

전세권의 본질과 전세금반환채권의 양도

The Nature of the the right to registered lease on deposit basis and the Assignment of claim of deposit money for the lease

이 홍 민*
Lee, Hong-Min

목 차

- I. 서 언
- II. 전세권의 본질
- III. 전세금 반환채권의 양도가능성
- IV. 결 언

국문초록

현행 민법전의 전세제도는, 조선시대의 家舍의 典當에서 비롯된 것이라기보다는 조선말기 이후 행하여지던 전세제도가 이용권을 강화한다는 측면에서 물권으로 된 것이라고 할 수 있다. 다만 일제시대 이후 전세금의 확보를 위해 질권 또는 저당권과 함께 행하여지던 것이 입법됨에 따라, 전세권은 목적물의 사용·수익이라는 용익물권적 성격 외에 담보물권으로서의 성질도 지니게 됨을 부정할 수 없게 되었다. 이처럼 전세권도 담보물권적 권능을 보유하는 이상 담보물권의 통유성이 어느 정도 인정되기는 하지만, 일반적인 담보물권에서의 논의가 그대로 인정된다고 할 수는 없다. 전세권은 용익물권적 권능과 담보물

논문접수일 : 2011.06.26

심사완료일 : 2011.07.27

계재확정일 : 2011.07.28

* 법학박사·고려대학교 법학연구원 전임연구원

권적 권능을 모두 지닌다는 점에서 전세권에 대한 담보물권의 통유성은 전세권의 용익물권적 권능과 조화를 이루는 한도에서만 허용된다고 할 것이다.

이렇게 볼 때에 전세금반환채권의 양도에 있어서도 담보물권의 수반성을 이유로 그 분리양도를 완전히 부정할 수는 없으며, 전세권이 존속하고 있는 중에도 전세금반환채권의 양도는 가능하다고 할 것이다. 다만 이 경우 전세권의 용익물권적 권능은 아직 발효 중이기 때문에 이 권능이 소멸하기 전에는 전세권을 이전할 수 없게 된다. 따라서 전세금반환채권의 양수인은 만약 전세권부채권을 양수한 것이라도 해도 이를 등기할 수는 없게 되고 전세권등기를 이전받기 전까지는 제3자에 대한 관계에서는 일반채권자의 지위에 있을 뿐 우선변제권이나 경매청구권까지 인정받을 수는 없다고 할 것이다.

주제어 : 전세권, 용익물권성, 담보물권성, 전세금, 전세금반환채권

1. 서 언

민법 제306조에서는 전세권처분의 자유를 규정하고 있고, 제307조에서는 전세권양수인은 전세권설정자에 대하여 전세권양도인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있다. 이에 통설은 전세권자가 전세권설정자의 동의 없이 이를 양도하거나 담보로 제공하고 전전세 또는 임대 목적으로 할 수 있고, 전세권의 양도 역시 부동산물권변동의 일반원칙에 따라 당사자간의 합의와 등기에 의하며, 제307조에 의하여 전세권양수인은 당연히 전세권설정자에 대하여 전세금반환채권을 가진다고 한다.¹⁾ 즉 전세권과 전세금반환채권을 함께 양도하는 것은 당연히 가능하다는 것이다. 그러나 전세권과 전세금반환채권을 '분리하여' 양도할 수 있는가에 대해서는 논의가 있다. 전세권에 담보물권적 권능이 있다고 할 경우, 담보물권의 부종성 내지 수반성에도 불구하고 이를 분리

1) 박순성, "전세권에 관한 판례의 동향과 전망 -전세권의 담보물권성을 중심으로-", 『21세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당송상현선생화갑기념논문집)』, 박영사, 2002, 93면.

하여 이전할 수 있는지 문제되는 것이다.

이에 대해 판단하기 위해서는 우선 전세권의 본질이 어떠한지, 특히 용익물권인지 담보물권인지에 관한 논의를 살펴보아야 한다. 이 때 전세권의 본질을 파악하기 위해서는 특히 다음과 같은 점에 유의하여야 할 것이다. 첫째, 현행 전세권 제도의 연혁적인 측면에서 검토할 필요가 있다. 현행 민법상 재산법 분야의 대부분의 법제는 서유럽의 여러 나라에서 형성·발달된 것을 계수하여 규정된 것임에 비해, 전세권은 외국의 입법례에서 찾아볼 수 없는 우리의 특유한 제도라고 한다.²⁾ 그렇다면 우리의 관습상의 전세는 어떠한 내용이었고 그 관습은 현행법에 어떻게 영향을 주었는지 알아볼 필요가 있을 것이다. 둘째, 비교법적으로 외국의 제도로부터 어떠한 영향을 받았는지 검토할 필요가 있다. 전세권은 우리의 특유한 제도라고 하지만, 현행 민법의 제정과정을 보면 전세권에 관한 초안 작성시 중화민국이나 만주국 민법의 典權에 관한 규정을 많이 참조하였음을 알 수 있다.³⁾ 그렇다면 이러한 외국법은 우리나라의 전세권에 어떠한 영향을 미쳤는지 살펴볼 필요가 있다. 셋째, 전세권 제도가 현재 어떻게 운용되고 있는지에 대해 검토할 필요가 있다. 부동산의 임대차와 이차부 소비임치(소비대차)⁴⁾가 결합하여 이루어지는 부동산의 유상용익에 대한 거래는 여전히 물권으로서의 전세권보다 이른바 채권적 전세가 많이 활용되는 것이 사실이지만, 물권으로서의 전세권이 이용되지 않는 것은 아니다. 그렇다

2) 박윤직, 「물권법(신정판)」, 박영사, 1992, 453면. 이하 박윤직 교수님의 「물권법」은 특별한 경우가 아니면 이 판을 기준으로 인용한다.

3) 제26회 국회정기회의속기록 제30호, 국회사무처, 1957. 11. 6. 6~7면의 金炳魯 대법원장 발언 참고.

4) 일제시대에 전세에 관한 설명은 모두 임대차와 소비임치[消費寄託]의 결합으로 파악하고 있었다(京城帝國大學社會調査部法律學班, “傳賃慣行の實證的研究 1”, 「司法協會雜誌」, 第23卷 第4號, 朝鮮司法協會, 1944. 55면은 명시적으로 임대차와 소비임치의 결합이라고 하고 있고, 정궁식, 「국역 관습조사보고서」, 한국법제연구원, 1992, 288~289면 및 吉田平治郎, “朝鮮に於ける慣習と民事法規との關係”, 「朝鮮司法協會雜誌」, 第2卷 第4號, 朝鮮司法協會, 1923, 14면도 寄託한다는 표현을 사용하고 있었다). 그러나 그 후 민법안심의록에서는 임대차와 소비대차의 결합체라고 하였고(민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 「민법안심의록 상권」, 1957, 183면), 그 후의 문헌들은 일반적으로 임대차와 소비대차의 결합체라고 설명하였다(김중환, 「신물권법(하권)」, 법문사, 1961, 448면; 장경학, 「신물권법각론(상권)」, 서울고시학회, 1959, 78면 등). 이러한 설명은 지금까지 이어오고 있다(박윤직, 전거서, 453면; 김중환·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1997, 411면; 이영준, 「물권법(신정판)」, 박영사, 2001, 662면).

면 물권으로서의 전세권이 언제 어떤 당사자에게 실제로 활용되는지에 대해서도 살펴볼 필요가 있을 것이다.

아래에서는 이러한 관점에서 전세권의 본질에 대해 살펴본 후, 그에 기초해서 전세권과 전세금반환채권을 '분리하여' 양도할 수 있는지에 대해 검토하고, 이에 관한 대법원 판례는 어떠한 태도를 취하고 있는지 살펴보도록 하겠다.

II. 전세권의 본질

1. 문제점

전세권의 본질에 관한 논의의 증점은 전세권의 성질이 용익물권인지 아니면 담보물권인지에 관한 것이다. 이에 대한 논의는 일반적으로 1984년의 민법개정 이전의 논의와 그 이후의 논의로 나뉘어 서술되고 있다.⁵⁾ 그 이유로 1984년 민법개정시 전세금 반환채권에 대해 우선변제권을 인정한 것을 들고 있으며, 이로 인해 순수한 용익물권설은 입지를 잃었다고 하기도 한다.⁶⁾ 그러나 주택임대차보호법상 보증금에 대한 우선변제권이 인정(주택임대차보호법 제3조의2 제2항)된다고 해서 이 법상의 임차권을 담보물권으로 보지는 않는 것처럼, 우선변제권을 인정하였다고 해서 무조건 담보물권이라고 할 수는 없다고 생각한다. 따라서 아래에서는 현재 의미있는 논의에 한해서 민법개정 전후의 구분 없이 학설의 대립을 소개하도록 하겠다.

2. 전세권의 본질에 관한 논의

가. 학설의 대립

5) 권윤직 편/박병대 집필, 「민법주해<VI>」, 박영사, 1992, 170~174면; 박순성, 전계논문, 82~86면; 윤대성, 「한국전세권법연구」, 삼지원, 1988, 222~237면 등.

6) 박준서 편/윤대성 집필, 「주석민법물권(3)」, 한국사법행정학회, 2001, 204면.

