

석사학위논문

주택임차권의 대항력에 관한 연구

A Study on the Countervailing Force of Housing
Leasehold Interest



제주대학교 대학원

법 학 과

김 창 우

2007년 12월

주택임차권의 대항력에 관한 연구

지도교수 한 삼 인

김 창 우

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함.

2007년 12월

김창우의 법학 석사학위 논문을 인준함.

심사위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

제주대학교 대학원

2007년 12월

A Study on the Countervailing Force of Housing Leasehold Interest

Kim, Chang Woo

(Supervised by Professor Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of master of law

2007. 12.

DEPARTMENT OF LAW
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

- 목 차 -

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	2
제2장 주택임대차제도의 주요 법리	4
제1절 주택임대차보호법의 입법배경 및 주요내용	4
1. 입법배경	4
2. 주요내용	6
제2절 주택임차권의 특질	7
1. 주택임차권의 의의	7
2. 주택임대차보호법의 법적성격	8
제3장 주택임차권의 대항력의 법리	13
제1절 주택임차권의 대항력에 관한 주요 국가의 법제	13
1. 독일	13
2. 영국	17
3. 일본	20
4. 합의	23
제2절 주택임대차보호법상의 대항력	25
1. 대항력의 의의	25
2. 대항력의 취득요건	26
3. 대항력의 발생시기	42
4. 대항력의 존속요건	43
5. 대항력의 내용	45
제3절 임차권등기명령제도	54
1. 입법취지	54

2. 임차권등기명령의 요건	55
3. 임차권등기명령의 효과	58
4. 정리	60
제4절 주택임차인의 우선변제권	61
1. 의의	61
2. 확정일자부 임차인의 우선변제권	62
3. 우선변제권의 내용	66
4. 관련 판례의 검토	69
제5절 소액임차인의 최우선변제권	74
1. 입법취지	74
2. 최우선변제권의 내용	74
3. 관련 판례의 검토	82
4. 정리	83
제4장 주택임차권의 대항력상의 문제점과 개선방안	84
제1절 문제점	84
1. 대항력의 취득요건인 주민등록에 관한 문제	84
2. 대항력의 발생시기상의 문제	88
3. 임차권등기명령제도상의 문제	90
제2절 개선방안	91
1. 대항력의 취득요건상의 주민등록 절차 개선	91
2. 대항력의 발생시기의 보완	92
3. 임차권등기명령제도의 보완	93
4. 기타	95
제5장 결 론	98
<참고문헌>	101
ABSTRACT	105

제1장 서론

제1절 연구의 목적

주택은 인간다운 생활을 영위하기 위하여 기본적으로 요구되어지는 필요불가결한 재화이다. 그리고 그 누구도 주거공간인 주택의 소유권이나 이용권을 확보하지 않고서는 안정된 사회생활을 할 수가 없다. 이처럼 주거문제는 인간의 생존과 생활의 기초가 되는 사회권적 기본권의 한 영역이다. 산업화의 진전 및 그로 인한 인구의 도시화 현상은 필연적으로 주택의 부족현상으로 이어지고 있으며, 주택수요자의 대부분은 사인간의 계약에 의해 주택을 임차하는 방법을 채택하고 있다.

우리의 주택임대차 형태는 관행적으로 전세의 형태로 임차하는 경우가 대부분이다. 이 특유한 임차제도인 전세가 민법상 물권으로 규정되면서 법적으로 전세권자의 권리가 강화되었으나 현실은 물권인 전세권보다 이른바 '채권적 전세' 또는 임대차가 널리 활용되고 있다. 우리 민법은 부동산임차권을 등기한 때에는 대항력을 취득하고, 반대 특약이 없으면 임차인이 임대인에게 임차권등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있도록 규정하여(민법 제621조) 임차목적물을 매수하거나 담보권을 설정하려는 제3자에 대하여 공시가 되도록 하였다. 그러나 임대차의 등기는 임대인의 협력을 요하고, 임대인은 등기에 대한 거부감 등 우월적인 지위를 이용하여 임차권등기 의무를 면하는 특약을 하는 경우가 많다. 또한 임차인의 입장에서 여러 가지 요인으로 임차주택이 부족한 상황에서 등기를 요구하기가 사실상 어렵고 등기비용의 지출도 부담이 됨으로 인해 임대인이나 임차인 모두 등기를 하지 않는 방식을 선호하였고, 그 결과 임차인의 지위는 불안정할 수밖에 없었다.

주택임대차보호법(1981년 3월5일 제정)은 무주택 서민들의 실질적인 주거안정을 목적으로 제정된 법으로, 민법에 대한 특별법의 성격과 사회법적인 성격의 강행규정으로서의 의미를 갖고 있다. 이 법은 주택의 인도와 주민등록만으로 등기에 갈음하는 물권적 효력을 갖도록 규정함으로써 주택임대차의 공시방법을 통해

제3자에게 대항할 수 있는 권능을 부여하였다. 이와 같이 주택임대차보호법은 일반사법의 대원칙인 계약자유의 원칙을 수정하여 국가가 사인간의 계약관계에 관여하고 경제적 약자인 임차인을 보호하게 되었다. 이것은 우리 주택임대차의 특징이 고액의 임대차보증금에 있고, 또 주택임대차에 있어서 제도상으로 보증금반환을 보장해 주는 것이 가장 중요한 문제이기 때문이다. 이러한 이유에서 주택임대차보호법은 임차인의 지위를 강화하는 방향으로 수차례의 개정이 있었으나 만족할 만한 수준에는 이르지 못하는 못하였다. 더구나 대항력이나 임차권등기명령제도에 있어서 규정의 불명확성·불비성 등으로 인하여 이에 대한 해석은 학설과 판례에 의존할 수밖에 없는 것이 현재의 실정이다.

그러므로 본 연구에서는 주택임차권의 대항력에 관한 법리와 관련 판례를 고찰하여 법해석과 제도상의 문제점을 지적하고, 그 동안 연구된 자료를 기초로 하여 그 개선방안을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 연구는 주택임차권의 대항력의 전반적인 법이론을 중심으로 연구의 범위를 정하고, 대항력에 대한 이론과 관련 판례를 토대로 변화하는 사회현실에 부합하도록 문제점과 그 개선방안을 제시하고자 한다.

본 논문의 연구방법으로는 주택임대차제도에 관련된 각종 관계 간행물과 선행 연구자의 관련논문, 단행본 및 기타의 자료를 수집하여 비교 검토하는 문헌 연구 방법과 실무적 분석을 위하여 법원판례사례 연구 및 주택임대차제도의 대항력에 관한 우리나라와 주요국가의 제도를 비교하는 연구방법을 보충적으로 취하였다.

또한 본 논문은 위와 같은 방법론을 토대로 제1장 서론에서는 연구의 목적과 범위 그리고 방법에 대해 기술하여 전반적인 방향을 제시하고, 제2장에서는 주택임대차보호법의 입법배경과 그 주요 내용, 그리고 동법의 특칙과 법적성격에 대해서 살펴보면, 제3장에서는 주택임차권의 대항력에 관한 주요 국가의 법제 비교, 주택임대차보호법상의 대항력의 법리, 임차권등기명령제도, 주택임차권의 우선변제권과 소액임차권의 최우선변제권제도의 입법목적의 합리성과 대항력을 가진 주택임차인과 담보물권자와의 순위에 대하여 검토하고, 제4장에서는 주택임차

권상의 문제점의 검토와 함께 그 개선방안을 살펴보며, 마지막으로 제5장에서는 결론으로서 그 내용을 정리하고 연구목적에 부합하는 바람직한 입법론을 제시하고자 한다.



제2장 주택임대차제도의 주요 법리

제1절 주택임대차보호법의 입법배경 및 주요 내용

1. 입법배경

무주택자들이 타인의 주택을 임차하여 거주하는 법률관계는 두 가지가 있다. 우리 민법에서는 전세권 및 임대차의 방법들을 규정하고 있다. 이러한 타인의 주택을 임차한 방법들 역시 법률관계를 통하여 현실화 될 수 있으며, 법률관계는 모든 사법상의 법률관계와 마찬가지로 계약자유의 원칙이 지배하게 된다.

전세권은 종래 관습상 인정되어 오던 전세제도를 이용권의 강화라는 요청에 민법으로 구성하여 물권으로 규정하므로 전세권설정등기를 하여야만 전세권으로서 제3자에 대한 대항력 및 보증금 회수 등의 효력을 가지게 된다. 그러나 임대인에 의한 반대 약정과 전세금이 소액인 경우에는 전세권등기를 안 하는 것이 보통이다. 이처럼 우리가 흔히 주택에서 말하는 '전세'는 등기하지 않은 임차권인 경우가 대부분인데 이를 법률적으로 "채권적 전세"라 하여 전세권과 구별한다.¹⁾ 채권적 전세는 전세권의 내용을 담고 있지만 등기를 하지 않은 점에서 전세권으로 취급할 수는 없다. 그리고 전세금을 일시에 교부하고 따로 차임을 지급하지 않는 점에서 임대차와도 구별된다.²⁾ 따라서 채권적 전세권자는 전세권자처럼 계약 후 그 목적물에 대한 권리를 취득한 제3자에게 권리를 주장할 수도 없고, 또한 매각(경매)을 신청하여 후에 설정된 다른 권리보다 우선하여 보증금을 반환 받을 수도 없게 된다.

한편 민법 제621조에서 '부동산임차인은 당사간의 반대 약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다'고 하여 부동산임차권은 채권에 불과하지만 등기할 수 있음을 인정하고 있다. 또한 임차권은 채권에 불과하지만 부동산임차권이 등기된 때는 그때부터 제3자에 대항할 수 있는 대항력이 인정된다(민법 제621조 제2항). 그러나 현실적으로 공동신청주의를 채택하

1) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 528면.
2) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007, 1387면.

고 있는 부동산등기법 하에서 주택을 전세 주면서 전세권이나 임차권의 등기에 협조해 주는 소유자(임대인)는 거의 찾아볼 수 없다.

따라서 타인의 주택을 이용하는 법률관계는 채권관계와 물권관계로 두 방향에서 발전하여 왔지만, 민법의 주택임대차에 관한 규정은 임차인 보호에는 실질적인 도움이 되지 못하였으며, 대부분 임차인들은 채권적 전세의 단계에 머무르고 있는 실정이다. 그리고 이러한 채권적 전세를 이용해서 타인의 건물을 주거의 목적으로 임차하는 자는 대부분이 서민이다. 이처럼 주택임차인은 경제적 약자의 지위에서 대항요건인 등기를 갖추지 못하는 불이익을 감수할 수밖에 없고, 목적물이 제3자에게 양도되는 경우에도 대항할 방법이 없게 되었다. 결국 민법상 제 규정은 전세권자와 임차인을 보호하기 위한 것과는 달리 사문화되었다고 말할 수 있다.³⁾

이와 같은 우리사회의 관행과 민법상 제 규정을 외면하는 현실에서, 1970년대에 들어 급속한 국가의 산업화 추진정책으로 인하여 인구의 이농현상과 도시로의 집중현상이 가속화되어 주택이 절대적으로 부족하게 되었다. 이에 편승하여 부동산 투기가 발생하고 주택가격과 지가는 폭등하였다. 주택임대료는 덩달아 상승하게 되어서 경제적 강자의 지위에 있는 임대인의 횡포는 더욱 심해졌다.

이러한 주택임대차의 현실과 문제점을 해결하기 위해서는, 민법상의 전세권과 임차권에 관한 규정만으로는 무주택 서민의 주거안정을 실질적으로 보호하기에는 미흡하기 때문에, 사회 정책적 목적으로 국가의 적극적인 개입을 명문화하여 사회적 약자인 임차인의 법적 지위를 인정하고 주거안정을 위해서 민법의 특별법(1981.3.5 법률 제3379호)으로 주택임대차보호법이 제정 공포되었다. 동법은 주택 또는 주거용건물의 임대차에 관하여 13개의 조문 및 부칙으로 구성되어 있다. 그 후 1983년 12월 30일의 1차 개정, 1989년 12월 30일의 2차 개정, 1997년 12월 13일의 3차 개정, 1999년 1월 21일의 4차 개정, 2001년 12월 29일의 5차 개정, 2002년 1월 26일의 민사집행법 제정에 따른 6차 개정이 있었고, 2005년 1월 27일의 민사집행법 개정에 따른 7차 개정이 있었다.

3) 고상용, “주택임대차보호법상의 문제점과 그 해결방안”, 「현대사회과학의 이론」 제19호, 성균관대학교 부설사회과학연구소, 1982, 437면.

2. 주요 내용

가. 임차권의 대항력 부여 및 강화

임대차관계는 채권관계에 불과하므로 등기하지 않는 한 제3자에 대하여 대항력이 없는 것이 원칙이다. 그러나 주택임대차보호법은 그 등기가 없는 경우에도 주택의 인도와 주민등록이라는 간단한 요건만 구비하면 대항력이 발생하도록(동법 제3조제1항)하고 있다. 또한 임차주택의 양수인 등이 인차인의 지위를 당연 승계하도록 하는(동법 제3조제2항)등 대항력을 강화한 것이 특징이다.

나. 보증금의 반환확보

임차인의 임차보증금의 반환을 확보하기 위하여 확정일자를 가진 임차인에게 순위에 의한 우선변제권을 인정하고(동법 제3조의2 제2항), 소액보증금에 대하여는 최우선변제권을 규정하고 있으며(동법 제8조), 임차권등기명령제도(동법 제3조의3), 민법상의 임대차등기에 대한 우선변제권부여(동법 제3조의4), 보증금을 전액 변제 받지 못한 대항력 있는 임차권의 경우 임차주택의 매각(경락)에 의하여 임차권이 소멸하는 것에 대한 예외를 인정하고(동법 제3조의5), 임대차보증금 반환소송 절차의 신속보장(동법 제13조) 등을 규정하고 있다.

다. 임차인의 주거권확보

주택임대차보호법은 임차인의 주거권을 실질적으로 보장하기 위하여 임대차의 최단존속기간을 2년으로 규정하고(동법 제4조 제1항), 기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 하되, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있도록 선택권을 보장하며 (동법 제4조 제1항 단서), 임대차가 종료한 후에도 보증금을 반환 받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제하고(동법 제4조제2항), 임대차계약의 묵시적 갱신과 해지권을 인정하고 있으며(동법 제6조, 제6조의2), 사실혼관계의 배우자에 대한 주택임차권의 승계제도(동법 제9조)를 규정하고 있다.

라. 임차·보증금이 증감 및 통제

계속적 계약관계인 임대차의 특성을 감안하여 사정변경에 따른 임차·보증금의 증감청구권을 인정하고 있고, 상대적으로 우월한 입장에 있는 임대인에 의한 임차·보증금의 과도한 증액을 제한하는 규정을 두고 있다(동법 제7조). 또한 임대인이 보증금의 전부 또는 일부를 월 단위의 차임으로 전환하는 경우에는 그 전환되는 금액에 은행법에 의한 금융기관에서 적용하는 대출금리 및 당해 지역의 경제여건 등을 감안하여 대통령령이 정하는 비율을 곱한 월차임의 범위(연1할4푼)를 초과할 수 없다(동법 제7조의2, 대통령령 제17627호, 2002.6.30시행).

제2절 주택임차권의 특질

1. 주택임차권의 의의

임대차⁴⁾란 당사자의 한쪽(임대인)이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고, 상대방(임차인)이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제618조).⁵⁾ 주택임대차는 주택임대인이 주거용 건물의 전부 또는 일부를 주택 임차인에게 사용하게 하고, 주택임차인은 이에 대하여 임차보증금, 월세등 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 유상·쌍무의 낙성계약이다. 이처럼 임대차에서 임차인의 지위에 대해 많은 배려를 하는 것은 임대차가 유상계약이라는 점에 기초를 두고 있기 때문이다.⁶⁾ 주택임대차는 본질적으로 채권계약이다. “매매는 임대차를 깨뜨린다”는 원칙은 물권인 소유권이 채권인 임차권에 우월하다는 것을 의미한다. 그러나 임차권은 채권에 지나지 않았으나 근대에 와서 산업화의 진전 및 그로 인한 도시로의 인구집중에 따라 부각된 주택문제가 심각한 사회문제로 대두되기에 이르자 임대차 관계를 단순히

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

5) 박윤직, 「채권각론 제6판」, 박영사, 2007, 187면.

6) 김준호, 전게서, 1353면.

채권관계로서 당사자들 사이의 문제로만 방치할 수 없게 되었다. 그리하여 나라에 따라서는 주택임차인의 법률상의 지위를 보호·강화하고 있으며 그 결과 주택임차권은 “매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다”는 원칙으로 여러 면에서 물권에 계만 주어졌던 성질을 갖게 되어 물권화 되어가고 있다.

그리고 임차권은 임대차계약에 의거 임차인이 임대인에게 대해서만 주장할 수 있는 채권으로 구성되어 있기 때문에, 목적물의 소유권이 제3자에게 이전된 때에는 임차인이 제3자에게 임차권을 주장할 수 없다. 그래서 부동산임대차에도 등기할 수 있는 길을 마련하고, 그 등기를 한 때에는 임차권을 제3자에게도 주장할 수 있는 것으로 하고 있다(민법 제621조 제2항). 그러나 임차인이 언제나 임대인에 대해 등기청구권을 가지는 것은 아니며, 그 등기를 원하지 않기로 반대약정을 맺은 때에는 이를 유효한 것으로 보기 때문에(민법 621조제1항), 임차권의 대항력은 완전하다고 볼 수 없다.

주택임대차보호법에서는 민법과는 다른 특칙으로 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 제3자에 대하여 대항력을 갖도록 하고 있다(동법 제3조제1항). 그리고 이를 주택임차권이라 하여 주거를 목적으로 하는 건물의 임차권에 주택의 인도와 주민등록이라는 공시방법을 구비함으로써 대항력을 인정하여 국민의 주거생활의 안정을 보장하려는 사회법적 성격을 갖는 주택임대차보호법상의 권리인 것이라고 그 의미를 부여하고 있다.

2. 주택임대차보호법의 법적성격

가. 민법에 대한 특별법

한국사회에서 도시화 현상은 필연적으로 주거공간의 부족현상으로 사회문제를 초래하게 되었는데, 주거권은 헌법상의 행복추구권, 거주이전의 자유, 주거의 자유 등과 함께 기본적 인권으로서 인간다운 생활을 누릴 토대로서의 의미를 갖고 있다.

주택임대차보호법이 “주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 한다(동법 제1조)”고 하여, 민법에 대한 특별법이라고 선언한 것은 국민들의 실질적 평등을 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다.⁷⁾

주택임대차보호법은 임대차에 관한 민법의 특별법이다. 일반법에 대한 특별법 우선원칙에 의하여 주택임대차에 관한 한 주택임대차보호법에 규정이 없는 사항은 민법의 규정이 적용되게 된다. 따라서 임대차에 관한 일반규정인 필요비 상환 청구권(민법 제626조), 임대인의 동의 없이 임차권을 양도하거나 전대한 경우에 임대인의 해지권(민법 제629조), 2기 이상의 차임을 연체한 임차인에 대한 임대인의 계약 해지권(민법 제640조)은 민법의 규정이 그대로 적용된다.

임차인이 강제집행개시에 있어서 반대의무를 이행하여야 한다는 집행개시의 요건을 규정한 민사집행법 제41조 제1항에 대한 예외규정(동법 제3조의2 제1항), 소액임차인의 최우선변제청구권(동법 제8조), 우선변제청구권(동법 제3조의2 제2항), 임차권등기명령제도(동법 제3조의3), 차임증감청구권(동법 제7조)등에서 규정한 임차인의 권리행사에 있어서 민사집행법의 규정을 준용하도록 하는 점, 그리고 임차권등기명령신청에 있어서 등기의 공동신청주의의 예외를 인정하고 있는 점 등에 비추어 주택임대차보호법은 민사집행법 및 부동산등기법의 특별법 성격도 지녔다고 보는 견해도 있다.⁸⁾

나. 주택임차권의 사회화 경향

주택임대차보호법의 성격은 계약자유 원칙이 지배하는 시민법적 성격을 띠고 있는 것이 아니라 경제적으로 약자인 임차인의 주거생활의 안정을 보장하는 것을 목적으로(동법 제1조) 국가가 적극적으로 임대인과 임차인과의 법률관계에 개입하여 민법의 계약자유 원칙을 제한하고, 경제적·사회적으로 열악한 지위에 있는 무주택 영세서민들에 대한 주거생활의 안정을 도모하는 사회보장적 성격⁹⁾을 지니고 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 주택임대차보호법은 시민사회에 있어서 개인본위의 사법원리를 수정하고 사회공공의 복리증진을 지표로 하는 사회법적인 차원에서 임차인 보호를 위한 고유의 법원칙에 의하여 규율되어야 할 것이다.¹⁰⁾

7) 정승열, 「상가·주택 임대차보호법 실무」, 법률정보센터, 2002, 6면.

8) 정승열, 상계서, 7면.

9) 국민의 주거생활의 안정은 헌법상의 요청으로서 인간다운 생활을 할 권리라는 사회적 기본권의 한 내용을 이루고 있다(헌법 제34조 제1항). 또한 헌법 제34조 제1항에 의거하여 인간다운 생활을 국가에 대하여 구제적이고 현실적인 권리로서 주장할 수 있다(권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005, 641면).

10) 이은영, 「채권각론 제5판」, 박영사, 2005, 449면.

민법에 대한 특별법인 주택임대차보호법은 임대임과 임차인의 특수한 권리를 규정하고 있지만, 특히 임차인을 위한 측면이 강하다.¹¹⁾ 이런 내용은 특별법 제1조에서 “주거용건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 한다”고 하는 특별법 성격의 선언과 함께 이 법 전체에 있어서 “이 법의 규정에 위반한 약정으로 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다(동법 제10조)”고 하여 이 법이 강행규정임을 명백히 하고 있다. 그러나 이 법이 강행규정의 성질을 지녔다 할지라도 최단기간 이내의 임대차기간, 임차인의 의무 등 당사자간의 약정이 이 규정에 위반한 경우 그 전부를 무효로 하지 아니하고, 그 내용이 임차인에게 유리한 경우에는 그 효력을 인정한다고¹²⁾ 하는 편면적 강행규정¹³⁾의 성격을 가지고 있는 점도 특징이다.

주택임대차보호법의 사회법적 성격에 관한 근거로 들 수 있는 것은 첫째, 동법 제6조 계약의 갱신에 관한 규정이다. 둘째로 동법 제8조 제1항과 동 시행령 제3조의 소액보증금에 관한 규정이다. 즉 제8조 제1항은 임차인은 소액의 보증금에 관한 다른 담보물권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다고 규정하고 있으며, 시행령 제3조는 제8조의 규정에 의한 소액보증금의 한도를 규정하고 있다. 이 소액보증금의 반환확보는 형식적으로 고찰하면 재산권의 반환이라는 원리에 입각한 듯 하나 실질적으로는 보증금반환이 보장 되지 아니하면 무일푼으로 거리에 내 물리게 되어 그 불합리를 시정하기 위하여 사회법적 차원에서 규정하고 있다고 이해해야 할 것이다. 셋째로, 동법 제7조의 시행령 제2조의 임차 또는 보증금의 증액청구를 대통령령으로 제한하게 한 규정도 사회법적 규정으로 보아야 할 것이다. 넷째로, 동법 제9조에 “임차인이 상속권자 없이 사망한 경우 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상 혼인관계에 있는 자는 임차인의 권리와 의무를 승계 한다” 등이다.

다. 임차권의 물권화 경향

임차권의 강화 내지 물권화는 채권인 임차권을 배타적으로 행사할 수 있는 물권과 유사한 내용을 여러 형태로 규정하고 있는 것을 말한다.

11) 정승열, 전거서, 11면.

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

13) 박해식, 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」, 청림출판, 2001, 574면.

우리나라에서는 물권화 경향에 관해 임차권은 임차인이 직접 임차물을 지배해서 이를 이용·수익하는 것을 내용으로 하고 있고, 다른 채권과는 달리 대항력이 있는 임차보증금의 우선변제, 제3자에 의한 사실적 침해의 배제, 임차권의 처분가능성 등 현행 법률의 내용을 볼 때 물권화설이 가장 설득력이 있다고 보는 견해¹⁴⁾도 있고, 임차권이 물권화 경향을 부인할 수는 없으나 채권적 성질과 물권적 성질을 함께 갖고 있는 중간적 권리로 이해함이 타당하다고 보는 견해¹⁵⁾도 있으나, 부동산임차권은 그 본질에 있어서는 채권에 지나지 않으나, 그 실제의 효력에 있어서는 물권적인 것을 부분적으로 포함하는 점차로 물권화 과정에 있는 임차권물권화라고 보는 설이 독일 및 일본의 지배설이고 우리나라의 다수설이자 통설이다.

또한 물권화 경향에 대해 내용은 아직 통일되지 않았지만, 대체로 대항력의 강화, 제3자에 의한 임차권에 대한 침해배제, 임차권의 처분가능성, 임차권의 존속보장 등 네 가지 경우를 말하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 임차인보호와 관련하여 가장 기본적인 것은 대항력이다.¹⁷⁾

(1) 대항력의 강화

민법은 대항력의 강화에 관해서, 반대의 특약이 없으면 임차인은 임대인에 대하여 임차권등기절차에 협력을 청구할 수 있다(민법 제621조 제1항)고 하여 임차권의 등기가능성을 인정하였을 뿐이지만, 주택임대차보호법은 임차인은 등기가 없는 경우에도 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 대항력이 있다(동법 제3조제1항). 이것은 부동산임대차의 공시방법인 등기를 하지 않고 임차인에게 임차주택을 배타적으로 지배할 수 있도록 하기 위하여 일정한 요건 아래서 대항력을 인정하여 임차인의 지위를 강화하려는 것이다.

(2) 제3자에 의한 임차권에 대한 침해배제

상대권인 채권의 효력으로서 제3자에게 침해 내지 방해배제청구권을 인정하는

14) 고상용, 「민법학특강」, 법문사, 1995, 551면.

15) 김상용, 「채권각론(상)」, 법문사, 2003, 331면.

16) 박윤직, 전계 채권각론, 191면.

17) 한삼인, “주택임차권의 대항력(상)”, 「고시연구」 통권 제319호, 고시연구사, 2000.11, 57면.

경우에도 임차권은 물권에 접근한다고 할 수 있는데, 이에 관하여 민법에는 명문 규정이 없어 해석에 맡기고 있다. 그래서 임차인이 점유를 취득한 경우 점유권에 따른 손해배상과 방해의 배제를 청구할 수 있느냐에 관해서는 공시방법도 없는 채권에 침해배제를 널리 인정하는 것은 거래의 안전을 해친다 하여 반대하는 학설도 있지만, 다수설은 이를 긍정하고 있다. 그러나 임차인의 점유권에 의한 방해배제는 인정하여도 임차권자체에 의한 방해의 배제청구권은 인정하지 않는 것이 일반이다.¹⁸⁾

(3) 임차인의 처분가능성

계속적 계약으로서 상대방의 신의성실의 원칙이 요구되는 임대차에서 물권처럼 임차권의 처분성을 인정하는 것은 임차권을 강화해주는 역할을 한다.¹⁹⁾

민법은 임대인의 동의가 있는 경우에 한하여 임차권의 양도·전대의 자유를 인정할 뿐이고(민법 제629조), 주택임대차보호법은 임차권의 양도에 대해서는 직접적으로 언급하지는 않음으로서 원칙적으로 민법에 맡기고 있다. 다만 사실상 혼인관계에 있는 자와 법률상 상속인이 공동생활을 하지 않은 경우에 한하여 특별규정이 있다(동법 제9조).

(4) 임차권의 존속기간의 강화

민법은 임대차 존속기간의 최단기간에는 아무런 제한규정이 없이 오로지 장기에 관한 규정만 두었다(민법 제651조).

그러나 주택임대차보호법에서는 최단기간을 2년으로 보장하고(동법 제4조), 다만 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있게 하였다.

18) 박윤직, 전계서, 192면.

19) 정승열, 전계서, 9면.

제3장 주택임차권의 대항력의 법리

제1절 주택임차권의 대항력에 관한 주요 국가의 법제

1. 독일

독일이 통일되면서 주택임대차관계는 통합과 동시에 법적안정이 강력하게 요구되는 분야가 되었다. 1993년 7월21일 개정되고 동년 9월1일부터 시행된 제4차 개정 임대차법은 독일민법상 상당한 규정들이 법 기능에 적합하게 새로이 개정 혹은 신설되었다. 이 개정은 통일을 전후로 임대차법상 문제가 되어왔던 부분을 중점적으로 개정함으로써 통일 후 임대차보호법의 현실적인 문제점을 해결하기 위한 시도로서 이루어진 것이다.²⁰⁾

주택임대차의 적용범위에 대하여는 일반적으로 민법상 임대차규정을 모든 건물에 적용하면서 특히 기능적으로 임차인을 강하게 보호할 필요가 있는 조항²¹⁾ (독일민법 제556a조, 제564b조 등)의 경우는 주택임대차에만 적용하고 있다. 그리고 겸용건물의 경우 사용 면적이 반이 넘는 경우 넓은 면적이 주거용이면 주택임대차보호의 범위로 보고 있다.²²⁾ 특히 계약당사자간의 합의하에 비주거용 건물의 일부를 주거용으로 사용한 경우는 문제가 없으나 당사자간에 합의 없이 임차인이 일방적으로 용도를 변경하여 사용한 것을 임대인이 상당기간 묵인한 경우, 후에 법적인 문제가 생겼을 때 묵인한 것을 승낙으로 볼 것인가 하는 것이다. 이럴 경우 묵인이 상당기간 지난 후 임대인 측에서 용도변경을 이유로 계약을 해지한다거나 시설의 철거를 요구함은 권리남용의 이론으로 임차인을 보호할 수 있다고 보고 있다.²³⁾

독일의 사회임대차조항은 주거전용주택뿐만 아니라 겸용주택의 경우도 주거목적의 중요부분일 때는 적용되고 있다. 그리고 주거임대차라 하더라도 일시적 임

20) 소재선, “독일의 제4차 개정주택임대차법의 내용과 문제점소고”, 「경희법학」 제29권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 1994.12, 251면 이하 참조.

21) 양창수, 「독일 민법전」, 박영사, 2002, 245~247면.

22) 소재선, “민사법학 방법론으로서 기능적 접근방법의 모색 - 한국과 독일에서의 임대차법의 기능을 중심으로”, 「경희법학」 제29권 제2호, 경희대학교 경희법학연구소, 1995.2, 155면.

23) 류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2005.2, 17면.

대차(제556a조 제8항, 제565조 3항)에는 사회임대차조항의²⁴⁾ 적용이 배제된다. 또한 이동주택의 경우에도 적용되지 아니한다.

독일민법에서 주거임대차의 존속기간에 대해서는 그 최장기간뿐만 아니라 최단기간에 관해서도 규정하고 있지 않아 당사자의 계약에 의하여 정하도록 규정하고 있다. 다만 주거임대차의 존속기간이 확정기한부 주거임대차의 경우 그 임대차기간이 1년 이상인 경우에는 그 임대차계약은 서면에 의해서 작성되어야 한다(독일민법 제566조 제1문). 그리고 확정일자부로 주거임대차계약을 체결한 경우에 그 존속기간이 만료하면 임대차관계는 종료하게 된다.(동법 제564조 제1문). 임대차존속기간이 만료한 경우 임대인이 2주 이내에 반대의 의사표시를 하지 않으면 불확정부 임대차로 존속한다. 그리고 임대차의 존속기간을 30년 이상으로 약정한 때에는 그 30년의 기간 경과로 종료하는 것이 아니고, 당사자가 각각 해지 통고를 하여야 임대차관계가 종료하게 된다(동법 제567조 제1문).

주택임대차의 대항력에 관하여 독일은 '임차인이 주택을 인도한 때부터 제3자에게 대항력이 인정 된다'로 되어 있어 임차인을 폭넓게 보호하고 있다.

독일민법에 의하면 임대차목적물의 양수인은 자신의 소유권이 존속하는 동안 임대차관계로부터 발생하는 권리·의무에 관하여 종전의 임대인에 갈음하는 지위에 서게 된다(동법 제571조, 제580조). 이는 임대차관계의 법정이전이며 당사자의 의사와는 무관하므로, 양수인의 지·부지나 임차인의 지·부지는 그 법률효과에 영향을 미치지 않으며, 따라서 양수인은 자신이 알지 못했거나 알 수 없었던 임대차관계에도 구속되는 것으로 해석된다.²⁵⁾ 이를 정리하면 임대인이 목적물을 임차인에게 인도한 후에는 제3자에게 양도하더라도 양수인은 임대인의 지위를 승계한다는 것이다.

