

# 傳賃權 消滅의 解釋論

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 教授)

## < 目 次 >

### I. 서론

1. 전세권의 일반적 문제점 개관
2. 전세권 소멸의 의미의 불명료성

### II. 전세적 고찰

1. 전세권의 법적 성질
2. 전세금의 지급
3. 정리

### III. 구체적 고찰

1. 전세권의 존속기간의 만료
2. 전세권설정자의 소멸청구
3. 당사자의 소멸통고
4. 목적부동산의 멸실
5. 전세권의 포기
6. 혼동

### IV. 결론

## I. 서론

### 1. 전세권의 일반적 문제점 개관

傳賃權이란 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하고, 전세권이 소멸하면 목적부동산으로부터 전세금의 우선변제를 받을 수 있는 물권을 말한다(민법 303조 1항. 아래에서 인용되는 조문은 모두 민법의 조문을 의미한다).

이러한 전세권제도는 우리 나라에 고유한 것으로서 외국에서는 이와 유사한 것을 찾아보기 어렵다. 이미 舊韓末부터 서울 등 일부의 도시를 중심으로 하여, 타인의 건물을 빌리면서 일정한 금액을 한꺼번에 지급하여 두었다가, 전세계약이 종료되면 그 금액을 반환 받아가는 독특한 방식이 행하여져 왔었다. 건물의 사용대가는 따로 지급하지 않고, 지급한 금액의 이자로써 이에 갈음하는 것이었다.

그런데 이러한 전세계약으로부터 발생하는 부동산임차권은 그 성질이 債權에 불과하기 때

문에, 전세권자가 충분히 보호받을 수가 없었다. 그리하여 현행 민법은 부동산임차권에 물건적 효력을 부여할 필요성을 느끼고 또한 가옥과 금전의 상호 임차라는 서민층의 有無相通의 관행을 법제화할 필요에 의하여, 오래 전부터 관습상 행해져온 채권적 전세제도를 일정한 내용의 물건으로 입법화한 것이다.

그러나 이러한 전세권이 타인의 부동산을 사용·수익할 필요가 있는 사람에게 이를 가능하도록 해 주는 부동산이용제도로서의 기능을 수행하고 있는 점에서 용익물권의 성질을 가지고 있는 것은 물론이다. 그러나 한편 전세금의 수수를 다른 각도에서 보면, 부동산소유자는 자신의 재산을 담보로 하여 금전을 빌리는 것이고, 전세권자는 부동산의 임차인인 동시에 금전채권자이며 담보권자가 되는 것으로 볼 수 있어서, 전세권이 담보물권의 성질도 아울러 가지고 있는가가 문제된다.

또한 민법이 전세권을 물권의 차원으로 끌어올려 두고 있으나, 다른 용익물권과는 달리, 전세권설정의 원인관계에 기한 人的 色彩를 가진 규정들을 많이 규정함으로써, 해석상 많은 어려움을 안겨주고 있다. 예컨대 설정행위에 의한 양도 등의 금지(306조 단서), 전세권자의 현상유지의무 및 수선의 의무(309조), 전세금증감청구권(312조의 2)을 비롯한 전세금에 관한 규정(303조 1항 전단, 315조 2항), 전세권자의 손해배상의무(315조 1항), 전세권소멸시 각종 의무(317조) 등에서 보듯이, 종래의 채권적 전세권에 적용되어온 당사자 사이의 채권관계에 관한 원칙들을 민법은 물건인 전세권의 후에서 규정하고 있다. 그러나 판택텐체계를 취함으로써 물건관계와 채권관계를 준별하는 입장을 취하고 있는 우리 민법의 기본체계상 전세권에 관련한 이러한 규정들의 해석에 상당한 어려움을 던져주고 있는 것이 사실이다. 우선 전세금 지급이라는 의무를 전세권의 성립이나 존속과 어떠한 관련을 지을 것인가가 문제되며, 또한 전세목적물의 소유권의 변동 내지 전세관계 당사자의 변동이 있는 경우에 위와 같은 채권관계가 어떻게 변화하는가도 문제된다.

그 외에도, 전세권의 우선변제와 관련하여서는, 우선변제를 받을 수 있는 범위가 민법에서는 구체적으로 규정되어 있지 않아서, 그 범위를 어디까지 인정할 것인가가 문제되기도 한다. 그리고 부동산의 일부에 전세권이 설정된 경우에, 그 부동산의 전부에 대하여 경매를 청구할 수 있는가가 문제되며, 만약 그것을 긍정한다고 하더라도 그 전부의 경매대금으로부터 우선변제를 받을 수 있는가도 문제된다.

## 2. 전세권 소멸의 의미의 불명료성

이와 같이 전세권에 관련하여서는 많은 해석상의 어려운 점들이 있으나, 그 가운데 하나로서 전세권이 소멸한다고 할 때에 그 의미가 혼동되어서 사용되고 있다는 점도 들 수 있다.

우리 나라에서는 일반적으로 전세권소멸의 효과로서, 전세권자의 목적물인도 및 전세권등

기의 말소등기에 필요한 서류교부에 관한 의무와 전세권설정자의 전세금반환의무와 동시 이행관계, 전세권자의 경매청구권 및 우선변제청구권, 전세권자의 원상회복의무 및 부속물수거의무, 전세권설정자 및 전세권자의 부속물매수청구권, 전세권자의 유익비상환청구권 등이 언급되고 있다.

그런데 만약 여기서 말하는 '전세권의 소멸'을 '전세권의 완전한 소멸'로 파악한다고 한다면, 전세권자가 전세금을 반환받지 못하였을 경우에, 전세권자가 목적물에 대하여 경매청구와 우선변제를 청구할 수 있는 근거가 과연 어디서 나오는 것인가라는 의문이 제기되는 것이다. 왜냐 하면, 전세권이 이미 완전히 소멸하여 버렸다면, 이제는 경매청구와 우선변제의 청구에 관한 근거를 전세권에서는 찾을 수가 없게되기 때문이다. 이와 같이 '전세권의 소멸'을 '전세권의 완전한 소멸'로 파악하는 것은 전세권의 성질을 용익물권으로만 파악할 때 나오는 해석이며, 담보물권의 성질도 아울러 가지는 것으로 파악한다면 '전세권의 소멸'의 의미도 달리 파악해야 할 것으로 생각된다.

우리 민법에서는 傳賃權의 章에서 '전세권의 소멸'이라는 용어를 여러 곳에서 사용하고 있다(311조 1항, 313조, 314조, 315조, 316조, 317조).

먼저 민법 제316조 제1항은 "전세권이 그 존속기간의 만료로 인하여 소멸한 때에는 ..."라고 규정하고 있다. 전세권의 소멸원인은 여러 가지 있을 수 있으나 그 가운데 하나인 존속기간이 만료되면 곧 바로 전세권도 소멸하는가라는 의문이 제기된다. 다시 말하면 존속기간이 만료하면 전세권의 말소등기 없이도 전세권이 곧바로 소멸하는가라는 의문이 일어난다.

