

건물에 전세권설정등기를 한 후 그 대지에 다시 전세권설정등기를 할 수 있는지 여부

【선례요지】 토지와 건물은 별개의 부동산으로 건물 전부에 대한 전세권설정등기가 경료되었다 하더라도 토지에 대하여 별도의 전세권설정등기가 가능하며, 이미건물의 특정부분에 전세권이 설정되었다 하더라도 그 부분과 중복되지 않는다면 건물의 나머지 다른 부분에 대한 전세권설정등기가 가능하다.

[2000. 10. 4. 등기 3402-691 질의회답]

『유사선례』 1. 1998. 10. 7. 등기 3402-976 질의회답, 선례요지집 V 420

2. 2000. 2. 16. 등기 3402-111 질의회답.

《해 설》

1. 전세권이란 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 전세금의 우선변제를 받을 수 있는 권리(민법 제303조제1항)를 말한다. 우리 민법상 재산법분야의 대부분의 법제는 서구제국에서 형성·발달된 것을 계수하여 규정한 것임에 비해, 전세권은 조선후기부터 일제시대에 걸쳐 주로 도시에서 건물에 관하여 이용되어 온 관습상의 제도로서의 전세를 민법 제정과 함께 성문화한 것으로 우리나라에 특유한 것이다. 그런데 전세권은 용익물권이면서도 다른 용익물권과 달리 전세금의 지급을 전세권의 요소로 하는 담보물권적 특성을 가지고 있다. 전세금은 전세권 성립의 요소이기 때문에 전세금을 지급하지 않는다는 특약을 하면 전세권은 성립하지 않는다. 전세금은 전세권자가 전세권설정자에게 지급하였다가 전세권이 소멸하는 때에 반환을 받게되는 금전으로, 목적부동산의 사용의 대가인 차임 또는 지료의 특수한 지급방법으로서의 성격과 일종의 보증금으로서의 성격을 가지고 있다. 문제는 토지와 건물을 별개의 부동산으로 보는 우리나라의 법제와 전세권은 타인의 부동산을 그 용도에 좇아 사용·수익하는 권리라는 특성에서 볼 때, 건물에 대하여 전세권설정등기가 경료되어 있는 경우 그 건물의 대지에 대하여 다시 전세권을 설정할 수 있는가 하는 것이다.

2. **전세권의 법적 성질** 전세권의 성질에 대하여는 1984년 민법개정에 의해 우선변제적 효력에 관한 내용이 규정된 후 다음과 같은 견해가 주장되고 있다.

(1) 擔保物權說

담보물권설의 논거는 다음과 같다.

- ① 용익물권인 지상권, 지역권의 경우에는 모두 지료의 지급을 필수요건으로 하지 않는데 반하여, 전세권의 경우에는 전세금의 지급이 필수요건이다.
- ② 전세금의 액수가 부동산가액의 5 내지 8할에 이르는 고율로서 전세권은 저당권에 비하여 오히려 많은 금액의 금전을 융통하게 해주므로 저당권이 담보물권이라면 전세권은 더욱 담보물권으로 인정하여야 한다.
- ③ 전세권자에게는 다른 용익물권자에게는 인정되지 않는 경매청구권과 우선변제권이 인정되고 있는바, 이는 전세권을 담보물권으로 본 것이다.
- ④ 전세권에 법정지상권을 인정한 것은 저당권의 경우와 같고, 이는 전세권의 객체인 건물의 사용가치보다도 교환가치 혹은 담보가치를 보유하기 위한 것이다.
- ⑤ 민법의 편별상으로도 전세권은 용익물권인 지역권과 담보물권인 유치권의 중간에 위치하므로 이를 담보물권으로 이해하는데 체재상 무리가 없다.
- ⑥ 연혁상으로 볼 때 우리 나라의 전세제도는 조선시대까지 성행하였던 占有質형태의 담보제도인 家舍典當에서 유래한 것으로, 전세권의 목적이 목적물을 사용·수익하는 권능을 가지는 것은 담보제도로서의 不動產質의 속성에 의한 것일 뿐이고 그것이 용익물권이기 때문은 아니다.

