제1강 부동산권리분석의 일반론

1. 매각물건으로서의 부동산

부동산경매에서 매각되는 물건은 부동산이다. 이때 물건, 부동산이란 무엇인가? 민법은 물건의 정의에 관하여 "물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다"고 규정(민법 제98조)하고, 부동산은 "토지 및 그 정착물", 동산은 "부동산이외의 물건"이라고 정의한다(민법 제99조).

따라서 물건은 부동산과 동산을 포함하고, 부동산은 토지 및 그 정착물이라고 말할 수 있다. 결국 부동산경매에서 매각되는 부동산은 토지와 토지의 정착물(독립한 부동산)이라 할 것이다. 아래 항에서는 부동산경매에서 매각되는 토지와 토지의 정착물(독립한 부동산)에 대하여 상술하기로 한다.

가. 토지

토지는 인위적으로 구획된 일정범위의 지면에 사회관념상 정당한 이익이 있는 범위 내에서의 상하를 포함하는 것으로서, 토지의 개수는 지적법에 의한 지적공부상의 필수, 분계선에 의하여 결정되는 것이고, 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 그 지적공부상의 경계가 현실의 경계와 다르다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 경계는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되는 것이므로(대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결[건물경계확정][공1997.9.1.(41),2444]), 그 형태가 단순하고 불변할

뿐만 아니라, 오늘날 등기제도가 완비되어 독립한 부동산으로 보는데 어려움이 없다.

(1) 매각물건으로서 토지의 표시방법

(가) 토지 전부를 표시하는 방법

토지등기부상의 표제부란을 기재하는 방법으로 토지를 표시하는데, 지번, 지목, 면적 순으로 표시한다. 이때에는 토지 전부를 표시하기 때문에 도면이 필요 없다.

부동산의 표시
1. 경기도 김포시 대곶면 대명리 34-6 공장용지 1276㎡
2. 경기도 김포시 대곶면 대명리 34-14 도로 8㎡

(나) 토지 일부를 표시하는 방법

1필지의 토지를 다수가 공유하는 경우 토지등기부에 공유지분으로 표시하게 된다. 다만 등기부상의 공유지분은 위치가 표시되지 않으므로 공유지분이 위치가 존재하는지 여부에 따라 그 표시 방법이 달라지게 된다.

ⓐ 위치 없는 공유지분의 표시 방법

아래와 같이 1필지 토지에 대한 토지를 표시하고 지분을 기재함으로써 표시한다.

부동산의 표시
1. 경기도 김포시 대곶면 대명리 34-6 공장용지 1276㎡ 중 홍길동지분 1/2
2. 경기도 김포시 대곶면 대명리 34-14 도로 8㎡ 중 홍길동지분 1/2

ⓑ 위치 있는 공유지분의 표시 방법

공유지분의 토지에 위치가 있다면 위 부동산의 표시방법만으로는 부족

부동산의 표시
1. 경기도 김포시 대곶면 대명리 34-6 공장용지 1276㎡ 중 1, 2, 3, 4, 1 각점을 순차로 잇는 선내 (가)부분 2. 경기도 김포시 대곶면 대명리 34-14 도로 8㎡ 중 5, 6, 7, 8, 5 각점을 순차로 잇는 선내 (나)부분

하고 덧붙여서 도면을 작성하여 그 위치를 표시하여야 한다.

(2) 매각물건으로서 농지의 특수성

농지란 지목이 전, 답, 과수원, 그 밖에 법적 지목을 불문하고 실제로 농산물 경작지 또는 다년생식물 재배지로 이용되는 토지를 말한다(농지법 제2조). 농지를 취득하는 방법은 사적 거래(매매 등)와 민사집행법에 의한 부동산경매, 국세징수법에 의한 공매 등이 있으나, 농지취득자격증명원 제출과 관련하여 소유권취득에 있어서 달라지므로 주의를 요한다.

(가) 매매계약 등에 의한 농지 소유권취득

매매계약에 의하여 농지의 소유권을 취득하려는 자는 농지취득자격증명원을 제출하여야 등기할 수 있다(농지법 제8조 제4항). 농지취득자격증명원 미제출시 매수인은 등기를 하지 못하여 소유권을 취득하지 못하나[1] 매매계약은 유효하다.

(나) 부동산경매로 인한 농지 소유권취득

매각기일에서 최고가매수신고인으로 결정된 자는 매각결정기일까지 농지취득자격증명원을 제출하게 되어 있어 매각허가결정을 받은 후 매각대금을 납부하면 농지취득자격증명원을 제출하지 않아도 소유권 이전등기가

1) 부록 농지의 소유권이전등기에 관한 업무지침 참조

가능하다[2)]

(다) 공매로 인한 농지 소유권취득

공매로 인한 농지 소유권취득은 부동산경매와 마찬가지로 매각대금을 납부함으로써 그 소유권을 취득한다[3)]. 다만 소유권이전등기는 농지취득자격증명원을 제출하여야 등기할 수 있다[4)]

(라) 농지취득자격증명원의 발급

농지를 취득하려는 자는 특별한 사유를 제외하고, 농지 소재지를 관할하는 시장, 구청장, 읍장 도는 면장에게서 농지취득자격증명을 발급받아야 한다. 이때 주의할 점은 부동산경매에서 농지를 취득하려는 자는 매각결정기일까지 농지취득자격증명원을 제출하여야 매각허가결정을 받을 수 있는데, 시각이 촉박하므로 입찰 전에도 대상 농지에 대하여 농지취득자격증명원을 발급받을 수 있으므로 미리 신청해두는 것이 좋다.

나. 건물

건물은 등기되어 있는지 여부에 따라 등기된 건물, 미등기 건물로, 허가나 신고되어 있는지 여부에 따라 허가건물, 무허가 건물로, 건물의 완성도에 따라 토지의 구성부분 및 부합물, 독립한 부동산으로, 구분소유여부에 따라

---

2) 민사소송법에 의한 경매절차(폐지된 경매법에 의한 경매절차포함)에서 농지에 대하여는 농지매매의 증명에 관한 사항을 집행법원이 경락허부재판시에 직권으로 조사하게 되어 있으므로(민사소송법 제635조 제2항, 제633조 제2호, 66.3.8. 66사 2 전원합의체판결 참조), 농지에 대하여 경락에 인한 소유권이전등기를 촉탁함에 있어서는 농지매매증명을 첨부할 필요가 없다. 91.11.12. 등기 제2301호(출처 : 농지에 대한 경락으로 인한 소유권이전등기촉탁시 농지매매증명 첨부 여부 제정 1991.11.12 [등기선례 제3-865호, 시행] > 종합법률정보 규칙)

3) 국세징수법 제77조 (매수대금 납부의 효과) ① 매수인은 매수대금을 납부한 때에 매각재산을 취득한다. ② 세무서장이 매수대금을 수령한 때에는 그 한도에서 체납자로부터 체납액을 징수한 것으로 본다.

4) 부록 농지의 소유권이전등기에 관한 업무지침 참조

일반건물, 집합건물로 나뉜다.

이하에서는 각 기준에 따른 건물을 분류하고 상술하고자 한다.

(1) 등기된 건물, 미등기 건물

일반적으로 건물의 보존등기는 건축주가 건축허가를 내고, 설계대로 건물을 완성하여 소관청에 사용승인을 받아 건축물대장이 생성되면 관할등기소에 등기신청을 하여 등기관이 소유권보존등기를 경료함으로써 완성된다.

따라서 등기된 건물은 보존등기가 경료된 건물을 말한다.

반면에 미등기건물은 ① 건축허가를 받지 않아 사용승인허가를 얻을 수 없는 경우, ② 건축허가를 받았지만 사용승인허가를 얻을 수 없는 경우, ③ 건축허가 및 사용승인허가를 받아 건축물대장이 생성되었음에도 보존등기를 경료하지 않은 건물을 말한다.

A건물이 있다고 보자. A건물이 등기된 건물인지, 미등기 건물인지 알 수 있는 방법은 무엇인가? 이 건물의 지번을 안다면 방법은 매우 간단하다.
일단 대법원인터넷등기소에 가서 지번을 넣고 검색하면 건물에 관한 등기사항증명서를 발급받을 수 있다. 이때 발급이 되면 A건물은 등기된 건물이다. 만일 발급이 안 된다면 A건물은 미등기건물이라고 할 수 있다.

다만 주의를 요하는 점이 있다. A건물의 등기부가 발급되었다고 하여도 나의 눈으로 보이는 A건물은 철근콘크리트로 되어 있는 4층 슬라브슁글지붕인데, 등기사항증명서 표제부의 건물은 벽돌로 되어 있는 2층 맞배지붕이라면

어떻게 해석하여야 할까? 결론적으로 등기사항증명서상의 건물은 존재하지 않고, 현황상의 건물만 존재하므로 이때 존재하는 등기는 이미 멸실되었으므로 소관청에 멸실신고하고, 건축물대장을 폐쇄시킨 뒤 등기부를 폐쇄시켜야 할 것이다.

따라서 현황상의 A건물은 미등기 건물로서 무허가건물일 가능성이 클 것이다.

만일 채권자가 멸실된 A건물이 등기부가 존재하므로 부동산강제경매를 신청하였다면 경매법원은 어떻게 처리하는가? 일단 경매법원은 부동산강제경매개시결정을 내리고, 등기소에 등기를 촉탁한다(왜냐하면 경매법원의 사법보좌관은 현장에 가지 않고, 집행관조사명령을 통하여 집행관으로 하여금

조사하게 한다). 이후 집행관 조사보고서에 의하여 등기부가 현황과 불일치하면 경매법원은 채권자에게 이 부분에 대한 경매신청을 취하하도록 보정을 내린다.

(2) 허가건물, 무허가건물

미등기건물은 허가건물, 무허가 건물로 분류할 수 있는데, 그 분류의 실익은 아래와 같다.

① 미등기허가건물은 소관청으로부터 건축주명의, 허가일자, 착공계 제출일자를 알아내어 법정지상권을 분석하거나 토지인도청구소송 등을 하는데 용이한 반면에 무허가건물은 건축주가 누구인지, 언제 건축공사에 착수하였는지 알기 어려워, 법정지상권을 분석하거나 토지인도청구소송 등을 하는데 어렵다.

② 무허가건물은 양성화되어 등기되거나 경매법원에서 매각에 포함하는 물건으로 조건을 제시하지 않는 한 부동산경매의 매각물건이 될 수 없으나, 미등기허가건물은 독립한 부동산의 요건에 해당되면 일정한 절차에 따라 부동산경매의 매각물건이 될 수 있다.

(3) 건축중인 건물로서의 독립한 부동산은 무엇인가

건물은 항상 토지의 존재를 전제로 존재한다. 즉 건물은 토지위에 건축공사를 하게 되는데, 공사초기에는 토지의 구성부분으로, 좀 더 진전되면

부합물로 진행되다가 일정 시점에 이르러야 독립한 부동산이 된다.

건축주가 지상에 건물을 신축하기 위하여서는 행정상의 절차 1 – 시공상의 절차(건축중인 건물) – 행정상의 절차 2를 거친다.

구체적인 내용은 아래 표와 같다.

구 분	내 용	비 고
건축허가 또는 건축신고 단계	건축을 하려면 건축법, 주택법의 규정에 따라 소관청에 허가 및 신고를 받아야 한다(건축물대장에 일자가 기재되어 있음)	건물이 존재하지 않는다.
착공계 제출단계	시공을 하기 전에 소관청에 착공을 신고하	건물이 존재하지 않는다.

5) 건축신축에 의한 소유권의 원시취득은 민법 187조의 법률의 규정에 의한 것으로 그 등기가 없어도

	여야 한다(건축물대장에 착공계 제출일자가 기재되어 있음)	
시공 1단계 (토공사, 기초공사 단계)	토공사나 기초공사의 단계는 통상 토지의 일정한 변형을 수반하고 공사결과 토지에 부착, 합체된 구조물을 남긴다.	구조물은 토지의 구성부분이나 부합물로 취급된다.
시공 2단계 (골조공사이후 일부 층 도건물의 요건을 갖추지 못한 단계)	토지의 부합물로 볼 것인가	토지의 부합물로 취급된다.
시공 3단계 (일부 층이 주요 공사를 마쳐건물의 요건을 갖춘 단계)	토지와 독립한 건물로 볼 것인가	일부 층이 독립한 부동산으로서의 요건을 갖추었으면 그 부분에 관하여 건축주는 소유권을 원시취득[5]한다. 다만 그 소유권은 제4단계이후로 완성될 경우 건물전체에 대한 소유권의 원시취득이 일어남으로써 해소 또는 소멸된다.
시공 4단계 (전체 층이 주요공사를	대법원은 "최소한의 기둥과 지붕 그리고	전체 층에 대하여 건축주는 소유권을 원시취득한

효력이 있다(통설)

마쳐 건물의 요건을 갖춘 단계)	둘레벽(주벽)만이라도 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요 건을 갖춘 것이라"고 보았다(대법원 1976. 2. 24. 선고 75다343 판결)	다.
시공 5단계 (마무리 공사단계)	골조공사 이후의 배관작업, 내부인테리어작업 등 마무리 공사를 말한다.	
사용승인신청 및 건축물대장생성단계		
소유권보존등기	신청에 의한 보존등기 : 건축주가 건축물대장을 첨부하여 소유권보존 등기신청 한다.	직권보존등기 : 채권자가 건축주에 대하여 부동산 가압류결정, 부동산처분금지가처분, 강제경매개시결정을 받으면 법원의 촉탁에 의하여 등기관의 직권으로 보존등기가 실행된다.

따라서 시공 제3단계, 제4단계에서 독립한 부동산으로서의 건물이 되어 건축주는 소유권을 원시취득하게 되므로 채권자는 직권보존등기를 통한 부

동산경매신청을 할 수 있고, 법정지상권이 발생될 수도 있다.

(4) 일반건물과 집합건물

일반건물은 1동의 건물 전체를 소유권거래단위로 하고, 집합건물은 1동의 건물을 구분하여 각 구분건물마다 소유권거래단위로 한다. 등기사항증명서에서는 일반건물은 [건물]로, 집합건물은 [집합건물]로 표시하고 있고, 표제부 역시 표시하는 방법이 다르다.

(가) 일반건물

ⓐ 표제부상의 등기표시 방법

일반건물은 1동의 건물 전부를 표시한다.

부동산의 표시 경기도 양주시 백석읍 기산로 440번길 31-90 위 지상 철근콘크리트조 평지붕4층 숙박시설, 사무실, 보일러실 1층 55.8㎡ 2층 185.04㎡ 3층 185.04㎡ 4층 185.04㎡ 지층 50.38㎡ 옥탑층 19.44㎡

ⓑ 토지와 일반건물과의 법률관계

우리나라 법제상 토지와 일반건물은 독립한 부동산으로서 처분에 있어 상호간에 영향을 주지 않는다. 즉 한쪽만의 처분은 무효가 아니다.
다만 법정지상권, 관습상법정지상권이 발생이 될 수 있다.

현실적으로는 토지와 건물이 동일소유자에게 속하는 것이 바람직하므로 부동산경매에서는 개별매각(독립한 부동산 1단위의 매각)을 지양하고 일괄매각(독립한 부동산을 일괄하여 매각)을 하고 있다.

(나) 집합건물

ⓐ 표제부상의 등기표시 방법

집합건물은 1동의 건물 중 구조상, 이용상의 독립성을 가진 전유부분(이를 구분건물이라 한다)을 각 소유권 거래단위로 하는 건물을 말하는데, 그 형태는 4가지로 분류할 수 있다.

