

주택임차인의 최우선변제권에 대한 재조명*

A Review on The First Priority Discharge Right of Housing Lessee

조 상 용**

Cho, Sang-Yong

민 태 옥***

Min, Tae-Uk

목 차

- | | |
|---------------------|----------------------|
| I. 서론 | III. 최우선변제권의 남용판례 분석 |
| II. 최우선변제권의 법리 및 분석 | IV. 결론 |

1981년 3월 5일 제정된 주택임대차보호법은 임차인의 임차보증금을 보호함으로써 서민들의 주거안정을 도모하고자 하는 매우 중요하고 의미있는 법이다. 그러나 이러한 제정 취지와는 달리 가장임차인이 낙찰가율을 낮추거나 배당을 받는 수단으로 이용되고 있는 것이 현실이다. 가장임차인이란 소유자의 친척이나 직계존비속 또는 소액임차보증금을 노린 채권자 등이 대항력요건을 갖추고 대항력이나 최우선변제권을 주장하려는 자를 의미한다. 이들은 경매시장에서 응찰자나 채권자에게 위협을 주는 요인으로 작용하고 있다.

이에 본 연구에서는 실제 경매사건에서 소액임차인과 가장임차인이 어느 정도의 비중을 차지하는지 확인하기 위해 2005년부터 2014년까지 서울, 경기, 인천지역의 집합건물 중 10년간 진행된 경매사건을 근거로 하여 확인하였다. 특히 금융기관에서 가장임차인을 배척한 136건의 사건을 가장임차인 유형별로 분류하고자 한다. 또한 유형별 분류한 내용은 판례와 함께 검토하였다.

이를 토대로 주택임대차보호법에 대한 개정을 제안하고자 한다. 본 연구의 근본목적은

투고일 : 2015. 8. 27. / 심사의뢰일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 이 논문은 한성대학교 교내학술연구비 지원과제임.

** 한성대 부동산학과 박사과정 (제1저자)

Ph. D in Real Estate, Hansung University

*** 한성대 부동산학과 교수 (제2저자)

Professor, Real Estate, Hansung University

진정한 임차인은 보호되고, 가장임차인은 원천적으로 배척이 되어 더 이상 최우선변제권이 남용되는 사례가 근절되도록 하는 것이다. 더 나아가 제안된 개정안이 서민의 주거안정을 꾀하는데 조금이나마 기여할 수 있기를 기대한다.

[주제어] 주택임대차보호법, 소액임차인, 가장임차인, 대항력, 최우선변제권

I. 서론

주택임대차보호법에서는 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마쳐 대항력요건을 갖추면 익일 0시에 제삼자에게 대항할 수 있는 대항력¹⁾이 생긴다. 여기에 임차인이 확정일자²⁾를 받게 되면 우선변제권³⁾을 행사할 수 있어 저당권 등과 우선순위에 따라 임차보증금을 보호받을 수 있다. 그러나 경매의 경우는 이러한 임차인을 보호하는 제도가 있음에도 불구하고 임차보증금을 완벽하게 보호하지 못하는 한계를 가지고 있다.

저당권, 가압류, 압류 등 선순위 권리가 설정된 이후에 임차인이 대항력요건을 갖추었을 경우 대항력이 발생하지 않아 낙찰자에게 자신의 대항력에 대한 권리를 주장할 수 없게 된다. 즉 대항력이 없는 임차인은 매수인에 대하여 전소유자와 체결한 임대차계약을 가지고 대항할 수 없어 매수인으로부터 보증금 반환이 없어도 임차주택을 매수인에게 반환할 수밖에 없다. 또한 선순위 채권이 과다한 경우에는 임차인이 우선변제권을 행사하더라도 경매배당에서 임차보증금 중 일부 또는 전부를 보호받지 못한다.

그런데 사회정책적인 관점에서 보면 일정한 범위 내의 임차보증금을 가진 임차인은 다른 담보권자의 지위를 희생시키더라도 보호하는 것이 사회복지국가의 실현과 실질적 공평의 차원에서 필요하다고 볼 수 있다. 이를 통해 사회적·경제적 약자인 주거용 건물의 임차인을 보호하는 사회법적인 성격을 가지게 된 것이다.³⁾ 영세한 서민은 주거용도의 임차보증금이 사실상 재산의 전부라고 할 수 있다. 이러한 재산을 임대인의 운명에 따라

1) 대항력이란 주택임대차보호법 제3조 제1항에 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

2) 제3조의 제22항에 “제3조의 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법에 따른 경매 또는 국제정수법에 따른 공매를 할 때에 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다.”라고 하여 우선변제권을 인정하였다.

3) 민선찬, “소액임차인의 최우선변제권과 권리남용”, 저스티스 통권 제143호, 한국법학원, 2014, 276-281쪽.

모두 잃어버리게 된다면 너무 가혹한 일이 아닐 수 없다. 바로 최우선변제권은 이러한 영세서민의 소액임차보증금을 보호한다는 차원에서 도입된 제도이다.

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

하지만 현실에서 최우선변제권은 소유자의 채권자가 자신의 채권을 확보하기 위한 수단이나, 소유자가 일부 채무를 면탈하기 위한 방법으로 남용되고 있는 사례가 적지 않다. 가장임차인은 소유자뿐만 아니라 중개업자와도 통정하여 진정한 임대차계약인 것처럼 주장하기도 한다. 더 나아가 가장임차인은 소유자에게 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 받지 못하는 사례가 종종 발생하게 된다. 선순위 채권자는 이런 상황이 발생하게 되면 임차인과 소유자 또는 중개업자와의 계약이 허위임을 밝혀내야 하나, 점점 입증이 어려워지고 있는 것이 사실이다.

