

주택임차권 대항력의 개선에 관한 연구*

박 종 권**

목 차

- | | |
|-------------------------|----------------------|
| I. 서 론 | 4. 임차권등기명령에 의한 |
| II. 주택임차인의 대항력 취득요건과 존속 | 임차권등기의 효과 |
| 기간 | 5. 임차권등기명령제도의 문제점 |
| 1. 인도 | IV. 주택임차인의 대항력의 내용 |
| 2. 주민등록 | 1. 주택임대차보호법상 대항력 취득의 |
| 3. 대항요건의 존속기간 | 시기 |
| III. 임차권등기명령에 의한 대항력 | 2. 임대인 지위의 승계 |
| 1. 의의 | 3. 매수인에게 승계되는 권리·의무 |
| 2. 임차권등기명령신청의 요건 | 4. 대항요건과 관련한 중간임차인에 |
| 3. 임차권등기명령의 절차 | 관한 문제 |
| | V. 결 론 |

I. 서 론

주택임차권의 대항력은 임대차의 목적물인 주택이 임대인으로부터 제3자에게 양도된 경우에 임차인이 그 제3자, 즉 신소유자에게 임차권을 주장할 수 있느냐 하는 것이다. 민법상 주택의 임차인은 당사자 간에 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있지만(민법 제621조 제1항), 임대인은 반대의 특약을 하거나, 반대의 특약이 없더라도 임대인이 자발적으로 협력하지 않는 이상, 임차인은 임대인을 상대로 임차권등기 절차의 이행을 구하는 소송을 제기할

* 본 연구는 2010학년도 경기대학교 학술연구비(일반연구과제) 지원에 의하여 수행되었음.

** 경기대학교 법과대학 교수, 법학박사

수밖에 없는데, 그렇게까지 할 임차인은 거의 없다.

주택임대차법제의 핵심은 임차인의 주거생활 안정보호에 있으며, 그 안정을 위해서는 ‘간편한 방법에 의한 대항력취득’, ‘임대차관계의 존속 보호’, ‘차임 인상의 적절한 규제’라는 세 가지의 요소를 모두 인정하는 것이 이상적이라고 할 수 있다.¹⁾ 그러나 각국의 법제는 국가적·시대적 상황에 따라 다르지만, 대항력 취득에 관하여 우리나라는 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음날부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다”(주택임대차보호법 제3조 제1항)고 규정하고 있다. 이것은 물권거래의 안전과 다른 물권자의 보호라는 측면에서 바람직한 입법이라 할 것은 아니지만,²⁾ 일반임차권에서 보다는 임차인의 보호라는 측면에서 한발 앞선 제도로서 의미를 가진다고 볼 수 있다.³⁾

이와 같은 주택임대차보호법에 의하여 주택 임차권에 주어지는 대항력은 커다란 의미를 지닌다. 즉 임차인은 임차주택을 인도받고 주민등록 전입신고를 함으로써, 또는 임차권등기명령에 의하여 임대인의 협력을 기다릴 필요 없이 어렵지 않게 대항력을 취득할 수 있기 때문이다.⁴⁾

이하에서는 주택임대차보호법이 안고 있는 문제점의 개선으로 임차인보호에서 보다 더 적응력 있고 실효성이 있는 규정으로서의 기능을 수행할 수 있기 위하여 대항요건으로서의 주민등록과 관련한 주민등록의 존속에 관한 문제, 대항력의 효력발생 시기와 관련하여 ‘다음날’조항을 대항요건이 갖추어진 ‘그때부터’로 개선하는 문제, 임차권등기명령

1) 김진현, “우리 주택임대차제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 민사법학 제13·14호(한국민사법학회, 1996), 350쪽.

2) 김상용, “주택임대차에 있어서 순위에 의한 우선특권”, 사법행정(한국사법행정학회, 1993. 3), 80쪽.

3) 박종두, “부동산 임차권의 대항력”, 강남대학교논문집 제25집(강남대학교 출판부, 1994), 334쪽.

4) 민일영, 주택의 경매와 임차인 보호에 관한 실무연구(경인문화사, 2005), 112쪽.

제도의 실효성에 따른 존치와 관련된 문제점을 중심으로 고찰하고 그 개선방안을 검토하고자 한다.

Ⅱ. 주택임차인의 대항력 취득요건과 존속기간

임대차는 채권계약이기 때문에 원칙적으로 등기하여야 대항력이 생기는 것이 민법상의 기본원칙인데(민법 제621조), 주택임대차보호법은 등기 없이도 인도와 주민등록만으로 임차인에게 대항력을 부여하고 있다(주택임대차보호법 제3조 제1항).⁵⁾ 이러한 주택의 인도나 주민등록이라는 공시방법을 통하여 제3자로 하여금 주택임대차의 존재를 인식할 수 있도록 하는 것이므로 그 공시방법이 불완전하다면 그로 인한 불이익은 임차인이 부담해야 할 것이다.⁶⁾

1. 인도

인도는 임차인이 이삿짐을 옮긴다거나 열쇠를 넘겨받는 것⁷⁾과 같은 점유의 이전을 말하며, 현실의 인도와 민법상 점유의 이전 방법으로 인정되는 간이인도⁸⁾ 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도, 점유개정에 의

5) 川井 健, 債權各論 補訂版(有斐閣, 2010), 258쪽; 内田 貴, 債權各論 第2版(東京大學出版會, 2009), 216쪽; 渡辺 晋, 借地借家法の解説(住宅新報社, 2010), 306쪽은 건물의 임대차는 그 등기가 없더라도 건물의 인도만으로 그 후 물권을 취득한 자에 대해 대항력을 부여한다는 점에서 우리와 다르다.

6) 송철웅, “주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건에 관하여”, 법정책총 제37집(중앙대학교법학대학, 2002), 122쪽.

7) 대법원 2005. 9. 30. 선고, 2005다24677 판결.

8) 송덕수, 신민법강의(박영사, 2008), 408쪽은 간이인도에 관한 민법 제188조 제2항에 대해 이를 소유권 이전에 관한 조항으로 보아 소유권 이전의 합의가 있으면 곧바로 소유권 이전이 생긴다는 취지로 보고 이 규정의 합의에는 점유의 이전 내지 승계에

한 인도 등을 모두 포함한다. 이와 같은 현실의 인도 이외에 여러 가지의 인도를 인정하는 이유는 주택의 인도로서 임차인 보호라는 취지도 있지만, 등기에 갈음하는 일정 공시방법으로 임차권을 취득한 자가 불측의 손해를 받지 않게 하려는 배려에 의한 것이기 때문에 현실의 인도와 다르게 다를 합리적 근거가 없다는 점을 들어 인도에 포함시키고 있다.⁹⁾

한편 주택의 인도는 엄격한 의미로 해석하여 주택의 현실적 점유이전, 즉 직접점유의 이전으로 해석함이 옳을 것이라는 견해¹⁰⁾도 있다. 그러나 주택의 인도 방법으로써 현실의 인도 이외에 관념적인 인도방법은 주택의 임차권을 외부에 공시하는 효력이 불완전하지만, 주민등록으로 공시성의 불완전성을 어느 정도 완화할 수 있다고 본다.

2. 주민등록

2.1 의의

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 요구하는 주민등록은 적법한 것이어야 하는데, 이 의미는 ① 주민등록법상의 절차에 따른 유효한 주민등록이어야 하고, ② 실제의 거주를 표상하는 것이어야 한다는 것을 의미한다.

관한 합의는 포함되지 않는다고 한다. 대법원 1999. 4. 23. 선고, 98다32939 판결은 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 하고, 종전의 소유자로서의 주민등록은 소유관계를 임대차관계로 전환하기로 한 임대차계약을 체결한 시점이 아닌 실제로 등기부상 소유권이 변동된 시점에 임차인을 표상하는 주민등록으로 변환하므로, 등기부상 소유자와 임차인이 실제로 달라지게 된 소유권이전등기가 완료된 이후에야 주택임대차보호법 소정의 대항력을 취득할 수 있다고 한다.

9) 고상용, “주택임대차 보호법의 제문제”, 판례월보 제147호(판례월보사, 1982. 12), 17쪽.

10) 박종두, 앞의 논문, 9쪽.

주택의 인도는 임대차의 내용이 공시될 수 없어 공시방법으로 불완전하다. 그런데 대항력취득요건으로 요구하는 주민등록에 대하여, 주택의 인도와 주민등록이라는 요건을 대등한 공시방법으로 볼 것인가, 아니면 주민등록을 주택의 인도에 대한 보완이나 부수적인 요건으로 해석하는가에 따른 시각의 차이가 있다. 주택임대차보호법이 주택의 인도나 주민등록 두 가지를 대항력취득요건으로 동시에 요구하고 있는 것은 주택의 인도만으로는 공시방법이 불완전하여 외부에서 제3자가 임차인의 존재를 명확히 인식할 수 있는 방법으로서 미흡하다. 이러한 불완전성을 보완하는 공시제도로서 주민등록을 규정하였으므로 임차인, 특히 소액임차인은 물론이고 제3자도 보호받을 수 있다고 보기 때문에 주택의 인도와 주민등록을 병렬적으로 대등하게 보는 것이 타당하다고 본다.¹¹⁾

그러므로 임차인의 주민등록을 요구함으로써 적어도 임차인의 이름과 전입일 만큼은 공부인 주민등록표에 의하여 공시가 되어, 거래의 안전을 꾀할 수 있다. 따라서 주민등록의 대상이 되지 아니하는 자¹²⁾는 주택임대차보호법에 의한 대항력을 취득할 수 없고, 법인도 주민등록이 불가능하므로 대항력을 취득할 수 없다.¹³⁾ 주민등록은 반드시 독립한

11) 소견영, “주택임대차보호법의 대항력-주민등록을 중심으로-”, 법학연구 제33집 (한국법학회, 2009), 92쪽.

12) 외국인은 주민등록의 대상은 되지 아니하나(주민등록법 제6조 제1항 단서), 출입국 관리법에 의한 외국인등록(동법 제31조)으로 주민등록에 갈음하고, 체류지변경신고(동법 제36조)로 주민등록 전입신고에 갈음하므로(동법 제88조의2 제2항), 외국인 등록을 한 외국인은 주민등록을 한 것과 마찬가지로 보호를 받는다고 할 것이다. 장동훈, “외국인 거주자의 주택임대차 실태 및 개선방안”, 대한부동산학회지 제19집 제1호(대한부동산학회, 2002), 194쪽은 거주비자가 있는 외국인들에게 주민등록번호와 유사한 외국인 고유번호를 부여하여 전출입시에 해당 동사무소에 전입신고를 할 수 있도록 하여 주택임대차보호법의 보호를 받을 수 있는 정책적 배려가 있어야 한다고 한다.

13) 대법원 1997. 7. 11. 선고, 96다7236 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고, 2003다2918 판결은 주택임대차보호법이 자연인인 서민들의 주거생활의 안정을 보호하려는 취지에서 제정된 것이지 법인을 보호대상으로 삼고 있지 않은 점, 법인은 법 제3조 제1항

세대를 구성하여 전입신고를 할 필요는 없으며, 다른 세대의 동거인으로 전입신고를 하더라도 무방하다.¹⁴⁾

그런데 순수한 행정상의 제도인 주민등록제도를 주택임대차보호법에 결부시킨 것에 대한 비판이 있어 왔고, 근본적으로는 주민등록이라는 이질적인 요건을 주택임대차보호법에서 삭제하는 것이 바람직하다고 한다.¹⁵⁾ 그러나, 주민등록을 대항요건의 하나로 요구한 현행제도는 다음과 같은 이유에서 타당하다고 본다.