독일법제상 차임에 대한 규제는 아직도 특별법을 통하여 이루어지고 있다. 그리고 차임규제는 그 대상인 주택이 차임적용 주택인가 아니면 차임 비적용 주택인가에 따라서 그 규제의 내용을 본질적으로 달리하며 이를 규율하는 법률도 달리 정해져 있다. 전자에 대하여는 주택구속법(WoBindG)이 당초 차임의 결정 및

24) 독일민법 제574조에서는 임대차관계의 종료가 임차인, 그의 가족 또는 세대의 다른 구성원에게 가혹한 것으로, 임대인의 정당한 이익을 평가하더라도 정당화되지 아니할 때에는 임차인은 임대인의 해지에 대하여 이익을 제기할 수 있고, 임대인에게 임대차관계의 계속을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 조항이다 (김상용, "독일사회의 주택임대차", 「송암 정권법 교수 정년기념논문집」, 2000, 590면).

25) 민일영, "임대주택의 양도인에 대한 임차보증금의 반환청구", 「민사판례연구(IX)」, 1987, 104면 이하.

그 이후의 인상 전반에 관하여 완벽하게 규제를 가하고 있음에 반하여, 후자에 대하여는 차임인상규제법(MHRG)이 당사자들 간에 자유롭게 결정된 당초의 차임(신규차임 또는 합의 개정차임)을 차후에 임대인이 일방적으로 인상하는 것에 관하여만 규제를 가하고 있다.

차임구속주택 중 가장 중요한 것은 사회적주택(Sozialwohnung)이다. 사회적주택이라 함은 공공의 자금(공적 건축대여금, 이자보조금 등)을 지원받아 건축된 주택을 말하며, 이에 관하여는 주택구속법에 의하여 강력한 차임규제(당초차임 및 차후 개정차임 모두를 규제) 및 처분·임대제한이 가하여지고 있다.

이와 같은 사회적주택의 법적구속은 공공자금의 상환완료 등에 의하여 그 공적조성이 완료하면 원칙적으로 소멸하며, 소유자는 주택구속법의 여러 규제로부터 해방된다. 그리고 그 차임에 관하여도 향후에는 차임인상규제법의 적용을 받게 된다.²⁶⁾

사회적주택 등 차임의 구속을 받는 주택을 제외한 대부분의 주택의 차임에 관하여는, 계약자유 원칙이 적용되어 당사자의 합의로 자유롭게 결정할 수 있음이 원칙이다. 물론 여기에도 한계는 있다. 부적정하게 고액인 차임의 합의는 독일 형법 제302a조 또는 독일 경제형법 제5조에 위반될 수 있으며, 그렇게 되면 이는 독일 민법 제134조(법률상 금지의 위반행위는 무효이다)에 따라 그 한도 내에서는 무효이다.²⁷⁾

독일 임차규제제도의 요점은 임대인에 대하여 차임인상을 목적으로 하는 주택 임대차관계의 해지를 금지하면서(MHRG §1 S.1) 이에 대한 보상으로써 그에게 차임인상청구권을 부여하되 그 한도를 비교차임으로 제한하는데 있다(MHRG §1S.2).²⁸⁾

독일 법제상 통상의 주택임대차에 있어서 임대차관계의 존속 중 임차인의 동의 없이 차임을 인상하려면 반드시 비교차임제²⁹⁾에 의거하여 인상 하여야한다.

26) Emmerich/Sonnenschein, Vor §1 MHRG Rz 13. (류창현, 전계논문, 26면 재인용).

27) MünchKomm-Voelskow, Vor § 1 MHG Rz 9. (류창현, 상계논문, 27면 재인용).

28) 류창현, 상계논문, 27면.

29) 연방통계청이 조사한 국내의 가계물가지수에 의해 정해지는 지수식 차임방식과 일정한 기간에 대하여 1년 단위로 임대료 인상분을 구체적인 금액으로 표시하여 약정하는 계단식차임 방식, 그리고 임대료가 인상된 때로부터 15개월간 임대료가 변동되지 않은 경우, 지방자치단체가 지난 4년간 유사종류, 크기, 시설, 성질과 형태 및 위치를 고려하여 정한 유사차임의 수준까지 임대료 인상을 청구하는 방식 등으로 임대료를 안정시키는 제도를 갖고 있다.

주거임대차관계는 해지통고에 의하여 종료하게 된다. 기한의 정함이 없는 임대차는 언제든지 해지통고에 의하여, 기한의 정함이 있는 임대차는 그 기간의 만료후에도 계속 사용할 때에는 결국 해지통고에 의하여 임대차관계는 종료하게 된다.³⁰⁾ 그러나 임대인(주택소유자)은 임대차계약기간이 종료되더라도 중대한 사유 또는 정상적인 사유가 없는 한 임대차계약을 해지할 수 없으며, 또한 임대료 인상으로 인하여 계약을 해지할 수도 없다. 그리고 해지의 통고는 독일민법 제 568조 제1항에 의하여 서면으로 행하여져야 함이 원칙이다.

독일민법 제574조에서는 임대차관계의 종료가 임차인, 그의 가족 또는 세대의 다른 구성원에게 가혹³¹⁾한 것으로 임대인의 정당한 사유가 평가하더라도 정당화되지 아니할 때에는 임차인은 임대인의 해지에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 임대인에게 임대차관계의 계속을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데 이러한 조항을 이른바 사회적 조항(Sozialklausel)이라고 한다. 따라서 동 조항에 의할 때 임차인은 비록 임대인이 해지통고를 하여도 임대차관계의 종료가 임차인의 자신 혹은 가족에게 가혹할 경우에는 임대차를 계속 연장할 수 있으므로 임차인의 주거생활의 안정에 크게 기여하고 있다.³²⁾

이처럼 독일의 주거임대차의 유형이 우리나라와 현저히 다른 점은 임차보증금 제도가 아닌 매월 임대료를 정기적으로 지급하는 방식으로 이루어지고 있어 임대차 보증금반환확보의 문제에 관하여 특별한 배려를 하고 있지 않고, 또 보증금 반환을 위한 특단의 법적장치를 마련할 필요가 없고 채권법의 일반법리에 맡겨 놓아도 큰 문제가 없다고 판단하였기 때문이다. 그리고 독일 주택임대차법제가 대항력 문제에 초점을 맞추고 있지 않은 것은 독일 임대차법제가 이미 대항력을 토지·공간·선박등기에 대한 임대차 일반에 널리 인정하고 있으므로(독일민법 제571조, 580조, 제580조a, 제581조제2항) 대항력의 문제는 임대인의 일방적 해지에 대한 임차인의 보호와 임대료를 올리려는 목적의 임대인의 해지 등에 대한 통제 방법 등 존속보호 및 가격보호에 중심을 두고 있다.³³⁾

30) 김상용, 전계논문, 590면.

31) '가혹'이란 임차인에게 적절한 대체주택의 확보를 기대할 수 없는 경우를 말한다. 구체적으로 대체주거가 안락하지 못하거나·가족의 질병·임신·신체적 장애·많은 식구·낮은 수입·근무시간 등 새로운 주택을 찾기 어려운 경우와 같이 대체주택의 확보가 곤란하거나 이사를 기대할 수 없는 경우가 이에 해당된다 (김상용, 상계논문, 594면).

32) 김상용, 상계논문, 590면.

2. 영국

영국에서는 물권과 채권의 대립적 재산의 범주가 없으며, 주거용건물의 임대차 관계는 계약의 자유를 원칙으로 하는 보통법(Common Law)하에서는 임대차관계와 특별법적인 차가법(Rent Act)이 적용되는 임대차관계의 두 종류로 나누어진다.³⁴⁾ 따라서 물권개념은 존재하지 않으며, 다만 대륙법과 비교할 때 임차권의 성질상 물권이라고 보는 수밖에 없다. 왜냐하면 매수인으로부터 임차권이 보장되기 때문이다. 따라서 근대의 임차권의 물권화 경향은 영국법에 있어서도 완전히 물권으로 지양되고 있기 때문에 획기적인 의의가 있다.

영국에서는 1965년 규제임대차제도를 도입한 차임법이 제정되었으나 근본적인 변화는 없었다. 그 후 중요한 입법으로는 차임제법의 통합으로 현재의 입법이 된 1977년 차가법(Rent Act)과 공영주택의 매각에 중점을 둔 1980년 주택법(Housing Act) 등이 있다.

영국의 차가법은 임차권의 존속보호와 임차제한을 규율하는 특별법이지 계약의 체결에 관한 일반법은 아니므로 임차관계의 계약체결에 관하여는 보통법의 일반원칙이 적용되며, 임대차계약은 원칙적으로 날인증서(deeds)에 의하여 체결되어야 하지만 3년 이상의 임대차로서 일정한 요건을 갖춘 경우에는 어떠한 방식도 요하지 않는다. 하지만 현실적으로는 후일의 분쟁을 피하기 위하여 서면으로 계약을 체결하는 것이 통례이며, 계약자유 원칙상 임대차계약의 내용은 당사자간에 자유로이 정할 수 있다.

차가법은 주거라고 하는 가옥에 한하여, 또는 과세가격이나 기준차임(혹은 제한차임)이 법정기준 이하의 것에 한하여 적용되고 있는데, 여기에서 주거라 함은 '건물 또는 건물의 일부분으로, 독립한 주거로서 임대된 것'을 말하고, 과세가격은 고정자산의 평가기준의 임대가격에 상당한 것이다. 영국에서는 각 차가법에 의해 지방별로 가옥에 대한 과세평가기준이 정해져 있다.

따라서 첫째로, 임대의 목적이 된 가옥이어야 하므로, 단순한 사용의 경우에는 차가법의 보호를 받지 못한다. 둘째로, '주거'로서 거주해야 한다. 그러므로 당해

33) 소재선, 전계논문, 89면.

34) 국회사무처 입법조사국, 주요국의 주택임대차제도, 「정문사」, 1990, 81면 이하.

가옥이 그 구조상 거주를 하는데 적합해야 하며, 가옥전부가 영업의 목적으로 임대되었을 경우에는 비록 그 구조상 주거에 적합하고 또는 이전에는 주거로 사용되었다고 할지라도 차가법이 적용되지 않는다. 셋째로, '독립한 주거'이어야 하는데, 반드시 물리적인 독립 또는 분리된 주거를 의미하는 것이 아니고 별개의 주거를 의미한다. 그리고 과세가격에 대해서는 과세가격이 높은 고급주택의 경우에는 차가법의 적용을 받지 않는다. 그 이유로는 과세가격이 높은 고급주택을 임차한 임차인에게까지 보호를 한다는 것은 차가법 본래의 입법취지에 반하기 때문이다.³⁵⁾ 이와 같이 영국의 차가법은 건물의 객관적 평가를 기준으로 하여 적용대상을 한정하지만, 과세평가액의 구체적인 제한액은 사회경제적 사정과 주택사정을 고려하여 정하여지며, 건물이 주거 겸 영업소로서 임대된 경우에도 주거용 부분뿐만 아니라 영업용의 부분도 포함된 전체의 건물이 차가법의 적용대상이 되고 있다.³⁶⁾

영국의 차가법 제103조 제1항은 주택임차인의 거실·부엌 등 중요생활시설을 다른 수인의 주택임차인과 공용하는 경우도 독립주거로 보호하고 있다. 이 점에서는 우리나라의 가족공동생활을 하는 경우에는 한 세대의 임차인의 규정을 적용하고 있다는 점과 약간은 다른 점이 될 수 있다.³⁷⁾

존속기간 및 대항력에 관하여 영국의 차가법의 기본원칙은 임대인 해지통지 또는 그 밖의 사유에 의하여 약정임차권이 소멸하여도 임차인에게 주거를 계속할 권리를 부여하고 있으며, 또한 특별한 사유가 없는 한, 법원의 주택인도 명령 판결을 금지하여 임차인의 거주를 보호하고 있다. 이러한 경우의 임차권을 통상 법정임차권이라 한다. 보통법(Common Law)상의 차가계약 소멸사유로는 임대차기간의 종료, 주기적 임대차에 있어서의 해지통지, 임차권의 몰수, 임차권의 포기 등이 있다.

그러나 이러한 법정임차권은 무조건 인정되는 것은 아니다. 즉, 임차인은 약정임차권이 소멸한 후에도 그 주택을 점유하지 않으면 안 되며, 약정임차권이 차가법의 적용이 있는 범위 내에 있어야 하고, 임차인은 주로 거주를 위하여 주택을

35) 임윤수, “주택임대차보호법의 비교법적 연구”, 「경희행정논총」 8집, 경희대학교 사회과학연구원, 1995, 116면.

36) Megary, The Rent Act, 10th ed., Vol. 1, Stevens, 1967, 83p. (류창현, 전계논문, 10면 재인용).

37) 임윤수, 상계논문, 116면.

사용해야 한다. 이러한 요건이 구비되면 당연히 법정임차권이 발생한다. 만약 임차인이 주택의 점유회복을 청구하는 경우에는 일정한 법정사유에 기하여 법원의 명도명령·판결을 얻지 않으면 임대인의 청구는 인용되지 않는다.

우리 제도가 대항력의 요건으로 주택의 인도와 주민등록이 있듯이 영국에서는 임차인은 그 보호를 청구하는 주택에 개인적 거주 또는 현실적 점유를 하지 않으면 안 된다. 당해 주택에 거주하고 있는 임차인을 보호하는 것이 차가법의 기본원칙이기 때문이다.

법정임차권은 단순히 개인적 권리이기 때문에 양도·유증할 수 없으며, 법정임차인의 사망과 동시에 소멸하여 상속되지 않으므로, 법정임차인과 동거하던 처 또는 가족은 당해 주택으로부터 퇴거하지 않으면 안 된다.

그러나 이러한 법정임차권의 성질에 대한 중대한 예외가 소위 '승계의 원리'라 하여 1920년 법에 의하여 입법화되었다. 이 때 누가 임차인의 가족원인가는 임차인이 사망한 당시의 상황에 따라 법원의 판결에 의해 판단될 사실문제라고 한다.³⁸⁾ 여기에서 문제가 되는 것은 '현실적 점유 또는 개인적 거주'라고 하는 의미인데 이는 개개의 사건마다 그 구체적인 사실관계와 정도에 의하여 결정되는 것이다. 그런데 법정임차권의 성질과 관련하여, 이러한 '개인적 거주권'은 법정임차인이 파산선고를 받았을 경우에는 어떠한 영향을 받는가에 대하여 초기의 판례는 법정임차권은 재산상의 권리 또는 이익이라 하여 파산법 제53조에 의하여 파산 관재인에게 귀속한다고 하였다. 그러나 그 후의 판례에 의하여 법정임차권은 파산법에서 의미하는 재산이 아니라고 하여 법정임차인은 파산선고를 받아도 그 주택에서 계속 거주할 수 있으며 차가법의 보호를 받을 수 있게 되었다. 따라서 법정임차권자가 사망한 경우에는 사망 당시 동거하던 처가 있으면 처에게, 동거하던 처가 없으면 동거하던 가족 중 1인에게 그 임차권이 승계되며 제2승계까지도 인정되고 있다.

영국의 차가법은 임대차계약관계가 존속하는 한, 임차인이 임대차계약의 특약에 위배하여도 임대인은 가옥명도를 얻기 위하여서는 법원의 명도명령·판결을 받지 않으면 안 되며, 임대차계약관계가 기간만료에 의하여 소멸한 경우에도 마찬가지이다. 또한 임대인이 차임지급지체 등의 명도사유에 기하여 해약고지를 하

38) 권태섭, "임차권보호제도에 관한 연구", 연세대학교 대학원 석사학위논문, 1986, 13~15면.

었다고 하여, 그 계약이 해지되는 것이 아니고 가옥명도소송을 제기해야 하며, 위의 어느 경우에도 법원은 명도명령 또는 판결을 하는 것이 합리적인가 아닌가를 판단한 후에 임대인의 명도청구의 인용여부를 결정한다.

1965년 노동당은 임대주택의 임대인과 임차인을 동시에 보호하면서 임대료 폭등을 억제하는 방안보다 완화된 규제조치로서 임대료법의 개정을 통해서 이 후 모든 민간임대주택에 대해 적용하는 공정임대료제도를 도입하였다. 1977년 임대료법의 개정을 통해 특정한 민간임대주택에 대해서만 공정임대료를 적용하도록 그 대상을 축소하고 임대료보조 제도를 확대하였다. 이 후 그 대상주택은 계속해서 감소하고 있다.³⁹⁾ 그 이 후 임대료에 관하여 영국정부는 1999년에 임대료 총액을 소매물가지수의 상승률과 연계하여 제한하는 내용을 규정하였다. 따라서 임대인(주택소유자) 또는 임차인 어느 한쪽 또는 쌍방이 공정임대료를 명시하여 임대료 사정관에게 공정임대료 조정신청을 함으로써, 임대료 사정관과 임대료조정위원회는 이 규칙에 따라 등록될 수 있는 최대임대료를 산정하고, 공정임대료가 최대임대료보다 높은 경우 최대임대료를 적용하고 반대 경우에는 공정임대료가 등록되도록 하는 제도를 갖고 있다.⁴⁰⁾

3. 일본

일본에서도 차가법 제정전의 주택임대차는 시민법으로서의 민법에 의하여 규율되고 있었다. 즉 민법에서의 부동산 이용권은 토지의 이용에 대해서는 물권과 채권의 두 가지의 형태(지상권과 임차권)로, 건물의 이용에 대해서는 채권(임차권)이라는 형태로 규정되어 있었다. 이 중 부동산의 이용권, 특히 그 채권적인 형태인 부동산임차권에 대해서는 그 특수성에 기하여 특별한 규정을 두고 있다. 이러한 특별법으로 세 가지의 법률이 제정되었는데, 1909년 토지소유자의 교체에 대한 토지이용권의 보호를 위하여 '건물에 관한 법률'이 제정되었고, 그 후 제1차 세계대전으로 인한 주택문제의 대두로 1921년에 토지 및 건물의 이용관계의 안정을 위하여 '차지법'과 '차가법'이 제정되었다.

39) 윤혜정·장성수, "주택임대차 분쟁위원회의 도입과 운영방안연구", 「환경논총」 39권, 서울대 환경대학원, 2001.12, 233~236면.

40) 김용순, "주택임대차시장의 변화추이와 정책방향", 「제2회 정책토론회 자료」, 주택공사, 2001, 11면.

그러나 이때의 차가법은 주로 시민법적 재산권으로서의 주택임차권을 염두에 두었고 거주권의 보장이라고 하는 것은 고려되어 있지 않았다.⁴¹⁾ 그 후 중일전쟁의 장기화로 주택난이 더욱 심각하게 되자 차가법의 수정이 불가피하게 되어 이 후 1941년에 차지법과 차가법이 개정되었고, 임대인이 갱신청구를 거절하거나 해약의 신청을 하기 위해서는 정당사유를 필요로 한다는 존속보호규정 등이 신설되었다.

또한 1991년에는 차지법과 차가법의 전면적인 검토 작업을 거쳐서 이 법들을 개정하고 통합함과 아울러 건물보호에 관한 법률의 규정까지도 포함한 하나의 특별법으로서 새로운 '차지차가법'이 제정되었다 (1992년 8월1일 시행).

차지차가법에는 그 적용대상에 대하여 명문으로 규정한 조문은 없지만, 각 조문에 비추어볼 때 '건물'의 임대차인 것이 명백하다. 물론 동법의 대상에 아파트가 포함되는 데는 이론이 없으나 문제는 영업용건물의 임대차의 경우이다. 독일·영국과는 달리 단지 '건물'이라고 규정하고 있는데, 여기서 영업용건물이 포함되는가의 문제를 둘러싸고 학설상 견해가 나누어지고 있다.⁴²⁾

일본 민법상의 주택임차권의 대항력(일본민법 제605조)은 우리민법 제621조의 경우와 같이 등기함으로써 발생한다. 그러나 임대인이 임차인의 등기청구에 응하지 않는 것이 보통이며, 결국 특수한 경우를 제외하고는 유명무실한 제도가 되어 버렸다. 이러한 점을 감안하여 차가법은 등기가 없어도 임차인은 건물의 인도가 있을 때는 건물에 관해서 물권을 취득한 자에 대하여 대항할 수 있도록 하고 있다 (차지차가법 제31조). 여기서 인도란 점유를 이전하는 것, 즉 점유자가 당해 건물에 대한 지배를 이전하는 것을 말한다. 이 경우 반드시 현실의 인도(일본민법 제182조 제1항)만을 의미하는 것이 아니라 간이인도(일본민법 제182조 제2항), 점유개정(일본민법 제183조)등에 의한 경우도 그 의미에 포함된다고 해석하고 있다.

임차권의 대항력에 대해서는 건물의 임대인과 임차인 사이에 있는 건물임대차 계약의 법률관계는 물권을 취득한 제3자에 의하여 포괄적으로 승계되어 이 후 그 제3자는 새로이 임대인의 지위에 놓이게 되며, 종래의 임차인은 임대차 계약

41) 渡邊洋三, 「土地と建物の法律制度」, 東京大學出版部, 1981, 308面.

42) 星野英一, 「借地借家法」, 有斐閣, 1990, 445面.

관계로부터 이탈한다고 해석되고 있다. 따라서 당해 건물에 대한 물권취득자는 당연히 임대인의 지위를 승계하며, 임차인에 대하여 이러한 뜻을 통지할 필요가 없다. 또한 이러한 규정에 반하는 특약으로 건물의 임차인과 전차인에게 불리한 계약은 무효이다(차지차가법 제37조).

일본법제의 건물임대차에 대한 존속보호에 관하여는 정당한 사유제도에 있다. 일단 성립한 건물임대차를 임대인이 종료시키려면 그에게 정당한 사유가 존재하여야 가능하게 규정되어 있다. 차지차가법 제28조에서 정당사유의 유무를 판단함에 있어서 고려하여야 할 사항에 관하여 명문으로 규정하고 있다. 즉, 건물의 임대인 및 임차인(전차인 포함)이 건물의 사용을 필요로 하는 사정, 건물의 임대차에 관한 종전의 경과, 건물의 이용 상황, 건물의 현황, 건물의 임대인이 건물의 조건으로서 또는 건물의 명도와 상환하여 건물의 임차인에 대하여 재산상의 급부를 할 뜻의 신청을 한 경우에 있어서의 그 신청이다. 이러한 다섯 가지 요소 중 첫째의 요소 즉, 임대인 또는 임차인의 사용 필요성이 주된 판단요소이고 나머지는 종적인 보완적 요소로 구분하는 것이 보통이다.⁴³⁾

일본민법상 일반원칙에 의하면 기간의 정함이 있는 임대차는 그 기간의 만료에 의하여, 그 기간의 정함이 없는 임대차는 해지에 의하여 종료한다(일본민법 제617조 제2항). 그런데 일본의 차지차가법 제26조 제1항은 기간의 정함이 있는 임대차에 있어서의 기간만료에 의한 자동종료의 일반원칙을 배제하고, 당사자가 그 기간만료 전 1년부터 6개월 사이에 상대방에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신되지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 종전의 계약과 동일한 조건으로 계약을 갱신한 것으로 본다고 규정함으로써, 갱신거절의 사전통지를 의무화하고 그 불이행 시에는 법정갱신의 효과가 생기도록 하여, 당사자 특히 임차인을 보호하고 있다.

차임인상에 관하여는 일본은 현재 차임규제를 위한 특별한 법제도를 두고 있지 않으나 철저한 존속보호제도를 두고 있어서 차임인상을 목적으로 하는 갱신거절과 해지통고가 허용되지 않음으로 임대인에게 안정된 차임증액청구권의 행사는 궁극적으로 법원판결을 통한 통제를 받게 만들었고 우회적으로 차임규제가 이루어지고 있는 실정이다.

43) 法務省民事局參事官室, 「新しい借地借家法」, 商事法務研究會, 1992, 172면

4. 함의

주택의 임차에 관하여 외국의 경우 대부분 주택의 인도만으로 임차인의 대항력을 인정하고 있다.

독일의 경우는 임차인보호법이 민법에 편입되어 '임차인이 주택을 인도 한 때부터 제3자에게 대항력이 인정 된다'고 규정하고 있어 임차인을 폭넓게 보호하고 있다. 독일의 경우 우리나라와는 달리 매월 임대료를 월세로 정기지급 하는 방식으로 되어 있어 대항력의 문제가 크게 작용하지 않는다. 영국의 경우는 당해 주택에 거주하고 있는 임차인을 보호하는 것이 차가법의 기본원칙이기 때문에 개인적 거주 또는 현실적 점유를 하지 않으면 안 된다. 우리 민사법체계와 유사한 일본 역시 임대인이 등기협력을 제대로 하지 않는다는 이유로 차지차가법에서 '건물의 임대차는 그 등기가 없더라도 건물의 인도가 있는 때에는 향후 그 건물에 관하여 건물을 취득한 자에 대하여 그 효력을 발생 한다'고 한다.

주택임대차법제의 핵심은 임차인의 주거생활의 안정보호에 있으며, 그 안정을 위해서는 '간편한 방법에 의한 대항력취득', '임대차관계의 존속보호', 그리고 '차임인상의 적절한 규제'라는 세 가지의 요소를 모두 인정되는 것이 이상적이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾

그러나 각국의 법제는 각국의 국가적·시대적 상황에 따라 다를 수밖에 없다. 독일의 법제는 '존속보호 및 가격보호'에 중점을 두고 있으며, 영국은 '법정임차권제도와 공정임대료'제도를 두어 임대료를 통제하고 임대인의 적정이윤을 보장하고 있으며, 일본의 법제는 '대항력 및 존속보호'⁴⁵⁾에 역점을 두고 있다. 그리고 우리나라는 '대항력과 임대보증금의 반환확보'에 최우선적 배려를 하고 있다.

이처럼 각 나라의 법제가 관심방향을 달리하는 것은 임대차관계의 현실이 서로 다르기 때문이다. 우리 법제가 임차보증금의 반환확보를 최우선으로 배려하고 있는 것은 우리나라의 임대보증금이 다른 나라에 비해 고액이어서, 영세서민인 임차인에게 있어서는 그 임대보증금은 전재산에 가까운 것이므로 그 반환의 확보가 다른 보호책보다도 필요했기 때문이다. 이에 반하여 독일이나 일본의 법제

44) 김진현, 전계논문, 349면.

45) 石外克喜 編, 「契約法」, 法律文化社, 1991, 216면.

가 임대차보증금반환확보의 문제에 관하여 특별한 배려를 하고 있지 않는 것은 그 액수가 특별한 배려를 해야 할 만큼 고액이 아니어서, 그 반환을 위한 특단의 법적장치를 마련할 필요가 없고 채권법의 일반법리에 맡겨놓아도 큰 문제가 없다고 판단하였기 때문이다.

또한 독일의 주택임대차법제가 대항력 문제에 초점을 맞추고 있지 않은 것은 독일 임대차법제가 이미 대항력을 토지·공간·선박등기에 대한 임대차 일반에 널리 인정하고 있으므로(독일민법 제571조, 제580조, 제580a조, 제581조제2항) 대항력 문제는 이미 주택임대차법제의 특별한 규율대상이 아니기 때문이다. 일본의 경우도 지역과 건물에 따라 약간의 차이는 있지만 3개월 분 차임 내외에 해당하는 금액이 임대차보증금으로 수수되고 있는 것이 일반적이다. 그러므로 임대인 및 임차인 사이에 체결된 채권관계로서의 주택임대차 관계를 제3자에게 대항하기 위하여 반드시 등기를 필요로 하지는 않는다는 점에서 독일·일본·우리나라의 3법제는 일치한다. 그러나 두 가지 측면에서 차이점을 발견할 수 있다. 하나는 입법형식의 면에서, 독일의 경우는 민법에서 이를 인정하고 있음에 반하여(독일민법 제571조, 제580조), 우리나라 및 일본의 경우는 민법전상으로는 등기를 요구하면서도 각각 특별입법을 통하여 그 요건을 완화하고 있다는 점이다(일본 차지차가법 제31조 제1항).

대항력의 취득요건 면에서 독일 및 일본의 경우에는 단지 주택의 인도만을 요건으로 하고 있음에 반하여(독일민법 제571조, 일본 차지차가법 제31조 제1항), 우리의 경우에는 인도 이외에 주민등록이라는 추가적 요건을 요구하고 있다(주택임대차보호법 제3조 제1항).

존속보호에 있어서 독일·영국 및 일본의 법제는 일단 성립한 주택임대차는 그 종료를 불가능하게 함으로써 임차인의 계속주거를 보장해주는 종료보호를 취하고 있는 반면, 우리나라는 주택임대차의 최단 존속기간을 법제화함으로써 임차인에게 최소한 그 기간이상의 거주를 보장해주는 기간보호를 취하고 있다. 그러나 임차인의 주거생활의 안정을 위해서는 보다 장기적인 계속 주거가 보장되어야 하며, 이를 위해서는 독일 및 일본 법제가 채택하고 있는 것과 같은 종료보호(갱신거절 및 해지통고의 자유제한)의 도입이 필요하다고 본다.

제2절 주택임대차보호법상의 대항력

1. 대항력의 의의

연역적으로 로마법은 임차권을 채권으로 보고 임대인의 소유권은 아무런 제한도 받지 않는 물권으로 보았기 때문에, 후일 임대인이 제3자에게 소유권을 양도하는 경우에 “매매는 임대차를 깬다”의 원리를 적용함으로써 임대인은 제3자에 대하여 임차권을 주장할 수 없다고 하는 채권주의를 명시하고 있어서 임차권은 양도·전매를 금지하도록 하고 있었다. 이에 대하여 임차인의 불합리한 권리를 보호하기 위해 게르만법계의 입법에서는 임차권을 채권이기는 하지만 등기를 하면 제3자에 대한 대항력을 갖게 되어, 임차인은 새로운 소유자·제한물권자 등에게 임차권을 주장할 수 있게 되었다. 이러한 경우를 “매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다”라고 하여 물권으로 보는 입법례가 나타났다. 그 내용에는 각각 차이가 있어서 프랑스 민법 제1743조 이하의 규정에 의하면 공정증서에 의하거나 계약일자가 확실한 경우에는 대항력이 있음을 원칙적으로 하고 있으며,⁴⁶⁾ 독일 민법 제566조의 규정에 의하면 임차인이 목적물의 인도를 받은 후에는 그 양수인은 임대인의 지위를 승계하는 것으로 하고 있다. 일본 민법(일본민법 제605조)이나 우리나라의 민법(민법 제621조)도 원칙적으로 위와 같이 임대차등기를 함으로써 대항력이 발생한다. 그러나 우리나라 민법상 부동산 임차인 내지 건물 임차인의 제3자에 대한 대항력 취득에 관한 ‘민법 제621조, 제622조 제1항의 현실적 실효성은 거의 없다’고 할 수 있다. 왜냐하면, 아직까지 임차권의 등기에 대하여 냉담한 실정이고, 부동산 임대인은 임차인과의 반대약정을 통하여 임대차등기를 하지 않을 수 있기 때문에 등기를 하지 않는 것이 보통이다. 또한 타인의 소유 토지(대지)위에서 건물을 짓는 경우는 흔하지 않기 때문이다.⁴⁷⁾

특별법인 주택임대차보호법 제3조 제1항에서는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터⁴⁸⁾ 제3자에게 효력이

46) 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004, 681면 이하.

47) 한삼인, 전계 고시연구 2000년 11월호, 56면.

48) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결 ; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결 ; 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결 ; 익일 오전 0(영)시를 말한다.

생긴다. 여기서 '제3자에 대하여 효력이 생긴다'라 함은 '제3자에게 대항력이 있다'는 의미이다.⁴⁹⁾ 그러나 이러한 대항력의 의의가 무엇이나에 대해서는 동법에 규정된 흔적은 없고 학설 및 판례에 의존할 수밖에 없는데, 학설에 의하면 일반적으로 대항력 또는 대항력이 있다고 함은 배타성을 본질로 하는 물권에 있어서는, 동일한 물건(객체)위에 어떤 하나의 물권이 성립·존재할 경우에 같은 내용의 다른 물권의 존재는 허용하지 아니한다. 그리하여 먼저 성립한 물권이 다른 권리에 우선해서 보호를 받는 효력을 '물권은 제3자에 대한 대항력이 있다'로 이해하게 된다.⁵⁰⁾ 그러나 배타성이 없는 채권에 있어서는 원칙적으로 대항력은 없게 된다. 따라서 주택임대차에 있어서 대항력이 있다는 것은 '임차주택의 양수인, 임대권한을 승계한자, 기타 임차주택에 관하여 이해관계를 가진 자에 대하여 임대차관계의 존속을 주장하면서 임차주택을 계속 점유·사용할 수 있고, 임대차기간이 만료되면 양수인 등에게 임차보증금의 반환을 청구할 수 있다'는 임차주택의 사용·수익을 계속할 수 있는 힘을 의미한다.⁵¹⁾ 그래서 대항력을 가진 임차인은 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 결과 임차인은 양수인에게 임대차의 내용을 주장할 수 있고, 제3자의 임차주택에 대한 침해에 대하여 방해배제청구권 등을 행사할 수 있으며, 확정일자를 구비하게 되면 보증금에 대하여 우선변제권 또는 최우선변제권을 주장할 수 있는 법률상의 권능을 가진다.⁵²⁾

2. 대항력의 취득요건

대항요건이라 함은 이미 성립한 권리관계를 타인에 대하여 주장하기 위한 법률요건을 의미하는 것으로, 이는 주로 당사자 사이에서 발생한 권리관계의 효력을 제3자에게 주장하는 경우에 사용된다. 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 "임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주

49) 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있다고 하였다 (대법원 2003.8.22. 선고 2003다12717 판결).

