

전세권저당권에 관한 대법원 판례의 검토

-「대법원 1999. 9. 17. 선고 98 다 31301 판결」과 「대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672 판결」을 중심으로-

강 태 성*

〈국문초록〉

민법 제371조가 인정하는 전세권저당권에 관한 대법원 판례 중에서, 「대법원 1999. 9. 17. 선고 98 다 31301 판결(이하 대상판례 [1]라 함)」과 「대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672 판결(이하 대상판례 [2]라 함)」의 문제점들을 검토하고 이 문제점들의 해결을 위한 사건을 제시했다.

1. 용어 및 전세권저당권의 설정에 대한 검토

① 대상판례 [1]·[2]에서 사용된 용어의 정확성을 검토했다. 즉, 대상판례 [1]·[2]에서의 “전세권의 존속기간”은 전세기간이라고 하는 것이 簡易하다(다른 판례도 전세기간이라고 표현한다). 대상판례 [1]에서의 “전세권의 목적물”은 전세권의 객체(또는 전세권의 목적 내지 대상)이라고 해야 한다(전세물이라고 해도 무방하다). 대상판례 [1]·[2]에서의 “저당권의 목적물인 전세권”은 저당권의 객체(또는 저당권의 목적 내지 대상)인 전세권의 용익권능이라고 해야 한다. 대상판례 [2]에서의 “전세권의 용익물권적 권능”은 전세권의 용익권능이라고 하면 간이하다.

② 대상판례 [1]에서의 “전세권저당권의 설정은 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것”은 <전세권자와 「전세권저당권을 취득하려는 채권자」 간의 물권계약만 있으면 가능한 것>이라고 해야 한다.

2. 전세기간의 만료로 인한 소멸 여부 및 그 등기에 대한 검토

대상판례 [1]은 “전세권이 기간만료로 종료된 경우에 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고”라고 하는데, 이는 「전세기간의 만료로 인해 전세권의 용익권능이 전세권설정등기의 변경등기 없이도 당연히 소멸하고, 라고 해야 적확하다.

3. 전세권저당권의 객체에 대한 검토

대상판례 [1]·[2]와 이를 따르는 학설은 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 한다. 사건으로는, 전세권에 저당권이 설정되면, 전세금반환채권도 그 附從性으로 인해 入質된다. 이때에는 전세권의 담보권능도 저당권의 객체로서 전세금반환채권을 담보한다. 다만, 당사자가 전세권에만 저당권을 설정한다고 특약을 한 경우에는, 그 특약은 유효하여 전세권에만 저당권이 설정되지만

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

전세권의 담보권능은 소멸하여 용익권능만이 남는다. 따라서 용익권능에만 지당권이 설정되고, 전세금반환채권은 담보 없이 전세권자에게 귀속한다.

대상판례 [1]·[2]는 전세권저당권에 기하여 경매가 된 경우에, 매수인은 전세권의 용익권능만을 취득한다고 한다. 이에 따라, 전세권의 용익권능과 담보권능의 분리 문제, 다른 판례와의 충돌 문제, 매수인명의의 등기 문제, 전세기간 만료시에 매수인은 전세권의 객체인 전세물을 누구에게 반환해야 하는가의 문제가 생긴다. 이러한 문제들을 검토하고, 해결을 위한 사건을 제시했다.

4. 전세권과 전세금반환채권과의 관계

대상판례 [1]과 [2]가 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 함(따라서 전세금반환채권은 제외됨)으로써, 그 지당권자가 전세금반환채권을 행사할 수 없게 되는 문제가 생긴다. 이러한 문제를 해결하기 위해서, 대상판례 [2]는 전세금반환채권에 대한 물상대위를 인정하고, 이러한 물상대위를 인정하기 위해서 전세금반환채권이 전세권의 용익권능이 소멸한 때에 발생한다고 함으로써 또 하나의 문제를 생기게 한다. 이러한 문제들을 심층적으로 검토하고, 해결을 위한 사건들을 제시했다.

주제어 : 전세권, 저당권, 민법 제371조, 전세권저당권, 전세금반환채권, 전세권저당권자의 물상대위, 대법원 1999. 9. 17. 선고 98 다 31301 판결, 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672 판결, 대법원 2018. 1. 25. 자 2017 마 1093 결정

• 투고일 : 2018.03.29. / 심사일 : 2018.04.13. / 게재확정일 : 2018.04.20.

I. 머리말

민법이 규정하는 전세권은 유럽과 미국 및 일본을 비롯한 대부분의 국가에는 없다.¹⁾ 따라서 전세권에 관한 학문적인 연구가 충분하지 않다. 특히, 1984년 4월에 전세권에 담보권능을 부여하는 민법의 개정이 있었으나, 이는 민법 제303조에 담보권능을 첨가하는 것 등의 약간에 그쳤다. 즉, 전세권에 담보권능을 부여함에 따른 「전세권에 관한 민법규정 전반의 개정 여부」를 면밀히 살펴서, 개정이 필요한 경우에는 개정했어야 했지만, 그렇지 못하였다. 따라서 민

1) 중화민국(대만)민법 제911조 이하와 만주국민법 제294조 이하는 典權을 규정한다. 그런데 중화민국(대만)민법에서의 전권은 우리민법에서의 전세권과는 많이 다르다. 그리고 만주국 민법에서의 전권은 우리민법에서의 전세권(특히, 1984년 4월의 개정 전)과 상당히 유사하지만, 만주국민법은 시행된 지 얼마 되지 않아서 제2차 세계대전의 종료로 인하여 폐기됨으로써, 이론적·사실적 연구가 별로 없다.

법의 제정 당시에도 전세권이 지상권과는 달리 전세금반환채권과 관련됨으로써 해석상 어려움이 다소 있던 전세권 규정들은 1984년 4월의 민법 제303조 개정 등으로 더 많은 해석상의 문제를 내포하게 되었다. 「전세권을 목적으로 하는 저당권(아래에서는, 전세권저당권이라 약칭)」을 규정하는 민법 제371조²⁾도 이러한 경우에 속한다. 따라서 전세권 자체가 전세기간의 만료로 소멸하는가?(즉, 전세권의 담보권능까지도 소멸하는가? 아니면, 용익권능만 소멸하는가?) 전세기간이 만료된 경우에, 말소등기를 하는가? 아니면, 변경등기를 하는가? 전세권저당권의 객체(즉, 목적 내지 대상)는 무엇인가? 전세권과 전세금반환청구권과의 관계는 어떠한가? 등이 문제된다. 이러한 문제점들을 전세권저당권에 관한 대법원의 판례들은 잘 해결하고 있는가?

이 논문에서는, 전세권저당권에서의 위의 여러 문제점들에 관해서 비교적 자세하게 판시한 「대법원 1999. 9. 17. 선고 98 다 31301 판결」과 「대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672 판결」을 검토하면서, 이 판례들의 타당성 여부를 논하고, 부당한 경우에는 이를 해결하기 위한 사건을 제시하려고 한다. 그뿐만 아니라, 이러한 판례들에는 용어 및 전세권저당권의 설정에 관한 문제점은 없는지도 살펴려고 한다.

II. 대상판례

1. 대법원 1999. 9. 17. 선고 98 다 31301 판결(이하 대상판례 [1]로 약칭)

전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하는 것이므로 전세권을 목적으로 한 저당권자는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없다. …… 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 저당권의 목적물은 물권인 전세권 자체이지 전세금반환채권은 그 목적물이 아니고, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권은 소멸하므로 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우에는 민법 제370조, 제342조 및 민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적

2) 즉, 전세권자는 전세권을 타인에 담보로 제공할 수 있는 민법 제306조에 따라 민법 제371조는 전세권에 저당권을 설정할 수 있음을 규정한다. 그러나 민법은 전세권에 질권을 설정할 수 없다고 규정한다(제345조).

물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 된다는 점, 원래 동시이행항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에 있어서 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도인 점, 전세권을 목적물로 하는 저당권의 설정은 전세권의 목적물 소유자의 의사와는 상관없이 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것이고, 원래 전세권에 있어 전세권설정자가 부담하는 전세금반환의무는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대해 전세금을 지급함으로써 그 의무이행을 다할 뿐이라는 점에 비추어 볼 때, 전세권저당권이 설정된 경우에도 전세권이 기간만으로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 보아야 한다.

2. 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672(이하 대상판례 [2]로 약칭)

전세권을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 저당권자는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구해야 한다.

Ⅲ. 용어 및 전세권저당권의 설정에 대한 검토

1. 대상판례에서의 용어에 대한 검토

대상판례[1]과 [2]에서 사용되고 있는 용어들은 타당한가?

1) “전세권의 존속기간”에 대한 검토

(1) 대상판례

대상판례 [1]과 [2]는 전세권의 용익권능의 존속기간을 “전세권의 존속기간”이라고 표현한다. 그러나 다른 판례는 전세기간이라고 표현하기도 하고,³⁾ 전세권의 사용·수익기간이라고 표현하기도 한다.⁴⁾

(2) 실정법과 그 개정안 및 학설

민법과 부동산등기법은 전세권의 용익권능의 존속기간을 “전세권의 존속기간”이라고 표현한다(민법 제306조·제312조·제316조 등, 부동산등기법 제72조 제1항 제3호).⁵⁾ 그리고 법무부민법개정위원회 제3분과의 2012년 회의에서는, 민법 제312조 등에서의 “전세권의 존속기간”을 「전세물의 사용·수익기간」으로 개정하는 것에 관하여 논의하였으나, 입법화되지는 못하였다.

대부분의 민법학자들도 전세권의 용익권능의 존속기간을 “전세권의 존속기간”이라고 표현하지만,⁶⁾ 전세기간이라고 표현하는 학자도 있고,⁷⁾ 전세권의 용익기간이라고 표현하는 학자도 있다.⁸⁾

(3) 검토

① “전세권의 사용·수익기간”과 “전세권의 용익기간”을 文理解釋하면, 각각 「전세권을 사용·수익하는 기간」과 「전세권을 용익하는 기간」이라는 뜻이 된다. 그러나 여기서 문제되는 기간은 전세권을 사용·수익하는 기간 또는 전세권을 용익하는 기간이 아니라, 전세권의 객체(즉, 전세물)를 사용·수익하는 기간 또는 전세물을 용익하는 기간이다. 따라서 “전세권의 사용·수익기간”과

3) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015 다 30442 판결.

4) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003 다 35659 판결.

5) 현행법에서의 “전세권의 존속기간”은 용익권능의 존속기간이다(同旨, 이은희, 전세권의 담보물권성에 따른 민법규정의 정비(2011년도 법무부 연구용역 과제보고서), p.2에서의 남효순 교수의 견해).

6) 이태제, 물권법, 진명문화사, 1985, p.294; 곽윤직·김재형, 물권법, 박영사, 2015, p.346; 김상용, 물권법, 화산미디어, 2016, p.512; 송덕수, 물권법, 박영사, 2017, p.417; 장창민, 전세권저당권자의 보호에 관한 연구, 법학연구 제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015. 12, p.134.

7) 이은희, 앞의 보고서, p.2; 권기훈, 전세기간 만료 후의 전세금반환채권의 양도, 재판과 판례 제14집, 대구판례연구회, 2006. 12, p.205.

8) 윤진수 외 9인, 물권법, 피데스, 2009, p.271(남효순 교수 집필); 남효순, 용익기간 중의 전세금반환채권의 분리양도, 민사법학 제43권 제1호, 2008. 12, p.54.

“전세권의 용익기간”이라고 하는 것은 바람직하지 않고, 각각 「전세물의 사용·수익기간」과 「전세물의 용익기간」이라고 하는 것이 일응 的確하다고 할 것이다.⁹⁾ 그리고 사용·수익은 용익으로 간단하게 표현할 수 있다. 실제로도, 용익이라는 표현이 많이 쓰인다(예컨대, 용익물권). 그러므로 「전세물의 사용·수익기간」은 「전세물의 용익기간」으로 표현할 수 있다.

② 전세물의 용익기간은 언제까지인가? 전세권자는 용익권능의 존속기간에는 물론이고 용익권능이 소멸한 후에도 담보권능이 존속하는 한 전세물을 용익할 수 있다.¹⁰⁾ 따라서 「전세물의 용익기간」은 개념적으로는 담보권능의 존속 시까지이므로, 전세권의 용익권능의 존속기간을 나타내기는 부적절하다. 또한 전세권의 존속기간도 개념적으로는 담보권능의 존속 시까지이므로, 전세권의 용익권능의 존속기간을 나타내기는 부적절하다. 그렇지만 전세권의 용익권능의 존속기간을 나타낼 수 있는 簡易하고도 적절한 표현도 찾기 어려우므로, 전세권의 존속기간이라고 표현하더라도 무방하다. 그리고 전세권의 존속기간을 전세기간이라고 하는 것이 簡易하므로, 더 바람직하다.

2) “전세권의 목적물”에 대한 검토

대상판례 [1]은 “전세권의 목적물인 부동산”이라고 한다.

민법 제306조·제314조 제1항·제315조 제1항은 “전세권의 목적물”이라고 규정한다. 그러나 민법 제305조 제2항은 “대지를 목적으로 한 지상권 또는 전세권”이라고 규정하고 또 민법 제303조 제2항은 “농경지는 전세권의 목적”이라고 규정함으로써, 「전세권의 목적」이라고도 한다.¹¹⁾

9) 同旨, 이은희, 앞의 보고서, p.33.

10) 그 이유는 다음과 같다. 즉, 전세권자는 용익권능이 소멸한 후에도 담보권자로서 계속 점유할 수 있다(IV 1 4) (3) 참조). 이처럼 전세권자는 담보권자로서 계속 점유할 수 있다는 점에서는, 부동산유치권자와 비슷하다. 따라서 부동산유치권자는 그 유치물인 부동산의 보존에 필요한 범위에서 사용할 수 있다는 민법조항(제324조 제2항 단서. 여기서의 사용은 물리적인 사용뿐만 아니라 대여 등의 수익을 포함한다(강태성, 물권법, 대명출판사, 2017, p.936))은 점유권능과 담보권능만을 가지는 전세권자에게 유추적용될 수 있다. 그러므로 전세기간이 만료한 경우에, 전세권자는 용익권능은 없으나, 점유권능과 담보권능에 근거하여 전세금반환채권의 변제 시까지 전세물의 보존에 필요한 범위에서 용익할 수 있다고 해석된다. 따라서 전세권자는 주택전세권에서는 종전대로 계속 거주할 수 있고, 토지전세권에서는 종전대로 토지사용을 계속할 수 있다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009 다 40684 판결; 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009 다 5162 판결; 강태성, 앞의 물권법, p.937). 이렇게 해석하지 않으면(즉, 용익권능의 소멸 시부터 전세금반환채권의 변제 시까지 전세권자가 전세물을 전혀 사용할 수 없다면), 전세권자는 전세금반환채권의 변제 시까지는 자금부족으로 다른 부동산에 대한 용익권도 취득하기 어려워져, 생활할 곳이 없게 된다.

