

傳貰權 위에 設定된 抵當權의 效力

-대법원 1999.9.17. 선고 98다31301 판결-

李相泰

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

[사실관계의 개요]

[소송의 경과]

[연구]

I. 서 론

II. 전세권의 법적 성질

1. 학설

2. 판례

3. 소결

III. 전세권의 존속기간이 만료된 경우 전세권 및
전세권저당권의 소멸 여부

1. 전세권의 소멸 여부

2. 전세권저당권의 소멸 여부

IV. 전세권저당권의 효력

1. 물상대위설(저당권소멸설)

2. 채권질권설(저당권존속설)

3. 연구대상판결의 검토

V. 결 론

[사실관계의 개요]

1. 사실관계

(1) 소외 A는 1993.2.19. 원고 X(대한부동산신탁 주식회사)와 사이에, A 소유의 토지 위 지하 2층 지상 5층인 건물 중 1층 1호 181.58㎡ 및 대지 지분권, 2층 1호 200.52㎡ 및 대지 지분권, 3층 1호 200.52㎡ 및 대지 지분권, 4층 1호 181.58㎡

및 대지 지분권, 5층 1호 183.90㎡ 및 대지 지분권, 지하 1층 1호 298.91㎡ 및 대지 지분권(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 관리신탁계약을 체결하

- 고, 같은 해 3. 17. X 명의로 관리신탁을 목적으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.
- (2) 제1심 공동피고였던 소의 B(주식회사 웨르담)는 1992.9.14. 위 A로부터 이 사건 부동산을 임대차보증금 3억원(이후 금 4억원으로 증액됨), 임대차기간 1992.11.15.부터 24개월간, 월 임료 지하 1층 1호 금 4,000,000원, 1층 1호, 2층 1호, 3층 1호, 4층 1호 각 금 3,636,000원(평당 금 6,000원)으로 정하여 임차하면서, 만일 월 임료, 관리비 및 이에 대한 부가가치세의 지급을 지체할 경우에는 이에 대하여 연 9%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급하고, 이 사건 부동산에 관하여 발생하는 제세공과금은 B가 부담하며, 임대차계약 종료시 이 사건 부동산 중 개조하였거나, 훼손한 부분은 B의 비용으로 원상복구하기로 약정하였다.
- (3) A는 1993.3.16. B와의 사이에 위 임대차계약을 기초로 하여 임대차보증금 4억원을 전세금으로 갈음하기로 하고, 전세금 반환 및 전세권 존속기간은 각 1994.11.28.까지로 하여 이 사건 부동산에 관한 전세권설정계약을 체결한 후, B 앞으로 전세권설정등기를 경료하여 주면서, 특별히 B는 원고 X에게 위 전세금 외에 월 임료로 금 18,700,000원, 월 관리비로 금 3,626,000원을 추가 지급하며, 위 전세권 존속기간 만료시에 원고 X에게 미지급된 월 임료, 관리비, 기타 원상복구비 등에 있을 경우에는 전세금에서 이를 공제하고 남은 잔액을 반환하고, 이에 연 9%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급하기로 약정(이하 '이 사건 특약'이라 한다)하였다.
- (4) 한편, B는 같은 해 9.1. 피고 Y(신용보증기금)에게 이 사건 부동산에 대한 위 전세권에 관하여 근저당권자 Y, 채권액 금 4억원으로 된 전세권저당권설정등기를 경료하여 주었다.
- (5) B는 1994.1. 이후 자금사정의 악화로 월 임료, 관리비, 및 제세공과금의 지급을 지체하여 오다가, 이 사건 부동산을 관리신탁 받은 원고 X로부터 같은 해 10.경 이 사건 전세기간 만료 이후에는 재계약의사가 없다는 취지의 의사표시를 수령하고, 원고 X에게 이 사건 전세권의 존속기간이 만료된 이후인 1995. 1. 25. 1층 1호를, 같은 해 2.18. 5층 1호를, 같은 해 3. 6. 3층 1호 및 4층 1호를, 같은 달 10. 지하 1층 1호를, 같은 달 31. 2층 1호 및 공유면적을 각 반환하였는데, B가 원고 X에게 이 사건 부동산을 최종적으로 반환할 때까지 지체한 임료, 관리비, 제세공과금 및 임료 상당 부당이득금(임대차기간 만료 이후)의 합계는 합계 금 173,794,700원이고, 한편 원고 X는 B가 이 사건 부동산을 점유·사용하면서 일부 개조하거나, 훼손한 부분을 금 16,679,930원의 비용을 들여 원상복구하였다.
- (6) 그런데 B의 원고 X에 대한 전세금반환청구권에 대하여, 1994.12.22. 채권자 C,

청구금액 41,249,740원인 가압류명령이, 같은 날 채권자 D, 청구금액 670,400,000원인 가압류명령이, 같은 달 24. 채권자 E, 청구금액 34,174,350원인 가압류명령이, 1995.1.5. 채권자 F, 청구금액 252,046,332원인 가압류명령이, 1996.9.30. 채권자 F, 청구금액 353,867,423원(102,821,091원을 추가하였음)인 가압류를 본압류로 전이하면서 추심명령이 내려지고, 위 명령들은 그 무렵 원고 X에게 송달되었다.

(7) 원고 X는 이 사건 전세권설정계약이 기간 만료로 종료됨에 따라 B에게 반환하여야 할 전세금 4억원에서 이 사건 특약에 따라 B가 연체한 임료 등을 포함하여 합계 금 190,474,630원(= 173,794,700원 + 16,679,930원)을 공제한 후, B에게 나머지 금 209,525,370원(400,000,000원 - 190,474,630원)을 지급하려 하였으나, 이 사건 전세권에 피고 Y의 저당권이 설정되어 있고, 위 전세금반환청구권이 압류 또는 가압류되었으며, 또 추심명령까지 발하여져 있어, 원고 X는 1996.11.12 금 206,453,960원을, 1997.6.26. 금 3,071,410원을 각 민사소송법 제581조의 제1항<현재는 민사집행법 제248조>에 따라 집행공탁하였다.

2. 당사자의 주장

(1) 원 고

(가) 이 사건 전세권설정계약은 전세권의 본질에 반하는 임료 등에 관한 사항을 그 내용으로 하고 있어 물권법정주의에 반하여 무효이므로, 이를 기초로 하여 종료된 B 명의의 전세권설정등기는 무효이고, 무효인 전세권을 목적으로 하는 피고 Y 명의의 위 저당권설정등기 역시 무효이다.

(나) 가사 위 전세권설정등기가 유효하다 하더라도, 위 전세권의 존속기간이 만료되었고, B의 원고 X에 대한 전세금반환청구권에 관하여 압류 및 가압류가 경합되어 원고 X가 이 사건 특약에 따라 그 전세금에서 지체된 임료 등을 공제하고 남은 나머지를 민사소송법 제581조 제1항<현재는 민사집행법 제248조>에 따라 집행공탁함으로써 그 전세금반환채권이 소멸되었으므로, 소멸한 전세권을 목적으로 한 피고 Y 명의의 전세권저당권설정등기는 말소되어야 한다.

