

# 韓國民法の 編纂과 比較法的 位置\*

— 韓日法史學界의 協力을 期待하며 —

鄭鍾休\*\*

## 목 차

- I. 序說
- II. 韓國 民法典의 編纂
  - 1. 美軍政期의 編纂 움직임
  - 2. 政府樹立後의 草案 作成
  - 3. 民法改正案研究會
  - 4. 民法案 國會審議와 可決
  - 5. 制定過程의 特徵
- III. 民法典 編纂의 前史
  - 1. 韓國과 西歐民法의 遭遇(1876~1910)
  - 2. 日帝強占期(1910~1945)
  - 3. 日本民法典의 制定과 展開
  - 4. 傳統 慣習法의 行方과 法律用語
  - 5. 韓國民法典의 比較法的 位置
- IV. 民法典의 發展
  - 1. 民法典의 改正
  - 2. 判例의 발달
  - 3. '2004年 民法 改正案'
  - 4. 民法典의 '現代語化'와 '現代化'
- V. 韓國 民法의 將來
  - 1. 앞으로의 韓國 民法
  - 2. 民法典의 將來
  - 3. 韓國民法學의 將來
- VI. 맺는 말

\* 본고는 新井誠·山本敬三編, 『ドイツ法の継受と現代日本法: ゲルハ르트・リース教授退官記念論文集』(日本評論社, 2009)에 실린 줄고 「韓國民法の制定と發展」을 손질한 것임을 밝힌다.

\*\* 전남대학교 법학전문대학원 교수

## I. 序說

18세기말 프로이센 일반관트법에서 20세기 전반의 스위스 민법/채무법전에 이르는 “法典編纂時代”의 특색을 민법전=국가색이 짙은 국가법이라 부른다 면, 1980년대의 네덜란드 신민법전에서 비롯하여 2002년 시행된 독일 채권법 현대화법, 불원간에 통합이 예상되는 중국 계약법/물권법 등 대형 민법개정이 끊이지 않는 “新法典編纂時代”<sup>1)</sup>는 “國境을 넘는 民法의 標準化”가 특징이라 할 수 있다. 목하 한국과 일본<sup>2)</sup>에서 볼 수 있는 민법개정 움직임도 “民法의 標準化”를 빼고는 설명하기 어렵다. “21세기형 민법”이라는 것이 세계를 상대로 한 “普通法”으로 상정되어, 나라마다 모양을 바꾸어 조문화되는 것이다.

이와같은 “보통법의 21세기적 변용”의 시대에는 국경을 넘어, 전문을 넘어, 서로간에 지혜의 교류가 한층 요구된다. 어디서나 왜 민법개정이 필요한지 철저히 논의되고 당연하게 여겨지는 제도/원칙/률/사고 패턴이 근본적으로 재검토되고 있다. 이러한 와중에 개최되는 한일 양국 법사학회의 심포지움에서 다루어지는 주제는 그 대상이 무엇이 되건 양국 법사학계의 협력관계의 증진에 기여할 수 있는 방안에 초점이 맞추어져야 할 것으로 생각된다. 따라서 이하에서는 한국민법전은 어떻게 제정되었는가? 왜 그러한 내용과 체제가 되었는가? 제정후의 어떠한 발전의 길을 걸었는가? 이와 더불어 “21세기형 民法의 標準化” 時代に 직면하여 한국민법은 한국 헌법과 어떤 관계에 서는가, 다수결이라는 민주사회의 기본법리는 일반법으로서의 민법을 어디까지 규율할 수 있는가, 민법의 사명은 무엇인가를 살펴 보고자 한다.

- 
- 1) 이러한 표현을 처음으로 사용한 것은 鄭鐘休, 『韓國民法의 現代化(1)』, 『民商法雜誌』 126권2호(2002), 2면.
  - 2) 民法(債權法)改正檢討委員會編, 『債權法改正의 基本方針』, 商事法務(2009); 民法改正研究會(代表加藤雅信) 『『日本民法典財產法改正試案(平成21年1月1日案)』의 提示』 및 『『日本民法改正試案』 條文一覽』, 『判例タイムズ』 1281호(2009.1.1), 5면 이하.