또한 민법 317조는 "전세권이 소멸한 때에는 그 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다."라고 규정하고 있다. 이를 문리적으로만 보면, 전세권이 소멸하고 난 후에 비로소 전세금의 반환의 문제가 일어나고 또한 전세권설정등기의 말소등기의 문제가 일어나는 것으로 규정되어 있다고 하겠다. 그런데 여기서 우리의 대부분의 해석론에 의하면 전세권이 성립하기 위해서는 전세금의 지급이 있어야 되며 아울러 전세권설정등기가 있어야 한다고 하는데, 그렇다면 거꾸로 전세권이 소멸하기 위해서는 전세금의 반환이 필요하지는 않는 것인지 나아가 전세권의 말소등기도 필요하지 않는 것인지의 의문이 제기된다.

그리고 민법 제311조 제1항은 전세권자가 목적물을 부적절하게 사용·수익하는 경우에 전세권설정자는 전세권의 소멸을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 소멸청구의 의미와 관련하여서는 학설의 다툼이 있다. 즉 형성권으로 해석하는 입장에서는 말소등기 없이도 전세권이 소멸한다고 하나, 물권적 단독행위로 해석하는 입장과 채권적 청구권으로 해석하는 입장에서는 말소등기까지 하여야 전세권이 소멸한다고 한다. 그러나 이 경우에 말소등기의 요부 이외도 전세금의 반환이 있어야 전세권이 소멸하는가에 관하여는 역시 불명한 것으로 남아 있다. 또한 민법 제313조는 존속기간을 정하지 않은 전세권의 경우에 각 당사자에게 전세

권소멸을 통고할 수 있고, 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권이 소멸한다고 규정하고 있는 바, 역시 여기서도 소멸통고의 의미를 어떻게 보는가에 따라 말소등기요부에 관하여 다툼이 있다. 이 경우에도 물론 그 문제이외에 전세금의 반환이 있어야 전세권이 소멸하는가라는 문제가 일어난다. 또한 민법 제314조 제2항의 전세권 소멸통고의 의미와 제315조 제2항의 전세권소멸의 의미도 위의 규정들과 통일성 있게 해석할 필요가 있다고 하겠다.

본고에서는 전세권소멸의 의미를 통일성 있게 밝혀 보고자 한다. 그러기 위한 전제로서 본고에서는 먼저 전제적 고찰로서 전세권의 법적 성질 및 전세금의 지급과 전세권의 성립요소의 문제를 고찰한 후, 각 개별적인 규정 별로 전세권 소멸의 의미를 살펴보기로 한다.

## II. 전제적 고찰

### 1. 전세권의 법적 성질

전세제도는 전술한 바와 같이 우리 나라에서 종래 채권관계로 관행되어 온 이른바 '전세' 제도를 이용권의 강화를 위해 물권의 일종으로 성문화한 것으로서, 외국의 입법례에서 찾아볼 수 없는 우리의 특유한 제도이다.

그런데 전세권은 타인의 부동산을 사용·수익할 필요가 있는 사람에게 이를 가능하도록 해 주는 부동산이용제도로서의 기능을 수행하고 있다. 한편 전세금의 수수를 다른 각도에서 보면, 부동산소유자는 자신의 재산을 담보로 하여 금전을 빌리는 것이고 전세권자는 부동산의 임차인인 동시에 금전채권자이며 담보권자가 되는 것으로 볼 수 있으므로, 전세권은 담보제도로서의 기능도 아울러 수행하고 있는 것이다. 이러한 후자의 기능 때문에, 전세권을 용익물권으로만 볼 것인가, 나아가 담보물권의 성질도 아울러 가는 것으로 파악할 것인가, 아니면 담보물권으로만 볼 것인가에 관한 견해의 차이를 나타내고 있다.

#### (1) 학설

##### 1) 용익물권·담보물권설

위와 같은 전세권의 두 가지 기능에 따라, 전세권을 용익물권과 담보물권의 성질을 함께 보유하는 물권으로 파악하는 것이, 현재 우리 나라의 다수설이다. 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 사용·수익할 수 있는 용익물권임 점은 틀림이 없다. 그러나 한편 전세권의 소멸사유가 발생하였으나 전세금의 반환을 받지 못하였을 때에는, 부동산 전

부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리도 있고(303조 1항 후단), 목적물에 대하여 경매도 청구할 수 있다(318조). 이러한 점 때문에 결국 전세권은 담보물권의 성질도 아울러 가지고 있는 것으로 파악하여야 한다는 것이다.

다만, 이러한 두 가지 성질 가운데서 용익물권의 성질이 본체적인 것이고 담보물권의 성질을 부가적인 것으로 파악하는 견해<sup>1)</sup>와 양자가 동등한 위치에서 전세권의 내용을 이룬다고 보는 견해<sup>2)</sup>의 대립이 있다.

## 2) 용익물권설

이는 전세권이 담보물권적 성질까지 아울러 가지고 있다고 하는 것에 대하여 반대하는 견해이다. 그 주장의 내용은 다음과 같다. 즉, 전세권이 소멸하면 전세권설정자는 전세금을 반환하여야 할 의무를 부담한다. 이와 같이 전세금반환채권은 전세권이 소멸되어야 비로소 발생하는데, 그 채권의 만족을 위하여 경매청구권과 우선변제권이 인정되었다고 해서 이미 소멸한 전세권이 담보물권으로서 존속할 수는 없는 것이다. 그러므로 전세권이 담보물권으로서의 통유성인 부종성·수반성·물상대위성·불가분성을 가진다는 설명은 부당하다. 전세권이 담보물권의 성질도 가진다고 파악하는 견해는 제303조 제1항이 '전세권자는 ... 그 부동산 전부에 대하여 ... 전세금의 우선변제를 받을 수 있다'고 정하므로, 전세권의 내용이 전세금의 우선변제를 받는 것으로 오해한 것으로 추측된다고 한다.<sup>3)</sup>

## 3) 담보물권설

이는 전세권이 용익물권이 아니라 순수한 담보물권으로 파악하는 견해이다. 그 이유로서, 전세권자는 高額의 전세금반환채권을 가지고 있는데, 이 청구권을 담보하기 위하여 전세권의 객체에 대한 경매청구권과 우선변제권이 인정되고 있다는 점을 든다. 특히 민법이 담보물권인 유치권에서는 담보물권에서만 인정되는 우선변제권을 인정하지 않으면서도, 전세권에서는 우선변제권을 인정하고 있는데, 이는 전세권이 순수한 담보물권임을 입증하는 것이라고 한다.<sup>4)</sup>

1) 姜台星, 물권법(서울:대명출판사,2000), 715면 ; 金相容, 물권법(전정판)(서울:법문사,1999), 538면 ; 李英俊, 물권법(전정판)(서울:박영사,1996), 724면. 특히 金曾漢·金學東, 물권법(제9판)(서울:박영사,1997), 413면에서는 "전세권에 있어서 당사자들의 주관적 의사는 부동산의 대차가 중심목적이고 금전의 수수는 이에 대한 대가의 성질을 가진다고 생각하는 것이지, 거꾸로 금전의 대차가 주목적이고 부동산의 인도 및 사용·수익은 이를 담보하는 수단이라고 생각하는 것이 아니다. 또 전세권의 목적물이 일부 멸실된 경우에는 그 멸실부분에 해당하는 전세금이 감액되는데, 그러한 것은 순수한 담보물권에서는 있을 수 없는 것이다. 이는 오히려 용익물권의 성질이 주가 되어 있기 때문에 가능한 것이다. 이런 점에서 용익물권으로서의 성질이 주라고 할 것이다."라고 한다.

