

임차보증금반환채권담보 전세권저당권의 문제점

Problems of Lease deposit return bond security Mortgage Right to Lease Security

조 장 우* · 김 흥 택**

Cho, Jang Woo · Kim, Hong Taek

요약

부동산을 사용·수익하면서 임차보증금반환을 담보하기 위해 전세권 설정계약을 체결하거나 부족한 임차보증금을 융통하기 위해 전세권을 담보로 저당권을 설정하는 것은 거래현실에서 일반적인 전세권의 활용이므로 이를 곧바로 허위표시나 물권법정주의에 위배되는 것으로 볼 이유는 없다. 문제는 전세권 존속기간의 만료 후 전세권저당권자가 임차보증금반환채권에 물상대위를 행사함에 있어서 전세권설정자가 전세권자에 대한 채권을 가지고 전세권저당권자에게 상계로 항변할 수 있는가 또는 연체차입등을 공제할 수 있는가 여부이다.

전세권설정자가 전세권자에 대한 채권으로 전세권저당권자에게 대항하는 것은 물권의 효력상 또는 전세권저당권자의 우선변제권에 대한 침해를 이유로 불가하다고 볼 수도 있지만 현실적으로 전세권설정자의 개입 없이 전세권저당권이 설정되는 경우도 많고 전세권설정자가 전세권자에 대한 채권으로 전세금반환채권과의 상계에 대한 기대를 가지는 것도 부정할 수 없으므로 이를 전적으로 봉쇄하는 해석론은 당사자간 의사나 사적자치, 또는 공평의 원칙에 부합하지 않는다. 이 경우 전세권저당권 설정시를 기준으로 그 이전에 발생한 채권에 대해서만 전세권설정자의 상계를 예외적으로 인정하는 것이 종래 판례가 실시한 압류명령 송달시 기준보다 전세권저당권자의 이익을 침해할 우려가 적다.

임차보증금 담보목적의 전세권저당권의 실행에서도 민법 제315조에 의해 전세금으로 연체차입을 공제할 수 있는지 여부에 관하여 일반적 채권집행의 법리에 따라 압류명령 등이 송달된 때를 기준으로 그 이전에 발생한 연체료 등으로 공제를 허용하기 보다는 전세권저당권 설정시를 기준으로 하여 임차보증금 담보를 전제로 전세권을 설정한 사실을 알고 있는 저당권자에게만 공제주장을 허용하는 것이 법적 안정성 뿐만 아니라 공평의 원칙 또는 당사자간 이익교량의 측면에서 적절할 것이다.

주요어 : 전세권, 전세권저당권, 물상대위, 상계

ABSTRACT

There is no reason to regard it as a violation of false labeling or real rights legalism as signing a leasehold contract to secure the return of the lease deposit or setting a mortgage with the leasehold as collateral to accommodate insufficient lease deposits while using and profitable real estate. The question is whether the leaseholder can defend the leaseholder with the bond against the leaseholder

* 주저자, 정회원·영남대학교 산학협력단 연구원, 법학박사(E-mail: ferre22@hanmail.net)

** 교신저자, 정회원·경일대학교 부동산지적학과 교수(E-mail: khtml020@kiu.ac.kr)

by offsetting or deducting overdue rent when the leaseholder exercises a substitute for the lease deposit return bond after the expiration of the leaseholder's life. It may not be possible for the setter to counter the mortgagee with a claim against the leaseholder due to the effect of the real right or infringement of the leaseholder's preferential repayment right, but in reality, the setter's expectation of offsetting the leaseholder's claim cannot be denied. In this case, it is less likely to infringe on the interests of the mortgage holder of the leasehold than the standard for service of the seizure order established by the previous precedent to exceptionally recognize the offsetting of the leaseholder.

Keywords : Leasehold, Leasehold Mortgage Right, Object Representative, Mutual calculation

1. 머리말

전세권은 외국의 입법례에 등장하지 않은 우리 물권법제의 특유성을 보여주는 제도로서 구민법 당시 가사저당이라는 관습법으로서의 전세제도가 민법전 제정과정에서 성문화된 것으로 볼 수 있다. 민법상 전세권은 원래 토지와 건물 등 부동산의 용익을 목적으로 전세금을 수수하는 전세권 설정 계약을 상정하여 규정되었으나 오늘날 임대차계약을 하면서 보증금반환채권을 담보하거나 임대차보증금을 마련하기 위해 은행을 통한 자금대출을 위한 목적으로 전세권을 설정하는 경우가 빈번하다. 이 경우 물권법정주의에 부적합한게 아닌가 또는 의사표시의 불일치로서 민법 제108조의 허위표시에 해당하거나, 특히 허위표시에 기반한 전세권에 설정된 저당권자에 대하여 전세권설정자가 대항 가능한지 문제된다.

