

〈논문〉

용익기간 중 전세물의 양도와 傳賃金返還義務의 이전 여부*

- 物權 및 物權의 請求權 개념에 대한 새로운 이해의 단초 -

南 孝 淳**

요 약

용익기간 중 전세물의 양도와 그에 따른 傳賃金返還義務의 이전 여부에 대하여는 현재 전세금반환의무불이전설(승계부정설)과 전세금반환의무이전설(승계긍정설)이 대립하고 있다. 판례는 후자의 입장을 취하고 있다. 판례에 의하면, 용익기간 중 전세물이 양도되면, 傳賃金返還義務는 전세물의 신소유자에게 이전된다. 그런데 용익기간 중 전세물이 양도되면, 전세물의 소유권을 상실한 구소유자가 전세금을 보유하고 있는 반면, 자신의 소유물에 대하여 사용·수익권을 제한받고 있는 신소유자는 전세금을 수령한 적이 없다는 변화에 직면하게 된다. 따라서 傳賃金返還義務의 이전 여부는 이러한 변화를 어떻게 법률적으로 설명할 것인가 하는 문제라고 할 것이다. 이 문제는 민법이 규율하고 있는 전세금에 관한 법률관계에 좇아 해결되어야 할 문제이다. 또 이 문제는 현재 학설과 판례에 의하여 확립된 법리 즉, 전세금은 傳賃權의 요소라는 법리와의 관계에서도 검토되어야 할 문제이다. 한편 전세물의 양도(대표적으로 매매) 시에는 매매의 목적이 傳賃權의 제한을 받고 있다는 사실을 참작하여, 많은 경우 매매대금에서 전세금상당액의 공제가 이루어진다. 이 경우 전세금상당액의 공제는 전세물의 신소유자에게 전세금을 교부하는 실질적인 의미를 갖는다. 이처럼 전세물의 양도에 따른 傳賃金返還義務의 이전의 문제는 단순히 물권법상의 문제가 아니라, 매매라는 계약법(채권법)의 관점에서도 검토되어야 할 문제이다.

용익기간 중 전세물이 양도되면, 누가 傳賃金返還義務의 주체가 되는가 하는 문제는 그 밖에 아주 어려운 물권법상의 법적 쟁점들과 연계되어 있다. 예를 들면, 전세금 관계를 포함하여 권리의무관계를 내용으로 하는 전세권관계는 채권관계인가 아니면 물권관계인가, 지배권으로서의 傳賃權과 권리의무관계로서의 전세권관계는 어떠한 법적 관계에 있는가, 전세권관계를 채권관계라고 한다면 어떠한 법리에 의하여 전세권관계는 신소유자에게 이전이 되는가 하는 것 등과 같은 중요한 법적 쟁점들과 연계되어 있다. 이러한 쟁점들은 물권 전반에서 제기되고 있는 쟁점들이다. 이 논문에서는 이상의 쟁점들을 논의하면서, 용익기간 중의 傳賃金返還義務의 이전 여부에 대한 쟁점을 검토하고자 한다.

주제어: 傳賃金返還義務의 이전, 전세물의 양도, 전세금반환의무불이전설(승계부정설), 전세금반환의무이전설(승계긍정설), 매도인의 담보책임

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 교수.

I. 서론

(i) 전세금에 관한 법률관계(이하 “전세금관계”라고 한다)와 관련하여 현재 여러 가지 쟁점이 제기되고 있다. 그 중 중요한 쟁점으로, 다음 두 가지를 들 수 있다.¹⁾ 첫째, 傳貰金返還義務에 관한 쟁점으로, 전세물에 대한 소유권의 양도(이하 “전세물의 양도”라고 한다. 그리고 양도로서 매매를 상정한다)가 있을 경우, 傳貰金返還義務는 전세물의 신소유자에게 이전되는가 하는 쟁점이 있다. 둘째, 傳貰金返還請求權에 관한 것으로서, 傳貰金返還請求權을 傳貰權과 분리하여 양도하는 것이 허용되는가 하는 쟁점이 있다. 이 두 쟁점은 모두 전세금관계의 법적 성격을 규명하는 데에 결정적인 쟁점이 된다고 할 수 있다. 이 글에서는 傳貰金返還義務와 관련하여 용익기간 중 전세물의 양도에 따른 傳貰金返還義務의 이전 여부의 쟁점을 다루고자 한다.

(ii) 현재 전세물의 양도에 따른 傳貰金返還義務의 이전 여부의 쟁점에 관한 학설과 판례의 상황은 다음과 같다. 첫째, 용익기간 중 전세물이 양도된 경우와 관련하여서는, 학설은 전세금반환의무불이전설(승계부정설)과 전세금반환의무이전설(승계긍정설)이 대립하고 있다. 판례는 후자의 입장을 취하고 있다. 즉, 판례에 의하면, 용익기간 중 전세물이 양도되면, 傳貰金返還義務는 전세물의 신소유자에게 이전된다.²⁾ 둘째, 용익기간이 종료된 후 전세물이 양도된 경우에 대하여는, 학설상 특별한 논쟁이 없다. 특별한 논쟁이 없다는 것은 傳貰金返還義務는 신소유자에게 이전되지 않는 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.³⁾

(iii) 한편 傳貰金返還義務의 이전의 쟁점과 함께 전세금관계의 법적 성격을 규

1) 그 밖에 傳貰金返還請求權의 양도에는 債權讓渡의 대항요건이 필요한가 하는 등의 쟁점이 있다. 판례는 용익기간의 종료 후에는 傳貰金返還債權의 양도는 채권양도의 절차(대항요건)가 필요하다고 한다(大判 2005. 3. 25, 2003다35659, 公 2005, 644). 그러나 용익기간 중 傳貰權의 양도에 포함되어 양도될 수밖에 없는 傳貰金返還請求權의 양도에 대하여는 대항요건이 필요한지에 대하여는 특별한 논의가 없고 또 判例도 없다. 용익기간 중의 傳貰金返還請求權의 양도에는 별도의 양도절차(대항요건)가 필요하지 않는 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

2) 大判 2000. 6. 9, 99다15122(公 2000, 1610); 大判 2006. 5. 11, 2006다6072(公 2006. 10. 16)

3) 이를 명시적으로 언급하고 있는 견해로는, 李相泰, “傳貰目的物の 讓渡와 傳貰金返還義務”, 民事判例研究(博英社, 2000)(이하 李相泰), 210-211 참조.

명함에 있어 중요한 의미를 갖는 傳賃金返還債權의 양도의 쟁점에 관한 학설과 판례의 상황은 다음과 같다. 첫째, 용익기간 중 傳賃金返還債權의 분리양도에 대하여는 분리양도긍정설(전세금존속요건부정설)과 분리양도부정설(전세금존속요건긍정설)이 대립하고 있다.⁴⁾ 판례는 분리양도부정설을 취하고 있다.⁵⁾ 둘째, 용익기간 종료 후의 傳賃金返還債權의 분리양도에 대하여, 통설은 이를 인정하고 있다.⁶⁾ 판례도 분리양도를 허용하고 있다.⁷⁾

(iv) 이상의 전세금관계에 관한 판례의 입장을 분석하면, 흥미로운 사실을 발견할 수 있다. 그것은 전세금관계에 대한 법적 규율이 용익기간이 종료되지 않았느냐 아니면 종료되었느냐 따라 전혀 다르다는 것이다. 첫째, 용익기간 종료 후에는, 傳賃金返還請求權은 傳賃權으로부터 분리하여 양도하는 것이 가능하고, 傳賃金返還義務는 전세물의 양도가 있더라도 신소유자에게 이전되지 않는다. 이는 저당권의 규율에서, 저당권부채권의 분리양도가 허용되고 또 저당물의 양도가 있더라도 저당채무가 저당물의 신소유자에게 이전되지 않는 법적 상황과 완전히 동일하다고 할 수 있다. 둘째, 이에 반하여 용익기간 중에는 傳賃金返還請求權과 傳賃金返還義務의 규율은 전혀 반대의 상황에 놓여 있다고 할 수 있다. 즉, 傳賃金返還請求權은 傳賃權으로부터 분리하여 양도할 수 없고, 傳賃金返還義務는 전세물의 양도와 함께 신소유자에게 이전된다. 이상 두 가지 사실은 현재 판례가 용익기간 종료 후에는 傳賃權에 담보물권성만을 인정하는 반면, 용익기간 중에는 傳賃權에 담보물권성과 더불어 용익물권성도 함께 인정하고 있는 점 그리고 전세금을 傳賃權의 성립요건과 존속요건으로 보고 있는 점과 밀접한 관련이 있음은 충분히 짐작할 수 있다고 할 것이다.

(v) 용익기간 중 전세물이 양도되면 傳賃金返還義務의 주체는 누가 되는가 하는 쟁점을 검토하는 과정에서 우리는 그와 동시에 또는 그에 앞서 해결되어야

4) 상세한 것은 南孝淳, “전세금과 傳賃權의 관계-傳賃權 요소의 법적 의미와 傳賃權의 법적 성질-”, 서울大學校 法學(서울대학교 법학연구소, 2008/9)(이하 南孝淳), 189-194 참조. 또 필자는 2008. 9. 20(토)에 있었던 2008년도 제3회 한국민사법학회 민사판례연구회에서, “용익기간 중의 傳賃金返還債權의 분리양도 - 大判 2002. 8. 23, 2001다69122(公 2002, 2196) -”라는 주제로 용익기간 중의 傳賃金返還債權의 분리양도의 문제를 발표하였다. 발표한 글은 2008년도 한국민사법학회의 학회지인 民事法學 第43호에 게재될 예정이다.

5) 大判 2002. 8. 23, 2001다69122(公 2002, 2196).

6) 상세한 것은 南孝淳, 195-200 참조.

7) 大判 1997. 11. 25, 97다29790(公 1998, 49).

할 또 다른 많은 쟁점들과 마주치게 된다. 예를 들면, 지배권으로서의 傳貰權과 전세금관계도 그 속에 포함되는 전세권관계와는 어떠한 관계에 있는가? 전세물이 양도되면 전세권관계는 신소유자에게 이전되는가?(달리 말하면, 전세권설정자의 지위가 신소유자에게 이전되는가?) 권리의무관계로서의 전세권관계는 채권관계인가 아니면 물권관계인가? 전세권관계를 채권관계라고 하는 경우 어떠한 법적 과정을 통하여 전세권관계는 신소유자에게 이전되는가? 만일 아무런 법적 과정을 거치지 않고 전세권관계가 신소유자에게 이전된다면, 전세권관계를 과연 채권관계라고 부를 수 있는가? 등과 같이 지극히 어려운 쟁점들에 부딪치게 된다. 물론 이러한 쟁점들은 비단 傳貰權에 한하여 발생하는 것이 아니고, 물권 전반에 대하여 제기될 수 있는 쟁점들이다. 즉, 이상의 쟁점들은 궁극적으로 기존의 물권이론에 제기되는 쟁점이라고 할 것이다. 이상의 쟁점들 중 일부에 대하여, 현재 판례는 판단을 내리고 있을 뿐이고, 이 판단은 더 근본적인 의문을 낳고 있기도 하다. 이 글에서는 용익기간 중의 傳貰金返還義務의 이전에 관한 쟁점을 검토하는 과정에서 필요한 범위 내에서 이상의 쟁점들을 검토하고 또 이러한 검토를 기초로 하여 물권 및 物權의請求權 개념에 대한 새로운 이해를 위한 단초를 언급하고자 한다.

II. 용익기간 중 전세물의 양도에 따른 물권법상의 법적 쟁점

용익기간 중 전세물의 양도에 따른 傳貰金返還義務의 이전 여부를 논의하기 위해서는 그 전에 먼저 민법상 전세금관계에 관한 규율이 어떻게 이루어지고 있는가를 검토할 필요가 있다. 傳貰金返還義務는 민법상의 전세금관계의 일부를 구성하고 있기 때문이다. 따라서 우선 傳貰金返還義務가 이전이 된다면, 전세금관계에 어떠한 변화가 초래되는지의 여부를 규명하여야 한다. 만일 새로운 변화가 초래된다면, 그것이 민법이 예정하고 있는 전세금관계 내에서 허용되는 것인지도 규명되어야 한다. 그 결과에 따라 傳貰金返還義務의 이전 여부가 결정될 수밖에 없다고 할 것이다. 한편 전세금은 傳貰權의 요소라고 한다. 따라서 傳貰金返還義務의 이전 여부는 이러한 관점에서도 검토되어야 할 것이다. 요컨대 전세물의 양도시 傳貰金返還義務의 이전 여부는 전세금관계 및 전세금은 傳貰權의 요소라는 傳貰權의 전체적인 맥락 속에서 검토되어야 한다고 할 것이다.

1. 傳賃金返還義務의 이전과 전세금관계

(i) 전세물이 양도되더라도, 傳賃權이 존속하는 한, 전세금의 법률관계도 민법이 예정하고 있는 바대로 존속되어야 한다. 이것이 물권법정주의가 요구하는 바이다. 전세물이 양도되더라도, 전세권자는 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 지급하여야 한다는 것과 또 전세물의 신소유자는 그 대가를 지급받아야 한다는 것은 변할 수 없는 전세금관계의 핵심이다. 그런데 전세물의 양도가 되더라도, 변함없는 사실이 있다. 그것은 전세권자는 전세물의 사용·수익의 대가를 지급하기 위하여, 이미 전세금을 지급하였다는 사실이다. 결국 전세물의 양도가 있으면, 전세금을 수령한 자와 전세금의 이자로 전세물의 사용·수익의 대가를 받아야 할 자가 분리된다는 변화가 초래된다. 즉, 더 이상 전세물의 소유자가 아닌 구소유자가 전세금을 보유하고 있는 반면, 자신의 소유물에 대하여 사용·수익권을 제한받고 있는 신소유자는 전세금을 수령한 적이 없다는 변화가 발생하게 된다. 그리고 이 변화는 곧 더 이상 전세물의 소유자가 아닌 구소유자가 전세금을 보유함으로써 전세물의 사용·수익의 대가를 향유하고 있는 반면, 자신의 소유물에 대하여 사용·수익권을 제한받고 있는 신소유자는 전세금을 수령한 적이 없기 때문에 사용·수익의 대가를 지급받지 못하고 있다는 상황, 달리 말하면 전세금의 기능에 비추어 볼 때, 모순적이라고 할 수밖에 없는 상황(이하에서는 이를 전세물의 양도에 따른 “모순적 상황” 또는 “모순적 외관”이라고 부르기로 한다)을 야기한다. 여기서 용익기간 중 전세물이 양도되면, 잔여 용익기간 중, 전세물의 신소유자는 어떻게 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받게 되는 것인가 하는 근본적인 문제가 발생하게 되는 것이다. 전세물의 신소유자가 전세물의 사용·수익의 대가를 실질적으로 지급받는 경우에만, 비로소 위의 모순적 외관이 해소될 수 있고 그 결과 실질적으로 전세금관계가 유지된다고 할 수 있을 것이다.

