



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박 사 학 위 논 문

소액임차인 최우선변제권의 남용에 관한
연구



2017년

HANSUNG
UNIVERSITY

한성대학교 대학원

경 제 부 동 산 학 과

부 동 산 학 전 공

조 상 용

박 사 학 위 논 문
지도교수 민태욱

소액임차인 최우선변제권의 남용에 관한
연구

A Study on the Abuse for First Priority Discharge Right of
Small Tenant

2016년 12월 일

한성대학교 대학원
경 제 부 동 산 학 과
부 동 산 학 전 공
조 상 용

박 사 학 위 논 문
지도교수 민태욱

소액임차인 최우선변제권의 남용에 관한 연구

A Study on the Abuse for First Priority Discharge Right of
Small Tenant

위 논문을 부동산학 박사학위 논문으로 제출함

2016년 12월 일

한성대학교 대학원
경 제 부 동 산 학 과
부 동 산 학 전 공
조 상 용

조상용의 부동산학 박사학위논문을 인준함

2016년 12월 일



심사위원장 _____인

심사위원 _____인

심사위원 _____인

심사위원 _____인

심사위원 _____인

국 문 초 록

소액임차인 최우선변제권의 남용에 관한 연구

한성대학교 대학원

경제부동산학과

부동산학 전공

조 상 용

1981년 3월 5일 제정된 주택임대차보호법은 임차인의 임차보증금 보호와 서민들의 주거안정을 도모하고자 하는 취지에서 제정된 중요하고 의미가 있는 법이다. 주택임대차보호법의 취지는 임차인이 주민등록과 주택의 인도에 의한 대항요건만 갖추면 임대인에 대한 대항력을 인정하는 것이었다.

하지만 주택임대차보호법은 임차인이 대항요건을 구비하였다고 하더라도 선순위담보물권 등이 존재하는 경우에는 임대인에게 대항력을 주장할 수 없는 한계를 가지고 있었다. 즉, 주택임대차보호법에 대해 소액임차인은 선순위가 존재하는 담보물권에 대항요건만 구비하였다가 소액인 임차보증금마저도 잃어버리는 경우가 발생하였다. 이러한 문제점을 해소하기 위해 주택임대차보호법은 1983년 12월 30일 제2차 개정에서 제8조에 “소액보증금의 보호”의 조문을 신설하였다.

임차인이 임대인에게 임대차계약을 체결하고 임차보증금을 지급하더라도 근저당권과 같은 물권이 선순위로 존재하는 경우 임대차계약은 채권에 불과하여 임차인은 임차보증금을 배당받지 못하게 된다. 이러한 사유로 소액이 아닌 임차인도 보호해야 할 당위성이 발생하였다. 주택임대차보호법은 1989년 12월 30일 3차 개정에서 제3조의 2를 신설하여 임차인이 대항요건에 확정일자를 갖춘 경우 물권적 효력인 우선변제권을 부여하였다. 이로써 임차인이 근저당권자 등 물권을 가진 자와 다툼이 발생하더라도 순위에 따라 임차보증금을 보호받을 수 있게 되었다.

이러한 시대적 배경 속에 탄생한 최우선변제권과 우선변제권은 서민의 주거안정에 상당히 기여하여 온 것이 사실이다. 하지만 제정취지와는 달리 소액임차인처럼 보이는 가장임차인이 최근 2010년부터 2014년까지 5년간 해당이 사건에서 점차 증가하고 있는 추세이다. 최우선변제권의 문제점을 확인하기 위해 실제 경매사건에서 임차인 중 소액임차인과 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중을 조사하였다. 이를 위해 2005년부터 2014년까지 서울, 경기, 인천지역의 집합건물 중 10년간 진행된 경매사건을 분석하였고, 이를 통해 임차인 중 소액임차인들의 비중을 알아보았다. 임차인 중 소액임차인이 차지하는 비중은 서울과 경기지역 아파트가 평균 53.6%와 59.7% 수준이나, 인천지역 아파트는 83.4%를 차지하는 것으로 나타났다. 한편 서울과 경기지역의 연립과 다세대에서 임차인 중 소액임차인이 차지하는 비중은 평균 61.7%와 77.2% 수준이나 인천지역은 96.0%나 되었다. 결론적으로 물건은 연립과 다세대가, 지역은 인천지역에서 소액임차인의 비중이 높게 나타났다. 서울, 경기, 인천지역의 아파트의 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중은 각각 79.6%, 71.5%, 70.8%로 나타났다. 서울, 경기, 인천지역의 연립과 다세대에서 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중은 각각 57.1%, 58.5%, 67.8%로 나타났다. 추정된 가장임차인의 비중은 아파트가 높으며 지역적으로는 인천지역이 높게 나타났다.

최우선변제권의 문제점을 확인하기 위해 금융기관에서 배당 배척한 136건을 대상으로 가장임차인을 유형별로 분류하였다. 이 유형에 맞게 법률적 근거로써 네 가지의 사례와 판례를 찾아 가장임차인의 문제점을 검토하였다.

첫 번째 유형은 실질적인 대항요건이 흠결된 상태에서의 임차인이다. 이러한 임차인은 형식적으로만 대항요건을 구비하였을 뿐이며, 실질적으로는 해당 물건에 점유하고 있지 않으면서 점유하고 있다고 주장한다.

두 번째 유형은 채무자나 소유자의 친·인척관계이거나 채권·채무관계에 있는 임차인이다. 임차인이 채무자 또는 소유자의 부모, 장인·장모, 형제 등의 관계를 형성하면서 소액임차인으로 가장한 경우이다. 또한 채무자나 소유자의 채권자가 채권회수가 어려움을 인지하고 임차인이 돌변하는 경우이다.

세 번째 유형은 소유자와 임차인간의 통정의 허위표시나 임차인의 임대차

계약에 대한 신의칙 위반 등의 사해행위를 하는 임차인이다. 이 때 임차인이 명의만 대여해 준 경우이거나, 임차인이 다른 임차인에 대해 진정한 임차인이 아니라도 하였다가 재차 번복하는 경우 등이 있다.

네 번째 유형은 권리남용 등 기타이다. 현재 임차인이 전 경매사건에서도 가장임차인이었던 경우이거나 공인중개사인 남편이 근저당권 채권최고액의 합이 시세를 초과하여 곧 경매가 진행될 물건에 임대차계약을 체결한 경우이다.

주택임대차보호법이 제정되고 시행되어 온지 35년이 지나고 있다. 임차인이 임대인에게 전부의 임차보증금을 지급하고 이와 동시에 임차인이 대항요건과 확정일자를 갖추고 우선변제권을 행사하거나 대항력을 주장하던 시절은 지나가고 있다. 최근에는 지속적인 금리하락으로 인해 임대인이 임차인에게 월세를 요구하는 비중이 증가하는 추세이다. 이와 같이 임차보증금이 전액에서 일부로 변해감에 따라 소액임차인으로 가장하여 최우선변제권을 행사하고자 하는 가장임차인이 점점 증가하는 추세이다. 이러한 급변하는 현실 속에서 최우선변제권에 대한 제도적인 개선안이 시급히 시행되어야만 한다. 채무가 과도한 상태에서 전입한 소액임차인이나 금융기관에서 정상적으로 대출을 취급하였음에도 불구하고 선순위로 전입한 것으로 보이는 임차인에 대한 개선안이 요구된다. 이를 통해 소액임차인을 가장한 임차인들이 최우선변제권을 남용하는 것을 방지할 수 있을 것이다. 더 나아가 개선안은 서민의 주거안정을 꾀하는데 조금이나마 기여할 수 있기를 기대한다.

【주요어】 주택임대차보호법, 대항력, 최우선변제권, 가장임차인
소액임차인

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적	1
1) 연구의 배경	1
2) 연구의 목적	3
제 2 절 연구의 범위 · 방법 및 체계	3
1) 연구의 범위 · 방법	3
2) 연구의 체계	5
제 2 장 주택임대차제도와 임차인 보호법리	7
제 1 절 주택임대차제도의 개관	7
1) 서설	7
2) 전통적인 임대차제도로서의 전세제도	9
가) 의의	9
나) 전세제도의 기원 및 변천	10
다) 전세제도의 기능	11
3) 전세의 법적형태	13
가) 임대차의 일반유형	13
나) 채권적 전세	13
다) 등기 있는 임대차	17
라) 전세권	21
4) 임차인의 보호한계	27

제 2 절 주택임대차보호법상 임차인 보호법리	28
1) 개관	28
가) 의의와 법적성질	28
나) 연혁	32
다) 주거용과 비주거용 건물에 대한 판단	37
2) 존속기간과 차임·보증금	39
가) 최단존속기간	39
나) 임대차계약기간의 갱신	40
다) 임대차관계의 존속의제	41
라) 차임 등의 증액청구 제한	41
3) 임차권등기명령제도	42
가) 제도의 취지	42
나) 임차권등기의 절차	42
다) 임차권등기의 효력	43
4) 대항력	44
가) 의의	44
나) 요건	45
다) 대항력 인정여부에 관한 판례분석	49
라) 대항력의 취득시점 및 대항요건의 존속기간	55
마) 대항력과 선순위권리자와의 관계	57
5) 우선변제권	60
가) 의의	60
나) 법적성질	61
다) 요건으로서의 확정일자	62
라) 효력발생시기	65
마) 우선변제권과 다른 권리와의 배당순위	67
바) 우선변제권을 행사한 임차인의 매수인에 대한 지위	74
제 3 절 임차인보호에 관한 외국의 입법례	75

가) 독일	75
나) 일본	78
다) 영국	81
라) 프랑스	84
제 4 절 소 결	87
제 3 장 최우선변제권의 법리 및 현황분석	89
제 1 절 최우선변제권의 법리	89
1) 의의 및 법적성질	89
가) 의의	89
나) 법적성질	90
2) 소액임차보증금 변천내역 및 지역별 금액	91
3) 성립요건	94
가) 적용범위	94
나) 대항요건	97
다) 주택가액범위	98
라) 배당요구	99
마) 경·공매에 의한 소유권이전	102
4) 효력발생 시기 및 효력이 미치는 범위	102
5) 배당요구절차 및 다른 권리와 배당순위	107
가) 배당요구절차	107
나) 다른 권리와 배당순위	109
제 2 절 최우선변제권의 현황분석	114
1) 최우선변제권을 지닌 소액임차인의 비중분석	114
2) 가장임차인의 추정기준 및 비중분석	119
가) 추정기준	119

나) 비중분석	120
제 4 장 최우선변제권의 남용사례분석	125
제 1 절 최우선변제권 남용현황 및 유형	125
1) 남용현황	125
2) 남용유형	130
제 2 절 유형별 사례분석	135
1) 실질적으로 대항요건이 흠결인 임차인	135
가) 의의	136
나) 사례분석	136
다) 판례검토	144
2) 소유자·채무자 등과 이해관계가 있는 임차인	146
가) 의의	146
나) 사례분석	147
다) 판례검토	155
3) 통정의 허위표시, 신의칙 위반 등 사해행위를 한 임차인	157
가) 의의	157
나) 사례분석	158
다) 판례검토	169
4) 기타(권리남용을 행사한 임차인 등)	173
가) 의의	173
나) 사례분석	174
다) 판례검토	176
제 3 절 남용에 대한 개선방안	177
제 5 장 결 론	184

참고문헌	189
부 록	197
ABSTRACT	231



표 목 차

<표 1> 주택보급률 및 자가보유율	8
<표 2> 저소득층과 고소득층 자가거주·전세·보증부 월세·월세 비중	9
<표 3> 전세제도의 순기능과 역기능	12
<표 4> 채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권의 비교	26
<표 5> 대항력과 근저당권자 등 선순위권리자와의 관계	58
<표 6> 우선변제권자와 압류·가압류권자와의 배당순위(개별)	68
<표 7> 우선변제권자와 압류·가압류권자와의 배당순위(절차)	69
<표 8> 우선변제권자와 담보권자의 최초 설정등기 시점과의 관계 ...	70
<표 9> 우선변제권을 가진 소액임차인 간의 배당순위	72
<표 10> 우선변제권 유무의 소액임차인과 우선변제권자와의 배당순위 ...	73
<표 11> 소액임차보증금 변천내역	92
<표 12> 임차보증금 중 지역별 최우선변제금액 (2016년 3월 31일) 94	
<표 13> 담보물권 설정일 기준에 대한 학설별 소액임차인 배당순위 ·	96
<표 14> 우선변제권이 없는 소액임차인이 다수인 경우의 배당순위 ...	99
<표 15> 임차인의 우선변제권 유무에 따른 배당순위	113
<표 16> 담보물권 사이에 우선변제권이 있는 소액임차인간의 배당관계	114
<표 17> 소액임차인과 다른 권리와의 배당관계	114
<표 18> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (서울 아파트)	117
<표 19> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (서울 연립/다세대)	117
<표 20> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (경기 아파트)	117
<표 21> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (경기 연립/다세대)	118
<표 22> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (인천 아파트)	118
<표 23> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (인천 연립/다세대)	118
<표 24> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (서울 아파트)	121
<표 25> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (서울 연립/다세대) ...	122
<표 26> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (경기 아파트)	122
<표 27> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (경기 연립/다세대)	122

<표 28> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (인천 아파트)	123
<표 29> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (인천 연립/다세대)	123
<표 30> 물건별 평균전세가대비 소액임차인 보호범위 비중	124
<표 31> 최근 5년간 배당이의소송사건	127
<표 32> 가장임차인 유형별 배척건 및 비율	131
<표 33> 연도별 가장임차인 배척건 및 회수금액	132



그 립 목 차

<그림 1> 최근 5년간 배당이의 소송사건 추이 (제1심)	127
--	-----



제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경 및 목적

1) 연구의 배경

최우선변제권이란 영세한 서민의 생존을 보장한다는 차원에서 마련한 제도로써, 임차인의 소액보증금 중 일정액에 대하여 그 임대차의 대항요건 구비순서에 관계없이 저당권자 등 다른 담보권자보다 최우선변제를 받을 수 있는 권리를 말한다.¹⁾

일반적으로 저당권, 가압류, 압류 등 선순위 권리가 설정된 이후에 임차인이 대항요건을 갖추었을 경우 대항력이 발생하지 않아 매수인에게 자신의 대항력에 대한 권리를 주장할 수 없게 된다. 대항력이 없는 임차인은 매수인에 대하여 전소유자와 체결한 임대차계약을 가지고 대항할 수 없어 매수인으로 부터 임차보증금 반환이 없어도 임차주택을 매수인에게 반환할 수밖에 없다. 또한 선순위 채권이 과다한 경우에는 임차인이 우선변제권을 행사하더라도 경매배당에서 임차보증금 중 일부 또는 전부를 배당받지 못할 수도 있다. 최우선변제권은 이러한 경우에 영세한 서민의 최소한의 보증금을 보호해야 한다는 취지에서 제정되었다.

영세한 서민은 주거용도의 임차보증금이 사실상 재산의 전부라고 할 수 있다. 이러한 재산을 임대인의 운명에 따라 모두 잃어버리게 된다면 너무 가혹한 일이 아닐 수 없다. 그런데 사회정책적인 관점에서 보면 일정한 범위 내의 임차보증금을 가진 소액임차인은 다른 담보권자의 지위를 희생시키더라도 보호하는 것이 사회복지국가의 실현과 실질적 공평의 차원에서 필요하다. 이를 통해 사회적·경제적 약자인 주거용 건물의 소액임차인을 보호하는 사회법적인 성격을 가지게 된 것이다.²⁾ 바로 최우선변제권은 이러한 영세서민의 소액

1) 오시정. (2012). 『근저당권의 이론과 실무』. 서울: 한국금융연수원 도서출판부. p.421.

2) 민선찬. (2014). “소액임차인의 최우선변제권과 권리남용.” 『저스티스』. 통권(143): pp.276-281.

임차보증금을 보호한다는 차원에서 도입된 제도이다.

결국 주택임대차보호법에서 채권인 임대차계약에 물권적 효력을 부여하여 담보물권과 상호간에 충돌하게 만들었음에도 불구하고 최우선변제권이라는 물권적 효력보다 더 강력한 권리를 법제화한 가장 근본적인 이유는 저소득층에 최소한의 임차보증금에 대한 권리를 보호하기 위함인 것이다.

하지만 현실에서 최우선변제권은 소유자의 채권자가 자신의 채권을 확보하기 위한 수단이나 소유자가 일부 채무를 면탈하기 위한 방법으로 남용되고 있는 사례가 적지 않다. 이와 같은 소위 가장임차인은 소유자뿐만 아니라 중개업자와도 통정하여 진정한 임대차계약인 것처럼 주장하기도 한다.³⁾

가장임차인은 소유자의 통장에 임차보증금을 형식적으로 입금하고, 마치 실제로 입금된 것처럼 통장내역을 입증자료로 준비하기도 한다. 이를 통해 가장임차인은 실제 외관상으로 임대차계약이 성립한 것과 같이 서류를 꾸며 법원에서 채권자가 마땅히 배당받아야 할 금액에서 임차보증금을 배당받고 있다. 이로 인해 금융기관 등 선순위 채권자는 배당받아야 할 배당금을 일부 배당받지 못하는 사례가 종종 발생하게 된다. 선순위 채권자는 법원에 임차인과 소유자 또는 중개업자가 중개한 계약이 허위임을 밝혀내야 하나, 점점 채권자가 이를 입증하기 어려워지고 있다.

주택임대차보호법의 최우선변제권이 소액임차인을 보호하기 위해 제정되어 서민의 주거안정에 기여한 부분이 크지만, 한편으로는 소액임차인으로 가장한 임차인이 경매시장에서 최우선변제권을 남용하고 있으며 수도권지역의 배당이의사건이 증가하는 추세로 이를 확인할 수 있다. 저자는 최우선변제권 남용의 문제점을 확인하기 위해 실제 경매사건에서 임차인 중 소액임차인과 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중이 어느 정도인지에 대해 살펴보았다. 또한 실제 금융기관에서 가장임차인으로 인해 발생한 배당이의사건을 유형별로 분류한 후 판례와 사례를 접목하여 살펴보고 개선안도 도출하였다.

3) 가장임차인이란 임대인과 임차인간에 실질적으로 임대차계약 관계가 없음에도 불구하고 주택에 대한 경매절차에서 임차보증금을 배당받을 목적으로 또는 기타 이해관계인에게 손해를 입히고 금전적인 이득을 취할 목적으로 임차인의 형식만을 갖추고 있는 임차인을 말한다. (이용득·강정규·박태진, (2012). “경매사건에 있어서 가장임차인 대책방안에 관한 연구.” 『부동산학보』 48: p.7.)

2) 연구의 목적

본 논문의 연구목적은 첫째, 주택임대차보호법에서 소액임차인을 보호하기 위해 제정된 최우선변제권의 법리 및 배경을 살펴보는 것이다. 이를 위해 먼저 우리나라의 주택임대차제도와 임차인 보호법리를 살펴보고 나서 최우선변제권이 탄생하게 된 배경인 주택임대차보호법을 검토하였다. 그 다음으로는 최우선변제권에 대한 법리를 알아보기 위해 의의와 법적성질, 소액임차보증금 변천내역 및 지역별 금액, 성립요건, 효력발생시기 및 효력이 미치는 범위의 해석에 대해 살펴본 후 배당요구절차와 다른 권리와 배당순위를 순차적으로 파악하였다. 최우선변제권은 1981년 3월 5일 주택임대차보호법 제정당시 존재하지 않았으나 1차 개정 때 신설되었고, 2차 개정 때는 경매개시결정 전에 대항요건을 갖추도록 하여 진정한 소액임차인의 최우선변제권을 보호하였다. 하지만 1989년 최우선변제권에 대한 법조문이 신설된 지 27년이 지나고 있으나 더 이상의 개정이나 보완이 없어 실제 최우선변제권이 남용되고 있는 문제점에 대한 실태파악을 통한 개선이 필요한 시점이 되었다.

둘째, 소액임차인으로 가장한 임차인이 최우선변제권을 남용한 사례를 통해 문제점을 알아보는 것이다. 최우선변제권의 남용사례현황을 분석하기 위해 임차인 중 소액임차인의 비중과 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중을 알아보고, 금융기관에서 실제 발생한 사례와 판례를 접목시켜 검토하였다.

결론적으로 주택임대차보호법은 소액임차인의 최우선변제권을 법에 명시하면서 서민의 주거안정에 기여한 부분에 대해 상당히 긍정적인 평가도 있으나, 다른 한편으로는 소유자, 채무자 또는 그들과 관련이 있는 채권자들이 이익추구수단으로 최우선변제권을 남용한 부분이 있음을 밝히고자 하였다. 아울러 주택임대차보호법의 개선안도 제안해 보았다.

제 2 절 연구의 범위 · 방법 및 체계

1) 연구의 범위 · 방법

소액임차인이 최우선변제권을 가장으로 행사함으로 인해 발행하는 문제점을 확인하기 위해 저자는 세 가지로 연구의 범위와 방법으로 접근하였다.

첫째는 대법원 사법연감 통계자료를 통해 서울, 경기, 인천지역의 배당이의 사건이 점차 증가한다는 사실을 확인하였다. 둘째는 2005년부터 2014년까지 10년간 진행된 경매사건 중 낙찰된 집합건물 중에서 임차인 중 소액임차인이 존재하는 비중이 어느 정도인지, 또한 소액임차인 중에서도 추정된 가장임차인의 비중이 어느 정도인가를 확인하기 위해 인포케어(주)에 해당하는 데이터를 조사·의뢰하였다.⁴⁾ 지역은 서울, 경기, 인천지역으로 한정하였고 주택물건은 집합건물인 아파트, 연립, 다세대로 국한하였다. 이유는 우리나라 주택시장을 선도하는 지역이 서울과 수도권지역이고, 최우선변제권을 행사하는 소액임차인을 확인하기 쉬운 물건이 집합건물이기 때문이다.

셋째는 실제 금융기관인 삼성화재에서 발생한 배당배척 또는 배당이의사건 136건을 중심으로 배당이의의 유형을 분류하였다. 여기서 네 가지의 유형으로 분류한 후 사례와 판례를 동시에 검토하였다.

①번 유형은 실질적인 대항요건이 흠결된 상태에서의 임차인이다. 이러한 임차인은 형식적으로만 대항요건을 구비하였을 뿐이며, 실질적으로는 해당물건에 점유하지 않으면서 점유하고 있다고 주장하는 것이 일반적이다.

②번 유형은 채무자나 소유자의 친·인척관계이거나 채권·채무관계에 있는 임차인이다. 임차인이 채무자 또는 소유자의 부모, 장인·장모, 형제 등의 관계를 형성하면서 소액임차인으로 가장한 경우이다. 또는 채무자나 소유자의 채권자가 후순위 등의 사유로 채권회수의 어려움을 인지하고 나서 임차인으로 대항요건을 갖추고 권리신고 및 배당요구를 하는 경우이다.

③번 유형은 소유자와 임차인간의 통정의 허위표시나 임차인의 임대차계약에 대한 신의칙 위반 등의 사해행위를 하는 임차인이다. 이 때 임차인이 명의신탁에 의해 명의만 대여해 준 경우이거나, 임차인이 경매신청권자 등에게 다른 임차인에 대해 진정한 임차인이 아니라도 부인하는 진술을 하였다가 진정

4) 경매전문업체인 인포케어(주)에 2005년부터 2014년까지 10년간 진행되었던 경매사건 중 낙찰된 건에서 임차인이 존재하는 건과 소액임차인이 존재하는 건에 대한 분류를 요청하여 받은 자료에 근거하였다. 이 때 매각가율이 20%미만이거나 120%를 초과하는 건은 배제하였다. 이유는 개인 사정이나 법적인 문제로 권리분석상의 하자가 매우 높게 존재할 수 있는 개연성이 있어 자료를 왜곡할 수 있기 때문이다.

한 임차인이라고 진술을 번복하는 경우 등이 있다.

④번 유형은 권리남용 등 기타의 경우이다. 현재 임차인이 전 경매사건에서 가장임차인이면서 현 경매사건에서 다시 권리신고 및 배당요구를 했던 경우이거나 공인중개사인 남편이 근저당권 등 등기부등본 상에 기재된 채권의 합이 시세를 초과하여 곧 경매가 진행될 것을 인지한 물건에 임대차계약을 체결한 경우이다.

이와 같이 연구하고자 하는 범위는 인포케어의 통계자료, 금융기관의 실제 사례, 이와 관련된 판례를 모두 포함함으로써 주택임대차보호법상 최우선변제권이 제정취지와는 달리 현실적으로 얼마나 많은 괴리감이 있으며, 실제 경매 시장에서 서민의 주거안정보다는 채권자 등 이해관계인을 해하는 도구로 전락되어 남용되고 있는지에 대한 심각성을 밝히고자 하였다.

2) 연구의 체계

본 연구는 다음과 같이 구성되어 있다. 제1장은 두 개의 절로 나누어 제1절에서는 연구의 배경과 목적에 대해 기술하였다. 제2절에서는 연구의 범위와 방법, 체계에 대해 언급하였다. 제2장에서는 주택임대차제도와 임차인 보호법리에 대해 고찰하였다. 제1절에서는 주택임대차제도의 개관으로 전통적인 임대차제도로서의 전세제도의 의의와 전세제도의 기원과 변천, 전세제도의 기능에 대해 알아보았다. 전세의 법적형태에서는 채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권으로 분류하여 각각에 대해 살펴보았고, 채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권에 대해 상호 비교하였다. 비교 후 이러한 전세제도로는 임차인을 보호하는 데 한계에 부딪친다는 내용에 대한 기술과 함께 주택임대차보호법이 제정된 배경을 설명하였다. 제2절에서는 주택임대차보호법상 임차인 보호법리에 대해 살펴보았다. 우선 주택임대차보호법의 개관, 존속기간과 차임·보증금, 임차권등기명령제도, 대항력, 우선변제권에 대해서 차례로 살펴보았다. 이 중에서 주택임대차보호법의 핵심인 대항력과 우선변제권에 대해 집중적으로 살펴보았다. 대항력에 대해서는 의의, 요건, 대항력 인정여부에 관한 판례분석, 대항력의 취득시점 및 대항요건의 존속기간, 대항력과 선순위권리

자와의 관계에 대해 순차적으로 살펴보았다. 다음으로는 주택임대차보호법에서 인정하고 있는 우리나라 고유의 제도인 우선변제권에서는 의의, 법적성질, 요건으로서의 확정일자, 효력발생시기, 우선변제권과 다른 권리와 배당순위, 우선변제권을 행사한 임차인의 매수인에 대한 지위도 살펴보았다. 제3절에서는 임차인보호에 관한 외국의 입법례에서 독일, 일본, 영국, 프랑스와 같은 선진국의 사례도 같이 비교하였다.

제3장에서는 최우선변제권의 법리와 현황분석에 대해 자세히 고찰하였다. 제1절에서는 먼저 최우선변제권의 의의 및 법적성질을 알아본 후, 소액임차보증금 변천내역 및 지역별 금액, 성립요건, 효력발생시기 및 효력이 미치는 범위, 배당요구절차 및 다른 권리와 배당순위에 대해 순차적으로 검토하였다. 제2절에서는 최우선변제권에 대해 현황을 분석해 보았다. 먼저 인포케어를 통해 2005년부터 2014년까지의 경매사건에서 임차인 중 소액임차인이 최우선변제권을 행사하는 비중이 어느 정도인지 확인하였다. 그 다음으로는 가장임차인에 대한 일정한 기준을 수립한 후 소액임차인 중 추정된 가장임차인에 대한 비중도 확인하였다.

제4장에서는 최우선변제권의 남용사례분석을 살펴보았다. 제1절에서는 최우선변제권의 남용현황 및 유형에 대해 언급하였다. 먼저 최우선변제권의 남용현황을 알아보기 위해 2010년부터 2014년까지 최근 5년간 배당이의소송이 증가하고 있는 추세를 대법원 사법연감을 통해 확인하였다. 그 다음으로는 금융기관에서 2005년부터 2014년까지 10년간 가장임차인에 대해 배당배척 또는 배당이의의 소를 제기하였던 사례를 중심으로 네 가지의 유형으로 분류하였다. 제2절에서는 네 가지의 유형에 대해 의의, 사례분석, 판례검토 순으로 실제 사례를 요약, 분석함과 동시에 법원의 판단을 논리적인 근거로 삼기 위해 유형에 맞는 판례도 검토하였다.

제5장 결론부분에서는 앞에서 기술되어진 내용에 대한 요약과 함께 소액임차인으로 가장한 임차인이 행사하는 최우선변제권의 남용을 방지하는 개선안에 대해 두 가지를 제안하였다. 이를 통해 소액임차인으로 가장한 임차인에 대한 근본적인 해결방안을 제안하는데 주력하였다. 마지막으로 향후의 보완할 필요가 있는 연구 과제를 언급함으로써 연구의 한계점도 서술하였다.

제 2 장 주택임대차제도와 임차인 보호법리

제 1 절 주택임대차제도의 개관

1) 서 설

사람들은 기본적으로 의·식·주에 의존해서 생활을 영위하고 있다. 이 중에서 먹고 마시고 입는 문제는 사실상 개인이 부담하기에 금액만 보면 크지 않기 때문에 대부분 해결되었다고 볼 수 있다. 하지만 주거문제는 1960년대 공업화가 시작되면서 인구가 계속적으로 증가하고 경제가 빠르게 성장하면서 점점 심각해지고 있으며 주택에 대한 수요도 지속적으로 늘고 있는 추세이다. 이와 함께 주택의 공급도 같이 증가하였다. 2014년 현재 주택의 수는 19,429천호로서 총가구수 18,773천 가구보다 많으며 주택보급률이 103.5%를 기록하고 있다.⁵⁾ 2006년을 기점으로 사실상 주택이 절대적으로 부족하던 시기는 사라졌지만, 계속해서 주거에 대한 문제가 존재하는 이유는 양적인 문제가 아니라 질적인 문제가 남아 있기 때문이다.

한편 우리나라는 선진국과 비교해 보더라도 큰 차이를 보이고 있지는 않지만, <표 1>에서 보는 바와 같이 2014년 현재 주택의 자가보유율이 58% 수준으로 매년 지속적으로 감소추세에 있다.⁶⁾ 주거생활은 인간생활에 미치는 영향이 매우 크며 헌법에서도 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 함을 선언하고 있다(헌법 제35조 제3항).

5) 2008년 이전의 경우 1인 가구가 가구 수에 포함되지 않았고 여러 가구가 살고 있는 다가구주택이 한 가구로 계산되는 주거현실과 사회변화를 제대로 반영하지 못하여 2008년 이후 새로운 주택보급률이 도입되었다(국토교통부).

舊주택보급률(%) = (주택 수/ 보통가구 수)×100(2008년 이전 적용, 다가구주택 미반영)

新주택보급률(%) = (주택 수/ 보통가구 수)×100(2008년 이후 적용, 다가구주택 반영)

* 주택 수 = 거주주택 수 + 빈집 수 - 멸실주택 수

* 보통가구 수 = 총가구수 - 외국인가구 수 - 집단가구 수(비혈연으로 구성된 6인 이상 가구로 기숙사, 고아원 등) - 1인가구 수 - 비혈연가구 수

6) 미국(62.9%), 영국(66.7%), 독일(53.3%), 일본(61.0%)으로 나타났다(한국경제신문 2016년 10월 27일자).

<표 1> 주택보급률 및 자가보유율

	2006년	2008년	2010년	2012년	2014년
신주택보급률	99.2%	100.7%	101.9%	102.7%	103.5%
구주택보급률	107.1%	109.9%	112.9%	115.4%	118.1%
자가보유율	61.0%	60.9%	60.3%	58.4%	58.0%

자료 : 국토교통부 온나라 부동산정보통합포탈

주택은 인간의 삶을 영위하는데 있어서 가장 중요한 기초가 되는데, <표 2>에서 보는 바와 같이 소득계층에 따라 자가거주율⁷⁾과 전세, 보증부 월세, 월세의 비중이 달리 나타나는 특징이 있다. 저소득층의 자가거주율은 50%를 넘긴 년도도 있으나 대부분은 40%대 후반을 나타내고 있으며, 이러한 지표는 자신의 주택을 소유하기가 고소득층에 비해 상대적으로 점점 어려워지고 있음을 의미한다. 반면에 고소득층의 자가거주율은 60%대 중반 이상을 나타내고 있으며, 특히 2014년에는 70%에 육박하고 있다. 결국 고소득층이 저소득층에 비해 자신의 주택을 소유하기가 훨씬 수월하다는 것이며, 다른 관점에서 보면 저소득층은 주택을 임대할 수밖에 없는 구조를 가지고 있다.

전세와 보증부 월세의 비중을 보면 전세에 있어 고소득층이 저소득층보다 비중이 더 높아 다소 의아할 수 있으나 보증부 월세나 월세의 비중은 저소득층에서 월등히 높은 것으로 나타난다. 이는 저소득층이 자가 주택에 거주하는 경우보다 그렇지 않은 경우가 많으며, 특히 보증부 월세와 월세의 비중 합이 30%를 초과한다는 것은 그 만큼 자신의 순자산이 상대적으로 적어 높은 월세전환이율⁸⁾에도 불구하고 이를 감수할 수밖에 없게 되고 결국 임차인의 가처분소득은 줄어든다는 것을 의미한다.⁹⁾

7) 자가거주율은 자기 집에서 사는 거주 비율을 말한다.

8) 월세전환이율이란 전세금에서 보증금을 뺀 나머지 금액을 월세로 나눌 때 적용하는 이자율이다. 예를 들어, 임차보증금이 2억원이 주택에 임차보증금 1억원에 월세 50만원에 임대차 계약을 체결하였다면, 월세전환이율은 $50\text{만원} \times 12 / (2\text{억원} - 1\text{억원}) = 6\%$ 가 된다.

9) 2016년 10월 현재 은행의 예금금리는 1.5~1.7% 수준인데 반해 월세전환이율은 5.3% 수준이다. 예를 들어, 1억원을 예금하여 1.5%의 이자를 받는다면 연 150만원인데 반해, 월세를 납부하는 경우는 연 530만원으로 3.5배가 넘게 차이가 난다. 이 경우는 가처분소득이 연간 380만원이 줄어드는 셈이다.

<표 2> 저소득층과 고소득층 자가거주 · 전세 · 보증부 월세 · 월세 비중

		2006년	2008년	2010년	2012년	2014년
자가	저소득	49.7	51.9	46.9	50.5	47.5
	고소득	67.0	69.4	69.5	64.6	69.5
전세	저소득	18.8	27.8	16.8	13.8	14.2
	고소득	23.2	22.0	23.0	27.7	20.8
보증부 월세	저소득	20.3	13.4	25.8	26.4	29.4
	고소득	7.2	6.3	5.6	5.9	7.7
월세	저소득	4.0	3.8	4.1	4.9	2.9
	고소득	0.2	0.3	0.3	0.6	0.2

자료 : 국토교통부 온나라 부동산정보통합포털

이와 같이 저소득층에서 임차인의 비중이 높아질 수밖에 없는 주택의 구조를 가지고 있는 상태에서 과거의 전통적인 임대차제도는 임차인을 보호하여 주거의 안정을 도모해야 하는 목적을 달성하는데 한계를 가지게 되었다. 다음에는 이러한 한계가 발생하게 된 원인을 알아보기 위해 먼저 전통적인 임대차제도로서의 전세제도를 살펴보겠다.

2) 전통적인 임대차제도로서의 전세제도

가) 의의

전세제도는 임차인이 임대인에게 일정한 계약기간동안 임차보증금의 명목으로 목돈을 맡기고 주택을 사용·수익할 수 있는 권리를 얻는 제도이다. 전세제도의 특징은 임대인이 임차인으로부터 받은 임차보증금으로 다른 주택을 매수하든지 은행에 입금하여 이자를 받든지 하여 이로부터 발생하는 자본이득(Capital Gain)이나 이자소득(Income Gain)을 획득한다는 것이다. 전세제도에에서 발생하는 이런 소득은 월세의 비중이 높은 외국에 있어서의 임대료와

유사한 개념이었다.

이러한 임대차제도는 월세와 전세가 혼용되는 경우가 많다. 외국 선진국의 경우는 월세비중이 높게 차지하는 반면 우리나라는 전세에 대한 선호도가 높았다. 이유는 과거에는 소유자가 전세로 받은 임차보증금을 가지고 부동산에 재투자하여 얻는 수익률이 월세로부터 얻는 수익률보다 높았기 때문이다. 이러한 배경 속에서 발달되어 온 전세제도에 대해 먼저 과거 시대적 배경에 따른 전세제도의 기원과 변천에 대해 살펴보겠다.

나) 전세제도의 기원 및 변천¹⁰⁾

우리나라에 전세제도가 언제부터 시작되었는지는 명확하지 않지만 1899년 4월 황성신문에서 전세의 기록을 발견할 수 있다. 전세 증명제도로서 가계현록이 있었으나 전세수요는 많은 비중을 차지하지는 않았다.

1910년부터 1945년까지 우리나라는 1912년에 조선민사령이 공포되면서 전세권의 양도 및 전대에 대해 일본민법과 유사하게 규정하였다. 1943년 조선고등법원 판례는 전세에 대해 물권성을 부정하고 채권관계로 규정하여 전세의 권리를 약화시켰다. 즉 관습으로 발달한 전세제도가 일제시대에는 임차인의 권리가 약화된 시기라고 할 수 있다. 그 당시 신문기사에서는 저당권이 설정된 가옥에 전세계약을 체결하여 보장을 못 받은 경우, 가옥이 매매되기 전까지 계약기간을 정하지 않고 전세계약을 하는 경우, 임대인의 부당한 전세가격 상승, 타인의 가옥에 전세를 주고 임차보증금을 횡령한 중개인의 사기사건 등을 다루었다.

1945년부터 1960년 민법이 시행되기 이전까지 우리나라는 전쟁으로 인해 서울인구가 60만 정도였으나 휴전 이후인 1953년부터 매년 10만명 이상 인구가 증가함에 따라 주택수가 턱없이 부족하게 되었다. 이 당시 전세의 형태는 ① 전세 또는 보증금만 지불하는 경우(40.5%) ② 전세를 내고 월세를 공

10) 전세제도에 대해서는 윤술아, (2013), “구한말 이후 전세 계약의 돈의 변화와 특성분석,” 한양대학교 석사학위논문, 최태관, (2014), “주택전세제도의 현실적 운용방안에 관한 연구,” 한양대학교 석사학위논문, 한동호, (2016), “우리나라 주택 전세제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구,” 광주대학교 석사학위논문을 참조하였다. 전세제도에 대한 기원에 대해 상기 논문을 중심으로 요약·기술하고자 하였다.

제하는 경우(25.8%) ③ 전세 또는 보증금 없이 월세만 매월 지불하는 경우(20.2%) ④ 보증금을 내고 월세를 매월 지불하는 경우(13.5%)로 해서 네 가지로 구별이 가능하였다. 이 당시 신문기사는 임대인이 임차인에 대해 임차보증금 반환거부, 등기거부, 전세값 인상 등이 여전히 임차인에게 피해를 주는 주요 요인으로 다루었다. 특히 주택부족이 주택문제의 주요 요인임을 부각시켰다. 1958년 민법이 제정되면서 전세에 대해 물권으로 볼 것인가 아니면 채권으로 볼 것인가에 대해 견해의 차이를 보였으나, 결국 전세권이라고 하여 물권 편에 창설되었고 등기법과 함께 관습으로 지속되던 전세에 대해 법적 안정화를 가져왔다.

1960년부터 1981년 주택임대차보호법이 시행되기 전까지 우리나라는 1961년 근대적 아파트가 등장하기 시작하였고, 제2차 경제개발 5개년계획으로 아파트건설이 더욱 촉진되었다. 하지만 주택의 수요가 주택의 공급을 초과함으로써 전세의 비중은 점차 높아졌으며 이 당시 신문기사에서 보면 알 수 있듯이 전세와 관련되어 엄청나게 양이 증가하였다는 것을 볼 수 있다. 내용을 살펴보면 부동산관련 세금규제, 임대인의 등기거부, 주택부족문제와 임대인의 임차보증금 반환거부 등이 주를 이루었다.

다) 전세제도의 기능

전세제도는 임대인이 임대차계약을 체결한 임차인으로부터 투자금을 제공받는 사적인 주택금융이라고 말할 수 있다. 다시 말해 임대인은 임차인과 임대차계약을 하고 임차보증금을 받으면 월세 계약으로 인한 임대료 체납위험에서 벗어날 수 있고 집값이 상승함으로 인한 자본이득(Capital Gain)을 얻을 수 있다. 즉, 임대인은 임차보증금으로 여러 채의 주택을 구입함으로써 향후의 자본이득(Capital Gain)이 이자소득(Income Gain)을 앞지르는 효과를 기대할 수도 있다. 이와 같이 전세제도는 임대인에게 재산증식의 금융적 효과를 가져다주는 재테크의 수단이 되기도 한다.

임차인 입장에서 보면 전세보증금을 일시에 지불하지만 주택을 구입할 때와 비교하면 상대적으로 적은 비용으로 양질의 주거생활을 누릴 수 있으며

축적된 전세보증금은 저축기능도 한다.

주택에 대한 전세제도는 오랫동안 서민의 경제에 많은 영향을 끼쳤으며, 임대인은 주택의 일부나 전체를 임차보증금을 받고 다른 부동산 투자처에 투자할 수 있는 자금을 조달할 수 있었다. 임차보증금은 임대인에게 집을 새롭게 건축하거나 분양받을 때 자금을 조달할 수 있는 유용한 수단이 되었으며, 제도권의 금융이 발달하지 못한 시기에는 자금조달과 임대주택 공급의 역할도 담당하였다. 임대인은 임차보증금을 이용하여 주택을 구입하고 더 나아가 다주택을 보유함으로써 주택 가격이 상승할 때 자본이득(Capital Gain)을 극대화할 수 있었다. 또한 임차보증금은 월세형태보다 임대료 체납에 따른 거래위험(Transaction Risk)을 최소화할 수 있었다. 임차인은 임차보증금으로부터 새로운 전세나 주택을 구입할 때 중요한 자금원이 되었다. 또한 임차인은 상대적으로 적은 주거비용으로 질 좋은 주택서비스를 제공받을 수 있었다.

주택가격 상승기에도 투자목적의 다주택 보유와 주택선점을 위한 주택구매가 나타나면서 공적금융시장이 성장한 이후에도 전세제도는 지속적으로 유지되어 왔다. 그 이유는 임대인은 거주 목적이 아닌 투자 및 선점 목적이다 보니 전세로 인해 추가적인 비용이 발생하지 않았으며, 임차인도 월세와 같은 소모성 주거비를 납부하고 싶은 의사가 적었기 때문에 전세제도가 장기간 유지될 수 있었기 때문이다.¹¹⁾

<표 3> 전세제도의 순기능과 역기능

구 분	순기능	역기능
임대인	<ul style="list-style-type: none"> · 부동산 투자에 활용 · 자본이득 극대화(다주택 보유용이) · 거래위험(임대료체납)의 최소화 · 공공주택임대서비스의 부족 보완 	<ul style="list-style-type: none"> · 레버리지를 활용한 투기조장 · 저금리시대에 전세수익률 하락
임차인	<ul style="list-style-type: none"> · 강제저축 효과(주택구입 지렛대) · 적은 비용으로 좋은 주택서비스 확보 	<ul style="list-style-type: none"> · 임대인의 부도 리스크 · 전세금 인상분 부담

11) 김덕례·노희순. (2012). “전월세 가구 특성을 고려한 주택정책 방향.” 『주택산업연구원』 . pp.14-6.

자료 : 현대경제연구원. (2011). 「전세의 월세화 추이 및 대응과제 : 월세 전환에 따른 서민층 부담 완화 정책 필요」. 한국경제주평 62(439). p.3.

3) 전세의 법적형태

가) 임대차의 일반유형

주택임대차는 특별법인 주택임대차보호법이 제정되기 전까지는 타인의 부동산에 그 대가를 지급하고 빌려 쓰는 법률관계에는 ① 등기 없는 임대차인 채권적 전세 ② 등기 있는 임대차 ③ 전세권이 있다.¹²⁾ 임대인이 동의를 해주어야만 임차인의 임차보증금이 보호되는 전세권이나 등기 있는 임대차는 현실적으로 차지하는 비중이 적었다. 이로 인해 임차인은 주로 등기 없는 임대차인 채권적 전세를 주로 이용하였다.

앞으로 이러한 전세의 법적형태가 임차인을 보호하는데 어떠한 문제와 한계를 가지고 있었는지에 대해 살펴보기 전에 채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권에 대해 검토하겠다. 그 다음으로 과거 이러한 주택임차인의 계약의 유형이 실제로 임차인을 보호하는데 어떠한 한계가 있었는지 살펴본 후 진정으로 임차인을 보호하기 위해 탄생한 주택임대차보호법에 대해 자세히 살펴보겠다.

나) 채권적 전세

(1) 의의

12) 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리를 내용으로 하는 물권이지만, 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 발생하는 채권계약으로서, 주택임차인이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 갖추거나 민법 제621조의 규정에 의한 주택임대차등기를 마치더라도 채권계약이라는 기본적인 성질에 변함이 없다(오시정, 전게서, p.379. 대법원 2007.6.28. 선고 2004다69741 판결).

등기 없는 임대차인 채권적 전세는 통상 임대인과 임차인 중 한쪽이 상대방에게 목적물을 사용·수익할 것을 약정하고 임차인이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약을 말한다(민법 제618조). 여기서 채권적 전세는 당사자 사이의 계약만으로 성립한다는 점에서 당사자 사이의 전세권설정계약 이외에 전세금의 지급과 전세권설정등기를 요하는 전세권제도와는 구분된다.

(2) 내용

채권적 전세는 임차인이 임대인에게 대상 부동산을 사용·수익할 수 있도록 해줄 것을 청구할 수 있는 권리를 가진다. 이 때 임대인이 임대차계약의 효력이 발생하였음에도 불구하고 임대인이 대상 부동산의 점유를 이전하여 임차인으로 하여금 사용·수익할 수 있도록 허용하지 않으면 채권적 청구권에 의해 부동산의 인도를 청구할 수 있다. 또한 임대인이 임차인에게 대상 부동산의 인도를 하지 않는 것은 채무불이행이 되어 임차인은 그에 대한 손해배상을 임대인에게 청구할 수 있다.

임대차의 존속기간은 당사자가 임대차계약으로 정한다. 임대차기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다(민법 제635조 제1항). 임대인이 해지통고를 한 경우이면 임차인이 해지통고를 받은 날로부터 6개월이 경과한 후에 생기고, 임차인이 해지통고를 한 경우이면 임대인이 해지통고를 받은 날로부터 1개월이 경과한 후에 생긴다(민법 제635조 제2항).

채권적 전세에서 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다(민법 제629조 제1항). 만약 임차인이 임대인의 동의 없이 임차권을 양도하거나 임차물을 전대한 경우에는 임대인이 이를 이유로 임대차계약을 해지할 수 있다(민법 제629조 제2항). 하지만 임차인이 임대인에 대해 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우는 달리 본 판례가 있다.¹³⁾

13) 임차인이 건설회사로부터 아파트를 임차하였으나 임차인이 지방으로 발령이 나서 건설사에 대해 임대차 해지 또는 전차인과 전대차계약에 대한 동의를 구하는 내용증명을 발송하였

채권적 전세에서 임차인은 존속기간의 만료 등으로 임대차가 종료되었으나 임대인이 임차보증금의 반환을 하지 않는 경우에 바로 대상 부동산의 경매를 신청할 수 없고 그 보증금반환청구권에 관하여 집행력이 있는 정본을 갖춘 후에 비로소 경매를 신청할 수 있다. 또한 임차인은 임차물을 사용·수익하는 대가로서 차임을 지급할 의무를 부담하며, 임대인은 임대차의 존속 중에 임차인이 연체한 차임을 임차보증금으로부터 공제할 수 있다.¹⁴⁾ 한편 임차인은 임대차관계가 종료되는 경우 대상 부동산을 임대인에게 반환할 의무를 부담하는데, 이러한 부동산의 반환의무가 임대인의 임차보증금반환의무와 동시이행의 관계에 있는지에 대한 인정여부가 문제될 소지가 있는데 대법원 판례는 이를 인정하고 있다.¹⁵⁾

제3자에게 대항력이란 당사자 사이에 체결한 임대차계약의 내용을 당사자 이외의 제3자에 대하여도 주장할 수 있는 효력을 말한다. 채권적 전세는 등기 없는 임대차이기 때문에 매매이든 경매이든 어떠한 경우라도 제3자에 대한 대항력이 없다.

채권적 전세는 등기 없는 임대차이므로 첫째, 임대차가 대상 부동산의 매매나 경매에 의한 소유권이전으로 구소유자로부터 신소유자에게로 이전된다고 할 때 임차인이 구소유자와 임대차계약으로 합의한 차임의 액·지급시기·지급방법·지급한 보증금·임대차 존속기간·임차권의 양도나 임차물의 전대에 대한 구소유자의 동의 등에 내용에 대해 그대로 신소유자에게 승계되지만 등기되지 않았기 때문에 그 내용에 대해 신소유자에게 주장할 수 없다. 둘째, 구소유자에게 지급한 보증금도 신소유자에게 보증금의 반환을 청구할 수 없다. 셋째, 구소유자와 합의한 임대차의 존속기간에 대해 신소유자에 대한 관

으나 건설사는 부도로 인해 답변을 못한 사안에 대해 판례는 “임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 전차인은 그 전대차나 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있다 할 것이다.”라고 하여 임대인의 동의 없이도 전대차계약을 인정하였다(대법원 2007.11.29. 선고 2005다64255 판결).

14) 오시정, 전게서, p.382.

15) 임대차계약의 기간이 만료된 경우에 임차인이 임차목적물을 명도할 의무와 임대인이 보증금 중 연체차임 등 당해 임대차에 관하여 명도 시까지 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무는 동시이행의 관계가 있다(대법원 1977.9.28. 77다1241,1242 전원합의체 판결).

계에서도 효력이 인정될 수 없다. 넷째, 구소유자가 임차권의 양도나 임차물의 전대에 대하여 동의하였다 하더라도 그 내용도 신소유자에게 승계되지 않는다. 마지막으로 구소유자와 임대차계약 내용에 대해 변동된 것이 있는 경우라도 이 또한 신소유자에게 승계되지 않는다.

채권적 전세라 하더라도 신소유자가 구소유자와 임차인 사이의 임대차관계를 인수하게 되면 구소유자인 임대인은 임차인의 동의가 없이도 임대차관계에서 완전히 이탈하여 임차보증금반환의무를 면한다.¹⁶⁾

(3) 유치권과의 관계

임대차관계에 신소유자에게 대항할 수 없는 채권적 전세의 임차인이라도 신소유자에 대하여 대상 부동산에 대한 유치권을 주장하여 보증금의 반환이 없다는 이유로 대상 부동산의 반환청구를 거절할 수 있는 것인지의 여부가 문제가 된다. 이에 대해 긍정설과 부정설이 대립되고 있으나 대법원은 부정설을 채택하고 있다.¹⁷⁾

유치권이 성립하기 위해서는 채권이 대상 부동산에 관하여 생긴 것이어야 한다(민법 제320조 제1항). 이 경우 대상 부동산에 관하여 생긴 것이라는 의미는 대상 부동산의 가치를 증대시키거나 또는 대상 부동산으로부터 받은 손해이어야 하는 것인데, 부동산 임대차에 있어서 보증금반환채권과 대상 부동산 사이에는 그와 같은 관계를 인정할 수 없다는 점에서 부정하는 것이 타당하다.¹⁸⁾ 이를 긍정하게 된다면 임차인은 대상 부동산에 임차권등기를 통한 대항력을 갖추지 않아도 유치권을 통해 동일한 효과를 볼 수 있기 때문에 임대차와 관련된 거래의 안전에 상당한 영향을 주는 불합리한 결과를 초래할 수 있다.

16) 오시정, 전게서, pp.384-5.

17) 건물의 임대차에 있어서 임차인의 임대인에게 지급한 임차보증금반환청구권이나 임대인이 건물시설을 아니하기 때문에 임차인에게 건물을 임차목적대로 사용 못할 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 모두 민법 제320조에 규정된 소위 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 보증금반환채권과 손해배상채권에 관한 피고의 유치권 주장을 배척한 조치는 정당하다(대법원 1976.5.11. 75다1305).

18) 오시정, 전게서, p.386.

(4) 근저당권과의 관계

채권적 전세는 근저당권보다 선순위로 성립된 경우라도 소유자에게 자신의 임차보증금에 대해 대항할 수 없다. 또한 경매가 진행된 경우에 채권적 전세에서 임차인의 임대차관계는 매수인에게 승계되지 않으며, 그에 따라 임차인은 구소유자와의 임대차관계를 가지고 신소유자인 매수인에게 대항할 수 없다. 따라서 채권적 전세의 임차인은 배당요구의 종기까지 집행력이 있는 정본이나 해당 부동산에 가압류를 하지 않으면 배당요구를 하지 못하며 하더라도 배당받을 금액이 없다. 또한 채권적 전세의 임차인은 가압류를 하고 배당요구를 하더라도 우선변제권은 인정되지 않아 일반채권자와 각각의 채권액에 안분하여 배당받을 수 있을 뿐이다.

임차인이 근저당권보다 후순위인 경우 대상 부동산에 대하여 경매절차가 실시되면 임대차는 등기여부에 관계없이 근저당권과 함께 소멸되어 임차인은 전소유자와의 임대차관계를 가지고 신소유자인 매수인에게 대항할 수 없다. 이 보다 더 큰 문제는 등기여부에 관계없이 임차인이 대상 부동산의 매각대금으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리가 없어 일반채권자와 안분배당을 받거나 후순위일지라도 근저당권자가 있으면 임차권등기여부에 관계없이 채권적 전세이므로 배당의 우선순위에서 밀리게 된다.

예를 들어, 2억원에 매각된 부동산에 임차인 乙이 먼저 채권적 전세를 체결한 상태에서 나중에 1순위 근저당권자 甲이 1억원, 2순위 근저당권자 丙이 1억원이 각각 등기되어 있고 경매비용 등은 없다고 가정한다. 배당순위는 첫 번째, 1순위 근저당권자인 甲에게 1억원이, 두 번째, 2순위 근저당권자인 丙에게 1억원이 배당된다. 임차인 乙은 채권적 전세이므로 순위의 선후와 관계없이 근저당권자는 물론 신소유자인 매수인에게 대항력을 주장할 수 없다. 당연히 임차인 乙은 물권적 효력인 우선변제권도 없기 때문에 순위에 의한 배당도 없다.

다) 등기 있는 임대차

(1) 의의

등기 있는 임대차란 통상 임대인과 임차인 중 한쪽이 상대방에게 목적물을 사용 또는 수익할 것을 약정하고 임차인이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약이라는 점은 채권적 전세와 동일하지만 체결된 임대차계약을 가지고 임차권설정등기를 한 경우에만 등기 있는 임대차가 된다는 점에서 차이가 있다.

(2) 내용

등기 있는 임대차는 대상 부동산을 사용·수익할 수 있도록 해 줄 것을 임대인에게 청구할 수 있는 권리를 가진다. 이 때 임대인이 임대차계약의 효력이 발생하였음에도 불구하고 임대인이 대상 부동산의 점유를 이전하여 임차인으로 하여금 사용·수익할 수 있도록 허용하지 않으면 임차인에게 채권적 청구권이 발생한다거나 임대인이 임차인에게 대상 부동산의 인도를 하지 않아 채무불이행이 되어 임차인이 임대인에게 손해배상을 청구할 수 있는 권리는 채권적 전세와 동일하다.

임대차의 존속기간에 있어서도 당사자가 임대차계약으로 정할 수 있으며, 임대인이 해지통고를 하면 임차인이 해지통고를 받은 날로부터 6개월이 경과하여야 해지의 효력이 생기며 임차인이 해지통고를 하면 1개월이 경과하여야 해지의 효력이 생긴다는 측면에서 채권적 전세와 같다. 또한 임차인은 임대인의 동의 없이 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못하며 이를 어긴 경우 임대인은 임대차계약을 해지할 수 있다는 것도 채권적 전세와 동일하다.¹⁹⁾

등기 있는 임대차도 채권적 전세와 동일하게 임차인은 존속기간의 만료 등으로 임대차가 종료되었으나 임대인이 임차보증금의 반환을 하지 않는 경우

19) 등기된 임차권에는 용익권적 권능 외에 임차보증금반환채권에 대한 담보권적 권능이 있고, 임대차기간이 종료되면 용익권적 권능은 임차권등기의 말소등기 없이도 곧바로 소멸하나 담보권적 권능은 곧바로 소멸하지 않는다고 할 것이어서 임차권자는 임대차기간이 종료한 후에도 임차보증금을 반환받기까지는 임대인이나 그 승계인에 대하여 임차권등기의 말소를 거부할 수 있다고 할 것이고, 따라서 임차권등기가 원인 없이 말소된 때에는 그 방해를 배제하기 위한 청구를 할 수 있다(대법원 2002.2.26. 99다67079 판결).

에 집행력이 있는 정본을 갖춘 후에 비로소 경매를 신청할 수 있다. 또한 임차인은 임차물을 사용·수익하는 대가로서 차임을 지급할 의무를 부담하며, 임대인은 임대차의 존속 중에 임차인이 연체한 차임을 임차보증금으로부터 공제할 수 있다. 한편 임차인은 임대차관계가 종료되는 경우 대상 부동산을 임대인에게 반환할 의무를 부담하는데, 이러한 부동산의 반환의무가 임대인의 임차보증금 반환의무와 동시이행의 관계에 있는 것도 채권적 전세와 같다.

제3자에게 대항력이란 당사자 사이에 체결한 임대차계약의 내용을 당사자 이외의 제3자에 대하여도 주장할 수 있는 효력을 말한다. 등기 있는 임대차는 제3자에 대한 대항력이 있는 것이 원칙이다. 매매의 경우에는 존속기간이 만료하지 않는 한 대항력이 존재하지만 경매가 진행되는 경우에는 등기 있는 임대차라 하더라도 다른 권리와는 선후 관계에 따라 대항력을 주장할 수 있는 권리가 달라질 수 있다. 예를 들어, 등기 있는 임대차가 근저당권 등 물권보다 선순위인 경우는 대항력이 존재하지만 그렇지 않은 경우는 대항력이 존재하지 않아 채권적 전세와 동일한 결과가 발생한다.

또한 경매가 신청된 상태에서의 대항력의 인정시점은 매수인이 경매된 부동산의 소유권을 취득한 때인 매각대금 납부 시를 기준으로 하며 그 시점에서 임대차의 존속기간이 만료되었는지 여부에 따라 달라진다. 예를 들어, 등기 있는 임대차라고 하더라도 매각대금 납부시점에 존속기간이 만료되었다면 다른 권리보다 선순위로 등기가 되었어도 대항력은 없어진다.

등기 있는 임대차는 첫째, 임대차가 대상 부동산의 매매나 경매에 의해 구소유자로부터 신소유자에게로 소유권이전이 된다고 할 때 임차인이 구소유자와 임대차계약으로 합의한 차임의 액·지급시기·지급방법·지급한 보증금·임대차 존속기간·임차권 양도나 임차물 전대에 대한 구소유자의 동의 등의 내용에 대해 그대로 신소유자에게 승계되므로 신소유자에게 이런 내용을 주장할 수 있다. 둘째, 구소유자에게 지급한 보증금도 등기가 되어 있으면 신소유자에게 보증금의 반환을 청구할 수 있다. 셋째, 구소유자와 합의한 임대차의 존속기간에 대해 신소유자에 대한 관계에서도 동일한 효력이 인정된다. 넷째, 구소유자가 임차권의 양도나 임차물의 전대에 대하여 동의하였다면 그 내용도 동일하게 신소유자에게 승계된다. 마지막으로 구소유자와 임대차계약 내

용에 대해 변동된 것이 있는 경우 이 또한 신소유자에게 승계된다. 채권적 전세와 동일하게 신소유자가 구소유자와 임차인 사이의 임대차관계를 인수하게 되면 구소유자인 임대인은 임차인의 동의가 없이도 임대차관계에서 완전히 이탈하여 임차보증금반환의무를 면한다.²⁰⁾

(3) 유치권과의 관계

등기 있는 임대차도 채권적 전세와 마찬가지로 임대차관계에 신소유자에게 대하여 대상 부동산에 대한 유치권을 주장하여 보증금의 반환이 없다는 이유로 대상 부동산의 반환청구를 거절할 수 있는 것인지의 여부에 대해 대법원의 부정설을 따르고 있다.

(4) 근저당권과의 관계

먼저 등기 있는 임대차가 근저당권보다 선순위인 상태에서 대상 부동산에 대하여 경매절차가 실시되는 경우 신소유자인 매수인에게도 대항할 수 있는 것이 원칙이다. 등기 있는 임대차의 임차인은 배당요구의 종기까지 임대차가 종료되고 배당을 요구할 수 있는 채권자의 요건을 구비한 상태에서 배당요구를 하였는데 만약 임차인이 배당되지 못한 잔여 임차보증금이 있다면 매수인에 대하여 잔여 임차보증금을 반환받을 때까지 대상 부동산의 반환을 거절할 수 있다.²¹⁾

다음은 임차인이 근저당권보다 후순위인 상태에서 대상 부동산에 대하여 경매절차가 실시되면 채권적 전세이든 등기 있는 임대차이든 관계없이 근저당권과 함께 소멸되어 임차인은 전소유자와의 임대차관계를 가지고 신소유자인 매수인에게 대항할 수 없다. 이 때 임차인은 임대인의 별도 부동산에 가압류조치 등에 의한 채권적 청구권을 행사하여 다른 일반채권자들과 안분배당을 받는 경우 외에는 자신의 임차보증금을 회수할 수 있는 방법은 없다.

예를 들어, 2억원에 매각된 부동산에 기존에 1순위 근저당권자 甲이 1억원,

20) 오시정, 전게서, pp.384-5.

21) 오시정, 전게서, pp.389-390.

임대차등기가 되어 있는 임차인 乙이 0.7억원, 2순위 근저당권자 丙이 1억원이 각각 등기되어 있고 경매비용 등은 없다고 가정한다. 배당순위는 첫 번째, 1순위 근저당권자인 甲에게 1억원이, 두 번째, 2순위 근저당권자인 丙에게 1억원이 배당된다. 설령 임차인 乙이 임대차등기가 되어 있다 하더라도 최선순위가 아니어서 대항력을 주장할 수 없으며, 또한 임차인 乙은 물권적 효력인 우선변제권도 없기 때문에 순위에 의한 배당도 없다. 하지만 임차인 乙이 0.7억원이 근저당권자인 甲이나 丙보다 선순위인 경우라면 신소유자인 매수인에게 0.7억원을 받을 때까지 인수를 주장할 수 있어 우선변제를 받는 효과를 거둘 수 있다.

라) 전세권²²⁾

(1) 의의

전세권이란 전세금을 지급하고서 타인의 부동산을 해당 용도에 따라 사용·수익하다가, 전세권이 소멸하고도 전세권설정자로부터 전세금반환이 없으면 대상 부동산을 매각하여 다른 채권자보다 우선하여 변제 받을 수 있는 특징이 있는 용익물권 겸 담보물권을 말한다. 전세권은 전세권자와 전세권설정자가 전세권설정계약을 맺은 후 전세권자가 전세권설정자에게 전세금을 지급하고 대상 부동산에 전세권설정등기를 함으로써 성립된다. 여기서 중요한 것은 전세권설정등기이다. 아무리 전세권설정계약을 체결하고 전세권설정자에게 전세금을 지급하였다고 하더라도 전세권에 관한 설정등기가 되지 않는다면 이는 채권적 전세에 불과하다.

(2) 내용

전세권자는 전세권설정자가 전세권이 설정되었음에도 전세권설정자가 대상 부동산의 점유를 전세권자에게 이전시키지 않으면 물권적 효력에 의해 인도

22) 오시정, 전게서, pp.364-377.

를 청구할 수 있다. 또한 대상 부동산을 인도한 후에 그 사용·수익을 방해하거나 방해할 염려가 있는 때에는 전세권자는 전세권의 물권적 효력에 기해 그 방해제거조치나 방해예방조치를 해줄 것을 법원에 청구할 수 있다.

전세권의 존속기간은 설정당사자간의 계약으로 정하게 되나, 최장기간을 10년 이상으로 할 수 없고 만일 10년이 넘는 때에는 10년으로 단축된다(민법 제312조 제1항). 건물에 대한 전세권의 존속기간에 대하여는 최단기간의 제한이 있어 건물에 대한 존속기간은 1년 미만으로 할 수 없으며 1년 미만으로 정한 때에는 1년으로 연장된다(민법 제312조 제2항). 전세권의 존속기간은 설정당사자 사이의 계약으로 이를 갱신할 수 있으나 그 기간은 갱신할 날로부터 10년을 넘지 못한다(민법 제312조 제3항).

전세권의 존속기간을 약정하지 아니한 때에는 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸한다(민법 제313조). 건물의 전세권설정자가 전세권의 존속기간 만료 전 6월부터 1월까지 사이에 전세권자에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 그 전 전세권과 동일한 조건으로 다시 전세권을 설정한 것으로 본다. 이 경우 전세권의 존속기간은 그 정함이 없는 것으로 본다(민법 제312조 제4항).²³⁾

전세권자는 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간 내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있다(민법 제306조 본문). 전세권자가 타인에게 전세권을 양도 또는 담보제공하거나 대상 부동산을 전전세 또는 임대하는 데에 전세권설정자의 동의는 요하지 않는다. 그러나 설정행위로 이를 금지한 때에는 그러하지 아니하다(민법 제306조 단서). 다만 이와 같은 금지특약을 가지고 제3자에게 대항할 수 있으려면 이를 등기하여야 한다(부동산등기법 제72조 제1항).

존속기간의 만료 등으로 용익관계가 종료되었으나 전세권설정자가 전세금의 반환을 하지 않으면, 전세권자는 민사집행법의 규정에 따라 부동산에 대한

23) 전세권이 법정 갱신된 경우 법률의 규정에 의한 물권의 변동이므로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 아니하고, 전세권자는 등기 없이도 전세권설정자나 목적물을 취득한 제3자에 대하여 갱신된 권리를 주장할 수 있다(대법원 20110.3.25. 선고 2009다35743 판결).

‘담보권실행에 의한 경매’를 신청하여 그 매각대금으로부터 우선변제를 받을 수 있다(민법 제303조, 제318조).

