



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

[Disclaimer](#)

博士學位論文

住宅賃借人 保護制度의
改善方案에 關한 研究

A Research on the Reforms of the Housing
Tenant Protection System

濟州大學校 大學院

法學科

朴 京 植

2011年 2月

住宅賃借人 保護制度의 改善方案에 關한 研究

指導教授 韓 三 寅

朴 京 植

이 論文을 法學 博士學位 論文으로 提出함

2011年 2月

朴京植의 法學 博士學位 論文을 認准함

審査委員長 _____ (印)

委 員 _____ (印)

委 員 _____ (印)

委 員 _____ (印)

委 員 _____ (印)

濟州大學校 大學院

2011年 2月

A Research on the Reforms of the Housing Tenant Protection System

Park, Kyung Sik

(Supervised by Professor Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the
degree of Doctor of Law

2011. 2.

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

<목 차>

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	4
제2장 주택임차인 보호의 비교법적 고찰	7
제1절 독일	7
1. 대항력	7
2. 존속보호	10
(1) 주택임대차관계의 종료	10
(2) 기간보호	10
(3) 해지보호	11
(4) 이의 후 임대차관계의 계속	14
3. 차임의 통제	14
제2절 일본	17
1. 대항력	17
2. 존속보호	18
(1) 정당사유제도	19
(2) 해지기간의 확장과 법정갱신	20
(3) 규제대상이 되지 않는 임대차	21
3. 차임의 통제	22
제3절 영국	23
1. 대항력	23
2. 존속보호	24
3. 차임통제	26
제4절 프랑스	28
1. 대항력	28
2. 존속보호	29
3. 차임통제	30
제5절 각국 법제의 비교	31
1. 대항력	32
2. 존속보호	33
3. 차임통제	34
4. 검토	35

제3장 주택임차권의 대항력과 임차보증금의 반환	38
제1절 대항력의 요건과 존속기간	38
1. 대항력의 의의	38
(1) 의의	38
(2) 연 혁	39
2. 대항력의 요건	41
(1) 의 의	41
(2) 주택의 인도	43
(3) 주민등록	48
3. 대항력의 존속기간	61
(1) 대항력의 발생시기	61
(2) 대항력의 소멸시기	67
제2절 대항력의 내용	68
1. 의 의	68
2. 임대인의 지위를 승계하는 자	69
(1) 법률행위에 의한 소유자 변경	69
(2) 경매에 의한 소유자 변경	70
3. 승계되는 내용	72
(1) 차임	72
(2) 임차보증금	72
(3) 양도나 전대의 특약	73
(4) 존속기간 및 비용상환청구권 등	74
4. 종전 임대인의 책임	74
(1) 의 의	74
(2) 학설 및 판례	75
제3절 임차보증금의 반환	81
1. 임차보증금의 의의와 법적성질	81
(1) 의 의	81
(2) 법적성질	82
(3) 임차보증금의 기능과 회수의 문제점	84
2. 확정일자부 임차인의 우선변제권	87
(1) 우선변제권의 의의	87
(2) 우선변제권의 요건	88
(3) 우선변제권의 효과	93
3. 소액임차인의 최우선변제권	96
(1) 최우선변제권의 의의	96
(2) 최우선변제권의 요건	98
(3) 최우선변제권의 효력 범위	103

4. 임차권의 배당순위	104
(1) 부동산 경매에서의 배당순위	105
(2) 주택임차권의 배당순위	107
제4절 임차권등기명령제도	108
1. 의 의	108
2. 신청당사자 및 절차	109
(1) 신청당사자	109
(2) 신청요건 및 절차	111
(3) 임차권등기명령신청서	111
3. 임차권등기명령의 효력	112
(1) 효력의 발생시기 및 이의신청	112
(2) 내 용	113
4. 관련 판례	114
(1) 배당요구 여부	114
(2) 대항력의 기준시점과 착오에 의한 말소	115
(3) 점유를 상실한 임차인의 임차권등기명령신청	116
5. 임차권등기명령제도에 대한 검토 및 사건	116
제5절 소 결	118

제4장 주택임차권의 존속보장과 임대차 기간 중 당사자의 권리의무

123

제1절 주택임차권의 존속보호	123
1. 의 의	123
(1) 존속보호의 의의와 필요성	123
(2) 존속보호의 방법	125
2. 임차권의 존속보호	126
(1) 민법상의 존속보호	126
(2) 주택임대차보호법상의 존속보호	128
(3) 기타 특별법상의 존속보호	130
제2절 차임의 통제	134
1. 차임통제의 필요성	134
2. 차임통제	136
(1) 민법상의 차임통제	136
(2) 주택임대차보호법상의 차임통제	137
(3) 기타 특별법상의 차임통제	139
제3절 임대차기간 중 당사자의 권리의무	141
1. 당사자의 권리의무 규정의 필요성	141

2. 임대차 당사자의 권리의무	142
(1) 민법상의 권리의무	142
(2) 주택임대차보호법상의 권리의무	157
(3) 기타 특별법상의 권리의무	157
3. 표준임대차계약서	159
(1) 우리나라의 표준임대차계약서	159
(2) 미국의 임대차계약서	160
(3) 영국의 임대차계약서	162
(4) 각국의 임대차계약 비교 검토	163
제4절 소 결	165
제5장 주택임차인보호제도의 문제점과 개선방안	168
제1절 경매절차상 대항력과 우선변제권	168
1. 대항력과 우선변제권의 관계	168
2. 학설 및 판례	171
3. 문제점 및 개선방안	173
제2절 소액임차인의 최우선변제권	177
1. 최우선변제권 제도의 악용(가장임차인의 문제)	177
2. 가장임차인의 구체적 사례	179
(1) 가장 임차인으로 의심되는 경우	179
(2) 가장 임차인의 판단기준	180
(3) 가장 임차인으로 판단한 경우	182
(4) 가장 임차인이 아닌 경우	183
3. 가장 임대차계약의 효력	185
(1) 사해행위로 취소대상인지 여부	185
(2) 대항력 인정 여부	186
(3) 우선변제권 인정 여부	186
4. 문제점 및 개선방안	187
제3절 우선변제권의 실효성	189
1. 우선변제권의 한계	189
2. 우선변제권의 실효성 확보	191
(1) 경매신청권	191
(2) 우선매수권	208
제4절 존속보장	215
1. 현행 제도에 대한 검토	215
(1) 주택과 상가건물에 대한 존속보호	215
(2) 민간임대차와 공공임대차	218

(3) 기간보장	221
(4) 차임통제	224
2. 문제점 및 개선방안	226
제5절 당사자의 권리의무	229
1. 권리의무 규정의 필요성	229
(1) 거주유형 변화에 따른 임차주택의 관리	230
(2) 임대차기간 중의 당사자 사이의 분쟁방지	231
2. 문제점 및 개선방안	233
(1) 법적 규정	233
(2) 분쟁해결기구	234
제6장 결 론	237
※ 참고문헌	245



A Research on the Reforms of the Housing Tenant Protection System

by Park Kyung-Sik

-Abstract-

The international human rights regulations states clearly that the residential rights is one of the basic human rights. This right is also acknowledged as one of the social basic rights in the Korean constitutional law. Generally speaking, residential life is an indispensable aspect within the individualistic, social, and economic lifestyle of the people. However, the protection of the residential rights can only be secured if the approachability, continuance and freedom of residential life is assured. In the case of Japan or European countries nowadays, they have achieved the continuance of the residential rights, far surpassing that of the approachability factor into a social legislation. In addition, they have now even secured the consideration of the benefits when they are talking about the concept of residential life. In Korea's case, the protection of the tenant is taken on by the Housing Lease Protection Act as part of a special law that falls under the jurisdiction of the civil law. However, since the basic direction of the Housing Lease Protection Act regarding the housing tenant is focused more on the securement of the housing before the residence rather than the continuance of the residence, it is not fully able to function in terms of guaranteeing the rights to continue the residence which is the essential premise of reaping the benefits of the residential rights. The reason behind this is that there is no guarantee of the limitation period of the housing rights to secure the continuance of the residence as well as the control of the rental payment within the Housing Lease Protection Act that functions in a realistic way. Thus, the housing tenants cannot continue on living in the said housing even though they might want to extend their residence.

In the meantime, with the economic development and the higher distribution rate of housing by the Korean government, the number of tenants who are residing in public housing rather than individual housings

are increasing. Therefore, it is necessary to define clearly the duties and responsibilities of the tenant and the landlord to reduce the amount of conflict as well as maintaining and managing the housing during the tenancy. Furthermore, the customs in Korea's rental obligations has always been where they pay a huge amount of key money or a security deposit and in the case where the tenancy comes to an end, for the tenant to secure new housing, it would be crucial to retrieve or get back the key money or security deposit that was paid to the landlord in the beginning of the contract. However, by law, the right to get a priority reimbursement is being acknowledged to get the key money or the security deposit back but this right is not a right that a tenant can exercise fully which reduces its actual functionality. In addition, in the case where the lease housing is put up for auction, the key money or the security deposit has an enormous effect on other related parties so there is a dire need to make clear and publicly announce the right of lease.

The stability of the housing situation on the part of the tenant should at least have the basic guarantee that it would be continued and that there should be an appropriate arrangement of the payment during the tenancy and this can be achieved only through the definite clarification of the rights and responsibilities between the tenant and landlord. However, the Housing Lease Protection Act has its focus on the reimbursement of the key money or the security deposit and so more importance is placed on protecting the tenant before the residency rather than the continuance of the residency.

As the situation standing as it is, this paper aims to look thoroughly into the issues that the current system has in terms of protecting the tenant. Based on that study, it further aims to point out that the basic direction of the protection of the tenant lies in future protection of the continuance of the residency rather than the protection of the tenant before their occupancy. The protection of the tenant can only be established if there is an intimate relationship between several aspects such as laws and systems as well as policies, taxations and finances. However, this paper especially focuses on the legal system amongst all the different aspects. The scope of the legal system in this paper is basically drawn around the Housing Lease Protection Act focusing around the civil law, protection of the commercial building leasing, housing leasing law and civil case execution method. If there is a need to look at laws that are related to the protection of the

tenant than the above mentioned aspects, it will also come under the scope and discussions within this paper. There are a variety of laws in regards to the Housing Leasing Protection Act but the discussions in this paper will be limited to the right to appeal the housing leasing rights, priority reimbursement rights of the security deposit, control of the payment, protection of the right to continue residency as well as the rights and responsibilities of the tenant and the landlord during the tenancy which can all be said to be the core in the law to protect the tenant.



제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

최근에 주거운동네트워크, 빈곤사회연대 등 17개 진보단체에서 가칭 ‘강제퇴거 금지법’ 입법운동을 추진하고 있다. 이들 단체는 국제규약과 헌법정신에 따라 ‘주거권’을 법률로 보장해야 한다고 촉구하면서 한국은 심각한 주거의 문제를 겪고 있지만 ‘주거권의 개념’조차 생소하다고 주장하였다. 또한 정부는 이에 무지하거나 무시로 일관하고 있으며 주거를 인권의 문제이기보다는 재산의 문제, 부동산 경제의 문제로만 바라보고 있다고 비판하고 있다. 따라서 정부는 모든 사람들의 ‘적절한 주거의 권리’를 보장해야하고 주거권은 국가가 보장해야 할 기본권임을 법률에 명시하는 것이 필요하다고 주장하고 있다.¹⁾ 국제인권규약은²⁾ 주거권을 인권으로서 선언하고 있고 주택향유권에 대한 내용을 규정하고 있다. 또한 우리 헌법도 제35조 제3항에서³⁾ 사회적기본권으로서 국민의 주거권을 인정하고 있다.

이러한 이념과 헌법적 규정에 의거하여 대부분의 현대 국가에서는 국민들의 주거권의 보호를 위한 입법들을 하고 있다. 주거이익이라는 가치는 사적권리질서 중에서도 특이한 존재다. 예컨대 일본의 경우, ‘임대차법이 그 보호의 대상으로 하고 있는 주거권은 재산권보다도 고차적인 권리’라고 하고 있다. 그리고 주거권을 ‘주거의 계속이 인정되는 것이 마땅한 법적 지위’라고 하여, 개개의 주거권이

1) mkbae@newsis.com 2010. 10. 4. 기사참조.

2) 국제인권규약 A규약 제11조는 “자기 및 그 가족을 위해서 상당한 식량, 의류 및 주거를 내용으로 하는 상당한 생활수준에 병행한 생활조건에 대한 모든 사람의 권리를 인정 한다”라고 규정하고 있다. 이러한 주택향유권은 주거이용이익에 국한하지 않고 거주 환경이나 사회보장적인 것(아이·고령자에 대한 배려, 주거비의 보장)까지도 받아들이는 광범위한 내용을 가지고 있지만, 어느 쪽이든 주택이 가지는 사회적 가치를 헌법상의 권리에 구성할 수 있는 것을 말한다(小林直樹, 「憲法政策論」, 日本評論社, 1991, 8면).

3) 헌법 제35조 제3항은 “국가는 주택정책 개발 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러므로 국가는 체계적인 주택정책을 수립하여 양질의 주거환경을 조성하여야 한다. 특히 도시빈민문제를 해결하기 위해서는 서민임대주택을 대량으로 공급하고 도시화에 따른 주거환경 개선을 위하여 공적개입이 필요하다(성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007, 627면).

인정되기 위해서는 계속거주의 필요성과 그밖에 합법성도 필수로 하고, 그 합법성의 기초가 임대차계약이라고 구성하여, 주택임차권이 민법상의 해지사유로 소멸하면 주거권의 합법성의 기초는 잃게 되지만 계속거주의 필요성이 인정되는 한, 법으로 임대차가 창설되고 주거권의 합법성이 회복된다고 까지도 말한다.

임대차특별법의 이념에 대해서도 사적자치와 복지적 요소를 고려하면서 임차인의 계약의 자유를 실질적으로 보호하는 방법을 취하여야 한다는 견해도 있고, 반면에 임대차법은 본래는 국가가 해야 하는 주거확보의 임무를 임대인에게 전가하는 것이고 계약을 매개로 하는 임대인의 희생에 의한 주택사회입법이라고 하는 견해도 있다. 주택임차인에 대한 주거권의 보호는 주거에 대한 접근성, 주거에 대한 계속거주의 확보, 그리고 거주·이전의 자유가 보장되어야 이루어지는 것이다. 오늘날 유럽이나 일본의 경우는 주거에 대한 접근성을 넘어서 주거의 계속성을 사회적인 입법으로서 달성하였고, 이보다 더 나아가 주거생활의 이익까지도 고려하는 주거권의 개념을 확대하고 있다. 일반적으로 주거생활은 사람의 개인적, 경제적, 사회적인 생활에서 필수불가결한 것임은 당연하다고 여겨지고 있지만, 과연 우리의 현실은 이러한 시각에 따른 주거권에 대한 보호가 이루어지고 있는가 하는 것은 의문이다.

우리나라의 경우 주택임차인을 보호하기 위한 법률로서는 주택임대차보호법과 임대주택법이 민법의 특별법으로서 그 기능을 하고 있지만, 임대주택법이 적용되는 영역은 공공임대차의 경우이고, 공공임대차가 전체 주택재고량이나 임차주택에서 차지하는 비중이 극히 적기 때문에 사실상 주택임차인에 대한 보호는 주택임대차보호법이 그 기능을 담당하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 주택임대차보호법은 주택임차인에 대한 보호의 기본방향이 임차인의 주거생활의 계속보다는 거주이전의 확보에 초점이 맞추어져 있어서 주거권이 가지는 생활상의 이익을 누리기 위한 전제가 되는 계속거주의 확보에는 그 기능을 충분히 발휘하고 있지 못하다. 그 이유는 주택임대차보호법에서 거주계속의 확보를 위한 최단기간보장이나 차임통제는 사실상 현실에서 제대로 기능을 수행하지 못하여 주택임차인들에게 임차주택에 자신들이 원한다고 하여도 계속하여 거주하지 못하고 있기 때문이다. 주택임대차보호법은 임차보증금의 확보에 그 중심을 두어 주택임차인의 계속거주의 확보보다는 거주·이전의 보호에서 그 기능을 하고 있다. 임차인의 주

거권의 확보는 일정한 장소에서의 거주계속의 보장이 전제가 되어야 하는 점은 앞으로 우리 임대차보호법이 추구해야 되는 방향설정에 반드시 고려되어야 하는 것이고, 지금 현재의 제도들을 이러한 주거권의 이념에 부합하도록 개선되어야 하는 것이다.

한편 오늘날 우리나라의 경제적인 발전과 국가의 공동주택의 보급에 힘입어 임차인의 주거유형이 과거와는 달리 단독주택보다 공동주택에 거주하는 비율이 많아 졌고, 동시에 임대인과 독립하여 거주하는 것이 다수를 차지하고 있다. 따라서 임대차존속기간 중에 임대인과 임차인 사이의 명확한 권리의무를 규정하여 임대인의 재산인 임차주택의 가치유지와 임대차기간 중에 발생할 수 있는 임대인과 임차인간의 주택의 유지, 수선, 관리에 따른 갈등을 줄여야할 필요성이 있다. 주택임차인의 주거생활의 안정은 주거의 계속성과 그 주거기간 동안의 임대차관계의 안정적 유지 및 적절한 차임의 통제가 이루어 져야 되는 것이고, 동시에 우리의 임대차관행에 맞추어 임차보증금의 확보를 위한 제도가 충실히 이루어 져야 한다. 따라서 본 연구에서는 현행 주택임대차보호법을 중심으로 한 주택임차인 보호가 임차권에 대한 존속보호를 통한 주거의 계속성이 우선적으로 인정되어야 하고, 이러한 존속보호에 터 잡아 임대차기간 중의 임대인과 임차인의 권리의무에 대한 구체적이고 명확한 규정이 있어야 하며, 나아가 합리적인 차임통제가 뒷받침 되어야 한다는 점을 밝히고자 한다.

또한 우리나라의 주택임대차의 차임지급의 관행이 고액의 전세금 또는 임차보증금을 지급하는 것이므로 임대차가 종료한 경우에 임차인이 새로운 주택을 임차하기 위해서는 임차인의 임차보증금 반환 확보가 중요하다. 그러나 임차보증금의 확보를 위하여 주택임차인에 대하여 우선변제권이 인정되고 있지만, 이 권리는 주택임차인이 적극적으로 행사할 수 있는 권리가 아니기 때문에 사실상 주택임차인들이 이러한 권리를 실효성 있게 행사할 수 가 없다. 따라서 주택임차인에 대해서 이러한 권리를 현실적으로 쉽게 이용할 수 있게 하는 제도를 생각해 봐야 한다. 한편 임차보증금은 임차주택이 경매가 되는 경우에 주택임차인 뿐만 아니라 다른 이해관계인들에게도 큰 영향을 끼치고 있기 때문에, 이에 대하여는 충분히 그 공시제도를 제대로 갖추어서 제3자의 이익 또는 거래질서의 안전도 보호할 수 있어야 한다. 그럼에도 현행 주택임대차보호법은 임차인의 우선변제권이

갖고 있는 실효성과 제3자의 이익 또는 거래안전을 저해하는 문제점을 그대로 방치하여 두고 있다. 따라서 현행 제도의 이러한 문제점을 검토하고 그 개선점을 제시하는 것은 큰 의미가 있다고 생각한다.

제2절 연구의 범위와 방법

주택임차인의 보호는 법과 제도 그리고 정책, 세제나 금융 등 여러 가지 면에서 충분히 상호 유기적인 관계를 형성해야 이룩될 수 있는 것이다. 그러나 이 논문에서는 그러한 것들 중에서 법적인 제도를 대상으로 한다. 법적 제도의 범위도 주택임대차보호법을 기본으로 하여 민법, 상가건물임대차보호법, 임대주택법, 민사집행법을 중심으로 하고, 그 외에 임차인보호와 관련된 법률들도 필요한 경우 논의의 대상으로 한다. 주택임차인의 보호제도는 여러 가지가 있지만, 그 중에서도 주택임차인 보호의 핵심이라 할 수 있는 주택임차권의 대항력, 임차보증금에 대한 우선변제권, 차임통제, 존속보호 및 임대차기간 중의 임대인과 임차인의 권리와 의무에 한정하여 논의하기로 한다. 주택임차인의 보호는 임대차계약의 체결, 임대차계약의 계속, 임대차계약의 종료의 3단계로 나누어 각 단계에서 논의할 수 있지만, 임대차계약의 체결은 일반 계약체결과 다름이 없으므로 논의에서 제외한다. 그리고 주택임차인의 보호를 임대차계약의 단계에 따라 구분하지 않고, 크게 주택임차권의 물건화로서 대항력과 거주이전의 자유를 확보하는 측면의 임차보증금 반환 보장, 주거의 계속성을 확보하기 위한 존속보장과 임대차기간 중 임대인과 임차인의 권리의무 문제로 대별하여 서술하기로 한다. 따라서 다음과 같이 논문의 순서와 범위를 구성한다.

제1장 서론에서는 주거권에 대한 보호가 어떠한 방향에서 이루어 져야 되는지에 대한 방향설정과 그에 따른 현행 법적 제도의 문제점을 지적하고 그에 따른 연구의 목적과 범위 및 연구방법을 서술한다. 제2장 주택임차인 보호의 비교법적 고찰에서는 독일, 일본, 영국, 프랑스의 주택임차권의 대항력, 존속보호, 차임

통제 등을 중심으로 각 나라의 주택임차권의 보호의 내용을 살펴본다. 제3장 주택임차권의 대항력과 임차보증금의 반환에서는 대항력의 요건과 존속기간, 대항력의 내용, 임차보증금의 반환, 임차권등기명령 제도를 논한다. 대항력의 요건과 존속기간에서는 주택의 인도와 주민등록에 대한 문제점과 그 대항요건의 존속기간에 대하여 논하고, 대항력의 내용에서는 임대인의 지위를 승계하는 자와 승계되는 내용 및 종전임대인의 책임문제를 다룬다. 임차보증금의 반환에서는 임차보증금의 법적성질, 확정일자부임차인의 우선변제권, 소액임차인의 최우선변제권 그리고 임차권의 배당순위에 대하여 논한다. 임차권등기명령제도에서는 임차권등기명령의 신청절차 및 그 효력과 문제점 등을 살펴보고 그에 대한 개선점을 논한다. 제4장 주택임차권의 존속보장과 임대차기간 중의 당사자의 권리의무에서는 존속보호의 방법과 현행 우리나라의 존속보장으로 주택임차권의 기간보장과 차임통제에 대한 내용 등을 살펴본다. 임대차기간 중의 당사자의 권리의무는 우리나라의 민법, 임대주택법, 표준계약서 등을 중심으로 살펴보고, 외국의 경우와 상이한 점들에 대해 검토함으로써 이와 관련한 규정이 미비한 점들에 대하여 서술한다. 제5장 우리나라 임차인보호제도의 문제점과 개선방안에서는 대항력과 우선변제권과의 관계, 소액임차인의 최우선변제권(가장임차인의 문제), 임차인보호의 실효성 확보 방안 (주택임차인의 경매신청권과 우선매수권), 주택임차권의 존속보장 그리고 임대인과 임차인에 대한 권리 규정에 대한 문제점을 서술하고, 이에 대한 개선방안을 모색해 본다. 제6장 결론에서는 이러한 논의의 범위에서 나타난 문제들을 중심으로 그 개선을 위한 입법적 방안을 제시하기로 한다.

본 연구는 주택임차인의 보호의 바람직한 방향이 어떠한 것인지를 다루는 것이므로 주택임대차보호법을 중심으로 한 임대차관련 규정들이 현실에서 그러한 방향에서 과연 실효성 있게 주택임차권을 규율하고 있는지가 주된 관심이다. 그러므로 실증적 연구를 통하여 실제 임차인들이 겪는 어려움을 밝혀내고 그에 대한 법규범들의 실효성을 검증하는 것이 타당하다. 그러나 이러한 논의는 우리 주택임대차보호법이 제정되어 30여년이 지난 지금까지 이에 관한 실증적, 이론적 논의들이 많이 축적되어 있고, 이에 관한 판례도 이제는 어느 정도 정립되어 있기 때문에 본 논문에서는 선행연구와 학설 및 판례를 토대로 하여 논의를 전개하도록 한다. 그리고 실증적 연구나 통계 등이 필요한 부분에 대해서는 이에 관

런된 자료를 제시하도록 함으로서 현행 제도의 문제점과 앞으로의 개선방안을 제시하는데 도움이 될 수 있도록 한다.



제2장 주택임차인 보호의 비교법적 고찰

제1절 독일

1. 대항력

독일에서 임대차에 대한 대항력을 인정한 역사적 과정을 보면, 프로이센 일반주법에서는 로마법상 “매매는 임대차를 깨뜨린다”는 원칙을 버리고 “매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다”는 원칙을 채택하여, 동산이나 부동산의 임차권에 물건적 성질을 인정하여 임차권을 제3자나 임대인의 특정승계인에게도 대항할 수 있게 하였다. 이러한 임차권의 물건적 성질은 임대물의 인도에 의하여 성립하였기 때문에 그 부동산을 등기하는 것은 물건취득을 위하여 필요한 것이 아니었다. 프로이센 일반주법에서는 이처럼 임차권을 보호하고 있었음에도 불구하고, 독일 민법 제1초안은 프로이센 일반주법과 달리 “매매는 임대차를 깨뜨린다”라는 원칙을 채택하였던바, 이에 대해서는 비독일적, 비민족적, 비독창적이라는 비판이 있었다. 이러한 비판에 의해서 그 후의 제2초안은 매매는 임대차를 깬다는 원칙과 매매는 임대차를 깨지 못한다는 원칙의 중간 절충책을 강구하였고, 이것이 제3초안을 거쳐 독일 민법 제571조에서 부동산임차인이 주택의 점유를 취득하면 (신소유자에의 양도 전 인도에 의하여) 그 임차주택의 신소유자 내지는 물건취득자가 임대인의 지위를 승계하도록 하여 임차인에게 대항력을 부여하였다.⁴⁾

그 후 1917년 및 1918년에 두 개의 임차인보호령의 제정을 거쳐 1942년에는 위의 두 개의 임차인 보호령을 통합 정비하고, 특별법인 임차인보호령을 제정하여 임대차계약의 체결 만에 의해 대항력을 부여하였으며, 위 특별법은 1960년대에 이르러 독일 민법의 사회적 임대차조항으로 편입되었다.⁵⁾ 현재 독일은 우리

4) 김종기, “주택임대차보호법상 공시방법으로서의 주민등록 : 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다27427 판결”, 「관례연구」(제6집), 부산관례연구회, 1996, 161-162면. (자세한 입법례에 관해서는, 고상룡, “전세제도의 재검토-해석론적 시도-”, (晴幹 金曾漢博士華甲記念)「現代民法學의 諸問題」, 1981, 340면 이하).

5) 김종기, 상계논문, 162면.

나라의 경우와는 달리 임대인 및 임차인 사이에 체결된 채권관계로서의 주택임대차관계를 제3자에게 대항하기 위하여 단지 주택의 인도만을 대항요건으로 하고 있다. 즉 임대인이 임대한 주거공간을 임차인에게 인도한 후 이를 제3자에게 양도한 때에는 양수인은 그가 소유권을 가지는 기간에 대하여 임대차관계로부터 발생하는 권리와 의무를 임대인에 갈음하여 승계한다(제566조 1항). 따라서 독일 민법에 의하면 임차인이 임차주택을 임대인으로부터 인도를 받고 난 후에 임차주택이 임대인으로부터 제3자에게 양도된 경우에는 임대차목적물의 양수인은 자신의 소유권이 존속하는 동안 임대차관계로부터 발생하는 권리, 의무에 관하여 종전의 임대인에 갈음하는 지위에 서게 된다.⁶⁾

이는 임대차관계의 법정이전이며 당사자의 의사와는 무관하므로 양수인의 知·不知는 그 법률효과에 영향을 미치지 않는다. 따라서 양수인은 자신이 알지 못했거나 알 수 없었던 임대차관계에도 구속되는 것으로 해석 된다.⁷⁾ 나아가 양수인이 그 의무를 이행하지 아니하면 임대인은 양수인이 배상하여야 할 손해에 대하여 先訴의 抗辯權을 포기한 보증인과 같은 책임을 진다. 그러나 임차인이 통지에 의하여 소유권의 이전을 안 경우에 임차인이 해지를 할 수 있는 최초의 기한에 해지를 하지 아니한 때에는 임대인은 그 책임을 면한다(제566조 2항). 여기서 중요한 것은 양수인이 임대차관계상의 의무를 이행하지 아니하여 원래의 임대인이 책임을 지는 경우에 그 임대인은 어떤 책임을 지게 되는가 하는 것이다. 특히 우리나라의 경우에는 임대차관계상의 채무에 임대차보증금 반환채무가 당연히 포함되는 것으로 보아 이를 다른 채무와 구별하지 아니하고 일률적으로 다루고 있지만, 독일의 경우에는 그 보증금 반환채무는 별개의 규정에 의하여 규정되고 있다.⁸⁾

한편 임차권의 목적이 된 토지와 주택에 대하여 강제경매가 이루어진 경우에 관하여 독일 강제집행법은 별도의 규정(독일민사집행법 (ZVG) §57-§57 d)을 두

6) 류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 박사학위논문, 동의대학교대학원, 2005, 19면.

7) 이재성, “임차주택을 양도한 자의 임차인에 대한 보증금 반환책임”, 『이재성 판례평석집(X)』, 1989, 509면 이하; 민일영, “임대주택의 양도인에 대한 임차보증금의 반환청구”, 『민사판례연구(IX)』, 1987, 104면 이하.

8) 김진현, “우리 주택임대차 제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 『민사법학』 (제13·14호), 한국사법행정학회, 1998, 352면.

어 특별히 보호하고 있다.⁹⁾ 독일 강제집행법 제57조에 의하면 독일 민법 제566조에 의해서 임대차 목적물이 경매된 경우에, 매수인은 그 취득 이전에 임대차 목적물을 이미 인도 받은 임차인에 대해서는 종전 임대인에 갈음하는 지위에 서게 되는 것이다. 즉 주택이나 토지의 경우는 보통의 용익권과는 달리 매우 강력한 보호를 받게 된다. 보통의 용익권은 목적물이 강제경매 되는 경우, 그 용익권의 운명은 오로지 집행채권자의 권리보다 순위가 앞서는지 뒤처지는지에 따라 그 운명이 좌우된다, 따라서 제1순위 저당권자의 신청에 의하여 강제경매가 이루어지는 경우에는 중간용익권은 가격보상을 받고 소멸된다. 그러나 토지나 주택 임차권에 있어서는 경매가 선순위 권리자의 신청에 기초하여 이루어지는 경우에도 경매이전에 단지 목적물의 인도를 받고 있기만 하면, 그 선순위 권리자의 순위를 기초로 하여 소유권을 취득하였다고 할 수 있는 매수인에게도 대항할 수 있기 때문에 통상의 용익물권보다도 더욱 강력한 보호를 받고 있는 셈이다. 여기서 상당한 기간을 요하는 강제경매 절차 중 언제까지 인도되어야 대항력 취득이 인정되는가 하는 점에서는 견해가 갈린다. 준용규정인 독일 민법 제571조는 양도시점 전까지라고 규정하고 있으며, 독일의 판례는 양도 시를 소유권의 이전시기 즉 물건행위 및 등기를 필한 시기로 해석하고 있다.¹⁰⁾

독일 강제집행법은 경매로 인한 소유권 이전 시점을 경락 시(매각허가 신고 시)로 규정하고 있다(ZVC §87-90). 즉 독일 민법 및 강제집행법 규정의 문리해석적으로는 경락 전 까지 인도를 받는 경우에는 임차인은 매수인에게 대항할 수 있다고 할 수 있다. 따라서 압류 후라도 매각기일 전까지 인도 받은 경우에 임차인이 매수인에 대하여 대항력을 취득하는 것은 물론이다. 왜냐하면 압류의 효력은 양도금지의 효력을 가질 뿐(ZVG §23 I), 채무자의 관리·이용 행위까지 금지하는 것은 아니기 때문이다. 그러나 압류 후의 임대차는 통상의 경제적 이용한도 내의 것이어야 유효한 것으로 인정 한다 (ZVG §24).¹¹⁾ 한편 경매절차에서 매각조건을 참작하여 매수신고를 하게 되는 매수인의 기대이익을 보호하기 위해서 늦어도 매각기일에서의 매각조건 제시 전까지는 인도하여야 하는 것으로 해석하

9) Zeller/Störner, Zwangsversteigerungsgesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, 1993, §57a Rz 2(3).

10) Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jurgen, Miete, 6. Aufl, Walter de Gruyter, 1991, §571 Rz 9.

11) a.a.O. §57 Rz 3(7); 류창현, 전계논문, 24면 ; 임운수, “주택임차인의 지위 강화에 관한 연구”, 박사학위논문, 경원대학교 대학원, 2006, 150면.

는 견해도 있다¹²⁾.

2. 존속보호

(1) 주택임대차관계의 종료

임대차관계의 종료는 기본적으로 당사자가 임대차기간을 정한 경우에는 그 기간의 만료로 종료한다. 그러나 임대차기간이 정해져 있다 해도 예외적으로 임대차관계가 특별한 사유로 미리 해지되거나 그 기간이 연장된 때에는 그 기간 전에 종료하거나 기간이 연장된다. 여기서 기간의 연장은 계약당사자의 명시적 합의에 의하거나 또는 임차인이 기간 만료 후에도 임차한 주택의 사용을 계속하는 것으로 즉, 묵시적 합의를 통하여 이루어 질 수 있다(제545조). 묵시적 합의의 경우에 일방의 계약당사자가 2주 이내에 기간연장에 대한 반대의 의사를 표시하지 않는 한 그 임대차는 종료기간의 약정이 없는 임대차로 본다.¹³⁾ 그리고 임대차의 종료기간이 정하여지지 않은 때에는 계약해지의 통고 후 일정기간의 경과로 임대차관계는 종료하고, 당사자가 서로 합의한 때에는 임대차관계는 언제든지 종료할 수 있다.¹⁴⁾

(2) 기간보호

독일민법은 주거임대차의 존속기간에 대하여는 규정하고 있지 않고 당사자의 계약에 의하여 정하도록 하고 있다.¹⁵⁾ 즉 독일의 개정 임대차법은 계약자유의 원칙을 폭넓게 제한하는 규정들을 부분적으로나마 완화하려는 노력의 하나로 임대차관계의 존속기간을 임대인과 임차인이 임의로 합의할 수 있도록 하였다. 이

12) Zeller/Störner, a.a.O. §57 Rz 3(4).

13) Rainer Wörlen, Schuldrecht BT, 6. Auflage, Rn. 186; 윤기택·김종현, “독일의 개정임대차법에 관한 연구-주택임대차에 관한 규정을 중심으로-”, 「청주법학」(제4집), 청주대학교 법학연구소, 2004, 113면.

14) Bundesministerium der Justiz, das neue Mietrecht, SS. 28-29. (<http://www.bmj.bund.de/enid>)

15) 주택임대차의 존속보호에 관한 문헌으로는, 김진현, 전계논문, 349면 이하; 임윤수, 전계논문, 131면 이하; 류창현, 전계논문, 10면이하 참조. 독일 민법전에 대한 내용은, 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2008.

는 계약당사자가 자신들의 이해관계에 따라 임대차기간을 충분히 합의할 수 있다는 판단에서 기인한다.¹⁶⁾

임대차기간에 대해서는 1년을 넘는 기간으로 체결되는 임대차계약의 경우 서면방식으로 체결하지 아니한 것은 기간의 정함이 없는 임대차로 보고, 다만 해지는 주거공간이 인도된 후에 적어도 1년이 지나야 할 수 있다(제550조). 따라서 독일은 간접적으로 1년의 최단기간 보장을 하고 있다고 할 수 있다. 그리고 기간이 정하여진 임대차관계는 특별해지 된 때 또는 기간이 연장된 때가 아니면 기간의 만료로서 종료하도록 하고 있다. 그러나 임대차기간이 정하여지지 아니한 경우에는 각 당사자는 법률의 규정에 따라 임대차를 해지할 수 있다(제542조 제1항, 제2항). 임대차계약이 30년을 넘는 계약으로 체결된 경우에는 각 당사자는 목적물의 인도 후 30년이 경과된 후에 법정기간을 두고 임대차를 특별해지 할 수 있고, 계약이 임대인 또는 임차인의 종신까지로 체결된 경우에는 해지를 할 수 없도록 하고 있다(제544조).

(3) 해지보호

임대차관계의 해지는 일정한 해지기간을 두어 일반적으로 계약관계를 종료시키는 통상해지(ordentliche Kündigung)와 법률상 특별한 사안이 있는 경우에만 허용되는 특별해지(außerordentliche Kündigung)로 나눌 수 있다. 후자는 다시 중대한 사유로 인하여 해지기간 없이 할 수 있는 특별즉시해지(außerordentliche fristlose Kündigung)와 임차인의 사망 후 임대차관계의 승계자가 없는 경우 임대차의 상속인 및 임대인이 법정해지기간을 두고 할 수 있는 특별해지(außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist)로 구분된다.¹⁷⁾ 이하에서는 통상해지와 특별즉시해지에 관하여 보기로 한다.¹⁸⁾

16) 독일은 거의 30년 동안의 개정작업을 거쳐 임대차법이 새롭게 정비되었으며, 마침내 2001. 9. 1. 개정임대차법이 그 효력을 발생하게 되었다. 독일은 여러 곳에 흩어져 있던 국민주거생활의 사회보장과 관련된 규정들을 정비하고, 그것을 통일적으로 민법전에 규정함으로써 당사자들이 쉽게 임대차와 관련된 권리관계를 이해하도록 하는데 목적이 있었다.

17) Bundesministerium der Justiz, a.a.O., SS. 31-32.

18) 특별해지 중에서 임대차관계의 승계자가 없는 경우의 특별해지에 관해서는 임대차의 승계와 관련된 문제이므로 여기서는 논외로 한다.

1) 통상해지

통상해지는 임대인에게 임대차관계의 종료에 정당한 이익을 가지는 경우에만 허용된다. 임대인이 임대차관계를 종료시킬 수 있는 정당사유를 보면 ①임차인이 계약상 의무를 유책하게 상당한 정도로 위반한 때, 예를 들어 차임지불의 지연 또는 공동주택에서 거주자 주의사항을 심각하게 위반하는 경우, ②임대인이 자신, 그의 가족구성원 또는 그의 세대에 속하는 사람을 위하여 주거공간이 필요하게 되어 해지를 하는 경우 그 해지에 정당한 이유가 있다고 본다. 예를 들어 임대인이 자녀의 결혼으로 주거공간이 필요하다는 이유 등, ③임대인이 임대차관계의 계속으로 토지를 경제적으로 적절하게 이용하는데 장애를 받고, 그로 인하여 그에게 현저한 불이익이 발생하게 되는 경우, 예를 들어 오래된 건물을 부득이하게 개축해야 하는 경우가 그에 속한다. 그러나 임대인이 다른 사람에게 임대하여 보다 더 많은 차임을 받을 목적으로 임대차를 해지할 수 없으며, 임대된 주택의 소유권자임을 주장하여 그것을 양도할 목적으로 임대차를 해지하는 것은 정당한 해지사유가 되지 않는다(제573조, 제1항, 제2항 제3호).

임대인이 정당한 사유를 가지고 임대차를 해지하는 경우에도 임차인이 언제나 임대인의 해지를 수용해야만 하는 것은 아니고 임차인은 일정한 요건 하에 이의를 제기하여 임대차관계의 계속을 요구할 수 있다. 여기서 일정한 요건이라 함은 계약에 따른 임대차관계의 종료가 임차인 또는 그의 가족 또는 그의 세대에 속하는 다른 구성원에게 가혹한 것으로서 독일민법 제573조에서 말하는 임대인의 정당한 이익을 고려하더라도 정당화 될 수 없는 경우를 의미한다. 이러한 가혹에는 적절한 대체주거공간의 마련이 현실적으로 기대하기 어려운 때도 포함한다. 독일 판례에서 나타난 이의의 사례들을 보면, 임차인, 그의 가족 또는 그의 세대에 속하는 구성원이 노약자, 노동력 장애자, 출산이 임박한 임산부 또는 심각한 질병을 앓고 있다는 사실이 이의의 이유로 받아들여 졌다. 그러나 이러한 임차인의 이의는 일시사용을 목적으로 하는 임대차(일시임대차), 임대인이 직접 거주하면서 가구나 기타 생활에 필요한 설비들을 갖추고 있는 주택 등에는 적용되지 않는다(제549조 제2항).¹⁹⁾ 임대인의 해지에 대한 이의는 늦어도 해지기간의 만

19) 독일민법 제573조의 임대인의 정당사유나 제574조의 해지에 대한 임차인의 이의는 다음과 같은 임대차

료 2개월 전에 임대인에게 도달하여야 한다(제574조b 제2항).²⁰⁾

임대인과 임차인이 임대차관계를 해지하기 위해서는 일정한 법정기간을 두고 해지하여야 하고 그 해지기간의 경과로 해지의 효력이 생긴다. 통상해지의 기간은 임차인이 해지하는 경우는 임대차기간에 상관없이 3개월이고, 임대인이 해지하는 경우는 임대차기간에 따라 다르다. 즉 임대차기간이 5년을 넘지 않으면 그 해지기간은 3개월이고, 5년을 초과하면 6개월, 8년 이후에는 9개월로 연장된다(제573조 c 제1항). 다만 12개월이라고 하는 해지기간은 폐지되었다. 이러한 해지기간을 두는 이유는 임대차관계가 계속 길게 되면, 임차인은 그에 따라 그 지역에 깊게 뿌리내리게 되고 따라서 안정적인 대체주택을 찾으려면 많은 시간을 필요로 한다는 점을 고려한 것이다.²¹⁾ 또한 임차인 측면에서는 짧은 기간 안에 새로운 업무지로 이사해야만 하는 직장인들이나 부양가족이 없는 고령자들이 양로원 또는 간병시설로 긴급히 입주하는 상황이 자주 발생하면서 장기의 해지기간이 더 이상 현실에 적합하지 않았기 때문이다. 개정법은 임차인의 통상해지기간을 임대차기간에 관계없이 3개월로 단축하는데, 반면 임대인의 통상해지에는 구법과 마찬가지로 임대차기간에 따라 달리하는 해지기간을 적용하여 임대인이 새로운 임차인을 찾는데 충분한 시간을 갖도록 하였다.²²⁾ 통상해지의 통고는 늦어도 매달 세 번째 평일까지 도달하여야 하며, 그렇지 않으면 해지기간의 만료는 1개월 연장된다.

2) 특별즉시해지

특별즉시해지란 임대차계약의 각 당사자가 일정한 해지기간의 경과 없이도 임대차관계를 즉시 해지할 수 있는 것을 말하며, 이와 관련된 규정은 독일 민법 제 543조와 제569조이다.²³⁾ 이 규정들에 의하면 임대인 또는 임차인은 중대한 사

관계에는 적용되지 않는다. ① 일시적 사용만을 위하여 임대되는 주거공간, ② 임대인이 직접 거주하는 주거의 일부로서, 주로 임대인이 설비물을 설치하여야 하고, 임차인에게 그의 가족과 함께 또는 그와 항구적인 것으로 의도된 동일세대를 이루는 사람과 함께 지속적으로 사용하도록 인도된 것이 아닌 주거공간, ③ 공법인 또는 공인의 사설 복지시설이 주거를 급박하게 필요로 하는 사람들에게 제공할 목적으로 임대한 주거공간으로서, 계약체결 시에 임차인에게 그 주거공간의 목적과 위에서 든 규정들이 적용되지 않음을 지적인 것(독일민법 제549조 제2항).

20) Bundesministerium der Justiz, a.a.O., SS. 33-34.

21) Birgit Grundmann, Mietrechtsreformgesetz(Beck'sche Gesetzesdokumentationen), 2001, S. 155.

22) Brigit Grundmann, Die Mietrechtsreform, NJW 2001, S. 2503.

유가 있는 때에는 일정한 해지기간 없이 그 임대차를 즉시 해지할 수 있다. 여기서 말하는 중대한 사유는, ①임차인 또는 임대인의 책임 있는 사유로 임대차관계의 계속을 기대할 수 없는 경우에는 중대한 사유가 존재한다고 본다. 그러한 기대가능성이 없는 경우로는 상대방을 심하게 모욕하였거나 또는 당사자 일방이 주거공간의 평온을 지속적으로 방해한 때를 들 수 있다. ②임차한 주거공간이 임차인의 건강에 현저한 위험을 초래하는 경우, 주택의 전부 또는 일부의 사용이 적시에 보장되지 아니하거나 이를 후에 다시 이용할 수 없게 된 때 ③임차인이 임차한 주택을 계약의 내용과 다르게 이용하여 임대인의 권리를 현저하게 침해하고, 이 침해행위에 대한 임대인의 경고에도 자신이 그 행위를 계속하는 경우 또는 임차인이 차임의 지불을 2개월 이상 지체한 경우 임대인은 임대차관계를 즉시 해지할 수 있다(제543조 제2항 제1호, 제2호, 제3호, 제569조 제3항 제1호).²⁴⁾

(4) 이의 후 임대차관계의 계속

임차인이 임대인의 해지에 대해 이의를 한 경우, 임차인은 모든 사정을 고려할 때 적절하다고 인정되는 기간 동안 임대차관계의 계속을 청구할 수 있고, 종전과 같은 조건으로 임대차관계를 계속하는 것이 임대인에 있어서 기대할 수 없는 때에는 임차인은 계약조건의 변경 하에 임대차관계를 계속할 것을 청구할 수 있다. 합의가 성립되지 않는 경우에는 관결로써 정한다. 임대차관계의 종료를 임차인 또는 그의 가족에 대하여 가혹한 것으로 만드는 사유가 언제 소멸될 것인지가 확실하지 아니한 때에는 임대차관계를 기간의 정함이 없이 계속하는 것으로 정할 수 있다(제574조의a 제1항, 제2항).

3. 차임의 통제

23) 독일민법 제543조는 모든 임대차계약에 적용되는 일반규정이며, 제569조는 주택의 임대차를 위하여 특별히 마련한 규정이다.

24) Bundesministerium der Justiz, a.a.o., SS. 35-36.

독일의 경우 차임액의 결정과 차임인상은 기본적으로 당사자 사이의 약정에 의하여 자유로이 정할 수 있으나, 이러한 원칙이 무제한으로 인정되는 것은 아니다. 독일의 경제형법 제5조와 형법 제291조는 임차인을 과도한 차임으로부터 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 즉 독일 경제형법 제5조는 주택 차임이 그와 유사한 주택의 차임에 20%를 초과하지 못하도록 하고 있다.²⁵⁾ 단 임대인이 관리비용의 충당을 위해 필요한 경우 그 한계를 초과할 수 있지만, 이 경우에도 형법 제291조의 폭리행위의 한계를 초과해서는 안 된다. 독일 연방법원은 임차한 주택과 유사한 그 지역의 다른 주택들이 형성하고 있는 차임의 50%를 초과하는 경우가 이에 해당한다고 하고 있다.²⁶⁾ 차임인상은 원칙적으로 임대차관계가 존속하는 동안 당사자가 그에 대한 합의를 할 수 있다. 그러나 장래의 차임변경에 대하여는 그 방식에 제한을 두어 계단식 차임 또는 지수식차임으로 약정하여야 한다(제577조).²⁷⁾

여기서 계단식차임²⁸⁾은 서면으로 일정한 기간에 대하여 각각 달리 약정될 수 있고, 그 약정에는 각 기간에 대한 차임 또는 각 기간의 인상분이 금액으로 표시되는 것을 말한다. 이 방식에서는 차임은 적어도 1년간 변동 없이 동일해야 하고, 이러한 계단식 차임이 적용되는 기간에 대해서는 제558조 이하 지역 통상 유사차임에 의한 임대인의 차임인상청구는 배제된다(동조 제2항). 계단식 차임이 약정된 경우, 임차인의 해지권은 최장 4년까지 배제될 수 있고, 해지는 이 기간이 경과한 후에 허용된다(제577조a). 과거 차임인상의 규제에 관한 법률은 장래에 대한 차임인상을 계단식 차임으로 미리 약정하는 경우에 그 약정기간을 최장 10년으로 제한하는 규정을 두고 있었지만, 개정법은 이러한 시간상의 제한을 철폐하였다. 이 시간적 제한의 철폐에 관하여서 독일의 법무부의 입장은 이러한 변화에 임차인보호는 침해되지 않는다는 견해이나,²⁹⁾ 이 개정에는 많은 의문이 있다고 하는 견해도 있다.³⁰⁾

25) Blank/Börstighaus, Neues Mietrecht, 2001, S. 87.

26) Bundesministerium der Justiz ,a.a.O., S. 12.

27) 이 조항은 개정법이 임대차에서 계약자유의 원칙을 보다 강화하기 위하여 마련한 것이다.

28) 계단식 차임은 미리 정해놓은 기간 동안 일정한 금액을 단계적으로 인상하는 차임을 말한다.

29) Birgit Grundmann, NJW, S. 2501.

30) Blank/Börstighaus, a.a.O., S. 87.

지수식 차임은³¹⁾ 연방통계청이 사정한 국내의 가계물가지수에 의해서 서면으로 약정하는 차임이다. 지수식 차임이 적용되는 기간에 대하여는 각 차임은 적어도 1년간 변동 없이 동일하여야 하고, 다만 임대인이 목적물의 사용가치의 증가나 주거상태의 개선 등의 목적물의 개량을 위하여 비용을 지출한 경우, 이러한 조치가 임대인의 책임 없는 사유에 기하여 이루어진 경우에는 차임인상 청구할 수 있고, 지역 통상 유사차임에 의한 인상은 인정되지 않는다. 지수식으로 차임을 변경하려면 서면방식의 의사표시로써 하여야 하고, 그 의사표시에는 물가지수의 변경사실, 각각의 차임 또는 인상분이 금액으로 기재되어야 한다(제557조의b 제3항). 이 규정은 임차인에게는 법적 안정성을 가져오는 반면에 임대인에게는 큰 부담이 되지 않는 것으로 평가되고 있다.³²⁾

임대인과 임차인 사이의 약정으로 차임 인상에 대한 합의가 없는 경우, 임대인은 지역 통상 유사차임(동법 제558조)에 의한 차임인상만을 청구할 수 있다. 즉 임대인은 차임이 인상되는 때로부터 거슬러 15개월간 차임이 변동되지 아니한 경우에는 그 지역의 통상 유사차임까지 차임인상에 동의할 것을 청구할 수 있다. 이 차임인상청구는 최종의 차임인상이 있는 후 적어도 1년이 경과되어야 하고, 목적물 개량에 의한 차임인상은 고려되지 않는다. 지역의 통상 유사차임은 기초 지방자치체 또는 그에 유사한 기초지방자치체에서 유사한 종류, 크기, 설비, 성상 및 위치의 주거공간에 대하여 지난 4년 동안 합의되었거나 또는 변경된 사례에 좇아 정해진다. 이 방법에 의한 차임인상은 목적물의 개량으로 지출된 비용 또는 제3자 자금의 계상에 의하여 충당된 비용 등³³⁾에 의한 인상을 제외하고는 연 20%를 초과하지 못한다(제558조, 제559조).³⁴⁾ 지역의 유사차임에 의한 차임인상의 원칙은 그것이 1971년에 도입된 이래 수십 년 동안 독일임대차시장의 평

31) 지수식 차임은 장래에 대한 차임인상 시에 차임인상 비율이 연방통계청이 조사한 독일 내의 가계물가지수에 의하여 제한되는 것을 말한다.

32) Birgit Grundmann, NJW, S. 2501; Blank/Börstighaus, a.a.O., S. 89.

33) 독일민법 제559조, 제559조의a, 제559조의b, 제560조는 목적물의 개량에 의한 차임인상과 관리비 인상에 따른 차임인상에 대한 규정이며, 보통 계약에 의한 차임인상의 제한이나 법률에 의한 차임인상의 제한을 고려되지 않는다.

34) 과거 차임인상 규제에 관한 법률 제2조 제1항 제3호에서 차임인상 폭을 30%로 제한하고 있었으나 임대차관계 규정이 민법으로 편입되면서 현재는 연 20%로 낮추어졌다. 그 이유는 지역 상례적 비교차임이 주택시장의 갑작스런 변화에 의하여 큰 폭으로 상승할 경우 임대인이 그 비교차임까지 인상을 요구하게 되면 임차인에게 큰 부담이 되기 때문이다(Birgit Grundmann, NJW, S. 2501).

화유지에 적지 않은 기여를 하고 있는 것으로 평가받고 있다.³⁵⁾

제2절 일본

1. 대항력

1890년에 제정된 일본의 구민법은 당시 프랑스의 임대차 물권론의 영향 아래 임차권을 물권으로 구성하였다. 그러나 현행 민법은 로마법의 원칙으로 돌아가 임차권을 채권으로 구성하면서, 스위스 채무법의 경우와 같이 임대인의 협력을 받아 등기함으로써 대항력을 부여하였다. 그러나 제1차 대전 후의 주택부족으로 인한 임차인의 거주 불안정이 극한 상황에 처하자, 1921년 차지법과 함께 차가법을 제정하기에 이르렀다. 민법상 임차권의 대항력은 우리 민법의 경우와 같이 등기함으로써 발생하나, 차가법은 건물의 인도으로써 임차권의 대항력을 인정하였다. 여기에서의 인도에는 현실의 인도는 물론 간의 인도의 경우에도 임차권의 대항력이 발생한다는 것이 통설이다. 다만 가옥 소유자의 이중임대로 인하여 제2의 임차인은 불측의 손해를 받을 우려가 있기 때문에 점유개정에 의한 인도의 경우에는 외부에서 인식할 수 있는 표지(예컨대 임차인이 문패를 붙일 경우)가 있을 때에 한하여 긍정하여야 할 것이라는 견해도 있다.³⁶⁾

현행 일본 차지차가법 제31조는 “건물의 임대차는 그 등기가 없이도 건물의 인도가 있을 때에는 이후 그 물건에 대한 물권을 취득한 자에 대하여 효력이 생긴다.”라고 하여, 주택임대차의 경우 등기 없이 단지 건물의 인도만으로 대항력을 인정하고 있다. 임대차관계를 제3자에게 대항할 수 있다는 의미는 대체로 임대차관계의 존속 중 임대차 목적물이 제3자에게 양도된 경우, 별도로 당사자 사이에 승계에 관한 약정이 없더라도 법률의 힘에 의하여 양수인은 종전의 임대인(양도인)의 임대차 계약상의 지위를 당연히 승계하게 된다는 뜻으로 이해하는 것이 일반적이다.³⁷⁾

35) Bundestagsdrucksache, 14/4553, S. 1.

36) 김중기, 전제논문, 163면.

37) 川井健, 「民法概論4」, 有斐閣, 2006, 256面: 이범주, “주택임대차의 대항력”, 「온산 방순원선생 고회기

일본의 경우는 양수인의 당연승계 여부나 임대인의 면책여부에 대한 규정이 없다. 다만 관련 규정에 대한 통설 및 판례의 해석을 통하여 그렇게 이해하고 있다.³⁸⁾ 그리고 임대차관계의 존속 중 임대차목적물이 제3자에게 양도되어 양수인이 임대차계약상의 지위를 법정 승계하는 경우에 종전임대인은 임대차관계로부터 이탈하게 된다. 이러한 경우에 종전임대인은 아무런 책임도 없는 것인지에 관하여, 일본의 학설과 판례는 양수인이 종전 임대인의 지위를 당연히 승계하고, 종전 임대인은 임대차관계에서 완전히 이탈하여 아무런 책임도 지지 않는다고 한다. 그 이유는 임대인의 채무는 실재상 개인적 채무를 가지지 않고, 목적물의 소유자라는 사실만으로써 완전히 이행할 수 있는 경우가 대부분이며, 임차인으로서도 신소유자와의 사이에 임대차가 계속되길 바랄 것이기 때문이라 한다. 임대차승계에 관하여 임차인과의 합의나 임차인에 대한 통지는 필요 없다.³⁹⁾ 따라서 임대차목적물이 양도된 경우에 임대인의 지위는 임차인의 의사와는 무관하게 신소유자에게 당연히 이전된다. 그러나 만약 임차인이 승계를 원하지 않는 경우에도 당연히 임대인의 지위가 법정 승계되는 것인지에 대해서는 다툼이 있다. 유력설은 임차인이 굳이 승계를 원하지 아니하는 경우에도 법률상 임차인을 구속할 필요가 없으므로, 임차인은 즉시 이의를 제기하여 임대차의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 한다.⁴⁰⁾

2. 존속보호

일본은 주택임대차만을 특별히 보호하는 것이 아니라 주거용건물인가 사업용건물인가를 구분하지 않고 차지차가법에 의해 보호한다.⁴¹⁾ 일본의 건물임대차에 대한 존속보호는 정당사유제도에 의하여 이루어지는데, 이 제도는 일단 성립한 건물임대차를 종료시키려면 임대인은 그에게 임대차관계종료에 대해 정당한 사

넘논문집」, 박영사, 1984, 172면.

38) 幾代 通, 「新版 註釋民法(15)」, 有斐閣, 1980, 188면 이하.

39) 上掲書, 188-190면.

40) 我妻 榮, 「債權各論(中卷)」, 有斐閣, 1972, 448면.

41) 日本 法務省民事局參事官室 編, 「新しい借地借家法」, 商事法務研究會, 1992. 178면.

유가 있는 경우에만 그 임대차관계를 종료시킬 수 있다. 일본은 이 정당사유제도를 핵심으로 하면서 그 밖에 몇 가지 부수적인 제도들을 두어 임차인을 보호하고 있다.⁴²⁾

(1) 정당사유제도

일본의 차지차가법⁴³⁾은 차지권(건물의 소유를 목적으로 하는 지상권 및 임차권)과 차가권(건물의 임차권)에 관하여 일본 민법상의 지상권, 임대차에 대한 특칙을 정하고 있다(제1조). 동법 제28조는 “건물임대인에 의한 갱신거절이나 해지통고는 정당사유가 있다고 인정되는 경우가 아니면 원칙적으로 이를 하지 못한다.”라고 하고 있다.⁴⁴⁾ 이것은 건물임대인이 적극적으로 건물임대차관계를 종료시키려면 정당사유가 필요하다는 것을 의미하는 것이다. 이 제도는 연혁적으로 차가권 강화 및 차가인 보호에 매우 큰 역할을 다해온 것으로 평가받고 있다.⁴⁵⁾

정당사유가 있는지를 판단하는 요소가 무엇인지에 대해서는, 원래 1991년 차지차가법 제정시까지 존속했던 차가법 제1조의2가 “건물의 임대인이 스스로 사용할 것을 필요로 하는 경우 기타 정당한 사유가 아니면 임대차의 갱신을 거절하거나 또는 해지의 통고를 할 수 없다”고 하여, 명문으로는 임대인의 자기사용의 필요성만 규정하고 기타의 정당사유의 규명은 학설과 판례에 일임하였다. 그러나 어떠한 사유가 있으면 정당사유가 긍정되는지 법문상 명백하지 않아서 당사자가 재판의 결과를 예측하기가 극히 곤란하다는 문제점이 지적되었고, 그러한 이유로 차지차가법을 제정하면서 정당사유의 유무를 판단하는 사유를 동법 제28조에 명문으로 정하였다. 해지의 정당사유로는 ①건물의 임대인과 임차인(전차인 포함)이 건물의 사용을 필요로 하는 사정, ② 건물의 임대차에 관한 종전의 경과, ③ 건물의 이용 상황, ④ 건물의 현황, ⑤건물의 임대인이 건물의 명도의 조

42) 김진현, 전계논문, 420면.

43) 일본 차지차가법은 1921년(대정 10년)에 제정된 차지법과 차가법, 그리고 1909년(명치 42년)에 제정된 건물보호에 관한 법률을 통합해 1991. 10. 4. 제정, 공포되었다. 동법에 의하여 위 세 법률은 폐지되었다.

44) 갱신거절은 기간의 정함이 있는 건물임대차의 경우이고, 해지통고는 기간의 정함이 없는 임대차의 경우를 말한다.

45) 김진현, 전계논문, 420면.

건으로서 또는 건물의 명도와 상환하여 건물의 임차인에 대하여 재산상의 급부를 할 뜻의 신청을 한 경우에 있어서의 그 신청 등이다.⁴⁶⁾ 이러한 요소들 중 임대인 또는 임차인의 사용필요성이 주된 판단요소이고 나머지는 종적인 보완적 요소로 구분하는 것이 보통이다.⁴⁷⁾

(2) 해지기간의 확장과 법정갱신

일본 민법 제617조 제1항은 건물임대차의 경우 당사자가 누구인지를 묻지 아니하고 그 해지기간을 3개월로 하고 있으나, 일본의 차지차가법 제27조는 기간의 정함이 없는 임대차에 있어서 임대인이 해지하는 경우는 그 해지기간을 6개월로 확장하고 있다. 따라서 임차인이 해지하는 경우는 민법에 의해 그 기간은 3개월이 되지만 임대인이 해지하는 경우는 차지차가법에 의해서 6개월로 확장되는 것이다. 이것은 임차인에게 기간의 정함이 없는 임대차관계의 종료를 가능한 일찍 예고해줌으로써 그에게 대응할 시간을 확보해주기 위한 것으로서 임차인 보호를 위한 배려라고 볼 수 있다.⁴⁸⁾

일본 민법상 기간을 정한 임대차는 기간의 만료로 임대차관계가 종료하도록 하고 있으나 차지차가법 제26조 제1항은 이러한 원칙을 배제하고, “당사자가 그 기간만료 전 1년부터 6월 사이에 상대방에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 종전의 계약과 동일한 조건으로 계약을 갱신한 것으로 본다”라고 하여, 갱신거절의 사전통지를 의무화하고 그 불이행시에는 법정갱신의 효과가 생기도록 하고 있다.

한편 일본 민법 제619조의 목시의 갱신의 특칙으로서 차지차가법 제26조 제2항 및 제27조 제2항은 “갱신거절의 통지 또는 해지통고를 한 경우라도 그 존속기간 또는 해지기간이 만료한 후 건물임차인(또는 전차인)이 사용을 계속하는 경

46) 이러한 사유들은 새로운 것이 아니라 종래 판례에 의하여 정당사유 판단 시 고려하여야 할 사항으로서 이미 확립되어 있었던 것들을 명문화한 것에 불과하고, 다만 현재의 재판실무의 기본 틀을 유지하면서 정당사유의 내용을 조금 더 명확하게 한 데 의의가 있는 것으로 평가되고 있다(星野英一, “借地·借家法の改正”, 『法學教室』, 1992, 13-17면).

47) 日本 法務省民事局參事官室, 前掲書, 176面.

48) 류창현, 전계논문, 172면.

우에 건물임대인이 지체 없이 이의를 제기하지 아니 한 때에는 종전의 계약과 동일한 조건으로 계약을 갱신한 것으로 보되 그 기간은 정함이 없는 것으로 본다”라고 하고 있다. 이 규정은 존속기간 만료 시는 물론 해지기간 만료 시에도 당연히 적용되며 갱신 '간주'의 효과가 생긴다는 점에서 건물임차인의 이익을 보호하기 위하여 그 보호가 한층 강화되었다고 할 수 있다.⁴⁹⁾

(3) 규제대상이 되지 않는 임대차

차지차가법이 제정되면서 신설된 기한부건물임대차에 대해서는 예외적으로 존속보호가 되지 않는다. 이러한 제도의 취지는 건물임대차의 다양화에 있다고 볼 수 있다. 즉 종래처럼 임대인은 약자라는 것을 전제로 한 차가제도와 그렇지 아니한 것을 이원화함으로써 차가계획에 관한 합리적인 몇 가지 경우를 만들어 두기 위한 조치이다.⁵⁰⁾ 그러한 경우로는 다음의 두 가지 경우가 있다. ①임대인 부재기간의 건물임대차(제38조) : 전근, 요양, 친족의 보호 기타 부득이한 사정에 의하여 건물을 일정기간 자기생활의 근거지로 사용하는 것이 곤란하지만, 그 기간의 경과 후에는 그 본거로서 사용하게 될 것이 명백한 경우에, 건물의 임대차를 하는 때에는 그 일정기간을 확정하여 건물의 임대차기간으로 하는 때에 한하여, 계약의 갱신이 없는 것으로 하는 뜻을 특약으로 할 수 있다. 그리고 이 특약은 그 부득이한 사정을 기재한 서면에 의하여야 한다. ②철거예정 건물의 임대차(제39조) : 법령 또는 계약에 의하여 일정기간을 경과한 후에 건물을 철거하게 될 때에 임대차가 종료한다는 뜻을 특약으로 정할 수 있다. 이러한 차가제도를 정기차가권(정식명칭은 정기건물임대차)라고 하는데, 임대인이 임대차관계를 해지하는 데에는 정당사유에 의한 제한이 있기 때문에 건물의 소유자는 임대차계약을 체결한 경우 그 건물의 반환을 청구하는 것이 곤란한 경우가 많다. 그래서 약정기간의 만료에 의해 확정적으로 차가관계가 종료하도록 한 것이다. 그리고 그 특약은 그 건물을 철거하여야 하는 사유를 기재한 서면에 의하여야 한다.⁵¹⁾

49) 김진현, 전계논문, 425면; 류창현, 전계논문, 35-36면; 임윤수, 전계논문, 172면.

50) 日本 法務省民事局參事官室, 前掲書, 186面.

51) 이주복, “주택임차인의 대항력과 우선변제권”, 박사학위논문, 안동대학교 대학원, 2008. 24면.

3. 차임의 통제

일본의 경우 건물임대차의 차임개정은 건물의 차임이 토지 혹은 건물에 대한 조세 기타의 부담의 증감에 의하여, 그리고 토지 혹은 건물의 가격의 상승이나 저하 기타의 경제 사정의 변동에 의하여, 또는 근처 동종의 건물의 차임에 비교하여 상당하지 아니하게 된 때에는, 계약의 조건에 불구하고 당사자는 장래에 향하여 건물의 차임액의 증감을 청구할 수 있다. 다만 일정기간 건물차임을 증액하지 아니한다는 뜻의 특약이 있는 경우에는 그 정함에 따른다(제32조 제1항). 이 조항은 차임개정에 인위적인 통제 내지 규제를 가하지 않으면서 자의적이고 무분별한 차임증감청구를 배제하기 위하여 “상당성”이라는 최소한의 제한장치를 제시한 것이라고 할 수 있다. 또한 일반조항의 해석에서 흔히 문제되는 해석의 불안정을 해소하기 위해서 그 상당성 여부를 판단함에 있어서 고려하여야 할 사항을 구체적으로 예시하고 있는데, 그것은 임차건물비용(원가)의 변동, 물가등락 등의 경제사정, 비교차임으로 요약할 수 있다.⁵²⁾

또한 차임증액은 당사자 사이에 협의로 정할 수 있지만 협의가 성립하지 아니한 때에는 그 청구를 받은 자는, 그 증액이 정당하다고 하는 재판이 확정될 때까지는, 상당하다고 인정하는 액의 건물차임을 지불하면 족하다. 건물차임의 감액에 관하여 당사자 사이에 협의가 성립하지 아니한 때에는, 그 청구를 받은 자는, 감액이 정당하다고 인정하는 재판이 확정될 때까지는, 상당하다고 인정하는 액의 건물차임의 지불을 청구할 수 있다. 따라서 증액청구시의 잠정차임은 증액청구를 받은 자가 상당하다고 인정하는 액으로 정하고, 감액청구 시의 잠정차임은, 감액청구를 받은 자가 스스로 상당하다고 인정하는 액으로 정하고 있다. 이러한 잠정차액은 증액 또는 감액의 액수가 법원의 판단으로 확정되면, 각각 다음과 같이 정산하게 하도록 하고 있다. 증액의 경우는 미지급 부족액 및 지불기 이후의 기간에 대한 연 1할의 이자율로 계산한 이자를 지불하도록 하고, 감액의 경우는 이미 수령한 초과액 및 수령시 이후의 기간에 대하여 연 1할의 이자율로 계산한 액을 반환하도록 하고 있다(제32조).

52) 류창현, 전제논문, 38면.

현재 일본의 법제는 차임개정에 인위적인 통제 내지 규제를 가하지 않으면서도 간단한 차임증감청구에 대한 상당성 통제만으로도 건물임대차에 관한 차임통제가 이루어지고 있다. 그것은 정당사유가 없는 한 건물임대차의 갱신거절이나 해지통고는 허용되지 않는 존속보호가 행해지고, 임대인의 차임증감청구는 상당성 있는 범위 내에서만 인정되므로, 임차인은 임차한 건물로부터의 축출을 두려워할 필요 없이 임대인의 부당한 차임증액을 거절할 수 있기 때문이다. 즉 임대인이 차임증액을 요구하는 경우에 임차인은 임대인의 인상요구액 중 스스로 상당하다고 인정하는 액수만큼 지불하다가, 나머지 과부족 액은 법원의 상당성 기준에 터잡은 판단의 결과를 기다려 정산하면 되기 때문이다.⁵³⁾

제3절 영 국

1. 대항력

영국의 현행 차가법의 적용범위에 관하여 동법 제1조 제1항은 "과세가격 또는 기준차임(제한차임)이 법정기준 이하인 주거에 한하여 적용 된다"라고 한다. 여기서 주거란 건물 또는 건물의 일부분으로 독립한 주거로 임대된 것을 말하고, 과세가격은 고정자산의 평가기준이 임대가격에 상당한 것이다. 또한 주거는 주거의 목적으로 하는 한 점포·영업 등에 일부가 사용된 경우도 포함한다.⁵⁴⁾ 동법 제103조 제1항은 주택임차인의 거실·부엌 등 중요생활시설을 다른 수인의 주택임차인과 공용하는 경우도 독립한 주거로 보호하고 있다.⁵⁵⁾

차가법의 기본원칙은 임대인의 해지통지 또는 그 밖의 사유에 의하여 약정임차권이 소멸하여도 임차인에게 주거를 계속할 권리를 부여하고 있으며, 또한 특

53) 김진현, 전제논문, 441면.

54) R. E. Megary, The RENT Act. 10th ed, Vol, 1967, p.83: 고상용, "주택임대차보호법의 문제점과 개선방향", 「고시연구」, 1982, 29면.

55) Woodfall, Law of Landlord and Tenant, 27th ed, Vol. 1, 1960, p.1093.

별한 사유가 없는 한 법원의 주택인도명령 또는 판결을 금지하여 임차인의 거주를 보호하고 있다. 이러한 경우의 임차권을 통상 법정임차권이라 한다. 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 사용하여야 한다. 이러한 요건이 구비되면 당연히 법정임차권이 발생한다. 만약 임차인이 주택의 점유회복을 청구하는 경우에는 일정한 법정사유에 기하여 법원의 인도명령 또는 판결을 얻지 않으면 임대인의 청구는 인용되지 않는다.⁵⁶⁾

한편 임차인은 그 보호를 청구하는 주택에 개인적 거주 또는 현실적 점유를 하여야 한다. 그것은 당해 주택에 거주하고 있는 임차인을 보호하는 것이 차가법의 기본원칙이기 때문이다. 여기에서 문제가 되는 것은 현실적 점유 또는 개인적 거주라고 하는 의미인데, 이는 개개의 사건마다 그 구체적인 사실관계와 그 정도에 의하여 결정되는 것이다. 그런데 법정임차권의 성질과 관련하여 이러한 개인적 거주권은 법정임차인이 파산선고를 받았을 경우에는 어떠한 영향을 받는가에 대하여, 초기의 판례는 법정임차권은 재산상의 권리 또는 이익이라 하여 파산법 제53조에 의하여 파산관재인에게 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. 영국에서 임차인의 대항력 문제는 우리나라와 달리 양당사자간의 합의만으로 충분하고, 점유이전 또는 인도를 그 요건으로 하고 있으며, 다만 존속기간이 3년 이상의 것에 대한 합의는 날인증서에 의하여야 한다. 존속기간이 3년 이하인 경우에는 외부공시(점유)가 뚜렷하여 제3자와의 권리관계상 분쟁의 소지가 없으나, 3년 이상인 경우에는 확정일자증서와 유사한 날인증서를 받아야 한다.⁵⁷⁾

2. 존속보호

56) 内田勝一, “外國の借家法の 現狀(1)-イギリス-”, 「現代借地借家法講座(第3巻)」, 日本評論社, 1986, 48-49面.

57) 임윤수, 전계논문, 137면.

영국에서는 주택임대차와 기타 임대차를 구별하여 다른 목적을 가지고 규제를 하고 있다. 주택임대차에 관해서는 차임을 통제하고 이용의 존속보호를 꾀하고 있지만, 기타 임대차에 대해서는 임차인이 건물에 투자한 자본의 회수가 주관심사이다. 주택임대차는 1997년의 차임법을 主法으로 하는데, 1988년 주택법을 제정하여 임대차의 존속보호와 함께 임대인의 점유회복도 형평을 기하였다. 차임법은 규제임대차를 대상으로 하고, 주택법은 보증임대차와 보증단기임대차를 대상으로 하는데, 보증단기임대차를 제외한 규제임대차와 보증임대차가 기한의 만료나 해약고지 등 상법상의 원인에 의한 임대차의 종료 시, 법정임대차와 법정주기임대차를 발생시키는 것으로 보호하는 내용이다.

보증단기임대차는 임차인에게 실질적인 존속보호가 주어지지 않는다. 그 외에 임차인에 대하여 권리행사를 억압하거나 가족의 평온함을 방해하는 행위, 주거에 필요한 서비스를 중지시키는 행위 등도 형사상의 범죄로 처리해 보호해 주고 있다.⁵⁸⁾ 즉 1977년 퇴거방지법은 불법한 방해, 축출을 금지하고 있다. 퇴거란 건물에 거주하고 있는 점유자로부터 불법하게 점유를 침탈하는 것이고, 방해란 퇴거 이외의 방법으로 건물에 거주하고 있는 점유자에게 건물의 점유를 포기시키는 것으로써 임차인의 권리 행사의 억압, 가족의 평온 방해, 주거의 이용에 필요한 서비스의 중지 등의 행위를 말한다. 이러한 모든 행위는 형사상의 범죄가 된다.⁵⁹⁾

한편, 임대차관계가 존속하는 한 임차인이 임대차계약의 특약에 위배하여도 임대인은 가옥명도를 얻기 위해서는 법원의 명도명령·판결을 받아야만 하고, 임대차계약관계가 기간만료에 의하여 소멸한 경우에도 마찬가지이다. 또한 임대인이 차임지급 지체 등의 명도사유에 기하여 해약고지를 하였다 하여, 그 계약이 해지되는 것이 아니고 가옥명도소송을 제기하여야 하며, 위의 어느 경우에도 법원은 인도명령 또는 판결을 하는 것이 합리적인가 아닌가를 판단한 후에 임대인의 명도청구의 인용여부를 결정한다.⁶⁰⁾ 즉 영국의 임대차법(Rent Act, 1968)에서 임

58) 内田勝一, 前掲論文, 48-98面; 문영완, “임대차 법익균형을 통한 최소 주거권 접근에 관한 연구”, 「비교법학」(제8집), 565면.

59) 임윤수, 전계논문, 138-139면.

60) 류창현, 전계논문, 11면.

대인은 법정명도사유가 존재하는 경우에 한해서 법정으로부터 소송절차에 의한 건물명도명령을 받을 수 있고, 그에 의해서만 임차인을 퇴거시킬 수 있다. 이는 기간 약정 있는 임대차의 계약기간의 만료한 경우에도 같다.

명도사유로서는, 첫째 임대인이 적절한 대체주택을 제공하는 경우, 둘째 임차인이 제한차임을 초과하여 전대한 경우, 셋째 그 밖의 법원명도사유로서 차임 지불 및 그 외의 의무위반(건물수선 등 특약), 반사회적행위, 임차인의 해지통고, 임대인의 승낙 없는 주택 전부에 대한 임차권의 양도 및 전대 등이 있으며, 임대인 자신이 거주, 임대인의 18세 이상 된 자식의 거주, 임대인 부모의 거주로서 건물을 사용해야 할 정당한 필요가 있을 경우에도 명도사유가 된다.⁶¹⁾

3. 차임통제

영국에서의 임대료 통제는 1차 대전 중 주택부족 등의 이유로 임대료가 급등하여 물가상승이 예상되자 1915년에 임대료를 통제하기 시작하여 1925년까지 계속되었고, 그 후 30년에 걸쳐 단계적으로 완화되었다. 1965년 임대료법의 개정을 통해 모든 민간임대주택에 적용되는 공정임대료(fair rent)⁶²⁾ 제도를 도입하였고, 1972년 주택기금법에서 이 제도를 공영주택에도 확대하여 민간임대주택이나 공영임대주택 모두에 대해 이 제도를 시행하면서 임대료 지불이 불가능한 계층에 대해서는 임대료 할인이나 보조를 해주는 제도를 도입하였다. 그러나 1977년 다시 임대료법을 개정하여 공정임대료 제도를 특정한 민간임대주택에 대해서만 적용함으로써 그 적용범위를 축소하였고 그 대신 임대료 보조제도를 확대하였다.⁶³⁾ 그 후 공정임대료 제도의 대상주택은 계속하여 감소하고 있다. 영국에서의 공정임대료 제도의 적용대상이 축소되어온 것은 아마도 영국의 민간임

61) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 456면.

62) 공정임대료제도는 임대료사정관이나 임대료조정위원회에 의해 결정된 임대료로서 임대인의 적정이윤이 보장되는 수준으로, 모든 공정임대료는 지방임대장부에 기록되어 있다. 공정임대료를 결정하는 기준에는, 임대인이나 임차인의 개인사정을 제외한 모든 상황변화, 주택의 보수상태와 장점, 지역특성, 건축연한, 가구여부 등, 임차인에게 책임이 있는 파손, 임차인의 거주기간 동안 일어났으나 임차인에게 필요치 않은 개량 등이 있다.

63) 윤해정, “주택임대차분쟁조정위원회의 도입에 따른 운영방안 연구”, 「평택대학교논문집」(제15집), 평택대학교, 2001, 142면.

대주택이 전체주택재고 중에서 차지하는 비중이 축소되어 온 것과 관계가 있는 듯이 보인다. 영국의 민간임대주택의 재고가 전체주택 수에서 차지하는 비중이 1914년 89.8%에서 1960년 31.5%, 다시 1981년 11.1%, 그 후 계속하여 그 비중이 줄어들다가 다시 2000년에는 그 비중이 다시 10.2%로 다시 높아지고 있으나 여전히 그 비중이 매우 낮게 나타나고 있다.⁶⁴⁾

영국에서는 등록임대차에 대해서만 공정임대료가 적용되는데, 등록임대차는 1977년 임대료법에 근거하여 소유자가 직접 거주하지 않는 임대용 주거는 등록임대(regulated tenancies)로 신고토록 하였다. 현재는 1989. 1. 15. 이전에 임대차 개시된 경우만 등록임대차로 남았으나 그 이후에 임대된 주택도 신고하면 등록임대차가 될 수 있다. 등록임대차는 전체 민간임대주택의 6.6%이며 이중 임대료가 등록된 주택은 전체민간임대주택의 3.4%인 8만호 정도이다. 영국은 민간임대주택의 공급을 활성화하기 위해 1979년 임대차유형을 장단기로 구분하고 임차권과 임대료규제를 차등화 하였다. 보증임대차의 경우 장기보증임대는 계속 임차할 수 있는 반면 시장임대료를 적용하고, 단기보증임대차의 경우는 공정임대료가 적용되는 대신 임대기간의 6개월-5년간으로 제한되고 있는데, 단기보증임대의 재고는 총 민간임대주택의 53.8%인 124만호이다.

한편 임대료 총액에 대한 제한도 하는데, 1999. 2. 1. 제정되어 2000. 12. 7. 효력이 발생한 The Rent Acts(Maximum Fair Rent)Order에서 임대료 총액을 소매물가지수(RPI)의 상승률과 연계하여 제한하고 있다. 임대료사정관(Rent Office)과 임대료조정위원회(Rent Assessment Committee)는 공정임대료를 시장임대료, 희소가치 등을 무시하고 결정할 수 있으나 이 규칙에 따라 최대임대료를 산정하는 임무가 부가되었다. 만일 공정임대료가 최대임대료보다 높은 경우는 최대임대료를 적용하고, 그 반대의 경우에는 공정임대료가 등록되도록 하고 있다.⁶⁵⁾

64) 영국의 민간임대주택 변화에 대한 년도마다의 변화율에 대해서는, John R. Short, Housing in Britain, Methuen & Co., 1982, p186; DETR Survey of Housing, 1999/00.