본 연구에서는 최우선변제권에 대한 법리 및 남용되고 있는 실태를 살펴보고 개선방안을 검토하고자 한다. 또한 분류된 유형에 대한 구체적인 판례를 가지고 가장임차인의 문제점을 재조명하고자 한다. 이를 바탕으로 주택임대차보호법의 주요 조문 중 개선되어야 할 부분을 제안하고자 한다.

Ⅱ. 최우선변제권의 법리 및 분석

1. 최우선변제권의 법리

주택임대차보호법상 최우선변제권에 대해 살펴보면 제8조 제1항 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.” 또한 제8조 제3항에 “제1항에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은

제8조의2에 따른 주택임대차위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있다.

임차인에 대한 최우선변제권은 근로자의 임금채권에 대한 최우선변제권과 동순위일 뿐 세금, 저당권 등 다른 권리자들과의 우선순위와의 관계에서는 항상 우선한다. 이처럼 임차인에게 최우선변제권을 부여하여 임차보증금 중 일정액의 범위⁴⁾에서 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있도록 한 이유는 소액임차인의 경우에 임차보증금이 소액이라 하더라도 그에게는 큰 재산이므로 그 보증금의 회수를 보호하려는 사회보장적인 차원에서 나온 민법의 예외규정이라고 말할 수 있다.

먼저 최우선변제권의 성립요건을 살펴보면 첫째, 소액임차인은 선순위 담보물권 설정일 당시 주택임대차보호법상의 기준금액이하하여야 보호대상이 된다.⁵⁾ 예를 들어, 2013년에 선순위 담보물권이 설정된 상태에서 임차인이 2014년 1월 이후에 임대차계약을 체결하였다면 2014년 개정된 주택임대차보호법 전의 임차인 보호범위 내의 소액임차보증금만큼이 보호된다.

둘째, 소액임차인은 경매개시결정이 되기 전에 대항력요건을 갖추어야 한다. 경매신

4) 주택임대차보호법 제8조에 소액임차보증금에 대한 내용을 보면 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추어야 하며, 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다.)의 2분의 1의 범위에서 대통령령으로 정한다.”고 되어 있다. 주택임대차 보호법 시행령 제3조에 구체적인 금액이 명시되어 있는데, 최근 2014. 1. 1. 개정된 내용으로 보면 소액임차보증금이 다음과 같다.

지역구분	임차인의 보호범위	소액임차보증금
서울특별시	9,500만원	3,200만원
수도권 과밀 역세권역	8,000만원	2,700만원
광역시 등	6,000만원	2,000만원
그 밖의 지역	4,500만원	1,500만원

5) 개정법 부칙 제3항에 의하면 이 법 시행 전에 임대주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 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 1990. 2. 9.에 있어서는 어떤 범위에서 소액임차인에게 우선변제권을 인정해 줄 것인가에 관하여 개정법의 위임에 따른 구체적인 요건을 정한 새로운 대통령령이 아직 시행되기 전이었으므로, 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 막바로 개정법의 시행시점으로 소급하여 위 4, 5순위 근저당권에 대하여 적용될 수는 없는 것이다. (대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다88824).

청 후 전입한 임차인이 소액임차인임을 주장하는 폐단을 방지하고자 1989년 12월 주택임대차보호법을 개정하여 동법 제8조 제1항 후단에 “이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.”고 도입되었다. 이러한 취지는 임차인은 임대차계약 당시 등기부등본을 보고 최소한 경매가 진행 중인지 여부를 확인해야 할 의무는 가져야 한다는 것에서 비롯된다. 이를 통해 경매개시결정기입등기 후에 새로이 체결한 임대차계약으로 대항력요건을 갖춘 임차인은 최우선변제권을 행사할 수 없도록 하여 주택임대차보호법에서 보호하는 소액임차인의 범위를 한정하려는 데 목적이 있다.

셋째, 소액보증금의 보증금의 합계가 주택가액⁶⁾의 2분의 1을 넘지 말아야 하며, 소액보증금은 각 임차인이 지급한 임차보증금을 한도로 기준을 삼는다. 이는 임차인이 최우선변제권을 행사할 수 있는 권리를 무한정 부여한다면 민법에서 규정한 물권이 채권에 우선한다는 원칙의 근간이 흔들릴 수 있다는 우려에서 규정된 것이다. 또한 먼저 설정한 근저당권자가 경매배당에서 많은 소액임차인의 최우선변제권의 행사로 인해 무배당이 되는 사례를 방지하는데 목적이 있다. 한편 소액임차보증금은 한 채의 주택에 여러 명의 임차인이 존재한다면 각 임차인이 지급한 보증금액별로 판단하여야 한다.

넷째, 소액임차인은 배당요구종기⁷⁾ 전까지 배당요구를 해야 한다. 민사집행법 제88조 제1항은 “집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그밖에 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다.”고 하였으며, 제148조에 제1호 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 제2호 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 제3호 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 제4호 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 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

6) “주택가액”이라 함은 낙찰대금에다가 입찰보증금에 대한 배당기일까지의 이자, 몰수된 임차보증금 등을 포함한 금액에서 집행비용을 공제한 실제 배당할 금액이라고 봄이 상당하다. (대법원 2001. 4. 27. 선고 2001다8974).

