

주택전차인의 대항력 발생시기

-대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다58026,58033 판결-

Period of Generation of House Subtenant's Countervailing Power

서 해 용*
Seo, Hae-Yong

목 차

- | | |
|--------------------|----------------------|
| I. 사안의 개요 및 판결의 요지 | III. 주택전차인의 대항력 발생시기 |
| II. 쟁점의 검토 | IV. 결론 |

주택임대차보호법(이하 주임법이라 한다)이 1981년부터 시행되면서 주택임차인의 주거 안정의 보장과 보증금회수에 많은 기여를 하고 있다. 그러나 아직도 임차인의 대항력 조항인 주임법 제3조 제1항의 임차인의 대항력 발생시기의 익일 조항의 개정에 관한 논란이 계속되고 있다.

본 논문의 사례에 있어서 임차인(전차인)의 대항력 발생시기가 언제인지가 구체적인 쟁점이 된다. 임대인의 동의를 받은 임차인이 전대차계약을 체결하고 임차인은 주임법 제3조 제1항의 대항요건인 주민등록을 퇴거하고 벗어나고 전차인이 주민등록을 이전하고 거주하고 있기 때문에 공매나 경매를 통한 전차인의 대항력 발생시기가 주임법 제3조 제1항의 익일 조항을 적용하여 전차인이 주민등록을 마친 다음날 인지, 임차인의 소유권이전등기와 동시에 대항력이 발생하는지가 논점이 되었다.

판례에서는 전차인의 대항력발생시기를 전차인이 주민등록을 마친 다음날이 아니고 임차인 명의의 소유권이전등기와 동시에 대항력을 취득한다고 판시하고 있다. 또한 임차인의 소유권이전등기와 근저당권설정등기가 같은 날 이루어졌을 지라도 소유권이전등기가 접수번호가 빠르기 때문에 임차인(전차인)은 낙찰인에게 대항할 수 있다고 판시하고 있다.

투고일 : 2016. 8. 31. / 심사외퇴일 : 2016. 9. 20. / 게재확정일 : 2016. 10. 13.

* 건국대학교 행정대학원 법무학과 초빙교수, 법학박사.

Visiting Professor, Konkuk University

이러한 판례의 판단은 수긍하기 어렵다. 공매나 경매에 있어서 민법상의 전대차 규정을 주임법상의 임차인의 대항력의 규정에 그대로 원용한다는 것은 무리가 있다.

주택임차권을 등기한 경우에는 임대인의 동의를 받고 임차인이 전대차계약을 맺은 경우 전대차등기는 기존의 임차권등기에 부기등기를 하기 때문에 경매에 있어서 권리분석함에 있어 제3자가 판단하기에 기존의 임차인의 대항력을 동일성을 유지하면서 전차인이 대항할 수 있다.

그러나 본 논문의 사례는 주임법 제3조 제1항의 임차인의 대항력 조항을 유추해서 적용해야 하기 때문에 임대인의 동의를 얻어 임차인이 전대차계약을 맺은 경우 기존의 임차인은 주민등록을 퇴거하고 벗어나고 전차인의 주민등록이 새로이 전입되기 때문에 경매에 있어서 제3자가 판단하기에는 기존의 임차인의 대항력은 상실되고 전차인의 주민등록만 공시되어 있어서 주임법상의 전차인의 대항력은 기존의 임차인의 대항력을 주장할 수 없다.

따라서 본 논문의 사례에 있어서 판례의 판단은 주택임차권등기와 주임법상의 대항요건과의 차이를 간과한 판단으로 임차인(전차인)의 대항력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판단된다.

또한 대내관계에 있어서는 주택전대차관계 일지라도 판례에서도 나타나 있듯이 소유자 아닌 임차인이 거주하고 있다는 것이 공시되고 있기 때문에 대외관계에 있어서는 임차인으로 공시되고 있다. 여기에 대해서 판례는 임차인이 소유권이전등기를 경로한 즉시 임차인의 대항력을 취득하고, 소유권이전등기의 접수순서가 근저당권의 접수순서보다 우선이기 때문에 경매에 있어서 대항한다는 의미의 논지도 이해하기 어렵다. 이는 전차인은 임차인을 전제로 하지만 주임법상의 대항력 발생시기는 임차인이 소유자로 전환된 경우와는 별개의 문제이며 임대인은 반드시 소유자일 필요는 없다.

등기부상의 권리순위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 선·후에 의해서 정하여 진다. 따라서 접수순서가 먼저이면 권리순위에 있어서도 우선인 것이 원칙이다. 그러나 소유권과 제한물권이 충돌한 경우 접수 순서에 의해서 권리순위가 정해지는 것이 아니고 성질상 제한물권이 우선한다.

따라서 전차인의 대항력 발생시기는 임차인이 소유권이전등기한 때 대항력을 취득한 것이 아니고, 공매나 경매에 있어서 제3자가 판단하기에는 전차인이 주민등록을 이전한 때 대외적으로 임차인으로 공시되고 있어서 주임법 제3조 제1항을 유추 적용하여 임차인(전차인)이 주민등록을 마친 다음날부터 제3자에게 대항하기 때문에 매수인에 대항한다고 판례의 판결요지를 구성했어야 한다.

[주제어] 임차인, 전차인, 전대차, 대항력, 접수번호, 명도소송, 제한물권

I. 사안의 개요 및 판결의 요지

1. 사안의 개요

사실관계에 의하면 임차인(임대차기간 만료 후 분양조건)은 1996년 1월 2일 임대인(동남주택주식회사)¹⁾으로부터 임차한 후 임대인의 동의를 받고 전차인과 이 사건 부동산을 전대차보증금 4,500만원, 임대차 기간은 1996년 1월 2일부터 1996년 10월까지로 정하여 전대차하는 계약을 체결한 후 위 보증금을 임차인에게 지급하고 이 사건 부동산에 입주한 뒤 1996년 1월 12일 전차인이 주민등록 전입신고를 마쳤다. 그 후 위 임대차기간 만료 후에도 당사자 사이에 아무런 이의 없이 전차인이 전 임대차계약과 동일한 조건으로 전대차 되어 오던 중 임차인은 1996년 12월 11일 동남주택산업주식회사로부터 분양받아 1997년 3월 19일 접수 제23453호로 소유권이전등기를 경료하였고, 같은 날 이 부동산에 관하여 접수 제23454호로 한국주택은행에 채권액 690만원의 근저당권을 설정하였고, 이어서 접수 제23455호로 수원상호신용금고에 채권액 1,900만원의 근저당권을 설정하였다. 그 후 수원상호신용금고의 경매신청으로 매수인이 낙찰 받아 낙찰대금을 완납하였다.

이 사안에 대해서 매수인이 전차인에게 대항력이 상실되었음을 이유로 주택명도소송을 제기하자 전차인이 대항력을 주장하여 보증금반환소송으로 반소를 제기한 사건이다.

2. 판결의 요지

상고심인 대법원의 판결²⁾ 요지를 보면

[1] 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택의 인도와 더불어 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것으로서, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 그 주민등록으로 제3자가 임차권의 존재를 인식할 수 있는가에 따라 결정할 것이므로, 주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하

1) 동남주택주식회사는 임대아파트를 지어서 임차인이 일정기간 거주 후 분양하는 회사임.

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

여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다.

[2] 전차인이 임대아파트를 임차인으로부터 아파트를 전차하여 전입신고를 마치고 거주 하던 중, 임차인이 임대아파트를 분양받아 자기 명의로 소유권이전등기를 경료한 후 근저당권을 설정한 사안에서, 비록 임차인이 전차인과 위 전대차계약을 체결한 이후에, 그리고 전차인이 위 전입신고를 한 이후에 위 아파트에 대한 소유권을 취득하였다고 하더라도, 주민등록상 전입신고를 한 날로부터 소유자 아닌 전차인이 거주하는 것으로 나타나 있어서 제3자들이 보기에 전차인의 주민등록이 소유권이 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식할 수 있었으므로 위 주민등록은 전차인이 전입신고를 마친 날로부터 임대차를 공시하는 기능을 수행하고 있었다고 할 것이고, 따라서 전차인은 임차인 명의의 소유권이전등기가 경료되는 즉시 임차권의 대항력을 취득하였다고 본 사례이다.