전세권자의 임의경매청구권에 관하여 두 가지의 문제점이 있다. 첫째는 전세권자가 대상 부동산에 대한 경매를 신청하려면 그에 앞서 전세권설정자에 대하여 대상 부동산의 반환의무와 전세권설정등기말소의무의 이행 또는 이행의 제공을 하여야 하는가 하는 점이다. 판례는 “전세권의 전세목적물인도의무 및 전세권설정등기말소의무와 전세권설정자의 전세금반환의무는 서로 동시이행의 관계에 있으므로 전세권자인 채권자가 전세목적물에 대한 경매를 청구하려면 우선 전세권설정자에 대하여 전세목적물인도의무와 전세권설정등기말소의무의 이행제공을 완료하여 전세권설정자를 이행지체에 빠뜨려야 한다.”고 한다.²⁴⁾

둘째는 1동의 건물 또는 1필의 토지 일부가 전세권의 대상 목적물인 경우에 전세권자가 전세목적물인 건물 또는 토지 일부를 대상으로 경매를 신청할 수 있는지, 나아가 건물 또는 토지 전부를 대상으로 경매를 신청할 수 있는지 여부이다. 판례는 “건물일부를 대상으로 전세권이 설정되어 있는 경우 설정한 전세권자는 민법의 규정에 입각하여 비록 건물 일부를 설정하였더라도 건물 전부에 대하여 후순위권리자 또는 기타 채권자보다 전세금에 대해 우선변제를 받을 수 있으며, 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권의 목적물에 대해 경매를 신청할 수 있으나, 문제가 되는 것은 전세권의 목적물 외에 옆에 동일하게 존재하는 건물부분에 대하여는 우선변제권은 변론으로 하고 경매신청권은 없다. 즉, 전세권자는 전세권의 목적이 된 부분을 초과하여 건물 전부의 경매를 청구할 수 없으며, 그 전세권의 목적이 된 부분이 구조상 또는 이용상 독립성이 없어 독립한 소유권의 객체로 분할할 수 없고 따라서 그 부분만의 경매신청이 불가능하다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”라고 하였다.²⁵⁾

대상 부동산에 대하여 전세권설정자의 다른 채권자 등이 경매청구를 하여 경매절차가 진행되는 경우에는 그 매각대금으로부터 배당요구를 하여 전세금의 우선변제를 받을 수 있다(민사집행법 제88조). 이 경우 배당요구는 대상 부

24) 대법원 1977.4.13. 자 77마90 결정

25) 대법원 2001.7.2. 자 2001마212 결정

동산에 대한 경매개시결정 당시에 존속기간이 만료되었는지 여하를 묻지 아니하며, 만일 존속기간이 만료되지 아니하였음에도 배당요구를 한 때에는 당해 전세권은 매수인의 소유권취득으로 소멸하게 된다(민사집행법 제91조 제4항 단서). 전세권자의 배당요구는 법원이 정한 배당요구의 종기까지만 허용된다. 등기부등본에 경매개시결정기입등기가 되어 압류의 효력이 발생하게 되면 배당요구의 종기에 대한 결정은 집행법원에서 첫 매각기일 이전에 정하게 되어 있다(민사집행법 제84조 제1항).

전세권자는 대상 부동산으로부터 후순위권리자·기타 채권자보다 전세금에 대해 우선변제를 받을 권리가 있다. 토지와 건물이 동일인 소유에 속하는 상태에서 건물을 대상으로 전세권설정등기를 하면 건물의 매각대금으로부터만 우선변제를 받을 수 있다.

제3자에게 물권적 효력이란 당사자 사이에 체결한 전세권설정계약의 내용을 당사자 이외의 제3자에 대하여도 주장할 수 있는 효력을 말한다. 이에 대한 물권적 효력의 내용은 제3자가 어떤 원인으로 대상 부동산의 소유권을 취득하였는지 그리고 소유권취득 시에 전세권의 존속기간이 만료되어 있었는지 여부에 따라 다르다.

우선 대상 부동산의 매매·증여·상속 등 사법상 원인에 의해 제3자에게 이전된 경우는 제3자 앞 소유권이전등기 시 전세권의 존속기간이 만료되지 않은 상태이면 전세권자는 신소유자에 대하여도 남아 있는 기간 동안 대상 부동산을 사용·수익할 수 있다. 반면에 제3자 앞 소유권이전등기 시 전세권의 존속기간이 만료되어 있는 상태이면 전세권자는 대상 부동산의 계속적인 사용·수익을 주장할 수 없다.

경매에 의하여 대상 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우는 매수인에게 대항할 수 있는 전세권자가 배당요구의 종기까지 전세금의 배당요구를 한 때에는 전세권을 가지고 신소유자에게 대항할 수 없다(민사집행법 제91조 제4항 단서). 즉 경매에 있어서 전세권자가 대항력을 갖추기 위해서는 등기부등본상 1순위인 상태에서 존속기간이 남아있고, 배당요구의 종기까지 전세금의 배당요구를 하지 않은 경우에 한한다. 한 가지 문제는 신소유자가 구소유자와 전세권자 사이의 전세관계를 인수하게 되면 구소유자인 전세권설정자는 전세

권자의 동의가 없어도 전세관계에서 완전히 이탈하여 전세금반환의무를 면하게 되는가이다. 판례는 “대상 부동산의 소유권이전이 있으면 전세권설정자의 지위도 당연히 구소유자로부터 신소유자에게로 이전되고, 그에 따라 구소유자인 전세권설정자는 전세관계에서 완전히 이탈하여 전세금반환의무를 면한다고 보는 것이 타당하다.”고 판단하고 있다.²⁶⁾

한편 임차인이 아닌 채권자가 채권담보 목적으로 전세권을 설정한 경우 전세권의 효력을 살펴보면 판례는 “전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점과 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면 그 전세권의 효력을 부인할 수 없다. 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되는 것이지만 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수 있다.”고 하여 채권담보 목적의 전세권 효력을 인정하였다.²⁷⁾ 건설업자가 건축한 대금을 받기 위해 유치권을 주장하다가 전세권을 설정한 경우 유치권이 전세권화 되어 유치권이 소멸한다는 판례와 동일한 맥락이다.

(3) 근저당권과의 관계

경매 부동산에 존재하는 전세권이 근저당권보다 먼저 성립되어 1순위인 경우에는 그 전세권은 매수인의 소유권취득으로 소멸하지 아니하고 매수인이 인수하게 되는 것이 원칙이다.²⁸⁾ 다만 전세권자가 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 때에는 매수인에게 인수되지 않고 소멸한다. 반면에 전세권이 근저당권보다 후순위인 상태에서 대상 부동산이 경매가 실행되면, 그 전세권은 언

26) 대법원 2006.5.11. 선고 2006다6072 판결

27) 대법원 1995.2.10. 선고 94다18508 판결

28) 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다. 이 경우 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다. 다만, 그 중 전세권의 경우에는 전세권자가 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다(민사집행법 제91조 제3항, 제4항).

제나 매수인의 소유권취득으로 소멸하는 근저당권과 함께 소멸하게 된다.²⁹⁾
채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권을 비교하면 <표 4>와 같다.

<표 4> 채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권의 비교

구 분	채권적 전세	등기 있는 임대차	전세권
1. 성립요건	· 임대차계약	· 임대차계약 · 임대차설정등기	· 전세권설정계약 · 전세금지급 · 전세권설정등기
2. 용익권의 성질	채권		물권
3. 용익권자의 권리			
① 인도불이행시 구제수단	채권적 청구권 : 인도청구		물권적 청구권 : 반환청구, 방해제거 등
② 존속기간	최단, 최장기간 : 없음		최단 : 1년(건물) 최장 : 10년
③ 처분	양도, 전대 등 임대인 동의 필요		임대인 동의 불필요
④ 임의경매청구권	없음(집행권원에 의한 강제경매 가능)		있음
⑤ 배당요구권	없음(집행권원 또는 경매목적물 가압류 시 가능)		있음
⑥ 우선변제권	없음		있음
4. 용익권자의 의무			
① 사용료	차임지급 / 임차보증금지급으로 같음		없음
② 목적물반환	임차보증금반환과 동시이행관계		전세금반환과 동시이행관계
5. 대항력			
① 매매의 경우	없음	있음	있음
② 경매의 경우	없음	저당권比 先순위 : 有 저당권比 後순위 : 無	저당권比 先순위 : 有 (배당요구하면 : 無) 저당권比 後순위 : 無

자료 : 오시정, 근저당권의 이론과 실무 (2012), pp.392-3.

29) 경매부동산에 전세권과 근저당권 이외에 ① 경매개시결정등기(민사집행법 제144조 제3호) ② 다른 저당권(민사집행법 제91조 제2항) ③ 담보가등기(가등기담보 등에 관한 권리 제13조, 제15조) ④ 가압류등기(통설)가 있는 때에는 전세권이 근저당권보다는 먼저 성립된 것이라 하더라도 이들 ①~④ 중 어느 하나의 권리보다 후에 성립된 것이라면 전세권은 매수인의 소유권취득으로 소멸하는 ①~④의 권리와 함께 소멸하여 말소되지만 권세권이 ①~④의 권리보다 먼저 성립된 경우는 그러하지 아니한다(오시정, 전제서, pp.375-6 주석).

이와 같이 전세권자가 배당요구를 한 경우 전세권을 소멸시키고 매수인에게 승계되지 않는 이유는 전세권자가 배당요구를 한 상태에서 매수인에게 전세보증금이 승계까지 되면 매수신고가액이 낮아져 매각대금으로부터 배당을 받아야 하는 선순위의 권리자가 큰 피해를 입는 등 배당체계에 문제가 발생하기 때문이다.

4) 임차인의 보호한계

1981년 3월 5일 주택임대차보호법이 제정되기 전보다 더 과거의 우리나라 전세제도에서는 전세권설정이 가능한 전세권과 등기가능과 선순위여부에 의한 대항력 인정가부만 차이가 있는 등기 있는 임대차와 채권적 전세만이 존재하였다. 등기 있는 임대차의 임차인은 근저당권 등 물권이 존재하지 않는 상태에서 임대인에게 선순위로 임대차등기에 대해 동의를 구해야만 자신의 임차보증금을 보호받을 수 있었다. 즉 경매가 진행된 경우 임차인이 선순위의 지위를 가지고 있더라도 임대차를 등기하지 않았든지 임차인이 임대차를 등기하였더라도 근저당권 등 물권적 권리에 밀려 후순위로 등기되어 있었다든지 하면 언제든지 물권적 효력을 가진 근저당권 등의 물권에 의해 배당받을 순위에서 밀려 채권적 효력만이 존재하였다.

전세권은 임대인이 임차인에게 전세권등기에 대한 동의를 해 주어야만 부동산등기가 가능하다는 한계를 가지고 있어 실질적으로 임차인이 임차보증금을 보장받기 위한 수월한 제도라고 보기에는 어려움이 있었다.

이처럼 과거의 전세제도는 경매가 진행되는 경우를 대비하여 임차인이 임대차를 등기하거나 전세권을 설정하는데 있어 임대인의 동의를 받아야 하는 어려움이 있었다. 다시 말해 전세권 설정을 통해 임차보증금을 확보한 전세권이나 선순위로 등기 있는 임대차가 아닌 채권적 전세의 경우는 임차인이 선순위이더라도 대항력을 주장할 수 없었다. 물론 등기 있는 임대차라도 선순위가 아니면 대항력을 주장할 수 없어 임차보증금이 보호되지 않으므로 임차인의 지위는 역시 불안하였다. 이러한 배경과 이유로 주택임차인은 최우선변제권이나 우선변제권으로 자신을 보호할 수 있는 주택임대차보호법과 같은 특

별입법이 절실히 요구되는 상황이었다.

제 2 절 주택임대차보호법상 임차인 보호법리

1) 개관

가) 의의와 법적성질

(1) 의의

과거 주택임대차보호법이 제정되기 이전에는 주택수급의 불균형으로 인해 주택을 임차한 자가 전세권이나 등기 있는 임대차를 이용하는 것이 사실상 어려웠다. 대부분은 채권적 전세에 의존할 수밖에 없는 실정이었다. 이 상황에서 임차인이 거주하고 있는 부동산이 경매될 경우에 임차인은 새로운 소유자에게 대항하지 못하고 명도대상이 되고 말았다. 이러한 결과는 큰 사회문제를 초래하였다.

임차인은 임대인에게 일정기간 대항력을 주장할 수 있게 함으로써 주거의 안정을 도모해야 한다는 취지에서 주택임대차보호법이 제정되었다. 이러한 주택임대차보호법은 주거를 목적으로 하는 건물에 관하여 민법의 특례를 규정한 특별법으로 국민의 주거안정보장을 최우선으로 함을 목적으로 한다(주택임대차보호법 제1조). 그 후 최우선변제권이나 우선변제권 등 주택임대차보호법을 보완하기 위해 수차례에 걸쳐 법 개정이 이루어졌다.

주택임대차보호법에서 정의하는 주택임차인은 차임을 지급하고 그것을 조건으로 본인이 임차한 주거용 건물을 사용·수익하는 것을 영위하기 위해 임대차계약을 체결한 임차인을 의미한다. 본 법은 임대인과 계속적인 임대차계약을 체결한 임차인만을 의미하며, 일시사용을 위한 임대차임이 명백한 경우에는 이를 적용하지 않는다(주택임대차보호법 제11조). 여기에서 일시사용이란 임대기간이 단기이며 임대차의 목적이 임시적·잠정적인 것을 나타내는 것으로 결국은 임대차계약의 내용·목적 기타 제반사항을 고려하여 임차인보호를 위

하여 동법의 적용을 긍정할 것인가에 의해 합목적적으로 판단하는 수밖에 없다.³⁰⁾

사실혼 관계에 있었던 배우자가 임차인과 함께 거주하다가 임차인이 사망하였다 하더라도 해당 배우자는 임차인의 지위를 승계 받아 본 법의 보호를 받을 수 있다. 이 경우 임차인이 상속권자가 없는 상태에서 사망하게 되면 사실혼 상태의 배우자가 혼자 임차인의 권리를 승계받는다(주택임대차보호법 제9조 제1항). 임차인이 사망한 때에 사망 당시 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 아니한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다(주택임대차보호법 제9조 2항). 하지만 사실혼 관계의 배우자가 임차인이 사망하는 시점에 법적인 상속권자도 함께 거주하였다면 법적 상속인만이 임차인의 권리를 승계받는다라는 사실에 주의하여야 한다. 즉, 이 경우는 사실혼 관계인 배우자의 임차인 승계 권리를 보호하지 못한다.

한편 전차인은 임차인의 임차보증금 범위에서 본 법의 적용을 받아 우선적으로 배당을 받을 수 있다.³¹⁾ 그러나 전차인이 주택임대차보호법상의 대항력을 갖추지 못하였거나 임차인(전대인)과의 전대차계약 시에 임대인(소유자)의 동의가 없었다면 본 조의 적용을 받을 수 없다.

법인은 과거에는 주택임대차보호법 대상이 아니었다.³²⁾ 그러나 2013년 8월 13일 10차 개정 당시 제3조 3항을 신설함으로써 특별한 경우에 한하여 법인도 주택임대차보호법의 대상이 되었다.³³⁾ 또한 2015년 1월 6일 11차 개정

30) 오시정, 전게서, p.444.

31) 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 간접 점유하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도, 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다(서울지방법원 2001.2.2 선고 99나98485 판결).

32) 주택임대차보호법은 임차인인 서민들의 주거안정을 보호하려는 취지에서 제정된 법이므로 법인을 그 보호 대상으로 삼고 있다고 할 수 없으며, 또 법인은 애당초 같은 법 제3조 제1항 소정의 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없는 점 등에 비추어서 법인의 직원이 주민등록을 마쳤다고 하여도 이를 법인의 주민등록으로 볼 수 없으므로 법인이 아파트를 인도받고 임대차계약서상의 확정일자를 구비하여도 이 법에 의한 우선변제권을 주장할 수 없다(대법원 1997.7.11. 선고 96다7236 판결).

33) 주택임대차보호법 제3조 제3항은 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업에 해당하는 법인이 소속 직원의 주거용으로 주택을 임차한 후 그 법인이 선정한 직원이 해당 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에는 제1항을 준용한다. 임대차가 끝나기 전에 그 직원이 변경된 경우에는 그 법인이 선정한 새로운 직원이 주택을 인도받고 주민등록을 마친 다음 날 오

서는 제3조 2항을 개정하여 대통령령이 정하거나 중소기업기본법 제2조에 해당하는 법인도 예외적으로 주택임대차보호법의 대상이 되었다.³⁴⁾³⁵⁾ 외국인도

전 0시부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

34) 주택임대차보호법 시행령 2조에 '대항력이 인정되는 법인'이란 다음 각 호의 법인을 말한다.

1. 「한국토지주택공사법」에 따른 한국토지주택공사
2. 「지방공기업법」 제49조에 따라 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사

35) 중소기업기본법 제2조(중소기업자의 범위)

① 중소기업을 육성하기 위한 시책(이하 '중소기업시책'이라 한다)의 대상이 되는 중소기업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기업(이하 '중소기업'이라 한다)을 영위하는 자로 한다. <개정 2011.7.25., 2014.1.14., 2015.2.3., 2016.1.27.>

1. 다음 각 목의 요건을 모두 갖추고 영리를 목적으로 사업을 하는 기업
가. 업종별로 매출액 또는 자산총액 등이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것
나. 지분 소유나 출자 관계 등 소유와 경영의 실질적인 독립성이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것
2. 「사회적 기업 육성법」 제2조 제1호에 따른 사회적 기업 중에서 대통령령으로 정하는 사회적 기업
3. 「협동조합 기본법」 제2조에 따른 협동조합, 협동조합연합회, 사회적 협동조합, 사회적 협동조합연합회 중 대통령령으로 정하는 자

② 중소기업은 대통령령으로 정하는 구분기준에 따라 소기업(小企業)과 중기업(中企業)으로 구분한다.

③ 제1항을 적용할 때 중소기업이 그 규모의 확대 등으로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우 그 사유가 발생한 연도의 다음 연도부터 3년간은 중소기업으로 본다. 다만, 중소기업 외의 기업과 합병하거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 중소기업시책별 특성에 따라 특히 필요하다고 인정하면 「중소기업협동조합법」이나 그 밖의 법률에서 정하는 바에 따라 중소기업협동조합이나 그 밖의 법인·단체 등을 중소기업자로 할 수 있다.

- 중소기업기본법 시행령 제3조(중소기업의 범위)

① 「중소기업기본법」(이하 '법'이라 한다) 제2조 제1항 제1호에 따른 중소기업은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 기업으로 한다. <개정 2014.4.14, 2015.6.30, 2016.4.5, 2016.4.26>1. 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 기업이어야 한다. 가. 해당 기업이 영위하는 주된 업종과 해당 기업의 평균매출액 또는 연간매출액(이하 "평균매출액등"이라 한다)이 별표 1의 기준에 맞을 것. 나. 자산총액이 5천억원 미만일 것 2. 소유와 경영의 실질적인 독립성이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하지 아니하는 기업일 것. 가. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제14조제1항에 따른 상호출자제한 기업집단 등(이하 이 호에서 '상호출자제한 기업집단 등'이라 한다)에 속하는 회사 또는 같은 법 제14조의3에 따라 상호출자제한 기업집단 등의 소속회사로 편입·통지된 것으로 보는 회사. 나. 자산총액이 5천억원 이상인 법인(외국법인을 포함하되, 비영리법인 및 제3조의2제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제외한다)이 주식 등의 100분의 30 이상을 직접적 또는 간접적으로 소유한 경우로서 최다출자자인 기업. 이 경우 최다출자자는 해당 기업의 주식 등을 소유한 법인 또는 개인으로서 단독으로 또는 다음의 어느 하나에 해당하는 자와 합산하여 해당 기업의 주식 등을 가장 많이 소유한 자를 말하며, 주식 등의 간접소유 비율에 관하여는 「국제조세조정에 관한 법률 시행령」 제2조 제2항을 준용한다. 1) 주식 등을 소유한 자가 법인인 경우: 그 법인의 임원 2) 주식 등을 소유한 자가 1)에 해당하지 아니하는 개인인 경우: 그 개인의 친족이다. 관계기업에 속하는 기업의 경우에는 제7조의4에 따라 산정한 평균매출액등이 별표 1의 기준에 맞지 아니하는 기업이다. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」 제3조의2 제2항 제4호에 따라 동

주택임대차보호법 대상이 될 수 있다.³⁶⁾

(2) 법적성질

(가) 민법에 대한 특별법

민법은 전세권이나 임대차에 관해 당사자의 자유의사에 의한 계약을 중시하고 당사자 사이의 법률관계가 평등하다고 한다. 이러한 취지에서 출발한 임대차계약에서 임대인의 재정상태 등에 의해 임차인이 피해를 보는 경우가 발생된다. 이러한 임차인을 보호하기 위해 민법의 특별규정으로서 주택임대차보호법이 제정되었다. 특별법 우선의 원칙에 의해 주택임대차보호법이 민법에 우선하여 적용되며 이에 반하는 내용은 무효이므로 그 효력은 강력하다고 하겠다.

일인이 지배하는 기업집단의 범위에서 제외되어 상호출자제한 기업집단 등에 속하지 아니하게 된 회사로서 같은 영 제3조의 요건에 해당하게 된 날부터 3년이 경과한 회사

② 법 제2조 제1항 제2호에서 ‘대통령령으로 정하는 사회적 기업’이란 영리를 주된 목적으로 하지 아니하는 사회적 기업으로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 기업으로 한다. <개정 2014.4.14, 2016.4.26.> 1. 제1항 제1호 각 목의 요건을 모두 갖추는 것 2. 삭제 <2014.4. 14. > 3. 제1항 제2호 가목 또는 나목에 해당하지 아니할 것

③ 법 제2조 제1항 제3호에서 ‘대통령령으로 정하는 자’란 제2항 각 호의 요건을 모두 갖춘 협동조합, 협동조합연합회, 사회적 협동조합 및 사회적 협동조합연합회를 말한다.

36) 외국인이라 하더라도 주택임대차보호법의 적용을 받아 보호받을 수 있다. 출입국관리법 제31조 1항은 “외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 대한민국에 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 지방출입국 외국인관서의 장에게 외국인등록을 하여야 한다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인의 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2014.3.18.> 1. 주한외국공관(대사관과 영사관을 포함한다)과 국제기구의 직원 및 그의 가족 2. 대한민국정부와의 협정에 따라 외교관 또는 영사와 유사한 특권 및 면제를 누리는 사람과 그의 가족 3. 대한민국정부가 초청한 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람”으로 되어 있다. 2항은 “체류자격을 받은 사람으로서 그 날부터 90일을 초과하여 체류하게 되는 사람은 제1항에도 불구하고 체류자격을 받은 때에 외국인등록을 하여야 한다.” 3항은 “체류자격 변경허가를 받는 사람으로서 입국한 날부터 90일을 초과하여 체류하게 되는 사람은 제1항에도 불구하고 체류자격 변경허가를 받는 때에 외국인등록을 하여야 한다.” 제4항은 “지방출입국 외국인관서의 장은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 외국인등록을 한 사람에게는 개인별로 고유한 등록번호를 부여하여야 한다.” 출입국관리법 제36조 1항은 “제31조에 따라 등록을 한 외국인이 체류지를 변경하였을 때에는 전입한 날부터 14일 이내에 새로운 체류지의 시, 군, 구의 장이나 그 체류지를 관할하는 지방출입국, 외국인관서의 장에게 전입신고를 하여야 한다.” <개정 2014.3.18.> 이와 같이 출입국관리법 제31조 및 제36조의 규정에 의하여 외국인 등록을 한 외국인은 본법의 보호를 받을 수 있다.

주택임대차보호법은 모든 사람에게 적용되는 일반법과는 달리 주택임차인에게 한정하여 적용되기 때문에 임차인의 주거생활과 경제적 지위를 보장한다는 사회법적인 차원의 취지에서 제정된 것이다. 소액임차인의 최우선변제청구권(주택임대차보호법 제8조), 우선변제청구권(주택임대차보호법 제3조의 2), 임차권등기명령제도(주택임대차보호법 제3조의 3), 차임증감청구권(주택임대차보호법 제7조) 등에서 규정한 임차인의 권리행사는 민법뿐만 아니라 민사소송법, 부동산등기법에 대한 특별법으로도 볼 수 있다.³⁷⁾

(나) 편면적 강행규정

주택임대차보호법 제10조는 사회적 약자인 주택임차인을 보호하기 위한 취지를 살리기 위해 이 법의 규정에 위반한 약정은 임차인에게 불리한 경우에만 한해서는 그 효력이 없다고 하여 이 법이 강행규정임을 명백히 하고 있다. 이와 같이 임차인에게 불리한 경우에만 무효로 되고, 오히려 임차인에게 유리한 경우는 효력이 인정되는 이른바 편면적 강행규정이다.³⁸⁾³⁹⁾

나) 연혁

(1) 제1차 개정 (법률 제3682호)

1983년 12월 30일 1차 개정법은 인구의 도시집중과 주거용 건물의 부족으로 인한 주택문제를 규율하는 이 법을 사회법적 차원에서 수정·보완하여 무주택자를 적극 보호하려는 취지였다.⁴⁰⁾

주요내용을 살펴보면 주택의 적용 범위에 대해 크게 확대·해석하여 주택의 일부가 비록 주거 외로 사용되는 경우도 겸용주택 임차인의 주거권을 보호하고 있다(주택임대차보호법 제2조 후단). 임차주택의 양수인에게 임대인의 지

37) 정승열. (2007). 『상가·주택임대차보호법 실무』. 서울: 서울정보센터 출판부. p.7.

38) 김효식. (2006). 『주택임대차보호법 해설』. 서울: 법률서원 출판부. p.11.

39) 대법원 1996.4.26. 선고 96다5551,5568 판결, 대법원 2001.9.25. 선고 2000다24078 판결

40) 박해식·박정삼. (2006). 『주택임대차 분쟁소송』. 서울: 서울정보센터 출판부. p.4.

위를 승계하도록 하여 임차권의 대항력을 강화하였다(주택임대차보호법 제3조 제2항). 임대차기간이 만료하였음에도 불구하고 임대인이 보증금을 반환하지 않을 경우에는 보증금반환시까지 임대차가 존속하는 것으로 간주하여 보증금 회수를 보장하였다(주택임대차보호법 제4조 제2항). 임대인과 임차인이 상호 약정한 차임 또는 보증금이 여러 가지 사정에 의해 합리적이지 않다고 인정되는 경우는 장래를 향해 임차보증금의 증감청구권은 인정하고, 증액되는 비율은 대통령령으로 정하였다(주택임대차보호법 제7조). 임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다(주택임대차보호법 제8조 제1항). 상속에 관한 특례로 임차인과 사실상의 혼인관계에 있는 자의 임차권승계를 인정하여 사실혼 관계에 있는 배우자의 주거권을 보장하였다(주택임대차보호법 제9조). 주택의 미등기전세에 대하여도 이 법을 준용하도록 하였다(주택임대차보호법 제12조).

(2) 2차 개정 (법률 제4188호)

소액의 임차보증금 범위를 초과하여 최우선변제권의 대상이 되지 못하는 임대차계약인 경우에도 '임대차계약서에 확정일자를 받은 경우'에는 그 일자 이후의 다른 담보권자에게 대항할 수 있는 우선변제권을 인정하였다(주택임대차보호법 제3조의 2). 이에 대해 임차인의 임차보증금 회수에 관한 구제의 폭을 넓혀주었다는 평가이다.⁴¹⁾

그로 인해 주택임차인의 보증금채권을 보호하기 위하여 주택의 인도와 주민등록 전입신고를 마치고 임대차계약서에 임차인이 확정일자를 받은 경우는 경매가 진행되어 배당이 될 때 후순위권리자나 기타 채권자보다 우선하여 임차보증금을 반환받을 수 있도록 하였다(주택임대차보호법 제3조의 2 제1항). 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있으며 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추어야 한다(주택임대차보호법 제8조 제1항). 또한 임차인이 안정적인 주거생활을 영위하도록 임대차기간을 정하지 않았거나 2년 미만으로 정한 경우에도 임대

41) 정승열, 전게서, p.19.

차기간을 2년으로 간주하였다(주택임대차보호법 제4조 제1항).

(3) 3차 개정 (법률 제5454호)

확정일자있는 임차인이 경매나 공매가 진행된 경우 낙찰대금에서 다른 채권자보다 채권을 우선적으로 배당받을 수 있도록 조항을 개정하였다. 이러한 의도는 임차인이 원활하게 보증금을 회수할 수 있도록 일정부분에 대해 보장하여 임차한 가구가 경매 또는 공매 처분을 당해도 우선적으로 임차보증금을 보호해 주는 장치를 마련하기 위함이다(주택임대차보호법 제3조의 2 제1항).

(4) 4차 개정 (법률 제5641호)

임차인이 임차보증금에 대해 이행판결에 의한 소송을 통해 확정판결을 얻고 이런 집행권원을 가지고 경매신청을 하는 경우에는 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 보지 아니함으로써 임차인이 주택을 비우지 않고도 경매를 신청할 수 있도록 하였다(주택임대차보호법 제3조의 2 제1항).

종래 임차인이 확정판결이나 집행권원을 얻었더라도 경매신청을 하기 위해서는 ‘반대의무의 이행 또는 이행의 제공’이 집행개시의 요건이어서 임차주택을 인도한 뒤 경매신청을 할 경우에는 대항력과 우선변제권을 잃게 되는 문제를 해결해 주었다.⁴²⁾

임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 대항요건을 그대로 유지한 상태에서 법원에 임차권등기명령을 신청하고 임차권등기가 경료되면 등기 전에 갖춘 대항요건에 의한 대항력과 우선변제권을 그대로 주장할 수 있도록 권한을 부여함으로써 임차권등기효력을 한층 강화시켜 임차인의 주거 이전의 자유를 보장하였다(주택임대차보호법 제3조의 3). 민법 제621조에 따른 주택임대차등기의 효력에 관하여는 임차인이 임차권등기명령의 집행에 따른 임차권등기를 마치면 대항력과 우선변제권을 취득한다. 다만 임차인이 임차권

42) 정승열, 전게서, p.22.

등기 이전에 이미 대항력이나 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력이나 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기 이후에는 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력이나 우선변제권은 상실하지 아니한다(주택임대차보호법 제3조의 4 제1항).

임대차기간을 2년 이하로 약정한 임대인은 임차인에게 2년 이하로 약정기간을 변경하지 못하나 임차인은 변경 및 주장이 가능하도록 하여 임차인으로 하여금 안정적인 주거환경과 임대차기간에 대한 보호 장치를 마련하였다(주택임대차보호법 제4조 제1항 단서). 또한 임차인이 보증금반환청구소송을 제기할 경우 소장송달과 기일지정 등에 대해 소액사건심판법의 일부 조항을 준용하여 신속한 소송절차가 되도록 하였다(주택임대차보호법 제13조).

(5) 5차 개정 (법률 제6541호)

임대인이 과다한 월세로 인하여 임차인의 피해를 방지하기 위하여 보증금의 전부나 일부를 월차임으로 전환하고자 할 때에는 대통령령에 의해 월차임의 연 1할4푼을 초과할 수 없도록 하였다(주택임대차보호법 제7조의 2).

(6) 6차 개정 (법률 제6627호)

2002년 1월 26일 민사집행법이 제정됨에 따라 ‘채무명의’를 ‘집행권원’으로, 집행에 관한 민사소송법 조항을 민사집행법 조항으로 변경하였다. 임차권등기 명령절차는 1999년 3월 제정당시 주택임대차보호법에만 명시되어 있었으나, 2002년 11월 1일 상가건물임대차보호법이 제정·시행됨에 따라 상가임대차보호법에도 임차권등기명령절차를 규정하였다.

(7) 7차 개정 (법률 제7358호)

종래 임차인이 가압류나 가처분 등에 대해 부당한 보전처분조치를 당한 후 이를 취소하는데 시간적으로나 경제적으로 많은 부담이 발생한 점을 개선하

기 위하여 보전처분에 대한 취소재판을 ‘판결절차’에서 ‘결정절차’로 변경하여 간이화하였다. 이 법은 임차권등기명령의 신청, 이의신청, 취소신청에 관하여 민사집행법상의 보전처분에 관한 규정을 준용하고 있으므로 민사집행법의 개정에 따라 준용규정을 변경하게 되었다.⁴³⁾

(8) 8차 개정 (법률 제8583호)

국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층이 무주택자에게 주거생활안정을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인이 주택을 임차한 후 지방자치단체의 장 또는 해당 법인이 선정한 입주자가 그 주택에 관하여 인도와 주민등록을 마친 때에는 제1항을 준용하여 대통령령으로 인정되는 법인은 대항력을 갖게 되었다(주택임대차보호법 제3조 제2항).

(9) 9차 개정 (법률 제9653호)

우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준이 대통령령으로 명시하여 임대차계약이 정함이 없이 갱신된 경우라도 임대차의 존속기간은 2년을 보장하였다(주택임대차보호법 제6조 제2항).

(10) 10차 개정 (법률 제12043호)

법인에 대한 범위를 넓혀 중소기업기본법에서 규정하고 있는 중소기업까지 주택임대차보호법에서 적용하는 대항력과 우선변제권을 부여하였다(주택임대차보호법 제3조의 2 제7항). 또한 2001년 12월 29일 보증금에 대해 전부나 일부를 월세로 전환하는 경우 연 1할4푼에서 연 1할로 조정하였다(주택임대차보호법 제7조의 2). 보증금반환채권을 양수한 금융기관은 임차인을 대신하여 우선변제권을 행사할 수 있도록 하였다(주택임대차보호법 제3조의 2 제8항).

43) 박해식·박정삼, 전게서, p.11.

(11) 11차 개정 (법률 제14175호)

주택임대차분쟁조정위원회를 두어 ①항은 월세나 보증금의 증감에 관한 분쟁, ②항은 임대차 기간에 관한 분쟁, ③항은 보증금이나 임차주택의 반환에 대한 분쟁, ④항은 임차주택의 유지·수선의무에 관한 분쟁, ⑤항은 그 외 대통령령에서 정한 주택임대차에 대한 분쟁을 다루도록 하였다(주택임대차보호법 제14조).

다) 주거용과 비주거용 건물에 대한 판단

주택임대차보호법은 원칙적으로 주요 적용이 가능한 주거용 건물을 대상으로 한다. 또한 주거용이나 비주거용이나에 대한 판단은 임차인이 임차건물에 대해 일상적으로 생활하는데 사용하느냐 하지 않느냐 하는 실질적인 용도를 기준으로 하며, 공부(등기부등본, 건축물 관리대장)상 용도는 기준으로 삼지 않는다.⁴⁴⁾ 즉 어떤 건물이 주거용인지의 여부는 건축물 관리대장이나 등기부등본 등 공부의 기재 만에 의한 것이 아니라 임차의 목적·건물의 위치와 구조 등에 관한 실제 용도에 의한 실질을 기준으로 판단해야 한다. 이 경우 주거용건물인가의 판단시점은 임대차계약의 체결 시를 기준으로 하여야 한다.

그러므로 임대차계약 체결 시 주거용건물이 아니었는데 후에 임차인이 임의로 주거용으로 개조하였다 하더라도 주택임대차보호법은 적용되지 않는다.⁴⁵⁾ 또한 주거용 건물은 건물의 등기, 건축허가 여부와는 무관하며, 주거용 건물인지 여부의 판단시점은 계약을 체결한 때이다. 주거용과 비주거용으로 함께 사용되는 건물(겸용주택)의 경우 주된 목적에 따라 판단한다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

44) 주택임대차보호법은 주택의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하고 있고, 주택의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용된다고 규정하고 있으므로 어느 건물이 국민의 주거생활의 용도로 사용되는 주택에 해당하는 이상 비록 그 건물에 관하여 아직 등기를 마치지 아니하였거나 등기가 이루어질 수 없는 사정이 있다고 하더라도 다른 특별한 규정이 없는 한 같은 법의 적용대상이 된다(대전 합판 2007.6.21. 선고 2004다26133 판결).

45) 오시정, 전게서, p.440.

46) 주거용 건물에 해당하는지 여부는 임대차 목적물의 공부상의 표시만을 기준으로 할 것이 아니라 그 실제 용도에 따라서 정하여야 하고 건물의 일부가 임대차의 목적이 되어 주거용과 비주거용으로 겸용되는 경우에는 구체적인 경우에 따라 그 임대차의 목적, 전체 건물과

주택임대차보호법의 적용을 공정한 사례로는 공부상 용도는 공장이나 현재 주거로 사용하는 경우⁴⁸⁾이거나, 주택을 일부 점포로 개조하여 사용하는 경우⁴⁹⁾, 임차목적물의 절반가량이 영업용으로 사용되는 경우⁵⁰⁾에는 판례에서는 적법하다고 보고 있다. 또한 미등기건물⁵¹⁾이라도 주택인 이상 주택임대차보호법이 적용되어 보호받을 수 있다.

따라서 점유와 전입신고를 하여 대항요건을 갖추고 확정일자를 받아 두면 추후 임차주택이 경매가 되더라도 우선변제권을 행사하거나 대항력이 있을 경우에는 매수인에게 인수를 주장할 수도 있다. 판례는 불법으로 개조한 경우⁵²⁾나 오피스텔의 경우도 주택임대차보호법을 폭 넓게 인정하고 있는 실정이다. 특히 오피스텔의 경우 주의할 점은 건축물관리대장이나 부동산 등기부상의 업무시설로 되어 있더라도 주거용으로 임차하여 사실상 주거용으로 사용되고 있고 대항요건을 갖추었으면 주택임대차보호법의 적용대상이 된다는

임대차 목적물의 구조와 형태 및 임차인의 임대차 목적물의 이용관계 그리고 임차인이 그 곳에서 일상생활을 영위하는지 여부 등을 아울러 고려하여 합목적적으로 결정하여야 한다(대법원 1996.3.12. 선고 95다51953 판결).

- 47) 임차주택의 일부가 주거 외의 목적으로 사용되는 경우에도 주택임대차보호법 제2조의 규정에 의하여 그 법률의 적용을 받는 주거용 건물에 포함되나 주거생활의 안정을 보장하기 위한 입법의 목적에 비추어 거꾸로 비주거용 건물에 주거의 목적으로 일부를 사용하는 경우에는 주택임대차보호법 제2조가 말하고 있는 일부라는 범위를 벗어나 이를 주거용 건물이라고 할 수 없고 이러한 건물은 위 법률의 보호 대상에서 제외된다(대법원 1987.4.28. 선고 86다카2407 판결).
- 48) 공부상 용도가 상가 등으로 되어 있어도 이미 주거용으로 용도 변경된 건물을 임차하여 이곳에서 일상생활을 하면서 사용하고 있다면 주택임대차보호법이 적용된다(대법원 1988.12.27. 선고 87다카2024 판결).
- 49) 본래는 주택이었으나 일부를 구멍가게로 개조한 건물을 임차하여 입주와 전입신고를 마치고 그 곳에서 거주하면서 구멍가게를 경영하고 있다면 판례는 주택의 적용을 받아 보호받을 수 있다고 하였다(대법원 1995.3.10. 선고 94다52522 판결). 그러나 건물 중 주택과 점포의 구조와 점유면적, 건물의 주된 용도 등을 참작하여 오히려 비주거용 건물의 일부를 주거로 사용하고 있는 경우라고 판단된다면 주택임대차보호법이 적용되지 않을 수도 있을 것이다.
- 50) 임차목적물 중 절반가량은 영업용 휴게실 설비로 예정된 홀 1칸이고, 나머지 절반가량이 주거용으로 쓰이는 방 2칸, 부엌 1칸, 화장실 1칸, 살림용 창고 1칸, 복도로 되어 있으며 그 홀마저 각 방의 생활공간으로 사용되고 있는 사안에 대하여 주거용 건물인지의 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적으로 결정하여야 한다는 전제 하에 임차목적물 전부가 주거용 건물에 해당한다(대법원 1987.8.25. 선고 87다카793 판결).
- 51) 다만, 미등기 주택을 임대차한 임차인이 주택임대차보호법 제8조의 규정에 의하여 건물이나 토지의 매각대금에서 우선변제를 받기 위해서는 그 임대차의 목적물인 주택에 관하여 그 임대차 후에라도 소유권이전등기를 거쳐 경매신청의 등기가 되어야 한다(대법원 2001.10.30. 선고 2001다39657 판결).
- 52) 공동주택의 전유부분인 주차장이나 지하실 또는 옥탑 등을 불법으로 무단 개조하여 주거용으로 임대한 경우에도 불법건축물로서 철거대상이 되는 건축물인지의 여부는 별론으로 하고 임대차보호법의 적용대상이 된다(대법원 1998.9.9. 선고 98다3447 판결).

점이다.⁵³⁾

주택임대차보호법의 적용을 부정한 사례로는 비주거용의 일부를 주거로 사용하는 경우, 임차건물의 주된 목적이 영업용건물인 경우, 비주거용 건물의 일부가 주거의 목적으로 사용되고 있는 건물에 대해서는 부정하고 있는 것이 판례의 입장이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾⁵⁶⁾ 특히 주택임대차보호법 제2조에서 규정하는 주거용 건물의 일부에 대한 임대차에 관하여 그 대상 부분이 구분건물이거나 또는 그에 준할 정도의 독립성을 갖출 것을 요하지 아니한다고 보아 화장실과 마루를 공동으로 사용하는 소위 보증부 월세나 사글세의 경우도 동법의 적용대상이 된다고 한다.⁵⁷⁾ 사건으로는 이와 같은 폭 넓은 주거용에 대해 인정한 주택임대차보호법이 오히려 현실에서는 일부 가장임차인을 양산하는 빌미를 제공한 것으로 보인다.

2) 존속기간과 차임·보증금

가) 최단존속기간

일반임대차에 있어서는 최단존속기간의 제한은 없다. 하지만 주택임대차보호법에서는 기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 경우에는 그 기

53) 주거용 건물의 임대차라 함은 임차목적물 중 건물의 용도가 점포나 사무실 등이 아닌 주거용인 경우의 임대차를 뜻하는 것일 뿐이지, 같은 법의 적용 대상을 대지를 제외한 건물에만 한정된 취지는 아니다(대법원 1996.6.14. 선고 96다7595 판결).

54) 방2개와 주방이 있는 다방 40평을 임차하여 그 곳에서 살면서 다방을 경영하고 있는데 전체 면적 중 다방영업을 위한 부분이 27평 정도이고, 방과 부엌을 합한 주거 면적이 13평 정도라면 비주거용건물 중 일부인 방과 주방을 어디까지나 다방영업에 부수하여 주거목적으로 사용하는 것에 불과하기 때문에 본법의 적용을 받을 수 없다(대법원 1996.3.12. 선고 95다51953 판결).

55) 등기부상 점포로 되어 있는 건물의 일부(13평)를 임차하여 그 중 전기용품 제 작업을 영위하기 위한 부분이 8평이고, 주거용 부분이 5평인 사안에서 위 임차목적물은 그 주된 목적이 영업용 건물이고 주거용 건물이라고 볼 수 없다(대법원 1987.3.24. 선고 86다카 823 판결).

56) 임차인이 여인숙을 경영할 목적으로 당초 여관 또는 여인숙의 형태로 되어 있는 건물을 임차하여 방 10개 중 현관 앞의 방을 내실로 사용하면서 여관 또는 여인숙이라는 간판을 걸고 여관업을 경영하여 왔던 사안에서 임차주택의 일부가 비주거용이 아니고 거꾸로 비주거용 건물에 주택의 목적으로 일부를 사용하는 경우에 해당하므로 주거용건물이라고 볼 수 없다(대법원 1987.4.28. 선고 86다카2407 판결).

57) 오시정, 전게서, p.443.

간을 2년으로 본다. 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있는 이른바 편면적 강행규정의 성격을 가지고 있다(주택임대차보호법 제4조 제1항).

나) 임대차계약기간의 갱신

임대인은 임대차기간이 종료되기 전 6월부터 1월까지에 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 임차인이 임대차기간이 만료 전 1월까지 통지하지 아니한 때에도 또한 같다(주택임대차보호법 제6조 제1항). 하지만 이와 같은 임대차계약의 자동 갱신은 2기의 차임액을 연체하거나 기타 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 경우에는 적용되지 않는다(주택임대차보호법 제6조 제3항).

임대차계약이 자동으로 갱신되는 경우에는 그 임대차의 존속기간은 정함이 없는 것으로 간주한다(주택임대차보호법 제6조 제2항). 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 임대차계약 해지를 통고할 수 있고 이러한 임차인의 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날로부터 3월이 경과하면 그 효력이 발생한다(주택임대차보호법 제6조의 2). 이 때 임대인도 임대차계약을 해지할 수 있는지가 문제가 되는데 임대인에게는 임차인의 차임연체 등 귀책사유가 없는 한 해지통고를 할 수 없도록 한 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 자동으로 갱신된 존속기간은 임대인에 대한 관계에 있어서 2년으로 보아야 한다.⁵⁸⁾

임대차기간을 2년이 아닌 1년으로 약정한 경우에도 임차인이 임대차기간을 2년으로 주장하지 않고 1년으로 주장하는 한 자동갱신에 관한 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다. 그러나 임대차기간을 1년으로 약정하고서도 그 1년의 기간이 만료하기 전 1월까지 임대인이나 임차인 모두 아무런 의사표시가

58) 임대차기간 만료일이 1989.12.30.인 주택임대차계약이 묵시적으로 갱신된 경우에 있어 전의 임대차와 동일한 조건(존속기간은 제외)으로 다시 임대차를 한 것으로 보아야 하므로 개정된 주택임대차보호법 제4조의 규정이 적용되어 위 계약은 기간의 정함이 없는 임대차계약으로서 그 임대차기간은 2년으로 의제된다(대법원 1992.1.17. 선고 91다25017 판결).

없으면 그 임대차계약은 자동 갱신된 것으로 보아야 한다. 이 경우 임대차의 존속기간을 1년으로 볼 것이냐 2년으로 볼 것이냐에 대해 견해가 나뉠 수 있는데 2년으로 보는 것이 타당하다.⁵⁹⁾

다) 임대차관계의 존속의제

주택임대차보호법은 임대차가 기간만료, 해지통고 등으로 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속하는 것으로 의제하고 있다(주택임대차보호법 제4조 제2항). 보증금의 반환과 주택의 인도가 동시이행의 관계에 있음에도 불구하고 위와 같은 임대차관계의 존속 의제조항을 별도로 둔 취지는 임대차종료 후 보증금의 반환 전에 임대인이 주택의 소유권을 이전한 경우 대항력을 구비한 임차인이 전소유자와의 임대차관계를 전소유자에 대하여 대항할 수 있는지 여부에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있으므로 대항할 수 있음을 명백히 함으로써 임차인을 두텁게 보호하려는 것이다.⁶⁰⁾

임대차가 존속하는 것으로 인정되는 결과 다음과 같은 효과가 생긴다. 임대차관계가 종료한 후에도 임차인은 임대인 또는 양수인이 보증금을 반환하면서 주택의 인도를 청구할 때까지 당해 주택을 계속 사용할 수 있다. 다만 이 경우 만료된 임대차관계가 차임을 지급하는 것이라면 그에 해당되는 차임은 임대인 또는 양수인에게 지급하여야 한다.⁶¹⁾

라) 차임 등의 증액청구 제한

임대차의 존속기간 중이라도 약정한 차임 또는 보증금이 임차주택에 관한

59) 임차인이 주택임대차보호법 제4조 제1항의 적용을 배제하고 2년 미만으로 정한 임대차기간의 만료를 주장할 수 있는 것은 임차인 스스로 그 약정 임대차 기간이 만료되어 임대차가 종료되었음을 이유로 그 종료에 터 잡은 임차보증금 반환채권 등의 권리를 행사하는 경우에 한정되고, 임차인이 2년 미만의 약정 임대차기간이 만료되고 다시 임대차가 묵시적으로 갱신되었다는 이유로 같은 법이 보장하는 기간보다 짧은 약정 임대차기간을 주장할 수는 없다(대법원 1996.4.26. 선고 96다5551 판결).

60) 오시정, 전게서, p.396.

61) 오시정, 전게서, p.397.

조세·공과금 기타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있는 점에
서 일반임대차나 주택임대차에 있어서 차이가 없다(민법 제628조, 주택임대차보
호법 제7조 본문).

주택임대차보호법상 임대인은 임차인에게 차임 또는 보증금의 20분의 1을
초과하는 증액청구를 할 수 없다(주택임대차보호법 제7조 단서, 주택임대차보호법
시행령 제8조 제1항). 또한 임대인은 임차인에 대한 차임 또는 보증금의 증액
청구는 임대차계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하
지 못한다(주택임대차보호법 제7조 단서, 주택임대차보호법시행령 제8조 제2항). 이
때 보증금의 전부 또는 일부를 월 단위의 차임으로 전환하는 비율은 연 1할
을 곱한 월차임의 범위를 초과하지 못한다(주택임대차보호법 제7조의 2, 주택임
대차보호법시행령 제9조 제1항).

3) 임차권등기명령제도

가) 제도의 취지

임차권등기명령제도는 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인
에게 단독으로 임차권등기를 경료할 수 있게 하고서 이 임차권등기를 한 임
차인에게 주택의 점유나 주민등록과는 관계없이 종전에 취득했던 대항력과
우선변제권을 동일하게 과거와 같이 보유하게 한 제도를 말한다.⁶²⁾

임차권등기명령신청을 하여 임차주택에 임차권등기가 경료되지만 하면 임차
인이 임차권등기 이후에 주택의 인도와 전입신고의 요건을 갖추지 아니하더
라도 대항력과 우선변제권은 그대로 유지되며 상실하지 않는다. 이 임차권등
기명령제도는 이 개정규정 시행 당시 존속 중인 임대차에 대하여도 적용된다
(주택임대차보호법 부칙 제2항).

나) 임차권등기의 절차

62) 오시정, 전게서, p.435.

임차권등기명령신청은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군법원에 할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의 3 제1항). 임대차계약 종료 전 1월까지 임대인이나 임차인의 아무런 의사표시가 없어 묵시적인 갱신이 이루어진 경우에는 임차인이 계약해지의 통고를 하여 임대인이 이를 받은 날로부터 3개월이 경과하여야 임차권등기명령을 신청할 수 있다.

임차권등기명령을 신청할 때 신청서에는 ① 신청하고자 하는 취지와 이유 ② 임대차의 목적이 된 주택 ③ 임차권등기를 할 수밖에 없는 사실관계 ④ 기타 대법원규칙이 정하는 사항을 기재하여야 하며 신청의 이유 및 임차권등기의 원인이 된 사실을 소명하여야 한다(주택임대차보호법 제3조의 3 제2항).

임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인은 임차권등기명령의 신청 및 그에 따른 임차권등기와 관련하여 소요된 비용을 임대인에게 청구할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의 3 제8항).

다) 임차권등기의 효력

임차인이 임차권등기 이전에 임차주택의 점유와 주민등록을 하여 대항요건을 구비하고 임대차계약서에는 동사무소나 등기소에서 확정일자를 받아 우선변제권을 갖추면 다른 곳으로 이사하거나 주민등록을 전출하더라도 원래 갖추어진 대항력과 우선변제권은 그대로 유지된다(주택임대차보호법 제3조의 3 제5항 단서).

임차인이 임차권등기 이전에 임차주택의 점유와 주민등록을 하고 있지 않아 대항력과 우선변제권을 취득하지 못한 경우는 임차주택의 점유와 주민등록여부와는 관계없이 임차권등기가 된 때로부터 대항력과 우선변제권을 가지게 된다(주택임대차보호법 제3조의 3 제5항 본문).

임차인 중에 다른 임차인이 임차권등기명령집행으로 임차권등기가 끝난 주택을 다시 임차하였다면 그 임차인은 주택임대차보호법 제8조에 의한 소액임차보증금을 받을 최우선변제권에 관한 권리를 가지지 못한다(주택임대차보호법 제3조의 3 제6항). 이유는 만약 소액임차인에게 최우선변제권을 부여하게 되면

동일한 임차주택에 이중의 최우선변제권을 행사하게 되어 근저당권자 등 다른 채권자들의 이익을 크게 해치는 결과를 초래하게 될 것이기 때문이다.

한편 임대인이 임차인으로 하여금 임차권등기를 말소해야만 임차보증금을 반환할 수 있다고 하면서 동시이행항변권을 주장하는 경우에 판례는 이를 인정하지 않고 있다. 이유는 판례가 임대인의 임차보증금반환의무가 임차인의 임차권등기말소의무보다 선행되어야 한다고 보고 있기 때문이다.⁶³⁾

4) 대항력

가) 의 의

대항력이란 임차인이 임대인과 임차주택을 대상으로 체결한 임대차계약의 내용을 임대인 이외의 제3자에게 주장할 수 있는 효력을 말한다. 따라서 대항력을 구비한 주택임차인은 임대인이 임대주택의 소유권을 제3자에게 이전시키더라도 그 신소유자에 대하여 임차인으로서의 지위를 주장하고 임차주택의 사용·수익을 계속할 수 있다.⁶⁴⁾ 이와 달리 민법에서는 “주택의 임차인은 당사자 간에 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다(민법 제621조 제1항).”고 하고 있다. 민법상으로는 임대인이 자발적으로 임차권등기에 협력하지 않는 이상 등기를 원하는 임차인은 임대인을 상대로 임차권등기 절차이행에 관한 소송을 하여야 하는데 현실적으로 매우 어려운 일이다.

이러한 현실성이 약한 민법과는 달리 주택임대차보호법에서는 임차인이 대항요건을 갖추고 나면 임차인은 대항력으로 양도인의 지위를 승계한 양수인

63) 주택임대차보호법 제3조의 3 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료되었음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않은 상태에서 경료되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 것은 아니다. 특히 임차권등기는 임차인으로 하여금 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적인 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때 임대인의 임차보증금반환의무가 임차인의 임차권등기말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다(대법원 2005. 6.9. 선고 2005다4529 판결).

64) 오시정, 전거서, p.398.

을 상대로 임대차 내용을 주장할 수 있다. 한편 경매가 신청된 경우에 임차인이 주택의 인도와 주민등록이라는 대항요건에 확정일자를 갖추고 있으면 우선변제권에 의해 배당을 받을 권리가 생긴다. 또한 임차인이 일정범위의 소액 보증금 이내인 경우는 최우선변제권도 주장하여 일정금액에 대해서는 배당 받을 권리도 획득한다.

임차인은 경매가 신청된 경우에 임대인에게 대항력을 가지고 인수를 주장하기 위해서는 최초근저당권설정일보다 먼저 대항요건을 갖추어야 한다.⁶⁵⁾ 다시 말해 경매가 신청된 경우에는 대항요건을 갖추었다고 해서 반드시 대항력이 생기는 것은 아니다.

나) 요 건

‘주택의 인도’와 주택소재지 관할 시, 읍, 면, 동에 ‘주민등록의 전입신고’를 마쳐야만 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(주택임대차보호법 제3조 제1항). 주택에 대한 점유, 임차주택에 대한 사실상의 지배력을 이전하는 것을 의미하며, 임차인이 점유보조자를 통하여 점유하는 경우도 정당한 주택의 인도로 본다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾ 임차인은 임차건물을 임대인으로부터 인도받아 현실적으로 거주하고 있어야 한다.

인도의 방법에는 주택에 대한 사실적 지배를 임대인으로부터 임차인에게

65) 주택임대차보호법이 제3조 제1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 물권에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 한다고 할 것이다(대법원 2008.03.13. 선고 2007다54023 판결).

66) 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고, 간접점유를 하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그 때부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다(대법원 1994.6.24. 선고 94다3155 판결).

67) 시골출신의 대학 1학년생이 자취를 하기 위하여 방 1칸을 세를 얻어 입주한 후 전입신고까지 마쳤는데, 다만 그 학생이 아직은 미성년자라서 시골에 거주하는 그의 부(父)가 자신의 이름으로 임대차계약을 체결하는 경우 본법의 적용을 받아 보호받을 수 있다. 이유는 임차인인 부(父)가 그의 아들을 통하여 주택을 점유하는 것으로 되기 때문에 (학생은父의 점유보조자가 된다) 점유와 주민등록이라는 대항요건을 갖춘 임차인인 부(父)가 대항력을 취득한 것으로 되어 보호받을 수 있다(대법원 1995.6.5. 자 94마2134 결정)(대법원 1988.6.14. 선고 87다카3093, 3094 판결).

이전하는 현실의 인도(민법 제196조 제1항), 임차인이 이미 물건을 점유하고 있는 경우 임대인과 임차인간의 의사표시로만 인도하는 간이인도⁶⁸⁾ (민법 제188조 제2항), 점유이전의 합의만으로써 점유가 이전되고, 매수인은 매도인을 직접점유자로 하여서 스스로는 간접점유를 취득하는 점유개정에 의한 인도(민법 제196조 제2항, 제189조)등이 있다. 현행 판례는 위 3가지의 인도방법에 의한 대항력 취득을 모두 인정하고 있다.

주민등록의 목적은 주민을 등록하게 함으로서 주민의 거주관계 등 인구의 동태를 항상 명확하게 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 적절하게 처리하도록 하는 것이다(주민등록법 제1조). 주민등록은 주민등록법상의 절차에 따른 적법하고 효력이 있어야 하고, 실제 거주를 하고 있어야 한다. 하지만 대항요건으로서 주민등록을 요구하는 것은 다른 국가에서는 매우 이례적인 현상이다.⁶⁹⁾

물론 독일, 영국 등 외국의 법제에서는 원칙적으로 임차보증금이 소액이고, 그 임차보증금도 임대인의 재산과 분리되어 운용되는 것이 일반적이어서 외국의 법제에서는 임차주택이 경매되는 등의 사정이 생기는 경우에도 임차보증금 때문에 임차인이 손해를 입는 경우가 발생할 여지가 적어 대항력의 요건을 우리나라처럼 강화할 필요가 상대적으로 적을 수 있다.⁷⁰⁾

이와 같이 대항력의 요건 중 하나인 주민등록을 구비해야 하는지에 대해 다른 견해를 보이고 있다. 즉, 어느 나라에도 존재하지 않는 주민등록이라는 이질적인 대항요건을 주택임대차보호법에서 삭제해야 한다는 견해가 있는 반면, 우리나라 특유의 전세제도로 인해 임차보증금이 외국에 비해 상대적으로

68) 이미 임차하고 있는 건물이 매매됨에 따라 다시 새로운 임대인과 임대차계약을 체결하였지만 임차인이 이미 물건을 점유하고 있는 관계로 임대인과 임차인간의 의사에 의하여 인도가 있는 것으로 본다(대법원 1993.11.23. 선고 93다10552, 93다10569 판결).

69) 주민등록은 그 목적이 행정업무의 편의를 위한 것이 주된 기능이라는 점에서 당연히 사법상의 효력으로 연결될 수 없는 한계가 있다. 주민등록부는 등기부등본과 다르게 사생활 보호 등의 차원에서 열람이 자유롭지 못하기 때문에(주민등록법 제18조) 공시기능에 제한이 있는 것도 사실이다. 더욱이 주민등록의 등재는 신고주의를 원칙으로 하고 있기 때문에(주민등록법 제8조) 등재착오, 전입지연, 타목적에 의한 일시적인 주민등록의 전출 등의 경우에 대항력을 취득할 수 없거나 상실되어 임차인 보호에 소홀해질 가능성도 있다(김성욱, (2011). “주택임대차에 있어서 임차권등기명령제도 및 대항요건 등과 관련한 법적문제.” 『경희법학』, 46(2): p.69.).

70) 오미진·김성욱, (2014). “주택임차인의 대항요건에 관한 재검토.” 『아주법학』, 8(2): pp.205-226.

큰 점, 현재에도 가장임차인으로 인한 거래의 안전이 위협을 받고 있는데 주민등록의 요건이 폐지되면 더욱 이러한 폐해가 커질 것이 우려된다는 점 등을 들어 유지해야 한다는 견해가 있다.⁷¹⁾⁷²⁾

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이다. 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 그 주민등록으로 제3자가 임차권의 존재를 인식할 수 있는가에 따라 결정된다. 주민등록이 대항요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다.⁷³⁾⁷⁴⁾

대항력을 취득하였다고 본 사례로는 소유권이 이전되는 즉시 임차인이 대항력을 취득하는 경우와 소유권이 이전되고 임차인이 다음날 대항력을 취득하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

소유권이 이전되는 즉시 임차인이 대항력을 취득하는 경우의 판례가 두 가지가 있는데, 첫 번째 판례내용은 타당해 보이나 두 번째 판례내용은 납득하는데 문제가 있다. 첫 번째 판례는 甲이 丙 회사 소유 임대아파트의 임차인

71) 주민등록을 삭제해야 한다고 주장하는 견해로는 고상용. (1985). “주택임대차보호법의 문제점과 그 개선방안.” 『민사법학』 . 4,5호: p.224. 이범주. (1984) “민사법의 제 문제 (방순원 고회기념논문집).” p.171. 이은영. (1982). “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구.” 『법조』 . 31(4): p.19.

72) 주민등록을 유지해야 한다고 주장하는 견해로는 고용철. (1988). “주택임대차에 관한 연구.” 『충남대논문집』 . 16: p.389. 박해식. (2000). 『주택임대차보호법 해설의 법률지식』 . 서울: 청림출판사. pp.129-130. 요용호. (1987). “부동산경매와 임차권.” 『재판자료』 . 36: p.370. 이윤승. (1988). “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호.” 『사법논집』 . 19: p.159. 이주복. (2008). 『주택임차인의 대항력과 우선변제권』 . 안동대학교 박사학위논문. pp.71-3.

73) 대법원 2001.1.30. 선고 2000다58026, 58033 판결, 대판 2002.11.8 2002다38361, 38378 판결

74) 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항력은 임차인이 당해 주택에 거주하면서 이를 직접점유하는 경우뿐만 아니라 타인의 점유를 매개로 하여 이를 간접점유하는 경우에도 인정될 수 있을 것이나 그 경우 당해 주택에 실제로 거주하지 아니하는 간접점유자인 임차인은 주민등록의 대상이 되는 ‘당해 주택에 주소 또는 거소를 가진 자’가 아니어서 그 자의 주민등록은 주민등록법 소정의 적법한 주민등록이라고 할 수 없고 따라서 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없으며 임차인과의 점유매개관계에 기하여 당해 주택에 실제로 거주하는 직접점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다(대법원 2001.1.19. 선고 2000다55645 판결).

인 乙로부터 아파트를 임차하여 대항요건을 갖추고 거주하던 중, 乙이 丙 회사로부터 위 아파트를 분양받아 자기 명의로 소유권이전등기를 경료한 후 근저당권을 설정하였지만 임차인인 乙이 丙 회사가 소유한 때부터 대항요건을 계속 구비하였기 때문에 비록 임대인 겸 임차인에서 임대인 겸 소유자로 바뀐 乙이 甲과 위 임대차계약을 체결하더라도 임차인 甲은 乙명의의 소유권이전등기가 경료되는 즉시 임차권의 대항력을 취득한다는 판례이다.⁷⁵⁾ 이는 임차인 乙이 비록 임대아파트의 소유자가 별도로 있으나, 다른 대항요건을 갖춘 임차인 甲과 임대차계약을 체결하고 후에 임차인 乙이 소유권이전 및 근저당권 설정을 하였더라도 최초 계약한 임차인 甲의 대항력에 대한 지위를 인정해 주어야 한다는 설득력 있는 판례이다.

두 번째 판례는 경매절차에서 낙찰을 받은 매수인 甲이 주민등록은 되어 있으나 선순위 근저당권으로 인해 대항력은 없는 종전 임차인 乙과 새로이 임대차계약을 체결하고 매각대금을 납부한 경우에 소유권을 취득하는 즉시 임차인 乙이 임차권의 대항력을 취득한다는 판례이다.⁷⁶⁾ 이에 대해 비판하는 견해가 있으며 사건으로도 판례보다 비판하는 견해가 타당하다고 판단된다.⁷⁷⁾ 상기 판례 이후에 등장한 최근 판례를 보면 최고가매수인과 임대차계약을 체결한 자에 대해 매각대금을 납부하지 않은 임대인은 임대권한이 없다고 하였다.⁷⁸⁾

만약 최근 판례가 과거와 같은 의미의 판례로 해석된다면 매수인이 소유권

75) 대법원 2001.1.30. 선고 2000다58026, 58033 판결

76) 대법원 2002.11.8. 선고 2002다38361, 38378 판결

77) 매수인이 대금을 완납하는 날 그 부동산에 근저당권을 취득하려고 하는 사람은 대항력이 없는 임차인의 주민등록이 새로운 임대차계약에 기한 주민등록이라고 생각할 수 없기 때문이다. 따라서 매수인이 대항력이 없는 임차인과 새로운 임대차계약을 체결한 경우 대항력의 발생시점은 매수인이 대금을 완납한 다음날이 되어야 한다(황동룡, (2016). 『부동산경매실무』. 서울: 한국경영법무연구소 출판부. p.175.).

78) 주택임대차보호법이 적용되는 임대차가 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우로 한정되는 것은 아니나 적어도 그 주택에 관하여 적법하게 권한을 가진 임대인이 임대차계약을 체결해야 한다. 임차인이 매수인과 주택임대차계약을 체결한 후 주택을 인도받아 전입신고를 마치고 임대차계약서에 확정일자를 받았는데, 다음날 매수인이 매각대금을 완납하고 주식회사에 근저당권설정등기를 마쳐준 사안에서 매수인이 최고가매수신고인이라는 것 외에는 임대차계약 당시 적법한 임대권한이 있었음을 인정할 자료가 없는 데도 임차인이 아직 매각대금을 납부하지 아니한 최고가매수신고인에 불과한 매수인으로부터 주택을 인도받아 전입신고 및 확정일자를 갖추었다는 것만으로 주택임대차보호법 제3조의 2 제2항에서 정한 우선변제권을 취득하였다고 볼 수 없다(대법원 2014.2.27. 선고 2012다93794 판결).

취득 즉시 임차인에게 대항력이 발생하게 되어 매수인이 종전 임차인과 임대차계약을 체결하고 금융기관으로부터 대출도 받는 이른바 도덕적 해이(Moral Hazard)가 발생할 수 있다. 가장임차인이 소유자나 채무자 등과 통정의 허위 표시로 최우선변제권을 행사하는 사례가 빈번해 지고 있는 상황에서 상기와 같은 과거의 판례는 대항력이 없거나 배당을 받지 못한 임차인에게 매수인과 또 다른 통정의 허위표시를 할 수 있는 빌미를 제공한다고 볼 수 있다. 저자는 “즉시”에서 ‘익일’로의 판례의 변경이 필요하다고 생각된다.

이번에는 소유권이 이전되고 익일 대항력을 취득하는 경우로 甲이 자신의 주택에 관하여 소유권이전등기를 하고 처와 함께 거주하다가 매수인 乙에게 매도함과 동시에 다시 임차하여 계속 거주하기로 약정하고 임차인을 甲의 처로 하는 임대차계약을 체결한 경우에는 임차인을 甲의 처는 매수인 乙명의의 소유권이전등기일 익일부터 대항력이 발생한다.⁷⁹⁾ 매수인 乙이 주택을 매수할 때 금융기관으로부터 대출을 받을 수도 있는데, 만약 앞서 판례와 같이 매도인 甲의 처의 대항력이 즉시 발생하게 된다면 임차인이 선순위가 되어 금융기관은 대출을 취급하지 않거나 임차보증금만큼 한도가 대폭 감소해야 할 문제점이 발생할 것이다.