65) 공정임대료와 관련된 제도로서는 The Rent Service(TRS)와 Rent Assessment Panels(RAPs)라는 기구가 있다(이에 대한 자세한 사항은, 윤희정, 전계논문 144면 이하 참조).

제4절 프랑스

1. 대항력

1804년에 제정된 프랑스 민법은 제1743조에서 "임대부동산을 매매에 의하여 취득한 자는 공정증서 또는 확정일부 있는 증서에 의한 임대차계약의 임차인을 퇴거케 할 수 없다"고 하여 일찍부터 임차인에 대항력을 인정하였다.⁶⁶⁾ 1855년 제정된 저당등기법에 의해 일정한 장기의 부동산임차권에 대하여는 등기를 필요로 하는 것으로 하였으나, 임차인이 단독으로 등기할 수 있게 하여 대항력을 보호하였다. 프랑스 민법전에 따르면 임대차계약은 기본적으로 불요식 행위이나 기간의 경과에 따른 자동적인 임대차관계의 종료에 관한 기간은 명시적으로 협의되어야 한다.⁶⁷⁾ 일반적으로 임대목적물의 매매에 따른 양수인에 대한 임대차의 증명 또는 유효성을 가지기 위해서는 임대차계약이 명시적으로 기재되어 있어야 한다. 민법의 규정상 임대목적물의 양도의 경우에도 임대차계약은 새로운 소유자(임대목적물의 양수인)에 대하여 그 유효 및 존속성을 주장할 수 있다. 즉 임대차계약이 공증인에 의해 공증되었거나 최소한 서면에 의해 체결된 경우, 그리고 계약의 체결 시에 이에 관한 증명으로 신고 등이 제정관청에 이루어진 경우 등이다.⁶⁸⁾

임대차기간이 12년을 초과하는 기간으로 정해진 임대차계약은 공증인에 의한 공증 또는 등기부상에 등기를 이행할 것이 요구되어 진다. 왜냐하면 등기 없이 이루어진 임대차는 임대목적물의 양도의 경우에 있어 최대 12년까지만 새로운 소유자에 대하여 대항력을 가지기 때문이다.⁶⁹⁾ 일반적으로 임차인이 소유자에 대하여 유효한 점유권을 주장하기 위해서는 그 전제조건으로 임대차계약은 기본적으로 소유자 자신에 의해 또는 그의 대리인에 의해서 체결되어야 하고 또는

66) 법제처, 「프랑스 민법전」, 법제자료 제87집, 1977, 360면.

67) Art. 1714 et 1737 C. civ. et Art. 1325 C. civ. (프랑스 민법전 Code civil은 C. civ.으로 약칭함).

68) Art. 1743 et Art. 1328 C. civ.

69) 소재선, "프랑스부동산법상 부동산임대차·부동산중개·부동산조합의 구조와 특성", 「토지공법연구」(제40집), 한국토지공법학회, 2008, 503-504면.

사후적으로라도 소유자에 의해 승인되어야 한다. 부부공유의 부동산에 있어서는 주거용 임대차를 제외하고는 기본적으로 부부 중 일방 당사자에 의해서도 유효하게 임대되어질 수 있고, 임대인이 미성년자인 경우에 대리행위는 일반적으로 친권 행사자의 일방만의 대리를 통해서도 충분하다.⁷⁰⁾

2 존속보호

프랑스에 있어서 주택임대차는 1948년에 처음으로 포괄적으로 법률에 규정되었는데, 이 법률은 여러 번의 개정과정을 통하여⁷¹⁾ 그 적용범위가 줄어들었고 현재는 1989년의 개정법률(소위 Loi Mermaz)이 그 의미를 가진다. 이 법률을 적용함에 있어 전제조건은 임차인의 주된 거주지로서의 주택이거나 자영업 또는 주된 거주지로서 이용되는 건물일 것을 요한다(제3조). 임대목적물에 부속되는 주변 토지, 즉 창고, 주차장, 녹지 등도 주택임대차의 규정 하에 규율된다. 이에 반하여 동 법률은 계절적으로 제한된 임대차계약, 내구재가 갖추어진 임대차계약, 사택의 임대차 등에는 적용되지 않는다. 이 법률은 주택임대차에 대해 최소 존속기간을 규정하고 있는데, 자연인을 통한 임대차에서는 기본적으로 3년, 법인을 통한 임대차에서는 6년의 존속기간이 보장된다(제10조). 다만 임대인이 자연인이고 임대목적물을 본인 또는 그의 가족 구성원에 의해 3년의 존속기간 전으로 이용하고자 하는 구체적인 근거가 붙여진 의도가 존재하면 최소 1년 이상 3년보다 짧은 기간으로 합의할 수 있다(제11조). 이러한 경우에는 임대차계약서상에 줄어든 임대차기간에 대한 사유가 기재되어야 하고, 임대인은 임대기간의 종료 최소 2개월 전에 임차인 또는 그의 가족구성원이 장래에 임대목적물을 사용하기를 원하는지에 대한 확인을 하여야 한다. 그러나 이러한 최소존속기간은 확정된 기간은 아니다. 즉 임차인은 기본적으로 언제든지 3개월의 해지기간을 두고 계약을 해지할 수 있다(제12조, 제15조).

임대인은 임대차관계를 기본적으로 계약상의 존속기간의 종료 시 또는 어떠한

70) Jean-Luc Aubert(Hrsg.), Dalloz Action Droit de la gestion de l'immeuble, Paris 2000, Textziffer 603.

71) 심각한 주택의 부족문제를 해결하기 위한 배경에서 제정된 1948년 법률은 1982, 1986, 1989년에 개정되어 새로운 강행규정들이 많이 생겨나게 되었다.

해지의 사유가 존재할 때 해지할 수 있다. 해지사유는 자기수요, 임대목적물의 예견된 양도, 그리고 특별히 중대한 사유의 발생⁷²⁾의 경우에 해지할 수 있다(제14조). 임대인의 이러한 해지에는 6개월의 해지통지기간이 적용되고, 해지는 등기우편물에 의한 서면에 해지사유를 기재하고 하여야 한다. 임대차계약의 기간경과로 임대인 또는 임차인에 의한 해지는 인정되지 않고, 임대차계약은 묵시적으로 다음의 3년 또는 6년의 기간으로 자동 연장된다(제10조). 이러한 경우에 임대인은 자신의 임대료가 여타의 비교 가능한 임대목적물과의 비교에서 현저하게 임대료가 낮을 경우 임대료 증감청구권을 행사할 수 있다(제17조). 자기사용에 기한 계약해지는 임대인이 임대목적물을 스스로 이용하기를 원하거나 또는 자신의 배우자, 혼인관계와 유사한 사실혼 배우자, 일반적 동거배우자, 직계비속 또는 임대인의 부모 또는 배우자의 부모를 통한 자기사용의 의도가 표현된 경우 등이다(제15조).

이와는 별도로 임대인은 임대차계약기간의 종료시점에서 이미 의도되었던 임대목적물에 대한 양도에 기해 임대차계약을 해지할 수 있다. 이러한 해지는 다음의 요건을 갖춘 경우에만 인정된다. 즉 임대인이 해지를 함에 있어서 임차인에게 양도조건과 특히 양도가격을 통지하여야 하고, 이에 기하여 임차인은 2개월 내에 자신의 법정 우선매수권을 행사할 수 있다(제15조). 이 외에 임대인은 중요한 사유에 기하여, 예를 들면 반복되는 임대료의 지불연체 또는 계획된 개보수공사의 시행 등으로 임대차계약기간의 종료와 함께 임대차계약을 해지할 수 있다.⁷³⁾

3. 차임통제

프랑스는 민법상 차임은 당사자간의 계약에 의하여 정하도록 하고 있었으나 1982년 법(임차인 및 임대인의 권리 및 의무에 관한 법률)에서 차임을 규제하기 시작하였다. 이러한 차임의 통제가 실시된 배경은 항상 주택공급이 부족한 파리에서는 차임의 폭등이 일어나고 일부 주택소유자들의 폭리행위가 사회적으로 강

72) 특히 임차인에 의한 임대차계약상의 의무의 불이행 등.

73) Éditions Francis Lefebvre(Hrsg.), Mémento pratique Francis Lefebvre Gestion immobilière 2002-2003, Paris 2002, Textziffer 9983.

한 비판을 받고 있었다. 1982년 법의 입법과정에서도 가장 쟁점이 된 사안이 차임의 문제였는데, 여기에는 다음과 같은 3가지 입장이 대립되고 있었다. 첫째는 차임규제를 반대하는 입장으로서 자유차임이야말로 임대주택투자를 자극하고, 공급을 확대한다는 주장이고, 둘째는 차임 개정도 규제의 대상에 포함하여야 할 뿐만 아니라 당초 차임도 일정한 기준 이하로 유지하도록 통제하자는 공산당 단체의 주장이었다. 셋째는 이상의 2가지 안의 절충안으로서 당초 차임의 결정은 당사자의 자유에 맡기고 그 후의 개정만(개정차임)을 규범화하는 정부법안의 견해였다. 이러한 견해들 중 1982년 법은 셋째 견해를 실현한 것이다.⁷⁴⁾

이에 따라 임대차관계전국위원회(Commission nationale des rapport locatifs) 설치되었다. 이 위원회는 임대인 및 임차인을 각각 조직하는 전국규모의 단체대표에 의해 구성되고, 적정차임주택, 혼합경제회사 기타 공적자금에 의존하는 기관·법인에 속하는 주택, 민간자금에 의한 기타 주택 등 3개 부분으로 나누어 매년 차임적정화협약(accord de modération des loyers)을 체결하였다. 그러한 협약의 중요한 목적은 임대차의 체결 혹은 갱신 시에 적용하여야 할 증액률의 상한(전국건축비지수상승률의 80%이내)을 결정하는 것이었다. 그러나 1986년 법은 1982년 법의 최대 특징이었던 단체협약적인 차임개정 시스템을 전면적으로 부정하였다. 즉 이 법에서는 차임은 당사자간에 자유롭게 결정되도록 하였고, 매년 개정을 하는 취지의 특약도 유효하도록 하였다. 다만 차임의 증가율이 건축비지수의 변동 폭을 초과할 수 없도록 하였다. 그리고 1982년 법의 임대차관계전국위원회는 폐지되어 단체협약적인 차임규제는 부정되고 그 대신 임대차에 관한 조사, 의견 및 제안에 의해 임대인과 임차인의 관계의 개선에 기여할 것을 목적으로 하는 전국협의위원회(Commission de concertation)를 설치하게 되었다.⁷⁵⁾

제5절 각국 법제의 비교

74) 임윤수, 전계논문, 162면.

75) 상계논문, 163면.

1. 대 항 력

외국의 경우 일반적으로 주택임차권에 대하여 대항력을 인정하고 있다. 주택임차권에 대항력을 부여하는 요건으로서, 독일, 일본의 경우는 주택의 인도를, 영국이나 프랑스는 임차기간에 따라 주택의 인도 또는 확정일자 있는 임대차계약을 그 요건으로 하고 있다. 이들 나라들은 권리를 공시하는 등기부라는 제도를 가지고 있음에도 불구하고, 임차권은 그 등기에 기재하는 방식으로 대항력을 부여하는 것이 아니라, 등기부와는 관계없이 일정한 요건 하에 주택임차권에 대항력을 부여하고 있고, 그것은 우리나라도 마찬가지이다. 우리나라, 독일, 일본은 임대인 및 임차인 사이에 체결된 채권관계로서의 주택임대차 관계를 제3자에게 대항하기 위하여 반드시 등기를 필요로 하지 않는다는 점에서는 대체로 일치하고 있으나, 두 가지 면에서 그 차이를 보이고 있다. 하나는 입법형식의 면에서 독일의 경우는 민법에서 이를 정면으로 인정하고 있으나 우리나라 및 일본의 경우는 민법전 상으로는 등기를 요구하고 있으면서도 각각 특별입법을 통하여 그 요건을 완화하고 있다는 점이다.⁷⁶⁾ 다음으로 대항력의 취득의 면에서 독일이나 일본은 단지 주택의 인도만을 요건으로 하고 있으나 우리의 경우에는 인도 외에 주민등록이라는 요구하고 있는 점이다.

이러한 외국의 입법례를 근거로 우리나라에서도 주택임차권에 대해 주택의 인도 만에 의하여 대항력을 인정해야 한다고 주장하는 견해들이 있다.⁷⁷⁾ 그러나 외국의 경우 주택임차권에 대해서 단지 주택의 점유 만에 의하여 대항력을 부여하는 것은 그들 나라의 법제가 우리나라의 법제와는 달리 주택임차권에 대하여 강력한 존속보호가 행해지고 있고, 차임지급의 형태도 우리와는 달리 일반적으로 매달 차임을 지급하는 형태가 관행화됨으로써, 그 대항력을 공시하는데 단지 점유만으로서 가능한 것이다. 임차권의 대항력의 내용은 임차주택이 양도되는 경우에 기존 임대인의 지위가 그대로 양수인에게 승계되도록 함으로써 임대차의 당사자가 변경되는 경우에도, 임대차가 그 동일성을 유지하도록 함으로써 임차인이

76) 김진현, 전계논문, 352면.

77) 임윤수, 전계논문, 192면; 장영희·박은철·최윤경, “주택임대차에 관한 제도적 개선 방안 연구”, 『주택연구』(제8권 제1호), 서울시정개발연구원, 2000, 99-100면.

임대차계약상의 권리를 주장할 수 있도록 하고 있는데 이것은 외국의 입법과 우리나라가 거의 유사하다고 볼 수 있다.⁷⁸⁾

2 존속보호

주택임대차에 관한 존속보호의 방법으로서 독일, 일본, 프랑스의 경우는 해지보호의 방법을 취하고 있고, 영국의 경우는 임대인에 대한 해지를 제한하는 것보다 법원의 가옥명도명령이나 판결을 통하여 임차인의 존속보호를 하고 있는 점이 특징이다. 독일은 임대차계약의 해지를 하기 위해서는 특별한 경우를 제외하고는 임대인에게 해지에 대한 정당한 사유가 있어야 하고, 나아가 임대인에게 이러한 해지를 할 수 있는 정당한 사유가 존재하더라도 다시 임차인의 입장에서 임대인의 계약의 해지가 임차인, 그의 가족 또는 그의 세대에 속하는 다른 구성원에게 가혹한 것으로서 임대인의 정당한 이익을 고려하더라도 정당화 될 수 없는 경우에는 일정한 요건 하에 이의신청을 할 수 있도록 함으로써, 임대차관계의 해소에 관하여 임대인과 임차인 측의 사정을 고려하도록 하고 있다.

일본의 경우도 임대인의 계약해지에 관하여는 일정한 정당사유가 있을 것을 요구하고 있다. 다만 독일과 다른 점은 차지차기법에서 그러한 정당사유를 규정하고 있는 가운데서 임대인과 임차인 측의 사정을 같이 고려하고 있는 것이 차이점이다. 따라서 독일이나 일본의 경우는 강력한 해지보호가 인정되고 있으므로 임대차기간에 대한 보장은 큰 의미가 없다고 볼 수 있다. 영국은 임대차계약 자체의 해지를 제한하는 것보다는 임대인이 임차인에게서 임차주택을 명도받기 위해서는 법정명도사유가 존재하고, 이에 기하여 법원의 인도명령이나 판결을 얻도록 함으로써 법에서 해지사유를 정하는 것이 아니라 일정한 해지사유가 있는지 아니면 기간이 만료로 임대차가 종료하는 경우에 임대인이 임차인으로부터 임차주택을 명도받기 위해서는 법원의 판단에 의하여 이루어지도록 함으로써 주택임차인에 대한 존속보호를 하고 있는 점이 특징이다. 한편, 프랑스의 경우는 주택임차권에 대해 3년 내지 6년의 최단기간의 보장을 하면서, 일정한 사유가

78) 임대차관계의 대항력의 의미·내용에 관한 유사점에도 불구하고 구체적으로 따지고 들어가면 약간씩 차이가 있다(독일, 일본, 우리나라의 대항력의 내용에 대한 차이점에 대해서는, 김진현, 전제논문, 355면 이하 참조).

있는 경우, 해지권을 인정함으로써 기본적으로는 최단기간보장을 하면서 그러한 기간보장이 일정한 사유가 없는 한 해지되지 못하도록 하여 주택임차권의 존속보장을 하고 있다.

따라서 외국의 임대차 법제에서는 대체적으로 주택의 존속보호가 강력하게 이루어지고 있음을 알 수 있다. 즉 일단 임차인이 임대차관계를 맺고 임대차관계가 시작된 경우에는 그 임차주택에서 계속하여 거주할 수 있도록 하는 것이 임차인 보호의 기본이라 할 수 있다. 특히 우리나라, 독일, 일본의 3법제를 비교하여 봤을 때 우리나라만이 유일하게 최단 존속기간 보장(2년)을 부여하고 있다. 그러나 임차인의 주거생활의 안정을 위해서는 보다 장기적인 계속 주거가 보장되어야 하며, 이를 위해서는 독일 및 일본의 법제가 채택하고 있는 것과 같은 종료보호(갱신거절 및 해지통고의 자유제한)의 도입이 필요하다고 하는 견해도 있다.⁷⁹⁾ 임차인에 대한 주거생활의 안정을 기하고 있는 외국의 강력한 존속보호제도는 우리나라의 법제와 비교하여 임차인의 주거생활의 안정을 위한 공통적인 요소로서 나타나는 것이고, 임차인보호의 기본은 이러한 존속보호에서 이루어지고 있음을 시사하는 것이라 하겠다.

3. 차 임 통 제

차임통제에 관한 외국의 법제는 각 국가의 상황에 따라 시행되고 있는 제도가 다르다. 독일의 경우는 차임인상에 대한 규제를 일정한 방식에 따르도록 하고 있고, 차임액과 인상주기를 제한함으로써 임차료에 대한 적절한 통제가 이루어지도록 하고 있다. 이와는 다르게 일본의 경우는 특별한 차임인상 방식이나 그 액수 및 시기에 대한 특정한 제도가 존재하지 않고, 만 장래의 차임인상이나 인하에 대하여 상당성이라는 추상적인 범위의 판단에 의하여 차임통제가 이루어지고 있다. 일본이 차임통제를 함에 있어서 법률에 명시된 구체적인 방법을 가지지 않고도 차임통제가 행해질 수 있는 것은 일본의 법제가 주택임대차에 대한 정당사유에 의한 임대인의 해지를 제한함으로써 이러한 방법에 의해서도 충분히 제도적 효과를 거두고 있기 때문이다.

79) 류창현, 전제논문, 41면.

즉 일본은 주택임차권에 철저한 존속보호제도를 두고 있기 때문에 차임인상을 목적으로 하는 갱신거절이나 해지통고가 허용되지 않아 임대인에게 안정된 차임 증액청구권의 행사는 궁극적으로 법원판결을 통한 통제를 받게 되어 결국 우회적으로 차임규제가 이루어지고 있다. 영국의 경우는 임대차기간과 차임통제를 연계시켜 임대차기간이 장기인 경우는 차임에 대해서는 시장차임을 적용하고, 단기인 경우에는 공정임대료를 적용함으로써 그 제한에 대한 차별을 하고 있는 게 특징이다. 프랑스는 다른 법제에 비하여 비교적 차임에 대한 통제가 강력하게 행해지고 있지 않다.

대부분의 입법례에서는 몇 가지 유형의 차임규제제도를 두고 있다. 그 규제유형은 크게 신규차임의 규제와 개정차임의 규제로 나누어진다. 후자는 다시 합의 개정차임의 규제와 일방적 개정차임의 규제로 나눌 수 있다. 독일, 일본 우리나라의 3법제 중 현재 신규차임의 규제 또는 합의 개정차임이 규제를 하고 있는 입법례는 독일의 가격구속주택에 대한 차임규제에서만 발견된다. 따라서 가장 보편적인 유형의 차임규제제도는 일방적 개정차임의 규제라고 할 수 있다⁸⁰⁾. 이러한 임대인에 의한 일방적 개정차임의 규제를 하는 경우에 외국의 법제는 우리나라와는 달리 주택임대차에 관하여 일률적인 차임통제를 행하는 것이 아니라 주택임대차의 유형에 따라 구체적으로 차임을 통제하고 있지만 우리나라는 임대인에 대한 일방적 차임인상을 규제하면서도 주택임대차의 유형이나 그 기간, 주택의 종류 등을 고려하지 않고 일률적으로 임차료의 인상을 제한하는 형태를 보이고 있다.

4. 검토

주택임대차 법제의 목적은 임차인의 주거생활의 안정을 보호하는 것이다. 주택임차인의 주거생활의 안정을 기하기 위한 수단으로서 주택임차권에 대하여 간편한 방법에 의하여 대항력을 취득할 수 있게 하고, 임대차관계의 계속을 보장하며, 차임인상에 대한 적절한 규제를 하고 있다. 따라서 이러한 제도들이 상호 유기적인 관련을 맺으면서 현실에서 주택임대차를 규율하는 것이 가장 이상적이라

80) 상계논문, 42면.

할 수 있다. 그러나 각 국은 이러한 제도를 균형 있게 채택하고 있지는 못하다. 독일의 경우는 존속보장 및 차임통제에 보호의 초점을 맞추고 있고, 일본은 대항력과 존속보호, 우리나라의 법제는 대항력에 각각 그 초점을 맞추고 있다.⁸¹⁾ 또한 영국은 존속보호와 차임통제에 프랑스의 경우는 대항력에 그 보호의 중점을 두고 있다고 말할 수 있다. 그 밖에 우리나라는 임대보증금의 반환확보에 최우선적 배려를 하고 있다. 각각의 국가들이 이처럼 임차인보호의 관심 방향을 달리하고 있는 것은 임대차관계의 현실이 서로 다르기 때문이다.

특히 독일, 일본, 우리나라의 법제를 비교하여 본다면, 독일이 존속보호와 차임통제에 대한 보호에 그 초점을 맞추고 있는 것은, 독일 임대차법제가 이미 대항력을 토지, 공간, 선박 등기에 대한 임대차 일반에 널리 인정하고 있으므로, 대항력 문제는 이미 주택임대차 법제의 특별한 규율대상이 아니기 때문이다. 일본이 주택임대차 법제가 대항력과 존속보호를 중심으로 주택임차인의 보호를 하는 것은 우리나라와 마찬가지로 주택임차권에 대해서는 민법에서 등기를 함으로써 대항력을 가지게 하였기 때문에 주택임대차에 관한 특별 입법으로서 간소한 대항력을 인정하여야 할 필요가 있고, 차임의 통제는 직접적인 명문 규정을 가지고 통제하는 것이 아니라 주택임차권에 대한 강력한 존속보호를 하면서 그것은 단지 법원에 의한 상당성 판단을 통하여 간접적으로 하고 있기 때문이다.

그러나 우리나라의 주택임대차보호법은 주택임차인보호를 대항력을 중심으로 규율하고 가장 중점적으로는 주택임대차보증금의 반환확보를 하고 있는 점이 특징이다. 우리가 임대보증금의 반환확보를 최우선적으로 배려하고 있는 것은 우리나라의 임대차보증금이 임차인에게는 거의 전 재산에 가까운 것이므로 그 반환의 확보가 다른 보호책보다도 필요했기 때문이다. 이에 반하여 독일이나 일본의 법제가 임대차보증금의 반환 확보에 특별한 배려를 하고 있지 않는 것은 그 액수가 특별한 배려를 하여야 할 만큼 고액이 아니어서 그 반환을 위한 특별한 법적 장치가 필요가 없고, 채권법의 일반 법리에 맡겨놓아도 큰 문제가 없기 때문이다.⁸²⁾

우리나라의 주택임대차법제는 주택임대차보호법에 관한 개정을 통하여 임대차

81) 石外克喜, 「契約法」, 法律文化社, 1991, 217面.

82) 류창현, 전제논문, 40면.

보증금이 반환확보에 관한 한 비교법적으로도 유래를 찾아볼 수 없을 정도로 임차인의 지위를 강화하고 있다.⁸³⁾ 주택임차인의 주거생활의 안정을 보호하기 위해서는 임차인에 대한 주거에 대한 접근의 용이성과 주거의 계속성, 그리고 주거이전의 보호가 충실하게 이루어 져야 한다. 외국의 법제는 대항력, 존속보호, 차임통제 등의 제도들을 자신들의 현실에 맞도록 적절히 시행하면서 임차인의 주거계속을 보호하고 있다고 말할 수 있다. 그러나 우리나라의 주택임대차법제는 임차인에 대한 주거계속의 보호보다는 임차보증금의 반환 확보에 그 초점을 맞추어서 임차인의 주거생활의 계속보다는 주거이전의 측면에서 보호가 이루어져 임차인의 주거생활의 안정을 충분히 보호하고 있지 못하다고 생각한다. 우리의 현실적인 임대차관계의 가장 큰 문제가 임차보증금의 확보에 있다고 하여도 그것은 임차인에 대한 주거생활의 계속이 보장이 이루어지고 난 다음의 문제라고 생각한다. 따라서 우리의 주택임대차법제의 임차인보호제도는 임차인의 주거계속의 보호를 위한 제도적인 보호책들을 강화하는 방향으로 가야 한다고 생각한다.

83) 김진현, 전제논문, 352면.

제3장 주택임차권의 대항력과 임차보증금의 반환

제1절 대항력의 요건과 존속기간

1. 대항력의 의의

(1) 의의

일반적으로 대항력이란 당사자 간에 있어서 이미 효력이 발생하고 있는 권리 관계를 제3자에 대해서 주장할 수 있는 법적 효력을 말 한다.⁸⁴⁾ 주택임대차보호법 제3조 제1항은 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다”라고 규정하고 있다. 주택임차인이 이러한 대항요건을 갖추면 임대차기간 내에 임차주택의 소유자가 변경되는 경우에도 임대차의 효력이 신소유자에게 승계된다. 즉 주택의 임차인이 대항력을 취득한 시점을 기준으로 그 후에 경매나 양수 등으로 소유권을 취득한 자나 그 임차권과 양립할 수 없는 용익물권을 취득한 자에 대하여 임대차기간 종료시까지 목적물을 사용·수익하고 임대차기간이 종료하면 보증금의 반환을 청구할 수 있다.⁸⁵⁾ 따라서 대항력을 갖춘 임차인은 임차인이 대항력을 갖춘 이후에 그 임차주택에 권리를 취득한 제3자에 대하여 대항할 수 있다.⁸⁶⁾

민법상 임차권등기는 “반대의 특약이 없으면” 임차인이 임대인에게 등기절차

84) 서해용, “주택임차인의 대항력의 문제점과 개선방안 : 법 제3조 제1항의 개정을 중심으로”, 「민사법학」(제23호), 한국사법행정학회, 2003, 597면.

85) 이준호·김진문, “주택임대차 보호법의 문제점과 개선방안”, 「감정평가학논집」(제5권 제2호), 한국감정평가학회, 2006, 48면.

86) 김효석, 「주택임대차분쟁의 법률실무」, 법률서원, 2000, 75면.

에 협력할 것을 청구할 수 있고(제621조 제2항), 나아가 건물 소유를 목적으로 하는 토지임차인은 건물에 대한 등기만으로 토지의 임대차에 관하여 대항력을 취득할 수 있다(제622조 제1항). 그러나 현행 민법상의 이러한 규정은 사실상 임대차 등기에 임차인이 임대인의 동의를 얻을 수 없어 임차권을 등기한다는 것은 매우 어렵다. 이처럼 민법상으로는 부동산임차권의 대항력이 큰 의미가 없는데 비하여, 주택임대차보호법에 의하여 주택임차권에 주어지는 대항력은 이론상으로는나 실제상으로는나 커다란 의미를 가진다. 그 이유는 임차인이 임대인이 협력이 없이도 주택을 인도받고 주민등록 전입신고를 하거나, 또는 법원의 임차권등기명령에 의하여 스스로 임차권을 등기할 수 있어서 어렵지 않게 대항력을 취득할 수 있기 때문이다.⁸⁷⁾

(2) 연 혁

우리 민법 제정당시 임차권은 채권으로 구성하였지만 등기를 하면 그 이후의 물권취득자에게도 대항할 수 있도록 하여 등기에 의하여 부동산임차권에 대항력을 부여하였다. 따라서 임차권은 채권적 구성을 취하였지만 민법상으로도 매매에 의하여 임대차가 깨뜨려지지 않을 가능성을 시사하여 주고 있어 고전적 채권의 관념에서 벗어난 물권화 경향을 볼 수 있다.⁸⁸⁾ 그러나 소유자의 협력 없이 임차권등기를 한다는 것은 현실적으로 기대하기 어렵고, 결국 그 제정 목적에도 불구하고 등기에 의하여 대항력을 취득하는 민법 제621조 규정은 임차인보호를 위한 조항으로서 실익이 없다. 그리고 민법 제622조 역시 우리나라에서의 부동산 거래의 실제적 관행에 있어서 대지를 제외하고 그 지상의 건물만을 거래하는 예는 거의 찾아볼 수 없으므로 인하여 유명무실하게 되었고, 이러한 문제점들로 인하여 임차권강화를 위한 특별법의 필요를 공감하게 하였다⁸⁹⁾.

87) 민일영, 「주택의 경매와 임차인보호에 관한 실무연구」, 경인문화사, 2005, 112면.

88) 원래 우리 민법 제621조 제2항은 일본 민법 제605조의 취지를 그대로 수용한 것이다. 임차권을 채권으로 할 것인지 물권으로 할 것인지는 결국 입법정책의 문제이지만, 일본 민법의 기초자들은 당시의 지주세력의 강력한 반대에 부딪쳐 결국 임차권을 채권으로 구성하되 다만 등기를 하면 물권처럼 대항력을 부여하는 태도를 취하였다. (민법 제621조, 제622조의 입법이유 및 그 배경에 관해서는, 이준현, “임대인에 의한 임차목적물의 양도와 임대차관계에 대한 영향”, 「비교사법」(제11권 제2호), 비교사법학회, 2004, 178면 이하; 幾代通(편집부분), 「日本 新版註釋民法(15)」, 有斐閣, 1989, 183면).

즉 민법상의 임대차제도는 임차인의 보호를 목적으로 하여 부동산 임차인에 대하여 등기를 할 수 있는 길을 열어 놓았으나 현실적으로 건물소유자는 임차권 등기를 꺼려하기 때문에 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차권을 등기한다는 것은 매우 어려웠다. 따라서 등기에 의하여 임차권이 대항력을 취득하지 못하였기 때문에 만약 임차기간 중에 임차주택이 양도되어 소유자가 바뀌면 임차권을 가지고 신소유자에게 대항할 수도 없고, 임차보증금을 반환 받을 수도 없어 결국 임차인의 주거생활은 매우 불안정하게 되었다. 실제 1980년 신군부 집권당시 서울의 무주택 가구의 비율은 56%에 이르러 임차가구의 주거생활의 안정은 매우 위협을 받고 있었다. 이러한 사정 하에서 1981년 3월 5일 주거용건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특별법으로서 주택임대차보호법이 제정되었다. 동법은 제정 당시 제3조를 두어 임차인이 주택의 인도를 받고 주민등록을 마친 때에는 제3자에 대하여 대항력이 발생하는 것으로 하였다. 따라서 주거용건물의 임차인은 등기가 없어도 주택의 인도와 주민등록을 마치면 제3자에 대한 대항력이 생기는 것으로 하여 임차주택의 임차인을 보호하려고 하였다.

그러나 주택임대차에 관하여 주택의 인도와 주민등록이라는 손쉬운 방법으로 대항력을 취득하게 하였으나 주택임차인에게 주어지는 대항력의 의미가 무엇인지 분명하지 않아서 이에 대하여 여러 가지 견해들이 등장하여 그 대항력에 대한 해석이 분분하였다. 그러나 이러한 논의는 1983년 주택임대차보호법 제1차 개정으로 동법 제3조 제2항에서 “임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한다”는 명문 규정을 두어 대항력의 의미에 대한 그 동안의 논란을 입법적으로 해결하였다. 일반적으로 여러 나라에서 주택임차권에 관하여는 등기가 아닌 다른 간편한 방법으로 대항력을 가질 수 있게 하고, 나아가 주택임차권에 대한 존속보호(기간보장이나 해지보호) 및 차임에 대한 통제를 가하여 주택임차인의 주거생활의 안정을 기하고 있다. 한편 주택임차인보호를 위한 이러한 여러 제도들은 주택임차권에 관하여 대항력이 인정되는 것을 전제로 하는 것이라 할 수 있다. 그것은 임차권에 대항력을 인정하여야 임차주택의 소유자가 바뀐 경우 신소유자나 임차주택의 다른 물권자에 대해서도 그 권리를 주장할 수 있기 때문이다.

주택임차권의 대항력을 인정하기 위한 요건으로서 대부분의 입법례에서는 임

89) 이태철, “대항력 있는 임차인”, 『사회과학논집』(제25집 제1호), 동아대학교 사회과학대학, 2006, 249면.

차인이 임차주택을 점유하는 것만으로 대항력을 인정하는 것이 일반적이다. 그러나 우리나라는 주택임차권의 대항력의 요건으로서 주택의 인도 외에 주민등록을 요구하고 있다. 이것은 우리나라의 주택임대차의 차임지급 관행이 다른 나라와 다르기 때문에 부득이 주택임차권의 대항요건에 주택의 점유 외에 주민등록을 요구하고 있는 것이다. 주택임차권의 대항요건으로서 주택의 점유와 주민등록을 요구하고 있기 때문에 이와 관련하여 문제가 되고 있는 것은 우선은 대항요건의 주택의 점유, 즉 주택의 인도와 관련하여 주택의 인도방법으로서 현실의 인도 이외에 관념적인 인도방법인 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도를 포함할 것인지가 논의 되고 있다. 그리고 주민등록과 관련하여서는 주택임차권의 대항력의 요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록이라는 요건이 필요한 것인지에 대한 논의가 되어지고 있다. 특히 주민등록에 관해서는 주민등록이 대항요건으로서의 필요성을 역설하면서도 그것이 가지는 공시성의 부족으로 인하여 거래의 안전을 저해한다는 지적에 따라, 주민등록을 다른 공시방법에 의하여 대체하고자 하는 견해들이 존재하고 있다. 그리고 대항요건에 대한 논의와 더불어 대항요건을 갖춘 경우 언제 그 대항력의 효력이 발생하는가에 대한 논의가 있다.

2. 대항력의 요건

(1) 의 의

주택임대차는 그 등기가 없는 경우에도 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(주택임대차보호법 제3조 제1항). 따라서 주택임차권에 대항력이 발생하기 위해서는 주택의 인도와 주민등록을 하여야 한다. 이러한 대항요건을 갖추고 그 외에 임대차계약서상에 확정일자를 받아두면 주택임차인은 대항력을 가질 뿐 아니라, 임차주택이 경매나 공매가 되는 경우에 그 절차에서 우선변제권을 행사할 수 있으므로 더 효과적인 대항력을 행사할 수 있다. 주택임대차보호법이 대항력의 요건으로서 임차주택의 점유 이외에 주민등록을 요구하는 것은 주택의 인도만으로는 주택임차권의 공시방법으로서는 불완전하여 외부에서 다른 임차인이나 제3자가 임차인의 존재를 명확

하게 인식할 수 없기 때문에, 임차인은 물론이고 당해 부동산과 관련 있는 제3자들에 대한 이익을 침해할 소지가 많다. 따라서 주택의 인도 만에 의한 임차권 공시의 불완전성을 보완하기 위하여 주민등록을 주택의 인도와 더불어 주택임차권의 대항요건의 하나로서 규정한 것이다.⁹⁰⁾

판례도 “대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이라고 볼 것이므로, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 결정된다”고 한다.⁹¹⁾ 다른 입법례와는 달리 우리나라는 주택임차권의 대항요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록을 요구하였기 때문에, 주민등록을 대항요건으로 할 필요성이 있는지, 인정한다면 주민등록을 점유와 대등한 대항요건으로 보는지, 아니면 다만 점유를 보완하는 요건으로 보는 것인지에 대한 논의가 있어 왔다. 그러나 주택임대차보호법이 1981년 제정된 이후로 이제까지의 주택임대차에 제도의 운영상, 대항요건으로서 점유나 주민등록은 서로 병렬적인 대항요건으로 굳어졌다고 볼 수 있고 그렇게 이해하는 것이 타당하다.⁹²⁾

현실적으로 우리나라의 주택임대차의 차임지급의 관행상 여전히 고액의 전세금이나 임차보증금을 지급하고 있기 때문에, 임대차기간 중에 임차주택이 양도되는 경우는 신소유자에게 임차기간이 끝난 후 임차보증금의 반환을 청구하거나 또는 임차주택이 경매가 되는 경우에는 배당절차에 참여하여 순위에 따른 배당을 받거나 대항력을 행사하여 경락자에게 임차보증금을 반환 받아야 된다. 따라서 우리나라의 경우 주택임차권의 대항력은 임차인이 임차보증금의 반환을 보장받기 위하여 필요할 뿐만 아니라, 임차주택에 대한 이해관계를 맺는 자의 이해관계에도 영향을 끼치게 되므로, 대항력을 인정하는 요건으로서 무엇을 요구할 것인지는 임차인의 보호와 더불어 제3자의 이익도 고려해야 하는 측면이 있다. 그러므로 주택의 인도만으로는 대항력을 공시하는데 미흡하다. 따라서 주택의 인도

90) 소건영, “주택임대차보호법의 대항력- 주민등록을 중심으로-”, 「법학연구」(제33집), 한국법학회, 2009, 92면.

91) 대판, 2000. 4. 21. 2000다1549.

92) 소건영, 전제논문, 92면.

외에 주민등록을 요구하는 것은 당연한 것으로 생각한다.

그러나 주택의 점유 외에 주민등록을 주택임차권의 대항력의 요건으로 규정하고 있음에도 불구하고, 주민등록이 갖는 공시성의 불완전성으로 인하여 여러 가지 문제들이 발생하고 있다. 현실적으로 주민등록의 전입과정에서 주소가 잘못 기재된 경우, 원래의 지번이나 건물의 동·호수 등이 변경된 경우, 임대차계약을 체결할 때의 건물의 동·호수와 저당권 등의 등기되었을 때의 건물의 동·호수가 달라지는 경우 등에 있어서는 임차인이 보호를 받지 못하고 있다. 또한 주민등록의 비공개성으로 인하여 임차주택에 이해관계를 맺고자 하는 제3자가 임차인의 존재나 임대차 내용 등을 쉽게 알 수 없기 때문에 임차주택을 둘러싼 거래의 안전에도 위협이 되고 있다.

(2) 주택의 인도

주택의 인도란 주택의 점유이전을 말하며, 예컨대 임차인이 이삿짐을 옮긴다는 가 임차주택의 열쇠를 인계받는 경우와 같다. 이는 사회통념상 주택에 대한 사실상의 지배관계가 임대인으로부터 임차인에게 이전되었다고 볼 수 있다. 그러나 인도는 일반적으로 점유이전(현실의 인도)을 의미하지만, 우리 민법은 현실의 인도 외에 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도에 의한 관념적인 인도를 인정하고 있다.⁹³⁾ 따라서 주택임차권을 표상하는 대항요건으로서 주택의 인도에 는 위와 같은 민법에서 인정하고 있는 점유의 유형을 모두 인정하는 것인지에 관하여 그 점유이전의 유형에 따라 논의가 되어지고 있다.

1) 학설 및 판례

가. 현실의 인도

현실의 인도란 임대인이 자기의 실력적 지배 하에 있는 주택의 점유를 직접 임차인에게 이전시키는 것을 말한다. 현실의 인도에는 사실상의 지배의 이전과 인도인과 인수인 사이의 점유이전의 합의가 필요하다. 여기서 사실상 지배의 이

93) 박용진, 「민사특별법」, 법률서원, 2008, 43면.

전은 인도인이 인수인에게 점유를 넘겨 인도인의 점유가 마무리 되고, 인수인은 확실한 점유를 취득하여 사회의 통념으로 점유를 인정할 정도이어야 한다.⁹⁴⁾

판례는 현실의 인도로서 임차인이 임대인으로부터 열쇠를 넘겨받는 경우⁹⁵⁾는 인정하였지만, 임차인이 주민등록만 그대로 둔 채 아무런 시설이나 집기를 남겨 두지 않고 새로 구입한 빌라로 이사하였고, 집을 구하는 사람에게 보여주기 위한 목적에서 자신이 출입문의 열쇠를 소지한 채 출입문을 잠그지 아니한 상태에 있는 경우에는⁹⁶⁾ 점유를 인정하지 않았다. 따라서 입주예정인 주택의 수리를 위하여 출입하는 기회에 책이 든 박스 몇 개를 미리 옮겨 놓았다 하여 그때부터 주택에 관한 점유가 이전되었다고 볼 수는 없을 것이다.⁹⁷⁾ 대항요건인 주택의 인도에 현실의 인도가 해당된다는 것에는 이견이 없다.⁹⁸⁾

나. 간이인도

간이인도란 임차인이 그 주택을 사실상 지배하고 있는 경우, 현실의 인도 없이 당사자의 의사표시만으로 인도가 이루어지는 것을 말한다. 예컨대 사용대차 또는 전대차의 형식으로 이미 점유·사용하고 있는 주택에 관하여 새로이 소유자와 임대차계약을 체결하는 경우이다.⁹⁹⁾ 간이인도에서 당사자의 의사표시의 의미에 대해서는 소유권이전의 합의로 보는 견해¹⁰⁰⁾와 점유의 승계에 대한 합의로 보는 견해¹⁰¹⁾가 있다.

94) 대판 2003. 2. 1. 2000다66454.

95) 대판 2005. 9. 30. 2005다24677.

96) 대구지판 2006. 3. 15. 2005나10249.

97) 광용진, 전게서, 43면.

98) 김재훈, “주택임대차 보증금 보호에 관한 연구”, 박사학위논문, 경상대학교 대학원, 2009, 59면.

99) 광용진, 전게서, 43면.

100) 이 견해는 간이인도에 관한 민법 제188조 제2항에 대해 이를 소유권이전에 관한 조항으로 보아 소유권이전의 합의를 있으면 곧바로 소유권이전이 생긴다는 취지로 보고 이 규정의 합의에는 점유의 이전 내지 승계에 관한 합의는 포함되지 않는다고 한다(송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2008, 408면; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 306면).

101) 이 견해는 민법은 점유권 양도의 방법으로 제196조 제2항과 제188조 제2항에서 간이인도에 관한 규정을 준용하고 있으며, 간이인도는 동산뿐만 아니라 부동산에도 있을 수 있고, 관념상 점유의 승계에 관한 합의와 소유권이전의 합의를 구별할 수 있으므로 간이인도에서 의사표시는 점유의 승계에 관한 합의이나 여기에는 당연히 소유권이전 합의에 포함된다고 한다(김증한·김학동, 「물권법」, 박영사, 1997, 117면; 광윤직, 「민법주해 4」, 박영사, 1992, 222면).

간이인도의 경우에는 이미 임차인이 점유를 하고 있는 상태이므로 또 다시 점유승계에 관한 합의를 다시 할 필요성이 없을 거라 생각된다. 따라서 간이인도에서의 당사자의 의사표시는 소유권이전의 합의로 보는 견해가 간명하다 할 것이다. 그러므로 여기서의 의사표시는 현실의 의사표시와는 다른 엄밀한 의미의 의사표시가 되고, 여기에는 행위능력이 필요하고 의사표시에 하자가 있는 경우에는 취소할 수 있고, 조건이나 기한을 붙일 수 있으며 대리도 허용된다.¹⁰²⁾ 간이인도는 대부분 임차주택을 이미 점유하고 있기 때문에 외부적으로 아무런 새로운 공시가 이루어지는 것이 없다는 문제점이 있다.

다. 점유개정

점유개정이란 목적물을 양도한 후에도 양도인이 그 목적물을 계속해서 점유하는 경우에 점유는 양도인과 양수인의 점유이전의 합의만으로 이전되고, 양수인은 양도인을 직접점유자로 하여 스스로는 간접점유를 취득하게 되는 것을 말한다. 예컨대 소유자가 임대차계약을 체결하고서도 종전과 같은 점유를 계속하면서, 다만 임차인에게 인도한 것으로 하고 당분간 소유자가 임차인으로부터 사용대차 또는 임차 받은 것과 같이 실제로 임차인이 직접점유를 취득하지 않은 채, 임대인에게 점유를 계속시키는 경우이다.¹⁰³⁾ 또한 점유개정은 점유하고 있던 물건의 소유권을 이전한 매도인이 매수인과 점유매개관계를 설정하여 매수인이 간접점유를 취득하고 매도인이 예전처럼 점유를 계속하는 경우를 들 수 있다.¹⁰⁴⁾ 따라서 점유개정은 점유의 이동이 없었다는 점에서는 간이인도와 같으나, 간이인도는 점유가 인도를 전후해서 계속하여 양수인에게 있는데 반해, 점유개정은 점유가 계속하여 양도인에게 있다는 점에서 다르다.¹⁰⁵⁾

점유개정의 경우는 제3자가 임차권의 존재를 파악하기 쉽지 않기 때문에 주택 인도 방법으로 인정할 것인가에 대해서 논의가 있다. 표찰을 부착시키는 방법에 의하는 등 임차권의 존재를 외부에서 확연히 알 수 있도록 하는 방법에 의할 경

102) 김재훈, 전계논문, 60면.

103) 박용진, 전계서, 44면.

104) 이은영, 전계서, 307면.

105) 김재훈, 전계논문, 61면.

우에만 한정적으로 인정하자는 견해¹⁰⁶⁾와 점유개정의 경우에도 양도 후에도 계속 양도인이 점유하고 있어 제3자가 외부에서 임차권의 존재를 용이하게 파악할 수 없기 때문에 이를 부정해야 한다는 견해¹⁰⁷⁾도 있다. 그러나 다수설은 점유개정을 주택인도의 한 방법으로 인정하고 있다. 그 논거로는 주택임대차보호법상의 인도를 민법과 다르게 해석할 이유도 없고, 주택의 인도 이외에 주민등록을 또 1개의 공시방법으로 요구하고 있으므로 이를 제외시킬 필요가 없다고 한다.¹⁰⁸⁾

점유개정과 관련하여서는 주택의 인도 방법으로 인정할 것인지 하는 문제 이외에 주민등록의 효력발생 시기와 관련하여 주의 할 점이 있다. 즉 판례는 소유권이전등기를 하고 처와 같이 거주하다가 아파트를 매도하면서 계속 임차하여 거주하기로 하면서 매매대금을 임차보증금과 대체하기로 한 사안에서, 처의 주민등록은 매수인 명의의 소유권이전등기가 경료 된 다음 날에야 임대차를 공시하는 유효한 주민등록이라고 하였다.¹⁰⁹⁾

라. 목적물반환청구권의 양도

목적물반환청구권의 양도란 양도인이 점유매개자를 통하여 간접점유를 하고 있는 경우에, 그 양도인이 점유매개자에 대해 가지는 반환청구권을 양수인에게 양도함에 의하여 양수인은 인도를 받은 형태이다. 예컨대 소유자 A와 임차인 B 사이에 임대차계약이 체결되고 다시 B와 전차인 C 사이에 전대차계약이 체결되어 C가 주택을 점유·사용하고 있던 중 제3자 D가 B와 C 사이의 전대차계약을 인수하는 조건으로 임차인의 임차권을 양수하는 경우이다.¹¹⁰⁾ 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도를 주택인도의 한 방법으로 볼 것이냐에 대해서도 의견이 나뉜다. 목적물반환청구권의 양도는 간접점유를 이전하는 방법에 불과하고, 공시방법으로 그 기능을 다하지 못함을 이유로 반대하는 견해¹¹¹⁾와 간접점유를 규정

106) 박제승, “부동산경매절차에 있어서의 임차인의 지위”, 「사법논집」(제21집), 법원행정처, 1990, 482면.

107) 오용호, “부동산경매와 임차권”, 「재판자료」(제36집), 법원행정처, 1987, 345면; 이상인, “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금보호에 관련된 실무상 문제”, 「사법연구자료」(제16집), 법원행정처, 1989, 409-410면; 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」(제19집), 법원행정처, 1988, 159면.

108) 김재훈, 전계논문, 62면; 민일영, 전계서, 28면.

109) 대판 2000. 2. 11. 99다59306.

110) 광용진, 전계서, 44면.

한 민법 제194조에 임차인의 간접점유를 배제할 합리적인 이유가 없다는 것을 이유로 긍정하는 견해가 있다.¹¹²⁾

2) 검토 및 사건

주택의 인도방법으로서 현실의 인도 이외에 관념적인 인도방법이 문제가 되는 것은 그러한 인도방법이 주택의 임차권을 외부에 공시하는 효력이 있는지 하는 것이다. 따라서 여러 가지 인도 방법 중 현실인도를 제외한 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도는 주택임차권의 대항력을 외부에 공시하는 기능면에서, 그 자체로서는 주택인도의 방법으로서 부적절한 면이 있다고 본다. 왜냐하면 어떠한 권리의 공시는 외부에서 그러한 권리의 존재를 인식할 수 있는 것이어야 하는데 이러한 관념적인 인도방법은 제3자가 쉽사리 임차권이 존재하고 있다는 것을 알기 어렵기 때문이다. 그러나 주택임대차보호법 제3조 제1항은 법문에서 주택의 인도라고 하고 있을 뿐 민법과는 특별히 다른 인도방법을 규정하고 있지 않고, 나아가 대항요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록을 요구하고 있으므로, 주택의 인도가 공시방법으로 불완전하다고 하여도 주민등록으로 그 공시성의 불완전성을 어느 정도 완화할 수 있다고 보인다. 또한 현실적으로는 주택의 인도보다는 객관성이 뛰어난 주민등록 전입일자를 기준으로 대항력 발생 일을 결정하고 있기 때문에, 현실의 인도 이외에 관념상의 인도방법인 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도방법도 임차권의 대항력의 요건으로 인정하여도 무방하다고 보인다.

그러나 이러한 관념상의 주택의 인도를 대항력의 요건으로 인정하는 것은 또 다른 대항요건인 주민등록이 관념상의 점유이전의 공시성을 보완한다는 전제에서 타당하다는 것이다. 그러나 주민등록이 점유에 대한 공시력을 보완하는 것은 사실이지만, 대항요건으로서의 주민등록도 그 자체가 갖고 있는 공시성의 한계로 인하여 그러한 역할을 충분히 하고 있다고는 보이지 않는다. 따라서 주민등록이라는 공시방법이 다른 공시방법으로 대체되어 주택임차권의 대항요건이 임차인

111) 이윤승, 전제논문, 159면.

112) 이범주, “주택임대차의 대항력”, 「민사법의 제문제」(온산방순원선생 고회기념논문집), 1984, 170면.

보호와 더불어 제3자의 거래안전에도 기여할 수 있을 때에만 이러한 관념적인 점유의 이전도 주택인도의 한 방법으로 인정 되는 것이 타당하리라 생각한다. 사견으로는 주민등록을 대항요건에서 제외하고 확정일자를 받은 임대차계약서를 등록하도록 하는 방안이 타당하다고 생각한다. (이 문제에 관해서는 뒤에서 우선 변제권을 논하면서 자세히 검토한다)

(3) 주민등록

1) 주민등록제도의 주택임대차보호법에서의 활용

국가가 국민을 파악하고 관리하기 위해 마련한 가장 기본적인 제도는 호적이었다. 호적은 가호에 살고 있는 사람에 대한 정보를 기록한 거주자 명부였고, 국가는 이를 토대로 세금을 확보하였다. 조선 태종 13년에 실시한 호패제도는 오늘날 주민등록증의 전신이었다.¹¹³⁾ 이러한 호적제도를 일제는 주민통제를 하기 위해 일본식으로 혈연관계를 명시한 신분증명서로 변질시켰고, 전시동원 체제기에 징병제의 실시를 앞두고 거주지 정보의 필요에서 본적지 외에 90일 이상 거주할 목적으로 일정한 주소 또는 거소를 부·읍·면에 비치된 기류부에 등재하도록 하는 조선기류령 및 기류수속규칙¹¹⁴⁾을 제정하였다.

해방 후에는 1946년에 북조선인민위원회가 신분증인 공민증을 발급하였고, 남한에서는 1947년에 미군정이 신분증인 등록표를 발급하여, 이 등록표를 소지한 자만이 배급을 받을 수 있도록 하여 주민등록이 이루어지도록 강제하였다. 이러한 역사적 변천을 겪으면서 1962. 5. 10. 법률 제1067호로 주민등록법이 제정되었다. 동법은 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모함을 목적으로 한다(주민등록법 제1조). 이러한 주민등록은 신분증에서 주민의 거주관계를 파악하는 법으로 그리고 지금은 개인의 정보를 기록하는 법으로

113) 행정자치부 주민제도팀, 「주민등록사무편람」, 2006, 9-13면.

114) 기류란 본적지가 아닌 곳에서 일정한 주소나 거소를 가지는 것을 말한다. 일제는 1942. 9. 26. 제령 제32호로 조선기류령을 제정·시행하고, 조선총독부령 제235호로 기류수속규칙을 제정·시행하였다.

그 성격이 바뀌고 있다.¹¹⁵⁾

오늘날 주민등록은 실생활에서 그 이용이 다양하게 나타나고 있고 또한 주택임차권의 대항력의 요건으로까지도 활용이 되고 있다. 특히 주택임대차의 경우는 민법상의 주택임차권등기를 하지 않아도 주택의 인도와 주민등록을 마치면 주택임차권에 대항력이 발생하고, 나아가 이러한 대항요건에다 임대차계약서상의 확정일자를 갖추면 우선변제권까지 인정하고 있는 것이다. 그러나 이러한 역사적 과정을 거쳐 행정법적 차원에서 규정된 주민등록이 사법상의 권리관계를 발생시키는 하나의 요건으로 등장하고 있는 것에 대해서는 지금까지 많은 논란이 되고 있다.

2) 주택임차권의 대항요건으로써 주민등록의 채택 여부

가. 학설 및 판례

주택임대차보호법에서 주택의 인도 외에 주민등록을 대항요건의 하나로 채택하는 것이 타당한지에 대해서는, 주민등록을 대항요건에서 제외하자는 견해와 인정하자는 견해로 나뉜다. 우선 주민등록을 임차권의 대항요건으로 인정하는 것에 대한 반대 견해는, 입법 연혁 면에서 우리 민법의 모델이 된 독일 민법도 점유만으로 대항력을 인정하고 있고, 주민등록은 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고도 간이 한 처리를 도모하려는 오직 행정상의 목적으로만 요구되는 것이고,¹¹⁶⁾ 주택임대차보호법이 대항력 취득의 요건으로 주택의 인도 외에 주민등록까지 요구하는 것은 영세임차인의 주거안정의 보호라는 그 입법취지에 오히려 지장을 초래함으로써 입법론적으로는 시대역행적이고 낙후된 입법이라는 이유로 주민등록을 대항요건으로 하는 것에 부정적이다.¹¹⁷⁾

실제 행정사무의 적정하고 간이 한 처리를 도모함을 목적으로 하는 순수한 행정상의 제도인 주민등록제도를 주택임차권의 공시방법으로 채택한 것에 대해서

115) 김일환, “주민등록번호의 위헌성여부에 관한 고찰”, 「헌법학연구」, (제11권 제3호), 한국헌법학회, 2005, 331면.

116) 고상룡, “주택임대차보호법의 제 문제”, 「성균관법학」(제3호), 1990, 189면.

117) 이범주, 전계논문, 169면.

는 주택임대차보호법 제정 당시부터 비판이 많았고, 1983년 동법 제1차 개정 시에도 강력히 그 폐지에 대한 주장들이 제기되었으나, 정부는 “인구의 동태를 명확히 파악할 필요가 있으며 만약 임차권의 대항요건에서 주민등록을 삭제한다면 주민의 이동을 파악하기 어렵다”는 이유로 주민등록을 대항요건에서 삭제하는 것에 반대하였다.¹¹⁸⁾

이러한 견해에 대하여 주민등록을 주택임차권의 공시방법으로 인정하자는 견해들은, 주민등록은 공시방법으로서의 의미보다는 임차주택을 임차인의 사실적 지배 하에 두는 것을 달성하려는 데 더 큰 의의가 있고, 주민등록은 등기와 달리 비용이 저렴하고, 신고인의 일방적인 행위인 신고만으로 등록이 가능하며 그 절차도 비교적 간단한 점, 주민등록은 주민등록법상 신고가 강제되어 있고, 공시방법으로서 불완전한 점유만으로 대항력을 인정하는 것은 제3자에 보호에 문제가 있으므로, 이 경우 주민등록은 대항력의 취득시기를 명확히 할 수 있다는 점에서 주민등록은 낙후된 입법이 아니라고 한다.¹¹⁹⁾ 또한 임차인의 주민등록은 임대주택에 관한 거래의 원활과 안전이라는 관점 및 소액보증금 우선변제제도의 악용 방지라는 필요성에 비추어 그 의의를 무시할 수 없기 때문에 새삼스레 이 요건을 삭제할 것은 아니라고 하는 점 등을 이유로 주민등록을 대항요건으로 인정하자고 한다.¹²⁰⁾

판례는 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택의 인도와 더불어 대항요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것으로, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 그 주민등록으로 제3자가 임차권의 존재를 인식할 수 있는가에 따라 결정된다고 할 것이므로, 주민등록이 대항요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면, 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다고 하여 주민등록

118) 김진현, 전계논문, 159면; 민일영, “주택임대차보호법 제3조의 2에 관한 일고”, 「법조」, 법조협회, 1994. 12. 8-9면.

119) 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「법률행정논문」(제16권), 충남대학교 법률행정연구소, 1988, 388-389면.

120) 민일영, 전계서, 32-33면.

이 대항요건의 하나임을 분명히 하고 있고 이러한 판례의 견해는 계속 유지되고 있다.¹²¹⁾

나. 검토 및 사건

우리나라가 다른 나라와는 달리 주택임차권의 대항력의 요건으로서 주택의 점유 이외에 주민등록을 요구하는 것은 주택임차권에 강력한 존속보호가 이루어지지 않고 또한 우리의 주택임대차의 차임지급 관행이 다른 나라와 다르기 때문이다. 예컨대 독일이나 일본의 경우 주택임차권에는 강력한 존속보호가 뒷받침되고 있기 때문에 점유 만에 의하여 주택임차권에 대항력을 인정하여도 충분하기 때문이다. 즉 이들 나라는 주택임차권에 대항력을 인정하는 자체가 의미가 있는 것이 아니고 임대차가 기간의 만료로 종료하거나 임대인의 해지로 종료하는 경우에도 일정한 해지사유가 있어야 임대차계약이 종료하게 되므로 대항력의 요건을 점유 만에 의하여 인정하여도 그다지 큰 문제가 없는 것이다. 또한 우리나라와는 달리 주택임대차에 있어 차임지급 유형으로 임차보증금이나 전세금을 지급하는 것이 아니고 순수한 월세가 관행화 되어 있고, 보증금이 있다 하여도 그 액수는 기껏해야 월차임의 1 내지 3개월에 해당하는 액에 불과하여서, 임차주택이 양도되거나 경매가 되는 경우에 임차보증금을 둘러싼 문제들이 우리나라만큼 크게 발생하지 않게 된다.

반면 우리나라는 주택임차권에 대하여 강력한 존속보호가 주어지지 않고 있기 때문에 임차인이 대항력을 구비하는 것이 절대적으로 중요한 문제이고, 나아가 임차주택의 차임지급의 관행도 대부분 주택가액의 절반이 넘는 임차보증금을 지급하고 있는 유형이어서 임차주택이 양도나 경매가 되는 경우에는 고액의 임차보증금을 누가 반환하여야 하는지에 대한 문제가 아주 중요하게 된다. 특히 경매의 경우에는 주택임차인이 대항력과 우선변제권을 겸유하는 경우에는 그 중 임차인이 어떠한 권리를 행사하는지에 따라 경매절차에 참여하는 채권자나 입찰자에게 그 이해관계가 다르게 된다. 그러므로 우리나라는 주택의 점유 이외에 주민등록을 대항요건으로 규정하고 있는 것이다.

따라서 우리나라만의 특이한 제도인 주민등록을 주택임차권의 대항요건으로

121) 대판 1999. 4. 23. 98다32939.

한 것은 타당하다고 보이고, 비록 주민등록이 주택임차권의 공시방법으로서의 기능을 수행하는데 문제점들이 많음에도 불구하고 주택임대차를 둘러싼 문제들을 해결하는데 기여하고 있는 것도 사실이다. 나아가 현재도 임차주택의 경매 절차에서 가장 임차인으로 인하여 거래의 안전이 위협을 받고 있어 주민등록이라는 요건마저 없앤다면 가장 임차인의 발호로 인한 피해가 더욱 증대할 것이다.¹²²⁾

그러므로 단순히 주택임차권의 대항요건으로서 점유만을 요구할 것이 아니라 점유 이외에 주민등록을 요구하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러나 앞서도 지적하였듯이, 주민등록도 그 공시성에 문제가 있으므로 지금 현재대로 점유와 주민등록이라는 대항요건으로 임대차의 대항력을 인정할 것이 아니라 다른 제도로써 이를 보완할 필요가 있다. (이와 관련하여서는 주택임차권의 공시방법으로 뒤에 자세히 논한다).

3) 공시방법으로서의 주민등록에 관한 판례

가. 건물과 관련된 판례

(가) 주택임차인이 주민등록 전입신고를 할 당시 건축물관리대장 및 등기부가 작성되기 전이지만, 그 전입신고 내용이 실제 건물의 소재지 지번과 정확히 일치하는 경우, 그 후 토지분할 등의 사정으로 지번이 변경되었다고 하더라도 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 주민등록으로 유효하다.¹²³⁾

(나) 주택의 소유권보존등기가 이루어진 후 토지의 분할 등으로 인하여 지적도, 토지대장, 건축물대장 등의 주택의 지번 표시가 등기부상 지번과 상이하게 된 경우에 토지대장 및 건축물관리대장상의 지번에 따른 주민등록이 된 경우, 판례는 “주택의 인도와 주민등록이라는 임대차 공시방법은 어디까지나 등기라는 원칙적인 공시방법에 갈음하여 마련된 것이고, 제3자는 주택의 표시에 관한 사항과 주택에 관한 권리관계에 관한 사항을 통상 등기부에 의존하여 파악하고 있으므로, 임대차 공시방법으로서의 주민등록이 등기부상의 주택의 현황과 일치하

122) 민일영, 전제서, 32면.

123) 대판 1999. 12. 7. 99다44762.

지 않는다면 원칙적으로 유효한 공시방법이라고 할 수 없으나, 다만 주택의 소유권보존등기가 이루어진 후 토지의 분할 등으로 인하여 지적도, 토지대장, 건축물대장 등의 주택의 지번 표시가 분할 후의 지번으로 등재되어 있으나 등기부에는 여전히 분할 전의 지번으로 등재되어 있는 경우, 임차인이 주민등록을 함에 있어 토지대장 및 건축물대장에 일치하게 주택의 지번과 동호수를 표시하였다면, 설사 그것이 등기부의 기재와 다르다고 하더라도 일반의 사회통념상 임차인이 그 지번에 주소를 가진 것으로 제3자가 인식할 수 있다고 봄이 상당하므로 유효한 임대차의 공시방법이 된다”고 하고 있다.¹²⁴⁾

(다) 다세대 주택의 임차인이 등기부상의 층·호수와 불일치하는 주소지로 전입 신고를 하였으나, 등기부상의 건물내역과 임차인의 주민등록을 비교하여 볼 때 주민등록상의 층·호수가 등기부상의 층·호수를 의미한다고 인식할 수 있어 유효한 주민등록으로 보았다.¹²⁵⁾ 이 사안은 지상 3층, 지하 1층의 다세대 건물의 지하층에 임차인이 인천 강화군 강화읍 관청리 140-11, 101 나나빌라 라-별 층으로 주민등록을 하였고, 등기부상에는 인천 강화군 관청리 140-11, 지하층01호로 표시되어 있었다.

원심법원은 등기부상의 기재와 일치하지 않는 피고의 최초 주민등록만으로는 임대차의 유효한 공시방법이 아니라고 하였으나, 대법원은 다세대 주택의 등기부상의 건물내역과 피고의 최초 주민등록상의 주소를 비교하여 볼 때, 위 주민등록상의 별 층에 해당할 만한 건물부분이 지하층 외에는 없고 그 지하층이 1개의 구분소유로 이루어져 있으므로, 위 지하층을 주소지로 한 다른 주민등록자가 없는 한 통상적인 주의력을 가진 사람이라면 어렵지 않게 위 주민등록상의 별 층 101호가 지하층 01호를 의미한다고 인식할 수 있다고 여겨지므로, 원심이 위 다세대 주택에 지하층 외에 별 층으로 인식될 수 있는 옥상층 등의 부분이 있는지 여부, 지하층을 주소지로 한 주민등록자가 있는지 여부를 심리하지 않았다는 이유로 원심을 파기한 것이다.

124) 대판 2001. 12. 27. 2001다63216.

125) 대판 2002. 6. 14. 2002다15467.

(라) 원래 단독주택으로 건축허가를 받아 건축되고, 건축물관리대장에도 구분소유가 불가능한 건물로 등재된 이른바 다가구용 단독주택에 관하여, 나중에 집합건물의소유및관리에관한법률에 의하여 구분건물로의 구분등기가 경로 되었음에도 불구하고, 소관청이 종전에 단독주택으로 등록한 일반건축물관리대장을 그대로 둔 채 집합건축물대장을 작성하지 않은 경우에는, 주민등록법시행령 제9조 제3항에 따라 임차인이 위 건물의 일부나 전부를 임차하여 전입신고를 하는 경우 지번만 기재하는 것으로 충분하고, 나아가 그 전유부분의 표시까지 기재할 의무나 필요가 있다 할 수 없으며, 임차인이 실제로 위 건물의 어느 부분을 임차하여 거주하고 있는지 여부의 조사는 단독주택의 경우와 마찬가지로 위 건물에 담보권을 설정하려는 이해관계인의 책임 하에 이루어져야 할 것이므로, 임차인이 위 건물의 지번으로 전입신고를 한 이상 일반사회 통념상 그 주민등록으로도 위 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는 경우에 해당한다.¹²⁶⁾

이 판결은 집합건축물관리대장이 작성되고 집합건물등기가 된 경우에는 지번과 층·호수가 모두 일치하여야 유효한 주민등록으로서 효력이 있지만, 그러나 다가구용 단독주택에 대하여 구분등기는 되었으나 일반건축물관리대장이 그대로 존재하는 경우에는 지번만 일치하면 주민등록이 유효하다는 것이다.

나. 건축 중인 미등기집합건물에 대한 주민등록

(가) 임차인이 집합건축물대장의 작성과 소유권보존등기의 경로 전에 연립주택의 1층 101호를 임차하여 현관문상의 표시대로 호수를 101호로 전입신고를 하였고, 그 후 작성된 집합건축물대장상에도 호수가 101호로 기재되었으나 등기부에는 1층 101호로 등재된 경우, 임차인의 주민등록은 임대차의 공시방법으로 유효하다.¹²⁷⁾

(나) 건축 중인 주택에 소유권보존등기가 경로되기 전에 그 일부를 임차하여 주민등록을 마친 임차인의 주민등록상의 주소 기재가 그 당시의 주택의 현황과

126) 대판 2002. 3. 15. 2001다80204.

127) 대판 2002. 5. 10. 2002다1796.

일치한다고 하더라도, 그 후 사정변경으로 등기부 등의 주택의 표시가 달라졌다 면, 특별한 사정이 없는 한 달라진 주택의 표시를 전제로 등기부상의 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 관계에서는 유효한 공시방법이 될 수 없고,¹²⁸⁾ 이러한 이치는 입찰절차에서의 이해관계인 등이 잘못된 임차인의 주민등록상의 주소가 건축물관리대장 및 등기부상의 주소를 지칭하는 것을 알고 있었다고 하더라도 마찬가지이다.¹²⁹⁾

(다) 신축 중인 연립주택 중 1세대를 임차한 자가 호수를 기재하지 않은 채 그 부지의 지번만으로 전입신고를 하였다가, 그 후 연립주택에 준공검사가 이루어지면서 건축물관리대장이 작성되자 호수를 기재하여 주소정정신고를 한 경우 최초 전입신고에 따른 주민등록은 대항요건으로 유효하지 않다.¹³⁰⁾

(라) 건축 중인 주택을 임차하여 주민등록을 마친 임차인의 주민등록이 그 후 소유권보존등기가 경로 되고, 이를 바탕으로 저당권을 취득하여 등기부상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대한 관계에서 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는, 그 제3자의 입장에서 보아 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 주택에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식할 수 있는가의 여부에 따라 판단되어야 할 것이므로, 소유권보존등기가 경로되기 전에 마친 임차인의 주민등록상의 주소 기재가 그 당시의 주택의 현황과 일치한다 하더라도 그 후 사정변경으로 등기부상의 주소기재가 달라졌다면, 주민등록상의 주소가 주민등록법시행령 제5조 제5항에 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

128) 대판 1999. 9. 3. 99다15597.

129) 대판 2003. 5. 16. 2003다10940.

130) 대판 2004. 4. 7. 99다66212.

주민등록은 그 제3자에 대한 관계에서 유효한 임대차의 공시방법이 될 수 없다.¹³¹⁾

다. 지번과 관련된 판례

(가) 임차 주택의 부지를 비롯한 세 필의 토지가 같은 담장 안에 있고 그 지상에 임차 주택 이외에는 다른 건물이 건립되어 있지 않다 하더라도 임차인이 임차주택의 부지가 아닌 인접한 다른 토지의 지번으로 주민등록을 마쳤다면 유효한 공시방법으로 볼 수 없다.¹³²⁾

(나) 주택을 임차하여 적법한 전입신고를 마친 후에 그 대지가 분할됨으로써 주택의 지번이 변경되자 갱신된 임대차계약서에는 새로운 지번을 표시하였으나, 주민등록상 주소는 주택에 대한 경매개시결정 기입등기가 경료된 후에야 변경한 경우, 임차인은 주택에 대한 유효한 공시방법인 주민등록을 갖추었다고 볼 수 없어 경락인에게 대항할 수 없다.¹³³⁾

(다) 주택임차인이 주민등록 전입신고를 할 당시 건축물관리대장 및 등기부가 작성되기 전이지만 그 전입신고 내용이 실제 건물의 소재지 지번과 정확히 일치하는 경우, 그 후 토지분할 등의 사정으로 지번이 변경된 경우라도 이미 취득한 대항력을 상실하지 않는다.¹³⁴⁾

(라) 동일 지번 대지 위에 단독주택과 다세대 주택이 함께 건립되어 있고 등기부상으로 그 각 구분소유 부분에 대하여 그 동·호수가 달리 표시되어 있으며, 단독주택에 대하여는 등기부와 같은 내용의 집합건축물관리대장까지 작성되어 있는 경우, 그 단독주택의 임차인은 그 지번 외에 등기부와 집합건축물관리대장상의 동·호수까지 전입신고를 마쳐야만 그 임대차의 유효한 공시방법이 된다.¹³⁵⁾

131) 대판 1999. 9. 3. 99다15597.

132) 대판 2000. 6. 9. 200다44799.

133) 대판 2000. 4. 21. 2000다1549.

134) 대판 1999. 12. 7. 99다44762.

라. 임차인과 관련된 판례

(가) 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 대항력을 상실하지 않는다.¹³⁶⁾ 그리고 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 주민등록이라는 대항요건은 임차인 본인뿐만 아니라 그 배우자나 자녀 등 가족의 주민등록을 포함한다.¹³⁷⁾

(나) 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항력은 임차인이 당해 주택에 거주하면서 이를 직접 점유하는 경우뿐만 아니라, 타인의 점유를 매개로 하여 이를 간접점유 하는 경우에도 인정될 수 있을 것이나, 그 경우 당해 주택에 실제로 거주하지 아니하는 간접점유자인 임차인은 주민등록의 대상이 되는 당해 주택에 주소 또는 거소를 가진 자(주민등록법 제6조 제1항)가 아니어서 그 자의 주민등록은 주민등록법 소정의 적법한 주민등록이라 할 수 없고, 따라서 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없으며, 임차인과의 점유매개관계에 기하여 당해 주택에 실제로 거주하는 직접점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다.¹³⁸⁾

이 판결은 임차인이 주민등록은 전입하였으나 실제로 임차목적물을 점유하여 사용하지 않는 경우 실제로 점유하는 자가 주민등록을 전입한 때에 대항력이 생긴다는 의미이다.

(다) 주민등록이 임차인의 의사에 의하지 않고 제3자에 의하여 임의로 이전되었고, 그와 같이 주민등록이 잘못 이전된데 대하여 주택임차인에게 책임을 물을

135) 대판 2002. 3. 15. 2001다 80204.

136) 대판 1989. 1. 17. 88다카143.

137) 대판 1988. 6. 14. 87다카3093,3094.

138) 대판 2001. 1. 19. 2000다55645.

만한 사유도 없는 경우, 주택임차인이 이미 취득한 대항력은 주민등록의 이전에도 불구하고 그대로 유지된다.¹³⁹⁾ 따라서 주거용 건물을 담보로 하여 은행으로부터 보다 유리한 조건으로 대출을 받기 위하여 제3자가 임의로 임차인 몰래 그가 다른 곳으로 옮겨간 것처럼 옮겨신고를 하고, 위 건물을 담보로 한 대출절차가 종료된 뒤 다시 임차인의 주민등록을 위 건물로 옮겨 놓은 경우에는, 임차인은 그 임대차계약에 따른 주택임대차보호법상의 대항력을 상실하지 아니한다.¹⁴⁰⁾

(라) 주택임차인의 의사에 의하지 아니하고 주민등록법 및 동법 시행령에 따라 시장·군수 또는 구청장에 의하여 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 대항요건으로 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 동법 시행령 제29조에 의하여 재등록이 이루어짐으로써 주택임차인에게 주민등록을 유지할 의사가 있었다는 것이 명백히 드러난 경우에는 소급하여 그 대항력이 유지된다고 할 것이고, 다만 그 직권말소가 주민등록법 소정의 이의절차에 의하여 회복된 것이 아닌 경우에는 직권말소 후 재등록이 이루어지기 이전에 주민등록이 없는 것으로 믿고 임차주택에 관하여 새로운 이래관계를 맺은 선의의 제3자에 대해서는 임차인은 대항력의 유지를 주장할 수 없다.¹⁴¹⁾

4) 주민등록에 대한 검토

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택임차권의 대항요건으로 주택의 인도

139) 대판 2000. 9. 29. 2000다37012.

140) 대판 1989. 6. 13. 88나4472.

141) 대판 2002. 10. 11. 2002다20957.

외에 주민등록을 요구한 것은 등기와는 달리 간편한 공시방법으로 임차인에게 대항력을 인정함으로써 주택임차인의 주거생활의 안정을 기함과 동시에 주택임차권을 공시하게 함으로써 그 임차주택에 이해관계를 맺게 되는 선의의 제3자의 보호에도 그 목적이 있다고 볼 수 있다. 그러나 주택임차인의 대항력의 요건으로서 주민등록을 요구함으로써 오히려 임차인이 보호받지 못하는 경우가 발생하고 있고, 나아가 임차권에 대한 공시를 추구하여 제3자의 이익 또는 거래질서의 안전을 추구하기 위한 목적도 주민등록이 갖고 있는 비공개성이나 공시성의 부족으로 이러한 목적을 달성하는데 여러 문제들이 노출되고 있다. 따라서 여기서는 주민등록의 문제점을 임차인보호의 문제와 제3자보호의 문제로 나누어 살펴본다.

가. 임차인보호의 문제

주민등록이 유효하지 않아 임차인의 대항력이 인정받지 못하는 경우는 단독주택의 경우 잘못된 지번에 전입신고를 하는 경우, 당초에는 정확한 지번에 전입신고 하였는데 나중에 임차주택의 대지가 분할되면서 지번이 달라져서 주민등록이 현재의 주소와 다르게 되는 경우, 공동주택의 경우 지번 외에 동·호수를 기재하여 주민등록 전입신고를 하게 되어 있어서, 건축 중인 공동주택을 임차하여 임차 당시 건물의 표시대로 동·호수를 기재하여 전입신고를 하였는데, 건물이 준공되어 집합건축물관리대장이나 등기부가 작성되면서 원래 표시와 다른 동·호수가 기재되어 당초의 전입신고가 적법한 주민등록으로 인정받지 못하여 임차권의 대항력을 상실하는 경우 등이다.

이러한 경우에 임차인이 자신의 과실로 제대로 된 지번이나 동·호수를 잘못 기재하여 전입 신고한 경우라면 임차인에게 불이익한 경우가 생기는 것은 어쩔 수 없다 하여도, 임차인의 과실 없이 단독주택의 대지가 분할되어 지번이 바뀌거나 건축 중인 공동주택을 임차하여 그때 당시의 동·호수를 기재하여 주민등록을 한 임차인이 그 후 건축이 완공되어 동·호수가 임차인의 의사와 관계없이 바뀌는 경우는 임차인의 보호를 위한 대책이 필요하다. 특히 현재는 단독주택보다 공동주택에 거주하는 국민이 더 많고 이에 따라 단독주택보다 공동주택을 임차하는 경우가 많아지고 있음을 볼 때 공동주택에 대한 주민등록 문제는 보다 정확한 제

도적 장치가 있어야 한다고 본다. 따라서 단독주택의 대지가 분할되어 지면이 바뀌는 경우 임대인이 반드시 임차인에게 알리도록 의무화하여야 하고, 공동주택의 경우 건축 중의 건물의 표시를 건축물관리대장이나 등기부에 기재하는 경우는 건물 설계상의 단계에서부터 완공 후에 이르기까지 건물표시에 대한 일관성을 유지할 수 있는 법적 규제가 있어야 한다. 만약 건물의 준공 후에 건물표시가 달라지는 경우에는 건물주가 임차인에 대해 반드시 고지하도록 하여 임차인의 주민등록이 건축물관리대장 및 등기부와 일치하도록 하는 조치가 필요하다.

나. 제3자보호의 문제

주택임차권의 공시방법으로서의 주민등록은 위에서 본 바와 같이 임차인의 보호에도 그 문제점이 있지만, 임차권을 공시하여 제3자의 이익이나 거래질서의 안전을 보호 하려는 목적에도 미흡하다는 문제점이 있다. 즉 주민등록의 비공개성으로 인하여 임차주택과 관련된 이해관계인들의 이익보호에는 충분한 기능을 하고 있지 못하고 있다고 볼 수 있다. 위에서 본 판례의 사례에서 보면 공동주택의 지하층의 주민등록이 등기부상의 표시와 일치하지 않아도 건물의 구조상 일반인이 그 지하층의 주민등록이라고 판단할 수 있는 경우는 그러한 주민등록도 유효하다고 하고 있기 때문에, 이러한 경우 임차주택과 이해관계를 맺고자 하는 제3자는 임차인의 주민등록이 유효한지를 판단하기 위해서는 주민등록표 외에 등기부와 심지어 건축물관리대장을 살펴보고 나아가 실제 건물을 조사하여 임차인의 주민등록을 파악해야 하는 것이다. 물론 주민등록을 대항요건으로 규정한 것은 주택임차권에 간편하게 대항력을 인정하여 임차인의 주거생활의 안정을 기하는 것이지만 그것은 또한 주택임차권의 공시방법인 것이므로 주택임차권을 공시하여 임차주택에 대한 이해관계인들에게 그 임차권의 존재사실 및 그 권리 내용을 공시할 수 있어야 한다.