(1) 용익물권설

종래에 주로 소개되던 용익물권설은 1984년 민법개정 전에, 우선변제권이 인정되지 않는다는 점을 근거로 주장되던 견해이다.⁷⁾ 따라서 1984년 민법개정에 의하여 전세권에 우선변제권이 인정된 이후로는 용익물권과 담보물권의 성질을 모두 가진다는 입장으로 견해를 바꾸기도 하였다.⁸⁾

이와 달리 전세권이 담보물권적 성질까지 가지고 있다고 하는 것에 대하여 온전히 반대하는 견해도 있다. 즉, 전세권이 담보물권으로서의 통유성인 부종성, 수반성, 물상대위성, 불가분성을 가진다는 설명은 부당하며, 전세금반환채권은 전세권이 소멸되어야 비로소 발생하는데 그 채권의 만족을 위하여 경매청구권과 우선변제권이 인정되었다고 해서 이미 소멸한 전세권이 담보물권으로서 존속할 수는 없다는 것이다.⁹⁾ 이 견해에 의하면, 전세권이 담보물권의 성질도 가진다고 파악하는 견해는 제303조 제1항이 “전세권자는... 그 부동산 전부에 대하여... 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다”고 정하므로 전세권의 내용이 전세금의 우선변제를 받는 것으로 오해한 것으로 추측된다고 한다. 그러나 이 조문에서의 “전세권자”란 “전세권이 소멸됨으로써 전세금반환채권을 가지게 된 종전의 전세권자”를 의미하므로 우선변제를 받는 것이 전세권의 내용이라고 하기는 곤란하다는 것이다.¹⁰⁾

(2) 담보물권설

전세권을 순수한 담보물권으로 보는 견해도 있다. 이 견해는 전세제도의 연혁이나 관행으로 보아서 부동산소유자가 자기의 부동산 위에 전세권을 설정하여 부동산 가액의 5할 내지 7,8할이라는 고율로 전세금을 취득함은 자금용

7) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 1963, 317면. 그러나 한 편으로는 “전세금을 전세권설정자가 이용하는 점을 특히 강조한다면 피담보채권이 있게 된다는 점은 정당하다고 할 수 있다.”고 하여 담보물권의 성격을 완전히 부정하는 것은 아니다(박윤직, 상계서, 314면).

8) 박윤직, 「물권법(재판정판)」, 박영사, 1985, 429면.

9) 양창수, “전세권”, 「고시계」, 1992년 3월호(통권 제421호), 1992, 95~96면.

10) 양창수, 전계논문, 96면; 지원림, 「민법강의(제9판)」, 홍문사, 2011, 710면. 다만 양창수, 전계논문, 115면은 전세금반환채권의 만족을 위한 경매청구권과 우선변제권에 대해서는 일종의 우선특권으로 파악하지만, 지원림, 전계서, 710면은 전세권은 그 본질에서 용익물권이지만, 그 소멸 후에는 전세금반환채권을 피담보채권으로 하는 담보물권으로 전환된다고 한다.

통의 수단으로서의 약정담보물권(질권, 저당권)과 그 기능상 다를 바가 없다고 한다.¹¹⁾ 그러면서 우리의 관습상 전세제도는 연혁적으로 조선후기에 성행 하였던 점유질로서의 담보제도인 家舍典當에 바탕을 두고 발전한 것으로서, 이와 유사한 중화민국민법 및 만주국 민법의 典權에 관한 규정을 참고하여 입법한 것이므로, 전세권의 목적물 사용·수익 권능은 담보물권인 부동산질의 속성에 의한 것이지 용익물권이기 때문은 아니라고 한다.¹²⁾ 그리고 1984년 민법개정에 따라서 민법이 우선변제권을 명문화한 것은 전세권의 담보물권성을 입증한 것이라고 한다.¹³⁾

(3) 용익물권·담보물권 동위설

이 견해는, 전세권의 법적 성질에 관한 문제는 법조문의 엄격한 문리해석에 의할 것이 아니라 전세제도가 담당하는 사회적 기능에 입각하여 해결하는 것이 바람직하다고 하면서, 전세권에 있어서 부동산소유자인 전세권설정자는 자기의 부동산을 담보로 일시에 그 부동산가액에 상당하는 금융을 전세권자로부터 수령하고 전세권자는 목적부동산을 사용·수익하기 때문에 용익권자인 동시에 담보권자가 된다고 한다. 따라서 전세권은 용익물권성이 주된 것이고 담보물권성이 이에 수반되는 것이라든가, 반대로 담보물권성이 주된 것이고 용익물권성이 이에 수반되는 것이 아니며, 용익물권성과 담보물권성이 동등한 요소로서 구성되어 있는 한국의 특유한 물권으로 보아야 한다는 것이다.¹⁴⁾ 또 거래실태를 볼 때 전세권에 우선변제권이 성문화된 이후 채권담보를 목적으로 하는 전세권의 설정이 증가되었다는 점과 담보목적의 전세권을 무효라고 할 법적 근거가 없으므로 전세권이 용익위주로 설정되어야 한다고 강제할 수 없다고 한다.¹⁵⁾

11) 윤대성, "전세권담보물권론 -미등기전세와 파산관계-", 「현대민사법연구(일현 최병욱교수 정년기념논문집)」, 법문사, 2002, 117면.

12) 윤대성, 전계서, 240~241면.

13) 김기선, 「한국물권법(전정판)」, 법문사, 1985, 300면.

14) 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001, 471면; 박순성, 전계논문, 85~86면.

15) 이은영, 「물권법(개정신판)」, 박영사, 2002, 628~629면.

(4) 특수용익물권설

이 견해는 우선, 전세권은 목적부동산의 사용·수익을 그 본체로 하는 권리이므로 용익물권이라는 데에는 의심이 없다고 한다. 그리고 전세금의 지급은 전세권의 요소를 이루고 있는데, 이 전세금은 목적부동산의 시가의 상당한 한도에까지 이르는 고액으로 그 반환을 확보해 준다는 의미에서 우선변제권을 인정할 이상, 전세권은 용익물권인 동시에 담보물권이기도 한 것이라고 한다.¹⁶⁾ 다만 전세권의 기본성격은 어디까지나 용익물권인 데에 있다고 하여야 하며, 담보물권으로서의 성질이 인정된다고 하여도, 그것은 전세권자의 전세금 반환청구권을 확보해 준다는 정책적 고려에 의한 것이어서, 전세권의 담보물권성은 부수적·종적인 것에 지나지 않는다고 한다.¹⁷⁾

나. 판례

1984년 민법개정 후의 판례는 일관하여 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 함께 지니고 있는 것으로 보고 있다. 예를 들어 대법원 1989.9.26. 선고 87다카2515 판결은 “전세권과 같은, 용익물권과 담보물권적 성질을 겸비하고 있는 것은 사용가치와 교환가치의 우선적 파악을 목적으로 하고 있어서...”라고 하고 있고,¹⁸⁾ 대법원 1995.2.10. 선고 94다18508 판결은 “전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점...에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였...더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다 할 것”이라고 하고 있다.

특히 두 번째 판례에 대해서는 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정한 것을 인정하였다는 이유로 용익물권·담보물권 동위설을 취한 것이라고 평가하

16) 박윤직, 전계서, 467면.

17) 박윤직, 상계서, 453면; 김상용, 「부동산담보법(개정판)」, 법원사, 1996, 315면.

18) 다만 박순성, 전계논문, 86면은 이 판례의 태도에 대해서 박윤직 편/박병대 집필, 전계서(민법주해〈VI〉), 174면이 특수용익물권설을 취한 것으로 보고 있다고 소개하고 있지만, 이 책의 판례소개는 위 판례가 담보물권설이 아니라는 것을 밝힌 것일 뿐 용익물권·담보물권 동위설을 부정한 것은 아니다(상계서, 172~174면 참고).

기도 한다.¹⁹⁾ 그러나 이 판례는 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아닐 것을 전제로 하므로 용익물권성을 배제하는 것은 아니며, 특수용익물권설도 용익물권성과 담보물권성을 모두 인정하는 것에서는 차이가 없으므로 용익물권·담보물권 동위설의 태도라고 단정할 수는 없다. 즉 판례는 전세권의 본질에 대해 용익물권성과 담보물권성을 모두 인정한다고 볼 수 있을 뿐, 용익물권·담보물권 동위설과 특수용익물권설 중 어떤 한 입장을 취한다고 볼 수는 없을 것이다.

다. 검토

(1) 연혁적인 측면에서의 검토

전세제도는 일제가 관습조사보고서에서부터 조선의 관습이라고 인정한 제도로,²⁰⁾ 1876년 강화도조약이 체결되면서 촌락인구의 도시집중이 가속화되어 가옥 수요가 증대하면서 가옥의 전세제도가 생겨났다고 한다.²¹⁾ 이러한 전세제도에 대해서 京城帝國大學 社會調查部 法律學班이 1943년에 조사한 「전세관행의 실증적 연구(傳貰慣行의 實證的研究)²²⁾」는 당시에 행해지던 전세의 관행에 대해 다음과 같이 소개하였다.

전세는 조선에서 가장 일반적으로 행하여지는 가옥임대차의 방법으로, 대차시에 借主가 일정한 금액(家屋代金の 반액 내지 7, 8割이 통례)을 家主에게 위탁하여 별도로 차임을 지불하지 않고 가옥반환시에 그 금액을 반환받는 것이다.²³⁾ 전세계약의 증점은 뭐라 해도 타인의 가옥을 사용할 수 있게 된다는

19) 이은영, 전계서, 628면: 이상태, “전세권 소멸의 의미”, 「고시연구」, 1999년 6월호(통권 제 303호), 29면 각주1번.

