

개정 주택임대차보호법상 문제점에 관한 고찰

千榮*

I. 서	1. 임대차법의 적용대상의 문제
II. 주택임대차에 관련한 비교법적 검토	2. 경매개시요건의 완화
III. 최근 개정 주택임대차보호법의 문제점	3. 제3조의2 제1항 단서조항의 삭제
	4. 법원의 임차권 등기명령제도
	IV. 결론

I. 序

1. 주택임대차보호법에 대한 개관

주택임대차보호법(이하 “임대차법”이라 한다)은 “주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장할 목적”으로 1981. 3. 5일 법률 제5641호로 특별히 제정되어 시행되고 있는 법률이다. 현행 민법상 임대인에게 등기협력의무를 규정하고 있음에도 불구하고, 전세나 월세임주자는 전세권이나 임차권의 등기를 하기가 매우 어려워 보증금의 반환을 받을 길이 없었기 때문에, 同法은 등기를 하지 아니하여도 보증금의 반환확보가 가능토록 하여, 보증금(이하 전세금을 포함)의 반환확보에 그 중요성이 있다. 그러나 同法은 1981년 국보위에서 졸속으로 제정된 것이어서 여러 가지의 문제점이 바로 노출되었다. 즉, 법

* 본 학회 정회원, 건국대 정치대학 및 대학원 강사, 법학박사, 감정평가사

조문상 불명확한 부분이 많았고 특히 무주택의 극빈의 영세서민을 보호하는데는 불충분하였다. 이에 바로 제1차 개정(1983.12.30)이 이루어졌으나, 현실적으로 임차인의 대부분을 차지하고 있는 이른바 중간임차인(예컨대 1순위저당권자와 후순위저당권자 사이의 임차인)은 그의 후순위권리자나 채권자로부터 보호를 받을 방법이 없었다. 이러한 문제를 입법으로 해결하기 위하여 제2차 개정(1989.12.30)이 이루어졌으며, 또한 임차인은 최소한도 2년간은 안정된 주거생활을 할 수 있도록 하였다. 그러나 이 개정후에도 역시 대량의 해지통고와 전·월세금의 대폭인상이 초래되었다. 그 후 1997년의 제3차 개정이 이루어졌는데, 보증금의 우선변제와 관련된 경매절차에 관한 규정을 신설하였다. 그러나 특히 임차인의 피해상황은 계속 증가하였다.¹⁾ 이러한 문제점들은 처음부터 입법의 「不備」에 기한 것이었으며, 이와는 반대로 입법 당시부터 「잘못된 규정」에 기한 것, 그리고 이른바 IMF시대의 엄청난 경제적 변화에 기인한 것이었다. 따라서 입법의 不備問題는 해석론으로 어느 정도 보충할 수 있으나, 그 한계를 극복하기란 매우 어렵기 때문에 결국 입법으로 해결할 수밖에 없다. 그러나 입법 당시부터 잘못된 규정(예컨대, 대항요건중의 하나인 「주민등록」) 때문에 임차인의 피해가 속출한다면 이는 원래 임대차법의 입법취지에 역행하는 것이므로 당연히 그러한 조항은 삭제되어야 한다. 이에 1998. 12월 정부는 ‘최근 경제사정의 악화로 임대차가 종료되었음에도 임차인이 임대인으로부터 임차보증금을 받지 못하는 경우가 빈발하고, 근무지 변경 등으로 이주할 필요가 있는 경우에도 보증금을 반환받지 못할 것을 우려한 나머지 이주를 못하고 주민등록을 이전할 수 없어 부부가 별거를 하거나 자녀들을 전학시키지 못하는 상황이 속출하는 등 기존 임대차제도의 문제점이 나타남에 따라, 임차인이 경매를 신청하는 경우에도 임차주택에 계속 거주할 수 있도록 관련 규정을 정비하고 임차인 단독으로 임차권등기를 할 수 있도록 임차권등기명령제도를 도입함으로써 사회적 약자인 임차인의 권익보호에 충실을 기하는 등 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하기 위하여’ 제4차 개정을 하였다.

그러나 1999. 1. 21. 개정된 제4차 개정 임대차법(이하 “제4차 개정법”이라 함)도 앞에서 제시한 문제점들을 도외시하고 법원의 임차권등기명령제도를 채용하는데만 역점을 두었다. 따라서 이하에서 임대차법을 개관하면서 중요하다고 생각되는 문제

1) 서울YMCA가 1998년 1월부터 6월말까지 접수한 피해상담 4,130건중 주택임대차에 관한 피해상담건수는 1,955으로 전체의 47.3%를 차지하였다. 특히 이 가운데 전세금반환청구는 1,538건으로 압도적으로 많으며, 경매가 120건, 그 다음에 IMF이후 나타나는 현상으로 보증금 감액청구가 109건, 주택의 동호수를 잘못 기재하는 등 주민등록과 관련되는 상담이 34건 등과 같은 임대차법의 한계를 드러냈다.

점을 살펴보고자 한다.

2. 현행 민법상 임대차에 관한 규정

현행민법의 임대차와 관련된 규정은 다음의 특징을 가진다.

첫째, 현행민법은 의용민법에 20개 정도의 조문을 신설 또는 첨가하여 임대차의 권리관계를 과거보다 명확하게 하였으며, 또한 임차권의 강화를 위해 임차인의 갱신 청구권·부속물매수청구권 등을 규정하였다.²⁾

둘째, 현행 민법은 종래의 관습법상 전세를 傳賃權이라는 制限物權으로서 격상시켰다. 용익권자의 보호를 위해 관습상의 전세를 용익물권으로 입법하였으나, 그것을 채권계약으로 유지시키고자 하는 부동산소유자의 의도에 따라 용익물권인 전세권보다 임차권이 더 많이 이용되고 있다. 그 결과 관습상의 전세는 전세권과 채권적 전세로 이분되었다. 임대차법에서는 채권적 전세에 대하여 대항력을 부여함으로써 실제 주택의 채권적 전세는 전세권과 다름없이 강화되었다.

셋째, 관행상 수수되는 보증금·권리금의 법률관계에 관하여는 임차인이 임대차의 종료시에 보증금을 반환받을 수 있게 하기 위하여 우선변제권과 우선특권을 부여한다.³⁾

이러한 민법의 임대차규정은 아직도 다음과 같은 문제점을 안고 있다

첫째, 임차권의 존속보장이란 측면에서는 우리 법규정이 외국의 임대차법에 비해 미흡하다. 주택임대차보호법에서 2년의 존속기간을 보장하지만 그 기간은 임차인이 안정적인 주거생활을 영위하기에는 부족하다.

둘째, 임차권의 대항력 취득요건을 인도가 아닌 등기로 함으로써 실제로 대항력을 취득할 수 있는 길이 매우 제한되어 있다. 이 문제는 임대차법에 의해 보완되고 있다.

