

韓國 住宅賃貸借制度的 變遷史 小考

高 翔 龍

I. 머리말

經濟企劃院이 1991年 8월에 發表한 「'90年 人口 및 住宅센서스」에 의하면, 自己所有의 住宅에 居住하는 家口는 都市 41.6%, 郡地域 77%, 平均해서 全體家口의 50.6%을 차지하고 있다. 따라서 無住宅家口는 全體家口의 49.4%에 해당되며 더욱이 都市의 경우에는 58.4%를 차지하고 있다는 것은 그 심각성을 말해주고 있다. 政府는 이에 적극적인 住宅供給策을 추진하고 있지만, 1985年度の 「人口 및 住宅센서스」에서 나타난 無住宅家口比率이 46.6%라는 것과 비교하여 보면 오히려 후퇴했다는 결과가 된다. 이는 바로 他人所有의 住宅을 賃借(傳貰 포함)하여 居住하는 家口가 증가하고 있다는 것을 의미하며, 이에 따라 이들이 自己所有의 住宅이 아니라도 安定된 住居生活을 할 수 있도록 하는 法律的인 制度的 裝置가 마련되어야 한다는 문제를 의미하게 된다.

이러한 문제에 대처하기 위하여 일찍부터 우리 民法(1960. 1.1 시행)은 종래 慣行에 의하여 행하여지던 傳貰를 物權인 傳貰權(제303조 이하)으로 인정하고 月貰를 債權인 賃借權(제618조 이하)으로 인정하였으며, 더욱이 賃借權強化의 일환으로 賃借權을 登記했을 때에는 第三者에게 對抗할 수 있게 하여(제691조) 無住宅賃借人을 保護하는 制度的 裝置를 마련하였다. 그러나 위 傳貰權이나 賃借權은 그 어느 경우에도 登記를 하지 않은 한 傳貰權은 物權으로, 賃借權은 對抗力있는 債權으로 인정되지 않기 때문에 결국 住宅賃借人의 居住保護는 그 住宅所有者의 恣意에 의하여 左右된다는 심각한 法律的 問題에 봉착하게 되었다. 결국, 傳貰나 賃貸借를 登記하지 않은 경우에도 賃借人의 居住權 및 保證金(傳貰金 포함)의 返還을 확보할 수 있는 어떤 法律的 裝置가 마련되어야 한다는 절실한 요구가 강력히 대두되었다. 이에

住宅賃貸借保護法(1981. 3. 5 시행)이 制定되어 이러한 문제를 해결하기에 이르렀다.

本稿에서는 이러한 住宅의 賃貸借制度가 어떠한 變遷過程을 거쳐 오늘에 이르고 있는가를 편의상 時代的으로 區分하여 살펴보려는데 그 목적이 있다. 즉 解放(1945年)前에 傳貰·月貰가 慣行으로 행하던 時期를 第1期로 하고, 解放後 이러한 慣行이 成文化에 이르는 時期를 第2期로, 民法上 傳貰權의 強化를 위한 改正 및 住宅賃貸借保護法의 立法·改正의 時期를 第3期로 區分하여, 住宅의 賃貸借方法인 우리 固有의 慣行으로 행하던 傳貰·月貰가 어떠한 內容 어떠한 法的 性質이었던 것이 時代의 흐름에 따라 어떻게 變遷하여 왔는가를 살펴 보기로 한다.

II. 第一期(1945年 以前—慣行上 傳貰·月貰)

이 時期에 他人所有의 建物을 賃借하는 方法으로는 「傳貰」와 「月貰」라는 慣行에 의하여 이루어졌으며, 傳貰는 주로 住宅用建物の 賃借方法으로, 月貰는 주로 營業用建物の 賃借方法으로 행하여 졌다.¹⁾ 그러면 이들은 어떠한 慣行이었던가를 좀더 구체적으로 살펴 보겠다.

1. 慣行上의 傳貰

傳貰制度에 관한 최초의 慣行調査는 日帝時代의 朝鮮總督府에 의하여 행하여 졌으며²⁾, 朝鮮高等法院의 判例에 의하여 傳貰에 관한 法的性質 등이 밝혀졌다.³⁾

(1) 傳貰의 意味

위 朝鮮總督府의 慣行調査에 의하며, 「傳貰란 朝鮮에서 가장 일반적으로 행하여지고 있는 家屋賃貸借의 方法으로서 賃借할 때 借主로부터 一定한 金額(家屋의 代價의 半額 내지 7·8分인 경우를 通例로 한다)을 家屋所有者에 寄託하여 별도로 借賃을 支給하지 않고 家屋返還時에 그 金額의 返還을 받는 것」⁴⁾이라고 하였다. 朝鮮高等法院의 判例도, 「朝鮮에 있어서의 傳貰契約은 傳貰權者로부터 相對方에 대하여 傳貰金을 交付하고 所定期間 相對方所有의 家屋을 占有使用케 하여 그 家賃 및 傳貰金의 利子は 相互

1) 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913年, 244面; 京城帝國大學 社會調査部 法律學班, 「傳貰慣行의 實證的研究」 司法協會雜誌 23卷 4號(1944年), 57面.

2) 慣習調査報告書, 247面 이하; 朝鮮總督府, 民事慣習回答彙集, 1933年, 94面 이하.

3) 朝高判 1943. 6. 22, 朝高判錄 第30卷(1943年) 33面

4) 慣習調査報告書, 243面

이를 相計하게끔 하는 內容으로 하는 雙務契約」⁵⁾이라고 判示하였다.

당시의 이러한 傳貰의 社會的機能은 말할 것도 없이 他人의 家屋을 使用하는 方法으로 傳貰契約에 의하여 가능하게 했으며 이것을 兩當事者에게 편의하고 유리하다는데 그 理由를 찾아볼 수 있을 것이다. 즉 家屋所有者측에서 보면 每月 借賃을 받는 대신에 一時拂로 받는 傳貰金의 利子로 相當한다는 借賃請求의 번잡성과 危險을 피하는 이익이 있고, 나아가서는 傳貰에 의하여 所有家屋을 擔保化할 수 있기 때문에 그 실질적인 면에서 家屋의 代價의 半額 내지 7·8分에 해당되는 金額을 一時拂로 그 金融을 얻을 수 있다는 것은 대단히 家屋所有者에게는 편리하고 이익이 되는 것이다. 이에 대하여 傳貰者측에서도 賃借人임과 동시에 金錢債權者이며 擔保權者라는 地位를 가지기 때문에 또한 有利하다. 이러한 점으로 보면, 당시의 傳貰契約이 家屋을 賃貸借하는데 중요한 위치에 있었다는 것을 쉽게 알 수 있다.

(2) 傳貰의 內容(法律關係)

그러면 傳貰는 어떻게 締結되었으며 傳貰란 어떠한 성질을 가지고 있었는가를 살펴 보기로 한다.

