【부산판례연구회 제313차 월례발표회】

- 주택임대차보호법에서 정한 대항력과 우선변제요건 -

('주택의 인도' 의미에 관한 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다212194 판결에 관하여)

2018. 6. 11.

부산지방법원

손 주 희

목 차

Ⅰ. 서론

1. 사건의 개요

2. 소송 진행 경과

가. 1심

나. 항소심

3. 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다212194 판결

4. 문제의 소재

Ⅱ. 적용범위

1. 주거용 건물

2. 임대차계약

Ⅲ. 대항력

1. 의의

2. 외국의 입법례

3. 대항요건

가. 주택의 인도

1) 일반론

2) 인도의 유형

가) 현실인도

나) 목적물반환청구권의 양도

다) 간이인도

라) 점유개정

3) 대상판결의 검토

나. 주민등록

1) 일반론

2) 대상판결의 검토

4. 대항력 발생시기

Ⅳ. 확정일자를 갖춘 임차인의 우선변제권

1. 의의

2. 우선변제권 취득요건으로서 확정일자

3. 대상판결 검토

Ⅴ. 맺는 말

I. 서론

1. 사건의 개요



가. 지○○의 이 사건 주택 소유권보존등기

광주 광산구 수완동 1338 지상 철근콘크리트구조 (철근)콘크리트지붕 3층 단독주택(이하 '이 사건 주택'이라 한다. 전부 8가구로 구성되어 있다)은 2012. 6. 13. 지○○이 소유권보존등기를 마쳤다.

나. 원고들과 지○○ 사이의 101호 임대차계약

부부인 원고들은 2012. 7. 16. 당시 이 사건 주택의 소유자 지○○로부터 이 사건 주택 중 101호를 다음과 같은 내용으로 임차하는 임대차계약을 체결하고(이하 '이 사건 임대차계약'이라 한다), 같은 날 지○○에게 계약금 500만 원을 지급하였다.

○ 임대차보증금 6,500만 원 - 계약금 500만 원은 계약시 지급 - 잔금 6,000만 원은 2012. 8. 16.에 지급 ○ 임대인은 이 사건 주택을 2012. 8. 16.까지 임차인에게 인도한다.

○ 임대차기간: 인도일로부터 2014. 8. 15.(24개월)까지

다. 원고들의 전입신고 등

1) 원고들은 이 사건 임대차계약 당일인 2012. 7. 16. 이 사건 주택으로 전입신고를 마치고 이 사건 임대차계약서에 확정일자를 받았다.

2) 이 사건 임대차계약 당시 이 사건 주택 101호는 비어 있었고, 임대인 지○○은 원고들에게 현관 번호키의 비밀번호를 알려주었으며, 원고들은 일부 이삿짐을 2012. 7. 17. 이 사건 주택 101호로 옮겼다.

라. 피고의 303호 전세권설정등기

피고는 이 사건 주택 303호에 관하여 2012. 8. 2. 전세금을 6,500만 원으로 하여 전세권설정등기를 마쳤다.

마. 원고들의 나머지 보증금 지급

원고들은 2012. 8. 17. 지○○에게 나머지 보증금 6,000만 원을 지급하였다.

바. 이 사건 주택 경매절차

1) 지○○은 2012. 8. 21. 양○○에게 이 사건 주택에 관하여 '2012. 6. 17. 매매계약'을 원인으로 하여 소유권이전등기를 마쳐주었다. 양○○의 채권자인 김○○은 광주지방법원 2014타경12155호로 이 사건 주택에 관한 강제경매개시신청을 하였고, 이 사건 주택에 관하여 2014. 5. 26. 강제경매개시결정 등기가 마쳐졌다.

2) 위 경매법원은 2015. 7. 1. 이 사건 주택에 관하여 전세권자인 피고에게 5순위로 잔여액 60,295,651원을 배당하는 내용의 배당표(이하 '이 사건 배당표'라고 한다)를 작성하였다.

3) 원고들은 위 경매절차의 배당기일에 출석하여 피고의 배당액 전액에 대하여 배당이의를 하고, 2015. 7. 8. 이 사건 소를 제기하였다.

2. 소송의 진행 경과

가. 1심 판결의 요지(광주지방법원 2015가단517111호 - 원고들 전부 승소)

이 사건 임대차계약의 존속기간이 인도일로부터 2014. 8. 15.까지로, 원고들이 2012. 7. 16. 지○○로부터 이 사건 주택 101호를 인도받았으므로 이 사건 임대차계약의 시기는 2012. 7. 16.이라고 봄이 상당하고, 원고들이 계약 당일 위 주택을 인도받고 확정일자를 받은 이상 우선변제권의 기준시점은 주택인도 및 전입신고 다음날

인 2012. 7. 17.이라고 할 것이므로(이 무렵 이미 원고들이 인도를 받아 이 사건 주택 101호에서 거주하고 있었던 이상, 대외적으로 피고의 우선변제권에 대한 신뢰를 해하였다고 보기도 어렵다), 특별한 사정이 없는 한 원고들은 피고에 우선하여 이 사건 주택의 경락에 따른 배당금에 대해 우선하여 변제받을 권리가 있다. 따라서 주택임대차보호법상 피고에 대해 우선변제권을 가지고 있는 원고들이 배당이의를 제기한 금액 전부는 원고들에게 배당되어야 한다.

나. 항소심 판결의 요지(광주지방법원 2016나50296호 - 원고 전부 패소)

원고들이 이 사건 주택 101호에 관하여 2012. 7. 16. 전입신고를 마쳤으나, 다음과 같은 이유에서 원고들이 2012. 7. 16. 이 사건 주택 101호를 인도받았다고 보기 어렵고, 설령 원고들이 2012. 7. 16.경 이 사건 주택 101호를 인도받았음을 인정할 수 있다고 하더라도, 주택임대차보호법이 일정 요건을 갖춘 임차인에게 대항력을 인정하고 우선변제권을 부여하는 것은 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하는 위 법의 취지에 비추어 볼 때 보증금 회수의 안정성을 확보하기 위한 것이라 할 것인데, 원고들은 2012. 8. 17.에야 보증금의 대부분인 잔금 6,000만 원을 지급하였고 그 이전에는 보증금 6,500만 원 중 500만 원을 지급한 상태였기 때문에 원고들이 보증금 잔금을 지급하기 이전에 전세금 전액을 지급하고 전세권설정등기를 마친 피고보다 보호받아야 할 '임차인'의 위치에 있다고 보기 어렵다. 원고들은 피고보다 앞서 대항력을 갖추었다거나 우선변제권을 가지고 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 배당표의 경정을 구하는 원고들의 청구는 이유 없다.

① 통상의 임대차계약에서 보증금의 일부만을 지급하고 주택을 인도받아 생활하는 것은 이례적인데, 원고들은 2012. 7. 16. 임대차보증금의 10%에도 이르지 못하는 500만 원만을 지급한 상태였고, 총 8가구가 있는 이 사건 주택에서 잔금 지급 전에 주택을 인도받은 다른 입주자는 없었다.

② 원고 1은 2012. 7. 17. 2.5톤 차량을 이용해서 이 사건 주택 101호로 짐을 옮겼는데, 2012. 8. 17.까지는 다른 아파트에서 생활하였고, 가전제품 등은 2012. 8. 17. 이 사건 주택 101호로 옮겼다. 2012. 8. 17.까지는 원고 2가 평일에 출퇴근을 위하여 이 사건 주택 101호에서 잠만 잤고, 원고 2가 평일에 잠만 잤던 것은 외부에서 사람의 거주를 인식할 수 있는 일반적인 거주 형태라고 보기 어렵다.

③ 원고 1이 2017. 7. 17. 이사할 때 사용한 2.5톤 트럭은 보통의 살림을 이사하는 것에 비해 아주 적은 짐을 옮길 수 있는 트럭으로 주거 생활을 위한 이사로 볼 수 없다.

④ 2012. 8. 17.까지 이 사건 주택에는 텔레비전이 설치되지 않았고, 도시가스도 개설되지 않았으며, 2012년 7월 사용량으로 부과된 전기요금 1,100원은 실제 거주자가 없는 경우의 기본요금에 해당하는데, 2012. 7. 17.부터 2012. 8. 16.까지는 일년중 가장 더운 기간이고 이 사건 주택에는 기본적으로 에어컨이 설치되어 있었던 점에 비추어 볼 때 전기요금이 기본요금만 나온 것은 원고 2.가 잠만 잤다는 것에 의문이 들게 하는 정황이다.

3. 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다212194 판결의 요지(원심판결 파기・환송)

가. 주택임대차보호법은 임차인에게 우선변제권이 인정되기 위하여 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖추는 것 외에 계약 당시 임차보증금이 전액 지급되어 있을 것을 요구하지는 않는다. 따라서 임차인이 임대인에게 임차보증금의 일부만을 지급하고 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 정한 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 다음 나머지 보증금을 나중에 지급하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 대항요건과 확정일자를 갖춘 때를 기준으로 임차보증금 전액에 대해서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제를 받을 권리를 갖는다고 보아야 한다.

나. 이 사건 임대차계약 당시 이 사건 주택 101호가 비어 있었고, 임대인이 임차인인 원고들에게 현관 자동문의 비밀번호를 알려주었으며, 원고들은 2012. 7. 17. 이 사건 주택 101호에 짐을 옮겨 놓았으므로, 늦어도 2012. 7. 17.에는 이 사건 주택 101호를 인도받았다고 보아야 한다. 원고들은 이 사건 임대차계약 당일 임차보증금의 일부를 지급하고 이 사건 주택 101호를 인도받아 전입신고와 확정일자를 마친 다음 이 사건 임대차계약이 정한 바에 따라 나머지 임차보증금을 지급하였다. 따라서 우선변제권의 기준시점은 주택의 인도와 전입신고를 마친 다음 날인 2012. 7. 18.이라고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 원고들은 이 사건 주택과 대지의 경락에 따른 배당금에 대하여 피고에 우선하여 변제받을 권리가 있다.

그런데도 원심은 이와 달리 원고들이 2012. 7. 16.경 이 사건 주택 101호를 인도받았다고 볼 수 없고, 임차보증금 중 500만 원만 지급하고 나머지 임차보증금을

지급하기 전에 전세금 전액을 지급하고 전세권설정등기를 마친 피고보다 우선하여 변제를 받을 권리가 없다고 판단하였다. 원심의 판단에는 주택임대차보호법 제3조 제1항, 제3조의2 제2항 에 정한 대항요건인 주택의 인도와 우선변제권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 문제의 소재

가. 민법상의 임차권은 임차인이 임대인과 체결한 임대차계약의 내용에 따라 목적물을 사용·수익할 권리를 말하고, 이는 채권적 권리이다. 따라서 원칙적으로 임대인 외의 제3자에 대하여는 임차권을 주장할 수 없다. 그런데 주택이나 상가건물 임대차에 관하여는 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법에 따라서 일정한 요건을 갖춘 경우 임차인이 '대항력'과 '우선변제권'을 취득할 수 있다. 주택이나 상가라 하더라도 위의 특별법에 규정이 없는 사항은 민법이 보충적으로 적용된다. 주택임대차보호법이 민법에 비해 임차인을 더 보호하는 '대항력'과 '우선변제권' 등 특례를 규정한 이유는 임차인의 '주거생활의 안정'을 보장하기 위해서이고, 이를 통해 임대차관계의 존속을 보호하고 차임인상의 적절한 규제, 그리고 궁극적으로 보증금의 회수를 확보해 준다. 따라서 보호할 필요가 없는 임대차, 즉 임대차계약이 가장행위인 경우 또는 임대차계약 당사자들이 제도적 본래 취지를 남용하였다고 평가되는 경우에는 주택임대차보호법의 보호를 받지 못한다.[1] 그러나 주택임대차보호법의 적용대상을 합리적인 이유나 근거 없이 축소해석 하는 것은 위 법의 입법목적에 비추어 타당하지 않다.[2]

나. 위와 같이 주택임차인을 보호하기 위한 가장 중요한 제도는 대항력과 우선변제권을 인정하는 한 것이고, 주택임대차보호법에 관한 최대의 쟁점이 대항력에 관한 것이다. 주택임대차보호법상의 대항력에 관한 법리는 상가건물임대차보호법에도 그대로 적용된다. 거래안전과의 조화로운 해결을 위해서 채권에 불과한 주택임차권에 물권적 효력을 인정하기 위해서는 제3자가 주택임차권의 존재와 그 내용에 대해

---

1) 채권자가 채무자 소유의 주택에 관하여 채무자와 임대차계약을 체결하고 전입신고를 마친 다음 그곳에 거주하였다고 하더라도 실제 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용수익하려는 것에 있는 것이 아니고, 실제적으로는 소액 임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 채권을 회수하려는 것에 주된 목적이 있었던 경우에는 그러한 임차인을 주택임대차보호법상 소액임차인으로 보호할 수 없다(대법원 2001. 5. 8. 2001다14733 판결 등). 이 경우 임차인이 기존 채권회수 목적으로 임대차계약을 체결하였다는 사정만으로는 대항력을 갖지 못한다고 볼 수는 없고(대법원 2001. 1. 8. 선고 2001다47535 판결), '실제 임대목적물을 사용·수익할 목적이 없었다'는 사정까지 입증되어야 한다.

