



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

석사학위논문

# 주택임차인의 보증금 보호에 관한 연구

A Research on the Protection of the Key  
Money of the Tenant

제주대학교 대학원

법학과

고 은 숙

2011년 2월

# 주택임차인의 보증금 보호에 관한 연구

지도교수 박 규 용

고 은 숙

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2011년 2월

고은숙의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

제주대학교 대학원

2011년 2월

A Research on the Protection of the Key  
Money of the Tenant

Ko, Eun Sook

(Supervised by Professor Park, Kyu Yong)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement  
for the degree of master of law

2011. 2.

Department of law  
GRADUATE SCHOOL  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

## 목 차

|  |    |
|--|----|
| <b>제1장 서론</b> .....                    | 1  |
| 제1절 연구의 목적 .....                       | 1  |
| 제2절 연구의 범위 및 방법 .....                  | 3  |
| <b>제2장 주택임대차보호법의 입법과정 및 법적성격</b> ..... | 4  |
| 제1절 주택임대차보호법의 입법과정 .....               | 4  |
| 1. 주택임대차보호법의 제정 .....                  | 4  |
| 2. 주택임대차보호법의 개정 .....                  | 5  |
| 제2절 주택임대차보호법의 법적성격 .....               | 13 |
| 1. 민법에 대한 특별법 .....                    | 13 |
| 2. 임차권의 물권화 경향 .....                   | 14 |
| 3. 편면적 강행규정 .....                      | 16 |
| <b>제3장 임차인의 보증금 보호에 관한 주요내용</b> .....  | 18 |
| 제1절 보증금 보호를 위한 주택임차인의 대항력 .....        | 18 |
| 1. 대항력의 의의 .....                       | 18 |
| 2. 대항력의 취득요건 .....                     | 18 |
| 3. 대항력의 발생시기 .....                     | 30 |
| 4. 대항력의 존속 .....                       | 31 |
| 5. 대항력의 효력이 미치는 제3자의 범위 .....          | 34 |
| 6. 검토 .....                            | 38 |
| 제2절 보증금 보호를 위한 우선변제권 .....             | 38 |
| 1. 우선변제권의 의의 .....                     | 39 |
| 2. 우선변제권의 성립요건 .....                   | 41 |
| 3. 우선변제권의 순위 .....                     | 47 |
| 4. 소액임차인의 최우선변제권 .....                 | 49 |
| 5. 검토 .....                            | 54 |
| 제3절 임차권등기명령제도 .....                    | 55 |
| 1. 임차권등기명령의 의의 .....                   | 55 |
| 2. 임차권등기명령의 신청요건 .....                 | 56 |
| 3. 임차권등기명령의 진행절차 .....                 | 60 |

|   |           |
|---|-----------|
| 4. 임차권등기명령의 효력 .....                      | 63        |
| 5. 검토 .....                               | 66        |
| <b>제4장 임차인의 보증금 보호의 문제점 및 개선방안 .....</b>  | <b>67</b> |
| 제1절 문제점 .....                             | 67        |
| 1. 대항력의 문제점 .....                         | 67        |
| (1) 공시방법으로서 주민등록의 불완전성 .....              | 67        |
| (2) 대항력 발생시기의 문제 .....                    | 68        |
| (3) 확정일자 후 임대차계약서 분실시 우선변제권 소멸의 문제점 ..... | 69        |
| 2. 우선변제권의 문제점 .....                       | 72        |
| (1) 임차보증금의 대외적 공시에 관한 문제 .....            | 72        |
| (2) 소액보증금의 비현실화 .....                     | 73        |
| 3. 임차권등기명령제도의 문제점 .....                   | 73        |
| (1) 임차권등기명령 후 타주택으로 이주의 문제점 .....         | 73        |
| (2) 등기가 불가능한 주택 .....                     | 74        |
| (3) 임대인의 이의신청을 할 경우의 문제점 .....            | 75        |
| 제2절 개선방안 .....                            | 76        |
| 1. 대항력 보완책 강구 .....                       | 76        |
| (1) 대항력 취득요건상의 주민등록 절차개선 .....            | 76        |
| (2) 대항력 발생시기의 보완 .....                    | 76        |
| (3) 확정일자부 개선과 임대차 계약서 사본 보관 .....         | 77        |
| 2. 우선변제권의 개선 .....                        | 77        |
| (1) 주택임차보증금 공시방안에 관한 개선 .....             | 77        |
| (2) 최우선변제권의 소액보증금 액수의 상향 조정 .....         | 78        |
| 3. 임차권등기명령제도의 개선 .....                    | 78        |
| (1) 임차권등기를 경료한 임차인에게 경매청구권 인정 방안 .....    | 78        |
| (2) 임대차보증금 반환보장보험의 가입 .....               | 79        |
| (3) 임대인의 이의신청 기간 명시 .....                 | 80        |
| <b>제5장 결론 .....</b>                       | <b>82</b> |
| <b>참고문헌 .....</b>                         | <b>85</b> |
| <b>ABSTRACT .....</b>                     | <b>89</b> |

## 제1장 서론

### 제1절 연구의 목적

인간다운 삶을 영위하기 위하여 가장 기본적으로 해결되어야 하는 것은 의식의 문제이다. 그 중에서도 주거생활의 안정은 무엇보다도 중요하다고 할 것이다.

그러나 오늘날 우리 사회는 인구의 대도시 집중현상, 핵가족화 경향, 협소한 국토와 이에 따른 택지 및 주택공급의 한계 등에 직면해 있다. 이러한 여러 가지 요인으로 인하여 그동안 정부의 지속적인 주택공급정책에도 불구하고, 우리나라는 심각한 주택난을 겪어 왔으며, 실질적인 자가주택 보급률은 아직도 충분하지 못한 실정이다.

따라서 주택에 대한 수요공급의 불균형으로 인해 무주택자의 사회적 문제에 직면하여 주택임차인 보호의 필요성이 절실히 요구되어 왔다. 그 동안 도시 내의 재개발, 재건축사업을 통한 과밀도 주거단지 확대, 신도시 개발, 다세대·다가구 주택의 건축지원 등 정부의 지속적인 주택공급정책에 따라 주택보급률은 나아지고 있긴 하지만, 아직도 타인 소유의 주택을 빌려 주거생활을 영위하는 서민이 상당수에 이르고 있으며, 이들의 가장 손쉽게 이용하는 법률관계가 임대차이다.

우리나라의 주택임대차 형태는 관행적으로 전세의 형태로 임차하는 경우가 대부분이다. 이 특유한 임차제도인 전세가 민법상 물권으로 규정되면서 법적으로 전세권자의 권리가 강화되었으나, 실제적으로는 물권인 전세권보다 이른바 ‘채권적 전세(미등기전세)’ 또는 임대차가 널리 활용되고 있다. 우리 민법은 부동산임차권을 등기한 때에는 대항력을 취득하고, 반대 특약이 없으면 임차인이 임대인에게 임차권등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있도록 규정하여(민법 제621조), 임차목적물을 매수하거나 담보권을 설정하려는 제3자에 대하여 공시하도록 하였다. 따라서 주택임대차등기를 한 때에는 그때부터 대항력을 취득한다.

그러나 보통 임차인보다 우월한 입장에 있는 임대인이 임차권등기를 회피하고 있는 것이 현실이며, 등기비용 또한 부담이 되어 등기청구를 하기란 현실적으로 어렵다. 따라서 대부분의 임차인들은 큰 액수가 아닌 경우에는 미등기 전세로 살고 있으며, 임대인 측에 문제가 있어서 당해 주택이 경매로 소유자가 변경된 경우에는 새로운 소유자에게 임차권을 주장하지 못하고 전 재산이나 다른 없는 전세 보증금을 회수하지 못한 채 임차주택으로부터 퇴거당하는 경우도 생겨나게 된다.

현실적으로 주택을 전세주면서 전세권등기에 협조해 주는 소유자는 거의 찾아보기 힘들고, 전세입자 입장에서도 전세권등기를 요구하는 것이 사실상 불가능에 가까울 뿐만 아니라 전세권설정 및 말소등기에 소요되는 비용 역시 큰 부담이 아닐 수 없다. 따라서 전세권제도의 이용 기피로 민법상 전세권에 관한 규정은 세입자 보호에 실질적인 도움이 되지 못하였으며, 대부분의 세입자들은 등기가 되는 전세권보다 등기가 되지 않는 전세권을 널리 이용하게 되었다. 이와 같이 대항력이 없는 미등기전세 문제가 사회문제로 대두되었고, 이에 대한 해결책으로서 민의 주거생활의 안정을 확보하기 위하여 주택임대차보호법이 1981. 3. 5. 법률 제3379호로 제정되었다. 그 후 법을 시행하는 과정에서 필요에 따라서 현실에 맞게 합리적으로 법을 개정하면서 2009. 8. 9.까지 10차례의 개정을 거쳐 지금에 이르고 있다.

임차인의 보호를 위하여 여러 가지 규정을 두고 있는 주택임대차보호법의 핵심은, 임차권의 등기 없이도 일정한 경우에 임차인이 보증금의 반환을 받을 수 있다는 것인데, 임차인의 보증금반환의 확보를 위한 제도적 장치로서 채권인 임차권에 대하여 강력한 보호를 하는 것은 우리나라 주택임대차의 특징이 고액의 임대차보증금을 지불한다는 점에 있고, 임차인에게 보증금의 반환을 보장해 주는 것이 가장 중요한 문제로 대두되기 때문이다.

본 논문은 현재의 주택임대차보호법상 대항력, 우선변제권, 임차권등기명령제도에 있어서 주택임차인의 보증금 보호의 미흡한 점을 지적하고 그 동안의 연구된 자료를 바탕으로 하여 그 개선방안을 연구하는 데 목적이 있다.



## 제2절 연구의 범위 및 방법

연구의 범위는 주택임대차보호법상 임차권의 대항력과 임차보증금의 반환확보의 일환으로 우선변제권, 임차권등기명령제도를 고찰하여, 주택임차인의 보증금 보호의 문제점과 개선방향을 모색하여 보고자 한다. 이를 위하여 연구방법으로 기존 연구자료와 결과를 바탕으로 기본개념들에 대하여 살펴보고, 국내 단행본, 각종 논문과 정기간행물, 판례 등을 활용하려고 한다.

본 논문의 순서와 범위를 다음과 같이 5장으로 구성한다.

제1장 서론에서는 본 연구의 목적을 말하고, 주택임차인의 보호와 관련하여 전개될 연구의 범위와 그 방법을 기술한다.

제2장 주택임대차보호법의 입법과정 및 법적성격에서는 주택임대차보호법의 제정과 10차 개정이 있었던 연혁, 그리고 주택임대차보호법의 법적성격을 살펴본다.

제3장 임차인의 보증금 보호에 관한 주요내용에서는 주택임대차보호법에서 나타난 임차인의 보증금 보호의 주요내용을 살펴보고, 제1절의 보증금 보호를 위한 주택임차인의 대항력에서는 대항력의 의의, 대항력의 취득요건, 대항력의 발생시기, 대항력의 존속, 대항력의 효력이 미치는 제3자의 범위에 대하여 살펴본다. 제2절의 보증금 보호를 위한 우선변제권에서는 우선변제권의 의의, 우선변제권의 성립요건, 우선변제권의 순위, 그리고 소액임차인의 최우선변제권을 고찰하고, 제3절의 임차권등기명령제도에서는 임차권등기명령의 의의, 임차권등기명령의 신청요건, 임차권등기명령의 진행절차, 그에 대한 효력을 살펴본다.

제4장 임차인의 보증금 보호의 문제점 및 개선방안에서는 대항력, 우선변제권, 임차권등기명령제도의 문제점을 살펴본 후, 그에 대한 개선방안을 기술한다.

제5장은 결론으로 제2장에서 제4장까지 고찰했던 내용을 종합적으로 정리하고, 주택임대차보호법의 개선방향을 모색하려고 한다.

## 제2장 주택임대차보호법의 입법과정 및 법적성격

### 제1절 주택임대차보호법의 입법과정

#### 1. 주택임대차보호법의 제정

##### (1) 제정이유

주택의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 무주택 국민의 주거생활의 안정을 보장하기 위하여 주택임대차보호법이 제정되었다. 대부분의 임차권은 임대인의 비협조로 임차권등기를 하지 못하여 소유주가 임대차 존속기간 중에 임차주택을 처분하였을 경우 임차인은 새로운 소유자에게 임차권의 효력을 주장하지 못하여 임차보증금을 반환받지 못한 채 그 주거로부터 퇴거당하는 실정<sup>1)</sup>이므로, 이와 같은 임차인의 불편을 덜어주고 그 임차권을 보호하여 안정된 주거생활을 영위할 수 있도록 하기 위한 것이다.<sup>1)</sup>

##### (2) 주요내용

주거용 건물의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 이를 적용범위로 하는 주택임대차보호법은 다음과 같은 주요내용을 포함하고 있다.

임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 대항할 수 있는 효력이 생기도록 하였다(제3조). 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간의 정함이 없는 것으로 본다(제4조). 임대인이 임대차기간만료전 6월부터 1월까지에 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하는 갱신거절통지가 없으면 그 기간이 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 임대차

1) 박해식·박정삼, 「주택임대차 분쟁소송(이론과 실무)」, 법률정보센타, 2006, 4면.

가 자동갱신된 것으로 간주하였다(제6조). 또한 이 법의 규정을 강행규정으로 하여, 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없도록 하였다(제7조). 이 법은 일시사용을 위한 임대차임이 명백한 경우에는 이를 적용하지 않도록 하였다(제8조). 대항력에 관한 규정은 이 법 시행 당시 존속 중인 임대차에도 적용하되, 이 법 시행 전에 이미 물권을 취득한 제3자에 대하여는 대항할 수 없도록 하였다(부칙 제2조).

## 2. 주택임대차보호법의 개정

### (1) 제1차 개정의 취지와 주요내용(1983. 12. 30. 법률제3682호)

주택임대차보호법은 급히 서둘러 만든 입법이어서 시행 당초부터 여러 가지 문제점을 노출하였다.<sup>2)</sup> 법조문상의 불확실한 문제로 주택임대차보호법의 적용범위가 어디까지 적용되는 것인가 하는 문제점과 무주택영세서민의 임차인 보호취지가 오히려 이를 역행하는 규정이 있었으며, 임차권의 대항요건으로 인도 외에 주민등록(전입신고)을 요구하고 있다는 점이다. 그러므로 주택문제를 국민생활의 가장 기본문제로 인식하고 사회법적 차원에서 수정·보완을 통하여 무주택 영세민을 적극 보호한다는 취지로 개정안이 확정되었으며 개정 사항은 다음과 같다.

첫째, 종전에 주택임대차보호법은 주거용건물의 전부나 일부에 대한 임대차를 대상으로 하였으나, 주택의 일부가 주거 이외의 목적으로 사용되는 경우까지 확대하여 점포·사무실·공장 등 겸용주택 임차인의 주거권을 보호하였다.

둘째, 임차주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계한 자를 포함)이 임대인의 지위를 승계하는 간주규정을 신설하여 임차인의 대항력을 강화하였다.

셋째, 임대차 기간이 만료되었음에도 임차보증금의 반환이 없는 경우 그 반환 시까지 임대차관계가 존속하는 것으로 간주하여 임차인의 임차보증금 회수를 보장하였다.

넷째, 임대차 당사자에게 차임이나 보증금이 임차주택에 관한 조세, 공과금 기

2) 고상용, “주택임대차보호법의 제문제-제2차 개정과정을 중심으로”, 「성균관법학」 제3호, 성균관대 비교법 연구소, 1990. 12, 184면.

타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니한 경우에는 장래에 대하여 보증금증감청구권을 인정하되 증액의 경우에는 그 비율을 대통령령으로 규제하도록 하여 임대차의 법정갱신제도를 실질적으로 보장하였다.

다섯째, 임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기채권을 우선변제 받도록 하여 무주택 영세민을 적극 보호하도록 하고, 소액보증금의 범위와 기준은 주택의 가액(대지의 가액을 포함)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정하도록 하였는데, 이 소액보증금 최우선변제권 부여제도가 제1차 개정의 핵심이라고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

여섯째, 임차권의 승계규정을 신설하여 임차인과 가족공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자의 임차권승계를 인정하여 상속제도의 특례를 규정하여 생존가족의 주거권을 보호하였다.

#### (2) 제2차 개정의 취지와 주요내용(1989. 12. 30. 법률 제4188호)

주택임대차보호법은 제1차 개정에서 많은 조항을 신설 또는 개정하여 주택임차인에 대한 여러 각도의 보호를 꾀하였으나, 그 개정내용이 빈약하여 주택임차인의 피해는 여전히 계속 되었다. 제1차 개정법이 시행된 이후에도 다음과 같은 문제점들이 노출되었다.<sup>4)</sup>

첫째, 실효성 또는 현실성이 없는 규정이 많았다. 즉 보증금의 부당한 인상을 억제하는 규정은 갱신거절이 자유로운 상황 속에서 차임·보증금이 부당하게 고액화 또는 인상됨으로 인하여, 전혀 그 실효를 거두지 못하고 있는 실정이었고, 극빈 영세서민인 임차인을 보호하기 위하여 소액보증금에 대한 최우선변제권을 인정하는 규정은 현실에 미흡한 규정이라는 비판을 면치 못하였다.

둘째, 입법의 불비에서 나온 문제이다. 1번 저당권과 2번 저당권 사이에 대항력 있는 임차권을 취득하고 있는 자는 2번 저당권이 실행된 경우에 이러한 임차권에는 우선변제권이 없다는 이유로 전혀 보호를 받지 못하였다.

3) 고상용, “주택임대차보호법중 개정법률”, 「고시계」 통권331호, 1984. 9, 65면.

4) 고상용, “주택임대차보호법이 개정된 이후에 나타난 여러 가지 문제”, 「법률신문」 1986. 7. 14(제1643호), 16면.

이러한 문제들을 해결하기 위하여 제2차 개정이 있었고, 그 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 주택의 인도와 주민등록 전입신고를 마치고 임대차계약서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 경·공매시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있도록 하되, 임차인이 당해주택의 양수인에게 대항할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 후가 아니면 보증금의 우선변제를 청구하지 못하도록 하였다.

둘째, 임차인은 임차주택을 양수인에게 인도하지 아니하면 우선변제권이 인정되는 보증금을 수령할 수 없도록 하였다.

셋째, 임차인의 주거생활의 안정을 도모하기 위해 기간이 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 보도록 하였다.

넷째, 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선변제 받을 수 있도록 하되 임차인은 경매신청등기전에 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 대항요건을 갖추도록 하였다.

다섯째, 우선변제를 받을 임차인과 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정하도록 하였다.

(3) 제3차 개정의 취지와 주요내용(1997. 12. 13. 법률 제5454호)

제3차 주택임대차보호법의 개정이유는 법률의 개정으로 조문위치 등이 변경되었음에도 불구하고 변경되기 전의 조문을 그대로 인용하는 경우 등이 있어 법규정에 대한 국민의 오해와 법령의 내용을 파악하기 어려운 점을 없애고, 국민의 신뢰를 높이기 위하여 관련 법 규정을 일괄적으로 정비하였다.

(4) 제4차 개정의 취지와 주요내용(1999. 1. 21. 법률 제5641호)

임대차계약이 종료되었음에도 불구하고 임차인이 임대인으로부터 임차보증금을 반환받지 못하는 경우가 빈발하고, 근무지 변경 등으로 이사할 필요가 있는

경우에도 보증금을 반환받지 못할 것을 우려한 나머지 이사를 하지 못하는 등 기존 주택임대차제도의 문제점이 드러남에 따라 임차인이 경매를 신청하는 경우에도 임차주택에 계속 거주할 수 있도록 관련규정을 정비하고 임차인 단독으로 임차권등기를 할 수 있도록 임차권등기명령제도를 도입하여 임차인의 권익보호에 충실할 수 있도록 현행제도상 나타난 일부 미비점을 개선하고 보완하려는 것으로서 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 임차인이 임차보증금 반환채권의 확정판결 기타 이에 준하는 집행권원에 기하여 경매 신청을 하는 경우에는 반대의무의 이행이나 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 보지 않음으로써, 임차인이 주택을 비우지 않고도 경매를 신청할 수 있도록 임차인의 신청에 의한 경매개시 요건을 완화하였다.

둘째, 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기가 경료되면 등기와 동시에 대항력이나 우선변제권을 취득하도록 하고, 임차권등기이후에는 주택의 점유와 주민등록의 요건을 갖추지 아니하더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권이 유지되도록 하여 임차권등기의 효력을 강화하고 임차인이 자유롭게 주거를 이전할 수 있도록 임차권등기명령제도를 도입하였다.

셋째, 민법 제621조의 규정에 의한 임차권등기의 경우에도 이 법에 규정된 임차권등기명령에 의한 임차권등기와 동일한 효력을 갖도록 함으로써 우선변제권을 부여하였다.

넷째, 임대차기간을 2년이하로 약정하는 경우 임대인은 2년이하의 약정기간을 주장할 수 없으나 임차인은 이를 주장할 수 있도록 하여 임차인의 주거안정과 임대차기간에 관한 선택권을 함께 보장하였다(법 제4조제1항 단서).

이는 판례<sup>5)</sup>가 인정해 오던 것을 제4차 개정에서 입법적으로 해결한 것이다.<sup>6)</sup>

다섯째, 보증금 반환 청구에 관하여 소장송달과 기일지정 등 소액사건심판법의 일부조항을 준용함으로써 소송절차가 신속하게 진행될 수 있도록 하였다.

(5) 제5차 개정의 취지와 주요내용(2001. 12. 29. 법률 제6541호)

5) 대법원 1995.10.12. 선고 95다22283 판결; 대법원 1996.6.25. 선고 96다12474 판결.

6) 소성규, 「민법 및 민사특별법」, 부연사, 1999, 874면.

임대인의 과도한 월세 요구로 인하여 임차인의 피해를 방지하기 위하여 보증금을 월차임으로 전환하는 경우에 대통령령이 정하는 월차임의 범위를 제한할 필요성이 사회적으로 대두되었다.

(6) 제6차 개정의 취지와 주요내용(2002. 1. 26. 법률 제6627호)

제6차 개정은 민사소송법에서 민사집행법이 별도의 단행법으로 분리되었다. 따라서 민사소송법상 경매에 관한 규정을 민사집행법에 관한 규정으로 변경하여 주택임대차보호법 제3조의 2 보증금의 회수에 관한 규정, 제3조의 3 임차권등기 명령제도에 관한 규정과 제3조의 5 경매에 의한 임차권의 소멸에 관한 규정 중 구 민사소송법의 적용을 받던 규정이 민사집행법 규정의 적용을 받게 되었다.

민사소송법상 강제집행절차에 관한 규정은 1960년에 민사소송법이 제정된 이후 1990년에 경매법을 흡수하기 위하여 동법을 개정한 것을 제외하고는 약 40년간 개정이 이루어지지 아니하여 사회·경제적 발전에 따른 신속한 권리구제의 필요성에 부응하지 못하고 있다는 지적에 따라, 채무자 등의 제도남용에 의한 민사집행절차의 지연을 방지하고 불량채무자에 대한 철저한 책임추궁을 통하여 효율적이고 신속한 권리구제방안을 마련함으로써 정의로운 신용사회를 이룩하는 한편, 법률용어를 국민의 법 감정에 맞도록 순화하고, 통일적이며 일관된 법 집행을 위하여 민사집행부분을 민사소송법에서 분리하여 별도의 법률로 제정하려는 것으로 그 주요 골자는 다음과 같다.<sup>7)</sup>

첫째, 외국송달의 특례제도 및 항고이유서제출강제제도를 도입하고, 매각허가 결정에 대한 항고시 보증공탁을 하여야 하는 항고인을 모든 항고인으로 확대하여 항고의 남발이나 항소심의 심리지연을 방지함으로써 집행절차가 신속하게 진행될 수 있도록 하였다.

둘째, 채무자가 정당한 사유 없이 명시기일에 불출석하거나, 재산목록의 제출을 거부하거나 또는 선서를 거부한 때에는 20일 이내의 감치에 처하도록 하고, 거짓의 재산목록을 낸 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처

7) <http://www.moleg.go.kr>

하도록 하였다.

셋째, 채무불이행자명부를 주소지 시·구·읍·면의 장에게 송부·비치하도록 하여 일반인이 열람·등사할 수 있게 함과 아울러 금융기관에도 통보하여 신용불량자로서 불이익을 받게 하였다.