셋째, 관행상 임대차에 부수하여 제공되는 보증금·전세금·권리금 등의 금전수수에 관하여 민법에 규정을 두지 않아서 법률의 흠결이 존재하고, 그 결과 그에 관한 법률관계의 혼란과 임차인의 피해가 속수무책으로 방치되어 있다는 점이다. 이에 임대차법에서 주택임대차의 보증금과 전세금에 관하여는 특별한 보호를 하고 있다.

넷째, 건물임대차에서 영세상인들이 과도한 차임·보증금·권리금으로 고통을 겪

2) 일제하 의용민법시대에 조선차지차가조정령 (1940년 제령 제46호)이 제정되었으나 임차인보호에는 기여하지 못했다.

3) 이은영,(1999), 제3판 채권각론 452면, 박영사.

고 있고, 짧은 존속기간약정과 갱신에 대한 불안감으로 영업활동에 지장을 받고 있는데, 이에 관한 배려가 부족하다.

II. 주택임대차에 관련한 비교법적 검토

1. 독일

독일에서는 1917년과 1918년에 두 개의 임차인보호령을 제정하여 임대차의 해지 통고와 차임인상에 대해서는 관청의 동의를 얻도록 한 이후 1923년에는 주택결핍법·임차인보호법 등의 특별법을 제정하여 주거강제경제의 정책을 펼쳤다. 즉, 차임의 통제, 해지의 제한, 주거의 배분, 주거건물의 파괴제한 등을 통하여 주거의 국가관리를 하였다. 그러한 戰後의 공법적 제한은 주택임차인의 지위를 특별법을 통하여 너무 강화하다 보니 장기적으로 개인의 주택건축을 위축시키는 결과를 초래하여 결국 특별법에 의한 임차인의 지위강화가 임차인에게 유익하지 못하였고, 주거상황이 호전됨에 따라 점차로 특별법이 폐지되었으며⁴⁾, 당시의 임대차존속의 보장에 관한 사법적 제한법규는 소위 사회조항(Sozialklausel)으로서 독일민법에 삼입되었다.⁵⁾

2. 영국

영국에서도 1915년 “차임 및 저당이자인상에 관한 법률” 이래 종래 커먼 로(Common law)하의 계약자유가 제한되었다. 그러한 법발전은 1968년의 임대차법(Rent Act)에 의해 집대성되었다. 이러한 임대차법의 특색은 고급가옥에 대해서는 그 법의 적용을 배제하고 서민주택에 대해서만 규율한다는 점이다. 이 법은 법정임차권(statutory tenancy)제도를 두어 임대인의 해지통고나 임차주택의 반환청구에 합리성이 없는 경우에 그에도 불구하고 임대차관계를 법정임대차로서 존속시킨다.

3. 일본

4) K. Larenz,(1977),Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4.Aufl, S.47.

5) 金學東,(1982), “독일에서의 임대차법의 변천(상)·(하)”, 사법행정 1982. 3·4월호.

1921년 차지법과 차가법을 제정함으로써 임차인보호에 관한 특별입법을 시작하였다. 이들 법률에서는 임차물의 인도만으로 임차권에 대항력을 부여하는 것을 골자로 하였는데, 그 후 1941년, 1966년의 개정으로 임차권의 존속의 보장에 관한 사회조항이 보완되었다.

4. 우리의 제4차 개정법의 주요내용

1) 임차인이 임차보증금반환채권의 확정판결 기타 이에 준하는 債務名義에 기하여 경매신청을 하는 경우에는 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 보지 아니함으로써 임차인이 주택을 비우지 아니하고서도 경매를 신청할 수 있도록 하였다(제3조의2 제1항).

2) 임대차가 종료된 후 보증금을 받지 못한 임차인이 법원에 賃借權登記命令을 신청하여 임차권등기가 경료되면 등기와 동시에 對抗力 또는 優先辨濟權을 취득하도록 하고, 만일 임차인이 이미 대항력과 우선변제권을 취득한 자인 경우에는 종전의 대항력과 우선변제권을 유지하며, 임차권등기이후에는 주택의 점유와 주민등록의 요건을 갖추지 아니하더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권이 유지되도록 함으로써 임차권등기의 효력을 강화하고 임차인이 자유롭게 주거를 이전할 수 있도록 하였다(제3조의 3).

3) 민법 제621조의 규정에 의한 임대차등기에도 이 법에 규정된 賃借權登記命令에 의한 賃借權登記와 동일한 효력을 가지도록 함으로써 優先辨濟權을 부여하였다(제3조의 4 제1항).

4) 임대차기간있을 2년 이하로 약정한 경우 임대인은 2년 이하의 약정기간을 주장할 수 없으나 임차인은 이를 주장할 수 있도록 하여 임차인의 주거안정과 임대차기간에 관한 선택권을 함께 보장하였다(제4조 제1항 단서).

5) 묵시적 계약갱신의 경우 임대인은 2년의 기간동안 解止를 주장할 수 없으나, 임차인은 언제든지 계약을 해지 할 수 있도록 하였다(제6조의 2).

6) 보증금반환청구소송에 관하여 訴狀送達과 期日指定 등 少額事件審判法의 일부條項을 準用함으로써 訴訟節次가 신속히 진행될 수 있도록 하였다(제13조).⁶⁾

6) 이에 따라 통상 3~6개월 걸리던 소송기간이 2~3개월로 줄어들게 된다. 즉, 소장이 접수되는

Ⅲ. 최근 개정 주택임대차보호법의 문제점

4차례에 걸쳐서 개정된 주요골자의 내용은 어느 조항이나 사회적 경제적 약자인 임차인의 권익보호에 보다 충실을 기하고 있다. 그러나 제4차 개정법의 기본 취지에 대해서는 찬동하면서도 개정조항중에는 현행 법률제도하에서는 매우 무리한 개정이 있는 점도 부정할 수 없다. 이하에서는 주요 개정조항에 대하여 검토하고자 한다.

1. 임대차법의 적용대상의 문제

임대차법의 적용대상으로는 주거용 건물⁷⁾, 임차주택의 일부가 주거 외의 목적으로 사용되는 경우, 쉽게 철거할 수 없도록 튼튼하게 지은 가건물, 근린상가, 주거환경이 조성된 오피스텔건물, 건물의 용도와 구조를 변경하여 주거용으로 개조하여 세를 놓은 건물, 미등기주택을 임차한 경우에 확정일자를 받은 경우와 미등기주택이나 무허가주택이 포함된다는 데에는 이론이 없다.

‡ **대판1996. 6. 14, 96다7596** : 임차주택의 환가대금 및 주택가액에 건물뿐만 아니라 대지의 환가대금 및 가액도 포함된다고 규정하고 있는 주택임대차보호법 제3조의2 제1항 및 제8조 제3항의 각 규정과 같은 법의 입법취지 및 통상적으로 건물의 임대차에는 당연히 그 부지부분의 이용을 수반하는 것인 점등을 종합하여 보면, 주택임대차보호법 제2조에서 같은 법의 적용 대상으로 규정하고 있는 「주거용 건물」의 임대차라 함은 임차목적물중 건물의 용도가 점포나 사무실 등이 아닌 주거용인 경우의 임대차를 뜻하는 것일 뿐이지, 같은 법의 적용대상을 대지를 제외한 건물에만 한정하는 취지는 아니다.

