

# 전세관계 종료 후 전세권저당권의 법률관계

-전세권저당권자의 법적지위와 채권실행방법-

A Study on Juridical Relation of Chonsekwon-hypothec  
after End of Jeonsekwon's Term of Existence

-Legal Status of Chonsekwon-mortgagee and Foreclose Procedure-

김 대 경\*

Kim, Dae-Kyung

## 목 차

- I. 서론
- II. 전세권의 법적성질
- III. 전세권 존속기간의 만료와 전세권
- IV. 전세권 존속기간의 만료와 전세권저당권
- V. 전세권저당권의 실행과 법률관계
- VI. 결론

## 국문초록

오늘날 전세권제도에서는 종래의 용익물권적 기능뿐만 아니라 변화된 사회경제적 상황에 맞춰 담보물권적 기능이 점차 주목받고 있다. 이러한 추세에 부응하여 우리 민법도 전세권을 목적으로 하는 저당권의 성립을 인정하고 있는데, 다만 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권자의 법적지위 및 권리실행

논문접수일 : 2014.07.09

심사완료일 : 2014.08.04

개재확정일 : 2014.08.05

\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 기금조교수

방법에 대해서는 관련 규정의 불비로 여전히 다툼의 여지를 가지고 있다.

전세권은 기본적으로 용익물권적 권능 및 담보물권적 권능을 가지며, 전세기간의 만료로 소멸되는 것은 용익물권적 권능이며, 전세금반환채권을 실현하기까지 담보물권적 권능은 소멸하지 않는다 할 것이다. 따라서 전세권의 존속기간만료시에도 전세권저당권은 이러한 담보물권적 전세금반환채권 위에 존속하게 된다. 비록 우리 민법이 담보물권부 전세금반환채권에 대해 저당권의 일종으로 편제하고 있다고 하더라도, 그 실질은 '저당권부 채권에 대한 질권'에 준하는 법적 성질을 갖는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 전세권저당권자는 직접 전세권설정자에 대하여 민법상 채권질권에 관한 규정을 유추적용하여 자기 채권의 범위 내에서 우선변제권을 실현할 수 있다.

한편 전세권설정자가 전세권저당권자에게 갖는 항변권은 전세권저당권자 저당권설정 당시 이미 알고 있는 사유만을 전세권설정자가 전세권저당권자에게 주장할 수 있도록 제한할 필요가 있는데, 이는 전세기간의 만료시 전세권저당권자의 보호필요성 및 민법 제371조 제2항의 규정취지에도 부합하는 해석이라 하겠다. 또한 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권저당권자의 전세권저당권설정등기의 말소에 필요한 서류의 교부의무는 공평의 관념에서 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것이며, 이때 전세권저당권자가 항변권으로 주장할 수 있는 전세금의 범위는 원칙적으로 등기된 전세금의 전부가 될 것이다.

**주제어** : 전세권, 전세권저당권, 용익물권, 담보물권, 우선변제권

## 1. 서론

전세권이란 전세권자가 전세금을 지급하고 다른 사람의 부동산을 점유하여 그 용도에 좇아 사용·수익하고, 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자에게 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부와 동시에 그 부동산의 전부에 대하여 전세금의 우선변제를 받을 수 있는 물권을 말한다(민법 제303조, 제317조, 제318조). 전세권은 이와 같은 양면적 구조에 기

하여 기본적으로 용익물권적 성질 이외에 담보물권적 성질을 갖는다고 할 것인데,<sup>1)</sup> 특히 부동산의 용익을 목적으로 하는 다양한 법률관계(지상권, 채권적 전세권, 주택 및 상가임대차관계 등)가 존재함에도 불구하고, 전세권관계의 꾸준한 증가추세 및 전세권자에게 우선변제권 및 이의 실행을 위한 경매청구권을 인정한 입법취지 등을 고려할 때, 전세권관계에서 전세권이 갖는 담보물권적 성격이 점차 주목받고 있다고 하겠다.<sup>2)</sup> 특히 전세권의 담보권능은 투하자본회수를 위한 다양한 사회적 기능을 수행하는데, 건축업자가 공사대금의 확보를 위하여 전세목적물의 점유를 수반하지 않은 채 담보목적의 전세권을 설정하는 경우,<sup>3)</sup> 임차인이 임대차계약 기간 중에 임대보증금의 효율적인 회수를 위하여 전세권설정등기를 경료하는 경우,<sup>4)</sup> 임차인이 임대인 및 제3자와의 합의 하에 임대차목적물에 대한 제3자 명의의 전세권을 설정하여 제3자로 하여금 그 부동산의 담보가치를 취득하게 하는 등<sup>5)</sup>이 그것이다.

- 1) 윤대성(박준서 편집대표), 「주석민법[물권(3)]」, 한국사법행정학회, 1999, 200면 이하; 同, 「한국전세권법 연구」, 한국학술정보(주), 2009, 250면 이하; 김준호, 「민법강의」(제20판), 법문사, 2014, 790면; 송덕수, 「신민법강의」(제7판), 박영사, 2014, 756면; 김형배, 「민법학강의」(제13판), 신조사, 2014, 674-675면; 지원림, 「민법강의」(제12판), 홍문사, 2014, 709-710면; 대판 1989.9.26, 87다카2515; 대판 1995.2.10, 94다18508; 대판 1997.11.25, 97다29790; 대판 1999.2.5, 97다33997. 이에 반하여 전세금반환채권은 전세권이 소멸되어야 비로소 발생하는 것이므로 소멸한 전세권이 담보물권으로 존속할 수 없다는 이유로 담보물권성을 부정하는 견해로 양창수, 「전세권」, 「고시계」, 1992.3, 95면 이하 참조.
- 2) 전세권의 담보물권적 성격에 관한 상세는 김현선, 「경매절차상 전세권자와 전세권저당권자의 보호방안」, 「법학논총」, 제32집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2012.4; 배병일, 「전세권저당권」, 「저스티스」, 제139권, 한국법학원, 2013.12; 이상태, 「전세권저당권자의 법적 지위」, 「민사법학」, 제38권, 한국민사법학회, 2007.9; 오경미, 「채권담보 목적의 전세권과 그에 관하여 설정된 저당권의 법률관계 - 연구대상판결 : 대법원 2006.2.9. 선고 2005다59864 판결 -」, 「판례연구」, 18집, 부산판례연구회, 2007.2, 162면 이하; 윤대성, 전제서, 285면 이하; 고상룡, 「전세권의 강화-입법개정과정을 중심으로-」, 「사법행정」, 제25권 제6호, 한국사법행정학회, 1984.6, 21면 이하 참조.
- 3) 대판 1995.2.10, 94다18508.
- 4) 대판 1993.12.24, 93다39676.
- 5) 대판 1998.9.4, 98다20981. 전세권이 담보물권적 성격을 아울러 가지고 있는 이상 부종성과 수반성이 있기는 하지만, 다른 담보권과 마찬가지로 전세권자와 전세권설정자 및 제3자 사이에 합의가 있으면 그 전세권자의 명의를 제3자로 하는 것도 가능하므로, 임대차계약에 바탕을 두고 이에 기한 임대보증금반환채권을 담보할 목적으로 임대인, 임차인 및 제3자 사이의 합의에 따라 제3자 명의로 경료된 전세권설정등기는 유효하다 할 것이고, 비록 임대인과 임차인 또는 제3자 사이에 실제로 전세권설정계약이 체결되거나 전세금이 수수된 바 없다가

한편 우리 민법은 상기와 같이 전세권자에게 투하자본의 회수를 위한 처분의 자유를 인정함과 더불어 전세권을 목적으로 하는 저당권의 설정도 인정하고 있는데(제371조), 이는 최근 주택임대차시장에서 부족한 보증금을 융통하기 위한 서민금융수단으로 적극 활용되고 있어 그 제도적 의의가 크다고 하겠다.<sup>6)</sup> 그러나 이러한 채권담보목적의 전세권의 증가추세에도 불구하고 전세권을 목적으로 하는 저당권자의 법적지위 및 권리실행방법에 관해서는 구체적인 규정의 불비로 상당한 논란이 계속되고 있는 것 또한 사실이다. 특히 전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권저당권의 법률관계가 문제되는데, 이와 관련하여 대법원은 “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.”라고 판시<sup>7)</sup>하여, 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권자의 법적지위를 둘러싼 다양한 문제를 야기시키고 있다.

전세권을 목적으로 하는 저당권이 설정된 경우 크게 다음의 문제들이 제기될 수 있는데, 첫째, 전세권의 존속기간의 만료 전·후에 따른 전세권저당권자의 법적지위, 둘째, 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권의 객체인 전세권 및 전세권저당권의 존속 여부, 셋째, 전세권존속기간의 만료시 전세권저당권자의 채권실행방법, 마지막으로 전세권설정자, 전세권자, 전세권저당권자 상호간

---

나, 위 전세권설정등기의 피담보채권인 임차보증금반환채권의 귀속자는 임차인이고 제3자는 임대인에 대하여 직접 어떤 채권을 가지고 있지 아니하다 하더라도 달리 볼 것은 아니다. 이러한 실제관계와 불일치하는 전세계약의 효력에 관해서는 대판 2008.3.13. 2006다58912: 대판 2010.3.25. 2009다35743: 배병일, 전계논문, 7-9면: 오경미, “채권담보전세권과 그 저당권의 법률관계”, 「민사재판의 체문체」, 제19권, 사법발전재단, 2010, 123-127면 각 참조.

6) 배병일, 전계논문, 5-9면: 장희순, “전세보증금반환청구채권의 유동화를 통한 전세시장 안정화”, 「주거환경」, 제9권 2호, 한국주거환경학회, 2011, 190-192면 참조.

7) 대판 1999.9.17. 98다31301: 대판 2008.4.10. 2005다47663: 대판 2008.3.13. 2006다29372/29389: 대판 2008.12.24. 2008다65396. 이에 관한 평석으로 김창섭, “전세권에 대한 저당권의 우선변제적 효력의 인정 여부”, 「법조」, 제50권 4호, 법조협회, 2001: 이상태, “전세권 위에 설정된 저당권의 효력-대법원 1999.9.17. 선고 98다31301 판결-”, 「일감법학」, 제7권, 건국대학교 법학연구소, 2002: 황경웅, “전세권 저당권의 등기의 효력과 그 실행방법-대법원 2008.3.13. 선고 2006다29372,29389 판결의 평석-”, 「중앙법학」, 제15권 3호, 중앙법학회, 2013, 각 참조.

의 각 종 항변사유에 기한 대항요건 및 동시이행항변권 행사 여부 등이 그것이다. 이하에서는 먼저 이러한 사안들에 대한 선결문제로서 전세권의 법적 성질을 검토해 보고자 한다.

## II. 전세권의 법적 성질

전세권저당권자의 법적 지위를 논함에 있어 먼저 전세권의 법적 성격을 명확히 규명할 필요가 있다. 즉, 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권의 객체인 전세권의 존속 여부는 이를 대상으로 하는 전세권저당권의 존속 여부에도 중요한 영향을 미친다고 할 것인데, 이는 전세권의 법적 성격을 어떻게 파악하느냐에 따라 달리 판단될 수 있기 때문이다. 그러나 전세권의 법적 성질에 관해서는 민법 제정시 대표적인 용익물권으로 상정되었음에도 불구하고, 전세권자에게 경매청구권과 더불어 민법의 개정을 통하여 우선변제권까지 인정함으로써, 용익물권설, 담보물권설, 용익·담보물권 겸유설 등 오늘날에도 학설 및 판례는 일치된 견해를 보이지 못하고 있다.<sup>8)</sup>

### 1. 학설

#### 가. 용익물권설

민법의 개정<sup>9)</sup>을 통해 전세권자에게 전세금의 회수를 위한 우선변제권이 인정된다고 하더라도 이를 통해 용익물권인 전세권이 담보물권의 성질까지 갖게 되는 것은 아니라고 한다. 그 논거로 전세금반환채권은 전세권이 소멸하여야 비로소 발생하게 되고, 그 채권의 만족을 위하여 우선변제권 등이 인정된다 하여 이미 소멸한 전세권이 담보물권으로서 존속할 수는 없다고 한다. 또

8) 이에 관한 상세는 윤대성, 전거서, 284면 이하; 김용한, "민법일부개정의 배경과 내용", 「개정민사법해설」, 한국사법행정학회, 1985, 45면 이하 참조.

9) 민법의 일부개정(1984.4.10, 법률 제3723호) 참조.