50) 한삼인, "주택임대차보호법의 판례분석", 「법과정책」 6호, 제주대학교법과정책연구소, 2000.8, 38면.

51) 조은래, "현행 주택임대차보호법상의 문제점과 해설", 「비교법학」 제12집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2001.2, 228면.

52) 박해식, 전거서, 116면.

민등록이 된 것으로 본다”고 규정하고 있어 주택의 인도와 주민등록을 대항력의 취득요건으로 하고 있다.

대항력의 요건인 주민등록과 인도(점유)의 상호관계에 대해서는 주민등록과 주택의 인도를 대항요건으로 규정할 뿐 (동법 제3조 제1항), 그들 상호관계에 관하여는 명문의 규정이 없다. 이에 대하여 두 가지 요건이 상호 등가 내지 병렬적이라는 견해와 인도 내지 점유라는 주된 요건과 주민등록이라는 보조적 요건이 결합한 것이라는 견해가 있다. 그러나 두 견해의 공통점은 두 요건 중 하나라도 흠결되면 대항력을 갖지 못한다는 점이다. 따라서 주택임차권의 대항요건은 전술한 두 가지 요건을 모두 구비한 때에 비로소 발생한다고 보아야 할 것이다.⁵³⁾

판례 또한 “주민등록의 공시여부 판단기준은 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택의 인도와 더불어 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이라고 볼 것이므로, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가 여부는 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가 여부에 따라 결정된다 할 것이고,⁵⁴⁾ 그 판단은 임차인이 전입신고를 할 당시의 지번을 기준으로 하여 일반사회통념에 따라서 하여야 할 것이다.⁵⁵⁾ 나아가 주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다”라고 판시하고 있다.⁵⁶⁾

위와 같은 판례의 견해로 보아 점유만으로 임차권의 공시를 하기에는 부족하

53) 이희규, “주택임차권 보호와 대항력”, 『사회과학논총』 제13집, 강남대학교사회과학연구소, 2002, 198면.

54) 대법원 2007.2.8. 선고 2006다70516 판결 ; 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결 ; 대법원2003.5.16. 선고 2003다10940 판결 ; 대법원 2002.6.14. 선고 2002다15467 판결 ; 대법원 2000.6.9. 선고 2000다8069 판결 ; 대법원 2000.4.21. 선고 2000다1549,1559판결 ; 대법원 2000.4.7. 선고 99다66212 판결 ; 대법원 1999.9.3. 선고 99다15597 판결 ; 대법원 1999.4.13. 선고 99다4207 판결.

55) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결 ; 대법원 1999.12.7. 선고 99다44762,44779 판결 ; 대법원 1999.5.25. 선고 99다8322 판결 ; 대법원 1999.4.13. 선고 99다4207 판결 ; 대법원 1998.1.23. 선고97다47828 판결 ; 대법원 1997.7.11. 선고 97다10024 판결.

56) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결 ; 대법원 2003.5.16. 선고 2003다10940 판결 ; 대법원 2002.10.11. 선고 2002다20957 판결 ; 대법원 2000.2.11. 선고99다59306 판결 ; 대법원 1999.12.7. 선고 99다44762,44779 판결 ; 대법원 1999.9.3. 선고 99다15597 판결 ; 대법원 1999.5.25. 선고 99다 8322판결 ; 대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결 ; 대법원 1995.4.28. 선고 94다27427 판결.

기 때문에 주민등록이라는 요건을 동시에 구비함을 요구하고 있다.

가. 임대차가 적법하게 존재할 것

주택임대차보호법상 대항력을 주장할 수 있는 논리를 전제로 해당 주택에 대한 임대차가 유효하게 존재하여야 한다. 따라서 주택을 불법으로 점유한 경우에는 임대차계약이 존재하지 않으므로 대항력을 취득할 수 없고, 임대차계약이 무능력자나 무권대리인에 의하여 체결된 경우에는 추인되지 않는 한 대항력을 취득할 수 없다. 또한 외관상으로는 임대차계약의 형식을 취하고 있지만 실질은 주택의 사용수익의 목적이 아니고 가장임차인의 경우에는 대항력을 취득할 수 없다. 임대인이 주택의 담보가치를 감소시킬 목적으로⁵⁷⁾ 임대차계약을 형식적으로 체결한 경우이거나, 소액임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 채권을 회수하려는 것이 주된 목적인⁵⁸⁾ 경우에는 대항력을 취득할 수 없다. 또한 아파트에 관한 임대차계약의 통모에 의한 허위의 의사표시이거나 임대인이 실제로는 아파트를 인도 받지 아니하였음에도 불구하고 임차보증금을 배당 받기 위하여 임차인의 형식만을 갖추어 배당요구를 한 경우에는 가장임차인이라고 볼 여지가 충분하다⁵⁹⁾고 한다.

“주택임대차로서의 우선변제권을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약에는 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권을 부여할 수 없다.”⁶⁰⁾

“채무자가 동생소유의 아파트에 관하여 근저당권을 설정하고 대출을 받으면서 채권자에게 자신은 임차인이 아니고 위 아파트에 관하여 일체의 권리를 주장하지 않겠다는 내용의 확인서를 작성하여 준 후에 대항력을 갖춘 임차인을 내세워 이 아파트를 매수(낙찰)한 채권자의 인도명령을 다투는 것은 금반언 및 신의칙에 위배되어 허용되지 않는다”⁶¹⁾고 한다.

“채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법을 기존 채권을 우선 변제 받을 목적으로 주택임대차계약서의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금

57) 대법원 2001.3.21. 선고 2000다53397 판결.

58) 대법원 2001.10.9. 선고 2001다41339 판결 ; 대법원 2001.5.8. 선고 2001다14733 판결.

59) 대법원 2000.4.21. 선고 99다69624 판결.

60) 대법원 2003.7.22. 선고 2003다21445 판결.

61) 대법원 2001.1.5. 자 99마4307 판결.

으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니 한 계약은 주택임대차계약으로서는 통정허위표시에 해당하여 무효라고 할 것이므로, 이에 주택임대차보호법이 정하고 있는 대항력을 부여할 수는 없다.”⁶²⁾

나. 주택의 인도

주택의 인도는 주택에 대한 점유의 이전을 말한다. 여기서 말하는 점유의 이전은 한 점유자가 물건위에 가지고 있는 사실상 지배를 이전하는 것을 말한다.⁶³⁾ 따라서 주택임대차보호법에 있어서의 주택의 인도라 함은 주택에 대하여 가지고 있는 사실상의 지배가 임대인의 지배권을 벗어나서 임차인의 지배권 안에 들어갔다고 인정될 때 사실상의 지배의 이전이 있다고 할 수 있다.

주택의 인도에는 현실의 인도뿐만 아니라 거래의 편의상 관념적인 인도를 포함하게 된다. 민법상 이러한 인도의 방법(민법 제188조 내지 제190조)으로는 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도가 포함된다.

현실의 인도란 임대인이 자기의 실력적 지배하에 있는 주택의 점유를 직접 임차인에게 이전하는 것을 말한다. 예를 들어 임차인이 이삿짐을 옮긴다든가, 임차건물에 거주를 이전하여 현실적으로 입주하든가, 임차주택의 열쇠를 교부받는 경우와 같이 사회통념상 또는 거래관념상 주택에 대한 사실상의 지배관계가 현실적으로 임대인으로부터 임차인에게 이전되는 것을 말한다. 이와 같이 현실의 인도에 대하여 주택임차권의 대항요건으로서의 주택의 인도에 해당됨은 이견(異見)이 없다. 그러나 입주를 하기 위하여 주택을 수리하고 있는 중에 방문하여 책이 든 상자 몇 개를 미리 옮겨 놓았다고 하여 그 때부터 주택에 관한 점유가 이전되었다고 볼 수는 없는 것이다.⁶⁴⁾

간이인도는 이미 임차인이 그 주택을 사실상 지배하고 있는 경우에 현실의 인도 없이 당사자의 의사표시만으로 인도가 이루어지는 것을 말한다(민법 제188조

62) 대법원 2002.3.12. 선고 2000다24184,23191 판결 ; 대법원 2002.1.8. 선고 2001다47535 ; 대법원 2001.5.8. 2001다14733 판결.

63) 권윤직, 「물권법 제7판」, 박영사, 2006, 150면.

64) 서울지방법원 1995.9.26. 선고 95가합60501 판결.

제2항). 예를 들어 사용대차 또는 전대차의 형식으로 이미 점유·사용하고 있는 주택에 관하여 새로이 소유자와 임대차계약을 체결하는 경우이다. 이와 같이 간이인도는 대부분 임차주택을 이미 점유하고 있는 까닭에 외부적으로 아무런 새로운 공시가 이루어지는 것이 없다는 문제점이 있지만, 간이인도에 대해서도 주택임차권의 대항요건으로서의 주택의 인도에 해당한다고 해석함에는 대부분의 견해가 일치되어 있다.⁶⁵⁾

점유개정이란 목적물을 양도한 후에도 양도인이 그 목적물을 계속해서 점유하는 경우 점유이전의 합의만으로 점유는 이전되고, 양수인은 양도인을 직접 점유자로 하여 스스로는 간접점유를 취득하게 되는 것을 말한다. 이러한 점유개정에 의한 인도에 대하여 이를 주택임대차의 대항요건인 인도로 볼 것인가에 관하여는 긍정하는 견해가⁶⁶⁾ 다수설이나, 점유개정의 경우에는 양도 후에도 양수인이 계속하여 점유하고 있는 까닭에 제3자가 임차권의 존재를 외부에서 용이하게 알 수 없으므로 공시방법인 인도로 인정하기 어렵다는 점에서 반대설⁶⁷⁾도 있다.

판례는 주택의 인도 이외에 주민등록을 또 하나의 공시방법으로 요구하고 있으므로 “점유개정에 의한 인도의 유효성을 인정하되, 다만 주민등록의 공시와 관련하여 대항요건의 발생시기를 제한하고 있을 뿐”⁶⁸⁾이라고 하고 있다.

따라서 주택임대차보호법이 주택의 인도방법에 아무런 제한을 두고 있지 않기 때문에 민법에 있어서의 인도와 달리 해석할 이유가 없을 뿐만 아니라 주택임대차보호법이 주택의 인도 외에 주민등록을 또 하나의 대항요건으로서 구비할 것을 요구하고 있어서 점유개정에 의하여도 임차권의 존재를 외부에서 충분히 알

65) 김상용, 전계 물권법, 213~214면.

66) 조용완, “임대차의 대항력”, 「은행거래 임대차 사건의 제 문제」 제32집, 법원행정처, 1986, 468면 ;

박재승, “부동산 경매절차에 있어서의 임차인의 지위”, 「사법논집」 제21집, 법원행정처, 1990, 482면.

67) 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1988, 159면 ;

이은영, “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구”, 「법조」 통권 제31호, 법조협회, 1982.4, 20면.

68) 갑이 1988.8.30. 당해 주택에 관하여 자기 명의로 소유권 이전등기를 경료하고 같은 해 10.1 그 주민등록 전입신고까지 마친 후 이에 거주하다가 1993.10.23.을과의 사이에 그 주택을 을에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 다시 임차하되 매매잔금 지급기일인 1993.12.23.부터는 주택의 거주관계를 바꾸어 갑이 임차인이 자격으로 이에 거주하는 것으로 하기로 약정하고 계속 거주해 왔으나, 위 매매에 따른 을 명의의 소유권이전등기는 1994.3.9.에야 비로소 경료된 경우, 제3자로서는 그 주택에 관하여 갑으로부터 을 앞으로 소유권 이전등기가 경료되기 전에는 갑의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다 할 것이므로, 갑의 주민등록은 그 주택에 관하여 을 명의의 소유권이전등기가 경료된 1994.3.9. 이전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고, 그 이후에야 비로소 갑과 을 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다 (대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결).

수 있고, 또한 현실적으로도 이와 같은 점유개정에 의하여 주택을 인도 받은 임차인을 주택임대차보호법의 적용에서 제외할 수는 없다고 할 것이다.⁶⁹⁾

목적물반환청구권에 의한 양도는 양도인이 점유매개자를 통하여 간접점유를 하고 있는 경우에 그 양도인이 점유매개자에 대해 가지는 반환청구권을 양수인에게 양도함에 의하여 양수인은 인도를 받은 것으로 되는 형태이다. 따라서 이런 형태의 인도는 주택임차인이 주택을 직접 점유하지 않고 간접점유 할 뿐만 아니라 주민등록까지 이전하여 현실적으로 주택의 점유도 하지 않고 주민등록도 없는 경우에 주택임차인이 대항요건을 구비했다고 볼 수 있느냐 하는 논의가 있으나, 민법이 전대차를 인정하고 있고 주택임대차보호법에도 전대차를 금지하는 조항이 없으므로 이러한 경우는 주택전차인의 주택인도, 주민등록을 대항력의 취득요건으로 인정하여야 할 것이다.

다. 주민등록

(1) 공시의 원칙과 주민등록

물권법상 공시의 원칙이란 물권의 존재 또는 변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 표상, 공시방법을 수반하여야 한다는 원칙을 말하는데 이는 거래의 안전과 법률관계의 명료화를 위한 것이다. 즉, 실재하는 개개의 물권의 존재를 외부에서 인식할 수 있게 함으로써 물권의 배타성에 따른 위험으로부터 물권거래의 안전을 담보할 수 있게 하는 제도가 공시의 원칙인 것이다.⁷⁰⁾ 공시방법을 갖추지 않은 경우 제3자에게서만 부정되는 대항요건으로서의 효력을 인정하는 방식(대항요건주의)과 당사자간에도 효력이 인정되지 않는 성립요건으로서의 효력을 인정하는 방식(형식주의)이 있는데, 우리 물권법은 후자를 취하고 있다.

이와는 달리 주택임대차보호법에서는 임차인 및 임차건물에 이해관계를 가지는 제3자 보호의 필요성에서 대항요건주의를 취하고 있고, 등기 대신 주택의 인도와 주민등록이라는 공시방법을 채택하고 있다.

주민등록법상 주민등록의 본래 취지는 주민등록법 제1조에서 '주민의 주거관계를 파악하고 인구동태를 파악하여 행정사무의 적정하고 간이한 처리를 도모함'을

69) 민일영, "주택임대차보증금의 우선변제를 둘러싼 문제점에 관한 소고", 후암 박윤직선생 고회기념논문집, 「민법학논총」 2권, 박영사, 1995, 372면.

70) 지원립, 「민법강의 제5판」, 홍문사, 2007, 386면.

목적으로 하고 있다.

주택임대차보호법이 행정상 제도인 주민등록을 주택임대차의 대항력과 결부시킨 점은 다른 입법례에서 찾아 볼 수 없다. 법 제정 당시 이와 같이 규정한 것은 임대인의 협력 없이 임차인 단독으로 전입신고를 할 수 있다는 이유와 임차주택에 관한 거래의 원활함과 안전을 피하려는 의도에서 주민등록을 대항요건 중 하나로 규정한 것으로서 임차주택을 단지 점유하는 것만으로는 공시방법으로서 불완전하여 명확한 공시방법의 도입이 필요하였기 때문이다. 또한 가장임차인에 의하여 집행권자가 입을 손해를 방지하고 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있고 대항력 취득시기를 명확히 할 수 있는 근거를 마련하기 위해서였다.⁷¹⁾

그러나 이러한 행정목적의 주소를 민사법관계에 도입하면서 등기부에 기재되는 사법상 주소와 통일시켜야함에도 이에 대하여 아무런 규정도 두고 있지 않고 있는 것이 이 제도의 문제점이다.

(2) 주민등록의 유효성 여부에 관한 판단기준

주민등록 공시에 대해서 대항력의 취득요건으로 올바른 주민등록 기재는 중요한 의미를 갖는다. 주택임대차보호법은 대항요건으로서 주택의 인도와 주민등록만을 요구할 뿐, 그 주민등록이 주택임차권의 공시방법으로서 유효하기 위하여 어느 정도이어야 하는가에 대하여는 명문규정이 없다. 이는 전적으로 판례의 입장을 통하여 추론하여 볼 수밖에 없다. 주민등록의 공시여부 판단기준에 대하여 대법원은 사회통념상 임차인의 존부를 인식할 수 있는가에 따라 판단하는 한편, 주민등록의 유효성의 판단은 임차인이 전입신고를 한 당시의 지번을 기준으로 하고 있다.⁷²⁾ 이하에서는 사례를 통해서 주민등록의 유효성에 대하여 알아보고자 한다.

(가) 임차인이 착오로 잘못 기재한 경우

전입신고를 하면서 착오로 주택의 소재지 지번을 잘못 기재하여 주민등록부에 다른 지번이 기재된 경우 임차인은 주택임대차보호법의 보호를 받을 수 없다. 주

71) 김종기, “주택임대차보호법상의 공시방법으로서의 주민등록”, 「판례연구」 6집, 부산판례연구회, 1996.1. 161면.

72) 대법원 2003.5.16. 선고 2003다10940 판결 ; 대법원2000.6.9. 선고 2000다8069 판결.

민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법이므로 주민등록이 실제 지번과 일치하지 않는 경우 주택임대차보호법상의 유효한 공시방법이라 볼 수 없기 때문이다.

“임차주택의 부지를 비롯한 세필지의 토지가 같은 울타리 안에 있고 그 지상에 임차주택 외에는 다른 건물이 건립되어 있지 않다 하더라도 임차인이 임차주택의 부지가 아닌 인접한 다른 토지의 지번으로 주민등록을 마쳤다면 유효한 공시방법으로 볼 수 없다”.⁷³⁾

실제지번은 ‘파주시 금촌동 산 53의6’이나 등기부상 지번인 ‘파주시 금촌동 산 53’과 일치하지 아니한 ‘파주시 금촌동 53의6’에 등재된 주민등록이 주택임대차보호법 제3조제1항 소정의 대항요건으로서 유효하지 않다⁷⁴⁾고 판시하고 있다.

(나) 실제 주소와 등기부상 주소가 다른 경우

임차인들이 전입신고를 잘못 하게 되는 주된 이유로 주택의 실제 지번과 등기부상 지번이 다른 경우를 들 수 있다. 예컨대, 아파트, 연립주택의 경우 준공당시의 지번을 그대로 아파트 건물에 명시하거나, 임대차계약서에 그대로 기재하는 경우가 많고, 임차인들은 그 지번을 그대로 믿고 전입신고를 하고 있다. 그러나 등기를 할 때 위 건물이 다른 지번으로 변경되는 경우 주민등록상 주소와 등기부상 주소가 달라져 버리게 된다. 결국 임차인은 대항요건을 다 갖추었다고 안심하고 있으나 대항력과 우선변제권을 가지지 못하는 경우이다.

“같은 지번에 다른 건물은 없이 연립주택 4동이 등기부상 A,B,C,D 동으로 등재되고, 실제 건물 외벽에는 가,나,다,라 동으로 표기되어 있어 라동 103호로 주민등록을 한 경우에 등기부상 동·호수 표시인 ‘다동 103호’와 불일치한 ‘라동 103호’로 된 주민등록은 그로써 당해 임대차건물에 임차인들이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있다고 보여지지 아니하므로 임대차의 공시방법으로서 유효하다고 할 수 없다”.⁷⁵⁾

73) 대법원 2001.4.24. 선고 2000다44788 판결.

74) 이 판결은 “이 사건 건물의 양수인인 원고가 이 사건 건물의 실제 지번과 등기부상 지번이 다르다는 것을 알고 있었다거나 피고가 이 사건 건물의 실제 지번을 주소지로 주민등록 전입신고를 하려고 의도하였다는 등의 주관적인 사정은 위와 같은 주민등록이 피고의 임대차의 공시방법으로 유효한 것인지 여부를 판단하는데 아무런 영향이 없다고 할 것이다”라고 부연하고 있다 (대법원 2000.6.9. 선고 2000다8069 판결).

75) 대법원 1999.4.13. 선고 99다4207 판결 ; 대법원 1997.1.24. 선고 96다43577 판결 ; 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다55474 판결 ; 대법원 1995.8.11. 선고 95다177 판결.

“다세대주택 임차 당시 청하여진 동·호수로 주민등록은 이전하고 임대차계약서에 확정일자를 받았는데 준공검사 후 건축물관리대장이 작성되면서 동·호수가 바뀌어 등기부 작성 시에도 임대차계약서와 다른 동·호수가 등재된 경우, 그 주택에 대하여 근저당권자의 신청에 의한 임의경매절차가 진행되던 중 임차인이 위 확정일자의 임대차계약서를 근거로 경매법원에 임차보증금반환채권에 대한 권리신고 및 배당요구를 하였다가 뒤늦게 그 주택의 표시가 위와 같이 다르게 되었다는 것을 알게 되어, 동장에게 그 주민등록 기재에 관하여 이의신청을 하여 주민등록표상의 주소를 등기부상 동·호수로 정정하게 하였다면, 그 주택의 실제의 동 표시와 불일치한 임차인의 주민등록은 임대차의 공시방법으로서 유효한 것이라고 할 수 없고, 임차인은 실제 동 표시와 맞게 주민등록이 정리된 이후에야 비로소 대항력을 취득하였다고 볼 것이다”.⁷⁶⁾

“건축중인 주택에 대한 소유권보존등기가 경료되기 전에 그 일부를 임차하여 주민등록을 마친 임차인의 주민등록상의 주소 기재가 그 당시의 주택의 현황과 일치한다 하더라도 그 후 사정변경으로 등기부상의 주택의 표시가 달라졌다면, 주민등록상의 주소가 주민등록법시행령 제5조제5항에 따라 건축물관리대장의 기재에 근거하여 된 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 달라진 주택의 표시를 전제로 등기부상 이해관계를 가지게 된 제3자로서는 당초의 주민등록에 의하여 당해 주택에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식하기 어렵다 할 것이므로 그 주민등록은 그 제3자에 대한 관계에서 유효한 임대차의 공시 방법이 될 수 없다”.⁷⁷⁾

한편, 주소가 다른 경우라도 실제 현황 등 제반사정을 고려하여 임차인의 대항력을 인정한 판례도 있다.

“임차인이 집합건축물대장의 작성과 소유권보존등기의 경료 전에 연립주택의 1층 101호를 임차하여 현관문상의 표시대로 호수를 101호로 전입신고를 하였고 그 후 작성된 집합건물물대장상에도 호수가 101호로 기재되었으나 등기부에는 1층 101호로 등재된 경우, 임차인의 주민등록은 임대차의 공시방법으로써 유효하다”.⁷⁸⁾

76) 대법원 1994.11.22. 선고 94다13176 판결.

77) 대법원 2003.5.16. 선고 2003다10940 판결 ; 대법원 1999.9.3. 선고 99다15597 판결.

78) 대법원 2002.5.10. 선고 2002다1796 판결.

“부동산등기부상 건물의 표제부에 ‘에이(A)동’이라고 기재되어 있는 연립주택의 임차인이 주소지를 ‘가동’으로 전입신고 하였으나 제반 사정을 비추어 볼 때 위 전입신고 내용이 사회통념상 임차인의 대항력 있는 임대차로 인식하는데 혼동을 주지 않는다면 임대차의 공시방법으로 유효하다.”⁷⁹⁾

(다) 지번이 분할 또는 정정된 경우

현재의 실제 지번이 과거 동일한 토지 지번에서 여러 개로 분할되었음에도 불구하고, 임차인이 과거의 지번위에 전입신고를 하였다면 다른 특별한 사정이 없는 한 일반 사회통념상 과거의 토지 지번위에 등재된 주민등록으로써는 실제 지번에 임차인으로 주소를 가진 자를 제3자가 인식할 수 없다는 이유에서 임차권의 대항력을 인정하지 않고 있다.

“임차건물의 실제 지번이 인천 북구 십정동 ‘166의16’임에도 분할 전의 지번인 같은 동 ‘166의1’에 주민등록 전입신고를 한 사안에서, ‘166의 1’에서 분할되어 나온 토지 중 ‘166의16’ 지상에만 건물이 건립되어 있다는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 일반 사회통념상 위 ‘166의1’에 등재된 주민등록으로 이 사건 건물 부분에 임차인이 주소를 가진 자로 등록되었다고 제3자가 인식할 수 있다고는 단정할 수 없다.”⁸⁰⁾

전입신고 후 임대주택의 토지가 분할되었고 임차인이 새로이 임대차 계약을 갱신하면서 임대차계약서에는 분할된 새로운 대지지번을 표시하였지만 주민등록상 주소는 과거의 지번을 그대로 유지하고 있던 중 경매개시결정을 공시하는 기입등기 후에 새로운 대지지번으로 주민등록을 변경한 사례에 대하여 관례는 유효한 공시방법인 주민등록을 갖추었다고 인정하지 않았으며, 임차인은 경락인에게 대항하지 못한다고 하였다.⁸¹⁾

(라) 다가구용 단독주택과 다세대주택의 경우

일반적으로 주택의 부실한 주소기재가 많이 발생하는 주거형태로 다가구용 단독주택과 다세대주택이 있다. 양자는 여러 세대가 한 건물에 같이 거주하는 형태라는 면에서 외견상 차이가 없으나 법률적으로 많은 차이가 있다.

다가구용 단독주택이라 함은 연면적이 660평방미터 이하이고, 3층 이하로서 2

79) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결 ; 대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결.

80) 대법원 1989.6.27. 선고 89다카3370 판결.

81) 대법원 2000.4.21. 선고 2000다1549,1556 판결.

가구 이상 19이하 가구가 함께 거주할 수 있도록 건축법상 단독주택으로 허가받아 건축된 주택을 말한다. 다가구주택은 공동주택인 다세대주택과는 건축규모, 구조, 부대시설 및 허용지역 등 건축물의 내용에 있어서 실질적으로 큰 차이가 없으나, 세대별 구분소유여부, 건축허가 및 건축물관리대장의 등재방법 등에서 차이가 있다. 즉, 건축허가를 받을 때 단독주택으로 허가를 받으므로 분양 또는 구분소유를 할 수 없으며, 가구별로 임대만을 할 수 있고 소유권이전등기도 할 수 없다. 따라서 다가구주택의 실질은 다세대주택과 유사한 공동주택이나 주택법상 공동주택으로 볼 수 없고 단독주택인 것이다.

판례는 단독주택의 경우 지번까지만 기재하면 된다고 하나, 공동주택의 경우에는 동·호수까지도 기재하여야 한다고 한다. 따라서 다가구용 단독주택의 경우 지번까지만 동일하면 대항력을 취득하는데 반해 다세대주택은 동·호수까지 동일하여야 대항력을 취득한다. 즉, 주택의 실제 동·호수 표시와 불일치한 임차인의 주민등록은 임대차의 공시방법으로서 유효한 것이라고 할 수 없다.⁸²⁾

“충북 단양군 매포읍 평동리 258의1 연립주택 가동 중 1층 102호에 대한 미등기전세권자가 주소로 연립주택 동·호수 등의 표시 없이 그 지번만을 신고하여 주민등록 되었다면 그 주민등록으로는 일반사회통념상 그 미등기전세권자가 그 연립주택 가동 102호 건물에 주소를 가진 자로 등록되었다고 제3자가 인식할 수 없으므로 그 건물에 관한 미등기전세의 유효한 공시방법으로 볼 수 없다.”⁸³⁾

“다가구용 단독주택의 경우 건축법이나 주택건설촉진법상 이를 공동주택으로 볼 근거가 없어 단독주택으로 보는 이상 주민등록법시행령 제5조제5항에 따라 임차인이 위 건물의 일부나 전부를 임차하고 전입신고를 하는 경우 지번만 기재하는 것으로 충분하고 나아가 위 건물 거주자의 편의상 구분하여 동·호수까지 기재할 의무나 필요가 없는 것이다.”⁸⁴⁾

한편, 다가구용 단독주택으로 건축허가를 받아 준공을 하고 건축물대장을 작성한 후 보존등기를 하였으나, 그 후 소유자가 구분등기를 신청하여 세대별로 구분등기를 하여 세대별로 매매, 담보설정, 임대차가 행하여진 경우이다. 이 경우 구분등기가 된 주택을 임차한 임차인의 주민등록 전입신고 문제, 집합건물법의 효

82) 대법원 1994.11.22. 선고 94다13176 판결 ; 대법원 1996.4.12. 선고 95다55474 판결.

83) 대법원 1995.4.28. 선고 94다27427 판결.

84) 대법원 1997.11.14. 선고 97다29530 판결.

력관계 해석문제, 이러한 주택을 다가구주택으로 볼 것인지, 다세대 주택으로 볼 것인지 등의 문제가 제기 된다.⁸⁵⁾ 대법원은 “건축물관리대장에는 구분소유가 불가능한 다가구용 주택으로 등재되어 있지만, 등기부상으로 구분등기가 경료된 경우 임차인이 전입신고시 지번까지만 기재했더라도 임대차의 공시방법으로 유효하다”고 하였다.⁸⁶⁾

“처음에 다가구용 단독주택으로 소유권보존등기가 경료된 건물의 일부를 임차한 임차인은 이를 인도받고 임차 건물의 지번을 정확히 기재하여 전입신고를 하면 주택임대차보호법 소정의 대항력을 적법하게 취득하고, 나중에 다가구용 단독주택이 다세대 주택으로 변경되었다는 사정만으로 임차인이 이미 취득한 대항력을 상실하게 되는 것은 아니다”⁸⁷⁾라고 하고 있다.

또한, 임차인이 주민등록을 이전할 때 다세대주택의 동·호수의 표시가 없이 공부에 기재되었다가 상당한 기일이 지난 후 건물의 동·호수가 추가되는 형태로 특수주소변경이 이루어진 경우에는 특수주소변경의 내용과 효력에 대한 심리 후 주택임대차보호법의 대항력이 전입시점인지 변경시점인지를 판단해야 한다. 대법원은 1991.11.29 임차인의 전입신고시 ‘서울송파구 잠실동 303번지 2호’로 주민등록이 되었다가 1994.3.5 ‘같은 동 303번지 2호 102호’로 특수주소 변경된 사안에서 원심이 1994.3.5 자로 위 법상의 대항력을 취득하였다고 본 것을 파기하였다.⁸⁸⁾

“신축중인 연립주택 중 1세대를 임차한 자가 주민등록 전입신고를 함에 있어서 호수를 기재하지 않은 채 그 연립주택 부지의 지번만으로 전입신고를 하였다가 그 후 위 연립주택에 관하여 준공검사가 이루어지면서 건축물관리대장이 작성되자 호수를 기재하여 주소 정정신고를 하였다면, 임차인의 최초 전입신고에 따른 주민등록으로는 일반 사회통념상 임차권자가 세대별로 구분되어 있는 위 연립주택의 특정 호수에 주소를 가진 자로 등록되었다고 제3자가 인식할 수는 없을 것이므로, 그 주민등록은 위 임대차의 공시방법으로서 유효한 것이라고 볼 수 없다”⁸⁹⁾고 하였다.

85) 이설화, “주택임차권의 대항력에 관한 연구”, 동의대학교 행정대학원석사논문, 2001, 58면.

86) 대법원 2002.3.15. 선고 2001다80204 판결 ; 대법원 1999.5.25. 선고 99다8322 판결.

87) 대법원 2007.2.8. 선고 2006다70516 판결.

88) 대법원 1997.2.28. 선고 96다46033,46040 판결.

89) 대법원 1996.3.12. 선고 95다46104 판결.

(마) 공무원의 과실인 경우

임차인은 전입신고를 올바르게 하였으나 담당공무원의 착오로 주민등록상에 새로운 거주지의 지번이 다소 틀리게 기재된 경우 임차권의 대항력에 영향을 미치지 않는다.

“임차인이 전입신고를 올바르게(임차건물 소재지 건물)하였다면 이로써 그 임차인의 대항력이 생기는 것이므로, 설사 담당공무원의 착오로 주민등록표상에 신거주지 지번이 다소 틀리게(안양동 545의 5가 안양동 545의 2로) 기재되었다 하여 그 대항력에 소장을 끼칠 수는 없다.⁹⁰⁾

그러나 그 경우 지번이 다소 틀리게 된 것이 아니라 전혀 다른 지번으로 된 경우에도 그 주민등록을 유효한 공시방법으로 볼 것인지는 제3자 보호와의 관계에서 검토해 볼 필요가 있다.

한편, 주민등록이 직권 말소된 경우에 주택임차권의 대항력이 상실되는지에 대하여, 대법원은 “주택임차인의 의사에 의하지 아니하고 주민등록법 및 동시행령에 따라 군수·구청장의 직권조치로 주민등록이 말소된 경우에도 원칙적으로 그 대항력은 상실된다고 할 것이지만, 주민등록법상의 직권말소제도는 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하기 위한 것이고, 주택임대차보호법에서 주민등록을 대항력의 요건으로 규정하고 있는 것은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하기 위한 것으로서 그 취지가 다르므로, 직권말소 후 동법 소정의 이의절차에 따라 그 말소된 주민등록이 회복되거나 동법시행령 제29조에 의하여 재등록이 이루어짐으로써 주택임차인에게 주민등록을 유지할 의사가 있었다는 것이 명백히 드러난 경우에는 소급하여 그 대항력이 유지된다고 할 것이고, 다만 그 직권말소가 주민등록법 소정의 이의 절차에 의하여 회복된 것이 아닌 경우에는 직권말소 후 재등록이 이루어지기 이전에 주민등록이 없는 것으로 믿고 임차주택에 관하여 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 임차인은 대항력의 유지를 주장할 수 없다고 봄이 상당하다”⁹¹⁾고 한다.