전세권은 물권이므로 설정계약에서 금지하지 않은 한 자유로이 타인에게 담보로 제공될 수 있어서 임차인이 부족한 임차보증금 마련이나 투자자본에 대한 회수수단으로 활용하고 있다는 점에서 전세권을 기초로 한 전세권저당권자가 등장함에 따라 법률관계가 복잡해지거나 전세권설정자에게 치 못한 손해를 입을 우려가 있다. 가령 임차인이 차임을 연체하거나 관리비를 납부하지 않는 등 기타 전세권설정자에게 손해를 가하였을 경우

전세권설정자가 전세금에서 연체차임이나 기타 손해에 대하여 상계 또는 공제의 항변을 할 수 있는가가 공평의 원칙상 문제되는 것이다.

이러한 문제의식을 기초로 본고에서는 전세권의 본질이나 전세권 존속기간 만료 후 효력 등의 쟁점은 가급적 논의에서 생략한 채 채권담보 목적의 전세권과 그러한 전세권에 기반한 저당권의 효력에 대한 학설의 논의와 판례를 검토하고 공평의 원칙상 전세권설정자가 전세권자에 대하여 항변할 수 있는 사유로 전세권저당권자에 대하여 대항 가능한지 여부와 그 사유 및 타당성을 검토하기로 한다.

2. 채권담보목적 전세권의 허위표시 여부

2.1 판례

2.1.1 허위표시 무효의 제3자로서 전세권저당권자

실제 전세권설정계약이 없지만 담보목적으로 당사자 사이에 합의에 의해 임차인 명의로 전세권 설정등기를 설정한 후 그 전세권에 근저당권이 설정된 경우 임대인이 그러한 사정을 알지 못한 근

저당권자에게 전세권설정계약이 통정허위표시로서 무효라고 주장할 수 있는지 여부가 문제된 사안¹⁾에서 전세권설정계약이 없음에도 임대차계약에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적이나 금융기관으로부터의 자금 유통을 위해 전세권설정등기를 한 후 그 전세권에 근저당권이 설정된 경우에는 통정허위표시에 해당하여 무효라 하더라도 이로써 전세권설정계약에 의해 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 된 근저당권자에 대하여는 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 무효를 주장할 수 있다고 보았다.

이 사안에서 판례는 전세권설정계약이 허위표시로서 무효인지 아닌지 여부에 대해서는 구체적인거나 명시적으로 언급하지는 않았고 다만 허위표시에 해당한다 하더라도 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 하였다. 즉 허위표시 자체에 대한 무효여부 판단에 대하여 회피하고 제3자인 전세권저당권자가 선의인 경우 대항할 수 없다는 점만 분명히 밝히는 것으로 판단된다.

2.1.2 전세권부채권의 가압류권자

실제로 전세권설정계약을 체결하지 않고 담보목적 등으로 당사자 간 합의에 의해 전세권설정등기를 한 경우, 전세권부채권의 가압류권자가 선의의 제3자에 해당되어 보호받을 수 있는지 여부가 문제된 사안²⁾에서 허위표시에 의해 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 가압류한 경우 가압류권자는 허위표시에 기초하여 새로이 이해관계를 가지게 된 제3자이므로, 그가 선의인 경우 허위표시의 무효를 그에게 주장할 수 없다고 판단하였다. 전세권의 법정갱신이 이루어진 경우 법률규정에 의한 물권 변동이므로 전세권 갱신의 등기가 필요하지 않고, 전세권자는 등기 없이 전세권설정자

또는 목적물을 취득한 제3자에 대하여 갱신된 권리를 주장할 수 있다고 하였다. 따라서 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권자의 목적물 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류교부의무가 동시이행 관계에 있는데 피고가 위 전세권부채권가압류 등기를 마칠 당시 이 사건 전세권설정등기가 말소되지 아니한 상태였고 전세권 갱신에 관한 등기가 불필요한 전세권명의자인 소외인이 위 부동산 중 일부를 여전히 점유·사용하고 있었던 이상, 피고는 통정허위표시를 기초로 하여 새로이 법률상 이해관계를 가진 선의의 제3자에 해당한다고 봄이 상당하다는 것이다. 이 판례 역시 채권담보목적 전세권의 허위표시성에 대한 구체적인 판단은 유보하고 전세권부채권의 가압류권자가 허위표시의 무효로 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당하는 것을 명확히 판단한 것으로 평가할 수 있다.