2) 김용담, 주석민법 [채권각칙(3)], 한국사법행정학회(2016), 792면

서 알 수 있도록 하는 공시방법이 필수적이다. 그 공시방법에 관하여 주택임대차보호법 제3조 제1항은 '임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다'고 규정하고 있다. 같은 법 제3조의2 제2항은 '보증금의 회수'에 관하여 '제3조 제1항 등의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 「민사집행법」에 따른 경매 등을 할 때에 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다'고 규정하고 있다. 대법원은 주택의 인도와 주민등록의 법적성격에 관하여 '임차권의 공시방법'이라고 판시한다.[3)]

다. 대항력과 관련한 대법원 판결들은 그 결론만 보았을 때는 대항력과 우선변제권을 인정하는 경우와 이를 인정하지 않는 경우가 다소 모순처럼 비춰 질 때가 있다. 대법원 판결의 이유는 그 '구체적인 사실관계'를 들여다보아야 하고, '임차인의 주거생활의 안정'과 '거래안전'라는 이념을 생각하며 검토해야 한다.

라. 이하에서는 '임차인의 주거생활의 안정'과 '거래안전'과의 조화로운 해결을 위해 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권과 관련한 이론과 대법원 판결들을 살펴보고자 한다. 특히 대법원은 주민등록을 임차권의 공시방법으로 보고 있고, 기존에 임대차의 대항요건 중에서 주로 문제가 되었던 것은 '주택의 인도'가 아닌 '주민등록'이었다. 그런데 이 사안에서는 그동안 특별히 문제되지 않았던 '주택의 인도 시점'에 관한 문제가 쟁점이 되었다. 나아가 주택임차인에게 우선변제권이 인정되기 위하여 '우선변제권을 취득할 당시'에 임차보증금 전액이 지급되어 있을 것을 요하는지 여부, 대항요건과 확정일자를 갖춘 때 보증금이 일부만 지급된 경우 임차보증금 '전액'에 대해서 우선변제권이 있는지 여부(임대차계약상 정한 보증금은 전부 지급되었음을 전제로 한다)가 문제된다.

Ⅱ. 적용범위

1. 주거용 건물[4)]

주택임대차보호법은 주거용 건물, 즉 주택의 전부 또는 일부의 임대차(임대차 주

3) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1573 판결, 이윤승, "주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호", 사법논집 제19집(1988년), 158면

4) 임대차재판실무편람, 임대차재판실무편람 집필위원회(2017), 12~15면; 2016 주택임대차보호법, 사법연수원(2016), 2~10면

택의 일부가 주거 외의 목적으로 사용되는 경우 포함)에 관하여 적용된다(주택임대차보호법 제2조). 주거용 건물인지 판단하는 기준시점은 원칙적으로 임대차계약의 체결시이다. 주거용 건물에 해당하는지 여부는 임대차목적물의 공부상의 표시만을 기준으로 할 것이 아니라 그 실지 용도에 따라서 정하여야 하고 또 건물의 일부가 임대차의 목적이 되어 주거용과 비주거용으로 겸용되는 경우에는 구체적인 경우에 따라 그 임대차의 목적, 전체 건물과 임대차목적물의 구조와 형태 및 임차인의 임대차목적물의 이용관계 그리고 임차인이 그 곳에서 일상생활을 영위하는지 여부 등을 아울러 고려하여 합목적적으로 결정하여야 한다.[5] 미등기 건물이라도 주거용으로 사용되는 이상 주택임대차보호법의 적용대상이 되고, 사용승인 또는 임시사용승인을 받지 않은 주택도 마찬가지이다.

2. 임대차계약

임대차계약 외에도 미등기전세계약에도 주택임대차보호법이 적용되나, 일시사용을 위한 임대차에는 적용되지 않는다(주택임대차보호법 제11조).

임대인이 임차목적물에 대한 소유권 기타 처분권 등을 갖고 있어야 하는 것은 아니다. 타인물건의 임대차계약은 의무부담행위로서 유효하고 임대인이 소유권이 없다고 하여 바로 채무불이행에 빠지는 것은 아니다.[6] 그런데 주택임대차보호법이 적용되는 임대차는 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우로 한정되는 것은 아니나, 적어도 그 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인이 임대차계약을 체결할 것이 요구된다.[7] 이는 주택임대차보호법의 입법목적을 고려하여 그 적용범위를 제한적으로 해석하는 것으로 위와 같이 판시한 근거는 주택임대차보호법상 요건을 갖춘 임차인은 대항력이나 우선변제권을 주장할 수 있고, 위 권리는 임대인에게만 주장할 수 있는 임차목적물의 채권적 사용·수익권을 넘어 제3자에게 주장할 수 있는 용익물권이나 담보물권 유사의 권리를 부여하였기 때문인 것으로 해석된다.[8] 임대인에게 적법한 임대권한이 있다고 믿은 임차인의 신뢰는 원칙적으로 보호될 수 없으나 민법상 제3자 보호규정이 있는 경우(예를 들어 매매계약이 착오 등을 이유로 취소되는 경우나 해제되는 경우

5) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다52522 판결
6) 주석민법 [채권각칙(3)] 795면
7) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다93794 판결
8) 주석민법 [채권각칙(3)] 796면

등)에는 주택임대차보호법의 보호를 받을 수 있다.[9)]

Ⅲ. 대항력

1. 일반론

주택임차인은 임차권등기를 하지 않더라도 주택을 인도받아 주민등록을 마치면 그 다음날부터 제3자에 대하여 대항할 수 있다. 주택임대차보호법 제3조 제1항 전문에서 말하는 '제3자에의 대항력'이란 임차인이 임대차주택의 양수인, 임대할 권리를 승계한 자, 기타 임대차주택에 관하여 이해관계를 가진 자에 대하여 임대차의 내용을 주장할 수 있는 '법률상의 권능'을 말한다. 등기된 임대차와 동일한 권리, 즉 임대차가 종료될 때까지 주택을 사용·수익할 권리, 기타 임차인이 가지는 부수적인 모든 권리(임대차보증금반환청구권, 부속물매수청구권 등)를 임대인은 물론 양수인 등 제3자에 대하여도 주장할 수 있다. 즉, 임대차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하게 되는 결과 임차인은 양수인에게 임대차의 내용을 주장할 수 있고, 제3자의 임대차주택에 대한 침해에 대하여 방해배제청구권 등을 행사할 수 있으며, 확정일자를 구비하게 되면 우선변제권 또는 최우선변제권을 주장할 수 있는 법률상의 권능을 가진다.[10)]

2. 외국의 입법례[11)]

가. 일본

일본은 민법과 차지차가법에서 임대차의 대항력을 규정하고 있다. 일본 민법 제605조는 부동산임대차의 대항력과 관련하여 '부동산임대차는, 이를 등기한 때에는 그 후에 부동산에 관하여 물권을 취득한 자에 대해서도 그 효력이 생긴다'고 규정하고, 차지차가법 제31조 제1항은 건물임대차의 대항력과 관련하여 '건물임대차는

---

9) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908,38915 판결[주택임대차보호법이 적용되는 임대차로서는 반드시 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우에 한정된다고 할 수는 없고, 주택의 소유자는 아니지만 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한(적법한 임대권한)을 가진 임대인과 사이에 임대차계약이 체결된 경우도 포함되고(대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결 등 참조), 매매계약의 이행으로 매매목적물을 인도받은 매수인은 그 물건을 사용·수익할 수 있는 지위에서 그 물건을 타인에게 적법하게 임대할 수 있으며(대법원 1971. 3. 31. 선고 71다309, 310 판결 참조), 이러한 지위에 있는 매수인으로부터 매매계약이 해제되기 전에 매매목적물인 주택을 임차받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다12717 판결 등 참조)].

10) 2016 주택임대차보호법 68면

11) 조해근, "민법상 임대차의 대항력", 사법연수원 교수논문집(2017), 11~15면

그 등기 없이도 건물의 인도가 있는 때에는 그 후 그 건물에 관하여 물권을 취득한 자에 대하여 그 효력이 생긴다’ 고 규정하여 건물임대차의 경우 ‘인도’ 만을 대항요건으로 규정하고 있다. 일본 판례는 임대차가 대항력을 갖춘 후 임대차목적물이 양도된 경우, 대체로 양수인이 양도인의 임대인지위를 포괄적 · 면책적으로 승계하고 임대차보증금도 양수인이 이를 승계하는 것으로 해석하였고, 임대차보증금의 다과, 임대차보증금에 대한 양수인의 선악, 임대차보증금의 현실 수수 여부 등을 불문하였다. 이후 ‘임차한 건물이 경매된 경우에, 임차인이 고의로 임대차의 내용을 숨긴 때에는 그 임차인은 차임을 먼저 지불한 사실 및 임대차보증금이 있는 사실로써 경락인에게 대항할 수 없다’ 등의 판결도 나왔다.

나. 독일

독일 민법 제566조 제1항은 ‘양도는 임대차를 깨뜨리지 않는다’ 고 하여 ‘임대인이 임대한 주거공간을 임차인에게 인도한 후 이를 제3자에게 양도한 때에는, 양수인은 그가 소유권을 갖는 기간 동안 임대차관계로부터 발생하는 권리의무를 임대인에 갈음하여 승계한다’ 고 규정하여 대항요건으로 ‘인도’ 만을 요한다. 임대차보증금은 양도 당시 임대차가 종료되었는지 여부와 상관없이 양수인도 이를 반환할 의무를 부담하지만, 양도인이 위와 같은 통지를 하고 임차인의 해지 없이 해지기간이 경과한 경우에는, 양도인은 임대차관계의 채무에서 벗어난다.

다. 프랑스

프랑스 민법 제1743조은 ‘임대인이 임차물을 매도한 경우에 매수인은 공정증서에 의하거나 확정일자가 있는 정액토지임차인주 · 분익토지임차인주 · 건물임차인주에 대하여 인도를 청구하지 못한다. 그러나 임대차계약에서 이의를 유보한 때에는 매수인은 농업용이 아닌 재산의 임차인에 대하여 인도를 청구할 수 있다’ 고 규정하고, 제1750조는 ‘임대차가 공정증서에 의하여 이루어지지 않았거나 확정일자가 없는 때에는 매수인은 어떠한 손해배상의무도 부담하지 않는다’ 라고 규정하여 대항력을 인정하기 위해서는 ‘공정증서에 의하거나 확정일자가 있는 임대차’ 를 요한다.

3. 대항요건

가. 주택의 인도

1) 일반론

앞서 본 바와 같이 주택임대차보호법이 대항력과 우선변제권을 인정하는 가장 큰 이유는 '임차인의 주거생활의 안정'을 보장하기 위해서이고, 거래안전을 해치지 않기 위해서 임차권이 외부에 공시되어야 한다. 따라서 임차인에게 '주택이 인도'되어야 한다. 여기서 '주택의 인도'는 주택에 대한 점유, 즉 주택에 대한 '사실상의 지배력을 이전'하는 것을 말한다. 민법상 '점유의 이전'에 관한 개념이 주택임대차보호법에도 그대로 적용된다. 인도에는 '현실인도' 뿐만 아니라, '간이인도', '반환청구권의 양도' 및 '점유개정'도 포함된다.[12] 이때 점유는 '사회통념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 할 수 있는 객관적 관계'를 가리키는 것으로서, '사실상의 지배가 있다'고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배할 필요는 없고, 물건과 사람의 시간적·공간적 관계, 본권관계, 타인의 간섭가능성 등을 고려해서 사회통념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.[13] 대상판결은 「임대주택을 인도하는 경우에는 임대인이 임차인에게 현관이나 대문의 열쇠를 넘겨주었는지, 자동문 비밀번호를 알려주었는지, 이사를 할 수 있는지 등도 고려하여야 한다」고 판시하였다.

2) 인도의 유형

가) 현실인도

현실의 인도는 주택에 대한 임대인 등의 적접 점유를 사회관념상 동일성을 유지하면서 임차인의 지배로 이전하는 것이다. 현실인도는 임대인 측의 점유 포기와 임차인의 점유 취득에 의해서 이루어지고, 인도가 있었느냐 여부는 사회 통념에 의하여 판단할 수 밖에 없다.[14] 열쇠 없이는 열수 없도록 주택이 시정되어 있는 때에는 열쇠를 인도하는 것도 현실적으로 인도한 것으로 볼 수 있으나, 내부를 열람시킬 목적으로 일시적으로 열쇠를 교부한 경우에는 열쇠를 일시적으로 점유하는 것에 불과하고 점유가 확정적으로 종결되는 것은 아니므로 인도가 이루어진 것이라고 볼 수 없다.[15]

---

12) 민법주해 XV, 209면; 임대차재판실무편람 22면
13) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다78867 판결, 대법원 2005. 9. 30. 선고 2005다24677 판결 등 참조
14) 김용담, 주석민법 [물권(1)] , 한국사법행정학회(2011), 215면. 곽윤직 민법주해(Ⅳ), 박영사(2001), 214면
15) 민법주해(Ⅳ), 214면

현실인도와 관련한 판결을 소개한다.