넷째, 개인의 재산 및 신용정보에 관한 전산망을 관리하는 공공기관·금융기관 등에 대하여 채무자 명의의 재산에 관한 조회를 할 수 있게 함으로써 채권자가 채무자의 재산을 쉽게 발견할 수 있도록 하여 재산의 투명성을 확보하되, 재산조회 결과를 강제집행 외의 목적으로 사용하는 자를 처벌하여 남용을 방지하였다.

다섯째, 미등기 건물 중 건축법에 의한 건축신고 또는 건축허가를 마쳤으나 사용승인을 받지 아니하여 보존등기를 마치지 못한 건물에 대하여 그 실체를 인정하여 부동산집행방법에 의한 강제집행을 가능하게 하였다.

여섯째, 기간입찰제도 및 경락대금의 지급기한제도를 도입하고, 경락부동산의 인도명령 대상을 권원이 없는 모든 점유자로 확대하여 매각허가결정이 확정되면 즉시 대금을 지급하고 간이한 방법으로 부동산을 인도받을 수 있도록 하는 등 경매제도를 개선하였고,

일곱째, 채권을 압류한 경우에 제3채무자는 채권자가 경합하지 아니하더라도 압류채권액 상당액 또는 전액을 공탁할 수 있도록 하여 제3채무자가 채무로부터 해방될 수 있도록 하였다.

마지막으로 보전처분 집행 후 10년 내에 소를 제기하지 아니하는 경우 채무자 또는 이해관계인의 신청에 따라 보전처분을 취소하도록 하던 것을 5년이 지나면 취소하도록 함으로써 가압류·가처분을 한 후 이를 장기간 방치하는 사례를 방지하도록 하였다.

(7) 제7차 개정의 취지와 주요내용(2005. 1. 27. 법률 제7358호)

현행의 엄격한 채무자 재산 조회여건을 완화하여 도피중인 채무자에 대하여도 재산추적이 가능하도록 하고 최저생계비에 대한 압류를 금지하여 저임금근로자들의 생계를 보장하며 부당한 가압류·가처분에 대하여 간편한 방식으로 취소를 할 수 있도록 하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 하려는 것으로써 주요내



용은 다음과 같다.

첫째, 도주한 채무자에 대한 재산조회를 허용하여 채무자가 도주한 경우 재산 명시절차를 종료할 수 없어 채무자 명의의 재산에 대하여 재산조회가 불가능한 것을 개선하였으며, 또한 변제능력이 있는데도 채무를 변제하지 아니하고 도망을 다니는 악덕 채무자에 대한 재산 추적을 가능하게 하여 신용사회의 구축에 기여할 것으로 기대된다.

둘째, 생계비 관련 규정의 대통령령에로의 위임으로 1개월간의 생계비 등은 실제적인 권리에 관한 내용으로서 표준적인 생계비와 관련하여 압류가 금지되는 금액의 구체적인 범위를 정함으로써 중앙행정기관 및 국민의 다양한 의견을 대통령령에 반영할 수 있으므로 사회의 안정화에 기여할 것으로 기대된다.

셋째, 근로자의 급여 중 최저생계비에 해당하는 금액의 압류금지하는 사항으로써 현행대로 일률적으로 근로자 급여의 2분의 1만큼 압류를 허용하는 경우 저임금 근로자의 생존권이 위협받게 되므로 이를 개선하려는 것으로 저임금근로자의 생존권이 보장되어 사회의 안정화에 기여할 것으로 기대된다.

넷째, 근로자의 급여 중 표준가구 생계비의 초과부분에 대한 압류를 허용함으로써 현행대로 고임금근로자에 대하여 일률적으로 급여의 2분의 1만큼만 압류를 허용하는 나머지 2분의 1이 표준가구 생계비를 초과하여도 이를 채무변제에 충당하지 아니하게 되는 문제가 있어 이를 개선하고 근로자의 급여 중 표준가구 생계비를 초과하는 부분에 대하여는 채무변제에 충당함으로써 경제정의의 실현에 기여할 것으로 기대된다.

다섯째, 보전처분결정취소 절차의 간이화(법 281조 및 제288조)하여 부당한 가압류·가처분을 당한 경우 이를 취소하는데 많은 시간적·경제적 부담이 발생하여 이를 개선하려는 것으로 가압류 및 가처분에 대한 취소재판을 판결에서 결정으로 변경함으로써 부당한 가압류·가처분 취소 절차를 간이하게 하여 신속한 권리구제에 기여할 것으로 기대된다.

(8) 제8차 개정의 취지와 주요내용(2007. 8. 3. 법률 제8583호)

현재 전세주택의 임대차 계약시 법인은 제3자에 대한 대항력 및 최우선변제의

대상이 되지 아니하여 전세보증금의 보존 및 확보가 어려운 실정이므로 법인이 국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층의 무주택자에게 주거생활 안정을 목적으로 전세 임대주택을 지원하는 경우에 법인에게 대항력 및 우선변제권을 부여하려는 것으로써, 그 주요내용으로는 제3조 제2항 내지 제4항을 각각 제3항 내지 제5항으로 하고 제3조에 제2항을 다음과 같이 신설한다. 제2항 - 국민 주택기금을 재원으로 하여 저소득층의 무주택자에게 주거생활안정을 목적으로 전세 임대주택을 지원하는 법인이 주택을 임차한 후 지방자치단체의 장 또는 해당법인이 신청한 입주자가 그 주택에 관하여 인도와 주민등록을 마친 때에는 제1항을 준용한다. 이 경우 대항력이 인정되는 법인<sup>8)</sup>은 대통령령으로 정한다.

(9) 제9차 개정의 취지와 주요내용(2008. 3. 21. 법률 제 8923호)

법 문장을 원칙적으로 한글로 적고, 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며, 길고 복잡한 문장은 체계 등을 정비하여 간결하게 하는 등 국민이 법 문장을 이해하기 쉽게 정비하려는 것이다.

(10) 제10차 개정의 취지와 주요내용(2009. 5. 8. 법률 제9653호)

법무부에 주택임대차 관련 전문가로 구성된 주택임대차위원회를 두고, 동 위원회의 심의를 거쳐 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준을 대통령령으로 정하도록 하며, 임대차계약이 묵시적으로 갱신된 경우에 임대차 존속기간을 2년으로 보도록 함으로써 소액 임차인과 그 보증금을 보호하고 임대차 존속기간을 명확하게 알 수 있도록 하려는 것으로써, 그 주요내용으로는

첫째, 임대차계약의 묵시적 갱신의 경우 임대차의 존속기간은 2년으로 보도록 하였으며(법 제6조 제2항),

둘째, 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택임대차위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하도록 하였고(법 제8조 제3항),

8) “대항력이 인정되는 법인”이란 다음 각 호의 법인을 말한다.

1. 「대한주택공사법」에 따른 대한주택공사
2. 「지방공기업법」 제49조에 따라 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사

셋째, 법무부에 주택임대차위원회를 두고, 그 위원장은 법무부차관으로 하며, 위원은 주택임대차 관련 전문지식과 업무경험이 풍부한 사람과 기획재정부·법무부·국토해양부의 고위공무원단에 속하는 공무원 등으로 구성하도록 하였다(법 제8조의 2 신설).

## 제2절 주택임대차보호법의 법적성격

### 1. 민법에 대한 특별법

주택임대차보호법은 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 규정하여 민법에 대한 특별법이라고 선언한 것은 국민들의 실질적 평등을 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

따라서 주택의 임대차에 관한 한 주택임대차보호법이 우선적으로 적용되고, 주택임대차보호법에 규정되지 아니한 사항에 대하여 민법의 규정이 보충적으로 적용된다. 예컨대, 필요비 상환청구권(민법 제626조), 임대인의 동의없이 임차권을 양도하거나 전대한 경우에 임대인의 해지권(민법 제629조), 2기 이상의 차임을 연체한 임차인에 대한 임대인의 계약 해지권(민법 제640조)은 민법의 규정이 그대로 적용된다.<sup>10)</sup>

한편 임차인이 강제집행개시에 있어서 반대의무를 이행하여야 한다는 집행개시의 요건을 규정한 민사집행법 제41조 제1항에 대한 예외규정을 두고, 소액임차인의 최우선변제청구권, 우선변제청구권, 임차권등기명령제도, 차임증감청구권등에서 규정한 임차인의 권리행사에 있어서 민소법의 규정을 준용하도록 하는 점, 그리고 임차권등기명령신청에 있어서 등기의 공동신청주의의 예외를 인정하고 있는 점 등에 비추어 주택임대차보호법은 민사소송법 및 부동산등기법의 특별법

9) 정승열, 「상가·주택임대차보호법 실무」, 법률정보센터, 2002, 7면.

10) 한재용, “건물임차권에 관한 연구”, 충남대 대학원 석사학위논문, 2009, 28면.

성격도 지녔다고 보는 견해도 있다.<sup>11)</sup>

## 2. 임차권의 물건화 경향

근래에는 사회적 약자인 임차인을 보호하자는 이념 아래 임차권에 점차 물건적인 효력을 부여하는 입법경향이 있다. 로마법에서는 임차권을 순수한 채권으로 파악함으로써 “매매는 임대차를 깨뜨린다”는 원칙을 취했었다. 그러나 19세기에 들어 프랑스민법(1804)에서 부동산양수인은 공정증서에 의해 체결된 임대차계약의 임차인을 퇴거시킬 수 없다는 것을 규정함으로써 (프랑스민법 제1743조) “매매는 임대차를 깨뜨리지 못 한다”는 근대법의 원칙을 선언하였다.<sup>12)</sup>

임차권의 강화 내지 물건화는 채권인 임차권을 배타적으로 행사할 수 있는 물건과 유사한 내용을 여러 형태로 규정하고 있는 것을 말한다. 이러한 내용은 아직 통일되지 않았지만, 대체로 대항력의 강화, 제3자에 의한 임차권에 대한 침해 배제, 임차권의 처분 가능성, 임차권의 존속보장 등으로 열거하는 것이 일반적이다.<sup>13)</sup>

### (1) 대항력의 강화

민법은 대항력의 강화에 관해서 「반대의 특약이 없으면 임차인은 임대인에 대하여 임대차등기절차에 협력을 청구할 수 있다(민법 제621조 제1항)」고 하여 임차권의 등기가능성을 인정하였을 뿐이지만, 주택임대차보호법은 「임차인은 등기가 없는 경우에도 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 대항력이 있다(법 제3조 제1항)고 하는 것을 중요한 골격으로 삼고 있다.<sup>14)</sup> 이는 부동산거래의 공시방법인 등기를 하지 않고 임차인에게 임차주택을 배타적으로 지배하기 위해 일정한 요건 아래서 대항력을 인정하는 임차인의 지

11) 정승열, 전거서, 7면.

12) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005, 472면.

13) 정승열, 전거서, 6면.

14) 류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2005, 6면.

위를 강화한 것이다.<sup>15)</sup>

### (2) 제3자가 임차권을 방해하는 경우

상대권인 채권의 효력으로서 제3자에게 침해 내지 방해배제청구권을 인정하는 경우에도 임차권은 물권에 접근한다고 할 수 있는데 이에 관하여 민법에는 명문 규정이 없어 해석에 맡기고 있다.

즉, 임차인이 점유를 취득한 경우 「점유권에 따른 손해의 배상과 방해의 배제를 청구」할 수 있느냐에 관해서는 공시방법도 없는 채권에 침해배제를 널리 인정하는 것은, 비록 그것이 채권의 보호라는 정책적 의미가 있다고 하더라도, 거래의 안전을 해하는 것이 되어 부당하다. 다만, 현행법상 물건의 이용을 목적으로 하는 채권은 공시방법을 갖추므로써 물권화하고 있다. 이러한 공시방법을 갖춘 채권에 관하여 방해배제를 인정하는 데에는 학설이 일치하고 있다.<sup>16)</sup>

점유자의 점유회수청구권은 침탈자의 특별 승계인에 대하여는 행사하지 못하고, 다만 승계인이 악의인 때에만 행사할 수 있다(민법 제204조 2항). 임차인 갑이 임차보증금의 반환을 요구하며, 임차물을 유치하던 중 임차물 관리인 을이 그 점유를 침탈하여 점유·사용하다가 임대인으로부터 이를 다시 임차한 병에게 이 전한 경우, 을은 이미 점유를 상실하였고, 또 병을 통하여 간접점유하고 있다고 할 수 없어서, 갑의 을에 대한 명도청구는 배척될 수밖에 없고, 을이 갑의 점유를 침탈한 당사자라거나 병이 소송을 인수한 후에도 탈퇴하지 않고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 하는 판례가 있다.<sup>17)</sup>

### (3) 임차권의 처분가능성

「계속적 계약」으로서 상대방의 신의성실의 원칙이 강하게 요구되는 임대차에서 물권처럼 「임차권의 처분가능성」을 인정하는 것은 임차권을 강화해 주는

15) 임윤수, “주택임차인의 지위강화에 관한 연구”, 경원대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 30면.

16) 이은영, 「채권총론」, 박영사, 2002, 61면; 임윤수, 전제논문, 30면.

17) 대법원 1995.6.30. 선고 95다12927 판결.

역할을 한다.<sup>18)</sup> 민법은 임대인의 동의가 있는 경우에 한하여 임차권의 양도·전대의 자유를 인정할 뿐이고(민법 제629조), 주택임대차보호법은 임차권의 양도에 대해서는 직접적으로 언급하지는 않음으로써 원칙적으로 민법에 맡기고 있다.<sup>19)</sup>

#### (4) 임차권의 존속기간의 강화

일반적으로 물권의 존속기간은 장기적이어서 채권인 임차권의 존속기간을 장기로 허용한다는 것은 그 만큼 물권에 접근하는 방법이 된다고 할 수 있다. 민법은 임대차 존속기간의 최단기간에는 아무런 제한규정이 없이 장기에 관한 규정만 두었다(민법 제651조).

주택임대차보호법에서는 최단기간을 2년으로 보장하고(법 제4조), 정당한 사유 없이 임차인의 계약갱신 요구권을 거절하지 못하도록 하여 임차인의 계약갱신 요구권을 보장하였지만, 주택임대차보호법에서의 최단기간 2년에 대한 규정은 오로지 임차인만을 위한 규정이라는 점에서 문제가 될 수 있는데, 경제적으로 약자인 임차인을 보호하기 위하여 임차권의 물권화를 인정한다 할지라도<sup>20)</sup> 당사자의 자유의사에 의한 「계약자유 원칙」을 인정하는 자본주의 체제에서는 임대인의 권리를 근원적으로 제한할 수 없다는 한계점을 안고 있다.<sup>21)</sup>

### 3. 편면적 강행규정

민법에 대한 특별법인 주택임대차보호법은 임대인과 임차인의 특수한 권리를 규정하고 있지만, 특히 임차인을 위한 편면적 측면이 강하다.<sup>22)</sup>

주택임대차보호법 제10조는 사회적 약자인 주택임차인을 보호하기 위한 취지를 살리기 위해 이 법의 규정에 위반한 약정으로 임차인에게 불리한 것은 그 효

18) 정승열, 전게서, 12-13면.

19) 임윤수, 전계논문, 31면.

20) 박해식, 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」, 청람출판, 2000, 317면.

21) 류창현, 전계논문, 8면.

22) 정승열, 전게서, 11면.

력이 없다고 하여 이 법이 강행규정임을 명백히 보여 주고 있다. 다만, 이 법은 어디까지나 주택임차인을 보호하기 위한 것이기 때문에 당사자 사이의 약정이 이 법에 위반된다고 하여 모두 효력이 부인되는 것은 아니고 임차인에게 불리할 경우에만 무효로 한다. 주택임대차보호법 제4조 제1항은 같은 법 제10조의 취지에 비추어 보아 임차인의 보호를 위하여 최소한 2년간의 임대차기간을 보장하여 주려는 규정이므로 그 규정에 위반되는 당사자의 약정을 모두 무효라고 할 것은 아니고, 그 규정에 위반하는 약정이라도 임차인에게 불리하지 않은 것은 유효하다는 판례가 있다.<sup>23)</sup>

---

23) 대법원 1996.4.26. 선고 96다5551, 5568 판결.

## 제3장 임차인의 보증금 보호에 관한 주요내용

### 제1절 보증금 보호를 위한 주택임차인의 대항력

#### 1. 대항력의 의의

타인의 주택을 사용·수익하면서 이에 대한 대가로서 일정액의 차임을 지급하기로 약정한 경우에 주택의 용익권자인 임차인이 그와 같은 권리관계를 타인에게 주장할 수 있는 힘을 말한다.<sup>24)</sup>

주택임대차보호법 제3조 제1항에서 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다”고 규정되어 있다.

여기에서 제3자에게 효력이 생긴다는 의미가 임대차의 대항력을 말하는데 임차주택의 양수인, 임대권한을 승계한 자, 그 밖에 임차주택에 관하여 이해관계를 갖게 된 자에 등에 대하여 당사자 사이에 승계에 관한 별도의 약정이 없더라도 임대차의 존속을 주장할 수 있다는 의미이며, 이 부분이 주택임대차보호법의 가장 핵심적인 내용이라고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 따라서 대항력을 갖춘 임차인은 그 이후 권리를 취득한 제3자에 대하여 대항할 수 있음은 물론, 계약기간에 임차물의 소유주가 바뀌더라도 임대차관계가 소멸하지 않고 임대인의 지위가 당연히 새로운 소유자에게 이전됨으로써 그에게 임차권을 주장할 수 있다.<sup>26)</sup>

#### 2. 대항력의 취득요건

24) 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2009, 281면.

25) 김효석, 「주택임대차 분쟁의 해결」, 법률서원, 2005, 105면.

26) 김효석, 「주택임대차 분쟁의 법률실무」, 법률서원, 2000, 75면.



주택임대차보호법 제3조 제1항은 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.”라고 규정함으로써 주택임차권의 대항요건으로 주택의 인도와 주민등록이라는 두 가지 요건을 갖출 것을 요구하고 있다. 따라서 주택임차인은 임차권의 등기를 하고 있지 않더라도, 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 물권에 버금가는 강력한 대항력을 갖게 된다.<sup>27)</sup>

#### (1) 주택의 인도

주택의 인도란 주택에 대한 점유, 즉 주택에 대한 사실상의 지배력을 이전하는 것을 말한다. 여기에서의 인도에는 현실의 인도뿐만 아니라, 간이인도, 점유개정에 의한 인도 및 목적물 반환청구권의 양도도 포함된다.<sup>28)</sup>

##### 1) 현실의 인도

현실의 인도는 주택의 실질적인 지배가 임대인으로부터 임차인에게 이전되는 것을 말하며, 사실상 지배의 이전이 있는가의 여부는 사회통념에 따라 정하여야 한다. 예컨대, 임차주택에 거주하거나, 이삿짐을 옮기거나, 열쇠를 넘겨받는 것 등과 같이 사회통념상 임차주택에 대한 사실상의 지배관계가 임대인으로부터 임차인에게 이전되는 것을 뜻한다. 그러나 판례는 임차인이 임차주택의 경락기일 전에 주민등록만 그대로 둔 채 아무런 시설이나 짐기를 남겨두지 않고 새로 구입한 빌라로 이사하였고, 집을 구하는 사람에게 보여주기 위하여 출입문의 열쇠를 소지한 채 출입문을 잠그지 아니한 상태에 있는 경우에는 점유를 인정하지 않았다.<sup>29)</sup>

27) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007, 228면.

28) 사법연수원, 「주택임대차보호법」, 2010, 18면.

29) 대구지방법원 2006.3.15. 선고 2005나10249 판결.

## 2) 간이인도

간이인도란 주택의 양수인이 이미 주택을 점유하고 있는 경우에 현실의 인도가 없어도 당사자의 의사표시만으로도 가능한 인도를 말한다.<sup>30)</sup> 이처럼 양도가 효력을 발생한 때부터 양수인의 점유는 타주점유에서 자주점유로 바뀌게 된다.<sup>31)</sup>

## 3) 점유개정에 의한 인도

점유개정에 의한 인도란 점유하고 있던 물건의 소유권을 이전한 매도인이 매수인과 점유매개관계를 설정하여 매수인이 간접점유를 취득하고 매도인이 예전처럼 점유를 계속하는 것을 말한다.<sup>32)</sup>

이러한 점유개정에 의한 인도에 대하여 주택임대차의 대항요건 중의 하나인 인도로 볼 것인가에 관하여는 긍정하는 견해<sup>33)</sup>가 있는 반면, 점유 개정의 경우에는 양도 후에도 매도인이 계속하여 점유하고 있어서 제3자가 임차권의 존재를 외부에서 용이하게 알 수 없으므로 공시방법인 인도로 인정하기 어렵다는 점에서 반대설<sup>34)</sup>도 있다.

판례는, 갑이 1988. 8. 30. 당해 주택에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 경료하고 같은 해 10. 1. 그 주민등록 전입신고까지 마친 후 이에 거주하다가 1993. 10. 23. 을과의 사이에 그 주택을 을에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 다시 임차하되 매매잔금 지급기일인 1993. 12. 23.부터는 주택의 거주관계를 바꾸어 갑이 임차인의 자격으로 이에 거주하는 것으로 하기로 약정하고 계속하여 거주해 왔으나, 위 매매에 따른 을 명의의 소유권이전등기는 1994. 3. 9.에야 비로소 경료된 경우, 제3자로서는 그 주택에 관하여 갑으로부터 을 앞으로 소유권이

30) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2008, 488면.

31) 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 306면.

32) 이은영, 상계 「물권법」, 307면; 송덕수, 전제서, 489면.

33) 조용완, “임대차의 대항력”, 「은행거래 임대차 사건의 제 문제」 제32집, 법원행정처, 1986, 468면.

34) 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1988, 159면.

전등기가 경료되기 전에는 갑의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다 할 것이므로, 갑의 주민등록은 그 주택에 관하여 을 명의의 소유권이전등기가 경료된 1994. 3. 9. 이전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고, 그 이후에야 비로소 갑과 을 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다고 하여 원칙적으로 점유개정에 의한 주택의 인도의 유효성을 인정하되, 주민등록의 공시와 관련하여 대항요건의 발생시기를 '소유권이전등기 다음날부터'로 제한하고 있을 뿐<sup>35)</sup>이다.

#### 4) 목적물 반환청구권의 양도에 의한 인도

목적물 반환청구권의 양도에 의한 인도란 양도인이 목적물의 간접점유자이고 제3자가 이를 직접 점유하고 있는 경우에 양도인이 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 소유권이 이전되는 것을 말한다.<sup>36)</sup>

이를 간접점유의 이전방법에 불과하여 공시방법으로서의 기능을 다하지 못한다는 이유로 소극적으로 해석하는 견해<sup>37)</sup>와 민법 제194조의 간접점유에 임차인의 간접점유를 배제할 합리적인 근거가 없으므로 적극적으로 해석하는 견해<sup>38)</sup>가 있다.

판례<sup>39)</sup>의 경우는 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 간접 점유하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그 때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다고 하여 긍정의 견해를 취하고 있다.

35) 대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결.

36) 김형배·김규환·김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2009, 489면.

37) 이윤승, 전제논문, 159면.

38) 이범주, “주택임차권의 대항력, 민사법의 체문제”, 「온산방순원선생고회기념논문집」, 박영사, 1984, 170면; 이은영, 전제 「채권각론」, 475면.

39) 대법원 1994.6.24. 선고 94다3155 판결.

## (2) 주민등록

### 1) 주민등록의 의의

주민등록은 30일 이상 거주할 목적으로 대한민국 내에 주소 또는 거소를 가진 자가 거주지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 일정한 사항(주민등록사항)을 신고하고 시장·군수 또는 구청장이 주민등록사항을 주민등록표에 등록하는 것 또는 등록된 상태를 말한다(주민등록법 제6조, 제7조, 제10조). 주택임대차보호법은 이러한 주민등록법상의 주민등록제도를 주택임차권의 대항력을 취득하기 위한 요건으로 차용한 것이다.

주민등록이라는 주민등록표상의 기재를 주택임차권의 대항력 취득 요건의 하나로 규정한 것은 주민등록으로 공시하여 가능한 한 임차주택에 대한 거래안전을 도모하고, 임차권설정 등기와 다르게 임대인의 도움 없이도 임차인 혼자서 신청할 수 있기 때문이다.<sup>40)</sup>

주민등록은 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있는 공시방법으로서 마련된 것이므로 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는지 여부는 일반사회 통념상 그 주민등록으로 당해 임대차 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식할 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 하였으며, 처음에 다가구용 단독주택으로 소유권보존등기가 경료된 건물의 일부를 임차한 임차인은 이를 인도받고 임차건물의 지번을 정확히 기재하여 전입신고를 하면 나중에 다가구용 단독주택이 다세대주택으로 변경되었다는 사정만으로 임차인이 이미 취득한 대항력을 상실하지 않는다고 하였다.<sup>41)</sup>

### 2) 공시방법으로서의 주민등록

주택임대차보호법 제3조 제1항은 제3자에 대한 대항력의 취득요건으로 주택의

40) 박경량, “주택임대차보호제도의 연혁과 개선방안”, 「토지법학」 제24-1호, 한국토지법학회, 2008. 6, 200면.