20) 정궁식, 전계서, 288~289면.

21) 윤대성, 전계서, 33면.

22) 이 글은 국민총력경성제국대학연맹의 사회조사부 법률학반이 昭和18(1943)년 사업의 하나로써 조선에 독특한 가옥대차의 관행을 조사한 것을 보고한 문헌으로, 그 조사는 경성지방 법원의 전세 관련 소송자료를 수집·고찰하는 방법과 소위 북덕방에서의 전세계약의 실제 관행을 방문·청취하는 방법에 의하여 이루어졌다(京城帝國大學 社會調查部 法律學班, “傳貰慣行의 實證的研究 1”, 「司法協會雜誌」, 第23卷 第4號, 朝鮮司法協會, 1944, 54면).

23) 京城帝國大學 社會調查部 法律學班, 상계논문, 55면. 이 부분은 관습조사보고서의 소개와도

것이며, 이것이 전세계약의 주된 사회적 기능이다.²⁴⁾ 그런데 전세계약이 임대차에 대해 가지는 특색은 그 가옥 사용에 대한 대가의 지불방법, 즉 일시에 다액의 금액을 전세금으로 교부하는 것이다. 이는 집세거래의 빈도와 위험을 줄일 수 있기도 하지만, 소유자 측에서만 보면 부동산질과 동일하게 담보제도로서의 역할을 하여 부동산금융의 기능을 하기도 한다.²⁵⁾ 소유자의 측면에서 담보제도로써 기능한다는 것은 이를 뒤집어 보면 전세입자는 임차인인 동시에 금전채권자로 담보권자라는 의미이다. 따라서 당사자는 저당권을 설정하여 이를 보충하는 것이 일반적인 현상이었다.²⁶⁾

이처럼 우리의 관습상 전세제도는 타인의 가옥을 사용한다는 측면과 부동산금융의 역할을 하는 측면을 모두 지니고 있었다.

(2) 비교법적인 측면에서의 검토

전세권에 관한 규정은 대부분 우리의 관습을 성문화한 것이지만,²⁷⁾ 성문화하는 과정에서는 중화민국 및 만주국 민법의 典權에 관한 규정을 참고한 것이 또한 사실이다.²⁸⁾ 그리고 이러한 점은 典權이 중국에서 예로부터 내려온 관습상 담보제도에서 비롯된 것이라는 점²⁹⁾에서, 우리 민법상 전세권이 담보물권이라는 주장의 논거가 되기도 한다.³⁰⁾ 그러나 典權이 담보물권인지 용의

같다(정공식, 전제서 288~289면 참고).

24) 京城帝國大學社會調查部法律學班, 상계논문, 58면.

25) 京城帝國大學社會調查部法律學班, 상계논문, 58~59면.

26) 京城帝國大學社會調查部法律學班, 상계논문, 59~60면. 당시의 복덕방 주인들에 대한 조사에 따르면 저당권을 설정하지 않고서 돈을 건네는 일은 없었다고 하며, 소유자가 저당권 설정을 원하지 않을 경우 보증인을 세운 예가 많다고 한다(같은 글, 60면).

27) 이에 대해서는 명순구, 「실록 대한민국 민법2」, 법문사, 2010, 313~373면 참고.

28) 전세권의 起草에 대해서 김병로 대법원장은 한 편으로는 관행을 참고하고, 한 편으로는 중국의 典權을 참고했다고 하고 있다(제26회 국회정기회의속기록 제30호, 국회사무처, 1957. 11. 6. 6~7면). 실제로 민법 제정 당시의 규정을 기초로 할 때에 제309조, 제311조, 제313조, 제316조, 제317조, 제318조의 6개의 규정을 제외하고 나머지 규정들은 모두 중화민국 또는 만주국 민법의 典權에 관한 규정에 그에 해당하는 규정을 두고 있다.

29) 윤대성, "전세권과 전권과의 비교연구", 「성균관법학」 제19권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007, 191~196면 참고.

30) 윤대성, "전세권의 비교법사적 고찰 -만주국민법전의 전권이 전세권에 미친 영향-", 「재산법연구」 제5권 제1호, 한국재산법학회, 1988, 131~132면.

물권인지에 대해서는 논의가 있는 부분이므로 전권과 전세권의 유사성으로부터 우리 민법상 전세권의 담보물권성을 도출해 내려면 중화민국 및 만주국 민법상 典權이 담보물권이라는 주장의 논거가 되는 내용이 우리 민법에 입법 되었어야 할 것이다.

우선 중화민국 민법의 典權이 담보물권이라는 근거는 크게 두 가지인데, 첫째는 典權에 관한 규정이 물권법의 편별 순서에서 볼 때 질권과 유치권 사이에 규정되어 있다는 점이고, 둘째는 전권설정자가 그의 소유부동산으로부터 수확물이 줄어들 때에 그 소유부동산을 가지고 금전을 융통하는 방법으로 典權이 사용된다는 점이다.³¹⁾ 그러나 이 중 물권법의 편별에 관한 첫째 이유는 우리의 전세권은 해당하지 않는 내용이고, 둘째 이유와 같은 사안에서 현재 우리 민법상으로는 대부분 저당권이 사용될 것이라는 점에서 둘째 이유도 전세권과 꼭 맞지는 않다.

다음으로 만주국 민법상 典權이 담보물권이라는 근거 역시 크게 두 가지인데, 첫째 관습상의 典權은 부동산금융의 한 방법으로 이용되었었다는 점과, 둘째 만주국 민법상 典權은 그 반환청구권이 소멸한 때에 典權者가 典物의 소유권을 취득하는 것(만주국 민법 제305조)으로 볼 때에 그 사용가치보다 오히려 교환가치에 중점을 둔 것으로 보는 것이 타당하다는 점이다.³²⁾ 그러나 우리 관습상 전세는 타인의 가옥을 사용할 수 있게 된다는 점에 중점이 있었고,³³⁾ 만주국 민법 제305조와 같은 규정은 우리의 전세권에는 존재하지 않는다.

한편 우리 민법상 전세권이 담보물권이라는 근거규정인 경매권과 우선변제권은 중화민국 및 만주국 민법의 典權에는 존재하지 않으며, 일제시대에 전세계약을 체결하면서 저당권 또는 부동산질권을 함께 설정했던 것에서 비롯된 것으로 보이는 민법 제305조에 해당하는 규정이 일본민법의 부동산질권의 영향을 받은 만주국 민법 제296조 및 제297조에 존재할 뿐이다.

이처럼 우리 민법상 전세권에 관한 규정을 기초할 때에 중화민국 민법 및 만주국 민법의 典權에 관한 규정으로부터 영향을 받았다고 해도 이는 두 제

31) 鄭玉波 著/黃宗樂 수정, 「民法物權(修正十五版)」, 三民書局, 2008, 170~171면.

32) 石田文次郎·村教三, 「滿洲民法(物權)」, 有斐閣, 1942, 169~171면.

33) 京城帝國大學社會調查部法律學班, 전계논문, 58면.

도의 표면적인 유사성에서 비롯된 것으로 전세권에 관한 내용을 구체화하는 과정에서 영향을 주었을 뿐, 그 실질적인 내용은 우리 관습상의 전세에 관한 내용을 규정한 것으로 보아야 할 것이다. 예를 들어서 민법 제303조 제1항의 전세권의 내용에 관한 규정은 중화민국 민법 제911조, 만주국 민법 제294조의 典權의 내용에 관한 규정과 동일하지만, 이는 사실 우리 관습상의 전세에 관한 내용이기도 하다.³⁴⁾ 또 민법 제306조는 중화민국 민법 제915조 제1항과 제917조 제1항을 합친 규정이지만, 그 내용은 우리의 관행 그대로이다.³⁵⁾

따라서 중화민국 및 만주국 민법의 典權이 어떠한 법적 성질을 가지는지는 전세권의 본질이 어떠한가에 대한 논의에 영향을 줄 수 없다고 해야 할 것이다.

(3) 현재 활용되는 측면에서의 검토

현재 물권으로서의 전세권은 채권적 전세에 비하여 많이 사용되지 않는 실정이다. 그러나 예를 들어 오피스텔 등 준주택의 경우에 세입자가 전입신고를 하면 주택으로 간주된다는 점 때문에 집주인이 전입신고를 꺼리는 경우 합의에 의해 전세권 설정등기를 하기도 하고,³⁶⁾ 채권적 전세를 체결하면서 그 전세금의 반환을 담보하기 위해서 전세권을 체결하는 경우도 드물지 않게 발생하고 있다. 뿐만 아니라, 대법원 2005. 5. 26. 선고 2003다12311 판결에서 보는 것처럼 임대차계약에 바탕을 둔 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권이 설정되는 경우도 있다.

이와 같은 경우에 당사자의 의사는 채권적 전세에 기초한 전세금이나 임대차에 기초한 임차보증금의 반환을 담보하기 위해 전세권을 별도로 설정한 것이므로 담보물권으로서 기능하는 경우라고 할 수 있다. 그러나 단순히 전세금이나 임차보증금의 반환을 담보하기 위한 것일 뿐이라면 저당권을 설정할 수도 있을텐데 굳이 전세권을 설정한 것은 전세권의 용익물권적 기능에서 유래

34) 정궁식, 전게서, 288~289면: 京城帝國大學社會調查部法律學班, 전계논문, 55면 참고.