① 傳貰의 成立과 對抗力

傳貰契約의 節次는 京城(서울)에서는 貸主와 借主가 連署한 請願書를 漢城府에 提出하여 家契⁶⁾에 懸錄(登錄)을 받는 慣例가 있었으며, 다른 地方에서는 家屋所有者가 傳貰文記⁷⁾를 借主에게 交付하는 慣例가 있었다. 물론 이러한 節次를 밟지 아니한 경우에도 그러한 契約이 無效가 되는 것은 아니었지만 이러한 경우 借主는 그 權利를 第3者에게 對抗할 수 없는 것을 原則으로 하였다. 그러나 家契에 懸錄을 받거나 또는 이를 家屋의 文券⁸⁾에 記入한 경우에는 第3者에게 對抗할 수 있었다. 또한 家屋의 所有者가 變更된 경우에 貸主인 前所有者가 傳貰金을 返還하지 아니한 때에는 借主는 家屋을 明渡할 필요가 없다. 다만 京城에는 家契에 懸錄을 받는 慣例가 있기 때문에 家契에 懸錄이 없는 경우에는 傳貰金의 返還을 받지 못하여도 新所有者에 대하여 家屋의 明渡를 拒絶할 수 없는 慣習이었다고 한다.⁹⁾

5) 위 註3) 朝高判, 33面

6) 家契란 家屋의 所有權을 證明하는 官의 文書를 말한다. 자세한 것은 尹大成, 韓國傳貰權法研究, 三知院 1988年, 74면 이하 참조.

7) 文記한 不動產上의 權利의 所在를 證明하고, 當事者間의 係爭事實에 대한 證憑이 되는 것을 말한다(尹大成, 上揭書, 56면 이하 참조).

8) 文券이란 前所有者의 賣渡證書인 舊文記를 말한다(尹大成, 上揭書, 44면).

9) 이상은 慣習調査報告書, 243面 참조.

② 傳貰의 讓渡·家屋의 轉賃

傳貰者는 任意로 그의 地位(傳貰)를 讓渡할 수 있고 家屋所有者의 承諾을 얻지 않고 家屋을 轉賃할 수 있으며 典當(오늘날 抵當權에 해당함)할 수 있는 權利가 인정되었고, 이에 대하여 家屋所有者는 異議를 提起할 수 없고 拒絕할 수 없다고 하였다.¹⁰⁾ 따라서 이러한 地位(傳貰)를 讓受한 者는 家屋所有者에 대하여 所定の 期間 그 家屋을 使用할 權利가 있고 동시에 期間滿了後 또는 家屋이 明渡된 경우에는 직접 家屋所有者에 대하여 傳貰金의 返還을 請求할 수 있다. 그러나 轉賃의 경우에 家屋의 轉賃人은 家屋의 所有者에 대하여 傳貰金의 返還을 請求하지 못하는 慣習이었다고 한다.¹¹⁾

③ 傳貰의 存續期間과 期間滿了後의 傳貰金 返還

傳貰의 存續期間은 「通常 1年으로 하는데 契約에 따라 一定하지 않으며 또한 期間이 定하여져 있지 않은 경우가 있다. 京城에서는 期間에 관한 特約이 없는 경우에는 100日을 그 期間으로 하는 慣習이 있다」¹²⁾고 하나, 傳貰者의 期間更新請求權이 認定되었는지는 확실치 않다. 물론 期間內에는 서로 解約할 수 없지만 期間經過後에 있어서는 언제라도 解約할 수 있으며 또 별도로 豫告期間이 정해진 것은 없고 다만 貸主가 解約을 하는 경우에는 借主가 家屋을 明渡하는데 필요한 期間을 부여하는 것을 요하며, 京城에서는 瓦家 15日, 草家は 10日間の 猶豫期間을 인정한다」¹³⁾고 하였다.

그러면 傳貰期間이 滿了되었을 경우에 傳貰金의 返還문제는 어떠한가. 이에 대한 慣習調査는 없는 것 같으나, 朝高判은 「그 期間滿了후에 있어서는 當事者의 一方은 相對方에 대하여 家屋 또는 傳貰金의 返還을 청구할 수 있으며 相對方의 返還義務履行의 提供이 있을 때까지 自己의 履行을 拒絕할 수 있지만… 傳貰金返還請求權은 占有家屋에 關해서 발생한 債權이 아니기 때문에 그 返還을 받을 때까지 家屋을 留置하여 그 使用을 계속할 權利가 없다」¹⁴⁾고 判示하였다. 즉 同時履行關係는 인정되지만 留置權은 인정되지 않음다는 입장을 취하였다. 이러한 태도는 당시의 慣習을 토대로한 判決인지는 밝혀져 있지 않다.

④ 家屋의 修繕義務

家屋의 修繕은 貸主의 負擔으로 하고 小修繕은 借主의 負擔으로 한다는 것이 당

10) 慣習調査報告書, 243面 이하.

11) 民事慣習回答彙集, 95面.

12) 慣習調査報告書, 243面.

13) 上揭書, 244面.

14) 위 註3) 朝高判, 33面 이하.

시의 慣習이었다.¹⁵⁾

이상과 같이 당시 傳貰의 法的 性質에서 찾아 볼 수 있는 것은 두가지 要素의 性質을 가지고 있다는 것을 알 수 있다. 하나는 傳貰者는 家屋所有者의 承諾없이도 傳貰를 第三者에게 讓渡·轉貸할 수 있다는 것은 다분히 物權的 性質의 要素가 있다 할 것 이며, 다른 하나는 傳貰는 일정한 要件(家契의 懸錄, 文券記入)을 具備하지 않은 경우에는 家屋의 新所有者에게 자기의 權利를 주장할 수 없다고 하는 점은 債權的 性質의 要素가 있다 할 것이다.

2. 慣行上의 月貰

오늘날 民法上 建物の 賃貸借는 慣行上의 月貰制度에서 찾아볼 수 있다.¹⁶⁾ 그러면 月貰란 어떠한 賃貸借이며 어떠한 法的 性質의 것인가를 살펴 보기로 한다.

(1) 月貰의 意味

慣習調査報告書에 의하면, 「月貰는 매일 家賃이라고 하는 金錢으로 借賃을 정하는 것이다. 舊時는 店舖 이외에 이러한 類型의 賃貸借를 행하는 일은 거의 없었고 十數年以來 일반적으로 행하여 왔으며 借賃은 先拂하는 경우와 後拂하는 경우가 있었으니 竊경 契約의 여하에 따라 일정하지 않았다」¹⁷⁾고 했다. 왜 月貰는 營業用建物の 賃借方法으로 행하였는가는 밝혀져 있지 않다. 생각컨대 月貰의 方法으로는 賃借한 者측에서 보면 營業을 하기 위해서는 多額의 資産을 필요하기 때문에 매일 少額의 借賃을 支給하는 것이 有利하다는 것으로 추측할 수 있으며, 建物所有者측에서 보면 傳貰金과 같은 一時拂의 多額을 필요로 하지 않은 입장에 있으며 매일 借賃을 받는 데도 별로 不安을 느끼지 않았다는데 기인한 것이 아닐까 생각된다. 이 경우 오늘날과 같은 「保證金」이나 「權利金」이 있었는지는 밝혀져 있지 않다.

(2) 月貰의 內容(法律關係)

그러면 月貰로 든 者의 地位는 어떠하였던가.

① 月貰의 對抗力

第三者에 대한 對抗問題에 관하여는 「이러한 類型의 賃借權도 역시 第三者에 對抗할 수 없지만 借賃의 先拂이 있는 期間內에는 家屋의 新所有者가 되는 者로부터 明

15) 慣習調査報告書, 244面.

16) 淺見倫太郎, 朝鮮法制史稿, 巖松堂書店 1922年, 399面.