7) 민사집행법 제84조 1항에는 “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 배당요구종기일을 정하고 그 이전에 채권자가 배당요구를 하도록 규정하고 있다.

하는 것은 아니다.

판례는 최우선변제권을 가진 주택임차인이 배당요구를 하지 않고 나중에 배당을 받은 자에게 부당이득반환청구를 한 사안에 대해 소액임차인은 소액보증금 상당의 부당이득 반환청구권을 갖게 된다는 긍정적인 입장⁸⁾과 법률상 원인이 없어 부당이득반환청구권이 없다는 부정적인 입장⁹⁾이 있다. 판결의 요지는 소액임차인이 경매법원에서 보낸 경매통지서를 받았느냐 못 받았느냐에 따라 판결이 달라진다는 것이다.¹⁰⁾ 민사집행법에서는 소액임차인에게 송달이 되지 않으면 절차상의 하자로 경매가 진행되지 않으므로 부당이득반환청구권을 인정할 필요가 없게 되었다.

2. 최우선변제권의 분석

2.1 최우선변제권을 지닌 임차인의 비중분석

경매절차에서 낙찰된 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 낙찰된 건을 대상으로 데이터를 조사하였다.¹¹⁾ 지역은 서울, 경기, 인천지역으로 선정하였고 주택물건은 집합건물인 아파트, 연립, 다세대로 국한하였다. 이유는 우리나라 주택시장을 선도하는 지역이 서울과 수도권지역이고, 최우선변제권을 행사하기 좋은 물건이 집합건물이기 때문이다.

임차인 종류에 대한 정의를 살펴보면 먼저 임차인은 실제로 임차보증금이 있다고 법원에 신고한 임차인으로 정의하여 추출하였다. 다음으로 소액임차인은 임차인이 전입 당시 주택임대차보호법상 소액임차인에 해당하는 자로 정의하였으며, 여러 명이 존재하는 경우는 한 건으로 취급하고자 하였다. 그 이유는 임차인이 존재하는 건 중에서 소액임

8) 대법원 1990. 03. 27. 선고. 1990다카315 결정.

9) 대법원 2002. 01. 22. 선고 2001다70702 판결.

10) 이은희, “배당요구를 하지 않은 주택임차인의 부당이득반환청구권”, 법학연구 제10권 1호, 충북대학교 법학연구소, 1999, 163-176쪽.

11) 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 낙찰가율이 20%미만이거나 120%를 초과하는 건은 배제하였다. 이유는 개인사정이나 법적인 문제로 권리분석상의 하자가 매우 높게 존재할 수 있는 개연성이 있어 자료를 왜곡할 수 있기 때문이다.

차인의 비중을 파악하고자 하는데, 중복으로 계산하면 과다계상이 되어 통계의 오류가 발생할 수 있기 때문이다. 이러한 원칙에 근거하여 산출된 자료에서 임차인이 존재하는 비중을 먼저 살펴보면 아파트는 서울과 경기지역이 모두 38.3%인 반면 인천지역은 44.8%로 다소 임차인 비중이 높았다. 연립과 다세대도 서울과 경기지역은 각각 53.9%와 54.6%인 반면 인천지역은 66.9%로 임차인 비중이 높게 나타났다. 임차인 비중에 대해 분석해 보면 서울, 경기, 인천지역의 아파트보다는 연립과 다세대에 임차인의 비중이 높으며, 지역적으로는 인천지역의 임차인 비중이 높다는 사실이다.

소액임차인의 비중은 서울과 경기지역 아파트는 임차인 중 소액임차인이 차지하는 비중이 평균 53.6%와 59.7%수준이나, 인천지역 아파트는 소액임차인의 비중이 83.4%를 차지하는 것으로 나타났다. 한편 서울과 경기지역 연립과 다세대는 임차인 중 소액임차인이 차지하는 비중이 평균 61.7%와 77.2%수준이나, 인천지역의 소액임차인의 비중은 연립과 다세대가 96.0%나 된다. 서울, 경기, 인천지역 아파트의 소액임차인 비중보다 연립과 다세대에 소액임차인의 비중이 높게 나타났으며, 지역적으로는 서울과 경기지역 보다는 인천지역이 높게 나타났다는 분석결과를 도출할 수 있었다. 결국 임차인이나 소액임차인의 비중은 집합건물이 아파트보다 연립과 다세대에서, 지역은 서울, 경기지역보다 인천지역에서 높다는 사실을 알 수 있다. 이는 인천지역이 서울과 수도권에 비해 시세가 낮을 뿐 아니라 임차보증금도 상대적으로 낮아 소액임차인의 비중이 높은 구조를 형성한 것으로 추정된다.

〈표 1〉 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
임차인수	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 2〉 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
임차인수	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 3〉 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
임차인수	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 4〉 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
임차인수	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 5〉 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
임차인수	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 6〉 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	,98928
임차인수	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

2.2 가장임차인의 추정기준 및 비중분석

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.¹²⁾ 가장임차인은 기본적으로 집합건물¹³⁾에서 발생하는 경우가 많다.