원래 채권인 임차권에 물권적 성질인 대항력을 인정하였다면 물권에서와 같이 공적장부인 등기부에 그 권리내용을 공시하게 하여 제3자가 명백히 그 권리의 존재와 내용을 알 수 있도록 해야 하는 것이 타당한 것이었지만, 임차인의 보호를 위하여 주택임차권의 공시방법을 간편하게 하기 위하여 주택의 점유와 주민등록만으로 대항력을 인정하였기 때문에 부득이 공적장부인 등기부와 같은 공시

력을 가지지 못한 것이다. 즉 주민등록이라는 공시방법은 주택임차권을 공시하는데 임차권이 존재한다는 사실도 확실하게 공시하지 못하는 경우도 있고, 나아가 임차권의 존재는 공시한다하더라도 임차권의 내용, 특히 임차보증금이나 그 기간 등이 나타나지 않는다. 결국 임차주택에 이해관계를 맺는 제3자는 주민등록을 확인하여 임차인이 대항력을 가지고 있는지에 대한 인식이 어려울 뿐만 아니라 설령 대항력이 있는지 없는지에 대하여 알 수 있다 하더라도 그 임차권의 내용은 임차인이 임의로 알려주지 않는 한 사실상 알 수 없다는 문제가 주민등록을 주택임차권의 공시방법으로 채택한 것에서 나타나는 문제라 볼 수 있다.

주민등록이라는 공시방법은 임차인에 대한 보호라는 면에서는 어느 정도 그 기능을 하고 있지만, 제3자에 대한 관계에서 보면 공시기능을 제대로 수행하고 있지 못하다. 그러므로 주민등록을 대체할 수 있는 새로운 대안들이 마련되어야 하고, 그 대안에서는 반드시 임차권의 내용 중, 확정일자와 임차보증금이 공시되도록 하여야 할 것이다. 그러한 대안 중의 하나가 주택임대차계약서를 공시하게 하는 것이라 생각한다. (이에 관해서는 주택임차인의 대항력과 우선변제권을 단 일화하는 것과 함께 제5장에서 논한다)

3. 대항력의 존속기간

(1) 대항력의 발생시기

1) 의 의

주택임대차보호법 제3조 제1항은 “임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.”고 규정하고 있다. 여기서 익일부터 효력이 생긴다는 의미에 대하여는 견해가 나뉘어져 있었다. 그 견해들을 보면, 첫째는 시민의 생활기반이 되는 주거의 안정을 기할 목적으로 제정된 주택임대차보호법의 입법취지를 희생시킬 수 없으므로 동법이 정한 대항력은 주민등록법 소정의 기간 내에 전입신고를 이행하지 아니함을 해제조건으로 하여 주택의 인도 익일부

터 취득한다는 견해이고,¹⁴²⁾ 둘째는 주민등록을 주택의 인도의 부수적인 요건이 아닌 병렬적인 요건으로 해석하여 전입신고일의 다음 날부터 대항력을 취득한다는 견해이다.¹⁴³⁾ 임차인의 보호를 충실히 한다는 의미에서는 전자의 견해가 타당하다고 볼 수 있으나 우리나라의 주택임대차는 그 차임지급의 관행상 임차인 보호와 더불어 제3자나 거래안전을 위한 배려가 있어야 된다는 점, 그리고 주택임대차보호법은 민법에 대한 특별법으로서 채권을 물권화 시킨 법률이므로 그 범위와 해석에 엄격을 요하고, 주택임대차보호법의 법문에 충실 하는 의미에서 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 대항력이 생긴다고 하는 것이 타당하다.

대항력의 발생시기는 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음 날이다. 여기서 그 다음날의 시작은 주택의 인도와 주민등록을 마친 그 다음날 오전 0시를 의미한다. 판례도 “주택임대차보호법 제3조의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 함은 익일 오전 0시부터 대항력이 생긴다”는 취지라고 한다.¹⁴⁴⁾ 그러나 경우에 따라서는 이러한 대항력의 발생시기가 달라지는 수도 있다. 그것은 주민등록이 제3자가 보아 임차권을 매개로 하는 주민등록이라고 볼 수 있는 경우이어야 하는데 임차권을 표상하는 주민등록이라고 볼 수 있는지에 의문이 가는 경우가 있다. 또한 대항요건은 대항력의 발생요건일 뿐만 아니라 대항력을 유지하기 위한 요건이기도 하다. 따라서 대항력을 잃지 않고 계속 유지하고 있어야 하는데 주택이 양도나 경매가 되는 경우에 언제까지 대항요건을 유지하고 있어야 하는지도 문제가 된다. 이하에서는 이와 관련한 문제들을 살펴본다.

2) 임차인이 임차주택을 매수한 경우

이와 관련하여 판례는, 갑이 병 회사 소유 임대아파트의 임차인인 을로부터 아파트를 임차하여 전입신고를 마치고 거주하던 중, 을이 병 회사로부터 위 아파트를 분양받아 자기 명의로 소유권이전등기를 경료한 후 근저당권을 설정한 사안

142) 서울고등법원 1984. 2. 5. 82나231판결.

143) 민일영, 전게서, 114면; 이태철, 전게논문, 255면.

144) 대판 1999. 5. 25. 99다9981.

에서, 비록 임대인인 을이 갑과 위 임대차계약을 체결한 후에, 그리고 갑이 위 전입신고를 한 후에 위 아파트에 대한 소유권을 취득하였다고 하더라도, 주민등록상 전입신고를 한 날로부터 소유자 아닌 갑이 거주하는 것으로 나타나 있어서 제3자들이 보기에 갑의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식할 수 있었으므로, 위 주민등록은 갑이 전입신고를 마친 날로부터 임대차를 공시하는 기능을 수행하고 있었다 할 것이고, 따라서 갑은 을 명의의 소유권이전등기가 경료 되는 즉시 임차권의 대항력을 취득하였다고 보았다.¹⁴⁵⁾ 즉 이러한 경우에는 갑은 을 명의의 소유권이전등기가 경료 된 바로 그 즉시 대항력을 취득하는 것이지 그 다음날 취득하는 것이 아니다.

결국 이 사안은 임차인으로부터 전대차한 전차인이 그 주택에 주민등록을 마치고 거주하고 있던 중에 전대인(임차인)이 그 주택의 소유권을 취득하게 된 경우에, 전대인이 임차인이든지 아니면 소유자이든지 이미 전차인은 그 주택에 대해 임차권을 매개로하는 주민등록이 된 것이라는 것을 제3자가 알 수 있었기 때문에 전대인(원래 임차인)이 다시 주택의 소유권을 가지게 된 시점을 기준으로 그 소유권이 이전되고 나서 전차인의 주민등록이 임차권을 매개로하는 주민등록이 되는 것은 아니라고 한 것이다. 따라서 전차인의 주민등록은 이미 효력을 발생하고 있었으므로 전차인이었던 이 사안의 임차인은 소유권이전과 동시에 대항력을 취득하는 것이지 전대인이 소유권을 취득한 그 다음날에 대항력이 발생하는 것이 아니다. 이 경우는 제3자도 전차인의 주민등록을 확인하는 것이 어려운 일이 아니므로 제3자에 대한 불이익은 없다 할 것이므로 판례의 견해가 타당하다고 생각한다.

3) 주택소유자가 제3자에게 주택을 매도한 경우

이러한 경우에 학설은 소유권이전등기일설과 소유권이전등기시설로 대립된다. 앞의 견해는 매도인이 임차인으로서 가지는 대항력은 주택임대차보호법 제3조 제1항의 취지에 따라 매수인 명의의 소유권이전등기가 경료 된 다음날, 즉 소유권이전등기가 접수된 다음날 0시부터 효력이 발생한다는 견해이고, 뒤의 견

145) 대판 2001. 1. 30. 선고 2000다58026,58033.

해는 매도인이 임차인으로서 가지는 대항력은 물권변동의 일반원칙에 따라 매수인 명의의 소유권이전 등기가 경료된 시점, 즉 소유권이전등기신청서가 접수된 시점부터 효력이 발생한다고 하는 견해다.¹⁴⁶⁾ 이 경우는 (2)의 경우와는 정반대로 주택의 소유자이었던 자가 소유 주택을 제3자에게 매도하면서 다시 그 주택을 임차하는 경우로서, 원래 소유자이었던 자가 그 주택에 이미 주민등록이 되어 있는 것은 아직 임차권을 매개로한 주민등록이 아니고, 소유권이 제3자에게 이전되어 다시 양수인과 임대차계약을 체결하면서 기존의 주민등록이 임차권을 매개로 하는 주민등록이 된 것인데, 이때 양도인이 어느 시점에서부터 그 자신의 주민등록이 임차권을 매개로 하는 주민등록이 되느냐 하는 것이다.

기존의 주택소유자로서의 주민등록이 임차권을 매개로 하여 그 임차권을 표상하는 주민등록이 되려면, 일단 주택의 소유권이 양수인에게 이전되고 양수인과의 사이에서 임대차계약을 체결하여 임차인으로서의 지위를 가져야 되는 것이고, 또한 주민등록상으로는 주소가 전혀 변경되지 않고, 다만 등기부의 소유자의 기재가 달라지게 되어 주민등록상의 주소가 소유자가 아닌 임차인의 주소로 되는 것이므로, 보통 임차인이 주택을 임차하여 주민등록을 옮기고 대항력을 취득하는 경우와 다를 바 없다고 생각되어지므로 소유권이전등기 익일설이 타당하다고 생각한다. 결국 주택소유자로서 가지고 있었던 주민등록은 외부에서 제3자가 임차인의 주민등록이라고 볼 수 없고, 나아가 주택임대차보호법이 보증금의 우선변제권을 인정하는 제도의 취지상 소유권이전등기의 익일설이 타당하다. 판례 역시 소유권이전등기의 익일설을 취하고 있다.¹⁴⁷⁾

4) 검토 및 사건

주택임차권의 대항력의 발생시기와 관련하여 문제가 되는 점은, 주택의 인도와 주민등록을 갖춘 그 다음 날에 대항력이 발생하도록 함으로써 임차인보호에 소홀하다는 것이다. 즉 대항력의 발생시기에 관한 익일조항을 임대인이 악용할 소지가 많다는 것이다. 예컨대 임대인이 오전에 주택의 인도 및 주민등록을 마친

146) 이태철, 전계논문, 256면.

147) 대판 1987. 2. 24. 86다카1695.

임차인이 있음을 알면서 오후에 저당권을 설정해 주고 대출을 받으면 임차인의 대항력이 저당권에 뒤지기 때문에 임차인이 피해를 받을 우려가 있다는 것이다. 원래 이러한 익일조항을 둔 이유는 인도 및 주민등록을 마친 날과 제3자 명의의 소유권이전등기나 저당권설정등기 등이 같은 날 행하여질 경우 그 선후 결정에 어려움이 생기는 것을 대비한 것이다.¹⁴⁸⁾ 이러한 취지에도 불구하고 대항력의 발생시기에 관한 익일조항은 임차인보호에 소홀한 문제가 있기 때문에 이 조항을 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일에 대항력이 발생하도록 하여 임차인을 보호하자는 견해들이 주장되고 있다.

그러한 견해들을 구체적으로 살펴보면, 먼저 대항력 발생시기가 주민등록을 마친 익일에 발생한다는 현행법 하에서는 담보권자(저당권자)가 주택을 담보설정할 경우 사전에 해당 목적물에 임차인이 있는 가, 없는 가를 담보권 설정 이전에 확인하고 담보권설정과 동시에 대출을 해 주어도 문제가 없지만, 만약 익일조항이 개정되어 주민등록(전입신고)을 한 날로 개정되면 담보권자는 담보권설정과 동시에 대출을 해주어서는 안 되고, 반드시 그 다음 날 담보목적물에 대한 임차인의 주민등록이 담보설정 일에 신고가 되어 있는지 유무를 확인하고 대출을 하게 되면 문제가 없다. 담보권자의 담보설정 후 그 다음날 담보목적물에 주민등록 유무를 확인한 결과 같은 날 주민등록이 있을 경우 임차권자와 담보권자는 동순위가 되기 때문에 대출을 해주어서는 안 되고 주민등록이 없는 경우에는 대출을 해주어도 되기 때문이다. 따라서 익일조항을 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일에 대항력이 발생하도록 해도 임차인은 보호가 되고 제3자에 대해서는 피해가 발생하지 않는다고 한다.¹⁴⁹⁾

그리고 주민등록절차와 관련하여, 주택임대차보호법 제3조 제1항은 주민등록법이 개정되기 전에 거주지 이동자가 스스로 퇴거신고와 전입신고를 하고, 관련 공무원이 일(하루)단위로 서류를 접수하여 수기로 작성하던 경우에는 어느 정도 타당하다고 볼 수 있으나, 현재는 거주지 이동자가 스스로 퇴거신고를 하지 않을 뿐만 아니라 정보통신네트워크가 전국적으로 구축됨으로써 전입신고와 동시에

148) 윤천희, “주택임차권의 양도, 전대와 대항력”, 법률신문, 1989. 4. 10.자, 11면.

149) 서해용, “주택임차인의 대항력의 문제점과 개선방안 : 법 제3조 제1항의 개정을 중심으로”, 「민사법학」(제23호), 한국사법행정학회, 2003, 611-612면.

증명서 발급이 가능하게 된 점을 감안하여 볼 때 시대적으로 맞지 않는 제도라고 주장하는 견해도 있다.¹⁵⁰⁾ 한편으로는 주택의 인도 및 주민등록을 마친 같은 날 제3자 명의의 등기가 된 경우에 그 선후의 결정은 입증의 문제로 해결케 하고 법문에서 익일을 삭제하여 대항력이 발생하도록 하는 것이 타당하다는 견해도 있다.¹⁵¹⁾

사건으로는 현행 법제도 하에서는 주택의 인도와 주민등록을 마친 그 다음날에 대항력이 발생하도록 하는 것이 부득이 하다고 생각한다. 왜냐하면 등기라는 강력한 공시방법을 통해 권리를 공시한 자와 간이 한 공시방법을 통해 권리를 공시한 자와의 차이는 분명히 존재하는 것이고, 등기는 누구나 자유롭게 열람할 수 있어서 쉽게 공시된 권리내용을 알 수 있지만 주민등록이라는 공시방법은 비공개성으로 인해 쉽게 확인할 수 있는 것도 아니기 때문이다. 또한 익일조항을 당일조항으로 변경하면서 다만 그 선후에 대해 당사자의 입증문제로 해결하자는 것도 법이 또 다른 분쟁을 야기할 수 있는 가능성만 만들어 줄 수 있어서 타당한 견해라 생각하지 않는다. 그렇다고 임차인 보호에 문제가 될 수 있는 이 조항을 존속시키는 것도 문제이다.

이 문제는 결국 주택임차권의 공시방법을 변경함으로써 해결하여야 한다. 즉 주택임차권의 공시방법으로서 주민등록이라는 제도를 폐지하고 주택임대차계약서를 공시하도록 하여 주택임차권이 등기와 같은 정도의 공시성을 가지도록 하여야 한다. 따라서 임차인이 임대차계약서에 확정일자를 받고 그 사본을 동사무소에 등록하게 하고, 그 등록 일에 대항력이 발생하도록 함으로써 등기 설정일과의 선후를 따지는 것이 타당하다고 생각한다. 주택임차인의 보호를 위하여 특별법으로 간이한 공시방법을 만들어서 서민들의 주거생활의 안정을 기한다는 것은 타당한 취지이지만, 현행 법질서의 테두리 안에서 임차인보호와 더불어 거래질서의 안전을 기할 수 있는 방법들이 있다면 임차인들에게 어느 정도의 번거로움을 줄 수 있더라도 제3자의 보호도 함께 고려해야 된다는 측면에서는 이러한 제도 개선이 필요하다고 생각한다.

150) 임윤수, 전계논문, 193면.

151) 민일영, 전계서, 115면.

(2) 대항력의 소멸시기

1) 의 의

주택의 인도와 주민등록은 대항력의 취득요건이자 존속요건이다. 관례도 임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 물권에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 보호법의 취지에 비추어 볼 때, 달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 그 대항력을 유지하기 위해서도 계속 존속하고 있어야 한다고 하고 있다.¹⁵²⁾ 따라서 주택임차인은 주택의 인도와 주민등록을 마치고 대항력을 취득하였다 하여도 그 후에 다른 곳으로 이사를 가거나 주민등록을 옮기면 그 때부터 대항력을 상실하게 되고, 그 이후에 다시 원래의 주민등록으로 재전입하였다 하여도 대항력은 소급하여 발생하는 것이 아니고 재전입한 때부터 발생하게 된다.¹⁵³⁾

그러나 주택임대차보호법 제3조의3에 의해 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기가 마쳐진 이후에는 임차인이 주민등록을 옮기거나 이사를 하여도 대항력을 상실하지 아니 한다. 이러한 대항요건의 존속은 주택이 매매 등 법률행위에 의하여 양도되는 경우에는 새로운 소유자에 대해 대항력을 유지하기 위해서도 필요하고, 주택이 경매되는 경우에도 경매절차상 그 주택의 낙찰자에게 대항하기 위해서도 필요하다. 다만 이러한 대항력이 존속되어야 하는 시기는 주택의 양도가 되는 경우와 경매가 되는 경우에 차이가 있다. 경매절차에서는 그 존속시기에 대해 주의하여야 할 점이 있다. 이하에서는 그 이러한 문제를 중심으로 대항력의 존속시기에 대해 살펴본다.

2) 대항요건존속의 종기

경매절차에서 확정일자 있는 임차인의 우선변제청구권 또는 소액임차인의 최

152) 대판 2000. 9. 29. 2000다37012.

153) 서울지방법원 1997. 5. 23. 96나20368.

우선변제청구권을 행사하기 위한 임차권의 대항요건에 대하여, 판례는 배당요구의 종기(집행법상 첫 매각기일 이전 법원이 정한 날, 민사집행법 제84조 제1항)까지 구비하고 있으면 족하다고 한다.¹⁵⁴⁾ 그러나 우선변제권이 아닌 대항력을 주장하기 위하여 대항요건은 언제까지 존속하고 있어야 하는지에 관해서는 명백히 밝힌 판례는 없다. 양수인에 대한 대항력을 행사하기 위해서는 양수인에게 소유권이 이전되는 시점까지 대항요건을 계속 갖추고 있어야 한다. 왜냐하면 설령 우선변제권의 행사를 위한 대항력의 존속기일이 경락기일 전까지라고 하여도 경락기일 이후 안심하고 이사를 하거나 주민등록을 옮기는 경우에는 당해 경매절차가 항고심 등에서 취소되어 신경매를 실시하거나 낙찰자가 대금을 납부하지 않아 재경매를 하는 경우에는 신경매 또는 재경매의 경락기일까지 대항요건이 존속하여야 하므로 적어도 임차인으로서의 경락대금이 납부될 때까지는 대항요건을 유지하는 것이 안전하기 때문이다.¹⁵⁵⁾ 따라서 매수인에 대하여 대항력을 주장하기 위한 대항요건의 존속시기와 우선변제청구권을 행사하기 위한 대항요건의 존속 시기는 반드시 일치하는 것은 아니라고 볼 것이다.

제2절 대항력의 내용

1. 의 의

주택임차인이 대항력을 가졌다고 하는 것은 제3자에 대해 임차권을 주장할 수 있다는 의미이다. 그런데 주택임대차보호법 제정 당시에 대항력에 관해서는, 단지 임차인은 "제3자에 대해 대항할 수 있다"고만 규정하여 도대체 대항할 수 있다는 의미가 무엇인지에 관하여 많은 논란이 있었다. 그래서 1983. 12. 30. 주택임대차보호법 제1차 개정 시에 제3조 제2항에 "임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다"라고 하여 법문에 대항력의 내용을 규정하여 대항력

154) 대판 1997. 10. 10. 95다44597.

155) 김효석, 전제서, 246면.

의 의미에 대한 논의를 입법적으로 해결하였다. 독일 민법 제566조 제1항도, “임대인이 임대한 주거공간을 임차인에게 인도한 후 이를 제3자에게 양도한 때에는, 양수인은 그가 소유권을 가지는 기간에 대하여 임대차관계로부터 발생하는 권리의무를 임대인에 갈음하여 승계한다.”라고 하고 있다. 임대인의 지위를 승계하는 양수인의 권리취득의 원인은 매매, 증여, 신탁 등의 법률행위이든, 경매뿐만 아니라 상속, 공용징수 등의 법률의 규정에 의한 것이든 상관없다. 또한 임대인의 지위의 승계는 법률상의 당연승계이므로 양도인이나 양수인에 의한 양도사실의 통지나 임차인의 승낙 등은 불필요하다. 이하에서는 구체적인 경우에 양수인에 해당하는 자와 양수인이 승계하는 구체적인 의무를 살펴본다.

2. 임대인의 지위를 승계하는 자

(1) 법률행위에 의한 소유자 변경

매매, 증여, 상속, 교환 등의 사유로 임차주택의 소유자가 변경되는 경우에는 그 주택의 신소유자가 임대차관계에서의 임대인의 지위를 승계한다. 따라서 임차인은 임차기간이 남아 있다면 남은 임차기간 동안 임차물을 점유·사용할 수 있고, 임차기간이 만료한 경우에는 임차보증금을 신소유자에게 반환 청구할 수 있다. 그러나 언제나 신소유자가 임차보증금의 반환을 책임지는 것은 아니고, 대항력 있는 주택임대차에 있어서 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 상태에서 임차주택이 양도된 경우에 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는다면, 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기하면 양도인의 임차인에 대한 보증금반환채무는 소멸하지 않는다.¹⁵⁶⁾

그리고 임차인이 미등기무허가 건물을 임차한 경우에, 그러한 미등기무허가 건물을 양도받아 사실상 소유권을 행사하는 양수인도 주택임대차보호법 제3조 제2항 소정의 임대주택의 양수인에 해당 한다.¹⁵⁷⁾ 또한 임대차의 목적이 된 주택을 담보목적으로 신탁법에 따라 신탁한 경우에도 수탁자는 주택임대차보호법 제3조

156) 대판 2002. 9. 4. 20001다 64615.

157) 대판 1987. 3. 24. 86다카164.

제2항에 의하여 임대인의 지위를 승계 한다.¹⁵⁸⁾ 그리고 소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차 받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은, 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약을 해제함에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있고, 이 경우 계약해제로 소유권을 회복한 제3자는 주택임대차보호법 제3조 제2항에 따라 임대인의 지위를 승계한다.¹⁵⁹⁾

그러나 양도담보에 의하여 권리를 취득한 자는 여기에 해당하지 않는다. 즉 주택의 양도담보의 경우에는 채권담보를 위하여 신탁적으로 양도담보권자에게 주택의 소유권이 이전될 뿐이어서, 특별한 사정이 없는 한 양도담보권자가 주택의 사용·수익권을 가지게 되는 것이 아니고 또 주택의 소유권이 양도담보권자에게 확정적, 종국적으로 이전되는 것도 아니므로 양도담보권자는 여기서 말하는 양수인에 해당하지 않는다고 한다.¹⁶⁰⁾ 또한 임차주택의 대지만을 경락받은 자도 역시 여기서 말하는 임차인에 해당하지 않는다. 즉 주택임대차보호법 제3조의2 제1항이 주택임대차보호법에서 정한 대항요건을 갖춘 임차인에게 경매 또는 공매에 의한 임차주택의 대지의 환가대금에서 후순위권리자들보다 보증금을 우선변제 받을 수 있는 권리를 주었다고 하여도 그 대지를 경락 받은 자를 여기서 말하는 양수인에 해당한다고 볼 수 없다고 한다.¹⁶¹⁾

(2) 경매에 의한 소유자 변경

경매절차에서 임차인이 대항력을 행사하기 위해서는 임차주택이 경매로 낙찰된 후에 낙찰자가 경매대금을 지급하면 소멸되는 가압류, 압류, 근저당권, 담보가등기 등의 설정기일과 비교하여, 그 전에 주택의 인도와 주민등록을 하여야 하므

158) 대판 2002. 4. 12. 2000다70460.

159) 대판 2003. 8. 22. 2003다12717.

160) 대판 1998. 4. 10. 98다3276.

161) 대판 1998. 4. 10. 98다3276.

로 그러한 주택의 임대차만 승계된다. 그러므로 경매절차에서 임차인이 대항력을 행사하기 위해서는 낙찰로 인하여 소멸되는 일정한 권리, 즉 말소기준권리인 가압류, 압류, 근저당권, 담보가등기 보다 먼저 대항력을 갖추고 있어야 한다. 그러나 선순위 전세권이 경매로 소멸되는 경우에도 점유부분을 달리하는 주택, 상가 임대차는 소멸되지 않는다.¹⁶²⁾

주의할 것은, 주택임차권보다 앞서는 저당권이 존재하여 매각기일에는 소멸되는 것으로 되어 있던 임대차가 임차인이 낙찰자가 매각대금을 납부하기 전에 선순위 근저당권을 대위변제하여 소멸시키면, 그 임대차는 대항력을 가지게 되므로 그 임차권은 매수인에게 인수되게 되어 매수인이 예기치 않은 손해를 보게 된다. 예컨대, 1순위 근저당권 1억, 임대차(대항력만 있고, 확정일자가 없어 우선변제권이 없다) 1억(임차보증금), 2순위 근저당권 1억, 3순위 근저당권 3억의 순으로 권리가 설정되어 있는 경우에, 임차주택이 경락되어 그 경락대금이 3억이고 위 순서대로 배당을 받는다고 하면, 경락대금이 3억이므로 제1순위 저당권자 1억, 제2순위 근저당권자가 1억, 제3순위 저당권자가 1억을 받게 되지만, 만약 임차인이 제1순위 근저당권을 낙찰자가 경매대금을 납부하기 전에 대위변제하면 임차권은 대항력을 가지게 되어 소멸하지 않게 되는 것이다.¹⁶³⁾

원래 위의 사례에서 임차주택의 낙찰로 인하여 제1순위 저당권이 소멸하므로 그 순위에 뒤진 임차권도 소멸되는 것이 원칙이다. 따라서 낙찰자는 이러한 예상을 하고 낙찰 받았다가 낙찰자가 경락대금을 납부하기 전에 임차인이 제1순위 저당권을 대위변제하여 소멸시켜서 임차권의 대항력이 소멸되지 않으면, 그 임차권은 낙찰자에게 대항할 수 있으므로 낙찰자는 그 임차보증금을 반환하여야 한다. 따라서 낙찰자는 예기치 않은 손실을 볼 우려가 있다. 그러므로 이러한 경우에 낙찰자의 보호가 필요하다. 그 보호의 방법은 낙찰자가 낙찰대금을 납부하지

162) 손진홍, 「부동산권리분석과 배당」, 법률정보센터, 2008, 122-124면. 말소기준권리란 경매목적부동산의 등기부에 표시되는 모든 권리뿐만 아니라 등기부에 표시되지 않는 권리(임차권, 법정지상권, 유치권 등)에 대한 낙찰자의 부담(인수)여부를 결정하는 기준이 되는 권리를 말한다. 일반적으로 말소기준권리보다 앞서는 선순위 권리는 낙찰로 인해 소멸되지 않고 낙찰자가 인수하게 되고, 말소기준권리보다 뒤지는 후순위권리들은 낙찰로 소멸한다. 그리고 말소기준권리는 낙찰로 항상 소멸한다. 보통 말소기준권리로서는 저당권등기, 가압류·압류등기, 담보가등기, 경매개시결정기입등기가 있다. 여기서 항상 말소기준권리가 되는 권리는, (근)저당권과 경매개시결정기입등기가 있고, 경우에 따라 말소기준권리가 되지 않는 것은 가압류와 가등기이다.

163) 대판 1998. 8. 24. 98마1031.

않은 경우와 낙찰대금이 납부되었으나 아직 배당을 실시하지 않은 경우, 배당까지 실시된 경우에 따라서 달라진다. 우선 매수인이 그 임대차가 인수대상이 되는 것을 매각결정기일 전에 안 경우는 매각불허가 신청을 하고, 매수인이 그 사실을 매각결정 기일 후 대금납부 전에 안 경우라면 매각결정 취소신청을 할 수 있다. 그리고 매각대금 지급 후에 임차인이 대위변제한 사실을 안 경우라면, 매수인은 경매를 해제한 후 제1차로 채무자를 상대로 매각대금반환청구의 소를 제기하고 채무자가 무자력인 경우는, 제2차로 배당받은 채권자를 상대로 매각대금반환청구의 소를 제기하여야 한다.¹⁶⁴⁾

3. 승계되는 내용

양수인에게 승계되는 임대차관계의 내용은 종전의 임대차관계에 따른 내용 그대로 승계된다. 따라서 종전 임대차관계에서 발생하는 권리와 의무는 그 동일성을 유지한 채로 양수인에게 이전된다. 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 차임

차임의 액수, 그 지급시기 및 지급방법에 관한 약정이나 차임증감에 따른 특약은 모두 그대로 승계된다. 차임 중에서 양수인이 소유권을 취득한 때를 기준으로 이미 현실로 발생하여 연체되어 있는 부분은 별도의 채권양도 절차가 없는 한 전소유자(종전 임대인)만이 청구할 수 있고, 그 청구권이 낙찰자에게 이전하지 않는다.¹⁶⁵⁾ 그러나 임차주택이 양도될 것을 예상하여 임대인과 임차인 사이에 합리적인 이유 없이 차임을 면제 또는 감액한 경우에 이러한 특약까지 승계한 것으로 보기는 어렵다.¹⁶⁶⁾

(2) 임차보증금

164) 대판 1997.11.11. 96그64; 대판 1996.7.12. 96다7106. 한국경영법무연구소, “주택임대차보호법 해설”, 「경영법무」(통권 123호), 2005, 67-76면.

165) 민일영, 전제서, 138면.

166) 박용진, 전제서, 71면.

임대차관계가 종료한 경우에 임차보증금이나 채권적 전세의 전세금도 당연히 양수인에게 이전된다고 보는 것이 통설¹⁶⁷⁾과 판례다.¹⁶⁸⁾ 그 전까지 연체된 차임이 있을 경우 보증금에서 당연히 공제되고 잔액의 보증금만이 승계된다. 그러나 양수인이 소유권 취득 시에 차임이 이미 연체되어 있었던 경우에 매매 등과 같이 법률행위에 의하여 임차주택을 양수할 경우에는 신·구 소유자 사이에서 기존의 연체차임을 정산하는 것이 보통이므로 이를 공제하고 남은 보증금만이 승계된다고 할 것이나, 경매에 의하여 임차주택의 소유자가 변동되는 경우에는 그러한 정산절차를 상정할 수 없어 문제이다. 이에 대해서는 당연히 공제된다고 보는 것이 통설의 입장이다.¹⁶⁹⁾ 보증금은 임차인이 임차목적물을 반환할 때까지 임차인의 연체차임, 임차물의 멸실, 훼손 등에 의한 손해배상채무 등을 담보하며, 임대차 종료 후에 당연히 공제되는 것이므로, 경매의 경우에도 낙찰자의 소유권 취득 후에 연체된 차임도 당연히 공제되는 것이 합리적이라 생각한다.

(3) 양도나 전대의 특약

중전 임대인과 임차인 사이에 임차인이 임차권을 자유롭게 양도하거나 전대할 수 있다는 특약을 한 경우에, 그 특약도 양수인에게 승계되는 것이므로 임차인은 양수인의 동의 없이 자유롭게 양도나 전대를 할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 특약에 의해 임차권의 양도되거나 전대 된 경우, 임차인이나 전차인은 양수인에 대하여 임차권이나 전차권을 주장할 수 있다. 그러나 이 경우 임차인이나 전차인은 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건을 구비하지 않아도 양수인에 대하여 자기의 임차권 또는 전차권을 주장할 수 있으나 양수인으로부터 다시 주택을

167) 민일영, 전게서, 138면; 이범주, 전계논문179-180면; 윤천희, 「개정주택임대차보호법 해설」, 문조사, 1985, 14면.

168) 대판 1993. 12. 7. 93마36615.

169) 연체된 차임이 임차보증금에서 당연히 공제되어 양수인에게 승계된다고 하는 견해에 대해, 임대인의 지위가 승계된다고 하여 당연히 보증금반환채무가 인수되는지에 대한 의문을 제기하는 견해가 있다. 이주홍, “대항력 있는 소액임차인의 배당요구 철회와 경락인의 임차보증금 반환 채무의 인수 여부”, 「민사판례연구(X)」 1999, 143-145면. 민일영, 「민법주해(XV)」, 1997, 223면에서는 당연히 연체 차임채권이 양수인에게 이전되는 것이 아니라고 하였다가 후에 견해를 바꿨다. (바뀐 견해에 대해서는, 민일영, 전게서, 139면).

전득하는 제3자에 대하여 대항하기 위해서는 대항요건을 갖추어야 한다.¹⁷⁰⁾

(4) 존속기간 및 비용상환청구권 등

임대차의 존속기간도 종전과 같으므로 승계되는 당시 남아 있는 기간이 그대로 승계된다. 기간의 정함이 없는 임대차나 갱신된 경우 등도 그 상태로 양수인에게 승계된다. 임차인이 갖는 유익비상환청구권, 부속물매수청구권은 임대차가 종료하면 당연히 임차인이 행사할 수 있으므로 임대차종료 시에 양수인에게 이를 행사할 수 있으나, 필요비상환청구권은 그 비용을 지출한 때 바로 행사할 수 있으므로(민법 제626조) 필요비상환청구권이 이미 발생한 경우에 이를 양수인에게 대해 행사할 수 있는지는 의문이다.¹⁷¹⁾ 필요비는 임대인에 대한 개인적 색채의 비용이라기보다는 객관적인 임차목적물의 보존을 위하여 지출한 비용이므로 양수인이 승계한다고 보는 것이 타당하다.

4. 종전 임대인의 책임

(1) 의 의

임대차관계의 존속 중에 임차물이 제3자(양수인)에게 양도된 경우, 양수인은 주택임대차보호법 제3조 제2항에 의해 임대인의 지위를 법정승계 한다. 임차물이 양도된 경우에 양수인이 임대인의 지위를 승계한다는 것이 종전 임대인(양도인)은 임대차관계로부터 완전히 이탈하는 것을 의미하는 것인지, 나아가 만약 양수인이 그가 승계한 임대차계약상의 채무를 이행하지 않는 경우에도 종전의 임대인은 아무런 책임이 없는지 하는 것이 문제가 된다.

임대차관계에서 임대인이 부담하는 의무는 여러 가지가 있고 그 의무들은 양수인이 당연히 승계하는 것이지만, 이러한 임대인의 여러 의무 중에서 우리나라

170) 민일영, 상계서, 149면; 조용완, “임대차의 대항력”, 「재판자료」(제32집), 법원행정처, 1986, 471면; 하경일, 「실무경매와 임대차보호법」, 가인, 1987, 351면.

171) 박해식, 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」, 청림출판, 2000, 191면; 이범주, 전계논문, 171면.

의 경우에는 양도인(중전 임대인)에 대해 임차보증금에 대한 책임문제가 특히 문제가 된다. 그 이유는 우리나라의 주택임대차에 있어서 그 임차보증금이 다른 나라에 비해서 아주 고액이기 때문에 기존 임대인(양도인)에 비해 양수인이 경제적인 부담능력이 떨어져서 혹은 다른 이유로 임차보증금을 반환하지 않는 경우에 중전 임대인에 대해서도 어떠한 책임을 물을 수 있어야 하고, 또한 그렇게 하는 것이 주택임차인의 보호를 위하여 타당할 수도 있기 때문이다. 이 중전임대인의 책임¹⁷²⁾ 문제에 대해서는 각국의 처해진 상황에 따라서 여러 가지 논거로서 중전임대인에 대한 책임을 인정하거나 부정하고 있다.

(2) 학설 및 판례

1) 면책설

이 설은 중전의 임대인과 제3자(양수인) 사이의 소유권이전계약만으로 별도의 채무인수에 관한 절차 없이 임대차보증금 반환채무는 부동산 소유권과 결합하여 일체로서 양수인에게 이전하며 중전의 임대인의 보증금반환채무는 당연히 소멸한다고 해석하는 것이다. 그 근거로 들고 있는 것을 보면, 보증금반환채무를 포함하는 임대인의 임대차계약상의 채무는 개인적 색채를 갖는 것이 아니며, 목적물의 소유자라는 사실만으로써 거의 완전히 이행할 수 있다는 점과, 그렇게 새기는 것이 임차인에게 유리하다는 점을 들고 있다. 또한 양수인의 당연승계 및 중전 임대인의 당연면책의 인정취지가 기본적으로 임차인보호를 위한 것이라는 전제 하에서, 임차인이 굳이 그러한 보호를 원하지 않는 경우에는 즉시 이의 내지 해지를 함으로써 양수인에게 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있고, 반면 양수인은 양도인과 양수인 및 임차인의 3자간의 합의가 없는 한 그 승계를 부인하지 못한다고 한다. 이러한 견해가 종래의 다수설¹⁷³⁾ 및 판례¹⁷⁴⁾의

172) 중전임대인의 책임과 관련하여, 여기서는 우리나라의 학설, 판례만 소개하고 이 문제에 대한 독일과 일본의 이론에 대해서는 다음 논문을 참조. 김진현, 전계논문, 357면 이하 ; 이준현, “임대인에 의한 임차목적물의 양도와 임대차관계에 대한 영향”, 「비교사법」(제11권 제2호), 한국비교사법학회, 2004, 175면 이하 참조. (특히 이 논문에서는 일본이나 우리나라의 다수설이 근거로 들고 있는 상태채무론에 대한 비판이 상세히 실려 있다).

173) 권윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007, 221면; 김중환·김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006, 382면; 지원립,

입장이다.

2) 중첩적 채무인수설

이 설은 임대인의 지위의 승계에 대해 임차인의 승낙이 있어야 종전 임대인은 면책될 수 있으며, 그 승낙이 없는 한 양수인에 의한 채무의 중첩적 인수의 효력이 있음에 그치는 것으로 해석하는 입장이다. 그 근거로 들고 있는 것은 그렇게 해석하는 것이 채무인수의 법리(민법 제454조 1항)에 충실하고, 종전 임대인의 당연면책을 방지함으로써 양수인의 무자력 등에 의한 위험으로부터 임차인을 보호하게 되어 주택임대차보호법 제3조 제2항의 진정한 입법취지(임차인보호)에 부합한다는 점과, 물권으로서의 전세권이 설정된 주택의 양수인이 부담하는 책임과의 균형상으로도 그렇게 해석하는 것이 보다 타당하다는 점을 들고 있다.¹⁷⁵⁾

3) 판례

판례는 “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 보증금 반환채무는 소멸하고 양수인인 임차인이 임대인의 자신에 대한 보증금반환채무를 인수하게 되어, 결국 임차인의 보증금반환채권은 혼동으로 소멸하게 된다”라고 하고 있다.¹⁷⁶⁾

임대인의 지위의 양도는 계약인수에 해당하므로 그 방법에 의하여야 하는 것이 원칙이지만¹⁷⁷⁾, 판례는 임대인의 지위의 양도를 보다 완화하여 “임대차계약

「민법강의(제3판)」, 홍문사, 2004, 1160면.

174) 대판 1995. 5. 23. 93다47318.

175) 이재성, “임차주택을 양도한 자의 임차인에 대한 보증금반환책임”, 「이재성판례평석집(X)」, 1989, 509면 이하,

176) 대판 1996. 11. 22. 96다39216.

에 있어 임대인의 지위의 양도는 임대인의 의무의 이전을 수반하는 것이지만, 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것이 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자사이와의 계약만으로써 그 지위의 양도를 할 수 있다 할 것이나, 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수 없는 것이어서 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 곧 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다”고 한다.¹⁷⁸⁾

(3) 검토 및 사건

다수설과 판례가 취하는 면책설에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 주택임대차보호법 제3조 제2항이 임차인보호를 더욱 강화하기 위하여 규정된 것임은 틀림없다. 그러나 위와 같은 목적 아래 신설된 조항을 판례와 같이 해석할 때 예기치 않은 불이익이 임차인에게 발생한다는 것이다. 즉 판례는 종전 임대인은 그 임대차관계에서 완전히 탈피하고 양수인만이 임차보증금 반환의무를 부담한다고 하여 마치 면책적 채무인수가 있는 것으로 해석하고 있으나, 우리 민법은 채무인수는 채무자와 인수인 사이의 계약으로 할 수 있으나, 단 채권자의 승낙을 얻어야만 그 효력이 생기는 것으로 규정하고 있다(민법 제454조 제1항). 채권은 채무자의 자력 여하에 따라 그 경제적 가치가 크게 좌우되기 때문에 채무인수로 채무자가 변경되고 그에 따라 책임재산이 변경됨으로써 채권자에게 불이익을 주는 것을 방지하기 위하여 인수계약의 유효성을 채권자의 승낙에 의존케 한 것이다. 채권자의 승낙을 효력요건으로 한 위 민법규정은 어디까지나 채권자의 보호를 위한 것으로 채권자가 그의 의사에 반하여 불이익을 강요당하는 것은 부당하므로 채권자는 채무의 인수에 대한 승낙의무가 없다. 따라서 설사 채무자나 인수

177) 송덕수, 「신민법강의(제3판)」, 박영사, 2010, 1347면.

178) 대결 1998. 9. 2. 98마100.

인의 승낙 여부의 확답을 최고하더라도(민법 제454조 제2항) 그에 대하여 굳이 답을 할 필요가 없으며, 적극적으로 승낙의 확답을 하지 않는 한 승낙을 거절한 것으로 보는 것이다(민법 제455조 제2항).

일반적인 채무인수가 이러한데 임차보증금반환채무에 관하여 달리 해석하는 것은 타당치 않다는 것이다. 그 이유는 임대차는 민법상의 각종 전형계약 중 대표적인 계속적 채권계약이고, 따라서 당사자의 신뢰성이 특히 강하게 요청되고 그 결과 채권·채무의 당사자가 누구인가가 매우 중요하다. 특히 우리나라의 임차보증금은 서민에게 있어서 거의 전 재산이라고 해도 과언이 아닐 만큼 큰 돈이므로 집주인이 누구냐 하는 것은 임차인에게 매우 중대한 문제인 것이다. 나아가 관례의 견해는 주택임대차보호법의 입법취지에도 반한다. 종래 임대차의 대항력이 없을 때에는 “매매는 임대차를 깨뜨린다”하여 매매가 이루어지면 임차인은 매수인에 대하여 그의 임차권을 주장할 수 없고, 목적물을 무조건 매수인에게 인도하여 주어야 하며, 보증금은 임대인(중전 임대인)에게 반환받을 수 있을 뿐이라고 해석하였으면서도, 임차인보호를 위해 주택임대차보호법을 제정한 이후 이 제는 양수인한테만 보증금반환을 청구하라는 것은 앞뒤가 맞지 않는다는 것이다.¹⁷⁹⁾

또한 면책설의 논거가 되었던 상태채무론¹⁸⁰⁾에 대한 비판을 하면서 그 부당함을 지적하는 견해도 있다. 즉 상태채무론의 결론은 임차목적물이 양도된 경우 양수인이 임대차계약상의 의무를 인수하고, 임대인(양도인)은 자동적으로 기존 채무를 면하여 임대차관계에서 이탈하게 된다. 그러나 오늘날 상태채무론이 설득력이 없는 이상, 임대인(양도인)이 모든 책임에서 벗어나는 것으로 이해할 필요는 없다. 그 이유는 계약당사자로서의 지위의 승계의 문제와 임차인의 의사와 상관 없이 자의적으로 이전시킨 것에 대한 임대인의 책임부담 문제는 별개의 것이기 때문이다. 그리고 임대인이 과거 임대차계약을 체결한 당사자로서 모든 책임에서 벗어나는 것으로 보아야 할 이론적, 실제적 불가피성이 있는 것이 아니며, 임대

179) 민일영, 전계서, 142-143면.

180) 상태채무론이란 물권이 아님에도 제3자에 대해서 효력이 발생하는 특수한 채권관계를 설명하기 위해 나타난 것이다. 즉 독일민법 제566조가 정하는 ‘매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다’는 원칙을 임대차를 채권으로 구성하는 독일민법의 태도에 손상을 가하지 않으면서 설명하기 위한 방법으로 제시된 것이다. 임대차=상태채무라는 이론은 원래 독일민법 제566조(구독일민법 제571조)를 설명하기 위한 학설이었던 것을 일본의 我妻 榮박사가 일본에 수입하여 소개한 것을 우리가 재수입한 것이다.

인에게 어떠한 책임을 부여할 것인지는 관련 당사자의 이익을 고려해서 결정할 문제이다. 그리고 임대차는 계약당사자 사이의 인적신뢰 관계를 바탕으로 하는데 임차인의 의사를 무시하고 자의로 임대인의 지위를 이전시킨 구소유자인 임대인도 일정 책임을 부담해야 한다고 하고 있다.¹⁸¹⁾

또한 다음과 같은 논거에서 면책설에 대한 비판을 하고 있다. 우리 주택임대차 보호법은 보증금반환 확보를 위하여 여러 특수한 제도를 두어 이를 강력하게 보호하고 있지만 통설, 판례의 논리대로 종전 임대인을 완전 면책시키면 경우에 따라서는 보증금을 반환 받지 못하는 사례가 있게 된다. 종전임대인이 면책된다면 양수인만이 반환책임을 부담하게 되는데 그 이행여부는 그의 변제자력, 신용도 등에 영향을 받는다. 따라서 통설, 판례의 논리와는 달리 보증금반환채무는 지극히 개인적인 색채를 띠고, 임대차 목적물의 소유자라는 사실만으로써 당연히 이행할 수 있는 것도 아니며, 종전 임대인을 면책시키고 양수인에게만 책임을 부담시키는 것은 책임재산의 축소를 의미하는 것이므로 임차인을 매우 불리하게 하는 것이라고 하고 있다.¹⁸²⁾

우리나라의 임차인보호제도의 중점은 임차보증금의 반환에 집중되어 있다. 독일이나 일본과는 달리 임대차에 강력한 존속보호가 없기 때문에 우리 법제 하에서 임차보증금의 확보는 임차인보호에 중요한 것이라 할 수 있다. 따라서 면책설에 근거하여 종전 임대인이 임대차관계가 양수인에 승계되는 경우에 완전히 그 책임을 벗어난다고 하는 것은 주택임차인의 보호에 큰 문제가 생길 수도 있는 것이다. 그렇다고 임대인과 양수인간에 임차보증금을 양수인이 책임지기로 하고 임차주택의 소유권을 넘긴 경우, 종전 임대인이 중첩적으로 책임을 져야 한다면 종전 임대인은 자신과 맺은 임대차기간의 존속 중에는 임차보증금의 책임에서 벗어나지 못하는 것도 문제가 있다.

우리의 입법자 및 문헌, 대법원판례는 일정한 경우에 임대차계약을 임대인과 임차인간의 엄격한 인적인 구속으로부터 완화시켜 소유권과 결부된 하나의 재산권으로 이해하고자 함을 알 수 있다. 즉 우리의 법체계에 있어 토지와 건물 등 부동산의 임대차의 경우 임차목적물이 양도되면 부동산임대인의 지위는 임차인

181) 이준현, 전계논문, 185면 이하.

182) 김진현, 전계논문, 363면.

의 동의 여부에 상관없이 양수인에게 자동적으로 이전한다고 할 수 있고, 이를 통해 임대인은 자유로이 그 부동산에 투하한 자본을 회수할 수 있다. 오늘날 주택 내지 상가건물의 임대차에 있어서 임대인이 임대목적물의 소유권을 제3자에게 양도하면 임대인으로서의 권한도 함께 이전하는 것이 일반적이다. 이 경우 임대인의 지위의 양도를 임차인의 동의나 승낙에 좌우되도록 한다면 임대인은 임대차기간 동안 그 목적재산에 대한 자유로운 처분을 사실상 제한 받을 수밖에 없고, 이는 타인의 소유물에 대한 이용권의 취득을 주 내용으로 하는 임대차계약의 본래의 목적을 넘어선 소유권에 대한 중대한 제한이 될 것이다.¹⁸³⁾

따라서 원칙적으로 임대인의 그 소유권을 양도하는 경우에는 임차인에게 그 사실을 통지하도록 하고 만약 임차인이 새로운 소유자와의 임대차관계를 원하지 않는 경우에 그 임차인은 임대차관계를 해지할 수 있도록 하여 기존 임대인과의 관계를 청산하도록 하고, 임차인이 그 임대차관계의 계속을 원하는 경우는 양수인이 임차보증금에 대한 책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다. 참고로 독일은 양수인이 임대주거공간을 다시 양도하거나 또는 부담 설정한 경우, 새로운 관리자가 임대차관계로부터 발생하는 의무를 이행하지 아니하는 때에는 임대인은 임차인에 대하여 제566조 제2항에 따라 책임을 진다(독일 민법 제567조의 b)고 하고 있고, 그 책임의 내용으로 임대인은 양수인이 배상하여야 할 손해에 대하여 선소의 항변권을 포기한 보증인과 같은 책임을 진다. 임차인이 임대인의 통지에 의하여 소유권의 이전을 안 경우에 임차인이 해지를 할 수 있는 최초의 기한에 해지를 하지 아니한 때에는 임대인은 그 책임을 면한다.(독일 민법 제566조)고 하고 있다.¹⁸⁴⁾ 우리나라의 경우도 이러한 요건 하에서 종전임대인의 책임을 인정하는 것이 임차인의 보호는 물론 임대인에 대한 배려라는 측면에서 타당하리라 본다.

183) 이준현, “계약인수와 임차권의 양도”, 「저스티스」(통권 제89호), 한국법학원, 2006, 20면.

184) 여기서 유의할 점은 독일의 임차보증금과 우리나라의 임차보증금의 성질은 다르다는 점이다. 독일은 차입과는 달리 임차보증금은 그 성격이나 내용 및 그 취급에 있어서도 우리와는 차이가 있다는 점이다. 이러한 이유는 우리나라의 임차보증금은 임대차관계에서 임차인이 부담하는 의무를 담보하는 외에 그것이 차입을 대신하는 기능을 하고 있기 때문이다(독일의 주택임차보증금에 관해서는, 윤기택·김종현, 전개논문, “독일의 개정임대차법에 관한 연구-주택임대차에 관한 규정을 중심으로-”, 「청주법학」(제4집), 청주대학교 법학연구소, 2004, 111-112면).

제3절 임차보증금의 반환

1. 임차보증금의 의의와 법적성질

(1) 의의

임차보증금이란 부동산임대차에 있어서 임대차관계에서 발생하는 임차인의 채무를 담보하기 위하여 임차인 또는 제3자가 임대인에게 교부하는 금전 기타의 유가물을 말한다.¹⁸⁵⁾ 부동산임대차에 있어서 수수된 보증금은 임료채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차관계에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무 상당액은 임대차관계 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다.¹⁸⁶⁾ 따라서 임대차관계에서 발생하는 채무에는 임차인이 지체차임은 물론 불법행위로 인한 손해배상채무가 포함된다.¹⁸⁷⁾ 그러나 임대차계약서에서 임차인의 원상복구의무를 규정하고 원상복구비용을 임대차보증금에서 공제할 수 있는 것으로 약정하였다 하여도 임대인이 원상복구 할 의사 없이 임차인이 설치한 시설을 그대로 이용하여 타에 다시 임대하려고 하는 경우에는 원상복구비용을 임대차보증금에서 공제할 수 없다.¹⁸⁸⁾

일반적으로 임차보증금은 임대차관계에서 발생하는 임차인의 의무를 담보하여 임대인에게 지급되는 것이지만, 다른 한편 건물의 임대차에서 보증금은 임차인에게 있어서도 중요한 역할을 하게 되며, 임대기간 만료 시 임대인이 보증금을 바로 반환하여 주지 않을 경우에는, 경제적인 약자인 임차인에게는 기간과 비용 등을 감안해 볼 때 소송을 제기하는 것은 어려운 일이기 때문에 보증금 반환이 제 때 이루어지지 못했을 때 임차인은 경제적 불안감을 갖게 될 것이다. 따라서 주

185) 송덕수, 전제서, 1362면.

186) 대판 1999. 12. 7. 99다50729.

187) 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009, 316면.

188) 대판 2002. 12. 10. 2002다52657.

택에 대한 임차보증금은 우리나라의 주택임대차의 차임지급 유형으로 관행화 되어있는 점을 고려하여 볼 때 임대인이나 임차인에 대해 중요한 의미를 띠고 있지만, 민법은 이에 관하여 정한바가 없고 전적으로 관습에 맡겨져 있다. 다만 주택임대차보호법에서 두개의 조문(7조, 제8조)이 있을 뿐이다. 그래서 임차보증금의 성질이나 효력 등에 관하여는 지금도 그 논의가 되고 있다.¹⁸⁹⁾

(2) 법적성질

임차보증금의 법적성질은 보증금에 관한 법률적 구성을 어떻게 할 것인가 하는 것과 직결되는 문제이다. 이에 관하여는 질권설(일반질권설, 불규칙질설, 채권질설), 무명계약설, 상계예약설, 해제조건부 채권설, 신탁적 소유권양도설 등이 있다. 이들 학설 중 우리나라에서 유력한 것은 채권질설과 정지조건부 반환채무를 수반하는 금전소유권이전설(신탁적소유권양도설)이 있다.¹⁹⁰⁾ 그러나 현재는 정지조건부 반환채무를 수반하는 금전소유권의 이전으로 이해되고 있다. 즉 임차보증금은 임대차가 종료하는 때에 임차인의 채무불이행이 없으면 전액을, 만일에 채무불이행이 있으면 그 금액에서 당연히 변제에 충당되는 것으로 하고 잔액을 각각 반환한다는 조건으로 금전 소유권을 임차인(또는 제3자)이 임대인에게 양도하는 것이다.¹⁹¹⁾

임차보증금의 법적성질은 소송상의 주장·입증책임과 관련하여 정지조건설과 해제조건설이 대립하고 있고, 보증금반환채무의 반환시기와 관련하여 임차물반환시설과 임대차종료시설이 대립하고 있다. 정지조건설은 임차인의 보증금반환청구권이 발생하기 위해서는(특히 소송상 청구할 때) 우선 임차인 측에서 (임대인의 반대주장이 없더라도) 정지조건의 성취, 즉 반대채무의 부존재를 주장·입증하여야 한다. 정지조건설이 다수설이다.¹⁹²⁾ 해제조건설은 임대차가 종료한 경우 일단 보증금반환청구권이 발생하고 그를 저지하기 위해서는 임대인이 해제조건(반대채

189) 공순진·오정렬, “건물임대차의 임차보증금의 법리”, 『동의논집』(제35집)(인문·사회과학편), 2001, 140면.

190) 소재선, “임대차(Miete)”, 『Jurist plus』(Jurist plus 3호)(통권411호), 청림출판, 2006, 129면.

191) 박윤직, 전게서, 221면.

192) 상계서, 221면; 김상용, 전게서, 317면; 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2009, 267면.

무의 존재)의 성취를 주장·입증하여야 하는 것이다.

해제조건설의 논거는 우리나라의 보증금은 외국의 그것과 비교할 때 훨씬 고액으로서 보통 임차인의 반대채무를 초과하는 금액이라는 점을 고려할 때, 일단 임차인의 보증금반환청구권을 인정하고 임대인에게 그에 대한 상계주장을 하도록 하는 편이 거래관념과 상응한다는 것이다.¹⁹³⁾ 관례도 “건물임대차에 있어서의 임차보증금은 임대차존속 중의 임료뿐만 아니라, 건물명도의무 이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권 등 임대차계약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 갖는 일체의 채권을 담보하는 것으로서, 임대차종료 후에 임대인에게 명도 할 때 체불임료 등 모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 관한 임차인의 보증금 반환 청구권이 발생 한다”라고 하고 있다.¹⁹⁴⁾

보증금반환시기에 대해서는 임차물반환시절과 임대차종료시절이 있다. 임차물 반환시절은 임대차종료 후 임차인이 임차물을 실제로 반환 한 때에 비로소 보증금 반환 채무가 발생한다는 것이다. 그 논거로는 만약에 임대차 종료 시에 보증금반환 채무와 임차물반환 의무의 동시이행관계를 인정하면 임대차종료 이후 임차인의 목적물반환 시까지 임차인이 지게 되는 손해배상채무를 담보하지 못하게 되어 임대인에게 불이익하다는 것이다.¹⁹⁵⁾

임대차종료시절은 임대인은 임대차가 종료 했을 때 보증금반환 채무를 부담한다는 견해이다. 그 논거로, 첫째 보증금 계약은 임차인이 임대차 존속 동안 임대인에게 보증금을 맡겨 두었다가 임대차가 종료하면 임대인이 임차인에게 반환할 것을 약정하는 것이며, 임대차의 종료로 말미암아 임대차존속을 전제로 한 모든 법률관계가 원상회복 및 청산되는 것이 논리적으로 당연하고, 둘째 임대차가 종료한 후에 실제로 임차물을 반환하는 때 사이에 생긴 손해배상채무는 임대차종료시절에 의하더라도 임대인의 임차물반환과 동시이행 할 때 상계할 수 있다. 그러나 임차물반환시절은 임차물 반환의무가 언제나 임차인에 매우 불리하며, 셋째 거래실태를 고려할 때나 임차인의 보증금반환청구의 실효성확보를 위해서나 양채무를 동시이행의 관계로 파악함이 타당하다고 한다.¹⁹⁶⁾

193) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 464면.

194) 대판 1998. 1. 19. 87다카1315.

195) 김중환·김학동, 전게서, 435면.

종래의 판례는 “임대차계약의 기간이 만료 된 경우에 임차인이 임차목적물을 명도 할 의무와 임대인이 보증금 중 연체차임 등 당해 임대차에 관하여 명도 시 까지 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무는 모두 이행기에 도달하고 이들 의무 상호간에는 동시이행의 관계가 있다”¹⁹⁷⁾고 하여, 임대차종료시절을 기초로 한 양 채무의 동시이행관계를 인정하고 있다. 그러나 지금의 판례는 임차인이 목적물 명도 시에 보증금 반환청구권을 행사할 수 있다는 임차목적물명도 시절을 취하고 있다.¹⁹⁸⁾ 사건으로는 임차보증금 반환청구권의 법적성질은 소송상의 청구와 관련하여서는 임차인의 입증책임을 완화하여 보증금 반환청구를 쉽게 할 수 있도록 한다는 점에서 정지조건설보다 해제조건설이 타당하고, 임차보증금반환청구권의 발생시기는 임차보증금이 담보하는 손해배상의 범위는 임차목적물을 반환할 때까지 생긴 임대차관계상의 모든 채무라고 보아야 하고, 임차보증금의 반환과 임차목적물의 반환이 동시이행의 관계에 있으므로 임대차종료 시보다는 임차목적물의 인도 시에 임차보증금반환청구권이 생긴다고 하는 것이 타당하다고 생각한다.

(3) 임차보증금의 기능과 회수의 문제점

1) 기 능

보증금은 부동산임대차 특히 건물임대차에 있어서 임차인이 임차물을 훼손한 경우에 임차인의 손해배상채무를 담보하는 기능과 차임을 연체한 경우에 차임에의 충당금으로서의 기능을 담당하는 외에 차임의 변칙적 지급방법으로 이용된다. 또한 보증금은 임대인 측에서 보면 피담보채무로서의 성질 내지 기능도 갖는다. 즉 임대인은 부동산에 대하여 임대차계약을 체결하여 그 부동산의 점유를 임차인에게 이전하고, 임차인으로부터 무이자로 보증금액에 해당하는 금액만큼 차용하는 것이 된다. 그러므로 전세의 방법에 의한 임대차에 있어서는 그 임대차가

196) 이은영, 전제서, 465-466면.

197) 대판 1977. 9. 28. 77다1241,1242.

198) 대판 2005. 9. 28. 2005다8323,8330 ;1988. 1. 19. 87다카 1315; 대판 1987. 6. 9. 87다68.

일종의 부동산질권의 성질을 가지며, 전세금은 피담보채무로서의 성질 내지 기능을 갖는다고 할 수 있다. 이와 같이 보증금은 임차인이 임대인에 대한 채무담보의 기능 이외에 차임의 지급수단으로서도 이용되고 있는 것이 거래의 실정이므로 보증금의 감소는 실질적으로 차임이 감액효과를 초래하기 때문에 임대차관계의 존속 중에 임차인은 보증금에 의한 차임의 충당을 요구할 수는 없다.¹⁹⁹⁾

그러나 임대차관계의 종료 후에는 임차인은 보증금에 의한 연체차임의 충당을 요구할 수 있다. 즉 임차인이 차임을 연체할 때 임대인은 임차보증금에서 우선적으로 충당을 받게 되며, 임차인의 과실로 인해 임차물이 멸실·훼손되었다면 임대인은 손해배상청구 채권을 담보하게 된다. 이외에는 임대차계약이 성립할 때부터 임대차계약이 종료한 후 임차물을 반환할 때까지의 모든 채무를 담보한다. 이 때 임대인이 보증금으로 충당할 것인지 보증금과 별도로 차임지연배상이나 손해배상금을 청구할 것인지는 선택할 수 있다.²⁰⁰⁾ 그리고 보증금이 임차인의 채무액에 달하지 못할 때는 법정충당에 따라 충당되고, 그 잔액에 관한 채무로 잔존한다(민법 제476조, 제477조).

일반적으로 건물임대차에 있어서 보증금은 임대차계약에 종된 계약으로서 임차인의 채무를 담보할 것을 목적으로 임대인에게 지급되고, 임대차계약이 종료한 때 임차인의 채무불이행이 있을 때는 임대인은 보증금 중에서 당연히 변제에 충당하게 된다. 따라서 임대인에 있어서는 임차인의 채무를 담보하는 보증금은 중요한 역할을 하게 된다. 그러나 임차보증금의 여러 가지 기능이 임대인의 측면에서 요구되어진다 해도, 현실적으로 임차보증금이 주택임차인이나 상가임차인에게서 자신이 가지는 재산의 큰 비중을 차지하고 있고, 주택의 경우 그 임차보증금은 주택가액의 거의 60-70%에 이르는 것이어서 주택임차인의 주거생활의 안정을 위해서는 임대차관계가 종료되거나 임차건물이 경매되는 경우 그 반환을 보장할 필요성이 있다. 또한 상업건물의 임차인에 있어서도 영업을 위하여 투자한 보증금은 생계유지 수단이 되고 있으므로 이에 대한 회수는 매우 중요한 의미가 있다. 즉 건물에 대한 임차보증금은 임대인과 임차인 모두에게 중요한 의미가 있는 것이다. 임대차기간 중에는 그것이 차임지급으로서 임대인에게 의미가 있지

199) 공순진·오정렬, 전계논문, 140-141면.

200) 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001, 494면; 상계논문 141면.

만, 임대차가 종료한 경우는 이에 대한 회수의 관점에서 임차인에게 중요한 의미를 가지게 된다.

2) 임차보증금의 회수와 문제점

우리나라의 주택임대차의 일반적 관행은 다른 나라들과는 달리 고액의 보증금을 지급하는 전세의 형식을 취하고 있다. 이러한 관행 하에서 주택임대차보증금의 반환 확보를 위하여 주택임대차보호법은 “제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차주택(대지포함)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 권리가 있다”(동법 제3조의2 제2항)고 하고 있다. 나아가 임차인이 임차보증금 반환채권의 확정판결 기타 이에 준하는 채무명의에 기하여 경매신청을 하는 경우에는 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 보지 않기 때문에(동법 제3조의2 제1항), 임차인이 주택을 비우지 않고도 경매를 신청할 수 있게 하고 있다.

특히 보증금이 일정액 이하인 소액임차인에 대해서는 주택에 대해 경매개시결정 전까지 주택의 인도와 주민등록을 갖춘 경우에는 선순위 담보물권자보다도 우선하여 보증금을 보호하고 있다(동법 제8조). 그리고 임대차관계가 종료하여 임대인이 보증금을 반환하지 않는 경우에는 임차인이 법원에 임차권등기명령을 신청하면, 그 이후에는 이사를 가거나 주민등록을 옮겨도 대항력을 상실하지 않도록 하여 임차보증금의 반환 확보에 힘을 기울이고 있다. 그러나 이러한 임차보증금 보호에 관한 여러 가지 법적 규정에도 불구하고, 임차인이 임대차가 종료한 경우에 임차보증금을 회수하는 데에는 여러 가지 문제점이 있다.

그러한 문제점들을 개관해 보면, 확정일자의 효력발생시기와 관련하여 대항요건과 확정일자를 갖춘 그 다음날 우선변제권의 효력이 발생하게 되어 자칫 임차인이 임차보증금을 반환 받지 못하는 경우가 있을 수 있고, 소액임차인의 소액보증금 중 일정액에 대한 최우선변제권의 경우 그 보장 받는 보증금의 액수가 현실적이지 않을 뿐 아니라, 임차권등기명령의 경우 임차권등기만을 신청하고 나서 실제 이사를 할 수 있는 여력이 없는 서민들의 임차보증금 확보에 실효성이 떨어

어진다는 문제점들이 노출되고 있다. 이러한 임차인보호에 대한 미흡한 점에 외에도 거래안전의 측면에서 확정일자 공시성의 부족, 소액임차인의 최우선변제권을 악용한 가장 임차인의 출현 등의 문제점도 많이 발생하고 있는 실정이다.²⁰¹⁾

현행 주택임대차보호법은 주택임차인의 보호와 제3자의 이익의 보호가 충돌하는 경우에는 경제적 약자인 임차인의 보호를 우선한다고 볼 수 있다. 그러나 임차인의 보호를 위하여 임대인이나 제3자의 이익, 나아가 거래의 안전 등을 일방적으로 희생시키는 것은 타당하지가 않다. 그것은 주택임대차보호법이 임차인의 주거생활의 안정을 그 목적으로 한 것은 주택임차인의 보호를 위해서는 어떠한 희생도 감수하고자 하는 것이 아니기 때문이다. 따라서 현행제도의 임차인을 위한 편면적 보호규정들을 좀더 세밀하게 검토하고 연구하여 임차인의 보호와 거래안전을 동시에 할 수 있는 방법들이 마련되어야 한다.

2. 확정일자부 임차인의 우선변제권

(1) 우선변제권의 의의

일반적으로 우선변제권이란 특정 채권자가 채무자의 전 재산 또는 특정재산으로부터 다른 채권자보다 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있는 권능 내지 효력을 말한다.²⁰²⁾ 우선변제권은 담보물권의 가장 중요한 권능이며 물건의 매각대금을 놓고 여러 채권자가 채권회수를 위해 충돌을 일으킬 때 그 힘을 발휘하게 된다. 우리 민법은 저당권자(민법 제356조), 동산 질권자(민법 제329조), 전세권자(민법 제303조) 등에 우선변제권을 인정하고 있다. 주택임차인이 우선변제권을 가지고 있다는 것은 임차주택이 경매 또는 공매 등에 의한 매각으로 임대차가 소멸하는 경우 임차주택의 매각대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 임대차보증금의 반환을 받을 수 있음을 의미한다.²⁰³⁾

201) 가장임차인의 문제점에 대한 상세한 내용은, 김재훈, 전계논문, 178면 이하 참조.

202) 공순진·류창현, “주택임대차보증금의 회수”, 「동의논집」(제38집), 동의대학교, 2003, 179면.

203) 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 592면.

원래 임대차는 채권이기 때문에 물권이 가지는 우선변제적 효력을 가지는 것이 아니지만 주택임차인의 임차보증금의 보호를 위하여 1989. 12. 30. 제2차 주택임대차보호법의 개정을 통하여 등기 없이도 대항력의 요건(주택의 인도와 주민등록)과 임대차계약서상의 확정일자를 갖추면 우선변제적 효력을 가지도록 한 것이다. 즉 주택임대차보호법 제3조의2 제2항은 “제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 권리자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 수 있다”고 한다.

(2) 우선변제권의 요건

주택임차인의 우선변제권은 주택임대차보호법 제3조의2 제2항에서, 동법 제3조의 대항요건을 갖추고 임대차계약증서상의 확정일자를 갖추도록 요구하고 있으므로 임차인이 우선변제권을 가지기 위해서는 주택의 인도와 주민등록 그리고 확정일자를 갖추어야 한다. 이러한 요건을 갖춘 주택임차인의 우선변제권은 임대차 기간 중에 매매, 증여, 상속 등으로 임차주택의 소유자가 변경되는 경우에는 문제가 되지 않고, 임차주택이 경매나 공매가 되어 그 임차주택에 대한 여러 채권자들이 경합하는 경우에 주택임차인이 우선변제권을 행사하여 후순위권리자 또는 기타의 권리자에 우선하여 임차보증금을 반환 받는 권리이다. 따라서 임차주택이 경매나 공매로 인하여 소유자가 변경되는 경우가 아닌 법률행위 등에 의하여 소유자가 변경되는 경우는 우선변제권은 문제가 되지 아니하고 대항력만 문제가 되는 것이다.²⁰⁴⁾ 그리고 이러한 임차인의 우선변제권은 임차주택이 경매가 되는 경우에는 경매법원에 임차보증금 반환채권을 가지고 배당요구를 하여야 임차주택의 경매절차에서 우선변제권을 행사할 수 있다. 이하에서는 주택임차인이 우선변제권을 가지기 위하여 필요한 요건과 경매절차상에서 문제가 되는 배당요구 등을 살펴본다.

1) 대항요건의 취득 및 존속

²⁰⁴⁾ 공순진·류창현, 전계논문, 180면.

주택임차인이 우선변제권을 취득하려면 우선은 대항력의 요건인 주택의 인도와 주민등록을 마쳐야 한다(제3조의2 제2항). 이러한 대항요건을 갖추지 않은 경우에는 임대차계약증서상에 확정일자를 갖추어도 우선변제권은 발생하지 않는다. 나아가 이러한 대항요건은 일정시점까지 유지하고 있어야 우선변제권이 인정된다. 판례도 “달리 공시방법이 없는 주택임대차에서 임차인이 주택임대차보호법에 의한 대항력과 우선변제권을 인정받기 위한 주택의 인도와 주민등록이라는 요건은 그 대항력 및 우선변제권의 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고 경매절차의 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 한다”고 하고 있다.²⁰⁵⁾ 여기서 말하는 경락기일이란 최종적인 경락기일이다. 그 이유는 임차주택이 경매신청으로 인하여 경매절차가 개시되어 절차가 진행되어도, 경락허가결정이 취소되어 새매각이 실시되거나, 낙찰자가 낙찰대금 미납으로 재매각이 실시되는 경우에는 처음의 경락기일은 아무런 효력이 없다고 봐야 하기 때문이다.²⁰⁶⁾ 그러므로 임대차가 종료한 후 임차인이 임대차보호법상 임차권등기를 하여 대항력과 우선변제권을 유지하는 것이 안전한 방법이 된다.

2) 확정일자

확정일자란 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 안전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자를 말하며, 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 말하고, 확정일자 있는 증서란 이와 같은 일자가 있는 증서로서 민법 부칙 제3조의 증서를 말한다.²⁰⁷⁾ 민법 부칙 제3조 제1항은 공증인 또는 법원서기의 확정일자인이 있는 사문서는 그 작성일자에 공증력이 있다고 하고 있고, 동조 제4항은 공정증서에 기입한 일자 또는 공무소에서 사문서에 어느 사항을 증명하고 기입한 일자는 확정일자로 하고 있다. 확정일자를 받는 방법은 공

205) 대판 1997. 10. 10. 95다44597.

206) 새매각이라 함은 매각을 실시하였으나 매수인이 결정되지 않았기 때문에 다시 기일을 지정하여 실시하는 경매를 말하고, 재매각은 매각허가결정이 확정되어 매수인이 결정되었음에도 불구하고 그 자가 대금을 지급하지 아니하였기 때문에 실시되는 경매를 말한다(법원행정처, 「민사집행(II)」, 2003, 282면).

207) 대판 2000. 4. 11. 2000다2627.

증인사무소, 법무법인 또는 공증인가 합동법률사무소 등에서 임대차계약증서를 공정증서로 작성하거나, 사문서로 된 임대차계약증서에 위 공증기관이 확정일자를 찍거나, 또는 사문서로 된 임대차계약증서에 법원이나 등기소의 공무원이 확정일자를 찍는 방법, 공무소에서 사문서인 임대차계약증서에 어느 사항을 증명하고 그 일자를 기입하는 등의 방법이 있다. 대부분은 공정증서작성이나 사서인증을 하지 않고 단순히 임대차계약증서상에 확정일자인을 날인하는 방법을 이용하고 있다.²⁰⁸⁾

이러한 확정일자는 반드시 임대차계약서에 받아야 하는 것은 아니다. 판례에 따르면 “주택에 관하여 임대차계약을 체결한 임차인이 자신의 지위를 강화하기 위한 방편으로 따로 전세권설정계약을 작성하고 전세권설정등기를 한 경우에, 따로 작성된 전세권설정계약서가 원래의 임대차계약서와 계약일자가 다르다고 하더라도 계약당사자, 계약목적물 및 보증금액(전세금액)등에 비추어 동일성을 인정할 수 있다면 그 전세권설정계약서 또한 원래의 임대차계약에 관한 증서로 볼 수 있고, 등기필증에 찍힌 등기관의 접수인은 첨부된 등기원인계약서에 대하여 민법 부칙 제3조 제4항 후단에 의한 확정일자에 해당한다고 할 것이므로, 위와 같은 전세권설정계약서가 첨부된 등기필증에 등기관의 접수인이 찍혀 있다면 그 원래의 임대차에 관한 계약증서에 확정일자가 있는 것으로 보아야 한다”고 하고 있다.²⁰⁹⁾ 또한 “법원공무원이 가압류신청서를 접수하면서 이에 접수일자를 표시하는 접수인을 찍었다면, 위 승낙서는 가압류신청서의 첨부서류로서 위 신청서와 함께 법원에 접수되고 이 신청서에 접수인까지 날인되어 있으므로 당사자들이 나중에 그 작성일자를 변경하는 것이 불가능하다고 할 것인 점에 비추어, 가압류신청서에 찍힌 접수일자는 그 첨부서류인 승낙서에 대하여 민법 부칙 제3조 제4항 소정의 확정일자에 해당 한다”고 하고 있다.²¹⁰⁾

확정일자는 주민등록과는 달리 임대차의 존재사실을 제3자에게 공시하고자 하는 취지는 아니다. 판례도 “확정일자의 요건을 규정한 것은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취

208) 박용진, 전제서, 105-106면.

209) 대판 2002. 11. 8. 2001다51725.

210) 대판 2004. 7. 8. 2004다17481.

지일 뿐 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차의 사실을 제3자에 공시하고자 하는 것은 아니다”라고 한다.²¹¹⁾ 확정일자제도는 임차주택이 경매나 공매 시 임차인의 우선변제시기를 결정하는 중요한 의미가 있으므로 임대차계약 이후에 계약일자를 소급시켜 증서를 작성하는 것을 방지하고, 임대차보증금에 대한 임대인과 임차인 간의 담합을 방지하려고 하는 것이다. 따라서 확정일자는 임차주택이 경매나 공매 시에 임차인이 우선변제를 받을 수 있는 요건이지만 또한 임대인과 임차인이 담합하여 임대차계약증서상의 일자를 바꾸거나 임차보증금액을 변경하는 경우에는 제3자의 권리가 침해될 우려가 있으므로 이러한 담합을 방지하기 위한 목적으로도 확정일자가 필요한 것이다. 임차주택이 경매나 공매 시에 주택임차인의 입장에서는 보증금을 확보할 수 있는가 없는 하는 것은 확정일자를 언제 받았는지에 달려 있다고 볼 수 있다.

그러나 주택임차인이 대항력과 확정일자를 갖추고 있을 지라도, 예컨대 확정일자의 효력발생시기가 저당권일자와 같은 날이라도 임차보증금을 반환 받지 못하거나 임차인이 어떠한 사정으로 확정일자를 분실·멸실한 경우에는 다시 원래의 일자에 해당하는 확정일자를 받을 수가 없는 등²¹²⁾ 임차인보호에 문제가 발생하고 있다는 비판이 있다.²¹³⁾ 한편 확정일자제도는 그 취지가 임대인과 임차인간의 담합에 의한 임차보증금의 변경을 막으려는 취지임에도 불구하고 실상 그러한 확정일자가 공시되지 않고 있고, 확정일자를 받을 수 있는 증서도 판례가 폭넓게 인정하고 있기 때문에 임차주택이 경매나 공매가 되는 경우 이해관계인들에 예측할 수 없는 손실이 발생하는 경우도 생긴다. 따라서 확정일자제도는 임차인의 보호에도 문제가 있고, 동시에 거래의 안전도 해칠 수 있는 경우도 생기고 있다. 이것은 우리법제가 주택임차권의 대항력과 우선변제권의 요건을 일원화 시켜놓고 있고 또한 그 요건이나 내용들이 공시되지 않기 때문에 발생하는 것이다. 그러므로 주택임차권의 대항력과 우선변제권의 요건을 하나의 공시방법으로 일원화 시키고 그것을 충분히 공시하는 것이 필요하다. (주택임차권의 대항력과 우선변제권의 요건을 일원화시키고 그것을 공시하는 방안에 대해서는 제5장에서

211) 대판 1999. 6. 11. 99다7992.

212) 확정일자의 분실, 멸실의 경우에 관례는 다른 사정에 의하여 확정일자를 부여 받은 사실이 충분히 인정된다면 우선변제권의 행사에 지장이 없다고 판단하고 있다(대판 1996. 6. 25. 96다12474).

213) 서해용, 전제논문, 607면.

논한다)

3) 경매 또는 공매에 의한 매각

주택임차인의 우선변제권은 임차주택이 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시, 임차주택의 매각대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받는 것이므로, 임차주택이 매매·상속·증여·교환 등에 의하여 이전되는 경우에는 임차인의 우선변제권은 문제가 되지 않는다. 이러한 경우에는 새로운 소유자에 대한 대항력만이 문제가 된다.

4) 배당요구

배당요구란 다른 채권자에 의하여 개시된 집행절차에 참가하여 동일한 재산의 매각대금에서 변제를 받으려는 집행법상의 행위로서 다른 채권자의 강제집행절차에 편승한다는 점에서 종속적인 것이다. 배당요구와 대비되는 행위로서 권리신고가 있는데 권리신고는 배당요구와는 달리 부동산 위의 권리자가 집행법원에 신고를 하고 그 권리를 증명하는 것이며, 권리신고를 함으로써 이해관계인이 되는 것이고 권리신고를 한 것만으로는 당연히 배당을 받는 것이 아니고 별도로 배당요구를 하여야 한다(민사집행법 제90조 4호, 제148조).²¹⁴⁾

주택임대차보호법상의 우선변제권을 가지고 있는 임차인이 배당요구를 하여야 하는지에 관하여 판례는 “민사집행법 제88조 제1항의 배당요구가 필요한 배당요구채권자는 압류의 효력발생 전에 등기한 가압류채권자, 매각으로 인하여 소멸하는 저당권자 및 전세권자로서 압류의 효력발생 전에 등기한 자 등 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자와 달리 배당요구종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 주택임대차보호법에 의하여 우선변제청구권이 인정되는 임대차보증금은 배당요구가 필요한 배당요구채권에 해당하고, 소액보증금반환채권 역시 집행법 제88조 제1항 소정의 배당요구가 필요한 배당요구채권에 해당 한다”고 하고 있다.²¹⁵⁾ 따라서 우선변제청구권이 있는 임차인은 집행법원에

214) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 419면.

배당요구를 하여야만 우선변제를 받을 수 있고 그 요구방법은 확정일자 있는 임대차계약증서사본, 주민등록등본 등을 첨부하여 배당요구서를 경매법원에 제출하여야 한다. 보통은 경매법원에 비치된 권리신고 겸 배당요구서를 이용한다.²¹⁶⁾

(3) 우선변제권의 효과

1) 효력발생 시기

우선변제권을 행사하기 위한 요건은 주택의 인도와 주민등록을 갖추고 임대차계약증서상에 확정일자를 갖추는 것이다. 그런데 대항력은 주택의 인도와 주민등록을 모두 갖춘 그 다음날 오전 0시에 효력이 발생하므로 확정일자와 대항요건을 같은 날 갖추더라도 우선변제권은 그 다음날 효력이 발생하게 된다.²¹⁷⁾ 확정일자의 효력 발생 일을 대항력의 효력발생일과 연계시켜 놓음으로써 저당권 등登記부상의 권리와 효력발생시기의 선·후에 대한 문제점이 발생하고 있다.