① 제1유형(1동의 건물, 구분건물 표시)

번호	소재지	용 도/구 조/면 적	비 고
1	부산광역시 부산진구 중앙대로 975-11, 1층 103호	1동의 건물의 표시 부산광역시 부산진구 양정동 129 부산광역시 부산진구 양정동 480-30 [도로명 주소] 부산광역시 부산진구 중앙대로 975-11 철근콘크리트조 슬래브지붕 지하1층,지상7층 업무시설(오피스텔) 1층 323.49㎡ 2층 323.49㎡ 3층 323.49㎡ 4층 307.11㎡ 5층 268.89㎡ 6층 215.85㎡ 7층 145.65㎡ 지하층 214.65㎡ 전유부분의 건물의 표시 건물의 번호 : 1층 103호 구 조 : 철근콘크리트조 면 적 : 30.42㎡	---

② 제2유형(1동의 건물, 구분건물, 대지권 목적 토지 표시)

번호	소재지	용 도/구 조/면 적	비 고
1	서울특별시 종로구 숭인동 615 중앙빌라 1층 101호	1동의 건물의 표시 서울특별시 종로구 숭인동 615 서울특별시 종로구 숭인동 626 서울특별시 종로구 숭인동 627 중앙빌라 철근콘크리트구조 (철근)콘크리트지붕 지하1층,지상4층 공동주택(다세대주택) 1층 38.43㎡ 1층 64.22㎡ 2층 97.00㎡ 3층 90.73㎡ 4층 86.74㎡ 지층 99.28㎡ 전유부분의 건물의 표시 건물의 번호 : 1층 101호 구 조 : 철근콘크리트구조 25.93㎡ 대지권의 목적인 토지의 표시 토 지 의 표시 : 1. 서울특별시종로구숭인동626 대 60㎡ 2. 서울특별시종로구숭인동627 대 46㎡	---

③ 제3유형(1동의 건물, 구분건물, 대지권 목적 토지, 대지권, 별도등기 표시)

등기사항전부증명서(말소사항 포함) - 집합건물

[집합건물] 경기도 부천시 오정구 원공동 282-39 동원하이츠빌 제나동 제5층 제502호 고유번호 1211-2003-013305

【 표 제 부 】 (1동의 건물의 표시)				
표시번호	접 수	소재지번,건물명칭 및 번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
~~1~~	~~2003년6월30일~~	~~경기도 부천시 오정구 원공동 282-39 동원하이츠빌 제나동~~	~~철근콘크리트조 평슬래브지붕 5층 공동주택 1층 172.12㎡ 2층 170.30㎡ 3층 170.30㎡ 4층 170.30㎡ 5층 123.23㎡ 옥탑 10.92㎡~~	~~도면편철장 제876호~~
2		경기도 부천시 오정구 원공동 282-39 동원하이츠빌 제나동 [도로명주소] 경기도 부천시 오정구 소사로742번길 20	철근콘크리트조 평슬래브지붕 5층 공동주택 1층 172.12㎡ 2층 170.30㎡ 3층 170.30㎡ 4층 170.30㎡ 5층 123.23㎡ 옥탑 10.92㎡	2011년 10월 31일 도로명주소 2011년12월26일 등기

(대지권의 목적인 토지의 표시)				
표시번호	소 재 지 번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
1	1. 경기도 부천시 오정구 원공동 282-39	대	325㎡	2003년6월30일

[집합건물] 경기도 부천시 오정구 원종동 282-39 동원하이츠빌 제나동 제5층 제502호 고유번호 1211-2003-013305

【 표 제 부 】 (전유부분의 건물의 표시)				
표시번호	접 수	건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2003년6월30일	제5층 제502호	철근콘크리트조 51.79㎡	도면편철장 제876호
(대지권의 표시)				
표시번호	대지권종류		대지권비율	등기원인 및 기타사항
1	1 소유권대지권		325분의 30.8	2003년6월10일 대지권 2003년6월30일
2				별도등기 있음 1토지(갑구20번 이전청구권가등기,을구10번,11번,16번, 20번 근저당권설정 등기) 2003년6월30일

열 람 용

④ 제4유형(1동의 건물, 구분건물, 대지권 목적 토지, 대지권)

부동산표시목록

번호	소재지	용 도/구 조/면 적	비 고
1	서울특별시 송파구 문정동 63-3 1층 105호	1동의 건물의 표시 서울특별시 송파구 문정동 63-3 철근콘크리트조 경사슬래브지붕 4층연립주택 1층 452.79㎡ 2층 452.79㎡ 3층 452.79㎡ 4층 452.79㎡ 지층 737.97㎡ 전유부분의 건물의 표시 건물의 번호 : 1층 105호 구 조 : 철근콘크리트조 면 적 : 1층87.21㎡ 지층38.85㎡ 대지권의 목적인 토지의 표시 토 지 의 표시 : 1. 서울특별시송파구문정동63-3 대 956.7㎡ 대지권의 종류 : 1. 소유권 대지권의 비율 : 1. 956.7 분의 70.58	---

SUPREME COURT OF KOREA

ⓑ 토지와 집합건물과의 법률관계

일반건물과는 달리 집합건물은 토지와의 관계에 있어서 서로 독립적이지 않고 상호밀접하다. 따라서 집합건물에 있어서의 토지는 그 전체를

대지권목적인 토지[6]라 말한다. 또한 각 구분건물 소유자는 대지권 목적인 토지중

적정한 비율의 공유지분을 확보하여야 완전한 구분건물을 소유할 수 있는데 이를 대지사용권[7]이라 한다. 이하에서는 집합건물에 특이한 개념을 설명해보기로 한다.

① 집합건물의 성립시기

일반건물은 1동의 건물 중에 구분소유할 의사가 없기 때문에 건축중인 건물의 제3단계, 4단계에서 건축주는 일반건물을 원시취득 할 수 있으나, 집합건물은 객관적요건과 주관적 요건을 다 충족시켜야 성립된다.

주관적요건(구분의사)	객관적요건 (이용상, 구조상 독립성)	집합건물의 성립시기
1. 건축허가		
2. 분양공급계약		
	시공상의 4단계	주관적요건 1. 2
3 사용승인, 소유권보존 등기		주관적요건 3

대법원판결에 의하면 주관적요건은 건축주의 구분의사의 표시로서 건축허가, 분양, 사용승인신청 등이 된다고 한다[8]. 따라서 시공상의 4 단계와

6) 이는 부동산등기법상의 개념으로 집합건물의소유및관리에관한법률에서는 건물의 대지라 한다.
7) 집합건물소유및관리에관한법률 제2조 6. "대지사용권"이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 말한다.
8) [다수의견] 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라, 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분

일치되는 시점에서 집합건물이 발생된다고 할 것이다[9].

② 대지사용권의 성립시기

앞서 대지사용권이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리라고 말하였다. 따라서 구분소유자 A가 대지권목적인 토지 중 적정한 공유지분을 소유하지 못한다면 대지사용권을 취득하지 못하고, 적정한 공유지분을 소유하여야만 대지사용권을 취득할 수 있다.

③ 대지사용권의 효력

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 (전유부분과 대지사용권의 일체성) ① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다. ② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제2항 본문의 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의(善意)로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다. ④ 제2항 단서의 경우에는 제3조제3항을 준용한다. [전문개정 2010.3.31]

④ 매각물건이 대지권미등기인 경우 분석방법

권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다(출처 : 대법원 2013.01.17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결[대지권지분이전등기등] > 종합법률정보 판례).

9) "갑 등이 다세대주택으로 건축허가를 받은 건물의 일부 세대의 골조공사만 완료된 상태에서 공사가 중단되었고 그 후 갑 등의 공유지분에 관한 강제경매절차에서 을이 공유지분을 취득한 사안에서, 공사 중단 당시 객관적·물리적 측면에서 1동의 건물이 존재한다고 보기 어렵고 건축허가신청 등을 통하여 객관적으로 외부에 표시된 구분행위에 상응하는 구분건물이 모두 완성된 것으로 보기도 어려우므로, 강제경매절차 전에 구분소유가 성립하였다고 할 수 없어 을이 공유지분을 유효하게 취득하였다고 한 사례"(출처 : 대법원 2015.06.24. 선고 2012다109538 판결[지료청구등] > 종합법률정보 판례)

대지권미등기인 구분건물이란 앞서 제1, 2 유형을 말한다. 대지사용권이 있으면 구분소유자는 대지권 등기신청을 할 수 있는데, 그렇다면 대지권미등기란 대지사용권이 존재하는 구분건물과 대지사용권이 없는 구분건물로 나눌 수가 있다.

매각물건이 대지권미등기 구분건물이라면 매각물건이 대지사용권이 있는지 여부를 반드시 검토하여야 하는데, 어떻게 하여야 할까? 대지사용권을 취득하기 위하여는 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 적정한 공유지분을 가져야 하기 때문에 반드시 대지권목적인 토지를 살펴보아야 한다.
또한 구분소유자의 지분이 적정한 공유지분인가를 계산하여야 한다.

⑤ 대지사용권을 취득하기 위한 공유지분 계산방법

제21조 (전유부분의 처분에 따르는 대지사용권의 비율) ① 구분소유자가 둘 이상의 전유부분을 소유한 경우에는 각 전유부분의 처분에 따르는 대지사용권은 제12조에 규정된 비율에 따른다. 다만, 규약으로써 달리 정할 수 있다. ② 제1항 단서의 경우에는 제3조제3항을 준용한다. [전문개정 2010.3.31]

⑥ 별도등기

2. 권리란 무엇인가

가. 권리의 본질에 대한 정의

우리는 하루에도 무수히 많은 법률관계를 맺고 산다. 사소하게는 지하철을 타는 일, 음식점에서 점심을 사먹는 일, 백화점 쇼핑을 하는 일, 겨울철 보일러가 동파되어 보일러 업자를 시켜 수리하는 일 등등 법률관계를 통하여 상대방과의 사이에 권리, 의무를 발생시킨다.

그렇다면 권리란 무엇인가? 권리의 본질에 대한 정의는 역사적으로 다양한 학설이 주장되었지만 현재는 "권리란 일정한 구체적 이익을 누릴 수 있도록 법에 의하여 권리주체에게 주어진 힘"을 말한다(권리법력설).
따라서 권리가 침해를 받으면 그 침해된 권리(청구권)를 구제하기 위하여 법에 호소하여 구제를 받게 된다. 따라서 자력구제는 허용되지 않음이 원칙이다.

권리(물권, 채권) – 침해 – (물권적, 채권적청구권 발생) – 권리구제절차 (보전처분-가압류, 가처분/소송 – 결정/판결 – 강제집행)

나. 권리의 발생, 침해 및 구제절차

(1) 권리는 어떻게 발생되는가?

권리를 취득하려면 반드시 원인이 있어야 한다. 그냥 하늘에서 뚝 떨어지는 것이 아니다. 권리는 당사자 사이의 계약이나 법률규정에 의하여 발생된다.

사례를 들어보자.

[사례 1] A는 아파트를 구입하고자 C중개업소에 가서 부동산을 소개받고 B와 매매계약을 체결하였다. [사례 2] 채권자 B는 서울중앙지방법원에 채무자 A의 아파트에 관하여 부동산강제경매를 신청하였다. 이후 P는 매각기일에 최고가매수신고인으로 결정되었고, 매각허가결정을 받은 후 매각대금을 납부하였다.

[사례 1]에서는 A는 B에 대하여 아파트에 관한 중도금 및 잔금을 이행함과 동시에 재산권을 이전해달라는 권리(소유권이전등기청구채권, 목적물인도청구채권)를 취득하게 되고, B는 A에 대하여 재산권을 이전함과 동시에 중도금 및 잔금지급 채권을 갖게 된다.

[사례 2]에서는 P는 매각대금을 납부함으로써 민사집행법 135조[10] 규정에 의하여 소유권이라는 물권을 취득하게 된다.

(2) 권리는 어떠한 종류가 있는가?

권리는 다양한 기준으로 분류될 수 있다. 여기에서는 부동산 경매와 관련된 재산권으로서의 물권, 채권에 대한 개념을 알아보기로 하자.

(가) 물권과 채권의 취득

① (계약에 의한 부동산 물권 취득)

	물 권	원 인

10) 민사집행법 제135조 (소유권의 취득시기) 매수인은 매각대금을 다 낸 때에 매각의 목적인 권리를 취득한다.

1	소유권	증여, 매매, 환매, 교환, 신탁, 대물변제 계약
2	지상권	지상권설정계약
3	지역권	지역권설정계약
4	전세권	전세권설정계약
5	질권	질권설정계약
6	근저당권	근저당권설정계약
계약에 의한 부동산 물권 취득(동산 물권은 제외)은 등기하여야만 물권을 취득한다[11]. 다만 질권은 동산질권과 권리질권으로 구분될 수 있고, 질권의 대상인 권리가 등기되어 있는 경우 권리 질권을 등기할 수 있다 (예 : 근저당권부권리질권)		

② (법률규정에 의한 부동산 물권 취득)

구분	법정물권	취득시기	근거 법규
1	점유권	물건에 대한 사실상의 지배	제192조 (점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다. ②점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. 그러나 제204조의 규정에 의하여 점유를 회수한 때에는 그러하지 아니하다.
2	유치권	그 물건에 관하여 발	320조 (유치권의 내용) ①타인의 물

11) 제186조 (부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

12) 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘

		생한 채권, 점유, 이행기의 도래	건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다. ②전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.
3	법정지상권	저당물의 경매로 토지소유자와 건물소유자가 달라질 때	제366조 (법정지상권) 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.
4	관습상 법정지상권	매매, 강제경매, 공매로 토지소유자와 건물소유자가 달라질 때, 단 철거특약이 없을 것	판례법, 민법 366조 유추적용
5	분묘기지권	토지소유자의 승낙을 받은 분묘설치 분묘기지권의 시효취득 (대법원 1996. 6. 14. 96다14036)[12]	판례법

		자기 소유의 토지에 분묘를 설치하였다가 철거특약 없이 토지 소유권을 이전한 경우(대법원 1967. 10. 12. 67다1920)[13]	
6	상속으로 인한 소유권	피상속인의 사망	제997조 (상속개시의 원인) 상속은 사망으로 인하여 개시된다.
7	수용으로 인한 소유권	수용의 개시일(토지수용위원회가 재결로써 결정한수용을 시작하는 날을 말한다)	제45조 (권리의 취득·소멸 및 제한) 관련판례 ① 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다. ② 사업시행자는 사용의 개시일에 토지나 물건의 사용권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 사용 기간 중에는 행사하지 못한다. ③ 토지수용위원회의 재결로 인정된 권리는 제1항 및 제2항에도 불구하고 소멸되거나 그 행사가 정지

의 기지를 점유하면 지상권 유사의 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하는데, 이러한 분묘

			되지 아니한다.
8	확정판결,형성판결에 의한 소유권	공유물분할청구소송에 의한 소유권	
법률규정에 의한 부동산 물권 취득(동산 물권은 제외)은 등기를 요하지 아니한다[14]. 다만 공유물분할청구소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 되었다면 등기를 하여야 소유권을 취득한다[15]. 점유권과 점유할 권리는 구분된다. 점유권은 물건을 사실상 지배하는 자(절도범도 가능하다)의 권리이고, 점유할 권리는 사용수익할 권리를 가지는 자의 권리이다.			

③ (계약에 의한 채권의 취득)

기지권은 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 인정되고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 인정되지 않으므로, 이러한 특성상 분묘기지권은 등기 없이 취득한다(출처 : 대법원 1996.06.14. 선고 96다14036 판결[분묘굴이] > 종합법률정보 판례).