다) 대항력 인정여부에 관한 판례분석

(1) 대항력이 인정된 판례

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 주택의 인도와 더불어 대항요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이고, 그 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 일반 사회통념상 그 주민등록이 당해 임대차 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 제3자가 인식할 수 있는가에 따라 결정된다.⁸⁰⁾ 이를 위해서는 원칙적으로 주민등록이 등기부상 주택의 현황과 일치하지 않으면 안 된

79) 대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결

80) 대법원 2003.5.16. 선고 2003다10940 판결

다.⁸¹⁾

유효한 임대차로 대항력이 인정된 사례를 살펴보면 첫째, 주택의 소유권보존등기가 이루어진 후 토지의 분할 등으로 인하여 지적도, 토지대장, 건축물대장 등의 주택의 지번 표시가 분할 후의 지번으로 등재되어 있으나 등기부에는 여전히 분할 전의 지번으로 등재되어 있는 경우, 임차인이 주민등록을 함에 있어 토지대장 및 건축물대장에 일치하게 주택의 지번과 동호수를 표시하였다면 설사 그것이 등기부의 기재와 다르다고 하여도 일반의 사회통념상 임차인이 그 지번에 주소를 가진 것으로 제3자가 인식할 수 있다고 봄이 상당하다.⁸²⁾

둘째, 하나의 대지 위에 단독주택과 다세대주택이 함께 건립되어 있고, 등기부 상으로 단독주택과 다세대주택의 각 구분소유부분에 대하여 지번은 동일하나 그 동, 호수가 달리 표시되어 있으며, 나아가 위 단독주택에 대하여 위 등기부와 같은 지번과 동, 호수로 표시된 집합건축물관리대장까지 작성된 경우라면, 위 단독주택의 임차인은 그 지번 외에 등기부와 집합건축물관리대장상의 동, 호수까지 전입신고를 마쳐야 한다.⁸³⁾ 하지만 다가구용 단독주택의 경우는 지번 외에 호수까지 기재할 필요 없이 지번만 기재하는 것으로 충분하고 지번을 정확히 기재하였으나 호수를 잘못 기재한 경우라도 대항요건을 갖춘 것으로 볼 수 있다.⁸⁴⁾ 한편 임차인이 집합건축물대장의 작성과 소유권보존등기의 경로 전에 연립주택의 '1층 101호'를 임차하여 현관문상의 표시대로 호수를 '101호'로 전입신고를 하였고 그 후 작성된 집합건축물대장상에도 호수가 '101호'로 기재되었으나 등기부에는 '1층 101호'로 등재되더라도 전입신고는 유효하다.⁸⁵⁾ 또한 '별층 101호'로 신고하였으나 등기부 상에는 '지층 101호'로 등기된 경우와 같이 다세대주택의 임차인이 등기부상의 층, 호수와

81) 주민등록의 유효여부에 관한 판단은 전입신고 당시의 지번을 기준으로 하여 일반 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이라고 하면서, 주택임차인이 주민등록 전입신고를 할 당시 건축물관리대장 및 등기부가 작성되기 전이지만 그 전입신고 내용이 실제 건물의 소재지 지번과 정확히 일치하는 경우 그 후 토지분할 등의 사정으로 지번이 변경되었다고 하더라도 주택임대차보호법 제3조 제1항의 소정의 주민등록으로 유효하다(대법원 1999.12.7. 선고 99다44762, 44779 판결).

82) 대법원 2001.12.27. 선고 2001다63216 판결

83) 대법원 2002.3.15. 선고 2001다80204 판결

84) 대법원 1997.11.14. 선고 97다29530 판결

85) 대법원 2002.5.10. 선고 2002다1796 판결

불일치하는 주소지로 전입신고를 하였으나, 등기부상의 건물내역과 임차인의 주민등록 주소를 비교하여 볼 때 주민등록상의 층, 호수가 등기부상의 층, 호수를 의미한다고 인식할 수 있다.⁸⁶⁾ 이와 비슷한 경우로 등기부상 동, 호수의 표시인 ‘1층 101호’와 다른 ‘가동 101호’로 전입신고를 하였으나 위 임차주택의 대지상에는 위 다세대주택 1동만이 존재하고 있으므로 일반적으로 사회통념상 위 주민등록만으로도 임차인이 위 임차주택에 주소를 가진 자로 등록되어 있는지 인식할 수 있었고, 따라서 위 주민등록은 주택임대차의 공시방법으로서 유효하다.⁸⁷⁾

셋째, 원래 단독주택으로 건축허가를 받아 건축되고, 건축물관리대장에도 구분소유가 불가능한 건물로 등재된 이른바 다가구용 단독주택에 관하여 나중에 「집합건물의소유및관리에관한법률」에 의하여 구분건물로의 구분등기가 경료되었음에도 불구하고, 소관청이 종전에 단독주택으로 등록한 일반건축물관리대장을 그대로 둔 채 집합건축물관리대장을 작성하지 않은 경우에는, 주민등록법시행령 제9조 제3항에 따라 임차인이 위 건물의 일부나 전부를 임차하여 전입신고를 하는 경우 지번만 기재하는 것으로 충분하고, 나아가 그 전유부분의 표시까지 기재할 의무나 필요가 있다고 할 수 없으며, 임차인이 실제로 위 건물의 어느 부분을 임차하여 거주하고 있는지 여부의 조사는 단독주택의 경우와 마찬가지로 위 건물에 담보권 등을 설정하려는 이해관계인의 책임 하에 이루어져야 할 것이므로, 임차인이 위 건물의 지번으로 전입신고를 한 이상 일반사회 통념상 그 주민등록으로도 위 건물에 위 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는 경우에 해당된다 할 것이다.⁸⁸⁾ 또한 다가구용 단독주택이 대지가 2필지 이상인 양지상의 토지 위에 있더라도 그 중 하나의 지번에만 전입신고를 해도 유효한 주민등록이 된다. 이유는 건축법상 하나의 건축물을 2필지 이상에 걸쳐 건축하는 경우에는 그 건축물이 건축되는 각 필지의 토지를 합한 토지를 하나의 대지로 보고 있기 때문이다.

넷째, 어떠한 사정이 있어서 임차인의 처와 자녀만 주민등록 전입신고를 하

86) 대법원 2002.6.14. 선고 2002다15467 판결

87) 서울지방법원 1999.9.8. 선고 99가합30799 판결

88) 대법원 2002.3.15. 선고 2001다80204 판결

였고 임차인인 본인은 전입신고를 하지 않았을 경우에도 보호받을 수 있다. 왜냐하면 임차인의 처나 자녀와 같이 임차인 본인과 공동생활을 영위하는 가족만이 주민등록 전입신고를 하여도 주택임대차보호법상 대항요건인 주민등록을 마친 것으로 볼 수 있기 때문이다. 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 주민등록이라는 대항요건은 임차인 본인뿐만 아니라 점유보조자도 포함하는데, 예를 들어, 처에 대한 주민등록으로 임차인인 남편의 주민등록을 갈음한다고 보았다.⁸⁹⁾ 또한 자녀의 주민등록만으로도 대항력의 취득을 인정하였다.⁹⁰⁾

다섯째, 임차인이 임차건물 소재지 지번으로 전입신고를 올바르게 하였는데, 담당공무원의 착오로 주민등록표 상에 지번이 다소 틀리게(안양동 545의 5가를 안양동 545의 2로) 기재된 경우에는 보호를 받을 수 있다는 판례가 있다.⁹¹⁾ 그러나 이러한 경우에도 임차인이 상당한 기간 내에 이의를 제기하여 착오기재를 정정하는 등 적극적이어야 임차인에게 귀책사유가 없다고 보고 대항력이 소급하여 발생하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 왜냐하면 무조건 상당한 기간이 흘러도 임차인에게 귀책사유를 물리지 않으면 선의의 제3자가 피해를 입을 가능성이 있기 때문이다. 반면에 주민등록이 주택임차인의 의사에 의하지 않고 제3자에 의하여 임의로 이전되었고 그와 같이 주민등록이 잘못 이전된 것에 대하여 주택임차인에게 책임을 물을 만한 사유도 없는 경우, 주택임차인이 이미 취득한 대항력은 주민등록의 이전에도 불구하고 그대로 유지된다.⁹²⁾

여섯째, 1순위인 전세권자의 지위와 대항력이 있는 임차인의 지위를 점유하고 있는 임차인이 전세권자의 지위로 배당을 요구하여 전세권이 자연히 소멸해도 변제받지 못한 보증금에 기하여 대항력을 행사할 수 있다. 즉, 임차주택의 매수인은 변제되지 않은 임차보증금의 범위 내에서 임대인의 지위를 승계함으로써 임차인에게 변제할 의무가 있다.⁹³⁾

일곱째, 주택에 실제로 거주하지 아니하는 간접점유자인 임차인은 주민등록

89) 대법원 1988.6.14. 선고 87다카3093,3094 판결

90) 대법원 1996.1.26. 선고 95다30338 판결

91) 대법원 1991.8.13. 선고 91다18118 판결

92) 대법원 2000.9.29. 선고 2000다37012 판결

93) 대법원 2010.7.26. 자 2010마900 결정

의 대상이 되는 당해 주택에 주소 또는 거소를 가진 자가 아니어서 그 자의 주민등록은 주민등록법 소정의 적법한 주민등록이라고 할 수 없고 따라서 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없으며 임차인과의 점유매개관계에 기하여 당해 주택에 실제로 거주하는 직접점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다.⁹⁴⁾ 이 경우 대항력을 가지는 자는 임차인이고, 전차인은 임차인의 권리를 원용할 수 있다.⁹⁵⁾ 전차인이 전입신고를 마치고 거주하던 중 임차인이 소유권을 양도받고 근저당권을 설정한 경우에 전차인은 임차인 명의의 소유권이전등기가 완료되는 즉시 대항력을 취득하여 근저당권에 기한 경매절차에서 경락받은 매수인에게 대항할 수 있게 된다.⁹⁶⁾ 이러한 경우는 간접점유에 의한 전대뿐만 아니라 양도의 경우도 마찬가지로 적용된다. 다만 위 대법원 판결에서 전대와 양도에 대한 대항력 인정의 전제로서 첫째, 전대나 임차권의 양도에 임대인이 동의할 것과 둘째, 임차인이 퇴거한 날로부터 주민등록법상의 전입신고 기간 내에 전차인이나 양수인이 전입신고를 마치고 주택을 인도받아 점유할 것을 각각 요구하였다.⁹⁷⁾

(2) 대항력이 부정된 판례

한편 유효한 임대차로 대항력이 인정되지 않은 사례를 살펴보면 첫째, 건축 중인 주택에 대한 소유권보존등기가 경료되기 전에 그 일부를 임차하여 주민등록을 마친 임차인의 주민등록상의 주소 기재가 그 당시 주택의 현황과 일치한다고 하더라도 그 후 사정변경으로 등기부 등의 주택의 표시가 달라졌다면 특별한 사정이 없는 한, 달라진 주택의 표시를 전제로 등기부상 이해관계를 가지게 된 제3자로서는 당초의 주민등록에 의하여 당해 주택에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식하기 어렵다고 할 것임

94) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다55645 판결

95) 대법원 1988.4.25. 선고 87다카2509 판결

96) 대법원 2001.1.30. 선고 2000다58026,58033 판결

97) 이주복, 전게논문, p.80.

로 그 주민등록은 그 제3자에 대한 관계에서 유효한 대항력을 갖추었다고 할 수 없다. 이러한 이치는 입찰절차에서의 이해관계인 등이 잘못된 임차인의 주민등록상의 주소가 건축물관리대장 및 등기부상의 주소를 지칭하는 것을 알고 있었다고 하더라도 마찬가지이다.⁹⁸⁾

둘째, 실제 지번인 ‘산53의 6’이나 등기부상 지번인 ‘산53’과 일치하지 아니한 ‘53의6’에 등재된 주민등록이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 소정의 대항요건으로서 유효하지 않다.⁹⁹⁾

셋째, 등기부상 동, 호수 표시인 ‘D동 103호’와 불일치한 ‘라동 103호’로 된 주민등록은 그로써 당해 임대차건물에 임차인들이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식 할 수 없다.¹⁰⁰⁾ 또한 주민등록 전입신고를 하면서 착오로 소재지 지번을 잘못 기재하여 주민등록부에 다른 지번이 기재되었을 경우에는 주택임대차보호법에 의하여 보호받을 수 없다. 이러한 경우에는 실제 지번에 맞도록 정정한 때로부터 다시 대항력 취득이 개시되기 때문에 신속히 올바른 지번으로 정정하여야 할 것이다. 건물의 등기부상 동, 호수 표시인 ‘3동 104호’와 불일치한 건물 외벽의 ‘다동 104호’로 등재된 주민등록은 임대차의 공시방법으로서 유효하다고 할 수 없다.¹⁰¹⁾ 이 뿐만 아니라 신축 다세대주택에 입주하면서 전입신고는 현관문에 표시된 실제 동, 호수 표시대로 ‘1층 201호’라고 옳게 하였는데, 준공검사 후에 건축물관리대장이 작성되면서 그 동안의 통칭되던 동, 호수 표시와는 다르게 ‘1층 101호’라고 공부상 기재된 경우 임차인은 보호받을 수 없다. 왜냐하면 주민등록이 공부상의 동, 호수 표시와 일치하지 않는 경우에는 주택임대차보호법이 요구하는 유효한 공시방법인 주민등록에 해당하지 않기 때문이다. 따라서 주민등록을 공부상과 함께 ‘1층 101호’로 정정하여야 비로소 정정한 때부터 보호를 받을 수 있다.¹⁰²⁾

넷째, 다세대주택의 경우에는 입주하면서 전입신고 시에 지번만 기재하고 동, 호수 표시는 기재하지 않았을 경우는 유효한 대항력을 갖추었다고 주장할

98) 대법원 2003.5.16. 선고 2003다10940 판결

99) 대법원 2000.6.9. 선고 2000다8069 판결

100) 대법원 1999.4.13. 선고 99다4207 판결

101) 서울지방법원 2001.3.22. 선고 2000나57503 판결

102) 대법원 1995.8.11. 선고 95다177 판결

수 없다. 주민등록법 시행령 제5조 제5항은 다세대주택과 같은 공동주택의 경우에는 지번 다음에 공동주택의 명칭과 동, 호수를 기재하도록 되어 있는데, 동, 호수 등의 표시 없이 그 지번만을 신고하여 주민등록이 되었다면 그 주민등록만으로는 일반적으로 사회통념상 그 건물에 관한 유효한 대항력을 갖춘 사례라고 볼 수 없다.¹⁰³⁾ 결국 아파트, 연립, 다세대와 같은 집합건물은 구분등기가 된 부동산으로 동, 호수로 명확한 구분이 되지 않으면 진정한 임차인이라고 하더라도 대항력, 우선변제권, 최우선변제권 등 임차인으로서의 권리를 주장할 수 없다는 의미이다.

다섯째 채무자가 동생 소유의 아파트에 관하여 근저당권을 설정하고 대출을 받으면서 채권자에게 자신은 임차인이 아니고 위 아파트에 관하여 일체의 권리를 주장하지 않겠다는 내용의 확인서를 작성하여 준 경우는 금반언 및 신의칙에 위배되어 대항력을 주장할 수 없게 된다.¹⁰⁴⁾

라) 대항력의 취득시점 및 대항요건의 존속기간

대항력은 주택의 인도와 주민등록이 모두 갖추어졌을 경우 그 익일 오전 0시부터 효력이 발생하게 된다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾ 대항력을 갖춘 임차인은 첫째는 새로운 매수인(양수인, 낙찰인)에게 임차권을 주장하여 나머지 임대기간 동안 계속 거주하다가 임대기간이 끝나면 새로운 매수인으로부터 임차보증금 전액을 반환받을 수 있다.¹⁰⁷⁾ 둘째는 임대기간이 만료되더라도 임차보증금 전액을 반환받을 때까지는 집을 비워 주지 않고 계속 거주할 수 있는 권리인 이른바 동시이행항변권을 주장할 수 있게 된다.

103) 대법원 2000.4.7. 선고 99다66212 판결

104) 대법원 2000.1.5. 선고 99마4307 판결

105) 인도한 일자보다 전입 신고한 일자가 뒤에 이루어졌다면 전입신고한 다음 익일에 대항력이 발생한다(대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결).

106) 익일의 의미는 '익일 오전 0시부터 대항력이 발생한다.'는 것이다. 피고는 1996.8.16.에 이 사건 부동산을 임차하여 1996.8.27.에 주민등록상 전입신고를 마쳤으므로 위에서 본 법리에 따라 익일인 1996.8.28. 오전0시에 대항력이 발생한다. 임차인은 1996.8.28.자로 경료된 저장권에 기한 매수인인 원고에게 대항할 있다고 할 것이다(대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결).

107) 임차인이 전소유자였던 경우는 주택양수인 명의로 소유권이전등기가 경료된 익일부터 대항력이 발생한다(대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결).

이 때 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 계속 존속하고 있어야 한다.¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾ 그런데 진정한 임차인이라 하더라도 담보제공 등의 문제로 임대인에게 협조하겠다는 의미로 대항력이 있음에도 불구하고 임차보증금을 주장하지 않겠다고 한 경우는 대항력이 인정되지 않는다.¹¹¹⁾ 또한 임대인의 부탁으로 대항력이 있는 임차인이 그 주택을 담보취득하려는 은행직원에게 임차보증금 없이 살고 있다거나 임대차계약을 체결한 바가 없다고 말하고 같은 취지의 확인서까지 써 준 후 경매절차에서 위 은행이 그 주택을 매수하여 인도를 구하자 임대차보증금반환과의 동시이행을 주장한 경우 금반언과 신의칙에 위반되어 허용되지 않는다.¹¹²⁾ 반면에 은행직원이 근저당권실행의 경매절차와는 아무런 관련이 없이 행한 담보건물의 임대차조사에서 임차인이 임차사실을 숨겼으나, 경매절차에서 임대차관계가 분명히 된 이상은 임차인의 임차보증금 반환과 동시이행의 항변이 신의성실의 원칙에 반하지 않는다.¹¹³⁾

대항력은 경매가 진행될 경우 주택의 인도와 주민등록이라는 대항요건을 배당요구의 종기까지 계속 존속하여야 한다.¹¹⁴⁾ 하지만 대항요건은 매각대금 납부 시까지 유지하는 것이 안전하다. 왜냐하면 매각불허가결정이나 매수인이 대금납부를 하지 않은 상태에서 주택의 인도와 주민등록이라는 대항요건의 흠결이 발생하면 향후에 발생하는 경매사건에서는 대항요건으로 대항력이나 최우선변제권을 주장할 수 없기 때문이다.¹¹⁵⁾

108) 현행 민사집행법 하에서는 집행법원이 정한 배당요구의 종기까지는 계속 존속하고 있어야 한다(대법원 1997.10.10. 선고 95다44597.). 법원행정처. (2002). 『법원실무제요 민사집행(Ⅱ)』. p.463. 『부동산집행재판실무편람』. p.115.

109) 존속기간 중 점유를 상실하거나 주민등록을 옮긴 경우는 대항력을 상실하게 된다(대법원 1997.10.10. 선고 1995다44597 판례).

110) 임차인이 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하면서 가족의 주민등록은 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시적으로 다른 곳으로 옮긴 경우는 대항력이 유지된다(대법원 1989.1. 17. 선고 88다카143 판례).

111) 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리주장을 않겠다고 내용의 확인서를 작성해 준 경우, 그 후 그 건물에 대한 경매절차에서 이를 번복하여 대항력이 있는 임대차의 존재를 주장하여 그 임차보증금반환채권에 대한 배당요구를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 금반언 및 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대법원 1997.6.27. 선고 97다12211 판례).

112) 대법원 1987.11.24. 선고 87다카1708 판결

113) 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1852 판결

114) 대법원 2007.6.14. 선고 2007다17475 판결

115) 주택임대차보호법이 제3조 1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로

마) 대항력과 선순위권리자와의 관계

첫째, 최선순위 근저당권설정등기, 가압류, 압류 전에 먼저 대항요건을 갖춘 임차인은 경매목적 부동산이 매각되어 매수인이 이전에 체결한 임대차관계에 대해 비록 전소유자로부터 임대인지위를 그대로 승계 받는다고 해도 임대차관계에 대해 소멸하지 않을 권리인 대항력을 가진다. 위와 같이 임차인에게 대항력이 인정되는 이유는 임차인이 최선순위인 근저당권보다 먼저 대항요건을 갖추고 있기 때문이다.

둘째, 최선순위 근저당권설정등기, 가압류, 압류 후에 대항요건을 갖춘 임차인은 경매목적 부동산이 매각된 경우에는 임차인이 아무리 대항요건을 갖추었다고 하더라도 새로운 매수인에게 대항력을 주장할 수 없으며 단지 소멸할 운명에 처하는 것이다. 또한 임차보증금에 대해 일정부분을 증액하였다면 저당권 설정 전에 증액되지 않은 보증금액의 한도 내에서만 매수인에게 대항할 수 있고 근저당권설정, 가압류, 압류 후에 증액된 임차보증금 부분에 대하여는 대항력은 발생하지 않는다.

경매목적 부동산이 낙찰된 경우에는 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸하는 것이고, 따라서 매수인은 주택임대차보호법 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없으므로 임차인은 매수인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다.¹¹⁶⁾ 반면에 담보권의 실행을 위한 부동산의 입찰절차에서 주택임대차보호법 제3조에 정한 대항요건을 갖춘 임차권보다 선순위의 근저당권이 있는 경우에는 낙찰로 인하여 선순위 근저당권이 소멸하면 그보다 후순위인 임차권도 선순위 근저당권이 확보한 담보가치의 보장을 위하여 그 대항력을 상실한다. 하지만 낙찰로 인하여 근저당권이 소멸하고 매수인이 소유권을 취득하게 되는 시점인 대금납부기일 이전에 선순위 근저당권이 다른 사유로 소멸한 경우에는 대항력 있는 임차권의 존재로 인하여 담보가치의 손상을 받을 선순위 근저당

명시하여 등기된 물권에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 한다고 할 것이다(대법원 2008.3.13. 선고 2007다54023 판결).

116) 대법원 1987.2.24. 선고 86다카1936 판결, 대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결

권이 없게 되므로 임차권의 대항력이 소멸하지 아니한다.¹¹⁷⁾ 이와 같이 임차인이 대항요건을 갖추었다고 해도 임차인이 선순위 권리와 어떠한 관계에 위치해 있는가에 따라 매수인에게 대항력을 주장할 수도 있고 소멸할 수도 있다.

<표 5> 대항력과 근저당권자 등 선순위권리자와의 관계

	기 준	내 용
①	대항요건 > 선순위 권리자	새로운 매수인에게 대항력 주장가능
②	선순위 권리자 > 대항요건	새로운 매수인에게 대항력 주장불가 & 소멸

여기서 주의할 것은 주택의 인도와 주민등록에 의하여 대항요건을 구비한 채권적 전세인 임차인이 다시 전세권등기를 한 경우에 전세권등기가 선순위의 저당권 실행으로 말소되더라도 대항요건을 구비한 시점이 저당권등기일자보다 앞서는 한 채권적 전세인 임차인이더라도 대항력을 상실하지 않는다는 것이다.¹¹⁸⁾ 이유는 전세권등기는 채권적 전세의 효력을 강화하는데 불과할 뿐 임차인으로서의 권리를 보호받는데 별 문제가 없기 때문이다. 따라서 배당절차에서 전세권에 기하여 전세보증금의 일부를 배당받았다 하더라도 나머지 전세보증금에 관하여는 여전히 대항력이 존속한다.¹¹⁹⁾

상기 내용 중에 제1순위 근저당권자가 어느 시점까지 소멸하면 매수인이 임차권을 인수한다고 볼 것인가에 대해 견해가 대립하였으나 현재는 학설·판례 모두 대금납부 시로 보고 있다. 즉, 학설에서는 제1순위 근저당권이 존재하였다고 하더라도 매수인이 그 후 매각대금을 납부하기 전까지 제1순위 근저당권이 소멸하면 후순위 임차권이 매수인에게 인수된다고 한다.¹²⁰⁾ 판례에서도 “담보권 실행을 위한 부동산의 입찰절차에 있어서 주택임대차보호법 제3조에 정한 대항요건을 갖춘 임차권보다 선순위의 근저당권이 있는 경우에

117) 대법원 1998.8.24. 자 98마1031 결정, 대법원 2003.4.25. 선고 2002다70075 판결

118) 대법원 1993.11.23. 선고 93다10552 판결

119) 대법원 1993.12.24. 선고 93다39676 판결

120) 민일영. (1997). “부동산입찰에 있어 임차권 처리에 관한 실무상 제문제.” 『부동산입찰제도』 . p.296.

는 낙찰로 인하여 선순위 근저당권이 소멸하면 그 보다 후순위의 임차권도 선순위 근저당권이 확보한 담보가치의 보장을 위하여 그 대항력을 상실하는 것이지만, 낙찰로 인하여 근저당권이 소멸하고 매수인이 소유권을 취득하게 되는 시점인 대금납부기일 이전에 선순위 근저당권이 다른 사유로 소멸한 경우에는 대항력이 있는 임차권의 존재로 인하여 담보가치의 손상을 받을 선순위 근저당권이 없게 되므로 임차권의 대항력이 소멸하지 아니한다. 한편, 매수인 입장에서 선순위 근저당권의 존재로 후순위 임차권의 대항력이 소멸하는 것으로 알고 부동산을 낙찰 받았으나, 그 이후 선순위 근저당권의 소멸로 인하여 임차권의 대항력이 존속하는 것으로 변경됨으로써 낙찰부동산의 부담이 현저히 증가한 경우에는 매수인은 매각허가결정에 대해 취소신청을 할 수 있다.”고 하여 이를 지지하고 있다.¹²¹⁾

한편 가등기권리자와 가처분권리자에 대해 각각 살펴보면, 우선 가등기권리자는 가등기를 하고 그에 기하여 본등기를 마친 경우에는 비록 물권취득의 효력이 가등기 시에 소급하는 것은 아니지만 가등기가 갖는 순위보전의 효력에 의하여 중간처분이 실효되는 효과를 가져 오게 된다.¹²²⁾ 즉, 가등기가 등기된 후에 설정된 임차권도 가등기와 양립할 수 없는 중간처분이므로, 가등기에 기해 본등기가 된 경우는 그 임차권을 가지고 가등기권자나 신소유자에게 대항할 수 없다. 다만 임차인이 임대차를 갱신하면서 임대인에게 보증금을 증액해 준 경우는 가등기 전 임차보증금액에 한해 신소유자에게 대항할 수 있고 가등기 후에 증액된 임차보증금은 대항력이 없다.¹²³⁾

처분금지가처분권자가 본안판결을 통해 소유권이전등기를 경료한 경우도 가처분의 등기된 일자와 대항력이 발생한 시점의 선후에 따라 대항력 유무가 결정된다. 다시 말해 주택을 양수받은 자가 전소유자에게서 주택을 양도받기로 약정하였다고 해도 가처분권자가 처분금지가처분등기를 한 후 양수인이 임차인과 임대차계약을 체결하고, 그 후 가처분권자가 본안판결로 소유권이전등기를 완료하였다면 임차인은 가처분권자에게 자신의 임대차계약으로 대항할 수 없다. 점유이전금지가처분권자의 경우도 마찬가지로 해석된다.¹²⁴⁾

121) 대법원 1998.8.24. 자 98마1031 결정

122) 이주복, 전제논문, p.128.

123) 대법원 1986.9.9. 선고 86다카757 판결

5) 우선변제권

가) 의 의

우선변제권이란 특정채권자가 채무자의 모든 재산 또는 특정 재산으로부터 다른 채권자보다 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다.¹²⁵⁾ 주택임대차보호법 제3조의 2의 제2항을 살펴보면 임차인의 우선변제권이란 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인이 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위 권리자 및 기타 채권자보다 우선하여 임차보증금을 변제받을 수 있는 권리를 말한다.¹²⁶⁾

확정일자를 갖춘 임차인은 후순위 권리자 및 기타 채권자보다 우선하여 임차보증금을 변제받을 권리가 있는 바, 이는 배당절차에 있어서 확정일자를 갖춘 임차인은 담보권자와 유사한 지위를 갖는다는 의미이다.¹²⁷⁾

그런데 임차인이 대항력과 우선변제권을 가지면서 직접 집행권원을 획득하여 강제경매를 신청한 경우 별도의 배당요구를 해야 하는지 여부에 대해 명확한 해석이 없었다. 최근 대법원 판례로 인해 그 동안 임차인이나 채권자들의 지위가 불안했는데 그 부분을 불식시켰다는 데에 상당한 의의가 있다.¹²⁸⁾

이에 대한 판례를 살펴보면 “우선변제권을 인정받기 위하여 배당요구의 종기까지 별도로 배당요구를 할 필요는 없고, 또한 경매절차에서 우선변제권이

124) 이주복, 전계논문, p.129.

125) 헌법이 말하는 법 앞의 평등은 합리적인 근거 없는 차별취급을 금하는 것으로서, 주택임대차보호법 제3조이 2 제1항이 임차인의 보증금에 대한 우선변제권을 인정하는 것은 입법 목적과 달성수단의 양 측면에서 합리성을 갖추고 있으므로 임차주택의 소유자와 후순위권리자 및 양수인을 불합리하게 차별 취급하는 것으로 볼 수 있고 또한 재산권의 보장 면에서도 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있어 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니하기 때문에 심판대상 법률조항은 평등권과 재산권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 1998.2.27. 97헌바20 결정).

126) 동일한 주택에 인도, 주민등록, 확정일자를 득한 임차인이 여러 명인 경우에는 우선변제권의 요건을 갖춘 순서에 따라 우선변제의 순위가 정하여진다(대법원 2007.11.15. 선고 2007다45562 판결).

127) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결

128) 신세덕. (2015). “주택임대차보호법상의 임차인 보호제도에 관한 법적고찰.” 『법원실무연구』 . 3(1): p.106.

확인되어 현황조사보고서 등에 기재되었다면 별도로 우선변제권을 소명하여 서류를 제출할 필요도 없다.”고 판시하였다.¹²⁹⁾ 그러나 임차인이 직접 집행권원을 획득하여 강제경매를 신청한 경우가 아닌 담보권실행에 의한 경매로 배당요구종기일 이후 배당을 요구한 임차인은 여전히 배당을 받을 수 없다.¹³⁰⁾

대항요건만 갖춘 경우 가장 큰 문제점이 있는데 이에 대해 살펴보면 이미 저당권이 설정되어 있는 주택에 주택임대차보호법상의 대항요건을 갖춘 이른바 ‘중간임차인’은 설정된 저당권의 실행이나 집행권원을 얻은 일반채권자의 강제집행이 있으면 선순위저당권이 소멸하게 되고, 선순위저당권자보다 후순위인 ‘중간임차인’은 매수인에게 그 임차권을 가지고 대항할 수가 없다. 즉 임차보증금이 소액이 아니거나 소액이더라도 최우선변제를 받는 금액을 초과한 임차보증금에 대하여는 여전히 보호를 받을 수 없다는 문제점이 있다. 이러한 문제점을 해결하고자 도입한 개념이 우선변제권이다.¹³¹⁾

결국 우선변제권을 인정한 법률적 의의는 선순위의 저당권자나 가압류권자보다 후에 대항요건을 구비한 임차인이라고 하더라도 임차보증금을 보호할 수 있으며 여기서 우선변제권의 실질적인 의미를 찾을 수 있다.

나) 법적 성질

주택임대차보호법 제3조의2의 제2항에 규정된 우선변제권은 근저당권과 같은 담보를 목적으로 설정이 가능한 물권과 동등한 위치에서 임차된 주택을 직접 지배한다는 의미에서 물권적인 특성을 가진다. 또한 우선변제권은 물권이므로 다른 채권보다는 우선하여 권리를 갖기 때문에 배타성이 있는 법정담보물권이다. 그러한 의미에서 근저당권, 질권 등의 약정담보물권과 구별된다.

그러나 임차보증금의 우선변제권은 경매 또는 공매절차에서 참가하여 우선변제권을 주장할 수 있을 뿐 직접 경매신청권이 부여되어 있지 않기 때문에

129) 대법원 2013.11.14. 선고 2013다27831 판결

130) 김현선. (2014). “대항력과 우선변제권을 갖춘 임차인이 강제경매를 신청한 경우 배당요구를 하지 않아도 일반 채권자보다 우선하여 배당을 받을 수 있는지 여부 : 대법원 2013. 11.14. 선고 2013다27831 판결을 중심으로.” 『홍익법학』 . 15(1): p.930.

131) 오시정교수는 우선변제권에 대해 순차적우선변제권이라고 표현하였다. 이는 우선변제권이 있더라도 요건구비순서에 따라 우선변제를 받기 때문에 이와 같이 명명한 것으로 생각된다 (오시정, 전게서, pp.431-2.).

직접 환가권이 있는 약정담보물권인 근저당권, 질권 등이나 법정담보물권의 조세채권, 선박우선평권 등에 비하여 물권으로서는 불완전한 면을 지니고 있는 것이 사실이다.¹³²⁾

임차보증금의 우선변제권은 주택을 점유하고 전입신고를 하여야 한다는 점에서 등기를 요건으로 하는 근저당권 등 약정담보물권과 유사하다. 한편 특별한 공시가 필요하지 않은 임금채권이나 조세채권 또는 선박우선평권 등 법정담보물권과 구별되며, 공시방법이 완전하지 않다는 점에서 등기를 필요로 하는 약정담보물권과도 다른 측면이 있다.

또한 우선변제권은 임차주택 및 그 대지에 한정되어 물권적 효력이 인정된다는 점에서 선박우선평권과 유사하나 채무자가 가지고 있는 모든 재산으로부터 발생하는 임금채권, 조세채권과는 다르다.

다) 요건으로서의 확정일자

우선변제권의 요건으로 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건을 갖추면서 확정일자를 같이 득하여야 한다. 다시 말해 임차인이 우선변제권을 행사하기 위해서는 대항요건을 취득함과 함께 동사무소나 등기소에서 임대차계약서에 확정일자를 갖추어야 한다. 대항요건만을 취득한 경우에는 임차보증금을 반환받을 때까지 매수인의 인도청구에 대하여 임차인은 동시이행항변권 주장은 가능하나 매각대금에서 우선변제권의 행사는 안 된다. 물론 경매가 신청된 상태에서 최선순위근저당권설정일보다 우선하여 대항요건을 갖추지 못하고 확정일자도 없는 임차인은 우선변제권이 없는 것은 변론으로 하고 매수인에게 인수를 주장할 수 있는 대항력도 없다.

(1) 의 의

통상적으로 확정일자란 증서에 관하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거로 법률상 인정되는 일자로서, 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정

132) 이주홍. (1994). “주택임대보증금회수를 위한 우선변제권 행사와 경매절차상 취급.” 『법조』 . pp.35-6.

된 일자를 말한다.¹³³⁾ 확정일자가 있는 증서란 위와 같은 일자가 있는 증서로서 민법 부칙 제3조에 소정의 증서를 말한다.

이 법이 확정일자를 요구하는 취지는 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임대차계약일자를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 함에 있다.¹³⁴⁾ 그러나 주택임대차보호법 제3조의 2 제2항이 확정일자를 요구하는 취지는 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임대차계약일자를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 함에 있다.¹³⁵⁾

민법 부칙 제3조에 의하면 “공증인 또는 법원서기의 확정일자인이 있는 사문서는 그 작성일자에 대한 공증력이 있다.(1항) 공정증서에 기입한 일자 또는 공무소에서 사문서에 어느 사항을 증명하고 기입한 일자는 확정일자로 한다.(4항)”고 규정하고 있다.

그 해석상 임대차계약서 상에 확정일자를 갖추는 방법은 ① 공증인 사무소, 법무법인 또는 공증인가 합동법률사무소 등에서 임대차계약서를 공정증서로 작성하는 방법 ② 사문서로 된 임대차계약서에 위 공증기관에서 확정일자인을 찍어 주는 방법 ③ 사문서로 된 임대차계약서에 법원이나 등기소의 공무원이 확정일자인을 찍어 주는 방법 ④ 주민등록 전입신고를 하면서 임대차계약서를 제출하여 읍, 면, 동사무소에 확정일자인을 찍어 주는 방법 등이 있다.¹³⁶⁾ 주택의 임차인이 주택임대차보호법상의 우선변제 요건을 갖추었을 뿐 아니라 전세권등기까지 한 경우에는 전세권자로서도 보호를 받게 된다.¹³⁷⁾ 전세권설정계약서에 날인된 등기소의 일부인도 확정일자로 보아야 한다.¹³⁸⁾

133) 대법원 1998.10.2. 선고 1998다28879 판결

134) 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 확정일자 요건을 규정한 것은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지일 뿐 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니다(대법원 1999.6.11. 선고 99다7992 판결).

135) 법원행정처, 전거서, p.465.

136) 민일영, (1994). “주택임대차보호법 제3조의2에 관한 일고.” 『법조』, p.13.

137) 주택임차인으로서의 우선변제를 받을 수 있는 권리와 전세권자로서 우선변제를 받을 수 있는 권리는 근거규정 및 성립요건을 달리하는 별개의 것이므로 주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인이 임차주택에 관하여 전세권설정등기를 완료하였다거나 전세권자로서 배당절차에 참가하여 전세금의 일부에 대하여 우선변제를 받은 사유만으로는 변제받지 못한 나머지 보증금에 기한 대항력 행사에 어떤 장애가 있다고 볼 수 없다(대법원 1993.12.24. 선고 93다39676 판결).

138) 주택에 관하여 임대차계약을 체결한 임차인이 자신의 지위를 강화하기 위한 방편으로 따로 전세권설정계약서를 작성하고 전세권설정등기를 한 경우에 따로 작성된 전세권설정계약

(2) 입법 취지

우선변제권이 성립하기 위한 요건으로 확정일자를 규정한 입법 취지는 첫째, 우선변제권의 우선순위를 확정하고, 둘째, 임대인과 임차인의 통모에 의하여 선의의 제3자의 권리를 해치는 것을 방지하려는 데 있다. 즉, 임대차계약서에 확정일자를 받아 임대인과 임차인 사이의 공모에 의해 임차보증금을 사후에 변경하는 것이나 조작하는 행위를 방지하려는 것이다. 이를 게을리하면 주택임대차의 경우에는 임대차계약서가 객관적으로 알 수 있는 서류가 아니므로 제3자의 안전은 크게 위협받을 수 있다.¹³⁹⁾

따라서 거래의 안전을 지키기 위해 보증금액을 공시하는 여러 방법이 거론되고 있으며 주택임대차보호법 2013년의 개정을 통하여 확정일자 부여기관을 활용하여 임차보증금이 공시될 수 있는 길을 마련하였다.¹⁴⁰⁾ 이를 통해 우선변제권을 획득한 시기와 우선변제가 가능한 임차보증금의 금액을 확인할 수 있게 되어 임대차계약서가 분실되더라도 이에 대비할 수 있게 되었다.

더 나아가 이해관계인들도 임차보증금을 확인할 수 있게 되었다.¹⁴¹⁾ 하지만 확정일자 부여기관이 산재되어 있어 이해관계인이 임대차정보에 접근하였을

서가 원래의 임대차계약서와 계약일자와 다르다고 하여도 계약당사자, 계약목적물 및 보증금액(전세금액) 등에 비추어 동일성을 인정할 수 있다면 그 전세권설정계약서 또한 원래의 임대차계약에 관한 증서로 볼 수 있고, 등기필증에 찍힌 등기관의 접수인은 첨부된 등기원인계약서에 대하여 민법 부칙 제3조 제4항에 의한 확정일자에 해당하므로 임대차의 계약증서의 확정일자가 있는 것으로 봄이 상당하다(대법원 2002.11.8. 선고 2001다51725 판결).

139) 주택임대차보호법이 개정되면서 임차인의 임차보증금에 관한 보호 장치가 계속 강화되었다. 그러나 임차인의 임차보증금이 보호되면 될수록 그것이 공시되지 아니하는 한 탈법적으로 악용될 소지가 많아지며, 그로 인한 피해는 임대인이나 임차인이 아닌 제3의 양수인 혹은 담보권자에게 돌아가게 되고 결국 거래의 안전이 침해되는 결과를 초래한다. 주택임대차보호법은 이에 관하여 외면하고 있었으며 결국 임차인을 우선 보호하는데에만 급급했다는 인상을 떨쳐버리기 어렵다(민일영, (2009). 『주택상가건물의 경매와 임대차』. 서울: 박영사, p.262.).

140) 제1항은 주택임대차보호법 제3조의 2 제2항의 확정일자는 주택 소재지의 읍·면사무소 동 주민센터 또는 시(특별시·광역시·특별자치시는 제외하고, 특별자치도는 포함한다)·군·구(자치구를 말한다)의 출장소, 지방법원 및 그 지원과 등기소 또는 「공증인법」에 따른 공증인(이하 이 조에서 “확정일자부여기관”이라 한다)이 부여한다(주택임대차보호법 제3조의 6).

141) 이해관계인이란 등기기록에 기록된 환매권자, 지상권자, 전세권자, 질권자, 저당권자, 근저당권자, 임차권자, 신탁등기의 수탁자, 가등기권리자, 압류채권자, 경매개시결정의 채권자 등을 말하고, 가압류권자, 가처분권자, 저당권·근저당권자의 채무자, 등기신청 각하결정에 대한 이의신청인은 포함하지 아니한다(주택임대차보호법 시행령 제6조).

때 신뢰도가 떨어지는 문제점이 있다.¹⁴²⁾

라) 효력발생시기

주택의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서 상에 확정일자를 갖춘 경우 우선변제권은 대항력과 마찬가지로 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음 날 오전 0시에 발생한다.¹⁴³⁾

우선변제권에 있어 대항요건은 소액임차인과는 달리 경매개시결정 기입등기 전에 구비할 필요는 없다. 하지만 임차인이 경매절차에서 어느 시점까지 대항요건을 구비하고 있어야 우선변제권을 유지할 수 있는지에 관하여는 법적으로 규정된 것이 없다. 다시 말하면 임차인이 대항요건을 갖춘 후 당해 주택이 채권자에 의해 경매가 진행되고 있는 상태에서 다른 곳으로 전출하거나 사정에 의해 이사한 경우 배당절차에서 우선변제권의 효력의 기반인 대항요건이 없어지더라도 언제든지 배당이 가능하냐 아니면 불가능하냐 하는 것이다.

판례는 우선변제권의 성립요건은 임차인이 우선변제권 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 배당요구의 종기까지 계속하여 갖추고 있어야만 우선변제권을 행사할 수 있다고 하였다.¹⁴⁴⁾ 하지만 실무적으로 임차인도 우선변제권을 유지하기 위해서는 매각대금 납부 시 현재 대항요건이 존속하고 있어야 주택임대차보호법 제3조 제2항이 적용되므로 매수인이 임대인의 지위를 승계할 때까지 대항요건을 계속 구비하고 있어야 안전하다.

여기서 주의할 점은 임차인이 대항요건보다 확정일자를 먼저 받는다고 하여 우선변제권의 효력발생시점이 당겨지지 않는다는 것이다. 예를 들어, 2015년 3월 3일 확정일자를 먼저 받고 2015년 3월 4일에 대항요건을 갖추어도 우선변제권의 효력은 2015년 3월 5일 오전 0시에 발생한다.

이러한 우선변제권은 임차인에게 배당받을 물권적 효력을 부여하였다는 것

142) 현재와 같이 여러 기관에서 확정일자에 관한 업무를 담당하는 경우에는 이해관계인이 일일이 확정일자부 임대차계약증서를 확인하기 전까지는 확정일자 부여여부를 확인하는 것이 곤란하다(류창호, (2013). “주택 및 상가임차권 공시에 관한 연구.” 『법학논총』 . 33(2): p.126.).

143) 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결

144) 대법원 2002.8.13. 선고 2000다61466 판결

에 긍정적인 평가를 받고 있으나 우선변제권을 지닌 임차인보다 선순위이든 후순위이든 담보권자가 경매를 신청하지 않으면 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환청구소송을 제기하고 이에 따른 승소판결문으로 강제경매를 진행해야 하는 등 상당히 번거로운 절차가 있다. 이러한 문제점을 해소하기 위해 우선변제권을 지닌 임차인에게 경매청구권을 부여하자는 견해도 있다.¹⁴⁵⁾

임차인이 대항력과 우선변제권의 두 권리를 검유하고 있으면서 경매절차에서 우선변제권을 선택하고 임차보증금에 대한 배당요구를 하여 임차보증금 전액을 배당받을 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 임차인이 그 배당금을 지급받을 수 있는 때까지, 다시 말하면 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지 임차권이 소멸하지 않는다고 해석함이 상당하다.¹⁴⁶⁾ 다만 이 경우 임차인이 배당요구를 철회하였다고 해서 임차인이 대항력을 포기하였다고 볼 수는 없다. 하지만 임차인의 배당요구 철회에 따라 매수인이 인수하여야 할 부담이 바뀌는 경우 배당요구를 했던 임차인은 배당요구의 종기가 지난 뒤에는 이를 철회하지 못한다(민사집행법 제88조 제2항).¹⁴⁷⁾

경매가 개시되어 압류의 효력이 발생한 후에 주택의 소유권이 변동되고 신소유자로부터 그 주택을 임차한 후 대항요건과 확정일자를 구비한 임차인에게 우선변제권이 인정되지 아니한다. 왜냐하면 현임차인은 실질적인 임대인의 지위를 가진 전소유자에 대하여는 주장할 수 있는 어떠한 권리도 갖추지 못하였기 때문이다.

한편 미등기 주택에 대항력을 갖춘 임차인이 임차주택 대지의 낙찰대금에 대하여 주택임대차보호법에서 인정하고 있는 우선변제권을 행사할 수 있는지에 대해 판례는 전원합의체 판결로 인정하고 있다.¹⁴⁸⁾

145) 이러한 견해는 다음을 참조할 수 있다(이주복, 전계논문, p.145. 고상용, 전계논문, p.10. 박해식·박정삼, 전게서, p.366.).

146) 대법원 2004.8.30. 선고 2003다23885 판결

147) ‘배당요구에 따라 매수인이 인수하여야 할 부담이 바뀌는 경우’란 ① 인수하여야 할 부담이 새로 생기는 경우로 예컨대 대항력과 확정일자가 최선순위인 주택의 임차인이 배당요구를 하여 매수인이 위 권리를 인수할 필요가 없었는데 배당요구가 철회됨으로써 그 권리 자체를 그대로 인수하게 되는 경우와 ② 부담이 증가하는 경우, 예컨대 최선순위의 대항력이 있는 주택임차인이 배당요구를 하였는데 확정일자를 받지 아니하여 배당절차에서 소액보증금만을 배당받고 나머지 보증금은 매수인이 인수할 것으로 예상되었으나 임차인이 배당요구를 철회함으로써 소액보증금까지 추가로 인수하게 되는 경우를 말한다(이주복, 전계논문, p.151.).

148) 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인의 임차주택 대지에 대한 우선변제권

임차인이 대항력을 갖춘 후 바로 우선변제권을 갖출 수 있음에도 불구하고 확정일자를 받는 도중에 담보권자가 등기를 하게 된 경우에 대해 제한적 대항력이라고 부르고, 이를 임차인의 과실로 보아 후순위 담보권자가 배당을 받아간 금액 상당에 대해 종전 임대인과 임차인 사이에는 채권적 청구권으로 보자는 견해가 있다.¹⁴⁹⁾

하지만 저자는 서민의 주거안정을 목적으로 하는 주택임대차보호법의 기본 취지에 비추어 볼 때 임차인이 대항력만 주장하려고 했는지 아니면 정말 확정일자를 받아 우선변제권을 행사할 수 있는 권리를 확보하는 것을 게을리 했는지에 대한 내심의 의사를 확인할 수 없는 상황에서 임차인에게 채권적 청구권으로 임차보증금을 회수하게 하는 것은 법의 취지에 부합하지 않는다고 본다.

특히 종전 임대인은 경매로 개인회생이나 파산절차를 밟고 있을 가능성이 높는데, 임차인이 우선변제권을 행사할 수 있는 권리를 확보하지 않았다는 이유로 채권적 청구권을 부여하여 별도의 강제집행으로 임차인 자신의 임차보증금을 회수하라고 요구하는 것은 너무 가혹하다고 생각된다.

마) 우선변제권과 다른 권리와 배당순위

(1) 압류권자, 가압류권자 등과의 관계

우선변제권을 지닌 임차인은 압류나 가압류가 등기된 시점 전후에 따라 달

에 관한 법리는 임차주택이 미등기인 경우에도 그대로 적용된다. 이와 달리 임차주택의 등기 여부에 따라 그 우선변제권의 인정 여부를 달리 해석하는 것은 합리적 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한하는 것이 되어 부당하고 민법과 달리 임차권의 등기 없이도 대항력과 우선변제권을 인정하는 같은 법의 취지에 비추어 타당하지 아니하다(대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체 판결).

149) 임차인은 다른 선순위채권자가 없는 경우 절대적 대항력을, 다른 선순위채권자가 있는 경우 상대적 대항력을 취득한다. 절대적 대항력을 갖춘 임차인이 우선변제권 확보를 위한 확정일자를 받을 수 있음에도 불구하고 이를 게을리하여 제3자가 담보권자로 개입하더라도 대법원은 절대적 대항력에 근거하여 임차인이 승계임대인에게 대항력을 주장할 수 있다고 판시하였다. 이런 경우 임차인의 과실이 크므로 담보권자가 배당받아 간 금액 상당액만큼을 매수인이 승계 받지 않도록 제한하고 그 금액 상당은 종전 임대인과 임차인 사이에는 채권적 청구권의 문제로 해결하는 것이 바람직하다(오시영, (2015). “주택임차인의 대항력 및 우선변제권 상실 후의 효력에 관한 연구.” 『법학연구』, 통권(45): pp.167-201.).

라지는데 우선변제권을 지닌 임차인이 앞서면 임차인이 우선하고, 압류나 가압류의 등기시점이 앞서거나 같은 날이면 동순위로 안분배당이 된다. 압류나 가압류가 있는 상태에서 우선변제권을 가진 임차인은 후순위가 있으면 흡수배당도 가능하다.¹⁵⁰⁾ 가압류 후 소유권이 변동된 경우에 개별상대효설과 절차상대효설이 있는데 우리나라 판례는 개별상대효설을 취하고 있다.

개별상대효설은 압류가 된 이후 저촉처분은 압류채권자와 처분이전 해당 집행절차에 대상인 채권자에게 한정하여 대항할 수 없는 것이지 저촉처분 후 해당 집행절차에 대상인 채권자에게는 대항이 가능하다는 견해이다. 절차상대효설은 압류 후의 저촉처분은 압류채권자에게만 국한되는 것이 아니라 해당 집행절차에 참가한 모든 다른 채권자에 대해 대항할 수 없다는 견해이다.¹⁵¹⁾ <표 6>과 같이 개별상대효설로 예를 들면 가압류권자 甲이 1억원 등기가 되어 있는 상태에서 우선변제권을 지닌 임차인 乙이 1.5억원이며, 후순위 근저당권자 丙이 2.5억원이 설정되어 있는 물건이 1.5억원에 낙찰이 되었으며 경매비용 등 기타 선순위비용이 없다고 가정한다. 이 때 가압류권자가 1순위가므로 후순위권자는 일시적으로 물권이 아닌 채권으로 안분배당이 되어, 甲·乙·丙은 각각 0.3억·0.45억·0.75억을 배당받는다. 가압류권자 甲이 채권만족을 하고 나면 乙과 丙은 물권적인 관계로 돌아서 우선배당의 관계가 된다.

<표 6> 우선변제권자와 압류·가압류권자의 배당순위(개별상대효설)

순위	기 준	채권액	안분배당	흡수배당	부족액
①	가압류권자 甲	1억	0.3억 (1.5억×1억/5억)	0.3억	0.7억
②	우선변제권 乙	1.5억	0.45억(1.5억×1.5억/5억)	1.2억 (0.45+0.75)	0.3억
③	근저당권자 丙	2.5억	0.75억 (1.5억×2.5억/5억)	—	2.5억

150) 담보물권 설정행위가 가압류의 처분금지적 효력에 반하는 것이 아니라는 개별상대효설의 견해에서는 가압류권자와 담보권자는 평등하게 배당을 받게 된다. 이와 같은 경우에 담보권자는 그보다 먼저 등기된 가압류채권자에 대항하여 우선변제를 받을 권리는 없으나 가압류채권자와 채권액에 비례하여 평등하게 배당을 받을 수 있다(대법원 1987.6.9. 결정 86다카2570).

151) 법원행정처, 전게서, pp.502-3.

그러므로 임차인 乙이 자신의 채권을 만족할 때까지 근저당권자 丙의 배당액을 흡수하게 되는 이른바 ‘흡수배당’이 이루어진다. 결론적으로 가압류권자 甲이 0.3억, 우선변제권자 乙이 1.2억을 배당받고 이 사건은 종결된다.

<표 7>과 같이 절차상대효설에 따르면 채권과 물권에 대한 구분 없이 안분배당이 되어, 甲·乙·丙은 각각 0.3억·0.45억·0.75억을 배당받는다. 결국 우선변제권을 가진 임차인 乙은 가압류로 인해 물권적 효력을 누리지 못한다.

<표 7> 우선변제권자와 압류·가압류권자의 배당순위(절차상대효설)

순위	기 준	채권액	안분배당	부족액
①	가압류권자 甲	1억	0.3억 (1.5억×1억/5억)	0.7억
②	우선변제권 乙	1.5억	0.45억 (1.5억×1.5억/5억)	1.05억
③	근저당권자 丙	2.5억	0.75억 (1.5억×2.5억/5억)	1.75억

(2) 담보권자(근저당권자)와의 관계

대항요건을 갖춘 확정일자부 임차인과 담보권자(근저당권자)와의 우선순위는 임차인이 대항요건과 확정일자를 모두 구비한 최종시점과 담보권자(근저당권자)가 최초담보권설정 등기시점을 기준으로 상호 비교하여 판단한다. 크게 세 가지의 경우로 구분할 수 있다.

첫째는 대항요건은 담보권자(근저당권자)보다 빠르나 확정일자는 담보권자(근저당권자)의 최초담보권설정 등기시점보다 늦는 경우이다. 예를 들어, 임차인이 2015년 3월 3일에 대항요건을 갖추고 동년 동월 5일에 확정일자를 모두 구비하였고, 동년 동월 4일에 담보권자(근저당권자)가 설정을 완료한 경우이다. 이때는 임차인은 우선변제권이 있으나 담보권자(근저당권자)보다 확정일자가 늦어 배당순위는 밀린다. 단, 임차인은 대항요건이 최초근저당권설정일보다 빨라 매수인에게 대항력에 의해 인수를 주장할 수 있다.

둘째는 대항요건과 확정일자가 담보권자(근저당권자)의 최초담보권설정 등

기시점보다 빠른 경우이다. 예를 들어, 임차인이 2015년 3월 3일에 대항요건과 확정일자를 모두 구비하였고, 동년 동월 4일에 담보권자(근저당권자)가 설정을 완료한 경우이다. 이때는 임차인이 우선변제권에 의해 담보권자(근저당권자)보다 우선하여 배당을 받을 수 있다. 물론 매수인에게 대항력에 의해 인수를 주장할 수도 있다. 다시 말해 임차인은 대항력과 우선변제권을 둘 중에 선택적으로 하나를 행사할 수 있다.

셋째는 대항요건은 담보권자(근저당권자)의 최초담보권설정 등기시점보다 빠르나 확정일자는 담보권자(근저당권자)의 최초담보권설정 등기시점과 같은 경우이다. 예를 들어, 임차인이 2015년 3월 3일에 대항요건을 갖추고 동년 동월 5일에 확정일자를 모두 구비하였고, 동년 동월 5일에 담보권자(근저당권자)가 설정을 완료한 경우이다. 이때는 임차인은 담보권자(근저당권자)와 안분배당을 받고 만약 받지 못한 임차보증금이 있다면 매수인에게 대항력에 의해 인수를 주장할 수 있다. 상기 3가지 유형의 내용을 정리하면 <표 8>과 같다.

<표 8> 우선변제권자와 담보권자의 최초 설정등기 시점과의 관계

	기 준	내 용
①	대항요건 > 담보권자 > 확정일자	우선변제권은 담보권자보다 후순위이나 매수인에게 대항력은 주장가능
②	대항요건 / 확정일자 > 담보권자	우선변제권과 대항력을 선택적으로 주장 가능
③	대항요건 > 담보권자 = 확정일자	우선변제권은 담보권자와 안분배당 후 부족금은 매수인에게 대항력 주장가능

만약 확정일자와 동일한 날짜에 여러 개의 저당권이 설정된 경우라면 먼저 임차인의 임차보증금과 각각의 근저당권자가 설정한 피담보채권총액과 비례하여 안분배당을 실시하고, 근저당권자 상호간에는 순위번호에 의해 제일 먼저 설정된 선순위 근저당권자가 자신의 채권액을 만족할 때까지 후순위 저당권자가 배당받아야 할 금액을 전부 다 가져가게 되는 이른바 흡수배당이 된다. 임차인이 경매신청기입등기가 된 이후에 임대차계약을 맺고 대항요건을

갖춘 상태에서 확정일자를 받은 경우라면 확정판결 등 집행권원 없이도 우선변제권에 의해 배당을 요구할 수도 있고, 후순위로 설정된 담보권자나 기타 물권이 아닌 일반채권자보다는 우선적으로 배당을 받을 수도 있다.

물론 현실적으로는 경매 후에 우선변제권을 갖추게 되면 선순위가 과다한 경우가 대부분이라 우선변제권이 있다고 하더라도 임차인이 배당받기는 어려울 것이다. 경매기입등기 이전에 대항요건을 갖추어야 배당을 받을 수 있는 소액임차인의 최우선변제권과 이러한 요건이 필요 없는 우선변제권과는 개념 정의에 있어 분명한 차이가 있다.

우선변제권을 갖춘 임차인들 사이에서 주택임대차보호법 제8조 제1항에 의하여 임차보증금 중 일정액의 보호를 받는 소액임차인의 지위를 겸하는 경우, 먼저 소액임차인으로서 보호받는 일정액을 우선 배당하고 난 후의 나머지 임차보증금 채권액에 대하여는 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인으로서 우선변제권에 의해 순위에 따라 배당을 받아야 한다.¹⁵²⁾ 하지만 이런 경우 임차인이 자신의 임차보증금을 모두 보호받을 수 있다는 의미는 아니다.

예를 들어, 서울소재의 단독주택에 2014년 3월 20일 근저당권자 丁이 1억원이 설정된 상태에서 동년 3월 23일 임차인 甲이 0.7억원, 동년 4월 5일 임차인 乙이 0.6억원, 동년 4월 20일 임차인 丙이 0.5억원에 임대인 戊와 임대차계약을 체결하고 대항요건과 확정일자를 갖춘 상태에서 경매가 진행되었고 2.2억원에 낙찰이 되었으며 경매비용 등 다른 선순위는 없다고 가정한다.

근저당권이 설정될 이 당시에는 최우선변제권을 행사하기 위한 보증금의 범위는 서울이 0.95억 이내에서 소액임차인이 0.32억을 배당받을 수 있었다. <표 9>와 같이 소액임차인 甲, 乙, 丙은 소액임차인의 최우선변제권의 행사로 0.32억원씩 배당을 받고, 그 다음으로는 우선변제권의 순위에 따라 근저당권자가 1억원, 甲이 남은 0.24억원을 추가로 배당받는다. 乙과 丙은 근저당권자와 甲에게 우선변제권에서 밀려 더 이상 배당을 받을 수 없다. 甲은 최우선변제권과 우선변제권을 모두 행사하였으나 임차보증금 0.7억원 중 0.56억원만 배당을 받고 0.14억원은 손실을 보게 되는 결과를 초래하였다.

152) 대법원 2007.11.15. 선고 2007다45562 판결

<표 9> 우선변제권을 가진 소액임차인들 간의 배당순위

순위	기 준	채권액	1차 배당	2차 배당	부족액
②	근저당권자 丁	1억	—	1억	—
①③	우선변제권 甲	0.7억	0.32억	0.24억	0.14억
①	우선변제권 乙	0.6억	0.32억	—	0.28억
①	우선변제권 丙	0.5억	0.32억	—	0.18억

(3) 다른 임차인과의 관계

임차인이 소액임차인에 해당한다면 그 임차인이 최우선순위에 의해 소액임차보증금을 먼저 배당받지만 같은 우선변제권을 지닌 임차인 사이에서는 대항요건과 확정일자를 갖춘 시점에 따라 우선순위가 결정된다.

예를 들어, 서울지역에 2016년 3월 25일 근저당권자 甲 1억원, 2016년 4월 5일 대항요건을 갖춘 소액임차인 乙이 0.9억원, 2016년 4월 25일 대항요건과 확정일자를 갖춘 소액임차인 丙이 0.8억원, 2016년 5월 20일 우선변제권을 지닌 임차인 丁이 1.3억원에 전입되어 있는 주택이 2.5억원에 낙찰이 되었으며 경매비용 등 기타 선순위는 없다고 가정한다.

이때는 우선 말소기준권리부터 확인하여야 한다. 말소기준권리는 근저당권 설정일을 의미하므로 2016년 3월 25일이며, 비록 소액임차인이 2016년 4월 이후에 전입을 하였더라도 2016년 3월 31일 개정된 주택임대차보호법 적용이 아닌 그 전의 법 적용을 받게 된다. 결국 소액임차보증금은 서울의 경우 0.95억원 내에서 최대 0.32억원을 최우선적으로 변제받게 된다.

<표 10>과 같이 먼저 소액임차인 乙과 丙이 소액임차보증금 내이므로 각각 0.32억원을 먼저 배당받고 나면 물권적 효력인 우선변제권 순위에 의해 배당을 받는다, 소액임차인인 乙은 확정일자가 없어 우선변제권을 행사할 수 없으므로 소액임차보증금을 받고 나면 더 이상 배당받을 권리가 존재하지 않는다.

즉 甲, 丙, 丁이 순위에 의해 배당을 받으면 甲은 1억원, 丙은 0.48억(총

0.8억)을 배당 받아 자신의 채권액을 모두 만족한다. 하지만 비록 우선변제권을 가진 丁은 순위에 밀려 자신의 채권액 1.3억원 중 모두 배당받고 남은 불과 0.38억원만을 배당받을 운명에 처하게 된다.

<표 10> 우선변제권 유무의 소액임차인과 우선변제권자와의 배당순위

순위	기 준	채권액	1차 배당	2차 배당	부족액
②	근저당권자 甲	1억	-	1억	-
①	소액임차인 乙	0.9억	0.32억	-	0.58억
①③	소액임차인 丙	0.8억	0.32억	0.48억	-
④	우선변제권 丁	1.3억	-	0.38억	0.92억

(4) 세금, 임금채권과의 관계

임차주택에 대하여 부과하는 국세, 지방세와 그 가산금과 같은 당해세는 우선변제권을 지닌 임차인보다 우선한다.¹⁵³⁾ 취득세에 대해서는 헌법재판소의 결정취지에 비추어 당해세 인정범위에서 제외되었다.¹⁵⁴⁾ 또한 증여세는 대법원 판례가 일정한 경우에 한해 당해세에서 제외하고 있다.¹⁵⁵⁾ 당해세가 아닌

153) 당해세란 국세, 지방세 중 경매 목적인 부동산에 대하여 부과된 것을 말한다. 국세 중 당해세는 상속세, 증여세, 종합부동산세가 있다(국세기본법 제35조 제5항). 지방세 중 당해세로는 재산세, 도시계획세, 소방공동시설세, 재산세에 부과되는 지방교육세 등이 있다(지방세법시행령 제14조의 4).

154) 지방세법이 규정하는 '취득'의 개념은 우리들이 상식적으로 알고 있는 '취득'의 개념보다는 훨씬 광범위하고 복잡한 것이어서 비록 그것이 당해 재산에 관한 것이라 할지라도 이를 미리 예측하기는 매우 어렵다고 보이고, 또 지방세법상 등록세는 재산권 기타권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록하는 경우에 그 등기 또는 등록을 받은 자에게 부과하는 조세이나, (제124조) 그 등기 또는 등록대상의 범위가 광범하여 이것 또한 그 과세원인의 발생가능성을 예측하기 어렵다. 따라서 취득세와 등록세를 당해세의 우선에 관한 특례에 포함시키는 것은 조세법률주의의 이념인 국민의 경제생활에 관한 예측가능성의 보장을 허물고 기본권 제한입법의 한계와 재산권보장에 관한 헌법규정(헌법 제37조 제2항 및 제23조 제1항)에 위배된다(헌재 1994.8.31. 91헌가1 결정).

155) 국세기본법상의 법정기일 전에 설정된 근저당권에 의하여 담보된 채권보다 우선하는 그 매각 재산에 대하여 부과된 국세·가산금은 근저당권이 설정된 재산 자체에 대하여 부과된 국세·가산금이어야 할 것인데, 상속세법 제34조의 6의 규정에 의하여 부과된 증여세는 재

국세 및 지방세는 그 법정기일과 임차인이 대항요건과 확정일자를 모두 갖춘 최종시점의 전후에 의하여 우선순위가 결정된다(국세기본법 제35조 제1항 제3호, 지방세법 제31조 제2항 제3호).

임금채권에 있어서는 최종 3개월분 임금, 최종 3년간의 퇴직금 및 재해보상금 채권은 우선변제권을 지닌 임차인보다 우선한다. 하지만 위 채권들 외에 임금, 기타 근로관계에 인한 채권은 후순위가 된다.

바) 우선변제권을 행사한 임차인의 매수인에 대한 지위

법원은 매수인이 대금을 낸 후 6월 이내에 인도명령을 신청하면 채무자, 소유자 또는 부동산 점유자에 대하여 부동산을 매수인에게 인도하도록 명할 수 있다(민사집행법 제136조 제1항). 인도명령을 신청할 수 있는 자는 매수인과 매수인의 상속인 등 일반상속인에 한한다.¹⁵⁶⁾ 인도명령이 발하여진 후의 일반승계인은 승계집행문의 부여를 받아 인도명령의 집행을 할 수 있다. 인도명령의 상대방은 채무자, 소유자 또는 부동산점유자이다(민사집행법 제136조 제1항).