17) 慣習調査報告書, 243面.

渡의 請求와 같은 것은 없다」¹⁸⁾고 하였다. 생각컨대 借賃의 先拂이 있는 期間內에는 新所有者에게 對抗할 수 있다는 慣習은 매우 흥미있는 점이다. 月貰은 每月 借賃을 先拂 또는 後拂하는 賃貸借이기 때문에, 先拂期間內에만 新所有者에게 對抗할 수 있다는 것은 결국 1個月의 期間內에만 對抗力이 인정된다는 결과가 된다. 傳貰의 家契懸錄과 같은 慣習은 없었던 것으로 여겨진다.

② 月貰의 讓渡·建物の 轉貸

所有者の 承諾없이 月貰의 讓渡, 店舖의 轉貸가 가능하였는지는 밝혀져 있지 않지만 아마도 그러한 慣習이 없었던 것이 아니었는가 생각된다. 왜냐하면 現행 民法上 賃借權의 讓渡·轉貸에 관한 규정(제629조 참조)도 賃貸人의 同意를 필요로 하기 때문에, 月貰의 경우도 마찬가지로 慣習이었다고 생각된다.

③ 月貰의 存續期間

月貰의 存續期間은 「期間을 정한 경우에는 그 期間內에는 이를 解約할 수 없지만 期間을 정하지 않은 경우에는 借主는 언제라도 解約할 수 있으며 별도로 豫告期間을 요하지 않는다. 貸主는 借賃의 先拂을 받은 期間內에는 解約할 수 없으며, 또한 解約을 할 때에는 5日前에 豫告할 것을 요한다」¹⁹⁾는 慣習이 있었다. 그러나 期間更新에 관한 慣習 및 建物の 修繕에 관한 慣習은 밝혀져 있지 않다.

이상과 같이 당시의 月貰의 法的性質은 傳貰의 경우와는 현저하게 다르며, 現행 民法上 對抗力이 없는 賃借權과 매우 유사하다는 것을 알 수 있다.

3. 傳貰·月貰에 관한 判例(朝高判) 및 學說

그러면 韓·日 合併當時의 朝鮮高等法院은 이러한 傳貰·月貰에 관한 紛爭에 대하여 어떻게 대처했으며, 學說은 이러한 賃貸借方法을 어떻게 理解하였는가를 살펴보기로 한다.

(1) 判 例

韓·日合併후 처음으로 朝高判이 나온 것은 1912年이다. 즉 傳貰의 讓渡 등의 紛爭에 관한 事案에서, 「傳貰契約에 의하여 家屋을 使用할 수 있는 權利를 가지고 있는 者가 家屋所有者的 承諾을 얻어서 그 權利를 第3者에게 讓渡함으로써 完全히 그 關係로부터 離脫하거나 또는 당해 契約을 지속하면서 그 家屋을 轉貸하는 것은

18) 上揭書, 同面.

19) 上揭書, 244面.

朝鮮에 있어서의 慣習이다」²⁰⁾고 判示한 것은 앞에서 살펴 본 傳貰의 讓渡에 관한 慣習과는 약간 다른 立場을 취한 것 같다. 왜냐하면 傳貰者는 任意로 그의 地位를 讓渡할 수 있고 그 讓受人은 家屋所有者에 대하여 家屋을 使用할 權利와 傳貰金의 返還을 請求할 수 있다는 慣習이 있었기 때문이다.²¹⁾ 따라서 이러한 慣習에 따라 判決을 한다면 「家屋所有者의 承諾을 얻지 않고 그 權利를 第3者에게 讓渡한 경우에도…」라고 했어야 할 것이다.

그 이후의 朝高判의 흐름을 요약하면, 앞에서 살펴본 傳貰·月貰慣習에 따르면 서도, 傳貰契約을 雙務契約으로 보고, 傳貰者는 家屋所有權을 讓受한 第3者에게 對抗할 수 없으며, 傳貰金返還請求權은 占有家屋에 관하여 생긴 債權이 아니므로 留置權을 인정할 수 없다는 立場을 취하였다.²²⁾ 이러한 判例의 態度는 近代法인 日本民法의 典型契約인 賃貸借로 法律構成을 하려는데서 우리 固有의 傳貰慣習을 歪曲시키고 있다는 批判의 見解²³⁾는 當時의 判例의 再檢討를 요하게 된다.

(2) 學說

당시 傳貰에 관하여 우리나라 學者가 研究한 資料는 아직 찾지 못하고 있으며, 다만 日本人에 의하여 研究된 두편의 資料²⁴⁾가 있으나, 어느 것도 위에서 살펴본 「慣習調査報告書」나 朝高判에 나타난 內容과 거의 같으므로 여기에서는 생략하기로 한다.

Ⅲ. 第二期(1945年以後—成文法上 傳貰權·賃貸借)

周知하는바 現行民法은 1960年 1月1日부터 施行되었기 때문에 解放後 現行民法이 施行되기까지는 日本民法中 財産法이 그대로 依用되었다. 따라서 解放後 現行民法이 施行되기 前의 賃貸借制度和 施行後의 成文化된 賃貸借制度로 구분하여 살펴 볼 필요가 있다.

20) 朝高判 1912(明治45), 3. 8. 民上 第15號.

21) 慣習調査報告書, 243面 이하.

22) 註3); 拙稿, 「韓國의 住宅賃貸借制度」, 現代民法論(李光信博士還甲記念, 1982) 327면 註2) 참조.

23) 尹大成, 「日帝의 韓國慣習調査事業과 傳貰慣習法」, 韓國法史學論叢(朴秉豪教授 還甲記念, 1991), 341면 이하.

24) 吉田平治郎 「朝鮮に於ける慣習と民事法規の關係」 司法協會雜誌 第3卷 第4號(1923) 1面 이하, 淺見倫太郎 「前掲書」 399面 이하. 兩說에 대한 評價에 관하여는 尹大成, 「前掲書」 101면 이하 참조.

1. 舊民法時代(1945~1959)의 傳貰·月貰

이 당시의 傳貰나 月貰는 어떠한 法的性質·內容의 契約인가에 관한 慣習調査는 없었으나, 傳貰는 舊民法上의 賃貸借와 같은 것으로 변모되고 있음을 알 수 있다.

(1) 判 例

大法院은 傳貰契約을 위 朝高判²⁵⁾의 입장을 취하여 雙務契約이라 하고²⁶⁾, 一種의 賃貸借로 보고 있다. 즉 「近來 巷間에 流行하는 傳貰契約은 一種의 賃貸借임으로 그 期間의 約定이 없는 傳貰契約의 解約에 關하여는 特別한 慣習을 인정할 수 없으므로 民法 第617條에 依할」²⁷⁾ 것이라고 判示하고 있다. 그러나 判例는 傳貰契約이 「雙務契約으로서 傳貰權者가 月貰를 支給하지 않음이 慣習이므로... 家屋의 使用이 傳貰契約에 依한 것이 아니고 普通의 賃貸借契約에 依한 것임을 認定하지 않으면... 月貰金의 支拂을 命할 수 없는 것」²⁸⁾이라고 判示한 것으로 보아, 傳貰는 舊民法上 인정하고 있는 賃貸借와 구별하고 있음을 알 수 있다. 이에 대하여 月貰는 舊民法上의 賃貸借로 보고 있음도 알 수 있다. 그러면 傳貰가 「一種의 賃貸借」라고 할 때 이를 어떠한 賃貸借로 볼 것인가. 분명한 것은 傳貰의 法律構成을 一種의 物權으로 構成하고 있지 않다는 것인데, 이 문제는 民法施行 후 登記하지 않은 傳貰의 문제와 관련된다.