13) 자기소유 토지에 분묘를 설치하고 이를 타에 양도한 경우에는 그 분묘가평장되어 외부에서 인식할 수 없는 경우를 제외하고는 당사자간에 특별한 의사표시가 없으면 판 사람은 분묘소유를 위하여 산 사람이 토지에 대하여 지상권 유사의 물권을 취득한다(출처 : 대법원 1967.10.12. 선고 67다1920 판결[손해배상등] > 종합법률정보 판례).

14) 제187조 (등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

15) [다수의견] 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 한다(출처 : 대법원 2013.11.21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결[양도소득세부과처분취소] > 종합법률정보 판례).

구분	원 인	관련 민법 규정
1	증여	제554조 (증여의 의의) 증여는 당사자일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.
2	매매	제563조 (매매의 의의) 매매는 당사자일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
3	교환	제596조 (교환의 의의) 교환은 당사자쌍방이 금전이외의 재산권을 상호이전할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
4	소비대차	제598조 (소비대차의 의의) 소비대차는 당사자일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
5	사용대차	제609조 (사용대차의 의의) 사용대차는 당사자일방이 상대방에게 무상으로 사용, 수익하게 하기 위하여 목적물을 인도할 것을 약정하고 상대방은 이를 사용, 수익한 후 그 물건을 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
6	임대차	제618조 (임대차의 의의) 임대차는 당사자일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
7	고용	제655조 (고용의 의의) 고용은 당사자일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
8	도급	제664조 (도급의 의의) 도급은 당사자일방이 어느 일을 완

		성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
9	여행계약	제674조의2 (여행계약의 의의) 여행계약은 당사자 한쪽이 상대방에게 운송, 숙박, 관광 또는 그 밖의 여행 관련 용역을 결합하여 제공하기로 약정하고 상대방이 그 대금을 지급하기로 약정함으로써 효력이 생긴다. [본조신설 2015.2.3] [[시행일 2016.2.4]]
10	현상광고	제675조 (현상광고의 의의) 현상광고는 광고자가 어느 행위를 한 자에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 자가 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써 그 효력이 생긴다.
11	위임	제680조 (위임의 의의) 위임은 당사자일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.
12	임치	제693조 (임치의 의의) 임치는 당사자일방이 상대방에 대하여 금전이나 유가증권 기타 물건의 보관을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 효력이 생긴다.
13	조합	제703조 (조합의 의의) ①조합은 2인이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다. ②전항의 출자는 금전 기타 재산 또는 노무로 할 수 있다.
14	종신정기금	제725조 (종신정기금계약의 의의) 종신정기금계약은 당사자일방이 자기, 상대방 또는 제삼자의 종신까지 정기로 금전 기타의 물건을 상대방 또는 제삼자에게 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다
15	화해	제731조 (화해의 의의) 화해는 당사자가 상호 양보하여 당사자간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

민법상 15가지 계약규정은 특별히 강행규정이 아니면 당사자간의 계약 내용을 보충하는 규정에 불과하다. 따라서 채권은 상대방이 이행을 하여야 만족하게 되고 만족함으로써 소멸된다. [사례 1]에서 A와 B는 B의 아파트에 관하여 매매계약을 체결하였는데, 이때 A는 재산권이전청구채권(소유권이전등기청구채권, 목적물인도청구채권)을 취득한다. 이후 A가 B로부터 잔금과 동시에 소유권이전등기를 마치고, 아파트를 이전 받으면 완전한 소유권(소유권, 점유권)을 취득하게 된다. 따라서 물권을 취득하는데 있어 통상 채권의 발생이 앞선다.

④ (법률규정에 의한 채권 취득)

구분	법정채권	법률규정
1	지료청구채권	제366조 (법정지상권) 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.
2	사무관리로 인한 비용상환 청구채권	제739조 (관리자의 비용상환청구권) ①관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다. ②관리자가 본인을 위하여 필요 또는 유익한 채무

		를 부담한 때에는 제688조제2항의 규정을 준용한다. ③관리자가 본인의 의사에 반하여 관리한 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 전2항의 규정을 준용한다.
3	부당이득반환청구채권	제741조 (부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.
4	손해배상반환청구채권	제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

(나) 물권과 채권 차이

재산권으로서의 물권과 채권은 성질을 달리한다. 즉 물권은 그 자체로써 권리의 만족을 얻고 있는 상태이므로 정적(靜的)이어서 권리자 이외의 다른 사람으로부터 방해 받기를 싫어한다(따라서 방해를 받는다면 물권이 침해되는 것이며 이에 따라 물권적 청구권이 발생한다).

반면에 채권은 상대방으로부터 급부이행이 이루어져야 권리의 만족을 얻을 수 있으므로 동적(動的)이어서 변제기에 상대방의 이행을 부단히 추구한다. 따라서 변제기에 상대방이 이행을 하지 않으면 채권이 침해되는 것이며 이에 따라 채권적 청구권이 발생한다.

(3) 물권과 채권의 침해형태 및 청구권

구분	침해유형	청구권
물권	방해 (예 : 불법점유)	목적물인도청구권(건물인도청구권, 토지인도청구권) 방해배제청구권(건물철거청구권, 건물퇴거청구권) 방해예방청구권(공사중지청구권)
채권	채무불이행 (예 : 이행기에 채무를 이행하지 않은 경우)	강제이행청구권, 계약해제(해지)로 인한 원상회복청구권
부동산 경매에서 건물을 경락받은 자는 건물인도청구권을 소송으로써 할 수도 있고, 간이한 방법으로 신청으로써 경매법원에 건물인도명령신청을 할 수 있다[16].		

다. 금전권리, 비금전권리의 분류

(1) 금전권리와 비금전권리의 구별 실익

권리는 금전권리(돈), 비금전권리(안돈), 그리고 원칙적으로 비금전권리(안돈)이지만 권리자의 의사에 따라 금전권리(돈)와 경합하거나 금전권리로 변하는 권리로 나눌 수 있다. 배당권자의 자격이 되는지 여부, 매각으로 인수되는지, 소멸되는지 여부, 보전처분(가압류, 가처분)의 형태, 강제집행의 형태가

16) 제136조 (부동산의 인도명령 등) ①법원은 매수인이 대금을 낸 뒤 6월 이내에 신청하면 채무자·소유자 또는 부동산 점유자에 대하여 부동산을 매수인에게 인도하도록 명할 수 있다. 다만, 점유자가 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

달라지니 주의를 요할 것이다.

(2) 금전권리(돈), 비금전권리(안돈)

구 분	물 권	채 권
금전권리(돈)	담보가등기, 근저당권 임의경매개시결정	가압류, 강제경매개시결정, 압류
비 금전권리(안돈)	지상권, 지역권 유치권, (관습상)법정지상권 가처분(소유권말소청구권, 건물철거청구권)	환매, 가처분(소유권이전청구권)
원칙 : 비금전권리/ 예외 : 금전권리	전세권, 소유권이전등기청구권가등기, 유치권	임차권(주택, 상가건물)

(3) 말소기준등기

(가) 말소기준등기의 의의

금전권리(돈)는 경락자가 매각대금을 납부하면 금전권리등기는 말소되고 배당절차에서 순위에 따라 배당을 받게 된다. 즉 금전권리자는 금전을 지급받는 것을 목적으로 하기 때문에 매각으로 소멸하는 것이 원칙이다.

이때 우리는 금전권리 중 등기된 것을 금전권리등기라 부르고, 금전권리등기(근저당, 담보가등기, 배당요구종기일 이내에 배당 요구한 전세권, 소유권이전등기청구권 가등기가 소비대차로 권리신고한 경우, 가압류, 강제경매개시결정, 임의경매개시결정, 압류) 중 가장 앞선 순위의 금전권리등기를 말소기준등기라 부르기로 하자. 말소기준등기는 법률상의 용어가 아니라 강학상 매각 부동산에 기입 등기된 하자 등기가 매각으로 소멸하는가, 인수하는가의 기준이 된다.

다만 위 말소기준등기를 말소기준권리로 부르기도 하는데 자칫 잘못 분석할 수 있으므로 말소기준등기로 부르기로 한다.

(나) 말소기준등기의 작용

① 비금전권리등기(지상권, 지역권, 선순위가처분, 소유권이전등기청구권가등기, 예고등기 등)가 말소기준등기보다 선순위면 경락자는 비금전권리등기를 인수하고, 후순위이면 비금전권리등기는 매각으로 말소된다.

② 건물철거청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분, 예고등기는 말소기준등기보다 후순위라 하더라도 선의의 제3자를 보호하기 위하여 인수된다.

③ 유치권은 등기할 수 없는 법정물권으로서 비금전권리로 분류될 것이나, 말소기준등기가 근저당, 가압류, 압류인 경우에는 유치권의 성립시기 기준으로

후순위라도 경락자는 유치권을 인수하게 되어 유치권의 피담보채권(공사대금 채권, 유익비, 필요비 채권)을 책임지지 않는 한 매각물건의 점유를 취득할 수 없다. 다만 말소기준등기가 강제경매개시결정등기, 임의경매개시결정등기 이후에 유치권이 성립된 경우에는 유치권자는 경락자에게 대항할 수 없다.

④ 임차권등기 없는 주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법상의 임차인이 목적물을 점유하고, 전입신고하게 되면 그 다음날 오전 0시부터 대항력[17]을

주장할 수 있는데, 이때 말소기준등기 보다 앞서면 대항력이 있고, 말소기준등기 보다 뒤에 성립되면 대항력은 없게 된다. 민법상 차지권의 요건을 갖춘 토지임차인 역시 말소기준등기와 비교하여 앞서면 대항력을 주장할 수 있고, 뒤에 성립되면 대항력은 없게 된다.

⑤ 아래 등기부와 같은 권리관계에서 경락을 받은 경우 지상권의 운명이 어떻게 될 지 살펴보자.

[갑 구] (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	소유권이전	2004년9월10일 제4228호	2002년10월30일 매매	소유자 갑돌이 620101-1****** 서울 양천구 목동 11
2	임의경매개시 결정	2009년8월1일 제8545호	2009년8월1일 서울중앙지방법원 의 경매개시결정 (2009타경****)	채권자 주식회사H은행 110111-******* 서울 중구 남대문로 111

[을 구] (소유권 이외의 권리에 관한 사항)

17) 임차인의 대항력이란 임차인이 전 임대인과의 모든 임대차계약상의 채권채무관계를 현 소유자에게 주장할 수 있는 힘을 말한다. 따라서 이 경우 현 소유자는 임차인에게 임차보증금반환의무를 지게되고, 임대차계약기간까지 건물을 비워달라고 하지 못한다.

순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	지상권설정	2007년2월1일 제5744호	2007년2월1일 설정계약	목적 건물 기타 공작물이나 수목의 소유 범위 토지의 전부 존속기간 2007년 2월 1일부터 만30년 지상권자 을순이 610101-2****** 경기도 광명시 하안동 11
2	근저당권설정	2008년1월17일 제7072호	2008년1월17일 설정계약	채권최고액 금39,000,000원 채무자 갑돌이 서울 양천구 목동 11 근저당권자 주식회사H은행 110111-******* 서울 중구 남대문로 111

이 사건에서 말소기준등기는 주식회사H은행의 근저당권이 될 것이고, 을순이의 지상권은 이 근저당권 보다 선순위이기 때문에 홍길동은 을순이의 지상권을 인수하게 된다.

3. 부동산경매절차 및 권리분석의 방법론

가. 부동산경매절차

경매절차의 개요(압류→환가→배당)

부동산강제(임의)경매신청	신청접수일로부터 2일내에 → 경매개시결정 및 등기촉탁, 그리고 미등기건물조사명령을 함	경매개시결정에 관한 이의신청

↓		
배당요구의 종기결정 및 공고	등기필증접수일로부터 3일 안, 종기는 첫 매각기일 이전의 날로 정함, 채권신고의 최고	
↓		
매각의 준비	등기필증접수일로부터 3일 안 (임의경매는 개시결정일로부터), 집행관현황조사명령, 감정인 감정평가명령, 최저매각가격결정	
↓		
매각 방법, 매각기일 및 매각결정기일의 지정, 공고, 통지		
↓		
물건명세서의 작성, 그 사본 및 현황조사보고서, 평가서 사본의 비치	매각기일 1주전까지(강행규정 105조2항, 268조, 규칙 55조)	
↓		
매각기일	경매법정에서 집행관에 의하여 실시→최고가매수인 및 차순위 매수신고인을 정함	
↓	7일후	★매각허가에 대한 이의 신청(매각불허

		가신청, 의견진술형식)
매각허가결정기일	이해관계인의 진술을 들은 후 최종적으로 매각허부를 함, 매각허가결정으로써 매수인이됨	★매각허가결정에 대한 즉시항고(매각대금의 1/10에 해당하는 금전, 유가증권을 공탁하여야 함. 항고가 기각될 경우, 채 무자나 소유자는 보증금을, 그 이외의 사람은 이자에 상당하는 금원을 보증금에서 공제당함)
↓ 7일		
매각허가결정확정		
↓		
매각대금납부	매각허가결정확정일 또는 상소법원으로부터 기록송부 받은 날 부터 3일안에 대금지급기한 통지, 납부 즉시 소유권이전 (민법 제187조)	★소유권이전등기의 촉탁 ★부동산인도명령신청
↓		
배당기일	매각대금 납부후 4주 안	배당이의신청 배당이의의 소

나. 부동산 경매에서 권리분석을 하는 이유는 무엇인가?

부동산경매의 목적은 민사집행법에 의한 부동산 경매 절차에서 입찰을 통하여 매각부동산의 완전한 소유권을 취득하는 것이다. 여기서 완전한 소유권이란 경락자가 매각대금을 납부함으로써 등기부상에 존재하는 하자등기는 깨끗하게 말소하고, 소유권이전등기를 하는 것이며, 매각부동산의 점유를 취득하는 일이다.

그러나 유감스럽게도 부동산 경매를 통하여 경락을 받아 매각대금을 납부한다 하여도 완전한 소유권을 취득하는 경우는 거의 드물고, 오히려 소유권을 취득한다 하더라도 점유권을 취득하지 못하는 경우가 많고, 게다가 취득한 소유권마저도 무효로 말소되는 경우가 있다.

이러한 경우 경락자는 매각대금 납부를 포기하고 입찰보증금을 반환받을 수 있나? 매각불허가 사유나 매각 취소 사유가 있으면 경매법원의 결정을 받아 보증금을 반환 받을 수 있지만, 정당한 사유 없이 입찰보증금을 반환받을 수 없고, 매각대금이 미납되면 부동산 경매는 재매각되고 입찰보증금은 몰취되어 배당재단에 편입하게 된다.

당사자 사이의 부동산 매매계약 체결을 전제로 하는 사적거래에서는 매수인은 잔금 납부시에 매매 부동산에 대하여 깨끗한 소유권을 취득하는지, 점유권을 취득하는지 점검해보고 이상이 있으면 잔금을 지급하지 않고(동시이행의 항변권[18]), 완전한 소유권을 취득하기 위하여 청구권을 행사할 수 있

18) 민법 제536조 (동시이행의 항변권) ①쌍무계약의 당사자일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는

으나, 부동산 경매절차는 동시이행의 항변권을 행사할 수 없어 경락 후 하자를 발견하였다 하더라도 매각불허가나 경매 취소 사유가 없는 한 매각대금을 납부하여야 한다.

따라서 경락을 받으려는 자는 매각기일 전에 매각부동산에 대하여 완전한 소유권(깨끗한 소유권, 점유권)을 취득할 수 있는지 면밀하게 검토하여야 할 것이다.