여기서 주의할 것은 첫째, 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 우선변제권을 선택하여 임차주택에 대하여 진행되고 있는 경매절차에서 임차보증금에 관하여 배당요구를 한 경우에 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지는 매수인에 대하여 임차주택의 명도를 거절할 수 있다.¹⁵⁷⁾ 또한 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 배당요구를 하였으나 순위에 따른 배당이 실시되더라도 배당받을 수 없는 임차보증금 잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대하여 낙찰을 받은 매수인을 상대로 동시이행항변권을 주장할 수 있다.¹⁵⁸⁾ 반면에 일단 배당표가 확정되면 임차인은 매수인에게 주택을 인도하고

산의 취득자금을 증여받은 것으로 추정하여 그 재산의 취득자금에 대하여 부과하는 것이어서 국세기본법상의 그 매각재산 자체에 대하여 부과된 국세·가산금이라고 할 수 없으므로, 위 법정기일 전에 설정된 근저당권에 의하여 담보된 채권에 우선하지 못한다(대법원 1996. 3.12. 선고 95다47831 판결).

156) 경매부동산의 인도청구는 낙찰자에게 허용된 경매절차상의 권리에 속하는 것이므로 제3자가 매수인으로부터 낙찰된 부동산의 소유권을 취득하였다 하더라도 그 제3자가 승계를 이유로 위 법조에 규정된 인도청구를 할 수 없다(대법원 1966.9.10. 결정 66마713 판결).

157) 대법원 1997.8.29. 선고 97다 11195 판결

158) 대법원 1997.8.22. 선고 96다 53628 판결

배당된 임차보증금을 경매법원으로부터 수령하여야 하는 바, 매수인의 인도 요구에도 불구하고 정당한 이유 없이 매수인에 대한 주택의 인도를 거부한 채 계속 사용·수익한다면 그로 인한 부당이득금을 매수인에게 반환하여야 한다.¹⁵⁹⁾

둘째, 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 임차보증금 전액을 배당받지 못한 경우에는 매수인에게 대항할 수 있는 임차보증금 잔액의 범위는 임차보증금 중 경매절차에서 올바른 배당순위에 따른 배당이 실시될 경우의 배당액을 공제한 나머지 금액을 의미한다는 것이다.¹⁶⁰⁾

제 3 절 임차인보호에 관한 외국의 입법례¹⁶¹⁾

가) 독일

(1) 대항력

독일 민법 제571조에서 부동산임차인이 주택의 점유를 취득하면 그 임차주택의 신소유자 내지는 물권취득자가 임대인의 지위를 승계하도록 하여 임차인에게 대항력을 부여하였다. 현재 독일은 우리나라와 달리 단지 주택의 인도만을 대항요건으로 하고 있다. 임차주택이 임대인으로부터 제3자에게 양도된 경우에는 양수인이 임대인에 갈음하는 지위를 얻게 된다.

임대차 관계에 대해 제3자에게 대항할 수 있다는 의미는 대체로 임대차관계의 존속 중 임대차 목적물이 제3자에게 양도된 경우에, 당사자 사이에 승계에 관한 별도의 약정이 없더라도 법률의 힘에 의하여 양수인은 종전의 임대

159) 한호영, (1998). “경매의 진행과 대항력 있는 주택임차권의 관계.” 『인권과 정의』, p.142.

160) 대법원 2001.3.23. 선고 2000다30165 판결

161) 외국의 주택임차인보호제도를 조사하기 위해 이주복, (2008). 『주택임차인의 대항력과 우선변제권』, 안동대학교 박사학위논문. 백중환, (2010). 『주택임대차보호법상 임차인의 권리 보호에 관한 연구』, 목포대학교 박사학위논문. 박경식, (2011). 『주택임차인 보호제도의 개선방안에 관한 연구』, 제주대학교 박사학위논문. 강민서, (2012). 『주택임대차보호법상 임차인보호에 관한 연구』, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문. 등을 검토하였다. 검토 후 저자는 직접 해당 논문내용을 검토하여 요약·기술하였다.

인(양도인)의 임대차계약상의 지위를 당연히 승계한다는 것이다.¹⁶²⁾

주택이나 토지의 경우는 보통의 용익권보다 대항력에 대하여 매우 강력하게 보호를 받는다. 즉 토지나 주택임차권에 있어서는 경매가 선순위 권리자의 신청에 기초하여 이루어진다고 하더라도 임차인이 목적물의 인도를 받고 있 기만 하면 매수인에게 대항할 수 있다.

대항력은 독일 민법 제571조에 양도시점 전까지라고 규정하고 있으나, 독일의 판례에 의하면 양도시를 소유권 이전시기인 물권행위 및 등기를 필한 시기로 해석하고 있다.

독일에서 적용되는 강제집행법은 경매로 인한 소유권 이전에 대한 시점을 경락된 시점(매각허가 신고 시)으로 규정하고 있다. 반면에 우리나라는 대금 납부를 완료하여야 소유권 이전의 효력이 발생한다. 결국 독일의 경우는 경매가 신청된 경우 임차인이 매각기일 전까지 주택을 인도받은 경우에는 매수인에게 대항력을 가지고 대항할 수 있다.

(2) 존속보호

임대차관계의 종료는 기본적으로 당사자가 임대차기간을 정한 경우에는 그 기간의 만료로 종료한다. 기간을 연장하고자 하는 경우는 계약당사자의 명시적 합의에 의하거나 또는 임차인이 기간 만료 후에도 임차한 주택의 사용을 계속하는 것으로 하는 묵시적 합의를 통해서도 가능하다(제545조).

독일민법은 주거임대차의 존속기간에 대하여는 규정하고 있지 않고 당사자의 계약에 의하여 정하도록 하고 있다. 다만 해지는 주거공간이 인도된 후에 적어도 1년이 지나야 할 수 있다(제550조). 따라서 독일은 간접적으로 1년의 최단기간을 보장하고 있는 셈이다.

해지는 통상해지와 특별즉시해지로 나누어 볼 수 있다. 통상해지는 임대인이 임차인에게 임대차관계가 만료됨에 따라 정당한 이익을 얻는 경우에만 허용된다.

첫째, 임차인이 계약상 의무를 유책하기에 상당한 정도로 위반한 경우로는

162) 강민서. (2012). 『주택임대차보호법상 임차인보호에 관한 연구』. 연세대학교 법무대학원 석사학위논문. p.51.

차임지불의 지연, 공동주택에서 거주자 주의사항의 심각한 위반의 예이다.

둘째, 임대인이 자신과 자신의 가족구성원이나 자신의 세대와 같이하는 사람을 위하여 주차공간이 필요하게 되어 정당한 이유로 해지를 하는 경우로는 임대인이 자녀의 결혼으로 주차공간이 필요한 예이다.

셋째, 임대인이 임대차관계의 계속으로 토지를 경제적으로 적절하게 이용하는데 장애를 받고, 그로 인하여 그에게 현저한 불이익이 발생하게 되는 경우로는 오래된 건물을 부득이하게 개축하는 예이다.

통상해지의 기간은 임차인이 해지하는 경우는 임대차기간에 상관없이 3개월이고, 임대인이 해지하는 경우는 임대차기간에 따라 다르다. 즉 임대차기간이 5년을 넘지 않으면 그 해지기간은 3개월이고, 5년을 초과하면 6개월, 8년 이후에는 9개월로 연장된다(제573조 c 제1항). 이 규정은 임대차관계가 장기적으로 계속되면 그에 따라서 해당 지역에 깊이 뿌리를 내려 안정적인 대체주택을 찾는 데 많은 시간이 소요된다는 점을 고려한 것이다.¹⁶³⁾

개정법은 임차인의 통상해지기간을 임대차기간에 관계없이 3개월로 단축하였다. 반면 임대인의 통상해지기간에는 구법과 동일하게 임대차기간에 따라 해지기간을 달리 적용하여 임대인이 새로운 임차인을 찾는 데 충분한 시간을 주었다.

특별즉시해지는 임대차계약의 각 당사자가 일정한 해지기간의 경과 없이도 중대한 사유가 있는 때에는 임대차관계를 즉시 해지할 수 있는 것을 의미한다(제543조, 제569조).

여기서 의미하는 중대한 사유는 첫째, 임차인 또는 임대인의 책임 있는 사유로 임대차관계의 계속을 기대할 수 없는 경우에는 중대한 사유가 존재한다고 본다. 상대방에게 심한 모욕을 주거나 주거공간에 대해 지속적으로 방해하는 예이다.

둘째, 임차한 주거공간이 임차인의 건강에 현저한데 위험을 초래하는 경우로는 주택의 전부 또는 일부의 사용이 적시에 보장되지 않거나 이용할 수 없는 예이다.

셋째, 임차인이 임차한 주택을 계약 내용과 다르게 이용하여 임대인의 권리

163) 이주복, 전계논문, p.19.

를 현저하게 침해하거나 임차인이 차임의 지불을 2개월 이상 지체한 예이다.

(3) 차임의 통제

독일은 차임액의 결정과 차임인상은 당사자 사이의 약정에 의하여 자유로이 정할 수 있으나, 독일 경제 형법 제5조는 주택 차임 결정에 있어 여러모로 유사한 주택과 비교하여 기존 주택 차임에 20%를 초과하지 못한다.

과거 30%에서 20%로 한도를 축소하였는데, 이는 인구가 밀집된 지역에서 차임을 올리는데 사회적으로 심하게 가혹한 결과가 초래되는 것을 회피하고자 한 것이다. 임대인이 관리비용을 충당하기 위한 경우라도 해당 지역의 다른 주택들과 비교하여 원래 형성하고 있는 기존 주택차임의 50%를 초과하는 이른바 폭리행위의 한계를 넘어서는 안 된다.

차임의 형태는 계단식 차임(Staffelmiete)과 지수식 차임(Indexmiete)이 있다. 계단식 차임이란 적어도 1년 이상 차임의 변동 없이 일정한 기간에 대하여 각각 달리 약정할 수 있는 방식이다. 독일민법은 임차인이 행사할 수 있는 해지권에 대해 최장기간으로 4년까지는 배제되는 것이 가능하게 하였고, 이 기간 경과 후에는 해지할 수 있게 하였다(제577조). 과거 10년에 비해 축소된 것에 대해 다른 견해들이 존재한다. 지수식 차임은 최소한 1년간 변동 없이 동일하지만 국내의 가계물가지수에 의하여 서면으로 약정하는 방식이다.

임대인과 임차인이 약정에 의한 차임인상 합의가 없는 경우 임대인은 지역에서 통상적으로 이루어지는 유사차임에 의한 차임인상만을 청구할 수 있다(제558조). 목적물 개량에 의해 지급된 비용이나 제3자 자금계상에 의하여 충당된 비용 등에 의한 인상 외에는 연 20%를 넘을 수 없다는 ‘지역의 유사차임에 의한 차임인상의 원칙’이 도입된 이후 독일 임대차시장의 안정화에 기여한 것으로 알려져 있다.

나) 일본

(1) 대항력

일본 민법상 임차권의 대항력은 우리 민법과 같이 등기함으로써 발생하나, 차가법은 건물의 인도으로써 임차권의 대항력을 인정하였으며, 인도는 현실의 인도는 물론 간의 인도도 대항력을 인정하였다. 현행 차지차가법 제31조는 “건물의 임대차는 그 등기가 없어도 건물의 인도가 있을 때에는 이후 그 물건에 대한 물권을 취득한 자에 대하여 효력이 생긴다.”라고 하여 주택임대차의 경우 등기 없이 단지 건물의 인도만으로 대항력을 인정하고 있다.

일본 민법은 양수인의 당연승계 여부나 임대인의 면책여부에 대한 규정이 없지만 통설과 판례로 인정하고 있다. 임대차목적물이 제3자에게 양도되어 양수인이 임대차계약상의 지위를 법정승계 하는 경우 종전 임대인은 임대차관계에서 완전히 이탈하여 아무런 책임을 지지 않는다고 일본의 학설과 판례는 보고 있다. 즉 양수인은 종전의 임대인(양도인)의 임대차계약상의 지위를 당연히 승계하게 된다.¹⁶⁴⁾

(2) 존속보호

일본은 주거용건물인가 사업용건물인가를 구분하지 않고 차지차가법에 의해 보호하고 있다. 일본의 차지차가법은 둘로 나누어지는데, 하나는 차지권(건물소유를 목적으로 하는 지상권과 임차권)이며, 나머지 하나는 차가권(건물에 대한 임차권)에 관해 민법상으로 지상권과 임대차에 대한 특칙을 마련해 놓고 있다(차지차가법 제1조).¹⁶⁵⁾

또한 동법 제28조는 “건물임대인에 의한 갱신거절이나 해지통고는 정당사유가 인정되는 경우가 아니면 원칙적으로 이를 하지 못한다.”고 하였다. 해지의 정당사유란 첫째, 건물의 임대인과 임차인이나 전차인이 건물사용을 불가피하게 필요로 하는 상황, 둘째, 건물임대차와 관련하여 종전의 경과사항, 셋째, 건물을 이용하고 있는 현실적인 상황, 넷째, 건물의 노후정도 등 현황, 다섯째, 건물임대인이 건물을 명도할 조건으로 또는 건물의 명도에 상응하여 건물임차인에게 재산상 일정액을 급부를 할 의사를 신청을 한 경우이다. 하지만

164) 이범주. (1984). “민사법의 제문제.” 『온산 박순원 선생 고회 기념』. p.172.

165) 일본 차지차가법은 1921년 제정된 차지법과 차가법, 1909년에 제정된 「건물보호에 관한 법률」을 통합해 1991년 10월 4일 제정, 공포하고 위 세 법률은 폐지하였다.

이는 이미 판례에 의해 확립되어 있던 사유를 명문화한 것에 불과하다.

2년의 존속기간을 만료시점으로 한 임대인의 해지권 행사가 주변 임차의 시세 상황과 해지권 행사, 임차인이 채무를 이행할 수 있는 능력을 보유했는지 정도 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 권리행사를 할 수 있도록 하는 것이 타당하다면 허용할 필요성이 있고, 그렇지 않은 경우에는 부당한 해지권 행사로 보아 임대인의 재산권 보장과 임차인의 존속보장을 적절하게 조화하는 방향으로 입법론은 사회의 변화에 따라 신속하게 진행되어야 한다.¹⁶⁶⁾

해지기간에 대해서 민법 제617조 제1항은 당사자 누구든지 3개월로 하고 있으나, 차지차가법 제27조는 묵시적인 갱신의 임대차에서 임대인이 해지를 요청하면 그 해지기간을 6개월로 늘이고 있다. 또한 민법은 기간을 정한 임대차는 기간의 만료되는 경우 임대차관계가 종료되나, 차지차가법 제26조 제1항은 “당사자가 그 기간만료 전 1년에서 6개월 사이에 상대방에 대하여 갱신 거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 종전의 계약과 동일한 조건으로 계약을 갱신한 것으로 본다.”라고 명시하고 있다.

묵시적 갱신에 있어서도 차지차가법 제26조 제2항과 제27조 제2항은 “갱신 거절의 통지 또는 해지통고를 한 경우라도 그 존속기간 또는 해지기간이 만료한 후 건물임차인(또는 전차인)이 사용을 계속하는 경우에 건물임대인이 지체없이 이의를 제기하지 아니한 때에는 종전의 계약과 동일한 조건으로 계약을 갱신한 것으로 보되 그 기간은 정함이 없는 것으로 본다.”라고 명시하고 있다.

차지차가법이 제정되면서 신설된 기한부 건물임대차에 대해서는 예외적으로 존속보호가 되지 않는 경우가 있다. 두 가지 예외의 경우는 첫째, 임대인이 부재기간인 건물임대차이다. 임차인이 부득이한 사정으로 전근을 가거나, 요양 또는 친족의 보호 등을 위해 건물을 일정기간 사용하는 것이 곤란하나 그 일정기간을 정하여 건물의 임대차기간으로 갈음한 때에는 계약의 갱신이 없는 것으로 할 수 있다. 둘째, 철거예정인 건물의 임대차이다. 법령 또는 계약에 의하여 일정기간 경과한 후 건물을 철거하게 될 때에 임대차를 종료할 수

166) 강창보·김여선, (2014), “일본 차지차가법에 대한 고찰,” 『법과 정책』, 20(2): p.18.

있다.

(3) 차임의 통제

차지차가법 제32조 제1항은 “건물차임이 토지나 건물에 대한 조세 기타 부담이 증가하거나 감소함에 의해 그리고 토지나 건물가격이 오르거나 내리는 등 기타 경제사정의 변동이 생겨 근처 같은 종류의 건물과 차임을 서로 비교하는 것이 합리적이지 아니한 때에는 계약조건이 있음에도 임대인과 임차인은 장래에 향하여 건물 차임액을 늘이거나 줄이는 것을 청구할 수 있다. 다만, 일정기간 건물 차임을 증액하지 아니한다는 특약이 있으면 이에 따른다.”고 정하고 있다.

건물차임에 대한 증액은 임대인과 임차인 사이에 서로 협의하여 정할 수 있지만 협의가 결렬된 때에는 그 청구를 받은 자는 차임 증액의 정당성이 재판을 통해 확정될 때까지는 상당하다고 인정하는 액의 건물차임을 지불하면 충분하다(차지차가법 제32조 제2항 본문). 건물차임에 대한 감액은 임대인과 임차인 사이에 서로 협의가 성립하지 않으면 그 청구를 받은 자는 재판에서 감액의 정당성이 확정될 때까지 상당하다고 인정하는 액의 건물차임의 지불을 청구할 수 있다(차지차가법 제32조 제3항 본문). 증액의 경우는 미지급 부족액 및 지불기 이후의 기간에 대한 연 1할의 이자율로 계산한 이자를 지불한다(차지차가법 제32조 제2항 단서). 감액의 경우는 이미 수령한 초과액 및 수령한 때로부터 기간에 대해 연 1할의 이자율로 계산한 액을 반환하도록 하고 있다(차지차가법 제32조 제3항 단서).

현재 일본의 법제는 차임개정에 인위적으로 통제하거나 규제하지 않으면서도 간단한 차임증감청구에 대한 상당성 통제만으로 건물임대차의 차임통제가 이루어지고 있다. 이러한 상당성에 대한 판단은 임차건물 비용의 변동, 물가 등락 등의 경제 사정, 비교차임으로 요약된다.

다) 영국

(1) 대항력

영국의 현행 차가법의 적용범위는 “과세가격 또는 기준차임이 법정기준 이하인 주거에 한하여 적용된다.”라고 한다(차지차가법 제1조 제1항). 여기서 주거란 건물이나 건물의 일부분에 대해 독립한 주거공간으로 임대된 것을 말하며, 과세가격이란 고정자산의 평가기준이 임대가격에 상당한 것이다. 주거는 주거의 목적으로 하여 전체가 아니더라도 한 점포나 영업 등 일부만 사용이 되었다고 하더라도 포함한다.

차가법의 기본원칙은 임대인이 해지를 통지하거나 그 밖의 사유로 약정임차권이 사라져도 임차인에게 주거를 지속하도록 함으로써, 특별한 사유가 있는 경우 외에는 법원이 주택에 대한 인도명령이나 판결하는 것을 금지하여 임차인의 거주를 보호하고 있다. 이러한 임차권을 법정임차권이라고 한다. 즉 임차인은 약정임차권이 소멸해도 해당 주택을 점유해야만 하고 약정임차권은 차가법이 적용되는 범위 내에 있어야 하고, 임차인은 주로 거주하기 위하여 주택을 사용하여야 한다. 또한 차임법은 법에서 정한 기준 이하의 주거에 적용되므로 이에 따라 고급주택은 기준의 적용이 제외된다.¹⁶⁷⁾

판례에 의하면 법정임차권이란 법정임차인이 법원으로부터 파산선고를 받아도 임차한 주택에서 계속 거주하며, 차가법의 보호를 받을 수 있다. 영국에서는 우리나라와는 달리 대항력의 문제는 양당사자간의 합의만으로 충분하고, 점유이전을 하거나 인도를 해당 요건으로 한다.

다만 존속기간이 3년 이상인 경우에 합의를 하기 위해서는 날인증서로 하여야 한다. 존속기간이 3년 이하는 점유가 확실하여 제3자와 권리관계에서 분쟁의 가능성이 없으나 존속기간이 3년 이상이면 분쟁의 가능성을 감안하여 확정일자증서를 받든지 이와 유사한 날인증서를 구비하여야 한다.

(2) 존속보호

주택임대차는 1997년의 차임법을 주법으로 하는데, 1988년 주택법을 만들

167) 강민서, 전제논문, p.47.

어 임대차의 존속보호와 더불어 임대인의 점유회복도 형평을 기하였다. 영국은 임대차관계가 지속적으로 존속하는 한 임차인이 임대차계약상 특약을 위배해도 임대인은 주택명도를 위해 법원에 명도명령판결을 받아야 한다.

임대차계약 기간만료에 의한 소멸도 마찬가지다. 또한 임대인이 임차인의 차임지급지체 등으로 인해 명도사유에 기하여 해약고지를 해도 법원은 인도명령이나 판결을 내리는 것이 합리적 여부를 신중하게 판단한 후 임대인의 명도청구를 인용할 것인지에 대해 최종적으로 결정한다.

영국의 임대차법에서는 임대인 입장에서는 법정명도사유가 존재하는 경우에만 법원과의 소송절차로 건물명도명령을 받을 수 있고, 이를 통해 임차인을 임차주택으로부터 퇴거시킬 수 있다. 이는 기간의 약정이 있는 임대차의 계약기간이 만료한 경우도 같다.

명도사유로는 첫째, 임대인이 적절한 대체주택을 제공하는 경우, 둘째, 임차인이 제한차임을 초과하여 전대한 경우, 셋째, 그 밖의 법원명도사유로서 차임 지불 및 그 외의 의무위반, 반사회적 행위, 임차인의 해지통고, 임대인의 승낙없는 주택 전부에 대한 임차권의 양도 및 전대 등이 있으며, 임대인 자신이 거주, 임대인의 18세 이상 된 자식의 거주, 임대인 부모의 거주로서 건물을 사용해야 할 정당한 필요가 있는 경우에도 명도사유가 된다.¹⁶⁸⁾

(3) 차임통제

1965년 임대료법의 개정을 통해 모든 민간임대주택이 적용되는 공정임대료 제도를 도입하였다.¹⁶⁹⁾ 1972년 주택기금법에서 공정임대료 제도를 공영주택까지 확대하여 민간임대주택이나 공영임대주택 둘 다에 대해 공정임대료 제도를 실시하면서 임대료 지불이 사실상 어려운 계층에 대해 임대료 할인이나 보조를 해 주는 제도가 도입되었다. 1977년에는 임대료법을 다시 한 번 개정

168) 이은영. (2004). 『채권각론』. 서울: 박영사. p.456.

169) 공정임대료제도란 임대료사정관이나 임대료조정위원회에 의해 결정된 임대료로서 임대인의 걱정이유가 보장되는 수준으로 모든 공정임대료는 지방임대장부에 기록되어 있다. 공정임대료를 결정하는 기준에는 임대인이나 임차인의 개인사정을 제외한 모든 상황변화, 주택의 보수상태와 장점, 지역특성, 건축연한, 가구여부 등 임차인에게 책임이 있는 파손, 임차인의 거주기간 동안 일어났으나 임차인에게 필요치 않은 개량 등이 있다(박경식. (2011). 『주택임차인 보호제도의 개선방안에 관한 연구』. 제주대학교 박사학위논문. p.26.).

하여 이런 공정임대료 제도가 모두에게 적용되는 것이 아니라 특정하게 한정된 민간임대주택에 국한함으로써 해당 적용범위는 축소되는 반면 임대료 보조제도는 확대되었다.

영국에서는 등록임대차만 공정임대료가 적용되는데, 1977년 개정된 임대료 법에 입각하여 소유자가 해당 주택에 직접 살지 않는 임대용 주거는 등록임대차(regulated tenancies)로 신고하도록 하였다.

또한 영국은 민간임대주택에 대한 주택공급을 늘이기 위해 1979년 임대차에 대한 형태를 장기와 단기로 나누고 임차권과 임대료에 대한 규제를 기간별로 차등화하였다. 보증임대차의 경우 장기보증임대차는 지속적으로 임차가 가능한 반면 시장임대료를 적용하고 있으며 단기보증임대차는 공정임대료를 적용하면서 임대기간의 6개월부터 5년간까지로 단기적으로 제한하고 있다.

라) 프랑스

(1) 대항력

프랑스 민법은 제1743조에서 “임대부동산을 매매에 의하여 취득한 자는 공정증서 또는 확정일자부 있는 증서에 의한 임대차계약의 임차인을 퇴거케 할 수 없다.”고 하여 임차인에 대한 대항력을 인정하였다. 1855년 제정된 저당등기법에 의해 부동산임차권의 등기는 필요하나 임차인이 스스로 단독으로 등기할 수 있도록 함으로써 대항력을 적극적으로 보호하였다.

임대차기간이 12년을 초과하는 기간으로 계약된 임대차는 공증인에 의한 공증이나 등기부에 등기를 이행할 것이 요구된다. 그 이유는 등기 없이 행하여진 임대차는 임대목적물을 양도함에 있어 최대 12년까지만 신소유자에 대하여 대항력을 가지기 때문이다. 부부가 공동으로 소유한 부동산은 주거용 임대차 외에는 기본적으로 부부 중 어느 누구에 의해서도 유효한 법률행위로 임대되어질 수 있고, 임대인이 미성년자인 경우라고 하더라도 행사자의 일방만의 대리행위를 통해서도 충분한 법률행위가 이루어진다.

(2) 존속보호

프랑스에 있어서 주택임대차의 전제조건은 임차인이 주로 거주하는 주택이거나 자영업자의 주된 거주지로서 이용되는 건물이어야 한다(제3조). 동 법률 제3조와는 다른 계절적인 제한을 받는 임대차계약, 내구재를 구비하고 있는 임대차계약, 사택으로 사용할 목적의 임대차 등에는 적용되지 않는다.

이 법률은 주택임대차에 대해 최소 존속기간을 규정하고 있다. 자연인을 통한 임대차는 3년, 법인을 통한 임대차는 6년의 존속기간이 보장된다(제10조). 3년 또는 6년의 임대차기간이 만료할 때 임대인이 해지통고를 하지 않았고 갱신청약을 하지도 않은 때에는 임대차가 묵시적으로 연장된다(제10조 제2항).

묵시적 연장의 경우 연장된 계약의 기간은 임대인이 자연인인 경우는 3년이고 임대인이 법인인 경우에는 6년이다(제10조 제3항). 다만, 임대인이 자연인이고 임대목적물을 본인 또는 그의 가족 구성원에 의해 3년의 존속기간 전으로 이용하고자 하는 구체적인 근거가 붙여진 의도가 존재한다. 1년 이상 3년보다 짧은 기간으로 합의할 수 있다(제11조). 이러한 최소존속기간은 확정된 기간은 아니다.

임대인은 임대차기간이 만료된 경우 계약이 계속되는 것을 원하지 않는 경우에는 해지통고를 해야 한다. 그러나 계약의 갱신은 임차인의 권리이므로 자의적인 갱신거절은 허용되지 않는다. 임대인은 임대차관계를 기본적으로 계약상의 존속기간의 종료 시 또는 어떠한 해지 사유가 존재할 때 해지할 수 있다. 해지사유는 자기수요, 임대목적물의 예견된 양도, 임차인의 계약상 의무불이행, 특별히 중대한 사유가 발생한 경우 등에 해지할 수 있다(제14조). 임대인의 이러한 해지는 6개월의 해지통지기간이 적용된다. 반면에 임차인은 임대차기간 중에도 언제든지 계약을 해지할 수 있으며, 구태여 해지사유를 밝힐 필요는 없다.

그러나 단기의 해지기간을 적용받고자 하는 임차인은 해지통고서에 해지사유를 명기하여야 한다(제15조 제9항). 그렇게 되면 임차인이 해지통고한 지 3개월 후에 임대차가 종료한다(제15조 제7항). 단, 임차인이 첫 직장을 구하거나 전근을 간 경우, 실직 또는 실직 후 새 직장을 구한 경우, 임차인이 의사

의 확인서로 입증된 건강상태로 인하여 주거를 변경하여야 하는 경우, 임차인이 능동적 연대소득 또는 장애 성인수당을 받는 경우 등은 해지기간이 1개월로 단축된다(제15조 제8항).

(3) 차임통제

최초 차임을 결정하는데 있어 2014년 3월 24일 법률 알튀르(Alur)법이 시행되기 전에는 최초차임은 임차인과 임대인이 자유롭게 결정하였다. 하지만, 2014년 3월 27일 이후에 체결된 임대차계약의 경우 ‘밀집’지역에 위치한 주택에 대한 최초차임은 상한규제를 받는다.¹⁷⁰⁾ 그 밖의 지역에서는 새로운 임대차에 대한 차임규제가 없다(제17조 III).

기준차임은 “지역 차임감독기구가 주거의 범주와 지리적 구분에 의하여 확인한 차임수준을 기초로 계산한 평균차임”이다(제17조 I 제4항). 최고기준차임과 최저기준차임은 기준차임을 각각 증액하고 감액함으로써 정해진다(제17조 I 제5항). 최고기준차임은 기준차임보다 20% 높은 차임이고(제17조 I 제7항), 최저기준차임은 기준차임보다 30% 낮은 차임이다(제17조 I 제8항).

임대인이 임대차를 갱신하고자 하나 기존 임대차에서 약정한 차임액이 너무 적다고 생각하는 경우에는 1989년 법 제15조에서 정하는 절차를 준수하여 새로운 차임을 제안할 수 있다(제17조의 2 II 제1항). 즉 임대인은 임차인에게 임대차기간 종료 6개월 전까지 새로운 임대차를 제안하는 통지서를 보내야 하며 그 통지서에 새로운 차임액과 그 지역의 비슷한 주택의 차임 사례 3개를 기재하여야 한다(제17조의 2 II 제4항).

차임을 개정할 수 있는 조항이 계약서에 명시되어 있음에도 불구하고 임대인이 차임을 개정하겠다는 의사를 임대차개시일로부터 1년 내에 명시하지 않은 때에는 이미 경과한 년도에 관하여는 개정조항의 이익을 포기한 것으로 간주한다(제17조의 1 I 제3항). 임대인이 임대차개시일로부터 1년 내에 차임개정의사를 명시한 때에는 차임개정은 임대인이 요청한 때로부터 효력이 발생한다(제17조의 1 I 제4항). 차임개정약정에 의한 차임의 변동은 국립 통계

170) 밀집지역이란 주거에 대한 접근이 매우 어려운 지역을 말한다(이은희, (2015). “프랑스법상 주택임대차에 관한 연구.” 『법학연구』 . 26(1): p.72.).

및 경제연구소(INSEE)가 분기마다 공포¹⁷¹⁾하는 차임기준지수(IRL)의 변동을 초과할 수 없다(제17조의1 I 제2항).¹⁷²⁾

제 4 절 소 결

임대차에 있어 임차인이 임대인에 대한 주장할 수 있는 대항력의 불인정과 임대인이 임차인에게 임차보증금 반환거부가 가장 큰 사회적인 문제였다. 임차인이 주택을 빌리기 위한 임대차의 일반유형으로는 크게 채권적 전세, 등기 있는 임대차, 전세권으로 구분할 수 있다.

전세권은 우선변제권은 있으나 임대인의 동의가 필요로 하여 대중적으로 일반화되기에는 현실적인 한계를 가지고 있었다. 등기 있는 임대차는 우선변제권은 없지만 임대인 동의를 얻어 다른 물권적 권리보다 앞서 임대차가 등기된 경우에 한해서는 대항력을 주장하여 임차보증금을 보장받을 수 있었다.

이러한 소수의 임차인만이 누릴 수 있는 전세권이나 선순위로 등기 있는 임대차는 제도자체만으로 보면 사실상 임차인으로서 자신의 권리를 충분히 주장할 수 있고, 자신의 임차보증금도 최대한 보호할 수 있게 구비되어 있다.

하지만 이러한 소수의 임차인이 아닌 대다수의 임차인이 임대인과 임대차 계약을 체결하고 있는 채권적 전세는 경매가 진행된다면 선순위 근저당권 등이 있는 경우 후순위로 밀릴 뿐 아니라 근저당권 등 다른 권리보다 선순위라 하더라도 대항력을 주장할 수 없었고 단지 가압류 등을 통해 채권으로써의 권리인 안분배당을 받을 수 있을 뿐이었다. 이로 인해 임차인의 운명은 사실상 임대인의 신용도나 재산 상태에 따른 종속되는 위치가 되는 결과가 초래되었다. 이와 같이 임차인은 항상 불안한 지위에서 주거생활의 안정을 기할 수 없었으며 주택임대차보호법은 이런 임차인의 불안한 주거분위기에서 안정적인 주거환경으로 전환하기 위한 목적을 가진 배경 속에서 탄생하였다.

주택임대차보호법의 가장 큰 특징은 일반적인 경우에 모든 임차인에게 동일하게 대항력을 보장하면서 경매가 진행된 경우라도 선순위임차인은 대항력

171) 2014년 4월 11일에 공포된 차임기준지수는 125유로이다. 이는 2013년 1/4분기 대비 0.6% 인상된 것이다.

172) 새로운 차임 = (현행 차임 × 현행 IRL 값) / 작년 같은 기간의 IRL 값

에 의해 인수를 주장할 수 있고, 임차인이 대항요건과 확정일자를 구비하면 배당을 받을 수 있도록 우선변제권도 부여하고 있다.

다시 말해 임차인이 주택의 인도와 주민등록에 의한 대항요건을 갖추면 익일 오전 0시에 대항력이 발생하는데, 여기에 확정일자를 부여받게 되면 물건적 효력인 우선변제권도 생긴다. 이런 우선변제권은 어느 나라에서도 찾아 볼 수 없는 우리나라만의 고유한 특별한 제도이다. 외국의 사례를 보더라도 독일과 일본은 주택인 인도로, 영국과 프랑스는 임차기간에 따라 주택을 점유하거나 또는 확정일자 있는 임대차계약을 요건으로 하여 대항력을 인정할 뿐이다.

물론 과거 우리나라 임대차의 형태는 외국의 일부보증금에 월세를 납부하는 임대차제도와는 달리 임차인이 임대인에게 고액의 임차보증금을 지급하는 임대차계약이 월등히 많다 보니 임차보증금의 금액이 크고 그에 따라 임차인의 임차보증금에 대한 손실도 큰 것도 사실이었다.

이런 임차인의 손실을 최소화하기 위해 외국의 임대차 제도와는 달리 우선변제권이란 제도가 만들어졌다. 우선변제권은 대항요건과 확정일자를 구비하여야 하는데, 특히 채권자는 임차인이 확정일자를 부여받는 기관이 다양하여 용이하게 확정일자를 확인하는데 한계가 있어 이에 대한 개선이 요구된다.

우리나라의 우선변제권은 외국과 달리 임차보증금이 고액으로 발생하는 특성으로 인해 이에 대한 보호의 필요성으로 만들어졌으며, 근저당권자 등 선순위권자들도 이에 대해 충분히 권리관계를 파악할 수 있기 때문에 사회적인 문제로 부각될 가능성은 거의 없다.

다음 제3장에서는 소액임차인의 주거안정이라는 목적을 위해 강력한 권리를 부여한 주택임대차보호법상의 최우선변제권 법리에 대해 검토함과 동시에 최우선변제권에 대한 현황을 분석하겠다.

제 3 장 최우선변제권의 법리 및 현황분석

제 1 절 최우선변제권의 법리

1) 의의 및 법적성질

가) 의 의

주택임대차보호법 제8조는 임대주택에 대한 경매신청 등기 전에 대항요건을 갖춘 임대인에게 대지의 가액을 포함하는 주택가액의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정하는 일정범위의 소액보증금에 관하여 다른 담보권자보다 우선하여 변제받을 권리를 인정하고 있다.¹⁷³⁾ 위와 같이 소액보증금을 우선하여 변제받을 권리는 선순위의 다른 담보물권보다도 최우선적으로 변제를 받을 수 있다는 법적 특성으로 우선변제권과는 차이가 있어 이른바 소액보증금의 최우선변제권이라고 부른다.¹⁷⁴⁾ 소액임차보증금에 대한 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권의 효력을 부여한 것이다.¹⁷⁵⁾

주택임대차보호법상 최우선변제권에 대해 보다 자세히 살펴보면 제8조 제1항에 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 1항의 요건을 갖추어야 한다.” 또한 제8조 제3항에 “제1항에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 제8조의 2에 따른 주택임대차위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있다.

임차인이 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추어야 한다고

173) ‘주택가액’이라 함은 낙찰대금에다가 입찰보증금에 대한 배당기일까지의 이자, 물수된 임차보증금 등을 포함한 금액에서 집행비용을 공제한 실제 배당할 금액이라고 봄이 상당하다 (대법원 2001.4.27. 선고 2001다8974 판결).

174) 최우선변제권이란 용어는 주택임대차보호법상의 정식 용어는 아니다. 제3조의2의 우선변제와 제8조의 우선변제를 구분하기 위해 각각 우선변제권과 최우선변제권이라고 명하고 있고 판례를 포함하여 경매시장에서는 일반화되어 있는 용어이다.

175) 대법원 2005.5.13. 선고 2003다50771 판결

한 의미는 소유자나 채무자 또는 배당받지 못하는 채권자가 경매진행을 예상하여 경매가 신청된 이후에 자신들의 친·인척이나 이해관계인들을 소액임차인으로 가장한 임차인으로 둔갑시킨 후 대항요건을 갖추어 최우선변제권을 행사하는 것을 사전에 예방하기 위해서이다. 반면에 우선변제권은 최우선변제권과 같이 경매개시결정 전에 대항요건을 갖추어야 한다는 규정이 없어 배당을 받을 수 있는지 여부는 별론으로 하고 경매개시결정과는 관계없이 대항요건을 갖추고 확정일자를 받으면 언제든지 우선변제권을 행사할 수 있다.

최우선변제권이나 우선변제권을 가진 임차인이라 하더라도 부동산등기부 상에 권리자이므로 집행법원에 권리신고를 하고 자신의 권리를 증명하여야 하며, 권리신고를 함으로써 이해관계인이 된다(민사집행법 제90조 제4호). 부동산 위의 권리자는 이와 같이 권리신고를 한 것만으로 당연히 배당을 받을 수 없으며 배당요구를 신청하여야 한다(민사집행법 제148조).

나) 법적성질

최우선변제권은 임차주택의 처분과정에 편승하여 일정 한도의 범위 내에서만 그 우선변제를 청구할 수 있는 권리에 불과한 것으로서 채권으로서의 본질적 성질을 계속 보유하고 있다는 견해와 임차주택의 교환가치를 대상으로 하는 것으로 저당권 등의 담보물권과 유사한 법정담보물권으로 보는 견해가 있다.¹⁷⁶⁾

소액임차인이 일정한 요건을 갖춘 상태에서의 최우선변제권은 임대인의 소액보증금에 대한 반환채무이행이 없더라도 임차보증금 중 일정금액에 대해서는 다른 담보권자보다 우선적으로 변제받을 수 있다는 점, 대상재산이나 우선되는 채권의 범위 등에 있어 법정담보물권인 임금에 대한 우선변제권보다 훨씬 한정되고 예측이 가능하다는 점, 임차보증금이 점점 물권화되는 경향이 강해진다는 점 등을 종합적으로 판단해 보면 법률의 규정에 의해 언제나 성립하는 법정담보물권으로 보는 견해가 우세하다. 다만, 최우선변제권의 상대방은 임금의 우선변제권과는 달리 임대인이나 경매에서 매수인으로 한정된다는

176) 윤홍근. (1991). “경매절차에서 배당요구를 하지 않은 소액임차인의 지위.” 『민사판례연구 XⅢ』. pp.260-4.

점에서 불완전한 담보물권이라고 보는 견해도 있다.

따라서 소액보증금의 최우선변제권은 불완전하지만 법정담보물권으로 볼 수 있으므로 담보물권의 통유성은 당연히 인정된다. 즉, 소액임차인의 최우선변제권은 임대인에게 소액보증금을 반환받아야 한다면 법률적으로 당연히 인정되므로 부종성도 당연히 인정되고, 또한 수반성도 인정되는 것이다.¹⁷⁷⁾

또한 담보물권의 목적물이 멸실, 훼손, 공용징수에 의하여 그 소유자가 보상금, 보험금 등 청구권을 취득한 경우에도 최우선변제권의 효력이 미친다고 볼 것이므로 물상대위성도 인정된다. 하나의 건물에 대해 전체가 아닌 일부에 대해 임차인이 임차한 경우에 그 임차한 부분에 대해 구분등기에 의해 구분되거나 분할등기에 의해 분할되기 전에는 소액임차인이 주장하는 최우선변제권은 임차한 건물 외에 건물전체에 미치므로 불가분성 역시 인정된다. 이와 같이 최우선변제권은 담보물권이 가지고 있는 물권적인 특성을 모두 지니고 있다. 결국 임대인이 일방적으로 임차인에게 소액보증금의 최우선변제권을 배제하도록 강요하는 약정은 소액임차인에게 불리한 것으로서 주택임대차보호법 제10조에 의하여 무효이다.

2) 소액임차보증금 변천내역 및 지역별 금액

1983년 12월 30일 주택임대차보호법 제1차 개정에서 최우선변제권에 의한 소액임차보증금 제도가 생기면서 점차 지역으로나 금액으로 확대·세분화되어 왔다. 지역으로는 1984년 6월 14일 처음 시행된 때에는 서울, 직할시와 기타지역으로만 구분하였으나, 2001년부터는 과밀억제권역¹⁷⁸⁾에 대해 세분화하여 분리하기 시작하였다. 2016년부터는 행정수도인 세종시도 구분하여 분

177) 부종성이란 담보물권의 존재는 피담보채권의 존재에 종속한다는 의미로 피담보채권이 소멸하면 담보물권 소멸한다. 수반성이란 피담보채권이 이전되면 담보물권도 이전되고 피담보채권 위에 부담이 설정되면 담보물권도 그 부담에 복종하는 성질이 있다(황동룡, (2010). 『채권관리실무 상 하 개정판』, 서울: 한국경영법무연구소, p.254.).

178) 수도권경비계획법 시행령 제9조 별표1 (2011. 3. 9. ~ 현재)

○ 인천광역시(강화군, 옹진군, 서구 대곡동·불노동·마전동·금곡동·오류동·왕길동·당하동·원당동, 인천경제자유구역 및 남동 국가산업단지는 각 제외)
○ 경기도 중 의정부시, 구리시, 남양주시(호평동, 평내동, 금곡동, 일패동, 이패동, 삼패동, 가운데동, 수석동, 지금동, 도농동만 해당), 하남시, 고양시, 수원시, 성남시, 안양시, 부천시, 광명시, 과천시, 의왕시, 군포시, 시흥시[반월특수지역(반월특수지역에서 해제된 지역 포함) 제외]

리하였다. 금액으로는 서울의 경우 1984년 6월 14일 불과 3백만원 이하의 소액임차보증금만 보호하기 시작하여 1990년에는 0.2억원 이하 중 7백만원 한도에서 소액임차보증금을 보호하였다. 2016년에는 1억원 이하 중 0.34억원 한도에서 소액임차보증금을 보호하게 됨으로써 1990년인 26년 전에 비해 거의 5배정도로 보호범위가 확대되었다.

국회는 소액임차인의 최우선변제권을 보호함으로써 서민의 주거안정을 위한다는 명목 하에 정기적으로 소액보증금 적용범위와 적용될 소액보증금에 대해 지속적으로 증액하고 있는 것이 현실이다.¹⁷⁹⁾ 변천내역과 임차보증금 중 지역별 최우선변제금액을 확인해 보면 <표 11>, <표 12>과 같다.

<표 11> 소액임차보증금 변천내역

시행일	소액임차인과 보증금에 대한 일정액의 범위와 기준
① 1984.6.14.~ 1987.11.30	<ul style="list-style-type: none"> 서울특별시 및 직할시는 300만원 이하 기타 지역 200만원 이하
② 1987.12.1.~ 1990.2.18	<ul style="list-style-type: none"> 서울특별시 및 직할시는 500만원 이하 기타 지역 400만원 이하
③ 1990.2.19.~ 1995.10.18	<ul style="list-style-type: none"> 서울특별시 및 직할시는 2,000만원 이하 중 700만원 限度 기타 지역은 1,500만원 이하 중 500만원 限度
④ 1995.10.19.~ 2001.9.14	<ul style="list-style-type: none"> 서울특별시 및 광역시(군 지역 배제)는 3,000만원 이하 중 1,200만원 限度 기타 지역은 2,000만원 이하 중 800만원 限度
⑤ 2001.9.15.~ 2008.8.20	<ul style="list-style-type: none"> 수도권정비계획법에 의한 수도권중 과밀억제권역은 4,000만원 이하 중 1,600만원 限度 광역시(군 지역과 인천광역시 지역을 除外)는 3,500만원 이하 중 1,400만원 限度 기타 지역은 3,000만원 이하 중 1,200만원 限度

179) 1984년부터 2016년까지 총 32년간 9회의 소액보증금 증액이 있어 평균적으로 4년 정도의 주기였다. 하지만 2001년부터 2016년까지 15년 동안 5회의 소액보증금 증액으로 최근에는 3년 정도로 증액하는 주기가 다소 빨라지고 있는 추세이다.

시행일	소액임차인과 보증금에 대한 일정액의 범위와 기준
⑥ 2008.8.21.~ 2010.7.25	<ul style="list-style-type: none"> · 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역은 6,000만원 이하 중 2,000만원 限度 · 광역시(군 지역과 인천광역시 지역 除外)는 5,000만원 이하 중 1,700만원 限度 · 기타 지역은 4,000만원 이하 중 1,400만원 限度
⑦ 2010.7.26.~ 2013.12.31	<ul style="list-style-type: none"> · 서울특별시는 7,500만원 이하 중 2,500만원 限度 · 수도권정비계획법에 의한 수도권중 과밀억제권역은 6,500만원 이하 중 2,200만원 限度 · 광역시(수도권정비계획법에 의한 과밀억제권역과 군지역 除外), 안산시, 김포시, 용인시, 광주시는 5,500만원 이하 중 1,900만원 限度 · 기타 지역은 4,000만원 이하 중 1,400만원 限度
⑧ 2014.1.1.~ 2016.3.30	<ul style="list-style-type: none"> · 서울특별시는 9,500만원 이하 중 3,200만원 限度 · 수도권정비계획법에 의한 수도권중 과밀억제권역은 8,000만원 이하 중 2,700만원 限度 · 광역시(수도권정비계획법에 의한 과밀억제권역과 군지역 除外), 안산시, 김포시, 용인시, 광주시는 6,000만원 이하 중 2,000만원 限度 · 기타 지역은 4,500만원 이하 중 1,500만원 한도
⑨ 2016.3.31.~ 현재까지	<ul style="list-style-type: none"> · 서울특별시는 1억원 이하 중 3,400만원 限度 · 수도권정비계획법에 의한 수도권중 과밀억제권역은 8,000만원 이하 중 2,700만원 限度 · 광역시(수도권정비계획법에 의한 과밀억제권역과 군지역 除外), 안산시, 김포시, 용인시, 광주시는 6,000만원 이하 중 2,000만원 限度 · 세종시는 6,000만원 이하 중 2,000만원 限度 · 기타 지역은 5,000만원 이하 중 1,700만원 限度

<표 12> 임차보증금 중 지역별 최우선변제금액(2016년 3월 31일)

(단위 : 만원)

지 역	임차보증금	최우선변제금
서울특별시	10,000	3,400
수도권 중 과밀억제권역 (서울 除外) 의정부시, 구리시, 남양주시, 하남시, 고양시, 수원시, 성남시, 안양시, 부천시, 광명시, 과천시, 의왕시, 군포시, 시흥시 (반월 특수지역 除外) 남양주시 호평동, 평내동, 금곡동, 일패동, 이패동, 삼패동, 가운데동, 수석동, 지금동, 도농동	8,000	2,700
광역시(군 除外), 수도권과밀억제권역이 아닌 인천(군 除外), 안산, 용인, 김포, 광주	6,000	2,000
세종시	6,000	2,000
그 밖의 지역	5,000	1,700

자료 : 주택임대차보호법 시행령 제10조 (보증금 중 일정액의 범위 등), 제 11조 (우선변제를 받을 임차인의 범위)

3) 성립요건

가) 적용범위

먼저 최우선변제권의 성립요건을 살펴보면 소액임차인은 전순위 담보물권 설정일 당시 주택임대차보호법상의 적용범위 내의 임차보증금이어야 된다.¹⁸⁰⁾¹⁸¹⁾ 예를 들어, 2016년 2월에 근저당권이 설정된 상태에서 소액임차인이

180) 개정법 부칙 제3항에 의하면 이 법 시행 전에 임대주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 중전의 규정에 의한다고 규정하고 있어 개정법 시행 후에 설정된 이 사건 4순위 이하 근저당권에 대하여는 개정법의 규정에 따라 소액임차인에 해당하는지 여부를 가리는 것이 원칙이라 할 것이지만, 그 중 4, 5순위 각 근저당권이 설정될 당시인 1990년 2월 9일에 있어서는 어떤 범위에서 소액임차인에게 최우선변제권을 인정해 줄 것인가에 관하여 개정법의 위임에 따른 구체적인 요건을 정한 새로운 대통령령이 아직 시행되기 전이었으므로

동년 4월 이후에 임대차계약을 체결하였다면 2016년 3월 31일 개정된 주택 임대차보호법 전의 소액임차인 보호범위 내의 소액임차보증금 만크이 보호된다. 예를 들어, 서울소재 아파트에 2016년 3월 31일 이전에 근저당권이 설정되었기 때문에 4월에 입주한 소액임차인은 1억원이 아닌 0.95억원 임차보증금 범위 내에서 0.32억원 한도 내에서 보호를 받을 수 있다.

하지만 여기서 중요한 쟁점사항이 있다. 예를 들어, 임대인 甲이 서울특별시 소재하는 주택을 소유하고 있으면서 임차인 乙이 2016년 7월에 임차보증금 1억원에 전입신고를 하고 해당주택을 점유하고 있다고 가정한다. 이 때 근저당권자 A는 2015년 3월에 2억원이 설정되어 있었고, 또 다른 근저당권자 B가 2016년 5월에 1.5억원을 설정한 상태다. 이 때 임차인 乙은 근저당권자 A에게 최우선변제권을 행사할 수는 없지만, 근저당권자 B에 대해서도 최우선변제권을 행사할 수 없는가라는 점이다. 이유는 구 주택임대차보호법 상으로는 소액보증금의 범위가 0.95억이었으나 현행 주택임대차보호법은 1억원이기 때문이다. 이 물건이 3억원에 낙찰이 되었으며 경매비용 등 다른 선순위는 없다고 가정한다.

이에 대해 긍정설과 부정설로 견해가 나뉜다. 긍정설은 1순위 근저당권이 설정된 시점을 기준으로 임차인 乙의 보증금이 소액인지 여부를 판단하여, 그 이후의 모든 권리자의 배당금액과 순위를 정해야 한다고 본다. 반면에 부정설은 각 저당권이 설정된 시점을 기준으로 임차인 乙의 보증금이 소액인지 여부를 판단하여 각 채권자의 배당금액과 순위를 정해야 한다고 본다.¹⁸²⁾

<표 13>과 같이 긍정설에 의하면 1순위 근저당권 설정시점이 기준이므로 임차인 乙은 소액임차인이 적용되지 않아 배당받을 금액이 없지만 부정설에 의하면 2순위 근저당권 설정시점이 기준이 되어 소액임차인으로서 최우선변

로, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 종전 시행령은 신법인 개정법의 취지에 반하지 않는 범위 내에서 새로운 대통령령이 시행될 때까지 여전히 그 효력을 유지한다고 볼 것이고, 그 이후 1990. 2. 19.부터 시행된 개정 시행령에서 아무런 경과규정을 둔 바 없다고 하여 개정 시행령의 규정이 바로 개정법의 시행시점으로 소급하여 위 4, 5순위 근저당권에 대하여 적용될 수는 없는 것이다(대판 2002.3.29. 선고 2001다88824 판결).

181) 각 시행령의 시행 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정을 적용하도록 규정하고 있으므로, 舊법령 시행 당시 설정된 담보물권은 그 법령을 기준으로 소액임차인인지 여부를 판단하여야 한다(대법원 1993.9.14 선고 92다49539 판결).

182) 오시정, 전게서, p.423.

채권을 행사할 수 자격이 있으므로 0.34억원의 배당을 받을 수 있다.

<표 13> 담보물권 설정일 기준에 대한 학설별 소액임차인 배당순위

순위	기 준	금액	일자	긍정설	부정설
①	근저당권자 A	2억	15년 3월	2억원	2억원
②	근저당권자 B	1.5억	16년 5월	1억원	0.64억
③	소액임차인 乙	1억	16년 7월	-	0.34억

이에 대해 통설적 견해와 사건으로는 주택임대차보호법시행령 부칙 제2조가 「이 영 시행 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정에 따른다.」고 규정하고 있는 점과 주택임대차보호법이 주택임차인을 보호하기 위한 것이라는 점을 고려할 때, 주택임차인에게 유리한 결과가 초래되는 부정설이 타당하다.

소액임차인에 해당하는지 여부의 판단시점은 원칙적으로 배당 시이다.¹⁸³⁾ 다만, 소액임차인으로서 최우선변제를 받기 위한 탈법수단으로 임대인과 짜고 허위로 보증금액을 줄인 것이 명백하면 최우선변제권을 행사하는 대상에서 제외하여야 한다. 그러나 현실적으로 임대인과 임차인이 짜고 은밀하게 만든 계약서가 허위라는 것을 밝히는 것은 매우 어렵다.

이에 일부 견해는 경매개시결정의 기입등기 이후에 임대차계약을 갱신하여 보증금 한도 이하로 낮춘 경우에는 일단 허위로 추정하여 배당에서 제외하되 만약 소액임차인이 이의가 있으면 배당이의의 신청이나 배당이의의 소를 제기하는 쪽이 낫다고 주장하기도 한다.¹⁸⁴⁾

만약 주택을 1/2씩 지분비율로 공유하고 있는 甲과 乙이 공동으로 丙에게 그 주택 전체를 임대한 상태에서 乙의 채권자가 乙의 공유지분에 대하여 경

183) 민일영. (1991). “주택임대차보호법에 관한 제 문제.” 『민사판례연구(XII)』. p.244.
박재승. (1990). “부동산경매절차에 있어서의 임차인의 지위.” 『사법논집』. 21: p.485.는 ‘배당 시’로 같은 견해를 보이거나, 이주홍, 전게서, p.39. 박해식, 전게서, pp.511-2.는 ‘압류 시’를 기준으로 하여야 한다는 견해를 보인다.

184) 민일영, 전게논문, p.248.

매를 신청하게 되면 소액임차인 여부의 판단기준은 무엇인가에 대해 판례는 “임차보증금 전액을 기준으로 하여야 한다고 보며 그 이유는 乙이 丙에 대하여 부담하는 보증금반환의무는 성질상 불가분채무이기 때문이다.”라고 한다.¹⁸⁵⁾ 이 때 경매법원은 丙에게 그 보증금 전액을 배당할 것인가 아니면 지분 비율에 비례하여 1/2에 해당하는 금액만 배당할 것인가가 문제인데 甲과 乙의 丙에 대한 보증금반환채무가 불가분채무이므로 전액 배당하여야 할 것이며 乙은 甲에게 1/2에 해당하는 금액에 대해 구상권을 행사할 수 있다.¹⁸⁶⁾

나) 대항요건

소액임차인은 경매개시결정이 되기 전에 대항요건을 갖추어야 하며 효력은 익일 오전 0시에 발생한다. 경매신청 후 전입한 임차인이 소액임차인임을 주장하는 폐단을 방지하고자 1989년 12월 주택임대차보호법 제8조 제1항 후단에 “이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.”고 개정하였다.

이와 같이 개정된 취지는 소액임차인은 임대차계약 당시 등기부등본을 보고 최소한 경매가 진행 중인지 여부를 확인해야 할 의무는 가져야 한다는 것이다. 즉 경매개시결정기입등기 후에 새로이 체결한 임대차계약으로 대항요건을 갖춘 소액임차인은 최우선변제권을 행사할 수 없도록 하여 주택임대차보호법에서 보호하는 소액임차인의 범위를 한정하려는 데 목적이 있다.

여기서 과거에 중요한 쟁점은 주택임대차의 대항요건을 언제까지 구비하고 있어야 하는가에 관하여 종래에는 학설상으로 압류시설과 소유권이전시설이 대립하고 있었으나, 다수설과 판례는 사회적·경제적 약자인 소액임차인을 두텁게 보호한다는 취지에서 소유권이전시설의 입장을 취하여 임의경매에 있어서는 매수인이 대금납부기일에 매각대금을 납부하기 전까지, 강제경매에 있어서는 매각허가결정이 확정되기 전까지 대항요건을 갖추면 충분한 것으로 보았다.¹⁸⁷⁾

185) 대법원 1967.4.25. 선고 67다328 판결

186) 이주복, 전계논문, p.173.

187) 오시정, 전게서, p.421.

하지만 이와 같은 해석으로 소액임차인의 보호에는 어느 정도 기여한 바는 있지만, 대상 부동산이 경매가 진행되었을 때 소액임차인으로 가장한 임차인이 대항요건을 갖추고 최우선변제권을 행사하는 폐단이 발생하였다. 이에 대한 방지 차원에서 주택임대차보호법은 제8조 제1항 후단을 신설하여 「임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추어야 한다.」 고 규정함으로써 압류시설의 입장을 취하고 있다.¹⁸⁸⁾

다) 주택가액범위

소액임차인의 임차보증금의 합계가 주택가액의 2분의 1을 넘지 말아야 한다. 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택임대차위원회 심의를 거쳐 대통령령으로 정한다.¹⁸⁹⁾ 이러한 기준을 마련한 첫 번째 이유는 소액임차인이 최우선변제권을 행사할 수 있는 권리를 무한정 부여한다면 민법에서 규정한 물권이 채권에 우선한다는 원칙의 근간이 흔들릴 수 있다는 우려 때문이다.

소액임차인이라도 확정일자를 갖추면 부동산담보권자와 동등한 지위의 우선변제권을 갖는다.¹⁹⁰⁾ 주택임차인이 소액임차보증금에 대하여 대지와 건물 모두로부터 배당을 받을 경우 공동저당에 준하여 대지와 건물의 경매대가에 비례하여 최우선변제액을 산정하여야 한다.¹⁹¹⁾

다른 두 번째 이유는 먼저 설정한 근저당권자가 경매배당에서 많은 소액임차인의 최우선변제권의 행사로 인해 배당금의 침해나 무배당 사례를 방지하기 위함이다. 예를 들어, 시세 2억원인 주택에 근저당권자 A가 2016년 6월에 1억원의 근저당권이 설정을 하고 4세대의 소액임차인 甲, 乙, 丙, 丁이 2016년 7월에 각각 0.4억원에 임대차계약을 체결한 상태에서 경매로 1.6억원에 매각이 되었다. 경매비용 등 선순위는 없다고 가정한다. <표 14>와 같이 소액임차인들은 원칙적으로는 0.32억원을 모두 보호받아야 하지만 주택가액의

188) 오시정, 전거서, p.422.

189) 주택임대차보호법 제8조 제3항(보증금 중 일정액의 보호)

190) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결

191) 대법원 2003.9.5. 선고 2001다66291 판결

2분의 1이라는 법 적용 때문에 1.6억의 절반인 0.8억원에 대해 소액임차인인 4세대가 각각 0.2억원씩 배당을 받게 된다.

<표 14> 우선변제권이 없는 소액임차인이 다수인 경우의 배당순위

순위	기 준	금액	일자	법 미적용	법 적용
②	근저당권자 A	1억	16년 6월	0.24억	0.8억
①	소액임차인 甲	0.4억	16년 7월	0.34억	0.2억
①	소액임차인 乙	0.4억	16년 7월	0.34억	0.2억
①	소액임차인 丙	0.4억	16년 7월	0.34억	0.2억
①	소액임차인 丁	0.4억	16년 7월	0.34억	0.2억

소액임차보증금은 한 채의 주택에 여러 명의 소액임차인이 존재한다면 각 소액임차인이 임대인에게 지급한 보증금액별로 판단하여야 한다. 예를 들어, 2015년 근저당권이 설정된 상태에서 2016년 2월에 소액임차인인 甲과 乙인 2세대가 각각 0.9억원과 0.95억원에 임대차계약을 체결하였으며, 2016년 5월에 소액임차인인 丙과 丁인 2세대가 각각 0.95억원과 1억원에 임대차계약을 체결하였다. 이 때 2016년 3월 31일 이전 주택임대차보호법 시행령에 따라 0.95억원 임차보증금내 0.32억원만이 소액임차보증금이 된다. 그러므로 소액임차인인 甲, 乙, 丙인 3세대에 대해 3세대×0.32억원인 0.96억원만이 소액임차보증금이 되지만, 丁은 소액임차인이 아니므로 대상에서 제외된다.

라) 배당요구

소액임차인은 배당요구종기 전까지 배당요구를 해야 한다.¹⁹²⁾¹⁹³⁾ 민사집행

192) “경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때(그 경매개시결정 전에 다른 경매개시결정이 있는 경우를 제외한다)에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정한다.”고 하여 배당요구의 종기일을 정하고 그 이전에 채권자가 배당요구를 하도록 규정하고 있다(민사집행법 제84조 1항).

법 제88조 1항은 “집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다.”고 하였다. 제148조 1호 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 2호 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 3호 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 4호 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기가 되었으나 매각으로 소멸할 운명에 처한 채권자로 각 호에 규정된 채권자만 배당을 받을 수 있게 하였다.

소액임차인도 상기의 배당요구종기 전에 배당요구를 해야 하는 채권자에 해당한다. 저당권자나 전세권자는 소액임차인과는 달리 등기부등본에 채권최고액 등 금액이 표시되므로 반드시 배당요구종기 전에 배당요구를 해야 하는 것은 아니다.

판례는 최우선변제권을 가진 소액임차인이 배당요구를 하지 않고 나중에 배당을 받은 자에게 부당이득반환청구를 한 사안에 대해 과거에는 소액임차인은 소액보증금상당의 부당이득반환청구권을 갖게 된다는 긍정적인 입장이었으나 현재는 부당이득반환청구권을 부정하는 입장¹⁹⁴⁾에 있다.

신민사집행법 시행 전에는 주택임차인의 부당이득반환청구권에 대해 학설은 긍정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉘어 있었고 판례도 긍정하는 견해¹⁹⁵⁾와 부정하는 견해¹⁹⁶⁾로 나뉘어 있었다. 이 둘의 판결을 종합해 보면 배당받을 채권자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있는 채권자는 적어도 민사집행법 제148조의 배당받을 채권자의 범위에 해당된다면 배당요구를 해야 한다.¹⁹⁷⁾

193) 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도와 주민등록이라는 최우선변제의 요건은 그 최우선변제권 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 민사집행법상 배당요구의 종기까지 계속 존속하고 있어야 한다(대법원 2007.6.14. 선고 2007다17475 판결).

194) 대법원 2002.01.22. 선고 2001다70702 판결

195) 근저당권은 물권으로서 불법으로 말소되었다고 하더라도 권리가 소멸되는 것은 아니어서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되어 있던 근저당권자는 불법말소 후 회복등기를 하지 않았더라도 배당요구 없이도 당연히 배당을 받을 수 있는 자에 해당하므로 경매절차에서 배당을 받지 못한 경우 그 근저당권자는 경매절차에서 실제로 배당을 받은 자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다(대법원 1998.10.2. 선고 98다27197 판결).

196) 우선변제청구권이 있는 채권자라도 그가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 배당에서 제외된 경우에는 배당받은 후순위 채권자를 상대로 부당이득의 반환을 청구할 수 없다(대법원 1998.10.13. 선고 98다12379 판결).

197) 배당받을 채권자의 범위는 다음 각 호에 규정된 사람으로 한다.

그 당시에는 주택임차인은 주택임대차보호법 제8조의 소정의 소액보증금의 최우선변제권에 기하여 배당요구를 하지 아니한 주택임차인이 후순위채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있지만, 동법 제3조의 2 소정의 임차보증금의 우선변제권에 기하여는 부당이득반환청구를 할 수 없다는 주장도 있다.¹⁹⁸⁾

민사집행법에는 배당요구가 필요하지 않은 자와 필요한 자가 있는데, 배당요구가 필요하지 않은 자는 이중경매신청인, 첫 경매개시결정등기가 기입되기 전에 등기된 가압류권자, 첫 경매개시결정기입등기 전에 대항요건과 확정일자를 획득한 우선변제권자, 재개발이나 재건축 사업시행에서 이미 공급된 부동산을 경매할 때 과거에 부동산등기부에 등기되었던 권리자이다. 반면에 배당요구가 필요한 자는 집행권원을 가진 채권자, 경매개시결정기입등기 이후에 가압류를 등기한 채권자, 소액임차인이나 임금채권자와 같이 등기가 안 된 우선변제권자, 첫 경매개시결정등기 후에 등기된 저당권·전세권·등기된 임차권자, 조세 기타 공과금채권, 경매절차에서 배당요구하지 아니한 채권자의 채권을 압류한 채권자 등이다.¹⁹⁹⁾

최근에는 최우선변제권을 가진 임차인은 대상 목적물에 대하여 스스로 경매신청을 할 수 없지만, 다른 채권자의 신청에 의하여 경매가 진행된 때에는 그 최우선변제권에 기하여 배당요구가 가능하다. 그러나 최우선변제권을 가진 주택임차인이라도 자신이 그러한 권리에 대한 사실 증빙서류를 갖추어 권리신고하고, 배당요구의 종기까지 배당요구를 하여야 그 매각대금으로부터 최우선변제를 받을 수 있으며, 권리신고를 하지 않는다든지 또는 권리신고만 하고 배당요구를 하지 않으면 최우선변제를 받을 수 없다.²⁰⁰⁾²⁰¹⁾

1. 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자
2. 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자
3. 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자
4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자

198) 이은희, (1999), “배당요구를 하지 않은 주택임차인의 부당이득반환청구권.” 『법학연구』, 10(1): pp.163-176.

199) 법원행정처, 전게서, pp.420-7.

200) 오시정, 전게서, p.430.

201) 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다(민사집행법 제88조 제1항).

결국, 학설과 판례를 종합하여 판단해 보면 현재는 최우선변제권이 있는 임차인이든 우선변제권이 있는 임차인이든 부당이득반환청구권이 인정되지 않으므로 모두 배당요구를 하여야만 배당을 받을 수 있지만,新民사집행법 전인 과거에는 최우선변제권에 대해서는 부당이득반환청구권을 인정하였으나 우선변제권에 대해서는 부당이득반환청구권을 부정하였다고 해석할 수 있다.

