

부동산경매에 있어서 몇가지 문제점

- 실제적인 문제를 중심으로 -

김 형 수*

目 次

I. 서론	2. 경매의 성질상의 문제
II. 경매 진행절차와 효과	IV. 경매에 있어서 권리상의 실제적인 문제
1. 담보권실행경매제도의 경과	1. 경매가 완료되면 소멸되는 권리
2. 저당권실행의 요건	2. 경매가 완료되더라도 낙찰자가 부담하는 권리
3. 경매절차	3. 임대차관계
4. 경락의 효과(경락허가결정의 효력)	4. 특수한 권리분석상의 실제 문제
III. 경매의 일반적인 이론상의 문제점	V. 결 론
1. 경매의 의의와 유형	

I. 서론

최근 들어 경매를 통한 부동산 거래가 매우 빈번해짐에 따라 법원경매에 관심이 더욱 높아졌다. 부동산은 생산적인 경제활동의 주요기반이며 인간이 살아가는데 없어서는 안 될 필수요소이자 조건이기도 하다. 그만큼 부동산은 우리 생활과는 불가분의 관계로서 재산형성의 기본수단이 되고 있음은 주지의 사실이다.

이와 같이 부동산이 우리들 생활의 기초이자 재산축척의 척도이고 보니 현시세보다 훨씬 저렴한 가격으로 취득할 수 있는 경매절차에 의하여 재산을 형성하려는 관심이 경매수단에 집중하고 있는 실정이다.

보통 경매하면 일정한 재화를 놓고 다수의 수요자가 수요의 정도에 따라 적합한 가격으로 구매를 하는 판매의 한 수단으로 인식하고 있다. 그러나 그 중에서도 법원경매나 성업

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

공사의 공경매 등은 판매보다는 채권자의 채권을 회수하기 위한 수단으로 경매를 순수판매 수단이라기보다는 부실 채권의 회수라는 측면이 강하기 때문에 보다 면밀히 분석 검토하고 접근해야 한다.

그러므로 경매에 참여하는 사람들은 법률적 실무적 측면에 대한 지식을 쌓는 것이 재테크차원에서도 매우 중요할 뿐만 아니라 재산적 큰 손실을 방지하는 차원에서도 필수적으로 읽혀두어야 할 과제이기도 하다.

그래서 여기에서는 경매의 개념과 경매진행절차 및 경락후의 권리취득을 비롯하여 경매에서 나타나는 여러 문제점들을 현행제도와 실제진행수단과 비교 분석하면서 기본적인 요점들을 고찰해 보고자 한다.

II. 경매 진행절차와 효과

채무명의를 가지고 있는 채권자 또는 저당권 등 담보물권을 가지고 있는 채권자는 당해 부동산 소재지 지방법원 또는 지원에 경매를 신청하는 것으로 경매는 시작된다. 신청인 자격으로는 본인, 법인의 대표자, 법정대리인, 법령에 의한 소송 대리인 변호사 등은 직접 신청할 수 있고, 채권자의 친족이나 법무사 등은 법원의 허가를 얻어 신청할 수 있다.

경매는 일반채권자로서 채무명의의 확정판결의 정본을 갖고 신청하는 소위 강제경매의 절차와 담보권실행경매에 의한 임의경매 절차에 의한 경매 진행의 2가지 형식이 있으나 두 형식의 진행과정은 차이가 없으므로 여기서는 담보권실행 경매절차와 효과에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 담보권실행경매제도의 경과

저당권을 실행하는 통상의 절차는 민사소송법이 정하는 담보권의 실행을 위한 경매이다. 이 담보권실행경매는 1990년의 민사소송법 개정으로, 동법이 새로이 추가해서 규제하고 있는 것이다.

1) 담보권실행경매제도가 생기기까지의 경과를 간단히 보기로 한다. 1990년의 민사소송법의 개정 전에는 경매법(1962. 1. 15. 법 968호)이라는 특별절차법을 따로 두어서, 각종의 담보물권의 실행(그밖에 또는 상법이 정하는 환가를 위한 경매도 동법에 의하는 것으로 하고 있었음. 동법 1조 1참조)은 모두 이 경매법이 정하는 데 따라서 실시하는 것으로 하고 있었다. 그리고, 이 경매법에 의한 경매는 이를 “임의경매”라고 일컫고 있었으며, 이에 대하여 민사소송법이 정하는 강제집행의 방법으로서의 경매는 이를 “강제경매”라고 부르고

있었다 강제경매는 공권력에 의하여 확정된 채권의 실현을 국가의 힘을 빌려서 행하는 것인데 대하여, 임의경매는 특약에 의하여 담보권자에게 주어진 환가권의 실행을 국가가 대신 행한다는 점에서, 양자는 다른 것이었다. 이러한 차이는 있어도, 양자 모두 국가에 의한 책임의 강제적 실현절차이기 때문에, 구체적 집행절차에 있어서는 당연히 공통점도 있었다. 그러나 경매법은 불과 41개조로 되어 있어서 불비한 점이 많은 법률이었으며, 그의 원활한 운영을 위하여서는 민사소송법 또는 비송사건절차법 등의 다른 법률을 적용하여야 할 경우가 적지 않았다. 여기서 절차의 합리화·적정화를 꾀하기 위하여 경매법을 폐지하고, 종래 동법에 맡겼던 것을 민사소송법에 통합하기로 한 것이다. 그 결과 개정된 민사소송법에는 제7편에 제5장 「권리보호의 실행 등을 위한 경매」가 추가되었다(동법 724조 내지 735조). 이와 같이 경매법이 민사소송법에 흡수·폐지되면서, 종래의 “임의경매”, “강제경매” 대립은 없어졌으나, 그에 갈음하여 일반채권자에 의한 집행방법으로서의 경매와 담보권의 실행을 위한 경매가 있게 되었다. 전자를 “통상의 강제경매”라고 한다면, 후자는 “담보권실행경매”라고 일컬을 수 있을 것이다.¹⁾

2) 위와 같은 통상의 강제경매와 담보권실행경매 사이의 가장 커다란 차이는 경매 집행의 신청에 있어서 채무명의를 필요로 하는지의 여부에 있다. 즉, 통상의 강제경매의 신청에는 채무명의를 반드시 첨부하여야 하나(민법602조), 담보권실행경매의 신청에는 채무명의가 요구되지 않으며, 이것이 양자 사이의 중대한 차이인 것이다. 이와 같이 통상의 강제경매의 경우에는 채무명의를 필요로 하나, 한편 채무명의에 기하여 일단 경매가 실시되면, 그 경매절차가 끝난 후에는 채권의 소멸·부존재 등의 실체법상의 권리에 하자가 있어도 경락의 효과는 좌우되지 않는다는데 학설·판례상 이론이 없었다 채무명의를 필요로 하지 않는 담보권실행경매에 있어서는 어떻게 되는가? 먼저, 역시 채무명의를 필요로 하지 않았던 과거의 경매법상의 임의경매에 관하여 본다면, 채권이나 담보권의 소멸·무효·부존재 등과 같은 경매의 기초가 되는 실체법상의 권리에 하자가 있었던 때에는 완결된 경매의 효과도 뒤집어지고, 경락인은 목적물의 소유권을 취득하지 못하였다. 그 결과, 경락인의 지위를 불안하게 하고, 나아가서는 물적 담보제도 특히 저당제도에 대한 불신을 낳게 하여 문제였다. 그러나 개정된 민사소송법에서는, 담보권실행경매에 있어서 실체법상의 하자가 있으면, 그 경매절차가 진행되는 동안에 이를 다투어서 절차를 정지시키거나 또는 취소해야 하며, 그러한 방법을 취하지 않고 있는 동안에 경락허가결정이 확정되고, 경락인이 대금을 완납한 뒤에는 채무자는 경락인의 소유권취득을 다투지 못하는 것으로 하고 있다(민소727조). 이러한 경락의 효과는 담보권실행시의 경락인의 지위를 안정케 하는 것이어서 타당하다고 할 것이다.²⁾

1) 金相容, 물권법, 서울大出版部, 1991, p.809.

2) 郭潤直, 물권법, 博英社, 1992, p613~614.

주의할 것은, 위와 같은 효과가 생기는 것은 진정한 부동산소유자를 상대방으로 하여 경매절차가 행하여진 경우에 한하는 것이다. 그러므로 예컨대, 진정한 소유자가 알지 못하는 사이에 위조문서로 소유권이전등기가 행하여지고, 그 새로운 등기명의인에 의하여 설정된 저당권에 기한 경매절차가 행하여진 경우에는 경락인이 대금을 완납한 후이더라도 진정한 소유자는 당연히 경락인의 소유권취득을 다룰 수 있는 것이다. 이는 경매된 목적부동산이 채무자의 책임재산에 속하지 않고 또한 등기에 공신력이 인정되지 않는데서 일어나는 당연한 결과인 것이다. 이 점은 통상의 강제경매에 있어서도 같은 결과가 됨은 물론이다.