첫째, 이 제도가 사회에 정착되었다고 볼 수 있는 현 시점에서는 임차인의 주민등록은 임대주택에 관한 거래의 원활과 안전을 위해 필요하다. 둘째, 공부상의 기재로써 점유의 불완전성을 보완하는 주민등록이 분쟁을 예방하기 위한 대항요건의 취득시기¹⁶⁾를 분명히 할 수 있다. 셋째, 주민등록이라는 요건마저 없앤다면 가장 임차인에 의한 폐해가 더욱 증

의 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 법인의 직원 이 주민등록을 마쳤다 하여 이를 법인의 주민등록으로 볼 수는 없으므로, 법인이 임차 주택을 인도받고 임대차계약서상의 확정일자를 구비하였더라도 우선변제권을 주장할 수 없다고 한다. 그러나 주택임대차보호법 시행령 제1조의2는 주택임대차보호법 제3조 제2항에서 규정한 “대항력이 인정되는 법인”의 범위를 대한주택공사법에 따른 “대한주택공사”와 지방공기업법 제49조의 규정에 따라 “주택사업을 목적으로 설립된 지방공사”로 한정하고, 지방공사는 각 광역지방자치단체에 16개의 공사가 있으나, 현재 위 사업을 시행하고 있는 법인은 서울특별시 에스에이치(SEH)공사와 경기도지방공사 두 곳이다.

14) 대법원 1998. 6. 14. 선고, 84다카3093,3094 판결은 임차인 갑이 그의 배우자와 자녀들을 을의 동거인으로 하여 주민등록 전입신고를 하였다가 나중에 자기가 직접 세대주가 되어 전입신고를 한 사안에서 배우자와 자녀들의 전입신고 시에 대항요건을 구비한 것으로 보았다.

15) 고상용, “주택임대차보호법의 문제점과 그 개선방안”, 민사법학 4,5호 합병호(한국민사법학회, 1985), 224쪽; 이범주, “주택임차권의 대항력-주택임대차보호법의 경유에 한정하여-”, 민사법의 제문제 방순원고회기념논문집(박영사, 1984), 171쪽; 이은영, “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구”, 법조 제31권 제4호(법조협회, 1982. 4), 19쪽.

16) 대법원 2009. 1. 30. 선고, 2006다17850 판결은 주민등록 신고의 효력발생시기는 행정청이 수리한 경우에 신고의 효력이 발생한다고 한다.

대할 것이므로 소액보증금우선변제¹⁷⁾제도의 악용 방지에 필요하다.¹⁸⁾

따라서 임차인의 보증금채권과 제3자의 이익균형을 조화하기 위한 새로운 제도적 장치가 마련되기까지는 주민등록을 대항요건으로 유지시키는 것이 타당하다.¹⁹⁾ 또한, 주택의 인도와 주민등록이라는 임대차의 공시방법은 등기라는 원칙적인 공시방법에 갈음하여 마련된 것이고, 제3자는 주택의 표시에 관한 사항과 주택의 권리관계에 관한 사항을 통상 등기부에 의존하여 파악하고 있으므로,²⁰⁾ 임대차 공시방법으로서의 주민등록이 유효한 공시방법이 되기 위하여는 원칙적으로 주민등록이 등기부상의 주택의 현황과 일치하여야 한다.²¹⁾

17) 주택임대차보호법 시행령 제22284호 2010. 07. 21. 일부개정으로 소액임차인의 우선변제는 보증금이 서울특별시: 7천500만원, 「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시 제외한다): 6천500만원, 광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역은 제외한다), 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시: 5천500만원, 그 밖의 지역: 4천만원이다. 우선변제 받는 금액은 서울특별시: 2천500만원, 「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시 제외한다): 2천200만원, 광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역은 제외한다), 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시: 1천900만원, 그 밖의 지역: 1천400만원이다.

18) 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 논문집 제16권(충남대법률행정연구소, 1988. 12), 389쪽; 박해식, 주택임대차보호법 해설의 법률지식(청림출판, 2000), 129-130쪽; 오용호, “부동산경매와 임차권”, 재판자료 제36집(법원행정처, 1987), 370쪽; 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 사법논집 제19집(법원행정처, 1988), 159쪽.

19) 김성욱, “주택임대차 제도의 개선방향에 관한 연구”, 법학연구 제52권 제2호(부산대학교법학연구소, 2011), 432쪽.

20) 박경량, “주택 임대차보호 제도의 연혁과 개선방안”, 토지법학 제24집 제1호(한국토지법학회, 2008), 203쪽은 주민등록에 기재되는 사항은 등록대상자의 개인적인 신원관계 사항에 그치므로 임대차 관련사항의 기재란을 추가하지 않는 한 임대차관계의 공시대상으로서 부적절하다고 한다.

21) 대법원 2001. 12. 27. 선고, 2001다63216 판결은 주택의 소유권보존등기가 이루어진 후 토지의 분할 등으로 지적도, 토지대장, 건축물대장 등의 주택의 지번 표시가 분할 후의 지번으로 등재되어 있으나 등기부에는 분할 전의 지번으로 등재되어 있는 경우, 임차인이 주민등록을 함에 있어 토지대장 및 건축물대장에 일치하게 주택의

2.2 점유보조자의 주민등록과 대항력

점유보조자는 타인의 지시를 받아 점유하는 것으로서 그 타인만을 점유자로 보므로 점유보조자의 주민등록도 그 타인을 위한 것으로 해석하여, 임차인이 점유보조자에 의하여 임차주택을 점유하는 경우에는 점유보조자의 주민등록만으로 임차인이 대항요건을 갖춘다는 견해가 다수설,²²⁾ 판례²³⁾이다. 한편 점유보조자를 구분하여 가족관계 내지 이와 유사한 관계에 있는 점유보조자의 주민등록에 대하여는 대항요건성을 인정하나, 피용자와 같이 사업관계 내지 이와 유사한 관계에 있는 점유보조자의 주민등록에 대하여는 대항요건성을 부정하는 견해도 있다.²⁴⁾ 임차인을 두텁게 보호한다는 점에서 점유보조자의 주민등록만으로도 대항력을 인정함이 타당하다고 본다.

2.3 간접점유와 대항력

임차권이 전대된 경우에는 종전의 임차인은 임차인의 지위를 그대로

지번과 동호수를 표시하였다면 그것이 등기부의 기재와 다르더라도 일반의 사회통념상 임차인이 그 지번에 주소를 가진 것으로 제3자가 인식할 수 있으므로 유효한 임대차의 공시방법이 된다고 한다.

- 22) 강종쾌, “주택임대차의 양도·전대와 대항력의 승계”, 대법원판례해설 제9호(법원도서관, 1989), 98쪽; 오용호, 앞의 논문, 359쪽; 이범주, 앞의 논문, 169쪽; 이운승, 앞의 논문, 160쪽; 조용완, “임대차의 대항력”, 재판자료 제32집(법원행정처, 1986), 471쪽; 권영상, “주택임차인의 대항력, 우선변제권”, 창원지방변호사회지 창간호(창원지방변호사회, 1995), 167-168쪽은 생계를 같이 하는 가족에 한하여 인정하는 것이 좋다고 한다. 최종, “경매절차에 있어서 임차인”, 사법논집 제18집(법원행정처, 1987), 435쪽은 부부나 2촌 이내의 친족에 한하여 인정하는 것이 좋다고 한다.
- 23) 대법원 1987. 10. 26. 선고, 87다카14 판결은 처의 주민등록으로 임차인인 남편의 주민등록을 갈음할 수 있고, 대법원 1988. 6. 14. 선고, 87다카3093, 3094 판결은 자녀의 주민등록만으로도 대항력의 취득을 인정한다.
- 24) 박해식, 앞의 책, 136쪽.

유지한 채 그와는 별도로 전차인과의 사이에서 임대인의 지위를 동시에 갖는 것이다.²⁵⁾ 이러한 전대는 임대인의 동의하에 이루어질 경우 임대인에 대하여도 유효한 것으로 된다(민법 제629조, 제630조).²⁶⁾ 전대로 임차인(전대인)의 점유는 간접점유가 되고, 전대인은 전대 후 전차인이 주택을 점유하고 주민등록을 마친 이상 전대인이 다른 곳으로 이사를 가거나 주민등록을 옮기더라도 전차인의 점유 및 주민등록에 의하여 전대인의 임차권의 대항력은 그대로 유지된다.

그런데 주택임대차보호법은 임차권의 양도나 전대가 이루어질 경우의 대항력의 존속이나 승계에 관하여는 규정하고 있지 않으므로 학설은 긍정설²⁷⁾과 부정설²⁸⁾이 대립하여 왔다.

판례²⁹⁾는 “주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항력을 갖춘 주

25) 박윤직, 채권각론 제6판(박영사, 2007), 210쪽; 이은영, 채권각론 제5판(박영사, 2007), 438쪽.

26) 대법원 2010. 6. 10. 선고, 2009다101275 판결은 구 임대주택법(2008. 3. 21. 법률 제8966호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조는 임대주택 임차인의 임차권 양도 및 전대를 원칙적으로 금지하고 있고, 예외적으로 구 임대주택법 시행령(2008. 6. 20. 대통령령 제20849호로 전부 개정되기 전의 것) 제10조 제1항이 정하는 근무·생업 또는 질병치료 등의 사유로 다른 시·군·구로 퇴거하는 등의 경우로서 임대사업자의 동의를 얻은 경우에 한해 그 양도 및 전대를 허용하고 있는바, 구 임대주택법과 동법 시행령에서 임대주택 임차인의 자격 및 선정방법과 임대사업자의 임대조건 등을 엄격히 규율하는 한편, 사위 기타 부정한 방법에 의한 임대주택의 임차 혹은 임차권의 무단 양도나 전차 등의 행위를 범죄로 규정하여 처벌까지 하고 있는 점에 비추어, ‘근무·생업 또는 질병치료 등의 사유로 다른 시·군·구로 퇴거’하는 요건을 갖추지 못하였다면 임대주택 임차권 양도나 전대가 임대사업자에 대한 관계에서 적법·유효하다고 할 수 없고 이 경우 원래의 임대주택 임차인이 갖는 임차권의 대항력이 적법·유효하게 유지 존속한다고 볼 수 없다고 한다.

27) 권영상, 앞의 논문, 162-163쪽; 오용호, 앞의 논문, 356-357쪽.

28) 이윤승, 앞의 논문, 160쪽; 조용완, 앞의 논문, 471쪽.

29) 대법원 1988. 4. 25. 선고, 87다카2509 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고, 2005다 64255 판결. 대법원 1994. 6. 24. 선고, 94다3155 판결은 임차인은 아예 거주나 주민등록을 함이 없이 처음부터 전차인만이 거주하고 주민등록을 한 경우에도 그로써 임차인에게 대항력을 인정하고 있다.

택임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우에 있어서 양수인이나 전차인이 임차인의 주민등록퇴거일로부터 주민등록법상의 전입신고기간 내에³⁰⁾ 전입신고를 마치고 주택을 인도받아 점유를 계속하고 있다면 비록 위 임차권의 양도나 전대에 의하여 임차권의 공시방법인 점유와 주민등록이 변경되었다 하더라도 원래의 임차인이 갖는 임차권의 대항력은 소멸하지 아니하고 동일성을 유지한 채로 존속한다”고 한다.