(2) 피 고

전세권에 대한 저당권자는 전세권자가 갖고 있는 전세금반환채권에 대해 우선변제권이 있기 때문에 원고 X는 피고 Y에게 위 전세금을 직접 지급하여야 하고, 전세금을 공탁하는 경우에도 피공탁자를 피고 Y로 특정하여 잔존 전세금을 변제공탁

하였어야 하는데도, 원고 X는 피공탁자를 특정하지 아니한 채 집행공탁하였으므로 그 집행공탁은 적법하지 아니하여 무효이고, 따라서 피고 Y는 잔존전세금을 모두 지급받기 전에는 원고 X의 이 사건 청구에 응할 수 없다.

[소송의 경과]

1. 제1심(서울지방법원 1997.9.24. 선고 96가합79045판결)

제1심은 아래의 이유로 원고 X의 피고 Y에 대한 청구를 기각하였다(단, 원고 X의 B에 대한 청구는 인용)

- (1) 이 사건 특약은 그 내용이 법률로써 규정된 전세권의 설정계약과는 별개의 계약이라 할 것이므로, 그와 같이 별개의 계약을 체결하였다 하여 이 사건 전세권 설정 자체가 물권법정주의에 반하는 무효인 것이라 단정할 수 없다.
- (2) 전세권이 존속기간의 만료로 소멸할 경우, 전세권자의 전세권설정등기 말소의 무와 전세권설정자의 전세금반환의무는 서로 동시이행의 관계에 있고, 전세권에 관하여 저당권이 설정된 때에는 전세금반환청구권에 관하여 우선변제권을 취득한 저당권자가 피담보채권의 변제를 받을 때까지 전세권설정자의 동시이행의 항변권을 원용할 수 있다.

그런데 이 사건 특약은 전세권설정계약과는 별개의 계약으로서 이 사건 전세권설정등기를 경료함에 있어 등기될 수 있는 사항도 아니고, 나아가 등기되어 있지도 아니하므로, 원고 X가 피고 Y에 대하여는 이 사건 특약으로써 대항할 수 없다고 할 것이다. 따라서 원고 X가 전세금 4억원에서 이 사건 특약에 기한 임료 등 합계 금 190,474,630원을 공제한 나머지 금 209,525,370원을 집행공탁한 것은 피고 Y에 대한 관계에서는 일부공탁에 불과하여 무효라고 봄이 상당하므로, 피고 Y는 전세금을 반환 받을 때까지 전세권저당권말소등기에 관하여 동의할 수 있고, 나아가 전세금의 반환에 의하여 저당권의 피담보채권이 소멸하지 않는 한 저당권은 유효하게 존속한다.

2. 원심(서울고등법원 1998.5.26. 선고 97나50857 판결)

원심은 아래의 이유로 원고의 청구를 인용하였다.

- (1) 이 사건 특약은 그 내용이 법률로써 규정된 전세권의 설정계약과는 별개의 계약이라 할 것이므로, 그와 달리 별개의 약정을 체결하였다 하여 이 사건 전세권설정계약 자체가 물권법정주의에 반하는 무효인 것이라고 단정할 수 없다.
- (2) 이 사건 전세권은 기간이 만료되었으므로 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸한다. 따라서 피고 Y는 특별한 사정이 없는 한 원고 X에게 이 사건 부동산에 대한 전세권저당권말소등기절차를 이행할 의무가 있다.
- (3) 전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자 등의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다. 이 사건에서 피고 Y는 전세금반환채권을 압류 및 추심 또는 전부명령 등을 받지 아니하였으므로, 이 사건 공탁이 적법하다.

3. 3심(대법원 1999.9.17. 선고 98다31301 판결)

(1) 피고의 상고이유의 요지

- (가) 일부 공탁인지의 여부에 대하여 판단유탈이 있었고,
- (나) 전세권이 소멸하면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자 등의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다는 점에 대하여, 민사소송법 제581조 제1항에 대한 법리 오해가 있었다고 주장.

(2) 대법원 판결요지

대법원은 아래와 같은 이유로 피고 Y의 상고를 기각하였다.

- (가) 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.
- (나) 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 제733조<현재는 민사집행법 제273조>에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집

행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여야 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 된다는 점, 원래 동시 이행항변권은 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 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 보아야 한다.

[연 구]

I. 서론

傳貰權이란 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 수 있는 물권을 말한다(민법 303조 1항. 아래에서 인용되는 조문은 별다른 표시가 없는 한 모두 민법의 조문을 의미한다).

이러한 전세권제도는 우리 나라에 고유한 것으로서 외국에서는 이와 유사한 것을 찾아보기 어렵다. 이미 舊韓末부터 서울 등 일부의 도시를 중심으로 하여, 타인의 건물을 빌리면서 일정한 금액을 한꺼번에 지급하여 두었다가, 전세계약이 종료되면 그 금액을 반환받아 가는 독특한 방식이 행하여져 왔었다. 건물의 사용대가는 따로 지급하지 않고, 지급한 금액의 이자로써 이에 갈음하는 것이었다.

그런데 이러한 전세계약으로부터 발생하는 부동산임차권은 그 성질이 債權에 불과하기 때문에, 전세권자가 충분히 보호받을 수가 없었다. 그리하여 현행 민법은 부동산임차권에 물권적 효력을 부여할 필요성을 느끼고 또한 가옥과 금전의 상호 임

차라는 서민층의 有無相通의 관행을 법제화할 필요에 의하여, 오래 전부터 관습상 행해져온 채권적 전세제도를 일정한 내용의 물권으로 입법화하였고, 목적물도 건물 뿐 아니라 토지도 가능한 것으로 입법하였다. 나아가 1984년 민법개정에 의하여 전세권자에게 전세금의 우선변제를 인정하여 더욱 보호하고 있다.

우리 민법은 또한 전세권자가 투하한 자본의 회수를 보장하기 위하여, 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고, 그 존속기간 내에서 목적물을 타인에게 임대할 수 있도록 하고 있다(306조). 이에 따라 민법은 전세권에 대한 저당권의 설정을 인정하는 규정을 두고 있다(371조).

본 사안은 전세권을 목적으로 하여 저당권이 설정된 경우, 그 저당권의 효력과 실행방법에 관한 것이다. 즉, 이 사건에서의 쟁점으로서, 먼저 전세권을 목적으로 하여 저당권이 설정된 경우 전세권이 기간만료로 종료한다면 그것을 목적으로 한 저당권은 소멸하는지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 전세권은 그 존속기간이 만료하면 당연히 소멸하는지의 여부가 문제되고, 이것을 밝혀보기 위해서는 그 전제로서 전세권의 법적 성질 여하를 살펴볼 필요가 있다. 이어 그러한 전세권을 목적으로 하는 저당권의 운명 여하도 문제가 된다.

다음으로 전세권의 존속기간이 만료되었을 때, 전세권을 목적으로 한 저당권자는 민사집행법 제273조에 의하여 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 다른 채권자들의 집행절차에서 배당요구를 하는 방법으로만 채권 만족을 얻어야 하는가, 아니면 전세권설정자로부터 직접 전세금을 지급받거나 전세권 자체에 대한 경매를 신청하여 채권만족을 받을 수 있는가가 문제된다. 다시 말하면 이때 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권설정자는 전세권자에게 대하여만 전세금반환의무를 부담하는지 여부 및 그 저당권의 실행 방법이 문제가 된다고 하겠다.