2. 저당권실행의 요건

저당권을 실행하기 위해서는 유효한 채권과 저당권이 존재하고 또한 채권의 이행기가 도래하고 있어야 한다.

1) 유효한 채권과 저당권이 존재하여야 경매절차가 개시될 수 있다. 경매절차는 일정한 외형적 자료(예컨대 저당권등기)나 저당권자의 주장 등에 의거하여 개시되고 진행하며 종료하게 된다. 만일에 채권이나 저당권의 부존재 또는 소멸 등의 실체법상의 하자가 있는 경우라 하더라도 경매절차가 완결된 후에는 경매의 효과에 대하여 다룰 수 없다(민법 제 727조).

2) 피담보채권의 이행기가 도래하여야 한다. 즉 채무자가 이행지체에 있어야 한다. 그러므로 이행기가 도래하기 전에 저당권자가 경매를 신청하면 그러한 신청은 위법한 것으로 각하되어야 한다. 그러나 그럼에도 불구하고 경매절차가 개시된 경우에는 경락허가결정이 확정되기까지 이행기가 도래한다면 위법신청의 하자는 치료되어 적법한 경매로 해석된다. 이는 경매의 신용을 유지하기 위한 것이다.³⁾

3. 경매절차

1) 경매의 신청

저당권의 실행은 저당권자가 목적부동산소재지의 지방법원에 경매를 신청함으로써 시작된다(민법 제363조 제1항, 민소법 제728조, 제600조). 경매신청은 일정한 사항을 기재한 서면을 법원에 제출함으로써 이루어진다(민소법 제601조).

경매신청은 이를 취할 수 있다(민소법 제610조 제1항). 그러나 매수의 신고가 있는 후

3) 박윤직, 물권법, p615~; 이영준, 물권법, 박영사, 1991, p.790~; 김상용, 물권법, p.809~.

에 경매신청을 취하하고자 할 때에는 최고가매수신청인과 차순위매수신고인의 동의가 있어야 한다(제610조 제2항, 제626조의 2).

2) 경매개시 결정

법원은 경매신청이 적법하다고 인정할 때에는 경매개시결정을 한다(민소법 제603조 제1항). 또한 법원은 경매개시결정과 동시에 그 저당부동산의 압류를 명하여야 한다(민소법 제603조 제1항).

경매개시결정을 하면 법원은 채무자에게 그 결정을 송달하고, 관할등기소에 경매등기를 촉탁하여야 한다. 그리고 압류의 효력은 경매개시결정이 채무자에게 송달된 때 또는 법원의 촉탁에 의하여 경매등기가 이루어진 때에 생긴다(제603조 제4항, 제611조).

법원은 경매개시결정을 한 후에는 지체없이 집달관에게 경매부동산의 현장, 점유관계, 차입 또는 보증금액, 기타 현황에 관하여 조사할 것을 명하여야 한다(민소법 제603조의 2).

그리고 이해관계인은 경락대금의 완납이 있을 때까지 법원에 경매개시결정에 대한 이의신청을 할 수 있다(민소법 제603조의 3).

또 한편으로 경매개시결정을 한 법원은 내부적으로 감정인에게 부동산을 평가하게 하고 그 평가액을 참조하여 최저경매가격을 정하여야 한다(민소법 제615조). 또한 법원은 수개의 부동산에 대해서 경매개시결정을 한 때에는 부동산의 위치, 형태, 이용관계 등을 고려하여 이를 동일인에게 일괄매수시킴이 상당하다고 인정한 때에는 일괄경매할 것을 정할 수 있다(민소법 제615조의 2).

3) 경매

법원이 경매개시결정을 한 때에는 경매기일 및 경락기일을 지정하여 이를 공고한다(민소법 제617조 제1항). 또한 법원은 경매기일 및 경락기일을 이해관계인에게 통지하여야 한다(민소법 제617조 제2항). 그리고 법원은 경매물건명세서를 작성하고 그 사본을 법원에 비치하여 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다(민소법 제617조의 2).

최초의 경매기일은 경매기일 공고일로부터 14일 이후에 정하여야 하고(민소법 제619조 제1항) 경매는 법원내에서 하여야 한다(민소법 제619조 제2항 본문). 경락기일은 경매기일로부터 7일이내에 법원 안에서 열어야 한다(민소법 제620조).

경매기일과 경락기일을 공고하면 집달관은 경매기일에 집행기록을 열람하게 하고, 특별한 매각조건이 있는 때에는 이를 고지하고 매수가격신고를 최고하여야 한다(민소법 제624조). 이때 매수신청인은 보증으로 매수가격의 10분의 1에 해당하는 현금이나 법원이 인정한 유가증권을 집달관에게 보관하여야 매수허가를 받을 수 있다(민소법 526조). 매수허가가 된 각 매수신청인은 다시 고가의 매수허가가 있을 때까지 그 신고가격에 구속을 받는

다) 제626조 제1항). 그리고 최고가매수신고인 이외의 매수신청인은 그 신고액이 최고액매수신고액에서 그 보증금을 공제한 금액을 넘을 때에는 경매의 종결시까지 집달관에게 최고가매수신고인에 대하여 경락을 허가하여 달라는 취지의 신고를 할 수 있다(민소법 제626조의 2). 이러한 매수신고를 차순위매수신고라 한다. 이때 저당물의 소유권을 취득한 제3자도 매수신청을 하여 매수인 될 수 있다(제363조 제2항). 이것은 제3취득자는 경매로 그의 소유권을 상실할 지위에 있으므로 경락인이 될 수 있게 함으로써 그의 소유권을 확보하는 길을 열어주려는 것이다. 이러한 경매의 절차가 끝나게 되면 경매는 종결하게 된다(민소법 제627조). 즉 집달관이 최고가매수신청인의 성명과 그 가격을 호창하고, 차순위매수신고를 최고한 후 적법한 차순위매수신고가 있으면 차순위매수신고인을 정하여 그 성명과 가격을 호창하고 경매의 종결을 고지하는 방법으로 경매를 종결한다.

그리고 경매기일에 허가할 매수가격의 신고가 없는 경우에는 법원은 최저경매가격을 상당히 저감하고 신경매기일을 정하여 경매하여야 한다(민소법 제631조).

4) 경락허가결정

경매기일에서 최고매수신고인이 정하여지면 법원은 경락기일을 열어 경락허가결정을 한다(민소법 제640조 제1항)

경락허가결정이 확정된 때에는 법원은 대금지급기일을 정하고 경락인과 차순위매수신고인을 소환하여야 하며, 경락인은 법원이 정하는 기일에 경락대금을 그 법원에 납부하여야 한다(민소법 제654조 제1항·제2항).

경락인이 대금을 지급함으로써 차순위매수신고인은 매수인의 책임을 면하고 즉시 보증금의 반환을 청구할 수 있다.

이와 같이 경락인은 경락대금을 완납한 때에 경락목적물의 소유권을 취득하며(민소법 제646조의 2), 법원은 경매허가결정의 사본을 첨부하여 소유권이전의 등기를 촉탁하여야 한다(민소법 제661조 제1항).

그런데 차순위매수신청인이 있는 경우에 경락인이 대금지급기일에 그 대금을 지급하지 아니할 때에는 차순위매수신청인에 대해 경락허가를 결정하여야 한다(민소법 제647조의 2 제1항). 이때 차순위매수신청인에 대한 경락허가결정이 있는 때에는 경락인은 매수인이 보관하게 한 금전이나 유가증권의 반환을 청구하지 못한다(민소법 제647조의 2 제2항).

5) 경락대금의 배당

경락인이 경락대금을 지급하면 법원은 배당기일을 정하고 이해관계인, 배당을 요구한 채권자를 소환하여(민소법 제654조의 2) 납부한 경락대금으로 우선 경매비용을 공제하고, 제3취득자가 저당부동산에 관하여 지출한 필요비 또는 유익비의 상환에 충당하고(제367조) 남

은 잔액을 가지고서 등기부상의 우선순위에 따라서 저당권자, 기타의 담보권자와 전세권자에게 지급하여야 한다.

6) 재경매

경락인이 대금지급기일에 그의 의무를 완전히 이행하지 아니하고, 차순위매수신고인이 없는 때에는 법원은 직권으로 부동산의 재경매를 명하여야 한다(민소법 제648조 제1항). 그러나 경락인이 재경매기일의 3일 이전까지 대금, 지연이자와 절차비용을 지급한 때에는 재경매절차를 취소하여야 한다. 이 경우에 차순위매수신고인이 경락허가결정을 받았던 때에는 위 금액을 먼저 지급한 경락인이 매매목적물의 권리를 취득한다(제648조 제4항). 그리고 재경매에 전경락인은 매매에 참가하지 못하며, 매수의 보증으로 보관하게 한 금전이나 유가증권의 반환을 청구하지 못한다(제648조 제5항). 이 보증금은 배당할 금액에 산입해서 배당을 하게 된다(민소법 제655조 제1항).