(ii) 민법은 조세·공과금·기타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인한 사용·수익대가의 변동에 따른 전세금증감청구권을 전세권설정자와 전세권자에게 부여하고(제312조의2) 또 전세권설정자에게 용익기간 중 발생한 손해상당액을 전세금에서 공제할 권리를 부여하고 있다(제315조 제2항). 따라서 전세물의 양도시에는 전세금증감청구권의 당사자와 손해배상당액 공제권의 주체에는 어떠한 변화가 초래되는가 하는 문제도 함께 검토되어야 한다. 만일 변화가 있다면, 그 변화는 민법이 예정하고 있는 전세금관계 내에서 허용될 수 있는지 또한 검토되어야 한다. 예를 들면, 전세권자의 전세금감액청구의 상대방은 전세물의 구소유

자와 신소유자 중 누구인지 또 전세물의 구소유자는 여전히 전세금으로부터 손해배상당액의 공제권을 가질 수 있는지가 하는 것이 검토되어야 한다. 이러한 문제들은 전세물의 양도시 傳貰金返還義務의 이전 여부에 따라 그 해결의 방법이 달라진다고 할 것이다.

(iii) 요컨대 이상의 문제들은 궁극적으로 전세물의 양도가 있는 경우, 전세금의 법률관계는 어떻게 규율되어야 하는가 하는 문제로 귀결된다. 따라서 용익기간이 종료하면, 누가 傳貰金返還義務를 부담하여야 하는가 하는 문제도 바로 이 문제들과 함께 고찰되어야 하는 것이다.

2. 傳貰金返還義務의 이전과 傳貰權의 요소로서의 전세금

(i) 민법(제301조 제1항)은 傳貰權을 전세물의 사용·수익과 전세금의 이자가 대가관계를 구성하는 유상의 물권으로 구성하고 있다. 전세권자는 전세물을 사용·수익하고 그 대가를 지급하기 위하여 전세금을 교부하고, 전세물의 소유자는 전세금을 수령하여 그 이자로 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다. 傳貰權의 용익기간이 종료하면, 전세권자는 전세금을 반환받고, 전세물의 소유자는 전세물을 반환받게 된다. 이러한 이유에서 학설상 전세금은 傳貰權의 요소로 인식되고 있다.⁸⁾ 판례도 일찍부터 그리고 현재까지도 전세금이 傳貰權의 요소임을 확인하고 있다.⁹⁾ 그리고 판례는 이에 기초하여, 우선 전세금을 傳貰權의 성립요건으로 보고 있다.¹⁰⁾ 또 판례는 용익기간 중 傳貰金返還債權의 분리양도를 부정함으로써,¹¹⁾ 전세금을 존속요건으로도 보고 있다. 최근 판례는 용익기간 중 傳貰金返還債權의 분리양도를 허용하면 傳貰金返還債權이 傳貰權으로부터 확정적으로 분리된다는 이유로,¹²⁾ 전세금이 傳貰權의 요소임을 더욱 명확히 하고 있다.¹³⁾

8) 전세금과 傳貰權의 관계 전반에 대하여는 南孝淳, “전세금과 傳貰權의 관계-傳貰權 요소의 법적 의미와 傳貰權의 법적 성질-”, 서울대학교 法學(서울대학교 법학연구소, 2008/9)(이하 南孝淳), 181-212 참조.

9) 大判 1966. 7. 5, 66다850(要集 民 I, 573); 大判 2002. 8. 23, 2001다69122(公 2002, 2196).

10) 大判 1995. 2. 10, 94다18508(公 1995, 1293).

11) 大判 1966. 7. 5, 66다850(要集 民 I, 573); 大判 1966. 9. 6, 66다769(공보불게재); 大判 1966. 6. 28, 66다771(공보불게재).

12) 大判 2002. 8. 23, 2001다69122(公 2002, 2196).

13) 필자는 용익기간 중 傳貰金返還債權의 양도를 허용하더라도, 전세금이 傳貰權의 요소로서 傳貰權의 존속요건이 되는 데에 아무런 장애가 되지 않는다고 본다(南孝淳,

(ii) 용익기간 중 전세물이 양도되는 경우, 傳賃金返還義務의 주체가 누구이나 하는 문제는 전세금관계를 넘어 傳賃權 자체와 관련된 또 하나의 관점에서 조명되어야 한다. 그것은 바로 전세금은 傳賃權의 요소라는 관점이다. 전세금이 傳賃權의 요소라면, 전세물의 양도에 의하여 전세권자가 전세물의 신소유자에 대하여 傳賃權을 가지는 경우, 일견하면 傳賃金返還義務가 전세물의 신소유자에게 이전되는 것은 지극히 당연한 것처럼 보인다. 이와 관련하여 후술하는 바와 같이, 판례 역시 전세금이 傳賃權의 요소라는 이유에서, 傳賃金返還義務는 신소유자에게 이전된다고 보고 있다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 결론에 이르기 위해서는 傳賃金返還義務를 구소유자가 부담한다고 하는 경우에는, 왜 전세금이 傳賃權의 요소가 되지 못하는가, 달리 말하면 왜 傳賃權에서 분리되는지(또는 분리된다고 보아야 하는지)가 실질적으로 규명되어야 할 것이다.

III. 용익기간 중 傳賃物의 양도와 傳賃金返還義務의 이전에 관한 학설 및 판례의 상황과 검토

(i) 용익기간 중 전세물의 양도가 있는 경우, 傳賃金返還義務가 이전되는지의 문제는 현재 학설상으로도 판례상으로도 전세권설정자의 지위 이전의 문제로서 논하여지고 있다.¹⁵⁾ 현재 전세물의 양도가 있을 경우, 전세금반환의무를 포함한 전세권설정자의 지위가 신소유자로 이전되는지에 대하여 승계부정설(전세금반환의무불이전설)과 승계긍정설(전세금반환의무이전설)이 대립하고 있다. 양설이 주장하고 있는 논거는 매우 다양하다. 이러한 다양한 논거는 크게 실정법적 근거를 찾거나 실정법규정의 해석론을 내용으로 하는 실정법적 논거, 어떤 해결방법이 더 전세권자 또는 신소유자를 보호하는 것인가 하는 실천적 논거 그리고 채무인수, 채권과 물권의 준별 등과 같은 민법상의 법리에 관한 법이론적 논거로 구분

189-194 참조).

14) 大判 2000. 6. 9. 99다15122(公 2000, 1610); 大判 2006. 5. 11, 2006다6072(公 2006, 1016).

15) 傳賃金返還義務의 이전의 문제는 傳賃金返還義務의 이전에 관한 당사자의 특별한 약정이 없더라도 전세물의 양도만으로 傳賃金返還義務가 이전되는가 하는 문제이다. 따라서 傳賃金返還義務의 이전의 문제는 전세권설정자로서의 지위의 이전의 문제를 의미한다.

하여 볼 수 있다. 물론 법이론적 논거도 실정법과 관련되는 경우가 있다. 그러나 이 경우 실정법상의 규정이 傳貰金返還義務의 이전 여부에 대한 직접적인 논거로서 원용되지 않는다는 점에서, 법이론적 논거로 분류할 수 있을 것이다.

(ii) 이상의 논거 중 실정법적 논거로는 민법상의 논거와 주택임대차보호법상의 논거를 들 수 있다. 전자로는 민법상 傳貰權에 관한 유익비상환청구(제310조), 傳貰權의 소멸청구(제311조), 傳貰權의 갱신청구(제312조), 전세금증감청구(제312조의2), 전세권의 소멸통고(제313조 및 제314조 제2항), 원상회복 및 부속물매수청구(제316조)에 관한 규정 및 전세권행사로 인한 매도인의 담보책임에 관한 규정(제567조)을 들 수 있고, 후자로는 주택양수인의 지위승계에 관한 주택임대차보호법의 규정(제3조 제2항)을 들 수 있다.

1. 승계부정설(전세금반환의무불이전설)

(i) 전세금반환의무불이전설은 전세물이 양도되더라도, 傳貰金返還義務는 신소유자에게 이전되지 않는다고 한다.¹⁶⁾ 전세금반환의무불이전설은 傳貰金返還義務는 債務引受(계약인수도 배제되지 않는다)라는 법적 구성을 통하여서만 양수인에게 이전된다고 본다.¹⁷⁾ 신소유자에게 傳貰金返還義務가 이전되지 않는 결과, 구소유자가 傳貰金返還義務를 이행하지 않을 경우에는, 전세권자는 신소유자 소유인 전세물을 경매하여 우선변제를 받을 수 있다. 이러한 점에서 전세물의 신소유자는 구소유자의 傳貰金返還義務에 대하여 물상보증인이 된 것과 흡사하다고 하거나,¹⁸⁾ 저당목적물의 제3취득자와 같다고 한다.¹⁹⁾

(ii) 승계부정설의 실정법적 논거는 다음과 같다. 첫째, 민법은 전세권의 존속기간 중 전세물이 양도될 경우, 전세권설정자의 傳貰金返還義務가 양수인에게 당연히 승계된다는 내용의 명문의 규정을 두고 있지 않다.²⁰⁾ 그럼에도 불구하고 임차주택이 양도된 경우와 마찬가지로 종래의 전세권설정자와 전세권자 사이의 전

16) 李相泰, 204-214; 李在性, “賃貸住宅을 讓渡한 者의 賃借人에 對하 保證金返還責任”(이하 李在性), 판례평석집(X), 506; 李周興, “傳貰權과 競賣(下)”(이하, 李周興) 法曹 31/11(法曹協會, 1982년), 54-57; 소재선, “전세목적물의 양도와 전세금반환의무 대법원 2000. 6. 9, 선고 99다15122 판결”(이하, 소재선), Jurist 제410호(청림인터랙티브, 2006), 403-408.

17) 李相泰, 210; 소재선, 397.

18) 李在性, 506.

19) 李相泰, 194; 소재선, 403-404.

20) 李相泰, 209; 소재선, 397, 406.

세권관계가 채무인수 또는 계약인수와 같은 법률행위 없이도 동일성을 유지하면서 양수인에게 포괄적으로 당연히 이전된다고 해석하는 것은, 입법론적으로는 몰라도 해석론적으로는 한계를 벗어나는 것이다.²¹⁾ 달리 말하면 이는 물권법정주의에 어긋나는 것이다.²²⁾ 둘째, 주택임대차보호법 제3조 제2항은 임차권의 목적물이 주택인 경우에 한하여, 그 임차인을 보호하기 위하여 사적자치의 원칙을 떠나 법률의 규정에 의하여 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 것으로 하여, 권리의무관계의 변경을 규정하고 있다. 그러나 이와 같은 주택임대차보호법의 규정이 주택에 대하여 새로운 물권을 규정한 것은 아니므로, 전세권의 목적물이 주택이라고 하더라도 그 내용이나 효력은 민법의 규정에 따라 해석하여야 하며, 주택임대차보호법의 규정을 그대로 유추적용할 수는 없다. 傳貰權의 경우, 이미 우리 민법은 전세권을 물권으로 규정하고 이에 강력한 대항력을 부여하고 있을 뿐만 아니라 또한 傳貰權은 주택뿐만 아니라 모든 종류의 건물이나 토지에 까지 설정될 수 있는 물권이다. 따라서 모든 傳貰權에 있어서 전세물이 양도된 경우 양수인이 당연히 전세권설정자의 지위를 승계한다고 일률적으로 해석하는 것은 주거용이 아닌 건물이나 토지의 전세권까지 필요 이상으로 보호하는 결과가 된다.²³⁾ 셋째, 민법 제576조 제2항이 전세권의 목적인 부동산의 매수인이 매도인에 대하여 전세금 등 출제액의 상환을 구할 수 있도록 한 것은 전세물소유권의 변동이 있더라도 傳貰金返還義務는 여전히 종전 소유자에게 남아 있는 것을 전제로 하고 있는 것이다.²⁴⁾ 즉, 민법 제567조 제2항은 傳貰金返還義務의 불승계를 전제로 하여, 매도인에 대한 상환청구를 인정하고 있는 것이다.

(iii) 전세권자와 신소유자의 보호와 관련하여 승계부정설이 주장하는 **실천적 논거**는 다음과 같다. 첫째, 전세권자는 전세물이 양도되었다 하더라도, 전세금의 반환을 받지 못할 경우 전세물에 대하여 경매를 청구하여(제318조) 그 매각대금으로부터 우선변제를 받을 수 있으며(제303조 제1항), 그렇게 하여서도 반환받지 못한 잔액은 최초의 전세권설정자에게 대하여 청구할 수 있으므로, 승계부정설의 무리한 해석론을 가져오지 않더라도 전세권자는 충분히 보호된다.²⁵⁾ 전세금반환 의무의 당연승계를 인정하면, 신소유자의 신용이나 자산상태의 변동으로 그 이행

21) 李相泰, 210; 소재선, 406.

22) 李相泰, 209.

23) 李相泰, 211.

24) 李在性, 506, 510.

25) 李相泰, 212; 소재선, 397, 408.

