨다.

라. 행정절차상 미완성 건물

독립부동산의 형태를 갖추었을 뿐만 아니라 내부공사, 전기공사 등 건물로서 완전한 형태를 갖춘 경우로서 사용승인 등의 필요한 절차를 받는다면 언제라도 보존등기를 할 수 있는 상태의 건물을 말한다. 과거에는 완성된 건물이라도 현실적으로 등기할 수 없는 경우는 미완성건물과 같이 유체동산의 집행방법으로 강제집행 할 수 있다는 것이 법원실무관행이었으나,⁷⁶⁾ 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서가 신설되면서 건물이 이미 완성되었으나 단지 준공검사만을 받지 아니한 경우에는 부동산강제집행방법으로 집행할 수 있게 되었다.⁷⁷⁾

마. 소유권보존등기만 안 된 건물

물리적으로 완성되어 사용승인을 얻어 건축물대장이 작성되었지만 단지 소유권보존등기만이 이루어지지 않은 상태이므로 채권자는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문 규정에 따라 “즉시 채무자명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류”를 제출하여 부동산강제집행을 신청할 수 있다.

바. 소유권 보존등기를 마친 건물

이와 같은 건물은 전형적인 토지 이외의 부동산에 해당하고 강제집행개시결

76) 서울지방법원, 「보전처분 및 입찰에 관한 실무지침」, 1994, 25면.

77) 미완성건물에 대하여 ①그 건물이 채무자의 소유임을 증명하는 서류, ②그 건물의 지번·구조·면적을 증명할 서류, ③그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고를 증명할 서류를 제출하면 부동산강제집행을 할 수 있다(민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서).

정등기를 하기 위한 조건을 모두 충족하였기 때문에 민사집행법상 부동산에 대한 강제집행의 방법으로 강제집행하면 되므로 특별히 문제될 것은 없다.

제4절 미완성건물의 집행방법

1. 서설

민법상 건물이라고 하면 독립부동산의 형태⁷⁸⁾를 갖추어야 하지만, 민사집행법은 법적으로 독립부동산으로 평가 받을 수 있고 더 나아가 집행법상 건물로 취급받을 수 있어야 강제집행이 가능하다.⁷⁹⁾ 사회통념상 독립된 건물로 보는 시기에 대하여 판례는 지하1층 지상4층 건물의 신축공사를 진행하던 중 4층까지 전체골조 및 지붕공사를 완료하여 전체의 45% 내지 50% 정도의 공정을 마친 미완성 건물,⁸⁰⁾ 건물의 50% 정도의 공정을 마친 미완성 건물,⁸¹⁾ 지하1층 지상2층 건물공사에서 지상1층 일부와 2층 벽 및 지붕공정을 마치지 못한 미완성 건물,⁸²⁾ 전체 공정의 70% 정도가 진행된 아파트,⁸³⁾ 골조·벽·지붕·창호공사 등이 모두 마무리 되어 전체 공정의 95% 정도가 진행된 건물⁸⁴⁾ 등을 사회통념상 독립된 부동산으로서 인정하였다. 이와 같은 판례의 내용을 종합할 때 대법원의 주류적 태도는 “4개의 나무기둥을 세우고 그 위에 유지로 만든 지붕을 얹었고 4면 중 앞면을 제외한 3면에 송판을 띄엄띄엄 가로질러 놓을 뿐 벽이라고 볼 만한 시설

78) 최소한의 기둥과 지붕, 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다(대법원 2002.4.26. 선고 2000다16350 판결 ; 대법원 2001.1.16. 선고 2000다51872 판결 ; 대법원 1996.6.14. 선고 94다53006 판결 ; 대법원 1986.11.11. 선고 86누173 판결 ; 대법원 1977.4.26. 선고 76다1677 판결).

79) 남동현, 전계논문, 208면.

80) 대법원 1997.5.9. 선고 96다54867 판결

81) 대법원 1995.3.3. 선고 93다50475 판결

82) 대법원 1993.4.23. 선고 93다1527, 1534 판결

83) 대법원 1998.9.22. 선고 98다26194 판결

84) 대법원 2002.3.12. 선고 2000다24184 판결 등 다수

이 되어 있지 아니한 물건은 이를 쉽게 해체·이동할 수 있는 것이어서 이를 토지의 정착물이라고 볼 수 없다”는 취지의 판결⁸⁵⁾의 개념에 충실하여 약 70% 정도는 완성되어야 독립성을 갖춘 것으로 보고 있는 듯하다. 그런데 집합건물에 있어서 구분소유권을 인정하고 있는 점, 최근에 지하구조물만을 건립하여 사용하는 경우도 있는 점 등을 고려한다면 건물이 토지와 독립성을 갖는 시기를 종전의 판례와 같이 일률적으로 판단할 것이 아니라 건물의 크기·형태·용도·공사 진척 상황 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단할 필요가 있다. 즉, 건물이 토지로부터 독립부동산으로서의 지위를 갖는 시기는 건물의 형태, 크기, 용도 등을 종합적으로 고려하여 상대적으로 판단하는 것이 타당하다.⁸⁶⁾

그런데 앞서 살펴 본 두 번째 유형의 미완성건물의 경우에 실체법상 건물로 인정될 수 있음에도 불구하고 집행법상 건물로 취급받을 수 없다는 이유로 강제집행을 할 수 없게 되는 문제가 생긴다. 따라서 이하에서는 두 번째 유형의 건축 중인 미완성건물을 유체동산집행방법에 의하여 강제집행을 하여야 할 것인지, 부동산집행방법에 의하여 강제집행을 하여야 할 것인지를 살펴보려 한다.

2. 유체동산집행방법을 준용하는 방법

미완성건물을 강제집행 할 수 있는 첫 번째 방법으로는 유체동산집행방법을 준용하는 것이다. 민사집행법은 유체동산집행방법에 대하여 민사집행법 제189조 제2항에 규정하고 있다.

민사집행법은 제189조 제2항 제1호는 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”이라고 규정하고 있는데, 이와 관련하여 대법원⁸⁷⁾은 “미완성건물은 등기할 수 없는 토지의 정착물이기는 하나 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것이라고 볼 수 없어 유체동산집행의 대상에 해당하지 않는다”라고 판시하고 있다.

따라서 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 의미를 어떻게 해석하는지에 따라

85) 대법원 1966.5.31. 선고 66다551 판결

86) 정영환, 전계논문, 173면.

87) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

동 규정의 대상이 달라질 수 있을 것이다. 그러므로 이하에서는 동법 제189조 제2항 제1호 규정 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”의 의미를 살펴보고, 미완성건물의 유체동산강제집행에 대한 학설 및 판례를 검토하려 한다.

가. 제189조 제2항 제1호의 의미

(1) 토지의 정착물

(가) 의의

여기서 토지의 정착물이란 토지에 고정적으로 부착되어 용이하게 이동될 수 없는 물건으로서 그러한 상태로 사용되는 것이 물건의 거래관념상의 성질로 인정되는 것을 말한다.⁸⁸⁾ 그리고 부착된 상태는 부합(민법 제256조)의 경우와는 달리 훼손하지 않고도 그 소재의 토지에서 분리할 수 없는 정도임을 요하지 않고 용이하게 이동할 수 없는 정도면 족하다.⁸⁹⁾ 예를 들면 건물, 수목, 도로의 포장, 담장, 둑, 교량 등이 이에 속하고, 기계도 대규모의 기초공사로 토지 또는 건물에 고착시켰을 때에는 정착물로 보나, 쉽게 이동할 수 있는 가건물, 판매의 목적으로 화원에 가식되어 있는 정원수나 정원석, 충분히 고착되어 있지 않은 기계 등은 정착물이 아니라 동산이다.⁹⁰⁾ 토지의 정착물은 민법 제99조 제1항에 의하여 토지와 더불어 부동산으로 분류된다. 부착한 상태는 부합의 경우와는 달리 훼손하지 않고는 토지에서 분리할 수 없는 정도임을 요하지 않고 용이하게 이동할 수 없는 정도이면 족하므로 그 정착성 내지 고착성을 부착이라고 하는 물리적 요소를 기준으로 하면서 거래관념에 의하여 결정된다.⁹¹⁾

현대건축물의 대부분을 차지하는 철근콘크리트 건물에서는 정착성이 부인되는 경우가 거의 없기 때문에 정착성이 문제될 여지는 없어졌다고 할 것이다.

88) 홍기태, 전계논문, 506면.

89) 박윤직, 전계서, 46면.

90) 상계서, 45면 ; 홍기태, 상계논문, 506면.

91) 박윤직, 상계서, 46면.

(나) 학설

토지의 정착물에 관하여는 다음과 같이 두 가지 견해가 상호 대립하고 있다.

첫째, 토지의 정착물은 토지와 별개의 독립된 부동산이어야 한다는 소수설⁹²⁾과 둘째, 토지의 정착물에는 토지와 별개의 독립된 부동산뿐만 아니라, 토지에 정착하고 있는 토지의 일부에 지나지 않는 것도 모두 포함된다는 다수설이다.⁹³⁾ 토지 외에 새로운 형태의 부동산이 토지의 정착물로부터 사회적 필요에 따라 생길 수 있는 것이고, 법률상 정착물의 부동산성의 유무문제와 법적 처리에 있어서 토지와 합쳐서 취급할지 아닐지는 전혀 다른 문제라는 관점에서 다수설의 견해가 타당하다.⁹⁴⁾ 토지와는 별개의 부동산으로 취급되지 않았던 일정한 수목의 집단이 임목에 관한 법률에 의하여 토지와는 별개의 부동산으로 취급하게 되었음은 다수설을 뒷받침한다.

(다) 정착물의 종류

다수설에 따라 토지의 정착물을 정의한다면 토지의 정착물은 거래관념상 토지에 대하여 독립성을 갖는 정도에 따라 다음과 같이 세 가지 종류로 나눌 수 있다.

① 종속정착물

돌담, 구거와 같이 그 정착하는 토지와 항상 일체가 되는 것으로서, 토지와는 별개의 부동산으로서의 소유권의 객체가 될 수 없기 때문에 토지에 관한 권리변동의 효과를 당연히 받게 된다. 이런 것들은 권원이 있는 자에 의하여 정착된 경우라도 부합에 의하여 토지소유권에 흡수된다.

② 독립정착물

건물은 항상 토지에서 독립된 별개의 부동산으로서 권원 있는 자가 정착시킨 때는 물론 권원 없는 자가 정착시킨 때에도 부합의 문제는 생기지 않고 토지의

92) 김기선, 「한국민법총칙(3개정증보판)」, 법문사, 1985년, 198면.

93) 권윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006, 176면.

94) 홍기태, 전계논문, 507면.

처분은 원칙적으로 건물에 미치지 않는다. 입목에 관한 법률에 의한 입목도 여기에 해당한다.

③ 반독립정착물

전술한 두 가지 유형의 중간에 속하는 것으로서 농작물, 입목에 관한 법률에 의하여 등기되지 아니한 수목의 집단, 건물 이외의 공작물(가스탱크, 텔레비전탑 등)이 있는바, 이는 토지소유자나 지반을 이용할 권원이 없는 자에 의하여 토지에 정착시켜진 경우에는 종속정착물과 같이 부합에 의하여 토지소유권에 흡수되거나 지반에 정착시킬 권원이 있는 자가 이를 한 경우에는 그 자가 소유권을 갖게 된다.

④ 부합물과 종물

다수설에 의하면 토지의 정착물은 종속된 정착물, 독립정착물, 반독립정착물로 나눌 수 있고 이는 다시 부합물과 종물로 구분할 수 있다. 부합물과 종물은 그 독립성 여부에 있어서는 차이가 있으나 상대적 개념으로서 집행절차에 있어서 그 취급이 동일하므로 위 양자를 구별할 실익은 없다. 이는 주된 건물과 독립하여 존재하는 종된 미등기건물과 부합물인 미등기건물의 경우에도 마찬가지이다.

(2) 「등기할 수 없는」 토지의 정착물

토지의 정착물 중 어떤 물건에 대하여 등기할 수 있는가는 부동산등기법 등의 법령에 의하여 정하여 진다.⁹⁵⁾ 토지의 정착물 중 법률에 의하여 등기할 방법이 마련되어 있지 않은 물건은 당연히 등기할 수 없는 것에 해당한다. 이를 객관적 측면에서의 등기능력이라고 할 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

95) 홍기태, 전계논문, 508면 ; 안영진, 전계논문, 362면.

96) 등기능력이란 객관적인 측면과 주관적인 측면에서 생각해 볼 수 있는데, 객관적인 측면에서는 어떠한 사항이 등기될 수 있느냐 하는 것으로서 부동산등기부에 등기될 수 있는 자격을 의미한다고 할 수 있으며 흔히 등기사항이라고 설명되는 것을 말한다(송진현, “등기능력”, 「등기에 관한 제문제(상)·재판자료」 제43집, 법원행정처, 1988, 97면).

건물은 일정한 요건이 갖추어지면 토지와는 별도로 등기할 수 있는 것이므로 건축 중인 미완성 건물의 경우 등기할 수 없는 것으로 불지가 문제된다. 판례는 “완성 전에 보존등기를 하더라도 그 후 곧 완성된 이상 그 등기는 무효라 할 수 없다”고⁹⁷⁾ 하였으나, 이 판결은 미완성건물에 대하여 보존등기가 먼저 되고 후에 완성되었을 때 이미 마친 보존등기를 무효라고 할 수 없다는 의미일 뿐, 미완성 건물도 원래 등기할 수 있는 것이라고 보는 입장은 아니다. 오히려 대법원은 1995.11.27. 자 95마820 결정에서 미완성건물에 관하여 등기할 수 없는 것임을 명확히 적시하고 있다. ‘등기할 수 없는’이란 등기제도 자체가 마련되어 있지 않거나 등기할 수 없다는 좁은 의미는 아니며, 물리적으로 완성되지 않은 건물의 경우 등기제도는 마련되어 있으나 그 상태로는 등기적격이 없어 등기할 수 없다고 보아야 한다.⁹⁸⁾

(3) 「독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것」의 의미

독립하여 거래의 객체가 될 수 있는지의 여부는 그 물건의 경제적인 가치 및 일반적인 거래의 실정이나 관념에 비추어 판단하여야 할 것이다.⁹⁹⁾

대법원은 민사집행법 제189조 제2항 제1호 소정의 유체동산집행의 대상이 되는 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물’은 ‘토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것’이라고 해석하면서,¹⁰⁰⁾ 건축 중인 건물은 토지로부터 분리가 불가능하므로 이에 해당하지 않는다고 본다.¹⁰¹⁾ 따라서 등기되지 아니한 토지의 정착물이라도 그 정착물이 부동산등기법 그 밖의 법령에 의하여 등기할 수 있는 이상 유체동산집행의

97) 대법원 1970.4.14. 선고 70다260 판결

98) 홍기태, 전제논문, 509면.

99) 김상원 외 3인, 「주석강제집행법 I·II」, 한국사법행정학회, 1993, 601면; 윤희한, “금전채권에 관한 미완성 건물 및 완성된 미등기 건물에 대한 금전채권의 강제집행”, 「최고관리자과정 논문집」 제 17호, 경상대학교 경영·행정대학원, 2000, 145면.

100) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

101) 완성되었으나 등기가 되어 있지 않은 건물에 관한 대법원 1994.4.12. 93마1933 결정 사건에서는 당사자나 1·2심, 대법원이 등기적격여부만을 쟁점으로 삼았을 뿐, 독립하여 거래의 객체가 되는 것인지 여부에 대하여는 언급이 없으나 전체적인 소송의 진행과정으로 볼 때 당연히 독립하여 거래의 객체가 되는 것으로 생각한 듯하다(홍기태, 상계논문, 512면).

대상은 되지 아니한다. 독립하여 거래의 객체가 되는 것의 대표적인 예로는 송신용 철탑, 정원석이나 정원수, 벽돌이나 옹기를 굽는 가마, 주유소의 주유기, 입목에 관한 법률에 의한 등기가 되지 아니한 입목 등이 있고,¹⁰²⁾ 판례에 의하면 건물의 옥개부분,¹⁰³⁾ 논둑,¹⁰⁴⁾ 시설부지에 정착된 레일¹⁰⁵⁾ 등은 독립하여 거래의 객체가 될 수 없고, 과목,¹⁰⁶⁾ 식재된 수목,¹⁰⁷⁾ 임야 내의 자연석을 조각하여 제작한 석불¹⁰⁸⁾ 등은 독립하여 거래의 객체가 될 수 있다고 한다.

나. 미완성건물의 유체동산강제집행에 대한 학설

민사집행법 제189조 제2항 제1호의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”의 의미에 관하여는 여러 가지 견해가 있다. 건축 중인 건물이 위 조항에 해당하는지 여부에 관련하여, 가장 큰 쟁점은 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물’과 ‘독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것’의 의미가 무엇인가인데, 그 중에서 ‘독립하여’의 의미가 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하는지 여부에 대하여 견해의 대립이 있다.

(1) 제1설(긍정설)

민사집행법 제189조 제2항 제1호 상의 “등기할 수 없는 토지의 정착물”이라는 것은 철탑, 정원석, 석등, 주유소의 급유설비, 저유탱크 등과 같이 등기제도가 없어 등기할 수 없는 경우뿐만 아니라, 보존등기를 마치지 아니한 미등기건물의 경우도 포함된다는 것이고, 또한 ‘독립하여 거래의 객체가 될 수 있다는 것’의 의미도 토지로부터 분리되는 것을 전제로 하는 것이 아니라 토지에 정착된 상태에서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것을 말하는 것이므로 미완성건물의 경

102) 홍기태, 전제논문, 512면.

103) 대법원 1960.8.18. 선고 4292민상859 판결

104) 대법원 1964.6.23. 선고 64다120 판결

105) 대법원 1972.7.27. 자 72마741 결정

106) 대법원 1965.2.9. 선고 64다1326 판결 ; 대법원 1971.12.28. 선고 71다2313 판결

107) 대법원 1967.3.7. 선고 66다353, 354 판결 참조

108) 대법원 1970.9.22. 선고 70다1494 판결

우에도 유체동산집행이 가능하다는 견해이다.¹⁰⁹⁾

(2) 제2설(부정설)

민사집행법 제189조 제2항 제1호 상의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”이라 함은 토지에의 정착성은 있지만 현금화한 후에 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지고 있는 경우를 의미하는 것이므로 미완성건물은 이러한 요건을 갖추지 못하였기 때문에 유체동산집행의 대상이 될 수 없다는 견해이다.¹¹⁰⁾

(3) 제3설(실체적 본질설)

등기 여부와 관계없이 미완성건물이 실체법상 독립된 부동산으로 요건을 갖춘 경우에는 부동산강제집행의 방식에 의하여야 하고, 독립된 부동산으로서의 요건을 갖추지 못한 경우에는 분리(철거)하는 것을 전제로 하여 거래의 객체가 되는 경우에만 유체동산집행을 하여야 한다는 견해이다.¹¹¹⁾

다. 미완성건물의 유체동산강제집행에 대한 판례

(1) 서설

과거의 법원실무는 미완성건물에 대하여 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호(현 민사집행법 제189조 제2항 제1호)를 적용하여 유체동산강제집행방법을 이용하였으나, 대법원¹¹²⁾이 “구 민사소송법 제527조 제2항 제1호 소정의 유체동산집행의 대상이 되는 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물’은 토지의 정착성은 있으나 환

109) 남기정, “재산명시신청의 관할법원의 문제점 및 미등기건물이 유체동산 압류대상인가?”, 「법조」 통권 제416호, 법조협회, 1991.5, 19면 ; 최승록, 전계논문, 283면 ; 안영진, 전계논문, 370-372면.

110) 판례도 제2설을 취하고 있다(박두환, 전게서, 483-484면 ; 이시윤, 전게서, 312면).

111) 안철상, 전계논문, 574-575면.

112) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

가한 후에 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것을 보아야 한다”고 판시하여, 이후로는 미완성건물의 민사집행법상의 집행방법이 없는 실정이다. 이에 관련판례의 세부내용을 검토하여 보겠다.

(2) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

(가) 사실관계

이 사건 건물은 채무자가 신축중인 아파트건물로서 지하 1층, 지상 15층으로 설계된 건물 중 9층까지 골조공사(기둥, 벽 등이 완성된 상태)가 된 채 공사가 중단상태인데, 채권자가 이를 동산으로 보아 집달관에게 본건 건물에 대한 압류 집행을 위임하였는데, 현장에 임한 집달관이 본건 건물은 철근콘크리트조 아파트 건물로 9층까지 골조공사가 되어 있어 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”에 해당하지 아니한다는 이유로 그 집행을 거절하였다. 이에 채권자가 집행관의 집행 불능처분의 위법을 다투기 위하여 집행에 대한 이의를 제기하고 그 재판에 대하여 즉시항고를 제기하였는데 제1심에서는 집달관에게 위 강제집행의 실시를 명하자 채권자가 항고하였다.

(나) 원심(광주지방법원 1995.6.28. 자 94라44 결정)

신축중인 이 사건 건물은 외관상 독립된 건물로서 민법상의 부동산이라고 할 수 있을 지라도 아직도 물리적으로 완성되지 아니한 건축 중의 건물일 뿐이어서 건축법 제18조 제2항에 의한 사용검사를 마칠 수 없는 상태로서 건축물대장에 등재할 수 없어 그 소유권보존등기를 하는 것이 불가능하므로 압류등기를 요건으로 하는 부동산집행이 대상으로는 할 수 없으며, 따라서 현행 집행법상 등기할 수 없는 토지의 정착물로서 유체동산으로 볼 수밖에 없고, 일반 거래의 실정에 따르면 건축물에 관하여는 그 건축의 진척 정도 여하에 불구하고 축조된 정도에 따른 가치평가에 의하여 거래되는 것이 관행이라 할 것이어서 보존등기적격 기준미달인 건축 중의 건물이라 하더라도 독립된 거래의 객체가 될 수 있으므로 이 사건 건물은 유체동산집행의 대상인 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호 “등

기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”에 해당한다고 판단하여 항고를 배척하였다.

(다) 대법원 결정요지

원심과 달리 대법원은 “구 민사소송법 제527조 제2항 제1호 소정의 유체동산 집행의 대상이 되는 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물’은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것이라고 보아야 하므로, 9층까지 골조공사가 되어 있는 미완성의 철근콘크리트조 아파트 건물은 유체동산 집행의 대상이 될 수 없다”고 하여 원심 결정을 파기환송하였다.¹¹³⁾

(3) 대법원 1994.4.12. 자 93마1933 결정

(가) 사실관계

이미 완성된 공장건물을 건축주인 채무자가 건축완료보고 등 준공검사 절차를 고의적으로 기피하여 건축물관리대장이 작성되지 않은 상태였으며, 채권자는 소관청장의 서면에 의하여 채무자의 소유임을 증명할 수 있는 서류를 받을 길이 없어 법원에 유체동산강제집행을 신청한 사안이다.

(나) 대법원 결정요지

대법원은 “건물이 이미 완성되었으나 단지 준공검사만을 받지 아니하여 그 보존등기를 경료하지 못한 상태에 있다면 위와 같이 완성된 건물은 부동산등기법상 당연히 등기적격이 있는 것이고, 비록 준공검사를 마치지 아니함으로써 부동산등기법상 보존등기 신청 시에 필요한 서류를 교부받지 못하여 아직 등기를 하지 못하고 있는 경우라고 하더라도 그와 같은 사정만으로 위 완성된 건물이

113) 대법원은 이 사건 건물이 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호(현 민사집행법 제189조 제2항 제1호) 소정의 등기할 수 없는 토지의 정착물인 점은 원심과 같이 인정하였으나, 「유체동산의 집행의 대상이 되는 정착물」은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 「토지로부터 분리하는 것」을 전제로 하여 거래의 대상으로서 가치를 가지는 것이라고 보아야 하므로 이 사건 건물은 독립하여 거래의 객체가 될 수 없다고 판단하였다.

구 민사소송법 제527조 제2항 제1호의 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것’에 해당하여 유체동산집행의 대상이 되는 것이라고 할 수 없다”고 판시하여 채권자의 완성된 공장건물에 대한 유체동산 강제집행신청을 기각하였다.¹¹⁴⁾

라. 검토

제1설을 취하는 경우에는 고정성, 경제적 가치, 주거용도 등의 부동산에 내재하는 성질을 가지고 있고 민법상으로도 부동산에 속하는 미등기 건물을 유체동산으로 보게 되는 단점이 있으며, 이를 유체동산으로 집행할 경우에 제4장에서 후술하는 바와 같이 여러 가지 문제점이 있다. 제2설을 취하는 경우에는 현재 실무상 미완성 건물 자체를 공시하는 적절한 방법이 없고 제1설에 근거하는 미완성 건물을 유체동산으로서 강제집행하는 방법도 부정하게 되므로 이에 대한 강제집행의 수단이 없어 문제될 수 있고,¹¹⁵⁾ 제3설을 취하는 경우에는 실체법상 독립된 부동산의 경우에 부동산집행의 방법으로 피담보채권을 만족시키고 분리하여 유체동산의 방법으로 강제집행을 하는 것이 유리하다면 선택에 따라서 이 방법에 의한 채권만족을 시도할 수 있으므로 가장 설득력 있는 견해로 평가될 수 있을 것이다.¹¹⁶⁾ 단지 제3설을 취하더라도 강제집행으로 사용승인이 되지 아니한 실체법상 독립한 건물이 거래의 대상이 될 수 있으므로 그 소유권 추정에 관한 문제가 여전히 잔존할 수 있어, 부동산집행 절차에서 이러한 사실을 적절히 공시하는 방법 등이 추가적으로 고안되어야 할 것이다.¹¹⁷⁾

대법원은 1995.11.27. 자 95마820 결정에서 건축 중인 미완성 건물의 강제집행에 대해 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”의 의미를 “유체동산의 집행의 대상이 되는 정착물은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전

114) 이 사안은 현 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 부동산강제집행방법으로 해결할 수 있을 것이다.

115) 그 밖에도 부당하게 집행을 면탈하기 위하여 등기신청을 하지 아니하는 채무자에게 유리한 결과가 될 수도 있다는 비판이 있다.

116) 남동현, 전계논문, 202면.

117) 상계논문, 202면.

제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것이라고 보아야 하므로 9층까지 골조공사가 되어 있는 미완성의 철근콘크리트 아파트 건물은 유체동산 집행의 대상이 될 수 없다”고 판시하고 있다. 대법원결정에 따르면 미완성 건물의 경우에는 환가한 후 토지로부터 분리될 수 없는 상태이므로 독립된 거래객체가 될 수 없어 유체동산집행방법에 의하여 압류할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 등기적격유무에 관해서도 원심은 종래의 소유권보존등기실무에 비추어 보존등기적격이 없다고 보았으며, 대법원도 본건 건물이 등기할 수 없는 토지의 정착물이라 하여 등기적격을 부정하고 있다. 따라서 미완성건물의 경우에는 대법원 입장에 따르면 등기적격이 없어 보존등기를 신청하여 부동산집행방법에 의할 수도 없고, 독립된 거래객체성이 부정되어 유체동산집행방법에 의할 수도 없어 결국 미완성 건물에 대해서는 강제집행을 할 수 없다는 결론에 이르게 된다.¹¹⁸⁾

대법원 1994.4.12. 자 93마1933 결정에 의하면 건물이 이미 완성되었으나 단지 준공검사만을 받지 아니하여 그 보존등기를 경료하지 못한 상태에 있는 건물은 부동산등기법상 당연히 등기적격이 있는 것이고, 따라서 부동산집행의 대상이 되어야 하며, 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”에 해당하여 유체동산집행의 대상이 되는 것은 아니다.¹¹⁹⁾ 이 건물은 네 번째 유형인 행정절차상 미완성건물로서 현재는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 규정이 적용됨으로 부동산집행이 가능하다는 것은 앞서 살펴보았다.

한편 대법원은 위 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정을 하면서 참조판례로서 대법원 1994.4.12. 자 93마1933 결정을 들고 있는데 이는 완성된 건물에 관한 판결취지를 미완성된 건물에 관한 사건에 적용한 오류가 있는 것으로 보인다.

118) 그러나 건축 중인 미완성건물이라도 사회통념상 건물로 된 이후에는 등기부의 표시란 기재에 충분한 사항이 확정되면 보존등기를 할 수 있게 하여 부동산집행의 대상으로 하여야 함이 타당할 것이다. 그 후 사정변경에 의하여 건물의 완공이 보존등기를 할 당시와 다른 모습으로 완공된 경우에는 변경등기를 통하여 수정할 길을 열어 놓아야 한다고 한다(김상일, 전제논문, 22면).

119) 이 사건은 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서가 제정되기 이전의 사건이었기 때문에 채권자가 강제집행 할 수 없었으나, 현재의 경우라면 채권자가 동조 단서를 적용하여 강제집행 할 수 있을 것으로 보인다.

3. 부동산집행방법을 준용하는 방법

미완성건물에 대하여 강제집행 할 수 있는 두 번째 방법으로는 부동산집행방법을 준용하는 것이다. 민사집행법은 부동산집행방법에 대하여 민사집행법 제81조 제1항 제2호에 규정하고 있다.

민사집행법 제81조 제1항 제2호는 “강제경매신청서에 집행력 있는 정본과 채무자의 소유로登記되지 아니한 부동산에 대하여는 즉시 채무자명의로登記할 수 있다는 것을 증명할 서류, 부동산이登記되지 아니한 건물인 경우에는 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지면·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고를 증명할 서류”를 제출하는 경우에 채권자는 강제집행을 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

따라서 이하에서는 민사집행법 제81조 제1항 제2호의 규정에 의하여 부동산집행방법을 준용하는 방법에 대해 본문과 단서로 나누어서 세부적으로 살펴보려 한다.

가. 「제81조 제1항 제2호 본문」에 의한 강제집행

민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문에 의하면 “강제경매신청서에 집행력 있는 정본 외에 즉시 채무자명의로登記할 수 있다는 것을 증명할 서류”를 제출하는 경우에는 부동산집행방법에 의한 강제집행을 할 수 있다고 규정하고 있다.

