

# 미등기 주택임대차의 대항력 관련 제도개선을 통한 임차인보호 강화

## Consolidation of Protection for Lessees by Improvement of Opposing Power System of the Unregistered Housing Leases

노한장

국민연금공단/단국대학교 부동산건설대학원

Hann-Jang No(nhjangnhj@hanmail.net)

### 요약

주택임대차보호법상 주택의 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 『다음 날』부터 제3자에 대한 대항력이 발생한다. 그러나 주택임대차보호법의 이와 같은 입법태도는 대항요건을 갖춘 임차인보다 같은 날 등기를 갖춘 양수인이나 저당권자 등 후순위 물권자를 우선시키는 문제를 가져오게 된다. 이러한 결과는 주택임차인의 대항력 보호는 물론 부동산 경매·공매절차에 있어서 보증금의 우선변제권 및 최우선변제권과 관련해서도 임차인에게 불측의 손해를 안겨줌으로써 임차인보호에 여러 가지 문제점을 드러내고 있다. 이와 같은 문제점들을 해소하고 주택임대차보호법의 본래 입법취지대로 국민 주거생활의 안정을 보장하기 위해서는 주택임대차 대항력과 관련된 제도가 다음과 같이 개선되어야 한다. 첫째, 주택임대차의 대항요건 및 소액보증금의 최우선변제 요건에 확정일자를 추가하여 대항요건의 구비시기를 명확히 하여야 한다. 둘째, 주택임대차의 대항력 발생시기를 ‘대항요건을 갖춘 다음 날’에서 ‘대항요건을 갖춘 때’로 앞당겨 임차인이 불측의 손해를 입지 않도록 하여야 한다. 셋째, 주택임대차 보증금의 최우선변제 요건에 확정일자를 추가하고, 우선변제권 및 최우선변제권의 효력발생시기를 ‘대항요건을 갖춘 다음 날’에서 “대항요건을 갖춘 때”로 조정하여 대항요건과의 일관성을 유지하고 경매·공매절차에서 임차인의 보증금 회수를 보호하여야 한다.

■ 중심어 : | 주택임대차 | 대항력 | 우선변제권 | 최우선변제권 | 확정일자 |

### Abstract

According to the Housing Lease Protection Act, even though it is not registered, if the lessee has completed delivery of a house and the resident registration, the lease shall take effect against the third person from the following day thereof. Any lessee who has met the requirements for opposing power and obtained the fixed date on the lease contract document, shall be entitled to receive the repayment of the deposit from the converted price of the leased house, in preference to any junior obligors and other creditors, at the time of an auction as provided by the Civil Execution Act and a public sale as prescribed by the National Tax Collection Act. The lessee shall be entitled to receive a repayment of a specified amount of the deposit in preference to other persons having the security rights in the leased house. However those provisions give rise to many problems because the Housing Lease Protection Act allows the opposing power and the right of preferential payment from the following date of fulfillment of the requirement. For the purpose of solving the problems, this study suggests that the Housing Lease Protection Act need to be amended as follows. The fixed date should be added to the requirement of opposing power and the preferential right of specified deposit repayment. In addition, the commencement of opposing power and preferential right of deposit repayment need to be taken effect from the day that the requirement is fulfilled.

■ keyword : | Housing Lease | Opposing Power | Right of Preferential Repayment | Fixed Date |

## I. 서론

주거용 건물의 임대차에 관하여 사회적·경제적 약자인 임차인의 생존권 보호를 목적으로 민법에 대한 특별법으로 주택임대차보호법(1981년 제정, 법률 제3379호)이 제정되었다. 이 법은 임대차의 대항력과 관련하여 『임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다(동법 제3조 1항).』고 규정하고 있다. 이에 따라 민법상 주택임대차에 관한 대항요건은 원칙적으로 등기이지만(민법 제621조), 등기를 갖추지 못한 경우에는 주택의 인도와 주민등록이라는 특별한 공시방법이 대항요건이 된다. 주택임대차의 대항요건으로 주택의 인도, 임대차 계약의 공증 또는 등록신청, 확정일자 있는 증서 등을 요구하는 외국의 입법례와 달리 우리나라에서는 이례적으로 주택의 인도 외에 행정상 제도인 주민등록이라는 요건을 추가로 요구하고 있다는 점에서 특색이 있다. 이처럼 주택임대차보호법상 주택의 임대차는 그 원칙적 공시방법인 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 『다음 날』부터 제3자에 대한 대항력이 발생하게 된다. 그러나 주택임대차보호법의 이와 같은 입법태도는 주택임차인의 대항력 보호는 물론 경매·공매절차에 있어서의 보증금 우선변제권 및 최우선변제권 보호와 관련해서도 여러 가지 문제를 야기하고 있다.