41) 대법원 1999.12.7. 선고 99다44762 판결.

인도와 임차인의 주민등록을 규정하였다. 민법이 임차권의 등기가 있어야만 그 대항력을 인정하고 있으나(민법 제621조), 이것은 임대인의 우월적 지위 등으로 인하여 지켜지지 않고 있는 경우가 많아, 서민들의 주거생활을 사회보장적 차원에서 보호하고자 임차인의 등기 없이도 주택의 인도와 주민등록을 하였을 경우, 민법의 물권에 버금가는 제3자에 대한 대항력을 인정하여 임차인을 두텁게 보호하고자 사법인 주택임대차보호법이 주민등록을 주택의 인도와 함께 공시제도로 규정한 것이다.<sup>42)</sup>

주택임대차보호법이 제3자에 대한 대항력의 취득요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록까지 규정한 것에 관하여, 주택의 인도 이외에 주민등록까지 요구한 것은 입법론으로 일본의 차지차가법 등과 비교하여 볼 때 시대역행적이고 낙후된 입법이라 아니할 수 없음에 비추어 동 요건을 되도록 완화하여 해석해야 한다는 견해와,<sup>43)</sup> 주민등록은 등기의 경우와 달리 비용이 들지 아니하며 신고인의 일방적 행위인 신고만으로 이루어지며 그 절차도 비교적 간편하게 되어 있다거나, 임차인의 주민등록은 임대주택에 관한 거래의 원활과 안전이라는 관점 및 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금의 우선변제제도의 악용방지라는 필요성에 비추어 그 의의를 무시할 수 없기 때문에 이 요건이 그대로 필요하다는 견해<sup>44)</sup> 등으로 나뉜다.

주택임대차보호법이 대항력의 취득요건으로 요구하는 주민등록에 대하여, 위에서 본 바와 같이 상반된 견해를 보이는 것은 주택의 인도와 주민등록이라는 요건을 대등한 공시방법으로 볼 것인지, 아니면 주민등록을 주택의 인도에 대한 보완이나 부수적인 요건으로 해석할 것인지에 달려 있다고 할 수 있다. 주택임대차보호법이 주택의 인도나 주민등록 두 가지를 대항력의 취득요건으로 동시에 요구하는 것은 주택의 인도만으로는 공시방법이 불완전하여 외부에서 제3자가 임차인의 존재를 명확히 인식할 수 있는 방법으로서 미흡한 점이 있고, 임차인을 포함한 해당 주택과 관련있는 제3자들도 보호하여 거래안전과 신속을 위해 특히

42) 소건영, “주민등록의 효력발생시기 및 주택임대차보호법상 대항력의 유·무효”, 「사법」 12호, 사법발전재단, 2010. 6, 216면.

43) 이우주, “주택임차권의 대항력”, 「민사재판의 제문제」 제3권, 민사실무연구회, 1985, 37면.

44) 조용완, “임대차의 대항력”, 「재판자료」 제32집, 법원행정처, 1986, 472면; 곽윤직외, 「민법주해 XV : 채권(8)」, 박영사, 1997, 212면.

해당 주택의 경매나 매매에서 피해를 입는 선의의 제3자도 발생할 수 있기 때문에, 이러한 불완전성을 보완하는 공시제도로써 주민등록을 규정하였다. 따라서 이 규정은 소액임차인은 물론이고 제3자도 보호받을 수 있기 때문에 주택의 인도와 주민등록 두 가지를 대등한 법적 지위를 갖는 것으로 보는 것이 타당하다.<sup>45)</sup>

### 3) 주민등록의 대상

#### (가) 임차인 본인

임차인 본인이 독립한 세대를 구성하여 주민등록을 하는 경우가 일반적이나, 임차인이 독립된 세대를 구성하지 않고 임대인이나 다른 세대의 동거인으로 등재된 경우에도 주민등록이 된 것으로서 대항요건이 구비된 것으로 보아야 할 것이다.<sup>46)</sup> 왜냐하면 독립된 세대를 구성하느냐의 여부는 주민등록법상의 개념에 불과하고 실질적인 주거생활 자체와는 관련이 없기 때문이다.<sup>47)</sup>

#### (나) 점유보조자(임차인가족)

국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하고 있는 주택임대차보호법의 입법취지나 주택의 인도와 주민등록이라는 공시방법을 요건으로 하여 대항력을 부여하고 있는 주택임대차보호법 제3조 제1항의 취지에 비추어 볼 때, 주민등록이라는 대항요건은 임차인 본인 뿐만 아니라 그 가족의 주민등록을 포함한다.<sup>48)</sup>

임차인과 가족이 모두 이사를 왔거나 배우자나 부모와 함께 이사를 온 후 임차주택의 주소지에 주민등록을 마치고 거주해 오다가 당해주택에 관한 근저당권이 설정된 이후 가족의 주민등록은 그대로 둔 채 임차인의 주민등록을 일시 다

45) 소견영, “주택임대차보호법상의 대항력”, 「법학연구」 제33집, 한국법학회, 2009. 2, 92면.

46) 대법원 1988.6.14. 선고 87다카3093, 3094 판결; 민일영, “주택 경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 26면.

47) 박해식·박정삼, 전거서, 96면.

48) 사법연수원, 전거서, 22면.

른 곳으로 퇴거하였다가 다시 임차주택의 주소지로 전입신고를 하였으나, 당해주택의 경락인이 임차권의 대항력이 상실되었다고 주장하는 사안에서 판례는, 임차인이 그 가족과 함께 당해 주택에 거주하면서 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 대항력은 상실하지 아니한다고 하여<sup>49)</sup> 임차인의 주민등록은 계속 존속하고 있어야 한다는 입장을 전제로 하면서, 임차인의 주민등록이 계속 존속하고 있는 것과 동일하게 다를 수 있다는 것이다. 위 판례는 임대차의 목적은 임차인 혼자 거주하려고 임대차계약을 체결한 것이 아니고 그 가족과 함께 거주하기 위하여 계약을 체결한 것이므로 그 가족의 주민등록을 임차인의 주민등록과 같이 대항요건으로 여기는 것은 주민등록이라는 요건을 폭 넓게 풀이하는 모습을 보여주고 있다.

#### (다) 간접점유자

간접점유자의 주민등록이 주택임대차의 유효한 공시방법이 되는지에 대하여, 판례는 주택임대차보호법은 제3조 제1항 소정의 대항력은 임차인이 당해 주택에 거주하면서 이를 직접 점유하는 경우뿐만 아니라 타인의 점유를 매개로 하여 이를 간접 점유하는 경우에도 인정될 수 있을 것이나, 그 경우 당해주택에 실제로 거주하지 아니하는 간접점유자인 임차인은 주민등록의 대상이 되는 “당해 주택에 주소 또는 거소를 가진 자”(주민등록법 제6조 제1항)가 아니어서 그 자의 주민등록은 주민등록법상 소정의 적법한 주민등록이라고 할 수 없고, 따라서 간접 점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없으며, 임차인과의 점유매개 관계에 기하여 주택에 실제로 거주하는 직접점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다고 판시하였다.<sup>50)</sup>

49) 대법원 1989.1.17. 선고 88다카143 판결. 이후 판례는 주민등록이라는 대항요건은 임차인 본인 뿐만 아니라 그 배우자나 자녀 등 가족의 주민등록을 포함한다는 입장을 취하고 있다(대법원 1995.6.5. 선고 94마2134 판결; 대법원 1996.1.26. 선고 95다30338 판결.)

50) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다55645 판결.

(라) 외국인 및 재외동포

외국인이 당해 주택을 임차하여 거주하면서 당해주택을 신거주지로 하여 출입국관리법상의 거주지변경신고를 마치고 임대차계약서상의 확정일자를 받았을 경우, 그러한 거주지변경 또는 외국인등록을 임차권의 주민등록으로 인정하여 임차권의 대항력과 후순위저당권자에 대한 우선변제권을 인정할 수 있는가 하는 문제가 있다. 이러한 사안에 대하여, 판례는 외국인이 주택을 임차하여 출입국관리법에 의한 체류지 변경신고를 하였다면 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있는 공시의 방법으로 마련된 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 주민등록을 마쳤다고 보아야 한다고 판시하였다.<sup>51)</sup>

(마) 법인

주택임대차보호법 제8차 개정(2007. 8. 3. 법률 제8583호)에 의한 2007년 11월 4일 법 시행 이전에는 회사직원이 법인 명의로 주택을 임차하고 주민등록을 마쳤을 경우, 법인의 직원이 주민등록을 마쳤다고 하여 이를 법인의 주민등록으로 볼 수 없다고 판시하여<sup>52)</sup>, 주택임대차보호법의 제정목적상 법인을 그 보호대상으로 삼고 있지 않으며, 법인은 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없으므로 결국 법인은 주택임대차보호법 소정의 대항력 내지 우선변제권의 적용을 받을 수 없었다. 그 후 제8차 개정에 의한 주택임대차보호법 제3조 제2항을 신설하여, 국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층 무주택자에게 주거생활 안정을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인이 주택을 임차한 후 지방자치단체의 장 또는 그 법인이 선정한 입주자가 그 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에는 제1항을 준용하도록 하였고, 대한주택공사법에 따른 대한주택공사, 지방공기업법 제49조에 따른 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사의 법인에 대하여는 대통령령으로 정한 국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층 무주택자에게 주거생활 안정

51) 서울민사지방법원 1993.12.16 선고 93가합73367 판결.

52) 대법원 1997.7.11. 선고 96다7236 판결.



을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인으로 규정하여 법인 명의로 주택을 임차하고 회사직원이 주택의 인도와 주민등록을 마친 경우에는 대항력을 인정하게 되었다.<sup>53)</sup>

#### 4) 주민등록의 불일치

##### (가) 지번이 다른 주민등록

건물의 실제 지번은 이리시 남중동 97의 40인데, 1973년 7월 29에 같은 동 97의 7에 주민등록(전입신고)을 하였다가 그 후 1984년 8월 3일경 관계공무원이 직권정정을 하면서 같은 날, 같은 동 97의 40으로 전입신고가 있었던 것처럼 기재하는 방식으로 정정하였다는 사안에 대하여, 대법원은 주민등록이 거래의 안전이나 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식하기 위하여 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는, 일반사회 통념상 그 주민등록으로 당해 임대차 건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 인정될 것인데, 임차인의 착오로 당해 건물의 지번과 다른 지번에 전입신고를 하였다가 그 후 관계공무원이 직권상정을 하여 실제지번에 맞게 주민등록이 정리된 경우, 임차인은 주민등록이 정리된 이후에 비로소 대항력을 취득한다는 입장을 취하고 있다.<sup>54)</sup>

또한 등기부상 지번인 '과주시 금촌동 산 53'과 일치하지 아니한 '과주시 금촌동 53의 6'에 등재된 주민등록이 주택임대차보호법의 대항요건으로서 유효하지 않다고 판시하고 있다.<sup>55)</sup>

##### (나) 동·호수가 다른 주민등록

임차인이 전입신고 시 당해건물의 동, 호수를 잘못 기재하여 피해를 보는 경우

53) 한탁영, “주택임차인의 법적보호에 관한 연구”, 전북대 법무대학원 석사학위논문, 2009, 24면.

54) 대법원 1987.11.10. 선고 87다카1573 판결.

55) 대법원 2000.6.9. 선고 2000다8069 판결.

가 증가하고 있으나, 판례는 이에 소극적인 태도를 취하여 임차인보다 당해건물에 대한 물권취득자(주로 담보물권자)를 보호하는 입장이다. 예컨대, 현관문에 부착된 표시대로 전입신고를 한 경우에, 판례는 주민등록이 거래자의 안전을 위한 공시방법으로 마련된 것임을 감안하여, 임차인이 당해임차주택을 등기부상 표시와 다르게, 입주할 주택의 현관문에 부착된 호수의 표시대로 전입신고를 한 경우에는 그러한 주민등록은 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있는 공시방법으로 유효한 것으로 볼 수 없기 때문에 임차인은 대항력을 가지지 못한다 하여, 그 임대차계약서에 확정일자를 부여받았다 하더라도 그 임차 주택의 경매대금에서 임차보증금을 우선변제 받을 권리가 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>56)</sup>

그러나 최근의 등기부상 동·호수의 표시와 주민등록상 동·호수의 표시가 약간의 차이가 있더라도 다른 동·호수로 오인될 여지가 없어 사회 통념상 제3자가 인식할 수 있는 정도라면 대항력을 인정하는 판례들이 나오고 있다.<sup>57)</sup>

#### (다) 다가구주택과 주민등록

다가구주택이란 1동의 단독주택에 출입문을 별도로 설치하는 등 2가구 이상이 독립된 생활을 할 수 있도록 건축된 주택을 말한다. 다만, 전형적인 단독주택과의 차이는 연면적이 660m<sup>2</sup> 이하이고 4층이하(단 1층이 필로티로서 주차장 전용일 경우에는 4층이 가능)로서 2가구 이상 19가구 이하가 함께 거주할 수 있도록 건축법상 단독주택의 허가를 받아 건축된다는 점이다.<sup>58)</sup> 다가구용 단독주택의 경우 건축법이나 주택건설촉진법상 이를 공동주택으로 볼 근거가 없어 단독주택으로 보는 이상 주민등록법시행령 제5조 제5항에 따라 임차인이 위 건물의 일부나 전부를 임차하고 전입신고를 하는 경우 지번만 기재하는 것으로 충분하다.<sup>59)</sup> 따라서 하나의 건물인 경우에 처음에 임차하고 있던 부분에서 다른 부분으로 이사를 하였다고 이를 달리 볼 것은 아니고 원래의 전입신고가 유효한 공시 방법이

56) 대법원 1996.4.12. 선고 95다55474 판결.

57) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결.

58) 박해식·박정삼, 전거서, 117면.

59) 대법원 1997.11.14. 선고 97다29530 판결.

된다고<sup>60)</sup>하여 다가구주택은 단독주택으로 보기 때문에 그 지번으로 전입신고를 한 경우 다가구주택 내에서 다른 부분으로 옮기더라도 대항력은 상실하지 않는다고 하였다.<sup>61)</sup>

#### (라) 담당공무원의 착오에 의한 주민등록

주택임대차보호법이 주택의 인도와 더불어 주민등록을 대항력 취득요건의 공시방법으로 채택한 이유는 거래의 안전을 위하여 임차인의 임차권 존재를 외부에서 제3자가 쉽게 명백히 인식할 수 있게 하기 위한 입법취지에서 규정한 것으로 이러한 대항력을 취득한 임차인에게는 물권에 버금가는 권리를 부여하고 있다. 이와 관련하여 부동산물권변동에서와 같이 주택임대차보호법상 대항력의 취득요건인 공시방법으로서의 주민등록에 대하여 공시와 그 공시에 따른 공신력을 인정하되 사후에 그에 대한 실질적 관계가 명백하게 입증된다면, 그에 대한 실질적 관계를 우선하여 보호하는 것이 우리의 법제도의 현실에서 볼 때 적절하다고 볼 수 있을 것이다. 그러므로 공시와 그 공시에 따른 공신력을 적용하되, 이에 대한 명백한 입증이 있는 특별한 경우에 있어서는 그에 따르도록 하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 예컨대, 주민등록 전입신고자가 적법한 주민등록신고서를 작성·제출하여 행정청이 공식적으로 수리하였으나, 주택임차인의 의사나 행위와 관계없이 담당공무원만의 업무착오 내지 오기 등으로 인하여 신고서 내용과 다른 내용이 주민등록된 경우나, 주민등록이 주택임차인의 의사와 관계없이 제3자의 행위로 인하여 임의로 이전되어 주택임차인에게 그 책임을 물을 수 없는 경우 등이라면 법절차에 따른 신고자의 이의절차에 따라서 잘못된 주민등록 내용이 회복 내지 정정되거나 주민등록법시행령 제29조에 의하여 재등록이 이루어짐으로써 주택임차인에게 주민등록을 유지할 의사가 있었다는 것이 명백히 드러난 경우에는 소급하여 그 대항력이 유지된다고 보는 것과 같다.<sup>62)</sup>

임차인이 전입신고를 임차건물 소재지 지번으로 올바르게 하였다면 이로써 그

60) 대법원 1998.1.23. 선고 97다47828 판결.

61) 한탁영, 전제논문, 26면.

62) 소견영, 전제 “주민등록의 효력발생시기 및 주택임대차보호법상 대항력의 유·무효”, 228-229면.

임대차의 대항력이 생기는 것이므로 설사 담당공무원이 착오로 주민등록표상에 신겨주지 지번이 다소 틀리게 기재되었다 하여 그 대항력에 소장을 끼칠 수 없다고 하여 그 임대차는 제3자에 대하여 효력이 있다고 판시함으로써<sup>63)</sup> 담당공무원의 착오에 의하여 지번이 다소 틀리게 된 경우에는 임차인이 틀린 부분에 대하여 지적하고 정정해 줄 것을 요청하여 착오가 정정된 경우 대항력에 대하여 효력을 인정하였다.

### 3. 대항력의 발생시기

주택임대차보호법 제3조 제1항은 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다”라고 규정하여 임차권의 대항력에 관하여 주택임대차보호법은 특례를 정하고 있다.

이에 대하여 판례는 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일 오전 0시부터 제3자에게 효력이 발생한다”<sup>64)</sup>고 하여 임차인의 대항력은 주택의 인도와 주민등록을 ‘마친 때’부터가 아니고 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 발생한다고 했다. 이처럼 대항력의 발생시기를 대항요건을 갖춘 날로 하지 아니하고 그 다음날로 규정한 것은 “주택의 인도나 주민등록이 등기와 달리 간이한 공시 방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후 관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란한데다, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경료하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인 보다 등기를 경료한 권리자를 우선 시키고자 하는 취지이다”라고 판시<sup>65)</sup>하고 있다. 그러나 이러한 판례의 익일조항을 임대인이 악용한 경우에는 임차인은 전혀 보호가 되지 않고 임대인과 담보권자만 보호하는 결과가 된다.<sup>66)</sup> 즉 악의적인

63) 대법원 1991.8.13. 선고 91다18118 판결.

64) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결.

65) 대법원 1999.3.23. 선고 98다46938 판결; 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

임대인이나 금융기관 등이 대항요건을 갖춘 다음날에 대항력이 발생하게 되는 점을 악용하여 저당권을 설정한다는 사실을 임차인에게 알리지 않고 임대차계약을 체결하여 저당권설정일과 전입신고일이 동일날짜가 됨으로써 주택임대차의 대항력이 하루 늦게 되어 피해를 입게 되는 임차인이 많이 발생하고 있는 실정이다.<sup>67)</sup>

또한 대항요건을 모두 갖춘 날과 제한물권의 등기일이 같으면 제한물권이 우선하지만, 그 다음날 경료된 제한물권에는 임차권이 우선하며, 제3자에 대한 대항력은 자기보다 후순위권리자에 대하여 임차목적물을 계속 사용·수익하며 인도를 거절할 수 있다는 의미이다.<sup>68)</sup>

#### 4. 대항력의 존속

주택 임차인에게 주택의 점유와 주민등록의 계속을 요건으로 하여 대항력을 부여한 입법 취지는 특히 우리나라와 같이 임차주택과 결부된 주택 시가의 40-70%에 달하는 고액의 보증금이 임대인에게 지급되어 있어서 임차주택과 관련한 이해관계인의 지위에 엄청난 영향을 미칠 수 있음에도 물권과 같이 임차권이나 보증금을 공시할 방법이 없는 까닭에 최소한 임차주택의 점유와 주민등록의 계속으로라도 공시의 기능을 하게 하기 위함이다. 따라서 거래의 안전을 위하여 대항력의 취득요건 못지 않게 존속 요건도 엄격하게 해석하여야 할 것이다.<sup>69)</sup>

주택임대차보호법이 제3조 제1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 물권에 버금가는 강력한 대항력을 부여하고 있는 취지에 비추어 볼 때 달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서도 계속 존속하고 있어야 한다.<sup>70)</sup> 따라서 주택

66) 서해용, “주택임차인의 대항력의 문제점과 개선방안”, 「민사법학」 제23호, 한국민사법학회, 2003.3, 601면.

67) 김효석, 전제 「주택임대차 분쟁의 해결」, 165면.

68) 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2010, 1491면.

69) 박해식·박정삼, 전제서, 140면.

70) 대법원 2000.9.29. 선고 2000다37012 판결; 대법원 1998.1.23. 선고 97다43468 판결; 대법원

의 인도와 주민등록은 임차권의 대항력의 취득 요건인 동시에 존속요건이기도 하다.<sup>71)</sup> 대항력의 요건으로서 주민등록의 존속이 문제되는 경우는 첫째, 주민등록이 직권 말소되는 경우에 대항력이 존속하느냐의 문제 둘째, 임차인이 스스로 주민등록을 옮겼을 경우에 대항력의 문제이다.

#### (1) 주민등록이 직권 말소되는 경우

주민등록이 위장전입하였거나 무단전출하여 실제로 거주하지 않는다는 등의 이유로 주민등록법상의 절차에 따라 임차인의 주민등록이 직권말소되는 경우가 많은데, 주민등록이 되어 있다가 직권으로 말소되면 대항력은 상실된다고 본다.<sup>72)</sup> 다만 대항력이 상실되는 시점은 직권말소의 이유에 따라 다르다고 생각되는바, 위장전입을 이유로 한 경우에는 처음부터 유효한 주민등록이 아니므로 대항력이 발생하지 않는다고 할 것이고,<sup>73)</sup> 무단전출을 이유로 한 경우에는 대항력이 발생하였다가 무단전출한 때 대항력이 소멸한다고 할 것이다.<sup>74)</sup>

#### (2) 임차인이 주민등록을 옮겼을 경우

##### 1) 주민등록의 일시적 이탈

판례는 “임차인이 1984. 4. 18. 그 자녀들과 함께 임차주택의 주소지에 주민등록을 마치고 점유사용하여 오다가 근저당권 설정이후인 1985. 2. 27. 주민등록을 대출관계상 광주 북구 중흥동 696-15로 옮겨하였다가 그 해 3. 18. 다시 임차주택의 주소지로 전입신고를 하였고 그 자녀들 셋은 계속하여 그 주민등록을 하고

1989.1.23. 선고 88다카143 판결; 대법원 1987.2.24. 선고 86다카1695 판결.

71) 강신중, “집행절차에 있어서의 주택임차인의 지위”, 「재판자료」 71집, 법원도서관, 1996, 459면; 강종래, “주택임차권의 양도·전대와 대항력의 승계”, 「대법원판례해설」 9호, 법원행정처, 1989, 98면; 민일영, 전계논문, 111면.

72) 이위주, 전게서, 36면.

73) 대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결.

74) 박해식·박정삼, 전게서, 142면.

임차인과 함께 계속 거주하고 있었다면 임차인의 주민등록은 계속 존속하고 있다고 할 것이다.”<sup>75)</sup>라고 판시하였다. 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 대항요건 중의 하나인 주민등록은 임차인 본인 뿐만 아니라 그 배우자나 자녀 등 가족의 주민등록을 포함하는 것으로 해석하는 전제에서 임차인이 그 가족과 함께 그 임차주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록은 그대로 둔 채 자신의 주민등록을 일시 다른 곳으로 옮겼다 하더라도 주민등록의 이탈이라고 볼 수 없는 이상 임대차의 대항력은 상실하지 아니한다고 하였다.