부동산등기법에 의하면 미등기건물에 대하여 부동산등기법상 보존등기를 하기 위해서는 등기신청인이 ①건축물대장등본에 의하여 자기 또는 피상속인이 건축물대장에 소유자로서 등록되어 있는 것을 증명하는 자, ②판결 또는 기타 시·구·읍·면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자, ③수용으로 인하여 소유권을 취득하였음을 증명하는 자이어야 한다(부동산등기법 제131조). 또한 이에 관한 서류로는 일반적으로 건물의 표시를 증명하는 ①건축물대장등본 또는 그 밖의 서면을 붙여야 하며(부동산등기법 제132조 제3항), 그 밖의 서면으로는 ②소유권이 있음을 증명할 수 있는 판결정본이나 ③시·구·읍·면장이 발행한 소유권을 증명할 수 있는 서류, ④수용으로 인하여 소유권을 취득하였음을

증명할 수 있는 서류 등이 있다.¹²⁰⁾

건축물대장등본 또는 그 밖의 서면의 경우 건축물대장을 요구한다는 것은 위 규정이 적용되는 건물이 이미 사용승인을 받아 건축물대장에 등재되었지만 단지 소유권보존등기를 하지 아니한 건물을 말한다고 볼 수 있고,¹²¹⁾ 판결정본의 경우 그 판결¹²²⁾의 상대방이 건축물관리대장에 그 자신이나 피상속인이 최초의 소유자로 등기되어 있는 사람일 것을 요구하므로¹²³⁾ 최소한 그 계쟁물이 사용승인을 받아 건축물대장에 등재된 건물이어야 한다. 시·구·읍·면장이 발행한 소유권을 증명할 수 있는 서류¹²⁴⁾로는 지방세법 제195조의 규정에 의하여 작성된 재산세과세대장¹²⁵⁾에 의하여 발급한 건물의 소재와 지번, 종류, 구조 및 면적 등 건물의 표시와 소유자의 성명과 주소 등 소유자의 표시가 있는 재산증명서, 건축법 제18조 제2항의 규정에 의하여 교부받은 건축법 시행규칙 별지 제19호 서식의 건축물사용승인서¹²⁶⁾, 공작물의 소재, 지번, 종류, 구조, 면적 등이 표시되어 있고, 소유자의 표시가 기재되어 있으며, 또한 건축공사를 완료한 후 사용검사를 받고 그 사용일이 기재되어 있는 시장작성의 공작물관리대장등본, 시장발행의 건축사

120) 이러한 서류들에는 건물의 소재와 지번, 건물의 종류, 구조 및 면적 등 건물의 표시 및 건물의 소유자의 이름이나 명칭과 주소나 사무소의 소재지 표시가 적혀 있어야 한다(민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서, 부동산등기법 제134조 제1항).

121) 시장·군수·구청장은 사용승인서를 교부한 경우 또는 건축신고대상 건축물에 대하여 공사를 완료한 후 건축주가 건축물대장의 기재를 요청하는 경우에는 건축물대장에 건축물 및 대지에 관한 현황을 적고 이를 보관하여야 한다(건축법 제29조 제1항). 이러한 절차 후에 건축물대장에 자기 또는 피상속인이 소유자로서 등록되어 있는 사람은 그 건물에 대하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제131조 제1호).

122) 판결의 종류에 관하여 아무런 제한이 없다. 따라서 반드시 확인판결이어야 할 필요는 없고, 이행판결이나 형성판결이라도 그 이유 중에서 보존등기신청인의 소유임을 확정하는 내용의 것이면 되고(유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2004, 402면), 또한 화해조서 등 확정판결에 준하는 것도 포함한다(대법원 1994.3.11. 선고 93다57704 판결). 소유권의 확인이 반드시 주문에 나타날 필요는 없으며, 판결에 기하여 보존등기할 수 있는 자의 상속인도 직접 보존등기를 할 수 있다(윤용섭, “토지에 관한 소유권보존등기신청시의 소유권증명서면으로서의 지적공부 및 판결”, 「민사판례연구(XIII)」, 박영사, 1991, 16-17면).

123) 개정 2001.6.28 등기예규 제1026호

124) 여기에서 “소유권을 증명하는 시·구·읍·면의 장의 서면”이란 건물의 소재와 지번, 건물의 종류, 구조 및 면적 등 건물의 표시와 건물의 소유자의 성명이나 명칭과 주소나 사무소의 소재지의 표시가 있는 것이어야 하며(1997.12.1. 등기예규 제901호 제1항), 구청장이 발급한 건물, 토지소유지분에 관한 확인공문서(과세확인서)가 위 서면으로 볼 수 있는지 여부는 담당등기공무원이 판단할 사항이다(대법원 1995.5.12. 선고 94다20464 판결; 대법원 1999.5.28. 선고 99다2188 판결).

125) 재산세과세대장에 등재가 되지 아니하였을 때에는 사실상의 소유자가 재산세를 납부할 의무를 지며(지방세법 제182조 제1항), 재산세납부의무자가 의무를 신고하지 않으면 과세관청이 그 재산의 소유자를 납세의무자로 하여 과세대장에 등재할 수 있다(동법 제192조).

126) 1997.12.1 등기예규 제901호 제2항

실증명이 위 서면에 해당한다.¹²⁷⁾

재산과세증명서과 건축사실증명원의 경우에는 일반적으로 건축물대장을 전제 발부되므로 결국 채권자가 이러한 서류를 제출하기 위해서는 강제집행의 대상이 되는 건물이 최소한 사용승인을 받았고 건축물대장에 등재될 수 있어야 한다는 것이다. 따라서 미등기 건물의 강제집행을 위하여 요구되는 위 서류들로 볼 때 민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문의 적용을 받아 부동산집행방법에 의한 강제집행을 할 수 있는 건물은 원칙적으로 사용승인 후 건축물대장에 등재되었거나 최소한 등재될 수 있는 건축물이라고 할 수 있다.¹²⁸⁾

나. 「제81조 제1항 제2호 단서」에 의한 강제집행

토지의 경우는 토지대장이 없으면 채권자가 ‘즉시 채무자명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류’를 제출할 수 없어 현행 부동산집행방법으로 집행할 수 없다.¹²⁹⁾ 특히 채무자는 자신의 신청에 의하여 언제든지 대장을 작성할 수 있지만 채권자가 이러한 대장을 만들 수 없는 경우에는 채무자의 재산을 채권자가 집행할 수 없다. 그러나 건물의 경우는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 “강제경매신청서에 집행력 있는 정보 외에 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지면·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고를 증명할 서류”를 제출할 수 있는 경우에는 경매개시결정을 할 수 있도록 규정함으로써 채권자가 즉시 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류를 제출할 수 없는 경우에도 부동산 경매개시결정을 할 수 있도록 규정하였다.

구 민사소송법은 등기부에 채무자의 소유로 등기되지 아니한 부동산에 대하여 경매를 신청할 때에는 즉시 채무자의 명의로 등기할 수 있음을 증명할 서류

127) 판례는 사업계획변경승인서, 건축허가대장, 질의회신 및 감정도면(대법원 1984.11.13. 자 84마81 결정), 사실조회회보, 건축허가서, 공사시방서, 도면(대법원 1985.4.1. 자 85마105 결정), 착공신고서, 건물현황사진, 공정확인서, 현장조사서, 사실확인서(대법원 1992.12.28. 자 92그32 결정) 등은 위 ‘자기의 소유권을 증명하는 시·읍·면장의 서면’에 포함되지 않는다고 한다.

128) 이하 남동현, 전계논문, 209-210면 참조.

129) 그러나 토지는 지적법에 의하여 전국 모든 토지가 거의 빠짐없이 토지대장 또는 임야대장에 등재되어 있어 ‘즉시 채무자명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류’를 제출하지 못하는 경우가 거의 없을 것으로 보인다.

를 첨부하도록 규정하였는데¹³⁰⁾ 현재는 미완성건물에 관하여 강제집행을 신청하기 위해서는 부동산등기법 제131조 소정의 서면을 첨부하여야 한다.¹³¹⁾ 그러나 미완성건물의 경우에는 채권자가 부동산등기법 제131조에서 규정한 서면을 제출하는 것은 사실상 어렵기 때문에, 실무상 미완성건물 대한 경매는 거의 이루어지지 않았고, 미완성건물에 대한 집행 또한 할 방법이 없었다. 현재는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 신설로 사회통념상 건물로 인정되는 미완성건물에 대한 경매가 가능하게 되었는데, 대법원¹³²⁾은 “완공이 된 건물뿐 아니라 완공되지 아니하여 보존등기가 경료되지 아니하였거나 사용 승인되지 아니한 건물이라고 하더라도 채무자의 소유로서 건물로서의 실질과 외관을 갖추고 그의 지면·구조·면적 등이 건축허가 또는 건축신고의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 경우에는 이를 부동산경매의 대상으로 삼을 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 강제집행 할 수 있는 미등기건물을 민사집행규칙 제42조 제2항에서 말하는 사회통념상 완성된 미등기건물임을 확인하였다. 이로써 미등기 건물에 대한 소유권보존등기가 가능한 범위를 확대시킨 것을 사실이지만¹³³⁾ 이 규정에 의하여 모든 미등기 건물에 대한 경매가 가능하게 된 것은 아니다.¹³⁴⁾ 특히 건축허가나 건축신고를 하지 아니한 무허가 건물에 대해서도 부동산 집행을 허용함으로써 이를 위한 보존등기가 가능하게 되면 불법 건축물이 양산되어 건축물 관리의 근본 취지가 크게 훼손될 뿐 아니라 절차적인 측면에서도 이러한 건물의 경우에는 그 소유권자를 확인하기 어렵다는 이유로 적법하게 건축허가나 건축신고를 마친 건물이 사용승인을 받지 못한 경우에만 부동산집행방법에 의한 강제집행을 할 수 있도록 하였다.

130) 위 규정은 1990.1.13. 개정된 것인데, 개정 전의 규정은 미등기건물에 대한 강제경매를 신청할 때 채무자의 소유를 증명하는 서류와 건물의 구조 등을 증명할 서류를 첨부하도록 하여 미등기건물에 대하여도 부동산집행의 방법에 의한 강제경매가 가능하였다.

131) 대법원 1995.12.11. 자 95마1262 결정

132) 대법원 2005.9.9. 자 2004마696 결정(참조판례 : 대법원 2004.9.3. 자 2004마480 결정 ; 대법원 2004.10.14. 자 2004마342 결정)

133) 일정한 경우에는 채권자가 공적 장부를 주관하는 공공기관에 위 사항들을 증명하여 줄 것을 청구할 수 있다(민사집행법 제81조 제2항, 제268조).

134) 윤경, “미등기건물에 대한 대위등기신청 및 집행방법”, 「주택금융월보」 통권 제21호, 한국주택금융공사, 2006, 7면.

第4章 未完成建物에 대한 強制執行의 問題點 및 解決方案

제1절 서 설

미완성건물의 강제집행방법으로는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서규정을 준용하여 부동산집행에 의한 방법과 동법 제189조 제2항 제1호 규정을 준용하여 유체동산집행에 의한 방법이 있다.

민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 규정을 준용하는 방법에 의하면 대법원¹³⁵⁾은 “완공이 된 건물뿐 아니라 완공되지 아니하여 보존등기가 경료 되지 아니하였거나 사용 승인되지 아니한 건물이라고 하더라도 채무자의 소유로서 건물로서의 실질과 외관을 갖추고 그의 지번·구조·면적 등이 건축허가 또는 건축신고의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 경우에는 이를 부동산경매의 대상으로 삼을 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 강제집행 할 수 있는 미등기건물을 민사집행규칙 제42조 제2항에서 말하는 사회통념상 완성된 미등기건물임을 확인하였다.

민사집행법 제189조 제2항 제1호 규정을 준용하는 방법에 의하면 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”의 의미를 “유체동산의 집행의 대상이 되는 정착물은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서의 가치를 가지는 것이라고 보아야 하므로 유체동산 집행의 대상이 될 수 없다”고 판시¹³⁶⁾하여 미완성 건물의 경우에는 환가한 후 토지로부터 분리될 수 없는 상태이므로 독립된 거래객체가 될 수 없고 따라서 유체동산집행방법에 의하여 압류할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 또한 대법원은 본건 건물이 등기할 수 없는 토지의 정착물이라 하여 등기적격을 부정하고 있다. 따라서 미완성

135) 대법원 2005.9.9. 자 2004마696 결정(참조판례 : 대법원 2004.9.3. 자 2004마480 결정 ; 대법원 2004.10.14. 자 2004마342 결정)

136) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

건물의 경우에는 대법원 입장에 따르면 등기적격이 없어 보존등기를 신청하여 부동산집행방법에 의할 수도 없고, 독립된 거래객체성이 부정되어 유체동산집행방법에 의할 수도 없어 결국 미완성 건물에 대해서는 강제집행을 할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 그러나 거래계에서는 미완성건물도 거래의 목적물로 삼아 자유로이 거래를 하고 있고, 채무자의 집행재산으로서 손색이 없는데도 불구하고 이를 방치하는 것은 매우 불합리하므로 유체동산집행방법으로 경매를 하든 부동산집행방법으로 경매를 하든, 집행의 제도권 범위내로 끌어들여야 한다.¹³⁷⁾

따라서 본 장에서는 미완성건물에 대하여 부동산집행방법과 유체동산집행방법에 의하여 강제집행을 함에 있어서 나타나는 문제점과 그 해결방안을 살펴보려 한다.

제2절 유체동산집행방법을 준용할 경우의 문제점

건축 중인 미완성 건물을 유체동산집행절차에 의하게 되면 부동산집행절차에 의하게 되는 경우와 달리 미완성건물에 제3자가 입주하여 있을 때에 민사집행법 제191조에 의하여 그의 승낙이 있어야 압류가 가능하고, 압류 뒤에도 현상유지가 어려우며, 매수인도 소유권을 공시할 방법이 없어 매각이 곤란하여 현저히 낮은 가격에 매각될 가능성이 많다는 단점이 내재되어 있고, 미등기만을 이유로 건물을 유체동산으로 간주하는 것이 법 감정에 맞지 아니하다는 점 등 문제점이 내제되어 있다.¹³⁸⁾

1. 건물평가상의 문제점

건물은 유체동산과는 달리 등기 여부를 떠나 토지의 위치에 따라서 이와 합체되어 평가되어야 진정한 경제적 가치가 평가될 수 있다. 즉, 건물은 토지의 위

137) 이우재, “미완성건물의 경매 방안 시론”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국사법행정학회, 2006, 256면.

138) 서기석, “민사집행법의 제문제”, 「실효성 있는 민사집행제도 마련을 위한 토론회 결과보고서」, 법원행정처, 1996, 51-52면.

치에 따라 건물의 가액이 상당한 차이를 보이고 있으므로, 건축 중인 건물이라 할지라도 토지와 함께 평가를 하지 않고 건물만 독립적인 물건으로 유체동산으로 파악한다는 것은 매우 불합리한 감정평가가 될 가능성이 높다.¹³⁹⁾

2. 집행절차상의 문제점

가. 미완성건물의 압류문제

부동산에 대하여 집행법원에 강제집행을 신청하기 위해서는 채권자가 집행법원에 그 대상을 특정하여야 하므로,¹⁴⁰⁾ 미완성인 건물의 경우도 강제집행을 위해서는 그 대상을 특정하여야 한다. 그러나 건축 중인 건물에 대하여 유체동산 집행방법을 적용하게 되면 봉인이나 그 밖의 방법 등으로 압류물임을 표시하여야 하는데(민사집행법 제189조 제1항·제2항 제1호) 외부에 노출되어 있고 특별히 관리인이 상주하지 않는다면 이러한 압류표식이 유지되기 어려우며 건축 중인 건물의 경우, 진정한 소유자가 거주하지 아니하거나 채무자가 강제집행을 면탈할 목적으로 제3자와 통정하여 참칭소유자를 내세우게 되면 채무자의 사실상의 직접점유¹⁴¹⁾라고 보기 어려워 집행이 곤란하게 될 수도 있다.¹⁴²⁾

나. 소유권확정문제

139) 최근에 대두되고 있는 개발이익환수제도와 비록 법률적 개념은 아니지만 권리금 등이 이러한 사실을 더욱 뒷받침하여 주고 있다(남동현, 전제논문, 203면).