가, 확정일자를 먼저하고 주민등록·저당권이 같은 날인 경우

관례는 “주택임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서상에 확정일자를 갖춘 경우 주택임대차보호법 제3조의2 제1항에 의한 우선변제권은 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항력과 마찬가지로 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생 한다”고 하고 있다.²¹⁸⁾ 이 경우는 확정일자가 저당권보다 먼저 되어 있지만 주민등록이 저당권과 같은 날 되었기 때문에 대항력의 발생일인 주민등록을 한 그 다음날에야 우선변제권의 효력이 발생하게 된다. 따라서 저당권보다 대항력의 발생일이 뒤쳐지므로 저당권자의 경매신청으로 임차주택이 매각되는 경우 임차권은 소멸하고 우선변제권도 저당권에 뒤쳐지므로 사실상 임차인이 임차보증금을 회수하는 데에는 문제

215) 대판 2002. 1. 22. 2001다70702.

216) 박용진, 전계서, 113면.

217) 법률신문, 1998. 12. 21자. 3면.

218) 대판 1998. 10. 13. 98다12379.

가 있게 된다.

일반적으로 가장 많이 이루어지는 주택임대차계약의 형태는 임대차계약서를 중개업자가 3부를 작성해서 그 중 1부는 임대인에게 또 1부는 임차인에게 교부하고, 나머지 1부는 중개업자가 보관하는 형태를 취하고 있다. 구체적으로는 중개업자가 임대차계약서를 3부 작성한 후, 임대인에게는 바로 교부하지만 임차인에게는 중개업자가 동사무소나 등기소에 가서 확정일자인을 받고, 그 확정일자가 찍힌 계약서를 임차인이 잔금을 치를 때 교부하게 된다. 따라서 임차인은 확정일자를 먼저하고 잔금을 치르고 이사를 와서 주민등록을 옮기는 경우가 일반적이다. 이러한 경우에 임차인은 우선변제권을 행사하여 임차보증금을 안정적으로 확보하기 위해서는 이사를 가기 전에 항상 등기부를 확인하여 저당권 등이 설정되어 있는지 확인하여야 한다. 그러나 아무리 이러한 노력을 한다 해도 주민등록을 하는 날에 저당권이 설정된다면 임차인은 불측의 손해를 볼 우려가 있다.²¹⁹⁾ 그러므로 이러한 문제점을 보완하기 위해서는 확정일자를 대항력과 연계시켜서 효력을 발생하도록 하고 있는 현행 법제 하에서는 대항력의 효력발생 일을 대항요건을 갖춘 당일 날로 변경하여야 할 필요성이 있다.

나. 주민등록이 먼저 되고 그 후에 확정일자와 저당권이 된 경우

이 경우는 대항력 발생일과 우선변제권 발생일이 달라진다. 대항력은 주민등록을 갖춘 그 다음날 오전 0시이므로²²⁰⁾ 저당권에 앞서서 대항력이 발생하지만 확정일자일과 저당권설정일이 같은 날인 경우는 임차인의 우선변제권과 저당권은 동순위가 되기 때문에 경매절차에서 임차권과 저당권은 안분배당²²¹⁾을 받게 된다. 반면 주민등록을 먼저하고 후에 저당권을 설정한 다음에 확정일자를 받은 경우는 임차인의 우선변제권은 저당권자보다 후순위가 된다. 그러나 임차인의 대항력은 저당권보다 언제나 선순위가 되기 때문에, 여기서 위의 어느 경우이든지 임차인은 대항력을 행사할 수 있으므로 우선변제권을 행사하여 보증금 전액을 배당 받지 못하고 잔존 부분이 있다면 그 나머지 부분에 대해서는 낙찰자에게

219) 서해용, 전계논문, 508면.

220) 대판 1999. 3. 23. 98다46938.

221) 이 경우는 저당권과 임차권의 우선변제권이 동순위가 되므로 각 채권 액에 비례하여 매각대금에서 배당을 받는다.

대항력을 행사할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의5).²²²⁾

다. 주민등록·저당권·확정일자가 같은 날인 경우

이 경우는 대항력의 발생일이 주민등록을 한 다음날이 되므로 대항력이나 우선변제권은 모두 주민등록을 한 다음날이 되어서, 저당권에 대하여 후순위가 되어 대항력을 행사할 수 없고, 우선변제적 효력도 저당권자에 뒤지게 된다. 따라서 저당권자가 경매신청을 하면 임차권은 소멸하게 되고 배당절차에서 우선변제권을 행사하여 그 순위에 따라 변제를 받게 된다. 그리고 확정일자에 따른 우선변제권의 순위에 따라 배당을 받았으나 임차주택의 매각대금에서 선순위 저당권을 변제하고 남은 금액이 보증금 전액을 변제하기에 충분하지 못하여 임차인이 보증금 전액을 배당받지 못하고, 보증금 중에서 배당절차에서 변제받지 못한 금액이 남아 있더라도, 임차인의 대항력이 선순위 저당권에 뒤지므로 낙찰자에 대해 대항력을 행사할 수 없어서, 낙찰자에 대하여 그 나머지 금액에 대한 대항력을 행사할 수 없게 된다.²²³⁾

2) 우선변제권의 중복 행사

대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 배당요구를 하였으나 보증금 전액을 배당 받지 못한 경우, 후행 경매절차에서 우선변제권에 의한 배당을 받을 수 있는지에 대하여, 판례는 “임차인의 우선변제권은 경락으로 인하여 소멸하는 것이므로 경락인에 대하여 대항력을 행사하여 임대차관계의 존속을 주장할 수 있을 뿐, 제2경매절차에서 우선변제권에 의한 배당을 받을 수 없다고 한다.”²²⁴⁾ 결과적으로 우선변제권은 경매절차에서 한번 행사하면 소멸하게 되는 것이다.²²⁵⁾

222) 서해용, 전계논문, 610면.

223) 상계논문, 610면.

224) 대판 2001. 3. 27. 98다4552.

225) 주택임차권자의 권리행사방법과 그 효과에 관해서는, 민일영, “임대차법상 대항력과 우선변제청구권의 상호관계”, 「저스티스」(제33권 1호), 한국법학원, 2000; 이주홍, “주택임대차보증금 회수를 위한 우선변제권의 행사와 경매절차상 취급”, 「법조」, 법조협회, 1994; 임정평, “임차부동산의 임차인의 보호에 관한 소고”, 「고항법학」, 고헌법학회, 2004, 243-269면.

3) 선순위 가압류채권자와의 배당관계

임차인의 우선변제권과 가압류채권의 순위에 대해 판례는 “가압류채권자가 주택임차인보다 선순위인지 여부는 주택임대차보호법 제3조의2 법문 상 임차인이 확정일자 부여에 의하여 비로소 우선변제권을 가지는 것으로 규정하고 있음에 비추어 임대차계약증서상의 확정일자 부여일을 기준으로 삼는 것으로 해석함이 타당하므로, 대항요건을 미리 갖추었다고 하여도 확정일자를 부여 받은 날짜가 가압류 일자보다 늦은 경우에는 가압류채권자가 선순위라고 볼 수밖에 없다”고 한다.²²⁶⁾ 또한 선순위 가압류채권과 확정일자를 갖춘 임차인의 우선변제권과의 배당관계는 판례가²²⁷⁾ 주택임차인이 갖는 우선변제권을 부동산담보권에 유사한 권리로 보고 있으므로, 부동산담보권자보다 선순위의 가압류채권자가 있는 경우 그 담보권자가 선순위 가압류채권자와 채권액에 비례한 평등배당을 받을 수 있는 것과 마찬가지로 임차보증금채권자도 선순위 가압류채권자와 평등배당의 관계에 있다. 결국 선순위 채권과 담보물권의 관계와 마찬가지로 주택임대차보호법상의 확정일자부 임차인의 우선변제권과 가압류와의 선·후 관계는 가압류 설정일과 확정일자 부여일을 기준으로 판단하게 되고, 만약 가압류 설정일이 확정일자 부여일보다 앞서는 경우는 배당에서 각 채권액에 비례한 평등배당을 받게 되는 것이다.²²⁸⁾

3. 소액임차인의 최우선변제권

(1) 최우선변제권의 의의

소액임차인의 최우선변제권이란 임차주택의 건물과 임대인 소유의 대지에 대한 경매 또는 공매 시에 1순위 근저당권 등보다 선순위로 배당 받는 것을 말한

226) 대판 1992. 10. 13. 92다 30597.

227) 대판 2008. 5. 5. 2007다23203; 대판 1992. 10. 13. 92다 30597.

228) 손진홍, 「부동산권리분석과 배당」, 법률정보센터, 2008, 322면.

다.²²⁹⁾ 주택임대차보호법 제8조 제1항은 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제 받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다”라고 하고 있다. 그리고 동조 제3항은 “제1항의 규정에 의하여 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다”라고 하고 있다. 따라서 시행령에서 정한 일정액 이하의 소액보증금에 해당하는 소액임차인은 임차주택이 경매 또는 공매가 되는 경우에 임차주택 가액의 2분의 1 범위 내에서 소액보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다도 우선하여 변제 받을 수 있다.

소액임차인의 보증금 중 일정액을 선순위 담보물권자보다 우선하여 보호하는 것은 그 임차보증금이 비록 소액이라 하더라도 그에게는 큰 재산이므로 적어도 소액임차인의 경우에는 다른 담보권자의 지위를 해하게 되더라도 그 보증금의 회수를 보장하는 것이 타당하다는 사회보장적 고려에서 나온 것으로 민법의 일반규정에 대한 예외를 인정하여 소액임차인에 대한 특별한 배려를 하고 있는 것이다.²³⁰⁾ 이러한 소액보증금 반환청구권도 민사집행법 제88조 제1항의 배당요구가 필요한 최우선변제청구권이다. 소액보증금의 최우선변제권의 성질에 관해서, 판례는 “보호법 제8조에 규정된 소액보증금반환청구권은 임차목적주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제 받을 수 있는 이른바 법정담보물권으로서, 주택임차인이 대지와 건물 모두로부터 배당을 받는 경우에는 마치 그 대지와 건물 전부에 대한 공동저당권자와 유사한 지위에 서게 되므로, 대지와 건물이 동시에 매각되어 주택임차인에게 그 경매 대가를 동시에 배당하는 때에는 민법 제368조 제1항을²³¹⁾ 유추 적용하여 대지와 건물의 경매 대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하여야 하고, 또 민법 제368조에서 말하는 각 부동산의 경매 대가란 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위 채권을 공제한 잔액을 말한다”라고 하고 있다.²³²⁾

229) 한국경영법무연구소, “주택임대차보호법 해설”, 「경영법무」(통권 123호), 2005, 89면.

230) 대판 2008. 5. 5. 2007다23203.

231) 민법 제368조 제1항 “동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.”

232) 대판 2003. 9. 5. 2001다66291.

(2) 최우선변제권의 요건

최우선변제권이 인정되기 위해서는 주택임차인의 보증금이 시행령에서 정하는 일정액 이하인 소액임차인에 해당되어야 하고, 그 소액임차인이 경매신청의 등기 전에 대항요건을 구비하고, 나아가 경매절차에서 배당요구를 한 경우이어야 한다. 그리고 소액임차인의 최우선변제권은 임차주택이 법률행위에 의하여 소유자가 바뀌는 경우에는 문제가 되지 않고 경매나 공매로 처분되는 경우에 그 의미가 있다.

1) 소액임차인에 해당할 것

우선변제를 받을 임차인의 범위와 보증금 중 우선변제를 받는 보증금의 범위는 주택임대차보호법 시행령 제4조와 제3조에 규정되어 있다. 그 범위를 보면 서울특별시인 경우 보증금이 7천 500만 원 이하인 임차인이 소액임차인에 해당하고 최우선변제 받는 금액은 임차보증금 중 2천 500만원 까지, 수도권정비계획법에 따른 과밀 억제권역(서울특별시는 제외한다)은 6천 500만 원 이하인 소액임차인에 대해 2천 200만원까지, 광역시(수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군 지역은 제외한다), 안산시, 용인시, 김포시 및 광역시는 5천 500만 원 이하의 임차인에 대해 1천 900만원, 그 밖의 지역은 4천만 원 이하의 임차인에 대해 1천 400만원 까지 보호하고 있다. 이러한 소액임차인에 해당하는 보증금의 범위와 그 보증금 중 우선변제 받는 보증금의 범위는 지금까지 시행령이 개정되어 6차에 걸쳐 변경되었다.

소액임차인에 해당하려면 시행령에서 정한 보증금 이하에 해당해야 되므로, 이러한 기준에 조금이라도 넘는 보증금에 대해서는 소액임차인으로 보호 받을 수 없다. 즉 판례는 “보호법은 주택의 담보가치를 희생시키면서 영세서민의 주거권을 사회적 권리로 승격시켜 특별히 보호하려는 목적에서 위 2가지 법익을 적정하게 조화하는 선에서 소액보증금의 기준을 일정액 이하의 보증금반환채권을 가진 주택임차인이라고 정한 것이므로, 이 한도액을 조금만 초과하더라도 보호법의

보호를 받을 수 없다”라고 한다.²³³⁾ 소액임차인에 해당하는지 여부에 대한 판단과 관련하여, 하나의 주택에 임차인이 2명 이상이고 이들이 그 주택에서 가정공동생활을 하는 경우에는 이들을 1명의 임차인으로 보아 이들의 각 보증금을 합산하여 소액임차인인지 여부를 결정한다(시행령 제3조 제4항).

2) 대항요건의 구비와 계속

소액임차인이 최우선변제를 받기 위해서는 임차주택이 경매신청이 되어 압류의 효력이 발생하기 이전에 주택의 인도와 주민등록을 갖추어야 한다. 주택이 압류되어 그 효력이 발생하는 것은 경매개시결정의 등기가 되거나 주택경매개시결정이 채무자에게 송달된 때에 발생하므로(민사집행법 제39조 제1항) 대항요건은 위 등기나 송달시기 중 빠른 날보다 그 이전에 갖추어져 있어야 한다. 경매실무에서는 경매개시 후 신청채권자에게는 즉시, 채무자 등에게는 집행법원이 등기소에 촉탁한 압류등기가 된 후에 송부하므로 소액임차인은 그 대항요건을 주택경매개시결정의 등기가 되기 전에 갖추어야 하는 것이다.²³⁴⁾

한편 이러한 대항요건은 우선변제권 취득 시에만 필요한 것이 아니고 경매절차의 일정시점까지 유지하고 있어야 한다. 판례는 “주택임대차보호법 제8조에서 같은 법 제3조 제1항 소정의 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 그 보증금 중 일정액의 한도 내에서는 등기된 담보물권자에게도 우선하여 변제를 받을 권리를 부여하고 있는 점, 위 임차인은 배당요구의 방법으로 우선변제권을 행사하는 점, 배당요구 시까지만 위 요건을 구비하면 족하다고 한다면 동일한 임차주택에 관하여 주택임대차보호법 제8조 소정의 임차인 이외에 같은 법 제3조의2 소정의 임차인이 출현하여 배당요구를 하는 등 경매절차상의 다른 이해관계인들에게 피해를 입힐 수도 있는 점 등에 비추어 볼 때, 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도와 주민등록이라는 우선변제의 요건은 그 우선변제권 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 한다”라고 하고 있다.²³⁵⁾

233) 대판 1993. 9. 14. 92다49539.

234) 박용진, 전거서, 140면.

3) 배당요구

소액임차인도 경매절차에서 배당을 받기 위해서는 배당요구의 종기인 첫 매각 기일 이전 법원이 정한 날까지 배당요구를 하여야 한다(민사집행법 제84조 제1항). 공매 시에도 세무서장이 배분계산서를 작성하기 전까지 배분요구를 하여야 우선변제를 받을 수 있다(징수법 제83조 제1항 후단). 따라서 소액임차인이 배당요구를 하지 않고, 그 소액임차인이 대항력도 가지지 않는 경우에는 배당절차에 참여하여 우선변제를 받지 않은 이상 임차주택의 매수인에 대하여 임차보증금의 반환을 청구할 수 없다. 그러나 소액임차인이 배당요구를 하지 않았지만 대항력을 가지고 있는 경우에, 판례는 “대항력 주장과 우선변제청구권을 선택적으로 행사할 수 있으므로, 임차인이 경매절차에서 우선변제청구권을 행사하지 않았다고 하여 매수인에게 임대차로써 대항할 수 없다거나 임차보증금 반환채권을 포기한 것으로 볼 수 없다”라고 한다.²³⁶⁾

배당요구와 관련하여 소액임차인이 이해관계인으로 권리신고를 한 경우에 이를 배당요구를 한 것인지에 대해 경매실무에서는 이를 배당요구로 볼 수 없으므로 다시 배당요구를 하여야 하는 것으로 본다.²³⁷⁾ 그러나 판례는 “배당요구는 채권의 원인과 수액을 기재한 서면에 의하여 집행법원에 배당을 요구하는 취지가 표시되면 되므로, 원고가 경매목적 부동산에 관하여 가압류결정을 받은 다음 채권의 수액을 기재한 서면에 그 가압류결정을 첨부하여 경매법원에 제출하였다면 채권의 원인과 수액을 기재하여 배당을 요구하는 취지가 표시된 것으로 보아야 하고, 그 서면의 제목이 권리신고라고 되어 있다고 하여 달리 볼 것이 아니다”라고 하여, 서면의 제목과 관계없이 그 실질이 배당요구라면 배당요구가 있는 것으로 보고 있다.²³⁸⁾

한편 소액임차인에게 집행권원 없이 우선변제청구권이 인정되어 배당요구를

235) 대판 1997. 10. 10. 95다44597.

236) 대판 1992. 7. 14. 92다12827.

237) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 425면.

238) 대판 1999. 2. 9. 98다53547.

할 수 있는 보증금의 액수는 그 중 일정액에 한하므로 그 일정액을 넘는 부분에 대해서는 배당요구를 한다 해도 배당요구의 효력이 없으므로 배당을 한 결과 잉여금이 있더라도 소액보증금 중 일정액을 넘는 부분에 대해서는 배당을 받지 못한다. 만약에 소액임차인이 확정일자를 갖추고 있다면 그 잉여금에 대해서는 확정일자에 따라 그 순위에 의한 변제를 받게 되지만, 그렇지 아니한 경우에는 우선변제의 범위를 넘는 부분에 대해서는 그 부분을 피보전권리로 하는 가압류를 하거나 집행력 있는 집행권원에 의하여 배당요구를 하여야 한다.²³⁹⁾

4) 경매 또는 공매에 의한 매각

임차주택이 경매나 체납처분에 의한 공매에 의하지 아니하고 매매, 교환 등의 법률행위에 의하여 임차주택이 양도된 경우에는 대항력 유무만이 문제되는 것은 확정일자부 임차인의 우선변제권에 관하여 설명한 것과 같다.

5) 미등기 주택에 대한 최우선변제권의 행사 요건

미등기 주택에 대하여 소액임차인이 최우선변제권을 행사할 수 있는 지에 관하여 관례는 “소유권등기가 되지 아니한 임차주택에 있어서는 그 토지나 토지상의 지상건물의 등기부 기재로써는 그 주택의 유무나 임차인의 유무 등 대지의 부담사항이 파악되지 않으므로, 주택임대차보호법 제8조의 규정에 의해 건물이나 토지의 경락대금에서 우선변제를 받기 위해서는 그 임대차의 목적물인 주택에 관하여 그 임대차 후에라도 소유권등기가 거쳐져 경매신청의 등기가 되는 경우라야 한다”라고 하고 있다.²⁴⁰⁾ 따라서 미등기건물²⁴¹⁾의 경우에도 소액임차인은 보호를 받을 수 있지만 주택이 경매신청이 되려면 그 주택이 등기가 되어 있는 경우라야 하는 것이므로 처음 임대차계약 시에는 비록 미등기 건물이라 할지

239) 손창환, 「사례로 본 민사집행」, 법률정보센터, 2005, 453면.

240) 대판 2001. 10. 30. 2001다39657.

241) 미등기 건물에는 무허가 건물과 아직 사용 승인을 받지 못하였으나 사회통념상 이미 건물의 실체를 갖추고 있는 신축건물이 있다. 무허가 건물에 대해서 부동산집행을 허용하여 이를 위한 보존등기가 가능하면 불법 건축물이 양산되어 건축물 관리의 근본취지가 훼손되므로 여기서의 미등기 건물이란 적법하게 건축하거나 건축신고를 마친 건물이 사용승인을 받지 못한 경우를 말한다(손창환, 전게서, 138면).

라도 후에 임차건물이 등기가 된 경우는 보호를 받을 수 있는 것이다.²⁴²⁾

6) 임차보증금을 소액으로 감액한 경우

임대차계약 당시에는 소액임차인에 해당하지 않았으나 후에 임대인과 임차인의 합의 하에 소액보증금의 범위 내로 보증금 액수를 감액한 경우에 소액보증인으로서 보호 받을 수 있는지 문제가 된다. 판례는 “소액임차인에 해당하지 아니한 자라도 후에 계약 내용을 변경하여 소액임차권자가 된 경우에는 계약내용이 탈법적인 의사 없이 진정한 의사로 적법하게 이루어진 경우에는 소액임차권자로 보호하여 주어야 한다”라고 하고 있다.²⁴³⁾ 다만 당사자 사이에 진정한 합의가 없었음에도 불구하고, 소액보증금을 우선변제 받기 위하여 계약서를 허위로 작성한 다음 이를 첨부하여 보증금을 감액하였다는 주장을 하는 경우가 있으므로 사실관계를 신중히 조사할 필요가 있다. 나아가 만약 임차보증금의 액수를 경매개기결정 기입등기 이후에 당사자가 합의한 경우도 법 제8조 제1항이 소액보증금의 우선변제의 요건을 경매개시결정 기입등기 전이라고 하기 때문에 소액임차인으로서 보호 받을 수 없다.²⁴⁴⁾

7) 전차인이 소액임차인에 해당하기 위한 요건

임대인의 동의 하에 임차권이 적법하게 전대된 경우에 전차인이 주택임대차보호법 제8조의 소액임차인이면 당연히 소액보증금 중 일정액을 보장받게 되는 지에 관하여도 논란이 있다. 학설은 전대인이 소액임차인인지 여부에 관계없이 전차인이 소액임차인의 조건을 갖추면 최우선변제권을 행사할 수 있다는 견해²⁴⁵⁾와 전대인이 소액임차인인 경우에 한하여 전차인의 최우선변제권을 인정하자는

242) 미등기건물이라도 완공된 건물이어야 하는 지에 대하여 판례는 “완공되지 아니하여 보존등기가 경료되지 아니하였거나 사용 승인되지 아니한 건물이라고 하더라도 채무자의 소유로서 건물로서의 실질과 외관을 갖추고 그의 지번·구조·면적 등이 건축허가 또는 건축신고의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 경우에는 이를 부동산 경매의 대상으로 삼을 수 있다”라고 한다(대결 2005. 9. 9. 2004마696).

243) 대판 1987. 8. 19. 86가단4111.

244) 손창환, 전게서, 455면.

245) 이윤승, 전계논문, 157-158면.

견해²⁴⁶⁾가 있다. 한편 판례는 후자와 같은 입장을 보이고 있다. 즉 “보호법의 취지가 서민보호에 있다고 하더라도 전대차는 그 법적성질이 임차인이 종전 계약상의 지위를 유지하면서 그에 기하여 새로운 임대차관계를 설정하는 것으로서 임차권의 설정적 일부양도라고 할 것인바, 임대인에 대한 관계에서 임차권의 귀속주체인 임차인이 소액임차인으로서의 우선변제청구권을 주장할 수 없는 이상, 그 권리를 일부 양수한 전차인도 임대인에게 우선변제청구권을 주장할 수 없고, 현실적으로도 위와 같은 소액임차인에게 우선변제청구권을 인정하게 되면 소액임차인이 아닌 임차인이 여러 명의 소액임차인에게 전차함으로써 기존 담보권자의 우선변제청구권이 침해되고, 또 허위의 소액임차인을 양산하여 그들이 배당요구 하는 등 탈법을 조장할 우려가 있다”라고 한다.²⁴⁷⁾ 따라서 전차인이 소액임차인인 경우 무조건 보호받을 수 있는 것이 아니고 전대인(원래의 임차인)이 소액임차인에 해당하는 경우라야 보호를 받을 수 있다.

원래 전대차의 경우에는 전차인이 임대인(목적물의 소유자)에 대하여 직접 보증금을 반환 청구할 수 없으므로(민법 제630조), 전차인에게 목적물의 매각대금으로부터 우선변제의 권리를 인정하기는 해석론상 불가능하다. 다만 소액보증금에 관한 우선변제권의 권리는 보호법 제8조에 의하여 서민보호를 위한 입법이라는 취지에 비추어 소액전차인에게도 보증금 반환 청구권에 관하여 소액임차인과 동일한 권리를 가진다고 해석하며, 이 경우 임차인 자신은 보호법 제8조에 의한 우선변제청구권이 있는 소액임차인인 경우에 한한다.²⁴⁸⁾

(3) 최우선변제권의 효력 범위

소액임차인이 우선변제를 받는 것은 주택가액(대지를 포함)의 2분의1 범위 내이다(법 제8조 제3항). 따라서 소액임차인이 여러 명이 있는 경우, 이들이 우선변제 받아야 되는 보증금의 범위가 주택가액의 2분의 1을 넘는 경우에는 이들 소액임차인들은 그 주택가액의 2분의1 범위 내에서 각 채권액에 비례하여 보호

246) 김지영, “소액보증금 임차인의 우선변제권”, 『사법연구자료』 (제23집), 법원행정처, 1996. 137면.

247) 재판예규 제866-41호, 2002. 6. 26. 주택임대차보호법 제8조에 관한 질의 회답(재민 84-10).

248) 손창환, 전게서, 448면.

를 받는다(시행령 제3조). 소액보증금이나 확정일자부 임차인의 우선변제권은 임차주택의 경매가격에서 그 변제를 받게 되지만 여기의 임차주택에는 건물 외에 그 대지도 포함되는 것이다. 따라서 주택임차인이 대지와 건물 모두로부터 배당을 받는 경우 공동저당에 관한 민법 제368조 제1항이 유추 적용된다.²⁴⁹⁾ 주택임대차보호법 제8조에 규정된 소액보증금반환청구권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제 받을 수 있는 이른바 법정 담보물권으로서, 주택임차인이 대지와 건물 모두로부터 배당을 받는 경우에는 마치 그 대지와 건물 전부에 대한 공동저당권자와 유사한 지위에 서게 되므로 대지와 건물이 동시에 매각되어 주택임차인에게 그 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 대지와 건물의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하여야 한다.²⁵⁰⁾

그러나 대지에 관한 저당권 설정 후 신축된 건물에 대한 소액임차인의 경우에도 임차인이 대지의 경매대가에서 배당을 받을 수 있는지에 관하여, 판례는 “임차주택의 환가대금 및 주택가액에 건물뿐만 아니라 대지의 환가대금 및 그 가액도 포함된다고 규정하고 있는 주택임대차보호법 제3조의2 제1항 및 제8조 제3항의 각 규정과, 같은 법의 입법취지 및 통상적으로 건물의 임대차에는 당연히 그 부지 부분의 이용을 수반하는 점 등을 종합하여 보면, 대지에 관한 저당권의 실행으로 경매가 진행된 경우에도 그 지상건물의 소액임차인은 대지의 환가대금 중에서 소액보증금을 우선변제 받을 수 있다고 할 것이다. 이와 같은 법리는 대지에 관한 저당권 설정 당시에 이미 그 지상건물이 존재하는 경우에만 적용될 수 있는 것이고, 저당권 설정 후에 비로소 건물이 신축된 경우에만까지 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 없다”라고 한다.²⁵¹⁾

4. 임차권의 배당순위

249) 대판 2003. 9. 5. 2001다66291.

250) 대판 2003. 9. 5. 2001다66291.

251) 대판 1999. 7. 23. 99다25532; 대판 1996. 6. 14. 96다7595.

(1) 부동산 경매에서의 배당순위

부동산이 경매가 되어 경매대금에서 그 부동산과 관련된 여러 채권들을 모두 다 만족시키는 경우는 그 경매대금에서 채권자들의 채권액을 모두 변제하고, 그리고도 남는 대금이 있다면 그것을 부동산의 원래 소유자에게 돌려주고 경매절차는 끝나게 된다. 이렇게 경매대금이 여러 채권들을 변제하기에 충분한 경우에는 단지 채권자들에게 채권액만큼 교부하면 끝나지만 경매대금이 부동산위의 여러 채권들을 다 만족시킬 수 없는 경우에는 여러 채권들이 경합하게 되고, 이러한 채권들을 만족시키기 위하여 채권의 우선순위에 따라 경매대금이 나뉘어지게 되는데 이러한 경우를 보통 배당이라고 하는 것이다.²⁵²⁾ 따라서 이론상으로는 매각대금으로 각 채권자를 만족시킬 수 있는 경우에 실시하는 변제절차와 각 채권자를 만족시킬 수 없는 경우에 실시하는 변제절차가 다르다고 할 것이지만, 어느 것이나 넓은 의미에서 배당절차라 할 것이고, 실제도 전자나 후자 모두의 경우에 배당기일을 지정하고 배당표를 작성하여 배당을 실시한다.²⁵³⁾

배당은 채권의 순위에 따라 이루어지는 것이다. 이에 대하여 민사집행법 제145조 제2항은 “매각대금으로 배당에 참가한 모든 채권자를 만족하게 할 수 없는 때에는 법원은 민법, 상법, 그 밖의 법률에 의한 우선순위에 따라 배당하여야 한다”라고 하고 있다. 따라서 부동산이 매각되어 배당절차를 여는 경우 여러 채권이 경합하게 되는데, 그 채권들 사이의 우선순위는 여러 법률에 정해져 있다.²⁵⁴⁾ 그러나 채권의 배당순위와 관련한 여러 법률들은 명확하게 모든 채권에 대하여 그 순위를 정하고 있는 게 아니라 복잡하게 규정되어 있다. 여러 법률들에 규정되어 있는 채권들 사이의 배당순위는 보통은 담보권과 조세채권의 우선

252) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 419면.

253) 상계서, 419면.

254) 배당순위와 관련된 법률은 다음과 같다. 민사집행법 제53조, 민법 제367조, 주택임대차보호법 제8조, 상가건물임대차보호법 제14조, 근로기준법 제37조, 근로자퇴직급여보장법 제11조, 임금채권보장법 제6조, 산업재해보상법 제38조, 국세기본법 제35조, 지방세법 제31조, 민법 제356조, 민법 제303조, 가동기담보등에관한법률 제12조, 제13조, 주택임대차보호법 제3조의2, 상가건물임대차보호법 제5조, 관세법 제3조, 국민건강보험법 제73조, 국민연금법 제81조, 고용 및 산업재해보상보험의 보험료징수등에 관한 법률 제30조, 형사소송법 제477조, 건축법 제82조, 도로교통법 제167조, 비송사건절차법 제249조, 민사집행법 제60조, 국유재산법 제25조, 제38조, 제51조 등이 있다.

순위에 따라 그 채권들의 순위가 달라진다.²⁵⁵⁾ 따라서 여기에서는 담보권과 조세채권과의 우열순서에 따라 배당순위를 정리하기로 한다.

1) 매각부동산에 조세채권의 법정기일 전에 설정된 담보권 등이 있는 경우 이 경우의 배당순위를 보면 다음과 같다. 제1순위: 집행비용, 제2순위: 저당물의 제3취득자가 지출한 필요비, 유익비,²⁵⁶⁾ 제3순위: 소액임차보증금채권, 최종3개월 분 임금과 최종 3년간 퇴직금, 재해보상금, 제4순위: 당해세²⁵⁷⁾인 국세와 지방세 및 가산금, 제5순위: 담보권 즉 저당권, 전세권, 담보가등기, 확정일자 임차인, 등기된 임차권 등, 제6순위: 최우선임금을 제외한 기타 임금, 제7순위: 당해세를 제외한 기타 조세 및 체납처분비, 가산금, 제8순위: 공과금, 즉 건강보험료, 연금보험료, 고용보험료, 산재보험료 등, 제9순위: 일반채권, 여기에는 재산형, 과태료 및 국유재산법상의 사용료, 대부료 등도 포함된다.

제1순위에 해당하는 집행비용이란 원칙적으로 집행채권자(경매신청채권자)가 지출한 비용으로서, 압류채권자가 강제집행의 신청과 그 준비를 위하여 지출한 필요비용과 절차의 진행을 위하여 압류채권자가 예납한 금액 중 실제로 사용된 비용이다.²⁵⁸⁾ 제2순위의 필요비, 유익비는 민법 제367조 규정에 의하여 저당물의 제3취득자가 그 저당물에 지출한 필요비와 유익비를 말하며, 제3순위의 소액보증금에는 주택임대차보호법 제8조 및 상가건물임대차보호법 제14조에 의한 소액임차인의 보증금중 일정액이고, 여기에 해당하는 임금채권은 최종3개월 분 임금과 최종 3년간 퇴직금²⁵⁹⁾, 재해보상금이다. 제4순위가 당해세인 국세와 지방

255) 부동산경매에서의 배당순위와 관련법령에 관해서는, 김운배, 「부동산매당 실무사례」, 법률정보센터, 2007, 3-56면 참조.

256) 민법 제367조(제3취득자의 비용상환청구권), “저당물의 제3취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 제203조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 저당물의 경매대가에서 우선상환 받을 수 있다.” 민법 제203조(점유자의 상환청구권) 제1항, “점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다.” 제2항, “점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.”

257) 당해세란 그 재산에 대하여 부과된 조세로서, 국세로서는 상속세, 증여세, 종합부동산세가 있고, 지방세로서는 재산세, 자동차세, 도시계획세, 공동시설세 및 지방교육세(재산세와 자동차세분에 한한다)가 있다(국세기본법 제35조, 지방세법시행령 제14조의4).

258) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 527면.

259) 퇴직금은 근로자퇴직급여보장법 제11조에 의해 보호되고 있으나, 특히 최종 3년간의 퇴직금에 대해서

세 및 가산금이고, 제6순위에 해당하는 임금채권은 제3순위의 최우선임금채권을 제외한 임금이 이에 해당한다.²⁶⁰⁾ 제9순위 일반채권에 해당하는 재산형은 형사소송법 제477조에 의한 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판 등에 의한 집행은 말하고, 이러한 집행은 검사의 명령에 의하여 집행이 되고 그 명령은 집행력 있는 채무명의와 동일한 효력이 있다(형사소송법 제477조 제1항, 제2항). 또한 여기의 과태료에 해당하는 것은 건축법 제82조, 도로교통법 제161조, 비송사건절차법 제249조, 민사집행법 제60조 등에 의한 과태료를 말하고, 그 외에 국유재산법 제25조의 사용료, 동법 제38조의 대부료, 동법 제51조의 변상금 등이 여기에 해당한다.

2) 매각부동산에 조세채권의 법정기일 이후에 설정된 담보권이 없는 경우 이 경우의 배당순위는 제1순위에서 제3순위까지는 1)과 같다. 다만 이 경우에 제4순위가 조세채권(당해세 포함)이 되고, 제5순위는 공과금 중 납기가 저당권, 전세권에 앞서는 공과금(건강보험료 등)이고, 제6순위는 담보권(저당권, 전세권, 담보가등기, 확정일자임차인, 등기된 임차권), 제7순위가 기타 임금채권, 제8순위는 공과금 중 납기가 저당권, 전세권보다 나중인 공과금, 제9순위가 일반채권이 된다.

3) 매각부동산에 담보권이 없는 경우 이 경우도 위의 제1순위에서 제3순위까지는 같다. 제4순위가 기타 임금채권, 제5순위 조세채권(당해세 포함), 제6순위가 공과금, 제7순위가 일반채권이 된다.

(2) 주택임차권의 배당순위

는 최종 3개월분의 임금과 마찬가지로의 보호를 하고 있다. 여기서 퇴직금의 계산은 계속근로기간 1년에 대하여 30일 분의 평균임금으로 계산한 금액을 말한다.

260) 임금채권의 배당순위는 다음과 같다. 근로기준법 제37조 제1항, “임금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대해서는 그러하지 아니하다” 라고 하고 있고, 제2항에서 최종 3개월분의 임금, 재해보상금에 대해서는 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되도록 하고 있다.

소액임차인의 임차보증금 중 일정액의 최우선변제권은 매각부동산에 조세채권의 법정기일과 저당권설정일의 선후에 따라 각 채권들의 순위가 변하는 것과는 달리 언제나 경매절차에 소요되는 집행비용과 민법 제367조 제3취득자의 비용상환청구권 다음으로 변제받게 된다. 확정일자부 임차인의 우선변제권(등기된 임차권 포함)은 부동산에 조세채권과 저당권이 있는 경우 조세채권의 법정기일과 저당권설정일의 선후에 따라 순위가 다르다. 우선 조세채권의 법정기일이 저당권보다 앞서는 경우는, 당해세를 포함한 조세채권과 공과금들 중 납기가 저당권, 전세권, 담보가등기, 확정일자임차권, 등기된 임차권 등에 앞서는 공과금들 보다는 후순위가 되지만, 조세채권의 법정기일이 저당권설정일보다 뒤지는 경우에는 조세채권 중 당해세인 국세와 지방세 및 그 가산금에만 뒤지고 다른 조세 채권이나 공과금에 앞서게 된다. 따라서 소액보증금의 최우선변제권은 언제나 배당절차에서 정해진 순위를 갖게 되지만 확정일자부 임차인은 담보권과 조세채권과의 우열에 따라 그 순위가 다르게 된다. 그러나 소액보증금이 언제나 저당권보다 우선순위가 되는 것은 아니다. 임차인의 보증금 총액이 저당권설정 당시의 소액보증금 관련 법령에서 정한 일정보증금액을 넘는 경우에는 저당권이 우선하고, 대지에 저당권이 설정된 후에 신축된 건물의 소액임차인보다 대지저당권자가 우선하게 된다. 또한 저당권이 있는 경우 소액보증금에 관련된 법령이 신설되기 전이면 항상 저당권이 우선하게 된다.²⁶¹⁾

제4절 임차권등기명령제도

1. 의 의

임차권등기명령제도는 임차기간 만료 후에 임차보증금을 반환 받지 못한 임차인이 임대인의 동의나 협력 없이 단독으로 임차주택의 소재지를 관할하는 지방

261) 김운배, 전게서, 5면.

법원, 동 지원 또는 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기가 마쳐지면, 등기와 동시에 대항력과 우선변제권을 취득하도록 하고, 임차인이 이미 대항력과 우선변제권을 취득한 경우라면 종전의 대항력과 우선변제권을 그대로 유지하도록 하는 제도이다(주택임대차보호법 제3조의3 제1항, 제5항). 이 제도는 주택임대차보호법 제4차 개정에서 신설된 제도인데, 그 이전에는 임차인이 최우선변제권이나 우선변제권을 행사하기 위해서는 대항요건과 공시방법을 유지해야만 가능함으로써, 임대차종료 후 임차인이 임차보증금을 반환 받지 못한 상태에서 이사를 하거나 주민등록을 옮기면 대항력과 우선변제권을 상실하는 문제가 있었다. 따라서 이 제도는 임대인의 동의에 기하지 않은 등기를 인정함과 동시에 주택의 점유 없이도 기존의 대항력 및 우선변제권을 유지할 수 있도록 한 민법 제621조의 특칙인 것이다.²⁶²⁾

2. 신청당사자 및 절차

(1) 신청당사자

임차권등기명령의 신청인은 임차인이고 피신청인은 임대인이다. 임차권등기명령은 신청인이 부동산소재지 관할법원에 신청하는 비송사건이며, 임차인의 신청에 의하여 법원이 내리는 재판은 결정의 형식을 취하므로 당사자는 민소법 규정을 준용하여 이 결정에 대한 항고나 이의를 할 수 있다(민소법 제409조).

1) 신청인

임차권등기명령의 당사자는 임대인과 임차인임이 원칙이나, 임대차계약 중에 당사자가 변경되거나 임차권이 승계되는 경우에 누가 당사자가 되는지, 나아가 법인이거나 비법인이 이 법의 적용을 받는 지가 문제된다. 임차권이 승계가 되는 경우, 민법 제629조에 의해 임차인은 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대할 수 있으므로 신청인이 달라질 수도 있다. 임차인이 주택의 전부나 일부를 임대

²⁶²⁾ 윤 경, “경매에서의 주택임차권 등기관자의 지위”, 「법조」, 법조협회, 2000, 6면.

인의 동의 하에 전대한 경우에, 전차인이 주택의 인도를 받고 주민등록을 마치면, 전차인은 직접점유자가 되고 임차인은 주택 전부에 대한 전대의 경우는 간접점유가 되고, 주택 일부의 전대의 경우는 공동점유가 된다.²⁶³⁾ 따라서 임차인과 전차인 모두에게 임차권이 있고 주택반환청구권의 양도나 점유개정의 방식으로 임차주택을 인도한 경우에도 직접점유자의 주민등록 이외에 간접점유자인 전차인의 주민등록도 각각 마친 경우에는 임차권등기명령을 신청할 수 있는 임차인이 될 수 있다.

한편 자연인이 아닌 법인이나 비법인 사단·재단 등도 당사자가 될 수 있는지에 대해서는 법인은 주택임대차보호법 제3조 제2항의 법인²⁶⁴⁾ 이외에는 동 법의 보호대상이 아니므로 임차권등기명령신청의 당사자가 되지 않는 것이 원칙이다. 요컨대 임차권등기명령을 신청할 수 있는 임차인은 원칙적으로 자연인으로서 임대차계약서에 기재된 임차인의 성명과 동일인일 것을 요한다. 만일 임차권을 양수 받은 경우에는 양수인이 그 사실을 입증하는 계약서 등 소명자료를 첨부하여 신청하고, 신청인의 주소 역시 임대차계약서와 주민등록등본에 기재된 주소이어야 하겠지만, 현실적으로 다른 경우 그 주소지를 기재하여야 한다.²⁶⁵⁾

2) 피신청인

피신청인은 임대차계약서와 등기부상 기재된 임대주택의 소유자임이 원칙이나 임차주택이 매매, 상속 등의 사유로 소유자가 달라질 수 있고, 임대차계약은 반드시 소유자와 체결할 것이 요구되지 않으므로, 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 자와 임대차계약을 체결한 경우에는 피신청인과 임대인이 다를 수 있다. 이와 같은 경우 임차인은 소명자료를 첨부하여 임대인을 현소유자로 기재할 수 있다. 또 임대인의 등기부상 주소지와 실제 주소지가 다른 경우, 신청서의 주소란에는 주민등록상 주소 이외에 등기부상 주소를 기재하여야 하고, 적법한 대리권을 가진 자와 체결한 계약이라면 그 자격증명도 첨부하여야 한다.²⁶⁶⁾

263) 대판 1994. 6. 24. 94다3155.

264) 국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층 무주택자에게 주거생활의 안정을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인을 말한다.

265) 정승렬, “임차권등기명령제도의 문제점과 대책”, 「법조」, 법조협회, 1999, 207-208면.

(2) 신청요건 및 절차

본래 임차권등기는 임대인과 임차인의 공동신청에 의하는 것이지만(부동산등기법 제27조 제1항, 제28조), 임차권등기명령은 임차인이 임대인의 협력 없이도 단독으로 신청하여 법원의 촉탁에 의하여 이루어진다. 그러나 언제나 임차권등기명령을 신청할 수 있는 것은 아니다. 임차기간이 만료 되어 임대인이 임차보증금을 돌려주지 않는 경우에 임차인이 임차주택의 소재지 관할법원에 신청서를 제출하여 법원의 요건심리 결과 이유 있다고 인정하면 법원이 관할 등기소에 등기명령을 촉탁하도록 하고 있다. 따라서 일종의 간접방식을 채택하고 있는데, 임차인의 등기신청은 가압류절차를 준용하도록 하고 있다(동법 제3조의3 제3항, 규칙 제8조).

(3) 임차권등기명령신청서

1) 신청서의 기재사항

임차권등기명령을 신청하는 경우에는 신청의 취지 및 이유, 기타 대법원규칙이 정하는 사항 등을 기재하여야 하고, 임차권등기의 원인이 된 사실을 소명하여야 한다. 이 경우 임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 그 도면을 첨부하여야 한다(주택임대차보호법 제3조의3 제2항).

2) 첨부서류

임대차등기명령 신청 시에 첨부할 서류를 보면 다음과 같다. 임대인의 소유로 등기된 주택에 대하여는 등기부등본, 임대인의 소유로 등기되지 아니한 주택에 대하여는 건축물대장 등 즉시 임대인의 명의로 소유권보존등기를 할 수 있음을 증명할 서면, 임대차계약의 체결사실 및 그 계약내용을 증명하기 위한 임대차계

266) 상계논문, 209면.

약증서 사본, 임차인이 신청당시에 이미 법 제3조제1항의 규정에 의한 대항력을 취득한 경우에는 임차주택을 점유하기 시작한 날과 주민등록을 마친 날을 소명하는 서류 및 공정증서로 작성되거나 확정일자가 찍혀 있는 임대차계약증서 사본, 임대차목적물에 관한 등기부상의 용도가 공장, 점포 등과 같이 주거시설이 아닌 경우에는 임대차계약체결 시부터 현재까지 주거용으로 사용하고 있음을 증명하는 서류(건물사진 등 이용현황을 증명할 수 있는 자료), 소송대리인이 있는 경우에는 신청서에 그의 성명 등을 기재한 후, 위임장, 등기부등본 등 그 자격을 증명하는 서면을 첨부한다.²⁶⁷⁾

3. 임차권등기명령의 효력

(1) 효력의 발생시기 및 이의신청

임차권등기명령신청은 민사집행법의 가압류절차를 준용하도록 하고 있다.²⁶⁸⁾ 따라서 가압류신청에 대한 재판은 결정형식으로 하기 때문에 (민사집행법 제281조 제1항) 임차권등기명령에 대한 재판도 역시 결정형식으로 하게 된다. 그리고 결정의 효력은 상당한 방법으로 고지하면 효력이 발생하는데(민소법 제221조 제1항), 통상 특별송달우편으로 임대인에게 송달되면 그 효력이 발생한다.²⁶⁹⁾ 임차인은 임차권등기명령신청을 기각하거나 각하하는 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있고(민사집행법 제281조 제2항), 임대인은 임차권등기명령에 대한 이의를 신청할 수 있다(민사집행법 제283조 제1항). 그리고 임대인은 이의신청에 대한 재판이 있기 전까지 임차권등기명령에 대한 이의신청을 임차인의 동의 없이 취할 수 있다(민사집행법 제285조 제1항, 제2항). 이의신청에 대하여는 변론이나 심문을 거쳐 결정으로 재판을 한다(민사집행법 제286조 제1항, 제3항).

267) 박용진, 전게서, 177-178면.

268) 주택임대차보호법 제3조의3 제3항, “민사집행법 제280조 제1항, 제281조, 제283조, 제285조, 제286조, 제288조 제1항·제2항 본문, 제289조, 제290조 제2항 중 제288조제1항에 대한 부분, 제291조, 제293조의 규정은 임차권등기명령의 신청에 대한 재판, 임차권등기명령의 결정에 대한 임대인의 이의신청 및 그에 대한 재판, 임차권등기명령의 취소신청 및 그에 대한 재판 또는 임차권등기명령의 집행 등에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 가압류는 임차권등기로, 채권자는 임차인으로 채무자는 임대인으로 본다.”

269) 박용진, 전게서, 178면.

한편 임대인은 일정한 사유가 있는 경우에는 임차권등기명령을 발한 법원에 사정변경에 따른 임차권등기명령의 취소신청을 할 수 있다(민사집행법 제288조 제1항, 제2항 본문).²⁷⁰⁾

임차권등기명령에 대한 결정은 임대인에 대하여 송달을 하여야 하는데, 실제 임차주택의 소유자인 임대인이 대부분 채무초과나 부도 등의 사유로 행방불명인 사례가 많아 송달불능 등의 사유로 반송되는 경우가 많다. 이 때 법원은 임차인에게 임대인의 송달이 가능한 주소를 보정할 것을 명하는데, 주소보정에 어려움이 있어서 임차권등기신청 단계에서 권리구제가 좌절되는 경우가 많다.²⁷¹⁾ 이러한 문제점을 해결하기 위하여 대법원은 임차권등기명령신청서에 기재된 임대인의 주소지로 임차권등기명령을 송달하였으나 송달불능 된 경우에는 임차권등기명령신청서상에 첨부된 부동산등기부등본(임차권등기명령절차에관한규칙 제3조 제2호의 서면이 제출된 경우에는 그 서면) 및 임대차계약서에 기재된 임대인의 주소지로 직권으로 재 송달한다. 그리고 위 각 주소지에도 송달불능 된 경우에는 송달불능의 사유에 따라 직권으로 공시송달 또는 발송송달을 하고, 그 송달의 효력이 생기는 즉시 위 규칙 제5조에 따른 임차권등기의 촉탁을 하도록 하고 있다.²⁷²⁾

(2) 내 용

임차권등기명령에 의하여 임차권등기가 되면 주택임대차보호법 제3조 제1항 또는 제2항에 따른 대항력과 제3조의2 제2항에 따른 우선변제권을 취득한다. 다만 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력이나 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력이나 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기 이후에는 제3조 제1항 또는 제2항의 대항요건을 상실하여도 이미 취득한 대항력이나 우선변제권을 상실하지 아니한다(주택임대차보호법 제3조의3 제5항). 따라서 임차인이 임차권

270) 민사집행법 제288조에서 가압류취소 신청사유로 들고 있는 것은, “가압류 이유가 소멸되거나, 법원이 정한 담보를 제공한 때, 가압류가 집행된 뒤에 3년간 본안의 소를 제기하지 아니한 때” 라고 하고 있다.

271) 공순진·류창현, 전계논문, 189-190면.

272) 임차권등기명령이 송달불능 된 경우의 업무처리지침, (송민 2000-1), 제정예규(2000. 4. 17. 송무예규 제769호).

등기명령을 신청하기 이전에 대항력이나 우선변제권을 갖추지 못한 경우에는 임차권등기명령을 한 시점에 대항력과 우선변제권을 취득하게 되고, 이미 그 이전에 대항력과 우선변제권을 가지고 있었던 때에는 대항요건인 주택의 점유나 주민등록의 계속을 하지 않아도 그대로 대항력과 우선변제권이 인정되게 된다.

그리고 유의할 점은 임차권등기명령의 집행에 따른 임차권등기가 끝난 주택(임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 해당 부분으로 한정한다)을 그 이후에 임차한 임차인은 제8조에 따른 우선변제권, 즉 소액보증금의 최우선변제권이 인정되지 않는다(주택임대차보호법 제3조의3). 그 이유는 임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인이 이를 믿고 이사를 가게 되면 집이 비게 되므로 임대인은 쉽게 재 임대를 할 수 있고, 그 이후의 임차인이 소액임차인인 경우 최우선변제청구권을 인정하면 임차권등기를 한 임차인은 물론 저당권자를 비롯한 다른 선순위권리자의 이익을 해할 우려가 있기 때문이다.²⁷³⁾

한편 원래는 민법에 의한 임차권등기를 경료 한 임차인은 임대인에 대한 대항력만 가지는 것이지 우선변제권까지 주어지는 것이 아니다. 그러나 민법상의 임차권등기를 한 임차인을 주택임대차보호법상의 임차권등기명령신청에 의한 임차권등기와 차별할 합리적인 이유가 없으므로, 민법 제621조에 따른 주택임대차등기의 효력에 관하여는 제3조의3 제5항 및 제6항을 준용하기 때문에(주택임대차보호법 제3조의4 제1항) 민법상 임대인의 협력을 얻어 임차권등기를 한 경우에는 임차권등기명령에 의한 임차권등기와 같은 효력을 부여하고 있다.

4. 관련 판례

(1) 배당요구 여부

임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인이 민사집행법 제148조 제4호에 정한 채권자에 준하여 배당요구를 하지 않아도 배당을 받을 수 있는지에 관하여, 판례는 “임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인은 우선변제권을 가지며, 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을

²⁷³⁾ 박용진, 전제서, 175-176면.

유지하도록 해 주는 담보적 기능을 주목적으로 하고 있으므로, 위 임차권등기가 첫 경매개시결정 등기 전에 등기된 경우, 배당받을 채권자의 범위에 관하여 규정하고 있는 민사집행법 제148조 제4호의 저당권, 전세권 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정 등기 전에 등기되었고, 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자에 준하여 그 임차인은 별도로 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당받을 채권자에 속하는 것으로 보아야 한다”라고 하여, 임차권등기명령이 첫 경매개시결정 등기 이전에 경료 된 경우 배당요구 없이 배당 받을 수 있다고 하고 있다.²⁷⁴⁾

그러나 경매진행과정에서 임차권등기가 된 경우에는 주의할 점이 있다. 경매개시결정 기입등기까지는 등기부에 임차권등기가 공시되지 아니하였으나, 그 후 임차인이 임차권등기를 하고 다른 곳으로 이주하는 경우, 만일 이주한 다음에 현황조사가 이루어졌다면 그 현황조사보고서에는 임차인이 없는 것으로 보고될 것이고, 이 경우 집행법원으로서 매각결정기일까지 또는 소유권이전등기 등의 촉탁시까지 그 임차주택에 대해 임차권등기가 되어 있음을 알 방법이 없다. 따라서 경매법원은 법원에 제출되는 모든 등기부등본에 임차권등기가 있는지 여부를 조사하여야 할 것이고, 이러한 경우 그 임차인도 법원에 스스로 권리신고를 하여 임차권등기가 경료 된 사실을 알릴 필요가 있다.²⁷⁵⁾

(2) 대항력의 기준시점과 착오에 의한 말소

임차권등기명령에 의한 임차권등기가 마쳐지기 이전에 이미 대항력을 갖춘 임차인의 경우 매수인에게 대항할 수 있는지를 판단하는 시점과, 임차인이 경매절차에서 임차보증금 전액을 배당받지 못하였음에도 경매법원의 잘못된 촉탁에 의하여 임차권등기가 원인 없이 말소된 경우 임차인이 이미 취득한 대항력이 그대로 유지되는지 여부가 문제된다. 판례는 “대항력을 취득하지 못한 임차인의 경우에는 임차권등기명령에 의한 등기가 된 때에 비로소 대항력이 생기므로 등기된 때를 기준으로 매수인에 대항할 수 있는지를 판단하지만, 임차권등기 이전에 대

274) 대판 2005. 9. 15. 2005다33039.

275) 손창환, 전거서, 478면.

항력을 갖춘 임차인의 경우에는 임차권등기명령에 의한 등기가 됨으로써 그 후 대항요건을 갖추지 아니하여도 이미 취득한 대항력 취득의 효력이 계속 유지되므로, 이 경우에는 임차권등기가 된 때가 아닌 본래의 대항력을 취득한 때를 기준으로 매수인에 대항할 수 있는지를 판단하여야 한다”라고 한다. 그리고 “임차인이 경매절차에서 임차보증금 전액을 배당받지 못하였음에도 경매법원의 잘못된 촉탁에 의하여 임차권등기가 원인 없이 말소되었고, 그에 대하여 임차인에게 책임을 물을 만한 사유도 없는 이상, 임차권등기의 말소에도 불구하고 임차인이 이미 취득한 대항력을 그대로 유지 된다”라고 하고 있다.²⁷⁶⁾

(3) 점유를 상실한 임차인의 임차권등기명령신청

임대차종료 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 점유를 상실한 경우에도 임차권등기명령을 신청할 수 있는지에 관하여 판례는 적극적으로 해석하고 있다. 즉 “주택임대차보호법 제3조의3 제1항은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차권등기명령을 신청할 수 있다고 규정하고 있는 바, 같은 조항 및 같은 조 제2항 제3호, 제5항의 각 규정에 비추어 보면, 임차인이 임대차종료 후 임차주택에 대한 점유를 상실하였다도 보증금을 반환받지 못한 이상 임차권등기명령을 신청할 수 있다고 보아야 할 것이다”라고 한다.²⁷⁷⁾

5. 임차권등기명령제도에 대한 검토 및 사건

임차권등기명령 제도는 임차인에 대한 임차보증금의 확보를 위하여 임대차가 종료한 경우에 임대인이 임차보증금을 반환하지 않으면 임차인이 일방적으로 임차권등기 명령을 신청하도록 하도록 하고 있다. 그러나 이 제도는 다음과 같은 문제점을 가지고 있다. 우선 임차권등기명령신청은 절차가 복잡하고 전문적인 지식이 없는 임차인이 단독으로 하기에는 어려움이 많기 때문에 무주택영세민들의

276) 부산고판 2006. 5. 3. 2005나17600. 이 판결이 상고되었으나 대법원의 심리 불속행으로 기각되어 확정 되었다(김운배, 전제서, 382면).

277) 대판 2004. 10. 28. 2003다62255,62262.

활용가능성이 별로 없다는 점, 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료된 후 그 주택을 임차한 임차인은 주택임대차보호법 제8조의 최우선변제권이 인정되지 않는 점, 그리고 민사소송법 제703조에 의하면 임대인은 임차권등기명령이 유효하게 존재하는 한 기한의 제한 없이 이의신청을 할 수 있기 때문에, 만약 임대인의 이의신청이 받아들여져 임차권등기가 취소되면 임차인은 대항력과 우선변제권을 상실할 수 있다는 점, 무엇보다도 실제로 임차권등기를 경료하고 이사를 하기 위해서는 기존의 보증금을 반환받지 못하더라도 또 다른 주택을 임차할 수 있는 정도의 여유자금이 있어야 하는데 영세한 대부분의 임차인은 그러한 여유자금이 없다는 점 등이다. 또한 임차권등기명령제도는 계약기간 만료 시 전세보증금의 반환 등 임대인의 의무를 이행 강제하는 안전판으로서의 역할을 다하지 못하는 것은 물론이고, 임차인이 받게 될 정신적·물질적 피해를 충분히 보상 받도록 하지 못한다는 맹점이 있다.²⁷⁸⁾

이외에 임차권등기명령 신청절차상, 임대인에 대한 명령을 고지하는데 송달의 어려움이나 임차권등기권자가 원래의 임차주택을 주소지로 하여 명령신청을 한 후에 이사를 가게 되면, 실제 그 주택이 경매가 되는 경우 임차권등기명령에 의한 등기를 한 임차인에 대한 통지를 할 수 없는 어려움 등도 그 문제점으로 지적된다.²⁷⁹⁾ 그러나 이러한 송달 등의 절차적인 문제는 현재 대법원 예규로서 많이 개선되고 있고, 나아가 제도 자체의 절차적 문제는 그 개선책을 강구하는 것이 그리 어려운 문제는 아니다. 임대차등기명령제도가 가지고 있는 문제점들 중에서 현실적으로 시급하게 개선되어야 하는 것은 임대차가 종료 되어 임차보증금을 회수하는데 도움을 주려는 이 제도가 어느 정도 경제적 여유 있는 임차인에게는 유용한 제도이지만, 사실상 주택임대차보호법의 주된 보호대상인 영세한 무주택 서민들의 임차보증금 회수에는 그다지 효용이 없다는 것이다.

대개 영세한 서민들은 보다 저렴한 주택을 임차하여 사는 것이 보통이고, 저렴한 주택의 경우는 무허가 또는 미등기 건물인 경우도 많아서, 이러한 경우는 임차권등기명령신청 자체가 되지 않고, 나아가 등기 된 건물을 임차하고 있는 경우라도 임대인은 통상적으로 새로운 임차인이 나타나 그로부터 임차보증금을 받고

278) 류창현, 전계논문, 130면.

279) 손창환, 전계서, 477면.

그것을 기존 임차인에게 지불하는 것이 관행인데, 실상 그 주택에 새로운 임차인이 나타나지 않는 경우에는 임차권등기명령을 신청하여 이사를 해야 하는 영세한 서민들은 기존의 임차보증금이 그들의 전 재산이나 마찬가지여서 그 보증금을 반환 받지 못하는 한 다른 곳으로 이사 가는 것은 매우 어려운 일이다.

임차권등기명령제도의 이러한 문제점을 개선할 수 있는 방안으로는, 금융적인 면에서 정부가 임차보증금을 담보로 대출을 하든지, 임차보증금반환 보장보험 등의 제도 도입 등의 방안도 있고, 법적인 측면에서 임차인에 대해 임차권등기명령 신청을 하고 임차권등기가 된 후에 일정기간이 지나면 경매신청권을 부여하는 방법도 있다. 만약 경매신청권이 인정된다면 그 자체로서 임대인에 대한 임차보증금 반환에 대한 의무 이행을 강제하는 수단이 됨은 물론이고, 임차인이 사실상 임차보증금을 최단 시일에 회수할 수 있는 방법이 될 수 있을 것이다.

제5절 소 결

1. 우리나라의 경우는 대항요건으로서 주택의 인도외에 주민등록을 요구하고 있는데, 그것은 우리가 외국의 경우와 달리 주택임차권에 강력한 존속보호가 뒷받침 되지 못하고 있고, 임차주택에 대한 차임지급의 형태가 외국과 다르기 때문이다. 우리법체가 주택임차권에 강력한 존속보호가 행하고 있지 않는 한 단지 대항력을 주택의 점유 만에 의하여 보호하는 것은 그 의미가 없다. 대항력의 내용은 임차주택의 소유자가 바뀌는 경우 신소유자나 그 임차주택에 대한 물권을 가지는 자에 대해 그 임대차를 주장할 수 있는 것이다. 단지 월차임을 지급하고 그 주택에 거주하는 유형의 임대차는 점유 만에 의하여 간단히 대항력을 주장하게 하여도 신소유자나 다른 물권자들에게 대항력을 주장하는 외에 우리처럼 임차보증금의 반환문제가 생기지 않게 된다. 그러나 우리의 경우는 주택임대차의 차임지급 관행상 차임이 전세금이나 임차보증금으로 상당히 고액이고 임차권의 주장에 임차보증금의 반환이 당연히 포함되는 것이기 때문에 이에 대한 반환책임을

누가 부담하느냐하는 것은 중요한 문제인 것이다. 따라서 우리나라의 경우는 임대차가 충분히 공시되어 임차주택에 대한 이해관계인들의 이익도 고려해야 할 필요성이 있기 때문에 단지 점유 만에 의한 주택임차권에 대항력을 인정하는 것은 무리가 있다고 생각한다. 따라서 주택의 인도 이외에 주민등록을 그 대항요건의 하나로 규정한 주택임대차보호법의 규정은 타당하다고 볼 수 있다.

2. 대항요건을 주택의 인도와 주민등록으로 하는 경우에, 주택의 인도 유형으로서 현실의 점유 이외에 간이인도, 점유개정, 목적물반한청구권의 양도에 의한 관념적인 인도도 점유이전의 형태로 인정하는 것이 타당하다. 그 이유는 임차인이 대항요건을 갖추고 있는지에 대한 판단은 사실상 점유 만에 의하여 판단하기 어렵지만 이에 대한 보완책으로서 주민등록이 규정되어 있고, 민법상 인정하고 있는 점유유형과는 별도로 주택임대차보호법상의 점유를 따로 인정한다면 혼란만 가중될 것이기 때문이다. 그러나 대항력을 공시하는 문제는 단지 임차인의 보호를 위한 것만으로는 충분치 않다. 따라서 주민등록이 가지고 있는 공시성의 불완전성을 개선하여야 한다. 그 개선방안으로는 임대차계약서에 확정일자를 받아 그 계약서 사본을 동사무소에 등록하도록 하고, 그 등록된 계약서편철부를 마련하여 그것을 자유롭게 열람할 수 있도록 하는 것이 우리의 임대차의 실정에 적합하다고 생각한다.

3. 대항력의 발생시기와 관련하여 주택의 인도와 주민등록을 한 그 다음날 발생하도록 하는 조항은 임차인보호에 충실하지 못하다는 문제가 있다. 그러나 주택임차권은 그 공시방법으로 주택의 인도와 주민등록이라는 간이한 방법을 취하고 있어서 이러한 간이한 공시방법으로 공시한 권리인 주택임차권과 공적 장부인 등기부에 공시를 한 저당권 등과의 순위를 확정하는 경우, 등기부상으로 공시된 권리를 앞서게 하는 것은 임차인보호 뿐만 아니라 제3자의 이익도 보호해야 하는 정책적인 고려에 의하면 부득이한 입법이라 볼 수 있다. 따라서 이러한 문제는 임차권의 공시방법을 등기부에 버금가는 공시성을 갖추도록 하여 임차권의 대항력이 그 대항요건을 갖춘 당일 효력이 발생하도록 하는 것이 타당하다. 이러한 제도의 개선은 위에서 제시한 임대차계약서의 등록을 통하여 할 수 있을 것

이다.

4. 주택임차권이 대항요건은 대항력의 발생요건이자 존속요건이기도 하다. 그러나 임대차가 종료하여 임차인이 임차보증금을 반환 받지 못하여도 부득이 이사를 가야하는 상황이 발생하면 대항력의 요건인 점유나 주민등록의 변경이 생겨서 대항력을 상실하는 문제가 발생한다. 이러한 문제점을 보완하기 위하여 주택임차권등기명령제도 생긴 것이다. 또한 임차주택이 경매가 되는 경우는 그 경매절차에서 낙찰자에게 소유권이 이전되는 시점까지 대항요건을 유지하고 있어야 우선변제권을 행사할 수 있다. 따라서 경매절차가 취소되어 신경매나 재경매나 이루어지는 경우도 있기 때문에 임차인은 주택이 경락되었다고 당장 이사를 하거나 주민등록을 옮기면 대항력을 상실할 수 있으므로 주의하여야 한다. 이러한 문제도 대항력의 발생 및 유지를 주택의 점유와 주민등록의 계속을 요구하는 것에서 생기는 문제이므로 만약 주택임차권의 공시를 주택임대차계약서의 등록으로 대체한다면 등록된 임대차계약서가 존재하는 한 대항력이나 우선변제권이 유지될 것이므로 쉽게 해결할 수 있을 거라 생각한다.

5. 우리나라의 주택임대차에 있어서 임차보증금은 임대인, 임차인, 임차주택의 이해관계인들에게 모두 중요한 문제가 된다. 임차보증금은 임대기간 중에 임차인이 부담하는 일체의 채무를 담보하는 것이지만, 그것은 순수하게 임대차기간 중에 임차인이 부담하는 채무를 담보하는 기능만 갖는 것이 아니라 관행적인 차임 지급 수단으로 사용되고 있고, 임차보증금이 지급되는 경우 그 액수도 고액이기 때문에 임차보증금은 임대인에게는 임대수익의 의미가 있고, 임차인에 있어서는 임대차기간이 종료한 후에 거주를 이전할 때 반드시 필요한 자금의 역할을 하게 된다. 그리고 임차주택이 경매가 되거나 임대차기간 중에 소유자가 바뀌는 경우에 그 임차보증금에 대한 반환을 누가 책임지느냐 하는 것도 중요한 문제이다. 따라서 임차주택이 양도 된 경우에 신·구소유자 사이에 누가 임차보증금의 반환 의무를 지게 되는지가 문제가 되고 또한 경매절차상 임차주택에 대한 채권자나 낙찰자에게도 그 이해관계가 얽히게 된다. 따라서 임차보증금에 관해서는 단지 임차인 보호에만 치중할 수 없는 복합적인 여러 가지 요소들이 있기 때문에 이

에 대한 반환 문제는 임차인보호와 더불어 제3자의 이익을 고려하는 제도적 장치가 필요하다. 그러한 방법 중의 하나로 임차보증금에 대한 반환 확보를 위한 우선변제권을 인정하면서도 그에 대한 공시를 충실히 하는 것이라 생각한다(공시 방법의 충실화 내지 일원화에 대해서는 제5장에서 설명한다).

6. 주택의 인도와 주민등록을 마치고 주택임대차계약증서상에 확정일자를 부여 받은 확정일자부 임차인의 우선변제권은 임차주택이 경매나 공매가 되는 경우 주택임차인에 대하여 간이한 공시방법을 갖추도록 함으로써 임차보증금의 반환을 확보하도록 하고 있는 것이다. 그러나 확정일자부 임차인의 우선변제권은 그 우선변제권의 발생요건을 대항력과 연계시켜 놓음으로써 자칫 임차인이 우선변제권을 행사할 수 없는 경우가 발생하고 있다. 그 이유는 대항력의 발생일이 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날 이라 하고 있기 때문에 대항요건을 갖추기 이전에 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 경우라도 그 효력발생일은 대항요건을 갖춘 그 다음날이 되기 때문이다. 또한 확정일자의 원래의 취지는 임대차계약을 하고 난 후에 임대인과 임차인과의 담합으로 임대차보증금의 변경을 하지 못하도록 하기 위한 것인데도, 정작 이러한 확정일자는 공시가 되지 않음으로 인하여 우선변제권이 문제되는 경매절차에서 여러 이해관계인들이 임차보증금의 존재나 그 액수에 대하여 전혀 알지 못하고, 그로 인한 경매절차에서의 입찰의 어려움이나 낙찰자의 임차보증금에 대한 부담 여부 등이 쉽게 드러나지 않는다. 따라서 확정일자부 임차인의 우선변제권 역시 임차인보호에도 문제가 있으며 동시에 제3자의 보호에도 문제가 있다. 임차인보호를 기하면서 동시에 거래안전을 기할 수 있는 방안이 필요한데 그것은 대항력과 우선변제권을 일원화하고 임차권을 공시하여 제3자가 임차권의 존재와 보증금의 액수를 확인할 수 있는 제도가 마련되는 것이라 할 수 있다.

7. 일정액 이하의 보증금(소액보증금) 중 일정액에 대해서는 임차주택이 경매나 공매가 되는 경우에, 그 경매개시결정의 기입등기 이전에 대항요건을 갖추면 다른 담보물권자에 앞서서 임차보증금의 우선변제를 받을 수 있다. 소액임차인의 최우선변제권은 무주택 서민들 중에서도 더욱 철저한 임차권의 보장을 필요로

하는 계층에 대한 사회정책적인 배려로 사법상의 권리질서를 무시하고 담보권자나 임대인의 이익을 희생시키면서까지 소액임차인의 보증금 반환에 기여하고 있는 것이다. 그러나 최우선변제권 역시 임차인보호는 물론 임대인과 거래의 안전을 저해하는 요소를 동시에 갖고 있는 제도이다. 임차인의 소액보증금 최우선변제권에 관하여는 근본적인 재검토가 있어야 한다(이에 대하여는 5장에서 자세히 설명한다).

8. 주택에 대한 임대차관계가 종료한 경우에 임차인은 임차보증금을 반환 받아 다른 곳으로 이사를 하여야 하는데 임차인이 이사를 하는 경우에는 기존의 대항력과 우선변제권이 상실될 우려가 있다. 이러한 문제점으로 인하여 임대차가 종료한 경우에 임대인이 임차보증금을 반환하지 않으면 임차인이 단독으로 임차권등기명령을 신청하여 임차권을 등기하도록 함으로써 대항력이나 우선변제권이 유지되도록 하려는 것이 임대차등기명령 제도인 것이다. 그러나 우리나라의 주택임대차 관행상 임차보증금은 임차인에 있어서는 거의 전 재산에 가깝고 임대차가 종료하여 다른 곳으로 이사를 해야 하는 무주택 서민들이 임차보증금을 반환 받지 못하면 기존의 임차주택에 계속하여 거주하든지 아니면 보증금을 대출받거나 스스로 구해서 이사를 하여야 한다. 물론 주택임차인은 임대차가 종료하여 임차보증금을 반환 받지 못하면 임차보증금 반환청구소송을 제기하여 승소판결을 받아 강제경매를 신청할 수 있고, 임차인이 그러한 소송을 하는 경우는 간이한 절차가 마련되어 다른 채권자들보다 쉽게 집행명의를 얻을 수 있다. 그러나 주택임대차보호법의 주된 보호대상인 저소득층 무주택 서민들이 과연 이러한 절차를 이용할 수 있을 만큼 법적인 지식과 시간적, 경제적 여유가 있을지 의문이다. 그런 의미에서 우선변제권이나 임차권등기명령제도에 대한 실효성을 가지게 하는 것이 타당한 것이고 그러한 방법의 하나가 주택임차인에 대한 경매신청권과 경매절차상의 우선매수권을 인정하는 것이 될 것이다. (이에 대하여서는 경매신청권과 우선매수권의 필요성과 그 인정방안으로서 제5장에서 서술한다).

제4장 주택임차권의 존속보장과 임대차 기간 중 당사자의 권리의무

제1절 주택임차권의 존속보호

1. 의 의

(1) 존속보호의 의의와 필요성

주택임차권의 존속보호란 임차인이 임차주택에 자신이 원하는 한 그가 현재 거주하고 있는 임차주택에 계속하여 거주할 수 있도록 법적으로 보호하는 것을 말한다. 주택임대차보호법이 추구하는 목적인 주택임차인의 주거생활의 안정은 임차인에게 임차인이 원하는 경우 임대차관계의 계속을 할 수 없는 사유가 발생하지 않는 한 기본적으로 그가 이제까지 거주하여 온 임차주택에 계속하여 거주할 수 있도록 하고, 임대차관계가 종료하여 만약 임차인이 거주지 이전을 원하는 경우에는 그가 선택하는 주거로 이전할 수 있는 자유가 인정되는 경우에 비로소 이룩될 수 있다. 즉 임차인의 주거생활의 안정은 임차권의 존속보호(임차인의 정주 자유)가 인정되고, 동시에 임차인의 거주이전의 자유가 주어져야 달성될 수 있는 것이다.

주택임차인에 대한 존속보장을 위하여 주택임차권에 최단존속기간을 법정하거나 임대인의 해지의 자유를 제한하여 임대차관계가 일정기간동안 계속되도록 하고, 주택임차권에 대항력을 인정하여 임대차 기간 중에 임차주택의 소유자가 바뀌는 경우에도 임차권을 주장할 수 있도록 하며, 동시에 임차주택에 대한 차임통제를 함으로써 차임에 대한 임차인의 경제적 부담을 덜어주어 그 임차주택에서 계속하여 거주할 수 있도록 하는 것은 임차인의 비자발적인 거주이전을 방지함으로써 임차인의 주거생활의 안정에 기여하는 것이다. 그러나 주택임차권에 최단

존속기간과 대항력을 인정하고 차임통제를 가한다 하여도 이러한 제도가 현실적으로 실효성이 떨어져 주택임차권의 존속보장에 크게 기여하지 못한다면 주택임차인의 주거생활의 안정을 가져올 수가 없다. 그리고 임차인에 대한 우선변제권의 인정도 존속보호가 없는 한 임차인에 대한 定住의 자유를 보장함이 없이 임차인의 移轉의 자유만 보장하게 되는 것이고, 그것은 단지 임차인의 주거생활의 계속을 유지하는 것보다 임차주택이 경매되는 경우 그 임차주택의 경매대금에서 우선적으로 임차보증금만 보장하여 주면 그 이외의 임차인의 주거생활의 책임은 임차인이 져야한다는 것과 다름 아닌 것이다.

현대 유럽 주요국의 주택임대차법제는 단순히 주거엑세스권의 보호와 그 안정성의 확보(존속보호와 임대료규제)에 머물지 않고 거주자(임차인과 그 가족)와 주거와의 관계, 즉 주거를 주축으로 하는 사회관계에 주목하고, 주거를 생활의 장소로 본 것에서 인격형성에 있어서 필요불가결한 장소인 주거에서의 ‘생활·생존의 권리’를 옹호하는 것이 그 이념·목표라고 하는 방향으로 중점이 이전되고 있다. 이러한 사고를 소위 ‘거주지에로의 권리’라 칭하며, 이는 종래의 임차인에 대한 사회적 약자보호라는 관점에서 탈피하여 당사자·개체의 자립성을 전제로 한 다음, 주택정책 나아가서는 임대차특별법을 복지국가의 행정정책의 일환으로서 위치설정하고 있는 것이다. 그러나 우리나라의 입법과 학설들이 이러한 이념의 전환에 대해 아주 소홀히 하고 있는 것이 우려가 된다.²⁸⁰⁾

유럽 주요국들이 임차인에 대한 사회적 보호라는 관점에서 주거에 대한 접근권을 넘어서 주거의 계속성을 확보하고 나아가 주거를 생활의 장소가 아닌 인격형성의 장소로 인식하는 단계에 까지 이르고 있음에도 우리 법제는 아직도 주거에 대한 접근권에 머물고 있고 주거의 계속성에 관심을 가지지 않는 것은 시대적인 흐름에서 보아도 여전히 주택임차권에 대한 보호가 올바른 방향에서 접근하고 있지 못하고 있다고 할 수 있다. 그러므로 우리 법제에서도 임차인의 주거생활의 안정을 기하는 방향으로 존속보호의 강화를 통해 임차인들이 일정기간 마음 놓고 거주하고 나아가 그 기간동안 쾌적한 주거생활이 가능하도록 하는 제도적 보완들이 뒷받침되어야 하는 것이 타당하다.

280) 소재산·김선이, “이태리민법상 임대차법의 변천과 임대차소송”, 『경희법학』(제44권 제1호), 2009, 186면.

(2) 존속보호의 방법

주택임차권에 존속보호를 하기 위한 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 주택임대차의 최단존속기간을 법정함으로써 임차인에게 최소한 그 기간 이상의 거주를 보장해 주는 기간보호와, 다른 하나는 당사자가 주택임대차계약을 체결하면서 존속기간을 정했는지 여부나 그 기간의 장·단 여부와 상관없이 일정한 법정요건의 충족이 없는 한 일단 성립한 주택임대차는 그 종료를 불가능하게 하여 임차인의 계속거주를 보장하여 주는 해지보호(종료보호)가 있다.²⁸¹⁾

이러한 주택임대차에 대한 존속보호의 방법 중에서 독일, 영국, 일본 등의 경우는 보통 해지보호를 취하고 있고, 반면에 우리나라는 주택임대차의 경우에 존속보호로써 기간보호를 취하고 있다. 다만 상가건물임대차보호법이나 임대주택법에서 해지보호를 하고 있으나 그것도 독일이나 일본의 경우와 같이 임대인에 대한 해지권의 엄격한 제한이 아니고, 임차인에 대한 계약갱신요구권을 인정하여 임차인이 계약의 갱신을 요구하는 경우, 임대인에게 그 갱신을 거절할 수 있는 사유가 없는 한, 일정기간 동안 계속 계약을 유지하게 하도록 하고 있다. 상가건물이나 임대주택법의 적용을 받는 임대주택인 경우는 이러한 해지보호의 방법을 취하고 있지만 주택임대차인 경우는 해지보호를 인정하고 있지 않기 때문에 우리나라의 주택임대차의 존속보호는 최단기간의 보장을 통하여 이루어지고 있다고 할 수 있다.

우리법제는 주택임차권에 대해 2년간의 최단기간보장과 법정갱신(주택임대차보호법 제4조, 제6조) 등 기간보호를 통하여 주택임차권의 존속보호를 보호하고 있다. 상가건물의 경우도 기간보호를 하고 있지만 주택과 다른 점은 상가임차인에게 계약갱신요구권이 인정되는 것이 다르다. 따라서 우리나라는 임대차의 존속기간의 장기화, 최단존속기간의 제한, 임대차의 법정갱신은 부분적으로 인정되고 있으나, 임대인의 해지통고에 대한 임차인의 이의권은 전혀 인정되지 아니하다. 그러므로 외국의 입법례에 비하여 임대차 특히 주택임대차의 존속보호가 미약하다고 아니할 수 없다.²⁸²⁾ 결국 기간보장을 통한 임차권의 존속보장은 외

²⁸¹⁾ 임윤수, 전계논문, 73면.

국의 임대차법제가 강력한 해지보호에 의해 주택임차인을 보호하고 있는 것에 비해 임차인의 계속거주에 대한 보호가 미흡하고, 따라서 주택임대차에 있어서 가장 중요한 장기존속보장 즉 임차인의 안정된 주거생활의 보장이란 측면은 아직도 충분치 못하다.²⁸³⁾

2. 임차권의 존속보호

(1) 민법상의 존속보호

우리 민법은 존속보호의 방법으로 기간보호는 하고 있으나 해지보호에 대한 사항은 존재하지 않는다. 주택임대차의 존속기간은 원칙적으로 20년을 넘지 못한다. 따라서 임대인과 임차인 사이의 계약으로 주택임대차의 기간을 약정하는 경우에는 20년의 범위 내에서 그 기간을 정할 수 있다. 설령 당사자간에 20년을 넘는 기간을 약정하더라도 그 기간은 20년으로 단축된다(제651조). 임대차기간이 만료한 경우 임대차를 갱신할 수 있는데 갱신기간은 원칙적으로 10년을 넘지 않는 범위 내에서 가능하다(제651조 제2항). 여기서 갱신이란 임대인과 임차인의 갱신에 대한 합의를 말한다. 따라서 임차인의 갱신청약에 대하여 임대인이 승낙하지 않으면 계약에 의한 갱신은 성립되지 않는다.²⁸⁴⁾ 다만 그 갱신회수에는 제한이 없으므로 10년간씩 계속 존속기간을 연장해 갈 수는 있다.²⁸⁵⁾

임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용·수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 아니한 때에는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 그러나 당사자는 제635조(기간의 약정이 없는 임대차의 해지통고)의 규정에 의하여 해지의 통고를 할 수 있다(제639조 제1항). 기간이 정하여진 임대차는 갱신의 합의가 없으면 기간의 만료로 임대차관계가 종료되어야 할 것이지만, 민법은 임차인을 위해서 임대차를 가급적 존속시키고자

282) 김상용, 전게서, 291면.