① 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908, 38915 판결[16)]

아파트 수분양자인 소외 1이 이 사건 분양계약상 이 사건 아파트에 입주하기 위하여 요구되는 의무를 다하지 못하였다고 하더라도 아파트 관리사무소로부터 정상적으로 열쇠를 교부받아 피고를 이 사건 아파트에 입주케 한 이상 이 사건 분양계약의 이행으로 이 사건 아파트를 인도받았다고 봄이 상당하고, 이러한 지위에 있는 소외 1로부터 이 사건 아파트를 임차하여 주택임대차보호법상의 대항요건을 갖춘 피고로서는 앞서 본 법리에 따라 이 사건 분양계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 원고에게 대항할 수 있다고 판시하였다.

② 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결

· 구체적인 사실관계

피고 1이 1996. 4. 23, 피고 2가 1996. 4. 26. 각 이 사건 주택에 전입신고를 마쳤다.

그런데 이 사건 주택은 1996. 1. 12. 건축허가를 받은 후 1996. 1. 19. 착공하여 1996. 7. 30. 준공되었다.

원고가 주택 소유자에게 대출을 하기 전인 1996. 4. 26. 원고의 직원이 이 사건 주택에 대한 현장조사를 하였는데 그 당시 이 사건 주택이 신축 중으로 거주하는 사람이 없어 건물 부분을 평가에서 제외하였다.

피고 2는 1996. 4. 19. 주택 소유자의 대리인과 사이에 임차보증금 70,000,000원, 임차기간 1996. 5. 30.부터 1998. 5. 30.까지로 정하여 임차하기로 임대차계약을 체결하면서 입주일을 1996. 5. 30.로 하고 잔금 60,000,000원을 같은 날 지급하기로 하였다(다만 공사의 진척에 따라 입주일을 다소 변경할 수 있고, 임차인의 필요에 따라 1996. 5. 19.부터 입주일까지 이삿짐을 보관하는 것도 가능하도록 하였다).

피고 1의 대리인은 1996. 4. 20. 주택 소유자와 사이에 임차보증금 65,000,000원, 임차기간 1996. 5. 30.부터 1998. 5. 30.까지로 정하여 임차하기로 임대차계약을 체결하면서 입주일을 1996. 5. 30.로 하고 잔금 60,000,000원을 같은 날 지급하기로 하였다(다만 공사의 진척에 따라 입주일을 다소 변경할 수 있고, 임차인의 필요에 따라 이삿짐을 입주일까지 보관하는 것도 가능하도록 하였다).

이 사건 주택에는 1996. 7. 24. 전기가 개설되고, 1996. 8. 2. 수도가 공급되기 시작하였다.

16) 이 판결은 매수인이 임대인이 되어 제3자와 임대차계약을 체결한 이후 매도인과의 매매계약이 해제된 사안이다.

· **원심 판단(서울지법 2001. 9. 14. 선고 2000나83342호)**

피고 1은 1996. 4. 23, 피고 2는 1996. 4. 26. 각 이 사건 주택에 전입신고를 마치기는 하였지만, 이 사건 주택에 관하여 원고 앞으로 근저당권설정등기가 마쳐진 1996. 4. 29. 당시 이 사건 주택이 신축 중이었던 점, 피고들이 1996. 4. 23. 내지 1996. 4. 26.경 각 임차보증금을 전액 지급하였다고 볼 만한 객관적인 증거가 없는 이상 그 무렵 이 사건 주택을 각 인도받았다고 보기도 어려운 점 등을 들어, 피고들은 날짜를 특정할 수는 없지만 적어도 1996. 4. 29. 이후 이 사건 주택을 인도받은 것으로 봄이 상당하므로, 이 사건 주택의 대지 부분에 관하여는 원고가 피고들보다 선순위라고 보아야 한다고 판단하였다.

· **대법원 판단**

원심의 사실인정 및 판단은 정당하고 거기에 주택의 인도 시기에 관한 사실오인이나 주택인도에 관한 법리오해가 있다고 할 수 없다고 판시하였다.

위 판결의 사안은 금융기관이 주택 소유자에게 대출을 하기 전에 실시한 현장조사에서 이 사건 주택이 신축 중으로 거주하는 사람이 없어 건물 부분을 평가에서 제외하고 근저당권설정등기를 마칠 당시 이 사건 주택이 신축 중이었던 것으로, 임차인이 대항력을 취득하였다고 주장하는 시점에 '실제 거주가 불가능한 상태의 주택' 었음을 이유로 판시한 것으로 임대차계약 당시 즉시 입주해서 생활하는데 아무런 지장이 없었던 대상판결의 사안과 달리한다. 뿐만 아니라 위 판결은 임차인에게 입주일까지 미리 '이삿짐을 보관' 하는 것도 가능하도록 허락하였을 뿐이고 미리 거주할 수 있도록 허락한 것으로는 보이지 않고, 임대인이 임차인에게 출입문 열쇠나 번호키 비밀번호를 교부하였다고 하더라도 이는 '이사짐을 보관' 하기 위한 목적이었으므로 '거주 목적' 과 달리 현실인도라고 볼 수 없다.

③ 대구지방법원 2006. 3. 15. 선고 2005나10249 판결[17] (대항력의 존속요건으로서의 '점유')

임차인이 임차주택의 경락기일 전에 주민등록만 그대로 둔 채 시설이나 집기를 남겨두지 않고 이사하였고, 집을 구하는 사람에게 보여 주기 위하여 출입문

17) '소액사건심판법 제2조 제1항, 소액사건심판규칙 제1조의2에 정한 소액사건인데, 원고가 내세우는 상고이유의 주장은 소액사건심판법 제3조 각 호에 정한 어느 사유에도 해당하지 아니하므로 적법한 상고이유가 될 수 없다' 는 이유로 상고가 기각되어 확정되었다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2006다21620 판결).

의 열쇠를 소지한 채 임차주택의 출입문을 잠그지 않고 둔 경우, 주택임대차보호법이 임차인의 대항력과 우선변제권의 요건으로 주민등록과 함께 주택에 대한 점유를 요구하고 있는 점, 주민등록제도는 행정사무의 적정한 처리를 도모하는 것을 목적으로 하고 있을 뿐 사인 간의 권리관계, 특히 주민등록 소재지의 거주관계나 그 지상주택의 점유관계를 증명하기 위한 제도가 아닌 점, 주민등록 사실 자체만으로는 무단전출이나 위장전입을 구별하기가 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 임차주택의 주민등록 유지 사실로부터 곧바로 그 점유 사실이 추단된다거나 타인의 자유로운 출입을 배제할 수 있는 별다른 조치를 취하여 두지 않은 이상, 외부에서 객관적으로 인식할 수 없는 사정에 불과한 출입문 열쇠의 소지 사실만으로 사회통념상 임차주택을 사실상 지배하는 객관적 관계에 있었다고 단정하기 어려워, 위 임차인은 주택임대차보호법상 우선변제권의 요건인 '주택의 점유'를 상실한 것으로 보아야 한다.

나) 목적물반환청구권의 양도

임대인이 제3자의 점유를 매개하여 주택을 간접점유하고 있는 경우에, 임대인이 제3자에 대하여 가지는 주택인도청구권을 양도함으로써 임차인에게 주택을 인도하는 방법이다.[18] 이 경우 임대인은 주택을 전세권, 지상권, 임대차 등의 점유매개관계를 통해서 직접점유자를 매개로 하여 주택을 간접점유하고 있어야 한다. 목적물반환청구권은 채권적 반환청구권을 말하고, 민법 제213조의 물권적 청구권은 이에 포함되지 않는다.[19] 따라서 그 양도방식은 채권양도 방식, 즉 대항요건으로 채무자의 승낙이나 임대인의 통지가 필요하다. 반환청구권을 여러 사람에게 양도한 때에는 확정일자 있는 증서에 의한 승낙이나 통지의 요건을 먼저 갖춘 사람이 인도받은 것이 된다.[20]

다) 간이인도

이미 입주하여 거주하는 주택에 관하여 새로운 소유자와 임대차계약을 체결하고 계속 거주하는 것과 같이 주택 임차인이 이미 점유를 하고 있는 경우에는 새

---

18) 반환청구권의 양도에 의한 인도의 경우 간접점유의 이전방법에 불과하여 공시방법으로서의 기능을 다하지 못함을 이유로 대항력을 부정하는 견해도 있다[이윤승(주 3) 159면).

19) 민법주해(Ⅳ), 227면, 물권적 청구권은 물권의 효력으로 물권에 기하여 발생하는 것이지 성질상 거꾸로 그 양도가 물권양도의 요건이 될 수는 없는 것이고, 물권과 분리하여 양도할 수 없기 때문이다. 그 양도의 효과로 양수인이 물권을 취득하며 그 취득된 물권에 기하여 민법 제213조의 물권적 청구권이 당연히 발생하게 되는 것이다

20) 민법주해(Ⅳ) 237면

로운 임대차계약에 의하여 점유가 이전된다. 동산의 경우 양도계약의 현장에 있지 않은 물건을 그 상태로 인도하는 장수(長手) 인도를 간이인도로 볼 것인가 혹은 현실인도로 볼 것인가 문제될 수 있는데, 간이인도가 인정되기 위해서는 이미 양수인이 물건을 점유하고 있는 것을 요하는 점에서 장수인도의 경우에는 양도인이 점유하고 있던 것을 양수인에게 넘겨주는 것이라는 이유에서 '현실인도'로 본다.[21] 위와 같은 논리에 비추어 주택의 경우에도 임대차계약 당시 임대인이 거주할 목적을 가진 임차인에게 임차목적물의 그 상태로 인도하는 것(열쇠교부 등의 방식으로)도 '현실인도'에 해당한다고 볼 수 있다.

간이인도와 관련하여 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다38361, 38378 판결을 소개한다.

· 구체적인 사실관계

소외 1의 소유 주택에 관하여 1995. 7. 31. 농협중앙회 명의로 제1순위 근저당권설정등기가 경료되었는데, 원고는 그 이전인 1994. 3. 19. 소외 1로부터 이 사건 주택 부분을 임대차보증금 3,500만 원을 지급하고 임차하여 현재까지 이 사건 주택 부분에 거주하면서 이를 점유하고 있으나, 임대차계약서상의 확정일자는 1994. 10. 10. 마쳤고, 전입신고는 위 근저당권설정 이후인 1996. 7. 3. 비로소 마쳤다. 그러던 중 위 농협중앙회의 신청에 의해 1997. 2. 21. 1차 경매절차가 개시되었고, 소외 1의 장모인 소외 2는 위 1차 경매절차에서 1997. 7. 28. 이 사건 부동산을 낙찰받았으며, 원고와 1997. 10. 8.자로 임대차계약서를 작성하고 1997. 10. 9. 그 대금을 완납하고, 1997. 10. 10. 그 명의로 소유권이전등기를 마친 후 같은 날 이 사건 부동산에 대해 채무자 소외 2, 채권최고액 금 156,000,000원, 근저당권자 한신금고로 하는 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다. 이 사건 부동산에 관하여 한신금고의 신청에 의하여 1999. 1. 11. 2차 경매절차가 개시되었고, 소외 3은 위 2차 경매절차에서 이 사건 부동산을 낙찰받아 2000. 5. 18. 대금을 완납하고 그 명의의 소유권이전등기를 마쳤고, 피고 등에게 순차 소유권이전등기가 경료되었다.

· 임대차계약의 성립 여부의 점에 대하여[22]

---

21) 주석민법 [물권(1)] 218면, 민법주해(Ⅳ), 219면, 민법 제245조 제2항의 등기부취득시효의 요건인 '점유'란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 보여지는 객관적 관계를 말하는 것으로서, 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고 물건과 사람의 시간적·공간적 관계, 본권 관계와 타인지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 할 것이며, 특히 임야에 대한 점유의 이전이나 점유의 계속은 반드시 물리적이고 현실적인 지배를 요한다고 볼 것은 아니고 관리나 이용의 이전이 있으면 인도가 있었다고 보아야 하고, '임야에 대한 소유권'을 양도하는 경우라면 그에 대한 지배권도 넘겨지는 것이 거래에 있어서 통상적인 형태라고 할 것이며, 점유의 계속은 추정되는 것이다(대법원 1998. 4. 14. 선고 96다47647 판결 등 참조).

원고는 소외 2가 이 사건 부동산의 소유권을 보유한 약 2년여 기간 동안 아무런 이의를 받지 않고 이 사건 부동산에 거주해 온 점 등이 인정되고, 이와 같은 소외 2와 소외 1의 신분관계, 원고가 이 사건 부동산에 거주한 경위 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고와 소외 2가 종전 임대차계약을 승계하는 의미에서 적어도 1차 경매절차가 진행되고 소외 2가 그 낙찰대금을 완납하여 이 사건 부동산에 대한 소유권을 취득하기 이전부터 원고와 소외 2 사이에 원고가 이 사건 주택 부분에 계속 거주하고 소외 2가 소외 1의 위 임대차보증금을 인수하여 대신 지급하기로 하는 묵시적 합의가 성립되어 있었다고 봄이 상당하고, 이는 실질적으로 원고와 소외 2가 새로운 임대차계약을 체결한 경우와 같다.