이 경우에 대항력을 가지는 것은 임차인이고, 전차인은 임차인의 권리를 원용할 수 있다.³¹⁾ 전차인이 전입신고를 마치고 거주하던 중 임차인이 소유권을 양도받고 근저당권을 설정한 경우에는 전차인은 임차인 명의의 소유권이전등기가 완료되는 즉시 대항력을 취득하였다고 할 것이므로 근저당권에 기한 경매절차에서 경락받은 매수인에게 대항할 수 있다.³²⁾

2.4 임차권의 양도와 대항력

임차권 양도³³⁾의 경우에는 양수인의 점유와 주민등록을 양도인의

30) 대법원판결 당시에 시행되던 구 주민등록법(1993. 12. 27. 법률 제4608호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항에 의하면 전입신고는 주민등록 퇴거일(전출신고일)로부터 14일 내에 하도록 되어 있었지만, 현행 주민등록법상으로는 주민등록의 퇴거라는 개념이 없어졌으므로, 현재는 종전 임차인이 임차주택으로부터 이사를 감과 동시에, 아니면 그 직후에 전차인이나 임차권의 양수인이 전입을 하고 전입신고를 할 것이 요구된다고 본다.

31) 대법원 1988. 4. 25. 선고, 87다카2509 판결은 주택의 임차인이 제3자에게 전대한 이후에도 그의 임차권의 대항력이 소멸되지 아니하고 그대로 존속하고 있다면 임차권은 그의 임차권의 대항력을 취득한 후에 완료된 근저당권의 실행으로 소유권을 취득하게 된 자에 대하여 임대보증금반환청구권에 기한 동시이행항변권을 행사하여 그 반환을 받을 때까지는 주택을 적법하게 점유할 권리를 갖게 되는 것이고, 따라서 그로부터 주택을 전차한 제3자 또한 그의 동시이행항변권을 원용하여 임차인이 보증금을 반환받을 때까지 위 주택을 적법하게 점유, 사용할 권리를 갖게 된다고 한다.

32) 대법원 2001. 1. 30. 선고, 2000다58026, 58033 판결.

그것과 동일시하기는 어렵지만, 원래의 임대차가 동일성을 유지하면서 존속하고 다만 그 대항력의 공시방법이 변동될 뿐인데, 이와 같이 변동된 공시방법이 비록 권리변동관계까지 공시하지는 못한다 하더라도 그것이 별개의 새로운 임차권을 공시하는 것이 아니라 원래의 임대차 자체를 공시하는 점에서 원래의 공시방법에 갈음하는 것이라 할 수 있으므로 그 공시방법의 계속성을 인정할 수 있다는 이론도 가능하다.³⁴⁾

판례³⁵⁾도 “임대인의 동의가 있는 양수인은 점유와 주민등록으로 원래의 임차권에 대한 공시방법에 갈음할 수 있어 그 임대차 자체에 대한 공시방법은 계속된다고 보지 못할 바 아니고, 공시방법의 변경에 따른 대항력의 존속을 인정한다 하여 이미 원래의 임대차에 의한 대항을 받고 있는 제3자에게 그 이상의 불이익을 주는 것이 아닌 반면에, 임차인으로 하여금 양도에 의한 임차보증금 등의 회수를 용이하게 할 수 있어 주택임차인의 주거생활의 안정을 보호하려고 하는 주택임대차보호법의 취지에도 부합한다”고 한다.

따라서 임차권이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 양도된 경우, 양수인에게 대항력을 인정하더라도 제3자에게 불이익을 주지 않고, 임차인의 보증금회수에 기여할 수 있으므로 양수인에게 임차인의 대항력을 승계하는 것으로 보는 것이 타당하다.

33) 이준현, “계약인수와 임차권의 양도”, 저스티스 통권 제89호(한국법학원, 2006), 34쪽은 임차권의 양도에 대해 임대인의 동의를 얻도록 한 것은 임대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있으므로 임대인의 인적 신뢰가 특별히 중요시 되는 영역에 있어서는 임차권의 양도에 대해 엄격하게 제한을 가할 필요가 있지만, 그 밖의 임대차 영역에서는 임대인의 동의 없이도 임차인이 임차권을 자유로이 양도할 수 있도록 하되 임대인의 경제적 이익이 희생되지 않도록 배려를 한다면 민법 제629조의 입법목적은 달성될 수 있다고 한다.

34) 강종쾌, 앞의 논문, 100쪽.

35) 대법원 1988. 4. 25. 선고, 87다카2509 판결; 대법원 1996. 2. 27. 선고, 95다35616 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고, 2009다15774 판결.

2.5 주민등록의 불일치와 대항력

착오로 주민등록 대상자의 성명이 잘못 기재되거나 임대차건물의 지번과 다른 지번에 주민등록이 된 경우에 관하여 판례³⁶⁾는, “건물의 실제 지번과 명백하게 불일치한 주민등록은 임대차의 공시방법으로서 유효한 것이라고 할 수 없고, 실제 지번에 맞게 주민등록이 정리된 이후에야 비로소 대항력을 취득하였다고 볼 것이다”고 한다.

그러나 임차인의 전입신고는 올바르게 되었는데 담당공무원의 착오로 주민등록표상에 잘못 기재된 경우, 판례³⁷⁾는, “임차인이 전입신고를 올바르게(즉 임차건물 소재지 지번으로) 하였다면 이로써 그 임대차의 대항력이 생기는 것이므로 설사 담당공무원의 착오로 주민등록표상에 신겨주지 지번이 다소 틀리게 기재되었다 하여 그 대항력에 지장을 끼칠 수는 없다 할 것이다”고 한다.

한편, 전입신고 당시에는 제대로 된 지번으로 전입신고를 하였는데 그 후에 토지 분할 등으로 지번이 변경된 경우, 판례³⁸⁾는 “임차인이 전입신고를 한 당시의 지번을 기준으로 하여 일반 사회통념에 따라서 하여야 할 것인바, 주택 임차인이 주민등록 전입신고를 할 당시 건축물 관리대장 및 등기부가 작성되기 전이지만 그 전입신고 내용이 실제 건물의 소재지 지번과 정확히 일치하는 경우, 그 후 토지 분할 등의 사정으로 지번이 변경되었더라도 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 주민등록으로 유효하다”고 한다.

36) 대법원 1987. 11. 10. 선고, 87다카1573 판결.

37) 대법원 1991. 8. 13. 선고, 91다18118 판결.

38) 대법원 1999. 12. 7. 선고, 99다44762,44779 판결. 한편 대법원 2000. 4. 21. 선고, 2000다1549,1556 판결은 “주택을 임차하여 적법한 전입신고를 마친 후에 그 대지가 분할됨으로써 주택의 지번이 변경되자 갱신된 임대차계약서에는 새로운 지번을 표시하였으나 주민등록상 주소는 주택에 대한 경매개시결정 기입등기가 완료된 후에야 변경한 경우, 임차인은 주택에 대한 유효한 공시방법인 주민등록을 갖추었다고 볼 수 없다”고 하여 상충된 모습을 보인다.

위와 같은 판례는 주택에 관한 소유권보존등기 내지 근저당권설정등기 당시의 지번을 기준으로 주민등록의 유·무효 판단을 함으로써 등기부상 이해관계를 갖게 되는 제3자의 보호를 중시하는 것으로 생각된다.

2.6 공동주택과 다가구주택의 주민등록과 대항력

임차인이 아파트나 연립주택, 다세대주택 등 공동주택(주택법 제2조 제2호, 동 시행령 제2조 제1항 참조)에 주민등록 전입신고를 할 경우에는 지번뿐만 아니라 공동주택의 명칭과 동, 호수를 정확히 특정하여야 한다(주민등록법시행령 제9조 제3항 참조). 이를 특정하지 아니하면 대항요건을 구비하지 못한 것으로 보게 되므로 불이익을 받는다. 예컨대, 공동주택의 지번만 기재하거나,³⁹⁾ 실제의 동·호수 표시와 불일치한 임차인의 주민등록은 임대차의 공시방법으로 유효한 것이라 할 수 없다. 또한 임대차 당시에 불리던 동·호수로 전입신고를 하였는데 나중에 준공검사를 받고 보존등기를 하면서 동 호수가 바뀐 경우, 또는 건물에 설치된 편지함이나 현관문에 표시된 대로 전입신고를 마친 경우에도 그것이 등기부상의 표시와 다를 경우에는 임대차의 공시방법으로 유효한 것으로 볼 수 없다⁴⁰⁾고 한다.

39) 대법원 2000. 4. 7. 선고, 99다66212 판결은 신축중인 연립주택 중 1세대를 임차한 자가 주민등록 전입신고를 함에 있어서 호수를 기재하지 않은 채 연립주택 부지의 지번만으로 전입신고를 하였다가 그 후 위 연립주택에 관하여 준공검사가 이루어지면서 건축물관리대장이 작성되자 호수를 기재하여 주소정정신고를 하였다면, 임차인은 최초 전입신고에 따른 주민등록으로는 일반 사회통념상 임차권자가 세대별로 구분되어 있는 위 연립주택의 특정 호수에 주소를 가진 자로 등록되었다고 제3자가 인식할 수는 없을 것이므로, 그 주민등록은 위 임대차의 공시방법으로서 유효한 것이라고 볼 수 없다고 한다.

40) 대법원 1999. 4. 13. 선고, 99다4207 판결은 연립주택이 등기부상으로는 'A, B, C, D' 동으로 되어있으나 건물 외벽에는 그 순서대로 '가, 나, 다, 라' 동으로 되어 있어 주민등록시 'D동 103호'로 '라동103호'로 전입신고한 것의 동일성을 인정한 원심판결(서울지판 1998. 12. 9, 98나45866(법률신문 1999년 1월 18일자, 10쪽))

1990년대에 많이 보급된 다가구주택의 경우 주택법 제2조 제2호, 동 시행령 제2조 제1항의 공동주택으로 허가, 건축된 것이 아니고 단독주택으로 허가, 건축된 것임에도 불구하고 그 실질은 다세대주택과 별반 다를 게 없기 때문에 그에 대한 전입신고가 문제로 되었다.

판례⁴¹⁾는 “다가구용 단독주택의 경우 건축법이나 주택건설촉진법상 이를 공동주택으로 볼 근거가 없어 단독주택으로 보는 이상 주민등록법 시행령 제5조 제5항에 따라 임차인이 위 건물의 일부나 전부를 임차하고 전입신고를 하는 경우 지번만 기재하는 것으로 충분하고, 나아가 위 건물 거주자의 편의상 구분하여 놓은 호수까지 기재할 의무나 필요가 있다고 할 수 없고, … 지번을 정확히 기재하여 전입신고를 한 이상 일반 사회통념상 그 주민등록으로 위 건물에 피고 등이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있어 임대차의 공시방법으로 유효하다 할 것이고, … 위 건물의 소유자나 거주자 등이 부르는 대로 지층 1호를 1층 1호로 잘못 알고, 이에 따라 전입신고를 ‘연립-101’로 하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다”고 한다. 이는 주택임대차보호

을 파기하였다. 한편, 위와 거의 같은 사안에서 대법원 2003. 6. 10. 선고, 2002다 59351 판결은 주민등록의 유효성을 인정하여 대조를 이룬다. 즉, 부동산등기부상 건물의 표제부에 ‘에이(A)동’이라고 기재되어 있는 연립주택의 임차인이 전입신고를 함에 주소지를 ‘가동’으로 신고하였는바, 주소지 대지 위에는 2개 동의 연립주택 외에는 다른 건물이 전혀 없고, 그 2개 동도 층당 세대수가 한 동은 4세대씩, 다른 동은 6세대씩으로서 크기가 달라서 외관상 혼동의 여지가 없으며, 실제 건물 외벽에는 ‘가동’, ‘나동’으로 표기되어 사회생활상 그렇게 호칭되어 왔다 하여 임차인의 주민등록을 유효한 공시방법으로 인정하였다.