(2) 學 說

賃貸借制度에 관한 學說은 民法草案이 國會에 上程(1954. 10. 12)되면서 나타났다. 즉 民法草案은 第2編 物權編에 傳貰權이라는 章을 만들어 傳貰를 物權의 一種으로 하였다. 이에 學說은 贊反論으로 對立되었으며, 이를 통하여 당시의 學說은 傳貰를 어떻게 이해했었는가를 알 수 있다.

① 贊成論

不動產利用者를 튼튼히 保護하여야 한다고 하여 物權法에 있어서 가장 중요한 緊切한 課題를 해결한 것이다는 견해이다.²⁹⁾ 그러나 同見解는 慣行上 傳貰의 法的性質

25) 註 3) 참조.

26) 大判 1958, 4.24, 4290 民上 867, 大判集 第6卷 民事 18면.

27) 大判 1955, 1.27, 4287 民上 236, 大判集 第1卷 第10輯 民事 39면.

28) 註 25) 참조.

29) 張庚鶴, 「物權에 있어서 現代的 課題」 法政 第10卷 第2號(1955. 2) 참조.

을 어떻게 理解하였는지는 밝히고 있지 않다.

② 反對論

㉞ 反對의 理由로, 첫째 傳貰는 慣習上 家屋의 一部를 目的으로 하는 경우가 많은데 登記의 履行이 不可能하고, 둘째 傳貰의 慣行은 아직 全國에 보편적으로 행하여지는 것이라고는 볼 수 없고, 셋째 現行傳貰의 慣行은 一種의 特殊한 賃貸借이라고 볼 수 있는데 이를 改編하여 구태여 物權關係로 規定하여야 할 積極적인 理由를 발견할 수 없으며, 넷째 傳貰權者의 保護를 위한 方策은 傳貰를 債權關係로 規定하면 서도 어느 정도 가능하다는 등의 理由를 들고 있는 견해이다.³⁰⁾ 따라서 傳貰를 債權編에 典型契約의 一種으로 규정하여야 한다고 주장한다. 同見解에 의하면 大法院 判例와 같이 傳貰를 一種의 賃貸借로 보고 債權關係로 法律構成을 하고 있다.

㉟ 또는 反對理由로 立法的 不實라는 것을 드는 견해이다.³¹⁾ 즉 傳貰를 用益物權化하는 것은 賃借權의 物權化라는 時代的 潮流에 積極적으로 보조를 맞춘 立法이기는 하지만 特別히 傳貰權만을 抽出하여 物權化할 合理性도 效用性도 없다는 것이다. 同見解도 慣行傳貰를 債權關係로 이해하고 있다는 것을 짐작할 수 있다.

이상에서 살펴 본바, 당시의 學說도 判例와 같은 立場을 취하고 있었다는 것을 알 수 있다.

2. 成文化時代(1960~1980)

이 時期는 慣行上의 傳貰·月貰가 各各 物權·債權으로 成文化되어 시행된 이후부터 傳貰權의 優先辨濟權을 인정하는 民法改正 및 賃借權에 관한 特別法制定 前까지의 時期에 해당된다. 따라서 여기에서는 傳貰·月貰가 어떠한 立法過程을 거쳐 成文化되었는가를 간략하게 살펴 보는데 그친다.

(1) 傳貰의 成文化

이상과 같이 慣行으로 행하여온 傳貰制度는 결국 利用權의 強化라는 요청에 부응하여 民法은 物權으로 構成하여 第303條이하에 同制度를 規定하기에 이르렀다. 그러면 먼저 傳貰가 物權으로 成文化되는 과정을 살펴 보겠다.³²⁾

30) 朱宰璜氏의 見解, 民事法研究會, 民法案意見書, 1957, 184면 이하.

31) 鄭熙喆, 「物權으로 登場한 傳貰權」, 法政 第10卷 第5號(1955), 13面.

32) 자세한 것은 拙稿 「傳貰權의 強化—立法후 改正過程을 中心으로—」 司法行政, 第282號(1984), 14면 이하 참조. 이후 發表된 尹大成 「前掲書」 182면 이하, 梁彰洙 「民法案에 대한 國會의 審議(1)」, 韓國法史學論叢, 473면 이하가 있음.

① 傳貰權에 관한 民法案起草者의 意思

傳貰에 관한 民法草案理由書가 없기 때문에 起草者의 意思를 정확히 알 수 없으나 國會의 速記錄에서 그 趣旨를 찾아볼 수 있다. 즉 國會에서의 民法案 第一讀會에서 法典編纂委員會委員長(金炳魯)의 草案趣旨說明을 간추려 보면 다음과 같다. 傳貰라는 制度는 京城(서울)에서 제일 오래 그리고 널리 실시 되어왔고 근래에 와서는 各地方·都市에서도 많이 시행되고 있다는 것을 전제한 다음, 傳貰는 中國의 典權과 類似한 制度이며, 貸借關係와 抵當關係가 混合된 性質의 것이고, 이러한 傳貰는 앞으로 많이 利用될 것이라고 인정된 이상 「완전히 傳貰權이라는 한 物權의 完全한 效果를 주는 것이 좋다. 이로서 傳貰權이라는 것을 한 特定の 物權으로 立案하게 된 것」³³⁾이라는 것이다. 직접적인 표현은 없지만 傳貰者를 保護하기 위한 趣旨가 있다는 점은 짐작할 수 있다.

民法案을 提出한 政府側(法務部次官 裴泳鎬)의 說明을 보면, 「從來 賃借權의 一種으로 취급되던 傳貰權을 用益物權의 一種으로 新設하여 傳貰權者와 傳貰權設定者의 雙方保護를 期하였다」³⁴⁾고 한 提案說明에서도 傳貰權者의 保護라는 취지가 있음을 볼 수 있다. 다만 이러한 경우 傳貰權設定者도 保護되는지는 의문이다. 왜냐하면 傳貰權이 物權으로 인정되면 오히려 傳貰權設定者에게는 不利하기 때문이다.

② 傳貰權에 관한 立法者의 意思

民法案 第1讀會에서 民法案審議小委員會委員長 겸 法制司法委員長代理(張暎根의 元)가 傳貰權에 관한 民法案審議結果를 報告한 內容을 보면, 「우리 韓國에 傳貰制度가 많이 慣習上 施行되고 있는데 여기에 대해서는 아무런 規定이 없습니다. 이것을 傳貰權을 物權으로써 新設해서(第209條이하) 登記를 하면 傳貰不動產의 所有者가 變更되더라도 새 所有者에 대하여 傳貰權을 미치게 하고, 傳貰金返還請求에 관하여 傳貰不動產競賣請求權을 傳貰權者에게 부여함으로써 傳貰하고 있는 조그마한 小市民들의 保護를 期한 것입니다」³⁵⁾고 하여 傳貰者를 보다 강력하게 보호하려는 것이 立法의 趣旨라는 것은 의심의 여지가 없다.