(2) 用益物權인 同時에 擔保物權이라는 說

민법이 전세권자에게 우선변제권을 인정한 이상, 이제 전세권은 용익물권인 동시에 담보물권이기도 하며 이 두가지 성질은 동등한 비중을 갖는 것으로 주종의 관계에 있지는 않으며 담보물권의 통유성이 전세권에도 전적으로 인정된다고 보는 견해이다.

(3) 特殊用益物權說

특수용익물권설의 논거는 다음과 같다.

- ① 전세권은 그 제도 자체가 타인의 부동산을 사용·수익하는 것을 본체로 하는 것이고, 담보물권성을 부여한 것은 전세금반환청구권을 확보해준다는 정책적고려에 의한 것이다.
- ② 당사자의 주관적 의사도 부동산의 임대가 중심목적이고, 전세금의 교부는 그에 대한 대가의 지급일 뿐이지 거꾸로 금전의 대차가 주목적이고 부동산의 인도와 반환은 이를 담보하는 수단이라고 생각할 것은 아니다.
- ③ 전세권의 목적물이 일부멸실되었다고 해서 그 멸실부분에 해당하는 전세금의 감액이 인정된다고 하는 것(민법 제314조 제1항)도 순수한 담보물권에서는 있을 수 없는 일이다.

(4) 전세금의 수수는 전세권설정자가 그의 부동산을 담보로 제공하고 전세금에 해당하는 용자를 받는 것과 같은 기능을 하며, 전세권에는 우선변제청구권과 경매청구권(민법 제318조)이 인정된다. 이는 전세권이 담보물권성을 가지고 있음을 나타내 주는 것이다. 즉 전세권은 순수한 용익물권은 아니며 담보물권으로서의 성격도 경유하고 있다고 볼 것이다. 판례(대법원 1989. 9. 26. 선고87다카25425 판결)도 전세권은 용익물권과 담보물권의 성질을 경유하고 있는것으로서 목적

물의 사용가치와 교환가치의 우선적 파악을 목적으로 하고 있는 권리라고 판시하고 있다. 실제의 법률관계에서 본다면 전세금의 수수라는 전세권 성립의 단계와 전세권이 소멸된 경우에 경매 절차를 진행한다면지 또는 경매의 배당절차에서 전세금의 반환을 받는 등 청산의 단계에서는 전세권의 담보물권성이 두드러지게 나타나지만, 전세권이 유효하게 존속하고 있는 동안에는 목적물의 사용·수익이라는 용익물권적 법률관계만이 표면에 드러나고 담보권으로서의 성격은 내재하고 있을 뿐이라고 할 것이다.

3. (1) 담보물권적 측면에서의 전세권등기 전세권의 설정등기를 신청하는 경우에는 저당권설정등기신청에 관한 규정인 부동산등기법 제145조 내지 제 147의 각 규정을 준용한다. 즉 수 개의 부동산을 전세권의 목적으로 할 때에는 신청서에 각 부동산에 관한 권리를 표시하고(법 제145조), 그 부동산이 5개 이상인 때에는 공동전세목록을 첨부하고(법 제146조), 전세권의 목적에 다른부동산을 추가 할수있다(법제147조). 전세권의 등기를 하는 때에는 저당권의 등기에 관한 규정인 부동산등기법제149조 내지 제155조의 규정을 준용 한다 즉 등기용지에 공동전세의 목적인 취지를 기재하고(법 제149조), 공동전세목록의 제출이 있는 때에는 그 취지를 기재하고(법 제150조), 공동전세목록은 등기부의 일부로 보며(법 제151조), 추가공동전세인 취지의 기재(법 제152조), 공동전세중의 일부의 소멸 또는 변동이 있을 때에는 다른 부동산에 그 취지를 기재하고(법 제154조), 공동담보목록이 있을 때에는 그 목록에 기재하여야 한다는 것이다(법 제155조).

