

부동산경매절차에서 공유자우선매수권의 형평성 제고를 위한 소고

권 오 희*

〈국문초록〉

공유물 전체의 효율적인 관리 및 이용을 위해 다른 공유자와 인적인 유대관계의 필요에 따라 부동산경매절차에서도 공유자우선매수권(민사집행법 제140조)을 인정하고 있다. 그런데 문제는 이를 악용하거나 남용하여 행사함으로써, 제도 본래의 입법취지를 무색하게 하는 경우가 많다는 것이다.

그것은 주로 우선매수권의 행사시기에 따른 행사방법에서 나타나게 되는데, 즉 공유자가 매각기일에 최고가가 정해졌을 때, 입찰법정에서 즉시 우선매수신고를 하는 경우와 매각기일 이전에 보증의 제공 없이 사전에 우선매수신고만 하는 경우이다. 그러나 어느 경우에서든 최고가가 결정되는 시한은 같기 때문에, 그 개선 방안으로서 현행 민사집행규칙 제66조 제1항을 준용 또는 의제하여, 매각기일의 당해 사건에서 단 1회의 추가입찰을 실시하여 최종 매수인을 결정하자는 제안을 하였다.

그리고 이와 함께, 현재 법원에서 특별매각조건(사전에 공유자우선매수신고한 뒤 보증의 제공 없이 실효된 경우, 그 공유자는 다음 매각기일에서는 우선매수청구권의 행사를 제한하는 것)으로 사실상 1회로 제한하는 ‘우선매수권의 행사 제한’의 방법을 그대로 답아 민사집행규칙 제76조 제1항 본문의 단서조항으로 추가하여 일반화할 필요가 있다는 입법론을 제시하였다.

결국, 공유자우선매수권은 공정한 가격형성을 위한 형평의 원리에서 인정되어야 하므로, 그것에 기초한 관점에서 본다면 본고에서 제안한 두 가지 개선방안은 특별히 제도 본래의 입법취지를 손상하는 일은 없을 것이다.

주제어 : 부동산경매, 공유자우선매수권, 남용, 추가입찰, 특별매각조건

• 투고일 : 2021.12.30. / 심사일 : 2022.01.23. / 게재확정일 : 2022.01.24.

I. 서론

일반적으로 경매란, 매도인이 다수인으로 하여금 서로 가격경쟁을 하게 하

* 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사

여 가장 유리한 내용을 표시한 자, 즉 최고가격으로 청약한 사람에게 매도를 승낙함으로써 계약이 체결되는 매매방법을 말한다.¹⁾ 이처럼 경매를 통한 그야말로 순수한 가격경쟁으로부터 최고가로 청약한 사람이 있으면 그에게 매각을 허가하고 그를 소유자로 정하는 것이 당연한 순리(順理)일 것이다.

그러나 경매절차에서 매각목적물이 공유부동산으로서 그 지분이 대상일 때에는 설령 최고가매수신고인이 있더라도 우리 민사집행법(다음부터는 ‘법’이라고 한다)은 그자에게 반드시 매각허가가 되는 것이 아니고, 대신에 그 공유부동산의 다른 공유자가 당해 절차에서 최고가매수인이 신고한 가격과 같은 가격으로 우선매수 할 것을 신고하면 그 공유자에게 매각을 허가하는 공유자우선매수권(법 제140조)의 제도를 두고 있다. 이것은 공유자 간의 인적 유대관계, 즉 연고권을 인정한 것으로,²⁾ 다른 나라에서는 볼 수 없는 우리나라만의 특유한 제도이다. 생각건대, 이 제도는 전통적으로 혈통과 정분(情分) 등을 소중히 여겨왔던 우리의 정서에 비추어보면 그리 불합리한 제도로 인식되지 않고 반감 없이 모두에게 자연스럽게 용인되었을 것이다.

그리하여 이를 권리로서 법제화하게 되었는데, 결국 연고권의 존중은 실체법상 공유물의 효율적 이용과 관리의 측면에서도 더욱 효과적이므로, 이러한 취지에 부합하고 촉진되기 위해서는 경매절차에서 지분의 매각으로 인한 새로운 매수인과 기존의 공유자 간에도 예외가 될 수 없을 것이다. 그러기 위해서는 매각 이후에도 공유물의 관리를 위한 협력이 계속 요구된다는 점에서 처음 이 제도가 민사소송법의 시행(1960. 4. 4.자)과 함께 동법 제650조에서 규정되었고, 이후 일부 조항을 추가³⁾하는 내용으로 보완하기는 하였으나, 이어서 제정된 민사집행법 제140조에 규율하여 시행(2002. 7. 1.자)된 이후부터 현재까지 큰 틀의 개정 없이 그대로 인정되고 있다.

그런데, 문제는 경매절차에서 이러한 공유자우선매수권의 입법취지에 역행하여 이를 악용(惡用)함으로써, 일반 매수희망자들의 매수의욕을 감퇴시켜 유찰로 이어지게 하고, 결국 저감된 가격은 적정한 가격을 형성하지 못하는 사례가 비일비재하게 되었다. 그 결과, 이 제도의 문제점의 해결을 위한 방법으로서 극단적인 폐지론이 등장하기도 하였지만 현재는 대부분의 법원이 공유자의 우선매수신고를 사실상 1회로 제한하는 내용 등을 담은 ‘특별매각조건’을 붙여

1) 강태성, 「물권법」 제5판, 대명출판사, 2015, 235면; 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004, 44면.

2) 이시윤, 「신민사집행법」 제8판, 박영사, 2020, 341면.

3) 1990. 1. 13. 민사소송법을 개정 시, 공유자우선매수권 조항을 개정하면서 현행 민사집행법 본조 제4항과 같은 내용을 새롭게 추가하였다.

이를 매각물건명세서 비교란에 공시하는 방법으로 시행하고 있기 때문에 과거와 같은 악용사례는 많이 줄어든 것은 사실이나, 여전히 대부분의 입찰희망자들이 즉시 입찰하기에 머뭇거리게 되는 매각대상이 아닐 수 없다.

이로써, 적절한 가격에도 다다르지 못하고 헐값에 매각된 공유부동산은 결과적으로 채권자의 채권회수를 어렵게 할 뿐만 아니라, 채무자의 재산도 적정하게 평가받지 못하게 되므로, 오직 공유자만의 이익으로 돌아갈 가능성이 많다. 따라서 본고에서는 경매시장의 공정한 가격형성에 걸림돌로 작용할 수 있는 공유자우선매수권 제도에 관한 입법취지를 이해하고, 나아가 이를 토대로 실무상 주로 거론되던 공유자우선매수권의 행사와 관련, 합리적 가격 형성을 저해(沮害)하는 문제점에 대해 기존의 논의되었던 연구들을 중심으로 주요 쟁점사항을 검토함으로써, 중국에는 이 제도의 입법취지에 부합할 수 있는 형평성을 기(期)할 수 있는 나름의 개선방안이 무엇인지를 모색해보고자 한다.

II. 공유지분의 처분성에 기한 집행법상 공유자우선매수권과 그 입법취지

1. 실체법상 공유의 성질과 그 공유지분의 처분성

(1) 공유의 성질

공유는 물건이 지분에 의하여 수인의 소유로 된 때를 의미하고(민법 제262조 제1항), 이때의 수인의 소유는 공유지분을 통해 이루어진다. 여기서 각 공유자는 자신의 지분에 기하여 공유물에 대한 권리로서 지분권(持分權)을 가지는데, 이 경우에 있어서 개개의 지분권을 법적으로 어떻게 보느냐에 따라 학설은 갈린다.

먼저 1개의 소유권이 (수)량적으로 분할되어 수인에게 소유의 비율인 지분을 바탕으로 그 공유물에 대하여 각 공유자가 가지는 지분권을 1개의 소유권의 양적 일부분으로 보는 양적 분할설(量的 分割說)의 견해는 1물1권주의에 가장 합치하는 것으로서 현재의 다수설이다.⁴⁾ 반면에 다수소유권경합설(多數所有權競合說)에 따르면, 공유는 하나의 물건에 여러 소유권들이 경합하는 상

4) 강태성, 앞의 책, 650-651면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2008, 570면; 김형배, 「민법학 강의」 제7판, 2008, 592면.

태로 각 공유자의 지분권이 다른 공유자의 소유권에 의하여 제한을 받을 수밖에 없는 상태로 각 공유자가 가지는 하나의 소유권으로 보기 때문에,⁵⁾ 1물1권주의가 상당부분 수정받을 수밖에 없다. 결과적으로 이 설(說)을 따를 때, 이들 소유권의 총합이 하나의 완전한 소유권과 그 내용에 있어서 같게 된다. 그렇지만 각 공유자가 일정한 비율을 완전히 절단하는 것이 아닌 채로 하나의 소유권을 가지는 것이기 때문에, 결국에는 어느 설(說)을 따르더라도 그 결과에 있어서는 차이가 없다.⁶⁾ 그렇다면 공유지분은 사실상 단독소유권과 그 실질을 같이 한다고 할 것이다.⁷⁾

나아가 판례도 이와 관련하여 양적 분할설을 취하기도 하고,⁸⁾ 다수소유권경합설의 입장에 있는 경우도 있어,⁹⁾ 구체적으로 두 학설을 철저히 구분해서 어느 설(說)의 입장에 서서 판단하지는 않는 것으로 보인다.

(2) 공유지분의 처분성

공유자는 자기의 지분을 처분할 수 있고(민법 제263조), 또한 언제든지 각 공유자는 공유물의 분할을 청구하여 공유관계에서 벗어나 단독소유권으로 할 수 있는 공유물의 분할청구(민법 제268조)의 자유가 있다. 즉, 이들은 각 공유자가 다른 공유자의 동의를 요하지 않고 단독으로 소유로 할 수 있다는 의미로, 이를 바꿔 말하면 공유자 개인의 의사가 강하게 반영되는 독립된 효력을 가지고 있다고 볼 수 있다. 이처럼 지분의 단독소유권 성질에 따라 각 공유자는 그의 지분을 다른 공유자와 제3자에 대해서까지도 주장할 수 있게 된다. 결국 공유의 성질을 어떤 설(說)의 관점에 두더라도 그 지분은 사실상 독립한 단독소유권의 객체가 되는 것은 분명하다.¹⁰⁾

이에 따라, 각 공유자가 공유물에 대해 가지는 지분권(持分權)은 재산권의 형태로서, 당연히 당해 지분의 소유자는 다른 사람의 동의 없이,¹¹⁾ 교환가치의 대상으로 삼을 수 있어 그의 지분을 양도할 수 있을 뿐만 아니라, 담보로 제공할 수 있고 단독행위로 스스로 포기할 수도 있다. 다만, 지분에 대한 용익권의

5) 김준호, 「민법강의」 제27판, 법문사, 2021, 1547면.