‡ **대판1996. 5. 31, 96다5971** : 건물중 1층이 공부상으로는 소매점으로 표시되어 있으나 실제로 그 면적의 절반은 방(2칸)으로, 나머지 절반은 소매점 등 영업을 하기 위한 홀로 이루어져 있고, 피고가 이를 임차하여 가족들과 함께 거주하면서 음식점영업을 하며 방 부분은 영업시에는 손님을 받는 곳으로 사용하고 그때 외에는 주거용으로 사용하여 왔다면 위 건물은 주택임대차보호법의 보호대상인 주거용 건물에 해당한다.

대로 금액에 상관없이 변론기일을 지정하고 가급적 한번의 재판으로 변론을 종결하는 등 소송을 진행하도록 한다.

7) 단독주택, 아파트, 연립주택, 다세대주택, 빌라 등이다.

그러나 신설된 임차권등기명령제도가 적용되는 주택은 등기를 할 수 있는 임차주택을 전제로 되어 있기 때문에 미등기주택이나 무허가주택들은 보호대상에서 제외된다는 문제가 발생한다. 또한 주민등록상의 주소와 임차주택의 지번이 불일치한 경우에 임차권등기명령을 신청받은 법원은 실무적으로 어떻게 심리방법을 정해야 할 것인지가 문제가 된다.

2. 競賣開始要件의 緩和

임대차법 제3조의2 제1항은 '임차인이 賃借住宅에 대하여 保證金返還請求訴訟의 確定判決 기타 이에 準하는 債務名義에 기한 競賣를 申請하는 경우에는 民事訴訟法 제491조의2의 규정에 불구하고 反對義務의 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 아니한다' 고 신설하여 경매개시의 요건을 완화시키고 있다.

1) 民訴法上的의 問題點

민소법 제491조의2 제1항은 「反對義務의 이행과 상환으로 집행할 수 있음을 내용으로 하는 채무명의 집행은 債權者가 反對義務의 이행 또는 이행의 제공이 있었음을 증명한 때에 한하여 개시할 수 있다」고 규정하고 있기 때문에, 세입자는 임대차법에 의하여 보호를 받는다고 하지만, 세입자가 임대차기간 만료후 보증금의 반환을 받는 데는 그 절차상 대단히 어려운 면이 있다. 즉, 임대인이 보증금을 반환하지 못하는 경우에는 세입자는 보증금반환청구소송의 確定判決 기타 이에 준하는 債務名義에 기한 경매를 신청하는 방법을 취하게 되는데, 경매를 신청할 경우에는 임차주택을 미리 인도해야 경매를 신청할 수 있도록 되어 있다. 그러나 이러한 경우 세입자가 거주하고 있는 주택을 미리 인도하면⁸⁾ 對抗力을 상실하게 되어(임대차법 제3조 제1항), 경매배당 우선순위에서 후순위로 밀리게 된다. 결국 세입자들은 보증금반환소송에서 승소하더라도 보증금을 확실히 반환받을 방법이 없게 된다.⁹⁾

‡ 대판 1987. 2. 24, 86다카1695 : 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고

8) 대판 1987. 2. 24. 86다카1695 판결.

9) 위 피해상황에서 살펴 본 바, 서울YMCA가 금년도 6월까지 피해상담으로 접수한 전세금반환청구건수는 1,538건에 있으며, 경매에 관한 것도 120건에 이르고 있음은 이를 말해주고 있다 할 것이다.

있어야 한다.

‡ 대판 1998. 6. 26, 98다2754 : 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 두 가지 권리를 겸유하고 있는 임차인이 먼저 우선변제권을 선택하여 임차주택에 대하여 진행되고 있는 경매절차에서 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였으나 그 순위가 낮은 까닭으로 보증금 전액을 배당받을 수 없었던 때에는, 보증금중 경매절차에서 배당받을 수 있었던 금액을 뺀 나머지에 관하여 경락인에게 대항하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다. 이 경우 임차인의 배당요구에 의하여 임대차는 해지되어 종료되며, 다만 同法 제4조 제2항에 의하여 임차인이 보증금의 잔액을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제될 뿐이어서, 경락인은 同法 제3조 제2항에 의하여 임대차가 종료된 상태에서의 임대인의 지위를 승계하고, 임차인의 우선변제권은 경락으로 인하여 소멸하는 것이다.

2) 解釋論

문제는 민소법 제491조의2 제1항에 경매개시요건으로서 규정하고 있는 “이행의 제공”의 의미를 어떻게 해석하느냐에 달려 있다. 민소법 제491조의2 제1항의 “이행의 제공”이라는 문제는 임차인이 채무명의중 확정판결로 강제집행을 신청하는 경우에 채무명의가 단순히행판결인 경우는 문제가 되지 않으나, 채무명의가 상환이행판결인 경우에 문제가 된다. 이미 대법원의 결정¹⁰⁾으로 “이행의 제공”은 “구두제공”으로도 가능하다는 점을 밝히고 있다.¹¹⁾

결국 이러한 문제를 해결하기 위하여 동조항을 신설하였다. 法의 解釋에는 주관적 가치판단에 의하여 좌우되나 이러한 주관적 가치판단은 현존하는 사회생활관계에 적합하지 않으면 안된다는 制約을 면할 수 없게 된다. 결국 무엇보다도, 어떠한 사회관계를 어떻게 만들기 위하여 또는 어떠한 분쟁을 어떻게 해결하려고 그러한 법률·조문을 제정하였는가를 밝히는 것은 당연한 작업이라고 생각한다. 실무계의 해석은 세입자의 보증금의 반환확보라는 임대차법의 취지에 역점을 둔 해석이라는 매우 고무적인 방법을 취하였다. 이로써 명실공히 세입자는 임차주택에 계속 거주하면서 경매를 신청할 수 있고 그 경락대금으로부터 보증금의 반환을 받을 수 있게 되

10) 대법원 1977. 4. 13, 77마90 결정

11) 1998. 6. 서울지법 민사52 단독부는 전세금반환소송에서 승소한 세입자가 자신이 세든 주택에 대하여 경매를 신청한 사건에서 민소법 제491조의 2를 폭넓게 해석하여 세입자가 “경매에서 전세금을 돌려 받으면 즉각 집을 비워주겠다”는 내용의 내용증명을 법원에 제출한 것이 위 규정에서 말하는 “이행의 제공”이 있었던 것으로 보고 경매개시결정을 내린 바 있다(법률신문 1998. 7. 6, 2면).