(2) 용익물권적 측면에서의 전세권등기

① **부동산의 일부에 대한 전세권설정등기** 전세권설정등기를 신청하는 경우에는 전세권의 목적인 범위를 기재하여야 하는바, 전세권의 목적인 토지 또는 건물은 1필의 토지 또는 1동의 건물의 전부 이어야 할 필요는 없고 그 일부라도 무방하다. 그 경우에는 지적도 또는 건물의 도면을 첨부하고 그 목적인 부분을 표시하여야 한다(법 제139조 제2항, 부동산등기법시행규칙 제62조 제2항).토지 또는 건물의 일부에 대하여 전세권 또는 임차권의 등기가 있거나 토지의 일부에 대하여 지상권의 등기가 있는 경우에, 그 토지 또는 건물의 다른 부분에 대한 전세권, 임차권 또는 지상권의 등기는 허용되어 진다.

② **공유지분에 대한 전세권설정등기** 전세권을1필의토지또는1동의건물의 일부에 대하여 설정할 수 있음은 부동산등기법의 규정에 의하여 당연히 인정되지만, 토지 또는 건물의 공유지분에 대하여도 전세권설정등기를 할 수 있는지에 대하여는 의문을 제기하는 견해가 있다. 즉 등기실무상 공유지분에 대한 전세권은 등기할 수 없는 것으로 하고 있는데(등기예규 제574호), 이에 대하여 지분권은 동일물상의 다른 공유자의 지분에 의하여 제한을 받고 있기는 하지만 그 자체 하나의 소유권과 같은 성질을 가지는 것으로 각 공유자는 그의 지분을 자유로이 처분할 수 있고 공유물 전부를 사용·수익할 수 있으므로, 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분에 의하여 제한을 받는 현상 그대로의 자기 지분을 전세권의 목적으로 하는 것 역시 허용되어야 한다는 견해가 있다.또한 이 견해는 전세권의

담보물권성을 강조한다. 그러나 전세권은 기본적으로 용익물권이고, 용익물권은 설정행위에 의하여 정하여진 목적의 범위 내에서 목적부동산을 전면적배타적으로 ·사용수익하는 ·것을 내용으로 하는 권리이므로, 공유지분상에 전세권을 설정하게 되면 그 효력이 공유물 전체에 미치게 되어 다른 공유자가 자기의 지분에 따른 그 토지 또는 건물 전체를 사용수익하는 · 권한과 완전히 저촉하게 된다고 할 것이고, 전세권의 목적이 부동산의 일부인 때에는 신청 시에 그 도면을 첨부하여야 한다는 부동산등기법 의취지에 비추어 보아도 공유지분상의 전세권 설정등기 신청은 할 수 없다고 할 것이다.

그러므로 공유지분인 전유부분의 대지권에 대하여는 전세권을 설정할 수 없으므로, 집합건물의 전유부분과 대지권을 동일한 전세권의 목적으로 하는 전세권 설정등기 신청도 수리될 수 없다고 할 것이다.

③ 지상권과 동일한 목적을 위한 전세권 설정등기 전세권은 목적부동산을 그 용도에 좇아 사용 · 수익하는 권리인바, 건물을 목적으로 하는 때에는 문제가 없으나 토지를 목적으로 하는 때에는 지상권과의 관계에서 문제를 제기하는 견해가 있다 즉 전세권은 “용도”에 좇아 사용하는데 대해 지상권은 “건물 기타의 공작물이나 수목의 소유”를 위하여 토지를 사용하는 권리(민법 제279조)이므로, 건물 기타의 공작물이나 수목의 소유를 위한 것이 토지의 “용도”인 경우에도 전세권 설정등기를 신청할 수 있는가 하는 것이다. 전세권은 용익물권이므로 토지를 그 용도에 좇아 사용수익하기 · 위한 당사자의 합의가 있다면 용도가 무엇인가를 고려할 필요까지는 없다고 할 것이고, 등기관이 토지에 대한 전세권 설정등기에 대하여 전세권의 용도까지 판단하는 것은 무리이므로 지상권과 동일한 목적을 위한 전세권의 설정도 인정된다고 할 것이다.