방법이 달라져 전세권자에게 반드시 유리하다고 할 수가 없다.²⁶⁾ 또 양수인이 자력이 없을 경우에는, 오히려 전세권자에게 불리하게 된다.²⁷⁾ 둘째, 전세금반환의 무의 당연승계를 인정하면, 전세금이 고액이어서 신소유자에게 예측하지 못할 막대한 손해를 줄 수 있다.²⁸⁾

(iv) 민법상의 법리에 기초한 승계부정설의 법이론적 논거는 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 첫째, 판례가 들고 있는 ‘소멸청구’, ‘갱신청구’, ‘전세금증감청구’, ‘원상회복·매수청구’의 문제는 물건인 傳貫權이 가지고 있는 대항력의 문제로 설명할 수 있다. 즉, 전세물의 양도가 있는 경우에는 전세권자는 전세권관계로부터 생겨나는 ‘소멸청구’, ‘갱신청구’, ‘전세금증감청구’, ‘원상회복·매수청구’에 관한 권리를 가지고 신소유자에게 대항할 수 있다고 설명할 수 있다.²⁹⁾ 다만 ‘유익비상환청구’(제310조)의 경우에는 민법이 전세권자가 ‘소유자’에게 청구할 수 있도록 규정하고 있어, 전세물이 양도되는 것에 대비하고 있다고 할 수 있으므로, 전세권자는 신소유자에게 유익비상환을 청구할 수 있다.³⁰⁾ 둘째, 최초의 전세권설정자와 전세권자 사이의 종전의 모든 전세권관계가 그대로 신소유자에게 이전되는 것은 아니다. 예를 들면, 전세권자에게 책임 있는 사유로 인하여 전세물의 전부 또는 일부가 멸실한 경우 전세권설정자가 전세권자에 대하여 가지는 손해배상채권(제315조)은 전세물의 양수인에게 이전되지 않는다.³¹⁾ 또 전세권자의 책임 있는 사유로 일부가 멸실된 전세물이 양도되면, 신소유자는 목적물의 양도가액에서 손해상당액을 공제하는 것이 보통인데, 傳貫金返還義務가 이전된다고 하면 신소유자가 다시 전세금에서 이를 공제하는 것이 되어, 신소유자는 이중의 부당이득을 얻는 결과가 된다.³²⁾ 셋째, 傳貫金返還義務의 이전 문제는 어디까지나 채무인수의 문제로, 구소유자와의 사이에 합의가 있어야 하고, 나아가 채권자인 전세권자의 승인이 있어야 한다.³³⁾ 傳貫金返還義務를 승계하였는가에 대한 판단은 실제로 당사자 사이에 양수인이 傳貫金返還義務를 인수하는 적법한 행위를 하였는지의 여부를 구체적으로 따져 본 후에 결론을 내려야 하는 것이다.³⁴⁾ 물론

26) 李周興, 54-57; 소재선, 397, 408.

27) 李相泰, 214; 李周興, 57.

28) 李周興, 56.

29) 李相泰, 213.

30) 李相泰, 213.

31) 李相泰, 213.

32) 李相泰, 213.

33) 李相泰, 210; 李周興, 54; 소재선, 397.

실제 거래에서는 당사자가 매매대금을 결제하면서, 전세금 문제를 해결하는 것이 통상적이거나 또는 흔한 것이기는 하지만,³⁵⁾ 양수인이 전세물의 가액을 전부 매매대금으로 지급하는 경우도 있는데, 이 경우에는 傳賃金返還義務의 승계를 인정할 수가 없다.³⁶⁾ 따라서 판례가 일률적으로 전세물의 양수인이 傳賃金返還義務를 양수한다는 것은 문제가 있다. 넷째, 傳賃權의 존속기간이 종료되기 전에 전세물의 양도시 傳賃金返還義務의 이전을 인정한다면, 용익기간이 만료된 후 전세물의 양도가 있는 경우에도 이를 인정하여야 할 것인데, 용익기간의 종료 후에는 전세물의 양수인은 저당물의 제3취득자와 같은 지위에 있다고 할 수 있으므로, 傳賃金返還義務의 승계를 인정할 필요가 없다.³⁷⁾ 다섯째, 전세건물의 양수인은 전세기간 동안 전세권자가 거주하는 것을 용인하여야 할 소극적 의무가 있을 뿐이고, 임차건물의 양수인과 같이 거주에 필요한 상태를 유지하게 할 의무나 전세금 반환의무를 지는 것이 아니다.³⁸⁾ 달리 말하면, 전세물의 양수인은 소극적 의무가 있을 뿐이므로, 傳賃金返還義務와 같은 의무를 적극적으로 부담하지 않는다는 것이다. 여섯째, 간접적인 논거이기는 하지만, 전세물의 신소유자는 구소유자의 傳賃金返還義務에 대하여 물상보증인이 된 것과 흡사하고,³⁹⁾ 저당목적물의 제3취득자와 같다고 본다.⁴⁰⁾ 특히 후자의 경우 전세물의 신소유자는 민법상의 저당목적물의 제3취득자 보호규정에 의하여 충분히 보호 받을 수 있다고 한다.⁴¹⁾

2. 승계금정설(전세금반환의무이전설)

(i) 전세금반환의무이전설에 의하면, 전세물이 양도되면 傳賃金返還義務는 신소유자가 부담한다.⁴²⁾ 전세물의 신소유자가 傳賃金返還義務를 부담하는 궁극적인

34) 李相泰, 210.

35) 李相泰, 210; 李周興, 56.

36) 소재선, 407.

37) 李相泰, 211.

38) 李在性, 506-507.

39) 李在性, 506.

40) 李相泰, 194; 소재선, 403-404.

41) 李相泰, 194-198 참조.

42) 李英俊, 韓國民法論[物權編](博英社, 2004)(이하 李英俊), 694; 李銀榮, 物權法(博英社, 2002)(이하 李銀榮), 642; 홍성재, 物權法(대영문화사, 2006), 456; 梁彰洙, “傳賃權”(이하 梁彰洙), 考試界, 92/3, 13; 民法注解(VI) 物權(3)(博英社, 1992)(朴柄大 집필부분){이하 注解(VI) 物權(3)}, 189-191.

법리는 전세물이 양도되면 전세권설정자의 지위가 신소유자에게 당연히 승계·이전된다는 데에 있다.⁴³⁾ 즉, 양도인은 傳貰金返還義務를 면하게 되고, 傳貰金返還義務는 신소유자에게 이전된다는 것이다. 이러한 점에서는 전세금반환의무이전설은 승계긍정설이라고 부를 수 있다.

(ii) 승계긍정설의 실정법적 논거는 다음과 같다. 첫째, 전세권에 관한 민법규정을 보면, 유익비상환청구권(제310조), 전세금증감청구권(제312조의2), 전세권의 소멸청구(제311조) 및 소멸통고(제313조), 부속물매수청구권(제316조) 등은 모두 권리행사 당시의 전세권자와 전세물소유자의 관계에서 의미를 가지는 규정이다.⁴⁴⁾ 둘째, 민법 제576조는 전세권의 행사로 인하여 부동산매도인이 완전한 소유권을 넘겨 줄 수 없게 된 경우의 債務不履行責任을 법정책임화한 데 의의가 있는 것일 뿐이고, 전세권자와 전세물소유자 사이의 권리의무관계를 규정짓는 근거조항은 아니다. 민법 제567조 제2항이 매수인의 상환청구권을 인정한다고 해서, 그것이 곧 傳貰金返還義務의 불승계를 전제로 한 것이라고 단정할 수는 없다. 만일 위 조항이 傳貰金返還義務의 불승계를 전제로 한 것이라면, 부동산이 전전양도되는 경우에는 최초의 전세권설정자만이 전세금반환의 채무자일 것인데, 이는 민법 제567조 제2항의 규정하고 있는 바가 아니다. 오히려 전세물소유권의 변동에 따라 傳貰金返還義務도 승계된다고 볼 때, 비로소 위 조항은 매수인이 자기채무를 변제하였음에도 불구하고 상환청구권을 취득하는 근거규정으로서의 효용을 갖게 된다.⁴⁵⁾ 셋째, 임차권에 대항력이 있는 경우에 임대인으로서의 지위가 임차물의 양수인에게 당연히 승계된다는 법리(주택임대차보호법 제3조 제2항)가 있는바, 이 법리는 대항력이 있는 임차권의 경우뿐만 아니라, 성질상 당연히 대세적 효력이 있는 傳貰權에도 적용되어야 할 것이다.⁴⁶⁾

(iii) 승계긍정설의 실천적 논거는 다음과 같다. 첫째, 전세권자에게는 경매청구권이 있으므로, 전세물양수인이 傳貰金返還義務者가 되더라도 전세권자에게 하등 불이익할 것이 없다.⁴⁷⁾ 둘째, 양수인은 등기의 열람 등을 통하여 전세권에 의한 제약을 당연히 예상하고 있을 것이므로, 불측의 손해를 입는 경우가 없다.⁴⁸⁾

43) 李英俊, 694; 注解(VI) 物權(3), 189-191; 홍성재, 456; 梁彰洙, 92/3, 13.

44) 注解(VI) 物權(3), 189.

45) 注解(VI) 物權(3), 190.

46) 梁彰洙, 13.

47) 注解(VI) 物權(3), 189.

48) 注解(VI) 物權(3), 189.

(iv) 승계긍정설의 법이론적 논거는 전세권관계를 물권관계로 보는 데에 기초하고 있다. 승계긍정설에 의하면, 전세권 설정계약당사자 사이의 관계는 등기를 통하여 물권으로서의 傳賃權이 성립하여 버리면, 이제는 채권관계가 아닌 물권관계로서 물권법정주의에 따라 법이 정한 전세권의 내용과 효력에 좇아 전세권자가 목적물을 직접 지배하는 권리의무관계로 이행된다. 목적물소유권의 변동이 있더라도 전세권자와 목적물, 즉 전세권자와 목적물소유자 간의 관계라는 물권관계의 본질이 변할 수 없는 것이므로, 신소유자는 당초의 전세권설정자인 종전 소유자와 동일한 지위에서, 법이 정한 전세권의 내용에 따른 모든 권리의무의 직접적인 당사자가 된다.⁴⁹⁾ 각도를 달리하여 보면, 목적물의 소유권이 이전되면 그와 함께 전세권설정자의 지위도 이전되고, 전세권설정자라도 그 목적물의 소유권을 잃으면 설정자로서의 권리의무관계에서 이탈된다.⁵⁰⁾

3. 判例

(i) 判例는 “전세권이 성립한 후 목적물의 소유권이 이전되는 경우에 있어서 전세권관계가 전세권자와 전세권설정자인 종전 소유자와 사이에 계속 존속되는 것인지 아니면 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신소유자와 사이에 동일한 내용으로 존속되는지에 관하여 민법에 명시적인 규정은 없으나, 전세물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권관계로부터 생기는 상환청구, 소멸청구, 갱신청구, 전세금증감청구, 원상회복, 매수청구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것이므로, 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신소유자는 구소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 되고, 구소유자는 전세권설정자의 지위를 상실하여 전세금반환의무를 면하게 된다고 보아야 하고, 전세권이 전세금채권을 담보하는 담보물권적 성질을 가지고 있다고 하여도 전세

49) 注解(VI) 物權(3), 189. 다만, 민법이 정한 傳賃權의 내용 이외의 특약사항이 있다면, 이는 계약당사자 사이의 채권관계이므로 신소유자에게 당연 승계되는 것은 아니라고 한다{注解(VI) 物權(3), 190}.

50) 注解(VI) 物權(3), 189.

권은 전세금이 존재하지 않으면 독립하여 존재할 수 없는 용익물권으로서 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소이므로 전세권관계로 생기는 위와 같은 법률관계가 신소유자에게 이전되었다고 보는 이상, 전세금 채권관계만이 따로 분리되어 전소유자와 사이에 남아 있다고 할 수는 없을 것이고, 당연히 신소유자에게 이전되었다고 보는 것이 옳다”고 하여,⁵¹⁾ 승계긍정설의 입장을 취하고 있다.

(ii) 판례도 전세물의 양도시 傳貫金返還義務의 이전을 전세권설정자의 지위의 이전의 문제로 이해하고 있다. 즉, 판례는 전세금관계를 신소유자에게 이전되는 전세권관계의 하나로 파악하고 있다. 판례는 전세권관계가 신소유자에게 이전되는 이유로 두 가지를 설시하고 있다. 첫째, 판례는 민법이 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 전세물의 신소유자로 새길 수밖에 없다고 한다. 둘째, 판례는 전세금은 담보물권으로서의 傳貫權뿐만 아니라 용익물권으로서의 傳貫權과도 분리할 수 없는 요소이기 때문이라고 한다. 판례는 오래전부터 전세금이 傳貫權의 요소라는 것을 이유로, 전세금의 지급이 있어야 傳貫權이 성립하고 또 용익기간 중에는 傳貫金返還債權을 양도할 수 없다고 한다. 이제 판례는 한 걸음 더 나아가 전세금이 傳貫權이 요소라는 이유로, 傳貫金返還義務가 신소유자에게 이전한다고 하고 있는 것이다. 이상의 두 가지 이유 중, 첫째 이유는 전세금관계를 포함한 전세권관계의 이전에 관한 이유라고 한다면, 둘째 이유는 전세금관계에 국한된 이유라고 볼 수 있다.

(iii) 한편 판례는 중요한 이유를 설시함에 있어 두 가지 중요한 판단을 내리고 있다. 첫째, 판례는 전세권자와 전세권설정자(또는 신소유자) 사이의 권리의무를 내용으로 하는 법률관계를 전세권관계로 부르고 있다는 점이다. 이 전세권관계가 종래 전세물에 대한 지배권으로서 인식되어 온 傳貫權과 개념적으로 어떠한 관계에 있는지는 판례상으로 명백하지는 않다. 다만, 판례의 전체적인 흐름은 전세권관계를 傳貫權과 분리하기 보다는, 傳貫權에 포함시키고 있는 것으로 볼 수가 있다. 둘째, 판례는 전세권관계를 채권관계로 보고 있다. 이는 우선 판례가 전세권관계의 하나인 전세금관계를 「전세금 채권관계」라고 부르고 있는 데에서 명확히 알 수가 있다. 그리고 전세권관계 일반에 대하여 지배권으로서의 傳貫權이 이전되는 경우에는 전혀 제기될 수 없는 의문 즉, “전세권관계가 전세권자와 전세권설정자인 종전 소유자와 사이에 계속 존속되는 것인지 아니면 전세권자와 목

⁵¹⁾ 大判 2000. 6. 9, 99다15122(公 2000, 1610). 同旨의 판결, 大判 2006. 5. 11, 2006다 6072(公 2006, 1016).

적물의 소유권을 취득한 신소유자와 사이에 동일한 내용으로 존속되는지”라는 의문이 제기되고 있는 것으로부터, 이를 간접적으로 짐작할 수 있다.

4. 학설 및 판례의 검토

이상 학설의 논거 그리고 판례의 이유 및 판단에 대하여 검토하고자 한다.

(1) 학설의 검토

학설의 논거 중 중요한 것을 검토하면 다음과 같다.