었다. 다만 아쉬움이 있다면, 해석론이 판례에 의하여 확립된다면, ‘해석론이란 대단히 어려운 작업이지만 이러한 노력도 하지 않고 바로 입법으로 간다는 것은 立法萬能主義라는 수치스러운 모습을 드러내기 때문이다. 실은 이에 관한 조항을 신설할 필요가 없지 않은가 하는 견해도 있다. 그러나 임대차법이 다른 절차법에 의하여 그 취지를 살릴 수 없다면, 어떠한 형태로든 수정·보완되어야 하므로, 이를 입법으로 해결하는 것도 하나의 방법이라 생각된다.¹²⁾

3. 제3조의2 제1항 但書條項의 削除

제4차 개정법은 입법당시부터 해석상 논란이 있었던 제3조의2 제1항의 단서조항 즉, “다만, 임차인이 당해 住宅의 讓受人에게 대항할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 後가 아니면 보증금의 優先辨濟를 청구하지 못한다”를 삭제하였다. 이는 단서조항이 오히려 임차인의 보호에 역행하는 조항이 되고 말았다는 데 있다 할 것이다. 따라서 대항력과 우선변제권이 있는 입주자는 당해 주택이 경락되는 경우에 임대차기간이 존속중이라 하더라도 경락대금배당에 참여하여 보증금을 반환받을 수 있게 되었다.

1) 但書의 意味

중간임차인은 임대차의 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자를 갖추었을 때에는 당해 주택의 경매절차에서 후순위권리자보다는 우선하여 보증금의 배당을 받을 수 있다. 그러나 제3조의2 제1항 단서조항은 “임차인이 당해주택의 讓受人에게 對抗할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 후가 아니면 保證金の 우선변제를 청구하지 못한다”고 규정하여, 임차인이 우선변제권을 행사할 수 있는 시점은 임대차가 종료된 이후라고 규정하고 있기 때문에 약간의 혼란을 야기시킨다. 우선 여기서 말하는 「賃借人」이란 어떠한 순위의 임차인인가를 명확히 해야 한다.¹³⁾ 단서에서 말하는 임차인이란 본항에서 말하는 임차인과는 달리 임대차의 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자를 갖춘 「優先順位賃借人」을 의미한다고 풀이하여야 할 것이다. 왜냐하면 임차인은 당해주택의 양수인에게 대항할 수 있어야 하기 때문이다. 만약 이 경우에

12) 高翔龍,(1999.4) “제3차 개정 주택임대차보호법의 몇 가지 문제점”, 고시계 1999. 4, 137면.

13) 임차인은 주택임대차보호법 제3조의 대항력있는 임차인(대항력있는 임차인이라 함)과 제3조의2에 의한 확정일자를 갖춘 임차인(확정일자부 임차인이라 함), 그리고 동법 제8조의 소액임차인으로 구분된다.

도 당해 주택의 양수인에게 대항할 수 있는 임차인은 아니기 때문에 구태여 단서를 규정할 필요가 없게 된다. 또한 이 경우의 「양수인」은 당해 주택의 최선순위임차인이 있음을 전제로 하여 저당권자의 경매 또는 공매에 의하여 당해 임차주택을 양수한 자를 의미한다. 왜냐하면, 중간임차인이 있음을 전제로 한다면 선순위저당권자이든 후순위저당권자이든 그들이 당해 주택을 경매신청하여 주택이 경락되면 임대차관계는 필연적으로 종료되며, 또한 중간임차인은 양수인에게 대항할 수 없기 때문이다. 따라서 優先順位賃借人은 당해 주택이 어떤 방법(매매, 교환, 상속, 공용정수, 판결, 경매, 공매, 등)에 의하여 소유권자가 변경된다 할지라도 그 양수인과의 사이에는 여전히 임대차관계는 존속하며 당해 주택에서 거주할 수 있다. 그렇기 때문에 그러한 임차인은 임대차관계가 종료되지 아니하는 한 보증금의 반환을 청구할 수 없고, 임대차관계가 종료했을 때 비로소 보증금의 반환을 청구할 수 있는 것이다. 이러한 시점에서 임차보증금에 대하여 우선변제권이 인정되는 것이다.

그러나 本項 단서를 반대해석을 하면 당해 주택의 양수인에 대항할 수 없는 임차인은 중간임차인이므로 이러한 임차인은 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자를 갖추었으면, 당해 주택의 경매·공매와 동시에 필연적으로 임대차가 종료될 것이며, 따라서 중간임차인은 경매에 바로 참여할 수 있는 것이다(본항 본문 참조). 이것은 제3조의2 제1항을 신설한 취지이기도 한다. 그러면 우선순위의 임차인은 임대차관계의 “종료전”에도 당해 주택의 경매절차에 참여하여 보증금에 대한 우선변제권을 행사할 수 있는가와 우선변제권을 행사할 수 있다면 어떠한 근거에 의할 것인가가 문제가 된다.

‡ 대판 1996.6.14, 96다759 : 다가구용 단독주택의 대지 및 건물에 관한 근저당권자가 그 대지 및 건물에 관한 경매를 신청하였다가 그 중 건물에 대한 경매신청만을 취하함으로써 이를 제외한 대지부분만이 낙찰되었더라도, 그 주택의 소액임차인은 그 대지에 관한 낙찰대금 중에서 소액보증금을 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있다.

‡ 대판 1993. 11. 23, 93다10552 : 甲이 주택소유자로서 1986. 4. 24 주민등록전입신고를 하고 거주하여 오다가 乙에게 주택을 매도하면서 1990. 11. 27 을과 사이에 주택 1층에 관하여 전세계약을 체결하고 계속 거주하던중 1991. 7. 6 전세권설정등기를 경료하였는데, 을이 1991. 4. 13 丙에게 근저당권을 설정하였고 丙의 임의경매신청으로 丁이 1991. 2. 19 경락을 받은 경우 갑이 전세권설정등기를 한 이유가, 주택임대차보호법 소정의 임차인의 대항력을 갖추었지만 그의 지위를 강화시키기 위한 것이었다면, 甲명의로 전세권설정등기가 선순위의 근저당권의 실행에 따른 경락으로 인하여 말소되더라도, 그 때문에 甲이 위 전세권설정등기 전에 건물소유자와 전세계약을 맺고 주민등록을 함으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항, 제

12조에 의하여 확보된 대항력마저 상실하게 되는 것은 아니다.¹⁴⁾

2) 판례의 검토

판례는 임대차의 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자를 갖춘 '임차인은 임차주택의 양수인에게 대항하여 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리와 보증금에 관하여 임차주택가액으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리를 겸유하고 있다고 해석되고, 이 두 권리 중 하나를 선택하여 행사할 수 있다' 는 입장을 취하여 오늘에 이르고 있다. 그리고 판례는 후자를 선택했을 경우, 즉 임차인이 우선변제권을 선택하여 당해 주택의 경매진행중에 配當要求를 한 경우에는 임차인에게 공평의 원칙과 신의성실의 원칙상 해지권을 인정하고, 그 解止의 意思表示가 배당요구통지의 송달방법으로 임대인에게 도달되면 임대차관계는 종료된 것으로 보아 우선변제권이 인정된다고 한다.