또한 임차인 명의의 소유권이전등기와 위 제1순위 근저당권설정등기가 같은 날 경료되었으나 그 접수순서에 있어 임차인 명의의 소유권이전등기(제23453호)가 근저당권설정등기(제23454호)보다 앞서므로 전차인은 위 임차권으로써 이 사건 부동산의 낙찰인에게 대항할 수 있다고 판시하고 있다.

II. 쟁점의 검토

1981년 주택임대차보호법(이하 주임법이라 약칭한다)이 제정·시행된 지가 30여년이 지났다. 민법의 특례를 인정해 주임법이 시행되면서 주택임차인의 주거생활의 안정을 보장하고 있지만 아직도 주택임차인의 대항력 발생시기의 익일 조항에 논란이 계속되고 있다.

주임법 제3조 제1항의 임차인의 대항력 익일 조항을 둔 의미는 임차인의 주민등록과 등기부상의 권리가 같은 날 충돌할 경우 이중장부이다 보니 선·후관계를 다룰 수 없어서 익일 조항을 둔 취지이다.³⁾

이러한 임차인의 대항력의 발생 시기에 대해서 당사자의 계약을 통한 소유권 양도의 경우에는 당사자간의 합의를 통해서 이루어지기 때문에 별로 문제가 되지 않는다. 그러

3) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결; 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다26002 판결; 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다46938 판결.

나 공매나 경매를 통한 소유권 이전의 경우에는 임차인의 구체적인 대항력 발생 시기에 따라서 임차인의 대항력 유·무가 나타나기 때문에 주임법 제3조 제1항의 익일 조항이 항상 논란이 되고 있다.

임차권의 양도와 전대에 대해서 민법 제629조에 의하면 ‘임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다’고 규정하고 있다. 따라서 임대인의 동의를 전제로 임차인은 임차권의 양도나 전대를 할 수 있다.

따라서 본 논문의 사례와 같이 임대인의 동의를 받은 임차인이 전대차계약을 맺고 주임법상의 대항요건인 임차인의 주민등록을 퇴거해 나가고, 나중에 전차인이 인도와 주민등록을 마친 경우 전차인의 대항력 발생시기에 관해서 기존의 임차인의 대항력의 동일성을 유지하면서 제3자에 대항할 수 있는가 하는 점이 쟁점이 되고 있다.

이에 대해서 일반 법률행위를 통한 소유권이전인 경우에는 당사자간의 협의를 통해서 해결하기 때문에 문제가 되지 않는다. 그러나 공매나 경매를 통한 소유권이전인 경우에는 전차인의 대항력 발생시기에 언제 발생하는지가 논란이 될 수 있다.

그 동안 주택임차인의 대항력에 관한 논문이나 판례들은 많이 축적되어 오고 있지만, 위의 사례와 같이 공매나 경매를 통한 주택전차인의 대항력의 구체적인 발생 시기에 관한 논문은 아직 미미한 실정이다.⁴⁾ 또한 주임법은 민법상의 특례를 인정한 우리나라에 만 있는 임차인 보호를 위한 특별법이기 때문에 외국에서의 비교법적 논의를 기술하는 데는 한계가 있다.

따라서 기존의 주택임차인의 대항력에 관한 논문과 관련 판례를 참조해서 주택전차인의 대항력 발생시기를 정리하도록 한다.

본 논문의 사례에서 나타난 구체적인 쟁점은, 주택이 경매된 경우 전차인의 대항력의 발생시기에 관한 문제이다. 이에 대해서 구체적으로 전차인이 주민등록을 이전한 때(1996년 1월 12일)인지, 주민등록을 이전한 다음 날(1996년 1월 13일 0시)인지, 임차인이 소유권이전등기를 한 때(1997년 3월 19일)인지, 소유권이전등기를 한 다음 날(1997년 3월 20일 0시)인지의 여부에 대해서 검토하도록 한다.

판례⁵⁾ 이유에도 나와 있듯이 제3자 관계에 있어서 전차인이 임차인으로 전환하기 위해서는 임차인이 소유권이전등기를 한 때 대항력을 취득하는 것이지, 소유권이전등기를 한 다음날 인지에 관해서 검토해볼 필요가 있다. 또한 임차인의 소유권이전등기와

4) 이은희, “주택임차권의 공식방법으로서의 주민등록”, 민주법학 제20호, 민주주의법학연구소, 2004, 참조.

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

같은 날 근저당권설정등기가 설정된 경우 소유권이전등기의 접수번호가 근저당권설정 등기의 접수번호보다 빠르기 때문에 임차인이 대항할 수 있다는 판례의 논지도 검토해 볼 필요가 있다.

이에 대해서 주택임차인이 임대인의 동의를 받고 전차인과 전대차계약을 맺고 그 후 소유권을 양도 받은 경우, 새로운 임대인⁶⁾과 임차인⁷⁾과의 관계에 대해서 경매에 있어서 대외적인 대항력발생시기를 정함에 있어서 위의 판례에서 주장하는 논지에 비판적인 견해를 주장한다. 위의 사례에서 대법원의 판단은 ‘임차인 명의로 소유권이전등기 하기 전에 이미 전차인이 주민등록상 전입신고를 하고 있었기 때문에 제3자들이 보기에 전차인의 주민등록이 소유권이 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식할 수 있었으므로 임차인 명의의 소유권이전등기를 한 즉시 제3자에 대항한다’고 하고 있다. 더불어 ‘임차인 명의의 소유권이전등기의 접수번호가 같은 날 설정된 근저당권등기보다 접수번호가 빠르기 때문에 전차인은 위 임차권으로써 이 사건 부동산의 낙찰인에게 대항할 수 있다고 판시’하고 있다.

여기에 대한 본 논문의 비판적인 견해로, 경매에 있어서 임차인(전차인)의 대항요건으로서의 공시방법과 대항력 발생시기, 경매에 있어서 제3자 입장에서 권리분석의 한계, 부동산등기법상 주택임차권등기를 한 경우와 주임법상의 대항요건과의 차이 등을 구별해서 본 논문의 이론을 구성하도록 한다.

III. 주택전차인의 대항력 발생시기

1. 주택임차인의 대항력

주임법은 민법의 특례를 인정해 주거용 건물에 대한 임대차에 대해서 적용을 한다. 임차인의 주거 안정과 보증금 보호를 위해서 등기가 없는 경우에도 주임법 제3조 제1항의 주택의 인도와 주민등록(전입신고)을 마치면 대항요건을 갖추고 그 다음날부터 제3자에 대항할 수 있다. 또한 대항요건과 더불어 임대차계약증서상의 확정일자를 부여받은 경우에는 민사집행법상의 경매나 국세징수법상의 공매를 할 때 임차주택의 환가대금에

6) 기존의 임차인이 소유권을 양도 받아 임대인의 지위.

7) 기존의 전차인이 임차인으로 전환.

서 후순위 권리자나 그 밖의 채권자로부터 우선변제를 받을 수 있다.

공매나 경매를 할 때 임차인은 대항력의 유·무에 따라서 임차권의 존속여부가 결정된다.