11) 민법 제314조 제2항도 “전세권의 목적”이라고 규정한다. 그러나 이는 전세권설정의 목적

검토하건대, 권리의 객체는 권리의 대상으로서, 권리의 목적이라고도 한다.¹²⁾ 그런데 전세권의 객체는 부동산으로서(민법 제303조 제1항) 물건이므로, 전세권의 목적도 부동산으로서 물건이다. 즉, 전세권의 목적 자체가 物이다. 따라서 “전세권의 目的物”이라고 하면, 결국 目的物이 되어 옳지 않다. 그러므로 전세권의 목적이라고 하는 것이 的確하다. 그런데 민법학자들은 민법총칙 저서에서 권리주체에 대응하여 “권리의 객체”라는 용어를 많이 쓰므로,¹³⁾ 전세권의 객체라고 표현하는 것이 바람직하다.¹⁴⁾ 그런데 전세권의 객체는 부동산으로서 물건이므로, 전세물이라고 해도 무방하다(민법 제362조는 저당권의 객체를 저당물이라고 한다). 따라서 대상판례 [1]에서의 “전세권의 목적물 소유자”를 전세물소유자라고 할 수 있다.

(3) “저당권의 목적물인 전세권”에 대한 검토

대상판례 [1]은 “전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하는 것”이라고 한다. 검토하건대, 전세권은 점유권능·용익권능·담보권능을 내용으로 한다. 그런데 전세권이 기간만료로 종료된 경우에, 당연히 소멸하는 것은 전세권의 용익권능뿐이므로, 전세권의 점유권능과 담보권능은 전세금반환채권의 변제 시까지 존속한다(IV 1 4) (3) 참조). 따라서 대상판례 [1]에서의 전세권의 소멸은 용익권능만의 소멸을 뜻한다(論理解釋). 그러므로 대상판례 [1]에서의 “저당권의 목적물인 전세권”은 전세권의 용익권능을 뜻한다고 해석된다.

대상판례 [1]은 “전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 저당권의 목적물은 물건인 전세권 자체가 전세금반환채권은 그 목적물이 아니다”라고 한다. 그런데 전세금반환채권이 저당권의 목적물이 아니라면, 전세권의 담보권능도

을 뜻하므로, 민법 제305조 제2항과 제303조 제2항에서의 전세권의 목적과는 다르다. 입법론으로는, 민법 제 314조 제2항에서의 “전세권의 목적”은 전세권설정의 목적으로 개정하는 것이 옳다.

12) 민법은 많은 조항에서 권리의 객체 내지 대상을 권리의 목적이라고 규정한다(제191조 제1항·제2항, 제260조 제1항, 제288조, 제303조 제2항, 제331조, 제347조 이하, 제365조, 제371조 등).

13) 박윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2013, p.219; 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사, 1988, p.265; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2018, p.647; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2014, p.297, 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2018, p.389.

14) 그리고 정부가 2015년에 19대 국회(2012~2016)에 제출했으나 19대 국회의 종료로 자동 폐기된 민법개정안(의안번호 17126)은 권리의 객체 내지 목적을 권리의 대상이라고 표현했으므로, 이 개정안에 따르면 전세권의 대상이라고 할 수 있다.

저당권의 목적물이 될 수 없다. 왜냐하면, 담보물권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못하기 때문이다(민법 제 361조 참조). 즉, 「전세금반환채권은 저당권의 목적물이 아니지만, 전세권의 담보기능은 저당권의 목적물인 경우」는 있을 수 없기 때문이다. 따라서 이 판례에 의하면, 저당권의 목적물인 전세권은 전세권의 용익권능을 뜻한다.

대상판례 [2]도 “저당권의 목적물인 전세권”이라고 하면서도, “전세권을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 된다.”라고 한다. 그러므로 여기서의 전세권도 결국 전세권의 용익권능을 뜻한다.

요컨대, 대상판례 [1]과 [2]에 의하면, 전세권저당권의 목적물은 전세권 자체가 아니라 전세권의 용익권능만이다.¹⁵⁾ 그런데 이러한 전세권의 용익권능은 전세권의 1내용 내지 1권능에 불과할 뿐이므로, 그 자체가 物 내지 물건은 아니다. 따라서 전세권저당권의 목적물이라는 표현은 옳지 않다. 특히, 대상판례 [2]는 “전세권을 목적으로 한 저당권”이라고 하면서도 “저당권의 목적물인 전세권”이라고 함으로써, 목적과 목적물을 같은 것으로 파악한다. 검토하건대, 권리의 목적과 권리의 목적물은 다르다.¹⁶⁾ 그리고 전세권저당권의 목적은 엄격하게 말하면 전세권의 용익권능이고, 권리의 목적은 권리의 객체 내지 대상이며, 민법학자들은 민법총칙 저서에서 권리주체에 대응하여 “권리의 객체”라는 용어를 많이 쓴다(Ⅲ 1 2) 참조). 그러므로 대상판례 [1]과 [2]에 의하더라도, 전세권저당권의 객체인 전세권의 용익권능이라고 표현하는 것이 바람직하다.¹⁷⁾

15) 同旨, 명순규·이홍민, 전세제도에 관한 새로운 시각, 고려대학교 출판문화원, 2015, p.137. 김동욱 판사는 “대상판례 [1]은 전세권저당권을 규정하는 민법 제371조가 전세권의 담보권능을 인정한 민법개정 전부터 있었고 전세권이 부동산을 용익하는 물권이라는 것을 근거로 한다.”고 주장한다(김동욱, 저당권의 목적물로 된 전세권이 기간만료로 종료된 경우의 법률관계, 판례연구 제12집, 부산판례연구회, 2001. 6, p.694).

또 다른 판례도 “우리 민법상 저당권은 담보물권을 목적으로 할 수 없으므로, 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 전세권이 기간만료로 종료되면 전세권을 목적으로 하는 저당권은 당연히 소멸된다.”라고 하는데(대법원 2008. 4. 10. 선고 2005 다 47663 판결), 이 판례도 전세권저당권의 객체가 전세권의 용익권능만이라는 것을 나타낸다.

16) 同旨, 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2016, p.29; 송덕수, 채권총론, 박영사, 2018, p.49.

17) 그리고 정부의 2015년 민법개정안(의안번호 17126. 註14 참조)에 따르면, 전세권저당권의 대상은 전세권의 용익권능이라고 할 수 있다. 덧붙이건대, “전세권저당권의 대상목적물”이라고 표현하는 변호사도 있으나(한상준, 현행 전세권저당권의 문제와 개선방안에 대한 고찰, 법학연구 제25권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2914. 12, p.130), 더욱 부당한 표현이다.

(4) “전세권의 용익물권적 권능”에 대한 검토

대상판례 [2]는 “전세권의 용익물권적 권능”이라고 표현한다. 또 다른 판례도 “전세권의 용익물권적 권능”이라고 표현하면서, “전세권의 담보물권적 권능”이라는 표현도 한다.¹⁸⁾ 그러나 판례는 소유권에서는 “사용·수익의 권능”과 “처분권능”이라고 표현한다.¹⁹⁾ 즉, 소유권에서는 사용물권적 권능·수익물권적 권능·처분물권적 권능이라고 표현하지는 않는다.

일부학자는 “전세권의 사용·수익권”이라고 표현한다.²⁰⁾ 그리고 소유권의 권능에서는 “사용·수익·처분의 권능”이라고 표현한다.²¹⁾

생각건대, 전세권이 물권이므로 “전세권의 용익물권적 권능”이라고 표현할 필요는 없다. 따라서 전세권의 용익적 권능이라고 하면 될 것이지만, 용익적 권능은 용익권능이라고 하면 簡易하다. 그러므로 전세권의 용익권능이라고 표현하는 것이 바람직하다. 그렇다면, 전세권의 담보물권적 권능도 전세권의 담보권능이라고 표현하는 것이 바람직하다.²²⁾

2. 대상판례 [1]에서의 전세권저당권의 설정에 대한 검토

1) 문제의 제기

대상판례 [1]은 “전세권을 목적물로 하는 저당권의 설정은 전세권의 목적물 소유자의 의사와는 상관없이 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것”이라고 함으로써, 전세권저당권은 전세권자의 동의만 있으면 설정된다고 한다.²³⁾ 이것은 타당한가?

2) 검토 및 사건

저당권의 설정은 그 저당권을 설정하려는 당사자 간의 물권계약이다. 그러므

18) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2014 다 10694 판결; 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003 다 35659 판결.

19) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009 다 228·235.

20) 이은희, 앞의 보고서, p.97.

21) 김중환·김학동, 민법총칙, 박영사, 1998, p.246; 김주수·김상용, 민법총칙, 삼성사, 2013, p.56.

22) 그리고 「대법원 2005. 3. 25. 선고 2003 다 35659 판결」은 “전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것”이라고 하는데, 이 판례에서 「전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 용익권능과 담보권능을 겸비한 것」이라고 하더라도 문제가 없다.

23) 판례와 같은 견해도 있다(장창민, 앞의 논문, p.74).

로 이러한 물권계약에서의 당사자들의 물권적 의사들은 반대방향이고, 당사자들의 물권적 의사표시들은 물권계약이라는 하나의 법률행위(즉, 물권행위)의 요소이다.²⁴⁾ 이것은 전세권저당권의 설정에서도 마찬가지이다. 따라서 전세권자의 물권적 의사표시와 전세권저당권자의 물권적 의사표시는 반대방향이고, 이러한 반대방향의 의사표시들은 합치해야 한다. 그리고 이러한 물권적 의사표시들은 전세권저당권의 설정이라는 물권계약의 요소이고, 따라서 하나의 법률행위에서 그 요소를 구성한다. 그런데 동의는 어떤 자의 법률행위 또는 사실행위²⁵⁾를 제3자가 찬성하는 표시 또는 그 표시를 요소로 하는 단독행위이다.²⁶⁾ 이처럼 동의는 어떤 자의 법률행위 또는 사실행위의 요소가 아니라, 이러한 행위와는 별개의 행위이다.²⁷⁾ 또한 동의는 어떤 자의 법률행위 또는 사실행위를 찬성하는 것이므로,²⁸⁾ 이러한 행위의 방향과는 반대방향이 아니라 동일방향이다. 따라서 전세권저당권을 비롯한 저당권의 설정에서의 전세권자의 물권적 의사표시는 동의가 아니다. 그리고 전세권저당권의 설정은 물권계약이므로, 전세권자의 의사표시만으로는 가능하지 않다. 즉, 전세권자와 「전세권저당권을 취득하려는 채권자」의 물권계약이 있어야만 가능하다. 그러므로 대상판례 [1]에서의 “전세권자의 동의만 있으면 가능한 것”을 <전세권자와 「전세권저당권을 취득하려는 채권자」 간의 물권계약만 있으면 가능한 것>이라고 해야 的確하다.²⁹⁾

24) 물권행위와 공시방법의 관계에 관하여는, 학설이 나뉘지만, 공시방법은 물권행위의 성립 요건이라고 생각한다(자세한 논의는, 강태성, 물권행위론, 대명출판사, 2015, p.65 이하 참조). 판례도 공시방법을 물권행위의 성립요건으로 파악한다(대법원 1991. 3. 22. 선고 91다 70 판결; 대법원 2005. 3. 10. 선고 2004 다 67653·67660 판결).

25) 여기서의 “어떤 자의 행위”는 법률행위인 경우가 대부분이나, 사실행위인 경우도 있다(예컨대, 전세물이나 임차물에의 부속(민법 제316조·제646조 제1항·제647조)이다).

26) 김증환, 법률학사전, 법문사, 1984, p.453; 강태성, 민법에서의 「승인·승낙·동의·허락·추인」에 대한 검토 및 개정안, 민사법의 이론과 실무 제19권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016. 8, p.22. 독일민법에서의 동의(Zustimmung)도 법률행위의 효력발생을 위해서 당사자의 법률행위(계약 또는 단독행위) 외에 제3자의 찬성의 표시를 필요로 하는 경우에, 이러한 찬성의 표시를 뜻한다(독일민법 제182조; 한국법제연구원, 독일 법령용어집, 2008, p.901 참조). 독일민법은 동의(Zustimmung)를 事前의 동의(Einwilligung)와 사후의 동의(즉, 추인, Genehmigung)로 구별하여, 규정한다(제182조 이하 참조).

27) 동의에서의 “찬성하는 의사표시”는 어떤 자의 행위와는 반대방향이 아니라는 점에서 계약의 요소인 승낙과 다르고, 어떤 자의 행위의 1요소가 아니라는 점에서 합동행위의 요소인 의사표시와는 다르다(강태성, 앞의 “민법에서의 「승인·승낙·동의·허락·추인」에 대한 검토 및 개정안”, p.22).

28) 이처럼 동의는 어떤 자의 법률행위 또는 사실행위를 찬성하는 것이므로, 그 찬성의 대상이 되는 행위가 있어야 한다. 그런데 대상판례 [1]은 “전세권을 목적물로 하는 저당권의 설정은 전세권 목적물 소유자의 의사와는 관계 없이 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것”이라고 함으로써, 찬성의 대상이 되는 행위가 나타나지 않는다.

29) 同旨, 대법원 1964. 12. 8. 자 64 마 589 결정.

IV. 전세기간의 만료로 인한 소멸 여부 및 그 등기에 대한 검토

1. 전세권은 기간의 만료로 종료되어 소멸하는가?

1) 대상판례 [1]과 [2]

대상판례 [1]은 “전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, ……”라고 하는데, 이를 文理解釋하면 긍정된다. 그러나 대상판례 [2]는 “전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸한다.”라고 한다.

2) 학설

긍정설은 “전세권은 …… 존속기간의 만료 …… 등으로 소멸한다.”라고 하는데,³⁰⁾ 이를 문리해석하면 긍정된다.

부정설은 “전세기간이 만료되더라도, 전세권의 용익권능과 담보권능이 즉시 소멸하지 않는다. 즉, 전세기간이 만료됨으로써, 전세권설정자는 전세금을 반환하고 전세권을 소멸시킬 수 있고, 전세권자는 전세권설정자에게 전세물의 인도와 말소등기서류의 교부 또는 그 이행제공을 하여 전세권설정자를 이행지체에 빠뜨린 후에 경매청구권을 행사하여 우선변제를 받을 수 있는 기한이 도래한다.”라고 한다.³¹⁾ 이說은 전세기간을 단순히 전세금반환채권의 변제기로 파악하는 것 같다.

절충설은 “전세기간의 만료로 인해, 전세권의 용익권능은 소멸하지만 담보권능은 존속한다.”라고 한다.³²⁾

30) 박윤직·김재형, 앞의 물권법, p.354; 김상용, 앞의 물권법, p.524; 송덕수, 앞의 물권법, p.425; 유석주, 부동산등기법-이론 및 실무-, 삼조사, 2015, p.906.

31) 박순성, 전세권에 관한 판례의 동향과 전망, 송상현선생화갑기념논문집(21세기 한국민사법학의 과제와 전망), 박영사, 2002, p.91.

32) 이상태, 민법논집, 법원사, 2015, p.400·p.458; 강태성 외 9인, 로스쿨 물권법, 청림출판, 2006, p.413(소제선 교수 집필); 명순구·이홍만, 앞의 책, p.170; 강태성, 전세권지당권의 우선변제적 효력, 토지법학 제24권 제1호, 한국토지법학회, 2008. 6, p.36; 김동욱, 앞의 논문, p.686; 이은희, 앞의 보고서, p.2; 장창민, 앞의 논문, p.83; 김대경, 전세관계 종료 후 전세권지당권의 법률관계, 법과 정책 제20집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014. 8, p.70; 한상준, 앞의 논문, p.137; 이원일, 「전세권에 대하여 지당권이 설정되어 있는데 전세권이 기간만료로 종료된 경우, 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권설정자는 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담하는지 여부 및 그 지당권의 실행방법」, 대법원판례해설: 재판연구관 세미나 자료 제33호, 1999년 하반기, p.96.

