

法學碩士 學位論文

가장임차인의 일반적 고찰과 피해에 대한 대책방안에 관한 연구

-판례와 유형별 사례를 중심으로-



釜慶大學校 大學院

法 學 科

薛 英 淑

法學碩士 學位論文

가장임차인의 일반적 고찰과 피해에 대한 대책방안에 관한 연구

-판례와 유형별 사례를 중심으로-

指導教授 崔 明 龜

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2007年 8月

釜慶大學校 大學院

法 學 科

薛 英 淑

薛英淑의 法學碩士 學位論文을 認准함

2007年 8月 日



主 審 法學博士 高 明 植 印
委 員 法學博士 朴 正 基 印
委 員 法學博士 崔 明 龜 印

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구목적	1
제2절 연구범위와 방법	3
제2장 가장임차인의 이론적 고찰	5
제1절 가장임차인의 개념적 이해	5
1. 가장임차인의 개념	5
2. 임대차와 가장임차인과의 관계	6
(1) 민법상의 임대차와 가장임차인	6
(2) 특별법상 임대차와 가장임차인	8
3. 부동산경매의 배당절차상 보호되는 주택임차인의 유형	9
(1) 대항력만 인정되는 임차인	9
(2) 확정일자에 의한 우선변제권만 인정되는 임차인	10
(3) 대항력과 우선변제권 모두 인정되는 임차인	11
1) 긍정설	12
2) 부정설	13
(4) 최우선변제권이 인정되는 임차인	14
(5) 임차권등기를 경료한 임차인	14
제2절 가장임차인의 법적지위와 가해범위	15
1. 가장임차인의 법적지위	15
(1) 임대인과의 관계	17
(2) 이해관계인과의 관계	18
(3) 경락자와의 관계	19

2. 가장임차인의 가해범위	20
(1) 이해관계인의 손해가 되는 경우	21
(2) 경락자의 손해가 되는 경우	22
(3) 형태별 가해범위	23
제3절 가장임차인의 행사의도	24
1. 배당에서 채권자의 채권회수 방해	24
(1) 배당요구 절차	24
(2) 배당요구 효과	25
(3) 배당절차와 가장임차인	26
2. 주택의 명도 방해	27
제4절 가장임차인의 행사수단	27
1. 주택임대차보호법의 우선변제권	27
(1) 우선변제권과 가장임차인	27
(2) 우선변제권 부여방법	29
1) 확정일자에 의한 우선변제권	29
2) 소액임차인의 최우선변제권	30
2. 주택임대차보호법의 대항력	30
(1) 대항력	30
(2) 주민등록	31
(3) 대항력과 가장임차인	32
3. 가장임차인의 행사수단에 대한 배제	33
(1) 배당이의의 소	33
(2) 부당이득반환청구의 소	34
(3) 인도명령	34
 제3장 가장임차인 관련 판례와 유형	35
제1절 서	35

제2절 가장임차인 관련 판례	38
1. 임차인이 임차보증금의 존재를 부인한 후 다시 주장한 경우	38
2. 대항력을 갖추지 않고 배당을 주장한 경우	39
3. 임차건물의 구조상 지나치게 임대인이 많은 경우	40
4. 기존 채권의 담보를 목적으로 한 경우	41
5. 소액임차인의 최우선변제권을 악용한 경우	43
제3절 가장임차인의 유형	45
1. 통정허위표시인 경우	46
(1) 임차보증금이 지나치게 많으며 임차인이 친인척관계에 있는 경우 ...	46
(2) 소유자의 가족이 알지 못하는 임차인이 있는 경우	47
2. 특별법상 입법취지에 반하는 경우	47
(1) 전입날짜와 확정일자를 받은 날이 지나치게 거리가 있어서 금액의 수정이 의심스러운 경우	48
(2) 소액임차인의 최우선변제권을 악용하는 경우	50
3. 경락자에게 사해행위를 하는 경우	54
(1) 실제거주가 불분명하지만 선순위 전입자로 위험가능성이 많은 경우 ...	54
(2) 의도적 전입일 경우 경락자의 손해가 발생하는 경우	56
제4장 가장임차인에 따른 문제점과 대책방안	58
제1절 서	58
제2절 가장임차인을 발생시키고 있는 주택임대차보호법 및 배당절차의 문제점	60
1. 주택임대차보호법의 입법정책상 문제점	62
2. 사회인식의 문제점	62
3. 우선변제권의 문제점	63
(1) 확정일자의 문제점	63
1) 기능상의 문제점	63

2) 시기상요건의 문제점	64
(2) 최우선변제권의 문제점	65
1) 허술한 서류심리	66
2) 시기상요건의 문제점	67
4. 대항력의 문제점	68
(1) 주택인도의 문제점	68
(2) 주민등록의 문제점	69
제3절 가장임차인을 근절하기 위한 대책방안	70
1. 제도적 보완방안	70
(1) 서류심리의 강화	70
(2) 우선변제권의 행사제한	71
2. 제도적 도입방안	72
(1) 주택임차권 등기의 의무화	73
(2) 임대차계약서 열람제도 도입	74
(3) 집행관에게 사법보좌관 지위부여	75
제5장 결 론	77
참고 문헌	82

표 목 차

<표 2-1> 가장임차인의 형태별 가해범위	23
<표 4-1> 2006년도 부산광역시 경매현황	59
<표 4-2> 2006년도 부산광역시 배당을 요구한 임차인의 현황	59

그림 목차

[그림 3-1] 가장임차인 대응방안	37
[그림 4-1] 가장임차인을 발생시키고 있는 문제점	61

***A Study on Pseudo-tenant and Countermeasures
Against Damage Caused by Pseudo-tenant***

- Focused on Pseudo-tenant Cases by Types -

Young Sook Seol

*Department of Law, The Graduate School,
Pukyong National University*

Abstract

The house lease protection law is a regulation on special case of civil law to protect the right to live of tenant who is a absolute weak in socio-economic. Disguised tenant misuse this regulation generally by interrupting the credit collect of creditor in a form of a tenant who has preferred repayment right and particularly, use of preferred repayment right by confirmed date and the first repayment right of a small sum tenant.

During execution procedure, when disguised tenant can't join the allotment as not qualified as interest connector, there are problems of unexpected damages as he appears against a successful bidder as trouble maker.

This study expects to activate the market of healthy property auction by groping systemized repletion and introduction plans as alternative plan after understanding the problems and reasons of disguised tenant appearing through analysing instances and leading cases related to disguised tenant.

Systemized repletion plans are

First, strengthening the paper examination such as passing through the procedure of attaching the fact confirmation of possession connection when it's difficult to acknowledge the lease connection for disguised moved in person in general sense, and anyone should be able to open lease connection and the other by granting

public announcement and public trust on the lease contract and fixed date.

Second, in the case of allotment of the first repayment right by small amount tenant, the allotment should be given to tenant who meets all requirements as small amount tenant since one year before the registration of deciding auction opening. If requirements are met after registration of the decision of commencement of bidding in case of right to obtain preferential satisfaction on a fixed date, the right to obtain preferential satisfaction should not be granted.

Systemized introduction plans are

First, public trust function should be ensured for the third party by applying registration could be done by tenant individually by establishing (the right of lease a house) on property registration law.

Second, Leases should be offered for public reading, and only when a lessee is reported as a responsible person his right can be guaranteed.

Third, responsible aspects should be set clearly by providing status as private law assistant to executor in order to exterminate the formality investigation of substance and with no sense of responsibility by executor

제1장 서론

제1절 연구목적

부동산경매란 채무자가 약속한 기일까지 채무를 상환하지 않을 시 채권자가 법원으로 하여금 채무자의 부동산을 강제로 매각하게 하여 그 매각대금으로부터 채권자의 채무를 변제받는 강제절차를 말한다. 이러한 부동산경매는 채권자의 자력구제를 원칙적으로 인정하지 않고 있는 현재도에서 사권실현의 궁극적 절차이며 금융매개수단인 저당권 등의 최후의 보장기능으로 큰 역할을 수행하고 있다.

강제집행절차는 구체적·현실적 권리로 크게 압류·환가·배당 과정의 총체이고, 특히 배당절차는 강제집행절차에 따라 채무자의 부동산을 환가한 후 다수의 채권자들의 채권을 만족시키는 과정이다. 이리하다 보니 실질적으로 부동산경매의 목적은 배당에 있다 할 수 있다. 현행 민사집행법에서는 배당순위와 방법에 관하여는 직접적으로 규정하고 있지 않고 단지 민사집행법 제148조에서 배당받을 수 있는 자로 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자로 규정함으로써 평등주의와 우선주의에 입각하여 배당할 것을 간접적으로 규정하고 있다.

이런 이유로 모든 채권자의 채권이 평등하다면 그 채권액에 비례하여 배당하면 족하겠지만, 우선권을 가진 채권자¹⁾가 있는 경우에는 일반채권자²⁾보다

1) 근저당권자나 전세권자 및 지상권자 등과 임차인의 경우에는 주택임대차보호법 제3조의 2의 제2항과 제8조에 의해서 보호되는 경우가 있을 수 있다.

2) 특별한 담보를 갖고 있지 않았다는 의미에서 일반채권자 또는 무담보채권자라고 한다.

우선하여 배당하여야 함으로 일반채권자는 채권 성립 시에는 존재하지 않았던 우선변제권을 가진 임차인의 등장으로 불측의 손해를 입을 수 있는 것이다.

그리고 주택임대차보호법에 의하여 보호되는 주택임차인은 부동산경매에 있어서 거의 절대적인 혜택을 받고 있다. 그 결과 주택임차인의 존부에 따라 집행절차의 이해관계인³⁾들 및 경락자에게 끼치는 영향이 지대함에도 불구하고 그 존부가 등기부 기타 어느 공부에도 공시되지 않거나 주택임대차보호법이 규정하고 있는 불완전한 공시방법과 제도의 미비로 인하여 당연하다는 듯이 가장임차인이 출현하고 있다. 이런 가장임차인의 출현으로 부동산경매상의 이해관계인들 및 경락자는 불측의 손해를 입는 것이 현실이다.

주택임대차보호법은 사회적·경제적으로 절대적 약자인 임차인의 생존권 보호를 목적으로 제정된 민법에 대한 특례를 규정한 법률이다. 이런 제도를 악용하는 가장임차인은 우선변제권이 있는 임차인의 형태로 하여 채권자의 채권 회수를 방해하고 있는 것이 일반적이며 소액임차인의 최우선변제권과 확정일자에 의한 우선변제권을 이용하는 경우가 대부분이다. 또한 집행절차에서 이해관계인⁴⁾으로서 자격을 부여받지 못하고 배당에 참여하지 못하는 경우의 가장임차인은 경락자에게 큰 문제의 대상으로 나타나게 되어 불측의 손해를 입히게 되는데 이런 사회적으로 비난 받음이 당연하다 생각된다.

본 연구는 가장임차인의 유형을 분석하여 이에 대한 효과적인 대책방안을 모색하는데 그 목적이 있다. 이를 구체적으로 제시하면 첫째, 가장임차인의 일반적인 내용의 이해와 둘째, 가장임차인과 관련된 판례와 유형별 사례를 바탕

3) 경매절차에서 이해관계인이라 함은 경매목적물인 부동산에 대하여 이해관계를 가진 자 중에서 특히 보호할 필요가 있는 자로 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 채무자 및 소유자, 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람이다(민사집행법 제90조).

4) 주택임차인은 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명하여야 이해관계인의 자격이 부여되며 이해관계인이 되는 임차인은 주택임대차보호법 제3조 제1항의 규정에 따라 주택의 인도 및 주민등록을 마친 임차인이면 족하고, 여기에 더하여 주택임대차보호법 제3조의 2 제2항 소정의 확정일자를 받은 임차인이거나 제8조 소정의 소액임차인에 해당하여 우선변제권까지 있을 필요는 없다(대법원 1995. 6. 5. 선고 94마2134 판결).

으로 가장임차인을 발생시키고 있는 문제점을 도출하고 셋째, 가장임차인을 근절하기 위한 제도적 대처방안에 대하여 논하고자 한다.

제2절 연구범위와 방법

이 논문의 연구범위는 가장임차인과 관련한 판례와 유형별 사례를 분석하여 원인 및 문제점을 도출함으로써 대책방안을 모색하는 것이다. 가장임차인은 경매가 진행되는 주택에 실질적인 임대차관계가 없음에도 불구하고 주택임대차보호법이 규정하고 있는 임차인으로서 외관을 갖추어 동시에 권리신고 및 배당요구를 하거나 실질적으로 주택을 인도 받아 경매법원에 임차인으로서 권리신고와 배당을 요구하여 채권자의 채권회수권과 경락자의 권리를 침해하며 주로 부동산경매 중 배당절차와 관련하여 주택임대차보호법상 보호되는 임차인의 우선변제권⁵⁾과 깊은 관련을 보이고 있다.

주택임대차보호법의 핵심적인 내용은 임차인의 보증금 회수와 임대차 존속기간의 보장이다. 임차인의 보증금 회수의 방법으로 대항력과 우선변제권이 중심적 내용이 되는데 대항력은 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 일일부터 제3자에 대하여 효력이 생기는 것(주택임대차보호법 제3조 제1항)이고 우선변제권은 임차주택(대지를 포함한)의 환가대금으로부터 후순위권리자 기타 채권자보다 우선(주택임대차보호법 제3조의2 제2항) 또는 임차보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 최우선(주택임대차보호법 제8조)하여 보증금을 변제 받을 수 있는 것을 말한다. 가장임차인의 경우 확정일자 있는 우선변제권과 소액임차인의 최우선변제권의 제도적 미비로 인하여 주로 나타나게 되며, 이외에도 가장임차인은 여러 가지 다양한 형태로 나타나는 것을 볼 수 있고 이런 가장임차인이 발생하게 되는 문제점과 대책방안에 대하여 각 연구하

5) 여기서의 우선변제권은 확정일자에 의한 우선변제권(주택임대차보호법 제3조의2 제2항)은 물론으로 하고 소액임차인의 최우선변제권(주택임대차보호법 제8조)도 포함한다.

도록 한다.

이에 따라 제2장에서는 가장임차인의 이론적 고찰이라는 제목으로 제1절에서는 가장임차인의 개념적 이해, 제2절에서는 가장임차인의 법적지위와 가해범위에 관하여, 제3절에서는 가장임차인의 행사의도, 제4절에서는 행사수단에 대하여,

제3장에서는 가장임차인에 대한 분석으로, 제2절에서는 가장임차인 관련 판례를 분석하고, 제3절에서는 가장임차인에 대한 유형별로 분석하였고,

제4장에서는 가장임차인에 따른 문제점과 대책방안으로 제1절에서는 간략하게 문제점을 인식시키고, 제2절에서는 가장임차인을 발생시키고 있는 주택임대차보호법 및 배당절차의 문제점에 대하여, 제3절에서는 가장임차인을 근절하기 위한 대책방안에 대하여,

끝으로 제5장에서는 지금까지의 내용을 정리요약하면서 결론을 맺는다.

이 논문은 부동산경매에 있어서 임차인의 보호와 관련하여 나타나는 가장임차인에 대하여 주로 이미 다뤄진 연구를 바탕으로 하여 새로운 접근을 시도하고자 한다. 또한 부동산 경매에 실제로 나와 있는 데이터를 통해 가장임차인의 사례를 분석하였고, 가장임차인의 유형을 판례와 사례를 중심으로 해서 그 유형에 따르는 원인과 문제점을 도출하며, 각종 논문 및 판례과 법률서적을 통하여 가장임차인에 대한 기본적인 이해를 하였으며, 궁극적으로 가장임차인의 예방 및 대책방안을 모색하고자 한다.

제2장 가장임차인의 이론적 고찰

제1절 가장임차인의 개념적 이해

1. 가장임차인의 개념

“가장 또는 허위임차인⁶⁾”이란 한 주택이 경매에 넘어가게 될 것이 예상되는 상황에서 주택의 소유자와 친인척 또는 지인의 관계에 있는 사람이 소유자와 실질적인 임대차계약 없이 무상으로 거주하고 그리하여 그 주택이 경매에 넘어가자 주택의 소유자와 짜고 허위의 임대차계약서를 만들어 이를 토대로 임차권을 주장하는 사람과 소액보증금의 최우선변제권이 인정되는 소액임차인은 담보물권자보다 우선하여 보증금 중 일정액을 최우선으로 변제받을 권리가 주어지게 되는 점을 악용하여 주택을 임대차하지 않은 자가 소액보증금을 받기 위하여 서류상으로만 주민등록을 옮겨 놓고 주택의 소유자와 허위의 임대차 계약서를 작성한 사람을 말한다.⁷⁾

또한 근저당권자가 담보로 제공된 주택에 대한 담보가치를 조사할 당시 임차인이 그 임대차 사실을 부인하거나 임차보증금의 액수에 관하여 스스로 불리한 진술을 한 후 실질적으로는 배당절차에서 이러한 진술을 반복하여 임대

6) 가장의 임차인이라는 개념이 일반적으로 용어적 정의가 내려진 상태가 아니어서 주관적 견해가 가미되어지는 건 당연하며 가장과 허위의 단어적 정의에 의해서 그때 그때마다 해석이 다른 양상을 보일 것이다. 가장임차인의 경우는 부동산경매에서 특히 주택임대차보호법이 제정됨으로 인하여 나타난 현상으로 일반적인 임대차와 형식은 같이 하되 목적이 다른 경우라서 사실상 구분하기에 어려운 점이 많이 있을 것이다.

7) 임대차계약이 통모에 의한 허위의 의사표시이거나 임차인이 실제로 거주하지 아니하였음에도 불구하고 임차보증금을 배당받기 위하여 임차인의 형식만을 갖추어 배당요구를 한 경우 가장임차인이라 판시하고 있다(대법원 2000. 4. 21. 선고 99다69624 판결).

차의 대항력 또는 위 진술상의 액수를 초과하는 임차보증금 반환채권의 존재를 주장하여 배당요구를 하는 사람을 말한다.⁸⁾

그리고, 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 기존채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 대항력을 취득한 사람을 말한다.⁹⁾

이러한 경매절차상에서 임차인으로 보장받을 수 있는 점을 악용한 허위의 임차인뿐만 아니라 경락자에서 손해를 가할 목적으로 실질적으로 거주하지 않으면서 최우선으로 주민등록을 마친 경우¹⁰⁾나, 경매가 진행되는 도중에 경매주택에 거주를 하여 적지 않은 이사비용을 요구하는 사람 또한 포함시켜야 할 것이다.

또한 확정일자에 의한 우선변제권이 인정되는 임차인은 민사집행법 제84조 제1항에 의하여 주택의 경매가 진행되고 있더라도 배당요구의 종기까지 확정일자를 구비하면 되기에 이 점을 악용하여 임차한 임차인은 일반채권자의 권리를 침해할 수 있으므로 이 또한 넓게는 가장임차인으로 포함시키고자 한다.

2. 임대차와 가장임차인과의 관계

(1) 민법상의 임대차와 가장임차인

가장임차인의 목적은 부동산경매에서 배당과 주택의 명도와 관련하여 이해관계인들 및 경락자의 손해로 인하여 자신에게 금전적 이익을 취하고자 함에

8) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다12211 판결; 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2788 판결 참조.

9) 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184, 24191 판결 참조.

10) 주택임대차에서는 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 하므로(대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1695 판결) 단지 주민등록만 되어 있는 경우라면 대항력이 발생하지 않아서 문제의 여지가 없겠지만, 경락자를 해할 목적으로 배당에 참여하지 않아서 주택의 인도 유무의 확인이 어려운 점을 이용하는 경우가 있을 수 있다.

있으며, 그러하다 보니 사실 민법상의 임대차 즉, 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는(민법 제618조) 일반적인 임대차의 요건들과는 거리가 있다할 수 있다.

그러나, 처음의 계약당시 임대인과 임차인의 요건으로 민법상의 임대차 계약을 체결하였다 하여도 일단 그 목적 주택이 경매에 들어가게 되어 배당이라는 특수한 상황에 접하게 된다면 임대인과 임차인의 담합으로 가장임차인을 발생시킬 수 있는 문제이다. 이렇게 하여 만들어진 가장임차인은 임차권 등기가 되어 있다면 당연히 민사집행법 제90조 3에 의해서 이해관계인이 되지만, 임차권 등기가 되어 있지 않는 임차인이라면 동법 제90조 4에 의해 권리를 증명하여야 이해관계인이 되어 경매의 배당절차에 참여 할 수 있게 된다.

이러한 일반적인 민법상의 임대차에 있어서 임차인이 임대인에게 보증금을 지급한 후 나중에 이를 반환 받을 채권이 생긴 경우, 임차인은 원칙적으로 위 채권이 있다는 사실만 가지고는 임대인의 부동산에 대한 경매절차에서 배당을 받을 수 없다. 왜냐하면 위와 같이 단순한 민법상의 보증금반환채권을 가진 것만으로는 민사집행법 제88조 제1항이 규정하는 배당요구를 할 수 있는 채권자에 해당하지 않고, 또한 민사집행법 제148조가 규정하는 배당받을 채권자의 범위에도 포함되지 않기 때문이다. 그리고 민법 제621조에 의하여 임대차등기를 하여도 제3자에 대한 효력 즉 대항력이 생길뿐 우선변제권이 있는 것은 아니므로, 임대인의 부동산에 대한 경매절차에서 당연히 배당을 받을 수 있는 것은 아니다. 즉 민법이 상정하는 보증금반환채권은 일반채권에 불과하다. 그러므로 위 채권만 가지고 배당요구종기 내에 배당요구를 하였다고 하더라도 그러한 배당요구는 부적법한 것이 된다.¹¹⁾

임차주택에 민법 제621조에 의한 임대차등기를 한 경우 민사집행법 제90조에 의해 당연히 이해관계인이 되지만, 이해관계인이 되었다 하여 당연히 배당

11) 황병하, 부동산경매에 있어서 임차보증금 배당에 관한 몇 가지 문제, 저스티스 96호, 한국법학원, 2007, 104면.

을 받을 수는 없기에 배당요구종기까지 확정일자를 받는 다던가 소액임차인의 요건에 해당하게 된다면 배당요구를 하여야 배당을 받을 수 있게 된다.

(2) 특별법상 임대차와 가장임차인

주택소유정책에도 불구하고 자가를 소유하지 못한 채권적 전세자 및 임차인의 법적 지위를 보호하기 위해 지난 1981년부터 주택임대차보호법을 제정하여 시행하고 있으며,¹²⁾ 주택임대차보호법이 주택의 임차인에게 주고 있는 보호의 주된 내용은 한 마디로 대항력의 부여, 존속기간의 보장, 차임의 통제, 우선변제권의 인정이다. 그 중 대항력의 부여, 존속기간의 보장이나 차임의 통제는 유럽이나 일본 등의 입법례가 임차인의 보호를 위하여 공통적으로 취하고 있는 것인데 비하여, 우선변제권의 부여는 우리나라의 주택임대차보호법이 독창적으로 취하고 있는 제도이다. 대항력의 부여와 보증금반환청구권에 대한 우선변제권의 인정은 임대차는 기본적으로 채권관계라는 전통적인 틀을 허물어 버린 파격적인 것들이다. 특히 일정액의 소액보증금은 등기순위조차 무시하고 저당권 등의 물권에 우선하여 반환받을 수 있도록 한 것은 파격의 백미라고 할 수 있다.¹³⁾

가장임차인이라 하여 특별한 요건을 구비하는 것은 아니며 진정한 임차인으로 가장하여 채권자 및 경락자에게 손해를 가하여 자신의 이익을 취하는 것이다. 가장임차인은 우선변제권을 도구로 삼아 이해관계인이 되어 배당에 참여하게 되는데, 이해관계인이 되기 위해서는 일단 주택임대차보호법에서 보호하고 있는 임차인의 요건을 갖추어 민사집행법 제90조에 의해 스스로 그 권리를 증명하여야 하며 이러한 가장임차인은 민사집행법 제88조 제1항이 규정하는 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자에 해당하

12) 고영남, 주택임대차보호법의 한계와 공공성의 포기, 민주법학 통권23호, 민주주의법학연구회, 2003, 158면.