그러나 物權화된 同制度가 어느 정도로 利用될 것인지에 관해서는 民法案審議小委員會에서도 크게 論議되었다. 즉 「從來에 慣行되어 왔던 傳貰權은 債權의 一種인 貸借와 消費貸借의 結合體에 不過한 것이며 登記가 履行되지 아니하는 韓國의 實

33) 國會事務處, 第26回 國會定期會議 速記錄(이하 「速記錄」이라 약칭함), 1957年, 第29號, 6면 하단~7면 상단.

34) 「速記錄」 第29號, 16면 하단.

35) 「速記錄」 第29號, 8면.

情으로서는 物權인 本章의 傳貰權制度가 충분히 利用될런지는 多少 疑問이다...」³⁶⁾ 고 하며, 傳貰의 物權化의 必要性和 妥當性을 강조하면서도 傳貰의 物權化로 인한 逆機能의 現象을 그 當時에도 豫想하고 있었다. 同委員會는 이러한 現象에 對處하기 위하여, 「登記를 하지 아니함으로써 本章의 傳貰權(物權)은 아니라도 從來 慣行의 傳貰契約으로서는 그 效力이 있을 것이며 이러한 債權關係에도 加급적 本章의 規定이 類推適用될 것이다(債權의 性格에 反하지 않은 限)」³⁷⁾고 하여 解決方法을 提示하고 있다. 民法案 第一讀會에서도, 지극히 庶民層에서 利用하고 있는 傳貰가 登記를 해야만 物權의 效力이 생긴다면, 庶民들이 이것을 利用하고 去來하는데는 相當한 支障이 생긴다고 하여 利用度의 문제를 제기한 견해³⁸⁾도 있었다. 또는 傳貰를 구태여 物權으로 하지 않아도 이를 保護할 수 있다는 견해³⁹⁾, 즉 傳貰를 不動產에 기인한 債權으로 인정해서 그 不動產에 대한 留置權을 인정하여 傳貰者를 保護할 수 있다는 것이다. 留置權을 인정하며 傳貰者를 保護하자는 견해가 立法當時에 있었다는 점은 주목할 만하다.

當時 學界에서도 傳貰를 債權關係로 成文化할 것이나 物權關係로 成文化할 것이나 에 관하여 對立의 양상을 보였지만 債權關係로 立法해야 한다는 견해가 많았다.⁴⁰⁾

③ 民法 第303條~第319條

결국 法制司法委員會는 政府의 「民法案」의 몇개 條文을 削除·修正한 「民法案에 대한 修正案」⁴¹⁾을 可決하여 民法 第303條 이하에 傳貰를 物權으로 인정한 傳貰權制度를 두기에 이르렀다. 主要한 것만 들어 보면, 傳貰權者는 傳貰金을 支給하고 他人의 不動產을 占有하여 그 不動產의 用途에 좇아 使用收益할 權利가 있고(第303條 1項), 使用收益한 후 그 不動產을 返還하고 傳貰金의 返還을 받을 權利가 있다(同條 2項). 傳貰權者는 原則的을 傳貰權을 他人에게 讓渡 또는 擔保로 提供할 수 있고 그 存續期間內에서 그 目的物을 轉傳貰 또는 賃貸할 수 있다(第306條). 또한 傳貰權은 物權이므로 新所有者 기타 第3者에 對抗할 수 있는 강력한 絶對的 排他的 效力이 인정되는 것은 당연하다. 그러나 期間更新에 관하여 「傳貰權의 設定은 이를 更新할 수 있다」(第312條 2項 前段)고만 규정하고 있기 때문에 傳貰權設定者가 이를 拒絕

36) 民議院 法司委 民法案小委編, 民法案審議錄(이하 「審議錄」이라 약칭), 上卷, 1957年, 183면. 37) 上揭書, 183면.

38) 蘇宣奎議員의 發言, 「速記錄」, 第31號, 12면 하단.

39) 玄錫虎議員의 發言, 「速記錄」第31號, 19면 상단.

40) 註 30), 31), 또는 金振雄氏의 意見, 前揭 民法案意見書, 112면.

41) 民法草案은 「速記錄」第42號(附錄), 23면 이하에 收錄.

했을 때는 어떻게 이에 對處할 수 있는지는 역시 문제이다. 傳賃權者 保護의 핵심의 하나가 되는 期間更新에 대한 消極的인 態度는 立法 不備의 問題로 남고 있다.

(2) 月貰의 成文化

慣行上의 月貰에 대하여 이미 살펴본바, 月貰는 傳貰의 경우와는 달리 每月 金錢으로 借賃을 支給하는 등 舊民法上의 賃貸借와 類似하다. 따라서 月貰를 民法上의 賃貸借로 成文化하는 立法過程에서도 議論이 없었다. 즉 賃貸借에 관한 民法案을(第607條~第646條) 字句修正한 法制司法委員會의 修正案⁴²⁾이 그대로 可決되었다.⁴³⁾

舊民法上의 賃借權은 債權이기 때문에 賃借權을 強化하기 위한 일환으로 賃貸借를 登記한 때에는 第三者에 대한 對抗力이 생긴다(第610條)는 등의 규정을 民法案에 두었다. 民法案審議小委員會는 특히 賃借權의 登記에 관하여 「第三者에 대한 對抗力을 賦與함으로써 賃借人의 地位를 保護하기 爲하여 賃借權의 物權化的 傾向을 一層 強化한 것」⁴⁴⁾이라고 하는 취지를 밝히고 있다. 그러나 문제는 「反對의 特約이 없는 限 賃貸人은 賃貸借登記에 대한 協力義務있음을 規定하였다」⁴⁵⁾고 하지만 그 후 현실적으로 그러한 協力義務가 履行되고 있지 않다는데 있다. 賃借權과 登記는 沿革的인 면에서 보아도 아무런 關係가 없이 生成·發展된 것인데⁴⁶⁾, 兩者를 관련시켰다는 것은 잘못된 立法임을 현실적으로 들어나게 했다.

IV. 第三期(1980年代—民法의 改正·特別法の 制定)

위 「머리말」에서 이미 언급한 바이지만, 傳賃權이나 賃借權은 그 登記를 하지 않은 限 傳賃權은 物權(第303條)으로 인정되지 않으며 賃借權은 對抗力 있는 債權(第621條2項)으로 인정되지 않는다. 어느 경우에도 家屋所有者에게 登記에 協力할 義務가 있다고 하지만 이를 拒絶했을 때에 訴訟問題로까지 提起하는 賃借人은 거의 없기 때문에 결국 有名無實한 결과를 낳고 말았다. 따라서 登記를 하지 않은 경우의 傳賃나 賃貸借를 어떻게 保護할 것인가의 문제가 80年代에 들어서면서 政府側에 의

42) 「速記錄」, 第42號(附錄), 91면.

43) 「速記錄」, 第48號, 14면 중단.

44) 「審議錄」上卷, 360면.

45) 上揭書.

46) 拙稿 「傳賃制度의 再檢討」 現代民法學의 諸問題(金曾漢博士 還甲記念, 1981), 372면 이하 참조.

하여 적극적으로 검토되었다. 또한 民法은 傳貰權者의 競賣請求權을 第318條에 규정하고 있지만 優先辨濟權에 관해서는 아무런 規定이 없기 때문에 이에 관한 學說上의 論議가 그치지 않았다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 特別法이 마련되었고 民法이 改正되었다. 이하에서는 傳貰權에 관한 民法의 改正過程 및 賃借權에 관한 特別法의 立法過程을 살펴보기로 한다.