3) 학설에 대한 검토

긍정설에 의하면, 전세기간의 만료로 전세권(점유권능·용익권능·담보권능)이 소멸하므로, 전세권자는 담보 없는 전세금반환채권만을 가진다. 이는 전세권에 담보권능을 인정하는 민법규정(제303조)에 反한다. 따라서 긍정설은 부당하다.

부정설에 의하면, 전세기간의 만료 후에도 전세권자는 용익권능을 계속 가지는데, 이처럼 용익권능을 계속 가진다는 것은 전세기간을 둔 당사자의 의사에 反한다. 따라서 전세기간의 만료 후에는, 용익권능은 소멸하므로 전세권자는 전세물에 대한 점유권능과 담보권능만을 가진다고 해야 한다(아래의 사건 참조). 다만, 전세권자는 이러한 점유권능과 담보권능에 근거하여, 전세물의 보존에 필요한 범위에서 용익할 수 있을 뿐이다(III 1 1) (3) 참조}. 그러므로 부정설도 부당하다.

절충설은 전세기간의 만료로 용익권능만이 소멸한다고 하는데, 이는 당사자의 의사에 합치하므로 이 점에서는 타당하다. 그러나 이 說은 전세권의 점유권능의 존속 여부에 관해서는 논하지 않으므로, 미흡하다.

4) 사건

전세기간의 만료로 용익권능만이 소멸한다고 하는 것이 당사자의 의사에 합치한다. 그러나 전세기간이 만료하더라도, 전세금반환채권을 담보해야 하므로 전세권의 담보권능은 존속해야 한다.³³⁾ 이처럼 담보권능이 존속하는 경우에, 전세권의 점유권능은 어떻게 되는가?

(1) 전세권의 점유권능 논의의 필요성

민법 제303조 제1항은 “전세권자는 …… 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산을 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산의 전부에 관하여 …… 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다.”라고 규정한다. 따라서 전세권은 점유권의 내용인 권능으로는, 점유권능·용익권능·담보권능이 있다고 해석된다.³⁴⁾ 그런데 전세권의 용익권능이 존속하는 경우에는, 용익권자가 점유권능을 가진다고 해

33) 등기선례 5-415도 “존속기간이 만료되고 전세금반환시기가 지난 전세권이라도 당해 전세권설정등기는 전세금반환채권을 담보하는 범위에서 유효하므로 전세권이전등기가 가능하다.”라고 한다.

34) 전세권의 성질에 관한 순수담보물권설에 의하더라도, 민법 제303조가 “전세권자는 …… 타인의 부동산을 점유하여 ……”라고 규정하므로, 전세권의 점유권능을 부인할 수 없다.

석되므로 점유권능을 용익권능과는 별도로 논할 필요가 없다.³⁵⁾ 그러나 전세권의 용익권능이 소멸한 경우에는, 담보권능과 전세금반환채권이 존속하면 전세권자는 계속 점유할 수 있는가가 문제되므로, 전세권의 용익권능과는 별도로 논해야 한다.³⁶⁾

(2) 판례와 학설

판례는 “전세권의 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능이 남은 전세권”이라고 함으로써, 전세권의 점유권능은 언급하지 않는다.³⁷⁾

대부분의 민법학자들도 전세기간이 만료한 경우에 전세권의 점유권능의 존속 여부에 관해서는 별도로 특별히 논하지는 않으나,³⁸⁾ 일부의 학자는 전세권의 점유권능은 소멸한다고 한다.³⁹⁾

35) 따라서 중화민국(대만)민법 제911조는 “典權은 典價를 지급하고 타인의 부동산을 사용, 수익하고,”라고만 규정한다. 그리고 같은 용익물권인 지상권에서 민법 제279조는 “그 토지를 사용하는 권리가 있다.”라고만 규정한다. 즉, 중화민국민법 제911조와 우리민법 제279조에는 「점유하여」라는 용어가 없다.

36) 용익권능이 소멸한 후에도 전세권자가 계속 점유할 수 있다면, 전세권자는 점유권능과 담보권능이 있는 전세권부 전세금반환채권을 가지게 된다. 이것은 부동산에 질권이 설정된 것(즉, 부동산질권)과 결과적으로는 같게 된다. 그러나 전세권자가 점유할 수 없다면, 전세권자는 담보권능만이 있는 전세권부 전세금반환채권을 가진다. 이것은 부동산에 저당권이 설정된 것(즉, 부동산저당권)과 결과적으로는 같게 된다.

37) 즉, 전세권설정등기를 마친 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위에서 전세금의 반환 시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속한다(대법원 2005. 3. 25. 선고 2003 다 35659 판결). 그리고 “전세권이 존속기간의 만료나 합의해지 등으로 종료하면 전세권의 용익물권적 권능은 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위에서 전세금의 반환 시까지 전세권설정등기의 효력이 존속하므로 ……”라고 한 판례도 있다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2014 다 10694 판결).

38) 박윤직, 민법주해[VI]-물권(3)-, 박영사, 2011, p.265; 박순성, 앞의 논문, p.685; 강대성, 앞의 논문, p.36; 오시영, 전세권의 용익물권성과 담보물권성 분리에 따른 입법론적 고찰, 민사법학 제48호, 한국민사법학회, 2010. 3, p.235 이하.

39) 즉, 김대경 교수는 “전세권의 존속기간이 만료되면 전세권자는 더 이상 전세물을 점유하여 용익하지 못하고 전세물을 전세권설정자에게 반환할 의무를 진다.”라고 주장한다(김대경, 앞의 논문, p.70). 그뿐만 아니라, 최수정 교수도 “전세권자의 용익권이 소멸한 후에는 담보물권으로서의 전세권만이 남아 있는 것이고, 등기부상의 저당권과 같은 효력만으로 충분하므로, 점유가 없다 하더라도 상관 없다.”라고 주장한다(이은희, 앞의 보고서, p.40) 또한 오경미 판사도 “전세권자는 전세기간의 만료로 전세물의 반환, 부속물수거, 매수청구, 유익비상환청구 등 전세권의 용익권능의 청산문제가 남게 되는 것을 제외하면 전세금반환채권을 피담보채권으로 하는 저당권자와 사실상 동일한 지위를 가진다.”라고 주장한다(오경미, 채권담보 목적의 전세권과 그에 관하여 설정된 저당권의 법률관계, 재판연구 제18집, 부산판

(3) 결언

용익권능이 소멸한 후에도 전세권의 점유권능이 존속한다고 해야만, 전세물 인도와 전세금반환의 동시이행을 규정한 민법 제317조에 합치할 뿐만 아니라 전세권자를 더 잘 보호할 수 있다.⁴⁰⁾ 따라서 전세권자는 결국 점유권능과 담보권능을 가진다고 할 수 있다. 즉, 전세권자는 용익권능이 소멸한 후에도 담보권자로서 계속 점유할 수 있다.

요컨대, 전세기간이 만료한 경우에, 전세권의 용익권능만이 소멸한다. 그러나 전세권의 담보권능과 점유권능은 존속한다. 그러므로 대상판례 [1]에서의 “전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, ……”를 「전세기간의 만료로 인해 전세권의 용익권능은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, ……」라고 해야 적확하다.⁴¹⁾

2. 전세기간이 종료된 경우에 「말소」등기를 하는가?

1) 대상판례 [1]

대상판례 [1]은 “전세권이 기간만료로 종료된 경우에 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, ……”라고 함으로써, 이 경우에 변경등기가 아니라 말소등기를 할 수 있는 것을 긍정한다.

2) 학설

위의 긍정설은 “전세권은 …… 존속기간의 만료 …… 등으로 소멸한다.”라고 한다. 이처럼 존속기간의 만료로 전세권이 소멸한다면, 이를 공시하기 위해서는 변경등기가 아니라 말소등기를 해야 한다. 요컨대, 위의 긍정설에 의하면, 전세기간이 만료된 경우에는 말소등기를 해야 한다.⁴²⁾

위의 부정설에 의하면, 전세기간이 만료되더라도 전세권에는 아무런 변동이

례연구회, 2007. 2, p.166; 장창민, 앞의 논문, p.81}. 그리고 박병대 판사도 “전세기간의 만료 등의 전세권종료사유가 발생하면 그로써 소멸되는 것은 전세권의 용익권능뿐이고 담보물권으로서의 성격은 그대로 유지되므로 …… 이 경우 전세권은 저당권과 같은 마찬가지로 취급받는다.”라고 하고(곽윤직, 민법주해[IV], p.265)라고 하고, 이원일 재판연구관도 “이 경우는 저당권에 관한 규정이 준용된다.”라고 한다(이원일, 앞의 논문, p.96).

40) 전세기간의 만료로 전세권이 점유권능도 소멸한다면, 전세권자는 전세금을 받지 못한 상태에서 전세물을 인도해야 하므로, 전세권자에게 아주 불리하다.

41) 따라서 민법 제316조 제1항에서의 “전세권이 그 존속기간의 만료로 소멸한 때”도 的確하지 않다.

42) 유석주, 앞의 책, p.906.

없으므로, 등기의 문제는 생기지 않는다.

위의 절충설은 “전세권의 용익권능이 소멸함으로써 이제 담보권능만을 내용으로 하는 전세권은 오로지 전세금반환채권의 영향을 받는다. 그러므로 전세금반환채권의 소멸 여부를 묻지 않은 채 전세기간이 만료되었다는 이유만으로 전세권등기를 말소할 수는 없다.”라고 한다.⁴³⁾ 그런데 이 說은 전세권의 용익권능만의 소멸을 나타내기 위해서 어떤 등기를 해야 하는가에 관해서는 논하지 않는다.

3) 사건

전세기간의 만료로 당연히 소멸하는 것은 전세권 자체가 아니라 전세권의 용익권능뿐이므로, 점유권능과 담보권능은 존속한다(IV 1 4) (3) 참조). 그리고 말소등기는 기존등기가 원시적으로 또는 후발적인 사유로 인하여 등기사항의 전부에 관하여 실체관계와 합치하지 않게 된 경우에, 그 기존 등기의 全部를 소멸시키기 위해서 하는 등기이다.⁴⁴⁾ 그런데 전세기간이 만료한 경우에는, 전세권의 점유권능과 담보권능은 존속하므로, 기존등기가 등기사항의 전부에 관하여 실체관계와 합치하지 않는 것은 아니다. 따라서 말소등기를 하는 경우에 해당하지 않는다. 그리고 부동산등기법 제3조는 “등기는 …… 전세권의 소멸에 대하여 한다.”라고 규정한다. 검토하건대, 이때의 등기는 말소등기이므로, 결국 전세권의 말소등기는 전세권의 소멸 시에 하게 된다. 즉, 전세권의 모든 권능들이 소멸한 때에 하게 된다. 그런데 전세기간의 종료만으로는 전세권의 모든 권능들이 소멸하는 것이 아니다. 그러므로 부동산등기법 제3조에 의하더라도, 전세기간의 종료 시에는 말소등기를 할 수 없다.⁴⁵⁾

43) 이은희, 앞의 보고서, p.2.

44) 同旨, 유석주, 앞의 책, p.1167.

45) 다만, 민법 제303조는 1984년 4월에 개정되기 전에는 “전세권은 전세권자는 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용, 수익할 권리가 있다.”라고 규정했다. 이 때의 다수설은 전세권을 용익권능만을 내용으로 하는 용익물권으로 파악했다(이태재, 앞의 책, p.289; 김기선, 한국물권법, 법문사, 1961, p.302; 김용진, 신민법해의[물권법], 박문서관, 1958, p.200; 방순원, 신물권법, 일한도서출판사, 1960, p.196; 최익, 신물권법·담보물권법, 박영사, 1960, p.259; 현승중, 민법[총칙·물권], 일신사, 1965, p.236; 박윤직, 물권법, 박영사, 1975, p.426). 그리고 당시의 판례도 전세권의 우선변제적 효력을 부정함으로써(대법원 1961. 7. 6. 자 4294 민재항 291 결정), 전세권을 용익물권으로 파악하였다. 이처럼 전세권을 용익물권으로만 파악하는 경우에는, 전세권이 기간만료로 종료된 때에 전세권 자체가 당연히 소멸한다. 따라서 말소등기를 해야 한다. 그러므로 전세기간이 만료한 경우에 말소등기를 해야 한다는 현재의 판례와 학설은 전세권이 용익물권으로만 존재했던 때의 판례와 학설은 무비판적으로 계수한 것이 아닌가 한다.

이처럼 전세기간이 만료한 경우에는 말소등기를 할 수 없다면, 어떤 등기를 해야 하는가? 생각건대, 변경등기에는 광의의 변경등기와 협의의 변경등기가 있다. 광의의 변경등기는 등기의 일부가 실체관계와 합치하지 않는 경우에 그 등기를 실체관계에 합치하도록 바로 잡는 등기이다. 이에겐 경정등기와 협의의 변경등기가 있다. 그리고 협의의 변경등기는 등기와 실체관계의 불합치가 후발적으로 생긴 경우에 이 불합치를 바로 잡기 위해서 기존등기의 일부를 변경하는 등기이다.⁴⁶⁾ 그런데 전세기간이 만료한 경우에는, 기존의 전세권등기 중에서 용익권능의 소멸만을 등기해야 한다. 따라서 이러한 등기는 광의의 변경등기와 협의의 변경등기 모두에 해당한다. 그러므로 전세기간이 만료한 경우에는, 변경등기를 해야 한다고 이론구성해야 한다. 덧붙이건대, 전세기간의 약정이 있는 경우에는 이를 등기해야 하므로(부동산등기법 제72조 제1항 제3호), 전세기간의 만료로 전세권이 소멸했음이 등기부에 나타난다. 따라서 전세기간의 만료로 전세권의 용익권능이 소멸했다는 것을 굳이 다시 등기(즉, 변경등기)할 필요는 없다. 그러나 건물전세권에서는 법정갱신이 인정되므로(민법 제312조 제4항) 전세기간 후에도 전세권이 존속할 수 있다. 그런데 이러한 법정갱신으로 인한 전세기간의 연장은 등기를 요하지 않으므로(민법 제187조 본문), 등기된 「전세권의 존속기간」의 만료만으로써는 전세권의 존속 여부를 알 수 없다. 따라서 법정갱신되지 않았다는 것(즉, 전세기간의 만료로 전세권의 용익권능이 소멸하였음)을 명백히 하기 위해서, 이를 등기(즉, 변경등기)해야 할 필요가 있다. 변경등기의 방법에 관한 사건으로는, 순위번호란에는 전세권설정등기의 순위번호(예컨대, 1)에 부기하고(부기등기. 예컨대, 1-1), 등기목적란에는 「용익권능의 소멸」을 기록하고, 접수란에는 등기를 접수한 연월일과 접수번호를 기록하며, 등기원인란에는 「전세기간의 만료」을 기록한다. 그리고 「권리자 및 기타사항란」은 空欄으로 둔다.

V. 전세권저당권의 객체에 대한 검토

1. 전세권저당권의 객체는 무엇인가?

1) 대상판례 [1]과 [2]

대상판례 [1]과 [2]에서의 “저당권의 목적물인 전세권”은 전세권의 용익권능

46) 유석주, 앞의 책, p.1119.

만이다. 그리고 대상판례 [1]과 [2]에서의 “저당권의 목적물”은 저당권의 객체를 뜻한다. 그러므로 대상판례 [1]과 [2]에 의하면, 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능이라고 해석된다(III 1. 3) 참조).