이하에서 차례로 이들 문제점들을 살펴보기로 한다.

II. 전세권의 법적 성질

전술한 바와 같이, 전세권은 타인의 부동산을 사용·수익할 필요가 있는 사람에게 이를 가능하도록 해 주는 부동산이용제도로서의 기능을 수행하고 있다. 그런데 한편 전세금의 수수를 다른 각도에서 보면, 부동산소유자는 자신의 재산을 담보로 하여 금전을 빌리는 것이고 전세권자는 부동산의 임차인인 동시에 금전채권자이며

담보권자가 되는 것으로 볼 수 있으므로, 전세권은 담보제도로서의 기능도 아울러 수행하고 있는 것이다. 이러한 후자의 기능 때문에, 전세권을 용익물권으로만 볼 것인가, 나아가 담보물권의 성질도 아울러 가지는 것으로 파악할 것인가, 아니면 담보물권으로만 볼 것인가에 관하여 견해가 나뉜다.

1. 학설

(1) 용익물권 담보물권 겸유설

위와 같은 전세권의 두 가지 기능에 따라, 전세권을 용익물권과 담보물권의 성질을 함께 보유하는 물권으로 파악하는 것이, 현재 우리 나라의 다수설이다. 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 사용·수익할 수 있는 용익물권인 것은 두말할 필요가 없다. 그러나 한편 전세권의 소멸사유가 발생하였으나 전세금을 반환받지 못하였을 때에는, 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금을 우선변제받을 권리도 있고(303조 1항 후단), 목적물에 대하여 경매를 청구할 수도 있다(318조). 이러한 점 때문에 결국 전세권은 담보물권의 성질도 아울러 가지고 있는 것으로 파악하여야 한다는 것이다.

다만, 이러한 두 가지 성질 가운데서 용익물권의 성질이 본체적인 것이고 담보물권의 성질을 부가적인 것으로 파악하는 견해¹⁾와 양자가 동등한 위치에서 전세권의 내용을 이룬다고 보는 견해²⁾의 대립이 있다.

(2) 용익물권설

이는 전세권이 담보물권적 성질까지 아울러 가지고 있다고 하는 것에 대하여는

1) 姜台星, 물권법(서울:대명출판사,2000), 715면 ; 金相容, 물권법(전정판)(서울:법문사,1999), 538면 ; 李英俊, 물권법(신정판)(서울:박영사,2001), 668면. 특히 金曾漢·金學東, 물권법(제9판)(서울:박영사,1997), 413면에서는 “전세권에 있어서 당사자들의 주관적 의사는 부동산의 대차가 중심목적이고 금전의 수수는 이에 대한 대가의 성질을 가진다고 생각하는 것이지, 거꾸로 금전의 대차가 주목적이고 부동산의 인도 및 사용·수익은 이를 담보하는 수단이라고 생각하는 것이 아니다. 또 전세권의 목적물이 일부 멸실된 경우에는 그 멸실 부분에 해당하는 전세금이 감액되는데, 그러한 것은 순수한 담보물권에서는 있을 수 없는 것이다. 이는 오로지 용익물권의 성질이 주가 되어 있기 때문에 가능한 것이다. 이런 점에서 용익물권으로서의 성질이 주라고 할 것이다.”라고 한다.

2) 高翔龍, 물권법(서울:법문사, 2001), 471면 ; 李銀榮, 물권법(개정판)(서울:박영사,2002), 628면.

반대하는 견해이다. 그 주장의 내용은 다음과 같다. 즉, 전세권이 소멸하면 전세권 설정자는 전세금을 반환하여야 할 의무를 부담한다. 이와 같이 전세금반환채권은 전세권이 소멸되어야 비로소 발생하는데, 그 채권의 만족을 위하여 경매청구권과 우선변제권이 인정되었다고 해서 이미 소멸한 전세권이 담보물권으로서 존속할 수는 없는 것이다. 그러므로 전세권이 담보물권으로서의 통유성인 부종성·수반성·물상대위성·불가분성을 가진다는 설명은 부당하다. 전세권이 담보물권의 성질도 가진다고 파악하는 견해는 제303조 제1항이 ‘전세권자는 … 그 부동산 전부에 대하여 … 전세금의 우선변제를 받을 수 있다’고 정하므로, 전세권의 내용이 전세금의 우선변제를 받는 것으로 오해한 것으로 추측된다고 한다³⁾.

(3) 담보물권설

이는 전세권이 용익물권이 아니라 순수한 담보물권으로 파악하는 견해이다. 그 이유로서, 전세권자는 高額의 전세금반환채권을 가지고 있는데, 이 청구권을 담보하기 위하여 전세권의 객체에 대한 경매청구권과 우선변제권이 인정되고 있다는 점을 든다. 특히 민법이 담보물권인 유치권에서는 담보물권에서만 인정되는 우선변제권을 인정하지 않으면서도, 전세권에서는 우선변제권을 인정하고 있는데, 이는 전세권이 순수한 담보물권임을 입증하는 것이라고 한다⁴⁾.

2. 판례

판례도 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다고 하면서⁵⁾, 담보물권적 성격인 부종성과 수반성을 강조하고 있다⁶⁾. 그리고 “당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면 그 전세권의 효력을 부인할 수 없다”⁷⁾고 하는 것을 보면, 양성격을 동등한 것으로 보고 있다고 생각된다.

3) 梁彰洙, “傳賃權”, 고시계, 1992.3., 95-6면.

4) 金基善, 한국물권법(서울:법문사, 1990), 306-8면.

5) 대판 1995.2.10, 94다18508.

6) 대판 1997.11.25, 97다29790 ; 동 1998.9.4, 98다20981 ; 동 1999.2.5, 97다33997.

7) 대판 1995.2.10, 94다18508.

3. 소결

전세권은 지상권등과 같은 다른 용익물권과는 다른 성질을 가지는 독특한 물권임을 부인할 수는 없다. 즉, 전세권자 측에서 보면, 금전을 빌려주기 위하여 전세권을 설정하는 것이 아니라 부동산을 사용·수익하기 위해 이를 설정한다. 이 점에서 보면, 전세권은 용익물권의 성질을 갖는다. 그러나 전세권설정자 측에서 보면, 전세금을 얻기 위하여 전세권을 설정하고, 이러한 전세금반환채권을 담보하기 위하여 담보물권에서만 인정되는 경매청구권과 우선변제권을 전세권자에게 인정한다. 이 점에서 보면, 담보물권으로서의 성질을 부인할 수 없다.