2) 郭潤直, 물권법(新訂)(서울:박영사,1999), 354면 ; 李銀榮, 물권법(서울:박영사,1998), 629면.

3) 梁彰洙, "傳賃權", 고서계, 1992.3., 95-6면.

4) 金基善, 한국물권법(서울:법문사,1990), 306-8면.

## (2) 판례

판례도 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다고 하면서<sup>5)</sup>, 담보물권적 성격인 부종성과 수반성을 강조하고 있다.<sup>6)</sup> 그리고 “당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면 그 전세권의 효력을 부인할 수 없다”<sup>7)</sup>고 하여, 양 성격을 동등한 것으로 보고 있다고 생각된다.

## (3) 검토

전세권은 다른 용익물권과 다른 성질을 가지는 독특한 물권임을 부인할 수는 없다. 전세권자 측에서 보면, 금전을 빌려주기 위하여 전세권을 하는 것은 아니고 부동산을 사용·수익하기 위해 이를 설정한다. 이 점에서 보면, 전세권은 용익물권의 성질을 갖는다. 그러나 전세권 설정자 측에서 보면, 전세금을 얻기 위하여 전세권을 설정하고, 이러한 전세금반환채권을 담보하기 위하여 담보물권에서만 인정되는 경매청구권과 우선변제권을 갖는다. 이 점에서 보면, 전세권은 담보물권으로서의 성질을 부인할 수 없다.

그리고 순수한 담보물권인 저당권의 경우를 보면, 제2번 저당권이 실행되면 제1번 저당권은 소멸한다. 그러나 전세권이 설정되고 난 뒤에 저당권이 설정된 경우에는, 그 저당권이 실행되더라도 전세권은 원칙적으로 소멸하지 않는다(민사소송법 608조 2항 참조). 이러한 점을 위의 순수한 담보물권설에서는 설명하기 어려울 것이다. 또한 순수한 담보물권에서는 피담보채권의 증감청구권과 같은 것은 인정되지 아니하므로, 전세권의 경우에 인정되는 전세금증감청구권(312조의 2)은 순수한 담보물권에서는 설명할 수 없을 것이다. 또한 바로 이러한 점들 때문에, 전세권에 있어서, 용익물권성이 주된 것이고 담보물권성은 부수적인 것이라는 것을 나타내고 있다고 하겠다.

## 2. 전세금의 지급

전세권은 전세권자와 전세권설정자 사이의 설정계약에 의하여 설정되는 것이 보통이다. 이와 같이 전세권이 그 설정계약에 의해 설정될 때 전세권설정등기까지 있어야 전세권이 유효하게 성립되는 점에 대하여는 이론이 없으나, 최근 전세금의 지급이 과연 전세권의 성립요건인가에 관하여는 학설이 나뉘고 있다<sup>8)</sup>.

5) 대판 1995.2.10, 94다18508.

6) 대판 1997.11.25, 97다29790 ; 동 1998.9.4, 98다20981 ; 동 1999.2.5, 97다33997.

7) 대판 1995.2.10, 94다18508.

## (1) 성립요건설

이는 전세권설정계약과 전세권설정등기 이외에 약정된 전세금의 수수가 있을 때에 전세권이 성립한다는 견해이다.<sup>9)</sup> 그 이유로서 전세금의 지급은 전세권의 요소를 이루고 있다는 점을 든다.

## (2) 요건부인설

이는 전세권은 설정계약과 등기에 의하여 유효하게 성립하고, 전세금의 지급은 전세권의 성립요건이 아니라는 견해이다.<sup>10)</sup> 그 근거로서, ① 전세금의 지급을 전세권의 성립요건으로 규정하고 있는 민법의 명문규정이 없다. 민법 제303조 제1항에서는 '전세금을 지급하고'와 '타인의 부동산을 점유하여'라고 규정하고 있는데, 前者만을 성립요건으로 해석할 이유가 없다. ② 전세금의 지급이 없이 당사자의 약정에 의해서 전세권이 성립하는 것을 부정할 이유가 없다. ③ 전세권설정자는 전세금의 지급이 실제로 있을 때까지 동시이행의 항변권에 의하여 목적부동산의 인도를 거절할 수 있으므로, 전세권설정자에게 불리하지 않다는 점을 든다.

## (3) 판례

判例<sup>11)</sup>는 "전세금의 지급은 전세권의 성립요소가 되는 것이지만, 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야 하는 것이 아니고, 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수 있다"고 하여, 성립요건설의 입장을 취하고 있다.

## (4) 검토

원래 전세권의 특성이 전세금의 수수에 있으며 이러한 전세금의 수수가 없다면 전세권의 고유한 특성이 유지될 수가 없고, 또한 전세권이 담보물권의 성질도 겸하고 있는 점에 비추어 볼 때, 전세금의 수수는 피담보채권의 발생에 해당하므로, 성립요건설을 취할 수 있을 것

8) 전세권설정자가 목적부동산을 전세권자에게 인도하는 것은 전세권의 성립요건이 아니라고 하는 것이 일반적 견해이다. 따라서 전세권 성립 후에도 전세권자설정자가 목적부동산을 전세권자에게 인도하지 않으면, 전세권자는 전세권에 기한 반환청구권을 행사하여 그 인도를 청구할 수 있다.

9) 郭潤直, 전게서, 356면; 權龍雨, 물권법(제3개정판)(서울:법문사, 1993), 441면; 金相容, 전게서, 540면; 張庚鶴, 물권법(서울:법문사, 1990), 604면; 李銀榮, 전게서, 633면.

10) 姜台星, 전게서, 723면; 金會漢·金學東, 전게서, 415면; 李英俊, 전게서, 729-730면. 특히 梁彰株, 전제 "傳賃權", 100면에서는, 전세금의 지급은 전세권 설정의 요소는 아니며, 제303조 제1항에서 '전세금을 지급하고'라는 문언은 전세권의 내용을 제시하는 데 그치는 것으로서, 그러한 내용의 권리를 설정하는 합의 내에 전세금을 지급하는 것이 포함되어야 함을 말하는 데 불과하다고 해석한다.

11) 대판 1995.2.10, 94다18508.

으로 생각된다.