35) 정궁식, 전게서, 290면: 吉田平治郎, 전계논문, 14~15면: 京城帝國大學社會調查部法律學班, "傳賃慣行의 實證的 研究 3", 『司法協會雜誌』 第23卷 第7號, 朝鮮司法協會, 1944. 59면 및 61면 등 참고.

36) "전세 보증금 떼이지 않으려면", 중앙일보, 2010년 10월 25일, E14면 기사 참고.

한다고 할 수 있다. 즉 저당권은 선순위의 저당권이라고 해도 후순위 저당권의 실행에 의하여 전부 소멸하지만(민사집행법 제91조 제2항), 전세권은 최선순위라면 후순위 저당권의 실행에 의하여 소멸하지 않기 때문에(민사집행법 제91조 제3항, 제4항 참고) 임대차계약과 함께 저당권을 설정한 것보다 그 용익권을 더 안정적으로 보호받을 수 있다.

이처럼 담보목적으로 전세권을 설정한 경우라고 해도 이는 전세권의 담보물권적 기능뿐만 아니라 용익물권으로서의 기능 또한 당사자의 고려대상에 포함된다고 할 수 있다.

(4) 소결

우선 용익물권설은 비록 입법자의 의사가 “전세권을 용익물권의 일종으로 신설”³⁷⁾한 것이라고 해도 현행 전세권 제도가 전세금이나 임차보증금의 담보 목적으로 활용되고 있는 실정과 맞지 않기 때문에 따를 수 없다. 또 담보물권설은 비록 전세권에 관한 입법시 중화민국민법과 만주국 민법의 典權에 관한 규정을 참고하였다고 해도 앞에서 본 것처럼 이는 전세권의 법적 성질에 관한 논의와 상관없다고 해야 한다. 또 예를 들어 전세권의 목적물이 일부 멸실된 경우에는 그 멸실부분에 해당하는 전세금이 감액되는데(민법 제314조 제1항), 이는 담보물권의 성질로서는 설명할 수 없으므로³⁸⁾ 역시 따를 수 없다.

따라서 전세권은 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 모두 포함한다고 해야 할 것이다. 한편 이처럼 전세권이 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 모두 지닌다고 할 때에 양자 중 어느 쪽이 우선시하는가에 대해 용익물권·담보물권 동위설과 특수용익물권설의 대립이 있지만, 두 가지 권능을 모두 인정한다는 점에서는 두 견해 모두 일치한다는 점에서 이는 무익한 대립으로 생각된다. 오히려 중요한 것은 두 가지 권능의 관계라고 할 것이다. 그러므로 아래에서는 전세권의 용익물권적 권능으로 인하여 전세권의 담보물권적 권능이 어떻게 제한되는지, 즉 담보물권의 통유성이 전세권에서는 어떻게 구현되는지

37) 제26회 국회정기회의속기록 제29호, 국회사무처, 1957. 11. 5. 16면 배영호 법무부차관의 민법안제안설명 참고.

38) 김중환·김학동, 전거서, 413면.

검토해 보도록 하겠다.

3. 전세권의 본질과 담보물권의 통유성

가. 문제점

담보물권은 그 종류에 따라 다소 차이는 있으나 채권담보라는 공통의 목적에 기인하는 공통의 성질을 가지는데, 이를 담보물권의 통유성이라 한다.³⁹⁾ 담보물권의 통유성으로는 일반적으로 부종성, 수반성, 불가분성, 물상대위성이 인정되는데, 학설은 일반적으로 전세권도 전세금반환채권을 담보하는 범위 내에서는 담보물권이므로 담보물권의 통유성을 가진다고 한다.⁴⁰⁾ 그리고 전세권에 민법 제321조, 제342조 등을 준용하지 않은 것은 입법적 불비라고까지 한다.⁴¹⁾

그러나 전세권이 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 모두 지닌다면 이처럼 단순하게 결론을 내리기는 힘들다고 생각한다. 이와 같이 볼 경우에는 용익물권적 권능과 맞지 않는 부분이 생기기 때문이다. 아래에서 경우를 나누어 구체적으로 살펴보겠다.

나. 전세권에서의 담보물권의 통유성

(1) 부종성

다수설은 담보물권으로서의 전세권은 전세금반환채권에 부종한다고 한다. 전세권은 전세금을 담보하는 권리이므로, 전세금이 존재하지 않으면 존립할 수 없으며, 전세금채권이 소멸하면 전세권도 소멸하게 된다는 것이다.⁴²⁾ 그러나 이처럼 일률적으로 말할 수는 없다고 본다.

우선 성립의 측면에서 살펴본다. 위의 설명은 다수설과 같이 전세금의 지급을

39) 강태성, 「물권법(신판)」, 대명출판사, 2004, 862면.

40) 박윤직, 전계서, 468면; 김상용, 전계서, 315면; 이영준, 전계서, 672면.

41) 박윤직, 상계서, 469면

42) 박윤직, 상계서, 468면; 이영준, 전계서, 672면.

전세권의 성립요건으로 보는 입장에서의 설명이다. 이에 따르면 전세금의 지급은 전세권의 요소를 이루고 있으므로, 당사자의 전세권 설정계약과 등기 이외에 약정된 전세금의 수수가 있을 때에 비로소 전세권이 성립한다고 한다.⁴³⁾

그러나 예컨대 질권에 관한 제330조와 비교해 볼 때, 민법 제303조 제1항은 “전세금을 지급하고”, “타인의 부동산을 점유하여”라고 규정할 뿐, 전세금 지급을 성립요건으로 보아야 할 특별한 이유가 없다. 또 다수설은 부동산물권의 변동에는 등기만이 요구되고 점유이전은 요구되지 않는다는 점에서 점유의 이전은 전세권의 요소가 아니라고 하는데,⁴⁴⁾ 만약 ‘전세금의 지급’이 성립요건이라면 균형상 ‘점유의 이전’도 성립요건이라고 보는 것이 맞을 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 점유의 이전이 전세권의 요소라고 할 수 없는 이상, 전세금의 지급 여부에 전세권이 일반적으로 부종한다고 할 수는 없다. 전세권자가 전세금을 지급하지 않은 경우에는 전세금반환채권을 가지지 않는다고 하면 족할 것이며,⁴⁶⁾ 전세권의 내용을 용익물권적 권능과 담보물권적 권능으로 나누어 볼 때에 전세금의 지급 여부에 부종하는 것은 전세권의 담보물권적 권능에 한한다고 할 것이다.

다음으로 소멸의 측면에서 살펴본다. 민법 제317조의 “전세권이 소멸한 때”의 의미에 대하여 통설은 법문대로 전세권이 소멸한 때라고 해석하고 있다.⁴⁷⁾ 그러나 이렇게 보면 전세금반환채권은 전세권이 소멸한 뒤에 비로소 발생하는데 이미 소멸한 전세권이 담보물권으로서 존속할 수는 없으며, 전세금반환채권이 소멸하면 담보물권의 부종성에 따라 이미 소멸한 전세권이 다시 소멸한다는 문제점이 생긴다.⁴⁸⁾ 따라서 제317조의 “전세권이 소멸한 때”의 의미는 전세권의 용익물권적 권능이 소멸한 때로 해석하는 것이 타당할 것이다.⁴⁹⁾ 이

43) 박윤직, 상계서, 471면; 김상용, 전계서, 308면. 이와 달리 이영준, 상계서, 673면은 전세금의 지급이 전세권의 성립요건이 아니라고 하는데, 이는 상계서, 672면의 전세권은 전세금이 존재하지 않으면 존재할 수 없다는 서술과 맞지 않는 부분이 있다.

44) 박윤직, 상계서, 471면.

45) 김중환·김학동, 전계서, 415면 각주 2번; 양창수, 전계논문, 100면.

46) 김중환·김학동, 상계서, 415면 각주 2번.

47) 박윤직 편/박병대 집필, 전계서, 259~260면 참조.

48) 양창수, 전계논문, 95면.

렇게 보면 전세권의 소멸에 관한 부종성의 의미는 다음과 같은 내용이 된다: 전세권의 용익물권적 권능이 소멸한 때에는 전세권자는 전세금반환을 청구할 수 있다. 이 경우 전세금반환채권은 전세권의 담보물권적 권능에 의하여 담보되지만 전세금반환채권이 변제 기타의 사유에 의하여 소멸하면 전세권은 '등기없이도' 소멸한다(민법 제369조의 유추적용).

이처럼 전세권은 일반적으로 담보물권의 부종성을 갖는 것이 아니라, '용익물권적 권능'을 방해하지 않는, '담보물권적 권능'⁵⁰⁾에 한해서만 부종성을 갖는다고 할 것이다.

(2) 수반성

다수설은 전세권이 전세금에 수반한다고 한다. 따라서 전세금에 대한 권리가 양도·상속 등으로 그 동일성을 유지하면서 승계된 때에는, 전세권도 그에 따라서 승계된다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 전세권은 용익물권적 권능도 포함하고 있으므로 통상적인 담보물권과는 다른 점이 있다고 해야 한다.⁵²⁾ 즉 담보물권의 수반성은 전세권에서는 그대로 유지되지 않으며, 수반성이라는 것은 저당권의 경우와 같이 피담보채권의 처분에 전세권이 종속적으로 승계된다는 것이 아니라 전세권과 피담보채권이 일체로서 이전된다는 의미 정도로 수정된다고 보는 것이 타당하다.⁵³⁾

49) 이상태, 전계논문, 32~33면 참조.