2.1.3 연체차임에 대한 당사자의 의사와 허위 표시

한편 최근 판례³⁾에서는 전세권이 용의 및 담보물권적 성격을 모두 갖추고 있고, 목적물 인도는 전세권의 성립요건이 아니므로 당사자들이 채권담보의 목적으로 전세권 설정을 하였고, 목적물을 인도하지 아니한 경우라도 전세권자의 목적물에 대한 사용·수익권을 완전히 배제하는 것이 아니라면 전세권의 효력은 부인할 수 없다고 하였다. 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 당사자들 간 합의에 의해 임차인의 명의로 전세권설정등기를 마친 경우, 그 전세금의 지급은 이미 지급한 임대차보증금으로 대신한 것이고, 전세권자의 목적물에 대한 사용·수익권을 완전히 배제하는 것은 아니므로 그 전세권설정등기는 유효하다는 것이다. 이 경우 임대차보증금은

1) 대법원 2008.3.13. 선고 2006다58912 판결.

2) 대법원 2010.3.25. 선고 2009다35743 판결.

3) 대법원 2021.12.30. 선고 2018다268538 판결.

임대차계약 종료 후 임차인의 목적물 인도 시까지 발생하는 연체차임 기타 채무 등을 담보하는 것⁴⁾이므로 임대인과 임차인이 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권을 설정하기 위해 전세권설정계약을 체결한 경우, 임대차보증금에서 연체차임 등을 공제한 잔액을 전세금으로 하는 것을 당사자들의 합치된 의사로 판단하였다.

그러한 전세권설정계약은 외관상으로는 그 내용에 차임 등의 지급약정이 존재하지 않고, 따라서 전세금이 연체차임 등으로 공제되지 않는 등 당사자들의 진의와 일치하지 않는 부분이 존재하는 것으로 보았다. 따라서 그러한 전세권설정계약은 위와 같이 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 허위표시에 해당하여 무효라고 봄이 타당하다고 하면서, 다만 그러한 전세권설정계약에 의해 형성된 법률관계에 기초하여 새롭게 법률상 이해관계를 갖는 제3자에 대해서는 제3자가 그러한 사정을 알고 있었던 경우에만 무효를 주장할 수 있다고 판단한 것이다.

2.2 학설의 논의

채권담보목적 전세권에 대하여 명확한 법리가 구축된 것으로 보기는 어렵지만 학설은 대체로 그 유효성을 긍정하는 추세로 보인다. 채권담보목적의 전세권은 대체로 건물의 임대차나 공사비 담보를 목적으로 부동산의 점유나 사용·수익에 관련이 있는 점, 장래에 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아닌 점, 채권담보목적 전세권의 경우 허위표시와 달리 담보의 목적으로 전세권을 설정하려는 실질 의사가 있다는

점, 당사자 간 건물 임대차계약 또는 신축계약과 같은 기본 계약상의 피담보채권을 담보하기 위한 목적으로 전세권 설정의 의사의 일치가 존재하고 전세권설정등기를 위한 전세권설정계약이 실제로 존재하는 점⁵⁾, 전세권이 차임을 전제하지 않고 있더라도 당사자들이 차임을 전제하여 전세제도를 활용하는 것을 굳이 금지할 이유가 없다는 점⁶⁾ 등이 논거로 제시되고 있다. 특히 임차보증금반환채권은 전세금에 갈음할 수 있기 때문에 전세권의 성립요소로서 전세금 요건을 충족할 수 있고 임차보증금반환채권 담보목적 전세권은 목적물 사용·수익이라는 면에서 전형적인 전세권과 차이가 없기 때문에 설정 임대차보증금반환채권 담보목적으로 다른 목적물에 전세권을 설정하였다 하더라도 전세권자의 목적물에 대한 사용을 완전히 배제하지 않는 한 유효하다는 견해⁷⁾도 있다.

2.3 검토

채권담보목적의 전세권을 설정하면서 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 전세권을 설정하는 것은 통정허위표시로서 무효가 된다는 견해⁸⁾가 있는데, 목적물의 사용 및 수익을 배제하는 전세권설정계약은 허위표시법리를 살피기 전에 전세권의 본질적 내용에 반하므로 물권법정주의에 위배되어 무효가 되는 것으로 볼 여지가 상당하다.