### 3. 정리

이상에서 전세권은 용익물권의 성질과 아울러 담보물권의 성질까지도 겸유하고 있고, 또 전세권의 특성이 전세금의 수수에 있으므로 전세금의 지급을 전세권의 성립요건으로 파악하였다. 아래에서는 이러한 이해를 전제로 하여 논의를 진행하기로 한다.

## III. 구체적 고찰

### 1. 전세권의 존속기간의 만료

#### (1) 존속기간의 만료의 효과

전세권의 존속기간이 만료되는 경우로서는, 당사자가 설정계약에서 정한 약정존속기간이 만료되는 경우도 있고, 또 합의갱신 또는 법정갱신에 의해 연장된 존속기간이 만료되는 경우도 있다(312조). 또 처음부터 기간의 약정이 없는 경우에는 당사자의 소멸통고 후 6개월이 경과할 때 존속기간이 만료하기도 한다(313조).

그런데 이와 같이 전세권의 존속기간이 만료하게 되면 곧 바로 전세권이 소멸해 버리는 것인가가 문제된다. 결론부터 이야기하면, 전세권의 존속기간이 만료하더라도 곧바로 전세권이 완전히 소멸하는 것으로 해석할 수는 없다. 전세권의 존속기간이 만료되더라도, 전세금이 전세권자에게 반환되어야 하고, 또한 목적물이 전세권설정자에게 반환되어야 하며 전세권설정등기를 말소하여야 하는 문제가 남아 있다. 그리고 만약 전세권자가 전세권설정자로부터 전세금을 반환받지 못하는 경우에는, 전세권자는 다시 전세권에 기하여 전세목적물의 경매를 청구하고(318조) 그 경매대금으로부터 후순위권리자 기타 채권자보다 우선변제를 받을 필요가 있는 것이다(303조 1항). 그런데 전세권의 존속기간이 만료하였다 하여 전세권도 완전히 소멸하여 버린다고 하면, 전세권자가 전세금을 변제받지 못하였을 경우 전세목적물에 대한 경매청구권과 우선변제권의 근거가 없어져 버린다. 따라서 전세권의 존속기간이 만료하였다 하더라도, 전세권자가 전세금을 변제받을 때까지는 전세권이 완전히 소멸하였다고 해석할 수가 없다.

그렇다면 전세권의 존속기간이 만료하면 다음과 같은 효과가 일어나는 것으로 보아야 할 것이다. 즉, 전세권의 존속기간이 만료하면 그로써 소멸하는 것은 전세권의 용익권적 기능

뿐이고, 담보물권으로서의 성격은 그대로 유지되고 잔존등기도 그 한도에서 여전히 유효하다고 볼 것이다. 다시 말하면, 전세권의 존속기간이 만료되면, 이제까지 용익권으로서의 전세권은 담보권으로서의 전세권으로 체제변화를 일으킨다고 볼 것이다<sup>12)</sup>. 이에 따라 전세권설정자가 전세금을 반환받게 되면, 담보물권으로서의 전세권이 소멸하고, 그때에 비로소 전세권이 완전히 소멸하게 된다고 해석할 것이다. 그리고 담보물권의 부종성으로 인하여, 전세금의 반환이 있으면, 전세권설정등기에 대한 말소등기가 없어도 전세권은 소멸한다고 할 것이다. 그러나 이와 같이 전세권이 소멸한 후에도 목적물의 반환과 전세권설정등기의 말소(물론 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부에 대하여는 전세금반환이 있을 때까지 동시이행의 항변권을 행사할 수 있음), 기타 부속물수거 및 매수청구, 유익비상환청구 등의 청산절차의 문제는 남고, 이러한 절차를 모두 거치면 전세권설정자와 전세권자와의 사이의 법률관계가 모두 끝나게 되는 것이다.

判例도 “전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸”<sup>13)</sup>한다고 하고 있음은, 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 아울러 가지는 것으로 전세권을 파악하는 입장의 당연한 귀결이라고 생각된다. 다만, 또다른 판례가 “전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하”<sup>14)</sup>는 것으로 표현한 것은, 정확한 표현은 아니라고 생각된다.

이상과 같은 해석은 비단 전세권의 존속기간이 만료된 경우에만 타당하는 것은 아니고, 존속기간 이외의 다른 종료사유가 발생한 경우(예컨대 311조, 313조, 316조, 317조 등)에도 전세금의 반환문제를 남기고 있다면 동일하게 적용되어야 할 것이다.

## (2) 민법 제316조 및 제317조의 해석

### 1) 제317조의 소멸의 의미

민법 제317조는 “전세권이 소멸한 때에는 그 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다”고 규정하고 있다.

그런데 위에서 본 바와 같이, 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권자는 전세목적물의 경매를 청구하고 그 경매대금으로부터 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있기 때문에, 전세권의 존속기간의 만료 등 종료사유가 발생하면 그로써 소멸하는 것은 전세권의 용익권적 권능뿐이고, 담보물권으로서의 성격은 그대로 유지된다고 할 것이다. 따라서 제317조의 法文에서 말하는 ‘전세권이 소멸한 때’의 의미는 ‘용익물권으로서의 전세권이 소멸한

12) 李英俊, 전개서, 746면.

13) 대결 1995.9.18, 95마684.

14) 대판 1999.9.17, 98다31301.

때'를 뜻하는 것이고, 담보권으로서의 전세권이 소멸한 것까지를 뜻하는 것은 아니라고 하여야 할 것이다. 용익물권으로서의 전세권이 소멸하는 것은 전세권의 존속기간이 만료하는 것으로 충분하고, 전세금의 반환이 실제로 이루어지거나 전세권설정등기의 말소등기까지 요하는 것은 아닌 것이다.

## 2) 제316조의 소멸의 의미

아울러 민법 제316조 제1항은 '전세권이 그 존속기간의 만료로 인하여 소멸한 때에는' 전세권자는 원상회복의무를 지며 또한 부속물의 수거권을 가지는 것으로 규정하고 있다. 위의 민법 제317조에 관한 해석에서 보았듯이, 전세권의 종료사유가 발생하여 용익물권으로서의 전세권이 소멸하게 되면, 전세권자는 목적부동산을 인도하고 말소등기에 필요한 서류를 반환하여야 하고, 전세권자는 전세금을 반환하여야 한다. 그리고 민법은 이 양자의 의무를 동시 이행의 관계에 있는 것으로 규정하고 있다. 여기서 전세권자가 목적부동산을 전세권설정자에게 반환하기 위해서는 목적부동산을 전세권설정 전의 상태로 원상회복하여야 하며 목적물에 부속시킨 물건도 수거하여야 할 것이다. 그렇다면 민법 제316조에서 말하는 '전세권이 ... 소멸한 때'도 '용익물권으로서의 전세권이 소멸한 때'로 해석하여야 할 것이다.