(가) 실정법적 논거

(i) **민법 제576조** : 담보책임에 관한 민법 제576조는 매수인의 傳貫金返還義務의 승계여부를 결정하는 직접적인 근거규정이 될 수 없다고 할 것이다. 본조는 누가 傳貫金返還義務를 부담하느냐의 여부에 관계없이, 傳貫權이 실행되어 매수인이 취득한 소유권을 상실하거나 또는 매수인이 자신의 출재로 소유권을 보존한 경우에, 매도인에게 소유권의 이전의무를 이행하지 못한 데에 따른 책임을 정하는 규정일 뿐이다. 달리 말하면 본조는 매도인이 완전한 소유권을 넘겨주어야 할 의무를 이행하지 못한 것에 대한 책임을 규정하고 있는 것이어서, 양수인이 傳貫金返還義務의 승계여부와는 상관없이 적용될 수가 있는 것이다. 승계부정설의 주장하는 바에 따라 전세물의 매도인이 傳貫金返還義務를 부담하게 되는 경우에도, 매도인이 담보책임을 지는 것은 傳貫金返還義務를 이행하지 않은 그 자체 때문이 아니라, 傳貫金返還義務를 이행하지 않음으로써 결과적으로 傳貫權의 실행을 방지하여 소유권을 보존시켜야 할 의무를 이행하지 않았기 때문이다. 즉, 전세금상당액을 공제하여 매매대금을 정하지 않은 이상, 매도인은 소유권을 보존시켜야 할 의무를 이행하지 않은 데에 따라 담보책임을 지게 되는 것이다. 반대로 승계긍정설에 따라 전세물의 매수인이 傳貫金返還義務를 부담하는 경우에도, 이로 인하여 바로 매도인이 傳貫權의 실행을 방지하여 소유권을 보존시켜 주어야 하는 계약상의 의무가 면제되는 것은 아니다. 즉, 전세금상당액의 공제가 없는 한 전세물의 매수인이 傳貫金返還義務를 부담한다는 것만으로 바로 매도인의 계약상의 의무가 소멸되고 또 그 불이행에 따른 담보책임이 소멸하는 것은 아니다. 요컨대 누가 傳貫金返還義務를 부담하느냐에 관계없이, 전세물의 구소유자는 신소유자에게 온전하게 소유권을 이전하여 주어야 할 매매계약에 따르는 의무를

부담하고, 이를 이행하지 못한 경우에 바로 담보책임을 지게 되는 것이다. 이러한 이유에서도 민법상의 담보책임에 관한 규정(제576조) 그 자체만으로는 결코 전세물의 양도에 있어서 누가 傳貫金返還義務를 부담하느냐를 결정하는 직접적 근거가 될 수 없다고 할 것이다. 요컨대 자신의 출재로 소유권을 보존한 매수인이 매도인에게 담보책임을 추궁하는 것은 傳貫金返還義務의 이전 여부에 관계없이, 매도인이 완전한 소유권을 이전하여야 할 의무를 이행하지 못하였기 때문이라고 할 것이다.

(ii) **주택임대차보호법 제3조(제2항)** : 본조는 주택임차인의 임차권이 채권이 라는 것을 전제로 한다. 주택임차인이 갖는 임차권이 임대인에 대한 채권일 뿐임에도 불구하고, 주택양수인에 대하여 임차보증금반환청구권을 행사할 수 있도록 하기 위해서는 주택임대차보호법 제3조(제2항)와 같은 규정이 반드시 필요한 것이다. 그러나 傳貫權은 지배권으로서의 물권이다. 傳貫金返還義務의 이전 문제는 물권인 傳貫權에서 발생하는 문제이다. 따라서 주택임대차보호법 제3조(제2항)와 같은 규정이 없다고 해서, 바로 傳貫金返還義務가 신소유자에게 이전되지 않는다고 단정하는 것은 지배권으로서의 傳貫權의 법적 성격을 전혀 고려하지 않은 것이다. 傳貫金返還義務의 이전은 지배권으로서의 傳貫權의 효력과 관련하여 또는 지배권과 함께 규정되고 있는 전세권관계의 법적 취지에 따라서 허용될 수도 있는 것이다. 그러므로 민법에 주택임대차보호법 제3조(제2항)의 규정과 같은 규정이 없거나 또는 이 규정을 전세권관계에 준용할 수 없다는 승계부정설의 논거도 그리고 주택임대차보호법 제3조(제2항)를 민법의 傳貫權에 준용하면 된다는 승계긍정설의 논거도 결코 傳貫金返還義務의 이전에 대한 충분한 논거가 될 수 없다고 할 것이다.

(나) 실천적 논거

(i) **전세권자 보호** : 신용이나 자산상태의 변화는 구소유자에게도 신소유자에게도 모두 발생할 수 있으므로, 구소유자 또는 신소유자 중 누가 傳貫金返還義務의 주체가 되느냐는 그 자체만으로는 어느 것이 더 전세권자를 보호하느냐를 결정할 수는 없다고 할 것이다. 그런데 전세물에 대하여 경매청구권을 행사하여서도 변제받지 못한 전세금의 잔액을 구소유자에게 청구할 수 있는 길을 열어주는 승계부정설이 전세권자의 보호에 유리한 것은 사실이라고 할 것이다. 그러나 이에 대하여는 전세물의 가액으로부터 우선변제를 받는 것에 더하여 다시 구소유

자에게 잔액을 청구하는 것까지 허용하는 것이 전세권자의 보호로서 정당한 것인가 하는 의문이 제기될 수 있다. 이것이 바로 후술하는 바와 같이, 전세물의 신소유자의 지위가 저당물의 제3취득자의 지위와 근본적으로 다른 점이다.

(ii) **신소유자 보호** : 전세물의 신소유자의 보호라는 측면에서 본다면, 승계긍정설이든 승계부정설이든 傳貫權이 실행되면(또는 신소유자가 자신의 출제로 소유권을 보존하면) 신소유자는 구소유자에게 담보책임을 추궁할 수 있다는 점에서 차이가 없다고 할 것이다. 승계부정설에 따라 구소유자가 傳貫金返還義務를 부담한다고 하더라도, 만일 그가 이를 이행하지 않을 경우에는 전세금을 반환한 구소유자는 신소유자에게 담보책임을 물을 수 있고 또 승계긍정설을 취하더라도 傳貫金返還義務를 이행한 신소유자는 구소유자에게 담보책임을 물을 수 있다는 점에서 신소유자의 보호라는 측면에서는 하등의 차이가 없는 것이다.

(다) 법이론적 논거

(i) **대항력의 문제** : 승계부정설이 ‘소멸청구’, ‘갱신청구’, ‘전세금증감청구’, ‘원상회복·매수청구’의 문제는 물권인 傳貫權이 가지고 있는 대항력의 문제로 설명할 수 있다고 하는 주장에 대하여는 두 가지의 반론이 가능하다. 첫째, 승계부정설은 전세물에 대한 직접적인 권리인 傳貫權의 경우에도, 이를 신소유자에게 대항할 수 있다고 하는데, 그렇다면 ‘소멸청구 등의 대항력’이 물권의 대항력과 무엇이 다른가 하는 반론이다. 둘째, ‘소멸청구 등의 대항력’이란 실제로 전세물의 신소유자에 대한 권리를 인정하지 않으면 아무런 의미가 없다는 반론이다. 또 승계부정설에 대하여는 전세권관계 중 유익비상환청구의 경우에만 대항력의 문제가 아니고, 신소유자가 직접 전세관계의 당사자가 된다고 하는 근거가 무엇인가 하는 반론이 제기될 수 있다.

(ii) **신소유자의 이중이득의 문제** : 승계부정설이 전세권자의 책임 있는 사유로 일부가 멸실된 전세물이 양도되면, 신소유자가 목적물의 양도가액에서 손해상당액을 공제한 후, 다시 傳貫金の 반환시 전세금에서 이를 또 공제하여 이중의 부당이득을 얻는 결과가 된다고 하지만, 실제 이중의 부당이득은 발생하지 않는다. 물론 전세물의 양도시 손해배상당액의 공제권의 이전 여부도 전세권관계의 이전 여부의 하나로서 논의될 수 있는 것은 분명하다. 그러나 일단 전세물의 양도시에 신소유자가 매매대금에서 이를 공제하였다면, 그것은 손해로 인한 목적물의 가치하락을 고려한 것을 의미하므로, 더 이상 신소유자에게는 전세금반환시에

이를 공제할 권리가 없다고 할 것이다. 이 경우 손해배상상당액의 공제권은 구소유자에게 남고, 용역기간의 종료시에 구소유자가 이를 행사하여야 한다고 할 것이다(제315조 제2항). 이는 傳貰金返還義務가 신소유자에게 이전되든 이전되지 아니하든 마찬가지이다. 승계금정설에 의하여 신소유자에게 傳貰金返還義務가 이전되는 경우에는 구소유자가 신소유자에게 전세권자에게 반환할 전세금에서 손해상당액의 지급을 청구하게 되고, 반대로 승계부정설에 의하여 傳貰金返還義務가 신소유자에게 이전되지 않는 경우에는 구소유자가 반환할 전세금에서 손해상당액을 공제하게 된다.

(iii) **전세물의 신소유자의 소극적 지위에 의한 傳貰金返還義務의 부정** : 승계부정설은 전세물의 양수인은 소극적 의무가 있을 뿐이므로, 傳貰金返還義務와 같은 의무를 부담하지 않는다고 한다. 그런데 주택전세권과 주택임차권을 비교하면서, 전세주택의 양수인은 소극적 의무가 있을 뿐이고, 이에 반하여 임차주택의 양수인은 적극적 의무를 부담한다고 평면적으로 비교하는 것이 과연 타당한 것인지는 근본적으로 의문이다. 임차주택의 양수인이 소위 적극적 의무를 진다고 하는 것은 여전히 그가 임차물에 대한 사용·수익권이라는 지배권을 가지고 있기 때문이다. 그렇기 때문에 주택임차인에게 사용·수익을 허용해야 할 의무가 발생하게 되는 것이다. 이에 반하여 전세주택의 양수인은 전세물에 대한 사용·수익권이라는 지배권 자체를 이미 상실하고 있기 때문에, 전세물의 사용·수익과 관련하여 특별한 의무를 부담할 필요가 없는 것이다. 정확히 말하면, 전세주택의 양수인은 전세권자에게 지배권 자체를 양도한 자의 지위에 있다는 점에서는 상대방의 전세물에 대한 사용·수익을 더 적극적으로 실현시켜 주고 있다고 할 수가 있다. 따라서 이러한 지위에 있는 전세주택의 양수인이 傳貰金返還義務까지도 부담하는 것은 결코 그의 지위에 반한다고 할 수는 없다고 할 것이다. 요컨대 임차주택의 양수인은 사용·수익의 허용이라는 채무만을 소극적으로 부담하는 반면, 전세주택의 양수인은 적극적으로 사용·수익권 자체를 이전한 자로서의 지위를 가지고 있다고 볼 수 있다.

(iv) **저당목적물의 제3취득자로서의 보호** : 승계부정설은 전세물의 신소유자는 저당물의 제3취득자와 동일한 지위에 있다고 한다. 그러나 이는 저당채무와 저당권의 관계와 傳貰金返還義務와 傳貰權의 관계의 차이를 간과한 것이라고 하지 않을 수 없다. 저당권은 피담보채권에 대한 부종성을 갖는다. 채무가 성립하고 있어야만, 이를 담보하기 위하여 저당권이 성립할 수 있다(성립상의 부종성).

달리 말하면, 성립하고 있는 채무를 담보하기 위하여 저당권이 성립하는 것이다. 이렇듯 피담보채무가 저당권 성립의 원인이 된다는 점을 제외하고는,⁵²⁾ 저당권과 피담보채무는 각각 별개의 권리와 의무로 성립하는 것이다.⁵³⁾ 그리고 저당물은 채무자의 소유에 속할 필요도 없다(채무와 책임의 분리). 이러한 이유에서 저당물이 양도되더라도, 피담보채무를 저당물의 신소유자가 부담하여야 하느냐 하는 문제는 발생하지 않는다. 그러나 전세물의 양도의 경우에는, 그 법적 상황이 전혀 다르다. 전세금은 傳貫權의 요소이다. 그 결과 전세금은 傳貫權의 성립(성립요건설의 입장) 또는 존속(존속요건설의 입장)의 요건이다. 달리 말하면, 傳貫金返還義務를 포함하는 전세금의 법률관계는 傳貫權의 법률관계의 일부를 구성한다. 바로 이러한 이유에서, 전세물이 양도되는 경우에는, 저당물의 양도의 경우와는 전혀 다른 차원에서, 傳貫權의 법률관계의 일부로서의 傳貫金返還義務의 이전 여부가 논의되어야 하는 것이다. 따라서 전세물의 신소유자는 저당물의 제3취득자와 동일한 지위에 있다는 이유만으로 전세물의 신소유자는 傳貫金返還義務는 부담하지 않는다고 하는 것은 결코 傳貫權의 본질에 부합하는 주장이라고 할 수 없는 것이다.

(v) **傳貫金返還義務와 채무인수** : 승계부정설은 傳貫金返還義務 이전의 문제를 순전히 채무인수의 문제로 이해하는 데에 문제점이 있다고 할 것이다. 예를 들면, 승계부정설은 傳貫金返還義務를 승계하였는가의 여부는 당사자 사이에 傳貫金返還義務를 인수하는 적법한 행위를 하였는지에 따라 결정된다고 하고, 당사자들이 매매대금에서 전세금의 공제를 傳貫金返還義務의 인수로 해석한다. 그러나 傳貫金返還義務의 이전의 문제는 전세금관계 내지는 전세권관계의 이전이라는 물권법상의 문제로서, 그것은 채무인수가 수반하게 되는 매매계약의 성립 또는 이행에 선행하는 단계의 문제라고 할 것이다. 달리 말하면, 채무인수의 존부에 따라 傳貫金返還義務의 이전 여부가 결정되는 것이 아니라, 傳貫金返還義務의 이전 여부에 따라 바로 채무인수의 존부 여부가 문제된다고 할 것이다. 첫째, 당사자 사이에 전세금공제가 있었다면, 傳貫金返還義務가 구소유자에게 남아 있다고 하는 경우에는 전세금공제는 채무인수 내지는 이행인수의 의미를 가지게 되고,

⁵²⁾ 담보물을 제공하는 것을 전제로 하여 채무가 성립하는 경우에도, 담보제공은 채무 성립의 경제적 원인은 될지언정 법적 원인이 되지는 못한다.