- 41) 대법원 1997. 11. 14. 선고, 97다29530 판결은 다가구주택(지하 1층, 지상 2층 주택)은 건축물관리대장 및 등기부등본상 단독주택으로 등재되어 있으나 건축주가 이를 신축함에 있어 지하 1층은 2세대, 지상 1층은 1세대, 지상 2층은 2세대가 독립된 주거생활을 할 수 있도록 건축한 다음 각 세대별로 구획된 주거부분을 분양, 매도하였다. 피고는 1992. 6. 경 위 건물의 지층 1호를 소유자로부터 임차(임대차계약서상에는 지층 101호라고 표시하였다)하여 처와 함께 거주하여 왔는데 처가 1992. 11. 17. 전입신고를 함에 있어 호실을 ‘연립-101’로 신고하였다.

법의 입법취지를 살려 사회적 약자인 임차인을 보호하기 위한 것이라고 볼 수 있다.

2.7 주민등록의 보완으로써 임차인명부 도입의 필요성

주민등록법에 의하면 주민의 인권과 사생활을 보호하기 위하여 주민등록 비공개를 원칙으로 하고 있다(주민등록법 제29조 제4항). 그러므로 이해관계 당사자가 현재 임차인이 있는지, 누구인지, 임대보증금은 얼마인지 알 수 없다. 또한 주택임차인의 우선변제를 확보해주기 위해 도입한 확정일자부에도 임대보증금이 나타나 있지 않다. 따라서 현행대로 주민등록을 대항요건의 하나로 유지하려면 적어도 주민등록법을 개정하여 이를 보완할 필요가 있다. 즉 상가건물임대차보호법 제4조와 같이 주택임차인인 전입자가 전입신고를 할 때 담당창구 직원은 이른바 임차인 명부에 ① 임대인·임차인의 성명·주소 ② 주택의 소재지, 임대목적물과 면적 ③ 주민등록전입 신고일 ④ 전입신고일 당시의 보증금과 차임, 임대차 기간 ⑤ 임대차계약서상에 확정일자를 받은 날 ⑥ 임대차계약이 변경되거나 갱신된 경우에는 변경된 일자, 보증금과 차임, 임대차 기간, 새로운 확정일자를 받은 날 등을 기록하고 비치하여 이해관계인이 주택 소재지 행정관서의 장에게 이의 열람을 요청하면 정당한 사유 없이 거부할 수 없도록 하는 방안을 검토해 볼 수 있을 것이다(상가건물임대차보호법 제4조 1항). 더 나아가 담당창구직원이 임대차계약서에 확정일자를 부여한 후 확정일자부에 임대보증금액을 기재할 수 있도록 ‘확정일자부 및 일자인 조제에 관한 규정’을 개정하여 근거규정을 마련하면 원래 행정목적으로 도입한 주민등록을 임차권의 공시방법으로 차용하는 데서 오는 문제점을 어느 정도 해소할 수 있을 것이다.⁴²⁾

42) 박경량, 앞의 논문, 204쪽.

3. 대항요건의 존속기간

주택의 인도와 주민등록은 대항력취득의 요건인 동시에 존속요건이기도 하다. 따라서 대항력의 취득 후 주민등록을 다른 곳으로 옮기거나 주택을 인도하면 대항력을 상실하기 때문에,⁴³⁾ 그 후에 설정된 저당권에 기하여 당해 주택을 경락 받은 자에 대하여는 대항력을 주장할 수 없다.

또한 시장 군수 또는 구청장에 의하여 직권조치로 주민등록이 말소된 경우에도 원칙적으로 그 대항력은 상실되지만, 주민등록법상의 직권말소제도는 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하기 위한 것이고, 주택임대차보호법에서 주민등록을 대항력의 요건으로 규정하고 있는 것은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하기 위한 것으로서 그 취지가 다르므로 직권말소 후 동법 소정의 이의절차에 따라 그 말소된 주민등록이 회복되거나 동법시행령 제29조에 의하여 재등록이 이루어짐으로써 주택임차인에게 주민등록을 유지할 의사가 있었다는 것이 명백히 드러난 경우에는 소급하여 그 대항력

43) 대법원 1998. 1. 23. 선고, 97다43468 판결은 주택임대차보호법이 제3조 제1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 물권에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 하고, 주택의 임차인이 그 주택의 소재지로 전입신고를 마치고 그 주택에 입주함으로써 일단 임차권의 대항력을 취득한 후 어떤 이유에서든지 그 가족과 함께 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면 이는 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 있으므로 그 대항력은 그 전출 당시 이미 대항요건의 상실로 소멸되는 것이고, 그 후 그 임차인이 얼마 있지 않아 다시 원래의 주소지로 주민등록을 재전입하였다 하더라도 이로써 소멸되었던 대항력이 당초에 소급하여 회복되는 것이 아니라 그 재전입한 때부터 그와는 동일성이 없는 새로운 대항력이 재차 발생한다고 한다.

이 유지된다.⁴⁴⁾

그러나 인도와 주민등록에 의하여 대항력을 취득한 후에 임차권등기를 하면 그 후 주민등록을 다른 곳으로 옮기거나 주택을 인도하더라도 처음 취득하였던 대항력이 계속 유지된다(주택임대차보호법 제3조의3 제5항 단서, 제3조의4 제1항). 그리고 판례⁴⁵⁾는 점유보조자에 의한 주민등록을 본인의 그것과 동시하므로 주택임차인이 그 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록을 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시 다른 곳으로 옮긴 경우라면, 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 없어 대항력을 상실하지 아니한다고 한다.

또한 주택임대차보호법 제3조의4 제2항은 “임차인이 대항력이나 우선변제권을 갖추고 민법 제621조 제1항에 따라 임대인의 협력을 얻어 임대차 등기를 신청하는 경우”에는 신청서에 부동산등기법 제156조의 사항 외에 ① 주민등록을 마친 날, ② 임차주택을 점유하는 날, ③ 임대차 계약증서상의 확정일자를 받은 날을 등기하도록 하고 있다. 이 의미는 임대차등기 이전에 이미 대항력과 우선변제력을 갖추고 있는 경우에는 임대차등기에 그 임차권 취득일자를 등재함으로써 순위를 소급시켜 보장하겠다는 취지라 할 것이다.⁴⁶⁾

그리고 경매절차에서 매수인에게 대항하기 위해서는 매수인에게 주택의 소유권이 이전되는 시점, 즉 매각대금납부 시 현재 대항요건이 존속하고 있어야⁴⁷⁾ 주택임대차보호법 제3조 제2항이 적용되어 매수인

44) 대법원 2002. 10. 11. 선고, 2002다20957 판결.

45) 대법원 1987. 2. 24. 선고, 86다카1695 판결; 대법원 1989. 1. 17. 선고, 88다카143 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고, 95다30338 판결.

46) 오시영, “전세권과 주택임대차의 대항력과 우선변제권 비교”, 민사법학 제44집(한국민사법학회, 2009.), 159쪽.

47) 대법원 2000. 9. 29. 선고, 2000다37012 판결은 주택임대차보호법이 제3조 제1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 물건에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 달리 공시방법이

이 임대인의 지위를 승계할 것이기 때문에 대금 납부 시까지 계속 존속하고 있어야 한다.⁴⁸⁾

Ⅲ. 임차권등기명령에 의한 대항력

1. 의의

주택임대차보호법 제3조의3은 임대차가 종료한 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있고(동조 제1항), 법원의 임차권등기명령에 의하여 임차권이 등기되면 임차인은 대항력과 우선변제권을 취득하며, 이미 대항요건과 우선변제요건을 구비하고 있었던 경우에는 그 대항력과 우선변제권은 그대로 유지된다. 그리고 임차권이 등기된 후에는 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력을 잃지 아니한다(동조 제5항). 임차권등기명령제도는 임대인의 동의에 기하지 않은 등기를 인정함과 동시에 주택의 점유 없이도 기존의 대항력 및 우선변제권을 유지할 수 있도록 한 민법 제621조의 특칙이라고 한다.⁴⁹⁾

없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 하고, 주민등록이 주택임차인의 의사에 의하지 않고 제3자에 의하여 임의로 이전되었고 그와 같이 주민등록이 잘못 이전된 데 대하여 주택임차인에게 책임을 물을 만한 사유도 없는 경우, 주택임차인이 이미 취득한 대항력은 주민등록의 이전에도 불구하고 그대로 유지된다고 한다.

48) 민일영, 앞의 책, 131-132쪽.

49) 윤 경, “경매(입찰)에서의 주택임차권 등기관자의 지위”, 법조(법조협회, 2000. 4), 6쪽.

2. 임차권등기명령신청의 요건

2.1 주택의 임대차가 종료하였을 것

임차권등기명령을 신청하기 위해서는 임대차가 종료하여야 한다. 임대차의 종료원인은 묻지 않는다. 그러나 임대차가 존속중이어서 임차권등기명령의 신청을 할 수 없는 임차인이 고의로 차임을 연체하여 임대인으로 하여금 해지통고를 하도록 유도하고 임차권등기명령을 신청할 경우에는 제한이 필요하다. 따라서 주택임대차보호법 제6조 제3항과 같은 제한, 즉 2기의 차임액에 달하도록 차임을 연체하거나 기타 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 임차인에 대하여는 임차권등기명령을 신청할 수 없게 하는 것이 좋을 것이다.⁵⁰⁾

한편, 임차인이 이미 다른 곳으로 이사를 하였거나 주민등록을 옮긴 경우에도 임차권등기명령을 신청할 수 있는가 하는 문제가 있다.

이에 관하여는 주택임대차보호법 제3조의3 제1항은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이라고만 규정하여 임차인이 임차권등기명령 신청 당시 대항력이나 우선변제권을 취득하고 있을 것을 요건으로 하지 않고, 동조 제5항도 임차권등기가 완료되면 임차인은 대항력 및 우선변제권을 취득한다고 하면서 다만 임차권등기 이전에 이미 대항력 및 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 및 우선변제권은 그대로 유지한다고 규정하고 있어 대항력이나 우선변제권이 없는 임차인도 임차권등기에 의하여 대항력 및 우선변제권을 취득하고 다만 이왕에 대항력 및 우선변제권을 취득한 경우에는 대항력 및 우선변제권이 그대로 유지되는 것으로 해석되므로 위와 같은 경우에도 임차인은 임차권등기명령을 신청할 수 있다고 한다.⁵¹⁾

50) 민일영, 앞의 책, 55쪽.

51) 윤 경, 부동산경매의 실무(하)(법률정보센터, 1999), 356쪽.