소액임차인의 경우 선순위 담보권자에 우선하여 배당받을 수 있는 권리가 인정(주택임대차보호법 제8조 및 상가건물임대차보호법 제14조)되는 것과 같이 임차권의 물권화나 준물권 취급을 고려한다면 임대차계약을 하면서 전세권으로 등기하였

4) 같은 논지로는 대법원 2005.9.28. 선고 2005다8323, 8330 판결 등이 있다.

5) 배병일, “전세권저당권”, 『저스티스』 제139권, 한국법학원, 2013, pp.7-9.

6) 최준규, “전세권과 허위표시”, 『민사법학』 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, pp.367-370.

7) 오경미, “채권담보 목적의 전세권과 그에 관하여 설정된 저당권의 법률관계-연구대상판결: 대법원 2006.2.9. 선고 2005다59864 판결-”, 『판례연구』 제18집, 부산판례연구회, 2007, pp.164.

8) 이미선, “전세권저당권자의 지위와 관련된 쟁점에 관한 검토”, 『대전지방변호사회지』 제4호, 대전지방변호사회, 2007, pp.224; 이승훈, “전세권저당권의 실행방법과 전세권설정자의 공제 및 상계주장 거부”, 『민사판례연구』 제38권, 민사판례연구회, 2016, pp.194.

더라도 곧바로 통정허위표시에 해당하는 것으로 보아 무효로 다루는 것은 과한 것으로 평가⁹⁾하기도 한다. 임차보증금반환채권을 담보하기 위해 전세권 설정계약을 체결하는 것은 채권자가 그 부동산을 사용·수익함이 명백하다는 점과 실제 임대차 거래현실에서 전세권의 활용성과 사적자치라는 민법에 이념에 비추어 본다면 굳이 임차보증금반환채권을 담보하기 위한 전세권설정계약을 허위표시로 다루어 부정해야 할 이유가 분명치 않다. 따라서 채권담보, 특히 임차보증금반환채권을 담보하기 위한 전세권설정을 허위표시로 보거나 물권법 정주의에 위배되는 것으로 평가하기 어렵다.

다만 이러한 경우 전세금의 담보범위에 연체차임 등을 포함하는 것으로 계약 당사자들의 의사를 추단하는 것이 의사표시의 해석상 자연스럽지만 전세권저당권이 설정된 상황에서 전세권의 존속기간이 만료되어 전세권저당권자가 임차보증금반환채권에 물상대위를 행사하는 경우 전세권설정자가 전세권자에게 대한 채권을 자동채권으로 하여 전세권저당권자에게 상계로 항변할 수 있는가 또는 그 채권이 임대차계약에서 발생한 연체차임이라면 공제할 수 있는지 여부가 문제된다.

3. 전세권저당권자에 대한 상계·공제

3.1 전세권저당권자에 대한 상계

3.1.1 물상대위권 행사 여부에 따른 항변

물상대위권을 행사하기 전의 상계에 관한 사안에서 판례¹⁰⁾는 전세권설정자가 전세권자에게 전세금을 반환하면 전세금반환채권이 소멸하여 전세권저당권자는 물상대위권을 행사할 수 없으므로 물

상대위권에 기초하여 압류 전에 제3채무자인 전세권설정자가 상계의 의사표시를 한 경우에는 피압류채권이 소멸하여 물상대위권을 행사할 수 없다고 판단하였다. 상계를 한 경우 현실적인 변제에 준하므로 물상대위권은 상계에 우선할 수 없다고 판단한 것으로서 물상대위권의 행사 전의 상계에 대한 이러한 판단은 적절한 것으로 평가된다.

그러나 전세권저당권자가 전세금반환채권에 물상대위권을 행사한 경우 전세권설정자가 전세권자에게 대한 채권으로 전세권저당권자에게 상계를 주장할 수 있는지 여부가 문제된 사안¹¹⁾에서는 “전세권저당권자가 전세금반환채권에 물상대위권을 행사한 경우 저당권의 효력은 물상대위의 목적이 된 전세금반환채권에 존속하여 저당권자가 전세금반환채권에 대하여 일반채권자보다 우선변제받을 권리가 인정되므로 설령 전세금반환채권이 압류된 때 전세권설정자가 전세권자에게 대하여 반대채권을 가지고 있고 반대채권과 전세금반환채권이 상계적 상에 있다 하더라도 그러한 사정만으로는 전세권설정자가 전세권저당권자에게 상계로써 대항할 수는 없다”고 원칙적인 해석론을 실시했으나, 전세권저당권이 설정된 때를 기준으로 “이미 전세권설정자가 전세권자에게 대하여 반대채권을 가지고 있고 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시 또는 먼저 도래한다면 전세권설정자에게 합리적 기대이익을 인정할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 전세권설정자가 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 있다”고 보아 예외적으로 상계로 항변할 수 있는 사유를 판단하였다.