## 2. 전세권설정자의 소멸청구

### (1) 원인

전세권자가 설정계약 또는 목적부동산의 성질에 의하여 정하여진 용법으로 목적물을 사용·수익하지 아니한 경우에는, 설정자는 전세권의 소멸을 청구할 수 있다(311조 1항). 그리고 전세권설정자가 소멸청구를 한 경우에, 전세권자의 용법에 좇지 않은 사용·수익으로 목적부동산에 변경이 생겼거나 손해가 발생한 때에는, 원상회복 또는 손해배상을 청구할 수 있다(311조 2항).

설정행위로서 전세권의 양도·담보제공·전전세·임대 등을 금지한 경우(306조 단서)에, 전세권자가 이 금지에 위반한 처분을 하는 것도 설정계약에 의하여 정하여진 용법으로 사용·수익하지 아니한 경우에 해당되어서, 전세권설정자는 민법 제311조 제1항에 의해 전세권의 소멸을 청구할 수 있을 것이다. 또 전세권자가 목적물의 현상유지의무 또는 통상의 관리에 속하는 수선의무(309조)에 위반하는 것도, 목적물의 성질에 의하여 정하여진 용법으로 사용·수익하지 아니한 경우에 해당되어서, 역시 전세권설정자가 전세권의 소멸을 청구할 수 있을 것이다.

## (2) 소멸청구의 의미

이러한 민법 제311조의 해석과 관련하여 종래 우리 나라에서는 여기서 말하는 '전세권의 소멸청구'의 의미 및 전세권 소멸에 말소등기가 필요한지의 여부와 관련하여 다음과 같은 견해의 대립이 있어 왔다. 즉, ① 이러한 소멸청구권이 형성권이라는 점을 중시하여 소멸청구의 의사표시만으로 전세권이 소멸한다는 견해<sup>15)</sup>, ② 이러한 소멸청구권이 물권적 단독행위라는 점을 중시하여 제186조에 따라 말소등기를 하여야 비로소 물권이 소멸한다는 견해<sup>16)</sup>, ③ 이러한 소멸청구권을 보통의 채권적 청구권으로 파악하여 말소등기까지 하여야 물권이 소멸한다는 견해<sup>17)</sup>가 대립된다.

생각건대 이와 같은 소멸청구권을 인정한 취지는 설정계약 등에서 정해진 용법에 위반하여 목적물을 사용·수익하는 전세권자의 전세권을 박탈하여 전세권설정자를 보호하려는 것이므로, 불성실한 전세권자를 말소등기까지 보호할 필요가 없으며 또한 말소등기까지 하여야 전세권이 소멸한다고 하면 소멸청구의 실효성이 크게 저하된다. 따라서 소멸청구의 의사표시만 있으면, 용익물권으로서의 전세권이 소멸한다고 보아야 할 것이다. 이러한 용익물권으로서의 전세권이 소멸하고 나면, 그 효과로서 전세권자는 목적부동산을 인도하고 전세권등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하여야 하며, 전세권설정자는 전세금을 반환하여야 한다. 그리고 전세금이 반환되면 그때 담보물권으로서의 전세권도 소멸하게 되어서 전세권이 완전히 소멸하게 되는 것이다. 종래 소멸청구와 관련한 우리 나라의 견해들은 모두 전세금 반환의 문제를 도외시한 견해들이라고 하겠다. 그러므로 민법 제311조 제1항의 '전세권의 소멸'도 '용익물권으로서의 전세권의 소멸'로 파악하여야 할 것이다.

## 3. 당사자의 소멸통고

## (1) 원인

민법 제313조는 "전세권의 존속기간을 약정하지 아니한 때에는, 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고, 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸한다"고 규정하고 있다. 그러나 건물에 대한 전세권의 존속기간은 1년이 보장되어 있으므로(321조 2항), 건물전세권을 설정하면서 그 존속기간을 정하지 않은 경우라 하더라도, 1년 내에는 이러한 소멸통고의 방법으로 전세권을 소멸시키지 못한다고 해석된다.

15) 權龍雨, 전계서, 159·452면 ; 金基善, 전계서, 318면 ; 金相容, 전계서, 162·556면 ; 李英俊, 전계서, 99·743면.

16) 金曾漢·金學東, 전계서, 74·418면 ; 金容漢, 물권법론(전정판)(서울:박영사, 1985), 125·450면.

17) 姜台星, 전계서, 180면 ; 郭潤直, 전계서, 158·480면.

## (2) 소멸통고의 의미

소멸청구와 마찬가지로, 종래 민법 제313조에서 말하는 '전세권의 소멸통고'의 의미 및 말소등기의 필요 유무와 관련하여 다음과 같은 견해의 대립이 있어 왔다. 즉, ① 민법이 '... 소멸한다'라고 규정하고 있고 소멸통고의 성질은 해지로서 형성권의 행사이므로, 제187조에 의해 말소등기 없이도 6월이 경과하면 당연히 전세권이 소멸한다는 견해<sup>18)</sup>, ② 소멸통고도 물권적 단독행위이므로 제186조에 의해 말소등기까지 하여야 전세권이 소멸한다는 견해<sup>19)</sup>가 있다.

생각건대 민법 제313조에서 말하는 '소멸통고'도 '용익물권으로서의 전세권을 소멸시키겠다는 의사표시'로 해석하여야 할 것이고, 또한 상대방이 그 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권이 소멸한다고 할 때의 '전세권의 소멸'도 '용익물권으로서의 전세권의 소멸'을 의미하는 것으로 파악하는 것이 타당하다고 하겠다.<sup>20)</sup> 그리고 소멸청구의 경우에 있어서와 마찬가지로, 이러한 용익물권으로서의 전세권이 소멸하고 나면, 그 효과로서 전세권자는 목적부동산을 인도하고 전세권등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하여야 하며, 전세권설정자는 전세금을 반환하여야 한다. 전세금이 반환되면 그때 담보물권으로서의 전세권도 소멸하게 되어서 전세권이 완전히 소멸하게 되는 것이다. 소멸통고 후 6개월이 경과했더라도 전세금의 반환이 없으면 아직 전세권이 완전히 소멸하였다고 할 수 없는 것이다.

## 4. 목적부동산의 멸실

### (1) 멸실의 일반적 효과

일반적으로 전세권도 일반물권과 마찬가지로 그 목적물의 멸실에 의하여 소멸한다고 하지만, 그 구체적 효과에 대하여는 다음과 같이 설명되고 있다.

#### 1) 전부멸실의 경우

불가항력에 의하든 전세권자에게 책임 있는 사유에 의하든, 목적부동산이 전부 멸실하면 전세권은 소멸한다. 그리고 전세권이 소멸하면, 전세금반환의 문제가 남는다. 다만 손해배상 책임에 관하여는 차이가 있다.<sup>21)</sup>

18) 姜台星, 전계서, 182면 ; 權龍雨, 전계서, 160면 ; 李英俊, 전계서, 100·744면.

19) 郭潤直, 전계서, 158면·472·481면 ; 金相容, 전계서, 162면·557면 ; 金容漢, 전계서, 126면·432면 ; 金曾漢·金學東, 전계서, 74·417면 ; 張庚鶴, 전계서, 221면·612면.