13) 민일영, 주택 경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구, 민사집행법연구 1권, 한국민사집행법학회, 2005, 318면.

게 되어 같은 법 제148조 제2호 또는 제4호에 의하여 배당을 받을 수 있게 된다. 우선변제권이 있는 임차인에는 세 가지 종류가 있으며, 소액임차인(주택임대차보호법 제8조), 확정일자 있는 임차인(주택임대차보호법 제3조의2 제2항) 임차권등기명령(주택임대차보호법 제3조의3 제5항)에 의해 임차권 등기를 경료한 임차인이다.

2. 부동산경매의 배당절차상 보호되는 주택임차인의 유형

(1) 대항력만 인정되는 임차인

주택임대차보호법 제3조 제1항은 「임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다」고 규정하고 있다.

일반적으로 대항력 또는 대항력이 있다라고 함은 이미 성립한 권리관계를 타인에 대하여 주장할 수 있는 법률상의 힘 또는 그러한 힘을 보유하고 있는 것을 의미한다. 따라서 주택임대차에 있어서 대항력이 있다는 것은 임차주택의 양수인·임대권한을 승계한 자 기타 임차주택에 관하여 이해관계를 갖게 된 자 등에 대하여 임대차관계의 존속을 주장하면서 임차주택을 계속 점유·사용할 수 있고, 임대차기간이 만료되면 양수인 등에게 임차보증금의 반환을 청구할 수 있다는 것을 의미한다.¹⁴⁾

따라서 대항력을 갖춘 임차인은 그 이후 권리를 취득한 제3자에 대하여 대항할 수 있음은 물론 계약기간 중 임차물의 소유자가 바뀌더라도 임대차관계가 소멸되지 않고 임대인의 지위가 당연히 새로운 소유자에게 이전됨으로써 그에게 임차권을 주장할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

14) 류창현, 주택임대차보호법에 관한 연구, 동의대학교 박사학위 논문, 2005, 49면.

15) 김효석, 주택임대차분쟁의 법무실무, 법률서원, 2000, 75면.

경매에 의하여 소유권을 취득한 경우에 경매목적물에 존재하는 권리 중에 경매신청인의 권리보다 뒤에 등기된 권리는 소멸하고, 경매목적물위에 존재하는 권리가 저당권인 경우에는 그 등기의 선후를 불문하고 모두 소멸한다. 임차부동산이 경매로 진행되었을 때 발생하는 임차권자의 대항력 범위는 경락인에게 대항할 수 있는 임차권자와 대항할 수 없는 임차권자로 구분할 수 있는데 그 기준을 등기부상에 설정되는 말소기준권리일¹⁶⁾에 따라 달라진다. 말소기준권리보다 앞서서 대항력을 갖춘 임차권의 경우 대항력 있는 임차인으로 비록 법원에 배당을 요구할 수 없으나, 임대차기간 동안 거주하다가 경락자에게 보증금을 요구할 수 있는 것이며, 말소기준권리보다 뒤에 임차한 임차인은 대항력 없는 임차인으로 소위 후순위 임차권으로 말소기준권리와 함께 소멸하게 된다.

경락자에게 대항할 수 있는 임차인과 대항할 수 없는 임차인의 경우 우선변제권의 요건을 갖추게 되면 입장이 달라지게 되는데 위에서 말하는 대항력만 인정되는 임차인의 경우 최우선변제권의 요건을 갖추지 않았고 확정일자를 받지 않아 우선변제권이 인정되지 않는 임차인을 말한다.

(2) 확정일자에 의한 우선변제권만 인정되는 임차인

임차인이 우선변제권을 취득하려면 주택을 인도받고 주민등록의 전입신고를 마친 뒤 확정일자를 부여 받아야 한다(주택임대차보호법 제3조의2 제2항). 주택을 인도받고 주민등록을 하게 되면 대항력이 발생하지만, 말소기준권리보다 후순위여서 경락인에게 대항할 수 없는 임차인의 경우 그 대항력의 효력이 발생하지 않게 되고 단지 확정일자에 의한 우선변제권만 인정된다. 즉, 대항요건은 갖추었으나 선순위의 채권자가 있어 후순위로 요건을 구비하게 된 경우로 임차인은 경락자에게 대항할 수 없고 단지 매각절차에서 배당요구 종기까지 배당요구를 할 수 있다.

16) 전장현, 민사소송에서 민사집행까지, 한국사법행정학회, 2002, 351면.

이러한 임차인은 배당순위¹⁷⁾에 의해 선순위 채권자에게 먼저 배당하고 잔여가 있을 경우에만 배당을 받을 수 있고, 보증금 중 일부만을 배당 받았더라도 경락인에게 대항할 수 없으며 임차인이 배당금을 받기 위하여는 임차주택을 경락인에게 인도하여 주어야 하므로(주택임대차보호법 제3조의2 제3항) 경락인은 손쉽게 경매주택에 대하여 소유권을 취득하게 된다.

(3) 대항력과 우선변제권 모두 인정되는 임차인

대항력과 우선변제권이 인정되는 임차인이란 최선순위로 대항력을 갖추어 경락인에게 대항할 수 있고 확정일자 또한 구비하여 배당절차에서 우선변제권

17) 매각대금으로 배당에 참가한 모든 채권자를 만족하게 할 수 없는 때에는 법원은 민법 · 상법, 그 밖의 법률에 의한 우선순위에 따라 배당하여야 하며(민사집행법 제145조 제2항) 우선채권들 상호간에는 각각의 법령이나 헌법재판소의 결정, 대법원 판례 등에 의하여 순위를 정하여야 하며 그래도 결론이 나지 않을 때에는 배당이익을 통하여 판결로 해결하여야 할 것이다. 일반적인 배당순위를 살펴보면,

1순위 - 집행비용

2순위 - 저당물의 제3취득자가 그 부동산의 보존 또는 개량을 위하여 지출한 필요비와 유익비

3순위 - 소액임차보증금, 상가임차보증금, 근로자의 최종 3개월분 임금과 최종 3년간의 퇴직금 및 재해보상금 이들 채권이 서로 경합하는 경우에는 동등한 순위의 채권으로 보아 배당한다.

4순위 - 집행의 목적물에 대하여 부과된 당해세인 국세 · 지방세와 가산금

5순위 - 국세 및 지방세의 법정기일 전에 설정등기가 경료된 저당권에 의하여 담보되는 채권, 확정일자를 갖춘 주택임차인과 상가건물의 임차보증금

6순위 - 근로기준법 제37조 제2항의 임금 등을 제외한 임금과 기타 근로관계로 인한 채권

7순위 - 국세, 지방세 및 이에 관한 체납 처분비, 단 법정기일 등이 담보물권 설정등기 이전인 경우에는 후순위 담보물권의 피담보채권과 일반 임금 채권에 우선한다.

8순위 - 국세, 지방세 다음 순위로 징수하게 되는 공과금

(산업재해보상보험금, 의료보험료, 국민연금보험료, 기타 징수금)

9순위 - 일반채권자의 채권과 재산형 · 과태료 및 국유재산법 상의 사용료 · 대부료 · 변상금채권

이 인정되는 임차인으로 경락인에게 대항력을 주장하거나 배당절차에서 배당요구를 하여 후순위권리자 기타 채권자 보다 우선하여 보증금을 변제 받게 되는 선택적 권리를 가진 임차인을 말한다.

대항력과 우선변제청구권은 병존하며 임차인은 양자를 선택하여 행사할 수 있다고 할 경우에, 그 중 하나의 권리를 행사하면 다른 하나의 권리는 어떻게 되는가? 바꾸어 말하면, 그 나머지 다른 하나의 권리는 포기한 것으로 보아야 하는가, 아니면 그 권리도 여전히 행사할 수 있는가 하는 문제가 있다. 이는 주로 대항력과 우선변제청구권을 모두 갖춘 임차인이 임차보증금의 우선변제를 청구하였으나 배당순위에서 밀려 그 중 일부밖에 배당받지 못한 경우에 나머지 잔액을 낙찰자로부터 반환받을 수 있는가 하는 문제로 다루어진다. 즉, 임차인이 먼저 우선변제청구권을 행사하였어도 다시 대항력을 주장할 수 있다고 한다면 낙찰자에게 자기의 임차권을 주장함으로써 낙찰자로부터 나머지 보증금을 반환받을 수 있는 반면, 임차인이 우선변제청구권을 일단 행사한 이상은 이제는 주장할 수 없다고 한다면 낙찰자에게 자기의 임차권을 주장할 수 없기 때문에 낙찰자로부터 나머지 보증금을 반환받을 수 없는 것이다.¹⁸⁾

1) 긍정설

이 설은 대항력과 우선변제청구권을 모두 구비한 임차인이 보증금반환청구권에 관하여 우선변제청구권을 행사하여 배당요구를 하였으나 그 중 일부밖에 변제받지 못한 경우에는 나머지 잔액을 다시 낙찰자로부터 반환받을 수 있다는 견해이다.¹⁹⁾

18) 민일영, 주택임대차보호법상 대항력과 우선변제청구권의 상호관계, 저스티스 33권 1호, 한국법학원, 2000, 40면.

19) 성락송, 우선변제권을 행사한 임차인의 경락인에 대한 지위, 민사판례연구[XX], 1998, 210-211면; 이현숙, 대항력 있는 임차인이 임차목적물의 경매절차에서 우선변제청구를 하였으나 환가대금이 보증금액에 모자라게 되는 경우 경락인에 대한 지위, 재판과 판례 7집, 1998, 312-313면; 민일영, 상계논문, 40면 재인용.

2) 부정설

이 설은 낙찰자에게 대항할 수 있는 임차인이라고 하더라도 스스로 우선변제 쪽을 선택하여 임차주택의 낙찰대금에서 배당을 받은 이상, 비록 보증금 전액을 배당받지 못하였더라도 이제는 낙찰자에게 임대차를 주장할 수 없고, 따라서 낙찰자에 대하여 나머지 보증금의 반환을 청구할 수는 없으며, 오로지 종전 임대인에 대하여 청구할 수 있을 뿐이라는 견해이다.²⁰⁾

만약, 부정설에 의해 우선변제권을 주장하여 배당을 받은 후 남은 보증금에 대하여 경락인에게 대항력을 주장할 수 없게 된다면 주택임대차보호법의 입법 취지인 경제적 약자인 임차인의 편에서 그 보호를 위한 것에 대해 반하는 결과를 낳게 될 것이며, 판례에서도 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권이라는 두 가지 권리를 겸유하고 있는 임차인이 먼저 우선변제권을 선택하여 임차주택에 대하여 진행되고 있는 경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였다고 하더라도, 그 순위에 따른 배당이 실시된 경우 보증금 전액을 배당받을 수 없었던 때에는 보증금 중 경매절차에서 배당받을 수 있었던 금액을 공제한 잔액에 관하여 경락인에게 대항하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다고 봄이 상당하고, 이 경우 임차인의 배당요구에 의하여 임대차는 해지되어 종료되고, 다만 같은 법 제4조 제2항에 의하여 임차인이 보증금의 잔액을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제될 뿐이므로, 경락인은 같은 법 제3조 제2항에 의하여 임대차가 종료된 상태에서의 임대인의 지위를 승계한다라고 판시하여²¹⁾ 긍정설의 입장이다.

20) 권영상, 주택임차인의 대항력, 우선변제권, 창원지방법원사회복지 창간호, 1995, 188면; 류원규, 주택임차인의 우선변제권 행사의 일회성, 1999. 7. 19차 민사판례연구에서의 발표논문, 12면; 이주홍, 주택임대차보증금 회수를 위한 우선변제권의 행사와 경매절차상 취급, 법조 458권, 법조협회, 1994, 58면; 한호형, 경매의 진행과 대항력 있는 주택임차권의 관계, 인권과 정의 268호, 1998, 140-141면; 민일영, 상계논문, 41면 재인용.

21) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다15545 판결.

그리하여, 보증금 중 일부만을 배당 받았더라도 남은 보증금에 대하여 경락인에게 대항할 수 있기 때문에 경락인은 남은 임차보증금을 변제하여야 주택을 인도 받을 수 있게 되며, 임차인이 매각대금에서 우선변제를 받기 위해서는 배당요구 종기일까지 배당요구를 해야 한다.

(4) 최우선변제권이 인정되는 임차인

주택임대차보호법 제8조에 의해 임차주택이 경매를 통해 환가되는 경우에 임차인이 경락대금에서 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자 보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리로 소액임차인이 갖는 최우선변제권은 확정일자를 필요로 하지 않고 임차주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항력을 갖추면 성립하게 된다. 최우선변제권은 임차주택의 경락가액의 2분의 1 범위 안에서 보증금 중 일정액을 최우선적으로 변제 받게 되는데(주택임대차보호법 제8조 제3항), 나머지 보증금에 대하여는 대항요건과 확정일자를 갖추어 그 요건을 구비한 순위에 의하여 잔여 보증금에 대하여 순차로 배당 받을 수 있고, 임차인이 경락인에게 대항할 수 있는 경우 부족한 보증금에 대하여는 반환받을 때까지 임차목적물을 점유할 수 있다.

소액임차인의 최우선변제액은 수도권의 과밀억제권역이 보증금 4,000만원이하의 경우 1,600만원이며 광역시(인천 제외) 지역은 보증금 3,500만원이하의 경우 1,400만원, 그 밖의 지역은 보증금 3,000만원이하의 경우 1,200만원을 최우선으로 변제받게 된다(주택임대차보호법시행령 제3조, 제4조).

(5) 임차권등기를 경료한 임차인

주택의 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원 지원 또는 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의3 제1항). 임차권등기가 경료하게 되면

등기와 동시에 대항력 또는 우선변제권을 취득하고, 이미 임차인이 대항력과 우선변제권을 취득한 경우에는 종전의 대항력과 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권 등기 이후에는 주택의 점유와 주민등록의 요건을 갖추지 않더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권이 유지된다(주택임대차보호법 제3조의3 제5항). 임차권등기 경료 후 그 주택의 임차인의 임차권등기가 경료된 주택(임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 해당 부분에 한한다)을 그 이후에 그 주택을 임차한 임차인은 소액보증금의 최우선변제권을 받을 권리가 없다(주택임대차보호법 제3조의3 제6항).

따라서, 임차권등기를 한 시점부터 제3자에 대하여 효력이 있고 이미 대항력과 확정일자를 갖춘 임차인은 종전의 요건을 구비한 날로부터 우선변제권 등의 효력이 발생한다. 우선변제권과 최우선변제권 등에 의하여 보증금 중 일부를 변제 받았다 하더라도 임차인의 남은 보증금의 경우 대항력이 존재한다면 임차인은 주택의 인도와 주민등록이라는 요건을 갖추지 않더라도 종전과 마찬가지로 전액을 반환받을 때까지 집을 비워주지 않아도 된다.

제2절 가장임차인의 법적지위와 가해범위

1. 가장임차인의 법적지위

임차인이라 함은 임대인에게 목적물을 사용·수익할 것을 약정하고 이에 대하여 차임을 지급하기로 하여(민법 제618조) 주택의 전부 또는 일부분을 임차하는 계약서를 작성하며 계약기간이 종료할 시 임대인에게 약정한대로 반환할 의무를 지는 자를 말한다. 이런 임차인은 사회 정책적 차원에서 무주택 영세 서민의 주거생활의 안정을 보장하기 위하여 입법된 주택임대차보호법을 통하여 큰 보호를 받게 되었으며, 특히 부동산경매에 있어서 주택임차인의 지위는

대폭적으로 강화되게 되었다.

주택임대차보호법상 임차인은 여러 가지 특권을 누리고 있으며, 그 중에서도 대항력부분은 핵심이라 할 수 있다. 즉, 주택의 인도와 주민등록의 2가지 요건을 구비하면 그 익일부터 제3자에 대하여 대항력이 발생(주택임대차보호법 제3조 제1항)하게 되어 구지 어렵게 등기²²⁾를 하지 않아도 간단한 절차에 의하여 임차권을 주장 할 수 있는 법적권리가 발생하게 되어 안정된 주거생활을 영위할 수 있게 되었다.

다음으로 대항력과 확정일자를 갖추게 되면 배당에 참여하여 배당을 받을 수 있는 우선변제권을 취득(주택임대차보호법 제3조의2 제2항)하게 되며, 이로 인하여 주택임차권의 우선변제권은 담보목적을 위하여 임차주택을 직접 지배 받을 수 있다는 의미에서 물권성을 지니고, 다른 경합채권에 대하여 우선권을 갖는다는 점에서 배타성을 갖는 법정담보물권²³⁾의 기능을 하게 된다.

또한, 소액임차인의 경우 임차보증금이 일정범위 이하의 소액인 경우 부동산경매의 배당과정에서 계약시점의 선후에 관계없이 그 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 배당받을 수 있는 최우선변제권이 발생한다(주택임대차보호법 제8조).

부동산경매절차상 임차인은 이해관계인이 되어 압류, 배당, 명도절차에서 여러 가지 지위를 인정받고 있으며 특히 배당과 관련하여 주택임대차보호법상 임차인에게 주어진 우선변제권²⁴⁾은 다른 담보물권자에게 불측의 손해를 입힐 수도 있어서 담보물권을 약화시키고 주택의 담보가치를 저하시키는 결과를 받

22) 민법상으로 부동산임차권의 대항요건은 등기이다. 즉, 부동산 임차인은 당사자사이에 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 등기에 협력하여 줄 것을 청구할 수 있고(민법 제621조 제1항), 부동산 임대차를 등기한 때에는 그때부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(민법 제621조 제2항). 주택임대차보호법상 임차권등기명령제도는 임차건물의 점유와 주민등록이 되어 있지 않더라도 대항력과 보증금에 대한 우선변제권을 유지할 수 있게 하여 임차인의 권리를 보호하기 위한 것이다(주택임대차보호법 제3조의3 제5항).

23) 이주홍, 앞의 논문, 35-36면.

24) 주택임대차보호법 제3조의2 제2항과 제8조에서 보호되는 우선변제권이다.

생하기도 하기에 임차인의 보호와 담보물권자의 이익이 적절하게 조화를 이룰 수 있도록 하는 필요성이 대두된다.

가장임차인이 임차인의 형태로 하여 나타나는 이상 임차인이기에 위에서 언급한 여러 지위들을 누릴 수 있다. 그러나 가장임차인은 보통의 임차인의 목적과는 달리 부동산경매에 있어서 허위의 계약 또는 임차인의 지위를 이용하여 보증금을 회수함에 있기에 일반적인 임차인으로 하기엔 부당함이 있어 보인다. 이런 이유로 가장임차인은 여러 경우에 따라 그 지위가 달리 나타날 것이 예상되어지며 특히 임대인과의 관계, 부동산경매의 절차상 이해관계인과의 관계, 낙찰자와의 관계를 중심으로 알아보도록 하겠다.

(1) 임대인과의 관계

가장임차인은 비록 주택을 사용함에 있어서 일반적인 임대차에서 요구하는 것들을 요건으로 하지는 않지만 임대인과의 관계에 있어서 어찌되었든 보증금을 지급하고 임대차계약서를 작성한 이상 임차인의 지위를 인정하여야 할 것이다. 그리하여 가장임차인은 임차하는 동안 주택을 수리할 필요가 있을 때에는 지체 없이 임대인에게 알려야 하고(민법 제634조), 임차목적물의 가치를 높이는 비용을 쓰고 계약종료 시까지 그 가치가 남아있을 경우 그 비용을 청구할 수 있으며(민법 제626조 제2항), 임차물의 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 부속물을 설치했을 때에는 임대차가 끝났을 때 임대인에게 그 부속물을 매수할 것을 청구할 수 있으며(민법 제646조), 목적물을 타인에게 양도하거나 전대할 때에는 임대인의 동의를 얻어야 한다(민법 제629조).

가장임차인과 관련해서 이런 일반적인 법적지위가 사실상 유명무실할 것이 예상되는데 그 이유는 부동산경매에 있어서 임대차의 종료는 계약기간의 만료에 의해서가 아니라 주택임대차보호법 제3조의5에 의해 임차권은 경락에 의하여 소멸하고 그 시기는 경낙자의 대금납부와 동시에 소유권이 경낙자로 넘어가기 때문(민사집행법 제135조)에 사실상 경락자의 대금납부와 동시에 임대차

는 종료한다고 보아야 할 것이다.

하지만, 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 두 권리를 검유하고 있는 임차인이 우선변제권을 선택하여 임차주택에 대하여 진행되고 있는 경매 절차에서 보증금에 대한 배당요구를 하여 보증금 전액을 배당받을 수 있는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 임차인이 그 배당금을 지급받을 수 있는 때, 즉 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지는 임차권이 소멸하지 않는다고 해석함이 상당하다 할 것이므로, 경락인이 낙찰대금을 납부하여 임차주택에 대한 소유권을 취득한 이후에 임차인이 임차주택을 계속 점유하여 사용·수익하였다 하더라도 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지의 사용·수익은 소멸하지 아니한다.²⁵⁾ 그러나 민사집행법 제146조에 의해서 경락인이 대금납부를 하여 배당기일을 정하는데까지는 실무상 한달정도의 시일이 걸리게 되며, 이 기간동안 임차인으로서 경락인에게 일반적인 의무를 주장하기에는 무리가 있어 보인다.

게다가, 가장임차인이 필요에 의해서 또는 임대인의 동의를 얻어서 주택을 수리할 부분이 발생되어 수리를 한다하더라도 그 비용을 임대인에게 청구하여도 임대인 자신의 주택이 경매에 넘어가 진행될 것이 분명한데 법적지위를 논하면서 그 비용을 상환하여 주기란 어려운 것이며 새로운 소유자에게 그 부속물의 매수를 청구한다는 것 또한 의미 없어 보인다.

(2) 이해관계인과의 관계

이해관계인이란 부동산경매절차에 있어서 그 이익을 보호할 기회를 줄 필요가 있는 자로 이해관계를 가진 자 중 특히 보호할 필요가 있는 자를 말한다. 이러한 이해관계인은 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 채무자 및 소유자, 등기부에 등기된 부동산위의 권리자, 부동산위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람(민사집행법 제90조)이며, 임차인의 경우 주

25) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다23885 판결.

택의 인도와 주민등록을 하여 대항력을 갖추고 집행법원에 권리신고서를 제출하여 스스로가 그 권리를 증명하는 경우 이해관계인이 된다.²⁶⁾

가장임차인의 경우 대부분이 주택임대차보호법에서 보장하는 임차인의 형태로 하여 나타나기 때문에 위에서 말하는 이해관계인에 속하며, 경매절차 중 특히 배당절차와 관련하여 다른 이해관계인들과 작용하게 되는 것이다. 즉, 확정일자에 의한 우선변제권을 갖춘 가장임차인의 경우 확정일자에 의해 담보물권자와 지위가 같게 되어 근저당권자, 전세권자 등 담보물권자와 시간순위에 의해 배당을 받으며, 일반채권자와에 있어서는 물권우선의 원칙에 의하여 우선변제권을 갖춘 가장임차인이 우선하여 배당을 받게 된다. 그리고 가장임차인이 소액임차인에 해당하게 된다면 최우선변제권에 의해 다른 담보물권자 및 일반채권자보다 최우선적으로 일정금액을 변제받게 되므로 시간순위와 관계없이 담보물권자 및 일반채권자들보다 항상 우선적으로 변제를 받게 된다.