⁵³⁾ 물론 저당권의 성립을 채무의 성립 또는 이행의 조건으로 하는 경우가 얼마든지 있을 수 있다. 그러한 조건이 없는 한, 저당권과 피담보채권은 각각 별개의 권리로서 성립한다.

반대로 신소유자가 傳貰金返還義務를 부담하게 된다고 하는 경우에는 전세금공제는 傳貰金返還義務의 부담에 따른 보상으로서의 의미를 갖는 것이다.⁵⁴⁾ 둘째, 반대로 당사자 사이에 전세금공제가 없었다고 하더라도, 전세금관계 내지는 傳貰權 규율의 일환으로 傳貰金返還義務의 이전 여부가 논의되어야 하는 것이다.

(vi) **전세권관계의 물권관계설** : 승계공정설은 “물권으로서의 傳貰權이 성립하여 버리면, 이제는 채권관계가 아닌 물권관계로서 물권법정주의에 따라 법이 정한 전세권의 내용과 효력에 좇아 전세권자가 목적물을 직접 지배하는 권리의 무관계로 이행된다”는 주장은 그 자체로서 해결해야 할 많은 의문점을 야기한다. 첫째, 「물권으로서의 傳貰權이 성립하여 버리면, 이제는 채권관계가 아닌 물권관계로서」라는 전반부 주장에 대하여 의문이 있다. 만일 여기서 말하는 채권관계가 채권계약에서 발생하는 채권관계를 말한다고 본다면, 그 채권관계가 어떠한 법리에 의하여 물권관계로 변동되는 것인지가 이해하기 어렵다. 둘째, 「채권관계가 아닌 물권관계로서 ... 전세권자가 목적물을 직접 지배하는 권리의무관계로 이행된다」는 것이 무엇을 말하는지가 의문이다. 민법 제310조 이하에 규정되고 있는 전세권관계는 어디까지나 전세물소유자와 전세권자 사이의 청구권관계(또는 형성권관계)로 규정되어 있는데, 이것이 어떻게 목적물을 직접 지배하는 권리의무관계라고 할 수 있는지가 의문이다. 전세권관계는 민법 제303조에 규정된 지배권으로서의 사용·수익권과는 달리 목적물을 직접 지배한다고 할 수가 없다. 달리 말하면, 전세목적물의 사용·수익권은 전세물에 대한 직접 지배권이라고 할 수 있을지 몰라도, 그 이외의 전세권관계에서는 전세목적물에 대한 직접 지배권이 아니라 전세물소유자에 대한 청구권관계(또는 형성권관계)가 성립할 뿐이다. 전세권관계를 모두 권리행사 당시의 전세권자와 전세물소유자의 직접적 관계로서 설명하기 위해서는, 승계공정설은 보다 근본적인 이론적 근거를 제시하여야 하는 문제점을 남기고 있다고 할 것이다.

(2) 판례의 검토

(i) 傳貰權에 관한 규정상의 전세권설정자 또는 소유자는 모두 전세물의 신소유자로 새길 수밖에 없다고 하는 판례의 설시이유는, 다시 그 실질적인 근거가 무엇인가 하는 것에 대하여 답하여야 하는 문제를 남긴다. 또 전세금은 傳貰權의

⁵⁴⁾ 상세한 것은 IV. 참조.

요소라는 설시이유에 대하여는, 왜 傳貰金返還義務의 이전을 인정하면 전세금은 傳貰權의 요소가 되지 못하는가 하는 의문이 제기된다. 이 문제는 항을 바꾸어 검토하기로 한다. 여기서는 첫째의 문제만을 검토하기로 한다.

(ii) 민법은 전세권관계에서 전세권자의 상대방을 소유자(제310조), 전세권설정자(제311조, 제312조 제4항, 제314조 제2항, 제315조 제2항, 제316조, 제317조, 제318조, 제319조) 또는 당사자(제312조의2, 제313조)라고 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 민법(제310조)은 유익비상환청구의 경우에만 소유자라고 하여, 전세권설정자뿐만 아니라 전세물의 신소유자도 모두 포함하여 규정하고 있다. 그런데 전세권설정자를 당사자로서 규정하고 있는 傳貰權의 소멸청구(제311조), 傳貰權의 갱신청구(제312조), 傳貰權의 소멸통고(제313조), 불가항력에 의한 傳貰權의 소멸통고(제314조), 원상회복 및 매수청구(제316조), 傳貰權의 소멸과 동시이행(제317조)에서도 전세권설정자에 전세물의 신소유자가 포함한다고 하지 않을 수 없다. 그렇지 않고서는, 전세물에 대하여 직접적으로 지배권을 취득하고 있는 전세권자의 傳貰權 자체가 보호받을 수 없기 때문이다. 즉, 이상의 전세권관계에서 전세물의 신소유자도 전세권관계의 당사자로 하지 않을 수 없는 실질적인 근거는 지배권이라는 傳貰權 자체의 실현 때문인 것이다. 전세권자가 전세물에 대하여 지배권을 취득한 이상, 전세물의 신소유자에 대하여서도 민법상의 이상의 권리를 취득하고 의무를 부담한다고 하지 않을 수 없는 것이다.

(iii) 한편 전세권관계의 일부를 구성하는 전세금관계에서도 전세물의 신소유자도 전세금관계의 당사자에 포함한다고 하지 않을 수 없다. 첫째, 전세금증감청구(제312조의2)는 현재의 전세물의 사용·수익을 전제로 하는 법률관계이다. 따라서 전세물의 신소유자가 전세권자에게 전세금증액청구의 주체가 된다는 데에는 아무런 의문이 없다. 이는 傳貰金返還義務의 주체를 누구로 할 것이냐 하는 것과

⁵⁵⁾ 민법은 傳貰權의 효력(제304조)과 법정지상권(제305조)의 경우에도 전세권자의 상대방을 전세권설정자라고 규정하고 있다. 그런데 민법 제304조와 제305조는 지배권인 傳貰權의 효력의 문제이지, 전세권관계의 문제는 아니다. 첫째, 민법 제304조의 경우, 전세물이 양도되더라도, 전세물의 신소유자는 傳貰權의 효력이 미치는 지상권 또는 임차권을 소멸시킬 수가 없다. 그 결과 전세권자의 傳貰權의 효력은 전세물의 신소유자의 지상권 또는 임차권에도 당연히 미치게 된다. 둘째, 민법 제305조의 경우, 전세물의 신소유자에게 전세권설정자의 법정지상권이 이전되므로, 전세권자의 傳貰權의 효력은 신소유자의 법정지상권에도 미친다(제304조 제1항).

민법은 전세권양도의 효력(제307조)의 경우에도 전세권설정자라는 용어를 사용하고 있다. 여기서 전세권설정자에 전세물의 신소유자도 포함되는가 하는 문제는 바로 전세물의 양도시 전세권관계가 전세물의 신소유자에게 이전되는가 하는 문제를 의미한다.

는 별개의 문제라고 할 것이다. 둘째, 손해액의 공제권(제315조 제2항)은 전세권자가 전세물에 손해를 발생시킨 시점이 언제이냐에 따라 일응 구별하여 검토하여야 할 것이다. 우선 전세물의 양도 후에 손해를 입은 신소유자는, 傳貫金返還義務를 구소유자가 부담하는 경우에도 구소유자에게 손해상당액의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다. 한편 전술한 바와 같이, 구소유자의 손해배상상당액의 공제권은 전세금반환시에 실행된다는 점에서, 역시 傳貫金返還義務의 이전과 함께 전세물의 양도에 따른 그 이전의 여부가 문제될 수가 있다. 민법이 이에 대하여 명시적인 언급을 하고 있지 않은 것은, 傳貫金返還義務의 이전의 경우와 마찬가지로, 물론 이 경우에도 손해액의 공제와 관련하여 구소유자와 신소유자 사이에 매매대금의 지급과 연계된 별개의 약정이 있다면, 이에 따르게 됨은 당연한 것이다.

(iv) 전세금관계에서 마지막으로 문제되는 것이 바로 전세금반환(제318조)의 경우이다. 즉, 전세물의 양도시 傳貫金返還義務는 신소유자에게 이전하는가 하는 문제이다. 전세금반환관계도 전세권관계의 일부로 본다면, 傳貫金返還義務도 신소유자에게 이전된다고 볼 수가 있을 것이다. 그런데 전세금반환관계에서는 다른 전세권관계에서는 볼 수 없는 문제에 직면하게 된다. 그것은 바로 전술한 ‘모순적 상황’이다(전세물의 양도에 따른 전세금과 관련된 또 다른 ‘모순적 상황’에 대하여는 II. 1 (i)에서 이미 언급하였다). 그것은 전세금을 수령한 자는 신소유자가 아니라 구소유자라는 사실이다. 이에 따라 왜 전세금을 수령한 적이 없는 신소유자가 전세금반환의무자가 되어야 하는가 하는 의문이 자연스럽게 제기되는 것이다.

(vi) 이상의 경우 전세금관계 또는 전세금관계를 포함하는 전세권관계가 왜 전세물의 신소유자와 전세권자의 법률관계로 존속할 수 있는가에 대한 보다 더 근본적인 설명이 필요하다고 하지 않을 수 없다. 단순히 전세권관계가 傳貫權의 실현을 위하여 필요하다는 것만으로는 결코 충분하다고 할 수 없다.

5. 결어

(i) 승계부정설에 대하여는 이상에서 제기한 비판 이외에도, 궁극적으로 다음과 같은 두 가지의 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 승계부정설은 용익기간 종료시의 전세금반환관계라는 차원에서만 傳貫金返還義務의 이전문제를 논하고 있다는 점이다. 승계부정설은 전세권자는 물상대위성 및 추급효를 가질 뿐만 아니라 경

매권과 우선변제권에 의하여 보호받으므로, 전세물의 신소유자에게 傳貰金返還義務를 부담시킬 필요가 없다고 한다. 그러나 傳貰權에서 전세금의 법률관계는 용익기간의 종료시에만 발생하는 것이 아니라 용익기간의 존속 중에도 존재하므로, 傳貰金返還義務의 이전의 문제는 용익기간 중의 법률관계라는 관점에서도 검토되어야 한다. 전술한 바와 같이, 전세금은 전세권자의 전세물의 사용수익의 대가를 지급하는 수단이 되고(제303조), 전세금은 용익기간 중 그 증감을 청구할 수 있고(제312조의2) 또 전세금으로부터 전세물에 발생한 손해상당액의 공제가 인정된다(제315조 제2항). 이미 판례에 대한 검토를 통하여 밝힌 바와 같이, 이러한 법률관계를 구소유자와 전세권자 사이의 법률관계로 규율하는 것이 타당한가 아니면 신소유자와의 법률관계로 규율하는 것이 타당한가 하는 보다 넓은 관점에서 傳貰金返還義務의 이전의 문제를 검토하여야 할 것이다. 둘째, 승계부정설은 전세권관계가 채권관계라는 관점에 함몰되어, 傳貰金返還義務의 이전의 문제가 물권법상 가질 수 있는 의미를 충분히 고려하지 못하고 있다는 점이다. 승계부정설은 전세권관계를 채권관계로 보아 지배권인 傳貰權과는 엄격하게 분리하고 또 차별하고 있는데, 이는 문제라고 하지 않을 수 없다. 설령 전세금관계가 채권관계라고 할 경우에도, 傳貰金返還義務의 이전 여부는 傳貰權이라는 물권과 관련하여 검토되어야 한다고 하지 않을 수 없다. 이러한 점은 이미 승계부정설에 의하여서도 적절히 지적되고 있다. 즉, 전세금반환문제는 傳貰權이 물권에 대한 지배권인 물권으로 제도화되어 있으나, 전세권자와 전세권설정자 사이의 인적관계 내지 채권관계까지 물권관계의 규정 속으로 와 있기 때문에 발생하는 것으로서, 앞으로 이러한 구조를 어떻게 파악할 것인가가 傳貰權 파악에 있어서 중요한 관건이 된다는 점이 지적되고 있다.⁵⁶⁾ 요컨대 승계부정설의 기본적인 입장은 전세금 반환관계는 채권계약인 전세권설정계약으로부터 발생하는 채권관계이므로 전세물의 양도시 채무인수라는 별개의 행위에 의하지 않고서는 수반되지 않는다는 것으로 정리될 수 있지만, 이에 대하여는 전세금관계도 물권법에 의하여 그 내용이 법정화되는 법률관계라는 측면에서 본다면 채무인수라는 법적 도구에 의하여서만 전세물의 신소유자가 傳貰金返還義務를 부담하게 되는 것은 아니라는 점을 지적하지 않을 수 없다.

(ii) 한편 승계긍정설의 논거로는 전세권양도의 효력에 관한 민법 제307의 유추적용을 생각해 봄직하다. 그러나 傳貰金返還義務의 경우는 다른 전세권관계의

56) 李相泰, 215.

경우와는 달리, 민법 제307조의 유추적용만으로는 해결될 수 없는 문제가 있음은 이미 언급하였다.⁵⁷⁾

(iii) 승계긍정설과 승계부정설 중 어느 것을 취하는 경우에도, 물권법상의 傳 貰權의 규율과 관련하여 해결하여야 할 두 가지의 과제가 남는다. 첫째, 전세물의 양도에 따르는 ‘모순적 상황’의 해결이라는 과제이다. ‘모순적 상황’이란 전세물의 양도가 있으면, 전세금을 수령한 자와 전세금의 이자로 전세물의 사용·수익의 대가를 받아야 할 자가 분리된다는 것임은 이미 전술하였다. 이러한 ‘모순적 상황’은 승계긍정설과 승계부정설 어느 설을 취하든 극복하여야 할 과제이다. 우선 승계긍정설과 이를 취하고 있는 판례에 대하여는, 전세금을 수령한 적이 없는 신소유자가 전세금반환의무를 부담하는 것을 어떻게 설명할 것인가 하는 과제이다. 반대로 승계부정설에 대하여는, 전세금을 수령한 적이 없는 전세물의 신소유자가 어떻게 전세물의 사용·수익의 대가를 받을 수 있는가 하는 과제가 남는다. 둘째, 판례와 학설은 전세금은 傳 貰權의 요소라고 한다. 따라서 승계부정설을 취하면, 전세물의 양도에도 불구하고 傳 貰金返還義務는 구소유자가 부담한다고 할 경우 전세금은 傳 貰權의 요소라는 명제가 과연 어떻게 유지될 수 있는가 하는 과제가 발생한다. 물론 승계긍정설과 판례의 입장을 따르더라도, 傳 貰金返還義務의 이전을 인정하지 않으면 왜 전세금이 傳 貰權의 요소가 될 수 없는가 하는 것을 적극적으로 규명하여야 할 과제로부터 벗어날 수가 없다.