4. 경락의 효과(경락허가결정의 효력)

1) 경락인의 권리취득

경락의 효과로서 경락인은 매매의 목적이었던 권리를 취득한다. 그 경매목적물의 소유권 취득시기는 경락대금을 완납한 때이다(민소법 제646조의 2). 이때의 물권변동은 제187조에 의하여 등기없이 그 효력이 생기며, 법원은 경락대금완납 후에 경락허가결정의 사본을 첨부하여 경락인의 소유권등기를 촉탁한다.

그리고 법원은 대금을 완납한 후 6개월내에 경락인의 신청이 있는 때에는 채무자, 소유자 또는 압류의 효력이 발생한 후에 점유를 시작한 부동산점유자에 대하여 부동산을 경락인에게 인도할 것을 명할 수 있다(제647조 제1항 본문).

2) 경매목적물 위의 다른 권리

① 경매목적물 위에 존재하는 권리로서 경매인의 권리보다 후에 등기된 권리는 경매대금의 완납으로 소멸한다.

다만 저당권 및 존속기간의 정함이 없거나 경매등기 후 6개월 이내에 그 기간이 만료되는 전세권은 경매인의 저당권등기보다 먼저 등기된 것도 소멸한다(민소법 제608조 제2항).

② 유치권자는 그 유치적 효력을 잃지 아니하므로 경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다(민소법 제608조 제3항).

3) 경매의 하자

(1) 절차상의 하자

경매허가결정이 확정되면 그때까지 이의신청 등의 대상이 될 수 있었던 경매절차상의 하자는 치유되어 이제는 다룰 수 없게 되고, 경락의 효과는 확정적이다. 예컨대 채권의 변제기 전에 저당권을 실행한 경우 등이 그러하다.

(2) 실체법상의 하자

경매개시결정 이전에 이미 저당권이 부존재하거나 또는 소멸된 때에는 경매개시결정에 대한 이의를 할 수 있고(민소법 제725조), 경매개시결정 후 저당권등기가 말소된 등기부사본, 저당권등기의 말소를 명한 확정판결의 정본, 피담보채권의 변제를 받았다는 서류를 경매법원에 제출하면 경매절차는 정지된다(제726조 제1항). 이때 경매법원은 위의 전3자의 경우 및 피담보채권의 변제서류가 화해조서의 정본 또는 공정증서의 정본인 경우에는 경매법원은 이미 실시한 경매절차를 소멸하여야 한다(제726조 제2항 전문).

이와 같이 실체법상의 하자가 경락허가결정시까지 경매법원에 주장되고 증거서면을 제출하지 않으면 경매절차는 계속된다. 그래서 경락허가결정이 확정되기 전까지는 이해관계인은 즉시 항고를 할 수 있으나(민소법 제641조), 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하면 채권의 부존재 또는 담보권의 부존재, 소멸 등 실체법상의 하자를 이유로 하여 경락허가결정의 효력을 다룰 수 없다(민소법 제727조). 그래서 경락인의 소유권취득은 확정적이다. 이것은 종래 임의경매의 경우와 다르다. 따라서 지금은 담보권실행의 경매에 있어서 경락허가결정이 있는 후 경락대금을 완납하면 공신(公信)의 효과가 발생한다.⁴⁾

Ⅲ. 경매의 일반적인 이론상의 문제점

1. 경매의 의의와 유형

경매는 민사소송법에서 규정하고 있는 '제도'로서, 1990년의 민사소송법 개정에 의해 경매법이 폐지되면서 경매를 규율하는 법이 민사소송법으로 통합되었다. 민사소송법에서 규정하고 있는 경매는 2가지 유형이 있는데, 이른바 통상의 강제경매와 담보권실행경매가 그것이다. 이렇듯 경매는 크게 2가지로 나누어 볼 수 있으나 이 2가지는 모두 사법상의 금전채권의 강제적 실현을 목적으로 하는 것으로서 근본적으로는 그 성질이 유사한 것이므로,

4) 김상용, 물권법, p.813~; 장경학, 물권법, 법문사, 1998, p.804.

이들을 포괄하는 의미에서의 경매에 대한 정의를 내려본다면 다음과 같을 것이다.⁵⁾

즉, 경매란 금전의 지급을 목적으로 하는 채권의 강제적 실현을 목적으로 하는 것으로서, 채무명의에 기하거나(이른바 통상의 강제경매) 담보권에 기해(이른바 담보권실행경매) 집행기관이 압류에 의하여 채무자(또는 담보물의 소유자)가 가지고 있던 압류물에 대한 처분기능을 국가에 수납한 뒤, 이 처분권에 기하여 그 물건을 살 사람을 구하여 그 사람에게 그 물건의 소유권을 이전하여 줌과 동시에 그 사람으로부터 대금을 수취하는 제도이다.

민사소송법상의 경매는 이와 같이 정의할 수 있지만, 민법 제 578조에서 규정하고 있는 경매에는 이외에도 국세징수법에 의한 경매(동법 제 67조)까지도 포함된다.

2. 경매의 성질상의 문제

경매가 법률적으로 어떠한 성질의 것인가에 대해서는 크게 3가지 학설이 나누어지고 있다. 사법설, 공법설, 절충설이 그것이다.

이하에서 이 3가지 학설들에 관해서 살펴보도록 하겠다.

1) 사법상의 매매설

경매의 본질이 사법상의 매매라고 보는 견해이다. 우리나라와 일본의 통설이며, 판례의 태도이기도 하다. 그 근거로서는 경매가 그 환가방법으로서 매매의 형식을 이용하고 있을 뿐만 아니라, 민법 제 578조에서 담보책임의 규정을 규정하고 있는 것 등을 들고 있다.

이 설에 의하면 경매라고 하는 것은 청약과 승락의 합치에 의한 매매계약의 성립이라고 하고 있다.

2) 공법설

강제집행인 경매를 사법상의 매매와 명확히 구별하여 이것을 순수한 공법상의 처분으로 해석하는데 그 특색이 있다.

그 중 제1설은 강제집행에 있어서의 경매는 집행기관이 그 직권에 기하여 채무자의 처분권한을 징수하여 그 부동산을 매매의 형식으로 행하는 환가행위로서 공용징수에 유사한 공법상의 처분이라고 설명하는 이른바 공용징수유사설이다.

제2설은 경매는 재판상의 화해, 조정, 강제화의와 동열에 서는 일종의 재판상의 형성행위라고 하는 소위 재판상의 형성행위설이다. 이 설에서는 경매에 있어서는 집행채무자와 경락인 사이에 매매계약의 성립은 도저히 기대할 수 없으므로 집행기관에 의한 집행절차로

5) 연광석, "경매에서 담보책임", 서울大學院 碩士論文, 1995, p.5.

형성되는 경락허가결정에 의하여 채무자의 의사형성을 보충하는 것이고 경매자체는 순전한 형식적 소송행위에 속하는 것이라고 하고 그 경락허가결정에 소유권취득의 형성적 효력과 기판력을 인정하고 있다. 이 설에서 보면 공용징수유사설은 경매절차의 본질에 대한 인식이 결여되어 있다고 비판한다.

3) 절충설

이상에서 언급한 양설에 대하여 경매를 한쪽으로는 공법상의 처분으로 파악하면서 또 다른 한쪽으로는 사법상의 매매로서의 성질과 효과를 병유하고 있다고 보는 견해이다. 이 견해도 논자에 따라서 세부적인 점은 차이가 있지만 그것은 경매절차의 사법적인 면과 공법적인 면의 분석과 구성의 차이에서 오는 것이 많다.⁶⁾

3. 경매의 적법요건상의 문제

1) 실체적 측면

경매의 실체적 적법요건은 다시 통상의 강제경매와 담보권 실행경매의 경우를 따고 살펴 볼 필요가 있다.

(1) 통상의 강제경매의 경우

① 채무명의의 하자

(a) 채무명의가 부존재인 경우

집행력 있는 정본(즉 채무명의와 집행문)이 전혀 존재치 않는데 실시된 경매절차는 절대적 요건(민사소송법 제478조)이 흠결된 것이므로 그 절차가 외형상 적식으로 행하여진 경우라도 아무런 효력이 생길 수 없고, 당연무효라 할 것이다. 따라서 그러한 절차에 의하여 경락인이 경락허가를 받고 대금을 지급하여 소유권이전등기까지 받았고, 채무자로 된 자가 경매절차 중에 이의나 항고로 그 사유를 주장하지 않았더라도 경락부동산의 소유권을 취득할 수는 없게 된다. 집행문이 없는 채무명의에 기하여 이루어진 강제경매에 관하여 판례도 이와 같이 판시하였다(대판 78. 6. 27. 다446)

(b) 채무명의가 무효인 경우

채무명의가 무효인 경우에 경매의 효력도 없어지는가에 대해서는 견해가 나누어진다.

제1설은 주장하기를 강제집행의 기본이 되는 것은 채무명의 자체가 아니라 집행력 있는 정본이고(민사소송법 제 478조 제 1항)집행기관은 채무명의의 성립·불성립 내지는 유·무

6) 연광석, 경매에서 담보책임(1995), p.6~.