2) 학설

대상판례 [1]·[2]를 따르지 않는 說(즉, 부정설)과 긍정하는 說이 있다.

(1) 부정설

부정설은 그 근거와 관련하여 아래와 같이 견해가 나뉜다.

제1견해는 “전세권은 그 용익물권성과 담보물권성 및 전세금반환채권 모두를 내용으로 하는데, 이것은 저당권의 객체인 전세권에서도 같다. 따라서 전세권저당권은 「전세권의 용익물권성과 담보물권성 및 전세금반환채권」 모두를 객체로 한다.”라고 주장한다.⁴⁷⁾

제2견해는 “전세금반환채권은 전세권설정계약 자체에 기하여 발생하는 권리이므로 일종의 물권적 청구권인데, 이를 전제로 전세권저당권을 설정한다. 또한 전세권저당권을 설정하는 당사자의 의사는 전세권부 전세금반환채권을 객체로 한다. 그리고 담보물권의 수반성에 비추어 보아도 피담보채권으로서의 전세금반환채권과 이를 담보하는 전세권은 일체로 처분되어야 하므로, 전세권을 담보로 제공하는 경우에도 전세금반환채권은 전세권과 일체로서 담보의 대상이 돼야 한다.”라고 한다.⁴⁸⁾

(2) 긍정설

전세금반환채권은 전세권의 용익권능이 소멸한 후에 발생하는 채권적 청구권이고, 전세권부 전세금반환채권을 저당권의 객체로 하는 것은 물권법정주의

47) 그러므로 전세기간의 만료로 그 용익물권성이 소멸하면, 전세권저당권은 이제는 전세금반환채권과 담보물권으로서의 전세권을 객체로 하여 존속한다고 주장한다(이상태, 앞의 민법논집, p.462; 배병일, 전세권저당권, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013. 12, p.16; 김대경, 앞의 논문, p.81·p.77; 법무부, 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편, 민속원, 2012, pp.570~572(김상용 교수와 이상경 판사의 주장)). 김동욱 판사와 소제선 교수는 위의 근거 외에 당사자의 의사도 고려한다(강태성 외 9인, 앞의 로스쿨 물권법, 2006, pp.416~417; 김동욱, 앞의 논문, p.686).

48) 김창섭, 전세권에 대한 저당권의 우선변제적 효력의 인정 여부, 법조 제50권 제4호, 법조협회, 2001. 4, pp.223~224; 남양우 판사도 전세권저당권을 설정받는 자의 의사를 근거로 부정한다(남양우, 전세권을 목적으로 한 저당권의 효력에 관하여, 실무연구자료 제7권, 대전지방법원, 2006. 1, p.86).

에 위반될 뿐만 아니라, 우리민법의 입법자의 의사와 외국의 입법례에 비춰 보더라도, 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이다. 그리고 전세권저당권은 전세권설정자의 의사와는 관계 없이 전세권자(즉, 전세권저당권의 설정자)와 전세권저당권자의 합의만으로써 성립하는데, 위의 부정설에 의하면 전세권설정자는 전세권저당권 설정의 사실을 모른 채 전세권자에게 전세금을 반환한 경우에 2중변제의 위험에 빠진다.⁴⁹⁾

3) 검토

(1) 대상판례 [1]·[2] 및 긍정설에 대한 검토

(가) 전세권양도와의 불균형

대상판례 [1]과 긍정설은 “전세권저당권의 목적물은 물건인 전세권 자체이지 전세금반환채권은 그 목적물이 아니고”라고 한다. 대상판례 [2]에 의하더라도, 전세금반환채권은 전세권저당권의 목적물이 아니다.

생각건대, 전세권의 양도와 전세권저당권의 설정은 모두 전세권의 처분에 속한다. 즉, 兩者는 전세권의 처분이라는 점에서는 같다. 그런데 민법은 전세권의 양도를 인정하고(제306조), 전세권이 양도되면 양수인에게 전세금반환채권이 승계된다고 규정한다(제307조).⁵⁰⁾ 즉, 전세권이 양도된 경우에는, 전세금반환채권도 이전된다. 그럼에도 불구하고, 전세권저당권이 설정된 경우에는, 전세금반환채권에는 담보물권이 설정된 것으로는 되지 않는다. 이처럼 兩者가 처분이라는 점에서는 같음에도 불구하고 전세금반환채권을 다르게 취급하는 것은 일관성이 없다.

(나) 2중변제의 위험성 여부

긍정설은 “부정설에 의하면, 전세권설정자는 2중변제의 위험에 빠진다.”고 주장한다. 이 주장은 타당한가? 생각건대, 전세권의 용익물권이 소멸한 경우에, 전세권설정자는 전세권자로부터 전세물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부받는 동시에 전세금을 반환해야 한다(민법 제317조). 따라서 부정설에 의하더라도, 전세권자는 2중변제의 위험이 없다. 특히, 부정설은

49) 명순구·이흥민, 앞의 책, p.137·pp.171~172; 장창민, 앞의 논문, p.85. 이영준 변호사는 근거를 제시하지 않고 긍정한다(이영준, 물권법, 박영사, 2009, p.747).

50) 권윤직, 앞의 민법주해[VI]-물권(3)-, p.213.

이러한 2중변제의 위험을 막기 위해서, 권리질권에 관한 민법규정(제349조)를 유추적용한다.

(다) 전세권의 용익권능과 담보권능의 분리 가능 여부

(ㄱ) 논의의 필요성

대상판례 [1]·[2]와 긍정설은 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 한다. 그렇다면, 전세권저당권의 설정 후에도 전세권의 담보권능은 전세권자(즉, 전세권저당권의 설정자)에게 그대로 존속하는가? 아니면, 소멸하는가? 대상판례 [1]·[2]와 그 밖의 판례 및 긍정설은 이 문제에 관해서 明示하지 않는다. 만약 담보권능이 전세권자에게 여전히 존속한다면, 전세기간이 많이 남은 상태에서 전세권저당권이 실행된 경우에 전세권의 용익권능과 담보권능은 분리되어 그 귀속자를 달리 하면서 존속한다. 왜냐하면, 매수인은 전세권저당권의 객체인 용익권능만을 취득하기 때문이다. 요컨대, 대상판례 [1]·[2]와 긍정설에 의하면, 전세권의 용익권능과 담보권능의 분리 가능 여부가 문제되므로, 이를 논할 필요가 있다.

(ㄴ) 학설

전세권에서 용익권능과 담보권능은 분리될 수 있는가의 문제에 관해서, 대부분의 민법학자들은 논하지 않으나 일부학자는 긍정한다. 즉, 일부학자는 “완전물권인 소유권은 사용권능, 수익권능, 처분권능을 분리하여 제한물권인 용익물권 또는 담보물권의 설정을 허용하고 있다. 즉, 용익권능과 담보권능의 분리를 허용하고 있다. 그렇다면 제한물권인 전세권에서도 용익권능과 담보권능의 분리를 허용하지 못할 이유가 없다. …… 예를 들어 자녀의 결혼에 따라 부모가 대신하여 주거를 장만해 주는 경우 또는 형이 동생을 위해 주거비용(전세금)이 일부를 분담하는 경우처럼 전세금을 지급한 채권자가 따로 있는 경우에는, 아예 계약 체결 시에 용익권자인 전세권자와 담보권자인 채권자를 분리하여, 즉 용익권자로서의 전세권자와 담보권자 겸 채권자로서의 전세금반환채권자와 전세권설정자 사이에서 3자 간의 합의에 의해 전세권설정계약을 체결할 수 있도록 하자.”라고 주장한다.⁵¹⁾

51) 오시영, 앞의 “전세권의 용익물권성과 담보물권성 분리에 따른 입법론적 고찰”, p.247.

오시영 교수는 저당권에서는 채권자와 지당권자의 분리가 허용되는 경우가 있다고 하면서, 판례도 이를 허용한다고 한다. 따라서 전세권에서도 용익권능과 담보권능의 분리가

이 주장에 의하면, 전세권의 용익권능에만 저당권이 설정되더라도, 전세권의 담보권능은 여전히 전세권자에게 존속한다. 그 저당권이 실행되어 매수인이 용익권능을 취득한 경우에도, 마찬가지이다.

(ㄷ) 검토 및 사건

위 일부학자의 주장은 “완전물권인 소유권은 사용권능, 수익권능, 처분권능을 분리하여 제한물권인 용익물권 또는 담보물권의 설정을 허용하고 있다. 즉, 용익권능과 담보권능의 분리를 허용하고 있다.”라는 것을 1근거로 한다. 생각건대, 소유권의 권능들 중의 일부는 언제나 용익물권이나 담보물권으로 분리될 수 있는 것이 아니라, 법률 또는 관습법이 허용하는 경우에만 허용된다(물권법정주의. 민법 제185조). 예컨대, 민법 제279조 이하의 법률규정에 의하여 소유권의 권능들 중의 사용·수익권능이 지상권으로 될 수 있고, 민법 제356조 이하의 법률규정에 의하여 소유권의 권능들 중의 담보권능이 저당권으로 될 수 있다. 또한 소유권에는 渾一性이 있으므로, 소유권 권능 중의 일부만을 처분·상속할 수 없다.⁵²⁾ 그런데 전세권에서는 용익권능과 담보권능의 분리를 허용하는 법률이나 관습법이 없으며, 전세권에도 혼일성이 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 兩 권능의 분리를 허용하는 것은 물권법정주의에 反하며, 전세권의 혼일성에도 反한다. 그뿐만 아니라, 소유권에는 탄력성이 있으므로, 제한물권이 설정된 경우에 그 제한물권이 소멸하면 소유권은 그 제한물권의 권능을 회복한다. 그러나 전세권에서는 탄력성이 없다. 즉, 전세권의 권능이 분리된다고 가정하는 경우에, 그 권능 중의 하나가 소멸하더라도 다른 권능을 가진 자가 그 소멸된 권능을 회복하지 못한다. 예컨대, 전세권에서 용익권자와 담보권자(전세금반환채권자)가 분리된다고 가정하는 경우에, 용익권능이 그 기간의 만료로 소멸하더라도 담보권자가 그 용익권능을 가지지 않고, 전세금반환채권의 그 포기 등으로 담보권능이 소멸하더라도 용익권자가 그 담보권능을 가지지 않는다. 이처럼 소유권과 전세권은 그 탄력성에서도 다르므로, 소유권을 이유로 하여 전세권에서의 용익권자와 담보권자의 분리를 허용하려는 것은 수긍하기 어렵다. 따라서 전세권자는 용익권능과 담보권능 중의 어느 하나를

허용될 수 있다고 한다(위의 논문, pp.245~246). 생각건대, 오시영 교수와 판례가 허용한다고 하는 경우는 엄격하게 검토하면, 분리가 허용되지 않는 경우라고 해야 한다(강태성, 앞의 물권법, p.1178; 강태성, 앞의 물권행위론, p.211 이하). 설사 허용되는 경우라고 해석하더라도, 이 허용은 예외적인 것이므로 이 허용을 근거로 전세권에서도 분리허용이 인정된다는 것은 논리비약이다.

52) 강태성, 앞의 물권법, p.466.

여전히 가지면서, 또 다른 하나를 양도하거나 담보로 제공(예컨대, 저당권설정)할 수 없다.⁵³⁾ 그러므로 이러한 양도계약이나 담보제공계약은 무효이다.

이처럼 전세권에서의 용익권자와 담보권자의 분리를 허용하지 않는 것뿐이므로, 용익권능과 담보권능 중의 하나가 소멸함으로써 전세권자가 용익권능과 담보권능 중의 하나를 가질 수는 있다. 예컨대, 전세기간이 만료한 경우에는, 전세권자는 용익권능은 없고, 점유권능과 담보권능 및 전세금반환채권을 가진다. 그리고 전세권자가 용익물권을 포기함으로써 용익권능이 소멸한 경우에도 전세권자는 점유권능과 담보권능 및 전세금반환채권을 가지고,⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 전세권자가 담보권능만을 포기함으로써 담보권능이 소멸한 경우에는 용익권능과 「담보 없는 전세금반환채권」을 가지게 된다. 요컨대, 「점유권능과 담보권능만을 내용으로 하는(즉, 용익권능이 없는) 전세권」 및 「용익권능만을 내용으로 하는(즉, 담보권능이 없는) 전세권」은 허용된다.⁵⁶⁾

(라) 등기실무와의 불합치

대상판례 [1]과 [2]에 의하면, 등기실무와의 불합치가 문제된다. 즉, 전세권을 객체로 하는 저당권을 설정하는 경우에, 등기실무에서는 을구의 등기목적란에

53) 담보로 제공할 수 없는 이유는 다음과 같다. 즉, 담보물권을 설정하는 경우에, 그 담보물권의 객체는 양도할 수 있어야 한다(민법은 질권에서 이를 明定한다(제331조·제355조)). 왜냐하면, 담보물권은 그 피담보채권의 변제가 없는 경우에 그 객체를 처분(즉, 환가)하여 우선변제를 받을 수 있는 권리이기 때문이다. 따라서 용익권능과 담보권능 중의 어느 하나만을 양도할 수 없는 경우에는, 그 어느 하나만을 담보로 제공할 수 없다.

54) 민법은 전세권 중의 용익권능의 포기로 인한 용익권능만의 소멸을 인정함으로써, 전세권자가 담보권능과 전세금반환채권을 가지는 것을 허용한다. 예컨대, 민법 제313조에 의해 전세권자가 전세물소유자에게 전세권의 소멸을 통고할 수 있는데, 이 소멸통고는 전세권 용익권능의 포기의 특수한 것으로 해석된다(강태성, 앞의 물권법, p.861; 강태성, 물권의 포기에 관한 종합적·비판적 검토, 동아법학 제66권, 동아대학교 법학연구소, 2015. 2, pp.498~500).

덧붙이건대, 전세권 중의 용익권능만의 포기로 인해 용익권능만이 소멸하는 경우에는, 전세권의 점유권능은 그대로 존속한다고 해석된다(IV 1 4) (3) 참조). 따라서 전세권자는 점유권능과 담보권능 및 전세금반환채권을 가진다.

55) 이처럼 전세기간이 만료하거나 용익권능을 포기한 경우에, 전세권자는 용익권능은 없으나 점유권능 있는 담보물권자로서, 전세물의 보존에 필요한 범위에서 종전과 같이 계속하여 사용할 수는 있다(IV 1 4) (3) 참조). 그리고 전세권자는 점유권능이 있으므로, 전세물인도와 전세금반환의 동시이행(민법 제317조)을 주장할 수 있다.

56) 그리고 전세기간이 시작되기 전에 전세금을 지급하고 물권행위인 전세권설정계약(즉, 전세권설정의 물권적 합의와 전세권설정등기)을 한 경우에는, 전세권자는 용익권능은 없으나 담보권능과 전세금반환채권을 가진다(同旨, 대법원 2018. 1. 25. 자 2017 마 1093 결정). 왜냐하면, 전세기간은 전세권의 용익권능의 존속기간일 뿐이기 때문이다. 이 경우에, 전세권자가 전세물을 인도받았다면 전세권자는 점유권능도 가진다.