1. 民法改正에 의한 傳貰權의 強化

政府는 1981. 12 法務部에 諮問機關인 「民法·商法改正特別審議委員會」를 發足시키고, 同委員會 民法分科委員會는 즉시 改正作業에 着手하여 「民事法改正試案」⁴⁷⁾을 마련했다. 意見照會用으로 마련된 試案을 보면 다음과 같다(本稿에서는 傳貰權에 限함).⁴⁸⁾

(1) 傳貰權에 관한 民法改正試案 및 改正理由

改正試案 民法 第303條 후단에 「…使用收益하며, 그 不動產 全部에 대하여 後順位權利者 기타 債權者보다 自己債權의 優先辨濟를 받을 權利가 있다」고 하여 學說上 論議되었던 문제를 立法으로 해결하려고 했다.

그 理由는 다음과 같다. 傳貰金은 目的不動產價額의 相當한 비율에 이르는 高額임이 去來社會의 慣行이며, 傳貰權의 消滅時 傳貰權者가 傳貰金을 받을 수 있는 확실한 制度的 裝置가 必要하다. 따라서 不動產의 一部에 대한 傳貰權者도 優先辨濟를 그 占有部分에 限定되는 것이 아니라 不動產 全部에 대한 競落代金으로부터 받도록 하여야 하며 實務上으로도 같다. 그러나 現行民法上 傳貰權設定者가 傳貰金返還을 遲滯한 때에는 傳貰權者에게 競賣請求權이 인정되지만 優先辨濟權은 保障되지 않기 때문에, 傳貰權에 관하여 競賣法上 抵當權과 같은 優先辨濟權이 인정되고(第34條 3項) 破產法上 擔保物權에서와 같은 別除權(第84條)은 있으나 實體法上 明文으로 인정함이 用益權者의 保護라는 現代民法의 理想에 부합한다. 學說上 傳貰權의 優先辨濟權을 否認하는 學者도 立法論上 贊成에 意見이 일치된다.

그 밖에 建物傳貰權의 最短存續期間設定(最小限 1年 保障), 建物傳貰權의 法定更新, 傳貰金增減請求權의 認定 등의 문제도 民法改正試案에 마련되었으나, 改正의 核心은 優先辨濟權의 認定與否의 문제에 있었기 때문에 그밖의 改正문제는 여기에서

47) 法務部 民法·商法改正特別審議委員會, 民事法改正試案(意見照會用), 1982, 9면이하.

48) 자세한 것은 拙稿 「傳貰權의 強化」 前掲書, 20면이하, 尹大成, 前掲書, 202면 이하 참조.

는 省略하기로 한다.

民法分科委員會는 同試案에 대한 各界意見을 수렴하여 「民法中改正法律案」을 마련했고, 同案은 1982.12.6 國務會議의 議決을 거쳐 政府의 「民法中改正法律案」으로 확정되었다.

(2) 法制司法委員會의 審議

① 提案理由

司法委에서 「民法中改正法律案」의 主要骨子 가운데 傳賃權의 優先辨濟에 관한 政府側(法務部長官 裴命仁)의 提案理由를 보면 다음과 같다. 「傳賃權에 優先辨濟의 效力을 인정하여 傳賃權者의 投下資金回收를 보장토록 하였는바, 이는 學界 및 實務界에서 異論이 없을 뿐만 아니라 競賣法 破產法 등 節次法에서 優先辨濟權 및 別除權을 인정하고 있는데도 實體法的으로 優先辨濟權을 인정하지 않고 있는 것은 立法의 不備이므로 이를 補完하려는 것」⁴⁸⁾이라 하였다.

② 法司委員會의 議決

「民法中改正法律案」을 審査한 同委員會 小委員會는 다음과 같이 그 審査結果를 法司委에 報告했다. 즉, 「…建物傳賃權者의 投下資金 回收를 위한 制度的 裝置를 마련함으로써 國民生活의 不便을 덜고 他人所有建物利用者의 權利를 保護하려는 것입니다. 當 小委員會는 3月 15日 小委員全員이 會同하여 同改正法律案을 逐條審査한 결과 그 立法趣旨가 타당하며 體系와 字句에 修正할 部分이 없어 政府原案대로 議決하기로 합의하였습니다」⁴⁹⁾고 하여 政府原案대로 議決하였음을 法司委에 報告했다.

法司委는 小委員會가 審査한 改正法律案의 審議를 거쳐 可決된 「民法中改正法律案」은 國會本會議에서 그대로 可決 通過되어, 1984. 4. 10 公布, 同年 9.1부터 施行되어 오늘에 이르고 있다.(第303條 1項 後段, 第312條 2項, 4項, 第312條의 2).

「傳賃權의 強化」는 곧 그 建物所有者에게 不利한 地位에 있게 한다는 것을 意味하기 때문에, 어느 정도 自己에게 不利하다는 것을 甘受하면서 傳賃權設定을 할지는 아직도 의문을 가지고 있다. 그 趣旨가 어느 정도 現實的으로 이루어지고 있는지는 實態調査를 통하여야 알 수 있을 것이다.

48) 第119回 國會·法制司法委員會 會議錄(이하 「會議錄」이라 약칭), 10號, 2면.

49) 第121回 「會議錄」, 第6號, 2면.

2. 特別法에 의한 賃借權의 強化

위에서도 이미 언급한 바, 民法上 賃借權을 強化하는 한 方法으로서 登記를 要求하고 있기 때문에(第621條 2項), 賃貸借의 登記가 없는 한 賃借人은 第3者(新所有者, 擔保物權者 등)에게 對抗할 수 없게 된다. 또한 傳貰權의 경우에도 마찬가지로 傳貰의 登記가 없는 한 一種의 賃貸借로 보고 있기 때문에 이른바 債權的傳貰者는 第3者에게 對抗할 수 없게 된다. 이러한 賃借人을 保護해야 한다는 立法論은 1960年代부터 나왔지만 그 結實을 보지 못한채 1980年代까지 이르렀다. 이 時點에 이르러, 특히 住宅賃貸借의 경우에는 外國의 立法例⁵⁰⁾와 마찬가지로 賃借權의 登記없이도 第3者에 對抗할 수 있는 特別法(住宅賃貸借保護法)이 마련되었다. 同法은 二次의 改正을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 이하에서는 同法の 制定 및 改正過程을 살펴 보기로 한다.

(1) 住宅賃貸借保護法の 制定

1980年 10月부터 國會의 機能을 代行한 國家保衛立法會議⁵¹⁾는 「住居用建物の 賃貸借에 관하여 民法에 대한 特例를 規定함으로써 國民의 住居生活의 安定을 保障함을 目的」으로 하여 住宅賃貸借保護法(이하 賃貸借法이라 약칭)을 1981. 3. 5 制定·公布하였다. 同國保委가 賃貸借法을 立法하는 과정에서 어떠한 문제들이 提起되었는지는 그 會議錄을 入手할 수 없어서 알 도리가 없으나, 拙速立法이라는 批判을 免하기 어려웠다. 同法은 8個條 附則 2個條文으로 構成되어 있다. 이하에서 同法の 主要 骨子만을 살펴 보기로 한다.