효를 심사할 권한이 없으므로, 설사 채무명의의 내용이 실질적으로 무효 또는 소멸된 것이었다 하더라도 당사자가 이를 청구 이의의 소(민사소송법 제505조)로 다투어 그 집행력을 배제하는 재판이 있어 이를 집행기관에 제출하기까지는 (민사소송법 제510조 제1호, 제511조) 그 집행기관은 강제집행을 개시·속행해야 하므로 채무명의 자체의 흠결이 집행정본의 외형상 분명한 때를 제외하고는 채무명의의 무효는 경락인의 소유권취득에 아무 영향을 미치지 않는다고 한다.⁷⁾

반면에 제2설은 경매실시의 근거는 유효한 채무명의의 존재 즉 채무명의의 집행력에 있으므로 그 채무명의가 무효인 경우에는 그 경매절차가 이의나 항고의 방법에 의하여 공격받음이 없이 적식으로 완결되더라도 그것은 다만 권리실행의 방법이 유효하게 행하여진데 그치고 그것이 소유권이전의 효력을 확인하는 것이 아니므로 경매는 실질적으로 무효가 되고 경락인은 소유권을 취득할 수 없다고 한다. 이에 대해 우리나라의 판례는 무효설의 입장을 따르고 있다(대판 91.10.11. 91다21640). 채무명의가 무효라는 것은 처음부터 집행채권이 부존재하였다는 것이므로 민사소송법 제 727조의 유추해석을 통해 경매도 무효로 된다고 해야 할 것이다.⁸⁾

(c) 채무명의의 폐기·취소

이는 주로 가집행선고부 판결에 기해 이루어진 통상의 강제경매에서 문제된다. 생각컨대 판결이 종국적 확정에 이르기 전에 법률이 그 판결에 집행력을 부여함에 따라 그 적법한 채무명의에 기하여 경매를 신청하여 적법하게 경매절차가 완결된 것이라면 그 후에 그 판결이 폐기되더라도 채권자와 채무자 사이에서 부당이득 반환청구 등의 문제가 생기는 것은 별론으로 하고 경락인의 소유권취득에는 영향이 없도록 하여야 할 것이다. 물론 이는 결과적으로 부존재하는 집행채권에 기해 이루어진 경매가 되는 셈이지만 다른 경우와는 달리 그 원인제공이 법원의 판단에 있으므로 부득이 이와 같이 볼 수 밖에 없을 것이다. 이와 관련된 사안에서 판례도 이와 같이 판시하였다(대판 59.9.10 429민상680). 그리고 채무명의가 재심에 의하여 취소되거나 또는 당사자에 의한 소의 취하에 의한 실효한 경우에도 역시 판결의 폐기와 같이 보아야 할 것이다.

② 집행채권의 소멸

경락 허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 환납했을 때에는 설사 위 결정전에 변제, 변제공탁, 채무면제 등에 의하여 집행채권이 소멸하더라도 경락인의 소유권취득의 효과에는 영향이 없다는 것이 판례의 입장이며(대판 64.5.19. 63다962), 통설이기도 하다. 강제경매는 형식상 적법한 집행정본만 있으면 그 기본된 채무명의가 소멸되는 등 부적법한 것이라도 이를 고려함이 없이 행하여지는 것이므로 채무명의의 실질내용에 불과한 집행채권의

7) 김상용, 개정판 부동산 담보법, 법원사, 1996, p.89이하.

8) 강제집행, 임의경매에 관한 제문제(하), 법원행정처, 재판자료집, p.356~.

소멸과 같은 것은 경매절차 안에서 적법하게 불복신청방법을 취한 경우 이외에는 경매의 효력에 영향을 미치지 못하며, 따라서 적법하게 행해진 경매에 의하여 취득한 경락인의 소유권에도 변동은 미치지 아니함도 당연하다. 그러므로 이 이후에는 경락인의 소유권 취득을 방해하기 위한 집행의 정지나 취소를 구할 수는 없고 다만 배당절차만을 정지·취소할 수 있을 뿐이다.⁹⁾

(2) 담보권 실행경매의 경우

담보권 실행경매에 있어서는 그 신청의 실질적 요건으로서 실체상 유효한 저당권과 피담보채권이 존재함을 요한다. 따라서 경매개시결정 이전에 이미 저당권이 부존재하거나 또는 소멸된 때에는 경매개시결정에 대한 이의를 할 수 있고(민사소송법 제725조) 경매개시결정 후 저당권등기가 말소된 등기부 등본이나 저당권등기의 말소를 명한 확정판결의 정본, 저당권이 부존재한다거나 소멸되었다는 취지의 확정판결의 정본, 피담보채권의 변제를 받았다는 서류를 경매법원에 제출하면 경매절차는 정지된다.(민사소송법 제726조 제2항 전문) 이와 같이 실체법상의 하자가 경락허가결정시까지 경매법원에 주장되고, 이를 뒷받침하는 증거서류를 제출하지 않으면 경매절차는 계속된다. 따라서 경락허가 결정이 확정되기 전까지는 이해관계인은 즉시 항고를 할 수 있으나(민사소송법 제641조) 경락허가 결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납한 후에도 경매의 효력을 다룰 수 있는가에 관해서는 몇 가지 문제가 있다. 우선 민사소송법 제727조의 규정에 의해 대금완납 후에는 담보권의 소멸을 이유로 해서 경매의 효력을 다룰 수 없다는 것은 명백하다. 그러나 민사소송법 제727조에서는 담보권소멸의 경우만을 규정하고 있어서 담보권의 부존재를 이유로 해서도 경매를 다룰 수 없게 되는 지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 학설의 경향은 민사소송법 제 727조의 규정에 구애됨이 없이 담보권의 부존재를 이유로 해서도 경매를 다룰 수 없다고 보는 듯 하다. 이에 대해 판례는 민사소송법 제727조를 엄격하게 해석한다고 볼 수 있다. 즉 대판 93. 5. 25 92 다 15574 에서는 판시하기를 '舊 건물 멸실후에 新 건물이 신축되었고 구건물과 신건물 사이에 동일성이 없는 경우 멸실된 구건물에 대한 근저당권 설정등기는 무효이며 이에 기하여 진행된 임의경매절차에서 신건물을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.'라고 하였다. 사건으로는 판례의 태도에 찬성한다.¹⁰⁾

2) 절차적 측면

강제경매나 임의경매를 불문하고 경매절차에 하자가 있는 경우라도 일단 경락허가결정

9) 양창수, 민법연구, 제2권, p.247~.

10) 박윤직, 물권법, p.618~619 또 p.613~614; 이영준, 물권법, p.796, 大判, 1964.5.20. 63마 152 (12-I 민 104), 大判 1988.4.27. 86 다카 (공보 825호899)

이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납한 이상은 경매절차 밖에서 別訴로써 허가결정의 무효를 주장하여 경락인의 소유권취득의 효과를 다룰 수는 없다. 즉 경락인은 이 경우에도 유효하게 소유권을 취득한다. 경매절차의 개개의 행위에 관해서 불복신청의 방법이 경매절차중에 정해져 있는 데도 불구하고 그 방법을 취하지 않고 권리의 실현을 도과한 자에게 그 후에도 다른 절차에 의하여 그 효과를 좌우하는 것을 허락하는 것은 현저하게 절차의 확실성·안정성을 해하는 무익한 것이기 때문이다. 다만 민사소송법 제431조, 제422조에 의한 준재심으로 확정된 경락허가결정의 취소도 가능한 바, 동 취소가 경매절차의 완결 후일 때에는 경락인의 소유권취득의 효과에 영향을 미치게 될 것이라 한다(대판 67.2.28 66마89).

IV. 경매에 있어서 권리상의 실제적인 문제

낙찰결과 경매의 원인이 되는 등기를 포함해서 이후의 모든 등기는 말소되는데 그 소멸되는 등기의 기준이 되는 등기를 여기서는 편의상 말소기준등기로 칭하기로 한다. 경락허가를 받고 대금을 완납후 말소기준되는 등기를 중심으로 소멸되는 권리, 인수되는 권리 임대차관계와 특수한 권리상의 문제점 등에 대하여 살펴본다.

1. 경매가 완료되면 소멸되는 권리

낙찰자가 경락잔금을 완납하면 채권자가 배당에서 채권액을 모두 배당받든, 전혀 배당을 받지 못하든 또는 그 일부만을 배당받든 상관없이 자동으로 소멸되는 권리가 있다. 우리나라의 민사소송법은 소멸주의원칙을 취하고 있으므로 원칙적으로 경매완료와 더불어 등기부는 깨끗해진다.

1) 저당권과 근저당권

채권자의 채권액이 확정되어 있느냐, 아니면 장래의 불특정채권이냐에 따라 확정채권을 담보하는 것이 저당권이고 불특정채권을 담보하는 것이 근저당권인 바, 경매실행과 더불어 순위에 관계없이 모두 소멸한다.