가장임차인으로 하여금 손해를 입은 또는 입을 수 있는 이해관계인의 경우 배당을 요구하는 임차인이 가장임차인이라는 것을 입증²⁷⁾하여 민사집행법 제154조에 의해 배당이의 소를 제기할 수 있으나, 가장임차인의 경우 시일이 지난 후에 확인되는 경우가 발생하기에 경매절차가 끝난 후에는 배당이의 소를 제기하지 못하고 민법 제741조에 의해 부당이득금 반환청구소송을 제기하여 부당함은 막을 수 있지만 소송이 확정될 때까지의 시간적으로나 비용 면에서 불이익을 받게 된다.

(3) 경락자와의 관계

26) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003마44 판결 참조.

27) 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고, 따라서 그 임차권설정행위는 사해행위취소의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771 판결)라고 판시하고 있으며, 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하는 것은 통정허위표시에 해당되어 무효(대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184 판결)라고 판시하고 있다.

경락자는 대금납부와 동시에 소유권을 취득하게 되므로 임차인과의 관계에서 임차인이 경락자에 대하여 대항력을 주장할 수 있는 경우에는 경락자의 보증금의 반환의무와 임차인의 주택의 인도가 동시이행의 관계에 있기에 비록 가장임차인이라 하더라도 대항력이 인정된다면 보증금을 전액 보상해 주어야 경락자는 주택을 인도 받을 수 있게 된다.²⁸⁾

또한 우선변제권에 의해 배당에서 보증금의 전부 또는 일부를 보상받을 수 있는 가장임차인의 경우 먼저 주택을 경락자에게 주택을 인도하여야 집행법원으로부터 배당을 받게 된다(주택임대차보호법 제3조의2 제3항). 그리고 대항력도 우선변제권도 없는 가장임차인의 경우 경락자는 점유자를 상대로 인도를 명하는 인도명령을 법원에 신청하여 주택의 인도를 요구할 수 있으며(민사집행법 제136조 제1항) 이 요구에 불응할 시 집행관에 의한 강제집행을 통하여 주택을 인도받을 수 있으나(민사집행법 제5조) 강제집행의 비용과 집행을 하기까지 시간적으로 큰 손해를 보게 된다.

실무상 이런 가장임차인에게 충분한 이사비용을 지급하고 주택을 넘겨받는 것이 관례이다. 가장임차인이 불법점유자라 하더라도 강제로 퇴거시킬 수는 없으며, 불법점유자의 경우 경락인에게 이사비용을 받기 위해 경매가 진행되는 사실을 알면서도 거주하는 자로서, 이런 이유로 강제로 퇴거시킬 시 주거침입죄가 성립하게 되는데(형법 제319조), 이유는 경락인이 대금납부를 하여 소유권을 취득하였다하여도 주거는 점유를 기준으로 하며 소유와는 별개의 문제이기 때문이다. 그리하여 경락인은 민사집행법 제136조 제1항에 의해 법원으로부터 정당하게 판결을 받은 후 그 절차에 의하여 주택을 인도 받을 수밖에 없게 된다.

2. 가장임차인의 가해범위

28) 대법원 1998. 6. 26. 선고 98다2754 판결 참조.

(1) 이해관계인의 손해가 되는 경우

부동산경매의 배당절차에 있어서 배당순위는 담보물권자들 간에 등기부에 기재된 시간적 순위에 의하여 배당 순위가 가려지며, 물권자와 채권자와의 관계에 있어서는 물권우선의 원칙에 의하여 물권자가 채권자보다 항상 우선순위에 놓이게 된다.

주택임대차보호법 제3조의2 제2항에 규정된 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 주택임차권의 제3자에 대한 물권적 효력²⁹⁾으로 부동산경매에 있어서 임차인은 대항력과 우선변제권에 의해 물권자 지위에 있는 이해관계인이다. 그리하여 가장임차인의 경우 어찌되었든 간에 주택임대차보호법상의 임차인의 형태로 하여 발생하고 있는 이상 물권자와 동등한 순위로 배당에 참여하게 된다. 즉, 확정일자에 의한 우선변제권(주택임대차보호법 제3조의2 제2항)과 소액임차인의 최우선변제권(주택임대차보호법 제8조)이 그 예이며, 특히 최우선변제권의 경우에는 시간순위와 관계없이 다른 담보물권자 및 일반채권자 보다 항상 최우선적으로 보장을 받기 때문에 불측의 손해가 발생하게 된다.

일반채권자와의 관계에서 가장임차인은 담보물권자와의 관계보다 더 큰 문제의 대상이 되는데, 일반채권자가 경매신청을 한 경우 등기 당시 존재하지 않은 즉, 경매개시결정등기 이후에 확정일자를 갖춘 가장임차인이 배당요구를 하게 되면 경매신청 일반채권자와 확정일자 있는 임차인은 채권액에 비례하여 안분배당을 받게 되어³⁰⁾ 청구금액을 모두 변제받지 못하는 경우가 발생하게 되거나, 경매진행 중 뜻밖의 소액임차인의 최우선변제권자가 나타나서 남을 가망이

29) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결.

30) 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 주택임차인은 후순위권리자 기타 일반채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있음을 규정하고 있는바, 이는 임대차계약증서에 확정일자를 갖춘 경우에는 부동산 담보권에 유사한 권리를 인정한다는 취지이므로, 부동산 담보권자보다 선순위의 가압류채권자가 있는 경우에 그 담보권자가 선순위의 가압류채권자와 채권액에 비례한 평등배당을 받을 수 있는 것과 마찬가지로 위 규정에 의하여 우선변제권을 갖게 되는 임차보증금채권자도 선순위의 가압류채권자와는 평등배당의 관계에 있게 된다고 판시하고 있다(대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결).

없는 경우 경매신청이 취소(민사집행법 제102조)되는 경우가 발생하게 된다.

(2) 경락자의 손해가 되는 경우

일반적으로 경락자의 손해는 주택의 명도과정에서 나타나게 되는데, 우선변제권이 인정되는 가장임차인의 경우에는 배당절차에 참여하여 보상을 받으려 할 것이며 이런 가장임차인이 법원으로부터 배당을 받기 위해서는 먼저 경락자에게 주택을 인도하여 주어야 한다(주택임대차보호법 제3조의2 제3항). 그렇기에 우선변제권만 인정되는 가장임차인은 경락자에게 그다지 문제의 대상이 되지 않는다. 또 대항력과 우선변제권이 인정되는 가장임차인의 경우 우선변제권을 선택하여 경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였다 하더라도, 그 순위에 따른 배당이 실시될 경우 보증금 전액을 배당받을 수 없었던 때에는 그 보증금 중 경매절차에서 배당받을 수 있었던 금액을 공제한 잔액에 관하여 경락인에게 대항하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다.³¹⁾

그리고 처음부터 대항력만 존재하는 가장임차인의 경우에는 경락자가 보증금 전액을 보상해 주어야 하는데, 이렇듯 대항력을 지닌 임차인이 존재할 때에는 입찰과정에서 낙찰하고자 하는 자가 충분히 그 금액을 반영하여 낙찰금액을 제시하기에 주택의 담보가치만 하락할 뿐 경락자에게는 큰 손해가 발생하지 않는다.

문제는 대항력을 갖추지 못하여 주택임대차보호법의 보호를 받지 못하고 단지 주택을 점유하는 가장임차인의 경우로, 즉 실제로는 거주하지 않으면서 물건을 남겨두거나, 경매개시결정등기 후 주택의 남은 방에 거주하거나, 배당을 신청하였지만 요건을 갖추지 못하여 보상을 못 받았거나 하는 경우로 이런 가장임차인은 경락자로부터 충분한 이사비용을 받을 목적으로 주택의 인도를 방해하게 되는데, 경락인은 민사집행법 제136조 제1항에 의해 가장임차인을 상

31) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다53628 판결.

대로 인도명령을 법원에 신청하여 주택의 명도를 요구한 후 민사집행법 제5조에 의해 집행관에 의한 강제집행을 통하여 주택을 인도받을 수 있으나 강제집행의 비용과 집행을 하기까지 시간적으로 큰 손해를 보게 된다.

(3) 형태별 가해범위

앞에서 보았듯이 가장임차인은 주로 부동산경매절차상의 이해관계인과 경락자와의 관계에서 비롯함을 볼 수 있으며, 이를 사항별로 좀더 구체화시켜 볼 필요가 있다.

<표 2-1> 가장임차인의 형태별 가해범위

가장임차인의 형태	이해관계인	경락자
임대차계약 없이 무상으로 거주하면서 주택의 소유자와 짜고 허위의 임대차계약서를 토대로 임차권을 주장하는 사람	허위의 임차인이라는 것을 이해관계인이 입증하면 배당에서 제외시킬 수 있다.	배당을 받았다면 주택을 문제없이 인도받을 것이고 그렇지 않다면 이사비용이나 인도명령에 의해 주택을 인도받는다.
주택을 임차하지 않은 자가 소액보증금을 받기 위해 주택의 소유자와 허위의 임대차 계약을 작성한 사람	서류상이나 요건에 문제가 없는 이상 배당에 참여하여 배당을 받을 것이다.	법원으로부터 배당을 받을 수 있는 조건이 주택을 경락자에게 인도하여 주어야 하므로 경락자에게는 손해가 없다.
근저당권자가 담보가치를 조사할 당시 임차인이 그 임대차 사실을 부인하거나 보증금을 감액하는 진술을 한 후 실질적으로는 배당절차에서 임차보증금에 대하여 주장하는 사람	근저당권자가 허위의 사실을 입증하여 배당에서 제외시킬 수 있다.	배당을 받지 못하였다면 경락자에게 충분한 보상을 요구할 것이며 경락자는 이에 응할 법적인 의무는 없다.
실질적으로 거주하지 않으면서 최우선으로 주민등록을 마친 사람	권리를 신고하여 배당에 참여하지 않을 것으로 이해관계인에게 손해는 없다.	최우선으로 전입한 사람이 존재한다는 것은 경락자에게 가장 큰 위험이다. 특히 이 사람이 임차인이 아니라는 사실을 입

		증하지 못하면 보증금을 전부 보상해주어야 한다.
경매가 진행되는 도중에 경매주택에 거주하는 사람	위와 상동	이사비용을 받을 목적으로 임차한 경우가 대부분이다.
확정일자에 의한 우선변제권을 경매개시이후에 구비하는 사람	요건에 하자가 없다면 이해관계인간의 순위에 의해 배당을 받는다.	배당에 참여하였지만 금액이 남지 않아서 배당을 받지 못하였다면 경락자에게 보상을 요구할 것이며 경락자는 이에 응할 법적의무는 없다.
주택의 소유자와 채권자가 담합하여 빚을 보증금으로 하여 허위 계약서를 작성하는 사람	형식적 요건에 하자가 없는 이상 배당에 참여하여 배당을 받을 것이다.	위와 상동
각 방마다 소액임차하여 거주하는 사람	소액임차인의 형식적 요건을 만족하는 이상 배당에 참여할 것이다.	배당을 받기 위해서는 먼저 주택을 경락자에게 넘겨주어야 한다.
경매주택에 물건만 두고 거주하지 않는 사람	배당에 참여하지 않아서 이해관계인에게 손해가 발생하지 않는다.	이사비용을 받을 목적으로 물건을 남겨두는 경우와 물건의 주인이 누구인지 모르기에 공시송달에 의한 인도명령으로 강제집행을 하여 주택을 넘겨받는다.
소유자의 배우자가 최선순위로 전입신고하고 임차인이라고 주장하는 사람	배우자와는 임대차가 성립하지 않기에 배당에 참여하여도 이익이 없다.	주택의 소유자에게 어느 정도의 이사비용을 지급하는 것이 관례이다.

제3절 가장임차인의 행사의도

1. 배당에서 채권자의 채권회수 방해

(1) 배당요구의 절차

부동산 매각절차에 있어서 집행법원은 매수인으로부터 대금이 지급되면 반드시 배당절차를 밟아야 한다(민사집행법 제145조 제1항). 다시 말해서 매수인이 대금지급을 완료하면 매각의 환가절차는 종결되고 현금화한 대금으로 채권자들에게 채권만족을 얻는 배당절차로 이어진다.³²⁾

가장임차인이 배당절차에서 배당금을 받기 위하여는 이해관계인이 되어야 하며, 이해관계인이 되기 위하여는 민사집행법 제90조 4호에 의한 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명하여 신고를 해야 하며, 권리신고를 하는 것으로 당연히 배당을 받게 되는 것이 아니라 민사집행법 제148조에 의해 첫 매각기일 이전 배당요구 종기 시까지 배당요구를 하여야 배당금을 받을 수 있게 된다. 만약 이러한 가장임차인이 임차권 등기가 된 경우라면 민사집행법 제90조 3호에 의해 당연히 이해관계인이 되기에 따로 권리를 증명하는 절차는 하지 않아도 된다.

(2) 배당요구의 효과

동일한 물건 위에 물권과 채권이 성립될 경우 물권이 채권에 우선하며, 물권상호간의 순위는 먼저 성립된 물권이 선순위가 된다. 가장임차인의 경우 주택임대차보호법상의 우선변제권으로 인해 법정담보물권으로 물권자의 지위에 있다. 가장임차인은 주택임대차보호법 제3조의2 제2항 및 제8조에 의한 요건을 갖추어 배당을 요구하고, 동법 제3조의2에서 보증금의 회수는 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받으며, 동법 제8조의 경우 보증금 중 일정액에 관하여 당해 주택의 담보물권자 보다 우선하여 임차주택의 경락금액에서 경매신청비용을 제한 가액의 1/2범위 내에서 배당을 받게 된다. 즉, 채권자의 경우 담보를 제공받은 담보권자와 담보를 제공받지 못한 일반채권자로 나뉘서 담보권자의 경우 선순위 가장임차인으로 인한 피해는 발생하지 않을 것이며 등기 당시 예측하지 못한 소액임차인의 출현으

32) 박두완, 민사집행법, 법률서원, 2002, 405면.

로 자신이 받을 금액이 적어지는 경우가 발생하며, 일반채권자의 경우도 담보권자의 경우와 같은 경우가 발생하는 것은 물론이며 특히, 후순위 일반채권자에 의한 경매일 경우 민사집행법 제102조에 의해 선순위 담보권자와 소액임차인의 소액보증금의 보장으로 남은 가망이 없을 경우 경매가 취소되는 일이 발생할 수 있게 된다.

가장임차인이 우선변제권으로 인하여 임차보증금을 법원으로부터 배당받기 위하여는 경락자에게 주택을 인도하여 주어야 하며, 대항력 있는 가장임차인의 경우 일부만을 배당받는 경우 그 잔액에 대하여 경락자에게 대항 할 수 있으므로 주택을 나머지 금액을 보상받을 때까지 인도하여 줄 의무가 없다.

(3) 배당절차와 가장임차인

배당절차상 채권자들은 정해진 액수의 배당할 금액을 분배하는 절차이므로 서로 침해한 대립을 보이게 된다. 이는 어느 권리자가 우월적 지위를 인정받아 배당을 더 받게 되면 이는 타 채권자의 손실로 이어진다는 것을 의미한다. 이는 궁극적으로 주택임차인의 우선변제청구권과 관련성을 가진다. 확정일자를 받은 임차인이나 소액임차인의 경우에는 법정의 우선변제청구권에 따라 배당을 받게 될 것이다. 이것 역시 이들의 지위가 그 만큼 두텁게 보호되는 만큼 타 권리자에게 불이익을 준다는 점이 문제로 된다. 이들 문제 중 한 가지만 지적하면 소액임차인의 배당절차상의 지위에 관한 것인데, 소액임차인은 대항력의 취득순서에도 불구하고 최우선적 변제청구권을 지니게 되고, 또 타인이 사전에 대항력을 취득했는지 여부를 알 수 없으므로 가장임차인이 많이 발생할 수 있는 요인이 되고 있어 문제된다는 것이다.³³⁾ 확정일자에 의한 우선변제권의 경우도 경매개시결정등기 이후에 확정일자를 갖추어도 무방하기에 이런 경우 일반채권자의 손해로 연결된다.

33) 김연, 부동산임차인의 강제집행절차상의 지위; 강제집행법의 시각에서 본 주택임대차보호법, 한국민사소송법학회지 3권, 한국민사소송법학회, 2000, 363면.

2. 주택의 명도 방해

부동산경매에 의해 주택을 낙찰받은 경락자의 경우 민사집행법 제135조에 의해 매각대금을 납부한 시점부터 소유권을 취득하게 된다. 말 그대로 소유권만 취득하게 되며 주택을 점유하는 자가 있을 시 인도받아야 하는 절차가 남게 되는데, 가장임차인의 경우 배당절차에서 우선변제권을 이용하여 배당을 받으려면 경락자에게 주택을 인도해 주어야 하므로 쉽게 주택을 인도받게 되지만, 배당에 참여하였지만 배당을 받지 못하였거나 경락자에게 의도적으로 손해를 가하기 위해 불법으로 점유하는 자의 경우 쉽게 주택을 명도하여 주지 않게 되며 경락자는 집행관으로 하여금 목적주택을 강제로 경락자에게 인도하여 달라는 신청을 경매법원에 할 수 있으며, 경매법원의 인도명령에 의하여 주택을 인도 받을 수 있지만 보통의 경우 시간과 비용이 드는 인도명령을 피하기 위해 이사비용을 주어 해결하고 있다. 그리고 가장임차인이 경락자에게 대항력을 주장할 수 있는 경우에는 경락자의 경우 주장하는 만큼의 보증금을 변제해 주어야 주택을 인도받게 된다.

제4절 가장임차인의 행사수단

1. 주택임대차보호법의 우선변제권

(1) 우선변제권과 가장임차인

주택임대차보호법 제3조의2 제2항에 의한 확정일자에 의한 우선변제권의 경우 동법 제3조 제1항의 요건을 갖추고 확정일자를 구비한 경우 경매에 의한 임차주택의 환가대금으로부터 후순위 권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있게 된다. 이는 확정일자에 의한 우선변제권이 법정담보물권

으로서의 기능을 가지게 된 것이다. 임차인은 임차주택의 건물만이 아니라 대지의 환가대금으로부터도 우선변제를 받는다. 이는 임차인의 보호를 위한 것인바, 건물만의 전세권자가 건물대금에서만 우선변제를 받는 것에 비하여 볼 때 주택임차권이 물권인 전세권보다 더 강한 우선변제권을 갖는 셈이다.

주택임대차보호법이 임차인의 보호에만 주안점을 두어 2차 개정시에 우선변제권을 인정하게 되고 그 요건으로 확정일자를 갖출 것만을 요건으로 추가하는데 그침으로서 결국 불완전한 공시방법으로 임차인의 임차보증금이 보호되고 반사적으로 담보권자나 경락인 등의 양수인이 피해를 입는 결과를 초래하였다. 경제적 약자인 임차인의 편에서 그 보호를 위한 제도를 모색하여야 한다는 당위적 논제에 입각하여 만들어진 입법이라 하더라도 그로 인하여 선의의 피해자가 발생하여도 수수방관할 수밖에 없고, 더구나 경매실무상 이러한 제도적 미비점을 탈법적으로 악용하여 가장임차인이 배당요구하여 우선변제를 받아가는 현실을 감안할 때 재고의 여지가 있다 할 것이다. 아무튼 임차인의 보증금에 관하여 공시할 수 있는 제도를 보완하는 입법이 뒤따라야 할 필요성은 시급하다 할 것이다.³⁴⁾

주택임대차보호법 제8조의 소액임차인은 대항력만 갖추으로써 여타의 물권자에도 우선하는 최우선적 변제청구권을 확보하게 된다. 이로 인하여 소액임차인은 법이 정하는 범위 내에서 타 권리자에 우선하여 보증금채권을 변제받을 수 있고 이를 위하여 경매를 신청할 수 있음은 물론, 배당요구도 할 수 있다. 소액임차인의 우선변제청구권의 효력은 거의 절대적이어서 극히 일부분의 예외를 제외하고는 이에 대항할 수 있는 권리가 사실상 존재하지 않는다. 다시 말하면 소액임차인에 대해 이러한 권리가 인정되는 법 제정·개정 이전의 기득권을 제외하고는 임차인이 주택임대차보호법 제3조 소정의 대항력을 취득하기 이전의 담보권도 모두 소액임차인의 우선변제청구권보다 후순위로 됨을 의미한다. 따라서 주택의 저당권자 등 담보권자는 자신의 저당권의 설정 시에는 존재하지 않았던 임차권으로 인하여 자신의 채권변제에 차질이 생기는 사태가

34) 강신중, 대항력있는 주택임차인의 우선변제권, 재판실무연구 1997 (1998. 01), 237면.

생기게 되는 것이다. 이는 후일자의 채권이 선일자의 채권보다 우선하는 것이라고 할 수 있는데, 이는 선뜻 납득이 되기는 어려운 것임에는 틀림없다.³⁵⁾

(2) 우선변제권 부여방법

1) 확정일자에 의한 우선변제권

가장임차인의 경우 일단 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의해 대항력을 구비하고, 동법 제3조의2 제2항에 의해 확정일자를 구비하여야 한다. 현행 주택임대차보호법상 확정일자에 의한 우선변제권의 경우 요건을 언제까지 구비하여야 하는지, 동법 제8조에 의한 소액임차인의 최우선변제권의 경우처럼 경매개시결정등기 이전에 요건을 구비하여야 한다는 조건이 없어서 간혹 다른 논고를 보면 확정일자를 구비하는 즉, 경매개시결정등기 이후 배당요구종기까지로 보는 견해들이 있는데, 대항력을 경매개시결정등기가 이루어진 후 갖추어도 된다는 논리로 타당하지 않으며, 의도적으로 확정일자를 받지 않고 소액임차인으로 가장하게 된다면 동법 제8조의 요건에 충돌하게 되어 혼란만 가중시킬 것이다. 그러나 민사집행법 제148조 제4항의 배당받을 채권자의 범위에서 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 이전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자로 규정하고 있는 부분을 적용하여 확정일자에 의한 우선변제권의 경우 대항력은 경매개시결정등기 이전에 구비할 것을 요건으로 하고 확정일자의 경우 민사집행법 제84조 제1항에 의해 매각기일 이전까지 구비하여야 한다. 이러한 요건을 구비하였다 하여도 가장임차인의 우선변제권의 경우 실체법상 인정되는 것이기에 경매가 진행되는 과정에서 자신의 권리를 증명하고 배당을 요구하여야 한다.

35) 오용호, 부동산경매와 임차권, 강제집행·임의경매에 관한 제문제[下], 재판자료 제36집, 1987, 344면.

2) 소액임차인의 최우선변제권

가장임차인이 소액의 보증금으로 대항력을 경매신청 등기 이전에 구비한다면 주택임대차보호법 제8조에 의해 민사집행법에 의한 경매 시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있으며, 주택임대차의 소액보증금의 우선변제에 대하여, 주택(대지를 포함한다) 가액의 2분의 1을 최고한도로 하며 이런 우선변제 받을 수 있는 소액보증금의 범위는 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역에서는 4,000만원이하, 광역시(군지역과 인천광역시지역을 제외)에서는 보증금 3,500만원이하, 그 밖의 지역에서는 보증금이 3,000만원이하(주택임대차보호법 시행령 제4조) 이어야 한다.