④ 중복전세권의 등기 전세권은 토지 또는 건물을 직접 지배하는 부동산물권으로서 배타성이 있으므로 동일한 부동산 위에 중복하여 이를 설정할 수 없다. 따라서 이미 전세권 설정등기가 있는 토지 또는 건물에 대하여 중복하여 전세권 설정등기를 신청하면 기존 등기와 양립할 수 없는 등기의 신청으로서 부동산등기법 제55조 제2호에 의하여 이를 각하하여야 한다. 전세권 설정등기가 존속기간이 만료가 되었다 하여도 그 등기가 말소되지 않는 한 동일한 범위를 목적으로 하는 전세권 설정등기는 할 수 없다고 할 것이며, 지상권이 토지 전부에 대하여 설정되어 있는 경우에 그 토지를 목적으로 전세권 설정등기를 신청하는 것은 용익권의 충돌이 있게 되므로 허용될 수 없다고 할 것이다. 임차권등기가 되어 있는 경우에도 마찬가지이다. 중복전세권등기와 관련하여 건물에 대하여 전세권 설정등기가 경료되어 있다면 그 건물의 대지를 전세권의 목적으로 하는 등기 신청은 할 수 없는 것이 아닌가 하는 의문을 제기하는 견해가 있다. 본 질의도 그와 관련된 것으로 이에 대하여는 항을 바꿔 설명하기로 한다.

4. 사안의 검토 대지와 건물이 같은 소유자인 경우에 건물을 사용하기 위하여 건물에 대한 전세권을 설정한 경우에는 그 건물을 용도에 좇아 사용수익하려면 · 대지를 비롯하여 필요한 범위에서 부근의 토지도 사용하여야 할 것이므로, 건물 전세권의 설정자가 대지 소유자인 경우에는 건물 전세권자의 건물 용도에 따른 사용·수익을 방해하지 않기 위하여 대지에 다른 전세권을 설정할 수 없는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수도 있다. 이는 특히 법정지상권과 관련해서 문제점이 제기 될 수 있다. 즉 대지와

건물이 동일한 소유자에게 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 보고, 이 경우 대지소유자는 타인에게 그 대지를 임대하거나 이를 목적으로 한 지상권 또는 전세권을 설정하지 못한다(민법 제305조)고 하고 있으므로, 대지와 건물이 같은 소유자인 경우에 건물에 전세권을 설정하였다면 이후 대지의 소유권이 변동되어 건물에 대한 법정지상권이 성립될 때를 대비하여 대지에 대하여는 다른 전세권의 설정을 할 수 없도록 하여야 할 것이 아닌가 하는 것이다 이러한 관점에서 종전의 선례(1999. 1. 16. 등기 3402-43 질의회답)는 대지와 건물이 같은 소유자인 건물에 전세권설정등기가 경료된 경우 전세권자가 대지 및 필요한 범위내의 인근토지도 사용 하여야 할 것이므로 이를 방해하는 대지에 대한 다른 전세권은 설정할 수 없다고 보았다. 그러나 위 선례는 다음과 같은 이유에서 본 선례에 의해 변경되게 되었다. 즉 토지와 건물은 별개의 부동산으로 자유로이 처분하고 사용할 수 있는데, 건물의 대지라 하여 처분이나 사용을 제한할 수는 없다고 할 것이고, 부동산등기법은 공동전세를 인정하고 있으므로(법 제139조 제3항) 전세권의 담보적 기능을 강화하기 위하여 전세권의 목적에 다른 부동산을 추가할 수도 있는데, 건물의 대지에 대한 전세권설정을 할 수 없다고 한다면 전세권의 담보적 기능을 극단적으로 제한하는 결과가 된다고 할 것이고, 또한 등기실무상으로도 건물에 대한 전세권 설정등기 이후 토지에 대한 전세권설정등기신청이 있거나 또는 그 반대되는 등기신청이 있는 경우 등기관이 토지 및 건물등기부를 전부 조사하여 용익물권의 중복 여부를 판단하여야 하며, 특히 이 경우 등기관은 법정지상권 더 나아가 관습 법상의 법정지상권의 성립 여부에 대한 실체적 판단을 하여야 하나 이는 형식적 심사권 밖에 없는 등기관으로서 지극히 곤란할 뿐만 아니라, 오히려 등기되지 않은 이 법정지상권 또는 관습법상의 법정지상권의 존부의 심사는 등기관의 심사 권에 속하지 않는 사항이라고 할 것이기 때문이다.