그러나 새로운 임차인은 아직 종전 임차인의 임차권등기가 안 된 상태이므로 자기가 1순위인 줄 알고 임차하였는데, 그 후에 종전 임차인의 임차권등기가 이루어져 종전의 대항력과 우선변제권이 그대로 유지된다면 새로운 임차인은 예상치 못한 불이익을 받게 된다.

또한, 종전에 대항요건이나 우선변제권이 없던 임차인이 이사한 후 새로운 임차인이 생겨 대항력과 우선변제권을 취득하였다면 종전 임차인이 뒤늦게 임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 하더라도 순위가 뒤지기 때문에 그 실익이 없게 된다.⁵²⁾ 따라서 이미 대항력을 상실하였고 임대차관계로부터 이탈한 임차인까지도 임차권등기명령의 신청을 허용하여 대항력이나 우선변제권을 부여하는 것은 부당하다고 본다.

2.2 임차인이 보증금을 반환받지 못하였을 것

임차권등기명령은 임차보증금반환청구권의 확보를 위한 제도이므로 임차인이 보증금을 반환받지 못한 경우에 한하여 인정되는 것이다.⁵³⁾ 제도의 취지상 일부만 반환받고 일부를 반환받지 못한 경우에도 역시 인정되어야 할 것이다.

3. 임차권등기명령의 절차

3.1 임차권등기명령의 신청

임차인의 신청이 필요하고, 법원의 직권에 의한 임차권등기명령은 허용되지 않는다. 또한 법문에 의하면 임대인은 임차권등기명령을 신청할 수 없다(주택임대차보호법 제3조의3 제1항). 임대인이 원할 경우에는

52) 민일영, 앞의 책, 56쪽.

53) 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2003다62255, 62262 판결.

민법 제621조에 의한 임차권등기를 하면 되므로 임대인에게 신청권을 인정할 필요성이 없는 것이다. 그리고 임차인은 명령신청 및 등기 관련 비용을 임대인에게 청구할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의3 제8항).

3.2 임차권등기명령 신청서의 기재사항

임차권등기명령 신청서에는 ① 신청의 취지 및 이유,⁵⁴⁾ ② 임대차의 목적인 주택(임대차의 목적이 주택의 일부인 경우에는 그 도면을 첨부한다), ③ 임차권등기의 원인이 된 사실(임차인이 대항요건을 구비함으로써 대항력을 취득하였거나 임대차계약서에 확정일자를 받음으로써 우선변제권을 취득한 경우에는 그 사실), ④ 기타 대법원규칙이 정하는 사항을 기재하여야 한다(주택임대차보호법 제3조의3 제2항).⁵⁵⁾

3.3 소명

임차인은 임차권등기명령 신청의 이유 및 임차권등기의 원인이 된 사실을 소명하여야 한다(주택임대차보호법 제3조의3 제2항). 통상적으로는 임대차계약서, 임차인의 주민등록등본, 당해 주택에 대한 등기부등본 등을 제출함으로써 소명할 수 있을 것이다.⁵⁶⁾

54) 신청의 이유에는 임대차계약의 체결 사실 및 계약 내용과 그 계약이 종료한 원인 사실을 기재하여야 하는데, 임차인이 신청 당시에 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항력을 취득하고 있는 경우에는 임차주택을 점유하기 시작한 날과 주민등록을 마친 날을 기재하고, 확정일자에 의한 우선변제권을 취득한 경우에는 다시 확정일자를 받은 날을 추가로 기재하여야 한다(대법원 규칙 제2조 제2항).

55) 대법원규칙이 정하는 기재사항으로서 주요한 것으로는 ① 임차인과 임대인의 성명, 주소, 주민등록번호, ② 반환받지 못한 임차보증금액(임대차 계약 당시의 보증금액이 아닌 “반환받지 못한” 보증금액임) 및 차임(채권적 전세의 경우에는 전세금) 등을 들 수 있다(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제2조 제1항).

56) 임차권등기신청의 첨부서류는 ① 임대인의 소유로 등기된 주택에 대하여는 등기부

3.4 관할법원

임차권등기명령은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원, 지방법원 지원, 또는 시·군법원이 관할한다. 사물관할은 단독판사의 관할이다.

3.5 심리 및 임차권등기명령의 발령

임차권등기명령의 신청에 대하여 법원은 가압류절차에 준하여 재판한다. 변론을 경유한 경우에는 종국판결의 형식으로, 변론을 경유하지 아니한 경우에는 결정의 형식으로 재판한다(주택임대차보호법 제3조의3 제3항, 민사집행법 제280조 제1항, 제281조).

임차권등기명령 신청에 관한 재판에 대하여는 상대방이 불복할 수 있는바, 불복방법은 재판의 형태에 따라 달라진다. 판결로 재판한 경우에는 신청을 인용하였던 기각하였던 모두 항소할 수 있다(민사소송법 제390조 제1항). 그러나 결정으로 재판한 경우, 이는 인용결정에 대하여는 이의로 불복할 수 있는 데 비하여(주택임대차보호법 제3조의3 제3항, 민사집행법 제283조), 기각결정에 대하여는 항고로써 불복하여야 한다(주택임대차보호법 제3조의3 제4항).

등본, ② 임대인의 소유로 등기되지 아니한 주택에 대하여는 건축물관리대장 또는 측지 임대인의 명의로 소유권보존등기를 할 수 있음을 증명할 서면, ③ 임대차계약의 체결사실 및 그 계약내용을 증명하기 위한 임대차계약증명서사본, ④ 임차인이 신청 당시에 이미 주택임대차보호법 제3조제1항의 규정에 의한 대항력을 취득한 경우에는 임차주택을 점유하기 시작한 날과 주민등록을 마친 날을 소명하는 서류, ⑤ 임대차 목적물에 관한 등기부상의 용도가 주거시설이 아닌 경우에는 임대차계약체결시부터 현재까지 주거용으로 사용하고 있음을 증명하는 서류, ⑥ 계약종료사실을 증명할 서면, ⑦ 점유개시일자과 주민등록전입일자가 다른 경우 점유개시일을 소명할 수 있는 자료-주민등록전입일자, 건물점유개시일자, 확정일자를 정확히 특정할 것, ⑧ 건물이 주거시설로 사용되고 있다는 점을 소명할 것, ⑨ 부동산목록을 부동산등기부등본 또는 건물등기부등본과 일치시킬 것, ⑩ 별지 부동산 표시용지- 별지로 6장을 첨부할 것 등이다.

4. 임차권등기명령에 의한 임차권등기의 효과

주택임대차보호법상의 대항요건을 구비한 후 그 사실을 경매법원에 신고한 주택임차인은 그로써 곧 경매절차의 이해관계인이 되며, 임차권 등기명령에 의하여 임차권등기를 하게 되면 대항요건을 상실하더라도 여전히 이해관계인의 지위를 유지한다. 대항요건을 구비하였으면서도 경매법원에 그 사실을 신고하지 아니하였거나 아예 대항요건을 구비하지 못하였던 임차인이 임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 하였을 때에는 경락허가결정 전까지 그 등기사실을 경매법원에 신고함으로써 경매절차의 이해관계인이 된다. 임차권등기명령에 의한 임차권등기가 경매개시결정의 기입등기 전에 행하여진 경우에는 별도로 임차권등기 사실을 신고하지 않아도 당연히 이해관계인이 된다. 따라서 우선변제를 받기 위하여 배당요구를 할 필요는 없다.⁵⁷⁾

임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인은 대항력과 우선변제권을 취득한다. 대항력은 등기한 날부터 생기며(주택임대차보호법 제3조의3 제5항 본문), 인도와 주민등록에 의하여 이미 대항력을 취득한 임차인이 임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 경우에는 기존의 대항력 취득의 효력이 그대로 유지된다.

임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인은 보증금의 우선변제에 관한 한 저당권자와 동일시하여 임차권 등기일자를 저당권 등기일자로 보고 다른 채권자와의 우선순위를 정한다. 다만, 임차권등기를 한 임차인이 동시에 소액임차인이라면 우선순위를 정함에 있어서는 소액임차인으로서 최우선변제를 받을 수 있고, 대항요건과 확정일자를 구비한 임차인이 임차권등기까지 한 경우에는 임차인에게 유리한 확정일자를 기준으로 우선순위를 정한다. 그리고 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적

57) 대법원 2005. 9. 15. 선고, 2005다33039 판결.

기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다.⁵⁸⁾

5. 임차권등기명령제도의 문제점

5.1 법률의 일관성 결여

임차권에 대항력을 인정하기 위하여 임차권등기라는 방법을 취한 민법 제621조가 그동안 실효성이 없었는데, 주택임대차보호법은 이 문제를 해결하기 위하여 주택에 한하여 등기 없이도 대항력을 취득하도록 하였는데, 주택임대차보호법에 다시 등기제도를 도입한다는 것은 법률의 일관성을 포기한 것과 다름없다.⁵⁹⁾ 그리고 이미 등기를 함으로써 존재하여 왔던 물건인 전세권도 존속기간이 만료하면 소멸하는 것이 민법의 기본원리라는 것을 생각하면 쉽게 납득하기 어려운 논리이다.⁶⁰⁾

5.2 실효성에 대한 의문

임차권등기명령제도는 임대차기간 만료 후 보증금을 반환받지 못한 채 주거를 다른 곳으로 이전하는 자를 보호하려는 취지이다. 그런데 임차인 중 종전의 임차보증금을 반환받지 못한 채 다른 곳으로 주거를

58) 대법원 2005. 6. 9. 선고, 2005다4529 판결.

59) 고상용, “주택임대차보호법 개정안의 제문제(하)”, 법률신문(법률신문사, 1998. 11. 19), 14쪽.

60) 소계선, “임차권등기명령제도 신설의 과제와 문제점”, 경희법학 제33권 제1호(경희법학연구소, 1998), 197쪽. 다만, 전세권에는 담보물권성이 있으므로 전세금을 반환받기까지 전세권은 존속한다.

이전할 수 있는 자의 숫자나 비율이 법의 개정을 통하여 임차권등기명령 제도를 신설하면서까지 그 보호를 피할 만큼의 절실한 필요성을 제기하고 있는지는 매우 의문스럽다. 보호의 필요성이 있는 임차인은 임차보증금을 반환받지 못하기 때문에 이사를 하지 못하는 임차인이지 보증금을 반환받지도 않은 채 이사할 수 있는 임차인이 아닌 것이다.⁶¹⁾ 따라서 임차권등기명령제도는 경제적 여유가 있는 소수의 임차인만 보호 대상으로 할 것이며, 그 활용도는 극히 제한될 수밖에 없다.⁶²⁾

그리고 가압류의의를 할 수 있는 기간에 제한이 없기 때문에 임차인이 임대인에게 주택을 인도하여 준 후에 임대인의 이의로 임차권등기명령이 취소되면 임차인으로서의 대항력과 우선변제권을 모두 상실하게 된다. 임차인으로서의 이런 위험부담을 안고 주택을 인도하여 주어야 하는데, 그러한 사정을 안다면 선뜻 인도하여 줄 임차인이 얼마나 될 것인지 의문이다.⁶³⁾ 임차권등기명령은 등기를 전제로 하므로 등기가 불가능한 주택(예컨대, 무허가건물이나 준공검사를 받지 못한 건물)에 대하여는 적용될 여지가 없다.⁶⁴⁾ 무허가건물이야말로 서민들의 임대차 대상인데, 그 서민들은 임차권등기명령을 이용할 수 없다는 것은 그만큼 실효성이 떨어지는 문제점이 있다.⁶⁵⁾

61) 박해식, “임차권등기명령제도”, 민사법학 제18호(한국민사법학회, 2000), 546-549 쪽은 문제점으로, 재임대를 통한 보증금 마련 기회의 차단, 적용대상 주택의 범위 한정, 여유자금 있는 임차인만 보호, 임차권등기 후의 소액임차인의 최우선변제권 배제, 등기와 관련한 비용 등을 들고 있다.