2. 주택임대차보호법의 대항력

(1) 대항력

민법상 부동산임차권의 대항력에 관한 규정들이 별 의미가 없는 데 비하여, 주택임대차보호법에 의하여 주택임차권에 주어지는 대항력은 이론상으로는 실제상으로는 커다란 의미를 지닌다. 임차인이 임차주택을 인도 받고 주민등록 전입신고를 함으로써, 또는 임차권등기명령에 의하여 임대인의 협력을 기다릴 필요 없이 어렵지 않게 대항력을 취득할 수 있기 때문이다.³⁶⁾

인도와 주민등록이라는 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 구비한 임차인은 그 다음날부터 대항력을 취득하게 되며, 주택의 인도와 주민등록은 대항력의 취득 요건인 동시에 존속요건으로 대항력 취득 후 주택을 인도하여 주거나 다른 곳으로 주민등록을 옮기게 되면 대항력을 상실하게 된다. 이런 경우 주택임대차보호법 제3조의3에 의하여 임차권등기명령에 의하여 등기를

36) 민일영, 전제논문, 332면.

하게 되면 등기와 동시에 대항력을 취득함은 물론으로 하고 취득하였던 대항력을 그대로 유지하게 된다.

주택의 인도는 점유의 이전을 의미하며, 민법상 인정되는 점유의 이전 방법 중 현실의 인도뿐만 아니라 당사자의 의사표시만으로 이루어지는 간이인도가 포함된다. 임차인이 간접점유를 취득하는 경우, 즉 반환청구권의 양도의 방법에 의한 인도, 점유개정의 방법에 의한 인도는 외관상 임차인이 임차주택의 인도를 받았는지 알 수 없어 문제이나, 인도 이외에 주민등록을 또 하나의 대항요건으로 하는 현행 임대차법상으로는 이를 제외시킬 이유가 없다고 본다.³⁷⁾ 주민등록의 경우 다음 항목으로 하여 알아보도록 하겠다.

(2) 주민등록

임차권에 대해 대항력 등 보호를 하고 있는 많은 나라들이 요구하고 있는 보호의 요건은 대체로 점유이다. 우리 주택임대차보호법의 경우에도 같은 맥락에서 입주와 주민등록을 요구하고 있는 것으로 생각된다. 여기서 주민등록이라는 제도를 요구하는 것은 우리나라 특유의 국가편의적 관념의 소산이기는 하지만, 어쨌든 점유의 사실을 좀더 확실하게 입증하려는 요구에 응하는 것이라고 할 것이다.³⁸⁾

주민등록은 주민등록법의 입법취지와 같이 주민의 주거관계를 파악하고 상시로 전입의 동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고도 간이한 처리를 도모하려는 오직 행정상의 목적으로만 요구되는 요건이라거나 보충적인 태도를 그대로 답습한 판결이긴 하나, 주민등록이라는 제도는 등기의 경우와는 달리 비용이 들지 아니하며 신고인의 신고만으로 간단히 이루어진다는 점에 있어서 인도의 공시로서의 불완전함을 보완하는 면이 있기는 하나, 당초 행정목적에 의한 주민등록상의 기재를 대항력 취득 및 존속요건으로 함에는 주민등록 할

37) 이정용, 주택임대차보호법상의 제문제, 법률구조 통권28호, 1999, 27면.

38) 김연, 앞의 논문, 367면.

수 없는 자의 보호불능, 등기착오, 일시적 주민등록의 이전, 임차인의 주민등록자의 불일치 등에 따른 문제점이 있다.³⁹⁾

또한, 주민등록이 주택임차권의 공시방법으로서 그 역할을 제대로 수행하기 위해서는 임차주택의 실제 표시와 일치함이 이상적이나, 현실에서는 신고착오, 담당 공무원의 과오, 지번변경 등의 사유로 주민등록이 실제 표시와 일치하지 않는 경우가 종종 발견된다. 따라서, 이와 같은 부실한 주민등록을 주택임대차의 공시방법으로 유효하다고 보아 대항력을 부여할 것인가, 부여한다면 어느 범위에서 인정할 것인가 하는 점이 문제로 되는바, 이는 부실한 주민등록이 주택임차권의 대항력에 미치는 영향에 관한 문제라 할 것이다.⁴⁰⁾

판례의 경우 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이라고 볼 것이므로, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 결정된다고 하여⁴¹⁾ 기본적으로 주민등록이 공시방법으로서의 기능을 충분히 발휘하는 경우이어야만 대항력을 취득한다고 보고 있다.

(3) 대항력과 가장임차인

앞에서 언급하였듯이 가장임차인의 경우 부동산경매상 배당절차에서 주택임대차보호법상의 우선변제권을 취득함으로써 채권자의 채권회수에 피해를 입히게 되며, 먼저 우선변제권을 취득하기 위하여는 주택임대차보호법의 대항력을 구비하는 것을 기본으로 한다. 먼저 대항요건 중 주택의 인도의 경우 임대인

39) 김종기, 주택임대차보호법상 공시방법으로서의 주민등록, 판례연구 6집, 부산판례연구회, 1996, 159-160면.

40) 정총령, 주택임대차보호법상 대항요건으로서 부실한 주민등록의 효력에 관한 판례연구, 재판실무연구 3권, 2006, 129면.

41) 대법원 2000. 4. 21. 선고 2000다1549 판결.

과 임차인의 담합에 의해 가장임차인이 실제 거주하지 않아도 주택의 인도를 주장 할 수 있으며, 주민등록 또한 실제 거주하지 않아도 현 주민등록 행정 절차상 누구라도 전입신고가 가능하다. 이러하다 보니 가장임차인에 있어서 대항력은 오히려 진정한 임차인으로 가장할 수 있게 되는 정당성을 부여함과 동시에 쉽게 우선변제권을 취득하여 배당을 받을 수 있게 된다는 기대적 부응의 도구라 볼 수 있다.

3. 가장임차인의 행사수단에 대한 배제

(1) 배당이의의 소

집행력 있는 권원의 정본을 가지지 아니한, 가압류채권자를 제외한 채권자에 대하여 이의한 채무자와 다른 채권자에 대하여 이의한 채권자는 배당이의의 소를 제기하여야 한다. 배당표 기재의 실제적 당부를 에워싼 분쟁은 배당기일에 출석한 이해관계인이 구술로 배당에 관한 이의를 하고, 7일의 제소기간 내에 배당이의의 소를 제기하여 필요적 구두변론을 거쳐 판결로 해결되는데 이것을 배당이의의 소라 한다.⁴²⁾

배당이의의 소의 경우 이의 결과 자기의 배당액이 증가하는 경우에 한하여 제기할 수 있으며, 채권자가 배당기일에서 배당표에 따른 채권자의 채권의 존부, 범위, 순위 등에 관하여 이의사유가 있는 경우에 한하며, 이의를 한 채권자가 배당기일로부터 7일 내에 제기하고 그 사실을 경매법원에 증명하여야 하며, 만약 제기한 소송에 대하여 증명을 하지 못하면 일단 유보된 배당절차가 다시 속행되어 배당이 실시된다.

채권자의 경우 가장임차인의 존재 및 이에 대한 배당액을 배당기일 전에 인식할 수 있다는 것은 그리 쉬운 일이 아니며, 또한 배당기일로부터 7일간 내에 법원에 소송을 제기한 증명을 하지 않으면 안 된다는 것도 사실상 무리가 따른다.

42) 김봉석, 집행법원의 배당절차에 관한 연구, 건국대학교 박사학위 논문, 2003, 162면.

(2) 부당이득반환청구의 소

채권자가 가장임차인의 상대로 부당이득에 관하여 소를 제기하기 위해서는 일단 배당절차가 종결되어 더 이상 배당이의 소송은 허용 되지 않게 되었을 때에만 가능하다. 민법 제741조는 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다고 규정하고 있으며, 부당이득의 성립을 위하여 ① 수익 ② 손실 ③ 수익과 손실 사이의 인과관계 ④ 법률상 원인이 없을 것이라는 요건이 필요하다.

(3) 인도명령

대항력도 우선변제권도 없는 가장임차인의 경우 경락자는 점유자를 상대로 인도를 명하는 인도명령을 법원에 신청하여 주택의 인도를 요구할 수 있으며(민사집행법 제136조 제1항), 가장임차인이 불법점유자라 하더라도 강제로 퇴거시킬 수는 없으며, 불법점유자의 경우 강제로 퇴거시킬 시 주거침입죄가 성립하게 되는데(형법 제319조), 이유는 경락인이 대금납부를 하여 소유권을 취득하였다하여도 주거는 점유를 기준으로 하며 소유와는 별개의 문제이기 때문이다. 가장임차인의 명도 약속만을 믿고 인도명령 받는 것을 게을리하여 대금완납일로부터 6개월이 지나게 되면 부득이하게 별도의 명도소송을 제기해야 한다.

제3장 가장임차인 관련 판례와 유형

제1절 서

본 논문의 목적은 가장임차인과 관련된 판례와 유형을 통하여 가장임차인을 발생케 하는 문제점을 파악하여 이에 대한 대책방안으로서 제도적 보완 방안과 제도적 도입 방안을 모색하여 건전한 부동산경매 시장으로 활성화되기를 기대함에 있다고 하겠다.

가장임차인이란 앞에서 언급한 바와 같이 경매가 진행되는 주택에 실질적인 임대차관계가 없음에도 불구하고 주택임대차보호법이 규정하고 있는 임차인으로서 외관을 갖추어 동시에 권리신고 및 배당요구를 하거나 실질적으로 주택을 인도 받아 경매법원에 임차인으로서 권리신고와 배당을 요구하여 채권자의 채권회수권과 경락자의 권리를 침해하는 것으로 규정할 수 있다. 가장임차인의 대책방안으로는 지금의 제도를 심층적으로 분석하여 보다 실용적이고 현실적인 제도로 보완하는 제도적 보완방안과 가장 임차인의 발생을 방지하기에 미흡한 부분에 대하여는 새로운 제도의 도입을 모색하여 건전한 부동산경매시장이 되도록 하기 위한 제도적 도입방안으로 나눌 수 있다.

가장 임차인과 관련한 대책방안이 제대로 작용하기 위하여는 선결문제로서 부동산경매과정에서 발생할 수 있는 가장임차인의 유형을 심도 있게 분석하여야 할 것이며, 이들 가장임차인이 얻고자 하는 것에 대한 정확한 분석과 파악이 있어야 할 것이다.

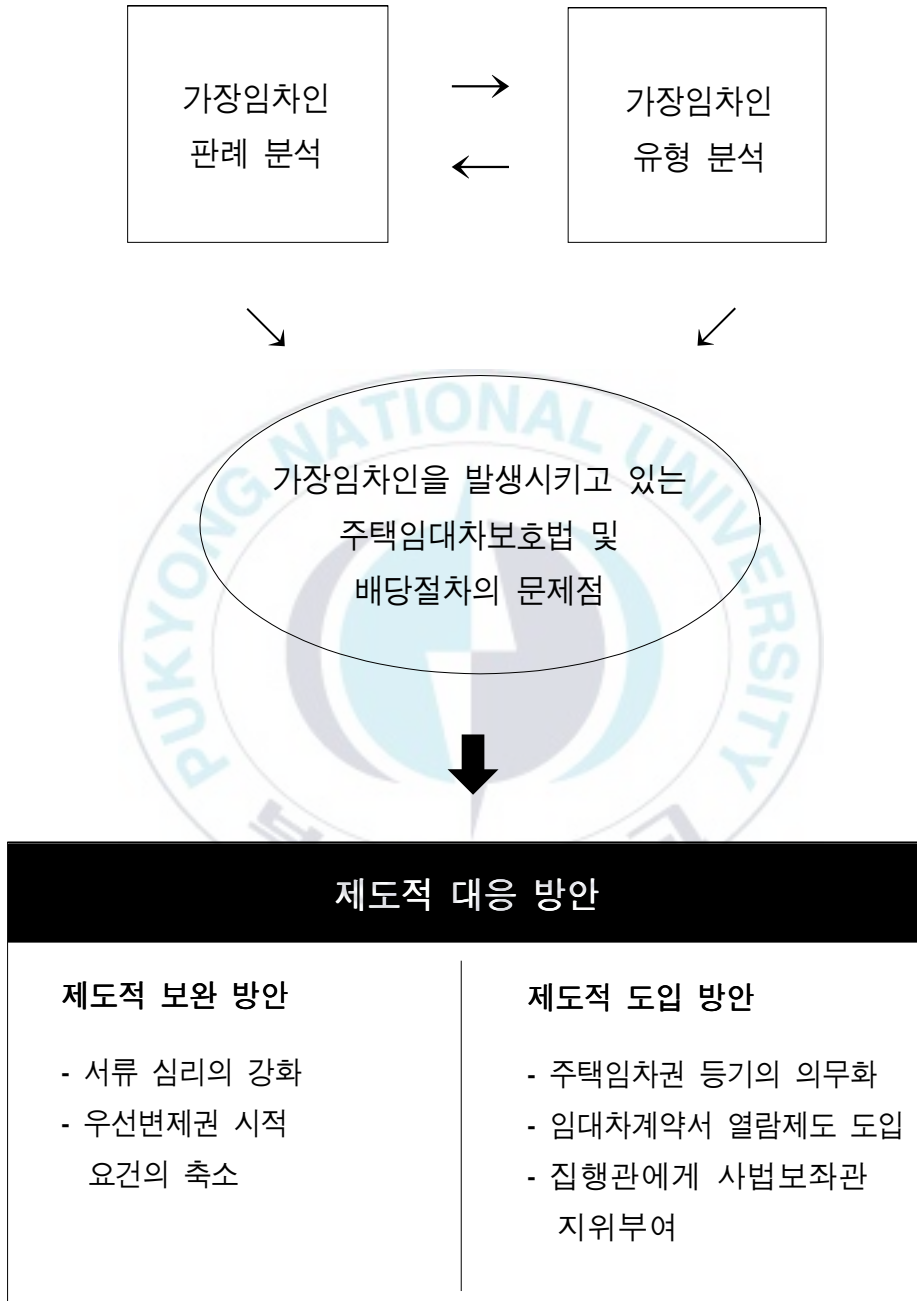
가장 임차인의 일반적인 형태로는 실질적인 임대차계약 없이 무상으로 거주하면서 주택의 소유자와 담합하여 허위의 임대차계약서를 만들어 이를 토대로 임차권을 주장하는 사람과 소액보증금의 최우선변제권이 인정되는 점을 악용하여 주택을 임대차하지 않은 자가 소액보증금을 받기 위하여 서류상으로만

주민등록을 옮겨 놓고 주택의 소유자와 허위의 임대차 계약서를 작성한 사람, 그리고 근저당권자가 담보로 제공된 주택에 대한 담보가치를 조사할 당시 임차인이 그 임대차 사실을 부인하거나 보증금을 감액하는 진술을 한 후 실질적으로는 배당절차에서 임차보증금 반환채권의 존재를 주장하는 사람, 경락자에게 손해를 가할 목적으로 실질적으로 거주하지 않으면서 최우선으로 주민등록을 마친 사람, 경매가 진행되는 도중에 경매주택에 거주를 하여 적지 않은 이비용을 요구하는 사람, 확정일자에 의한 우선변제권은 배당요구의 종기까지 요건을 구비하면 되는 점을 악용하는 사람 등이 있다.

경매 절차상에 있어서 가장임차인은 발생원인과 유형 등이 복합적으로 작용할 것이다. 이런 복잡한 양상을 보이고 있는 가장임차인은 담보물권자 및 일반채권자와 경락자에게 적지 않은 피해를 입히고 있음에 따라, 미흡한 제도에 대하여는 제도를 보완하고 가장임차인의 변화에 대응하기 위해 새로운 제도를 도입하는 방안 등을 모색하고자 한다.

이러한 이론적 검토과정을 거쳐 다음의 [그림 3-1]과 같은 구성으로 제고할 수 있을 것이다.

[그림 3-1] 가장임차인 대응방안



제2절 가장임차인 관련 판례

부동산경매 과정에서 임차인의 형식으로 하여 담보권자 및 일반채권자와 경락자에게 손해를 끼치는 이른바 가장임차인은 일반서민의 주거권 보호를 목적으로 하는 주택임대차보호법에서 비롯됨을 볼 수 있다. 예를 들면, 소액임차인의 최우선변제권과 확정일자를 갖춘 임차인의 우선변제권, 대항력 등이다.

1981년에 제정된 주택임대차보호법은 여러 번의 개정을 통하여 오늘에까지 이르고 있기는 하지만 여전히 미흡한 부분이 많음을 알 수 있으며 이런 이유로 인한 문제점들이 가장임차인을 양성하고 있다. 가장임차인 관련 소송의 경우 짧은 기간으로 인해 뚜렷한 양상없이 산발적으로 나타나고 있는 걸 볼 수 있으며, 대법원의 판결을 위주로 하여 살펴보면 1987년에 1건, 1997년 1건, 2000년 1건, 2001년 2건, 2002년 1건, 2003년 1건, 2005년에 1건으로 총 8건이며 주로 소액임차인의 최우선변제권을 악용하는 사례가 대부분을 차지하며 특히 최근의 경우 기존채권의 담보수단으로 이용되는 경우가 다수를 차지함을 볼 수 있으며 유형별로 살펴보면 아래와 같다.

1. 임차인이 임차보증금의 존재를 부인한 후 다시 주장한 경우

갑은 을소유의 건물에 임차보증금 1500만원으로 하여 임차하고 있던 중 소유자의 부탁으로 대출시 은행직원에게 보증금 없이 무상으로 거주하고 있다고 증언하면서 확약서까지 만들어 준 뒤 나중에 이를 번복하여 임차보증금을 주장하였다.

위와 같은 경우 피고가 사실은 보증금을 주고 임차했으면서도 원고 은행직원에게 보증금 없이 입주하고 있다고 말하고 그와 같은 내용의 확약서까지 만들어 주어서 원고 은행으로 하여금 부동산에 대한 담보가치를 높게 평가하도록 하여 대출하도록 한 사실을 그 증거에 의하여 확정하고 나서 그럼에도 불구하고 피고가 원고의 명도청구에 즈음하여서는 이를 번복하면서 임차보증금

의 반환을 내세워 명도를 거부하는 것은 금반언 및 신의칙에 위반된다.⁴³⁾

원고 금고는 소유자에게 2,100만원을 대출해주고 이 건물에 관하여 채권 채고액 2,940만원의 근저당권을 설정했으며, 대출당시 피고인 임차인은 2,200만원으로 임차하면서 1994. 4. 2에 전입하고 1994. 8. 19에 확정일자를 받아놓고 있었다. 대출받을 당시 담보가치를 높이기 위해 피고는 주민등록이 마쳐져 있으나 실제로는 거주하지 아니한다고 주장하면서 피고의 인감증명서를 원고에게 제출하였고 그 후 피고는 경매절차에서 확정일자부 임차인으로 보증금에 대한 배당을 요구하였다.

위와 같은 경우 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리주장을 앓았다는 내용의 확인서를 작성해 준 경우, 그 후 그 건물에 대한 경매절차에서 이를 반복하여 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.⁴⁴⁾

2. 대항력을 갖추지 않고 배당을 주장한 경우

원고인 국민은행은 다덕종합건설에 대한 3억 7,000만원의 대출금 채권에 대한 담보로 김양초 소유의 아파트에 1996. 4. 3일 채권 최고액 1억 3,000만원을 설정하였고, 피고인 임차인은 1996. 3. 25일 임차보증금 1억 3,000만원으로 임대차계약을 체결하고 1996. 4. 1에 확정일자를 받았다. 1억 3,000만원의 보증금 중 5,000만원을 먼저 지급하고 나머지 8,000원은 소유자의 집에 전세권자인 장성용의 전세보증금 반환채무를 인수하는 것으로 하고 장성용은 그로인해 현

43) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2788 판결.

44) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다12211 판결.

소유자에게 임차인으로써 대항력을 포기하기로 하며 이사 갈 때까지 방 3개 중에 2개를 사용하였다. 문제는 원고가 3월 29일에 이 사건 아파트를 방문하여 임대차관계를 조사할 당시 장성용의 처가 그 가족 3인이 이 사건 아파트의 소유자와 임대차계약 없이 거주하고 있으며 차후 원고의 대출과 관련하여 임대차 문제가 발생할 경우 일체의 책임을 진다는 내용의 확인서를 작성하고 소유자가 이에 서명 날인하여 원고에 교부한 사실과 실제 소유자와 피고와의 계약서를 확인해보면 임대차계약의 계약금 1,300만원은 계약 당일 수수하고, 중도금 5,000만원은 같은 해 3월 28일에, 잔금 6,700만원은 같은 해 4월 1일에 각 지급하기로 약정되어 있어 위 내용과 부합하지 않는다. 또한 임대차계약과 관련한 모든 일이 근저당권 설정에 임박하여 1주일 만에 중도금과 잔금의 지급 및 주택의 인도 등 계약이 이루어졌고, 피고의 경우 다덕종합건설의 대표 이사가 자신의 형으로 이 회사의 대출금채무를 연대보증한 바가 있으며, 이 사건 아파트의 소유자 또한 이 회사의 직원임을 볼 때 이 사건 임대차계약은 의심을 받을 여지가 충분하며, 결정적인 것은 임대차계약의 체결 당시 피고는 피고의 형 소유의 아파트에 거주했음을 확인할 수 있다.

위와 같은 경우 피고와 소유자 사이의 이 사건 아파트에 관한 임대차계약이 통모에 의한 허위의 의사표시이거나 피고가 실제로는 이 사건 아파트에 입주하지 아니하여 이 사건 아파트의 인도를 받지 아니하였음에도 불구하고, 그 주장의 임차보증금을 배당받기 위하여 임차인으로서의 형식만을 갖추어 배당요구를 한 가장임차인이다.⁴⁵⁾

3. 임대건물의 구조상 지나치게 임차인이 많은 경우

건물의 1, 2층은 한 층에 방 3개와 거실 1개, 화장실 1개가 있어 건물구조상 5세대의 임차인이 있기는 어려운 점, 피고 등의 전입신고가 소유자의 대출연체로 원고로부터 법적 조치를 취하겠다는 최고장을 받은 이후 원고의 경매개

45) 대법원 2000. 4. 21. 선고 99다69624 판결.

시 전인 1998년 4월에 집중되어 있는 점, 피고 중 둘이는 원래 부부 사이였다가 1993. 11. 28. 협의 이혼하여 따로 살고 있었는데 그들이 같은 날 이 사건 건물 번지로 전입신고하면서 그것도 같이 임대차계약을 한 것이 아니라 따로 각 방 1개씩을 임차하였다고 주장하는 점, 이 사건 건물을 모두 임대하고 다른 곳에 거주한다는 소유자의 부부가 경매개시결정正本 및 배당기일소환장이 사건 건물에서 받았고, 원고 직원이 방문하였을 때에 위 소유자의 처가 이 사건 건물에서 잠을 자고 있었던 점, 합의 이혼한 피고들이 거주한다는 방에서는 중학생 참고서가 꽂힌 책상 1개, 피고가 처 및 딸과 거주한다는 방에서는 침대 1개 및 옷 몇 벌만 있었던 점 등은 피고 등을 우선변제권 있는 소액임차인으로 보기에 의심스러운 사정이라 아니할 수 없다.⁴⁶⁾

4. 기존 채권의 담보를 목적으로 한 경우

피고는 갑에게 1997. 7. 22일 1,000만원, 1997. 10. 30일 1,000만원, 1997년 12. 1일에 5,000만원 합이 7,000만원을 빌려주었고, 갑에게 돈을 변제받지 못하게 되자 1997. 12. 24일 갑 소유의 주택에 가압류를 하였고 이에 앞서 1997. 12. 20일에 소액임차인에 해당하는 1,500만원으로 임대차계약을 체결하고 1997. 12. 27일에 전입신고를 하여 거주해 오고 있다.