마) 경·공매에 의한 소유권이전

소액임차인이 거주하는 주택이 경매나 공매로 매각되어야 한다. 경매 등 강제로 매각이 이루어지지 않는 매매나 교환 등의 법률행위에서는 인정되지 않는다. 과거 주택임대차보호법이 제정되기 전에는 임대인과 임차인이 체결한 임대차계약에서 대항력에 대한 인정이 불완전하여 사회문제가 되었던 만큼 대항력에 관한 내용이 주택임대차보호법이 제정되면서 제일 먼저 인정되었다. 그러므로 경매 등의 문제가 없다면 임대인은 어떠한 이유를 막론하고 임차인의 의지에 반하여 임차인의 대항력을 부정할 수가 없다. 또한 임대인이 임의로 임차인에게 명도를 원하는 경우라도 임차인은 임차보증금을 반환받을 때까지 동시이행항변권도 주장할 수도 있다.

하지만, 경매나 공매로 주택이 강제매각이 되는 경우에는 임차인이 동시이행항변권을 주장할 수 없을 뿐 아니라 소액임차인이 선순위로 대항요건을 갖추지 못하였다면 대항력도 없어 임차보증금을 회수하지 못하는 상황도 발생할 수 있다. 주택임대차보호법에 최우선변제권을 명시함으로써 소액임차인이 경·공매에 의해 소유권이 이전되더라도 일정범위 내의 소액보증금을 최우선적으로 보호할 수 있도록 기반을 마련하였다.

4) 효력발생 시기 및 효력이 미치는 범위

소액임차인이 최우선변제권의 효력발생을 주장할 수 있는 시기는 소액임차인으로서 대항요건을 갖춘 때, 즉 주택의 인도와 주민등록을 마치게 된 익일 오전 0시부터이다.²⁰²⁾

소액임차인의 최우선변제권의 효력이 미치는 범위는 첫째, 임차주택의 환가대금 및 주택가액뿐만 아니라 대지의 환가대금 및 가액에도 포함이 된다.²⁰³⁾ 소액임차인은 주택과 대지의 소유자가 동일한 경우에는 임차주택 뿐만 아니라 대지의 매각대금 중에서도 최우선변제를 받을 수 있으며, 건물과 대지가 시기를 달리하여 따로 경매되는 경우에도 소액임차인은 각 경매절차에 모두 참가하여 최우선변제를 받을 수 있다. 또한 대지 및 건물이 경매가 개시되었다가 대지 부분만 매각된 경우에도, 그 주택의 소액임차인은 대지의 매각대금 중에서 소액보증금을 최우선적으로 변제받을 수 있다.²⁰⁴⁾

둘째, 대지에 관한 저당권의 실행으로 경매가 진행된 경우, 그 지상 건물의 소액임차인은 대지의 환가대금 중에서 소액보증금을 최우선적으로 변제받을 수 있다. 그러나 이와 같은 법리는 대지에 관한 저당권 설정 당시에 이미 그 지상건물이 존재하는 경우에만 적용될 수 있는 것이다. 즉 저당권 설정 후에 비로소 건물이 신축된 경우까지만 공시방법이 불완전한 소액임차인에게 최우선변제권을 인정한다면 저당권자가 예측할 수 없는 손해를 입게 되는 범위가 지나치게 확대되어 부당하므로, 이러한 경우에는 소액임차인은 대지의 환가대금에 대하여 최우선변제를 받을 수 없다.²⁰⁵⁾

상기 판결에 대해 다른 견해가 있는데, "나대지에 저당권이 설정되었는데 그 후에 대지소유자가 건물을 신축하여 임대한 경우에는 나중에 대지가 경매되면 건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않고 이에 따라 건물은 철거를 면할 수 없음이 원칙이므로, 건물 소유자는 대지 저당권자 및 그 저당권의 실행으로 대지를 낙찰 받은 매수인에게 대항할 수 없다. 그러므로 건물소유자보다 작은 권리를 갖고 있을 뿐인 임차인으로서도 대지 저당권자에게 대항할 수 없다고 보는 것이 합당하다. 하지만 그렇다고 하여 건물의 소액임차인이 최우선변제권의 요건을 모두 갖추었음에도 불구하고 대지의 매각대금에 대하여 배당받을 자격 자체가 없다는 것은 납득할 수 없다. 왜냐하면 그 근거가 대지 저당권자를 보호하기 위한 것이라면, 대지의 환가대금 중 저당권자가 배당받

202) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결

203) 대법원 2003.9.5. 선고 2001다66291 판결

204) 대법원 1996.6.14. 선고 96다7595 판결

205) 대법원 1999.7.23. 선고 99다25532 판결

고 남은 돈을 소액임차인이 배당받지 못할 아무런 이유가 없고, 오히려 남은 돈에 대하여는 소액임차인의 최우선변제권이 인정되어야 마땅하기 때문이다."라고 하여 판례와는 상반되는 의견을 보이고 있다.²⁰⁶⁾

주택임대차보호법 제8조의 규정에 의해 “건물이나 대지의 매각대금에서 최우선변제를 받기 위해서는 그 임대차의 목적물인 주택에 관하여 그 임대차 후에라도 소유권등기를 거쳐 경매개시결정의 등기가 되는 경우이어야 한다.”라고 한다.²⁰⁷⁾

상기 판례는 대법원에서 전원합의체 판결에 의해 새롭게 변경되었다. 개정된 판례내용을 자세히 살펴보면 “대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인은 임차주택과 그 대지가 함께 경매될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 그 대지만이 경매될 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 최우선변제권을 행사할 수 있다. 그리고 이와 같은 최우선변제권은 이른바 법정담보물권의 성격을 갖는 것으로서 임대차 성립 시의 임차목적물인 임차주택 및 대지의 가액을 기초로 임차인을 보호하고자 인정되는 것이다. 그러므로 임대차 성립 당시 임대인의 소유였던 대지가 타인에게 양도되어 임차주택과 대지의 소유자가 서로 달라진 경우에도 마찬가지이다.”라고 하여 기존의 판례와 다른 견해를 보이고 있다.²⁰⁸⁾

셋째, 소액임차인의 최우선변제권은 주택의 등기여부와 관계없이 효력이 미친다. 미등기부분에 대한 판례내용을 자세히 살펴보면 “주택임대차보호법은 주택의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하고 있고, 주택의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용된다고 규정하고 있을 뿐 임차주택이 관할관청의 허가를 받은 건물인지, 등기를 마친 건물인지 아닌지를 구별하고 있지 아니하므로, 어느 건물이 국민의 주거생활의 용도로 사용되는 주택에 해당하는 이상 비록 그 건물에 관하여 아직 등기를 마치지 아니하였거나 등기가 이루어질 수 없는 사실이 있다고 하더라도 다른 특별한 규정이 없는 한 같은 법의 적용대상이 된

206) 황병하. (2007). “부동산경매에 있어서 임차보증금 배당에 관한 몇 가지 문제.” 『저스티스』. (96): p.118.

207) 대법원 2001.10.30. 선고 2001다39657 판결

208) 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체 판결

다. 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인에게 우선변제권을 인정
한 주택임대차보호법 제3조의 2 및 제8조가 미등기 주택을 달리 취급하는
특별한 규정을 두고 있지 아니하므로 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과
소액임차인의 임차주택 대지에 대한 우선변제권에 관한 법리는 임차주택이
미등기인 경우에도 그대로 적용된다.

이와 달리 임차주택의 등기 여부에 따라 그 우선변제권의 인정 여부를 달
리 해석하는 것은 합리적 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한
하는 것이 되어 부당하고, 민법과 달리 임차권의 등기 없이도 대항력과 우선
변제권을 인정하는 같은 법의 취지에 비추어 타당하지 아니하다. 다만, 소액
임차인의 최우선변제권에 관해서 법 제8조 제1항 후문에는 ‘이 경우 임차인
은 주택에 대한 경매신청등기 전에 대항요건을 갖추어야 한다고 규정하고 있
으나, 이는 소액보증금을 배당받을 목적으로 배당절차에 임박하여 가장임차인
을 급조하여 최우선변제권을 행사하는 등의 폐단을 방지하기 위하여 소액임
차인의 대항요건 구비시기를 제한하는 취지이지, 반드시 임차주택과 대지를
함께 경매하여 임차주택 자체에 경매신청등기가 되어야 한다거나 임차주택에
경매신청등기가 가능한 경우로 제한하는 취지는 아니다. 대지에 대한 경매신
청등기 전에 위 대항요건을 갖추도록 하면 입법 취지를 충분히 달성할 수 있
으므로, 위 규정이 미등기 주택의 경우에 소액임차인의 대지에 관한 최우선변
제권을 배제하는 규정에 해당한다고 볼 수 없다.’라고 하였다.²⁰⁹⁾

이러한 관점이 아닌 임차주택의 등기 여부에 따라 그 최우선변제권의 인정
여부를 달리 해석한다면 타당한 이유나 근거 없이 그 최우선변제권이 적용되
는 대상을 줄이거나 제한을 가하는 것이 되어 부당한 결과를 초래할 것이다.
왜냐하면 미등기 주택에 최우선변제권을 인정하지 않는다면 임차주택에 등기
없이도 대항력과 우선변제권을 인정하는 동일한 법의 의도에 비추어 합리적
이지 않기 때문이다.

넷째, 소액임차인의 최우선변제권은 근저당권 등 담보권자와의 관계에서 담
보권설정일을 기준에 따라 효력이 미치는지 여부를 판단하여야 한다. 주택임
대차보호법에서 부칙 제3항과 시행령 부칙 제2항을 보면 소액임차인이 최우

209) 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체 판결

선변제권을 행사하는 시점 전에 이미 임차주택에 설정한 근저당권자 등 담보권자는 종전의 규정에 적용을 받도록 경과규정을 명시하고 있다. 그러므로 현재 시행되는 법령에 의하면 소액임차인이라도 구법에 의하여서는 소액임차인에 해당되지 않는 상황이 발생할 수 있다.

예를 들어, 2016년 4월 1일 서울지역에 1억원에 전입한 임차인이 있고 해당물건에 근저당권은 동년 3월 30일이라고 가정한다. 동년 동월 31일부로 서울지역은 임차보증금 1억원에 대해 0.34억원의 최우선변제권을 행사할 수 있도록 시행령을 개정하였다. 하지만 근저당권설정일이 30일로 개정 하루 전에 설정되어서 직전 규정인 0.95억원 이하 임차보증금에서 0.32억원의 적용만이 가능하다. 결국 현재 임차인은 임차보증금이 1억원이어서 소액임차인으로서 최우선변제권행사가 불가능하다.

한편, 여기서 말하는 담보물권에는 (근)저당권이나 가등기담보권은 포함되거나 압류 또는 가압류는 우선변제권이 없으므로 담보물권에 해당하지 아니하므로 담보권설정일의 기준이 되지 않는 것으로 실무상 처리하고 있다. 그러므로 담보물권의 담보권설정일은 (근)저당권이나 가등기담보가 설정된 날을 기준으로 하여 최우선변제권 행사가능 여부를 판단하여야 한다.

다섯째, 소액임차인의 최우선변제권이 임차인으로부터 주택을 전차한 소액전차인에게도 효력이 미치는지 여부이다. 이에 대해 견해가 매우 다르다. ① 서민보호를 위한 입법취지에 비추어 소액전차인도 보증금반환청구권에 관하여 소액임차인과 동일한 권리를 갖는다고 해석하여야 한다는 견해²¹⁰⁾ ② 전대인(임차인)이 소액임차인인 경우에 한하여 소액임차인에게도 우선변제권을 인정하자는 견해²¹¹⁾ ③ 임대인의 동의가 있으면 소액전차인의 최우선변제권을 인정하고 임대인의 동의가 없는 전대는 전대인(임차인)이 소액임차인인 경우에 한하여 전차인에게도 최우선변제권을 인정하자는 견해²¹²⁾ ④ 전대차의 경우 전차인이 임대인에게 직접 보증금을 반환을 청구할 수 없고, 소유자에 대하여 반환을 청구할 수 없는 보증금을 매각대금으로부터 우선변제를 받는

210) 박재승, 전개논문, p.485. 이윤승, 전개논문, p.154.

211) 요용호, 전개논문, pp.356-7. 이상인. (1989). “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금보
호에 관련된 실무상 문제.” 『사법연구자료』. 16: pp.421-2.

212) 민일영, 전개논문, p.257. 황병하, 전개논문, p.108.

다는 것은 분명 모순이므로 최우선변제권은 부정되어야 한다는 견해가 있다.

사건으로는 ③의 견해가 타당하다고 본다. 왜냐하면 주택임대차보호법상 서민의 주거안정이 주요 목적이며 진정한 소액임차인이라면 폭 넓게 보호해야 법의 취지에 부합한다고 보기 때문이다. 다만 임대인의 동의가 없는 전대차의 소액전차인은 전대인(임차인)이 배당받을 권리를 가압류를 취하여야 보호받을 수 있다.²¹³⁾ ④에 동의하는 견해에 따르면 소액임차인의 요건에 해당하지 않는 임차인을 양산할 수 있어 탈법을 조장할 수 있다고 한다.²¹⁴⁾ 하지만 이는 배당이익의 소 등을 통해 진정한 소액임차인을 가려서라도 보호를 해야지 원천적으로 부정하는 것은 문제가 있다고 본다.

여섯째, 소액임차인의 최우선변제권에 대한 효력이 임차권등기나 전세권등기 후에도 미치는지 여부이다. 임차권등기 후에 소액임차인을 인정하게 되면 임대인과 임차인이 통모하여 소액임차인을 양산함으로써 모든 소액임차인이 이중 삼중의 배당을 받게 될 문제가 있다. 이러한 문제점을 미리 차단하고자 주택임대차보호법은 임차권등기가 된 주택에 대해 등기된 후 임차한 임차인은 우선변제권을 행사할 수 없다고 규정하고 있다(주택임대차보호법 제3조의 3 제6항, 제3조의 4 제1항). 이와 유사한 개념으로 전세권등기 이후 소액임차인도 최우선변제권의 효력이 미치지 않는다고 해석하고 있다.²¹⁵⁾

5) 배당요구절차 및 다른 권리와 배당순위

가) 배당요구절차

구 민사소송법 적용의 경우 소액임차인이 경매절차에서 최우선변제를 받기 위해서는 경락기일까지 배당요구를 하여야 했다(구 민사소송법 제605조 제1항). 하지만 민사집행법이 적용된 사건의 소액임차인부터는 집행법원에서 정한 배당요구의 종기까지 배당요구를 신청하여야 한다(민사집행법 제84조).²¹⁶⁾

213) 이우재. (2012). 『부동산 및 채권집행에서의 배당절차의 제문제』. 서울: 전원사. p.654.

214) 이주복, 전제논문, p.177.

215) 이주복, 전제논문, p.18.

216) 구 민사소송법은 2002년 7월 1일 이전까지 효력이 있었으나, 그 이후 新민사집행법이 제정되어 현재까지 경매와 관련되어서는 이 법을 적용받고 있다.

주택임대차계약서 사본 1통을 제출하되 확정일자가 있으면 해당 계약서를 제출하여야 하며 주민등록표등·초본 1통도 같이 제출한다. 그 밖에 임대차계약서에 보증금의 변동이 발생한 때에는 변동 내용을 증명할 수 있는 서면이나 연체된 차임을 공제한 보증금계산서 등을 제출하여야 한다.

임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료된 주택(임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 해당 부분만으로 한정한다)이나 민법 제621조에 의거 주택임대차가 등기된 주택을 그 이후에 임차한 임차인은 제8조의 규정에 의한 소액보증금의 우선변제를 받을 권리가 없다(주택임대차보호법 제3조의2 제6항, 제3조의4 제1항).

소액임차인은 임차주택이 경매가 진행된 사실을 인지하지 못했다는 등의 사유로 배당요구를 하지 못하여 임차보증금에서 최우선적으로 배당을 받지 못하였을 경우 소액임차인은 매각대금 중에서 배당을 이미 받아 간 다른 채권자를 상대로 소액임차인이 만약에 배당에 참가하였다면 배당받을 수 있었던 금액을 부당이득으로 하여 채권자들에게 반환을 청구할 수는 없다.

여기서 시사하는 바는 배당요구가 필요한 배당요구채권자는 배당요구의 종기까지 배당요구를 신청한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있다. 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 비록 실체법상 최우선변제청구권이 있다 하더라도 매각대금으로부터 배당을 받을 수는 없다.²¹⁷⁾

다시 말하면 배당요구채권자가 흠결 있는 배당요구를 하거나 아예 배당요구를 하지 않으면 그를 배당에서 제외하고 배당표를 작성·확정하여 그 확정된 배당표에 따라 배당을 하게 된다. 이 때 배당요구채권자는 적법하게 배당요구를 하였더라도 마땅히 배당받을 것이라고 예상한 배당금액이 후순위 채권자에게 배당되었어도 이에 대해 부당이득반환을 주장하거나 배당이의를 제기할 수 없다.

결국 최우선변제권을 행사할 수 있는 소액임차인이라도 배당받은 채권자를

217) 압류채권자나 민사집행법 148조 1,3,4호의 당연히 배당받는 자에 해당하지 아니하여 배당요구가 필요한 채권자가 배당요구의 종기까지 배당을 요구하지 아니한 때에는 배당받을 수 없고, 나아가 압류채권자나 배당을 요구한 채권자도 경매신청 또는 배당요구 당시 채권이 일부금액으로 압류 또는 배당을 요구한 경우 배당요구의 종기 후에는 배당요구의 종기까지 배당요구하지 아니한 채권을 추가하거나 확장할 수 없다(대법원 2002.1.25. 선고 2001다 11055 판결).

대상으로 부당이득반환청구소송을 제기할 수 없다. 이는 주택임대차보호법에 의하여 최우선변제청구권이 인정되는 소액임차인의 소액보증금반환채권은 민사집행법 상에서 규정하는 배당요구가 필요한 배당요구채권에 해당한다는 의미이다.²¹⁸⁾

나) 다른 권리와 배당순위

소액임차보증금과 다른 권리와 배당순위를 살펴보면 첫째는 임금채권과의 충돌이다. 주택임대차보호법 제8조 제1항에 의해 대통령령으로 정해진 소액보증금은 물권이든 채권이든 관계없이 최우선적으로 변제되도록 규정되어 있다. 한편으로는 영세한 지위에 있는 근로자에 대해서는 생존권 보장이라는 의도에서 마련된 임금채권(근로기준법 제38조 제2항)과 서민의 주거안정이라는 취지에서 제정된 최우선변제권과의 서로 우열의 문제가 제기된다.²¹⁹⁾

하지만 임금채권자나 소액임차인이나 모두 사회적으로나 경제적으로 약자이므로 이들을 보호하기 위한 특별입법이기 때문에 어느 누가 배당에서 우선한

218) 대법원 2002.1.22. 선고 2001다70702 판결

219) 근로기준법 제38조(임금채권의 우선변제) ① 임금, 재해보상금, 그 밖에 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권(質權)·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 따라 담보된 채권 외에는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다. <개정 2010.6.10.>

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 따라 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. <개정 2010.6.10.>

1. 최종 3개월분의 임금 2. 재해보상금

- 근로자퇴직급여보장법 제12조(퇴직급여 등의 우선변제) ① 사용자에게 지급의무가 있는 퇴직금, 제15조에 따른 확정급여형 퇴직연금제도의 급여, 제20조 제3항에 따른 확정기여형 퇴직연금제도의 부담금 중 미납입 부담금 및 미납입 부담금에 대한 지연이자, 제25조 제2항 제4호에 따른 개인형 퇴직연금제도의 부담금 중 미납입 부담금 및 미납입 부담금에 대한 지연이자(이하 “퇴직급여 등”이라한다)는 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항에도 불구하고 최종 3년간의 퇴직급여 등은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다.

③ 퇴직급여 등 중 퇴직금, 제15조에 따른 확정급여형 퇴직연금제도의 급여는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분의 평균임금으로 계산한 금액으로 한다.

④ 퇴직급여 등 중 제20조 제1항에 따른 확정기여형 퇴직연금제도의 부담금 및 제25조 제2항 제2호에 따른 개인형 퇴직연금제도의 부담금은 가입자의 연간 임금총액의 12분의 1에 해당하는 금액으로 계산한 금액으로 한다.

다고 규정할 수가 없으므로 이들 상호 간에는 평등하게 안분하여 배당하여야 한다. 배당할 금원이 부족하여 이들 최우선변제권을 가진 채권자들의 채권을 모두 만족시킬 수 없으면 이들 최우선변제권을 가진 채권자들의 채권액을 비교하여 상호 비례되도록 하여 안분된 금액을 가지고 배당한다. 따라서 ‘소액보증금 중 일정액’은 ‘임금채권 중 일정액’은 둘과의 관계에서만 동순위일 뿐 당해세나 선순위 저당채권과 같은 기타 어느 우선채권과 충돌하였을 때에는 최우선으로 배당되어야 한다.

둘째는 근저당권과의 충돌이다. 소액임차보증금 중 일정액은 선순위 근저당권자보다도 최우선적으로 배당된다. 다만, 근저당권 등의 설정된 담보채권과 비교하여 볼 때 소액임차보증금의 범위나 최우선변제금액을 규정한 법령의 적용이 절대로 소급하여 적용되지 않는다(주택임대차보호법 부칙 제3조). 따라서 현재 적용되는 규정에 따르면 소액임차인이라도 종전 규정을 적용하였을 때 소액임차인이 아닐 수 있으며 이미 그 이전에 설정된 근저당권자와 시점을 비교하여 보았을 때 소액임차인이 근저당권자보다 순위가 늦어 최우선변제권을 행사할 수 없는 경우도 있다.

셋째는 소액보증인간의 충돌이다. 소액임차인 상호간에는 대항력 취득시기에 구애됨이 없이 무조건 동순위이다. 따라서 배당절차에서 소액임차인이 주장하는 소액임차보증금에 대해 모두 배당을 받지 못하게 되면 ‘하나의 주택에 임차인이 2명 이상이고, 그 각 보증금 중 일정액을 모두 합한 금액이 주택가액의 2분의 1을 초과하는 경우에는 그 각 보증금 중 일정액을 모두 합한 금액에 대한 각 임차인의 보증금 중 일정액의 비율로 그 주택가액의 2분의 1에 해당하는 금액을 분할한 금액을 각 임차인의 보증금 중 일정액으로 본다.’와 같이 처리한다.²²⁰⁾ 다만 여기서 주의할 것은 배당절차에서 서로 다른 시점에 대항력을 구비한 둘 이상의 소액임차인이 존재하는 경우에는 근저당권이 설정된 일자와 소액임차인들이 대항요건을 구비한 시점을 각각 시행령의 시행된 시점과 비교한 후 근저당권자에게 대항할 수 있는 소액임차인인지 아닌지를 선별해 내야 한다.

결국 주택임대차보호법 시행령상의 부칙 경과규정에 의해서 소급적용이 불

220) 주택임대차보호법시행령 제10조 제3항(보증금 중 일정액의 범위 등)

가함으로 선순위 근저당권이 설정일자와 대항요건의 구비일자의 비교에 따라 달라진다. 또한 배당절차에서 선순위근저당권이 말소됨에 따라 후순위근저당권의 설정일자와 대항요건의 구비일자의 비교로 소액임차인들 간에도 배당순위가 다르게 나타날 수도 있다. 각 채권자들의 배당순위에 대해 알아보면 다음과 같다.

[예시] 서울특별시의 경우 (총 배당금액이 1.5억인 경우)

1. 2014. 7.10 설정등기 근저당권자 甲 배당요구 0.5억원 (② 0.5억원)
2. 2016. 7.20 대항요건 소액임차인 乙 임차보증금 0.9억원 (① 0.32억원)
3. 2016.10.20 설정등기 근저당권자 丙 배당요구 0.6억원 (④ 0.34억원)
4. 2016.10.21 대항요건 소액임차인 丁 임차보증금 1억원 (③ 0.34억원)

위와 같이 사례를 가지고 위 채권자들 간에 배당순위를 살펴보면 다음과 같다. 2번의 채권자인 소액임차인 乙은 1번의 채권자인 근저당권자 甲의 설정된 일자가 2014년 7월 10일인 바 소액임차인 乙은 대항요건은 갖추었으나 우선변제권이냐 대항력이 없다. 다만 임차보증금이 0.9억원으로 2014년 7월 10일 현재 최우선변제권이 행사 가능한 임차보증금이 0.95억원이므로 소액임차보증금 0.32억원 배당이 가능하다.

다음으로는 2016년 10월 21일 대항요건을 갖춘 4번 채권자인 소액임차인 丁은 2016년 3월 30일 전에 설정이 되어 있던 1번 근저당권자 甲에게는 대항할 수 있는 소액임차인이 아니므로 그보다 순위가 낮다. 하지만 1번 근저당권자 甲이 배당 요구한 금액인 0.5억원을 배당받고 나면 이제는 말소기준권이 3번 근저당권자 丙의 설정일인 2016년 10월 20일로 바뀐다. 그로 인해 4번 채권자 丁도 2016년 3월 31일 이후에 설정된 3번 채권자인 근저당권자 丙에게 임차보증금 1억원 중 0.34억원에 대해서는 최우선변제권을 행사할 수 있다. 이와 같이 배당을 받고 나면 3번 근저당권자 丙은 배당요구를 0.6억원으로 하였으나 배당하고 남은 잔액인 0.34억원에 대해서만 배당을 받을 수 있다. 결국 채권자들의 배당순위를 살펴보면 2,1,4,3의 순서로 되며, 채권액을 완전히 만족한 채권자는 1번 근저당권자 甲뿐이다.

결론적으로 최우선변제권은 말소기준권리보다 뒤에 있는 소액임차인의 근저당권설정일 당시 적용되는 임차보증금이 최우선변제권을 행사할 수 있는 금액에 해당될 경우에만 배당을 받을 수 있다. 임차인이 최우선변제권의 행사금액보다 임차보증금이 많은 경우에는 매수인에게 인수를 주장할 수 있는 대항력이 있거나 우선변제권이 있는 경우에만 배당을 받을 수 있다. 우선변제권은 순차적인 순위에 의하므로 다른 우선변제권이나 근저당권자와의 순위다툼으로 최종 배당받을 금액이 정해진다.

넷째는 확정일자가 있는 우선변제권과의 충돌이다. 소액임차인이 대항요건을 언제 취득하였느냐에 상관없이 항상 선순위가 된다. 단 여기서 주의해야 할 점은 우선변제권을 행사하는 확정일자가 있는 임차인(소액임차보증금의 범위를 초과하는 임차인)과 최우선변제권을 행사하는 소액임차인의 대항요건 취득일을 먼저 살펴보고 최초 근저당권설정일과도 반드시 선후를 따져 보아야 한다. 시행령 부칙조항에서 규정하고 있는 소급적용배제의 원칙에 따라 현재는 소액임차인이라 하더라도 대항요건 구비시점 이전 법령기준으로 소액임차인이 아니라면, 현재 적용되는 법령 이전에 이미 대항요건과 확정일자를 구비한 임차인보다 배당에서 후순위가 된다.

예를 들어, 서울지역에 우선변제권을 행사하는 확정일자 임차인 甲이 대항요건은 2016년 4월 1일이고 확정일자도 같은 날 부여받았고 임차보증금은 1억원이다. 최우선변제권을 행사하는 소액임차인으로 추정되는 乙도 2016년 4월 1일에 임차보증금 1억원에 대항요건을 갖추었다. 최초근저당권자 丙은 1억원에 대해 채권최고액 1.2억, 설정일은 2016년 3월 30일이다. 이 경우 최초근저당권설정일이 새로운 주택임대차보호법 시행령 개정일 전이므로 0.95억원의 임차보증금 범위 내에서 최우선변제권의 행사가 가능하다. 그러므로 이 경우는 현행 주택임대차보호법 상으로 얼핏 소액임차인으로 보이지만 근저당권설정일 기준으로 다시 판단해 보면 소액임차인이 아니므로 임차인 乙은 소액임차인으로서의 최우선변제권 행사가 불가능하다. 본 물건이 2억원에 낙찰되었다고 하고 경매비용은 없다고 가정한다. <표 15>와 같이 배당을 받을 채권자는 甲이 1억원, 丙이 1억원이 되고 乙은 배당금액이 없다. 결국 확정일자 있는 임차인 甲이 얼핏 소액임차인으로 보였던 乙보다 우선하여 배당

을 받는 결과가 된다. 물론 임차인 乙도 확정일자를 받았다면 우선변제권에 의해 임차인 甲과 안분하여 각각 0.5억씩 배당을 받을 수 있다.

<표 15> 임차인의 우선변제권 유무에 따른 배당순위

순위	기 준	금액	일자	임차인 乙	우선변제권 乙
②②	우선변제권 甲	1억	16년 4월 1일	1억	0.5억
③②	임차인 乙	1억	16년 4월 1일	-	0.5억
①①	근저당권자 丙	1억	16년 3월 30일	1억	1억

다섯째는 확정일자가 있는 소액임차인과의 충돌이다. 소액임차인이 확정일자도 받아 소액임차인의 지위와 우선변제권을 행사할 수 있는 확정일자임차인의 지위를 함께 가지고 있는 경우에는 소액임차인의 권리로서 다른 소액보증금과 동순위로 안분배당을 받고 나머지 배당받지 못한 금액은 우선변제권을 행사할 수 있는 확정일자 임차인의 권리로서 순위배당에 따라 배당받는다.

예를 들어, 1순위인 최초근저당권자 甲이 2016년 3월 30일에 1억원을 설정하고, 2순위로 소액임차인 乙이 0.9억원에 대항요건과 확정일자를 2016년 4월 1일에 부여받았다. 3순위인 소액임차인 丙이 0.7억원에 대항요건과 확정일자를 2016년 4월 11일에 부여받았다. 4순위인 근저당권자 丁이 2016년 4월 30일에 1억원을 설정하였다. 경매가 진행되어 2.5억에 낙찰이 되었다고 가정한다.

<표 16>과 같이 소액임차인 乙과 丙은 첫 번째로 최우선변제권을 행사하여 0.32억원을 우선적으로 배당을 받고 1순위근저당권자 甲이 두 번째로 1억원을 배당받는다. 만약 소액임차인 乙과 丙이 확정일자에 의한 우선변제권이 없었다면 4순위인 근저당권자 丙이 0.86억원을 배당받았을 것이다. 하지만 소액임차인 乙과 丙이 확정일자로 인해 우선변제권 행사할 수 있게 되어 소액임차이간의 우선순위에 따라 乙이 0.48억원을 배당받고 丙은 남은 0.28억에 대해 배당을 받고 0.1억원이 미배당액이 되며 丁은 배당받을 금액이 없다. 결국 소액임차인 乙과 丙은 최우선변제권으로 각각 0.32억원, 우선변제권으로는

乙이 0.58억원과 丙이 0.28억원을 배당받고 4순위근저당권자 丙은 무배당이 된다. 소액임차인과 다른 권리와 의 관계를 요약하면 <표 17>과 같다.

<표 16> 담보물권 사이에 우선변제권이 있는 소액임차인간의 배당관계

순위	기 준	금액	일자	1차 배당	2차 배당
②	근저당권자 甲	1억	16년 3월 30일	-	1억
①③	소액임차인 乙	0.9억	16년 4월 1일	0.32억	0.58억
①④	소액임차인 丙	0.7억	16년 4월 11일	0.32억	0.28억
	근저당권자 丁	1억	16년 4월 30일	-	-

<표 17> 소액임차인과 다른 권리와 의 배당관계

	기 준	내 용
①	소액임차인 VS 임금채권자	상호간에 동순위로 안분배당
②	소액임차인 VS 선순위 근저당권자	소액임차인이 최우선적으로 배당
③	소액임차인 VS 소액임차인	상호간에 동순위로 안분배당 (단, 근저당권 설정등기 일자와 소액임차인 대항력 취득시기 중요)
④	소액임차인 VS 확정일자 임차인	소액임차인이 항상 최우선으로 배당
⑤	소액임차인 VS 확정일자 소액임차인	상호간에 동순위 안분배당 후 확정일자 소액임차인이 우선변제권 행사

제 2 절 최우선변제권의 현황분석

1) 최우선변제권을 지닌 소액임차인의 비중분석

경매절차에서 매각된 주택 중에서 임차인이 존재하는 비중이 어느 정도인지, 또한 임차인 중에서도 최우선변제권을 행사하는 소액임차인의 비중이 어느 정도인가를 확인하기 위해 인포케어(주)에 2005년부터 2014년까지 10년간 진행된 집합건물의 경매사건 중 매각된 건을 대상으로 데이터를 조사하였다. 221) 지역은 서울, 경기, 인천지역으로 선정하였고 주택물건은 집합건물인 아파트, 연립, 다세대로 국한하였다. 이와 같이 선정한 이유는 우리나라 주택시장을 선도하는 지역이 서울과 수도권지역이고, 최우선변제권을 행사하기 좋은 물건이 집합건물이기 때문이다.

우선 데이터를 분석하기 이전에 임차인과 소액임차인에 대해 정의를 하고 자료를 추출하기로 하였다. 즉, 경매물건 중 임차인이 있는 물건을 추출하기 위해 임차인에 대한 정의는 실제로 임차보증금이 있다고 법원에 신고한 임차인으로 하였다. 다음으로 임차인 중 소액임차인을 추출하기 위해 소액임차인이란 임차인이 전입 당시 주택임대차보호법상 소액임차인에 해당하는 자로 정의하였다. 여러 명이 존재하는 경우는 한 건으로 취급하고자 하였다. 그 이유는 임차인이 존재하는 건 중에서 소액임차인의 비중을 파악하고자 하는데, 중복으로 계산하면 과다계상이 되어 통계의 오류가 발생할 수 있기 때문이다.

이러한 원칙에 근거하여 산출한 결과가 <표 18>에서부터 <표 23>까지에 해당하며, 소액임차인의 비중에 대해 서울·경기·인천지역의 아파트와 연립·다세대에 대해 조사하였다. 먼저 임차인이 존재하는 비중을 먼저 살펴보면 아파트는 서울과 경기지역이 모두 38.3%인 반면 인천지역은 44.8%로 다소 인천지역의 임차인 비중이 높았다. 연립과 다세대도 서울과 경기지역은 각각 53.9%와 54.6%인 반면 인천지역은 66.9%로 인천지역의 임차인 비중이 높게 나타났다.

임차인 비중을 분석한 결과 서울, 경기, 인천지역에서 집합건물 중 연립과 다세대가 아파트보다 비중이 높으며, 지역적으로는 인천지역의 비중이 서울과 경기지역의 비중보다 높게 나타났다.

221) 경매전문업체인 인포케어(주)에 2005년부터 2014년까지 10년간 진행되었던 경매사건 중 매각된 건에서 임차인이 존재하는 건과 소액임차인이 존재하는 건에 대한 분류를 요청하여 받은 자료에 근거하였다. 이 때 매각가율이 20%미만이거나 120%를 초과하는 건은 배제하였다. 이유는 개인 사정이나 법적인 문제로 권리분석상의 하자가 매우 높게 존재할 수 있는 개연성이 있어 자료를 왜곡할 수 있기 때문이다.

여기서 얻을 수 있는 시사점은 임차인 입장에서 집합건물의 종류로 볼 때에는 아파트보다는 비교적 저렴한 연립과 다세대에 전입하는 비중이 높다는 것이며, 지역적으로 볼 때에는 서울과 경기지역에 산재한 도시 중에 비교적 저렴한 인천지역에 임차인의 비중이 높다는 것이다.

임차인 중 소액임차인이 차지하는 비중은 서울과 경기지역 아파트가 평균 53.6%와 59.7% 수준이나, 인천지역 아파트는 83.4%를 차지하는 것으로 나타났다. 한편 서울과 경기지역의 연립과 다세대에서 임차인 중 소액임차인이 차지하는 비중은 평균 61.7%와 77.2% 수준이나, 인천지역은 96.0%였다.

임차인 중 소액임차인 비중을 분석한 결과 연립과 다세대에 거주하는 소액임차인의 비중이 아파트에 거주하는 소액임차인의 비중보다 높게 나타난 반면에 지역적으로 분석한 결과는 서울과 경기지역보다는 인천지역이 집합건물의 유형에 관계없이 소액임차인의 비중이 높게 나타났다.

여기서 얻을 수 있는 시사점은 임차인의 경우와 마찬가지로 소액임차인의 비중도 집합건물의 종류로 볼 때에는 아파트보다는 비교적 저렴한 연립과 다세대에 전입하는 비중이 높으며, 지역적으로 볼 때에는 서울과 경기지역에 산재한 도시 중에 비교적 저렴한 인천지역에 임차인의 비중이 높다는 것이다.

결론적으로 인포케어에서 받은 데이터를 분석한 결과 임차인이나 소액임차인의 비중은 집합건물에서 연립과 다세대가 아파트보다 높으며, 지역적으로는 인천지역이 서울, 경기지역보다 높다는 사실을 알 수 있었다.

집합건물의 종류로 보면 연립과 다세대를 분양받은 자는 아파트를 분양받은 자보다 실제 거주를 위한 목적보다는 임대를 목적으로 하는 경우가 많다는 것을 의미하며, 연립과 다세대가 아파트에 비해 상대적으로 임차보증금도 작아 소액임차인의 비중이 높다고 분석할 수 있다. 지역적으로 보면 인천지역이 서울과 수도권에 비해 집합건물 종류와 관계없이 시세가 낮을 뿐 아니라 임차보증금도 상대적으로 낮아 소액임차인의 비중이 높은 구조를 형성한 것으로 추정된다. 이를 통해 임차보증금이 낮은 집합건물의 종류와 지역일수록 소액임차인의 비중이 높다는 결과를 도출할 수 있었다.

<표 18> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (서울 아파트)

(단위 : 건, 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
낙찰건수	2,685	2,786	1,493	1,323	2,529	2,092	2,312	2,503	3,096	2,419	23,238
임차인의 수	1,093	1,330	745	496	843	704	760	847	1,143	932	8,893
비중(%)	40.7	47.7	49.9	37.5	33.3	33.7	32.9	33.8	36.9	38.5	38.3
소액임차인	526	780	482	273	462	368	415	416	571	472	4,765
비중(%)	48.1	58.6	64.7	55.0	54.8	52.3	54.6	49.1	50.0	50.6	53.6

<표 19> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (서울 연립/다세대)

(단위 : 건, 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
낙찰건수	5,389	4,958	1,338	506	990	1,048	1,160	1,325	1,901	2,056	20,671
임차인의 수	2,748	2,835	713	245	426	525	575	714	1,104	1,257	11,142
비중(%)	51.0	57.2	53.3	48.4	43.0	50.1	49.6	53.9	58.1	61.1	53.9
소액임차인	1,492	1,733	363	133	249	343	378	493	811	883	6,878
비중(%)	54.3	61.1	50.9	54.3	58.5	65.3	65.7	69.0	73.5	70.2	61.7

<표 20> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (경기 아파트)

(단위 : 건, 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
낙찰건수	5,386	4,771	2,184	2,209	5,120	4,827	5,182	5,708	7,024	5,556	47,967
임차인의 수	2,058	1,938	926	724	1,662	1,683	1,859	2,215	2,944	2,363	18,372
비중(%)	38.2	40.6	42.4	32.8	32.5	34.9	35.9	38.8	41.9	42.5	38.3
소액임차인	1,085	1,188	591	447	1,053	1,050	1,204	1,335	1,678	1,342	10,973
비중(%)	52.7	61.3	63.8	61.7	63.4	62.4	64.8	60.3	57.0	56.8	59.7

<표 21> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (경기 연립/다세대)

(단위 : 건, 명, %)

	'05년	'06년	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	계
낙찰건수	9,166	6,995	2,114	806	1,346	1,403	1,497	1,989	2,200	2,442	29,958
임차인의 수	5,206	4,207	1,175	363	600	671	671	998	1,118	1,347	16,356
비중(%)	56.8	60.1	55.6	45.0	44.6	47.8	44.8	50.2	50.8	55.2	54.6
소액임차인	3,866	3,428	947	267	406	493	529	781	878	1,033	12,628
비중(%)	74.3	81.5	80.6	73.6	67.7	73.5	78.8	78.3	78.5	76.7	77.2

<표 22> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (인천 아파트)

(단위 : 건, 명, %)

	'05년	'06년	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	계
낙찰건수	2,538	2,081	950	508	784	983	1,159	1,571	2,007	1,789	14,370
임차인의 수	1,300	1,062	441	180	223	325	461	635	966	841	6,434
비중(%)	51.2	51.0	46.4	35.4	28.4	33.1	39.8	40.4	48.1	47.0	44.8
소액임차인	1,107	934	382	148	183	251	390	507	801	666	5,369
비중(%)	85.2	87.9	86.6	82.2	82.1	77.2	84.6	79.8	82.9	79.2	83.4

<표 23> 연도별 지역별 소액임차인 비중 (인천 연립/다세대)

(단위 : 건, 명, %)

	'05년	'06년	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	계
낙찰건수	9,532	5,816	1,473	264	639	1,024	1,423	2,340	2,977	3,501	98,928
임차인의 수	6,275	3,977	981	140	302	643	973	1,596	2,079	2,429	19,395
비중(%)	65.8	68.4	66.6	53.0	47.3	62.8	68.4	68.2	69.8	69.4	66.9
소액임차인	5,937	3,763	947	127	276	617	946	1,568	2,049	2,394	18,624
비중(%)	94.6	94.6	96.5	90.7	91.4	96.0	97.2	98.2	98.6	98.6	96.0

2) 가장임차인의 추정기준 및 비중분석

가) 추정기준

가장임차인이란 임대인과 임차인이 실제로는 임대차계약에 대한 사실관계가 없으나 배당절차에서 임차보증금을 배당받기 위한 목적이나 또는 이해관계인들에게 손해를 입히고 금전적으로는 이득을 얻을 목적으로 임차인의 형식만을 빌린 상태의 임차인을 말한다.²²²⁾

가장임차인은 기본적으로 집합건물에서 발생하는 경우가 많으며 가장임차인 여부를 판단하는데 다른 주택에 비해 다소 어려움이 있다.²²³⁾ 그 이유는 다가구나 단독주택은 상대적으로 임차인이 많아 주택임대차보호법상 주택가액에 1/2범위라는 제한에 걸려 임차인이 가장으로 전입하였다가 다른 진정한 임차인들에게 견제당할 가능성이 높으나 집합건물은 이러한 문제점이 없기 때문이다.²²⁴⁾ 특히, 데이터를 추출하기 위해 인천지역을 선택한 이유는 최근 배당이의소송 사건이 급증하고 있으며, 이는 가장임차인에 대한 문제도 다른 지역에 비해 많이 발생할 것으로 추정되기 때문이다.²²⁵⁾

본 논문에서는 통계적인 자료를 통하여 가장임차인을 추정하기 위하여 다음과 같이 가장임차인에 대해 구체적인 기준을 정하였다. 가장임차인으로 추정하는 임차인은 ① 근저당권 등 등기부등본 상의 채권 및 임차보증금의 합과 경매감정가(최초법사가)를 비교하였을 때 선순위 채권액이 경매감정가보다 큰 상태에서 임대차계약을 맺은 임차인 ② 경매개시결정등기 90일 전에 전입

222) 이용득·강정규·박태진, 전제논문, p.7.

223) 건축법시행령 제3조의 5(용도별 건축물의 종류)의 별표1에 따르면 집합건물을 공동주택이라고 표현하고 있으며, 아파트, 연립, 다세대, 기숙사로 분류를 하고 있다. 상기 내용과 관련되는 주택은 아파트, 연립, 다세대 주택에 한정된다.

224) 예를 들어, 서울지역에서 2억원에 매각된 다가구주택에 진정한 임차인 3가구와 가장임차인 1가구가 거주한다고 가정한다. 모두 0.34억원의 최우선변제금액을 배당 요구한 상태라면 배당하여야 할 금액은 1.36억원이나 실제로는 주택가액의 1/2인 1억원에 대해 1가구당 0.25억원씩 배당이 될 것이다. 그렇게 되면 진정한 임차인 가구가 자연적으로 가장임차인 가구에 대해 대항요건을 문제 삼아 자체적으로 가장임차인을 배당에서 배척할 것이다.

225) 2014년 11월 14일 머니투데이 기사에 의하면“14년 사법연감에 따르면 서울을 비롯한 수도권법원에 접수된 배당이의 소송은 1년 사이 30%나 증가하였다. 특히, 인천지방법원은 31%나 증가하였다. 배당이의소송이 차지하는 비중은 서울중앙지법의 민사소송 중 0.4%인데 비해 인천지방법원은 3.2%이다.”라고 한다.

한 임차인²²⁶⁾ ③ 경매가 등기부등본에 등기 접수된 이후에 전입한 임차인으로 정의하여 분류하였다. ③은 주택임대차보호법에서 이미 가장임차인으로 간주하여 배당에서 제외시켰으므로 이에 대한 쟁점은 해결된 상태이다.

나) 비중분석

현재는 ①과 ②의 가장임차인이 문제의 중심에 있다. 상기와 같은 가장임차인의 기준에 의해 <표 24>에서 <표 29>까지 도출된 결과에 근거하여 설명해보면 서울, 경기, 인천지역 아파트에 소액임차인 중 추정된 가장임차인이 차지하는 비중은 각각 79.6%, 71.5%, 70.8%로 나타나고 있다. 반면에 서울, 경기, 인천지역 연립과 다세대에서 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중은 각각 57.1%, 58.5%, 67.8%이다.

여기서의 시사점은 추정된 가장임차인의 비중은 지역에 관계없이 아파트가 연립과 다세대보다 높다는 것이다. 하지만 지역과 집합건물의 종류에 대해 절대건수로 보았을 때에는 인천지역의 연립과 다세대가 12,627건으로 압도적인 우위를 나타내고 있다.

결론적으로 임차인이나 소액임차인의 비중은 연립과 다세대에 많으나, 추정된 가장임차인의 비중은 아파트가 많다는 것이다. 이와 같은 결과가 도출되는 이유는 아파트에 거주하는 소액임차인 중에 진정한 소액임차인이 거주하기보다는 가장으로 전입한 경우가 많기 때문이다. 사실상 서울과 경기지역에 집합건물이 거래되고 있는 임차보증금의 비율이나 금액을 보면 진정한 소액임차보증금으로 아파트에 전입하기는 현실적으로 어렵다는 것이 이러한 사실을 뒷받침하고 있다. 유일하게 인천지역만이 소액임차보증금과 임차보증금의 괴리가 적어 최우선변제권을 노린 가장임차인이 양산되는 결과를 초래하는 것으로 추정해 볼 수 있다.

KB국민은행 부동산자료를 보면 전국의 연립·다세대 전세가율은 2015년 1

226) 금융기관은 채무자가 연체를 시작하면 변제독촉을 하고, 이행하지 않으면 연체로부터 90일이 경과하는 시점에 경매를 신청한다. 만약 소유자가 임차인과 정상적인 임대차계약을 체결하였다면 소유자가 받은 임차보증금으로 금융기관의 연체금을 변제하였을 것이나, 연체를 한다는 것은 실제로는 통정의 허위표시로 체결한 허위의 임대차계약일 가능성이 매우 높다. 이러한 사유로 90일 전에 전입한 임차인에 대해 가장임차인으로 추정하고자 하였다.

월 63.2%에서 2015년 7월 현재 64.4%로 1.2% 포인트 높아졌다. 한편 전국의 아파트 전세가율도 2015년 7월 현재 72.2%로 2015년 1월 70.2%보다는 2% 포인트, 2014년 7월 68.9%보다는 3.3% 포인트 상승하였다. 지역별 아파트 전세가율은 서울 70.3%, 경기 72.7%, 인천 69.9%로 70% 수준을 기록하고 있다. 아파트 평균 매매가는 서울 5.1억, 경기 2.9억, 인천 2.1억이며, 아파트 평균 전세가는 서울 3.5억, 경기 2.1억, 인천 1.5억이다. 한편 연립주택 평균 매매가는 서울 2.4억, 경기 1.4억, 인천 1억이며, 연립주택 평균 전세가는 서울 1.6억, 경기 0.9억, 인천 0.7억이다. 인천지역의 전세가 및 매매가가 서울과 경기지역의 전세가 및 매매가와 비교하여 어느 정도의 비중을 차지하는지에 대해 통계자료에 따르면 인천지역 아파트 매매가는 서울대비 41.8%, 경기대비 73.9% 수준이며, 전세가는 서울대비 42.7%, 경기대비 71.2% 수준이다. 인천지역의 연립과 다세대주택 매매가는 서울대비 41.4%, 경기대비 70.3% 수준이며, 전세가는 서울대비 43.9%, 경기대비 73.6% 수준이다.

결국, 인천지역의 매매가나 전세가는 서울지역의 40%, 경기지역의 70% 수준이다. 위와 같은 자료를 통해 인천지역이 그 만큼 시세가 낮고 특히 연립과 다세대주택은 가장임차인으로 전입하여도 전세가와 소액보증금의 차이가 적어 실무적으로 임차인에 대한 진위여부를 파악하기가 어려울 수 있다는 사실을 짐작할 수 있다. 인천지역은 그 만큼 전세가가 낮아 소액임차인으로 가장한 임차인이 최우선변제권을 행사하기 매우 적절한 지역이다. 즉, 아파트가 가장임차인 비중이 많으나 배당이의의 다툼은 인천지역에서 많이 나타날 수밖에 없는 원인이 여기에 있다.

<표 24> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (서울 아파트)

(단위 : 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
소액임차인	526	780	482	273	462	368	415	416	571	472	4,765
추정가장임차인	506	642	358	193	352	287	318	309	460	368	3,793
비중(%)	96.2	82.3	74.3	70.7	76.2	78.0	76.6	74.3	80.6	78.0	79.6

<표 25> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (서울 연립/다세대)

(단위 : 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
소액임차인	1,492	1,733	363	133	249	343	378	493	811	883	6,878
추정가장임차인	1,221	1,247	190	61	99	154	160	191	293	311	3,927
비중(%)	81.8	72.0	52.3	45.9	39.8	44.9	42.3	38.7	36.1	35.2	57.1

<표 26> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (경기 아파트)

(단위 : 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
소액임차인	1,085	1,188	591	447	1,053	1,050	1,204	1,335	1,678	1,342	10,973
추정가장임차인	744	776	348	307	791	759	919	931	1,248	1,022	7,845
비중(%)	68.6	65.3	58.9	68.7	75.1	72.3	76.3	69.7	74.4	76.2	71.5

<표 27> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (경기 연립/다세대)

(단위 : 명, %)

	‘05년	‘06년	‘07년	‘08년	‘09년	‘10년	‘11년	‘12년	‘13년	‘14년	계
소액임차인	3,866	3,428	947	267	406	493	529	781	878	1,033	12,628
추정가장임차인	2,707	2,235	490	96	144	222	264	347	380	497	7,382
비중(%)	70.0	65.2	51.7	36.0	35.5	45.0	49.9	44.4	43.3	48.1	58.5

<표 28> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (인천 아파트)

(단위 : 명, %)

	'05년	'06년	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	계
소액임차인	1,107	934	382	148	183	251	390	507	801	666	5,369
추정가장임차인	890	707	257	91	107	169	272	343	534	433	3,803
비중(%)	80.4	75.7	67.3	61.5	58.5	67.3	69.7	67.7	65.2	65.0	70.8

<표 29> 연도별 지역별 추정 가장임차인 비중 (인천 연립/다세대)

(단위 : 명, %)

	'05년	'06년	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	계
소액임차인	5,937	3,763	947	127	276	617	946	1,568	2,049	2,394	18,624
추정가장임차인	4,353	2,730	682	55	84	423	643	1,060	1,199	1,398	12,627
비중(%)	73.3	72.5	72.0	43.3	30.4	68.6	68.0	67.6	58.5	58.4	67.8

2016년 3월 31일부터 시행되고 있는 소액보증금의 범위는 앞에서 살펴본 바와 같이 지역에 따라 다르다. 서울과 경기지역에서는 아파트가 연립과 다세대보다는 소액임차인 중 추정되는 가장임차인의 발생비중이 높은 반면, 인천 지역에서는 소액임차인 중 추정되는 가장임차인의 발생비중이 주택물건 종류와 관계없이 차이가 거의 없는 것으로 나타났다.

한편 <표 30>에서 물건별 평균전세가대비 소액임차인 보호범위의 비율(평균전세가 비율 = 소액임차인 보호범위÷평균전세가)이 추정된 가장임차인의 비중과 어떠한 차이가 있는지 확인하였다. 상기 표의 내용을 살펴보면 평균전세가 비율이 낮으면 그 만큼 소액임차인으로 가장한 임차인이 전입하기가 어렵다는 것을 의미한다. 예를 들어, 서울 아파트 전세가 비율이 27%인데, 이는 서울지역에서 아파트전세를 얻기 위해 평균적으로 3.52억이 필요하지만 소액임차보증금인 0.95억원은 3.52억의 27%에 불과하다는 의미이다.

결국 서울에는 소액임차인이 아파트에 전입할 환경이 거의 불가능하다는 것이다. 반면에 인천지역의 연립 평균전세가비율은 88.2%인데, 이는 전세가가 평균적으로 0.68억원인데 0.68억원의 88.2%인 0.6억원까지 소액임차보증금의 보호범위가 넓다는 것이다.

<표 30> 물건별 평균전세가대비 소액임차인 보호범위 비중

(단위 : 백만원, %)

	서울	경기	인천
소액임차인 보호범위	95	80	60
아파트 평균전세가 비율(%)	352 27.0	211 37.9	150 40
연립 평균전세가 비율(%)	155 61.3	92.5 86.5	68 88.2

통계자료로 집합건물의 종류별로 비교해 보면 아파트는 평균전세가비율이 낮은데도 불구하고 추정된 가장임차인의 비중이 높아 의외의 결과가 나타났으나, 연립과 다세대는 평균전세가 비율이 거의 90%에 근접한 인천지역에서 추정된 가장임차인의 비중이 예상대로 높게 나타났다.

가장임차인을 추정하기 위한 기준을 세워 인포케어(주)에 그 기준에 따라 의뢰하여 확인한 결과 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중은 집합건물의 유형에서는 아파트가, 지역적으로는 인천지역이 높게 나타났다. 흥미로운 것은 인천지역이 배당이의 사건, 소액임차인 비중, 추정된 가장임차인의 비중이 모두 높게 나타났다는 것이다. 비록 기준을 정하고 이에 따라 추정한 것이지만 집합건물에서 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중이 70% 내외라는 것은 최우선변제권이 정상적인 소액임차인을 위해 보호되지 않은 것이 현실임을 반증하고 있다.

이러한 심각성에 대해 보다 심도 있게 검토하기 위해 제4장에서는 금융기관에서 10년간 실제로 발생하였던 배당배척사건이나 배당이의를 제기했던 소송건에 대해 유형별로 사례를 분류한 후 관련된 판례와 함께 분석하겠다.

제 4 장 최우선변제권의 남용사례분석

제 1 절 최우선변제권의 남용현황 및 유형

1) 남용현황

최우선변제권은 주택임대차보호법이 제정된 후 2년 9개월 후인 1983년 12월 30일에 서민 중에서도 극빈층의 소액임차보증금을 보호하기 위한 취지로 신설되었다. 또한 약 6년 후인 1989년 12월 30일에 경매개시결정 전에 대항요건을 갖추도록 하는 법의 개정을 추진하여 가장임차인의 최우선변제권 행사남용을 최소화하려는 노력을 하였다. 하지만 그로부터 약 27년이 지난 지금 최우선변제권에 대한 개정이 이루어지지 않아 좋은 취지로 제정되었음에도 불구하고 남용으로 인한 문제점이 드러나고 있다.

채권자입장에서 보면 우선변제권에 대한 위험보다는 최우선변제권에 대한 위험에 더 크게 노출되고 있다.²²⁷⁾ 이러한 원인을 살펴보면 우리나라도 점차 전세에서 보증부 월세나 월세화 추세에 발맞추어 서민의 주거안정을 도모하기 위해 제정되었던 최우선변제권 제도에 대한 변화가 필요한 시기로 해석된다. 향후 이러한 추세에 따라 상대적으로 임차보증금액이 작아지고 월세 비중이 커지게 될 것이고, 도덕적 해이(Moral Hazard)에 의해 소액임차인으로 가장하고 최우선변제금을 노리는 가장임차인 사건이 점차 더 증가할 것으로 생각된다.

현실에서 최우선변제권의 남용현황을 살펴보면 소액임차인으로 가장한 임차인이 경매개시결정 전에 전입하여 최우선변제권을 행사하는 경우에 대해 법원은 원칙적으로 그런 임차인을 진정한 임차인으로 추정하고 채권자가 배당배척을 신청하거나 배당이의의 소로 다투게 하고 있다.²²⁸⁾ 이처럼 가장임차인

227) 서울의 아파트 월세거래 가운데 반전세가 차지하는 비중이 2015년 2월 44.2%에서 2016년 1월 52.7%로 상승하였다. 저금리시대에 따라 임대인의 월세선호가 늘어나고 있으며, 특히 강남구 57.7%, 서초구 58.0%, 송파구 63.4% 등 강남권역을 중심으로 반전세의 비중의 증가가 두드러졌다(아주경제신문 2016년2월19일자).

228) 주택임대차보호법 제8조 1항의 소액보증금의 일정액의 보호조항은 진정한 소액임차인의

에 대한 법의 강력한 제재가 없다 보니 소송건이 증가하여 국가적으로나 개인적으로나 시간적, 금전적 낭비문제가 발생하고 있다. 최근 5년간 서울, 인천, 경기에서 발생한 제1심의 배당이의사건의 추세에 대해 <표 31>에서 알 수 있듯이 전국적으로는 다소 배당이의 사건의 수가 줄었다가 다시 증가추세이나, 서울, 인천, 경기지역은 모두 꾸준히 증가추세이다. 특히 인천은 2010년 7% 수준에서 2014년 17.3%로 증가하여 서울의 19.0%와 비슷한 수준까지 배당이의 사건이 급증하고 있다. 물론 배당이의 사건의 전부가 소액임차인을 가장한 최우선변제권과의 다툼만을 의미하는 것은 아니다. 하지만 최우선변제권에 대한 다툼이 배당이의 사건에 상당부분을 차지하고 있으므로 상기 내용으로 사회적 비용이 증가함으로 인한 심각성을 추론하는데 무리가 없다고 판단된다. 229)230)

최소한의 주거안정을 보장해 주기 위한 취지임에도 불구하고 요즈음 채무자인 임대인이 주택의 경매가 이루어진 사실을 잘 알면서도 이를 악용하여 경매신청 전에 친·인척이나 지인을 통해서 가장임차인을 만들어 배당요구를 하는 경우가 많아지고 있다. 주택임대차보호법 제8조 제1항이 소액임차인의 최소한의 사회 정책적 보호조항임에도 불구하고 임대인이나 중개업자가 이 조항인 경매신청 등기 전까지 조항을 악용하여 가장임차인을 양산하여 민사집행법상 경매나 국세징수법상이 공매 시 배당을 요구하는 사례가 빈번하기 때문에 본 법의 취지와 부합하지 않게 사회적인 문제가 나타나고 있다(서해용, 전개논문, pp.252-3.).

229) “대법원 사법연감에 따르면 서울을 비롯한 수도권 법원에 접수된 배당이의 소송이 급증하고 있으며, 이의 주요원인이 주택임대차보호법을 악용한 임대차계약으로 말미암은 것이다”라고 하여 이를 참고로 하여 배당이의사건 증가추이를 가지고 가장임차인과 관련된 배당이의 소송도 같이 증가할 것으로 추론하였다(2014년 11월 14일 머니투데이).

230) 수도권 법원에 접수된 배당이의소송 현황은 다음과 같다(출처 : 대법원 사법연감). 의정부시, 고양시, 인천광역시, 안산시 등 저소득층이 밀집한 지역에 배당이의소송이 급증하고 있는 것이 특징이다.

	부천	수원	성남	여주	평택	안산	안양	計
2012	162	230	206	49	83	110	83	2,497
2013	127	258	146	63	58	137	109	2,810
증감	-21.6	12.2	-29.1	28.6	-30.1	24.5	31.3	12.5

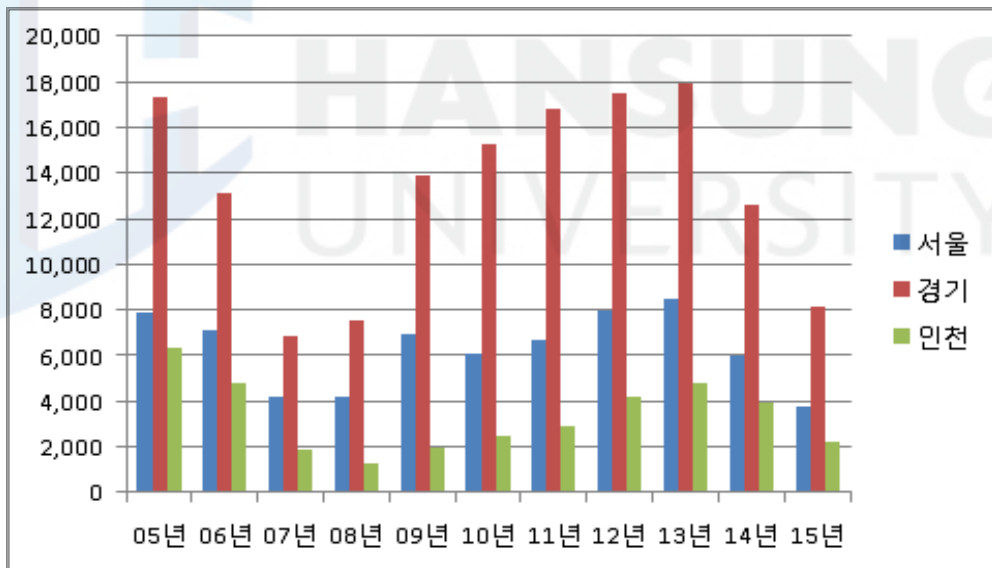
	중앙	동부	남부	북부	서부	의정부	고양	인천
2012	262	115	141	142	113	189	192	420
2013	291	124	157	165	124	246	255	550
증감	11.1%	7.8	11.3	16.2	9.7	30.2	32.8	31.0

<표 31> 최근 5년간 배당이의소송사건 (제1심)

	2010		2011		2012		2013		2014	
전국	4,617	100%	4,442		4,399		4,739		5,149	
서울	787	17.1	733	16.5	773	17.6	861	18.1	983	19.0
인천	325	7.0	357	8.1	420	9.6	550	11.6	888	17.3
경기	1,147	24.8	1,223	27.5	1,304	29.6	1,399	29.5	1,461	28.4
小計	2,259	48.9	2,313	52.1	2,497	56.8	2,810	59.3	3,332	64.7

자료 : 대법원 사법연감자료

<그림 1> 최근 5년간 배당이의 소송사건 추이 (제1심)



자료 : 대법원 사법연감자료

최우선변제권이 남용되는 이유에 대해 살펴보면 첫째, 소유자나 채무자의 채권자가 자신의 채권을 회수하는 방편으로 사용하려는 의도 때문이다. 소유자나 채무자의 소유주택이 경매되면 결국 매수인이 납부한 매각대금으로 자

신의 채무를 청산하게 된다. 하지만 소유자나 채무자의 채무가 과다한 경우에는 후순위채권자를 만족시킬 수 없는 상황이 종종 발생한다.

이러한 경우 후순위채권자 등 채권회수가 불투명한 자는 자신의 채권을 회수하기 위한 방편으로 소유자나 채무자에게 소액임차인으로 가장한 임차인과의 임대차계약을 강요하게 된다. 이 때 소유자나 채무자는 채무를 변제할 수 있는 기회인 동시에 후순위채권자의 압박에 자의반 타의반으로 허위의 임대차계약서를 작성하게 된다.

둘째, 브로커나 공인중개사가 소유자나 채무자 또는 임차인을 이용하여 최우선변제권을 악용하려는 의도 때문이다. 채권자가 가장임차인에 대한 조사를 위해 현장을 방문하여 우편함을 살펴볼 때 소액임차보증금에 대한 안내가 담긴 내용이 있는 편지를 종종 발견한다. 그 내용에는 소유자나 채무자에게 이사비용을 마련해 줄 수 있으니 자신에게 상담을 의뢰하라는 내용이다. 만약 소유자나 채무자가 브로커나 공인중개사에게 이러한 내용을 가지고 상담을 하게 되면 브로커나 공인중개사는 소액임차인으로 가장한 임차인을 이용하여 최우선변제권에 의한 소액임차보증금을 받을 수 있게 해 주며, 소유자나 채무자에게는 그 보증금으로 새로운 곳으로 임대할 수 있음을 안내한다.

한편 임차인 중에는 보증금이 충분하지 않아 소액의 자금으로 방을 구하러 다니는 소액임차인이 있기 마련이다. 브로커나 공인중개사는 이러한 자금이 부족한 소액임차인을 대상으로 채무가 과다하여 경매가 진행되기 직전의 주택을 소개하여 준다. 소개받은 소액임차인은 적은 금액으로 번듯한 주택에 1년 이상 거주할 수 있는 기회를 얻고 배당기일에 소액임차인의 자격으로 최우선변제권을 행사하여 소액임차보증금을 배당받는다. 물론 계약당시 소액임차인이 소유자나 채무자에게 준 소액임차보증금은 소유자나 채무자가 새로 임대할 곳의 보증금의 원천이 되며, 브로커나 공인중개사는 소액임차인과 소유자나 채무자로부터 이에 대한 적지 않은 각각의 수수료를 요구하게 된다.

결국 이러한 구조를 가지고 이루어지는 최우선변제권의 남용행위는 다음과 같은 문제점을 발생시킨다. 첫 번째 문제점은 채권자에게 예상하지 못한 위험요인으로 작용한다. 통상 최우선변제권을 남용하는 임차인은 등기부등본 상에서 채권액이 과다한 상태에서 경매가 개시되기 직전에 전입한다. 이 때문에

채권자는 경매를 신청하고 나서 통상 2~3개월 후에 법원에 경매기록을 열람하거나 인터넷을 통해 비로소 인지하게 된다. 만약 이러한 최우선변제권을 행사하는 임차인이 배당을 요구한 상태에서 채권자의 배당배척 등 이의 없이 방치된다면 채권자 중 누군가는 배당금의 일부 또는 전부의 손실을 보게 될 수밖에 없는 운명에 처해진다. 이러한 이유로 채권자에게 피해를 주는 상황은 우선변제권보다는 최우선변제권에서 발생하는 빈도가 더 많아진다.

두 번째 문제점은 채권자가 임대차계약이 허위임을 인지한 상태라고 하더라도 이를 입증하기가 매우 어려워지고 있다. 과거에는 최우선변제권을 행사하는 가장임차인이 형식적인 요건인 전입만 하거나, 짐을 몇 개 가져다 놓고 점유를 주장하는 정도로 채권자가 가장임차인임을 입증하는데 어려움이 상대적으로 적었다. 하지만, 최근에는 가장임차인과 통모한 공인중개사가 정식으로 중개한 것처럼 서류를 작성한다. 더 나아가 중개사가 법정에서 증인으로 출석하여 실제인 것처럼 가장하여 위증을 하기도 한다. 또는 소유자가 이미 채무초과 상태임에도 불구하고 임차인은 임차보증금에 해당하는 금액을 소유자에게 형식적으로 입금하고 입증자료를 사전에 준비하기도 한다. 심지어는 가장임차인이 소유자와 통정하여 경매가 예견되는 상황에서 미리 점유하여 이웃들에게 정상적인 임차인인 것처럼 사전에 행사하기도 한다. 더 나아가 가장임차인은 관리사무소에 이사한 흔적을 남겨 대항요건을 갖춘 것처럼 철저히 위장하는 경우도 있다.