주택임대차보호법은 대항요건을 갖춘 임차인에 대하여 대항력을 인정하는 것과 더불어 주택의 임차인이 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 경우에는 민사집행법에 따른 경매 또는 국세징수법에 따른 공매에서 우선변제권을 인정하고 있다(동법 제3조의2 제2항). 더 나아가 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 이러한 대항요건을 갖춘 임차인에 대하여는 다른 담보물권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 최우선변제권까지 인정하고 있다(동법 제8조). 주택임차인을 보호하기 위한 취지에서 주택임대차보호법이라는 특별법까지 마련하여 등기를 갖추지 못한 임대차에 대하여 대항요건만 갖추면 대항력 뿐 아니라 우선변제권과 소액보증금에 대한 최우선변제권까지 인정할 입법취지는 일면

수궁이 가는 측면도 있다. 그러나 이와 같이 주택임대차 보호법이 대항력의 효력 발생시기를 대항요건을 갖춘 다음 날로 규정하여 같은 날 대상 부동산을 매수하거나 근저당권 등 담보권을 취득한 등기된 권리자를 우선시키는 입법태도는 임차인이 불측의 손해를 보게 되어 불리한 입장에 처하도록 하는 문제점을 야기하고 있다.

본 연구의 목적은 주택임대차의 대항요건을 갖춘 때로부터 즉시 대항력을 인정하지 않고 그 다음 날 발생하도록 함으로써 같은 날 동일 대상 주택에 대하여 등기를 갖춘 양수인, 근저당권자 등 후순위 물권자들보다 임차인의 대항력, 우선변제권 및 최우선변제권의 효력 발생일이 하루 뒤지게 되어 임차인이 불측의 손해를 보게 되는 현행 주택임대차제도의 문제점을 분석하고 그 개선방안을 제시하는 데 있다. 따라서 본 연구는 제I장 서론에 이어 제II장에서는 주택임대차의 대항력 발생에 관한 외국의 입법례를 고찰하였다. 제III장에서는 주택임대차보호법상 대항력의 내용 및 그 효력 발생시기에 관한 문제점을 분석하였고, 제IV장에서는 대항력 발생시기에 관한 기존의 논쟁을 살펴본 후 본 연구에서 도출한 개선방안을 제시하였다. 제V장 결론에서는 본 연구결과를 요약하고 시사점을 정리하는 것으로 연구를 마무리하였다. 본 연구의 결과는 그 동안 주택임대차시장은 물론 부동산경매시장에서 제기되어 왔던 많은 문제점들(가장 임차인 난립, 깡통전세 속출, 대항요건을 갖춘 임차인과 등기된 권리자간 권리우선순위의 상충 문제 등)을 해소하는 데 이바지 할 수 있을 것으로 기대된다. 더 나아가 본 연구결과에 따라 임대차의 대항력 발생시기를 앞당겨 제도개선이 이루어지는 경우 임차인에 비해 상대적으로 약자의 위치에 놓여 있는 임차인의 주거권 및 보증금 회수권을 보호하는 데에도 크게 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

## II. 주택임대차의 대항력 발생에 관한 입법례

### 1. 입법정책의 변천과정

개인주의적 성격이 강한 로마법은 임대차를 순수한 채권관계로 파악하였으며, 물건으로서의 성격은 인정

되지 않았다. 따라서 임대인이 임대물의 소유권을 제3자에게 이전하거나 저당권 등 제한물권을 설정하는 경우 이른바 매매는 임대차를 깨뜨린다(Kauf nicht Miete)는 명제가 적용되었다. 이에 따라 임차인은 그 새로운 소유자 또는 제한물권 취득자에 대해 대항력을 주장할 수 없었으며, 임차권의 양도도 불가능하였다. 반면 게르만법상 사용임차인은 권리와 결합된 사실적인 지배를 의미하는 Gewere를 취득하였고, 이는 일종의 물권취득에 해당하였으므로, 매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다는 명제에 따랐다. 따라서 로마법의 원칙을 계수한 근대 독일민법과 불란서 민법 등은 임대차를 채권관계로 구성하였으나, 급세기에 들어와서는 임차인 보호를 위해 민법의 특별규정 또는 특별법 제정 등을 통하여 임차권의 채권주의 원칙은 수정되어 가고 있다. 결국 임차권은 논리 필연적으로 채권이어야 하느냐 하는 문제는 국가별 사정에 따라 달라질 수 있는 입법정책의 문제이다[1].

## 2. 대륙법계 국가의 입법례

주거용 공간에 대한 임대차에 대하여 독일민법은 ‘매매는 임대차를 깰 수 없다(Kauf bricht nicht Miete)’는 명제에 따라 대항력을 인정하고 있다. 이에 따라 임차인이 일단 주거용 공간을 사용하기 시작한 이후 임대인이 제3자에게 이를 양도한 경우에는 그 양수인이 임대인에 갈음하여 그 임대차 계약상의 권리·의무를 승계하도록 하고 있다(BGB 제566조 제1항)[2]. 따라서 독일민법은 주택의 임차인이 주택을 인도하는 때부터 대항력이 인정된다. 보증금이 주택가격의 40-70%[3]에 달하는 우리나라와 달리, 보증금이 고작해야 3개월 정도의 차임에 불과한 독일에서는 보증금에 관한 우선변제권 및 소액보증금 최우선변제권에 관한 특별규정은 두고 있지 않다는 점에서 우리나라 주택임대차보호법과 차이가 있다[4].