한 전세금반환청구권만을 전세권과 분리하여 양도할 수 있으며,<sup>10)</sup> 나아가 물상대위성이나 불가분성도 전세권 자체에 인정되는 것이 아니라 전세금반환채권에 따르는 경매청구권이나 우선변제권에 인정될 뿐이어서, 결국 전세권이 담보물권의 통유성을 가진다고 할 수 없다. 따라서 민법 제303조 제1항에서 언급된 전세권자는 전세권이 소멸됨으로써 전세금반환채권을 가지게 된 종전의 전세권자를 의미하며, 이때의 전세권자는 전세금반환채권의 만족을 위하여 일종의 우선특권으로서 경매청구권 및 우선변제권을 갖는 것으로 본다.<sup>11)</sup> 요컨대 전세권은 그 본질에서 용익물권이지만, 그 소멸 후에는 전세금반환채권을 피담보채권으로 하는 담보물권으로 전환된다고 보는 견해이다.<sup>12)</sup>

- 10) 지원림, 전게서, 724-725면. 전세권과 분리된 전세금반환채권만의 양도를 증명하는 근거는 전세금은 전세권의 요소가 아니라는 점, 조건부 권리의 양도가 일반적으로 허용되는 점, 전세금반환채권이 양도되더라도 그 점이 용익물권으로서 전세권 자체에 아무 영향을 주지 않을 뿐만 아니라 부동산 소유자의 법적 지위에 아무런 불이익이 없다는 점이다. 따라서 전세권의 소멸 전이라도 전세권과 분리하여 장래의 채권인 정지조건부 반환채권만을 양도할 수 있고, 용익물권으로서 전세권의 소멸로 전세금반환채권이 성립될 때에 전세금반환채권의 양수인은 종국적으로 채권을 취득한다. 대판 2002.8.23, 2001다69122; 대판 1997.11.25, 97다29790: ‘...전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의 해지 또는 당사자 간의 특약에 의하여 전세권반환채권의 처분에도 불구하고, 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 된다.’; 부동산등기법 제73조 및 제79조 참조.
- 11) 윤대성(박준서 편집대표), 전게서, 202면; 지원림, 전게서, 710면; 양창수, 전계논문, 95-96면 참조. 전세권이 갖는 용익물권성을 강조하는 견해는 ① 전세권은 타인의 부동산의 권리로서 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하는 것을 본체로 하고, ② 전세금의 지급은 전세금의 이자와 사용료가 상계되어 별도로 사용료를 지급하지 않으므로 일종의 정지조건부 반환채권을 수반하는 금전소유권의 이전이 되고, ③ 전세권자의 경매청구권은 종료된 전세관계의 청산을 전세권자의 적극적인 행위에 의할 수 있도록 한 것에 지나지 않는 것으로 보며, ④ 다만, 전세권의 설정에 의하여 약정담보물권에 있어서와 같은 피담보채권과 신용수수가 있음을 전적으로 부인할 수 없으나 용익물권으로서의 본질적 성질은 변함이 없다고 한다.
- 12) 양창수/김형석(공저), 「권리의 보전과 담보」, 박영사, 2012, 605면. 그러나 동 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 첫째, 전세금반환채권에 대한 우선변제권을 인정한 민법 제303조 제1항은 동법 제318조의 경매청구권과 결합하여 별도의 집행권원을 부여받음이 없이도 전세권을 증명하는 전세권설정계약서만을 제출함으로써 담보권실행시와 같은 방법으로 경매를 신청할 수 있도록 하고 있다. 둘째, 전세권의 존속기간이 소멸한 경우 용익권능과는 별개로 담보권능은 즉시로 소멸하지 않으며, 오히려 피담보채권(전세금반환채권)을 회수하기 위한 수단으로 존속하여 담보권실행을 위한 경매방법에서 저당권과 동일한 담보물권으로 기능하게 된다는 점이다. 즉 전세권이 기간 만료로 종료하는 경우에도 전세금채권이 회수되지 않는 범위 내에서는 담보권능은 말소되지 않고 존속·작용한다는 점에

## 나. 담보물권설

전세권의 법적성질을 담보물권으로 파악하는 동 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 전세금의 수수를 다른 각도에서 보면 부동산 소유자는 자신의 재산을 담보로 하여 금전을 빌리는 것이고, 전세권자는 부동산의 임차인인 동시에 금전채권자로 볼 수 있어 일반적 담보제도의 모습과 유사하다.<sup>13)</sup> 특히 우리 민법이 담보물권인 유치권에서는 담보물권의 속성인 우선변제권을 인정하지 않으면서(제320조), 전세권에서는 우선변제권을 인정하는 것은 전세권의 담보물권적 성격을 반증하는 것이라 하겠다. 둘째, 용익물권인 지상권이나 지역권은 모두 지료의 지급을 필수요건으로 하지 않는데 반하여, 전세권의 경우에는 전세금의 지급이 필수요건이다.<sup>14)</sup> 셋째, 전세금의 액수가 부동산가액의 5할에 이르는 고율로서 이는 마치 자기의 부동산에 저당권을 설정하여 용자를 받는 경우와 매우 유사하며, 전세권에 비하여 적은 액수의 금전을 융통하는 저당권을 담보물권으로 인정한다면 전세권은 더욱 담보물권으로 인정되어야 한다. 넷째, 전세권에는 다른 용익물권에 인정되지 아니하는 경매청구권 등이 인정되고, 또한 전세권에 법정지상권을 인정하는 것(제304조 제1항 및 제2항)은 저당권에서와 같이 전세권의 목적물에 대한 사용가치보다 교환가치 내지 담보가치를 보유하기 위한 것으로 평가된다.<sup>15)</sup> 다섯째, 우리의 전세제도는 연혁적으로 금전대차를 목적으로한 부동산질의 속성에 기인한 제도라는 점에서 유저당권적 성질을 갖는 담보물권으로 파악된다.<sup>16)</sup> 여섯째, ① 민법의 개정을

서 순수한 용익물권설은 현행 민법 및 민사집행법의 체계상 타당성을 인정하기 어렵다고 하겠다.

- 13) 김기선, 『한국물권법』, 법문사, 1990, 306-308면; 윤대성, 전게서, 346면 이하 참조.
- 14) 전세금의 지급이 전세권의 성립요건인지의 여부에 관하여 통설 및 판례의 태도는 전세금은 전세권의 요소이며 등기사항이라는 점에서 이를 긍정한다(부동산등기법 제72조 제1항). 다만, 전세금의 지급은 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수 있다고 한다. 사견으로는 전세금은 전세권의 등기사항인 점에서, 또 전세권의 피담보채권이 되는 점에서, 나아가 전세금을 전세권의 요소로 정한 민법 제303조 제1항의 취지를 고려할 때, 성립요건으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 대판 2002.8.23, 2001다69122; 대판 1995.2.10, 94다18508 참조.
- 15) 김기선, 전게서, 306-308면; 김준호, 전게서, 797-798면 참조.
- 16) 이상태, 전게논문(註 2), 581-582면; 윤대성(박준서 편집대표), 전게서, 205면; 同, 전게서,

통해 전세권에 우선변제적 효력을 부여한 점, ② 반대특약이 없는 한 전세권의 임대 및 양도를 허용하고 있는 점(제306조), ③ 전세권을 저당권의 객체로 인정하고 있는 점(제371조) 등을 통하여 전세권자가 투자한 전세금을 손쉽게 회수할 수 있도록 허용하고 있는데, 이는 모두 전세권의 담보물권적 기능에서 도출되는 내용이라는 점이다. 마지막으로 민사집행법이 저당권에 우선하는 전세권에 대하여는 인수주의를 원칙으로 하면서도 전세권자에게 선택권을 인정하여 전세권을 포기하는 대가로 배당금에서 우선변제를 받을 수 있도록(민사집행법 제91조 제2항) 소멸주의로의 예외를 인정하고 있는데(우선변제를 위한 기한이익의 상실), 이러한 법률효과는 전세권을 담보물권으로 볼 때 비로소 가능하게 된다는 점이다.<sup>17)</sup>

#### 다. 용익·담보물권 점유설

동 견해는 전세권을 상기에서 언급된 용익물권과 담보물권의 성질을 모두 갖는 물권으로 파악하며 현재 우리나라의 다수설이다.<sup>18)</sup> 즉, 전세권은 전세

---

42면 이하. 우리나라의 전세제도는 부동산 물적 담보제도의 발달과정에서 가옥대차형 물적 담보제도인 가사전당이 발달하면서 비점유질 내지 문서질의 담보형태로 관습이 고정되면서 점유질 형태의 가사전당이 남아서 새로운 사회구조의 변화에 대응하여 전세제도로 형성되었다.

- 17) 윤대성(박준서 편집대표), 전게서, 204-206면: 오시영, “전세권 존속기간 경과 후 전세권저당권의 물상대위성에 대한 고찰”, 『한양법학』, 제35집, 한양법학회, 2011.8, 510면: 배종근, “경매권과 변제권의 체계 - 우선변제권 없는 경매권과 경매권 없는 우선변제권을 중심으로 -”, 『인권과 정의』, 제370호, 대한변호사협회, 2007.6, 93면. 그러나 동 견해에 대해서도 비판론이 제기되는데, 먼저 민법 제303조 제1항의 명문규정에도 불구하고 전세권의 용익기능을 지나치게 부정하는 태도는 수용하기 어렵다고 하겠다. 특히 전세권에 있어서 당사자들의 진정한 의사는 부동산을 빌려 사용·수익하고 이를 반환하려는 것에 있는 것이지, 금전대차가 주목적이고 부동산의 인도 및 사용·수익이 보조적 기능을 담당하는 것은 아니다. 특히 전세권의 목적부동산이 일부 멸실될 경우 전세권자에게는 전세금감액청구권이 보장되는데(제314조 제1항), 이러한 것은 담보물권에서는 있을 수 없는 것으로 전세권의 주된 성질을 용익물권으로 파악해야 한다는 점이다. 김중환/김학동, 『물권법』(제9판), 박영사, 1997, 413면: 지원림, 전게서, 721면 이하: 김준호, 전게서, 805면 이하: 김형배, 전게서, 674-675면: 송덕수, 전게서, 764면 이하 참조.
- 18) 윤대성(박준서 편집대표), 전게서, 205면: 박윤직, 『물권법』(제7판), 박영사, 2002, 354면: 강태성, 『물권법』(제3판), 대명출판사, 2009, 794면: 김중환/김학동, 전게서, 413면: 지원림, 전게서, 710면: 송덕수, 전게서, 756면: 김형배, 전게서, 674-675면: 이상태, 전게논문(註

금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 사용·수익할 수 있는 용익물권(제303조 제1항 전단)인 동시에, 전세권 소멸 후 전세금을 반환받지 못하였을 경우 경매청구권(제318조) 및 우선변제권(제303조 제1항 후단)을 행사할 수 있는 담보물권적 성질을 동시에 갖는 것으로 파악된다. 한편 용익·담보물권 점유설 중에서는 다시 용익물권을 전세권의 본질로 파악하는 견해<sup>19)</sup>와 양자의 성질을 대등한 것으로 파악하는 견해<sup>20)</sup> 등으로 나누는데, 모두 양자의 기본적 속성은 긍정하고 있다는 점에서 구별의 실익은 크지 않다고 생각된다. 결론적으로 전세권에 관한 제303조 제1항 전·후단 및 경매청구권을 규정한 제318조를 유기적·논리적 해석으로 검토해 볼 때, 전세권은 존속기간 동안은 목적물에 대한 사용·수익권이 보장되는 용익물권성이 강한 반면, 존속기간이 종료한 때에는 전세금반환채권에 대한 담보물권적 기능이 강하게 나타나는 이중적 권능을 보유하고 있다고 할 것이어서 용익·담보물권점유설이 타당하다고 하겠다.<sup>21)</sup>

2), 579-580면: 오시영, 전제논문, 510-513면.

- 19) 강태성, 전제서, 794면 이하: 김중환/김학동, 전제서, 413면: 지원림, 전제서, 709-711면. 이에 관한 주된 논거는 ① 전세권에 있어서 당사자들의 주관적 의사는 부동산의 대차가 중심목적이고 금전의 수수는 이에 대한 대가의 성질을 갖는 것에 지나지 않음, ② 전세목적물의 일부별 실시 전세금의 감액이 인정된다는 점, ③ 민법 제303조 제1항 전단의 명시적 문언 등이다.
- 20) 박윤직, 전제서, 354면: 윤대성(박준서 편집대표), 전제서, 205-206면: 이상태, 전제논문(註2), 580면. 이른바 동격설의 주장 근거는 다음과 같이 언급되고 있다. 첫째, 거래실태를 볼 때 전세권에 담보물권으로서의 우선변제권이 성문화된 이후(1984) 채권담보를 주목적으로 하는 전세권의 설정이 증가하였다. 둘째, 채권담보를 주목적으로 하는 전세권자는 부동산의 사용·수익권을 전전세 또는 임대차에 의해 제3자에게 맡길 수 있으므로(제306조) 담보목적의 전세권이 설정될 가능성이 부여된다. 셋째, 담보목적의 전세권을 무효라고 할 법적 근거가 없으므로 전세권이 꼭 용익위주로 설정되어야 한다고 강제할 수 없다.
- 21) 同旨. 박윤직, 전제서, 291면: 김중환/김학동, 전제서, 463면: 오시영, 전제논문, 511-513면. 한편, 오시영 교수의 견해에 따르면, ① 제317조 동시이행항변권, ② 제312조 제4항의 법정갱신 및 제313조의 전세권의 소멸통고, ③ 부동산임대차관계와의 비교, ④ 민법 개정안 제312조 제4항 등을 종합적으로 비교·검토할 때, 전세권의 존속기간이 경과되었다고 하여 전세권이 당연히 소멸한다고 해석할 수는 없고, 오히려 전세금의 반환 및 전세권설정등기의 말소와 목적물의 인도가 있기 전까지는 전세권의 용익물권성도 소멸하지 않는다고 보는 것이 오히려 타당하다고 한다. 대판 1977.1.25. 76다2096: 대판 1989.7.11. 88다카21029 참조.