이 사안은 전세권저당권에 관한 항변 중 대여금채권을 자동채권으로 하여 상계를 하는 문제와 임대차계약으로 인한 연체차임·관리비·손해배상채

9) 황경용, “전세권 저당권의 등기의 효력과 그 실행방법 - 대법원 2008.3.13. 선고 2006다29372, 29389 판결의 분석”, 『중앙법학』 제15집 제3호, 중앙법학회, 2003, p.116.

10) 대법원 2007.12.13. 선고 2007다50519 판결.

11) 대법원 2014.10.27. 선고 2013다91672 판결.

권 등의 공제가 혼합된 케이스인데, 특히 상계에 관하여 전세권을 목적으로 하는 저당권이 설정되고 전세권의 존속기간이 만료된 후 전세권저당권자가 물상대위를 행사함에 있어서 전세권설정자가 전세권자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 전세권저당권자에게 상계로써 대항할 수 있는지 여부에 관하여 우선변제권을 기초로 원칙적으로 상계적상을 부정하면서 예외적으로 전세권설정자의 합리적인 기대이익을 보호하기 위한 상계적상을 인정할 수 있는 사유를 제시한 점에 의미가 상당하다. 이에 대하여 전세권설정자의 합리적 기대이익을 보호한다는 이유로 상계적상을 인정하는 것은 변칙담보로서 채권담보전세권의 건전한 법리 발전에 적합하지 않은 해석론이라는 비판¹²⁾도 있으나 종래 전세권저당권자의 입장에서 상계를 부정하는 형식적 물권 우선의 법리를 넘어 전세권설정자와의 적절한 이익교량을 모색한 것으로 판단된다.

3.1.2 학설의 논의

전세권설정자의 상계항변을 부정하는 관점은 그 성립시기를 불문하고 물권인 전세권저당권과 채권인 전세권설정자의 자동채권 사이의 우열관계는 물권이 우선하는 것이므로 상계사유가 물권 성립보다 앞선 시점에 형성되었다더라도 상계권자가 우선권을 취득할 수 없다는 점¹³⁾을 주요 논거로 삼는다. 이는 수동채권을 보유한 담보물권 취득자는 물권자로서 우선변제권이 있으므로 자동채권을

보유한 전세권설정자가 채권을 바탕으로 상계를 주장하여 물권을 가지고 있는 담보물권자에게 대항할 수 없다는 것이다. 이러한 관점에서 본다면 앞서 살핀 판례¹⁴⁾가 일반채권자인 전세권설정자에게 예외적인 경우에 상계를 허용함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 있도록 한 것은 전세권저당권자가 물권자로서 누려야 할 우선변제권을 침해하는 것으로 해석될 여지가 있다. 또한 민법 제 371조 2항에서 전세권설정자가 전세권저당권자의 동의 없이 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못하도록 정한 것은 전세금의 임의변제 뿐만 아니라 상계로 인한 변제에도 적용되는 것¹⁵⁾이라 비판하기도 한다.

한편 강제집행법상의 법리를 기초로 하여 제3채무자인 전세권설정자는 채권집행의 법리에 의해 압류 및 추심명령 또는 전부명령이 송달된 때를 기준으로 그 이전에 채무자와의 사이에 발생한 항변사유로 대항할 수 있는 것이 원칙이라는 점을 근거로 제3채무자인 전세권설정자는 전세금반환채권이 압류되기 전에는 집행채무자인 전세권자에게 변제하거나 상계할 수 있었기 때문에 압류 전까지 상계에 관한 합리적 기대이익이 형성된 이상 상계를 허용함이 적절하다는 견해¹⁶⁾도 있으며 예외적으로 저당권 설정시를 기준으로 전세권저당권자가 임대차보증금반환채권의 담보를 위해 전세권이 설정되었다는 점을 알았다면 상계가 허용된다고 판단하여 임대차보증금반환채권을 담보하기 위하여 전세권이 설정되었고 이를 전세권저당권자가

12) 김제완, “전세권을 목적으로 한 저당권의 우선변제권과 상계적상”, 『고려법학』 제76호, 고려대학교 법학연구소, 2015, p.305에서는 대상판결이 원칙적으로 상계적상을 부정한 결론은 타당하지만 우선변제권을 근거로 밝힌 것은 적절하지 못하고 물권으로서의 전세권 및 전세권저당권, 전세금반환청구권의 대세적 효력에서 근거를 찾아야 한다고 하여 기본적으로 채권에 우선하는 물권법적 법적 성질을 강조하고 있는데, 형식적·체계적인 해석론의 관점에서는 일응 타당해 보인다.