불란서 민법 제1743조 및 제1328조 등에 따르면, 임대차 계약이 체결된 이후에 임차물이 매각되는 경우에는 임대차 계약이 공증인에 의해 공증되거나 최소한 서면방식을 갖추고 채무청(Fianazverwaltung)에 계약체

결 시점의 증명을 위해 등록이 신청된 경우에만 신소유자에 대한 대항력이 인정된다. 그러나 12년 이상의 임대차 기간을 정하는 경우에는 공증인으로부터 공증을 받고 등기를 해야 대항력이 인정된다[5]. 주택임대차의 보증금에 대해서는 “임대차관계 개선을 위한 특별법” 상에서 최대 2개월분의 차임 한도 내에서 당사자들이 약정할 수 있으며, 임대차 보증금이 소액에 불과하므로 임대차 보증금 회수를 위한 특별보호 규정은 따로 마련되어 있지 않으며, 당사자의 사적사치에 맡겨져 있다[6].

## 3. 영미법계 국가의 입법례

미국의 주택임대차는 보통법과 각 주의 법률에 의해 개별적으로 규율되는 관계로 통일적으로 관리되지 못하였으나, 1972년에 전미통일주택위원회에서 채택된 통일주택임대차법(URLTA)[7]이라는 표준법률에 의하여 이러한 문제점이 많이 해결되어가고 있다[8]. 미국의 임대차계약 보증금에 대해서는 각 주별로 다양하게 규제하고 있으며, 보증금의 범위에 관하여 각 주는 보통 월차임의 1-3개월 정도를 한도르 하고 있다. 또한, “통일주택임대차법은 임대인으로 하여금 어떠한 명목이든 1개월분의 정기 차임을 초과하는 보증금을 요구하거나 수령하지 못하도록 규정하고 있다(Article II, §2.101.).

영국에 있어서 임대차의 대항력은 존속기간에 따라 다르게 규율되고 있다. 존속기간이 3년 미만인 경우에는 당사자 간의 합의에 의한 인도에 따라 대항력이 발생한다. 존속기간이 3년 이상인 경우에는 여기에 당사자 간의 합의내용이 날인증서에 의하여 작성될 것이 추가로 요구된다. 그러나 날인증서의 경우에는 객관적인 공시기능을 할 수 없다는 점에서 분쟁 가능성이 있다는 지적이 제기되고 있다[9].

## III. 현행법상 대항력 발생시기 및 문제점

### 1. 대항요건 및 대항력의 내용

주택의 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대한 대항력이 발생한다(주택임대차보호법 제

3조 제1항). 임차인이 대항력을 가지는 경우, 임차주택이 양도된 때에는 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 간주된다(주택임대차보호법 제3조 제3항). 여기서 말하는 양수인은 매매, 증여 등 법률행위나 상속, 경매 등 법률의 규정에 의한 권리취득자를 모두 포함한다. 주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는 임대차보증금의 반환채무도 이전되고, 이에 따라 양도인의 임대인으로서의 지위나 보증금반환 채무는 소멸한다(대법원 95다35616 판결).

주택인도 및 주민등록이라는 대항요건과 임대차계약 증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 「민사집행법」에 따른 경매 또는 「국세징수법」에 따른 공매시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자 또는 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있는 우선변제권이 인정된다(주택임대차보호법 제3조의2 제2항). 더 나아가, 주택에 대한 경매신청등기 이전에 대항요건(주택인도·주민등록)을 갖춘 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리가 인정되는바, 이를 소액보증금 최우선변제권이라 한다(주택임대차보호법 제8조 제1항 전단). 따라서 주택의 인도와 주민등록이라는 대항요건은 대항력 발생은 물론, 주택임대차 보증금의 우선변제권과 소액보증금 최우선변제권의 발생에도 영향을 미치게 된다. 그 이유는 주택임대차보호법 제3조의2 제2항 및 제8조제1항이 우선변제 및 최우선변제 요건으로 제3조 제1항의 대항요건을 전제조건으로 인용하고 있기 때문이다.

표 1. 대항력·우선변제권·최우선변제권 비교

효력	요건	내용
대항력 (제3조 ①)	주택인도 주민등록	임대차는 그 다음 날부터 제3자에 대해 효력이 발생한다. 임차주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계한 자를 포함)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.
우선 변제권 (제3조의2②)	주택인도 주민등록 확정일자	임차인은 민사집행법에 따른 경매 또는 국세징수법에 따른 공매를 할 때 임차주택의 환가대금에서 후순위 권리자, 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 권리가 있다.
최우선 변제권 (제8조 ①)	주택인도 주민등록 (경매신청 등기 전)	임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다.

## 2. 대항력의 효력발생시기 및 그 문제점

주택임대차보호법상 주택의 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 대항력을 갖춘 때에는 그 『다음 날』부터 제3자에 대한 대항력이 발생한다. 즉, 대항력은 인도 및 주민등록을 “마친 날”이 아니고 그 익일(翌日)부터 발생한다. 그러나 주택임대차보호법의 이와 같은 입법태도는 주택임차인의 대항력 보호는 물론 경매·공매절차에 있어서의 보증금 우선변제권 및 최우선변제권 보호와 관련해서도 다음과 같은 여러 문제점을 야기하고 있다.