그리고 순수한 담보물권인 저당권의 경우를 보면, 제2번 저당권이 실행되면 제1번 저당권은 소멸한다. 그러나 전세권이 설정되고 난 뒤에 저당권이 설정된 경우에는, 그 저당권이 실행되더라도 전세권은 원칙적으로 소멸하지 않는다(민사집행법 제91조 3항 참조). 이러한 점을 위의 순수한 담보물권설에서는 설명하기 어려울 것이다. 왜냐하면, 순수한 담보물권이라면 그 목적부동산이 경매되면 모두 소멸하기 때문이다(민사집행법 91조 2항 참조). 또한 순수한 담보물권에서는 피담보채권의 증감청구권과 같은 것은 인정되지 아니하므로, 전세권의 경우에 인정되는 전세금증감청구권(312조의 2)은 순수한 담보물권에서는 설명할 수 없을 것이다. 또한 바로 이러한 점들 때문에, 전세권에 있어서는 용익물권성이 주된 것이고 담보물권성은 부수적인 것이라는 것을 나타내고 있다고 하겠다.

아래에서는 이러한 입장을 전제로 하여 논의를 진행하기로 한다.

Ⅲ. 전세권의 존속기간이 만료된 경우 전세권 및 전세권저당권의 소멸 여부

1. 전세권의 소멸 여부

전세권의 존속기간이 만료되는 경우로서는, 당사자가 설정계약에서 정한 약정존속기간이 만료되는 경우도 있고, 또 합의갱신 또는 법정갱신에 의해 연장된 존속기간이 만료되는 경우도 있다(312조). 또 처음부터 기간의 약정이 없는 경우에는 당사자의 소멸통고 후 6개월이 경과할 때 존속기간이 만료하기도 한다(313조).

여기서 이와 같이 전세권의 존속기간이 만료하게 되면 곧 바로 전세권이 소멸해 버리는 것인가가 문제되며, 이에 관해서는 견해의 차이가 있다.

(1) 전세권소멸설

우리의 다수학설은, 민법 제187조에 의한 법률의 규정에 의한 물건변동의 한 예로 용익물권의 존속기간만료에 의한 소멸을 들고 있으며⁸⁾, 또한 전세권의 소멸사유서도 존속기간의 만료를 들고 있는 것을 볼 때⁹⁾, 전세권의 존속기간이 만료하면, 지상권과 같은 다른 용익물권과 마찬가지로, 전세권설정등기의 말소등기 없이도 전세권은 소멸하는 것으로 파악하고 있는 것으로 생각된다¹⁰⁾.

(2) 전세권불소멸설

전세금의 반환이 전세권소멸의 요건이므로, 전세권의 존속기간이 만료되는 것만으로 곧 전세권이 소멸하는 것이 아니라, 전세금이 전세권자에게 반환되어야 비로소 전세권이 소멸한다는 견해가 있다¹¹⁾.

또 전세권은 용익물권인 동시에 담보물권의 성질도 겸유하고 있으므로, 전세권의 존속기간만료로 소멸하는 것은 전세권의 용익물권적 권능이고, 전세권의 담보물권적 권능은 전세금을 반환받을 때까지 소멸하지 않는다고 하는 견해도 있다¹²⁾. 이에 의하면, 존속기간의 만료로 전세권이 소멸한다고 해석한다면 전세권자가 그 전세금 반환채권을 가지고 경매청구권이나 우선변제권을 행사할 여지가 없게 되어 부당한 결과가 초래되므로, 전세금이 반환됨으로써 전세권의 피담보채권이 소멸되어야 비로소 전세권이 소멸한다고 설명한다¹³⁾.

한편 전세기간이 만료되더라도 전세권의 담보물권적 권능은 전세금채권과 함께 전세권저당권의 목적물로 존속한다고 함으로써, 전세권은 계속 존속한다는 입장을

8) 高翔龍, 전게서, 150면 ; 郭潤直, 전게서, 152면 ; 金相容, 전게서, 191면 ; 李英俊, 전게서, 168면.

9) 姜台星, 전게서, 751면 ; 高翔龍, 상게서, 491면 ; 郭潤直, 상게서, 363면 ; 金相容, 상게서, 555면 ; 金曾漢·金學東, 전게서, 424면 ; 李英俊, 상게서, 688면.

10) 李英俊, 상게서, 681면에서는 이 점을 분명히 밝히고 있다.

11) 李銀榮, 전게서, 649, 650면.

12) 金東沃, “저당권의 목적물로 된 전세권이 기간만료로 종료된 경우의 법률관계”, 판례연구 제12집(부산:부산판례연구회, 2001), 685면.

13) 상게논문, 686면.

전제로 하고 있는 것으로 생각되는 견해도 있다¹⁴⁾.

나아가 전세권의 존속기간이 만료되더라도 전세권 자체가 소멸한다거나 심지어 용익물권적 권능도 소멸하는 것이 아니고, 다만 전세권을 소멸시킬 수 있는 기한의 도래라는 의미로 축소해석하여야 한다는 주장까지 대두되고 있다¹⁵⁾. 이에 의하면, 전세권의 존속기간이라는 것은 저당권에 있어서 피담보채권의 변제기와 유사한 성질을 가지는 것이고, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권설정자로서는 전세금을 반환하고 전세권을 소멸시킬 수 있게 되고, 전세권자로서는 전세권설정자에게 목적물의 인도와 등기서류의 교부나 그 이행제공을 통하여 전세권설정자를 지체에 빠뜨린 후 경매청구권을 행사하여 우선변제를 받을 수 있게 되는 기한이 도래하였다는 의미 이외에는 전세권의 법률적 성격에는 아무런 변화가 없으므로, 용익물권적 요소와 담보물권적 요소를 여전히 겸비한다고 설명한다¹⁶⁾.

(3) 연구대상판결의 검토

연구대상판결에서는 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 전세권의 존속기간이 만료되면 “전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸”하는 것으로 보고 있다.

그런데 이 연구대상판결보다 앞선 대법원의 결정에서는 “전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸”¹⁷⁾한다고 한 적이 있다. 그러나 이 연구대상판결에서는 용익물권적 전세권과 담보물권적 전세권의 구분 없이 “전세권은 … 당연히 소멸”한다고만 표현함으로써 전세권의 존속기간이 만료된 경우 전세권의 완전한 소멸, 즉 용익물권적 전세권뿐만 아니라 담보물권적 전세권도 소멸하는 것으로 오해할 소지를 가지고 있다고 하겠다.

만의 하나라도 연구대상판결에서 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권은 당연히 소멸하는 것으로 해석하였다면, 이는 문제가 있는 해석이라 하겠다.

14) 金昌燮, “전세권에 대한 저당권의 우선변제적 효력의 인정 여부”, 法曹 제535호(서울:법조협회, 2001.4), 222면. 다만 이 견해에 의하면, 전세금반환청구권은 전세권의 두 권능인 용익물권적 권능 및 담보물권적 권능과 함께 동일한 물권계약인 전세권설정계약 자체에 기하여 발생하는 권리로서, 이른바 채권적 전세에서의 전세금반환청구권과는 그 법적 성질이 다른 일종의 물권적 청구권이라고 한다(상게논문, 219면).

15) 朴淳成, “전세권에 대한 판례의 동향과 전망 - 전세권의 담보물권성을 중심으로 -”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망(心堂 宋相現 선생 화갑기념논문집)(서울:박영사, 2002), 92면.

16) 상게논문, 91-2면.

17) 대결 1995.9.18, 95마684.