전세권저당권설정이라고 기록한다.⁵⁷⁾ 따라서 등기기록상의 문언에 의하면, 전세권 자체가 저당권의 객체로 됨으로써, 전세권의 담보권능까지도 저당권의 객체인 것으로 된다. 그러나 대선편례 [1]과 [2]에 의하면, 전세권을 객체로 하는 저당권은 전세권의 모든 권능을 객체로 하지 않고, 용익권능만을 객체로 한다. 따라서 대선편례 [1]과 [2]는 등기실무와 합치하지 않는다. 다만, 1984년 4월의 개정 전에는 민법이 전세권의 용익권능만을 규정했으므로(註45 참조), 등기와 대선편례 [1]·[2]의 불합치는 일어나지 않았다.

(2) 부정설에 대한 검토

부정설 중의 제1견해는 전세금반환채권이 전세권의 내용이라는 것을 전제로 하고, 제2견해는 전세금반환채권이 물권적 청구권이라는 것을 전제로 하면서, 당사자의 의사와 담보물권의 수반성을 근거로 한다. 아래에서, 이 부정설의 전제와 근거를 검토하기로 한다.

(가) 전세금반환채권은 전세권의 내용인가?

(ㄱ) 학설 및 그에 대한 검토

긍정설은 전세금반환채권은 물권계약인 전세권설정계약 자체로부터 발생하므로, 처음부터 전세권의 내용(민법 제303조)이라고 한다.⁵⁸⁾ 이說에 의하면, 전세권자가 전세권(점유권능·용익권능·담보권능)만을 포기한 경우에도, 전세권의 내용으로서의 전세금반환채권이 남게 되므로 전세금반환채권은 물권적인 성질을 가지게 된다.

부정설은 “전세금반환채권은 물권계약인 전세권설정계약과는 별개의 합의로부터 도출되므로, 전세권의 본질적 내용이라고 하기는 무리가 있다.”라고 한다.⁵⁹⁾

검토하건대, 전세권자가 전세권(점유권능·용익권능·담보권능)만을 포기한 경우에는, 전세금반환채권은 물권적인 성질은 전혀 없는 순수한 지명채권에 지

57) 유석주, 앞의 책, p.945.

58) 김창섭, 앞의 논문, p.228·p.419; 오시영, 전세권 존속기간 경과 후 전세권저당권의 물상대위성에 대한 고찰, 한양법학 제22권 제3집(통권 제35집), 한양법학회, 2011. 8, p.515; 법무부, 앞의 책, pp.571~572(이상경 판사의 주장); 김대경, 앞의 논문, p.76. 그리고 이러한 주장에 따른 민법개정안 제371조 제3항 등을 포함한 민법개정안(의안번호 611)이 2004년 10월에 17대 국회(2004년~2008년)에 제출됐지만, 17대 국회의 종료로 인해 이 개정안은 자동 폐기되었다.

59) 명순구·이홍민, 앞의 책, pp.138~139.

나지 않는다.⁶⁰⁾ 따라서 전세금반환채권이 물권인 전세권의 내용이라고 할 수는 없다. 또한 물권의 객체는 특정되어야 하므로 물권인 전세권의 객체도 특정돼야 하는데, 전세금반환채권은 금액채권이므로 특정된 금전이 존재하지 않는다. 그리고 물권적 청구권은 물권의 實效性을 위해서 인정되는데, 전세금반환채권은 물권의 실효성과는 무관하므로 물권적 청구권이라고 할 수 없다.⁶¹⁾ 따라서 전세금반환채권이 물권인 전세권의 내용이라고 할 수는 없다. 그리고 긍정설은 전세금반환채권이 물권계약인 전세권설정계약 자체로부터 발생한다고 주장하지만, 이 주장은 옳지 않다. 즉, 물권인 전세권을 설정하는 과정을 보면, 먼저 물권인 전세권을 설정해 주겠다는 채권계약(즉, 채권계약인 전세권설정계약을) 한다. 이 채권계약은 「물권인 전세권을 설정해 주겠다는 합의와 전세금을 지급하겠다는 합의」를 함으로써, 성립·발효한다. 그리고 이 「물권인 전세권을 설정해 주겠다는 합의」에서 생긴 채무의 이행으로서, 물권계약인 전세권설정계약(즉, 다수설에 의하면, 물권인 전세권을 설정한다는 물권적 합의와 전세권설정등기)을 한다. 또한 이 「전세금을 지급하겠다는 합의」에서 생긴 채무의 이행으로서, 전세금을 지급한다. 이처럼 전세금반환채권은 채권계약에서 발생할 뿐이고, 물권계약인 전세권설정계약으로부터 발생하지는 않는다.⁶²⁾

(ㄴ) 사건

전세금반환채권은 전세권의 내용이 아니라, 전세권(점유권능·용익권능·담보권능)과는 별개의 권리이다. 다만, 이처럼 兩者가 별개의 권리가기는 하지만, 서로 附從性⁶³⁾을 갖는가가 문제된다.⁶⁴⁾

60) 전세권자가 전세권을 포기한다고 한 경우에는, 일반적으로는 전세권의 용익권능만을 포기한 것으로 해석된다. 그러나 전세권자가 점유권능·용익권능·담보권능 모두를 포기한다고 한 경우에는, 전세금반환채권은 순수한 지명채권으로만 남는다(강태성, 앞의 “물권의 포기에 관한 종합적·비판적 검토”, pp.499~500).

61) 同旨, 강태성, 앞의 논문, p.38; 추신영, 전세권저당권의 실행방안, 재산법연구 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011. 8, p.68.

62) 전세권의 설정에 관한 자세한 논의는, 강태성, 물권인 전세권의 성립에 관한 검토, 민사법의 이론과 실무 제21권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2017. 12, p.1 이하 참조.

63) 다수설과 판례는 수반성이라는 용어도 쓰지만(대법원 1997. 11. 25. 선고 97 다 29790 판결), 수반성은 부종성 중에서도 존속에서의 부종성을 뜻하는 데 지나지 않는다(강태성, 앞의 물권법, p.887 참조).

64) 즉, 전세권은 담보권능이 있으므로 전세금반환채권을 담보하지만, 그렇다고 하여 전세금반환청구권이 전세권의 내용은 아니다. 비유컨대, 저당권은 담보물권으로서 채권을 담보하지만, 그렇다고 하여 그 채권이 저당권의 내용은 아니다. 즉, 저당권과 그 피담보채권은 별개의 권리이다. 다만, 저당권은 채권에 부종할 뿐이다(강태성, 앞의 “물권의 포기에 관한 종합적·비판적 검토”, p.499).

저당권부 채권에서는, 저당권은 채권의 담보만을 위한 것이므로, 저당권이 채권에 附從하는 것만 논해진다. 그런데 傳貰權附 전세금반환채권에서는, 전세권은 담보권능뿐만 아니라 용익권능도 포함하므로, 전세권이 채권에 부종하는 문제뿐만 아니라 채권이 전세권에 부종하는 문제도 논해야 한다.⁶⁵⁾ 즉, 兩者간의 상호 부종성을 논해야 한다.⁶⁶⁾

전세권은 담보권능이 있으므로, 전세금반환채권에 附從한다.⁶⁷⁾ 따라서 전세금반환채권이 양도되거나 담보로 제공(즉, 입질)되면, 전세권도 양도되거나 담보로 제공(전세권저당권의 설정)된다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾ 다만, 당사자가 전세금반환채권만을 양도한다고 특약을 한 경우에는, 그 특약은 유효하여 양수인은 전세금반환채권만을 취득하지만 전세권의 담보권능은 소멸하여 양도인(전세권자)에게는 용익권능만이 남는다.⁷⁰⁾ 즉, 양도인은 용익권능만 있는 전세권을 가지고 양수인은

권순성 판사는 “전세금반환채권은 전세권에 기한 경매청구권·우선변제권·물권적 청구권 등과 마찬가지로 전세권의 일부를 이루는 전세권의 종된 권리이다.”라고 주장한다(권순성, 앞의 논문, p.94). 검토하건대, 중물 내지 종된 권리는 중물 내지 주된 권리와는 별개의 것이므로(강태성, 앞의 민법총칙, p.423; 송덕수, 앞의 민법총칙, p.665), 전세권의 일부를 이룬다면 전세권의 종된 권리가 될 수 없다. 따라서 권순성 판사의 주장은 모순이다.

65) 왜냐하면, 전세권자는 지속적인 용익의 대가로서 전세금을 지급함으로써 전세금반환채권을 가지기 때문이다. 그런데 박병대 판사는 “처분에 있어서 상호 수반한다.”라고 하면서도, “전세권의 수반성은 전세권과 전세금반환채권의 상호의존성에 의한 처분의 일체성을 의미한다.”라고 주장한다(곽윤직, 앞의 민법주해[VI]-물권(3)-, p.177).

66) 그러나 전세권을 순수한 담보물권인 부동산질권으로 파악하는 說(김기선, 한국물권법, 법문사, 1990, pp.307~308 이하)에 의하면, 전세권의 전세금반환채권에의 부종성만을 논하면 족할 것이다. 그러나 이 說의 주장자는 이 부종성을 논하지 않는다.

67) 판례도 “전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것”이라고 한다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97 다 29790 판결).

68) 이 경우에, 전세권저당권의 설정은 전세권의 부종성에 기한 것(즉, 법률행위에 의하지 않은 물권변동)이므로, 저당권설정등기를 하지 않아도 되는가? 학설이 갈릴 수 있다(강태성, 앞의 물권법, p.1176 이하 참조).

69) 부동산등기규칙은 전세권의 용익권능만이 소멸한 후에 전세금반환채권의 일부가 양도된 경우에는, 이를 등기원인으로 하는 전세권의 일부이전등기를 신청한다고 규정한다(제129조 제1항). 따라서 등기실무에서는 등기목적란에는 전세권일부이전으로 기록하고, 등기원인란에는 전세금반환채권일부이전으로 기록한다(유석주, 앞의 책, p.902). 이러한 규칙과 등기실무는 채권과 전세권이 함께 이전되었기 때문이다.

70) 남효순 교수의 결론은 위와 같지만, 부종성에 따라 논하지는 않는다(남효순, 앞의 논문, p.65·p.76). 학설은 “담보물권부 채권에서 채권만을 양도할 수 있고, 이때 그 담보물권은 소멸한다.”고 한다(강태성, 앞의 물권법, p.886 참조).

이은영 교수는 전세금반환채권만의 양도는 그 양도의 당사자 간에서만 효력이 있고, 채무자(전세권설정자)에게 대항하기 위해서는 대항요건을 갖추어야 하며 전세권의 담보권능의 이전은 등기할 수 없어 이전되지 않는다고 한다(이은영, 물권법, 박영사, 2006, p.663). 그런데 이은영 교수는 “담보물권부 채권에서 채권만을 양도할 수 있고, 이때 그 담보물권은 소멸한다.”고 한다(위의 책, p.583). 따라서 이은영 교수에 의하면, 전세금반환채권만을 양

도한 경우에 양수인은 전세금반환채권만을 취득하지만, 전세권의 담보권능은 소멸하여 양도인(전세권자)에게는 용익권능만 남는다.

김상용 교수는 “전세권도 담보물권이므로 부종성이 있으나, 전세권이 존속하는 중에 전세금반환채권만을 양도할 수 있다. 이때 양수인은 담보 없는 단순채권을 취득하고, 양도인의 전세권은 소멸되므로 전세물을 전세권설정자에게 반환해야 한다.”고 주장한다(김상용, 앞의 채권총론, p.371).

김중환·김학동 교수는 전세금반환채권만을 양도할 수 있다고 하면서도, 전세금반환채권만이 양도된 경우에 전세권자는 용익권능만 가지는지 아니면 담보권능도 그대로 가지는지에 관해서는 논하지 않는다(김중환·김학동, 물권법, 박영사, 1998, p.423). 또한 권용우 교수와 박병대 판사 등은 전세권의 수반성을 근거로 하여 전세금반환채권만의 양도를 부정하면서, 위와 같은 예외를 인정하지 않는다(권용우, 전세금반환청구권의 양도, 법학논총 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008. 6, p.183; 박윤직, 앞의 민법주해[VI]-물권(3) -, p.209; 권순성, 앞의 논문, p.96). 그리고 최우식 판사도 전세금반환채권을 양도하면서 전세권 양도배제의 특약을 하더라도, 전세금반환채권만의 분리양도는 허용되지 않는다고 한다(최우식, 전세권과 분리된 전세금반환채권의 양도, 재판과 판례 제7집, 대구판례연구회, 1998. 12, p.24). 다만, 최우식 판사는 전세권자가 용익권능과 담보권능 모두를 여전히 가지면서 전세금반환채권만을 분리하여 양도하는 것은 허용하지 않는다고 할 뿐이고, 전세권자가 용익권능을 가지면서(즉, 담보권능은 소멸하고) 전세금반환채권만을 분리하여 양도하는 것에 관해서는 논하지 않는다.

판례는 “전세권설정계약의 당사자 사이에 그 계약이 합의해지된 경우 전세권설정등기는 전세금반환채권을 담보하는 효력은 있지만, 그 후 당사자 간의 약정에 의하여 전세권의 처분이 따르지 않는 전세금반환채권만의 분리양도가 이루어진 경우에는 양수인은 유효하게 전세금반환채권을 양수하였다.”라고 한다(대법원 1999. 2. 5. 선고 97 다 33997 판결). 즉, 이 판례는 전세계약의 합의해제로 인해 전세권의 용익권능이 소멸하여 담보권능만 있는 경우에, 전세금반환채권만을 양도한다는 약정을 하면, 담보 없는 전세금반환채권만이 양수된다고 한다(다만, 담보권능이 양도인에게 계속 존속하는지에 관해서는 명시하지 않는다). 그런데 판례는 “전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있으므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이나, …… 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의해지 또는 당사자 간의 특약에 의하여 전세금반환채권의 처분에도 불구하고, 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 된다.”라고도 한다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97 다 29790 판결). 이 판례의 밑줄친 부분을 文理解釋하면, 전세권의 용익권능과 담보권능 모두가 존속하는 상황에서 당사자가 전세금반환채권만을 양도한다는 특약을 한 경우에도, 양수인은 무담보의 채권을 양수한 것이 된다(다만, 이 판례는 전세권의 용익권능이 양도인에게 계속 존속하는지에 관해서는 명시하지 않는다). 그런데 이 판례에 의하면 전세계약이 합의해지된 경우에도, 채권양수인은 담보물권 없는 무담보의 채권을 양수한 것으로 된다. 그러나 앞의 「대법원 1999. 2. 5. 선고 97 다 33997 판결」에 의하면, 합의해지 후에 당사자의 약정에 의하여 전세권의 처분이 따르지 않는 전세금반환채권만의 분리양도가 이루어진 경우에, 양수인은 유효하게 전세금반환채권을 양수한 것으로 된다(즉, 담보 없는 전세금반환채권만이 양수된 것으로 된다). 그러므로 판례의 일관성이 문제된다. 그뿐만 아니라, 판례는 “전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다.”라고 한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2001 다 69122 판결). 이 판례는 전세권의 부종성과 수반성의 문제로 파악하지 않고, 현재

담보 없는 전세금반환채권을 가지므로, 兩者가 귀속자를 달리 하여 존속한다.⁷¹⁾ 그리고 당사자가 전세금반환채권만을 담보로 제공(즉, 入質)한다고 특약을 한 경우에도, 그 특약은 유효하여 전세금반환채권만이 입질되지만 전세권의 담보권능은 소멸하고 담보제공자(전세권자)에게는 용익권능만이 남는다.⁷²⁾ 그러므로 담보제공자는 용익권능만 있는 전세권을 가지고 담보권자(채권질권자)는 담보 없는 전세금반환채권에 질권을 가진다.⁷³⁾

전세금반환채권은 전세권에 附從한다. 따라서 전세권이 양도되거나 담보로 제공(즉, 저당권설정)되면, 전세금반환채권도 이전되거나 담보로 제공(즉, 入質)된다.⁷⁴⁾ 다만, 당사자가 전세권만을 양도한다는 특약을 한 경우에는, 그 특약은 유효하여 양수인은 전세권만을 취득하지만 전세권의 담보권능은 소멸하여 양수인에게는 용익권능만이 남는다.⁷⁵⁾ 즉, 양수인은 용익권능만 있는 전세권을 가지고 양도인은 담보 없는 전세금반환채권을 가지므로, 兩者가 귀속자를 달리

의 전세금반환채권만의 양도를 예외 없이 부정한다. 따라서 판례의 일관성이 문제된다.