· 주택임대차의 대항력 취득시기에 대하여

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 결정된다고 할 것이므로, 주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다(대법원 1999. 4. 23. 선고 98다32939 판결, 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결, 2001. 1. 30. 선고 2000다58026, 58033 판결 등 참조). 위 기초 사실관계에 의하면, 소외 2가 이 사건 부동산에 대한 낙찰대금을 납부하기 이전부터 이 사건 주택에 관하여 주민등록상 소유자 아닌 원고가 거주하는 것으로 나타나 있어서 제3자들이 보기에 원고의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식할 수 있었으므로 위 주민등록은 소외 2의 소유권취득 이전부터 소외 2와 원고 사이의 임대차 관계를 공시하는 기능을 수행하고 있었다고 할 것이고, 따라서 원고는 이 사건 부동산에 관하여 소외 2가 낙찰대금을 납부하여 소유권을 취득하는 즉시 위 임차권의 대항력을 취득하였다고 할 것인바(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다58026, 58033 판결 참조), 위 2차 경매절차의 기초가 된 한신금고 명의의 이 사건 근저당권설정등기는 원고의 위 대항력 취득 이후에 경료되었으므로 원고는 위 임차권으로서 위 경매절차에서의 낙찰인 및 그 승계인에게 대항할 수 있다 할 것이다.

22) 이와 다르게 앞서 주택임대차보호법의 '적용범위'와 관련하여 본 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다93794 판결은 「주택임대차보호법이 적용되는 임대차가 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우로 한정되는 것은 아니나, 적어도 그 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인이 임대차계약을 체결할 것이 요구된다. 원고는 종전 임의경매절차에서 최고가매수신고인의 지위에 있던 소외 1과 2007. 10. 13. 이 사건 주택에 관한 임

위 판결은 또 다른 대항요건인 주민등록과 관련하여 대항력 취득시기를 제한하고 있다. 즉 근저당권자에게 대항하지 못하는 임차권이 경매절차에서 소멸하는 경우 임차인이 낙찰자가 매각대금을 납부하기 전에 낙찰자와 임대차계약을 다시 체결한 경우, '주택의 인도'는 간이인도 형식으로 이행하였다는 것을 전제로(주택의 인도와 관련해서는 별도로 설시하지 아니하였다) 공시방법으로서의 '주민등록'의 일반요건에 관한 법리를 설시한 후. 당초 임차인이 전입신고를 할 당시 '임차권을 매개로 하는 점유'임을 제3자들이 알 수 있었고 위 주민등록이 임대차를 공시하는 기능이 있다고 하면서도, 다만 임차인이 대항력을 취득하는 시점은 '낙찰자가 소유권을 취득한 시점'이라고 판시하였다. 이는 기존의 임차권은 근저당권자에게 대항할 수 없어 경매절차에서 소멸하므로 낙찰자와 체결한 새로운 임차권의 대항력은 낙찰자(임대인)가 소유권을 취득한 즉시(낙찰대금 완납시)에 취득한다는 것으로 이해된다.

라) 점유개정

매도인이 매수인으로부터 목적물을 임차하여 계속 점유하는 경우와 같이 양수인과의 사이에 점유매개관계(예를 들어 임대차, 사용대차 등)를 설정함으로써 양수인이 간접점유를 취득하고 양도인이 직접점유를 그대로 유지하는 형태의 인도방식을 점유개정이라 한다. 점유의 이전이란 점에서 보면 양도인의 점유에 기하여 양수인에게 간접점유를 설정·이전하는 것이다. 점유개정은 간이인도와는 달리 양도한 후에도 계속해서 양도인이 임차인으로서 점유하므로 외부적으로는 임대인에게 소유권이 이전되었다는 것을 알 수가 없기 때문에 이 점유개정을 공시방법으로서 인정할 것이냐가 문제될 수 있다.[23] 그러나 이를 금지하여 현실의 인도를 시키더라도 임차 등을 위하여 다시 매도인에게 주택을 인도하는 것을 금할 수는 없고, 금지한

대차계약을 체결한 후, 같은 달 23일 종전 임차인 소외 2로부터 이 사건 주택을 인도받은 소외 1로부터 이 사건 주택을 인도받아 같은 날 전입신고를 마치고 임대차계약서에 확정일자를 받았으며, 소외 1이 같은 달 24일 매각대금을 완납하고 피고에게 근저당권설정등기를 마쳐준 사실은 알 수 있으나, 소외 1이 최고가매수신고인이라는 것 외에는 위 임대차계약 당시 적법한 임대권한이 있었음을 인정할 자료는 기록상 찾아볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 원심이, 원고가 아직 매각대금을 납부하지도 아니한 최고가매수신고인에 불과한 소외 1로부터 2007. 10. 23. 이 사건 주택을 인도받고, 전입신고 및 확정일자를 갖추었다는 것만으로 그 다음날인 2007. 10. 24. 00:00 우선변제권을 취득하였다고 단정한 것은, 주택임대차보호법상 적법한 임대권한에 관한 법리를 오해하거나 그에 관한 심리를 다하지 아니함으로써 판단을 그르친 것이다(다만, 원고가 소액임차인으로서 일정 금액을 최우선으로 배당받을 수 있는지 여부는 별개의 문제이다)」 라고 판시하였다.

23) 유원규, 주택임차권의 공시방법, 심당송상현선생화갑기념논문집(2002), 216면, 이윤승(주 3) 159면, 곽윤직, 민법주해(Ⅳ), 박영사(2002년), 209면

다고 하더라도 공시의 실효를 거둘 수 없으며 오히려 절차만 번거롭게 만들며 대항요건으로 인도 이외에 임차인의 주민등록을 요건으로 하는 이상 경제적 약자인 임차인을 보호하기 위하여 점유개정에 의한 인도도 포함되는 것으로 보아야 한다.[24]

대법원은 간이인도의 경우와 마찬가지로 점유개정의 경우에도 주민등록 요건과 관련하여 검토하고 있다. 즉 소유자가 점유개정의 방법으로 임차인으로서 점유를 하게 된 경우 점유개정에 의한 주택의 인도를 인정함을 전제로(주택의 인도에 관해서는 별도로 설시하지 않고 있다), '종래의 주민등록만으로는 그 점유가 임차권을 매개로 하는 점유'라는 점을 제3자가 인식할 수 없으므로 대항요건의 효력발생시기에 관하여 임대차계약체결일(점유개정에 의한 인도일)이나 소유권이전등기일이 아닌 '매수인의 소유권이전등기 익일'부터로 '대항요건의 효력발생시기'에 일정한 제한을 가하고 있다.[25]

점유개정과 관련한 판결을 소개한다.

① 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다32939 판결

· 구체적인 사실관계

피고가 1988. 8. 30. 당해 주택에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 경료하고 1988. 10. 1. 아파트에의 전입신고를 마친 후 현재까지 거주하였다. 피고는 1993. 10. 23. 조○와의 사이에, 피고가 조○에게 당해 주택을 매도하는 매매계약을 체결함과 동시에 조○으로부터 임차하는 임대차계약을 체결하면서, 임차보증금은 1993. 12. 23. 지급하기로 약정한 매매잔금에서 공제하며, 위 매매잔금 기일에 피고는 조○에게 이 사건 아파트를 명도하고 동시에 조○은 다시 이를 피고에게 명도하기로 약정하였다. 이 사건 아파트에 관하여 1993. 12. 16. 1번 근저당권설정등기가 경료된 후, 이어서 1994. 3. 12. 2번 근저당권설정등기 경료되었고, 2번 근저당권자의 1996. 10. 19. 임의경매신청에 의하여 이 사건 아파트에 관하여 임의경매절차가 진행되었다.

· 원심 판단

원심은 「피고가 1993. 10. 23. 조○에게 이 사건 아파트를 매도함과 동시에 조삼숙으로부터 이 사건 아파트를 임차하는 임대차계약을 체결하였다고 하더라도, 주택임대차보호법의 입법취지 등에 비추어 볼 때, 이 사건 아파트에 관하여 피고 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있는 동안에는 피고를 주택임대차보호법 소정의 임차인으로

24) 주석민법 [물권(1)] 219면
25) 임대차재판실무편람 22면
26) 위 판결은 '매수인이 소유권이전등기를 마친 다음날' 대항력이 발생한다고 명시적으로 판시하

볼 수 없고, 조○ 앞으로 소유권이전등기가 경료됨으로써 등기부상의 소유자와 임차인이 실제로 달라지게 된 1994. 3. 9.에야 비로소 피고가 위 법 소정의 임차인으로서의 대항력을 취득한 것으로 보아야 할 것이며, 가사 피고가 이 사건 아파트의 소유자이면서 동시에 임차인의 지위를 갖는다고 하더라도, 피고는 매매잔금 지급일인 1993. 12. 23. 점유개정의 방법으로 조○으로부터 이 사건 아파트를 인도받음으로써 비로소 위 법 소정의 임차인으로서의 대항력을 취득한 것으로 보아야 하므로, 결국 피고의 이 사건 임차권은 어느 모로 보나 위 1번 근저당권이 설정된 1993. 12. 16. 이후에야 비로소 대항력을 갖추었다.

· 대법원

제3자로서는 그 주택에 관하여 피고로부터 조○ 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에는 피고의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다 할 것이므로, 피고의 주민등록은 그 주택에 관하여 조○ 명의의 소유권이전등기가 경료된 1994. 3. 9. 이전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고, 그 이후에야 비로소 피고와 조○ 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다.[26]

② 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결

점유개정 방식의 인도와 관련하여 '대항력 취득시기'에 관하여 「갑이 주택에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 주민등록 전입신고까지 마친 다음 처와 함께 거주하다가 을에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 다시 임차하여 계속 거주하기로 약정하고 임차인을 갑의 처로 하는 임대차계약을 체결한 후에야 을 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우, 제3자로서는 주택에 관하여 갑으로부터 을 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에는 갑의 처의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다 할 것이므로, 갑의 처의 주민등록은 주택에 관하여 을 명의의 소유권이전등기가 경료되기 전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고 을 명의의 소유권이전등기가 경료된 날에야 비로소 갑의 처와 을 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다고 할 것이며, 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의하여 유효한 공시방법을 갖춘 다음날인 을 명의의 소유권이전등기일 익일부터 임차인으로서 대항력을 갖는다」고 명시적으로 판시하였다.

지는 않았다.

③ 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다67970 판결

· 구체적 사실관계

원고가 1993. 12. 7. 전입신고를 마친 이래 거주하여 온 그 소유의 이 사건 아파트를 1997. 6. 7. 소외 김○에게 매도함과 동시에, 김○이 원고에게 지급할 매매대금 중 금 75,000,000원을 임대차보증금으로 전환하여 이 사건 아파트에 관하여 원고를 임차인, 김○을 임대인, 기간을 12개월, 명도일을 1997. 6. 9.로 하는 임대차계약을 김○과 사이에 체결한 사실, 이에 따라 원고는 1997. 6. 9. 그 임대차계약서에 확정일자를 받았는데, 그 다음날인 1997. 6. 10. 이 사건 아파트에 관하여 위 매매를 원인으로 하는 김○ 명의의 소유권이전등기와 피고 명의의 근저당권설정등기가 각기 마쳐진 사실, 그 후 김○의 채권자인 피고의 신청으로 진행된 이 사건 아파트에 관한 임의경매 절차에서 집행법원은 1998. 7. 2. 배당기일을 열어 배당함에 있어서, 임차인인 원고와 근저당권자인 피고를 동순위로 보아 배당표를 작성하였다.

· 원심판단

원고가 피고보다 우선하여 이 사건 아파트의 경락대금에서 임대차보증금을 배당받아야 한다는 원고의 주장에 대하여 판단하기를, 원고가 이 사건 임차보증금을 우선하여 변제받기 위한 요건 중 주택의 인도와 확정일자는 1997. 6. 9.에 갖추어졌고 주민등록은 김국환 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 1997. 6. 10. 이후에야 비로소 원고와 김국환 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 되지만, 이러한 경우에는 주택임대차보호법 제3조 제1항이 규정하는 익일이 아닌 1997. 6. 10. 당일에 우선변제적 효력이 발생하므로, 같은 날 근저당권설정등기를 마친 피고와 앞서 본 원고는 배당순위에 있어서 동순위가 된다.

· 대법원

제3자로서는 이 사건 아파트에 관하여 원고로부터 김○ 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지기 전에는 원고의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다고 할 것이므로 원고의 주민등록은 김○ 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 1997. 6. 10. 이후에야 비로소 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 되는 것이고, 따라서 이 점에 관한 원심의 판단은 옳다.