6) 강태성, 앞의 책, 651면.

7) 同旨. 김준호, 앞의 책, 1544면.

8) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결; 대법원 1964. 12. 15. 선고 64다824 판결.

9) 대법원 1965. 11. 9. 선고 65다1945 판결; 대법원 1959. 10. 15. 선고 4292민상121 판결.

10) 이점에서 민법의 공유에 있어서 양적 분할설(量的 分割說)과 다수소유권경합설(多數所有 權競合說)에 대한 엄격한 구분의 실익이 모호해지고, 따라서 사실상 공유지분의 ‘단독소유권성’에 비추어 이 두 가지의 견해를 다 포함하고 있는 것으로 해석될 수 있을 것이다.

11) 대법원 1972. 5. 23. 선고 71다2760 판결.

설정에 대해서는, 지분은 어느 부분으로 특정되는 것이 아닌 점에서 그 효과가 공유물 전체에 미치기 때문에, 공유물 전부를 제한 없이 용익할 수는 없다.¹²⁾ 이때에는 다른 공유자 전원의 동의가 필요할 것이다(민법 제264조). 반대로 그와 같은 제한이 소멸되면 언제든지 자신의 지분에 기해 다시 지배할 수 있게 된다.

그렇다면 실체법상의 공유지분의 처분성에 따라 그의 지분이 채무자로서 책임재산이 되었을 때, 채권자는 채권회수를 위하여 공유부동산의 지분에 대한 경매(법 제139조)를 통해 다른 지분권자의 동의가 없어도 강제집행의 대상으로 할 수 있고, 그 결과에 따라 소유권의 자유로운 이전이 가능하게 된다. 비록 지분이라는 것이 공유물(가령, 토지)의 그 부분에 특정되어 있지 않다고 하더라도 이 경우에서 채권의 귀속행사와 나누어 생각하지 않을 수 없다.¹³⁾ 따라서 경매부동산의 지분매각이 가능하게 되고, 이때 우리 민사집행법은 그 공유물의 다른 지분권자가 채무자의 지분에 대하여 공유자우선매수권(법 제140조)을 행사할 수 있도록 규정하고 있다.

2. 공유물에 대한 관리비용의 지체와 공유지분의 처분성

공유는 다른 공동소유의 형태인 합유나 총유에 비해 인적 결합관계가 없다. 그렇지만 공유물의 이용·개량 등 관리에 관한 사항이 생겼을 때에는 새롭게 인적 연고권에 의해 접근하여야 효과적으로 공유물을 관리할 수 있을 것이다. 그러기 위해서 공유자 간은 그 지분의 비율에 따라 공유물의 관리비용 기타 의무를 부담하여야 하는데(민법 제266조 제1항), 만약 공유자가 1년 이상 이러한 관리비용 등을 지체한 경우에는 다른 공유자는 상당한 가액으로 그의 지분을 매수할 수 있다(동조 제2항).

이때 행사하는 지분매수청구권은 공유자의 일방적 의사표시에 의해 바로 지분의 매매계약이 성립하므로,¹⁴⁾ 통설적 견해는 형성권이다. 그런데 이 경우에서 지분의 소유자는 비용에 대한 의무부담의 이행자로서 사실상 채무자의 입장에 있는 것으로 볼 수 있을 것이다, 그래서 그 공유자의 의무지체에 갈음하여 대납한 공유자나 그 밖의 다른 공유자에게 의사표시만으로 상당한 가액의 매매대금을 제공하고 그의 지분을 매수할 수 있도록 한 것은, 공유물의 이용·

12) 강태성, 앞의 책, 655면; 김준호, 앞의 책, 1546면; 지원립, 「민법강의」 제5판, 홍문사, 2007, 545면.

13) 平井一雄, 「法學民法(總則・物權)」, (株)信山社, 2011, 74頁.

14) 강태성, 앞의 책, 657면.

관리상 비용의 부담에 있어서도 인적 유대관계의 필요성이 간접적으로 강조된 한 예가 될 수 있다.

이처럼 같은 공유물에 대한 다른 공유자의 지분매수청구권으로 인해 당해 공유지분이 매각되는 것은, 결국 공유지분의 처분성을 보여주는 또 다른 모습을 의미하기도 하고, 나아가 공유지분이 경매 등의 방법으로 전혀 모르는 제3자에게 매각됨에 따라 생기는 공유물의 이용상 어려운 점을 감안하여 미리 실체법에서 다른 공유자의 의사표시만으로도 매수될 수 있도록 규율한 것은, 둘다 지분권자의 의사에 반하여 처분되는 공통점에서 본다면 절차법상의 공유자 우선매수권과 본질적으로 그 궤(軌)의 연장선에 있다고 할 것이다.

3. 공유자우선매수권의 의의와 입법취지

(1) 공유자우선매수권의 의의

앞에서 언급한 바와 같이 공동소유의 형태인 공유에서 공유물의 지분은 결과적으로 독립적인 단독소유권의 객체로 보는 데는 다수의 견해가 일치한다. 이에 따라 경매절차에서 공유부동산 중, 일부 지분을 소유한 채무자의 지분은 강제집행의 대상이 된다. 이처럼 공유자의 지분이 경매에 들어갔을 경우, 다른 공유자는 같은 절차의 매각기일까지 법 제113조에서 정한 최저매각가격의 10%에 해당하는 매수신청의 보증을 제공하고, 최고가매수신고인 신고한 가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선매수 하겠다는 신고를 할 수 있다(법 제140조 제1항). 이것이 바로 공유자우선매수권이다.¹⁵⁾

이와 같은 특칙(特則)은 본질적으로 실체법상 공유지분이 단독소유권의 객체로서, 역시 양도나 담보설정 등 자유로운 처분성에 기인한 결과로 인정될 수 있는 제도임을 알 수 있다.

(2) 공유자우선매수권의 입법취지

이미 주지한 바대로 공유에 있어서 공유자는 자신의 지분권을 처분하는데 있어 다른 공유자의 의사에 제약될 필요가 없을 뿐만 아니라, 언제든지 공유물의 분할을 통하여 자신명의의 단독소유로 만들 수 있는 등(민법 제268조), 독립성이 강한 공동소유의 형태이다.¹⁶⁾ 다시 말해서, 각 공유자는 공유물에서 개

15) 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007, 549면.

16) 강대성, 「민사집행법」제5판, 탐북스, 2011, 391면.

인적 수요를 충족하기 위해 자신의 지분권의 행사로 아예 본래적인 성질의 변경이나 처분은 할 수 있어도, 그렇지 않고 공유물을 계속 유지하기 위한 관리적인 측면에서 보면, 그 이용행위에 있어서 공유물의 경제적 용법에 따라 최고로 활용할 필요성이 있고, 또는 사용가치나 교환가치를 증대하기 위한 개량행위가 요구되는 경우도 있을 수 있다. 이때에는 각 공유자가 단독으로 처리하기에는 실제 벽찬 일이 아닐 수 없기 때문에, 그런 점에서 다른 공유자와 협의가 필요할 때 효과적인 관리를 위한 선택의 문제에서 공유자 지분의 과반수로써, 결정할 수 있도록 하였다(민법 제265조 본문).

이와 같은 경우에서 공유물의 효율적 이용과 관리를 위해서는 기존에 있던 인적인 유대관계, 즉 연고가 있는 사람들이라면 훨씬 공유물의 관리가 수월할 것이라는 사실은 미루어 짐작해도 충분하다. 즉, 공유자우선매수권은 공유자간의 인적인 유대관계를 유지할 필요가 있으므로, 마찬가지로 공유지분이 매각되는 경매절차에 있어서도 그러한 취지는 예외가 될 수 없을 것이다. 이리하여 매각 이후에도 새로운 미지의 사람이 매수인이 되어 공유자로 끼어 들어오는 것도 꺼리게 되는 점을 당연한 정서로 받아들여 공유물 관리의 지속적 협력의 필요성에 따라 채무자 이외의 다른 공유자에게 우선매수권을 인정할 필요성에 따라,¹⁷⁾ 2002. 7. 1.자 새롭게 시행된 지금의 우리 민사집행법 제140조에 규정되기 이전의 민사소송법 제정 때(1960. 4. 4.)부터 이미 그러한 취지를 반영하여 법제화하고 본조 제650조에서 규율하여 지금까지 이어지고 있다. 이것은 혈연이나 오랜 교감을 통해 형성된 친분을 소중히 여기는 우리의 정서와 맞아떨어져 대부분 사람들은 자연스럽게 이러한 제도 본래의 취지를 수긍하였을 것으로 추측된다. 그리하여 이 제도는 다른 나라에서는 볼 수 없는 우리나라만의 특유한 제도가 되었다.

어찌됐건, 우리나라에만 있는 공유자우선매수권은 공유물 전체를 이용·관리하는 데 있어서 다른 공유자와 협의를 하여야 하고, 그 밖에 다른 공유자와 인적인 유대관계를 유지할 필요가 있다는 점 등을 고려하여 공유지분의 매각에 있어 새로운 사람이 공유자로 되는 것보다는 기존의 공유자에게 우선권을 부여하여 그 공유지분을 매수할 수 있는 기회를 준다는 데에 그 입법취지가 있는 것이지, 더 이상의 특전을 인정하는 것은 아니다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 입법취지를 고려하여 인정된 공유자우선매수권이 실무상 행사에서 이를 남용(濫用)하거나 오용(誤用)으로 인하여 중국에는 합당한 가격에 미치지 못함으로써 형

17) 편집대표 김능환·민일영, 「주석 민사집행법(IV)」, 한국사법행정학회, 2012, 106면.

18) 대법원 2006. 3. 13.자 2005마1078 결정.

평성에 의문을 가지는 사람들이 많아지게 되었고, 결국 경매절차에서 서서히 일반의 관심에서 멀어져 처음 제정할 때의 순수한 의도가 점점 퇴색되어 가고 있다는 점은 부인하기 어려운 사실이다.

(3) 다른 나라의 사례

경매절차에서 공유자우선매수권은 우리나라에만 있는 특유한 제도로, 우리와 같은 대륙법계를 취하는 일본이나 독일의 경우의 입법사례를 볼 때, 경매절차에서는 공유자에게 특별히 우선매수권을 인정하는 제도가 없을 뿐, 공동소유의 형태인 공유의 지분 그 자체는 매각대상의 범위로 취급되고 있다.