90) 대법원 1991.8.13. 선고 91다18118 판결 : 대법원 1989.6.27. 선고 89다카3370 판결 : 대법원 1987. 11.10. 87다카1573판결.

91) 대법원 2002.10.11. 2002다20957 판결.

(3) 임차인에 관한 공시방법

(가) 임차인의 주민등록

주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다. 그리하여 주민등록 된 사람이 소유자이거나 소유자의 가족이 아닐 것을 요구하고 있다. 임차인은 타주점유자이기 때문이다.

“갑이 1988.8.30. 당해 주택에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 경료하고 같은 해 10.1. 주민등록 전입신고까지 마친 후 이에 거주하다가, 1993.10.23. 을과의 사이에 그 주택을 을에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 다시 임차하여 매매잔금 지급기일인 1993.12.23.부터는 주택의 거주관계를 바꾸어, 갑이 임차인의 자격으로 이에 거주하는 것으로 하기로 약정하고 계속 거주해 왔으나, 위 매매에 따른 을 명의의 소유권이전등기는 1994.3.9.에야 비로소 경료 된 경우, 제3자로서는 그 주택에 관하여 갑으로부터 을 앞으로 소유권등기가 경료되기 전에는 갑의 주민등록은 그 주택에 관하여 을 명의의 소유권이전등기가 경료 된 1994.3.9. 이전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고, 그 이후에야 비로소 갑과 을 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다”.⁹²⁾

(나) 점유보조자의 주민등록

주민등록 된 사람이 꼭 임차인일 것은 요구하지 않는다. 먼저 임차인이 배우자나 자녀 등의 가족에 의하여 임대주택을 점유하는 경우에는, 임차인이 처음부터 주민등록을 한 상태에서 일시 퇴거한 경우는 물론이고, 처음부터 점유보조자인 가족에 의하여 점유하고 있는 경우이더라도 점유보조자는 타인의 지시를 받아 점유하는 것이므로 점유보조자의 주민등록도 그 타인을 위한 것으로 해석할 것이기 때문에 점유보조자의 주민등록만으로 임차인이 대항력을 취득할 수 있다.

이에 대한 판례는 “주택임차인이 그 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록을 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시 다른 곳으로 옮긴 경우라면, 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼

92) 대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결 ; 대법원 1990.1.23. 선고89다카33043 판결 ; 대법원 1987.3. 10. 선고86다카1718 판결 ; 대법원 1987.2.24. 선고 86다카1936 판결.

수 없는 만큼, 임대차의 제3자에 대한 대항력을 상실하지 아니한다고” 하여 점유 보조자의 주민등록에 의하여 임차인이 대항력을 취득하는 것을 긍정하였다.⁹³⁾

그러나 이에 대하여, 점유자가 누구인지의 문제와 주민등록을 한 자가 누구인지는 구별해야 할 개념이라면서 임차인이 자신이 직접 점유하는 대신에 자신의 지시를 받는 점유보조자를 시켜 점유하는 경우에 임차인을 점유자로 보는 민법 제195조가 인정되더라도 점유보조자의 주민등록으로 점유자의 주민등록까지 갈음한다는 것은 주민등록제도의 취지에 맞지 않는다는 점, 그렇게 된다면 주민등록의 대상이 아닌 자도 점유보조자를 통하여 주민등록을 함으로써 주택임대차보호법의 적용을 받을 수 있다는 불합리한 결과가 된다는 점을 이유로 점유는 점유보조자를 통하더라도 주민등록만큼은 점유자가 하여야 한다는 견해도 있다.⁹⁴⁾

(다) 간접점유와 주민등록

간접점유의 경우 직접점유자의 주민등록으로 임차인의 주민등록을 갈음할 수 있는가 하는 문제이다. 임대인의 동의를 얻어 임차주택의 일부를 전대한 경우에는 임차인의 점유와 주민등록이 되어 있을 것이기 때문에 특별히 문제가 되지 않는다. 따라서 여기에서 문제가 되는 것은 임차인이 임차주택의 전부를 전대하고 주민등록마저 옮긴 경우이다.

이에 대하여 관례는 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 간접 점유하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도, 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다고 하였다.⁹⁵⁾

(라) 주민등록을 할 수 없는 법인과 외국인

법인이 그 소속 직원들의 주거안정이라는 복리후생 차원에서 법인명으로 주택을 임차하고 그 소속 직원으로 하여금 주민등록을 마치고 거주하는 사례가 많다. 이와 관련하여 주택임차권의 대항요건을 완화하여 폭넓게 인정하고, 주택임대차보호법의 제정목적은 현실적으로 서민을 보호하는 방향으로 해석하여, 법인도 주택임대차보호법의 보호대상에 포함된다는 하급심판결이 처음 나왔으나 상고심에

93) 대법원 1996.1.26. 선고 95다30338 판결 ; 대법원 1995.6.5. 선고 94마2134 판결.

94) 민일영, “주택임대차보호법 제3조의2에 관한 일고”, 「법조」 통권 제459호, 법조협회, 1994.12, 7면.

95) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다55645 판결 ; 대법원 1995.6.5. 선고 94마2134 판결.

서 파기되었다. 대법원 판례는 “주택임대차보호법은 자연인인 서민들의 주거생활 안정을 보호하려는 취지에서 제정된 것이지 법인을 그 보호대상으로 삼고 있다고 할 수 없는 점, 법인은 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 법인의 직원이 주민등록을 마쳤다고 하여 이를 법인의 주민등록으로 볼 수는 없으므로, 법인이 장차 임차주택을 인도 받고 임대차계약서상의 확정일자를 구비하였다 하더라도 우선변제권을 주장할 수 없다”⁹⁶⁾고 판시하고 있다.

원래 주민등록법상 외국인인 주민등록 대상자에서 예외로 한다(주민등록법 제6조 제1항). 따라서 형식적으로만 보면, 국내에 거주하는 외국인이 주택을 임차한 경우에 주민등록이라는 대항요건을 갖추지 못하게 되므로 임대차법에 의한 대항력을 취득할 수 없고, 더 나아가 주택임대차보호법 제3조의2 소정의 우선변제권도 취득할 수 없다는 결론에 이르게 된다.

그러나 판례는 “외국인이 주택을 임차하여 출입국관리법에 의한 체류지 변경 신고를 하였다면 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있는 공시의 방법으로 마련된 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 주민등록을 마쳤다고 보아야 한다”⁹⁷⁾라고 판시하였다.

라. 소 결

주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 유효한 공시방법이 되기 위하여 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있어야 한다.⁹⁸⁾ 그리고 주민등록상의 주소가 임차주택의 실제 지번·동수·호수와 일치할 것을 요구하였다. 구분등기가 되어 있는 다세대주택의 호수표시 없이 지번만을 신고하여 주민등록을 한 경우에는 대항요건을 갖추지 못한 것으로 해석하였다.⁹⁹⁾ 그러나 구분등기를 할 수 없는 다가구주택의 호수를 기재하여 주민등록을 한 경우에는 지번만 등기부와 일치하면 유효한 공시방법으로 인정하였다.¹⁰⁰⁾

96) 대법원 1997.7.11. 선고 96다7236 판결.

97) 서울민사지방법원 1993.12.16 선고 93가합73367 판결.

98) 대법원 1989.6.27. 선고 89다카3370 판결 ; 대법원 1987.11.10. 선고 87다카1573 판결.

99) 대법원 2000.4.7. 선고 99다66212 판결 ; 대법원 1996.3.12. 선고 95다46104 판결 ; 대법원 1996.2.23. 선고 95다48421 판결 ; 대법원 1995.4.28. 선고 94다27427 판결.

100) 대법원 1998.1.23. 선고 97다47828 판결 ; 대법원 1997.11.14. 선고 97다29530 판결.

대체로 대법원의 입장은 권리의 객체에 관하여는 엄격하고 권리의 주체에 관하여는 관대하다. 그 이유는 임차인이 누구라는 사실보다는 당해 주택이 임차권의 목적이 되어 있다는 사실을 알리는 것이 더 중요하다고 보기 때문일 것이다.¹⁰¹⁾ 이처럼 객체의 측면을 주체의 측면보다 중시하는 태도는 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 제3자에게는 당해 주택이 임차권의 목적이 되어 있다는 사실이 중요하지 임차인이 누구라는 사실은 중요한 문제가 아니기 때문이다. 임차권의 주체와 관련하여서는 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도를 요구할 뿐이다. 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 하고, 주민등록 된 사람이 소유자이거나 소유자의 가족이 아닐 것을 요구하였다. 임차인은 타주점유자이기 때문이다. 따라서 주민등록 된 주민이 그 주택의 소유자나 그 가족이 아닐 것이 요구된다.

3. 대항력의 발생시기

주택임대차보호법 제3조 제1항은 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에는 주민등록이 된 것으로 본다”라고 규정하고 있다. 그러나 그 익일이 주민등록의 익일인가 인도의 익일인가가 법문상 불명확하여 그 해석상 논란이 있을 수 있다. 이러한 대항력의 취득시기에 관하여 첫째, 동법이 정한 대항력은 주민등록법 소정의 기간 내에 전입신고를 하지 아니함을 해제조건으로 하여 주택의 인도의 익일부터 취득한다는 견해¹⁰²⁾와 둘째, 사람의 주거의 중단이 있을 수 없으므로 주민등록을 주택의 인도의 부수적 요건으로 해석하고 또 전입신고가 지연되는 경우는 그다지 많지 않다고 생각되므로 법문 그대로 전입신고일의 다음날부터 대항력을 취득한다는 견해이다. 이에 대하여 관례는 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일 오전 영(0)시부터 제3자에게 효력이 발생한다”¹⁰³⁾고 하여

101) 이은희, “주택임차권의公示방법으로서의 주민등록”, 「민주법학」 제20호, 민주법학연구회, 2001.8, 226~228면.

102) 서울고등법원 1984.2.5 선고 82나231 판결.

103) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결 ; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결.

임차인의 대항력은 주택의 인도와 주민등록을 ‘마친 때’부터가 아니고 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 발생한다고 했다.¹⁰⁴⁾ 또한 대항력의 발생시기를 대항요건을 갖춘 날로 하지 아니하고 그 다음날로 규정한 것은 “인도나 주민등록이 등기와 달리 간이(簡易)한 공시 방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후 관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란한데다가, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경료 하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인 보다 등기를 경료한 권리자를 우선 시키고자 하는 취지이다”¹⁰⁵⁾라고 판시하고 있다. 그러나 이러한 판례의 익일조항을 임대인이 악용한 경우에는 임차인은 전혀 보호가 되지 않고 임대인과 담보권자만 보호하는 결과가 된다.¹⁰⁶⁾

한편, 임대차의 대항력 발생시기를 인도와 주민등록을 마친 그 다음날로 할 것이 아니라 ‘주택인도와 전거주지에서 퇴거신고를 마친 그 다음날’부터 임차권의 대항력을 인정함이 타당하다고 하는 견해도¹⁰⁷⁾ 있다.

4. 대항력의 존속요건

주택임차권의 대항력이 존속되기 위해서는 주택임대차보호법이 제3조제1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 물건에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서는

104) 제철웅, “주택임대차보호법 제3조제1항의 대항요건에 대하여”, 「중앙대학교 법정 논총」 제37권, 통권제 51집, 중앙대학교법학연구소, 2002.2, 140면 : 주택의 인도와 주민등록을 갖춘 다음날부터 대항력을 갖도록 한 주택임대차보호법 제3조 제1항이 입법론적으로 타당한가에 대해서는 여전히 의문이 있다. 오히려 대항요건을 갖춘 때부터 즉시 효력을 갖게 하고, 나아가 대항요건을 갖춘 것과 동일 날짜에 주택이 양도되거나 지당권이 설정되면 주택임차인을 우선하게 하는 것이 더 바람직할 수 있다. 여기서 바람직하다는 것은 입법론의 단계에서 검토되어야 할 여러 가지 사정을 감안한 것이다. 즉, 대항력 있는 임차권을 조사하는 것과 지당권 등이 설정되어 있는 것을 조사하는 것을 조사하는 것이 부담을 누구에게 더 과중하게 부담하는 것이 타당한가의 문제와 연결되어 있다.

105) 대법원 1999.3.23. 선고 98다46938 판결 : 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

106) 서해용, “주택임차권의 대항력의 문제점과 개선방안”, 「민사법학」 제23호, 한국민사법학회, 2003.3, 601면.

107) 김형수, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「법과정책」 제4호, 제주대학교 법과정책연구소, 1998.8, 96면.

계속 존속하고 있어야 한다.¹⁰⁸⁾ 이처럼 주택의 인도와 주민등록은 임차권의 대항력의 취득 요건뿐만 아니라 대항력의 존속요건이기도 한다. 따라서 임차인은 임대인에게 주택을 인도 받아 주택의 점유를 계속하여야 하고, 다른 곳으로 주민등록의 이전을 하지 않아야 한다.

임차인이 그 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록은 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시 다른 곳으로 옮긴 경우라면 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 없는 만큼 임대차의 제3자에 대한 대항력을 상실하지 않는다.¹⁰⁹⁾

그러나 주택의 임차인이 그 주택의 소재지로 전입신고를 마치고 그 주택에 입주함으로써 일단 임차권의 대항력을 취득한 후 어떤 이유에서든지 그 가족과 함께 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면 이는 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 있으므로 그 대항력은 그 전출 당시 이미 대항요건의 상실로 소멸되는 것이고, 그 후 그 임차인이 얼마 있지 않아 다시 원래의 주소지로 주민등록을 재전입하였다 하더라도 이로써 소멸되었던 대항력이 당초에 소급하여 회복되는 것이 아니라 그 재전입한 때부터 그와는 동일성이 없는 새로운 대항력이 재차 발생하는 것이다¹¹⁰⁾라고 하여 일시적이거나 주민등록의 계속성이 상실된 경우에는 대항력의 유지를 인정하지 않고 있다.

주택의 임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우에 있어서 양수인이나 전차인이 임차인의 주민등록 퇴거일로부터 주민등록법상의 전입신고를 마치고 주택을 인도받아 계속 점유하고 있다면, 임차권이 양도되거나 전대되어 임차권의 공시방법으로서의 점유와 주민등록이 유지된 채 존속하게 된다. 원래의 임차인이 갖는 대항력은 소멸하지 않고 그 동일성이 유지된 채 존속하게 된다. 그리고 임차인이 제3자에게 전대한 후에도 임차인이 대항력을 취득한 후에 경료된 근저당권의 실행에 대해서는, 임차인은 새로운 소유권 취득자에게 임대보증금의 반환청구에 기한 동시이행의 항변권을 주장하여 그것을 반환받을 때까지 적법하게 그 주택을 점유·사용할 권리가 있다.¹¹¹⁾

108) 대법원 2003.7.25. 선고 2003다25461 판결 ; 대법원 2002.10.11. 선고 2002다20957 판결 ; 대법원 2000.9.29. 선고 2000다37012 판결 ; 대법원 1998.1.23. 선고 97다43368 판결.

109) 대법원 1989.1.17. 선고 88다카143 판결.

110) 대법원 1998.1.23. 선고 97다43368 판결 ; 대법원 1996.1.26. 선고 95다30338 판결.

111) 최신섭, "주택임대차보호법상의 대항력의 유지", 「인하대학교 법학연구」 제4집, 인하대학교 법학연구소,

따라서 임차인으로부터 주택을 전차한 전차인도 또한 전대인의 동시이행의 항변권을 원용하여, 임차인이 보증금을 반환받을 때까지 문제의 주택을 계속하여 점유·사용할 수 있게 된다.¹¹²⁾

5. 대항력의 내용

가. 대항력의 우열

제3자에 대하여 효력이 생긴다는 의미는 특정 권리를 이미 갖는 다른 제3자와의 사이에서 그 권리 상호간에 우열의 문제가 생길 수 있다. 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 인정하고 있는 대항력의 효력은 우선적 효력이나 소급적 효력을 의미하지 않으므로 대항력 상호간의 효력에 관하여는 민법의 일반이론에 따라 제3자의 물권 취득의 시점과 임차권의 대항력 취득시점의 선후에 의하여 결정되어야 할 것이다. 만일 민법의 규정에 따른 등기한 임차권과 주택임대차보호법에 의해 대항력을 취득한 임차권의 우열은 어떻게 되는가에 대하여, 이는 소유자가 이중으로 임대차계약을 체결한 경우에 있어서 우열의 문제로서 특별법이 정한 대항요건과 민법에 따른 등기 사이에는 대항요건으로서 질적 차이를 두어야 할 근거가 없으므로 민법의 일반이론에 따라 대항력취득의 요건을 먼저 갖춘 자가 우선하여야 할 것이다.¹¹³⁾

나. 대항력의 범위

본래 상대권인 채권의 임대차에 대한 효력은 계약의 상대방에 대해서만 이를 주장할 수 있을 뿐이지만, 일정한 경우에는 임대차계약의 효력으로서 제3자에 대해서도 대항력을 가질 수 있는 것이 이 법의 특수성이다.

주택임대차보호법 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차인은 제3자에 대하여 효력이

2001. 12. 16면.

112) 보증금이 전액 변제되지 아니한 대항력 있는 임차권은 소멸하지 아니한다는 내용의 주택임대차보호법 제3조의5 단서를 신설한 입법취지가 동법 제4조 제2항의 해석에 관한 종전의 대법원 판례(대법원 1997.8.22. 선고 96다53628판결)를 명문화하는 데에 있는 점 등으로 보아, 임대차가 종료된 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계는 존속하는 것으로 본다(대법원 2006.2.10. 선고 2005다 21166 판결).

113) 이범주, "주택임차권의 대항력", 「온산 방순원교수 고회기념논문집」, 1984, 14면.

있다고 규정하여 대항력이 미치는 제3자의 범위와 대항력의 내용이 논의 된다.

일반적으로 제3자란 당사자 이외의 모든 사람을 의미하지만, 동법 제3조제1항에서 제3자에 대하여 대항력을 갖는다는 규정에서의 제3자는 임차인의 '제3자에게 자기의 임대차계약의 효력을 주장할 수 있는 상대방'으로서 임차인이 양도인에 대하여 갖는 임차보증금의 반환청구권을 양수인에 대하여 청구할 수 있고, 임차인이 대항력을 갖춘 이후의 제3자 즉, 다른 이해관계인에게 우선할 수 있는 상대방을 말한다.¹¹⁴⁾ 이하에서 관련 판례를 통해서 주택임대차보호법 제3조제1항에서 말하는 제3자에 대하여 알아보고자 한다.

(1) 임차주택의 양수인

주택임대차보호법 제3조제2항은 “임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다”라고 규정하여 당사자간의 계약만으로도 임대인의 지위변동을 인정하고 있다. 즉 주택의 소유권과 임차보증금반환채무가 결합하여 양수인이나 경락인에게 이전되기 때문에, 대항력을 갖춘 임차인은 양수인에게 자기의 임대차를 유효하다고 주장할 수 있고, 또 임대차기간까지 기다리지 않고 양수인에 대하여 보증금반환청구권을 행사할 수 있게 하였다.¹¹⁵⁾

(가) 임차주택의 소유권이전등기를 마치지 않은 양수인

임차주택의 소유권이전등기를 경료하지 않은 양수인은 동법 제3조제2항의 양수인이 되지 아니한다.

대법원은 “임차주택을 매매 등으로 특정 승계하였으나 소유권이전등기를 경료하지 아니한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 임차주택을 임대할 권리나 이를 수반하는 권리를 종국적·확정적으로 이전받은 것이라고 할 수 없기 때문에 주택임대차보호법 제3조제2항의 양수인이라고 할 수 없다”라고 판시하였다.¹¹⁶⁾

다만, 임차주택의 소유권이전등기를 경료하지 아니한 양수인이라 하더라도 그 양수가 상속을 원인으로 하는 경우에는, 상속의 효력은 피상속인의 사망으로 개

114) 정승열, 전계서 158~162면.

115) 대법원 1987.10.24. 선고 88다카13172 판결 ; 대법원 1987.3.10. 선고 86다카1114 판결.

116) 주택임대차보호법 제3조 제2항은 “임차주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계한 자를 포함)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.”라고 규정한 바, 위 규정에 의하여 임대인의 지위를 승계한 것으로 보게 되는 임차주택의 양수인이 되려면 주택을 임대 할 권리나 이를 수반하는 권리를 종국적·확정적으로 이전 받게 되는 경우이어야 한다 (대법원 2002.4.12. 선고 2000다70460 판결).

시되므로(민법 제997조) 임차주택에 대한 소유권이전등기가 경료되기 전이라도 상속인은 동법 제3조제2하의 양수인에 해당한다.

(나) 미등기건물을 사실상 소유자로서 양수한 경우

건물이 미등기이어서 소유권이전등기를 경료하지는 못하였지만, 사실상 그 건물을 양수하여 소유자로서 권리를 행사하고 있는 자도 '양수인'에 해당한다. 대법원은 “주택임대차보호법의 목적과 동법 제3조제2항의 규정에 비추어 볼 때, 건물이 미등기인 관계로 그 건물에 대하여 아직 소유권이전 등기를 경료하지는 못하였지만, 그 건물에 대하여 사실상 소유자로서의 권리를 행사하고 있는 자는 전소유자로부터 위 건물의 일부를 임차한 자에 대한 관계에서 위 사실상의 소유자가 동법 제3조제2항 소정의 주택의 양수인으로서 임대인의 지위를 승계하였다고 볼 수 있다”라고 판시하였다.¹¹⁷⁾

(다) 임차인이 임대인으로부터 소유권을 양수한 경우

대법원은 “주택의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 갖춘 후 임차주택의 소유권이 양도되어 그 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는, 임대차보증금의 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이므로, 양도인의 임대인으로서의 지위나 보증금반환채무는 소멸하는 것이고, 대항력을 갖춘 임차인이 양수인이 된 경우라고 하여 달리 볼 이유가 없으므로, 대항력을 갖춘 임차인이 당해 주택을 양수한 때에도 임대인의 보증금반환채무는 소멸하고 양수인인 임차인이 임대인의 자신에 대한 보증금반환채무를 인수하게 되어, 결국 임차인의 보증금반환채권은 혼동으로 인하여 소멸하게 되므로 임대차는 종료된 상태가 된다”라고 판시하였다.¹¹⁸⁾

(2) 경락인

임차주택의 모든 경락인이 임대인의 지위를 승계하는 것이 아니고 임대인의 지위를 승계하는 양수인¹¹⁹⁾이 되려면 (임차인이 경락인에게 대항할 수 있으면) 임차인이 최선순위로서 대항요건을 구비하기 전까지 가등기·가압류나 저당

117) 대법원 1987.3.24. 선고 86다카164 판결.

118) 대법원 1998.9.25. 선고 97다28650 판결 ; 대법원 1996.11.22. 선고 96다38216 판결.

119) 강영대, “법률상담을 위한 개정된 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 고찰”, 「공군법률논집」 제6집 통권20호, 공군본부, 2001.12. 161면.

권이 설정되지 않은 경우이어야 한다. 임차인보다 선순위저당권이나 가압류·압류 혹은 가등기 등이 경료되어 있는 때에는, 임차인이 대항력을 구비하였다 할지라도 임차인보다 후순위 저당권자의 신청으로 경매절차가 진행되어 경락된 경우에도 소멸된 선순위저당권보다 뒤에登記되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 모두 소멸되므로, 이 경우의 경락인은 동법 제3조제2항이 의미하는 양수인에 해당되지 않고, 임차인도 이러한 경락인에게 대항할 수 없다.¹²⁰⁾

(가) 경매에 의하여 소멸되는 선순위 저당권이 없는 경우

경매개시결정은 처분금지의 효력이 있고 경락인은 그 상태대로의 소유권을 취득하므로 경매개시결정의 기입등기를 기준으로 하여 그 이후에 취득한 임차권은 소멸하고 임차인은 경락인에게 대항할 수 없게 된다. 그러나 임차권의 대항력 발생 후에 경매개시결정의 기입등기가 되었을 때에는 임차인은 경락인에게 대항할 수 있다.

주택임차권이 대항력을 갖춘 후 저당권이 설정되고 그 저당권이 실행되어 경락되더라도 임차인은 저당권자보다 선순위의 권리자이므로 경락인에 대하여 자기의 임대차계약상의 모든 권리를 주장할 수 있다. 따라서 경매의 경우에는 임차권의 대항력 발생시점과 저당권설정등기일자의 선후에 의하여 결정되므로,¹²¹⁾ 임차인이 경매의 원인이 된 근저당권설정 이전에 주택의 인도와 주민등록을 마쳤다면, 주택의 경락인은 임대인의 지위를 승계하게 되고 임대차계약이 종료되면 경락인은 원상회복으로서 임차보증금을 반환할 의무를 지게 된다.

(나) 경매에 의하여 소멸하는 선순위저당권이 있는 경우

교환가치를 목적으로 하는 저당권과 사용가치를 목적으로 하는 임차권은 그 자체로서 서로 간에 권리의 충돌이 생길 여지가 없다. 따라서 이미 저당권 설정등기가 되어 있는 주택을 임차한 경우라도 임차권에 대항요건을 갖추면, 선순위 근저당권자의 존재여부에 관계없이 대항력을 갖게 되는 것이고, 저당권이 실행되기 전까지는 선순위저당권이 설정되어 있다는 사실만으로는 아무런 지장이 없는 것이다.

그러나 나중에 저당권이 실행되면 비로소 경락에 의하여 선순위의 저당권이

120) 대법원 1990.1.23. 선고 89다카33043 판결 ; 대법원 1987.2.2. 선고 86다카1936 판결.

121) 정승열, 전거서, 164~167면.

소멸하고, 따라서 그보다 후순위인 임차권도 함께 소멸하게 되며 경락인은 선순위저당권자의 주택을 경락받는 것이므로 임차인은 경락인에게 대항하지 못하는 것이다. 이러한 경우 그 주택은 경락대금을 납부한 날부터 경락인의 소유라고 할 것이므로, 임차인은 경락인에게 주택을 명도 하여야 하고 근원 없이 점유함으로써 경락인에게 손해까지 배상할 의무가 있다.

(다) 이른바 ‘중간임차인’의 경우

저당권설정 후에 임차권을 갖추게 된 경우, 강제경매나 후순위저당권의 실행으로 임차주택이 경락되어 선순위저당권이 소멸하면, 비록 후순위저당권자에게는 대항할 수 있는 임차권이라 하더라도 선순위저당권과 함께 소멸하므로 경락인에게는 임차권을 가지고 대항할 수 없다.

주택임대차보호법 제3조의5에서는 ‘임차권은 임차주택에 대하여 민사집행법에 의한 경매가 행하여진 경우에는 그 임차주택의 경락에 의하여 소멸한다’고 규정하여 소제주의를 취하고 있다. 저당권설정 후에 임차권을 갖추게 된 경우, 강제경매나 후순위저당권의 실행으로 임차주택이 경락되어 선순위저당권이 소멸하면, 비록 후순위저당권자에게는 대항할 수 있는 임차권이라 하더라도 선순위저당권과 함께 소제주의¹²²⁾에 의하여 소멸하므로, 따라서 그 경락인은 주택임대차보호법 제3조제2항에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 경락인에게는 임차권을 가지고 대항할 수 없다.¹²³⁾

사건으로, 이러한 판례의 태도는 무주택서민을 보호하려는 주택임대차보호법의 입법취지에 반한다고 본다. 일반적으로 당해주택이 서민용 아파트나 연립주택인 경우에는, 분양당시 이미 은행의 근저당권이 설정되어 있는 것이 대부분이기 때문에, 판례와 같이 후순위저당권의 경매실행으로 선순위저당권과 함께 중간임차권이 소멸하는 것으로 하면 주택임차권은 보호될 수 있는 경우가 희박하기 때문이다. 다만 다행스러운 것은 주택임대차보호법 제3조의5의 단서규정이다. 경매에 의하여 대항력 있는 임차권도 소멸되지만, 예외적으로 ‘보증금이 전액 변제되지 아니한 경우에는 임차권이 소멸되지 않는다’고 규정하여 주택임차인의 전재산이

122) 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2007, 236~239면.

123) 경매목적 부동산이 경락된 경우에는 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에登記되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸하는 것이고, 따라서 그 경락인은 주택임대차보호법 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다 (대판 2002.2.11. 선고 99다59306 판결).

라고 할 수 있는 보증금의 완전 회수가 가능하도록 하기 위하여 입법적으로 해결한 점이다.

(3) 임차주택의 양도담보권자

주택임대차보호법 제3조제2항의 규정에 의하여 임대인의 지위를 승계한 것으로 보게 되는 임차주택의 양수인이 될 수 있는 경우는, 주택을 임대할 권리나 이를 수반하는 권리를 종국적·확정적으로 이전받게 되는 경우라야 하므로, 매매·증여·경매·상속·공용징수 등에 의하여 임차주택의 소유권을 취득한 자 등은 위 조항에서 말하는 임차주택의 양수인에 해당된다. 그러나 주택의 양도담보의 경우에는 채권담보를 위하여 신탁적으로 양도담보권자에게 주택의 소유권이 이전될 뿐이어서, 특별한 사정이 없는 한 양도담보권자가 주택의 사용·수익권을 갖게 되는 것이 아니고, 또 주택의 소유권이 양도담보권자에게 확정적·종국적으로 이전되는 것도 아니므로, 양도담보권자는 주택임대차보호법 제3조제2항에서 말하는 양수인에 해당하지 아니한다.¹²⁴⁾

(4) 가등기에 기하여 본등기를 경료한 자

가등기 후에 대항력을 갖춘 임차인은 가등기에 기하여 본등기를 경료한 자에게 대항하지 못한다. 즉, 가등기에 기한 소유권이전등기를 마친 경우에는 가등기의 순위보전의 효력에 의하여 중간처분이 실효되는 효과가 있으므로, 대항력 발생시기와 가등기 시기의 선후에 따라 대항력이 미치는지 여부를 결정하여야 한다.¹²⁵⁾

다만, 가등기권자 중에서 '가등기담보등에관한법률'이 적용되는 소위 담보가등기의 경우에는 위와 달리 보아야 한다. 담보가등기는 동법이 정한 청산기간이 경과되어야 본등기를 청구할 수 있고 소유권이전등기가 경료된 경우에는 청산금을 채무자에게 지급한 때에 목적부동산의 소유권을 취득하게 된다.

124) 대법원 2002.4.12. 선고 2000다70460 판결 ; 대법원 1993.11.23. 선고 93다4083 판결.

125) (구 주택임대차보호법 1981.3.5 법률 제3379) 시행 전에 부동산등기법 제2조 소정의 물권 등 취득에 관한 순위보전의 가등기를 경료한 자가 동법 시행 후 본등기를 경료한 경우에 물권 등 취득의 효력이 가등기시에 소급하는 것은 아니지만 가등기의 순위보전의 효력에 의하여 중간 처분이 실효되는 효과를 가져 오므로 위와 같은 가등기권리자는 동법 부칙 제2항 단서에 규정된 동법 시행 전에 물권을 취득한 자와 동일하게 보아야 할 것이다(대법원 1984.2.14. 선고 83다카2131 판결).

따라서 담보가등기 후에 주택임대차보호법 소정의 대항력을 취득한 임차인이라고 하더라도, 가등기담보권리자가 청산기간이 경과하고 본등기를 경료한 후 청산금을 지급할 때까지는 임차권이 소멸하지 아니할 것이다. 위와 같은 절차를 마치면 임차권자는 담보가등기권자에게 대항할 수 없어 소멸할 것이나, 가등기담보등에관한법률 제5조제5항에서 담보가등기 후에 대항력 있는 임차권을 취득한 자에게는 청산금의 범위 안에서 민법 제536조의 동시이행의 항변권의 규정을 준용한다는 특칙을 두어, 대항력을 갖춘 임차인에게 청산금의 범위 안에서 동시이행의 항변을 할 수 있도록 임차인을 적극적으로 보호하고 있다.

(5) 처분금지가처분권자

임차인이 처분금지가처분등기 후에 대항요건을 갖추었다면 후일 가치분권자가 승소판결을 받아 확정되고 소유권이전등기를 하게 되면 이에 대항할 수 없다. 따라서 처분금지가처분등기일자와 대항력 발생시기의 선후에 따라 대항력 유무를 결정하여야 한다.