첫째, 주택임차인의 대항력 보호에 있어서의 문제점이다. 주택임대차보호법이 주택의 인도와 주민등록이라는 대항요건을 갖춘 때로부터 곧바로 대항력을 인정하지 않고 하루가 지나야 비로소 그 효력이 발생하도록 하고 있는 이유는 주택에 대하여 동법에 의한 주택의 인도 및 주민등록과 민법에 의한 제3자의 등기가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후관계를 정하는 것이 곤란하기 때문이라고 한다[10]. 그 결과 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 날 임대인이 그 주택에 대하여 다른 제3자에게 소유권이전등기나 지당권설정 등기를 이행한 경우에는 제3자의 등기된 권리가 우선하게 된다. 결국 오전에 주택의 인도 및 주민등록을 마친 임차인이 같은 날 오후에 경료된 제3자 명의의 등기로 인하여 불측의 피해를 보는 문제가 발생할 수 있다. 모름지기 대항력 있는 주택임차인의 다른 제한물권취득자(저당권자, 전세권자, 등기한 임차인, 가압류권자 등)에 대한 대항력 문제는 「시간에서 앞서서 사람은 권리에서도 앞선다」는 담보물권의 일반원칙에 따라 권리의 성립순위를 기준으로 그 우선순위를 가려야 한다[11].

둘째, 부동산 경매 및 공매절차에 있어서 주택임차인의 보증금 우선변제권 보호상 문제점이다. 주택임대차보호법상 주택인도 및 주민등록이라는 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 「민사집행법」에 따른 경매 또는 「국세징수법」에 따른 공매시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자, 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있는 우선변제권이 인정된다(동법 제3조의2 제2항). 이처럼, 보증금의 우선변제권의 효력을 대항요건을 갖춘 『다음 날』

부터 발생하도록 하고 있는 현행 주택임대차보호법은 부동산 경매 또는 공매의 배당절차에서 같은 날 임차주택에 대하여 대항요건을 갖춘 임차인보다 등기를 갖춘 지당권자, 가등기담보권자, 전세권자와 같은 담보물권자에게 우선배당을 인정하는 결과를 초래함으로써 임차인은 이들보다 불리한 입장에 처하게 된다.

셋째, 소액보증금 최우선변제권과 관련해서도 임차인이 대항요건을 갖춘 날이 다른 채권자의 경매신청일과 동일하거나, 심지어는 제3자의 지당권 등 담보물권 설정등기나 소유권 이전등기까지 같은 날 이루어지는 경우에는 임차인의 최우선변제권이 그 『다음 날』에 발생하는 관계로 임차인이 우선순위에서 뒤지는 불이익을 받게 된다. 그 뿐만 아니라, 민사집행법상 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 부동산 경매절차에서 배당요구를 할 수 있다. 따라서 대항요건을 갖춘 소액임차보증금(주택임대차보호법 제8조 제1항)과 근로자의 최종 3월분의 임금 및 제해보상금(근로기준법 제37조 제2항), 그리고 최종 3년간의 퇴직금(근로자퇴직급여보장법 제12조 제2항)은 각각의 특별규정에 의하여 최우선변제권이 인정되므로 모두 동순위로 배당을 받아야 한다(대법원 송민 91-2)[12]. 그러나 실제에 있어서는 임차인의 소액보증금 최우선변제적 효력이 그 다음 날 발생하는 관계로 사실상 후순위로 밀리게 되어 임차인이 불이익을 받는 문제가 발생한다.

#### IV. 대항력 발생에 관한 기존 논의 및 본 연구의 개선방안

##### 1. 기존의 학설 및 판례

###### 1.1 대항요건을 갖춘 다음 날 대항력 인정설

(대법원 판례) 대법원은 그 대항력 및 우선변제권의 효력발생 시기에 대하여 다음과 같이 명확히 밝히고 있다. 『주택임대차보호법 제3조 제1항은, 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 규정하고 있다. 또한 같은 법 제3조의2 제1항(현

행법 제2항)은, 같은 법 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자자를 갖춘 임차인은 경매 등에 의한 환가대급에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다고 규정하고 있다. 따라서 주택의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서상에 확정일자자를 갖춘 경우 같은 법 제3조의2 제1항에 의한 우선변제권은 같은 법 제3조 제1항에 의한 대항력과 마찬가지로 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다(대법원 98다26002 판결)』. 따라서 판례는 대항력과 마찬가지로 우선변제권의 효력도 대항요건을 갖춘 『다음 날』 발생하는 것으로 파악하는 입장을 취하는 것으로 보인다. 소액보증금의 최우선변제권에 대해서는 아직 법원의 직접적 판결은 찾아볼 수 없으나, 주택임대차보호법 제8조 제1항이 동법 제3조의2 제2항과 마찬가지로 『대항요건』을 갖춘 것을 요건으로 하고 있으므로, 역시 대항요건을 갖춘 『다음 날』 최우선변제권이 발생하는 것으로 보게 될 것이다.