- 71) 이 경우에도, 제315조 제2항이 양수인에게 적용된다. 왜냐하면, 전세금반환채권의 보증금으로서의 성질은 그대로 유지되기 때문이다(同旨, 남효순, 앞의 논문, p.69). 그리고 민법 제312조의 2(전세금증감청구권)도 양수인에게 적용된다. 왜냐하면, 용익의 對價는 전세금에서의 이자인데, 전세금반환채권이 양도된 경우에는 그 이자(즉, 용익의 대가)를 양수인이 부담하는 것이다. 따라서 전세금증감청구의 당사자는 전세물소유자와 채권양수인이다. 전세권자의 용익권능이 전세기간의 만료 등으로 소멸하더라도, 전세권자의 점유권능은 존속한다. 전세권설정자는 전세금반환채권의 양수인에 대하여 전세물인도와 전세금반환의 동시이행(제317조)을 주장할 수 있는가? 생각건대, 전세권설정자를 보호하기 위해서 긍정된다.
- 72) 전세금반환채권만을 양도하거나 담보로 제공하는 경우에, 그 등기절차에 관해서는 부동산 등기법과 부동산등기규칙에는 명문 규정이 없다. 입법론으로는, 이에 관한 규정을 신설하는 것이 옳다.
- 73) 이은영 교수도 “담보물권부 채권에서 채권만을 입질할 수 있고, 이때 그 담보물권은 소멸한다. 결국 채권만의 양도는 담보물권 포기의 의사표시도 포함하기 때문이다.”라고 한다(이은영, 앞의 책, p.583).
- 74) 전세금반환채권 양도의 대항요건(민법 제450조)을 구비하지 않아도, 대항할 수 있다. 왜냐하면, 이때의 전세금반환채권의 이전은 그 채권의 부종성에 기한 것이므로, 양도(즉, 계약에 의한 이전)와는 관계 없기 때문이다(同旨, 윤진수 외 9인, 앞의 책, p.271(남효순 교수 집필); 박순성, 앞의 논문, p.94).
- 75) 同旨, 윤진수 외 9인, 앞의 책, p.271. 만약 전세권만을 양도한 경우에 담보권능이 소멸하지 않고 양수인에게 이전된다면, 담보물권만의 양도를 금지한 민법 제361조에 위반된다. 즉, 민법은 저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 제공하지 못한다고 규정하는데(제361조), 이 규정은 다른 담보물권에도 적용된다. 판례와 일부학설은 “전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다.”라고만 한다. 즉, 예외에 관해서는 논하지 않는다(대법원 1999. 2. 5. 선고 97 다 33997 판결; 이상태, 물권법, 법원사, 2015, p.382; 박순성, 앞의 논문, p.95).

하여 존속한다. 그리고 당사자가 전세권만을 담보로 제공(즉, 저당권설정)한다고 특약을 한 경우에도, 그 특약은 유효하여 전세권에만 저당권이 설정되지만 전세권의 담보권능은 소멸하여 용익권능만이 남는다. 따라서 용익권능에만 저당권이 설정되고, 전세금반환채권은 담보 없이 전세권자에게 귀속한다. 요컨대, 용익권능만 있는 전세권과 담보 없는 전세금반환채권이 전세권자에게 귀속되고, 저당권자는 용익권능만 있는 전세권에 저당권을 가진다.⁷⁶⁾

(나) 전세금반환채권은 물권적 청구권인가?

위의 2) (가) (ㄱ)에서 논한 것처럼, 전세금반환채권은 물권적 청구권이 아니라, 지명채권에 지나지 않는다.

(다) 당사자의 의사와 담보물권의 수반성

전세권저당권을 설정하는 당사자의 의사는 경우에 따라 다르므로, 획일적이지 않다. 그리고 담보물권의 수반성은 담보물권이 그 피담보채권에 수반한다는 뜻이며, 피담보채권이 담보물권에 수반하는 것은 아니다. 따라서 담보물권인 전세권에 저당권이 설정되면 전세금반환채권은 수반하여 그 저당권의 객체로 되는가의 문제는 아니다. 그러므로 부정설 중의 제2견해는 담보물권의 수반성을 오해하고 있다.

(4) 사건

전세권저당권의 객체는 전세권 자체이다. 따라서 전세권의 담보권능도 전세권저당권의 객체에 해당한다. 그리고 전세권에 저당권이 설정되면, 전세금반환채권도 그 附從性으로 인해 入質된다. 다만, 당사자가 전세권에만 저당권을 설정한다고 특약(즉, 전세금반환채권은 제외한다고 특약)을 한 경우에는, 그 특약은 유효하여 전세권에만 저당권이 설정되지만 전세권의 담보권능은 소멸하여 용익권능만이 남는다. 따라서 용익권능에만 저당권이 설정되고, 전세금반환채권은 담보 없이 전세권자에게 귀속한다.

76) 전세권만을 양도하거나 담보로 제공하는 경우에, 그 등기절차에 관해서는 부동산등기법과 부동산등기규칙에는 명문 규정이 없다. 입법론으로는, 이에 관한 규정을 신설하는 것이 옳다.

2. 전세권저당권이 실행된 경우에서의 대상판례 [1]과 [2]의 문제점

전세기간이 많이 남은 전세권에 저당권을 설정한 경우에, 그 피담보채권의 변제기가 지난 후에도 변제되지 않으면 저당권자는 전세권의 경매를 청구할 수 있다. 이 경우에, 대상판례[1]과 [2]에 의하면, 매수인은 전세권의 용익권능만을 취득한다.⁷⁷⁾ 왜냐하면, 대상판례 [1]과 [2]에 의하면 이 경우의 저당권은 전세권의 용익권능만을 객체로 하기 때문이다(V 1 1) 참조).

이처럼 매수인이 용익권능만을 취득함으로써, 나타나는 법이론적 문제점들과 등기실무에서의 문제점을 아래에서 논하기로 한다.

1) 용익권능과 담보권능은 그 귀속자를 달리할 수 있는가?

전세권자가 여전히 담보권능을 가지는가? 만약 긍정한다면, 「용익권능자(매수인)」와 「담보권능자」가 동일인이 아니게 된다. 즉, 兩 권능은 분리되어 각각 다른 者에게 귀속된다. 특히, 용익권능자(매수인)는 전세금반환채권도 가지지 못한다. 요컨대, 전세권의 담보권능과 전세금반환채권은 여전히 종래의 전세권자가 가지지만, 전세권의 용익권능은 매수인이 가진다. 만약 부정한다면(즉, 전세권자는 전세금반환채권을 가지지만 담보권능은 소멸한다면), 전세권의 담보물권은 소멸하는가? 이 문제는 전세권에서의 용익권능과 담보권능의 분리 문제인데, 앞에서 논하였다(V 1 3) (1) (다) (ㄷ) 참조).

2) 판례들의 충돌문제에 대한 검토

또 다른 판례는 “전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다.”라고 한다.⁷⁸⁾ 그런데 이 판례와 대상판례 [1]·[2]의 충돌이 문제된다. 왜냐하면, 대상판례 [1]·[2]는 전세권저당권은 전세권의 용익권능만을 객체로 하므로, 이 저당권이 실행되면 매수인은 용익권능만을 취득한다. 따라서 전세권의 용익권능을 전세금반환채권과 분리하여 양도한 것과 결과적으로는 같게 되기 때문이다.

77) 同旨, 명순구·김홍민, 앞의 책, p.169. 예컨대, 2010년 1월 5일에 전세기간이 10년인 전세권을 설정하고, 2011년 3월 7일에 「변제기가 2014년 9월 3일인 1억 원의 채권」을 담보하기 위해서, 이 전세권에 저당권을 설정하였다. 그런데 전세권자(채무자)가 저당권자에게 변제를 하지 않아서 저당권자가 경매를 청구하여, 매수인이 전세권의 용익권능만을 취득하였다.

78) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97 다 29790 판결.

사건으로는, 전세금반환채권은 전세권에 부종하므로, 전세권을 양도하면 전세금반환채권도 이전된다. 다만, 당사자가 전세권만을 양도한다는 특약을 한 경우에는, 양수인은 용익권능만 있는 전세권을 가지고 양도인은 담보 없는 채권을 가진다. 그리고 전세권자가 전세권을 담보로 제공(즉, 전세권자가 전세권에 저당권을 설정)하면, 전세금반환채권도 담보(즉, 入質)로 제공된다. 다만, 전세권만을 담보로 제공한다고 특약을 한 경우에는, 전세권의 담보권능은 소멸하여 전세권의 용익권능에만 저당권이 설정되고 전세금반환채권은 담보 없이 전세권자에게 귀속한다. 따라서 전세권저당권이 실행되어도, 매수인은 용익권능만 있는 전세권을 가지고 전세권자는 여전히 담보 없는 전세금반환채권을 가진다. 그러므로 사건에 의하면, 전세권을 양도한 경우와 전세권을 담보로 제공한 경우에서, 법률관계의 충돌은 없다.⁷⁹⁾

3) 매수인은 전세기간의 만료 시에 전세물을 누구에게 반환해야 하는가?

즉, 매수인은 전세권자에게 반환해야 하는가? 아니면, 전세권설정자(전세물 소유자)에게 반환해야 하는가?

대상판례 [1]과 [2]에 의하면, 매수인은 전세물의 용익권능만을 취득한 자이다[용익권자는 점유권능을 가진다(IV 1 4) (1) 참조]. 따라서 전세기간 중에는 매수인이 점유·용익하지만, 전세기간이 만료하면 매수인은 점유·용익할 수 없다. 이 경우에, 용익권능은 전세권자에게 복귀하지 않지만, 점유권능은 복귀하는가? 아니면, 점유권능은 전세권설정자에게 복귀하는가?

이 문제에 관한 판례는 찾기 어렵다. 학설도 이 문제를 직접적으로 논하지는 않는다.

사건으로는, 전세기간이 만료하면, 전세권자는 용익권능만이 없어질 뿐이고 점유권능과 담보권능은 여전히 가진다고 해석된다(IV 1 4) (3) 참조. 따라서 대상판례 [1]과 [2]처럼 전세권저당권이 전세권의 점유권능과 용익권능만을 객체로 한다고 하더라도, 전세권저당권의 실행으로 인해 매수인이 점유권능과 용익권능을 가지는 경우에, 전세기간이 만료하면 용익권능은 소멸하고 점유권능은 전세권자에게 복귀한다고 해석된다. 이러한 해석에 의하면, 결국 전세권자는 전세물에 대한 점유권능과 담보권능 및 전세금반환채권을 가진다.

79) 종래에, 나는 兩 판례의 충돌에서 「대법원 1997. 11. 25. 선고 97 다 29790 판결」이 부당하고, 「대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672 판결」이 타당하다고 하였다(강태성, 상충 여부가 문제되는 민사판례들에 대한 검토, 재산법연구 제33권 제1호, 한국재산법학회, 2016. 5, pp.105~106). 그러나 이제는 위의 사건과 같이 해결하는 것이 타당하다고 생각한다.

4) 등기문제에 대한 검토

매수인은 저당권의 객체였던 용익권능만을 취득한다(용익권자로서 점유권능도 가진다). 이러한 매수인의 용익권능을 어떠한 방법으로 등기할 것인가의 문제이다. 즉, 경매로 인한 부동산물권취득은 법률행위에 의하지 않은 부동산물권취득이므로 그 등기를 요하지 않으나 취득한 부동산을 처분하려면 등기를 해야 한다(민법 제187조). 따라서 위의 매수인도 자신의 명의로 용익권능의 등기를 할 수 있어야 한다. 이러한 등기는 어떠한 방법으로 할 수 있는가?

대상판례 [1]·[2]를 비롯한 판례는 이 문제에 관하여 명시하지 않는다. 또한 이에 관한 부동산등기법 규정 및 판례는 물론이고 등기선례나 등기에규도 없다.

(1) 학설

명순구·이홍민 교수는 “현행법상 이러한 분리를 등기할 방법이 없으므로, 용익권능의 매수인은 그 용익권능을 처분하지 못한다(민법 제187조 단서 참조). 입법론으로는, 이러한 분리를 등기할 수 있도록 해야 한다.”라고 주장한다.⁸⁰⁾

이제도 사무관 등은 전세권저당권의 객체는 용익물권이라고 하면서도, “전세기간 중에 전세금반환채권의 변제기가 도래하면 저당권자는 전세권 자체를 경매하여 환가할 수 있다. …… 매수인은 전세권을 취득하며 등기방식은 전세권이전의 부기등기를 해야 한다.”라고 주장한다.⁸¹⁾

(2) 사건

① 전세권자는 전세금반환채권자로서 여전히 담보권능을 가진다고 하는 경우에는, 집행법원의 촉탁에 의해 등기관은 순위번호란에는 전세권설정등기의 순위번호(예컨대, 1)에 부기하고(부기등기. 예컨대, 1-1), 등기목적란에는 「용익권능의 이전」을 기록하고, 접수란에는 등기를 접수한 연월일과 접수번호를 기록하며, 등기원인란에는 「0000년 00월 0일 임의경매로 인한 매각」⁸²⁾을 기록한

80) 명순구·이홍민, 앞의 책, p.170.
81) 이제도, 전세권저당권의 효력과 실행방법, 실무연구자료 제7권, 대전지방법원, 2006. 1, pp.93~94. 同旨, 김동욱, 앞의 논문, pp.690~691. 검토하건대, 전세권저당권의 객체가 용익물권이라면 용익물권만을 매각해야 하므로, 매수인이 전세권을 취득하여 전세권이전의 부기등기를 해야 한다는 것은 부당하다. 그리고 이원일 재판연구관은 매수인이 전세권 자체(용익권능과 담보권능 모두)를 취득한다고 하면서도(이원일, 앞의 논문, p.97), 전세권 자체를 취득한다는 것은 용익권능을 가지는 전세권을 취득한다고 주장한다(앞의 논문, p.98). 생각건대, 일관성이 없는 주장이므로, 수긍하기 어렵다.
82) 여기서의 연월일은 매각대금을 다 낸 날(完納日)이다. 왜냐하면, 이 날에 권리가 매수인에게 이전하기 때문이다.

다. 그리고 권리자 및 기타사항란에는 「용익권자의 이름과 주민등록번호 및 주소」를 기록한다.

② 전세권자는 전세금반환채권을 가지지만 담보권능은 소멸한다고 하는 경우에는, 현행법에서는 등기방법을 찾기 어렵다. 입법적 해결이 필요하다.