(6) 가압류채권자

임차주택에 대하여 먼저 가압류를 한 자가 나중에 채무명의를 확보하여 경매신청을 한 경우, 가압류등기 일자를 기준으로 하여 그 이전에 임차권의 대항력을 갖춘 때에만 경락인에게 대항할 수 있다. 임차인이 주민등록 전입신고를 마치고 입주 사용함으로써 주택임대차보호법 제3조제1항에 의하여 그 임차권이 대항력을 갖는다 하더라도 부동산에 대하여 가압류등기가 마쳐진 후에, 그 채무자로부터 그 부동산을 임차한 자는, 가압류집행으로 인한 처분금지의 효력에 의하여 가압류사건의 본안판결의 집행으로, 그 부동산을 취득한 경락인에게 그 임대차의 효력을 주장할 수 없는 것이다.¹²⁶⁾ 다만, 임차인이 확정일자를 갖추었다면 선순위 가압류채권액과 비례하여 평등배당을 받을 수 있다. 그러나 이미 가압류가 된 주택을 양수한 사람(제3취득자)으로부터 주택을 임차하여 승소판결을 얻어 주택에 대한 강제경매를 신청한 경우에는, 임차인은 경락인에게 대항할 수 없고, 확정일자를 갖추었거나 소액임차인이라도 배당요구를 할 수 없음을 주의하여야 한다.

126) 대법원 1983.4.26. 선고 83다카116 판결.

(7) 용익권취득자

동일 주택에 임차권과 용익물권 또는 임차권끼리 경합되는 경우에는 대항력의 우열에 의하여 결정되고, 그 우열관계는 어떤 권리가 먼저 대항력 요건을 갖추었는지에 의하여 결정될 뿐, 그 권리에 따라 대항력에 질적 차이가 있는 것은 아니다.¹²⁷⁾

이에 대해 이러한 경우는 대항력의 문제가 아니라 채권의 평등성의 문제로서 먼저 이행을 받는 자가 사실상 우선하게 된다는 견해도 있으나, 이러한 견해에 따르면 결국 민법상 등기한 임차권과 주택임대차보호법에 의한 대항력을 취득한 임차권이 경합되는 경우에는, 주택임대차보호법에 의한 대항력을 취득한 임차권이 우선하게 되는 결과가 되어 대항요건의 우열을 인정하는 셈이 된다.

따라서 이를 채권자 평등의 문제로 해결하는 접근방법은 적절하지 못하다.¹²⁸⁾

다. 제3자에 의한 방해배제청구권

일반적으로 임차인이 점유하고 있는 임차주택에 대하여 제3자가 점유침탈할 경우, 임차인은 점유권에 기한 손해배상이나 방해배제청구권을 행사할 수 있다(민법 제204조, 제206조, 제209조). 또한 임차주택이 침탈된 경우 채권자대위권(민법 제404조)에 기초하여 임대인인 주택소유자가 갖는 물권적청구권(민법 제214조)을 대위 행사하여 그 방해를 제거할 수 있다. 그런데 임차인이 대항력을 갖춘 임차권 자체에 기하여 제3자에게 방해배제청구권을 행사할 수 있느냐 하는 것이다. 특히 열후인 임차권자가 이미 임차물을 점유하고 있는 이중임대차의 경우가 이에 해당될 것이다. 대항력 없는 임차인의 경우 임차권의 본질은 채권이고 지배권이 아니므로 공시방법도 없는 채권에 관하여 이를 인정하면 거래의 안정을 해치므로 이를 인정할 수 없다는 입장이었다. 그러나 제3자가 임차권을 침해하여 임차인에 의한 임차주택의 사용·수익을 방해하는 경우, 대항력 있는 임차인은 임차권 자체에 기하여 방해배제청구권 중 방해제거청구권 및 방해예방청구권을 가진다는 데 대하여는 이론이 없다.¹²⁹⁾ 현행 주택임대차보호법은 주택의

127) 조용완, 전계논문, 466면 ; 이범주, 전계 “주택임차권의 대항력”, 18면.

128) 조용완, 상계논문, 485면.

129) 대항력까지는 취득하지 아니하였다 하더라도 임차목적물에 대한 점유를 취득한 경우에는 임차권 자체에 기하여 방해배제청구권을 청구할 수 있다는 견해(김형배, 「민법학 강의 제6판」, 신조사, 2007, 1366면) ; 제3자가 아무런 권한 없이 임차부동산을 불법 점거하는 경우에는 아무런 공시방법이 구비되어 있지

점유를 그 대항요건으로 하고 있으므로, 법문의 해석상 임차인에게는 임차권 자체에 기한 방해배제청구권이 당연한 권리라고 할 것이다.

문제는 방해배제청구권 중 목적물반환청구권에 관하여는 대항요건과 관련 하여 견해가 나뉜다.¹³⁰⁾

먼저 제1임차인이 민법 제622조 제1항에 의한 임대차등기는 경료 하였으나 아직 점유를 취득하지 아니하고 있는 사이에, 다시 임대인으로부터 당해 임차목적물을 임차하여 점유하고 있는 제2임차인에 대하여 당해 임차목적물의 반환을 청구할 수 있는가에 대하여 대항력의 효력으로서 이를 긍정하는 견해¹³¹⁾와 독일 민법과 같이 명문규정이 없는 우리법의 해석상 당해 임차목적물의 반환을 청구할 수 없다는 부정적인 견해¹³²⁾가 대립한다.

이 경우 임차목적물에 대한 점유는 임대차등기의 효력발생요건으로 규정되어 있지 않은 점에 비추어, 임대차등기의 대항력으로 제1임차인은 제2임차인에 대하여 당해 임차목적물의 반환을 청구할 수 있다고 본다. 따라서 점유를 먼저 취득한 제2임차인은 임대차등기에 의하여 대항력을 취득한 제1임차인에 대하여 당해 임차목적물을 반환할 의무가 있다고 할 것이다.

다음으로 제1임차인이 임차주택으로 주민등록 전입신고는 하였으나 주택을 인도받지 아니하고 있는 사이에, 제2임차인이 임대인으로부터 다시 당해 임차주택을 임차하여 주민등록 전입신고를 하고 임차주택을 인도받은 경우에는, 제1의 임차인은 대항력을 취득하지 못하고 있는 반면에 제2의 임차인이 먼저 대항력을 취득하였으므로 대항력을 취득하지 못한 제1임차인은 대항력을 취득한 제2임차인에 대하여 임차주택의 반환을 청구할 수 없고, 오히려 제2임차인에게 임차주택을 반환할 의무가 있다.¹³³⁾

또한 제1임차인이나 제2임차인이나 모두 대항력의 발생요건을 갖추기 전에 주택의 점유만을 먼저 취득한 경우에는 점유를 먼저 취득한 임차인은 다른 임차인의 침해에 대하여 방해배제를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 임

않더라도 임차인에게 방해배제청구권을 인정해야 한다는 견해(서광민, “부동산임차권의 침해와 방해배제청구권”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1994.9, 31~33면).

130) 박해식, 전계서, 207~208면.

131) 광윤직 편집대표, 「민법주해 (XV) 채권(8)」, 박영사, 1999, 57면.

132) 김형배, 상계서, 1366면.

133) 김형배, 상계서, 1366면.

차인이 채무자인 임대인의 의사에 기한 채무이행의 결과 점유를 취득한 임차권은 아직 점유를 취득하지 못한 임차권에 대하여 우선적 효력을 갖는다고 해야 할 것이기 때문이다.¹³⁴⁾

제3절 임차권등기명령제도

1. 입법취지

주택임차인이 임대차가 종료된 후 보증금을 반환 받지 못한 상태에서 다른 곳으로 이사 가거나 주민등록을 전출하면 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권을 상실하게 되어 근무지 변경 등으로 이사할 필요가 있는 경우에도 보증금을 반환받지 못할 것을 우려한 나머지 이사하기를 주저하는 등 문제점이 있었다. 이러한 문제점을 해소하기 위하여 4차 개정 주택임대차보호법(1999년 1월 21일)에서 신설한 임차권등기명령제도(동법 제3조의3)는 임차인이 임대차계약 종료 후 보증금을 반환 받지 못한 경우에 임차인 단독으로 그 부동산 소재지를 관할하는 지방법원·지원이나, 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권 등기 후에는 주민등록과 주택의 점유라는 대항요건과 공시방법의 제약 없이 자유로운 거주이전과 임차보증금 회수가 가능하도록 한 것이다.

이 제도는 그 절차에 있어서 원칙적으로 공동신청주의를 취하는 부동산등기법(부동산등기법 제27조 제1항, 제28조) 및 임차권의 등기에 관한 민법 제621조에 대한 예외를 인정하여 임차인 단독으로 신청할 수 있고, 임대인의 동의에 기하지 않은 등기를 인정함과 동시에 주택의 점유 없이도 기존의 대항력 및 우선변제권을 유지할 수 있도록 하는 한편, 법원의 재판과 직권에 의한 촉탁에 의하여만 하게 함으로써 사회적·경제적 약자인 임차인의 현실적인 필요를 충족시킴과 동시에, 법원의 재판절차에 의하여 신중하게 하고 있는 것이 특징이다.

다만, 이러한 임차권등기명령제도에 대하여 다음과 같은 이유를 들어 반대의견도 있다.¹³⁵⁾ 첫째, 기본법 체제를 근본적으로 뒤흔들고 있다는 점이다. 임대차의

134) 박해식, 전거서, 208면.

135) 민일영, “주택임차인의 우선변제를 위한 대항요건의 중기”, 「관례월보」 제338호, 1998.11, 31면.

존속기간 중에는 쌍방 신청 이외는 허용하지 않던 임차권의 등기를 임대차 종료 후에는 일방적으로 할 수 있도록 한다는 것은 본말이 전도된 것이며, 물권인 전세권도 존속기간이 만료하면 소멸하는 것이 민법의 일반원칙인 점을 생각하면 더욱 납득하기 어려우며, 우리 법은 등기에 관하여 공동신청주의를 취하고, 극히 예외적으로 강제집행 및 보전처분에 한하여 법률상 당연히 또는 당사자 1인의 신청에 의하여 할 수 있도록 할 뿐인데, 이미 종료하여 버린 등기하지 아니한 임차권은 위 어느 경우에도 해당하지 않는다는 점에서 기존제도와는 전혀 다른 새로운 제도의 창출이라는 점에서 의문이다. 둘째, 실효성이 문제가 있다. 이 제도는 임대차종료 후 보증금을 반환 받지 못하고 주거를 다른 곳으로 이전하는 자를 보호하려는 입법취지로 이해되는데, 정작 보호의 필요성이 높은 임차인은 보증금을 반환 받지 못하면 다른 곳으로 이전할 수 없는 임차인이자, 보증금을 반환 받지 않은 채 이사할 수 있는 임차인은 아니기 때문이다. 그리고 이 제도는 등기를 전제로 하므로 등기가 불가능한 건물에 대하여는 적용될 여지가 없기 때문에 그 만큼 실효성이 떨어진다고 할 수 있다.

2. 임차권등기명령의 요건

가. 임대차의 종료

임대차가 종료되어야 한다. 임대차가 종료된 이유는 묻지 않는다. 따라서 존속기간의 만료로 임대차가 종료된 경우는 물론 해지에 의하여 임대차가 종료된 경우나 합의 해지된 경우에도 임차권등기명령신청을 할 수 있다.

임대차가 기간의 만료로 종료된 경우에는 특별히 문제될 것이 없지만 임차인이 임차기간 중 임대인의 약정위반 등을 이유로 해지통고를 하면서 임차권등기명령신청을 하는 경우에는 임대차의 종료와 관련하여 다툼의 여지가 있기 때문에 신중한 판단을 요하고, 경우에 따라서는 변론을 거쳐 판결에 의하여 임차권등기명령을 할 필요도 있다.

나. 보증금을 반환받지 못한 경우일 것

보증금을 반환받지 못한 경우란 보증금을 전액 반환받지 못한 경우는 물론 일

부라도 반환받지 못한 경우도 포함된다. 다만, 임차권등기명령의 대상은 잔존 보증금에 대하여서만 가능하다.

임차권등기명령절차에 관한 규칙 (1999.2.27. 제정된 대법원규칙 제1592호)제2조제1항 제5호도 임차권등기명령신청서에 반환받지 못한 임차보증금액 및 차임(주택임대차보호법 제12조의 등기하지 아니한 전세계약의 경우에는 전세금)을 기재하게 하고 있다.

다. 신청권자

임차권등기명령을 신청할 수 있는 자는 임차인이고, 피신청인은 임대인이다. 임차인은 임차계약을 체결했던 임차인이 보통이겠지만, 임대차가 본래 시간적 개념을 요소로 하는 계속적 계약관계이어서 양도나 상속 등의 사유로 임차인이 변동될 경우도 많다. 원래 채권인 임차권은 상대권이지만, 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대할 수도 있으므로(민법 제629조) 신청인이 달라질 수 있다. 임차인이 전부나 일부를 전대한 경우 전차인이 주택을 인도 받아 주민등록을 마치면, 전차인은 직접점유자가 되고, 임차인은 전대차의 범위에 따라서 공동점유나 간접점유가 형성되어서 임차인과 전차인 모두가 임차권을 보유¹³⁶⁾하나, 간접점유자인 임차인은 직접점유자인 전차인이 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다.¹³⁷⁾ 따라서 주택 반환청구권의 양도나 점유개정의 방식으로 임차주택을 인도한 경우에도 직접점유자의 주민등록 이외에 간접점유자인 전차인의 주민등록도 마친 경우에는 임차권 등기명령을 신청할 수 있는 임차인이 될 수 있다고 할 것이다.¹³⁸⁾

임대차가 존속 중에 있지만 주민등록 전입신고를 하지 않아 처음부터 대항력을 취득하지 않았거나(주민등록 전입신고를 하지 않아 대항력이 없는 경우는 물론 주민등록 전입신고는 하였으나 임차주택의 지번과 주민등록이 일치하지 아니하여 대항력을 취득하지 못한 경우를 포함한다), 대항력을 취득했다가 임대차가 종료된 후 임차주택의 점유를 상실하거나 주민등록을 전출하여 대항요건을 상실한 임차인도 임차권등기명령을 신청할 수 있는가에 대하여는 이견(異見)이 있으

136) 대법원 1994.6.24. 선고 94다3155 판결 ; 대법원 1988.4.25. 선고 87다카2509 판결.

137) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다55645 판결.

138) 류창현, 전계논문, 101면.

나 위 법 제3조의3 제1항은 '임대차가 종료된 후 보증금을 반환 받지 못한 임차인'이라고만 규정하여 임차인이 임차권등기명령 신청당시 대항력이나 우선변제권의 취득을 요건으로 하지 아니하므로 물리해석상 가능하다고 보고 있다.¹³⁹⁾ 더욱이 제3조의3 제5항은 '임차권등기가 경료되면, 임차인은 대항력과 우선변제권을 취득한다'고 하면서 '다만 임차권등기 이전에 이미 대항력 및 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 및 우선변제권이 그대로 유지 된다'고 하여 이 논리를 뒷받침하고 있다.¹⁴⁰⁾ 이에 관한 대법원 판례는 아직 없으나, 실무에서는 점유를 상실한 임차인의 신청에 대해서도 임차권등기명령을 발령하고 있다.

라. 피신청권자

임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 누구를 상대로 하여 임차권등기명령을 신청할 수 있는가. 우선 임차권등기명령신청을 할 당시 이미 임차인이 대항력을 취득한 경우에는 임차주택의 소유권이 임대인에게 남아 있으면 임대인을 상대로, 임차주택이 양도되었으면 임대인의 지위를 승계한 양수인을 상대로 임차권등기명령신청을 할 수 있을 것이다.¹⁴¹⁾ 다음으로 처음부터 대항력을 취득하지 못하였거나 대항력을 취득했다가 대항력을 상실한 경우에는 임차주택의 소유권이 임대인에게 남아 있으면 임대인을 상대로 임차권등기명령신청을 할 수 있으나 임차주택이 양도되었으면 임차인은 양수인에게 대항 할 수 없기 때문에 더 이상 임차주택의 양수인을 상대로 임차주택에 대한 임차권등기명령신청을 할 수 없을 것이다.

마. 임차주택

임차권등기명령신청의 결과 임차권등기가 촉탁되어 등기될 임차주택은 원칙적으로 등기된 건물이어야 한다(대법원규칙 제3조 제1호). 그러므로 임차주택이 미등기, 무허가인 경우에는 원칙적으로 임차권등기명령을 신청할 수 없다. 다만, 임차주택이 건축물관리대장에 작성되어 있는 미등기 건물인 경우에는 임차권등기명령 신청시에 임차인이 임대인을 위하여 소유권보존등기를 마침과 동시에 임차

139) 조은래, 전계논문, 242~243면.

140) 윤 경, 「부동산경매의 실무(하)」, 법률정보센타, 2001, 356면 ; 박해식, 전계서, 321면.

141) 정승열, 전계서, 482~485면.

권등기 촉탁이 가능하므로 임차권등기명령 신청이 가능하다. 이 경우에 임차인은 임차권등기명령 신청서에 임대인 명의로 소유권 보존등기를 할 수 있음을 증명하는 서면을 첨부하여야 한다(대법원규칙 제3조 제2호).

단독주택의 일부분이나 단독주택으로 간주하는 다가구용 주택의 일부 임차한 경우에도 임차권등기명령신청이 가능하다(동법 제3조의3 제2항 제2호, 대법원규칙 제2조 제1항 제4호). 다만, 이 경우 임차인은 임차권등기명령신청서에 그 임차목적의 부분을 표시한 도면을 첨부하여야 한다.

3. 임차권등기명령의 효과

가. 대항력 및 우선변제권의 취득

임차권등기명령은 판결의 선고나 결정에 의하여 임대인에게 고지를 한 때에 효력이 발생한다. 임차권등기명령의 효력 발생 후 그 집행에 의하여 임차권 등기가 경료되면 임차인은 대항력 및 우선변제권을 취득한다 (주택임대차보호법 제3조의3 제5항).¹⁴²⁾

임차인이 아직 대항력 및 우선변제권을 취득하지 못한 상태에서 임차권등기가 경료되면, 그 등기시점을 기준으로 대항력 및 우선변제권의 취득여부를 판단하기 때문에, 임차권 등기시에 이미 임차주택에 저당권 등의 담보권이 설정되어 있는 경우에는 임차인은 임차권등기를 경료 하더라도, 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 경락을 받은 경락인에게 대항하거나 이미 설정된 저당권자 등의 담보권자에 우선하여 배당을 받을 수는 없게 된다. 그러나 낙찰대금지급기일 이전에 선순위담보권이 소멸한 경우에는, 후순위임차권의 대항력 및 우선변제력이 소멸하지 아니하고 존속한다.

나. 대항력 및 우선변제권의 유지

임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료 되면 등기와 동시에 임차인은 대항력과 우선변제권을 취득한다. 다만, 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 주택임대차보호법 제3조의2 제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득

¹⁴²⁾ 대법원 2005.9.15. 선고 2005다33039 판결.

한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기 이 후에 주택임대차보호법 제3조제1항의 대항요건을 상실하더라도 그 전에 취득한 대항력 또는 우선변제권은 상실하지 아니한다(동법 제3조의3 제5항 단서). 따라서 임차권등기가 마쳐진 이 후에는 주택의 점유와 주민등록의 요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력과 우선변제권은 여전히 유지되기 때문에 임차인이 다른 곳으로 이사하거나 주민등록을 옮길 수는 있는 것이다. 그러나 위와 같은 임차권등기의 효력은 임차권등기가 마쳐진 시점부터 발생하므로 임차권등기명령을 신청한 후 바로 다른 곳으로 이사하거나 주민등록을 옮겨서는 안 되고 임차권등기가 마쳐진 사실을 반드시 확인한 후에 이사를 하거나 주민등록을 옮겨야 한다.

그리고 임차권등기명령은 주택의 점유를 상실하거나 주민등록을 전출하더라도 종전에 취득하였던 대항력 및 우선변제권을 그대로 유지시키는 제도일 뿐이고 임차권등기에 물권의 효력을 부여하는 취지는 아니므로, 임차인은 주택임차권등기에 기하여 직접 경매를 신청할 수는 없다. 따라서 임차권등기를 경료한 임차인이라도 실제로 보증금을 반환받기 위해서는 임차보증금반환청구소송 등을 제기하여 채무명의를 확보한 후 임차주택의 강제경매를 신청하여야 한다.

다. 소액보증금의 최우선변제권 배제

임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 마쳐진 주택(임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 해당부분에만 한함)을 그 이후에 임차한 임차인에 대하여는 주택임대차보호법 제8조에 의한 소액보증금의 최우선변제를 받을 권리를 배제하고 있다(동법 제3조의3 제6항). 이와 같이 임차권등기 후의 소액임차인에 대하여 최우선변제권을 배제하는 것은 소액임차인의 최우선변제권 행사로 인하여 임차권등기를 한 임차인이 입을지도 모르는 불측의 손해를 방지하기 위한 것이다. 왜냐하면 임차인이 임차권등기 후 자신의 우선변제권이 존속한다고 믿고 다른 곳으로 이사를 간 이후에 소액임차인이 주택을 임차한 경우에는 소액임차인의 최우선변제권 때문에 임차권등기를 하고 퇴거한 임차인의 우선변제권이 유명무실화될 우려가 있기 때문이다. 특히 임차권등기 후 임차주택을 명도한 임차인의 경우 소액임차인의 입주나 가장 소액임차인의 입주의 존재를 알 수 없다는 점에서 임차권등기명령제도의 실효성을 높이기 위한 불가피한 조치이다.

4. 정리

여러 가지 우려 속에서 제정된 임차권등기명령제도는 임대차종료 후에 임차인의 자유로운 거주이전을 보장하고, 임대인에 대하여 강한 심리적 압박을 주게 되어 임차인의 보증금회수가 그 만큼 촉진된다는 측면과, 그리고 오피스텔의 1실, 동일소유자의 다세대주택이나 연립주택의 지하실·옥탑방, 단독주택의 일부분이나 단독주택으로 간주하는 다가구용 주택의 일부 등 임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 그 도면을 첨부하면 적용범위에 있어서 주택임대차보호법 제3조의3 제1항이 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이라고만 하고 있으므로 임차권등기명령신청을 할 수 있게 한 것은 긍정할 만하다.

그러나 임대차가 종료하고 점유가 이전되었는데도 임차권의 등기를 할 수 있다는 것은 보증금의 우선변제권을 주택의 무점유자에게 준다는 것으로써 주택임대차보호법이 이처럼 민법의 기본원리를 벗어난 제도를 신설한 것이다. 물권은 존속기간이 만료하면 소멸하는 것이 민법의 기본원리이기 때문이다.

그리고 임차권등기명령이 적용되는 건물은 등기를 할 수 있는 건물을 전제로 하고 있기 때문에 미등기건물·무허가건물·가건물 등은 보호대상에서 제외된다. 그런데 이러한 건물들은 주택임대차보호법의 적용대상이 된다는 점에 대하여 판례의 견해와 학설이 일치하고 있다.¹⁴³⁾

한편, 임차권등기 대신 '공정증서제도'를 통하여 집행권원(채무명의)에 갈음하는 주장으로 임차인이 임대차계약서상의 공증을 받은 경우에는 이후에 임차인이 이사하거나 주민등록을 이전하여도 우선변제권을 상실하지 않는다는 조항을 통하여 해결하고 임차권등기명령제도를 취하지 말자는 의견이 제기된 바 있는데,¹⁴⁴⁾ 임대인의 공증협력의무만 강제규정화 한다면 임차권등기명령제도를 시행하는 것보다 바람직한 제도라고 생각된다.

143) 한삼인, 전제 주택임대차보호법의 판례분석, 65면.

144) 고상용, "제3차 주택임대차보호법 중 개정법률(안)의 문제점", 「한국민사법학회 1998년도 추계학술회 발표자료」, 한국민사법학회, 1998.10.24, 11면.

제4절 주택임차인의 우선변제권

1. 의의

우선변제권이란 특정 채권자가 채무자의 전 재산 또는 특정재산으로부터 채권자보다 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있는 권능 내지 효력을 말하는 것이 일반적이나 주택임대차보호법상 우선변제권은 1989년 12월 30일 2차 개정 때 제3조의2를 신설하여 “제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약서에 확정일자를 받은 임차인은 민사소송법에 의한 경매 또는 국세 징수법에 의한 공매시 임차주택의 환가 대금에서 후순위 권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 수 있도록”함으로써 사실상 등기한 전세권에 준하는 우선변제권¹⁴⁵⁾을 인정하였다.

헌법재판소는 우선변제권에 대하여 “헌법이 말하는 법 앞의 평등은 합리적인 근거없는 차별취급을 금하는 것으로서, 주택임대차보호법 (1989.12.30 법률 제 4188호로 개정된 것) 제3조의2 제2항이 임차인의 보증금에 대한 우선변제권을 인정하는 것은 입법목적과 달성수단의 양 측면에서 합리성을 갖추고 있으므로 임차주택의 소유자와 후순위권리자 및 양수인을 불합리하게 차별 취급하는 것으로 볼 수 없고, 또한 재산권의 보장면에서도 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있어 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니하기 때문에 심판대상 법률조항은 평등권과 재산권을 침해한다고 볼 수 없다”¹⁴⁶⁾고 판시하고 있다.

주택임대차보호법 제3조의2 제2항에 규정된 임차보증금의 우선변제권은 담보 목적을 위하여 임차주택을 직접 지배할 수 있다는 의미에서 물권성을 지니고, 다른 경합채권에 대하여 우선권을 갖는다는 점에서 배타성을 갖는 법정담보물권이다. 그러한 의미에서 저당권, 질권 등 약정담보물권과 구별된다. 그러나 임차보증금의 우선변제권은 경매 또는 공매절차에 참가하여 우선변제권을 주장할 수 있을 뿐 직접 경매신청권이 부여되어 있지 않기 때문에 직접 환가권이 있는 약정

145) 우선변제권이란 어떤 권리가 다른 권리와 관계에서 일반채권처럼 평등한 것이 아니고 그 법률이 규정하는 권리 성립의 전후에 따라 우선순위를 정하여 변제되는 경우를 말한다. 다만 최우선변제를 포함한 광의의 우선변제권을 의미할 때도 있다 (신현기, 「민사집행법 (상)」, 법률서원, 2003, 441면).

146) 헌법재판소 1998.2.27. 선고 97헌바20 결정.

담보물권인 저당권, 질권 등이나 법정담보물권인 조세채권이나 선박우선평권 등에 비하여 물권으로서 불완전한 면을 지니고 있다.¹⁴⁷⁾

우선변제권은 임차인이 보증금반환청구소송의 확정판결 기타 이에 준하는 집행권원에 기한 경매를 신청하는 경우에는 민사집행법 제41조의 집행개시의 요건인 반대급부의 이행을 요건으로 하지 않음으로서 임차인은 임차주택을 인도하지 않고서도 강제경매를 신청할 수 있는 것이다(동법 제3조의 2 제1항).

주택임대차보호법 제8조 소액임차인의 최우선변제권은 임차보증금이 대통령령에서 정한 소액인 경우에는 확정일자를 받았는지 여부를 불문하고 경매절차에서 모든 담보물권자보다 최우선할 수 있는 권리이지만, 동법 제3조의2제2항의 우선변제권은 임차인이 “제3조제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 경우 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 권리가 있다”고 규정하여서 권리를 행사할 수 있는 영역에서 차이가 있다.¹⁴⁸⁾

2. 확정일자부 임차인의 우선변제권

가. 주택임대차보호법상 확정일자의 효력

확정일자란, ‘증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자를 말하며, 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 가리키고,¹⁴⁹⁾ 확정일자 있는 증서란, 위와 같은 일자가 붙어 있는 증서로서 민법부칙 제3조 소정의 증서를 말한다.’¹⁵⁰⁾ 이와 같이 임대차계약서상에 확정일자를 구비하도록 하는 것은 임대인과 임차인의 담합에 의한 임대보증금액의 변경 내지 조작을 방지함으로써 이해관계 있는 다른 채권자들을 보호하기 위해서다.¹⁵¹⁾ 따라서 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차

147) 이주홍, “주택임대보증금 회수를 위한 우선변제권의 행사와 경매절차상 취급”, 「법조」 통권 제458호, 법조협회, 1994.11, 35~36면.

148) 정승열, 전계서, 425~426면.

149) 대법원 2000.4.11. 선고 2000다2627 판결.

150) 대법원 1998.10.2. 선고 98다28879 판결 ; 대법원 1988.4.12. 선고 87다카2429 판결.

151) 대법원 1996.6.11. 선고 99다7992 판결.

의 존재사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니다.

1989년 제2차 주택임대차보호법 개정에서는 동법 제3조의2를 신설하여 보증금이 소액을 초과하여 동법 제8조의 권리를 갖지 못하는 임차인이라 하더라도 동법 제3조 제1항의 '임차주택의 인도와 주민등록을 마친' 이외에 임대차계약서에 확정일자를 받은 경우에는 확정일자의 효력으로 그 이전의 우선권 있는 채권자에게는 대항하지 못하지만, 그 일자 이 후의 우선채권자에게 대항할 수 있는 '등기한 전세권에 준하는' 보호를 받도록 하였다.¹⁵²⁾

소액임차인이 확정일자를 받은 경우에는 경락시 일정액에 관하여 최우선적으로 변제를 받고, 선순위 채권자들에게 지급하고 남은 잔금이 있을 때에는 법 제3조의2 규정에 의하여 우선변제권을 행사할 수 있으며, 소액의 범위를 초과한 임차인은 제8조의 최우선변제권은 가지지 아니하지만, 확정일자를 받은 경우에는 그 일자 이 후의 다른 채권자들에게 우선할 수 있게 되었다.

확정일자에 관한 규정을 당사간의 약정으로 효력을 부정할 수 있는 가에 관하여 '이 법의 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다(동법 제10조)'고 한 규정에 비추어 볼 때, 확정일자에 관한 민법 제450조 제2항과 제502조 그리고 주택임대차보호법 제3조의2 등 확정일자에 관한 규정은 강행규정이어서 당사자간에 위와 같은 규정을 위반하는 약정을 하더라도 제3자에 대하여 효력이 생기지 않는다고 보아야 할 것이다.

확정일자부 임차인의 우선변제청구권과 가압류권자나 저당권자 등 다른 권리자와 우선순위를 결정하는 기준, 즉 대항력을 갖는 시점은 대항력 취득을 위한 기존의 요건 이외에 임대차계약서에 확정일자라는 세 가지 요건을 최종적으로 갖추었을 때이다.¹⁵³⁾

확정일자부 임차인이라 하더라도 임차기간 만료 후 단순한 기간 연장 같은 경우는 물론 보증금을 증감한 경우 그 합의는 당사자 사이에만 채권적 효력이 있을 뿐, 일반 제3자에게 대항할 수 없으므로 인상 전의 보증금액에 한하여서만 우선변제권이 인정된다.¹⁵⁴⁾ 그러므로 임차계약을 갱신한 경우에는 다시 확정일자를 받아야 하지만, 만일 종전계약과 계약을 갱신하게 된 기간 사이에 이해관계

152) 이주홍, 전계논문, 41면.

153) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결.

154) 대법원 1990.8.24. 선고 90다카11377 판결 ; 대법원 1986.9.9. 선고 86다카757 판결.

인이 있는 경우에는 다시 확정일자를 받더라도 그 이해관계인에게는 대항하지 못하고, 그 일자 이후의 제3자에 대해서만 대항할 수 있다.

나. 대항요건의 존속의 종기

주택임대차보호법 제3조의2 제2항은 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자를 갖춘 임차인이 우선변제권이 있다고 규정하고 있을 뿐 우선변제권을 가진 임차인이 구체적으로 경매절차의 어느 단계까지 대항요건을 구비하고 있어야 하는지에 관하여 명확한 규정도 없다.

학설은 배당 요구한 주택임차인이 대항요건을 갖추고 있어야 할 종기에 대하여 여러 견해가 있다.

첫째로, 배당요구 시까지만 임차주택의 점유와 주민등록, 확정일자 있는 임대차계약을 구비하면 족하고, 다만 낙찰인에 대한 대항력을 주장하기 위해 대급납부 시까지 주택의 점유와 주민등록을 유지하면 된다고 하는 견해이다.¹⁵⁵⁾

문제점은 배당요구 시까지만 대항력 등 요건을 구비하게 하면 임차인의 이주계획의 수립과 추진에는 상당한 도움이 될 것은 분명하다. 그러나 배당요구(민사집행법 제88조 제1항)는 경매 등의 개시로부터 낙찰기일까지 할 수 있으므로 때로는 배당요구 시로부터 낙찰기일까지 많은 시간 간격이 있을 수 있고 그때까지는 법률관계가 유동적이다. 또 배당요구로써 임차인의 의사표시는 완료되었지만 배당요구 신청을 통한 임차인의 우선변제권 행사의 확정적 의사표시는 경매법원에서 그 부분을 이해관계인에게 통지함으로써 의사표시의 효과를 주장할 수 있다.¹⁵⁶⁾ 따라서 배당요구 시까지만 대항력 등을 유지하면 된다는 주장은 의사표시의 효력 발생요건을 빠뜨릴 수 있으므로¹⁵⁷⁾ 곧 바로 임대차관계가 종료된다고 볼 수가 없을 뿐 아니라, 경매 등 절차가 확정된 것은 아니므로 법적 안정성을 잃게 될 뿐만 아니라, 확정되지 않은 절차에서 임차인의 명도 및 양도는 대항력을 잃게 하여 예측할 수 없는 손해가 발생할 수 있다. 특히 경매대금이 납부되지 않아 재경매가 실시되거나 경매취하가 될 경우에는 임차인의 손해는 클 수도 있다.