##### 1.2 해제조건부 대항력 인정설

(하급심 판례) 일부 하급심 판례는 『주택임대차보호법에 의해 임차인이 제3자에 대한 대항력을 취득하는 시기는 주민등록법 소정의 기간 내에 전입신고를 이행하지 않음을 해제조건으로 하여 임차인이 그 가옥을 명도 받은 익일부터라고 보아야 한다. 이렇게 해석하지 않으면 행정상의 절차지연으로 인한 불이익을 임차인에게 전가시키는 부당한 결과가 나올 것이기 때문이다(서울고법 82나231,판결)』라고 판시한바 있다. 그러나 위와 같은 판결은 어디까지나 편법에 지나지 아니하며, 특히 무주택 서민인 전세입주자의 전 재산이라고 할 수 있는 보증금의 반환확보를 전입신고가 늦었다는 이유만으로 보장받을 수 없다면, 과연 누구를 위한 임대차 법인가를 다시 한번 생각해볼지 않을 수 없다고 하면서 주민등록 요건의 존치를 전제로 해석에 의하여 문제를 해결하려는 주장에 대하여 반대하는 입장도 있다[13].

##### 1.3 주택 인도시 대항력 인정설

(주민등록요건 삭제설) 우리나라에는 외국에서 찾아

볼 수 없는 전세제도가 있다는 것은 부정할 수 없지만, 그렇다고 전세제도라는 이유만으로 임차권의 대항요건으로 주민등록을 요구하는 것은 납득하기 어려우며, 거주(居住)하고 있다는 사실만으로도 공시기능은 충분하다는 입장이다. 이 견해에서는 판례가 주민등록을 임차권의 공시방법으로 인정하고 있는 것은 제3자를 보호하고 나아가 거래의 안전을 꾀하는 것으로 풀이하고 있으나, 임차인이 당해 주택에서 거주하고 있다는 사실만으로도 그 정도의 기능은 발휘할 수 있다고 한다. 더욱이 1991년 주민등록법 개정으로 주민등록의 비공개원칙(동법 제18조 2항)이 채택되고 있는 것은 『거래의 안전을 위해 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것』이라는 판례의 태도와 거리가 먼 개정조치이며, 이러한 점에서 판례는 입법의 취지에 반하는 해석 또는 그 법리를 오해하고 있는 것이라는 비판을 가하고 있다[14].

## 2. 본 연구의 개선방안

### 2.1 대항요건에 확정일자 추가

현행 주택임대차보호법은 우선변제권에 대해서만 대항요건(對抗要件)과 임대차계약증서상의 확정일자(確定日字)를 요구하고 있다(동법 제3조의2 제2항), 그러나 임대차의 대항력 성립시기 및 보증금액 등 권리내용을 명확히 할 필요성은 그 전제요건인 대항력을 인정하는 단계(동법 제3조 제1항)에서 더욱 필요한 조건이라 할 수 있다. 특히 주택의 인도와 주민등록만 갖추면 선순위 담보권까지 깨뜨리면서 담보물권 체계를 무시하고 무조건 최우선변제권을 인정하는 소액보증금 최우선변제권 인정요건에서 확정일자를 제외하고 있는 현행 주택임대차보호법(제8조)은 등기 없이 성립하는 유치권의 경우와 마찬가지로[15] 대항요건 구비시기의 불명확, 가장임차인의 양산 등으로 인하여 다른 세입자, 새로운 양수인, 경매의 낙찰자 등 제3자에게 불측의 손해를 안겨주는 원인이 되고 있으며, 주택경매 절차의 안전을 해치는 요인으로도 작용하고 있다. 따라서 주택임대차에 관한 확정일자는 보증금의 우선변제권 인정을 위한 요건으로만 규정하는 데 그칠 것이 아니라, 대항요건 및 소액보증금 최우선변제권에 대한 요건으로

도 추가하여 임차인의 대항력 확보조건을 강화함으로써 임차인 보호와 거래안전 보호 사이에 균형이 이루어질 수 있도록 개선되어야 한다.

이처럼 주택임대차보호법상 임대차의 대항력 및 최우선변제권을 인정하기 위한 대항요건으로서 확정일자를 추가하여 임차인보호와 거래안전보호 기능을 충실히 수행하도록 하고, 확정일자 부여에 관한 사항을 국세청에 제출하도록 의무화(과세자료의 제출 및 관리에 관한 법률 시행령 제3조의 별표)하여 이를 임대소득의 과세기준으로 삼는다면 공평과세 및 과세사각지대를 둘러싼 논쟁도 크게 해소될 수 있을 것이다. 이에 더하여 나날이 증가하는 반전세나 월세 등 보증금이 적거나 아예 없는 경우에도 현행법상으로는 확정일자를 받지 않아도 대항력은 인정되므로 굳이 확정일자를 받을 필요가 없었지만, 향후 확정일자가 대항력 요건으로 추가되는 경우 확정일자를 받지 않으면 월세 또는 반전세가 제대로 보호되지 못하기 때문에 불안을 느낀 세입자들의 확정일자 신청이 크게 늘어날 것이다.