생각건대, 전세권의 존속기간이 만료하는 경우 곧바로 전세권이 완전히 소멸하는 것으로 해석할 수는 없다. 전세권의 존속기간이 만료되더라도, 전세금이 전세권자에게 반환되어야 하고, 또한 목적물이 전세권설정자에게 반환되어야 하며 전세권설정등기를 말소하여야 하는 문제를 남겨 놓고 있다. 그리고 만약 전세권자가 전세권설정자로부터 전세금을 반환받지 못하는 경우에는, 전세권자는 다시 전세권에 기하여 전세목적물의 경매를 청구하고(318조) 그 경매대금으로부터 후순위권리자 기타 채권자보다 우선변제를 받을 필요가 있는 것이다(303조 1항). 그런데 전세권의 존속기간이 만료하였다 하여 전세권도 완전히 소멸하여 버린다고 하면, 전세권자가 전세금을 반환받지 못하였을 경우, 전세목적물에 대한 경매청구권과 우선변제권의 근거가 없어져 버린다. 따라서 전세권의 존속기간이 만료하였다 하더라도, 전세권자가 전세금을 반환받을 때까지는 전세권이 완전히 소멸하였다고 해석할 수가 없는 것이다.

그렇다면 전세권의 존속기간이 만료하면 다음과 같은 효과가 일어나는 것으로 보아야 할 것이다. 즉, 전세권의 존속기간이 만료하면 그로써 소멸하는 것은 전세권의 용익물권적 권능뿐이고, 담보물권으로서의 성격은 그대로 유지되고 잔존등기도 그 한도에서 여전히 유효하다고 볼 것이다. 전세권은 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 동시에 가지고 있지만, 그 존속기간이 만료되면 전세권자는 이제 더 이상은 목적부동산을 용익하지 못하고 목적부동산을 전세권설정자에게 반환할 의무를 지게 되므로, 적어도 용익물권적 권능은 소멸된다고 하여야 할 것이다. 그런데 위에서 언급한 전세권불소멸설 중 전세권의 존속기간의 만료는 전세권의 기한이 도래하였다는 의미밖에 없고 전세권의 용익물권적 권능과 담보물권적 권능에는 아무런 영향이 없다고 하는 견해에 있어서와 같이, 전세권의 존속기간이 만료되었는데도 용익물권적 권능이 소멸하지 않고 전세권자가 계속 목적부동산을 사용·수익할 수 있다는 것은 자연스럽지 못한 해석이다. 다시 말하면, 전세권의 존속기간이 만료되면 이제까지 용익권으로서의 전세권은 담보권으로서의 전세권으로 체제변화를 일으키는 것으로 보아야 할 것이다. 그 후 전세권설정자가 전세금을 반환받게 되면, 담보물권으로서의 전세권도 소멸하고, 그때에 비로소 전세권이 완전히 소멸하게 되는 것이다. 이때 담보물권의 부종성으로 인하여, 전세금의 반환이 있으면, 저당권에 있어서 피담보채권이 변제된 것과 마찬가지로, 전세권설정등기에 대한 말소등기가 없어도 전세권은 소멸한다. 그러나 이와 같이 전세금의 반환이 있어서 전세권이 소멸한 후에도, 다시 목적물의 반환과 전세권설정등기의 말소(물론 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부는 전세금반환이 있을 때까지 동시이행의 항변권을 행사할 수 있음), 기타 부속물수거 및 매수청구, 유익비상환청구 등의 청

산절차의 문제는 남고, 이러한 절차를 모두 거치면 전세권설정자와 전세권자와의 사이의 법률관계가 모두 끝나게 되는 것이다.

이상과 같은 해석은 비단 전세권의 존속기간이 만료된 경우에만 타당하는 것은 아니고, 존속기간 이외의 다른 종료사유가 발생한 경우(예컨대 311조, 313조, 316조, 317조 등)에도 전세금의 반환문제를 남기고 있다면 동일하게 적용되어야 할 것이다.

2. 전세권저당권의 소멸 여부

다음으로 전세권이 존속기간이 만료되면 그 전세권을 목적으로 하여 설정된 저당권의 소멸 여부가 문제가 된다. 이에 관해서도 견해가 나뉜다.

(1) 저당권소멸설

전세권의 존속기간이 만료된 경우 전세권은 전세권설정등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸한다고 한다는 견해가 있다¹⁸⁾.

한편 전세권이 기간만료로 인하여 전세권의 용익물권적 권능이 소멸되지만, 이것은 결국 저당목적물의 멸실에 준하므로, 그 전세권을 목적으로 한 저당권도 소멸하는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다¹⁹⁾. 그러나 이 견해에 의하더라도, 저당권의 물상대위성으로 인하여, 전세권저당권의 목적물인 전세권의 소멸로 인한 대체물로 볼 수 있는 전세금반환채권 위에 전세권저당권이 존속한다고 한다²⁰⁾²¹⁾.

(2) 저당권존속설

18) 李英俊, 전계서, 681면.

19) 金東沃, 전계논문, 685면.

20) 상계논문, 687-8면.

21) 이 견해에서 전세금반환채권에 관하여 설명하는 것을 보면, “전세금반환채권은 전세권에 의해 담보되는 채권으로서 전세권설정계약 당시 이미 발생이 예정되어 있는 것이고 전세권의 소멸로 인하여 새로이 발생하는 권리가 아니기는 하나, 저당권의 목적이 되는 전세권을 용익물권적 측면에서의 전세권으로 보면 저당목적물인 전세권(용익물권)의 소멸과 동시에 전세권자가 취득하는 것이므로, 저당목적물의 소멸로 인한 대체물로 볼 수 있다”고 한다(상계논문, 687면, 주 24).

전세금반환채권은 전세권의 본질적 내용이 되므로, 전세권저당권의 목적물은 전세권부 전세금반환채권으로 보아야 하고, 따라서 전세권의 존속기간이 만료되더라도 전세권의 담보물권적 권능은 전세금반환채권과 함께 전세권저당권의 목적물로서 존속한다는 견해가 있다²²⁾.

한편 전세권의 존속기간이 만료되더라도 전세권의 법률적 성격에는 아무런 변화가 없고 단지 전세권을 소멸시킬 수 있는 기한이 도래할 뿐이므로, 전세권저당권이 소멸하지는 않는다고 설명하는 견해도 있다²³⁾.

(3) 연구대상판결의 검토

연구대상판결에서는, 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우, 그 저당권의 목적물은 물권인 전세권 자체이지 전세금반환채권은 그 목적물이 아니며, 전술한 바와 같이 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸한다고 하고, 나아가 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸한다고 한다.

여기서 두 가지의 문제점이 도출된다. 첫째는 전세권 위의 저당권은 그 목적물이 전세권만인가 하는 점이고, 둘째는 전세권이 소멸하면 그것을 목적으로 하고 있는 저당권도 소멸하는가 하는 점이다.

그러면 먼저 전세권 위의 저당권의 목적물은 과연 전세권만인가, 아니면 그 외에 전세금반환채권도 목적으로 하는가를 생각해 보기로 한다.