2) 담보등기

청구권이전청구권 보존가등기와는 달리 담보가등기는 순위에 관계없이 말소되지만 여기서 주의해야 할 것이 있다. 즉, 경매신청등기 전에 청산절차를 끝낸 담보가등기는 저당권등

기, 압류등기보다 앞선 경우라면 말소되지 않는다는 점이다. 왜냐하면 담보가등기의 경우 청산절차를 마치면 채권자는 소유권이전청구권을 갖게되며, 따라서 담보가등기가 소유권이전청구권 보전가등기의 기능을 갖게되어 낙찰자에게 인수되기 때문이다. 청산절차를 마쳤는지 여부는 가등기권리자를 만나서 확인해 보지 않으면 알 수 없는 문제가 있다.

그런데 또 문제는 가등기가 보전가등기인지, 담보가등기인지, 정보지나 등기부상 확인되지 않는다는 점이다. 이런 경우는 입찰 당일날 경매법원의 법대열람을 통해서 배당요구를 했는지 확인해서 배당요구서가 들어와 있으면 담보가등기로 보면 된다.

3) 압류와 가압류

이 역시 순위에 관계없이 말소되지만 여기에도 한가지 예외가 있다. 즉, 과거의 소유자가 진 빚 때문에 설정된 가압류로서 저당권등기와 담보가등기보다 앞서는 것은 말소되지 않는다는 점이다.

예를 들어 “갑”의 부동산에 “을”이 가압류를 등기해 놓았는데, 훗날 “갑”이 가압류를 말소하지 않은 채 그 부동산을 “병”에게 팔았을 경우, 나중에 “병”의 채권자가 경매를 신청하여 “정”에게 낙찰되었다 하더라도 “을”의 가압류등기는 말소되지 않는다. 따라서 “을”이 훗날 가압류에 따른 재판에 강제경매를 실행한다면 “병”에게 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되고 낙찰자인 “정”역시 소유권을 잃게 되므로, 입찰참여자는 등기부등본을 열람하여 가압류등기 당시의 소유자가 현재의 소유자인지 확인하여 동일한 소유자인 경우에 한해서 입찰에 참여해야 하는 것이다.¹¹⁾

4) 말소기준등기보다 후에 설정된 지상권, 지역권, 전세권, 가등기, 가처분, 환매등기, 입차권

이에 관해서는 이미 충분히 이해되었을 것으로 생각된다. 다만, 전세권의 경우에는 비록 말소기준등기보다 앞선 것이라도 3가지 경우에는 말소된다.

2. 경매가 완료되더라도 낙찰자가 부담하는 권리

우리 나라 민사소송법은 소멸주의 원칙이지만 예외적으로 인수주의를 취하는 경우도 있다. 다만, 낙찰자가 인수해야 한다고 해서 무조건 입찰참여를 거부할 필요는 없다. 왜냐하면 그 권리를 인수하고 나서도 남는 것이 있다고 판단되면 입찰에 참가해도 되기 때문이다. 그러나 반드시 피해야 할 권리도 있다. 그것은 소유권과 밀접히 관련된 등기로서 보전

11) 김명채, 부동산경매특강, 미래와경영, 1999, p.87~; 안효빈, 부동산경매, 현대 미디어, 1999, p.11~13.

가등기, 가처분등기, 지상권등기, 예고등기 등이다.

1) 말소기준등기보다 앞선 지상권, 지역권, 전세권, 보전가등기, 가처분, 환매등기, 등기한 임차권, 대항력 갖춘 주택임차권

임차권등기가 안된 주택임차권이 대항력을 갖추려면 해당 주택에 입주해야 하고 주민등록을 이전해야 하는데, 대항력 발생시점은 주민등록 이전일 다음날부터다. 만일 주민등록이 전보다 입주일일 나중이라면 입주한 날 다음날부터다. 다만, 법원실무에서는 입주일을 알기 어렵기 때문에 주민등록 이전일 다음날로 대항력유무를 판단하고, 후에 이해관계인의 다툼이 있으면 이삿짐센터 등에게 확인하는 방법을 취하고 있다. 그리고 입주한 후 주민등록을 이전한 다음날에 다른 등기가 되어 있다면 임차권의 대항력이 앞선다. 왜냐하면 임차권의 대항력 발생시점은 주민등록을 이전한 다음날 오전 0시부터이기 때문이다.

한편 등기끼리의 우선순위는 접수일 순서에 따르는데, 만일 접수일이 같으면 동구(同區) 순위번호에 따르고 별구(別區)끼리는 접수번호에 따른다. 또한 부기등기(附記登記)의 순위는 주등기(主登記)의 순위에 따르고, 부기등기 상호간의 순위는 부기등기의 순위에 따른다. 그리고 가등기에 의해 본등기를 한 경우의 본등기 순위는 가등기의 순위에 따른다.

2) 유치권(留置權)

예를 들어 건물을 지은 시공자가 건물주인으로부터 건축비용을 변제받을 때까지 그 건물을 차지하고 있을 권리로서, 비록 등기는 할 수 없지만 유치권자는 목적물을 경매에 부칠 수도 있고 목적물로부터 직접 변제에 충당할 수도 있으며, 다른 채권자가 그 건물을 경매에 부치더라도 경락인으로부터 변제 받을 때까지 역시 그 건물의 인도를 거절할 수도 있다.

결국 유치권은 우선변제권이 없어서 배당되지 않고 따라서 낙찰자가 인수해야 할 권리이므로, 입찰참여자는 집행관의 현황조사서와 감정평가서를 통해 유치권의 성립유무를 확인해야 하며, 만일 유치권자의 채권액이 확인되지 않거나 또는 그 채권액을 부담하고서는 입찰이익이 없다고 느껴지면 입찰을 포기해야 한다.

3) 예고등기

이미 설명한 바와 같이 예고등기는 그 부동산에 관하여 소송이 진행 중임을 알리는 등기로서, 그 소송의 결과에 따라 낙찰자의 소유권이 박탈될 수도 있으므로 법조인이 아닌 일반인으로서서는 절대로 응찰하지 말아야 한다.

이상의 권리들은 낙찰자가 부담해야 하는 문제가 있다. 임대차에 기한 등기되지 않는 권

리에 대한 문제도 다음에 자세히 살펴보기로 한다.¹²⁾

3. 임대차관계

지금부터 설명하는 임대차는 임차권등기가 나지 않은 주택임대차이다. 우선 상가건물의 임대차는 등기가 없는 한 임대차를 언제 개시했느냐에 상관없이 낙찰자에게 건물을 비워 주어야 하며, 등기가 되어 있는 임대차는 등기의 순위에 따라 말소 또는 인수되기 때문이다.

1) 말소기준등기보다 앞서서 대항력을 갖춘 임차권

이는 소위 선순위 임차인으로서 임차인은 원칙적으로 낙찰자에게 대항할 수 있다. 즉, 임차인은 비록 법원에 배당을 요구할 수는 없으나, 임대차기간 동안 거주하다가 낙찰자에게 보증금을 요구할 수 있는 것이다. 따라서 입찰참여자는 희망하는 매수가격에서 임대보증금을 낸 금액으로 입찰에 참여해야 한다.

다만, 말소기준등기에 앞서서 임차인이 확정일자까지 받아 놓은 경우는 권리보호 문제가 강화된다. 이런 경우 임차인은 그냥 선순위로서 대항력을 인정받을 수도 있지만 법원에 배당을 요구할 수도 있는데, 이 두가지 중에서 어느 것을 선택하느냐는 어디까지나 임차인의 자유에 속한다.

따라서 임차인이 확정일자까지 갖춘 경우는 입찰참여자는 입찰당일 법대열람을 통해서 임차인의 배당요구서가 법원에 들어와 있는지를 반드시 확인해서, 만일 들어와 있으면 입찰에 참여해도 되지만 배당요구서가 없으면 역시 매수 희망가격에서 임대보증금을 낸 금액으로 입찰에 참여해야 한다.

주택임대차보호법 제3조의2 제1항과 관련하여 문제점을 살필 것이 있다. 즉, 동법에 의하면 대항력과 확정일자를 갖춘 임차인이 배당에 참여하기 위해서는 임대차기간이 종료된 후라야 가능하다고 되어 있지만, 대법원판례에 의하면 임대차기간이 종료되지 않았더라도 임차인이 법원에 배당요구를 해서 법원이 임대인에게 이를 통지하면 그 통지가 임대인에게 도달된 때에 임대차관계가 해지되는 것으로 보아 우선변제권을 행사할 수 있다고 해석해서 임대차보호법과의 조화를 꾀하고 있으므로, 입찰참여자는 입찰당일날 배당요구서를 확인하면 아무 걱정할 필요없이 입찰에 참여해도 되는 것이다. 다만, 배당요구를 했어도 배당받지 못하는 금액만큼은 낙찰자가 부담해야 한다.