50) 지원립, 전계서, 710면은 "전세권은 그 본질에서 용익물권이지만, 그 소멸 후에는 전세금반환채권을 피담보채권으로 하는 담보물권으로 전환된다고 할 것이다."라고 하는데, 이렇게 보면 '담보목적의 전세권'설정을 설명하기 힘들다. 차라리 전세권은 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 갖는데 용익물권적 권능의 소멸 후에 그 담보물권적 권능이 발현한다고 설명하는 것이 타당하다고 본다. 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다35659 판결도 "전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환 시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다"고 하고 있다.

51) 박윤직, 전계서, 468면; 김상용, 전계서, 315면.

52) 이는 민법이 전저당을 인정하지 않는 것(제361조 참조)과 전전세를 인정하는 것(제306조)을 비교해 보아도 알 수 있다. 전세권에 존재하는 인적 색채를 무시할 수 없는 이상 그 용익물권적 권능을 방해할 수는 없기 때문이다.

53) 박순성, 전계논문, 94면.

(3) 불가분성

다수설은 담보물권으로서의 전세권은 피담보채권인 전세금채권의 전액에 관하여 목적물 전부 위에 그 효력을 미친다고 한다. 민법은 유치권에 관하여 규정을 두고(제321조), 이를 질권과 저당권에 준용하고 있으나(제343조, 제355조, 제370조), 전세권도 담보물권인 이상 불가분성은 인정된다고 해석해야 한다는 것이다. 그러므로 예컨대 담보되는 전세금의 일부만이 남아 있는 경우에도 전세권자는 목적물 전부를 경매할 권리를 갖는다고 한다.⁵⁴⁾

이와 관련하여 전세권이 부동산의 일부에 설정된 경우에 부동산 전부에 대하여 경매청구를 할 수 있는가에 관한 논의가 있는데, 판례는 일관하여 전세권의 목적이 아닌 나머지 부분에 대하여 경매신청을 할 수 없다고 하고,⁵⁵⁾ 학설은 담보물권의 불가분성을 이유로 이에 대해 비판적인 견해가 많다.⁵⁶⁾

그런데 불가분성은 담보물권적 권능에 기초한 것이므로 그 범위 내에 한정해서 인정되어야 할 것이다. 예를 들어 전세금 1천만원에 A라는 부동산에 대해 전세권을 설정하였을 경우에 기간 종료 후 전세금을 500만원만 반환하였을 경우 나머지 500만원의 전세금에 기초해서 경매를 신청할 수 있는 것은 목적 부동산 A 전부라고 할 것이며, 이러한 범위 내에서 전세권의 담보물권적 권능에 기초한 불가분성은 의미를 갖는다. 그러나 예를 들어 고층건물의 한 구획에 전세권이 설정된 경우에 전세금의 반환이 지체되었다고 하여 그 건물 전체를 경매에 부칠 수 있다는 것은 부당하다.⁵⁷⁾ 만약 위 사례같은 사정이 있을 경우에는 과잉경매를 이유로 경매개시결정에 대한 이의를 할 수 있다고 할 것이다(민사집행법 제86조, 제124조).⁵⁸⁾ 이 때 과잉경매라는 근거는 전세금이 사용대가라는 성질, 즉 용익물권적 권능에 기초한 것이라고 생각한다.

(4) 물상대위성

54) 박윤직, 전게서, 469면; 이영준, 전게서, 672면.

55) 대법원 1992.3.10. 자 91마256.91마257 결정; 대법원 2001. 7. 2. 자 2001마212 결정 등.

56) 김영희, “건물의 부분전세권자의 경매청구권에 관한 연구”, 「비교사법」 제15권 3호, 2008, 203~213면; 박순성, 전계논문, 105~107면; 이영준, 전게서, 685면.

57) 양창수, 전계논문, 116면.

58) 양창수, 상계논문, 116면; 지원립, 전게서, 726면.

다수설은 전세권에 물상대위성을 인정한다. 따라서 전세권은 본래의 목적물 뿐만 아니라 그 대표물 위에도 효력을 미친다고 한다. 민법은 질권에 관하여 규정을 두고(제342조), 이를 저당권에 준용하고 있으나(제370조), 전세권에 관하여는 전혀 규정하고 있지 않다. 그러나 전세권도 일종의 담보물권인 이상, 당연히 물상대위성은 인정된다고 해석하여야 한다는 것이다.⁵⁹⁾

그러나 담보물권의 하나인 유치권에 물상대위성이 없는 것에서 확인할 수 있는 것처럼, 물상대위성은 담보물권이 목적물의 사용·수익을 목적으로 하는 권리가 아니라 오로지 그 교환가치의 취득을 목적으로 하는 권리, 즉 가치권인 성질로부터 나오는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 용익물권적 권능이 존재하는 동안에는 물상대위가 인정될 여지는 없다고 할 것이고(이 경우에는 민법 제314조, 제315조 등에 의해서 해결될 것이다), 전세권의 용익물권적 권능이 소멸한 후에야 비로소 물상대위가 인정될 수 있다고 할 것이다.

다. 소결

이처럼 전세권도 담보물권적 권능을 보유하는 이상 담보물권의 통유성, 즉 부종성, 수반성, 불가분성, 물상대위성이 어느 정도 인정되기는 하지만, 일반적인 담보물권에서의 논의가 그대로 인정된다고 할 수는 없다. 전세권은 용익물권적 권능과 담보물권적 권능을 모두 지닌다는 점에서 전세권에 대한 담보물권의 통유성의 적용은 전세권의 용익물권적 권능과 조화를 이루는 한도에서만 허용된다고 할 것이다.

III. 전세금 반환채권의 양도가능성

1. 전세금과 전세금반환채권의 성질

59) 박윤직, 전계서, 469면; 이영준, 전계서, 672면.

60) 김중환·김학동, 전계서, 451면.

가. 전세금의 법적 성질

전세금은 전세권자가 전세권설정자에게 교부하는 금전으로 그 액수는 등기사항이며, 전세권이 소멸하는 때에는 다시 그 반환을 받게 된다(제317조, 제318조, 부동산등기법 제139조 제1항). 이러한 전세금은 다음과 같은 성질을 가진다.

(1) 전세권의 용익물권성과 관련된 성질

(가) 사용대가

전세금은 목적부동산의 사용에 대한 대가로서 임대차에 있어서의 차임이나 지상권에 있어서의 지료와 같은 성질을 가진다. 다만 그 지급방법이 특수한 것으로, 전세권자는 전세금을 지급하기 때문에 목적물의 사용에 대한 대가를 별도로 지급할 필요가 없고, 전세금의 이자를 청구할 수도 없다. 즉 사용대와 전세금의 이자는 상계되는 것이다.⁶¹⁾

이는 전세에 있어 가장 본질적인 성질이라고 생각된다. 전세권자 또는 전세권설정자는 전세금이 상당하지 않게 되었을 경우 전세금 증감청구를 할 수 있을 뿐(제312조의 2)이며, 종래 의용민법상 부동산질권에서 특약으로 사용·수익권을 배제하거나 이자를 청구할 수 있고, 부동산에 관한 관리비용 등을 질권설정자에게 부담시킬 수 있는 것(의용민법 제359조 참조)과는 다르다고 할 것이다.⁶²⁾

(나) 보증금

전세금은 보증금의 성질도 가지고 있다. 본래 보증금이라는 것은 민법상 별도의 규정을 두고 있지는 않지만, 관행상 부동산 특히 건물임대차에 부수하여 임차인의 차임 기타의 채무를 담보할 목적으로 임차인으로부터 임대인에게 교부되는 금전이며, 임차인의 채무불이행이 있으면 임대인은 이로부터 우선적

61) 김용한, "전세권의 기능적 분석(2)", 「법조」 제24권 제1호, 법조협회, 1975, 65~66면.

62) 吉田平治郎, 전제논문, 16면에 따르면, 일제시대에 전세계약과 동시에 부동산질권을 설정한 경우에 전세계약을 설정한 자체가 암묵적으로 설정계약으로 의용민법 제356조 이하의 질권의 효력을 배제한 것으로 해석해야 한다고 한다.

으로 변제를 받도록 하는 것이다. 이러한 보증금의 성질에 관하여 통설은 정지조건부 반환채무를 수반하는 금전소유권의 이전이라고 하는데, 전세금 역시 보증금의 일종이라는 것이 통설이다.⁶³⁾

다만 담보되는 채권의 범위에 대해서는 의문의 여지가 있다. 민법 제314조는, 전세권자에게 책임있는 사유로 전세권의 목적물 전부 또는 일부가 멸실한 경우에, 전세금으로써 그 손해의 배상에 충당할 수 있음을 규정한다. 그러나 목적물의 멸실 이외의 경우에 대한 내용은 없으므로 이를 엄격히 해석하면 전세금에 의하여 담보되는 전세권자의 채무는 목적물 멸실의 경우에 한한다는 결과가 된다.