140) 현행 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에서는 건축중인 건물에 대하여 강제집행을 신청하기 위해서 “ 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지번·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고를 증명할 서류”등을 제출할 것을 요구하고 있다.

141) 채무자가 점유하는 유체동산은 집행관이 그 점유를 채무자로부터 빼앗아 스스로 이를 점유함으로써 압류한다(법 제189조). 집행관은 채무자의 소유임을 확인하고 압류하는 것은 집행의 간이성·신속성에 부합하지 않기 때문에 채무자의 소유라는 고도의 개연성이 추정되는 점유의 외관을 보고 압류를 시행한다. 여기에서 점유는 사실상의 직접지배(소지)를 뜻하는 것으로, 점유의사를 불문하며 간접점유는 포함되지 않는다.

142) 유체동산 강제집행시 집행관이 채무자의 실제법적인 소유권 등을 심사할 권한이 없고 채무자의 점유는 간접점유가 아니라 적어도 사실상 직접점유일 것을 요구하고 있기 때문에, 특히 채무자가 강제집행을 면탈 내지는 지연시킬 생각으로 제3자 등을 참칭의 직접점유자로 내세울 경우 집행관이 이를 조사할 실질적 권한이 없어 현실적으로 강제집행이 매우 어려울 때가 많다(남동현, 「민사집행법」, 삼조사, 2003, 150면 이하).

현재 진행되는 건축공사의 대부분은 도급계약을 기초로 해서 이루어지는데 도급계약을 기초로 한 건물의 소유권귀속관계는 원칙적으로 당사자의 특약에 따라 결정되며, 만약 그러한 특약이 없는 경우에는 통상 도급인에게 귀속하고, 수급인이 재료의 전부 또는 주요부분을 제공하는 경우에는 완성된 목적물의 소유권은 원칙적으로 일단 수급인에게 귀속한 다음 인도에 의하여 도급인에게 이전한다고 하는 것이 판례의 입장이다.¹⁴³⁾ 따라서 위와 같은 소유권 확정문제는 채권자가 강제집행신청을 하는데 있어 건물에 대한 공사 진행경과에 따라 소유권 귀속에 변동이 생김으로 인해 강제집행의 대상과 범위확정에 논란을 일으킬 소지가 많다.

다. 제3자의 점유 문제

한편 유체동산집행방법에 의한 집행에는 위와 같은 문제점 외에도 집행관이 모든 것을 조사하여 압류절차를 취하고 경매를 하는 데는 많은 문제점을 내포하고 있다. 먼저 유체동산집행방법에 의하여 미완성건물을 강제집행 하고자 할 경우, 당해 건물에 대하여 제3자가 점유하고 있을 경우에는 그 제3자가 그 건물의 압류를 위하여 점유를 풀거나 퇴거를 하지 않을 경우에는 압류를 할 수 없을 것이며 또한 점유자가 없어서 집행관이 압류는 하였으나 집행당일 소유자라고 주장하는 자가 미완성건물에 대하여 점거하고 있을 경우에는 집행관이 이를 경매하여 점유자를 배제시키고 매수인(경락인)에게 인도하기 곤란한 문제점도 제기된다.

라. 건물의 소유자와 토지의 소유자가 다른 경우의 문제

현행 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 규정 자체가 토지로부터 분리하여야 거래의 대상이 될 수 있다는 내용을 내포하고 있지는 않으나 경매절차에서 토지의 소유자와 건물의 소유자가 다르고 후자가 대항력 있는 용익권을 설정하지 않거나 법정지상권¹⁴⁴⁾이 인정되지 않는다면, 미완성건물이 경매절차로 매각되는 경

143) 대법원 1988.12.27. 선고 87다카1138, 1139 판결 외 다수

우 일반적으로 매수인이 그 토지에 임차권이나 지상권 등을 설정하지 않는 한 불법 점거물로 취급되어 토지인도소송의 대상이 될 수 있으므로 그 점유를 매수인에게 이전하기 위해서는 분리하는 방법 밖에는 없을 것이다.

그러나 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 미완성건물을 유체동산으로 강제집행 할 경우는 분리하는 비용 등을 감안할 경우 담보가치가 희박하게 되어 미완성건물을 현금화하여도 집행비용 외에 남을 것이 없을 것으로 판단되는 경우, 집행법원은 압류를 취소하여 압류물을 채무자에게 반환하든가(민사집행법 제 188조 제3항) 민사집행법 제214조에 따라 특별현금화방법을 취해야 한다.¹⁴⁵⁾

마. 건축주와 건물의 소유자가 다른 경우의 문제

미완성의 건물은 그 소유관계가 매우 유동적이므로 이를 강제집행 하기 위하여 채권자가 일방적으로 강제집행신청을 하고 그 결과 소유권처분제한등기의 촉탁이 이루어진다면 결국 이러한 미완성 건물에 대한 소유권보존등기가 실체관계와 일치하지 않는 경우가 발생하게 될 우려가 있다.

채무자가 건축주이기는 하지만 제3자의 비용으로 건축을 하여 진정한 실체법상의 소유자가 제3자인 미완성 건물이 존재하는 경우, 양당사자간의 합의가 없이 위 건물¹⁴⁶⁾이 강제집행의 대상이 되었다면 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)로 해결할 수 있을 것이다. 반대로 채무자가 미완성 건물의 실질적인 소유자로서 자기의 비용으로 건축을 하면서 다른 사람의 명의를 빌려 건축허가를 받거나 건축 신고를 한 경우에는 실질적으로 집행법원이 진정한 소유자가 누구인지를 가릴 수 있는 적절한 방법이 없고 제3자인 채권자가 이러한 사실을 알았다 할지라도 민사집행법 제81조 제1항 제2호에 의한 채무자의 소유임을 증명할 수 있는 서류를 제출한다는 것이 실제로 매우 어려우므로 일단은 채무자와 건축주간에

144) 민법 제366조의 법정지상권이 성립하기 위해서는 저당권을 실행할 당시 또는 강제경매 당시에 이미 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하고 있어야 하는데, 이 경우 건축 중인 건물이라도 건물의 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 진전되어 있는 경우에 법정지상권을 인정한다(지원림, 「민법강의(제5판)」, 홍문사, 2006, 661면 이하 참조; 대법원 2004.6.11. 선고 2004다13533 판결).

145) 법원공무원교육원, 「민사집행실무(Ⅱ)」, 2006, 160면.

146) 물리적으로 완성되었으나 행정적으로 완성되지 아니한 건물, 사회통념상 완성된 건물 또는 미완성된 미등기 건물 등 건축물대장이 등재되지 아니한 건물 등이 여기에 속한다.

체결된 계약서, 각종 영수증, 도면이나 사진(민사소송규칙 제122조), 녹음테이프, 비디오테이프, 컴퓨터용 자기디스크(동규칙 제120조) 등의 서류나 준문서¹⁴⁷⁾ 등을 제출하였을 경우에 채무자를 소유자로 보고 경매절차를 진행할 수밖에 없을 것이다.¹⁴⁸⁾ 그러나 입법론적으로는 부동산등기법을 개정하여 채무자에게 건축 중인 건물에 대한 소유권 존부에 관한 설명의무를 부과한다든지 미완성 건물에 대하여 집행법원이 건물의 현황이나 채무자의 소유권 등을 심리하고 그 결과에 따라 소유권보존등기를 할 수 있는 방법 등이 매우 바람직하다 할 것이다.¹⁴⁹⁾

3. 매수인(경락인)의 소유권취득상의 문제점

경락인은 그 대금지급과 상환으로 집행물을 인도받은 때에 소유권을 취득한다.¹⁵⁰⁾ 그러나 미완성 건물을 양수한 자는 원시취득자의 명의로 보존등기를 한 다음 이전 등기해야 한다는 것이 판례의 입장이고, 우리 민법(제186조)은 물권변동에 있어서 형식주의를 취하고 있어 매수인(경락인)이 경락을 원인으로 소유권이전등기를 받기 전에는 물권변동의 효과가 생기지 않는다. 따라서 미완성 건물을 매수한 자가 부동산등기법 제131조 소정의 서류를 발급받지 못한다면 자신의 명의로 등기할 방법이 없게 된다.¹⁵¹⁾

147) 민사소송규칙 제122조는 도면, 사진, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 문서 아닌 증거의 조사에 관한 특별한 규정이 없으면 감정, 검증, 서증절차를 준용한다고 규정함으로써 이러한 부류의 증거 방법을 준문서로 다루고 있다. 자기디스크에 기억된 문서를 증거자료로 하기 위해서는 출력문서를 제출하고 입력한 사람, 입력일시, 출력한 사람, 출력일시 등을 밝히는 것이 바람직하며(민사소송규칙 제120조) 녹음테이프, 음성, 영상자료에 관하여는 음성, 영상 등에 녹음된 사람과 녹음한 사람, 녹음의 일시와 장소, 녹취서 및 그 밖에 내용설명서를 함께 제출하는 것이 바람직할 것이다(동 규칙 동 조 제1항, 제3항).

148) 이 경우, 종래의 판례는 원칙으로 미등기건물의 소유권은 실제건축주인 채무자가 원시취득한다고 판시하고 있다(대법원 1997.5.30. 선고 97다8601판결 동지; 대법원 2001.1.5. 선고 2000다47682판결).

149) 남동현, 전계논문, 216-217면; 최승록, “민사집행절차에 있어서 미등기건물에 대한 소유권보존등기와 처분제한등기”, 「사법논집」 제29집, 1998, 418면.

150) 김상원 외 3인, 전게서, 89면.

151) 이에 대하여 건축허가를 받은 자가 허가대상 건축물을 양도한 경우 그 양수인은 구 건축주의 명의 변경동의서나 권리관계의 변동사실을 증명할 수 있는 서류를 첨부하여 건축주 명의변경신고서를 제출하여야 하므로(건축법 시행규칙 제11조), 경락인이 권리관계의 변동사실을 증명할 수 있는 서류로서 경매조서등본과 경락대금영수증을 제출하여 건축주허가명의변경을 한 다음 명의변경이 되면 매수인은 건축주로서 당해 건물을 건축물대장에 등재할 수 있고 따라서 자신의 명의로 소유권보존등기를 하는 것이 가능하다는 견해도 있다(안영진, 전계논문, 375-376면).

4. 채무자에 의한 건물완공과 소유권보존등기에 따른 문제점

가. 유체동산압류의 효력

유체동산에 대하여 압류가 되면 채무자는 그 재산에 대한 처분권을 상실하고 국가에게로 처분권이 이전된다. 따라서 채무자에 대하여는 처분금지의 효과가 발생하므로, 채무자가 압류를 무시하고 그 재산을 양도하거나 제한물권의 설정 등의 처분을 하면 그 처분은 무효가 된다.

그러나 처분금지의 효력을 어느 범위에서 인정할 것인가에 관하여는 ①압류에 위반되는 채무자의 처분행위는 절대적으로 무효이고 압류가 취소되거나 취하되더라도 유효로 되지 아니한다는 절대적 무효설, ②처분금지에 위반되는 채무자의 행위라도 그 당사자 사이에서는 유효하나 압류에 의한 집행절차가 존속하는 배당요구 등을 통하여 그 집행절차에 참가하는 모든 채권자에 대하여 채무자의 처분행위가 무효로 된다는 절차상대효설, ③절차상대효설과 기본적 입장은 같으나 다만 무효로 보는 채권자의 범위를 채무자의 처분행위가 있기 전의 압류채권자 또는 집행절차에 참가한 채권자에 한정하는 개별상대효설이 있다.

우리나라 학설과 판례¹⁵²⁾는 개별상대효설을 취하고 있으므로 압류의 처분금지효력은 상대적 효력만 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 채무자가 처분금지에 반하여 제3자에게 압류물을 양도하거나 물권을 설정하는 등의 처분행위를 하여도 그 행위는 채무자와 제3자간에는 유효하다.¹⁵³⁾ 다만 압류의 효력은 처분금지의 효력만 있을 뿐 이에 의하여 곧바로 재산의 귀속관계가 변경되는 것은 아니기 때문에 환가될 때까지 그 소유권은 여전히 채무자에게 있다.

나. 채무자의 건물완성행위

미완성건물에 대한 유체동산압류결정 후에 채무자가 공사를 계속하여 건물을 완성하는 것은 압류물의 교환가치를 향상시킬 뿐이지 처분행위도 사용·수익행

152) 대법원 1990.4.10. 선고 90다카2403 판결

153) 안영진, 전계논문, 378면.

위도 아니므로 채무자의 건물완성행위를 금지할 수는 없다.¹⁵⁴⁾ 미완성건물이 유체동산압류가 되어 있음에도 채무자가 자신의 비용을 들여 공사를 계속하는 경우는 현실적으로 거의 없을 것이라는 견해가 있으나,¹⁵⁵⁾ 압류가 되어 있더라도 건물이 도급에 의하여 건축되는 경우에는 반드시 공사가 정지될 것이라고 보기는 어려우며, 채무자가 직접공사를 하는 경우라도 채무자가 자신의 채무가 없다고 믿는 경우 등 공사를 계속할 가능성은 많다.

다. 채무자의 소유권보존등기

채무자가 압류된 미완성건물을 완성하거나, 미등기건물에 대한 소유권보존등기를 하더라도 보존등기는 처분행위도 아니고 사용·수익행위도 아니므로 압류의 효력에 위배된다고 할 수 없다.¹⁵⁶⁾ 건물이 등기되면 집행법상 동산에서 부동산으로 변경되므로 유체동산집행에 있어서 집행할 목적물이 소멸되었다고 볼 수 밖에 없으므로, 유체동산으로서 기왕의 집행절차는 집행불능상태에 빠져 집행이 종료되고 압류의 효력은 소멸하지만,¹⁵⁷⁾ 그 건물에 대하여 새로운 부동산집행은 가능하다고 할 것이라는 견해가 있다.¹⁵⁸⁾

그 건물이 채무자명의로 소유권보존등기된 후에 대하여 부동산강제집행절차만 진행된다면 이중압류나 배당요구를 함으로써 만족을 얻을 수 있을 것이나, 채무자 명의의 소유권보존등기를 경료함과 동시에 바로 제3자 명의로 저당권설정등기가 경료된다면 채권자가 부동산강제집행신청을 하더라도 결국 위 근저당권자보다 후순위가 되기 때문에 적법하게 선순위로 유체동산집행을 한 채권자가 미등기건물에 대한 보존등기가 경료됨으로 인하여 부동산집행절차로 변경되는 것이 오히려 집행절차에서 아무런 만족을 얻지 못하게 되는 부당한 결과가 초래되는 문제가 있다.¹⁵⁹⁾

154) 남기정, 전계논문, 161면.

155) 안영진, 전계논문, 378면.

156) 남기정, 상계논문, 162면.

157) 상계논문, 155면.

158) 상계논문, 158면.

159) 안영진, 상계논문, 379면.