위의 같은 경우 주택임대차보호법의 입법목적은 주거용건물에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장하려는 것이고 (제1조), 주택임대차보호법 제8조 제1항에서 임차인이 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있도록 한 것은, 소액임차인의 경우 그 임차보증금이 비록 소액이라고 하더라도 그에게는 큰 재산이므로 적어도 소액임차인의 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

46) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다53397 판결.

때, 채권자가 채무자 소유의 주택에 관하여 채무자와 임대차계약을 체결하고 전입신고를 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.⁴⁷⁾

갑이 건축주로 되어 있는 미등기의 다가구용 단독주택 3층에 임차인1은 1997. 8. 18일에 12개월 동안 1억의 임차보증금으로 임대차계약을 하였고, 임차인2는 1층 4가구를 기간 정함이 없이 1억 8천만원에 임대차계약을 하였다. 각 임차인의 임차보증금의 합이 2억 8천만원인데 이 금액은 갑의 대리인 을에 대한 종래의 대여금 채권으로 대체하기로 약정하고 1997. 8. 16일에 각각 전입신고를 하였다.

위와 같은 경우 주택임대차계약은 주택을 주거용으로 사용·수익하기 위한 것이 아니라 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 소정의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들기 위하여 체결된 것이라 할 것이므로, 이는 주택임대차계약으로서는 통정허위표시에 해당되어 무효라고 할 것이어서 이에 주택임대차보호법이 정하고 있는 대항력을 부여할 수는 없다.⁴⁸⁾

갑과 을은 1982년에 건물을 공동으로 매수하고 을의 명의로 소유권이전등기를 경료하고, 1987년에 건물을 신축하고 다시 을의 명의로 소유권보존등기를 경료하였다. 갑은 1988년에 2층 주택 중 2층에 무상으로 거주하면서 1988. 10. 18일에 전입신고를 하였고 그러던 중 갑은 을로부터 1억 5,000만 원을 받기로

47) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다14733 판결.

48) 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184, 24191 판결.

하면서 소유관계를 정산하기로 하였다. 그 후 1억 5,000만원을 1997. 3. 1에 임대차관계로 전환하였고 1999. 5. 12에 확정일자를 받았다.

위와 같은 경우는 갑이 1997. 3. 1에 을과 정산을 마치고 임대차계약을 작성한 것이 아니라, 정산이 마치지지 않은 상태에서 이 사건 건물의 공동소유자로서 당연히 위 2층 주택 중 2층 부분을 계속 사용·수익해 오던 중, 이 사건 대지와 건물이 경매되는 경우 자기의 지분을 제3자에게 대항할 수 없게 되는 것에 대비하여, 위 임대차계약을 작성하고 임대차계약서에 확정일자를 받아두었을 뿐이라고 봄이 상당한바, 이와 같이 주택임대차로서의 우선변제권을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약에는 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권을 부여할 수 없는 것이다.⁴⁹⁾

5. 소액임차인의 최우선변제권을 악용한 경우

방이 두개인 주택에 소유자와 그의 처, 아들, 딸과 거주하면서 피고인 임차인은 2000. 11. 18일 방 하나에 소액임차인으로 하여 보증금 1,500만원으로 임대차계약을 하였는데, 이 주택의 경우 1998. 12. 24일 한국주택은행으로부터 채권최고액 720만원의 근저당권설정등기, 1992. 4. 6일 한국주택은행으로부터 채권최고액 720만원의 근저당권설정등기, 1999. 3. 15일 국민은행으로부터 채권최고액 2,400만원의 근저당권설정등기, 1999. 9. 28일 김광곤으로부터 채권최고액 5,000만원의 근저당권설정등기 등이 경료 되어 있는 것을 볼 수 있으며, 피고의 경우 소유자의 처와 친척관계에 있다.

위와 같은 경우 주택임대차보호법 제8조의 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

49) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다21445 판결.

준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고, 따라서 그 임차권설정행위는 사해행위취소의 대상이 된다.⁵⁰⁾

위에서 살펴본 내용을 요약해 보면,

첫째, 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리주장을 앞췄다는 내용의 확인서를 작성해 준 경우, 그 후 그 건물에 대한 경매절차에 참가하여 배당요구를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 금반언 및 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다.

둘째, 임대차계약이 통모에 의한 허위의 의사표시이거나 임차인이 실제로는 아파트를 인도받지 아니하였음에도 불구하고 임차보증금을 배당받기 위하여 임차인의 형식만을 갖추어 배당요구를 한 경우 가장임차인이라 할 수 있다.

셋째, 임대건물의 구조상 지나치게 많은 임차인이 있는 경우, 경매개시 전에 집중되어 있는 경우, 협의 이혼하여 따로 살고 있던 부부가 같은 날 전입신고 하면서 따로 각 방 1개씩을 임차하였다고 주장하는 경우 등에는 우선변제권 있는 소액임차인에 해당하는 것으로 보기가 어렵다.

넷째, 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 하는 것은 사용, 수익할 목적을 갖지 아니 하므로 통정허위표시에 해당되어 무효이다.

다섯째, 소액보증금 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 담보물권자 보다 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 최우선변제권의 임차권을 설정해 준 행위는 사해행위로 취소의 대상이 된다.

50) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771 판결.

제3절 가장임차인 유형

- 조사기간 : 2006년 1월 1일 ~ 2006년 12월 31일
- 조사대상 : 부산광역시에서 낙찰된 경매 사건 중 아파트와 다세대
- 조사목적 : 임차인의 외관을 갖춘 자중 가장임차인을 분별하고 선별하여 유형을 파악하고 분석하여 문제점과 해결방안을 도출한다.
- 필 요 성 : 가장임차인의 문제점과 그에 따른 대책방안을 모색하기 위해서는 유형분석이 선행되어야 하고 이를 뒷받침하기 위해서는 현실에 존재하는 즉, 가상이 아닌 실제 사례를 중심으로 분석할 필요가 있다.
- 조사한계 : 가장임차인을 분별하기 위하여 실제로 경매주택을 일일이 체크하는 것이 최상이겠지만, 현실상 거의 불가능한 일이다 보니 문서상의 사례를 통해 식별할 수 밖에 없게 된다. 그러다 보니 문서상의 한계에 의해 가능성에 의한 추측이 될 것이다.
- 자 료 : 제일부동산경제신문, 입찰전문경매정보지,
www.jeilland.co.kr

위와 같은 조사를 통하여, 크게 3가지 유형으로 구분하고자 한다. 즉, 통정 허위표시의 경우, 특별법상 입법취지에 반하는 경우와 경락자에게 사해행위를 하는 경우로 구분하며 아래에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

1. 통정허위표시인 경우

민법 제108조 제1항에 의해 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 하며, 가장임차인과 임대인과의 담합 즉, 통정에 의해 허위로 권리신고 및 배당요구 등 의사표시를 하여 배당을 받는 행위는 무효이다. 판례의 경우도 주택임대차계약은 주택을 주거용으로 사용·수익하기 위한 것이 아니라 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 소정의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들기 위하여 체결된 것이라고 할 것이므로, 이는 주택임대차계약으로서는 통정허위표시에 해당되어 무효라고 할 것이라고 판시하고 있다.⁵¹⁾

(1) 임차보증금이 지나치게 많으며 임차인이 친인척관계에 있는 경우

감정평가액	74,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
국민은행 *조영재 조영재 2006.04.25 임의경매 *중앙감정	부산 금정구 남산동 96-1 거성리천시 9층 901호 (보존 2000.6.2) *최종미전:02.5.30 <매매> *금정중학교남서측인근 *북측새벽시장 *서측도로변따라소규모 점포	11층아파트 ----- 대 17,00(5.1평) 건 51,988(15.7평) (24.42평형)	전부> 2000만 조성순 전입)02.01.23 배당)06.05.04 조성순은소유자 고모임 ----- 배당종기일: 2006.07.28	74,000,000(100%) 2006.11.07유찰 59,200,000(80%) 2006.12.12낙찰 59,300,000 (80.1%) 응찰자수:1 낙찰자:미인속	저당01.06.12국민은행 1950만 저당01.06.12국민은행 6310만 가압06.01.24서울보증 1억0497만 임의06.04.27국민은행 (2006-19480) *신청채권액: 6711만

위 사례는 임대차가 이루어지기 전에 대출 금액이 감정평가액의 대부분을 차지하고 있는 걸 볼 수 있다. 일반적인 사람이라면 아마도 이런 곳에 임차하지 않았을 것으로 예상되며, 위의 임차인의 경우는 친인척관계이기에 더욱더 조심해야 할 부분이 있음에도 불구하고 적지 않은 보증금으로 임차하고 있다

51) 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184, 24191 판결.

는 것은 의심의 여지가 있어 보인다.

(2) 소유자의 가족이 알지 못하는 임차인이 있는 경우

감정평가액	110,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
외환은행 *최초매 최초매 2005. 10. 11 임의경매 *삼참감정	부산 사하구 하단동 1175 가락타운아파트 305동 5층 506호 (보존 92, 10, 30) *최종미전: 92, 11, 20 <매매> *사하동기소복서촉인근 *주위대단위아파트단지 *차량접근가능 *시내버스정류소인근 소재 *대중교통사정보통 *평탄지조성부정형토지 *단지내도로접 *중앙집중식난방 *승강기및 소화전설비	15층아파트 ----- 대 36, 55(11, 1평) 건 84, 93(25, 7평) (31평형)	방1>일부 2500만 하조미 전입)01.08.29 배당)06.01.23 배당종기일: 2006.01.23	110,000,000 (100%) 2006.08.01유찰 88,000,000(80%) 2006.09.05유찰 70,400,000(64%) 2006.10.10낙찰 82,700,000 (75.2%) 응찰자수:5 낙찰자:김순희	저당01.09.27외환은행 7200만 저당02.09.10외환은행 1700만 가압03.08.14농협(중) 569만 가압05.02.07삼성카드 1655만 가압05.07.27외환은행 3925만 임의05.10.13외환은행 (2005-49927) 압류06.06.29국민보험 *신형채권액: 8029만
참고사항					
*본건에 임하여 소유자의 아들 만나 확인한바 임차인 없으며 다음은 알지 못한다고 하고 성명 밝히기를 거부함.(약25~30세 가량) *관할동사무소에 전세대등본 확인한바 하조미가2001.8.29.자 전입되어 있었음.					

위 사례는 소유자의 아들 말에 의하면 임대차의 성립여부가 불분명한 경우의 선순위 임차인으로 외환은행에서 2번의 대출실시 부분을 봐서도 선순위 임차인이 존재한다는 것이 의문스러운 점이다. 실제 거주부분을 확인하여 대항력이 없다는 것을 주장하여 가장임차인이라는 것을 밝혀내면 문제가 없겠지만 실제 확인이 어려운게 사실이다.

2. 특별법의 입법 취지에 반하는 경우

주택임대차보호법의 입법목적은 주거용 건물에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장하려는 것이고(주택임대차보호법 제1조), 주택임대차보호법 제8조에서 임차인이 보증금 중 일정액을 다른 담보

물권자보다 우선하여 변제받을 수 있도록 한 것은 소액임차인의 경우 그 임차보증금이 비록 소액이라고 하더라도 그에게는 큰 재산이므로 적어도 소액임차인의 경우에는 다른 담보권자의 지위를 해하게 되더라도 그 보증금의 회수를 보장하는 것이 타당하다는 사회보장적 고려에서 나온 것으로 민법의 일반규정에 대한 예외규정인바, 그러한 입법목적과 제도의 취지 등을 고려할 때, 채권자가 채무자 소유의 주택에 관하여 채무자와 임대차계약을 체결하고 전입신고를 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 없다고 판시하고 있다.⁵²⁾

확정일자의 경우 차후에 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경 내지 조작을 어느 정도 막고, 대항력과 함께 우선변제권을 부여하는 요건으로써 우선변제권의 경우 특별법에 의한 우선특권으로 법정담보물권의 기능을 가지게 하여 경매상에서 임차인을 보호하고자 함인데, 확정일자의 경우 특별하게 언제까지 갖추어야한다는 요건이 없어서 문제가 되고 있다.

(1) 전입날짜와 확정일자를 받은 날이 지나치게 거리가 있어서
금액의 수정이 의심스러운 경우

아래의 사례는 선순위 임차인의 보증금과 2순위 저당권 설정액을 합한 금액이 감정가를 훨씬 초과하고 확정일자를 저당권설정일 이후에 받았다면 이때의 임차인은 가장 임차인일 가능성이 아주 높는데, 보통 대출을 해줄 시 금융기관에서는 감정평가기관에서 평가한 감정가격의 40~70% 수준으로 대출금을 산출하며, 여기에서 대항력 있는 임차인이 있다면 임차보증금과 다른 방에 대한 최우선변제권의 금액을 공제하고 나서 대출을 실행한다. 이런 이유로 아래

52) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다14733 판결.

의 사례는 감정평가액이 1억 5백정도인데도 불구하고 선순위 임차인의 보증금이 3,500만원이고 대출금이 7,500만원이다. 대출당시 임차인이 존재한다 하더라도 임차보증금이 없거나 3,500보다는 작아야 함을 알 수 있다.

임차인이 확정일자를 받아두게 되는 이유는 자신의 보증금을 확정하고 담보물권과 같은 보호를 받기 위함인데⁵³⁾, 아래의 사례에서는 확정일자를 받은 날짜가 전입한 날짜보다도 한참 후이며 의심스러운 것은 대출이후에 확정일자를 받았다는 것이다. 또한 선순위 임차인의 문제도 문제이지만 임차인 박영순의 경우 보증금이 지나칠 정도로 많아 보인다. 보통의 일반적인 사람이라면 다른 임차인이 존재하고 대출과 저당 등 권리관계가 복잡할 경우 이렇듯 많은 금액을 주고서 임차하지는 않을 것이다.

감정평가액		면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
국민은행 *강봉건 강봉건 2005.06.01 임의경매 *코리아감정	부산 서구 남부민동 653 대진타워맨션 15층 1505호 조표제 28280-115호 (보존 85,6,7) *최종미전:03.9.2 <매매> *1개동120세대 *부산공동머시장남서측 인근 *부근일반상업지역 *숙박시설,음식점,공장, 마파트,주택등존재 *차량접근가능 *시내버스정류소인근 *대중교통사정보통 *남동하향완경사지내 사다리형토지 *동측완복4차선도로진 출입 *도시가스개별난방 *승강기설비	15층아파트 ----- 대21,52(6,5평) 건84,91(25,7평) (통청36평형)	주거> 3500만 신성자 전입)00.05.01 확정)04.06.02 배당)05.08.05 ----- 주거> 3500만 박영순 전입)05.06.07 확정)04.06.02 배당)05.08.05 ----- 배당종기일: 2005.09.20	105,000,000 (100%) 2006.11.03유찰 84,000,000(80%) 2006.12.06낙찰 84,900,000 (80,9%) 응찰자수:1 낙찰자:김장화	저당02.01.30국민은행 9230만 저당03.12.26김재우 1억8000만 가압04.11.10신용보증 1700만 압류05.01.11부산진(세) 임의05.06.03국민은행 (2005-25990) 압류06.04.12수영(세) *신청채권액: 7544만
참고사항					
*본건에 임한바 폐문부재하여 통지서를 두고 왔으나 관계서류 제출하지 않아 관할동사무소에 전세대등본 확인한바 박영순(2005.6.7.자), 신성자(2000.5.1.자)가 전입되어 있었음*박영순:2004.6.2 경매부동산에 최초전입, 2005.4.21 다른곳으로 전출한 후, 2005.6.7 경매 부동산으로재전입함					

53) 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결 참조.

감정평가액	98,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
사하농협 *미하설 미하설 2006.07.03 임의경매 *국제감정	부산 사하구 구평동 41-7 구평화신아파트 102동 17층 1706호 (보존 93.6,10) *최종미전:2001.5.31 <매매> *구평초등학교동측직선 거리220m지점위치 *주변단독주택및공장 형성	22층아파트 ----- 대31.05(9.4평) 건84,945(25.7평) (35평형)	1706호> 3000만 노미영 전입)04.02.19 확정)06.09.28 배당)06.09.29 ----- 배당종기일: 2006.10.13	98,000,000(100%) 2006.11.16유찰 78,400,000(80%) 2006.12.21낙찰 80,000,000 (81.6%) 응찰자수:1 낙찰자:노미영	저당01.06.08사하농협 6500만 저당02.07.26사하농협 1950만 압류05.01.21서부산(세) 가압05.05.03기술보증 1767만 임의06.07.10사하농협 (2006-32162) *신청채권액: 6634만

위 사례는 확정일자가 최초 전입한 일자보다 훨씬 뒤에 이루어진 것을 볼 수가 있으며, 특히 경매개시결정등기가 되고 나서 이루어진 것을 볼 수 있다. 이렇듯 확정일자는 경매개시이후에 이루어져도 무방하며(민사집행법 제84조 제1항) 확정일자를 받도록 하는 것은 임차인과 임대인이 임의로 계약서를 다시 작성한다거나 보증금액을 수정하는 것을 막기 위한 것도 있지만⁵⁴⁾, 임차인의 임차보증금을 확정하여 보호하고자 하는 취지도 있다. 이런 의미에서 위 사례는 아마도 보증금의 금액을 소액임차인의 최우선변제권 기준에 맞게 수정하여 급히 작성되어진 것으로 예상 할 수 있으며, 그렇지 않다면 임차인은 구지 확정일자를 받지 않아도 소액임차인으로 보장을 받을 수 있었을 것이다.

(2) 소액임차인의 최우선변제권을 악용하는 경우

소액임차인의 최우선변제권은 대지의 가액을 포함한 주택 매각 가액의 2분의 1 범위 내에서 최우선적으로 변제를 보장 받게 된다(주택임대차보호법 제8조). 현재 최우선적으로 변제 받을 소액보증금은 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역은 1,600만원이고 광역시(군지역과 인천광역시 제외)는 1,400만원, 그 외 지역은 1,200만원으로 규정하고 있으며, 주택의 인도와 주민

54) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다7992 판결 참조.

등록을 경매개시결정등기 이전까지만 하면 인정된다(주택임대차보호법 시행령 제3조).

소액임차인의 최우선변제권을 이용하여 경매개시결정등기가 이루어지기 몇 달 전에 의도적으로 임차하여 배당을 요구한 후 최우선변제권에 의해 우선적으로 변제를 받게 되는데 이런 경우 불법이 되지는 않지만 선의의 채권자의 채권회수에 피해를 입히게 된다.

감정평가액	108,500,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
고려상호 *김순연 김순연 2006.03.28 임의경매 *국제감정	부산 부산진구 가야동 668 백산아파트 109동 1층 104호 (보존 91.2, 18) *최종미전: 95.5, 26 <매매> *가평초등교남측약260m 위치 *주변남측임야지대제외 한여타측고층아파트및 단독주택형성 *지대다소높은고지대 *의료시설및각종근린등 인근 *입지조건보통 * 시내버스정류장도보약 7~8분소요	14층아파트 ----- 대 43.49(13.2평) 건 84.99(25.7평) (31평형)	방1> 1600만 김년환 전입)06.02.01 확정)06.02.01 배당)06.04.17 ----- 배당종기일: 2006.06.30	108,500,000 (100%) 2006.10.13유찰 86,800,000(80%) 2006.11.17유찰 69,440,000(64%) 2006.12.22낙찰 88,444,400 (81.5%) 응찰자수:14 낙찰자:김덕찬	저당04.04.02고려상호 9750만 압류05.07.15부산사상구 가압06.01.06열지카드 1018만 임의06.03.31고려상호 (2006-14614) *신청채권액: 7759만

위의 사례에서 임차인 김년환의 경우 2006년 2월 1일에 임차한 것을 볼 수 있으며 경매개시결정등기가 이루어지기 1달여 전이라는 것을 알 수 있다. 단순히 임대차가 목적이라면 불과 몇 달만 살수 있는 집을 결코 구하지는 않았을 것이며, 집주인은 경매가 진행된다는 사실을 1년 전부터 짐작하고 있기 때문에 집의 하자보수에도 신경 쓰지 않았을 것이다.

아래의 사례도 마찬가지로 소액임차인의 최우선변제권을 최대한 이용한 사례로 보이며 경매개시결정등기 불과 2달 전에 2명의 소액임차인이 며칠 상간으로 임차한 것을 알 수 있다.

감정평가액	120,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
서대구농협 *미훈오 미훈오 2006. 04. 10 임의경매 *새한감정	부산 사상구 모라동 991 모라리버빌 3층 309호 (보존 05, 7, 28) *최종미전: 05, 11, 29 <매매> *모라중학교서측인근 *주변일대역세권주상복 합지대 *근린및아파트단지, 단독 주택형성 *차량출입가능 *시내버스정류장및지하 철모라역인접 *대중교통사정무난 *도시가스개별난방 *승강기설비	15층아파트 ----- 대 15, 32(4.6평) 건 76, 47(23.1평) (건축물대장상 33.99평형)	방2> 1500만 미현미 전입)06, 02, 02 확정)06, 02, 03 배당)06, 04, 24 ----- 방1> 1500만 권해정 전입)06, 02, 17 확정)06, 02, 17 배당)06, 04, 24 ----- 배당종기일: 2006, 07, 15	120,000,000 (100%) 2006, 10, 11유찰 96,000,000(80%) 2006, 11, 15낙찰 96,010,000 (80%) 응찰자수:1 낙찰자:노성숙	저당05, 11, 29서대구농협 1억3000만 압류06, 03, 10사상구청 임의06, 04, 13서대구농협 (2006-16023) *신청채권액: 1억153만

감정평가액	150,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
대한생명 *김종태 김종태 2006, 06, 13 임의경매 *삼창감정	부산 연제구 연산동 469-15 대동레미안 6층 602호 (보존 03, 7, 25) *최종미전: 04, 11, 4 <매매> *과정초등교남서측인근 *부근간선도로<과정로> 변주상혼용지대 *중층형공동주택및판매 시설, 대중음식점등혼재 *후면저중층형공동주택 및단독주택, 점포등형성 *주위환경보통	14층아파트 ----- 대 12, 55(3.8평) 건 84, 97(25.7평) (건축물대장상 약36, 71평형)	602호> 1550만 미영옥 전입)06, 06, 05 확정)06, 06, 05 배당)06, 09, 07 ----- 배당종기일: 2006, 09, 12	150,000,000 (100%) 2006, 10, 11유찰 120,000,000(80%) 2006, 11, 15유찰 96,000,000(64%) 2006, 12, 20낙찰 110,569,000 (73.7%) 응찰자수:1 낙찰자:신연희	저당04, 11, 04대한생명 1억2350만 압류05, 04, 04부산연제구 임의06, 06, 14대한생명 (2006-26921) *신청채권액: 9500만

참고사항

*2006. 6. 15, 13시20분경 소유자 현수라는 성명불상자 여자가 현관입구에 서서 내부를 보지 못하게 하여본건 조사 취지를 설명후 임차인 여부를 문의한바 임차인이 한사람 있다고 얼버무려 임차인 점유부분을 확인코자 하였으나 당사자 있을때 오라고 하며 내부를 또다시 보지 못하게 하며 경매전행을 알리는통지서를 임차인에게 전달해 달라며 통지서를 전하였으나 수일 기다려도 관련서류 제출하는 자 없어 전입세대열람내역을 확인한바 소유자와 소유자와의 관계 및 점유권원을 확인할 수 없는 미영옥이 본건 부동산 호실로 2006. 6. 5, 자로 전입신고 되어 있었음, *본건 부동산 대표번호는 469-15번지임

위의 사례도 마찬가지로 소액임차인의 최우선변제권을 이용하여 이익을 취

하려는 가장임차인으로 보여지는데 경매개시결정등기 10여일 전에 임차한 것으로 나타난다. 더욱이 참고사항란의 여러정황을 살펴보면 실제로 살고 있는지 조차도 의문스러워 보이며 심증만 있을 뿐이라 배당에서 제외시키지는 못하고 소액임차인으로 최우선변제권에 의해 1,400만원을 배당⁵⁵⁾을 받았을 것이다.