예컨대, 일본의 경우에는 부동산의 강제집행절차에서 부동산의 공유지분도 부동산의 범위에 포함하고 있으므로(일본 민사집행법 제43조 제2항), 당연히 그 공유지분은 매각대상이 된다.¹⁹⁾ 그리고 독일에서는 공유지분 및 공동의 목적물에 대한 처분에 있어서 “각 지분권자는 자신의 지분을 처분할 수 있고, 공동의 목적물 전체에 대한 처분은 지분권자가 공동으로만 이를 할 수 있다(독일민법 제747조).”고 함으로써,²⁰⁾ 지분권자의 처분의 자유를 규정하고 있으나, 절차법에서는 특별히 공유자의 우선매수권과 같은 우월적 지위를 인정하고 있지는 않는다는 것이다. 이것으로 볼 때, 공유지분은 일반 부동산과 사실상 동일하게 취급하여 그 지분매각이 있더라도 그것은 부동산의 집행절차에서 처리되기 때문에, 따로 공유자우선매수권을 인정하지 않고 일반 매수인과 동등하게 자유로운 경쟁을 통하여 매각되고 있음을 알 수 있다. 이렇게 하는 것은 누구나 공평한 위치에서 매수하고자하는 부동산을 살 수 있게끔 함으로써, 결과적으로 민사집행의 이상 실현에 보다 더 접근하려는 노력의 일환으로 읽을 수 있을 것이다.²¹⁾

그러나 우리나라는 이러한 외국 사례와 달리 경매절차에 공유자우선매수권 제도를 둬으로써, 그만큼 일반 입찰자의 매각대상 목적물의 선택이 줄어든 결과가 발생하고, 그것은 결과적으로 낮은 경쟁으로 인한 적정가격 형성을 어렵게 하는 문제를 낳았다.

19) 福永有利, 「民事執行法・民事保全法」, 有斐閣, 2011, 114頁.

20) 양창수 역, 「독일민법전, -총칙·채권·물권-」, 박영사 2018, 628-629면.

21) 정영환, 최광선, “공유자 우선매수권 제도의 문제점과 개선방안”, 「민사집행법연구」 제13권, 한국사법행정학회, 2017, 141면; 유경중, “부동산공유자의 경매통지와 우선매수권제도의 실무상 문제점”, 「민사집행법연구」 제10권, 한국사법행정학회, 2014, 369면; 이형구, “민사집행법상의 공유자 우선매수권에 관한 소고”, 「민사집행법연구」 제4권, 한국사법행정학회, 2008, 84면.

Ⅲ. 공유자우선매수권의 내용과 행사시기에 따른 행사방법

1. 민사집행법상 공유자우선매수권 관련 규정

공유부동산의 지분경매 시, 그 지분의 소유자인 당해 공유자를 제외한 다른 공유자는 매각기일까지 법 제113조(매수신청의 보증)에 따른 보증을 제공하고 최고가매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선매수하겠다는 신고를 할 수 있다(법 제140조 제1항). 이때 지분의 소유자인 공유자는 경매사건의 채무자이기 때문에, 당연히 매수신청인이 될 수 없다(민사집행규칙 제59조. 다음부터는 ‘규칙’이라 한다). 이 경우에서 설령 다른 일반의 최고가매수신고가 있더라도 그 공유자에게 매각을 허가하여야 하는데(동조 제2항), 물론 최고가매수신고인이 신고한 가격과 동일한 가격으로 매수의사를 표시하여야 함이 그 전제가 된다. 즉, 지분의 처분성과 공유물의 효율적 이용 · 관리상의 목적이 어우러져 그 효과로서 일반의 입찰자보다 공유물의 다른 공유자에게 우선적으로 매수할 수 있는 지위가 인정되는 셈이다. 그러나 공유물분할의 소(訴)에서 법원이 공유물의 경매를 명한 판결에 기해(민법 제269조 제2항), 대금분할이 되는 경우에는 공유물의 지분경매가 아닌 공유물 전부를 그 매각대상으로 하는 환가경매이기 때문에, 공유자우선매수권이 인정되지 않는다.²²⁾

특히, 여러 사람의 공유자가 매수보증을 제공하고 최고가매수신고가격과 같은 가격으로 우선매수하겠다는 신고를 하고 매각허가결정을 받은 때에는 그들 간의 특별한 협의가 없으면 공유지분의 비율에 따라 채무자의 지분을 매수하게 된다(법 제140조 제3항).

한편, 당해 경매사건에서 공유자가 우선매수신고를 한 경우에는 최고가매수신고인을 법 제114조의 차순위매수신고인으로 본다(동조 제4항).

2. 공유자우선매수권의 행사주체와 적용대상

(1) 우선매수권의 행사주체

공유부동산의 지분매각에서 다른 최고가입찰자가 없는 경우에는 굳이 매각기일을 정해 경매를 진행하는 것보다 그 공유자에게 최저매각가격으로 매수하게 하는 것이 경매절차의 당사자나 이해관계인에게도 더 유리할 것이다. 이

22) 대법원 1991. 12. 16. 자 91마239 결정; 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2011, 233면.

것은 공유자가 최저매각가격으로 매수를 원할 경우에 최저매각가격을 최고가 매수신고가격으로 보고 매각을 허가하는 것인데(규칙 제76조 제2항), 특별히 공유자의 지위 그 이상을 부여해서 인정하는 것은 아니므로,²³⁾ 누구나 납득할 수 있는 사안으로서 따로 문제가 되지 않을 것이다.

한편, 공유부동산에 대해 채권자로서 경매신청을 한 공유자는 당해 사건에서 우선매수권을 행사할 수 있는지가 문제되나, 특별히 부정해야 할 만한 이유가 없으므로 다른 이설은 없다. 그런데 경매개시결정으로 압류의 효력이 발생된 이후에 채무자인 공유자의 지분을 취득한 제3자에 대해서 우선매수권의 지위를 인정해야 할지, 그 여부에 대해 의문을 가질 수 있을 것이다. 이에 관하여, 경매개시결정 이후에도 채무자 이외의 다른 공유자의 지분을 취득한 제3자는 압류의 처분금지효와 무관하게 우선매수권을 행사할 수 있을 것이나, 그렇지 않고 채무자의 지분을 취득한 제3자는 결과적으로 압류의 처분금지효(處分禁止效)에 저촉되는 공유지분의 취득에 해당되므로 우선매수권을 행사할 수 있는 공유자가 될 수 없다고 보아야 한다.²⁴⁾

또한, 집행법원이 여러 개의 부동산을 일괄매각하기로 결정한 경우에, 그 매각대상 부동산 중 일부에 대한 공유자는 특별한 사정이 없는 한 매각대상 부동산 전체에 대하여 공유자의 우선매수권을 행사할 수 없고,²⁵⁾ 나아가 이미 전술한 바와 같이 공유물분할의 경매절차에서 해당 공유물의 지분권자도 역시 우선매수권이 없다.²⁶⁾

(2) 우선매수권의 적용대상

부동산의 경매절차에서 집행대상으로서 부동산은 토지와 그 정착물, 건물 그리고 「임목에 관한 법률」, 「광업법」등 특별법상 부동산으로 취급되는 재산이 목적물이 된다.²⁷⁾ 그러므로 단독소유권의 대상인 토지와 그 정착물, 건물은 독립하여 경매의 대상이 되고, 아울러 공장재단과 광업재단을 구성하는 기계기구 등은 유체동산경매가 아닌, 그 저당권의 목적물인 토지, 건물과 같이 일괄하여 부동산에 의한 경매의 대상이 된다. 게다가 등록된 자동차와 건설기계, 등기된 선박도 부동산에 대한 강제집행의 방법에 의하고, 광업권과 어업권도 역시 법

23) 대법원 2006. 3. 13. 자 2005마1078 결정.

24) 同旨. 유경중, 앞의 논문, 393면.

25) 대법원 2006. 3. 13. 자 2005마1078 결정.

26) 대법원 1991. 12. 16. 자 91마239 결정.

27) 김홍엽, 앞의 책, 250-253면.

를상 부동산으로 다루어지기 때문에 부동산경매의 대상이 된다.

그러나 부동산경매의 대상이 된다고 하더라도 그중에서 특히 자동차, 건설기계, 소형선박의 공유지분에 대한 강제집행은 ‘그 밖의 재산권에 대한 강제집행’의 예에 따라서 일괄매각절차에 의해 진행된다(법 제251조, 규칙 제129조, 규칙 제130조). 이 때문에 자동차 등의 지분에 대한 경매에서는 우선매수권이 아예 적용될 수 없다. 그리고 광업권에서 공동광업권자의 지분은 다른 공동광업권자의 동의가 없으면 처분할 수 없는(광업법 제30조 제2항), 합유에 해당하므로, 역시 부동산집행의 목적물이 되지 못한다.

반면에, 공장재단과 광업재단은 집행의 대상이 되는 부동산과 일체로 함께 매각되기 때문에 그 공유지분의 경매는 호가경매, 기일입찰과 기간입찰 모두에 적용된다(규칙 제71조, 제72조 제4항) 이것으로 비추어 볼 때, 유체동산의 경매에서 부부공유의 재산(가재도구 등)에 대한 반의 지분에 대해서만 우선매수권을 인정하는 것을 제외하고는 사실상 공유자우선매수권은 부동산의 공유지분에 대해서만 적용된다고 볼 수 있다.

3. 공유자우선매수권의 행사시기에 따른 행사방법

(1) 매각기일에서의 우선매수권 행사

공유자는 매각기일의 입찰법정에서 집행관에게 서면으로 공유자우선매수신고서를 제출하거나 또는 구술로 우선매수의사를 표시하는 방법으로 할 수 있다. 이때에는 반드시 매수보증금을 함께 제출하여야 할 것이다. 그런데, 보통은 매각기일에 직접 공유자가 입찰법정에 출석하여 최고가매수신고인으로 결정된 사람의 이름과 가격이 호창(呼唱)될 때, 그 즉시 집행관에게 우선매수를 하겠다는 의사를 표시함으로써 행사하고 있다.

이로써 공유자의 우선매수권의 행사가 적법하다면 법원은 최고가매수신고가 있더라도 그 공유자에게 매각을 허가하여야 한다(법 제140조 제2항). 만일 그렇지 않고 최고가매수신고인에게 매각을 허가 한 때에는 공유자는 매각허가에 대한 항고로써 이를 다룰 수 있다(법 제121조 제2호, 제130조 제1항). 그러나 다른 이해관계인은 이렇게 하더라도 이것으로 인해 특별한 손해를 보는 일은 없으므로 항고이유로 주장할 수 없다.²⁸⁾

한편, 이러한 행사방법(시기)의 확장성이 일부의 남용으로 인해 공정한 가격

28) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 주석 민사집행법(IV), 111면.