155) 민일영, “부동산입찰에 있어 임차권 처리에 관한 실무상 제문제”, 「전국집행담당판사회의」, 법원행정처, 1997, 234면.

156) 대법원 1998.10.27. 선고 98다1560 판결.

157) 서울지방법원 동부지원 1997.11.6. 선고 97가합14871 판결.

둘째, 배당기일까지 요건을 구비하고 있어야 한다는 설은 종래 법원의 유력한 실무관행으로서 우선변제권 인정에 대항요건을 갖출 것을 요구하고 있는 이상, 대항요건을 배당기일까지 계속 구비하고 있어야 한다는 입장이다.

배당기일까지 위 요건을 구비해야 한다는 견해는 의사표시 및 법률관계가 확정되고 대금지급일에 낙찰대금이 완납되어 경매법원이 환가대금을 확보하여 임차인의 보증금의 반환에 아무런 장애가 없음에도 불필요하게 임차인을 속박하여 사실상 임차인의 이주계획 추진을 막는다는 지적이 있다.

셋째로, 배당요구의 종기인 경락기일까지만 대항력 등을 존속시키면 된다는 설은 경매 등 절차에서 법률관계의 확정이라는 효과를 기대할 수 있으므로 대항력 등을 배당요구 시까지 요구하는 설 보다는 법적안정성을 기대할 수 있으나, 낙찰기일 이후에도 일정한 요건 하에서는 경매절차의 취하가 가능하고 또 경매대금을 납부하지 않으면 재경매가 실시된다는 점을 고려할 때 경우에 따라서는 임차인이 대항력을 잃게 되어 이로 인한 손해를 볼 우려가 높은 점을 우려하지 않을 수 없다.

대법원 판례는¹⁵⁸⁾ “주택임대차보호법 제8조에서 임차인에게 같은 법 제3조 제1항 소정의 주택의 인도와 주민등록 요건으로 명시하여 그 보증금 중 일정액의 한도 내에서는 등기된 담보물권자에게도 우선하여 변제받을 권리를 부여하고 있는 점, 위 임차인은 배당요구의 방법으로 우선변제권을 행사하는 점, 배당요구 시까지만 위 요건을 구비하면 족하다고 한다면 동일한 임차주택에 대하여 주택임대차보호법 제8조 소정의 임차인 이외에 같은 법 제3조의2 소정의 임차인이 출현하여 배당요구를 하는 등 경매절차상의 다른 이해관계인들에게 있어서 주택의 인도와 주민등록이라는 우선변제의 요건은 그 우선변제권 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 민사집행법상 배당요구의 종기까지 계속 존속하고 있어야 한다”고 판시하고 있다.

또한 “달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 임차인이 주택임대차보호법에 의한 대항력과 우선변제권을 인정받기 위한 주택의 인도와 주민등록이라는 요건은 그 대항력 및 우선변제권의 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고 경매절차의 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 하는데, 처음의 경락허가결정이 취소되어 신경매를 하였거나 경락허가결정의 확정 후 최고가 매

158) 대법원 2007.6.14. 선고 2007다17475 판결 ; 대법원 1997.10.10. 선고 95다44597 판결.

수인이 경락대금을 납부하지 아니하여 재경매를 한 경우에 있어서, '배당요구의 종기인 경락기일'이라 함은 배당금의 기초가 되는 경락대금을 납부한 경락인에 대하여 경락허가결정을 한 마지막 경락기일을 말한다"159)고 하여 그 의미를 보다 분명히 밝히고 있어 그 사이의 실무상의 논란을 해결하였다.

3. 우선변제권의 내용

가. 우선순위의 결정

주택임대차보호법은 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인이 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다고 규정하고 있을 뿐 후순위권리자 기타 채권자의 의미에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 해석상 확정일자부 임차인의 우선변제권은 담보물권과 유사한 권리로 취급하여야 한다는 것이 지배적인 견해이고, 대법원도 "주택임대차보호법 제3조의 2 제2항은 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 주택임차인은 후순위권리자 기타 일반채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있음을 규정하고 있는 바, 이는 임대차계약증서에 확정일자를 갖춘 경우에는 부동산담보권에 유사한 권리를 인정한다"160)는 취지라고 하고 있다.

확정일자부 임차인의 보증금은 우선변제권이 없는 일반채권이나 우선변제권이 있으나 저당권보다 항상 열위에 있는 채권, 예를 들면 의료보험 제56조의 규정에 의한 의료보험채권, 산업재해보상보험법 제27조의 4의 규정에 의한 산업재해보상보험료채권 등에 대하여는 항상 우선한다. 그러나 주택임대차보호법 제8조에 의한 보증금, 근로기준법 제35조 제1항 제3호에 의한 최종 3개월분의 임금 및 최종 3년간의 퇴직금, 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 규정에 의한 당해세인 국세보다는 언제나 후순위다.

나. 담보물권자와의 선후

확정일자부 임차인과 저당권자, 가등기담보권자, 전세권자 등 담보물권자 사이

159) 대법원 2002.8.13. 선고. 2000다61466 판결.

160) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결 ; 대법원 1992.3.27. 선고 91다44407 판결.

에서는 임차인이 대항요건을 취득한 후 확정일자를 부여하는 경우에는 확정일자를 부여받은 시점과 담보물권을 등기한 시점의 선후에 의하여 우선순위가 결정된다.¹⁶¹⁾ 임차인이 주택에 입주하고 전입신고를 마친 뒤 어느 날에 최종적으로 임대차 계약서에 확정일자를 부여받는 경우에는 그 확정일자 부여 일을 기준으로 우선변제권이 발생하므로 다른 권리자와의 우선순위를 정하는 데에는 별 어려움이 없다. 다만 확정일자 부여일과 저당권 설정일이 같은 날인 경우에는 동순위로 취급하여 평등배당의 관계에 있다고 보아야 한다. 왜냐하면, 확정일자 부여와 저당권설정 사이에 시간적 선후를 판단하기 어렵기 때문이다.¹⁶²⁾

그러나 확정일자는 입주나 전입신고와 상관없이 임대차계약 체결 후 언제든지 가능한 것이므로 입주와 전입신고를 마치기 전이라도 확정일자를 갖출 수 있다. 따라서 임차인이 입주와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 확정일자를 갖춘 경우에 언제 우선변제권이 발생하는지에 관하여 의문이 제기 된다. 즉 근저당설정일과 같은 날에 확정일자와 전입신고를 마친 경우에 어느 것이 우선하는지 배당순위와 관련하여 견해가 대립되는 것이다.

그 동안 다수의 견해는, 주택임대차보호법 제3조 제1항이 대항력의 발생일을 대항요건을 구비한 다음날로 규정한 데 비하여, 동법 제3조의2 제2항은 대항요건과 확정일자를 갖추면 곧바로 우선변제권이 발생하는 것으로 규정하고 있는 점으로 보아, 우선변제권과 대항력의 발생 일을 꼭 결부시켜 판단할 것이 아니라고 하면서, 우선변제권을 취득하는 시점은 대항요건을 갖춘 다음날이 아니라 확정일자와 대항요건을 갖춘 그날이라고 해석하여 결국 보증금반환청구채권과 근저당권은 동순위라고 설명하여 왔다. 대법원 판례는 “확정일자를 입주 및 주민등록과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생 한다”고 판시하고 있다.¹⁶³⁾

따라서 임차인이 임대차계약서상의 확정일자를 입주 및 주민등록과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 우선변제권이 발생하는 것이므로 그에 따라 우선변제 순위를 정하는 것으로

161) 대법원 1999.3.23. 선고 98다46938 판결 ; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결.

162) 서울민사지방법원 1994.7.23. 선고 94가합27668 판결.

163) 대법원 2000.3.28. 선고 99다67960 판결 ; 대법원 1999.3.23. 선고 98다46938 판결 ; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결 ; 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

보아야 한다.

한편, 임차인이 입주와 주민등록을 마친 그 날에 임대차계약서에 확정일자 까지 갖추었는데 그 다음날에 근저당권이 설정된 경우에는 우선변제 순위가 어떻게 되는가, 이에 대하여 서울지법은 주민등록을 마친 다음날의 의미를 다음날 오전 0시로 해석하고 저당권설정등기는 아무리 빨라도 오전 9시 이 후에야 가능하므로 시간적 선후 관계를 따져 확정일자부 임차인이 우선한다는 취지의 판결을 선고하여 임차인의 우선변제권이 근저당권에 우선하는 것이다.¹⁶⁴⁾

다. 구체적인 사례 검토

(1) 확정일자를 먼저하고 주민등록·저당권이 같은 날인 경우

저당권자의 경매에 따라 임차인이 배당요구를 할 경우 확정일자만 가지고는 우선변제권을 행사할 수 없기 때문에 우선변제권 행사의 요건은 임차인이 대항력을 갖춘 익일 날 발생하게 된다. 따라서 임차인의 대항력 발생시기는 주민등록을 마친 익일 날 발생하고, 우선변제시기도 또한 주민등록을 마친 익일 시점으로 정해진다.¹⁶⁵⁾ 그리고 임차인의 대항력은 강제적으로 소멸하고 반드시 배당요구¹⁶⁶⁾를 통한 보증금회수를 할 수 밖에 없지만, 저당권자보다 배당순위가 후순위가 되어 거의 보증금회수를 할 수 없다.

(2) 확정일자·주민등록·저당권이 같은 날인 경우

이 경우에도 저당권자가 경매한 경우 임차인의 대항력의 취득시기는 주민등록을 마친 익일 날 발생하고, 우선변제시기도 익일 날 발생하게 된다. 따라서 임차인의 대항력은 강제소멸하고 임차인은 반드시 배당요구를 통해서 보증금을 회수 할 수 밖에 없다. 그러나 우선변제권 행사시기는 확정일자를 받은 날이 아니고 대항력의 발생시기인 그 다음날로 되기 때문에 저당권자보다 후순위가 될 수밖에 없다.

(3) 주민등록을 먼저하고 확정일자·저당권을 후에 한 경우

이 경우에는 주민등록을 먼저하고 확정일자·저당권이 같은 날인 경우와 주민등록을 먼저하고 저당권을 설정한 후 확정일자를 받은 경우로 나누어 생각할 수 있다. 전자인 경우에는 대항력 취득 시기는 주민등록을 마친 익일¹⁶⁷⁾ 날 발생하

164) 서울지방법원 1998.12.8. 선고 98가소 852357 판결 ; 서울고등법원 1998.4.8. 선고 97나28171 판결.

165) 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

166) 대법원 1998.10.13. 선고 98다12379 판결.

지만, 우선변제 시기는 확정일자를 받은 날 발생한다. 따라서 확정일자와 저당권이 같은 날인 경우 임차인의 우선변제권은 확정일자를 받은 날 발생함으로 저당권자와 동순위가 되어 안분배당을 하게 된다. 그러나 후자의 경우에는 저당권 설정 후에 확정일자를 받았기 때문에 임차인의 우선변제권은 저당권자보다 후순위가 된다.

그러므로 저당권이 실행이 되어 경매로 부동산이 매각되는 경우에는 소제주의에 의하여 임차권은 '최선순위'의 저당권의 성립시기와 임차권의 대항요건의 구비시기의 선후에 의하여 결정된다.¹⁶⁸⁾

4. 관련 판례의 검토

주택임대차보호법 제3조의2 제2항의 규정취지 및 이에 기한 우선변제권을 갖는 임차보증금채권자와 선순위의 가압류채권자와의 배당관계에 대해서 대법원은 “주택임대차보호법 제3조의2 제2항은 대항요건(주택의 인도와 주민등록전입신고)과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 주택임차인은 후순위 권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 권리가 있음을 규정하고 있는 바, 이는 임대차계약증서상에 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 된다”¹⁶⁹⁾고 하여 임대차계약서상에 확정일자인을 갖춘 경우에는, 주택임차인에게 부동산 담보권에 유사한 권리를 인정하고 있다.

주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마친 경우, 주택임차인이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 상실하면 이미 취득한 주택임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 상실하는지 여부에 대하여 대법원

167) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결 ; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결 ; 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

168) 대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결 ; 대법원 1990.1.23. 선고 89다카33043 판결.

169) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결 ; 대법원 1992.3.27. 선고 91다44407 판결.

은 “주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마쳤더라도 주택임대차보호법상 주택임차인으로서의 우선변제를 받을 수 있는 권리와 전세권자로서 우선변제를 받을 수 있는 권리는 근거 규정 및 성립요건을 달리하는 별개의 것이라는 점, 주택임대차보호법 제3조의3 제1항에서 규정한 임차권등기명령에 의한 임차권등기와 동법 제3조의4 제2항에서 규정한 주택임대차등기는 공통적으로 주택임대차보호법상의 대항요건인 ‘주민등록일자’, ‘점유개시일자’ 및 ‘확정일자’를 등기사항으로 기재하여 이를 공시하지만 전세권설정등기에는 이러한 대항요건을 공시하는 기능이 없는 점, 주택임대차보호법 제3조의4 제1항에서 임차권등기명령에 의한 임차권등기의 효력에 관한 동법 제3조의3 제5항의 규정은 민법 제621조에 의한 주택임대차등기의 효력에 관하여 이를 준용한다고 규정하고 있을 뿐 주택임대차보호법 제3조의3 제5항의 규정을 전세권설정등기의 효력에 관하여 준용할 법적 근거가 없는 점 등을 종합하면, 주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마쳤더라도 주택임차인이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 상실하면 이미 취득한 주택임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 상실한다고”¹⁷⁰⁾ 한다.

대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환청구소송을 제기하여 승소 판결을 받고 그 확정판결에 기하여 강제경매를 신청하였으나 그 경매절차에서 보증금 전액을 배당받지 못한 경우, 후행 경매절차에서 우선변제권에 의한 배당을 받을 수 있는가에 대하여 대법원은 “주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 두 가지 권리를 함께 가지고 있는 임차인이 우선변제권을 선택하여 제1경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였으나 보증금전액을 배당받을 수 없었던 때에는 경락인에게 대항하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있을 뿐이고, 임차인의 우선변제권은 경락으로 인하여 소멸하는 것이므로 제2경매절차에서 우선변제권에 의한 배당을 받을 수 없는 바, 이는 근저당권자가 신청한 1차 임의경매절차에서 확정일자 있는 임대차계약을 첨부하거나 임차권등기명령을 받아 임차권등기를 하였음을 근거로 하여 배당요구를 하는 방법으로 우선변제권을 행사한 것이 아니라, 임대인을 상대로 보증금반환청구 소송을 제기하여 승소판결을 받은 뒤 그 확정판결

170) 대법원 2007.6.28. 선고 2004다69741 판결.

에 기하여 1차로 강제경매를 신청한 경우에도 마찬가지다”¹⁷¹⁾라고 하고 있다.

한편, 경락인에게 자기의 임차권을 주장할 수 있는 대항력 있는 임차인이 우선변제권의 요건도 구비한 경우에 임차인에게 두 권리가 병존적으로 인정되는가에 대하여, 대법원은 “현행 주택임대차보호법 제3조 제1·2항에 의하면, 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 있다. 임대주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계한 자를 포함)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다고 규정하고 있고, 동법 제4조제2항은 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계는 존속하는 것으로 본다고 규정하고 있으며, 동법 제8조 제1항은 임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다고 규정하고 있는바, 임차인의 보호를 위한 위 규정들의 취지에 비추어 위 규정의 요건을 갖춘 임차인은, 임대주택의 양수인에게 대하여 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리와 소액의 보증금에 관하여 임대주택의 가액으로부터 우선변제를 받음과 동시에 임차목적물을 명도할 수 있는 권리를 겸유하고 있다고 해석되고, 이 두 가지 권리 중 하나를 선택하여 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다”¹⁷²⁾ 라고 판시한 이래 두 권리가 병존적으로 계속 인정하고 있다.¹⁷³⁾

우선변제권을 행사한 후 잔존 보증금에 관한 우선변제권의 거듭 행사 여부에 대해, 대법원은 “주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 두 가지 권리를 겸유하고 있는 임차인이 먼저 우선변제권을 선택하여 임대주택에 대하여 진행되고 있는 경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였으나 그 순위가 늦은 까닭으로 보증금 전액을 배당받을 수 없었던 때에는, 보증금 중 경매절차에서 배당받을 수 있었던 금액을 뺀 나머지에 관하여 경락인에게 대하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다. 이 경우 임차인의 배당요구에 의하여 임대차는 해지되어 종료되며, 다만 같은 법 제4조제2항에 의하여 임차인이 보증금의 전액을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제될 뿐

171) 대법원 2006.2.10. 선고 2005다21166 판결.

172) 대법원 2004.8.30. 선고 2003다23885 판결 ; 대법원 1996.7.12. 선고 94다37646 판결.

173) 민일영, “주택임대차보호법상 대항력과 우선변제권의 상호관계”, 「저스티스」 제33권 제1호(55), 한국법학원, 2000.3, 37~38면.

이어서, 경락인은 같은 법 제3조 제2항에 의하여 임대차가 종료된 상태에서의 임대인의 지위를 승계하고, 임차인의 우선변제권은 경락으로 인하여 소멸하는 것이다(대판 1997.8.22. 선고 96다53628 판결 참조). 원심이 같은 취지에서, 대항력과 우선변제권을 가진 임차인인 피고가 이 사건 주택에 관한 경매절차에서 보증금에 대하여 배당요구를 함으로써 이 사건 임대차계약은 해지되어 종료되었고, 이 사건 주택이 경락된 이상, 그 경락인이 마침 임대인의 지위에 있던 종전 소유자이고, 피고는 후순위 권리자이어서 전혀 배당을 받지 못한 채 계속하여 이 사건 주택에 거주하고 있었다고 하더라도, 그 후 이 사건 주택에 관하여 새로이 종료된 근저당권설정등기에 기한 경매절차에서 그 낙찰대금으로부터 우선변제를 받을 권리는 없고, 다만 경락인에 대하여 임차보증금을 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있을 뿐이라고 판단한 것은 정당하다”고 판시¹⁷⁴⁾함으로써 우선변제권의 거둬 행사에 대하여 부정적이며 그 이유로는 임차인의 우선변제권은 제1차 경매절차에서의 경락으로 인하여 소멸한다는 데 있다는 점을 든다¹⁷⁵⁾.

주택의 임차인이 대항력을 취득하고 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 후 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다가 재전입한 경우에도 다시 확정일자를 부여받아야 하는가.

대법원은 “주택의 임차인이 그 주택의 소재지로 전입신고를 마치고 입주함으로써 임차권의 대항력을 취득한 후 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면, 그 전출 당시 대항요건을 상실함으로써 대항력은 소멸하고 그 후 임차인이 다시 그 주택의 소재지로 주민등록을 이전하였다면 대항력은 당초에 소급하여 회복되는 것이 아니라 재전입한 때로부터 새로운 대항력이 다시 발생하며, 이 경우 전출 이전에 이미 임대차계약서상에 확정일자를 갖추었고 임대차계약도 재전입 전후를 통하여 그 동일성을 유지한다면, 임차인은 재전입시 임대차계약서에 다시 확정일자를 받을 필요 없이 재전입 이 후에 그 주택에 관하여 담보물권을 취득한 자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있다”고 한다.¹⁷⁶⁾

174) 대법원 1998.6.26. 선고 98다2754 판결.

175) 양창수, “주택임차권에 기한 보증금 우선변제권과 대항력 간의 관계”, 「고시계」, 고시계사, 2001.2. 121면.

176) 대법원 1998.12.11. 선고 98다34584 판결 ; 대법원 1998.1.23. 선고 97다43468 판결 ; 대법원 1987.2.24. 선고 86다카1695 판결.

임차주택이 임대차기간의 만료 전에 경매되는 경우, 대항력을 갖춘 임차인의 배당요구를 임대차계약 해지의 의사표시로 볼 수 있는지 여부 및 그 해지의 효력발생시기에 대하여, 대법원은 “주택임대차보호법 제3조의2제1항의 규정에 의하면, 제3자에 대한 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인은 민사소송법에 의한 경매 시 임차주택의 환가대금에서 후순위 권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 권리가 있으나, 다만 그와 같은 요건을 갖추므로써 우선변제권이 있는 주택임차인이라고 하더라도, 주택의 양수인에게 대항할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 후가 아니면 경매절차에서 우선순위에 따른 배당을 받을 수 없으며, 한편 임차주택이 경매 되는 경우에 주택의 양수인에게 대항할 수 있는 임차인이 임대차 기간이 만료되지 아니하였음에도 경매법원에 배당요구를 하는 것은 스스로 더 이상 임대차 관계의 존속을 원하지 아니함을 명백히 표시하는 것이어서, 다른 특별한 사정이 없는 한, 이를 임대차 해지의 의사표시로 볼 수 있고, 경매법원이 민사소송법 제606제1항(현행 민사집행법 제89조)에 따라 임대인에게 배당요구 사실을 통지하여 임차인의 해지의사가 경매법원을 통하여 임대인에게 전달되면 이 때 임대차관계는 해지로 종료되며, 임차인이 경매법원에 배당요구를 하였다는 사실만으로는 곧바로 임대차관계가 종료되지 아니 한다”¹⁷⁷⁾라고 하고 있다.

주택임대차보호법 제3조의2 제3항(임차인은 임차주택을 양수인에게 인도하지 아니하면 제2항의 규정에 의한 보증금을 수령할 수 없다)의 의미에 대해, 대법원은 “임차인 보호를 위한 주택임대차보호법의 취지에 비추어 볼 때, 우선변제권이 있는 임차인은 임차주택의 가액으로부터 다른 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받음과 동시에 임차목적물을 명도할 수 있는 권리가 있으며, 따라서 주택임대차보호법 제3조의2 제3항에서 임차인은 임차주택을 양수인에게 인도하지 아니하면 경매 또는 공매 시 임차주택의 환가대금에서 보증금을 수령할 수 없다고 한 것은, 경매 또는 공매 절차에서 임차인이 보증금을 수령하기 위하여는 임차주택을 명도한 증명을 하여야 한다는 것을 의미하는 것이고, 임차인의 주택명도의무가 보증금반환의무보다 선이행 되어야 하는 것은 아니다”¹⁷⁸⁾라고 하고 있다.

177) 대법원 1998.10.27. 선고 98다1560 판결 ; 대판 1998.9.18. 선고 97다28407 판결 ; 대법원1996.7.12. 선고 94다37646 판결.

178) 대판 1994.2.22. 선고 93다55241 판결.

제5절 소액임차인의 최우선변제권

1. 입법취지

1981년 주택임대차보호법이 시행되면서 심각한 문제 중 하나가 보증금·전세금의 반환확보였다. 법제정 당시에는 소액보증금의 우선변제권 규정이 없었으나, 1983년 제1차 개정에서 신설하였다. 소액보증금의 우선변제권이란 경제적 약자인 영세 임차인을 사회정책적 차원에서 적극적으로 보호하려는 목적으로 임차보증금의 일정액에 관하여는 다른 선순위 담보물권자보다도 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다(동법 제8조제1항).

제1차 개정법에서는 일정액 이하의 소액보증금 전액에 대하여 우선변제권을 부여 하였으나, 그 후 1989년 제2차 개정법에서는 소액보증금 보호제도에서 일정금액 보호제도로 전환하면서 그 보호범위를 확대하였다. 즉 임차인은 보증금 중 일정금액을 다른 담보물권자의 선후에 관계없이 최우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 인정되었다.

소액보증금의 우선변제권은 임차주택을 강제 환가할 수 있는 매각(경매)청구권은 인정되지 않지만 다른 담보물권자나 일반채권자가 매각(경매)을 신청하면 그 환가대금에서 직접변제를 받을 수 있으므로, 임차주택을 직접·배타적으로 지배하는 것과 같다. 따라서 물건으로서의 성질을 갖는다고 할 것이며, 또한 법률의 규정에 의하여 성립하므로 법정담보물권이라고 할 수 있다. 그리고 당사자가 그 성립을 배척할 수는 없다(동법 제10조).

2. 최우선변제권의 내용

가. 최우선변제권의 성립요건으로서의 대항요건

소액보증금의 최우선변제권을 인정하기 위하여도 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 갖추어야 하는 가의 문제가 제기 된다. 1983.12.30 주택임대차보호법 제1차 개정법 제8조 제1항은 “임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리가 있다”라고만 규정하고 있었을

뿐이므로, 이와 관련하여 대항요건을 갖추지 않아도 된다는 소극설¹⁷⁹⁾과 대항요건을 갖추어야 한다는 적극설¹⁸⁰⁾의 대립이 있었으나, 1989.12.30 제2차 개정에서 제8조제1항에 제2문으로 '이 경우 임차인은 제3조제1항의 요건을 갖추어야 한다'라고 규정하여 소액보증금의 최우선변제권의 행사요건으로 대항요건을 갖추어야 한다고 함으로써 이를 입법적으로 해결하였다. 그러나 소액보증금의 최우선변제권을 받기 위해서 주택임대차 계약증서상의 확정일자인을 받을 필요는 없다.¹⁸¹⁾

나. 대항요건의 성립시기

소액임차인은 대항요건을 언제까지 구비하여야 하는가 하는 문제이다. 이는 1989.12.30. 제2차 개정에서 제8조 제1항에 제2문으로 '이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기¹⁸²⁾ 전에 대항요건을 구비하여야 한다'라고 규정하여 이를 입법적으로 해결하였다.

담보물권자의 최소한도의 이익보장과 공시의 원칙을 통한 가장임차인의 방이라는 측면에서 소액임차인이 최우선변제권을 취득하기 위해서는 경매신청의 등기시까지 대항요건을 갖출 것을 규정한 현행 입법의 태도는 타당하다 할 것이다.

다. 소액보증금의 최우선변제의 요건

소액보증금의 최우선변제의 요건은 소액임차인이고, 대항요건을 갖추어야 하고 임차주택이 경매 또는 체납처분에 의하여 매각 되었어야 한다. 그리고 임대차가 종료한 후 배당요구의 신고를 함으로써 비로소 배당절차에 참가할 수 있다.

(1) 소액임차인일 것

(가) 소액보증금의 범위

소액보증금의 범위를 좁게 규정하면 임차인의 보호에 미흡한 반면, 소액보증금의 범위를 넓게 규정하면 후순위의 임차권자에게는 최우선변제권의 범위가 그만

179) 김오섭, "임대차에 있어서의 소액보증금의 보호를 둘러싼 제문제", 「사법논집」 제32집, 법원행정처, 1986, 497면.

180) 고상용, "개정 주택임대차보호법의 제문제", 「판례월보」 168호, 1984.9, 19면.

181) 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법 제3판」, 법률행정연구원, 2003, 943면.

182) 경매신청 등기라 함은 경매개시결정의 기입등기 또는 체납처분으로서의 압류등기를 의미 한다 (서울민사지방법원 1993.8.20. 선고 93나20756 판결 ; 서울고등법원 1995.5.25. 선고 95나1912 판결).

큼 넓어져 유리하게 되지만, 선순위 담보물권자에게는 그 만큼 당해 주택에 대한 담보가치가 저하되어 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 점에서 적절한 소액보증금의 범위를 규정하여 소액보증금의 임차권자와 선순위 담보물권자 간의 권리 조화가 필요하다고 본다.¹⁸³⁾ 이는 결국 정책적 결정의 문제인 것으로 주택임대차보호법 시행령이 1984.6.14. 대통령령 제11441호로 처음 제정될 당시에는 보증금이 서울특별시 및 직할시에서는 300만원 이하, 기타의 지역에서는 200만원 이하였으나 부동산 가격의 상승과 이에 따른 보증금의 증가 등으로 위 규정만으로는 소액임차인의 보호에 미흡하게 되어 그간 여러 차례의 개정을 거쳐 2001.9.15. 부터는 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역은 4,000만원 이하의 임대차계약일 경우에 1,600만원까지, 광역시(군지역과 인천광역시 지역은 제외)는 3,500만원 이하의 계약일 경우에 1,400만원 까지, 기타 지역은 3,000만원 이하의 계약일 경우에 1,200만원까지 각 상향조정되어 현재에 이르고 있다(시행령 제4조).

하나의 주택에 임차인이 2인 이상이고 이들이 그 주택에서 가정공동생활을 하는 경우에는 이들을 1인의 임차인으로 보아 이들의 각 보증금을 합산하여 그 금액이 소액보증금의 범위에 속하는가의 여부를 판단하여야 할 것이다.¹⁸⁴⁾

(나) 보증금의 증감에 관한 문제

처음에 임대차계약을 체결할 당시에는 보증금의 액수가 적어 소액임차인에 해당하였다 하더라도 그 후 임대차 갱신과정에서 보증금이 증액되어 압류의 효력 발생시에 그 기준범위를 초과하면 더 이상 소액임차인에 해당하지 않는다는 점에 대해서는 이론이 없을 것이다.

다만, 처음 임대차계약을 체결할 당시에는 소액보증금의 기준범위를 초과하였으나 나중에 보증금의 액수를 위 범위 내로 축소하여 변경한 경우에 소액임차인으로 보호받을 수 있는가에 대하여는 견해의 대립이 있다.

이는 처음 임대차계약을 체결할 당시에는 소액보증금의 기준범위를 초과하였으나 나중에 보증금의 액수를 위 범위 내로 변경한 경우에 소액임차인으로 보호하되, 어느 시점을 기준으로 보증금의 감액이 이루어진 경우의 소액임차인을 보호할 것인가의 문제가 논의의 핵심이 된다.

183) 이상인, “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금보호에 관련된 실무상 문제”, 「사법연구자료」 제16집, 법원행정처, 1993, 415면.

184) 김오섭, 전계논문, 502면.

학설로는 두 가지 견해가 대립한다. 첫째로, 배당시까지 소액보증금의 한도로 감축되었다면 소액임차인에 해당한다는 견해가 배당시 설¹⁸⁵⁾이다. 그 근거로는 주택임대차보호법 제8조 제1항에는 경매신청의 등기시까지 대항요건을 갖출 것을 요구하고 있을 뿐이므로 그때까지 대항요건을 갖추는 한 배당요구시까지 적법한 계약갱신에 의한 감액이 이루어진 소액임차인도 보호하는 것이 소액임차인을 보호하기 위하여 인정된 입법취지에 부합한다고 주장한다.

그러나 이 견해를 취하면 가장임차인의 양산이라는 문제가 발생하나 이는 경매 개시결정의 기입등기가 된 후에 임대차계약을 갱신하여 보증금을 감액한 경우에는 허위로 추정함으로써 이를 방지할 수 있다고 주장하고 있다.

둘째로, 압류 전까지 보증금액이 소액보증금의 한도로 감축되었다면 소액임차인에 해당한다는 견해가 압류시 설¹⁸⁶⁾이다. 그 근거는 압류 전에 임차보증금이 소액보증금에 해당하지 아니하였는데, 압류 후의 계약내용의 변경에 의하여 소액보증금으로 된 때에도 우선변제의 권리가 있다고 하면 탈법행위의 가능성이 크고 이해관계인과의 이해조절의 측면에서 압류 후에 감액된 보증금은 보호할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 주장한다.

이에 대한 대법원판례는 아직 없으나 하급심판결 중 경매개시결정의 기입등기 후에 소유자와의 합의에 의하여 보증금을 소액보증금의 범위 내로 변경한 경우에는 우선변제권이 인정되는 소액임차인에 해당하지 않는다고 판시한 것이 있다.¹⁸⁷⁾

실무상으로는 경매기입등기를 기준으로 그전에 감액이 이루어진 경우에는 소액보증금으로 인정하고, 그 이후에 감액이 이루어진 경우에는 소액보증금으로 인정하지 않고 있다. 즉, 경매개시결정의 기입등기 전까지 이루어진 경우에 한하여 소액임차인으로서 최우선변제권을 인정해 주는 압류시 설이 타당하다고 본다.

(다) 소액임차인인가의 여부

주택임대차보호법시행령 제3조는 하나의 주택에 임차인이 2인 이상이거나 이들이 그 주택에서 가정공동생활을 하는 경우에는 이들을 1인의 임차인으로 보아 이들의 각 보증금을 합산한다고 규정하고 있다. 여기에서 가정공동생활을 하는

185) 박재승, 전제논문, 485면.

186) 김지영, “소액보증금임차인의 우선변제권”, 「사법연구자료」 제23집, 1996, 136면.

187) 서울민사지방법원 1993.11.9. 선고 93나31602 판결.