대항력⁸⁾ 있는 임차인은 임차주택이 경매시 권리신고 겸 배당요구를 통해서 해결한다. 대항력 있는 임차인은 선택권을 행사할 수 있는데 확정일자를 부여 받고 있을지라도 배당요구를 하지 않은 경우에는 대항력이 있기 때문에 매수인에게 대항한다. 또한 대항력 있는 임차인일지라도 확정일자를 부여 받지 않은 경우에는 배당순위가 정해지지 않기 때문에 배당요구를 할 수 없다. 대항력과 확정일자를 부여 받아 배당요구를 한 경우 보증금의 완전한 회수가 된 경우에는 임차권은 소멸하지만, 확정일자가 늦은 경우에는 보증금의 완전한 회수가 되지 않을 경우가 있다. 이 경우에 나머지 보증금에 대해서는 보증금의 완전 회수를 위해서 주임법 제3조의5에 의거 대항력을 주장하여 임차권이 소멸하지 않는다.

대항력이 없는 임차인은 임차주택이 경매시 임차권이 소멸한다. 따라서 임차인은 반드시 권리신고 겸 배당요구를 통해서 보증금을 회수할 수밖에 없고 보증금을 전부 회수하지 못할지라도 명도⁹⁾¹⁰⁾의 대상이 되기 때문에 주택을 비워 주어야 한다.

본 논문의 사례에 있어서 임대인과 임차인과의 관계에서 경매를 통한 권리순위는 전대차를 전제로 하지 않을 경우, 임차인의 대항력 발생시기는 주임법 제3조 제1항을 적용하여 임차인이 주민등록을 마친 다음날부터 대항하는 것이 명백하다.

그러나 임대인의 동의를 받고 임차인이 임차권을 전대했기 때문에 전차인의 대항력 발생시기를 주임법 제3조 제1항을 원용해서 적용할 수 있는가 하는 점이 논란이 될 수는 있으나,¹¹⁾ 주임법을 원용하여 전차인의 대항력 발생시기는 위의 4가지 경우 중에서 임차인이 소유자로 전환되는 소유권이전등기와 관계 없이 전차인이 주민등록을 이전한 다음날부터(1996년 1월 13일 0시) 대항하는 것으로 봐야한다. 그러나 판례는 전차인이 이미 주민등록을 이전하고 공시를 하고 있기 때문에 임차인 명의로 소유권이전등기를 경료 한 즉시 임차인의 대항력을 취득(1997년 3월 19일)한다고 본 논지는 법리상의 오해

8) 임차인의 대항력 유·무의 판단기준은 말소기준권리를 기준으로 한다. 말소기준권리가 되는 권리는 (근)저당권, 가등기담보, 가압류, 압류, 경매등기 등이 있다.

9) 명도의 포괄적인 의미는 대항력이 없는 자의 인도명령과 명도소송을 포함한다.

10) 경매는 소멸주의를 원칙으로 하고 인수주의를 취하고 있다. 이 경우 임차인의 대항력이 상실됐기 때문에 인도명령의 대상이 된다.

11) 주임법상 전차인에 관한 규정이 없다.

의 위법이 있음을 지적하고자 한다.

이에 대해서 임대인은 등기명의상 소유자여만 하는가에 대해서는 등기명의자가 아니라도 주택의 실소유자로서 사실상 이를 제3자에게 임대할 권한을 가지고 있는 이상 임차인은 등기명의자에 대하여도 임차권을 주장할 수 있고,¹²⁾ 소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차 받아 주임법 제3조 제1항의 대항요건을 갖춘 임차인은 계약해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항 할 수 있다¹³⁾고 하고 있다.

2. 주택전차인의 대항력

2.1 서설

부동산임차권에 대해서는 약자인 임차인을 보호하기 위해서 각종의 특별법에 의해서 부동산임차권을 물건화하고 있다. 특히 주택임대차에 대해서 임차권을 물건화하는 방법으로는 임차권등기를 할 수 있는데 임대인의 동의를 구해야 하기 때문에 현실적으로 잘 이루어지지 않는다. 따라서 민법의 특례를 인정하여 특별법인 주임법이 제정 시행되면서 임대인의 동의와 관계 없이 임차인이 일정한 요건을 갖추면 임차인에게 대항력을 부여하고 부가적으로 계약서상의 확정일자를 부여받은 경우 우선변제권까지 행사할 수 있도록 제도적인 뒷받침을 하고 있다.

따라서 본 논문의 사례를 분석함에 있어서 전대차계약과 관련된 개별적 사례를 중심으로 주택전차인의 대항력 발생시기를 민법상의 임대차 조항을 그대로 원용할 수 있는지에 대해서, 등기된 주택임차권에 관한 대항력 발생시기와 주임법상의 제3조 제1항을 구비한 임차인의 대항력 발생시기의 차이를 구별해서 주택전차인의 대항력 발생시기의 개별적인 사례를 중심으로 검토·분석하도록 한다.

2.2 전대차계약의 유효성

민법상의 전대차 계약에 있어서 임차인이 임대인의 동의¹⁴⁾를 얻어 전대한 경우에

12) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908,38915 판결. 자세한 사항은 박형준, “매매계약의 해제와 임차인의 대항력”, 판례연구 제21집, 부산판례연구회, 2010, 참조.

13) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다12717 판결.

임대인과 임차인 사이에 종전의 관계가 계속 유지된다. 임차인과 전차인 사이에는 별개의 새로운 임대차관계가 생긴다. 임대인의 동의가 있었다더라도 전대에 의하여 전차인과 임대인 사이에 직접적인 법률관계가 생기지는 않지만, 법은 임대인을 보호하기 위하여 (민법 제630조 제1항) 임대인은 전차인에 대하여 직접 차임을 청구할 수 있다.

또한 전대에 관하여 임대인의 동의가 있는 경우에 임차인의 임차권이 대항력을 갖추었다면 전차인은 제3자에 대하여 기존의 임차인의 대항력을 원용할 수 있다.¹⁵⁾

민법상의 규정을 전제로 이 사례는 주택임대차이기 때문에 주임법을 우선 적용한다. 그러나 주임법상의 전대차 규정에 따른 전차인의 대항력 조항이 없기 때문에 민법을 원용해서 주임법의 임차인의 대항력 조항인 제3조 제1항을 유추 적용할 수 밖에 없다.

주택임차권이 대항력을 갖추기 위해서는 임대인의 동의를 구하고 임차권등기를 하거나 주임법상의 대항요건을 갖추면 된다. 등기된 임차권은 임대인의 동의¹⁶⁾를 구하고 양도나 전대를 할 수 있다. 임차권의 양도나 전대는 등기부상 부기등기를 통해서 등기가 이루어진다. 따라서 등기된 주택임차권을 전대한 경우 부기등기를 하기 때문에 제3자에 대한 대항력은 기존의 임차인의 임차권의 동일성을 유지하면서 그대로 원용해서 유지한다.

그러나 주임법상의 대항요건을 갖춘 주택임차권을 임대인의 동의를 구하고 양도나 전대한 경우에 기존의 주택임차인의 대항력을 그대로 유지하는가에 대해서 의문을 제기할 수밖에 없다.

그러한 이유는 임차권등기와 달리 주임법상의 임차인의 대항력 존속에 관한 문제에서 임차권을 전대차한 경우 기존의 임차인의 주민등록이 퇴거해서 탈퇴하고 새로이 전차인의 주민등록이 이전되기 때문에 제3자에 대한 대항력의 계속적인 존속에 대해서 많은 논란이 있을 수 있다. 그러한 이유는 임차권이 등기되어 있는 경우에는 임차권을 전대한 경우 부기등기를 하기 때문에 동일성을 유지하면서 제3자에게 대항할 수 있지만 임차인의 주민등록이 퇴거되고 새롭게 전차인의 주민등록이 이전된 경우 대외적인 대항력 발생시기는 그 때부터 공시가 되기 때문에 기존의 임차인의 대항력의 동일성을 유지하면서 제3자에게 대항할 수 있는가 하는 것이 문제이다.

그러나 판례¹⁷⁾에서는 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 그곳에

14) 조건주, “임차권의 무단양도·전대시 주택임대차보호법상의 대항력 인정여부”, 민사판례연구 제31집, 박영사, 2009, 17쪽.