283) 이은영, 전게서, 452-453면.

284) 김형배, 전게서, 502면.

285) 김상용, 전게서, 292면.

하는 배려와 함께 기간만료 후 상당기간이 지난 후에 임차물의 사용·수익의 관계를 소급적으로 처리하는 것은 법률관계를 복잡하게 한다는 점을 고려하여 일정 요건 하에 법정갱신을 인정하고 있다.²⁸⁶⁾

즉 기간의 정함이 있는 임대차가 그 기간이 종료된 이후라도 임차인이 목적물을 사용·수익하고 있고, 이에 대해 임대인이 상당한 기간 내에 이의를 하지 않으면, 임대차는 갱신된 것으로 보며 임대차의 내용은 전임대차와 존속기간을 제외하고는 차임, 사용·수익의 방법 등이 모두 같다. 다만 법정갱신 된 경우에 그 존속기간은 정함이 없는 것이 되므로 양 당사자가 언제든지 해지할 수 있고, 그러한 해지가 있는 후 일정기간이 지나면 임대차는 해지가 되는 것이다. 그리고 임대차가 법정갱신 된 경우에 전임대차에 대하여 제3자가 제공한 담보는 소멸한다. 그러나 당사자가 제공한 담보는 법정갱신 후에도 계속 존속한다.²⁸⁷⁾

임대차기간의 약정이 없는 때에는 임대인 또는 임차인은 언제든지 계약해지의 통고를 상대방에게 할 수 있다(제635조 제1항). 그러나 계약해지 통고 즉시 임대차관계가 해지되는 것이 아니라 토지, 건물 기타 공작물에 대하여는 임대인이 해지를 통고한 경우에는 6월, 임차인이 해지통고를 한 경우에는 1월, 그리고 동산에 대하여는 해지통고를 받은 날로부터 5일이 경과해야 해지의 효력이 생긴다(제635조 제2항). 계약해지의 통고 후 일정한 기간이 흘러야 해지의 효력이 생기도록 한 것은 계약해지 통고 즉시 임대차관계를 종료시키면 임차인의 계속적 채권관계에 대한 불의의 손해가 발생할 수 있기 때문이다.²⁸⁸⁾

한편 기간의 정함이 있는 임대차의 경우는 원칙적으로 기간의 경과로 소멸하는 것이지만 만약 임대차기간의 약정이 있는 경우에도 당사자 일방 또는 쌍방이 그 기간 내에 해지할 권리를 보류한 때에는 역시 위의 해지기간에 대한 규정이 준용된다(민법 제636조). 이러한 해지통고에 대한 규정은 강행규정이므로 이에 위반하는 약정으로 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다(제652조). 우리나라 민법상 임차권의 기간보장으로 최단기간에 대한 제한은 없다. 다만 민법이 아닌 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법 등의 특별법에서는 최단존속기간에

286) 이은영, 전제 「채권각론」, 430면.

287) 송덕수, 전제서, 1341-1342면.

288) 오시영, 「채권각칙」, 학현사, 2010, 378면.

대한 규정을 가지고 있다. 이러한 규정에 비추어 볼 때, 우리나라의 민법은 임차인보호를 위하여 여는 최장존속기간의 법정보다는 최단존속기간의 법정인 2년 이하의 기간에도 최장기만 제한하고, 최단기는 규정하지 않아 임차인보호에 소홀한 점이 없지 않다.²⁸⁹⁾ 부동산 임차인의 안정적 지위를 확보하기 위해서 최단기간을 규정하는 것은 매우 중요한 입법사항이다.²⁹⁰⁾

(2) 주택임대차보호법상의 존속보호

1) 기간보장

주택임차권의 경우 주택임대차보호법은 기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다. 다만 임차인은 2년 미만의 기간으로 정한 기간의 유효함을 주장할 수 있다(제4조 제1항). 이 규정은 편면적 강행규정으로서 주택임대차의 최단기간을 2년으로 간주하여 단기의 임대차관행을 시정하려고 하는 것이다. 따라서 2년 미만의 기간을 약정한 경우 그 기간약정은 효력이 없고, 임대인은 그 기간만료를 이유로 주택의 반환(명도)을 청구할 수 없다.²⁹¹⁾ 그러나 임차인의 경우는 동법 제4조 1항의 단서규정에 따라 2년 미만으로 정한 기간의 유효함을 주장할 수 있고, 따라서 임대차기간을 2년 미만으로 정한 임차인이 스스로 그 약정된 임대차기간의 만료하였음을 주장하여 임차보증금의 반환을 청구하는 것은 가능하다.²⁹²⁾ 이러한 최단존속기간 보장 이외에 임대차기간이 끝난 경우에도 임차인이 임차보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속하는 것으로 본다(동법 제4조 제2항). 이 규정은 주택임차인으로 하여금 보증금을 반환 받을 수 있도록 하기 위함이 직접적인 목적이지만, 간접적으로 주택임차인의 주거생활의 안정을 위한 임대차의 존속보장의 기능도 있다.²⁹³⁾

289) 김상용, 전제서, 293면.

290) 김형배, 전제서, 501면.

291) 제4조 제1항은 (1989. 12. 30개정)은 임대차기간이 너무 짧으면 주거생활이 불안정해지기 때문에 최다 기간을 2년으로 보장한 것이다(소재선, 전제 “임대차”, 131면). 이 조항은 과거의 판례(대판 1995. 8. 26. 95다13528)에 의하여 인정되던 것을 1999년 개정 시에 신설된 것이다.

292) 대판 1995. 10. 12. 95다22283.

2) 법정갱신

주택임대차의 경우는 민법상의 임대차계약의 갱신과 달리 임대인 및 임차인에 대하여 일정한 갱신거절의 통지의무를 부여하고 이를 위반한 경우 종전의 임대차가 계속되는 것으로 간주하는 규정을 가지고 있다. 즉 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 1개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 않으면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는, 그 기간이 끝난 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다(제6조 제1항 본문). 그리고 임차인도 역시 임대차기간의 끝나기 1개월 전까지 위의 통지를 하지 아니한 경우 역시 임대차는 자동갱신 되는 것으로 하고 있다(동법 제6조 제1항 후문).

여기서 갱신된 주택임대차의 존속기간은 2년으로 본다(제6조 2항). 그러나 임대차계약이 법정갱신 되어 그 임대차기간이 2년으로 간주되어도 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지를 통지할 수 있다. 다만 그 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나야 효력이 생기도록 하고 있다(제6조의2 제1항, 제2항). 이러한 법정갱신은 언제나 인정되는 것은 아니고 다음의 경우에는 법정갱신이 인정되지 않는다. 즉 임차인이 2기의 차임 액에 달하도록 차임을 연체하거나 그 밖에 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 임차인에 대해서는 법정갱신이 인정되지 아니한다(제6조 제3항).

민법상의 법정갱신과 주택임대차보호법상의 법정갱신의 차이점은 갱신거절 또는 조건변경의 이의를 제기할 수 있는 기간에 차이가 있다. 주택임대차보호법은 임대인이 거절할 경우 기간만료 6개월부터 1월까지에 거절통지를 하여야 하는데 반해서, 민법 제639조는 상당한 기간이라고 규정할 뿐이다. 따라서 주택임대차보호법에서 명확하게 갱신거절의 기간을 정하고 있는 점에서 주택임대차 쪽이 민법에서 보다 강하게 임차인을 보호하고 있다. 그러나 임대인에게 갱신거절의 자유를 인정하고 있는 점에서는 민법이나 주택임대차보호법은 그 차이가 없다.²⁹⁴⁾

293) 김상용, 전제서, 297면.

294) 이은영, 전제서, 457면.

(3) 기타 특별법상의 존속보호

1) 상가건물임대차보호법

가. 기간보장

일정 보증금액 이하의 상가건물²⁹⁵⁾에 대하여 적용되는 상가건물임대차보호법에서는 주택임대차와는 달리 최단존속기간을 1년으로 하여 상가임차인을 보호하고 있다. 즉 상가건물인 경우 기간을 정하지 아니하거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 본다. 다만 임차인은 1년 미만으로 정한 기간의 유효함을 주장할 수 있다(제9조 제1항). 그리고 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 임차보증금을 돌려받을 때까지는 임대차관계는 존속하는 것으로 본다(제9조 제2항). 상가건물의 경우는 주택임대차와 그 최단기간만 다를 뿐 존속기간보장은 최단기의 기간보장을 그 내용으로 하고 있다.

나. 계약갱신요구권

상가건물에 대해서는 주택의 경우와 달리 임차인에 대하여 계약갱신요구권을 인정하고 이에 대해 임대인이 계약갱신을 거절하려면 일정한 사유가 있어야 하도록 하여, 임대인에게 갱신거절에 정당한 사유가 없는 한 임대차계약을 해지하지 못하도록 하여 상가임차인을 보호하고 있다. 즉 “임대인은 임차인이 임대기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다”(제10조 제1항)라고 규정하고 있기 때문에 임대인은 임차인이 계약갱신을 요구하는 경우 일정한 사유가 있어야 계약의 갱신을 거절할 수 있다.

295) 상가건물임대차보호법의 대상이 되는 상가는, 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조, 법인세법 제111조에 따른 사업자등록의 대상이 되는 건물이고, 보호대상이 되는 상가임차인은 서울특별시 3억원, 수도권 정비계획법에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다) 2억 5천만 원, 광역시(수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군 지역은 제외한다), 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시 1억 8천만 원, 그 밖의 지역 1억 5천만 원 이하의 보증금인 경우이다(상가건물임대차보호법 제2조 제1항, 동법 시행령 제2조 제1항).

그러한 계약 갱신거절의 정당사유로는 ①임차인이 3기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우 ②임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우 ③서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우 ④임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대한 경우 ⑤임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우 ⑥임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우 ⑦임대인이 목적건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우 ⑧그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우 등이다. 따라서 임대차기간이 만료하여도 임차인이 계약갱신을 요구하면 임대인이 위에서 열거한 사유가 없는 한 임대인의 의사에 따라 계약을 종료시킬 수는 없다.

그러나 이러한 임차인에 대한 갱신요구권은 무한정 인정되는 것이 아니라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 않는 범위 내에서 인정된다(제10조 제2항). 결국 상가건물의 임대차는 임대인이 갱신거절의 정당사유가 없는 한 5년간은 보호받을 수 있는 것이다. 임차인이 갱신요구에 따라 갱신된 임대차는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 보지만, 차임이나 보증금은 동법 제11조에 따라 증감할 수 있다(제10조 제3항).

다. 법정갱신

상가임대차의 경우에도 임대기간 만료 6개월 전부터 1개월 사이에 임대인이 임차인에게 갱신거절의 통지 또는 조건 변경의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간의 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 이 경우에 임대차의 존속기간은 1년으로 본다(제10조 제4항). 상가임대차가 법정갱신된 경우에도 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지의 통고를 할 수 있고 임대인이 그 통고를 받은 후 3개월이 지나면 효력이 발생한다(제10조 제5항). 따라서 상가임대차의 법정갱신은 주택임대차의 경우와 차이가 없다.

2) 임대주택법

가. 임대주택법상의 임대주택

임대주택법상 임대주택이란 임대목적에 제공되는 건설임대주택 및 매입임대주택을 말한다(제2조 제1호). 여기서 건설임대주택이란 임대사업자²⁹⁶⁾가 임대를 목적으로 건설하여 임대하는 주택과 주택법 제9조에 따라 등록한 주택건설사업자가 같은 법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 주택 중, 사용검사 때까지 분양되지 아니한 주택으로서 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마치고 국토해양부령에 따라 임대하는 주택을 말한다(제2조 제2호, 가목, 나목). 이러한 건설임대주택 중, 국가 또는 지방자치단체의 재정으로 건설하여 임대하는 주택, 주택법 제60조에 따른 국민주택기금의 자금을 지원받아 건설하여 임대하는 주택, 그리고 공공사업에 따라 조성된 택지에 주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설하여 임대하는 주택 등을 공공건설임대주택이라 한다. 이러한 공공건설임대주택 이외의 임대주택을 민간건설임대주택이라 한다(동법시행령 제2조 제1호, 제2호). 매입임대주택은 임대사업자가 매매 등으로 소유권을 취득하여 임대하는 주택이다(제2조 제3호).

나. 기간보장

임대주택법상의 임대주택은 그 종류에 따라 임대 의무기간이 정해져 있어서 이러한 임대 의무기간이 지나지 않으면 매각을 제한함으로써 임차기간을 보장하고 있다. 건설임대주택 중 국가나 지방자치단체의 재정으로 건설하는 임대주택 또는 국민주택기금의 자금을 지원 받아 영구적인 임대를 목적으로 건설한 임대주택은 그 임대주택의 임대개시일로부터 50년, 건설임대주택 중 국가나 지방자치단체의 재정과 국민주택기금의 자금을 지원받아 건설되는 임대주택은 임대 개시일로부터 30년, 이러한 규정에 해당하지 아니하는 건설임대주택 중 제26조에 따라 임대조건을 신고할 때 계약기간을 10년 이상으로 정하여 신고한 주택은 그 임대주택의 임대 개시일로부터 10년, 위 임대주택 이외의 건설임대주택 및 매입임대주택은

296) 임대사업자란 국가, 지방자치단체, 대한주택공사, 지방공사, 제6조에 따라 주택임대사업을 하기 위하여 등록된 자 또는 제7조에 따라 설립된 임대주택조합을 말한다(임대주택법 제2조 제4호). 주택임대사업을 하기 위하여 등록한 자란 건설임대주택의 경우, 단독주택은 2호, 공동주택은 2세대, 매입임대주택의 경우는 단독주택은 1호, 공동주택은 1세대 이상의 호수를 임대하려는 자를 말하고 이들은 일정한 절차에 따라 등록하여야 한다(동법 제6조 제1항).

의무임대기간이 5년이다(제16조 제1항 제1호 내지 제4호). 그리고 장기전세주택은 그 기간이 임대주택의 임대 개시일부터 20년이다(제16조 제1항 제2호의2, 동법시행령 제13조).²⁹⁷⁾ 따라서 임대주택법의 적용을 받는 임대주택은 그 임대주택의 종류에 따라 최단 5년에서 최장 50년까지 임차기간의 보장을 받고 있다.

다. 해지보호

임대주택법상의 임대인에 대하여는 위에서 본 임대임의무기간의 제한과 더불어 계약의 해제와 해지 그리고 갱신거절에 대하여도 제한을 가하고 있다. 즉 임대사업자는 임차인에게 일정한 사유가 없는 한 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없다(제27조 제1항). 따라서 임대사업자는 임차인에 대하여 다음과 같은 사유가 있어야 계약의 해제, 해지 그리고 갱신거절이 가능하다. 그 사유는 ①거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임대주택을 임대받은 경우 ②법 제19조²⁹⁸⁾를 위반하여 임대주택의 임차권을 타인에게 양도하거나 임대주택을 전대한 경우 ③임대차기간이 시작된 날부터 3개월 이내에 입주하지 않은 경우, 다만 임대사업자의 귀책사유로 입주가 지연된 경우에는 그러하지 아니하다. ④임대료를 3개월 이상 연속하여 연체한 경우나 분납임대주택의 분납대금을 3개월 이상 연체한 경우 ⑤임대주택 및 그 부대시설을 임대사업자의 동의를 받지 않고 개축·증축 또는 변경하거나 본래의 용도가 아닌 용도로 사용하는 경우 ⑥임대주택 및 그 부대시설을 고의로 파손 또는 멸실한 경우 ⑦주택법 제16조에 따라 사업계획의 승인을 받아 건설한 공공건설임대주택의 임대차기간 중 다른 주택을 소유하게 된 경우, 다만 상속, 판결 또는 혼인 등 그 밖의 부득이한 사유로 다른 주택을 소유하게 되어 부적격자로 통보받은 날부터 6개월 이내에 해당 주택을 처분하는 경우와 해당 임대주택의 입주자 모집당시 입주자를 선정하고 남은 임대주택의 임차권을 선착순의 방법으로 취득한 경우는 제외한다. ⑧법 제

297) 장기전세주택은 국가, 지방자치단체, 대한주택공사법에 따른 대한주택공사 또는 지방공기업법 제49조에 따라 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사가 임대할 목적으로 건설 또는 매입하는 주택으로서 20년의 범위에서 전세계약의 방식으로 공급하는 임대주택을 말한다(임대주택법 제2조 제3호의2).

298) 임대주택법 제19조(임대주택의 전대 제한) “임대주택의 임차인은 임차권을 다른 사람에게 양도(매매, 증여, 그밖에 권리변동이 따르는 모든 행위를 포함하되, 상속의 경우는 제외한다)하거나 임대주택을 다른 사람에게 전대(轉貸)할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우로서 임대사업자의 동의를 받은 경우에는 양도하거나 전대할 수 있다.”

32조에 따른 표준임대차계약서상의 의무를 위반한 경우 ⑨임차인이 해당 주택에서 퇴거하거나 다른 임대주택에 당첨되어 입주하는 경우 ⑩임차인이 법 제32조 제5항에 따른 분양전환신청기간 이내에 분양전환신청을 하지 않은 경우 등이다(동법 시행령 제26조 제1항).

이와 더불어 임대주택법은 임대인에 대해서만 계약의 해제, 해지, 갱신거절을 제한하는 것이 아니라, 또한 임차인이 계약을 해제, 해지, 갱신거절을 할 수 있는 사유를 정하고 있다(제27조 제2항). 즉 임차인은 다음의 사유가 있는 경우에는 계약의 해제 또는 해지 또는 갱신거절을 할 수 있다. 그 사유를 보면 ①시장, 군수, 구청장이 임대주택에 거주하기 곤란할 정도의 중대한 하자가 있다고 인정한 경우 ②임대사업자가 시장, 군수, 구청장이 지정한 기간 내에 하자보수명령을 이행하지 아니한 경우 ③임대사업자가 임차인의 의사에 반하여 임대주택의 부대·복리시설을 파손하거나 철거한 경우 ④임대사업자의 귀책사유로 입주기간 종료일 부터 3개월 이내에 입주할 수 없는 경우 ⑤임대사업자가 법 제32조에 따른 표준 임대차계약서상의 의무를 위반한 경우 ⑥임대사업자가 임대차계약 체결 후 또는 보증기간 만료 후 1개월 이내에 법 제17조에 따른 임대보증금에 관한 보증에 가입하지 않은 경우 등이다(동법시행령 제26조 제2항).

제2절 차임의 통제

1. 차임통제의 필요성

임차인의 주거생활의 안정을 가져오기 위해서는 주택임차권에 존속보호가 주어지는 것 이외에도 차임에 대한 적절한 통제가 행해져야 한다. 그러나 주택은 그것이 임대인의 재산이므로 그 재산권의 활용은 임대인의 의사에 따라 이루어지는 것이고, 나아가 하나의 상품으로서 시장에서의 수요와 공급에 의하여 그 차임이 정해지는 것이 원칙이다. 그러나 주택은 다른 재화와는 다른 특징을 가지는

것이며, 주택이 가지는 사회적 중요성에 비추어 임대인과 임차인의 자유로운 합의에 의해 차임의 결정될 수 있도록 하는 것은 주택을 이윤추구나 투기수단으로 이용할 수 있게 되어 결국 주택임차인의 주거생활의 안정을 해칠 우려가 있다.²⁹⁹⁾

외국의 경우는 이미 주택임대차관계는 임대인과 임차인의 자유로운 합의의 영역을 벗어났으며, 어떠한 주거공간은 이미 개인에 의해 독점되어서는 안되고, 개인에게 처분의 자유가 주어지지도 않는다. 주거공간은 투자나 이윤추구의 수단으로만 이용되어서는 안된다. 임대인과 임차인 사이에 적정한 분배원리에 따라 차임이 결정되고 그것을 매개로 하여 안정된 계약관계가 존속되어야 하는 것으로 보고 있다.³⁰⁰⁾ 우리나라 역시 이러한 주택임대차에 있어서 차임규제를 하고 있다. 그러나 주택임차료의 인상을 규제하면서도 최초의 차임에 대한 규제가 없고, 차임인상을 위한 임대차계약의 해지를 제한하지도 않기 때문에 임대인이 차임인상을 위해서 임대차계약을 해지하여 다른 임차인과 높은 차임으로 새로운 임대차계약을 체결할 수 있도록 함으로써 차임 등의 인상규제가 오히려 주택임차인의 주거생활의 불안정을 초래하고 있다.³⁰¹⁾

현행 차임의 규제와 관련된 법규정은 차임인상을 연간 5%라는 일률적인 규제를 하고 있어 현실과 동떨어진 규제라 할 수 있고, 최초 차임에 대한 기준이 될 수 있는 적정차임이 제시되지 않아 임대인들이 제시하는 차임이나 보증금 등이 임차인들이 감당할 수 없는 수준이어서 임차인의 주거생활은 위협을 받고 있다. 따라서 차임 및 보증금의 금액을 서민생활에 위협을 주지 않는 적정한 범위로 제한할 수 있는 법적규정들이 마련되어야 한다. 한편 차임규제는 임대인의 재산권 행사의 자유를 제한하는 것이므로 임차인의 주거권과 임대인의 재산권이라는 기본적 가치의 충돌을 가져오는 문제이기도 하다. 결국 차임의 통제는 일방적인 임차인보호에만 치중하여 그에 대한 규제를 할 수 있는 것이 아니다. 실제 우리나라의 차임통제를 위한 규정이 현실에서 그 실효성이 떨어지는 것도 임대인이 수급할 만한 적정한 정도의 차임의 제시와 그것을 기준으로 한 합리적인 인상을

299) 고영남, “주택임대차보호법의 한계와 공공성의 포기”, 「민주법학」(제23호), 민주주의법학연구회, 2003, 166-167면.

300) 이은영, 전게서, 450면.

301) 김상용, 전게서, 310-311면.

보장하지 않기 때문이다. 따라서 차임통제는 임대인에 대한 적절한 이윤이 보장되고 그것이 사회적으로 정당성이 있다고 볼 수 있는 경우에 합리적인 통제기능을 발휘하게 된다.³⁰²⁾

2. 차임통제

(1) 민법상의 차임통제

우리 민법상 차임과 관련된 규정은 제627조 제1항과 제628조를 들 수 있다. 즉 임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용·수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있다(제627조 제1항). 그리고 임대물에 대한 공과부담의 증감 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대한 차임의 증감을 청구할 수 있다(제628조). 목적물의 일부멸실 등에 의한 감액청구는 임대인에 의해 제공된 임차목적물의 사용·수익에의 제공이 전부 또는 일부 행하여지지 않은 경우에 그것에 상응하여 차임이 감액되어야 함은 차임의 성격으로 볼 때 당연하다. 따라서 이 규정은 임차인보호를 위한 차임통제의 제도라기 보다는 임대차계약의 성질상 당연한 내용을 규정하는 것이라 보아야 한다.

한편 민법 제628조는 일정한 사유가 있는 경우 임대인이 차임증액을 청구하거나 임차인이 차임감액을 청구하는 내용을 담고 있다. 임대인이 임차인에게 증액청구를 하거나 임차인이 임대인에 대해 감액청구를 하기 위해서는, ①차임약정시와 증감청구시 사이에 경제사정의 변동이 있을 것 ②청구시 종래 약정된 차임이 상당하지 아니할 것 ③일시 사용을 위한 임대차가 아닐 것(제653조), ④증액청구의 금지 약정이 없을 것을 요건으로 한다.³⁰³⁾ 감액청구를 금지하는 약정은 임

302) 차임통제가 가져오는 역기능에 대해서는 다음의 문헌 참조. 영국의 경우는 Albon, R. P. & Stafford, D.C. "Rent Control and Housing Maintenance", Urban Studies, Vol. 27, No. 2, 1990, pp.233-240. 미국의 경우는 Miron, J. R., "Security of Tenure, Costly Tenants and Rent Regulation", Urban Studies, Vol. 27, No. 2, 1990, pp.167-184. Whitehead, c., "Private Renting in the 1990s", Housing Studies, Vol. 11, No. 1, 1996.

303) 이은영, 전제서, 419면.

차인에게 불리하게 제628조를 회피하는 것이므로 무효이다(제652조).

판례도 임대차계약 체결시에 임대인이 일방적으로 차임을 인상할 수 있고, 상대방은 이를 할 수 없다고 약정하였다면, 이는 강행규정인 민법 제628조에 위반하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것이므로 민법 제652조에 의하여 효력이 없는 것으로 보고 있다.³⁰⁴⁾ 차임증감을 청구하는 경우에 경제사정의 변동이 있었는지 또는 종래의 차임이 상당하지 않은가의 문제는 객관적으로 결정하여야 한다. 또한 얼마의 차임증감이 현재의 경제사정에 적합한지도 결정하기에 어려운 문제이다. 당사자간에 차임증감의 필요성 및 그 증감액에 관하여 의견의 대립이 있는 경우에는 소송절차를 거쳐 법원의 판단을 따르는 수밖에 없는데, 당사자가 소송절차를 거치지 않고 적정액을 판단할 수 있는 간이절차가 요망된다.³⁰⁵⁾

(2) 주택임대차보호법상의 차임통제

주택임대차보호법상 차임의 인상규제의 내용은 매우 단순하다. 즉 최초의 차임 또는 보증금액에 대해서는 규제하지 아니하고, 주택임대차계약 체결 후 장래에 대해서만 차임 또는 보증금 인상을 규제하고 있다. 주택임대차보호법상 차임증감은 당사자가 약정한 차임이나 보증금이 임차주택에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 적절하지 아니하게 된 때에는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다. 다만 증액의 경우에는 대통령령으로 정하는 기준에 따른 비율을 초과하지 못한다(제7조). 판례도 차임이나 보증금의 증감에 관한 동법 제7조는 임대차계약의 존속 중 당사자 일방이 약정한 차임 등의 증감을 청구한 경우에 한하여 적용되고, 임대차계약이 종료된 후 재계약을 하거나 또는 임대차계약 종료 전이라도 당사자의 합의로 차임 등이 증액된 경우에는 적용되지 않는다고 한다.³⁰⁶⁾ 차임이나 보증금(이하 “차임 등”이라 한다)의 증액 청구는 약정한 차임 등의 20분의 1의 금액을 초과하지 못하고 또한 그 증액청구는 임대차계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하지 못한

304) 대판 1992. 11. 24. 92다31163.

305) 이은영, 전게서, 421면.

306) 대판 2002. 6. 28. 2002다23482; 대판 1995. 10. 12. 95다22283.

다(동법시행령 제2조 제1항, 제2항).

따라서 주택임대차인 경우에 최초의 임대차계약시에 차임규제는 하지 않고, 그 약정한 차임에 대해 장래에 대해서만 증감청구를 할 수 있다. 그리고 차임증액을 하는 경우 기간과 액수를 제한하여 증액을 하기 위해서는 차임을 증액한 후 1년이 지나야 하고, 증액하는 액수도 약정차임의 20분의 1로 제한하고 있다. 결국 임대인은 주택임대차인에 대하여 증액이 있는 후 1년이 지난 후에 약정차임의 20분의 1을 증액할 수 있는 것이다. 한편 보증금 감액의 경우에 임대인은 경제상황의 변화로 주택가격과 임대보증금이 급락함에 따라 당초 약정한 임대보증금이 과도한 때에는 임대인에게 장래를 향하여 객관적으로 적정한 임대보증금을 감액하여 줄 것을 청구할 수 있다. 이 경우에 판례는 계약당시의 금액보다 20% 이상의 사정변경이 생기고 계약기간이 6개월 이상 남아 있어야 한다고 하고 있다.³⁰⁷⁾ 이러한 차임증감청구권은 반드시 재판상으로 청구하여야 하는 것은 아니고 재판외의 방법으로 통상 내용증명우편으로 상대방에게 그러한 사실을 통지하고 상대방이 증감된 보증금을 지급 또는 반환하지 아니할 경우 소송이나 조정 신청 등을 제기하여 법원을 통하여 금액을 확정한다.³⁰⁸⁾

차임규제와 관련한 또 하나의 규정은 보증금의 전부 또는 일부를 월단위의 차임으로 전환하는 경우에는 그 전환되는 금액에 은행법에 따른 금융기관에서 적용되는 대출금리와 해당지역의 경제여건 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 월차임의 범위를 초과할 수 없다(제7조의2). 여기서 대통령령으로 정하는 비율이란 연 1할 4푼을 말한다(시행령 제2조의2). 이 규정들은 우리나라 주택임대차의 차임지급 유형이 일정한 임차보증금을 지급하고 있는 것이 일반적이던데 이러한 관행적인 차임지급 유형이 점차 월차임으로 전환되는 추세에서, 임대인이 임차보증금을 월차임으로 전환하는 과정에서 과도한 이율을 적용하여 임대인의 주거비 부담을 가져오는 오는 것을 막기 위한 조치라 할 수 있다.³⁰⁹⁾

307) 서울지방법원동부지원, 98가합19149.(법률신문 1998. 12. 17. 3면).

308) 박용진, 전제서, 30-31면.

309) 전세에서 보증부월세로의 전환 시 세입자의 부담은 커지는데 반하여 임대인의 수익은 늘어나게 된다. 시중금리의 하락과 주택가격의 지속적인 안정이 예상되는 가운데 주택임대차 시장은 전세 중심에서 월세 시장으로 바뀌는 추세에 있다. (윤혜정, 전제논문, 141면 참조)

(3) 기타 특별법상의 차임통제

1) 상가건물임대차보호법

상가건물임대차보호법의 차임규제도 주택임대차보호법과 마찬가지로 제11조에서 차임 등의 증감청구권을 규정하고 있는데 그 내용은 위에서 본 주택임대차보호법 제7조의 규정과 내용이 같다. 다만 동법 시행령 제4조에서는 차임 또는 보증금의 증액청구의 액수에 관해서는 차임 또는 보증금의 100분의 9의 금액을 넘지 못하도록 하는 데에 차이가 있다. 한편 보증금의 전부 또는 일부를 월단위의 차임으로 전환하는 경우에 대해 동법 제12조가 규정하고 있는데, 그 내용 역시 주택임대차보호법 제7조의2의 내용과 같다. 다만 월차임 전환 시의 이율을 동법 시행령 제5조에 연 1할 5푼으로 정하고 있다. 따라서 상가의 차임규제 역시 주택에 대한 차임규제와 마찬가지로 이루어지고 있고 다만 증액의 한도와 월차임 전환이율이 다를 뿐이다.

2) 임대주택법

임대주택법은 임대보증금과 임대료 등 임대조건에 관한 기준은 대통령령으로 정하도록 하고, 건설임대주택의 임대사업자가 임대보증금 또는 임대료의 증액을 청구하는 경우에는 ‘주택임대차보호법’으로 정한 범위에서 주거비, 물가지수, 인근지역의 전세가격 변동률 등을 고려하여야 한다고 하고 있다. 또한 국가, 지방자치단체, 대한주택공사, 지방공사가 건설한 임대주택의 임대보증금 및 임대료 등 임대조건을 정하는 경우에는 임차인의 소득수준 및 임대주택의 규모 등을 고려하여 차등적으로 정할 수 있다(제20조). 주택임대차보호법은 사정변경으로 인한 차임증액의 경우 외에는 차임 또는 보증금액에 대한 통제를 하지 않으나, 임대주택법은 건설임대주택에 대한 임대조건을 대통령령으로 정하면서, 국가 등이 건설한 임대주택에 대해서는 임차인의 소득수준과 임대주택의 규모에 따라 차등 적용하도록 하여 건설임대주택의 임차인은 다른 주택임차인보다 두터운 보호를 받고 있다.³¹⁰⁾

동법 제20조 제1항에 따라 표준임대보증금 및 표준임대료에 관한 제도가 마련되어 있다. 즉 공공건설임대주택 중 주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 임대주택의 최초의 임대보증금 및 임대료는 국토해양부장관이 정하여 고시하는 표준임대보증금 및 표준임대료를 초과할 수 없다. 다만 제13조 제5항 제1호, 제3호 및 제22조 제3항에 따른 공공건설임대주택의 임대료와 장기전세주택으로 공급하는 공공건설임대주택의 최초의 임대보증금에는 이를 적용하지 않는다(시행령 제21조 제1항). 또한 표준임대보증금 및 표준임대료를 산정할 때 고려해야 하는 사항으로서 임대주택과 그 부대시설에 대한 건설원가, 재정 및 국민주택기금 지원비율, 해당 임대주택 주변지역의 임대보증금 및 임대료 수준, 임대보증금의 보증수수료(임차인 부담분만 해당한다), 감가상각비, 수선유지비, 화재보험료, 국민주택기금의 용자금에 대한 지급이자, 대손충당금 및 제세공과금 등을 들고 있다.

나아가 최초임대보증금에 대한 금액도 제한하고 있다. 즉 공공건설임대주택에 대한 최초의 임대보증금은 다음 각 호의 구분에 따라 정하는 금액을 초과할 수 없다. 그 구체적인 경우로서 국가, 지방자치단체, 한국토지주택공사 또는 지방공사가 건설한 임대주택은 해당 임대주택과 그 부대시설에 대한 건설원가에서 국민주택기금의 용자금을 뺀 금액(임대보증금상한선), 기타의 임대사업자가 건설한 임대주택은 수도권외의 경우 위 임대보증금 상한선의 100분의 90, 수도권 외의 지역은 위 임대보증금 상한선의 100분의 80으로 제한하고 있다(시행령 제21조). 이러한 임대보증금 상한선은 임대사업자의 부도가 발생하였을 때 임차인들의 임차보증금을 반환받지 못하게 되는 피해를 예방하기 위한 것이다.³¹¹⁾ 한편 임대료의 증감에 대해서는 임대보증금 또는 임대료 증액을 청구하는 경우에는 ‘주택임대차보호법’으로 정한 범위에서 주거비 물가지수, 인근지역의 전세가결 변동률 등을 고려하도록 하고 있다(제20조 제2항).

310) 이은희, “임대차에 있어서 소비자보호”, 「법학연구」(제19권 2호), 충북대학교 법학연구소, 2009, 67면.

311) 상계논문, 69면.

제3절 임대차기간 중 당사자의 권리의무

1. 당사자의 권리의무 규정의 필요성

임대차는 계속적 채권관계이기 때문에 임대인과 임차인간의 인적신뢰가 다른 어떠한 채권관계보다도 중요하다. 따라서 임대차관계는 그 기간 중에 당사자가 인적신뢰관계를 바탕으로 한 일정한 권리와 의무를 충실히 이행할 필요성이 있다. 임대차관계에 있는 임대인과 임차인간의 권리의무에서 가장 중요한 문제는 주택의 유지보수에 관한 사항이다. 그 이유는 주택은 일정기간이 경과하면 하자가 발생하거나 노후화되어 수선이 필요하게 되므로, 임대주택의 경우 임대인과 임차인간에 누가 수선을 담당하고 비용을 부담해야 할 것인지 명확한 책임분담이 필요하기 때문이다. 또한 임대차기간중의 당사자간의 권리의무를 명확히 해야 하는 것은 임대인의 입장에서는 자기소유의 주택을 관리·유지하기 위하여 필요하지만 임차인의 입장에서도 임대차기간 중에 발생하는 주택에 대한 수선책임의 소재를 놓고 임대인과의 갈등을 줄일 수 있다는 점에서도 필요한 것이다.

그러나 이러한 임대인과 임차인 사이의 권리의무에 관하여 민법에서 규정하고 있는 내용은 구체성이 없으며, 판례도 사안에 따라 임대인과 임차인이 부담하는 의무에 따라 누가 책임을 부담하는지에 대한 판단이 달라서, 임대인과 임차인의 의무위반에 대한 사항이 어떠한 것이고, 누가 어떠한 책임을 지게 되는지에 관하여 임대차 당사자가 인식할 수 있을 만큼 구체적으로 명시되지 않고 있다.³¹²⁾ 임대인과 임차인 사이의 권리의무는 임차인을 보호하기 위한 강행규정에 위반되지 않는다면 당사자가 협의하여 정할 수 있다. 현재 공공임대아파트의 표준임대차계약서에는 임대인과 임차인의 주택유지수선에 관한 계약 조문이 포함되어 있고, 구체적인 내용에 대해서는 특약으로 규정할 수 있도록 하고 있다.

그러나 민간임대주택에서 일반적으로 사용하는 임대차계약서에는 그러한 계약 조문이 없다. 임대차가 존속하는 기간 동안 임대인과 임차인 사이의 권리와 의무

312) 장영희·박은철·최윤경, “주택임대차에 관한 제도적 개선방안 연구”, 「주택연구」(제8권 제1호), 2000, 105면.

에 관한 내용들이 민법상으로도 구체적이지 않고, 현재 통용되는 임대차계약서에도 구체적으로 명시되지 않고 있기 때문에 주택의 유지, 수선과 관련하여 임대인과 임차인간의 갈등이 일어났을 때 문제해결에 대한 명확한 기준이 되지 못하고 있는 실정이다. 따라서 이하에서는 임대차 당사자가 부담하는 권리의무와 관련하여, 우리나라의 임대차관련 규정, 그리고 판례를 살펴보고, 공공임대차에 의무적으로 사용하게 되어 있는 임대주택법상의 표준임대차계약서와 외국의 임대차계약서에 나타나는 임대인과 임차인의 권리의무들을 비교함으로써, 임대차 기간 중에 임대인과 임차인들이 가지고 있는 권리의무와 그에 따라 각자가 부담하게 되는 책임의 구체적인 내용들이 어떠한 것인지 알아보도록 한다.

2. 임대차 당사자의 권리의무

(1) 민법상의 권리의무

1) 임대인의 권리의무

임대인은 임대목적물을 사용·수익하게 하는 대가로 임차인에 대하여 차임지급 청구권을 가진다. 또한 건물 기타 공작물의 임대인은 임대차관계에서 발생한 채권을 확보하기 위하여 임차건물 등의 부속물에 대한 법정질권 등을 가진다. 임대차는 임대인의 목적물을 사용·수익을 하게할 의무와 임차인의 차임지급 의무가 주된 내용이 되지만 임대차관계는 계속적 채권관계이므로 임대차기간 중에 임대인과 임차인 사이의 여러 가지 권리의무가 나타나게 된다. 그러나 임대인과 임차인이 갖는 권리와 의무는 서로 상대방에 대해, 임대인의 권리는 임차인의 의무가 되고, 임차인의 권리는 임대인의 의무가 되는 것이 보통이므로 임대인이 갖는 권리는 임대차관계에서 부담하는 임대인의 의무를 설명하는 것으로 한다.

가. 임대목적물을 사용·수익케 할 의무

임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속 중 그 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다(제623조). 임대인이 임대차계약에서 부담하

는 주된 의무는 목적물의 인도와 계약존속 기간 중에 임차인이 그 목적물을 사용·수익할 수 있도록 필요한 상태를 유지하는 것이다. 따라서 임대인은 목적물의 인도의무를 부담하므로 임대인이 계약에 좇아 목적물을 인도하지 않으면 임차인은 이행청구권을 가진다. 나아가 채무불이행의 요건을 갖춘 경우에는 손해배상청구권 혹은 해지권을 가진다.³¹³⁾ 또한 임대인은 임대기간 중 임차인이 임대목적물을 사용·수익할 수 있도록 하여야 할 의무를 부담한다. 임대인의 이 의무는 임차인이 임대목적물을 사용·수익하는 것을 인용하여야 하는 소극적인 의무가 아니라 임차인으로 하여금 임대목적물을 사용·수익할 수 있도록 하여야 하는 적극적인 의무다. 따라서 임대차기간 동안 임차인이 목적물을 사용·수익하는데 방해가 되는 제3자의 침해를 적극적으로 방지하고 제거하여야 할 방해제거의무도 부담한다.³¹⁴⁾

사용·수익에 필요한 상태가 어떠한 것인지는 계약서에 정해진 사용·수익의 목적에 의해 정해지고, 그러한 정함이 없는 경우는 그 물건의 통상적인 사용방법에 의해 정해진다. 그러나 이 의무에는 특별한 사정이 없는 한 임차인의 안전을 배려하여 주거나 도난을 방지하는 의무는 포함되지 않는다. 판례도 임차목적물이 연립주택의 반 지하 방으로서 방범창이 설치되지 않았고 주위 담장이 낮아 절도범의 침입이 쉽게 되어 있고 그 외에도 차면시설이 불량하여 지나가는 행인들이 쉽게 들여다 볼 수 있는 것이어서, 임차인이 도난을 당하고 그 외에도 정신적 고통을 겪었음을 이유로 위자료를 청구한 사안에서 임대인의 책임을 부정하였다.³¹⁵⁾ 그리고 이 의무에는 임대물이 멸실된 경우에 이를 새로 제작하여 인도할 의무도 포함되지 않는다. 그러나 이러한 의무는 특약에 의해 배제되거나 제한할 수 있다.³¹⁶⁾

나. 수선의무

임대인은 목적물을 사용·수익에 필요한 상태로 유지해야 하는 의무가 있으므로

313) 김증한·김학동, 전게서, 377면.

314) 김상용, 전게서, 298면.

315) 대판 1999. 7. 9. 99다10004.

316) 김증한·김학동, 전게서, 378-379면.

만약 목적물이 손상되었을 경우 당연히 이를 수선해주어야 하는 의무가 생기는 것이다. 이러한 수선의무는 목적물의 사용·수익에 필요한 경우, 즉 수선하지 않으면 계약에서 정한 목적 혹은 용도에 따라 사용·수익할 수 없는 상태가 생긴 경우에 발생한다. 즉 임차목적물에 파손 또는 장애가 생긴 경우에, 그것이 임차인이 별 비용을 들이지 않고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 사소한 것이어서 임차인의 사용·수익을 방해할 정도의 것이 아니라면 임대인은 수선의무를 부담하지 않고, 그것을 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정해진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태로 될 정도의 것인 때에 임대인은 그 수선의무를 부담한다.³¹⁷⁾

임대인의 임대목적물 수선의무는 임차인의 임차목적물 보관·관리의무와의 관계에서, 어느 정도로 임차목적물이 파손되었을 때에 임대인이 수선의무를 진다고 할 것인가의 한계설정이 쉽지 않다. 판례도 임대인이 수선의무를 지는 경우에도 특약에 의해 이를 면제할 수 있지만, 이것은 통상 생길 수 있는 소규모의 수선에 한하고, 대파손의 수리, 건물의 주요구성부분에 대한 대수선, 기본적 설비부분의 교체 등과 같은 대규모의 수선은 이에 포함되지 아니하고 여전히 임대인이 그 수선의무를 부담하도록 하고 있다.³¹⁸⁾ 일반적으로 임대인이 수선을 할 필요성이 인정되는 경우는 임차목적물을 수선하지 아니하면 임차인의 사용·수익이 불능으로 될 정도를 의미하지 아니하며, 임차인이 그 임차목적물을 사용·수익할 수 없는 상태가 생길 정도 이어야 한다.³¹⁹⁾ 그러나 임차인이 계약 당시에 약정하지 않은 다른 목적으로 목적물을 사용·수익할 경우까지 그에 적합한 상태를 유지하게 할 의무는 임대인에게 없다.³²⁰⁾

임대인이 수선의무를 불이행하면 임차인은 임대인에 대하여 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있고, 임대차계약을 해지할 수 있으며, 차임지급을 거절 또는 차임의 감액을 청구할 수 있다(제390조, 제544조). 반면에 임대인이 임대목적물의 보존에 필요한 수선을 하고자 할 때에 임차인은 이를 거절할 수

317) 대판 1994. 12. 9. 94다34692,34708.

318) 대판 1994. 12. 9. 94다34692,34708.

319) 김상용, 전제서, 298면.

320) 대판 1996. 11. 26. 96다28172.

없다. 그러나 임대인이 임차인의 의사에 반하여 보존행위를 하는 경우에 그로 말미암아 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 임차인은 임대차계약을 해지할 수 있다(제624조, 제625조).

다. 비용상환의무

임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다. 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차 종료시에 그 가액이 현존할 때에 한하여 임차인이 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다. 이 경우에 법원은 임대인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다(제626조 제1항, 제2항). 그러나 이러한 비용 이외에 특별한 사정에 기한 사치비 등은 그 반환대상이 아니다.³²¹⁾

(가) 임차인의 필요비 상환청구권

목적물의 보존은 임대인의 목적물을 사용·수익시킬 의무의 한 내용이 되므로 임차인이 목적물 보존을 위하여 들인 필요비는 원래 임대인이 부담해야 하는 것이다. 이러한 점에서 필요비는 임차인이 지출한 즉시 이의 상환을 청구할 수 있다고 보아야 한다.³²²⁾ 필요비에는 임차목적물의 원상을 유지하거나 회복하는 비용에 한하지 않고, 목적물의 통상의 용도에 적합한 상태로 유지하기 위하여 지출한 비용도 포함된다.³²³⁾ 예컨대 건물의 관리유지비는 이에 속한다. 이에 반하여 목적물을 사용·수익하기 위하여 든 비용, 즉 건물의 전기·수도요금 등은 이에 속하지 않는다.³²⁴⁾ 임차인은 이러한 필요비의 상환을 받기 위하여 임차목적물에 대하여 유치권을 행사할 수 있다.³²⁵⁾ 비용상환청구권의 법적성질은 부당이득반환청구권이라 할 것이다. 따라서 임차권의 비용상환청구권에 관한 제626조(임차인의 상환청구권)는 일반부당이득조항인 제741조(부당이득의 내용)나 단순히 점

321) 김상용, 전계서, 299면.

322) 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2004, 1143면.

323) 대판 1980. 10. 14. 80다1851,1852.

324) 김증한·김학동, 전계서, 381면.

325) 송덕수, 전계서, 1346.

유자의 상환청구권에 관한 제203조(점유자의 상환청구권)에 대한 특별조항이라 할 것이므로, 제626조가 위 조항들에 우선하여 적용된다.³²⁶⁾

(나) 임차인의 유익비상환청구권

임차인이 임차목적물의 가액의 증대를 위하여 유익비를 지출한 때에는 임대인은 임대차가 종료한 때에, 그 임차목적물의 가액의 증가가 현존하는 때에 한하여 임차인이 지출한 금액이나 그 증가액을 임차인에게 상환하여야 한다. 임차인이 유익비를 지출하여 임차목적물의 가액이 증대하고 그 가액의 증가가 현존하고 있으면, 임대차가 종료하여 임대인이 그 목적물을 반환 받았을 때에 임대인은 부당이득을 취득하게 되는 것이다. 따라서 임대인의 유익비상환의무의 법적 성질은 부당이득반환의무이다.³²⁷⁾ 임대인이 유익비를 상환하는 것은 임차인이 즉시 상환청구를 할 수 있는 필요비와는 달리 임대인이 임대목적물을 반환 받은 날로부터 6개월 이내에 행사하여야 하고(제654조, 제617조), 나아가 임대인의 청구에 의하여 법원이 상당한 기간을 허여한 경우에는(제626조 제2항 후문) 임대목적물을 반환 받은 날부터 6개월이 지나도 그 상환청구를 할 수 있다. 그리고 임차인은 유익비의 상환을 받기 위하여 임차목적물에 대한 유치권을 행사할 수 있으나, 임대인이 법원으로부터 상당한 상환기간의 허여를 받은 경우에는 임차인은 유치권을 행사할 수 없다.³²⁸⁾

비용 상환의무자는 원칙적으로 임대인이다. 그런데 임차인이 임대인의 동의를 얻어 전대하였는데 전차인이 비용을 지출한 경우라면, 전차인은 전대인에게 비용 상환청구권을 행사할 수 있을 뿐, 임대인에 대하여는 비용 상환청구권을 행사할 수 없다고 할 것이다. 한편 임차인이 비용을 지출 한 후에 목적물의 소유권이 양도된 경우에, 민법 제621조에 의하여 임차권등기를 하였거나, 주택임대차보호법 제3조 및 상가건물임대차보호법 제3조에 의해 대항력을 갖춘 경우에는, 신소유자에 대하여 비용 상환청구권을 행사할 수 있지만, 대항력이 없는 경우에는 신소유자에 대해 비용 상환청구권을 행사할 수 없다. 다만 이 경우에 신소유자가 비

326) 오시영, 전계서, 385면.

327) 지원림, 전계서, 1144면.

328) 상계서, 1144면; 김상용, 전계서, 299-300면.

용 상환의무를 인수하였다면 비용 상환을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 임차권에 대항력이 없는 경우에는, 비용을 지출한 임차인은 이러한 비용 상환청구권이 임차목적물로부터 생긴 채권(제320조)임을 근거로 유치권을 행사하여 신소유자에 대하여 목적물에 대한 점유이전을 거부할 것이기 때문에 신소유자는 비용을 임차인에게 변제할 수밖에 없고 이를 변제한 신소유자는 전 소유자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있을 것이다.³²⁹⁾

판례에서도 “매매목적부동산을 사용하여 온 임차인이 부동산 매매계약체결 이전에 그 부동산의 임차부분을 수선하여 발생한 유익비는 그로 인한 가치증가가 매매대금결정에 반영되었다 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 매도인이 이를 부담할 성질의 것이라 할 것이니 매수인이 임차인의 점유부분을 명도받기 위하여 임차인을 상대로 명도청구소송을 제기한 결과 임차인의 유익비상환청구권이 인정되어 이를 상환하였다면 매도인에 대하여 명도채무불이행으로 인한 손해배상으로 구상할 수 있다”고 한다.³³⁰⁾

라. 임대인의 담보책임

임대차는 유상계약이므로 매매에 관한 규정이 준용되어 임대인은 매도인과 같은 담보책임을 진다(제567조). 따라서 임대인이 목적물을 사용·수익시킬 권한이 없기 때문에 임차인에게 목적물을 인도하지 못한 경우, 혹은 일단 인도하였으나 임차인이 소유자에게 이를 반환하여야 하는 경우에는 민법 제570조의 담보책임을 진다. 그리고 목적물의 수량이 부족한 경우(제576조)에는 임료의 감액을 청구할 수 있다. 나아가 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 계약을 해제, 해지할 수 있다.³³¹⁾ 목적물에 물질적 하자가 있는 경우에 수선이 가능하면 수선의무와 하자담보책임(제580조)의 양쪽 모두가 생긴다.³³²⁾ 임대인의 수선의무에 관한 민법 제623조는 임대인의 담보책임에 관한 특칙이 아니다. 따라서 임대인에게 목적물에 대한 수선의무가 인정된다고 하여 임대인의 담보책임이 배제

329) 오시영, 전계서, 386면.

327) 대판 1990. 2. 23. 88다카32425,32432.

331) 김증한·김학동, 전계서, 382면.

332) 상계서, 382면.

되는 것은 아니다.³³³⁾ 만약 수선이 불가능한 때에는 하자담보책임만 발생한다.³³⁴⁾

2) 임차인의 권리의무

가. 임차인의 권리

(가) 임차물 사용·수익권

임차인의 본질적인 권리는 임차물을 사용·수익하는 것이므로 임차인이 사용·수익의 범위 내에서는 임대인이 임대물에 대하여 직접적인 지배력과 영향력을 행사할 수 없다. 임차인의 사용·수익의 범위는 계약 또는 그 목적물의 성질에 의하여 정해진 용법으로 사용·수익해야 하므로, 제1차적으로는 임대차계약에서 정해진다. 따라서 특정한 종류의 영업을 하기 위하여 사용하기로 한 경우에는 그와 다른 종류의 영업용으로 사용할 수 없다. 계약에서 사용목적은 정하지 않은 경우에는 제2차적으로 계약 당시의 목적물의 성질에 의하여 정해진다. 그러므로 주거목적의 임차주택을 공장이나 영업용으로 사용하여서는 안 된다. 임차인이 이러한 사용·수익의 범위를 넘어서 용익한 경우에는 임차인의 채무불이행이 되므로 임대인은 임차인에 대하여 위반행위의 정지를 청구하고, 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있고, 임대차계약을 해지할 수도 있다.³³⁵⁾ 그러나 단순히 사용·수익의 범위를 넘어서는 것을 이유로 임대차계약을 해지할 수 있는지에 대해, 임대인이 해지를 하기 위해서는 제544조의 일반원칙에 의하지 않고 계약관계의 존속을 임대인에게 강요하는 것이 부당하다고 인정되는 정도의 위반이 있었던 때에 한하여 해지할 수 있다고 하는 견해가 있다.³³⁶⁾ 임차인이 사용·수익 목적의 범위를 벗어난 경우, 일률적으로 임대인에게 해지권을 행사하는 것은 임차인에게 불리하다는 측면에서 타당한 견해라 생각된다. 그리고 임대인의 손해배상청구권

333) 김상용, 전계서, 300면.

334) 김중환·김학동, 전계서, 382면.

335) 소재선, 전계 “임대차”, 124면.

336) 김중환·김학동, 전계서, 384면.

은 임대인이 목적물을 반환 받은 날로부터 6개월 이내에 행사되어야 한다(제654조, 제617조).

(나) 부속물매수청구권

건물 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있다. 임대인으로부터 매수한 부속물에 대하여도 마찬가지이다(제646조 제1항, 제2항). 이 부속물매수청구권은 제626조의 비용상환청구권과 더불어 임차인의 임차물에 대한 투자자본을 회수하는 제도이다. 임차인이 임차목적물에 일정한 가치를 부여한 경우에 그 가치가 임차물에 흡수되어 임대인의 소유로 귀속되었으므로 임차인의 권원에 의해 부속된 부속물을 독립한 물건으로 취급하고, 임차인의 소유로 인정하여 매수의 대상으로 삼은 것이다(제256조 단서).³³⁷⁾ 이 권리를 임차인이 행사하기 위해서는 건물 또는 공작물의 임대차에서 부속물을 임대인의 동의를 얻어 부속하였거나 임대인으로부터 매수하여 부속시킨 경우에 한하여 임대차가 종료되었을 때에 임대인에 대하여 행사할 수 있다. 여기서 임대차의 종료는 그 원인 여하를 묻지 않는다는 것이 학설의 입장³³⁸⁾이나, 판례는 임차인의 채무불이행에 의한 해지의 경우에는 부속물매수청구권을 부인하고 있다.³³⁹⁾

문제가 되는 것은 유익비상환청구권의 대상물과 부속물의 구분이다. 임차인이 물건을 임차부동산에 부속시킨 경우에 그것이 유익비상환청구권의 대상이 되는지, 부속물매수청구권의 대상이 되는지 구분이 용이하지가 않다. 이것을 구분하는 기준은 부속된 물건이 건물 기타 공작물의 구성부분이 되면 유익비상환청구권을, 독립한 물건으로 존재하는 경우에는 부속물매수청구권을 행사할 수 있다고 한다.³⁴⁰⁾ 이에 대해서 부속물을 다음과 같이 파악하는 견해가 있다. 부속물이란 건물의 구성부분을 이루는 것, 즉 임차건물에 결합되어서 사회경제상 이의 구성

337) 오시영, 전계서, 396면.

338) 박윤직, 전계서, 215면; 김중환·김학동, 전계서, 431면; 지원립, 민법강의, 홍문사, 2004, 1152면에서는 학설은 일반적으로 판례와 다른 입장이라고 하고 있다.

339) 대판 1990. 1. 23. 88다카7245.

340) 김상용, 전계서, 308-309면.

부분을 이루는 부합물 중에서도, 그 결합의 정도가 느슨하여 건물로부터 쉽게 분리할 수 있고 사회경제상 어느 정도 독립한 존재를 가지는 것, 따라서 독립적으로 거래의 목적물이 될 수 있는 것(비본질적구성부분, 예컨대 건물에 부착된 보일러, 에어컨, 장식, 칸막이 등)이라고 하는 것이 타당하다는 것이다.³⁴¹⁾ 따라서 임차물 내에 들어와 있으나 임차물과는 독립한 별개의 물건, 즉 반입물은 부속물이 아니고, 임차물의 구성부분 중에서도 그 결합의 정도가 강해서 이를 훼손하지 않으면 분리할 수 없는 것(예컨대 건물의 지붕이나 창문)은 부속물이 아니다. 이에 관해서는 임차인의 수거는 인정되지 않고, 오로지 유익비상환청구권에 의하여 그 투자비용을 회수할 수 있을 뿐이다. 부속물 중에는 이를 철거하지 않으면 목적물의 통상의 이용을 방해하는 것과, 오히려 목적물의 가치를 증대시키는 것으로 나눌 수 있다. 관념적으로는 양자 모두 수거의무의 대상이 되나, 후자에 대해서는 일정한 요건 하에 임대인에 대하여 매수를 청구할 수 있다.³⁴²⁾

한편 판례는 부속물을 독립한 물건으로 보고 있다.³⁴³⁾ 사건으로는 부속물을 임차목적물에 부착되어 임차목적물의 경제적 효용을 높이는 물건 중에서 그 임차건물의 본질적구성부분이 아닌 비본질적구성부분을 이루는 물건으로 보아야 하는 것이 타당하다고 생각한다. 그 이유는 임차인이 임대인의 동의를 얻어 부착한 물건들은 대다수 그 건물의 종류나 규격에 맞추어져서 부착되는 것들이 많기 때문이다. 예컨대, 보일러나 에어컨, 내구성이 뛰어난 고가의 장판이나 카펫, 등은 임차건물의 특성에 맞추어져서 설치되는 것이 일반적이다. 그러므로 이러한 물건들은 임차인이 이사를 가게 되어 임차건물의 종류나 규모 등이 달라지면 그 물건의 효용성은 떨어지게 된다. 그렇다고 이러한 물건들이 임차건물 자체의 효용성을 높여서 유익비를 청구할 수 있는 대상도 되지 않는다. 특히 우리나라의 주택임대차는 그 존속보호가 미약하여 임차인이 고가의 이러한 물건들을 들여놓고도 충분히 이용도 하지 못하고 이사를 해야 되는 불합리가 있다.

물론 임차인이 이러한 것을 수거할 권리는 있지만 고가의 장판이나, 칸막이 등은 쉽게 분리하여서 다시 사용하는 것이 사실상 어렵고, 보일러나 에어컨 등은

341) 김중환·김학동, 전계서, 419면.

342) 상계서, 419-420면.

343) 대판 1982. 1. 19. 81다1001; 대판 1993. 10. 8. 93다25738.

그것을 탈·부착하는 데에도 많은 비용이 드는 것이므로 임차기간이 종료되어 이러한 물건들이 객관적으로 그 효용성을 가지고 있는 한 임차인의 매수청구권을 인정하는 것이 타당하다. 객관적으로 임차건물에 실생활에 필요하고 비용을 들여야 되는 물건들은 임대인이 건물을 임대차 하는 경우에 단지 건물만을 임대차 하는 것보다 이러한 물건이 비치된 경우에는 보다 높은 차임을 받을 수 있다는 점에서 이러한 물건들이 임차건물의 경제적 효용을 높이는 것이라고 볼 수 있고, 따라서 그러한 의미에서 임차건물의 가치를 증대시키는 것이라고 봐야한다. 이러한 문제에 대해서는 우리 임대차법제가 임차인보호를 위하여 규정을 마련하는 것이 타당하리라 생각한다.

(다) 일부멸실과 감액청구

임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용·수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있다. 다만 그 잔존부분으로 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 임차인은 계약을 해지할 수 있다(제627조 제1항, 제2항). 임차인의 감액청구의 요건을 보면, 우선 임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용·수익을 할 수 없어야 하는데, 여기서 기타 사유로는 임차대지의 일부가 수용되거나 또는 구획정리로 감소한 때를 들 수 있다. 뿐만 아니라 임대인이 수선의무를 이행하지 않기 때문에 계약대로 사용·수익할 수 없는 때, 혹은 법률상의 제한에 의하여 임대차계약에서 목적했던 바대로 사용할 수 없었던 때에도 여기에 포함된다고 해야 한다. 멸실 기타의 사유로 사용·수익할 수 없는 것, 즉 용익불능은 객관적인 용익불능에 한한다. 객관적으로는 용익가능하나 임차인의 일신상의 사정으로 인하여 임차인이 목적물을 사용·수익할 수 없는 경우에는 차임채무는 아무런 영향이 없다. 임대인에게 과실이 있는지의 여부는 문제가 되지 않는다. 만약 임대인의 과실로 용익불능이 된 때에는 임차인은 본조에 의한 차임감액청구 이외에 채무불이행으로 인한 손해배상청구권도 가진다. 반면에 용익불능이 임차인의 책임사유에 기한 경우에는 위 규정의 반대해석 및 제538조의 취지에 비추어 볼 때 차임채권은 영향을 받지 않는다고 해야 한다.³⁴⁴⁾

344) 김중환·김학동, 전거서 405면.

이러한 임차목적물에 대한 일부멸실 등이 있으면 임차인은 용익할 수 없었던 부분만큼 차임의 감액을 청구할 수 있다. 원래 목적물의 일부가 임대인의 책임 없이 멸실된 경우에는 책임부담에 관한 채무자주의(제537조)에 의해 차임이 당연히 감액될 것이지만, 민법은 임차인이 감액청구를 하도록 하고 있다. 그러나 감액청구가 있으면 임대인의 승낙여부를 불문하고 당연히 감액된다. 따라서 일부 멸실 등에 의한 임차인의 감액청구권은 형성권이라 보아야 한다. 그리고 감액의 효력은 감액청구서가 아니라 일부멸실 등의 사유가 발생한 때에 소급한다고 보아야 한다. 왜냐하면 차임은 사용에 대한 대가로서 용익 할 수 없었다면 그때부터 차임 지급의무는 생기지 않는다고 해야 하기 때문이다.³⁴⁵⁾

나. 임차인의 의무

(가) 차임지급의무

임차인이 목적물을 사용·수익하는 대가로서 지급하는 차임은 반드시 금전으로 해야 하는 것은 아니고 물건이나 노무로 지급될 수 있다. 차임이 적더라도 상관이 없으나, 다만 차주가 목적물을 사용하는데 든 비용(난방비, 전기, 수도요금 등)만을 지급하기로 하는 경우에는 이는 사용에 대한 대가가 아니므로 차임이 아니다. 따라서 그 계약은 사용대차가 된다. 다수의 자가 공동으로 임차하는 경우에는 임차인 전원이 연대하여 차임 기타 임대차관계로부터 생기는 모든 채무를 부담한다.³⁴⁶⁾ 차임의 지급 시기는 동산, 건물이나 대지에 대하여는 매월 말에, 기타 토지에 대하여는 매년 말에 지급하여야 한다. 그러나 수확기 있는 것에 대하여는 그 수확 후 지체 없이 지급하여야 한다(제633조). 따라서 주택임대차의 경우는 차임지급은 후급이 원칙이다. 그러나 이 규정은 임의규정이므로 계약에서 선급으로 정할 수도 있다. 다만 선급한 경우에도 임대차가 그 기간 중에 소멸한 때에는 임차인은 전기에 상당하는 차임을 반환 받을 수 있다.³⁴⁷⁾

건물 기타 공작물의 임대차에는 임차인의 차임연체액이 2기의 차임 액에 달하

345) 상계서, 405면.

346) 김상용, 전계서, 309면.

347) 김중환·김학동, 전계서, 404면.

는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다(제640조 제1항). 여기서 2기의 차임 액이란 예를 들어 매월 차임을 지급하기로 한 경우라면 연속해서 두 달, 아니면 누적적으로 두 달 차임을 연체하면 이 경우에 해당한다. 본조는 강행규정이므로 이에 위반하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 무효이다(제652조). 따라서 1기의 차임 액을 연체하더라도 계약을 해지할 수 있도록 한 약정은 무효이다.³⁴⁸⁾

(나) 임차물의 보관과 반환의무

임차인은 계약 종료시에 임차물을 반환하여야 할 특정물의 인도채무를 진다. 그러므로 임차인은 임차물을 인도할 때까지 선량한 관리자의 주의로 보관하여야 한다(제374조). 임차인의 과실로 임차물이 멸실 또는 훼손된 경우에는 그에 대한 채무불이행책임, 즉 손해배상책임을 진다. 임차인이 배상하여야 할 손해배상금은 임차인이 맡긴 보증금과 상계될 수 있다. 임차인의 임차물반환채무가 임차인의 과실로 인하여 이행불능으로 된 경우에 임차인의 그 책임과 관련하여서, 판례는 “임차인의 임차물반환채무가 이행불능이 된 경우에 임차인이 그 이행불능으로 인한 손해배상책임을 면하려면, 그 이행불능이 임차인의 귀책사유에 의하지 아니한 것임을 입증할 책임이 있으며, 임차물이 화재로 소실된 경우에 그 화재발생 원인이 불명인 때에도 임차인이 그 책임을 면하려면 그 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 입증하여야 한다”고 하였다.³⁴⁹⁾

특히 전기합선과 관련된 화재로 임차목적물이 소실되어 반환불능이 된 경우에 판례는 “임차건물이 전기배선의 이상으로 인한 화재로 일부 소훼되어 임차인의 임차목적물반환채무가 일부 이행불능 되었으나, 발화부위인 전기배선이 건물구조의 일부를 이루고 있어 임차인이 전기배선의 이상을 미리 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵고, 따라서 그 하자를 수리·유지할 책임은 임대인에게 있으므로 임차목적물반환채무의 이행불능은 임대인으로서의 의무를 다하지 못한 결과이고, 임차인의 임차목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 결과가 아니므로 임차인의 손해배상책임은 인정되지 아니 한다”고 하였다.³⁵⁰⁾

348) 오시영, 전게서, 407면.

349) 대판 2001. 1. 19. 2000다57351.

그러나 같은 전기합선에 의한 화재로 인하여 임차목적물 반환채무가 이행불능된 경우에 대해서 최근 판례는 “임차건물이 건물구조의 일부인 전기배선의 이상으로 인한 화재로 소훼되어 임차인의 임차목적물반환채무가 이행불능이 되었다고 하더라도, 당해 임대차가 장기간 계속되었고 화재의 원인이 된 전기배선을 임차인이 직접 하였으며, 임차인이 전기배선의 이상을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에는, 당해 전기배선에 대한 관리는 임차인의 지배관리 영역 내에 있었다 할 것이므로, 위와 같은 전기배선의 하자로 인한 화재는 특별한 사정이 없는 한 임차인이 임차목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 결과 발생한 것” 임을 이유로 임차인에게 손해배상책임을 인정하였다.³⁵¹⁾ 결국 판례는 전기배선의 이상으로 인한 화재의 경우에 그 전기배선은 임차건물의 일부를 이루고 있고, 그에 대한 관리책임은 원칙적으로 임대인에게 있다는 전제 하에서, 기존의 건물에 임차인이 그 전기배선에 대한 이상 유무를 알았거나 알 수 있었을 가능성이 없는 경우에는 전기배선에 대해서도 임차인의 관리의무를 부과하지 않지만, 임차인이 임차기간 중에 전기배선을 직접 한 경우에는 그 전기배선에 대한 관리책임은 임차인에게 있다 보고, 그에 대한 선량한 관리자의 주의의무를 다했다고 입증되지 않는 한 임차인에 대해서 그 책임을 묻고 있는 것이다.

사건으로는 전기배선의 이상으로 인한 화재의 경우에, 그 전기배선을 누가 하였느냐에 따라 그 책임소재를 가리는 것이 타당하다고 생각되지만, 임차인이 전기배선을 자신이 일방적으로 한 것이 아니고 임대인의 허락 하에 한 경우에도 일률적으로 임차인에게 그 관리책임을 물어 그에 대한 선량한 관리자의 주의의무를 다행야 목적물반환채무 불이행에 대한 책임이 없다고 할 수 있는지는 의문이다. 왜냐하면 전기배선은 건물의 일부를 이루고 있고 만약 전기배선이 노후되어 임차기간 중 어차피 교체되어야 하는 것이라면 임차인이 임대인의 허락을 얻어 전기배선을 새로이 한 경우는 임대인의 목적물 수선의무를 임차인이 대신한 것이라고 봐야하기 때문이다.

(다) 하자통지의무

350) 대판 2000. 7. 4. 99다64384.

351) 대판 2006. 1. 13. 2005다51013,51020.

임차물이 수리를 요하거나 임차물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 때에는 임차인은 지체 없이 임대인에게 이를 통지하여야 한다. 그러나 임대인이 이미 이를 안 때에는 그러하지 아니하다(제634조). 임차물이 수리를 필요로 하는 때란 임차물에 수선 가능한 하자가 생긴 경우와 예상되는 위험에 대한 예방책을 강구할 필요가 있는 경우를 포함한다. 임차인에게 하자통지의무를 부과한 이유는 임차인이 수리기간 중 불편을 겪을 것을 꺼려하여 하자를 방지한 채 임대인에게 통지하지 않음으로써 목적물을 황폐하게 할 우려가 있기 때문이다. 임차물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우란 제3자가 임차물에 대하여 물권, 채권, 상속권 등 기타의 권리를 주장하는 것을 말하며, 그 주장방법이 소송외이든 소송상이든 상관이 없다. 임차인이 과실로 위와 같은 통지를 하지 않은 때에는 손해배상책임을 진다. 즉 그 통지의 해태로 말미암아 증가된 손해에 대해서 임대인은 임차인에게 그 손해의 배상을 청구할 수 있다.³⁵²⁾ 그 이외에 만약 이를 적시에 통지하였다면 임차물의 사용에 장애가 생기지 않았으리라 인정되는 경우에는, 사용장애를 이유로 한 자신의 권리(해지권, 손해배상청구권)를 상실해야 한다. 다만 임차인이 그러한 하자를 모른 때에는, 비록 경과실로 알지 못하였더라도 위와 같은 책임을 지지 않는다.³⁵³⁾

(라) 인용의무

임대인이 임차물의 보존에 필요한 행위를 하는 경우에 임차인은 이를 거절하지 못한다(제624조). 단 임대인이 임차인의 의사에 반하여 보존행위를 하는 경우에 임차인이 이로 인하여 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해지할 수 있다(제625조). 여기서 보존행위, 즉 건물수리 등을 하는 것 이외에 임대인의 임대목적물에 대한 개량에 필요한 행위를 하는 경우에도 임차인이 인용의무를 부담하여야 하는지에 대해, 예컨대 난방에너지나 물을 절약하기 위한 시설을 하거나, 새로운 주거공간을 조성하기 위하여 임차건물을 공사하는 경우 등 개량행위에 대해서도 임차인의 용인의무를 부담해야 된다는 견해가 있다.³⁵⁴⁾ 반면에

352) 이은영, 전계서, 425면.

353) 김증한·김학동, 전계서, 403면.

354) 상계서, 403면.

임대인의 보존행위는 어떠한 성질의 것이든, 그리고 아무 예고가 없었더라도 무조건 인용되는 것은 아니고, 이에 대해서는 신의칙상의 제한이 필요하다는 견해도 있다.³⁵⁵⁾ 임대인의 개량행위에 대해서 임차인이 인용하여야 하는 것인지는 그 개량이 임차인의 이익이 되는 경우도 있고 불이익이 되는 경우도 있으므로, 일률적으로 결정할 것이 아니고 원칙적으로 인용의무를 부정하면서, 보존행위에도 신의칙상 제한이 필요한 것과 마찬가지로 이러한 개량행위에도 신의칙상 인정되는 경우에는 인용의무를 부담할 수 있다고 생각한다.

(마) 원상회복의무

임대차가 종료하면 임차인은 임차물 자체를 반환하여야 한다. 임차인은 임차목적물을 반환할 때 이를 원상에 회복하여야 하고, 부속시킨 물건을 철거할 수 있다(제654조, 제615조). 임차인이 반환하여야 할 물건은 임대차의 성질상 빌려온 그 물건 자체이다. 임차인은 임차물 보관에 관하여 선관주의 의무를 부담하는 외에 차용물의 반환에 원상회복의무를 진다(제654조, 제615조). 사용·수익 중에 목적물이 훼손된 때에는 단지 그 상태대로 반환하면 되는 것이 아니라, 이를 수리해서 반환해야 한다. 따라서 훼손된 상태로 반환하려는 경우에는 임대인은 이를 수령할 의무를 지지 않는다. 목적물에 통상의 사용·수익을 방해하는 것이 부착되어 있는 때에는 이를 철거하여 원상태로 회복하여 반환하여야 한다. 그러나 용법에 따른 사용에 의하여 임차물이 마모나 훼손된 경우에는 원상회복의무는 배제된다. 즉 이 경우에는 임차물이 마모나 훼손된 상태대로 반환하면 되고, 임차인은 그에 대해 책임이 없다. 임차인이 반환의무를 이행하지 않고 계속하여 이를 점유·사용한 때에는 임대인은 그 기간 동안의 차임액을 부당이득으로서 반환받을 수 있다.³⁵⁶⁾

임차인이 부담하는 원상회복의무에 관해서 판례는 “임대차계약이 중도에 해지되어 종료하면 임차인은 목적물을 원상으로 회복하여 반환하여야 하는 것이고, 임대인의 귀책사유로 임대차계약이 해지되었다 하더라도 임차인은 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고 원상회복의무를 부담하지 않는다고

355) 이은영, 전게서, 426면.

356) 송덕수, 전게서, 1353.

할 수는 없다”고 하여 설령 임대인의 귀책사유로 임대차가 중도에 해지되어도 임차인은 임차물의 원상회복의무를 부담한다고 하고 있다. 그리고 “임차인이 자기의 영업을 위하여 설치한 시설에 관한 비용을 임대인에게 청구하지 않기로 약정한 사정만으로 원상회복의무를 부담하지 아니하기로 하는 합의가 있었다고 볼 수 없고, 임대차계약서상 기재된 임차인의 원상회복의무에 관한 조항이 단지 부동산자로 남아 있는 무의미한 내용에 불과하다고 볼 수 없다”고 하여, 임차인이 시설비용을 부담한 경우라도 임차인의 원상회복의무는 그것과 무관하게 인정되는 것이라고 한다.³⁵⁷⁾ 임대차계약의 임대인의 귀책사유로 인하여 중도에 해지된 경우에도 임차인이 원상회복의무를 지는 것은 임대차의 본질상 타당하다고 생각한다.

(2) 주택임대차보호법상의 권리의무

주택임대차보호법은 민법에 대한 특례로서, 대항력(제3조), 보증금의 회수(제3조의2), 임차권등기명령(제3조의3), 임대차기간(제4조), 보증금 중 일정액의 보호(제8조), 주택임차권의 승계(제9조) 등을 규정하고 있을 뿐, 임대차존속기간 중에 임대인과 임차인간의 권리의무에 대한 규정이나, 임대차가 종료된 경우의 권리의무에 대한 규정을 가지고 있지 않다. 따라서 위에서 설명한 민법상의 임대인과 임차인의 권리의무는 주택임대차보호법에도 그대로 적용이 된다.

(3) 기타 특별법상의 권리의무

1) 상가건물임대차보호법

상가건물의 경우도 구체적으로 임대차 기간 중의 당사자간의 권리의무에 대한 규정을 가지고 있지 않으므로 주택임대차보호법과 마찬가지로 이에 대해서는 민법의 적용을 받게 된다.

³⁵⁷⁾ 대판 2002. 12. 6. 2002다42278; 대판 2006. 10. 13. 2006다39720.

2) 임대주택법

임대주택법은 임대주택에 대한 임대차계약을 체결하고자 하는 자는 건설교통부장관이 정하는 표준임대차계약서를 사용하도록 규정하고 있다(제32조 제1항). 따라서 임대주택법의 적용을 받게 되는 임대주택의 경우는 임대차계약 체결시 표준임대차계약서를 사용하여야 한다. 이러한 표준임대차계약서에 반드시 포함되어야 하는 사항은 임대보증금, 임대료, 임대차계약기간, 임대사업자 및 임차인의 권리의무에 관한 사항, 임대주택의 수선·유지 및 보수에 관한 사항, 기타 건설교통부령이 정하는 사항 등이다. 임대인과 임차인의 권리의무에 관한 사항은 표준임대차계약서에 반드시 규정되어야 하는 것이고, 나아가 임대사업자와 임차인은 표준임대차계약서를 사용하여 체결된 임대차계약서를 준수하여야 한다. 따라서 표준임대차계약서상의 임대인과 임차인의 권리의무는 임대차계약 체결시에 표준임대차계약의 내용으로 규정되도록 하고, 그 정해진 내용을 당사자가 준수할 의무를 부과하고 있다(제32조 제2항, 제3항).

임대차계약을 체결하고자 하는 자에게는 계약 당사자가 모두 포함되므로 이 의무는 임차인에게도 부과되어 있다. 하지만 그 의무를 위반한 임대사업자에게만 과태료에 처하고 임차인에 대한 제재는 없다(제44조). 이것은 표준임대차계약서 사용의무가 실질적으로는 임대사업자에게 부과된 의무라는 점을 말해준다. 결국 임대주택법의 적용을 받는 임대주택의 경우는 임대주택법에서 직접 임대인과 임차인의 권리와 의무를 규정한 것이 아니라 건설교통부장관이 정하는 표준임대차계약서에 임대인과 임차인의 권리와 의무를 규정하여 놓고, 이에 의하여 임대차계약을 체결하도록 임대사업자에게 의무를 부과하고 있는 것이다.³⁵⁸⁾ 이러한 표준임대차계약서 사용의무에 대한 위반에 관하여 판례는 “임대사업자와 임차인간에 체결된 임대주택에 대한 임대차계약이 임대주택법 제26조, 제32조, 임대주택법시행령 제25조 등에 위반되었다 하더라도 그 사법적 효력까지 부인된다고 할 수 없다”고 한다.³⁵⁹⁾

358) 이은희, 전계논문, 64면.

359) 대판 2000. 10. 10. 2000다32055,32062.

3. 표준임대차계약서

(1) 우리나라의 표준임대차계약서³⁶⁰⁾

주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 임대주택인 경우는 표준계약서³⁶¹⁾를 사용하게 되는데, 여기에 나타나는 임대인과 임차인의 권리와 의무는 다음과 같다. 임차인의 의무사항 중 금지되는 행위는 임대주택법을 위반하여 임차권을 양도하거나 임대주택을 타인에게 전대하는 행위, 임대주택 및 그 부대시설을 개축, 증축 또는 변경하거나 본래의 용도가 아닌 용도로 사용하는 행위, 임대주택 및 그 부대시설을 파손 또는 멸실하는 행위, 임대주택 및 그 부대시설의 유지·관리를 위하여 임대인과 임차인이 합의한 사항을 위반하는 행위 등이다.³⁶²⁾ 임차인은 위에서 규정한 행위를 하여서는 아니 되는 의무와 함께 임차주택을 관리자로서 유지·관리하여야 한다. 임차인이 이러한 의무에 위반하는 경우에는 임대인은 계약을 해지하거나 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있도록 하고 있다

임대주택의 보수와 수선은 임대인의 부담으로 하고, 주택의 전용부분과 그 내부시설물을 임차인이 파손하거나 멸실한 부분 또는 소모성자재(주택법시행규칙 별표 5³⁶³⁾의 장기수선계획의 수립기준상 수선주기가 6년 이내인 자재를 말한다)

360) 임대주택법시행규칙 제21조는 표준임대차계약서의 구분을 다음과 같이 하고 있다. 주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 임대주택에 대해서는 별지 제20호의 서식, 분납임대주택의 경우는 별지 서식 제20호의 제2서식, 그 밖의 임대주택에 대해서는 별지서식 제21호의 서식에 따르도록 하고 있다. 이에 따라 별지서식에서는 각각 표준임대차계약서Ⅰ, 표준임대차계약서Ⅱ, 표준임대차계약서Ⅲ로 구분하여 마련해 놓고 있다. 표준임대차계약서Ⅰ은 1. 계약자, 2. 계약일, 3. 임대주택의 표시, 4. 계약조건 등 모두 4부분으로 구성되어 있고, 계약조건을 제1조에서 제14조까지 모두 14개의 조문으로 규정하여 놓고 있다. 표준임대차계약서Ⅱ도 그 서식구성 역시 위와 같다. 표준임대차계약서Ⅲ는 1. 계약자, 2. 중개업자, 3. 계약일, 4. 임대주택의 표시, 5. 계약조건 등 모두 5가지 부분으로 구성되어 있고, 계약조건은 11개의 조문으로 구성되어 있다.