62) 전장현, “주택임차권의 대항력에 관한 연구”, 법학논총 제28집(단국대학교 법학연구소, 2004), 269쪽. 다만, 분가하여 살다가 부득이 본가로 합가하면서 임대차보증금을 타에 활용하여야 하는 경우 등에는 경제적 여유가 없는 임차인의 경우도 그 필요성과 유용성은 있다고 본다.

63) 고상룡, 앞의 논문, 14쪽.

64) 박해식, 앞의 논문, 550쪽은 임차권등기명령의 적용대상에 관한 주택임대차보호법 제3조의3 제1항은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이라고만 하고 있으므로 동법 제3조 1항의 대항력을 취득하지 아니한 임차인도 임차권등기명령신청을 할 수 있어서 대항력의 취득범위를 확장시킨 것으로 평가하고 있다.

임대차 계약과 동시에 단독신청주의에 의해 임차권 등기가 이루어지면 기존의 대항력과 우선변제권을 유지하도록 하는 임차권등기명령제도는 존재의의가 없어지게 될 것이다. 따라서 향후 법 개정 시에는 임차인의 기존 대항력과 우선변제권을 유지하도록 함으로써 보증금반환을 보장하기보다는 단독신청주의에 의해 임차권등기가 이루어질 수 있도록 보다 근본적인 해결방안이 강구되어야 할 것이다.⁶⁵⁾

5.3 임차권등기명령제도의 개선방안

임차권등기명령제도의 핵심은 보증금의 우선변제권을 주택의 점유 없이도 유지시킬 수 있는가 하는 데 있다. 임차권등기권자는 담보물권자와는 달리 경매신청권이 없어 신속한 임대차보증금의 확보에 어려움이 있다. 현재 보증금반환이 지연되어 해결이 어렵게 되었을 때 이용할 수 있는 제도로는 민사조정·소액사건심판법의 준용(주택임대차 보호법 제13조), 민사소송에 의한 강제 경매제도 등이 있으나 그 실효성이 미흡한 실정이다. 따라서 신속한 보증금 반환을 받기 위해서는 임차권등기명령에 의한 임차권등기를 종료한 후 임대인의 경제적 사정으로 인하여 보증금을 반환받기 어려운 사정이 존재한다면, 상당한 기간이 지나면 별도의 집행권원이 없어도 임차인에게 경매청구권을 부여하는 방안을 입법적으로 검토하여야 할 것이다.

65) 소개선, 앞의 논문, 198쪽.

66) 장영희/박은철/최윤경, “주택 임대차에 관한 제도적 개선방안 연구”, 주택연구 제18권 제1호(한국주택학회, 2000), 98쪽.

Ⅳ. 주택임차인의 대항력의 내용

1. 주택임대차보호법상 대항력 취득의 시기

주택임대차보호법상의 대항요건을 갖춘 임차인의 대항력은 인도 및 주민등록을 마친 다음날부터 발생한다(주택임대차보호법 제3조 제1항 전문). 판례⁶⁷⁾도 “주택임대차보호법 제3조의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 ‘다음날’부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 함은 익일 오전 0시부터 대항력이 생긴다는 취지이다.”라고 한다.

그러나 오전에 주택의 인도 및 주민등록을 마친 임차인이 같은 날 오후에 완료된 제3자 명의의 등기로 인하여 피해가 발생할 수 있음을 들어,⁶⁸⁾ 입법론적으로, 선후 결정은 입증의 문제로 해결하게 하고, 법문에서 ‘다음날’을 삭제하여 대항요건이 갖추어진 순간부터 바로 대항력이 발생하도록 하는 것이 옳다고 하는 견해⁶⁹⁾도 있다. 주민등록이 된 것으로 보는 시점은 전입신고를 한 때이다(주택임대차보호법 제3조 제1항 후문).

그런데 이러한 주장에 대해 충분히 있을 수 있는 상황이지만 보편화 된 현상이라고 보기는 어렵고 주민등록부와 등기부가 서로 다른 공적장부인데다가 관할이 다른 국가기관이기 때문에 주민등록과 제3자의 근저당권 설정등기명의가 같은 날 이루어진 경우에는 선후를 밝히기 어렵다는 반론이 있다.⁷⁰⁾ 그러나 주민등록과 제3자의 근저당권설정등기명의

67) 대법원 1999. 5. 25. 선고, 99다9981 판결.

68) 박경량, 앞의 논문, 209쪽은 주민등록부와 등기부가 서로 다른 공적 장부이고 관할이 다른 국가기관이기 때문에 주민등록과 제3자의 근저당권 설정등기 명의가 같은 날 이루어진 경우에는 선후를 밝히기가 어렵다고 한다.

69) 이은희, “주택임차권의 공시방법으로서의 주민등록”, 민주법학 통권 20호(민주주의 법학연구회, 2001), 230-231쪽은 선순위권리자가 입증되지 않는 경우에는 동순위권리자로 보는 것이 옳다고 한다.

70) 박경량, 앞의 논문, 209쪽.

가 같은 날 이루어져 선·후 관계를 밝히기 어려운 경우에는 그 둘을 동순위권리자로 볼 수 있을 것이다.⁷¹⁾ 이렇게 함으로써 임대인이 ‘다음날’ 조항을 악용하여 근저당권을 설정하는 것을 방지함으로써 임차인을 보호할 수 있을 것이다. 따라서 주택임대차보호법 제3조 제1항의 ‘그 다음날부터’를 ‘그때부터’로 대항력의 발생 시기를 개정하는 것이 보다 합리적일 것이다.

주택임대차보호법상의 임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 하거나, 민법상의 임차권등기를 완료한 임차인은 등기한 날부터 대항력을 취득한다(주택임대차보호법 제3조의3 제5항 본문, 제3조의4 제1항, 민법 제621조). 인도와 주민등록에 의하여 이미 대항력을 취득한 임차인이 임차권등기(임차권등기명령에 의한 공동신청에 의한)를 한 경우에는 기존의 대항력 취득의 효력이 그대로 유지된다.

2. 임대인 지위의 승계

주택임대차보호법 제3조 제3항은 “임차주택의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다”고 규정한다.

양수인의 권리취득의 원인은 경매, 상속,⁷²⁾ 공용징수 등의 법률의 규정에 의한 경우이든, 매매, 증여, 신탁⁷³⁾ 등의 법률행위이든 모두 포함

71) 이창석·김봉채, “부동산 경매에 있어서 주택임차인 보호에 관한 연구”, 부동산학보 제29집(한국부동산학회, 2007), 282쪽.

72) 渡辺 晋, 앞의 책, 306쪽은 상속인이 없는 경우, 임차인과 사실상 부부·양친자 관계에 있는 동거자에게 임차인의 권리의무를 승계시켜 동거자를 보호해야 한다고 한다.

73) 대법원 2002. 4. 12. 선고, 2000다70460 판결은 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제1조 제2항), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자

된다. 그리고 매매계약으로 소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법상의 대항요건을 갖춘 임차인은 등기된 임차권자와 마찬가지로 민법 제548조 제1항의 제3자에 해당된다. 따라서 임대인의 임대권원의 바탕이 된 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 가지고 신소유자에게 대항할 수 있다.⁷⁴⁾ 그러나 임대차 당시 임대인에게 소유권 기타 적법하게 임대할 권리가 없었다거나, 매도인이 매수인(임대인)에게 매매계약해제를 해제조건으로 하여 임대권한을 부여하였는데 그 후 그 해제조건의 성취로 임대권한이 소급적으로 소멸된 경우에는, 그 임차인이 대항요건을 갖추었다 하더라도 소유자에 대하여 자신의 임차권으로 대항할 수 없다.⁷⁵⁾

그러나 양도담보권자는 주택의 사용·수익권을 갖게 되는 것이 아니고 또 소유권이 양도담보권자에게 종국적·확정적으로 이전되는 것도 아니므로 양도담보권자는 양수인에 해당하지 않는다.⁷⁶⁾ 또한 임차주택의 대지만을 경락받은 자는 임대인의 지위를 승계하는 양수인에 해당하지 않는다.⁷⁷⁾

에게 유보되어 있는 것은 아니라고 한다.

74) 대법원 1996. 8. 20. 선고, 96다17653 판결; 대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다12717 판결.

75) 대법원 1995. 12. 12. 선고, 95다32037 판결은 주택매매계약에 부수하여 매매대금 수령 이전에 매수인에게 임대권한을 부여한 경우 이는 매매계약의 해제를 해제조건으로 한 것이라고 보았다.

76) 대법원 1993. 11. 23. 선고, 93다4083 판결은 주택의 양도담보의 경우는 채권담보를 위하여 신탁적으로 양도담보권자에게 주택의 소유권이 이전될 뿐이어서, 특별한 사정 없는 한 양도담보권자가 주택의 사용·수익권을 갖게 되는 것이 아니고 또 주택의 소유권이 양도담보권자에게 확정적·종국적으로 이전되는 것도 아니므로 양도담보권자는 주택임대차보호법 제3조 제3항의 “양수인”에 해당되지 아니한다고 한다.

77) 대법원 1998. 4. 10. 선고, 98다3276 판결은 주택임대차보호법 제3조 제3항의 임대인의 지위를 승계한 것으로 보는 임차주택의 양수인은 주택임대차보호법 제1조 및 제2조에 비추어 보면 임대차의 목적이 된 주거용 건물의 양수인을 의미하고, 주택임

한편 당연승계의 효과를 배제하는 특약은 임차인에게 불리한 것으로서 효력이 없으나(주택임대차보호법 제10조), 임차인이 매수인과 새로운 내용의 임대차계약을 체결하는 것은 무방하다. 대항력 있는 임대차의 기간이 종료한 후 임대차보증금을 반환하기 전에 임대주택이 양도된 경우, 임대차보증금을 반환하기 전까지는 임대차관계가 존속하므로(주택임대차보호법 제4조 제2항) 이 경우에도 임대인의 지위가 양수인에게 승계된다.⁷⁸⁾

그런데 임차인의 계약해지와 관련하여 임차인의 계약해지 시 적어도 이사비용 상당의 손해배상이 간편하게 이루어진다면, 양수인의 임대인 지위승계로 불안한 지위에 놓이게 되는 상당수의 임차인들이 계약을 해지함으로써 불안한 계약관계에서 벗어나려 할 것이다. 이사비용 상당액의 부담으로 계약해지를 꺼리는 많은 소액임차인들을 보호하기 위해서도 잔여계약기간에 비례하는 이사비용 상당의 손해배상에 관한 규정을 신설할 필요가 있을 것이다.⁷⁹⁾

3. 매수인에게 승계되는 권리 · 의무

3.1 차임의 승계

차임의 액, 지급시기, 지급방법에 관한 약정이나 차임증감에 따른 특약은 모두 매수인에게 승계된다. 민법 제621조에 의하여 임차권을 등기

대차보호법 제3조의2 제1항이 주택임대차보호법에서 정한 대항요건을 갖춘 임차인에게 경매 또는 공매에 의한 임차주택의 대지의 환가대금에서 후순위권리자들보다 보증금을 우선변제 받을 권리를 인정하였다 하더라도 그 대지를 경락받은 자를 임차주택의 양수인이라고 할 수 없다고 한다.