15) 지원림, 민법강의 제4판, 홍문사, 2005, 1231쪽.

16) 임대인의 동의는 강행규정이 아니기 때문에 임대인의 동의를 요하지 않는다는 특약은 유효하다.

17) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다101275 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

주민등록을 하지 아니한 경우라 하더라도, 임대인의 승낙을 받아 적법하게 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 이로서 당해 주택이 임대차의 목적이 되어 있다는 사실이 충분히 공시될 수 있으므로 임차인은 주임법상의 대항요건을 적법하게 갖추었다고 볼 수 있기 때문에 전차인의 직접점유와 주민등록으로서 기존의 임차인의 대항력은 유지 존속된다고 판단하고 있다.

또한 그와 같이 해석한다고 해서 이미 원래의 임대차에 의하여 대항력을 갖고 있었던 제3자에게 불측의 손해를 준다거나 형평에 어긋나는 결과가 되는 것도 아니라고 판단하고 있다.¹⁸⁾

이러한 위의 판례¹⁹⁾의 판단에 의거 본 논문의 사례를 적용하게 되면, 임대인 동의를 받고 임차인이 전차인과 전대차계약을 맺고 임차인의 주민등록을 퇴거하고 전차인이 주민등록을 마쳤기 때문에 기존의 임차인의 대항력의 동일성이 유지된다는 의미이다. 이 경우에는 주택임차권등기를 한 경우와 주임법상의 대항력을 갖춘 임차인의 차이를 간과한 판단이라고 생각된다.

설령 앞의 사례에 있어서의 전차인의 대항력 발생시기에 대해서 기존의 임차인의 대항력이 유지 존속된다고 판단할지라도, 본 논문의 사례의 판단은 임차인의 소유권이 전등기가 종료 되는 즉시 임차권의 대항력을 취득하였다고 보고 있기 때문에 위의 사례의 판례²⁰⁾의 판단과는 부합하지 않는다.

이는 위에서 서술했듯이 임차인이 대항력을 갖춘 임차권등기와 주임법의 대항력과의 차이를 간과한 판단이라고 볼 수 있다.

따라서 본 논문의 사례에서는 주택전차인의 대항력 발생시기는 주임법 제3조 제1항을 원용하여 주택전차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날부터²¹⁾ 제3자에 대항한 것으로 판단해야 한다.

또한 위의 판례²²⁾에서 기존의 임차인의 대항력의 동일성을 유지함으로써 제3자에게 불측의 손해를 준다거나 형평에 어긋나지 않는다고 판단한 것도, 주택임차권을 등기한 경우와 주임법상의 대항력을 갖춘 임차인의 차이를 구분하지 못한 판단이라고 볼 수

18) 박종훈, “임차권의 무단양도·전대와 우선변제권”, 판례연구 제20집, 부산판례연구회, 2009. 487쪽.

19) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

20) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결; 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다26002판결; 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다46938 판결.

21) 전차인이 주민등록을 마친 다음날부터 제3자에 대항한다. 구체적으로 1996.1.13, 0시부터 대항한다.

22) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

밖에 없다.

주택임차권등기를 한 경우에 임대인 동의하에 전대차계약을 한 경우 등기부 기재형식은 부기등기를 하기 때문에 경매에 있어서 제3자가 판단하기에 전대차의 부기등기는 기존의 임차권 등기와 동일성을 유지하고 있기 때문에 임대차등기한 때 대항력을 취득하고 있는 것이 등기부상 공시되고 있다.

그러나 주임법상의 대항력을 갖춘 임차인은 임대인의 동의 하에 전대차계약을 맺은 경우 임차인은 주민등록을 퇴거한 상태이고, 공시된 주민등록은 전차인의 주민등록이기 때문에 경매에 있어서 제3자가 인식하기에는 전차인의 주민등록만 대외적으로 공시되고 있기 때문에 판례²³⁾에서 판단하는 기존의 임차인의 대항력이 동일성을 유지하면서 제3자에게 대항한다고 판시한 것은, 제3자 입장에서는 권리분석에 있어서 불측의 손해로 나타나고 형평에 어긋나는 결과가 되기 때문에 문제가 있다.

따라서 위의 판례²⁴⁾는 주택임차권 등기된 경우와 주임법상의 대항력을 갖춘 임차인의 차이를 간과한 임차권의 대항력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판단된다.

2.3 전차인의 직접점유와 임차인의 간접점유

민법상 임차인이 임대인의 동의를 받고 전대차계약을 맺은 경우 전차인이 직접점유하고 임차인은 전차인의 점유를 매개로 하여 간접점유한다. 간접점유한 임차인도 점유매개관계에 의해 점유권이 인정된다. 또한 간접점유한 주택임차인도 주임법상의 대항력이 인정된다. 판례²⁵⁾에서도 주임법 제3조 제1항에 정한 대항요건은 임차인이 당해 주택에 거주하면서 이를 직접 점유하는 경우 뿐만 아니라 타인의 점유를 매개로 하여 이를 간접 점유하는 경우에도 인정된다. 또한 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 그곳에 주민등록을 하지 아니한 경우라 하더라도 임대인의 승낙을 받아 적법하게 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 이로써 당해 주택이 임대차의 목적이 되어 있다는 사실이 충분히 공시될 수 있으므로 임차인은 위 법에 정한 대항요건을 적법하게 갖추었다고 볼 것이다 라고 판시²⁶⁾하고 있다.

23) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

24) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

25) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다55645 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

26) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카2509 판결; 대법원 1994. 6. 24. 선고 94다3155 판결; 대법원 1995. 6. 5. 자 94마2134 결정.

민법상 임차인은 임대인의 동의를 전제로 전대차계약을 점유매개관계로 하는 간접점유자이다. 간접점유자인 임차인도 목적물을 사실상 지배한다. 이러한 간접점유자의 사실상 지배는 관념적인 성격을 띤다. 이러한 간접점유를 인정하는 취지는 본질적으로 간접점유자에게 점유권을 인정하려는데 있다.²⁷⁾

본 논문의 사례에서 직접점유자는 주택전차인이다. 이러한 이론의 전개는 주택임차권 등기가 된 민법상 법률행위에 한한다.

그러나 경매의 경우에는 주택임차인의 대항력 유·무에 관해서는 주임법 제3조 제1항을 적용하여 직접점유의 계속성과 대항력을 유지하고 있어야 하기 때문에 임차인은 전대차계약을 매개로 간접점유하고 있지만 주민등록을 퇴거하고 외관상 임차권자로 공시되어 있지 않기 때문에 제3자에 대항할 수 없다. 따라서 직접점유자 이면서 주민등록을 공시하고 있는 전차인이 대외적으로 임차인으로 공시되어 있기 때문에 직접 전차인이 제3자에 대항할 수 있다.

이러한 이유로 경매에 있어서 임차인의 대항력 발생시기는 내부적으로 전차인이지만 외부적으로는 제3자가 판단하기로 전차인이 임차인으로 공시가 되기 때문에 대항력을 주장할 수 있다.

판례에서는 주임법 제3조 제1항에 의한 대항력을 갖춘 주택임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우, 임차권 양수인 내지 전차인은 기존의 임차인이 주임법 제3조의2 제2항 및 제8조 제1항에 의하여 가지는 우선변제권을 행사 또는 대위할 수 있는지의 여부에 대해서 ‘주민등록이 단절된 것으로 볼 수 없을 정도의 기간 내에 전입신고가 이루어졌다면’ 임차권은 동일성을 유지하면서 ‘우선변제권을 대위 행사할 수 있다’고 판시하고 있다.²⁸⁾

그러나 필자는 위의 판례에 동의 할 수 없다. ‘주민등록이 단절된 것으로 볼 수 없을 정도의 기간 내에 전입신고가 이루어졌다면’의 의미를 해석함에 있어서 주민등록법상의 14일 이내에 전입신고가 이루어지면 기존의 임차인의 동일성을 유지하면서 전차인이 대항력을 유지한다고 판시한 판례는 법리를 오해한 위법이 있다.²⁹⁾ 주민등록법상의 전입신고 기간 14일 이내는 행정편의상의 단속규정이기 때문에 14일이 경과할지라도 전입신고를 거부하지 못한다. 또한 경매에 있어서 임차인의 대항력취득시기가 대단히 중요

27) 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006, 342쪽.

28) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결.

29) 반대해석하면 전입신고기간 14일이 경과 되서 전입신고하면 대항력이 상실된다고 봐야 한다. 윤철희, “주택임차권의 양도전대시의 대항력존속요건에 관한 문제”, 판례월보 제224권, 판례월보사, 1989, 42쪽.

한데 14일 이내에 전입신고만 하면 기존 임차인의 대항력을 유지한다고 판단하면서 원래의 임대차의 동일성을 유지하면서 대항력을 유지한다고 보는 것은 경매의 경우 권리분석을 함에 있어서 제3자가 판단하기에 불측의 손해를 유발할 수밖에 없다.³⁰⁾

경매에 있어서 제3자의 권리분석의 예를 들면, 주택임차권이 등기된 경우에는 임대인의 동의를 구하고 전대차계약을 맺은 경우에는 임차권등기를 부기등기로 하기 때문에 제3자가 판단하기에 권리분석상 기존의 임차권이 동일성을 유지하고 있기 때문에 임차인이 대항할 수 있다고 판단한다.

그러나 주택전차인은 주임법을 적용해야 하기 때문에 주임법상의 대항력 조항인 제3조 제1항의 조항은 전대차계약을 맺고 기존의 임차인은 주민등록을 퇴거하고 새로이 전차인이 주민등록을 이전하기 때문에 경매에 있어서는 기존의 임차인의 주민등록은 공시되지 않고, 전차인의 주민등록만 공시되기 때문에 권리분석에 있어서는 전차인의 주민등록을 기준으로 판단할 수 밖에 없다.

따라서 임대인의 동의를 구한 전대차계약에 있어서 임차인의 간접점유에 기한 전차인의 직접점유의 시기는 기존 임차인의 대항력의 동일성을 유지한 경우는 부기등기가 가능한 주택임차권등기에 해당한다. 그러나 이 논문의 사례에 있어서의 전차인의 대항력 발생시기는 주임법 제3조 제1항을 적용해야 하기 때문에 전차인이 주민등록을 이전한 다음날부터 대항한다고 봐야 된다.

2.4 전차인의 임차인으로의 전환

민법상 임대인의 동의를 받은 전대차계약은 임차인(전대인)과 전차인과의 전대차계약의 내용에 따라 결정된다. 또한 임대인과 전차인 사이에는 직접 임대차관계가 성립하는 것은 아니다. 그러나 전차인은 임대인에 대하여 직접 의무를 부담하나 권리를 갖지 않는다.³¹⁾ 임차인이 목적물의 소유권을 취득하면 소유권이전등기와 동시에 전차인은 임차인으로 전환한다.

주임법상의 대항력을 갖춘 임차인이 임대인의 동의를 얻어 전대차계약을 맺은 경우

30) 주택이 경매된 경우 주민등록 입찰에 참가하려는 자는 주민등록 열람을 통해서 세입자의 대항력 유무를 판단하는데 위의 사례의 경우 전차인의 주민등록만 공시되어 있기 때문에 그것을 기준으로 입찰에 참가하게 된다. 전차인의 대항력이 상실된다고 판단하고 입찰에 참가했는데 기존의 임차인의 대항력을 유지하고 있다고 볼 경우에는 매수인에게 불측의 손해로 나타날 수밖에 없다.

31) 박윤직, 채권각론 민법강의Ⅳ, 박영사, 1996, 371쪽.

기존의 임차인의 주민등록은 퇴거하고 새로이 전차인의 주민등록을 마친 다음날부터 대항한다.

앞의 사례처럼 임차인이 나중에 주택의 소유권을 취득한 경우는 임차인 명의의 소유권이전등기를 한 때 전차인은 임차인으로 전환한다.

그러나 전차인의 임차인으로의 전환은 민법상의 전환이거나, 임차권등기를 한 경우를 의미하는 것이지, 주택경매에 있어서의 제3자에 대한 대항력을 주장하기 위한 전환이라고 볼 수 없다.

본 논문의 사례에서 판례는 임차인인 명의로 소유권이전등기가 경로 되는 즉시 전차인이 임차인으로 전환되어 대항력을 취득하였다고 판시하고 있지만, 이는 동의하기 어렵다.

전차인은 임차인이 소유권을 취득하기 전에는 대외적으로 대항력 있는 임차인이 되지 않기 때문에 임차인이 소유권을 취득해야 그 때 비로소 임차인이 된다는 논리이다.³²⁾ 이는 위에서 서술했듯이 민법상 법률행위인 경우에는 해당이 되겠지만, 경매인 경우에는 주택전차인은 임차인의 소유권 취득 유·무와 관계 없이 제3자 관계에 있어서는 임차인으로 공시되어 있어 내부적으로는 전차인이지만 대외적으로는 임차인으로 간주된다.

따라서 전차인은 주민등록을 이전한 다음날부터 제3자에 대항하는 것이지 임차인이 소유권등기를 한때 대항하는 것은 아니다.

판례³³⁾에서는 주임법이 적용되는 임대차로서 반드시 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우에 한정할 수는 없고, 나아가 주택의 소유자는 아니지만 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인과 사이에 임대차계약이 체결된 경우도 포함한다고 보고 있다.

예를 들면, 본 논문의 사례의 임대회사가 부도가 나서 경매가 될 경우를 보게 되면, 이해관계된 권리들이 권리신고와 배당요구를 함에 있어서 기존의 임차인은 주민등록이 퇴거되어 있기 때문에 경매에 있어서 이해관계인이 아니다. 공시된 이해관계인은 전차인이다. 따라서 전차인이 주민등록을 마친 다음날부터 대항하기 때문에 그것을 기준으로 직접 권리신고와 배당요구를 하게 된다.

또 다른 예를 들면, 다가구 주택의 다수의 임차인 중에 임대인의 동의를 받은 임차인이 전대차계약을 맺고 전차인이 주민등록을 이전하고 거주하고 있을 때, 다른 임차인이 보증금회수를 위해 경매신청을 하게 되면, 전차인은 임대인의 동의를 받았기 때문에

32) 이은희, 앞의 논문, 226쪽.

33) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결.

판례³⁴⁾의 판결요지와 같이 동일성을 유지하면서 기존 임차인의 대항력을 주장할 수 있는가를 생각해볼 필요가 있다. 이 경우 전차인이 기존의 임차인과 동일성을 유지하면서 대항력을 취득할 수 있는 방법은 임차권등기가 되어 있는 경우, 임대인의 동의를 받고 전대차등기를 하는 경우에 해당하는 것이다. 그러나 주택임차권전대차 등기를 하지 않은 전차인은 주임법을 적용해야 하기 때문에 주임법상의 대항력 취득시기는 제3조 제1항을 적용하여 전차인이 주민등록을 이전한 다음날부터 대항한다. 그렇지 않으면 다가구주택에 있어서 다른 세입자간의 권리순위를 정함에 있어서 혼란이 올 수 밖에 없다.³⁵⁾

이러한 점들을 볼 때 본 논문의 사례에서 임차인의 소유권 유·무 관계 없이, 소유권이 전등기와 관계 없이 전차인은 대외적으로 임차인으로 공시되어 있기 때문에 전차인이 주민등록을 이전한 다음날부터 제3자에 대항한다고 봐야 한다.