그 이유는 다가구나 단독주택은 상대적으로 임차인이 많아 주택임대차보호법상 주택가액에 1/2범위라는 법에 제한이 될 수 있어 임차인이 가장으로 전입하였다가 다른 진정한 임차인들에게 견제당할 가능성이 높기 때문이다.¹⁴⁾ 특히, 인천지역을 선택한 이유는 최근 배당이의소송사건이 급증하고 있으며, 이는 가장임차인에 대한 문제도 많이 발생하고 있기 때문이다.¹⁵⁾

본 논문에서는 통계적인 자료를 통하여 가장임차인을 추정하기 위하여 다음과 같은 구체적인 기준을 정하기로 한다. 즉 소액임차인 중에서 ① 소액임차보증금과 근저당권,

12) 이용득/강정규/박태진, “경매사건에 있어서 가장임차인 대책방안에 관한 연구”, 부동산학회 제48호, 한국부동산학회, 2012, 7쪽.

13) 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.

14) 예를 들어 서울지역에서 2억 원에 낙찰된 다가구주택에 진정한 임차인 3가구와 가장임차인 1가구가 거주한다고 가정하자. 모두 32백만 원의 최우선변제금을 배당요구 한 상태라면 배당하여야 할 금액은 128백만 원이나 실제로는 주택가액의 1/2인 1억 원에 대해 1가구당 25백만 원씩 배당이 될 것이다. 그렇게 되면 진정한 임차인 가구가 자연적으로 가장임차인 가구에 대해 대항요건을 문제 삼아 배당에서 배척하고자 할 것이다.

15) 2014. 11. 14. 머니투데이 기사에 의하면 “14년 사법연감에 따르면 서울을 비롯한 수도권법원에 접수된 배당이의 소송은 1년 새 30%증가하였다. 특히, 인천지방법원은 31% 증가하였다. 배당이의소송이 차지하는 비중은 서울중앙지법의 민사소송 중 0.4%인데 비해 인천지방법원은 3.2%이다.”라고 한다.

가압류 등 선순위 채권의 합이 경매감정가(최초법사가)보다 큰 상태에서 임대차계약을 체결한 임차인 ② 경매개시결정기입등기 90일 전에 전입한 임차인¹⁶⁾ ③ 경매접수일 이후에 전입한 임차인으로 정의하여 분류하였다. ③은 주택임대차보호법에서 이미 가장 임차인으로 간주하여 배당에서 제외시켰으므로 이에 대한 쟁점은 해결된 상태이다.

현재는 ①과 ②의 가장임차인이 문제의 중심에 있다. 상기와 같은 가장임차인의 기준에 의한 결과에 근거하여 설명해 보면 서울, 경기, 인천지역 아파트에 소액임차인 중 추정된 가장임차인이 차지하는 비중은 각각 79.6%, 71.5%, 70.8%로 나타나고 있다. 서울, 경기, 인천지역 연립/다세대에서 소액임차인 중 추정된 가장임차인의 비중은 각각 57.1%, 58.5%, 67.8%이다. 여기서 알 수 있는 것은 가장임차인의 비중은 지역에 관계없이 아파트가 연립/다세대보다 높다는 것이다. 하지만 절대건수로 보았을 때에는 인천지역의 연립/다세대가 12,627건으로 압도적인 우위를 나타내고 있다는 것이다.

KB국민은행 부동산자료를 보면 전국의 연립다세대 전세가율은 2015년 1월 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 차지하는지 통계자료에 따르면 인천지역 아파트 매매가는 서울대비 41.8%, 경기대비 73.9%수준이며, 전세가는 서울대비 42.7%, 경기대비 71.2%수준이다. 인천지역 연립과 다세대주택 매매가는 서울대비 41.4%, 경기대비 70.3%수준이며, 전세가는 서울대비 43.9%, 경기대비 73.6%수준이다.

결국, 인천지역은 매매가나 전세가나 서울지역은 40%, 경기지역은 70% 수준이다. 위자료를 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.

16) 금융기관은 채무자가 연체를 시작하면 변제독촉을 하고, 이행하지 않으면 연체로부터 90일 경과시점에 경매를 신청하게 된다. 만약 소유자가 임차인과 정상적인 임대차계약을 체결하였다면 소유자가 받은 보증금으로 금융기관의 연체금을 변제하였을 것임에도 불구하고 연체를 한다는 것은 통정의 허위표시로 볼 수 있다. 이러한 사유로 90일전에 전입한 임차인에 대해 가장임차인으로 추정하고자 하였다.

〈표 7〉 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 8〉 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 9〉 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 10〉 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 11〉 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 12〉 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

2014년 1월 1일부터 시행되고 있는 소액보증금의 범위는 앞에서 살펴본 바와 같이 지역에 따라 다르다. 그런데 여기서 주목할 것은 서울과 경기지역에서 아파트가 연립과 다세대보다는 추정되는 가장임차인의 발생빈도가 높은 반면, 인천지역의 추정되는 가장임차인의 발생빈도는 주택물건 종류에 따른 차이는 거의 없는 것으로 나타났다는 것이다.

한편 물건별 평균전세가대비 소액임차인 보호범위의 비율(평균전세가 비율 = 소액임차인 보호범위÷평균전세가)이 추정된 가장임차인의 비중과 어떠한 차이가 있는지 확인하고자 하였다. 통계자료로 비교해 보면 아파트는 평균전세가비중이 낮은데도 불구하고 추정된 가장임차인의 비중이 높았다. 반면에 연립과 다세대는 평균전세가 비율이 거의 90%에 근접한 인천지역에서 추정된 가장임차인의 비중이 높게 나타났다.