형성을 어렵게 한다는 문제점으로 거론되기도 한다.

(2) 매각기일 전(前)의 우선매수권 행사

공유자우선매수권의 신고 시기에 대해서는 특별한 제한을 두지 않기 때문에, 집행관이 입찰법정에서 최종 매각기일을 종결한다는 고지를 하기 전까지는 우선매수신고를 할 수 있다. 따라서 공유자는 매각기일 전(前)이라도 미리 집행법원이나 집행관에게 법 제113조에 따른 보증을 제공하고 최고매수신고가격과 같은 가격으로 우선매수권을 행사하겠다는 취지의 내용을 담은 우선매수신고서를 제출할 수 있다.

그런데, 이와 같이 사전에 우선매수신고서를 제출할 때 담보제공의 보증을 함께 제공해야 하는지 문제가 된다. 이에 관해 대법원은, “공유자가 입찰기일 이전에 집행법원 또는 집행관에게 공유자우선매수신고서를 제출하는 방식으로 우선매수신고를 할 경우에도 반드시 이와 동시에 입찰보증금을 집행관에게 제공하여야만 적법한 우선매수신고를 한 것으로 볼 것은 아니고, 우선매수신고서만 제출하거나 입찰보증금에 미달하는 보증금을 제공한 경우에도 입찰기일에 입찰법정에서 집행관은 최고가입찰자와 그 입찰가격을 호창하고 입찰의 종결 선언을 하기 전에 그 우선매수신고자의 출석 여부를 확인한 다음, 최고가입찰자의 입찰가격으로 매수할 의사가 있는지 여부를 확인하여 즉시 입찰보증금을 제공 또는 추가 제공하도록 하는 등으로 그 최고가입찰가격으로 매수할 기회를 주어야 한다. 나아가 입찰기일 전에 공유자우선매수신고서를 제출한 공유자가 입찰기일에 입찰에 참가하여 일반 매수인으로서 입찰표를 제출하였다고 하여 그 사실만으로 우선매수권을 포기한 것으로 볼 수도 없다.”²⁹⁾고 함으로써, 매각기일 전이라도 우선매수신청을 할 수 있으며, 그때에 반드시 법 제113조에서 규율하는 매수보증을 전부 제공할 필요도 없음을 판시하였다.

다시 말해서, 이는 우선매수신고를 매각기일 전에 하더라도 꼭 그와 동시에 보증금을 제공할 필요가 없다는 점을 밝힌 것이다. 따라서 사전에 당해 사건의 공유자가 우선매수권을 행사하고도 만일 최종 매각기일의 종결을 고지하기 전까지 보증을 제공하지 않는다면, 그때는 기(既)신청한 우선매수권 행사의 효력을 잃게 될 것이다. 나아가, 이러한 점을 고려하여 공유자가 입찰기일 전에 우선매수권의 신고를 하고, 이후 일반 매수인으로서 입찰하여 매수신고인의 지위를 겸(兼)하게 되더라도 먼저 신고한 우선매수권의 지위를 포기한 것으로는

29) 대법원 2002. 6. 17. 자 2002마234 결정.

보지 않는다.

한편, 실무상 매각기일 전에 이와 같이 공유자의 우선매수신고서가 접수되면 집행기록의 표지에 이를 표시하여 이후 매각기일에 일반 매수희망자들이 입찰하기 전에 미리 인지할 수 있도록 집행관이 이를 고지하는데 착오가 없도록 하고 있으나,³⁰⁾ 오히려 이처럼 행사시기를 달리할 수 있는 점 때문에, 공유자우선매수권 본래의 입법취지를 벗어나 악용하는 문제점이 발생하므로, 이에 관한 구체적인 대안마련 등은 다음章에서 상술(詳述)하기로 한다.

4. 공유자우선매수권 행사에 따른 일반적인 효과

공유자가 법 제140조 제1항에 따라, 우선매수권을 행사하게 되면, 비록 일반의 입찰자 중에서 최고가로 매수신고를 하는 사람이 있더라도 그 최고가매수신고인은 낙찰자가 되지 못하고, 대신에 공유자에게 매각을 허가하여야 한다. 이처럼 하나의 공유부동산에서 일부 지분이 경매에 들어갔을 때, 다른 공유자에게 우선매수권을 인정함으로써 공유물에 붙은 복수의 권리관계가 다소간 단조로워져 공시가 간편해지고, 이로써 공유물의 관리가 쉬워질 뿐만 아니라, 조금 더 배타적인 지배가 가능해지므로, 물권의 객체가 조금 더 특정적인 독립의 물건으로 변하여 거래가 안전해질 수 있다.³¹⁾ 결국, 1물1권주의의라는 물권의 본질에 한층 더 가까이 접근할 수 있는 효과가 생긴다.

이와 달리, 경매절차에서 공유자우선매수권의 행사로 최고가매수인이 되지 못한 최고가매수신고인은 일부러 차순위매수신고인으로 지정해 달라는 별도의 신고를 하지 않더라도 자신의 의사와 무관하게 차순위매수신고인의 지위를 법에 의해 부여받게 된다(법 제140조 제4항). 즉, 우선매수권을 행사한 공유자가 대금을 납부하지 않을 경우 매각대금을 완납하면 매수인이 될 수 있다.³²⁾ 이와 같이 최고가매수신고에게 간주되는 지위가 이점(利點)이라고 생각할 수도 있을지 모르나, 반면에 자신의 의사와 관계없이 우연한 사정에 따라 매수인이 되지 못할 뿐만 아니라, 보증금을 돌려받지 못하는 불합리한 지위에 놓이게 된다.³³⁾ 그래서 이러한 점을 감안하여 집행관이 입찰법정에서 매각기일을 종결한다는 고지를 하기 전까지 차순위매수신고인의 지위를 포기할 수 있도록 하

30) 사법연수원, 「집행실무Ⅱ(법원실무제요)」, 2020, 315면.

31) 지원림, 앞의 책, 374면.

32) 오시영, 앞의 책, 549면.

33) 사법연수원, 앞의 「집행실무Ⅱ(법원실무제요)」, 317면.

였다(규칙 제76조 제3항). 여기서 매각기일 종결의 고지 전까지 포기의 의사표시를 할 수 있게끔 시한을 두는 것은, 차순위매수신고인의 유동적인 지위에 따른 절차의 안정을 고려한 취지로 보인다.³⁴⁾

이외에도 채무자 이외의 공유자가 여럿 있는 경우에 우선매수권을 행사하는 공유자가 2인 이상의 공유자가 우선매수권을 행사한 경우에는 어느 누구에게 우선권을 줄 것인지의 문제에서는 법 제140조 제3항에 따라 공유자간에 매수할 지분을 협의하였다면 물론 그 협의에 따르겠지만, 그러한 협의가 없는 때에는 경매되는 지분은 공유자가 가지고 있는 지분의 비율에 따라 나누어 매수하게 하고 있다. 그런데 이 경우에서 일부 공유자가 대금을 미납하는 경우에 있어서는, 일단 대금납부자가 이해관계 있는 제3자로서 미납자의 매수대금을 대위납부하게 하고, 그에 대한 구상금채권자가 되는 방법 등이 제시되고 있지만, 중국적으로는 미납자의 지분에 대한 그의 명의로 소유권이전등기축탁이 되게 한 다음, 구상금채권을 집행채권으로 강제집행을 하게 될 것이어서 근원적 해결책은 되지 못하는 문제를 가지고 있다는 비판도 제기된다.³⁵⁾ 그러나 이에 대해서는, 앞에서 언급한 공유자의 지분매수청구권(민법 제266조 제2항)이 그 대안이 될 수 있다고 생각되나, 그 구체적인 논증은 추후 다음 연구에서 상세히 논의하기로 하고 미룬다.

한편, 일괄매각 되는 부동산 중, 그 일부의 지분권자가 당해 사건의 매각대상물 전부에 대하여 우선매수권을 행사할 수 있느냐가 문제될 수 있는데, 이미 앞에서 언급한 바와 같이 대법원은, “집행법원이 일괄매각결정을 유지하는 이상 매각대상 부동산 중 일부에 대한 공유자는 ‘특별한 사정’이 없는 한 매각대상 부동산 전체에 대하여 공유자의 우선매수권을 행사할 수 없다고 봄이 상당하다.”고 하여,³⁶⁾ 이를 부정하였다. 추측컨대, 이에 관한 대법원의 취지를 살펴보면, 이는 일반 입찰자의 경쟁을 통한 최고가로 결정된 매각가격으로 만족할 만한 채권실현을 이룬다는 의미에서 본다면 충분히 납득할 수 있다. 다만 판례가 적시한 “특별한 사정”의 경우에는 예외적으로 인정될 수 있다는 의미를 또한 담고 있기 때문에, 만약 일부 부동산의 공유자라도 그 전체 부동산과 상당한 유기적 관련성과 함께 최고가격의 유지와 형성에 특별한 장애가 되지 않는다

34) 同旨. 남태룡, “경매절차에서 공유자 우선매수권제도의 문제점과 제도개선방안에 관한 연구 : 부동산 경매를 중심으로”, 고려대학교 대학원(석사), 2009, 99면; 법원행정처, 「민사집행 규칙해설」, 2002, 237면.

35) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 주식 민사집행법(IV), 111-112면.

36) 대법원 2006. 3. 13. 자 2005마1078 결정.

면 이를 인정하여도 무방할 것이다.

IV. 행사 시한과 매수경쟁 허용 여부에 대한 검토 및 개선방안

공유자 우선매수권의 행사와 관련하여 실무상 경매절차에서 주로 문제되는 사안은 우선매수권의 행사시기에 따라 각기 다른 행사방법을 보이는데, 이와 관련해서 미리 결론부터 말하자면 이러한 행사시기를 악용하여 행사함으로써, 종국에는 공정한 가격형성을 어렵게 한다는 것이다. 아래에서는 이러한 점을 중심으로 그 쟁점사안을 살펴본 후, 그 개선방안을 생각해본다.

그리고 이에 덧붙여, 공유자우선매수권제도의 형평성 제고를 강조하고자 한다.

