

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2018다40235(본소) 점유회복 등  
2018다40242(반소) 전세권말소등기

원고(반소피고), 상고인

원고(반소피고)

소송대리인 변호사 조판제

피고(반소원고), 피상고인

피고(반소원고)

피고, 피상고인 주식회사 코레스코 외 1인

피고(반소원고) 및 피고들 소송대리인 변호사 이두환

원 심 판 결 춘천지방법원 강릉지원 2018. 7. 24. 선고 2017나1216(본소), 1233  
(반소) 판결

판 결 선 고 2021. 12. 30.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 준비서면들은 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 사안 개요

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 피고 주식회사 코레스코(이하 '피고 코레스코'라 한다)는 1992. 7. 13. 강원 고성군 (주소 생략) 등에 있는 집합건물인 '○○리조트 휴양콘도미니엄'(이하 '○○리조트'라 한다) 중 (호수 생략)인 이 사건 식당에 관하여 소유권보존등기를 하였다.

피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) 1은 2015. 7. 8. 강제경매 절차에서 이 사건 식당을 매수하고 2015. 7. 9. 소유권이전등기를 하였다. 피고 주식회사 이스턴월드는 피고 코레스코로부터 ○○리조트의 관리를 위임받아 위탁관리를 하는 회사이다.

나. 피고 코레스코는 1997. 12. 1. 이 사건 식당에 관하여 소외 1 앞으로 전세금 2억 원, 존속기간 1999. 11. 30.까지인 이 사건 전세권설정등기를 하였다. 이후 이 사건 전세권은 존속기간이 2004. 12. 1.까지, 전세금이 2억 7,500만 원으로 변경되었고, 2003. 11. 27. 소외 2 앞으로, 2006. 12. 20. 소외 3 앞으로 이전되었다.

원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)는 2007. 3. 26. 소외 3 등의 연대보증 아래 피고 코레스코에 2억 원을 변제기 2009. 3. 25.로 정하여 대여하였다. 원고는 대여하기 전인 2007. 3. 22. 소외 3, 피고 코레스코와 '피고 코레스코가 원고에게 변제기까지 대여금 원을 변제하지 않을 경우 소외 3이 가지고 있는 이 사건 식당 전세권(1억 6,000만 원)에 관한 권리를 양도한다.'는 내용의 채권양도계약을 체결하고, 소외 3은 채권양도 사실을 피고 코레스코에 통지하였다.

원고는 피고 코레스코가 대여금을 변제하지 않자 소외 3을 상대로 이 사건 전세권의 이전을 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원은 2012. 9. 13. '소외 3은 원고에게 이 사건 전세권에 대하여 2007. 3. 22. 양도를 원인으로 한 전세권이전등기절차를 이행하라.'는 판결을 선고하였고(춘천지방법원 속초지원 2012가단2271), 그 무렵 위 판결은 그대로 확정되었다. 원고는 피고 1이 강제경매 절차에서 이 사건 식당을 매수할 무렵인 2015. 6. 18. 이 사건 전세권 이전의 부기등기를 하였다.

원고는 2015. 7. 17. 피고들을 상대로 이 사건 식당에 대하여 원고의 점유·사용을 방해하는 행위의 금지를 청구하는 가처분 신청을 하였다. 제1심 법원은 2015. 10. 14. 가처분 신청을 기각하였는데, 그 이유는 이 사건 전세권이 통상의 전세권과 같이 사용·수익권을 포함하고 있다고 보기 어렵다는 것이다(춘천지방법원 속초지원 2015카합29). 위 결정은 항고와 재항고가 모두 기각되어 그대로 확정되었다.

다. 원고는 이 사건 식당의 전세권자로서 피고들이 식당에서 퇴거하고 피고 1이 식당을 인도할 것을 청구하는 이 사건 소를 제기하였다. 피고 1은 원고를 상대로 이 사건 전세권설정등기가 무효라는 이유로 그 말소를 청구하는 반소를 제기하였다.

라. 쟁점은 전세권자의 사용·수익을 배제하고 채권 담보만을 목적으로 설정한 전세권이 유효한지 여부이다.

## 2. 사용·수익을 배제한 채권 담보 전세권의 효력

가. 민법 제185조는 "물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다."라고 정하여 물권법정주의를 선언하고 있다. 물권법의 강행법규성에 따라 법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류나 내용의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다64165 판결 참조).

전세권자는 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다(민법 제303조 제1항).

전세권설정계약의 당사자가 주로 채권 담보 목적으로 전세권을 설정하고 설정과 동시에 목적물을 인도하지 않는다고 하더라도 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 배제하지 않는다면, 전세권의 효력을 부인할 수는 없다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다18508 판결 참조). 그러나 전세권 설정의 동기과 경위, 전세권 설정으로 달성하려는 목적, 채권의 발생 원인과 목적물의 관계, 전세권자의 사용·수익 여부와 그 가능성, 당사자의 진정한 의사 등에 비추어 전세권설정계약의 당사자가 전세권의 핵심인 사용·수익 권능을 배제하고 채권 담보만을 위해 전세권을 설정하였다면, 법률이 정하지 않은 새로운 내용의 전세권을 창설하는 것으로서 물권법정주의에 반하여 허용되지 않고 이러한 전세권설정등기는 무효라고 보아야 한다.

나. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 전세권설정등기가 무효라고 보아 원고의 본소 청구를 배척하고 피고 1의 반소 청구를 인용하였다.

피고 코레스코는 이 사건 식당이 아니라 강원 횡성군에 있는 '△△코레스코 내 한식당'을 임차하여 운영하던 소외 1에게 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 이 사건 전세권을 설정하였다. 이후 소외 2가 소외 1로부터 위 한식당의 운영권을 이전받으면서 이 사건 전세권을 이전받았으나, 소외 1과 소외 2가 이 사건 식당을 운영하거나 점유하지 않았다.

이후 피고 코레스코의 직원인 소외 3은 이 사건 전세권을 이전받았으나 피고 코레스코와 이 사건 식당에 관하여 형식적인 임대차계약서를 작성한 채 사용·수익에 관여하

지 않았고, 피고 코레스코가 직접 식당을 운영하였다.

이와 같이 피고 코레스코는 1990년대 중반부터 ○○리조트 전체의 영업을 중단한 2013. 12.경까지 이 사건 식당을 제3자에게 임대하거나 직접 운영하는 등으로 이 사건 식당을 계속해서 관리하였다.

원고도 피고 코레스코에 대한 대여금채권을 담보할 목적으로 피고 코레스코, 소외 3과 이 사건 전세권을 이전받는 계약을 체결하였다. 이후 원고는 2012. 9. 13. 원고 앞으로 이 사건 전세권의 이전을 명하는 판결을 선고받았으나, 2015. 6. 18.에야 전세권 이전등기를 하면서 비로소 사용·수익권을 주장하였다.

결국 이 사건 전세권은 전세권자가 목적물인 이 사건 식당을 사용·수익하는 것을 배제하고 채권 담보만을 목적으로 설정된 것이므로, 이 사건 전세권설정등기는 무효이다.

다. 원심판결 이유를 위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 전세권자의 사용·수익권을 배제하고 채권 담보만을 위해 설정된 전세권설정등기가 무효라고 판단한 것은 정당하다. 원심판결에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않고 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 전세권과 석명의무에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결론

원고의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      노정희

주    심      대법관      김재형

                  대법관      안철상

                  대법관      이흥구