### 2.2 대항력의 효력발생시기 조정

현행 주택임대차보호법상 임대차의 대항력은 대항요건(주택의 인도 및 주민등록)을 갖춘 다음 날부터 발생하도록 되어 있다(동법 제3조 제1항). 그러나 민법상 등기된 임차권에 대하여 대항력을 인정하는 것으로 공시제도를 마련하였음에도 불구하고 여러 가지 문제로 등기제도가 제대로 이용되지 못하고 있는 현실을 인정하여 주택임대차보호법이라는 특별법을 제정하여 등기대용으로 대항력을 인정하기로 한 이상, 합리적 근거도 없이 그 성립시기의 선후가 명백한 경우에도 일률적으로 등기를 우선시키는 것은 문제가 있다. 임차인이 이전에 보증금을 지급하고 주택의 인도와 주민등록까지 마친 후 당일 오후에 임대인이 그 주택에 대해 다른 제3자에게 소유권이전등기나 추가 저당권 설정등기를 하는 경우 정의를 실현해야 할 법이 나서서 피해를 입은 임차인보다 위법행위를 저지른 악덕 임대인을 보호하는 것은 분명히 주택임대차보호법의 입법취지에 부합하지 아니하며, 형평성에도 맞지 않기 때문이다.

특히 판례는 주택의 인도나 주민등록이 등기와 달리

간이한 공시 방법이어서 그 선후관계를 밝히는 것이 사실상 곤란하다고 설시하여 주민등록이 대항요건의 공시방법으로서 문제가 있다는 점을 스스로 인정하고 있다. 본 연구에서 개선방안으로 제시한 것처럼 임대차의 대항요건에 확정일자 추가할 경우 임차권의 성립시기를 명확히 하여 등기부(登記簿)와 확정일부(確定日附)라는 공적장부에 의한 선후비교가 가능하게 되므로 판례가 주장하는 공시방법 불완전 문제를 해결할 수 있다. 또한 판례는 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경료 하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다 등기를 경료한 권리자를 우선 시켜야 한다고 주장하고 있다. 그러나 판례의 입장은 부동산의 이중매매에 있어서 매수인의 경우와 마찬가지로[16] 임차인이 등기 부상 문제가 없음을 확인하고 임대차 계약을 체결하고 주택의 인도와 주민등록을 받았는데, 같은 날 임대인이 소유권 이전 또는 저당권 설정등기를 하는 경우 임차인은 불측의 손해를 입게 되는데, 이 경우 등기된 후순위 권리자를 우선시켜야 할 합리적 이유가 없다.

### 2.3 우선변제권 및 최우선변제권과의 일관성 유지

주택임대차보호법은 보증금의 우선변제권에 대해 『대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법에 따른 경매 또는 국세징수법에 따른 공매를 할 때에 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다』고 규정하고 있다(동법 제3조의2 제2항). 또한 소액보증금의 최우선변제권에 대해서도 『임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있으며, 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추어야 한다』고 규정하고 있다(동법 제8조 제1항).

이와 관련 일부 학설은 임차인이 대항요건과 확정일자 중 대항요건을 늦게 갖춘 경우에 우선순위 결정 기준일은 대항요건을 구비한 다음 날이 아니라 당일로 보아야 한다고 주장한다. 즉, 주택임대차보호법 제3조 제1항이 대항력의 발생일을 대항요건이 구비된 다음날로

규정하는데 비하여, 동법 제3조의2 제1항은 대항요건과 확정일자를 갖추면 곧바로 우선변제권이 발생하는 것으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 우선변제권 발생시점과 대항력의 발생시점을 꼭 결부시켜 해석할 것은 아니라는 것이다[17]. 그러나 대법원 판례는 『주택임대차보호법상 규정된 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 주택임차권의 제3자에 대한 물권적 효력으로서 임차인과 제3자 사이의 우선순위를 대항력과 달리 규율하여야 할 합리적인 근거도 없다. 따라서 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음 날을 기준으로 발생한다(대법원 97다 22393 판결)』고 판시하여 대항요건을 갖춘 다음 날 오전 0시에 우선변제적 효력이 발생하는 것으로 해석하고 있다.

생각건대, 대항요건의 효력발생일을 대항력에 있어서는 그 요건을 갖춘 다음 날 발생하는 것으로 보고, 우선변제권의 인정에 있어서는 당일 날 발생하는 것으로 보는 것은 지나친 문리해석이며, 형평성 측면에서도 타당성이 없다. 또한 대항요건을 갖춘 다음 날 우선변제적 효력이 발생하는 것으로 해석하는 대법원 판례의 입장도 현행법에 충실한 해석이기는 하지만 합리적 근거도 없이 임차인에게 불측의 손해를 안겨준다는 점에서 문제가 있다. 따라서 앞의 대항력 효력발생시기 조정 필요성에서 살펴본 바와 같이 대항요건을 갖춘 다음 날이 아니라, 그 요건을 갖춘 때부터 즉시 대항력을 인정하고 당일 날 같은 주택에 대하여 제3자에 의한 등기가 이루어진 경우에는 물권의 일반원칙에 따라 그 권리의 성립순위에 의하여 우선순위를 결정하도록 함으로써 아무런 과책이 없는 임차인이 불측의 손해를 입는 일이 없도록 주택임대차보호법이 개정되어야 한다. 부동산 등기법상 등기신청은 대법원규칙으로 정하는 등기신청 정보가 전산정보처리조직에 저장된 때 접수된 것으로 보며, 등기관이 등기를 완료하면 그 등기는 접수된 때부터 효력을 발생한다(동법 제6조 제1항 및 제2항). 주택임대차보호법상 확정일자 역시 그 확정일자를 갖춘 때부터 즉시 효력을 발생하며(동법 제3조의2 제2항), 확정일부(確定日附)는 서면 또는 국토교통부에서 관리·운영하는 전산시스템인 전월세거래정보시스템을