(iv) 그런데 이상의 문제는 물권법상의 과제이지만, 결코 물권법의 관점에서만 해결될 수 없는 과제이다. 왜냐하면 전세물에 대한 소유권의 이전은 전세물의 매매에 의하여 발생한 법적 효과이기 때문이다. 전세물에 대한 소유권의 양도에는 매매대금의 지급이 따르는바, 매매대금의 지급은 매매의 목적물이 傳 貰權의 제한을 받고 있다는 데에 기초하여 이루어져야 할 것이기 때문이다. 바로 여기에서 傳 貰權을 규율하는 물권법과 전세물의 매매라는 계약법(채권법)이 교차하게 되는 것이다. 실제 매매에서는 당사자들은 매매대금의 지급을 통하여, 전세금의 문제를 해결하는 것이 통상적이다.⁵⁸⁾ 이러한 경우에는 누가 傳 貰金返還義務를 부담하느냐에 따라 당사자 간의 이해가 충돌하는 문제는 발생하지 않는다. 그러나 이 경우에도 전술한 바와 같이, 민법이 예정하고 있는 전세금관계가 어떻게 존속하게 되는가를 규명하여야 한다는 점에서, 여전히 傳 貰金返還義務를 누가 부담하는

57) 상세한 것은 II. 참조.

58) 同旨, 李相泰, 210; 李周興, 56.

가 하는 것은 중요한 법적 의미를 갖는다고 할 것이다. 이에 반하여 당사자들이 전세금과 관련하여 아무런 특별한 조정이나 약정을 하지 않은 상태에서 매수인이 매매대금 전액을 지급한 경우에는, 누가 傳貰金返還義務를 부담하는가 하는 이해충돌의 문제가 발생하게 된다. 경매의 경우에도 당사자 쌍방의 합의과정 없이 기 때문에, 역시 이해충돌이 발생하게 된다.⁵⁹⁾ 이러한 경우에도 역시 傳貰金返還義務의 이전 문제는 그것으로 종결되는 것이 아니라, 당사자 사이에 존재하는 매매계약의 이행과의 관계에서 논의되어야 한다. 이에 대하여는 항을 바꾸어 검토하기로 한다.

IV. 傳貰金返還義務의 이전 문제와 계약법의 교차 : 傳貰金返還義務의 이전과 매매대금의 지급

(i) 매매계약에 의하여 전세물의 구소유자는 신소유자에게 온전하게 소유권을 이전하여 주어야 할 의무를 부담한다.⁶⁰⁾ 이에 대하여 신소유자는 구소유자에게 매매대금을 지급할 의무를 부담한다. 그런데 매매의 목적물이 傳貰權의 제한을 받는 전세물인 관계로, 매수인은 현재 완전한 소유권을 취득할 수 없을 뿐만 아니라 장래에는 소유권을 상실하게 될 가능성도 존재한다. 이에 따라 통상적으로 매매계약의 성립 또는 이행의 단계에서 매매대금에서 전세금상당액을 공제하거나 또는 그 지급을 유예하게 된다. 이 경우에는 傳貰金返還義務를 누가 부담하느냐에 관계없이, 전세물의 양도에 따른 ‘모순적 상황’은 실질적으로 존재하지 않는다. 그 결과 傳貰金返還義務를 누가 부담하느냐에 관계없이, 매도인에게는 아무런 책임이 발생하지 않는다. 그러므로 용익기간 중의 전세물의 양도에 따른 ‘모순적 상황’이 실질적으로 계속 존속하는지의 여부는 최종적으로 매매계약의 단계에서 검토되어야 할 필요가 있는 것이다. 또 전세금이 傳貰權의 요소라는 명제가 충족되는지의 여부도 마찬가지로 이 단계에서 검토되어야 하는 것이다. 승계부정설이나 아니면 승계긍정설이나 하는 것만으로는 결코 전세물의 양도 후 전세금관계가 실질적으로 누구 사이에 존재하는 것인지 그리고 전세금이 傳貰權의 요소로 존속하는지의 여부를 판단할 수가 없는 것이다.

59) 同旨, 李周興, 56.

60) 民法注解[XIV] 債權(7)(博英社, 1997)(南孝淳 집필부분)(이하 注解[XIV] 債權(7)), 168.

(ii) 당사자들이 매매대금에서 전세금상당액을 공제하거나 또는 유예하지 않은 채 매수인인 신소유자가 매매대금 전액을 매도인인 구소유자에게 지급하는 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 이 경우 만일 전세물의 신소유자가 취득한 소유권을 상실하거나 또는 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 지급받지 못할 경우, 傳貫金返還義務를 누가 부담하느냐에 관계없이 매도인은 매매계약상의 채무를 불이행한 데에 따른 책임을 지게 된다.

(iii) 이상에서 검토한 바와 같이, 전세물 양도의 경우 傳貫金返還義務를 누가 부담하느냐에 관계없이, 채권관계를 검토할 필요가 있다. 이하에서는 먼저 전세물의 매매로 인한 채권관계를 검토한 후, 승계부정설과 승계긍정설에 따라 매매계약을 통한 ‘모순적 외관’의 해소와 ‘전세금은 전세권의 요소’라는 명제의 실현을 검토하기로 한다.

1. 전세물의 매매로 인한 채권관계와 매도인의 책임

매매대금에서 전세금상당액을 공제하거나 또는 그 지급을 유예하는 법적 의미를 알기 위해서는 매매계약상의 두 가지 채권관계를 검토할 필요가 있다. 하나는 매수인이 전세물의 소유권을 취득하게 하기 위한 채권관계이다. 다른 하나는, 매수인이 신소유자로서 전세물의 전세물을 사용·수익하거나 또는 그 대신 사용·수익의 대가를 지급받는 채권관계이다. 이상의 두 채권관계는 궁극적으로 매도인이 매수인에 대하여 부담하는 ‘완전한 소유권을 이전할 의무’에서 비롯되는 것이다.

(1) 전세물에 대한 소유권의 취득에 대한 채권관계와 매도인의 담보책임

전세물이 매매되면, 매도인은 신소유자에게 전세물에 대한 소유권을 취득하게 할 채무를 부담한다(제568조). 달리 말하면, 매도인에게는 매수인이 전세물에 대하여 취득한 소유권을 기존의 傳貫權의 실행에 의하여 상실당하지 않도록 하여야 하는 채무가 발생하게 된다. 이 채무는 매수인이 傳貫權의 존재사실을 알았느냐 그렇지 않았느냐의 여부를 불문하고 발생한다. 전세권자의 傳貫權의 실행으로 인하여, 신소유자가 전세물의 소유권을 상실하는 경우에는, 매도인은 원칙적으로 이에 대하여 책임을 지게 된다. 이것이 바로 민법이 규정하고 있는 것으로서, 傳貫權의 행사로 인한 담보책임(제576조)이다.⁶¹⁾

(2) 전세물에 대한 사용·수익권에 대한 채권관계와 매도인의 책임

전세물이 매매의 목적이 되는 경우, 신소유자는 傳貰權의 잔여 용익기간 중 자신의 소유물을 사용·수익하지 못하게 된다. 매수인이 傳貰權의 존재사실을 안 경우와 모른 경우로 나누어, 이를 검토한다.

(가) 신소유자가 傳貰權의 존재사실을 안 경우

(i) 傳貰權은 등기에 의하여 공시가 되므로, 매수인은 傳貰權이 설정된 사실을 알게 된다. 악의인 신소유자는 전세물을 사용·수익하지 못함을 알고 있었으므로, 전세물의 구소유자는 신소유자가 전세물을 사용·수익하지 못한 데에 대하여 책임을 지지 않는다. 바로 이러한 이유에서 민법(제575조 제1항)은 매수인이 악의인 경우에는 매도인에게 제한물권으로 인한 담보책임을 인정하지 않는다.

(ii) 전세물이 양도되면, 신소유자는 자신의 소유물을 전세권자에게 사용·수익시키고 있는 것이 된다. 따라서 전세물의 신소유자는 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 지급받는 것을 포기한 것이 아닌 한, 그에 대한 대가를 지급받아야 하는 것이 원칙이다.

(나) 신소유자가 傳貰權의 존재사실을 모른 경우

(i) 傳貰權은 등기에 의하여 공시가 되므로, 매수인이 傳貰權의 존재사실을 모르는 경우란 원칙적으로 있을 수가 없다. 더구나 우리 민법은 등기 없이도 성립하는 법정전세권을 인정하지 않는다. 그러나 매우 드문 경우이기는 하지만, 매수인이 傳貰權이 설정된 사실을 모르고 있을 수가 있다. 예를 들면, 傳貰權이 불법적으로 말소된 경우가 그러하다. 즉, 매매시 그리고 소유권 이전시에는 傳貰權이 존재하지 않았으나, 매매 후 또는 소유권이전 후 불법 말소된 傳貰權이 회복되는 수가 있게 된다. 이 경우 신소유자는 傳貰權의 제한을 받게 되어, 전세물을 사용·수익하지 못하는 결과가 발생한다. 전세물의 구소유자는 신소유자가 전세물을 사용·수익하지 못한 데에 대하여 책임을 져야 한다. 이것이 바로 민법이 규정하고 있는 것으로서, 제한물권 있는 경우의 매도인의 담보책임이다(제575조 제1항).⁶²⁾

61) 민법 제576조의 담보책임의 성립요건과 효과에 대하여는 注解[XIV] 債權(7), 429-450 참조.

62) 민법 제575조의 담보책임의 성립요건과 효과에 대하여는 注解[XIV] 債權(7), 419-428

(ii) 선의의 매수인은 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우, 매도인에 대하여 담보책임의 일환으로 매매계약을 해제할 수 있다(제575조 제1항). 그렇지 않은 경우에는 매수인은 스스로 전세물을 사용·수익하지 못한 데에 따른 손해배상만을 청구할 수 있다(제575조 제1항).

2. 전세물의 양도에 따른 傳貰金返還義務의 이전 문제와 매매계약의 성립·이행 : 승계부정설과 승계긍정설에 따른 검토

승계부정설과 승계긍정설을 취할 경우, 전세물의 양도에 따른 ‘모순적 상황’이 어떻게 해결되고 그 결과 전세금관계는 어떻게 존속하게 되는지 또 ‘전세금은 傳貰權의 요소’라는 명제는 어떻게 충족되는지를 검토하기로 한다.

(1) 승계부정설(전세금반환의무불이전설)에 기한 검토

첫째, 당사자들이 매매대금에서 전세금상당액을 사전에 공제하는 수가 있다. 전세금상당액의 공제는 신소유자가 傳貰金返還義務를 인수하는 것으로 해석된다.⁶³⁾ 매매대금에서 전세금상당액을 공제하면, 구소유자가 수령한 전세금은 전세금으로서의 기능을 상실하고, 매매대금의 일부로서의 실질을 가지게 된다. 그리고 전세금상당액의 공제에 의하여, 신소유자는 실질적으로 전세금을 수령한 것과 동일한 법적 상태에 놓이게 된다. 전세금상당액 공제는 한편으로는 傳貰權의 실행에 대비하는 법적 의미를 갖는다. 즉, 이로 인하여 매도인에게는 더 이상 傳貰權의 실행에 의하여 매수인이 취득한 소유권을 상실당하지 않도록 하여야 하는 채무는 존재하지 않게 된다. 바로 이러한 이유에서 나중에 전세권자가 傳貰權을 실행하여 신소유자가 취득한 소유권을 상실하더라도, 구소유자인 매도인은 담보책임을 부담하지 않는다. 다른 한편으로 전세금상당액의 공제는 잔여 용역기간 중 전세금의 사용·수익의 대가의 지급과도 관련이 있다. 요컨대, 신소유자가 매매대금의 공제를 통하여, 傳貰金返還義務를 인수하면, 전세금관계는 신소유자와

참조.

63) 이 경우 전세금상당액의 공제는 傳貰金返還義務의 채무인수나 아니면 이행인수냐가 문제될 수 있다. 승계부정설은 傳貰金返還義務를 일반의 채무와 동일하게 보므로, 전세금상당액의 공제를 傳貰金返還義務의 면책적 채무인수라고 본다. 그러나 구소유자가 傳貰金返還義務를 부담하는 것은 傳貰權에 수반되는 법률관계로서 물권법정주의에 의한 것이라고 한다면, 전세금상당액의 공제는 중첩적 채무인수 또는 이행인수로 해석될 여지도 있다고 할 것이다.