(사적거래와 부동산 경매의 비교)

구 분	사적거래	부동산 경매
하자등기	인수주의	말소주의, 인수주의 예외
동시이행항변권	있음	없음
소유권취득시기	등기	매각대금납부
권리분석의 필요성	적음	많음

나. 권리분석 방법론

(1) 매각물건 고르기

경매 물건은 현재에도 신문 공고가 원칙이나 현실은 대법원 인터넷사이트의 대법원 경매정보를 통하여 고르게 된다. 다만 위 대법원 경매정보는 매각기일 전 7일 내에 정보를 제공하기 때문에 입찰을 준비하는 데 시간이 촉박하므로 유료사이트 등(지지옥션, 굿옥션, 스피드옥션, 두인경매)를 이용하게 된다.

유료사이트는 기간의 제한을 두지 않고 모든 정보를 제공하기 때문이다.

그러하지 아니하다. ②당사자일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.

[경매의 함정 1]

보통 유료사이트 등만 보고 권리분석을 한 후 입찰에 참가하는 경우 매각목적물 중 취하되는 물건이 있어 대법원 경매정보는 업데이트하였으나, 유료사이트 등은 업데이트를 하지 않아 낭패를 보는 경우가 있다(사례 : 의정부지방법원 2013-60015, 2004-61869).

따라서 매각기일에 입찰을 하고자 할 경우에는 반드시 대법원경매정보에서 경매진행의 변동이 있는지 확인하여야 한다.

(2) 매각물건의 특정 및 매각물건유형 분류하기

(가) 매각물건의 특정

경매로 취득하는 부동산은 수천만원에서 수 억원 내지는 수십억의 비용이 든다. 우리는 가전제품을 사더라도 스펙을 면밀히 살펴보고 신중을 기하여 고르는데, 경매로 취득하는 부동산이 과연 무엇인지 정확히 따지는 것은 매우 중요한 일이다. 즉 매각물건이 토지인지, 건물인지, 토지라면 그 지상에 매각외 건물이 존재하는지, 공유지분인지 등을 정확히 특정하여야 할 것이다.

그렇다면 우리는 어떤 자료를 기초로 하여 매각물건을 특정하여야 하나? 우선 대법원경매정보나 유료사이트 등은 경매법원이 작성한 부동산 표시목록을 제공한다. 즉 부동산표시목록에 제시된 부동산이 매각물건인 것이다.

부동산표시목록

번호	소재지	용 도/구 조/면 적	비 고
1	경기도 의왕시 고천동 182	답 638㎡ 매각지분 4040분의 1359 고정도 지분전부	---

예를 들어 부동산표시목록이 위 표와 같이 되어 있다면 매각물건은 답 638㎡ 중 4040분의 1359 지분[19]이 될 것이다.

6 (전 10)	2번박종완지분전부이전	1995년1월20일 제678호	1994년12월28일 매매	공유자 지분 4040분의 1359 고정도 480606-1****** 의왕시 삼동 215-93
7 (전 11)	1번정태운지분전부이전	1995년3월14일 제3252호	1994년12월28일 매매	공유자 지분 2020분의 661 고정도 480606-1****** 의왕시 삼동 215-93

순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
17	6번고정도지분,7번고정도지분 강제경매개시결정	2004년10월18일 제22136호	2004년10월12일 수원지방법원의 강제경매개시결정(2004 타경61869)	채권자 차희철 서울 강북구 미아5동 산88-5

한편 부동산표시목록 이외에도 우리가 직접 부동산등기부등본을 보고 직접 매각물건을 특정할 수도 있다.

(나) 매각물건의 유형

매각물건의 유형은 아래 표에서 보는 바와 같이 크게 4가지이고, 세분하면 수십 가지로 나눌 수 있다. 매각물건의 유형을 분류하는 작업은 경매 권리분석에 있어서 매우 중요하다.

우리는 앞으로 매각물건의 유형을 미리 정하고, 이에 따라 권리분석을 할 것이므로 기본적인 사항을 잘 숙지하여야 할 것이다.

구 분	매각물건의 형태	특 징
제1번 유형	토지위에 정착물이 없	나지만의 매각이므로 매각토지를

19) 지분은 분수로 표시하는 것이 원칙이다. 위 지분을 면적으로 환산하는 공식은 638×1359/4040이다. 한편 공매에서는 지분표시를 면적으로 하고 있는데 이는 바람직하지 못할 것이다.

	는 나지만의 매각	용도에 맞게 사용, 수익할 수 있는지 살펴보아야 한다.
제2번 유형	토지위에 제시외 건물이 있는 경우 토지만의 매각	토지의 소유권을 취득하는 순간 제시외 건물로 인하여 토지의 사용, 수익에 방해를 받으므로 토지를 인도받을 수 있는지, 투자 대비 상당한 수익을 올릴 수 있는 지료를 받을 수 있는지 살펴보아야 한다.
제3번 유형	토지는 제외하고 건물만매각	건물의 소유권을 취득함으로써 토지를 방해하고 있는지, 아니면 토지를 무상으로 이전받을 수 있는지 살펴보아야 한다.
제4번 유형	토지, 건물 일괄매각 또는 집합건물중 구분건물의 매각	여기서는 경락자가 건물을 점유할 수 있는 지가 관건이다.

(3) 누구(WHO)에게 무엇(WHAT)을 청구할 것인가를 검토하기

부동산경매에서 경락자가 매각물건을 취득하는 궁극적인 목적은 매각물건의 완전한 소유권 및 점유권을 취득하는 일이다. 하지만 대개의 경우 경락자가 매각대금을 납부한다 하더라도 바로 매각물건의 완전한 소유권 또는 점유권을 취득하기는 어렵다.

따라서 입찰자는 매각기일에 입찰하기 전에 반드시 완전한 소유권을 취득할 수 있는지 또는 점유권을 취득할 수 있는지 검토하여야 한다. 이때 검토 자료는 경매법원이 작성하는 매각물건명세서 및 등기사항증명서 등이 될 것이다.

입찰자는 매각물건명세서상의 1. 임차권 분석, 2. 인수등기여부분석 3. 법정지상권발생여부 분석, 4. 유치권분석 등을 하여 완전한 소유권 및 점유권을 취득할 수 있는지 검토하여야 한다.

제2강 권리분석 각론

1. 경락자는 매각이후 매각물건의 점유권을 취득할 수 있는가

가. 임차권(안돈/돈) 분석(매각물건의 점유권취득의 문제)

(1) 분석대상 물건 유형

매각물건 유형 전부 해당된다. 매각물건명세는 경매법원이 집행관현황조사서와 임차인의 권리신고서, 부동산등기부등본 등을 취합하여 임차인의 인적사항, 점유시점, 전입신고시점, 임차보증금액, 배당요구여부 등이 기재되어 있다. 다만 실무에서는 토지임차정보는 거의 제공되지 않고, 건물임차정보에 대하여서만 제공되고 있는 실정이다.

(2) 임차권분석 대상

임차권분석은 대항력 유무, 우선변제권, 최우선변제권 유무 순으로 분석을 하면 된다. 이때 경매에 있어서 매각물건의 점유권을 취득할 수 있는지의 문제는 대항력 유무에 달려 있다. 만일 임차인에게 대항력이 있다면 경락인은 임차보증금을 인수하여야 하고, 대항력이 없다면 경락인은 임차인에 대하여 임차물(건물, 상가건물, 토지[20])에 대한 인도청구권을 행사할 수 있다.

구 분	등기없는 임차권	차지권 또는 대항력 없는 경우 청구권 발생
제1유형(토지)	차지권의 대항력 및 대	토지인도청구권

20) 토지에 대한 인도청구권을 행사하기 위하여는 부수적으로 건물철거청구, 건물퇴거청구권을 행사할 수 있다.

	항력 없음	
제2유형(토지/제시외건물)	차지권의 대항력 존재여부 검토	토지인도청구권, 건물철거청구권, 건물퇴거청구권
제3유형(건물/제시외토지)	대항력 존재여부 검토	건물인도청구권
제4유형(건물)	대항력 존재여부 검토	건물인도청구권

다만 임차인이 우선변제권 또는 최우선변제권을 행사하여 임차보증금을 배당으로 수령한다면 명도가 수월해지고, 대항력 있는 임차인이 우선변제권 또는 최우선변제권을 행사하면 배당을 100% 받지 않은 경우 나머지 임차보증금에 대하여 대항력이 존재하므로 우선변제권, 최우선변제권 역시 면밀하게 분석해야 할 것이다[21].

구 분	민법(안돈)	주택임대차보호법 (안돈/돈)	상가건물임대차보호법 (안돈/돈)
적용범위	주거용건물, 상가건물, 기타건물 토지	주거용 건물	상가건물, 단 보증금(월세는 전환율로 곱하여 합함)에 의한 제한 있음, 그러나 대항력, 계약갱신 요구권 등은 보증금제한이 없다.[22][23]
대항력 (말소기준등기보다 앞 서 야	등기, 다만, 토지의 경우 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등	등기/ 대항요건(주택의 인도 + 주민등록) 그 다음날 오전 0시	등기/ 대항요건(건물인도 + 사업자등록) 그 다음날 오전 0시

21) 제3조의5 (경매에 의한 임차권의 소멸) 임차권은 임차주택에 대하여 「민사집행법」에 따른 경매가 행하여진 경우에는 그 임차주택의 경락(競落)에 따라 소멸한다. 다만, 보증금이 모두 변제되지 아니한, 대항력이 있는 임차권은 그러하지 아니하다.

대항력이 있다)	기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제삼자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다(차지권, 민법 621조).		
우선변제권	없음	등기/[대항요건 + 확정일자] + 배당요구종기일까지 배당요구	등기/ [대항요건 + 확정일자] + 배당요구종기일 까지 배당요구
최우선변제권	없음	소액보증금 + 대항요건 +경매개시결정등기전 +배당요구종기일까지 배당요구	소액보증금 + 대항요건 + 경매개시결정등기전 + 배당요구종기일까지 배당요구

상가건물임대차보호법 시행령 제2조 (적용범위)

제2조(적용범위) ①「상가건물 임대차보호법」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1항 단서에서 "대통령령으로 정하는 보증금액"이라 함은 다음 각호의 구분에 의한 금액을 말한다. <개정 2008. 8. 21., 2010. 7. 21., 2013. 12. 30., 2018. 1. 26.>

1. 서울특별시 : 6억1천만원
2. 「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다) 및 부산광역시: 5억원
3. 광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역, 부산광역시는 제외한다), 세종특별자치시, 파주시, 화성시, 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시: 3억9천만원
4. 그 밖의 지역 : 2억7천만원

②법 제2조제2항의 규정에 의하여 보증금외에 차임이 있는 경우의 차임액은 월 단위의 차임액으로 한다.

③법 제2조제2항에서 "대통령령으로 정하는 비율"이라 함은 1분의 100을 말한다. <개정 2010. 7. 21.>

나. 법정지상권(안돈) 분석(매각물건의 점유권취득의 문제)

(1) 분석대상 물건 유형

매각물건 유형 중 제2유형과 제3유형이 해당된다. 매각물건명세서에서는 "법정지상권 성립여지 있음, 법정지상권 성립 불분명" 등으로 기재되어 결국 법정지상권이 성립되는지 여부는 입찰자가 토지등기부등본과 건물등기부등본을 보고 판단하여야 한다.

(2) 법정지상권[24] 분석방법

저당권설정당시 토지와 건물이 존재하고, 토지와 건물의 소유자가 동일인이어야 하며, 임의경매로 인하여 토지와 건물의 소유자가 달라지면 민법 366조에 의하여 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.

---

22) 제2조(적용범위) ① 이 법은 상가건물(제3조제1항에 따른 사업자등록의 대상이 되는 건물을 말한다)의 임대차(임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우를 포함한다)에 대하여 적용한다. 다만, 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여는 그러하지 아니하다.
② 제1항 단서에 따른 보증금액을 정할 때에는 해당 지역의 경제 여건 및 임대차 목적물의 규모 등을 고려하여 지역별로 구분하여 규정하되, 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 그 차임액에 「은행법」에 따른 은행의 대출금리 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함하여야 한다. <개정 2010. 5. 17.>
③ 제1항 단서에도 불구하고 제3조, 제10조제1항, 제2항, 제3항 본문, 제10조의2부터 제10조의8까지의 규정 및 제19조는 제1항 단서에 따른 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 적용한다. <신설 2013. 8. 13., 2015. 5. 13.>
[전문개정 2009. 1. 30.]

23) 상가건물임대차보호법 부칙 제2조(대항력에 관한 적용례) 제2조제3항의 개정규정 중 제3조 대항력에 관한 규정은 이 법 시행 후 최초로 계약이 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다.

24) 법률규정에 의한 지상권취득은 민법 366조의 법정지상권과 판례가 인정하는 관습상법정지상권이 있다. 전자는 저당권 실행에 의한 임의경매에서, 후자는 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매에서 발생된다는 차이만 있고 나머지는 동일하게 취급하므로 이하에서는 민법 제366조의 법정지상권만 설명한다.

따라서 법정지상권이 성립하는가를 분석하려면 토지등기부등본과 건물등기부등본을 가지고 저당권설정 당시의 토지, 건물이 존재하는지, 동일소유자인지 확인하여 이에 해당되면 법정지상권이 발생되어 매각으로 건물소유자는 토지에 대하여 지상권을 취득하는 것으로 되고, 만일 법정지상권이 발생되지 않으면 건물소유자는 토지에 대하여 불법점유자가 되어 건물을 철거하여야 할 처지에 놓이게 된다.

만일 건물이 무허가건물이거나 사용승인을 받지 않아 보존등기가 없는 미등기 건물인 경우는 어떠한가? 대법원은 무허가건물이거나 미등기건물이라

하더라도 건물로서의 요건을 갖추고 있으면 법정지상권을 취득하는데 문제가 없다고 한다[25)]

(3) 법정지상권 요건으로서의 건물

건축주가 지상에 건물을 신축하기 위하여서는 행정상의 절차 1 – 시공상의 절차(건축중인 건물) – 행정상의 절차 2를 거친다. 구체적인 내용은 아래 표와 같다.

구 분	내 용	비 고

25) 동일인의 소유에 속하였던 토지와 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등으로 그 소유권자를 달리하게 된 경우에 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 그 건물의 소유를 위하여 그 부지에 관하여 관습상의 법정지상권을 취득하는 것이고 그 건물은 건물로서의 요건을 갖추고 있는 이상 무허가건물이거나 미등기건물이거나를 가리지 않는다(출처 : 대법원 1988.04.12. 선고 87다카2404 판결[건물철거] > 종합법률정보 판례).