## 2. 판례

판례도 전세권이 용익물권적 및 담보물권적 성격을 겸비하고 있다고 하면서, 최근에는 담보물권적 성격인 부종성과 수반성을 강조하고 있는 것으로 보인다. 먼저 “전세권설정등기를 마친 민법상의 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 범위 내에서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다.”라고 판시<sup>22)</sup>하여 전세권의 이중적 성격을 인정하였다. 또한 “전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점 및 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 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 수는 없다.”라고 판시<sup>23)</sup>하여 채권담보적 전세권설정도 유효하다는 입장을 취함으로써 전세권에 대한 용익물권성을 인정하면서도 담보물권성을 중시하는 듯한 태도를 보이기도 하였다. 한편 전세권의 담보물권적 성격과 관련하여 “(전세권에는) 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이나, 한편 담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라, 채권담보라고 하는 담보물권제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의해지 또는 당사자간의 특약에 의하여 전세권반환채권의 처분에도 불구하고, 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 채권양수인은 담보

22) 대판 2005.3.25. 2003다35659.

23) 대판 1995.2.10. 94다18508.

물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 된다.”라고 하여,<sup>24)</sup> 전세권의 담보물권성을 인정하되 수반성이 완화된 독자적 채권양도의 모습도 인정하고 있다.<sup>25)</sup>

### 3. 검토 및 사건

전세권은 다른 용익물권과는 성질을 달리하는 독특한 물권임을 부인할 수는 없다. 특히 제303조 제1항 후단 및 제318조에 따른 우선변제권과 경매청구권이 인정된다는 점에서 담보물권으로서의 성질도 겸비하고 있는 것으로 봐야 할 것이다. 그러나 전세권이 담보물권적 성격을 갖는다고 하여도, 후순위 저당권의 실행으로도 선순위 전세권은 소멸하지 않는다는 점(민사집행법 제91조 제3항), 전세금증감청구권(제312조의2)이 인정된다는 점 등은 순수한 담보물권의 성질로는 설명하기 어려운 부분도 존재한다. 이처럼 전세권에는 점유 및 사용·수익권능이 강조되거나 경매청구권 및 우선변제권이 주목되는 학설·판례의 견해차는 존재하지만, 본질적으로 용익권능과 담보권능을 겸비한 물권으로 파악되어야 할 것이다. 특히 현재 거래계의 필요에 따라 등장한 채권담보적 전세권<sup>26)</sup>과 이를 목적으로 하는 전세권저당권의 현실적·제도적 의의 및 기능을 고려할 때, 전세권이 갖는 담보물권적 성질은 더욱 주목된다고 하겠다.

24) 대판 1997.11.25, 97다29790; 대판 1999.2.5, 97다33997.

25) 대판 2002.8.23, 2001다69122; 대판 2005.3.25, 2003다35659; 대판 1997.11.25, 97다29790; 대판 1999.2.5, 97다33997.

26) 이에 관한 상세는 배병일, 전계논문, 7-9면. 특히, 임차보증금반환채권 등을 담보하기 위한 채권담보적 전세권은 민법 제108조에 따른 통정허위표인지의 여부 및 제3자 보호의 문제가 결부되어 그 유효성 여부가 문제되는데, 이에 대하여 ① 장래에 전세권자가 전세권의 목적물인 건물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라는 점, ② 부동산등기법상 등기원인을 전세권 등기사항으로 하고 있기 때문에 전세권설정등기를 하기 위해서는 등기원인으로서 전세권설정계약이 존재하고 있어야 한다는 점, ③ 전세권자는 목적물을 점유하고 있지 않는 저당권자와는 달리, 점유하고 있는 목적물을 제3자에게 임대 또는 전전세하여 자금을 손쉽게 융통할 수 있어서 이를 인정할 사회적 필요성이 있는 점, ④ 임차보증금반환채권을 담보하기 위한 전세권을 설정하여 대출을 받는 관행이 광범위하게 이용되고 있는 점 등을 이유로 이러한 전세권설정계약을 통정허위표시로 볼 수 없다고 한다. 대판 1998.9.4, 98다20981; 대판 2008.3.13, 2006다58912; 대판 2010.3.25, 2009다35743 참조.

### Ⅲ. 전세권 존속기간의 만료와 전세권

전세권의 법적 성질을 용익·담보물권 점유설로 파악할 때, 전세권이 존속기간의 만료로 종료한 경우,<sup>27)</sup> 전세권자에게 전세금의 반환 및 전세권설정등기의 말소등기 없이도 전세권은 당연히 소멸하게 되는지 여부가 검토되어야 한다. 왜냐하면 이러한 전세권의 소멸 여부는 전세권을 저당권의 객체로 하고 있는 전세권저당권자의 법적지위 및 채권실행방법에 관한 중대한 선결문제가 때문이다.

#### 1. 학설

##### 가. 전세권소멸설

전세권의 존속기간이 만료되면 전세권설정등기의 말소등기절차를 거치지 않아도 전세권은 당연히 소멸한다는 견해이다. 동 견해의 근거는 존속기간의 만료를 전세권의 소멸사유로 들고 있다는 점, 용익물권의 존속기간만료에 의한 소멸은 민법 제187조에 따른 '법률규정에 의한 물권변동'으로서 전세권설정등기의 말소등기 없이도 전세권은 소멸한다는 점이다.<sup>28)</sup>

27) 전세권의 존속기간이 만료되는 경우로는 당사자가 약정한 존속기간이 만료되는 경우, 합의 갱신 또는 법정갱신에 의해 연장된 존속기간이 만료되는 경우(민법 제312조), 전세권의 존속기간을 약정하지 아니한 경우에 당사자 중 한 사람이 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고하고 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과한 경우(민법 제313조) 등이 있다. 민법 제311조 제1항, 제313조-제317조 참조.

28) 박윤직, 전게서, 103면; 김상용, 「물권법」(제2판, 화산미디어, 2013, 183면; 이상태, 전게논문(註 2), 584면; 양창수, 전게논문, 95면; 박순성, "전세권에 관한 판례의 동향과 전망 -전세권의 담보물권성을 중심으로-", 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망」(심당송상헌선생화갑기념논문집), 박영사, 2002, 89면; 김현선, 전게논문, 177-178면; 배병일, 전게논문, 11-12면. 오시영, 전게논문, 518-519면. 동 견해는 민법 제303조 제1항 개정 시 제312조 제4항이 함께 신설되었음을 간과한 것으로 보인다. 즉 민법 제312조 제4항은 건물의 전세권설정자가 전세권의 존속기간 만료 전 6월부터 1월까지 사이에 전세권자에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전전세권과 동일한 조건으로 다시 전세권을 설정한 것으로 보

## 나. 용익권능소멸설

전세권은 용익물권인 동시에 담보물권의 성질도 겸유하고 있으므로, 전세권의 존속기간만으로 소멸하는 것은 전세권의 용익물권적 권능이고, 전세권의 담보물권적 권능은 전세금을 반환받을 때까지 소멸하지 않는다는 견해이다. 동 견해에 따르면, 만약 존속기간의 만료로 전세권이 소멸한다고 하면 전세권자가 그 전세금반환채권을 가지고 경매청구권 및 우선변제권을 행사할 여지가 없게 되어 부당한 결과가 초래되므로, 결국 전세금이 반환됨으로써 전세권의 피담보채권이 소멸되어야 비로소 전세권이 소멸된다고 한다.<sup>29)</sup> 나아가 전세권은 동일한 전세권설정계약에 기하여 용익물권적 및 담보물권적 권능뿐만 아니라 전세금반환채권도 발생시키는 것으로, 이러한 전세금반환채권은 전세기간의 만료와 더불어 담보물권부 전세금반환청구권으로 존속한다고 보는 견해도 존재한다.<sup>30)</sup>

## 다. 전세권불소멸설

전세금의 반환이 전세권소멸의 요건이므로 전세권의 존속기간이 만료되었다고 하여 곧바로 전세권이 소멸하는 것은 아니며, 오히려 전세금이 전세권자에게 반환되어야 비로소 전세권이 소멸한다는 견해이다.<sup>31)</sup> 나아가 전세권의

며, 이 경우 전세권의 존속기간은 그 정함이 없는 것으로 보도록 하여 법정경신제도를 도입하였는바, 전세권이 원래의 존속기간이 종료되었다고 하여 당연히 전세권이 소멸한다고 볼 수는 없다고 하겠다.

29) 이상대, 전계논문(註 2), 585면; 同, 전계논문(註 7), 27면; 김현선, 전계논문, 179면; 김동욱, "저당권의 목적물로 된 전세권이 기간만료로 종료된 경우의 법률관계", 「판례연구」, 제 12집, 부산판례연구회, 2001, 685-686면.

30) 김창섭, 전계논문, 221-222면. 동 견해에 따르면 전세권은 전세기간의 존속 중에는 용익물권으로서 작용하다가 전세기간의 만료 후에는 전세금채권의 반환을 위한 담보물권부 전세금반환청구권으로 존속한다고 파악한다. 이때 전세금반환청구권의 법적 성질은 물권적 청구권이며, 다만 전세권에 기한부로 잠재되어 있다가 전세권의 용익적 권능이 소멸하면 그 담보물권적 권능과 함께 현출하는 점에서 통상의 물권적청구권과 다를 뿐이라고 한다. 대판 2000.6.9. 99다15122 참조.

31) 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 670면.

존속기간이 만료되더라도 전세권 자체가 소멸한다거나 심지어 용익물권적 권능도 소멸하는 것은 아니며, 다만 전세권을 소멸시킬 수 있는 기한의 도래라는 의미로 축소해석되어야 한다는 견해이다.<sup>32)</sup> 동 견해에 따르면 전세권의 존속기간이라는 것은 저당권에 있어서 피담보채권의 변제기와 유사한 성질을 가지는 것이고, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권설정자로서는 전세금을 반환하고 전세권을 소멸시킬 수 있고, 전세권자로서는 전세권설정자에게 목적물의 인도와 등기서류의 교부나 그 이행제공을 통하여 전세권설정자를 지체에 빠뜨린 후 경매청구권을 행사하여 우선변제를 받을 수 있게 되는 기한이 도래하였다는 의미 이외에 종래 전세권의 법적 성격에 어떠한 변화도 야기시키는 것은 아니라고 한다.<sup>33)</sup>

## 2. 판례

전세권의 존속기간의 만료와 전세권의 소멸여부에 관하여 초기의 판례<sup>34)</sup>는 “전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에...”라고 하여 전세권의 존속기간만료와 더불어 전세권의 용익물권적 권능은 소멸하는 것으로 판시하였다. 그 후 판례<sup>35)</sup>는 “전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고...”라고 판시하여, 전세권의 존속기간 만료시 전세권은 말소등기 없이도 소멸하는 것으로 보았는데, 이때 소멸되어지는 전세권의 용익물권적 내지 담보물권적 권능을 구별하지는 않았다. 그러나 최근의 판례<sup>36)</sup>는 “전세권은 그 성질상 용익물

32) 박순성, 전계논문, 91-92면; 오시영, 전계논문, 520면.

33) 박순성, 전계논문, 92면. 동 견해에 따르면 전세권의 담보물권성을 강조하는 입장에서 전세권의 존속기간이라는 것은 저당권에 있어서 피담보채권의 변제기와 유사한 성질을 가지는 것이라고 보는 것이고, 한편 전세권의 존속기간이 만료한 이후에도 기한이 도래하였다는 의미 이외에는 전세권의 법적 성격에는 아무런 변화가 없으므로, 전세권은 용익물권적 요소와 담보물권적 요소를 여전히 겸비하게 된다는 것이다. 다만 법률의 해석상 ‘전세권의 소멸’이라는 용어를 ‘전세권을 소멸시킬 수 있는 기한의 도래’라는 의미로 축소해석하여 규정 상호간의 모순을 회피할 수 있다고 한다.

34) 대결 1995.9.18. 95마684.

35) 대판 1999.9.17. 98다31301. 동 판결에 대한 평석으로 상세는 김창섭, 전계논문 참조.

권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료 되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환 시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다."라고 판시하여, 전세권의 존속기간이 만료되면 용익물권적 권능만 소멸한다는 입장을 분명히 하였다.