이용하여 작성·관리할 수도 있으나, 국세청에 확정일자 부여정보 제출이 의무화됨에 따라 확정일자 부여기관은 필수적으로 전산시스템에 의한 관리를 하지 않을 수 없게 되었다. 또한 인터넷 등기신청 및 열람제도가 도입되었고[18], 2015년 7월부터는 임대차계약서의 확정일자를 온라인을 통해서도 부여받을 수 있도록 제도를 정비함으로써, 전세계약 직후 주말에 집이 경매로 넘어가 전세금을 떼이는 등 문제점을 방지할 예정이라고 한다[19]. 따라서 법원·등기소의 부동산등기부와 확정일자 부여기관의 확정일부상 접수일시를 비교하면 얼마든지 다른 권리의 등기시점과 임차권의 대항요건 구비시점의 선후관계를 정확히 판단할 수 있다. 이에 따라 주택임대차보호법상 대항력과 등기된 권리와 선후결정은 입증책임 문제로 해결하면 되므로[20], 주택임대차보호법상 대항력은 대항요건을 갖춘 '다음 날'이 아니라, 대항요건을 갖춘 때부터 즉시 발생하도록 주택임대차보호법을 개정하여 임차인보호를 강화할 필요가 있다.

## V. 결론

주택임대차보호법상 주택의 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 『다음 날』부터 제3자에 대한 대항력이 발생한다(동법 제3조 제1항). 그러나 주택임대차보호법의 이와 같은 입법태도는 대항요건을 갖춘 임차인보다 같은 날 등기를 갖춘 후순위 등기 권리자들을 우선시키는 결과를 가져오므로써 대항력은 물론 부동산 경매·공매 절차에 있어서 보증금의 우선변제권 및 최우선변제권과 관련해서도 임차인에게 불측의 손해를 안겨주게 되어 임차인보호에 여러 가지 문제점을 드러내고 있다.

따라서 위와 같은 문제점들을 해소하고 주택임대차보호법의 본래 입법취지대로 국민 주거생활의 안정을 보장하기 위해서는 다음과 같은 몇 가지 개선방안이 요구되어야 한다. 첫째, 주택임대차의 대항요건 및 소액보증금의 최우선변제 요건에 확정일자를 추가하여 그 요건구비 시기를 명확히 하여야 한다. 현행 주택임대차보

호법은 우선변제권에 대해서만 임대차계약증서상의 확정일자를 요구하고 있으나, 임대차의 대항력 성립시기 및 보증금액 등 권리내용을 명확히 할 필요성은 오히려 그 전제요건인 대항력을 인정하는 단계 및 권리의 성립시기와 관계없이 최우선 순위를 부여하는 소액보증금에 대한 최우선변제권 인정여부를 판단하는 데 더욱 필요한 조건이라 할 수 있다.

둘째, 주택임대차의 대항력 발생시기를 '대항요건을 갖춘 다음 날'에서 '대항요건을 갖춘 때'로 앞당겨야 한다. 민법이 등기된 임차권에 대하여 대항력을 인정하는 것으로 공시제도를 마련하였음에도 불구하고 임대인의 등기비용, 임대소득에 대한 과세우려 등에 따른 비협조로 등기제도가 제대로 이용되지 못하고 있는 현실을 고려하여 사회법적 측면에서 주택임대차보호법이라는 특별법을 제정하여 등기대용으로 대항력을 인정하고 있다. 따라서 합리적 근거도 없이 그 성립시기의 선후가 명백한 경우에도 일률적으로 임대차보다 등기를 우선시키는 것은 문제가 있다. 대법원 판례는 주택의 인도나 주민등록이 등기와 달리 간이한 공시방법이어서 그 선후관계를 밝히는 것이 사실상 곤란하며, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경로 하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다 등기를 경로한 권리자를 우선 시켜야 한다고 주장하고 있다. 그러나 본 연구에서 개선방안으로 제시한 것처럼 임대차의 대항요건에 확정일자를 추가하는 경우 대항요건의 성립시기를 명확히 하여 등기부(登記簿)와 확정일부(確定日附)라는 공적장부에 의한 선후비교가 가능하게 된다. 판례의 이론대로라면 오전에 임차인이 등기부상 문제가 없음을 확인하고 임대차 계약을 체결하고 주택의 인도와 주민등록을 받았는데, 같은 날 오후에 임대인이 소유권 이전 또는 저당권 설정등기를 하는 경우 임차인은 불측의 손해를 입게 되는데, 이 경우 등기된 후순위 권리자를 임차권자보다 우선 시켜야 할 합리적 이유가 없다.

셋째, 주택임대차 보증금의 최우선변제 요건에 확정일자를 추가하고, 우선변제권 및 최우선변제권의 효력



발생시기를 대항요건을 ‘갓춘 다음 날’에서 ‘갓춘 때’로 주택임대차보호법이 개정되어야 한다. 이와 같이 법률을 개정하게 되면, 위에서 제시한 대항요건에 확정일자를 추가하고 대항력의 발생시기를 대항요건을 갓춘 때로 앞당기는 것과 논리의 일관성을 유지할 수 있다.