〈표 13〉 물건별 평균전세가대비 소액임차인 보호범위 비중

(단위 : 백만원, %)

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

한편 금융기관인 삼성화재에서 2005년부터 2014년까지 최근 10년간 가장임차인으로 인해 배당배척 또는 배당이의소송을 제기한 건과 회수한 금액을 살펴보면 10년간 평균 13.6건이 발생하였다. 이 중 집합건물은 111건으로 81.6%였다. 나머지는 숙박업소나 주택 등이었다. 삼성화재가 법원에 배당배제신청을 하여 배당기일에 임차인이 배당에서 배제되었음에도 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 않은 건이 90건으로 약66.2%를 차지하고 있다. 반면에 법원에 배당이의소송을 제기한 건이 46건인데 여기서 주목할 만한

사실은 승소나 협의를 통해 조정으로 마무리된 건이 45건이었으며 실제 소액임차인으로 인정받은 경우는 1건에 불과하다는 것이다.

배당이 배제된 건이 66.2%라는 것은 소유자나 채권자의 이해관계인 등이 소액임차인으로 가장한 후 소액임차보증금을 배당받으려고 법원에 배당요구를 신청하였으나, 금융기관이 배당배제신청서를 법원에 접수하고 이것이 인용되면 가장임차인은 배당이익을 포기한다는 것이다. 왜냐하면 가장임차인이 배당이익을 하면 원고가 되어 입증책임이 본인에게 있기 때문이다.

〈표 14〉 연도별 가장임차인 배척건 및 회수금액

(단위 : 건, 억원)

	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12	'13	'14	계
배척건	5	12	23	20	17	16	10	12	8	13	136
회수금액	0.8	2.2	4.4	2.2	1.4	0.8	0.5	0.6	1.5	2.1	16.5

결국 주택임대차보호법에서 인정하고 있는 최우선변제권은 최초의 의도와는 달리 남용되고 있는 사례가 적지 않다는 사실을 상기의 자료를 통해 확인할 수 있다.

Ⅲ. 최우선변제권의 남용판례 분석

1. 남용유형

현실에서는 최우선변제권에 대해 남용되는 사례가 적지 않게 발생하고 있다.¹⁷⁾ 먼저 최우선변제권이 남용됨으로 인한 문제점과 유형에 대해서 살펴보기로 한다. 한편 법원에서 배당이익소송이 증가하고 있는 추세를 보면 보다 심각함을 실감하게 된다.

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

	부천	수원	성남	여주	평택	안산	안양	계
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

첫 번째 문제점은 채권자에게 예상하지 못한 위험요인으로 작용한다는 것이다. 통상 최우선변제권을 남용하는 임차인은 등기부등본상 채권액이 과다한 상태이거나 경매가 개시되기 직전에 전입한다. 이 때문에 채권자는 경매를 신청하고 나서 통상 2~3개월 후에 비로소 인지하게 된다. 만약 이러한 최우선변제권을 행사하는 임차인이 배당을 요구한 상태에서 채권자의 배당배척 등 이의가 없이 방치된다면 채권자 중 누군가는 배당금의 일부 또는 전부의 손실을 보게 될 수밖에 없는 운명에 처해진다. 그러다 보니 채권자에게 피해를 주는 상황은 우선변제권보다는 최우선변제권에서 발생하는 경우가 많다.

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

결국, 최우선변제권을 행사하는 가장임차인은 채권자들이 배당받을 정당한 권리를 침해하고, 채권자는 가장임차인을 상대로 배당이의에 대한 소송을 제기함으로써 불필요한 경제적 비용이 발생한다. 더욱이 최근 전세가격이 상승함에 따라 가장임차인의 발생을 부추기는 원인제공자로 브로커¹⁸⁾가 기승을 부리고 있다. 이로 인해 채권자만이 손실을 보게 되는 현상은 실제로 심심치 않게 발생하고 있어 사회문제로까지 확산되고 있다.

	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

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

또한 전세비중이 70%내외를 넘나드는 현재 상황에서 선순위 근저당권마저 존재한다면 최우선변제권뿐만 아니라 우선변제권으로도 진정한 임차인의 임차보증금을 보호하기 어려운 것이 현실이다.

이렇듯 현실성이 없는 최우선변제권 제도는 주택임대차보호법의 한계를 드러내게 된다. 더 나아가 주택임대차보호법상 최우선변제권은 소액임차인최소한의 임차보증금에 대한 권리를 보장하겠다는 취지를 몰각시키는 가장임차인의 발생을 부추기고 있는 결과를 초래하고 있다.

이런 최우선변제권의 남용에 대한 실질적인 근거를 제시하기 위해 삼성화재에서 2005년부터 2014년까지 가장임차인이 최우선변제권을 행사하여 다툼이 있었던 사건 136건을 중심으로 남용되는 유형별로 분류를 해 보기로 한다.¹⁹⁾

첫 번째 유형은 대항력요건이 흠결된 경우이다. 두 번째 유형은 채무자나 소유자의 이해관계인이 전입하여 최우선변제권을 행사하고자 하는 경우이다. 이해관계인은 채무자나 소유자 또는 채권자의 친인척, 형제 등으로 구성되어 있다. 세 번째 유형은 채무초과 상태에서의 사해행위 등 통정의 허위표시를 하는 경우이다. 특히 채무자나 소유자가 소액임차인과 통정하는 범위를 넘어 공인증개사 등이 개입하거나, 임차보증금을 임대인 통장에 입금하는 등의 고도의 수법으로 최우선변제권을 행사하는 경우가 발생하고 있다. 마지막으로 임차인이 경매가 진행될 것을 예견하면서도 소액임차인으로서 최우선변제권을 행사하는 것을 권리남용으로 보는 유형이다. 여기에는 기타 다양한 유형까지 포함하여 분류하였다. 분류된 내용은 다음과 같다.