## II. 韓國 民法典의 編纂<sup>3)</sup>

### 1. 美軍政期の 編纂 움직임

우리 민법전의 편찬은 1945년 8월 해방 후 美軍政의 실시와 더불어 기획되었다. 크게는 상반된 두 줄기였다.

하나는, 정부수립전의 軍政廳 法典起草局에 의한 법전기초이다. 미국인 顧問官 主席<sup>4)</sup>은 日本法에 근거하지 않은 ‘朝鮮自體의 民法’을 제정해야 한다고 했다<sup>5)</sup>. 그는 법전이 갖추어야 할 ‘현대적 수준’으로 ‘完全性 또는 統括性’을 갖고, ‘論理性과 科學性을 갖춘 편리한 구성과 배치’, 그리고 ‘명백하고 간단한 用語法’을 들고 방대한 民法典 ‘私案’<sup>6)</sup>까지 만들었다.

다른 하나는 같은 군정시절(南朝鮮 過渡政府)에 만들어진 한국법조인들로만 구성된 ‘法制編纂委員會’<sup>7)</sup>에 의한 민법 제정이다. 내용적으로는 오히려 미국 측의 입장과는 반대되는 것이었다. 그들이 마련한, ‘朝鮮臨時民法典 編纂要綱’에 따르면 “朝鮮 臨時民法을 제정함에 있어서는 大陸法系의 시스템을 취하며 주로 獨逸民法에 의거한 現行民法의 規定을 기초로 하되 現下 世界文明各國의 立法例와 學說을 참작하고 우리나라 실정에 감하여 위선 필요한 한도에 있어서” “改正 또는 新設”하기로 하였다.<sup>8)</sup> ‘法制編纂委員會民法分科委’의 설치 및 이에 의한 臨時民法典編纂要綱은 한국민법전 편찬의 출발점이 되었다.

3) 梁彰洙, 「民法案의 成立過程에 관한 小考」, 『法學』(서울대) 30권 3/4호(통권 79/80호)(1989.12) 186면 이하; 鄭鍾休, 「韓國民法典의 制定過程」(이하 「制定過程」으로 줄임), 『民法學論叢』(郭潤直記念論文集, 1985), 1면 이하.

4) 일찍이 미국 지배하의 필리핀에서 “法典委員會의 副委員長”을 역임한 바 있는 로빙기어(Dr. Charles Lobingier)를 말한다.

5) 로빙기어, 「日本民法改正私案」, 『法政』 2권2호(1947), 4면 이하.

6) Charles Lobingier, *Proposed Civil Code for Korea*, LAW Korea 7 Lobi 1949(Library of Congress).

7) 1947년 6월 30일 설치된 ‘法典編纂委員會’가 개칭된 것으로, 인적 구성 등에 관하여 자세한 것은 鄭鍾休, 「制定過程」, 7면.

8) 「朝鮮法制編纂委員會起草要綱」, 『法政』 3권 8호(1948년), 41면.

## 2. 政府樹立後의 草案 作成

### 1) 法典編纂委員會의 수립과 民法典 編纂의 자세

정부수립 후 바로 ‘法典編纂委員會 職制’(1948. 9.15 대통령령 4호)가 공포됨으로써 민법전 편찬은 급물살을 타게 된다. 당시의 大法院長 金柄魯가 法典編纂委員會(이하 ‘法典委’)의 위원장에 위촉된다. ‘民法分科委員會’는 總則, 物權, 債權, 親族, 相續의 5편으로 나뉘어 각편마다 責任委員과 一般委員이 임명되었다. 대부분 앞 시대에 법관 또는 변호사로 일한 경험을 가진 실무자들이었다.<sup>9)</sup>

민법전 기초는 1948년 12월 15일부터 시작된 것으로 확인된다. 처음에는 재산편에 한정된 101항목의 ‘民法典 編纂要綱’<sup>10)</sup>이 작성되었다. 내용적으로 군정시대 법제편찬위원회의 朝鮮臨時民法典 編纂要綱에서 선언한 민법전 기초의 골격을 재확인하는 것이었다. 이듬해 6월 11일부터 개시된 가족법의 기초는 전래의 관습을 반영한 ‘民法 親族相續法 編纂要綱’에 바탕을 두고 이루어졌다. 친족편 42항목, 상속편 7항목으로 구성되었다.<sup>11)</sup>