그러나 법 제3조 제1항에 의하면, 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 규정하고 있는바, 이는 인도나 주민등록이 등기와 달리 간이한 공시방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란한데다가, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임

차인이 없음을 확인하고 등기까지 하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다 등기를 경료한 권리자를 우선시키고자 하는 취지이고, 나아가 법 제3조의2 제1항에 규정된 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 주택임차권의 제3자에 대한 물권적 효력으로서 임차인과 제3자 사이의 우선순위를 대항력과 달리 규율하여야 할 합리적인 근거도 없으므로, 법 제3조의2 제1항에 규정된 확정일자를 인도 및 주민등록과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생하는 것이다(대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결 등 참조). 그러므로 이 사건에 있어서 원고의 임차권의 우선변제적 효력은 원고의 주민등록이 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 되는 김○ 명의의 소유권이전등기일의 다음날인 1997. 6. 11. 오전 영시부터 발생하게 되고, 그 전날인 1997. 6. 10.에 이미 근저당권설정등기를 마친 피고가 오히려 원고에 우선하여 배당을 받을 권리가 있다.[27]

3) 대상판결의 검토 - 주택의 인도

대상판결 사안은 '현실의 인도'가 문제되고, 원고들이 주택을 현실인도 받은 시점에 관하여 견해대립이 있을 수 있다. 1심은 '임차인인 원고들이 임대인으로부터 열쇠를 교부받은 2012. 7. 16.에 인도받았다'고 보았고, 항소심은 '임차인인 원고들이 비밀번호를 받은 2012. 7. 16.이나 2012. 7. 17. 일부 짐을 옮기고 원고 2가 주간에 잠만 잤다고 하더라도 공시방법으로서의 '주택의 인도'를 받은 것이라고 볼 수 없다고 보았다. 그러나 대법원은 '적어도 2012. 7. 17. 주택을 인도받은 것으로 보아야 한다'고 판시하면서 항소심의 판결을 파기하였다.

① 부동산등기와 달리 주택임대차보호법상 '인도와 주민등록'은 그 공시기능이 매우 약하다고 보는 입장에서는, 대상판결의 항소심판결과 같이 위 요건을 매우 엄격하게 해석할 가능성이 있다. 특히 일본이나 독일은 '인도'만을 대항요건으로 규정함에 반해 우리나라는 대항력을 취득하기 위해 주민등록까지 요구하지만, 실상 주민등록을 통해서 임대차관계에 관한 정보를 얻고자 하는 경우 최소한 대상자의 성명과 주소 또는 주민등록번호를 알아야 하는데 이를 알기 쉽지 않을 뿐 아

27) 대법원은 '원고와 피고가 배당순위에 있어서 동순위가 된다는 원심의 판단은 법 제3조의2 제1항 및 제3조 제1항의 법리를 오해한 잘못이 있는 것이지만, 반소원고이었던 피고가 위와 같은 원심판결에 불복하지 아니하고 원고만이 상고를 제기한 이 사건에 있어서 원고에게 더욱 불리한 재판을 할 수는 없으므로 원심판결은 그대로 유지될 수밖에 없고, 결국 이 사건 배당에 있어서 피고보다 우선권이 있음을 전제로 법리오해를 내세우는 원고의 상고이유의 주장은 이유 없어 원고의 상고를 기각한다'고 판시하였다.

니라 주민등록은 임대차계약의 어떠한 내용도 기재되어 있지 않고, 현재는 사생활 보호를 위해 주민등록은 비공개원칙을 택하고 있어[28] 공시방법으로서의 기능이 매우 약하다는 점을 근거로 주택의 인도, 즉 임차인이 주택에 거주하는지 여부가 공시방법의 핵심이 되고 외부에서 제3자가 보기에 명백하게 '주택에 거주, 즉 주거생활'을 하고 있어야 한다는 것이다.[29] '주택임대차보호법이 임차인의 대항력과 우선변제권의 요건으로 주민등록과 함께 주택에 대한 점유를 요구하고 있는데 주민등록제도는 행정사무의 적정한 처리를 도모하는 것을 목적으로 하고 있을 뿐 사인 간의 권리관계, 특히 주민등록 소재지의 거주관계나 그 지상주택의 점유관계를 증명하기 위한 제도가 아고, 주민등록 사실 자체만으로는 무단전출이나 위장전입을 구별하기가 어렵기 때문에'[30] 공시방법으로서의 '주택의 인도' 요건을 더욱 더 엄격하게 해석한다. 이 견해에 의하면 대상판결의 항소심과 같이 원고들이 2012. 7. 16. 현관문 출입 비밀번호를 교부받고 다음날에 일부 짐을 옮기고 주간에 잠을 잤다고 하더라도 외부에서 인식할 수 있는 '주택의 인도'가 아니라고 보게 된다.

② 그러나 임차인의 주거생활의 안정을 보호하기 위한 주택임대차보호법의 취지에 비추어 보면, 가장임차인이 아닌 한 '주택의 인도'라는 개념 역시 민법상 '점유의 이전'과 달리 해석할 이유가 없다. 앞서 본 바와 같이 '현실의 인도'는 사실상 지배인 점유를 사회통념상 동일성을 유지하면서 이전하는 것이고, 특별한 사정이 없는 한 열쇠 없이는 열수 없도록 시정되어 있는 경우 열쇠를 인도하는 것도 현실인도한 것으로 볼 수 있고, 계약의 현장에 있지 않은 물건을 그 상태로 인도하는 장수(長手) 인도를 '현실인도'로 보는 것과 같이 '거주가 가능한 주택'에 관하여[31] 임대차계약 당시 임대인이 임차인에게 '거주를 허락'하면서 출입 열쇠 교부 등의 방식으로 임차목적물의 그 상태로 인도하는 것도 '현실인도'에 해당한다고 봄이 타당하다. 대상판결도 「임대주택을 인도하는 경우에는 임대인이 임차인에게 현관이나 대문의 열쇠를 넘겨주었는지, 자동문 비밀번호를 알려주었는지, 이사를 할 수 있는지 등도 고려하여야 한다」고 판시하였다. 기존 판결들은 대항력

28) 공법상의 필요가 있거나 기존의 권리관계에 관한 분쟁이 있는 경우 등에는 예외를 인정한다(주민등록법 제29조, 같은 법 시행령 제47조).

29) '소액사건심판법 제2조 제1항, 소액사건심판규칙 제1조의2에 정한 소액사건인데, 원고가 내세우는 상고이유의 주장은 소액사건심판법 제3조 각 호에 정한 어느 사유에도 해당하지 아니하므로 적법한 상고이유가 될 수 없다'는 이유로 상고가 기각되어 확정되었다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2006다21620 판결).

30) 대구지방법원 2006. 3. 15. 선고 2005나10249 판결, 앞서 본 대항력의 존속요건인 '점유상실' 여부와 관련하여 판시하였다.

31) 이 점에서 앞서 본 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결의 사안과도 다르다.

취득 시점에 관한 '주택의 인도'에 관해서는 자세한 설시를 하지 않았고, 특히 대법원은 임차인의 주민등록에 관하여 '주민등록에 의하여 표상되는 점유관계'가 '임차권을 매개로 하는 점유'임을 제3자가 인식할 수 있는지 여부에 관해서 판시하여 왔다. 이는 통상 주택의 인도는 보증금 지급과 동시에 이루어지고, 주택의 출입문 열쇠나 비밀번호를 교부받으면 인도를 받은 것으로 볼 수 있었기 때문이다(대상판결의 제1심판결도 위와 같은 취지에서 기초사실에서 원고들이 임대차계약 당일에 이 사건 주택 101호를 인도받은 것으로 설시하였다). 예를 들어 임대차계약에서 정한 인도시점에 임차인의 사정(종전 거주지의 임대인으로부터 보증금을 받지 못하는 등의 사유)으로 인도시점에 임대인으로부터 거주 목적으로 주택의 출입문 열쇠나 자동문 비밀번호를 받았으나 일단 일부의 짐만 이사한 상태에서 전입신고를 마쳤다면 위 열쇠 또는 비밀번호 교부는 '현실의 인도'로 볼 수 있을 것이다. 대상판결 사안은 위와 달리 임대차계약에서 정한 인도시점(임대인이 2012. 8. 16.까지 임차인에게 인도하기로 하였다) 보다 앞선 시점, 즉 보증금 지급시기 전에 임대인으로부터 거주를 허락받으면서 비밀번호를 교부받고 전입신고를 마친 상태에서 임대차계약서에 확정일자까지 받고, 다음날 이삿짐 일부를 옮긴 것이다. 원고들이 임대인으로부터 위와 같이 비밀번호를 교부한 것이 주택의 열람을 위한 것이거나 임시적인 것으로 볼 수는 없고 임대차계약서에 인도시점과 보증금 지급시점을 동시로 기재하였지만 원고들이 주택에 거주할 목적으로 이미 입주가 가능한 주택을 임차한 것이고, 임대인의 승낙 하에 '거주하기 위해서, 즉 주택을 사용·수익할 목적으로'[32]-'이삿짐을 보관하기 위해서'가 아닌[33] - 열쇠를 받은 이상 원고들은 출입문 번호키 비밀번호를 교부받은 2012. 7. 16. 이 사건 주택 101호를 현실인도 받았다고 보아야 한다. '대항력 취득 시점'과 관련해 위와 같이 보더라도 주택의 인도 외에 주민등록을 대항요건으로 하는 우리 법제 하에서 제3자로서는 원고들의 주민등록으로 '임차권을 매개로 하는 점유'임을 알 수 있기 때문에 거래안전에 해가되지 않는다.

더욱이 요즘에는 실제 집에 사람이 거주하는지 여부를 외부에서 쉽게 인식할 수 없는 경우가 많다. 사회가 변화하면서 '주택의 인도'가 임차권의 공시방법으로서 더욱더 불확실한 면을 갖게 된 것이다. 임대차관계가 형성된 후 상당 시간이 경

32) 대법원 2001. 1. 8. 선고 2001다47535 판결
33) 이 점에서도 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결 사안과는 다르다.

과된 후에 대항력 취득시점이 문제되는 경우가 대다수이고(대상판결의 사안도 임대차계약을 체결한 2012년으로부터 3년의 시간이 지난 시점에 경매절차가 진행되면서 대항력 취득시점이 문제 되었다), 오랜 기간 갱신된 임대차계약과 같이 시간이 흘러 '인도받은 시점'에 관하여 입증할 수 없는 사건도 많다. 따라서 일단 '주택을 인도받은 것'이 임대차를 가장하는 방편으로 사용된 것이 아님이 밝혀진 이상(가장임차인이 아닌 이상) 대항력 취득시점에 관한 '주택의 인도' 요건을 지나치게 엄격하게 해석하는 것보다는 임차권의 공시방법을 보완할 수 있는 다른 방법을 찾아 해결해야 한다. 대항력 취득 '시점'에 관한 '주택의 인도'를 '주거생활을 형성할 것'까지 요구하는 것은 대항력 취득 요건을 지나치게 제한적으로 해석하는 것으로 보인다. 대상판결 사안과 같이 원고들이 임대인으로부터 거주를 허락받고 출입문 번호키 비밀번호를 교부받은 2012. 7. 16. 이 사건 주택 101호를 현실인도 받았다고 보아야 하고, 일부 이삿짐을 옮기고 원고2가 평일에 잠을 자기 시작한 2016. 7. 17.에는 주거생활을 실질적으로 형성한 것으로도 볼 수 있어 대상판결의 결론은 어느 모로 보나 타당하다.

나. 주민등록

1) 일반론

가) 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 결정된다고 할 것이므로, 주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, '주민등록에 의하여 표상되는 점유관계'가 '임차권을 매개로 하는 점유'임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다.[34] 주민등록이 '어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가'의 여부는 일반사회의 통념상 그 주민등록으로써 임차인이 당해 임대차건물에 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있음을 인식할 수 있는지의 여부에 따라 결정된다.[35][36] 그런데 여기서 '임차인이 당해 임대차

34) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다32939 판결, 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결 등 참조
35) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다44799 판결
36) 임차 주택의 부지를 비롯한 세 필의 토지가 같은 담장 안에 있고 그 지상에 임차 주택 이외에는

건물에 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있음을 인식할 수 있는지 여부'는 이를 명확하게 정의할 수 없어 구체적인 사실관계를 기초로 개별적으로 판단할 수 밖에 없다.[37]

나) 주민등록은 임차권의 존재를 제3자에게 공시하기 위한 것으로 등기에 갈음한다.[38] 대항력의 요건으로서 주민등록은 원칙적으로 적법하여야 하고, 적법한 주민등록이라는 의미는 ① 주민등록이 주민등록법상의 절차에 따른 유효한 주민등록이어야 하고, ② 그 주민등록으로 당해 건물에 임차인이 존재한다는 것을 제3자가 사회통념상 알 수 있어야 한다는 측면에서(주민등록의 객체, 대상에 관한 기준)[39] 그 '주민등록에 의해서 표상되는 점유관계'가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있어야 하고(주민등록의 주체 관련),[40] 주민등록은 '임차주택의 실제 지번, 동·호수와 일치하는 등 실제의 거주를 표상하는 것이어야 한다. 제3자는 주택의 표시에 관한 사항과 주택에 관한 권리관계에 관한 사항을 통상 등기부에 의존하여 파악하고 있으므로, 임대차 공시방법으로서의 주민등록이 유효한 공시방법이 되기 위해서는 원칙적으로 주민등록이 등기부상의 주택의 현황과 일치하여야 한다.[41]

다른 건물이 건립되어 있지 않다 하더라도 임차인이 임차 주택의 부지가 아닌 인접한 다른 토지의 지번으로 주민등록을 마쳤다면 유효한 공시방법으로 볼 수 없다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다44799 판결).