78) 대법원 2002. 9. 4. 선고, 2001다64615 판결.

79) 사동천, “주택임대인의 지위승계와 임차인 보호”, 민사법학 제38집(한국민사법학회, 2007), 84쪽.

한 경우에는 차임의 지급시기에 관한 특약, 차임을 지급한 경우, 그 내용이 등기사항이므로(부동산등기법 제156조 제1항) 이를 등기하지 아니한 경우에는 매수인에게 주장할 수 없으나, 주택임대차보호법상의 임차권 등기명령에 의하여 임차권을 등기한 경우 또는 단순히 인도와 주민등록에 의하여 임차인이 대항력을 취득한 경우에는 등기 여부와는 관계없이 이들 사항을 주장할 수 있다. 차임 중 매수인이 소유권을 취득한 때를 기준으로 이미 현실로 발생하여 연체되어 있는 부분은 별도의 채권양도 절차가 없는 한 전소유자(중전 임대인)만이 청구할 수 있고, 그 청구권이 매수인에게 이전하지 않는다.⁸⁰⁾ 그러나 임차주택이 양도될 것을 예상하여 임대인과 임차인 사이에 합리적인 이유 없이 차임을 면제 또는 감액한 경우, 이러한 특약까지 승계한 것으로는 보기 어렵다.⁸¹⁾

3.2 임차보증금의 승계

임차보증금 및 채권적 전세의 전세금도 등기 여부와 상관없이 매수인에게 승계된다.⁸²⁾ 보증금은 본질적으로 임차인이 임차물을 반환할 때 임차인의 채무불이행이 없으면 보증금 전액을 반환하고 채무불이행이 있으면 그에 상응하는 액수를 공제한 잔액을 반환한다는 조건으로 임차인이 임대인에게 지급하는 금전이다.⁸³⁾ 따라서 보증금은 임차인이 임차물을 반환할 때까지 임차인의 연체차임, 임차물의 멸실, 훼손 등에 의한 손해배상채무 등을 담보하며, 임대차 종료 후에 임차물의 반환 시까지 임차인의 채무가 존재하는 때에는 보증금에서 당연히 공제된다. 또한 매수인의 소유권 취득 시 임차물의 멸실, 훼손 등에 의한 손해배상채무가 이미 존재하였던 경우에도 그 손해액만큼 보증금에서 공제하여야 한다.

80) 민일영, 앞의 책, 138쪽.

81) 광용진, 민사특별법(법률서원, 2008), 71쪽.

82) 윤천희, 개정주택임대차보호법 해설(문조사, 1985), 14쪽.

83) 송덕수, 앞의 책, 1362쪽.

임차인이 대항력을 취득한 후에 임대주택이 경락되어 매수인이 일단 임차보증금반환채무를 부담하게 된 이상, 그 후 임차인이 주민등록을 다른 곳으로 옮겼더라도 매수인의 임차보증금반환채무가 소멸하는 것은 아니므로 임차인은 여전히 매수인에 대하여 임차보증금의 반환을 청구할 수 있다.⁸⁴⁾ 그리고 저당권 설정과 관련하여 임차인이 대항요건을 구비한 후에 저당권이 설정되고, 그 후에 임대차기간이 만료하더라도 임대차를 갱신하면 임대차의 동일성이 유지되기 때문에 대항력도 여전히 존속한다. 다만, 임대차를 갱신하면서 보증금을 증액한 경우에는 저당권 설정 전의 보증금액의 한도에서 매수인에게 대항할 수 있을 뿐, 저당권 설정 후에 증액된 부분에 대하여는 대항력이 생기지 않는다.

한편 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하므로⁸⁵⁾ 임차인은 종전 임대인에게는 임차보증금반환청구를 할 수 없는 것인가라는 문제가 있다.

판례⁸⁶⁾는 이를 부정하지만, 계속적 채권관계로서의 임대차계약의 성질, 주택임대차보호법의 입법취지 및 임차인의 보호의 견지에서 종전 임대인에 대하여도 임차보증금의 반환청구를 인정하여야 한다고 본다.

즉 주택임대차보호법 제3조 제2항은 명문으로 신소유자가 임대차를 승계한다고 하고 있을 뿐 임대인이 그와 관련하여 어떠한 지위에 있는가에 대한 규정이 없다. 위 조문에서 말하는 ‘제3자에게 효력이 있다’ 함은 신소유자 등이 임차권을 승계하여 임대차가 지속되므로 임대인이 기존의 임대차관계를 벗어난다고 한다. 그러나 임대차관계로부터 이탈한 구 소유자에게 어떠한 책임을 부여할 것인지는 결과적으로 정책적 문제

84) 대법원 1993. 12. 7. 선고, 93다36615 판결.

85) 川井健, 債權總論(有斐閣, 2009), 281쪽; 清水元, 債權總論(成文堂, 2010), 279쪽; 內田 貴, 債權總論・擔保物權(東京大學出版會, 2011), 244쪽; 近江幸治, 債權總論第3版(成文堂, 2010), 301쪽은 계약상의 지위의 이전의 효과는 개개의 채권채무만이 아니라 계약관계 총체가 승계인에게 이전하므로 계약에서 발생한 형성권인 취소권, 해제권도 양수인에게 귀속한다고 한다.

86) 대법원 1987. 3. 10. 선고, 86다카1114 판결; 대법원 1996. 2. 27. 선고, 95다35616 판결.

라고 생각한다. 아울러 기존의 임대인도 임차인의 의사를 무시하고 임대인의 지위를 이전시켰으므로 어떤 방식으로든 책임이 나누어지는 것이 타당하다 할 것이다.⁸⁷⁾ 임대차에서 양수인은 전 임대인의 지위를 승계하는데 불과한 것으로 보는 것이 법리상 타당하며, 임차인의 지위 보호라는 측면에서 임대인 또는 그 임대차 승계로 인한 양수인의 의무불이행에 대해 연대보증인 성립하도록 함이 옳다.⁸⁸⁾ 또한 임대차 존속 중에 임대인이 임의로 양수인을 정하여 그 목적물의 소유권을 양도하고 임대차관계로부터 이탈하였다면, 양도인은 추후의 임차인의 권리행사에 대하여 아무 지장이 없으리라는 것을 담보하였다고 볼 수 있고, 따라서 임대인은 목적물 양도 후 상당 기간 동안 양수인과 같이 책임을 지지 않으면 안 된다.⁸⁹⁾

따라서 보증금반환채무에 있어서만큼은 목적물의 교환가치뿐만 아니라 임대인의 자력 등 특수한 사정이 고려된 것이므로, 임대인을 완전히 면책시키는 것은 임차인에게 지나치게 불리할 수 있다는 판단에서 신의칙상 임대인은 양수인의 보증금반환채무에 대한 보증인적 지위에서 벗어나는 것으로 해석하는 것도 고려해 볼 수 있다고 본다.⁹⁰⁾

3.3 존속기간의 승계

존속기간도 등기 여부와 관계없이 양수인과의 사이에 그대로 승계되므로 본래의 약정기간 중 매수인이 소유권을 취득한 때의 잔존기간 동안 임대차가 존속하게 된다. 종래의 임대차가 기간의 정함이 없는 임대차인 경우에는 매수인과의 사이에서도 기간의 정함이 없는 임대차로 된다.

87) 이준현, “임대인에 의한 임차목적물의 양도와 임대차관계에 대한 영향”, 비교사법 제11권 2호(한국비교사법학회, 2004), 199쪽.

88) 박종두, 앞의 논문, 341쪽; 오시영, 앞의 논문, 159쪽.

89) 이준현, 앞의 논문, 200쪽.

90) 사동천, 앞의 논문, 84쪽.

3.4 양도, 전대 특약의 승계

구소유자와 임차인 사이에 임차인이 자유롭게 임차권을 양도하거나 전대할 수 있다는 특약을 한 경우, 그러한 특약도 매수인에게 그대로 승계된다. 따라서 임차주택이 경매된 경우에 임차인은 매수인의 동의 없이도 임차권을 양도하거나 전대할 수 있다. 이 경우 임차권의 양수인이나 전차인은 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건을 구비하지 않아도 매수인에 대하여 자기의 임차권 또는 전차권을 주장할 수 있으나, 매수인으로부터 다시 주택을 전득하는 제3자에 대하여 대항하기 위해서는 대항요건을 갖추어야 한다.⁹¹⁾

3.5 필요비상환청구권 등의 승계

필요비상환청구권(민법 제626조 제1항)은 필요비의 지출 시에 곧바로 생기는 권리이므로 주택의 경매 전에 이미 발생되어 있는 필요비상환청구권을 매수인에 대하여 행사할 수 있는지에 관하여는 의문이 있으나,⁹²⁾ 필요비는 임차주택의 보존을 위하여 지출한 비용이므로 매수인에게 상환의무가 승계된다고 보아도 무방할 것이다. 유익비상환청구권(민법 제626조 제2항)이나 부속물매수청구권(민법 제646조)은 임대차의 종료 시에 발생하는 권리이므로 매수인에 대하여 행사할 수 있다.

4. 대항요건과 관련한 중간임차인에 관한 문제

1순위 저당권과 2순위 저당권 사이에 임차인이 주택임대차보호법상의 대항요건을 구비한 경우에 당해 주택이 경락되면 매수인의 지위는

91) 하경일, 실무경매와 임대차보호법(가인, 1987), 351쪽.

92) 박해식, 앞의 책, 191쪽.

1순위 저당권을 기준으로 하여 정해지므로 임차권은 소멸하게 되고, 이때 매각대금을 1순위 저당권자에게 배당하고 난 잔액을 임차인에게 배당할 것이냐 아니면 2순위 저당권자에게 배당할 것이냐 하는 중간임차인에 관한 문제가 제기된다.

그런데 임차권에 대항력이 있다는 의미는 임대인인 소유자가 바뀌더라도 임차인이 신소유자에 대하여 종전 임대차의 효력을 주장할 수 있다는 데 불과하지 경매절차에서의 우선변제권까지 인정된다는 것은 아니기 때문에, 결국 2번 근저당권자는 임차권자보다 열후의 지위에 있으면서도 1번 근저당권자가 배당받고 남은 매각대금으로부터 임차권자보다 우선변제를 받게 된다. 이러한 결과가 불합리하다하여 위의 경우는 1번 저당권이 소멸하지 않고 따라서 임차권도 소멸하지 않는다는 견해,⁹³⁾ 혹은 임차권이 소멸하더라도 2번 저당권자에 앞서 임차인이 우선변제 받는다는 견해⁹⁴⁾ 등이 주장되기도 한다.