결국, 최우선변제권을 행사하는 가장임차인은 채권자들이 배당받을 정당한 권리를 침해하고, 채권자는 자신들의 침해당한 권리를 회복하기 위해 가장임차인을 상대로 배당이의소송을 제기함으로써 불필요한 경제적 비용이 발생한다. 더욱이 최근 전세 가격이 상승함에 따라 가장임차인의 발생을 부추기는 원인제공자로 브로커가 기승을 부리고 있다.²³¹⁾ 이로 인해 채권자만이 손실을 보게 되는 현상은 실제로 심심치 않게 발생하고 있어 사회문제로까지 확산되고 있다. 또한 전세비중이 70% 내외를 넘나드는 현재 상황에서 선순위 근저

231) 브로커란 경매가 진행되고 있는 주택의 소유자나 채무자에게 접근하여 가장임차인과의 계약을 통해 소액임차보증금을 받을 수 있도록 하고, 가장임차인은 시세보다 훨씬 저렴하게 1년 이상 거주하고 법원에서 소액임차보증금을 배당받을 수 있도록 알선한 후 소개수수료를 받는 자를 말한다.

당권마저 존재한다면 최우선변제권뿐만 아니라 우선변제권으로도 진정한 임차인의 임차보증금을 보호하기 어려운 것이 현실이다.

이렇듯 현실에서 실제의 제정취지와는 달리 운영되고 있는 주택임대차보호법상 최우선변제권은 소액임차인에게 최소한의 임차보증금에 대한 권리를 보장하겠다는 취지를 몰각시키고 가장임차인의 발생을 부추기는 결과를 초래하고 있다.

2) 남용유형

최우선변제권의 남용되는 사례를 확인하기 위해 금융기관에서 2005년부터 2014년까지 가장임차인이 최우선변제권을 남용하여 행사한 다툼이 있었던 사건 136건을 중심으로 네 가지 유형으로 분류하였다.²³²⁾

첫 번째 유형은 실질적으로 대항요건이 흠결된 임차인이 형식적으로만 주민등록을 한 경우이다. 채권자가 전소유지에 방문해 보면 형식적인 임차인이 실제로 그곳에 거주하는 경우가 빈번하다. 이러한 유형은 전체 136건 중 45건으로 33.1%의 가장 많은 비중을 차지하고 있다. 첫 번째 유형이 소액임차인으로 가장한 임차인들이 가장 많이 사용하는 일반적이면서 전통적인 방법이다.

두 번째 유형은 소유자나 채무자의 이해관계인이 임차인으로 전입하여 최우선변제권을 행사하는 경우이다. 이해관계인은 채무자나 소유자 또는 후순위 채권자의 친·인척, 형제 등으로 구성되어 있는 경우이다. 이러한 유형은 전체 136건 중 40건으로 29.4%의 비중을 차지하고 있다. 채권자가 동사무소에서 이해관계사실 확인원으로 주민등록등본을 발급받는데 점차 절차와 형식이 엄격해지고 있어 소액임차인으로 가장한 임차인이 소유자나 채무자와 어떠한 이해관계인인지를 밝히는 것이 점점 어려워지고 있다.

세 번째 유형은 통정의 허위표시, 신의칙위반 등 사해행위를 한 경우이다.

232) 금융기관은 임차인이 최우선변제권이 아닌 우선변제권이나 대항력을 주장하여 배당배척을 하거나 배당이의소송을 제기하는 경우는 거의 없다. 왜냐하면 금융기관이 대출을 취급할 당시 임차인으로 의심되는 전입자가 있는 경우는 전출을 우선적으로 유도하며, 전입자가 전출이 불가능한 경우는 무상임차각서를 징구하여 사전에 다툼의 소지를 제거하는 것이 중요한 대출절차 중 하나이기 때문이다.

특히 채무자나 소유자가 소액임차인과 통정하여 임대차계약을 허위로 작성하는 수준을 넘어 공인중개사 등이 개입하거나, 소액임차인으로 가장한 임차인이 마치 임대차계약을 체결한 것처럼 임차보증금을 소유자통장에 입금하는 등 고도의 수법으로 최우선변제권을 행사하는 경우가 발생하고 있다. 이러한 유형은 전체 136건 중 36건으로 26.5%의 비중을 차지하고 있다. 현재까지는 다른 유형에 비해 빈도수에 있어 상대적으로 적은 편이나, 향후 소액임차인으로 가장한 임차인이 소유자나 채무자 등과의 통정의 허위표시에 의해 사전의 입증자료 구비를 한다든지 공인중개사가 마치 중개한 것처럼 증인으로 나와 증언을 한다든지 하는 등 보다 상황을 치밀하게 만든다면 채권자의 입장에서 이를 반박하기가 가장 어려운 유형이라 생각된다.

마지막 네 번째 유형으로는 임차인이 경매가 진행될 것을 예견하면서도 소액임차인으로서 최우선변제권을 행사하는 것을 권리남용으로 보는 경우이다. 기타 유형으로 첫 번째 경매가 진행되었던 물건에서 가장임차인으로 배당에서 배척되었던 가장임차인이 동일한 물건에서 두 번째 경매가 진행되었을 때 다시 가장임차인으로 밝혀진 경우 등을 들 수 있다. 이러한 유형은 전체 136건 중 15건으로 11.0%의 비중을 차지하고 있다.

136건의 사례는 이처럼 다양하게 여러 가지 유형을 포함하고 있는데, 네 가지 유형으로 분류된 내용 및 건과 비율은 <표 32>과 같다.

<표 32> 가장임차인 유형별 배척건 및 비율

(단위 : 건, %)

구 분	건 수	비 율(%)
실질적으로 대항요건이 흠결	45	33.1
채무자나 소유자의 친·인척, 채권·채무 등 이해관계	40	29.4
통정의 허위표시, 신의칙 위반 등 사해행위	36	26.5
기타(권리남용을 포함)	15	11.0
합계	136	100.0

136건 중 아파트, 연립, 다세대 등 집합건물은 111건으로 81.6%였다. 나머지는 숙박업소나 주택 등이었다. 금융기관이 법원에 배당배제신청을 하여 배당기일에 임차인이 배당에서 배제되었음에도 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 않은 건이 90건으로 약 66.2%를 차지하고 있다.

반면에 법원에 배당이의소송을 제기한 건이 46건인데 여기서 주목할 만한 사실은 승소나 협의를 통해 조정으로 마무리된 건이 45건이었으며 실제 법원에서 소액임차인으로 인정한 경우는 1건에 불과하다.

배당이 배제된 건이 66.2%라는 것은 소유자나 채권자의 이해관계인 등이 소액임차인으로 가장한 후 소액임차보증금을 배당받으려고 법원에 배당요구를 신청하였다가 금융기관이 배당배제신청서를 법원에 접수하고 이것이 인용되면 가장임차인 스스로 배당이의를 포기했다는 의미이다. 왜냐하면 가장임차인이 배당이의를 하면 원고가 되어 입증책임이 본인에게 있는데 사실상 입증할 수 있는 자료가 없기 때문이다. 또는 금융기관이 배당이의소송을 제기하였을 때 가장임차인이 법원에 불출석하여 의제자백이 됨으로 인해 소송이 종결되었다는 의미이기도 하다. 결국 주택임대차보호법에서 인정하고 있는 최우선변제권은 최초의 의도와는 달리 남용되고 있는 사례가 적지 않다는 사실을 확인할 수 있었다. 아래의 자료 <표 33>은 금융기관에서 05년부터 14년까지 10년간 가장임차인을 배척한 건수와 회수한 금액을 나타내고 있다.

<표 33> 연도별 가장임차인 배척건 및 회수금액

(단위 : 건, 억원)

	‘05	‘06	‘07	‘08	‘09	‘10	‘11	‘12	‘13	‘14	계
배 척 건	5	12	23	20	17	16	10	12	8	13	136
회수 금액	0.8	2.2	4.4	2.2	1.4	0.8	0.5	0.6	1.5	2.1	16.5

금융기관은 위해서 설명한 배당배척이나 배당이의소송 등으로 인해 발생한 비용과 가장임차인으로 인한 피해를 최소화하기 위해 서울보증보험사에 MCI를 가입하고 발생한 비용을 사실상 선의의 다른 대출자에게 전가하고 있다.

물론 금융기관이 비용을 전가시키기 위해 가장 많이 사용하는 방법이 금리를 인상하는 것이다. 실무적으로 금융기관은 아파트 등 담보대출을 취급하기 위해 대출가능금액을 정할 때 KB국민은행에 나타나있는 일반시세의 70%를 LTV로 적용한다.²³³⁾ 금융기관은 일반시세의 70%를 대출금으로 산정할 때 원칙적으로 금융감독원 지도사항에 의해 소액임차보증금을 지역별 금액에 따라 공제하게 되어 있다. 금융기관에서 소액임차보증금을 공제하는 이유는 가장임차인이 최우선변제권을 행사함으로 인한 손해를 대비하기 위함이다. 하지만 모든 금융기관은 서울보증보험사에 MCI를 가입함으로 인해 방 공제를 하지 않고 있으며 오히려 방 공제를 해야 할 금액만큼 추가로 대출을 취급하고 있다. 이처럼 금융기관은 대출한도를 늘리기 위한 목적으로 MCI보험가입을 사용하고 있다.²³⁴⁾

이 때 금융기관은 MCI가입비용을 음성적으로 다른 모든 채무자에게 금리를 가산하여 전가하고 있다. 만약 가장임차인이 행사하는 최우선변제권을 예방하기 위해 법의 개정이 이루어진다면 금융기관은 MCI 가입을 위한 비용도 최소화할 수 있고 엉뚱하게 다른 대출자가 가장임차인으로 인한 금융기관의 손실보전을 위해 인상된 금리를 부담하는 사례도 최소화할 수 있다.

이처럼 현실에서는 이러한 소액임차인이 가지고 있는 최우선변제권이 서민의 주거안정에 기여하여 주택임대차보호법의 제정취지에 부합되어야 함에도 불구하고 소액임차인으로 가장한 임차인이 최우선변제권을 남용하여 문제가 되는 사례가 점차 증가하고 있어 법의 의도와 현실이 상당한 괴리감을 발생

233) LTV(Loan To Value)란 담보가치(주택가격) 대비 대출비율을 의미한다. 즉, 주택담보대출 비율이란 은행이나 보험회사 등 금융기관들이 주택을 담보로 대출을 해줄 때 적용하는 담보가치 대비 최대 대출이 가능한 한도를 말한다. 2003년 노무현정부가 출범하면서 LTV를 도입하여 강남 등 투기지역에 LTV 40%를 적용하는 등 부동산 가격규제정책으로 사용한 이래 2014년 7월 현 정부는 오히려 부동산 경기부양책으로 LTV(Loan To Value) 서울 50%, 그 외 60%를 모두 70%로 상향하여 1년마다 LTV 연장여부를 검토하고 있다.

234) MCI(Mortgage Credit Insurance)는 대출취급 시 소액임차보증금을 공제하게 되어 있는 기준에서 공제하지 않고 대출을 취급하기 위해 가입하는 보험이다. 모든 금융기관은 독점인 서울보증보험사에 MCI(Mortgage Coverage Insurance)를 가입하고 있다. 예를 들어, 시세가 5억인 서울소재 아파트에 LTV 70%를 적용하여 3.5억원을 대출하기 위해서는 MCI를 가입하여야 한다. 가입하지 않는 경우 서울지역 최우선변제금인 0.34억원을 공제하고 대출을 취급하게 되어 대출한도가 줄어드는 효과가 나타난다. 최우선변제금을 공제하는 이유는 대출취급 후 가장임차인이든 소액임차인이든 전입하게 되면 경매진행 시 근저당권자보다 우선하여 배당을 받기 때문에 이에 대비하기 위한 보험이다. 보험료는 대출금에 0.3% 수준이다.

시키고 있다. 서민의 주거안정이라는 취지에 부합하기 위해 제정된 소액보증금에 대한 최우선변제권 제도가 최초의 의도와는 달리 사법의 기본질서에 반하고 있는 것이 현실이다.²³⁵⁾

대법원 판례에서 볼 수 있듯이 소액임차인으로 가장한 임차인 중 채권자로부터 소송이 제기된 건 중에 일부는 배당에서 배제하는 추세이나 현실에서는 가장임차인이 근절되기는 쉽지 않다. 그래서 오히려 지역별 금액으로 최우선변제권을 부여하는 것보다 서민의 안정적인 주거생활을 도모하기 위해 일정액에 해당하는 임차보증금에 대하여 모두에게 최우선변제권을 주는 방법이 합리적이라고 주장하는 견해도 있다.²³⁶⁾ 하지만 헌법재판소는 지역에 따른 보호범위의 차이에 대해 합리적인 이유가 있다고 보았다.²³⁷⁾

다른 견해로는 헌법재판소의 견해에 어긋나지 않는 대안으로 주택임차권의 공시방법으로 등기제도를 채택함으로써 비록 시간과 비용은 발생하지만 임차주택에 설정한 담보가치에 대해 불신, 그 불신으로 인한 하락, 소액임차인으로 가장한 임차인에 의한 경매질서 왜곡 등을 막을 수 있다는 장점이 있다는 주장도 존재한다.²³⁸⁾ 저자는 대항력과 우선변제권은 등기를 통해 공시함으로써 주택임차권의 분쟁을 예방하고자 하는 취지에는 원칙적으로는 동의한다.

하지만 최우선변제권은 등기를 하더라도 소액임차인으로 가장한 임차인을 구분하기는 현실적으로 불가능하다고 생각한다. 물론 최우선변제권에 의해 등기를 할 때 선순위채권이 시세를 초과하는 경우는 최우선변제권을 인정하지 않고 등기접수를 받아주지 않는 등 보완책이 구비된다면 이러한 등기제도에 의한 공시방법도 최우선변제권을 노린 가장임차인을 배제하는 좋은 방법이 될 수는 있다. 하지만 이러한 문제점에 대해 구체적으로 법제화를 하지 않는다면 다툼의 소지가 충분하다. 오히려 현실에서는 가장임차인이 최우선변제권

235) 법률이 국민에게 부정직하게 처신할 수 있는 수단으로 이용되어서는 안 되는데, 소액보증금의 최우선변제권 제도는 가장임차인을 양산함으로써 많은 국민들로 하여금 거짓말을 하게끔 조장하고 있는 것이 현실이다. 법률은 국민을 계몽하여 건전한 법질서를 유도해 나가야 할 것인바, 담보물권에 앞서 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인만이 우선변제권을 향유한다는 것을 홍보함으로써 국민들이 정직하게 법질서를 따를 수 있는 기틀을 마련해야 할 것이다(민일영, 전제논문, p.344.).

236) 고려대학교 산학협력단. (2014). “주택임대차 공시의 통일방안에 관한 연구.” p.66.

237) 헌법재판소 2000.6.29. 98헌마36 결정

238) 고려대학교 산학협력단. 상계논문. p.95.

등기를 소액임차인임을 입증하는 자료로 남용될 소지가 더 많다고 생각한다.

한편 주택임대차보호법 제8조 제1항의 “첫 경매개시결정등기 이전에 대항요건을 갖추어야 한다.”는 법조문으로 인해 실제 경매가 신청되기 직전에 가장임차인으로 추정되는 소액임차인들이 전입하는 사례가 상당한 것이 현실이다. 즉 형식적인 요건만을 갖춘 상태에서 최우선변제권을 행사하는 가장임차인의 사례가 급증하고 있는 추세이다. 판례는 이러한 요건에 대한 합당성을 다양한 시각으로 판단하고 있다.

판례를 살펴보면 “소액임차인으로 배당을 요구한 자 중에는 가장임차인이 많아 기록상 나타난 자료의 내용 즉 현황조사보고서 및 감정평가서상의 주택의 구조, 방의 개수, 조사된 자의 진술내용, 배당요구서에 첨부된 임차부분의 위치가 나타난 도면, 주민등록등본상의 임차인 가족의 수, 연령, 성명, 주민등록번호 및 전입일, 임차인에 대한 배당기일소환장을 소유자가 영수한 경우, 그 송달보고서상 기재된 영수인인 소유자와 임차인과의 관계 등을 통하여 파악한 여러 사정을 참작하여 가장임차인인지 여부를 판단해야 한다. 소액이 아닌 임차보증금 액수를 임대인과 합의하여 소액으로 감액한 경우 감액 당시에 임차주택에 대한 경매개시결정등기가 경료되지 않았다면 소액임차인으로 인정할 여지가 있으나 실제로는 가장임차인인 경우가 많을 것이다. 아파트에 관한 임대차계약이 통모에 의한 허위의 의사표시이거나 임차인이 실제로는 아파트를 인도받지 아니하였음에도 불구하고 임차보증금을 배당받기 위하여 소액임차인의 형식만을 갖추어 배당요구를 한 가장임차인이라고 볼 여지가 충분하다.”고 한다.²³⁹⁾ 이와는 다른 형태로 실제 경매배당사건에서는 임차보증금을 쪼개서 허위로 배당요구를 하는 사례도 많다.²⁴⁰⁾

제 2 절 유형별 사례분석

1) 실질적으로 대항요건이 흠결인 임차인

239) 대법원 2000.4.21. 선고 99다69624 판결

240) 하나의 주택에 임차인이 2인 이상이고 이들이 그 주택에서 가정공동생활을 하는 경우에는 이들을 1인의 임차인으로 보아 이들의 각 임차보증금을 합산하여 소액임차인에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다(대법원 2001.5.15. 선고 2001다18513 판결).

가) 의의

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택의 인도와 주민등록을 대항요건으로 하고 있다. 임차인은 대항요건을 구비하면 익일 오전 0시부터 대항력이 발생한다. 하지만 경매가 진행되는 경우에는 임차인은 대항요건을 갖춘 상태에서 근저당권 등과 같은 물권보다 선순위이나 후순위이나에 따라 대항력유무가 결정된다.

소액임차인은 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 구비한 상태에서 확정일자 유무와 관계없이 동법 제8조 제1항에 따라 보증금의 일정액을 다른 담보권자보다 우선하여 변제받을 수 있는 이른바 최우선변제권을 행사할 수 있다.

판례는 가족이 거주한다고 주장하는 주택에 단지 옷 몇 벌만이 있다든지, 실제로 전소유지에 거주하고 있는 사실이 확인된다든지 하는 것들에 대해 형식적인 대항요건으로 보고 실질적인 소액임차인으로 인정하지 않았다.

실무적으로 접근해 보면 대항요건이 흠결인 사례로 소액임차인이 전소유지에 거주하는 경우가 많으므로 채권자는 소액임차인으로 가장한 임차인의 전 주소지에 방문하여 실제로 그곳에 거주한다는 사실을 입증자료로 확보하는 것이 가장 중요하다.

가장임차인들은 우리나라에서만 인정하고 있는 주민등록이라는 제도를 악용하여 형식적인 대항요건을 갖추고 이를 근거로 최우선변제권의 행사를 남용하고 있어 실질적인 대항요건을 구비하지 않은 소액임차인에 대한 법적인 제재조치도 검토할 필요가 있다.

나) 사례분석

(1) 사례1

(임차인 본인이 실질적으로 전소유지에 거주로 대항요건 흠결)

(가) 사례요약

안산시에 위치한 아파트에 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 6개월 만에 경매가 진행되었다. 매각가는 1.9억이었으나 전입할 당시에 이미 등기부상 채권액은 2억원이 넘는 금액이 등기되어 있었다. 소액임차인 甲은 최우선변제권을 행사하기 위해 배당요구를 신청한 상태였다.

실제 소액임차인 甲의 주민등록등본을 발급받아 전소유지로 방문한 결과 소액임차인 甲이 딸의 가족과 함께 거주하고 있는 사실이 확인되었다. 이러한 상황에 대해 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲과 면담을 통해 실제 안산시에 거주하지 않는다는 점, 이웃 주민과의 면담에서도 소액임차인 甲이 안산시에 거주하지 않았다는 동일한 내용을 녹취한 점, 공인중개사의 중개도 없이 소유자 A와 소액임차인 甲 사이에만 임대차계약이 작성된 점, 소액임차인 甲이 대출금을 연체하기 1개월 전에 전입한 사실 등의 자료를 확보하고 배당기일에 배당금을 수령하게 된 소액임차인 甲을 대상으로 배당이의를 제기하였다.

채권자는 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲에게 대항요건이 흠결되었음에도 배당요구를 하여 최우선변제권을 행사하는 행위는 주택임대차보호법을 위반한 것으로 민·형사적 책임을 묻겠다고 하였다. 이에 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲은 배당이의소송과 형사처벌에 대한 부담을 느껴 배당이의소송을 포기하고 채권자는 배당금을 수령할 수 있었다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
서○○	아파트	경기 안산	200×-5-×	200×-×××	2.2억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
1.9억원	임○○	200×-12-3	0.18억원	무	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-4-18	-	
2	소유권	정○○	200×-7-22		소유권이전
3	근저당권자	최○○	200×-7-22	1억원	
4	임차인(소액)	임○○	200×-12-3	0.18억원	1927년생
5	압류권자	○○구청	200×-12-13		

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인이 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개가 없는 임대차계약
- ☐ 임차인이 당사 대출금 연체시작 1개월 전에 전입신고
- ☐ 임차인은 고령(79세)의 노모로 혼자 전입신고 및 임대차계약 체결
- ☐ 아파트에 소유자 및 임차인 2세대가 함께 거주한다는 점

④ 조사결과

- ☐ 채권자가 담보지를 방문하여 이웃에 거주하고 있는 김○○라는 자와 면담한 결과 소유자 정○○와 임대차계약도 없이 임차보증금 0.2억원에 거주 중이라는 사실을 확인함. 또한 채무자인 서○○와 신소유자인 정○○은 사돈관계이고, 임차인 임○○과도 인척관계인 것으로 알고 있다는 진술을 확보함.
- ☐ 채권자는 서○○, 정○○, 임○○간의 인척관계 파악을 위해 각각의 가족관계를 조사하였으나 인척관계 등 사실을 객관적으로 확인하기는 어려움.
- ☐ 채권자는 이에 임차인 임○○의 초본발급을 통하여 주소이력을 검토한 결과, 전소유지가 서울 강남구이고, 고령(79세)의 노모가 가족과 떨어져 홀로 경기도 안산으로 전입신고 및 임대차계약을 체결한 점을 발견하고 수상히 여김.
- ☐ 채권자는 임차인 임○○의 전소유지를 방문하였으나 폐문부재 상태여서

면담할 수 없었음. 채권자가 수차례 방문을 시도한 끝에 임차인 임○○과의 면담을 할 수 있게 되어 면담한 결과 임차인 본인은 현재 전소유지(서울 강남구)에 딸 가족과 계속 거주하고 있으며, 안산에 전입신고를 한 사실도 전혀 모르며, 전체적으로 딸이 알아서 한 일이라 자신은 잘 모르겠다고 한 진술내용을 녹취하여 입증자료를 확보함.

- 채권자는 경매법원에 임차인 임○○의 대항요건이 흠결되었음을 입증하는 녹취록과 함께 배당배척을 신청하여 배당기일에 배당배척을 하였으나, 배당하는 당일 임차인 임○○의 딸이 대리인으로 참석하여 배당에 대해 이의를 제기함. 이에 채권자는 임차인 임○○의 딸과 면담을 시도하여 향후 배당이의소송에서 원고가 승소하여 배당배척이 확정될 경우 임차인에게 임대차계약서 등의 사문서위조, 채권자의 대출금 회수지연 등에 대한 민·형사상의 문제점에 대하여 인지시킴으로써 결국 임차인의 배당이의소송제기를 포기시킴.

(다) 시사점

채권자가 담보지의 방문, 거주자 면담, 가장임차인의 전소유지 방문을 통해 소유자와 임차인간의 사실관계를 명확히 확인하고 녹취로 입증자료를 확보한 후 임차인으로 가장한 자의 딸이 배당이의를 제기하는 행위에 대해 즉각적으로 현장에서 면담대응으로 가장임차인을 배당에서 배척한 중요한 사례였음.

(2) 사례2

(임차인이 전입시킨 지인의 형식적인 가장전입으로 대항요건 흠결)

(가) 사례요약

오산시에 위치한 아파트에 소액임차인 甲과 乙이 각각 거주하고 있는 상태이었으며, 특히 형식적으로 거주하는 형태를 갖춘 소액임차인 乙이 전입신고

를 하고 나서 10일 후에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 乙이 전입할 당시에는 선순위근저당권과 가압류가 과다하게 등기가 되어 있었다.

채권자는 소액임차인 甲과 乙의 주민등록초본을 각각 발급받아 비교하던 중 군번이 유사한 점을 발견하였으며, 법원에서 경매관련 통지서에 대한 수령인을 확인한 결과 소액임차인 甲이 지속적으로 대리로 수령해 왔다는 사실도 확인하였다. 채권자가 전소유지를 방문한 결과 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 乙이 전소유지에서 실제 거주하는 것도 확인하였다.

채권자가 법원에 배당배척서를 제출하여 소액임차인 乙이 배당배척이 되자 소액임차인 乙은 채권자를 대상으로 배당이의소송을 제기하였고, 채권자는 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 乙이 전소유지에 실제 거주하고 있어 대항요건이 흠결된 점을 강조하였다. 또한 소액임차인 甲과 乙이 서로 군대동기인 점, 공인중개사의 중개도 없이 소유자와 임차인 사이에만 임대차계약이 작성된 점, 경매진행 10일 전에 전입한 사실 등을 주장하여 승소하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
강○○	아파트	경기 오산	200×-8-×	200×-×××	2.6억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
2.1억원	서○○	200×-4-11	0.2억원	무	
	조○○	200×-8-12	0.2억원	무	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-3-25	-	
2	가압류	○○캐피탈외 2건	200×-6-19	0.43억원	

③ 문제의 제기

- 임차인이 시세대비 선순위근저당 및 가압류가 과다한 부동산에 임대차 계약 체결
- 임차인이 경매개시결정 1개월 전에 임대차계약
- 아파트라는 공동주택에 임차인 2세대가 함께 거주한다는 점
- 공인중개사의 중개날인도 없었던 점

④ 조사결과

- 임차인 조○○은 경매개시결정 10일 전 전입신고를 한 점으로 미루어 가장임차인일 가능성이 높을 것으로 추정되었음.
- 채권자는 담보지를 방문하여 임차인 서○○의 인척이라고 하는 홍○○과 면담하였고, 홍○○으로부터 서○○의 임대 및 거주사실은 확인하였으나 임차인 조○○은 거주하지 않는다는 진술을 확보하고 녹취함.
- 서○○과 조○○의 주민등록초본을 발급하여 확인한 바, 두 소액임차인의 입영일 및 전역일자가 동일하며, 그 군번도 유사성이 있어 두 소액임차인 사이는 군대동기로 추정되었음.
- 경매사건 현황조사서 상에도 임차인 조○○은 물건지에 부재중이었고, 경매통지서에서도 임차인 서○○이 대리로 수령한 점 등을 미루어, 임차인 서○○이 경매사건에서 본인의 임차보증금을 전부 배당받지 못할 것을 우려하여 군대동기인 임차인 조○○을 가장임차인으로 둔갑시킨 것으로 판단되었음.
- 상기 조사결과를 토대로 경매법원에 임차인 조○○의 미거주사실과 임차인 서○○과의 군대동기관계를 주장하여 배당배척을 하였음. 이후 배당기일에 임차인 조○○이 배당이의를 하여 배당이의소송으로 전환되었으나, 채권자가 법정에서 임차인 조○○와 서○○의 미거주사실과 서로 군대동기인 점 등을 주장하여 승소하였음.

(다) 시사점

채권자가 담보지 방문, 임차인간의 특수한 관계조사 등을 통하여 소액임차인이 자신의 지인을 가장임차인으로 전입시켜 더 많은 소액임차보증금을 배당받으려고 한 행위를 입증하여 배당에서 배척한 사례였음.

(3) 사례3

(후순위 정상임차인이 소액임차인의 대항요건 흠결 주장 후 번복)

(가) 사례요약

서울 중랑구에 위치한 아파트에 후순위 정상임차인 甲은 실질적으로, 소액임차인 乙, 丙은 형식적으로 각각 거주하고 있는 상태이었으며, 특히 후순위 정상임차인 甲이 전입하고 나서 1년 3개월 후에 소액임차인 乙과 丙이 형식적으로 전입신고를 한 상태였다. 소액임차인 乙과 丙이 전입하고 나서 불과 두 달 후에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 乙과 丙이 전입할 당시에는 선순위근저당권과 가압류가 과다하게 등기되어 있었다.

채권자는 30평에 불과한 아파트에 3세대가 거주하고 있는 것을 의심하여 지속적으로 임차인과 면담을 추진하였으나 폐문부재 상태로 만날 기회가 없었다. 채권자가 경매예정통지서를 발송하자 후순위 정상임차인 甲이 채권자에게 전화하여 자신만이 진정한 임차인이며, 소액임차인 乙과 丙은 소유자와 친·인척관계로 무상거주하고 있다고 주장하였다. 채권자는 임차인 甲과 면담하여 소액임차인 乙과 丙이 임대차계약을 체결한 사실이 없음과 실제로 거주하고 있지 않음에 대해 확인서를 청구하였다. 채권자가 경매를 신청하고 경매가 진행됨에 따라 후순위 정상임차인인 甲이 배당을 받지 못할 상황에 처하자, 어떠한 이유에서인지 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 乙과 丙이 정상적인 소액임차인인 것으로 하여 최우선변제권을 주장하게 되었다. 소유자 A는 이미 행방불명인 상태였기 때문에 이 때 임대차계약을 체결하여 배당요구를 제출한 행위의 중심에는 후순위 정상임차인인 甲이 있었던 것으로 추정되었다. 그러한 근거로는 소액임차인 乙과 丙의 전소유지를 방문한 결과 소액임차인 乙은 전라북도에서 1975년 이후 서울에 상경한 적이 없으며, 소액

임차인 丙은 후순위 정상임차인 甲과 친척관계임을 밝혀낸 사실을 들 수 있다. 채권자는 후순위 정상임차인 甲이 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 乙과 丙이 무상으로 거주하며 임대차계약을 체결한 사실이 없다고 진술한 후 순위 정상임차인 甲의 녹취록을 입증자료로 제출하였다. 결국 배당배척서에 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 乙과 丙의 대항요건에 대한 흠결을 주장하여 배당에서 배제하여 사건을 종결하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
김○○	아파트	서울 중랑구	200×-4-×	2005-×××	2.5억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
1.76억원	김△△	200×-11-17	0.7억원	유	
	조○○	200×-2-17	0.16억원	무	
	현○○	200×-2-22	0.15억원	무	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-5-20	-	
2	가압류	박○○	200×-8-19	2억원	

③ 문제의 제기

- ☐ 시세대비 선순위임대차 및 근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개 없음
- ☐ 아파트라는 공동주택에 3세대가 함께 거주한다는 점

④ 조사결과

- ☐ 채권자는 채무자가 연체를 하기 시작하여 담보물을 방문하여 면담을 시

도하였으나, 폐문부채 상태이었음. 그러던 중 채권자가 소유자 겸 채무자 김○○에게 통지한 경매실행예정통지를 받은 후순위 정상임차인(김△△)로부터 면담을 요청하는 전화가 왔으며, 이때 본인세대만이 정상적인 임대차 계약을 체결하여 거주하고 있으며, 나머지 전입자들은 소유자와 친·인척 관계로서 무상거주하고 있다는 진술을 확보하고 녹취함.

□ 채권자가 경매신청한 이후 후순위 정상임차인은 선순위근저당권자 등과의 비교를 통해 배당금액이 없을 것을 걱정하여 무상거주하고 있는 임차인에 대하여 가장으로 임대차계약서를 위조하도록 요구하고 가장임차인 모두 배당요구를 신청하게 하였음.

□ 채권자는 가장임차인의 배당요구를 확인하기 위해 법원에서 기록을 열람한 후 담보지를 재차 방문하여 경비원 및 이웃주민들로부터 임차인 조○○, 현○○가 대항요건을 흠결하였다는 취지의 녹취를 확보하여 법원에 입증자료로 제출하여 임차인 두 명에 대해 배당에서 배척함.

(다) 시사점

후순위인 정상임차인이 선순위채권자에 의해 자신의 임차보증금을 일부 또는 전액을 배당받지 못하는 경우 후순위 정상임차인은 임차보증금 중 일부 또는 전부를 배당받을 목적으로 가장임차인을 전입시키거나 기존의 가장임차인에 대한 진술을 번복하는 등의 경우가 있다. 채권자는 이러한 문제점을 초기에 차단하기 위해 채무자의 초기연체단계에서 조기에 현장방문 등을 통하여 임차인들 간의 사실관계에 대한 입증자료를 확보하는 것이 매우 중요하다는 것을 시사하는 사례였음.

다) 판례검토

사례를 분석해 보면 첫 번째는 임차인 본인이 대항요건을 흠결한 상태에서 최우선변제권을 행사하려고 한 사례이며, 두 번째는 임차인이 임차보증금 중 일부를 회수하기 어려울 것으로 예상되어 지인을 소액임차인으로 전입시켜

최우선변제권을 행사하려고 한 사례이다. 마지막으로 후순위 정상임차인이 처음에는 자신이 임차보증금을 배당받을 것으로 예상하여 무상으로 거주하는 가장임차인에 대해 대항요건 흠결을 주장하였다가 자신이 배당에서 제외될 것으로 예상되는 상황으로 분위기가 바뀌자 진술을 번복한 사례이다.

이와 같이 소액임차인이 전입신고는 하였으나 실제 점유하는 것처럼 형식적으로 대항요건을 갖춘 상태에서 임차보증금을 배당받기 위해서 최우선변제권을 행사하는 대항요건 흠결의 경우이다.

이러한 사례는 소액임차인 자신은 주거지에 그대로 살고 있으면서 마치 전입한 주소지에 거주하는 것처럼 위장할 때 발생한다. 또한 소액임차인은 거주하는 것처럼 행사하기 위하여 침대나 옷 몇 벌을 가져다 놓는 경우도 있다. 241) 임차인이 실제로는 사건과 관련된 아파트에 입주하지 아니하여 사건과 관련된 아파트에 대해 인도를 받지 아니하였음에도 불구하고 임차보증금을 배당받기 위하여 임차인으로서의 형식만을 갖추어 배당요구를 한 사례는 가장임차인으로 볼 충분한 여지가 있다. 242) 실무적으로는 채권자가 직접 현장실사를 통해 임차인이나 소유자 또는 관리사무소, 이웃 등과의 면담을 통해 소액임차인의 대항요건에 흠결이 있음을 입증하여 배당에서 제외시키는 것이 일반적이다. 이 때 가장 중요한 입증자료는 이해관계인들의 전소유지 방문이다. 전소유지 방문은 소액임차인이 어떠한 유형에 속하든 실무에서 기본적으로 반드시 행하는 절차 중의 하나이다. 상당부분의 진실이 이해관계인의 전소유지의 방문을 통해 밝혀지는 것이 사실이다.

결국 상기 내용의 주요 관점은 소액임차인이 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 않은 채 대항요건 중에 점유를 하지 않고 전입신고만 한 사실만 가지고 대항요건을 갖추었다고 인정해서는 안 된다는 것이다. 243) 즉, 실질적

241) 임대건물의 구조상 5세대의 임차인이 있기는 어려운 점, 임차인의 전입신고가 임대인이 대출연체로 그 채권자로부터 법적 조치를 취하겠다는 최고장을 받은 이후 경매개시 전에 집 중되어 있는 점, 협의 이혼하여 따로 살고 있던 부부가 같은 날 전입 신고하면서 따로 각 방 1개씩을 임차하였다고 주장하는 점, 건물을 모두 임대하고 다른 곳에 거주한다는 임대인 부부가 경매개시결정정본 및 배당기일소환장을 같은 건물에서 받았고 채권자의 직원이 방문하였을 때에 임대인의 처가 위 건물에서 잠을 자고 있었던 점, 임차인 가족이 거주한다는 방에 침대 1개 및 옷 몇 벌만 있었던 점 등에 비추어 이들을 우선변제권 있는 소액임차인으로 보기에 의심스러운 사정이 있다(대법원 2001. 3. 23 선고 2000다53397 판결).

242) 대법원 2000. 4. 21 선고 99다69624 판결

243) 주택임대차로서의 우선변제권을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용

인 거주목적인 아닌 형식적인 요건만을 갖춘 경우에는 최우선변제권을 인정하지 않는 것이 대법원 판례의 태도라 할 수 있다.

2) 소유자·채무자 등과 이해관계가 있는 임차인

가) 의의

주택임대차보호법은 민법의 특례로 국민의 주거안정을 보장함을 목적으로 하고 있다(주택임대차보호법 제1조). 이 의미는 소액임차인이 최우선변제권을 행사하여 받는 소액임차보증금은 최소한의 주거안정을 지원하는 성격을 가지고 있다. 또한 소액임차인은 그 동안 주택에 거주한 목적이 사용·수익을 하는 것을 의미하기도 한다. 소액임차인으로 가장한 임차인이 사용·수익을 목적으로 하기 위해 대항요건을 정상적으로 갖추었다 하더라도 채무가 과다한 부동산을 대상으로 장인·장모나 형제 등 이해관계인과 임대차계약을 체결하고 최우선변제권을 행사하는 것을 사회통념상 인정하기가 어렵다.

현실에서는 경매가 진행되는 경우 소유자 주택은 근저당권 설정은 물론 가압류 등 각종 채권자의 법적조치에 의해 주택의 시세보다 더 많은 채권액이 설정 또는 등기되어 있는 경우가 많다. 이 때 후순위채권자는 정상적인 배당절차에서 자신의 채권액을 전액 또는 일부라도 회수하기가 어려운 경우가 대부분이다. 소유자나 채무자도 마찬가지로 경매로 낙찰 받은 매수인이 대금을 납부하게 되면 자신이 점유하고 있는 주택을 명도해야 하는 운명에 처하게 됨에 따라 새로운 주거지를 마련할 보증금이 없는 경우가 일반적이다.

이와 같이 배당을 받지 못한 채권·채무관계가 있는 후순위채권자, 새로운 주거를 위해 보증금이 필요한 소유자나 채무자는 경매사건에서 배당에 참여하여 일부라도 배당을 받고 싶은 유혹을 받는다. 이러한 사유로 자신이 믿을

으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약에서 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권을 부여할 수 없다. 즉, 주택과 그 대지에 관한 자기의 공유지분을 다른 공유자에게 명의신탁한 공동소유자로서 그 주택의 일부분을 사용·수익해 오던 자가 그 주택 등이 경매되는 경우 자기의 지분을 제3자에게 대항할 수 없게 되는 것에 대비하여 다른 공유자와 사이에 임대차계약을 작성하고 확정일자를 받아두었을 뿐인 경우에는 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권이 인정되지 않는다(대법원 2003. 7. 22 선고 2003다21445 판결).

수 있는 친·인척을 동원하여 소액임차인으로 가장한 임차인은 경매가 임박한 상태에서 마치 대항요건을 정상적으로 갖춘 것처럼 행동한다. 이들은 관리사무소에 이사한 사실을 통보한다든지 하여 주택을 점유하는데 문제가 없는 것으로 만든다. 하지만 채권자가 소액임차인에 대해 조사해 보면 적지 않은 수가 후순위채권자, 소유자나 채무자와 같은 이해관계인의 지인이거나 친·인척관계로 밝혀지고 있다. 이처럼 후순위채권자, 소유자나 채무자가 가장임차인을 전입시키기 위해서는 그 동안 친분이 있는 자를 활용하는 이유는 다른 모르는 자를 가장임차인으로 전입시키는 것보다 안전하기 때문인 것으로 생각된다.

경매를 신청하고 배당으로 다투는 채권자의 입장에서는 후순위채권자 또는 소유자나 채무자의 이해관계인이 전입한 경우 소유자나 채무자의 부탁에 의한 것인지 아니면 채권·채무관계에 의한 것인지에 대한 파악과 어떠한 이해관계를 가지고 대항요건을 갖추었는지 확인하는 절차가 가장 중요하다.

나) 사례분석

(1) 사례1

(채무자와 임차인이 사위·장모관계에서 장모가 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

서울시 중곡동에 위치한 연립주택에 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 3개월 만에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲이 전입할 당시에 이미 시세 이상의 채무가 등기부 상에 설정이 되어 있었다.

채권자는 소액임차인 甲이 소유자 A의 장모임을 확인하고 배당배척서를 제출하여 배당에서 배제되었으나, 이에 불복하고 소유자 A의 장모인 소액임차인으로 가장한 임차인 甲이 배당에 대해 이의를 제기하였다. 배당이의사건의 주요 쟁점은 소액임차인 甲이 소유자 A의 장모로 허위의 임대차계약을 체결하고 최우선변제권을 남용한 이해관계인임에 대한 주장이었다. 부가적으로 선

순위가 과다하게 등기되어 있다는 점, 공인중개사의 중개도 없이 소유자 A와 소액임차인 甲 사이에만 임대차계약이 작성된 점, 소액임차인 甲이 경매진행 3개월 전에 전입한 사실 등을 주장하여 승소한 사건이었다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
남○○	연립	광진구 중곡동	200×-1-×	200×-×××	1.6억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
1.1억원	송○○	200×-11-10	0.18억원	무	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	설정액	비고
1	전세권	김○○	200×-5-30	0.8억원	
2	근저당권자	당사	200×-5-27	-	

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인이 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개된 계약서가 없음
- ☐ 임차인이 경매개시결정일로부터 3개월 전에 전입신고

④ 조사결과

- ☐ 채무자의 장모는 사위가 거주하는 주택에 전입한 후 배당요구를 하여 채무자의 장모에 대하여 배당배척서를 접수하여 배당을 배척함. 그러나 채무자의 장모가 실제 진정한 임차인이라고 주장하면서 배당이의소송을 제기함.
- ☐ 채권자가 임차인과의 배당이의소송에 가족관계 입증서류 등을 제출하자, 임차인은 소송의 실익이 없음을 알고 임차인(채무자의 장모)은 배당이의소송을 취하하고 사건을 종결함.

(다) 시사점

채권자는 채무자와 소액임차인의 관계가 서로 친·인척관계임을 파악하고 채무자의 가족이 가장임차인으로 최우선변제권을 행사하고자 하였음을 소명할 수 있는 입증자료를 확보함으로써 배당이의소송에서 승소할 수 있게 된 중요한 사례였음.

(2) 사례2

(직장동료사이 채권·채무관계에서 직장동료가 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

전남 목포시에 위치한 아파트에 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 15일 만에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲이 전입할 당시에 시세 이상의 과다한 채무가 등기부 상에 설정이 되어 있었다.

채권자는 목포의 담보지에 방문하여 소액임차인 甲의 夫와 면담한 결과 채무자 乙이 소액임차인 甲의 夫의 직장동료로 지내다가 금융기관의 채무에 대한 보증을 소액임차인의 夫에게 의뢰하였다. 소액임차인 甲의 夫는 이를 거절하지 못하고 직장동료의 채무에 대한 보증인이 되었으나 채권을 회수하지 못하자 자신의 처인 甲을 소액임차인으로 둔갑시켜 최우선변제권을 행사하기 위해 대항요건을 갖추도록 하였다고 진술하였다. 채권자는 이러한 내용을 녹취하고 법원에 배당배제신청서를 제출하여 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲은 배당에서 배제되었다. 소액임차인 甲은 이에 대해 배당이의소송을 제기하였다. 채권자는 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲이 배당이의소송을 제기한 사실에 대해 보다 많은 입증자료를 확보하기 위해 전소유지를 방문한 결과 소액임차인 甲은 소액임차인 甲의 母소유의 주택에 실제로 거주하였던 것을 확인하였다. 채권자는 채무자 乙이 옮긴 주소지에도 방문하여 확인한 결과 채무자 乙의 母가 운영하는 식당이었으며, 임대차계약서상의 공인중개사는 채무자 乙의 삼촌인 사실도 밝혀냈다.

채권자는 법원에서 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲의 夫가 채권회수를 위해 자신의 처인 甲을 소액임차인으로 전입시켜 최우선변제권을 악용하고자 한 사실을 주요 쟁점으로 부각시키면서 강력하게 주장하였다. 부가적으로 임대차계약서는 채무자 乙의 삼촌이 공인중개사로 위조되었다는 점, 경매진행 15일 전에 전입한 사실 등을 주장하여 배당이의소송에서 승소하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
홍○○	아파트	전남 목포	200×-10-×	200×-×××	0.45억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
0.3억원	박○○	200×-10-1	0.2억원	유	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-4-4	-	
2	가압류	○○보증	200×-8-16	0.1억원	

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인이 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개가 있으나, 계약서가 위조된 듯한 임대차계약
- ☐ 임차인인 경매개시결정일로부터 15일 전에 전입신고
- ☐ 임차인은 배우자가 있음에도 불구하고 인근 경매물건으로 혼자 전입함.
- ☐ 임차보증금을 채권·채무관계의 보전을 위한 계약으로 보여짐.

④ 조사결과

- ☐ 채권자가 목포의 담보지에 방문하여 소액임차인의 夫와 면담한 결과 채무자는 사회동료로 자신이 금융기관에 보증을 입보하였다가 이를 회수하기

위한 목적으로 전입하였다고 진술하였고 이에 대해 채권자가 녹취를 완료하여 배당배제를 법원에 신청하여 배당배척을 하였음.

- 가장임차인 박○○는 배당배척에 대해 채권자를 상대로 배당이의의를 제기하였고, 관리사무소 여직원까지 증인으로 내세워 거주사실을 입증하였음.
- 채권자는 가장임차인 전소유지를 방문한 결과 주택이 가장임차인의 모친 소유로 밝혀졌으며 실제로 가장임차인 박○○가 거주하였던 주소지이었음. 또한 채무자의 담보소재지에서 이사 간 현주소지는 채무자의 母가 식당을 운영하고 있었으며, 그 곳에서 임대차계약을 중개한 중개사가 채무자의 삼촌인 사실을 알게 되었음. 이러한 사실을 녹취를 통해 채무자가 삼촌에게 청탁을 하여 허위의 임대차계약서가 작성되었음을 확인하였음.
- 채권자는 최종적으로 가장임차인은 거주지가 있음에도 불구하고 채권·채무관계의 해소를 위해 전입한 사실과 채무자는 삼촌에게 부탁하여 임대차계약서를 작성한 사실을 중점적으로 주장함으로써 배당이의소송에서 승소하고 사건을 완결하였음.

(다) 시사점

채권자가 가장임차인, 채무자의 전소유지 방문을 통해 사실관계를 확인한 결과 채권·채무관계에 대한 자료 확보, 공인중개사의 계약서 허위작성 등을 파악하여 이를 입증자료를 확보할 수 있었으며 배당이의소송에서 승소할 수 있었던 중요한 사례였음.

(3) 사례3

(처형과 소유자와의 채권·채무관계에서 처형이 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

서울시 도봉구에 위치한 아파트에 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 8개월 만에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲이

전입할 당시에 시세 이상의 채무가 등기부 상에 설정이 되어 있었으며 공인 중개사의 중개도 없었다.

채권자는 소유자 A의 등본과 소액임차인 甲의 등본을 비교하던 중 소유자 A의 처와 소액임차인 甲의 성과 이름 중 한 글자가 일치하며, 주민번호 뒷자리도 유사함을 발견하고 소유자 A의 처와 면담을 시도하였다.

채권자가 소유자 A의 처와 면담한 결과 소액임차인 甲과 자매관계이며, 남편인 소유자 A는 은행에서 마이너스 대출을 받으면서 보증이 필요해지자 소유자 A의 처의 언니(처형)인 甲에게 보증을 부탁하였다. 소유자 A는 자금사정이 어려워져 대출금을 변제하지 못하고, 소유한 아파트에 대한 대출금도 변제할 수 없게 되자 처형인 甲에 대한 채무만은 변제를 해야겠다는 생각으로 처형을 소액임차인 甲으로 전입시켜 최우선변제권을 행사하게 되었다는 진술을 녹취하게 되었다.

채권자는 소유자 A와 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲은 서로 친·인척관계이며, 더 나아가 채권·채무관계를 가진 이해관계인임을 주요 쟁점사항으로 부각시켰으며, 소유자 A의 처와 면담한 녹취록도 입증자료로 작성하여 배당배척서를 제출하였다. 결국 배당배척서에 소유자 A와 소액임차인 甲의 이해관계인에 대한 문제점을 기술하여 법원에 제출하여 배당에서 배제하고 사건을 종결하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

대출자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	법사가
백○○	아파트	서울 도봉구	200×-12-×	200×-×××	1.6억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
1.3억원	윤○○	200×-4-7	0.15억원	무	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-6-25	-	
2	가압류	교보○○	200×-3-5	9백만	
3	가압류	한솔○○	200×-9-16	3백만	
4	압류	도봉○	200×-4-7	-	

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인이 부동산에 가압류가 다수 등재된 상태에서의 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개가 없음
- ☐ 집합건물에 방1개를 임차하여 채무자 세대와 함께 거주함

④ 조사결과

- ☐ 등기부 상에 가압류 등 채무가 다수 등재되어 있는 상태에서 임대차계약을 체결하는 경우는 사실상 없는 바, 가장임차인일 가능성이 높다는 단서를 포착함.
- ☐ 담보물 현장을 방문하여 임차인과 면담한 결과 임차인은 채무자와 친·인척관계이며 채무자와의 채권·채무관계를 담보할 목적으로 경매과정에서 소액임차인으로 신고하였다는 진술을 확보함.
- ☐ 상기 입증자료를 바탕으로 법원에 배당배척을 통하여 임차인을 배척함.

(다) 시사점

등기부 상에 근저당, 가압류 등의 권리금액이 과다한 상태에서 소액임차인으로 임대차계약을 체결하는 경우에는 가장임차인일 가능성이 높은 바, 채권자는 가장임차인에 대한 조사 체크리스트를 활용하여 면밀하게 조사활동을 수행하는 것이 중요함을 의미하였던 사례임.

(4) 사례4

(소유자의 자의 친구와 소유자간의 채권·채무관계에서 소유자의 자의 친구가 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

인천시 남구에 위치한 아파트에 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 2개월 만에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲이 전입할 당시에 시세 이상의 채무가 등기부 상에 설정이 되어 있었다.

채권자는 소액임차인 甲과 만나 면담을 한 결과 소유자 A는 친구의 부모를 확인할 수 있었으며, 소액임차인 甲은 소유자 A와 약 0.7억원의 채권·채무관계가 있어 소유자 A를 상대로 법적인 조치를 하였으나 채권회수가 불투명해서 어쩔 수 없이 소액임차인에 의한 최우선변제권을 행사하였다고 주장하였다.

채권자는 소유자 A가 소액임차인 甲의 친구의 부모이며, 더 나아가 채권·채무관계를 가진 이해관계인임을 주요 쟁점사항으로 부각시켰으며, 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲과 면담한 녹취록도 입증자료로 작성하여 배당배척서를 제출하였다. 결국 배당배척서에 소유자 A와 소액임차인 甲이 채권·채무관계로 인해 가장임차인으로 추정되는 甲이 소액임차인으로 둔갑한 이해관계인임에 대한 문제점을 기술하여 법원에 배당배척서를 제출하였으며 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲을 배당에서 배제하고 사건을 종결하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

대출자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
김○○	아파트	인천 남구	200×-4-10	200×-×××	1.55억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
1.35억원	김△△	200×-2-27	0.2억원	유	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-7-18	-	
2	근저당권자	○○카드	200×-10-27	0.32억원	
3	가압류	○○캐피탈	200×-4-20	0.14억원	

③ 문제의 제기

- ☐ 채무자와 임차인 사이의 채권·채무관계 해소를 위한 허위 임대차계약임.
- ☐ 선순위 과다 및 경매개시 직전 채무자가 연체하고 있던 중 체결된 임대차계약임.

④ 조사결과

- ☐ 임차인 김△△는 임대차보증금을 채무자 김○○의 계좌에 입금사실을 입증하는 통장사본을 법원에 제출함.
- ☐ 임차인 김△△의 전소유지 방문하여 아파트 경비원으로부터 이사 간 사실이 없음을 확인하고 수차례 방문하여 임차인 김△△를 만날 수 있었음.
- ☐ 임차인 김△△는 임대차계약 경위를 자세하게 설명하면서 채무자 김○○는 본인 친구의 부친임을 확인하여 주었으며, 약 0.7억원의 채권·채무관계가 있고 이를 받기 위하여 법적으로 이혼까지 할 정도로 채권회수를 위하여 모든 법적조치를 강구했음을 시인하였고 녹취를 완료함.

(다) 시사점

채권자는 소액임차인이 임대차보증금 명목으로 임대인의 계좌로 입금되었을 경우 진정한 소액임차인의 가능성은 있지만 주변사람들과의 면담이라든지 이해관계인과의 접촉을 통하여 가장임차인으로 입증할 만한 추가적인 자료를 획득하는 것이 필요하다는 것을 시사한 중요한 사례였음.

다) 판례검토

소유자나 채무자가 이사비용 등을 마련하기 위해 친·인척, 형제 등 자신과 이해관계가 있는 자와 임대차계약을 체결하고 이해관계인을 소액임차인으로 둔갑시키는 경우는 진정한 소액임차인으로 보기 어렵다. 또는 채권자가 기존 채권을 회수하기 위해 자신의 친·인척이나 형제 등을 전입시킨 경우도 소액임차인으로 인정하기에는 무리가 있다.

이런 사례에 대해 자세히 살펴보면 첫째, 임대인과 임차인이 외관상으로는 정상적인 임대차계약을 체결하였다고 하더라도 객관적으로 정상적인 임대차계약이 아닌 친·인척, 형제 등으로 이해관계가 이루어진 최우선변제권은 인정되어서는 안 된다.²⁴⁴⁾ 왜냐하면 주택에 대해 사용·수익을 하는데 있어서 통상 부모나 형제간에는 사회통념상 임대차보다는 사용대차로 이루어지는 경우가 일반적이기 때문이다. 임대차계약이라 하더라도 시세보다 저렴한 임대차계약인 경우도 있다. 하지만 상호 이해관계가 있는 상태에서 경매 직전에 임대차계약을 체결하고 대항요건을 갖춘다는데 문제가 있다. 이러한 사례가 발생하는 이유는 부모와 자식, 형제간의 허위의 임대차계약의 작성이 용이하기 때문인 것으로 추정된다.

둘째, 채권·채무의 이해관계가 있는 채권자의 채권회수 목적의 최우선변제권의 행사는 인정할 수 없다. 판례도 기존채권 회수를 목적으로 경매 진행 목적물에 단지 소액임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 채권을 회수하려는 것에 주된 목적이 있었던 경우에는 소액임차인으로 보호할 수 없다고 하였다.²⁴⁵⁾ 하지만 실제 임대차의 주된 목적이 주택의 사용·수익이라면

244) 임차인과 임대인이 친형제 사이임에도 다른 임차인들에 비해 보증금이 비교적 고액일 뿐만 아니라, 임차한 부분의 면적이나 위치를 고려하더라도 그의 보증금 액수가 그보다 4년 이상 나중에 임차한 다른 임차인의 보증금의 2배에 가까운 점은 선뜻 납득하기 어렵고, 약 10여 년 동안 증액된 흔적이 전혀 없는 점, 임대차 계약서를 작성한 시기에 관한 임차인과 임대인의 수사기관에서의 각 진술이 일치하지 않고 실제 계약체결 후 약 2~3년이 지난 시점에 계약서를 작성하면서 중개업자의 중개를 통한 것은 이례적인 점, 위 계약서는 사후에 얼마든지 시기를 소급하여 작성할 수 있는데, 위 계약서는 확정일자가 찍혀 있지 않을 뿐만 아니라, 중개업자로 날인한 자의 인감은 위 계약서 작성 이후에 관할관청에 등록된 점, 주택의 임차인이 그 주택을 담보로 은행에서 대출을 받는다는 것 역시 매우 이례적인 점 등 제반 사정을 종합해 보면 진정한 임차인이라기보다는 사후에 마치 임차인인 것처럼 임대차 계약서를 작성한 가장임차인으로 봄이 상당하다(대법원 2002.10.25. 선고 2002다48559 판결).

245) 주택임대차보호법의 입법목적은 주거용 건물에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장하려는 것이고, 주택임대차보호법 제8조 제1항에서 임차인이 보증금 중 일정액을 다른 담보권자보다 우선하여 변제받을 수 있도록 한 것은 소액임차인의 경우 그 임차보증금이 비록 소액이라고 하더라도 그에겐 큰 재산이므로 적어도 소액임차

소액임차인으로 보려고 한 판례도 있음에 유의해야 한다.²⁴⁶⁾

3) 통정의 허위표시, 신의칙위반 등 사해행위를 한 임차인

가) 의의

민법 제108조 제1항은 “상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.”라고 되어 있으며, 민법 제406조 제1항에는 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.

위와 같이 통정의 허위표시에 의한 사해행위로 경매신청권자 등 선의의 채권자를 해하는 사례가 있다. 첫째는 소유자와 임차인이 통정의 허위표시에 의해 임대차계약을 체결하고, 이러한 소유자와 임차인의 행위가 경매를 신청한 채권자 등의 배당액이 줄어드는 결과를 초래하는 경우이다.

둘째는 정상적인 대항요건을 갖춘 임차인이 선순위채권자에 의해 배당순위가 밀리거나 일부만 배당을 받게 됨을 인지하고 자신의 임차보증금을 전액 배당받기 위해 다른 가장임차인에게 대항요건을 구비하게 한 후 임차보증금

인의 경우에는 다른 담보권자의 지위를 해하게 되더라도 그 보증금의 회수를 보장하는 것이 타당하다는 사회보장적 고려에서 나온 것으로서 민법의 일반규정에 대한 예외규정인 바, 그러한 입법목적과 제도의 취지 등을 고려할 때, 채권자가 채무자 소유의 주택에 관하여 채무자와 임대차계약을 체결하고 전입시고를 마친 다음 그곳에 거주하였다고 하더라도 실제 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용·수익하려는 것에 있는 것이 아니고, 실제적으로는 소액임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 채권을 회수하려는 것에 주된 목적이 있었던 경우에는 그러한 임차인을 주택임대차보호법상 소액임차인으로 보호할 수 없다(대법원 2001.5.8 선고 2001다14733 판결).

246) 주택임대차보호법의 입법목적과 소액임차인 보호제도의 취지 등을 고려할 때, 채권자가 채무자 소유의 주택에 관하여 채무자와 임대차계약을 체결하고 전입시고를 마친 다음 그곳에 거주하였다고 하더라도, 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용·수익하려는 것에 있는 것이 아니고 소액임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 채권을 회수하려는 것에 주된 목적이 있었던 경우에는, 그러한 임차인을 주택임대차보호법상 소액임차인으로 보호할 수 없다. 하지만 실제 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용·수익하려는 것인 이상, 처음 임대차계약을 체결할 당시에는 보증금액이 많아 주택임대차보호법상 소액임차인에 해당하지 않았지만 그 후 새로운 임대차계약에 의하여 정당하게 보증금을 감액하여 소액임차인에 해당하게 되었다면, 그 임대차계약이 통정허위표시에 의한 계약이어서 무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 임차인은 같은 법상 소액임차인으로 보호받을 수 있다(대법원 2008. 5.15 선고 2007다23203 판결).

을 나누는 경우이다.

셋째는 임차인이 최초 대출취급 당시에는 소유자나 채무자의 부탁으로 채권자에게 자신은 무상으로 거주하고 있다고 진술하였다가 경매가 진행되고 자신의 임차보증금은 배당으로 회수하여야 하는 상황이 오면 말을 바꾸어 진정한 소액임차인이라며 최우선변제권을 행사하는 경우이다. 통상 금융기관은 임차인이 전입되어 있으면 대출을 취급하지 않거나 취급하더라도 임차보증금을 선순위로 하여 공제한 후 대출을 취급하기 때문에 한도가 상당히 적게 나오는 것이 일반적이다. 만약 임차인이 존재하는데도 불구하고 금융기관이 정상적으로 대출을 취급하였다면 반드시 임차인과 소유자에게 동시에 무상임차각서를 징구하였을 것이다. 임차인이 무상임차각서를 작성하고도 재차 정상적인 임대차계약을 체결하였다고 주장하는 것은 신의칙 위반으로 결국 채권자를 해하는 행위가 된다.

이와 같이 임차인이 해당주택을 정상적으로 사용·수익하고 있는 것은 사실이나 선순위채권자들과의 배당순위로 인해 자신의 임차보증금의 회수가 불투명해지는 경우 소유자와 통정하여 최우선변제권을 남용하는 사례나 소유자가 자신의 채권액을 확보하기 위해 가장임차인과 임대차계약을 체결하는 사례가 있다. 결국 이는 통정의 허위표시에 의해 경매신청권자나 배당을 받을 수 있는 후순위채권자의 채권액을 줄어든게 하는 사해행위가 된다.

나) 사례분석

(1) 사례1

(명의신탁 후 통정의 허위표시에 의해 명의신탁자가 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

서울시 강북구에 위치한 연립주택에 소액임차인 甲과 乙이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 7개월 만에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲과 乙이 전입할 당시에 시세 이상의 채무가 등기부 상에 설정이 되었으며

공인중개사의 중개도 없는 상태였다.

채권자는 소유자 A와 만나 면담을 한 결과 소액임차인 甲은 자신과 친구관계로 자신의 명의만을 대여해 주었다고 진술하였다. 명의신탁을 한 이유는 친구인 소액임차인 甲이 불량거래자이어서 경매물건에 대해 낙찰을 받더라도 금융기관에서 대출이 불가능한 사실을 알고 명목상으로만 소유자인 A에게 경매에 응찰할 수 있도록 부탁을 했기 때문이었다. 그 이후 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲이 채권자에게 대출금 이자를 납부하였다. 이와 같은 모든 사실에 대해 확인서를 징구함과 함께 녹취도 하였다.

채권자는 소액임차인 甲에게 「부동산실권리자명의등기에관한법률」에 의해 명의수탁자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처해 질 가능성을 언급함으로써 배당이익을 하지 않도록 유도하였다.²⁴⁷⁾ 또한 채권자는 소유자 A는 소액임차인 甲과 친구관계로 소액임차인 甲 자신은 신용불량자로 경매물건을 낙찰을 받을 수 있는 입장이 아니어서 친구인 소유자 A와 명의신탁관계를 가졌다는 사실과 명의신탁 후 명의신탁자가 임차인을 주장하는 행위는 채권자를 해하는 사해행위로 볼 수 있음을 주요 쟁점사항으로 부각시켰다. 아울러 소유자 A와 면담한 녹취록도 입증자료로 작성하여 법원에 배당배척서를 제출하였다.

결국 채권자는 배당배척서에 명목상의 소유자 A와 소액임차인 甲이 명의신탁 후 최우선변제권을 남용하기 위해 가장임차인 甲이 소액임차인으로 둔갑

247) 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니 된다(부동산실권리자명의등기에관한법률 제3조 제1항).

채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받는 경우에는 채무자, 채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 적힌 서면을 등기신청서와 함께 등기관에게 제출하여야 한다((부동산실권리자명의등기에관한법률 제3조 제2항).

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 해당 부동산 가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과한다.

1. 제3조 제1항을 위반한 명의신탁자
2. 제3조 제2항을 위반한 채권자 및 같은 항에 따른 서면에 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자(부동산실권리자명의등기에관한법률 제5조 제1항).

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 및 그를 교사하여 해당 규정을 위반하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조 제1항을 위반한 명의신탁자
2. 제3조 제2항을 위반한 채권자 및 같은 항에 따른 서면에 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자(부동산실권리자명의등기에관한법률 제7조 제1항).

제3조 제1항을 위반한 명의수탁자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(부동산실권리자명의등기에관한법률 제7조 제2항).

하여 통정의 허위표시에 의한 사해행위를 하였음을 기술하였다. 또 다른 소액 임차인 乙은 소액임차인 甲의 母소유의 주택에서 경매로 인해 손해를 보았던 자로 자신의 임차보증금을 회수하기 위해 명목상의 소유자 A가 아닌 명의신탁자 겸 소액임차인을 가장한 임차인 甲과 또 다른 통정에 의한 임대차계약서를 체결하였다는 사실을 근거로 하여 법원에 배당배척서를 제출함으로써 배당에서 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲과 乙을 모두 배제하고 사건을 종결하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
이○○	연립	강북 수유동	200×-12-×	200×-×××	4억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
2.3억원	유○○	200×-5-20	0.35억원	무	
	윤○○	200×-5-27	0.25억원		

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-2-16	-	
2	압류	○○구	200×-9-16	-	
3	가압류	김○○	200×-10-27	0.3억원	

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인이 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개가 없음
- ☐ 채무자 겸 소유자는 명의수탁자로 명의신탁자가 가장임차인임을 주장

④ 조사결과

- 채권자는 소액임차인이라고 주장하는 유○○은 채권자에게 실제로 이자를 납입하는 자였으며, 공인중개사가 개입되지 않았을 뿐 아니라 또 다른 가장 임차인인 윤○○와의 임대차계약서상의 글씨체가 유○○의 글씨체와 동일한 점 등을 단서로 포착함.
- 채권자는 채무자와의 녹취를 통해서도 자신은 임대차계약을 한 적도 없으며 연체로 인해 각종 불이익을 받고 있는 것에 대한 불만을 토로하면서, 소액임차인이라고 주장하는 유○○은 본인과 단지 친구관계여서 명의만 대여해주었다는 진술하였으며 이와 같은 사실을 확보하고, 확인서까지 징구함.
- 채권자는 또 다른 소액임차인인 윤○○이 소액임차인 유○○의 母의 주택에 거주하였던 사실과 소액임차인인 윤○○이 소액임차인 유○○의 母주택이 경매가 진행되었으나 배당을 못 받은 사실도 확인하였음.
- 채권자는 확보한 자료를 근거로 법원에 배당배척서를 제출하여 배당에서 소액임차인 유○○를 배당에서 배제하는데 성공하였으나, 소액임차인 유○○, 윤○○이 법정에서 배당이익을 제기하려고 하여 채권자가 배당이익을 제기할 경우 가장임차로 인한 사기죄 등에 대한 형사고소를 할 수 있음에 대해 주지시킴으로써 소액임차인 유○○, 윤○○이 배당이익을 하지 못하게 유도하여 조기에 사건을 종결함.