5. 실체법과 충돌하는 문제점

실체법인 민법상으로도 부동산에 속하는 미등기의 독립된 건물을 절차법상의 필요성으로 유체동산으로 보는 것은 절차법이 실체법을 변경하게 되는 모순된 결과에 이르게 된다. 이와 관련하여 건축 중인 미완성건물 중 사회통념상 완성된 건물을 유체동산의 집행방법으로 현금화하자는 견해는, 현행 민사집행법 제189조 제2항 제1호의 미등기건물이 등기할 수 없는 토지의 정착물로서 현금화한 후에 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서 가치를 갖는다고 하는데, 이 규정 자체는 토지로부터 분리하여야 거래의 대상이 될 수 있다는 내용을 포함하고 있지 않고, 토지의 정착물이란 토지와 부착되어 사용되는 것이 보다 일반적인 사용인 것으로 보아야 할 것이며 오히려 그 정착물의 효용을 낮추면서 토지로부터 분리하여야 할 이유가 없다. 따라서 이 견해는 건축 중인 건물이 토지와 독립하여 부동산으로서 지위를 가지고 있으나 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 요건을 충족하지 못하여 부동산집행의 방법으로 강제집행을 할 수 없는 경우에 미완성건물을 아무런 대책 없이 방치하는 결과를 가지고 오는 것이므로 부당하다. 그렇기 때문에 미완성 건물 중 독립부동산으로서 성질을 가지고 있고 동법 제81조 제1항 제2호 단서에 따라 부동산집행의 방법으로 강제집행을 할 수 없는 경우에 적법하게 건축허가를 받거나 또는 신고한 건축 중인 미완성 건물을 유체동산집행의 방법으로 강제집행을 할 수 밖에 없다는 것은 실체법인 민법상 부동산에 속하는 미완성의 독립된 건물을 절차법상의 필요성으로 유체동산으로 보게 된다면 이는 절차법이 실체법을 변경하는 결과에 이르게 된다는 모순이 생긴다.

6. 건물을 부동산으로 보는 시기에 대한 문제점

건물을 독립한 부동산으로 보는 시기에 대하여 대법원 관례에 의하면 전체 공정의 70% 정도가 진행된 아파트,¹⁶⁰⁾ 골조·벽·지붕·창호공사 등이 모두 마무리 되어 전체 공정의 95% 정도가 진행된 건물¹⁶¹⁾ 등에 대하여 독립된 부동산

¹⁶⁰⁾ 대법원 1998.9.22. 선고 98다26194 판결

으로서 인정하고 있다. 그런데 최근의 대법원 2001.1.16. 선고 2000다51872 판결은 “이 사건 공작물은 원고가 그 부지인 토지를 경락할 당시 지하 1, 2층 및 지상 1층까지의 콘크리트 골조 및 기둥, 천장(슬라브)공사가 완료되어 있고, 지상 1층의 전면(남쪽)에서 보아 좌측(서쪽) 벽과 뒷면(북쪽) 벽 그리고 내부 엘리베이터 벽체가 완성된 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 공작물은 최소한 지붕과 기둥 그리고 주벽이 이루어졌다고 할 것이어서 미완성 상태의 독립된 건물로서 요건을 갖추었다고 할 것이다.¹⁶²⁾ 그럼에도 불구하고 이 사건 공작물에는 주벽이 완성되어 있지 아니하였고 공사진척도가 20~30%에 불과하여 독립된 건물로 보기 어렵다는 이유를 들어 이 사건 공작물이 토지와 부합되었다는 취지의 원심 판결은 채증법칙 및 독립된 건물에 대한 법리를 오해한 위법이 있다”고 판시하고 있다. 결과적으로 앞으로의 판례의 경향은 건물이 토지와 독립성을 가지는 시기를 건물의 형태, 크기, 용도 등을 종합적으로 고려하여 상대적으로 판단하게 될 것이라는 예상이 되므로 소위 사회통념상 완성된 건물의 완성시기의 판단에 관한 법적 안정성을 침해할 우려가 있고 전술한 판례에서 제시된 완성도로서 95%, 70%, 20%에 근접하는 건축 중인 건물의 경우 예컨대 위 기준에서 2~3% 정도가 모자라는 완성정도에 이르는 건물의 경우에는 이를 사회통념상 완성된 건물에 속한다고 볼 수 있겠는가의 여부에 관한 사실적인 문제점 등이 발생할 수 있어 일률적인 기준이 없이 구체적으로 판례에서 사회통념상의 완성도를 어떠한 비율로 판단하는가에 따라서 실제로 강제집행을 허용할 수 있는지의 여부가 결정될 것이다.¹⁶³⁾

161) 대법원 2002.3.12. 선고 2000다24184 판결 등 다수

162) 위 사건 건물은 원래 지상 7층 건물로 설계되어 있으나, 지상 1층만으로도 구분소유권의 대상이 될 수 있는 구조이다.

163) 더욱이 집합건물에 있어서 구분소유권을 인정하고 있는 점, 건축허가 당시의 조건을 변경할 가능성이 있을 수 있다는 점, 최근에 지하구조물만을 건립하여 사용하는 경우가 있다는 점 등이 이러한 경향을 더욱 가속화 시킬 전망이다. 구분소유의 대상이 되는 집합건물 뿐만 아니라 전통 가옥의 경우에도 건축허가 당시에는 자본이 충분하여 원래의 설계도서에 따라서 신축하다가 도중에 자본부족 등의 문제로 설계도를 변경하여 우선 최소한의 범위에서 사용가능한 건물로 완성할 수 있다는 측면도 완전히 배제할 수는 없으므로 후자의 경우도 사회통념상 건물의 완성도에 대한 비율이 매우 상대적일 수 있는 원인이 될 수 있을 것이다(남동현, 전제논문, 207면).

제3절 부동산집행방법을 준용할 경우의 문제점

1. 서설

미완성건물의 집행방법으로는 유체동산집행방법을 준용하는 방법과 부동산집행방법을 준용하는 방법 두 가지가 있다. 미완성건물에 대하여 유체동산집행방법을 준용하여 유체동산집행을 함에 있어서는 앞에서 살펴본 바와 같이 실체법상 부동산인 미완성 건물을 집행법상 동산으로 취급하게 된다는 등의 많은 문제점들이 내포되어 있다.

따라서 이하에서는 미완성건물의 집행방법으로 두 번째 방법인 부동산집행방법을 준용하여 부동산집행을 할 경우 어떠한 문제점이 있는지를 민사집행법 제81조 제1항 제2호 규정을 본문과 단서조항으로 나누어서 살펴보려 한다.

2. 민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문 적용시 문제점

채권자는 미완성건물에 대하여 경매를 청구하는 경우에 즉시 채무자명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류를 붙여야 한다(민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문·제268조). 따라서 미완성건물에 대한 경매신청서에는 일반적으로 건물의 표시를 증명하는 건축물대장등본 또는 그 밖의 서면을 붙여야 하는데(부동산등기법 제132조 제2항), 그 밖의 서면으로는 소유권이 있음을 증명할 수 있는 판결정본이나 시·구·읍·면장이 발행한 소유권을 증명할 수 있는 서류(동법 제131조 제2호), 수용으로 인하여 소유권을 증명할 수 있는 서류(동법 제131조 제3호)가 있다. 문제는 미완성건물의 경우에 이와 같은 구비서류들을 갖추는 것이 사실상 불가능하다는 것이다.

먼저 건축물대장등본은 우리의 실정상 대부분의 미완성건물이 건축물대장에 등재되어 있지 않는 것이 보통이어서 이를 구비할 수 있는 경우가 매우 드물다. 다음으로 판결 등은 건축물대장이 있음을 전제로 하고 있고 또한 대부분의 미완성건물은 현황조사 등에 의하여 경매절차가 진행되는 중에 나타나는 것이 보통

이고 이를 위하여 채권자가 경매절차를 중지시키고 채무자 또는 저당권설정자나 양수인을 대위하여 소유권확인을 구하는 소송을 한다는 것은 기대하기 어려운 일이다. 그리고 시·구·읍·면의 장이 발행하는 증명서로는 재산세과세대장에 의하여 작성한 것이든 건축물대장에 의한 것이든 상관없다고 하나, 건축물관리대장에 의할 경우에는 위와 똑같은 문제점이 있고, 재산세과세대장도 건축물관리대장을 기초로 작성된다고 할 때에는 같은 문제가 되풀이 되며, 직권에 의하여 작성되는 경우에는 건물의 현황이 제대로 기재되어 있지 않는 것이 보통인 우리의 실정에는 등기적격이 있는지는 여전히 문제가 된다(지방세법 제192조, 지방세법 시행령 제139조, 지방세법 시행규칙 제81조 참조). 이처럼 위와 같은 서류들을 법률적·사실적으로 갖추기가 힘들 뿐만 아니라 판례 또한 불법건축물의 양산을 방지하기 위한 의도로 그 범위를 매우 제한적으로 인정하고 있어 부동산등기법 제131조에서 요구하는 서류를 구비하는 것은 사실상 불가능하다고 할 것이다.

그리고 이러한 서류들을 요구한다는 것은 민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문의 규정이 적용되는 건물이 이미 사용승인을 받아 건축물대장에 등재되었지만 단지 소유권보존등기를 하지 아니한 건물을 말한다고 볼 수 있다.¹⁶⁴⁾ 즉, 민사집행법 제81조 제1항 제2호 본문의 적용을 받아 부동산집행방법에 의한 강제집행을 할 수 있는 건물은 원칙적으로 사용승인 후 건축물대장에 등재되었거나 최소한 등재될 수 있는 건축물이라고 할 수 있으므로 건축 중인 미완성건물의 경우에는 동 규정이 적용될 수가 없다.¹⁶⁵⁾

따라서 미완성건물의 경우 동법 제81조 제1항 제2호 본문을 적용하여 부동산 집행방법에 의하여 강제집행을 하는 것은 어렵다.

3. 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 적용시 문제점

민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서는 “그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지번·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고 증명할 서류”를 제출할 수 있는 경우에 경매개시결정을 할

164) 개정 2001.6.28. 등기예규 제1026호

165) 남동현, 전계논문, 210면.

수 있도록 규정함으로써 채권자가 즉시 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류를 제출할 수 없는 경우에도 부동산 경매개시결정을 할 수 있도록 규정하였다. 동 규정의 입법취지는 실체법상 부동산으로 인정되는 미완성건물에 대하여 부동산집행방법에 의하여 강제집행을 할 수 있도록 한 것이므로 두 번째 유형의 미완성건물도 부동산집행방법에 의하여 강제집행을 할 수 있어야 할 것이다.

한편 대법원은 민사집행규칙 제42조 제2항은 “강제경매신청을 한 건물의 지번·구조·면적이 건축허가 또는 건축신고 된 것과 동일하다고 인정되지 아니하는 때에는 법원은 강제경매신청을 각하하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이 규정의 내용을 살펴보면 사회통념상 건축허가 또는 건축신고 된 내용과 동일성을 인정할 수 있는 건물 즉, 완성된 건물을 집행대상으로 할 수 있음을 알 수 있다. 그러므로 미완성건물을 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 규정에 의하여 부동산집행방법으로 강제집행 할 때에 민사집행규칙 제42조 제2항과 충돌하게 된다. 그렇다면 민사집행규칙 제42조 제2항은 어떻게 제정하게 된 것인가?

대법원은 경매신청한 건물이 건축허가 또는 건축신고된 것과 다른 경우의 경매개시결정을 허용하는 세부집행방법을 규정하기 위하여 3가지 방안을 검토하였다.¹⁶⁶⁾

첫 번째 방안은 건축허가 또는 건축신고가 된 이상(다른 지번에 건물이 신축되었다든지 혹은 그 지번 위에 2개 이상의 건물이 있어서 동일성이 식별되지 아니하는 등의 사유가 없는 한) 경매개시결정을 허용하는 방안이다. 이 방안은 ① 민사집행법 제81조가 건축허가 또는 건축신고된 건물에 대한 강제집행을 허용하면서 그 적용범위에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 아니하고, ② 등기 시에 표시란에 사용승인을 받지 아니한 사실을 기재하게 되며(부동산등기법 제134조 제3항 단서), ③ 행정법상의 철거대집행 등은 별론으로 하고 미등기건물에 대하여도 민사상 권리관계를 공시하여 강제집행의 대상으로 삼고자 하는 것이 본조의 취지라는 점 등을 그 논거로 들고 있다. 그러나 대법원은 이 방안을 채택할 경우 탈법이 성행할 우려가 농후하고, 민사집행법 제81조가 모든 미등기건물에 대하여 강제집행을 허용한 것이 아니고 건축허가 또는 건축신고를 한 건물로 대상을 한

166) 법원행정처, 「민사집행규칙해설」, 2002, 136-137면.

정한 취지에 어긋나게 된다는 문제점이 있다는 이유로 채택하지 않았다.

두 번째 방안은 바로 보정될 수 있거나 사소한 개보수 등을 통하여 사용승인을 받을 수 있는 건물에 한하여 경매개시결정을 허용하고, 그 밖의 경우에는 경매신청을 각하하는 방안이다. 이 방안은 민사집행법 제81조가 탈법적으로 이용되는 것을 막을 수 있고, 미등기건물을 둘러싼 법률관계가 명확하게 된다는 점을 논거로 들고 있다. 그러나 대법원은 이렇게 제정될 경우 민사집행법 제81조의 효용가치가 극히 미약하게 된다는 문제점을 이유로 채택하지 않았다.

마지막 방안은 건축허가 또는 건축신고 된 건물과 완성된 건물 사이에 사회통념상 동일성이 인정되는 경우에만 경매개시결정을 하는 방안이다. 이 방안은 위의 두 방안의 절충적인 입장으로 민사집행법 제81조의 개정취지에 따라 미등기건물 중 탈법성의 정도가 비교적 적은 일정한 부분을 부동산집행의 대상으로 함으로써 강제집행의 실효성 확보와 무허가 건물의 난립 방지라는 공익상 요청의 조화를 도모할 수 있다는 점을 논거로 들고 있다. 대법원은 이 방안을 채택하고 민사집행규칙 제42조 제2항을 제정하여 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 규정에 따라 채권자가 제출한 서류 또는 본조 제1항의 규정에 따라 집행관이 제출한 서면에 의하여 강제경매신청을 한 건물의 지면·구조·면적이 건축허가 또는 건축신고된 것과 동일하다고 인정되지 아니하는 때에는 법원은 강제경매신청을 각하하도록 하였다. 따라서 결과적으로 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 강제집행 가능한 미등기건물의 범위가 동 규칙으로 건축허가 또는 건축신고 받은 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 미완성건물로 제한되어 두 번째 유형의 건축 중인 미완성 건물의 경우에는 부동산집행방법에 의하여 강제집행을 할 수가 없게 되었다.