VI. 전세권과 전세금반환채권과의 관계

이러한 관계에 관하여, 대상판례 [1]은 “전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 …… 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다.”라고 하기도 하고, “저당권자는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 …… 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구해야 한다.”라고 하기도 한다. 그리고 대상판례 [2]는 “전세권저당권자는 그 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권”이라고 한다.

아래에서는, 이와 관련된 문제점들을 논하기로 한다.

1. 전세금반환채권의 성립시기에 대한 검토

1) 대상판례 [1]과 [2]

전세금반환채권은 언제 성립(즉, 존재)하는가?

① 대상판례 [1]은 전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환의무를 부담한다고 함으로써, 전세권이 소멸되면 전세금반환채무는 발생하게 된다. 그런데 대상판례 [1]에서의 기간만료로 인한 전세권의 소멸은 전세권의 용익권능의 소멸을 뜻하므로(IV 1 4) (3) 참조), 결국 전세권의 용익권능이 소멸된 때에 전세금반환채무가 발생한다. 따라서 대상판례 [1]에 의하면, 전세금반환채권도 전세권의 용익권능이 소멸한 때에 발생한다. 그런데 또 다른 판례는 “전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되는 것이지만 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있다.”라고 함으로써,⁸³⁾ 전세권은 전세금을 현실적으로 지급하거나 전세금의 지급에 갈음하는 것이 있어야만, 성립한

83) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008 다 67217 판결.

다. 그러므로 결국 대상판례 [1]에 의하면, 전세금을 현실적으로 지급하거나 전세금의 지급에 갈음하는 것이 있더라도, 그 지급을 한 때나 그 갈음하는 것을 한 때에는 전세금반환채권이 성립하지 않고, 전세권의 용익권능의 소멸 시에 전세금반환채권이 성립(즉, 존재)한다.

② 대상판례 [2]는 “전세권저당권자는 그 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권”이라고 하는데, 이는 전세금반환채권이 저당권의 목적물인 전세권에 갈음한다(즉, 대신한다)라는 뜻이다. 검토하건대, 그런데 대상판례 [2]에 의하면 전세권저당권의 목적물은 전세권의 용익권능만이므로(Ⅲ 1 3) 참조), 결국 전세금반환채권은 전세권의 용익권능에 갈음하는 것이다. 따라서 전세금반환채권은 전세권의 용익권능의 소멸 시에 성립한다.

2) 학설

대상판례 [1]과 [2]를 따르는 說도 있고, 따르지 않는 說도 있다. 앞의 說은 “전세금반환채권은 전세권이 소멸해야 비로소 발생하는데, …… 전세권은 그 본질에서 용익물권이지만 그 소멸 후에는 이러한 전세금반환채권의 담보물권으로서의 성질도 함께 가진다.”라고 한다.⁸⁴⁾ 뒤의 說은 “전세금반환채권은 변제기 미도래의 채권으로서 이미 설정하여 존재하는 것이지 장래의 조건부 채권이 아니다.”라고 한다.⁸⁵⁾

3) 사건

금전의 대차 등으로 貸主가 借主에게 금전을 지급한 경우에는, 그 지급 시에 貸主에게 반환청구권이 생긴다.⁸⁶⁾ 다만, 그 변제기(이행기)까지는 반환청구

84) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, p.687; 이영준, 주석 물권법(하), 한국사법행정학회, 1993, p.150(고상룡 교수 집필). 그리고 명순구·이흥민 교수도 “전세금반환채권은 전세권의 용익권능이 소멸한 후 전세금을 전세권자의 채무에 충당하고 남는 것이 있음을 정지조건으로 하는 조건부 권리로서 장래의 특정채권이다.”라고 한다(명순구·이흥민, 앞의 책, p.137).

85) 권 성, 물권법, 인하대학교 출판부, 2010, p.226. 김창섭 판사와 강대성 교수 등도 “전세금반환채권은 전세권과 운명을 같이 하는 것으로서, 처음부터 전세권과 함께 발생하여 전세금의 반환 시까지 전세권과 함께 존속하는 권리이다. 다만, 전세기간이 만료하면 비로소 전세금반환을 청구할 수 있는 조건부 채권이다.”라고 한다(김창섭, 앞의 논문, p.228; 강대성, 앞의 논문, p.39; 추신영, 앞의 논문, p.67; 변민경, 전세권 존속기간 만료 후 전세권저당권의 물상대위성 인정 여부, 법학석사학위논문, 경북대학교 대학원, 2012. 12, p.83).

86) 즉, 금전 등의 소비대차에서, 그 대차는 당사자의 합의만으로 성립하고, 차주의 목적물반환의무는 그 목적물의 인도 시에 생긴다(同旨, 박준서, 주석민법[채권각칙(3)], 한국사법행

를 할 수 없다. 따라서 전세권에서도 전세금을 지급한 때에 전세금반환채권이 발생하고, 전세권의 용익권능이 소멸한 때에 변제기가 도래한다.⁸⁷⁾ 따라서 전세권의 용익권능이 소멸한 때에 전세금반환채권이 발생하는 것은 아니다. 요컨대, 전세금반환채권은 전세금을 지급한 때에 발생하여, 시기부 또는 조건부로 존속한다.⁸⁸⁾ 그러므로 전세금반환채권은 전세권의 용익권능에 갈음하는 것이 아니다. 특히, 대상판례 [1]과 [2]에 의하면, 전세금을 지급했더라도 그 지급 시에 바로 전세금반환채권이 발생하지 않는다. 생각건대, 전세권에서는 그 설정자는 고액의 용자를 받는 것(즉, 금전채무자가 됨)이므로,⁸⁹⁾ 전세금지급 시에 전세금반환채권이 발생한다고 해야 한다.

2. 전세금반환채권의 행사자에 대한 검토

1) 대상판례와 학설

대상판례 [1]은 전세권저당권의 객체는 용익권능만이라고 파악함으로써(Ⅲ 1 3) 참조), “전세권저당권이 설정된 경우에도 전세권이 기간만료로 소멸되면 전

정학회, 1999, p.246(한삼인 교수 집필)}.

87) 同旨, 장창민, 앞의 논문, p.81. 학설은 “지급된 전세금의 이자가 용익대가로 된다.”라고 한다(강태성, 앞의 물권법, p.824; 곽윤직·김재형, 앞의 물권법, p.344; 김상용, 앞의 물권법, p.504). 생각건대, 이자는 원본채권을 전제로 한다. 만약 전세금반환채권이 용익권능의 소멸 시에 발생한다면, 전세금(반환채권)의 이자가 용익대가가 될 수 없다. 즉, 원본채권인 전세금반환채권이 전세권의 용익권능의 소멸 시에 발생한다면, 그 소멸 시부터 이자도 생긴다. 따라서 전세권의 성립 후부터 그 용익권능의 소멸 시까지는, 이자가 없으므로 용익대가도 없다. 그리고 전세권의 용익권능의 소멸 시에 발생한 전세금반환채권에서 생긴 이자는 용익대가가 될 수 없다. 왜냐하면, 용익권능이 소멸하였고, 특히 용익권능이 소멸한 직후에 전세금을 반환하는 경우에는 이자도 거의 없기 때문이다.

88) 同旨, 강태성, 지역권·전세권에 관한 해석과 입법론, 재산법연구 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8, p.22; 윤진수 외 9인, 앞의 책, p.269(남효순 교수 집필). 특히, 남효순 교수는 “전세금반환채권도 그 발생 자체는 확정적이지만, 채무불이행이 있으면 손해상당액을 공제하고 잔액을 반환하는 것을 정지조건(정지조건설) 또는 해제조건(해제조건설)으로 하고 따라서 만일 손해상당액을 공제하고 잔액이 없을 경우에는 전세금반환채권은 소멸하는 권리이다.”라고 한다(남효순, 앞의 논문, p.57). 이상경 판사는 “전세금반환채권은 전세권의 본질적 내용(민법 제303조)이고, 비록 반환시기가 존속기간만료 시 또는 전세권 소멸 시인 조건부 권리”라고 주장한다(법무부, 앞의 책, p.571).

사건으로는, 전세금반환채권은 대부분의 경우에 始期附 債權이지만, 停止條件附 債權일 수도 있다. 시기부 채권인 경우에, 확정시기부 채권인 것이 대부분이지만 불확정시기부 채권이라도 무방하다. 그리고 전세권을 설정하면서 “전세권은 갑이 미국에서 귀국할 때까지만 존속한다.”라고 한 경우에는, 정지조건부 채권이다(전세권의 설정은 정지조건부 법률행위가 아니다).

89) 김상용, 앞의 물권법, p.505; 강태성, 앞의 물권법, p.811.

세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다.”라고 한다. 따라서 대상판례 [1]에 의하면, 전세권저당권자는 전세금반환채권을 압류하지 않는 한 행사할 수 없고 전세권자만이 행사할 수 있다.

학설로는, 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 함으로써 판례를 긍정하는 說도 있고, 전세권과 전세금반환채권 모두가 전세권저당권의 객체라고 함으로써 판례를 부정하는 說도 있다(V 1 2) 참조}. 이 뒤의 說에 의하면, 전세권저당권자는 전세금반환채권을 행사할 수 있다.⁹⁰⁾

2) 검토

대상판례 [1]과 이를 긍정하는 說은 전세권저당권의 객체가 전세권의 용익권능만이라는 것(따라서 전세금반환채권은 전세권저당권의 객체가 아니라는 것)을 전제로 한다. 그런데 이러한 전제의 타당성 여부에 관해서는, 학설이 갈린다(V 1 2) 참조}.

대상판례 [2]는 전세금반환채권은 전세권의 용익권능의 소멸 시에 발생하고 이 전세금반환채권에 전세권저당권자는 물상대위할 수 있다고 한다. 이러한 물상대위의 인정근거에 관한 가치권설은 “원래의 객체에 갈음하는 것(즉, 대위의 객체)이 있는 경우에는 그 대위의 객체가 당연히 담보물권의 객체로 되어 담보물권이 존속한다. …… 민법이 ‘그 지급 또는 인도 전에 압류해야 한다.’라고 규정하는 것(민법 제342조 단서·제370조)은 특정성을 보전하여 담보물권을 계속 존속시키기 위한 것이다.”라고 한다(특정성보전설).⁹¹⁾ 이처럼 가치권설은 압류와 관련해서는 특정성보전설로 나타난다. 그런데 판례는 압류와 관련해서는 특정성보전설을 취하므로,⁹²⁾ 물상대위의 인정근거에서는 가치권설을 취한

90) 즉, “전세권에 저당권을 설정한 자(즉, 전세권자)가 전세권설정자에게 저당권을 설정한 사실을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙하면, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대해 대항력을 가지게 되고(민법 제349조 제1항의 유추적용), 전세권저당권자는 전세금채권에 대한 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 하지 않고서도 전세권설정자에 대하여 우선변제 등을 주장할 수 있고, …… 민법 제353조를 유추적용한다면, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 전세권자의 추심위임이 없어도 자기 채권의 한도에서 전세금의 반환을 직접 청구할 수 있다. 아울러 민법 제354조를 유추적용한다면, 민사집행법 제273조에 따라 실행할 수도 있다.”라고 한다(이상태, 앞의 물권법, p.384).

91) 박윤직·김제형, 앞의 물권법, p.372·p.405; 김증한·김학동, 앞의 물권법, p.451·p.484; 이영준, 앞의 물권법, p.811·p.812; 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(민법Ⅲ), 박영사, 2015, p.377.

92) 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류해야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지

다고 해석된다. 이처럼 가치권설에 의하면, 그 대위의 객체가 당연히 담보물권의 객체로 되어 담보물권이 존속한다. 따라서 대상판례 [2]가 판시하는 것처럼 전세권저당권에서 대위의 객체가 전세금반환채권이라면, 전세권저당권자는 그 대위의 객체인 전세금반환채권을 행사할 수 있다고 해야 한다. 그러므로 전세권저당권자는 그의 채권에 기하여 전세금반환채권을 압류하지 않더라도, 전세금반환채권을 행사할 수 있다고 해야 한다. 그럼에도 불구하고, 대상판례 [1]는 이러한 행사를 부정하므로, 수긍하기 어렵다.⁹³⁾

3) 사건

전세금반환채권과 전세권은 별개의 권리이지만 전세금반환채권이 전세권에 부종하므로, 전세권에 저당권이 설정되면 전세금반환채권에도 담보물권이 설정된 것(즉, 入質된 것)으로 된다. 따라서 전세권저당권자는 전세금반환채권을 행사할 수 있다. 다만, 당사자가 전세권에만 저당권을 설정한다고 특약을 한 경우에는, 전세권의 담보권능은 소멸하여 용익권능만 남고 이 용익권능에만 저당권이 설정되고, 전세금반환채권에는 담보물권이 설정된 것으로 되지 않는다(V 1 3) (2) (가) (ㄴ) 참조}. 따라서 전세권저당권자는 전세금반환채권을 행사할 수 없다.

3. 전세권저당권자의 물상대위에 대한 검토

1) 대상판례 [2]와 학설

대상판례 [2]에 의하면, 전세금반환채권은 용익권능이 소멸한 후에 이 용익권능에 갈음하여(즉, 대신하여) 존속한다(VI 1 1) ② 참조}. 그리고 민법에서의 물상대위는 담보물권이 그 객체에 갈음하는 것에 존속하는 성질이다.⁹⁴⁾ 그러

하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데에 그 취지가 있다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010 다 46756 판결).

93) 다만, 물상대위의 인정근거에 관한 물권설은 “담보물권도 그 객체의 소멸로 소멸한다. 따라서 담보물권은 그 객체가 소멸하고 「그에 갈음하는 것」이 있더라도 「그에 갈음하는 것」에 당연히 존속하지는 않는다. …… 민법이 ‘그 지급 또는 인도 전에 압류해야 한다.’라고 규정하는데(민법 제342조 단서·제370조), 이 압류는 물상대위권(우선권)의 발생요건이다(우선권보전설).”라고 한다(고상룡, 물권법, 법문사, 2001, p.657·p.655). 그러므로 물권설에 의하면, 전세권저당권자는 압류하지 않으면 전세금반환채권을 행사할 수 없다. 덧붙이건대, 대상판례 [1]은 물권설(우선권보장설)에 의하면 타당하지만, 가치권설(특정성보전설)에 의하면 부당하다. 따라서 대상판례 [1]은 가치권설(특정성보전설)을 취한 다른 판례(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010 다 46756 판결)와 충돌한다.

므로 대상판례 [2]에 의하면, 전세권저당권자는 전세금반환채권에 대하여 물상대위를 할 수 있게 된다.

학설은 “전세금반환채권은 전세권자가 전세권설정자에게 전세금을 지급한 때에 발생한다는 說에 의하면 물상대위가 부정되고,⁹⁵⁾ 용익권능의 소멸 시에 발생한다는 說에 의하면 물상대위가 긍정된다.”라고 한다.⁹⁶⁾

2) 사건

민법에서의 담보물권의 물상대위는 담보물권의 객체가 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 담보물권설정자가 받을 금전 기타의 물건에 대하여 행사하는 것이다(제342조). 따라서 담보물권의 객체의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 담보물권설정자의 금전청구권 등이 발생해야 한다. 이것을 「물상대위는 담보물권의 객체에 갈음하는 것에 행사할 수 있다.」라고 표현한다. 그런데 전세금반환채권은 전세금의 지급 시에 발생한다(VI 1 3) 참조). 따라서 전세권저당권에서 전세금반환채권은 이 저당권의 객체인 전세권의 용익권능의 소멸로 인하여 발생하는 것이 아니다.⁹⁷⁾ 즉, 전세금반환채권은 전세권의 용익권능과 병존하는 것이며 갈음하는 것이 아니다.⁹⁸⁾ 그러므로 전세권저당권자는 전세금반

94) 박윤직·김재형, 앞의 물권법, p.372; 강태성, 앞의 물권법, 2017, p.891.