361) 주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 임대주택과 분납임대주택을 제외한 그 밖의 임대주택에 대해 적용되는 표준임대차계약서Ⅲ는 임대차계약 당사자의 인적사항에 중개인의 인적사항이 표시되는 부분과, 임대주택의 구분유형으로서 아파트, 연립주택, 다세대주택, 다가구주택, 기타로 구분되는 부분만이 다르고 나머지 임대인과 임차인이 권리·의무사항은 표준임대차계약서Ⅰ과 같다.

362) 표준임대차계약서에서 임대인과 임차인의 권리의무는 동 계약서 제6조, 제7조, 제9조, 제10조, 제11조 등에 규정되어 있다.

363) 주택법시행규칙 별표5 (장기수선계획의 수립기준) : 여기에서는 건물의 수선구분을 1. 건물외부(지붕, 외부, 외부 창·문, 그 밖의 부분) 2. 건물내부(천장, 내벽, 바닥, 내부 창·문, 계단, 그 밖의 부분) 3. 전기·소화·승강기 및 지능형 홈네트워크설비(예비전원(자가발전)설비, 변전설비, 옥내배전설비, 자동 화재 감지설비, 소화설비, 승강기 및 인양기, 피뢰설비 및 옥외전등, 통신 및 방송설비, 보일러설 및 기계실, 감시반시설, 지능형 홈네트워크설비) 4. 급수·위생·가스 및 환기설비(급수설비, 가스설비, 배수설비, 위생기구

의 보수주기에서 보수 또는 수선은 임차인의 부담으로 하고 있다. 여기서 주택법 시행규칙 별표5에서는 천장공사 또는 내벽공사,³⁶⁴⁾ 건물내부의 창·문과 벽지나 장판 등에 관한 수선주기³⁶⁵⁾ 및 급수, 위생, 환기시설 등의 수선주기가 정해져 있다.³⁶⁶⁾ 임대인과 임차인은 제1조에서 제10조까지 규정에서 정한 사항 외에 필요한 사항에 대해서는 따로 특약으로 정할 수 있다(제11조). 그리고 위 계약에 관한 소송에 대해서는 그 관할법원은 임대인과 임차인이 합의하여 결정하고, 합의가 이루어지지 않는 경우에는 위 주택소제지를 관할하는 법원으로 한다(제10조).

(2) 미국의 임대차계약서

미국의 경우³⁶⁷⁾ 임대차계약서에 당사자가 부담하는 의무는 적합한 서면통지의 의무, 요구서의 송달절차 준수 의무가 있다. 임대인이 부담하는 의무는 지자체 법률

설비, 환기설비) 5. 난방 및 급탕설비(난방설비, 급탕설비) 6. 옥외 및 부대시설 및 옥외 복리시설로 구분하여 각 부분에 수선주기 및 교체주기를 상세히 규정하여 두고 있다.

364) 천장 공사 또는 내벽 공사 중 수성 도료칠, 유성 도료칠(각 5년), 합성수지 도료칠(6년), 바닥 공사 중 모르타르 마감, 아스타일류 깔기(각 5년), 계단인 경우 모르타르 마감, 유성페인트칠(각 5년) 등이다. 건물 내부의 건축자재 중에서 벽지의 경우는 10년, 바닥의 마루 널의 경우는 7년이 그 수선주기이다.

365) 건물내부의 알루미늄 창·문이나, 목재 창·문의 경우 수리주기가 10년이다. 이러한 보수규정에도 불구하고, 제1항에 따른 소모성 자재와 그 외의 소모성 자재의 종류와 그 종류별 보수주기는 제14조에 따른 특약으로 따로 정할 수 있다. 그러나 이러한 규정에도 불구하고 벽지, 장판, 전등기구 및 콘센트의 보수주기는 다음과 같이 정하고 있다. 1. 벽지 및 장판 : 6년 2. 전등기구 및 콘센트 10년, 다만 훼손 등을 이유로 안전상의 위험이 우려되는 경우에는 조기 교체하여야 한다(제9조 제2항, 제1호, 제2호).

366) 급수, 위생, 가스 및 환기시설은 급수관의 경우 강관은 15년, 동관은 10년, 가스설비의 경우 배관은 20년의 교체주기, 가스 콕크는 10년의 교체주기, 배수설비의 경우 강관인 경우 15년, PVC인 경우는 5년의 수선주기와 25년의 교체주기, 위생기구 설비의 경우 대변기, 소변기, 세면기, 수세기는 각 20년의 교체주기, 세탁조는 17년의 교체주기, 환기팬은 10년의 교체주기를 각각 규정하고 있다. 난방 및 급탕시설의 경우, 보일러를 비롯하여 급수탱크 난방관, 자동제어기기 등에 대해 수선주기와 교체주기를 규정하고 있다(5년- 25년의 수선주기 및 교체주기).

367) 미국과 영국은 보통 임대사업자를 대신하여 임대아파트를 관리하는 관리회사에서 임대차계약 무를 수행하고 있는데, 이 계약서는 관리회사마다 약간의 서식상의 차이는 있으나 법률적으로 임대차계약서에 포함되어야 하는 사항을 명시하고 있어, 모든 임대아파트 관리회사는 이를 포함한 임대차계약서 양식을 자체적으로 만들어 사용하고 있다. 여기서의 임대차계약서는 임대관리회사와 임차인이 실제로 임대아파트를 계약했을 때 개인이 보관하고 있는 임대차계약서로서, 미국은 Apartment Lease, 영국은 Assured Shorthold Tenancy Agreement이다. 이하에서는 미국과 영국의 임대차계약에서 임대차계약의 기본사항, 관리사항, 변경, 해제사항으로 분류한 비교 중에서 관리사항에 대한 것을 중심으로 설명하기로 한다.(미국과 영국의 표준임대차계약서의 내용에 대해서는, 유병선·홍형욱, “주택임대차계약서 서식 개선방향에 관한 연구(1): 공식부문 민간임대주택의 주택임대차계약서를 중심으로”, 「부동산학연구」(제7집 제2호), 한국부동산분석학회, 2001, 144-168면 참조).

에 규정된 열, 가스, 전기, 물 등의 공급과 난방 등을 손상 없도록 공급하고, 화재나 재해로 인한 적절한 주거제공 불가능시 책임을 지도록 규정하고 있다. 그리고 안전을 위한 개별적인 안전보호서비스 제공을 약정한 경우 이를 이행하여야 할 책임이 있다. 목적물의 보수와 수선은 임대인이 그 책임을 지고 손상부분에 대한 수선보류를 금지하고 있다. 그러나 보수범위 이외에는 임대인의 책임은 없는 것으로 하고, 가스안전점검에 대한 의무도 없다. 또한 임대인은 규칙과 규정을 서면 통지함으로써 변경할 수 있고, 주택에서의 사용규정 위반자나 주택방문자의 위반행위로 인한 추방권한을 가지고 있다. 특히 미국의 경우는 화재방재설비에 대한 의무가 많다.³⁶⁸⁾

반면 임차인의 권리와 의무는 임차주택의 판매, 임대, 수리, 방역, 등을 위한 임대인의 단지접근에 동의해야 하고, 선량한 관리자의 주의의무로서 임차주택을 처음 상태처럼 유지, 관리할 의무를 부담한다. 그러나 소모성자재의 보수, 수선 또는 임차인 훼손부분에 대한 보수, 수선의무는 없고, 임대인이 그 유지관리를 한다. 다만 임차인은 임대인이 대신 지불한 유지관리 비용을 지불할 의무를 가지며, 건물이 청결이나 곤충이 없도록 유지할 관리의무를 부담한다. 또한 주택변경 등에 대해서는 우리와 마찬가지로 개축, 증축, 변경을 할 수 없고, 주택의 파손, 멸실, 손상, 제거 등의 행위가 금지된다. 그리고 무단으로 가전기구설비의 설치도 금지되고 있다.

한편 미국의 경우는 주택(단지)사용에 대한 임차인의 금지행위가 많은데, 우선 우리와 공통적으로 임차주택의 주거용도 외 사용금지(숙박용, 불법적 상업용 사용금지)가 있고, 그 밖에 주택 및 단지 내에서 임차인에게 부과되어 있는 금지행위가 많이 존재한다.³⁶⁹⁾ 화재방재설비에 대해서는 임차인이 비용을 부담하고,

368) 임대차계약기간 동안 화재방재설비의 관리자는 화재소화기의 소유자로 하고 있고, 화재방재설비를 점검할 수 있는 권리와 적절한 작동을 위한 관리자로서의 조력 의무, 거주자의 실수 없는 화재방재설비 재충전, 거주자 실수로 인한 화재방재설비 재충전비용청구, 관리자 화재방재설비 보증금 수령권한 및 사용권한, 그 보증금 보충요구 권리 등을 가진다.

369) 예컨대 위험물질 보관금지, 다른 거주자에게 방해될 정도의 소음발생 금지, 단지 내(창문 등) 광고성 선전금지, 외부장식금지(단지의 외관손상금지), 전화번호 변경 또는 추가설치금지, 사전서면동의에 의한 애완동물사육(취소 가능한 것), 열쇠 복사·추가설치 금지, 쓰레기 처리방법 준수, 공공장소에서 음주행위금지, 부도덕행위와 단지 명예훼손금지, 다른 거주자를 해치는 행위금지, 임차인 방문자의 행동에 대한 책임, 임차인 방문자에게 주택사용 규칙고지, 각종 난방 설비 등의 적절한 시스템 조작, 거주자 제한(임차신청서에 기입한 사람만 거주), 발코니 등에서 먼지, 쓰레기 발생, 음식 만들기 금지, 다른 임차인의 구역 침입금지, 물 절약, 설비기구 장치보전, 용도에 맞는 건물사용, 적절한 기구사용, 주차구역 준수, 상업용 교통수단 주차금지 등이 규정되어 있다.

화재설비 위치고정 및 설비이동금지, 관리자의 지시사항에 따라 관리자에게 손실이 없도록 유지, 관리하여야 하며 작동이 잘되도록 유지관리 하여야 한다. 그리고 정기적 조사 및 소화기를 재충전하여야 하고, 연기감지기 조사 및 배터리 충전, 손상행위금지, 화재방재설비 점검을 위한 임대인의 출입에 협조하여야 하고 화재방재설비 보증금을 예치하여야 한다. 임차인은 임대차기간 동안 화재방재설비 사용권한을 가지나 화재방재설비에 대한 채무불이행을 계약과기 조건으로 규정하고 있다.

(3) 영국의 임대차계약서

영국에서의 임대주택의 관리사항 중 임대인과 임차인이 부담하는 의무는, 적합한 서면 통지, 요구성의 송달절차 준수 의무가 있다. 임대주택의 보수와 수선에 대해서는 임대인에 대해 보수와 수선책임을 부과하고 손상부분 수선보류를 금지하고 있다. 그리고 기구들의 정상상태 유지의무와 가스안전 점검의무를 임대인에게 부과하고 있다. 그러나 미국과는 달리 주택사용 위반자 등에 대한 추방권한이나 화재방재설비에 대한 유지, 수선에 대한 규정은 없다. 임차인의 의무로서는 주택(단지) 손상 시 임대인 또는 관리인에게 즉시 서면통지를 하여야 하고, 임대인이 임대주택 판매, 임대, 수리, 방역 시에 임대인의 단지접근을 허용해야 하며, 임차인이 수리 불이행시 임대인의 수리를 허락할 의무를 부여하고 있다. 임대주택의 유지와 관리에 대해서는 임차인은 선량한 관리자의 주의로써 처음 상태처럼 유지, 관리해야 하고, 임대인이 대신 지불한 유지관리 비용을 지불할 의무가 있다.

또한 영국은 우리나라나 미국과는 달리 정착물, 부속물에 대한 유지관리의무가 있고, 전기기구 고장 시 비용 지불, 위생설비, 파이프, 서비스 도관장치, 배수구 유지관리, 굴뚝·가스도관 청소, 전기기구 유지관리, 동파방지를 위한 예방조치, 정원 유지관리 등은 임차인 책임 하에 그 수리의무를 규정하고 있다. 따라서 임차건물 자체에 대한 관리·유지 외에도 정착물과 부속물들에 대한 관리를 임차인에게 부과함으로써 임대차기간 중에 그와 관련한 분쟁의 소지들을 예방하고 있다고 볼 수 있다. 임차인에게 금지되는 행위로서, 임대주택 변경 등에 대해서는

개축, 증축, 변경 금지, 파손, 멸실, 손상, 제거 행위금지, 부속물 배치, 구조, 장식물 변경금지, 서면동의 없이 실내장식 변경금지, 서면동의 없이 안테나 설치금지, 벽에 물건 장착금지, 마루 바닥, 천장, 파이프, 배수구 손상행위 금지 등을 규정하고 있다.

주택(단지)사용과 관련하여서는 주거용도 외 사용금지, 주택 및 단지 내 위험물질 보관금지, 다른 거주자에게 방해될 정도의 소음 발생 금지, 단지 내 광고성 선전 금지, 외부장식 금지, 전화번호 변경, 추가설치 금지, 취소 가능한 사전 서면 동의에 의한 애완동물 사육, 열쇠복사나 추가설치금지, 위험물질 사용하는 난방기구 사용금지, 열쇠 추가 설치 시 임대인에게 열쇠제공 의무, 서면 통지 없이 오랜 기간 동안 주택 비점유 금지, 주택 비점유시 안전한 잠금장치, 보험요율에 미치는 행위금지 등이 규정되어 있다.

(4) 각국의 임대차계약 비교 검토

우리나라는 주택임대차계약을 체결하는 경우 임대차계약만을 체결하고 있지만, 미국이나 영국은 임차인이 주택에 거주하면서 필요로 하는 내용들, 예를 들면 임대주택의 가구목록, 가구 장착물들의 상태 등을 확인하는 사전점검서류를 함께 작성하고 있다. 각국의 주택임대차계약서 서식을 비교하면, 우리나라는 임대차계약서로만 임대차계약을 체결하는데 반해 미국은 임대차계약서, 임차신청서, 연기감지기 화재방재설비 보증금 및 유지관리규약, 납성분페인트 확인서류, 임차인인센티브, 아파트보증, 사전점검표(임대인 목록표)등을 사용하고 있고, 영국의 경우는 임대차계약서와 사전점검표(임대인 목록표)를 사용하고 있다.

따라서 미국이나 영국의 경우는 계약서에 단순히 계약사항만 있는 것이 아니라 임대주택의 자산을 보호하고 임차인의 책임범위를 명확히 할 수 있도록 사전점검서류, 쾌적한 주거생활을 위한 안전관련 서류 등 임대차계약의 완결을 위한 서식이 모두 있음을 알 수 있다. 그리고 임대차계약을 체결하는 경우에, 미국이나 영국의 경우는, 계약의 체결, 지속, 종료의 단계로 구분해서 상세히 규정하고 있으나, 우리나라의 임대차계약서를 분석하여 보면, 계약체결에 관한 사항만을 중점적으로 규정하고 있고 지속과 종료에 관한 사항은 상대적으로 적게 기술되

어 있다.³⁷⁰⁾

계약당사자의 권리와 의무를 볼 때,³⁷¹⁾ 우리나라의 경우 임대인의 의무로서 주택제공의무, 임대주택 수리 및 보수 의무, 계약 종료시 임대보증금 반환 의무가 규정되어 있고, 임차인의 의무는 비용 지불의무, 임차권 양도 등의 금지, 임대주택 개축 등 금지사항, 규칙준수의무, 유지관리 의무만 규정되어 있다.

임대인의 권리 사항을 보면, 계약해지권만이 규정되어 있고, 임차인의 권리사항은 주택점유와 계약해지권만 있다. 반면 미국과 영국은 당사자에 책임에 대한 항목 수가 상당히 많을 뿐만 아니라 상당히 구체적이고 포괄적으로 규정되어 있다. 또한 당사자의 의무 규정에 있어 임차인선언에서 임차인이 거짓으로 진술한 경우는 본질적으로 계약과기 조건에 해당하고, 지불해야 하는 비용을 지불하지 않을 경우에도 연체료를 포함해 지불 불이행으로 인한 손해까지 모두 배상하도록 하는 강행규정을 두고 있어, 당사자 각각의 의무가 지켜질 수 있는 조건들을 전제하고 있으며, 이러한 계약을 바탕으로 각자의 의무를 정확히 수행하고 권리도 정당하게 지켜질 수 있다.

내용 항목을 비교해 보았을 때, 우리나라는 주로 계약 체결에 관한 사항이 많은 반면, 미국이나 영국은 관리적 사항이 많은 것으로 나타난다.³⁷²⁾ 마지막으로 주택임차권에 대한 정확한 법적 근거를 제시하고 있느냐에 대하여 우리나라와 미국은 법적 근거를 제시하지 않고 있으나 영국은 법적으로 임차권의 종류에 따른 임차권의 권리가 규정되고 있으며, 그에 따라 주택임대차계약서상에도 정확히 어떠한 임차권인지를 명시하고 있다. 그리고 임차인이 갖는 임차권을 임대인에게

370) 각국의 주택임대차계약서 계약 단계별 항목수를 보면, 계약체결 단계의 항목 수는 한국(38개), 미국(100개), 영국(47개), 지속단계의 항목 수는 한국(12개), 미국(89개), 영국(53개), 종료 단계의 항목 수는 한국(17개), 미국(52개), 영국(23개)이다. 따라서 총 항목 수는 한국이 67개, 미국이 241개, 영국이 123개이다 (유병선·홍형욱, 전계논문 16면).

371) 각국의 주택임대차계약서 당사자의 권리와 의무를 보면 한국의 경우 쌍방이 가지는 보수, 수선 특약의 1가지만 있지만, 미국의 경우는 (주택상태확인 의무, 통지절차준수의무, 권리양도·상속, 보증금 반환 조건 합의 등) 총 16개 규정이 있고, 영국은 주택상태확인 1개 규정이 있다. 임대인의 의무사항으로서 한국은 6개, 미국은 16개, 영국은 12개 규정이 있고, 임대인의 권리규정으로 한국은 계약해지권에 관하여 모두 8개의 규정이 있고, 미국은 30개 규정, 영국은 4개의 규정을 갖고 있다. 임차인의 경우 의무규정은 한국이 16개 규정, 미국이 90개 규정, 영국이 60개 규정이 있고, 임차인의 권리규정은 한국이 6개, 미국이 15개, 영국이 6개 조항이 있다(상계논문 163면).

372) 각국의 주택임대차계약서 내용 항목 수를 보면, 한국의 경우 기본사항(40개), 관리사항(16개), 변경, 해지사항(19개). 미국의 경우는 기본사항(96개), 관리사항(99개), 변경, 해지사항(42개), 영국의 경우는 기본사항(41개), 관리사항(56개), 변경, 해지사항(33개) 규정들로 구성되어 있다(상계논문, 164면).

정확히 통지해야 하는 의무규정에 대한 법적 근거 조항을 제시하고 있으며, 당사자 간의 송달방식도 정확하게 법적으로 규정한 절차에 따라 송달되어야 함을 계약서상에 명시하고 있다.³⁷³⁾

제4절 소 결

1. 임차인의 주거생활의 안정을 위해서는 기본적으로 주택임차권에 존속보호가 이루어 져야 한다. 그것은 주택임차권에 존속보호가 이루어 져야 임차인의 임차주택에 대한 계속거주가 보장되는 것이고 나아가 주택임차권의 대항력이나 차입통제가 그 의미를 갖게 되기 때문이다. 이러한 이유로 인하여 대부분의 입법례에서는 어떠한 형태로든지 임차권의 존속보호를 하고 있는 것이다. 대개 존속보호의 방법으로는 크게 기간보호와 해지보호의 방법이 취해지고 있고, 유럽이나 일본의 경우는 그 중에서 해지보호를 취하고 있고 우리나라는 기간보호를 하고 있다.

기간보호와 해지보호의 가장 큰 차이점은 임대인에 대하여 계약해지의 자유를 인정하느냐 않느냐에 있다. 물론 기간보호에서도 법정 기간 중에는 임대인의 계약해지는 인정되지 않는 것이지만, 그것은 다만 일정한 임대차기간만을 보호하는 것이지 그 기간이 지나고 임차인이 계속거주를 원한다 하여도 임대차관계가 계속되는지의 여부는 항상 임대인의 의사에 달려 있으므로 임대차관계의 종료 여부에 대해서는 임대인이 주도적인 지위를 가지게 되는 것이다. 반면 해지보호는 임대차기간의 여부나 그 기간의 장·단에도 불구하고 임대차계약을 임대인이 해지하려면 일정한 사유가 있어야 하므로 원칙적으로 임대인에게 계약 해지의 자유가 인정되지 않는 것이다. 그러므로 임대인은 임대차관계의 종료에 관하여 주도적인 지위에 있지 아니하고 임차인의 임대차관계의 계속에 대한 요구에 대해 임대인의 자유의사에 따른 거절은 제한되는 것이다. 이러한 측면에서 볼 때 임차인에 대한 계속거주의 자유를 인정하기 위해서는 존속보호의 방법 중 주택임대차

373) 상계논문, 161-164면.

에 대해서는 기간보장보다는 해지보호가 필요하고 그렇게 함으로써 임차인의 주거생활의 안정을 보다 충실하게 달성할 수 있다.

우리나라는 주택에 대한 존속보호의 방법으로 주택임차권에 최단기간보장을 하고 있지만 현실적으로 제대로 지켜지지 않아 주택임차인의 주거생활의 안정에 기여하고 있지 못하다. 따라서 주택임대차보호법의 존속보호의 방법을 해지보호의 방법으로 전환하고 그 보호의 내용도 외국에서처럼 강력한 해지보호가 아니라더라도 상가건물에 주어지는 정도의 해지보호는 주택에도 인정할 필요성이 있다.

2. 임차인이 주택을 구하거나 임차주택에 계속하여 거주할 수 있도록 주거비 부담을 덜어주어 임차인의 주거생활 안정을 가져오기 위해서는 차임통제가 필요하다. 그러나 동시에 차임은 임대인이 자신의 재산권을 활용한 수익에 해당하므로 차임을 통제하는 것은 임대인의 재산권 행사에 대한 제한이 되는 것이다. 따라서 외국의 경우는 차임을 통제하는 경우에 임대인과 임차인 사이의 구체적인 타당성을 기하려는 제도적 장치들을 가지고 있다. 우리나라의 경우 주택임차인의 보호를 위한 차임통제는 그 규율방식이 매우 단순하여 실제로 차임을 통제하는 역할을 충실히 하지 못하고 있다. 즉 차임통제를 하면서도 최초 차임에 대한 제한규정이 없고, 차임이 제한되는 경우도 임대인에 의한 일방적인 차임인상의 경우만 통제를 하는 것이고, 임대인이 압력에 굴복하여 임차인이 차임인상에 합의하는 경우나 임대차기간이 종료하여 재계약하는 경우에는 차임인상에 대한 통제가 없어서 사실상 차임통제가 가능한 것은 임대인의 일방적 차임증액 요구의 경우만 해당하게 되어서 현실적으로 임차인의 주거생활의 안정을 기할 수 있는 차임통제가 되고 있지 못하다.

그리고 오늘날 다양한 임대차 유형에 대응하여 임대차의 지역, 종류, 주택의 종류, 규모, 가격, 나아가 물가인상 등을 고려하지 않은 일률적인 통제는 임대인 들이나 일반인들에게 차임통제의 합리성이나 정당성을 주장할 근거가 되지 못하고 있다. 주택임대차보호법이 제정되어 어언 30년이 지난 지금에도 차임통제에 대한 합리적인 방안이 도출되지 못하고 있는 점은 우리나라가 주택임차인의 보호를 일정한 원칙에 따라 장기적인 관점에서 접근하는 것이 아니라 그때그때의

상황에 따른 단편적인 제도로 문제들을 처리하고 있다고 생각된다.

3. 우리나라는 주택임대차에 대한 해지보호가 되지 않기 때문에 임대차기간이 비교적 단기간인 것이 보통이다. 따라서 임대차기간 중에 임대인과 임차인이 권리와 의무에 대한 분쟁이 발생하더라도 비교적 짧은 임대차기간만 종료하면 임대차의 당사자가 바뀌게 되어 그 기간만 참으면 당사자 사이의 갈등도 끝날 것이고, 실제로도 임차인이 임대인과의 갈등으로 인하여 다소 불편하더라도 임대인과의 갈등을 일정부분 자신이 감수하는 관행들이 존재하는 것으로 보인다. 즉 임차인들이 임대차기간 중에 주택의 수선의무와 관련하여 임대인들과의 갈등이 상당부분 존재하고 있지만 그러한 갈등은 경제적 약자인 임차인들이 그 불편을 감수하는 것으로 끝나는 것이 보통이다. 비교적 장기간의 임대기간이 주어지는 임대주택법상의 임대주택의 경우는 주택의 관리, 유지에 대한 사항들이 표준임대차계약서에 규정되어 있고, 이러한 표준임대차계약서의 사용의무를 부과함으로써 임대인과 임차인의 권리의무를 보다 상세하게 규율되어 지고 있지만 민간임대차인 경우는 그러한 규정들이 마련되어 지고 있지 않다. 따라서 공공임대차에 적용되는 표준임대차계약서의 사용의무를 민간임대차에 대해서도 적용할 수 있는 법적 근거를 만들 필요가 있다고 생각한다.

제5장 주택임차인보호제도의 문제점과 개선방안

제1절 경매절차상 대항력과 우선변제권

1. 대항력과 우선변제권의 관계

주택임대차보호법이 제정될 당시(1981. 3. 5. 법률 제3379호)에는 주택임차권에 관하여 법 제3조 제1항에서 대항력만 인정되었고, 우선변제권은 인정 되지 않았다. 그리고 법 제3조 제2항에서 민법 제575조 제1항, 제3항, 제578조³⁷⁴⁾를 임대차의 목적이 된 주택이 경매 또는 경매의 목적물이 된 경우에 이를 준용하도록 하였다. 이에 따라서 임차주택이 경매가 되는 경우에 경락인은 대항력이 있는 임차인이 있다는 사실을 알지 못하였다면 채무자에게 계약의 해제 또는 대금 감액을 청구할 수 있고, 채무자가 자력이 없는 때에는 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금 전부나 일부의 반환을 청구할 수 있어서, 결국 임차인에 대한 부담은 대항력에 의하여 경락인이 부담하는 것을 원칙으로 하되, 경매당시 임차인의 존재사실을 알지 못하여 경락인이 임차보증금반환채무를 추가로 부담해야 목적물을 명도 받을 수 있는 경우에는 경락을 불허가 하는 것이 아니라 경락인과 채권자 내지 소유자와의 정산관계로 처리하였다.³⁷⁵⁾

그러나 주택임대차보호법에서 대항력만을 인정하게 되자 임차주택이 경매되는 경우에 주택임차인이 대항력을 행사하여 그 주택에 계속 거주할 수는 있었으나, 보증금을 회수하여 나갈 수 있는 수단이 마땅치 않아 주택임차권에 우선변제권

374) 민법 제575조 제1항은, “매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다.” 제3항은 “전2항의 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다”. 제578조 제1항은, “경매의 경우에는 경락인은 전8조의 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있다.” 제2항은, “전항의 경우에 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.”

375) 김제완, “주택임대차보호법에 있어서 임차인의 대항력과 우선변제권의 경합문제에 관한 고찰”, 『안암법학』 (통권 제12호), 안암법학회, 2001, 242면.

을 인정해야 한다는 주장이 제기되었다. 이에 따라 1989. 12. 30. 개정법률(법률 제4188호)에서 제3조의 2를 신설하여 우선변제권을 인정하였다. 이 개정법률 제3조의2 제1항은 “제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사소송법 및 경매법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 수 있다. 다만 임차인이 당해 주택의 양수인에게 대항할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 후가 아니면 보증금의 우선변제를 청구하지 못한다”고 하였다. 따라서 이 개정 법률에서는 주택임차인에 대하여 우선변제권을 인정하기는 하였지만 임대차관계가 종료한 경우에만 인정하고 있었던 것이다. 이에 따라 경매에서 임차인이 있는 주택을 낙찰 받고자 하는 자는 그 임차인이 임대차관계가 종료되지 않고 또한 대항력이 있는 경우에는 보증금반환채무를 추가로 부담한다는 것을 고려하여 입찰가격을 정하여야 하고, 임대차가 종료하였지만 대항력이 있는 임차인이 존재하는 경우에는 임차인이 경매대금에서 우선변제를 받을 것을 고려하여 입찰가격을 정할 수 있었다.

그런데 문제는 임대차관계가 종료한 경우에 임차인이 우선변제권만 가지는 것인지 대항력도 가지게 되는지에 대한 규정이 없었고, 또한 임차주택이 경매가 되는 경우에 임차인은 임대차계약을 해지할 수 있는지 해지할 수 있다면 그 근거가 무엇인지, 나아가 해지는 어떠한 방법으로 해야 하는지, 해지하는 경우 그 효과를 어떻게 해석할 것인지에 대한 문제가 있었다. 이에 대해 판례는 “임차인보호를 위한 보호법 제3조 제1항, 제3항, 제3조의2 제2항, 제3항, 제4조 제2항, 제8조 제1항, 제2항 규정들의 취지에 비추어 위 규정의 요건을 갖춘 임차인은 임차주택의 양수인에 대항하여 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리와 보증금에 관하여 임차주택의 가액으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리를 겸유하고 있다고 해석되고, 2가지 권리 중 하나를 선택하여 행사할 수 있다”고 하였다.³⁷⁶⁾ 또한 판례는 “임차인이 임대차기간이 종료되지 아니하였음에도 경매법원에 배당요구를 하는 것은 스스로 더 이상 임대차관계의 존속을 원하지 아니함을 명백히 표명한 것이어서 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 임대차해지의 의사표시로 볼 수 있다” 하였다.³⁷⁷⁾

376) 대판 1997. 8. 29. 97다11195; 대판 1997. 8. 22. 96다53628.

따라서 경매절차상 주택임차인은 대항력과 우선변제권을 겸유하고 또한 두 가지 중 어느 하나를 선택하여 행사할 수 있고, 임차주택이 경매가 되는 경우 배당요구를 임대차관계의 해지로 봄으로써, 원래 법이 대항력 있는 임차인이 임대차기간의 존속 중에는 우선변제권을 행사하지 못하도록 제한한 취지와는 달리 위 판례의 해석과 그에 따른 경매실무에서 제3조의2 제1항 단서 조항이 사문화되게 되었다.³⁷⁷⁾ 결국 입법자의 당초 의도는 임차인 중 일부, 즉 임대차관계가 종료되고도 임차보증금을 반환 받지 못하고 있던 자에 대하여 우선변제권을 인정한다는 취지였던 것으로 보임에도 불구하고 결과적으로 법의 해석·적용 과정에서 우선변제권이 모든 임차인에게 확대되었던 것이다.³⁷⁹⁾

이러한 문제로 인하여 1998. 12. 개정된 법률(법률 제5641호)에서 법 제3조의5를 신설하였다. 동조는 “임대차는 임대주택에 관하여 민사소송법에 의한 경매가 행하여진 경우에는 그 임대주택의 경락에 의하여 소멸한다. 다만 보증금이 전액변제 되지 아니한 대항력이 있는 임차권은 그러하지 아니하다”고 하였다.³⁸⁰⁾ 따라서 임차주택이 경매가 되는 경우 임대차의 종료와 관계없이 주택임차인은 우선변제권을 가지게 되었고, 임차권은 경락으로 인해 당연히 소멸하는 것으로 하여 결과적으로는 대항력과 우선변제권과의 관계는 임대차의 종료 여부와 관계없이 임차주택이 경매가 되는 경우 임차인은 우선변제권을 먼저 행사하고, 우선변제권을 행사하여도 보증금을 전액 변제받지 못한 부분이 있다면 그 때에 비로소 대항력을 행사하여 경락인으로부터 보장받으라는 것을 의도하고 있다.³⁸¹⁾ 요컨대 임차주택이 경락된 경우 임차인이 우선변제권을 행사하여 배당을 받았으나 보증금 전액을 배당 받지 못한 경우에 대항력이 있는 임차인은 임차주택을 낙찰자에게 인도하고 경매법원으로부터 배당금을 수령한 다음(주택임대차보호법 제3조의2 제3항) 부족액을 낙찰자에게 청구하든지, 아니면 부족액을 낙찰자로부터 수령하고 임차주택을 인도한 후 경매법원으로부터 배당금을 수령할

377) 대판 1998. 9. 18. 97다28407.

378) 박용진, 전제서, 97면.

379) 김제완, 전제논문, 244면.

380) 다만 이 조항에서 민사소송법이라는 명칭은 2002년 민사집행법이 제정되어 경매절차가 단일법에 의해 규율되게 됨에 따라 민사집행법이라고 개칭하였다.

381) 김제완, 전제논문, 245-246면.

수 있다. 따라서 낙찰자가 당해 주택의 명도를 요구하여 올 경우에 임차인은 부족액에 관하여 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다.³⁸²⁾

2. 학설 및 판례

대항력과 우선변제권과의 관계에 관하여 종래의 판례는 “대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 먼저 우선변제권을 선택하여 임차주택에 대하여 진행되고 있는 경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였다 하여도, 그 순위에 따른 배당이 실시될 경우 보증금 전액을 배당 받을 수 없었던 때에는, 그 보증금 중 경매절차에서 반환 받을 수 있었던 금액을 공제한 잔액에 관하여 낙찰자에게 대항하여 이를 반환 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다”고 하였다.³⁸³⁾ 그리고 여기서 임차인이 매수인에게 대항할 수 있는 보증금 잔액의 범위는 실제 배당절차에서 임차인이 배당 받은 금액을 공제한 잔액이 아니라 올바른 배당순위에 따른 배당이 실시될 경우 임차인이 배당 받을 수 있었던 금액을 공제한 잔액이라고 하였다.³⁸⁴⁾ 따라서 판례에 의하는 경우 임차인의 배당요구에 의하여 임대차는 종료하지만 법 제4조 제2항에³⁸⁵⁾ 의하여 임차인이 그 보증금의 잔액을 반환 받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제되므로 낙찰자는 법 제3조 제2항에³⁸⁶⁾ 의하여 이러한 임대인의 지위를 승계하게 되는 것이다. 법 제3조의 5는 종래의 이러한 판례의 입장을 명문화한 것이다.³⁸⁷⁾

주택임대차보호법 제3조의5 본문은 “임차권은 임차주택에 대하여 민사집행법에 의한 경매가 행하여진 경우에는 그 임차주택의 경락에 의하여 소멸 한다. 다

382) 민일영, 전거서, 308면.

383) 대판 1997. 8. 22. 96다53628.

384) 대판 2001. 3. 23. 2000다30165.

385) 제4조 제2항, “임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차관계는 존속한 것으로 본다.”

386) 제3조 제2항, “임차주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계할 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.”

387) 박용표, “주택임대차보호법상 대항력과 우선변제권을 겸유하는 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지의 사용·수익과 부당이득 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다 23885 판결”, 「판례연구」(제17집), 부산판례연구회, 2006, 295면. (제198회 국회 법제사법위원회 회의록 제12호의 관련 내용에 대해서는, 민일영, 전거서, 308면 참조).

만 보증금이 전액 변제되지 아니한 대항력 있는 임차권은 그러하지 아니하다”라고 하고 있다. 따라서 법문에 충실하게 이해한다면, 법 제3조의5 본문에 따라 모든 임차권은 임차주택이 경매되는 경우에 소멸하게 되고, 다만 동조 단서에 의해서 임차권이 대항력을 가지고 있는 경우에는 그 보증금이 전액 변제되지 않아 보증금 중 일부가 남아 있다면, 경락자에 대항하여 그 나머지 보증금에 대해서 대항력을 행사하여 경매절차에서 배당받지 못한 나머지 보증금에 대한 임차권을 주장하라고 하는 것이다. 그러나 이 규정이 문제가 되는 것은 주택임차권이 경락에 의하여 소멸한다고 할 때, 만약 임차인이 대항력과 우선변제권을 가지고 있는 경우, 배당요구를 한 경우에 국한되어 소멸한다는 것인지 아니면 배당요구를 하지 않아도 당연히 소멸하는 것인지 분명하지 않다.

이에 대해 학설은 우선 이는 종래 전세권과는 달리 경매절차에서의 임차권의 인수·소멸에 관한 아무런 규정이 없었다는 종래의 비판을 수용한 것이고, 위 임차권에는 대항력 없는 임차권은 물론이고 최우선순위의 대항력 있는 임차권도 포함하며, 나아가 위 본문은 법 개정으로 인해 임차권등기를 한 임차인과 민법상의 임차권등기를 한 임차인에게도 우선변제권을 부여하고, 임대차가 종료한 후가 아니면 보증금의 우선변제를 청구하지 못한다는 규정을 삭제하여 우선변제권의 행사를 제한 없이 할 수 있게 한 이상, 주택임차권은 저당권과 경매절차상의 차이가 없으므로 저당권과의 균형상 임차권도 경매로 소멸한다는 소제주의를 입법화 한 것이다. 그리고 적용범위에 있어서도 대항력 있는 임차권이 경락에 의하여 소멸하는 경우에 우선변제권을 행사하거나 행사하지 않거나 모두 원칙상 경락으로 소멸한다는 견해가 있다.³⁸⁸⁾

반면에 법 제3조의5의 의미는 임차인은 대항력을 행사할 것이 아니라 우선적으로 우선변제권을 행사하여야 하고, 우선변제권을 행사하고도 반환받지 못한 임차보증금이 있는 경우에 한하여 그 부분은 대항력을 행사하여 경락인으로부터 받으라는 것으로 보이고 또한 임차인의 보증금반환채권 보호를 위한 두 제도인 우선변제권과 대항력에 관하여 그 순위를 두어 우선변제권을 먼저 활용하도록 하여 두 권리의 경합으로 인한 불합리를 해결하려고 시도하는 데에 그 의미가 있다고 하는 견해가 있다.³⁸⁹⁾ 한편 경락으로 인해 임차권을 무조건 소멸시키는

388) 상계논문, 295-296면.

것으로 이해하면서 대항력이 있는 임차권을 무조건 소멸시키면 보증금을 전액 변제 받으면 몰라도 그렇지 않을 경우에는 임차권의 무조건적 소멸을 강요받는 것이 부당하므로 제3조의 5에 단서 규정을 두어 보증금이 전액 변제되지 않으면 임차권이 소멸하지 않는 것이라고 하는 견해도 있다.³⁹⁰⁾

3. 문제점 및 개선방안

대항력과 우선변제권을 겸유한 임차인을 경매절차상 어떠한 취급을 해야 될 것인지에 대해서 법 제3조의5의 해석을 둘러싸고 여러 견해가 있다. 즉 임차주택이 경매가 되는 경우에 대항력이 있는 임차권을 무조건 소멸하게 하는 것이 옳은지, 아니면 대항력 있는 임차인이 경매절차에서 배당요구를 하여 우선변제권을 행사하여야만 임차권이 소멸하게 되는 지에 관해서, 위에서 본 견해들 중 임차인이 우선변제권을 행사하든지 안하든지 언제나 소멸한다고 보는 견해나 우선변제권을 먼저 행사하고 보증금을 전액 반환 받지 못한 경우에 대항력을 행사한다고 보는 견해에 대해서는 다음과 같은 점에서 부당하다고 생각한다.

우선 임차인보호를 어떠한 방향에서 접근해야 하는 것인가의 관점, 즉 임차인에게 계속거주의 보호와 거주이전의 보호 중 어느 것을 우선시하여야 하여야 할 것인지에 대한 측면에서 본다면 임차인의 보호는 현재 거주하고 있는 주택에서 본인이 원하는 한 충분히 거주하고 있어야 하고 그 다음에 그 주택에서 더 이상 거주할 의사가 없는 경우에 다른 주택으로 옮기는 것이라야 한다. 따라서 임차주택이 경매가 되는 경우 대항력을 중심으로 임차인의 계속거주의 가능성을 확보하고 그 다음에 우선변제권을 인정하여 거주이전의 확보를 하는 것이 타당하다고 생각한다.

우리 주택임대차보호법의 제정 연혁을 보면 대항력은 제정 당시부터 인정되었던 것이고 우선변제권은 우리나라가 외환 위기를 겪으면서 임대인이 경제적 어려움 때문에 임차주택이 경매로 넘어가는 경우가 많았고 이 과정에서 임차인에게 우선변제권을 인정하여 경매절차에서 임차인에게 임차주택의 경매대금으로부터

389) 김제완, 전계논문, 250면.

390) 민일영, 전계서, 310면.

터 임차보증금을 확보하도록 한 것이다. 즉 이것은 우리 주택임대차보호법의 임차인보호의 기본은 “매매는 임대차를 깨뜨린다”라는 법적 제도를 주택임차권에 대하여 대항력을 인정하여 임차인이 임차주택이 양도가 되거나 경매되었을 경우에 계속하여 그 주택에 거주할 수 있도록 하고 임차기간이 종료된 경우에 새로운 소유자에게 임차보증금의 반환을 청구할 수 있도록 한 것이다. 그런데 대항력과 우선변제권이 주택임대차보호법이 제정되어 지금까지의 법운용과 해석을 거치면서 결국 법 제3조의 5가 신설되었고, 이제는 대항력보다 우선변제권을 우선하는 경우로 바뀌게 된 것이다. 이것은 임차권의 본질이 임차인이 임차목적물을 사용·수익하는 것에 있고 그러한 사용·수익은 가능하다면 임차인이 원하는 한 계속적인 보호가 이루어져야 임차인에 대한 주거계속의 확보가 이루어 질 수 있다는 점에 비추어 보면 적절한 법 운용이라고 할 수 없다.

즉 임차인의 보호는 임차목적물의 충분한 사용과 수익에 있는데도 경매절차상에서 우선변제권을 먼저 행사하도록 하고 또한 우선변제권을 행사하든 안하든 임차권이 소멸하도록 하는 것은 우리 법제가 임차권의 존속보호보다 우선변제권의 확보에 몰두하고 있어 사실상 임차인에게는 정주의 자유는 인정되지 않고 거주 이전의 자유만 보장되고 있는 셈이다. 이것은 특히 우리 법제가 주택임차권에 대해 2년의 보장기간을 두었지만 이것은 사실상 사문화되어 지켜지지 않고 있고, 주택임차권에 대해 임대인의 해지제한을 두지 않고 있는 현실에서는 더욱 임차인의 주거안정에는 도움이 되지 않는다. 나아가 경매절차에서 임차권은 저당권과 같은 성격을 띠고 있기 때문에 저당권과의 균형상 소제주의를 택하였다고 하는 것도 임차권이 분명히 그 본질은 용익권임에도 불과하고, 단지 경매절차상의 배당관계만을 중시하여 이렇게 평가하는 시각은 문제가 있다. 이러한 시각은 주택임차인의 보호를 임대차관계의 유지보다는 임대차관계의 종료를 기본으로 한 경매절차상의 이해관계만을 생각한 시각이다. 물론 대항력을 우선시하는 경우에 임차주택이 경매되는 경우 임차인이 임차보증금 확보에 어려움이 있는 것은 사실이다. 그러나 이미 임차인이 대항력을 취득하였다고 하면 임차주택이 낙찰되어 경락인이 소유권을 취득하더라도 그 대항력은 소멸되지 않으므로 경락인이 인수하도록 하여 경매절차에서 입찰자들이 항상 대항력 있는 임차보증금에 대해서는 낙찰자가 인수하도록 하여 처리하는 것이 간명한 것이다. 오히려 대항력과

우선변제권을 검유한 임차인이 대항력을 행사할 것인지 우선변제권을 행사할 것인지에 따라서, 만일 임차인이 대항력을 행사하면 경락인이 임차보증금을 인수하게 되고, 반면에 임차인이 우선변제권을 행사하게 되면 임차주택의 권리자들이 배당받을 금액이 줄어들게 되어 임차인이 대항력과 우선변제권 중에서 어느 것을 행사하느냐에 따라 경락인과 임차주택의 권리자들이 이해관계가 달라지는 것도 불합리하다.

또한 민사집행법 제91조 4항은 “지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권의 경우 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우 이외에는 이를 매수인이 인수 한다”라고 하고 있다. 민사집행절차의 원칙이 이러함에도 단지 주택임차권은 법 제3조의5를 통하여 일률적으로 경락으로 소멸한다고 하는 것은 민사집행절차의 원칙과도 맞지 않다. 그러므로 구법의 경우처럼 대항력이 있는 주택임차권은 원칙적으로 대항력을 행사하고 임차인이 원하는 경우에만 우선변제권을 행사하도록 하는 것이 옳다고 본다. 임차인에 대하여 대항력과 우선변제권을 인정하여 임차인이 경매절차에서 어떠한 권리를 행사하느냐에 따라 낙찰자와 배당참가 채권자들이 이해관계가 달라질 수 있는 문제도, 경매의 경우 구 민사소송법 하에서는 우선변제권이 있는 임차인이 우선변제권에 의해 배당요구를 할 수 있는 시기가 낙찰기일까지로 되어 있어서 입찰기일까지 우선변제권을 행사하지 않은 임차인이 입찰기일 후 낙찰기일 전에 배당요구를 할 가능성이 있어서 매우 혼란스러웠으나, 현 민사집행법 제84조 제1항에서는 배당요구를 할 수 있는 중기를 “첫 매각기일 이전 경매법원이 정한 날”로 하고 있다. 나아가 민사집행법 제88조 제2항에서 “배당요구의 중기가 지난 뒤에 매수인이 인수하게 되는 부담이 달라지는 경우에는 배당요구를 철회 하지 못 한다”라고 하여 임차인이 배당요구를 할 수 있는 기간과 그 철회를 제한하고 있으므로 일단 대항력을 행사하는 것을 원칙으로 하고 다만 임차인이 우선변제권을 행사하는 경우에 배당에 참가하도록 하여도 지금은 과거처럼 그렇게 혼란스러운 문제는 크게 발생하지 않을 것이라 보이고 경매절차에서 임차인이 있는 주택에 대하여 입찰하려고 하는 사람들의 입찰가격 판단에 도움을 줄 수 있다.

그럼에도 불구하고 임차인이 대항력과 우선변제권 중 무엇을 행사하느냐에 따라 경락인과 임차주택의 권리자들의 이해관계가 달라질 수 있으나 이것은 임차

인보호를 위해 부득이 하다고 보아야 한다. 따라서 법 제3조의5의 해석은 대항력 있는 임차권은 원칙적으로 소멸하는 것이 아니고, 임차인이 배당요구를 하여 우선변제권을 행사하는 경우에만 적용된다고 봐야한다. 그러므로 대항력 있는 임차인은 배당요구를 하지 않은 경우에는 경락자에 대하여 당연히 대항력을 행사할 수 있고, 만약 배당요구를 한 경우는 배당절차에서 보증금을 변제 받을 수 있고, 보증금을 그 배당절차에서 전액 변제 받지 못하면, 배당받지 못한 나머지에 대해서 경락인에 대항할 수 있다고 해석하는 것이 옳다고 본다.

주택임차인의 주거생활의 안정은 임차인에 대하여 계속거주의 보장 및 거주이전의 보장이 필요하다. 물론 이 두 가지 측면이 동시에 보장이 되어야 하는 것이지만 그 중에서도 임차인보호의 중심은 계속거주의 보장에 있다고 생각되고 임차인의 계속거주의 보장은 임차기간에 대한 충분한 확보와 그 기간 중에 적절한 차임통제가 이루어져야 하는 것이다. 우리의 법제는 외국의 경우와는 달리 주택임차인의 대항력을 중심으로 한 존속보호보다는 우선변제권을 우선시 하여 임차보증금의 확보에 더 많은 노력을 기울이고 있다고 보여 진다. 또한 우리나라의 주택임차권의 존속보장은 임차권의 최단기간보장과 차임인상의 일률적 통제로서 행하여지고 있지만 이러한 제도가 현실에서 실효성이 크지 않은 상황에서는 결국 주택임대차보호법은 임차인의 주거생활의 계속성 보다는 단지 임대차보증금의 반환을 보장하는 기능을 하고 있다고 볼 수 있고 그것은 결국 주택임대차보호법이 제1조에서 목적으로 하고 있는 “서민들의 주거생활의 안정”에 충분한 역할을 하고 있다고 볼 수 없다.

우리나라가 다른 나라와는 달리 임차권의 존속보호보다는 임차보증금의 반환에 주력하고 있는 것은, 외국의 경우는 주로 그 차임을 매분기별로 지급하는 형태이고 보증금은 대략 1내지 3개월 치의 차임에 해당하는 등 소액이지만 우리나라의 임대차는 대부분 고액의 전세금(임차보증금)을 지급하고 있고, 그 보증금의 성질도 외국의 경우는 차임과는 별개의 순수한 임대차기간 중의 임차인의 채무를 담보하는 역할을 하는 것이지만 우리는 임차보증금이 임대차기간 중의 임차인의 채무를 담보하는 역할과 더불어 차임지급의 성질도 갖는 것이어서 임대차가 종료한 경우에 그 반환문제는 임대인이나 임차인에게 중요한 문제인 것이다. 또한 이러한 이유에서 우리나라의 임차인보호법은 민사집행절차상 다른 채권자

들에게 여러 점에서 영향을 미치게 된다.³⁹¹⁾

우리나라는 주택임대차의 차임지급 유형 때문에 대항력보다는 우선변제권 위주로 법이 운용되고 있지만, 이러한 법운용의 또 하나의 중요한 이유는 주택임차권에 대한 존속보호가 제대로 되고 있지 않기 때문이다. 왜냐하면 주택임차인에게 존속보호가 충실히 이루어지고 대항력을 중심으로 법을 운용한다면, 설령 임차주택이 경매가 되어 신소유자에게 주택의 소유권이 넘어 가더라도 임차인은 계속하여 거주를 원하는 한, 그 임차주택의 경매절차에서 구태여 우선변제권을 행사하여 임차보증금의 확보를 위한 노력을 하지 않아도 될 것이다. 그러나 우리나라의 주택임차권의 존속기간은 비교적 단기간이기 때문에 임차주택이 경매가 되는 경우 부동산경매절차는 비교적 긴 시간을 요하고, 그 절차가 끝나면 임차기간이 많이 경과할 것이기 때문에 남은 임차기간이 길지 않다면, 구태여 임차인이 대항력을 행사하여 신소유자에게 임차보증금의 반환을 받는 것보다 경매절차에서 배당을 받는 편이 편하기 때문이다. 결국 주택임차인의 거주생활의 안정은 주택임차권의 존속보호가 중심이 되어야 하고 따라서 우선변제권보다는 대항력을 중심으로 주택임차권을 보호하는 방향으로 법적 제도의 개선이 있어야 한다.

제2절 소액임차인의 최우선변제권

1. 최우선변제권 제도의 악용(가장임차인의 문제)

주택임대차보호법 제8조에서 인정하고 있는 소액임차인에 대한 최우선변제권은 선순위 담보물권자보다도 우선하여 경매절차에서 우선변제 받을 수 있는 권리로서 임차인 중 특별히 보호가 필요가 무주택 서민들을 위하여 기존의 사법질서를 무시하고 담보물권자들의 이익을 해치면서까지 인정되는 권리이다. 그러나 최우선변제권은 법이 예상하고 있는 무주택 서민들의 주거생활의 안정을 기하는

391) 김 인, “부동산강제집행의 관점에서 본 상가건물임대차보호법”, 「법학논총」(제26집), 경북대학교 법학연구소, 2007. 190면.

순기능도 가지고 있지만 반면에 법이 인정한 특혜적인 보호를 악용하여 경매절차상 여러 이해관계인들에게 피해를 야기하는 역기능도 적지 않다. 특히 이 권리를 악용하여 경매절차상에서 문제가 되고 있는 것이 바로 가장임차인의 문제다.

가장 임차인이란 실제 주택을 임차하여 거주할 목적이 아니라 주택임대차보호법 제8조의 소액임차인의 최우선변제권을 악용하여 주택이 경매되는 경우 선순위 저당권자보다 우선하여 배당을 받으려는 자들을 말한다. 판례도 “임대차는 임차인으로 하여금 목적물을 사용·수익하게 하는 것이 계약의 기본내용이므로, 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐, 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약은 주택임대차계약으로서 통정허위표시에 해당되어 무효라고 할 것이므로 이에 주택임대차보호법이 정하고 있는 대항력을 부여할 수 없다”라고 하고 있다.³⁹²⁾ 따라서 주택을 사용·수익하려는 목적이 아닌 채권회수의 목적이나 기타의 사유로 주택임대차보호법의 소액보증금 보호조항을 악용하는 것은 통정허위표시로서 무효인 법률행위이고 법적인 보호를 받을 수 없는 것이지만 실제로는 법의 맹점을 이용하여 여러 문제를 야기하고 있는 것이다.

원래 소액보증금 보호조항은 1983. 12. 30. 주택임대차보호법 제1차 개정 시에 신설된 것으로 그 당시 주택임대차보호법 제8조 제1항은 “임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리가 있다”라고 하여 소액임차인이기만 하면 아무런 제한도 없이, 그리고 소액보증금 전액에 관하여 우선변제권을 행사할 수 있었다. 그러나 이러한 소액보증금이 악용되는 사례가 빈번하자 1989. 12.30. 주택임대차보호법 제2차 개정 시에 동법 제8조 제1항을 개정하여 “임차인은 임대보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제 받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다”라고 하여, 원래 소액보증금 전액을 보장하던 것을 소액보증금 중 일정액만 보호하고, 나아가 주택의 경매가 되는 경우에는 주택경매개시신청의 등기 전에 주택의 인도와 주민등록을 갖추도록 함

392) 대판 2002. 3. 12. 2000다24184,24191.

으로써 가장 임차인의 피해를 막으려고 하였다.

그러나 이러한 조치에도 불구하고 여전히 경매절차상 가장 임차인의 문제를 완전히 해소하고 있지는 못하는 것으로 보인다. 이러한 소액임차보증금의 최우선 변제권을 악용하여 경매절차에서 가장 임차인이 등장하고 있는 것은, 소액보증금에 해당하기만 하면, 경매개시 결정의 등기가 행해지기 전에 주택의 인도와 주민등록을 갖추으로써 선순위 저당권자보다도 우선하여 배당받을 수 있도록 한 제도 자체가 가지고 있는 큰 문제점이라 볼 수 있다. 이러한 제도의 맹점으로 인하여 은행 등이 주택을 담보로 대출을 행하는 경우에는 아예 각 방마다 소액보증금 중 일정액에 해당하는 금액을 공제하여 주택의 담보여력을 계산하고 대출을 함으로써 임대인이 그의 주택을 담보로 하여 대출을 받는 경우, 실제 자기 재산을 활용한 자금 조달은 심히 제한을 받게 되어 임대인의 재산권 행사에도 악영향을 끼치게 되는 것이다.

2. 가장임차인의 구체적 사례

(1) 가장 임차인으로 의심되는 경우³⁹³⁾

1) 친인척 등인 경우

임차인은 임대인과의 사이에 대개는 친인척이 아닌 경우가 대부분이므로 만약 임차인이 임대인의 친인척이라고 의심되는 경우는 호적등본 등에 의하여 확인할 필요가 있고, 임차인이 임대인의 종업원이라고 의심이 되는 경우에는 대출당시의 은행의 신용조사서, 급여명세, 법인등기부 등에 의하여 임차인의 나이, 성별, 신분에 어울리는 가구 등이 없는 경우는 가장 임차인일 가능성이 크기 때문에 경매절차상 현황조사를 한 후 배당배제신청을 법원에 하여야 한다.

2) 합리적인 사고로는 이해하기 어려운 경우

393) 박용진, 전게서, 170-171면.

예컨대, 주택에 방이 3개인데 임차인이 3인인 경우, 임대인의 거주공간이 없고 또한 하나의 주택에 임차인이 3인 이상 거주하는 것은 예외에 속하므로 가장 임차인일 가능성이 높다. 특히 임차인이 전 주소지에 가족이 있음에도 홀로 전입한 경우, 임차인의 직장과 통근이 합리적으로 보아 곤란한 경우, 가족 중 1인이 소유자인 경우, 전입 후 상당한 기간 후에 확정일자나 계약서를 작성한 경우, 중개인이 없이 계약서를 작성한 경우, 계약서에 공란이 많거나 계약서, 확정일자, 배당요구, 소제기 등이 일관되게 진행되고 동일인 필체의 경우, 권리신고서 및 배당요구서를 동일 날짜에 제출한 경우, 권리신고서 및 배당요구서를 채무관계인이 대리하여 제출한 경우, 임차금액의 합계가 주택의 시가를 초과하는 경우, 임대차계약 시 소유자와 계약이 아닌 경우 등의 경우에도 역시 가장 임차인일 개연성이 높다.

3) 실제 거주하지 아니한 경우

임대차계약증서상으로는 대항요건을 모두 구비하였지만 불거주가 확인된 경우, 우편물이 방치되어 있는 경우 등에는 경비원, 통장, 채무자, 관계인의 진술에 의하여 이를 확인한 후 사실관계를 규명해야 한다.

4) 기타의 경우

기타 전출입이 빈번하거나 임대인과 전화를 공동으로 쓰거나, 선순위채권이 과다한 경우에도 합리적이라면 배당을 받지 못할 것이므로 임차하지 아니할 것이며, 이 경우에는 임대인과 담합하여 수인의 소액임차인으로 보호받기 위한 개연성이 높다. 또 경매신청 직전에 금전대차관계를 소액보증금으로 악용하려는 경우, 다른 제3의 채권자가 임차인으로 전입한 경우, 과거 채무관계자와 소유자가 동거한 경력 등은 가장 임차인일 개연성이 크다.

(2) 가장 임차인의 판단기준

채권자가 총 7000만원의 대여금을 채무자로부터 받아 내기 위해서 채무자 소유의 주택에 가압류를 하고 그 전에 채무자 소유의 주택 중 방 1칸에 관하여 소액임차인에 해당하는 액수로 임대차보증금을 정하여 임대차계약을 체결하였으나, 실제 위 임대차보증금은 지급하지 않고 임차인 소유의 주택에 입주하여 전입신고를 마치고 거주한 경우, 판례는 단지 임대차보증금이 임대인과 임차인 간에 수수되지 않은 사정만으로 가장 임차인으로 인정한 것이 아니라, 그러한 사정과 함께 채권자와 채무자의 기존의 채권관계, 임대차보증금의 액수, 가압류 사실 등의 사실들을 종합하여 임대차계약이 채권회수의 수단으로 체결된 것으로 판단하였다.³⁹⁴⁾ 또한 채무자에게 여러 명의 채권자가 각각 금원을 대여하였다가 채무자가 채무과다로 이를 변제하지 못하게 되자 채권자들이 채무자 소유의 건물 3층에 방 1칸씩에 임대차보증금을 소액임차인에 해당하는 금액으로 하였고, 실제 보증금을 지급하지 않은 채 그 주택으로 전입신고를 하고 그 방을 인도 받아 거주하였던 사안에서, 채무자와 채권자들 사이의 임대차계약은 그 주된 목적이 주택을 사용·수익하려는 데 있는 것이 아니고, 소액임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 기존 채권을 회수하기 위한 수단으로 체결된 것으로 판단하고 있다.³⁹⁵⁾

따라서 가장 임차인에 해당하는지 여부를 판단하는데 있어서, 판례는 가장 임차인인지 여부를 임대차의 목적이 목적물을 사용·수익하는데 목적이 있는지 아니면 기존 채권을 회수하는 등의 다른 목적으로 소액보증금의 최우선변제권을 이용하는지에 따라서 판단을 하고 있다. 그러나 채권자가 실제로 임차목적물을 점유하고 주민등록도 마친 후에 채무자의 주택에서 가정생활을 하고 있는 경우는 임차인으로서 임차목적물을 사용·수익 하고 있는 것인데, 그렇다면 임대차계약의 목적이 임차목적물의 사용·수익에 있는 것인지, 아니면 그 외의 다른 목적을 위한 가장 임차인인지 여부는 임대차계약의 체결과정과 그 사정, 임차보증금의 지급여부, 채권자와 채무자의 관계, 임차주택에서의 생활관계 등 여러 가지 구체적 인 경우에 따라서 달라질 수 있다.

394) 대판 2001. 5. 8. 2001다14733.

395) 대판 2001. 10. 9. 2001다41339.

(3) 가장 임차인으로 판단한 경우

1) 임차인의 수가 지나치게 많은 경우

판례가 가장 임차인으로 판단한 사례 중에는 건물의 구조에 비하여 임차인 수가 지나치게 많고, 임대차계약이 일정시기에 집중된 경우에 가장 임차인으로 판단한 경우가 있다.³⁹⁶⁾ 즉 건물의 1층과 2층은 각 층에 방 3개와 거실 1개, 화장실 1개가 있어, 건물 구조상 5세대의 임차인이 있기가 어렵고, 임차인들의 전입신고가 소유자의 대출연체로 채권자로부터 법적 조치를 취하겠다고 최고장을 받은 이후 경매개시 전에 집중된 점, 임차인들 중 2사람은 원래 부부 사이였다가 협의 이혼하여 따로 살고 있다가, 그들이 같은 날 위 주택으로 전입신고 하면서 그것도 같이 임대차계약을 한 것이 아니라 따로 각 방 1개씩을 임차하였다고 주장하는 점, 그 건물의 소유자는 위 건물을 모두 임대하고 다른 곳에 거주한다고 하면서도 소유자의 부부가 경매개시결정정보 및 배당기일소환장을 위 건물에서 받은 점, 채권자의 직원이 방문하였을 때 위 소유자의 처가 거주한다는 방에 중학생 참고가 꽂힌 책상 1개, 임차인이 처 및 딸과 거주한다는 방에서는 침대 1개 및 옷 몇 벌만 있었던 점 등에 비추어 가장 임차인으로 판단하고 있다. 이 경우는 전형적으로 채무자가 자기 소유의 건물이 채권자의 경매신청으로 경매에 넘어갈 경우에 경매절차에서 채권자(특히 은행 등)가 경매개시를 하겠다는 최고를 한 경우에 나타나는 가장 임차인의 유형으로서 채무자가 채권자의 권리를 해하는 유형의 가장 임차인으로 볼 수 있다.

2) 채무초과 상태에서의 임대차

임차주택은 원래 방이 2개가 있는 주택인데 그 주택에 소유자와 그의 처, 아들, 딸과 거주하면서 방 하나를 소유자의 처와 친척관계에 있는 자에게 소액보증금에 해당하는 액수로 임대차계약을 체결하였다. 이 임대차계약 체결 이전에 이미 그 주택은 은행에서 근저당권이 설정되고, 나아가 다른 채권자에 의해서 근

³⁹⁶⁾ 대판 2001. 3. 23. 2000다53397.

저당권이 설정되어 있었다. 그리고 그 주택에 대한 근저당권의 액수는 주택의 담보여력을 초과하고 있는 상태였고 그 후에 임대차계약을 체결한 사안이다. 판례는 “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 최우선변제권은 임차 목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제 받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로, 채무자가 채무초과 상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 위 법조 소정의 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고 따라서 그 임차권 설정행위는 사해행위 취소의 대상이 된다”라고 판단하였다.³⁹⁷⁾ 결국 이 사안도 채무자가 채권자의 권리를 해할 목적으로 소액임차인에 해당하는 임차인을 만들어 냈다는 판단이다.

(4) 가장 임차인이 아닌 경우

1) 계약당시 거액의 근저당권 등이 있는 경우

판례는 “건물에 근저당권 및 거액의 가압류 등기가 마쳐져 있는 경우 보증금 회수가 불가능할 것을 우려한 임차인들이 임대차계약의 체결을 주저하는 것이 일반적이라 하더라도 임대차계약 체결 자체가 불가능한 것은 아니고, 이러한 건물의 경우 상대적으로 보증금이 저렴하기 때문에 서민들이 주택임대차보호법상의 소액보증금으로 보호받을 수 있는 점까지 고려하여 임차할 여지도 있으므로, 근저당권 및 가압류 등기의 존재 사실만으로 임대차계약이 허위라고 단정할 수는 없고, 임차인이 중개업소의 소개로 임차한 것이 아니라 같은 건물의 다른 호수의 임차인의 소개로 아파트를 임차하였다는 것이므로, 잔금까지 완납한 후 임대차계약서를 작성하였을 가능성을 배제할 수 없어, 임대차계약서 작성일 이전에 임차보증금이 전액 지급되었다고 하여 정당한 임차인이 아니라고 단정할 수도 없으며, 전입신고 및 확정일자 부여가 지연되었다는 사정만으로 정당한 임차인이 아니라고 추단할 수도 없다”라고 하고 있다.³⁹⁸⁾

397) 대판 2005. 5. 13. 2003다50771.

398) 대판 2005. 9. 15. 2005다34506.

이 경우는 기존의 채권을 회수하기 위한 방편으로 소액임차인의 최우선변제권을 악용한 것이 아니라 선순위의 근저당권 및 가압류가 되어 있는 주택에 소액임차인으로서 주택을 임차한 것이 가장 임차인인지 여부를 판단한 것이다. 실제 소액보증금이 선순위 담보권 등보다 우선한다는 점을 고려하여 소액임차인으로서 주택을 임차하는 것은 가능한 일이라 보이지만, 그렇더라도 보증금 중 일정액 만을 보장 받을 수 있는 경우에 과연 소액보증금 중 보장받지 못하는 나머지 부분을 포기하면서까지 이미 주택에 거액의 근저당권 및 가압류 등기가 되어 있는 상황에서 그 주택을 임차하는 것이 일반적인 것인지는 의문이 든다. 그 이유는 소액보증금에 해당되더라도 최우선적으로 보장 받는 금액은 임차보증금의 3분의1 정도이기 때문이다. 물론 소액임차인이 임대차계약증서상에 확정일자를 받고 있다면 선순위 담보권자 등에 배당하고 남은 배당금에 대해 우선변제권을 행사할 수 있는 여지는 있지만, 이러한 사안에서 소액보증금의 최우선변제권만을 염두에 두고 임차인이 주택을 임차할 것인지는 다소 의문이다. 다만 이 판례에서는 거액의 근저당권으로 인하여 그 주택의 담보여력에 비해 채무초과 상태였는지는 불분명하지만, 임대차계약 체결과정과 입주하는 과정을 고려하여 채무자가 채권자를 해할 목적으로 임차인을 만들어 냈다고 판단한 것은 아니라고 본 것으로 생각된다.

2) 기존채권을 임차보증금으로 전환한 경우

채권자가 채무자에 대해 금 1억 5천만 원을 대여 하였다가 이를 변제 받지 못하자, 채무자 소유의 아파트를 임차하기로 하고 임대차보증금을 1억 5천만 원으로 하여 임대차계약을 체결하고 주민등록 전입신고를 마쳤다. 후에 이 아파트가 경매에 붙여진 사안에서, 판례는 “주택임차인이 대항력을 갖는지의 여부는 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 정한 요건, 즉 임대차계약의 성립, 주택의 인도, 주민등록의 요건을 갖추었는지 여부에 의하여 결정되는 것이므로, 당해 임대차계약이 통정허위표시에 의한 계약이어서 무효라는 등의 특별한 사정이 있는 경우는 별론으로 하고, 임대차계약 당사자가 기존 채권을 임대차보증금으로 전환하여 임대차계약을 체결하였다는 사정만으로 임차인이 같은 법 제3조 제1항 소정의

대항력을 갖지 못한다고 볼 수는 없다”라고 하고 있다.³⁹⁹⁾

이 사안은 실제 임차주택을 사용·수익하려고 하였는지에 대한 판단은 없으나, 그 판단의 전제로서 임차주택의 사용·수익을 하기 위하여 채권자가 채무자에 주택을 임차하면서, 다만 임차보증금을 직접 수수한 것은 아니고 기존 채권을 임차보증금으로 전환한 것이라 한다면, 이는 임차보증금의 지급방법이 다를 뿐이기 때문에 실제 채권자가 채무자의 주택을 임차하여 사용·수익한 것으로서 가장 임차인이라 볼 수 없다고 생각한다.

3) 공사대금채권과 대여금채권 합계액을 임차보증금으로 전환한 경우

판례는 공사대금채권과 대여금채권을 합산하여 임대차보증금 반환채권으로 전환하기로 합의하여 임대차계약을 체결하고, 실제로 임차인이 임대차목적물에 거주 하면서 주민등록 전입신고를 하고 확정일자를 받은 경우, 임차인이 이에 기하여 경매법원으로부터 배당을 받은 행위를 사기죄로 의을 할 수 없다고 하였다.⁴⁰⁰⁾ 결국 이 경우도 위의 판례와 마찬가지로 기존 채권을 임대차보증금으로 하여 주택을 임차한 경우라고 하는 것이므로, 임차보증금의 지급방법이 다를 뿐 실제 임차주택을 사용·수익하기 위한 것이라고 판단한 것으로 보인다.

3. 가장 임대차계약의 효력

(1) 사해행위로 취소대상인지 여부

채무자가 채무초과 상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 최우선변제권 보호대상인 임차권을 설정해 준 행위가 사해행위 취소의 대상이 되는지, 만약 사해행위라면 수익자인 임차권자의 선의의 판단기준에 대해서, 판례는 “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금의 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우

399) 대판 2002. 1. 8. 2001다47535.

400) 대판 2004. 7. 22. 2003도6412.

선하여 변제 받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로, 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 위 법조 소정의 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공 행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고, 따라서 그 임차권설정행위는 사해행위취소의 대상이 된다. 그리고 사해행위인 경우 채무자의 악의는 추정되는 것이고, 수익자인 임차인의 악의 또한 추정된다고 할 것이나, 수익자인 임차인의 선의를 판단함에 있어서는 실제로 보증금이 지급되었는지, 그 보증금의 액수는 적정한지, 등기부상 다수의 권리제한관계가 있어서 임대인의 채무초과 상태를 의심할 만한 사정이 있었는데도 굳이 임대차계약을 체결할 사정이 있었는지, 임대인과 친인척관계 등 특별한 관계가 없는지 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙을 통하여 합리적으로 판단하여야 한다”라고 하고 있다.⁴⁰¹⁾

(2) 대항력 인정 여부

가장 임차인에 대해서 주택임대차보호법상의 대항력을 인정할 것인지에 대해서, 판례는 “임대차는 임차인으로 하여금 목적물을 사용·수익하게 하는 것이 계약의 기본내용이므로, 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고, 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐, 실제 주택을 주거용으로 사용할 목적을 가지 아니한 계약은 주택임대차계약으로서는 통정허위표시에 해당되어 무효라 할 것이므로 이에 주택임대차보호법이 정하고 있는 대항력을 부여할 수 없다”라고 하고 있다.⁴⁰²⁾

(3) 우선변제권 인정 여부

주택임대차로서 우선변제권을 취득한 것처럼 외관을 만든 경우에 우선변제권

401) 대판 2005. 5. 13. 2003다50771.

402) 대판 2002. 3. 12. 2000다24184,24191.

을 인정할 것인지 여부에 대하여, 판례는 “주택과 그 대지에 관한 자기의 공유지분을 다른 공유자에게 명의신탁한 공동소유자로서 그 주택의 일부분을 사용·수익해 오던 자가 그 주택 등이 경매되는 경우 자기의 지분을 제3자에게 대항할 수 없게 되는 것에 대비하여 다른 공유자와 사이에 임대차계약서를 작성하고 확정일자를 받아 두었을 뿐인 경우에는 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권이 인정되지 않는다”라고 하고 있다.⁴⁰³⁾

4. 문제점 및 개선방안

주택임대차보호법 제8조의 소액임차인은 주택경매신청의登記 전에 대항요건을 갖추면 선순위 담보물권자보다도 우선하여 소액보증금의 우선변제를 받는다. 서민의 주거안정을 위하여 사회정책적인 배려로 소액임차인의 최우선변제권을 인정하고 있지만 이 제도는 여러 가지 면에서 문제점을 나타내고 있다. 우선 선순위 저당권자와의 관계에서 보통 금융기관에서 대출을 받아 자기 건물에 저당권을 설정해 준 채무자가 채무를 변제하지 못하여 주택이 경매에 넘어갈 경우에는 금융기관의 강제집행예정통지서로 경매가 진행되는 시기를 예측할 수 있다. 따라서 경매신청기입登記 전에 자기의 친인척 등을 동원하여 급히 소액의 임차보증금을 기재한 계약서를 작성하고, 대항력을 갖추기 위해 임차주택에 간단한 집기를 들여 놓고 주민등록 전입신고를 마쳐서 임차인으로 가장하면 선순위 저당권자보다 우선하여 변제를 받을 가능성이 있으므로 선순위 담보권자는 손실을 입을 위험성이 크다.

이러한 선순위 담보권자의 이익을 해치는 경우뿐만 아니라, 다른 임차인이나 소액임차인의 보호에도 문제가 있다. 즉 소액임차인은 일정액 이하의 보증금인 경우에만 보호 받는 것이므로 약간의 차이로 소액보증금에 해당하지 않는 임차인과 소액보증금에 해당하는 소액임차인과의 사이에 보호에 불균형도 문제가 아닐 수 없다. 그리고 소액임차인과의 사이에도 한 주택에 소액임차인이 여러 명인 경우에는 소액보증금이 보장 받는 한도는 주택가액의 2분의1이므로 소액보증금의 합산 액이 주택가액의 2분의1을 넘는 경우에도 가장 임차인으로 인하여 다른

403) 대판 2005. 9. 15. 2005다34506.

선의의 소액임차인이 손해를 보는 경우가 발생한다.⁴⁰⁴⁾

한편 임대인의 입장에서 자기의 주택을 담보로 금융기관에서 대출을 받고자 하는 경우, 금융기관은 그 주택의 각 방마다 소액보증금중 우선적으로 보장받는 금액을 공제한 나머지 부분으로 주택의 감정가격을 책정하므로 임대인은 자기의 재산 가치를 충분히 활용하지 못하는 문제점이 있다⁴⁰⁵⁾. 특히 소액보증금의 범위와 보호 받는 일정액의 액수가 주택임대차보호법시행령이 개정될 때마다 증액되고 있으므로 이러한 문제는 더욱 더 심해지리라 생각된다. 또한 공시방법의 선후를 불문하고 최우선변제권을 인정함으로써 소액보증금은 그 보다 먼저 성립한 물권에 우선하기 때문에 이것은 명백히 사법의 기본질서에 반하는 것임은 말할 나위도 없다. 그럼에도 불구하고 주택임대차보호법에서 처음 이러한 제도를 두었던 것은 법률에 무지한 무주택영세서민의 주거생활의 안정을 보장하기 위한 것이었고 그러한 목적에 기여한 것도 사실이다. 그러나 이러한 목적에도 불구하고 최우선변제권을 악용한 피해도 역시 많다고 보여 진다. 특히 주택경매절차에서는 가장 임차인과의 싸움이 지금도 어려운 문제로 남고 있다.

소액임차인에 대한 최우선변제권이 갖는 순기능과 역기능을 비교하여 봤을 때 그 제도의 유지를 해야 할 것인지에 대하여는 다음과 같은 견해가 있다. 즉 우선변제권 제도를 도입한지 10여년이 지나 이미 널리 활용되고 있을 뿐만 아니라, 지금은 등기소나 법원이 아닌 동사무소에 전입신고를 하면서 바로 임대차계약서에 확정일자를 부여 받을 수 있으므로, 확정일자를 받으러 등기소에 따로 가야 하는 번거로움도 없는데다, 전입신고를 담당하는 동사무소 직원 등을 통하여 전입신고 자에 대하여 확정일자의 의미를 홍보한다면 법률의 무지로 인한 피해를 얼마든지 막을 수 있다. 따라서 합법적으로 우선변제권을 인정받을 수 있고, 그를 위한 절차를 밟는데 특별한 비용이나 시간이 필요하지도 않은데, 그러한 절차를 이용하지 않은 소액임차인에게 합법적 절차를 밟은 담보권자나 임차인에 앞서는 최우선변제권을 인정할 필요성은 적다고 하고 있다.⁴⁰⁶⁾ 사건으로는 이러한

404) 김재훈, 전계논문, 177-178면.

405) 주택에 담보설정을 할 때 아직 임대되지 않은 방이 있는 경우에는 각 방마다 소액보증금 중 일정액에 해당하는 액을 공제하고 그것을 선순위로 간주하여 담보 여력에서 차감하여야 한다고 실무상의 대책으로 설명하고 있다(한국경영법무연구소, “주택임대차보호법 해설”, 「경영법무」(통권 123호), 2005, 103면).

406) 민일영, 전게서, 275-276면.

견해에 동조한다. 사법상의 권리 상호간의 우선순위를 파괴하고 경매절차에서 여러 이해관계인들에 대한 피해를 낳고 있으면서, 나아가 금융기관 등이 대출관행에도 큰 영향을 끼쳐 임대인에 대한 피해도 가져오는 반면, 과연 소액임차인에 해당하여 이 제도의 보호를 받는 임차인이 얼마나 되는지 의문스럽다.

이제는 주택임대차에 관한 서민들의 법의식이 주택임대차보호법이 제정되어 거의 30여년이 흘러 온 만큼이나 성숙되어 있다고 볼 수 있다. 그러므로 임차인 자신의 권리를 주장하기 위한 요건들을 임차인이 법률에 무지하여 그 요건을 갖추지 못하여 보호받지 못하는 경우는 그리 많지 않을 것이다. 사법상의 질서를 유지하고 제3자의 이익을 크게 해치지 않는 방향으로 주택임대차보호법의 임차보증금 반환보장 제도는 변경되어야 한다고 생각한다. 특히 소액임차인의 최우선변제권을 악용하는 경우 최우선변제권의 요건은 임차인이 취득하기 쉽지만 주택을 인도받고 실제 거기에 주민등록을 한 경우에 위에서 본 바와 같이 임차보증금의 수수방법, 주택을 인도받는 과정, 입주과정, 계약체결 과정 등 주택의 임차와 관련된 모든 사정을 고려하여 가장임차인인 것을 판단하는 것은 경매절차에서 그 절차의 지연과 더불어 경매법원이 이러한 조사를 철저히 한다는 것도 한계가 있으므로 가장임차인에 의한 폐해는 경매절차상 계속되리라 생각된다. 따라서 소액임차보증금 제도는 확정일자부 제도로 통합하여 운영하고 소액임차인에 대한 보호는 임차보증금 보조제도나 임차보증금반환보장보험 등 다른 방향에서 이루어지는 것이 타당하다고 생각한다.

제3절 우선변제권의 실효성

1. 우선변제권의 한계

주택임차인의 임차보증금의 확보를 위하여 확정일자부 임차인에 대하여 우선변제권을 인정하고, 소액임차인에 대하여 최우선변제권을 인정하여 임차주택이

경매가 되는 경우 임차인으로 하여금 그 경매절차에서 임차보증금을 반환 받을 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 권리들이 임차인에게 인정되어 있다고 하여 임차인들이 실제 이러한 권리들을 자신이 원하는 경우에 이용될 수 있는 것이 아니다. 물론 경제상황에 따라 임대인들의 경제사정이 악화로 임대주택이 경매가 되는 경우가 많았던 외환위기 상황과 같은 사정이라면 임차인이 적극적으로 경매신청을 하지 않아도 다른 채권자들에 의해 경매절차가 진행되는 경우가 많았기 때문에 구태여 적극적으로 임차인에 대한 이러한 권리들을 스스로 활용할 수 있는 제도가 필요치 않았으나, 지금은 경제가 안정되어 임차주택이 경매되는 경우가 그리 많지 않은 경우에는 임차인도 일반 채권자와 마찬가지로 임차보증금 반환청구소송을 제기하여 승소의 확정판결을 얻어 임차주택을 강제경매 신청하여야 하기 때문에 실제 이러한 권리들이 주택임대차보호법상에 인정되어 있다 하더라도 임차인들이 그 권리를 현실적으로 행사하기 위해서는 역시 번거로운 절차를 거쳐야 하는 것이다.