2.5 등기부상 권리순위

부동산을 대상으로 한 권리인 등기부상 권리의 순위는 법률에 특별한 규정이 없으면 원칙적으로 등기의 전·후에 의하여 정해진다. 등구에 있어서는 순위번호에 의하고 별구에 있어서는 접수번호에 의한다. 등기부상 권리는 갑구는 소유권에 관한 사항을 기록하고 을구는 소유권 이외의 권리를 기록하도록 하고 있기 때문에 등기부상 권리의 충돌이 갑·을구에 설정되어 있는 경우 궁극적으로 접수번호에 의하여 정하여진다.

그러나 본 논문의 사례의 판결 이유를 보면 소유권이전등기와 근저당권설정등기가 같은 날 이루어졌지만, 소유권이전등기의 접수번호(제23453호)가 근저당권설정등기 접수번호(제23454호)보다 빠르기 때문에 소유권이전등기가 앞서므로 대항력이 먼저이기 때문에 임차권으로써 이 사건 부동산의 낙찰인에게 대항할 수 있다는 이유는 수증하기 어렵다. 등기부상 권리의 순위는 궁극적으로 접수번호에 의하여 정하여지지만 소유권이 나, 지상권, 전세권 등 저당권의 목적이 된 권리는 저당권을 설정하기 위해서는 먼저 저당권의 객체인 권리를 등기를 하고 저당권을 설정하기 때문에 접수번호가 당연히 빠를 수 밖에 없다.³⁶⁾ 이 경우 소유권이전등기의 접수번호가 근저당권설정등기보다 접수번호가 빠르기 때문에 임차인은 근저당권자에게 대항할 수 있다는 논리는 법리를

34) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다101275 판결.

35) 다가구 경매에 있어서 임차인간의 권리순위를 정함에 있어서 임차인, 전차인 유·무를 판단하지 않고 주민등록을 마친 다음 날부터 대항한다.

36) 등기의 신청은 각각의 권리마다 접수번호를 부여하기 때문에 접수번호가 다를 수 밖에 없다.

오해한 위법이 있고, 사안을 전혀 달리 판단한 것으로 생각된다. 또한 소유권과 제한물권 사이에는 제한물권의 성질상 제한물권이 언제나 소유권에 우선한다.³⁷⁾

판례상의 임차인의 소유권이전등기가 근저당권설정등기보다 접수순서가 빠르기 때문에 전차인이 소유권이전등기와 동시에 임차인으로 전환하여 대항력을 취득하고 접수번호가 빠르기 때문에 매수인에 대항한다는 논지는 법리에 관한 오해가 있어 여기 사례에서는 적용할 수 없다.³⁸⁾

따라서 본 논문의 사례에서 전차인의 대항력 발생시기는 임차인의 소유권이전등기와 관계 없이 주임법 제3조 제1항을 적용해서 전차인이 주민등록을 이전한 다음날부터 대항한다고 봐야 한다.

2.6 공시수단으로서의 주민등록

주택임차인의 공시방법은 거래의 안전을 위해서 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 주민등록이라는 공시방법을 도입했는데 이러한 주민등록이 대항력의 요건을 충족할 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도가 되어야 한다고 본다.³⁹⁾ 이러한 공시방법이 되기 위해서는 3가지 기준을 충족하여야 한다.⁴⁰⁾ 첫째, 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차 건물에 임차인의 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지 인식할 수 있어야 한다.⁴¹⁾ 둘째, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도가 되어야 한다. 셋째, 주민등록이 적법하여야 한다. 이에 대해서는 판례의 입장과 같이 한다.

37) 박윤직/김재형, 민법총칙 제8판, 박영사, 2012, 72쪽.

38) 근저당권을 설정하기 위해서는 근저당권의 대상이 되는 소유권이나 재산권의 등기를 한 후 근저당권을 설정하기 때문에 접수번호는 당연히 소유권이전등기가 빠르다. 이 경우 접수번호로 권리의 선·후를 정하는 것이 아니고 성질상 근저당권이 소유권에 우선한다.

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

40) 이은희, 앞의 논문, 227쪽.

41) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1573 판결; 대법원 1989. 6. 27. 선고 89다카3370 판결.

3. 주택임차권의 양도와 전대

민법 제629조에 의하면 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다. 그러나 임대인의 동의를 얻고 임차권을 양도하거나 전대할 수 있다. 임차권을 양도한 경우에는 임차인은 계약관계에서 벗어나고 임대인과 양수인 사이에서 임대차관계가 계속된다. 따라서 양수인이 임대인에 대하여 차임지급의무를 부담하게 된다. 그러나 연체차임채무나 기타 의무위반으로 인한 손해배상채무 등은 특약이 없는 한 양수인에게 이전되지 않는다.⁴²⁾ 그러나 임차권 전대는 임차인은 임대인과 임차인간의 기존의 임대차계약관계를 유지하면서 임차물을 전차인에게 사용·수익하게 하는 계약이다.⁴³⁾

임대인의 동의가 있는 임차권양도는 임차인은 계약관계에서 벗어나고 임대인과 양수인 사이에 임대차관계가 계속되며 보증금반환관계도 마찬가지이다. 그러나 양도인의 연체차임채무 또는 손해배상채무는 이전되지 않는다. 그리고 종전의 임차인의 채무를 보증한 자의 책임은 소멸한다.⁴⁴⁾

임대인의 동의가 있는 임차권전대는 임대인과 임차인 사이에 종전의 관계가 계속 유지되고, 임차인과 전차인 사이에 별개의 새로운 임대차관계가 생긴다. 즉 전차인은 임차인에 대하여 목적물을 사용·수익하게 해 줄 것을 청구할 수 있고, 임차인은 전차인에 대하여 차임청구권을 가진다. 임대인의 동의가 있더라도 전대에 의하여 전차인과 임대인 사이에 직접적인 법률관계가 생기지 않지만, 법은 임대인을 보호하기 위하여 전차인은 임대인에 대하여 직접 의무를 진다. 임차권전대인 경우 임대인의 동의가 있는 경우에 임차인의 임차권이 대항력을 갖추었다면 전차인은 제3자에 대하여 임차인의 대항력을 원용할 수 있다.⁴⁵⁾

서술한 민법상의 규정을 그대로 원용해서 주택임차권의 양도와 전대에 대해서도 그대로 적용할 수 있는가를 일반 법률행위인 소유권양도와 다른 공매나 경매에 있어서 주택임차권등기를 한 경우와 주임법상의 제3조 제1항 대항력조항의 2가지로 구분해서 판단한다.

임차권이 부동산인 경우 주택이나 다른 부동산을 임차권등기를 하기 위해서는 임대인의 동의를 요한다. 임차권등기한 부동산이나 주택임차권을 등기한 경우에는 위의 민법

42) 양형우, 민법의 세계 제8판, 피앤씨미디어, 2016, 1422쪽.

43) 민선찬, “임차권양도·전대와 임차인지위의 개선방향”, 가천법학 제6권 제3호, 가천대학교법학연구소, 2013, 368쪽.

44) 지원림, 앞의 책, 1229쪽.

45) 지원림, 위의 책, 1231쪽.

이론을 그대로 적용할 수 있다. 즉 등기된 주택임차권은 제3자에 대한 대항력을 갖추고 있기 때문에 임차권의 양도나 전대를 한 경우 제3자에 대해서 임차인의 대항력을 원용할 수 있다. 즉 임대인의 동의를 얻어 주택임차권을 양도나 전대한 경우 등기부 기록 방식은 부기등기형식으로 기재하기 때문에 위의 민법이론을 그대로 적용할 수 있다.

그러나 주택임차권등기가 임대인의 동의를 구해야 하는 현실적인 사정상 등기가 이루어지지 않기 때문에, 주임법상의 제3조 제1항을 두어서 주택임차인의 대항력을 보장하고 있다.

주택임차권등기와 주임법상의 대항력을 갖춘 임차권의 차이가 여기에서 나타난다.