### 3. 검토 및 사건

먼저 전세권소멸설은 일반적으로 용익물권은 그 존속기간이 만료되면 등기 없이도 당연히 소멸되고, 이는 민법 제187조에 의한 법률의 규정에 의한 부동산물권변동의 일종으로 이해된다는 측면에서 일응 타당하다고 할 수 있을 것이다. 그러나 첫째, 전세권은 용익물권적 권능뿐만 아니라 담보물권적 권능도 동시에 갖는다는 점(용익·담보물권 점유설), 둘째, 전세금반환채권을 실행하기 위한 전세권자의 경매청구권 및 우선변제청구권은 전세기간의 만료시에 비로소 현실적으로 그 기능을 발현하게 되는데, 전세권의 존속기간의 만료로 전세권 전부가 소멸한다고 해석하는 것은 전세권의 담보물권성을 몰각시킬 수 있다는 점, 셋째, 민법 제303조 제1항 개정시 법정갱신에 의한 전세권의 존속을 규정한 민법 제312조 제4항을 간과한 점, 넷째, 전세권의 법정갱신을 인정하면서 이는 법률규정에 의한 물권변동으로 등기를 요하지 않으면서도 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에 대한 대항력을 인정한 판례<sup>37)</sup>의 취지와 모순된다는 점, 다섯째, 민법 제317조의 규정 취지상 전세권의 존속기간이 경과하였다는 사실만으로 전세금의 반환 및 목적물의 명도청구와 말소등기절차 없이 전세권이 당연히 소멸하였다고 해석하는 것은 무리라는 점 등에서 전세권소멸설은 수용될 수 없다고 하겠다.<sup>38)</sup> 한편, 전세권의 존속기간이 만료되면

36) 대판 2005.3.25, 2003다35659; 대판 2006.2.9, 2005다59864. 동 판결에 대한 평석으로 상세는 오경미, 전제논문(註 2): 추신영, "전세권저당권의 실행방안-대법원 2006. 2. 9. 선고 2005다59864 판결-", 「재산법연구」, 제28권 2호, 한국재산법학회, 2011.8, 각 참조.

37) 대판 1989.7.11, 88다카21029; 대판 2010.3.25, 2009다35743.

전세권자로서는 목적부동산을 전세권설정자에게 반환할 의무를 부담하게 된다는 점에서 전세권의 존속기간 만료로 단지 전세권을 소멸시킬 기한이 도래하였을 뿐 전세권의 용익물권적 권능과 담보물권적 권능에는 아무런 영향이 없다고 하는 전세권불소멸설도 현행 규정의 문리해석의 허용범위를 벗어나는 것으로 수용하기 어렵다 하겠다.<sup>39)</sup>

결론적으로 전세권의 존속기간이 만료되면 그로써 소멸하는 것은 전세권의 용익물권적 권능뿐이고, 담보물권으로서의 권능은 그대로 유지되며 잔존등기도 그 한도에서 여전히 유효하다고 볼 것이다. 즉 전세권은 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 동시에 가지고 있지만, 그 존속기간이 만료되면 전세권자는 더 이상 목적부동산을 점유하여 사용·수익하지 못하고 목적부동산을 전세권설정자에게 반환할 의무를 지게 되므로, 적어도 용익물권적 권능은 소멸하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만, 전세권의 담보물권적 권능은 소멸하지 않고 남아 있다가 전세금반환채권이 소멸하면 그때 비로소 소멸하는 것이고, 따라서 그때까지 전세권설정등기도 그 한도 내에서 여전히 유효하다고 보아야 할 것이다.<sup>40)</sup>

38) 同旨, 김창섭, 전계논문, 225면 이하; 박순성, 전계논문, 89-90면; 추신영, 전계논문, 64면; 이상태, 전계논문(註 2), 587면; 김현선, 전계논문, 179면; 오경미, 전계논문(註 2), 166-167면; 오시영, 전계논문, 518-519면. 각 참조. 이러한 해석상의 문제가 발생하게 된 근본적인 원인은 1984년 민법개정시에 전세권에 우선변제권을 명문으로 인정하여 전세권에 담보물권성을 부여하면서도, 전세권이 순수용익물권임을 전제로 규정되어 있던 민법조문들을 손질하지 아니한 입법상의 잘못으로 인하여 야기된 것이다. 따라서 민법개정의 취지와 전세권의 변화된 사회적 기능을 고려하여 법률해석의 적극적인 법형성기능을 발휘함으로써 민법조문 상호간의 마찰을 조화적으로 해결할 수 밖에 없다고 할 것이다.

39) 同旨, 오경미, 전계논문(註 2), 166-167면; 이상태, 전계논문(註 2), 588면, 상기 III, 1. 다 참조.

40) 오경미, 전계논문(註 2), 167면; 김현선, 전계논문, 179면; 추신영, 전계논문, 64면; 이상태, 전계논문(註 2), 587-588면; 김창섭, 전계논문, 222면. 전세권은 존속기간의 존속 중에는 용익물권으로서 작용하다가 전세기간의 만료 후에는 담보물권부 전세금반환청구권으로서 작용한다고 본다. 그러나 동 견해에 대한 비판적 견해도 존재하는데, 그 주요 논거는 ① 전세권이 용익물권적 요소와 담보물권적 요소가 일체가 되어 구성된 한국에 특수한 물권이므로 그 구성요소를 용익물권적 권능과 담보물권적 권능으로 구분하기가 사실상 곤란하고, ② 전세권의 존속기간이 만료한 이후에도 전세금의 반환을 받을 때까지 용익물권적 권능, 즉 물권적 청구권, 상관관계에 기한 권리 등을 전세권자에게 보유하게 하는 것이 제3자로부터의 권리침해에 대한 전세권자의 권리보호 및 전세금반환에 유익하고, ③ 전세권의 존속기간이 만료된 경우 용익물권적 권능만이 소멸된다고 보더라도 전세권자가 전세목적물

## Ⅳ. 전세권 존속기간의 만료와 전세권저당권

### 1. 전세권의 존속기간 중 전세권저당권의 효력<sup>41)</sup>

상술한 바와 같이 전세권이 용익물권적 내지 담보물권적 권능을 동시에 갖는 이상, 전세권의 존속기간 중 전세권저당권자는 전세권자가 피담보채권을 변제하지 아니할 경우에 전세권 자체를 강제집행하여 그 경매대금으로부터 우선변제를 받으면 되고, 이때 대수인은 용익물권과 담보물권이 겸유된 전세권을 취득하게 된다.<sup>42)</sup> 다만 전세권 자체에 대한 구체적 강제집행방법에 대해서는 민사집행법 제273조 내지 제264조의 적용여부가 검토되어야 하는데, 존

에 대한 점유를 계속하고 있는 한 목적물의 점유를 수반하지 않는 저당권에 관한 규정의 유추적용만으로는 타당한 결론을 도출해 내기가 곤란한 점들이 많고, ④ 전세권의 존속기간만료로 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하여 전세권자의 점유가 본권이 없는 상태에서 동시이행의 항변으로만 보호되는 상태가 된다면, 전세권설정자가 전세권자에게 전세목적물의 사용가치 상당의 부당이득반환청구를 하는 경우에 이를 배척하기 위하여 다소 복잡한 이론적 조작을 해야 하는 불합리한 점이 존재한다는 것이다. 박순성, 전계논문, 90-91면. 임대차관계가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속하는 것으로 보는 주택임대차보호법 제4조 제2항을 비교하여 참조할 것.

- 41) 전세권자는 자신의 투하자본을 회수하기 위한 방법으로 설정행위에 의하여 금지되어 있지 않는 한, 전세권설정자의 동의 없이 전세권을 타인에게 담보로 제공할 수 있다(민법 제306조 및 제371조). 그러나 부동산의 용익을 목적으로 하는 권리는 권리질권의 목적이 될 수 없으며(민법 제345조), 다만 전세권저당권의 객체가 될 수 있을 뿐이다. 이러한 전세권저당권의 설정에는 전세권자와 전세권저당권자의 합의 및 전세권에 대한 저당권의 부기등기로 족하다고 할 것이다. 대결 1964.12.8, 64마589 참조.
- 42) 오시영, 전계논문, 514면; 이상태, 전계논문(註 2), 589면; 대판 1995.2.10, 94다18508. 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점 및 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 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 수는 없다. 전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이기는 하지만, 채권담보를 위하여 담보권을 설정하는 경우 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있으면 채권자가 그 담보권의 명의를 제3자로 하는 것도 가능하고, 이와 같은 경우에는 채무자와 담보권명의로인 제3자 사이에 담보계약관계가 성립하는 것으로 그 담보권명의로는 그 피담보채권을 수령하고 그 담보권을 실행하는 등의 담보계약상의 권한을 가진다.

속기간 만료 전의 전세권은 저당권의 목적으로 되어 있다는 점에서 부동산과 동일시 할 수 있기 때문에 전세권을 목적으로 하는 저당권은 민사집행법 제 264조 소정의 부동산경매절차에 의하여 실행되어야 할 것이다. 이때 경매의 목적물은 부동산 자체가 아닌 전세권이므로, 매수인은 부동산의 소유권을 취득하는 것이 아니라 전세권을 취득하게 되며, 등기방식은 전세권이전의 부기 등기의 방식을 취하게 될 것이다.<sup>43)</sup>

## 2. 전세권의 존속기간 만료시 전세권저당권의 효력

### 가. 학설

#### (1) 저당권소멸설

전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하고, 그 결과 전세권의 용익물권적 권능을 목적으로 하는 저당권도 저당목적물의 멸실에 준하여 소멸한다는 견해이다.<sup>44)</sup> 특히 동 견해는 전세권저당권의 객체를 전세권이 갖는 용익물권적 권능에 기초한 것으로 파악하여, ① 민법상 저당권이 목적으로 한 것은 용익물권이지 담보물권으로 하지 않았다는 점,<sup>45)</sup> ② 전세권은 용익물권성과 담보물권성을 겸용한 독특한 물권으로서 저당권의 목적으로 허용하고 있는 점, ③ 전세권의 존속기간의 만료 전에 전세권저당권이 실행되어 전세권이 매각된 경우 매수인(경락인)은 이전에 전세권자가 가지던

43) 배병일, 전계논문, 15면: 오경미, 전계논문(註 2), 171-172면: 이상태, 전계논문(註 2), 589면: 이재도, “전세권저당권의 효력과 실행방법”, 「실무자료연구」, 제7권, 대전:대전지방법원, 2006.1. 94면: 대결 1995.9.18, 95마684, 전세권과 같이 부동산의 사용 또는 수익을 목적으로 하지만 부동산 자체를 집행의 대상으로 할 수 없는 것은 ‘기타 재산권’에 대한 집행의 방법에 의하여야 하지만(민사집행법 제273조), 전세권저당권에서 전세권이 갖는 담보물권적 권능을 고려한다면, 민사집행법 제264조 소정의 부동산경매절차에 의한 실행이 보다 타당하다고 하겠다.

44) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 개정증보판, 박영사, 2007, 691면.

45) 대판 1999.9.17, 98다31301: 대판 2008.4.10, 2005다47663, “우리 민법상 저당권은 담보물권을 목적으로 할 수 없으므로, 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 전세권이 기간만료로 종료되면 전세권을 목적으로 하는 저당권은 당연히 소멸된다.”

전세금반환채권을 비롯한 전세권의 용익물권성 및 담보물권성을 그대로 취득한다는 점, ④ 민사집행법이 담보물권을 목적으로 한 저당권의 실행방법을 염두해 두고 있지 않다는 점, ⑤ 전세권저당권의 객체는 전세금반환채권뿐만 아니라 용익물권적 권능 및 담보물권적 권능을 포함하는 것으로, 다만 전세권의 존속기간 만료로 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하면 비록 목적물의 일부가 소멸한 것임에도 저당권의 본질적 속성상 전세권저당권은 그 존립근거를 잃고 소멸한다고 한다.<sup>46)</sup> 다만 이러한 경우에도 전세금반환채권을 전세권저당권의 목적물이 소멸됨으로 인한 대체물 유사한 것으로 보아 전세권저당권은 그 물상대위성으로 인하여 전세금반환채권 위에 존속한다고 본다.<sup>47)</sup>

## (2) 저당권존속설

전세금반환채권은 전세권의 본질적 내용으로 전세권이 존속기간의 만료로 종료되더라도 아직 전세금을 돌려받지 못한 상태라면 전세권저당권은 담보물권적 전세금반환청구권으로 존속한다는 견해이다.<sup>48)</sup> 동 견해는 ① 전세금반환채권은 일종의 물권적 청구권으로서 용익물권적 및 담보물권적 권능과 더불어

46) 오경미, 전계논문(註 2), 170면: 추신영, 전계논문, 64-65면.