전세금의 지급이 전세권의 성립요건인가에 관해서 학설은 긍정설²⁴⁾과 부정설²⁵⁾로 나뉘어 있고, 판례²⁶⁾는 긍정설의 입장을 취하고 있다. 원래 전세권의 특성이 전세금의 수수에 있으며 이러한 전세금의 수수가 없다면 전세권의 고유한 특성이 유지될 수가 없고, 또한 전세권이 담보물권의 성질도 겸하고 있는 점에 비추어 볼 때,

22) 金昌燮, 전계논문, 220, 222면.

23) 朴淳成, 전계논문, 109면.

24) 高翔龍, 전계서, 475면 ; 郭潤直, 전계서, 356면 ; 權龍雨, 물권법(제3전정판)(서울:법문사, 1993), 441면 ; 金相容, 전계서, 540면 ; 李銀榮, 전계서, 633면 ; 張庚鶴, 물권법(서울:법문사, 1990), 604면.

25) 姜台星, 전계서, 723면 ; 金曾漢·金學東, 전계서, 415면 ; 李英俊, 전계서, 673-4면. 특히 梁彰洙, 전계 "傳賃權", 100면에서는, 전세금의 지급은 전세권 설정의 요소는 아니며, 제 303조 제11항에서 '전세금을 지급하고'라는 문언은 전세권의 내용을 제시하는 데 그치는 것으로서, 그러한 내용의 권리를 설정하는 합의 내에 전세금을 지급하는 것이 포함되어야 함을 말하는 데 불과하다고 해석한다.

26) 대판 1995.2.10, 94다18508.

전세금의 수수는 피담보채권의 발생에 해당하므로, 전세금의 수수는 전세권의 성립 요건이라 하겠다. 이와 같이 본다면, 전세금반환채권은 담보물권성을 갖는 전세권의 피담보채권으로서의 성격을 가지기도 한다. 그런데 한편으로는 전세권설정계약의 내용 자체가 전세권자가 전세금을 지급하고 일정 기간 동안 전세권설정자의 부동산을 점유하고서 그 용도에 좇아 사용 수익하지만 그 기간이 만료되면 전세금을 반환 받고 목적부동산을 전세권설정자에게 반환하는 것이기 때문에, 전세권의 고유한 특성상 전세금반환채권은 전세권설정계약의 내용이 되기도 하는 것이다. 결국 전세금 반환채권은 전세권의 한 내용으로 파악하는 것이 적절하며, 전세권에 부종하는 권리라든가 또는 전세권과 별개의 권리라고 할 수는 없다고 하겠다. 따라서 전세권 위에 저당권이 설정된 경우, 그 저당권의 목적물은 전세권 그 자체라고 하면 충분할 것이다. 그렇게 볼 때, 전세금반환채권은 전세권성립 당시부터 성립하고 있으나, 전세권의 존속기간이 만료하게 되면 그 이행기가 도래하는 것으로 보게 되는 것이다. 다시 말하면, 이러한 전세금반환채권은 전세권에 갈음하는 대체물은 아니라고 할 것이다.

다음으로 전세권이 존속기간 만료로 소멸하면 그것을 목적으로 한 저당권도 소멸하는가를 생각해 보기로 한다.

위에서 살펴 보았듯이, 전세권이 존속기간이 만료하더라도 전세권의 용익물권적 전세권만이 소멸하고 담보물권적 전세권은 소멸하지 않는다고 보아야 한다. 이러한 입장을 취하게 되면 전세권저당권은 당연히 소멸하지를 않고 계속 담보물권적 전세권을 목적으로 하여 존속하게 된다. 그러나 연구대상판결과 같이 전세권의 존속기간이 만료하면 전세권이 소멸한다고 본다면, 그 당연한 논리적 귀결로서 당연히 그것을 목적으로 한 저당권도 소멸한다고 하게 된다. 그러나 이러한 논리를 취한다면, 전세권저당권을 설정받은 자의 의사에도 합치하지 아니할 뿐 아니라 실제적으로도 이러한 전세권저당권자를 보호할 방법도 없어진다. 즉, 전세권 위에 저당권을 설정받는 자는, 전세권의 용익물권적 권능에 관심이 있는 것이 아니라 전세권의 담보물권적 권능을 중시하여, 만약 자신의 피담보채권을 변제받지 못하는 경우에는 장래 전세기간이 만료되면 전세금으로 자신의 채권을 확실하게 우선변제를 받을 수 있을 것으로 신뢰하고서 저당권을 설정받을 것인데, 전세권의 존속기간이 만료되면 그것을 목적으로 한 저당권도 소멸해 버린다고 한다면 당사자의 이러한 신뢰를 무시하는 것으로 된다. 더구나 위에서 살펴 본 바와 같이 전세금반환채권은 전세권의 한 내용에 불과하고 전세권의 소멸로 인하여 새로이 발생하는 대체물이 아니므로, 물상대위의 법리에 의하여 전세권저당권의 효력이 전세금반환채권에 미친다고 볼 수는 없기 때문에, 전세권저당권자는 실제적으로도 보호를 받을 수 있는 길이 없어지

게 되는 결과가 된다.

IV. 전세권저당권의 효력

다음으로 전세권의 존속기간이 만료되었을 때, 그 전세권을 목적으로 한 저당권의 효력에 관하여 살펴보기로 한다. 이에 관해서도 학설이 나뉜다.

1. 물상대위설(저당권소멸설)

전세권의 존속기간이 만료되면, 그 전세권(또는 용익물권적 권능)이 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권(또는 용익물권적 권능)이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸한다고 하는 위의 저당권소멸설에 의하면, 전세권저당권자는 전세권의 목적물의 소유자인 전세권설정자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없게 된다. 다시 말하면 이 경우에는 전세권설정자는 전세권자에 대해서만 전세금반환의무를 지고, 특별한 사정이 없는 한 전세권설정자가 전세권저당권자에게 전세금을 직접 지급할 의무를 지지 않게 된다.

따라서 이러한 경우 전세권의 저당권자로서는 전세권 자체에 대한 경매를 실시할 수는 없지만, 민법 제370조 제342조 및 민사소송법 제733조<현재는 민사집행법 제273조>에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권(이것은 전세권설정계약 당시 이미 발생이 예정되어 있는 것이기는 하나, 전세권저당권자의 입장에서 보면, 저당목적물인 전세권 또는 용익물권적 권능이 소멸함과 동시에 전세권자가 취득한 것이므로, 저당목적물의 소멸로 인한 대체물로 볼 수 있다고 한다)에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나(이 경우 저당권의 존재를 증명하는 등기부등본을 집행법원에 제출하면 되고, 별도의 집행권원이 필요한 것이 아님) 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여야 비로소 전세권설정자에 대하여 전세금의 지급을 구할 수 있다고 한다²⁷⁾.

27) 金東沃, 전게논문, 689, 691면; 李英俊, 전게서, 681면; 李元一, “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 1999년 하반기(통권제33호)(서울:법원도서관, 1999), 98-100면.