경우란 주택임대차보호법 제9조와 관련하여 해석하면 법적인 가족관계 또는 사실상의 혼인, 양친자관계의 형제자매와 같은 사실상의 가족관계에 있는 자들이 하나의 가정을 이루어 동일한 주택에서 생계를 공동으로 하며 생활하는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

그러나 위 해석에 의하더라도 결국 임차인들의 가정공동생활 여부는 구체적인 생활관계를 기초로 하여 사회통념에 따라 판단할 수밖에 없다 할 것이다. 이는 사실상으로는 가족 1인의 이름으로 소액보증금의 범위를 초과하는 내용의 임대차계약을 체결하고 다른 가족은 거기에 얹혀살고 있음에도 불구하고, 후일 배당을 받기 위하여 각각의 이름으로 소액보증금을 내용으로 한 임대차계약을 체결하여 후일 소액보증금으로서 배당을 받는 경우와 같이, 최우선변제권이 있는 소액보증금의 범위를 넘는 임차인이 최우선변제권의 혜택을 받기 위하여 계획적으로 가족공동생활을 하는 자의 명의로 2개 이상의 임대차계약을 체결함으로써 당해 임차주택에 대한 선순위 담보물권자의 담보가치를 저하시킬 위험을 방지하려는 데 그 입법취지가 있다고 할 것이다. 따라서 이들 가족 모두의 보증금 합산액이 소액임차인의 기준범위를 초과하게 되면 전체적으로 최우선변제권을 인정받지 못하게 된다. 그러나 이를 엄격히 관철할 경우에 이러한 임차인은 법원을 속이려고 한 만큼 그 응보를 받는 것으로서 당연한 것으로 볼 수도 있으나 이는 그 대가가 너무 가혹하므로 오히려 형평에 맞지 않다는 점에서 어느 한쪽만 소액임차인으로 보아 우선 변제하고 나머지는 가장임차인으로 보아 배당에서 제외하고 있는 것이 현재의 경매실무이다.

또한 임차인으로부터 주택을 전차한 소액전차인에 대하여도 소액보증금의 최우선변제권을 인정할 것인가의 문제가 제기된다.

소액전차인의 임대인에 대한 보증금반환청구에 대하여는 견해가 나누어 질 수 있으나 주택임대차보호법에서 규정하고 있는 소액임차인의 최우선변제권은 그 법적 성질이 위에서 살펴본 바와 같이 일종의 법정담보물권인 점, 전채산에 가까운 영세임차인의 보증금을 반환받는 것을 보장할 필요성에 의하여 입법된 소액보증금의 최우선변제권은 소액전차인에게도 필요성이 동일하게 인정되는 점 등을 고려할 때 소액전차인도 보증금의 반환청구권에 관하여 소액 임차인과 동일한 권리를 가진다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 현재 법원실무도 동일

한 입장이다.

전차인의 소액보증금 최우선변제권의 성립요건으로서 전대인(임차인)이 소액임차인에 해당되어야 하는가에 대하여, 종래 이 점에 관하여 경매실무에서는 논란이 있었으나 1998.4.15.개정된 대법원 예규 「송무예규 제596호: 주택임대차보호법 제8조에 관한 질의 회답(송민 84-1) 문 9」는 전대인(임차인) 자신이 제8조에 의한 최우선변제권이 있는 소액임차인인 경우에 한하여 전차인도 최우선변제권을 행사할 수 있다고 함으로써 그 사이의 실무상의 논란을 종식시켰다. 경매실무도 대법원 예규에 따라 처리하고 있다.

이는 소액전차인 보호의 필요성에 의하여 예외적으로 인정한 것이므로 그 범위를 엄격히 해석하여야 한다는 점, 전대인이 소액임차인이 아닌 경우에도 소액전차인에게 최우선변제권을 인정한다면 이 같은 전대인이 수인의 소액임차인에게 전대하는 방법을 통하여 사실상 자신의 보증금을 최우선변제 받을 수 있는 탈법을 조장할 우려가 있다는 점 등을 고려할 때 소액 전차인의 최우선변제권은 전대인이 소액임차인인 경우에 한하여 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

(2) 대항요건을 갖추었을 것

1989.12.30. 주택임대차보호법 제2차 개정으로 제8조제1항 제2문에서 이를 필요로 한다고 명문화하고 나아가 대항요건은 주택에 대한 “경매신청의 등기” 전에 이를 구비하여야 한다고 했다(제8조제1항 후문). 대항요건 존속의 종기에 대하여 판례는 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도와 주민등록은 소액임차인의 우선변제권 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고 배당요구의 종기인 경락기일까지 존속하고 있어야 한다고 판시하고 있다.¹⁸⁸⁾

(3) 임차주택이 경매 또는 체납처분에 의하여 매각되었을 것

최우선변제권을 행사하기 위해서는 당해 임차주택이 경매 또는 체납처분에 의하여 매각되었어야 한다. 따라서 경매나 체납처분에 의하지 아니하고 단순히 매매 등의 법률행위에 의하여 임차주택이 양도된 경우에는 대항력이 문제될 뿐 우선변제권은 문제되지 않는다.

188) 대법원 1997.10.10. 선고 95다44597 판결.

(4) 임대차가 종료 및 배당요구의 신고를 하였을 것

보증금은 그 본질상 임대차가 존속중인 한은 반환을 청구할 수 없는 것이기 때문에 소액임차인은 남은 기간이 경과하여 임대차가 종료한 때 비로소 양수인에 대하여 보증금의 반환을 청구할 수 있다. 그런데 만약 양수인에 대항할 수 있는 임차인이 임대차기간이 아직 남아 있는데도 배당절차에 참가하여 우선변제를 청구하는 경우에 이를 어떻게 볼 것인가 문제된다. 이에 관하여 임차인은 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 것을 원하지 아니하는 경우에는 이의를 제기함으로써 임대차관계의 구속력으로부터 벗어날 수 있다고 보는 것이 일반적인 견해¹⁸⁹⁾이다. 따라서 임차인이 배당절차에 참가하여 배당요구, 즉 우선변제를 청구하면 그것으로써 임대차관계를 종료시킬 의사를 표시한 것으로 보아 임대차관계가 종료한 것으로 하여 배당을 하는 것이 타당하다.

또한 소액임차인이 환가대금으로부터 우선변제를 받기 위해서는 경매법원에 배당요구를 하거나 채납처분청에 우선권의 행사를 신고하여야 한다.

라. 최우선변제권의 행사

소액임차인의 보증금 중 일정액은 다른 담보물권보다 최우선으로 변제받는다. 뿐만 아니라 국세·지방세 등의 모든 조세채권보다도 우선하여 변제받을 수 있다(국세기본법 제35조 제1항4호, 지방세법 제31조 제2항4호). 다만 근로기준법 제37조 제2항 소정의 최종 3개월분의 임금채권 및 최종 3년간의 퇴직금채권과의 사이에는 동순위로 배당을 받게 된다.

소액보증금의 최우선변제를 받을 대상은 건물과 대지의 가액의 ½이다. 주택과 대지에 대한 경매가 따로 진행되는 경우에도 보증금반환청구권이 남아있는 한 소액임차인은 각 경매절차에 모두 참가하여 우선변제를 받을 수 있다. 이 경우 먼저 경매되는 목적물의 경락대금의 ½한도 내에서 다시 우선변제를 받는다.

“주택임대차보호법 제8조 소정의 우선변제권의 한도가 되는 주택가액의 2분의 1에서 ‘주택가액’이라 함은 낙찰대금에다가 입찰보증금에 대한 배당기일까지의 이자, 몰수된 입찰보증금 등을 포함한 금액에서 집행비용을 공제한 실제 배당할 금액이라고 봄이 상당하다”.¹⁹⁰⁾

189) 김학동, “주택임대차보호법상의 문제점”, 「관례월보」 제194호, 1986.11, 22면.

“대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인은 임차주택과 그 대지가 함께 경매될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 그 대지만이 경매될 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있고,¹⁹¹⁾ 이와 같은 우선변제권은 법정담보물권의 성격을 갖는 것으로서 임대차 성립시의 임차 목적물인 임차주택 및 대지의 가액을 기초로 임차인을 보호하고자 인정되는 것이므로, 임대차 성립 당시 임대인의 소유였던 대지가 타인에게 양도되어 임차주택과 대지의 소유자가 서로 달라지게 된 경우에도 그 대지 환가대금에 대한 우선변제권을 행사할 수 있다”¹⁹²⁾고 하여 주택임대차 성립 후 임대인 소유를 벗어난 ‘임차주택의 대지’에 대하여 주택임대차보호법상 임차인의 우선변제권이 미친다고 판결한 사례이다.

마. 판례의 변경

미등기 주택을 임차한 주택임대차보호법상의 임차인이 그 주택 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있는지 대법원전원합의체판결은 “주택임대차보호법의 관련 규정에 비추어 볼 때, 어느 건물이 국민의 주거생활의 용도로 사용되는 주택에 해당하는 이상 비록 그 건물에 관하여 아직 등기를 마치지 아니 하였거나 등기가 이루어질 수 없는 사정이 있다고 하더라도 다른 특별한 규정이 없는 한 같은 법의 적용대상이 된다고 해석함이 상당하며(미등기무허가 건물의 양수인에 대한 대항력을 인정한 대법원 1987.3.24. 선고 86다카164 판결 참조), 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인에게 우선변제권을 인정한 같은 법 제3조의2 및 제8조가 미등기 주택을 달리 취급하는 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 위에서 본 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인의 임차주택 대지에 대한 우선변제권에 관한 법리는 임차주택이 미등기인 경우에도 그대로 적용된다고 보아야 한다”¹⁹³⁾고 판시하고 있다. 따라서 임차주택이 미등기인 경우에도 그 주택의 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다고 하여 종전에 미등기 주택의 대지의 환가대금에 대한 소액임차인

190) 대법원 2001.4.27. 선고 2001다8974 판결.

191) 대법원 1999.7.23. 선고 99다25532 ; 대법원 1996.6.14. 선고 96다7595 판결.

192) 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 판결.

193) 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체판결.

의 우선변제권에 관하여 이와 견해를 달리한 판결을¹⁹⁴⁾ 변경하였다.

3. 관련 판례의 검토

대지에 관한 저당권 설정 후 지상에 건물이 신축된 경우, 건물의 소액임차인에게 그 저당권 실행에 따른 환가대금에 대한 우선변제권이 인정되는가에 대하여, 대법원은 “임차주택의 환가대금 및 주택가액에 건물뿐만 아니라 대지의 환가대금 및 가액도 포함된다고 규정하고 있는 주택임대차보호법(1999.1.21. 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 및 법 제8조의 제3항의 규정과 같은 법의 입법취지 및 통상적으로 건물의 임대차에는 당연히 그 부지 부분의 이용을 수반하는 것인 점 등을 종합하여 보면, 대지에 관한 저당권의 실행으로 경매가 진행된 경우에도 그 지상 건물의 소액임차인은 대지의 환가대금 중에서 소액보증금을 우선변제 받을 수 있다고 할 것이나, 이와 같은 법리는 대지에 관한 저당권설정 당시에 그 지상 건물이 존재하는 경우에만 적용될 수 있는 것이고, 저당권 설정 후에 비로소 건물이 신축된 경우에만 공시방법이 불완전한 소액임차인에게 우선변제권을 인정한다면, 저당권자가 예측할 수 없는 손해를 입게 되는 범위가 지나치게 확대되어 부당하므로, 이러한 경우에는 소액임차인은 대지의 환가대금에 대하여 우선변제를 받을 수 없다고 보아야 한다”¹⁹⁵⁾고 하여 대지에 관한 저당권 설정 당시에 그 지상 주택이 존재하는 경우에 한하여 소액임차인의 최우선변제권이 인정된다는 판결이다.

대지 및 건물의 경매 개시되었다가 대지 부분만 낙찰된 경우에도, 주택의 소액임차인은 최우선변제권을 행사할 수 있는가에 대하여, 대법원은 “다가구용 단독주택의 대지 및 건물에 관한 근저당권자가 그 대지 및 건물에 관한 경매를 신청하였다가 그 중 건물에 대한 경매신청만을 취하함으로써 이를 제외한 대지 부분만이 낙찰되었다고 하더라도, 그 주택의 소액임차인은 그 대지에 관한 낙찰대금 중에서 소액보증금을 담보물권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있다”¹⁹⁶⁾고 하고 있다.

194) 주택임대차보호법 제8조의 규정에 의해 건물이나 토지의 경락대금에서 우선변제를 받기 위해서는 그 임대차의 목적물인 주택에 관하여 그 임대차 후에라도 소유권등기가 거쳐져 경매신청의 등기가 되는 경우이어야 한다 (대법원 2001.10.30. 선고 2001다39657판결).

195) 대법원 1999.7.23. 선고 99다25532 판결 ; 대법원 1996.6.14. 선고 96다7595판결.

196) 대법원 1996.6.14. 선고 96다7595 판결.

4. 정리

주택임대차보호법은 경제적 약자인 주택임차인의 지위 보장을 위하여 제8조제1항에서 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자 보다 우선하여 변제를 받을 권리가 있다”고 규정하고 있다.

부동산 거래의 안전을 위하여 민법 제186조에서는 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다고 규정하여 등기를 물권의 효력발생요건으로 하고 있으며, 물권의 배타적 효력에 의하여 동일 부동산에 있어서 권리의 선후는 등기의 선후에 의하여 그 우열을 가리도록 하고 있다. 특히 대세적 효력을 가진 물권은 대인적 효력만을 가지는 채권에 당연히 우선하게 되므로 이는 법적 안정성을 기하기 위하여 민법상의 기본원리로서 인정하고 있다. 그러나 법적 안정성에 기한 민법상의 기본원리의 예외로서 채권인 임차인의 보증금반환청구권에 대하여 주택임대차보호법에서는 법정담보물권으로서 확정일자부 임차인의 우선변제권과 소액보증금의 최우선변제권을 인정하고 있다. 그리고 보증금의 최우선변제를 받을 수 있는 자는 모든 임차인이 아니라 보증금이 일정기준이하의 소액임차인에 한하여 인정하고 있다.

이처럼 사회경제적 약자인 임차인의 보증금반환의 확보, 특히 보증금이 전 재산이라고 할 수 있는 영세임차인에게 있어서 일정범위 내의 보증금의 확보라는 구체적 타당성이 법적 안정성에 비하여 더 우월하므로 소액보증금의 최우선변제권의 존재를 긍정할 수는 있을 것이다. 다만 소액보증금의 최우선변제의 존재를 인정하더라도 다른 담보권자의 이익과의 적절한 조화가 이루어지도록 해야 할 것이다. 그리고 가장임대차계약체결 또는 가장임대차계약변경 등의 탈법의 가능성을 철저히 배격하는 방향으로 운용되어야 할 것이다.

제4장 주택임차권의 대항력상의 문제점과 개선방안

제1절 문제점

1. 대항력의 취득요건인 주민등록에 관한 문제

가. 공시방법으로서의 주민등록

주민등록은 주택임차권의 공시방법으로서 중요한 기능을 하고 있다. 또한 임차인의 권리보호에 큰 영향을 미치고 있다. 판례는¹⁹⁷⁾ 임차인의 대항력 또는 우선변제권이 인정되기 위해서는 주민등록상의 표시와 실제의 상황, 등기부상 주소가 일치할 것을 요구하고 있다. 아파트, 연립주택, 다세대주택 등 공동주택의 경우에는 지번 다음에 공동주택의 명칭과 동·호수를 기재하여야 하고 지번만 기재하거나 실제의 동·호수표시와 불일치한 임차인의 주민등록은 임대차의 공시방법으로 유효한 것이라 할 수 없다고 한다. 이처럼 대법원은 공동주택의 경우 임차인보호라는 입장보다는 제3자 내지 거래의 안전보호를 더 중시하고 있는 것으로 보인다. 이는 법원이 민법상 공시제도를 엄격히 적용하는 결과라 할 것이다.

주민등록법상 주민등록의 본래 취지는 시 또는 군의 주민을 등록케 함으로써 주민의 거주관계 및 인구의 동태를 상시로 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정성을 통하여 행정사무의 간이한 처리를 도모할 목적으로 시행된 것이다.

그러나 행정사무의 간편한 처리를 위하여 주민등록을 임차권의 공시제도로 인용한 것이 오히려 피해를 주는 경우가 많이 발생하고 있다. 이는 현행법상 주민등록의 공시성에 관하여 구체적인 명문규정이 없고 판례에 의하여 해석되고 있기 때문이다.

197) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결 ; 대법원 1999.12.7. 선고 99다44762, 44779 판결 ; 대법원 1999.5.25. 선고 99다8322 판결 ; 대법원 1999.4.13. 선고 99다4207 판결 ; 대법원 1998.1.23. 선고 97다47828 판결 ; 대법원 1997.7.11. 선고 97다10024 판결.

198) 이회규, “부실 전입신고와 대항력의 유효성”, 「중앙법학」 제4집 제3호(통권7호), 중앙법학회, 2002, 206면.

임차주택의 실제 주소와 전입신고서에 기재하는 주소, 등기부에 기재되는 주소가 임차인의 착오 또는 지번변경 및 담당공무원의 착오 등의 이유로 각각 일치하지 않는 경우에 어느 정도의 범위를 동일하다고 보아야 하는지 오로지 법원의 해석에 맡기고 있다.

현실적으로 주택임대차에 있어 주민등록이 공시원칙에 따른 기능을 제대로 하지 못하고 있는 것은 행정상 제도인 주민등록을 민사법관계에 도입하면서 양자를 조화시키기 위한 절차를 고려하지 않았기 때문이다.

이렇듯 양 주소가 차이가 나는 것은 행정상주소인 주민등록과 사법상주소를 별도의 기관에서 관리하고 있는 점을 원인으로 지적할 수 있다. 현재 주민등록은 동사무소 등에서 임차인의 신고만으로 이루어지고, 담당직원은 전입신고서에 기재된 주소지 또는 임대차계약서에 기재된 주소지에 대하여 아무런 확인을 하지 않은 채 주민등록을 하거나 확정일자인을 날인하므로 등기부에 기재된 주소와 달라지는 경우가 많다. 특히 행정상주소는 행정구역의 변경으로 지번이 자주 달라지거나, 준공당시의 주소와 등기시의 주소가 달라지는 경우도 많이 있다. 일차적으로 정확한 주소를 신고하여야 하는 임차인의 잘못이 크겠으나, 단순히 임차인에게 책임을 물을 수 없는 경우도 상당하다. 이와 같이 임차인의 주거생활의 안정과 보증금의 확보를 위하여 도입된 제도가 오히려 임차인에게 피해를 주고 있는 것이다. 주민등록법상 주민등록은 주민이동의 파악이라는 순수한 행정상 목적에 의한 것이기 때문에 민사법상 권리관계와 연관 지음으로써 그로 인한 불이익을 임차인이 고스란히 져야한다는 것은 큰 모순이 아닐 수 없다.

나. 대항요건으로서의 주민등록에 관한 견해

(1) 삭제하자는 견해

주택임대차보호법이 공시방법으로 주민등록까지 요구한 것은 동법의 본래 입법취지인 영세 무주택자의 주거안정의 실질적 보호에 오히려 지장을 초래하여 입법론으로는 시대 역행적이고 낙후된 입법¹⁹⁹⁾이라는 이유와 주민등록은 비공개 원칙을 취하고 있고, 주민등록에 기재되는 사항은 등록 대상자의 극히 개인적인 신원관계사항에 그치므로, 임대차관련사항의 기재란을 추가하지 않는 한, 임대차

199) 이범주, 전제 주택임대차의 대항력, 37면.

관계의 공시장부로서는 부적합하다는 점,²⁰⁰⁾ 주민등록과 임차인의 주거가 일치하지 않으며 주민등록을 다른 필요에 의하여 주거와는 관계없이 이전시키는 경우가 많다는 점, 주민등록표에 기재되는 내용이 임대차관계의 공시와는 무관하며, 외국의 경우 주민등록을 주거와는 관계없이 이전시키는 경우도 있다는 점 등을 이유로 대항력 취득요건으로 점유의 이전, 즉 건물의 인도만으로 족하고 주민등록요건을 폐지하여야 한다는 견해이다.

(2) 존치시키자는 견해

주민등록은 등기와 달리 임차인의 신고만으로 이루어져 절차가 간편하고, 비용이 들지 않는다는 점, 공시방법으로 불완전한 점유만으로 대항력을 인정한다는 것은 제3자 보호에 문제가 있고, 또한 대항력 취득시기를 명확히 할 수 있다는 점,²⁰¹⁾ 그리고 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금의 우선변제도의 악용방지라는 필요성에 의해서도 주민등록요건은 필요하다고 보는 견해이다.²⁰²⁾

(3) 판례

대법원은 “주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택의 인도와 더불어 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있는 공시방법으로 마련된 것이라고 볼 것이므로 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 일반사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 인정될 것이다”라고 판시하고 있다.²⁰³⁾

다. 대항요건에 관한 주요 국가의 법제

독일은 임차인보호법이 민법에 편입되어 ‘임차인이 주택을 인도한 때부터 제3

200) 김진현, “우리 주택임대차제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 「민사법학」 제13.14호, 한국민사법학회, 1996.4, 395면.

201) 배용범, “주택임대차보호법상의 대항력”, 「법률신문」, 1987.5.4, 12면.

202) 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「충남대학교 법률행정연구소 논문집」 제16권, 충남대학교 법률행정연구소, 1988, 389면.

203) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결 ; 대법원 2003.5.11. 선고 2003다10940 판결 ; 대법원 2002.11.8. 선고 2002다38361 판결 ; 대법원 2002.10.11. 선고 2002다20957 판결 ; 대법원 1987.11.10. 선고 87다카1573 판결.

자에게 대항력이 인정된다(독일 민법 제571조)'고 규정하고 있어 임차인을 폭넓게 보호하고 있다. 또한 우리나라와 달리 매월 임대료를 정기지급 하는 방식으로 되어 있어서 대항력의 문제는 크게 작용하지 않는다.

영국에서는 당해 주택에 거주하고 있는 임차인을 보호하는 것이 차가법이 기본원칙이기 때문에 임차인은 그 보호를 청구하는 주택에 개인적 거주 또는 현실적 점유를 해야만 대항력을 인정받고 있다.

우리 민사법체계와 유사한 일본 역시 임대인이 등기협력을 제대로 하지 않는다는 이유로 차지차가법에서 '건물의 임대차는 그 등기가 없더라도 건물의 인도가 있는 때에는 향후 그 건물에 관하여 건물을 취득한 자에 대하여 그 효력을 발생한다'고 하여 주택의 인도만으로 임차인의 대항력을 인정하고 있다(차지차가법 제31조).

라. 문제의 제기

우리나라는 외국과는 달리 주택임대차에 있어서 보통 주택가격의 60-70%에 달하는 보증금을 임대인에게 지불하고 주택을 임차하는 경우가 대부분이다. 때문에 임대차관계에서의 대항력 취득여부와 대항력 취득시기 여부를 분명하게 하지 않으면 임대인의 다른 채권자에게 불측의 손해를 입힐 수 있고, 권리의 선후관계로 인한 분쟁이 생길 여지도 많으므로, 주민등록을 삭제하더라도 이를 대체할 수 있는 공시방법을 마련하지 않는 한 대항력 취득요건에서 주민등록을 삭제하기란 현실적으로 어렵다고 본다.²⁰⁴⁾ 그리고 인도만으로 임대차관계를 표상할 수 있도록 하는 것은 우리의 현실에 맞지 않다고 보며, 임차인 보호 못지않게 임차목적물에 이해관계를 가지는 제3자의 보호와 거래의 안전도 중요한 것이다. 경제적 약자인 임차인을 우선적으로 보호할 필요성은 있으나, 이런 이유로 민사법상 거래질서까지 해하는 것은 무리이므로 주민등록요건을 삭제하는 것은 타당하지 않다고 판단된다.

따라서 적절한 방안은 주민등록요건을 유지하면서 법 개정을 통하여 사법상 주소와 행정상 주소를 일치시키도록 하는 것이라고 본다. 이러한 점에서 행정상

204) 윤준미, "주택임대차 공시방법으로서의 주민등록에 대한 재고찰", 「국회사무처 법제실」 법제현안 제 2004-11호 (통권 제165호), 2004.12, 26면.

제도인 주민등록을 임차권의 대항력과 연관시킴으로써 발생하고 있는 문제, 특히 행정상 주소와 사법상 주소의 불일치로 인한 임차인의 피해를 줄이기 위한 입법적 해결방안이 필요한 것이다.

2. 대항력의 발생시기상의 문제

주택임대차보호법 제3조제1항에서 의미하는 대항력의 발생시기는 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 익일부터 제3자에 대항할 수 있다고 규정하고 있다. 판례도 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일 오전 영시부터 제3자에게 효력이 발생한다”²⁰⁵⁾고 하고 있다. 그 이유로 “주택임대차보호법 제3조 제1항이 인도와 주민등록을 갖춘 다음날부터 대항력이 발생한다고 규정한 것은 인도나 주민등록이 등기와 달리 간이한 공시방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란한데다가, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경료 하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다도 등기를 경료한 권리자를 우선시키고자 하는 취지이고 같은 법 제3조의2 제2항에 규정된 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 주택임차권의 제3자에 대한 물권적 효력으로서 임차인과 제3자 사이의 우선순위를 대항력과 달리 규율하여야 할 합리적인 근거도 없으므로, 법 제3조의2 제2항에 규정된 확정일자를 입주 및 주민등록과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다²⁰⁶⁾”라고 판시하고 있다.

그러나 그 결과로 오전에 주택의 인도 및 주민등록을 마친 임차인이 같은 날 오후에 경료된 제3자 명의의 등기로 인하여 피해를 보는 경우가 발생할 수 있다. 그렇다면 선후 결정은 입증의 문제로 해결하게 하고 법문에서 익일을 삭제하여 대항요건이 갖추어진 순간부터 바로 대항력이 발생하도록 하는 것이 영세 임

205) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결 ; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결.

206) 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

차인을 위한 적합한 임대차를 규정하는 법으로서의 역할이라고 본다.

이와 관련하여 대법원은 두 가지 사례에 대해서 서로 대조적인 판결을 하고 있다. 이하에서 서로 다른 견해의 판례를 비교·검토해 본다.

대법원 판례 A: “갑(甲)이 주택에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 주민등록 전입신고까지 마친 다음 처와 함께 거주하다가 을(乙)에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 다시 임차하여 계속 거주하기로 약정하고 임차인을 갑(甲)의 처로 하는 임대차계약을 체결한 후에야 을(乙) 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우, 제3자로서는 주택에 관하여 갑(甲)으로부터 을(乙) 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에는 갑(甲)의 처의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다 할 것이므로, 갑(甲)의 처의 주민등록은 주택에 관하여 을(乙) 명의의 소유권이전등기가 경료되기 전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고, 을(乙) 명의의 소유권이전등기가 경료된 날에야 비로소 갑(甲)의 처와 을(乙) 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다고 할 것이며, 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의하여 유효한 공시방법을 갖춘 다음날인 을(乙) 명의의 소유권이전등기일 익일부터 임차인으로서 대항력을 갖는다.”²⁰⁷⁾고 판시하고 있다. 마찬가지로, “자기 명의의 주택을 매도하면서 동시에 그 주택을 임차한 경우, 매도인이 임차인으로서 가지는 대항력은 주택임대차보호법 제3조제1항의 취지에 따라 매수인 명의의 소유권이전등기가 경료된 다음날부터 효력이 발생한다.”²⁰⁸⁾

위 판결은 법 현실이나 당사자 의사에도 부합되지 않고 주택임대차보호법 입법취지에도 반한 것으로 매도인의 임대차인으로서 가지는 대항력은 물권변동의 일반원칙에 따라 매수인 명의의 소유권이전등기가 경료된 날을 대항력이 갖추어진 시기로 보아야 한다고 주장하는 견해도 있다.²⁰⁹⁾

한편 수분양권자인 임차인으로부터 임차한 경우에는 소유권이전등기 즉시 대항력이 생긴다.

판례 B: 갑(甲) 회사가 임대아파트를 을(乙)에게 임대(임대기간만료 후 을에게 분양하기로 약정)한 후 을(乙)이 다시 병(丙)에게 임대하여 96.1.2 병(丙)은

207) 대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결 ; 대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결.

208) 대법원 2000.4.11. 선고 99다70556 판결 ; 대법원 2000.2.11. 선고 99다59306 판결.

209) 조현래, “주택임차권의 대항력 발생시기”, 「법률신문」 제2883호, 2000.5.11, 14면.

보증금을 을(乙)에게 지급하고 입주, 96.1.12 전입신고, 97.3.19 을(乙) 명의로 소유권이전등기, 정(丁)의 근저당등기, 무(戊)의 근저당등기가 같은 날 순차로 등기된 경우, 병(丙)의 주민등록은 제3자가 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식할 수 있었으므로 96.1.12부터 임대차를 공시하는 기능을 수행하고 있었다고 할 수 있고, 병(丙)은 을(乙) 명의의 소유권이전등기가 경료되는 즉시 대항력을 취득한다²¹⁰⁾라고 하고 있다.

위 B의 판례는 주택임대인이 소유권을 취득하는 날 저당권이 설정되었는데도 주택임차인의 대항력이 인정 되었다. 즉 판례는 임대인이 목적물의 소유자가 되면 임차인의 대항력을 취득하는 시점을 임대인이 소유권을 취득한 직후로 보고 있다. 대조적인 판결이다.

따라서 위 A의 사례에서 보듯이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 임차인의 대항력 취득에 있어서 인도와 주민등록을 마친 익일에 대항력이 발생한다고 할 경우에는 임차인이 대항요건을 구비하더라도 악의적인 임대인이 주민등록일에 임차주택에 근저당권을 설정하거나 매도하여 익일조항을 임대인이 악용할 경우에는 임차인은 전혀 보호가 되지 않는 문제점이 있다.

3. 임차권등기명령제도상의 문제

가. 신속한 보증금 회수 기회의 차단

우리나라의 주택임대차는 전세금이 주택가격의 60~70%에 이르는 채권적 전세가 대부분이다. 그리고 주택의 소유를 투자수단으로 생각하는 임대인은 임차인으로부터 지급받은 채권적 전세금이나 보증금을 금융기관에 예치하여 그에 대한 이자를 수입으로 삼는 것이 아니라 임차주택을 매입하거나 신축하는 비용으로 충당시키는 것이 현실이다. 또한 임대차종료 후 퇴거를 원하는 임차인은 새로운 전세입주자가 있을 때 후속임차인으로부터 건물에 대한 보증금을 받아야 비로소 보증금을 반환하는 것이 관행이다. 결국, 임대인의 입장에서는 전세금이나 보증금을 마련하기 위해서는 임차주택이 재임대 되지 않는다면 임차주택을 담보로 금융기관으로부터 대출을 받을 수밖에 달리 방법이 없는 것이 보통인데 그것도

210) 대법원 2001.1.30. 선고 2000다58026, 58033 판결.

임차권등기명령의 등기가 되어 있다는 이유로 은행의 용자가 사실상 어렵다. 그리고 임차권등기명령의 등기를 마쳐진 주택을 그 이후에 임차한 임차인은 임차권등기명령(제3조의3 제6항)에 의하여 주택임대차보호법(제8조 제1항)의 최우선 변제를 받을 권리를 배제하고 있어서 재임대를 통한 보증금 마련 기회를 차단하는 결과가 되고 있다. 그러므로 임차권등기를 하고 대항력 및 우선변제권을 유지시킨 채 이사를 하기 위해서는 기존의 보증금을 반환받지 못하더라도 새로운 주거를 구할 수 있는 정도의 경제적 여유가 있는 소수의 임차인만 보호대상이 될 것이며, 정작 보호를 받아야 할 대부분의 임차인은 거의 실질적으로 보호를 받기가 어렵다고 할 것이다.

따라서 임차권등기명령은 대항력과 우선변제권이 유지되거나 새로 취득되는 것일 뿐이지 임차보증금을 반환하여 주는 것이 아니기 때문에, 계약기간 만료 시 신속한 전세보증금의 반환 등 임대인의 의무를 이행강제하는 제도가 있어야 할 것이다.

나. 적용대상 주택에 대한 문제

임차권등기명령의 적용대상이 되는 주택은 임차권등기명령제도 제3조의3 제7항의 대법원규칙에 의하여 등기를 할 수 있는 주택에 한정하고 있기 때문에, 미등기주택이나 무허가주택의 임차인은 임차권등기명령제도를 이용할 수가 없는 문제점이 있다. 그러나 이러한 건물들은 주택임대차보호법의 적용범위²¹¹⁾의 대상이 되는 주택이다.

제2절 개선방안

1. 대항력의 취득요건상의 주민등록 절차 개선

판례는 일관하여 주민등록이 유효한 공시방법이 되기 위해서는 주민등록상의 주소가 임차주택의 실제 지번·동수·호수와 일치할 것을 요구하고 있다.

211) 주거용 건물에 대한 판단은 공부상의 표시에 관계없이, 사실상 사람이 살고 있다는 실지 용도에 따라 하게 된다. 주거용 건물이기만 하면 등기된 건물·미등기 건물·준공 필증을 받지 못한 건물·무허가 건물·가건물·부속 건물이나를 가리지 않고 주거용 건물에 해당 한다 (한삼인 전게서, 921면).