그러나 헌법 제108조는 “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차 등에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하고 있고, 이 규정에 따라 대법원은 소송절차에 관한 규칙을 제정할 수 있는 포괄적인 권한을 가지고 있으며, 또한 민사집행법은 많은 조문에서 구체적인 절차에 관한 세부적인 사항을 대법원규칙으로 정하도록 개별적으로 위임하고 있다(제5조 제3항, 제11조 제3항, 제15조 제4항 등). 특히 민사집행법 제23조 제2항은 “이 법에 정한 것 외에 민사집행 및 보전처분의 절차에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다”

라고 하여 헌법이 부여한 이와 같은 규칙제정권을 다시 한 번 확인하고 있다. 헌법에서도 명시하고 있듯이 대법원규칙은 민사집행법에 저촉되지 않는 범위 내에서 강제집행절차 등에 관한 절차를 세부적으로 정할 수 있는 것인데 현행 민사집행규칙 제42조 제2항은 이와 같은 헌법규정을 위반하였다고 보아야 한다. 그 이유는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 입법취지는 실체법상 부동산에 해당하는 미완성부동산이 적법하게 건축허가나 건축신고를 마친 건물로서 사용승인을 받지 아니한 경우에는 부동산집행의 방법으로 집행할 수 있도록 한 것인데, 민사집행규칙 제42조 제2항은 이와 같은 입법취지에 반하여 법률적 근거 없이 강제경매신청을 한 미완성건물이 건축허가 또는 건축신고 된 내용과 사회통념상 동일한 경우만 즉, 완성된 미등기부동산만을 강제집행을 할 수 있도록 제한하였기 때문이다. 따라서 민사집행규칙으로 민사집행법을 변경하는 위법을 초래하게 되었다. 또한 민사집행법 제81조 제2호 단서에서 요구하는 서류는 건물이 채무자의 소유임을 증명할 수 있는 재산세과세증명서, 건축허가서, 건축신고서, 착공신고서, 용도변경허가서, 임시사용서, 건축허가대장, 공정확인서, 지방세납세증명서, 세목별과세증명서 등이다. 그런데 민사집행규칙으로 대상건물을 완성된 미등기건물로 제한을 하게 되어 결과적으로 완성된 건물이 채무자의 소유임을 증명하는 서류를 제출해야 하는 효과가 발생하여 '단순히 채무자의 소유임을 증명'해서는 안 되고 '미등기건물이 완성된 상태'라는 것까지 증명해야 하기 때문에 실질적으로 필요서류가 건물의 완성된 상태를 나타낼 수 있는 부동산등기법 제131조 소정의 서류로 변경되는 결과가 되었다.

이와 관련하여 판례는 토지의 근저당권자가 위생설비·전기설비·냉난방설비 등의 부대설비는 전혀 설치되지 아니하였고 창호공사·타일공사 등도 이루어지지 아니하였으나 외벽, 내벽, 천장, 바닥 등 골조공사 등은 종료된 상태로서 건축허가의 내역과 같이 지하 1층, 지상 4층 건물로서의 외관을 갖추어 건축허가서에 나타난 지반·구조·면적과 별 차이가 없는 상태의 건물을 민법 제365조에 의거 일괄경매를 신청하면서 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서 소정의 서류를 붙이지 아니한 사안에서 원심¹⁶⁷⁾은 미완성건물의 경우는 독립된 건물로 볼 수 있는 정도라고 하여도 그 대상에서 제외되어야 한다고 하여 경매신청이 부적법하

167) 부산지법 2004.7.21. 자 2004라124 결정

다고 판단하였고, 대법원¹⁶⁸⁾은 “완공이 된 건물뿐 아니라 완공되지 아니하여 보존등기가 경료 되지 아니하였거나 사용 승인되지 아니한 건물이라고 하더라도 채무자의 소유로서 건물로서의 실질과 외관을 갖추고 그의 지번·구조·면적 등이 건축허가 또는 건축신고의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 경우에는 이를 부동산경매의 대상으로 삼을 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의해서 강제집행 할 수 있는 미등기건물은 민사집행규칙 제42조 제2항에서 말하는 사회통념상 완성된 미등기건물임을 확인하였다.

그러므로 미완성건물에 대하여 부동산집행을 함에 있어서는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 규정과 민사집행규칙 제42조 제2항이 충돌하게 되는 문제점이 생긴다.

제4절 미완성건물의 강제집행방안 검토

1. 서설

앞서 살펴보았듯이 미완성건물에 대하여 강제집행을 함에 있어서는 많은 문제점들이 있다.

종전에는 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호(현 민사집행법 제189조 제2항 제1호)의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”으로 보아 유체동산 집행방법으로 강제집행을 하였기 때문에 큰 문제가 없었는데, 대법원¹⁶⁹⁾은 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있을 것”의 의미를 “유체동산의 집행을 대상이 되는 정착물은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의

168) 대법원 2005.9.9. 자 2004마696 결정(참조판례 : 대법원 2004.9.3. 자 2004마480 결정 ; 대법원 2004.10.14. 자 2004마342 결정)

169) 대법원 1995.11.27. 자 95마820 결정

대상으로서 가치를 가지는 것으로 보아야 하므로 미등기건물의 경우에는 유체동산의 집행방법으로 강제집행 할 수 없다”는 취지로 해석하여 경제적 가치가 있는 미완성건물을 아무런 대책 없이 방치하는 결과를 가져 왔다.

토지의 정착물이란 토지와 부착되어 사용되는 것이 보다 일반적인 사용인 것으로 보아야 하므로 그 정착물의 효용을 낮추면서 토지로부터 분리하여야 할 이유는 없다. 특히 아파트를 건립하기 위한 허가를 받아 신축 공사 중에 중단된 경우라면 그때까지 건축된 부분을 토지와 함께 평가받는 것이 가치평가에 있어서 건축자나 매수자 등에게 유리하므로 유체동산이라는 제목의 의미에 치중하여 ‘등기할 수 없는 토지의 정착물’의 의미를 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서 가치를 가지는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다.

민사집행법의 목적은 판결절차에 의하여 확정된 사법상의 의무가 임의로 이행되지 아니할 경우에 국가의 강제력에 의하여 사법상의 이행의무를 실현하는 절차일 뿐만 아니라, 모든 사람이 사회공동생활의 일원으로서 서로 상대방의 신뢰를 헛되지 하지 않도록 성실하게 행동하여야 한다는 원칙인 민사소송법의 신의성실의 원칙¹⁷⁰⁾과 사법질서를 수호하고 사법에 흠이 생겼을 때에 새로운 법의 창설로써 시민사회의 정의를 구현해야 된다는 민사소송법의 목적¹⁷¹⁾을 준용해야 한다(민사집행법 제23조 제1항). 이와 같은 민사집행법의 목적으로 볼 때 미완성건물에 대한 유체동산강제집행 방법을 부정하는 것은 민사소송제도의 신의성실 원칙과 목적을 정면으로 부정하여 채권자의 집행권을 근본적으로 침해하는 것이다.¹⁷²⁾

따라서 민사집행법 제189조 제2항 제1호에 의해서 유체동산강제집행방법으로 강제집행 할 수 있는 미완성건물은 실체법상 독립된 건물로 인정되지 않는 ‘동산인 건물’만을 강제집행 할 수 있다고 보고, 동법 제81조 제1항 제2호 단서의 강제집행 할 수 있는 건물의 범위를 부동산으로서 재산적 가치가 있는 미완성건물의 경우에도 강제경매의 대상적격에 포함시키는 것이 타당할 것이다.¹⁷³⁾

따라서 이하에서는 미완성건물의 강제집행방안에 대한 몇 가지의 견해를 검

170) 정동윤, 전제서, 30면.

171) 이시윤, 전제서, 2면.

172) 안영진, 전제논문, 371면.

173) 법원행정처, 「민사집행법해설」, 2002, 90-91면 참조.

토하고 그 해결방안을 모색하기로 한다.

2. 미완성건물의 강제집행방안에 대한 제 견해

가. 「채무자의 소유임을 증명하는 서류」만으로 집행하자는 견해

미등기건물에 대하여 집행법원 및 등기관은 채무자의 소유임을 증명하는 증명서만 제출되면 그 종류에 관계없이 경매개시결정을 할 수 있도록 업무를 처리하여야 한다는 견해이다.¹⁷⁴⁾

나. 사실상의 처분권을 인정하자는 견해

실제거래에서 미등기건물이 이전등기 없이 사실상 처분되고 있는 현실을 감안하여 미완성의 건물에 관하여 비록 보존등기는 불가능하여 매수인에게 이전등기를 줄 수는 없다고 하더라도 ‘사실상의 처분권’을 주는 방안으로, 이를 강제집행의 대상으로 포함시켜 경매대상 물건표시는 보존등기가 없는 채로 현재 상태 그대로의 지번, 구조, 면적을 특정하여 표시하고 매수인에게 경매목적물에 대한 사실상의 처분권을 주어 매각허가결정문과 대금납부확인서로서 그 처분권을 증명하게 한다면, 모든 미등기건물에 대하여 부동산집행을 하는 것이 가능하다는 견해이다.¹⁷⁵⁾

다. 건축허가명의인 변경으로 권리관계를 이전하자는 견해

보존등기를 할 수 없는 미완성 미등기건물에 관하여는 보존등기를 촉탁하지

174) 이동준, “저당건물의 증·개축 또는 합동·합체의 경우 저당권의 효력과 경매절차에의 영향”, 「판례연구」 제5집, 부산판례연구회, 1995, 71면(“……다른 서류에 의하여 목적 부동산이 채무자의 소유에 속한다는 것이 증명되더라도 부동산등기법 제131조 소정의 서류를 제출하지 아니하면 직권으로 소유권보존등기를 할 수 없다는 것이 우리의 실무 관행 및 판례의 태도이고, 이렇게 되면 채권자의 권리를 크게 제한하게 될 뿐 아니라 미등기 부동산의 경우 채무자의 소유임을 증명하는 증명서만 제출하면 그 종류에 관계없이 경매개시결정을 할 수 있도록 한 민사소송법 제602조 제1항(현 민사집행법 제81조 제1항 제2호)의 취지에도 어긋난다.”).

175) 윤경, “민사집행의 개정방향”, 「저스티스」 통권 제61호, 한국법학원, 2001.6, 103-105면.

아니하고 건축허가명의인 또는 건축신고명의인을 변경하는 방법으로 권리관계를 이전시키고, 매수인(경락인)이 사용승인신청절차를 이행하여 보존등기를 하게 하자는 견해이다.¹⁷⁶⁾

라. 건축법을 개정하자는 견해

건축법을 개정하여 건축주가 여러 명인 경우 건축허가서에도 그 공유지분을 표시하거나 구분소유로 할 경우 각 건축주별 소유부분을 표시하게 하고, 사용승인을 일정한 경우에 건축주가 아닌 제3자(예컨대, 법원의 미등기 건물에 대한 소유권 처분제한의 등기축탁에 따른 경매절차에서 소유권을 취득한 사람)도 신청할 수 있도록 하자는 견해이다.¹⁷⁷⁾

마. 부동산등기법 제131조를 개정하자는 견해

미등기건물에 대하여 보전처분신청이나 강제집행신청이 있으면 관할법원이 현장에서 건물의 현황을 확인하고 신청인이 제출한 서류를 검토, 종합하여 당해 건축물이 건물로서의 형태와 효용을 갖춘 것이라고 판단되면 보존등기를 축탁할 수 있도록 부동산등기법 제131조를 개정하자는 견해¹⁷⁸⁾와 부동산등기법을 개정함에 있어 건축허가사항위반 등의 사유로 사용승인을 받지 못한 경우 이를 악용할 소지가 있으므로 보존등기를 허용하면서도 무허가건물에 대하여는 무허가건물임을 기재하자는 견해도 있다.¹⁷⁹⁾

일본에서도 실체법상 건물로 인정될 수 있는 건축물은 등기관이 실지조사에 의하여 그 보존등기가 이루어진다(일본 부동산등기법 제50조, 제93조).

바. 미등기건축물등록법(가칭)을 제정하자는 견해

입법적으로 미등기건축물등록법을 제정하고 이 법을 근거로 시장·군수·구

176) 이강훈, “민사소송법의 개정방향”, 「저스티스」 통권 제61호, 한국법학원, 2001.6, 118면.

177) 이법균, 민사집행규칙(안) 지정토론자료, 8면.

178) 서기석, 전계논문, 51-52면 ; 안영진, 전계논문, 372면.

179) 법원행정처, 「민사소송법(강제집행편) 개정착안집」, 1996, 50-51면.

청장이 관장하는 미등기건축물등록제도를 신설하여 미등기건축물을 공부인 미등기건축물등록부에 등록하여 강제집행하자는 견해이다.¹⁸⁰⁾

즉, 현행 부동산등기법에 의한 등기신청이 당사자의 신청만을 인정하는 당사자신청주의이나, 미등기건축물등록법에서는 등록부의 등록은 관리청(시·군·구)의 직권등록과 소유자나 이해관계인 등의 등록신청에 의하여 담당공무원의 실질조사를 거쳐서 등록하자는 것이다.

미완성건물의 등기업무도 실질적 조사권도 인정되지 않고 인력도 부족한 현재의 법원등기공무원 대신 시·군·구청장이 등록부의 사무를 관장하고 관할 법원장이 이를 감독하는 방법으로 하자는 견해이다.¹⁸¹⁾

사. 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서를 적용하자는 견해

미완성 건물일지라도 부동산등기법 제131조에서 규정한 서류들을 제출할 수 있다면 당연히 소유권보존등기를 할 수 있기 때문에, 적법하게 건축허가를 받아 신축중인 미완성 미등기건물에 대한 소유권확인소송의 계쟁물로서 특정될 수 있고 소유권처분제한등기와 사용승인을 받지 못하였다는 사실을 공시할 수 있다면 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 규정을 충족하여 강제집행이 가능할 수 있다는 견해이다.¹⁸²⁾

3. 검토

앞에서 살펴보았듯이 대륙법계는 물론 영미법계에서도 건물은 토지의 정착물로서 토지에 종속된다고 보기 때문에 미완성 건물의 강제집행에 관한 문제가 실제로 거의 일어나지 않고 있다.

우리나라와 관련법제도가 비슷한 일본의 경우에는 민사집행법을 개정하기 전

180) 등록부에는 권리에 관한 사항은 등록할 수 없으므로 임의경매는 존재하지 않을 것이고 오직 강제경매만이 가능하다.

181) 정병하, “미등기 부동산의 강제집행에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 석사학위논문, 2000, 57면 이하.

182) 남동현, 전계논문, 193면.

까지는 우리나라와 같이 많은 논란이 있었으나 민사집행법을 개정하면서 이 문제를 입법적으로 해결하였다. 우리나라의 경우도 많은 논의가 있고 여러 견해들이 있는데, 모든 견해의 공통점은 집행대상에서 제외되는 미완성건물이 존재함으로써 나타나는 여러 가지 문제점들을 해결하기 위하여 집행제도의 미비점을 보완하여 미완성건물의 경우에도 실체법상 건물로 인정될 수 있다면 집행이 가능하도록 하려는 취지에서는 서로 일치하고 있다.

‘채무자의 소유임을 증명하는 서류이면 충분하다는 견해’는 사용승인을 받을 수 없는 미완성건물에 대하여 법적 규제에 피하여 부당하게 소유권보존등기를 마치는 편법으로 악용될 소지가 있어 오히려 다른 보완장치가 없는 경우는 불법 건물을 양산하는 결과를 가져올 우려가 있고, ‘사실상의 처분권을 인정하자는 견해’는 ‘사실상의 처분권’이라는 개념 자체가 명확하지 않아서 혼동 오인의 우려가 있고 부동산집행의 방법의 전제가 되고 있는 현행 실정법상의 부동산제도나 등기제도를 너무 벗어나는 점은 있지만, 미완성건물에 대하여 현재의 대법원판례의 입장을 따르면서 부동산집행의 방법을 모색한 점에서는 타당한 면이 있다.

‘건축허가명의인 변경으로 권리관계를 이전하자는 견해’, ‘건축법을 개정하자는 견해’, ‘미등기건축물등록법을 제정하자는 견해’는 제도적 보완이 요구되는 견해로서 그를 위해서는 입법적인 뒷받침이 있어야 하는 단점이 있다.