37) 앞서 본 일본, 독일 및 프랑스와 달리 우리나라의 주택임대차보호법은 특이하게 주민등록을 대항요건으로 규정하고 있다. 주민의 거주관계를 파악하고 인구의 동태를 명확히 하려는 행정적 목적에서 제정된 주민등록법상의 주민등록을 공시방법으로 하는 것은 적절치 않다는 입법론적 비판이 있었고 그에 따라 주택임대차보호법 제3조 제1항에 관한 몇 차례 개정시도가 있었으나, 주민등록의 요건을 삭제한다면 주민의 이동을 파악하기 어렵기 때문에 이 문제만은 양보할 수 없다는 정부 측의 반대로 주민등록 삭제는 무산되었다. 특히 임차인을 포함한 일반주민의 인권이나 사생활의 침해를 이유로 1991년 주민등록법 개정에 의하여 주민등록의 비공개원칙(주민등록법 제29조 제2항)이 채택되었는데, 주민등록 비공개원칙과 판례가 취하고 있는 주민등록의 공시원칙은 서로 모순이라는 견해도 있다[2016 주택임대차보호법 57면, 고상용, '주택임대차보호법 개정안의 제문제(하)', 법률신문 제2742호(1998), 14면 이하]. 위 견해는 주민등록은 임차인을 포함한 일반 주민인 '사람'의 등록이지 재산권인 임차권의 공시방법이 될 수 없고, 임차인이 당해 주택에서 '거주'하고 있다는 사실만으로도 임대차관계의 존재를 공시하는 기능을 발휘한다는 것이다(예를 들어 저당권자는 저당권을 취득하기 전에 당해 건물에 관한 여러 상황을 조사하고, 그 과정에서 임차인이 당해 주택에 거주하고 있는지의 여부를 쉽게 알 수 있기 때문에 불측의 손해가 없다는 것이다). 주민등록은 일반공중에게 그 내용을 공시하는 기능이 아예 없거나 있더라도 매우 미미하다는 비판도 있다[유원규(주 23) 219면).

38) 주석민법 [채권각칙(3)] 802면

39) 주택의 현황, 공부와 주민등록과의 일치, 불일치에 관한 문제가 발생한다.

40) 점유보조자, 전대차, 임차권 양도의 경우에 주민등록 문제가 발생한다. 앞서 본 간이인도와 점유개정 부분 참조.

41) 임대차재판실무편람 23면

다) 주민등록대상자는 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있어야 한다는 점에서, 주민등록된 사람이 임차인 외에도 임차인의 배우자나 자녀 등 점유보조자인 동거가족의 주민등록도 포함한다.[42]

라) 주택임차인이 그 임대차로서 제3자에게 대항하기 위한 요건으로서의 주택임대차보호법 제3조 소정의 주민등록은 그 대항력 취득시 뿐만 아니라 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 한다. 그러나 임차인이 그 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록은 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시 다른 곳으로 옮긴 일이 있다 하더라도 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 없는 이상 임대차의 제3자에 대한 대항력을 상실하지 아니한다고 하여야 할 것이다.[43]

2) 대상판결 검토 - 원고들의 주민등록

주택임대차보호법상 임차인에게 대항력과 우선변제권을 부여하는 취지는 앞서 본 바와 같이 '임차인의 안정된 주거생활을 보호하려는 사회정책적인 이유'에 따른 것인데, 여기에는 다른 이해관계인의 희생이 수반되므로 임대차계약 당사자들이 제도적 본래 취지를 남용하였다고 평가되는 경우, 즉 채권자가 채무자 소유의 주택에 관하여 채무자와 임대차계약을 체결하고 전입신고를 마친 다음 그 곳에 거주하였다고 하더라도 실제 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용수익하려는 것에 있는 것이 아니한 경우[44]에는 주택임대차보호법이 적용되지 않을 수 있다.

주민등록법 제6조[45]는 '30일 이상 거주할 목적인 주민은 주소나 거소(거주지)에 주민등록을 하도록 되어 있고[46], 제16조는 거주지 이동의 경우 전입한 날로부터

---

42) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다70804 판결
43) 대법원 1989. 1. 17. 선고 88다카143 판결
44) 대법원 2001. 5. 8. 2001다14733 판결
45) 주민등록법 제6조(대상자)
① 시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할 구역에 주소나 거소(이하 "거주지"라 한다)를 가진 다음 각 호의 사람(이하 "주민"이라 한다)을 이 법의 규정에 따라 등록하여야 한다. 다만, 외국인은 예외로 한다.
46) 주민등록전입신고 수리 여부에 대한 심사는 주민등록법의 입법 목적의 범위 내에서 제한적으로 이루어져야 하므로, 주민등록법의 입법 목적에 관한 제1조 및 주민등록 대상자에 관한 제6조의 규정을 고려해 보면, 전입신고 심사대상은 전입신고자가 30일 이상 생활의 근거로 거주할 목적으로 거주지를 옮기는지 여부만으로 제한된다. 따라서 전입신고자가 거주의 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가 건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자

14일 이내에 전입신고를 하도록 규정하고 있다. 한편 민법 제18조는 ‘주소’를 ‘생활의 근거가 되는 곳으로 동시에 두 곳 이상 있을 수 있다’고 규정하며, 민법 제19조는 “주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 본다”고 규정하고 있다. 거소의 개념에 관하여는 ‘사람이 다소의 기간 계속하여 거주하는 장소로서, 그 장소와의 밀접한 정도가 주소만 못한 곳’을 거소라 하고, ‘사람과 장소와의 밀접도’에 따라 주소와 거소를 구별한다.[47)]

이 사건에서 원고들의 주민등록이 주택임대차보호법상의 우선변제권의 요건으로서의 주민등록을 한 것으로 볼 수 있을지, 즉 원고들의 2012. 7. 16.자 전입신고가 유효한지 여부가 문제되고, 이는 ‘30일 이상 계속하여 거주하는 장소’와 관련된다. 대상판결 사안은 원고들이 2017. 7. 16. 임대차계약을 체결하고 임대인으로부터 거주를 허락받고 출입문 비밀번호를 교부받고 전입신고를 하였고, 원고2가 직장으로 출퇴근을 용이하게 하기 위해서 거주할 목적으로 2017. 7. 17. 이사짐 센터를 통해서 가전제품을 제외한 짐들을 실제 이사한 후 평일 밤에는 위 주택에서 잠을 잤고 배우자인 원고 1은 종전 거주지에서 임차보증금을 받지 못해 모든 짐을 이사하지는 않았다. 원고들은 주민등록법 제16조에 따라 ‘하나의 세대에 속하는 자의 전원 또는 그 일부가 거주지를 이동’하여 신거주지에 전입한 날부터 14일 이내에 신거주지의 시장·군수 또는 구청장에게 전입신고를 마친 것이다. 따라서 원고들의 전입신고가 주민등록법을 위반한 신고라고는 볼 수 없고, 제3자로서는 원고들의 주민등록을 통해서 ‘주민등록에 의하여 표상되는 점유관계’가 ‘임차권을 매개로 하는 점유’임을 알 수 있었으므로 주택임대차보호법상의 보호되는 임차인의 ‘주민등록’이라고 봄이 타당하다.

3. 대항력의 발생 시기

주택 인도와 주민등록을 마친 ‘다음날’에 발생한다. 주택 인도와 주민등록을 마친 다음날이라는 의미는 ‘주택 인도와 주민등록을 모두 마친 다음날’을 의미한다.[48)] 따라서 주택인도와 전입신고를 마친 다음날 낮에 등기를 마친 근저당권에 기

치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하고, 주민등록전입신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다(대법원 2009. 6. 18. 선고 2008두10997 전원합의체 판결).

47) 곽윤직, 민법주해(Ⅰ), 박영사(2002), 336면

48) 주택임대차보호법 제3조 제1항은 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 규정하고 있고, 같은 법 제3조의2 제1항은 같은 법 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은

한 양수인에게 대항할 수 있다.[49] 주택임대차보호법상 전입신고를 한 때에는 주민등록이 된 것으로 보므로 전입신고를 먼저하고 주택의 인도를 받은 경우 주택을 인도받은 다음날부터 대항력을 취득한다는데 의문이 없다. 주택을 인도받은 후에 전입신고를 한 경우에 관하여는 주민등록법이 정한 기간 내에 전입신고를 하지 않을 것을 해제조건으로 하여 주택의 인도 익일부터 취득한다는 견해[50]도 있다. 주민등록을 공시방법으로 하는 것은 적절치 않다는 입법론적 비판도 있지만 앞서 본 바와 같이 현행 주택임대차보호법의 해석에 따르면 주민등록 역시 주택의 인도와 별개의 대항요건이자 공시요건이므로 '주택 인도와 주민등록을 모두 마친 다음날' 대항력을 취득한다고 봄이 타당하다.

주택임대차보호법상 대항요건을 갖춘 즉시 대항력이 발생하지 않고 다음날 오전 0:00시에 대항력이 발생하도록 한 이유는 ① 인도나 주민등록이 등기와 달리 간이한 공시방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우 그 선후관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란하고, ② 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 마쳤는데 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로써 입을 수 있는 예측하지 못한 손해를 방지할 필요가 있기 때문이다.[51] 이에 대해 임차인이 등기부를 통해 제3자 명의의 등기가 없음을 확인하고 인도받아 전입신고를 마쳤는데 같은 날 제3자에게 근저당권 설정등기를 마쳐주는 경우와 같이 '익일'을 악용하는 임대인의 경우에는 대항력을 인정하는 주택임대차보호법의 입법취지를 해할 수 있다는 비판적인 견해도 있다.[52] 즉 임차인이 예측하지 못한 피해를 입을 수 있다는 점에서 선후는 입증의 문제로 해결하고 법조항은 대항요건을 갖춘 순간 대항력이 발생한다고 규정하여야 한다는 것이다.[53]

경매 등에 의한 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다고 규정하고 있는바, 주택의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서상에 확정일자를 갖춘 경우 같은 법 제3조의2 제1항에 의한 우선변제권은 같은 법 제3조 제1항에 의한 대항력과 마찬가지로 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다46938 판결 등 참조).

49) 주택임대차보호법 제3조의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 '익일부터' 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 함은 익일 오전 영시부터 대항력이 생긴다는 취지이다. 피고가 1996. 8. 16. 이 사건 부동산을 보증금 51,000,000원에 임차하여 1996. 8. 27. 주민등록상 전입신고를 마쳤으므로 위에서 본 법리에 따라 익일인 1996. 8. 28. 00:00시부터 대항력이 있어 그 후 1996. 8. 28.자로 주간에 경료된 이 사건 저당권에 기한 경락인인 원고에게 대항할 수 있다(대법원 1999. 5. 25. 선고 99다9981 판결).

50) 서울고등법원 1982. 5. 28. 선고 82나 231판결, 이윤승(주 3) 169면

51) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결 참조

52) 백종환, "주택임대차보호법상 임차인 보호에 관한 연구", 집합건물법학 제5집(2010), 173면

Ⅲ. 확정일자를 갖춘 임차인의 우선변제권

1. 의의

‘주택임대차보호법 제3조의 대항요건(주택의 인도와 전입신고) 외에 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인’은 경매 또는 공매절차에서 ‘임차주택(대지를 포함)의 환가대금’에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다(주택임대차보호법 제3조의2 제2항). 따라서 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인은 임차주택과 그 대지가 함께 경매될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 그 대지만이 경매될 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다.[54]

우선변제권은 이른바 법정담보물권의 성격을 갖는 것으로서 임대차 성립시의 임차목적물인 임차주택 및 대지의 가액을 기초로 임차인을 보호하고자 인정되는 것이므로, 임대차 성립 당시 임대인의 소유였던 대지가 타인에게 양도되어 임차주택과 대지의 소유자가 서로 달라지게 된 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다.[55] 대지와 건물이 동시에 매각되어 주택임차인에게 그 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 민법 제368조 제1항을 유추적용하여 대지와 건물의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하여야 한다.[56]

2. 우선변제권 취득 요건으로서의 확정일자

가. 앞서 본 대항요건(주택의 인도와 주민등록) 외에 임대차계약서상의 확정일자를 갖추어야 하는데, 확정일자란 ‘증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한

---

53) 민법주해 ⅩⅤ, 215면

54) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다7595 판결(임차주택의 환가대금 및 주택가액에 건물뿐만 아니라 대지의 환가대금 및 가액도 포함된다고 규정하고 있는 주택임대차보호법 제3조의2 제1항 및 제8조 제3항의 각 규정과 같은 법의 입법 취지 및 통상적으로 건물의 임대차에는 당연히 그 부지 부분의 이용을 수반하는 것인 점 등을 종합하여 보면, 주택임대차보호법 제2조에서 같은 법의 적용 대상으로 규정하고 있는 '주거용 건물'의 임대차라 함은 임차목적물 중 건물의 용도가 점포나 사무실 등이 아닌 주거용인 경우의 임대차를 뜻하는 것일 뿐이지, 같은 법의 적용 대상을 대지를 제외한 건물에만 한정하는 취지는 아니다), 1999. 7. 23. 선고 99다25532 판결(대지에 관한 저당권의 실행으로 경매가 진행된 경우에도 그 지상 건물의 소액임차인은 대지의 환가대금 중에서 소액보증금을 우선변제받을 수 있다고 할 것이나, 이와 같은 법리는 대지에 관한 저당권 설정 당시에 이미 그 지상 건물이 존재하는 경우에만 적용될 수 있는 것이고, 저당권 설정 후에 비로소 건물이 신축된 경우에까지 공시방법이 불완전한 소액임차인에게 우선변제권을 인정한다면 저당권자가 예측할 수 없는 손해를 입게 되는 범위가 지나치게 확대되어 부당하므로, 이러한 경우에는 소액임차인은 대지의 환가대금에 대하여 우선변제를 받을 수 없다) 등