## 2) 주민등록의 종국적 이탈

대법원은 주택의 임차인이 그 주택의 소재지로 전입신고를 마치고 그 주택에 입주함으로써 일단 임차권의 대항력을 취득한 후 그 가족과 함께 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면 이는 주민등록의 이탈이라고 볼 수 있으므로 그 대항력은 그 전출 당시 이미 대항요건의 상실로 소멸되는 것이고, 그 후 그 임차인이 얼마 남지 않아 다시 원래의 주소지로 주민등록을 재전입하였다 하더라도 이로써 소멸되었던 대항력이 당초에 소급하여 회복되는 것이 아니라 그 재전입한 때부터 그와는 동일성이 없는 새로운 대항력이 재차 발생하는 것이라는 기본전제에서, 단독세대주인 임차인이 임차주택에 계속 거주하였으나 주민등록을 일시 전출하였다가 다시 임차주택의 주소로 전입한 것이라면 임차인이 임차주택을 계속 점유하고 있었다 하더라도 주민등록을 이전한 이상 임차권의 대항력은 소멸하였다고 하였다.<sup>76)</sup>

또한 임차인이 가족과 함께 임차주택에 계속 거주하였으나 임차인과 가족 모두 주민등록을 일시 전출하였다가 다시 원래의 주소지로 재전입한 경우에는 종전의 그것과는 동일성이 없는 새로운 대항력을 재차 취득하는 셈이 되어, 그 대항력의 취득시기가 임대인의 근저당권설정등기 이후임이 분명한 만큼 임차인이 새로이 취득한 임차권의 대항력으로써 그 취득 이전의 근저당권자에게 대항할

75) 대법원 1989.1.17. 선고 88다카143 판결

76) 대법원 1987.2.24. 선고 86다카1695 판결.

수는 없는 것이고, 따라서 임차인으로서의 임대차계약서에 확정일자를 갖춘 시기에 관계없이 임차보증금을 임차주택 및 그 대지에 관한 매각대금에서 근저당권자보다 우선하여 변제받을 수 없다고 하였다.<sup>77)</sup>

## 5. 대항력의 효력이 미치는 제3자의 범위

### (1) 통상의 양수인

주택임대차보호법 제3조 3항은 “임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다”라고 규정하여, 대항력이 발생한 후에 매매·교환·증여·대물변제·상속 등을 원인으로 임차주택을 양수하여 소유권이전등기를 마친 양수인이 임대인의 지위를 승계하므로 임차인은 양수인에게 대항할 수 있다.

판례는, 임차주택에 설정된 근저당권의 실행에 의한 경매기입등기가 경료된 후 양수인 명의의 소유권이전등기가 경료되었다고 하더라도 경매기입등기로 인한 처분금지의 효력은 상대적인 것이어서 양수인 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 볼 수는 없으므로 양수인은 그 소유권이전등기를 경료할 때에 임차주택의 양수인으로서 임대주택의 지위를 승계하였다고 할 것이고, 그 후 비록 양수인 명의의 소유권이전등기가 경락으로 인하여 경락인에게 대항할 수 없어 말소되었다고 하더라도 이미 승계한 임대인의 지위마저 소급하여 소멸되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.<sup>78)</sup> 즉, 경매개시결정등기 후 소유권을 취득하고 매각(낙찰)으로 인하여 소유권이전등기가 말소된 경우에도 양수인은 임대인의 지위를 승계한다고 판단하였다.

### (2) 경락인(낙찰자)

#### 1) 낙찰에 의하여 소멸하는 선순위자가 없는 경우

77) 대법원 1998.1.23. 선고 97다43468 판결

78) 서울지방법원 1996.6.11 선고 96나11289 판결.



경매개시결정은 처분금지의 효력이 있고 낙찰자는 그 상태대로의 소유권을 취득하므로 압류의 효력발생시(경매개시결정이 채무자에게 송달된 때와 경매개시결정의 기입등기가 행하여진 때 중 빠른 때)를 기준으로 하여 그 이후에 취득한 임차권은 소멸하고 임차인은 낙찰자에게 대항할 수 없게 된다. 그러나 임차권의 대항력 발생 후에 경매개시결정의 기입등기가 되었을 때에는 임차인은 낙찰자에게 대항할 수 있다.<sup>79)</sup>

임차권이 대항력을 갖춘 후 저당권이 설정되고 그 저당권이 실행되어 낙찰되더라도 임차인은 저당권자보다 선순위의 권리자이므로 경락인에 대하여 임대차계약서상의 모든 권리를 주장할 수 있다. 따라서 경매의 경우에는 임차권의 대항력 발생시점과 저당권설정등기일자의 선후에 의하여 결정되므로 임차인이 경매의 원인이 된 근저당권 설정 이전에 주택의 인도와 주민등록을 마쳤다면, 주택의 경락인은 임대인의 지위를 승계하게 되므로 임차인은 낙찰자에 대하여 자기의 임대차계약상의 모든 권리를 주장할 수 있고 임대차가 종료되면 낙찰자는 임대보증금을 반환할 의무를 지게 된다.<sup>80)</sup>

## 2) 낙찰에 의하여 소멸하는 선순위저당권이 있는 경우

교환가치를 목적으로 하는 저당권과 사용가치를 목적으로 하는 임차권은 그 자체로서 서로 간에 권리의 충돌이 생길 여지가 없다. 따라서 이미 저당권설정등기가 되어 있는 주택을 임차한 경우라도 임차권에 대항요건을 갖추면 선순위 근저당권자의 존재여부에 관계없이 대항력을 갖게 되는 것이고 저당권이 실행되기 전까지는 선순위 저당권이 설정되어 있는 사실만으로도 아무런 지장이 없는 것이다.

그러나 나중에 저당권이 실행되면 비로소 낙찰에 의하여 선순위의 저당권이 소멸하고 따라서 그보다 후순위인 임차권도 함께 소멸하게 되며 낙찰자는 선순위 저당권자의 지위에서 주택을 낙찰받는 것이므로 임차인은 낙찰자에게 대항하지 못하는 것이다. 이러한 경우 그 주택은 낙찰대금을 납부한 날부터 낙찰자의

79) 김효석, 전제 「주택임대차 분쟁의 해결」, 228면.

80) 정승열, 전제서, 164-167면.

소유라고 할 것이므로 임차인은 낙찰자에게 주택을 명도하여야 하고 권원없이 점유함으로써 낙찰자에게 입힌 손해까지 배상할 의무가 있다.

### (3)가압류채권자

임차주택에 대하여 가압류를 한 자가 나중에 집행권원을 확보하여 강제경매를 신청한 경우, 가압류등기일자를 기준으로 하여 그 전에 임차인이 대항력을 갖춘 때에만 낙찰자에게 대항할 수 있고 가압류등기 이후에 대항력을 갖춘 때에는 낙찰자에게 대항할 수 없다.<sup>81)</sup>

한편 이미 가압류가 된 주택을 양수한 자로부터 주택을 임차하여 입주 후 주민등록을 마쳤다 하더라도 그 후 가압류채권자가 본안 소송에서 승소판결을 얻어 주택에 대한 강제경매를 신청한 경우에는 임차인은 경락인에게 대항할 수 없고, 확정일자를 갖추었거나 소액임차인이라도 배당요구를 할 수 없다.

예컨대, A의 채권자 B가 가압류를 한 주택을 C가 매수하였고, 甲이 C로부터 이를 임차하여 입주하고 주민등록 전입신고 및 확정일자까지 받았는데, 가압류채권자 B가 A와의 본안소송에서 승소하여 그 확정판결로 위 주택에 대한 강제경매를 신청한 경우에는 B에 대한 관계에서는 가압류의 처분금지적 효력(상대적효력) 때문에 C의 위 주택 매수행위는 무효가 되고, 그러한 C로부터 주택을 임차한 甲의 임차권으로서는 B가 신청한 경매절차에서 위 주택을 낙찰받은 자에게 대항할 수 없는 것이다. 다만 배당을 실시한 결과 잉여액이 있는 때에는 제3취득자에게 교부될 잉여금교부청구권을 압류한 후 추심명령 또는 전부명령을 받아 임차보증금 중 일부를 회수할 수밖에 없다는 견해도 있다.<sup>82)</sup>

### (4)가등기에 기하여 본등기를 경료한 자

가등기란 본등기를 할 만한 실체법상 또는 절차법상의 요건이 완비되지 않은 경우에 장래 그 요건이 완비되었을 때의 본등기를 위하여 미리 그 순위를 보전

81) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결.

82) 김효석, 전제 「주택임대차 분쟁의 해결」, 226-227면.

할 목적으로 행하여지는 등기로, 후일 그 요건이 완비되어 본등기가 행하여지면 가등기의 순위가 본등기의 순위로 된다(부동산등기법 제6조 제2항).

주택임대차보호법의 적용을 받는 임대목적 부동산에 관하여 제3자가 가등기(소유권이전청구권가등기, 저당권설정 등의 담보 가등기)를 하고 그 가등기에 기하여 본 등기가 마쳐진 경우에 있어서는 임차인의 대항력이 가등기권자보다 앞서는 경우에는 임차인이 대항력을 주장할 수 있지만 임차인의 대항력보다 가등기권자가 앞서는 경우에는 임차인이 대항력을 주장할 수 없다. 또한 임대인과 임차인 사이에 가등기 후 보증금을 인상하기로 약정하였다 하더라도 그 인상분에 대하여는 등기권리자에게 대항하지 못 한다 할 것이고 이와 같은 이치는 임대차에 관한 등기가 되었는지에 상관없이 다 같이 적용된다고 할 것이다.<sup>83)</sup>

#### (5) 용익권취득자

동일 주택에 임차권과 용익물권 또는 임차권끼리 경합되는 경우에는 대항력의 우열에 의하여 결정되고, 그 우열관계는 어떤 권리가 먼저 대항력 요건을 갖추었는지에 의하여 결정될 뿐, 그 권리에 따라 대항력에 질적 차이가 있는 것은 아니다.<sup>84)</sup>

#### (6) 처분금지가처분자

처분금지가처분이란 목적물에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권, 전세권설정, 임차권설정, 기타 일체의 처분행위를 금지하는 것을 목적으로 하는 가처분이다. 처분금지가처분의 집행은 법원사무관 등이 가압류결정을 등기부에 기입할 것을 촉탁함으로써 하고(민사집행법 제305조 제3항, 제293조 제3항), 등기관이 등기부에 기재함으로써 종료된다.<sup>85)</sup>

임차인이 처분금지가처분등기 후에 대항요건을 갖추었다면 후일 가처분권자가

83) 대법원 1986.9.9. 선고 86다카757 판결.

84) 조용완, 전제논문, 466면.

85) 박해식·박정삼, 전제서, 181면.

승소판결을 받아 확정되고 소유권이전등기를 하게 되면 이에 대항할 수 없다. 처분금지가처분등기일자와 대항력 발생시기의 선후에 따라 대항력 유무를 결정하여야 한다.<sup>86)</sup>

## 6. 검토

주민등록을 주택의 인도와 함께 주택임차권의 대항요건으로 인정하고 있는 것은, 주택의 인도만으로는 공시방법이 불완전하여 제3자가 임차인의 존재를 명확히 인식할 수 있는 방법으로서 미흡한 점이 있기 때문이고, 임차인을 포함한 해당주택과 관련있는 제3자들도 보호하여 거래안전과 신속을 기하고, 특히 해당주택의 경매나 매매에서 불측의 피해를 입는 선의의 제3자 발생을 예방하기 위해 이러한 불완전성을 보완하는 공시제도로서 주민등록을 규정한 것이다. 주택임대차보호법이 제3자에 대한 대항력의 취득요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록까지 규정한 것에 관하여, 주택의 인도 이외에 주민등록까지 요구한 것은 입법론으로 일본의 차지차기법 등과 비교하여 볼 때 시대역행적이고 낙후된 입법이라 평가할 수 있으므로 동 요건을 되도록 완화하여 해석해야 한다는 견해<sup>87)</sup>가 있는 등 주민등록이 주택임차권의 공시방법으로서의 기능을 수행하는데 적지 않은 문제점이 지적되기도 하지만, 주택임대차를 둘러싼 여러 문제들을 해결하는데 기여하고 있는 것도 부정할 수 없는 사실이다. 따라서 이 규정에 의해 소액임차인은 물론이고, 임차주택과 관련한 이해관계인도 보호받을 수 있기 때문에, 주택의 인도와 더불어 주민등록(전입신고) 두 가지를 주택임차권의 대항요건으로 인정함이 타당하다고 생각한다.

### 제2절 보증금 보호를 위한 우선변제권

86) 대법원 2003.2.28. 선고 2000다65802, 65819 판결.

87) 이위주, “주택임차권의 대항력”, 「민사재판의 제문제」 제3권, 민사실무연구회, 1985, 37면.

## 1. 우선변제권의 의의

주택임대차보호법 제3조의 2 제2항에서는 「제3조 제1항 또는 제2항의 대항요건과 임대차계약증서(제3조 제2항의 경우에는 법인과 임대인 사이의 임대차계약증서를 말한다)에 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다」고 규정하고 있다.

여기서 우선변제권이란 주택임차인이 주택을 인도받고 주민등록전입신고를 하여 대항요건을 갖춘 상태에서 임대차계약증서에 확정일자를 부여받으면 임차인은 경매나 공매 시에 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자나 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 수 있는 권리를 말하며,<sup>88)</sup> 우선변제권은 1989년 12월 30일 제2차 주택임대차보호법 개정 시에 법률 제4188호로 임차인의 임차보증금의 보호를 위하여 도입되었다.

헌법재판소는 우선변제권에 대하여 “헌법이 말하는 법 앞의 평등은 합리적인 근거없는 차별취급을 금하는 것으로서, 주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 제2차 개정된 것) 제3조의2 제1항이 임차인의 보증금에 대한 우선변제권을 인정하는 것은 입법목적과 달성수단의 양 측면에서 합리성을 갖추고 있으므로 임차주택의 소유자와 후순위권리자 및 양수인을 불합리하게 차별 취급하는 것으로 볼 수 없고, 또한 재산권의 보장면에서도 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있어 과잉금지 원칙에도 위배되지 않기 때문에 심판대상 법률조항은 평등권과 재산권을 침해한다고 볼 수 없다”<sup>89)</sup>고 판시하고 있다.

또한 임대차계약에 임차인의 선택에 따라 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 대항력과 환가절차에서 임차주택의 가액으로부터 보증금의 우선변제를 받을 수 있는 권리를 부여한 것은, 입법 목적을 달성하기 위한 가장 효과적이고 적절한 수단이며 임차주택의 후순위권리자는 저당권을 설정하는 과정에서 임차인의 거주사실과 임차보증금 액수를 확인할 수 있는 방법이 있고, 임대차계약증서에 확

88) 이창석, 「부동산건설법」, 형설출판사, 2005, 365면-368면.

89) 헌법재판소 1998.2.27. 선고 97헌바20 결정.

정일자를 부여받도록 한 것은 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금의 사후변경 내지 조작을 방지하기 위한 것으로 보고 있다.

임차보증금의 우선변제권은 주택의 인도일, 주민등록일 및 임대차계약서에 확정일자를 받은 날 중 가장 나중에 된 날의 다음 날부터 인정된다.<sup>90)</sup> 따라서 ① 확정일자를 주택의 인도일, 주민등록일보다 먼저 받은 경우에도 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날 우선변제권이 발생하며,<sup>91)</sup> ②주택의 임차인이 주택임대차에 대한 대항력을 갖춘 후 일시 전출하였다가 다시 재전입하였다면 당초 전입일로 소급하여 대항력이 유지되는 것이 아니라 재전입한 때로부터 새로운 대항력이 성립하는 것이지만, 전출 이전에 이미 임대차계약서상에 확정일자를 갖추었고 임대차계약도 재전입 전후를 통하여 그 동일성이 유지된다면, 임차인은 재전입시 임대차계약서상에 다시 확정일자를 받지 않더라도 재전입된 날보다 나중에 그 주택에 관하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 우선하여 보증금을 변제받을 수 있으며,<sup>92)</sup> ③주택에 관하여 임대차계약을 체결한 임차인이 자신의 지위를 강화하고자 추가하여 전세권설정등기를 하였다면 따로 작성된 전세권설정계약서가 원래의 임대차계약서와 계약일자가 다르다고 하여도 계약당사자, 계약목적물 및 보증금액(전세금액)등에 비추어 동일성을 인정할 수 있고 전세등기의 등기필증에 찍힌 등기관의 접수인은 확정일자에 해당하므로 위와 같은 전세권설정계약서가 첨부된 등기필증에 찍힌 등기관의 접수인은 원래의 임대차에 관한 계약증서에 확정일자가 있는 것으로 보아야 할 것이고, 이 경우 원래의 임대차는 대지 및 건물 전부에 관한 것이나 사정에 의하여 전세권설정계약서는 건물에 관하여만 작성되고 전세권등기도 건물에 관하여만 마쳐졌다고 하더라도 전세금액의 임대차보증금액과 동일한 금액으로 기재된 이상 대지 및 건물 전부에 관한 임대차의 계약증서에 확정일자가 있는 것으로 봄이 상당하다고 하였다.<sup>93)</sup>

우선변제권은 제3조의 2 제1항에서 “임차인(제3조 제2항의 범인을 포함한다. 이하 같다)이 임차주택에 대하여 보증금반환청구소송의 확정판결 그 밖에 이에 준

90) 오시영, 「채권각칙」, 학현사, 2010, 462면.

91) 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결.

92) 대법원 1998.12.11. 선고 98다34584 판결.

93) 대법원 2002.11.8. 선고 2001다51725 판결.

하는 집행권원에 따라서 경매를 신청하는 경우에는 집행개시요건에 관한 민사집행법 제41조에도 불구하고 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 아니한다.”라고 규정하여 임차인이 임차보증금의 청구를 위하여 스스로 경매신청을 하는 경우 임차주택을 명도하지 않고서도 강제경매를 신청할 수 있도록 하였다.

따라서 우선변제권은 다른 경합채권에 대하여 우선권을 갖는다는 면에서 배타성을 가진 부동산담보권에 유사한 권리를 가진다.<sup>94)</sup> 그러나 임차보증금의 우선변제권은 경매 또는 채납처분 절차에 참가하여 우선변제권을 주장할 수 있을 뿐 임차목적물에 대해 경매신청권은 부여되지 않기 때문에 물권으로서의 불완전한 성질을 가진다.<sup>95)</sup>

## 2. 우선변제권의 성립요건

### (1) 대항요건의 취득 및 존속

임차인이 대항요건을 갖추는 것을 우선변제권의 성립요건으로 하기 때문에 주택을 인도받고 주민등록이 있어야 한다. 임차인이 경매나 공매절차에서 임차보증금에 대한 우선변제권을 행사하기 위해서는 언제까지 대항요건을 계속 유지해야 하는지에 대하여 배당요구시까지 존속하여야 한다는 견해<sup>96)</sup>와 경락대금 납부 시까지 존속하여야 한다는 견해<sup>97)</sup>, 소액임차인으로서 최우선변제를 받기 위해서는 첫 경매개시결정 전에 대항요건을 갖추어야 하고 그 요건을 배당요구종기까지 존속하여야 한다는 견해<sup>98)</sup>가 있다. 이에 관해서는 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도와 주민등록이라는 우선변제의 요건은 그 우선변제권 취득시

94) 대법원 1992.10.13. 선고 92다30597 판결

95) 윤홍근, “경매절차에서 배당요구를 하지 않은 소액임차인의 지위”, 「민사판례연구 VIII」, 민사판례연구회, 1997, 260-261면.

96) 민일영, “부동산 입찰에 있어 임차권 처리에 관한 실무상 제 문제”, 「전국집행담당관사회의자료」, 법원행정처, 1997, 284면.

97) 권영상, “주택임차인의 대항력과 우선변제권”, 「창원지방변호사회」 창간호, 1995, 45면.

98) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행 2권 [부동산집행]」, 법원행정처, 2003, 472면.

에만 구비하면 족한 것이 아니고, 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 하는 것으로 판단한다.<sup>99)</sup> 경매절차의 배당요구종기인 경락기일(매각허가결정기일)까지 계속 존속하고 있어야 하는데, 처음의 경락허가결정이 취소되어 새로운 경매를 하였거나 경락허가결정의 확정 후 최고가매수인이 경락대금을 납부하지 아니하여 재경매를 한 경우에 있어서, “배당요구종기인 경락기일”이라 함은 배당금의 기초가 되는 경락대금을 납부한 경락인에 대하여 경락허가결정을 한 마지막 경락기일을 말한다.<sup>100)</sup>

통상적으로 대항요건의 취득시기는 이사와 전입신고를 동시에 했을 경우에는 문제가 없지만 전입신고를 하고 이사를 나중에 하거나 이사를 먼저 하고 전입신고를 나중에 한 경우에는 문제가 발생할 수도 있다. 대항력의 발생시점은 주택의 인도와 주민등록일 중 나중의 일자의 다음날 오전 0시부터 효력이 발생하기 때문이다.

법원실무에서는 입주일을 알기가 어렵기 때문에 주민등록 전입일 다음날로 대항력 유무를 판단하고 후에 이해관계인의 다툼이 있으면 이삿짐센터 등에 확인하는 방법을 취하고 있다.<sup>101)</sup>

## (2) 임대차계약증서상의 확정일자

### 1) 확정일자의 의의

제1차 개정에서도 보증금반환문제와 관련하여 임대차계약서에 대하여 공증을 받도록 하여야 한다는 의견이 나왔으나, 임차인에게 이를 요구한다는 것은 공증사무소가 없는 지역이나 또는 비용 등 현실적으로 어려움이 많다는 지적이 나와서 결국 임대차계약서상의 공증문제는 더 이상 거론되지 않았다. 보증금 특히 전세금은 거액이므로 어떤 공적 확인의 과정을 거치지 아니한 때에는 임대인의 임의로 또는 양 당사자 간의 공모 등으로 보증금액을 조작할 우려가 있을 수 있다.

99) 대법원 1997.10.10. 선고 95다44597 판결.

100) 대법원 2002.8.13. 선고 2000다61466 판결.

101) 김대수·이기현·박주홍, 「핵심경매실무」, 굿속선, 2005, 102면.



더욱이 보증금의 우선변제권을 부여할 경우는 제3자에 대한 영향이 지대하다 할 것이다. 따라서 어떠한 형태로든 간에 계약서상의 어떤 공적 확인의 과정을 거치도록 한다는 방법이 강구되어야 했다. 그것이 바로 확정일자라는 방법이다.<sup>102)</sup> 확정일자라는 것은 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자, 즉 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 것으로 확정된 일자를 가리킨다.<sup>103)</sup> 확정일자는 문서의 작성자나 소지자라 할지라도 그 이후에 변경이 불가능하다.<sup>104)</sup> 판례<sup>105)</sup>도 확정일자를 “그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되고 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 가리키는 것”이라고 하였다.

주택임대차보호법 제3조의 2 제2항에 의하면, 주택임차인은 같은 법 제3조 제1항과 제2항에 규정된 대항요건과 임대차계약서 상에 확정일자를 갖춘 경우에는 경매절차 등에서 보증금을 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제받을 수 있고, 여기서 확정일자의 요건을 규정한 것은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지일 뿐, 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니므로, 확정일자를 받은 임대차계약서가 당사자 사이에 체결된 당해 임대차계약에 관한 것으로서 진정하게 작성된 이상 목적물의 표시가 조금 누락되었다하더라도 확정일자의 요건을 갖춘 것이라고 판시하여 이를 인정을 하였다.<sup>106)</sup>

## 2) 확정일자제도의 필요성

일반 법률행위를 통한 임차주택의 권리의 변동 즉 매매나 교환 등에 대해서는 확정일자가 필요하지 않는다. 그러나 제3자에 의한 경매나 공매 시에는 임차주택

102) 박준서, 「주석 민법 [채권각칙(3)]」, 한국사법행정학회, 1999, 538면.

103) 지원림, 전게서, 1202면.

104) 박동섭, “확정일자에 대하여”, 「민사재판의 제문제」 제7권, 한국사법행정학회, 1993, 56면.

105) 대법원 1988.4.12. 선고 87다카2429 판결.

106) 대법원 1996.6.11. 선고 99다7992 판결.

에 관련한 제 권리는 원칙적으로 소멸하기 때문에 임차인의 입장에서는 우선변제권을 행사하기 위해서는 임대차계약서상의 확정일자가 필요하게 된다. 대항요건을 취득한 임차인은 임대차계약서상의 확정일자가 있어야만이 배당을 요구할 수 있기 때문이다. 따라서 임차인이 우선변제권을 행사하기 위해서는 대항요건을 갖추고 확정일자를 갖고 있어야 하는데 어떠한 사정으로 확정일자를 분실·멸실한 경우에는 어떠한 조치를 취해야 하는 것인가가 문제가 된다. 원칙적으로 확정일자가 없는 임차인은 우선변제권을 행사할 수 없겠지만, 판례<sup>107)</sup>에서는 다른 사정에 의하여 확정일자를 부여 받은 사정이 충분히 인정된다면 우선변제권의 행사에 지장이 없다고 판시하고 있다. 또한 임차주택이 제3자에 의한 경매 시에는 임차인 입장에서는 보증금확보를 위해서도 확정일자가 필요하지만, 더욱 더 중요한 것은 임대인과 임차인 간에 담합을 할 경우에는 제3자의 권리가 침해될 우려 있기 때문에 이러한 담합을 방지하기 위한 목적으로도 확정일자가 필요하게 된다.