‡ **대판 1996. 7. 12, 94다37646** : 임차주택의 양수인에게 대항할 수 있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 아니할 때는 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있다고 보아야 하므로, 임차주택이 임대차기간의 만료전에 경매되는 경우 임대차계약을 해지함으로써 종료시키고 우선변제를 청구할 수 있다. 그 경우 임차인에게 인정되는 해지권은 임차인의 사전 동의없이 임대차목적물인 주택이 경락으로 양도됨에 따라 임차인이 임대차의 승계를 원하지 아니할 경우에는 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 근거한 것이므로, 해지통고 즉시 그 효력이 생긴다.

이러한 후자의 판결이론은 원래 단서의 입법취지와는 다르다. 그러나 단서를 엄격한 문리해석을 한다면, 결국 임차인의 보증금확보가 어렵게 된다는 현실적인 문제가 생긴다. 이는 보증금회수의 확보라는 제3조의2의 입법취지에 반하게 된다. 왜냐하면, 매매의 경우와는 달리 특히 경매 등을 거치는 경우에는 경락인과 임차인사이의 信賴關係가 破壞되는 것이 일반적이다. 즉, 임차인을 합법적인 수단으로 괴롭히는 경우, 예컨대 수리를 한다든가 보일러를 수리한다는 등을 통하여, 결국 임차인은 퇴거하게 된다. 따라서 임차인이 스스로 더 이상 임대차관계의 존속을 원하지 아니한다면, 임대차기간이 存續中이라도 競落代金配當에 참여하여 보증금을 반환할 수 있도록 해야 할 것이다. 특히 임대차관계는 임대인과 임차인간의 신뢰관계를 바탕으로 한 계속적 계약관계이므로, 당사자의 변경이 임대인의 일방적인 사정에 의하여

14) 同旨: 대판 1993.12.24, 93다39676.

이루어지고 임차인의 사정이 전혀 고려되지 않는다면, 계속적 계약관계를 유지하기 어려운 「중대한 事由」가 발생하였다고 볼 수 있다. 이를 계속 유지한다는 것은 공평과 신의칙에 반한다 할 것이다. 결국 임대차관계가 종료되어 있지 않더라도 임대차관계를 종료시킬 수 있는 해석론적 근거로서 민법 제2조 1항을 들 수 있으며, 이에 기하여 임차인은 임대차계약을 해지할 수 있다 할 것이다. 위 판례이론도 信義則의 修正的 機能의 측면을 援用한 이론이라는 견해도 있다. 따라서 개정된 임대차법 제3조의2 제2항에 의하면 주택의 인도와 주민등록을 마치고 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민소법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다.

그러나 개정법률안과 같이 단서조항을 삭제하였다고 하여 임대차기간이 종료되기 전이라도 보증금의 우선변제를 받을 수 있지만 근본문제가 해결되는 것은 아니다. 왜냐하면 임대차가 존속중임에도 불구하고 경락대금배당에 참여할 수 있다는 것은 적어도 임대차가 종료되었음을 전제로 하여야 하기 때문이다. 따라서 이러한 변칙적인 방법을 그대로 둘 것이 아니라, 차제에 판례의 이론을 입법화시키는 것이 타당하리라고 생각한다.¹⁵⁾

4. 법원의 임차권 등기명령제도

제4차 개정법의 핵심을 이루는 동법 제3조의3은 “임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다” 고 하여 새로운 임차권등기제도를 신설하였다. 이는 임차인이 경매를 신청하는 경우에도 임차주택에 계속 거주할 수 있도록 하면서, 임차인 단독으로 임차권등기를 할 수 있도록 함으로써 사회적 약자인 임차인의 권익보호에 충실을 기한다고 한다.

1) 임차권등기명령제도의 문제점

① 동제도의趣旨

이는 임대차가 종료된 후 보증금을 받지 못한 임차인을 보호하기 위하여 임차인

15) 高翔龍, 전계논문, 140면.

은 단독으로 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있는 권리를 인정하고, 그러한 임차권등기가 경료되면 임차인은 등기와 동시에 임차권의 대항력 또는 보증금의 우선변제권을 취득할 수 있도록 하고 있다. 이러한 경우 임차인이 이미 대항력과 우선변제권을 취득한 자인 경우에는 종전의 대항력과 우선변제권은 유지된다. 그 결과 임차권등기이후에는 임차인은 임대차법상 대항요건인 주택의 점유와 주민등록의 요건을 갖추지 아니하더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권이 유지되어 임차인은 자유롭게 주거를 이전할 수 있게 된다. 다만 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기이후에는 제3조 1항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제권을 상실하지 아니한다(임대차법 제3조의3 제5항). 아울러 주택임차권의 대항력은 그 임차주택의 사용권뿐만 아니라 임차보증금에 관해서도 미친다.¹⁶⁾

이상과 같이 정부가 임차권등기명령제도를 신설함으로써 임차인이 당해 주택을 떠나서도 다른 권리자보다 우선하여 보증금의 반환을 받을 수 있다는 취지에 대해서는 찬동하나, 여기에는 법률적으로 여러 가지의 문제가 있으며 또한 현실적으로 주택의 공급의 차질 등 어려운 문제들이 다시 발생시킨다는 점을 생각하면 이러한 제도는 앞으로도 신중히 검토되어야 할 과제이다.¹⁷⁾ 이하에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

② 임차권의 공시방법

법원의 임차권등기명령제도는 임차권의 공시방법으로서 “등기”를 필요로 하는데 기인한 것이다. 판례는 이미 임차권의 공시방법으로 임차인의 “주민등록”을 인정하고 있음도 주지의 사실이다. 그러나 본래 임차권의 공시방법은 “점유”이지, “등기”나 사람의 “주민등록”은 아니다. 여기서 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이고, 그 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 일반사회통념상 그 주민등록이 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 결정된다(1999. 4. 13, 99다4207). 다만 임차권의 대항력을 부여하기 위한 요건으로서 주민등록은 적법한 것이어야만 한다.

16) 김상용, (1995), 민사판례평석(I) “임차보증금의 증액과 경락인에 대한 대항력”, 법원사, 1995,

17) 소재선, “임대차등기명령제도 신설의 과제와 문제점-개정 주택임대차보호법 제3조의 3을 중심으로-”, 경회법학 제33권 1호, 경희대학교 법학연구소, 192면.

‡ 대판 1999. 4. 13, 99다4207 : 등기부상 동·호수 표시인 「다동 103호」와 불일치한 「라동 103호」로 된 주민등록은 그로써 당해 임대차건물에 임차인들이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 없으므로 임대차의 공시방법으로서 유효하지 않다.