본 연구는 임대차의 대항요건으로 확정일자를 추가하여 대항력의 확보조건을 명확히 하고 이를 공시하여 임차인보호 및 제3자의 거래안전 보호를 강화하는 방안을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 주택임대차보호법 제정 당시와 달리 전자등기신청 및 확정일자 업무 전산관리로 시·분·초까지 비교가 가능해진 입법환경의 사정변경을 반영하여 대항요건의 효력발생시기를 그 요건을 갓춘 다음 날에서 갓춘 때 즉시 발생하는 것으로 앞당김으로써 합리적 근거도 없이 임차인이 불이익을 받지 않도록 구체적인 입법론을 제시하였다는 점에서 기존 연구와 차별성이 있으며, 그 학술적 가치가 기대된다. 정책적 측면에서도 향후 확정일자가 대항력 및 소액보증금 최우선변제 요건으로 추가되는 경우 나날이 증가하는 반전세 또는 월세 등 보증금이 적거나 아예 없는 경우에도, 현행법상으로는 확정일자를 받지 않아도 대항력과 소액보증금의 최우선변제권이 인정되므로 굳이 확정일자를 받을 필요가 없었다. 그러나 대항요건에 확정일자가 추가되면 불안을 느낀 세입자들이 연간 실거래량 추정치(201만 건 정도)의 65.2%에 불과한 확정일자 신청률이 크게 늘어날 것이다. 이처럼 확정일자 신청률이 증가할 경우 그 확정일자 자료가 국세청에 제출되도록 의무화하여(과세자료의 제출 및 관리에 관한 법률 시행령 제3조의 별표) 이를 임대소득의 과세가준으로 삼을 수 있게 되어, 과세 사각지대 및 불공평과세라는 정부의 정책과제 해결에도 기여할 수 있을 것으로 기대된다. 본 연구는 임차인의 보호를 강화하는 개선방안을 제시하였다. 그러나 임차인의 권리보호에만 치중되어 있어 한편으로 임대인의 입장을 고려하지 못한 문제점은 없는지 검토가 향후 연구에서 추가적으로 이루어져야 될 것으로 생각된다.

## 참고 문헌

- [1] 편집대표 곽윤직, *민법주해*[XV], 박영사, 2009.
- [2] Bürgerliches Gesetzbuch, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- [3] <http://nland.kbstar.com/>.
- [4] 김성욱, “주택임차인의 대항요건과 관련한 비교법적 고찰”, *법학연구*, 제44집, pp.39-57, 2011.
- [5] 장민, 허명국, *임대차 법제의 비교법적 고찰*, 법무부 연구용역보고서, 2010.
- [6] <http://world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/>
- [7] <http://www.uniformlaws.org/>
- [8] C. W. Sullivan, "Forgotten Lessons From The Common Law, The Uniform Residential Landlord And Tenant Act, And The Holdover Tenant," *Washington University Law Review*, Vol.84, pp.1311-1315, 2006.
- [9] 김성욱, 박영준, *보증금 보험제도 등 주택임대차 제도 개선방안*, 법무부 연구용역보고서, 2011.
- [10] 김준호, *민법강의*, 박영사, 2013.
- [11] 노한장, 유정식, “부동산 경매에 있어서 유치권의 우선변제권 인정 및 대항력 제한”, *부동산학보*, 제52집, p.98, 2013.
- [12] 대한민국 법원행정처, *대법원예규집 : 송무편*, 법원행정처, 1992.
- [13] 고상룡, “임차권과 주민등록상의 공시방법”, *법률신문*, 제2421호, p.14, 1995.07.10.
- [14] 고상룡, “임차권과 주민등록상의 공시방법”, *법률신문*, 제2421호, p.15, 1995.07.10.
- [15] 박종렬, “부동산 경매에 있어 유치권 신고의무”, *한국콘텐츠학회*, 제11권, 제2호, pp.408-409, 2011.
- [16] 박종렬, “부동산 이중매매와 그 예방”, *한국콘텐츠학회논문지*, 제9권, 제7호, pp.328-330, 2009.
- [17] 편집대표 곽윤직, *민법주해*[XV], 박영사, 2009.
- [18] <http://www.iros.go.kr/re1/>
- [19] 미래창조과학부, “미래부, 'ICT산업 경쟁력 강화를 위한 법·제도개선 추진', *보도자료*, 2014.5.8.
- [20] 편집대표 곽윤직, *민법주해*[XV], 박영사, 2009.

저 자 소 개

노 한 장(Han-Jang No)

정회원



- 1986년 2월 : 성균관대학교 법학과(법학사)
- 2005년 12월 : 미국 Western Carolina University(MBA: 경영학 석사)
- 2011년 8월 : 단국대학교 도시계획 및 부동산학과(부동산학 박사)

- 1998년 12월 ~ 현재 : 국민연금공단 근무 중
  - 2011년 8월 ~ 2012년 12월 : 평택대학교 외래교수  
물류정보대학원 부동산학과(부동산경매론/정책론)
  - 2013년 8월 ~ 현재까지 : 단국대학교 외래교수  
부동산건설대학원(부동산사법론/권리분석론)
- <관심분야> : 부동산 금융, 부동산 사법, 부동산 경매, 부동산 공법, 부동산 투자 등