### 3) 확정일자의 공시기능

확정일자에 관한 규정은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 사후에 조정하는 것을 방지하고자 하는 취지에서 마련된 것이다. 이를 가지고 주민등록처럼 임대차의 존재를 외부에 공시하려는 것은 아니다.<sup>108)</sup> 판례도 주택임차인은 주택임대차보호법 제3조 제1항에 규정된 대항요건과 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 경우에는 경매절차 등에서 보증금을 우선하여 변제받을 수 있고, 여기서 확정일자의 요건을 규정한 것은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지일 뿐, 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니라고 하였다.<sup>109)</sup>

107) 대법원 1996.6.25. 선고 96다12474 판결.

108) 이은영, 전제 「채권각론」, 477면.

109) 대법원 1999.6.11. 선고 99다7992 판결.

#### 4) 확정일자를 취급하는 곳과 절차

확정일자를 취급하는 곳은 공증인·법무법인·공증인가 합동법률사무소·지방법원 또는 지방법원 지원 및 등기소이며, 1997. 9. 1.부터는 주민편익의 증진과 주거생활의 안정을 위하여 전입신고처리가 된 관할 읍·면사무소·동주민센터 및 출장소에서도 확정일자를 받을 수 있게 되었다. 확정일자를 받을 수 있는 자는 임차인 본인에 한하지 않고, 임대차계약서 원본을 소지하고 있는 자는 누구든지 확정일자를 구두로 청구할 수 있다(사문서의 일자확정 업무처리에 관한 예규 제5조 제1항, 1998. 2. 14. 행정예규 제340호). 임대인도 임대차계약서에 확정일자를 받을 수 있으며, 확정일자를 받음에 있어서 임대인의 사전 동의를 받을 필요는 없다.<sup>110)</sup> 확정일자를 받을 임대차계약서는 임대인·임차인의 서명 또는 기명날인이 있는 원본이어야 하며, 계약서 원본을 제시하고 확정일자를 찍어줄 것을 요구하면 담당직원이 “확정일자부”라는 장부에 청구자(임차인)의 성명, 주소, 문서명(임대차계약서 또는 전세계약서)을 기재하고 확정일자인을 찍는다. 그리고 임대차계약서의 여백 또는 뒷면에 기부번호인(또는 등부번호인)을 찍고 그 번호란에 넘버링으로 번호를 기입하고 확정일자인을 찍는다. 또한 임대차계약서와 확정일자부 사이에 계인을 찍는다.

#### (3) 임차주택이 경매 또는 공매에 의하여 매각될 것

주택임대차보호법 제3조의 2 제2항은 「제3조 제1항 또는 제2항의 대항요건과 임대차계약증서(제3조 제2항의 경우에는 법인과 임대인 사이의 임대차계약증서를 말한다)상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다」고 규정하여 임차주택이 경매 또는 공매에 의하여 매각되는 경우에 한하여 우선변제권을 인정하였다.<sup>111)</sup> 그러므로 임차주택이 경매나 체납처분에 의하지 아니하고 단순히 이전되

110) 박해식·박정삼, 전거서, 240면.

111) 김재훈, “주택임차인 보증금 보호에 관한 연구”, 경상대학교 대학원 박사학위논문, 2009. 135면.

는 경우, 예컨대 매매, 교환, 증여 등 법률행위에 의하여 임차주택이 양도된 경우에는 대항력의 여부만이 문제될 뿐 우선변제권은 인정될 여지가 없다.<sup>112)</sup>

#### (4) 배당요구 또는 우선권행사의 신고를 하였을 것

배당요구란 강제경매절차에서 압류채권자 이외의 채권자가 경매절차에 참가하여 자기채권의 만족을 구하는 제도이다. 부동산강제경매에 있어서도 채무자의 총 재산으로부터 변제를 받을 수 있는 채권자는 일정한 요건 아래 경락부동산의 매각대금으로부터 평등한 비율로 변제를 받기 위하여 배당요구를 할 수 있다.<sup>113)</sup>

배당요구에 따라 매수인이 인수하여야 할 부담액이 바뀌는 경우 배당요구를 한 채권자는 배당요구의 종기가 지난 뒤에 배당요구를 철회할 수 없다.(민사집행법 제88조 제2항). 따라서 대항력과 우선변제권을 모두 갖춘 임차인이 배당요구를 한 후에 배당요구 종기가 지나서 배당요구를 철회하는 것은 허용되지 아니한다.<sup>114)</sup>

주택임대차보호법상의 대항요건을 갖춘 임차인이라 하더라도 임차인이 환가대금으로부터 우선변제를 받기 위해서는 낙찰허가결정이 있을 때까지 경매법원에 스스로 그 권리를 증명하여 신고하여야만 경매절차에 있어서 이해관계인으로 되는 것이고, 대법원예규에 의한 경매절차 진행 사실의 주택임차인에 대한 통지는 법률상 규정된 의무가 아니라 당사자의 편의를 위하여 주택임차인에게 임차목적물에 대하여 경매절차가 진행중인 사실과 소액임차권자나 확정일자부 임차권자라도 배당요구를 하여야 우선변제를 받을 수 있다는 내용을 안내하여 주는 것일 뿐이므로, 임차인이 그 권리신고를 하기 전에 임차목적물에 대한 경매절차의 진행 사실에 관한 통지를 받지 못하였다고 하더라도 이는 낙찰허가결정에 대한 불복사유가 될 수 없다.<sup>115)</sup> 즉, 대항요건을 갖춘 임차권이 등기부상 공시되는 것이 아니므로 임차인이 스스로 배당요구를 하지 아니하는 이상 경매법원이 그러한

112) 송영근, 「기본민법강의」, 유스티니아누스, 2009, 1406면.

113) 최한수, 「부동산경매실무요론」, 한국사법행정학회, 1999, 387면.

114) 한봉상, “주택임대차보호법상 소액임차인의 우선변제권”, 「법무사」 통권 504권, 2009, 18면.

115) 대법원 2000.1.31. 선고 99마7663 판결.

임차권의 존재를 알 수가 없기 때문이다.<sup>116)</sup>

### 3. 우선변제권의 순위

민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매절차에서 우선변제권의 순위에 의해 임차목적물의 환가대금에서 배당을 받게 된다. 이 때 우선순위가 결정이 되고 그 순위에 의해서 임차보증금을 전액 회수할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다.<sup>117)</sup> 매수인이 매각대금을 완납하면 법원은 배당에 관한 진술 및 배당을 실시할 기일을 정하고, 이해관계인과 배당을 요구한 채권자에게 통지를 하는데(민사집행법 제146조), 이 때 이해관계인인 임차인은 배당기일을 통지받을 권리를 갖는다. 또한 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다(민사집행법 제88조 제1항).

#### (1) 매각재산에 저당권·전세권에 의하여 담보되는 채권이 없는 경우

매각되는 재산에 저당권이나 전세권에 의해 담보되는 채권이 없는 경우, 주택임대차의 우선변제권과 관계되는 권리간 순위를 보면<sup>118)</sup>, 제1순위는 집행비용(경매절차비용)이 되고, 제2순위는 부동산의 보존, 개량을 위하여 저당물의 제3취득자가 지출한 필요비·유익비이며(민법 제367조), 제3순위는 소액임차보증금채권(주택임대차보호법 제8조 제1항, 국세기본법 제35조 제1항 4호, 지방세법 제31조 제2항 4호 참조), 최종 3개월분 임금과 최종 3년간의 퇴직금 및 재해보상금<sup>119)</sup>이 된다. 이들 채권이 서로 경합하는 경우에, 동등한 순위의 채권으로 보아 배당한다. 제4순위는 임금 기타 근로관계로 인한 채권이며, 제5순위는 조세 기타 이와 동순위의 징수금이 되는데 이 징수금에는 당해세도 포함한다. 제6순위는 조세 다

116) 민일영, 전제“주택 경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구”, 174면.

117) 김재훈, 전제논문, 137면.

118) 김상수, 「민사집행법」, 법우사, 2005, 213-214면; 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2006, 321-324면; 이은영, 전제「물권법」, 814-822면.

119) 근로기준법 제37조 제2항, 국세기본법 제35조 제1항 5호, 지방세법 제31조 제2항 5호 참조

음 순위의 공과금이 되고, 제7순위는 일반채권이 된다.<sup>120)</sup>

(2) 매각재산에 조세채권의 법정기일 전에 설정된 저당권·전세권에 의하여 담보되는 채권이 있는 경우

매각재산에 조세채권의 법정기일 전에 설정된 저당권, 전세권에 의하여 담보되는 채권이 있는 경우의 배당순위<sup>121)</sup>를 보면, 제1순위와 제2순위 및 제3순위는 앞에서 살펴본 바와 같다. 제4순위는 집행의 목적물에 대하여 부과된 국세, 지방세와 가산금이 된다(당해세)<sup>122)</sup>. 제5순위는 국세 및 지방세의 법정기일 전에 등기가 된 저당권, 전세권에 의하여 담보되는 채권이 된다(국세기본법 제35조 제1항 3호, 지방세법 제31조 제2항 3호 참조). 확정일자를 갖춘 주택 또는 상가건물의 임차보증금반환채권(주택임대차보호법 제3조의 2 제2항, 상가건물임대차보호법 제5조 제2항 참조), 임차권등기된 주택 또는 상가건물의 임차보증금반환채권은 저당권부채권과 같은 성질의 채권으로 취급한다. 다만, 임차권등기가 된 경우 그 등기 전에 대항요건과 확정일자를 모두 갖춘 경우에는 등기된 때가 아니라 위 요건을 모두 갖춘 때의 순위를 인정한다.

제6순위는 근로기준법 제37조 제2항의 임금 등을 제외한 임금, 기타 근로관계로 인한 채권(근로기준법 제37조 제1항 참조)이며, 제7순위는 국세·지방세 및 이에 관한 체납처분비, 가산금 등의 징수금(국세기본법 제35조, 지방세법 제31조 참조)이며, 제8순위는 국세 및 지방세의 다음 순위로 징수하는 공과금 중 산업재해보상보험료, 국민건강보험료, 국민연금보험료, 고용보험료, 의료보험료, 국민의료보험료, 고용보험료, 의료보험료, 국민의료보험료(단 납부기한과 관련하여 예외 규정 있음. 아래 3)의 5순위 참조)이 되고, 제9순위는 일반채권이 된다.

또한 대항요건과 확정일자를 갖춘 우선변채권이 있는 임차인은 제5순위에 해당되어 이들 저당권, 전세권과 그 순위를 다투게 된다.

120) 김재훈, 전계논문, 139면.

121) 이시운, 전계서, 321-322면; 이은영, 전계 「물권법」, 814-822면; 김상수, 전계서, 213-214면.

122) 국세기본법 제35조 제1항 3호, 지방세법 제31조 제2항 3호 참조.

(3) 매각재산에 조세채권의 법정기일 후에 설정된 저당권·전세권에 의하여 담보되는 채권이 있는 경우

매각재산에 저당권·전세권이 조세채권 법정기일 후에 설정된 경우를 보면 제1순위와 제2순위 그리고 제3순위는 위와 같다. 제4순위는 조세 기타 이와 동순위의 징수금(당해세 포함)이며, 제5순위는 조세 다음 순위의 공과금 중 납부기한이 저당권·전세권의 설정등기보다 앞서는 (구)국민의료보험법상의 의료보험료, 국민건강보험법상의 건강보험료 및 국민연금법상의 연금보험료가 되며, 제6순위는 저당권·전세권에 의하여 담보되는 채권이 된다. 확정일자를 갖춘 주택 또는 상가건물임차인의 보증금반환채권, 임차권등기를 갖춘 주택 또는 상가건물 임차인의 임차보증금반환채권도 동일하다. 제7순위는 임금 기타 근로관계로 인한 채권이고, 제8순위는 조세 다음 순위의 공과금 중 산업재해보상보험법상의 산업재해보상보험료 기타 징수금, (구)의료보험법에 의한 의료보험료, (구)국민연금법에 의한 연금보험료 및 납부기한이 저당권·전세권의 설정등기보다 후인 (구)국민의료보험법상의 의료보험료, 국민건강보험법상의 건강보험료 및 국민연금법상의 연금보험료가 되며, 제9순위는 일반채권이며 위에서 살펴본 바와 같다.

#### 4. 소액임차인의 최우선변제권

##### (1) 의의

주택임대차보호법을 제정할 당시 소액임차인 보호에 대한 인식부족으로 주택의 인도와 주민등록을 구비한 임차인에게 대항력만을 인정하고 우선변제권이나 최우선변제권을 인정하지 않아서, 이 법이 서민의 주거생활의 안정이 목적임에도 사회적 약자인 영세서민의 보호문제가 대두되어 1983. 12. 30 제1차 개정에서부터 주택임차인은 그 보증금의 일정액에 대하여는 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다고 규정한 것으로서 이것을 주택임차인의 최우선변제권이라고 한다(주택임대차보호법 제8조 제1항).

경매에 있어서 주택임대차보호법은 경제적 약자인 소액 주택임차인의 주거생

활을 보호하기 위하여 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추고 임차보증금이 일정금액 이하인 경우에는 임차 보증금 중 일정액을 선순위 물권자보다도 우선하여 최우선적으로 배당을 한다. 또한 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 중 일정액을 선순위 물권자보다도 우선적으로 변제받는 최우선변제권은 임차주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제를 받을수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이다.<sup>123)</sup>

## (2) 최우선변제권의 요건

### 1) 소액임차인에 해당할 것

주택임대차보호법 제8조 제1항에서 「임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자 보다 우선하여 변제 받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.」 라고 규정하고 있는 바, 소액임차인의 최우선변제권은 경매에 있어서 주택임대차보호법 제3조 제1항과 제2항의 대항요건을 구비하고 있고, 모든 임차인이 아니라 임차보증금이 일정기준 이하의 소액임차인에게만 한정하며 또한 경매신청의 등기 전에 즉, 경매개시결정 등기 또는 채납처분으로서의 압류등기 전에 대항요건을 구비하여야 한다. 또한 최우선변제를 받을 소액임차인은 주택임대차보호법시행령이 지역별로 정하고 있는 범위내의 임차인에게만 해당된다. 행정구역이 변경된 경우에는 임대차보증금의 반환청구권이 발생하는 시점(임대차종료시)의 해당지역을 기준으로 판단하여야 할 것이다.<sup>124)</sup>

우선변제권을 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 대통령령으로 정하며, 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한 다)의 2분의 1 범위내에서만 인정된다(주택임대차보호법 제8조 제3항). 따라서 우선변제를 받을 소액임차인이 여러 명인 경우에 그들이 받아야 할 소액보증금

123) 대법원 2005.5.13. 선고 2003다50771 판결.

124) 정승열, “주택임차보증금 회수청구권의 보장과 문제점”, 「법조」 제46권 제12호, 법조협회, 1997.12, 185면.



의 합산액이 배당할 금액의 2분의 1을 초과하는 때에는 2분의 1에 해당하는 금액을 한도로 하여 각자의 임차 보증금의 비율에 따라 안분배당을 하게 된다. 여기에서 ‘주택가액’이라 함은 낙찰대금에다가 입찰보증금에 대한 배당기일까지의 이자, 몰수된 입찰보증금 등을 포함한 금액에서 집행비용을 공제한 실제 배당할 금액을 말한다.<sup>125)</sup>

보증금의 최우선변제를 받을 소액임차인의 범위는 주택임대차보호법 제8조 제3항에서 대통령령으로 정한다고 규정하고 있으며 그 내용은 다음과 같다.

서울특별시에서는 임차보증금 7,500만원 이하에 대하여 최대 2,500만원까지, 수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다)에서는 임차보증금 6,500만원 이하에 대하여 최대 2,200만원까지, 광역시(수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역은 제외한다), 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시에서는 임차보증금 5,500만원 이하에 대하여 최대 1,900만원까지, 그밖의 지역에서는 임차보증금 4,000만원 이하에 대하여 최대 1,400만원까지이다.

이러한 소액임차인에 해당하는지 여부의 판단시점은 원칙적으로 “배당시”이다. 처음 임대차계약을 체결할 당시에는 보증금액수가 적어 소액임차인에 해당하였다 하더라도 그 후 갱신과정에서 증액되어 규정된 한도를 초과하면 더 이상소액임차인에 해당하지 않는다.

## 2) 임차주택이 경매나 공매로 매각될 것

임차주택의 소액임차인이 최우선변제권을 행사하기 위해서는 임차주택이 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매에 의해서 매각되어야 한다.

2006년 4월 1일부터 시행된 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제415조 제2항의 규정에 의하면 “주택임대차보호법 제8조의 규정에 의한 임차인은 같은 조 규정에 의한 보증금을 파산재단에 속하는 주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 파산신청일까지 주택임대차보호법 제3조 제1항의 규정에 의한 대항요건을 갖춘 소액임차인은 파산절차에서 우선적으로 보호를 받게 된다.<sup>126)</sup>

125) 대법원 2001.4.27. 선고 2001다8974 판결.

### 3) 경매개시결정등기 전에 제3조 제1항의 대항요건을 구비하고 존속할 것

소액임차인의 임차보증금 보호를 위해 규정된 최우선변제권에도 대항요건을 갖추어야 하는데, 주택임대차보호법 제8조 제1항은 「임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.」라고 규정하여 대항요건을 갖추어야 하는 시점에 대해서는 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖추도록 하고 있다.

### 4) 배당요구 종기일까지 배당요구를 할 것

배당요구란 다른 채권자에 의해서 개시된 집행절차에 참여하여 매각대금에서 변제를 받으려는 집행법상의 행위로서 다른 채권자의 강제집행절차에 편승한다는 점에서 종속적이다.<sup>127)</sup>

소액임차인이 임차주택의 환가대금(주택의 가액)으로부터 우선변제권을 행사하기 위해서는 권리신고만으로써는 미흡하다. 경매법원에 비치된 권리 신고 및 배당요구서 제출을 함으로써 배당요구 종기시까지 배당요구를 하거나 채납처분청에 우선행사의 신고를 하여야 하며, 우선변제권이 임차인에게 주어진다 하더라도 임차인이 경매절차에 참가하여 배당요구를 하지 않으면 임차인은 환가대금에서 우선변제를 받을 수 없다.

이와 관련된 대법원의 판결을 보면 민법·상법 기타 법률에 의하여 우선변제 청구권이 있는 채권자, 집행력 있는 정본을 가진 채권자 및 경매신청의 등기 후에 가압류를 한 채권자는 경락기일까지 배당요구를 할 수 있고, 경락기일까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 실제법상 우선변제청구권이 있는 채권자라 하더라도 그 경락대금으로부터 배당을 받을 수는 없다고 하였다.<sup>128)</sup>

126) 한탁영, 전계논문, 69면.

127) 김상수, 전계서, 205면.

이러한 배당요구의 종기는 집행법원이 절차에 필요한 기간을 감안하여 첫 매각기일 이전으로 정한다(민사집행법 제84조 제1항). 그리고 배당요구를 하지 아니한 경우 임차인은 배당받은 후순위채권자를 상대로 부당이득의 반환을 청구할 수도 없다.<sup>129)</sup>

그러나 최우선변제권이 있는 임차인이 배당요구를 하지 않아 배당의 후순위인 근저당권자가 소액임차인이 배당받아야 할 금액까지 배당받았다면 이에 의하여 실제법상의 권리가 확정되는 것이 아니므로 소액임차인은 근저당권자에 대하여 소액보증금 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 된다.<sup>130)</sup>

### (3) 우선변제권과의 공통점 및 차이점

#### 1) 공통점

소액임차인의 최우선변제권과 우선변제권과의 공통점을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 두 개의 권리에서 공통적으로 요구되는 대항요건으로는 주택의 인도와 주민등록을 마치는 것인데, 이러한 대항요건을 갖춘 임차인은 임차기간 중에 양수인이나 경락인과 같은 새로운 소유자에 대하여도 임차권설정등기를 한 것과 같은 권리를 소유한 채 임차기간 동안 살 수 있고, 임차주택이 경매처분을 한다 하더라도 우선변제권을 행사하여 배당요구를 하거나 양수인에 대하여 보증금 반환채권을 행사할 수도 있다.<sup>131)</sup>

둘째, 임차주택에 대하여 진행 중인 경매절차에서 우선변제권을 취하여 보증금 전액에 대하여 배당요구를 하였다 하더라도 그 순위에 따른 배당이 실시될 경우 보증금 전액을 배당받을 수 없을 때에는 그 보증금 중 경매절차에서 배당받은 금액을 공제한 잔액에 대하여 경락인에게 대항하여 이를 반환 받을 때까지 임대

128) 대법원 2005.8.28. 선고 2005다14595 판결

129) 대법원 2002.1.22. 선고 2001다70702 판결.

130) 대법원 1990.3.27. 선고 90다카315 판결; 한삼인·김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006. 2, 137면.

131) 박수진, “부동산경매에서 주택임차인의 보호에 관한 연구”, 경기대학교 행정대학원 석사학위논문, 2007, 59면.

차관계의 존속을 주장할 수 있다.

## 2) 차이점

소액임차인의 최우선변제권과 우선변제권과의 차이점을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 소액임차인의 최우선변제권은 경매개시결정기입등기 전까지는 대항요건을 갖추어야 하지만, 확정일자부 임차인의 우선변제권은 그러한 제한이 없다.

둘째, 소액임차인은 대항요건을 갖춘 경우 자기보다 선순위담보권자는 물론이고 순위에 상관없이 보증금액의 일정액을 취득할 수 있지만, 확정일자부 임차인은 자기보다 후순위 담보권자에게 임차보증금액의 반환을 주장할 수 있다.

셋째, 소액임차인은 주택가액의 1/2의 한도에서 대통령령에서 정하는 보증금을 변제 받을 수 있지만, 확정일자부 임차인은 변제 받을 수 있는 임차보증금의 제한이 없다.

## 5. 검토

임대차계약서에 어떤 공적 확인의 과정, 즉 확정일자를 갖추으로써 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경 내지 조작을 어느 정도 막을 수는 있으나, 주택임대차의 경우에 임대차계약서를 공적으로 공개하는 것이 아니기 때문에 제3자로서는 자기보다 선순위의 임차보증금채권이 얼마나 되는지를 정확히 알 수가 없으므로 임대차계약서에 임차보증금이 공적으로 공시되지 않는 한 임대인과 임차인이 담합에 의해 보증금액을 사후변경 내지 조작할 여지가 있다.

주택임대차보호법이 개정되면서 임차인의 보증금에 관한 보호 장치가 계속 강화되었지만, 임차인의 보증금이 공시되지 아니하는 한, 탈법적으로 악용될 소지가 많아지며 그로 인한 피해는 제3의 양수인 혹은 담보권자에게 돌아가게 되어, 결국 거래의 안전을 위협하게 된다.

따라서 대항요건을 갖춘 임차인에게 임차보증금에 관한 우선변제권을 인정하기 위해서는 단순히 확정일자를 구비하도록 할 것이 아니라, 주민등록 전입신고시에 보증금액을 주민등록표에 기재하거나, 주민등록표 외에 임대차등록부를 별

도로 비치하여 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 이를 열람할 수 있도록 하는 방법 등을 강구해 볼 수 있다.

### 제3절 임차권등기명령제도

#### 1. 임차권등기명령의 의의

임차권등기명령제도는 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 주거를 옮겨 다른 곳으로 이사할 필요가 있을 때 점유를 상실하더라도 종전에 취득한 대항력 및 우선변제의 순위를 그대로 보존할 수 있는 방안으로서 강구된 제도이다.<sup>132)</sup>

종전에는 부동산경매절차에서 주택임대차보호법에 의하여 임대차보증금을 우선변제 받기 위해서는 주택의 인도·주민등록의 이전 그리고 임대차계약증서상의 확정일자를 모두 갖추어야 하므로, 임차인은 임대차가 종료된 후에도 그 주택에 계속하여 거주를 해야만 경매절차가 진행될 경우 임차인에게 우선변제권이 주어지므로 임차인이 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 상태에서 다른 곳으로 이사를 가거나 주민등록을 전출하면 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권을 상실하게 되어 보증금을 반환받는 것이 사실상 어렵게 되는 문제점이 나타남에 따라,<sup>133)</sup> 임차인 단독으로 임차권등기를 할 수 있도록 임차권등기명령제도를 도입함으로써 사회적 약자인 임차인의 권익보호에 충실을 기하고 있는 임차권등기명령제도는 1999년 1월 21일 제4차 개정 때에 법률 제 5641호로 주택임대차보호법 제3조의 3을 신설하여 현재에 이르고 있다.