전세권자 사이에 존재하게 된다. 그 결과 구소유자는 전세물의 소유자가 아님에도 불구하고, 전세금을 보유하고 있다거나 또는 전세물의 소유자가 아닌 구소유자가 사용·수익의 대가를 지급받는다든가 ‘모순적 외관’은 해소가 된다. 둘째, 당사자들은 매매대금 중 전세금상당액의 잔금의 지급을 용익기간 종료시까지 유예하는 수가 있다. 우선 신소유자는 전세금상당액의 잔금의 지급을 유예받음으로써, 잔금의 이자를 전세물의 사용·수익의 대가로 지급받는 것과 동일한 법적 상태에 놓이게 된다. 한편 傳貫金返還義務의 인수 여부는 유예 후 최종적으로 전세금을 누가 반환하느냐에 따라 결정된다. 우선 신소유자가 전세금상당액의 잔금을 전세권자에게 직접 반환하는 수가 있다. 이 경우는 실질적으로 전세금상당액의 잔금의 공제로 볼 수 있다. 이 경우는 첫째의 경우와 다를 바가 없다고 할 것이다. 다른 하나는 용익기간이 종료된 후, 신소유자가 전세금상당액의 잔금을 구소유자에게 지급하고, 구소유자는 다시 이를 전세권자에게 반환하는 수가 있다. 이 경우가 실질적으로 전세금상당액 잔금의 지급유예라고 볼 수 있을 것이다. 이 경우에는 전세금상당액의 공제가 없으므로, 傳貫權의 실행에 의하여 매수인이 취득한 소유권을 상실당하지 않도록 하여야 하는 매도인의 채무는 소멸하지 않는다(따라서 나중에 전세권자가 傳貫權을 실행하여 신소유자가 취득한 소유권을 상실하게 되면, 매도인인 구소유자는 담보책임을 부담하게 된다). 요컨대, 전세금상당액의 잔금의 지급이 용익기간 종료시까지 유예됨으로써, 신소유자가 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다든가 실질이 존재하여, 구소유자가 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다든가 ‘모순적 외관’은 소멸한다. 그러나 궁극적으로 전세금반환의무자가 전세물의 신소유자가 아니라는 점에서, 전세금관계는 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산하여 존재하게 된다. 또 신소유자는 간접적으로 구소유자로부터 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다든가 점에서, 역시 전세금관계는 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산하여 존재한다. 셋째, 전세금상당액의 사전공제에 따른 傳貫金返還義務의 인수도 전세금상당액의 잔금의 지급유예도 없이, 신소유자가 매매대금 전액을 구소유자에게 지급하는 수가 있다. 이 경우 매도인과 매수인 사이에는 傳貫金返還義務의 인수에 대한 약정, 전세권자의 傳貫權의 행사에 대비한 약정 그리고 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 보장하기 위한 약정이 일체 존재하지 않는다. 다만, 신소유자가 傳貫權의 존재를 알면서도, 매매대금 전액을 지급하였다면, 그것은 사용·수익의 대가를 포기한 것으로 해석될 수도 있을 것이다. 만일 구소유자가 傳貫金返還義務

務를 이행하지 않아 傳貰權이 실행되어, 신소유자가 취득한 소유권을 상실하거나 또는 신소유자가 자신의 출제로 소유권을 보존한 때에는, 매도인인 구소유자가 담보책임(제576조)을 지게 된다. 그리고 신소유자가 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 포기한 것이 아닌 한, 신소유자는 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 지급받지 못한 데에 대하여 구소유자에게 손해배상책임을 추궁할 수 있다.⁶⁴⁾ 요컨대 전세금상당액의 사전공제도 지급유예도 없이 신소유자가 매매대금 전액을 지급한 경우에는, 구소유자가 전세물의 소유자가 아님에도 불구하고 전세금을 보유하고 또 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다라는 ‘모순적 외관’은 해소되지 않는다. 또 전세금관계는 구소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다.

(2) 승계공정설(전세금반환의무이전설)에 기한 검토

첫째, 당사자들이 매매대금에서 전세금상당액을 사전에 공제하는 경우가 있다. 이 공제는 신소유자가 전세금을 수령하지 않았음에도 불구하고 傳貰金返還義務를 부담하는 데에 대한 보상의 의미를 갖는다. 전세금상당액의 공제에 의하여, 신소유자는 전세권자로부터 전세금을 수령한 것과 동일한 법적 상태에 놓이게 된다. 또 구소유자가 수령한 전세금도 전세금으로서의 법적 의미를 상실하고, 매매대금의 일부로서의 의미만을 가지게 된다. 전세금상당액 공제로 인하여 매도인에게는 傳貰權의 실행에 의하여 매수인이 취득한 소유권을 상실당하지 않도록 하여야 하는 채무는 소멸하게 된다(따라서 나중에 전세권자가 傳貰權을 실행하여 신소유자가 취득한 소유권을 상실하더라도, 매도인인 구소유자에게 담보책임을 추궁할 수 없다). 전세금상당액의 공제를 통하여 신소유자는 잔여 용익기간 중 전세금의 사용·수익의 대가도 지급받게 된다. 요컨대 신소유자가 傳貰金返還義務를 부담하는 데에 따라 전세금상당액을 매매대금에서 공제함으로써, 구소유자는 전세물의 소유자가 아님에도 불구하고, 전세금을 보유하고 있다거나 또는 전세물의 소유자가 아닌 구소유자가 사용·수익의 대가를 지급받는다라는 ‘모순적 외관’은 존재하지 않게 된다. 또 전세금관계도 실질적으로 신소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다. 둘째, 당사자들이 전세금상당액의 잔금의 지급을 유예하는 수가 있다. 이 경우 용익기간이 종료하면, 傳貰金返還義務를 부담하는 신소유자가 전세권자에게 전세금을 반환하게 된다. 이 경우에도 실질적으로는 전세금상당

⁶⁴⁾ 이 경우 신소유자가 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받지 못한 데에 대하여는 부당이득반환청구권(제748 제2항)도 문제될 수 있다.

액의 사전공제가 있는 것이라고 볼 수 있다. 요컨대, 신소유자가 傳貫金返還義務를 부담하게 된 데에 대응하여, 전세금상당액의 잔금의 지급을 유예받은 후 전세금을 전세권자에게 반환함으로써, 신소유자는 실질적으로 전세금을 수령한 후 이를 반환한 것이 된다. 따라서 전세물의 소유자가 아닌 구소유자가 전세금을 보유하고 또 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다든 ‘모순적 외관’은 존재하지 않는다. 이 경우에도 전세금관계는 신소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다. 셋째, 전세금상당액의 사전공제 또는 지급유예도 없이, 신소유자가 매매대금 전액을 지급하는 수도 있다. 이 경우에는 매도인과 매수인 사이에는 傳貫金返還義務를 부담하는 데에 대한 보상약정, 전세권자의 傳貫權의 행사에 대비한 약정, 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 보장하기 위한 일체의 약정이 존재하지 않는 것이 된다. 만일 傳貫權이 실행되어 신소유자가 취득한 소유권을 상실하거나 또는 신소유자가 자신의 출재로 소유권을 보존한 때에는, 매도인인 구소유자는 담보책임(제576조)을 지게 된다. 신소유자는 비록 傳貫金返還義務는 부담하지만, 매도인에게는 여전히 傳貫權의 실행을 방지하여 신소유자에게 온전하게 소유권을 이전할 의무가 있기 때문이다. 또 신소유자가 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 포기한 것이 아닌 한, 신소유자는 전세물의 사용·수익에 대한 대가를 지급받지 못한 데에 대하여 구소유자에게 손해배상책임을 추궁하게 된다. 요컨대 전세금상당액의 사전공제도 없고 또 전세금상당액의 잔금의 지급유예도 없이, 신소유자가 매매대금 전액을 지급한 경우에는, 구소유자가 전세물의 소유자가 아님에도 불구하고 전세금을 보유하고 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다든 ‘모순적 외관’은 해소되지 않는다. 그리고 신소유자가 傳貫金返還義務를 부담한다는 점에서는 전세금관계는 신소유자와 전세권자 사이에 존재하지만, 신소유자가 전세물의 사용·수익의 대가를 받지 못하기 때문에 전세금관계가 실질적으로는 신소유자와 전세권자 사이에 존재한다고 할 수 없다.

(3) 결어

(i) 이상에서 검토한 바와 같이, 전세물의 매도인과 매수인은 매매대금의 산정을 통하여, 전세권자의 傳貫權의 실행에 대비하거나 또는 전세물의 사용·수익의 대가의 지급에 관한 조정을 하게 된다. 이러한 조정은 전세물의 양도에 따른 ‘모순적 외관’을 해소하는 의미를 갖는 것임을 알 수가 있었다. 한편 매매대금에서 전세금상당액의 공제가 있는 경우에는, 승계부정설과 승계긍정설을 취하든, 매도

인에게는 담보책임이 발생하지 않는다. 다만 어느 학설을 취하느냐에 따라, 담보책임이 발생하지 않는 데에 대한 법적 설명이 조금 달라진다. 우선 승계부정설에 의하면, 전세금이 공제된 경우에는 매수인에 의한 傳貰金返還義務의 인수가 있었던 것으로 추정할 수 있고, 그 결과 傳貰權의 실행을 방지하여 취득한 소유권을 보존할 책임이 매수인에게 있게 되므로, 매도인은 담보책임을 지지 않게 된다. 즉, 傳貰金返還義務를 이행하여 傳貰權의 실행을 방지할 책임은 매수인에게로 넘어온 이상, 매도인은 담보책임을 질 이유가 없다. 이에 반하여 승계긍정설에 따르면, 전세금상당액이 공제되는 것은 신소유자가 傳貰金返還義務를 부담하는 데에 대한 보상의 의미를 갖는데, 이로 인하여 역시 傳貰權의 실행을 방지하여 취득한 소유권을 보존할 책임이 매수인에게 있게 되므로, 매도인은 담보책임을 지지 않게 되는 것이다.

(ii) 승계부정설에 의하면, 전세금상당액의 사전공제를 통하여 傳貰金返還義務의 인수가 있게 되면, ‘모순적 외관’은 해소되고, 전세금관계는 실질적으로는 신소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다. 그러나 전세금상당액의 잔금의 지급이 용역기간 종료시까지 유예되는 것일 뿐인 경우에는, ‘모순적 외관’은 해소되지만, 전세금관계는 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산하여 존재하게 된다. 또 신소유자는 구소유자를 통하여 간접적으로 전세물의 사용·수익의 대가를 지급받는다든 점에서, 역시 전세금관계는 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산하여 존재하는 것으로 볼 수 있다고 할 것이다. 이에 반하여 승계긍정설에 의하면, 전세금상당액의 사전공제와 지급유예가 있는 경우, ‘모순적 외관’이 사라질 뿐만 아니라, 전세금관계는 신소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다. 승계긍정설에 의하여 전세물의 신소유자가 傳貰金返還義務를 부담한다고 하더라도, 전세금상당액의 공제 또는 유예에 의하여 신소유자에게는 아무런 불이익이 발생하지 않음을 알 수가 있다.

(iii) 한편 전세금상당액의 사전공제 또는 지급유예도 없이 신소유자가 매매대금 전액을 지급하는 경우에는, 승계부정설에 의하든 승계긍정설에 의하든, ‘모순적 외관’은 해소되지 않는다. 승계부정설에 의하면, 전세금관계는 구소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다. 이에 반하여 승계긍정설에 의하면, 전세금관계는 신소유자와 전세권자 사이에 존재하게 된다. 이러한 ‘외관적 모순’은 한편으로 매도인은 매수인에 대하여 사용·수익의 대가에 대한 손해배상책임을 지고, 다른 한편으로 매수인이 소유권을 상실하게 될 경우 매도인이 담보책임을 짐으로써

해결된다.

(iv) 전세물의 양도시 傳賃金返還義務를 누가 부담하는가에 대하여 현행 민법은 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이러한 상황에서는 승계부정설도 승계긍정설도 모두 가능한 해석론이 될 수 있다. 어떤 입장을 선택하는가 하는 것은 결국 어떻게 傳賃權을 운용할 것인가의 문제라고 할 것이다. 우선 승계부정설에 의하면, 전세물의 신소유자에게 傳賃金返還義務가 이전되기 위해서는 傳賃金返還義務의 인수라는 법적 도구가 추가로 필요하다. 또 전세금상당액의 유예만 있는 경우에는 전세금관계는 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산하여 존재하게 된다. 이러한 법적 상황을 일시적인 과도기적인 현상이라고 볼 수 있을지도 모른다. 실제 우리 민법과 판례는 많은 경우 법률관계의 변동 과정에서는 일시적으로 유동적인 법적 상황을 허용하고 있다. 예를 들면, 민법(제587조)은 매매의 경우 과실수취권을 소유권의 변동과 일치시키지 않는다.⁶⁵⁾ 또 판례는 저당권부피담보채권의 양도시 피담보채권의 양도절차와 저당권의 양도절차가 동일한 시기에 이루어지지 않음으로써 시차가 존재하게 되는 경우에, 한편으로 저당권이전등기가 아직 완료되지 않더라도 저당권의 소멸한다고 보지 않고,⁶⁶⁾ 다른 한편으로 채권양도의 대항요건이 늦어지더라도 양수인은 이전받은 저당권을 행사할 수 있다고 한다.⁶⁷⁾ 이러한 점에서 본다면, 승계부정설에 따라 전세금관계가 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산되는 것도 전세물의 양도에 따른 불가피한 과도기적 현상으로 볼 수도 있을 것이다. 그런데 전세물이 양도되면, 전세물의 소유권은 중국적으로 신소유자에게 넘어가버리고 만다. 따라서 이러한 중국적인 법적 상황에서는 전세금관계가 구소유자, 신소유자 그리고 전세권자 사이에 분산되는 것이 이상적인 것이라고는 할 수 없다고 할 것이다. 이에 반하여 승계긍정설에 의하면, 전세금의 관계를 일률적으로 전세물의 소유자가 된 신소유자와 전세물을 사용·수익하는 전세권자 사이의 법률관계로 규율할 수 있다. 또 전세금이 傳賃權의 요소라는 명제도 충실히 실현될 수 있다. 이것이 승계긍정설의 장점이라고 하는 것은 다언을 요하지 않는다. 이는 전세금의 공제가 없는 경우에도 마찬가지이다. 이러한 점에서 본다면, “전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소

65) 매매의 경우 목적물의 과실과 매매대금의 이자의 상관관계에 대하여는 注解[XIV] 債權(7), 586-603 참조.

66) 大判 2003. 10. 10, 2001다77888(公 2003, 2164).

67) 大判 2005. 6. 23, 2004다29279(公 2005, 1221).

이므로 전세권관계로 생기는 위와 같은 법률관계가 신소유자에게 이전되었다고 보는 이상, 전세금 채권관계만이 따로 분리되어 전소유자와 사이에 남아 있다고 할 수는 없을 것이고, 당연히 신소유자에게 이전되었다고 보는 것이 옳다”고 하는 판례의 태도는 충분히 수긍이 될 수 있다고 할 것이다. 요컨대 승계긍정설과 이를 취하는 판례는 전세물의 소유권 변동이라는 중국적인 물건변동이 있는 경우, 전세금관계도 확정적으로 신소유자와 전세권자 사이에서 법률관계로 규율하려고 한다는 점에서 보다 간결한 해석론이라고 할 수 있을 것이다.

(v) 전세권관계에 따른 제한, 예를 들면 傳貫金返還義務의 부담은 그 자체만으로 본다면 전세물의 신소유자에게 불이익이 될 수 있을지도 모른다. 이것이 이른바 승계부정설이 제시하는 실천적 논거 중의 하나임은 이미 진술하였다. 그러나 그러한 불이익도 매도인과 매수인이 전세금상당액을 공제하여 매매대금을 정함으로써, 실질적으로는 아무런 불이익이 되지 않는다. 또 전세금상당액의 공제가 없더라도, 매수인은 매도인에 대하여 담보책임을 포함한 계약상의 책임을 물을 수 있다는 점에서, 傳貫金返還義務를 부담하는 것 자체만으로는 궁극적인 불이익이 되지 않는다. 이러한 점에서 본다면, 매매의 목적물이 傳貫權의 제한을 받는 이상, 매수인은 전세금관계를 포함한 전세권관계에 의한 제한을 받는다고 하는 승계긍정설이 오히려 물건법상의 자연스러운 규율이라고 할 수 있다고 할 것이다.