1. 우선매수권의 행사 시한(時限)

법 제140조 제1항에서 채무자의 공유지분에 대한 우선매수권의 행사시기를 “매각기일까지”라고 규정하고 있다. 이에 더하여, 규칙 제76조 제1항에서는 법 제140조 제1항의 규정에 따른 우선매수의 신고를 집행관이 “매각기일을 종결한다는 고지를 하기 전까지” 할 수 있도록 정하였다. 그렇다면, 우선매수권의 행사 시한은 매각기일 당일에 법 제115조 제1항에 따라 집행관이 최고가매수 신고인의 성명과 가격을 호창하고 경매의 종결을 선언하기 전까지 최고매수신고가격과 같은 가격으로 매수할 것을 신고하고 동시에 보증을 제공하면 적법한 우선매수권의 행사가 될 수 있다.³⁷⁾ 따라서 매각의 종결이 선언된 이후의 우선매수권을 행사하는 것은 받아들여지지 않으므로, 공유자의 우선매수신고 및 보증의 제공은 집행관이 입찰의 종결을 선언하기 전까지이면 되고, 입찰 마감시각까지로 제한할 것은 아니라고 한다.³⁸⁾

그런데 매각기일 당일에 다른 일반 매수신고인이 없어 최고가가 정해지지 않아 우선매수의 기준가격이 없을 때는 공유자 우선매수권의 행사시한을 언제까지로 하여야 하는지 의문이 들 수 있다. 이때에도 집행관은 바로 유찰을 선언할 것이 아니고 입찰법정에서 공유자의 출석여부를 확인하고, 만일 출석하였다면 당해 사건의 최저매각가격으로 매수할 의사가 있는지를 묻고, 이에 따라

37) 대법원 2000. 1. 28. 자 99마5871 결정.

38) 대법원 2004. 4. 14. 자 2004마581. 결정.

공유자가 그 가격으로 매수의사를 표시하면 즉시 매수보증금을 받아 매각허가를 함으로써, 공유자는 당해 사건의 최종 매수인이 된다. 그러므로 공유자는 늦어도 집행관이 매각기일을 종결한다는 선언이 있기 전까지만 우선매수권을 행사하면 그 효력을 발생시킬 수 있다.

2. 매각기일에 최고가가 정해졌을 때 즉시 우선매수권을 행사하는 경우

(1) 우선매수권의 행사 시한이 넓게 규정된 탓에 이를 남용하는 문제점

공유자의 우선매수권의 행사시기를 매각종결의 고지를 하기 전까지로 규정하고 있으므로(규칙 제76조 제1항), 대개 공유자는 사전에 우선매수신고서를 제출하지 않고 입찰참가 개봉된 이후 당해 사건의 공유물에 대한 최고가매수 신고인이 있는지 여부를 현장에서 파악한 후, 유불리를 따져보고 선택적으로 우선매수권의 행사여부를 결정하는 것이 대부분이다. 즉, 공유자 자신에게 가장 유리한 상황이 되었을 때 매각기일의 입찰법정에서 즉시 우선매수권을 행사하는 것이다. 이는 순전히 공유자의 의사에 기인해서 매수인이 결정될 수밖에 없는 구조이다. 이로써 매각가격의 범위도 사실상 공유자의 입장에서 좌우될 여지가 많다. 이처럼 공유자우선매수권의 행사시기를 너무 넓게 인정하고 있는 까닭에, 다른 일반 매수희망자들은 손해를 감수하더라도 적정가격 이상으로 월등히 높은 입찰가로 응찰하지 않는 한 낙찰될 가능성이 아주 희박하다는 인식을 가지게 될 것이다.

이외에도 일반 입찰자가 어렵게 물건분석을 한 후에 입찰하여 최고가매수인이 되더라도 중국에는 공유자에게 매수인의 지위를 넘겨주고, 자신은 차순위매수신고인 정도로 된다는 불신은 쉽게 입찰을 주저하게 하고, 이는 결과적으로 매각가격의 저감으로 이어질 수밖에 없다. 따라서 이러한 문제점은 마침내 채권자나 채무자 또는 소유자에게 불이익으로 돌아가고, 대신에 그 이익은 공유자가 가지는 불합리한 점이 드러난다는 것이다.³⁹⁾

(2) 학설상의 견해

공유자가 매각기일에 입찰법정에서 최고가매수인이 정해졌을 때, 즉시 우선매수권을 행사하는 것은 사실상 공유자가 경매의 주체적인 입장에서 모든 정보를 독점한 가운데 매수여부를 결정하게 된다. 이러한 정보의 비대칭성은 자

39) 同旨. 남태룡, 앞의 논문, 123면; 정영환, 최광선, 앞의 논문, 130-131면.

원 배분의 비효율성이 생기는 것과 같은 결과로서, 자연히 매각물건은 헐값으로 처리되는 상황이 발생한다. 이에 따라, 채권자나 채무자는 결국 여의치 않는 손해를 입을 수 있다.

이에 대한 문제점에 관해서 여러 개선안이 제기되었는데, 가령, 경매절차에 참여하려는 매수인에게 공시(公示)가 즉시 될 수 있다면 매각기일에서의 경쟁을 유도한다는 측면에서 공유자의 우선매수신고의 시한을 법으로 ‘매각기일 전까지’로 행사시한을 명확히 하여도 될 것이라는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 또한, 판례상으로 밝힌 ‘매각기일까지(개찰이 끝났을 때)’를 ‘입찰마감까지(입찰 종결시)’로 해석하고, 공유자는 감정가격 내지 최저가격으로 매입할 수 있도록 하자는 입장이 있다.⁴¹⁾ 이외에도 규칙 제76조 제1항의 규정을 ‘집행관이 입찰표를 개봉하기 전(또는 입찰마감시나 배당요구종기일)까지’로 개정하여 매각절차 이해관계인의 이익보호와 공정성을 도모할 필요가 있다고 주장한다.⁴²⁾

그러나 이러한 주장들에 대해서, 현행법상 매각기일의 종결은 집행관이 개찰을 한 후 최고가매수신고인을 호창하고 입찰기일을 종결한다고 고지함으로써 종결되기 때문에(법 제115조 제1항), 굳이 일반경매에서와 달리 공유자우선매수권에만 입찰마감시까지로 축소하여 해석하고 처리하는 것은 법령의 개정이 되지 않는 한 현행법 하에서는 수긍하기 어려울 것이라는 반대의 견해를 피력하는 학자도 있다.⁴³⁾

이를 정리하자면, 공유자의 우선매수권 행사 시한을 매각종결의 고지 전(前)으로 조금 더 제한할 필요가 있다는 의견이 대체적인 시각인 것으로 분석된다.

(3) 판례의 입장

공유자우선매수권의 행사 시한에 대한 실무상 입장을 알 수 있는 대법원의 판례를 보면, “공유자는 경매기일까지 보증을 제공하고 최고매수신고가격과 동일한 가격으로 채무자의 지분을 우선매수할 것을 신고할 수 있고, 이 경우에 법원은 최고가매수신고에 불구하고 그 공유자에게 경락을 허가하여야 한다고 규정하고 있는바, 이와 같은 공유자의 우선매수권은 일단 최고가매수신고인이 결정된 후에 공유자에게 그 가격으로 경락 내지 낙찰을 받을 수 있는 기회를

40) 정영환, 최광선, 앞의 논문, 154-155.

41) 조민석, “부동산 강제경매에 있어서 공유자의 우선매수권의 효용성”, 전북대학교 법학연구 제28집, 2009, 216-217면.

42) 남태룡, 앞의 논문, 123-124면.

43) 최환주, “공유자 우선매수권의 행사 및 그 악용에 대한 대처방안”, 부산대학교 법학연구 제54권(1), 2013, 21면.

부여하는 제도이므로, 입찰의 경우에도 공유자의 우선매수신고 및 보증의 제공은 ‘집행관이 입찰의 종결을 선언하기 전까지이면 되고’, 입찰마감시각까지로 제한할 것은 아니다.”라고 판시하였다.⁴⁴⁾

나아가 “공유자가 우선매수권을 행사하여 그 공유자에게 경락을 허가한 경우, 최고가입찰자로 하여금 당해 입찰기일에서 더 높은 입찰가격을 제시하도록 하는 것은 ‘입찰의 본질에 반하는 것’이며, 공유자와 최고가입찰자만이 참여하여 더 높은 입찰가격 내지 호가를 제시할 수 있는 새로운 입찰기일 등에 관한 절차규정도 없으므로, 공유자가 우선매수권을 행사한 경우에 최고가입찰자는 더 높은 입찰가격을 제시할 수 없다.”고 하였다.⁴⁵⁾

이것으로 볼 때, 대법원의 입장은 공유자우선매수권의 최종 행사시한은 집행관이 입찰의 종결을 선언하기 전까지이며, 이때 공유자와 최고가입찰자 간의 다시 매수경쟁은 불허하는 것이 기본적 취지임을 알 수 있다.

(4) 소결

1) 우선매수권의 행사 시한에 대한 검토

공유자 우선매수권의 행사시기에 있어서 그 행사 시한의 범위를 축소하자는 학설상의 견해는 지금껏 공유자우선매수권의 제도가 절차의 공전(空轉)으로 공정한 가격형성이 저해(沮害)되고, 그 피해는 고스란히 채권자와 채무자에게 돌아감에 따라, 이는 결국 공유자만의 이익을 위한 제도로 전락되고 말았다는 방증이기도 할 것이다. 따라서 공유자도 일반 매수희망자와 똑같이 가격경쟁을 통해 최고매수신고가격으로 매수하게 하고, 그렇지 않고 아무런 일반의 입찰자가 없을 때에만 그때 공유자가 최저매각가격으로 매수를 원할 경우, 공유부동산을 인수할 수 있도록 하자는 의미로 풀이된다. 그런 점에서 학설상의 견해들은 일면 나름의 타당성이 있는 제안으로 여겨진다.

하지만 이것은 어디까지나 현행법의 개정이 전제되지 않는 한, 대법원 판례 취지도 변경될 수 없을 것이다. 그렇다면 현행법과 판례의 취지를 최대한 유지하면서 이에 관한 문제점을 보완할 수 있는 제도적 방안이 어떤 것이 있는지를 찾아보는 것이 더 의미가 클 것이다.

44) 대법원 2002. 6. 17.자 2002마234 결정; 대법원 2004. 10. 14.자 2004마581 결정.

45) 대법원 2004. 9. 24. 2004마496,497 결정; 대법원 2004. 10. 14.자 2004마581 결정.