20) 李銀笑, 전계서, 650면에서는 "여기서 말하는 소멸이란 전세권이 완전히 소멸하는 것이 아니라 그 사용·수익권이 소멸한다는 것, 즉 전세기간이 종료한다는 것을 의미한다. 소멸통고 후 6개월이 경과했더라도 전세금을 반환하지 않으면 전세권은 소멸하지 않는다."라고 한다.

## 2) 일부멸실의 경우

(ㄱ) 不可抗力으로 멸실한 경우 : ① 잔존부분만으로 목적을 달성할 수 있다면 그 잔존부분에 관하여는 전세권이 존속한다. 다만 멸실부분에 해당하는 만큼의 전세금은 감액된다고 해석된다. ② 잔존부분만으로 목적을 달성할 수 없다면, 전세권자는 전세권설정자에 대하여 전세권 전부의 소멸을 통고하고 전세금의 반환을 청구할 수 있다(314조 2항). 여기서의 소멸통고를 제313조의 소멸통고로 해석할 여지가 있으나, 전세권자의 귀책사유도 없이 목적물의 일부가 멸실하여 전세권의 목적을 달성할 수 없게 되었는데도 불구하고 6개월의 기간을 기다려야 하는 것은 부당하기 때문에 제311조의 소멸청구와 같다고 해석하고 있다.

(ㄴ) 전세권자에게 책임 있는 사유로 멸실한 경우 : ① 잔존부분만으로 목적을 달성할 수 있다면 그 잔존부분에 관하여 전세권이 존속한다.<sup>22)</sup> ② 잔존부분만으로 목적을 달성할 수 없는 경우<sup>23)</sup>에는, 전세권을 존속시키는 것이 무의미하므로, 전세권자는 전세권설정자에 대하여 제311조의 유추적용에 의한 전세권 전부의 소멸청구를 할 수 있다고 해석한다.<sup>24)</sup> 그리고 전세권자가 소멸청구를 하는 경우에는 전세권설정자는 전세권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있음은 물론이다(315조 2항).

## (2) 목적물멸실에 의한 전세권 소멸의 의미

## 1) 전부멸실의 경우

(ㄱ) 不可抗力으로 멸실한 경우 : 민법 제314조 제1항은 “전세권의 목적물의 전부 … 가 불가항력으로 인하여 멸실된 때에는 그 멸실된 부분의 전세권은 소멸한다”고 규정하고 있다. 이때 멸실에 대하여 전세권자에게 귀책사유가 없으므로, 그 멸실로 인한 손해배상 의무를 전세권자가 지지 않을 것임은 물론이지만, 전세권설정자는 여전히 전세금반환의무를 질 것이나 문제가 된다.

우선 전세목적물멸실의 경우의 전세금반환채무의 존속문제가 위험부담의 문제에 해당하는가를 짚어볼 필요가 있다. 그런데 위험부담이란 쌍무계약에 있어서 당사자 일방이 부담하는 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 인하여 이행할 수 없게 된 때에 그 채무자는 원칙적으로 채무를 면하지만, 그 채무자는 상대방에 대하여 그 소멸한 채무와 대가관계에 있는

21) 전세권자에게 책임 있는 사유로 목적물이 멸실한 경우에는, 전세권자는 전세권설정자에 대하여 손해배상책임을 진다(315조 1항). 이 때 전세권설정자는 전세금으로 손해의 배상에 충당하고, 나머지가 있으면 반환하여야 하나, 부족하면 그 부족액을 다시 청구할 수 있게 된다(동조 2항). 그리고 不可抗力으로 목적물이 멸실한 경우에는, 전세권자에게 손해배상책임이 생기지 않으며, 다만 전세금반환의 문제가 있을 뿐이다.

22) 이 때 전세권자에게 책임사유가 있기 때문에 전세금의 감액은 인정할 필요가 없다고 하겠다. 그러나 전세권설정자가 전세권을 존속시키는 것을 원하지 않는 경우에는, 용법위반을 이유로 소멸청구를 할 수 있다(311조). 그리고 전세권자는 전세권설정자에 대하여 손해배상책임을 짐은 물론이다.

23) 이 경우에도 전세권설정자가 전세권자의 용법위반을 이유로 소멸청구를 할 수 있는 것은 물론이다(311조).

24) 郭潤直, 전제서, 482면 ; 金相容, 전제서, 559면 ; 金容漢, 전제서, 454면 ; 李英俊, 전제서, 745면 ; 張庚鶴, 전제서, 627면. 다만 전세권 전부의 소멸통고를 할 수 있다는 견해로는 金曾漢·金學東, 전제서, 431면.

반대급부의 채무이행을 청구할 수 있는가라는 문제이다. 우리 민법은 이에 관하여 채무자위험부담주의의 원칙을 취함으로써, 이러한 경우 채무자는 상대방에 대하여 반대급부를 청구할 권리를 상실하는 것으로 규정하고 있다(537조). 여기서 문제는 전세권의 목적물이라는 전세권의 소멸사유가 발생한 때에 전세금반환채무와 목적물반환채무가 對價的 關係로 볼 수 있는가라는 것이다. 그런데 전세권의 경우 대가관계에 있는 것은 바로 일정기간 동안 목적물의 사용·수익을 허용할 의무와 이에 대한 대가로서 일정기간 동안 전세금의 지급의무인 것이다. 만약 전세기간 중 목적물이 불가항력으로 인하여 멸실되었다면, 이러한 대가적 관계에 있는 채무가 소멸하게 된다. 즉, 전세권자의 목적물의 사용·수익권이 소멸됨과 동시에 전세권설정자도 전세금의 이용을 계속할 권리가 소멸한다. 그러나 전세금반환채무는 목적물멸실이라는 전세권소멸사유가 발생한 것의 효과로서 생겨나는 것이고, 목적물반환채무와의 사이에는 동시이행의 관계에 서기는 하지만, 서로 대가적 관계에 있는 것은 아니다. 결국 목적물 멸실로 인하여 전세권자의 목적물반환채무가 이행불능이 되었다고 해서, 전세금반환채무가 소멸되는 것이 아니라고 하겠다.<sup>25)</sup>

이와 같이 불가항력에 의해 전세목적물이 멸실하는 경우에도, 전세권설정자에게 여전히 전세금반환채무가 존속하고, 전세권자는 전세금반환을 전세권설정자에게 청구할 수 있다. 그런데 전세권자가 전세금반환채권을 갖는다고 하여, 전세권의 존속기간이 종료한 때와 마찬가지로 목적물의 멸실에 의하여 소멸하는 것은 전세권의 용익물권으로서의 권능뿐이고, 담보물권으로서의 권능은 그대로 유지된다고 해석할 수는 없다고 생각된다. 왜냐 하면, 비록 전세권자가 전세금반환채권을 갖고 있다하더라도, 이제는 목적물이 존재하지 않으므로, 전세금반환채권을 담보하기 위하여 인정되는 목적물경매청구권이나 우선변제청구권을 인정할 수 있는 여지가 없어졌기 때문이다. 요컨대, 목적물이 불가항력으로 멸실하는 때에는, 비록 전세권설정자가 전세권자에게 전세금을 반환해야 하는 문제를 남기기는 하지만, 이때의 '전세권의 소멸'은 '용익물권으로서의 전세권의 소멸'뿐 아니라 '담보물권으로서의 전세권의 소멸'도 되는, 즉 전세권의 완전한 소멸로 보아야 하며, 전세권자의 전세금반환채권은 담보가 없는 단순한 채권으로 남게 된다고 하겠다.