V. 결어 : 물건개념의 새로운 이해를 위한 단초

(i) 전세권자는 전세물에 대한 사용·수익권을 내용으로 하는 지배권인 傳貫權만으로는, 傳貫權의 목적을 완전하게 달성할 수가 없다. 傳貫權은 결코 물건에 대한 지배권만으로는 시종할 수 없다. 만일 傳貫權이 지배권으로만 그 목적을 달성할 수 있다면, 우리 민법은 傳貫權의 성립과 그 내용에 관한 민법 제303조와 傳貫權의 소멸에 관한 제317조 등 소수의 규정을 제외하고는 다른 규정을 둘 필요가 없었을 것이다. 그러나 민법은 지배권으로서의 傳貫權을 인정하는 이외에, 전세권자와 전세권설정자 사이의 권리의무관계로서 이른바 전세권관계를 규정하고 있다. 전세권관계는 결코 전세권자와 전세권설정자의 이해관계를 조절하기 위한 소극적인 법률관계에 머물지 않는다. 이러한 전세권관계는 바로 傳貫權의 실

현을 위하여 적극적으로 필요한 법률관계이다. 이것이 바로 전세권관계를 傳貰權과 분리하지 않고 傳貰權과 함께 고찰하여야 하는 근본적인 이유라고 하지 않을 수 없다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 지배권으로서의 傳貰權과 청구권관계(또는 형성권관계, 이하에서는 청구권관계를 중심으로 검토한다)로서의 전세권관계를 포괄하여,⁶⁸⁾ 이를 광의의 전세권관계로 이해할 필요가 있다. 더 정확히 말하면 민법의 傳貰權은 전세물에 대한 지배권과 전세물의 소유자에 대한 청구권(또는 형성권)을 내용으로 하는 권리라고 말할 수 있을 것이다.

(ii) 전세권관계를 傳貰權과 분리하지 않고 함께 고찰하여야 하는 필요성은 전세물의 소유자가 변경되는 경우에도 여전히 존재한다. 이것이 바로 전세권관계를 전세물의 신소유자와 전세권자 사이의 법률관계로 인정하지 않을 수 없는 이유라고 할 것이다.

(iii) 청구권관계로서의 전세권관계는 채권관계인가 아니면 물권관계인가? 승계 부정설은 전세권관계는 채권관계로 이해하고 있다. 승계부정설에 의하면, 전세권관계는 지배권이라는 傳貰權의 실현을 위하여, 물권법이 전세권자와 전세권설정자(또는 전세물의 신소유자)의 이해관계를 조절하기 위하여 특별히 규율하고 있는 법정채권관계에 해당하게 될 것이다. 이에 반하여 승계긍정설은 전세권관계는 채권관계가 아니라 물권관계로 보고 있다.⁶⁹⁾ 한편 판례는 승계긍정설을 취하면서도, 전세금관계를 채권관계로 이해한다는 점에서 절충적인 입장을 보이고 있다. 판례에 대하여는 채권관계가 어떻게 계속하여 전세물의 신소유자와 전세권자의 법률관계로 존속할 수 있는지에 대한 보다 근본적인 설명이 필요하다는 점은 이미 지적한 바 있다. 물론 전세금관계의 경우는 전세금이 傳貰權의 요소라는 점에서, 지배권인 傳貰權과 연결될 수 있는 고리를 용이하게 찾을 수는 있다. 그러나 이 경우에도 그 밖의 전세권관계에서와 마찬가지로 지배권으로서의 傳貰權과의 관계를 규명할 보다 근본적인 법리구성이 필요하다고 하지 않을 수 없다.

(iv) 물권을 물건에 대한 지배권으로만 이해하는 현재의 물권이론은 물권관계 전반을 이해하는 데에 어려움이 있다고 하지 않을 수 없다. 현재의 물권이론에 의하면, 傳貰權은 전세물에 대한 지배권이므로, 전세물의 소유자에 대한 청구권

⁶⁸⁾ 형성권관계는 전세권설정자 또는 전세권자의 권리를 형성권이라고 보는 경우에 인정된다. 예를 들면, 전세금증감청구권(제312조의2)과 전세권설정자의 전세권소멸청구권의 법적 성질에 대하여는 청구권설과 형성권설이 대립하고 있다.

⁶⁹⁾ 다만, 승계긍정설이 전세권관계를 전세권자가 목적물을 직접 지배하는 권리의무관계라고 하는 데에는 논리의 비약이 있음은 이미 지적한 바 있다.

을 내용으로 하는 전세권관계를 傳貰權과 분리하여 고찰할 수밖에 없게 된다. 지배권은 대물권으로서 특정의 상대방이 없고 일반인을 의무자로 하여 모든 자에게 주장할 수 있는 권리라고 이해하는 이상, 전세물의 소유자에 대한 청구권관계를 傳貰權과 함께 傳貰權의 법률관계로 고찰하는 것은 처음부터 어려울 수밖에 없다. 이러한 문제점에서 벗어나기 위해서는, 승계긍정설이 주장하는 바와 같이 전세권관계도 법정화된 물권관계로 이론구성할 필요가 있다고 할 것이다.⁷⁰⁾ 첫째, 전세권관계는 傳貰權의 실현을 위하여 적극적으로 필요한 법률관계이다. 민법이 전세권관계를 傳貰權과 함께 규율하고 있는 것은 바로 이러한 이유에서이다. 판례가 “민법에 명시적인 규정은 없으나, 전세물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권관계로부터 생기는 상환청구, 소멸청구, 갱신청구, 전세금증감청구, 원상회복·매수청구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것”이라고 밝히고 있는 것은 이미 전세권관계가 傳貰權의 존재와 실현을 위한 필요불가결한 법률관계임을 충분히 인식하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 둘째, 전세권관계가 傳貰權의 실현을 위하여 적극적으로 필요한 법률관계라고 하는 것은 전세권관계는 傳貰權이라는 지배권에 기초하여 발생하는 법률관계라는 것을 말하는 것이다. 전세권관계가 傳貰權이라는 물권에 기초하여 발생하는 법률관계라고 한다면, 전세권관계도 당연히 물권관계로 포섭될 수 있다고 할 것이다. 물권관계로 포섭되는 전세권관계는 일반의 채권관계와 다른 점을 갖는다. 전세권자는 전세권관계상의 청구권을 전세권설정자뿐만 아니라 전세물의 소유자 누구에 대하여서도 주장할 수 있다. 전세권관계상의 청구권은 전세물의 소유자라는 의무자에 대한 「대인권」이지만, 동시에 전세물의 소유자 누구에 대하여서도 주장할 수 있다는 점에서 비록 제한적이기는 하지만 「대세적」인 권리로서의 성질을 인정할 수 있을 것이다.⁷¹⁾ 이러한 구별에 기초하여 물권관계를 구성하는 청구권은 물권적 청구권의 성질을 갖는다고 할 수 있을 것이다.⁷²⁾ 전세권관계는 이처럼 물

70) 상세한 것은 추후의 연구의 대상으로 한다.

71) 전세권관계를 구성하는 청구권이 모두 당연히 대세적인 권리가 될 수 있다고 단정하는 것은 아니다. 대세적 성격의 인정 여부는 청구권의 성질과 이를 인정하는 법적 취지에 기초하여 개별적으로 검토할 여지가 있는 것이고 또 그것은 궁극적으로 전세권관계의 운영이라는 정책적 문제라고도 할 수 있을 것이다. 청구권에 대한 개별적인 검토는 추후의 연구로 남긴다.

72) 전세권관계상의 청구권도 물권적 청구권이라고 하는 경우, 종래 물권의 실현을 방해하거나 또는 방해의 염려가 있는 경우에 발생하는 물권적 청구권과는 어떠한 점에서 동

권관계이기 때문에, 전세물의 양도가 있는 경우에도 전세물의 신소유자와 전세권자 사이에 존속할 수가 있는 것이다. 현재 판례가 “전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것”이라고 판시하는 것은 전세권관계가 물권관계로서 포섭되어야 할 필요성을 밝히고 있는 것이라고 할 수 있을 것이다. 셋째, 물권적 청구권을 내용으로 하는 전세권관계는 당연히 지배권인 傳貰權과 함께 광의의 전세권관계를 구성한다. 아니 더 정확히 말하면, 민법이 규정하고 있는 傳貰權이란 전세물에 대한 지배권과 더불어 전세물의 소유자에 대한 전세권관계도 그 내용으로 한다고 할 수 있다. 현재 학설은 일반적으로 전세권관계를 傳貰權의 효력으로 설명하고 있는데, 이러한 설명은 전세물에 대한 지배권과 더불어 전세물의 소유자에 대한 전세권관계를 광의의 傳貰權으로 이해할 때 비로소 가능한 것이라고 할 것이다. 예를 들면, 전세금은 傳貰權의 요소라고 하는 것은 결국 전세금관계가 傳貰權의 내용이 된다는 것을 말하는 것임에 다를 바가 없다고 할 것이다. 판례도 “전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신소유자는 구소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어”라고 하고 있는바, 여기서 판례가 傳貰權을 단순히 지배권으로서가 아니라 청구권관계를 포함하는 권리로 이해하고 있는 면을 발견할 수 있다고 할 것이다.

(v) 이상의 전세권관계에 대한 설명은 전세권자와 전세물소유자 사이의 傳貰金返還請求權과 傳貰金返還義務에도 그대로 적용될 수 있다. 즉, 전세금을 지급한 전세권자는 전세물의 신소유자 누구에 대하여서도 傳貰金返還請求權을 취득한다. 반대로 전세물의 신소유자가 되는 자는 누구나 전세권자에 대하여 傳貰金返還義務를 부담한다. 이러한 점에서 전세금반환관계는 바로 물권적 청구권관계의 성질을 갖는다고 할 수 있을 것이다.

(vi) 전세권관계를 물권관계로 이론구성하게 되면, 전세물의 신소유자는 등기에 의하여 공시도 되지 않는 전세권관계의 제한을 받게 되는 것이 아닌가 하는 문제점이 제기될 수 있다. 전세권관계를 채권관계로 보는 학설의 근본적인 이유도 전세권관계는 등기에 의하여 공시되지 않는다는 데에 있었던 것이 아닌가 하고 추측된다. 즉, 전세권관계가 등기에 의하여 공시가 되지 않는 이상, 채권관계라고 할 수밖에 없었고 또 채권관계인 이상 채무인수 또는 계약인수와 같은 법적 장

일하고 또 구별되는지는 추후의 연구에서 다루기로 한다.

치를 통하여서만 전세물의 신소유자에게로 이전될 수 있다고 보았던 것으로 짐작한다. 이러한 점에서 전세권관계도 필요한 경우에는 등기에 의하여 공시될 필요가 있다고 할 것이다.⁷³⁾ 그러나 예상하지 못한 제한으로부터 신소유자를 보호하는 방법은 등기에 한하는 것은 아니다. 전세권관계는 법률에 의하여 미리 정형화하는 방법(물권법정주의)에 의하여서도, 전세물의 신소유자는 보호받을 수가 있는 것이다. 현재 전세권관계가 傳貰權과 함께 물권법으로 법정되고 있는 이유도 바로 여기에 있다고 할 것이다. 이러한 물권법정주의를 통하여, 전세물의 신소유자에게 전세권관계상의 의무를 부담시키기 위하여 굳이 채무인수 또는 계약인수와 같은 법적 장치를 동원할 필요가 없다고 할 것이다. 요컨대 지배권인 傳貰權의 등기 그리고 전세권관계의 법정화를 통하여, 傳貰權과 전세물의 자유로운 유통이 보장될 수 있는 것이라고 할 것이다.

투고일 2008. 11. 25 심사완료일 2008. 12. 11 게재확정일 2008. 12. 12

73) 이 점에서 우리의 부동산등기가 물권관계를 공시하는 데에 충분한 것인지에 대한 검토가 필요하다고 할 것이다.

<Résumé>

La cession de l'immeuble faisant l'objet du bail réel
sur dépôt et le transfert de l'obligation de
la restitution du dépôt du bail réel

Hyo-Soon NAM*

Si l'immeuble grevé du bail réel sur dépôt est cédé pendant la durée du bail réel, l'obligation de la restitution du dépôt en fin de la période se pose-t-elle sur l'ancien propriétaire ou le nouveau propriétaire? Le Code civil coréen ne dit pas d'une manière évidente à l'égard de cette question. Les opinions sont divisées entre les auteurs. Selon la jurisprudence, c'est le nouveau propriétaire qui est dû de cette obligation.

Par la cession de l'immeuble il apparaît une situation inattendue selon laquelle celui qui doit recevoir la contrepartie d'usage et d'jouissance de son immeuble n'est pas celui qui a reçu le dépôt dont l'intérêt servira du loyer. La question de savoir si le nouveau propriétaire est dû de l'obligation de la restitution du dépôt ne peut être résolue, à notre sens, sans savoir si le droit du bail réel peut rester, même après la cession de l'immeuble, comme le droit réglé par le Code civil. En d'autres termes, il faut résoudre cette question suivant le principe établi du bail réel selon lequel le dépôt du bail réel constitue un élément nécessaire du droit du bail réel.

Lorsqu'il y a la vente de l'immeuble grevé du bail réel sur dépôt, il est très souvent que le prix est réduit du montant du dépôt. Cette réduction du prix constitue la compensation du dépôt à être payé par le nouveau propriétaire à la fin du bail réel sur dépôt. Cela rend évident que la question du sujet de

* Professeur, Faculté de droit, Université nationale de Séoul.

l'obligation de la restitution du dépôt est d'une part celle de droit réel et d'autre part celle du droit du contrat.

Pour résoudre la question de savoir si le nouveau propriétaire est dû de l'obligation de la restitution du dépôt il faut en même temps envisager d'autres questions importantes: l'obligation de la restitution du dépôt est-elle de la nature de droit réel ou de droit personnel?; quelle est la relation entre le bail réel et l'obligation de la restitution du dépôt?

mots-clés: la cession de l'immeuble faisant l'objet du bail réel sur dépôt, le transfert de l'obligation de la restitution du dépôt de bail réel, la garantie du vendeur du fait de bail réel sur dépôt