47) 동 견해에 대한 비판적 견해는 첫째, 민법 제371조에서 저당권의 목적으로 할 수 있는 전세권이라는 것은 전세권의 용익물권적 권능만을 가리키는 것이 아니라 담보물권적 권능을 포함하는 특수한 물권 자체를 가리키는 것으로 보아야 하며, 따라서 전세권의 존속기간만료로 전세권을 목적으로 하는 저당권이 소멸한다고 볼 수 없으며, 둘째, 전세금은 전세권의 성립 요소로서 전세금반환채권은 전세권 소멸의 경우 이에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 없으며, 셋째, 전세권저당권자는 전세권 자체에 대한 우선적 지위를 확보하고 등기까지 하여 이를 공시하였음에도 불구하고 전세권의 존속기간이 만료되었다는 이유만으로 아무런 법적 보호를 받을 수 없고, 저당권의 부기등기와는 별도로 항상 전세금반환채권에 대한 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 배당요구를 하여야 한다면, 전세권저당권자의 보호 및 그 제도적 실효성을 담보할 수 없게 되며, 넷째, 전세권저당권설정 당시의 당사자의 의사 및 전세권자의 처분의 자유가 인정됨에도 불구하고 계약당사자들의 의사와는 무관하게 물권자인 전세권저당권자가 또다시 채권 기타 재산권의 집행절차에 따르도록 하는 것은 계약당사자의 의사에 반하고 거래실정에도 반한다는 점 등을 언급하고 있다. 이에 관한 상세는 박순성, 전계논문, 109-111면: 대판 1998.9.4. 20981 참조.

48) 대판 2000.6.9. 99다15122: 김창섭, 전계논문, 220-223면. 전세금채권은 전세권의 본질적 내용을 이루는 것으로 전세권저당권의 목적물로서 그 객체성이 인정된다. 따라서 종래 판례의 태도는 전세금반환청구권을 물권인 전세권에서 분리하여 그 피담보채권으로서만 파악하는 2분법적 관념의 결과에서 도출된 것으로 타당하지 않다고 한다.

어 전세권의 본질적 내용을 이루는 권리라는 점, ② 전세권저당권설정시 당사자의 의사 및 담보물권의 수반성에 비추어 전세권저당권은 전세권부 전세금 반환채권을 목적물로 의욕하고 있는 점, ③ 전세권의 존속기간이 만료된다고 하더라도 전세권의 담보물권적 권능과 전세금반환채권은 전세권저당권의 목적물로 존속하는 점, ④ 전세금반환채권은 전세권설정계약을 통해 처음부터 전세권과 함께 발생하여 전세금의 반환시까지 전세권과 함께 존속하는 권리이지, 전세권의 멸실·훼손 등으로 인하여 그 대상물로서 새로이 발생하는 권리가 아니라는 점, ⑤ 비록 민법이 담보물권부채권인 전세권부전세금반환채권에 대한 담보물권을 질권이 아닌 저당권의 일종으로 편제하고 있다 하더라도 전세권저당권은 '전세권부채권에 대한 질권'에 준하는 법적성질을 가지고 있다는 점 등을 그 논거로 들고 있다.<sup>49)</sup> 동 견해에 따르면 전세권저당권자가 전세권설정자에 대한 관계에서 우선변제권을 확보하는 방법은 채권질의 규정 중 '제3채무자의 존재를 전제로 하는 규정'을 준용하는 방법에 의하여 달성할 수 있다고 보는데, 즉 질권에 관한 민법 제349조를 전세권저당권에 준용하여 전세권저당권자는 저당권설정의 통지나 전세권설정자의 승낙이 있으면 전세금 반환채권에 대한 압류 및 추심명령 또는 전부명령 없이도 전세권설정자에 대하여 저당권을 주장할 수 있고, 민법 제353조를 준용하여 전세권자의 추심위임 없이도 자기 채권의 한도에서 전세금의 반환을 직접 청구할 수 있고, 전세권자의 경매청구권과 우선변제권도 직접 행사할 수 있다고 한다.<sup>50)</sup>

## 나. 판례

대법원은 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권의 법적 성질에 관하여

49) 박순성, 전계논문, 108-109면; 김창섭, 전계논문, 235면; 오시영, 전계논문, 514면 이하 참조.

50) 동 견해에 대한 비판적 견해는 무엇보다 첫째, 우리 민법의 체계상 전세권설정자 및 그 승계인에 대하여만 청구할 수 있는 전세금반환청구권을 대세적 효력이 있는 물권적 청구권이라고 해석하는 것은 무리라는 점, 둘째, 채권에 불과한 전세금반환채권을 전세권저당권의 목적물이라고 해석하거나 채권질권에 관한 규정을 전세권저당권에 바로 준용하는 것은 명문의 근거가 없는 것으로서 질권의 체계와 저당권의 체계를 혼동하는 결과를 초래하여 물권법정주의와 상충하게 되는 문제를 야기시킬 수 있다는 점 등을 지적하고 있다. 이에 관한 상세는 오경미, 전계논문(註 2), 171면; 박순성, 전계논문, 111면 이하 참조.

“전세권에 대하여 설정된 저당권은 (구)민사소송법 제724조 소정의 부동산경매절차에 의하여 실행하는 것이나, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우는 민법 제370조, 제342조 및 (구)민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 추심명령 또는 전부명령을 받거나(이 경우 저당권의 존재를 증명하는 등기부등본을 집행법원에 제출하면 되고 별도의 채무명의가 필요한 것이 아니다), 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사할 수 있을 뿐이다.”라고 판시<sup>51)</sup>하여 기본적으로 저당권소멸설의 입장에 있다.<sup>52)</sup> 이러한 판례의 태도는 기본적으로 다음으로 분석되는데, ① 전세권저당권의 목적물은 물권인 전세권 자체이지 전세금채권은 그 목적물이 아니라는 점, ② 전세권은 존속기간의 만료로 당연히 소멸한다는 점, ③ 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권저당권도 그 객체의 소멸에 따라 소멸한다는 3단논법적 논거를 전제로 하면서, ④ 다만 전세금채권은 존속기간의 만료로 소멸하는 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 대상물이라는 점, ⑤ 전세권저당권자가 자신의 우선변제권을 실행하는 방법은 전세권의 대상물인 전세금채권에 대한 물상대위권을 행사하여 민법 제343조, 제370조 및 (구)민사소송법 제733조(민사집행법 제273조; 채권 기타 재산권을 목적으로 하는 담보권의 실행)의 규정에 따라 금전채권에 대한 강제집행절차에 준하여 전세금채권에 대한 압류명령 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 할 수 있다는 점 등이 그것이다.<sup>53)</sup>

51) 대결 1995.9.18, 95마684; 대판 1999.8.20, 99다19773; 대판 1999.9.17, 98다31301; 대판 2008.4.10, 2005다47663; 2002.1.26. 법률 제6626호 전문 개정 참조.

52) 대판 2005.3.25, 2003다35659. 그러나 동 판결은 “전세권설정등기를 마친 민법상의 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 범위 내에서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다”라고 판시하여 저당권존속설의 입장을 보인 것도 있다.

## 다. 검토 및 사건

이상으로 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권의 소멸여부와 관련한 학설 및 판례의 태도를 검토하였는데, 특히 저당권소멸설 및 판례는 “전세권저당권의 목적물은 물권인 전세권 자체이지 전세금채권은 그 목적물이 아니다.”라고 하여 전세금반환청구권을 물권인 전세권으로부터 분리하여 그 피담보채권에 해당하는 개념으로 파악하여 2분법적 관념으로 접근한 것으로 보인다.<sup>54)</sup> 그러나 전세금반환청구권은 순수한 담보물권의 경우 피담보채권이 물권계약인 담보물권설정계약과는 별개의 채권계약에 기하여 발생하는 것과는 달리, 전세권의 두 권능과 더불어 동일한 물권계약인 전세권설정계약 자체에 기하여 발생하는 권리로서 전세권과 분리된 별개의 채권이 아닌 전세권의 본질적 내용을 이루는 권리로 파악되어야 할 것이다. 따라서 소수설 및 판례와 같이 전세권저당권의 효력이 미치는 목적물의 범위를 전세금채권이 배제된 전세권 자체에만 한정하는 태도는 첫째, 전세금반환채권은 전세권의 양 권능과 더불어 동일한 전세권설정계약으로부터 발생된 본질적 권리라는 점, 둘째, 전

53) 이러한 판례의 태도 및 이에 대한 비판적 평석으로 김창섭, 전계논문: 황경용, 전계논문: 강영재, “채권담보 목적의 전세권설정계약의 효력과 전세권 위에 설정된 저당권의 의미”, 「고시연구」, 제33권 제3호, 고시연구사, 2005.8. 각 참조.

54) 김창섭, 전계논문, 221-225면; 오시영, 전계논문, 515면; 이상태, 전계논문(註 2), 591-592면; 대판 2000.6.9, 99다15122. “전세권이 성립한 후 목적물의 소유권이 이전되는 경우에 있어서 전세권 관계가 전세권자와 전세권설정자인 종전 소유자와 사이에 계속 존속되는 것인지 아니면 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자와 사이에 동일한 내용으로 존속되는지에 관하여 민법에 명시적인 규정은 없으나, 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권 관계로부터 생기는 상환청구, 소멸청구, 갹신청구, 전세금증감청구, 원상회복, 매수청구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것이므로, 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 되고, 구 소유자는 전세권설정자의 지위를 상실하여 전세금반환의무를 면하게 된다”라고 판시함으로써 전세금반환청구권이 물권적 청구권임을 밝힌 것으로 해석된다. 이에 대하여 우리 민법 체계 아래서 전세권설정자 및 그 승계인에 대하여만 청구할 수 있는 전세금반환청구권을 대세적 효력을 갖는 물권적 청구권으로 파악하는데 대하여 비판적 견해로 오경미, 전계논문(註 2), 171면; 김현선, 전계논문, 202면; 추신영, 전계논문, 68면.

세권이 전세기간의 존속 중에는 용익물권으로서 작용하나 전세기간의 만료 후에는 담보물권부 전세금반환채권으로 작용한다는 특성을 간과한 점, 마지막으로 셋째, 전세금반환채권을 전세권의 소멸에 따른 물상대위의 객체로 파악하는 소수설 및 판례는 기본적으로 전세권이 갖는 용익물권적 권능만을 주목한 태도라고 할 것인데, ① 담보물권적 성질에서 기인되는 물상대위권을 직접 적용하는 하는 것은 체계부합적이지 않고, ② 무엇보다 전세금반환청구권은 전세목적물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 전세권설정자가 받을 금전 기타의 물권에 해당하지 않는 것임에도 불구하고 물상대위권을 인정하는 것은 논리적 비약이라는 점 등에서 부당하다고 할 것이다.<sup>55)</sup>

오히려 전세권저당권은 전세권의 존속기간만료 시에도 피담보채권을 변제받지 않은 한, 다음의 논거에서 존속하는 것으로 보아야 할 것이다. 첫째, 전세권저당권자의 설정의사는 전세권 자체보다 피담보채권을 변제받지 못한 경우 장래 전세기간이 만료되면 자신의 채권을 우선변제 받을 것이라는 것을 신뢰하고 저당권을 설정하였다는 점이다. 둘째, 민법의 개정을 통해 전세권자에게 동시이행의 항변권 및 경매신청권뿐만 아니라 우선변제권을 인정한 제도적 취지는 전세권자로 하여금 전세권에 대한 처분의 자유 및 투하자본의 회수를 보다 용이하게 수행할 수 있도록 하기 위한 거래계의 필요와 이에 대한 제도적 장치라는 점이다. 셋째, 나아가 이러한 투하자본의 회수수단으로 이용되고 있는 전세권저당권이 존속기간의 만료와 더불어 피담보물권성이 상실된다면, 전세권저당권자의 보호 및 법적안정성을 담보할 수 없게 될 것이다. 따라서 전세권저당권자의 보호, 전세권자의 투하자본회수수단의 보장, 전세권저당권의 의의 및 제도적 기능을 종합적으로 고려한다면, 전세관계의 종료 시에도 전세권저당권은 존속된다고 보아야 할 것이다.

55) 同旨, 김창섭, 전계논문, 220면 이하; 오시영, 전계논문, 514면 이하; 박순성, 전계논문, 101-102면; 배병일, 전계논문, 13면 이하; 추신영, 전계논문, 67면 각 참조. 민법 제342조 및 제370조에 따른 물상대위권은 저당권설정자가 목적물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 제3자로부터 금전 기타 물권을 받을 청구권을 취득하는 경우에는 그러한 청구권에 갈음하여 이 대상물에 대하여 행사할 수 있다고 할 것인데, 전세금채권은 처음부터 전세권과 함께 발생하여 전세금의 반환시까지 전세권과 함께 존속하는 권리로서 전세권의 본질적 내용이 전세권의 소멸로 인하여 그 대상물로서 새로이 발생하는 권리라고 볼 수는 없을 것이다.

## V. 전세권저당권의 실행과 법률관계

### 1. 전세권저당권의 실행방법

전세권의 존속기간 중 전세권저당권자는 전세권 자체를 강제집행하여 그 경매대금으로부터 우선변제를 받게 되고, 이때 매수인은 용익물권과 담보물권이 점유된 전세권을 취득하게 될 것이므로 특별히 문제될 것은 없다고 하겠다. 그러나 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권의 실행방법에 대해서는 학설과 판례의 태도가 상이한데, 이러한 논의의 본질적 차이는 무엇보다 전술한 전세권의 존속기간만료와 전세권저당권의 관계를 어떻게 파악하느냐에 따른 관점의 차이에서 기인된 것이라 하겠다.