‡ 대판 1999. 12. 7. 선고 99다44762, 44779 판결 : 주택 임차인이 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 유효하다고 하였다.¹⁸⁾

‡ 대판 1991. 8. 13, 91다18118 : 임차인이 전입신고를 올바르게(즉, 임차건물 소재지 지번으로). 하였다면 이로써 그 임대차의 대항력이 생기는 것이므로, 담당공무원의 착오로 주민등록표상에 신거주지 지번이 다소 틀리게 기재되었다하여 그 대항력이 부정되지 않는다.

가) 주택임차권의 물권화

국민의 주거공간의 확보는 인간생존의 필수적 조건 중의 하나이기 때문에 주택을 소유하지 못한 자들의 주택임차권의 보호와 강화는 사회보장제도의 강화와 함께 세계적인 추세이다. 이미 1794년 독일의 프로이센 一般州法에서는 임차권을 물권으로 규정한 바 있다. 그리고 여러 차례에 걸쳐서 주택임차권을 강화하는 특별법을 제정·시행하다가 오늘날은 특별법의 내용을 민법의 임대차규정에 상당부분을 흡수하여 임차권을 강화하였다.¹⁹⁾ 이에 비해 우리 임대차보호법은 임차인의 존속보장과 보증금반환청구권의 확보를 위하여 독자적인 대항력제도를 입법하고, 민법의 대항력취득원칙에 대한 예외를 인정하였다. 원래 민법은 부동산물권의 공시방법으로 등기만을 인정하는 원칙에 따라 부동산임대차의 경우에도 대항력취득의 요건으로 등기를 요구함으로써 부동산에 관한 권리공시를 일원화하였다. 그러나 임차권의 등기는 민법 제621조에 “반대특약이 없으면 임대인에 대하여 부동산등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다”고 규정하고 있고, 등기를 하게되면 제3자에게도 대항할 수 있도록(민법 제622조) 하였으나 쉽게 행하여지지 못하였다. 이러한 문제점을 개선하기 위하여 임대차법에서는 주택의 인도와 주민등록을 이전시킴으로써 제3자에 대하여도 효력이 있다고 규정하고 있다. 이같이 부동산임차권의 강화됨으로 인하여 부동산임차권의 본질은 채권이지만 物權化傾向에 있다.

18) 참조 대판 1999. 9. 3. 선고 99다15597 판결(공1999하, 2037).

19) 독일 민법 제정 당시에 이미 Otto von Gierke의 주장에 의하여 임대차규정속에 사회적 요소를 가미하여 “매매는 임대차를 깨뜨리지 못한다”고 규정(§ 571, BGB)함으로써 임차권의 대항력을 강화하였다.

이러한 임대차법의 대항력제도는 민법의 규정보다 임차인보호측면에서 훨씬 앞선 것이기는 하지만 미흡하다는 지적이 있어서, 개정을 통하여 확정일자를 갖춘 임차인에 대한 우선변제권의 부여제도, 임차권등기명령제도 등이 추가되었다. 그러나 여기에도 문제점은 있게 되는데, 첫째로 주택임대차보호법의 시행이 있는 후에도 임차인이 건물의 인도와 주민등록 사이에 생긴 제3자로 인하여 피해를 입는 경우가 많다는 점, 둘째로 주민등록은 건물의 인도, 즉 입주와는 직접 관련이 없는 행정편의를 위한 제도로서 이를 민사관계에 도입하는 데에는 무리가 있다는 점과 셋째로 주민등록과 임차인의 주거가 일치하지 않는 경우가 많으며 주민등록을 다른 필요에 의하여 주거와 관계없이 이전시키는 경우도 있다는 점이고, 넷째로 우리 임대차관행상 특유한 제도인 보증금의 수수는 주민등록에 의해 공시되지 않는다는 점 등을 들 수 있다.

나) 임차권의 대항력과 등기

등기라는 공시제도는 임차권의 보호와는 아무런 관계가 없이 점유라는 공시방법에 의하여 보호되어 왔다. 이 점에 대하여 연혁적 비교법적으로 간략하게 살펴보면, 우리 민법분야에 영향을 준 독일의 법률제도가운데 등기제도를 살펴보면, 등기도는 1783년의 일반저당령에 의하여 처음으로 설립되었고 저당권을 설정하기 위한 전제로서 부동산소유권의 등기를 필요로 했던 것이다. 따라서 1794년의 프로이센 일반주법에 제1편 10장 1조 이하에서 「인도」에 의한 소유권취득과 「등기」에 의한 소유권취득이 인정되었다. 그 후 1875년의 소유권취득법에 의하여 소유권취득은 「등기부의 기재에 의해서만 취득할 수 있다」고 규정함으로써 등기주의가 최종적으로 순화됨과 동시에 저당권만이 아니고 소유권 기타 물권의 거래까지 확대되어 오늘과 동시에 저당권만이 아니고 소유권 기타 물권의 거래까지 확대되어 오늘의 독일 민법전에 이르고 있는 것이다.²⁰⁾ 여기에서 명백한 것은 앞에서 살펴본 바와 같이 등기제도는 임대차제도와 아무런 관계없이 발전되어 온 것이다. 즉, 독일 민법 제1초안은 로마법의 원칙을 채용했으나 O. von Gierke 등의 반대에 의하여 제1초안이 폐기되었고, 제2초안은 「매매는 임대차를 깨지 못한다」(동법 제512조)라는 원칙을 채택하여 제3초안의 字句修訂을 거쳐 현행 獨逸民法 제517조가 제정되었고, 이는 우리의 경우와는 달리 임대인이 임대부동산을引渡한 후에 이것을 제3자에게 양도한 경우에는 그 취득자는 자기의 소유권이 존속하는 동안 임대차관계로부터 발생하는 권리의 무에 대하여 임대인의 지위를 승계하도록 하고 있다. 1923년의 MSchG는 임대차계약

20) 高翔龍, “傳貰制度의 再檢討” 현승중教授回甲紀念論文集, 235면 이하.

의 체결후 부동산의 소유권을 취득한 자는 임대인과 동일한 지위에 있다고 까지 규정하여 「인도」 까지도 요하지 아니하였다.

그러나 우리 민법 제621조 2항은 독일민법 제1초안을 모델로 한 日本民法 제605조 「부동산의 임대차는 이를 등기한 때에는 그 후 그 부동산의 물권을 취득한 자에 대하여 효력이 생긴다」 를 무비판적으로 받아들이면서, 등기와 관련시키고 있는 것으로 추측된다. 그러나 일본의 경우는 이미 1921년에 借家法을 제정하여, 동법 제1조 1항에 「건물의 임대차는 그 등기없이도 건물의 인도가 있을 때에는 이후 그 건물에 대한 물권을 취득한 자에 대하여 효력이 생긴다」 고 규정하여²¹⁾ 민법상 등기와 관련된 임대차의 문제를 보완하고 있다. 결국 임차권은 등기라는 공시방법을 취하여야 대항력이 생기는 우리 나라의 경우에만 있는 제도라 할 것이다. 그러나 주지하는 바와 같이, “임차권의 등기가 없는 경우에도” 일정한 요건(즉, 인도와 주민등록)을 갖추었을 경우에는 임차권의 대항력을 인정한 임대차법 제3조 제1항은 대단한 개혁입법이라고 생각된다. 따라서 차후 임차권의 공시에 관한 문제가 발생하면 이러한 제도 내에서 해결하여야 한다. 그렇지 않고 다시 임차권의 등기제도를 도입한다는 것은 그 일관성을 결여할 뿐만 아니라, 임차권의 공시방법으로 등기를 요한다는 민법 자체가 잘못된 입법이라는 점과 관련하여 생각하면 더욱 그러하다. 물론 임차인을 보다 더 보호한다는 데는 이의가 없으나, 그 보호도 현행 법률제도하에서만 가능하다.²²⁾