감정평가액		면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
대형수협 *장미희 장미희 2006.05.10 임의경매 *삼참감정	부산 금정구 남산동 116-30 미주빌리지 9층 901호 (보존 2004.9.23) *최종이전:2005.5.31 <매매> *남산초등학교복합인근 *부근단독주택및중소규모공동주택,근린통존재 *주위환경보통 *차량출입가능 *지하철남산동역및시내버스정류소인근 *대중교통사정무난	10층아파트 ----- 대28.03(8.5평) 건84.59(25.6평) (건축물대장상약34.61평형)	901호> 3000만 양원석 전입)05.10.26 배당)06.05.18 ----- 901호> 3500만 이복래 전입)06.05.16 배당)06.05.18 ----- 배당종가일: 2006.08.17	156,000,000 (100%) 2006.10.26유찰 124,800,000(80%) 2006.11.30낙찰 125,278,000 (80.3%) 응찰자수:1 낙찰자:정채식	저당04.09.23대형수협 1억4170만 전세05.06.08이복래 6500만 가압05.10.31농협(중) 9761만 임의06.05.15대형수협 (2006-21438) *신청채권액; 1억900만
참고사항					
*양원석과 이복래는 모자간으로 상가금액으로 따로 따로 임대차계약을 체결하였다고 하며 이복래는 본건 부동산으로 2006.5.16.자 전입신고함 *양원석, 이복래는 모자간이고 본건 부동산 901호를 공동 점유함(현황조사서) *이복래:전세권자임(2005.6.8.자)					

위 사례 또한 소액임차인의 최우선변제권을 이용한 것으로 처음 계약한 임차보증금을 나중에 경매가 진행되어질 것을 예상하고 수정을 가한 경우로 보이는데 이복래의 경우 전세금이 6,500만원이라 배당받을 금액이 거의 없게 될⁵⁶⁾ 것을 예상하고 아들과 각각 소액임차인의 금액으로 한 것으로 보이며 이복래의 경우 전입이 경매개시등기 이후에 이루어져서 배당에서 제외되었을 것이다.

55) 주택임대차보호법 시행령 제3조와 제4조에 의해 광역시의 경우 3,500만원이하인 경우 1,400만원을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받는다.

56) 말소기준권리인 근저당권자 수협보다 후순위여서 경락인에게 대항력이 없는 임차인이 되며 부산광역시의 경우 소액임차인의 금액이 3,500만원이하이어야 보장을 받을 수 있기에 6,500만원의 금액은 요건에 충족하지 않는다.

3. 경락자에게 사해행위를 하는 경우

보통의 가장임차인이라 하면 임차인의 외관을 갖추고서 주택임대차보호법에서 보장하는 우선변제권 등으로 경매의 배당과정에서 권리를 주장하여 채권자의 채권회수에 방해를 입히는 자를 말하지만, 의도적으로 경락자를 해할 목적으로 경매주택에 점유하는 자의 경우 비록 주택임대차보호법의 보호영역 안에 드는 것이 아니어서 경매과정의 이해관계인이 되는 등의 혜택을 받을 수는 없겠지만, 주택을 명도하는 과정에서 경락자에게 손해를 입히게 되는데 즉, 이사비용을 받기위해 의도적으로 전입하는 등의 경우로 보통의 경우 시간과 비용이 드는 인도명령을 피하기 위해 적지 않은 이사비용을 주어 주택을 인도받게 된다.

(1) 실제거주가 불분명하지만 선순위 전입자로 위험가능성이 많은 경우

감정평가액		면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
부산은행 *강순남 강순남 2006.04.13 임의경매 *동국감정	부산 사하구 과정동 764-50 부경솔리드 가동 2층 202호 (보존 02.6.29) *최종미전:02.7.3 <매매> *사하초등교서측인근 *부근소규모공동주택및 단독주택등형성 *로변일부소규모점포등 소재	10층아파트 ----- 대 35.19(10.6평) 건 84.98(25.7평) (건축물대장상 33.61평형)	정경규 전입)02.06.17 ----- 최상환 전입)06.03.28 ----- 배당종기일: 2006.07.19	145,000,000 (100%) 2006.09.07유찰 116,000,000(80%) 2006.10.12유찰 92,800,000(64%) 2006.11.16낙찰 95,699,900 (66%) 응찰자수:1 낙찰자:미선미	저당02.07.03부산은행 1억2000만 가압05.05.19대우(캐) 571만 가압05.12.14양길례 2194만 임의06.04.18부산은행 (2006-17026) 압류06.08.03부산사하구 *신청채권액: 1억857만
참고사항					
*본건 현장을 수차례 방문하였으나 폐문으로 소유자 등을 만나지 못하여 빌라 관리실에 문의한바 실제 거주자가 누구지는 알 수 없으나 입주자 명부에는 박봉하라는 이름이 기재되어 있다고 함*관할동사무소에 전세대 열람한바 정경규(2002.6.17.자), 최상환(2006.3.28.자)이 전입되어 있으나 실제 거주 여부는 알 수 없음 *박봉하:현황조사서에 의하면 입주자 명부에 박봉하라는 이름이 기재되어 있음					

위 사례의 경우 배당에 참여하지 않은 전입자가 2명 있는데 정경규의 경우 임차인의 여부가 불확실하며 만약 임차인이라면 대항력 있는 임차인⁵⁷⁾으로 배

당을 요구하지 않았기에 경락자가 보증금을 모두 변제해야 하는 경우가 발생할 수 있으며 그렇지만 위의 정경규의 경우 임차인이 아닐 것이 예상되어 진다. 이유는 만약 임차인이 있다는 전제로 대출을 실행했다면 대출 금액이 위에서 만큼 이루어지지 않았을 것이며, 또한 참고사항 란에서 전입되어 있으나 실제 거주 여부는 알 수 없음으로 나와 있는 걸 봐서 만약 임차인이라면 자신의 보증금을 지키기 위해 거주할 상황이 아니라면 임차권등기를 하여 보증금의 안전을 확인하였을 것이다.

위 사례는 경락자에게 위험부담이 많은 사례로 만약 정경규가 자신이 임차인이라 주장한다면 경락자는 보증금을 변제해 주어야 하며 그렇지 않으면 임차인이 아니라는 사실을 밝혀내야 하는데 밝혀내서 보증금의 존재를 부정한다 해도 이런 경우 쉽게 주택을 인도하여 주지 않을 것이며 충분한 이사비용을 요구할 것이 예상되어진다. 이런 과정에서 경락자는 전입자를 상대로 인도를 명하는 인도명령을 법원에 신청한 후 집행관에 의한 강제집행을 하여 주택을 인도 받을 수 있으나 강제집행의 비용과 집행을 하기까지 시간적으로 적지 않은 손해를 보게 된다. 그리하여 보통 경락자는 점유자와 합의를 하는 쪽으로 유도를 하는데 잘못하여 시간을 지체할 시⁵⁸⁾ 경락자는 인도명령을 신청할 수가 없고 가장임차인을 상대로 건물명도소송⁵⁹⁾을 제기하여 승소판결을 받아 강

57) 임차인일 경우 말소기준권리인 부산은행 보다 선순위여서 경락인에게 대항력을 주장할 수 있다.

58) 인도명령이란 최고가매수신고인이 매각대금을 납부한 후 부동산에 대한 인도를 거절하는 점유자를 상대로 인도를 명하는 인도명령을 법원에 신청하는 것이다. 인도명령은 명도소송을 제기하지 않고 경매법원의 명령에 따라 부동산을 인도 할 수 있도록 명령문을 부여해 주는 것이다. 대금을 납부한 후 6월내에 신청을 하여야하고 이 기간이 지나면 인도명령대상자에게도 명도소송을 제기하여야 한다. 인도명령신청대상자는 채무자, 소유자, 경매결정개시결정기입등기 후에 점유를 시작한 점유자와 채권자는 물론 점유자가 매수인에게 대항 할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있는 것으로 인정된 때에도 인도명령은 가능하다.

59) 낙찰부동산의 점유자로서 인도명령대상자가 아니거나 인도명령신청기간 6개월을 넘긴 점유자가 있는 경우에 낙찰부동산을 자진해서 넘겨주지 않을 때 명도소송을 제기하여 승소판결을 받은 후에 집행관에게 강제집행을 위임하여 강제로 부동산을 명도받아야 한다.

제집행에 의하여 주택을 명도 받을 수밖에 없다. 이런 경우 경락인은 명도소송의 비용과 소송과정에서 최소한 몇 개월 이상의 시간이 소요되는 불이익을 당하게 된다.

(2) 의도적 전입일 경우 경락자의 손해가 발생하는 경우

감정평가액	₩ 69,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
농협(중) *명미선 명미선 2006.04.05 임의경매 *태평양	부산 영도구 동삼동 689-3 해양빌라 3층 301호 (보존 96.7.12) *최종미전:02.10.7 <매매> *에덴금호타운동축인근 *주위단독주택,일부소규모점포및일부공동주택 형성 *주위환경보통	4층다세대 ----- 대38.20(11.6평) 건72.50(21.9평) (26.27평형)	미상 ----- 배당종기일: 2006.07.11	69,000,000(100%) 2006.09.06유찰 55,200,000(80%) 2006.10.11유찰 44,160,000(64%) 2006.11.15 낙찰 51,440,000 (74.6%) 응찰자수:1 낙찰자:문창환	저당02.10.07농협(중) 6000만 가처04.01.02황덕혁외6 (2003가단82868) 압류05.02.11부산영도구 압류05.05.06중부산(세) 가압06.03.28신용보증 3000만 임의06.04.10농협(중) (2006-15563) *신청채권액: 5205만
참고사항 *위 장소에 수차 방문한바 폐문되어 있고 거주자 만날 수 없었으며 이웃에 문의하여도 잘 모른다고 전술하며 통지서 등을 문에 꽂아 두어도 아무 연락이 오지 않아 관할동사무소에 전세대 열람한바 박두나가 2006.3.31.자 전입되어 있었음 *본건은 "해양빌라 301호"임					
최저경매가	₩ 92,000,000 (80%)	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
김성배 *강봉도 강봉도 2006.04.24 강제경매 *동국감정 2006-22226 (중복)	부산 부산진구 양정동 458-20 현대아파트 210동 9층 907호 (보존 98.8.28) *최종미전:01.12.11 <매매> *교육청남축인근 *부근대단위아파트단지 맞상가,학교형성 *차량접근가능 *시내버스정류장인근 *대중교통사정보통 *제3종일반주거지역 *일반상업지역 *방화지구 *도시계획시설종로1류접 *소로2류접 *도시가스난방	25층아파트 ----- 대21.83(6.6평) 건59.95(18.1평) (통형24평형)	907호> 최혜숙 전입)06.03.20 ----- 배당종기일: 2006.07.28	115,000,000 (100%) 2006.11.16유찰 92,000,000(80%) 2006.12.21 낙찰 97,128,000 (84.5%) 응찰자수:4 낙찰자:임치우	저당01.12.11기업은행 7800만 가압05.12.23김성배 9000만 가압06.03.31우정약품 889만 강제06.04.27김성배 (2006-19145) 가압06.04.28기업은행 2400만 가압06.04.28기업은행 2408만 가압06.05.17상호저축 2338만 임의06.05.19기업은행 (2006-22226) 가압06.05.25솔로몬상호 2884만 가압06.06.21신한은행 659만

감정평가액	30,000,000	면적/구조	임대차 관계	입찰결과	등기부상의 권리관계
솔로몬상호 *김선도 박상준 2005.11.17 임의경매 *극동감정 2005-27466 (중복)	부산 수영구 민락동 32-25 원룸비치빌라 3층 301호 조표제 96-249호 (보존 96.11.9) *최종미전:2000.5.26 <매매> *민락초등교남서측도로 건너편후면지위치 *차량접근가능 *인근 시내버스정류장 소재	4층다세대 ----- 대12.24(3.7평) 건25.30(7.6평) (10.1평형)	이혼조 전입)05.11.17 ----- 배당종기일: 2006.02.21	30,000,000(100%) 2006.05.10유찰 24,000,000(80%) 2006.06.15유찰 19,200,000(64%) 2006.07.20유찰 15,360,000(51.2%) 2006.08.24낙찰 17,333,000 (57.8%) 응찰자수:2 낙찰자:김영희	저당96.11.20평화은행 1820만 저당96.12.23솔로몬상호 780만 임의05.11.28우리은행 (2005-27466) *신청채권액; 780만

위 사례들은 경매개시결정등기가 이루어지기 얼마 전에 전입한 사람들로 임대차를 내세워 배당을 요구하는 것이 아니어서 법적으로 전혀 문제가 되지 않지만 나중에 경락자에게 주택을 인도하는 과정에서 문제가 발생할 수 있다. 이런 사람들은 분명히 경락자에게 충분한 이사비용을 요구할 것이며, 경락자는 시간과 비용이 드는 인도명령을 피하기 위해 이사비용을 지불했을 것이 예상되어 진다.

제4장 가장임차인에 따른 문제점과 대책방안

제1절 서

“부동산경매”란 채무자가 변제기일까지 채무를 상환하지 않은 때에 채권자가 법원으로 하여금 채무자 대신 경쟁매매방식으로 채무자의 부동산을 강제로 매각하게 하여 그 매각 대금으로 채권자의 채무를 변제받는 절차를 말한다.⁶⁰⁾ 일반적으로 채권자가 빌려준 돈에 대하여 보장 받기 위해 채권자는 채무자나 보증인의 부동산에 담보권 즉 근저당권을 설정하게 되며 만약 채무자가 지급 기일까지 돈을 변제하지 않을 시 채권자가 담보권을 원인으로 하여 경매신청을 하여 채권을 회수하게 되며 일반적으로 담보권 실행을 위한 경매라 하여 금융기관에서 신청하는 것이 대부분이다.

금융기관에서는 가장임차인으로 인한 손해에 대해 대출시 어느 정도 대비책을 마련해 두고는 있지만, 완전하게 피해로부터 해방되지는 못하고 있는 실정이다. 그리고 민사집행법 제91조에 의해 말소기준권리보다 앞서는 지상권, 지역권, 전세권 및 등기된 임차권 이외에는 모두 소멸하게 되므로 저당권, 압류채권, 가압류채권 등은 피해를 볼 수밖에 없으며, 비록 일반채권자가 근저당권자보다 앞선 순위에 있다 하여도 물권자인 근저당권자 및 전세권자, 확정일자 있는 임차인과 같은 순위로 되어 채권 회수에 큰 차질을 입게 된다.

또, 낙찰자는 낙찰 후 낙찰대금의 10%~20%을 납부하였다 하더라도, 가장임차인이 경매의 방해를 목적으로 이해관계인의 자격으로 항고를 하게 되면 보통 2~3개월, 재항고 시에는 5~6개월의 기간이 소요되어 소유권취득이 지연되게 되며, 또 부동산을 자진 명도해주지 않아 법적인 힘 즉, 인도명령 및 명도소송을 통하여 부동산을 인도 받아야 할 경우에는 더욱 많은 시간이 필요하게 되어 경제적, 시간적으로 손실을 보게 된다. 이렇듯 가장임차인은 부동산

60) 정용채, 법원경매실무, 경록출판사, 2005, 249면.

경매와 관련해서 문제의 대상이 되지 않을 수 없다. 이런 가장임차인을 좀더 구체적으로 파악하기 위해 부산광역시를 중심으로 분석한 자료에 의하면,

<표 4-1> 2006년도 부산광역시 경매현황

구분 부동산 형태	계 (건수)	소유자점유	배당을 신청한 임차인	미상
아파트	2880(100%)	520(18%)	1541(53.5%)	819(28.5%)
다세대	1921(100%)	385(20%)	1121(58.4%)	415(21.6%)

자료 : 제일부동산경제신문/www.jeilland.co.kr (부산광역시 2006.1.1~2006.12.3)

<표4-1>는 2006년도 부산광역시의 아파트와 다세대의 경매현황을 개괄한 것으로 배당을 요구한 임차인이 있는 경우가 각각 53.5%와 58.4%로 나타나 총 경매의 절반이상임을 보여주고 있으며 소유자가 점유한 부분은 큰 비중을 차지하지 않고 오히려 주택을 점유하는 자가 누구인지를 모르는 미상의 경우가 더 크게 나타나고 있다. 이런 경우 법원에 임차인으로 신고할 수 없는 점유자가 있을 수 있는데 보통 경락자에게 주택명도의 조건으로 충분한 이사비용을 요구하거나 그렇지 않은 경우 주택의 명도를 거절하는 등 경락자에게 금전적, 시간적으로 적지 않은 손해를 입히고 있다.

<표 4-2> 2006년도 부산광역시 배당을 요구한 임차인의 현황

구분 부동산 형태	배당을 신청한 임차인	소액임차인	최우선변제권 근접한 임차보증금	방마다 임차인이 존재
아파트	1541(100%)	704(45.7%)	477(31%)	134(8.7%)
다세대	1121(100%)	617(55%)	327(29.2%)	90(8%)

자료 : 제일부동산경제신문/www.jeilland.co.kr (부산광역시 2006.1.1~2006.12.3)

<표4-2>는 부산광역시를 중심으로 2006년 한 해 동안 부동산경매에서 배당을 신청한 임차인 중 임차인의 유형을 비교적 가장임차인과 관련하여 분석하였다. 여기서의 소액임차인이란 최우선변제권의 적용을 받을 수 있는 일정금액을 보증금으로 임차한 임차인으로 비록 경매가 진행되더라도 일정금액을 다른 담보물권자 보다 우선적으로 보장받을 수 있는데 이해관계인으로서 배당을 신청한 임차인 중 거의 과반수를 차지함을 볼 수 있다. 또한 최우선변제권으로 보장받을 수 있는 보증금 즉, 현재의 법 시행으로는 부산광역시의 경우 보증금이 3,500만원이하인 경우 우선적으로 1,400만원을 보장받게 되는데 이 1,400만원에 근접하게 임차한 임차인 또한 각각 31%, 29.2%로 적지 않음을 볼 수 있다. 이런 경우 소유자가 자신의 주택이 경매에 넘어갈 것을 예상하고 임차인과 담합하여 실제로는 보장 받을 수 있는 금액보다 작은 금액으로 임차하고 임대차계약서에는 최우선변제권에서 적용 받는 금액에 근접하게 작성하여 채권자의 채권회수에 피해를 가하게 되는 경우도 있을 수 있으며, 나아가 각 방마다 임차인을 두게 하는 경우도 발생하고 있는 것을 볼 수 있다.

이렇듯 가장임차인의 경우 민법의 특별법으로서 일반서민의 주거의 안정을 위하여 제정한 주택임대차보호법의 허점을 최대한 악용하고 있으며, 법이 정비되어 대책이 마련되지 않는 이상 가장임차인은 한층 더 발전된 모습으로 부동산 경매에 있어서 큰 문제의 대상으로 나타나게 될 것이다.

제2절 가장임차인을 발생시키고 있는

주택임대차보호법 및 배당절차의 문제점

사실상 가장임차인의 문제는 주택임대차보호법 상의 문제와 경매절차상 배당과 관련한 문제에서 발생하고 있으며, 여기서는 가장임차인이 발생하게 된 원인과

문제점을 총체적으로 파악한 후, 자세한 내용은 각 항목에서 다루도록 하겠다.

[그림 4-1] 가장임차인을 발생시키고 있는 문제점



1. 주택임대차보호법의 입법정책상 문제점

주택임대차보호법은 무주택국민의 주거생활의 안정을 보장하고 임차인의 불편을 해소함은 물론 그 임차권을 보호하여 안정된 임차생활을 영위할 수 있도록 할 목적으로 1981년에 제정되었으며 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정한 법률로서 특히 우선변제권 등으로 일반서민을 전세권자와 같이 보호하고자 함이었다.

그러나 사적 소유가 보장되는 주택에 대한 이용권 확보를 둘러싼 소유자와 임차인의 법률관계를 규율한다거나, 더욱이 임차인을 보호하는 법제를 통해서 임차인의 지위를 강화하고자 하는 사고는 모든 민중에게 아주 저렴한 비용으로 적절한 거주공간이 제공될 수 없는 한 자본주의경제체제에서 발생하는 거주의 권리를 해결하는 데 본질적인 답이 될 수 없고, 단지 주택임대차에 관한 근대시민법이 지닌 당사자의 교섭력 차이를 극복하는 데 일조할 뿐이다. 무엇보다도 주택을 소유하는 사람과 그렇지 않은 사람 사이의 법률관계는 형식적으로 매우 대등하고 심지어 주택임대차보호법을 통하여 임차인의 지위가 매우 강화된 듯 이해된다. 그러나 주택에 대한 사적 소유권이 절대적으로 보장되는 체제가 가능하고 이것으로써 주거의 문제를 해결하려고 하는 한, 주택임대차보호법이라는 규범은 그저 주거의 문제를 사인들에게 맡기는 정글법칙과 다르지 않다고 본다.⁶¹⁾

3. 사회 인식의 문제점

부동산 경매라 하면 사회적 인식이 빗으로 배당 나눠 갖기 식으로 인식되어지고 있다. 또한 주택까지 경매되는 마당에 채무자에게 준법의식을 기대할 수 없는 것이 현실이다. 이런 상황에서 국민들의 준법의식 및 도덕성의 결여와 더불어 제3자의 손해는 배제한 채 자신의 이익을 위하여 기꺼이 가장(허위)의

61) 고영남, 앞의 논문, 166면.

임차인으로 또는 위장 전입 등의 형태로 하여 채권자의 채권회수권 및 경락자의 권리를 침해하게 되는 것이다.

그리고 가장임차인 문제와 관련해서는 현재의 경매실무상 가장임차인의 배당요구가 너무 많다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 부동산경매절차는 ‘가장임차인과의 전쟁터’라는 표현은 너무나도 정확한 것이다. 경매실무의 경험에 비추어 보면, 예컨대 가장임차인으로 의심되어 배당표에서 배제된 사건이 3건이라고 가정할 때, 그 중 1건은 아예 배당기일에 이의조차 하지 않고, 1건은 이의를 제기하지만 배당이의 소송을 제기하고 있는 실정이다. 이 문제가 근본적으로 해결되기 위해서는 시민들의 법의식이 보다 성숙된 단계에 이르러야 하겠지만, 그 이전의 단계에서도 가능한 한 사실조사를 철저히 하여 가장임차인을 배당에서 제외하여야 함은 물론이고, 가장임차인의 배당요구는 법원을 기망하는 소송사기 행위라는 점을 중시하여 엄격한 형사처벌을 가하는 방안도 함께 모색되어야 할 것이다.⁶²⁾

4. 우선변제권의 문제점

(1) 확정일자 문제점

1) 기능상의 문제점

“확정일자”란 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자를 말하며, 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 말한다.⁶³⁾ 이러한 확정일자를 도입한 이유는 우선변제권의 우선순위를 확정하고 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경 내지 조작을 어느 정도 방지하기 위함이다.⁶⁴⁾ 그러나 읍·면·동 사무소

62) 황병하, 앞의 논문, 123면.