#### 가. 학설

##### (1) 물상대위설(저당권소멸설)

전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하고, 그 결과 전세권의 용익물권적 권능을 목적으로 하는 저당권도 저당목적물의 멸실에 준하여 소멸한다는 것이다. 다만 전세권저당권은 저당권의 물상대위성으로 말미암아 그 대체물이라고 볼 수 있는 전세금반환채권 위에 존속되는 것으로 보며, 이때 전세권저당권자는 전세권 자체에 대한 경매신청은 불가하지만, 그 대체물인 전세금반환채권에 압류명령 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나(민법 제370조, 제342조, 민사집행법 제273조) 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사할 수 있고, 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한, 전세권자에 대해서만 전세금을 반환함으로써 자신의 의무를 면할 수 있다는 견해이다.<sup>56)</sup>

56) 오경미, 전계논문(註 2), 170-171면; 이상태, 전계논문(註 2), 593-594면; 박순성, 전계논문, 108면; 배병일, 전계논문, 20면 이하; 추신영, 전계논문, 68-69면; 김현선, 전계논문, 205면;

## (2) 채권질권설(저당권존속설)

전세금반환채권은 전세권의 본질적 내용으로 전세권저당권의 목적물은 전세권부 전세금반환채권으로 보아야 하고, 전세권의 존속기간이 만료되더라도 전세권의 담보물권적 권능은 전세금반환채권과 함께 전세권저당권의 목적물로서 존속한다는 견해이다. 또한 전세권저당권은 실질에 있어서 채권질권과 유사한 성질을 가지고 있어 민법 제349조를 전세권저당권에 유추적용하여 저당권을 설정한 전세권자가 전세권설정자에게 저당권의 설정사실을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승낙하면, 전세권저당권자는 전세금반환채권에 대한 압류 및 전부명령 또는 추심명령이 없이도 전세권설정자에 대하여 저당권을 주장할 수 있다고 한다. 또한 민법 제353조를 유추적용하여 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 전세권자의 추심위임이 없이도 자기 채권의 한도에서 전세금의 반환을 직접 청구할 수 있고, 만일 전세금채권의 변제기가 전세권저당권자의 변제기 보다 먼저 도래한 때에는 전세권설정자에 대하여 전세금의 공탁을 청구할 수 있다고 한다.<sup>57)</sup> 나아가 전세권저당권의 담보물권적 권능을 강화하여 전세권저당권자는 제3자가 전세금반환채권에 대하여 신청한 강제집

오시영, 전계논문, 514면 이하; 김창섭, 전계논문, 225면 이하 참조. 동 견해는 전세권의 존속기간이 만료되어 용익물권적 권능이 소멸한 때에는 전세권자는 용익물권을 제3자에게 양도할 수 없고, 다만 전세금반환채권을 전세권의 담보물권적 권능과 함께 양도할 수 있을 뿐이라고 할 것이어서, 전세권에 저당권을 설정받은 자라 하더라도 더 이상 전세권자체에 대하여 경매를 청구할 수 없다는 점을 강조하고 있다. 즉 전세권을 부동산경매절차에 의하여 경매하여 매수인으로 하여금 전세권을 취득하게 한다는 것은, 전세권자가 전세권을 타에 양도할 수 있음을 전제로 하는 것이라고 보아야 할 것인데, 전세권의 존속기간이 만료되어 용익물권으로서의 권능이 소멸된 상태에서는 전세권자가 더 이상 전세권을 양도할 수 없는 것이어서 전세권에 저당권이 설정되어 있다고 하더라도 부동산경매절차에 의하여 전세권 자체를 경매할 수는 없다는 것이다. 따라서 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능이 남은 전세권은 전세금반환채권에 저당권이 설정되어 있는 구조와 동일하기 때문에 전부명령에 의하여 양도 받음에 부수하여 전세권도 양도받을 수 있음에 불과하고, 전세금반환채권을 양도받는 방법이 아니라 전세권 자체를 양도받아 전세금반환채권을 양도받는 효과를 가져오는 방법을 취할 수 없다고 한다. 따라서 전세권저당권자가 우선변제권을 확보하는 방법은 전세금반환채권을 담보물인 전세권의 대체물로 보아 민법 제370조, 제342조, 민사집행법 제273조에 의하여 전부명령 또는 추심명령을 받거나, 제3자가 실시한 강제집행절차에 배당요구함으로써 채권을 확보할 수 있다고 한다. 이에 관한 학설의 태도는 상기 IV. 2. 가. 참조.

57) 이상태, 전계논문(註 2), 594-595면; 박순성, 전계논문, 111면; 추신영, 전계논문, 69-70면; 김현선, 전계논문, 204면; 오시영, 전계논문, 514면 이하; 김창섭, 전계논문, 225면 이하 참조.

행절차에서 민사집행법 제88조 제1항에 따라 배당요구의 증기시까지 배당요구를 하지 않더라도 당연히 배당요구를 한 것으로 되고, 전세권자의 다른 채권자들이 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받았다 하더라도, 전세권저당권자는 등기된 우선변제권자로서 전세금채권에서 우선변제를 받을 수 있으며, 전세권의 존속기간이 만료된 후에도 전세권 자체에 대한 경매를 청구하여 그 경락대금으로부터 만족을 얻거나 스스로 전세권을 경락받아 전세권자로서 전세금의 반환청구를 할 수 있다고 한다.<sup>58)</sup>

#### 나. 판례

대법원은 “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 물건인 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 (구)민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등

58) 박순성, 전계논문, 111면: 남양우, “전세권을 목적으로 한 저당권의 효력에 관하여 -대법원 1999.9.17. 선고 98다31301 판결을 중심으로-”, 「실무자료연구」, 제7권, 대전: 대전지방법원, 2006.1. 88면. 이에 대한 비판적 견해로 오경미, 전계논문(註 2), 175-176면: 김현선, 전계논문, 204면 참조. 비판의 주된 논거로 첫째, 우리 민법이 제정 당시부터 부동산을 사용·수익을 목적으로 하는 물권에 대해서 질권설정을 허용하지 않고(민법 제345조 단서)있기 때문에 채권질권에 관한 규정을 전세권저당권에 유추적용 하는 것은 우리 물권법 체계를 벗어나는 지나친 해석이라는 점(물권법정주의에 반함), 둘째, 전세권저당권자가 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당 요구한 것으로 취급하여 전세권저당권자에게 우선변제를 인정한 것은 민사집행법 제91조 제3항, 제4항, 제148조의 명문규정에 반하고, 채권집행의 본질에도 반하는 해석이라는 점 등을 언급하고 있다.

의 방법으로 자신의 권리를 행사하여 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 된다"라고 판시<sup>59)</sup>하여 저당권소멸설에 기초한 물상대위에 의해 권리를 실행할 수 있는 것으로 보고 있다.<sup>60)</sup> 특히 전세권저당권자는 "저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있으며",<sup>61)</sup> 나아가 "(구)민사소송법 제733조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청"<sup>62)</sup>하거나 "민사집행법 제247조 제1항(구 민사소송법 제580조 제1항)에 의하여 배당요구"<sup>63)</sup> 등의 물상대위권을 실행하기 위한 구체적인 방법을 언급하고 있다.

#### 다. 검토 및 사건

이상과 같은 학설 및 판례의 태도에는 기본적으로 전술한 전세권의 존속기간 만료시 전세권저당권의 효력에서 언급되었던 상반된 평가가 동일하게 적용될 수 있을 것이다. 특히 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권자의 권리 실행방법으로 채권질권설에 찬동하는 입장에서 물상대위설 및 이에 따르는 판례의 태도는 다음의 논거에서 지지하기 어렵다고 하겠다.

첫째, 물상대위설 및 판례의 태도는 전세권저당권자를 무담보의 일반채권자의 지위와 마찬가지로 보게 되는 결과가 되어 전세권저당권자의 이익보호에

59) 대판 1999.9.17, 98다31301.

60) 동 판결에 대한 상세한 평석은 김창섭, 전계논문: 남양우, 전계논문 각 참조.

61) 대판 1994.11.22, 94다25728; 대판 2008.12.24, 2008다65396.

62) 대판 2000.5.12, 2000다4272.

63) 대판 2002.10.11, 2002다33137. 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는데 있는 것이므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자가 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있다.

미흡한 점이 있을 뿐 아니라, 전세권설정자는 전세권저당권이 설정된 사실을 등기나 통지 등에 의하여 알게 된 경우에도 전세권저당권자가 압류 및 추심 명령 또는 전부명령을 받지 않은 한, 바로 전세권저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다는 결론에 도달하게 되어 오히려 전세권설정자를 지나치게 보호하는 불합리한 점이 있다.<sup>64)</sup> 둘째, 전세권저당권의 실체가 '전세권부 전세금채권'에 대한 담보물권이고, 여기서 '전세권'이란 저당권과 마찬가지로 담보물권적 권능을 의미하는 이상, 비록 민법이 담보물권부 채권인 전세권부 전세금채권에 대한 담보물권을 질권이 아닌 저당권의 일종으로 편제하고 있다 하더라도(민법 제345조), 전세권저당권은 '저당권부 채권에 대한 질권'에 준하는 법적 성질을 가지고 있다고 할 것이다.<sup>65)</sup> 셋째, 담보물권의 물상대위성은 "담보물의 사후부존재"라는 비상사태에 대한 담보권자의 우선변제권을 보장해 주는 비상수단으로 기능한다고 할 것인데, 전세금반환채권은 전세권이 갖는 용익물권적 권능 및 담보물권적 권능과 더불어 동일한 전세권설정계약으로부터 발생하는 본질적 청구권으로 전세권존속기간의 만료에 의해 새롭게 발생하는 물상대위의 객체로 파악할 수는 없다고 할 것이다.<sup>66)</sup> 마지막으로 물상대위설

64) 김창섭, 전계논문, 234면: 이상태, 전계논문(註 2), 596면.

65) 윤대성(박준서 편집대표), 전계서, 207면: 박병대(곽윤직 편집대표), 「민법주해[VI]」, 박영사, 2009, 191-193면: 김창섭, 전계논문, 235-237면: 오시영, 전계논문, 521-524면: 이상태, 전계논문(註 2), 596-598면: 추신영, 전계논문, 70-71면: 담보물권적 권능만 남은 전세권에 저당권이 설정되어 있다는 것은, 전세금반환채권에 저당권이 설정되어 있는 것과 같은 구조이므로, 그 실질은 채권질권과 유사한 성질을 갖는다고 하겠다. 즉, 질권과 저당권의 본질적 차이는 목적물의 점유를 채권자에게 이전하는지 여부, 즉 설정자를 심리적으로 압박하는 작용을 하는 효력인 담보물에 대한 유치적 효력을 인정하는 여부(민법 제355조 참조)에 있고, 목적물이 부동산인지 여부 및 공시방법이 등기·등록인지의 여부는 입법정책에 따른 부수적 차이에 불과한데, 그러한 본질적 차이는 담보물이 물권인 경우에만 해당할 뿐이고, 담보물이 채권 등 재산권인 경우에는 원래 재산권이란 것이 물건과 같은 사용가치가 매우 적어 재산권 자체에 대한 유치적 효력이 희박하므로 이에 대한 담보권이 질권이든 저당권이든 사실상 우선변제적 효력만을 가진다는 점에서 본질적 차이가 없으며, 그러한 의미에서 채권 등의 재산권에 대한 질권은 그 성질상 재산권에 가까운 성격을 갖는 것으로 볼 수 있다. 이에 대한 비판적 견해로 오경미, 전계논문(註 2), 175-176면: 김현선, 전계논문, 204면: 상세는 각주 58 참조.

66) 오시영, 전계논문, 525-533면: 김창섭, 전계논문, 227-229면. 이에 더하여 오시영 교수의 견해에 따르면, 전세권저당권자의 전세목적물에 대한 경매청구권은 전세권자의 전세목적물에 대한 경매청구권의 "채권자대위권행사의 한 형태"에 속한다 할 것이고, 이를 불허해야 할 이유는 하등 없는 것이라고 한다.