### 2) 法典編纂委員會의 體制, 民法案의 起草, 政府案의 성립

민법전의 제정사업은 1950년 6·25동란이라는 미증유의 전쟁으로 7명의 민법전 기초 책임위원, 일반위원, 또는 보조위원이 납북되었다.<sup>12)</sup> 전시중의 개각으로 가족법 책임위원은 기초위원직을 물러나야 했다.<sup>13)</sup> 그때까지 준비했던 입법자료가 전부라 할만큼 소실되어 버렸다.<sup>14)</sup> 이제 민법전 기초는 법전위원장

9) 자세한 것은 鄭鍾休, 『制定過程』, 7면.

10) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『公聽會記錄』, 『民法案審議資料輯』(1957), 75면.

11) 張暉根, 『親族相續法立法方針及要綱私案』, 『法政』 3권9호(1949. 9), 26면.

12) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 전제 『公聽會記錄』, 75면.

13) 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(1967), 334면.

김병로 한 몸에 맡겨지다시피 했다.<sup>15)</sup> 편찬요강에 입각하여 마련된 김병로의 초안은 법전위의 총회를 거쳐 1953년 7월 4일 법전위의 공식 법안이 된 것으로 보인다. 재산편의 초안은 편찬요강에 충실한 것이었음에 비해, 가족편 초안은 본래의 요강에 구애되지 않는 것이었다.<sup>16)</sup>

법전위 공식초안은 ‘용어의 통일 기타 조문 정리’ 정도의 ‘심사’를 거쳐 1954년 9월 30일 국무위원회를 통과했다. 민법전 초안은 같은 해 10월 13일 대통령의 재가를 얻어 가을 날짜로 국회에 제출되었다. 제출당시의 초안은 본문 1118조, 부칙 32조로 되어 있었으며, 초안에는 제안이유서나 기초이유서 등 참고자료는 전혀 달려 있지 않았다.<sup>17)</sup>

### 3. 民法改正案研究會

1956년 9월 재산편에 대한 民法案小委의 審議結果와 修正案이 발표되자 민법교수들에 의한 민법안 공동연구가 시작되었다. 민법교수들은 9월 25일 ‘民法草案研究會’<sup>18)</sup>를 결성하여 民法案과 그 修正案에 대한 연구와 검토를 위해 總則, 物權, 債權, 身分의 4분과로 나누어 같은해 11월 9일까지 豫備討議를 한 후, 다음 해 1월 19일까지는 全體會議을 통해 재검토를 행한 후 그 성과를 그 해 3월 ‘民法案意見書’라는 이름으로 공표하였다.<sup>19)</sup> 총168개의 의견은 ① 정부초안 또는 국회 수정안을 찬성하는 것, ② 초안 또는 수정안에 반대하고, 오히려 일본민법의 규정을 지지하는 것, ③ 초안 또는 수정안을 반대하

14) 강명욱, 「民法典의 制定經過報告」, 『法律新聞』 286호(1958. 3. 3).

15) 국회 본회의에서의 법전편찬위원장 김병로의 발언. 第26國會會定期會議速記錄(이하 「國會速記錄」으로 인용함) 30권(1957), 4면.

16) 鄭光鉉, 전계(주 13) 『韓國家族法研究』, 335면 이하.

17) 張暉根, 『民法案審查報告書』 29회 國會速記錄, 691면.

18) 서울에 소재하는 여러 대학의 민법, 상법, 국제사법 교수 24명으로 조직된 것으로 오늘날 社團法人 韓國民事法學會의 前身이라 할 수 있다.

19) 국판, 본문 201쪽에 이르는 意見書 외에, 財産編의 民法案과 그에 대응하는 國會法制司法委員會 修正案을 부록으로 실었다. 1957년, 서울 一潮閣 발행.