보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원, 지방법원지원, 시·군법원에 단독으로 임차권등기명령을 신청할 수 있도록 규정하고 있으며, 임대차종료 후 반환 받지 못한 보증금은 전액이든 일부이든 상관없이

132) 이은영, 전제 「채권각론」, 487면.

133) 김종률, 「민법강의」, 박영사, 2000, 842면.

신청이 가능하다. 따라서 임차권등기가 경료되면, 이미 주택임차보호법 제3조의 대항요건을 갖추고 있던 임차인이 주거를 이전하더라도 대항력 및 우선변제권을 그대로 유지하게 되며 아직 대항요건을 갖추지 못한 임차인이더라도 그 등기에 의하여 대항력 및 우선변제권을 취득하게 된다. 또한 경매가 될 경우에도 후순위 물권자 기타 채권자보다 먼저 주택임차보증금을 받을 수 있고 소액임차인의 경우에는 최우선변제권에 의한 우선변제도 받을 수 있다.<sup>134)</sup>

또한 임차권등기명령에 의한 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능을 주목적으로 하고 있으므로 임차권등기가 첫 경매개시결정등기 전에 등기가 된 경우에, 배당받을 채권자의 범위에 관하여 규정하고 있는 민사집행법 제148조의 “저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 자”에 준하여 그 임차인은 별도로 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당받을 채권자에 속하는 것으로 보아야 한다.<sup>135)</sup>

## 2. 임차권등기명령의 신청요건

### (1) 임대차의 종료

임차권등기명령을 위해서는 임대차가 종료되어야 하며, 이 경우 임대차의 종료 원인은 불문한다. 따라서 임대차존속기간의 만료로 인한 경우는 물론 해지통고나 합의로 해지된 경우에도 가능하나,<sup>136)</sup> 임대차가 존속중인 때에는 임차권등기명령을 할 수 없다. 다만, 묵시갱신이 이루어진 경우 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지의 통지를 할 수 있고, 계약해지의 효력은 임대인이 그 통지를 받은 날로부터 3개월이 경과하여야 발생하기 때문에(주택임대차보호법 제6조의 2) 임차인은 위 계약해지의 효력이 발생하기 전에 임차권등기명령신청을 할 수 없다.<sup>137)</sup>

134) 한탁영, 전계논문, 38면.

135) 대법원 2005.9.15. 선고 2005다33039 판결.

136) 정승열, 전계 「상가·주택임대차보호법 실무」, 455면.

## (2) 보증금을 반환 받지 못한 때

임차권등기명령은 근본적으로 임차보증금반환청구권의 확보를 위한 제도이기 때문에 임차인이 보증금을 반환받지 못한 경우에 한하여 인정되는 것이다. 제도의 취지상 보증금을 반환받지 못한 경우란 보증금의 전부를 반환받지 못한 경우는 물론 일부라도 반환받지 못한 경우도 포함되며,<sup>138)</sup> 다만 임차권등기명령의 대상은 원래의 보증금이 아니라 잔존 보증금에 대하여서만 가능하다.<sup>139)</sup> 임차권등기명령절차에 관한 규칙(2002. 10. 30. 대법원규칙 1797호) 제2조 제1항 제5호도 임차권등기명령신청서에 기재하여야 할 사항 중 하나로 “반환받지 못한 임차보증금액 및 차임”을 규정하고 있다.<sup>140)</sup>

## (3) 신청인

### 1) 임차인

임차권등기명령은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인으로서 임대차계약서에 기재된 임차인이 신청하는 것이 원칙이고, 임차인의 신청에 의해서 실행되며 법원의 직권에 의한 임차권등기명령은 허용되지 않는다.<sup>141)</sup>

임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 및 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 및 우선변제권은 그대로 유지되고, 대항력이나 우선변제권이 없는 임차인 또는 예전에 대항력을 취득하였으나 임차권등기 전에 일시적으로 대항력을 상실한 임차인도 임차권등기에 의하여 대항력 및 우선변제권을 취득하게 된다(주택임대차보호법 제3조의 3 제5항).

137) 임윤수 전계논문, 120면.

138) 박인숙, “주택임대차보호법상 임차인보호의 제도적 개선방향”, 충북대학교 법무대학원 석사학위논문, 2009, 47면.

139) 박수진, 전계논문, 61면.

140) 한탁영, 전계논문, 40면.

141) 김효석, 전계 「주택임대차 분쟁의 해결」, 488면.

임차인이 임차주택의 점유를 상실하거나 주민등록을 다른 곳으로 전출한 다음 임차권등기명령을 신청하면 법원은 점유개시일자 또는 주민등록전입일자를 기재하지 않은 채로 임차권등기명령을 발령하여야 하며, 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료되면 임차인은 주택임대차보호법 제3조 제1항의 규정에 의한 대항력 및 제3조의 2 제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득하게 되는 바, 취득시점은 점유개시일자나 주민등록전입일로 소급하는 것이 아니라 임차권등기가 이루어진 날(즉, 촉탁서가 등기소에 접수된 날)에 대항력 및 우선변제권을 취득한다고 보아야 할 것이다. 따라서 임차권기입등기가 경료(접수)된 날짜에 확정일자를 받은 것과 동일한 효력이 있다고 볼 수 있다.<sup>142)</sup>

## 2) 전차인·임차권양수인

임대인의 동의나 승낙을 얻어 적법하게 전대차를 한 경우의 전차인도 임차권등기명령을 신청할 수 있다. 임차인으로부터 임차권을 양수받은 자도 그 사실을 입증하는 임차권양도계약서 등 소명자료를 첨부하면 임차권등기명령을 신청할 수 있다.<sup>143)</sup>

## (4) 피신청권자

임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 누구를 상대로 하여 임차권등기명령을 신청할 것인지에 대하여 살펴보면, 임차권등기명령신청을 할 당시 이미 임차인이 대항력을 취득한 경우에는, 임차주택의 소유권이 임대인에게 남아 있으면 임대인을 상대로, 임차주택이 매매나 상속, 증여 기타 사유로 양도되었으면 임대인의 지위를 승계한 양수인을 상대로 임차권등기명령을 신청할 수 있고, 처음부터 대항력을 취득하지 못하였거나 대항력을 취득했다가 그것을 상실한 경우에는, 임차주택의 소유권이 임대인에게 남아 있으면 임대인을 상대로 임

142) 한봉상, “주택임차권등기명령제도에 관한 소고”, 「우암논총」 제31집, 청주대학교 대학원, 2009, 184-185면.

143) 김병학, “부동산경매절차에 있어서 등기의 효력에 관한 연구”, 전주대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 157면.



차권등기명령을 신청할 수 있으나 임차주택이 양도되었으면 임차인은 양수인에게 대항할 수 없기 때문에 더 이상 임차주택의 양수인을 상대로 임차주택에 대한 임차권등기명령신청을 할 수 없을 것이다.<sup>144)</sup> 따라서 임차주택을 점유하고 있으나 실제의 지번과 주민등록이 불일치하여 대항요건을 갖추지 못한 경우 소유권의 변동으로 인하여 임대인의 지위를 승계한 매수인을 상대로 임차권등기명령을 신청할 수 없다. 그러므로 기존의 임대인에게는 대항력이 구비되지 않았더라도 임차보증금을 반환 받지 못한 경우에는 임차권등기명령을 신청할 수 있지만, 새로운 매수자에게 임차권등기명령을 신청하기 위해서는 반드시 대항력의 요건을 구비하고 있어야 한다.<sup>145)</sup>

## (5) 임차주택

### 1) 등기된 임차주택

임차권등기명령 대상 주택은 원칙적으로 등기된 주택이어야 한다. 따라서 무허가 임차주택은 임차권등기명령의 대상이 되지 않는다. 다만, 임차주택에 관하여 사용승인을 받고 건축물관리대장이 작성되어 있어 즉시 임대인 명의로 소유권보존등기가 가능한 미등기 주택의 경우에는 임대인을 대위하여 임차인이 소유권보존등기를 마친 다음 임차권등기를 할 수 있으므로 예외적으로 임차권등기명령의 대상이 된다. 이 경우에 건축물관리대장 등을 첨부하여 임차권등기명령을 신청할 수 있다(임차권등기명령절차에 관한 규칙 제2조 제3항 제2호).

주택의 일부가 주거외의 목적으로 사용되는 경우와 같이 주거용 부분과 비주거용 부분을 겸한 겸용건물의 경우에도 임차권등기명령의 대상이 된다.

### 2) 주택의 일부

건물의 일부가 임차목적물이 된 경우, 예컨대 다가구주택의 일부분을 임차한

144) 윤경, 「부동산 경매(입찰)의 실무(하)」, 법률정보센터, 1999, 356면; 박해식·박정삼, 전게서, 299면.

145) 한탁영, 전게논문, 39면.

경우도 임차권등기명령의 대상이 된다(주택임대차보호법 제3조의 3 제2항 제2호, 임차권등기명령절차에 관한 규칙 제2조 제1항 제4호). 이와 같이 주택의 일부가 임차목적물이 된 경우 임차권등기명령신청서에 그 임차목적인 부분을 표시한 도면을 첨부하여야 한다(주택임대차보호법 제3조의 3 제2항 제2호, 임차권등기명령절차에 관한 규칙 제2조 제1항 제4호).

### 3) 실질적 주택

임차목적물이 주거용인지 비주거용인지의 여부에 대한 판단은 건물의 현황·용도 등에 비추어 실질적으로 판단하여야 하고, 등기부나 건축물관리대장 등 공부상의 표시에 의하여 형식적으로 판단하여서는 아니 되므로, 예컨대 근린생활시설 겸 업무시설, 지하실, 공장, 사무실 등으로 되어 있는 경우일지라도 주거용으로 임차하여 사용하고 있다면 주거용 건물로 판단하여 임차권등기명령의 대상이 된다고 폭넓게 보아야 할 것이다.<sup>146)</sup> 다만, 이 경우에는 임대차계약 체결시부터 임차권등기명령신청 당시까지 주거용으로 사용하고 있음을 증명하여야 하며(임차권등기명령절차에 관한 규칙 제3조 제5호), 임차목적물의 사진, 도면 등은 이용현황을 증명하는 유력한 자료가 될 수 있을 것이다.<sup>147)</sup>

### 3. 임차권등기명령의 진행절차

임차인이 단독으로 관할법원에 임차권등기명령을 신청하면 법원에서는 우선 서면심리방식에 의하여 임차권등기명령의 발령 여부를 심리하고 그 신청이 이유가 있다고 판단하면, 통상 결정의 형식인 임차권등기명령을 발령한다. 그리고 임대인에게 임차권등기명령이 송달된 후 법원은 임차주택의 소재지를 관할하는 등기소에 지체 없이 재판서 등본을 첨부하여 임차권등기를 촉탁하고 등기관이 등기부의 울구란에 임차권등기를 기입한 후 등기필증을 교부한다.<sup>148)</sup> 임차권등기명

146) 조성길, “주택임차권등기명령제도에 관한 연구”, 경원대학교 사회정책대학원 석사학위논문, 2009, 93면.

147) 박해식·박정삼, 전거서, 301-302면.

148) 정중암, “주택임차인 보호에 관한 연구”, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2008, 51면.

령의 절차는 임차권등기명령의 신청에 대한 재판, 임차권등기명령의 결정에 대한 임대인의 이의신청 및 그에 대한 재판, 임차권등기명령의 취소신청 및 그에 대한 재판 또는 임차권등기명령의 집행 등에 관하여는 민사집행법의 규정이 준용된다.<sup>149)</sup>

### (1) 심리

임차권등기명령의 신청사건에 대한 심리는 변론절차를 거치거나 거치지 않을 수도 있는데, 변론을 거친 때에는 판결의 형식으로, 변론을 거치지 않은 경우에는 결정의 형식으로 임차권등기명령을 발령하거나 기각하게 된다(민사집행법 제280조 제1항, 제281조 제1항).

### (2) 임대인에 대한 송달

실무에 있어서 임차권등기명령은 특별한 경우를 제외하고는 변론 없이 서면심리방식에 의거하기 때문에 결정의 형식으로 발령하므로 법원은 임차권등기를 촉탁하기 전에 임대인에게 임차권등기명령에 관한 결정정보를, 특별한 사정이 있어 변론절차를 거친 경우에도 임대인에게 임차권등기명령에 관한 판결정보이나 결정정보를 먼저 송달한다.<sup>150)</sup>

### (3) 임차권등기명령의 효력 발생 시기

임차권등기명령은 판결에 의한 때에는 선고를 한 때에, 결정에 의한 때에는 상당한 방법으로 임대인에게 고지를 한 때에 그 효력이 발생한다(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제4조).

따라서 판결에 의한 때에는 선고를 한 때에, 결정에 의한 때에는 특별송달우편으로 결정 정보를 임대인에게 송달하는 방법으로 고지가 되며, 특별송달우편이

149) 조성길, 전계논문, 96면.

150) 한탁영, 전계논문, 42면.

임대인에게 송달되면 그 효력이 발생한다.<sup>151)</sup>

#### (4) 촉탁과 등기

임차주택에 대한 임차권등기명령의 집행은 명령을 발령한 법원의 촉탁에 의하여 관할등기소 등기관이 등기부의 을구란에 이를 기입함으로써 이루어지는데, 임차권등기명령이 판결에 의하여 선고되거나 결정에 의하여 고지되어 효력이 발생하면, 임차주택의 소재지를 관할하는 등기소에 지체없이 촉탁서에 재판서 등본을 첨부하여 등기관에게 임차권등기의 기입을 촉탁하여야 한다(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제5조)<sup>152)</sup>. 그리고 등기관은 법원의 촉탁에 의하여 임차권등기를 하는 경우에 건물등기부의 을구란에 임대차계약을 체결한 날, 임차보증금액, 임차주택을 점유하기 시작한 날, 주민등록을 마친 날, 임대차계약서상의 확정일자를 받은 날을 기재하고 등기의 목적을 주택임차권이라고 기재하여야 한다. 차임의 약정이 있는 경우에는 이를 기재하여야 한다(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제6조). 등기관은 법원의 촉탁에 의하여 임차권등기의 기입을 마친 후에 등기필증을 작성하여 촉탁법원에 송부하여야 한다(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제7조).

#### (5) 임차인의 항고

임차권등기명령의 신청을 기각하는 결정에 대하여 임차인은 항고할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의 3 제4항). 이러한 항고에 관하여는 민사소송법 제3편 제3장의 항고에 관한 규정을 준용한다(임차권등기명령절차에 관한 규칙 제8조). 이 항고는 항고제기기간의 제한이 없는 통상항고로서 항고의 실익이 있는 한 보증금을 전부 반환받을 때까지 어느 때나 제기할 수 있다.<sup>153)</sup> 미등기 주택에 대하여

151) 류창현, 전계논문, 104면.

152) 임차권등기명령절차에 관한 규칙(대법원규칙 제1592호):

제5조(임차권등기의 촉탁) : 법원사무관 등은 임차권등기명령의 효력이 발생하면 지체없이 촉탁서에 재판서 등본을 첨부하여 등기관에게 임차권등기의 기입을 촉탁해야 한다.

153) 한탁영, 전계논문, 42면.

임차권등기명령에 의한 등기촉탁이 있는 경우에는 등기관은 부동산등기법 제134조(미등기부동산의 처분제한의 등기)의 규정을 준용하여 직권으로 갑구란에 소유권보존등기를 한 후 을구란에 주택임대차등기를 하여야 한다(임차권등기에 관한 업무처리지침(2007. 10. 24. 대법원예규 제1213호).

#### (6) 임대인의 이의

임대인은 임차권등기가 유효하게 존재하는 한 임차권등기명령의 결정에 대하여 취소나 변경을 신청하는 이유를 명시하여 기간의 제한 없이 이의신청을 할 수 있는데 이의 사유에는 아무런 제한이 없다. 한편, 이의신청은 임차권등기명령의 집행을 정지하지 않는다(민사집행법 제283조). 이의 신청이 있는 경우에는 법원은 변론기일을 정하고 당사자에게 이를 통지하여야 한다. 법원은 종국판결로 임차권등기명령의 전부나 일부의 인가, 변경 또는 취소를 선고하며, 이 경우 법원은 적당한 담보를 제공하도록 명할 수 있다(민사집행법 제286조).

임대인이 즉시 이의신청을 하는 경우에는 임차인은 임차권등기가 마쳐졌더라도 쉽게 이사를 가지 못하게 되는 문제가 있다. 왜냐하면 만일에 임대인의 이의 신청에 의하여 임차권등기가 취소되었을 때 임차인의 대항력과 우선변제권은 유지될 수 없기 때문에 패소의 위험성을 각오하고 임차주택을 명도해 줄 임차인은 많지 않을 것이기 때문이다.<sup>154)</sup>

#### (7) 임대인의 사정변경에 의한 임차권등기명령취소

임대인은 임차권등기의 사유가 소멸하거나 그밖에 사정이 바뀌거나 법원이 정한 담보를 제공한 때에는 임차권등기 후에도 그 취소를 신청할 수 있고, 임차권등기를 명한 법원은 이러한 신청에 대하여 종국판결로 재판을 하게 된다.(민사집행법 제288조)

#### 4. 임차권등기명령의 효력

154) 김효석, 전제 「주택임대차 분쟁의 해결」, 508면.

### (1) 대항력 및 우선변제권의 취득

임차권등기명령의 집행에 의하여 임차권등기가 마쳐지면 임차인은 대항력 및 우선변제권을 취득한다. 임차권등기 이후에는 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제권을 상실하지 아니한다(주택임대차보호법 제3조의 3 제5항). 따라서 임차권등기가 마쳐진 이후에는 주택의 점유와 주민등록의 요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력과 우선변제권은 여전히 유지되기 때문에 임차인이 다른 곳으로 주거지나 주민등록을 옮겨도 무방하다.

임차인이 아직 대항력 및 우선변제권을 취득하지 못한 상태에서 임차권등기가 되면 그 등기시점을 기준으로 대항력 및 우선변제권의 취득여부를 판단한다. 예컨대 임차권등기시에 이미 임차주택에 저당권 등의 담보권이 설정되어 있는 경우에는 임차인은 임차권등기를 하더라도 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 매각허가를 받은 매수인에게 대항하거나 이미 설정된 저당권자 등의 담보권자에 우선하여 배당을 받을 수가 없다. 그러나 매각대금지급기일 이전에 선순위담보권이 소멸한 경우에는 후순위 임차권의 대항력 및 우선변제권의 소멸하지 아니하고 존속한다.<sup>155)</sup>

### (2) 대항력 및 우선변제권의 유지

임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기가 마쳐진 이후에는 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 및 우선변제권은 상실하지 아니한다(주택임대차보호법 제3조의 3 제5항 단서).

한편 임차권등기명령은 주택의 점유를 상실하거나 주민등록을 옮기더라도 종전에 취득한 대항력 및 우선변제권을 그대로 유지시키는 제도일 뿐이고 임차권등기에 물권을 부여하는 취지는 아니므로 임차인은 주택임차권등기에 기하여 직접 경매를 신청할 수는 없고, 임차권등기를 마친 임차인이라도 실제로 보증금을

<sup>155)</sup> 대법원 1988.8.24. 선고 98마1031 판결.

반환받기 위해서는 임차보증금반환청구소송 등을 제기하여 집행권원을 확보한 후 임차주택의 강제경매를 신청하여야 한다.<sup>156)</sup>

### (3) 소액보증금의 최우선변제권 배제

임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 마쳐진 주택을 그 이후에 임차한 임차인에 대해서는 주택임대차보호법 제8조의 규정에 의한 소액보증금의 최우선변제권을 받을 권리를 배제하고 있다.<sup>157)</sup> 임대차계약을 체결함에 있어서 현실적으로 임대인이 임차보증금을 반환하기 위해서는 그 건물을 제3자에게 재임대하여야 하는 경우가 대부분인데, 임차권등기 후에는 소액임차인에 해당한다고 하더라도 최우선변제권이 없다는 사실을 알면서도 임대차계약을 체결하려는 임차인은 없을 것이므로 임차보증금의 반환이 더욱 어려워질 가능성도 많은 것이다.<sup>158)</sup>

이와 같이 임차권등기 후의 소액임차인에 대하여 최우선변제권을 배제한 입법 취지는, 임차권등기 후의 소액임차인에 의한 최우선변제권 행사로 인하여 임차권등기를 한 임차인이 입을지도 모르는 불측의 손해를 방지하기 위한 것이다. 왜냐하면, 임차인이 임차권등기를 경료한 후 자신의 우선변제권이 유지된다고 믿고 다른 곳으로 이사를 간 이후에 소액임차인이 그 주택을 임차한 경우에는 소액임차인의 최우선변제권 때문에 임차권등기를 하고 퇴거를 한 임차인의 우선변제권이 유명무실해질 우려가 있기 때문이다.<sup>159)</sup>

### (4) 임대보증금에 대한 이자

임차인의 임차주택의 명도의무와 임대인의 보증금반환의무가 동시이행의 관계에 있으므로 임차인이 임차권등기를 경료한 후 임차주택을 명도한 경우에 임대인의 보증금반환 채무는 이행지체에 빠지기 때문에 임차인은 그 때부터 보증금

156) 조성길, 전계논문, 100면.

157) 박준서, 전계서, 549면.

158) 김효석, 전계 「주택임대차 분쟁의 해결」, 512면.

159) 조경신, “주택임대차보호법상 임차인의 보호에 관한 연구”, 군산대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 67면.

을 반환받을 때까지 임대인에 대하여 보증금에 대한 지연손해금을 청구할 수 있다.<sup>160)</sup>

#### (5) 임차권등기명령의 소요비용 및 부담

임차인은 임차권등기명령의 신청 및 그에 따른 임차권등기와 관련하여 소요된 비용을 임대인에게 청구할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의 3 제8항). 즉, 임차권등기명령신청은 임대인이 보증금반환의무를 다하지 않은 데에 따른 것이기 때문에, 임차권등기 관련비용은 임대인의 귀책사유에 의해 발생한 것이어서 그 비용을 임대인에게 부담하도록 한 것이다.<sup>161)</sup>

### 5. 검토

임차권등기명령신청자가 임대차가 종료되어 새로운 주택으로 이사를 가려는 경우에, 임대인의 보증금 반환지연 등으로 인하여 타주택으로 이주하는데 문제가 생길 수 있다. 보통 임대인은 새로운 임차인을 모색하여 그로부터 임차보증금을 받고 그것을 기존 임차인에게 지불하는 것이 관행인데, 실상 그 주택에 새로운 임차인이 나타나지 않는 경우에는 임차권등기명령을 신청하여 이사를 해야 하는 영세한 서민들에게 이 제도가 큰 도움을 주지 못하게 된다.

또한 대개의 경우 영세한 임차인들은 저렴한 주택을 임차하여 거주하는 것이 보통인데, 이러한 주택이 등기가 불가능한 무허가 건물인 때에는 임차권등기명령의 신청요건이 되지 않는다. 결국 등기가 불가능한 주택에 거주하는 영세 임차인이 임차권등기명령제도를 이용하는 데는 한계가 있다고 할 것이다.

그리고 민사소송법 제283조에 의하면 임대인은 임차권등기명령이 유효하게 존재하는 한, 기한의 제한없이 이의신청을 할 수 있기 때문에 만약 임대인의 이의신청이 받아들여져서 임차권등기가 취소되면, 임차인의 대항력 및 우선변제권이 유지될 수 없다는 문제점도 있다.

160) 박해식·박정삼, 전거서, 313면.

161) 김효석, 전거 「주택임대차 분쟁의 해결」, 514면.



## 제4장 임차인의 보증금 보호의 문제점 및 개선방안

### 제1절 문제점

#### 1. 대항력의 문제점

##### (1) 공시방법으로서 주민등록의 불완전성

주택임대차보호법 제3조 제1항은 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다”고 규정하고 있다. 주민등록은 본래 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여 행정사무를 적정하고 쉽게 처리할 목적으로 만들어진 제도이므로, 주택임대차보호법에서 임차권의 대항요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록을 요구하는 것은 임차권의 공시방법으로서가 아니라 주민이동이라는 행정상의 목적에 있으므로 이를 민사관계에 적용하는 것은 무리가 있다는 견해<sup>162)</sup>가 있고, 주택임대차보호법이 제3자에 대한 대항력 취득요건으로서 주택의 인도 이외에 주민등록까지 요구하고 있는 것에 대하여 일본의 차지차기법<sup>163)</sup> 등과 비교하여 볼 때 시대역행적이고 낙후된 입법이라는 비판도 있으며,<sup>164)</sup> 이와는 달리 주민등록은 등기의 경우와는 다르게 비용이 들지 아니하고 임차인의 일방적 신고만으로 이루어지고, 그 절차도 비교적 간단하고, 임차인의 주민등록은 임대주택에 관한 거래의 원활과 안전이라는 관점 및 소액 임차인의 우선변제권제도의 악용방지라는 측면에서 그 의의를 무시할 수 없다고 하는 견해<sup>165)</sup>도 있다. 임차인뿐만 아니라

162) 고상용, 전제 “주택임대차보호법의 제문제-제2차개정과정을 중심으로”, 189면.