(ㄴ) 전세권자에게 책임 있는 사유로 멸실한 경우 : 목적물이 전세권자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실된 경우에도, 불가항력에 의한 멸실의 경우와 마찬가지로 멸실된 부분의 전세권은 소멸된다고 해석된다.

그런데 민법 제315조 제2항은, 전세권자에게 책임 있는 사유로 인하여 목적물이 전부멸실(일부멸실의 경우도 마찬가지)된 경우에는, 전세권설정자는 '전세권이 소멸된 후' 전세금으로써 손해배상에 충당하고 잉여가 있으면 반환하여야 하며, 부족이 있으면 다시 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 즉, 전세권자에게 책임 있는 사유로 인하여 목적물이 멸실되더라

25) 편집대표 郭潤直, 民法注解VI(서울 ; 박영사, 1992), 243-5면<朴炳大판사집필>.

도 역시 전세권자는 전세금반환채권을 가지고 있음을 명문으로 인정하고 있다. 그렇지만 이 경우에도 비록 전세권자의 책임 있는 사유에 의한 목적물의 멸실이긴 하지만 역시 목적물이 존재하지 아니하므로, 전세권은 완전히 소멸하고, 전세권자의 전세금반환채권은 담보가 없는 단순한 채권으로 남게 된다고 하겠다. 결국 민법 제315조 제2항에서 말하는 '전세권이 소멸된 후'라는 것도, '전세권이 완전히 소멸된 후'로 해석하여야 할 것이다.

## 2) 일부멸실의 경우

(ㄱ) 不可抗力으로 멸실한 경우 : 잔존부분만으로 목적을 달성할 수 없다면, 전세권자는 전세권설정자에 대하여 전세권 전부의 소멸을 통고하고 전세금의 반환을 청구할 수 있다(314조 2항). 여기서의 소멸통고를 제311조의 소멸청구와 같은 것으로 해석하기 때문에, 위에서 언급한 제311조의 소멸청구에 관한 의미가 여기에도 그대로 적용된다.

(ㄴ) 전세권자에게 책임 있는 사유로 멸실한 경우 : 잔존부분만으로 목적을 달성할 수 없는 경우에, 전술한 바와 같이 전세권자는 전세권설정자에 대하여 제311조의 유추적용에 의한 전세권 전부의 소멸청구를 할 수 있다고 해석한다. 따라서 이 경우의 소멸청구는 위에서 이미 기술한 제311조의 소멸청구와 같이 해석하면 될 것이다.

## 5. 전세권의 포기

### (1) 포기의 가능성

전세권도 재산권의 일종이므로 전세권자는 원칙적으로 포기할 수 있을 것이다. 그러나 그 포기로 인하여 제3자의 권리를 해치는 경우에는 그 제3자의 동의를 필요로 한다(371조 2항 참조). 이러한 전세권의 포기는 그 성질을 상대방 있는 단독행위로 보아야 할 것이다. 그런데 전세권을 포기한 경우에, 당연히 전세금반환청구권까지 포기한 것으로 볼 수는 없다는 견해<sup>26)</sup>와 전세금반환청구권의 포기를 포함한다는 견해<sup>27)</sup>로 나누어진다.

### (2) 포기의 의미

일반적으로 전세권을 포기하면, 전세권이 소멸한다고 한다. 그러나 이 경우 전세금반환청구권의 포기가 포함되는가에 관하여 어떠한 입장을 취하는가에 따라서 전세권 소멸의 의미

26) 郭潤直, 전계서, 483면 ; 金相容, 전계서, 560면 ; 李英俊, 전계서, 745면 ; 張庚鶴, 전계서, 628면.

27) 李銀榮, 전계서, 166면 ; 金曾漢·金學東, 전계서, 431면에서는, "전세권의 포기에는 전세금반환청구권의 포기를 포함하는 것"이라고 하면서, "만약에 전세권자의 사용·수익권을 포기하고 전세금의 반환을 청구하는 것이라면, 그것은 전세권의 포기가 아니라 전세권의 소멸통고가 되므로, 소멸통고의 요건을 갖춘 때에만 허용된다"고 한다.

가 달라진다.

먼저 전세권의 포기를 전세금반환청구권까지 포기한 것으로 파악한다면, 전세금 반환의 문제가 남아 있지 않기 때문에, 전세권의 포기로 전세권이 완전히 소멸한다고 해석하게 될 것이다. 다만, 이와 같이 전세권이 완전히 소멸하기 위해서는, 전세권등기의 말소등기까지 있어야 하는가<sup>28)</sup>, 아니면 포기의 의사표시만으로 충분한가<sup>29)</sup>의 문제가 다시 남기는 한다.

다음 전세권의 포기가 전세금반환청구권까지 당연히 포기한 것으로 볼 수 없다는 견해를 취하게 되면, 전세권 포기의 의사표시로 인하여 용익물권으로서의 전세권이 소멸할 뿐이고, 그 후 전세금의 반환 및 목적물의 반환과 말소등기에 필요한 서류교부 등의 문제가 남게 된다. 만약 전세금을 반환받지 못한 경우에는, 담보물권으로서의 전세권은 계속 존속하고, 이에 기하여 전세권자는 목적물에 대한 경매청구를 하고 우선변제를 받게 될 것이다.

## 6. 혼동

예컨대 소유권자가 전세권자를 상속하면 전세권은 혼동에 의해 소멸하는 것이 원칙이다(191조). 그러나 이 경우에는 전세금반환채권도 혼동에 의하여 소멸하므로 전세금반환의 문제가 일어나지 아니하므로, 전세권은 완전히 소멸하게 된다.