13) 조정임, “담보물권의 목적인 채권의 상계”, 『민사법학』 제73호, 한국민사법학회, 2015, pp.7-10.

14) 대법원 2014.10.27. 선고 2013다91672 판결.

15) 김제완, “앞의 논문”, pp.287-290; 이혜리, “전세권저당권의 목적인 채권의 상계”, 『원광법학』 제32집 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2016, p.113이하에서는 판례가 전세권설정자는 압류채권에 관하여 경합하는 일반채권자가 아닌 제3채무자의 지위에 있는 사람이라고 주장하면서 상계가 원칙적으로 금지되는 근거로 우선변제권을 들고 있는 점에 대하여 비판하기도 한다.

16) 이미선, “전세권저당권자의 지위와 관련된 쟁점에 관한 검토”, 『대전지방변호사회지』 제4호, 대전지방변호사회, 2007, pp.225-226; 유승정, “물상대위의 행사”, 『민사재판의 제문제』 제10권, 한국사법행정학회, 2000, p.192.

저당권설정시 알았다면 전세권저당권자에 대하여 상계를 주장할 수 있다는 견해¹⁷⁾도 있어서 상계가 부와 상계허용기준에 대한 여러 해석론의 대립이 이어지고 있다.

3.1.3 검토

상계부정설과 상계긍정설이 나름의 타당한 논거를 제시하고 있지만, 결국 물권우선주의라는 일반법리에 형식적으로 매몰되기보다는 현실적으로 전세권설정자의 개입 없이 전세권저당권이 설정되는 경우가 많고 이러한 경우 전세권설정자가 전세권자에 대한 반대채권으로 전세금반환채권과의 상계에 대한 기대를 완전히 부정하는 해석론은 당사자간 의사 또는 사적자치에도 부합하지 않을 뿐더러 공평의 원칙에 어긋나는 측면이 있다고 생각된다. 따라서 전세권설정자의 상계를 예외적으로 인정하면서 그 기준을 전세권저당권 설정시 기준으로 그 이전에 발생한 채권에 대해서만 상계의 자동채권으로 인정한다면 판례가 실시한 압류 명령 송달시 기준보다는 전세권저당권자의 입장을 고려하는 해석론으로서 전세권설정자와 전세권저당권자 사이의 이익교량 관점에서 적절하다고 생각된다.

3.2 연체차임 등의 공제여부

3.2.1 민법 제315조의 적용여부

민법 제315조¹⁸⁾에 의해 전세권자가 관리비 등을 연체하였거나 전세목적물을 멸실·훼손하여 손해배상책임을 지는 경우, 전세권설정자는 전세금 반환 시에 관리비 및 손해배상액 등을 전세금으로부터 공제할 수 있는데, 임차보증금을 담보하기 위하여 전세권설정계약을 체결한 경우 임대차계약상 차임이나 관리비 등을 연체하였더라도 전세권저당권의 실행시 전세금에서 공제가 가능한지 여부가 문제된다.

3.2.2 전세권저당권자의 인식여부

판례¹⁹⁾는 대체로 저당권 설정 당시 전세권저당권자가 임차보증금반환채권 담보목적의 전세권이 라는 사실에 대하여 선의인 경우에는 통정허위표시의 법리를 적용하여 전세권설정자의 공제를 인정하지 않고, 그렇지 않은 경우에는 공제를 허용하는 추세를 나타낸다.

이러한 판례의 입장에 대하여 전세권설정합의가 존재하여 전세권이 완전하게 유효한 이상 전세권저당권자의 선·악의를 불문하고 전세권설정자는 저당권자에 대하여 전세금이 임대차보증금이라는 이유로 연체차임 공제를 주장할 수 없다고 보는 것이 논리적이라는 견해²⁰⁾가 있다. 반면 전세권설정 전에 발생한 연체차임에 대해서는 공제가

17) 최준규, “앞의 논문”, p.379.