163) 일본의 차지차기법 제31조는 건물의 등기가 없어도 건물의 인도가 있는 것만으로 그 후에 건물의 물권을 취득한 자에 대하여 대항력을 인정하고 있다.

164) 이위주, 전제서, 37면.

이해관계인의 보호를 위하여 주택의 인도만으로 발생하는 공시의 불완전성을 어느 정도 해소하기 위해서는 주민등록의 공시기능의 보완성을 무시할 수는 없으므로 주택의 인도와 주민등록은 대항력의 요건으로서 유지되어야 하는데,<sup>166)</sup> 주민등록에 기재되는 사항은 극히 개인적인 신원관계사항에 그치므로 임대차관련 사항의 기재란을 추가하지 않는 한, 임대차관계의 공시방법으로서는 부적절하다고 할 수 있다.

그런데 현재 주민등록에 관한 대법원 판례<sup>167)</sup>도 상당수 축적이 되어있고, 거래에 임하는 일반거래당사자들도 대부분 임대보증금을 확실히 반환받기 위해서는 새 주소지로 주민등록(전입신고)을 이전함이 필요하다는 것을 알고 있기 때문에 주민등록의 본질과 달리 주민등록이 본래적 의미에서 볼 때 공시방법으로서는 한계가 있음은 사실이나 현실적으로는 공시기능을 수행하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>168)</sup>

그러나 주민등록은 동주민센터 등에서 임차인의 신고만으로 이루어지고, 담당 직원은 전입신고서에 기재된 주소지 또는 임대차계약서에 기재된 주소지에 대하여 아무런 확인을 하지 않은 채 주민등록을 하거나 확정일자인을 날인하므로 등기부에 기재된 주소와 상이한 경우가 많이 발생한다. 또한 행정상 주소는 행정구역의 개편 등으로 지번이 자주 달라지거나, 준공당시의 주소와 등기시의 주소가 달라지는 경우가 많이 있다. 정확한 주소를 신고하여야 하는 임차인의 과실이 크다 하겠으나 단순히 임차인에게만 책임을 물을 수 없는 경우도 상당하다. 결국 주민등록법상 주민등록을 민사법상 권리관계와 관련지움으로써 그로 인한 불이익을 임차인이 고스란히 떠안는다는 것은 모순이 아닐 수 없다.

## (2) 대항력 발생시기의 문제

165) 이공현, “주택임대차보호법상 대항요건으로서 주민등록대상자”, 「대법원판례해설」 제8호, 법원행정처, 1987, 170면.

166) 소견영, 전제 “주택임대차보호법상의 대항력”, 92면.

167) 대법원 2003.6.10. 선고 2002다59351 판결; 대법원 2002.10.11. 선고 2002다20957 판결; 대법원 1995.8.11 선고 95다177 판결; 대법원 1995.4.28. 선고 94다27427 판결; 대법원 1987.10.26. 선고 87다카14 판결; 대법원 1989.1.17. 선고 86다카143 판결; 대법원 1987.2.24. 선고 86다카1695 판결.

168) 윤기택, “뉴질랜드의 임대차법에 관한 연구--주택임대차를 중심으로-”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005. 6, 358면.

주택임대차보호법 제3조 제1항의 규정에 따라 대항력의 발생시기는 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 익일부터이다. 판례도 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일 오전 0시부터 제3자에게 효력이 발생한다”고 하고 있다.<sup>169)</sup> 이러한 경우에 현실적으로 이사 당일에 전입신고를 한다는 것은 어려운 게 사실이며, 대법원은 “주택임대차보호법 제3조 제1항이 인도와 주민등록을 갖춘 다음날부터 대항력이 발생한다고 규정한 것은 인도와 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 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경료하였음에도 불구하고 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다도 등기를 경료한 권리자를 우선시키고자 하는 취지이고, 주택임대차보호법 제3조2 제2항에 규정된 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 주택임차권의 제3자에 대한 물권적 효력으로서 임차인과 제3자 사이의 우선순위를 대항력과 달리 규율하여야 할 합리적인 근거도 없으므로 법 제3조의 2 제2항에 규정된 확정일자를 입주 및 주민등록과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제적 효력은 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다”라고 판시<sup>170)</sup>하고 있다. 따라서 이사 후 전입신고 전에 당해 주택이 매매되거나 담보물권이 설정됨으로서 임차인의 대항력 취득이 배제되는 결과가 초래될 수 있으며, 대항력 취득시기가 당일이 아니고 그 익일이라는 사실이 문제점으로 지적된다.

### (3) 확정일자 후 임대차계약서 분실시 우선변제권 소멸의 문제점

임대차계약서상의 확정일자는 임차권의 존재를 공시하기 위한 것이 아니라 우선변제권의 우선순위를 확정하고 임대인과 임차인이 통모하여 제3자의 권리를

169) 대법원 1999.5.25. 선고 99다9981 판결; 대법원 1998.9.8. 선고 98다26002 판결.

170) 대법원 1997.12.12. 선고 97다22393 판결.

침해하는 것을 방지하는 기능을 한다. 여기에 임대차계약서 상에 확정일자인을 등기소, 공증사무소, 동주민센터 등으로부터 받게 되면 채권에 불과한 임차권이 전세권설정등기의 효력과 같이 당해 임차주택이 경매되더라도 후순위권리자, 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있다.

대항요건을 갖추고 임대차계약서에 확정일자를 받아 우선변제권을 취득한 임차인이 그 후 어떠한 사정으로 그 계약서를 분실·멸실하는 경우가 있다. 공증사무실에서는 확정일자인 임대차계약서를 공증하여 보관하지만 등기소나 주민센터에서는 “확정일자부”에 청구인의 주소, 성명, 문서명, 확정일자, 부여일자만 기록되어 있을 뿐 임대차계약서의 가장 중요한 임차보증금은 기재하는 것이 아니기 때문에 후에 임대차계약서를 분실할 경우 우선변제권의 효력을 상실하여 임차보증금을 받지 못하는 경우가 있는데, 임차주택에 대하여 경매절차가 진행되어 임차인이 권리신고 및 배당요구를 하고 경매법원이 임차인의 우선변제권을 인정하여 배당표를 작성하게 되면 후순위 담보권자 등은 이러한 임차인의 우선변제권을 문제삼아 배당이의를 제기하는 사례를 종종 볼 수 있다.

이러한 경우에 경매절차의 배당과정에서 확정일자가 찍힌 임대차계약서가 반드시 현실적으로 존재하여야 하는지, 계약서를 분실 또는 멸실한 임차인의 우선변제권은 어떻게 취급할 것인지와 그러한 임차인으로서의 우선변제권을 인정받기 위하여 어떤 조치를 취하여야 할 것인지 등이 문제된다.

#### 1) 견해의 대립

원래 임차권이라는 것은 그 공시방법이 불완전하므로 거래안전을 위하여 배당과정에서 확정일자 있는 임대차계약서가 현실로 존재하여야 하는 것으로 우선변제권의 성립요건을 엄격히 해석하여야 한다는 견해가 있다. 즉 확정일자 부여기관의 업무처리 과정에서 단순히 임대차계약서에 확정일자를 찍어 줄 뿐이고 임차목적물이나 임차금액 등 임대차 내용을 확인한 후 그에 관한 자료를 남겨두지 않기 때문에, 확정일자를 다시 작성하더라도 원래의 확정일자와 같은 날짜로 소급하여 확정일자를 부여받을 수 없으며, 새로 확정일자를 부여받은 경우에는 그 때부터 효력이 발생한다고 한다.<sup>171)</sup>

그러나 임대차계약서에 확정일자를 받아 우선변제권을 취득한 임차인이 나중에 그 임대차계약서가 분실·멸실되었다는 이유만으로 우선변제권이 소멸된다고 단정하여서는 안 될 것이다. 왜냐하면 임차인이 분실·멸실 등의 사정으로 배당요구과정에서 확정일자를 부여받은 임대차계약서를 제출하지 못하더라도 다른 사정에 의하여 확정일자를 부여받은 사실이 증명된다면 우선변제권 행사에는 지장이 없다고 해석하여야 함이 타당하다는 견해<sup>172)</sup>도 있다.

## 2) 판례의 태도

임차인으로부터 종전의 임대차계약서를 돌려받은 임대인이 그 임대차계약서를 폐기하였지만 공증인가 ○○ 법무법인의 사무소에 보관된 확정일자 발급대장에 의하면 임차인이 종전의 임대차계약서에 확정일자를 받은 사실이 증명된다고 하면서, 주택임대차보호법상의 대항요건을 갖추고 임대차계약증서에 확정일자를 받아 주택임대차보호법 제3조의 2 제2항의 소정의 우선변제권을 취득한 임차인이 나중에 그 임대차계약서를 분실하거나 그 임대차계약서가 멸실되었다고 하여 그 우선변제권이 소멸하게 된다고는 볼 수 없다고 하였다.<sup>173)</sup>

한편, 임차주택의 경매절차에서 임차인이 배당법원에 제출한 임대차계약서가 확정일자를 부여받은 계약서가 아니고 부동산중개업소에서 보관 중이던 계약서 사본이라는 사실과, 확정일자가 있음을 증명하기 위하여 별도로 제출한 확정일자 부 사본에는 그 확정일자를 부여한 문서의 명칭이 기재되어 있지 않다는 사실을 들어, 임차인이 주장하는 일자에 확정일자를 받았다고 보기 어려우므로, 임차인은 임대차계약서상에 확정일자를 부여받았음을 인정할 자료가 없어 임차보증금에 대한 우선변제권이 없음에도 불구하고, 배당법원이 임차인의 배당신청을 받아들여 임차인에게 임차보증금 상당액을 배당한 것은 우선변제 청구권이 없는 임차인에게 근저당권자보다 우선하여 배당한 것이어서 부당하다고 하여 배당이의의를 한 사안에서, 재판부는, “임차인의 주민등록등본 등 공문서와 진정성립이 인

171) 조은래, “현행 주택임대차보호법상의 문제점과 해설-대법원판례를 중심으로”, 「비교법학」 제12집, 부산외대 비교법학연구소, 2001, 235면.

172)곽중기, “확정일자와 그 처리”, 「실무연구」 제2권, 광주지방법원, 1997, 93면.

173) 대법원 1996.6.26. 선고 96다12474 판결.

정되는 확정일자부의 기재, 증인의 증언 및 변론의 전 취지를 종합하여, 임차인이 서울지방법원 관악등기소에서 임대차계약서상에 확정일자를 부여받은 사실을 인정할 수 있다”고 판시하고<sup>174)</sup>, 임차인은 주택을 그 소유자로부터 임차하여 근저당권설정등기가 경료되기 이전에 주택임대차보호법 제3조의 제1항에서 소정의 대항요건인 인도와 주민등록 및 확정일자를 갖춘 임차인으로서 위 조항 소정의 우선변제를 받을 임차인에 해당한다고 하였다.

### 3) 소결

분실 또는 멸실 등의 사정으로 인하여 확정일자를 부여받은 임대차계약서를 경매법원에 제출할 수 없는 주택임차인은 당초 확정일자를 부여받은 기관으로부터 해당 확정일자부를 사본으로 교부받고, 임대인이나 부동산중개업소에 보관중인 임대차계약서 부분과 함께 경매법원에 제출하는 등의 방법을 강구하여야 할 것이다. 확정일자 취급기관에서는 확정일자를 찍어준 임대차계약서 사본을 보관하지는 않으므로 평상시에 확정일자를 받은 임대차계약서 사본을 임차인이 스스로 보관하는 것도 바람직한 방안이라고 생각된다.

## 2. 우선변제권의 문제점

### (1) 임차보증금의 대외적 공시에 관한 문제

일반적으로 보증금 내지 전세금은 거액이므로 어떤 공적 확인의 과정을 거치지 않은 때에는 임대인이 임의로 또는 양당사자간의 공모 등으로 보증금액을 조정할 우려가 있을 수 있다. 더욱이 보증금의 우선변제권을 부여할 경우는 제3자에 대한 영향이 지대하다 할 것이므로 어떠한 형태로든간에 계약서상의 어떤 공적 확인의 과정을 거치도록 한다는 방법이 확정일자이다.<sup>175)</sup>

이와 같이 임대차계약서에 확정일자를 갖출 것을 요구함으로써 임대인과 임차

174) 서울지방법원 1996.9.13. 96가합33308 판결.

175) 박준서, 전게서, 538면.

인의 담합에 의한 보증금액의 사후 변경 내지 조작을 어느 정도 막을 수는 있으나, 주택임대차의 경우에 임대차계약을 공적으로 공개하는 것이 아니기 때문에 제3자로서는 확정일자를 받았는지, 받았다면 보증금액이 얼마인지를 알 길이 없으므로 주택의 담보권자는 자기보다 선순위의 임차보증금채권이 얼마나 되는지를 정확히 알 수가 없으므로 거래의 안전이 크게 위협을 받는다.<sup>176)</sup>

따라서 임대차계약서에 임차보증금이 공적으로 공시되지 않는 한 임대인과 임차인이 담합에 의해 보증금액을 사후변경 내지 조작할 여지가 있다.

## (2) 소액보증금의 비현실화

주택임대차보호법 제8조는 임차인에게 대지의 가액을 포함하는 주택의 가액의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정하는 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 부여함으로써 소액보증금에 대한 무주택자의 최소한의 보증금을 최우선적으로 확보하여 영세 임차인들의 주거안정을 도모하였다. 대통령령 제22284호로 2010. 7. 21. 개정된 주택임대차보호법 시행령 제3조 제1항에 의하면 서울특별시(수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다)은 2,500만원, 수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다)은 2,200만원, 광역시(수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역은 제외한다), 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시는 1,900만원, 그 밖의 지역은 1,400만원으로 정하여 우선변제 받을 권리가 있다고 규정하고 있으나, 이와 같이 영세민의 주거생활의 안정을 위해 마련된 소액보증금 최우선변제권은 치솟는 주택전세가격에 비하면 그 금액이 현실적으로 터무니없는 소액이어서 실제로 이 제도로 보호받는 임차인은 극히 소수에 불과하고, 서민의 재산권 보호의 기능이라고 보기가 어려운 실정이다.

## 3. 임차권등기명령제도의 문제점

### (1) 임차권등기명령 후 타주택으로 이주의 문제점

---

176) 박동섭, 전거서, 64면.

개정된 주택임대차보호법 제3조의 3에서는 임대차가 종료된 후 보증금을 반환 받지 못한 임차인이 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기가 경료되면 등기와 동시에 대항력과 우선변제권을 취득하도록 하고, 만일 임차인이 이미 대항력과 우선변제권을 취득하였을 경우에는 종전의 대항력과 우선변제권을 유지하며, 임차권등기 이후에는 주택의 점유 없이도 기존의 대항력 및 우선변제권을 유지할 수 있도록 하였다.

그러나 임차권등기명령신청은 절차가 복잡해서 관련 분야의 전문적인 지식이 없는 임차인이 단독으로 신청하기에는 적지 않은 어려움이 있으며, 또한 무주택 영세 임차인들의 활용 가능성이 많지 않고, 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료된 후 그 주택을 임차한 임차인은 주택임대차보호법 제8조에 의한 보증금 중 일정액을 최우선변제 받을 권리가 없게 된다.<sup>177)</sup>

한편 임차권등기명령신청자는 임대차가 종료되어 새로운 주택으로 이사하려는 경우에 임대인의 보증금 반환 지연 등으로 인하여 주택에 주택임차권등기가 집행되는 시점까지 기다리지 못하고, 가재도구 중 일부만 임차주택에 남겨두고(주민등록은 그대로 둔 채), 새로운 주택으로 이사를 하여 임차권등기명령이 집행된 후에 나머지 가재도구에 대한 이사까지 완료하고, 주민등록전출신고를 하는 문제점이 있다.

## (2) 등기가 불가능한 주택

주택임대차보호법의 적용대상이 되는 주택에는 미등기주택(공동주택 중 준공검사가 나지 않아 임시사용승인의 상태에서 사용 중인 것도 사실상 많이 있다)은 물론 극빈 영세민들이 임차하고 있는 무허가주택도 포함되는데, 임차권등기명령의 적용대상이 되는 주택은 등기를 할 수 있는 주택에 한정되기 때문에 미등기주택이나 무허가주택의 임차인은 임차권등기명령제도를 이용하기 어렵다는 상황이 발생하는 바, 오히려 등기가 불가능한 주택의 경우가 보호의 필요성이 요구되는 경우가 많은데 이 경우 적용대상이 되지 않는다는 문제점이 있다. 다만, 임차주택이 준공검사가 필하여지고 건축물관리대장이 작성되어 있어 즉시 임대인 명

177) 박수진, 전계논문, 95면.



의로 소유권보존등기가 가능한 미등기건물인 경우에는, 임차권등기명령 신청시에 임차인이 임대인을 대위하여 소유권보존등기를 마친 다음 주택임차권등기를 촉탁할 수 있으므로 예외적으로 임차권등기명령의 대상이 된다. 그러나 무허가건물의 경우 등기가 불가능하고 건축물관리대장조차 미비하여 임차권등기명령의 신청요건이 되지 않는다.

따라서 무허가건물의 경우, 대항력을 갖춘 임차인의 존재를 대외에 공시할 수 있는 방법이 미흡하여 양수인 및 기타 제3자에게 불측의 손해를 끼칠 우려가 있고, 이것은 주택 거래안전에 심각한 위협을 끼치는 결과를 낳게 된다.

### (3) 임대인의 이의신청을 할 경우의 문제점

임차권등기명령에 의한 임차권등기에 관한 규정은 임차인이 임대인의 동의없이 법원의 결정을 받아 단독으로 등기를 할 수 있도록 한 점에서 민법 제621조에 대한 특칙으로 볼 수 있다. 임차권등기에 대하여 민사집행법 제283조가 준용되는 결과 임대인은 임차권등기명령이 유효하게 존재하는 한 임차권등기명령의 취소나 변경을 신청하는 이유를 명시하여 이의할 수 있기 때문에 실제로 임차인이 임대인에게 임대주택을 명도 하는 것은 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면 임대인의 이의신청에 의하여 임차권등기가 취소된 경우 임차인의 대항력 및 우선변제권은 유지될 수 없기 때문에 패소의 위협성을 각오하고 임차주택을 임대인에게 명도해 줄 임차인은 없을 것이기 때문이다. 이의신청이 있으면 법원은 변론을 열어 종국판결로 임차권등기명령의 전부나 일부의 인가, 변경 또는 취소를 선고하며, 이 경우 적당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다(민사집행법 제286조).

임대인의 이의신청 결과 임차권등기명령이 취소될 경우 임차권등기가 경료되었더라도 이는 무효가 된다. 또한 임차권등기가 경료되었음을 믿고 임차주택을 임대인에게 명도해 준 임차인은 임차권등기명령이 취소됨에 따라 기존에 취득한 대항력 및 우선변제권을 모두 상실하게 된다. 그러므로 임대인이 이의신청을 하거나 이의신청을 하려고 한다면 임차인은 임차권 등기를 경료했음에도 불구하고 임차권등기를 하지 않은 것과 다를 바 없는 입장이 된다.

## 제2절 개선방안

### 1. 대항력 보완책 강구

#### (1) 대항력 취득요건상의 주민등록 절차개선

주민등록은 비공개되므로 이해관계자는 현재 임차인이 누구인지, 실질적으로 거주하고 있는지, 임차 보증금이 얼마인지 전혀 알 길이 없다.<sup>178)</sup> 일정한 경우에 전입세대열람<sup>179)</sup>은 할 수 있으나 가장 먼저 전입한 자의 성명과 전입일자만 열람할 수 있을 뿐이다. 따라서 주민등록이 공시방법으로서 제대로 기능을 하려면 주민등록법을 개정할 필요가 있다. 즉 주택임차인인 전입자가 전입신고를 할 때에 담당 창구직원이 이른바 임차인 명부에 ①임대인·임차인의 성명·주소 ②주택의 소재지, 임대목적물과 면적 ③주민등록 전입신고일 ④ 전입신고일 당시의 보증금과 차임, 임대차기간 ⑤임대차계약서상에 확정일자를 받은 날 ⑥ 임대차계약이 변경되거나 갱신된 경우에는 변경된 일자, 보증금과 차임, 임대차기간, 새로운 확정일자를 받은 날 등을 기록하고 비치하여 이해관계인이 열람을 요청하면 정당한 사유 없이는 거부하지 못하도록 하여야 할 것이다.<sup>180)</sup>

#### (2) 대항력 발생시기의 보완

임차인이 인도 및 주민등록을 갖춘 즉시 대항력을 취득하는 것이 합리적이고,

178) 김명엽, “주택임대차보호법상 임차인의 보증금보호에 관한 개선방안 연구”, 「입법정책」 제3권 제1호, 한국입법정책학회, 2009.6, 177면.

179) 주민등록법 시행규칙 제14조(주민등록전입세대의 열람) : 열람 또는 등·초본 교부기관의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 별지 제15호 서식에 따라 전입세대 열람을 신청한 자에게는 해당 물건소재지에 주민등록이 되어 있는 세대주와 동일 세대별 주민등록표 상의 동거인(말소된 사람을 포함한다)의 성명과 전입일자만 열람하게 할 수 있다. 다만, 동일 세대별 주민등록표 상의 세대원이 세대주보다 전입일자가 빠른 경우에는 그 세대원의 성명과 전입일자를 열람하게 할 수 있다.

180) 박경량, 전계논문, 204면.

인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에는 그 선후관계를 밝혀서 선순위자를 정하고, 입증되지 않은 경우에는 그 둘을 동순위로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 함으로써 임대인이 익일조항을 악용하여 근저당권을 설정하거나 매도하는 것을 방지하여 임차인을 보호할 수 있을 것이다.

따라서 주택임대차보호법 제3조 제1항 전단 중의 ‘그 익일부터’를 ‘그때부터’로 대항력 발생시기를 개정하는 것이 보다 바람직하다.

### (3) 확정일자부 개선과 임대차 계약서 사본 보관

확정일자 후 임대차계약서 분실에 대한 방안으로는 공중사무실에서 확정일자를 부여받아 사본을 작성하면 사후 분쟁의 피해를 예방할 수 있으며, 동주민센터나 등기소의 경우에는 서민의 주거생활의 안정과 제3자의 권리를 보호하는 차원에서 적극적인 확정일자제도의 개선이 필요하다. 다시 말해서 “확정일자부”에 임대차계약 보증금 기재, 또는 확정일자를 부여한 계약서의 사본을 보관하여 임대차계약서의 공시와 공신력을 도입할 필요가 있다. 확정일자부에 공신력을 부여하게 되면 임차인 또는 제3자 및 이해관계인이 그 대상 임차주택에 임차관계를 열람할 수 있어 불측의 손해를 사전에 예방함으로써 안정적인 주거생활이 보장될 것이라고 생각된다.

## 2. 우선변제권의 개선

### (1) 주택임차보증금 공시방안에 관한 개선

주택임대차보호법이 개정되면서 임차인의 보증금에 관한 보호 장치가 계속 강화되었지만, 임차인의 보증금이 공시되지 아니하는 한 탈법적으로 악용될 소지가 많아지며 그로 인한 피해는 임대인이나 임차인이 아닌 제3의 양수인 혹은 담보권자에게 돌아가게 되어, 결국 거래의 안전을 위협하게 된다.

대항요건을 갖춘 임차인에게 임차보증금에 관한 우선변제권을 인정하기 위해서는 단순히 확정일자를 구비하도록 할 것이 아니라, 주민등록 전입신고시에 보

증금액을 신고하도록 하여 주민등록표에 기재하는 방법이나, 읍·면사무소·동주민센터에 주민등록표 외에 임대차등록부를 별도로 비치하여 보증금을 포함한 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 이를 열람할 수 있도록 하는 방법 등을 강구하여야 한다고 본다.<sup>181)</sup> 그렇지 않으면 최소한 임대차계약서를 공정증서로 작성하게 함으로써 보증금액의 사후 조작에 의한 분쟁을 막는 제도적 장치를 강구하여야 할 것이다.