63) 대법원 1998. 10. 2. 선고 98다28879 판결.

에서 보관하는 장부인 확정일자부에는 청구인의 주소, 성명, 전입신고일자, 문서명목, 확정일자부여일자 등만 기재 할뿐 계약내용과 보증금액 같은 것은 기재하지 않고 있다. 또 임대차계약서를 공적으로 공개하는 것이 아니기 때문에 제3자로서는 확정일자를 받았는지 받았다면 보증금액은 얼마정도나 되는지를 알 수가 없다.

주택임대차보호법이 임차인에게 우선변제권을 인정하게 되고 그 요건으로 대항력과 확정일자를 갖출 것만을 요구함으로써 확정일자가 가지는 불완전한 공시 즉, 확정일자에 임차보증금 같은 건 기재하지 않기에 확정일자를 받았다면 언제 받았는지 보증금은 얼마나 되는지 알 수가 없다. 그리하여 절차적으로 확정일자만 갖추게 되면 임차인의 임차보증금이 보호되고 그로인하여 채권자나 경락자가 피해를 입는 결과를 초래하게 되었다.

우선변제권이 경제적 약자인 임차인의 편에서 그 보호를 위한 제도를 모색하여야 한다는 당위적 논제에 입각하여 만들어진 입법이라 하더라도 그로 인하여 선의의 피해자가 발생하여도 수수방관할 수밖에 없고, 더구나 경매실무상 이러한 제도적 미비점을 탈법적으로 악용하여 가장임차인이 배당요구하여 우선변제를 받아가는 현실을 감안할 때 재고의 여지가 있다 할 것이다. 아무튼 임차인의 보증금에 관하여 공시할 수 있는 제도를 보완하는 입법이 뒤따라야 할 필요성은 시급하다 할 것이다.⁶⁴⁾

2) 시기상요건의 문제점

주택임차인이 경매목적 주택에 임대차계약을 체결한 후 주택의 인도와 주민등록을 하고 확정일자를 부여받아 배당요구의 종기까지 배당요구를 하고, 배당요구의 종기까지 대항력을 유지하기만 하면 확정일자 있는 임차인으로 우선변제를 받을 수 있다(주택임대차보호법 제3조의2 제2항). 그렇기에 임차인은

64) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다7992 판결.

65) 강신중, 앞의 논문, 237면.

최초 경매개시결정등기 이후 배당요구종기까지 확정일자를 구비하여도 우선변제를 받을 수 있게 된다(민사집행법 제84조 제1항).

집행법원의 배당절차에 있어서의 배당순위에 관하여는 민사집행법에 특별한 명문의 규정이 없다. 따라서 배당참가채권자가 모두 일반채권자라면 채권발생의 선후에 불구하고 평등한 비율로 배당순위가 결정되겠지만 민법과 상법 그 밖의 법률의 규정에 의하여 우선순위가 정하여져 있는 경우(민사집행법 제145조)에는 그에 따라 배당순위가 결정되므로 일반채권자의 배당순위는 자연 뒤로 물러나게 되어 예측할 수 없는 손해를 입게 된다. 민사집행법이 배당순위에 관하여 민법과 상법 그 밖의 규정에 일임하고(민사집행법 제145조 제2항), 명문으로 배당순위를 정하지 않는 것이 옳은 입법이라 하기는 어렵다. 민법이나 상법 그 밖의 법률의 규정에 따른 우선변제권의 존재를 알지 못한 일반채권자들이 부동산 강제경매 신청을 하였다가 경매진행 중에 뜻밖의 우선변제권자가 나타나서 남은 가망이 없는 경우의 경매에 해당되어 경매신청이 취소된 다든가(민사집행법 제102조) 또는 경매신청 채권자가 우선변제권자의 채권에 먼저 배당하고 나머지가 없거나 그 금액이 적어서 청구금액을 모두 변제받지 못하는 경우가 발생하게 된다.⁶⁶⁾

이렇듯 일반채권자가 경매신청을 한 경우 가장임차인이 의도적으로 최초 경매개시결정등기 이후에 확정일자를 갖추고 배당요구를 하게 되면 경매신청 일반채권자와 확정일자 있는 임차인은 채권액에 비례하여 안분배당을 받게 되어 일반채권자에게 큰 손해를 입히게 된다.

(2) 최우선변제권의 문제점

주택임대차보호법 제8조의 소액임차인은 대항력만 갖추으로써 여타의 물권자에도 우선하는 최우선변제권을 확보하게 되며, 소액임차인에게 순위를 무시하고 우선변제를 해줌으로써 채권자에게 손해를 입히고 있다.

66) 김봉석, 집행법원의 배당절차에 관한 연구, 건국대학교 박사학위 논문, 2003, 115~116면.

주택임대차보호법에 의한 소액임차권은 용익물권적 성격 뿐 아니라, 담보물권적 성격도 가지고 있으므로 문제로 되는 것이다. 즉, 소액임차인은 그 대항력의 취득일자에 불구하고 다른 담보물권자에 우선하는 것이므로 이러한 기본원칙을 일탈하고 있다는 점이 주목된다. 이에 의해 기본적으로는 담보권자의 권리가 침해될 수 있다는 점이 문제로 될 것이나, 다른 한 편으로는 담보권자는 후일이라도 소액임차인이 생길 수 있는 경우를 상정하여 이에 의한 피해를 입지 않도록 대비를 하게 될 것이다.⁶⁷⁾

1) 허술한 서류 심리

소액임차인이 최우선변제를 받기 위하여는 임대차계약서·주민등록등본·배당요구서 이 세 가지 서류만 갖추면 실질적인 심사 없이 배당을 해주는데 즉, 경매개시결정 등기 이전에 전입신고만 되어 있으면 실제거주 여부를 확인하지 않고 서류만 갖추게 될 시 배당을 해주고 있다. 이런 형식적인 서류 심리 절차에 문제점이 있다.

예를 들면, 방이 4개인 주택에 소유자가 거주하면서 3명의 전입자가 있는 경우에 이 전입자들은 주택이 경매에 들어갈 것을 예상하고 각각의 방에 소유자의 친인척 또는 인척관계에 있는 사람들을 전입시켜 임차인으로 가장하는 것이다. 이런 가장임차인들은 소액임차인으로 하여 이들 각각이 배당요구를 하게 된다면 집행법원은 형식적인 서류만 검토한 후 이들 모두에게 배당을 해주게 된다.

소액임차인의 서류심리절차 중 임대차계약서의 경우 전용 임대차계약서에 의해서 작성되어지고 있고 일부분을 임차할 경우 도면 등을 첨부하여 방의 일부분에 대해 특정이 가능하지만 임대차계약서를 임대인과 임차인만이 소장하고 있는 관계로 제3자의 경우 임대차계약 당사자가 계약서를 확인시켜주지 않는 이상 임대차의 유무 및 특정의 공간에 대해 알 수가 없다. 이러하다 보니

67) 김연, 앞의 논문, 349면.

의도적으로 임대인과 임차인이 임대차계약을 중복 또는 변경하여 작성하는 것이 가능하게 되어 경매의 배당이라는 특수한 목적으로 가장임차인이 쉽게 발생하게 된다.

2) 시기상요건의 문제점

주택임대차보호법은 소액임차인의 최우선변제권에 대하여 주택의 인도와 주민등록을 경매개시결정등기 이전까지 마치면 임차인의 소액보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제를 받을 권리를 부여하고 있다(주택임대차보호법 제8조). 우선변제를 받는 보증금 중 일정액은 대지가격을 포함한 경락가액의 2분의 1 범위 안에서 보장받을 수 있도록 하였는데, 이런 보장의 이유는 소액임차인의 경우 그 임차보증금이 비록 소액이라고 하더라도 그에게는 큰 재산이므로 적어도 소액임차인의 경우 다른 담보권자의 지위를 해하게 되더라도 그 보증금의 회수를 보장하는 것이 타당하다는 사회보장적 고려에서 나온 것이다.⁶⁸⁾

그러나 소유자와 임차인이 담합하여 소액임차인의 최우선변제권이 다른 담보권자보다 우선하여 보증금의 일정금액을 최우선으로 변제 받는 것을 기화로 소유자는 자신의 주택에 경매신청이 임박하게 될 즈음 즉, 소액임차인의 최우선변제권의 경우 경매개시결정등기 이전에 대항력만 구비된다면 요건을 충족하기에 실제로 경매개시결정등기 하루 전에 소액보증금으로 임대차계약을 체결하고 경매절차에서 소액임차인으로 배당받게 되어도 하자는 발생하지 않는다. 이런 가장임차인이 배당을 받게 되면 그 결과 채권자의 채권회수권을 침해하게 되거나, 특히 후순위 일반채권자에 의한 경매실행인 경우 선순위 채권자와 소액임차인의 보증금의 합산액이 최저경매가격을 초과하게 되는 경우 무잉여로 인하여 경매가 취소되는 경우가 발생할 수 있게 된다(민사집행법 제102조).

68) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다14733 판결.

5. 대항력의 문제점

일반적으로 임차권의 대항력이라 함은 기간 중에 주택소유권의 변동이 생기더라도 임차인이 주택의 신소유자에게 임차권을 주장하여 계속 사용·수익할 수 있는 효력을 말하며, 주택임대차보호법 제3조 제1항에서는 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 하여 대항력의 요건으로 주택의 인도와 주민등록을 마칠 것을 요구하고 있다. 실제 주택의 인도와 주민등록이라는 공식방법은 가장임차인에게 있어서 너무나 쉽게 취득하게 되는 요건이다.

대항력의 경우 가장임차인에게 있어서 신소유자에게 임차권을 주장하여 계속 사용·수익하기 위한 것이 아니라 단지, 임차인으로 가장하기 위한 기본전제조건이다. 즉, 우선변제권 있는 임차인으로 하여 부동산경매의 배당절차에서 채권자를 해하여 자신의 이익을 취하거나 또는 경락자에게 자신의 정당함을 주장하거나 할 때의 기본전제조건이 되는 것이다.

(1) 주택인도의 문제점

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 요구하는 주택의 인도와 주민등록의 경우 취득시에만 구비하면 되는 것이 아니라 권리를 주장하게 될 때, 즉 가장임차인의 목적이 주택의 경매에서 배당에 참여하여 보증금을 회수하는 명목으로 채권자를 해하고 자신의 이익을 취득함에 있으니 경매개시결정등기 이전까지만 대항력을 유지하면 된다. 사실 임대인과 가장임차인이 통정하여 계약시에 전입만 하고 주택의 점유는 하지 않은 채 경매가 이루어지기 얼마 전 또는 집행관의 임대차 현황보고서 작성 기간에 맞춰서 주택에 거주하여도 서류상으로는 하자가 없기에 쉽게 배당에 참여하게 되어 채권자의 채권회수에 피해를 입히게 되며, 특히 집행관의 현황보고서의 작성이 실질적이고 책임감이 없는 형식적인 조사에 그치고 있는 실정이다 보니 오히려 집행관에 의한 현황보고서

에 임차인으로 기재되는 가장임차인의 경우 제3자에게 진실의 임차인으로 믿어지게 하는 방패막이 되어 안전하게 배당에 참여하게 된다.

(2) 주민등록의 문제점

가장임차인에 의하여 집행채권자가 입을 손해를 방지하고, 대항력 취득시기를 명확히 하기 위하여 주택임대차보호법이 행정상 제도인 주민등록을 주택임대차의 대항력과 결부시킨 점은 다른 입법례에서는 찾아 볼 수 없는 것이다.⁶⁹⁾ 그리고 주민등록을 대항력의 한 요건으로 한 것은 거래의 안전을 위하여 제3자로 하여금 임차권의 존재를 인식할 수 있도록 공시의 방법으로 마련된 것이다. 그러나 주민등록은 주민등록법의 입법취지와 같이 하여 오직 행정상의 목적으로만 요구되는 요건이라서 누구나 거주할 의사, 또는 거주할 의사가 없더라도 신고인의 신고로 간단히 전입이 이루어지고 있어서 공시방법으로서 기능을 제대로 하지 못하고 있다.

이러한 주민등록은 주민등록법 제6조 제1항에서 시장, 군수, 구청장은 주민등록의 대상자로서 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역에 주소 또는 거소를 가진 자를 등록하여야 한다고 규정하고 있으며, 시장·군수 또는 구청장은 개인별 및 세대별 주민등록표를 작성·비치해야 하며(주민등록법 제7조) 등록을 한 자가 거주지를 이동한 때에는 신고의무자(본인·세대주·합숙사 관리자)가 신거주지에 전입한 날부터 14일 이내에 신거주지의 시장·군수 또는 구청장에게 전입신고를 하여야 한다(주민등록법 제14조).

민법은 제18조 제1항에서 「생활의 근거되는 곳을 주소로 한다」고 규정하고 있어 실질주의를 채용하고, 민법 제18조 제2항에서는 주소의 개수에 대하여 「주소는 동시에 두 곳 이상 있을 수 있다」고 규정하여 복수주의를 채용하고 있다. 주민등록법 제8조에서 주민등록의 신고주의 원칙을 취하고 있으며,

69) 윤준미, 주택임대차 공시방법으로서의 주민등록에 대한 재고찰, 법제현안 제2004-11호 (통권 제165호), 국회사무처법제실, 2004, 7면.

주민등록을 신고하는 방법으로 구술 또는 서면으로 하도록 규정하여 누구나 특정한 장소에서 30일 이상 거주할 목적만 있으면 주민등록이 가능하고 주민등록의 방법은 서면으로 하거나 구술로도 가능하다.⁷⁰⁾ 이러한 이유로 경매가 이루어 질것이 예상되는 주택에서 소유자와 임차인의 담합으로 어느 누구라도 주택에 주민등록을 마치고 임차인으로 가장하여 배당절차에서 배당을 요구하거나 경락자에게 손해를 가하는 일이 발생할 수 있게 된다.

제3절 가장임차인을 근절하기 위한 대책방안

1. 제도적 보완 방안

(1) 서류 심리의 강화

소액임차인이 최우선변제를 받기 위하여는 임대차계약서·주민등록등본·배당요구서 이 세 가지 서류만 갖추면 실질적인 심사 없이 배당을 해주는데 즉, 경매개시결정등기 이전에 전입신고만 되어 있으면 실제거주 여부를 확인하지 않고 서류만 갖추시 배당을 해주고 있다. 이런 형식적인 서류 심리절차에 문제점이 많아 보인다.

따라서 이에 대한 대책으로 사회통념상 관계를 인정하기 어려운 위장 전입자의 경우 집행관이 부동산의 현황조사 할 때 정확하고 책임 있는 조사만 이루어 진다면 어느 정도 해결이 되겠지만, 실제 현 제도에서는 거의 힘든 일이다 보니, 지금의 통·반장이나 동사무소 직원 혹은 관할 파출소에서 점유관계 사실 확인서 등을 첨부케 하는 절차를 밟게 하고, 그에 대해 확인한 곳에서 일정기간이 지난 후 다시 확인하는 등의 책임을 지운다면 지금의 허술한 부분에 대해 어느 정도 해결이 될 것이라 예상되어 진다.

70) 윤준미, 앞의 논문, 7면 참조.

확정일자를 도입한 이유는 우선변제권의 우선순위를 확정하고 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경 내지 조작을 어느 정도 방지하기 위함인데, 임대차계약을 일반인에게 공개하지 않으며 확정일자부에도 청구인의 주소, 성명, 전입신고일자, 문서명목, 확정일자부여일자 등만 기재 할뿐 계약내용과 보증금액 같은 것은 기재하지 않고 있다. 그리하여 제3자로서는 확정일자를 받았는지 받았다면 보증금액은 얼마정도나 되는지를 알 수가 없다.⁷¹⁾

이에 대하여, 대항요건을 구비한 임차인에게 보증금에 관한 우선변제권을 인정하기 위해 단순히 확정일자를 갖추도록 할 것이 아니라, 주민등록 전입신고 시에 보증금액을 신고하도록 하여 주민등록표에 기재하는 방법이나, 동·읍·면사무소에 주민등록표 외에 임대차등록부를 별도로 비치하여 보증금을 포함한 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 이를 열람할 수 있게 해야 한다.⁷²⁾ 또한 확정일자부에 임대차계약 당시의 보증금을 기록하고 임대차계약서의 사본과 함께 보관하여 확정일자부와 임대차계약서에 공시의 기능을 부여함으로써 누구나 임대차관계 등을 열람할 수 있게 된다면 불측의 손해를 사전에 방지할 수 있을 것이다.⁷³⁾

(2) 우선변제권의 행사제한

주택임차인이 경매목적 주택에 임대차계약을 체결한 후 주택의 인도와 주민등록을 하고 확정일자를 부여받아 배당요구의 종기까지 배당요구를 하고, 배당요구의 종기까지 대항력을 유지하기만 하면 확정일자 임차인으로 우선변제를 받을 수 있다. 그렇기에 임차인은 주택임대차보호법 제8조에서처럼 경매신청의 등기 전에 주택임대차보호법 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다는 요건이 없는 이상 민사집행법 제148조 제4항에 의하여 대항력은 경매개시결정등

71) 강신중, 앞의 논문, 236면 참조.

72) 박윤직 대표집필, 민법주해(X V), 박영사, 1997, 235면(민일영 집필).

73) 민일영, 전제논문, 339면 참조.

기 전에 요건을 갖추어야 하지만 확정일자는 경매개시결정등기이후 배당요구 중기까지 요건을 구비하여도 우선변제를 받을 수 있게 된다.

이에 따라 경매개시결정등기 이후에 확정일자를 갖춘 임차인이 배당요구를 하게 되면 일반채권자가 경매신청을 한 경우 앞에서 설명하였듯이 경매신청 일반채권자와 확정일자 임차인은 채권액에 비례하여 안분배당을 받게 되어 채권자에게 큰 손해를 입히게 되며, 경매진행 중 뜻밖의 우선변제권자가 나타나서 남을 가망이 없는 경우 경매신청이 취소되는 경우가 발생하게 된다. 그러므로 경매개시결정등기 이후에 확정일자를 갖추어 배당요구를 하는 임차인은 배당에서 제외시켜야 할 것이다.

소액임차인의 경우 최우선변제권에 의해 경매개시결정등기 이전에 요건을 마치면 대지가격을 포함한 경락가액 2분의 1 범위 안에서 다른 담보물권자보다 우선하여 보증금의 일정금액을 최우선적으로 변제받을 수 있다. 이렇듯 다른 담보물권자보다 우선하여 일정금액의 보증금을 최우선적으로 변제받을 수 있는 점을 이용하여 자신의 주택이 경매에 들어갈 것을 예상하고 소액의 보증금으로 임대차계약을 체결하여 배당절차에서 소액임차인으로 일정금액의 보증금을 배당받게 된다면 진정한 채권자의 채권회수권이 침해받게 될 것이다.

이러한 이유로 최소한 경매개시결정등기가 이루어지기 1년 전부터 소액임차인으로서 요건을 갖춘 임차인에게만 배당해 주어야 할 것이다. 즉, 한 주택이 경매에 넘어가게 되는 이유는 등기부등본을 열람하면 충분히 알 수 있으며 이렇듯 채무초과상태에서 소액임차인의 최우선변제권을 이용하여 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위는 사해행위이며,⁷⁴⁾ 경매가 진행될 것을 알면서도 임차하는 경우 주택의 소유자와 임차인이 짜고서 허위의 임대차계약을 체결한 것이라 볼 수밖에 없는데 이런 경우 임차인과 임대인의 강력한 처벌 또한 필요할 것이다.

2. 제도적 도입 방안

74) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771 판결 참조.

(1) 주택임차권 등기의 의무화

주택임대차보호법 제3조 제1항은 「주택에 관한 임대차는 등기를 하지 않은 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다」고 하여 임차권의 대항요건으로서 주택의 인도와 주민등록을 요구하고 있다. 여기서의 주민등록은 주민이동의 파악이라는 순수한 행정상의 목적이기 때문에 공시방법으로 역할하기엔 문제점이 많다. 또한 주민등록은 30일 이상 거주할 목적만 있으면 서면 또는 구술로 어느 누구나 특정한 장소에 주민등록이 가능하다.

또한 소액보증금의 최우선변제권은 주택의 인도와 주민등록이라는 요건을 구비만 하면 일정범위 내의 소액보증금에 대하여 모든 담보물권자나 일반채권자보다 우선하여 변제받을 수 있다는 점에서 법적 안정성을 크게 해하게 되는데, 소액보증금의 최우선변제권을 인정하기 위한 요건으로서 주택의 인도와 주민등록이라는 공시방법이 불완전한 점, 임차인이 단독으로 이를 구비할 수 있다는 점 등에 의하여 임차주택의 경매가 진행되는 도중에 가장임대차계약 체결·가장임대차계약변경 등의 탈법행위 등이 행하여질 가능성이 있다.⁷⁵⁾

따라서 임차권을 임차인이 단독으로 등기를 신청할 수 있도록 하고, 주택임대차계약을 표준화하여 등기원인서류로 사용하도록 하며, 부동산등기법에 「주택임차권」을 신설하여 임차인이 주택임차권등기를 신청하는 경우에는 신청서에 보증금액과 임대인의 성명을 기재하고, 만일 등기원인에 표준임대차계약서 이외의 약정이 있으면 이를 기재하도록 하자는 것이다.⁷⁶⁾ 그리하여 제3자에 대한 공시적 기능을 확보하고 등기절차를 함에 있어서 등기비용을 면제 또는 저렴하게 하여 임차인이 임차권등기를 시간과 비용이 소요되는 이유로 기피하는 상황이 없도록 해야 할 것이다.

75) 남해광, 주택임대차보호법상의 소액임차인과 관련하여, 재판실무연구 2003 (2004.01), 82면.

76) 윤준미, 앞의 논문, 27면.

(2) 임대차계약서 열람제도 도입

부동산경매상의 배당절차에서 가장임차인의 경우 주택임대차보호법의 우선변제권 특히 소액보증금에 의한 최우선변제권의 형태로 하여 담보물권자와 일반채권자의 채권에 가장 많은 피해를 입히고 있는 실정이다. 앞의 <표 4-2> 2006년도 부산광역시에서 배당을 요구한 임차인의 현황의 통계에서 소액보증금의 형식으로 배당을 요구한 경우가 50%가 넘으며, 게다가 방마다 임차인이 존재하는 경우가 거의 10%에 육박하는 것으로 확인되어지는데 물론 모두다 소액보증금의 보장을 받기 위한 거짓의 가장의 임차인이라 할 수는 없지만, 어쨌든 의심의 여지는 충분하며 이러한 상황이 일어날 수 있는 이유는 부동산임대차계약서를 일반인 즉, 제3자의 열람이 불가능하여 임차인과 임대인의 통모로 임대차계약서를 중복하여 작성 또는 변경하는 것이 가능하여 가장임차인이 발생할 수 있는 것이다.

부동산등기는 우리의 생활과 가장 밀접한 관계를 가지고 있는 법률분야라 할 수 있다. 의식생활을 위한 토지와 주거생활을 위한 토지와 건물에 대하여 권리의 발생·취득·변경·처분권의 제한 또는 소멸하는 법률관계를 일견하여 알 수 있도록 공시하여 그 권리를 보호하고 거래를 신속하고 안전하게 하도록 하는 것이 등기제도의 목적이다.⁷⁷⁾ 이러한 부동산등기의 목적을 주택임대차에 최대한 활용하여 권리의 발생·취득·변경까지는 아니더라도 주택임대차의 열람제도를 도입하여 임대차의 제한 또한 소멸을 강제하도록 하여야 할 것이다.