2) 매수경쟁 허용 여부에 대한 대법원 판례 검토

경매의 본질은 다수인으로 하여금 서로 가격경쟁을 하여 그 가운데 가장 유리한 내용을 표시한 자에게 매각을 하는 제도이다.⁴⁶⁾ 따라서 경매는 매각목적물이 가장 고가로 매각될 때 확정된 권리를 실현하는 가장 확실한 강제집행의 방법이 된다.⁴⁷⁾

그런데 대법원은, 공유자우선매수권을 행사로 사실상 매수인이 확정된 후, 다시 최고가입찰자가 더 높은 입찰가격을 제시하도록 허용하는 것은 “입찰의 본질에 반하고”, 또한 이 둘만으로 하여금 “새로운 입찰기일 등에 입찰경쟁을 시킬 절차규정이 없다.”는 취지로, 최고가입찰자가 더 높은 입찰가격을 제시하는 것을 부정하였다.⁴⁸⁾ 즉, 이 판례는 공유자가 우선매수권을 행사한 후에는 더 이상 매수경쟁을 불허한다는 취지를 밝힌 판결이다.

생각건대, 이 사안은 공유자우선매수권의 행사로 사실상 매수인으로 확정된 공유자의 지위를 입찰경쟁을 시킬 명확한 새로운 입찰기일 등에 관한 절차규정이 없는 상태에서 최고가입찰자로 하여금 다시 더 높은 가격으로 입찰하게 하여 그 확정된 지위를 불안하게 하는 것은 절차의 안정성을 추구하는 민사집행법의 이념에도 어긋날 수 있다고 해석되므로, “입찰의 본질에 반한다.”는 판례취지는 일응 합리적인 판단이라고 할 것이다.

그러나, 현행법상 우선매수권의 행사 시한이 집행관이 입찰의 종결을 선언하기 전까지이기 때문에, 공유자는 입찰법정에서 최고가가 정해진 다음에 선택적으로 매수여부를 판단할 수 있는 주도적 위치에 있다. 이러한 구조는 궁극적으로 매각가격의 결정을 다분히 왜곡시킬 가능성이 있으므로, 공정한 경쟁에 의해 형성된 합당한 매각가격으로 채무자의 정당한 변제를 통한 채권자의 적정한 채권회수라는 ‘민사집행법상의 이념’에도 배치될 우려가 있다는 점을 결코 가볍게 볼 수 없을 것이다. 또한 판례를 찬찬히 살펴보면, 공유자가 우선매수권을 행사한 이후 현행법상 “새로운 입찰기일 등에 입찰경쟁을 시킬 절차규정이 없다는 지적”은 사실이나, 설령 그러한 절차규정이 있다고 하더라도 그 새로운 입찰기일을 정하여 새매각 절차를 진행한다면 이는 신속한 채권회수라는 민사법의 이념에도 반할뿐만 아니라, 또한 그 사이에 혹시 있을 부동산 시장의 변수로 인한 매각가격의 담보적 가치도 하락할 수 있는 상황도 배제할 수 없다.

46) 강태성, 앞의 책, 235면.

47) 김연, 「민사보전법」, 법문사, 2010, 4면.

48) 대법원 2004. 10. 14.자 2004마581 결정.

그렇다면 현행 공유자우선매수권의 입법취지와 대법원의 판단 취지를 최대한 반영될 수 있는 적극적이고, 보다 더 유연한 해석을 통하여, 나름의 개선방안을 모색할 필요가 있을 것이다.

3) 문제점에 대한 개선방안

공유자우선매수권은 어디까지나 공유자가 최고가매수신고인과 같은 가격으로 매수를 원할 경우에 그 공유자에게 우선권을 주어 매각을 허가한다는 의미이지 그이상의 특전을 인정하는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 즉 공유물의 효율적 이용을 위해서 인적 유대관계의 필요성에 따라 기존의 공유자에게 채무자의 지분을 우선적으로 매수할 수 있도록 한 것은, 공유물의 관리가 원활할 수 있다는 신뢰가 반영된 것이다. 그리고 그러한 절차가 진행되는 경매는 가능한 최고가로 매각되는 것이 사건당사자들에게도 유리하고 민사법의 이상과도 부합하게 된다.

따라서 필자는 이러한 사정을 염두에 두고 다음과 같은 개선방안을 제시하고 하고자 한다. 우선 이 사안은, 매각기일에 최고가매수인이 정해지고 공유자가 입찰법정에서 즉시 그 가격으로 우선매수권을 행사하는 것은, 결국 규칙 제 66조 제1항⁵⁰⁾의 최고가매수신고를 한 사람이 둘 이상인 때에 해당하는 것과 같은 상황의 결과가 발생한 경우로 볼 수 있다. 그렇다면, 이때 이 규정을 준용 또는 의제하여 그 두 사람만(최고가매수신고인과 즉시 우선매수권을 행사한 공유자)을 해당 매각기일의 입찰법정에 출석하여 ‘단 1회의 추가입찰’을 실시함으로써, 최종 당해 사건의 매수자로 정한다면 공정한 가격형성이 이루어져 최대한의 형평에 접근할 수 있을 거로 생각된다. 물론, 이때 최고가매수신고인과 공유자 중 어느 한 사람이 추가입찰을 포기하면 나머지 남은 사람을 당연히 그 사건의 최종 매수인으로 결정하면 된다.

그런데 이러한 방안이 공유자와 최고가매수신고인 간의 매수경쟁을 불허한다는 기존의 대법원 판례⁵¹⁾와 배치되지 않을까 하는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 여기서 필자가 제안한 ‘단 1회로 한정된 추가입찰’은 판례가 적시한 그 “새로운 입찰기일”을 의미하는 것은 아니다. 다시 말하면, 이는 당해 사건이 현재 진행중인 그 매각기일에서 종국적으로 입찰의 종결선언을 하기

49) 대법원 2006. 3. 13. 자 2005마1078 결정.

50) 제66조(최고가매수신고인 등의 결정)

① 최고가매수신고를 한 사람이 둘 이상인 때에는 집행관은 그 사람들에게 다시 입찰하게 하여 최고가매수신고인을 정한다. 이 경우 입찰자는 전의 입찰가격에 못 미치는 가격으로는 입찰할 수 없다.

51) 대법원 2004. 9. 24. 2004마496,497 결정; 대법원 2004. 10. 14.자 2004마581 결정.

전까지 최종 매수인을 결정하자는 의미이다. 이때 해당 매각기일에서의 추가입찰은 매수신청의 보증이 이미 제공되어 있기 때문에, 다시 제공할 필요성이 없고 그 외에는 성질이 반하지 않는 범위 내에서 입찰에 관한 규정을 그대로 적용하여 진행하면 된다.⁵²⁾ 거듭 말하자면, 판례가 염려한 새로운 입찰기일에서 최고가매수신고인과 공유자간의 누차적인 가격경쟁을 강제하여 그들의 지위를 불안하게 하는 것이 아니다. 그리고 매각종결의 선언 전(前)에 이러한 절차가 이루어지기 때문에, 법 제140조 제1항, 규칙 제76조 제1항의 규정에도 위배되지 않는다. 뿐만 아니라, 상대방 보다 계속 더 높은 가격을 제시하여 올려 부르는 방식으로 가격을 결정하는 호가경매의 방법이 아닌, 같은 매각기일의 현재 진행중인 사건의 기일입찰방식이 되는 것이다. 이렇게 하여 앞서 언급한 대법원 판례와 현행법이 규정한 공유자우선매수권의 행사 시한의 문제를 모두 비껴갈 수 있는 대안이 되지 않을까 하는 생각을 가진다.⁵³⁾

무엇보다 민사집행법상의 규정을 당사자 보호차원에서 언제나 다양한 사정을 염두해 두고 바라볼 필요가 있다. 그런 연장선에서 이 사안에서도 규칙 제66조 제1항의 규정을 준용하여 폭넓게 해석하여 유추적용 내지는 의제하여 실시한다면, 공유자가 매각기일에 자신에게 유리한 가격으로 최고가가 정해졌을 때 즉시 우선매수권을 행사하여 최종 매수인이 되는 지위나 이점을 사실상 독점한다는 비판을 어느 정도 해소할 수 있을 것으로 기대한다.

3. 매각기일 이전에 보증금의 제공 없이 우선매수신고만 하는 경우

(1) 사전에 보증의 제공 없이 우선매수신고서만 접수하여 이를 악용하는 문제점
공유자가 종종 당해 경매절차를 유찰시켜 저가로 매각 대상물을 매수할 의도로 매각기일 전에 보증을 제공하지 않고 단순히 우선매수신고서만 접수하는 경우가 있다. 이는 공유자가 사전에 매각대상 부동산에 대한 소유의 의사가 있음을 매각실시 전에 미리 일반 매수희망자들에게 알림⁵⁴⁾으로써 그들의 입찰의

52) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행[II]」, 2014, 276면.

53) 이와 관련하여 그 방법은 다르나, 기본적으로 호가경매처럼 입찰의 경우에도 경쟁을 허용하여야 한다는 취지의 견해가 있다(문형수, “공유물지분에 대한 경매시 공유자에 대한 통지의 무용론과 그 한계선 제시 및 공유자의 우선매수권의 제한의 필요성”, 「재판실무연구」 3권, 2006, 692면; 유경중, 앞의 논문 399면).

54) 공유자의 우선매수신고가 있으면, 집행법원은 매각물건명세서 비교란에 공유자의 우선매수신청 사실을 표시하고, 매각기일공고에도 이를 반영하여 일반 매수희망자들이 알 수 있도록 하고 있다.

사를 애초부터 기피하게끔 하는 수단으로 악용할 수 있다는 것이다. 이로써 매각물건은 수차례 계속된 유찰로 이어지고, 이에 따라 또 다른 새매각기일의 지정은 절차의 지연을 초래하여 신속성을 저해할 뿐만 아니라, 결과적으로 매각 목적물의 정상적인 가격반영을 어렵게 함으로써, 당사자의 이익을 침해할 수 있다는 우려가 제기된다.

그러나 현재는 이러한 폐단을 막고자 법원은 입찰기일 전에 미리 우선매수 신고를 해놓고, 정작 입찰기일 당일에 우선매수권을 행사하지 않아 유찰된 경우에는, 다음의 입찰기일에는 우선매수권을 행사할 수 없도록 ‘특별매각조건’을 붙여 고지함으로써, 사실상 우선매수신고 횟수를 1회로 한정함으로써, 그 남용을 억제하고는 있으나, 각 사건마다 항상 이를 챙겨 공시하여야 하는 절차의 번잡성(煩雜性)을 또한 피할 수는 없다.