한편 임차인이 배당요구서를 제출했다가 철회하면 어떻게 될까하는 문제가 있다. 우선 배당요구의 철회는 낙찰자에게 불측의 손해가 나지 않는 범위에서만 허용하므로 입찰참여

12) 안효빈, 부동산경매, p.112; 김명채, 부동산경매특강, p.90~92.

자는 입찰 당일날 배당요구서를 확인하는 한 염려할 필요가 없다. 또한 배당요구는 낙찰기일까지 가능하지만, 입찰기일 이후에 배당요구를 철회하면 법원은 낙찰을 불허하는 결정을 내림으로써 낙찰자를 보호하고 있다.

2) 말소기준등기보다 뒤진 임차권

이는 소위 후순위 임차권으로서, 이미 언급한 바와 같이 말소기준등기와 함께 소멸한다. 하지만 문제는 임차인이 배당은 받아갈 수 있느냐 하는 문제이다. 왜냐하면 전혀 배당은 받을 수 없는 임차인의 경우에는 비록 아무런 법적 권리가 없기는 하지만, '맑은 하늘에 날벼락을 맞은 격'이라 그냥 체념하고 쉽게 집을 비우려고 하지 않는 경우도 더러는 있기 때문이다.

그래서 배당액이 얼마라도 있는 임차인은 낙찰자의 명도확인서를 받아 그나마 법원에서 배당액은 받아갈 수 있다.

다만, 경매신청등기일보다 앞선 임차인이 집을 비워 주지 않을 경우에 낙찰자는 배당금을 공탁하고 명도소송을 통해서 주택의 인도를 받아야 하는데, 그 명도소송의 소장에 "명도시까지 임차보증금의 연 25%의 이자를 지급하라"라는 문구를 집어넣는다. 결국 소송이 종결되면 공탁된 배당금에서 그 이자가 빠져나가 낙찰자에게 돌아온다.

한편, 주택임차인에는 4가지 형태가 있다.

- ① 대항요건(입주와 주민등록이전)을 구비하지 못한 임차인
- ② 대항요건을 구비했으면서도 소액보증금에 해당하는 경우
- ③ 대항요건을 구비했으면서도 확정일자까지 받아 놓은 경우
- ④ 대항요건은 구비했으나 소액보증금에 해당하지도 않고 그렇다고 확정일자를 받아 놓은 것도 아닌 경우

"①"의 경우에는 선순위권, 후순위권 거의 아무런 법적 보호를 받을 수 없는 경우로서, 굳이 배당을 받으려면 채무자의 재산에 가압류등기를 해 놓고 소송을 통해서 구제받을 수 밖에 없다."④"의 경우는 이미 설명한 바와 같이 선순위자라면 보호를 받지만 후순위자라면 "①"의 경우처럼 소송을 통해서만 구제받을 수 있을 것이다.

"②"의 경우는 선순위자라면 굳이 소액보증금제도를 이용할 필요가 없이 대항력을 이용하여 낙찰자에게 보증금 전액을 받아내는 것이 현명할 것이며, 또한 확정일자까지 갖춘 자로서 보증금 전액을 배당받을 수 있는 경우라면 굳이 소액보증금제도를 이용할 필요없이 확정일자가 없다면 소액보증금제도를 이용하여 최선순위자로서의 보호를 받고 그 나머지 보증금 잔액은 역시 소송을 통해서 구제받아야 할 것이다.

"③"의 경우는 배당액이 충분한 경우는 선순위자든, 후순위자든 법적 보호에 전혀 지장이 없을 것이다. 다만, 선순위자라면 배당을 요구하든 아니면 대항력을 이용하든 문제가 되

지 않을 것이나, 후순위자라면 대항력을 이용할 수 없으므로 반드시 배당을 요구해야 할 것이다. 문제는 배당액이 충분하지 않은 경우인데 선순위자라면 당연히 대항력을 이용해서 낙찰자로부터 보증금 전액을 받아내야 할 것이지만, 수순위자라면 대항력도 없으므로 반드시 배당요구를 하여 얼마간 배당을 받은 후, 나머지 보증금 잔액에 대해서는 다시 소송을 통해서 구제받아야 한다.

하지만 1999년 3월 1일부터 주택임대차보호법이 몇가지 개정되었다. 예컨대, 주택임차권 등기명령제라든가 임차권의 묵시적 갱신의 경우에 있어서의 처리문제 등이 그것이다.

3) 최우선변제 받을 소액보증금의 범위

여기서는 소액보증금제도에 관해서 간단히 살펴보기로 한다. 소액보증금제도는 영세한 임차인이 보증금을 반환 받지도 못한채 거리에 내쫓기는 것을 방지하기 위해 강행법규인 주택임대차보호법을 제정하여 만든 제도로서, 경매신청등기가 있기 전에 입주와 주민등록 전입신고가 되어 있는 주택임차인의 일정한 소액보증금은 다른 권리들과의 선후에 상관없이 일정액을 확정일자없이도 최우선적으로 배당해 주는 제도다. 우선 아래의 도표를 보면서 좀더 검토해 보기로 하겠다.

【최우선변제 배당범위】

(단위: 만원)

담보물권 설정일	지역	보증금범위	최우선변제액
84.1.1 ~ 87.11.30	특별시, 광역시	300이하	300
	기타지역	200이하	200
87.12.1 ~ 90.2.18	특별시, 광역시	500이하	500
	기타지역	400이하	400
90.2.19 ~ 95.10.18	특별시, 광역시	2,000이하	700
	기타지역	1,500이하	500
95.10.19 이후	특별시, 광역시	3,000이하	1,200
	기타지역	2,000이하	800

소액보증금은 저당권, 담보가등기, 전세권등기 등 담보물권이 가장 먼저 설정된 시점의 주택임대차보호법상 기준금액에 따라 소액여부를 판별한다(전세권은 원칙적으로 용익물권이지만 담보물권으로서의 특성도 있다). 만일 담보물권이 없으면 물론 현행법을 기준으로 하게 된다. 이는 기득권(既得權)을 보호하려는 취지인데 현재의 임대차보호법이나 임대차계약당시의 임대차보호법에 따르지 않는다는 점을 주의해야 한다.

이해의 편의를 위해 한가지 예를 들어보겠다. 등기부에 제1번 저당권이 92년 1월 1일 설정되었으며, 서울지역에서 보증금 2,500만원의 주택임대차계약이 99년 1월 1일 체결되었다

가 제2번 저당권자의 신청으로 임의경매가 진행 중이라면, 이 임차인은 소액보증금으로서 보호받지 못한다. 왜냐하면 최선순위 담보물권인 제1번 저당권이 설정된 때가 92년 1월 1일이므로 서울시의 경우는 보증금이 2,000만원 이하라야 700만원 한도에서 최우선변제가 가능하게 되는 것이다.

임대차계약 당시인 99년 1월 1일을 기준으로 한다면 서울시의 경우 보증금 한도가 3,000만원이므로 당연히 소액보증금에 해당되어 1,200만원을 최우선변제 받을 것이지만, 그것이 아니라는 점을 다시 한번 유념해야 한다. 소액보증금을 보호한다는 취지에서 보면 문제점이라고 하지 않을 수 없다.

다음 또 두가지만 보충하기로 한다.

첫째로, 임차인으로서의 대항요건이 입주와 주민등록이전 중 어느 하나라도 경매신청등기보다 뒤진 경우라면 설령 확정일자를 받았다 하더라도 낙찰자에 대해 아무런 권리가 없다는 점이다. 결국 낙찰자는 집을 비워주지 않는 임차인에 대해 법원의 인도명령을 받아 즉시 강제집행할 수 있는 것이다. 따라서 임차인으로서의 잔금을 치르기 이전 또는 늦어도 잔금과 동시에 확정일자를 받고 주민등록도 이전해야 한다는 점을 항상 명심해야 한다. 권리 위에 낯잡 자는 사람에게 대해서는 법이 도움을 줄 수가 없다는 사실을 알아야 한다.

둘째로, 확정일자는 늦어도 낙찰기일까지는 받아야 한다는 점이다. 그렇지 않으면 배당받을 자격이 없게 된다.¹³⁾

4. 특수한 권리분석상의 실제 문제

경매에서 나타나는 특수한 문제로서 다음 아닌 경매취소의 문제, 대위변제의 문제, 법정 지상권의 문제, 공유자의 우선매수권 문제, 대지권미등기의 문제, 경매에서의 담보책임 문제, 세대(世帶)의 합가(合家) 문제 등으로 다음에 차례로 살펴본다.

1) 경매취소의 문제

다음 세가지 경우에는 경매가 취소될 수도 있다.

- ① 채무자가 부채를 청산할 경우
- ② 성업공사의 공매가 경매에 앞서 실행되는 경우
- ③ 경매신청채권자에게 아무런 신청이익이 없는 경우

그런데 이 세가지 경우에 경매가 취소된다고 하더라도 입찰자에게 씻을 수 없는 손실이 따르는 것은 물론 아니다. 하지만 그 물건을 낙찰받기 위해서 준비한 시간과 비용이 아깝기 때문에 가급적이면 피하는 것이 좋겠다는 것뿐이다.