〈표 15〉 가장임차인 유형별 배척건 및 비율

(단위 : 건, %)

구 분	건 수	비 율(%)
실질적으로 대항력요건이 흠결	45	33.1
채무자나 소유자의 친인척, 채권채무 등 이해관계	40	29.4
채무초과상태에서 사해행위 등 통정의 허위표시	36	26.5
기타(권리남용을 포함)	15	11.0
합계	136	100.0

19) 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 대출절차이기 때문이다.

2. 실질적으로 대항력요건이 흠결인 임차인

소액임차인이 전입신고는 하였으나 실제 점유하는 것처럼 형식적으로 대항력요건을 갖춘 상태에서 임차보증금을 배당받기 위해서 최우선변제권을 행사하는 경우이다.²⁰⁾ 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.²¹⁾ 실무적으로는 현장실사를 통해 소액임차인의 대항력요건에 흠결이 있음을 입증하여 배당에서 제외시키는 것이 일반적이다.

결국 상기 내용의 주요 관점은 소액임차인이 대항력요건 중에 점유를 하지 않고 전입신고만 한 사실만 가지고 대항력요건을 갖추었다고 인정해서는 안 된다는 것이다. 즉, 실질적인 거주목적인 아닌 형식적인 요건만을 갖춘 경우에는 최우선변제권을 인정하지 않는 것이 대법원 판례의 태도라 할 수 있다.

3. 이해관계가 있는 임차인

소유자나 채무자가 이사비용 등을 마련하기 위해 친인척, 형제 등 자신과 이해관계가 있는 자와 임대차계약을 체결하고 이해관계인을 임차인으로 둔갑시키는 경우는 진정한 소액임차인으로 보기가 어렵다. 또는 채권자가 기존채권을 회수하기 위해 자신의 친인척이나 형제 등을 전입시킨 경우도 소액임차인으로 판단하기에는 무리가 있다.

이런 사례에 대해 자세히 살펴보면 첫째, 임대인과 임차인이 외관상으로는 정상적인

20) 고등법원 2007. 11. 28. 선고 2001나12397에 의하면 “대항요건의 인정문제로, 전주소지 확인 등을 거쳐 주민등록전입은 하였으나 점유를 하지 않는 경우로 고등법원에서 사실심으로 판단한 판례가 있으며, 여기서는 임차인이 인천광역시에 가족과 같이 거주하면서 혼자만 경매신청 직전에 군포시로 전입한 것을 소액임차인으로 인정하지 않았다.”

21) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다53397에 의하면 “임대건물의 구조상 5세대의 임차인이 있기는 어려운 점, 임차인의 전입신고가 임대인이 대출연체로 그 채권자로부터 법적 조치를 취하겠다는 최고장을 받은 이후 경매개시 전에 집중되어 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 때 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.”고 하였다.

임대차계약을 체결하였다고 하더라도 객관적으로 정상적인 임대차계약이 아닌 경우에는 친인척, 형제 등으로 이해관계가 이루어진 최우선변제권은 인정되어서는 안 된다.²²⁾ 주택에 대해 사용·수익을 하는데 있어서 통상 부모나 형제간에는 임대차보다는 사용대차로 이루어지는 경우가 일반적이다. 임대차계약이라 하더라도 시세보다 저렴한 임대차계약인 경우도 있다. 하지만 상호 이해관계가 있는 상태에서 경매직전에 임대차계약을 체결하고 대항력요건을 갖춘다는데 문제가 있다. 이러한 사례가 발생하는 이유는 부모와 자식, 형제간의 허위 임대차계약의 작성이 용이하기 때문인 것으로 생각된다.

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.²³⁾

4. 사해행위 등 통정의 허위표시를 한 임차인

최근에 가장 많이 발생하고 있는 유형 중 하나는 브로커가 소액임차인, 소유자 또는 채권자, 공인중개사와 통정의 허위표시로 소액임차보증금을 배당받고자 하는 것이다.²⁴⁾ 이러한 사례의 임대차계약이 시도되는 이유는 채권자를 제외한 경매의 이해관계인들에게 이익이 되기 때문이다. 소유자는 배당금으로 채무를 변제하고 나면 이사비용이 없고, 임차인은 적은 돈으로 저렴한 주택을 필요로 하는 경우가 있다. 특히 인천과 같이 소액임차보증금의 보호범위와 실제 전세가가 비슷한 지역은 더욱 이해관계인의 이익을 추구하기에 좋은 여건이다. 실제 인천에서 발생한 사건을 보면 먼저 브로커는 소유자, 임차인에

22) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48559에 의하면 “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, 임대차계약서를 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 임대차계약서를 작성한 가장임차인으로 봄이 상당하다.”고 보고 있다.

23) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다14733 판결.

24) 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184 판결.