또한 임차보증금의 반환확보를 위한 주택임차권등기명령도 임차인들이 적극적으로 우선변제권이나 최우선변제권을 행사할 수 있도록 하는 제도가 아니고 단지 임대인이 임대차가 종료하여도 임차보증금을 반환하지 않는 경우 대항력과 우선변제권을 유지시키는 소극적인 권리에 지나지 않는다. 그러므로 주택임대차보호법에서 인정하는 우선변제권이 실제적인 효과를 가지려면 임차인에 대하여 이러한 권리들을 적극적으로 행사할 수 있는 방안이 필요하다. 우선변제권을 적극적인 권리로서의 성격을 갖게 하는 것이 바로 임차인의 경매신청권의 문제이다. 임차인에게 경매신청권을 인정한다면 임차기간이 비교적 단기인 우리 임대차 관행에 있어서 임대인에 대한 임차보증금 반환을 강제하는 효과가 있기 때문에 임차인들이 보다 빠른 시일 내에 임차보증금을 반환 받아 다른 임차주택으로 이사를 할 수 있는 장점이 있다. 이러한 경매신청권 외에도 또한 임차인의 대다수는 무주택 서민인 경우이므로 만약 이들이 경매를 신청해서 그 절차에서 임차주택을 경매절차에서 손쉽게 매수하는 제도를 인정한다면 무주택 서민들의 내 집 마련의 기회를 충분히 실현할 수 있을 것이다. 특히 우리나라의 임차보증금의 수 관행과 그 보증금액이 고액인 점은 이러한 제도를 인정함으로써 현실적으로도 충분히 그 존재의의가 있는 것이라고 하겠다. 이러한 제도로서 현행 경매절차상

에서 인정되는 공유자의 우선매수권과 같은 제도를 주택임차인에게도 인정하는 방안이 필요하다.

2. 우선변제권의 실효성 확보

(1) 경매신청권

1) 경매신청권의 필요성

주택임차인의 임차보증금 확보를 위하여 주택임대차보호법은 제3조의2 제2항에서 확정일자에 의한 우선변제권을 인정하고, 동법 제8조에서 소액임차인의 최우선변제권을 인정하고 있다. 그리고 임대차가 종료하여 임대인이 임차보증금을 반환하지 않는 경우에는 기존의 대항력이나 우선변제권을 유지하면서 임차인이 이사를 할 수 있도록 동법 제3조의3에서 주택임차권등기명령에 의한 임차인의 단독신청에 의한 임차권등기를 인정하고 있다. 나아가 임차인이 임차주택에 대하여 보증금 반환청구소송의 확정판결이나 이에 준하는 집행권원에 따라서 경매를 신청하는 경우에는 집행개시 요건에 관한 민사집행법 제41조에도 불구하고 반대 의무의 이행이나 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 않는다고 함으로써 임차인이 경매신청을 위하여 임차보증금반환청구 소송을 하는 경우에는 임차주택을 임대인에게 인도하지 않고서 소송을 할 수 있고, 확정판결 등을 받아 경매를 신청하는 경우에도 여전히 그 임차주택에 거주하면서 경매를 진행할 수 있는 것이다. 그리고 임차인이 임대인에 대하여 제기 하는 보증금반환청구소송에 관하여는 소액사건심판법 제6조, 제7조, 제10조 및 제11조의2를 준용하도록 하여 소송절차를 간이하게 할 수 있도록 하고 있다.

따라서 주택임차인에게는 다른 채권자에 비해 집행개시의 요건을 완화 하고 소액사건심판법을 적용하기 때문에 임대차보증금에 대한 반환청구소송을 하여 그 확정판결에 기한 경매신청을 할 수 있는 것이 쉽다고 할 수 있다. 그러나 이러한 간이 한 절차에도 불구하고, 무주택 영세서민은 이러한 절차를 통하여 경매를 신청하는 것은 시간과 비용 면에서 만만한 일이 아니다. 그리고 임차주택에

거주하면서 소송을 하는 경우에 임대인과의 갈등도 역시 임차인에게 부담이 가는 것도 사실이다. 그러므로 주택임차권에 대해 담보권과 같이 경매신청권을 인정하여 간편하게 경매를 신청할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 특히 임차보증금의 확보를 위한 확정일자부 우선변제권이나 소액보증금의 최우선변제권은 임차인의 주거생활의 안정을 기하려는 목적에서 특별히 임차인에게 인정된 권리라고 하지만, 그 권리들은 언제나 임대인에 대한 일반채권자의 강제경매가 실시되거나 담보권자의 임의경매 또는 국세징수법에 의한 공매 등이 행해지는 경우에 그 절차에 편승하여 행사하게 되는 수동적이고 소극적인 권리인 것이다. 따라서 간단한 절차에 따라 집행권원을 얻을 수 있도록 하고 있는데도 여전히 임차인들이 사실상 그러한 제도를 이용하기에는 현실적으로 어렵기 때문에, 우선변제권 등은 임차인들에게는 법률로서 인정된 하나의 추상적인 권리에 불과하지 임차인들이 자신들의 적극적인 권리행사를 통하여 임차보증금을 반환 받을 수 있는 것은 아니다.

임차인이 소송이라는 복잡한 과정을 거쳐서 이러한 권리들을 구체화 시키지 못한 경우 임대차가 종료하여 임대인이 임차보증금을 반환 하지 않으면 임차권 등기 명령에 의하여 대항력과 우선변제권을 유지도록 하고 있지만 그 역시도 임차주택이 언젠간 경매가 되어지는 것을 기다려야 하는 수동적인 제도이지 그러한 등기명령을 신청하여 임차권이 등기가 되었다 하여도 그 등기에 경매신청권이 인정되는 것이 아니어서 임차인에게 우선변제권을 적극적으로 실현할 수 있도록 하는 제도는 아닌 것이다. 따라서 임대인에 대한 임차보증금 반환에 대한 권리인 우선변제권을 쉽게 현실적으로 행사할 수 있고 나아가 임대인에 대한 임대보증금의 반환을 간접적으로 강제하기 위해서라도 임차인에 대한 경매신청권은 현실적으로 필요한 것으로 생각된다. 즉 임차인에게 경매신청권을 인정한다면 주택임대차보호법상의 우선변제권 등은 실제로 경매절차에서 활용될 수 있는 보다 적극적인 권리가 되는 것이고, 나아가 뒤에서 보는 바와 같이 임차보증금의 확보를 위한 임차권등기명령은 그다지 필요성이 없는 제도가 될 것이다. 다만 임차인에게 경매신청권을 인정하는 경우에는 어떠한 방법으로 인정해야 되는지에 대해서는 그 방안을 검토할 필요가 있다. 아래에서는 강제경매와 임의경매의 경매신청절차를 알아보고 임차인에 대한 경매신청권을 인정할 수 있는 방안을 살

펴본다.

2) 경매의 신청방식

(가) 강제경매

가) 신청방식과 신청서 기재사항

민사집행의 신청은 원칙적으로 서면으로 하여야 한다(민사집행법 제4조). 신청서에는 정해진 사항을 적어야 하고 또 소정의 서류를 붙여야 한다. 또한 소정의 인지(5,000원)를 첨부하여야 한다(인지법 제9조 제2항, 송민 91-1). 여러 개의 집행권원에 기하여 신청을 하는 경우에는 집행권원의 수에 따른 인지를 첨부하여야 한다. 신청서에는 채권자, 채무자와 법원의 표시, 부동산의 표시, 경매의 이유가 된 일정한 채권과 집행할 수 있는 일정한 집행권원 등을 적어야 한다(제80조 제1호, 제2호 제4호, 제81조).

나) 첨부서류

강제경매신청서에는 집행력 있는 정보 외에 다음의 어느 하나에 해당하는 서류를 붙여야 한다. 채무자의 소유로 된 부동산에 대하여는 등기부 등본, 채무자의 소유로 등기되지 아니한 부동산에 대하여는 즉시 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류, 다만 그 부동산이 등기되지 아니한 건물인 경우에는 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고 증명할 서류(제81조 제1항 제1호, 제2호) 등이다. 이 외에도 강제집행 개시의 요건이 구비되었음을 증명하는 서류, 즉 집행권원 송달증명서, 집행문 및 증명서의 송달증명서(제39조 제1항, 제2항), 담보를 제공한 증명서류 및 그 증명서류 등본의 송달증명서(제40조 제2항), 반대의무의 이행 또는 제공을 증명하는 서면, 집행불능증명서(제41조 제1항, 제2항) 등을 제출하여야 한다.

경매신청을 함에 있어서는 집행권원의 집행력 있는 정보를 법원에 제출하여야 하고 그 사본을 근거로 강제경매절차를 개시할 수 없다⁴⁰⁷⁾ 그리고 송달사무 처

407) 대결 1968. 12. 30. 68마912.

리기관인 법원사무관 등 또는 송달실시기관인 집행관의 송달증명서를 제출하여야 한다. 통상의 집행에 있어서는 집행권원의 송달만으로 족하고 집행문을 송달할 필요는 없으나, 집행에 조건이 붙어 있는 경우에는 집행문 및 조건성취를 증명하는 증명서의 등본, 승계집행문이 부여된 경우에는 승계집행문을 채무자에게 송달하여야 하므로 경매신청 시에 그 송달사실을 증명하는 서면을 법원에 제출하여야 한다(제39조 제2항, 제3항). 집행이 채권자의 담보제공에 매인 때(예컨대 담보제공을 조건으로 한 가집행선고)에는 채권자는 담보를 제공한 증명서류를 제출하고 그 등본을 채무자에게 송달하여야 집행을 개시할 수 있으므로(제40조 제2항), 강제경매 신청인은 담보를 제공한 증명서류 및 그 등본의 송달증명서를 집행법원에 제출하여야 한다.

그리고 동시이행관계에 있는 반대의무의 이행은 집행개시의 요건이므로, 반대의무의 이행과 동시에 집행할 수 있다는 것을 내용으로 하는 집행권원의 집행은 채권자가 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 하였다는 것을 증명하여야만 한다(동법 제41조 제1항). 그러나 임차인이 임차주택에 대하여 보증금반환청구소송의 확정판결 그 밖에 이에 준하는 집행권원에 기한 경매를 신청하는 경우에는 이러한 서면을 제출할 필요가 없다(주택임대차보호법 제3조의2 제1항, 상가건물임대차보호법 제5조 제1항). 집행불능증명서는 다른 의무의 집행이 불가능한 때에 그에 갈음하여 집행할 수 있다는 것을 내용으로 하는 집행권원의 집행에 필요한 서면이다(제41조 제2항).

다) 집행권원

강제집행을 신청하기 위해서는 반드시 집행권원이 필요하다. 집행권원이란 일정한 사법상의 이행청구권의 존재 및 범위를 표시하고 그 청구권에 집행력을 인정한 공정의 문서를 말한다.⁴⁰⁸⁾ 어떠한 문서가 집행권원이 되는 지는 민사집행법이나 기타 법률에 정해져 있다. 주로 재판 및 이에 준하는 효력을 가지는 조서가 집행권원이 되지만, 그 외에 당사자의 진술에 기하여 공증인 또는 공증인가합동법률사무소 및 법무법인이 작성한 증서인 경우도 있다. 민사집행법상 집행권원으로 인정되는 것은 확정된 종국판결이나 가집행선고가 있는 종국판결(제24조),

408) 법원행정처, 전계 「민사집행(1)」, 154면.

외국법원의 판결에 대한 집행판결(제26조 제1항), 판결 이외에 것으로는 소송상 화해조서, 청구의 인낙조서, 항고로만 불복할 수 있는 재판, 확정된 지급명령, 집행증서(제57조, 제56조 제1호, 제2호 내지 제5호), 가압류 명령, 가처분 명령(제291조, 301조), 과태료의 재판에 대한 검사의 집행명령(제60조) 등이고, 민사소송법에 규정된 것으로는, 확정된 화해권고결정(제231조)이 있다.

그 외의 법률에서 인정되는 집행권원으로는 중재판정에 대한 집행판결(중재법 제37조 제1항), 반론보도 또는 추후보도를 명하는 판결(정기간행물의등록등에관한법률 제19조 제4항, 제20조, 방송법 제91조 제8항), 파산채권표(파산법 제259조)와 회사정리채권자표, 회사정리담보권자표(회사정리법 제245조, 제282조), 회사정리절차에 있어서 발기인 등에 대한 주금납입청구권 또는 그 책임에 기한 손해배상청구권의 사정의 재판(회사정리법 제72조 제1항 1호, 제76조), 조정조서(민사조정법 제29조)와 조정에 갈음하는 결정(민사조정법 제30조, 제34조 제4항), 가사소송법에 의한 심판(가사소송법 제41조) 및 조정 또는 조정에 갈음하는 결정(가사소송법 제59조 제2항), 소액사건심판법에 의한 확정된 이행권고결정(소액사건심판법 제5조의7 제1항), 언론중재위원회의 중재화해조서와 중재조서(정기간행물의등록등에관한 법률 제18조 제7항, 제5항, 제6항), 당사자가 예납하지 아니한 비용의 수봉결정, 소송구조 및 구조의 취소에 의한 비용 추심의 결정(민사소송비용법 제12조 제1항, 민사소송법 제131조, 제132조), 비송사건절차법상의 과태료의 재판에 대한 검사의 명령(비송사건절차법 제249조), 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판에 대한 검사의 명령(형사소송법 제477조), 이의신청에 대한 중앙토지수용위원회의 재결(공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제86조 제1항), 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권의 심판, 항고심판, 재심에 대하여 특허심판원장이 정한 심판비용액 또는 심판관이 정한 대가에 관하여 확정된 결정(특허법 제166조, 실용신안법 제56조, 의장법 제72조, 상표법 제77조), 유죄판결의 선고와 동시에 하는 배상명령(소송촉진법 제34조 제1항, 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제61조 제1항), 변협징계위원회의 과태료의 결정(변호사법 제90조 제1항 4호, 제2항), 소관 지방법원자의 소속 법무사에 대한 과태료의 결정(법무사법 제48조 제2항 3호, 제3항) 등이 있다.⁴⁰⁹⁾

따라서 임차인이 임대인을 상대로 강제경매를 신청하려면 위의 집행권원 중 어느 하나가 있어야 하는데 통상의 경우라면, 임차보증금 반환청구소송을 하여 확정판결을 얻어야 하는 것이다. 가집행의 선고는 재산권의 청구에 관한 판결에 있어서 상당한 이유가 없는 한 당사자의 신청 유·무를 불문하고 직권으로 담보를 조건으로 또는 무담보로 붙여야 한다. 이러한 가집행의 선고에 의하여 종국판결은 즉시로 집행력이 발생하게 된다.⁴¹⁰⁾ 판결이나 이에 준하는 조서 이외에 집행권원이 되는 것은 어음, 수표인 경우에 공증인이 강제집행을 認諾하는 취지를 기재한 공정증서를 작성할 수 있는데, 그 증서는 어음, 수표의 발행인과 수취인, 양도인과 양수인 또는 그 대리인이 촉탁이 있는 때에 한하여 작성할 수 있다. 이러한 증서는 그 어음 또는 수표에 공증된 발행인과 배서인 및 공증된 환어음을 공증인수한 지급인에 대하여서는 집행권원으로 보게 된다(공증인법 제56조의2 제1항, 제2항, 제4항). 따라서 임대차계약을 공정증서로 작성한다 해도 그것에 대해서는 집행력이 인정되는 것이 아니므로 임차인은 역시 소송에 의해 판결을 취득하여 집행권원을 얻어야 하는 것이다.⁴¹¹⁾

(나) 임의경매(담보권실행을 위한 경매)

가) 강제경매와의 차이점

강제경매에 있어서는 집행권원의 존재를 요하며 그 정본에 집행문을 부여한 집행력 있는 정본에 기하여 실시되는 것이므로, 강제경매의 신청에는 집행할 수 있는 일정한 집행권원을 적어야 하고(제80조 3호) 또 그 신청에는 집행력 있는 정본을 붙여야 한다(제81조 제1항). 그러나 임의경매는 피담보채권의 변제를 받

409) 경매절차에 관한 자세한 사항은, 상계서, 154-183면 참조.

410) 여기서 말하는 종국판결이란 각 심급에 있어서 소송의 전부 또는 일부를 종결시키는 판결을 말하고, 판결의 확정판결이 통상의 불복신청방법인 상소(항소, 상고)에 의하여 취소될 수 없는 상태에 이른 경우를 말한다.

411) 공증인, 법무법인 또는 공증인가합동법률사무소가 작성한 공정증서 중 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 것으로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지의 기재가 있는 증서(민사집행법 제56조 4호, 변호사법 제49조 제1항, 제59조)와 공증인, 법무법인 또는 공증인가합동법률사무소가 어음·수표에 부착하여 강제집행을 인낙하는 취지를 기재하여 작성한 공정증서(공증인법 제56조의2 제1항)는 집행권원이 되는 바, 이를 집행증서라 한다(법원행정처, 전계 「민사집행(I)」, 179면).

기 위하여 경매의 신청권이 인정되므로(민법 제363조 제1항) 집행권원의 존재를 요하지 않으며, 그 신청서에도 집행력 있는 정본은 요구되지 않으며, 다만 담보권의 존재를 증명하는 서류를 내도록 되어 있다(제264조 제1항).

이외에 강제경매와 임의경매에는 공신적 효력에서 차이가 있다. 강제경매는 집행력 있는 정본이 존재하는 경우에 한하여 국가의 강제집행권의 실행으로서 실시되므로 일단 유효한 집행력 있는 정본에 기하여 매각절차가 완결된 때에는, 후일 그 집행권원에 표상된 실체상의 청구권이 당초부터 부존재·무효라든가 매각절차 완료 시까지 변제 등의 사유로 인하여 소멸되거나 나아가 재심에 의하여 집행권원이 폐기된 경우라 하더라도 매각절차가 유효한 한 매수인은 유효하게 목적물의 소유권을 취득한다. 그러나 임의경매는 담보권자의 담보권에 기한 경매의 실행을 국가기관이 대행하는 것에 불과하므로 담보권에 이상이 있으면 그것이 매각허가결정에 영향을 미치게 되므로 경매의 공신적 효과는 부정된다. 따라서 임의경매의 경우는 집행법원은 담보권 및 피담보채권의 존부를 심사하여 담보권의 부존재·무효, 피담보채권의 불발생·소멸 등과 같은 실체상의 하자가 있으면 경매개시결정을 할 수 없으며, 나아가 이러한 사유는 매각불허가 사유가 되며, 또 이를 간과하고 매각허가결정이 확정되면 매수인이 매각대금을 완납하고 소유권이전등기를 경료 받았다고 하더라도 매수인은 매각부동산의 소유권을 취득하지 못한다.⁴¹²⁾ 그러나 임의경매의 경우에도 실체상으로 존재하는 저당권에 기하여 경매개시결정이 있었다면 그 후 저당권이 소멸되었거나(예컨대 저당권설정계약이 해지된 경우) 변제 등에 의하여 피담보채권이 소멸되었더라도 경매개시결정에 대한 이의 또는 매각허가결정에 대한 항고에 의하여 매각절차가 취소되지 아니한 채 매각절차가 진행된 결과 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납되었다면 매수인은 적법하게 매각부동산의 소유권을 취득한다.⁴¹³⁾

나) 신청의 방식과 신청서 기재사항

부동산에 대한 임의경매의 신청은 서면으로 집행법원에 하여야 한다(제4조). 신청서에는 소정의 서류를 붙여야 하며(제81조, 제264조 제1항, 제2항, 제268

412) 대판 1999. 2. 9. 98다51855.

413) 대판 2001. 2. 27. 2000다44348.

조), 또한 소정의 인지(5,000원)를 첨부하여야 한다(인지법 제9조 제2항 1호). 신청서에는 ①채권자, 채무자, 소유자(광업권, 어업권, 그 밖에 부동산에 관한 규정이 준용되는 권리를 목적으로 하는 경매의 신청의 경우에는 그 목적인 권리의 권리자) 및 그 대리인의 표시 ②담보권과 피담보채권의 표시 ③담보권 실행 또는 권리행사의 대상이 될 재산의 표시, ④피담보채권의 일부에 대하여 담보권 실행 또는 권리행사를 하는 때에는 그 취지 및 범위를 적어야 한다(민사집행규칙 제 192조).

담보권의 실행을 위한 경매에 있어서 경매를 신청할 수 있는 자는 저당권자 및 전세권자 등 담보권을 가지는 자이다. 채무자는 저당권의 피담보채권의 채무자를 말하고 소유자는 저당부동산의 소유자를 말한다. 채무자와 소유자가 동일인 경우에는 채무자 겸 소유자로 표시하고 저당권을 설정한 소유자로부터 저당부동산의 소유권을 취득한 자(제3취득자)가 있으면 그 자를 소유자로 표시한다. 채무자, 소유자의 현주소와 등기부상의 주소가 다른 경우는 양자를 병기한다. 담보권을 실행하기 위해서는 유효한 담보권의 존재를 증명하는 서면을 붙여야 하는데 통상 등기부등본(경매신청 전 1개월 전에 교부 받은 것)을 제출한다. 경매신청을 함에 있어서는 이러한 담보권이 존재하면 족하고 그 순위의 전후를 묻지 아니한다. 즉 선순위 저당권자가 경매신청을 하지 아니하고 있는 경우에는 후순위저당권자는 스스로 경매신청을 할 수 있다. 이 경우에 후순위저당권의 실행으로 매각부동산이 매각되면 그 선순위 저당권도 함께 소멸하므로 비록 후순위 저당권에 대하여는 대항할 수 있는 임차권이라 하더라도 소멸하는 선순위저당권보다 뒤에 등기되었거나, 뒤에 대항력을 갖춘 경우에는 그 임차권도 함께 소멸한다.⁴¹⁴⁾

피담보채권도 실체법상으로는 현실로 존재함을 요하나, 이에 대해서는 신청인이 경매신청서에 이를 기재하고 소명하는 정도로 족하다.⁴¹⁵⁾ 따라서 집행법원은 담보권의 존재를 증명하는 서류만 첨부되어 있으면 피담보채권의 존재에 대한 판단을 함이 없이 일단 개시결정을 하고 채권증서를 제출하도록 보정명령을 내린다.⁴¹⁶⁾ 그리고 후에 이해관계인이 개시결정에 대한 이의(민사집행법 제265조)

414) 대판 2000. 2. 11. 99다59306.

415) 대결 2000. 10. 25. 2000마5110.

나 매각허가결정에 대한 항고로 다룰 때 그 준부에 대한 판단을 하면 족하다. 보통 피담보채권에 대해서는 채권의 종류와 그 금액을 표시한다(민사집행규칙 제192조 제4호). 담보권 실행의 대상이 되는 재산의 표시는 등기가 되어 있는 부동산인 경우에는 등기부의 표제부에 기재되어 있는 대로 표시한다(민사집행규칙 제192조 제3호). 건물 일부에 대한 전세권자는 건물전부에 대한 우선변제권은 인정되나 건물전부에 대한 경매신청은 할 수 없다.⁴¹⁷⁾ 따라서 이러한 전세권자가 경매신청을 하기 위해서는 전세금 반환청구소송을 제기하여 승소판결을 받은 후 강제경매를 하여야 하고, 그 매각절차에서 전세권에 기한 우선변제를 받을 수 있다.

다) 첨부서류

담보권 실행을 위한 경매에서 첨부해야 하는 서류는, 담보권을 증명할 서류, 담보권의 승계가 있는 경우 그 승계를 증명하는 서류(민사집행법 제264조 제1항, 제2항), 채무자 또는 담보설정자의 소유를 증명할 서류 등이 필요하고, 그 밖에 대리인을 통한 경매의 경우는 자격증명서, 위임장 등의 서류와 등록세 영수필 통지서 및 영수필확인서, 부동산 목록 등이 필요하다. 통상 담보권의 존재를 증명하는 서류는 등기부등본이 주로 이용되나, 등기를 요하지 아니하는 담보권(예컨대 선박우선특권)은 피담보채권의 발생을 증명하는 서류(선원의 임금대장 사본 또는 급여지급담당자의 임금미지급증명서 등)를 제출하면 된다. 채무자 또는 담보권설정자의 소유를 증명할 서면은 담보권을 증명할 서류로서 등기부를 제출하는 경우에는 따로 제출할 필요가 없으나, 목적물이 등기가 되어 있지 아니한 경우에는 즉시 채무자 명의로 등기할 수 있음을 증명하는 서류를 제출한다. 이러한 서류에는 미등기건물의 경우는 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지면·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고를 증명할 서류(제81조 제1항)를 제출하면 된다. 한편 건물이 증축으로 인하여 그 건물의 현상과 등기부의 표시가 현저히 상위하여 그 동일성에 의문이 있는

416) 손창환, 전게서, 155면.

417) 손진홍, 전게서, 151면.

때에도 그 동일성을 확인하기 위하여 등기부 이외에 현존하는 건물의 소유증명서를 제출하도록 하는 것이 상당하다.⁴¹⁸⁾

3) 주택임차인에 대한 경매신청권 인정방안

(가) 주택임차권의 공시방안

주택임차인이 대항력을 갖추고 확정일자를 받았을 때 경매신청권이 인정되느냐에 관해서는, 임차인이 임차건물에 대하여 보증금을 반환하라는 확정판결 그 밖에 이에 준하는 사유로(집행권원에 기한) 경매를 신청하는 경우에는 민사집행법 제41조의 규정에 불구하고 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 않는다는 점에서 임차인의 경매신청권이 보장되고 있다는 견해도 있다.⁴¹⁹⁾ 그러나, 현재의 통설과 판례는 대항력을 가지는 임차인은 경매신청권이 없다고 한다. 그 근거로 들고 있는 것은 법상 경매신청권을 인정하는 규정이 없고, 대항력과 우선변제청구권이 인정된다고 하여 당연히 경매신청권까지 인정된다고 할 수 없으며, 또한 등기와 같은 공시방법이 없는 임차인에게 대항력과 우선변제권을 인정하는 것은 이례적인 보호방법이므로 여기에 이론적으로 그 보호의 범위를 확장할 수 없다는 것이다. 이 외에 민법 제621조의 규정에 의하여 임차권등기를 한 임차인이나, 주택임대차등기명령에 의한 임차권등기도 역시 경매신청권을 가지는 것이 아니며, 이러한 것은 미등기전세에도 마찬가지로이다.⁴²⁰⁾

결국 주택임차인에게 경매신청권을 인정하려면, 통설과 판례의 견해에 따라, 법에서 주택임차인에 대하여 경매신청권을 명문으로 인정하고, 등기와 같은 공시방법을 갖추어야 한다는 것이 된다. 주택임차권이 대항력과 우선변제권을 가지고 있다는 점에서, 일단 담보권으로서의 성질은 갖추었지만 민법상 모든 담보권이 경매신청권을 가지지 않는 것과 마찬가지로 주택임차권에 경매신청권을 인정하는 명문규정이 없는 이상 경매신청권을 가진다고 볼 수 있는 것은 아니라고 본다. 다만 경매신청권을 법으로 인정한다는 전제 하에서 주택임차인에게 경매신청

418) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 663-664면.

419) 강교식, “상가건물임대차보호법 대응방향”, 「감정평가논집」 (제12집 제2호), 한국감정평가원, 2002, 15면.

420) 김 인, 전계논문, 207-208면.

권을 인정하는 경우에는, 주택임차권이 어떠한 공시방법을 갖추도록 하여야 하는 것인지가 문제가 된다. 주택임차권에 대해 대항력의 요건 중에서 논란이 되는 것은 주민등록이다. 공시방법으로서 주민등록을 문제 삼는 경우에는 주민등록이 등기와 같이 어떠한 권리를 표상하는 공시방법으로서 미흡함이 지적되고 있다. 주민등록의 공시성의 부족을 해소하려는 대안으로서 제시되는 견해는 다음의 두 가지로 크게 나뉜다. 하나는 주택임차권에 대하여 단독등기 신청이나 촉탁등기를 인정하자는 견해이고 다른 하나는 임대차계약을 공시하게 하는 방안이다. 우선 임차권등기를 단독신청주의로 하여 임대인의 동의 없이도 임차인이 단독으로 임차권등기를 하자고 하는 견해는, 보증금 반환보장을 위해서는 부동산등기법을 개정하여 주택임차권에 대하여 민법 제621조의 등기절차를 단독신청주의로 하며, 주택임대차계약을 표준화하여 등기원인서류로 사용하도록 부동산등기법에 주택임차권을 신설하고, 아울러 임대인의 주택임차권 등기에 따른 세제상의 불이익이 없도록 세법상의 특례를 인정하는 조치가 필요하다. 이렇게 하여 전세권 및 임차권등기가 이루어져 제3자에게 공시가 된다면 민법상으로 임대보증금의 보호를 보장받게 되는 효과가 있으므로 임차권등기명령이나 확정일자 제도 등 보증금 반환을 위한 부수적인 조항이 불필요해질 것이라고 하고 있다⁴²¹⁾.

한편 임차권의 등기를 촉탁등기로 하자는 견해는, 주택임대차의 문제는 근본적으로 등기제도에서 비롯된다고 한다. 즉 등기신청에 있어서 공동신청주의 때문에 소유자인 임대인이나 전세권설정자가 등기에 협력하지 않아 전세권이 설정되지 못하고 따라서 임차인은 대항력을 가지지 못해 보증금을 떼이는 경우가 빈번하여 사회문제가 되었던 것이고, 이러한 점에서 주택임대차의 문제는 등기제도에서부터 검토될 필요가 있다고 한다. 등기된 임차권은 확정일자와는 달리 임차인보호 뿐 아니라, 임차권을 대외적으로 공시하여 당해 주택에 이해관계를 가진 제3자를 보호함으로써 거래의 안전에 기여할 수 있기 때문에 이를 위해서 주택임차권에 등기촉탁제도의 도입을 고려해 볼만 하다고 하고 있다. 임차권에 촉탁등기를 할 수 있는 경우, 그 장점으로 임대인과 임차인이 등기소에 출석하여 등기신청을 하여야 하는 불편함을 제거할 수 있고, 이로 인하여 임대인이 등기신청에 협력하지 않거나 자신의 부동산에 임차권등기 자체를 거부하는 경우에도 관공서

421) 장영희, “임대세입자 지원대책과 제도개선 방안”, 「건설교통」, 대한건설진흥회, 2001, 55면.

에 의한 등기신청이 가능하다는 점에서 임차인보호라는 주택임대차보호법의 입법목적은 유지하되 확정일자제도가 갖는 공시기능의 한계를 극복할 수 있으며, 그 구체적인 방안으로서 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마치고 관공서에 임대차계약증서상의 확정일자를 신청한 경우에 해당 관공서는 이를 관할 등기소에 임차권설정등기를 촉탁하고 촉탁을 받은 등기소는 등기부에 기재하도록 하는 것이다. 이를 위해서는 주택임대차보호법상의 주택임차권설정을 위한 촉탁등기에 관한 규정을 신설하는 방안을 검토할 필요가 있다고 하고 있다.⁴²²⁾

한편 주민등록에 대한 문제점을 비판하면서 가칭 ‘주택임차인명부’ 제도를 주장하고 있는 견해들을 보면 다음과 같다. 그 하나는 주민등록제도의 목적이 공시방법을 마련하는데 있다고 볼 수는 없고, 나아가 주민등록을 공시방법으로 이용하는 것이 가능하다고 하더라도 행정적 목적에서 마련된 주민등록을 권리관계의 공시방법으로 하는 것은 부적절하다는 입법론적 비판이 있고, 주민등록의 열람이나 등·초본의 교부는 원칙적으로 본인이나 세대원에게만 그 신청이 허용되는 것이므로(주민등록법 제18조 제2항), 주민등록이 도대체 공시방법으로 기능할 수 있는지의 의문이 있으며, 예외적으로 정당한 이해관계자는 주민등록을 확인할 수 있고(동법 시행령 제45조 제2호), 정당한 이해관계자로서 부동산 또는 이에 준하는 물건에 관한 권리의 설정·변경·소멸에 관계되는 자가 예시되어 있기는 하나(동법 시행규칙 제5조), 이 경우에도 그 이해관계를 입증하기 위한 서류로서 권리변동관련 계약서 등을 제출해야 하는 등 주민등록 확인절차가 까다롭게 규정되어 있어서 주민등록이 공시방법으로서 일반인에게 널리 열려져 있다고 할 수 없다는 점 등을 이유로 임차권의 대항요건으로서 주택의 인도와 주민등록은 모두 부적절하거나 불완전한 것이어서, 입법론적으로 주민등록 대신 가칭 주택임차인명부를 주민등록 관장관서에 비치하고 여기에 임차인으로 하여금 전입신고 시에 주택임대차신고를 함께 하도록 하여 임차주택의 소재지와 임대차관계사항만을 기재한 다음 일반 제3자의 열람에 제공하는 방안을 주장하고 있다.⁴²³⁾

또한 이와 비슷한 견해로, 독일이나 일본의 법제가 임대차관계의 공시방법으로

422) 류창호, “입법상의 Win-Win 전략 : 주택임대차보호법의 예를 중심으로”, 「법령정보 Newsletter」, 한국법제연구원, 2006, 43-45면.

423) 류원규, “주택임차인의 우선변제권 행사의 일회성”, 「민사판례연구 (XVII)」, 2000, 145-146면.

인도만을 요구하는 것은 그 법제상의 보호가 주로 임차주택의 사용·수익의 존속 보호에 맞추어져 있으므로 인도만으로도 이를 공시하는 데에 그리 부족함이 없으나, 우리나라의 법제의 경우에는 이에서 더 나아가 오히려 그보다는 일종의 법정담보권(임대차보증금반환청구에 관한 우선변제권)을 공시하는 기능까지 하여야 하므로 주택의 인도만으로는 부족하다. 그렇다고 주민등록이 무슨 의미 있는 공시기능을 할 수 있는 것도 아니므로 다른 제3의 방법으로서 임대차보증금이 일정액 이상인 주택임대차계약은 이를 반드시 정부에서 마련한 몇 가지 유형의 표준계약서 양식에 의한 서면계약으로 체결하도록 강제하고 당사자(특히 임차인)가 그 서면에 확정일자인을 받아 이를 관할 읍·면·장에게 신고하여 그 사본을 제출한 경우에 한하여 주택임대차보호법상의 각종의 보호를 부여하는 것으로 하면서, 그 사본 편철부를 누구나 열람할 수 있게 한다면 주택임대차에 관하여 저렴하면서도 훌륭한 공시방법을 마련하는 것이라고 하는 견해가 있다.⁴²⁴⁾

그리고 확정일자제도의 취지는 임차인의 우선변제권 행사의 시기를 정하는 기준이 되기 때문에 평상시 임대차 존속과정에서는 대항력만 갖추고 있으면 되고 확정일자는 필요하지 않다. 확정일자가 필요한 경우는 경매나 공매 시 임차인의 대항력이 소멸한 경우에 보증금회수를 위해서 필요한 제도이다. 때문에 제3자의 입장에서는 목적물에 대한 확정일자를 언제 받았느냐 하는 것도 중요하지만, 더욱 더 중요한 것은 제3자가 임차인의 보증금이 얼마인가 하는 것을 알 수가 없다. 이러한 두 가지 점이 공시되어야 하는데 현재의 확정일자 제도는 그러한 것에 대한 공시가 전혀 되고 있지 않기 때문에 문제이다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 임차인의 확정일자와 보증금을 누구나 확인할 수 있게 등기소에서 관할하면 될 것이다. 예를 들면 제3자가 주택에 임차인이 있는가 없는가 하는 것은 주민등록을 통해서 확인할 수 있고, 임차인의 보증금이 얼마인가 하는 것은 주택의 소재지 등기소에서 관할하는 확정일자부를 확인하면 명확하게 구별될 것이라고 하는 견해가 있다.⁴²⁵⁾

424) 김진현, 전계논문, 399면.

425) 등기소에서는 확정일자부 및 일자인 조제에 관한 규정에 의하여 확정일자부를 조제하여 비치하고 있다고 한다. (서해용, “주택임차인의 대항력의 문제점과 개선방안 : 법 제3조 제1항의 개정을 중심으로”, 「민사법학」(제23호), 한국사법행정학회, 2003, 613-614면).

(나) 임차권 공시방안에 대한 검토

주택임차권을 적정하게 공시하자고 하는 견해는 크게 주택임차권을 등기부에 기재할 수 있도록 임차인에 대해 임차권의 단독신청이나 촉탁등기에 의해 등기부에 공시하도록 하자는 견해와, 현행 확정일자제도와 연계하여 확정일자가 있는 임대차계약서를 공시하자고 하는 견해로 나누어 볼 수 있다. 우선 등기부에 임차권을 공시하자고 하는 견해를 검토해 보면, 이 견해는 주택임차권을 등기부라는 공적장부에 기재하게 함으로써 기존의 권리공시방법을 활용할 수 있고, 등기부가 가지는 공시력으로 인하여 다른 이해관계인들의 이익이나 거래질서의 안전에도 기여할 수 있는 장점이 있다. 그러나 우리나라는 등기부의 부실기재의 가능성 때문에 등기부에 공시력을 인정하지 않고 있고, 그러한 부실등기를 방지하기 위해서 등기는 원칙적으로 등기권리자와 등기의무자의 공동신청으로 하도록 하고 있다. 그러나 주택임차권등기를 임차인이 단독신청을 하도록 한다면 과연 등기부에 그 권리의 진정성을 담보할 수 있을지 의문이며, 단지 임차인의 보호를 위하여 부동산 등기법의 공동신청주의라는 기본원칙을 깨뜨리면서까지 주택임차권에 단독신청에 의한 등기를 인정하자는 견해는 다소 무리가 있어 보인다.

그리고 단독신청이 아닌 촉탁등기를 주장하는 견해도 원래 촉탁등기는 공매처분으로 인한 권리의전의 등기(부동산등기법 제34조), 국·공유부동산에 관한 권리의 등기(제35, 36조), 예고등기(제39조) 등 공동신청에 의하지 않더라도 등기의 진정성을 보장할 수 있는 경우에 등기소에 출석할 필요 없이 촉탁서를 우송함으로써 등기절차가 개시되는 것인데, 역시 임차권등기가 이러한 촉탁등기를 할 수 있을 만큼 그 진정성을 보장할 수 있는지 하는데 의문이 있다. 주택임대차보호법은 특례법으로서 기존의 사법상의 여러 원칙들에 대한 예외적인 권리를 인정하고 있는 것인데, 이러한 예외적인 권리들을 위해서 기존의 권리들을 공시하는 부동산등기법에도 예외를 인정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 주택임대차보호법의 권리를 공시하는 것도 예외적인 다른 수단을 강구하는 것이 타당하다. 이러한 점에서 위의 견해들 중 임대차계약서를 공시하는 것이 타당한 것이라 생각한다.

임대차계약서를 공시하자는 견해들을 검토해 보면, 주택임차권을 등기부가 아닌 다른 방법으로 공시하자고 하는 견해들로서 그러한 주장들에는 현재 확정일

자를 임대차계약증서상에 받고 있기 때문에 이러한 확정일자 있는 계약서를 공시하자고 하는 것이다. 다만 그러한 견해들 사이의 차이점은 확정일자를 부여하는 기관과 공시하고자 하는 계약서의 양식에 차이가 있을 뿐 그 주장 내용은 거의 비슷하다. 주택임차권을 등기부가 아닌 주택임대차계약서를 이용하여 공시하는 것은, 주택임차인의 보호를 위해서 특별법인 주택임대차보호법을 제정하여 대항력과 우선변제권을 인정하였지만, 애당초 주택 임차권을 기존의 등기부에 공시하는 데에는 어려움이 있었기 때문에 등기와는 다른 방법으로 임차인들이 편리하게 간이한 공시방법을 만든 것이고, 따라서 이러한 취지를 살려서 기존의 확정일자제도와 연계하여 임차권을 공시하는 것이 임차인들의 보호와 편리 및 거래 안전을 기할 수 있는 방안이므로 등기부를 활용 것보다는 타당하다고 여겨진다. 그러나 주택임차권을 공시하자고 하는 이유도 결국은 주택임차인을 보호하면서 동시에 임차주택에 이해관계를 맺는 자들이나 거래의 안전을 보호하기 위한 것이므로 그러한 점이 충분히 고려되어야 한다. 따라서 공통적인 양식과 더불어 그 양식에 공시되는 내용을 확정하고 나아가 획일적인 기관에 의한 확정일자를 부여하는 방안이 필요하다.

현재 확정일자를 받는 증서로서는 임대차계약서 뿐만 아니라 전세권설정 계약서나 등기필증에 찍힌 확정일자도 인정하는 것이 관례이기 때문에 우선 확정일자를 받는 증서부터 제한하여야 한다. 그러한 증서로는 뒤에서 설명하는 임대주택법상 사용의무가 있는 표준임대차계약서를 사용하도록 하는 것이 타당하다. 왜냐하면 주택임대차계약을 체결하는데 임대인과 임차인의 권리의무 사항이 비교적 상세하게 정해지도록 하는 것이 필요하고 그러한 계약서를 사용하도록 하는 것이 주택임차와 관련된 거래질서를 확립할 수 있는 의미가 있기 때문이다. 그러나 임대차계약의 모든 내용을 공시할 필요는 없고, 다만 그 공시에는 반드시 확정일자와 임대보증금의 액수는 밝혀져야 할 것이다. 그리고 이러한 표준임대차계약서에 확정일자를 부여하는 기관도 등기소가 아닌 임차인들이 손쉽게 접근할 수 있도록, 동사무소로 단일화 하고 확정일자를 부여하면서, 그 임대차계약서 사본을 편철하여 제3자가 열람할 수 있도록 함으로써 그 공시기능을 할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 공시방법이 갖추어 진다면, 기존의 주민등록제도는 폐지하고 임차인들이 확정일자 있는 표준임대차계약서를 등록함으로써, 대항력과 우선

변제권을 동시에 갖도록 할 수 있고, 임차주택에 이해관계를 맺는 제3자를 보호할 수 있다.⁴²⁶⁾ 이러한 계약서를 등록함으로써 공시방법으로 삼아서 권리에 대한 대항력을 인정하고 있는 것이 미국의 리코딩 시스템이다. 아래에서 설명하는 이 제도를 운용한다면 임차권의 공시방법으로서 표준임대차계약서를 공시하는 방법으로 임차인의 보호는 물론 거래의 안전을 기할 수 있다고 보여 진다.

(다) 미국의 리코딩시스템(Recording System) 의 활용

미국은 Common Law의 전통에 따라 물권과 채권의 구별이 없으며 당연히 물권법정주의도 인정되지 않는다. 따라서 독일이나 스위스처럼登記할 수 있는 권리를 전형화하고, 그러한 전형화 된 권리자체를 공적장부에 등록하는登記부제도가 발달할 수 없었다. 권리의 등록은 권리를 증명하는 사서증서(Instrument, Certification)를 단순히 비치·보관하는 리코딩시스템에 의한다. 리코딩시스템은⁴²⁷⁾ 권원(Title)과 관련된 증서를 부동산권리자가 등록소(Registry)에 제출하면 등록소에서 제출된 증서를 일정한 방법에 따라 편철하는 것으로, 등록소는 해당부동산에 영향을 미치기 이전의 법적거래에서 발생한 증서를 편철하여 보관하고 있으며, 권원조사자(Title Searcher)는 해당 부동산에 관련된 증서를 색인 등을 통하여 찾아 권원의 연속(chain of title)이나 권원의 하자에 대하여 조사할 수 있게 된다. 등록할 수 있는 대상은 법에 정하여진 것은 모두 등록할 수 있고, 가장 대표적인 것은 날인증서⁴²⁸⁾(Deed)이고 그 밖에 모게지(Mortgage), 우선특권(Liens), 판결(Judgement), 지역권(Easements), 부동산과 함께 이전하는 특약(Restrictive Covenant), 부동산임차권(Leases) 등이다. 다만 증서를 등록하기 위해서는 공증을 받아야 한다.

등록소의 직원은 부동산권리자가 제출한 증서를 복사하여 등록철에 편철하고

426) 이영식, “주택임대차보호법에 관한연구”, 「2003논문집」, 대구산업정보대학, 2003, 9면.

427) Recording System에 관해서는 다음의 문헌을 참조. 박홍래, “미국의 레코딩시스템과 토렌스제도”, 「민사법연구」(제11집 제2호), 대한민사법학회, 2003, 205면 이하; 박홍래, “미국의 부동산 공시제도”, 「인권과 정의」(제338호), 대한변호사협회, 2004, 201면 이하; 이승호, “효율적인 권리분석을 위한登記부의 개선방안에 관한 연구”, 박사학위논문, 순천대학교 대학원, 2005, 87면 이하.

428) Roger Bernhardt, Real Property 320(3rd ed. 1993), pp.279-289. 날인증서(deed)는 단순한 사문서이며 등록을 하기 위하여는 공증을 요하고, 그 자체를 등록소에 편철·보관하여 등록부를 구성하게 된다. 날인증서가 유효하기 위해서는 목적부동산, 양도인, 양수인의 표시를 하고, 양도인이 작성·서명하고 양수인에게 인도되어 이를 수령하여야 한다.

등록된 증서들에 관하여 정보를 제공하는 색인부를 만들어 유지한다. 그리고 본래의 증서는 제출자에게 반환한다. 등록의 효력은 당사자간에 양도의 성립과는 관계가 없다. 당사자 사이에 양도는 계약과 날인증서의 교부에 의하여 성립하고, 양수인은 등록할 의무도 없다. 그러나 등록은 우선순위가 있기 때문에 선행양수인이 등록을 하지 않고 있는 사이에 양도인이 동일한 부동산권을 후속 양수인에게 다시 양도한 경우 선행양수인과 후속양수인 사이에 누가 우선적인 권리를 갖게 되느냐가 문제되고 선행양수인은 후속양수인에게 주장할 수 없는 사유가 발생하기 때문이다.⁴²⁹⁾

(라) 경매신청에서의 운용

주택임차인에게 경매신청권을 인정하는 경우에 임대차계약서를 공시하고 주택임차인에게 대항력과 우선변제권을 인정하고 나아가 임차인이 임차보증금을 확보하기 위하여 경매를 신청하는 경우에는 등기된 전세권자가 신청하는 임의경매의 절차를 준용하는 것이 가장 간편한 방법일 것이다. 따라서 공시된 임대차계약서를 등기부와 마찬가지로 담보권을 증명하는 서류로서 제출하도록 하고, 경매절차를 개시하면 되는 것이다. 그런데 문제가 되는 것은 주택 일부의 전세권자가 주택전부에 대한 경매신청을 할 수 없다는 것이다. 결국 전세권자도 담보권을 가지고 경매를 신청할 수 있는 것은 주택 전부에 대한 전세권이 설정된 경우이다. 따라서 임차권에도 담보권 실행으로서의 임의경매로서 전세권자의 경매신청을 준용한다면 주택 일부의 임차권자가 주택전부에 대한 경매를 신청할 수 없는 문제점이 나타난다. 이렇게 된다면 실상 경매청구권을 임차권에 인정하는 취지는 무주택 서민들의 임차보증금을 확보하기 위한 것인데, 주택 전부에 대한 임차권을 가지는 임차인만 보호받고 주택의 일부만 임차하고 있는 영세 서민들은 경매신청권이 무용지물이 되고 말 것이다. 그러므로 강제경매의 절차에서 등록된 임대차계약서를 집행권원으로 인정하고 강제경매의 절차에 따라 경매를 신청하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 그러나 위에서 본 바와 같이 집행권원은 법원의 판결이나 이와 유사한 조정, 화해와 같은 국가기관이 관여한 객관적인 문서로서 권리관계를 입증하는 것인데, 과연 임대인과 임차인간의 계약서를 집행권원으로 인정

429) 박홍래, 전제 “미국의 레코딩시스템과 토렌스 제도”, 122-123면.

할 수 있는 것인지도 어려운 문제다. 따라서 임차인이 경매를 신청하는 경우는 임대차계약서를 일정한 집행권원으로 인정하고, 여기에 소송절차가 아닌 간단한 법관의 심문절차를 거쳐 경매를 허용하는 것으로 하는 것이 타당하다고 여겨진다.

(2) 우선매수권

1) 우선매수권 인정의 필요성

민사집행법 제140조 제1항에서 공유자에 대한 우선매수권을 인정하고 있다. 이 제도는 우리나라에 특유한 제도로써, 민사집행절차에서 그 행사절차에 관한 규정을 마련해 놓고 있다.⁴³⁰⁾ 그 입법취지는 공유자는 공유물 전체를 이용·관리 하는데 있어서 다른 공유자와 협의하여야 하고(민법 제265조), 그 밖에 다른 공유자와 인적인 유대관계를 유지할 필요가 있기 때문에, 공유지분의 매각으로 인하여 새로운 사람이 공유자로 되는 것보다는 기존의 공유자에게 우선권을 부여하여 그 공유지분을 매수할 수 있는 기회를 주는 것이 타당하다는데 있다.⁴³¹⁾

이러한 입법취지에 비추어 볼 때, 임대차관계도 역시 임대인과 임차인간의 인적신뢰관계가 긴밀한 관계이고, 임대차기간 중에 임대차목적물의 관리나 이용에 임대인과 임차인이 협력하여야 하며, 공유자 사이의 인적관계와 마찬가지로 임차인에게도 그 목적물에 대한 이해관계가 있는 것이다. 다만 공유자와 임차인 사이의 차이점은 공유자는 그 목적물에 대한 일정 지분의 소유권을 가지는 것이고, 임차인은 임대차라는 채권을 가지는 것에 차이가 있을 뿐이다. 따라서 공유자에게 우선매수권을 인정하는 취지는 충분히 임차인에게도 그 우선매수권을 인정할 만한 이유가 되고, 나아가 우리나라의 임대차의 관행상 임차인은 대부분 고액의 임차보증금을 전세금이나 임차보증금으로 지급하고 있어, 오히려 공유자의 지분보다 임차목적물에 대한 고액의 비용을 지불하고 있다고 할 수 있다. 나아가 임차인에 대하여 경매절차에서 우선매수권을 인정함으로써 임차인의 내 집 마련의

430) 유재복, 「민사집행(경매·공매)실무」, 법률정보센터, 2009, 318-319면.

431) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 273면.

꿈을 이루어줄 수 있는 방법으로 삼을 수 있기 때문에 공유자가 갖는 우선매수권의 인정취지 보다 오히려 더 큰 제도적 의미가 있을 것이다.

임차인에게 우선매수권을 인정하자는 주장을 보면, 임차인은 현실적으로 경매 대상 주택을 점유, 사용하면서 이를 생활의 터전으로 삼고 있는 자이므로, 다른 어떤 이해관계인보다 낙찰로 인한 소유권 변동에 예민한 이해관계가 있고, 그것은 어쩌면 공유자끼리의 이해관계보다 더 절박할 수도 있다. 따라서 같은 값이라면 임차인에게 우선매수권을 인정해 주는 것이 바람직하고, 그렇게 되면 낙찰 후의 명도문제도 해결할 수 있고, 나아가 당해 주택의 점유사정을 가장 잘 아는 임차인의 최고가 매수 신고인이 되기 때문에 가장임차인의 등장도 막을 수 있다고 한다.⁴³²⁾ 현재 경매절차상에서 우선매수권이 인정되고 있는 것으로는 위의 공유자의 우선매수권이 외에 임대주택법 제15조에 의한 건설임대주택임차인의 우선매수권과 부도공공건설임대주택의 임차인보호를 위한 특별법 제15조의2에서 규정된 임차인의 우선매수권이 있다. 아래에서는 이들 우선매수권에 대해 살펴보고 주택임차인에 대한 우선매수권 인정방안을 알아본다.

2) 경매절차상 부동산매수인 선정방법

부동산의 매각은 집행법원이 정한 매각방법에 따른다. 그 방법은 매각기일에 하는 호가경매, 매각기일에 입찰 및 개찰하게 하는 기일입찰 또는 입찰기간 이내에 입찰하게 하여 매각기일에 개찰하는 기간입찰의 세 가지 방법으로 하고 있다(민사집행법 제103조, 제1항, 제2항). 그러나 부동산에 관한 입찰방법은 원칙적으로 입찰이므로 여기에서는 입찰에 따른 매수인 선정방법을 중심으로 살펴본다. 그리고 기간입찰에는 기일입찰에 관한 절차가 준용되므로(민사집행규칙 제71조) 이하에서는 기일입찰에서 최고가매수신고인과 차순위매수신고인이 결정되는 과정만 살펴본다. 법원에서 정해진 매각기일(제104조)은 법원 안에서 진행하여야 하고, 다만 집행관은 법원의 허가를 얻어 다른 장소에서 매각기일을 진행할 수 있다(제107조). 집행관은 기일입찰 또는 호가경매의 방법에 의한 매각기일에는

432) 민일영, 전게서, 74면; 지철수, “부동산경매절차에서 임차인 지위와 그 보호에 관한 고찰”, 『사법연구자료』(제23집), 1996, 295-296면.

매각물건명세서, 현황조사보고서 및 평가서의 사본을 볼 수 있게 하고, 특별한 매각조건이 있는 때에는 이를 고지하며, 법원이 정한 매각방법에 따라 매수가격을 신고하도록 최고하여야 한다.

기일입찰에서의 입찰은 매각기일에 입찰표를 집행관에게 제출하는 방법으로 하고(민사집행규칙 제62조 제1항), 입찰표에 일정사항을 기재하고, 매수신청보증을 입찰보증금 봉투에 넣고 1차로 봉한 후 기재한 입찰표와 매수신청보증금(최저매각가격의 10분의1) 봉투를 다시 큰 입찰봉투에 넣어 봉하고 입찰함에 투입하게 된다. 입찰을 마감하게 되면 개찰로 들어가는데 개찰의 공정성을 담보하기 위하여 집행관이 입찰표를 개봉하는 때에는 입찰을 한 사람을 참여시켜야 한다(민사집행규칙 제65조 제2항). 집행관은 입찰자의 면전에서 먼저 입찰봉투만을 개봉하고 입찰표에 의하여 사건번호, 입찰목적물, 입찰자의 이름, 입찰가격을 불러야 한다. 매수신청보증봉투는 우선 최고가매수신고인으로 호찰을 받은 자의 것만 개봉하여 매각조건에서 정해진 보증금액에 해당하는지의 여부를 확인한다.

집행관은 적법한 매수신청을 한 자 중 최고가매수신고인을 정한 때에는, 최고가매수신고인의 이름과 가격을 불러야 한다. 다음으로 차순위매수신고를 최고한 뒤 적법한 차순위매수신고가 있으면, 차순위매수신고인을 정하여 그 이름과 가격을 부른 다음 매각기일을 종결한다고 고지하여야 한다(제115조 제1항). 차순위매수신고인이 있는 경우에 매수인이 대금지급기한까지 그 의무를 이행하지 아니한 때에는 차순위매수신고인에게 매각을 허가할 것인지를 결정하여야 한다. 차순위매수신고인에 대한 매각허가결정이 있는 때에는 매수인은 매수신청의 보증을 돌려줄 것을 요구하지 못한다(제137조).

3) 현행 우선매수권 제도

(가) 공유자의 우선매수권

가) 의 의

공유물지분 경매에서 공유자는 매각기일까지 매수신청의 보증(민사집행법 제113조)을 제공하고 최고가매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선

매수하겠다고 신고를 할 수 있다(제140조 제1항). 이러한 우선매수신청은 호가 경매, 기일입찰과 기간입찰 모두에 적용된다(민사집행규칙 제71조, 제72조 제4항). 이 경우 법원은 최고가매수신고인이 있더라도 그 공유자에게 매각을 허가하여야 한다. 여러 사람의 공유자가 우선매수하겠다고 신고를 하고 그 절차를 마친 때에는 특별한 협의가 없으면 공유지분의 비율에 따라 채무자의 지분을 매수하게 한다(제140조 제2항, 제3항). 선박의 공유지분(제185조), 항공기의 공유지분(제106조), 자동차의 공유지분(제129조), 건설기계의 공유지분(제130조)에 대한 강제집행은 기타 재산권에 대한 강제집행(제251조)의 예에 따르므로 본조의 적용이 없다. 공유물 분할 판결에 기한 공유물경매에 대해서도 본조의 적용이 없다.⁴³³⁾ 그리고 매각대상 부동산 중 일부에 대한 공유자는 일괄매각 된 전체 부동산에 대하여 공유자의 우선매수권을 행사할 수 없다.⁴³⁴⁾

나) 우선매수권의 행사시한

공유자는 매각기일까지 민사집행법 제113조에 따른 보증을 제공하고 최고매수 신고가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선매수할 것을 신고할 수 있는데, 공유자의 우선매수신고는 집행관이 매각기일을 종결한다는 고지를 하기 전까지 할 수 있다(민사집행규칙 제76조 제1항). 따라서 공유자는 집행관이 동법 제115조 제1항에 따라 최고가매수신고인의 이름과 가격을 호창하고 매각의 종결을 고지하기 전까지 최소가매수신고가격과 동일가격으로 매수할 것을 신고하고 즉시 보증을 제공하면 적법한 우선매수권이 행사될 수 있다.⁴³⁵⁾ 그러므로 공유자의 우선매수신고는 입찰마감시각까지 제한되는 것이 아니라 실제 집행관이 최고가매수신고인의 성명과 가격을 호창하고 매각의 종결을 선언하기까지 할 수 있다.

다) 행사방법

433) 공유물분할판결에 기하여 공유물 전부를 경매에 붙여 그 매득금을 분배하기 위한 환가의 경우에는 공유물의 지분경매에 있어 다른 공유자에 대한 경매신청통지와 다른 공유자의 우선매수권을 규정한 민사소송법 제649조, 제650조는 적용이 없다(대결 1991. 12. 16. 91마239).

434) 집행법원이 여러 개의 부동산을 일괄매각하기로 결정한 경우, 집행법원이 일괄매각결정을 유지하는 이상, 매각대상 부동산 중 일부에 대한 공유자는 특별한 사정이 없는 한 매각대상 부동산 전체에 대하여 공유자의 우선매수권을 행사할 수 없다(대결 2006. 3. 13. 2005마1078).

435) 대결 2001. 1. 28. 99마5871.

공유자는 매각기일 전에 미리 집행관 또는 집행법원에 매수보증을 제공하고 최고가매수신고가격과 같은 가격으로 우선매수권을 행사하겠다고 신고를 할 수 있다.⁴³⁶⁾ 이러한 매수신고서가 접수되면 문서건명부에 전산입력하고, 경매기록에 가철하며 인지는 첨부하지 아니한다(재민 91-1). 미리 우선매수권을 행사하였다 하여도 매각기일 종결의 고지 전까지 보증을 제공하지 않으면 우선매수권 행사의 효력이 발생하지 않는다. 매각기일 전에 우선매수신고가 들어 온 경우 실무에서는 기록 표지에 공유자의 우선매수신청이 있다는 취지를 적어 둠으로써 집행관이 매각절차에 이를 간과하지 않도록 하고 있다.⁴³⁷⁾ 공유자가 우선매수권을 행사한 경우, 매각기일에 다른 최고가매수신고가격이 있으면 그 가격으로, 최고가매수신고가격이 없으면 최저매각가격을 최고가매수신고가격으로 하여 그 공유자에게 매각을 허가 하여야 한다(제140조 제2항, 민사집행규칙 제76조 제2항). 다른 매수신고가 없는 경우에도 유찰로 처리할 것이 아니다.⁴³⁸⁾

라) 매수경쟁

호가경매의 경우 공유자가 우선매수권을 행사한 경우라도 최고가매수신고인은 다시 더 고가의 매수신고를 할 수 있고, 이에 대하여 공유자가 그 매수신고 가격으로 매수할 것을 신고하지 아니하면 일반매수신고인이 매각허가를 받는다.⁴³⁹⁾ 그러나 입찰절차에서 공유자가 우선매수권을 행사할 경우에 최고가입찰자가 더 높은 입찰가격을 제시하여 다시 매수경쟁을 할 수 없다.⁴⁴⁰⁾ 최고가 매수신고인이 없는 때에는 최저매각가격을 상당히 낮추어 새 매각기일을 진행하게 될 것인바(민사집행법 제119조), 그것보다는 공유자가 최저매각가격으로 매수하는 것이 경매의 당사자나 이해관계인에게 유리하기 때문이다.⁴⁴¹⁾

마) 차순위매수신고인의 지위포기

436) 대결 2002. 6. 17. 2002마234.

437) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 275면.

438) 유재복, 전게서, 320면.

439) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 274면.

440) 대결 2004. 10. 14. 2004마581.

441) 법원행정처, 전계 「민사집행(II)」, 275면.

공유자가 우선매수신고를 한 경우 최고가매수신고인은 차순위매수신고인으로 본다(제140조 제4항). 이 경우 그 매수신고인은 집행관이 매각기일을 종결한다는 고지를 하기 전까지 차순위매수신고인의 지위를 포기할 수 있다(민사집행규칙 제76조 제3항). 이 포기사실은 매각기일조서에 기재한다(동규칙 제67조 제1항 6호).

(나) 건설임대주택임차인의 우선매수신고

가) 건설임대주택의 우선분양

임대사업자가 임대 의무기간의 지난 후 주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 주택 중 주택법 제60조에 따라 국민주택기금의 자금을 지원받아 건설하거나 공공사업으로 조성된 택지에 건설하는 임대주택을 분양전환 하는 경우에는 일정한 임차인대하여 우선분양 전환하여야 한다(임대주택법 제21조 제1항).

우선분양권을 갖는 임차인은 ①입주일 이후부터 분양전환 당시까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인 ②건설임대주택에 입주한 후 상속·관결 또는 혼인으로 인하여 다른 주택을 소유하게 된 경우, 분양전환 당시까지 거주한 자로서 그 주택을 처분하여 무주택자가 된 임차인 ③대통령령으로 정하는 경우로서 임대인의 동의를 얻어 임차권을 양도한 경우, 그 임차권을 양도받은 임차인이 양도일 이후부터 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인 ④선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인 ⑤분양전환 당시 해당 임대주택의 임차인인 국가기관 또는 법인 등이다(동조 제1호 내지 제5호). 그러나 임대 의무 기간이 지나지 않아도 임대사업자의 부도 등, 파산, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우에는 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선 분양할 수 있다(동조 제2항).

나) 우선매수권

임대주택법 제21조 제1항의 건설임대주택을 민사집행법에 따라 경매하는 경우에는 임대주택법 제21조의 규정에 의하여 우선분양전환 받을 수 있는 임차인은

매각기일까지 민사집행법 제113조의 규정에 따른 보증을 제공하고 최고가매수신고가격과 같은 가격으로 채무자인 임대사업자의 임대주택을 우선매수 하겠다고 신고를 할 수 있다. 이 경우 법원은 최고가매수신고가 있더라도 우선매수를 신청한 임차인에게 매각을 허가 하여야 한다. 그리고 임차인이 우선매수신고를 하면 최고가매수신고인을 민사집행법 제114조의 차순위매수신고인으로 본다(제22조). 그리고 이 경우의 우선매수신고는 매각기일 전까지 집행관 또는 집행법원에 할 수도 있고, 매각기일에 집행관이 매각기일을 종결한다는 고지를 하기 전까지 할 수 있다.

(다) 부도공공건설임대주택 임차인 보호를 위한 특별법의 우선매수신고

동법에 의한 주택매입사업자 즉 국가, 지방자치단체, 대한주택공사 또는 지방공기업법 제49조의 규정에 의하여 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사는 임대주택법 제22조에서 규정하고 있는 임차인의 우선매수권을 행사할 수 있다. 임차인대표회의 등이 위 법 제6조의 규정에 따라 매입 요청한 경우에는 임대주택법 제22조의 규정에 따라 임차인에게 부여된 우선 매수할 수 있는 권리를 주택매입사업시행자에게 양도한 것으로 간주한다. 이 경우 주택매입사업시행자는 민사집행법 제113조의 규정에서 정한 보증의 제공 없이 우선매수 신고를 할 수 있다(제12조). 그리고 이 법이 적용되는 것은 2005년 12월 13일 당시 임대 중인 공공건설임대주택으로서 이 법 시행 전에 임대주택법 제2조 7호의 부도 등이 발생한 임대주택에 한하여 적용한다(제2조).

4) 주택임차인에 대한 우선매수권 인정방안

주택임차인에 대하여 임차주택이 경매가 되는 경우에 우선매수권을 인정할 필요성은 충분히 있다고 여겨진다. 다만 이러한 우선매수권을 모든 임차인에 대하여 인정할 것인가에 대해서는 몇 가지 어려운 문제들이 있다. 우선 임차인에 대해 임대주택법에서 우선매수권을 인정할 수 있는 것은, 임대주택을 임차하는 경우 그 주택의 일부가 아니라 전유부분 전부에 대한 임대가 되는 것이라 쉽게 우선매수권을 인정할 수 있고, 나아가 이들은 법에 정한 일정한 임대보증금을 이미 부담하고 있는 상황이기 때문에 경매절차에서 그 임차보증금을 제외한 나머지

부분에 대한 대금만 지불하면 되기 때문이다. 그리고 우선매수권을 행사하기 위한 또 다른 조건으로서 무주택자임을 요구하고 있는 것이다. 따라서 민간임대주택에 대해서 임차인에 대한 우선매수권을 인정할 경우에는 이러한 점들이 고려되어야 할 것이다. 주택임차인에게 우선매수권이 인정된다면 임대주택법에 정해진 자격요건들이 그 기준이 될 것이고, 경매절차상의 우선매수권의 행사는 공유자의 우선매수권을 준용한다면 주택임차인의 우선매수권을 행사하는 데에는 문제가 없을 것이다.

제4절 존속보장

1. 현행 제도에 대한 검토

(1) 주택과 상가건물에 대한 존속보호

주택임대차보호법의 적용을 받는 주택의 경우는 2년간의 기간보장을 받게 되고, 일정 보증금액 이하의 상가건물의 경우는 1년간의 기간보장과 더불어 임차인에 대한 계약갱신요구권을 인정하여 총 5년간의 기간보장이 이루어지고 있다. 그러나 이러한 존속보호에 대한 내용은 주택과 상가건물에 대한 입법례나 주택과 상가건물이 갖는 특성에서 비교하여 봤을 때 균형이 맞지 않다. 즉 외국의 임차권의 물건화의 경향내지 임차인보호 등의 변천과정을 보더라도 주택과 상가건물에 대한 취급에 있어서 상가건물보다는 주택에 대한 보호를 더욱 강화하거나 아니면 주택과 상가건물을 같은 법에 의한 보호를 하고 있는 것이 우리와는 다르다. 예컨대 독일의 경우는 1917년과 1918년에 두개의 임차인보호령과 1923년에 임차인보호법(Mieterschutzgesetz) 등의 특별법을 제정하여 주택임차인을 보호하였으나 이들은 그 후 주거상황이 호전됨으로써 폐지되었다. 이들 규정은 현재 독일 민법에 편입되어 주택에 대한 사회적인 배려를 하고 있다. 한편 상가

에 관해서는 1952년에 영업용건물임대차보호법(Geschäftsraummietegesetz)이 제정되었는데, 이는 원칙적으로 영업용건물을 임차인보호법의 적용대상에서 제외 한 것이다. 독일에서의 비주거용 건물의 임대차에 대한 법의 태도는 이를 임차인 보호의 테두리 밖에 두어, 시장원리에 따라 수요공급의 원리에 의한 임대인과 임차인의 합의에 의하여 자유로이 결정하도록 하고 있다.⁴⁴²⁾ 영국의 경우에도 주택임대차의 경우는 임차주택법(Rent Act, 1977)이나 1980년의 주거법(Housing Act) 등에 의하여 보다 특별한 보호가 이루어져 왔으나, 영업용 건물의 임대차에 관해서는 보통법에 의하여 규율되어 오다가, 1954년 및 1969년의 재산법(Law of Property Act)에 의하여 규율하고 있다. 다만 이러한 법제의 내용은 특별히 임차인을 보호한다기 보다는 상당한 기간 동안 임대차가 계속된 경우에 임대인에 의한 일방적인 임대차의 종료를 제한하는 등의 방법에 의하여 임대인과 임차인 사이의 이해관계를 조정하기 위한 것이라는 성격이 강한 것이다.⁴⁴³⁾ 일본의 경우도 임대차에 관하여 1921년의 차지법과 차가법 제정 이래 1941년과 1966년의 개정 등으로 그 보호를 강화하였으나, 이들은 1991년의 차지차가법에 의해 대체되었고, 다만 이법에 의하여 주거용건물의 임대차가 보호받는 것은 명백하다고 할 수 있으나, 비주거용건물에 대해서도 적용이 있는가에 대해서는 다투어지고 있는데,⁴⁴⁴⁾ 각 조문별로 그 실체에 따라 해석한다고 하는 절충적인 견해가 일반적으로 받아들여지고 있다.⁴⁴⁵⁾

이러한 외국의 입법례의 특징은, 첫째 그 보호의 대상이 주거용건물인 것이 보통이고 대개 비주거용이나 영업용건물의 임대차는 일반 임대차원칙에 의해 규율되고 있는 점, 둘째 임차인의 보호는 대개는 서민용 주거의 안정을 위한 것이고, 영업용 건물의 임대차를 보호하는 것은 영업이익을 보호하여야 하는가 하는 점에 대한 정책적 고려의 결과라는 점, 셋째 임대차를 보호하는 경우에는 임대인의

442) 김형수, “영업용점포건물의 임대차보호제도에 관한 고찰”, 「토지법학」(제17호), 2001, 86-88면.

443) 内田勝一, “營業用建物の賃貸借に關する 比較法的 研究①-イギリス法-”, NBL No.362, 1986, 18면.

444) 긍정설: 我妻 榮, “賃貸借法概念”, 「法律時報」, (29卷 3號), 1957, 510면. 부정설: 石田喜久夫, “どの賃貸借-大阪における調査を中心として-”, 「契約法大系(III)」, 有斐閣, 1962, 227면. 절충설: 星野英一, 「借地借家法」, 有斐閣, 1969, 499면.

445) 일본의 차지차가법 제1조는 그 적용대상에 대하여 건물의 임대차라고만 규정하고 있기 때문에 그 적용대상이 주거용 건물인 주택만을 의미하는 것인지는 명확하지 않다. 따라서 학설, 판례는 영업용 건물도 차가법의 적용을 받는다고 이해하고 있다(임운수, 전개논문, 166면).

권리는 대체로 제한하고 임차인의 권리를 보호내지 확장한다는 점이다.⁴⁴⁶⁾ 외국의 경우는 원칙적으로 임대차에 있어서의 임차인의 보호는 서민의 주거생활의 안정을 중심으로 이루어져 왔고, 비주거용 건물의 경우는 그 보호가 임대인과 임차인의 이해관계를 조절하는 것으로 이루어 왔다고 볼 수 있다.

우리나라의 경우도 임차인의 보호를 위한 법률의 제정경과를 보면, 주택임대차보호법이 먼저 제정되어 주택임차인에 대한 보호가 상가건물의 임차인의 보호보다 우선되었던 것이고, 그 이후에 우리나라의 경제사정의 변화 등에 따라 영세상인의 보호를 위하여 상가건물임대차보호법을 제정하였다. 그러나 주택임대차보호법보다 후에 상가건물임대차보호법을 제정하면서 주택임대차보호법의 내용의 대부분을 그대로 채택하여 주택임대차보호법의 내용과 거의 유사하게 영세상인을 보호하고 있으면서도 단지 임차권의 존속보호에 관해서만 오히려 주택임차권에 비하여 더욱 강력한 보호를 하였다. 그러면서도 주택임대차보호법에는 이렇게 강화된 존속보호에 대한 내용을 넣지 않은 것이다. 우리나라의 임차권에 대한 보호는 입법의 경과만 보더라도 상가건물보다는 주택임차인의 보호가 우선시되었던 것이고 그것은 결국 사회적 입법으로서 임대차를 보호하려는 것은 그 중심이 주택이었던 것이 분명하다. 그러므로 임차권의 존속보호에 대해서 주택임차권보다 상가건물임대차에 보다 강화된 임차권의 존속보호를 하면서 주택임차권에는 이러한 규정이 없는 것은 불합리하다.

주택건물이 상가건물에 비하여 보다 강하게 보호받고 있는 것은 주택임대차보호법은 모든 주거용건물이 그 적용범위이므로 주택임차인인 경우는 그 적용대상에 제한이 없지만, 상가건물의 경우는 모든 상인이 아니라 일정한 보증금 이하의 영세한 상인에게만 적용되어 그 적용범위가 한정된다는 것이다. 따라서 상가건물임대차보호법상의 보호가 영세한 상인들에게만 그 적용을 하고 있고 그러한 상인들에 대하여는 특별한 보호를 해야 한다고 하는 점에서 보다 강력한 존속보호가 필요하다고 할 수도 있다. 그러나 주택임차인 중에서도 극빈층의 경우는 존재하는 것이므로 그것이 주택보다 상가건물의 임차인을 더욱 보호해야하는 합리적인 이유라고 보기에 어렵다. 결국 상가건물임차인에 대한 이러한 보호가 현실적으로 필요하다면 주택임차인에 대해서도 이러한 정도의 보호는 주어지는 것이

446) 김 인, 전계논문, 189-190면.

주택과 상가의 보호의 균형이 맞다고 생각한다. 또한 주거생활의 안정과 상업활동의 안정은 자본주의 사회에서 어느 하나 소홀히 할 순 없지만, 주거생활의 안정은 영세상인을 포함한 모든 사람에 대해 필요할 뿐만 아니라, 정치, 경제, 사회, 문화의 어느 영역에서나 그 활동의 전제이자 기반이 되는 것이고, 나아가 주거생활의 안정이 있어야 상업 활동의 안정도 보장되는 것이라는 측면에서 더욱 주택임차권의 존속보호는 중요한 것이다. 외국의 법제는 무주택서민의 주거안정은 사회적인 보호를 취하고 있고 주택 이외의 비주거용 건물이나 상가건물의 경우는 계약자유의 원칙으로 환원하려는 추세에 있다. 그리고 우리나라의 임대차보호법의 제정경과는 물론 주택과 상가의 특성에 비추어 보더라도, 적어도 주택에 대해서는 상가건물에 주어지는 정도의 보호는 있어야 한다. 따라서 상가건물 임대차보호법 제10조에서 인정되는 임차인의 계약갱신요구권은 주택임차인에게도 인정되어야 한다.

(2) 민간임대차와 공공임대차

주택임대차보호법과 민법의 적용을 받는 민간임대차의⁴⁴⁷⁾ 경우는 그 존속보호에 관하여 2년간의 기간보장 이외에는 별다른 보호규정이 없다. 그러나 임대주택법의 적용을 받는 공공임대차의 경우는 임대주택의 종류에 따라 의무임대기간의 보호와 그 기간이 끝나더라도 임대인의 해제, 해지, 갱신거절의 제한 등을 둬으로써 사실상 해지보호에 가까운 보호를 하고 있다. 그리고 나아가 임대주택법 제3조는 “임대주택의 건설·공급 및 관리에 관하여 이 법으로 정하지 아니한 사항에는 주택법과 주택임대차보호법을 적용한다”라고 하여, 내용상으로도 주택임대차보호법보다 훨씬 강력하게 임차인을 보호하면서도 여기에다 주택임대차보호법까지도 준용하고 있기 때문에 공공임대차의 경우는 민간임대차에서의 임차인 보호에다 임대주택법상의 보호를 받고 있는 셈이다. 물론 공공임대차는 임대사업자가 국가, 지방자치단체, 대한주택공사, 지방공사, 주택임대사업을 하기 위해 등록한 자 또는 임대주택조합(임대주택법 제2조 4호)이고, 임차인들도 주로 사회의

447) 여기서 말하는 민간임대차란 임대주택법의 적용을 받지 않고, 주택임대차보호법과 민법에 의해 보호받는 주택임대차를 말한다. 공공임대차는 임대주택법에서 말하는 공공건설임대차가 아니라 임대주택법의 적용을 받는 임대차를 편의상 여기에서 그렇게 쓰는 것이다.

소외계층을 대상으로 하기 때문에 순수한 사인이 자기 소유의 주택을 임대하는 것과는 그 취급에 있어서 다를 수 있다. 이러한 이유에서 공공임대차의 경우는 민간임대차보다 더욱 강력하게 임차인을 보호하고 있고, 그러한 보호는 타당하다고 생각된다. 그러나 이러한 공공임대차에 있어서의 임차인보호를 민간임대차에도 적용해야 할 필요성이 있다.

우선 우리나라의 공공임대차의 현황을 외국과 비교하여 봤을 때, 한국(자가주택 58%, 민간임대 33%, 공공임대 3%, 나머지 5%는 무상이나 사택 등이다), 영국(자가주택 70%, 민간임대 12%, 공공임대 18%), 독일(자가주택 40%, 민간임대 40%, 공공임대 20%), 일본(자가주택 63%, 민간임대 27%, 공공임대 10%), 프랑스(자가주택 58%, 민간임대 23%, 공공임대 19%), 스웨덴(자가주택 44%, 민간임대 27%, 공공임대 29%) 등으로,⁴⁴⁸⁾ 외국과 비교하여 우리나라에서 공공임대주택의 혜택을 받고 있는 임차인은 민간임대차에 비하여 그 비율이 상당히 낮고, 우리나라의 전체 주택재고량에서 차지하는 비율도 3%에 불과하다. 즉 공공임대주택은 민간임대주택이 전체주택재고량의 33%에 해당하는데 비해 공공임대주택은 그 비율이 3%에 불과하여 민간임대주택의 10분의1에 불과하다. 따라서 전체 임차인들 중 단지 10%만이 임대주택법의 적용을 받게 되는데 임대주택법의 보호는 주택임대차보호법의 보호보다 강력한 것임을 볼 때 이는 대다수 임차인보다 소수의 임차인을 더욱 강력하게 보호하고 있다고 볼 수 있다.

또한 임대주택법으로 강력하게 보호를 받고 있는 공공임대차의 보증금, 월임대료, 입주자격 등을 살펴보면, 영구임대주택의 경우는 도입 당시에 생활보호대상자, 의료부조자, 원호대상자를 입주대상으로 하였고, 이후 북한이탈주민, 모자가정, 65세 이상 직계존속부양자, 장애인, 일군위안부, 국가유공자 등으로 확대되었으며, 임대료의 경우 보증금 250만원-310만원에 월임대료 5-6만원 수준으로 임대주택 중에서 가장 저렴하여 영세민 등 최저소득계층을 위한 임대주택이다. 50년 임대주택은 1992년 영구 임대주택을 대체할 목적으로 재정 50%, 기금20% (입주자 30%)를 지원하여 주공 또는 지자체가 건설·공급하는 임대주택으로 1994년 이후 재정은 중단되어 기금 70%, 입주자 30%로 변경되었다. 이것은

448) 양현석·김원년, “공공임대주택수요 추정 및 예측에 관한 연구 : 가계조사자료를 이용한 미시적 접근”, 「재정정책논집」 (제11집 제2호), 한국재정정책학회, 2009, 44면.

1992년-1997년까지 92,730호가 건설되었고, 전용면적 7-15평형이 주를 이룬다. 1997년 이후에는 재개발임대주택을 제외하고는 사실상 건설이 중단되었다. 입주대상자는 청약저축 가입자, 국가유공자, 철거민 등이다. 월임대료는 5.8만원-12만원 수준이며 현재의 재고 현황은 9.3만호이다. 국민임대주택은 1998년 2월 국민의 정부 100대 국정과제에 포함하여 소득 1-4분위 계층의 주거안정을 도모하기 위해 공급된 공공임대주택이다. 재정지원(10-40%)하에 전용면적 11-24평을 건설하여 30년 이상 임대를 하는 주택으로서 2003-2012년 까지 총 100만호를 건설할 계획으로 있으며, 도시근로자 평균소득의 50-70%이하인 소득 1-4분위 계층에 공급하여 입주자격 요건에 최초로 평형별 소득 차등화 개념을 도입한 공공임대주택이다. 임대료는 보증금 1,000-1,200만원, 월임대료는 13-14만원 수준이다.⁴⁴⁹⁾

공공임대주택의 경우 언뜻 보기에는 그 입주대상이나 임차보증금, 그리고 월임대료가 상당히 저렴하여 우리 사회의 극빈층에 대한 많은 혜택이 있는 것으로 보인다. 하지만 이러한 공공임대차의 혜택을 받는 경우는 위에서 본 바와 같이 전체 임대주택에서 차지하는 비율이 상당히 낮고, 나아가 이러한 공공임대주택들이 우리사회에서 소외받는 계층을 대상으로 하여 공급하고 있지만 실상은 공공임대주택의 임대료 수준이 저소득가구의 소득수준과 무관하게 상당히 높기 때문에, 안정적인 주거가 더욱 필요한 최저소득가구보다는 그보다 소득이 약간 높은 가구들이 공공임대주택의 혜택을 더 많이 받고 있다.⁴⁵⁰⁾ 결국 공공임대주택은 그 보급률이 낮아서 일부의 저소득층에만 혜택이 있고, 이러한 혜택이 반드시 필요한 극빈층의 서민들이 제외되고 있다. 공공임대차의 보급률이 낮고 또한 공공임대차의 혜택을 받고 있는 계층에 사회의 최빈층이 제외되고 있다는 점에서 이러한 혜택을 받아야 되는 사회의 다른 소외계층에 대한 배려를 하기 위해서는 공공임대주택 주어지는 임차인보호의 내용을 민간임대차에도 적용하는 것이 타당하다고 생각한다. 특히 주택임대차보호법의 적용을 받는 임대차계약은 소비자계약이라는 측면에서 임대주택법의 적용확장을 주장하는 견해도 있다. 즉 임대주

449) 김상돈·이주형, “공공임대주택 단지 특성 비교에 관한 연구-서울시를 중심으로-”, 「서울도시연구」 (제9권 제4호), 2008, 221-222면.