다) 임차권의 대항력과 주민등록

㉠ 입법취지

본래 주민등록은 주민등록법에 의하여 오직 행정상의 목적으로만 요구되는 요건이다. 즉, “주민의 거주관계를 파악하고 常時로 인구의 동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고 간이한 처리를 도모함을 목적²³⁾” 으로 만들어진 제도이다. 1983년 제1차 개정과정에서도 주민등록이라는 대항요건은 그 목적을 달리하고 있기 때문에 행정상의 목적으로 인하여 임차인이 피해를 입을 이유가 없다하여 이를 삭제해야 한다는 의견이 강력하게 대두되었다. 이에 대하여 정부측에서는 주민등록을 동법 제3조 제1항에 규정한 것은 행정상 인구의 동태를 파악하기 위한 것으로서, 만약에 同項에서 주민등록의 요건을 삭제한다면 주민의 이동을 파악하기 어렵기 때문에 이

21) 일본의 借家法은 1991년 차지법과 차지차가법으로 일원화되어 1992. 8. 1.부터 시행되고 있다.

물론 차가권의 대항력에 관한 조항은 수정없이 차지차가법 제31조 제1항에 규정되어 있다.

22) 高翔龍, “제3차 개정 주택임대차보호법의 몇 가지 문제점”, 고시계 1999. 4, 143면.

23) 주민등록법 제1조 참조.

문제만은 양보할 수 없다하여 주민등록의 삭제를 강력히 반대하였던 것이다. 이와 같이 그 입법취지는 임차권의 공시방법으로서가 아니고 오직 주민이동의 파악이라는 순수한 행정상의 목적에 있다는 것이 명백하였다. 또한 이후 1988년 임대차법 제 2차 개정과정에서도 이 문제가 강력히 제기되었으나, 이러한 주장은 국회의 법사위에서는 받아들여지지 않았으며, 그 반대이유로는 제3자의 보호나 거래의 안전을 해친다는 것은 아니었다. 더욱이 1991년 주민등록법개정시에 주민등록의 비공개원칙이 채택된 것은 임차인을 포함한 일반주민의 인권이나 사생활의 침해라는 이유에 의한 것이다. 그러함에도 불구하고 임차인의 경우에 한하여 주민등록이 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이라고 할 수 있겠는가의 의문이 있다. 즉, 주민등록법상 주민등록의 비공개원칙과 판례가 취하고 있는 주민등록의 공시원칙은 서로 모순을 범하고 있고, 판례는 임대차법의 입법취지에 반하는 해석 또는 그 법리를 오해하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

㉔ 판례의 문제점

대법원은 1987년 이후 오늘에 이르기까지, 「주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것」이며, 「주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 일반사회관념상 그 주민등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 결정된다」²⁴⁾고 판시하여, 주민등록을 임차권의 공시방법으로 보고 있다.

이러한 임대차의 두 대항요건인 住民登錄과 引渡중에서 항상 문제로 제기되고 있는 것은 “인도”가 아니고 “주민등록”이며, 그로 인한 피해도 다양하게 나타나고 있다. 즉, 임차인이 당해 주택에 입주해 있었지만 주민등록을 미처 하지 못한 사이에 당해 주택에 저당권이 설정된 경우,²⁵⁾ 주민등록을 대항력의 존속요건으로 보기 때문에 보호를 받지 못하는 경우, 전입시 地番을 잘못 기재하여 보호를 받지 못하는 경우, 동호수를 잘못 기재하여 피해를 보는 경우²⁶⁾ 등 다양하게 나타나고 있다. 이러한

24) 大判 1987.11.10. 87다카1573 ; 同1989.6.27, 89다카3370 ; 同1990.5.22, 89다카18648 ; 同1994.11.22, 94다13176 ; 同1995.4.28, 94다274237.

25) 다만 임차인이 입주후 주민등록법상의 소정기간내에(14일) 전입신고할 것을 해제조건으로 입주일 다음날부터 대항력이 발생한다고 판결한 바가 있다(서울고법 1982. 5. 28 선고, 82나231 판결).

26) 대판 1999. 4. 13, 99다4207.

피해는 판례가 주민등록을 임차권의 공시방법으로 보는데 기인한 것이라 생각된다.

‡ 대판 1999. 5. 25. 선고 99다8322 판결 : 본건에서 피고가 빌라를 임차하여 전입신고를 할 당시를 기준으로 하여 보면 비록 건축물관리대장 및 등기부가 작성되기 이전이라도, 그 전입신고 내용이 실제 건물의 소재지 지번과 정확히 일치하여 일반 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다는 것을 충분히 인식할 수 있으므로 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의하여 대항력을 취득하였다고 할 것이고, 그 이후 토지분할 등의 사정으로 지번이 변경되었다고 하여 기취득한 대항력을 상실하였다고 볼 수 없다.

주민등록이 임차권의 존재를 외부에 알리는 공시방법인가에 대해서는 임대차법의 시행당시부터 의문이 제기되었다. 결론적으로 말해서 주민등록이란 임차인을 포함한 일반주민의 등록이며, 이것은 재산권인 임차권의 공시방법이 될 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 대항요건의 하나인 주민등록의 존부를 판단하여야 할 것이다.

2) 임차권등기명령제도에 대한 檢討

개정법률조항에 대해서는 법률적 측면과 임대주택의 시장적 측면에서 검토할 필요가 있다.

① 법률제도측면

우선 임차권과 등기와의 관계는 원천적으로 아무런 관계가 없었다는 점은 앞에서 살펴본 바이다. 다시 말하면 임차권강화의 일환인 임대차의 대항력을 인정하기 위하여 임차권의 등기라는 방법을 취한 민법 제621조 자체가 잘못된 입법이다. 그래서 보호대상은 비록 제한되었지만 이러한 문제를 극복하기 위하여 임차권의 등기없어도 일정한 요건을 갖추었을 경우에 대항력을 인정한다는 것을 핵심으로 하는 임대차법이 제정된 것인데, 다시 같은 임대차법에 등기제도를 도입한다면 결국 법의 생명이라고 할 수 있는 一貫性을 결여하게 된다.²⁷⁾이것은 임차인의 보호라는 차원이 문제가 아니라 과연 이러한 제도가 법률적으로 성립될 수 있는가 하는 문제에 부딪히게 된다. 물론 임차인을 보호하는데는 찬성할 수 있지만, 그러한 보호는 무한한 것이 아니고 어떠한 권리도 절대적이고 무한한 것이 없다는 것이다.