이에 대하여 지금의 등기부등본의 열람 등과 같은 형식으로 등기소에 신고인을 임차인으로 하여 임대차계약을 신고하도록 해서 임대차계약 자체를 누구나 열람이 가능하도록 해야 할 것이다. 열람의 방법으로는 현재 등기부등본의 경우 관할 동사무소 및 인터넷 등기소와 무인발급기 등에서 열람이 가능하며, 여기에 주택임대차를 추가하여 같은 방법으로 열람을 허용해야 할 것이며, 등기소에 신고된 임대차만을 보장받도록 하면 의도적으로 중복 또는 차후에 수

77) 신언숙, 부동산등기의 개관, 사법행정 제30권 제6호, 한국사법행정학회, 1989, 38면.

정하는 일이 어느 정도 예방이 가능할 것이다.

(3) 집행관에게 사법보좌관 지위부여

오늘날 전 세계적으로 법관은 본래 의미의 재판 활동 외에 재판과 관련한 단순하고 형식적인 업무까지 맡아 처리함으로써 과중한 업무 부담에 시달리고 있다. 이로 인하여 효율적인 국민의 권리 보호와 실현에 어려움이 발생하자 세계 각 국에서는 ADR(Alternative Dispute Resolution) 제도의 활성화, 민사소송법의 개정 등 다양한 방법을 통하여 법관의 업무 경감을 도모하고 있으나 아직까지 그리 만족할만한 성과를 얻지 못하고 있다. 우리나라도 여기서 예외는 아니어서 그동안 민사소송법을 개정하는 등 다양한 노력을 기울여왔는데, 1994년에는 이러한 노력의 일환으로서 독일과 같은 사법보좌관 제도를 신설하기로 하고⁷⁸⁾ 지금의 경우 사법보좌관규칙에 의해 시행되고 있다.

독일의 사법보좌관은 직무상 상급자의 지시를 받지 아니하며, 법관과의 관계에서도 법에 규정된 제출의무와 불복방법의 범위 내에서 법관에게 구속될 뿐이며⁷⁹⁾ 법관의 단순한 보조자가 아니라 독자적인 업무 영역을 가진 사법기관으로서 활동한다.⁸⁰⁾ 독일의 사법보좌관은 경매절차의 적법한 진행으로 그의 책무가 끝나는 것이 아니고, 그 업무를 처리하기 위하여 법관과 같이 그에 필요한 일정의 조치를 취할 수 있다(독일 사법보좌관법 제4조 제1항). 즉, 위탁받은 사무에 대하여 법관의 지시를 받지 않고 독립하여 자기의 책임으로 그 업무를 수행하는 자이다.

현재 우리나라의 경우 사법보좌관규칙으로 하여 시행되고 있으며 민사집행법에서는 집행문부여 명령에 관한 법원의 사무, 채무불이행자명부등재절차에서의 법원의 사무, 재산조회절차에서의 법원의 사무, 규정에 따른 부동산에 대

78) 정선주, 독일 사법보좌관의 지위와 제3차 사법보좌관법 개정법, 비교사법 8권1호(上)(통권14호), 한국비교사법학회, 2001, 607-608면.

79) Vultejus, Zur Novelle des Rechtspflegergesetzes, DRiZ 1997, 477.

80) Rellermeyer, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes, Rpfleger 1998, 309.

한 강제경매절차 및 자동차·건설기계에 대한 강제경매절차에서의 법원의 사무, 경매개시결정에 대한 이의신청에 대한 재판, 부동산의 인도명령 및 관리명령 등이다.

가장임차인의 경우 집행관이 민사집행법 제85조에 의해 현황조사보고서 작성 시 집행관의 실질적이고 책임감 없는 형식적인 조사 즉, 본인 및 당사자가 아닌 제3자에게 진술을 듣고서 임차보증금을 그대로 기재한다던가, 문이 잠겨 아무도 없을 시 확인하지 않고 ‘폐문부재중’이라고 기재하거나, 확인 시 제출한 임대차계약서가 진실인지 아닌지의 여부도 확인하지 않은 채 보고서를 작성하는 등 조사 사항이 책임 회피적이거나 불분명한 사실을 그대로 현황조사보고서에 옮기고 있는 실정이다 보니 여과 없이 임차인으로 위장이 가능하게 된다.

이에 대한 대책으로 민사집행법 제85조도 사법보좌관규칙에 편입시켜 집행관에게 독일의 사법보좌관과 같은 지위를 주어 책임 소재를 분명하게 하고 집행관에게 높은 전문성과 실무경험을 육성할 수 있는 수사교육이 뒤받침 된다면 책임회피에 의한 형식적인 조사는 근절될 수 있을 것이다.⁸¹⁾

81) 예를 들어보면, 임대차 조사시 1회 방문해서 본인을 만나지 못했다면 2회, 3회 방문을 하여서라도 확인을 할 것이며, 대출의뢰자가 대출금액을 높이기 위해 임대차관계를 허위로 답변하는 경우가 있을 수 있는데 이런 경우를 대비하여 현황조사보고서를 작성시 금융기관에 이러한 사실을 조회하는 등의 행위가 있을 것이다.

제6장 결론

가장 또는 허위임차인이란 주택이 경매에 넘어가게 될 것이 예상되는 상황에서 주택의 소유자와 임차인이 담합하여 허위의 임대차계약을 만들어 임차권을 주장하는 사람과 소액보증금의 최우선변제권을 악용하여 주택의 소유자와 허위의 임대차 계약을 작성한 사람이다. 그리고 넓게는 경락자에서 손해를 가할 목적으로 실질적으로 거주하지 않으면서 최우선으로 주민등록을 마친 경우나, 경매가 진행되는 도중에 경매주택에 거주를 하여 적지 않은 이사비용을 요구하는 사람, 확정일자에 의한 우선변제권의 요건을 악용하여 채권자의 권리를 침해하는 임차인도 포함시켜야 한다.

가장임차인은 특히 부동산경매에서 주택임대차보호법과 아주 밀접하게 얽혀 있으며, 이런 주택임대차보호법은 주택의 인도와 주민등록만으로도 제3자에 대하여 효력을 인정하여 임차인의 불편함을 해소함은 물론 임차권을 보호하여 임차생활의 보장을 목적으로 1981년 3월 5일 민법의 특례로 법률 제3379호로 제정·공포하게 되었다. 즉, 주택임대차에 한하여 등기를 하지 않아도 대항요건 즉, 주택의 인도와 주민등록을 갖추게 되면 등기한 임차권처럼 보호되고, 확정일자까지 받으면 전세권처럼 우선변제의 효력을 인정받게 되어 보증금의 반환도 마치 담보물권처럼 확보되게 되었다.

주택임대차보호법에서 보호받고 있는 임차인은 부동산경매에 있어서 대항력과 우선변제권에 의해 물권자의 지위에 있는 이해관계인이다. 그리하여 가장 임차인의 경우 어찌되었든 간에 주택임대차보호법에서 보호하고 있는 임차인의 형태로 하여 발생하고 있는 이상 물권자와 동등한 순위로 배당에 참여하게 되며, 일반채권자와의 관계에서는 물권우선원칙에 의해 일반채권자보다 우선하여 보상을 받게 된다. 특히, 최우선변제권의 경우에는 시간순위와 관계없이 다른 담보물권자 및 일반채권자 보다 항상 최우선적으로 보장 받기 때문에 불측의 손해가 발생하게 된다.

일반적으로 경락자의 손해는 주택의 명도과정에서 나타나게 된다. 가장임차인이 주택임대차보호법의 보호를 받지 못하고 단지 주택을 점유하는 경우에 경락자로부터 충분한 이사비용을 받을 목적으로 주택의 명도를 방해하게 되는데, 경락자는 가장임차인을 상대로 인도명령을 법원에 신청하여 주택의 인도를 요구한 후 강제집행을 통하여 주택을 인도받을 수 있으나 강제집행의 비용과 집행을 하기까지 시간적으로 큰 손해를 보게 된다.

가장임차인을 발생시키고 있는 주택임대차보호법 및 배당절차의 문제점을 보면 첫째, 주택임대차보호법의 입법정책상 문제점으로 주택임대차보호법은 무주택국민의 주거생활의 안정을 보장하고 임차인의 임차권을 보호하여 안정된 임차생활을 영위할 수 있도록 할 목적이었으나, 사적 소유가 보장되는 주택에 대한 이용권 확보를 둘러싼 소유자와 임차인의 법률관계를 규율한다거나, 더욱이 임차인을 보호하는 법제를 통해서 임차인의 지위를 강화하고자 하는 사고는 자본주의 경제체제에서 발생하는 거주의 권리를 해결하는 데 본질적인 답이 될 수 없고, 심지어 주택임대차보호법을 통하여 임차인의 지위가 매우 강화된 듯 이해된다. 그러나 주택에 대한 사적 소유권이 절대적으로 보장되는 체제가 가능하고 이것으로써 주거의 문제를 해결하려고 하는 한, 주택임대차보호법이라는 규범은 그저 주거의 문제를 사인들에게 맡기는 정글법칙과 다르지 않다는 점이다.

둘째로, 사회 인식의 문제점으로 부동산 경매라 하면 사회적 인식이 빗으로 배당 나눠 갖기 식으로 인식되어지고 있다. 또한 주택까지 경매되는 마당에 채무자에게 준법의식을 기대할 수 없는 것이 현실이다. 이런 상황에서 국민들의 준법의식 및 도덕성의 결여와 더불어 제3자의 손해는 배제한 채 자신의 이익을 위하여 기꺼이 가장(허위)의 임차인으로 또는 위장 전입 등의 형태로 하여 채권자의 채권회수권 및 경락자의 권리를 침해하게 되는 것이다.

셋째로, 우선변제권의 문제점으로 우선 확정일자 문제점을 보게 되면 기능상의 문제점에서 확정일자란 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된

일자를 말하며, 이러한 확정일자를 도입한 이유는 우선변제권의 우선순위를 확정하고 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경 내지 조작을 어느 정도 방지하기 위함이다. 그러나 읍·면·동 사무소에서 보관하는 장부인 확정일자부에는 청구인의 주소, 성명, 전입신고일자, 문서명목, 확정일자부여일자 등만 기재 할뿐 계약내용과 보증금액 같은 것은 기재하지 않고 있다. 또 임대차계약서를 공적으로 공개하는 것이 아니기 때문에 제3자로서는 확정일자를 받았는지 받았다면 보증금액은 얼마정도나 되는지를 알 수가 없다는 것과 시기상요건의 문제점으로는 확정일자부 임차인의 우선변제권은 주택임대차보호법 제8조의 소액임차인의 경우처럼 경매신청 등기 이전에 요건을 구비하여야 한다는 규정이 없기에 최초 경매개시결정 이후에 확정일자의 요건을 구비하여도 우선변제를 받을 수 있다는 점이다.

넷째, 최우선변제권의 문제점에서 소액임차인이 최우선변제를 받기 위하여는 임대차계약서·주민등록등본·배당요구서 이 세 가지 서류만 갖추면 실질적인 심사 없이 실제거주 여부를 확인하지 않고 배당을 해주는 이런 형식적인 서류심리절차에 문제점이 있으며, 이중 주택임대차계약서의 경우 임대차계약증서상 주택의 일부를 임차하는 경우 그 임대차 주택의 일부인 방의 개수 또는 방의 위치와 임대차하는 면적만을 기재하고 있어 임대차관계를 특정하지 못하는 문제점이 있으며 이러한 제도상의 허점으로 인하여 가장임차인이 발생하게 된다. 그리고 시기상요건의 문제점으로 소액임차인의 최우선변제권을 악용하는 경우 소액임차인의 최우선변제권이 경락가액의 2분의 1 범위 안에서 다른 담보물권자보다 보증금의 일정금액을 최우선적으로 변제 받는 것을 기화로 소유자는 자신의 주택에 경매신청이 임박하게 될 즈음 소액보증금으로 임대차계약을 체결한다. 그 결과 채권자의 채권회수권을 침해하게 되거나, 특히 후순위 채권자에 의한 경매실행인 경우 선순위 채권자와 소액임차인의 보증금의 합산액이 최저경매가격을 초과하게 되는 경우에는 무잉여로 인하여 경매가 취소되는 경우가 발생할 수 있게 된다는 점이다.

다섯째, 대항력에서 주택인도상의 문제점으로는 임대인과 가장임차인이 통

정하여 계약시에 전입만 하고 주택의 점유는 하지 않은 채 경매가 이루어지기 얼마 전 또는 집행관의 임대차 현황보고서 작성 기간에 맞춰서 주택에 거주하여도 서류상으로는 하자가 없다는 점과 주민등록의 문제점으로 공시기능의 한계와 허술한 행정적 처리로 인하여 문제가 발생하고 있으며, 실제 현행 주민등록은 특정한 장소에 30일 이상 거주할 목적만 있으면 누구나 주민등록이 가능하고 주민등록의 방법은 서면이나 구술로도 가능하다는 것이다. 이러한 이유로 경매가 이루어 질것이 예상되는 주택에 소유자와 임차인의 담합으로 어느 누구라도 주택에 주민등록을 마치고 임차인으로 가장하여 배당절차에서 배당을 요구하거나 경락자에게 손해를 가하는 일이 발생하게 된다.

가장임차인은 발생원인과 유형 등이 복합적으로 작용하여 담보물권자 및 일반채권자와 경락자에게 적지 않은 피해를 입히고 있음에 따라, 미흡한 제도에 대하여는 제도를 보완하고 가장임차인의 변화에 대응하기 위한 새로운 제도를 도입하는 방안 등을 모색하는 대책방안이 필요하다.

제도적 보완방안으로 첫째, 서류 심리를 보다 강화하는 방안으로 사회통념상 임대차 관계를 인정하기 어려운 위장전입자의 경우 통·반장이나 동사무소 직원 혹은 관할 파출소에서 점유관계 사실확인서 등을 첨부케 하는 절차를 거치도록 하며, 차후에 다시 점유관계를 확인하여 책임지운다면 진실한 임대차가 존재하는지 여부는 쉽게 파악될 수 있을 것이다. 또한 확정일자제도의 미비점에 대하여는 확정일자부에 임대차계약 당시의 보증금을 기록하고 임대차계약서의 사본과 함께 보관하여 확정일자부와 임대차계약서에 공시의 기능을 부여함으로써 누구나 임대차관계 등을 열람할 수 있게 하여야 할 것이다.

둘째, 소액임차인의 최우선변제권은 다른 담보물권자보다 우선하여 보증금을 최우선적으로 변제받을 수 있는 점을 악용하여 자신의 주택이 경매신청에 임박할 즈음 소액의 보증금으로 임대차계약을 체결하고 배당절차에서 소액임차인으로 소액보증금을 배당받게 하여 진정한 채권자의 채권회수권을 침해하게 된다. 따라서 최소한 경매개시결정등기가 이루어지기 1년 전부터 소액임차인으로서 요건을 갖춘 임차인에게만 배당하여 주어야 된다고 생각한다. 그리

고 확정일자에 의한 우선변제권의 경우 경매개시결정등기 이후에 요건을 갖추지 우선변제권을 부여하지 못하도록 해야 할 것이다.

제도적 도입 방안으로는 첫째로 부동산등기법에 「주택임차권」을 신설하여 임차인 단독으로 등기를 신청할 수 있도록 해서 제3자에 대한 공시적 기능을 확보하고 등기절차를 함에 있어서 등기비용을 면제 또는 저렴하게 하여 임차인이 등기하는데 시간과 비용이 소요되는 이유로 기피하는 상황이 없도록 해야 할 것이다.

둘째, 임대차계약서의 열람제도를 도입하여 누구나 열람이 가능하도록 해야 할 것이며, 열람의 방법으로는 현재의 등기부 등본과 같이 관할 동사무소 및 인터넷 등기소와 무인발급기 등에서 열람이 가능하도록 해야 하며 신고의 경우 임차인을 의무자로 해서 신고를 한 경우에만 보장받도록 해야 할 것이다.

셋째, 집행관의 실질적이고 책임감이 없는 형식적인 조사에 대하여 집행관에게 독일의 사법보좌관과 같은 지위를 주어 책임 소재를 분명하게 하고 집행관에게 높은 전문성과 실무경험을 육성할 수 있는 수사교육이 뒤받침 된다면 책임 회피적이고 형식적인 조사에 의한 가장임차인의 발생을 어느 정도 예방할 수 있을 것이다.

이상으로 가장임차인으로 인한 피해상황에 대해 현 상황에서 발생하고 발생될 수 있는 가장임차인의 유형 및 사례를 통하여 문제점을 제시하였고, 가장임차인과 관련한 대책 방안으로서 제도적 방안을 중심으로 제시하였다. 또한 부동산경매의 대중화와 활성화의 모색으로 가장임차인과 관련된 피해는 더욱더 발전된 여러가지 새로운 유형으로 나타날 것이 예상되어지므로 이에 대한 심도 있는 연구가 진행되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김백기, 부동산경매, 박문각, 2003.
- 김효석, 주택임대차분쟁의 법무실무, 법률서원, 2000.
- 곽윤직 대표집필, 민법주해(V X), 박영사, 1997.
- _____, 물권법, 박영사, 2005.
- _____, 채권각론, 박영사, 2004.
- 박두완, 민사집행법, 법률서원, 2002.
- 성락송, 우선변제권을 행사한 임차인의 경락인에 대한 지위,
민사판례연구[XX], 1998.
- 윤철회, 개정주택임대차보호법해설, 문조사, 1985.
- 전장현, 민사소송에서 민사집행까지, 한국사법행정학회, 2002.
- 정몽채, 법원경매실무, 경록출판사, 2005.
- 최정열, 주택임대차보호법실무(개정판), 백영사, 1999.

2. 논문

- 강갑수, “경매부동산에 선순위의 대항력있는 임차인이 있을 때 형성된
입찰가격의 적정성에 대하여”, 실무연구자료 1권, 1997.
- 강신중, “대항력있는 주택임차인의 우선변제권”, 재판실무연구 1997 (1998. 01).
- 강중환, “주택임차권의 우선변제권 실행”, 재판실무, 1999.
- 김봉석, “집행법원의 배당절차에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위 논문,
2003.

- 김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 법학연구 21집,
한국법학회, 2006.
- 김세연, “배당요구 채권자와 부당이득 반환청구 : 소액임차인과
임금채권자를 중심으로”, 실무연구자료 4권, 2000.
- 김재훈, “부동산 경매에서 권리분석과 주택임차인의 지위”, 법학연구 13집,
경상대학교, 2005.
- 김종기, “주택임대차보호법상 공시방법으로서의 주민등록”, 판례연구 6집,
부산판례연구회, 1996.
- 김형수, “부동산경매에 있어서 몇가지 문제점 · 실제적인 문제를 중심으로”,
법과 정책 제6호, 제주대학교, 2000.
- 김 연, “부동산임차인의 강제집행절차상의 지위 : 강제집행법의 시각에서
본 주택임대차보호법”, 한국민사소송법학회지 3권,
한국민사소송법학회, 2000.
- 고영남, “주택임대차보호법의 한계와 공공성의 포기”, 민주법학 통권23호,
민주주의법학연구회, 2003.
- 권영상, “주택임차인의 대항력 · 우선변제권”, 창원지방법원사회지 창간호,
1995.
- 남기정, “대항요건을 갖춘 주택임차인의 집행법상 지위”, 법무사 402호,
대한법무사협회, 2000.
- 남해광, “주택임대차보호법상의 소액임차인과 관련하여”,
재판실무연구 2003 (2004. 01).
- 류재철, “우선변제청구권의 법적 지위에 관한 연구 :
강제집행 절차를 중심으로”, 동의대학교 박사학위 논문, 2001.
- 류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위 논문, 2005.
- 문칠성, “배당절차에 있어서 임차인의 지위 : 주택임대차보호법상 대항력의
인정여부에 관하여”, 판례와실무 1997 (1997. 09).
- 민일영, “주택임대차보호법상 대항력과 우선변제청구권의 상호관계”,

- 저스티스 33권 1호, 한국법학원, 2000.
- _____, “임차주택에 대한 경매진행단계에서의 임차인 보호를 둘러싼 문제에 관한 소고”, 현대민사법연구 : 일헌 최병욱 교수정년기념, 2002.
- _____, “주택 경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구”, 민사집행법연구 1권, 한국민사집행법학회, 2005.
- _____, “주택 경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2004.
- 신언숙, “부동산등기의 개관”, 사법행정 제30권 제6호, 한국사법행정학회, 1989.
- 신현기, “경락인과 임차인의 관계”, 법무사 469호, 대한법무사협회, 2006.
- 오용호, “부동산경매와 임차권” 강제집행·임의경매에 관한 제문제[下], 재판자료 제36집, 대법원행정처, 1987.
- 윤배경, “주택임대차보호법상의 대항력있는 임차인의 임차권해지의 의사표시와 우선변제권”, 판례연구 10집, 서울지방법변호사회, 1997.
- 윤준미, “주택임대차 공시방법으로서의 주민등록에 대한 재고찰”, 법제현안 제2004-11호(통권 제165호), 국회사무처법제실, 2004.
- 윤 경, “경매절차에서 최선순위 확정일자부 임차인이 배당요구를 한 경우 그 확정일자 이후에 경료된 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기는 말소대상인지 여부”, 민사집행법연구 1권, 한국민사집행법학회, 2005.
- 이세창, “경매절차에서 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인의 지위”, 재판실무연구 2004 (2005. 01).
- 이옥형, “소액보증금 우선변제권행사의 요건 : 주택임대차보호법 제8조 제1항 후문을 중심으로”, 재판실무연구 2002 (2003. 01).
- 이은희, “저당권과 임차권의 관계에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 1998.

- 이정용, “주택임대차보호법상의 제문제”, 법률구조 통권28호, 1999.
- 이주홍, “주택임대차보증금회수를 위한 우선변제권의 행사와
경매절차상 취급”, 법조 458권, 법조협회, 1994.
- 이현숙, “대항력 있는 임차인이 임차목적물의 경매절차에서 우선변제청구를
하였으나 환가대금이 보증금액에 모자라게 되는 경우 경락인에
대한 지위”, 재판과 판례 7집, 1998.
- 정대성, “부동산경매에 있어 환가방법의 문제점과 그 개선방향”,
법조 505권, 법조협회, 1998.
- 정선주, “독일 사법보좌관의 지위와 제3차 사법보좌관법 개정법”,
비교사법 8권1호(上)(통권14호), 한국비교사법학회, 2001.
- 정충령, “주택임대차보호법상 대항요건으로서 부실한 주민등록의 효력에
관한 판례연구”, 재판실무연구 3권, 2006.
- 조순희, “배당요구의 종기결정 및 공고 시행으로 불리해진 주택임차인의
지위에 관하여”, 판례와 실무 2004 (2004. 12).
- 조우연, “부동산경매시 배당과 관련한 문제”, 재판실무 2집, 2005.
- 지철수, “부동산경매절차에서 임차인의 지위와 그 보호에 관한 고찰”,
사법연구자료 23호, 대법원행정처, 1996.
- 최한수, “경매절차에 있어서의 임차인의 지위 : 주택임대차보호법에
관한 판례”, 사법행정 제38권 제5호, 한국사법행정학회, 1997.
- 한삼인, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 법학연구 21호, 2006.
- 한호형, “경매의 진행과 대항력 있는 주택임차권의 관계”,
인권과 정의 268호, 대한변호사협회, 1998.
- 황병하, “부동산경매에 있어서 임차보증금 배당에 관한 몇 가지 문제”,
저스티스 96호, 한국법학원, 2007.

3. 외국 문헌

Rellermeyer, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes,
Rpfleger 1998.

Vultejus, Zur Novelle des Rechtspflegergesetzes, *DRiZ* 1997.