(2) 학설상 견해

때때로 매각물건의 공유자는 당해 사건의 매각기일에 실제 매수의사가 없음에도 입찰보증금의 제공도 없이 미리 우선매수신고만 해두고 매각기일의 당일 날에 최고가매수신고인이 없으면 보증금을 납부하지 않는 방법으로 의도적으로 유찰시킨 뒤, 가격이 최저로 하락하면 그때 보증을 제공하고 자신이 매수하는 방법으로 이를 악용하는 사례가 많았다.⁵⁵⁾

그리하여 이 우선매수권의 악용(惡用)이나 남용(濫用)에 대처하기 위한 학설상 여러 개선안이 제기되었었다. 예를 들면, 매각기일 이전에 매수보증제공을 의무화 하자는 견해와 함께 입찰기일에 만일 다른 일반의 매수신고인이 없더라도 규칙 제76조 제2항에 따라 우선매수를 신청한 공유자는 당연히 최저매각 가격으로 매수를 하여야 하고, 나아가 우선매수권의 행사는 1회로 한정하여 그 남용에 따른 불이익을 최소화하자는 등의 개선안이 주장되었었다.⁵⁶⁾

생각건대, 이러한 견해들은 공유자 우선매수권 행사의 남용 내지 악용을 막

55) 대법원은, 이와 관련하여 공유자가 여러 차례 우선신고만을 하여 일반인들의 매수신고를 꺼릴만한 상황을 만들어 놓은 뒤, 다른 매수신고인이 없을 때 보증금을 납부하지 않는 방법으로 유찰이 되게 하였다가 다른 매수신고인이 나타나면 보증금을 납부하여 자신에게 매각을 허가하도록 하는 것은, 우선매수권을 행사할 법적 지위를 포기하거나 상실하는 것으로 볼 수는 없고, 다만 민사집행법 제121조, 제108조 제2호의 ‘최고가매수신고인이 매각의 적절한 실시를 방해한 사람’에 해당되는 매각불허가사유가 있다고 판시한 바 있으나(대법원 2011. 8. 26. 자 2008마637결정), 그렇다고 이 문제가 실무상 완전히 없어지지지는 않았다.

56) 남태룡, 앞의 논문, 128-130면; 조민석, 앞의 논문, 218면; 문형수, 앞의 논문, 690-691면; 정영환, 최광선, 앞의 논문, 155-157면.

기 위해 우선매수권의 신청회수를 제한하거나 보증의무를 강제하는 방법 등으로 그 개선안을 제시한 것으로 보인다. 전부 그 기저(基底)에는 이 제도가 공정한 가격의 형성을 저해하고 공유자에게만 더 유리할 수 있다는 문제점을 인식하여 이를 해결하기 위한 나름 적절한 방안들이라고 짐작된다. 다만 여기서 매수 보증금의 제공을 매각기일 전에 하여야 한다는 견해는, 현행법상 당해 매각기일의 입찰법정에서 우선매수권을 행사하고 즉시 보증금을 제공하는 경우와 배치되는 충돌이 있어 쉽게 납득하기 어려운 부분이 있다.⁵⁷⁾

그러므로, 이러한 학설상 견해들은 대부분 입법적으로 해결해야 할 사안이라고 볼 수 있다. 그래서 한때 이를 입법적으로 시정하기 위해 민사집행법의 일부개정안이 발의되기도 하였으나(2013. 10. 8.자), 국회의 임기종료로 인해 폐기되고 말았다.⁵⁸⁾

(3) 판례의 입장

공유자우선매수권은 늦어도 매각기일의 입찰법정에서 매각종결을 고지하기 전까지 보증을 제공과 동시에 행사할 수 있다(법 제140조 제1항 및 규칙 제76조 제1항). 이 규정에 따라 대법원은, “공유자의 우선매수권은 일단 최고가매수신고인이 결정된 후에 공유자에게 그 가격으로 경락 내지 낙찰을 받을 수 있는 기회를 부여하는 제도이므로, 입찰의 경우에도 공유자의 우선매수신고 및 보증의 제공은 집행관이 입찰의 종결을 선언하기 전까지이면 되고 입찰마감시각까지로 제한할 것은 아니다.”라고 판시하였다.⁵⁹⁾

이것은 판례가 매각기일의 종결을 입찰이 마감된 시각으로 보지 않고, 개찰이 끝나고 법 제115조 제1항에 따라 매수신청을 한 자 중 최고가매수신고인을 정한 때, 그 최고가매수신고인의 이름과 그 가격을 부른 다음 매각기일을 종결한다고 고지하여야 비로소 입찰절차가 종결된다는 것을 분명히 밝힌 것으로 판단할 수 있다.⁶⁰⁾ 그러므로 행사시한에 대한 현행법의 개정이 없이는 대법원의 입장도 바뀌지 않을 것이다.

57) 同旨, 최환주, 앞의 논문, 21면.

58) 이 법안에서는 “우선매수권의 행사를 한 차례로 제한하고, 사전에 우선매수신고를 한 공유자가 매각기일 종결일까지 보증금을 제공하지 아니하거나 신고를 철회하는 경우에는 이후의 매각절차에서는 우선매수신고를 하지 못하도록 하는 것”이 이 개정안의 핵심내용이다.

59) 대법원 2000. 1. 28. 자 99마5871 결정; 대법원 2002. 6. 17. 자 2002마234 결정.

60) 법원행정처, 앞의 법원실무제요 민사집행[II], 277-278.

(4) 소결 : 문제점에 대한 개선방안(입법론을 겸하여)

공유자는 매각기일의 종결을 선언하기 전까지 보증의 제공 없이 미리 우선 매수신고만 해두는 상황을 만들어 유찰을 유도하고 중국에는 자신에게 가장 이로운 가격이 되었을 때 매수하는 방법으로 이를 악용하는 사례가 많았다. 이러한 문제를 시정하기 위해서 우선매수권의 행사시한과 신청횟수를 제한하자는 여러 의견들이 있었지만, 이는 사실상 입법적 개정사항이고, 더불어 대법원 판례의 취지도 이 법규를 근거한 것이므로, 어디까지나 현행법의 개정이 없는 일거(一擧)에 이를 해결하기에는 현실적으로 어려운 점이 많은 것이 사실이다.

그래서 한때 이를 시정하기 위한 입법적 노력도 있었지만, 국회임기의 종료로 결국 없던 일이 되고 말았다.

그러나 현재는 이러한 점을 고려하여 그 대안으로서, 전국 법원이 대부분 “매각기일 전에 공유자 우선매수신고를 한 뒤 매수보증금의 미납으로 실효된 경우, 그 공유자는 다음 매각기일에서는 우선매수청구권을 하지 못한다.”는 등의 내용을 담은 ‘특별매각조건’을 달아,⁶¹⁾ 이를 매각물건명세서 비교란에 공시하여 고지하는 방법으로 사실상 신청횟수를 1회로 제한하여 실시하고 있다. 그 결과, 과거와 같은 악용사례는 많이 줄어든 것으로 보인다.

이것은 현행법규와 판례를 다시 살펴더라도, ‘우선매수권의 행사와 보증의 제공 시한’을 “입찰의 종결을 선언하기 전까지”만 규정하고 있을 뿐, 구체적으로 신청횟수를 제한하는 등의 언급은 없기 때문에, 집행법원은 얼마든지 이러한 특별매각조건을 붙여 매수인을 정할 수 있다. 왜냐하면 집행법원의 직권에 의한 특별매각조건은 경매의 근본에 관한 매각조건을 제외하고는 모든 매각조건을 바꾸거나 새로운 매각조건을 부가하여 변경할 수 있기 때문이다.⁶²⁾ 물론, 같은 특별매각조건이라도 최저매각가격 외의 조건, 예를 들어, 부동산 부담의 소멸과 인수에 관한 매각조건은 이해관계인 전원의 합의(合意)로도 바꿀 수 있다.⁶³⁾

그러나 이와 같은 특별매각조건은 매각기일의 공고 전에 변경하였으면 공고에 기재하는 것이 바람직하므로, 법원은 매각물건명세서 비교란에 이를 공시하고 있다,⁶⁴⁾ 이외에도 특별매각조건은 매각기일에 집행관이 그 매각조건을 내

61) 사법연수원, 앞의 「집행실무Ⅱ(법원실무제요)」, 263면.

62) 김홍엽, 앞의 책, 191-192면.

63) 小室直人 編著, 民事執行法 講義[二訂版], (株)法律文化社, 1998. 94-95頁; 김홍엽, 위의 책, 192면.

용을 고지하여야 하고(법 제112조), 이어서 매각 후 매각허가결정에 그 조건을 적어야 한다(법 제128조).

이처럼, 공유자우선매수권의 남용을 막기 위해, 그 지분경매에서 소위, ‘우선매수권의 행사제한’의 방법으로 매번 특별매각조건을 붙여 공시하는 것은 집행법에 번거로운 짐이 될 수 있으며, 또한 일반의 입찰자는 다른 특별매각조건과 헷갈릴 수도 있어 오히려 지분경매의 입찰에 관심을 멀리하게 될지도 모른다.

따라서 현재 전국 대부분의 법원이 시행하고 있는 이 ‘우선매수권의 행사제한’에 관한 특별매각조건의 내용을 그대로 「민사집행규칙」에 담아 이를 일반화·규범화하여 법규성을 가지도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그것은 공유지분의 자유로운 처분성에 기한 사실상 단독소유권과 그 실질을 같이하며, 또한 공유물에 대한 지배권능은 상호 독립적이기 때문에,⁶⁵⁾ 그냥 일반 부동산으로 취급하여 매각하고, 다만 공유물의 효율적 관리상의 측면에서 당해 사건의 공유자에게 우선매수권을 인정하면 된다. 이에 대한 입법적 조치(措置)로서 국회의 의결사항이 아니더라도 대법원의 의결에 따라, 개정이 가능한 「민사집행규칙」을 개정하여, 그 규칙 제76조 제1항 본문의 단서조항으로 추가하면 될 것이다.⁶⁶⁾

이로써, 지분경매의 번잡성을 줄이고 누구나 쉽게 접근할 수 있는 매각대상물이 되도록 하는 것은 경매의 신뢰를 높일 수 있으므로 법적 불안을 해소할 수 있고, 나아가 활발한 경매참여를 유도할 수 있어, 결과적으로 경매절차 당사자들의 이익에도 부합될 것이다.

4. 공유자우선매수권제도의 형평성 제고를 위한 제언(提言)

공유부동산의 효율적인 이용과 관리라는 입법취지에 따라 경매절차에서 인정된 공유자우선매수권은 우리나라만의 특유한 제도이다. 문제는 이러한 입법 취지에도 불구하고 공유부동산의 지분을 아주 헐값으로 매수하는 수단으로 악용하여 행사함으로써, 실상은 제도 본래의 취지가 무색 하리만큼 결국 공유자만이 이익을 가지는 공평하지 못한 제도로 인식하는 사람들이 많아지게 되었다. 이른바, 이익이 되는 사항의 기회가 불균등하다는 것이다.⁶⁷⁾

64) 사법연수원, 앞의 「집행실무Ⅱ(법원실무제요)」, 264면.