2. 채권질권설(저당권존속설)

한편 전세권의 존속기간이 만료되더라도 전세권의 담보물권적 권능은 전세금반환채권과 함께 전세권저당권의 목적물로서 존속한다거나 또는 전세권의 존속기간이 만료되면 단지 전세권을 소멸시킬 수 있는 기한이 도래할 뿐이고 전세권의 법률적 성격에는 아무런 변화가 없으며 전세권저당권은 전세권과 그 종된 권리인 전세금반환채권에 효력이 미친다고 보는 이른바 저당권불소멸설에 의하면, 전세권저당권은 실질에 있어서 채권질권과 유사한 성질을 가지고 있다고 할 것이고, 따라서 채권질권에 관한 규정들이 유추적용될 수 있다고 한다²⁸⁾. 이 견해에 의하면 채권질권에 관한 민법 제349조를 전세권저당권에 유추적용하여, 저당권을 설정한 전세권자가 전세권설정자에게 저당권설정 사실을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙하면, 전세권저당권자는 전세금반환채권에 대한 압류 및 전부명령 또는 추심명령이 없어도 전세권설정자에 대하여 저당권을 주장할 수 있다고 한다. 또 민법 제353조를 유추적용하여, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 전세권자의 추심위임이 없어도 자기 채권의 한도에서 전세금의 반환을 직접 청구할 수 있고, 만일 전세금채권의 변제기가 전세권저당권자의 변제기보다 먼저 도래한 때에는 전세권설정자에 대하여 전세금의 공탁을 청구할 수 있다고 한다.

3. 연구대상판결의 검토

연구대상판결은 위의 첫 번째의 입장을 취하고 있다. 즉, 전세권의 존속기간이 만료되면, 그 전세권이 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하므로, 전세권설정자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없게 된다고 하면서도, 다만 물상대위의 이론을 원용하여, 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여야 비로소 전세권설정자에 대하여 전세금의 지급을 구할 수 있다고 한다.

그러나 위에서 살펴보았듯이, 전세권이 존속기간이 만료하더라도 전세권의 용익물권적 권능만이 소멸하고 담보물권적 권능은 소멸하지 않으며, 따라서 전세권저당권도 당연히 소멸하지를 않고 계속 담보물권적 전세권을 목적으로 하여 존속하게 된다. 그렇다면 이때 전세권 위에 설정된 저당권의 실행방법이 문제된다. 즉, 이 경

28) 金昌燮, 전계논문, 226면이하 ; 朴淳成, 전계논문, 111면이하.

위에 전세권에 설정된 전세권 자체를 경매할 수 있다고 할 것인가, 아니면 다른 방법에 의하여야 할 것인가 문제된다.

생각건대 전세권의 존속기간이 만료되어 용익물권적 권능이 소멸한 때에는, 이제는 전세권자는 그 전세권을 제3자에게 양도할 수 없고, 다만 전세금반환채권을 담보물권적 권능만을 갖는 전세권과 함께 양도할 수 있을 뿐이므로, 전세권 위에 저당권을 설정받은 자라 하더라도 더 이상 전세권 자체에 대하여는 경매를 청구할 수 없다고 보아야 할 것이다.

결국 담보물권적 권능만이 남은 전세권은, 전세금반환채권에 저당권이 설정되어 있는 것과 같은 구조이므로, 그 실질은 채권질권과 같은 성질을 띠게 된다고 하겠다. 그렇다면 전세권저당권자가 전세권설정자에 대하여 우선변제권을 확보하는 방법은, 전세권설정자와 같은 제3채무자를 전제로 하는 규정을 유추적용하는 방법을 고려할 수 있을 것이다. 즉, 채권질권의 대항요건을 규정하고 있는 민법 제349조 제1항²⁹⁾을 유추적용하여, 전세권 위에 저당권을 설정한 자 즉, (전세권자)가 전세권설정자에게 전세권저당권의 설정 사실을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙하면, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 대항력이 발생하므로, 전세권저당권자는 전세금채권에 대한 압류 및 추심명령 또는 전부명령 없이도 전세권설정자에 대하여 우선변제 등을 주장할 수 있게 되고, 따라서 전세권설정자는 전세권저당권자의 동의 없이 전세권자에게 전세금을 반환하거나 변제공탁하여도 이로써 전세권저당권자에게 대항하지 못한다. 나아가 민법 제353조³⁰⁾를 유추적용하여, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 전세권자의 추심위임이 없어도 자기 채권의 한도에서 전세금의 반환을 직접 청구할 수 있다고 할 것이다.

한편 전세권의 존속기간이 만료되더라도 담보물권적 권능을 가지는 전세권이 존속하고 그 위에 설정된 저당권도 존속한다고 한다면, 전세권저당권자는 전세권자가 갖는 목적부동산에 대한 경매청구권과 우선변제권도 행사하고, 나아가 배당요구의 종기까지 민사집행법 제247조 제1항에도 불구하고 당연히 배당요구를 한 것으로 취급되어, 그 배당금으로부터 우선변제받을 수가 있다는 해석까지도 가능하다고 할

29) 민법 제349조 제1항은 “지명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 설정자가 제450조의 규정에 의하여 제3채무자에게 질권설정 사실을 통지하거나 제3채무자가 승낙함이 아니므로 제3채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다”고 규정한다.

30) 민법 제353조는 “① 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다. ② 채권의 목적물이 금전인 때에는 질권자는 자기 채권의 한도에서 직접 청구할 수 있다. ③ 전항의 채권의 변제기가 질권자의 채권의 변제기보다 먼저 도래한 한 때에는 질권자는 제3채무자에 대하여 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있다. 이 경우에 질권은 그 공탁금 위에 존재한다. ④ ….”이라고 규정한다.

수 있다.

그런데 최근 법무부 내의 민법개정특별분과위원회에서 전세권저당권에 관한 제371조에 제3항을 신설하는 개정시안을 제시한 바가 있다. 즉, “전세권을 목적으로 하는 저당권에 있어서 저당권자 또는 저당권설정자가 전세권설정자에게 저당권설정을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙한 때에는 저당권자는 전세금반환청구권을 직접 청구할 수 있다”는 조항을 신설하는 시안을 내놓고 있다. 그 취지로서, 전세권에 대한 저당권설정은 전세권자와 저당권자 사이의 합의와 등기를 필요로 할 뿐 전세권설정자의 동의는 필요로 하지 않으므로, 전세권설정자(부동산소유자)가 전세권에 대한 저당권설정의 사실을 알지 못하고 전세권자에게 전세금을 반환한 경우에 유효한 변제로서 보호하려는 것이라 설명하고 있다. 그리하여 저당권자 또는 저당권설정자가 전세권설정자에게 저당권설정의 사실을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙한 때에 한해서 저당권자가 전세금반환청구권을 직접 청구할 수 있도록 규정함으로써, 전세권설정자의 이중변제의 위험을 해소시켜 준다고 한다³¹⁾. 이 내용을 민법 제349조 제1항을 유추적용하는 경우와 비교해 보면, 통지권자에 전세권을 목적으로 하여 저당권을 설정받은 자 즉, (전세권저당권자)를 추가하고 있다. 전세권을 목적으로 하여 저당권이 설정된 경우와 관련하여 발생하는 법적 문제점을 이와 같이 입법적으로 해결한다면 그 이상 더 좋은 방법이 없을 것이다,

V. 결 론

연구대상판결은 전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하며, 그 결과 전세권을 목적으로 한 저당권자는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없지만, 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 자신의 권리를 행사하여야 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 되므로, 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 한다.