① 本法의 適用範圍은 「住居用建物」의 全部 또는 一部의 賃貸借에 한하고 있다(第2條). 따라서 賃貸住宅의 一部가 住居 이외의 目的으로 使用될 경우, 즉 兼用建物の 賃貸借의 경우에도 本法이 適用되는가 하는 문제가 남아 있다.

② 本法의 核心이 되는 것으로, 賃貸借는 그 登記가 없는 경우에도 賃借人이 住宅의 引渡와 住民登錄을 마친 때에는 그 翌日부터 第3者에 대하여 效力이 생기고, 이 경우 轉入申告를 한 때에도 住民登錄이 된 것으로 본다(第3條 1項)는 규정이다. 따

50) 자세한 것은 拙稿 「傳貰制度의 再檢討」 前掲書, 340면이하 참조.

51) 同會議는 1980. 10. 28의 國家保衛立法會議法(法律 第3260號)과 同 設置令(1980. 9. 29의 大統領令 第10036號)에 따라, 大統領에 의하여 任命된 81명의 議員들로 構成되고 1980. 10. 27 正식으로 發足한 이래 156일 동안 存續했다. 자세한 것은 權寧星, 憲法學原論, 1989, 94면 참조.

라서 民法에 의하면 賃貸借의 登記가 있어야만 賃借權의 對抗力이 인정되지만, 同法에 의하면 그러한 登記가 없어도 賃借人인 당해 住宅에 「入住」하고 「住民登錄」 또는 「轉入申告」를 마치면 賃借權의 對抗力이 생기며, 그 翌日 이후의 物權(所有權, 抵當權 등)을 取得한 者에 대해서도 對抗할 수 있게 되었다.

㉞ 賃貸借期間을 1年未滿으로 定한 때에도 최소한도 1年은 保障받는 制度的 裝置가 마련되었다(第4條, 5條).

㉟ 물론 賃借人의 義務로서 2期의 借賃額에 달하도록 借賃을 延滯하거나 기타 賃借人으로서의 義務를 현저하게 違反한 賃借人은 契約更新에 관한 保護를 받지 못한다(第6條).

㊱ 그리고 經過措置로서, 本法 施行 당시 存續中인 賃貸借에 대하여도 第3條(對抗力)가 적용된다. 그러나 本法施行前에 物權을 取得한 第3者에 대하여는 그 效力이 없다(附則 第2條)고 하여 物權去來의 安定을 기하고 있다.

(2) 住宅賃貸借保護法の 第1次 改正

賃貸借法은 획기적인 立法이라 생각되지만 拙速立法의 結果 여러가지의 문제를 안고 있었다. 즉 條文上 不明確한 點, 賃借人을 保護하는데 不充分한 점 등 그대로 방치할 수 없는 문제가 현실적으로 나타났다. 그러면 구체적으로 어떠한 問題가 노출되었으며, 이를 어떻게 立法으로 解決하였는지를 간략하게 살펴 보기로 한다.

① 同法の 問題點

첫째 同法の 適用範圍가 구체적으로 명시되어 있지 않은데 기인한 문제로, 위에 서도 언급한 바 建物이 營業에 兼用되는 경우에 이에 적용되는가, 또한 이른바 債權的傳貫에 대하여도 同法이 適用되는가.

둘째, 同法の 核心이라고 할 수 있는 「對抗力」의 意味의 不明確性 또는 그 效力發生時期에 기인한 문제이다. 예컨대 賃借人이 당해 住宅의 新所有者에게 對抗할 수 있다는 것은 保證金(이하 傳貫金을 포함)返還請求權까지 포함하는 것을 意味하는가.

셋째, 保證金の 返還確保의 문제이다. 즉 賃貸借關係終了후 賃借人의 保證金の 返還遲延 또는 그 返還을 遲延하고 있는 동안 당해 住宅을 第3者에게 賣却하여 버린 경우의 문제이다.

네째, 少額保證金(이하 少額傳貫金を 포함)에 대하여 어떤 特別한 保護措置가 필요하지 않은가.

다섯째, 保證金·月貫의 高額化 또는 不當引上의 抑制策은 없는가

이와 같은 많은 문제들이 서울 YMCA市民中繼室에 接受된 資料(1981.1.5~12.

31)에도 나타났다.

② 第1次 住宅賃貸借保護法中「改正法律案」

이상과 같은 문제는 同法の 解釋論에 의하여 解決될 수 있는 문제도 있지만 立法으로 解決하여야 할 문제가 많았다.⁵²⁾ 이에 이러한 문제도 當時(1981年) 成長發展 沮害要因에 해당된다 하여 이를 改善하기 위하여 政府는 바로 이 문제에 着手하게 되었으며, 이를 담당한 委員會가 위에서 살펴본 「民法·商法改正特別審議委員會」 民法分科委員會이다.

同分科委員會는 賃貸借法을 社會法的 次元에서 修正·補完하여 無住宅庶民을 적극 보호할 목적으로 改正作業에 착수하여, 1982.6.16 「住宅賃貸借保護法改正試案」을 만들고 各界의 意見을 수렴하여, 최종 改正法律案을 마련했다. 同改正法律案은 法制處의 審査를 거쳐 1982. 12. 6 政府案으로서 「住宅賃貸借保護法 中 改正法律案」으로 確定되었다. 同改正法律案의 主要骨子を 보면 다음과 같다.

㉠ 賃貸借의 適用範圍를 住宅의 一部分가 住居외의 目的(例, 店舖)으로 使用되는 경우까지 擴大(同案 第2條)

㉡ 賃借住宅의 讓受人이 賃貸人의 地位를 承繼하는 看做規定을 新設하여 賃借權의 對抗力에 관한 意味를 明文化하여 이를 強化(同案 第3條 2項)

㉢ 賃貸借期間이 滿了되었음에도 賃借保證金의 返還이 없는 경우, 그 返還時까지 賃貸借關係가 存續하는 것으로 看做하여 賃貸保證金·傳貰金回收을 保障(同案 第4條 2項)

㉣ 借賃, 保證金, 傳貰金의 增額을 大統領令으로 規定하는 一種의 借賃規制를 하여 賃貸借의 法定更新制度를 實質적으로 保障(同案 第7條)

㉤ 少額保證금은 一般債權 및 다른 擔保物權에 優先하도록 하여 無住宅零細庶民을 적극 보호(同案 第8條)

㉥ 賃借權의 承繼規定을 新設하여 住宅賃借權에 대하여 相續法의 特例를 인정함으로써 生存家族의 居住權을 保護(同案 第9條)

㉦ 住宅에 대한 未登記傳貰契約에 本法를 準用하도록 하여 이른바 債權的 傳貰의 保護를 明文化(同案 第12條)

이와 같이 하여 同法이 안고 있는 問題를 立法으로 解決하려는 취지에서 改正法律案이 마련 되었다.⁵³⁾

52) 拙稿, 「住宅賃貸借保護法の 諸問題(I)(II)」 判例月報, 147號 10면 이하, 148號 10면 이하.

53) 同 「改正法律」에 관한 자세한 解説은, 拙稿 「住宅賃貸借保護法中改正法律案의 解説」 司法行政, 1983, 2月號, 19면 이하 참조.