## IV. 결 론

이상으로부터 결론을 내리면, 여러 가지의 전세권의 종료사유마다 발생하는 이른바 ‘전세권 소멸’의 효과에 관하여, 그것이 ‘용익물권으로서의 전세권의 소멸’인가 아니면 ‘담보물권으로서의 전세권의 소멸’까지를 의미하는 것인가로 나누어서 고찰할 필요가 있는 것이다. 이때 반드시 고려해야 할 사항은 전세권자에게 전세금반환채권이 존속하는가라는 점과 목적물도 존속하는가라는 점이다. 만약 목적물이 존속하고 또한 전세금반환채권이 존속한다면, 전세권의 소멸은 용익물권으로서의 전세권의 소멸로 해석하여야 할 것이다. 그러나 그 나머지의 경우, 즉 전세금반환채권이 존재하지 않거나 목적물이 존재하지 않는 경우이거나 양쪽의 경우

28) 이 견해에 의하면, 민법 제186조에서 말하는 법률행위로 인한 부동산물권의 ‘득실변경’을 ‘발생·변경·소멸’로 해석하여서, 전세권의 포기도 법률행위(상대방 있는 단독행위)의 하나이므로, 말소등기가 있어야 전세권이 소멸한다고 한다(郭潤直, 전게서, 187·365면 ; 金相容, 전게서, 559면 ; 金曾漢·金學東, 전게서, 73면 ; 張庚鶴, 전게서, 219면).

29) 이 견해에 의하면, 물권의 포기는 물권의 소멸에 관한 법률행위이고, 법률관계의 소멸을 목적으로 하는 법률관계는 법률의 규정에 의한 물권변동이다. 또한 물권 포기의 의사표시도 일종의 형성권의 행사로서, 말소등기 없이 효과가 발생한다. 따라서 전세권의 포기도 이에 해당되어 민법 제186조가 적용되는 것이 아니라, 제187조가 적용되어, 말소등기 없이도 그 포기의 의사표시만으로 효력이 발생한다고 한다(李英俊, 전게서, 94·101·745면).

에 해당하는 경우에는, 전세권의 소멸은 담보물권으로서의 전세권도 소멸하는, 전세권의 완전한 소멸로 해석하여야 할 것이다.

《參考文獻》

- 姜台星, 물권법, 서울, 대명출판사, 2000.
- 權龍雨, 물권법(제3전정판), 서울, 법문사, 1993.
- 郭潤直, 물권법(新訂), 서울, 박영사, 1999.
- 金基善, 한국물권법, 서울, 법문사, 1990.
- 金相容, 물권법(전정판), 서울, 법문사, 1999.
- 金容漢, 물권법론(전정판), 서울, 박영사, 1985.
- 李英俊, 물권법(전정판), 서울, 박영사, 1996.
- 李銀榮, 물권법, 서울, 박영사, 1998.
- 權龍雨, 물권법(제3전정판), 서울, 법문사, 1993).
- 張庚鶴, 물권법, 서울, 법문사, 1990.
- 편집대표 郭潤直, 民法注解VI, 서울, 박영사, 1992.
- 梁彰洙, “傳賣權”, 고시계, 1992.3.

## SUMMARY

### The Meaning of 'Extinguishment of *Chonsekwon*'

Lee, Sang-Tae

(Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

*Chonse* is one of the traditional institutions peculiar to Korea, which has been developed since the closing days of *Chosun* Dynasty ; A person who is going to rent one or several rooms, or a whole house, gives a considerable amount of money(so called *chonse* money) to the owner at the time of conclusion of the leasing contract. And at the end of the leasing contract, the leasee gets all that money back from the owner after he has used the object. In this case, extra money is not paid more for rent. The interest that accrues from *chonse* money is considered as the rent for the leased object.

The existing Civil Code pulls up this *chonse* institution to the relation of real right in order to protect the leasee and spreads out the sphere of application to land and any kinds of building.

It is generally said that this *chonse* institution operates two functions ; one is that this institution can make it possible for the person who does not have his own immovables to use and take profits from other's immovebals. The other is that, when viewed from other different standpoint, this institution can make it possible for the person who is in shortage of funds to borrow a considerable amount of money by offering his property as security.

On account of these two functions, the legal nature of *chonsekwon* ( i.e., the right which a leasee obtains from a *chonse* contract) is disputed among scholars. The revised Civil Code of 1984 has provided that the leasee in a *chonse* contract shall have the right to obtain satisfaction of his *chonse* money out of the object in preference to other creditors. After that, a large majority of scholars inclines to interpret the nature of *chonsekwon* as follows ; *chonsekwon* has two characteristics, namely one is a usufructuary right and the other is a security right.

In most of writings, the meaning of 'extinguishment of *chonsekwon*' is interpreted as 'complete or absolute extinguishment of *chonsekwon*' and furthermore it is mentioned that following effects arise when *chonsekwon* becomes extinct ; the concurrent fulfilment between the duty of leasee to deliver the object and any documents necessary for the cancellation of the registration of the *chonse* contract and the duty of lessor to return *chonse* money, the right of leasee to request official auction and to obtain satisfaction of his *chonse* money out of the object in preference to other creditors, the duty of leasee to restore the object to its original condition and to remove any thing which he attached to the object, the right of leasee and lessor to request to purchase the attached thing, the right to require reimbursement of the useful expenses for the purpose of improving the objection, etc.

At this point, following problem arises ; If the standpoint that 'extinguishment of *chonsekwon*' means 'complete or absolute extinguishment of *chonsekwon*' would be taken, the ground to request official auction and to obtain satisfaction of his *chonse* money out of the object in preference to other creditors becomes to be baseless. On my opinion, the above standpoint can come out from the view which grasps the nature of *chonsekwon* merely as a usufructuary right. This view had been taken before the Civil Code was revised in 1984. But when the standpoint that the nature of *chonsekwon* has to be interpreted as having both characteristics of a usufructuary right and a security right is taken, then the meaning of 'extinguishment of *chonsekwon*' should be considered again and changed newly.

In the Civil Code, there are several Articles concerning 'extinguishment of *chonsekwon*'. For example, Art. 311 I, 313, 314, 316, 317 and so on. In this theses, in the first place, the cases concerning 'extinguishment of *chonsekwon*' is divided into 6 categories; 1) the period termination of the contract of *chonsekwon*, 2) the lessor's request for voidance of *chonsekwon*, 3) the contracting parties' notification of voidance of *chonsekwon*, 4) the destruction of the object of *chonsekwon*, 5) the waiver of *chonsekwon*, 6) the merger of *chonsekwon*. And, after that, the meaning of 'extinguishment of *chonsekwon*' is interpreted in each case individually.

Finally it comes to the following conclusion : there are two situations in 'extinguishment of *chonsekwon*'. One is merely extinguishment of the characteristics of a usufructuary right. The other is complete extinguishment of *chonsekwon*( i.e., all the characteristics of a usufructuary right and the characteristics of a security right are

extinct). The criterion of decision under which case it comes is two : whether the lessee in *chonse* has the right to demand the return of the *chonse* money and whether the object of *chonsekwon* exists. When the lessee in *chonse* has the right to demand the return of the *chonse* money and the object of *chonsekwon* exists, then the meaning of 'extinguishment of *chonsekwon*' should be interpreted as merely extinguishment of the characteristics of a usufructuary right. But when the lessee in *chonse* has not the right to demand the return of the *chonse* money or the object of *chonsekwon* does not exists, then the meaning of 'extinguishment of *chonsekwon*' should be interpreted as complete extinguishment of *chonsekwon*.