‘부동산등기법 제131조를 개정하자는 견해’는 관할법원이 현장에서 건물의 현황을 확인하는 절차를 거침으로써 부실한 건물에 관한 보존등기가 이루어지는 것은 어느 정도 방지할 수 있으나, 건축허가사항과 달리 건축되어 준공검사를 받지 못하는 건축주가 이를 악용할 소지는 여전히 남는다.

‘민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서를 적용하자는 견해’는 미완성건물에 대하여 소유권처분제한등기와 사용승인을 받지 못하였다는 사실을 공시할 수 있다면 민사집행법 제81조 제1항 제2호의 단서의 입법취지를 살려서 부동산강제집행을 할 수 있다는 것인데, 민사집행규칙 제42조 제2항에 저촉되는 문제를 해결할 수 없는 단점이 있다.

그러나 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 제정취지는 적법하게 건축허가나 건축신고를 마친 사회통념상의 건물이 완성되지 않아 사용승인을 받지 못한 경우를 구제하기 위한 것이고,¹⁸³⁾ 민사집행규칙 제42조 제2항은 헌법 제108조

와 민사집행법 제23조 제2항을 위배하여 무효인 규칙으로 볼 수 있으므로 집행법원은 미완성 미등기건물이 건축허가 또는 건축신고 된 내용과 사회통념상 일치할 정도로 공사가 진척되지 않았다 하더라도 동 규칙을 적용하여 경매신청을 각하해서는 안 되고 대법원은 이와 같은 규칙을 시급히 민사집행법 제81조 제1항 제2호의 입법취지에 맞게 개정하여야 할 것이다. 이와 더불어 등기공무원의 실질적 심사주의를 도입하여 실지조사에 의하여 보존등기를 할 수 있도록 하고, 미완성 건물에 대하여 보전처분이나 강제집행신청이 있으면 관할법원이 현장에서 건물의 현황을 확인하고 신청인이 제출한 서류를 종합하여 검토한 후 당해 건축물이 건물로서의 형태와 효용을 갖춘 것이라고 판단되면 보존등기를 촉탁할 수 있도록 부동산등기법 제131조를 개정하여야 할 것이다.

민사집행규칙 제42조 제2항을 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서의 원래 제정취지에 부합하게 개정한다면 제81조 제1항 제2호 단서는 입법취지에 따라 미완성 건물에까지 확대 적용할 수 있게 될 것이고 장기적으로는 등기공무원에게 실질적 심사권을 부여하고 부동산등기법 제131조를 개정한다면 이로써 미완성 건물에 대한 강제집행을 실현 할 수 있을 것이다.

이외에도 건축 중인 건물에 대한 강제집행방법의 선택은 다분히 입법정책적인 문제로서 그 사회의 당면한 현실적 문제와 관련법체계상의 전체적인 특성을 포괄적으로 고려하여 결정되어야 할 것이라는 견해가 있다.¹⁸⁴⁾ 이 견해에 따르면 다음과 같은 조치가 필요하다고 한다. 첫째, 미등기 건물에 대한 소유권 처분제한의 등기촉탁에 의하여 이루어진 소유권보존등기의 목적은 경매절차를 통한 현금화를 위한 범위내로 제한되어야 한다. 둘째, 소유자의 그 건물에 대한 매도담보의 설정 등 어떠한 처분행위도 등기할 수 없게 되어야 한다.¹⁸⁵⁾ 셋째, 소유권 처분제한의 등기 다음에 주등기의 형식으로 이후의 처분행위로 인한 등기를 금지한다는 취지를 적어 이러한 등기가 단지 당해 절차만을 위한 등기로서만

183) 법원행정처, 「민사집행법해설」, 2002, 90-91면.

184) 남동현, 전제논문, 224면.

185) 완성된 건물이 그 자체가 건축법에 위반되어 사용승인을 받을 수 없거나 건축주가 채무의 회피나 탈세 등의 다른 목적을 위하여 사용승인을 받지 않는 경우에는 스스로 불법을 저지르거나 피하고 있는 소유자에게 그 불법으로 인하여 이익을 받게 할 수 없는 것은 당연하고, 건물의 일부만이 완성되어 사용승인을 받지 못한 경우에도 등기부상의 처분행위를 하고자 하는 소유자는 집행절차중이라도 건물을 완성하여 사용승인을 받으면 되기 때문이다.

작용하도록 하여야 한다. 넷째, 매수인 명의의 소유권이전등기가 이루어짐으로써 혹시라도 생길 수 있는 선의의 제3자가 받게 될 피해를 미리 막기 위해서 소유권 처분제한 등기가 된 건물을 매수한 매수인 앞으로의 소유권이전등기도 할 수 없다고 하여야 한다. 다섯째, 경매절차가 진행되는 도중에 그 경매신청이 취하되거나 경매절차가 취소되어 경매절차가 종료되는 경우에는 처분제한의 등기만을 말소할 것이 아니라 공공복리를 위하여 소유권보존등기도 말소되어야 한다.¹⁸⁶⁾



186) 최승록, 전제논문, 제30-33면.

第5章 結 論

건물을 토지와 별개의 부동산으로 취급하고, 또한 부동산에 대한 권리변동을 등기를 통하여 공시하고 있는 우리나라에서는 미완성 건물의 경매가능여부나 그 방안은 수십 년간 우리나라의 부동산경매제도가 안고 있던 가장 큰 문제이다.¹⁸⁷⁾ 대륙법계와 영미법계의 입법례는 건물을 토지와는 별개의 부동산으로 취급하지 아니하기 때문에 이 문제가 실제로 거의 일어나고 있지 않다. 우리나라와 관련법 제도가 비슷한 일본의 경우는 앞에서 살펴 본 바와 같이 민사집행법의 개정을 통하여 실체법상 건물로 인정될 수 없는 미완성건물은 등기할 수 없는 토지의 정착물로 판단하여 유체동산집행방법으로 강제집행하고, 실체법상 건물로 인정될 수 있는 건축물은 등기관이 실지조사에 의하여 등기를 한 후 부동산집행방법으로 강제집행하기 때문에 이 문제를 입법적으로 해결하였다.

건물을 신축하는 과정과 관련하여 건물의 물리적 완성도에 따르면 첫째, 토지의 부합물인 건물로 공사에 착공하여 기초공사 등을 하고 있는 단계로서 토지로부터 독립된 정착물의 형태를 갖추지 못한 형태의 건물, 둘째, 건축 중인 미완성 건물로 공사가 진척되어 건물의 외관을 갖추어 토지와 독립한 정착물로서 기초공사의 단계를 넘어 독립된 부동산의 형태를 갖춘 건물, 셋째, 행정절차상 미완성 건물로 완전한 형태를 갖추었으나 아직 사용승인 등의 절차를 받지 않은 건물, 넷째, 소유권보존등기만 안 된 건물로 물리적으로 완성되고 사용승인까지 얻었으나 아직 소유권보존등기를 마치지 않은 건물, 다섯째, 소유권보존등기를 마친 건물로 건물의 실질을 모두 마치고 건물등기부에 등재된 건물 등으로 구분할 수 있다. 이와 관련하여 건물은 신축 정도에 따라 상당히 다른 평가를 할 수 있는데, 두 번째 유형인 건축 중인 미완성건물의 경우에는 현행법상 강제집행을 할 수 있는 방법이 없는 실정이다.

종래 재판실무에서는 미완성건물에 대하여 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호(민사집행법 제189조 제2항 제1호)를 유추적용하여 “등기할 수 없는 토지의 정

187) 이우재, 전계논문, 256면.

착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”으로 보아 유체동산의 집행방법으로 강제집행 하였으나 대법원은 1995.11.27. 자 95마820 결정으로 민사집행법 구 민사소송법 제527조 제2항 제1호(제189조 제2항 제1호)의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있을 것”의 의미를 “유체동산의 집행의 대상이 되는 정착물은 토지에의 정착성은 있으나 환가한 후 토지로부터 분리하는 것을 전제로 하여 거래의 대상으로서 가치를 가지는 것이라고 보아야 할 것이므로 미완성건물은 등기할 수 없는 토지의 정착물이기는 하나 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것이라고 볼 수 없어 유체동산집행의 대상에 해당하지 않는다”라고 하여 더 이상 유체동산집행방법을 이용할 수 없도록 하였다.

하지만 거래계에서는 미완성건물도 거래의 목적물로 삼아 자유로이 거래를 하고 있고, 채무자의 집행재산으로서 손색이 없는데도 불구하고 이를 방치하는 것은 매우 불합리하다. 유체동산집행방법으로 경매를 하든 부동산집행방법으로 경매를 하든, 집행의 제도권 범위내로 끌어들여야 하고, 이러한 목적론적 관점에서 보면 그 방법 자체는 부차적일 수 있다.¹⁸⁸⁾ 그러나 실체법상 부동산인 미완성건물의 경우에도 집행의 편의를 위하여 부동산과 동산의 개념범위를 무너뜨릴 필요는 없고, 건축 중인 건물인 채로 등기를 하든지 아니면 미등기인 채로 경매를 하든지 결국 부동산집행방법에 의한 강제집행에 따라야 한다고 생각한다.

이와 같은 미완성건물의 강제집행상 문제점을 해결하기 위해 민사집행법은 실체법상 부동산으로 인정되는 미완성건물에 대한 강제집행 문제를 제도권 안으로 끌어들이기 위해 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서를 제정하여 2002.7.1.부터 시행하고 있다. 이로 인해 구 민사소송법에서 해결하지 못한 미완성건물에 대한 강제집행 관련 문제를 입법적으로 일부 해결하였다고 할 수 있다. 그러나 대법원은 이럴 경우 무허가건물을 강제집행절차를 통하여 등기하게 됨으로 무허가 건물을 방지하려는 건축행정의 목적을 침해하게 된다는 이유로 민사집행규칙 제42조 제2항을 “강제경매신청을 한 건물의 지번·구조·면적이 건축허가 또는 건축신고된 것과 동일하다고 인정되지 아니하는 때에는 법원은 강제경매신청을 각하하여야 한다”라고 규정하여 그 대상을 사회통념상 건축허가 또는 건축신고된 내용과 동일성을 인정할 수 있는 건물 즉, 완성된 건물로 한정하고 있어서 그 전

188) 이우재, 전계논문, 295면.

단계의 미완성건물은 민사집행법에 의하여 강제집행을 할 수가 없다. 따라서 여전히 많은 문제점을 남기고 있다.¹⁸⁹⁾

미완성건물의 강제집행방법에 대하여는 제3장에서 살펴본 바와 같이 유체동산집행방법으로 강제집행을 하는 방법과 부동산집행방법으로 강제집행 하는 방법이 있다. 학설이나 실무에서는 이 방안에 대하여 유체동산집행방법을 인정하여야 한다는 견해가 강력하게 제시된 바가 있으나 이는 실체법상 부동산인 미완성건물을 집행법상 동산으로 취급하는 문제점과 채권자를 완전히 보호하지 못하는 문제점 등이 있다.¹⁹⁰⁾ 이러한 문제점의 근본원인은 ‘실체법상 부동산’을 ‘집행법상 동산’에 대한 강제집행절차에 따르도록 함으로써 발생하는 것이므로 미완성건물 역시 실체법상 부동산으로 파악되는 이상 유체동산집행방법보다는 집행법상으로도 부동산으로 취급하여 강제집행 할 수 있는 해결방안을 모색하여야 한다.

이와 같은 해결방안에 대해서는 앞에서 살펴본 바와 같이 여러 가지 견해가 주장되고 있으나 등기의 진정성을 확보하기 위한 등기공무원의 실질적 심사주의를 도입하여 일본의 입법례와 마찬가지로 실체법상 건물로 인정될 수 있는 건축물은 등기관의 실지조사에 의하여 보존등기를 할 수 있도록 하고, 미완성 건물에 대하여 보존처분이나 강제집행신청이 있으면 관할법원이 현장에서 건물의 현황을 확인하고 신청인이 제출한 서류를 검토·종합하여 당해 건축물이 건물로서의 형태와 효용을 갖춘 것이라고 판단되면 보존등기를 촉탁할 수 있도록 부동산등기법 제131조를 개정하게 된다면 미완성건물에 대한 강제집행문제를 입법적으로 해결할 수 있을 것이다. 그리고 이에 앞서 두 번째 유형인 미완성 건물에 대한 강제집행이 시급하므로 헌법 제108조의 규정과 민사집행법 제23조의 규정을 위반하여 무효화 된 민사집행규칙 제42조 제2항을 폐지하여야 할 것이고, 그때까지 집행법원에서는 동 규칙을 적용하지 않는다면 건축 중인 미완성 건물에 대한 강제집행문제는 해결될 수 있을 것이다.

189) 토지 위에 토지 소유자가 지상건물을 짓다만 경우에 그 미완성의 지상건물은 일괄경매의 대상이 될 수 없고(강제집행의 대상이 되지 아니하므로), 토지의 부합물이나 종물로 볼 수도 없으므로 민사집행법에 의하더라도 여전히 집행할 방법이 없게 된다. 이런 경우 법정지상권이 성립하지 않는다면 위 미완성의 건물은 철거대상이 될 수밖에 없고, 법정지상권이 성립한다면 법정지상권의 부담을 받아 토지의 가치가 하락하게 되어 부동산의 소유자와 채권자 모두에게 불이익을 주게 된다.

190) 이와 같은 문제점을 방지하기 위해서는 미완성건물의 범위를 제한하여 실체법상 독립된 건물로 인정할 수 없는 “동산인 건물”만을 민사집행법 제189조 제2항 제1호에 의하여 유체동산강제집행을 할 수 있도록 해야 한다.

참 고 문 헌

[국내문헌]

1. 단행본

- 강대성, 「민사집행법(제2판)」, 삼영사, 2004.
- 강현중, 「민사소송법(제6판)」, 박영사, 2004.
- 김기선, 「한국민법총칙(3개정증보판)」, 법문사, 1985.
- 김상원 외 3인, 「주석강제집행법 I·II」, 한국사법행정학회, 1993.
- 김상용, 「부동산담보법」, 법원사, 1991.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007.
- 김증한·김학동, 「물권법」, 박영사, 2004.
- 김진호, 「경매부동산의 배당과 권리분석의 연구」, 법률서원, 2003.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006.
- _____, 「민법주해(II)」, 박영사, 1997.
- _____, 「민법주해(XV)」, 박영사, 1999.
- 남동현, 「민사집행법」, 삼조사, 2003.
- 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003.
- 손창환, 「사례로 본 민사집행」, 법률정보센터, 2004.
- 송상현, 「민사소송법(신정4판)」, 박영사, 2004.
- 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007.
- 유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2004.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2006.
- 이재성 외 3인, 「주석민사집행법 II」, 한국사법행정학회, 2003.
- 조성민, 「물권법」, 두성사, 2004.
- 정경석, 「민사집행법판례해설」, 도서출판 유로, 2007.
- 정동윤·유병현, 「민사소송법」, 법문사, 2005.

- 지원림, 「민법강의(제5판)」, 홍문사, 2006.
- 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003.
- 현승종·조규창 공저, 「게르만법(증보판)」, 법문사, 1989.
- 법원도서관, 「민사집행법 실무연구 : 민사집행법커뮤니티 연구자료집」 재판자료 제109집, 2006.
- 법원행정처, 「등기선례요지집(제1권)」, 1987.
- _____, 「등기선례요지집(제2권)」, 1990.
- _____, 「등기선례요지집(제4권)」, 1996.
- _____, 「민사소송법(강제집행편) 개정착안점」, 1996.
- _____, 「민사집행법해설」, 2002.
- _____, 「민사집행규칙해설」, 2002.
- _____, 「법원실무제요:민사집행(Ⅰ,Ⅱ,Ⅲ,Ⅳ)」, 2003.
- 법원공무원교육원, 「민사집행실무(Ⅰ)」, 2006.
- 사법연수원, 「부동산등기법」, 1998.
- _____, 「민사집행법」, 2003.
- 서울지방법원, 「보전처분 및 입찰에 관한 실무지침」, 1994.
- 한국산업은행, 금융법무실무(여신편), 1995.