그러나 통설은 목적물 멸실 이외의 사유로 전세권자가 부담하는 손해배상에 대해서도 전세권설정자는 전세금반환채무와 손해배상채권을 상계할 수 있게 될 것이므로 이 또한 담보되는 범위에 포함된다고 한다.⁶⁴⁾ 다만 전세관계에 있어서는 차임이나 지료를 정기적으로 지급하는 일이 없으므로 그 지체로 인한 손해배상채무에 대해서는 그렇지 않다.⁶⁵⁾

이에 대해 최근의 대법원 2008.3.13. 선고 2006다29372,29389 판결은, 월세계약에 대한 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권을 설정한 사안에서, “전세권설정등기를 경료한 후 전세금은 그 성격에 비추어 민법 제315조에 정한 전세권설정자의 전세권자에 대한 손해배상채권 외 다른 채권까지 담보한다고 볼 수 없으므로, 전세권설정자가 전세권자에 대하여 위 손해배상채권 외 다른 채권을 가지고 있더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 가지고 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 전세권저당권자에게 상계 등으로 대항할 수 없다.”라고 하여 위 월세계약에 대한 연체차임, 관리비, 지연배상금 등은 전세금반환채권과 상계할 수 없다고 하였다. 연체차임, 지연배상금 등은 위에서 본 바와 같이 전세의 특징상 전세금이 담보할 수 있는 범위 밖이지만, 관리비는 전세권자가 부담한다(민법 제309조⁶⁶⁾)는 점에서 위 판례의 “관리비”

63) 박윤직, 전계서, 466면.

64) 박윤직, 상계서, 466면; 김형배, 「민법학강의(제7판)」, 신조사, 2008, 664면.

65) 김형배, 상계서, 663면; 지원림, 전계서, 715면.

66) 대법원 1978.1.24. 선고 77도3465 판결은 비록 형사판결이기는 하지만, 채권적 전세권에 있

부분에는 의문이 든다.

(2) 전세권의 담보물권성과 관련된 성질

전세권설정자의 입장에서 보면 그는 그 부동산을 담보로 하여 금전을 융통 받는 것이므로 전세금은 신용의 수수라는 성질도 가진다. 이 경우 전세금은 부동산소유자가 목적물의 사용가치를 담보로 하여 전세권자로부터 얻는 금융으로서의 성질을 가지게 된다. 특히 전세금은 목적부동산의 가격의 6할 내지 8할에 이르는 거액이므로 신용의 수수로서의 측면이 뚜렷해지고, 이 경우 전세권은 부동산질권의 실질을 가진다고 한다.⁶⁷⁾

나. 전세금반환채권의 성질

전세권자는 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하면 전세금의 반환을 청구할 권리를 확정적으로 가지게 된다. 그 전까지 그 권리는 전세금을 전세권자의 채무에 충당하고 남는 것이 있음을 정지조건으로 하는 조건부 권리에 불과하다.⁶⁸⁾ 또 전세금반환채권은 전세권의 담보물권적 권능에 의해 담보되는 피담보채권이다.

2. 전세금반환채권의 양도가능성

가. 문제점

처음에 본 것처럼 민법 제306조, 제307조에 비추어 볼 때 전세권자가 전세권과 전세금반환채권을 함께 양도하는 것은 당연히 가능하다. 문제가 되는 것

어 목적물에 대한 통상의 수선과 관리의무는 전세권자 즉 임차인에게 있음을 명백히 밝히, 이에 관하여 임차권에 관한 민법 제623조가 아니라 전세권에 관한 민법 제309조가 적용됨을 그 전제로 하고 있다(서성, "채권적 전세권에 있어 민법의 통용법조 -목적물에 대한 통상의 관리의무와 관련하여-", 「사법행정」 제20권 제2호, 한국사법행정학회, 1979, 70면).

67) 박윤직, 전제서, 467면.

68) 양창수, 전제논문, 114면.

은 전세권과 전세금반환채권을 '분리하여' 양도할 수 있는가에 관한 것이다. 앞서 본 바와 같이 전세권에 담보물권적 권능이 있는 이상 '전세권과 피담보채권이 일체로서 이전된다는 의미'에서의 수반성이 있다. 그러나 한 편으로 전세금반환채권은 장래채권의 일종으로서, 전세권자의 투하자본 회수를 위한 수단으로 그 처분의 자유를 보장해 줄 필요도 있다. 따라서 이를 전세권과 분리하여 이전할 수 있는지 문제되는 것이다.

나. 학설의 대립

(1) 분리양도 부정설

1984년의 민법개정으로 전세권이 용익물권인 동시에 담보물권으로 구성되기 때문에 담보물권의 수반성과의 관계에서 전세금반환채권만의 양도는 부정되어야 한다고 한다.⁶⁹⁾ 전세권이 비록 목적부동산에 대한 사용·수익을 그 본원적 권리내용으로 하는 용익물권이고 담보물권적 효력은 전세금반환채권의 확보를 위한 것이라고 하더라도 담보물권으로서의 성질을 무시할 수는 없으며, 담보권자가 피담보채권의 변제를 위하여 경매청구권과 우선변제권을 가지는 것이 담보물권의 본질적인 특성이므로 담보물권이 존속하고 있음에도 불구하고 피담보채권만을 처분할 수 있다는 것은 담보물권의 본질에 반한다는 점에 비추어, 담보물권적 성격을 가지고 있는 전세권과 분리하여 전세금반환채권만을 양도하는 것은 허용될 수 없다는 것이다.⁷⁰⁾

(2) 분리양도 긍정설

우선 전세권의 본질을 용익물권으로 보는 견해는 전세금반환채권의 양도를 긍정하는데, 전세금은 전세권의 요소가 아니라는 점 및 조건부 권리로서의 전세금반환채권이 양도된다고 해서 전세권 그 자체에는 영향이 없고 부동산소유자의 법적 지위에도 아무런 불이익을 주지 않는다(그는 전세권 소멸 전에

69) 박윤직, 전거서, 468면.

70) 최우식, "전세권과 분리된 전세금반환채권의 양도", 「재판과 판례」 제7집, 대구판례연구회, 1998, 189~190면.

는 조건의 불성취를 항변할 수 있고, 소멸 후에는 그의 채권의 만족을 전세금으로부터 얻고, 또 목적물의 반환을 받을 때까지 전세금의 반환을 거절할 수 있다)는 점을 근거로 한다. 우선변제권이나 경매청구권은 전세권이 소멸한 후에 확정되는 전세금반환채권의 만족을 위하여 존재하는 것이므로, 그와 같은 전세금반환채권을 취득하는 자가 이에 부수하여 그것들을 가지다고 새기면 족하다는 것이다.⁷¹⁾

전세권의 담보물권성을 긍정하면서 전세금반환채권의 분리양도를 긍정하는 견해도 있다. 이 견해는 전세권의 담보물권적 효력은 전세금의 반환을 위한 것일 뿐이고, 담보물권적 효력은 이 목적을 위하여 필요한 범위에서만 인정하면 족하므로, 전세금반환채권의 양도를 부정하는 것으로 해석할 필요가 없다고 한다.⁷²⁾

다. 판례

초기의 판례⁷³⁾는 “전세권자는 전세권이 존속하는 한 전세권과 분리하여 전세금반환청구권만을 양도하여도 전세권의 요소가 되는 전세금에 관한 반환청구권은 이전되지 않는다”는 입장으로 일관하였다. 이와 달리 대법원 1969.12.23. 선고 69다1745 판결을 들어 대법원이 전세금반환채권의 분리양도를 허용하고 있다고 설명하는 입장⁷⁴⁾도 있는데, 이 판결은 담보물권성을 가지는 전세권에 관한 사안이 아니라 채권적 전세에 관한 사안이므로 적합하지 않은 소개라고 본다.⁷⁵⁾

그 후 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다29790 판결⁷⁶⁾은 “전세권이 담보물권적

71) 양창수, 전계논문, 114~115면.

72) 김증한·김학동, 전계서, 423면 각주 9번.

73) 대법원 1966. 6. 28. 선고 66다771 판결; 대법원 1966. 7. 5. 선고 66다850 판결 등.

74) 박윤직, 전계서, 468면; 양창수, 전계논문, 114면.

75) 박윤직 편/박병대 집필, 전계서, 209면 각주 10번. 이 판례는 한편, 채권적 전세에 관해 민법 제317조에 의하여 판단하면서 본건에 있어서는 전세권 설정등기가 없으므로, 전세목적물인 가옥의 명도만으로서 전세금의 반환을 청구할 수 있다고 하고 있는데, 채권적 전세에 대해 임대차 규정이 아닌 전세권 규정을 준용하여 판단하고 있는 판례라는 점에서도 그 의의가 있다고 생각한다.

76) 전세권자인 소외인 甲이 전세권의 존속기간이 만료된 후 전세금반환채권을 원고 A에게 양

성격도 가지는 이상 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, 채권 담보라고 하는 담보물권 제도의 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 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.”라고 하면서 “이와 같은 취지에서 원심이 결과적으로 이 사건 전세권이 존속기간의 만료로 소멸된 후 이 사건 전세금반환채권만이 양도된 것에 대하여 채권양도의 효력을 인정한 것은 정당”하다고 판시하였다.