및 판례의 태도는 전세기간이 만료하였다는 우연한 사실에 기하여 전세권저당권자가 압류 등의 방법을 사용하지 않는 한 전세금반환채권에 대하여 아무런 우선권이 없다고 하는 것은 당사자의 의사에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 전세권의 존속기간 중 적법하게 진행된 경매절차가 경매의 지연 등으로 전세기간이 도과해 버린 경우 진행 중이던 경매를 취하하고, 그 상태에서 전세권설정자로 하여금 별도의 채권보전조치를 취하지 않는 한, 기존에 전세권저당권자에게 인정되던 우선변제권을 합리적 근거없이 박탈하여 “당사자에게 불리한 법적 효과”를 강요하는 것으로 납득하기 어렵다고 하겠다.<sup>67)</sup>

### 라. 민법개정안의 검토

2004년 법무부 내의 민법개정특별분과위원회는 전세권을 목적으로 하는 저당권의 실행방법과 관련하여 민법 제371조 제3항을 신설하는 개정시안을 제시한 바가 있다. 동 개정시안은 무엇보다 종래 판례가 취하고 있던 전세권소멸설에 기초한 물상대위에 의한 실행방법을 전세권이 갖는 담보물권적 권능을 간과한 것으로 수긍하기 어렵다고 비판하면서, 전세권설정자에 대해 전세보증금을 직접 청구할 수 있도록 하여 전세권저당권자의 우선변제권을 강화하려고 하였다.<sup>68)</sup> 개정시안의 주요 내용을 살펴보면, 첫째, 전세권저당권자는 전세금반환에 대한 이중변제의 위험으로부터 전세권설정자를 보호하기 위하여 저당권설정의 통지 또는 승낙이 있으면 전세권설정자로부터 전세금반환채권을 직접 청구할 수 있다.<sup>69)</sup> 둘째, 전세권저당권자가 갖는 우선변제권의 범위는

67) 同旨, 오시영, 전계논문, 534면; 김창섭, 전계논문, 223-224면, 229-233면. 결과적으로 종래 판례의 태도는 전세권저당권자와 전세권설정자의 당초 전세권저당권설정의사에 반하는 무리한 해석이라고 하지 않을 수 없고, 이는 거래관행이나 당사자의 의사표시, 조리에 비추어 부당하다고 하지 않을 수 없는 바, 신의칙에 위반한 해석이라고 하지 않을 수 없다.

68) 개정안 제371조 제3항: “전세권을 목적으로 하는 저당권에 있어서 저당권자는 우선변제권의 범위 내에서 전세금반환채권을 직접 청구할 수 있다. 이 경우에는 제353조 제3항의 규정을 준용한다.” 상서는 법무부, 「민법(채산편)개정 자료집」, 2004.11. 534면 이하(김상용 위원, 이상경 위원, 윤철홍 교수 의견) 참조.

69) 다만 최종개정안에서는 전세권설정자에 대한 통지 내지 그의 승낙이라는 대항요건을 삭제하였는데, 그 이유는 전세권과 저당권은 등기를 통해 공시되므로 별도의 대항요건은 불요한 것으로 보았다. 그러나 동 조항의 신설취지가 전세권설정자로 하여금 이중변제의 위험

선순위저당권자와의 관계 등을 고려하여 자신의 '우선변제권의 범위 내'로 제한된다.<sup>70)</sup> 셋째, 제353조 제3항의 준용규정을 통해 전세권저당권자는 전세금 반환채권의 변제기가 전세권저당권자의 채권보다 먼저 도래한 경우 그 변제 금액의 공탁을 청구할 수 있다. 이상의 개정시안은 비록 회기의 만료로 자동 폐기되고 말았지만, 전세권을 목적으로 하는 저당권의 제도적 의의 및 그 기능, 민법 제371조 제2항과의 관계를 고려할 때, 특히 전세권저당권자의 보호와 더불어 각 당사자의 이해관계를 보다 적절히 규율한 것으로 긍정적으로 평가된다고 하겠다.<sup>71)</sup>

## 2. 전세권저당권의 실행에서 압류의 경합

저당권이 설정된 전세권의 존속기간이 만료된 경우에 전세금반환채권에 대하여 전세권자의 다른 일반 채권자가 단순히 먼저 압류나 가압류를 집행함에 지나지 않는다면, 전세권저당권자는 별도의 집행권원을 취득할 필요가 없는 담보물권자로서 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있는 법적 지위를 갖는다고 보아야 할 것이다.<sup>72)</sup> 왜냐하면 전세권저당권자는 등기로서 피담보채권의 존재나 그 금액이 공시된 우선변제권자로서 당연히 배당요구를 한 자로 취급되어야 하기 때문이다(민법 제348조, 제349조 제1항, 제450조 및 민사집행법 제148조, 제88조 제1항). 따라서 전세권저당권이 등기로 공시되어 있음에도 불구하고 전세권자의 다른 채권자인 일반채권자나 후순위저당권자가 전세권저당권자보다 먼저 전세금채권에 추심명령이나 전부명령을 받았다고 하여 전세권저당권자의 우선변제권을 박탈당할 수 있다고 보는 종래 판례의 태도는 등

을 방지하기 위한 것인데, 그렇다면 이러한 대항요건을 명문으로 규정하는 것이 각 당사자의 이해관계에 보다 합치되는 것이라 생각된다. 同旨. 법무부, 전계서, 540면(김상용 위원, 윤진수 위원, 이시운 위원 견해, 반대: 양창수 위원); 이상태, 전계논문(註 2), 599면.

70) 배병일, 전계논문, 24-25면; 김현선, 전계논문, 208-210면; 추신영, 전계논문, 71-72면.

71) 同旨, 이상태, 전계논문(註 2), 600면; 박순성, 전계논문, 112면; 김창섭, 전계논문, 243면. 특히 개정조문의 신설은 채권질권에 관한 규정을 유추적용할 필요 없이 당해 조문으로부터 직접 채권질권설과 동일한 결론을 도출해 낼 수 있다는 점에서 법적안정성 및 제도적 신뢰를 도모할 수 있을 것이다.

72) 대판 2008.12.24, 2008다65396; 대판 2001.11.9, 2001다51336.

기를 통해 공시한 저당권자의 법적 지위를 일반채권자의 지위로 전락시키는 것으로서 수용하기 어렵다 할 것이다.<sup>73)</sup>

### 3. 전세권저당권자에 대한 전세권설정자의 항변

전세권자가 추가 보증금이나 관리비 등을 전세권설정자에게 지급하지 않은 경우 또는 전세권자가 그의 귀책사유로 인하여 전세목적물을 멸실 또는 훼손하여 민법 제315조에 따른 손해배상책임을 부담하는 경우에 전세권설정자는 전세금을 반환할 때에 그 미지급 보증금이나 관리비 또는 손해배상액을 전세금으로부터 공제하거나 상계할 수 있다.<sup>74)</sup> 그런데 전세권설정자가 전세권자가 아닌 전세권저당권자에 대해서도 상기의 사유를 주장 및 대항할 수 있는지의 여부가 검토될 필요가 있다고 하겠다.<sup>75)</sup> 이에 대한 대응방안으로 학설은 다음의 견해로 나뉘어져 있는데, 첫째, 전세권설정자가 전세권자에 대하여 가지는 모든 항변사유(민법 제315조를 포함한 전세금이 갖는 사용대가 및 보증금적 성격에 기초한 모든 손해의 상계사유)를 가지고 전세권저당권자에게 대항할 수 있다고 해석하는 방법,<sup>76)</sup> 둘째, 전세권설정자와 전세권자 사이의 내부적

73) 오시영, 전계논문, 530면; 추신영, 전계논문, 71-72면; 전계 IV. 1. 참조, 한편, 판례의 태도(물상대위설)에 따른 압류의 경합에서도 대동소이한데, 전세권저당권자의 전세금반환채권에 대한 압류 및 전부명령은 우선권 있는 전세권부저당권에 기한 것이기 때문에, 전세권저당권자는 압류 및 전부명령의 송달 이전이나 이후에 가압류가 있더라도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있다. 상세는 배병일, 전계 논문, 24-25면; 김현선, 전계논문, 209-210면.

74) 전세관계에서 전세금의 법적 성질에 관해서는 윤대성(박준서 편집대표), 전계서, 206-208면; 박병대(곽윤직 편집대표), 전계서, 191-193면; 곽윤직, 전계서, 255-258면.

75) 예컨대 전세권저당권자가 등기부에 등기되어 있는 전세금액을 확인하고서 전세권 위에 저당권을 설정하였는데, 그 후 전세권자의 목적물의 멸실·훼손으로 인하여 그에게 손해배상채무가 발생하고 그 사실을 단순히 전세권저당권자가 알게 된 경우에도 전세권설정자가 그것을 전세권저당권자에게 주장하여 전세금에서 손해배상액을 공제할 수 있다고 한다면 전세권저당권의 제도적 의의 및 기능 등을 고려할 때, 전세권저당권자의 보호는 미흡해질 수밖에 없을 것이다.

76) 곽윤직, 전계서, 255-258면; 박병대(곽윤직 편집대표), 전계서, 191-193면; 강태성, 전계서, 809면; 대판 1968.7.24. 68다895; 대판 1987.6.9. 87다68; 대판 1988.1.19. 87다카1315; 대판 2004.12.23. 2004다56554.

관계로부터 발생하는 항변사유를 아무런 제한 없이 전세권저당권자에게 주장할 수 있게 하는 것은 전세권저당권자에게 너무 가혹하므로, 상기 항변사유에 대한 전세권저당권자의 선의·악의의 여부에 따라 항변권의 행사를 제한하고자 하는 견해<sup>77)</sup>가 그것이다. 현재 다수설 및 판례<sup>78)</sup>의 태도는 후자의 입장을 따르는 것으로 보이는데, 즉 전세권저당권자의 선의·악의 여부에 따라 전세권설정자의 항변사유를 제한하여 전세권저당권자가 저당권을 설정할 당시에 알고 있는 사유만을 전세권설정자가 전세권저당권자에게 주장할 수 있도록 하고, 전세권저당권이 설정된 이후에 발생한 사유에 대해서는 전세권설정자로 하여금 전세권저당권자에게 주장 또는 대항할 수 없다고 해석하는 것이다. 이러한 해석론에 대하여 비판적 견해<sup>79)</sup>가 없지는 않으나, 전세권저당권제도의 제도적 의의 및 기능, 전세권저당권자의 보호 필요성, 민법 제371조 제2항의 규정 취지 및 이에 따른 최근 판례의 태도<sup>80)</sup>를 고려해 볼 때, 보다 체계 부합적인 해

77) 윤대성(박준서 편집대표), 전게서, 206-208면; 이상태, 전게논문(註 2), 600-602면; 오경미, 전게논문(註 2), 185-191면; 배병일, 전게논문, 22-24면.

78) 대판 2001.11.9, 2001다51336; 대판 2006.2.9, 2005다59864; 대판 2008.3.13, 2006다58912; 대판 2013.2.15, 2012다49292.

79) 박병대(곽윤직 편집대표), 전게서, 192면; 곽윤직, 전게서, 256면 참조. 사건으로는 다음의 논거도 일응 타당성을 갖는 것으로 판단된다. 즉, 전세권저당권자는 본질적으로 전세권자가 갖는 담보물권적 전세금반환청구권에 대하여 저당권을 설정한 자로서, 전세권설정자의 항변사유는 전세금이 갖는 법적 성질에 주목하여 이를 통해 담보되는 채권의 범위와 관련하여 해결되어야 할 것이다. 즉 전세금은 민법 제315조가 없더라도 당연히 사용대가 및 보증금적 성격을 가지며, 전세권설정자는 목적물을 명도 받을 때까지 전세권자에 대하여 당해 전세관계에서 취득한 모든 채권을 전세금으로부터 우선적으로 변제받을 수 있다고 하겠다. 따라서 전세권설정자가 전세금이 갖는 보증금적 성격에 기초하여 전세권자에 대하여 갖는 우선변제권이 추후 이에 기초한 전세권저당권자로부터 박탈되는 것은 합리적 근거가 결여되어 있다고 할 것이어서, 전세권저당권자는 전세권자에 대하여 가지는 모든 항변사유를 가지고 전세권저당권자에게 대항할 수 있다고 하겠다.

80) 대판 2006.2.9, 2005다59864. “민법 제371조 제2항이 “전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의 없이 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다.”고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위와 같은 경우 소외인과 피고 사이에서는 위 전세권이 위 계약 내용대로 변경되어 전세금이 1억 원에서 8,000만 원으로 일부 소멸한다고 할 것이지만, 위 전세권저당권자인 원고에 대한 관계에서는 소외인은 물론 위 전세권설정자인 피고도 원고의 동의가 있지 않는 한 위와 같은 전세권의 일부 소멸을 주장할 수 없다고 할 것이다.” 배병일, 전게논문, 18면. 민법 제371조 제2항의 입법취지가 전세권저당권자의 권리가 부당하게 침해당하는 일이 없도록 하는데 있기 때문에, 전세권설정자가 전세권의 소멸을 전세권저당권자에게 대항할 수 있도록 한다면, 민법 제371조 제2항의 입법취지가 몰각될 우려가 있으

석이라 판단된다.