건축허가 또는 건축신고 단계	건축을 하려면 건축법, 주택법의 규정에 따라 소관청에 허가 및 신고를 받아야 한다((건축물대장에 일자가 기재되어 있음)	건물이 존재하지 않으므로 법정지상권 발생여지가 없다.
착공계 제출단계	시공을 하기 전에 소관청에 착공을 신고하여야 한다(건축물대장에 착공계 제출일자가 기재되어 있음)	건물이 존재하지 않으므로 법정지상권 발생여지가 없다.
시공 1단계 (토공사, 기초공사 단계)	토공사나 기초공사의 단계는 통상 토지의 일정한 변형을 수반하고 공사결과 토지에 부착, 합체된 구조물을 남긴다.	구조물은 토지의 구성부분이나 부합물로 취급, 법정지상권 성립 안됨
시공 2단계 (골조공사이후 일부 층도 건물의 요건을 갖추지 못한 단계)	토지의 부합물로 볼 것인가	토지의 부합물로 취급, 법정지상권 성립 안됨
시공 3단계 (일부 층이 주요 공사를 마쳐 건물의 요건을 갖춘 단계)	토지와 독립한 건물로 볼 것인가	일부 층이 독립한 부동산으로서의 요건을 갖추었으면 그 부분에 관하여 건축주는 소유권

		을 원시취득[26]한다. 그 부분에 관하여 법정지상권 요건이 된다. 다만 그 소유권이나 법정지상권은 제4단계이후로 완성될 경우 건물 전체에 대한 소유권의 원시취득이 일어남으로써 해소 또는 소멸된다.
시공 4단계 (전체 층이 주요공사를 마쳐 건물의 요건을 갖춘 단계)	대법원은 "최소한의 기둥과 지붕 그리고 둘레벽(주벽)만이라도 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라"고 보았다(대법원 1976. 2. 24. 선고 75다343 판결)	전체 층에 대하여 건축주는 소유권을 원시취득하므로 법정지상권의 요건이 된다.
시공 5단계 (마무리 공사단계)	골조공사 이후의 배관작업, 내부인테리어작업 등 마무리공사를 말한다.	법정지상권의 요건이 된다.
사용승인신청 및 건축물 대장생성단계		법정지상권의 요건이 된다.
소유권보존등기	신청에 의한 보존등기	직권보존등기 : 건축주외

	: 건축주가 건축물대장을 첨부하여 소유권 보존등기 신청한다.	의자가 건축주에 대하여 부동산가압류결정, 부동산처분금지가처분, 강제경매개시결정을 받으면 법원의 촉탁에 의하여 등기관의 직권으로 보존등기가 실행된다.
주의사항	* 법정지상권 발생여부를 분석하려면 건물이 미등기 건물인지, 등기된 건물인지를 살펴보고 전자의 경우에는 근저당 설정당시 건축중인 건물이 어느 단계인지 살펴보아야 한다. 후자의 경우에는 경락자가 보이지 않는 지상권을 인수할 수 있으므로 보존등기시점부터 살펴보아야 한다. * 미등기건물의 경우 반드시 소관청에 문의하여 무허가인지 여부, 건축허가 및 건축신고 여부, 사용승인이 허가 되지 않은 사유 등을 확인하여야 한다.	

(4) 법정지상권의 특수 문제

(가) 저당권설정 당시 토지, 건물의 동시존재의 문제

26) 건축신축에 의한 소유권의 원시취득은 민법 187조의 법률의 규정에 의한 것으로 그 등기가 없어도 효력이 있다(통설)

저당권설정 당시에 독립한 건물로 볼 수 없으면 법정지상권 여부를 따질 필요도 없이 법정지상권은 발생하지 않는 것이 원칙이다. 다만 대법원은 건물의 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되었고(시공 1단계), 매각대금 납부시까지 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖추면 법정지상권이 성립을 인정한다[27].

(나) 저당권설정당시 토지, 건물의 동일소유자의 문제

토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에는 관습상 법정지상권이 성립할 수 있는가? 대법원은 이를 부정한다[28]

다. 유치권(안돈/돈) 분석(매각물건의 점유권취득의 문제)

(1) 분석대상 물건 유형

매각물건 유형 중 제1유형, 제2유형, 제3유형, 제4유형 다 해당된다. 매각물건명세서에서는 비고란에 "유치권신고 있으나, 성립여부 불분명, 채권자로부터 유치권배제신청 있음, 서울중앙지방법원 2016가단555 유치권부존재사건에서 원고 패소함" 등으로 기재되어 결국 유치권이 성립되는지 여부는

27) 민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물을 건축중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추면 법정지상권이 성립하며, 그 건물이 미등기라 하더라도 법정지상권의 성립에는 아무런 지장이 없는 것이다(출처 : 대법원 2004.06.11. 선고 2004다13533 판결[건물철거및토지인도등] > 종합법률정보 판례).

28) 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습법상의 법정지상권이 성립되는 것으로 보게 되면 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다(출처 : 대법원 1993.04.13. 선고 92다55756 판결[건물철거등] > 종합법률정보 판례).

입찰자가 각종 판결문을 입수, 임장활동 등을 통하여 판단하여야 한다.

(2) 유치권의 성립요건 등

유치권은 계약에 의하지 아니하고, 법률규정에 의하여 발생하는 법정물권 담보물권이다. 유치권의 성립요건에 관한 민법규정은 유치권이 성립하기 위하여는 "타인의 물건에 대한 점유, 그 물건에 관하여 생긴 채권(피담보채권), 채권이 변제기에 있을 것"을 요건으로 하고 있다.

제320조 (유치권의 내용) ①타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다. ②전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.

따라서 유치권은 그 성립요건 사실 3개 중 어느 하나라도 존재하지 아니하면 유치권이 성립되지 않는다. 유치권이 성립되면 경락자는 유치권의 피담보채권에 대하여 책임을 지게 되므로, 유치권자에게 대위변제하지 않으면 목적물을 인도받을 수 없다. 이때 유치권자가 보존행위로서 건물을 사용하여 수익하고 있다면 임료상당의 부당이득금은 공제될 것이다.

반면에 유치권이 성립되지 아니하면 유치권자는 점유할 권원이 없게 되므로 경락자는 유치권자에 대하여 건물명도 청구권 및 임료상당의 부당이득금반환청구권을 행사할 수 있다. 만일 가짜 유치권자가 시건 장치만 한 상

태로 건물을 사용수익하지 않은 경우라면 부당이득금반환청구권(민법 741조)이 발생하는가? 가짜 유치권자는 건물에 대하여 이득을 취하였다고 볼 수 없으므로 불법행위로 인한 손해배상청구권(민법 750조)을 행사하여야 할 것이다.

(3) 유치권의 소멸사유

구 분	내 용	비 고
점유의 상실	민법 328조(점유상실과 유치권소멸) 유치권은 점유의 상실로 인하여 소멸한다.	유치권의 공시방법은 등기가 아니라 점유이다. 다만 점유를 상실하였는지 여부를 가리기가 현실적으로 어렵다.
채무자를 직접 점유로 하는 경우	유치권의 점유는 직접점유, 간접점유 다 가능하다. 다만 유치권은 채무자를 압박하는 수단으로써 점유를 그 요건으로 하기 때문에 채무자를 직접점유로 하는 경우에는 유치권이 소멸된다.	유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으나, 다만 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, 그 직접점유자가 채무자인 경우

		에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다고 할 것이다 (출처:대법원 2008.04.11. 선고 2007다27236 판결 [건물명도] > 종합법률정보 판례).
유치권자가 채무자의 승낙없이 다른 자에게 유치물을 사용, 대여, 담보 제공한 경우 + 유치권의 소멸을 청구한 경우	제324조 (유치권자의 선관의무) ①유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다. ②유치권자는 채무자의 승낙없이 유치물의 사용, 대여또는 담보제공을 하지 못한다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다. ③유치권자가 전2항의 규정에 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수있다.	유치권의 목적물인 건물의 소유자가 유치권자에게서 그 건물을 임차한 자를 상대로 건물의 인도청구를 한 사안에서, 유치권자에 대한 채무자의 동의만으로는 민법 제324조 제2항에 따른 동의가 있었다고 볼 수 없어 임차인은 위 건물 인도청구를 거절할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례(출처 : 대법원 2011.02.10. 선고 2010다94700 판결[건물명도] > 종합법률정보 판례)

강제경매개시결정, 임의경매개시결정이후에 유치권성립된 경우	가압류, 압류, 근저당권 이후에 유치권이 성립된 경우는 유치권이 인정된다.	[다수의견] 부동산에 관한 민사집행절차에서는 경매개시결정과 함께 압류를 명하므로 압류가 행하여짐과 동시에 매각절차인 경매절차가 개시되는 반면, 국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 그와 달리 체납처분에 의한 압류(이하 '체납처분압류'라고 한다)와 동시에 매각절차인 공매절차가 개시되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 체납처분압류가 반드시 공매절차로 이어지는 것도 아니다. 또한 체납처분절차와 민사집행절차는 서로 별개의 절차로서 공매절차와 경매절차가 별도로 진행되는 것이므로, 부동산에 관하여 체납처분압류가 되어 있다고 하여 경매절

		차에서 이를 그 부동산에 관하여 경매개시결정에 따른 압류가 행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수는 없다. 따라서 체납처분압류가 되어 있는 부동산이라고 하더라도 그러한 사정만으로 경매절차가 개시되어 경매개시결정등기가 되기 전에 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(출처 : 대법원 2014.03.20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결 [유치권부존재확인] > 종합법률정보 판례).
피담보채권의 소멸	* 변제 * 유치권자가 소송에서 패소한 경우 * 피담보채권의 소멸시효	피담보채권이 자연채무일 경우에는 어떠한가? 유치권성립에 방해되지 않는다(국내 논문, 1, 2심

	완성된 경우 (공사대금채권 3년, 일반채권 10년)	판결)
채무자가 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸 청구를 한 경우	민법 제327조(타담보제공과 유치권소멸) 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.	
신의칙 위반에 의한 유치권 행사인 경우		유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 전체 담보권 질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 따라서 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행

		사는 허용될 수 없다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결 참조)(출처 : 대법원 2014.12.11. 선고 2014다53462 판결[유치권부존재확인] > 종합법률정보 판례).
유치권 포기각서가 제출된 경우		

(4) 유치권의 특수 문제

(가) 저당권이후의 상사유치권[29] 성립시 유치권자는 경매로 취득한 소유권자에게 대항할 수 있는지 여부 : 대항할 수 없다.

상사유치권은 민사유치권과 달리 피담보채권이 '목적물에 관하여' 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 '채무자 소유'일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조). 이와 같이 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 '채무자 소유의 물건'에 한정하는 취지는, 상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, 그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권

리를 침해할 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다. 그러므로 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행(선행)저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다
(출처 : 대법원 2013.02.28. 선고 2010다57350 판결[유치권존재확인] > 종합법률정보 판례).

(나) 건물의 신축공사 수급업자가 토지에 관하여 유치권을 행사할 수 있는지 여부 : 유치권을 행사할 수 없다.

건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지

29) 제58조(상사유치권) 상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

건물을 유치할 권리가 있는 것이지만(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다 16202, 16219 판결 등 참조), 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회 통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사 중단시까지 발생한 공사금 채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금 채권에 기하여 토지에 대하여 유치권을 행사할 수도 없는 것이다(출처 : 대법원 2008.05.30. 자 2007마98 결정[경락부동산인도명령] > 종합법률정보 판례)

(다) 유치권에 의한 경매 관련 판례

[1] 민법 제322조 제1항에 따른 유치권에 의한 경매가 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되는지 여부(적극)와 유치권자의 배당순위(=일반채권자와 동일한 순위) 및 집행법원이 매각조건 변경결정을 통해 목적부동산 위의 부담을 매수인이 인수하도록 정할 수 있는지 여부(적극) [2] 유치권에 의한 경매절차가 정지된 상태에서 목적물에 대한 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행되어 매각이 이루어진 경우, 유치권이 소멸하는지 여부(소극)

[3] 유치권자인 갑의 신청으로 점포 등에 대하여 유치권에 의한 경매절차가 개시되어 진행되던 중 근저당권자의 신청으로 점포 등에 대해 경매절차가 개시되어 유치권에 기한 경매절차는 정지되었고 을이 담보권 실행 등을 위한 경매절차에서 점포를 낙찰받아 소유권을 취득하였는데, 이후 점포에 대하여 다시 개시된 경매절차에서 병 등이 점포를 낙찰받아 소유권을 취득한 사안에서, 유치권에 의한 경매절차는 근저당권에 의한 경매절차가 개시됨으로써 정지되었고 을이 경매절차에서 점포를 낙찰받아 유치권 부담까지 함께 인수받았다고 보아야 하므로, 유치권자인 갑은 공사대금 중 미변제된 부분을 모두 변제받을 때까지 점포를 유치할 권리가 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례(출처 : 대법원 2011.08.18. 선고 2011다35593 판결[건물명도] > 종합법률정보 판례)

제3강 권리분석 각론 2

1. 경락자는 매각이후 매각물건의 깨끗한 소유권을 취득할 수 있는가

부동산경매는 원칙적으로 소멸주의를 택하여 매각으로 인하여 부동산상의 하자등기는 소멸하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 인수주의에 의하여 하자등기를 인수하게 되는 경우가 있다. 즉 말소기준등기에 앞서 등기된 소유권이전등기청구권가등기, 처분금지가처분등기, 예고등기 등은 비금전권리(안돈)에 관한 등기로써 경락자는 매각대금을 납부하여 소유권을 취득하더라도 위 등기를 인수하게 되므로 오히려 경락자의 소유권이전등기가 말소될 운명에 처해 있다.

그렇다면 경락자가 위 하자등기를 인수함으로써 경락자의 소유권이전등기의 운명은 어떻게 될 것인가? 경락자는 일정한 사정에 따라 위 하자등기를 말소하여 깨끗한 소유권을 취득할 수도 있고, 반대로 자신의 소유권이전등기가 말소되는 경우가 있다. 따라서 입찰자는 매각기일 전에 깨끗한 소유권을 취득할 수 있는지 분석하여야 할 것이다.

구분	경락자의 소유권이전등기가 말소되는 경우		하자등기가 말소되는 경우	
	말소사유	경매의 효력	말소사유	경매의 효력
소유권이전등기청구권가등기	가등기에 기한본등기시	유효 (단, 경락자는 1차적으로는 채	가등기말소청구소송의 승소확정판결	유효 (경락자는 승소확정판결을

		무자에 대하여, 2차적으로는 배당금수령자에 대하여 하자담보책임으로 인한 손해배상청구권 행사 가능)		등기소에 제출함으로써 가등기를 말소할 수 있다)
선순위 가처분(소유권이전등기청구권, 소유권이전등기말소청구권)	가처분권자 가본안소송에서승소확정판결을 받은 경우	무효 (단, 경락자는 배당금수령자에 대하여 부당이득금반환청구권을 행사할 수 있다)	가처분취소신청절차에서 가처분취소결정을 받은 경우	유효 (경락자는 가처분 취소신청에 의하여 선순위가처분을 취소하는 결정문을 받고, 법원으로 하여금 등기소에 가처분등기말소촉당하게 함으로써 가처분등기를 말소할 수 있다)

예고등기	예고등기 관련소유권말소청구 소송의 원고가 승소확정판결을 받은 경우	무효 (단, 경락자는 배당금수령자에 대하여 부당이득금반환청구권을 행사할 수 있다)	예고등기 관련 소유권말소청구 소송의 원고가 패소확정판결을 받은 경우	유효 (경락자는 수소법원에 패소확정판결문을 제출하여 법원으로 하여금 등기소에 예고등기 말소촉탁을 하게 함으로써 예고등기를 말소할 수 있다)

가. 소유권이전등기청구권가등기(안돈/돈) 분석(매각물건의 깨끗한 소유권 취득의 문제)

(1) 분석대상 물건 유형

매각물건 유형 전부 해당된다.

(2) 분석 방법

소유권이전등기청구권가등기의 인수 여부에 대하여 어떤 자료를 보면 알 수 있을까? 우선 ① 경매법원이 작성한 매각물건명세 제2항 "등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력이 소멸되지 아니하는

것"란을 보면 쉽게 알 수 있다. 즉 매각물건명세서 제2항에는 인수등기가 없으면 "해당사항 없음"으로, 인수등기가 있으면 "갑구 순위 11번 소유권이전청구권가등기는 말소되지 않고 매수인에게 인수됨"이라고 기재한다.