## (2) 최우선변제권의 소액보증금 액수의 상향 조정

서울특별시나 부산광역시 같은 대도시에서의 임대차인 경우에는 현재의 규정보다 한 가구의 임차보증금이 최우선변제권의 보호를 받을 수 있는 경우가 얼마나 되는지 의문이다. 따라서 최우선변제를 받을 수 있는 금액의 범위가 현실과는 괴리가 있는 소액보증금을 현실에 맞게 소비자물가 상승률이나 시중금리와 같이 매년 인상되도록 상향 조정하는 것이 바람직하다<sup>182)</sup>.

또한 주택가액의 2분의 1에 해당하는 범위에서만 그 비율에 따라 변제를 받는데 가격산정의 기준을 경락가액으로 하고 있는 바, 통상 유찰이 되면 20~30% 정도씩 가액의 저감되므로 그 경우에는 가액이 급격히 감소되므로 우선범위를 확대하여 경락대금이 감정가격 또는 개별주택가격을 기준으로 하는 방안이 필요하다.<sup>183)</sup>

## 3. 임차권등기명령제도의 개선

### (1) 임차권등기를 경료한 임차인에게 경매청구권 인정 방안

181) 김태홍, “부동산경매에서 임차인보호제도 개선방안에 관한 연구”, 인하대학교 행정대학원 석사학위논문, 2010, 96면.

182) 소액보증금을 상향조정하게 되면 선순위 담보물권자에게는 당해 주택에 대한 담보가치가 저하되어 예측하지 못한 불이익을 받게 되고, 주택의 소유자에게는 금융기관에서 담보대출을 하는데 있어서 금액이 줄어들게 됨은 명백하다고 할 수 있다.

183) 박인숙, 전계논문, 134면.

최근 대법원 판례<sup>184)</sup>에 의하면, “주택임대차보호법 제3조의 3 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료하였음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않는 상태에서 경료되게 되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 것은 아니고, 특히 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다”라고 판시하여 임대차가 종료된 후 임차보증금을 반환받지 못한 임차인은 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있도록 하였다.

그러나 임차권등기신청자는 담보물권자와는 달리 경매신청권이 없으므로 신속한 임대차보증금의 확보에 어려움이 여전히 존재한다. 이와 같은 문제점을 개선하기 위한 방안으로 임차권등기를 경료한 임차인의 신속한 임차보증금의 회수를 위해서는 일정한 요건을 갖춘 임차인에게도 전세권자와 같이 경매청구권을 인정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그 이유로 임대차기간이 종료된 임차인이 임차주택을 명도하고 임차보증금을 반환받아 다른 곳으로 주거를 옮기려 해도 임대인으로서 그 임대차기간이 종료된 시점에 맞추어 새로 입주하려는 임차인에게서 임차보증금을 받고 그 돈으로 보증금을 반환해 주는 관례에 있어서는 신속히 보증금을 회수하기 위해서 임대인을 강하게 압박하는 수단이 필요하다고 생각한다. 따라서 주택임대차보호법에 일정한 요건을 갖추고 임차주택을 명도한 후 또는 임차권등기를 마치고 일정한 기간이 지나면 경매청구권을 부여하는 방안을 적극적으로 검토해야 할 필요성이 있다.

## (2) 임대차보증금 반환보장보험의 가입

무허가건물의 경우 등기라는 공시수단을 이용할 수 없기 때문에 임차권등기가 불가능하고, 대항력을 갖춘 임차인의 존재를 대외에 공시할 수 있는 방법이 미흡

<sup>184)</sup> 대법원 2005.6.9. 선고 2005다4529 판결.

하여 양수인 및 기타 제3자에게 불측의 손해를 끼칠 우려가 있다. 따라서 이처럼 등기가 불가능한 무허가 주택의 경우 무허가 건축물관리대장에 기재가 되어 있으면 이에 추가로 임차권을 기재하는 방식으로 임차권 등기에 갈음하는 방안을 강구해 볼 수 있고, 무허가건축물관리대장에 임차주택이 존재하지 않는 경우에는 임차권등기명령 신청서에 지번을 기재하여 신청하면 법원에서 이를 직권으로 등재하는 방안 역시 고려해 볼 수 있다.

사회적인 분쟁 해소와 주거이전을 용이하게 하기 위해 현재 법무부에서는, 서민 법제 개선의 일환으로서 임대차보증금의 신속한 회수를 실효적으로 보장할 수 있는 방안으로 임대차보증금 반환보장보험제도의 도입을 추진하고 있는데,<sup>185)</sup> 이를 적극 활용하는 방법이 가장 적절한 방안이다. 임대차보증금 반환보장보험제도란 임대차 계약시부터 임대차 종료시까지 임대인이 보험의 형태로 보험금을 납부한 뒤 임대차기간이 만료 되었을 때 임대인이 임대차보증금을 반환하지 않으면 임차인은 보험회사로부터 임대차보증금을 직접 수령하는 제도이다. 이 경우 보험회사는 임대인을 대신하여 임차인에게 보증금을 지급하였으므로 임대인에 대하여 민법상 인정하고 있는 대위변제에 따른 구상권(민법 제441조 내지 제448조, 제465조 제2항, 제482조 등)을 행사할 수 있는데 그 근거로서 임차권등기명령이 존재하고 있다는 것을 증명하는 것이다<sup>186)</sup>. 임차인은 복잡한 절차를 거치지 않아도 되고, 적시에 보증금을 반환받을 수 있으며, 비교적 간단히 임차보증금을 회수할 수 있으므로 임차인 보호에 미치는 효과가 매우 클 것으로 예상된다.<sup>187)</sup> 여기서의 핵심은 임대인이 임차인에게 보험료를 전가하지 못하도록 제도적 보완 장치를 마련할 필요가 있다는 점이다.

### (3) 임대인의 이의신청 기간 명시

임차권등기에 대하여 민사집행법 283조가 준용되는 결과 임차권등기명령이 유효하게 존재하는 한 임대인이 이의신청이 가능하도록 한 조항을 수정하여 이의

185) 중앙일보, “전세보증보험 실효성 논란”, 2006년 2월 14일 기사 참조; 박경량, 전계논문, 221면.

186) 임윤수, 전계논문, 218면.

187) 임윤수, “주택임대차보증금 반환보증보험제도 도입에 관한 연구”, 「감정평가연구」 제17집 제2호, 2007.12, 134면.

신청기간을 별도로 규정할 필요가 있다. 예컨대 임차권등기명령에 기한 임차권등기의 촉탁을 하기 전에 임대인에게 임차권등기명령에 관한 판결 정본이나 결정 정본이 먼저 송달되며, 임차권등기명령은 판결에 의한 때에는 선고를 한 때에 결정에 의한 때에는 상당한 방법으로 임대인에게 고지를 한 때에 효력이 발생한다고 규정되어 있다(임차권등기명령 절차에 관한 규칙 제4조). 따라서 임대인은 임차권등기가 효력을 나타나기 전에 두 번의 인지기회가 생기게 되는데, 임대인에게 판결문정본이나 결정문정본이 송달된 때부터 일정기간을 정하여 이 기간에만 이의의 제기가 가능하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 이의제기에 대하여 내려진 판결에 대해 다시 이의를 제기할 경우가 있을 수 있는데, 특별한 사정의 변화가 없음에도 불구하고 단지 임차인을 압박할 목적으로 재차 이의제기를 하는 경우에 있어서 이는 임차권등기명령제도 제정의 취지에 어긋난다고 할 수 있을 것이다. 따라서 임대인의 이의신청의 횟수를 제한할 필요성이 있다고 생각된다.

## 제5장 결론

민법에 대한 특례를 규정하여 무주택 국민의 주거생활 안정을 보장하기 위한 취지로 제정된 주택임대차보호법은 1981년 3월 5일 제정된 이래 2009. 8. 9.까지 10차례의 개정으로 그 동안 나타난 문제점들이 많이 개선되기는 하였지만, 아직도 보완해야 할 부분들이 나타나고 있어 이에 대한 종합적이고 지속적인 연구가 계속되어야 할 것이고, 본 논문에서 살펴본 문제점과 그 개선방안을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 대항력의 취득요건상의 주민등록 절차개선을 들 수 있는데, 주민등록이 공시방법으로서 제대로 기능을 하려면 주택임차인인 전입자가 전입신고할 때에 담당 창구직원이 이른바 임차인 명부에 임대인·임차인의 성명과 주소, 주택의 소재지, 주민등록 전입신고일, 전입신고일 당시의 보증금과 차임, 임대차기간, 임대차계약서상에 확정일자를 받은 날, 임대차계약이 변경되거나 갱신된 경우에는 변경된 일자, 보증금과 차임, 임대차기간, 새로운 확정일자를 받은 날 등을 기록·비치하고 이해관계인이 열람을 요청하면 정당한 사유 없이는 거절하지 못하도록 한다.

둘째, 대항력의 발생시기상의 문제로, 임차인이 주택의 인도 및 주민등록을 갖춘 즉시 대항력을 취득하는 것이 합리적이고, 주택의 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에는 그 선후관계를 밝혀서 선순위자를 정하고, 입증되지 않은 경우에는 그 둘을 동순위로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 함으로써 임대인이 익일조항을 악용하여 근저당권을 설정하거나 매도하는 것을 방지하여 임차인을 보호할 수 있을 것이다. 따라서 주택임대차보호법 제3조 제1항 전단 중의 '그 익일부터'를 '그때부터'로 대항력 발생시기를 개정하는 것이 보다 바람직하다.

셋째, 확정일자 후 임대차계약서 분실에 대한 방안으로는, 공증사무실에서 확정일자를 부여받아 사본을 보관하면 사후 분쟁의 피해를 예방할 수 있다. 동주민센터나 등기소의 경우에는 확정일자부에 임대차계약 보증금 기재, 또는 확정일자



를 부여한 계약서의 사본을 보관하여 서민의 주거생활의 안정과 제3자의 권리를 보호하는 차원에서 적극적인 확정일자제도의 개선이 필요하다. 확정일자부에 공신력을 부여하게 되면 임차인 또는 제3자 및 이해관계인이 그 대상 임차주택에 임차관계를 열람할 수 있어 불측의 손해를 사전에 예방함으로써 안정적인 주거생활이 보장될 것이라고 생각된다.

넷째, 주택임차보증금 공시방안에 관한 문제로, 주민등록 전입신고시에 보증금액을 신고하도록 하여 주민등록표에 기재하는 방법이나, 읍·면사무소·동주민센터에 주민등록표 외에 임대차등록부를 별도로 비치하여 보증금을 포함한 임대차에 관한 모든 사항을 기재하고 이를 열람할 수 있도록 하는 방법 등을 모색하여야 한다고 본다. 임차인의 보증금이 공시되지 아니하는 한 탈법적으로 악용될 소지가 많아지며 그로인한 피해는 임대인이나 임차인이 아닌 제3의 양수인 혹은 담보권자에게 돌아가게 되어, 결국 거래의 안전을 위협하게 되기 때문이다.

다섯째, 최우선변제권을 받을 수 있는 소액보증금을 현실에 맞게 상향조정하는 것이 바람직하다. 소액보증금 액수는 최우선변제를 받을 수 있는 금액의 범위가 우리나라의 여러가지 경제적·사회적 현실을 감안할 때 비현실적이라고 할 수 있으므로 소액보증금을 현실에 맞게 소비자물가 상승률이나 시중금리와 같이 매년 인상되도록 상향 조정하는 것이 바람직하다.

여섯째, 임차권등기신청자는 담보물권자와는 달리 경매신청권이 없으므로 신속한 임차보증금의 확보에 어려움이 여전히 존재하므로, 이와 같은 문제점을 개선하기 위한 방안으로 임차권등기를 경료한 임차인의 신속한 임차보증금의 회수를 위해서는 일정한 요건을 갖춘 임차인에게도 전세권자와 같이 경매청구권을 인정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 일정한 요건을 갖추고 임차주택을 명도한 후 또는 임차권등기를 마치고 일정한 기간이 지나면 경매청구권을 인정함이 바람직하다고 본다.

일곱째, 등기가 불가능한 무허가주택의 경우, 임대차보증금 반환보장보험을 활용하는 것이 바람직하다. 임대차보증금 반환보장보험제도란 임대차 계약시부터 임대차 종료시까지 임대인이 보험금을 납부한 뒤 임대차기간이 만료 되었을 때 임대인이 임대차보증금을 반환하지 않으면 임차인은 보험회사로부터 임대차보증금을 직접 수령하는 제도이다. 다만, 이 제도를 이용하는데 있어서는 임대인이

임차인에게 보험료를 전가하지 못하도록 제도적 보완장치를 마련할 필요가 있다. 또한 무허가 건축물의 가입여부문제, 보험료부담의 배분문제, 보험가입시기의 문제, 선순위채권설정금액의 문제 등 여러 가지 현실적인 문제들이 존재하므로 이해관계자들의 다양한 의견을 수렴하여 사회적 합의를 이끌어 내는 것이 선결조건이라고 생각한다.

마지막으로, 임대인의 이의신청 결과 임차권등기명령이 취소될 경우 임차권등기가 경료되었다고 하는 무효가 된다. 임차권등기에 대하여 민사집행법 283조가 준용되는 결과 임차권등기명령이 유효하게 존재하는 한 임대인이 이의신청이 가능하도록 한 조항을 수정하여 이의신청기간을 별도로 규정할 필요가 있다. 이의신청기간에 대하여는, 임대인에게 판결정본이나 결정정본이 송달된 때부터 일정기간을 정하여 이 기간에만 이의 제기가 가능하도록 하는 것이 타당할 것이다.

이상에서 살펴본 구체적인 개선방안 내지 입법조치의 필요성이 강조되는 것은, 주택임대차의 문제가 어느 한 개인만의 단순한 문제가 아닌 사회전반이 해결해야 할 과제로서의 성격을 갖고 있기 때문이다. 따라서 위와 같은 개선방안이 마련될 때 주택 임차인의 보증금 보호는 한층 더 실효성이 확보될 수 있을 것으로 기대된다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007.
- 곽윤직외, 「민법주해 XV : 채권(8)」, 박영사, 1997.
- 김대수·이기현·박주홍, 「핵심경매실무」, 굿옥션, 2005.
- 김상수, 「민사집행법」, 법우사, 2005.
- 김종률, 「민법강의」, 박영사, 2000.
- 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2009.
- 김호석, 「주택임대차 분쟁의 법률실무」, 법률서원, 2000.
- \_\_\_\_\_, 「주택임대차 분쟁의 해결」, 법률서원, 2005.
- 박준서, 「주식 민법 [채권각칙(3)]」, 한국사법행정학회, 1999.
- 박해식, 「주택임대차보호법 해설의 법률지식」, 청람출판, 2000.
- 박해식·박정삼, 「주택임대차 분쟁소송(이론과 실무)」, 법률정보센터, 2006.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행 2권 [부동산집행]」, 2003.
- 사범연수원, 「주택임대차보호법」, 2010.
- 소성규, 「민법 및 민사특별법」, 부연사, 1999.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2008.
- 송영곤, 「기본민법강의」, 유스티니아누스, 2009.
- 오시영, 「채권각칙」, 학현사, 2010.
- 윤 경, 「부동산 경매(입찰)의 실무(하)」, 법률정보센터, 1999.
- 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2009.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2006.
- 이은영 「물권법」, 박영사, 2006.
- \_\_\_\_\_, 「채권각론」, 박영사, 2005.
- \_\_\_\_\_, 「채권총론」, 박영사, 2002.
- 이창석, 「부동산컨설팅」, 형설출판사, 2005.

정승열, 「상가 · 주택임대차보호법 실무」, 법률정보센터, 2002.  
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2010.  
최한수, 「부동산경매실무요론」, 한국사법행정학회, 1999.

## 2. 논문

강신중, “집행절차에 있어서의 주택임차인의 지위”, 「재판자료」 71집, 법원도서관, 1996.  
강종쾌, “주택임차권의 양도 · 전대와 대항력의 승계”, 「대법원판례해설」 9호, 법원행정처, 1989.  
고상용 “주택임대차보호법의 제문제-제2차 개정과정을 중심으로”, 「성균관법학」 제3호, 성균관대 비교법연구소, 1990. 12.  
\_\_\_\_\_, “주택임대차보호법이 개정된 이후에 나타난 여러 가지 문제”, 「법률신문」 1986. 7. 14(제1643호).  
\_\_\_\_\_, “주택임대차보호법중 개정법률”, 「고시계」 통권331호, 1984. 9.  
곽종기, “확정일자과 그 처리”, 「실무연구」 제2권, 광주지방법원, 1997.  
권영상, “주택임차인의 대항력과 우선변제권”, 「창원지방변호사회」 창간호, 1995.  
김명엽, “주택임대차보호법상 임차인의 보증금보호에 관한 개선방안 연구”, 「입법정책」 제3권 제1호, 한국입법정책학회, 2009. 6.  
김병학, “부동산경매절차에 있어서 등기의 효력에 관한 연구”, 전주대학교 대학원 박사학위논문, 2001.  
김재훈, “주택임차인 보증금 보호에 관한 연구”, 경상대학교 대학원 박사학위논문, 2009.  
김태홍, “부동산경매에서 임차인보호제도 개선방안에 관한 연구”, 인하대학교 행정대학원 석사학위논문, 2010.  
류창현, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2005.  
민일영, “부동산 입찰에 있어 임차권 처리에 관한 실무상 제 문제”, 「전국집행담당판사회의자료」, 법원행정처, 1997.  
\_\_\_\_\_, “주택 경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구”, 서울대학교 대학원

- 박사학위논문, 2004.
- 박경량, “주택임대차보호제도의 연혁과 개선방안”, 「토지법학」 제24-1호, 한국토지법학회, 2008. 6.
- 박동섭, “확정일자에 대하여”, 「민사재판의 제문제」 제7권, 한국사법행정학회, 1993.
- 박수진, “부동산경매에서 주택임차인의 보호에 관한 연구”, 경기대학교 행정대학원 석사학위논문, 2007.
- 박인숙, “주택임대차보호법상 임차인보호의 제도적 개선방향”, 충북대학교 법무대학원 석사학위논문, 2009.
- 서해용, “주택임차인의 대항력의 문제점과 개선방안”, 「민사법학」 제23호, 한국민사법학회, 2003. 3.
- 소건영 “주민등록의 효력발생시기 및 주택임대차보호법상 대항력의 유·무효”, 「사법」 12호, 사법발전재단, 2010. 6.
- \_\_\_\_\_, “주택임대차보호법상의 대항력”, 「법학연구」 제33집, 한국법학회, 2009. 2.
- 윤기택, “뉴질랜드의 임대차법에 관한 연구-주택임대차를 중심으로-”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005. 6.
- 윤홍근, “경매절차에서 배당요구를 하지 않은 소액임차인의 지위”, 「민사판례연구 VIII」, 민사판례연구회, 1997.
- 이공현, “주택임대차보호법상 대항요건으로서 주민등록대상자”, 「대법원판례해설」 제8호, 법원행정처, 1987.
- 이범주, “주택임차권의 대항력, 민사법의 제문제”, 「온산방순원선생고회기념논문집」, 박영사, 1984.
- 이윤승, “주택임대차에 있어서 소액임차인의 보호”, 「사법논집」 제19집, 법원행정처, 1988.
- 이위주, “주택임차권의 대항력”, 「민사재판의 제문제」 제3권, 민사실무연구회, 1985.
- 임윤수, “주택임대차보증금 반환보증보험제도 도입에 관한 연구”, 「감정평가연구」 제17집 제2호, 한국감정평가연구원, 2007. 12.
- \_\_\_\_\_, “주택임차인의 지위강화에 관한 연구”, 경원대 대학원 박사학위논문, 2006.

- 정승열, “주택임차보증금 회수청구권의 보장과 문제점”, 「법조」 제46권 제12호, 법조협회, 1997. 12.
- 정종암, “주택임차인 보호에 관한 연구”, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2008.
- 조경신, “주택임대차보호법상 임차인의 보호에 관한 연구”, 군산대학교 대학원 석사학위논문, 2008.
- 조성길, “주택임차권등기명령제도에 관한 연구”, 경원대학교 사회정책대학원 석사학위논문, 2009.
- 조용완, “임대차의 대항력”, 「은행거래 임대차 사건의 제 문제」 제32집, 법원행정처, 1986.
- \_\_\_\_\_, “임대차의 대항력”, 「재판자료」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 조은래, “현행 주택임대차보호법상의 문제점과 해설-대법원판례를 중심으로”, 「비교법학」 제12집, 부산외대 비교법학연구소, 2001.
- 한봉상, “주택임대차보호법상 소액임차인의 우선변제권”, 「법무사」 통권 504권, 2009.
- \_\_\_\_\_, “주택임차권등기명령제도에 관한 소고”, 「우암논총」 제31집, 청주대학교 대학원, 2009.
- 한삼인·김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006. 2.
- 한재용, “건물임차권에 관한 연구”, 충남대 대학원 석사학위논문, 2009.
- 한탁영, “주택임차인의 법적보호에 관한 연구”, 전북대 법무대학원 석사학위논문, 2009.

ABSTRACT

**A Research on the Protection of the Key  
Money of the Tenant**

**Ko, Eun Sook**

Department of Law

Graduate School

Jeju National University

Supervised by Professor Park, Kyu Yong

Following the continuous efforts on the part of the government to provide enough housing to the public, the rate of the distribution of the housing is getting better but there are still a considerable number of people who have to resort to renting houses. The easiest legal method they choose is the leasing agreement. The house leasing situation in Korea mostly consists of the traditional *jeonsae* system where there is a payment of a key money which the tenant gets back after the lease is over. With this unique lease system being defined under the property rights of the civil law, the rights of the tenant became stronger legally but in reality, the 'obligatory lease (unregistered *jeonsae*)' is being used far more widely than the property rights.

Realistically speaking, with the uncooperative nature of the leaser and the burdensome cost of dissolving the setting up of the *jeonsae* rights as well as the cancellation of the registration, the regulations related to *jeonsae* rights

under civil law was not practical in protecting the tenant and most of the tenants have come to use the *jeonsae* rights that does not get registered rather than the registered ones. As it can be seen, the unregistered *jeonsae* rights which have no opposing power have come to be a serious social issue and as part of the solution, with the aim of stabilizing the residential situation of the public, the Housing Lease Protection Law was enacted on March 5th 1981.

The Housing Lease Protection Law which has several regulations has its premise in protecting the tenants. The core of the law states that the tenant can receive the key money without the registration of the lease rights under certain conditions at the end of the contract. In short, it is a system to secure the return of the key money to the tenant and offers strong protection against the leaser. This is because the characteristics of Korea's housing lease system is that there is the payment of an exorbitant amount of key money and the most important point that has been raised is to make sure that this high amount of money is rightfully returned to the owner.

The Housing Lease Protection Law which stipulates special rules regarding civil law has reformed the past problems that have occurred somewhat through the 10 revision process but, more parts that need to be supplemented are still appearing so there needs to be a more complex and continuous research in the future. The reforms that need to be made in the Housing Lease Protection Law might be summarized as follows.

First, there is the reform of the resident registration in terms of being able to obtain the opposing power. In order for resident registration to function as a proper official channel, when the tenant notifies the village office of the change of address, the public official working at the counter should record and keep the related details such as the amount of the key money and the rent in the tenant list directory.

Secondly, the problem has to do with the time the opposing power takes



effect. It would be logical for the tenant to obtain the opposing power as soon as the housing has been handed over along with being equipped with the resident registration. In article number 3, clause 1 of the Housing Lease Protection Law, there is a whole paragraph about it and within that paragraph, the term 'the following day' should be changed to 'from that time on' in order for the opposing power to take better effect.

Thirdly, as a method to counteract the loss of the lease contract after the confirmation date, damages resulting from the aftermath can be prevented by keeping a copy after getting a confirmation date at the notarization date.

Fourthly, as for the problem about the public announcement regarding the security deposit, there is the method of registering the amount of the security deposit when notifying the village office of the change of address with the resident registration so that it gets recorded in the resident registration card. Also, it should be made mandatory to have a separate leasing registration directory other than the resident registration in all the village government offices so that all transactions pertaining to the key money and leasing agreement be recorded.

Fifthly, for the tenant to get their key money back as quickly as possible after the termination of the leasing contract, we could consider a way where the tenant is given the same right to request for the auction claim in the same way a *jeonsae* tenant can.

The reason behind such an emphasis on the necessity of specific reforms or legislative actions after looking through all the issues is because the housing leasing problems do not pertain to just one individual alone but is a problem and has the characteristics that needs to be resolved on a whole social basis. Therefore, only when the aforementioned reforms are carried out, can there be a more practical way of protecting the finances of the housing tenant.