95) 추신영, 앞의 논문, p.67; 김창섭, 앞의 논문, p.228. 또한 김대경 교수도 “전세금반환채권은 처음부터 전세권과 함께 발생한다고 함으로써, 물상대위를 부정한다(김대경, 앞의 논문, p.77).

96) 명순구·김홍만, 앞의 책, p.175.

김동욱 판사는 “전세금반환채권은 전세권이 담보하는 채권으로서 전세권설정계약 시에 이미 발생이 예정되어 있고 전세권소멸로 인해 새로 발생하는 권리가 아니기는 하지만, 저당권의 목적이 된 전세권을 용익물권적 측면에서 보면 저당목적물인 전세권(용익물권)의 소멸과 동시에 전세권자가 취득한다.”라고 주장하면서(김동욱, 앞의 논문, pp.687~688), 물상대위를 긍정한다. 검토하건대, 모순된 내용의 주장이다.

97) 同旨, 법무부, 앞의 책, pp.571~572; 이호행, 전세권의 본질과 전세권저당권의 실행, 민사법학 제71권, 한국민사법학회, 2015. 6, p.24.

98) 그런데 판례는 물권인 전세권에서도 “전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이나, …… 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의해지 또는 당사자 간의 특약에 의하여 전세금반환채권의 처분에도 불구하고, 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 된다.”라고 한다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97 다 29790 판결). 생각건대, 이 판례는 전세권의 용익권능의 소멸 전에 전세금반환채권의 양도를 허용한 것으로서, 전세금반환채권이 전세권의 용익권능의 소멸 시에 발생하는 것이 아님을 인정한다고 해석할 수 있다(그러나 최우식 교수는 이 판례는 전세권의 용익권능이 소멸한 후의 분리양도에 관한 것으로 해석할 여지가 있다고 한다(최우식, 앞의 논문, p.191). 이뿐만 아니라, 판례는 미등기전세권에서도 전세권의 용익권능의 소멸 전에도

환채권에 대하여 물상대위를 할 수 없다고 해야 한다. 다만, 전세권저당권자는 전세금반환채권에 채권자대위(민법 제404조)를 할 수는 있다.⁹⁹⁾

4) 소결

대상판례 [1]과 [2]가 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 함(따라서 전세금반환채권은 제외됨)으로써, 그 저당권자가 전세금반환채권을 행사할 수 없게 되는 문제가 생긴다. 이러한 문제를 해결하기 위해서, 대상판례 [2]는 전세금반환채권에 대한 물상대위를 인정하고, 이러한 물상대위를 인정하기 위해서 전세금반환채권이 전세권의 용익권능이 소멸한 때에 발생한다고 함으로써 또 하나의 문제를 생기게 한다. 그러나 위의 사건들에 따라 해결하면, 이러한 문제들은 생기지 않는다.

VII. 맺음말

이 논문에서, 전세권저당권에 관한 대상판례 [1]·[2]에서의 여러 문제점들을 검토하고 이 문제점들의 해결을 위한 사건을 제시했다.

① 대상판례 [1]이나 [2]에서의 용어들 중 부당하거나 바람직하지 않은 것들(즉, 대상판례 [1]·[2]에서의 “전세권의 존속기간”, 대상판례 [1]에서의 “전세권의 목적물”, 대상판례 [1]·[2]에서의 “저당권의 목적물인 전세권”, 대상판례 [2]에서의 “전세권의 용익물권적 권능”)을 비판적으로 검토하고, 이 용어들에 갈음하는 것들을 제시하였다.

대상판례 [1]에서의 “전세권저당권의 설정은 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것”도 부당하다. 왜냐하면, 전세권저당권은 전세권자와 전세권저당권자의 계약에 의해 설정되기 때문이다.

② 대상판례 [1]은 “전세권이 기간만료로 종료된 경우에 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고”라고 하는데, 이는 「전세기간의 만료로 인해 전세권의 용익권능이 전세권설정등기의 변경등기 없이도 당연히 소

전세금반환채권만의 양도를 인정함으로써(대법원 1969. 12. 23. 선고 69 다 1745 판결), 전세금반환채권이 전세권의 용익권능의 소멸 시에 발생하는 것이 아님을 인정한다.
99) 同旨, 이호행, 앞의 논문, p.39. 따라서 전세권저당권자는 그 저당권설정자(즉, 전세권자)가 가지는 경매청구권과 우선변제수령권도 채권자대위할 수 있다(오시영, 앞의 “전세권의 용익물권성과 담보물권성 분리에 따른 입법적 고찰”, pp.257~258 참조).

별하고」라고 해야 적확하다.

③ 대상판례 [1]·[2]와 이를 따르는 학설은 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 한다. 사건으로는 전세권에 저당권이 설정되면, 전세금반환채권도 그 附從性으로 인해 入質된다. 이때에는 전세권의 담보권능도 저당권의 객체로서 전세금반환채권을 담보한다. 다만, 당사자가 전세권에만 저당권을 설정한다고 특약을 한 경우에는, 전세권에만 저당권이 설정되지만 전세권의 담보권능은 소멸하여 용익권능만이 남는다. 따라서 용익권능에만 저당권이 설정되고, 전세금반환채권은 담보 없이 전세권자에게 귀속한다.

대상판례 [1]·[2]는 전세권저당권에 기해 경매가 된 경우에, 매수인은 전세권의 용익권능만을 취득한다고 한다. 이에 따라, 많은 법이론적 문제와 등기실무적 문제가 생긴다. 이러한 문제들을 검토하고, 해결을 위한 사건을 제시했다.

④ 대상판례 [1]과 [2]가 전세권저당권의 객체는 전세권의 용익권능만이라고 함(따라서 전세금반환채권은 제외됨)으로써, 그 저당권자가 전세금반환채권을 행사할 수 없게 되는 문제가 생긴다. 이러한 문제를 해결하려고, 대상판례 [2]는 전세금반환채권에 대한 물상대위를 인정하고, 이러한 물상대위를 인정하기 위해서 전세금반환채권이 전세권의 용익권능이 소멸한 때에 발생한다고 함으로써 또 하나의 문제를 생기게 한다. 이러한 문제들을 심층적으로 검토하고, 해결을 위한 사건들을 제시했다.

[참고문헌]

- 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2018.
 _____, 물권법, 대명출판사, 2017 .
 _____, 물권행위론, 대명출판사, 2015.
 강태성 외 9인, 로스쿨 물권법, 청림출판, 2006.
 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
 곽윤직, 물권법, 박영사, 1975.
 _____, 민법주해[VI]-물권(3)-, 박영사, 2011
 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2013
 _____, 물권법, 박영사, 2015
 권 성, 물권법, 인하대학교 출판부, 2010
 김기선, 한국물권법, 법문사, 1961
 _____, 한국물권법, 법문사, 1990
 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2014
 _____, 물권법, 화산미디어, 2016
 _____, 채권총론, 화산미디어, 2016
 김용진, 신민법해의[물권법], 박문서관, 1958
 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사, 1988
 _____, 물권법, 박영사, 1998.
 명순구·이흥만, 전세제도에 관한 새로운 시각, 고려대학교 출판문화원, 2015.
 박준서, 주석민법[채권각칙(3)], 한국사법행정학회, 1999.
 방순원, 신물권법, 일한도서출판사, 1960.
 법무부, 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편, 민속원, 2012.
 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2018.
 _____, 물권법, 박영사, 2017.
 _____, 채권총론, 박영사, 2018.
 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(민법Ⅲ), 박영사, 2015.
 유석주, 부동산등기법-이론과 실무-, 삼조사, 2015.
 윤진수 외 9인, 물권법, 피데스, 2009.
 이상태, 물권법, 법원사, 2015.
 _____, 민법논집, 법원사, 2015.
 이영준, 물권법, 박영사, 2009.

- _____, 주식 물권법(하), 한국사법행정학회, 1993.
- 이은영, 물권법, 박영사, 2006.
- 이태재, 물권법, 진명문화사, 1985.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017.
- 최 식, 신물권법·담보물권법, 박영사, 1960.
- 한국법제연구원, 독일 법령용어집, 2008.
- 현승중, 민법[총칙·물권], 일신사, 1965.
-
- 강대성, 전세권저당권의 우선변제적 효력, 토지법학 제24권 제1호, 한국토지법학회, 2008. 6.
- 강대성, 물권인 전세권의 성립에 관한 검토, 민사법의 이론과 실무 제21권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2017. 12.
- _____, 민법에서의 「승인·승낙·동의·허락·추인」에 대한 검토 및 개정안, 민사법의 이론과 실무 제19권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016. 8.
- _____, 상충 여부가 문제되는 민사판례들에 대한 검토, 재산법연구 제33권 제1호, 한국재산법학회, 2016. 5.
- _____, 물권의 포기에 관한 종합적·비판적 검토, 동아법학 제66권, 동아대학교 법학연구소, 2015. 2.
- _____, 지역권·전세권에 관한 해석과 입법론, 재산법연구 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8.
- 권기훈, 전세기간 만료 후의 전세금반환채권의 양도, 재판과 판례 제14집, 대구판례연구회, 2006. 12.
- 권용우, 전세금반환청구권의 양도, 법학논총 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008. 6.
- 김대경, 전세관계 종료 후 전세권저당권의 법률관계, 법과 정책 제20집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014. 8.
- 김동욱, 저당권의 목적물로 된 전세권이 기간만료로 종료된 경우의 법률관계, 판례연구 제12집, 부산판례연구회, 2001. 6.
- 김창섭, 전세권에 대한 저당권의 우선변제적 효력의 인정 여부, 법조 제50권 제4호, 법조협회, 2001. 4.
- 남양우, 전세권을 목적으로 한 저당권의 효력에 관하여, 실무연구자료 제7권, 대전지방법원, 2006. 1.
- 남효순, 용익기간 중의 전세금반환채권의 분리양도, 민사법학 제43권 제1호, 2008. 12.

- 박순성, 전세권에 관한 판례의 동향과 전망, 송상현선생화갑기념논문집(21세기 한국민사법학의 과제와 전망), 박영사, 2002.
- 배병일, 전세권저당권, 저스티스 통권 제139호, 한국법학원, 2013. 12.
- 변민경, 전세권 존속기간 만료 후 전세권저당권의 물상대위성 인정 여부, 법학석사학위논문, 경북대학교 대학원, 2012. 12.
- 오경미, 채권담보 목적의 전세권과 그에 관하여 설정된 저당권의 법률관계, 재판연구 제18집, 부산판례연구회, 2007. 2.
- 오시영, 전세권 존속기간 경과 후 전세권저당권의 물상대위성에 대한 고찰, 한양법학 제22권 제3집(통권 제35집), 한양법학회, 2011. 8.
- _____, 전세권의 용익물권성과 담보물권성 분리에 따른 입법론적 고찰, 민사법학 제48호, 한국민사법학회, 2010. 3.
- 이원일, 「전세권에 대하여 저당권이 설정되어 있는데 전세권이 기간만료로 종료된 경우, 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권설정자는 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담하는지 여부 및 그 저당권의 실행방법」, 대법원판례해설: 재판연구관 세미나 자료 제33호, 1999년 하반기.
- 이은희, 전세권의 담보물권성에 따른 민법규정의 정비(2011년도 법무부 연구용역 과제보고서).
- 이재도, 전세권저당권의 효력과 실행방법, 실무연구자료 제7권, 대전지방법원, 2006. 1.
- 이호행, 전세권의 본질과 전세권저당권의 실행, 민사법학 제71권, 한국민사법학회, 2015. 6.
- 장창민, 전세권저당권자의 보호에 관한 연구, 법학연구 제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015. 12, p.74.
- 최우식, 전세권과 분리된 전세금반환채권의 양도, 재판과 판례 제7집, 대구판례연구회, 1998. 12.
- 추신영, 전세권저당권의 실행방안, 재산법연구 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011. 8.
- 한상준, 현행 전세권저당권의 문제와 개선방안에 대한 고찰, 법학연구 제25권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2014. 12.

[Abstract]

A Study of Korean Supreme Court's Judicial Precedents on Mortgage That Is established on Chonsegwon

Kang, Tae-Seong*

Because the Supreme Court's judicial precedents affect legal life of many citizens seriously, it is very important. Therefore in this thesis, I studied the problems of the Supreme Court's judicial precedents about the mortgage that is established on chonsegwon((Below, It shall be called the chonsegwon-mortgage. Korean Civil Act Article 371), especially 「Korean Supreme Court 1999. 9. 17. declaration 98 다 31301 judgment(Below, It shall be called precedent [1])」 and 「Korean Supreme Court 2014. 10. 27. declaration 2013 다 91672 judgment(Below, It shall be called precedent [2])」.

1. Review of Terms and establishment of the chonsegwon-mortgage

① Duration of Chonsegwon in precedent [1] and precedent [2], subject matter of chonsegwon in precedent [1], chonsegwon that is subject matter of mortgage in precedent [1] and precedent [2], the power of using the matter and taking profits in chonsegwon in precedent [2] should be changed. So I proposed appropriate terms.

② following the precedent [1], the chonsegwon-mortgage is established by only consent of the person having chonsegwon. But because the chonsegwon-mortgage is established by contract, this precedent [1] is not right. So I proposed appropriate a sentence.

2. Review of Chonsegwon-Extinction Due to Expiration of Period and Registration

Precedent [1] stipulates that chonsegwon ceases to exist of course without cancellation-registration in the case chonsegwon extincts due to it's

* Professor of Kyungpook National University Law School

expiration. But this precedent [1] is not right. So I proposed appropriate terms and a sentence.

3. Review of Subject Matter of Mortgage That Is Established on Chonsegwon

Precedent [1] and precedent [2] stipulate that subject matter of chonsegwon is only the power of using the matter and taking profits. In my opinion, when the mortgage is established on chonsegwon, right to request return of deposit money is pledged due to the appendant nature. In this case, securing power of chonsegwon is subject matter of mortgage, and secures right to request return of deposit money. But in the case that the parties make a special contract establishing mortgage only on chonsegwon, the special contract comes into effect.

Precedent [1] and precedent [2] stipulate that buyer obtains only the power of using the matter and taking profits when chonsegwon was auctioned off on the strength of the mortgage. And then, by doing this, there are many problems. I presented my views that deal with these problems properly.

4. The Relationship Between Chonsegwon and Right to Request Return of Deposit Money

Because of precedent [1] and precedent [2] stipulating that subject matter of chonsegwon is only the power of using the matter and taking profits, there are many problems especially subrogation of chonsegwon-mortgagee .

After studying these problems in depth, I presented my views that deal with these problems properly.

Keywords : Chonsegwon, Mortgage, Korean Civil Act Article 371, Mortgage That Is Established on Chonsegwon, Right to Request Return of Deposit Money, Subrogation of Chonsegwon-Mortgagee, 「Korean Supreme Court 1999. 9. 17. Declaration 98 다 31301 Judgment」, 「Korean Supreme Court 2014. 10. 27. Declaration 2013 다 91672 Judgment」, 「Korean Supreme Court 2018. 1. 25. 2017 마 1093 Decision」