여기서 보증금의 반환확보라는 방법은 실제로 임차인의 보증금 회수는 보증금의

27) 高翔龍, 전계논문, 146면.

반환청구소송의 확정판결이나 이에 준하는 채무명의에 기한 경매신청을 통하여 확보하게 되는데, 이를 임대차법에 차라리 공정증서제도를 채택하여 이를 채무명의 등에 갈음하는 것으로 하면, 임차인이 다른 곳으로 이주하여도 또는 주민등록을 이전하여도 보증금회수에는 문제가 없을 것이 아닌가 하는 의견도 있다.²⁸⁾ 다만 경락대금으로부터 우선변제를 받을 수 있는지는 문제가 있을 수 있지만, 개정법 경우와 같은 취지로 임차인이 임대차계약서상의 공증을 받은 경우에는 이후에 임차인이 이주 또는 주민등록을 이전하여도 제3조 제1항의 규정에 의한 대항력 및 제3조의2 제1항의 규정에 의한 우선변제권을 상실하지 아니한다는 조항을 추가로 신설하자는 견해도 경청할 만하다. 다만 현실적으로 임대인이 공증을 하는데 어느 정도 협력할지는 미지수라도 임대차가 종료되어도 보증금을 반환하지 않은 임대인은 이 정도의 협력을 해야 할 의무가 있다고 할 수 있으며, 이러한 경우에는 법원의 조정을 통하여 이루어질 수도 있을 것으로 생각된다.

둘째로 가압류제도의 준용과 문제점으로써 제4차 개정법은 임차권등기명령신청에 대한 재판, 임대인의 이의신청, 등기명령취소신청 등에 관하여는 민소법의 가압류에 관한 규정을 준용하고 있다. 그러나 가압류에 관한 규정을 임차권등기명령에 준용한다는 것은 다음과 같은 여러 문제가 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가) 등기명령제도와 가압류제도의 차이

가압류는 금전채권에 관하여 장래 그 집행을 보전하려는 목적으로 미리 채무자의 재산을 압류하여 그 처분권을 박탈하는 집행보전제도인데 대하여, 임차권등기명령은 임대차법상 임차권의 대항력과 보증금의 우선변제권을 유지하기 위한 제도이다. 그러므로 가압류는 본안을 전제로 한 것인데 대하여 임차권등기명령은 본안이라는 것이 없다. 이와 같이 목적과 이념 등이 다른 가압류에 관한 규정을 임차권등기명령에 준용하는 것이 가능한지는 매우 의문이다.

✦ **대판 1992. 10.13 92다30597** : 부동산 담보권자보다 선순위의 가압류채권자가 있는 경우에 그 담보권자가 선순위의 가압류채권자와 채권액에 비례한 평등배당을 받을 수 있는 것과 마찬가지로 위 규정에 의하여 우선변제권을 갖게 되는 임차보증금채권자도 선순위의 가압류채권자와는 평등배당의 관계에 있게 된다.

나) 임차인의 부담과 등기절차의 복잡성

28) 高翔龍, 전계논문, 146면.

민소법 제700조 제2항, 제3항을 준용하는 결과 임차인은 임차권등기명령으로 인한 임대인의 손해를 담보하기 위하여 담보를 제공해야 하기 때문에 이것은 임차인에게 새로운 비용을 부담하는 결과를 가져오게 된다. 또한 임차권등기명령신청의 절차가 복잡하며, 등기라는 집행절차가 있기 때문에 임차인이 직접하기에는 어려움이 많다. 결국 등기명령제도의 활용성은 희박하다 할 것이다.

다) 임대인의 이의신청과 이의에 대한 재판

민소법 제703조를 준용한 결과 임대인은 임차권등기명령이 유효하게 존재하는 이의신청이 가능하게 된다. 따라서 임대인은 임차권등기명령에 대한 이의신청을 할 수 있기 때문에, 결국 임차인은 쉽게 임차주택을 임대인에게 명도할 수 없게 된다. 이는 임차인이 임차주택을 임대인에게 명도한 상태에서 만약 임대인의 이의신청이 인용되어 임차권등기가 취소된 경우에는 임차인은 대항력과 우선변제권을 유지할 수 없게 되기 때문이다. 장래 야기할 수도 있는 패소의 위험성을 안고서 주택을 임대인에게 명도할 임차인은 없을 것이다. 따라서 임차권등기명령에 대한 임대인의 이의가 있으면, 본 제도는 무의미하게 될 가능성이 많다.

② 임대차주택의 공급차질에 따른 문제

임차권등기명령제도를 도입하게 되면 우선 주택을 갖고 있는 사람들은 집을 내놓지 않을 가능성이 높아지고, 또한 임차주택의 보증금이 상승요인이 될 것이다. 따라서 임대차주택의 수급이라는 차원에서도 이에 대한 검토가 필요하다. 반면에 법원의 등기명령에 의하여 임차권의 등기가 된 주택에 입주한 새로운 임차인의 보호는 과연 어떻게 할 것인지의 문제도 생각을 필요로 하는 문제라고 한다.²⁹⁾

IV. 結 論

지금까지 살펴본 임대차법은 그 개정시마다 임차권의 보호와 강화라는 측면을 중시하여 왔다. 그러나 주택임대차법에서 아직도 가장 중요한 임차인의 안정된 주거생활의 보장이란 측면은 충분하지 못하다는 점과 차임 및 보증금의 금액을 서민생

29) 高翔龍, 전계논문, 148면.

활에 위협을 주지 않는 적절한 범위로 제한할 수 있는 법적 장치가 아직도 부족한 점등을 중심으로 한 개선의 여지가 남아 있다.

< 참고문헌 >

- 곽윤직, 채권각론(신정판), 1995, 박영사
김형배, 채권각론(계약법), 1997, 박영사
이은영, 제3판 채권각론, 1999, 박영사
김학동, “독일에서의 임대차법의 변천(上X下)”, 1982. 3·4월, 사법행정
고상용, 민법학강의, 1995, 법문사
고상용, “전세제도의 재검토” 현승종교수 회갑기념논문집
고상용, “제3차 개정 주택임대차보호법의 몇 가지 문제점”, 1999,4, 고시계
김상용, 민사판례평석(I) “임차보증금 증액과 경락인데 대한 대항력” 1995,법원
사
소재선, “임대차등기명령제도 신설의 과제와 문제점 - 개정 주택임대차 보호법
제3조의 3을 중심으로 -”, 1999, 경희대학교 법학연구소
이주홍, “주택임대차 보증금회수를 위한 우선변제권의 행사와 경매절차상 취급”,
1994.11.법조
K.Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,7.Aufl., 1989, C.H.Beck
서울 YMCA, “주택임대차보호법개정안 토론회”, 1998.9.14, 자료집