(다) 시사점

채무자 또는 임차인이 실질적인 관계에서 명의신탁자이며, 소유자는 명의수탁자의 관계가 형성되어 있는 경우가 간혹 발생하는 바, 채권자는 채무자나 소유자와의 면담을 통해 진정한 소유관계가 맞는지 아니면 명의신탁관계인지에 대해 확인하는 것이 중요하며 이를 바탕으로 명의신탁자와 명의수탁자간에 통정의 허위표시에 의해 명의신탁자가 가장임차인으로 둔갑한 점, 명의신탁자가 다른 지인과 또 다른 통정의 허위표시에 의해 작성된 임대차계약이라는 점 등에 대한 사실관계를 입증할 수 있는 자료를 확보하여 배당을 배척한 중요한 사례임.

(2) 사례2

(매도자가 소유권이전을 하고 일정기간 경과 후 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

김포시 풍무동에 위치한 아파트에 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 형식적으로 거주하던 중 11개월 만에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲과 乙이 전입할 당시에 경매가 진행된 물건에는 시세 이상의 채무가 등기부 상에 설정이 되어 있었으며 공인중개사의 중개도 없는 상태로 전소유자가 소액임차인이라고 주장하고 있었다.

채권자는 소액임차인인 甲과 乙의 전소유지를 방문하여 조사하는 등 여러 가지 수단을 동원하여 입증자료를 확보하려고 하였으나 가장임차인에 대한 입증자료를 확보하는데 실패하였다. 채권자는 일단 법원에 배당배제신청서를 제출하였으나 받아들여지지 않았다. 채권자는 소액임차인인 甲과 乙에게 배당이 되자 소액임차인들을 대상으로 배당이의소송을 제기하였다.

채권자는 그 후 다른 입증자료를 찾으면서 고민하던 중 소액임차인의 등기부등본과 주민등록등본에서 이상한 점을 발견하였다. 소액임차인 甲이 전소유자이었으며 바로 현소유자에게 소유권을 이전한 후 임대차계약을 맺은 것이다. 그로부터 상당기간이 경과한 후에 다시 임대차계약을 체결한 것이 의심되었다. 채권자가 다시 조사한 결과 소액임차인 甲과 채무자 B (소유자 A)가 서로 부부관계였다는 사실을 확인할 수 있었다. 결국 소유자 A와 소액임차인 甲이 통정의 허위표시로 임대차계약을 체결하여 최우선변제권을 남용하였던 것으로 추정되었다.

채권자는 또 하나의 소액임차인인 乙이 무단전출직권말소 전력만 2회인 자이었으며 경제력은 전혀 없는 것으로 파악되었다. 그럼에도 불구하고 소액임차인인 乙에게는 큰 금액인 0.1억원을 임차보증금으로 하여 소유자 A에게 지급하면서 공인중개사의 중개한 사실도 없는 등 실질적인 임차인으로서 진정한 임대차계약을 체결하였다고 보기에는 상당부분이 의심되었다. 이러한 사실에 근거하여 배당에 이의를 주장한 결과 법원에서 이를 인용하여 당사에서

승소하고 사건이 종결되었다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
임○○	아파트	김포 풍무동	200×-7-×	200×-×××	2.9억
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
2.31억	안○○	200×-9-7	0.3억원	무	
	이○○	200×-8-22	0.1억원		

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-11-2	—	
2	압류	○○세무소	200×-3-3	—	
3	가압류	○○은행	200×-4-21	1억원	
4	가압류	○○케피탈	200×-6-21	4백만	

③ 문제의 제기

- ☐ 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개가 없었으며, 집합건물에 과다한 세입자 전입
- ☐ 전소유자가 임차인이라고 주장

④ 조사결과

- ☐ 채권자가 채무자의 전소유지 등을 방문하였으나, 채권자가 입증할만한 자료가 확보되지 않아 우선 법원에 배당배제를 신청하였으나 법원에서 이를 인용하지 않아 당사에서 배당이익을 제기하였음.
- ☐ 임차인이 배당이익을 제기 한 후 채권자는 임차인들의 등기부등본과 주민

등록등본을 정밀하게 검토하던 중 임차인 중 한 명이 전소유자인 점과 또 다른 임차인은 무단전출직권말소의 전력이 2회나 있음을 발견하였음. 채권자는 배당이의소송사건에서 임차인 안○○에 대해서는 전소유자가 임차인으로 전환되는 사례는 극히 이례적인 일이며, 또 다른 임차인인 이○○에 대해서는 무단전출직권말소가 2회의 전력이 있다는 점은 상습적으로 소액임차인으로 가장하여 최우선변제권을 악용한 사례라고 주장하였고, 법원이 이를 받아들여 채권자가 승소하고 사건을 종결함.

(다) 시사점

채권자는 가장임차인에 대한 정보가 미흡하여 비록 경매법원에서 배당배척서가 받아들여지지 않더라도 주민등록등본이나 이력을 포함한 주민등록초본에서 소유자, 채무자, 임차인의 이해관계에 대해 정밀하게 검토한다면 의외의 곳에서 사건의 실마리를 풀 수 있는 단서를 발견할 수 있으며, 또한 등기부등본에서도 소유권변동사항을 면밀하게 살펴본다면 가족관계 등에 의한 허위계약의 중요한 단서를 확보가 가능하다는 교훈을 주는 중요한 사례였음.

(3) 사례3

(소유자가 數名の 임차인과 임대차계약을 부인하였다가 번복하여 인정하여 신의칙·금반언에 반한 사해행위)

(가) 사례요약

서초구 반포동에 위치한 아파트에 소액임차인 甲, 乙, 丙이 각각 형식적으로 거주하고 있는 상태이었으며, 특히 소액임차인 甲, 乙, 丙이 전입신고를 하고 나서 2개월 후에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲, 乙, 丙이 전입할 당시에는 선순위근저당권과 가압류가 과다하게 등기가 되어 있었다. 뿐만 아니라 공교롭게도 소액임차인 甲, 乙, 丙은 불과 8월 22일부터 9월 17일

사이에 모두 전입하였다.

채권자는 채무자 겸 소유자 A는 60평이 넘는 대형평형의 아파트임에도 실제로 거주하지 않고 있는 점에 착안하여 채무자 겸 소유자 A의 전소유지를 방문한 결과 채무자 겸 소유자 A가 실제로 거주하고 있었다. 채무자 겸 소유자 A와 면담한 결과 자신은 건축업자에게 명의만 대여하였을 뿐 자신도 피해자라고 주장하였다.

채권자는 해당주택을 건축업자가 대물변제를 받은 후 자신의 공사대금 회수 및 하도급업체 대금지급의 목적으로 하도급업체인 A를 채무자 겸 소유자로 하고 채권자에게 대출을 받은 것으로 추정되었으나 입증할 수는 없었다. 한편 채권자는 채무자 겸 소유자 A가 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲, 乙, 丙과는 임대차계약을 체결한 사실조차 부인하는 사실에 근거하여 이에 대해 확인서를 청구함과 동시에 녹취하였다. 그럼에도 불구하고 채무자 겸 소유자 A는 실제로 경매가 진행되고 소액임차인 甲, 乙, 丙이 배당요구를 신청하게 되자 갑자기 임대차계약을 체결한 사실에 대해 인정하면서 처음에 부인했던 사실을 번복하였다.

채권자는 채무자 겸 소유자 A가 진술하였던 내용의 녹취록 등을 입증자료로 제시하면서 임대차계약에 대한 사실관계 번복은 법률상 신의칙과 금반언에 반한다고 주장하여 배당에서 배제함으로써 사건을 종결하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
안○○	아파트	서초구 반포	200×-11-×	200×-×××	13억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
8.3억원	김○○	200×-8-22	0.37억원	무	
	하○○	200×-9-3	0.3억원		
	이○○	200×-9-17	0.2억원		

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-11-2	-	
2	압류	○○건강보험	200×-2-18		
3	압류	○○구	200×-11-27		

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인이 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개가 없었으며, 집합건물에 과다한 세입자 전입
- ☐ 임차인이 경매개시결정일로부터 두 달 전에 전입신고

④ 조사결과

- ☐ 채권자가 채무자의 전소유자인 ○○시에 방문한 결과 채무자가 실제로 거주하고 있었으며, 자신도 명의만 대여하였을 뿐 피해자라고 주장함.
- ☐ 가장임차인 3인에 대해 면담을 통한 임대차계약사실 진위여부를 확인한 결과 이들로부터 계약한 사실이 전혀 없음을 확인하고 녹취를 완료함.
- ☐ 채권자가 배당기일 당일에 가장임차인들과 면담하는 과정에서 배당이의의를 제기할 경우 형사고소 등을 통해 민·형사적으로 고소 등으로 문제를 삼겠다는 내용을 주지시킴으로써 배당이의의를 제기하는 것을 포기하도록 유도하여 사건을 종결함.

(다) 시사점

채무자의 전소유지 방문을 통한 실제 사실을 확인하고 입증자료 확보 및 배당기일에 가장임차인들과 면담을 통해 민·형사적인 고소가능성을 부각시켜 배당이의 포기유도를 한 중요한 사례였음.

(4) 사례4

(임차인이 소유자와 통정하여 임차기간 중 임차보증금을 허위로 증액

하여 배당을 더 많이 받으려고 한 행위)

(가) 사례요약

전남 목포시에 위치한 아파트에 거주하는 소액임차인 甲이 거주하고 있는 상태이었으며, 특히 소액임차인 甲은 전입신고를 하고 나서 7개월 후에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲이 전입할 당시에는 선순위근저당권의 설정과 가압류가 과다하게 등기가 되어 있었고 공인중개사의 중개도 없었다.

채권자가 목포의 담보지에 방문하여 조사한 결과 특이할 만한 입증자료가 없어 소액임차인의 임차보증금이 저렴하고 소유자 A와 소액임차인 甲이 동거하는 것이 현실적으로 불가능하다는 주장으로 법원에 배당배척을 신청하였으나 법원에서는 이를 받아들이지 않았다. 이에 채권자가 배당이의소송을 제기하면서 입증자료를 확보하기 위해 소유자 A와 소액임차인 甲의 임대차계약 내용을 면밀하게 검토하였다. 여기서 채권자는 특이한 점을 발견하였는데, 시세가 0.45억원 수준인 아파트에 채권자의 대출금과 임차보증금을 더하면 LTV가 70%를 초과하는 상태임에도 불구하고 0×년 11월 임차보증금 8백만원, 차임 15만원에서 익년 5월 15일 임차보증금 0.15억원으로 변경하였다는 것이다. 채권자는 이러한 임대차계약 변경행위는 매우 이례적이라고 주장하여 비록 진정한 가장임차인임을 입증하지는 못했지만 소액임차인 甲이 배당받는 배당금 중 일부를 채권자가 배당을 받게 됨으로써 일부 승소한 사건이었다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
박○○	아파트	전남 목포	200×-6-×	200×-×××	0.4억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
0.25억원	전○○	200×-11-14	0.15억원	무	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-2-25	-	
2	가압류	○○카드	200×-6-2	0.1억	

③ 문제의 제기

- ☐ 시세대비 선순위근저당이 과다한 부동산에 임대차계약 체결
- ☐ 공인중개사의 중개 없음

④ 조사결과

- ☐ 채권자가 목포의 담보지에 방문하여 주변상가 등을 방문하여 채무자의 근황과 임차인 거주여부를 확인한 결과 정상적인 임차인인 듯 보였으나, 임차보증금이 저렴하고 소유자와 임차인이 동거하는 것이 불가능하다는 주장으로 배당에서 배척을 신청하였으나, 법원에서 인정되지 않음.
- ☐ 채권자가 이에 대해 배당이의를 제기한 후 채권액이 과다한 상태에서 임차보증금을 증액한 것에 대해 문제가 있는 것을 발견하고, 준비서면을 통해 200×년 11월에 보증금 8백만원, 월세15만원에서 200×년 5월 다시 0.15억원으로 변경한 것은 매우 이례적이라고 주장하여 법원으로부터 이를 인정받아 소액임차보증금 0.12억원 중 4백만원을 회수하고 경매사건을 종결함.

(다) 시사점

채권자는 실질적인 임차인이라 하더라도 설정된 채권액이 과다한 상태에서 서의 대항요건을 갖춘 경우 이에 대한 진위여부 파악이 중요한데, 특히 소액임차보증금보다 낮은 금액으로 임대차계약을 체결한 후 증액하여 소액임차보증금액 만큼 배당을 받으려고 하는 행위는 채권자를 해하는 사해행위로 볼 수 있음. 최근 임차보증금 일부와 차임을 받는 형태의 이른바 반전세가 유행하고 있는 상황을 고려하면 이와 유사한 사례가 배당배척이나 배당

이의소송에서 자주 통한 다투어질 가능성이 농후한바 이러한 방법을 활용하면 채권자가 채권액의 일부라도 회수할 수 있다는 것을 시사하였다는 점에서 중요한 사례였음.

다) 판례검토

최근에 발생하고 있는 첫 번째 유형은 채무자 겸 소유자와 임차인이 명의신탁관계에 의한 계약을 하여 임차인이 실질적인 소유자이었다가 소액임차인으로 돌변하여 최우선변제권을 악용하는 사례이다. 더 나아가 채무자 겸 소유자는 명의수탁자의 지위에서 명의신탁자의 주택을 임대한 권리 등을 이전받게 되면 임대인의 지위를 승계할 수 있어 소액임차인으로 가장한 임차인이 최우선변제권을 남용할 수 있는 개연성이 더욱 많아지고 있다.²⁴⁸⁾

두 번째 유형은 브로커가 소액임차인과 소유자 또는 채권자가 통정의 허위 표시의 임대차계약을 체결하도록 하고 공인중개사도 이에 개입함으로써 소액임차인으로 가장한 임차인이 손쉽게 소액임차보증금을 배당받도록 하는 것이다.²⁴⁹⁾ 이렇게 통정한 임대차계약이 만연하고 있는 이유는 채권자를 제외하고 경매사건의 모든 이해관계인들에게 이익이 되기 때문이다.

다시 말해 소유자는 매수인이 납부한 매각대금인 배당금으로 채무를 변제하고 나면 이사비용조차 없는 상태이고, 자기자본이 거의 없는 소액임차인의 경우는 적은 돈으로 저렴한 주택을 원하고 있다. 특히 인천과 같이 소액임차보증금의 보호범위와 실제 전세가가 비슷한 지역은 더욱 더 저소득층의 소액임차인이 이러한 이해관계인의 이익을 추구하기에 좋은 여건이다. 실제 인천

248) 주택의 명의신탁자가 임대차계약을 체결한 후 명의수탁자가 명의신탁자로부터 주택을 임대할 권리를 포함하여 주택에 대한 처분권한을 중국적으로 이전받는 경우에 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 이상 명의수탁자는 주택임대차보호법 제3조 제2항의 규정에 의하여 임차인과의 관계에서 그 주택의 양수인으로서 임대인의 지위를 승계하였다고 보아야 한다(대법원 1999.4.23. 선고 98다49753 판결).

249) 임대차는 임차인으로 하여금 목적물을 사용·수익하게 하는 것이 계약의 기본 내용이므로, 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니 한 계약은 주택임대차계약으로서는 통정허위표시에 해당되어 무효라고 할 것이므로 이에 주택임대차보호법이 정하고 있는 대항력을 부여할 수는 없다(대법원 2002. 3.12 선고 2000다24184 판결).

에서 발생한 사건을 보면 먼저 브로커는 소유자, 소액임차인에 중개사까지 합류시켜 허위로 임대차계약을 작성하도록 하고 소유자와 소액임차인에게 각각 소정의 수수료를 받는다. 소액임차인은 소유자 통장에 소액임차보증금 범위 내의 금액을 임차보증금인 것처럼 입금한 후 최우선변제금액 만큼을 제하고 되돌려 받는다. 최우선변제금액은 소유자나 채무자의 새로운 주거지를 모색하는데 사용된다. 중개사는 계약을 작성해 주고 소유자와 소액임차인에게 각각 소정의 수수료를 받는다.

결국 소유자는 소액임차인이 받아야 할 최우선변제금액을 미리 받아 이사 비용을 마련하고, 사실상의 가장임차인은 1년 이상 거주한 후 법원에서 최우선변제금액을 배당받으므로 둘 다에게 모두 이익이 된다. 브로커와 중개사 역시 이들로부터 수수료를 받으므로 또한 이익이 된다. 이로써 이해관계인 중 채권자를 제외하고 모두 이익이 되는 허위의 임대차계약이 완성되는 것이다.

세 번째 유형은 채무자 자신은 진정한 소유자가 아니며 임차인과의 임대차계약을 체결한 적이 없다고 주장하다가 자신의 이익과 반하거나 하는 문제가 발생하게 되면 번복하여 정상적인 임대차관계라고 돌변하여 주장하는 것이다. 이는 처음에는 명의수탁자와 소액임차인이 통정할 의사가 없다가 후에 통정의 의사표시로 채권자를 해하는 행위를 한 사례로 신의칙에 반하는 것이다. 판례는 소액임차인이 임대차계약에 대해 진술을 번복한 것에 대해서는 신의칙 위반으로 보았다.²⁵⁰⁾ 하지만 아직까지는 명의수탁자나 소유자가 임대차계약에 대해 진술을 번복한 것을 신의칙 위반으로 본 판례는 없다. 소액임차인이 임대차계약 관계를 숨긴 것만으로 신의칙 위반으로 보지 않은 판례도 있다는 것은 주목할 만하다.²⁵¹⁾

250) 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리주장을 앞세우는 내용의 확인서를 작성해 준 경우, 그 후 그 건물에 대한 경매절차에서 이를 번복하여 대항력 있는 임대차의 존재를 주장함과 아울러 근저당권자보다 우선적 지위를 가지는 확정일자부 임차인임을 주장하여 그 임차보증금반환채권에 대한 배당요구를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 금반언 및 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대법원 1997.6.27. 선고 97다12211 판결).

251) 은행직원이 근저당권실행의 경매절차와는 아무런 관련도 없이 행한 담보건물에 대한 임대차 조사에서 임차인이 그 임대차사실을 숨겼다고 하더라도 그 후의 경매절차에서 임대차 관계가 분명히 된 이상은 은행이 경매가격을 결정함에 있어서 신뢰를 준 것이라고는 할 수 없는 것이므로, 위와 같이 일시 임대차관계를 숨긴 사실만을 가지고서 은행의 건물명도 청구에 대하여 임차인이 주택임대차보호법 제3조 소정의 임차권의 대항력에 기하여 하는 임차보증금 반환과의 동시이행의 항변이 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고는 볼 수 없다(대법원

네 번째 유형은 임차인이 임차보증금을 감액하거나 증액하여 소액임차인의 자격을 얻거나 더 많은 소액임차보증금을 배당받으려고 최우선변제권을 남용한 사례이다. 이러한 사례는 임차인이 소유자를 협박하였는지 소유자가 추가 배당받을 금액의 일부를 돌려받으려고 하였는지 결과론적으로 소유자와 임차인이 통정하여 주택임대차보호법에서 보호하는 최우선변제금액 범위 내에서 임대차계약을 재작성하는 것이다.²⁵²⁾

위 네 가지 사례를 전체적으로 보면 공통적으로 채무가 초과된 상태에서 소유자와 소액임차인이 통정의 허위표시로 임대차계약을 체결하여 채권자를 해하는 사해행위의 문제가 발생한다는 것이다.²⁵³⁾ 소유자는 이미 시세보다 채

1987.1.20. 선고 86다카1852 판결).

252) 주택임대차보호법에 의하여 우선변제청구권이 인정되는 임대차보증금반환채권은 민사소송법 제605조 제1항에 의하여 경락기일까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 비록 실체법상 우선변제청구권이 있다 하더라도 경락대금으로부터 배당을 받을 수는 없을 것이므로, 이러한 배당요구채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외하는 것으로 배당표가 작성·확정되고 그 확정된 배당표에 따라 배당이 실시되었다면 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당 받을 수 있었던 금액 상당의 금원이 후순위채권자에게 배당되었다고 하여 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없는바, 임차인이 실질적으로는 임대인으로부터 임차건물 전부를 보증금 35,000,000원에 일괄하여 임차하였으면서도, 주택임대차보호법상의 소액임차인으로 보호받을 목적으로 임대인과의 사이에 형식상 임차보증금을 소액임차인의 임차보증금 한도액 이하로 하는 자신 및 처 명의의 2개의 임대차계약을 허위로 작성한 다음 그와 같이 허위로 작성된 임대차계약서에 근거하여 자신 명의로 금 15,000,000원, 처 명의로 금 20,000,000원의 각 임차보증금에 관하여 각각 따로 배당요구를 하였다면 임차인 및 그의 처 명의의 임대차계약서에 의한 의사표시는 소액임차인 보호에 관한 주택임대차보호법상의 제한규정을 회피하기 위하여 통모하여 한 허위의 의사표시로서 통정허위표시 내지 탈법행위에 해당하여 무효이므로, 임차인 및 그의 처와 임대인 사이에 임대차계약서 기재와 같은 내용의 임대차계약이 유효하게 존재함을 주장하여 한 임차인 및 그의 처 명의의 각 배당요구는 신의칙상 어떠한 경우에도 그 적법성을 시인 받을 수 없는 부적법한 배당요구라 아니할 수 없고, 따라서 임차인 및 그의 처가 뒤늦게 거기에 임차인과 임대인 사이에 실질적으로 체결된 진정한 임대차계약에 기한 배당요구로서의 효력이 있다고 주장하는 것은 신의칙상 허용되지 아니한다 할 것이다(대구지법 2001.5.16. 선고 2000나12202 판결).

253) 소액보증금 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로, 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 위 법조 소정의 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고, 따라서 그 임차권설정행위는 사해행위취소의 대상이 된다고 할 것이다. 즉, 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 최우선변제권 보호대상인 임차권을 설정해 준 행위가 사해행위인 경우, 채무자의 악의는 추정되는 것이고, 수익자인 임차인의 악의 또한 추정된다고 할 것이나, 다만 위 법조 소정의 요건을 갖춘 임차인에 대하여 선행의 담보권자 등에 우선하여 소액보증금을 회수할 수 있도록 한 입법 취지에 비추어 보면, 위 법조 소정의 임차권을 취득하는 자는 자신의 보증금회수에 대하여 상당한 신뢰를 갖게 되고, 따라서 임대인의 채무초과상태 여부를 비롯하여 자신의 임대차계약이 사해행위가 되는지에 대하여 통상적인 거래행위 때보다는 주의를 덜 기울이게 될 것이므로, 수익자인 임차인의 선의를 판단함에

무액이 초과하여 정상적인 임대차계약을 체결할 수 없음에도 불구하고 소액 임차인과의 임대차계약을 통하여 최우선변제권을 행사한다. 이러한 사해행위는 채무자의 악의는 추정되고, 수익자인 임차인의 악의 또한 추정되므로 이러한 임차인을 소액임차인으로 인정해서는 안 된다.

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되려면 그 행위로 채무자의 총재산이 감소되어 채권의 공동담보가 부족한 상태를 유발 또는 심화시켜야 하고, 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 판례에서는 소유자가 근저당권이 설정된 부동산으로 소액임차인과 보증금이 최우선적으로 변제되는 임대차계약을 체결하였고, 체결한 당시 부동산가액이 근저당권의 피담보채권액과 최우선적으로 변제되는 소액보증금의 합계액을 초과하였다고 하더라도 근저당권자가 소액임차인의 최우선변제권을 감안하고도 근저당권자로서 피담보채권에 대한 우선변제권을 확보할 수 있었다면 소유자가 임대차계약을 체결한 행위는 근저당권자를 해하지 아니하므로 근저당권자에 대하여 사해행위가 성립하지 아니한다고 하였다.²⁵⁴⁾

결론적으로 위의 판례로 다시 한 번 다른 관점에서 판단해보면 법원은 주택의 시세보다 채무가 더 많은 상태에서 경매개시결정 전에 전입하고 점유하여 대항요건을 갖추었다고 하여 진정한 소액임차인으로 보아 최우선변제권을 인정하여서는 안 된다는 것을 의미한다.

특히 최근 2014년에 법무부에서 고려대학교 산학협력단에 의뢰하여 주택임대차 공시에 대한 통일방안에 관한 연구를 의뢰한 바 있다. 만약 소액임차인의 최우선변제권도 등기부등본에 새로이 개설하는 병구에 공시함으로써 정상적인 임차인의 효력을 인정한다면 가장임차인들로 인해 최우선변제권이 남용되는 사례를 심각한 사회적인 문제로 양성화할 수 있어 또 다른 문제점이 야기될 수 있다.

있어서는 실제로 보증금이 지급되었는지, 그 보증금의 액수는 적정한지, 등기부상 다수의 권리제한관계가 있어서 임대인의 채무초과상태를 의심할 만한 사정이 있었는데도 굳이 임대차계약을 체결할 사정이 있었는지, 임대인과 친·인척관계 등 특별한 관계는 없는지 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙을 통하여 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2005.5.13. 선고 2003다50771 판결).

254) 대법원 2009.10.29. 선고 2009다47852 판결, 대법원 2015.11.26. 선고 2015다48825 판결

4) 기타(권리남용을 행사한 임차인 등)

가) 의의

금융기관의 대출건이 증가하고 시간이 갈수록 소액임차인으로 가장한 임차인의 유형은 다양화되고 있다. 여러 가지의 유형 중에 특이할 만한 사례를 살펴보면 경매가 2회 연속 진행된 물건의 임차인이 계속해서 동일한 인물이라는 것이다. 사회통념상 경매가 진행된 물건에서 거주하였던 임차인은 배당을 요구한 후 배당을 받거나 받지 못하거나 매수인의 명도요구에 응하여야 하는 입장이다. 물론 매수인과 기존의 임차인이 다시 임대차계약을 체결하고 배당을 받아 이를 매수인에게 임차보증금으로 지급할 수 있다. 하지만 상기의 임차인은 첫 경매사건에서 가장임차인으로 인정되어 배당에서 배제되었던 임차인으로 두 번째 경매사건에서 재차 가장임차인으로 인정된 사례이다.

이러한 사례와 같이 동일한 물건이 경매가 2회 이상 진행된 경우는 임차인도 동일한지 확인하는 절차가 매우 중요하다.

경매가 진행되는 물건 중에 상당수의 공통점은 시세보다 설정된 근저당권과 등기된 가압류 등의 합계가 더 많다는 것이다. 이러한 상황에서 소액임차인으로 전입하여 최우선변제권을 행사하는 경우는 정상적인 임대차계약관계로 보기 어렵다. 특히 요즈음 공인중개사나 브로커가 경매가 진행될 가능성이 농후한 주택에 개입하여 소유자와 가장임차인의 계약체결을 유도하고 이로부터 수수료를 징구하는 사례가 증가하고 있다. 이 때 경매신청권자 등 배당을 받을 수 있는 채권자 외 공인중개사 등 브로커, 소유자, 소액임차인으로 가장한 임차인은 해당물건에서 부당한 이득을 취하는 결과가 된다.

예를 들어, 브로커나 공인중개사가 소유자와 가장임차인과 임대차계약을 체결한 후 그들로부터 각각 수수료를 받는다. 소유자는 미리 가장임차인에게 최우선변제권을 행사할 수 있는 금액만큼을 받아서 새로운 주거지를 마련하는데 사용한다. 가장임차인은 소유자에게 최우선변제권을 행사할 수 있는 만큼의 임차보증금을 소유자에게 입금하여 향후 채권자가 배당이의소송 등을 제기하였을 때 입증자료로 활용한다. 그 다음은 경매로 낙찰될 때까지 1년 정도

를 소액임차보증금만으로 그 이상의 가치가 있는 주택에 거주한다. 물론 가장 임차인이 항고, 재항고 등을 법원에 접수하고 법원의 항고보증금 납부안내장을 받지 않는 등의 방법을 동원하여 6개월 이상 더 거주하는 경우도 있다. 그런 행위 후에 가장임차인은 배당기일에 최우선변제권을 행사하여 소액임차보증금을 법원에서 배당을 받게 된다.²⁵⁵⁾

이와 같이 공인중개사, 브로커 등이 채무액이 많은 주택에 곧 경매가 진행될 것을 알면서 소유자와 가장임차인과의 임대차계약을 체결한 행위에 대해서 법리적으로 권리남용의 형태로 보는 견해도 있다.

나) 사례분석

(1) 사례

(전 경매사건의 가장임차인이 현 경매사건에 임차인으로 전입)

(가) 사례요약

경기도 남양주시에 위치한 아파트에 소액임차인 甲이 형식적으로 거주하고 있는 상태이었으며, 특히 소액임차인 甲이 전입신고를 하고 나서 9개월 후에 경매가 진행되었다. 이미 소액임차인 甲이 전입할 당시에는 선순위근저당권과 가압류가 과도하게 등기가 되어 있었다.

채권자는 소액임차인 甲이 전 경매사건에서도 임차보증금 0.12억원에 권리신고 및 배당요구를 하였으나 그 당시 경매사건의 금융기관이 소액임차인 甲이 가장임차인이라고 해서 배당배척을 하였으며, 소액임차인 甲이 해당 금융

255) 이해관계인은 매각허가여부의 결정에 따라 손해를 볼 경우에만 그 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다(민사집행법 제129조 제1항). 매각허가결정에 대하여 항고를 하고자 하는 사람은 보증으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정한 유가증권을 공탁하여야 한다(민사집행법 제129조 제1항). 채무자 및 소유자는 항고가 기각된 때에는 항고인은 보증으로 제공한 금전이나 유가증권을 돌려줄 것을 요구하지 못한다. 채무자 및 소유자 외의 사람이 항고가 기각된 때에는 항고인은 보증으로 제공한 금전이나 유가증권을 현금화한 금액 가운데 항고를 한 날부터 항고기각결정이 확정된 날까지의 매각대금에 대한 대법원규칙이 정하는 비율에 의한 금액에 대하여는 돌려 줄 것을 요구할 수 없다(민사집행법 제130조 제6항, 제7항).

기관에 대해 배당이의소송까지 제기하였으나 법원은 소액임차인 甲이 소액임차인으로서의 대항요건을 갖추지 않았다는 이유로 패소결정을 내렸다.

채권자는 이러한 물건에 재차 1차적으로 가장임차인으로 판명된 소액임차인 甲이 소유자 A와 임대차계약을 체결하였다는 점, 이 뿐만 아니라 오히려 소액임차인 甲이 가등기까지 된 물건에 임차보증금을 0.12억원에서 0.2억원으로 올려서 재계약을 하였다는 점 등 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲의 모든 행위에 대해 종합적으로 판단하여 가장임차인임을 주장하는 배당배척서를 제출하였다.

법원은 채권자가 주장한 배당배척서의 내용을 인용하였고 상대방인 가장임차인으로 추정되는 소액임차인 甲이 더 이상 배당이의소송을 제기하지 않음으로 인해 사건을 종결하였다.

(나) 사실관계

① 기초사실

채무자	담보물	담보지	경매개시일	경매번호	감정가
전○○	아파트	경기 남양주	200×-10-×	200×-×××	2억원
매각가	임차인	전입일	보증금	중개사 날인	비고
1.4억원	정○○	200×-1-11	0.2억원	유	

② 이해관계인 일람표

구분	권리관계	채권자	원인일자	채권최고액	비고
1	근저당권자	당사	200×-12-10	-	
2	가등기	강○○	200×-12-27		
3	압류	○○시	200×-4-15		

③ 문제의 제기

- ☐ 임차인은 담보물의 전 경매사건의 임차인이었음
- ☐ 아파트라는 공동주택에 소유자 및 임차인 2세대가 함께 거주한다는 점

④ 조사결과

- 현임차인은 담보물의 전 경매사건에서도 권리신고(임차보증금 0.12억원)한 전임차인이었으며, 그 임차인이 경매사건에서 배당이 배척됨에 따라 채권 금융기관을 상대로 배당이의소송을 제기하였으나, 법원은 소액임차인으로서의 권리를 주장할 수 있는 대항요건을 갖추지 않았다는 판결로 인하여 패소한 경력이 있었음.
- 통상 부동산이 낙찰로 인하여 소유권이 변동되는 경우 기존 임차인은 다른 곳으로 이사를 가는 것이 보통인데, 임차인은 동일한 부동산에서 계속 거주하면서 오히려 임차보증금을 올려서(0.12억원 → 0.2억원) 재계약을 체결하였다는 점, 게다가 근저당과 가등기까지 설정된 부동산에 임대차계약을 체결하였다는 점, 임차인이 경매까지 경험하고도 확정일자도 받지 않았다는 점 등을 미루어 종합적으로 판단해 보면 사회통념상 납득하기 어려우며, 채무자와 임차인은 특별한 관계임이 추정되었음.

(다) 시사점

채권자는 가장임차인으로 추정되는 소액임차인에 대한 특별한 단서가 없는 상태에서 해당물건이 경매가 두 번이나 진행되었다는 사실에 근거하여 담보물의 전 경매사건의 기록을 열람하여 이해관계인에 대해 면밀하게 조사하는 등 경매자료에 대한 검증을 통하여 현임차인이 전 경매사건의 가장임차인이었음을 입증하여 배당에서 배척한 사례였음.

다) 판례검토

소액임차인으로 가장한 임차인에 대한 기타유형을 살펴보았는데, 전 경매사건에서 가장임차인으로 밝혀졌던 임차인이 재차 경매가 신청된 사건에서 다시 소액임차인으로 최우선변제권을 행사한 것에 대해 법원에서 인정하지 않았다. 이와 같이 소액임차인이 최우선변제권을 남용한 것에 대한 판례인 2013년 12월 12일 대법원이 내린 판결 2013다62223은 임차인이 주택임대차

보호법을 악용하였으므로 소액임차인 보호에 관한 규정이 적용되지 않는다는 취지만을 밝히고 있다. 즉 이 사건은 실질적으로 대항요건을 임차인이 경매가 개시될 것을 예상하고 최우선변제권을 행사하려고 전입한 경우라도 정상적인 소액임차인으로 인정하지 않았다.

민선찬²⁵⁶⁾은 법적인 근거 없이 주택임대차보호법의 입법목적과 소액임차인 보호취지의 근거로만 결론을 내린 판례를 비판하면서 소액임차인의 최우선변제권에 대해서 권리남용으로 해석하였다. 판례내용을 살펴보면 甲이 아파트를 소유하고 있음에도 공인중개사인 남편의 중개에 따라 근저당권의 채권최고액 합계가 시세를 초과하고 경매가 곧 개시될 것으로 예상되는 아파트를 소액임차인 요건에 맞도록 시세보다 현저히 낮은 임차보증금으로 임차한 다음 당초 임대차계약상 잔금지급기일과 목적물인도기일보다 앞당겨 보증금 잔액을 지급하고 전입신고 후 확정일자를 받은 경우는 최우선변제권을 인정하는 주택임대차보호법을 악용하여 부당한 이득을 취하고자 임대차계약을 체결한 것이므로 소액임차인에 해당하지 않는다고 하였다.²⁵⁷⁾ 이미 유치권 판례에서는 유치권자가 채무자가 채무초과상태에 이미 빠졌거나 경매가 진행될 것을 예견한 상태에서 저당권자 등 다른 채권자가 채권 만족에서 불이익을 볼 것을 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위해 유치권을 저당권자 등에게 주장하는 것은 권리남용으로 허용될 수 없다고 하였다.²⁵⁸⁾

이러한 판례의 입장을 가장임차인의 문제와 결부시켜 보면 경매가 신청된 부동산의 등기부에 등기된 전체 채무가 시세를 과다하게 초과한 상태에서 소액임차인의 최우선변제권의 행사를 인정해 주고 있는 현행 주택임대차보호법의 문제점에 대한 개선이 요구된다는 것을 시사하고 있다.

제 3 절 남용에 대한 개선방안

최우선변제권은 1983년 12월 30일 주택임대차보호법 제2차 개정 당시 신

256) 민선찬. (2014). “소액임차인의 최우선변제권과 권리남용.” 『저스티스』. 통권(143) pp. 269-293.

257) 대법원 2013.12.12. 선고 2013다62223 판결

258) 대법원 2011.12.22. 선고 2011다84298 판결

설된 조항이다. 이에 대한 기본적인 신설 취지는 서민 중에서도 빈민층들의 소액임차보증금에 대한 보호를 강화하기 위함이었다.

최우선변제권은 일정 범위의 소액임차보증금의 임대차계약을 체결하고 경매 개시결정 전에 대항요건을 갖추기만 하면 익일 오전 0시부터 근저당권자보다 먼저 배당받을 수 있는 효력이 발생하게 된다. 경매비용과 일정기준 내의 임금채권 외에는 가장 먼저 배당을 받을 수 있도록 한 강력한 효력은 최우선변제권이 신설된 지 약 33년이 지난 지금 긍정적인 면 못지않게 부정적인 면도 부각되고 있는 것이 사실이다.

가장임차인에 대한 심각성을 알아보기 위한 또 다른 법리적인 접근방식으로 같은 기간인 2005년부터 2014년까지 삼성화재에서 가장임차인으로 추정되는 소액임차인과 다투었던 배당배척 또는 배당이의 사건 136건을 대상으로 최우선변제권이 남용되는 유형과 이와 관련된 판례를 살펴보았다.

크게 네 가지로 분류하였다. 첫째는 실질적으로 대항요건이 흠결된 경우, 둘째는 채무자나 소유자의 친·인척, 채권·채무 등 이해관계가 있는 경우, 셋째는 채무초과 상태에서 사해행위 등 통정의 허위표시를 한 경우, 넷째는 권리남용 등의 경우이다.

이와 같이 법적인 가장임차인의 문제점을 살펴본 것을 근거로 하여 소액임차인으로 가장한 임차인들의 최우선변제권의 남용을 방지하는 대안으로 주택임대차보호법 제8조 1항에 소유자가 채무초과 상태이거나 소액임차인이 경매 직전의 전입하는 것을 방지하는 법 개정의 필요성이 있어 다음과 같이 법 개정에 대해 제안하고자 한다.

첫째, 법원은 소액임차인이 금융기관 등 채권금액의 합이 법사가를 초과하는 시점에서 임대인과 체결한 임대차계약을 근거로 최우선변제권을 행사할 경우에는 소액임차인에게 입증책임을 추궁할 수 있는 권리를 부여받는 것이다. 뿐만 아니라 최우선변제권을 남용한 가장임차인으로 판명될 경우 형사적인 책임도 고려해 볼 수 있다.

선행연구를 살펴보면 민선찬(2014)은 대법원판례 2013다62223에서 소액임차인의 요건을 구비한 임차인에 대해 소액임차인에 해당하지 않는다고 본 결론에 대해서는 근본적으로 찬성하면서 대법원이 구체적 경위와 근거를 밝히

지 않은 점에 대해 소액임차인으로서의 최우선변제권을 행사하는 것을 권리 남용의 관점에서 바라보았다. 이용득·강정규·박태진(2012)은 소액임차인에 대해 외관상 대항요건을 갖추었을 뿐 가장임차인으로서 배당요구를 하였다고 해도 배당을 하지 말아야 한다고 주장한다. 더 나아가 확정일자를 발급할 때 계약의 내용과 보증금액을 기재해야 하며, 인도명령에 대해서는 빠른 시일 내에 공시송달을 인정해 주어야 한다고 하였다. 가장임차인에 대해서는 형사처벌 대상으로까지 삼아야 하며, 집행관에게 임차인에 대해 정확히 파악할 수 있도록 실질적 심사권을 준 후 가장임차인을 배당배제할 수 있는 권한을 부여해야 한다고 주장한다. 하지만 법의 명확한 기준 없이 가장임차인으로 추정되는 것만으로 임차인에게 너무 불이익을 주려고 하면 이 또한 선량한 소액임차인이 피해를 보는 상황이 발생할 수 있어 법의 안정성을 해할 수 있다는 점이 우려된다.

통상 임대인과 임차인이 임대차계약을 체결할 때에 공인중개사가 개입하는 것이 일반적이며, 공인중개사는 수수료를 받는 대신 임차인이 안전하게 자신의 임차보증금을 보호받을 수 있도록 선순위 근저당권 등에 대한 권리분석을 해 줄 의무가 있다. 하지만 소액임차인으로 가장한 임차인과의 임대차계약을 보면 자주 등장하는 공통적인 모습이 공인중개사가 없는 상태에서 계약이 된 채무가 과다한 주택이라는 점이다. 소액임차인이든 정상임차인이든 주택에 임차하려는 자는 등기부등본을 반드시 발급받아 갑구에 소유자와 을구에 어떠한 권리관계가 있는지를 확인하는 절차를 밟기 마련이다. 특히 권리관계가 복잡할수록 임차인 입장에서는 공인중개사를 통해 안전한 물건인지 확인하려는 것은 당연하다.

이와 달리 임차인이 채무관계가 많은 주택에 임대차계약을 체결한 상태에서 불과 몇 달 만에 경매가 신청되었고 소액임차인이 배당요구를 하였다면 이를 진정한 임차인의 배당요구를 볼 수 있는가이다. 이러한 사안에 대해 채권자가 진정한 임차인 여부를 직접 확인하고 배당배척서를 작성해서 제출을 한다든지, 법원에 기각된 경우에는 재차 배당이의의 소를 제기하는 등 시간과 비용이 과다하게 소요된다. 그러므로 법원에 채무가 과다한 주택에 전입한 소액임차인의 진정성여부를 배당요구의 종기 전까지 배당요구를 하면서 입증할

수 있도록 하는 제도의 필요성이 여기에 있다.

둘째, 법원은 겉으로는 선순위 가장임차인으로 보이는 임차인이 대항요건을 갖추고 거주하는 경우에도 경매신청권자(경매신청권자가 후순위인 경우는 선순위로 설정된 근저당권자)에게 배당요구의 종기 전까지 무상임차각서를 제출한 임차인인지 아니면 대항요건을 구비한 진정한 임차인인지에 대해 소명을 요구할 수 있도록 소명권을 부여하는 것이다.

선행연구에서 대항요건에 대해 살펴보면 오미진·김성욱(2014)은 임차인의 인도 및 주민등록을 갖추는 즉시 대항력을 취득하게 하고 그 선후관계를 밝혀 선순위권리자를 정하되 입증하지 못하면 임차인과 근저당권자에 대해 동순위권리자로 보는 것이 타당하다고 주장한다. 하지만 근저당권자가 설정하는 당일 전입하는 임차인을 확인하는 것은 실무적으로 매우 어려울 뿐 아니라 도덕적 해이(Moral Hazard)가 발생할 가능성이 매우 높아서 법제화하기에는 무리가 있어 보인다.

박규용(2014)은 대항력과 우선변제권만으로는 임차인이 보증금을 반환받는 것이 어려우니, 보증금의 반환이 직접 가능한 유효한 제도의 하나로서 도입된 보증금을 반환받을 수 있는 보장보험제도의 활용을 포함하여 임차인의 지위를 강화하기 위한 좀 더 적극적인 방안을 찾는 노력이 필요하다고 하였다. 또한 소액보증금에 대한 최우선변제권의 인정은 사회적 약자의 배려라는 측면에서 긍정적인 점을 수긍할 수 있으나, 전액이 아니라 일부 금액만이 보장된다는 점에서 한계를 가진다고 한다. 현실에서는 일부 금액만 인정하는 것만으로도 채권자와 소액임차인간의 갈등이 심해지고 있는데, 오히려 금액을 확장한다면 양자 간의 문제를 증폭시킬 수 있을 것으로 보여 긍정적으로 보기에 다소 무리한 부분이 있다.

김판기(2013)는 주택임대차에 있어 임차보증금 보호를 위한 입법 정책적 제언으로 임차보증금 상한제도 도입, 임차보증금 예탁제도 도입, 임차보증금에 대한 보증제도 도입, 임대차 공시제도의 개선 등을 통해 임대인과 임차인 모두를 만족시킬 수 있는 주택임대차제도의 완성이 이루어져야 한다고 한다.²⁵⁹⁾²⁶⁰⁾ 또한 대항력 인정 기준일을 ‘익일’에서 ‘당일’로 변경을 주장한다.

259) 임대보증금 상한제도는 깡통전세를 예방하기 위한 방법으로, 임대보증금 상한액은 국토교통부 부동산실거래가 조회를 바탕으로 주택의 시세를 정해 이를 기준으로 저당권 등의 선

보증제도 도입은 어느 정도 실현가능한 제도라고 보이나, 임대보증금 상한제도나 예탁제도는 우리나라 국민 정서에 맞지 않아 현실가능성은 떨어지는 제안이라고 생각한다. 또한 대항력인정 기준일을 당일로 변경하게 되면 근저당권설정일에 대항력을 갖춘 임차인이 발생하여 채권자를 해하는 경우가 많아진다. 대항력인정 기준일을 익일로 하더라도 주택의 인도 당일 근저당설정이 가능한 경우 등기부등본을 발급하여 보면 설정이 진행되는 상황을 알 수 있어 어느 정도는 사전에 예방할 수 있는 방법이 있으나 이에 대해 대비하지 않으면 사고의 개연성이 있는 것은 사실이다.

백종한(2010)은 주민등록은 주택임대차의 공시기능에 있어 열람제한의 문제로 한계가 있으며, 임차보증금도 파악이 되지 않아 이에 대한 입법적 보완이 있어야 한다는 견해와 주택임차인에게 부여한 대항력은 주택의 점유와 전입신고가 끝난 익일 오전0시에 발생하는데, 이는 근저당권과의 관계에서 임차인 보호에 미흡하다는 견해를 밝혔다. 이에 대한 개선으로 국토교통부가 주택의 전·월세 거래정보 등을 관리하는 부동산거래시스템 개편을 추진하는 것을 제안하였다.

금융기관은 임차인이 존재하는 주택에는 원칙적으로 대출을 취급하지 않거나 임차보증금만큼 고려하여 한도를 줄여서 취급하는 것이 일반적이다. 그래야만 해당물건이 경매가 되더라도 채권자인 금융기관은 전액 대출금을 회수하는데 문제가 없기 때문이다. 또한 금융기관은 임차인이 무상으로 거주하고 있다고 진술하는 경우가 있다면 무상임차각서를 징구하고 나서 임차인이 없는 경우와 동일한 기준으로 대출을 취급한다.²⁶¹⁾

순위 채권액 등을 포함하여 60~70% 범위에서 기준을 하고 나머지 금액은 월세로 전환하는 제도이다(김판기, (2013). “주택임차인 임차보증금 보호를 위한 법정정책 고찰.” 『법과 정책연구』, 13(1): pp.14-5.).

260) 임대차보증금의 일정액을 금융기관에 예치하는 방안으로 특정 금융기관을 선정하고 이러한 예치금에 대해서는 시중 금리보다 우대를 하는 등의 방법을 활용하여 임대인의 피해를 최소화한다. 또는 주택임차인에 우선하는 선순위의 담보권이 있는 경우에만 보증금의 일정분을 예치하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다(김판기, 상계논문, p.15.).

261) 실무적으로 무상임차각서에 들어가는 내용을 살펴보면 첫째, 해당물건의 소재지, 소유자명, 소유자주민번호를 기재한다. 둘째, 임차인은 소유자의 해당물건의 소재지에 무상으로 거주하고 있다는 사실을 기술한다. 셋째, 이에 대해 확인하는 절차로 임대인과 임차인의 인감도장을 날인하고 인감증명서를 징구한다. 만약 인감도장이나 인감증명서가 없는 경우는 확인란에 자필로 성명과 주소를 적고 서명을 받는다. 왜냐하면 임대인 또는 임차인이 무상임차각서를 부인하는 경우 필적감정을 하여 입증하기 위함이다.

금융기관은 채무자가 일정기간 연체하게 되면 경매를 신청하게 되고 입찰 기일이 결정되면 일반 응찰자가 경매Site에서 경매와 관련된 내용을 확인한다. 일반 응찰자는 무상임차각서를 작성한 임차인이라도 객관적으로 알 수 없으면 선순위임차인으로 인지하고 인수대상으로 판단하게 된다. 이럴 경우 응찰자는 선순위임차인으로 인해 응찰하려는 가격을 낮추고자 할 것이고 경매 신청권자인 금융기관은 별론으로 하고 후일 배당에서 후순위채권자는 배당금액이 줄거나 무배당이 될 가능성이 있다. 만약 경매신청권자나 1순위 채권자인 금융기관이 법원을 통해 배당요구의 종기 전까지 선순위임차인에 대한 무상임차각서를 제출하였고 법원이 이를 받아들여 경매사건 자료에 공시한다면 응찰자는 더 높은 가격으로 응찰할 것이며, 배당받을 대상이 늘어나거나 배당받을 금액이 늘어나게 된다.

이와 같은 내용이 법제화가 된다면 최우선변제권을 남용하는 가장임차인은 물론 형식적인 선순위 가장임차인 문제도 동시에 해소될 수 있을 것으로 기대된다. 이를 통해 소액임차인으로 가장한 임차인이 경매개시결정일 전에 제8조 1항에 의해 대항요건만 갖추면 최우선변제권을 언제든지 행사할 수 있는 지나친 남용행위를 사전에 방지할 수 있다.

앞서 판례에서 살펴보았듯이 채권자는 소액임차인으로 가장한 임차인이나 소유자가 채무초과 상태에서 통정의 허위표시에 의한 사해행위나 권리남용 등을 행함으로 인해 피해를 보고 있으며, 소유자와 임차인과의 통정의 허위표시를 넘어 브로커와 중개사의 공모행위로 인해서도 피해를 보고 있다.

더 나아가 법원은 가장임차인으로 인해 배당이의소송에 많은 시간과 비용을 할애하고 있는 실정이다. 결국 상기와 같이 소액임차인을 가장한 임차인의 최우선변제권의 행사남용을 차단하는 조치는 허위의 임대차계약으로 인한 채무자, 소액임차인으로 가장한 임차인, 소유자 등이 최우선변제권을 악의적으로 이용하려는 경우를 근절하는 것이며, 이것이 법 개정의 목적이다. 더 나아가 가장임차인에 대한 형사적인 처벌도 활성화되어야 최우선변제권을 악용하는 사례가 근절되는데 보다 더 많은 도움이 될 것이다.²⁶²⁾²⁶³⁾

262) 자신의 소유주택이 임차인에 의해 경매가 신청되자 실제로는 자신의 아들과 임대차관계가 없고 단순히 이들이 이 주택에 주민등록만 이전해 둔 상태임에도 불구하고 자신의 아들과 통정하여 0.2억원에 방1칸을 아들에게 임대한 것처럼 허위 임대차계약을 작성한 다음

본 연구는 실질적으로 최우선변제권이 남용에 대해 소액임차인과 추정된 가장임차인에 대한 현황을 분석하고, 금융기관에서 실제로 발생한 사례분석에 판례를 접목함으로써 최우선변제권의 남용이 사회적으로 문제가 되고 있음을 제기하고 개선안을 제안하고자 한 것이 선행논문들과 차별화된 부분이다.

주택임대차보호법이 제정되어 시행한지도 35년이 지나고 있다. 이 법은 서민인 임차인의 주거 안정을 위함이 목적이었으며, 실제로 임대인의 신용도에 따라 운명을 같이 하던 임차인의 불안한 지위로부터 안전하게 보호해 주는 장치로서의 역할을 한 것도 사실이다.

하지만, 현실에서 소유자나 채무자가 채무초과상태에서 가장임차인과 통정하고 중개사와 공모하여 채무를 면탈하는 사해행위의 수단이나 도구로 최우선변제권이 사용되고 있다. 또한 후순위채권자는 자신의 채권을 회수하기 위한 방편으로 소액임차인으로 가장한 임차인을 활용하여 최우선변제권 행사를 남용하기도 한다.

이와 같이 진정성이 의심되어 보호받지 말아야 하는 가장임차인도 소액임차인으로 보호되는 사례가 종종 발생하고 있어 법의 취지를 몰각시킬 우려가 커지고 있다. 이는 가장임차인의 최우선변제권의 남용에 대한 법원의 적극적인 사전조치가 미비된 것이 더 큰 사회문제로 부각된다는 의미이다.

결국, 서민의 주거안정을 목적으로 하는 주택임대차보호법이 진정한 임차인을 보호하기 위해서는 역으로 최우선변제권을 통해 소액임차보증금을 노리는 가장임차인에 대해 법 개정으로 보다 엄격한 제도를 마련하는 것이 급선무라고 생각한다. 이로써 1981년에 제정된 주택임대차보호법의 기본취지인 서민의 주거안정이 진정으로 실현될 수 있을 것이라고 기대해 본다.

확정일자를 받은 후 0.2억원의 배당을 신청하는 배당요구서를 경매법원에서 제출하여 진정한 임차인보다 우선해서 배당받은 사안으로 형법상 사기죄와 강제집행면탈죄를 인정하여 징역 6개월의 실형을 선고하였다(서울남부지방법원 2008.3.26. 선고 2007고단2137).

263) 경매의 목적이 된 주택의 실질적 소유자인 피고인이 전처명의로 허위 임대차계약을 작성하고 이를 첨부하여 경매법원이 전처가 주택임대차보호법상 대항력 있는 주택임차인인 것처럼 권리신고를 하여 대항력 있는 주택임차인의 외관을 갖추고 그 사실을 권리신고를 통하여 입찰참가자에게 나타내어 그 사실을 권리신고를 통하여 입찰참가자에게 나타내어 그 보증금만큼 입찰가를 낮추어 공정한 경매를 방해한 것이므로 형법 제315조의 위계의 방법에 의한 경매방해죄의 성립을 인정하여 징역10개월의 실형을 선고하였다(인천지방법원 부천지원 2001.5.18. 선고 2001고단23).

제 5 장 결 론

1981년 3월 5일 제정된 주택임대차보호법에서 소액임차인을 보호하기 위해 최우선변제권이라는 권리를 임차인에게 부여하여 왔다. 하지만 서민의 주거 안정이라는 취지에서 출발한 이러한 제도는 사회적으로 기여한 부분도 매우 크다고 할 수 있으나 소액임차인으로 가장한 임차인들이 최우선변제권을 남용하는 사례도 나타나고 있다. 이러한 점에 착안하여 본 논문에서는 주택임대차보호법상의 소액임차인이 행사하는 최우선변제권의 문제점을 살펴보고 이에 대한 개선안을 도출하였다.

최근 5년간 서울, 경기, 인천지역의 배당이의 사건의 추세가 증가하고 있는 것을 보면 최우선변제권에 대한 남용도 따라서 증가하는 것으로 추정할 수 있다. 먼저 최우선변제권의 문제점을 확인하기 위해 임차인 비중, 소액임차인 비중, 추정된 가장임차인 비중에 대해 각각 알아보았다.

먼저 2005년부터 2014년까지 서울, 경기, 인천지역에 낙찰된 집합건물에서의 임차인과 임차인 중 소액임차인의 비중을 검토하였다. 아파트 임차인 비중은 서울과 경기지역이 모두 38.3%이나 인천지역은 44.8%로 비중이 높았다. 연립과 다세대도 서울과 경기지역은 각각 53.9%와 54.6%이나 인천지역은 66.9%의 비중을 나타냈다. 임차인 중 소액임차인의 비중은 서울과 경기지역 아파트가 각각 53.6%와 59.7% 수준이나 인천지역은 83.4%를 차지하고 있다. 한편 연립과 다세대에 있어서는 서울과 경기지역이 각각 61.7%와 77.2%의 수준이나 인천지역은 96.0%나 되었다.

요약하면 임차인이나 임차인 중 소액임차인의 비중은 집합건물의 종류에 있어서는 연립이나 다세대의 비중이 아파트보다 더 높았으며, 지역적으로는 인천지역이 다른 서울이나 경기지역에 비해 비중이 높게 나타났다.

소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중을 검토하기 전에 가장임차인의 기준을 세 가지로 분류해 보았다. 첫째는 임차보증금과 등기부등본 상 채권액의 합이 감정가보다 높은 경우에 전입한 임차인, 둘째는 경매개시결정일로부터 90일 전에 전입한 임차인, 셋째는 경매접수일 이후에 전입한 임차인이다. 이러한 기준으로 집합건물에서 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중을

확인해 보면 서울, 경기, 인천지역 아파트는 각각 79.6%, 71.5%, 70.8%로 나타났으며, 서울, 경기, 인천지역 연립과 다세대는 각각 57.1%, 58.5%, 67.8%였다.

요약하면 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중에서는 지역에 관계없이 아파트가 연립과 다세대보다 높게 나타났다.

지역에 관계없이 추정되는 가장임차인의 비중이 아파트는 70% 이상인 점, 연립과 다세대도 60% 내외인 점을 보면 향후 소액임차인으로 가장한 임차인의 문제가 점점 심각해질 것으로 보인다. 이러한 가장임차인으로 인한 문제점에 대해 자세히 살펴보기 위해 금융기관인 삼성화재에서 동일한 기간 내에 가장임차인으로 추정되는 소액임차인과 다투었던 배당배척 또는 배당이의 사건을 대상으로 최우선변제권이 남용되는 유형과 이와 관련된 판례를 살펴보았다.

이러한 다양한 사례를 네 가지 유형으로 나누고 보고 해당 유형을 뒷받침해주는 판례를 남용의 근거로 삼고자 하였다.

첫 번째 유형은 실질적으로 대항요건이 흠결된 임차인이 형식적으로만 주민등록을 한 경우이다. 주로 전소유지에 방문해 보면 형식적인 임차인이 거주하는 경우가 일반적이다. 전체 136건 중 45건으로 33.1%의 가장 많은 비중을 차지하고 있다. 이는 소액임차인으로 가장한 임차인들이 가장 일반적으로 사용하는 방법이다.

두 번째 유형은 소유자나 채무자의 이해관계인이 임차인으로 전입하여 최우선변제권을 행사하는 경우이다. 이해관계인은 채무자나 소유자 또는 후순위 채권자의 친·인척, 형제 등으로 구성되어 있는 경우이다. 전체 136건 중 40건으로 29.4%의 비중을 차지하고 있다. 채권자가 동사무소에서 이해관계사실 확인원으로 주민등록등본을 발급받는데 있어 점차 엄격해지고 있어 소유자나 채무자의 이해관계인임을 밝히는 것이 어려워지고 있다.

세 번째 유형은 통정의 허위표시, 신의칙위반 등 사해행위를 한 경우이다. 특히 채무자나 소유자가 소액임차인과 통정하여 임대차계약을 허위로 작성하는 수준을 넘어 공인중개사 등이 개입하거나, 소액임차인으로 가장한 임차인이 임차보증금을 소유자통장에 입금하는 등 고도의 수법으로 최우선변제권

을 행사하는 경우가 발생하고 있다. 전체 136건 중 36건으로 26.5%의 비중을 차지하고 있다. 현재까지는 빈도수에 있어서 상대적으로 적은 편이나, 향후 배당이의소송에서 통정의 허위표시에 의한 사건의 입증자료 구비 시 이를 반박하기는 매우 어렵다. 실제 사례가 발생하게 되면 채권자가 법적으로 대응하기가 가장 어려운 유형이라고 할 수 있다.

마지막 네 번째 유형으로는 임차인이 경매가 진행될 것을 예견하면서도 소액임차인으로서 최우선변제권을 행사하는 것을 권리남용으로 보는 경우이다. 또는 첫 번째 경매가 진행되었던 물건에서 가장임차인으로 배당에서 배척되었던 가장임차인이 동일한 물건에서 두 번째 경매가 진행되었을 때 또 다시 가장임차인으로 밝혀진 경우도 있다. 전체 136건 중 15건으로 11.0%의 비중을 차지하고 있다.

물론 주택임대차보호법이 제정되어 시행한지 35년 동안 최우선변제권은 임차인의 주거안정을 위해 기여한 바가 많은 것은 사실이다. 주택임대차보호법은 과거에 발생했던 것처럼 임대인의 신용에 따라 운명을 같이 하던 임차인의 불안한 지위로부터 안전하게 보호해 주는 장치로서의 역할을 지속적으로 하고 있던 것은 긍정적인 면이었다. 다만, 현실에서는 최우선변제권을 통해 소액임차보증금을 노리는 가장임차인으로 인해 주택임대차보호법에서 추구하는 진정한 소액임차인을 보호함으로써 서민의 주거안정을 이루고자 하는 취지와는 다른 결과를 초래할 수 있으니 이에 대한 보완이 필요하다.

이러한 연구결과를 토대로 얻은 결론은 첫째, 법원은 소액임차인이 금융기관 등 채권금액의 합이 법사가를 초과하는 시점에서 임대인과 체결한 임대차계약을 근거로 최우선변제권을 행사할 경우에는 소액임차인에게 입증책임을 추궁할 수 있는 권리를 부여받는 것이다. 뿐만 아니라 최우선변제권을 남용한 가장임차인으로 판명될 경우 형사적인 책임도 고려해 볼 수 있다.

둘째, 법원은 외관상으로는 선순위 가장임차인으로 보이는 임차인이 대항요건을 갖추고 거주하는 경우에도 경매신청권자(경매신청권자가 후순위인 경우는 선순위로 설정된 근저당권자)에게 배당요구의 종기 전까지 무상임차각서를 제출한 임차인인지 아니면 대항요건을 구비한 진정한 임차인인지에 대해 소명을 요구할 수 있도록 소명권을 부여하는 것이다.

결국 응찰자나 채권자는 경매법원에서 진행되는 배당절차에서 가장임차인이나 선순위 가장임차인에 대한 정보의 비대칭성 유무에 따라 예상하지 못한 피해를 보지 않아야 하고, 진정한 임차인, 특히 소액임차인은 주택임대차보호법의 보호를 받을 권리를 정당하게 행사해야 한다는 관점에서 최우선변제권에 대한 제도의 보완이 필요하다.

법원은 소액임차인에게 임차인으로서의 자료를 요구하였으나 자료제출을 거부하거나 차일피일 자료제출을 미루는 경우 법원직권으로 배당 요구한 소액임차인의 최우선변제권을 인정하지 않음과 동시에 소액임차인으로 가장한 임차인을 배당에서 배제할 권리를 부여할 필요가 있다. 이를 다른 관점에서 생각해 보면 임차인이 해당 주택에 전입할 당시 소유자나 채무자가 금융기관으로부터 빌린 채무가 이미 아파트가격을 초과한 상태라면 현재의 소액임차인을 사실상 가장임차인이라고 판단해도 무리가 없다고 해석할 수 있다.²⁶⁴⁾ 물론 선의의 피해자가 있을 수 있으나, 법은 “권리 위에 잠자는 자는 보호하지 않는다.”는 점을 감안하여 최소한의 자신의 권리는 스스로 보호하여야 할 것이다.

현재는 채권자가 가장임차인이 배당 요구한 자료에 대해 배당이의의를 하고, 채권자가 배당이의의 소를 제기한 후 입증자료를 찾는 구조로 이루어져 있다. 하지만 교묘해진 가장임차인의 임대차와 관련된 허위입증자료 제출로 인해 채권자들은 시간과 비용을 낭비하고 있을 뿐 아니라 이로 인해 소송에서 승

264) 최근 2016년 4월 20일 춘천지방법원에서 소액임차인에 대해 최우선변제권을 부인한 판결이 있다(2015가단31789). “대항요건과 임대차계약서상의 확정일자란 갖춘 임차인에게 경매나 공매 시 후순위권리자 기타 채권자보다 우선해 변제를 받을 수 있도록 한 것은 사회적 약자인 임차인을 보호하려는 사회보장적 고려에서 나온 것”이라며 “주택임대차로서의 대항력을 취득한 외관을 갖추었다고 하더라도 목적이 오로지 소액임차인 보호규정을 악용해 다른 채권자들의 권리를 해하거나 자신의 이익이나 채무자의 이익을 도모하기 위한 경우에는 적용되지 않는다.”고 밝혀 소액임차인 보호규정을 악용한 경우에는 적용되지 않는다는 점을 분명히 했다. 본 사건에서 재판부가 고려한 각 사항을 소개하면 다음과 같다. ① 임대차계약 체결 당시 아파트의 평균 매매가격은 2억원 정도였지만, 이미 아파트에 관해서 3억1천200만원의 근저당권이 설정돼 있었다. 또 임차인이 임차보증금 잔금을 지급할 때에는 카드회사와 대부업체에 의해 0.3억원이 넘는 가압류등기까지 마쳐져 있었다. ② 그럼에도 불구하고 임차인이 임대차계약을 체결했고, 위 같은 권리제한 사실을 계약서에 명기까지 했다. ③ 또한 임대차계약 체결 당시 아파트의 평균 전세가는 1억4천500만원, 월세는 임차보증금 0.2억원에 차임 65만원 정도였지만, 임차인의 임차보증금은 1천300만원에 차임은 40만원으로 시세에 비해 저렴했다. 임차보증금 액수도 최우선변제가 되는 소액임차인의 요건에 맞춰 1천300만원으로 정해졌다. ④ 실제로 피고가 임차한 후 불과 2개월도 되지 않아 아파트에 관해 임의경매가 개시됐다.

소하기가 매우 어려워지고 있는 것이 현실이다.

또한 응찰자가 입찰할 때 선순위 가장임차인에 대한 정보가 없거나 확실하지 않은 상황이라면 응찰을 꺼려할 것이고 이러한 현상은 경매법원에서 매각가율의 하락을 초래할 것이다. 이러한 영향으로 낮아진 매각금액은 후순위로 설정된 근저당권자나 가압류권자 등과 같은 채권자의 배당금을 줄어든게 하거나 배당금이 없게 만들 가능성이 농후하다. 경매법원이 금융기관에게 선순위 가장임차인이 에 대해 대출을 취급할 당시에 임대차계약 체결 없이 무상임차각서를 제출한 가장임차인이었는지 아니면 실질적으로 대항요건을 구비한 진정한 임차인인지 인지하고 대출을 취급하였는지를 직접 소명할 수 있는 권리를 가진다면 정보의 투명성이 높아져 매각가율도 따라서 높아질 것이다.