55) 대법원 2007. 6. 21. 선고 2004다26133 전원합의체 판결

56) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결

증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자'를 말하며, 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 가리키고, '확정일자 있는 증서'란, 위와 같은 일자가 있는 증서로서 민법 부칙 제3조 소정의 증서를 말한다.[57]

주민등록과 달리 확정일자를 요하는 것은 임대차계약일자를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지이고 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니므로, 확정일자를 받은 임대차계약서가 당사자 사이에 체결된 당해 임대차계약에 관한 것으로서 진정하게 작성된 이상, 임대차계약서에 임대차 목적물을 표시하면서 아파트의 명칭과 그 전유 부분의 동·호수의 기재를 누락하였다는 사유만으로 주택임대차보호법 제3조의2 제2항에 규정된 확정일자의 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수는 없다.[58]

나. 다른 권리와의 순위는 확정일자 부여일을 기준으로 삼되[59], 앞서 본 바와 같이 확정일자를 '주택 인도 및 주민등록'과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 한다. 따라서 예를 들어 갑이 1995. 10. 20.경 주택 임대차계약을 체결하고 1995. 11. 19. 이를 인도받아 1995. 10. 27. 주민등록을 마침과 아울러 임대차계약서에 확정일자를 받았고, 을도 같은 날 위 주택에 관하여 근저당권설정등기를 마친 경우 갑의 우선변제권은 주민등록을 마치고 확정일자를 받은 다음날인 1995. 11. 28.을 기준으로 발생하므로 그 전날 설정등기를 마친 을의 근저당권에 우선할 수 없다.[60] 이처럼 계약서에 확정일자를 요구함으로써 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경을 방지할 수 있지만 임대차계약서가 외부에 공개되는 것은 아니기 때문에 제3자가 보증금액이 얼마인지, 확정일자를 갖추었는지 등을 알 수 있는 방법은 없어 거래안전에 위협이 될 수 있다. 이러한 점을 근거로 대항요건을 구비한 임차인에게 보증금에 대한 우선변제권을 인정하기 위해서는 임대차계약서에 확정일자를 받는 것에 나아가 주민등록 전입신고를 할 때 보증금액을 신고하도록 하여 주민등록표에 기재하는 방법이나 관공서에 주민등록표 외에 임대차등록부를 별도로 비치하여 보증금 등 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 열람할 수 있게 하는 방법을 강구하여야 한다는 견해도 있다.[61]

---

57) 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카2429 판결, 대법원 1998. 10. 2. 선고 98다28879 판결, 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결
58) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다7992 판결
59) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다30597 판결
60) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결, 1998. 9. 8. 선고 98다26002 판결

3. 대상판결 검토 - 대항요건과 확정일자를 갖춘 시점에 보증금 전액 지급이 우선변제권 취득 요건인지 여부

가. 앞서 본 바와 같이 주택임대차보호법상 임차인에게 우선변제권이 생기기 위해서는 대항력과 임대차계약서상 확정일자를 갖추면 되고 다른 권리와의 순위는 확정일자 부여일을 기준으로 삼되, 확정일자를 '주택 인도 및 주민등록'과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 한다.

그런데 대상판결의 사안에서는 대항력과 확정일자를 갖춘 시점에 임차인이 임대인에게 임대차계약에서 정한 보증금 전액을 지급하여야 하는지 여부가 문제된다. 즉 원고들은 2012. 7. 16. 임대차계약을 체결하면서 보증금 6,500만 원 중 500만 원만 계약 당일 지급하였고 같은 날 주택의 인도(대상판결은 적어도 2012. 7. 17. 주택을 인도받았다고 볼 수 있다고 판시하였다), 전입신고 및 확정일자 요건을 갖추었는데 피고가 2012. 8. 2. 전세권설정등기가 마쳤고 그리고 나서 원고들이 임대인에게 나머지 보증금 6,000만 원을 지급하였기 때문에 문제가 된다. 원고들은 주택임대차보호법상 2012. 7. 17. 대항력을 갖게 되었다(대상판결의 표현에 의하면 적어도 2012. 7. 18. 대항력을 갖추었다). 그렇다면 여기서 원고들의 우선변제권의 취득시기와 그 범위가 문제된다.

나. 학설과 판례

1) 1설

대상판결의 항소심과 같이 제3자에 대하여 임차권을 주장하여 사용·수익권을 주장하는 것에 나아가 보증금 전액의 우선변제를 받기 위해서는 대항력과 확정일자를 구비할 당시 보증금 전액이 지급되어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 주택임대차보호법은 임차인에게 우선변제권이 인정되기 위하여 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖추는 것 외에 다른 것을 요건으로 정하고 있지 않지만 주택임대차보호법이 일정한 요건 하에 대항력을 인정하고 우선변제권을 부여한 것은 국민주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하고 그 핵심은 보증금 회수의 안정성을 확보하기 위한 것이기 때문에, 대항력과 확정일자를 갖춘 시점에 보증금 전액이 지급되지 않았다면 보호받아야 할 임차인으로 볼 수 없다는 것이다. 주택임대차보호법

61) 민법주해(XV), 233면, 백종환(주 52) 177면

의 적용범위에서 본 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다93794 판결에 따르면 「임차목적물의 채권적 사용·수익권을 넘어 제3자에게 주장할 수 있는 용익물권이나 담보물권 유사의 권리를 부여하였다는 점에서 주택임대인은 그 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인이 임대차계약을 체결할 것을 요구한다」고 판시하는바, 이는 주택임대차보호법의 입법목적에 따라 그 적용범위를 제한적으로 해석하는 것이고, 위 대법원 판결의 취지를 유추 적용하여 임차인에게 물권 유사의 대항력과 우선변제권을 인정해주기 위해서는 대항력과 확정일자를 갖춘 시점에 '보증금이 전액 지급'된 경우로 제한적으로 해석할 수 있다는 것을 근거로 들 수 있다. 대상판결의 항소심판결은 원고들이 2012. 7. 16. 이 사건 주택을 인도받았다고 볼 수 없다고 보면서도 설령 위 일자에 인도받았다고 하더라도 '원고들은 피고의 전세권설정등기 이전에 전체 보증금 중 극히 일부인 500만 원만을 지급했기 때문에 피고보다 보호받아야 할 임차인이라고 볼 수 없다'고 판결하였다.

2) 2설

대항력과 확정일자를 갖출 당시 실제 지급된 보증금에 한해서 우선변제권이 인정되어야 한다는 견해를 생각해 볼 수 있다. 행정적 목적에서 제정된 주민등록법상의 주민등록을 공시방법으로 하는 것은 적절치 않고, 주택의 인도의 주민등록이 등기와 달리 그 공시기능이 매우 불완전하고 임차주택에 또 다른 임차인이나 전세권자 등 새로운 이해관계인이 생긴 경우에는 그들 사이에 권리보호의 충돌이 생길 수 있고, 이해관계인이 생길 당시 지급되지 않았던 임차보증금액 전액에 대하여 우선변제권을 인정하게 되면 이를 악용하는 가장 임차인이 생길 수 있다는 점을 근거로 들 수 있다. 이러한 견해에 따르면 이 사건의 경우 원고들이 피고의 전세권설정등기 전에 임대인에게 실제 지급했던 500만 원에 한하여 우선변제권을 취득하게 된다.

3) 3설(판례)

대상판결과 같이 대항력과 확정일자를 갖춘 시점에 보증금 전액이 반드시 지급되어야 하는 것은 아니라는 견해이다. '주택임대차보호법은 임차인에게 우선변제권이 인정되기 위하여 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖추는 것 외에 계약 당시 임차보증금이 전액 지급되어 있을 것을 요구하지는 않는다'는 점을 근거로 임차인이 임대인에게 임차보증금의 일부만을 지급하고 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 다음 나머지 보증금을 나중에 지급하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 대항요건과 확정일자를 갖춘 때를 기준으로 임차보증금 전

액에 대해서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제를 받을 권리를 갖는다고 보아야 한다는 것이다. 위 견해에 의하면 원고들은 임대차계약 당시 정한 보증금 6,500만 원 전액에 대해서 우선변제를 받을 수 있다.

라. 검토

다음과 같은 이유에서 3설, 즉 대상판결의 견해가 타당하다.

① 임대차계약은 임대인이 임차인에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 임차인이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정하면 곧바로 성립하는 '낙성·쌍무·유상·불요식'의 계약이므로 보증금 지급은 임대차계약의 요건이 아니다. 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하기 위하여 수수하는 것이다.[62] 주택 임차인이 제3자에 대하여 임차권을 주장할 수 있도록 대항력을 부여하는 주택임대차보호법 제3조 제1항은 '주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다'고 규정하고 우선변제권을 부여한 같은 법 제3조의2 제2항 역시 '대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인'이라고만 규정하여 '대항요건과 확정일자를 갖출 당시 보증금 전액 지급'을 요건으로 하지 않는다. 가장 임차인이 아닌 이상 위와 같이 대항력과 확정일자라는 주택임대차보호법에서 정한 우선변제권의 요건을 갖추었는지 여부만 판단하면 되는 것이다. 주택임대차보호법의 입법목적에 비추어 보면, 대항력이나 확정일자를 갖출 당시 보증금 전액을 지급할 것을 요건으로 한다면 위 법의 적용대상을 합리적 이유나 근거 없이 축소하는 것이 되어 타당하지 않다.

② 채권회수를 위하여 임차인임을 가장하는 것이 아닌 이상 보증금의 지급시기나 대항요건과 확정일자를 갖춘 시점에 지급된 보증금 액수 등에 따라 우선변제권의 내용을 다르게 볼 경우 대항력과 확정일자 외에도 보증금 지급시기와 액수를 입증해야 한다는 점에서 오히려 더 큰 분쟁이나 혼란이 야기될 수 있다. 가장 임차인이 아니라고 판명 된 이상 임대차계약서상의 보증금 전액에 대하여 우선변제효를 인정하는 것은 분쟁을 간명하게 처리할 수 있고 임대차계약서에는 임대차보증금이 기재되어 있으므로 새로운 이해관계인에게도 불측의 손해를 야기하는 것은 아니다. 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권의 두 가지 권리를 인정하고 있는 취지

62) 대법원 2005. 9. 28. 선고 2005다8323, 8330 판결

가 보증금을 반환받을 수 있도록 보장하기 위함이고[63], '주택의 인도와 주민등록'이 불완전한 공시방법이기는 하나, 현행법상 보증금의 지급시기나 액수는 임대차계약서를 근거로 판단할 수 밖에 없고, '새로운 이해관계인의 불측의 손해'라는 것이 부동산등기보다는 불완전한 공시방법을 근거로 대항력을 인정하는 것에서 생기는 문제이지 대항력과 확정일자를 갖춘 시점에 보증금 전액이 지급될 것을 요건으로 한다고 하여 위와 같은 공시방법의 불완전성이 해소되는 것은 아니다. 보증금에 관한 내용은 임대차계약서에만 기재되고 전입신고 등에서 공시되는 것도 아닌 점에서 더욱 그러하다.

③ 임차권의 주된 내용, 즉 주택의 사용·수익권을 제3자에게 주장하기 위한 공시방법은 '주택의 인도와 주민등록'이고 일단 위 사용·수익권을 주장함에 있어 보증금 지급시기나 액수는 크게 문제되지 않는다. 보증금은 임대차계약의 성립요건도 아니고 대항력이나 우선변제권의 취득요건도 아니다. 보증금은 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 임차인의 채무를 담보하기 위하여 목적으로 임대인에게 보관시키는 돈이다. 주민등록과 달리 확정일자를 요하는 것은 임대차계약일자를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지이고 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것도 아니므로 확정일자를 받은 임대차계약서가 당사자 사이에 체결된 당해 임대차계약에 관한 것으로서 진정하게 작성된 이상, 특별한 사정이 없는 한 임대차계약서에 기재된 내용에 기초하여 새로운 이해관계인(전세권자나 저당권자 등)은 주택의 가치를 평가하게 된다. 임차인이 임대차계약 당시 보증금을 주택을 인도받는 날에 지급하기로 하였는데 종전 거주지의 임대인으로부터 보증금을 회수하지 못해서 보증금 지급을 지체하다 전세권자 등 새로운 이해관계인이 생긴 후 뒤늦게 보증금 전액을 지급한 경우에는 임차인을 보호하지 않고 뒤에 설정한 전세권자 등에게 우선변제권을 인정하는 것은 오히려 우연한 사정에 의하여 전세권자 등에게 당초 예상하지 않았던 초과이익이 생기게 되는 것일 수 있다. 대상판결의 결론을 따른다 하여 이미 원래의 임차권에 의한 대항을 받고 있는 제3자에게 그 이상의 불이익을 주는 것이 아니고 주택임차인의 주거 생활의 안정을 보호하려고 하는 주택임대차보호법의 취지에도 부합한다.