그 후 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다69122 판결⁷⁷⁾은 “전세권은 전세금을

도하고 확정일자 있는 증서로 전세권 설정자인 피고 B에게 이를 통지하였으나 전세권 이전의 부기등기는 경료하지 아니하였다. 그 후 소외인 甲은 전세목적물을 피고 B에게 반환하고 전세권설정등기를 말소하였다. 원고 A는 전세금 반환채권의 양수인으로서 피고 B에 대하여 전세금의 지급을 구하는 소송을 제기하자 원심은 소외인 甲의 피고 B에 대한 전세금반환채권이 원고 A에게 양도되었다고 보고 A의 청구를 인용하였다. 이에 B는 전세권과 분리된 전세금반환채권만의 양도는 무효라고 주장하면서 상고한 사안이다(소제선, “전세권과 분리된 전세금반환채권만의 양도”, 『Jurist』 제410호, 2006, 388면). 다만 이 판결을 보면 참조판례로 위 채권적 전세에 관한 대법원 1969. 12. 23. 선고 69다1745 판결을 들고 있는데, 이는 의문이다.

- 77) 전세권자 A는 전세권이 목시적 갱신을 통해 존속하고 있는 중인 1998. 3. 30. B에게 전세금 반환채권을 양도하고 이를 전세권설정자인 피고 B에게 통지하였다. 그 후 A의 채권자인 원고 甲이 위 전세금반환채권의 양도를 통정허위표시라고 주장하자 B는 1999. 3. 31. 위 전세금반환채권을 다시 A에게 양도하였고, 이를 B에게 통지하였다. 그런데 A의 채권자 원고 甲은 A를 상대로 어음금 등의 청구소송을 제기하고 그 판결에 기하여 1999. 8. 11. A의 피고 B에 대한 전세금반환채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받았다. 이 채권압류 및 전부명령에는 A가 B에게 양도하였다가, 다시 양도받은 전세금반환채권이 전부명령의 대상으로 기재되어 있었다. 한편 A의 다른 채권자들은 1998. 4. 3.부터 1998. 11. 30. 사이에 A의 피고 B에 대한 전세금반환채권에 대하여 16건의 전세권부채권가압류 결정을 받았다. 여기서 원고 甲이 A의 전세금반환채권을 적법하게 전부받았음을 이유로 피고 B에게 그 지급을 요구하자 피고 B와 그 보조참가인인 기타 채권자들은, A가 B에게 양도한 채권은 전세금반환채권인데 전세금반환채권은 그 전세권과 분리하여 양도할 수 없으므로 양도행위는

지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있도록 되어 있으므로 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 조건부채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다.”라고 하면서 “전세금반환채권을 양도할 당시 피고들과 사이에 위의 전세권설정계약을 합의해지하였다거나 전세권을 소멸시키기로 합의하였다고 볼 아무런 증거가 없으므로 소의 회사가 전세권이 존속하는 동안에 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 양도한 것은 무효라고 판단한 것은 위의 법리에 따른 것으로서 정당”하다고 하였다.

이러한 판례들의 내용을 통해 대법원의 입장⁷⁸⁾을 정리해 보면 다음과 같다: ① 전세권이 존속하는 동안 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도할 수는 없다; ② 전세권 존속 중에 전세금 반환채권의 양도는 장래 그 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이다; ③ 전세권이 기간만료 등으로 소멸한 후 전세권의 이전 없이 전세금반환채권만이 양도된 경우에 채권양수인은 무담보의 채권을 양수한 것이 된다.

라. 검토 및 소결

전세권의 용익물권적 권능과 전세권자의 투하자본 회수라는 측면에서 볼

무효이고, 이에 기초한 전부명령도 무효라고 하면서 그 지급을 거절한 사안이다(남효순, “용익기간 중의 전세금반환채권의 분리양도 - 대판 2002. 8. 23. 2001다69122(공 2002, 2196) -”, 「민사법학」 제43~1호, 한국민사법학회, 2008, 45~46면 참고).

78) 대법원은 지금까지 이에 관한 전원합의체 판결을 내놓은 바 없으므로 판례의 태도에 변경이 있다고 볼 수는 없을 것이다(법원조직법 제7조 제1항 3호 참조).

때에, 그 담보물권적 권능을 방해하지 않는 한도에서는 전세금반환채권의 양도를 부정할 이유가 없다고 생각한다. 즉 채권양도 일반의 법리에 따라 전세금반환채권은 채권의 특징이 가능하고 장래 확정될 것이 분명한 조건부채권이므로 그 양도성을 인정해야 할 것이다.⁷⁹⁾ 분리양도 부정설은 담보물권이 존속하고 있음에도 불구하고 피담보채권만을 처분할 수 있다는 것은 담보물권의 본질에 반한다는 것을 근거로 하는데, 예컨대 저당권은 순수한 가치권이므로 '피담보채권이 없는 저당권'이라는 것은 무의미하지만, 전세권은 용익물권적 성격을 겸하고 있으므로 전세금반환채권을 양도해도 전세권의 용익물권적 권능이 여전히 남아 있을 수 있다는 점에서 타당하지 않다. 따라서 전세권 존속 중에도 전세금반환채권의 양도는 가능하다고 할 것이다.

다만 이 경우 전세권의 용익물권적 권능에 따른 등기와 담보물권적 권능에 따른 등기를 구분하여 행할 수 있는 방법은 없으므로, 전세금반환채권의 양수인은 만약 전세권부채권을 양수한 것이라도 해도 용익물권적 권능을 포함한 전세권 자체를 양수한 것이 아닌 이상 이를 등기할 수는 없다고 해야 한다. 따라서 전세금반환채권의 양도인인 전세권자의 용익물권적 권능이 소멸한 이후에만 전세권 등기를 이전받을 수 있다고 할 것이다.

이 경우 전세권의 본질에 관한 용익물권설의 입장에서, 우선변제권이나 경매청구권은 전세권이 소멸한 후에 확정되는 전세금반환채권의 만족을 위하여 존재하는 것이므로, 그와 같은 전세금반환채권을 취득하는 자가 이에 부수하여 그것들을 가진다고 하기도 한다.⁸⁰⁾ 그러나 전세권등기를 이전받기 전까지는 제3자에 대한 관계에서는 일반채권자의 지위에 있을 뿐 우선변제권이나 경매청구권까지 인정받을 수는 없다고 생각한다. 이는 전세권의 담보물권적 권능에 기초하여 인정되는 것인데 등기 없이 이를 공시할 수는 없기 때문이다. 이런 점에서 전세권과 피담보채권이 일체로서 이전된다는 의미에서의 전세권의 수반성은 그 의미를 가진다. 따라서 전세금반환채권을 양수한 자가 전세권 등기를 이전받기 전에 전세권자가 전세권을 제3자에게 양도하고 등기이전까지

79) 박준서 편/서민 집필, 「주석민법채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2000, 521~524면 참조.

80) 양창수, 전제논문, 114~115면.

마친 경우에 전세금반환채권의 양수인은 제3자에게 대항할 수 없고, 전세금반환청구를 할 수 있는 자는 그 제3자라고 할 것이다.⁸¹⁾

판례도 비록 “전세권의 존속기간 중에는 전세금반환채권의 확정적인 양도는 무효이다”라는 논리에 의해 사안들을 판단하고 있지만, 결론에 있어서는 같은 태도라고 생각된다. 우선 초기의 판례인 대법원 1966. 7. 5. 선고 66다850 판결의 사안을 보면, 전세권자 A가 전세권 존속기간 중 B에게 채권양도 절차를 거쳐 전세금반환채권을 양도하였지만 C에게는 전세권을 양도하면서 이전등기를 해 준 경우이다. 이 때 B에 대해 전세금반환채권이 이전되지 않고 C에게 이전하였다고 판시한 것⁸²⁾으로, 결론에 있어서는 위에서 본 내용과 동일한 태도이다.

다음으로 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다29790 판결을 보면, 전세권자 甲이 전세권의 존속기간이 만료된 후 전세금반환채권을 A에게 양도하고 확정일자 있는 증서로 전세권설정자인 B에게 이를 통지하였으나 등기의 이전은 하지 않은 상태에서 A가 B에게 전세금반환을 청구한 사안이다. 이 경우 전세권의 용익물권적 권능은 소멸하였으므로 A는 전세권이전등기를 받을 수 있었지만, 전세권이전등기를 받지 못했다 하더라도 A는 (전세권부채권이 아닌) 일반채권자로서 전세금반환을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 다만 이 경우 A는 일반채권자의 지위에 있을 뿐이므로 우선변제권이나 경매청구권까지 인정받을 수는 없다고 보아야 할 것이다.

그리고 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다69122 판결은 전세권 존속기간 중 전세권자 A가 전세권 이전등기 없이 B에게 전세금반환채권을 양도한 경우에 B에게 양도된 전세금반환채권과 다시 A에게 양도된 전세금반환채권에 대한 A의 채권자 甲의 압류·전부명령을 무효라고 한 사례이다. 우선 이 사례에서 B에게 양도된 장래의 조건부 권리(손해배상금의 공제-민법 제315조 제2항-라는 조건⁸³⁾)로서의 전세금반환채권에 대한 전부명령은 甲이 B에 대한 채권자가

81) 지원림·제철용, 「민법연습」, 홍문사, 2006. 390면은 전세금반환채권의 양도는 전세권이 소멸한 시점에 양도인에게 전세금반환채권이 성립할 것을 조건으로 하여 이전되는 것으로 전세권 소멸 전에 전세권을 제3자에게 이전하면 전세권 소멸시 전세금반환채권을 취득하는 자는 전세권양수인이며, 전세금반환채권의 양도인은 전세권이 소멸하는 시점에 전세금반환채권을 가질 수 없다는 것을 이유로 하는데, 결론은 같다.

82) 박윤직, 「판례교재 물권법」, 법문사, 1973. 452~453면 참조.