결론적으로 본 연구는 가장임차인이나 선순위 가장임차인이 주택임대차보호법 상으로 보호되어야 할 대상인 진정한 임차인도 아니면서 경매절차에서 인수를 주장하거나 배당을 요구하는 문제점을 사전에 예방하는 법을 제정함으로써 최우선변제권 행사의 투명성을 제고할 필요성이 있다는 점과 가장임차인이 제외된 진정한 임차인만이 최우선변제권을 행사할 수 있는 터전과 법문화 및 정서를 만들어 가는 것이 매우 중요하다는 점을 시사하고 있다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 강석근. (2004). 「임대차소송실무사례」. 서울: 법률정보센터.
- 곽윤직. (2007). 『채권각론 제6판』. 서울: 박영사.
- 김덕례·노희순. (2012). 「전월세 가구 특성을 고려한 주택정책 방향」. 서울: 주택산업연구원.
- 김준호. (2012). 『민법강의 개정판 22판』. 서울: 법문사.
- 김효석. (2006). 『주택임대차보호법 해설』. 서울: 법률서원.
- 남준우·이한식. (2013). 『계량경제학 제3판』. 서울: 홍문사.
- 류지수·유병철·정기호. (2013). 『Gujarati의 계량경제학 제4판』. 서울: 교보문고.
- 민일영. (1991). 『주택임대차보호법에 관한 제문제』. 서울: 민사판례연구XII.
- 민일영. (1994). 『주택임대차보호법 제3조의2에 관한 일고』. 서울: 법조.
- 민일영. (2009). 『주택상가건물의 경매와 임대차』. 서울: 박영사.
- 민태욱. (2014). 『부동산 사법 제4판』. 서울: 부연사.
- 박해식. (2000). 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」. 서울: 청림출판.
- 박해식·박정삼. (2006). 「주택임대차 분쟁소송 (이론과 실무)」. 서울: 법률정보센터. 연구사.
- 방경식. (1989). 『부동산학개론』. 서울: 법문사.
- 법원실무제요. (2003). 『민사집행 I ~IV 개정판』. 서울: 법원행정처.
- 배종근. (2010). 『주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법 판례정리』. 서울: 동아대학교출판부.
- 삼성화재 법무팀. (2005). 「준법경영 1mm 법률정보」.
- 삼성화재 융자팀. (2009). 「융자인이 알아야 할 여신실무법률 사례집」.

- 손창환. (2005). 「사례로 본 민사집행」. 서울: 법률정보센터.
- 양창수·김형석. (2012). 『권리의 보전과 담보 III』. 서울: 박영사.
- 오시정. (2012). 『근저당권의 이론과 실무 전정 제2판』. 서울: 한국금융연수원.
- 오시정. (2013). 『여신실무법률(중)』. 서울: 한국금융연수원.
- 유정. (2005). 「민법 조문·판례」. 서울: 형설출판사.
- 이우재. (2012). 『부동산 및 채권집행에서의 배당절차의 제문제』. 서울: 전원사.
- 이은영. (2004). 『채권각론』. 서울: 박영사.
- 장요성. (2005). 「대출채권관리 현장실무」. 서울: 법률정보센터.
- 정기수. (2015). 「부동산 경매 대법원판례집」. 서울: 매일경제신문사.
- 정승열. (2007). 「상가·주택임대차보호법 실무」. 법률정보센터. 서울: 연구사.
- 정충진외. (2013). 「부동산 경매 실전강의」. 서울: 휴먼앤북스.
- 최동홍. (2009). 「부동산 경매강의」. 서울: 부연사.
- 최현일. (2012). 「부동산주택론」. 서울: 부연사.
- 한국산업은행 법무실. (2003). 「금융법률실무(여신판)」.
- 황동룡. (2010). 『채권관리실무 上, 下 개정판』. 서울: 한국경영법무연구소.
- 황동룡. (2016). 『부동산경매실무』. 서울: 한국경영법무연구소.
- 허성규. (2001). 『주택정책론』. 서울: 박영사.

2. 학술지

- 강민서. (2012). 『주택임대차보호법상 임차인보호에 관한 연구』. 연세대학교 법무대학원 석사학위 논문.
- 강창보·김여선. (2014). 일본 차지차가법에 대한 고찰. 『법과 정책』, 20(2), 1-24.
- 고려대학교 산학협력단. (2014). 『주택임대차 공시의 통일방안에 관한 연구』.
- 고상용. (1985). 주택임대차보호법의 문제점과 그 개선방안. 『민사법학』, (4).(5), 209-250.
- 고용철. (1988). 주택임대차에 관한 연구. 『충남대논문집』, 16, 377-397.
- 김상균. (1994). 일본 민사집행법상의 부동산매각방법과 우리 나라 부동산경매제도의 개선점. 『재판자료』, (66).
- 김상철. (1999). 미국의 사법제도상 집행관의 지위. 『외국사법연수논집』, 17, 255-310.
- 김성숙·박창수. (2013). 거시경제변수가 아파트낙찰가율에 미치는 영향에 관한 연구. 『주거환경』, 11(3), 237-249.
- 김성욱. (2011). 주택임대차에 있어서 임차권등기명령제도 및 대항요건 등과 관련한 법적 문제. 『경희법학』, 46(2), 65-89.
- 김판기. (2013). 주택임차인 임차보증금 보호를 위한 법정책적 고찰. 『법과 정책연구』, 13(1), 265-286.
- 김현선. (2014). 대항력과 우선변제권을 갖춘 임차인이 강제경매를 신청한 경우 배당요구를 하지 않아도 일반 채권자보다 우선하여 배당을 받을 수 있는지 여부 : 대법원 2013.11.14. 선고 2013다27831 판결을 중심으로. 『홍익법학』, 15(1), 919-943.
- 류창호. (2013). 주택 및 상가 임차권 공시에 관한 연구. 『법학논총』, 33(2), 113-135.

- 문희명·유선중. (2007). 개발예정지역내 경매부동산의 낙찰가격 특성에 관한 연구. 『주택연구』, 15(4), 109-132.
- 문희명·유선중·문영기. (2012). 서울시 아파트의 경매 낙찰결정특성. 『주거환경』, 10(1), 73-90.
- 민선찬. (2014.) 소액임차인의 최우선변제권과 권리남용. 『저스티스』, 통권 (143), 269-293.
- 민일영. (1994). 주택임대차보호법 제3조의 2에 관한 일고. 『법조』.
- 민일영. (1997). 『부동산입찰에 있어 임차권 처리에 관한 실무상 제문제』. 부동산입찰제도.
- 박경식. (2011). 『주택임차인 보호제도의 개선에 관한 연구』. 제주대학교 박사학위 논문.
- 박규용. (2014). 주택임대차보호법상 임차인보호에 관한 판례의 동향. 『법학연구』, (56), 1-18.
- 박민수·김상봉. (2013). 부동산 경매시장의 아파트 낙찰가격에 영향을 미치는 요인들에 관한 연구. 『부동산학보』, (53), 57-71.
- 박소영. (2016). 『주택임대차보호법 개선에 관한 연구』. 동국대학교 석사학위 논문.
- 박재승. (1990). 부동산경매절차에 있어서의 임차인의 지위. 『사법논집』, 21.
- 방경식. (1992). 『부동산연구논의』. 건국대학교 행정대학원 부동산학회.
- 백종한. (2010). 주택임대차보호법상 임차인 보호에 관한 연구. 『집합건물법학』, 5, 161-216.
- 서민. (1982). 『독일 부동산담보제도의 연혁 및 운용현실』. 사법행정 (260).
- 서해용. (2016). 경매에 있어서의 소액임차인의 악용에 따른 문제점과 개선방안. 『강원법학』 47, 237-263.
- 신세덕. (2015). 주택임대차보호법상의 임차인 보호제도에 관한 법적 고찰.

- 『법률실무연구』, 3(1), 95-112.
- 오미진·김성욱. (2014). 주택임차인의 대항요건에 관한 재검토. 『아주법학』, 8(2), 205-226.
- 오시영. (2015). 주택임차인의 대항력 및 우선변제권 상실 후의 효력에 대한 연구. 『법학연구』, 통권 (45), 167-201.
- 요용호. (1987). 부동산경매와 임차권. 『재판자료』, 36.
- 우형달·김행중·이학동. (2007). 수도권 지역의 아파트 경매물건에 관한 실증연구. 『한국지적학회』, 23(2), 57-73.
- 유남석. (1998). 독일법상 집행채권자의 청구금액확장여부와 강제집행절차에 서의 배당 후 부당이득금 반환청구. 『판례실무연구』, 614.
- 윤솔아. (2013). 『구한말이후 전세계약의 돈의 변화와 특성 분석』. 한양대학교 석사학위논문.
- 윤홍근. (1991). 경매절차에서 배당요구를 하지 않은 소액임차인의 지위. 『민사판례연구XⅢ』, 260-264.
- 이범주. (1984). 『민사법의 체문제(방순원 고회기념논문집)』. 608.
- 이상인. (1989). 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금보호에 관련된 실무적 문제. 『사법연구자료』, 16.
- 이양주. (2012). 『서울시 아파트전세 및 매매가격 결정요인의 권역별 특성변화에 관한 연구』. 한양대학교 박사학위논문.
- 이용득·강정규·박태진. (2012). 경매사건에 있어서 가장임차인 대책방안에 관한 연구. 『부동산학보』, 48, 5-21.
- 이운승. (1988). 주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호. 『사법논집』, 19.
- 이은영. (1982). 주택임대차보호법 개정에 관한 연구. 『법조』, 31(4), 12-33.
- 이은희. (1999). 배당요구를 하지 않은 주택임차인의 부당이득청구권. 『법학연구』, 10(1), 163-176.

- 이은희. (2015). 프랑스법상 주택임대차에 관한 연구. 『법학연구』, 26(1), 27-84.
- 이재경. (2015). 주택임대차보호법상 소액임차인의 최우선변제권에 대한 제한. 『민사법이론과 실무』, 18(2), 1-27.
- 이재용. (2008). 『주택임대차보호법의 문제점과 개선방안』. 고려대학교 석사학위논문.
- 이재욱·방두완. (2015). 경매특성 및 거시경제변수가 낙찰가율에 미치는 영향분석. 『부동산연구』, 25(2), 71-84.
- 이정민. (2008). 부동산정책변화와 주택경매 낙찰가율 변동추세에 관한 연구. 『부동산학보』, (33), 101-124.
- 이정민·이성근. (2007). 부동산 경매시장의 낙찰가율 변동요인에 관한 연구. 『부동산학보』, (30), 76-94.
- 이종원. (2010). 한국 부동산정책 변천사. 『한국행정사학지』, (27), 135-161.
- 이주복. (2008). 『주택임차인의 대항력과 우선변제권』. 안동대학교 박사학위논문.
- 이주홍. (1994). 주택임대보증금 회수를 위한 우선변제권 행사와 경매절차상 취급. 『법조』, 35-36.
- 장석조. (1996). 『독일 강제집행절차상 법적 청문 청구권』. 외국사법연수논집. 법원행정처.
- 정가연·유선중. (2010). 부동산 경매시장 아파트 낙찰가격 결정요인에 관한 연구. 『주택연구』, 18(3), 29-50.
- 정봉길. (2011). 『아파트 경매가격 결정요인에 관한 연구』. 창원대학교 박사학위 논문.
- 정성용. (2009). 부동산경매 위험요인이 낙찰가격에 미치는 영향에 관한 연구. 『주택연구』, 17(3), 107-133.
- 조남복. (2007). 『아파트경매시장에서 경매특성변수를 이용한 매각가격결정요

- 인 분석』. 강원대학교 박사학위 논문.
- 조상용·민태욱. (2015). 주택임차인의 최우선변제권에 대한 재조명. 『일감법학』, (32), 147-169.
- 조상용·박승록. (2015). 아파트경매에서 낙찰가율의 결정요인에 대한 연구. 『주거환경』, 13(4), 194-209.
- 최열·임하경·성해영. (2011). 부동산 종류에 따른 낙찰가격 결정요인 분석. 『부동산학보』, (46), 77-90.
- 최태관. (2014). 『주택전세제도의 현실적 운용방안에 관한 연구』. 한양대학교 석사학위논문.
- 한동호. (2016). 『우리나라 주택 전세제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구』. 광주대학교 석사학위논문.
- 한삼인·김상명. (2006). 부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위. 『법학연구』, 21, 119-145.
- 한호영. (1998). 경매의 진행과 대항력 있는 주택임차권의 관계. 『인권과 정의』, (268), 135-143.
- 황병하. (2007). 부동산경매에 있어서 임차보증금 배당에 관한 몇 가지 문제. 『저스티스』, (96), 103-123.
- 현대경제연구원. (2011). 전세의 월세화 추이 및 대응과제 : 월세 전환에 따른 서민층 부담완화 정책 필요. 『한국경제주평』, 62(439), 1-23.
- 홍봉주. (2009). 미국부동산등기제도. 『토지법학』, 25(2), 118.

3. 전자문헌

건국대학교 상허기념도서관(<http://kkul.konkuk.ac.kr>)

국회도서관(<http://www.nanet.go.kr>)

굿옥션(www.goodauction.co.kr)

대법원(<http://www.scourt.go.kr>)

머니투데이(www.mt.co.kr)

온나라부동산포탈(www.onnara.go.kr)

인포케어(www.infocare.co.kr)

지지옥션(www.ggi.co.kr)

통계청(www.kostat.go.kr)

학술연구정보서비스(<http://www.riss.kr>)

한성대학교 학술정보관(hse1.hansung.ac.kr)

부 록

배당요구 배척신청서 사례

-배당배척 및 배당이의 136건 중 주요 사례를 중심으로-

【부록1】 실질적으로 대항요건이 흠결인 임차인

1. 임차인 본인이 실질적으로 전소유지에 거주로 대항요건 흠결

배당요구 배척 신청서

사 건 200×타경○○○○호
(부동산 임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사

채무자 : 서 ○ ○

소유자 : 정 ○ ○

배당요구자 : 임 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 상기 사건 신청채권자겸 근저당권자인 당사는 본 사건 소액임차인의 자
자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임○○의 배당요구신청
을 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.
3. 채권자가 임차인 임○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같
습니다.

- 다 음 -

① 임차인 임○○은 본 경매물건에 거주하지 않았습니다.

- 임차인 임○○은 200×년 12월 3일 본 물건에 전입 후 계속 거주해 오고 있다고 주장하며, 소액임차인의 자격으로 배당요구를 하고 있으나, 채권자가 임차인 임○○의 전소유지인 ‘서울시 강남구 ○○동 ○○아파트 ○○동 ○○○○호’를 방문하여 임차인 임○○ 본인과 면담한 결과, 계속 서울에 거주하고 있다는 진술을 확보할 수 있었습니다. (녹취록 참조)
- 또한, 경매가 진행 중인 상태에서도 집행관의 현황조사서에서 확인할 수 있듯이 임차인 임○○의 거주 부분이 전혀 기재되어 있지 않았습니다.

② 임차인 임○○은 사회 통념상 본 경매물건에 거주할 이유가 없습니다.

- 임차인 임○○은 1927년생으로 현재 79세의 나이로 아무 연고도 없는 담보물건지에 본인 혼자 거주할 하등의 사유가 없으며, 배당을 요구할 때 제출한 임대차계약서에는 공인중개사의 중개도 없는 급조된 임대차계약서였습니다.

4. 이상과 같은 사항을 참조하건대, 임대차계약주장자인 임○○은 경매에서 배당을 요구할 때 소액임차인의 주거안정을 위한 주택임대차보호법의 본연의 목적을 악용하고 부당한 이득을 취하려고 하였는바, 이는 신의성실의 원칙에 반하므로 신청채권자로서 본 사건 배당에서 임차인이라고 주장하는 임○○의 배당요구신청을 배척해 주심을 다시 한 번 간곡히 요청드립니다.

※ 첨부서류

- | | |
|-------------------------------|----|
| 1. 임○○의 거주지를 확인할 수 있는 녹취록 | 1부 |
| 2. 임○○의 전소유지를 확인할 수 있는 주민등록초본 | 1부 |

위 채권자 : ××××××××주식회사

서울 ×× 을지로 1가 ×

대 표 이 사 ○ ○ ○

(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 ○○지원 경매○계 귀중

2. 임차인이 전입시킨 지인의 형식적인 가장전입으로 대항요건 흠결

배당요구 배척신청서

사 건 200×타경××××
(부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사

채무자 : 강 ○ ○

소유자 : 박 ○ ○

배당요구자 : 조 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.

2. 신청채권자인 당사는 본사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임차인 조○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.

3. 채권자가 임차인 조○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

① 본 경매사건에서 200×년 8월 22일로 임대차계약을 주장하고 있는 임차

인 조○○은 경매개시결정일로부터 불과 10여일 전인 200×년 8월 12일에 전입한 사실이 있습니다.

② 경매물건의 소유자겸 채무자인 강○○와 임차인 조○○가 임대차계약을 체결한 시점은 채권자가 이자독촉 후 경매신청을 하겠다는 통보를 소유자겸 채무자인 강○○에게 수차례 유선과 서명으로 주지시킨 점을 바탕으로 판단해 보면, 임차인이라고 주장하는 조○○은 본 사건에서 경매배당을 할 때 소액임차인으로 가장하여 최우선변제권으로 배당을 받을 목적으로 본 경매사건의 물건에 전입한 것으로 보입니다.

③ 또한, 본 사건 감정평가사가 작성한 감정평가서나 집행관이 작성한 현황조사서를 살펴건대, 임차인이라고 주장하는 조○○은 본 물건지에 거주한 것으로 보이는 흔적이 전혀 없으며, 법원에서 임차인이라고 주장하는 조○○에게 경매개시결정문이 도달하였을 때도 다른 임대차계약자인 서○○이 대리 수령한 사실을 확인할 수 있었습니다.

④ 채권자는 200×년 2월 ××일 오후2시경 본 경매사건의 물건지에 방문하여 임대차계약자인 서○○의 인척인 소외 홍○○와 면담을 시도한 결과, 임차인이라고 주장하는 조○○의 미거주사실을 구두로 확인함과 동시에 녹취할 수 있었습니다.

⑤ 임대차계약주장자인 조○○과 임차인 서○○의 주민등록초본상의 병역사항을 보고 추정해 보건대, 두 임차인의 입영일 및 전역일자가 동일하며, 그 군번도 유사한 점을 미루어 보면, 임대차계약주장자인 두 임차인은 군대동기로 추정됩니다.

4. 이상과 같이 여러 사항을 참조하건대, 임대차계약주장자인 조○○은 소액임차인의 서민안정을 위해 제정된 주택임대차보호법의 취지를 악용하여 부당한 이득을 취하려고 하였는바, 채권자는 신청채권자로서 본 사건의 배당

에서 임대차계약주장자 조○○의 배당요구 신청을 배척해 주심을 다시 한번 간곡히 요청드립니다.

※ 첨부서류

- | | |
|-----------------------------------|-----|
| 1. 임대차계약주장자 서○○과 조○○의 주민등록초본원본 | 각1부 |
| 2. 본사건 부동산현황조사보고서 복사본 | 1부 |
| 3. 경매개시결정문 송달보고서 복사본 | 1부 |
| 4. 당사 경매신청 전 법적조치착수통지서 내용증명서면 복사본 | 1부 |
| 5. 임대차계약 주장자 조○○의 거주사실을 확인 녹취록 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ××××××××주식회사
서울 ×× 을지로 1가 ×
대 표 이 사 ○ ○ ○
(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

3. 후순위 정상임차인이 소액임차인 대항요건 흠결 주장 후 번복

배당요구 배척신청서

200× 타정 ××××호
(부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사

채무자 : 김 ○ ○

소유자 : 김 ○ ○

배당요구자 : 김△△, 조○○, 현○○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 신청채권자인 당사는 본사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임차인 조○○, 현○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.
3. 채권자가 조○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

(1) 배당요구권자인 조○○와 현○○는 실제 해당 물건에는 거주하지 않았습
니다.

① 임차인 현○○는 1934년생이며, 임차인 조○○는 1943년생의 노인으로서 후순위 정상임차인인 김△△ 세대와는 전혀 관련이 없는 자들입니다. 이들이 당 물건에 거주하였다면, 이웃주민이 한 번도 목격하지 못할 리 없음에도 같은 층에 거주하고 있는 △△△호 주민의 말에 의하면 가장임차인으로 추정되는 이들을 한 번도 목격한 바 없다고 진술하였습니다. (갑 제8호 증 참조)

② 채권자가 게다가 임차인 현○○와 면담한 결과 1975년 이후 한 번도 전라북도 ○○시를 벗어나 본 적이 없다고 진술하였는바 70세를 넘긴 나이에 전혀 연고가 없는 중랑구 ○○동에 방 1개를 임대차계약을 체결하였다는 점 또한 납득할 수 없습니다. (갑 제9호증 참조) 그리고 임차인 조○○는 200×년 10월 30일부터 200×년 11월 17일까지 서초구 ○○동 ×××-×번지 ○○○호에 후순위 정상임차인 김△△와 같이 거주한 적이 있는 후순위 정상임차인 김△△의 친척 (갑 제10호증, 갑 제11호증 참조)으로서 채권자와 면담 당시에 자신이 거주하고 있는 방의 위치와 당 물건의 전체 방의 수도 잘 모르는 등 당 물건에 실제로 임차 거주했다고 추정하기 어렵습니다. (갑 제12호증, 갑 제13호증 참조)

(2) 임차인 겸 배당요구자인 조○○와 현○○는 소유자 겸 임대인인 김○○과 임대차 계약을 맺은 사실이 없습니다.

① 채권자가 확인한 결과 임차인 겸 배당요구자인 조○○와 현○○는 당 물건인 중랑구 ○○동 ×××-× ○○아파트 ○○○호에 경매개시결정일인 200×년 4월 ××일로부터 약 2달 전인 200×년 2월 22일 전입하였습니다. (갑 제1호증, 갑 제2호증 참조) 당시 물건에는 가압류 △△△원과 근저당 △△△, △△△원이 과다하게 설정되어 있었던바 임차인 조○○와 현○○가 정상적인 임대차관계를 통해 물건에 전입하였을 것으로 추정하기에는 상당히 무리가 있다고 보입니다. (갑 제3호증 참조)

② 소유자 겸 임대인인 김○○과 사촌 동서지간인 장○○ 그리고 그의 처이자 후순위 정상임차인인 김△△는 200×년 2월 ××일에 채권자와 통화를 통해 임대인 김○○이 당사의 장기연체로 곧 당 물건에 법적조치가 진행될 것임을 예견하고 있었으며 (갑 제4호증 참조), 이에 임차보증금인 0.7억원을 돌려받지 못할 것을 염려해 임차인 조○○와 현○○와 가장으로 임대차계약을 맺도록 유도한 것으로 보입니다. 이들 간의 임대차계약이 허위임은 당 물건의 신축시기부터 관리해왔던 관리인의 증언을 통해 확인할 수 있습니다. (갑 제5호증 참조) 또한 후순위 정상임차인 김△△ 역시 200×년 11월 ××일 채권자와의 통화에서 최초 임대차계약을 체결할 때 0.7억원에 임대하였다고 진술한 바 있습니다. (갑 제6호증 참조)

(3) 또한 임차인 조○○와 임대인 김○○과의 임대차 계약서와 임차인 현○○와 임대인 김○○간의 임대차계약서의 글씨체가 완전히 일치하는 반면, 이 두 계약서의 글씨체가 후순위 임차인 김△△와 임대인 김○○과의 임대차계약서의 글씨체와 확연히 다를 수 있습니다. 게다가 임대인 김○○의 날인 또한 후순위 임차인 김△△와 임대인 김○○의 계약서에 날인된 것과는 상이할 뿐 아니라 매우 조악한 상태의 것입니다. 또한 임차인 현○○와 조○○가 당 물건과 같이 불안한 권리관계에 있는

물건에 임대차계약을 맺음에 있어 중개업자를 통하지 않고 임대인 김○○과 상호 협의하여 계약했다고 주장하는 점 또한 이 두 계약이 허위계약임을 반증하고 있습니다. (갑 제1호증, 갑 제2호증, 갑 제7호증 참조)

(4) 임차인 김△△는 200×년 11월 ××일 채권자와의 전화 통화에서 200×년 이후 임대인 김○○과의 연락이 두절되었다고 진술하였음에도, 200×년 2월경에는 후순위 정상임차인 김△△가 임차인 조○○와 현○○와 임대인 김○○와의 임대차계약을 주선하였다고 진술한 바 있습니다. 이는 임대인 김○○이 부재한 상태에서 임차인 김△△가 자신의 임차보증금을 보전하기 위해서 임차인 조○○와 현○○와 허위로 임차계약서를 작성하였다는 것을 반증하고 있습니다. (갑 제6호증 참조)

4. 상기사항을 종합적으로 판단해 보건대 경매진행 과정에서 임차보증금인 0.7억원에 대해 배당을 받기 어려운 상황에 놓인 후순위 정상임차인 김△△가 소액임차인의 최우선변제권을 악용하여 위 임차인 조○○, 현○○와 허위로 임대차계약서를 작성한 것이 분명하므로 위 임차인 조○○와 현○○를 배당에서 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

갑 제1호증 . 조○○의 임대차계약서 사본	1부
갑 제2호증 . 현○○의 임대차계약서 사본	1부
갑 제3호증 . 당 물건의 경매신청 직전의 등기부등본 사본	1부
갑 제4호증 . 김△△와 당사와의 통화전산기록	1부
갑 제5호증 . 당사직원과 당 물건 관리인과의 대화녹취록	1부
갑 제6호증 . 김△△와 당사직원 간의 통화 녹취록	1부
갑 제7호증 . 김△△의 임대차계약서 사본	1부
갑 제8호증 . 이웃세대인 ○○○호 주민과 당사 직원간의 대화녹취록	1부
갑 제9호증 . 현○○의 주민등록 초본 사본	1부

갑 제10호증. 김△△의 주민등록 초본 사본	1부
갑 제11호증. 조○○의 주민등록 초본 사본	1부
갑 제12호증. 조○○와 당사직원 간의 통화녹취록	1부
갑 제13호증. 조○○가 제출한 ○○○호 임차내역도	1부

200×. ××. ××.

위 채권자 : ××××××××주식회사
 서울 ×× 을지로 1가 ×
 대 표 이 사 ○ ○ ○
 (담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

【부록2】 소유자·채무자 등과 이해관계가 있는 임차인

1. 채무자와 임차인이 사위·장모관계에서 장모가 임차인으로 전입

배당요구 배척신청서

200×타경××××호
 (부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사
 채무자 : 남 ○ ○
 소유자 : 채무자와 같음
 배당요구자: 송 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 신청채권자인 당사는 본사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한

임대차계약주장자인 임차인 송○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.

3. 채권자가 임차인 송○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

※ 임차인 송○○는 채무자 남○○의 장모입니다.

① 본 사건의 임대차계약자인 임차인 송○○는 주민등록 전입당시 채무자인 남○○의 장모로서 두 사람간의 임대차계약은 가족 간의 임대차 계약으로 사회통념상 상식을 벗어난 것일 뿐 아니라, 채권자가 임차인 송○○의 전 주소지를 방문한 결과 전소유지 부동산의 소유자는 임차인 송○○의 자녀 김○○명의인 다가구 주택(건물이 미등기인 상태)이었습니다.

② 자녀가 주택을 소유하고 있음에도 불구하고 76세의 노모가 혼자 연립 주택 지하방에 임대차계약을 체결하여 살게 한다는 것은 납득하기 어려운 것을 뿐 아니라 하필이면 임차인 송○○가 거주하고 주택의 채무자가 사위라는 점은 단순한 우연으로 보기가 어렵습니다. 더욱이 전소유자가 임차인 송○○의 자녀의 소유인 점을 미루어 짐작하건대 임차인 송○○는 배당기일에 최우선변제권으로 소액임차보증금을 배당받기 위한 가장임차인이 분명합니다.

4. 따라서 임차인 송○○는 주택임대차보호법상 진정으로 보호되어야 할 소액임차인이 아님에도 불구하고 소액임차보증금의 배당을 노린 가장임차인이라 할 것이므로, 상기 배당요구권자에 대한 배당을 배척하여 주실 것을 간곡히 부탁드립니다.

※ 첨부서류

- | | |
|---------------------------------|----|
| 1. 위 남○○의 가족관계를 확인할 수 있는 자료 | 1부 |
| 2. 위 송○○의 주민등록초본 | 1부 |
| 3. 위 송○○의 이전 주소 부동산(토지)의 등기부 등본 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ××××××××주식회사
 서울 ×× 을지로 1가 ×
 대 표 이 사 ○ ○ ○
 (담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

2. 직장동료사이 채권·채무관계에서 직장동료가 임차인으로 전입

배당요구 배척신청서

200×타경××××호
 (부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사
 채무자 : 홍 ○ ○
 소유자 : 채무자와 같음
 배당요구자 : 박 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 경매신청채권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임차인 박○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.
3. 채권자가 임차인 박○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습

니다.

- 다 음 -

(1) 소액임차주장자인 박○○의 본 물건 임대차계약일 및 전입일은 경매개시 결정일로부터 불과 15일 전에 이루어진 가장임차인이 틀림없습니다.

- 채권자는 채무자 홍○○에게 200×년 9월 ××일을 기한으로 동년 9월 ××일 경매 및 법적조치통지서를 내용증명우편으로 발송했습니다. 임차인 박○○의 전입일은 그 통지서 발송 후 경매진행 직전인 동년 10월 ×일로 본 사건 경매개시결정일(200×년 10월 ××일)로부터 불과 15일 전입니다.

(2) 소액임차주장자인 박○○의 남편 소외 한○○과의 면담 결과, 채무자와 채권·채무관계로 인해 채무를 변제받고자 하는 의도로 최우선변제권을 악용한 전형적인 가장임차인입니다.

- 채권자는 200×년 7월 ××일 임차인 박○○의 남편 소외 한○○과 목포시 ○○동 소재 ○○○○보험주식회사 4층 회의실에서 ○○시쫄 면담을 가진 결과, 남편 한○○은 채무자 홍○○과 사회동료 관계로, ○○은행 및 ○○카드 등의 홍○○ 대출에 남편 한○○이 보증을 입보해 피해를 입는 등 서로간의 채권·채무관계가 있는 관계로 실제로는 임차보증금의 전달 없이 본건이 경매될 경우에 소액임차인으로 배당을 받기 위해 대항요건을 갖추고 임대차계약을 체결하였으며 향후에 최우선변제권을 주장하기 위해 거주하고 있다는 내용을 확인했습니다.

4. 이상과 같은 사항을 참조컨대, 임차인 박○○는 본 물건 경매배당에서 채무자 홍○○에 대한 채권에 대해 부동산가압류 조치를 하여 다른 가압류권자들과 동순위로 안분배당을 받아야 마땅하나, 주택임대차보호법에서 소액

임차인을 보호하기 위해 제정된 최우선변제권을 악용하여 소액임차인의 자격으로 배당을 요구하여 부당한 이득을 취하려 하였는바, 채권자는 경매신청채권자로서 본 경매사건의 배당에서 임차인 박○○의 배당요구신청을 배척해 주실 것을 다시 한 번 간곡히 요청드립니다.

※ 첨부서류

1. 채권자와 소액임차주장자인 박○○의 남편 한○○과의 대화녹취록 1부
2. 한○○과 박○○의 관계 확인이 가능한 주민등록초본 1부

200×. ××. ××

위 채권자 : ××××××××주식회사

서울 ×× 을지로 1가 ×

대 표 이 사 ○ ○ ○

(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 ○○지원 경매 ○계 귀중

3. 처형과 소유자와의 채권·채무관계에서 처형이 임차인으로 전입

배당요구 배척신청서

200×타경××××호

(부동산강제경매)

200×타경××××호

(중복)

채권자 : ××××××××주식회사

채무자 : 백 ○ ○

소유자 : 채무자와 같음

배당요구자 : 윤 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 신청채권자인 당사는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임차인 윤○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.
3. 채권자가 임차인 윤○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

- (1) 임차인 윤○○는 백○○의 처형입니다.

임차인 윤○○(500627-××××)는 채무자 겸 소유자인 백○○의 배우자인 소외 윤○○(560104-××××)의 친언니이자 채무자 백○○의 처형으로서, 권리신고한 임대차계약은 가족간의 임대차계약입니다. (첨부 1, 2, 3 참조)

- (2) 본 임대차계약은 채권·채무를 담보하기 위해 허위로 작성된 것입니다.

채권자는 200×년 2월 ××일 본 경매사건 담보지인 서울시 도봉구 쌍문동 ×××-× ○○파크 ×동 ×××호를 방문하여 채무자인 백○○의 배우자인 소외 윤○○와 면담한 결과 다음과 같이 진술하고 있습니다. (첨부 3 참조)

- ① 채무자 백○○이 은행에서 0.1억원의 마이너스 통장을 사용하는데 처형인 임차인 윤○○가 보증을 입보했고, 이에 대한 채무불이행으로 은행이 채무변제를 독촉하자 처형인 임차인 윤○○가 본인의 주택을 매각하여 채무변제를 하였음.
- ② 채무자 백○○의 배우자인 윤△△도 언니인 임차인 윤○○에게서 1천만 원을 차용하였으나 변제하지 못하고 있음.

③ 임차인 윤○○는 본인의 주택이 매매됨에 따라 채무자 백○○의 주택에 거주하기 시작했으며, 이때 계약서상의 보증금 수수없이 과거의 채무를 보증금으로 갈음하여 쌍방이 임대차계약을 허위로 작성하였음.

채무자의 배우자이자 임차인 윤○○의 친동생인 윤△△의 상기와 같은 구체적인 진술은 본 임대차계약이 허위계약임을 명백하게 보여주고 있습니다.

4. 상기의 내용을 종합하여 보건대 본 임대차계약은 진정한 주택임대차의 목적이 아니라 가족간의 채권·채무관계를 담보하기 위해 허위로 작성된 계약임이 명백하며, 따라서 위 임차인 윤○○는 주택임대차보호법상 소액임차보증금의 수령을 노리고 이 사건 부동산에 전입한 가장임차인이라 할 것이므로, 위 임차인 윤○○에 대한 배당을 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

- | | |
|---------------------------|----|
| 1. 위 윤○○ 주민등록등본 | 1부 |
| 2. 위 윤△△ 주민등록등본 | 1부 |
| 3. 위 윤○○와 당사 경매담당자간 면담녹취록 | 1부 |

200×. ××. ××

위 채권자 : ××××××××주식회사

서울 ×× 을지로 1가 ×

대 표 이 사 ○ ○ ○

(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○ 계 귀중

4. 소유자의 자의 친구와 소유자간의 채권·채무관계에서 소유자의 자의

배당요구 배척신청서

200× 타경 ××××호
(부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사

채무자 : 김 ○ ○

소유자 : 채무자와 같음

배당요구자 : 김 △ △

1. 귀원의 발전을 기원합니다.

2. 경매신청채권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임차인 김△△의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.

3. 채권자가 임차인 김△△의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

(1) 임차인 김△△는 담보소재지에 거주하지 않으며, 채무자 겸 소유자인 김○○와 개인적인 채권·채무관계로 인해 채권을 회수하고자 소액임대보증금을 노리고 채무자 겸 소유자인 김○○와 허위 임대차계약을 맺고 배당요구를 하게 된 것입니다. (첨부녹취록: 200×년 12월 ×× 오전 08.15분경 주민등록초본 상 전소유지에서 임차인 김△△와 면담) 배당요구서를 제출한 임차인 김△△는 명백히 담보소재지에 전입신고만 해놓고 초본상 전소유지(인천 연수구 동춘동)에 거주하고 있음을 채권자가 직접 전소유지에 방문하여 본인과 면담을 통해 확인했습니다. 담보소재지에 임대차계약을 하고 임차인 배당요구를 한 이유는 채무자 겸 소유자 김○○와 개인적인 채권·채

무관계(약 0.7억원) 때문에 채권을 회수할 목적으로 법적조치를 취해 놓았다고 본인이 진술하고 있습니다.

사회통념상 가장임차인인 김△△의 입장에서 본인이 받을 채권(약 0.7억원)이 있는데 임차보증금을 채무자 김○○에게 주고, 정작 본인은 초본상 전 주소지에 거주한다는 것은 사회통념상 이치에 맞지 않습니다. 또한 가장임차인인 김△△ 본인도 경매사건 담보소제지에 전입신고 해놓은 것 때문에 소규모가게를 운영하는데 많은 피해를 보고 있다고 진술하고 있습니다.

(2) 주택임대차보호법의 입법취지가 국민의 주거생활에 안정을 도모하려는 데 목적이 있다고 할 때 것인데, 이는 주택을 주거용으로 사용·수익을 했을 때 보호되는 것이지 이 사건에서와 같이 임차인 김△△와 채무자 겸 소유자 김○○사이의 임대차계약을 통해 소액임차보증금을 편취하여 채권·채무관계를 해소하고자 하는 경우에는 배당에서 당연 배제되어야 마땅합니다.

4. 가장임차인 김△△의 본인 진술대로, 가장임차인 김△△와 이 사건의 채무자 겸 소유자인 김○○와 통정하여 소액임차보증금 편취를 통해 채권·채무관계를 일부 해소하기 위한 목적이 명확하므로 배당에서 배제하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

1. 이 사건 부동산 등기부등본	1부
2. 가장임차인 김○○ 본인 녹취록	1부
3. 가장임차인 주민등록 초본	1부
4. 대법원 2001.5.8 선고 2001다14733 판결	1부

200×. ××. ××.

위 채권자 : ××××××××주식회사

서울 ×× 을지로 1가 ×

대 표 이 사 ○ ○ ○

(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

【부록3】 통정의 허위표시, 신의칙위반 등 사해행위를 한 임차인

1. 명의신탁 후 통정의 허위표시에 의해 명의신탁자가 임차인으로 전입

배당요구 배척신청서

200× 타경 ×××××호

(부동산임의경매)

채권자 : ×××××××주식회사

채무자 : 이 ○ ○

소유자 : 채무자와 같음

배당요구자 : 유 ○ ○, 윤 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.

2. 경매신청채권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 임차인 겸 실소유자인 유○○, 임차인 윤○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.

3. 채권자가 임차인 겸 실소유자인 유○○, 임차인 윤○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

(1) 위 배당요구자겸 임차인 겸 실소유자 유○○은 실제적인 채무자이자 본

물건인 ○○○○밸리 ○○○호의 사실상의 소유자입니다.

① 임차인이라 주장하는 위 유○○은 신용불량자로 등재되어 있던 지난 200×년 ××월 ××일 당 물건을 낙찰받기 위하여 명의상 채무자 겸 소유자인 이○○와 명의신탁관계를 맺고, 채무자 겸 소유자인 이○○의 이름을 내세워 해당 부동산을 취득하였습니다. 이러한 사실은 이 두 명 간에 공증사무실에서 작성된 합의확인서에서 확인할 수 있습니다. (갑 제 1호증 참조)

② 이후 임차인 겸 실소유자 유○○은 지난 200×년 ××월 ××일 당사로 부터 채무자 겸 소유자인 이○○의 명의를 빌려 대출을 받은 후 지속적으로 실입금자로서 당사와 연락하여 이자를 납입한 바 있습니다. (갑 제2 호증 참조)

③ 또한 채무자 겸 소유자인 이○○는 지난 200×년 ××월 ××일 각각 유선통화와 서면상의 확인서를 통해 임차인 겸 실소유자 유○○, 임차인 윤○○와 임대차계약을 맺은 사실이 없었음을 확인한 바 있습니다. (갑 제3, 4호증 참조)

(2) 임차인 겸 실소유자 유○○과 임차인 윤○○가 채무자 겸 소유자인 이○○와 맺은 임대차 계약은 임차인 겸 실소유자인 유○○이 소액임차인으로서 최우선변제금을 악용한 허위의 임대차계약임이 확실합니다.

① 임차인 겸 실소유자인 유○○과 전혀 상관이 없는 임차인 윤○○와 채무자 겸 소유자인 이○○간의 임대차계약서의 글씨체가 임차인 겸 실소유자 유○○과 채무자 겸 소유자인 이○○간의 계약서의 글씨체와 완전히 일치하고 있으며, 임차인 겸 실소유자 유○○과 윤○○가 제출한 임대차계약서에서 나타난 채무자 겸 소유자인 이○○의 글씨체와 임대차관계를 부인하는 확인서상의 채무자 겸 소유자인 이○○의 글씨체가 확연하게 다를 때, 이는 이 임대차계약서가 채무자 겸 소유자인 이○○의 개입 없이 임차인 겸 실소유자 유○○과 윤○○가 통정하여 허위로 날조한 것이 확실

합니다. (갑 제5,7호증 참조)

- ② 임차인 겸 실소유자인 유○○이 제출한 부동산 임대차 계약서에는 보증금 0.35억원, 차임 50만원이라고 되어 있으나, 200×년 1월 19일 집행관에 의한 현황조사보고서의 진술에 따르면 임차보증금 0.35억원에 차임이 없다고 진술하였으며, 임차인 윤○○은 임대차계약서상의 차임이 35만원임에도 불구하고 자신이 매월 납입했던 차임을 30만원이라고 진술하는 등 자신의 임차내역에 관한 진술 또한 엇갈리고 있습니다. 이는 두 임대차계약서가 허위로 날조된 것임을 두 사람이 스스로 자인한 것이라고 볼 수밖에 없습니다. (갑 제5, 6, 7, 8호증 참조)

- ③ 채무자 겸 소유자인 이○○는 임차인 겸 실소유자 유○○과 임차인 윤○○과 임대차계약을 체결했다는 사실 자체를 부인하고 있습니다. (갑 제3호증 참조)

- (3) 임차인 겸 실소유자인 유○○은 임차인 윤○○와 통정하여 가장임대차계약을 맺은 것이 확실합니다.

- ① 채권자가 임차인 윤○○의 전소유지인 ○○○○밸리 ○○○호에 대해 확인한 결과 임차인 겸 실소유자 유○○의 모친인 박○○의 소유였던 물건으로서 임차인 겸 실소유자 유○○ 세대가 거주하다가 지난 200×년 ×월 ××일 ○○지법 200× 타경××××호 경매로 낙찰된 바 있어, 이 과정에서 ○○○호 역시 임차인으로 전입해 있던 윤○○가 임차관계를 주장하였으나 배당에서 제외된 바 있습니다.

이러한 정황을 볼 때 당 물건의 임차인 겸 실소유자인 유○○과 그의 모친인 박○○의 물건에서 임차계약으로 인해 막대한 손해를 본 임차인 윤○○가 또다시 동일한 물건지에 임대차관계로 동거하고 있다는 것은 납득할 수 없는 사실이며, 임차인 겸 실소유자인 유○○과 임차인 윤○○는 상습적으로 소액임차인의 최우선변제금권을 악용하고자 통정하고 있다고 봄이 타당합니다.(갑 제10, 11호증 참조)

- ② 또한, 임차인 겸 실소유자인 유○○이 83세가 된 노모와 처 그리고 성인

인 아들(유○○, 20세)과 딸(유○○, 19세. 유○○ 14세)등과 거주하면서 잘 알지도 못하는 외간남자(임차인 윤○○)를 방 한 칸에 임차를 주어 동거했다는 사실은 사회통념상 이해할 수 없습니다. (갑 제12, 13호증 참조)

③ 이는 채권자로부터 지난 200×년 5월 ××일자로 발송되었던 경매착수 예정통보를 받은 임차인 겸 실소유자 유○○이 경매진행을 예견하고 그로부터 4일 후 임차인 윤○○와 통정하여 가장으로 임대차계약을 맺은 것으로 밖에 볼 수 없습니다. (갑 제5, 7, 9호증 참조)

④ 게다가 전혀 모르는 사이라 주장하는 임차인 겸 실소유자인 유○○과 임차인 윤○○가 사용하는 휴대전화의 마지막번호 네 자리가 일치하는 것 또한 이들이 사전에 통정한 사이임을 확증하고 있습니다. (갑 제2, 7, 8호증 참조)

4. 상기사항을 종합적으로 판단해 보건대 위 임차인 겸 실소유자인 유○○과 임차인 윤○○는 주택임대차보호법의 입법취지를 악용하여 소액임차보증금의 수령을 노린 가장임차인이라 할 것이므로, 위 두 명에 대한 배당을 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

1. 유○○과 이○○의 공증된 명의신탁 합의확인서	1부
2. 채권자와 유○○과의 전산상 접촉기록	1부
3. 유○○, 윤○○와 임대차계약을 한 적이 없다는 이○○의 확인서	1부
4. ××월 ××일 이○○와의 전화녹취록	1부
5. 유○○이 제출한 임대차계약서 사본	1부
6. 당 물건에 대한 부동산 현황조사보고서	1부
7. 윤○○가 제출한 임대차계약서 사본	1부
8. ××월 ××일 윤○○와의 전화녹취록	1부
9. 채권자가 발송한 경매착수예정 내용증명 우편	1부
10. 윤○○의 전소유지의 등기부등본	1부

- | | |
|-----------------|----|
| 11. 윤○○의 주민등록초본 | 1부 |
| 12. 유○○의 주민등록등본 | 1부 |
| 13. 윤○○의 주민등록등본 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ××××××××주식회사
 서울 ×× 을지로 1가 ×
 대 표 이 사 ○ ○ ○
 (담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

2. 매도자가 소유권이전을 하고 일정기간 경과 후 임차인으로 전입

배당요구 배척신청서

200× 타정 ×××××호
 (부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사
 채무자 : 임 ○ ○
 소유자 : 김 ○ ○
 배당요구자 : 이 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 경매신청채권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 이○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.
3. 채권자가 임차인인 이○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같

습니다.

- 다 음 -

- (1) 선순위 고액의 근저당권이 설정되어 있는 아파트에 임차인인 임대차계약을 체결하고 임차보증금을 임대인에게 지급하는 것은 사회통념상 있을 수 없는 것입니다.

감정가 0.29억원인 아파트에 ○억○천○백만원이나 근저당이 설정되어 있는데도 불구하고 임차보증금이 불과 0.1억원이라고 하더라도 임대차계약을 체결하고 임차보증금을 임대인에게 지급하는 것은 사회통념상 이해가 되지 않는 계약입니다. (첨부 1, 2)

- (2) 무자력으로 보이는 임차인이 부동산중개사를 통하지 않고 임차인 본인에게는 큰 금액인 0.1억원을 임차보증금 명목으로 채무가 과다한 임대인에게 지급하고 임대차계약을 한 점은 매우 의문스러운 일입니다.

임차인이라고 주장하는 이○○은 다른 부동산에 2002. 1. 8 무단전출로 직권말소가 되었다가 2002. 8. 22 이 사건부동산에 주민등록전입을 하였고 이 때 임차보증금 명목으로 0.1억원을 임대인에게 지급하고 임대차계약을 하였다고 주장하고 있는데 이것이 사실이라면 무자력자로 보이는 임차인이○○에게는 큰 금액으로 보이는 0.1억원을 임차보증금으로 지급하면 부동산중개사를 통하지 않고 계약을 하였다는 점과 동사무소 등에 확정일자도 받지 않았다는 점 등을 미루어 짐작하건대 진정한 계약으로 볼 수 없는 일입니다. (첨부 3)

4. 따라서 위 이○○은 주택임대차보호법상 소액임차보증금의 수령을 노린 가장임차인이라 할 것이므로, 위 이○○에 대한 배당을 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부사항

- | | |
|----------------------------|----|
| 1. 위 이○○ 권리신고 및 배당요구신청서 사본 | 1부 |
| 2. 위 이○○ 전세계약서 사본 | 1부 |
| 3. 위 이○○ 주민등록초본 사본 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ×××××××주식회사
서울 ×× 을지로 1가 ×
대표이사 ○ ○ ○
(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

배당요구 배척신청서

200× 타경 ×××××호
(부동산임의경매)

채권자 : 삼성화재해상보험주식회사
채무자 : 임 ○ ○
소유자 : 김 ○ ○
배당요구자 : 안 ○ ○

위 당사자간 경매신청 사건에 있어 소액임차인으로서 배당 요구한 안○○
에 대하여, 신청채권자는 다음과 같은 이유로 배당배척을 신청합니다.

1. 위 안○○과 임○○은 부부로서 안○○은 배당요구할 수 있는 채권자가
아닌 것으로 사료됩니다.

위 배당요구자 안○○과 채무자 임○○은 부부로서 실제 함께 거주하고

있으며 현주소지에 같이 전입되어 있는 바 안○○의 배당요구는 채무자인 임○○의 배당요구와 동일하며 이는 민사집행법 제 88조의 배당요구를 할 수 있는 채권자에 해당되지 않습니다. (첨부1, 2)

2. 위 임○○과 김○○은 이미 매매계약을 한 관계로 임대차계약은 상식에 맞지 않습니다.

위 김○○은 200×년 5월 ××일 경기도 김포시 ○○동 ××× ○○마을 ○○○동 ○○○호에 대하여 채무자 임○○과 매매계약을 작성하고 소유권을 이전하는 조건(부동산매도용 인감증명서 제출)으로 당사에 담보를 제공하였던 것입니다. 소유권이전이 되지 않은 것은 김○○이 임○○으로부터 미수금액이 있는 경우 외에는 상상하기 어려운데, 오히려 임○○의 배우자인 안○○이 보증금을 내고 전세계약을 했다는 것은 상식에 맞지 않는 계약인 것입니다. (첨부3, 4)

따라서 위 안○○은 주택임대차보호법상 소액임차보증금의 수령을 노린 가장임차인이라 할 것이므로, 위 안○○에 대한 배당을 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부사항

- | | |
|-----------------------|----|
| 1. 위 임○○ 주민등록초본 사본 | 1부 |
| 2. 위 안○○ 주민등록초본 사본 | 1부 |
| 3. 위 김○○ 매도용 인감증명서 사본 | 1부 |
| 4. 매매계약서 사본 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ××××××××주식회사
서울 ×× 을지로 1가 ×

대 표 이 사 ○ ○ ○
(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

3. 소유자가 數名の 임차인과 임대차계약을 부인하였다가 번복하여 인정
하여 신의칙·금반언에 반한 사해행위

배당요구 배척신청서

200× 타경 ×××××호
(부동산임의경매)

채권자 ×××××××주식회사

채무자 : 안 ○ ○

소유자 : 채무자와 같음

배당요구자 : 김○○, 하○○, 이○○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.
2. 경매신청채권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임대차계약주장자인 김○○, 하○○, 이○○의 배당요구를 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.
3. 채권자가 임차인인 김○○, 하○○, 이○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

- (1) 소유자인 안○○도 인정하고 있지 않은 임대차계약입니다.

이 사건 부동산 서울시 서초구 ○○동 ××-× ○○빌라트 ○○○호(이하 이 사건 부동산이라 함)의 소유자인 안○○와의 통화한 녹취록을 제출합니다. (첨부1 참조) 채권자는 본 통화에서 소유자 안○○는 위 배당요구자 겸 임차인인 강○○, 하○○, 이○○을 본 적도 없으며 임대차계약서를 작성한 적도 없고, 임차보증금을 받은 적도 없다고 진술하고 있습니다.

(2) 위 배당요구자들은 건축업자겸 실질적인 소유자인 조○○이라는 자가 끌어들인 가장임차인입니다.

채권자가 소유자 안○○과 면담한 결과 실제로 임대차계약을 한 사람은 건축업자인 조○○이라는 자로서 실질적인 소유자이지만 실제 경매된 물건에 거주하고 있지 않은 소유자 안○○는 건축업자 겸 실질적인 소유자 조○○이 이 사건 부동산에 계속 거주 중인 것으로 알고 있었습니다. 하지만 건축업자인 조○○은 주민등록전입도 하지 않았고 권리신고 및 배당요구도 하지 않은 자로서 그 임대차계약의 진위를 알 수는 없었지만 자신의 사용한 건축비용에 대해 회수하기 위해 가장임차인인 김○○, 하○○, 이○○에 대해 각각 임대차계약을 통정하여 체결한 것으로 보입니다. 만일 명의만 소유자인 안○○가 진술한 것처럼 김○○, 하○○, 이○○이 진정한 임차인이라면 실질적인 소유자인 조○○이 200×년 ××월 ××일 명의만 소유자인 안○○에게 임대차계약을 체결할 것을 부탁하였을 것입니다. 그렇게 되면 임차보증금에 대한 실제 입금여부 및 형식적인 소유자인 안○○와의 또 다른 통정을 해야 하는 번거로움이 있어 소유자 안○○를 배제한 것으로 보입니다. 또한 명의만 소유자인 안○○와의 전화 통화에서도 알 수 있듯이 경매가 진행되기 직전에 건축업자겸 실질적인 소유자인 조○○는 최우선변제권을 악용하여 소액임차보증금을 노리고 명의만 소유자인 안○○가 모르게 위 배당요구권자 겸 가장임차인인 김○○, 하○○, 이○○와 통정하여 임대차계약서를 작성하게 한 것으로 보입니다.

(3) 채무가 과다한 상태에서 이루어진 사회통념상 인정하기 어려운 임대차계

약입니다.

선순위로 채권최고금액이 〇〇억원이나 되는 근저당권이 설정되어 있음에도 임대차계약을 한 점, 이 사건 부동산은 경매감정가가 13억원이나 되는 아파트로서 방 1칸, 2칸이라지만 시세에 비해 전세보증금이 0.2억원 내지 0.37억원이라는 상당히 소액인 점 등은 소액임차보증금을 노린 임대차계약이 아닌 이상 사회통념상 있을 수 없는 계약인 것입니다.

4. 위 사항들을 종합해 보건대 배당요구를 한 3명의 임차인은 모두 소액임차보증금을 노린 가장임차인임이 명백한바 배당에서 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

- | | |
|---------------------|----|
| 1. 소유자 안〇〇와의 통화 녹취록 | 1부 |
| 2. 조〇〇 각서 사본 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ×××××××주식회사

서울 ×× 을지로 1가 ×

대 표 이 사 〇 〇 〇

(담당:〇〇〇 ☎02-75×-××××)

〇〇지방법원 경매 〇계 귀중

4. 임차인이 소유자와 통정하여 임차기간 중 임차보증금을 허위로 증액하여 배당을 더 많이 받으려고 한 행위

배당요구 배척 신청서

200× 타경 ×××××호
(부동산 임의경매)

채권자 : ×××××××주식회사

채무자 : 박 ○ ○

소유자 : 채무자와 같음

배당요구자 : 전 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.

2. 경매신청채권자겸 근저당권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임차계약주장자 전○○의 배당요구신청을 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.

3. 채권자가 임차인 전○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

(1) 임차인 전○○이 임대인 박○○에게 지급한 임차보증금은 시세 대비 현저히 저가이며, 이미 등기부상 채권액도 과다한 상태였습니다.

- 임차인 전○○은 임차보증금 0.15억원으로 본 물건에 임대차계약을 체결한 후 거주하고 있다고 주장하고 있습니다.

하지만, 첨부 1의 시세정보와 같이 0.4억원에서 0.44억원인 본 물건(전세보증금 0.24억원~0.3억원)에 채권자의 채권최고액 △△△,△△△원을 감안하면 이미 임차보증금을 지급하기에는 부족한 물건임에도 불구하고 임차인이 임차보증금을 지급하였다는 점, 임대차계약서상에 공인중개사의 기명날인이 없는 등 공인중개사의 중재도 없었던 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때 이는 임대차계약이 급조되었다고 보이며, 결국 이 사

건은 소액임차인으로 가장한 전○○이 경매 배당에서 최우선변제권을 악용하여 소액임차보증금을 배당받고자 꾸민 행위입니다.

(2) 임대차계약 만료 전에 계약을 임의로 수정한 허위계약인 것입니다.

- 첨부 2에서와 같이 임대인 박○○와 임차인 전○○는 200×년 11월 12일에 임차보증금 8백만원 차임 15만원으로 임대차계약을 체결하였다가, 일 년도 지나지 않은 상태에서 다시금 200×년 5월 12일에 임차보증금 0.15억원으로 변경하는 것은 사회통념상 극히 이례적일 뿐만 아니라, 만약 진정한 계약이었다면 임차인 전○○이 납입한 차임으로 채권자에게 이자 △△만원을 납입하였을 것이나, 연체로 인한 경매가 진행되었다는 것은 상기 임대차계약이 허위임을 반증하는 것이며, 다시 말해 이는 임차인 전○○이 소액임차보증금 0.12억원을 배당받기 위해 채무자 겸 소유자인 박○○과 통정한 허위계약임을 알 수 있습니다.

(3) 채무자 겸 소유자인 박○○와 가장임차인 전○○의 가족 5명이 함께 거주하였다는 것은 사회통념상 납득하기 어려운 행위인 것입니다.

- 첨부 3의 주민등록등본을 보면 30평대에 불과한 아파트에 가장임차인 전○○의 가족 5명이 소유자 겸 채무자인 박○○와 함께 거주하였다고 보기에는 사회통념상 이해하기 어려운 일이라 하겠습니다.

(4) 이러한 채무자 겸 소유자인 박○○와 가장임차인으로 추정되는 전○○의 임대차계약은 주택임대차보호법의 제정취지를 몰각하는 행위로 배당에서 배제되어야 합니다.

- 주거의 안정을 목적으로 임차인을 보호하기 위해 제정된 주택임대차보호법이 채무초과 상태에 빠진 채무자의 손해를 보충하는 수단으로 악용

된다고 하면 이는 임차인의 진정한 주거안정을 위해 제정된 법의 취지를 몰각시키는 행위가 되므로 마땅히 가장임차인으로 추정되는 전○○은 배당에서 제외되어야 할 것입니다.

4. 이상과 같은 사항을 종합적으로 참조컨대, 임대차계약주장자인 전○○은 경매배당에서 소액임차인의 안정적인 주거생활을 유지하도록 하기 위한 주택임대차보호법의 본연의 목적을 악용하고 부당한 이득을 취하려 하였는 바, 이러한 행위는 민법 제2조의 신의성실의 원칙에 반하므로 채권자는 경매신청권자로서 본 사건 배당절차에서 임대차계약주장자 전○○의 배당요구 신청을 배척해 주심을 다시 한 번 간곡히 요청드립니다.

※ 첨부서류

- | | |
|-----------------|----|
| 1. 부동산 시세표 | 1부 |
| 2. 가장임차인 전세계약서 | 1부 |
| 3. 가장임차인 주민등록등본 | 1부 |

200×. ××. ××.

위 채권자 : ×××××××주식회사
서울 ×× 을지로 1가 ×
대 표 이 사 ○ ○ ○
(담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

【부록4】 기타(권리남용을 행사한 임차인)

1. 전 경매사건의 가장임차인이 현 경매사건에 임차인으로 전입

배당요구 배척신청서

200× 타경 ××××호
(부동산임의경매)

채권자 : ××××××××주식회사

채무자 : 전 ○ ○

소유자 : 전 ○ ○

배당요구자 : 정 ○ ○

1. 귀원의 발전을 기원합니다.

2. 경매신청채권자겸 근저당권자는 본 사건 소액임차인의 자격으로 배당요구를 신청한 임차계약주장자 정○○의 배당요구신청을 배척해 주심을 간곡히 신청합니다.

3. 채권자가 임차인 정○○의 배당요구 배척을 신청하는 사유는 다음과 같습니다.

- 다 음 -

(1) 위 임차인 겸 배당요구자 정○○는 이 사건 부동산의 직전 경매에서 가장임차인으로 판결된 바 있습니다.

위 배당요구자 정○○는 200×년 1월 17일 사건 200×타경××××(이하 전 경매사건이라 함) 부동산임의경매의 배당기일에 배당표에서 제외되어 배당이익의 소(200×가단××××)를 제기하였으나 이유 없음으로 기각된 바 있습니다. 이는 임차인 정○○이 소액임차인으로서의 권리를 주장할 수 있는 대항요건을 갖추지 않았다는 판결이었으며, 따라서 주민등록의 변동사항 없이 금번 경매사건에서 또 다시 소액임차인으로서 배당을 요구하는

것은 경매법원을 기망하는 행위로 보입니다. (첨부 1, 2, 7)

- (2) 채무자 겸 소유자인 전○○은 처음부터 경매에 대비하여 소액임차인으로 가장한 임차인 정○○을 전입시켜 대항요건을 외관상으로 구비하려 하였던 것으로 보입니다.

채무자 겸 소유자인 전○○은 200×년 7월 ××일 이 사건 부동산을 △△△,△△△원에 낙찰을 받아 200×년 12월 10일 ×××××××주식회사로부터 △△△,△△△원을 대출받아 소유권이전을 하였으며 불과 17일 후인 200×년 12월 27일 가등기를 설정하여 0.3억원을 빌려 이미 납부한 대금보다 많은 채무를 부담하게 되었고, 채무자 겸 소유자인 전○○은 경매에 대비하여 가장임차인으로 전 경매사건의 배당이의의 소에서 패소한 임차인 정○○를 배당사건에서 최우선변제권을 악용하는데 이용하려 한 것으로 보입니다. (첨부 3, 4)

- (3) 채무자 겸 소유자인 전○○과 임차인 정○○의 임대차계약은 사회통념상 발생하기 어려운 일입니다.

통상의 경우 경매가 종결된 부동산의 경우 대항력이 없는 인도명령대상인 임차인은 이사를 가는 것이 상식적인데, 동일한 부동산에서 그것도 임차보증금을 올려서 재계약한 점, 계약일자를 보면 200×년 12월 25일로 이미 ×××××××주식회사에서 채권최고액 △△△,△△△원의 근저당권을 설정한 상태인데도 불구하고 0.2억원이나 되는 임차보증금을 지불하면서 동사무소 등에 확정일자도 받지 않은 점 등은 사회통념상 납득하기 어려운 임대차계약인 것입니다. (첨부5, 6)

- (4) 채무자 겸 소유자인 전○○과 임차인 정○○의 임대차계약서가 허위일 가능성이 높습니다.

그 이유는 전 경매사건에서 가장임차인으로 배당에서 배척된 바 있는 또 다른 임차인인 하○○의 임대차계약을 중개하였던 공인중개사는 채무자 겸 소유자인 전○○과 정○○의 임대차계약도 중개했던 동일한 공인중개사임이 밝혀졌습니다. (첨부6. 8, 9)

4. 상기사항을 종합적으로 판단해 보건대 위 임차인 정○○는 주택임대차보호법 상 최우선변제권을 악용하여 소액임차보증금을 노린 가장임차인이라 할 것이므로, 위 임차인 정○○에 대한 배당을 배척하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

- | | |
|-------------------------------|----|
| 1. 배당표(사건 200×타경×××× 부동산임의경매) | 1부 |
| 2. 판결문(사건 200×가단×××× 배당이의) | 1부 |
| 3. 이 사건 부동산등기부 등본 | 1부 |
| 4. 가등기권자 강○○ 채권계산서 | 1부 |
| 5. 정○○ 권리신고 겸 배당요구서 | 1부 |
| 6. 정○○ 임대차계약서 | 1부 |
| 7. 정○○ 주민등록초본 | 1부 |
| 8. 하○○ 권리신고 겸 배당요구서 | 1부 |
| 9. 하○○ 임대차계약서 | 1부 |

200×. ×. ××

위 채권자 : ××××××××주식회사
 서울 ×× 을지로 1가 ×
 대 표 이 사 ○ ○ ○
 (담당:○○○ ☎02-75×-××××)

○○지방법원 경매 ○계 귀중

ABSTRACT

An Empirical Study on Abuse of First Priority Discharge Right of Small Tenant

Cho, Sang-Yong

Major in Real Estate

Dept. of Economics & Real Estate

The Graduate School

Hansung University

The Housing Lease Protective Law(HLPL) established on March 05, 1981 was one of the most important laws for the lessee in Korea. The first purpose of the HLPL admitted the opposite power of the lessee with fact that he or she moved in the house.

However, The HLPL had limitations that it could not secure the opposite power of the lessee in some case such as senior mortgagee that the lessee could not insist the opposite power even though the lessee fulfilled counter conditions of the HLPL. To solve this problems, the provision of the Article 8, so called "Protection of the Small Guaranty Money" was made in the second amendment of the HLPL on December 30, 1983.

Even though a lessee made a rental contract with lessor, when real rights would exist with priority such as mortgagee, the lessee can not to recover all their dividends because the rental contracts were nothing but obligations. For this reason, it sometimes makes a case of protection of

the lessee who are not small tenant. The HLPL under the third amendment provision of the Article 3-2 established on December 30, 1989, gave the priority discharge right which guarantees some effect of a real right, when a lessee prepared with fixed date and opposite power's requirements. With this, the lessee could get protection of total deposit for lease contact by priority, although the lessee had a fight with holder of a real right granted by way of security such as mortgagee.

In these background, it was true that the FPDR and the priority discharge right significantly contributed to residential stabilization. Unlike established purpose, however, pretense tenant who was appeared to be small tenant is gradually on a rising trend in the legal actions of 5 years for apportion data from 2010 to 2014.

To protest against the FPDR's problems, this study covered the portion of small tenants among tenants and the portion of estimated pretense tenants among small tenants. 10 years winning bids data from 2005 to 2014 focused on complex buildings in Seoul, Gyeonggi, Incheon's district were analyzed and the portion of small tenants among tenants was researched.

It was recognized that the portion of small tenants among tenants were average 53.6 percents and 59.7 percents on apartments in Seoul, Gyeonggi's district, but 83.4 percents in Incheon's district. It could be recognized that the portion of small tenants among tenants were average 61.7 percents and 77.2 percents on duplex houses and multiplex houses in Seoul, Gyeonggi's district, but 96.0 percents in Incheon's district.

In conclusion, the portion of small tenants in the duplex and multiplex houses for complex buildings and in Incheon's for district was recognized highly.

It was recognized that the portion of estimated pretense tenants among small tenants were respectively 79.6 percents, 71.5 percents, 70.8 percents on apartments in Seoul, Gyeonggi, Incheon's district. It was also

recognized that the portion of estimated pretense tenants among small tenants were respectively 57.1 percents, 58.5 percents, 67.8 percents on duplex houses and multiplex houses in Seoul, Gyeonggi, Incheon's district. The portion of estimated pretense tenants in the apartments for complex buildings and in Incheon's for district was recognized highly.

To protest against the FPDR's problems, 136 apportionment exclusion application were categorized by pretense tenant forms registered in the financial institutions. It was also examined thoroughly that pretense tenants' problems seeking for four cases and supreme court's precedents as a legal basis.

The first type is the case of the lessee whose requirement of substantial opposite power is in a defective state. The lessee fulfills the conditions of the opposite power only formally and insists his occupation though he does not occupy it.

The second type is the case of the lessee who has relative relation or claim—obligation relationship. The lessee is appeared to be small tenant as he forms a relationship with debtor or owner's parents—in—laws, brothers. Also debtors or owner's creditors make sudden change into small tenants after recognizing difficulty of collection their debt.

The third type is the case of the lessee who has a deceptive act for a fictitious manifestation of intention with the owner and the lessee or a violation for the duty of good faith and fair dealing. For example, a lessee lends his name or changes his own statement for the second time that he is not the true lessee.

The final type is the case of the lessee who has other such as abuse of rights. For example, a lessee was the pretense tenant in the past bids data or a licensed real estate agent's husband made a lease contract at this time that creditor's sum of the claim amount such as financial institutions exceeded the first auction.

It has passed 35 years since the HLPL established and implemented. It

has passed the days that a lessee paid all deposit for lease to a lessor and at the same time a lessee fulfilled the opposite power's requirements and fixed date, exercised the priority discharge right and claimed opposite power. Recently, because of lasting falling interest, it was on a rising trend that a lessor demanded a lessee on monthly rent. Like so, according that deposit for lease contract turned into some in full, pretense tenants who exercised the FPDR were growing trends. Amid these rapidly changing reality, institutional improvement suggestion for the FPDR must come into force as soon as possible. Then tenants who impersonate small tenant could be prevented from abusing the FPDR. By extension, we expect that the HLPL aims residential stabilization of common people.

KEYWORD : The Housing Lease Protective Act, Opposite Power,
The First Priority Discharge Right, Pretense Tenant,
Small Tenant.