그러나 1번 저당권이 소멸하지 않는다고 보는 것은 민사집행법 제91조 제2항에 정면으로 반하고, 대항요건을 구비한 임차인이 주택임대차보호법 제3조의2에 의하여 2순위 저당권자의 등기보다 먼저 확정일자까지 갖추었거나, 임차권등기를 하였거나, 제8조의 소액임차인에 해당하는 등 우선변제의 요건을 구비하지 아니한 이상 그에게 우선 변제권을 주는 것은 법의 해석을 벗어나기 때문에 찬성할 수 없다. 요컨대, 2순위 저당권자에게 배당하여야 한다.⁹⁵⁾

93) 김상수, “강제집행법상의 몇 가지 문제점”, 저스티스 제30권 제2호(한국법학원, 1997. 6), 182쪽.

94) 고용철, 앞의 논문, 392쪽; 김은집, “주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항력의 내용”, 형평과 정의 제4집(대구지방변호사회, 1989), 70쪽.

95) 조용완, 앞의 논문, 483쪽. 따라서 임차인으로서 제1순위 저당권의 피담보채무가 소액일 경우 이를 대위변제하여 저당권을 소멸시킴으로써 자기가 최선순위로 대항요건을 구비한 자로 되는 방법을 강구하는 것도 스스로의 권리구제로서 고려할 만하다.

V. 결 론

주택임대차보호법은 임대인의 협력이 없더라도 일정한 요건을 갖춘 임차인에게 대항력과 우선변제권 내지 최우선변제권을 인정하여 물권에 준하는 효력을 인정한다. 이러한 임차인의 지위강화의 핵심은 대항력이며, 대항력은 그 자체로서 일정한 효력이 있으며 우선변제권이나 최우선 변제권의 성립요건의 하나로서도 중요한 의의가 있다. 이하에서는 위에서 고찰한 것을 중심으로 주택임차인의 대항력과 관련한 문제점과 개선방안을 제시해 보고자 한다.

첫째, 대항요건으로서의 주민등록(주택임대차보호법 제3조 제1항)에 관하여는 행정편의적인 발상에서 나온 규정이므로 삭제하여야 한다는 의견이 있으나, 임차주택에 대한 거래의 안전과 가장 임차인의 예방을 하는 기능이 있으므로 존속시켜야 한다고 본다. 따라서 주민등록표나 임대차등록부에 보증금을 기재할 것을 전제로, 제3조의2 제1항에 “임대인이 보증금의 반환을 지체한 때에는 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법이 정한 바에 따라 임차주택의 경매를 청구할 수 있다”고 개정하여 임차인에게 경매청구권을 인정하는 것이 필요하다. 그리고 주민등록 전입신고 시에 보증금액을 신고하도록 하여 주민등록표에 기재하는 방법이나, 읍·면·동사무소에 주민등록표 외에 임대차등록부를 별도로 비치하여 보증금을 포함한 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 이를 열람할 수 있게 함으로써 다른 이해관계인들이 손쉽게 그 액수를 확인할 수 있는 방법 등을 모색하여야 한다.

둘째, 대항력의 효력발생 시기를 주택의 인도와 주민등록을 마친 ‘다음날’부터라고 규정한다. 이것은 악의적인 임대인이 ‘다음날’ 조항을 악용하여 주민등록일에 임차주택에 근저당권을 설정하여 임차인을 보호하지 못하는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 ‘다음날’ 조항을 대항요건

이 갖추어진 ‘그때부터’로 개선하는 것이 타당하다.

셋째, 임차권등기명령제도는 보증금을 반환받지 못하여도 이사를 할 수 있을 정도의 경제적 여유가 있는 소수의 임차인만 보호대상이 될 수 있을 뿐 정작 보호를 받아야할 대부분의 임차인에게는 신속한 보증금의 반환이 관건이므로 실효성이 없을 것이다. 따라서 임차권등기명령(주택임대차보호법 제3조의3)의 규정은 법체계만 혼란시키고 실효성이 의문시되기 때문에 삭제하는 것이 바람직하다. 만약 존치시킨다면 최소한 임차권등기명령의 사유가 되는 임대차의 종료를 임대차기간의 만료로 한정하는 것이 타당하다.

이러한 문제들이 개선될 때 주택임차권의 대항력 규정은 임차인보호에서 보다 더 적응력 있고 실효성이 있는 규정으로서의 기능을 수행할 수 있을 것이다.

(투고일 2011년 12월 19일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 대항력, 주택임대차보호법, 주민등록법, 임대인, 임차인, 임차권등기명령

참고문헌

1. 단행본

- 곽용진, 민사특별법, 법률서원, 2008.
- 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2007.
- 민일영, 주택의 경매와 임차인 보호에 관한 실무연구, 경인문화사, 2005.
- 박해식, 주택임대차보호법 해설의 법률지식, 청림출판, 2000.
- 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008.
- 윤경, 부동산경매의 실무(하), 법률정보센터, 1999.
- 윤천희, 개정주택임대차보호법 해설, 문조사, 1985.
- 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007.
- 하경일, 실무경매와 임대차보호법, 가인, 1987.
- 清水 元, 債權總論, 成文堂, 2010.
- 近江幸治, 債權總論, 第3版, 成文堂, 2010.
- 川井 健, 債權總論, 有斐閣, 2009.
- , 債權各論, 補訂版, 有斐閣, 2010.
- 內田 貴, 債權各論 第2版, 東京大學出版會, 2009.
- , 債權總論・擔保物權, 東京大學出版會, 2011.
- 渡辺 晋, 借地借家法の解説, 住宅新報社, 2010.

2. 논문

- 강종래, “주택임대차의 양도·전대와 대항력의 승계”, 대법원판례해설 제9호, 법원도서관, 1989.
- 고상용, “주택임대차 보호법의 제문제”, 판례월보 제147호, 판례월보

- 사, 1982.
- _____, “주택임대차보호법의 문제점과 그 개선방안”, 민사법학 제4,5호 합병호, 한국민사법학회, 1985.
- _____, “주택임대차보호법 개정안의 제문제(하)”, 법률신문, 법률신문사, 1998. 11. 19.
- 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 논문집 제16권, 충남대법률행정연구소, 1988.
- 권영상, “주택임차인의 대항력, 우선변제권”, 창원지방법변호사회지 창간호, 창원지방법변호사회, 1995.
- 김상수, “강제집행법상의 몇 가지 문제점”, 저스티스 제30권 제2호, 한국법학원, 1997.
- 김상용, “주택임대차에 있어서 순위에 의한 우선특권”, 사법행정, 한국사법행정학회, 1993.
- 김성욱, “주택임대차 제도의 개선방향에 관한 연구”, 법학연구 제52권 제2호, 부산대학교법학연구소, 2011.
- 김은집, “주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항력의 내용”, 형평과정의 제4집, 대구지방법변호사회, 1989.
- 김진현, “우리 주택임대차제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 민사법학 제13·14호, 한국민사법학회, 1996.
- 박경량, “주택 임대차보호 제도의 연혁과 개선방안”, 토지법학 제24집 제1호, 한국토지법학회, 2008.
- 박종두, “부동산 임차권의 대항력”, 강남대학교논문집 제25집, 강남대학교출판부, 1994.
- 박해식, “임차권등기명령제도”, 민사법학 제18호, 한국민사법학회, 2000.
- 사동천, “주택임대인의 지위승계와 임차인 보호”, 민사법학 제38집, 한국민사법학회, 2007.

- 소건영, “주택임대차보호법의 대항력 -주민등록을 중심으로-”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009.
- 소재선, “임차권등기명령제도 신설의 과제와 문제점”, 경희법학 제33권 제1호, 경희법학연구소, 1998.
- 오시영, “전세권과 주택임대차의 대항력과 우선변제권 비교”, 민사법학 제44집, 한국민사법학회, 2009.
- 오용호, “부동산경매와 임차권”, 재판자료 제36집, 법원행정처, 1987.
- 윤 경, “경매(입찰)에서의 주택임차권 등기관자의 지위”, 법조, 법조협회, 2000.
- 이범주, “주택임차권의 대항력 -주택임대차보호법의 경우에 한정하여-”, 민사법의 제문제(방순원고회기념논문집), 박영사, 1984.
- 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 사법논집 제19집, 법원행정처, 1988.
- 이은영, “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구”, 법조 제31권 4호, 법조협회, 1982.
- 이은희, “주택임차권의 공시방법으로서의 주민등록”, 민주법학 통권 20호, 민주주의법학연구회, 2001.
- 이준현, “임대인에 의한 임차목적물의 양도와 임대차관계에 대한 영향”, 비교사법 제11권 2호, 한국비교사법학회, 2004.
- _____, “계약인수와 임차권의 양도”, 저스티스 통권 제89호, 한국법학원, 2006.
- 이창석·김봉채, “부동산 경매에 있어서 주택임차인 보호에 관한 연구”, 부동산학보 제29집, 한국부동산학회, 2007.
- 장동훈, “외국인 거주자의 주택임대차 실태 및 개선방안”, 대한부동산학회지 제19집 제1호, 대한부동산학회, 2002.
- 장영희/박은철/최윤경, “주택 임대차에 관한 제도적 개선방안 연구”, 주택연구 제18권 제1호, 한국주택학회, 2000.

- 조용완, “임대차의 대항력”, 재판자료 제32집, 재판자료, 법원행정처, 1986.
- 전장현, “주택임차권의 대항력에 관한 연구”, 법학논총 제28집, 단국대학교 법학연구소, 2004.
- 제철웅, “주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건에 관하여”, 법정논총 제37집, 중앙대학교 법학대학, 2002.
- 최 중, “경매절차에 있어서 임차인”, 사법논집 제18집, 법원행정처, 1987.

[Abstract]

A Study on The House Leaseholder's Opposing Power and Its Improvement

Jong-Kwun Park*

Residence is so necessary to manage value life as a human beings that residential stabilization is the basic matter for all citizens. Regarding Housing Lease Protection Act which was established for the purpose of protecting the right of lease of housing tenants and the stability of their living life and is currently enforced through several revision. This study reviews the theories and precedent cases related to the opposing power system of the housing leasehold interest. This study also tries to investigate the legal interpretation and its revision in the view of legal and systematic sides. The contents of this study is followed.

First, Housing Lease Protection Act Article 3 Paragraph 1(resident registration as counteract requisite) : Even though there were opposing opinions from the beginning of legislation, the act's main roles of providing safety for leased housing trade and preventing the rampancy of fake tenants and the fact that now its roots are firmly stable in the society and is well known to the people are enough to be the reasons of continuing the act. Housing Lease Protection Act 2 of Article 3 Paragraph 1 : There are no problems with the paragraph itself but considering the fact that the preferential payment right of tenants is protected highly above the level of

* Professor, Division of Law, Kyonggi University

real right, it will rather be better to state the amount of deposits in resident registrations or lease registers. Furthermore, it will be even better to change the above paragraph and grant tenants the right to claim for auctions. Second, the occurring period of opposing power system should be the immediate date from the next date of resident registration. Third, Housing Lease Protection Act 3 of Article 3(leasehold right registration order) : The above article about leasehold right registration order should be excluded. It confuses the law system and the effectiveness is doubtful.

Through the revisions mentioned in this study, the regulation in the opposing power system of housing leasehold interest will provide a practical function for protecting a lessee as a household. The revised and complemented regulation will also be adopted to the practical legal activity in housing tenancy protection, especially in lessee's right. This study intends to make an analysis on the major considerations to resolving the problems directly related to protecting the lessee as regards the overall content of the Housing Lease Protection Law for the residential stabilization of the homeless masses.

Key Words : Countervailing Power of the Lease, House Lease Protection Law, The Resident Registration Law, Lessor, Lessee, Leasehold Right Registration Order