③ 第1次 住宅賃貸借保護法中「改正法律」

위 「改正法律案」은 第119回 國會·法制司法委員會에서 政府側(法務部長官 裴命仁)에 의하여 提案說明⁵⁴⁾되었으며, 同委員會는 第1小委員會에 同「改正法律案」을 회부하여 審査報告토록 하였다.⁵⁵⁾ 同小委員會는 「이 法律의 實務性을 더욱 高揚시키고 合目的的인 適用을 圖謀하기 위하여 몇가지 事項을 修正」⁵⁶⁾하여 法制司法委員會에 報告되었으며, 同委員會는 「改正法律案」에 대하여 小委員會에서 修正된 部分은 修正한대로 기타 部分은 原案대로 하여 滿場一致로 可決되었다.⁵⁷⁾ 同案은 國會本會議에서 異議없이 可決, 1983. 12. 30 「改正法律」⁵⁸⁾로 確定되고 1984. 1. 1.부터 施行되었다.

(3) 住宅賃貸借保護法の 第2次改正

第1次改正法이 施行된 이후에도 계속 많은 문제들이 노출되어, 同法은 “無住宅 零細庶民의 惡法”이라고 하는 비판까지 나올 정도였다. 그러면 同改正法이 施行된 이후 어떠한 문제들이 노출되었는가.⁵⁹⁾ 이하에서 간략하게 살펴 보고 이러한 문제에 對處한 同法の 第2次 改正過程을 살펴 보기로 한다.

① 第1次改正法の 問題点

첫째, 實效性 또는 現實性이 없는 규정이 많다. 즉 ㉠ 保證금이 不當引上을 抑制하는 規定(第9條 但書, 施行令 第2條)이 있으나 그 實效를 전혀 거두지 못하고 있다. ㉡ 極貧無住宅零細庶民을 保護하기 위하여 少額保證金에 대한 最優先辨濟權을 인정한 規定(第8條, 施行令 第3條 1項)이 있지만 예컨대 서울에서 少額保證金에 해당되는 300만원이하의 保證金 賃貸借契約이 거의 없기 때문에 現實性이 없다는 것이다.

둘째, 立法不備의 문제이다. 즉 1番抵當權과 2番抵當權 사이에 對抗力있는 賃借權(第3條 1項)을 취득하고 있는 者(이른바 中間賃借人)는 2番抵當權의 實行에 의하여도 그러한 賃借權에는 優先辨濟權이 없다는 理由로 전혀 保護를 받지 못한다는

54) 「會議錄」第10號 3면 우단 이하.

55) 上揭書, 21면 좌단.

56) 上揭書, 第16號 9면 우단 이하. 拙稿 「改正 住宅賃貸借保護法の 諸問題」, 判例月報, 168號 11면 이하.

57) 上揭書, 第21號 4면 좌단 이하.

58) 同「改正法律」에 관한 자세한 解説은 拙稿 「住宅賃貸借保護法中『改正法律』改正民事法解説, 韓國民事法學會, 1985, 220면 이하.

59) 자세한 것은 拙稿, 「住宅賃貸借保護法이 改正되 이후에 나타난 여러가지 問題」, 法律新聞, 1986. 7. 4日字, 16면 참조.

것이 확고한 判例의 態度였다.⁶⁰⁾ 이 문제가 第1次 改正法 시행이후 가장 심각하게 나타났다.

② 第2次 改正案

이상과 같은 諸問題를 해결하기 위하여 同法이 改正되어야 한다는 要請이 各界에서 대두되기 시작했다.⁶¹⁾ 이러한 要請이 결실을 얻어 1989.12.30 改正되어 第2次 改正 賃貸借法(이하 第2次改正法이라 약칭)이 탄생되었다.

第2次改正法은 第1次改正法의 경우와는 달리 議員立法이다. 즉 法制司法委員會는 1988.12.7 姜金植議員 등이 發議한 改正法律案, 1989.5.18 尹在基議員 등이 發議한 改正法律案 1989.11.15 張石和議員 등이 發議한 改正法律案 등 3個의 法律案을 法案審査 第1小委員會에 회부하고, 同小委員會는 위 3個의 改正法律案을 審査하고 이를 統合하여 單一案인 「住宅賃貸借保護法中改正法律案(代案)」을 法制司法委員會에 提出했다. 同委員會는 同法律案을 異議없이 可決했다.⁶²⁾ 이것이 第2次改正法이다 (現行 住宅賃貸借保護法임)⁶³⁾.

③ 主要骨子

첫째, 第3條의 2를 新設하여 第3條 1項의 對抗要件과 契約證書上의 確定日字를 갖춘 中間賃借權에 優先辨濟權을 인정하고,

둘째, 賃貸借의 期間이 定함이 없거나 2年未滿인 때에는 그 期間을 2年으로 보며 (第4條 1項),

셋째, 少額保證金保護制度를 「保證金 중 一定額保護制度」로 轉換하여, 현실성 있게 極貧無住宅零細庶民을 保護하려고 하는 규정(第8條)을 두었다.

④ 第2次改正法 施行후의 문제점

그러나 第2次改正法이 施行되면서 엄청난 社會的 問題가 야기되었다. 즉 賃借人으로 하여금 최소한도 2年間은 안심하고 住居生活할 수 있도록 하기 위하여 賃貸借 期間을 2年으로 정한 規定(第4條 1項)이 바로 保證金を 폭등하게한 원인이 되어, 많은 無住宅零細庶民들은 이를 감당할 수 없어서 도시외곽으로 이사를 하게 되었으며, 이에 비관한 庶民이 自殺하는 事態까지 야기되었다. 결국 保證金의 高額化, 不

60) 拙稿, 抵當權과 賃借權에 관한 研究(瑞鳳學術財團, 1987), 29면 이하.

61) 韓國消費者保護院, 「住宅賃貸借保護法改正(案) 마련을 위한 公聽會」 1988년, 서울 YMCA, 「住宅賃貸借保護法改正을 위한 政黨招請討論會」, 1988년 12월.

62) 第147回 「會議錄」 第16次, 47면 좌단.

63) 改正過程에 관한 자세한 內容은, 拙稿 「住宅賃貸借保護法の 諸問題 - 第2次改正過程을 中心으로 -」, 成均館法學, 第3號, 190면 이하 참조.

當引上の 문제를 實效性있게 對處할 수 있는 制度的 裝置가 第2次改正法에도 마련 되어 있지 않아서 앞으로 이러한 문제는 계속 야기되리라 생각된다.

V. 맺 는 말

이상과 같이 우리나라의 住宅에 관한 貸借制度의 變遷을 여러 側面에서 보려고 했지만 결국 筆者의 能力限界로 法律的側面에서 살펴볼 수밖에 없었다. 어쨌든 住宅의 문제는 人間의 가장 基本的인 生存權的 要素를 가지고 있는 문제이기 때문에, 이를 市民法的 次元에서 지금까지 보아온 視角을 人間다운 삶을 영위할 수 있도록 하는 社會法的 次元에서 보는 視角으로 돌려야 할 것이다. 앞으로도 계속 예상할 수 없는 문제들이 惹起되리라 보며, 이러한 문제를 解決함에 있어서도 法條文의 嚴格한 文理解釋이나 反對解釋을 하여 문제를 해결하려고 하는 權威主義的 思考를 지양하고 貸借法의 基本精神에 입각한 法解釋을 통하여 貸借를 둘러싼 紛爭을 해결해 나가야 할 것이다.