13) 김명채, 부동산 특강, p.94~96, 안효빈, 부동산경매, p.132.

우선 “①”의 경우 채권자는 자신이 경매부동산을 담보로 얻어 쓴 부채가 낙찰예상가보다 현저히 적다면, 채무자로서는 그 부동산을 시가로 팔아 버리는 방법을 취하고 싶을 것이다. 따라서 입찰참여자로서는 경매물건에 설정된 채권액이 많으면 많을수록 안심하고 경매에 참여할 수 있다는 결론이 된다.

“②”의 경우는 세금체납으로 인한 성업공사의 공매와 법원의 경매가 동시에 진행되는 경우인데, 이때는 먼저 낙찰된 것이 유효하고 뒤의 입찰절차는 취소된다. 따라서 입찰대상물건에 세금체납으로 인한 압류가 있을 경우는 성업공사의 입찰일자를 확인하여 공매일자가 더 빠르면, 공매에 참여하거나 아니면 공매결과를 본 뒤에 입찰에 참여하는 것이 유리함은 물론이다.

“③”의 경우 채권자가 경매를 신청하긴 했으나 낙찰가가 예상외로 소액이라서 그 채권자가 배당절차에서 배당받을 수 있는 금액이 전혀 없을 경우다. 이런 경우 법원에서는 임의 경매절차든 강제경매절차든 경매절차가 진행 중이라도 경매를 취소시키는 경우가 있다(민사소송법 제616조 2항). 따라서 입찰참여자는 경매신청채권자의 배당액을 산정해 본 후, 만일 그 채권자가 받아 갈 금액이 없다고 판단되면 입찰을 포기하는 것이 좋겠다.

다만, 법규와 현실이 다른 경우도 있다는 점을 밝혀 둔다. 즉, 그런 경우에 법원은 경매를 취소시킬만한 시간적 여유가 없어 그냥 진행시키는 경우이고,

둘째, 경매를 진행시키다가 취소시킨다면 그 비용만큼 국가 경제적 손실이 아니냐 하는 측면이고

셋째, 경매신청자는 대부분 은행권이 많은데 경매신청이익이 없다는 이유로 경매가 취소되느니 보다는 차라리 경매신청이익이 없다 하더라도 은행의 장부를 정리하면서 손실 처리하는 것이 업무의 단순을 기할 수 있다는 점 등 때문일 것이다.

따라서 입찰참여자의 입장에서는 경매신청 이익 여부를 판단하여 경매참가를 결정할 문제이다.¹⁴⁾

2) 대위변제(代位辨濟)의 문제

대위변제 또는 변제자의 대위는 실무상 꽤 많이 발생하는 문제로서 발생시기와 관계없이 매우 주의를 요하는 문제이다.

우리 민법 제481조에는 “변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다”라고 되어있고, 이어 민법 제482조 제1항에는 “채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상(求償)할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다”라고 되어 있다. 이것을 경매와 관련하여 분석해 보면 대위변제란 『이해관계가 있는 제3자가

14) 김상용, 물권법, p.812; 김명채, 부동산 특강, p.101~.

채무자를 대신하여 빚을 갚고 그 액수만큼 그 채무자에 대해 채권을 갖는다는 것』이다. 즉, 채무자도 아니면서 타인의 채무를 대신 갚아주면, 변제받은 채권자를 대신해서 그 채무자에 대해 채권을 행사하게 된다는 것이다.

다음의 예를 통해 좀더 자세히 알아보자.

- ① 저당권 - 부채 1,000만원(1998년 1월 설정)
- ② 임차권 - 보증금 6,000만원(1998년 6월 주민등록 이전, 동년 9월 확정일자 받음)
- ③ 저당권 - 부채 5,000만원(1998년 8월 설정)

이 물건이 1999년 6월에 8,000만원으로 낙찰되고 경매비용은 없다고 가정하자. 그러면 “①”의 저당권을 비롯한 모든 등기가 소멸될 것이며, “②”의 임차권자는 소액보증금으로서의 보호도 받을 수 없을 뿐만 아니라 확정일자가 “③”의 저당권등기일보다 늦으므로 배당받을 금액은 2,000만원에 불과하여 앉은자리에서 4,000만원의 손실이 발생할 처지가 되었다.

이런 때 임차권자가 이용하는 것이 바로 대위변제라는 제도인데, 채무자를 대신하여 “①”의 저당권자에게 1,000만원을 갚아주고 저당권등기를 말소시켜 버리는 것이다. 그러면 임차인이 선순위 임차인으로 되므로 실령 확정일자가 없더라도 선순위 임차인으로서의 대항력으로 낙찰자에게 6,000만원을 인수시키는 것이다. 결국 임차권자로서는 1,000만원의 손실이 발생하는 셈인데 4,000만원의 손실에 비교할 바가 아니다.¹⁵⁾

이와 같이 후순위 임차인이 대위변제를 이용하여 선순위로 올라감에 따라 경매제도 자체를 불신하게 만드는 문제가 있음을 주의해야 한다.

그렇다면 대위변제는 언제 발생하는 것이며 입찰참여자로서 그것을 미리 알 수 있는 방법은 없는 것인가? 대위변제는 시기의 제한없이 언제나 가능하다. 즉, 입찰 전이든 후이든 상관없이 잔금지불 전이면 대위변제가 가능하다는 얘기다. 하지만 입찰일부터 낙찰일 사이에 대위변제가 신청됨으로써 낙찰자의 부담이 증가하는 경우는 법원에서 낙찰을 불허하게 된다. 또한 낙찰이 허가된 뒤에도 대위변제는 가능하지만 낙찰인은 경락허가결정 취소신청을 통해서 구제 받아야 할 것이다. 그리고 낙찰허가 전에 대위변제가 이루어 졌다면 법원에 알려야 할 것이며, 만일 법원에 알리지 않음으로써 낙찰허가가 떨어졌다면 훗날 소송을 통해서 채무인수 문제 여부를 가려야 한다.

이러한 대위변제 문제의 곤란을 미연에 방지하는 방법은 없는 것일까? 그 방법은 권리 분석을 통해서 찾아 질 수 있다. 즉 후순위권리자의 입장에서 자기 자신이라면 대위변제를 할 것인지 아니면 그대로 손실을 감수할 것인가를 검토해 보면 정답이 나오는 것이다. 위의 예에서 임차인으로서 4,000만원의 손실보다는 1,000만원 손실 쪽을 선택할 것이라는

15) 김명채, 부동산 경매 특강, p.104~.

점이다. 결국 대위변제의 가능성이 있는 물건은 입찰에 참여하지 않는 것이 좋으며, 그 가능성은 말소기준등기의 채권금액이 작을수록 커진다.

그리고 말소기준등기 바로 다음 순위로 주택임차권이 있으면 일단 의심하는 것이 좋다. 다만 말소기준등기의 채권금액은 정보지 상의 금액을 기준으로 해서는 안되며, 법원의 입찰 기록 중 경매신청서를 통해서 실제 잔액을 파악하여 대위변제의 가능성을 판단해야 한다.¹⁶⁾

3) 법정지상권의 문제

법정지상권 역시 등기부상 없었던 권리가 경매로 인하여 나타나는 권리로서, 법정지상권이 성립되면 토지소유자는 임의대로 건물철거를 요구할 수가 없게 되고, 기간이 만료되어도 지상권자는 다시 지상권 설정계약을 요구할 수 있으며, 만일 이를 토지소유자가 받아들이지 않으면 토지소유자는 지상건물을 매수해야만 되는 등 불편이 따르게 된다. 결국 낙찰자는 비록 소유권을 갖게 되어도 지상권의 존속기간 동안은 토지를 사용할 수가 없는 것이다.¹⁷⁾

법정지상권은 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하는 동안에 건물에 대하여만 전세권을 설정한 후 경매 등 사유로 토지소유자가 변경되는 경우, 그리고 토지와 그 지상의 건물 {또는 입목(立木)} 이 동일인 소유에 속하는 동안에 그 중 어느 하나에 저당권 (또는 가등기담보권)이 설정된 후 그 담보권의 실행으로 경매가 완료되어 토지와 건물 등의 소유자가 다르게 되는 경우에 인정되는 권리(민법 제305조 제1항, 동법 제366조, 가등기담보법 제10조, 입목법 제6조)이므로, 입찰자의 입장에서는 건물이나 수목이 있는 토지가 건물이나 수목과 분리하여 경매에 부처지면 입찰참여에 신중을 기해야 한다.

4) 공유자의 우선매수권(優先買受權) 문제

어떤 물건을 공동으로 매수했거나 아니면 상속 등의 사유로 공유자가 되는데, 이때 그 중에서 1인의 자금 사정이 안 좋아 그 사람의 지분(持分)이 경매에 나오는 경우가 있다. 즉, 어떤 물건의 5분의 1이 경매에 부처진다는 식이다.