※ 등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력이 소멸되지 아니하는 것
해당사항 없음

※ 등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력이 소멸되지 아니하는 것
갑구 순위11번 소유권이전청구권가등기(1999.3.31.자 접수 제18452호)는 말소되지 않고 매수인에게 인수 됨.

② 또한 입찰자 스스로 등기사항증명서를 보고 말소기준등기를 찾은 후 말소기준등기보다 앞서 소유권이전등기청구권가등기가 설정되어 있으면 그것이 법원에 현저하게 담보가등기로 알려져(가등기권자가 담보가등기로 권리신고하였을 경우, 가등기권자가 임의경매신청을 한 경우) 있지 않는 한 경락자는 일단 위 가등기를 인수하여야 할 것이다.

③ 소유권이전등기청구권가등기가 인수된다는 의미는 경락자가 매각대금을 납부한 후 경매법원에 매각물건에 관하여 소유권이전등기 및 말소등기촉탁신청하게 되는데 이때 인수되는 소유권이전등기청구권가등기는 말소등기촉탁신청의 대상이 되지 않는다는 것이다. 만일 위 인수 가등기에 말소사유를 발견하였다 하더라도 경락자는 위 가등기를 일단 인수하고 별도의 소송(가등기말소청구소송)에서 승소확정판결을 받은 후 등기소에 가등기말소신청서를 제출함으로써 가등기를 말소할 수 있다.

(3) 소유권이전등기청구권가등기와 담보가등기

구분	소유권이전등기청구권가등기	담보가등기[30]
등기원인	매매예약	대물반환예약, 대물변제예약
법적성질	순위보전효력 : 가등기에 기한 본등기를 한 경우 본등기의 순위는 가등기의 순위에 따른다[31]. 가등기에 의한 본등기시 그 중간에 경료된 등기는 직권말소하여야 한다[32].	1. 본등기청구권 : 반드시 청산절차를 거처야만 한다. 2. 경매 청구권 : 이 경우 저당권으로 간주, 우선변제권 (가등기담보등에 관한 법률 참조)
경매에 있어서 인수여부	말소기준등기보다 앞에 등기되면 인수, 뒤에 등기되면 소멸	경매에서는 저당권으로 봄으로 말소기준등기로서 소멸
부동산등기부상 매매예약을 원인으로 한 소유권 이전등기청구권가등기로 되어 있는 경우 가등기의 처리방법[33]	1. 법원은 가등기권리자에게 담보가등기인지, 담보가등기가 아닌지 법원에 신고하도록 기간을 정하여 최고한다. 2. 이때 가등기권자가 담보가등기로 신고하면, 경매개시결정등기 전에 설정된 가등기에 한하여 배당을 받을 수 있다(담보가등기로 간주되므로 소멸) 3. 가등기권자가 소유권이전등기청구권 가등기라고 신고하거나 묵묵 부답인 경우에는 소유권이전등기청구권으로 보아 인수(말소기준등기 앞)되거나 소멸(말소기준등기 뒤)된다.	

30) 실제로 부동산등기부에 담보가등기로 등기되는 예는 매우 드물고, 현실은 소유권이전등기청구권가등기 형식으로 등기하는 실정이다.

(4) 소유권이전등기청구권가등기가 '돈'으로 변하는 경우

구분	특징	비고
1. 가등기권자가 임의경매신청한 경우	원칙적으로 소유권이전등기청구권가등기는 경매신청을 할 수 없으나, 가등기담보등에관한법률 적용이 되어 담보가등기로 보는 경우에는 경매신청 할 수 있다.	*가등기담보등에관한법률에 적용이 되는 요건 : ①소비대차계약 존재, ②대물반환예약, ③물건의 가액이 원리금을 초과할 것 * 이 경우 가등기는 말소기준등기가 된다. * 법원은 담보가등기로보고 말소촉탁한다.
2. 가등기권자가 법원의 최고에 대하여	경매개시결정등기 전에 설정된 가등기에 한하여 배당을 받을 수 있다	법원은 담보가등기로보고 말소촉탁한다.

31) 부동산등기법 제91조 (가등기에 의한 본등기의 순위)
가등기에 의한 본등기(本登記)를 한 경우 본등기의 순위는 가등기의 순위에 따른다.
32) 부동산등기법 제92조 (가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 가등기 이후 등기의 직권말소)
① 등기관은 가등기에 의한 본등기를 하였을 때에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 가등기 이후에 된 등기로서 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 등기를 직권으로 말소하여야 한다.
② 등기관이 제1항에 따라 가등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 말소된 권리의 등기명의인에게 통지하여야 한다.
33) 가등기담보등에 관한 법률 16조 (강제경매등에 관한 특칙)
① 법원은 소유권의 이전에 관한 가등기가 되어 있는 부동산에 대한 강제경매등의 개시결정(開始決定)이 있는 경우에는 가등기권리자에게 다음 각 호의 구분에 따른 사항을 법원에 신고하도록 적당한 기간을 정하여 최고(催告)하여야 한다.
1. 해당 가등기가 담보가등기인 경우: 그 내용과 채권[이자나 그 밖의 부수채권(附隨債權)을 포함한다]의 존부(存否)·원인 및 금액
2. 해당 가등기가 담보가등기가 아닌 경우: 해당 내용
② 압류등기 전에 이루어진 담보가등기권리가 매각에 의하여 소멸되면 제1항의 채권신고를 한 경우에만 그 채권자는 매각대금을 배당받거나 변제금을 받을 수 있다. 이 경우 그 담보가등기의 말소에 관하여는 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입을 말소하는 등기의 촉탁에 관한 「민사집행법」 제144조제1항제2호를 준용한다.
③ 소유권의 이전에 관한 가등기권리자는 강제경매등 절차의 이해관계인으로 본다.

담보가등기로 신고한 경우		

(5) 소유권이전등기청구권가등기의 소멸사유

구분	소멸사유
1. 매매예약완결권의 제척기간(10년) 도과된 경우[34]	* 매매예약이 체결되면 예약자는 예약의무자에 대하여 예약완결권을 행사하게 되는데 그 결과 매매예약은 매매계약으로 전환되고, 매매계약에 의하여 예약자(매수인)은 소유권등기청구권을 행사할 수 있다. * 예약완결권은 형성권으로서 일방당사자의 의사표시로서 법률효과가 발생하므로 소멸시효규정에 적용되지 않는다. * 최근에는 매매예약서상에 예약완결권 간주조항("본 예약 체결후 2년 경과후 예약완결된 것으로 본다")이 있어 예약완결권을 행사한 것으로 봄으로 주의를 요한다.
1-1 소유권이전등기청구권의 소멸시효(10년)가 완성된 경우	* 매매계약이 체결되면 매수인은 소유권이전등기청구권을 갖는다. * 소유권이전등기청구권은 채권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다. * 다만 매수인이 매매대상부동산을 인도받아 점유(직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함)하고 있다면, 소멸시효에 걸리지 않는다[35].
2. 소유권이전등기청구권가등기가 가등기	제1조 (목적) 이 법은 차용물(借用物)의 반환에 관하여 차주(借主)가 차용물을 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약할 때

담보등에 관한 법률에 적용되는 경우	그 재산의 예약 당시 가액(價額)이 차용액(借用額)과 이에 붙인 이자를 합산한 액수를 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약(擔保契約)과 그 담보의 목적으로 마친 가등기(假登記) 또는 소유권이전등기(所有權移轉登記)의 효력을 정함을 목적으로 한다.

(6) 가등기에 의한 본등기로 경락자의 소유권이전등기가 말소되는 경우의 구제절차 등

구 분	경락자의 소유권이전등기가 말소되는 경우 구제절차		소유권이전등기청구권가등기를 말소시키는 절차	
	말소사유 발생시기	경매의 효력	말소사유 발생시기	경매의 효력
소유권이전등기청구권가등기	가등기에 기한 본등기시[36]	유효 (단, 경락자는 1차적으로는 채무자에 대하여, 2차적으	가등기말소청구소송의 승소확정판결	유효 (경락자는 승소확정판결을 등기소에 제출함으

34) 매매의 일방예약에서 예약자의 상대방이 매매예약완결의 의사표시를 하여 매매의 효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약의 완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다출처 : 대법원 2000.10.13. 선고 99다18725 판결[건물명도] > 종합법률정보 판례).

35) 시효제도는 일정 기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란해지는 증거보전으로부터 구제를 꾀하며 자기 권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자는 법적 보호에서 제외하기 위하여 규정된 제도라고 할 것인바, 부동산에 관하여 인도, 등기 등의 어느 한 쪽에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다 할 것이므로, 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다(대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 전원합의체 판결, 대법원 1999. 3. 18. 선고 98다32175 전원합의체 판결 등 참조)(출처 : 대법원 2010.01.28. 선고 2009다73011 판결[소유권이전등기] > 종합법률정보 판례).

36) 민법 제578조에 의하여 경매신청 채권자가 경락인에게 부담하는 손해배상책임은 반드시 신청채

		로는 채무자가 무자력인 경우 배당금 수령자에 대하여 담보책임으로 인한 손해배상청구권 행사 가능하다[37])		로써 가등기를 말소할 수 있다)

나. 가처분(안돈) 분석(매각물건의 깨끗한 소유권취득의 문제)

(1) 분석대상 물건 유형

매각물건 유형 전부 다 해당된다.

(2) 분석 방법

가처분등기의 인수 여부에 대한 자료는 우선 ① 경매법원이 작성한 매각물건명세 제2항 "등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력이 소멸되지 아니하는 것"란을 보면 쉽게 알 수 있다. 즉 매각물건명

권자의 경매신청행위가 위법한 것임을 전제로 하는 것은 아니므로, 민법 제578조에 의한 손해배상 청구를 기각함에 있어 원심이 한 이유설시는 다소 부적절한 점이 없지 않으나, 한편 이 사건 건물에 관하여는 소유권이전청구권 가등기가 경료되어 있을 뿐 위 가등기에 기한 본등기의 실행이 없으므로 아직 원고가 이 사건 건물의 소유권을 상실한 것이 아니므로 민법 제578조에 의한 손해배상책임이 성립되었다고 볼 여지가 없다(출처 : 대법원 1999.09.17. 선고 97다54024 판결[확인청구] > 종합법률정보 판례).

37) 민법 제578조 (경매와 매도인의 담보책임)

①경매의 경우에는 경락인은 전8조의 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있다.

②전항의 경우에 채무자가 자력이 없는 때에는 경락인은 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금전부나 일부의 반환을 청구할 수 있다.

③전2항의 경우에 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

세서 제2항에는 인수등기가 없으면 "해당사항 없음"으로, 인수등기가 있으면 "접수 2014년 7월 4일 제145869호 가처분등기"라고 기재한다.

※ 등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력이 소멸되지 아니하는 것
접수 2014년7월4일 제 145869호 가처분등기

② 또한 입찰자 스스로 등기사항증명서를 보고 말소기준등기를 찾은 후 말소기준등기보다 앞서 가처분등기가 설정되어 있으면, 경락자는 일단 위 가처분등기를 인수하여야 할 것이다.

③ 가처분등기가 인수된다는 의미는 경락자가 매각대금을 납부한 후 경매법원에 매각물건에 관하여 소유권이전등기 및 말소등기촉탁신청하게 되는데 이때 인수되는 가처분등기는 말소등기촉탁신청의 대상이 되지 않는다는 것이다. 만일 위 인수 가처분등기에 말소사유를 발견하였다 하더라도 경락자는 위 가처분등기를 일단 인수하고 별도의 신청절차(사정변경으로 인한 가처분취소신청)에서 인용결정을 받은 후 결정법원에 가처분등기말소등기촉탁신청서 제출함으로써 법원으로 하여금 등기소에 말소촉탁하게 하여 가처분등기를 말소할 수 있다.

(3) 보전처분으로서의 가처분은 어느 때 하는가?

매도인 A와 매수인 B가 아파트 매매계약을 체결하고, 매수인 B가 잔금을 내려고 매도인 A에게 연락을 하자 B는 전화를 받지 않고 잠적한 경우에 A는 B에 대하여 어떠한 법적조치를 취할 수 있을까?

(가) B는 A와 체결한 매매계약을 해제하고, A에 대하여 계약금반환 및 손해배상청구권을 행사할 수 있다(본안소송 : 손해배상청구소송).

(나) B가 위 아파트를 매수하기를 고집한다면 A에 대하여 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있을 것이다(본안소송 : 소유권이전등기청구소송).

위와 같이 B는 A에 대하여 위 (가), (나)의 청구권을 선택적으로 행사할 수 있는데, B가 (가)의 본안소송을 하길 원한다면 그 보전처분으로서 A의 재산(부동산, 유체동산, 채권)에 가압류를 할 것이고(손해배상청구권은 '돈'임을 상기하자), B가 (나)의 본안소송을 하길 원한다면 그 보전처분으로서 A의 바로 그 재산(위 사례의 아파트, 계쟁물이라 함)에 가처분(소유권이전등기청구권은 '안돈'이다)을 할 것이다.

통상 본안소송을 하기 전에 보전처분(가압류, 가처분)을 하게 되는 이유는 무엇인가? 본안소송의 원고가 보전처분 없이 소송에서 승소판결을 받는다 하더라도 피고가 소송 중에 이미 제3자에게 그 소유권을 이전하였다면, 원고는 소기의 목적을 달성하지 못한다.

이와 같은 이유로 보전처분으로서의 가처분은 집행불능상태를 방지하기 위하여 행하는 것이다.

구분	보전처분이 없는 경우	보전처분이 있는 경우
가압류	A소유권 → (P 손	A소유권 → P가압류 →(P 손해배상청구소송)

	해배상청구소송) → B소유권 → (P 승소판결) → (P집행불능)	→ B소유권 → (P 승소판결) → P강제경매개시결정(가압류를 본압류로 이전하는)
가처분	A소유권 → (P 소유권이전등기청구소송) → B소유권 → (P 승소판결) → (P집행불능)	A소유권 → P가처분 →(P 소유권이전등기청구소송) → B소유권 → (P 승소판결) → P소유권
		A소유권 → ~~P가처분~~ →(P 소유권이전등기청구소송) → ~~B소유권~~ → (P 승소판결) → P소유권

(4) 가처분 요약 정리

구 분	내 용
1. 가처분의 종류	가. 다툼의 대상(계쟁물)에 관한 가처분 (1) 부동산처분금지가처분 : 채무자→소유자/집행방법 → 등기부에 가처분등기 (2) 부동산점유이전금지가처분 : 채무자→점유자(임차인, 유치권자)/집행방법→집행관이 현장에 가서 고시함, /따라서 등기사항이 아님 * 가처분은 계쟁물의 현상을 동결시키는 효과가 있다. 따라서 청구권실현을 위해서는 본안소송에서 승소확정판결을 받아 강제집행을 하여야 한다.