임대차관계는 사법적 권리관계로서 그 주소의 정확성은 임차권의 대항력과 보증금을 우선변제 받는데 있어 가장 중요한 사항이므로 사법상 등기된 주소와 일치시켜야만 하는 것은 당연한 일이다. 따라서 임대차계약서에 확정일자인을 부여하는 기관을 주택소재지 관할 등기소로 일원화하여²¹²⁾ 일차적으로 관할 등기소에서 임대차계약서에 확정일자를 먼저 부여 받고, 그 일치된 주소를 가지고 동사무소에서 전입신고를 하는 절차를 제도화하여, 행정상 주소와 사법상 주소가 불일치하는 것을 미연에 방지할 수 있도록 주민등록 절차를 개선하는 것이 바람직하다. 임대차분쟁에서 판단의 기준이 되는 것은 사법상 주소이므로, 이에 주민등록을 맞추는 절차가 반드시 필요하고 적절한 방안이라고 생각한다. 사법적 권리관계를 표상하기 위하여 등기소인 사법기관의 확인을 받은 주소지를 신고하도록 함으로써 거주인구의 동태 파악과 행정사무의 처리라는 주민등록법의 목적도 이루고, 공시방법으로서의 주민등록의 제대로 된 역할도 기할 수 있을 것이다.

2. 대항력의 발생시기의 보완

위 A의 판례는 임대인 을(乙)이 임차인의 대항력 요건인 주민등록의 익일조항을 전형적으로 악용한 사례로, 갑(甲)이 을(乙)에게 매도와 동시에 임대차계약을 설정 하였음에도 불구하고 을(乙)이 이러한 임대차 사실을 알면서 자기 명의의 소유권이전등기와 동시에 담보를 설정하여 담보권자의 경매가 이루어진 경우다.

또한 A의 판례는 주택임대차보호법 제3조제1항에 바탕을 둔 이론구성으로 보이지만 소유권이전등기를 마친 때부터 제3자에 대한 대항력을 취득하는 것으로 해석해야 한다. 그래야만 이러한 해석론이 '주택임차인의 보호'라고 하는 주택임대차보호법의 입법취지·물권변동에 관한 민법 제186의 원칙에 비추어 볼 때 타당하다고 본다.²¹³⁾

한편, 위 B의 판례는 임대인이 목적물의 소유자가 되면 임차인의 대항력을 취득하는 시점을 임대인이 소유권을 취득한 직후로 보고 있다. 주택임대차보호법 제3조제1항의 '그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다'의 이론을 부정한 획

212) 서해용, 전계논문, 614면.

213) 한삼인, 전계 주택임대차보호법의 판례분석, 55면.

기적인 판결이다. 결국 대법원의 논리를 정리하면, 임차인의 임차주택 점유 및 주민등록은 처음부터 임대차를 공시하는 기능을 하고 있었으나 임대인이 임차주택의 소유자가 아니었기 때문에 대항력 취득이라는 효과를 발생시키지 못하고 있다가 그 후 임대인이 임차주택의 소유자가 되자 임차인은 즉시 대항력을 취득하였다²¹⁴⁾라고 판시하고 있다.

위 두 판례가 시사하는 바에 따르면, 임대인이 인도 및 주민등록을 갖춘 즉시 대항력을 취득하는 것이 합리적이고, 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에는 그 선후관계를 밝혀 선순위권리자를 정하되 입증되지 않은 경우에는 그 둘을 동순위권리자로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 함으로써 임대인이 익일조항을 악용하여 근저당권을 설정하거나 매도하는 것을 방지하고 임차인을 보호할 수 있을 것이다.

따라서 주택임대차보호법 제3조 제1항 전단 중 ‘그 익일부터’를 ‘그 때부터’로 대항력 발생시기를 개정하는 것이 보다 합리적이다.

3. 임차권등기명령제도의 보완

가. 신속한 보증금회수의 방안

임차권등기가 경료된 후 임차인의 신속한 보증금회수에 관한 직접적인 판례는 아직까지는 없다. 하지만 최근 대법원 판례에 의하면 “주택임대차보호법 제3조의 3 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료하였음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않는 상태에서 경료 되게 되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보정하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 것은 아니고, 특히 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다”²¹⁵⁾라고 하여 임대인의

214) 이은희, 전제논문, 225~226면.

215) 대법원 2005.6.9. 선고 2005다4529 판결.

임대차보증금 우선반환의무에 대해 판시하였다. 그러나 임차권등기권자는 담보물권자와는 달리 경매신청권이 없으므로 신속한 임대차보증금의 확보에 어려움이 여전히 존재하고 있다.

임차권등기명령제도는 임대차 종료 후 임차인의 거주이전의 자유와 임대보증금회수라는 장점을 가지고 있으나, 임차인의 신속한 보증금회수는 임대인에게 달려 있다.

현재 보증금반환이 지연되어 해결이 어렵게 되었을 때 이용할 수 있는 제도로는 민사조정·소액심판제도 준용(주택임대차보호법 제13조)·민사소송에 의한 강제경매제도 등이 있으나 그 실효성은 매우 미흡한 실정이다. 그 이유는 특히 저소득계층에게는 이와 관련한 소송비용 및 시간이 사실상 큰 부담으로 작용하기 때문이다.

따라서 신속한 보증금 반환을 받기 위해서는 제도상 물권이라고 해서 모두 경매신청권이 인정되는 것은 아니지만, 각국의 법제나 환경 그리고 필요에 따라 경매청구권이 인정되는 것이므로, 우리 법제의 경우에도 물권인 전세권에 대하여 1984년 민법 개정으로 비로소 전세권자의 경매청구권(민법 제318조)을 인정하고 있는 것처럼, 임대차가 종료하고 임차권등기를 경료한 후 상당한 기간이 지나면 별도의 집행권원이 없이도 임차권등기를 경료한 임차인에게 경매청구권을 부여함을 입법적인 과제로 고려해야 할 것이다.

나. 임차권등기명령의 적용대상 주택 확대

현행 주택임대차보호법 제3조의3 임차권등기명령의 적용대상이 되는 주택은 등기된 주택이라는 규정을 명문으로 두고 있지 않다. 다만, 주택임대차보호법 제3조의3 제7항의 임차권등기의 촉탁, 등기공무원의 임차권등기 기입 등 임차권등기명령의 시행에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다는 규정과 임차권등기명령절차에관한규칙 제3조(임차권등기명령 신청서의 첨부서류) 1호와 2호 등에 그 법적인 근거를 두고 있다.

그러나 대법원은 미등기 또는 무허가 건물도 주택임대차보호법의 적용대상이 되는지 여부에 대하여, “주택임대차보호법은 주택의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하고 있

고, 주택의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용된다고 규정하고 있을 뿐 임차주택이 관할관청의 허가를 받은 건물인지 등기를 마친 건물인지 아닌지를 구별하고 있지 아니하므로, 어느 건물이 국민의 주거생활의 용도로 사용되는 주택에 해당하는 이상 비록 그 건물에 관하여 아직 등기를 마치지 아니하였거나 등기가 이루어질 수 없는 사정이 있다고 하더라도 다른 특별한 규정이 없는 한 같은 법이 적용대상이 된다”²¹⁶⁾고 전원합의체판결에 의하여 다시 분명히 하였다.

따라서 임차권등기명령절차에 관한 규칙 제2조 제2항의 신청이유²¹⁷⁾의 신청서류만으로 미등기·무허가주택도 임차권등기명령제도를 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

4. 기타

가. 소액보증금의 문제

주택임대차보호법 제8조는 임차인에게 대지의 가액을 포함하는 주택의 가액의 2분의1의 범위 안에서 대통령령으로 정하는 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리를 부여하고 있다.

주택임대차보호법 시행령 제3조제1항에 의하면 보증금 중 일정액의 범위는 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역은 1600만원, 군지역과 인천광역시를 제외한 광역시는 1400만원, 그 밖의 지역은 1200만원으로 하였다.

이 제도는 무주택자의 주거생활을 보호하기 위한 것이지만 소액보증금의 범위는 물론 최우선변제를 받을 수 있는 금액의 범위가 현실과는 괴리가 있다.

따라서 소액보증금을 현실에 맞게 소비자물가 상승률이나 시중금리와 유사하게 매년 인상되도록 상향 조정하는 것이 필요하다.

또한 주택가액의 2분의1의 범위 내에서만 그 비율에 따라 변제를 받는데 그 가격산정의 기준을 경락가액으로 하고 있는 바, 통상 유찰이 되면 20~30% 정도

216) 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체판결.

217) 임차권등기명령절차에 관한 규칙 제2조 제2항 신청이유 : 임대차계약의 체결 사실 및 계약내용과 그 계약이 종료한 원인 사실을 기재하고, 임차인이 신청당시에 이미 주택임대차보호법 제3조제1항의 규정 에 의한 대항력을 취득한 경우에는 임차주택을 점유하기 시작한 날과 주민등록을 마친 날을, 제3조의2 제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득한 경우에는 임차주택을 점유하기 시작한 날, 주민등록을 마친 날 과 임대차계약증서상의 확정일자를 받은 날을 기재하여야 한다.

씩 가액이 저감되므로 그 경우에는 가액이 급격히 감소된다.

따라서 우선변제범위를 확대하여 경락대금의 최초감정가격 또는 개별공시지가를 기준으로 하는 방안이 필요하다.

나. 중간임차인의 존속의 문제

1번 저당권이 설정되고 그 다음에 임차권, 2번 저당권이 설정된 경우, 2번 저당권의 실행으로 1번 저당권이 소멸한 경우에 중간임차인의 대항력도 소멸하는 것이 문제이다.

주택임대차보호법 제3조의5에서는 ‘임차권은 임차주택에 대하여 민사집행법에 의한 경매가 행하여진 경우에는 그 임차주택의 경락에 의하여 소멸한다’고 규정하여 소제주의(민사집행법 제91조, 주택임대차보호법 제3조의5)를 취하고 있다. 저당권설정 후에 임차권을 갖추게 된 경우, 강제경매나 후순위저당권의 실행으로 임차주택이 경락되어 선순위저당권이 소멸하면, 비록 후순위저당권자에게는 대항할 수 있는 임차권이라 하더라도 선순위저당권과 함께 소제주의에 의하여 소멸하므로 그 경락인은 주택임대차보호법 제3조제2항에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 경락인에게는 임차권을 가지고 대항할 수 없다.²¹⁸⁾ 그 이유로는 주택에 관한 임차권은 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항요건을 갖추면 선순위저당권자의 존재여부에 관계없이 대항력을 갖게 되지만, 제3자의 강제경매신청으로 인하여 그 주택이 경락되어 선순위근저당권이 소멸되면 그 보다 후순위인 임차권도 소멸되어 대항력이 없어지게 되는데, 이는 근저당권설정등기와 강제경매 신청사이에 대항력을 갖춘 임차권자가 있는 경우, 그 임차권자가 경락인에게 대항할 수 있다고 하면 경락인은 임차권의 부담을 지게 되므로 부동산의 경매가격이 그 만큼 떨어질 수밖에 없고, 이는 임차권보다 선행한 담보권을 해치는 결과가 되어 설정당시의 교환가치를 담보하는 담보권의 취지에 맞지 않기 때문이라고 하고 있다.²¹⁹⁾

이러한 판례의 태도는 무주택서민을 보호한다는 주택임대차보호법의 입법취지

218) 경매목적 부동산이 경락된 경우에는 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에登記되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸하는 것이고, 따라서 그 경락인은 주택임대차보호법 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다 (대판 2000.2.11. 선고 99다59306 판결).

219) 대법원 1987.3.10. 선고 86다카1718 판결: 판결이유 (법원공보 1987, 636).

에 반하는 것이다.

실무에서 보면 중간용익권이 존속기간이 비교적 장기인 지상권이나 전세권인 경우라면 몰라도, 주택임차권인 경우에는 우리 법제 (주택임대차보호법상 최단 존속기간 2년) 및 관행에 비추어 볼 때, 그 중간임차권의 존속 때문에 경매에 그렇게 크게 영향을 주지는 않는다고 한다. 실제로 통상의 주택매매에 있어서 그 주택이 이미 임대되어 있는 때에는 그 임대차계약상의 임대인(소유자)의 지위를 매수인이 승계하기로 하고 매매대금에서 그 임대차보증금을 공제하는 형태의 매매계약이 체결되는 사례는 아주 흔한 일이다. 본질적으로 매매에 다른 아닌 경매에 있어서도 그리 큰 차이는 없을 것으로 생각된다. 중간임차인을 존속시키게 되면 경매대금 중 경락인이 현금으로 지불하여야 하는 액수는 그 임대차보증금반환채무의 액수만큼은 경감되므로 오히려 매수신청을 용이하게 하는 측면이 있다.

따라서 민사집행법 제10조에서 규정하고 있는 집행조서를 집행관이 작성하면서, 중간임차인의 존재여부를 기록하고 경매시에 중간 임차인의 존재를 공시함으로써 경락인이 경락가격산정에 여러 가지 사정을 고려하도록 하여, 경락인도 주택임대차보호법의 제3조제2항에서 말하는 양수인에 해당하는 것으로 해석하여서 임대인의 지위를 승계하고 중간임차인의 존속을 보장해야 할 것이다. 다만, 보증금이 전액 변제되지 아니한 대항력이 있는 임차권은 그러하지 않는다는 주택임대차보호법 제3조의5 단서조항은 주택임차인의 보증금의 완전 회수가 가능하도록 하기 위한 취지로 해석 하여야 할 것이다.²²⁰⁾

220) 보증금이 전액변제 되지 아니한 대항력 있는 임차권은 소멸하지 아니한다는 내용의 주택임대차보호법 제3조의5 단서를 신설한 입법취지가 같은 법 제4조 제2항의 해석에 관한 종전의 대법원판례(대법원 1997.8.22. 선고 96다53628 판결)를 명문화하는 데에 있는 등으로 보아, “임대차가 종료된 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지 임대차관계는 존속하는 것으로 본다”라고 규정한 같은 법 제4조 제2항과 동일한 취지를 경락에 의한 임차권 소멸의 경우와 관련하여 주의적·보완적으로 다시 규정한 것으로 보아야 하므로, 소멸하지 아니하는 임차권의 내용에 대항력뿐만 아니라, 우선변제권도 당연히 포함되는 것으로 볼 수는 없다 (대법원 2006.2.10. 선고 2005다21166판결).

제5장 결 론

주택임대차보호법(1981년 3월5일 제정)은 서민의 주거생활의 안정을 목적으로 한다. 그것은 주택임차권의 내용을 강화함으로써 가능한 것이다. 이 때의 핵심은 물권적 효능을 가진 주택임차권의 대항력이라고 할 수 있다. 동법에서는 민법과는 다른 특칙으로 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 대항력을 갖도록 하고 있다. 그러므로 주택임차권의 대항력은 임차인이 임차주택의 이해관계를 가진 자에 대하여 임대차관계의 존속을 주장하면서 임차주택을 계속 점유·사용할 수 있고, 임대차기간이 만료되면 임대인 및 양수인 등으로부터 임차보증금을 반환 받을 수 있도록 한 임차인의 법률상의 권리라 할 것이다.

무릇 우리의 주거생활의 양태는 사회사정의 변화에 따라 많이 바뀌고 있다. 이러한 변화에 맞추어 동법은 그 동안 일곱 차례의 개정이 있었다. 그러나 아직도 만족할 만한 수준은 아니라고 본다. 특히 주택임차권의 대항력에 있어서 해석상 많은 문제점이 있다. 이것은 그 내용의 불명확성과 입법의 미비 등에서 오는 문제라고 본다. 앞에서 주택임차권의 대항력에 관한 문제점을 연구하고 검토한 이 유도 바로 여기에 있다 할 것이다.

우선 대항요건을 보면, 대법원은 주민등록이 유효한 공시방법이 되기 위해서는 주민등록상의 주소가 임차주택의 등기부에 표시된 실제 지번·동수·호수와 일치할 것을 요구하고 있다. 임대차관계는 사법적 권리관계로서 정확한 주민등록은 임차권의 대항력과 보증금을 우선변제 받는데 있어서 중요한 요건이다. 따라서 임대차분쟁에서 판단의 기준이 되는 것은 사법상 주소이므로 이에 주민등록을 맞추는 절차가 마련되어야 할 것이다.

대항력 발생시기에 대해서 주택임대차보호법 제3조 제1항에서는 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 익일부터 제3자에 대항할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 임차인이 대항요건을 구비하는 날 악의적인 임대인이 임차주택에 대하여 제3자 명의의 등기를 할 경우에 피해를 볼 수가 있으므로 대항요건을 마친 그 날에 제3자에게 대항력이 생기도록 하는 것이 보다 합리적이다.

또한 임대차 종료 후의 대항력인 임차권등기명령제도는 임차인의 자유로운 거주이전과 임차보증금의 회수확보라는 장점을 가지고 있다. 그러나 미등기주택이나 무허가 주택의 적용제한, 임차권등기 후에 입주한 소액임차인의 보호제의 등 여러 가지 문제점이 있으며 신속한 보증금 회수 방안이 마련되어야 할 것이다.

그리고 소액임차인의 최우선변제권은 영세한 임차인의 보호라는 사회적·정책적 차원에서 물권에 우선하는 지위를 부여하고 있다. 그러나 영세 임차인에게 있어서 일정한 범위내의 보증금의 확보라는 구체적 타당성에 터 잡아 가장임대차 계약체결 등의 탈법행위로 인하여 선순위담보권자의 이익을 해칠 우려가 있으므로 탈법가능성을 철저히 배격하는 방향으로 운용되어야 할 것이다.

덧붙여, 저당권 설정 후에 임차권을 갖추게 되는 경우, 강제경매나 후순위저당권의 실행으로 임차주택이 경락되어 선순위저당권이 소멸하면, 비록 후순위저당권자에게는 대항할 수 있는 임차권이라 하더라도 선순위저당권과 함께 소제주의에 의하여 소멸하도록 하고 있다(민사집행법 제91조, 주택임대차보호법 제3조의5). 이러한 제도는 무주택 서민을 보호한다는 주택임대차보호법의 입법취지에 반하는 것이다. 따라서 집행관이 집행조서(민사집행법 제10조)를 작성하면서 중간임차인의 존재 여부를 기록하고, 또한 경매시에 경락인이 경락가격산정에 고려할 수 있도록 중간임차인의 존재를 제도적으로 공시하여, 경락인도 주택임대차보호법 제3조제2항에서 말하는 양수인에 해당하는 것으로 해석하여서 중간임차인의 존속을 보장해야 할 것이다.

이하에서는 임차권의 대항력과 관련하여 제기된 문제점에 대한 개선사항을 다음과 같이 입법론으로 제시하고자 한다.

첫째, 대항요건인 주민등록의 절차상의 개선으로, 확정일자 부여기관을 주택의 소재지 등기소에서만 관할하도록 일원화 하고, 그 일치된 주소를 가지고 동사무소에서 전입신고를 하는 절차를 제도화하여, 행정상 주소와 사법상 주소가 불일치하는 것을 미연에 방지할 수 있도록 주민등록 절차를 개정해야 할 것이다.

둘째, 대항력 발생시기를 주민등록을 마친 그날부터 대항력을 취득하도록 주택임대차보호법 제3조 제1항 전단 중 ‘그 익일부터’를 ‘그 때부터’로 개정하여야 함이 보다 합리적이다.

셋째, 임차권등기를 경료한 임차인의 신속한 임차보증금의 회수를 위한 방안으

로, 물권이라고 해서 모두 경매신청권이 인정되는 것이 아니지만 우리 법제의 전세권에 경매청구권(민법 제318조)을 인정하고 있는 것은 좋은 예이다. 임대차가 종료하고 임차권등기를 경료한 후 상당기간이 지나면 물권인 전세권처럼 별도의 집행권원이 없이도 경매청구권을 부여함을 입법적으로 고려해야 할 것이다.

넷째, 임차권등기명령의 적용대상이 되는 주택은 등기를 할 수 있는 주택에 한하여 제한을 두고 있기 때문에, 미등기주택이나 무허가주택의 임차인은 임차권등기명령제도를 이용할 수가 없다. 따라서 미등기주택이나 무허가주택을 임차한 임차인도 임차권등기명령절차에 관한 규칙 제2조제2항의 신청이유의 신청서만으로 임차권등기명령을 신청할 수 있게 입법적으로 제도개선이 되어야 할 것이다.

다섯째, 소액보증금제도의 문제점과 관련하여, 소액보증금의 범위 및 최우선변제금액의 범위를 현실성 있게 인상해야 한다. 또한 주택가액의 2분의1의 범위 내에서만 그 비율에 따라 변제를 받는데 그 가격산정의 기준을 경락가액으로 하고 있는 바, 통상 유찰이 되면 20~30% 정도씩 가액이 저감되므로 그 경우에는 가액이 급격히 감소된다. 따라서 우선변제범위를 확대하여 경락대금의 최초감정가격 또는 개별공시지가를 기준으로 하는 방안이 필요하다.

결국 이러한 구체적인 입법조치의 필요성이 강조되는 것은 주택임대차의 문제가 단순한 개인의 문제이기 이전에 사회전반의 해결해야 할 과제로서 성격을 가지는 것으로 이해되기 때문이다. 그러므로 위와 같은 입법방안이 마련될 때 주택임차권의 대항력은 사회현실에서 보다 더 실효성이 확보될 수 있을 것으로 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상용, 「민법학특강」, 법문사, 1995.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006.
- _____, 「물권법(제7판)」, 박영사, 2006.
- _____, 「민법주해 (XV) 채권(8)」, 박영사, 1999.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2007.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006.
- _____, 「채권각론(상)」, 법문사, 2003.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007.
- _____, 「채권각칙」, 법문사, 2007.
- 김태윤, 「한국민법 판례의 흐름 II」, 법문사, 2007.
- 김형배, 「민법학 강의」, 신조사, 2007.
- 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004.
- 박해식, 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」, 청림출판, 2001.
- 신현기, 「민사집행법(상)」, 법률서원, 2003.
- 이은영, 「채권각론 (제5판)」, 박영사, 2005.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2007.
- 윤 경, 「부동산경매의 실무(하)」, 법률정보센터, 2001.
- 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2002.
- 정승열, 「상가 · 주택임대차보호법 실무」, 법률정보센터, 2002.
- 지원림, 「민법강의 (제5판)」, 홍문사, 2007.
- 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법 (제3판)」, 법률행정연구원, 2003.

2. 논문

- 고상용, “제3차 주택임대차보호법 중 개정법률(안)의 문제점”, 「한국민사법학회 1998년도 추계학술대회 발표자료」, 한국민사법학회, 1998.10.24.
- _____, “임차권 공시는 ‘거주’만으로-주택임대차보호법의 개정에 관한 입법론”, 「법률신문」, 1988.10.3.
- 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「충남대학교 법률행정연구소 논문집」 제16권, 충남대학교 법률행정연구소, 1988.
- 김용순, “주택임대차시장의 변화추이와 정책방향”, 「제2회 정책토론회 자료」, 주택공사, 2001.
- 김오섭, “임대차에 있어서의 소액보증금의 보호를 둘러싼 제문제”, 「사법논집」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 김상용, “독일사회의 주택임대차”, 「송암 정권섭교수 정년기념논문집」, 2000.
- 김지영, “소액보증금임차인의 우선변제권”, 「사법연구자료」 제23집, 1996.
- 김진현, “우리 주택임대차제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 「민사법학」 제13·14호, 한국민사법학회, 1996.4.
- 김중기, “주택임대차보호법상의 공시방법으로서의 주민등록”, 「관례연구」 6집, 부산관례연구회, 1996.1.
- 김학동, “주택임대차보호법상의 문제점”, 「관례월보」 제194호, 1986.11.
- 김형수, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「법과정책」 제4호, 제주대학교 법과정책연구소, 1998.8.
- 강영대, “법률상담을 위한 개정된 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 고찰”, 「공군법률논집」 제6집 통권20호, 공군본부, 2001.12.
- 권태섭, “임차권보호제도에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 1986.
- 류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 동의대학교대학원 박사학위논문, 2005.
- 민일영, “주택임대차보호법 제3조의2에 관한 일고”, 「법조」 통권 제459호, 법조협회, 1994.12.
- _____, “주택임대차보증금의 우선변제를 둘러싼 문제점에 관한 소고”, 후암 관운직선생 고희기념논문집, 「민법학 논총」 제2권, 박영사, 1995.

- _____, “주택임대차보호법상 대항력과 우선변제권의 상호관계”, 「저스티스」 제33권 제1호, 한국법학원, 2000.3.
- _____, “주택임차인의 우선변제를 위한 대항요건의 종기”, 「판례월보」 제33호, 1998.11.
- 박재승, “부동산경매절차에 있어서의 임차인의 지위”, 「사법논집」 제21집, 법원행정처, 1990.
- 배용범, “주택임대차보호법상의 대항력”, 「법률신문」, 1987.5.4.
- 서광민, “부동산 임차권의 침해와 방해배제청구권”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1994.9.
- 서해용, “주택임차권의 대항력의 문제점과 개선방안”, 「민사법학」 제23호, 한국민사법학회, 2003. 3.
- 소재선, “민사법학 방법론으로서 기능적 접근방법의 모색 - 한국과 독일에서의 임대차법의 기능을 중심으로”, 「경희법학」 제29권 제2호, 경희대학교 경희법학연구소, 1995.2.
- _____, “독일의 제4차 개정임대차법의 내용과 문제점 소고”, 「경희법학」 제29권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 1994.12.
- 이범주, “주택임대차의 대항력”, 「온산 방순원 선생 고회기념논문집」, 1984.
- 이상인, “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금보호에 관련된 실무상 문제”, 「사법연구자료」 제16집, 법원행정처, 1993.
- 이설화, “주택임차권의 대항력에 관한 연구”, 동의대학교 행정대학원석사논문, 2001.
- 이은영, “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구”, 「법조」 통권 제31호, 법조협회, 1982.4.
- 이은희, “주택임차권의 공시방법으로서의 주민등록”, 「민주법학」 제20호, 민주법학연구회, 2001.8.
- 이운승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1988.
- 이주홍, “주택임대보증금 회수를 위한 우선변제권의 행사와 경매절차상 취급”, 「법조」 통권 제458호, 법조협회, 1994.11.

- 이희규, “부실전입신고와 대항력의 유효성”, 「중앙법학」 제4집 제3호(통권7호), 중앙법학회, 2002.12.
- _____, “주택임차권 보호와 대항력”, 「사회과학논총」 제13집, 강남대학교 사회과학연구소, 2002.7.
- 임윤수, “주택임대차보호법의 비교법적 연구”, 「경희행정논총」 제8집, 경희대학교 사회과학연구원, 1995.
- 양창수, “주택임차권에 기한 보증금우선변제권과 대항력 간의 과제”, 「고시계」, 고시계사, 2001.2.
- 윤준미, “주택임대차 공시방법으로서의 주민등록에 대한 재고찰”, 「국회사무처 법제실」 법제현안 제2004-11호 (통권165호), 2004.12.
- 조용완, “임대차의 대항력”, 「은행거래 임대차 사건의 제문제」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 조은래, “현행 주택임대차보호법상의 문제점과 해설”, 「비교법학」 제12집, 부산외국어대학교 비교법학연구소, 2001.2.
- 조현래, “주택임차권의 대항력 발생시기”, 「법률신문」 제2883호, 2000.5.11.
- 제철웅, “주택임대차보호법 제3조제1항의 대항요건에 대하여”, 「법정논총」 제37권 통권 제51집, 중앙대학교법학연구소, 2002.2.
- 최신섭, “주택임대차보호법상의 대항력의 유지”, 「법학연구」 제4집, 인하대학교 법학연구소, 2001.12.
- 한삼인, “주택임대차보호법의 판례분석”, 「법과정책」 제6호, 제주대학교 법과정책연구소, 2000. 8.
- _____, “주택임차권의 대항력(상·하)”, 「고시연구」 통권 제319호·제320호, 고시연구사, 2000.11·12.
- 渡邊洋三, 「土地と建物の法律制度」, 東京大學出版部, 1981.
- 石外克喜 編, 「契約法」, 法律文化社, 1991.
- 法務省民事局參事官室, 「新しい借地借家法」, 商事法務研究會, 1992.
- 星野英一, 「借地借家法」, 有斐閣, 1990.
- R.E.Megary, *The Rent Act*. 10th ed., Vol.1, Stevens, 1967.

ABSTRACT

A Study on the Countervailing Force of Housing Leasehold Interest

Kim, Chang Woo

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

Supervised by Professor Han, Sam In

The Housing Leasehold Interest Protection Act (to be called as HLIPA hereafter) was enacted with the purpose to provide a practical stabilization of housing for the homeless populace as of March 5, 1981. The HLIPA stipulates that the qualification of housing and the subsequent registration of residency may only substitute a real right on the leasehold housing which authorizes the leaseholder to possess a countervailing force against third parties through the application of a corresponding registration of residency and a publicly disclosed contract. It stems from the special characteristic of housing lease contracts in Korea that involve large sums of key money deposits for leases, and subsequently, the most important matter is to give an institutional guaranty for the return payment of the deposits upon the termination of the corresponding leasehold contracts. The housing patterns in Korea have greatly changed reflecting our evolving social conditions. Subsequently, there have been seven amendments of the aforementioned law since its initial enactment, yet, it still remains to be unsatisfactory. In particular, there is no other method to surely and accurately interpret the countervailing force of housing leasehold interest and the mandatory institution to register the leasehold interest, except to rely on theories and judicial precedents due to the embedded ambiguity and unpreparedness in the stipulation of the law. Hence, the study aims to point

out problems in interpreting corresponding laws and within the institutional itself by investigating the embedded principal of law and the related judicial precedents underlining the countervailing force of housing leasehold interest, and suggest alternatives for improvement based on the data collected through the research.

The study adopts the methodology of literature research that is to compare the collected data from various publications, precedent research papers, editions, and all other available data related to the system of housing lease interest. For the analysis of the practical area, the study supplements with a comparative research methodology that is to compare the judicial precedents and the countervailing force of housing lease institutions between Korea and other major countries.

Based on the aforementioned research methodologies, the study introduces the overall direction of the research by describing the purpose, scope, and methods of the study in the first chapter. In the second chapter, the paper reviews the legislation background and major contents, special stipulations, and legal characteristics of the Housing Leasehold Interest Protection Act, HLIPA, will be discussed. In the third chapter, the study compares the existing legal institutions in place for the countervailing force of the housing leasehold interest throughout major countries. The chapter also reviews the jurisprudence established concerning the countervailing force of the housing leasehold interest, the mandatory institution to register the leasehold interest, the rationale embedded in the preferential right for repayment that is given to the housing leasehold interest, and the prior-preferred right for repayment granted in the case of a small amount leasehold interest, as well as the order of priority treatment between the housing leaseholder who possesses the countervailing force and a pledge holder within the corresponding estate. In the forth chapter, the study reviews the issues of the housing leasehold interest and means for improvement. Finally, in the fifth chapter, the

conclusion is drawn by summarizing the paper and the study intends to suggest a desirable *le lege frenda*, meaning what the law ought to be, as opposed to what the law is.

The major research contents in the study are as follows:

First, the Supreme Court requires the address on the residency registration, which is a causal requirement for the countervailing force, to be the same lot number, building number, and house number on the registration of the leased housing in order to be acknowledged as a valid means of public disclosure. Accordingly, a method of improvement is suggested. The procedure to register residency should be amended to allow the public notary of the registration to be exclusively made by the competent registration authority to which the location of the corresponding housing belongs institutionalizing the procedure of reporting the change of the current address at the time of moving in the competing office "dong", or village, with the same registered address. The procedure to register residency will have to be amended as mentioned above in order to prevent the occurring inconsistency between the registered address with the administrative office and the address with the office of jurisdiction.

Secondly, it is more rational to amend the front line of HLIPA, Article No. 3, Clause No. 1, the validity of the countervailing force, to be effective "as of the time" instead of "as of the following date", that is, to allow the registration of residency to be guarded by the countervailing force upon the time of immediate registration with the competing administrative office.

Thirdly, as a means to expedite the retrieval of the leaseholder's guaranty deposit when the leasehold interest has been registered, the legislation should consider granting the right to call for a public sale of the corresponding estate after passing a certain period of time upon termination of the lease contract, even without triggering causality for execution rights, which is the case concerning the right of key money rent as a real right.

Fourthly, the mandatory registration of the household interest is limited in

availability to only a mentioned type of housing that is suitable for house registration. Hence, the leaseholder of unregistered housing or housing without permit cannot be covered by the mandatory institution to register the leasehold interest. Accordingly, there should be an institutional and legislative amendment that allows the leaseholder of such unregistered or not permitted housing to be able to apply for the protection covered by the mandatory institution with an additional attached application stipulating and in accordance with the reasons of application of Article No. 2, Clause No. 2, regulating the procedure of mandatory institution to register the leaseholder interest.

Fifthly, related to the problem of the small amount deposit system, the scope of the small amount and the amount needed for a prior-preferred right for repayment should be raised. In addition, the repayment amount is currently determined by ratio within the limit of one half of the housing value that is calculated based on the final bidding value. In reality, the housing bidding value declines by twenty or thirty percent each time the public bidding fails, leading to significant value deterioration. Therefore, it is necessary to expand the scope of the amount for a preferential right for repayment by making the value calculation base upon the initial appraisal value for the first public bidding or the publicly disclosed estate value.

The reason for the emphasis on the necessity of such specific measures of legislation is that the issues related to housing lease are understood as a characteristic of tasks reflecting society as a whole which have to be resolved before they are understood as individual matters. It is believed that the countervailing force of the leasehold interest will be able to secure a socially realistic and enhanced effectiveness only when the legislative measures mentioned above are resolved and in place.