주임법상의 임차인의 대항력은 제3조 제1항에 주택의 인도와 주민등록이다. 그 대항력은 같은 날 등기부상의 권리의 충돌을 막기 위해서 익일부터 제3자에 대항한다고 규정하고 있다. 이 경우 임차인이 임대인의 동의를 구하고 주택임차권을 양도하거나 전대한 경우 주민등록상에 있어서 기록하는 방식이 등기부와 같이 임차권 양도나 전대의 경우 부기등기하는 형식을 취할 수가 없다.⁴⁶⁾

따라서 주임법상의 임차권을 양도한 경우 기존의 임차인의 주민등록은 퇴거되고 새로운 양수인(임차인)의 주민등록을 이전하기 때문에 양수인의 주민등록을 이전한 다음날부터 제3자에 대항한다.

또한 이 논문의 사례인 임대인의 동의를 받은 임차인의 전대차계약에 따른 전차인의 주민등록은 공시방법으로는 임차인의 주민등록은 퇴거하여 벗어나고 새롭게 전차인의 주민등록을 이전하게 된다. 따라서 내부적으로는 민법상의 전대차계약관계가 유지되지만 경매에 있어서의 제3자 관계에 대해서는 임차인은 주민등록이 퇴거되어 벗어났기 때문에 대항할 수 없고, 새롭게 공시되어 있는 전차인의 주민등록으로 대항할 수 밖에 없다.

따라서 주택임차인이 임대인의 동의를 받고 전대차계약을 맺은 경우, 주택전차인이 기존의 임차인의 대항력을 동일성을 갖고 유지하기 위해서는 주택전대차등기하는 방식을 취할 수 밖에 없다. 그러나 본 논문의 사례에서는 주임법 제3조 제1항을 적용하여 경매에 있어서 전차인이 대항력 발생시키는 기존의 임차인은 퇴거하여 벗어났기 때문에 새롭게 전차인이 주민등록을 마친 때로부터 대외적으로 공시되기 때문에 전차인의 대항력 발생시키는 주임법 제3조 제1항을 적용하여 전차인이 주민등록을 마친 다음날부터 대항한다고 봐야 한다.

46) 주민등록도 등기부와 같이 부기하는 형식을 취할 수 있으면 기존의 임차인의 대항력과 동일성을 유지하면서 전차인이 대항할 수 있으나 그런 방식이 없기 때문에 한계이다.

4. 점유개정과의 차이

주택소유자가 소유권을 양도한 후 양수인과 합의하에 임차인으로 전환하는 점유개정 계약을 맺은 경우 주택 소유자가 주택을 임차하여 임차인으로 계속 직접점유하고 양수인이 양도인으로 간접점유하는 법률관계이다.⁴⁷⁾

이 경우 주택소유자가 소유권이전등기를 마치고 주민등록신고까지 마친 다음 거주하다가 양수인에게 매도함과 동시에 이를 다시 임차하여 계속 거주하기로 약정하고 양수인(임대인)과 임대차계약을 체결하고 양수인 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우, 임차인의 대항력 발생시기에 대해서 판례⁴⁸⁾에서는 양수인 명의로 소유권이전등기가 경료되기 전에는 임차인의 주민등록이 주택에 관하여 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유하는 것을 인식하기 어려웠다고 할 것이므로, 주임법의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고 양수인 명의의 소유권이전등기가 경료된 날에야 비로소 양수인과 임차인 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 되기 때문에 주임법 제3조 제1항에 의하여 유효한 공시방법을 갖춘 다음날인 양수인 명의의 소유권이전등기 일 익일부터 임차인으로서의 대항력을 갖는다고 판시한다.

본 논문의 사례에 있어서 원고(매수인)가 주장하는 점유개정에 따른 소유권 양도와 임차인으로의 전환 사례를 상고 이유로 주장한 것에 대해서는 이 사례와는 사안이 다르다는 판례⁴⁹⁾의 판단을 존중한다. 그러나 점유개정에 따른 소유권양도와 임차인으로 전환의 사례도 주임법 제3조 제1항의 대항력의 익일 조항을 임대인이 악용하는 대표적인 사례로서 앞으로 주임법 제3조 제1항의 개정⁵⁰⁾이 절대적으로 필요하다.

5. 소결

본 논문의 사례를 통해서 주택전차인이 대항력을 취득하는 시기를 사안별로 나누어서 살펴 본 바, 판례⁵¹⁾에서 주장하는 논지인 임차인이 소유권이전등기가 경료되는 즉시

47) 박윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2008, 120쪽.

48) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결.

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

50) 이은희, 앞의 논문, 232쪽; 윤천희, “주택임차권의 대항력의 득실에 관한 문제(상)”, 판례월보 제200권, 판례월보사, 1987, 53쪽; 조은래, “현행주택임대차보호법상의 문제점과 해설-대법원판례 중심으로-”, 비교법학 제12집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2001, 221쪽; 서해용, “주택임대차보호법상의 임차인의 대항력 발생시기-익일조항 폐지를 중심으로-”, 법학연구 제60집, 한국법학회, 2015, 128쪽.

전차인이 임차인으로 전환되서 대외적으로 대항력을 취득한다는 논지는 주택임차권을 등기한 경우와 주임법 제3조 제1항의 대항요건인 인도와 주민등록이전을 구별해서 주택임차권의 대항력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 것을 살펴 보았다.

위의 개별적인 사례를 통해서 공매나 경매에 있어서는 주택임차권을 등기한 경우에는 민법상의 임대차와 전대차 규정을 원용할 수 있지만, 주임법상의 임대차인 경우에는 임대차와 전대차에 있어서 민법상의 규정을 원용할 수 없다는 점을 살펴 보았다.

정리하면, 주택임차권을 등기한 경우 임대인의 동의를 전제로 임차권의 양도나 전대는 부기등기로 기록되기 때문에 기존 임차권의 동일성을 유지하면서 양도인 경우 양수인(임차인)이 승계할 수 있고 전대인 경우 기존의 임차인의 동일성을 유지하면서 전차인이 임차인의 대항력을 주장할 수 있다.

그러나 주임법상 임차권을 전대한 경우에 기존의 임차인의 주민등록이 퇴거되기 때문에 기존의 임차권의 동일성을 유지할 수 없고 전차인은 주민등록을 이전한 다음 날부터 제3자에 대항한다.⁵²⁾

또한 본 논문의 사례에서 전차인이 임차인으로 전환되는 시기를 판례에서는 임차인이 소유권이전등기의 경료와 동시에 임차인으로서의 대항력을 취득한다고 본 사례는, 임차인이 소유권취득 유·무 관계 없이 내부적으로는 임차인과 전차인 관계인 전대차계약 관계이지만 전차인은 경매에 있어서 제3자에 대해서는 임차인으로 공시되어 있기 때문에 기존의 임차인의 대항력과 동일성은 단절되고 전차인이 주민등록을 이전한 다음날부터 제3자에 대항한다고 본다.

IV. 결론

주임법이 제정된 이래 임차인의 주거 안정의 보장과 보증금 회수를 위한 제도적인 뒷받침이 되고 있지만 아직도 주임법의 근간인 임차인의 대항력 발생시기에 관한 논란이 계속되고 있다.

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

52) 등기부상의 권리는 부기등기를 함으로 해서 기존의 권리의 동일성을 유지하고 대항할 수 있지만, 주민등록장 부는 부기하는 방식이 없기 때문에 그러한 내용이 공시되지 않아 기존의 권리의 동일성을 제3자에게 주장할 수 없다.

주임법 제3조 제1항의 임차인의 대항요건인 인도와 주민등록(전입신고)과 대항력 발생시기인 익일조항의 적용에 있어서 판례⁵³⁾에서는 ‘... 인도와 주민등록이 간이한 공시 방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란한데다가, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경료하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다 등기를 경료한 권리자를 우선시키고자 하는 취지이다.’ 고 판시하고 있다.