2. 논문

- 강대성, “경제불황기의 부동산집행절차”, 「토지법학」 제14호, 한국토지법학회, 1999.
- 김능환, “신강제집행법 시행상의 문제점”, 「민사판례연구(XVII)」, 박영사, 1995.
- 김상일, “건축중인 건물, 미등기건물, 무허가건물에 대한 강제집행”, 「명지법학」 제2호, 명지대학교 법학연구소, 2006.
- 김상찬, “경매에 있어서 부동산의 매각조건에 관한 연구”, 「법과정책」 제13권 제2호, 제주대학교 사회과학연구소, 2007.
- 남기정, “재산명시신청의 관할법원의 문제점 및 미등기건물이 유체동산 압류대상인가?”, 「법조」 통권 제416호, 법조협회, 1991. 5.

- 남동현, “건축중인 건물의 부동산강제집행 가능성”, 「민사집행법연구」 제1권, 한국사법행정학회, 2005.
- 민일영, “부동산물권과 경매에 관한 몇 가지 문제”, 민사판례연구회편 「민사판례연구(XVII)」, 박영사, 1995.
- 배종국, “미등기건물에 대한 경매청구권의 문제점과 개선방안”, 「사법업무연구」 제1권, 부산지방법원, 1997.
- 서기석, “민사집행법의 제문제”, 「실효성 있는 민사집행제도 마련을 위한 토론회 결과보고서」, 법원행정처, 1996.
- 송진현, “등기능력”, 「등기에 관한 제문제(상)·재판자료」 제43집, 법원행정처, 1988.
- 안영진, “강제집행의 대상으로서의 등기할 수 없는 토지의 정착물”, 「사법논집」 제27집, 법원도서관, 1996.
- 안철상, “건축중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 「판례연구」 제7집, 부산판례연구회, 1997.
- 오종윤, “집행정지 사유 및 효력”, 「재판자료」 제71집 법원행정처, 1996.
- 윤 경, “민사집행의 개정방향”, 「저스티스」 통권 제61호, 한국법학원, 2001. 6.
- _____, “미등기건물에 대한 대위등기신청 및 집행방법”, 「주택금융월보」 통권 제21호, 한국주택금융공사, 2006.
- 윤영환, “금전채권에 관한 미완성 건물 및 완성된 미등기 건물에 대한 금전채권의 강제집행”, 「최고관리자과정 논문집」 제17호, 경상대학교 경영·행정대학원, 2000.
- 윤용섭, “토지에 관한 소유권보존등기신청시의 소유권증명서면으로서의 지적공부 및 판결”, 「민사판례연구(XIII)」, 박영사, 1991.
- 이강훈, “민사소송법의 개정방향”, 「저스티스」 통권 제61호, 한국법학원, 2001. 6.
- 이동준, “저당건물의 증·개축 또는 합동·합체의 경우 저당권의 효력과 경매절차에의 영향”, 「판례연구」 제5집, 부산판례연구회, 1995.
- 이우재, “미완성건물의 경매 방안 시론”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국사법행정학회, 2006.
- 이주홍, “독일 부동산강제경매 제도의 개설”, 「법조」 통권 제373호·제374호·제

- 375호, 법조협회, 1987. 10·11·12.
- 정병하, “미등기 부동산의 강제집행에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 석사학위논문, 2000.
- 정영환, “신축중의 건물의 집행법상의 지위”, 「민사집행법연구」 제1권, 한국사법행정학회, 2005.
- 정종철, “미완성건물·미등기건물을 위한 법정지상권의 허실”, 「부산법조」 제13호, 부산지방변호사회지, 1995.
- 전효숙, “부동산 경매와 등기”, 등기에 관한 제문제(하) 「재판자료」 제44집, 법원행정처, 1988.
- 추신영, “강제저당제도에 관한 연구”, 경상대학교 대학원 박사학위논문, 2000.
- 최승록, “집행절차에 있어서 미등기건물에 대한 소유권보존등기와 처분제한등기”, 「법조」 통권 제558호, 법조협회, 2003. 3.
- _____, “민사집행절차에 있어서 미등기건물에 대한 소유권보존등기와 처분제한등기”, 「사법논집」 제29집, 1998
- 한기춘, “채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 부동산소유권이전등기청구권을 가압류하여 둔 경우 제3채무자를 상대로 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있는가?”, 「판례연구」 제4집, 부산판례연구회, 1994.
- 황일선, “부동산등기법상 등기능력 있는 건물”, 「법률신문」 제2077호, 1991. 11. 18.
- 홍기태, “미완성건물에 대한 강제집행의 방법”, 「민사판례연구」 제19집, 박영사, 1997.
- 홍대식, “보존등기를 할 수 없는 미등기부동산의 소유권이전등기청구권에 대한 보전처분”, 「사법행정」 제440호, 한국사법행정학회, 1997.

[외국문헌]

- 吉野衛·三宅弘人, 「註釋民事執行法」, 社團法人金融財政事情研究會, 1990.
- 上原敏夫·山本和彦, 「民事執行·保全法」, 有斐閣, 2004.

竹下守夫, 「不動産執行法の研究」, 有斐閣, 2000.

鈴木忠一 外, 「註解民事執行法(2)」, 第一法規, 1976.

長谷部・由起子 編, 「ケースブック民事訴訟法」, 弘文堂, 2004.

中野貞一郎, 「民事執行・保全法概説」, 有斐閣, 2004.

_____, 「民事執行法」, 青林書院, 2004.

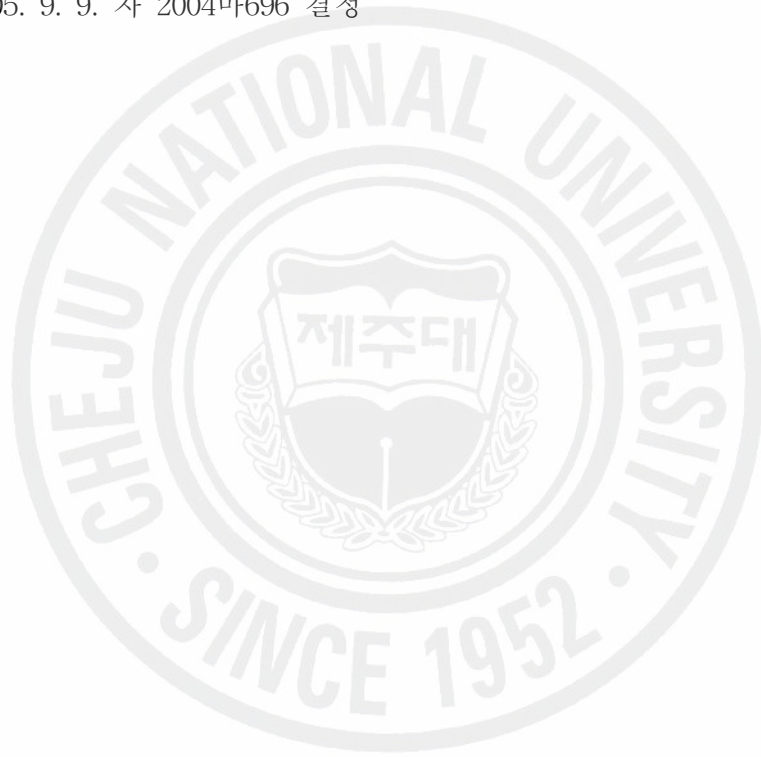


인 용 판 례

- 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상859 판결
대법원 1964. 6. 23. 선고 64다120 판결
대법원 1965. 2. 9. 선고 64다1326 판결
대법원 1966. 5. 31. 선고 66다551 판결
대법원 1967. 3. 7. 선고 66다353, 354 판결
대법원 1967. 7. 12. 자 67마507 결정
대법원 1967. 10. 25. 자 67마947 결정
대법원 1967. 11. 29. 자 67마1089 결정
대법원 1968. 1. 15. 자 67마1024 결정
대법원 1970. 9. 22. 선고 70다1494 판결
대법원 1971. 11. 12. 자 71마657 결정
대법원 1971. 12. 28. 선고 71다2313 판결
대법원 1972. 7. 27. 자 72마741 결정
대법원 1977. 4. 26. 선고 76다1677 판결
대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1033 판결
대법원 1980. 7. 8. 선고 80다766 판결
대법원 1981. 6. 15. 자 81마151 결정
대법원 1982. 5. 11. 선고 81다188 판결
대법원 1983. 8. 23. 선고 83다177 판결
대법원 1984. 1. 3. 자 84마81 결정
대법원 1984. 1. 24. 선고 83다카1152 판결
대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카994 판결
대법원 1984. 6. 26. 선고 83다카 1659 판결
대법원 1985. 4. 1. 자 85마105 결정
대법원 1985. 12. 16. 자 85마798 결정
대법원 1986. 9. 27. 자 86마696 결정

대법원 1986. 11. 11. 선고 86누173 판결
대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카600 판결
대법원 1988. 12. 27. 선고 87다카1138, 1139 판결
대법원 1990. 3. 20. 자 89마389 결정
대법원 1990. 4. 10. 선고 90다카2403 판결
대법원 1990. 7. 27. 선고 90다카6160 판결
대법원 1990. 10. 12. 선고 90다카27969 판결
대법원 1991. 5. 14. 선고 91다2779 판결
대법원 1992. 12. 28. 자 92그32 결정
대법원 1993. 4. 23. 선고 93다1527, 1534 판결
대법원 1993. 8. 13. 선고 92다43142 판결
대법원 1994. 3. 11. 선고 93다57704 판결
대법원 1994. 4. 12. 자 93마1933 결정
대법원 1994. 6. 10. 선고 94다11606 판결
대법원 1994. 9. 30. 자 94마1534 결정
대법원 1995. 3. 3. 선고 93다50475 판결
대법원 1995. 5. 12. 선고 94다20464 판결
대법원 1995. 7. 28. 선고 94다57718 판결
대법원 1995. 11. 27. 자 95마820 결정
대법원 1995. 12. 11. 자 95마1262 결정
대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결
대법원 1997. 5. 9. 선고 96다54867 판결
대법원 1997. 5. 30. 선고 97다8601 판결
대법원 1998. 9. 22. 선고 98다26194 판결
대법원 1998. 10. 28. 자 98마1817 결정
대법원 1999. 4. 9. 선고 98다53240 판결
대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2188 판결
대법원 2000. 10. 28. 자 2000마5527 결정
대법원 2001. 1. 5. 선고 2000다47682 판결

대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다51872 판결
대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184 판결
대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결
대법원 2003. 6. 5. 선고 2002다21585 판결
대법원 2003. 7. 15. 자 2003마353 결정
대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다13533 판결
대법원 2004. 9. 3. 자 2004마480 결정
대법원 2004. 10. 14. 자 2004마342 결정
대법원 2005. 9. 9. 자 2004마696 결정



ABSTRACT

A Study of Compulsory Execution for Incomplete Buildings

Lee, Choong Eun

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

Supervised by Professor Kim, Sang Chan

In Korea, buildings and lands have been treated as separate real estate properties and changes in rights have been noticed through registrations. The possibility of auction of incomplete buildings or plans on them have been the biggest problem in real estate property auction system in Korean for several decades.

Regarding the process of newly establishing buildings, physical completion of buildings has five categories as follows: First, buildings are additions to lands and in the phase of groundwork. These buildings don't have their shapes as fixtures independent from lands. Second, there are incomplete buildings in the process of construction, independent fixtures from lands, have their own looks and are treated as independent real estate properties. Third, there are incomplete buildings in administrative procedure. Despite completion of buildings, they are not in the authorization procedure. Fourth, there are buildings without registration on preserving proprietary rights. Even though buildings are physically established and get authorization, the registration on

preserving proprietary rights is not done yet. Finally, there are buildings whose registration on preserving proprietary rights are completed and posted on building registers. A building may get evaluation based on how much it is built, however, there has been no standard on the compulsory execution in current regulations for incomplete buildings in the second category.

However, modern buildings have had large size because of development in technology and it takes much cost and time to establish a building. Therefore, incomplete buildings may have substantial values in asset and these buildings have been under transaction in reality. Hence, there is a need to acknowledge the compulsory execution for these incomplete buildings. This paper discusses how to solve the problems and future issues by studying current trends and raising problems about the incomplete buildings in the second category.

Regarding the compulsory execution for incomplete buildings, the Item 1, Section 2, Article 527 of the former Civil Proceedings Act (currently, the Item 1, Section 2, Article 189 of the Civil Execution Act) had been analogized and applied in the existing cases. However, according to the decision by the Korea Supreme Court in E820, I95 on November 27, 1995, it set the meaning of "as a fixture on land unable to be registered and shall become an object for transaction" as "It is seen that a fixture under the execution for tangible movables is fixed on the land. But under the premise of being separated from the land after conversion, the fixture has a value of the object for transaction. Therefore, even though incomplete buildings are fixtures unable to be registered, they are not able to become separate objects. Therefore, the buildings are not under the execution for tangible movables." This made the execution for tangible movables invalid. However, among parties in real estate transactions, the incomplete buildings have been freely traded as objects and there is no fault to consider them as executed properties of obligators. Despite that, it is very unreasonable to neglect the situation. Hence, this practice shall be within the legal system by auctioning the building with

execution for tangible movables or real estate properties. In the aspect, the way itself may be less important.

The purpose of this paper is to examine the problems from the compulsory execution for incomplete buildings in common sense and propose solutions. To this end, the difference between buildings as fixtures on lands and incomplete buildings and others shall be understood. Therefore, this paper reviews overview of the general compulsory execution, takes a look at real estate properties under compulsory sales by auction, legal relations for each step of newly established buildings, problems in the compulsory execution for the incomplete buildings and proposes solutions to these issues.

This paper is composed of a total of five chapters. The first chapter describes the purpose, scope and method of the research.

The second chapter generally reviews and mentions the general theory of the compulsory execution for real estate properties focusing on items, procedure and methods.

The third chapter presents the legislation examples in major countries related to the methods of compulsory execution for incomplete buildings and reviews the Item 1, Section 2, Article 189 and the Item 2, Section 1, Article 81 of the Civil Execution Act as a way of executing incomplete buildings.

The fourth chapter takes a look at the problems in executing the incomplete buildings with the method of executing tangible movables and real estate properties and closely reviews measures to solve them. Especially, the fourth chapter presents that the Section 2, Article 42 of the current Civil Execution Ordinance changed the purport of the higher law, the Item 2, Section 1, Article 81 of the Civil Execution Act and this became invalid according to the Article 108 of the Korean Constitution and the Article 23 of the Civil Execution Act.

Finally, the fifth chapter reviews the problems by establishing the Section 2, Article 42 of the Civil Execution Ordinance and the purport of the Item 2,

Section 1, Article 81 of the Civil Execution Act. As a solution, the fifth chapter proposes to amend the Section 2, Article 42 of the Civil Execution Ordinance and introduce the actual investigation rights of the registry in addition to amending the Article 131 of the Real Estate Registration Act.