18) 제315조(전세권자의 손해배상책임)

① 전세권의 목적물의 전부 또는 일부가 전세권자에 책임있는 사유로 인하여 멸실된 때에는 전세권자는 손해를 배상할 책임이 있다. ② 전항의 경우에 전세권설정자는 전세권이 소멸된 후 전세금으로써 손해의 배상에 충당하고 잉여가 있으면 반환하여야 하며 부족이 있으면 다시 청구할 수 있다.

19) 대법원 2013.2.15. 선고 2012다49292 판결; 대법원 2010.3.25. 선고 2009다35743 판결; 대법원 2008.3.13. 선고 2006다58912 판결; 대법원 2006.2.9. 선고 2005다59864 판결; 대법원 2001.11.9. 선고 2001다51336 판결.

20) 강혜림, “채권담보를 위한 전세권에 저당권을 설정한 자와 가압류한 자의 법적 지위”, 『경희법학』 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021, p.249; 김대경, “임차보증금반환채권에 대한 담보목적 전세권의 법률관계 - 대상판결: 대법원 2021.12.30. 선고 2018다268538 판결-”, 『국제법무』 제14집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2022, p.163; 박근웅, “채권담보를 위한 전세권의 법률관계”, 『법학연구』 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016, p.123.

가능하다는 견해²¹⁾에서는 임차인이 차임을 연체하고 있던 중에 전세권저당권이 설정된 경우 전세권 설정자는 전세권저당권자의 인식여부에 상관없이 저당권 설정 전 발생한 연체차임 액수에 한하여 공제항변을 인용하는 것이 공평의 원칙에 부합한다고 하고, 전세권저당권은 설정 당시 전세권의 모습 그대로 취득하는 것이므로 전세권저당권이 설정되기 이전에 발생한 연체차임에 대해서 저당권자에 대해 공제가 허용된다고 본다.

3.2.3 검토

임차보증금을 담보하기 위해 전세권저당권을 설정한 경위를 알고 있는 전세권저당권자에 대하여 예외적으로 상계항변을 허용하는 판례의 해석론을 받아들인다면 전세권설정자의 합리적 기대이익을 이유로 연체차임, 관리비 등을 공제할 수 있다고 하는 해석 역시 전적으로 불가능한 것으로 판단하기는 어렵다.

다만 공제가능한 예외적인 사유를 어떻게 볼 것인가가 문제일 것인데, 일반적 채권집행의 법리에 따라 전세권설정자가 압류 및 추심명령 또는 전부명령이 송달된 때를 기준으로 하여 그 이전에 발생한 연체료 등으로 공제가 허용된다면 전세권저당권자의 이익을 지나치게 침해하는 것으로 볼 여지가 있기 때문에 전세권저당권 설정시를 기준으로 하여 임차보증금 담보를 전제로 전세권을 설정한 사실을 알고 있는 악의의 저당권자에게만 공제주장을 허용하는 것이 종래 판례의 해석론을 크게 벗어나지 않는다는 점에서 법적 안정성이나 공평의 원칙, 또는 당사자간 이익교량의 측면에서 합리적이라 생각된다.

4. 맺음말

채권담보목적의 전세권을 설정하면서 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 전세권을 설정하는 것은 통정허위표시로서 무효가 될 수 있을 뿐만 아니라 전세권의 본질적 내용에 반하므로 물권법정주의에 위배되어 무효가 될 것이다. 다만 부동산을 사용·수익하면서 임차보증금반환채권을 담보하기 위해 전세권 설정계약을 체결하고 자금을 융통하기 위해 전세권을 담보로 저당권을 설정하는 것이 거래현실에서의 일반적인 전세권의 활용이므로 이를 곧바로 허위표시로 보거나 물권법정주의에 위배되는 것으로 해석할 이유는 없다고 할 것이다. 문제는 전세권의 존속기간이 만료되어 전세권저당권자가 임차보증금반환채권에 물상대위를 행사함에 있어서 전세권설정자가 전세권자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 전세권저당권자에게 상계로 항변할 수 있는가 또는 연체차임 등을 공제할 수 있는가 여부이다.

전세권설정자가 전세권자에게 대항할 수 있는 채권으로 전세권저당권자에게 대항하는 것은 물권의 효력상 또는 전세권저당권자의 우선변제권에 대한 침해로 이유로 불가하다고 볼 여지도 있다. 그러나 현실적으로 전세권설정자의 개입 없이 전세권저당권이 설정되는 경우가 많고 이러한 경우 전세권설정자가 전세권자에 대한 채권으로 전세금반환채권과의 상계에 대한 합리적인 기대를 가지는 것도 완전히 부정할 수 없으므로 이를 전적으로 봉쇄하는 해석론은 당사자간 의사나 사적자치에도 부합하지 않을뿐더러 공평의 원칙에 어긋나는 측면이 있다고 볼 것이다. 즉 전세권저당권 설정시를 기준으로 그 이전에 발생한 채권에 대해서만 전세권설정자의 상계를 예외적으로 인정하는 것이 종래 판례가 실시한 압류명령 송달시 기준보다 전세권저당권자의 이익을 침해할 우려가 적다.