38) 그 이유는 철거청구권의 주체가 토지 소유자로서 건물매각에 의하여 후순위 가처분 등기가 말소

	나. 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 (1) 토지인도 및 건물철거 단행가처분 (2) 건물인도단행가처분 * 가처분집행방법 : 토지인도, 건물철거/건물인도 * 일반가처분은 피보전권리의 소명과 보전의 필요성이 요건이지만 단행가처분은 피보전권리의 입증과 고도의 보전의 필요성을 그 요건으로 한다. * 재건축, 재개발 수용후 철거될 건물을 비워주지 않는 경우
2. 가처분신청절차 등	가. 처분금지가처분신청절차 등 가처분신청서제출(피보전권리, 보전의 필요성) 법원의 담보제공명령(현금공탁 또는 보증보험증서) 신청인의 담보제공 및 등록세등 수수료납부 가처분결정(집행권원) 법원의 가처분등기촉탁 등기소의 가처분등기 나. 점유이전금지가처분신청절차 등 가처분신청서제출(피보전권리, 보전의 필요성) 법원의 담보제공명령(현금공탁 또는 보증보험증서) 신청인의 담보제공 가처분결정(집행권원) 신청인이 집행관사무소에 집행신청

	집행관 현장방문에서 고시	
3. 등기부에 나타나는 가처분의 피보전권리와 특성	가. 소유권이전등기청구권	말소기준등기 앞 : 인수/뒤 : 소멸
	나. 소유권말소등기청구권	말소기준등기 앞 : 인수/뒤 : 소멸
	다. 건물철거청구권	말소기준등기 앞 : 인수/뒤 : 인수[38]
	라. 근저당권설정청구권	말소기준등기 앞 : 소멸(?)[39]/뒤 : 소멸

(5) 가처분의 소멸 사유

구 분	내 용
1. 가처분신청이 인용 되기 위한 요건	가. 제1요건 : 피보전권리의 존재 (본안소송에서의 청구권과 동일한 개념) 권리 → 침해 → 청구권 나. 제2요건 : 보전의 필요성 흔히 아래와 같은 상투적인 문구가 들어간다. "채권자는 위에서 본바와 같이 00청구권을 행사하기 위하여 00청구소송을 제기하고자 하나, 만일 채무자가 별지목록 부동산을 제3자에 처분하면 승소판결을 받고서도 집행불능상태에 임으로....."

될지라도 여전히 철거청구권에 대한 다툼은 존재하게 되므로 기왕에 경락인과 제3자에게 경종을 울리기 위하여 실무상 위 후순위 가처분등기를 존치시키는 것이다.

39) 선순위가처분은 원래 인수되는 것이 원칙이지만 피보전권리가 근저당설정청구권인 가처분은 본안소송으로 승소확정판결을 받아도 그 목적은 근저당권등기에 있으므로 이 경우에 가처분은 말소기준등기의 앞에 있든지, 뒤에 있든지 어느 경우에나 말소된다고 보아야 하지 않을까? 아직 대법원 판례가 없으니 그 추이를 지켜보아야 할 것이다.

40) 대법원 99다37887 : 가압류·가처분채권자가 가압류·가처분집행 후 10년간 본안의 소를 제기하지

	* 가처분은 제1요건, 제2요건을 동시에 갖추어야 성립된다.
2. 가처분 취소사유	가. 피보전권리의 부존재, 피보전권리의 소멸 가처분권자가 본안소송에서 패소하는 경우 나. 보전의 필요성의 부존재 * 가처분상대방의 제소명령신청에 따른 제소명령 기간내에 가처분권자가 소제기를 하지 않은 경우[40] * 가처분집행후 일정기간(10년, 5년, 3년)동안 본안의 소를 제기하지 않은 경우 * ~2002. 6. 30.까지는 10년, 2002. 7. 1.부터 2005. 7. 26.까지는 5년, 2005. 7. 27.부터는 3년

(6) 가처분권자가 본안소송에서 승소확정판결을 받아 경락자의 소유권 이전등기가 말소되는 경우의 구제절차 등

구분	경락 자의 소유권이전등기가	가처분등기가 말소되는 경우

아니한 때에는 가압류·가처분채무자 또는 이해관계인은 그 취소를 신청할 수 있고, 그 기간이 경과되면 취소의 요건은 완성되며, 그 후에 본안의 소가 제기되어도 가압류·가처분 취소를 배제하는 효력이 생기지 아니한다.

	말소되는 경우			
	말소사유	경매의 효력	말소사유	경매의 효력
선순위 가처분 (소유권이전등기청구권, 소유권이전등기말소청구권)	가처분권자가 본안소송에서 승소확정판결을 받은 경우	무효 (단, 경락자는 배당금수령자에 대하여 부당이득금반환청구권을 행사할 수 있다)	가처분취소신청절차에서 가처분취소결정을 받은 경우	유효 (경락자는 가처분취소신청에 의하여 선순위가처분을 취소하는 결정문을 받고, 법원으로하여금 등기소에 가처분등기말소촉당하게 함으로써 가처분등기를 말소할 수 있다)

다. 예고등기 분석(매각물건의 깨끗한 소유권취득의 문제)

예고등기는 부동산등기법 2011. 4. 12. 제10580호 개정으로 폐지되었고, 2011. 10. 12.부터 예고등기의 폐지가 시행되고 있다. 다만 부칙 제3조 (예고등기에 관한 경과조치) "이 법 시행 당시 마쳐져 있는 예고등기의 말소절차에 관하여는 종전의 규정에 따른다"의 규정에 의하여 당분간 예고등기가

존재하는 매각물건은 종전 규정으로 권리분석을 하여야 한다.

(1) 분석대상 물건 유형

매각물건 유형 전부 다 해당된다.

(2) 분석 방법

예고등기의 인수 여부에 대한 자료는 소유권이전등기청구권가등기, 가처분과는 달리 경매법원이 작성한 매각물건명세 제2항 "등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 그 효력이 소멸되지 아니하는 것"란에 기재되지 않는 것이 원칙이다. 왜냐하면 예고등기는 소유권, 가등기권, 근저당권 등의 권리가 현재 말소청구소송에 놓여 있다는 경고적 의미의 등기에 불과할 뿐 권리를 나타내는 등기가 아니기 때문이다[41][42].

입찰자는 등기사항증명서를 보고 예고등기를 찾는 수밖에 없으니, 매각물건을 분석할 때 반드시 등기사항증명서(말소사항 포함하여)를 꼼꼼이 보는 습관을 길러야 할 것이다.

41) 예고등기는 등기원인의 무효 또는 취소로 인한 등기의 말소 또는 회복의 소가 제기된 경우에 그 등기에 의하여 소의 제기가 있었음을 제3자에게 경고하여 계쟁부동산에 관하여 법률행위를 하고자 하는 선의의 제3자로 하여금 소송의 결과 발생할 수도 있는 불측의 손해를 방지하려는 목적에서 하는 것으로서 부동산에 관한 권리관계를 공시하는 등기가 아니므로, 예고등기를 경매물건명세서에 기재하여야 하는 민사소송법 제617조의2 제3호의 '등기된 부동산에 관한 권리로서 경락에 의하여 그 효력이 소멸되지 아니하는 것'에 해당한다고 볼 수 없다(출처 : 대법원 2001.03.14. 자 99마4849 결정[낙찰불허가] > 종합법률정보 판례)

42) 따라서 예고등기는 매각물건명세서에 표시하지 않아도 잘못되었다고 할 수 없으나, 실무상으로는 매각물건명세서 비고란에 기재하는 경우가 많다.

(3) 예고등기의 의의와 절차

예고등기는 (1) 등기원인의 무효 또는 취소로 인한 (2) 등기의 말소 또는 이미 말소된 등기의 회복을 위한 소송이 법원에 제기된 경우 (3) 법원에서 관할 등기소에 촉탁하여 그와 같은 소송이 제기되었다는 취지를 등기함으로써 (4) 그 부동산에 관하여 법률행위를 하고자 하는 선의의 제3자에게 소송의 결과에 따라 불측의 손해를 입을 수 있다는 것을 경고하기 위하여 하는 등기이다.

예를 들어 갑이 자신의 부동산에 관하여 소유권이전등기서류를 위조하여 을의 명의로 소유권이전등기를 경료하였다는 을을 상대로 등기원인이 무효임을 주장하여 소유권말소등기청구소송을 제기하면, 수소법원은 직권으로 이를 관할등기소에 예고등기를 촉탁하게 된다. 그리고 소송에서 원고가 승소확정판결을 받으면, 등기소는 원고의 신청에 따라 말소대상 소유권이전등기를 말소하고, 직권으로 예고등기를 말소한다. 그러나 원고가 패소확정판결을 받으면 말소대상 소유권이전등기는 그대로 유지되고, 수소법원의 예고등기말소촉탁에 의하여 말소된다.

(예고등기 기재방식)

[갑구]			(소유권에 관한 사항)	
순위번호	등기목적	접수	등기원인	권리자 및 기타사항
2	소유권이전	2000년 1월 1일 제34호	1999년 12월 30일 매매	소유자 홍 길 동 630402-1023314 서울특별시 종로구

				행촌동 24
3	2번 소유권말소예고등기	2002년 3월 5일 제1200호	2004년 1월 10일 서울중앙지방법원에 소제기(2002가단100)	

(예고등기 말소방식)

[갑구]		(소유권에 관한 사항)		
순위번호	등기목적	접수	등기원인	권리자 및 기타사항
~~2~~	~~소유권이전~~	~~2000년 1월 1일 제34호~~	~~1999년 12월 30일 매매~~	~~소유자 홍 길 동 630402-1023314 서울특별시 종로구 행촌동 24~~
~~3~~	~~2번 소유권말소예고등기~~	~~2002년 3월 5일 제1200호~~	~~2004년 1월 10일 서울중앙지방법원에 소제기(2002가단100)~~	
4	2번 소유권이전등기말소	2003년 4월 5일 제3006호	2003년 3월 20일 서울중앙지방법원의 확정판결	
5	3번예고등기말소			2번 소유권이전등기말소로 인하여 2003년 4월 5일 등기

(4) 예고등기제도가 없어진 현재 경매분석에 주의해야할 점

B가 A에 대하여 부동산소유권말소등기청구권을 행사한다고 보자. 이 경우 부동산소유권말소등기청구권을 행사하는 원인은 다양하다.

즉 ① 위조, 반사회질서위반 등을 원인으로 하는 경우(절대적 무효)가 있고, ② 통정허위표시, 착오, 사기, 강박 등을 원인으로 하는 경우(상대적 무효)가 모두 여기에 해당된다. 절대적무효와 상대적무효의 구별실익은 무엇인가?

절대적 무효는 선의 제3자에게도 무효를 주장할 수 있고, 상대적 무효는 선의 제3자에 대하여 무효를 주장할 수 없는 것이다. 예고등기는 절대적 무효 사유에서만 가능하고, 상대적무효 사유에서는 예고등기를 할 수 없다. 현재 예고등기제도가 폐지된 마당에 소유권말소청구권을 피보전권리로 하는 가처분이 절대적무효 사유로 인한 것인지 상대적무효 사유로 인한 것인지 가려내기란 여간 어렵지 않다.

그러나 권리분석을 완벽하게 하려면 '소유권말소청구권을 피보전권리로 하는 가처분'의 원인이 절대적무효사유인지, 상대적무효 사유인지 살펴보아야 할 것이다.

구분	경락으로 인한 소유권변동 전	경락으로 인한 소유권변동 후
절대적 무효로 인한 가처분의 예	A소유권→B소유권→C강제경매→A위조로 인한 소유권말소등기청구권 가처분	A소유권→B소유권→~~C강제경매→A위조로 인한 소유권말소등기청구권 가처분~~→D경매로 인한 소유권취득(다만 A는 B 및 선의의 제3자 C를 상대로 소유권말소청

		구소송을 행사하여 말소시킬 수 있다)
상대적 무효로 인한 가처분의 예	A소유권→B소유권→C강제경매→A 통정허위표시로 인한 소유권말소등기청구권 가처분	A소유권→B소유권→~~C강제경매→-A 통정허위표시로 인한 소유권말소등기청구권 가처분~~D→경매로 인한 소유권취득 (다만 A는 B 상대로 소유권말소청구소송을 행사하여 승소할 지라도 선의의 제3자 C의 강제경매가 유효하므로 D에 대하여는 소유권말소청구권을 행사할 수 없다)

(5) 예고등기권자가 본안소송에서 승소확정판결을 받아 경락자의 소유권이전등기가 말소되는 경우의 구제절차 등

구분	경락자의 소유권이전등기가 말소되는 경우		예고등기가 말소되는 경우	
	말소사유	경매의 효력	말소사유	경매의 효력
예고등기	예고등기 관련 소유권말소청구소송	무효 (단, 경락자는 배당금수령자에 대하여	예고등기 관련 소유권말소청구소송의 원고가	유효 (경락자는 수소법원에 패소확

	의 원고가 승소확정판결을 받은 경우	부당이득금반환청구권을 행사할 수 있다)	패소확정판결을 받은 경우	정판결문을 제출하여 법원으로 하여금 등기소에 예고등기말소촉탁을 하게 함으로써 예고등기를 말소할 수 있다)

2. 매각물건이 공유지분인 경우 특수 문제

가. 공동소유와 공유

민법은 공동소유를 공동소유자들 사이의 인적결합의 강도에 따라 '공유 · 합유 · 총유'의 3가지 유형으로 나누어 규정하고 있다.

구 분	공 유	합 유	총 유
인적결합의 강도	없음	조합체(*)	非법인 사단(**)
지분	○ (공유지분)	○ (합유지분)	×
지분의 처분	자유, 부동산경매가능	합유자 전원 동의 필요부동산경매불가능	-
목적물의 처분·변경	공유자 전원 동의 필요	합유자 전원 동의 필요	정관, 규약 사원총회 결의

목적물 분할 청구	자유 (금지특약 가능)	불가 (조합해산 후 가능)	불가
목적물 보존 행위	각자 단독	각자 단독	사원총회 결의(판례)
목적물 관리 행위	과반수	조합계약에 따름	사원총회 결의
목적물의 사용·수익	지분비율로 전체 사용	조합계약에 따름	정관 또는 규약에 따름
등기	공유자전원 명의로 지분 등기	합유자전원 명의 (합유취지기재) 등기	非법인 사단 단독 명의로 등기
(*) 조합체는 계약이나 법률의 규정에 의하여 성립하는데, 대표적인 예가 동업계약이다. 우리가 흔히 접하는 농업협동조합 등은 명칭에서 조합이라고 하고 있어도 그 법적 성격은 '조합'이 아니라 '법인'이다. (**) 非법인 사단의 대표적인 예는 종중과 교회가 있다.			

위 표에서 알 수 있듯이 그 인적결합의 강도가 가장 강력한 '총유'라는 공동소유의 형태에 있어서는 '지분'이라는 개념이 없고, '지분'은 공유와 합유에만 존재하는 개념인 것이다. 하지만, 우리가 경매 물건에서 접하는 '지분'은 거의 대부분 '공유'에 있어서의 '지분'이므로[43] 이를 중심으로 지분경매사건에 입찰하여 지분권자가 된 후 취득하게 될 지분권자의 권리 · 의무를 이해하는 것이 필요하다. 또, 공유의 특수한 형태인 이른바 '구분소유적 공유'라는 개념을 알아보고, 경락을 통해서 이것이 어떻게 처리될 수 있는 살펴보자.

43) 합유는 합유물 자체를 매각물건으로 나오는 경우가 극히 일부 있지만 합유지분만의 처분(근저당설정, 강제집행)은 금지되므로 경매에 있어서 매각물건이 될 수 없다.