본 논문의 사례인 주택전차인의 대항력 발생시기에 대해서는 주임법상의 전차인에 관한 대항력 규정이 없기 때문에 민법상의 전대차 이론과 주임법상의 제3조 제1항을 원용해서 이론을 전개했다.

이 논문의 사례에 있어서 전차인의 대항력 발생시기에 언제인지가 구체적인 쟁점이 된다. 임대인의 동의를 받은 임차인이 전대차계약을 체결하고 임차인은 주임법 제3조 제1항의 대항요건인 주민등록을 퇴거하여 벗어나고 대신 전차인이 대신 주민등록을 이전하고 거주하고 있기 때문에 공매나 경매를 통한 전차인의 대항력 발생시기에 주임법 제3조 제1항의 익일 조항을 적용하여 전차인이 주민등록을 마친 당일 날 대항하는 것인지, 다음날부터 대항하는 것인지, 임차인의 소유권이전등기를 한 날 대항력이 발생하는 것인지, 임차인이 소유권이전등기를 마친 다음날부터 대항하는 것인지가 논점이 되었다.

판례에서는 임차인(전차인)의 대항력 취득시기를 임차인이 소유권이전등기를 경료한 즉시 임차권의 대항력을 취득한다고 보고 있는 점은 법리상의 오해의 위험이 있는 것으로 본다. 전차인의 대항력발생시기는 임차인의 소유권취득 유·무 별개의 문제이고 임대인은 반드시 소유자임을 요하지 않기 때문이다.

주택임차인과 주택전차인의 대내관계에 있어서는 전대인과 전차인관계 일지라도 판례에서도 나타나 있듯이 소유자 아닌 임차인이 거주하고 있다는 것이 대외적으로 공시되고 있기 때문에 대외관계인 제3자 관계에 있어서는 권리분석상 전차인이 임차인으로 주임법 제3조 제1항의 대항요건을 갖추고 있는 것으로 판단할 수 밖에 없다.

이러한 점은 주택임차권 등기를 한 경우와 주임법 제3조 제1항의 차이를 구별하지 않은 판단으로 밖에 볼 수 없다. 임차권을 등기한 경우 임대인의 동의를 구하고 전대차계약을 맺은 경우 등기하는 방식은 부기등기를 하기 때문에 전차인은 기존의 임차인의

53) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결; 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다26002판결; 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다46938 판결.

대항력과 동일성을 유지할 수 있다. 그러나 주임법 제3조 제1항의 적용을 받는 주택임차인이 임대인의 동의를 받고 전대차계약을 맺은 경우에는 기존의 임차인의 주민등록은 퇴거하여 벗어나고 전차인의 주민등록이 이전되기 때문에 공매나 경매에 있어서 제3자가 판단하기에는 전차인의 주민등록만 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 인식을 할 수 밖에 없다.

따라서 전차인의 대항력 발생시기는 경매에 있어서 임차인 명의의 소유권이전등기한 때 대항력을 취득한 것이 아니고, 주임법 제3조 제1항을 적용하여 전차인이 주민등록을 마친 다음날부터 제3자에게 대항한다고 판단해야 한다.

또한 등기부상의 권리순위는 궁극적으로 접수순서에 의해서 정해지지만 소유권이전등기와 저당권설정등기의 접수순서에서 소유권이전등기가 먼저이기 때문에 매수인에 대항한다는 법원의 논지는 법리를 오해한 것으로 판단된다. 등기부상 소유권과 제한물권이 충돌한 경우 접수 순서에 의해서 권리순위가 정해지는 것이 아니고 성질상 제한물권이 우선한다.⁵⁴⁾

결론적으로 위의 사례에서 전차인의 대항력발생시기는 임차인 명의로 소유권이전등기가 종료되는 즉시 대항하는 것이 아니고 전차인이 주민등록을 마친 다음날부터 대항하기 때문에 매수인에 대항한다고 봐야 한다.

54) 권리간의 충돌에 따른 선·후순위 권리로서의 대항력 유·무와 권리의 객체로서의 대상은 별개의 문제이다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2008.
 _____, 채권각론 민법강의IV, 박영사, 1996.
 곽윤직/김재형, 민법총칙 제8판, 박영사, 2012.
 양형우, 민법의 세계 제8판, 피앤씨미디어, 2016.
 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006.
 지원림, 민법강의 제4판, 홍문사, 2005.

2. 논문

- 민선찬, “임차권양도 · 전대와 임차인지위의 개선방향”, 가천법학 제6권 제3호, 가천대학교법학연구소, 2013, 365-390쪽.
 박종훈, “임차권의 무단양도 · 전대와 우선변제권”, 판례연구 제20집, 부산판례연구회, 2009, 469-519쪽.
 박형준, “매매계약의 해제와 임차인의 대항력”, 판례연구 제21집, 부산판례연구회, 2010, 51-78쪽.
 서해용, “주택임대차보호법상의 임차인의 대항력 발생시기-익일조항 폐지를 중심으로-”, 법학연구 제60집, 한국법학회, 2015, 107-131쪽.
 윤천희, “주택임차권의 대항력의 득실에 관한 문제(상)”, 판례월보 제200권, 판례월보사, 1987, 46-54쪽.
 _____, “주택임차권의 양도전대시의 대항력존속요건에 관한 문제”, 판례월보 제224권, 판례월보사, 1989, 39-46쪽.
 이은희, “주택임차권의 공시방법으로서의 주민등록”, 민주법학 제20호, 민주주의법학연구소, 2004, 221-233쪽.
 조건주, “임차권의 무단양도 · 전대시 주택임대차보호법상의 대항력 인정 여부”, 민사판례연구 제31집, 박영사, 2009, 363-393쪽.
 조은래, “현행주택임대차보호법상의 문제점과 해설-대법원판례 중심으로-”, 비교법학 제12집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2001, 221-256쪽.

[Abstract]

Period of Generation of House Subtenant's Countervailing Power

Seo, Hae-Yong*

The Housing Lease Protection Act, a special law, is applied to House lease, acknowledging a special case of Civil Act. Enacted and enforced in 1981, the Housing Lease Protection Act is contributing to leaseholder's stable residence and deposit money protection.

However the period of occurrence of leaseholder's countervailing power, the root and the trunk of Housing Lease Protection Act, is still causing lots of dispute. Especially in case of confliction between delivery and transfer of residence registration(moving-in notification) that is the requirements for leaseholder's countervailing power and the rights on the register on the same day, the order is not distinguishable because they are different kinds of register. Therefore there is the regulation that the period of occurrence of leaseholder's countervailing power should be the next day.

There is no provision about the period of occurrence of subtenant's countervailing power in the Housing Lease Protection Act. In such case, solution must be sought only with the regulation of untermiete and the judgement with case on general civil law, bringing about much controversy on a specific period of generation of countervailing power.

In case that a leaseholder, who leased a rental apartment, subleased it with the agreement of lessor, and that the leaseholder acquired the ownership of the apartment and at the same time established fixed collateral while subtenant transferred residence registration and lived, there might be controversy about a specific period of generation of countervailing power that the subtenant is able to countervail successful bidder through bid.

In this case, it is hard to concent with the logics of a leading case that leaseholder countervails to successful bidder because subtenant converts to leaseholder obtaining

* Visiting Professor, Konkuk University

countervailing power at the same time as obtaining ownership. As the point of judgment mentions that resident is not the owner but the subtenant, the 3rd parties could recognize the subtenant's residence registration is a kind of occupancy with the mediation of the right of lease, not of the ownership. As above mentioned subtenant performs the announcement of leasing from the day completing residence registration, it might be proper to say that the subtenant countervails successful bidder, the 3rd party, from the day completing residence registration.

This controversy would be solved fundamentally when the provision of the next day, the period of generation of leaseholder's countervailing power, is abolished and revised to the date when the transfer and residence registration is altered.

[Key Words] subtenant, leaseholder, countervailing power, residence registration, successful bidder, fixed collateral