450) 남원석, “공공임대주택 임대료·관리비 체계의 종합적 개편의 필요성과 기본방향”, 「도시와 빈곤」 (제65호), 한국도시연구소, 2003, 67면.

택법이 소비자보호법으로서의 성격을 최대한 활용하기 위해서는 무엇보다 임대주택법의 적용범위를 넓힐 필요가 있다. 현재 우리나라 주택임대차의 대부분은 미등록 임대인으로부터의 임대차가 차지하고 있다. 미등록 임대인으로부터의 임대차에 대하여는 임대주택법이 적용되지 않고 주택임대차보호법만이 적용되어 임차인보호는 미흡한 상황이다. 임대인은 의무적으로 지방자치단체에 등록하도록 함으로써 임대주택법의 적용범위를 넓혀야 한다고 하고 있다.⁴⁵¹⁾

(3) 기간보장

우리나라가 주택임차인의 거주 계속을 보호하기 위하여 주택임대차보호법에서 주택임차권에 최단존속기간의 보장을 하고 있다. 그러나 이러한 입법태도는 주택임차인의 거주보호를 하기에는 미흡하고 실제로도 최단기간의 보장은 임차인의 거주생활의 안정에 기여하지도 못하고 있다. 그것은 임차인에 대한 계속거주의 보장은 최단기간보장만으로는 한계를 가질 수밖에 없다는 것을 의미하는 것이다. 즉 주택임차인의 거주생활의 안정은 우선 임차인이 원하는 한 그가 거주하고 있는 임차주택에 장기간 계속하여 거주할 수 있게 보호해 주어야 함에도 불구하고, 현재 우리법제는 이러한 임차인의 계속거주의 보장을 최단존속기간 2년을 보장함으로써 달성하려고 하나, 사실상 이러한 규정이 현실적인 실효성을 가지지 못하여 주택임차인에 대한 거주생활의 안정에 기여하고 있지 못하다. 주택임대차의 존속보호를 위해서는 임대차의 존속기간의 장기화, 임대차의 법정갱신의 인정, 임대인의 해지통고에 대한 임차인의 이의권 등이 필요하다. 그러나 이 중에서 임대차의 존속기간의 장기화, 최단존속기간의 제한, 임대차의 법정갱신은 인정하고 있으나 임대인의 해지통고에 대한 임차인의 이의권을 전혀 인정하고 있지 않아 사실상 임대인은 차임인상의 방법으로 해지를 남용하고 있으며, 임차인의 생활안정의 유지와 쾌적한 주거생활은 기대할 수 없는 실정이다.⁴⁵²⁾

임대기간에 대한 규제조항이 현실적인 제도로서 실효성이 있는가 하는 것에 대한 분석으로서, 임대기간에 대한 규제가 형식주의⁴⁵³⁾화로 인하여 임차인의 보

451) 이은희, 전계논문, 97면.

452) 이영식, 전계논문, 125-126면.

호에 충분히 기여하지 못하고 있고, 심지어 역기능까지도 하고 있다고 지적한다. 그 내용을 보면 임차인이 원하지 않음에도 불구하고 이사해야 하는 경우는 크게 나누어 임대인과 의 불화와 임차료의 과도한 인상인데, 임대료가 과도하게 인상되어 임차인이 원하지 않음에도 불구하고 다른 곳으로 이사를 하지 않을 수 없는 경우에 보호되어야 한다. 그러나 1989년 주택임대차보호법 개정의 핵심적 내용은 임대료 인상규정이 사문화된 상태에서 “기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다.”는 것이었고, 이 규정이 1990년의 전월세 폭등을 야기한 직접적 원인으로 추정되었다.⁴⁵⁴⁾ 임대차기간의 2년의 제조향이 형식주의화에 이른 원인을 보면, 첫째 임대인이 1년을 원하는 점이 가장 크게 영향을 미치고 있고, 둘째 임차인의 사정에 의해 스스로 1년을 원하는 점이다. 셋째 법보다는 관행의 수용이 형식주의에 영향을 미치고 있고, 넷째 2년 계약에 따른 임차료의 상승도 형식주의에 미약하나마 영향을 끼치고 있다. 결론적으로 임대기간의 2년 의제조향은 현실적 수요 및 임대기간에 대한 관행과의 불일치, 법보다는 관행을 수용하는 사회적 경향 때문에 생긴다고 할 수 있다.⁴⁵⁵⁾ 현재 우리의 최단존속 기간보장만으로는 임차인의 주거생활의 안정이라는 목적을 달성하기는 어렵다. 그 이유는 실제적으로도 임차기간은 법보다 임대인의 의사나 관행으로 규율되고 있어서, 실제 2년 의제조향의 효율적으로 기능하고 있는지도 의심스럽기 때문이다.

과거 일본의 구차가법 제1조의2는 “건물의 임대인은 스스로 사용할 필요가 있는 경우 기타 정당한 사유가 있는 경우가 아니면 임대차의 갱신을 거절하거나 또는 해약을 신청할 수 없다”고 하여 정당한 사유가 없는 한 임대인이 임대차계약을 종료시키는 것을 막고 그 결과 건물임차인을 위하여 임대차의 항구적 계속을 보장하였고, 이러한 임대차의 존속보호에 가입통제령에 의한 차임증액의 제한

453) 형식주의(formalism)란, 한 제도가 규율하고자 하는 목적 기준이나 그것이 요구하는 수단 또는 절차의 기준과 실제 관행간의 격차 정도를 의미한다. 주택임대차보호법의 형식주의란 주택임대차보호법이 주택임대차 거래의 실재를 지배하지 못하고 다른 규칙에 입각하여 거래가 이루어지고 있는 것을 의미한다. 이러한 형식주의가 극에 달한 경우에 사문화되었다고 한다. 그러나 형식주의는 극단적인 경우만을 의미하는 것이 아니라 실제와의 괴리 정도로 정의 된다.

454) 김종구, “주택임차인 보호에 관한 연구”, 한국소비자보호원, 1991, 122-123면.

455) 박통희, “사회적규제로서 주택임대차보호법의 형식주의와 원인”, 「한국정책학회보」(제3호), 1999, 277-291면.

이 더해짐으로써 주택소유자의 계약자유, 사적자치의 희생 하에 임차인의 주거생활의 안정을 기하였던 것이다. 이에 반하여 우리 주택임대차보호법은 임차인의 계약갱신에 대해 임대인이 거절하거나 기한의 약정이 없는 임대차계약을 해지하는데 있어 임대인에게 정당한 사유가 있을 것을 요구하지 않아, 임대인의 희생에 의한 기존의 임차인의 주거보장이 이루어지고 있다고 보기 어렵다.⁴⁵⁶⁾ 해지보호가 없이 단지 기간보장 만에 의하여 임차인의 주거생활의 안정을 기하려는 것은 실제에도 그 실효성이 떨어져 주택임대차보호법의 규정에도 불구하고 임대차의 약정존속기간이 1년 미만의 경우가 약 60%를 차지하고 있는 현실은 임차인의 지위를 그대로 표현하는 셈이다.⁴⁵⁷⁾ 또한 획일적 2년간의 임차권존속기간이 법률적으로 보장되어 있지만, 당해 주택에 대해 동일한 내용의 임대차가 갱신 되지 않기 때문에 주택임대차에 관한 최초의 약정이 실제로 2년으로 굳어진다는 것 이외에는 실질적인 영향을 주지 못하고 있다.⁴⁵⁸⁾

주택임대차보호법이 민법에 대한 특별법으로서 의미를 가지기 위해서는 당해 주택을 실질적인 주거의 장소로 활용하는 임차인의 이익이 보호되어야 한다. 2년이라는 임대차 존속기간마다 주거의 기준을 변경하고, 새로운 주거환경에 적응한다는 것은 무주택자의 주거권을 나름대로 확보한다는 법률의 취지와는 거리가 멀다. 따라서 ‘매매는 임대차를 깰 수 없다’는 변혁적 인식이 주효하기 위해서는 주거를 위한 임대차존속기간이 실제의 주거와 관련하여 장기적으로 고려되어야 한다. 그렇지 않는 한, 주택임대차보호법이 마련한 임차인 보호규정은 모두 허울에 지나지 않는다. 결국 동일한 임대차가 갱신될 수 있도록 하는 규범이 필요한데, 상가건물임대차보호법 제10조에서 규정한 계약갱신청구권이 주택임차인에게 필요하다.⁴⁵⁹⁾ 사건으로는 주택임차권에 관해서는 기간보장보다는 해지보호라는 방법을 채택하는 것이 타당하리라 생각한다. 독일이나 일본처럼 강력한 해지보호 제도가 아니어도, 지금은 불충분하나마 주택임대차보호법에 임차인의 상가건물임대차보호법 제10조에서 주어지는 임차인에 대한 계약갱신요구권만이라도 지금

456) 이준현, “민법 임대차규정과 임대차 특별법의 기능 및 역할에 관하여 : 현행 임대차법 체계에 관한 비판적 고찰”, 『민사법이론과 실무』(제8권 1호), 민사법의 이론과 실무 학회, 2004, 112면.

457) 박해식, 『주택임대차보호법의 법률지식』, 청림출판, 2009, 9면.

458) 고영남, 전계논문, 160-161면.

459) 상계논문, 161면.

당장 도입하는 것이 타당하리라 생각한다.

(4) 차임통제

차임의 통제가 적절히 되어지기 위해서는 차임규제와 더불어 임대차에 존속보호가 충실히 이루어 져야 한다. 왜냐하면 차임이 아무리 규제된다고 하여도 임대인이 차임인상을 위하여 임대차계약을 마음대로 해지할 수 있다면 차임규제의 실효성은 보장되지 않기 때문이다. 따라서 위에서 본 바와 같이 우리나라는 임대차에 존속보호가 제대로 되어 있지 않기 때문에 차임통제에 대한 반 이상의 효과는 이미 날아가고 없는 것이다. 이러한 문제점 외에도 현행 차임통제에 대한 규정이 현실적으로 그 정당성이나 합리성을 갖추어 실제로 임차인의 보호를 위한 제도로서 그 기능을 다하고 있지 못하다. 우선 임대인의 차임증액 청구는 현행 시행령에서 5%를 넘을 수 없지만, 약정에 의한 계약갱신이 가능하기 때문에 새롭게 체결된 임대차에는 이러한 제한규범이 적용되지 않는다. 따라서 동일 주택에서 계속해서 거주를 하더라도 법률적으로 임차인은 2년마다 새로운 임대차계약관계를 갱신하는 것이므로 임차인은 적절한 비용으로써 주거공간을 확보하는데 어려움을 겪는다. 결국 임차인은 2년마다 주택시장에서 가파르게 형성된 주택임대료의 인상분을 고스란히 떠안게 된다. 주택임대차보호법에서 마련할 수 있는 차임통제기능은 형식적으로 동일한 임대차관계 속에서만 효력을 가지기 때문에 실질적으로 연장된 임대차존속기간에서는 차임통제 기능이 발휘되지 않는다. 따라서 합의에 의해 갱신된 동일한 내용의 임대차에 대해서는 차임 내지 보증금의 인상분을 제한할 수 있는 규범이 필요하다.⁴⁶⁰⁾

결국 차임 또는 보증금의 증액과 관련해서는 기존 임차인에게만 적용됨으로써 기존 임차인의 비자발적 이주문제는 다루어지지 못하고 있다는 한계가 있다.⁴⁶¹⁾ 또한 우리 법제의 일방적 차임개정(증액)에 대한 수치적·직접적 규제 제도(연

460) 상계논문, 161면.

461) 윤혜정, “주택임대차분쟁조정위원회의 도입에 따른 운영방안 연구”, 「평택대학교논문집」, 제15집, 평택대학교, 2001, 4면.

5%)는, 우선 그 수치의 폭이라는 측면에서 볼 때, 너무 진폭이 작아서 지역간 주택수요의 차이, 임차주택의 품질의 차이, 시설현대화(또는 수선)비용의 차임반영 등에 따른 합리적인 차별을 기하기가 어렵고, 현실의 물가반영률과도 동떨어져 있는 등 너무 합리성과 설득력을 결여하였고, 주먹구구식이라는 인상을 준다.⁴⁶²⁾ 특히 임대료에 대한 규제조항이 우리 현실에서 준수되고 있는지에 대해, 중개인들의 91.4%가 준수되지 않는 것으로 보고 있고, 겨우 5.8%만이 지켜지고 있다고 하고 있다. 이는 주택임차료에 대한 규제조항이 형식주의가 매우 심각하여 이미 사문화되었음을 의미한다. 이러한 형식주의에 대한 원인은, 첫째 규제를 무시한 임대인의 인상요구(50.4%), 둘째 임대차료 증액에 있어서 5% 상한 규정의 비현실성(37.1%), 셋째 임차인의 법 인식 부족(9.8%), 넷째 임대인과의 마찰을 회피하기 위한 임차인의 관행 수용(1.9%)등이 지적되고 있다. 임차료 인상의 5%상한의 규제는 사회적 정당성에 문제가 있으며, 경제적으로도 합리적이지 않고, 나아가 고급호화주택에 대하여도 임차료를 규제할 필요성이 있는지, 반면에 물가가 5%이상 인상된 경우에 저소득층의 임대인도 규제하여야 하는 가 등의 문제에 회의적이라는 비판도 존재하고 있다.⁴⁶³⁾

따라서 우리나라의 임차료 인상에 대한 통제가 주택의 종류와 품질, 물가인상, 임대인의 사정 등을 고려하지 않고 일률적으로 5%인상 한도의 증액률의 통제를 가하고 있다는 점에서, 사회적 정당성이나 경제적인 합리성이 결여된 것으로 보이고, 주택임차료 통제에 임차인의 존속보호가 뒷받침 되지 않아, 이러한 임차료 통제가 그 실효성이 보장되지 못하고 있다. 그리고 차임인상의 통제도 임대인과 임차인의 합의에 의하여 인상되는 경우에는 적용되지 않고, 임대인의 일방적인 차임인상의 경우에만 적용되고 있어서 실제 차임인상을 통제할 수 있는 경우는 그리 많지 않게 되는 것이다. 결국 현행 차임통제 규정은 주택임차권에 강력한 존속보호가 되지 않는 상황에서 차임인상을 실제로 통제할 수 있는 경우마저 제한되고 있기 때문에, 차임인상을 적절히 통제할 수 있는 제도로서 기능하여 임차인의 거주생활의 안정에 기여하고 있지 못하다. 적절한 차임통제가 되기 위해서는 주택임차인에 대한 존속보호가 이루어지고 임차료의 인상을 합리성 있게 제

462) 김진현, 전계논문, 443면-444면.

463) 박통희, 전계논문, 285-286면.

한하여야 한다. 외국의 입법례에서 보듯이 지금은 차임통제를 국가가 일방적으로 가하는 것이 아니고 차임 액의 결정은 일단 임대인과 임차인의 자유의사에 맡기고, 그 액수가 비교되는 다른 차임과 차이가 큰 경우에 이를 통제하고, 나아가 그 인상방법에 대한 엄격한 절차를 부여함으로써 차임에 대한 적절한 통제가 이루어지고 있고, 그 전제로서 주택임차권에 강력한 존속보호가 주어지고 있는 것에 주목할 필요가 있을 것이다.

2. 문제점 및 개선방안

우리나라의 경우 임차권의 존속보호는 임대인에 대하여 엄격하게 임대차계약의 해지를 제한하는 형태의 해지보호는 이루어지지 않고, 일반적으로 임차기간의 단기를 제한하는 기간보장의 방법을 취하고 있다. 우선 주택임대차보호법의 적용을 받는 주택임차권의 경우 주택임대차보호법은 제4조 제1항에서 최단 2년의 기간보장을 하고 있을 뿐 그 최장기간에 대해서는 규정이 없다. 다만 민법 제651조에서 20년을 넘지 못하도록 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 주택임대차는 임대인이 2년간의 임대기간이 경과한 후 임대인이 임대차계약의 해지를 원하는 경우는 임차인이 아무리 재계약을 하기를 원하더라도 임차인은 이사를 해야만 하게 되어 있다. 한편 상가건물의 경우는 영세상인의 상가건물의 임차기간에 대하여 최단기간 1년의 보장(상가건물임대차보호법 제9조)을 하고 있어 주택임대차에 비하여 최단기간의 보장은 짧지만, 상가건물임대차보호법 제10조에서 임차인에게 계약갱신요구권을 인정하여 임차기간이 끝나고 임차인이 임대차계약의 갱신을 원하는 경우 임대인에게 정당한 사유가 없는 한 계약의 갱신을 거절하지 못하게 하여 그 임대차기간을 최장 5년간 보장하고 있다. 그리고 임대주택법의 적용을 받는 임대주택의 경우는 그 임대주택의 종류에 따라서 기본적인 의무임대기간이 정해지고, 나아가 임대인에 대해 계약의 해제, 해지, 그리고 갱신거절에 대한 제한을 가하고 있다. 따라서 우리나라의 임대차에 대한 존속보호는 원칙적으로 기간보장을 기본으로 하고, 이에 대해 임대인이 갖는 해제권이나 해지권을 적절히 제한하면서(상가건물이나 임대주택법상의 임대주택의 경우) 사실상 그 기간의 연장을 꾀하고 있다.

그러나 해지보호의 하나로서 우리나라가 취하고 있는 임대인의 계약의 해제, 해지 또는 갱신거절의 제한은 독일이나 일본의 경우처럼 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우에 일정한 사유가 있어야 가능한 것이 아니라, 임차인이 계약갱신을 요구하는 경우에 일정한 사유가 있으면 임대인이 계약을 해지하지 못하도록 하는 구조를 취하고 있다. 이는 원래 임대차계약의 해지보호는 일정한 사유가 있어야 임대인이 해지권을 행사할 수 있도록 하여 임대인의 해지의 자유를 원칙적으로 부정하는 것이지만, 우리의 경우는 임대인이 해지를 하는 경우 원칙적으로 제한 없이 해지권을 행사할 수 있고, 다만 임차인이 계약갱신을 요구하는 경우에 한하여 해지를 할 수 있는지에 대한 정당한 사유를 판단하게 되는 것이다. 여기에서의 차이점은 전자는 기본적으로 임대인의 정당사유가 있는 경우에만 계약을 해지할 수 있도록 하여 임차인이 임대차계약의 계속을 요구하든지 않든지 간에 임대인이 자기 의사대로 임대차계약을 해지하는 것을 막는다는 것이고, 후자는 임차인이 계약갱신을 요구하는 경우에 임대인이 그 갱신요구를 거절할 수 있는지를 판단하는 것이므로 임대인의 계약해지는 원칙적으로 자유이지만, 임차인이 계약갱신을 요구하는 경우에만 임대인의 해지권이 제한받는다라는 것이다. 이러한 규정태도는 결국 우리나라는 임대차의 존속보호 중에서 해지보호에 대한 제도의 채택 자체에 대한 부정적인 시각을 보여주는 것이라 할 수 있다.

우리나라는 임대차의 존속보호에 있어서도 그 대상(민간주택, 상가건물, 공공임대주택)에 따라 방법이 다르다. 원래 임대차의 보호는 주택에 대한 보호가 우선이고 그 다음에 비주거용 건물에 대한 보호가 사회적인 변화에 따라 변천되어 왔었다. 그리고 지금은 주택 이외에는 되도록 임대차에 대하여 계약자유 원칙을 인정하고자 하는 것이 외국의 입법의 추세인데도 우리의 경우는 오히려 주택보다 상가에 대한 존속보호를 보다 강하게 하고 있다. 주택인 경우에도 우리나라는 주택임대차의 대다수를 차지하는 민간부문의 임대차보다 임대주택법의 적용을 받는 공공임대차의 임차인을 더욱 강력하게 보호를 하고 있다. 따라서 건물의 임대차에 관한 존속보호에는 적어도 주택에 대해서 상가만큼의 존속보호를 주어야 한다고 생각한다. 나아가 임차인의 대다수를 차지하는 민간임대차에도 공공임대차에 주어지는 보호를 적용하여 임차인의 보호를 한층 강화하여야 하는 것이 타당한 것이 아닌가라는 생각이 든다. 주택임차인의 주거생활의 안정을 위한 제

도의 한 축인 차임통제에 관하여도 외국의 입법과는 다르게 임대인과 임차인의 이해관계는 물론 임대차가 이루어지는 지역이나, 임차건물의 종류, 구조, 물가변동 등 차임 액을 결정하는 요소들에 대한 고려 없이 일률적으로 기간과 액수만을 규정하여 사실상 현실적으로 차임에 대한 통제가 합리적으로 이루어지지 못하고 있는 문제점을 드러내고 있다.

주택임차인에 대한 존속보장은 임차기간의 충분한 확보, 그 기간 중의 적절한 차임통제가 이루어져야 하는데 이에 대한 제도가 현실에서 제대로 작동하지 않고 있고, 그것은 결국 주택임차인들이 일정한 장소에 주거를 정하여 자신이 원하는 만큼의 거주를 할 수 없어 해마다 임차인들이 원하지 않는 비자발적 거주이전의 현상들이 생겨나고 그러한 이주에 따른 시간적, 정신적, 물질적인 비용은 고스란히 경제적 약자인 임차인의 부담으로 돌아가는 것이다. 또한 우리법제가 주택임대차에 관하여 계속거주의 보장보다는 거주이전의 보장을 중심으로 임차인을 보호하려는 태도는 주택임대차보호법을 운용하는데 주택임차권의 대항력보다는 우선변제권 중심으로 규율하고 있는 데에서도 보여지고 있다. 따라서 주택임대차보호법은 임차보증금의 반환 확보에 힘을 기울여 임차인들이 거주에 대한 접근이나 이전을 보호하는 면에서의 보호와 더불어 주택임차인들이 계속적 거주를 보장하기 위하여 존속보장을 강화하여야 임차인들의 거주생활의 안정에 기여하리라 생각한다. 임차인의 존속보장의 강화는 결국 임대인의 임대차계약에 대한 해지권의 제한, 차임의 통제가 그 주된 내용이다. 그러나 이러한 제도를 통한 임차인보호는 필연적으로 임대인의 재산권보장과 충돌이 생겨나게 되고 이러한 임대인의 재산권 역시 우리 헌법에서 인정되는 국민의 기본권이자 자본주의 경제질서의 가장 기본적인 제도인 것이다. 따라서 임대인의 일방적 희생 하에 임차인을 보호하는 것이 타당한 것인지 또한 그것이 타당하다면 임대인의 권리를 어느 정도까지 제한할 수 있는가 하는 것은 어려운 문제다.

오늘날 임대차특별법의 기본이념은 생존권의 보장, 사회법적인 보호의 필요성을 넘어서서 임차인의 자립·자율을 촉진하는 방향으로 전환할 필요가 있고, 경제적 약자인 임차인의 생존권적 이념에 기초한 사회적 법의 보호가 필요하다고 생각하던 종래의 임대차법제의 기본이념은 이제 통용되지 않는다. 오히려 민법에 있어서의 사적자치 중에서 복지적 요소를 고려하면서 임차인의 계약의 자유를

실질적으로 보호하는 방법을 취하는 것이 마땅하다고 하는 견해도 있다.⁴⁶⁴⁾ 한편 거주권은 구체적·제일차적으로는 특정의 주택소유자에 대한 개인적인 권리이고, 민사상의 구체보호를 향수할 수 있지만, 그러나 순수한 사법상의 권리는 아니고, 법규정에 의해서 주어진 사회법적 권리이고, 임대차법의 성격도 본래 국가가 해야 하는 거주확보의 임무를 임대인에게 억압하고 있는 것이고 따라서 임대차법은 계약을 매개로 하는 임대인의 희생에 의한 주택 사회입법이라고 한다.⁴⁶⁵⁾ 즉 생존을 위한 주거를 사회적인 특별법으로 주거의 마련을 위하여 노력하고 지금은 더 나아가 임차인의 자립·자유를 보장하기 위해서 법이 당사자 간의 법률관계에 대해서 직·간접으로 개입한다는 점은 분명히 유럽제국에서는 통용되고, 적어도 일본의 경우도 오늘에 이를 때까지의 미성숙한 주택정책과 부동산시장을 전제로 하는 한 충분하지 않았다고 생각되기 때문에, 그러한 자립적인 주체상을 요구하기 전에, 그것이 가능해 지도록 하는 사회적인 제 조건과 법적인 환경정비가 불가결하다. 이러한 면에서 우리나라는 유감스럽게도 이 방면에서는 그러한 전제가 성숙되어 있지 않다고 하고 있다.⁴⁶⁶⁾ 오늘날 유럽제국이나 일본의 경우에 주택임차인보호를 위한 해지보호나 차임통제 등이 주택임대차법제에 의하여 사회입법으로서의 성격을 띠고, 그에 의한 임대인의 권리를 제한하고 있는 점은 우리나라도 그 정도에 이르는 임차인보호를 할 수 있는 충분한 근거라고 생각한다. 다만 그 나라의 현실을 고려한 제도적인 배려는 충분히 있어야 할 것이다.

제5절 당사자의 권리의무

1. 권리의무 규정의 필요성

464) 内田勝一, 「現代借地借家法の課題」, 成文堂, 1997, 2面.

465) 鈴木綠弥, 「新版居住權論」, 有斐閣, 1981, 11面.

466) 소재산·김선이, 전계논문, 186면.

(1) 거주유형 변화에 따른 임차주택의 관리

우리나라의 주택보급률은 2008년을 기준으로 109.9%에 달한다. 이것은 전국의 가구가 자기 집을 소유할 만큼 주택은 이미 보급되어 있다는 말이다. 그러나 통계청 자료에 의한 전국 시·도별 가구의 점유형태를 보면, 2000년을 기준으로 자가 소유(54.2%), 전세(28.2%), 월세(14.8%), 무상(2.8%), 2005년 기준으로 자가 소유(55.6%), 전세(22.4%), 월세(19.0%), 무상(3.1%)이다.⁴⁶⁷⁾ 이러한 통계에 의하면 두 가구 중 한 가구는 임차가구라는 것이다. 최근 몇 년 사이에 자가 소유가 조금 상승하기는 하였지만 과거와는 달리 이제는 거주에 대한 개념이 점차 소유 중심에서 거주 중심으로 바뀌고 있고, 거주형태가 소유 중심의 개념에서는 소유자와 비소유자 관계에서 비소유자는 경제적 약자이므로 보호받아야 할 대상이었고 민법의 특례규정으로서 주택임대차보호법이 주효 하였다. 그러나 거주개념이 소유중심에서 거주중심으로 전환되고 있는 시점에서는 임대인과 임차인의 동등한 권리가 보장되는 새로운 법률이 마련되어야 한다. 지금의 소액주택임차권 보호에 중점을 둔 소극적 제도에서 벗어나 임대시장의 안정 및 안전을 보장하는 제도로 개편되어야 한다.⁴⁶⁸⁾ 또한 이제는 과거와는 달리 우리나라가 거처의 종류가 단독주택보다는 공동주택에 거주하는 가구가 많아지고 있기 때문에 공동주택의 관리 유지라는 측면에서 이에 대응한 법규정이 필요하다. 2005년을 기준으로 우리나라의 주택 수는 총 12,701,338호이고 그 중 단독주택이 3,984,954호, 아파트 6,626,957호, 연립주택이 520,312호, 다세대주택이 1,164,251호, 비주거용 건물 내 주택 198,253호, 주택이외의 거처 206,511호, 오피스텔 156,769, 호텔 여관 등 숙박업소 4,580호, 기숙사 및 특수사회시설 9,357호, 판잡집 비닐 하우스 움막 20,002호, 기타 15,803호로 주택임대차의 규율이 필요한 거주형태는 단독주택보다는 공동주택이 다수를 차지하고 있는 추세이다.⁴⁶⁹⁾

임대차기간 중에 임대인과 임차인 사이의 권리의무 관계를 명확히 해 두어야 하는 것은 우선 임대인과 임차인간의 임차주택의 관리, 유지에 대한 책임소재를

467) 통계청 사회통계국 인구조사과, 「인구주택총조사보고서」, 145면, 178면.

468) 윤혜정·장성수, “주택임대차분쟁조정위원회의 도입과 운영방안 연구,” 「환경논총」(제39권), 서울대학교환경대학원, 2001, 231면.

469) 장영희, “임대세입자 지원대책과 제도개선 방안”, 「건설교통」, 대한건설진흥회, 2001, 54면.

분명히 하여 그 임대차 당사자 간의 분쟁의 소지를 없애 임차인이 주택을 임차하여 사는 동안의 임대인과의 갈등을 덜어주기 위하여 필요하고, 또한 임대인도 자기의 재산인 임차주택의 보존을 위하여도 당사자 간의 책임소재를 분명히 해둘 필요성이 있다. 그러나 현행법은 집주인과 세입자 사이에 발생하고 있는 각종 형태의 임대차분쟁을 방치하고 있다. 현재 주택의 유지, 보수와 관련된 내용은 민법을 준용할 수밖에 없는데 민법 또한 주택의 유지, 보수에 대한 책임소재를 확실하게 규정하고 있지 않다. 즉 민법은 주택의 수선유지에 관한 특별한 규정을 가지고 있지 않고, 다만 임대인이 주택을 사용, 수익에 필요한 상태를 유지할 의무가 있다는 규정이 있으나 그 내용이 모호하고 임대인과 임차인의 의무 위반에 대한 대응책이 명시되어 있지 않아 거의 실효성이 없는 실정이다. 현재는 이러한 규정이 없는 관계로 임차인이 임차주택에 입주할 때 도배, 보일러수리, 수도시설 등을 새로 하거나 수리하는 경우가 있고, 심지어는 살면서 임대인과 임차인이 전구, 수도꼭지 등의 교체, 수리에 대한 책임소재를 이유로 다투는 경우도 빈번하게 발생하고 있다.⁴⁷⁰⁾ 따라서 이제는 주택임대차의 규제는 종래의 경제적 약자인 임차인을 보호하기 위한 임대차보증금의 반환 확보에서 임대차기간을 충실히 보호하고 그 기간 중에 임대인과 임차인간의 권리의무를 상세히 규정하여 임대인과 임차인간의 갈등과 임차목적물의 관리유지에 필요한 규정들을 마련해야 할 시점이라 생각된다.

(2) 임대차기간 중의 당사자 사이의 분쟁방지

주택임대차와 관련하여 주택임대차상담실을 마련해 운영하고 있는 서울시의 경우, 지난 1990년 이래 주택임대차상담실의 이용고객이 꾸준히 늘고 있고 지난 3년간 이 상담실을 이용한 시민은 연평균 2만 2683명이며, 연도별로는 2007년 2만 403명, 2008년 2만 2464명, 2009년 2만 5182명이었고, 2009년에 접수된 상담사항 중 약 79%인 2만 398건이 주택임대차에 관련된 상담이었고, 나머지 19%인 2784건이 중개 관련 상담이었다고 한다. 유형별로 보면 ‘묵시적 갱신 시 임대차 계약사항’이 6296건(25%)으로 가장 많았고, ‘차임증감청구’ 3777건

470) 통계청, 전계 보고서, 182면.

(15%), ‘임차목적물의 수선유지의무’ 3274건(13%), ‘보증금 반환’ 2770건(11%), ‘소액보증금의 보호’ 2266건(9%), ‘경매 시 배당관계’ 2015건(8%)으로 나타났다.⁴⁷¹⁾ 이러한 상담 내용을 보면, 이제는 임대차분쟁 중에서 보증금 반환이나 소액보증금에 대해서는 강력한 법적 보호로서 정착되고 있지만 아직도 임대차계약 기간의 연장이나 임대차기간 중의 임차목적물의 수선유지의무에 대해서는 명확한 근거가 없기 때문에 실제 상담사례에서는 이러한 것들이 주로 문제가 되고 있다. 특히 상담실 관계자는 겨울철 갑작스런 한파로 인한 노후 보일러 동파 등에 따른 수리비용 관련 상담이 많이 접수되고 있고, 상담을 의뢰한 측도 임차인이 80%로 그 비중이 높지만, 임대인 측의 문의도 역시 20%나 되어 임대차와 관련된 문제는 임차인만이 아니라 임대인에게도 그 관심이 높다고 할 수 있다. 예컨대 수도시설이 낡아서 파손되었는데 그 수리비용을 집주인이 부담하려 하지 않는 경우 같은 다양한 유형의 분쟁이 발생하였을 때, 당사자들이 어떻게든 합의를 하지 않는 한 분쟁의 해소는 사실상 불가능하다. 분쟁이 해결되지 않을 때에 그 피해는 대부분 가난한 세입자가 입게 된다. 그러한 분쟁의 해결로 법원에 민사소송을 제기하면 되나 그 기간이 길고 절차가 복잡해 현실적인 해결책이 되지 못하고 있다. 심지어 당사자가 인정할 수 있는 객관적인 제3자가 단순히 조정해주는 것만으로 쉽게 해결할 수 있는 사소한 사안까지 민사조정이나 민사소송절차를 거쳐야 하는 문제가 있어 세입자들 다수가 권리구제를 포기하고 있는 것이 현실이다.⁴⁷²⁾

구체적으로 인터넷 사이트에 올라온 분쟁사례 상담들을 봐도, 임차인이 임차건물에 인테리어 등 시설을 새로 설치한 경우 그것이 필요비 또는 유익비에 해당하여 임대인으로부터 그 비용을 받을 수 있는지,⁴⁷³⁾ 상가 2층을 임대차계약을 체결하여 학원으로 사용하던 중 건물에 하자(누수)가 발생시 임차인이 임대인에게 계약해지를 요구할 수 있는지⁴⁷⁴⁾ 등 임대인과 임차인의 권리의무에 대한 분쟁들이 많이 등장하고 있다. 임대차기간 중의 임대차와 관련한 분쟁은 우리나라

471) 헤럴드 경제, 2010, 1. 28. 자, <http://www.heraldbiz.com>

472) 송태경, “민주노동당이 주택임대차보호운동에 나선 이유 : 집 걱정 없는 세상에 살고 싶으시다구요?”, 「말」(통권 195호), 월간 말, 2002. 155면.

473) 부동산 분쟁 클리닉, <http://www.boark.co.kr>

474) 부동산관련 법률 분쟁사례, <http://blog.oaran.com>

가 주택임대차에 관련하여 주로 임차보증금의 반환 문제가 주를 이루었고, 임대인과 임차인간의 그 외의 다른 분쟁에 대해서는 대부분 사소한 문제로 당사자간에 해결하도록 방치하거나 분쟁 중 임대차기간이 종료하여 그러한 분쟁이 표면화되지 않는 경우가 많다. 따라서 이제는 임대차기간 중의 분쟁유형들을 체계화하고 그러한 것들에 대한 분명한 책임소재를 임대차계약시에 명확히 약정하도록 함으로써 임차기간 중의 임대인과 임차인간의 분쟁들을 해결하고 나아가 임대인의 재산을 보호하도록 하는 균형 있는 법제도의 정비가 필요하다.

2. 문제점 및 개선방안

(1) 법적 규정

현행 주택임대차보호법에는 임대차기간 중의 임대인과 임차인에 대한 권리의무에 관한 규정이 없다. 이에 대해서는 민법의 임대차 규정을 따라야 하는데 민법 역시 그 규정의 추상성으로 인하여, 구체적인 사안에서 임대인과 임차인의 책임소재에 대한 분명한 기준이 되고 있지 못하다. 따라서 주택임대차보호법에서 임대인과 임차인의 권리의무에 대한 규정을 둘 필요가 있다. 주택임대차보호법에서 이러한 규정을 마련하는데 있어서도 법에서 이러한 내용들을 상세히 마련할 수 있는 것은 아니기 때문에 법적인 규정으로서는 임대차계약을 체결하면서 반드시 표준임대차계약서를 사용하도록 하는 근거를 마련하는 것이 필요하다. 즉 임대차계약을 체결하는 때에는 반드시 표준임대차계약서를 사용하도록 의무화하고 그 위반에 대한 벌칙규정을 두는 내용으로 규정하여야 한다.

그 이유는 법에서 이러한 내용들을 모두 규정하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 임대인과 임차인의 갈등이나 임차주택의 관리유지에 대한 사항은 지역이나 건물의 종류, 임차유형에 따라 특징들이 있는 것이고, 이에 대한 문제들은 그때그때의 상황에 대응하여 만들어 져야 하는 것이기 때문에, 표준임대차계약서를 법률이 아닌 시행령으로 그 내용을 정하도록 하는 게 타당하기 때문이다. 이러한 표준임대차계약서는 현재 임대주택법에도 시행되고 있기 때문에 주택임대차보호법에도 그러한 내용의 법규정을 만들면 지금 현재로도 충분히 시행할 수 있는 것

이다.⁴⁷⁵⁾ 이에 대한 구체적 방안으로서 임대인 및 중개업자의 확인 설명서(주택 체크리스트 포함)작성의무와 임차인의 확인설명서 수령권리를 주택임대차보호법에 명시하고, 임차인에게 임대주택의 상태에 대한 정확한 정보를 제공하도록 하며, 임대인과 임차인이 주택의 수선 및 원상복구를 수행해야 할 경우에 활용할 수 있도록 임대차계약시에 주택체크리스트의 작성 및 교부를 의무화 하고, 주택 체크리스트의 내용은 건물과 주택 내부 상태(방, 부엌, 화장실, 거실), 구체적인 설비상태(상하수도, 가스, 난방 등)의 하자 여부를 중점적으로 조사하고 주택유지보수의 책임소재를 함께 명시하도록 한다. 이러한 주택체크리스트가 포함된 확인 설명서의 작성, 교부는 중개업소를 통하지 않는 경우에도 필요한 사항으로 주택 임대차보호법에 임대인의 작성의무를 명시하고 그 내용이 허위일 때 임차인에 대한 손해배상책임을 지도록 한다.⁴⁷⁶⁾ 이러한 방안은 영국이나 미국에서 현재 사용되고 있는 임대차계약시의 필요한 서류들 중의 하나이므로 충분히 그 내용들을 상세히 규정할 수 있다고 생각한다.

(2) 분쟁해결기구

임대인과 임차인간의 분쟁을 현행법으로 해결하는 데에는 여러 가지 불편한 점이 많다. 실제 최근에 주택임대차보호법 입법청원을 보면, 현행법은 주택임대차와 관련된 보증금반환청구소송의 경우 소액사건심판법의 일부 규정을 준용하도록 하고 있는데, 위 규정만으로는 주택임대차와 관련한 분쟁의 신속한 해결을 도모하기에 부족하다. 따라서 새로운 제도로 주택임대차분쟁조정위원회를 설치하여 주택임대차와 관련한 제반 분쟁을 조정하도록 하고, 임대인이나 임차인이 위 위원회의 조정에 이의를 제기하지 않는 경우 ‘재판상 화해’와 같은 효력을 갖도록 하며, 주택임대차위원회는 등록된 임대차의 내용을 근거로 공정 임대료를 산

475) 임대주택법 제32조(표준임대차계약서 등) ① 임대주택에 대한 임대차계약을 체결하려는 자는 국토해양부령으로 정하는 표준임대차계약서를 사용하여야 한다. ② 제1항의 표준임대차계약서에는 다음 각 호의 사항의 포함되어야 한다 1. 임대보증금, 2. 임대료, 3. 임대차 계약기간, 3의2. 제17조에 따른 임대보증금의 보증에 관한 사항, 4. 임대사업자 및 임차인의 권리·의무에 관한 사항, 5. 임대주택의 수선·유지 및 보수에 관한 사항, 6. 그 밖에 국토해양부령으로 정하는 사항, ③ 임대사업자와 임차인은 제1항에 따른 표준임대차계약서를 사용하여 체결된 임대차계약을 지켜야 한다.

476) 장영희, 전계논문, 55면.

정·공시하고 신규 임대차의 경우 차임을 공정임대료 수준에서 정해질 수 있도록 조정해야 한다.⁴⁷⁷⁾ 이러한 주택임대차분쟁조정위원회에 대해서는 일찍부터 그 필요성에 대한 주장이 되어 왔고, 지금도 이것에 대한 요구가 있지만 여전히 주택임대차에 관련한 분쟁을 해결하기 위한 독자적인 기구가 마련되고 있지 못하다.⁴⁷⁸⁾ 한편 2009. 5. 8. 주택임대차보호법이 일부 개정되어 제8조의2에서 주택임대차위원회를 신설하였다. 동조 제1항에서 “제8조에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준을 심의하기 위하여 법무부에 주택임대차위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다”라고 하여, 주택임대차위원회의 기능을 소액보증금의 반환과 관련한 범위로 한정하고 있다. 이것은 새로운 제도를 만들어 놓고서도 임대차와 관련하여서는 여전히 임차보증금의 확보에만 그 관심을 가지고 있고, 그 외의 문제에 대해서는 별다른 관심을 보이지 않고 있는 것이다. 현행제도로서 임대차분쟁에 대한 신속하고 편리한 구제절차가 마련되어야 하는 것은 임차인보호 뿐만 아니라 임대인의 재산권보호를 위하여도 중요한 문제이다. 그러므로 임대차에 관련한 분쟁은 법원을 통한 구제보다는 민사소송 이전의 구제절차로서 독립된 제도를 갖추는 것이 타당하다고 여겨진다. 이러한 방법은 주택임대차분쟁조정위원회(가칭)를 설치하고 그에 대한 법적 근거 및 결정행위의 법적효력을 인정하여야 효율적인 제도로서 정착할 수 있을 것이다.

이러한 제도에 대해서는 다음과 같은 제안이 있다. 주택임대차분쟁조정위원회를 설치하는 경우 3가지 대안을 제시하고 있다. 그 중 제1안은 위원회의 설치와 결정행위에 대해서 모두 법적효력을 부여하는 경우로서, 이 안은 조정결정에 대한 실효성을 담보할 수 있는 장점이 있으나 법원의 역할을 대신하는 것이 되므로 그 조정절차가 장기화될 우려가 있고, 법 집행체계상의 혼선을 가져올 수 있는 단점이 있다. 제2안은 위원회 설치에 법적근거를 두지만 결정행위에 대해서는 임의성을 부여하는 경우로, 이 안은 결정내용에 대한 부담감을 완화시켜 신속한 결정을 내릴 수 있는 장점이 있지만, 결정내용에 법적 구속력이 없어 합의 후 이행하지 않는 부분에 대해서는 다른 법적 절차를 밟아야 한다는 번거로움이 있다. 제3안은 위원회의 설치와 그 결정행위에 대해서 모두 임의성을 부여하는 방

477) <http://cafe439.daum.net>

478) 윤혜정, 전계논문, 141면.

안이다. 이 방안은 기구의 설치와 운영이 임의적이므로 주택임대시장의 상황에 따라 조직될 수 있어 제도운영의 유연성을 확보할 수 있으나, 위원회 자체가 비법정기구이므로 조정상대가 조정과정 참여에 불응하는 경우 조정행위를 할 수 없고, 합의의 이행도 담보할 수 없어 사실상 형식적인 조정이 된다는 단점이 있다고 한다.⁴⁷⁹⁾ 이러한 대안들 중에서 주택임대차분쟁조정위원회라는 제도를 만들어 운영한다면 분쟁의 확실한 해소를 강구하기 위해서는 위 대안 중 제1안이 가장 타당하리라 생각한다.

479) 상계논문, 148-149면.

제6장 결 론

1. 주택임대차보호법은 주택임차인의 임차보증금의 반환확보에 그 중점을 두고 있기 때문에 주택임차인의 거주계속의 보호보다는 주거에 대한 접근성이나 주거이전의 보호에 그 초점이 맞추어져 있다. 그러나 임차인의 주거생활의 안정을 위해서는 주택임차인에 대한 존속보호의 강화로 주택임차인에게 주거의 계속성을 보장하여야 한다. 주택임차인의 주거생활의 안정은 임차인이 주거에 대한 접근의 용이성, 주거에 대한 거주 계속성, 주거이전의 보장의 세 가지 측면에서 접근을 하여야 실현될 수 있는 것이다. 그리고 오늘날은 여기에서 더 나아가 주거권은 거주이익이라는 임차인의 자립과 생활이익까지도 고려하는 헌법적 이념으로 까지 발전하고 있다. 이러한 주거권의 이념적인 목표까지 도달하지 못하더라도 임차인에 대한 주거생활의 안정은 주거에 대한 접근성을 보장하는 단계에서 적어도 주거의 계속의 보장의 단계까지 이르고 있는 것이 지금의 유럽제국의 현실이고 그보다 더 나아가 임차인의 주거생활의 이익까지도 고려하고 있는 실정이다. 가까운 일본만 하더라도 일찍부터 임차인의 주택임차인의 주거계속의 자유를 인정하기 위하여 정당사유에 의한 임대인의 해지권을 제한함으로써 임차인의 보호에 기여하였다고 평가를 받고 있다. 그러나 우리나라의 주택정책이나 주택임차인 보호제도의 틀은 기본적으로 여전히 주택임차인에 대한 주거의 접근성 위주로 행해지고 있고, 주택임대차보호법 역시 주거의 계속성보다는 주거이전의 보호를 우선시 하고 있기 때문에 우리나라의 주택임차인에 대한 보호는 다른 나라에 비하여 주거계속의 보호는 미흡하다. 즉 임차인의 주거생활의 계속성이 보장되지 않기 때문에 임차인들이 장기적이고 안정된 주거의 확보가 어려워 여전히 임차인들은 일정한 임차기간이 지나면 거주를 이전해야 되는 어려움에 처하게 된다.

또한 우리나라는 부동산에 대한 소유 관념이 강하기 때문에 부동산에 대한 소유가 삶에서의 하나의 목표가 되고 있고, 사람들은 평생 동안 자금을 마련하여 자기 집을 갖는 것이 하나의 사회적 목표가 되고 있다. 집이 없는 사람들에게 안

정적인 임차기간이 보장되지 않고 이와 더불어 집을 소유하려는 관념이 강한 것은 결국 서민들에게 주택을 소유하려는 꿈을 갖게 하고 이러한 서민들의 내 집 마련의 꿈을 이용하여 지금까지 부동산을 이용한 투기가 행해지는 하나의 이유가 되고 있다. 또한 임차주택에 거주하는 불편함과 불안정성이 계속되는 한 주택 마련에 대한 소유관념은 앞으로도 계속되어질 것이다. 이러한 문제들을 해결하기 위하여 정책적으로 주택의 보급률을 높이고 공공임대주택의 공급을 늘리고 있는 게 지금의 현실이다. 그러나 양적으로 아무리 많은 양의 주택의 공급되어 지더라도 주택가격은 임금보다 가파르게 상승하여 서민들의 내 집 마련은 그리 쉽게 달성할 수 있는 것이 아니다. 이미 주택보급률은 100%를 넘어선지 오래되었는데도 자가 소유의 비율은 주택보급률과 관계없이 여전히 60%를 넘지 못하고 있는 것이 그러한 점을 뒷받침하고 있고, 내 집 마련을 하기 위해 소요되는 기간도 과거보다 오히려 늘어나고 있는 실정이다. 2000년까지만 하여도 서울에 살면서 평균 소득을 올리는 사람은 7.9년 치 연봉을 한 푼도 안 쓰면 집 한 채를 살 수 있었지만, 2008년에는 그 기간이 10.5년으로 늘어나고, 세대 별로 45세 전에 내 집 마련에 성공한 사람의 비율도 일제말기세대(1941-1945년생) 60.4%, 해방직 후세대(1946-1950년생) 53.8%, 초기 베이비붐세대(1951-1955년생) 56.6%, 후기 베이붐세대(1955-1960년생) 54.4%, 초기 386세대(1961-1965년생) 53.8%로 점차 내 집 마련의 기간도 길어지고 나이도 점차 높아지고 있음을 알 수 있다⁴⁸⁰⁾ 또한 정부도 서민용 임대주택정책보다 보금자리주택 정책에⁴⁸¹⁾ 중점을 두어 영구임대주택이나 공공임대주택 등의 임대주택의 공급보다는 주변 시세보다 싼 공공 분양주택의 공급으로 그 정책을 전환하고 있고 이러한 정책이 저소득 서민들이 필요한 임대주택의 공급을 줄여 서민 주택문제는 더욱 더 악화될 우려를 낳고 있다⁴⁸²⁾

결국 무주택 서민들이 임차주택에서의 주거생활의 계속성과 안정은 주택에 대

480) 조선일보, 2010. 7. 8.자 A8면.

481) 보금자리 주택이란, 공공부문이 공급하는 85㎡이하의 분양주택과 임대주택을 통합한 개념이며, 2009년부터 2018년 사이에 영구임대, 전세형, 지분형 등 다양한 임대주택 80만호와 주변 분양가보다 15% 이상 저렴한 중소형 분양주택 70만호를 공급하는 계획이다. 보금자리 주택은 2009년부터 2018년 까지 150만호를 공급할 예정이다. 자세한 사항은 “국민주거생활안정을 위한 도심공급 활성화 및 보금자리 주택 건설 방안”(2008. 9. 19. 국토해양부), “제2차 보금자리주택지구 추진계획”(2009. 10. 19. 국토해양부) 참조.

482) 조선일보, 2010. 7. 31.자 A4면

한 소유관념과 현실적인 주택마련의 어려움 속에서 임차인들이 주거생활의 보호를 위해서는 매우 중요한 것이라 할 수 있다. 즉 내 집 마련을 할 수 있는 시기까지 일정한 장소에 주거를 마련하여 그 곳에서 안심하고 장기간 생활하면서 다양한 생활관계를 형성해 나가고, 자녀들이 학교를 마칠 수 있는 기간까지 안정된 주거생활이 영위되도록 하여야 한다. 따라서 임차인의 보호는 거주계속의 차원에서 접근하여야 하고 단지 임차보증금을 확보해 주기만 하면 임차인의 보호가 이루어지는 것은 아니다. 이러한 측면에서 현행 주택임대차보호법은 임차인의 존속보장에 대한 규정들을 새롭게 신설하거나 강화하는 것이 타당하다.

이러한 관점에서 다음과 같은 입법론을 제시한다.

첫째 주택임대차보호법 제4조(임대차기간 등)에 의한 임차인의 존속보호는 미흡하므로 임대인은 특별한 사정이 없는 한, 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 없도록 하여야 한다. 그러한 의미에서 지금 당장은 상가건물임대차보호법 제10조의 규정 정도의 입법은 실현되어야 할 것이다.

둘째 임차인에 대한 존속보호에는 일정한 기간 계속하여 거주하는 것 외에 임대차기간 중의 차임에 대한 합리적인 통제가 행해져야 한다. 따라서 주택임대차보호법 제7조(차임 등의 증감청구권)는 폐지되어야 한다. 이에 따라 주택임대차보호법 시행령 제2조도 폐지하여야 한다. 이러한 규정을 폐지하고 대신 국가 차원에서 공정임대료를 제시하고 차임의 증액도 그 기준에 맞추어 상당성 있는 범위 내에서 정해지도록 하는 제도가 신설되어야 한다.

2. 대항력과 우선변제권의 요건을 일원화하고 주택임차권의 공시를 강화하여야 하며, 소액임차인의 최우선변제권을 폐지하되 주택임차보증금의 확보는 확정일자제도로 단일화 하여야한다. 주택임대차는 등기가 없어도 주택의 인도와 주민등록을 마치면 그 다음 날 대항력이 생기고 이러한 대항력을 갖춘 후 주택임대차계약서 등에 확정일자를 갖추면 우선변제권이 생기도록 하고 있다. 즉 우선변제권은 대항력을 전제로 하여 발생하고 있고, 그것은 담보권이 대항력을 전제로 하여 우선변제권을 갖게 되는 것과 마찬가지로이다. 그런데 담보물권 등은 그 대항력과 우선변제권이 분리되어 행사되는 경우가 없는데도 유독 주택임차권에 대해서는 대항력과 우선변제권을 분리시켜 놓고 그 두 가지 권리를 동시에 인정하면

서 그 중 어느 것을 행사할 수 있는지는 임차인에게 선택권을 주고 있기 때문에 임차주택이 경매가 되는 경우 어려운 문제를 발생시키고 있다. 대항력과 우선변제권이 분리되어 있어서 경매절차상에서는 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 대항력을 행사할 것인지 우선변제권을 행사할 것인지에 따라서 이해관계가 달라지고, 설령 우선변제권을 행사하더라도 임차보증금을 전액 변제 받지 못하면 나머지 변제 받지 못한 부분에서 대항력이 존재하도록 하여 도대체 그 경우의 대항력은 무엇을 의미하는지도 불분명하다. 나아가 법상으로 임차주택이 경매가 되는 경우에 대항력과 우선변제권은 별개로 행사될 수 있는 것인지조차도 불분명하다. 이러한 문제들은 주택임대차보호법을 제정할 때 주택임차권에 대항력만 인정하였고 그 후에 임차보증금의 확보를 위해서 우선변제권을 인정하였기 때문에 대항력과 우선변제권을 달리 인정하였기 때문에 그 요건도 분리된 것이다. 따라서 이러한 경매절차상의 복잡한 문제를 해결하기 위해서는 지금이라도 대항력과 우선변제권의 요건을 단일화 할 필요성이 있다.

소액임차인의 최우선변제권은 그 보다 앞서서 저당권 등보다도 앞서서 효력을 가지면서도 이에 대해서는 확정일자도 부여받지 않고 단지 대항력만 갖추도록 하고 있는데, 과연 이러한 요건만을 구비하여 최우선변제를 받는 것이 타당한 것인지는 의문이다. 왜냐하면 권리의 효력이 강력할수록 그 요건도 강화되는 것이 당연한데도 간단히 대항력만 갖추면 등기부에 공시된 권리보다도 앞서고 나아가 소액보증금을 약간이라도 넘는 임차인에 대해서는 대항요건 외에 확정일자를 갖추어야 그것도 경매절차에서 순위에 따른 우선변제를 받게 하면서 그보다 약한 요건을 갖추고도 경매절차에서 순위를 무시하고 배당을 받게 하는 것이기 때문이다. 물론 사회정책적인 배려로 소액임차인에 대해서 이러한 정책적인 배려를 하고 있다 하더라도 과연 소액보증금을 기준으로 이러한 배려를 해야 하는 것도 문제가 있다고 생각한다. 또한 우리나라에는 법정기준에도⁴⁸³⁾ 해당하지 못하는 가구들이 많고 그들의 대부분은 소액임차인에 해당하는데 이렇게 많은 수의 가구에 대해 법적으로 이례적인 최우선변제권을 인정하고 있는 것은 그들의 보호에 충실한 반면 이로 인한 기존의 권리질서가 흐트러질 위험성이 그만큼 크다고

483) 주택법상 최저 주거기준은 면적은 1인 가구 12.28㎡(3.7평), 4인 가구 37.24㎡(11.3평)이고, 시설로는 전용 입식 부엌, 수세식 화장실, 세면시설 확보 그리고 침실은 부부와 나이든 부모 침실분리, 만 8세 이상 여성자녀 침실분리, 부부와 만 5세 이상 자녀 침실 분리 등이다(조선일보 2010. 7. 9. A8면).

할 수 있다. 그리고 나아가 소액보증금을 현실화 하여야 한다는 측면에서 매번 시행령을 개정할 때마다 소액보증금액이 높아지고 있는데 이것은 점점 더 소액보증금에 대한 문제점을 키우게 될 것이다. 그리고 일정한 소액보증금 이하의 임차인을 보호하기 위한 최우선변제권이 그 정당성을 가지려면 그러한 소액보증금에 이르지 아니한 임차인들의 보호가 최우선변제권으로 달성할 수 있어야 하는데 현행 제도로는 그러한 소외된 계층의 보호는 어렵다.

특별한 보호가 필요한 임차인들에 대해서는 주택임대차보호법으로 대응할 수 있는 문제가 아니라 국가의 복지정책적인 차원에서 접근해야 하는 것이 아닌가 생각한다. 따라서 이러한 관점에서 첫째, 주택임대차보호법 제3조(대항력등)와 제3조의2(보증금의 회수)는 단일화 하여야 한다. 그 단일화는 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 표준임대차계약서를 동사무소에 등록하면 그 날로 대항력과 우선변제권이 생긴다”라고 하여야 한다. 둘째, 주택임대차보호법 제8조(보증금 중의 일정액의 보호)는 근본적인 재검토가 있어야 한다. 최우선변제권을 없애는 대신 극빈층에 대해서는 임차료를 보조하는 제도를 택하든지 아니면 현재 그 도입이 논의되고 있는 임차보증금 반환보장보험제도를 소액임차인에 대해서는 강제보험으로 실시하고 나아가 그 보험료를 국가가 보조하는 것으로 대체하는 것이 타당하리라 생각한다.

3. 주택임차인에 대한 경매신청권과 우선매수권을 인정하여 우선변제권을 적극적으로 실현할 수 있게 하고, 나아가 임차인에 대한 내 집 마련의 기회를 확대해 주어야 한다. 주택임대차보호법상 주택임차인이 임차보증금 확보를 위한 권리로서 우선변제권을 인정하고 있고, 그 권리는 임차인의 임차보증금 확보에 큰 실효성을 확보하고 있다고 말해지고 있다. 그러나 실제로 임차인이 그러한 권리를 편리하게 자신의 의지에 따라 행사할 수 있는지는 의문이다. 임차주택이 은행 등에서 저당권 등으로 담보권이 설정되어 임대인이 채무를 이행하지 않아 담보권자가 경매 신청을 하는 경우나 임대인의 일반채권자가 강제집행을 실행하거나 아니면 공매처분에 처해지는 경우가 아니라면, 임차인이 임차보증금 반환 청구소송을 제기하여 승소의 확정판결을 받아 강제경매를 신청하여야 하는데, 우리의 현실상 임차인이 민사소송을 제기하여 임차보증금을 반환 받기는 어렵다. 따라서

주택임차인에게 우선변제권을 인정한 이상 임차인이 적극적으로 이러한 권리를 행사할 수 있도록 하는 것이 타당한 것이라 생각한다. 그러한 방안의 하나가 임차인에 대하여 경매신청권을 인정하는 것이다.

주택임차인에 대하여 경매신청권을 인정하기 위해서는 주택임차권의 공시를 강화하여야 하는데 임차권을 공시하고자 하는 여러 방안 중에서 표준임대차계약서에 확정일자를 받고 그 계약서를 동사무소에 등록하게 하는 방안이 가장 타당하리라 생각한다. 그리고 공시되는 내용도 최소한 임차기간, 임차보증금, 확정일자부여일 정도는 반드시 공시하도록 해야 할 것이다. 그리고 경매신청권을 인정하는 경우에는 그 역시 전세권과 마찬가지로 공시된 주택임대차계약서를 제시하여 임의경매를 하도록 하는 것이 간명한 것이지만, 과연 등록된 주택임대차계약서가 공적 장부인 등기부와 동등한 효력을 가질 수 있는 지는 의문이다. 또한 강제경매를 신청할 수 있도록 등록된 임대차계약서를 집행권원으로 인정하는 데에도 그 임대차계약서를 국가기관의 공적인 판단에 기초한 집행권원으로 볼 수 있는지도 의문이다. 따라서 주택임차인에 대하여 경매신청권을 인정하는 데에는 등록된 임대차계약서를 집행권원으로 보되, 이에 대해서는 법관의 심문절차에 기한 감독을 하게 함으로써 보다 간편한 절차를 마련하는 게 필요하다고 생각한다.

또한 주택임차인이 가장 큰 꿈은 내 집 마련일 것이다. 정부도 저렴한 주택을 공급하여 자가 소유의 비율을 높이려는 정책을 취하는 것도 역시나 무주택서민들에 대한 주택공급을 늘려 집 없는 불편함을 해소하기 위한 노력의 하나다. 그러므로 임차주택이 경매가 되는 경우 그 주택에 임차하여 거주하고 있는 임차인에 대하여 경매절차상의 다른 입찰자들보다 우선적으로 임차주택을 매수할 수 있도록 하는 것은 임차인들의 내 집 마련의 꿈을 실현시킬 수 있는 방안이 될 것이다. 특히 우리나라의 차임지급 관행이 전세금이나 임차보증금이 지급되는 것이고 그 액수도 집값의 반 이상에 해당하기 때문에 경매절차에서 임차인에게 우선매수권을 인정하고 또한 우선매수권을 행사하여 그 대금을 지급하는 경우에 금융적인 보조제도, 예컨대 주택을 담보로 대출을 해주는 제도들을 시행한다면 서민들의 내 집 마련에 큰 도움이 되리라 생각한다. 이러한 관점에서 주택임대차보호법에 주택임차인의 경매신청권을 신설하고, 민사집행법에 주택임차인의 우선매수권을 신설할 필요가 있다. 그러나 임차인의 우선매수권도 모든 임차인에게

인정하기에는 무리가 있다. 임차인에게 우선매수권을 인정하자는 것은 우리의 차임지급 관행이 고액의 임차보증금을 지급하는 유형이기 때문에 이러한 임차보증금을 지급한 임차인들에게 이러한 우선매수권을 인정하여 줌으로써 무주택서민들의 내 집 마련의 꿈을 이루어 주기 위한 것이다. 따라서 임차주택에 대한 임차보증금이 그 주택가액의 50%이상 정도 되는 임차인들에게 인정하여 주는 것이 현실적이라 생각한다.

4. 주택임대차 계약기간 중의 임대인과 임차인 사이의 권리의무를 명확히 규정하여 임대차기간 중의 당사자 간의 갈등의 소지를 줄이고 임차주택의 관리유지에 관한 책임소재를 분명히 하여야 한다. 최근에는 주택임차 유형도 과거처럼 임대인과 임차인이 같이 거주하면서 주택의 일부분을 임차하여 생활하는 것이 아니라 아파트, 연립주택, 다세대, 다가구 주택 등 공동주택의 보급이 늘면서 임대인과 같이 한 건물에 거주하는 경우가 많이 줄어들고 있다. 이러한 상황에서는 임대인의 재산인 주택에 대한 관리를 철저히 할 수 있어야 주택이 노후화되는 것을 방지할 수 있고 임대인과 임차인 사이의 주택의 관리, 유지를 둘러싼 갈등을 중임으로써 임차인도 쾌적하고 안정된 주거생활이 가능한 것이다. 따라서 주택임대차를 체결하는 경우에는 임대차 기간 중에 나타날 수 있는 임대인과 임차인간의 갈등 유형들을 분석하고 이에 대비하는 규정들을 주택임대차보호법에 마련하여야 한다. 그러나 임대인과 임차인 간의 권리의무는 그 관련된 항목이 상당히 많기 때문에 법에서 이러한 규정을 모두 다 마련하는 것은 힘들고 법으로는 단지 표준임대차계약서를 정형화하고 이를 사용하여 주택임대차계약을 체결하도록 하는 의무규정을 두어야 한다. 특히 표준임대차계약서 사용의무는 오늘날 대다수의 주택임대차계약이 공인중개사를 통하여 행해지고 있으므로 공인중개사가 주택임대차를 중개하는 경우에는 그 의무사항으로서 명시하여 줌으로써 그 실효성을 제고할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 관점에서 주택임대차보호법에 표준임대차계약서 양식을 정형화하는 근거를 마련하여 이에 기한 주택임대차의 체결을 의무화하고, 이에 위반한 경우 그 벌칙규정을 두는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 이러한 규정들이 마련되어야 주택임대차보호법이 단지 임차보증금만을 확보하는데 주력하는 것에서 실질적으로 주택임대차를 규율하는 성격의 법으

로서의 위치를 찾게 되리라고 생각한다.



참고문헌

1. 국내문헌

(단행본)

- 곽용진, 「민사특별법」, 법률서원, 2008.
- 곽윤직, 「민법주해 4」, 박영사, 1992.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2007.
- 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009.
- _____, 「채권각론(상)」, 법문사, 1999.
- 김운배, 「부동산배당 실무사례」, 법률정보센터, 2007.
- 김중환·김학동, 「채권각론 (제7판)」, 박영사, 2006.
- _____, 「물권법」, 박영사, 1997.
- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001.
- 김효석, 「주택임대차분쟁의 법률실무」, 법률서원, 2000.
- 민일영, 「주택의 경매와 임차인보호에 관한 실무연구」, 경인문화사, 2005.
- 박해식, 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」, 청림출판, 2000.
- 송덕수, 「신민법강의(제3판)」, 박영사, 2010.
- _____, 「신민법강의」, 박영사, 2008.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007.
- 손진홍, 「부동산권리분석과 배당」, 법률정보센터, 2008.
- 손창환, 「사례로 본 민사집행」, 법률정보센터, 2005.
- 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2009.
- 윤철희, 「개정 주택임대차보호법 해설」, 문조사, 1985.
- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2004.

- 이준일, 「인권법」, 홍문사, 2009.
- 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2008.
- 오시영, 「채권각칙」, 학현사, 2010.
- 유재복, 「민사집행(경매·공매)실무」, 법률정보센터, 2009.
- 지원립, 「민법강의(제3판)」, 홍문사, 2004.
- 법원행정처, 「민사집행(Ⅰ)」, 2003.
- _____, 「민사집행(Ⅱ)」, 2003.
- 하경일, 「실무경매와 주택임대차보호법」, 가인, 1987.
- 법제처, 「프랑스 민법」, 법제자료 제87집, 1977.
- 행정자치부 주민제도팀, 「주민등록사무편람」, 2006.
- 통계청 사회통계국 인구조사과, 「인구주택총조사보고서」, <http://ko sis.kr>

(논 문)

- 강교식, “상가건물임대차보호법 대응방향”, 「감정평가논집」(제12집 제2호), 한국감정평가원, 2002.
- 고상룡, “주택임대차보호법의 제문제”, 「성균관법학」(제3호), 1990.
- _____, “전세제도의 재검토-해석론적 시도-”, 「現代民法學의 諸問題」(晴幹 金曾漢博士華甲記念), 1981.
- _____, “주택임대차보호법의 문제점과 그 개선방향”, 「민사법학」, 한국민사법학회, 1985.
- _____, “주택임대차보호법상 임차인 보호-이른바 중간임차인의 보호를 중심으로-”, 「사법행정」(제30집), 1989.
- _____, “주택임대차보호법의 문제점과 개선방향”, 「고시연구」, 1982.
- 고영남, “주택임대차보호법의 한계와 공공성의 포기”, 「민주법학」(제23호), 민주주의 법학연구회, 2003.
- 고영희, “주택문제의 철학적 배경과 방법론”, 「대한건축학회지」(제34권 6호), 1990.
- 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「법률행정논문」(제16권),

- 충남대학교 법률행정연구소, 1988.
- 공순진·류창현, “주택임대차보증금의 회수”, 「동의논집」(제38집), 동의대학교, 2003.
- 공순진·오정렬, “건물임대차의 임차보증금의 법리”, 「동의논집」,
(제35집)(인문·사회과학편), 동의대학교, 2001.
- 김상돈·이주형, “공공임대주택 단지 특성 비교에 관한 연구-서울시를 중심으로-”,
「서울도시연구」(제9권 제4호), 2008.
- 김일환, “주민등록번호의 위헌성여부에 관한 고찰”, 「헌법학연구」
(제11권 제3호), 한국헌법학회, 2005.
- 김재훈, “주택임대차 보증금 보호에 관한 연구”, 박사학위논문, 경상대학교 대학원,
2009.
- 김 인, “부동산강제집행의 관점에서 본 상가건물임대차보호법”, 「법학논총」
(제26집), 경북대학교법학연구소, 2007.
- 김종구, “주택임차인보호에 관한 연구”, 한국소비자보호원, 1991.
- 김중기, “주택임대차보호법상 공시방법으로서의 주민등록 : 대법원 1995. 4. 28. 선고
94다27427 판결”, 「관례연구」(제6집), 부산관례연구회, 1996.
- 김지영, “소액보증금 임차인의 우선변제권”, 「사법연구자료」(제23집), 법원행정처,
1996.
- 김진현, “우리 주택임대차 제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 「민사법학」
(제13·14호), 한국사법행정학회, 1998.
- 김제완, “주택임대차보호법에 있어서 임차인의 대항력과 우선변제권의
경합문제에 관한 고찰”, 「안암법학」(통권 제12호), 안암법학회, 2001.
- 김형수, “영업용점포건물의 임대차보호제도에 관한 고찰”, 「토지법학」(제17호),
2001.
- 남원석, “공공임대주택 임대료·관리비 체계의 종합적 개편의 필요성과 기본방향”,
「도시와 빈곤」(제65호), 한국도시연구소, 2003.
- 류원규, “주택임차인의 우선변제권 행사의 일회성”, 「민사관례연구(XIII)」,
2000.
- 류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 박사학위논문, 동의대학교대학원,
2005.

- 류창호, “입법상의 Win-Win 전략 : 주택임대차보호법의 예를 중심으로”, 「법령정보 Newsletter」, 한국법제연구원, 2006.
- 문영완, “임대차 법익균형을 통한 최소 주거권 접근에 관한 연구”, 「비교법학」 (제8집), 2008.
- 민일영, “주택임대차보호법 제3조의 2에 관한 일고”, 「법조」, 법조협회, 1994.
- _____, “임대주택의 양도인에 대한 임차보증금의 반환청구”, 「민사판례연구(IX)」, 1987.
- _____, “임대차법상 대항력과 우선변제청구권의 상호관계”, 「저스티스」(제33권 제1호), 한국법학원, 2000.
- 박용표, “주택임대차보호법상 대항력과 우선변제권을 겸유하는 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지의 사용·수익과 부당이득 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다 23885 판결”, 「판례연구」(제17집), 부산판례연구회, 2006.
- 박재승, “부동산경매절차에 있어서의 임차인의 지위”, 「사법논집」(제21집), 법원행정처, 1990.
- 박통희, “사회적규제로서 주택임대차보호법의 형식주의와 원인”, 「한국정책학회보」(제3호), 1999.
- 박홍래, “미국의 레코딩시스템과 토렌스제도”, 「민사법연구」(제11집 제2호), 대한민사법학회, 2003.
- _____, “미국의 부동산 공시제도”, 「인권과 정의」(제338호), 대한변호사협회, 2004.
- 서해용, “주택임차인의 대항력의 문제점과 개선방안 : 법 제3조 제1항의 개정을 중심으로”, 「민사법학」(제23호), 한국사법행정학회, 2003.
- 소건영, “주택임대차보호법의 대항력- 주민등록을 중심으로-”, 「법학연구」(제33집), 한국법학회, 2009.
- 소재선, “임대차(Miete)”, 「Jurist plus」(Jurist plus 3호)(통권411호), 청림출판, 2006.
- _____, “프랑스부동산법상 부동산임대차 · 부동산중개 · 부동산조합의 구조와 특성”, 「토지공법연구」(제40집), 한국토지공법학회, 2008.
- 소재선·김선이, “이태리민법상 임대차법의 변천과 임대차소송”,

- 「경희법학」(제44권 제1호), 2009.
- 송태경, “민주노동당이 주택임대차보호운동에 나선 이유 : 집 걱정 없는 세상에 살고 싶으시다구요?“, 「말」(통권 195호), 월간 말, 2002.
- 안도찬, “주거권체계의 일원화”, 「토지법학」(제8호), 1992.
- 양현석·김원년, “공공임대주택 수요 추정 및 예측에 관한 연구 : 가계조사자료를 이용한 미시적 접근”, 「재정정책논집」(제11집 제2호), 한국재정정책학회, 2009.
- 오용호, “부동산경매와 임차권”, 「재판자료」(제36집), 법원행정처, 1987.
- 유병선·홍형욱, “주택임대차계약서 서식 개선방향에 관한 연구(1): 공식부문 민간임대주택의 주택임대차계약서를 중심으로”, 「부동산학연구」(제7집 제2호), 한국부동산분석학회, 2001.
- 윤기택·김중현, “독일의 개정임대차법에 관한 연구-주택임대차에 관한 규정을 중심으로-”, 「청주법학」(제4집), 청주대학교 법학연구소, 2004.
- 윤 경, “경매에서의 주택임차권 등기권자의 지위”, 「법조」, 법조협회, 2000.
- 윤천희, “주택임차권의 양도, 전대와 대항력”, 법률신문, 1989. 4. 10.
- 윤혜정, “주택임대차분쟁조정위원회의 도입에 따른 운영방안 연구”, 「평택대학교논문집」(제15집), 평택대학교, 2001.
- 윤혜정·장성수, “주택임대차분쟁조정위원회의 도입과 운영방안 연구”, 「환경논총」(제39권), 서울대학교환경대학원, 2001.
- 이범주, “주택임대차의 대항력”, 「온산 방순원선생 고회기념논문집」, 박영사, 1984.
- 이상인, “주택임대차보호법 제8조의 소액보증금보호에 관련된 실무상 문제”, 「사법연구자료」(제16집), 법원행정처, 1989.
- 이승호, “효율적인 권리분석을 위한 등기부의 개선방안에 관한 연구”, 박사학위논문, 순천대학교 대학원, 2005.
- 이영식, “주택임대차보호법에 관한연구”, 「논문집」, 대구산업정보대학, 2003.
- 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」(제19집), 법원행정처, 1988.
- 이은희, “임대차에 있어서 소비자보호”, 「법학연구」(제19권 2호), 충북대학교 법학연구소, 2009.
- 이주홍, “대항력 있는 소액임차인의 배당요구 철회와 경락인의 임차보증금 반환 채무의

- 인수 여부”, 「민사판례연구 (X)」, 1991.
- _____, “주택임대차보증금 회수를 위한 우선변제권의 행사와 경매절차상 취급”, 「법조」, 법조협회, 1994.
- 이주복, “주택임차인의 대항력과 우선변제권”, 박사학위논문, 안동대학교 대학원, 2008.
- 이준호·김진문, “주택임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 「감정평가학논집」 (제5권 제2호) (통권 제6호), 한국감정평가학회, 2006.
- 이준현, “임대인에 의한 임차목적물의 양도와 임대차관계에 대한 영향”, 「비교사법」, (제11권 제2호) (통권 제25호), 한국비교사법학회, 2004.
- _____, “계약인수와 임차권의 양도”, 「저스티스」 (통권 제89호), 한국법학원, 2006.
- _____, “민법 임대차규정과 임대차 특별법의 기능 및 역할에 관하여 : 현행 임대차법 체계에 관한 비판적 고찰”, 「민사법이론과 실무」 (제8권 1호), 민사법의 이론과 실무 학회, 2004.
- 이재성, “임차주택을 양도한 자의 임차인에 대한 보증금반환책임”, 「이재성판례평석집(X)」, 1989.
- 이태철, “대항력 있는 임차인”, 「사회과학논집」 (제25집 제1호), 동아대학교 사회과학대학, 2006.
- 임윤수, “주택임차인의 지위강화에 관한 연구”, 박사학위논문, 경원대학교 대학원, 2006.
- 임정평, “임차부동산의 임차인의 보호에 관한 소고”, 「고황법학」, 고황법학회, 2004.
- 장영희, “임대세입자 지원 대책과 제도개선 방안”, 「건설교통」, 대한건설진흥회, 2001.
- 장영희·박은철·최윤경, “주택임대차에 관한 제도적 개선 방안 연구”, 「주택연구」 (제8권 제1호), 서울시정개발연구원, 2000.
- 정승렬, “임차권등기명령제도의 문제점과 대책”, 「법조」, 법조협회, 1999.
- 조용완, “임대차의 대항력-주택임대차보호법을 중심으로-”, 「재판자료」 (제32집), 법원행정처, 1986.
- 지철수, “부동산경매절차에서 임차인 지위와 그 보호에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 (제23집), 법원행정처, 1996.

한국경영법무연구소, “주택임대차보호법 해설”, 「경영법무」(통권 123호),

한국경영법무연구소, 2005.

재판예규 제866-41호, 2002. 6. 26. 주택임대차보호법 제8조에 관한 질의 회답

(재민 84-10).

참고 사이트

mkbae@newsis.com

<http://cafe358.daum.net>.

헤럴드 경제, 2010, 1. 28. 자, <http://www.heraldbiz.com>

부동산 분쟁 클리닉, <http://www.boark.co.kr>

부동산관련 법률 분쟁사례, <http://blog.oaran.com>

<http://cafe439.daum.net>

2. 외국문헌

(1) 일 본

川井健, 「民法概論4」, 有斐閣, 2006

石外克喜, 「契約法」, 法律文化社, 1991.

幾代 通, 「新版 註釋民法(15)」, 有斐閣, 1980.

_____, 「日本 新版 註釋民法(15)」, 有斐閣, 1989.

- 我妻 榮, 「債權各論(中卷)」, 有斐閣, 1972.
- 小林直樹, 「憲法政策論」, 日本評論社, 1991.
- 鈴木綠弥, 「新版居住權論」, 有斐閣, 1981.
- 内田勝一, 「現代借地借家法の課題」, 成文堂, 1997.
- 星野英一, 「借地借家法」, 有斐閣, 1969.
- 日本 法務省民事局參事官室 編, 「新しい借地借家法」, 商事法務研究會, 1992.
- 内田勝一, “營業用建物の賃貸借に関する 比較法的 研究①-イギリス法-”, NBL
No. 362, 1986.
- _____, “外國の借家法 の現状(1)-イギリス”, 「現代借地借家法講座(第3卷)」,
日本評論社, 1986.
- 我妻 榮, “賃貸借法概念”, 「法律時報」(第29卷 3號), 1957.
- 石田喜久夫, “どいの賃貸借-大阪における調査を中心として-”, 「契約法大系(III)」,
有斐閣, 1962.
- 星野英一, “借地・借家法の 改正”, 「法學教室」, 1992.

(2) 구 미

- Birgit Grundmann, Die Mietrechtsreform, NJW, 2001.
- Birgit Grundmann, Mietrechtsreformgesetz, (Beck'sche Gesetzesdokumentationen),
2001.
- Blank/Börstighaus, Neues Mietrecht, 2001.
- Bundesministerium der Justiz, Das neue Mietrecht, (<http://www.bmj.bund.de/enid>).
- Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jurgen Miete, 6. Aufl, Walter de Gruyter, 1991.
- Stöber/Zeller, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1979.
- Zeller/Störner, Zwangsversteigerungsgesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, 1993.
- Rainer Wörlen, Schuldrecht BT, 6. Auflage, 2003.
- Éditions Francis Lefebvre(Hrsg.), Memento pratique Francis Lefebvre Gestion
immobilière 2002-2003, Paris 2002.
- Jean-Luc Aubert(Hrsg.), Dalloz Action Droit de la gestion de l'immeuble, Paris
2000.

Albon, R. P. & Stafford, D.C., "Rent Control and Housing Maintenance", Urban Studies, Vol. 27, No. 2, 1990.

Miron, J. R., Security of Tenure, "Costly Tenants and Rent Regulation", Urban Studies, Vol. 27, No. 2, 1990.

John R., Short, Housing in Britain, Methuen & Co., 1982 : DETR Survey of Housing, 1999/00.

Roger Bernhardt, Real Property 320, 3rd ed, 1993.

R. E. Megary, The RENT Act. 10th ed, Vol, 1967.

Woodfall, Law of Landlord and Tenant, 27th ed, Vol. 1. 1960.

Whitehead, C., "Private Renting in the 1990s", Housing Studies, Vol. 11, No.1, 1996.