아니므로 무효인 압류명령에 기초한 것으로서 무효이다.⁸⁴⁾ 또 A에게 다시 양도된 전세금반환채권에 대한 전부명령은, 전세권부채권에 대한 전부명령으로서는 A의 용익물권적 권능이 존재하는 이상 담보물권으로서의 전세권의 이전은 허용될 수 없고, 일반채권에 대한 전부명령으로서는 압류의 경합이 있는 채권에 대한 전부명령으로서 무효⁸⁵⁾라고 한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

IV. 결 언

현행 민법상 물권으로서의 전세권의 본질에 대해서는 용익물권설, 담보물권설 등의 학설 대립이 있다. 그러나 전세권이 용익물권적 권능과 담보물권적 권능 중 어느 하나의 권능만을 갖는다고 할 수는 없으며, 전세권은 이 두 가지 성질을 모두 갖는 물권으로서 우리나라에 특유한 물권이라고 할 수 있다. 여기서 전세권도 담보물권적 권능을 보유하는 이상 담보물권의 통유성이 어느 정도 인정되기는 하지만, 일반적인 담보물권에서의 통유성이 그대로 인정된다고 할 수는 없다. 전세권은 용익물권적 권능도 갖고 있기 때문이다. 따라서 전세권에 대한 담보물권의 통유성의 인정은 전세권의 용익물권적 권능과 조화를 이루는 한도에서만 허용된다고 할 것이다.

이러한 점에서 볼 때에 전세권에 있어서 담보물권의 수반성은, 저당권의 경우와 같이 피담보채권의 처분에 전세권이 종속적으로 승계된다는 의미라고 할 수는 없으며, 전세권과 피담보채권은 일체로서 이전해야 한다는 의미 정도로 이해할 수 있다. 다만 전세권의 수반성으로 인해 전세권과 전세금반환채권의 분리양도가 전혀 불가능한 것이라고 보기는 힘들고, 원칙적으로 전세권이 존속하고 있는 중에도 전세금반환채권의 양도는 가능하다고 할 것이다. 그러나 이 경우 전세권의 용익물권적 권능에 따른 등기와 담보물권적 권능에 따

83) 임차보증금에 관한 사안이지만, 임차보증금을 피전부채권으로 하여 전부명령이 있는 경우에도 채불입료 등에 대한 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관해서만 유효하다는 판결로 대법원 1988.1.19. 선고 87다카1315 판결 참조.

84) 이시윤, 「신민사집행법(제3판)」, 박영사, 2006, 362면 및 388면 참조.

85) 이시윤, 상계서, 391면.

른 등기를 구분하여 행할 수 있는 방법은 없으므로, 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 전에는 전세권의 이전을 등기할 수 없고, 이러한 점에서 전세권의 수반성은 그 의미를 가진다. 따라서 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 전의 전세금반환채권의 양수인은 비록 전세권부채권을 양수한 것이라도 해도 이를 등기할 수는 없게 되고, 전세권등기를 이전받기 전까지 제3자에 대한 관계에서는 일반채권자의 지위에 있을 뿐 우선변제권이나 경매청구권까지 인정받을 수는 없다고 할 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 강태성, 「물권법(신판)」, 대명출판사, 2004.
고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.
곽윤직, 「물권법」, 박영사, 1963.
곽윤직, 「물권법(재판정판)」, 박영사, 1985.
곽윤직, 「물권법(신정판)」, 박영사, 1992.
곽윤직, 「판례교재 물권법」, 법문사, 1973.
곽윤직 편, 「민법주해<VI>」, 박영사, 1992.
김기선, 「한국물권법(전정판)」, 법문사, 1985.
김상용, 「부동산담보법(개정판)」, 법원사, 1996.
김중한, 「신물권법(하권)」, 법문사, 1961.
김중한·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1997.
김형배, 「민법학강의(제7판)」, 신조사, 2008.
명순구, 「실록 대한민국 민법2」, 법문사, 2010.
민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 「민법안심의록 상권」, 1957.
박준서 편, 「주석민법물권(3)」, 한국사법행정학회, 2001.
박준서 편, 「주석민법채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2000.
윤대성, 「한국전세권법연구」, 삼지원, 1988.

- 이시윤, 「신민사집행법(제3판)」, 박영사, 2006.
- 이영준, 「물권법(신정판)」, 박영사, 2001.
- 이은영, 「물권법(개정신판)」, 박영사, 2002.
- 장경학, 「신물권법각론(상권)」, 서울고시학회, 1959.
- 정금식, 「국역 관습조사보고서」, 한국법제연구원, 1992.
- 지원립, 「민법강의(제9판)」, 홍문사, 2011.
- 지원립·제철용, 「민법연습」, 홍문사, 2006.
- 김영희, “건물의 부분전세권자의 경매청구권에 관한 연구”, 「비교사법」 제15권 3호, 2008.
- 김용한, “전세권의 기능적 분석(1)”, 「법조」 제23권 제12호, 법조협회, 1974.
- 김용한, “전세권의 기능적 분석(2)”, 「법조」 제24권 제1호, 법조협회, 1975.
- 남효순, “용익기간 중의 전세금반환채권의 분리양도 -대판 2002. 8. 23, 2001다 69122(공 2002, 2196) -”, 「민사법학」 제43~1호, 한국민사법학회, 2008.
- 서성, “채권적 전세권에 있어 민법의 통용법조 -목적물에 대한 통상의 관리의 무와 관련하여-”, 「사법행정」 제20권 제2호, 한국사법행정학회, 1979.
- 소재선, “전세권과 분리된 전세금반환채권만의 양도”, 「Jurist」 제410호, 2006.
- 양창수, “전세권”, 「고시계」 1992년 3월호(통권 제421호), 1992.
- 윤대성, “전세권과 전권과의 비교연구”, 「성균관법학」 제19권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.
- 윤대성, “전세권의 비교법사적 고찰 -만주국민법전의 전권이 전세권에 미친 영향-”, 「재산법연구」 제5권 제1호, 한국재산법학회, 1988.
- 이상태, “전세권 소멸의 의미”, 「고시연구」 1999년 6월호(통권 제303호), 1999.
- 최우식, “전세권과 분리된 전세금반환채권의 양도”, 「재판과 판례」 제7집, 대구판례연구회, 1998.
- 박순성, “전세권에 관한 판례의 동향과 전망 -전세권의 담보물권성을 중심으로-”, 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당송상현선생화갑기념논문집)」, 박영사, 2002.

윤대성, “전세권담보물권론 -미등기전세와 파산관계-”, 「현대민사법연구(일현 최병욱교수 정년기념논문집)」, 법문사, 2002.

제26회 국회정기회의속기록 제29호, 국회사무처, 1957. 11. 5.

제26회 국회정기회의속기록 제30호, 국회사무처, 1957. 11. 6.

중앙일보, “전세 보증금 떼이지 않으려면”, 2010년 10월 25일, E14면 기사

[외국문헌]

石田文次郎·村教三, 「滿洲民法(物權)」, 有斐閣, 1942.

鄭玉波 著/黃宗樂 수정, 「民法物權(修正十五版)」, 三民書局, 2008.

吉田平治郎, “朝鮮に於ける慣習と民事法規との關係”, 「朝鮮司法協會雜誌」, 第2卷 第4號, 朝鮮司法協會, 1923.

京城帝國大學社會調查部法律學班, “傳貰慣行の實證的研究 1”, 「司法協會雜誌」, 第23卷 第4號, 朝鮮司法協會, 1944.

京城帝國大學社會調查部法律學班, “傳貰慣行の實證的研究 2”, 「司法協會雜誌」, 第23卷 第5號, 朝鮮司法協會, 1944.

京城帝國大學社會調查部法律學班, “傳貰慣行の實證的研究 3”, 「司法協會雜誌」, 第23卷 第7號, 朝鮮司法協會, 1944.

[Abstract]

**The Nature of the the right to registered lease on deposit basis
and the Assignment of claim of deposit money for the lease**

Lee, Hong-Min

Researcher, Legal Research Institute of Korea University

The right to registered lease on deposit basis system, stipulated in the

current Civil Code, is not to hold house in pledge but to create the real right with a view to enhance the usufruct of house lease system that has been prevalent from the late Joseon Dynasty. With the legalization of the system that has involved pledge or mortgage since the Japanese occupation period, however, there has been no gainsaying the nature of mortgage in addition to its original purposes, *i.e.*, rental and profit making. Hereat, the security right has been considerably restricted due to usufruct, and besides, the restriction is applied even to the common traits of the right of hypothecation such as appendant nature, contingency and inseparability.

Considering that the right to registered lease on deposit basis is based on usufruct, it may be reasonable not to accept the separate transfer of security deposit withdrawal obligation by reason of the appendant nature of the right of hypothecation. Accordingly, it may be possible to transfer the security deposit withdrawal obligation even while the right to lease on a deposit basis subsists. But in this case, usufruct is still valid, wherefore the right to lease on a deposit basis cannot be completely transferred until usufruct becomes ineffective. Thus, the transferee of security deposit withdrawal obligation may not register it though it includes the right to lease on a deposit basis, and additionally the transferee is in a position of a common creditor as to the third party, and moreover cannot exercise seniority and the claim for auction until the registration of the right to lease on a deposit basis is transferred.

Key Words : right to registered lease on deposit basis, natures of a usufructuary right, natures of real rights guaranteed by security, deposit money, claim of deposit money for the lease.