중개사까지 합류시켜 계약서를 작성한다. 임차인은 소유자 통장에 소액임차보증금 범위 내의 금액을 전세금인 것처럼 입금한 후 최우선변제금액을 제한 금액을 되돌려 받는다. 중개사는 계약서를 작성해 주고 소정의 수수료를 받는다. 결국 소유자는 최우선변제금액을 받아 이사비용을 마련하고, 임차인은 1년 이상 거주 후 법원에서 최우선변제금액을 배당받으므로 둘 다 이익이 된다. 브로커와 중개사는 이들로부터 수수료를 받으므로 또한 이익이 된다. 이로써 채권자를 제외하고 모두 이익이 되는 임대차계약이 성립하게 되는 것이다.

한편 통정의 허위표시가 아니더라도 채무가 초과된 상태에서 소액임차인과 임대차계약을 체결하여 채권자를 해하는 사해행위의 문제도 발생한다.²⁵⁾ 소유자는 이미 시세보다 채무액이 초과하여 정상적인 임대차계약을 체결할 수 없음에도 불구하고 임차인과의 임대차계약을 통하여 최우선변제권을 행사하고자 한다. 이러한 사해행위는 채무자의 약의는 추정되고, 수익자인 임차인의 약의 또한 추정되므로 소액임차인으로 인정해서는 안 된다. 결론적으로 주택의 시세보다 채무가 더 많은 상태에서 경매개시결정 전에 전입하고 점유하여 대항력요건을 갖추었다고 하여 진정한 소액임차인으로 보아 최우선변제권을 인정하여서는 안 된다.

5. 권리남용을 행사한 임차인

2013년 12월 12일 대법원이 내린 판결 2013다62223은 임차인이 주택임대차보호법을 악용하였으므로 소액임차인 보호에 관한 규정이 적용되지 않는다는 취지만을 밝히고 있다. 즉 이 사건은 실질적으로 대항력요건을 임차인이 경매가 개시될 것을 예상하고 최우선변제권을 행사하려고 전입한 경우라도 정상적인 소액임차인으로 인정하고 하지 않았다. 민선찬²⁶⁾은 법적인 근거없이 주택임대차보호법의 입법목적과 소액임차인 보호의 취지의 근거로만 결론을 내린 판례를 비판하면서 소액임차인의 최우선변제권에 대해서 권리남용으로 해석하였다. 즉 판례는 갑이 아파트를 소유하고 있음에도 공인중개사

25) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771에 의하면 “소정의 요건을 갖춘 임차인에 대하여 선행의 담보권자 등에 우선하여 소액보증금을 회수할 수 있도록 한 입법 취지에 비추어 보면, 수익자인 임차인의 선의를 판단함에 있어서는 실제로 보증금이 지급되었는지, 그 보증금의 액수는 적정한지, 등기부상 다수의 권리 제한관계가 있어서 임대인의 채무초과상태를 의심할 만한 사정이 있었는데도 굳이 임대차계약을 체결할 이유가 있었는지 등에 대하여 종합적으로 판단하여야 한다.”고 하였다.

26) 민선찬, “소액임차인의 최우선변제권과 권리남용”, 저스티스 통권 제143호, 한국법학원, 2014, 269-293쪽.

인 남편의 중개에 따라 근저당권 채권최고액의 합계가 시세를 초과하고 경매가 곧 개시 될 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.²⁷⁾ 이미 유치권 판례²⁸⁾에서는 유치권자가 경매가 진행될 것을 예견한 상태에서 저당권자 등 다른 채권자가 채권 만족에서 불이익을 볼 것을 알면서 유치권을 주장하는 것은 권리남용으로 허용될 수 없다고 하였다.

IV. 결 론

2005년부터 2014년까지 서울, 경기, 인천지역에 낙찰된 집합건물에서의 소액임차인과 추정된 가장임차인의 비중을 알아보았다. 또한 같은 기간에 삼성화재에서 가장임차인으로 추정되는 소액임차인과 다투었던 배당배척 또는 배당의 사건을 대상으로 최우선변제권이 남용되는 유형과 이와 관련된 판례를 살펴보았다. 가장임차인은 세 가지로 분류하였는데, 임차보증금과 등기부등본상 채권액의 합이 감정가보다 높은 경우, 경매개시 결정 90일 전에 전입한 임차인의 경우, 경매접수일 이후에 전입한 임차인의 경우이다.

통계자료에서의 시사점은 임차인이 소액임차보증금을 배당받으려고 최우선변제권을 남용하므로 인해 채권자가 피해를 많이 입고 있다는 사실이다. 대안으로 주택임대차보호법 제8조 1항에 소유자가 채무초과상태이거나 소액임차인이 경매직전의 전입하는 것에 대한 요건을 강화하는 단서조항을 추가하는 법 개정을 제안하고자 한다. 이를 통해 소액임차인이 경매개시결정일 전에 제8조 1항에 의해 대항력요건만 갖추면 최우선변제권을 언제든지 행사하는 권리남용을 방지하고자 한다. 앞서 판례에서 살펴보았듯이 소액임차인이나 소유자가 채무초과상태에서 사해행위나 권리남용을 행함으로써 인해 채권자가 피해를 보고 있다. 또한 브로커, 소유자, 임차인, 중개사의 통정의 허위표시로 인해 채권자가 피해를 보고 있다. 더 나아가 법원은 배당이의소송에 많은 시간과 비용을 할애하고 있는 실정이다. 결국 최우선변제권의 행사를 강화하는 단서조항을 두어 임대차계

27) 대법원 2013.12.12. 선고 2013다62223 판결.