65) 김준호, 앞의 책, 1544면; 지원림 앞의 책, 543면.

66) 同旨. 이시윤, 앞의 책, 341-342면. 다만, 여기서 이시윤 교수님은 규칙 제76조 제1항을 개정할 것을 주장하며, 추가로 그 행사시한을 “입찰마감시”로 할 것을 제한하였다.

이런 까닭에, 심지어 우선매수권의 조항을 아예 삭제하여 폐지하는 것이 바람직하다는 ‘폐지론’을 펼치는 강경한 입장의 사람들도 있다.⁶⁸⁾ 그러나 이러한 제도적 문제점을 권리남용이나 악행으로 단정하여 불법·부당한 행위로 매도하여 배척하는 것은 바람직하지 않고, 특별히 부부공유, 상속공유, 종중원공유 등의 ‘특별공유관계’는 충분히 보호할 가치가 있는 공유자관계로 보아 이 제도의 완전한 폐지 대신에 부분적으로 긍정의 필요성을 주장하는 견해도 있어 주목할 만하다.⁶⁹⁾

어찌됐건, 이 제도가 갖는 입법취지를 감안한다면 존폐(存廢)의 양비론으로 접근할 것은 아니라고 생각한다. 따라서 복수의 매수희망자들의 공정한 가격경쟁을 통해 적정한 가격을 형성하고, 그 결과 채권자의 원만한 채권회수와 함께 채무자의 정당한 변제의 달성이라는 ‘경매의 본질’에 접근하는 충실한 대안이 뒷받침된다면, 형평성의 우려에 대한 문제제기를 어느 정도 완화할 수 있을 것이다.

그러한 관점에서 공유자우선매수권의 행사시기에 따른 행사방법에 있어서, 매각기일에 최고가가 정해졌을 때 즉시 우선매수신고를 하든, 매각기일 이전에 우선매수신고를 미리 해 두는 방법으로 사전에 우선매수권을 행사하든, 궁극적으로는 일반입찰자가 입찰하여 최고가가 정해진 그 가격에서 공유자에게 매수를 허가하는 결과에서는 같다. 따라서 어느 경우에서나 공유자는 최고가에서만 매수할 수 있는 것은 명백한 사실이므로, 만약 공유자가 최고가로 정해진 그 가격에서 굳이 매수를 하고자 희망한다면, 이것은 결국 “최고가로 매수신고 한 사람이 둘 이상인 때”로 볼 수 있으므로, 그리하여 필자는 바로 위의 항(項)에서 상론(詳論)한 바대로 규칙 제66조 제1항을 준용 내지 의제하여, 매각기일의 당해 사건에서 단 1회의 추가입찰을 실시함으로써, 최종 매수자를 정한다면 자연히 공정가격이 유지되므로 형평성을 실현할 수 있을 것이다. 물론 그렇게 되더라도 공유자우선매수권제도 본래의 입법취지를 특별히 손상하는 일은 없을 것으로 생각된다.

누차 강조하였듯이 공유자우선매수권은 제정당시의 입법취지 그 이상의 지위를 부여하는 것은 아니므로, 그 제도의 원만한 지속적 존속의 시발점은 공정한 가격이 형성될 때 가능하므로, 그러기 위해서는 어디까지나 형평의 원리의

67) 권혁재, 「민사소송법 요론」, 법문사, 2012, 5면.

68) 남태룡, 앞의 논문, 121-122면; 조민석, 앞의 논문, 220면; 이형구, 앞의 논문, 85면.

69) 김동욱, “민사집행 실무에서 부동산 공유자우선매수 제도의 입법취지와 그 보존의 필요성”, 한국법이론실무학회 「법이론실무연구」8(1), 2020.2, 364-366면.

바탕에서 공유자의 연고권, 즉 인적유대관계도 존중되거나 인정되어야 한다.

V. 결론

부동산경매절차에서 공유자우선매수권의 행사시기에 따른 행사방법에서, 주로 문제가 되는 것은 매각기일에 최고가가 정해졌을 때 즉시 우선매수권을 행사하는 경우와 매각기일 이전에 보증의 제공 없이 우선매수신고만을 하는 경우이다. 이때 느슨한 행사시기를 악용하거나 오용(誤用)함으로써, 공정한 가격 형성을 어렵게 하여 종국에는 채권자의 권리를 해하고 공유자에게만 유리한 형평하지 못한 제도로 인식되어졌다. 또한 이러한 비판은 일반입찰자의 관심대상에서도 멀어져 기일만 공전되는 원인이 되므로, 그 결과 가장 고가(高價)로 매각되어서 채권만족을 실현하여야 하는 경매의 본질에도 역행하게 된다는 것이다.

이러한 비판에 따라, 입법적 개정의 시도와 함께 여러 개선안이 주장되었지만, 아직까지 근원적 해결에는 이르지 못하고 있다. 따라서 필자는 이러한 문제점에 대해서, 공유자우선매수권의 행사시기에 따른 행사방법에 있어서, 매각기일에 최고가가 정해졌을 때 입찰법정에서 즉시 우선매수신고를 하든, 매각기일 이전에 우선매수신고를 미리 해 두는 방법으로 사전에 우선매수권을 행사하든, 그 결과는 최고가가 결정되는 시한은 같기 때문에, 현행 규칙 제66조 제1항을 준용 내지는 의제하여, 매각기일의 당해 사건에서 단 1회의 추가입찰을 실시하여 최종 매수자를 정하자는 제안을 하였다.

그리고 이와 함께 전국 대부분의 법원에서 현재 특별매각조건(사전에 공유자우선매수신고한 뒤 보증의 제공 없이 실효된 경우, 그 공유자는 다음 매각기일에서는 우선매수청구권의 행사를 제한하는 것)을 붙여, 사실상 1회로 한정하는 ‘우선매수권의 행사제한’의 방법을 그대로 답아 규칙 제76조 제1항 본문의 단서조항으로 추가하는 방법의 입법론을 제시하였다. 만약, 이 두 가지 제안이 동시에 이루어진다면 이내 가시적인 효과가 나타나게 될 것이라고 기대하며, 우선적으로 제1안의 방법(규칙 제66조 제1항의 준용 내지 의제)의 시행만으로도 사실상 우수매인수권의 행사를 1회로 제한하는 효과뿐만 아니라, 매수보증의 제공도 간접적으로 강제하는 효과도 달성할 수 있어, 우선매수권의 남용이나 악용에 따른 문제점을 해결하는데 어느 정도 기여할 것으로 내다본다.

[참고문헌]

- 강대성, 민사집행법 제5판, 탐북스, 2011.
———, 물권법 제5판, 대명출판사, 2015.
곽윤직, 채권각론, 박영사, 2004.
권혁재, 민사소송법 요론, 법문사, 2012,
김 연, 민사보전법, 법문사, 2010.
김준호, 민법강의 제27판, 법문사, 2021.
김홍엽, 민사집행법, 박영사, 2011.
김형배, 민법학 강의 제7판, 2008.
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008.
양창수 역, 독일민법전(총칙·채권·물권), 박영사 2018.
오시영, 민사집행법, 학현사, 2007.
이시윤, 신민사집행 제8판, 박영사, 2020.
지원림, 민법강의 제5판, 홍문사, 2007.
법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 2014.
———, 민사집행규칙해설, 2002.
사법연수원, 집행실무Ⅱ(법원실무제요), 2020.
편집대표 김능환·민일영, 주석 민사집행법(Ⅳ), 한국사법행정학회, 2012.
- 小室直人, 民事執行法 講義[二訂版], (株)法律文化社, 1998.
福永有利, 民事執行法·民事保全法, 有斐閣, 2011.
平井一雄, 法學民法(總則·物權), (株)信山社, 2011.
- 김동욱, “민사집행 실무에서 부동산 공유자우선매수 제도의 입법취지와 그 보존의 필요성”, 한국법이론실무학회 법이론실무연구 8(1), 2020.
남태룡, “경매절차에서 공유자 우선매수권제도의 문제점과 제도개선방안에 관한 연구(부동산 경매를 중심으로)”, 고려대학교 대학원(석사), 2009.
문형수, “공유물지분에 대한 경매시 공유자에 대한 통지의 무용론과 그 한계선 제시 및 공유자의 우선매수권의 제한의 필요성”, 재판실무연구 3권, 2006.
이형구, “민사집행법상의 공유자 우선매수권에 관한 소고”, 민사집행법연구 제4권, 한국사법행정학회, 2008.
유경중, “부동산공유자의 경매통지와 우선매수권제도의 실무상 문제점”, 민사집행

법연구 제10권, 한국사법행정학회, 2014.

정영환, 최광선, “공유자 우선매수권 제도의 문제점과 개선방안”, 민사집행법연구 제13권, 한국사법행정학회, 2017.

조민석, “부동산 강제경매에 있어서 공유자의 우선매수권의 효용성”, 전북대학교 법학연구 제28집, 2009.

최환주, “공유자 우선매수권의 행사 및 그 악용에 대한 대처방안”, 부산대학교 법학연구 제54권(1), 2013.

[Abstract]

A small thought to enhance the equity of the joint owner's
preemption right in the real estate execution procedure

Kwon, O-Hee*

For the efficient management and use of the entire co-owned property, the joint owner's preemption right(Article 140 of the Civil Execution Act) is recognized in the real estate auction process. However, the problem is that there are many cases where the original legislative purpose of the system is overshadowed by abuse or misuse.

It mainly appears in the exercise method according to the exercise period of the preferred purchase right, that is, when the joint owner sets the highest price on the sale date, there are cases where the bidding court immediately reports the preferred purchase. The other thing is the joint owner reports the preferred purchase without providing a guarantee before the sale date to the bidding court. However, since the deadline for determining the highest price is the same in any case, Article 66 (1) of the current Civil Execution Rules was applied application or deemed as an improvement plan, and a proposal was made to determine the final buyer by making only one additional bidding in the case of the sale date.

In addition, the court proposed a legislative theory that it is necessary to add and generalize the "restriction on the exercise of preferential purchase rights" as a clue to the main text of Article 76 (1) of the Civil Execution Rules, which limits the exercise of preferential purchase rights to one time with the special sale condition.

After all, the joint owner's preemption right must be recognized in the principle of equity for fair price formation, from a perspective based on that the two improvement measures proposed in this paper will not particularly undermine the original legislative purpose of the system.

* Ph.d., Researcher / Law Research Institute, Kyungpook National University

Keywords : real estate auction, joint owner's preemption right, abuse,
special sale condition, additional bidding