#### 4. 전세권저당권자의 동시이행항변권

전세권설정계약 및 전세권저당권설정계약의 각 당사자는 전세권설정자 및 전세권자, 전세권저당권설정자(전세권자) 및 전세권저당권자이므로, 전세권설정자는 전세권자에 대해서만 전세금반환채무를 부담하는 것이고, 전세권저당권자도 전세권자에 대해서만 피담보채권의 변제를 청구할 수 있다 할 것이므로, 원칙적으로 전세권저당권자는 직접 자신의 권리로서 전세권설정자에 대하여 전세금반환채무의 미변제를 이유로 동시이행항변권을 행사할 수는 없다고 할 것이다.<sup>81)</sup> 그러나 전세금반환이 이루어지지 않았는데도, 전세권의 존속기간의 만료로 전세권 및 전세권저당권이 소멸하였다는 논거로 전세권설정자에 의한 전세권저당권설정등기의 말소를 인정하는 것은 공평의 원칙에 반하며 또한 전세권저당권자의 보호에도 소홀하게 될 것이다. 따라서 전세권설정자가 전세권저당권자에게 직접 전세금을 지급할 의무를 부담하는 경우에는, 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권저당권자의 전세권저당권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부의무는 공평의 관념에서 볼 때 이행상의 견련관계, 즉 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것이다.<sup>82)</sup> 다만, 전세권저당권자가 동시이행의 항변권으로 전세권설정자에 대하여 주장할 수 있는 전세금의 범

므로 민법 제371조 제2항의 저당권을 설정한 자에 전세권설정자도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

81) 대판 1999.9.17, 98다31301.

82) 오경미, 전계논문(註 2), 194-196면; 이상태, 전계논문(註 2), 602-604면; 배병일, 전계논문, 24면; 광주지법 2003.6.19, 2002가단71882.(1심 확정판결). “전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있고, 전세권에 저당권이 설정된 경우에 전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 보아야 하나, 전세권저당권자가 위 전세금반환채권에 대해 압류, 추심, 전부명령 등을 받은 경우에는 전세권설정자가 전세권저당권자에게 잔존전세금을 직접 지급할 의무를 부담한다고 보아야 하며, 이 경우 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권저당권자의 전세권저당권설정등기의 말소등기에 필요한 서류 교부의무는 공평의 관념에서 볼 때 그 이행상의 견련관계가 있다고 보아야 한다.”

위는 전세권저당권자의 권리실행 방법에 따라 전세권자가 전세권설정자에게 주장할 수 있는 전세금액의 한도 내지 등기된 전세금의 전부가 될 것이다.<sup>83)</sup>

## Ⅵ. 결론

이상으로 전세권의 존속기간만료시 전세권저당권의 법률관계 및 전세권저당권자의 구체적 채권실행방법에 대해 검토해 보았다. 전세권은 기본적으로 용익물권적 권능 및 담보물권적 권능을 가지며, 전세기간의 만료로 소멸되는 것은 용익물권적 권능이며 전세금반환채권을 실현하기까지 담보물권적 권능은 소멸하지 않는다 할 것이어서, 전세권저당권의 객체는 바로 이러한 담보물권적 전세금반환채권 위에 존속하게 된다. 이러한 전세권저당권자의 권리실행 방법은 비록 우리 민법이 담보물권부 전세금반환채권에 대해 저당권의 일종으로 편제하고 있다고 하더라도, 그 실질은 '저당권부 채권에 대한 질권'에 준하는 법적 성질을 갖는 것으로 민법의 채권질권에 관한 규정을 유추적용할 수 있을 것이다. 따라서 전세권저당권자는 전세권설정자에 대하여 직접 전세금의 반환을 청구할 수 있고, 자기 채권의 범위 내에서 우선변제권을 실현할 수 있다고 할 것이다.

한편 전세권설정자가 전세권저당권자에게 갖는 항변권은 전세권저당권자 저당권설정 당시 이미 알고 있는 사유만을 전세권설정자가 전세권저당권자에게 주장할 수 있도록 제한할 필요가 있으며, 이는 전세기간의 만료시 전세권저당권자의 보호필요성 및 민법 제371조 제2항의 규정취지에 부합하는 해석으로 타당하다 할 것이다. 또한 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권저당권자의 전세권저당권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부의무는 공평의 관념에서 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것이며, 이때 항변권으로 주장

83) 법무부, 전거서, 540-543면: 대판 2006.2.9, 2005다59864. 예컨대, 전세권저당권자의 동의 없이 이루어진 전세권설정자와 전세권자 사이의 전세금일부감액의 경우, 전세권저당권자가 동시이행항변권으로 주장할 수 있는 전세금의 범위는 전세권자가 전세권설정자에게 직접 주장할 수 있는 전세금액을 초과할 수 있다.

할 수 있는 전세금의 범위는 원칙적으로 등기된 전세금의 전부가 될 것이다.

끝으로 종래의 학설 및 판례는 최근 전세제도가 갖는 제도적 의의 및 기능을 간과한 것으로, 비록 판례 및 거래계가 현행법의 테두리 내에서 불상대위설을 취하는 것으로 판단되나, 무엇보다 전세권의 본질, 전세권저당권을 설정한 당사자의 의사 및 전세권저당권자의 보호필요성이라는 관점에서 종래 판례의 태도 및 견해에 찬동할 수 없다고 할 것이다. 따라서 전세권을 목적으로 하는 저당권설정제도의 법적안정성을 도모하고, 각 당사자의 이해관계를 적절히 조절할 수 있는 입법적 보완이 조속히 이루어지기를 기대하며 글을 맺고자 한다.

## 참고문헌

### [단행본]

- 강대성, 「물권법」(제3판), 대명출판사, 2009.  
 곽윤직, 「물권법」(제7판), 박영사, 2002.  
 김기선, 「한국물권법」, 법문사, 1990.  
 김상용, 「물권법」(제2판), 화산미디어, 2013.  
 김준호, 「민법강의」(제20판), 법문사, 2014.  
 김증한/김학동, 「물권법」(제9판), 박영사, 1997.  
 김형배, 「민법학강의」(제13판), 신조사, 2014.  
 박병대(곽윤직 편집대표), 「민법주해[VI]」, 박영사, 2009.  
 법무부, 「민법(재산편)개정 자료집」, 2004.11.  
 송덕수, 「신민법강의」(제7판), 박영사, 2014.  
 양창수/김형석(공저), 「권리의 보전과 담보」, 박영사, 2012.  
 윤대성(박준서 편집대표), 「주석민법[물권(3)]」, 한국사법행정학회, 1999.  
 \_\_\_\_\_, 「한국전세권법 연구」, 한국학술정보(주), 2009.  
 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 개정증보판, 박영사, 2007.  
 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.

지원립, 「민법강의」(제12판), 홍문사, 2014.

[논문]

김동욱, “저당권의 목적물로 된 전세권이 기간만료로 종료된 경우의 법률관계”, 「판례연구」, 제12집, 부산판례연구회, 2001.

김용한, “민법일부개정의 배경과 내용”, 「개정민사법해설」, 한국사법행정학회, 1985.

김창섭, “전세권에 대한 저당권의 우선변제적 효력의 인정 여부”, 「법조」, 제50권 4호, 법조협회, 2001.

김현선, “경매절차상 전세권자와 전세권저당권자의 보호방안”, 「법학논총」, 제32집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2012.4.

남양우, “전세권을 목적으로 한 저당권의 효력에 관하여 -대법원 1999.9.17. 선고 98다31301 판결을 중심으로-”, 「실무자료연구」, 제7권, 대전: 대전지방법원, 2006.1.

박순성, “전세권에 관한 판례의 동향과 전망 -전세권의 담보물권성을 중심으로-”, 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망」(심당송상현선생화갑기념논문집), 박영사, 2002.

배병일, “전세권저당권”, 「저스티스」, 제139권, 한국법학원, 2013.12.

배종근, “경매권과 변제권의 체계 - 우선변제권 없는 경매권과 경매권 없는 우선변제권을 중심으로 -”, 「인권과 정의」, 제370호, 대한변호사협회, 2007.6.

양창수, “전세권”, 「고시계」, 제421호, 고시연구사, 1992.3.

오경미, “채권담보 목적의 전세권과 그에 관하여 설정된 저당권의 법률관계 - 연구대상판결 : 대법원 2006.2.9. 선고 2005다59864 판결 -”, 「판례연구」, 18집, 부산판례연구회, 2007.2.

\_\_\_\_\_, “채권담보전세권과 그 저당권의 법률관계”, 「민사재판의 제문제」, 제19권, 사법발전재단, 2010.

오시영, “전세권 존속기간 경과 후 전세권저당권의 물상대위성에 대한 고찰”, 「한양법학」, 제35집, 한양법학회, 2011.8.

- 이상태, “전세권저당권자의 법적 지위”, 『민사법학』, 제38권, 한국민사법학회, 2007.9.
- \_\_\_\_\_, “전세권 위에 설정된 저당권의 효력-대법원 1999.9.17. 선고 98다 31301 판결-”, 『일감법학』, 제7권, 건국대학교 법학연구소, 2002.
- 이재도, “전세권저당권의 효력과 실행방법”, 『실무자료연구』, 제7권, 대전:대전 지방법원, 2006.1.
- 장희순, “전세보증금반환청구채권의 유동화를 통한 전세시장 안정화”, 『주거환경』, 제9권 2호, 한국주거환경학회, 2011.
- 추신영, “전세권저당권의 실행방안-대법원 2006. 2. 9. 선고 2005다59864 판결-”, 『재산법연구』, 제28권 2호, 한국재산법학회, 2011.8.
- 황경웅, “전세권 저당권의 등기의 효력과 그 실행방법-대법원 2008.3.13. 선고 2006다29372,29389 판결의 평석-”, 『중앙법학』, 제15권 3호, 중앙법학회, 2013.

[Zusammenfassung]

Das Rechtsverhältnis von der Jeonsekwon-Hypothek  
nach dem Ablauf der Jeonsekwonfrist  
-die Rechtsstellung des Jeonsekwon-Hypothekengäubigers bzw.  
deren Durchführungsverfahren der Hypothekenforderung-

Kim, Dae-Kyung

*Assistant Professor, Jeju National Univ., Law School*

Bei dieser Arbeit geht es um die dogmatische Untersuchung über das Rechtsverhältnis von der Jeonsekwon-Hypothek nach dem Ablauf der Jeonsekwonfrist. Insbesondere werden an dieser Stelle die Rechtsstellung des

Jeonsekwon-Hypothekengäubigers bzw. deren Durchführungsverfahren der Hypothekenforderung ausführlich behandelt. Heutzutage wird das Jeonsekwonwesen nicht nur als dingliche Nutzungsrechte, sondern auch nach der veränderten sozial-ökonomischen Entwicklung als dingliche Hypothekenrechte berücksichtigt. Nach dem oben genannten Bedarf regelt zwar das KBGB die Bestellung des Hypothekenrechts an Jeonsekwon, aber dem Gesetz über die Rechtsstellung des Jeonsekwon-Hypothekengäubigers und deren Durchführungsverfahren der Hypothekenforderung fehlt es an konkreten Vorschriften, daher entstehen darum heftige Streitigkeiten in der Lehre und Rechtsprechung.

Grundsätzlich beinhaltet Jeonsekwon die dingliche Nutzungs- bzw. Hypothekenrechte, und nach dem Ablauf der Jeonsekwonfrist werden nur die dingliche Nutzungsrechte erlöst, und die dingliche Hypothekenrechte werden bis zur Rückgabe der Jeonsekwonsumme gar nicht erlöst und weiterhin gültig fortgedauert. Infolgedessen dauert die Jeonsekwon-Hypothek an der hypothekarischen Jeonsekwonsumme weiterhin fort. Zwar organisiert das KBGB das Rückgaberecht der Jeonsekwonsumme in die einige Art der Hypothekenrechten, aber das sollte in dem wesentlichen Gesichtspunkt ähnlich als wie das Pfandrecht der hypothekarischen Forderung angesehen werden. Daher kann der Jeonsekwon-Hypothekengäubiger von dem Jeonsekwonschuldner die Rückgabe der Jeonsekwonsumme unmittelbar fordern und innerhalb seiner Forderungssumme eigenes Vorwegbefriedigungsrecht verwirklichen.

Andererseits, die Einrede des Jeonsekwonschuldners gegen den Jeonsekwon-Hypothekengäubiger sollte in Fälle von der Erkenntnis des Jeonsekwon-Hypothekengäubigers über die umfassende Sachlage bezüglich des Vertrags im Zeitpunkt vom Vertragschluss beschränkt werden, um den Jeonsekwon-Hypothekengäubiger davor zu schützen bzw. mit dem Gesetzgebungszweck des § 371 Abs. 2 KBGB übereinzustimmen. Auch das Verhältnis der Rückgabepflichten zwischen dem Jeonsekwonschuldner und -Hypothekengäubiger steht im Gesichtspunkt von Billigkeiten bzw. Vernünftigkeiten in Erfüllung

Zug um Zug. Hier sollte der Umfang der Einrede grundsätzlich die eingetragene ganze Jeonsekwonsumme beträgt werden. Schließlich hoffe ich darauf, dass die bisherigen Rechtsprechungen so bald wie möglich verändert werden und die jetzigen lückenhaften Rechtszustände durch das Bearbeitungsverfahren ergänzt und verbessert werden.

**Stichwörter** : Jeonsekwon, Jeonsekwon-Hypothek, dingliche Nutzungsrechte, dingliche Hypothekenrechte, Vorwegbefriedigungsrecht