④ 대법원은 '임대차계약이 갱신되면서 증액 지급된 보증금에 대하여는 갱신 전에 설정된 다른 담보권자에 대하여 종전의 보증금액에 한하여 우선변제가 인정된

63) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다53628 판결

다[64]' 고 판시하여 왔다. 즉 대항력을 갖춘 임차인이 저당권설정등기 이후에 임대인과 보증금을 증액하기로 합의하고 초과부분을 지급한 경우 임차인이 저당권설정등기 이전에 취득하고 있던 임차권으로 선순위로서 저당권자에게 대항할 수 있음은 물론이나 저당권설정등기 후에 건물주와의 사이에 임차보증금을 증액하기로 한 합의는 건물주가 저당권자를 해치는 법률행위를 할 수 없게 된 결과 그 합의 당사자 사이에서만 효력이 있는 것이고 저당권자에게는 대항할 수 없다고 할 수 밖에 없으므로 임차인은 위 저당권에 기하여 건물을 경락받은 소유자의 건물명도 청구에 대하여 증액 전 임차보증금을 상환 받을 때까지 그 건물을 명도할 수 없다고 주장할 수 있을 뿐이고 저당권설정등기 이후에 증액한 임차보증금으로써는 소유자에게 대항할 수 없는 것이다.[65] 위 대법원 판결의 취지에 의하더라도 대상판결 사안은 최초 임대차계약에 정한 임차보증금이 전액 지급되기는 하였는데 새로운 이해관계인인 피고가 전세권을 설정한 시점을 전후하여 일부씩 지급되었을 뿐 최초 계약 후 보증금이 증액된 것이 아니어서 전세권자인 피고는 당연히 이 사건 임대차계약에서 정한 임차보증금이 전액 지급된 것으로 생각할 수 있고, 원고들에게 임대차계약서에 기재된 보증금 전액에 대하여 우선변제권을 인정하는 것이 피고 등 새로운 이해관계인의 이익을 해하는 것이 아니다.

⑤ 앞서 본 점유개정이나 간이인도 방식으로의 '주택인도'와 관련하여 대법원은 주민등록의 공시기능과 관련하여 판단하고 있다. 즉 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 결정되고 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 하는 것이다. '부동산에 관한 권리의 설정·변경·소멸에 관계되는 제3자'는 주택을 인도받아 주민등록을 마친 임차인이 존재하는지 확인하고 등기를 마치므로 이 사건의 경우에는 원고들이 인도받았는지 여부가 공시방법으로 더욱 불완전한 측면이 있었다고 하더라도 원고들이 전입신고를 마침으로서 주민등록을 마쳤기 때문에 피고로서도 이를 확인할 수 있었다. 특히 원고들의 주민등록은 주민등록법상의 절차에 따른 유효한 주민등록으로 실제 거주를 표상하는 것이었다는 점에서

64) 2016 주택임대차보호법 136면

65) 대법원 1990. 8. 14. 선고 90다카11377 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다12753 판결, 이러한 법리는 체납처분에 의한 압류등기 후 증액한 보증금의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

더욱 그러하다.

Ⅴ. 맺는 말

이상에서 대항력과 우선변제권의 요건에 관하여 살펴보았다. 그 결과로 현행 주택임대차보호법의 취지와 내용, 그리고 임차인의 주거생활의 안정과 거래안전보호 이념의 조화를 위해서 대상판결의 사안과 같이 ① 가장임차인이 아닌 '진정임차인'이 주택에 거주할 목적으로 임대차계약을 체결하고 임대인으로부터 주택의 거주를 허락받고 주택을 인도받을 목적으로 주택의 출입문 열쇠나 비밀번호를 교부받은 상태라면 이미 '주택의 현실인도'가 이루어진 것으로 보아야 하고 같은 날 전입신고까지 마쳤다면 그 다음날 대항력을 취득하게 된다. ② 주택을 인도받고 전입신고를 마치면서 확정일자까지 갖추었다면 우선변제권을 취득하기 위해서 보증금이 전부 지급되었을 것을 요건으로 하는 것은 아니기 때문에(당연히 이후에는 보증금 전액이 지급되었을 것을 전제로 한다) 보증금 전액에 관하여 우선변제권을 취득한다는 결론에 도달하였다.

위와 같을 결론에 이르면서 우리나라의 심각한 주택난과 주택임차인 보호의 필요성에서 1981년에 제정된 주택임대차보호법의 대항력과 우선변제권 인정 요건과 관련하여 지속적으로 제기되는 여러 문제가 있고 이에 대한 해결책의 필요성을 실감하게 되었다. 특히 위 법 제정 당시에는 단독주택이나 다가구용 공동주택의 모습이 일반적이었고 이웃 간에 교류가 비교적 활발하였으나 세월이 흘러 현재는 홀로 거주하는 독립세대가 증가하였고, 주거형태도 대규모단지 아파트의 발달과 이웃 간의 교류 부재 등 사회가 크게 변화하였다. 따라서 물권유사의 임차권을 인정하는 주택임대차보호법에서 정하는 공시방법에도 보완이 필요하다. 특히 '주택의 인도' 여부를 외부에서 더욱더 인식하기 어렵게 되고 사생활보호의 문제도 큰 점에 비추어 보면 거래안전 보호의 필요성에 따라 '주민등록'이 공시방법으로서 더 크게 작용하고 있고, 대법원도 '주택의 인도' 요건보다는 '주민등록법상의 전입신고' 요건을 통해서 공시기능을 파악하여 왔다. 그러나 주민등록은 애초 인구의 동태를 파악하기 위한 행정상의 목적으로 정립된 것으로 이를 재산권관계에 적용하는 것은 문제가 될 수 있고[66], 사생활보호 요청에 따라 주민등록 비공개원칙이 채택되었다.

66) 이현석, "주택임대차보호법상 대항력과 확정일자에 관한 재검토", 한양법학 제24권 제4집 통권 제44집(2013), 324면

주민등록을 예외적으로 열람할 수 있는 경우에도(부동산 또는 이에 준하는 것에 관한 권리의 설정·변경·소멸에 관계되는 자 등의 경우) 대상자의 성명과 주민등록번호를 정확하게 표시하여야 하고, 주민등록에는 주민등록일자 내지 전입신고일자만 기재되어 있을 뿐 임차권의 내용은 기재되어 있지 않아 주민등록의 내용으로 제3자가 임차권의 내용을 쉽게 알 수 없는 것이 현실이다. 임차인의 주거생활의 안정 못지 않게 중요한 것이 거래 안전이다. 채권자인 임차인을 보호하면서도 물권을 취득한 제3자의 이익을 해하지 않기 위해서는 입법론적으로 주택임차인이 쉽게 이용할 수 있으면서 제3자도 주택임차권의 존재와 내용을 파악하기 쉬운 효율적인 공시방법(주민등록 전입신고를 할 때 보증금액을 신고하도록 하여 주민등록표에 기재하는 방법이나 관공서에 주민등록표 외에 '임대차등록부'를 별도로 비치하여 보증금 등 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 열람할 수 있게 하는 방법[67], 혹은 임차차인이 단독으로 등기를 할 수 있도록 하는 방법[68] 등)이 마련되기를 기대해본다.

67) 부동산등기법 제19조 제1항은 "누구든지 수수료를 내고 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 등기기록에 기록되어 있는 사항의 전부 또는 일부의 열람과 이를 증명하는 등기사항증명서의 발급을 청구할 수 있다. 다만, 등기기록의 부속서류에 대하여는 이해관계 있는 부분만 열람을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다.

68) 백종환(주 52) 177면, 임차권의 단독등기가 가능하다면 임대차가 종료된 후에 가능한 임차권등기명령 제도도 필요치 않다. 이외에도 주택임대차계약증서상의 확정일자 부여에 관한 규칙 제5조에 의하면 확정일자를 부여할 때 확정일자부를 작성하도록 하므로, 이 때 사무담당자는 임대인과 임차인의 인적사항, 임대차의 목적물, 임대차기간, 보증금 등이 적혀있는 완성된 문서를 대상으로 그 내용을 확인하여 확정일자부를 작성하므로 이러한 확정일자부는 주택임차권의 공시방법으로써 기능을 다할 것이라는 견해가 있다[이현석(주 66) 320, 321, 324면].

참고 문헌

【단행본】

김용담, 주석민법〔물권(1)〕, 한국사법행정학회(2011)

김용담, 주석민법〔채권각칙(3)〕, 한국사법행정학회(2016)

곽윤직, 민법주해(Ⅰ), 박영사(2002)

곽윤직 민법주해(Ⅳ), 박영사(2005)

곽윤직, 민법주해(XV), 박영사(2002년)

임대차재판실무편람, 임대차재판실무편람 집필위원회(2017)

2016 주택임대차보호법, 사법연수원(2016)

【논문】

조해근, “민법상 임대차의 대항력”, 사법연수원 교수논문집(2017)

이현석, “주택임대차보호법상 대항력과 확정일자에 관한 재검토”, 한양법학 제24권 제4집 통권 제44집(2013)

박종권, “주택임차권 대항력의 개선에 관한 연구”, 일감법학(2012)

백종환, “주택임대차보호법상 임차인 보호에 관한 연구”, 집합건물법학 제5집(2010)

소건영, “주택임대차보호법의 대항력”, 법학연구, 한국법학회(2009)

유원규, “주택임차권의 공시방법”, 심당송상현선생화갑기념논문집(2002)

민일영, “주택임대차보호법상 대항력과 우선변제청구권의 상호관계”, 저스티스, 한국법학원(2000)

고상용, “주택임대차보호법 개정안의 제문제(하)”, 법률신문 제2742호(1998)

이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 사법논집 제19집(1988)

지정 질의답변

발표문: 주택임대차보호법에서 정한 대항력과 우선변제요건 (대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다212194 판결에 관하여)

발표자 : 손주희 회원

[조현철 회원]

발제자께서는, 대항력의 요건인 주택의 인도는 주택에 대한 사실상의 지배인 점유를 사회통념상 동일성을 유지하면서 이전하는 것이고, 이 사안에서 문제되고 있는 현실인도는 임대인측의 점유포기와 임차인의 점유취득에 의해 이루어지고, 인도가 있었느냐는 여부는 사회통념에 따라 합목적적으로 판단해야 한다고 하였습니다. 그리고 임대주택에 관하여 임대차계약 당시 임대인이 임차인에게 거주를 허락하면서 출입열쇠 교부 등의 방식으로 임차목적물을 그 상태로 인도하는 것도 현실인도에 해당한다고 합니다. 주택의 인도를 민법상의 점유의 이전과 달리 해석할 이유가 없으므로 발제자의 의견처럼 보는 것이 타당하다고 생각합니다. 다만 이와 관련하여 몇 가지 궁금한 사항에 대하여 질의합니다.

1. 대상판결은 현실인도와 관련하여 '사회통념에 따라 합목적적으로 판단하되, 임대주택을 인도하는 경우에는 임대인이 임차인에게 현관이나 대문의 열쇠를 넘겨주었는지, 자동문 비밀번호를 알려주었는지, 이사를 할 수 있는지 등도 고려하여야 한다'고 하면서, 이 사안과 관련해서는 늦어도 이삿짐을 옮겨 놓은 2012. 7. 17.에는 주택을 인도받았다고 보아야 한다고 판단하고 있습니다. 대상판결은 주택의 인도시점을 자동문의 비밀번호를 알려준 시점이 아니라 이사짐을 옮겨 놓은 시점으로 보고 있는 듯한 애매한 표현을 사용하고 있는데, 대상판결이 주택의 인도시점을 언제로 보고 있는지 발제자의 의견을 듣고 싶습니다.

2. 한편 발제자께서는 임대인이 임차인에게 '거주를 허락'하면서 출입열쇠를 교부하는 경우 현실인도가 있다고 합니다. 그런데 이 사건 임대차계약의 내용을 보면, 임대기간은 인도일로부터 2014. 8. 15.(24개월)까지로, 주택의 인도는 2012. 8. 16.

까지로 하고 있고, 보증금의 대부분도 2012. 8. 17. 지급하였습니다. 그렇다면 임대인과 임차인 사이에서, 임대인이 임차인의 거주를 허락한 기간은 2012. 8. 16.부터이고, 그때 현실인도가 있었다고 볼 여지는 없는지, 그리고 그 전에는 이삿짐의 보관을 허락한 것으로 보아야 하는 것은 아닌지 발제자의 의견을 듣고 싶습니다.

[채대원 회원]

주택임대차보호법에서 정한 대항력과 우선변제요건에 대한 발표 잘 들었습니다. 저도 개인적으로 대상판결의 결론이 타당하다고 생각합니다. 임대차등록부, 임차인 단독 등기 등 공시방법의 보완에 대해 말씀해 주셨는데요. 이에 대한 입법적, 제도적 보완이 이루어지면 좋겠습니다. 현재 우리나라 주택시장은 임대용 주택공급이 부족하고 월세제도가 확대되고 있으며 이로 인하여 임차인에 대한 보호 필요성이 증가하고 있는데요. 이와 관련한 현행 주택임대차보호법의 문제는 무엇이고, 그 문제점을 해결하기 위한 개선 방안은 어떤 것이 있을지 의견을 구하고 싶습니다.