28) 대법원 2011.12.22. 선고 2011다84298 판결.

약을 가장한 채무자, 소액임차인, 소유자 등이 최우선변제권을 악의적으로 이용하려는 경우를 최소화하는데 개정의 목적이 있다.

주택임대차보호법이 제정되어 시행한지도 34년이 지나고 있다. 이 법은 임차인의 주거 안정을 위함이 목적이었으며, 실제로 임대인의 신용에 따라 운명을 같이 하던 임차인의 불안한 지위로부터 안전하게 보호해 주는 장치로서의 역할을 한 것도 사실이다. 하지만, 현실에서는 소유자가 채무초과상태에서 중개사와 통정하여 채무를 면탈하는 사해행위가 횡횡하고 있다. 또한 후순위채권자는 가장임차인을 활용하여 채권회수를 위한 방편으로 최우선변제권을 남용하기도 한다. 이와 같이 진정성이 의심되어 보호받지 말아야 하는 임차인도 보호되는 사례가 종종 발생하고 있어 법의 취지를 몰각시킬 우려가 커지고 있다. 더욱이 최우선변제권 제도는 가장임차인으로 인해 제도를 남용하는 사례를 조장하고 있는 면도 있다.

결국, 주택임대차보호법은 진정한 임차인이 보호받도록 하기 위해서는 역으로 최우선변제권을 통해 소액임차보증금을 노리는 가장임차인에 대해서는 보다 엄격한 제도를 마련하는 것이 급선무가 아닐까 한다. 이를 통해 1981년에 제정된 주택임대차보호법 기본취지인 서민의 주거안정이 진정으로 실현될 수 있을 것이라고 기대해 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 김준호, 민법강의 개정판 18판, 2012.
- 민태욱, 부동산 사법 제4판, 부동산연구사, 2014.
- 법원실무제요 발간위원회, 법원실무제요 민사집행 I ~ IV 개정판, 법원행정처, 2003.
- 배종근, 주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법 판례정리, 동아대학교출판부, 2010.
- 오시정, 근저당권의 이론과 실무 제2판, 한국금융연수원, 2012.
- 황동룡, 채권관리실무 上, 下 개정판, 한국경영법무연구소, 2010.

2. 학술지

- 김판기, “주택임차인 임차보증금 보호를 위한 법정채적 고찰”, 법과 정책연구 제13권 1호, 한국법정책학회, 2013, 265-286쪽.
- 민선찬, “소액임차인의 최우선변제권과 권리남용”, 저스티스, 통권 제143호, 한국법학원, 2014, 269-293쪽.
- 박규용, “주택임대차보호법상 임차인보호에 관한 판례의 동향”, 법학연구 제56호, 한국법학회, 2014, 1-18쪽.
- 백종환, “주택임대차보호법상 임차인 보호에 관한 연구”, 집합건물법학 제5권, 2010, 한국집합건물학회, 161-216쪽.
- 오미진/김성욱, “주택임차인의 대항요건에 관한 재검토”, 아주법학 제8권 2호, 아주대학교 법학연구소, 2014, 205-226쪽.
- 이용득/강정규/박태진, “경매사건에 있어서 가장임차인 대책방안에 관한 연구” 부동산학보 제48권, 한국부동산학회, 2012, 5-21쪽.
- 이은희, “배당요구를 하지 않은 주택임차인의 부당이득청구권”, 법학연구 제10권 1호, 충북대학교 법학연구소, 1999, 163-176쪽.
- 이재경, “주택임대차보호법상 소액임차인의 최우선변제권에 대한 제한”, 민사법이론과 실무 제18권 2호, 민사법이 이론과 실무학회, 2015, 1-27쪽.
- 한삼인/김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 법학연구 제21권, 한국법학

회, 2006, 119-145쪽.

3. 전자문헌

건국대학교 상허기념도서관 (<http://kkul.konkuk.ac.kr>).

인포케어(www.infocare.co.kr).

학술연구정보서비스 (<http://www.riss.kr>).

[Abstract]

A Review on The First Priority Discharge Right of Housing Lessee

Cho, Sang-Yong*

Min, Tae-Uk**

The Housing Lease Protective Law on March 05, 1981 was one of the most important laws for the lessees. However it is reality that the institutions which protect tenants drop auction price ratio and they are used as means of allocating because of pretense tenant. The pretense tenant is that a person who claims for a opposition power with fact that owner's relatives or lineal ascendant and descendant move in the house in advance. He will affect risky factors for bidders. The pretense tenant who claims for the first priority discharge right with fact that he or she moves in the house just before auction will affect risky factors for creditors.

For this analysis, this research categorized and investigated 136 apportionment exclusion application forms registered in the financial institutions during the past 10 years from 2005 to 2014. We will confirm the weight of small tenant and pretense tenant in the auction market. We will limit auction event to collective housing in the metropolitan area. This area means Seoul, Gyeonggi, Incheon's district. Also as a legal, we presented Supreme Court's Precedents.

In this study, we wish that real tenant will be protected and pretense tenant will be excluded. So we expect that the example which abuse the first priority discharge right will be exterminated. By extension, we expect that The Housing Lease Protective Act aim residential stabilization of common people.

[Key Words] The Housing Lease Protective Act, Small Tenant, Pretense Tenant, The Opposition Power, The First Priority Discharge Right

* Ph. D in Real Estate, Hansung University

** Professor, Real Estate, Hansung University