21) 이승훈, “앞의 논문”, p.205; 오경미, “채권담보전세권과 그 저당권의 법률관계”, 『민사재판의 제문제』 제19권, 민사실무연구회, 2010, p.160.

또한 임차보증금반환채권 담보목적 전세권저당권의 실행에서 민법 제315조에 의해 전세금으로 연체차임을 공제할 수 있는지 여부에 관하여 판례가 주로 전세권저당권자의 인식여부에 따라 판단을 달리한 반면, 학설에서는 전세권저당권자의 선·악의를 불문하고 공제를 허용할 수 없다는 견해와 전세권저당권자의 악의를 전제로 전세권저당권 설정 전 발생한 연체차임 등은 공제가능하다는 견해 등이 대립되어 온 바 일반적 채권집행의 법리에 따라 압류명령 등이 송달된 때를 기준으로 하여 그 이전에 발생한 연체료 등으로 공제를 허용하기 보다는 전세권저당권 설정시를 기준으로 하여 임차보증금 담보를 전제로 전세권을 설정한 사실을 알고 있는 저당권자에게만 공제주장을 허용하는 것이 법적 안정성뿐만 아니라 공평의 원칙 또는 당사자 간 이익교량의 측면에서 적절할 것이다.

〈참고문헌〉

1. 강태성, “전세권저당권에 관한 대법원 판례의 검토 - 「대법원 1999. 9. 17. 선고 98 다 31301 판결」과 「대법원 2014. 10. 27. 선고 2013 다 91672 판결」을 중심으로-”, 「법학논고」 제61호, 경북대학교 법학연구원, 2018.
2. 강혜림, “채권담보를 위한 전세권에 저당권을 설정한 자와 가압류한 자의 법적 지위”, 「경희법학」 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021.
3. 김대경, “임차보증금반환채권에 대한 담보목적 전세권의 법률관계-대상판결: 대법원 2021. 12.30. 선고 2018다268538 판결-”, 「국제법무」 제14집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2022.
4. 김제완, “전세권을 목적으로 한 저당권의 우선변제권과 상계적상”, 「고려법학」 제76호, 고려대학교 법학연구소, 2015.
5. 남효순, “전세권의 본질에 비추어 본 전세권저당권 제반문제의 검토 - 전세금반환청구권은 채권적 청구권이 아닌 물권적 청구권으로 물권에 속하는 권리-”, 「서울대학교 법학」 제62권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2021.
6. 박근웅, “채권담보를 위한 전세권의 법률관계”, 「법학연구」 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.
7. 배병일, “전세권저당권”, 「저스티스」 제139권, 한국법학원, 2013.
8. 오경미, “채권담보전세권과 그 저당권의 법률관계”, 「민사재판의 제문제」 제19권, 민사실무연구회, 2010.
9. 이승훈, “전세권저당권의 실행방법과 전세권설정자의 공제 및 상계주장 가부”, 「민사판례연구」 제38권, 민사판례연구회, 2016.
10. 이현준, “현 정부의 부동산공시제도 운영에 대한 담론”, 「한국지적학회 2009년 춘계학술대회 논문집」, 사단법인 한국지적학회, 2009.
11. 이혜리, “전세권저당권의 목적인 채권의 상계”, 「원광법학」 제32집 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2016.
12. 장병주, “전세기간 만료 후 전세권저당권자의 법적 지위 - 전세권저당권의 객체와 전세권저당권자의 우선변제권 인정여부-”, 「법학논총」, 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021.
13. 정우형, “토지와 건물에 대한 이원적 소유권 체계에 관한 연구”, 「한국지적학회지」, 제22권 제1호, 사단법인 한국지적학회, 2006.
14. 조경임, “담보물권의 목적인 채권의 상계”, 「민사법학」 제73호, 한국민사법학회, 2015.
15. 최준규, “전세권과 허위표시”, 「민사법학」 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013.

(접수일 2023.03.10, 심사일 2023.03.16, 심사완료일 2023.03.31.)