31) 법무부, 민법(재산편)개정 공청회 자료집(서울:법무부,2001.12), 113면.

그러나 전세권이 존속기간이 만료하더라도 전세권의 용익물권적 권능만이 소멸하고 담보물권적 권능은 소멸하지 않으며, 전세권저당권은 당연히 소멸하지를 않고 계속 담보물권적 권능을 가진 전세권을 목적으로 하여 존속한다고 보아야 한다. 그런데 담보물권적 권능만이 남은 전세권 위에 저당권이 설정되어 있다는 것은, 결국 전세금반환채권에 저당권이 설정되어 있는 것과 같은 구조이므로, 그 실질은 채권질권과 같은 성질을 띠게 된다고 하겠다. 그렇다면 전세권저당권자가 전세권설정자에 대하여 우선변제권을 확보하는 방법은, 전세권설정자와 같은 제3채무자를 전제로 하는 규정을 유추적용하는 방법을 고려할 수 있을 것이다. 즉, 채권질권의 대항요건을 규정하고 있는 민법 제349조 제1항을 유추적용하여, 전세권 위에 저당권을 설정한 자(전세권자)가 전세권설정자에게 전세권저당권의 설정 사실을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙하면, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 대항력이 발생하므로, 전세권저당권자는 전세금채권에 대한 압류 및 추심명령 또는 전부명령 없이도 전세권설정자에 대하여 우선변제 등을 주장할 수 있게 되고, 따라서 전세권설정자는 전세권저당권자의 동의 없이 전세권자에게 전세금을 반환하거나 변제공탁 하여도 이로써 전세권저당권자에게 대항하지 못할 것이다. 나아가 민법 제353조를 유추적용하여, 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 전세권자의 추심위임이 없어도 자기 채권의 한도에서 전세금의 반환을 직접 청구할 수 있다고 할 것이다. 이와 같이 해석한다면, 전세권저당권자의 권리를 실질적으로 보장할 수 있을 뿐 아니라, 전세권설정자·전세권자·전세권저당권자 사이의 이해관계도 적히 조절할 수 있을 것으로 생각된다.

《參考文獻》

- 姜台星, 물권법, 서울, 대명출판사, 2000.
- 高翔龍, 물권법, 서울, 법문사, 2001.
- 郭潤直, 물권법(新訂), 서울, 박영사, 1999.
- 權龍雨, 물권법(제3전정판), 서울, 법문사, 1993.
- 金基善, 한국물권법, 서울, 법문사, 1990.
- 金相容, 물권법(전정판), 서울, 법문사, 1999.
- 金曾漢·金學東, 물권법(제9판), 서울, 박영사, 1997.
- 李英俊, 물권법(신정판), 서울, 박영사, 2001.
- 李銀榮, 물권법(개정신판), 서울, 박영사, 2002.
- 張庚鶴, 물권법, 서울, 법문사, 1990.
- 법무부, 민법(재산편)개정 공청회 자료집, 서울, 법무부, 2001.12.
- 金東沃, “저당권의 목적물로 된 전세권이 기간만료로 종료된 경우의 법률관계”, 판례연구 제12집, 부산, 부산판례연구회, 2001.
- 金昌燮, “전세권에 대한 저당권의 우선변제적 효력의 인정 여부”, 法曹 제535호, 서울, 법조협회, 2001.4.
- 朴淳成, “전세권에 대한 판례의 동향과 전망 - 전세권의 담보물권성을 중심으로 -”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망(心堂 宋相現 선생 화갑기념논문집), 서울, 박영사, 2002.
- 梁彰洙, “傳貰權”, 고시계, 1992.3., 서울, 고시계사, 1992.
- 李元一, “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 1999년 하반기(통권제33호), 서울, 법원도서관, 1999.

SUMMARY

The Effect of the Mortgage which has been established upon a *Chonsekwon*

Lee, Sang-Tae

(Professor, Department of Law, Konkuk University)

Chonse is one of the traditional institutions peculiar to Korea, which has been developed since the closing days of *Chosun* Dynasty. The structure of *chonse* is as follows ; A person who is going to rent one or several rooms, or a whole house, gives a considerable amount of money(so called *chonse* money) to the owner at the time of conclusion of the leasing contract. And at the end of the leasing contract, the lessee gets all that money back from the owner after he has used the object. In this case, extra money is not paid for rent. The interest that accrues from *chonse* money is considered as the rent for the object.

The existing Civil Code had pulled up the lessor's position to the real right(so called *chonsekwon*) in order to protect the lessee.

This *chonse* institution operates two functions ; one is to make it possible for the person who has not a immovable to use and take profits from other's immovable. the other is to make it possible for the person who is in shortage of money to borrow some amount of money by offering his property as security.

On account of these two functions, *chonsekwon* has two characteristics, namely a usufructuary right and a security right.

The purpose of this theses is to commentate one decision of the Supreme Court, which has been adjudicated on the 17. September, 1999. The serial number of this case is 98DA31301.

This decision is concerned with the case where a *chonsekwon* has been mortgaged. The content of this decision is as follows ; In the case where a *chonsekwon* has been mortgaged, the *chonsekwon* extinguishes at the time when the duration period of a *chonsekwon* has matured and consequently the mortgage which has been established

upon a *chonsekwon* also extinguishes. Therefore the mortgagee may not insist his mortgage upon the owner of the object who is a party to a contract of *chonsekwon*. However, if the mortgagee levies an attachment on the claim for return of *chonse* money,

the substitute for *chonsekwon*, and receives an order of collection or assignment thereupon from the court, or he demands his dividend from the court in the compulsory execution procedure which is taken upon the claim for return of *chonse* money by a third person, then he can demand the *chonse* money from the owner of the object. Consequently the owner of the object is obliged to return the *chonse* money only to the 'leasing' party to a contract of *chonsekwon*, unless an attachment is levied or an order of collection or assignment is received from the court.

But the standpoint which this decision has taken is fallible. In this case, it should be thought as follows. If the duration period of a *chonsekwon* matures, the *chonsekwon* does not completely extinguish ; namely only the usufructuary right extinguishes, but the security right remains. So the mortgage which has been established upon the *chonsekwon* continues to exist upon the *chonsekwon*. However, the structure that the mortgage exists upon the *chonsekwon* has substantially the same meaning as that the pledge is established upon the claim for return of *chonse* money. If that is granted, then the provisions regarding the pledge of right can be applied *mutalis mutandis* to this case in order to protect the mortgagee's preferential right to obtain satisfaction of his claim out of the object. When the Paragraph 1 of Article 349 of the Civil Code is applied *mutalis mutandis*, then it follows that the mortgagee who has established a mortgage upon a *chonsekwon* can insist his preferential right against the owner of the object, without levying an attachment on the claim for return of *chonse* money and receiving an order of collection or assignment thereupon from the court, if the 'leasing' party has notified of the fact that the *chonsekwon* has been mortgaged to the owner of the object, or the owner of the object has given his consent thereto. Furthermore when the Article 353 of the Civil Code is applied *mutalis mutandis*, then it follows that the mortgagee can obtain direct payment of only such portion thereof as corresponds to the amount of his own claim from the owner of the object.

Consequently the judicial precedent should be changed according to the purport as mentioned above.