그런데 공유자는 최고가매수인(最高價買受人)이 써낸 가격으로 우선 매수할 수 있는 권리가 있으므로(민사소송법 제650조) 가격이 싸다는 이유로 입찰에 참여하더라도 예기치 않은 부담을 갖게 되는 경우가 있다. 하지만 그다지 회피할 필요까지는 없다고 본다. 왜냐하면 우선매수권을 반드시 행사한다는 보장은 없는 것이고, 또한 지분을 매수하여 다른 사람과 공유관계가 된다고 해도 공유자에게는 공유물분할청구권(公有物分割請求權)이 있으므로

16) 양창수, 민법연구 제2권, p.238~. 대판 86.9.23 다카 560.

17) 김명채, 부동산경매특강, p.107~.

공유자 간에 뜻이 맞지 않는다고 하더라도 큰 문제가 되지는 않을 것이기 때문이다.¹⁸⁾

5) 대지권 미등기의 문제

정보지상에 “대지권 미등기”라는 문구가 기재되는 경우가 있다. 원래부터 대지사용권이 없으면 낙찰을 받아도 대지권을 획득할 수는 없다. 하지만 신도시 아파트처럼 대지사용권은 있으나 단순히 절차미비로 대지 지분이 미등기로 되어 있는 경우도 있는데, 이런 경우는 대금을 납부하면 대지 지분의 소유권이전이 가능하다. 따라서 이런 경우는 후에 다른 입주자들과 함께 대지등기를 하면 된다.

만일 대지와 건물의 일괄입찰이 아닌 아파트의 미등기라면 낙찰자는 후에 다시 대지권을 낙찰받거나, 대지사용료를 내고 건물을 사용하거나, 사용권이 없다면 건물을 대지권자에게 팔아야 하기 때문에 가능하면 입찰하지 않는 것이 좋겠다. 따라서 입찰참여자 “대지권미등기”의 문구가 있으면 반드시 대지와 건물이 일괄입찰 되었는지, 그리고 대지권 가격도 감정평가 되었는지를 법원의 감정평가서를 통해 확인한 후에 응찰여부를 결정해야 한다.

다만, 감정평가가 되어 있지 않은 경우라고 하더라도 최저입찰가가 한없이 떨어진 경우라면 굳이 입찰을 기피할 이유가 없는 것이다. 또한 토지소유자의 입장에서 토지의 사용이 제한되기 때문에 시가보다 저렴한 가격으로 매도할 것을 희망할 수도 있기 때문에, 그때 그 토지의 지분을 매수해도 되는 것이다.

6) 경매에서의 담보책임(擔保責任) 문제

경매물건에 하자(瑕疵 - 흠)나 불완전한 점이 있을 때 누가 책임을 져야 하는가의 문제가 담보책임을 문제다. 우선 물건 자체의 하자는 낙찰자가 책임져야 한다. 즉, 건물 벽에 금이 갔다는 등 물건의 외관상의 하자나 아니면 수도물이 잘 나오지 않는 등 물건 내부의 하자는 전적으로 낙찰자가 책임을 져야 한다. 즉 민법 580조 2항에 의해 물건의 하자담보책임을 경매에서는 인정되지 않는 것이 문제이다. 그런데 외관상 나타나지 않는 그리고 사전에 발견되지 않는 권리상의 하자도 있다. 그것을 대략 다음과 같은 경우이다.

① 입찰기록의 임대차현황에 ‘없음’, ‘확인 안됨’ 등으로 되어 있었으나 입찰 후 임차인이 나타나 보증금을 인수해야 할 경우 후순위권리자가 대위변제를 한 경우

② 인수한 가등기에 따라 본등기가 되어 소유권을 상실한 경우

③ 입찰기록상의 임대보증금과 실제 보증금이 달라 보증금을 추가로 부담해야 할 경우 등이 그것이다. 이렇게 경매에서 권리상의 하자가 발생한 경우에는 낙찰허가 결정전이면 법원에 낙찰불허가 신청을 할 것이며, 낙찰허가 결정 후 배당기일 전이면 법원에 낙찰대금

18) 남기정, 실무강제집행법 4, 육법사, 1988, p.580~583.

감액을 신청할 것이고, 배당기일 전이면 법원에 낙찰대금감액을 신청할 것이고, 배당기일 후면 민법상의 담보책임 규정에 따라 1차적으로 채무자 또는 담보제공자에게 인수금액의 반환을 청구하되, 만일 반환능력이 없으면 2차적으로 반환무능력을 입증하여 배당받은 채권자에게 청구하면 된다. 다만, 채권자나 채무자가 하자를 알고 있었다면 손해배상도 청구할 수 있다.¹⁹⁾

7) 세대합가의 문제

일반인이 스스로 입찰에 참여하는데 있어서 가장 피곤한 문제는 주민등록상 선순위세입자가 전혀 없었는데도 입찰 후에 갑자기 나타나는 경우이다.

즉, 세대합가의 문제 역시 선순위세입자가 없어서 마음놓고 입찰에 참여했는데, 갑자기 선순위세입자가 나타나는 경우이다. 예를 들어 “갑”이라는 사람이 선순위로 세를 들어 살다가 뒤에 “갑”의 아버지 “을”이 다시 그 집에 입주하면서 “갑”과 “을”이 세대를 합가해 버리면, 먼저 입주했던 “갑”의 전입일자는 삭제되고 합가한 일자를 기준으로 전입일자가 다시 잡히게 되지만, 법적인 대항력은 “갑”이 처음 입주했던 일자를 기준으로 발생하게 된다.

이는 대법원판례에서도 인정된 원칙이므로 주의해야 하는데, 입찰참가자의 입장에서는 주민등록등본상 “세대합가”라는 말이 나오면 반드시 주민등록초본을 확인하여 세대원 중에서 가장 먼저 전입했었던 날짜를 기준으로 권리분석을 해야 한다.²⁰⁾

V. 결 론

경매는 채권의 실현을 국가의 힘을 빌려서 행하는 일종의 공법적 처분으로 본다면 집행법원은 집행에 의한 권리보호를 온전하게 하여야 한다. 그런데 앞에서 본바와 같이 임대차관계와 소유권 관계 및 담보책임 관계에서 판례와 통설은 경매를 채권자 보호 편중으로 나가고 있기 때문에 약자편인 채무자의 권리보호는 소홀히 되는 경향이 있다. 그리고 경락인의 권리보호문제에 대해서도 경매의 공신력을 제고하고 그 활용도를 높이기 위하여서도 제도보완이 필요하다고 본다.

주택임대차인의 지위를 합리적으로 보호하기 위해서는 임대차 계약의 내용이 제3자에게 공시되는 방법을 강구하여 이해 관계인에게 예측 가능하도록 기회를 부여하는 것이 필요하다. 실제상 경매절차에 있어서 소유자가 그와 결탁한 임차인과의 사이에 허위의 임대차 계약을 체결하고 허위 전입신고가 경료케하여 주택 임대차 보호법에 의한 농간을 배제 할

19) 김형배, 하자담보책임의 성질, 민법학연구, 박영사, 1987, p.247~248.

20) 김명채, 부동산특강, p.112.

필요가 있다.

담보책임 문제에 있어서도 민법 제580조 제2항에 의해 물건의 하자담보책임이 경매에서는 인정되지 않지만, 그 취지에 관해 일반적으로 학설이 주장하고 있는 것들은 그다지 타당성이 없다. 그리고 법률적 장애가 있는 경우에 대해서는 경매인 경우에도 민법 제578조에 의하여 담보책임이 인정되고 있음과 비교해 보면 당연히 580조에 의한 물건의 하자담보에 대해서도 그 책임한계를 분명히 할 필요가 있다고 본다.

경매에서의 담보책임의 내용에 있어서, 우선 물상보증인이 제공한 담보물이 경매된 경우에 채무자와 물상보증인 중에서 누가 담보책임을 지어야 하는 지에 관해서는 물상보증인책임설을 주장하고 싶다. 그리고 배당을 받은 채권자가 2차적인 책임을 지는 경우에 어느 시점부터 (법정)이자가 붙게 되는가에 관해서는 채무자의 무자력을 입증한 뒤 채권자에게 반환청구를 한 시점부터 이자도 붙게 된다는 견해를 따르되 그 이유에 대해서는 채권자의 대금반환의무가 2차적인 책임으로서 채무자의 무자력을 그 발생요건으로 하므로, 이자가 채권의 발생 이후에야 문제된다는 것은 당연하다고 본다.

그리고 대위변제로 인한 후순위 채권자를 선순위로 인정하는 민법 482조 1항 규정에 대해서도 경매의 공신력을 제고하는 방향에서 법개정의 필요성이 있다. 또 세대합가로 인한 전입일자 기준을 삭제된 처음 입주일자로 정하여 대항을 발생케 한다는 것은 불측의 손해를 낙찰자에게 주게 되므로 이에 대한 개선 방향도 검토할 문제이다.