나. 공유물의 관리 및 보존 등

구 분	내 용
공유물과 공유지분과의 관계	* 공유물은 독립한 물건 전체를 말하며, 공유지분은 물건전부 중 일정 비율을 말한다.
공유물의 관리행위	* 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다(민법 제265조) * 관리행위란 공유물을 이용하거나 개량하는 행위를 말하는 것으로, 처분이나 변경을 일으키지 않는 범위 내의 것이어야 한다. 예컨대, 공유토지 위에 새로이 건물을 짓는 것은 처분행위의 성질을 갖는 것이므로 지분의 과반수가 아닌 토지공유자 전원의 동의를 필요로 하는 하지만,[44] 이미 토지 위에 건물이 존재하는 경우에는 그 건물 소유를 위해 토지를 사용하는 것은 관리행위로써 지분의 과반수로 결정할 수 있다 할 것이다. * 관리사항을 결정할 수 있는 과반수는 공유자의 과반수가 아닌 공유지분의 과반수이며, 과반수라 함은 2분의 1을 넘어야 하므로 지분의 2분의 1은 과반수가 아니다.
공유물의 보존행위	* 공유물의 보존행위는 각자가 할 수 있다(민법 제265조). * 과반수지분을 보유하지 않은 자 또는 과반수지분

	을 보유하는 자가 건물철거청구, 건물인도청구를 할 수 있는 이유는 나머지 지분권자를 위하여 보존행위를 하기 때문이다. 다만 현실적으로 과반수지분을 보유하지 않는 자가 철거 또는 건물인도 청구할 경우 나머지 과반수 지분 보유자로부터 청구권행사를 저지 당할 가능성이 높다.
공유물의 처분, 변경	* 공유자는 다른 공유자의 동의없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다(민법 263조). 예 : 나대지에 건물을 신축하는 행위, 공유물을 매매하는 행위 * 공유지분의 처분은 다른 공유자의 동의가 필요하지 않다.

다. 공유물 분할

구 분	내 용
의의 (민법 제286조)	* 공유물분할의 자유 공유는 합유와 달리 공유자 사이에 인적 결합관계가 없기 때문에 그 지분권자에게는 공유물 분할의 자유가 있다. 단, 5년 내의 기간으로 분할하지 않는 것으로 약정할 수 있

44) 공유자 사이에 공유물을 사용·수익할 구체적인 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 할 것이고, 과반수의 지분을 가진 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수의 지분을 가진 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하며, 다만 그 사용·수익의 내용이 공유물의 기존의 모습에 본질적 변화를 일으켜 '관리' 아닌 '처분'이나 '변경'의 정도에 이르는 것이어서는 안 될 것이고, 예컨대 다수지분권자라 하여 나대지에 새로이 건물을 건축한다든지 하는 것은 '관리'의 범위를 넘는 것이 될 것이다(출처 : 대법원 2001.11.27. 선고 2000다33638 판결[건물철거등·소유권이전등기] > 종합법률정보 판례).

45) 부동산등기법 제67조 (소유권의 일부이전)

① 등기관이 소유권의 일부에 관한 이전등기를 할 때에는 이전되는 지분을 기록하여야 한다. 이 경우

	는데, 이러한 불분할계약은 그 지분의 경락자에게도 승계될 것이지만 그 특약을 등기하여야 하고[45], 등기하지 않으면 경락자에게 대항할 수 없다. * 분할금지규정 ① 집합건물의 공용부분(민법 제215조), ② 경계에 설치된 경계표 · 담 · 구거 등(민법 제239조), ③ 구분건물의 사용에 필요한 범위의 대지(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제8조), ④ 공유관계의 내부적으로는 특정부분을 지배하는 구분소유적 공유(상호명의신탁 해지를 원인으로 하는 지분이전등기를 청구하여야 한다.[46]))
법적 성격	* 형성권 공유물분할청구권은 명칭이 비록 '청구권'이기는 하지만 그 법적 성격은 '형성권'이므로 공유관계가 존속하는 한, 그 분할청구권만이 독립하여 시효로 소멸하지 않는다.[47] 따라서, 공유물분할청구의 소도 '형성의 소'이고, 고유필수적 공동소송[48]이다. * 형식적 형성의 소[49] 형성의 소는 ① 실체법상의 형성의 소(각종 가사소송), ② 소송법상의 형성의 소(재심의 소), ③ 형식적 형성의 소(경계확정의 소, 공유물분할의 소, 법정지상권이 성립된 경우 지료를 결정하는 소)로 분류되는데, '형식적 형성의 소'는 소의 실질은 비송(대립당사자구조가 아님)인데, 형식상 소송에 의

	한 소를 제기하는 형태를 말한다. 형성의 소는 법률의 규정이 있는 경우에만 인정되므로, 반드시 근거가 되는 법률 규정을 제시해야 한다. * 입찰시 고려할 점 공유물분할청구의 소는 고유필수적 공동소송이므로 원고 이외의 다른 공유자 전원을 피고로 하여야 하는데, 공유자가 과다하게 많은 지분경매에서 경락을 받고자 하는 경우에는 소송 현실에 있어서 송달 등의 문제로 인한 시간과 비용의 투입량을 사전에 고려할 필요도 있다.
분할의 방법	* 민법 제269조 (분할의 방법) ① 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다. ② 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다. * 분할방법의 종류 공유물분할은 우선 공유자 전원의 협의에 의하는 것을 원칙으로 하고, 공유자들의 협의가 성립되지 않는 경우에 공유자 각자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다. 그런데, 재판상 분할에 있어서는 그 분할의 방식에 주의해야 한다. 분

	할의 방식으로는 ① 공유물을 양적으로 나누는 현물분할, ② 공유자중 1인이 대금을 지급하고 다른 공유자의 지분을 취득함으로써 단독소유권을 취득하는 가격배상에 의한 분할(가격분할, 특수한 현물분할이라 함[50]), ③ 공유물을 매각하여 그 대금을 나누는 대금분할(경매분할, 가액분할)이 있다. * 분할방법 검토 순서 재판상 분할에 있어서는 ① 현물분할이 원칙이다. 즉, 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 경우에는 ② 가격분할, ③ 경매분할 순으로 판결을 선고할 수 있다. 즉, 불가피하게 경매분할을 할 수 밖에 없는 요건에 관한 객관적 · 구체적인 심리 없이 단순히 공유자들 사이에 분할방법에 관한 의사가 일치하지 않는다는 주관적 · 추상적인 사정으로 함부로 경매분할을 명하는 것은 허용되지 않는다.[51] 구체적으로 '현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 경우'라는 것은 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 소유 지분 가액보다 현저하게 감손될 염려가 있는 경우도 포함한다. * 변론주의의 예외 법원은 공유물분할을 청구하는 자가 구하는 분할방법에 구애받지 아니하고 자유재량에 따라 제반 상황에 따라 합리적인 분할 방법을 정할 수 있다.[52] 즉, 가액분할을 청구해도

	법원은 현물분할 판결을 할 수 있으므로, 특히 나지의 경우에는 신중하게 공유물분할을 청구해야 할 것이다.

라. 구분소유적 공유

등기원인에「민법」제268조제1항 단서의 약정이 있을 때에는 그 약정에 관한 사항도 기록하여야 한다.

46) 공유물분할청구는 공유자의 일방이 그 공유지분권에 터잡아서 하여야 하는 것이므로 공유지분권을 주장하지 아니하고 목적물의 특정부분을 소유한다고 주장하는 자는 그 부분에 대하여 신탁적으로 지분등기를 가지고 있는 자들을 상대로 하여 그 특정부분에 대한 명의신탁해지를 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행만을 구하면 될 것이고 공유물분할 청구를 할 수 없다 할 것이다(출처 : 대법원 1989.09.12. 선고 88다카10517 판결[공유물분할] > 종합법률정보 판례)

47) 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효소멸될 수 없다(출처 : 대법원 1981.03.24. 선고 80다1888 판결[공유임야분할 등] > 종합법률정보 판례)

48)공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이고, 공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 고유필수적 공동소송에 있어서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미치는 것이므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이심되며, 상소심판결의 효력은 상소를 하지 아니한 공동소송인에게 미치므로 상소심으로서는 공동소송인 전원에 대하여 심리·판단하여야 한다(출처 : 대법원 2003.12.12. 선고 2003다44615 판결[공유물분할·소유권이전등기절차등] > 종합법률정보 판례).

49) 소송의 형태는 ① 확인의 소, ② 이행의 소, ③ 형성의 소로 나뉘는데, 각각의 주문 형태는 "~ 확인한다", "~ 이행하라", "~ 한다"로 표현된다. 특히 주의해야 할 것은 민법 제187조에 의하여 등기 없이도 물권변동이 일어나는 판결은 형성의 소에 의한 판결만 해당된다는 점이다. 즉, 이행의 소 및 확인의 소에 의한 판결에 따른 물권변동은 민법 제186조에 의해서 등기를 하여야만 그 효력이 발생한다.

50) 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다(출처 : 대법원 2004.10.14. 선고 2004다30583 판결[공유물분할] > 종합법률정보 판례).

51) 재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우에 현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할하게 되면 그 가액이 현저히 감손될 염려가 있는 때에는 물건의 경매를 명하여 대금분할을 할 수 있는 것이고, 여기에서 '현물로 분할할 수 없다'는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고, 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나 부적당한 경우를 포함한다 할 것이고, '현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 경우'라는 것은 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 소유지분 가액보다 현저하게 감손될 염려가 있는 경우도 포함하는 것이다. 재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우에 법원은 현물로 분할하는 것이 원칙이므로, 불가피하게 대금분할을 할 수밖에 없는 요건에 관한 객관적·구체적인 심리 없이 단순히 공유자들 사이에 분할의 방법에 관하여 의사가 합치하고 있지 않다는 등의 주관적·추상적인 사정에 터잡아 함부로 대금분할을 명하는 것은 허용될 수 없다(출처 : 대법원 2009.09.10. 선고 2009다40219 판결[공유물분할·지분경정등기절차이행청구] > 종합법률정보 판례).

52) 공유물분할의 소는 형성의 소로서 공유자 상호간의 지분의 교환 또는 매매를 통하여 공유의 객체를 단독 소유권의 대상으로 하여 그 객체에 대한 공유관계를 해소하는 것을 말하므로, 법원은 공유물분할을 청구하는 자가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 공유관계나 그 객체인 물건의 제반 상황에 따라 공유자의 지분 비율에 따른 합리적인 분할을 하면 된다(출처 : 대법원 2004.10.14. 선고 2004다30583 판결[공유물분할] > 종합법률정보 판례).

구분	내용
의의	* 구분소유적 공유란 각 공유자가 공유물 중 특정부분을 소유하고 등기만은 편의상 각 구분소유의 면적에 해당하는 비율로 공유지분등기를 하여 놓기로 약정[53]함으로써 이 특정부분만을 배타적으로 사용, 수익하는 관계를 말한다. * 상호명의신탁과 (단순한) 명의신탁과의 구별 구분소유적 공유는 이미 공유물을 분할합의하여 각 공유자가 특정부분을 배타적으로 사용, 수익하고 있는데, 등기상의 지분은 비율의 크기만 나타나지 위치를 나타내지는 않는다, 따라서 각 공유자의 지분은 공유물전체에 영향을 미치는 것으로 보기 때문에 이를 상호명의신탁한 것으로 본다. 반면에 단순한 명의신탁이란 단독으로 소유하던 1필지의 특정부분만을 매도하면서 분할되어 있지 않아서 매수인에게 1필지 전부에 대한 소유권이전등기를 한 경우에 특별한 사정이 없는 한 매도하지 않은 부분에 대해서는 단순히 명의신탁을 한 것이다.
법적 성격	* 공유물분할청구권이 없다. 이미 각 공유자가 위치를 정하여 분할협의가 있는 것이므로 공유물분할청구는 할 수 없다. 다만 상호명의신탁관계를 해소하여 상호 지분이전청구권을 행사할 수 있다.

53) 구분소유적 공유관계는 어떤 토지에 관하여 그 위치와 면적을 특정하여 여러 사람이 구분소유하

	* 구분소유적공유의 지분등기는 상호명의신탁등기이다. 부동산의실권리자명의등기에관한법률은 명의신탁을 무효로 하고 있으나 상호명의신탁은 허용한다. 원칙 : 무효, 예외(부동산실명법 제2조, 제8조) : ① 채권담보를 목적으로 이전받거나 가등기하는 경우, ② 구분소유적 공유, ③ 신탁법상의 신탁등기, ④ 종중 보유부동산을 종중외의 자로 등기한 경우(조세포탈, 강제집행면탈, 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않을 것), ⑤ 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우(조세포탈, 강제집행면탈, 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않을 것), ⑥ 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우(조세포탈, 강제집행면탈, 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않을 것)
구분소유적 공유지분의 경매	* 구분소유적 공유관계에 놓인 지분을 경매에서 경락받은 경우, 그 경락인에게도 구분소유적 공유관계가 승계되는가? 아니면 구분소유적 공유관계가 소멸하는가? "1필지의 토지의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 이른바 구분소유적 공유관계에 있어서, 각 구분소유적 공유자가 자신의 권리를 타인에게 처분하는 경우 중에는 ① <u>구분소유의 목적인 특정 부분을 처분하면서 등기부상의 공유지분을 그</u>

	특정 부분에 대한 표상으로서 이전하는 경우와 ② 등기부의 기재대로 1필지 전체에 대한 진정한 공유지분으로서 처분하는 경우가 있을 수 있고, 이 중 전자의 경우에는 그 제3자에 대하여 구분소유적 공유관계가 승계되나, 후자의 경우에는 제3자가 그 부동산 전체에 대한 공유지분을 취득하고 구분소유적 공유관계는 소멸한다. 이는 경매에서도 마찬가지이므로, 전자에 해당하기 위하여는 집행법원이 공유지분이 아닌 특정 구분소유 목적물에 대한 평가를 하게 하고 그에 따라 최저경매가격을 정한 후 경매를 실시하여야 하며, 그러한 사정이 없는 경우에는 1필지에 관한 공유자의 지분에 대한 경매목적물은 원칙적으로 1필지 전체에 대한 공유지분이라고 봄이 상당하다(출처 : 대법원 2008.02.15. 선고 2006다68810 판결[임대차보증금·손해배상] > 종합법률정보 판례). * 경매에서 구분소유적 공유지분의 매각물건일 가능성이 있는 매각물건은 제2유형(건물제외, 토지만 경매) 중에서 1필지 토지 위에 2개 이상의 제시외 일반건물이 있는 경우에 해당한다. * 구분소유적 공유지분이 경락인에게 그대로 승계하는지, 아니면 일반공유지분으로 해소되는지의 여부는 감정평가서의 감정평가 방법에 달려 있다. 즉 매각 공유지분에 대하여 위치가 있음을 전제로 그 부분에 대해서만 평가를 하면 구분소유적공유관계가 경락인에게 그대

	로 승계하나, 위치가 없음을 전제로 공유물전체를 평가하여 매각지분의 가격을 구한다면 구분소유적 공유관계는 해소되고 일반공유지분으로 변한다. (감정평가서 예시) 4. 기타 참고사항 가. 조사일 현재 본건 토지는 2인 공유의 토지로서 귀원이 제시한 김미애지분의 위치를 확정할 수가 없으므로 전체면적을 기준으로 한 평균가격으로 김미애지분만을 평가하였으니 경매 진행 및 입찰시 참고바랍니다.

기로 하는 약정이 있어야만 적법하게 성립할 수 있고, 공유자들 사이에 그 공유물을 분할하기로 약정하고 그 때부터 각자의 소유로 분할된 부분을 특정하여 각자 점유·사용하여 온 경우에도 구분소유적 공유관계가 성립할 수 있지만, 공유자들 사이에서 특정 부분을 각각의 공유자들에게 배타적으로 귀속시키려는 의사의 합치가 이루어지지 아니한 경우에는 이러한 관계가 성립할 여지가 없다(출처 : 대법원 2005.04.29. 선고 2004다71409 판결[소유권이전등기] > 종합법률정보 판례).