면서 ‘代案’을 내는 것, ④ 초안이나 수정안 어느 쪽에도 들어 있지 않은 새로운 내용의 신설을 주장하는 것으로 나눌 수 있다.<sup>20)</sup> 실무기들의 입장에 대한 신진 학자들의 의견이 집약된 셈이다. 학자들의 의견들 가운데 ‘특히 중요한 것’은 현석호(의원 외 19명) 수정안으로 국회 본회의에 제안되었으나, 채용된 것은 소수이다.<sup>21)</sup>

#### 4. 民法案 國會審議와 可決

##### 1) 民法安審議小委員會의 심의 경과

정부가 제출한 민법안은 1954년 10월 28일 국회의 법제사법위원회(이하 ‘법사위’)에 회부된다. 민법안 소위는 심의에 있어 세 가지 기본방침<sup>22)</sup>을 정하였다. 첫째는, 외국법제와 판례 학설과 한국 사회의 사회실정과의 부합성을 염두에 두면서 민법안 각조문을 축차적으로 검토하는 것이다. 둘째는 “민법안을 일응 시인”하고 적극적 이유가 없는 한 수정하지 않기로 한 것이었다. 셋째는 심의의 방법인데, 민법안의 각조문에 일본민법의 해당조문, 판례와 학설, 외국입법례, 국내입법의견, 이들 각항에 대한 비판, 심의 결과, 결론의 순으로 심의해 가리기로 하고, 이러한 심의 결과를 기록으로 남기기로 하였다. 민법안소위는 원칙적으로 매주 2회의 정례회의를 열었고, 총칙편, 물권편, 채권편에 대한 축조심의회 2년이 걸렸다. 322개 항목에 걸친 민법안 소위의 수정안은 1957년 10월 11일 법사위 본회의에 상정되어 무수정 통과되었다.<sup>23)</sup>

20) 자세한 것은 鄭鍾休, 『制定過程』, 18, 19면.

21) 鄭光鉉, 건계주(13) 『韓國家族法研究 附錄』, 158면 이하에 그 진문이 실려 있다.

22) 民法案小委員長 명의의 ‘序’ 『民法案審議錄』(國會事務處, 1957년), 6면.

23) 『民法案審查報告書』, 26회 國會速記錄, 696면.

## 2) 각종의 修正案

정부가 제출한 민법안에 대하여는 법사위 수정안 외에 6종의 수정안<sup>24)</sup>이 제출되었고 그 중에서 ‘民法案意見書’에 나타난 재산편 수정 의견을 바탕으로 한 玄錫虎(議員외 19명) 修正案<sup>25)</sup>과 주로 여성단체의 가족편 수정의견을 담은 鄭一亨(議員외 33명) 修正案<sup>26)</sup>이 중요하다.

## 3) 議決과 公布

### (1) 國會本會議에서의 議決

1957년 11월 政府案은 法司委 修正案과 나란히 제26회 국회본회의에 상정되었다. 제1독회에서 관심 대상은 物權變動 등 재산편에 속한 사항도 있었으나 태반은 가족편 문제, 특히 同姓禁婚制에 집중되어, 가족편만 따로 차기국회에서 심의해야 한다는 의견이 있을 정도였다.<sup>27)</sup> 11월 21일부터 11월 28일까지는 민법안 제2독회가 열렸다. 12월 19일 민법안에 대한 정부안과 기타 수정안에 대한 제2독회가 모두 끝났다.

심의결과는 법사위 수정안이 정부원안 대신 대폭 채택되었음을 보여준다. 민사법연구회의 입장을 대변한 현석호 수정안은 법사위의 반대에 부딪치지 않는 범위에서 채택되었다. 여성단체의 입장을 살린 정일형 수정안은 실질적으로 거의 부정되었다.<sup>28)</sup>

당시에는 법안의 의결에 필요했던 제3독회(헌법 5조)는 민법안의 심의에 관한 한 생략하기로 했기 때문에 제2독회가 끝난 12월 19일 민법안의 심의는 종료되었다.

24) 자세한 것은 鄭鍾休, 「制定過程」, 14면 이하.

25) 26회 國會速記錄 42호 부록(1957.11.21), 102면 이하.

26) 26회 國會速記錄 42호 부록, 105면 이하.

27) 『韓國日報』(1957.11.25) 사실.

28) 鄭光鉉, 『韓國家族法研究 附錄』, 158면 이하에 전문이 수록되어 있다.

## (2) 公布

민법전은 법사위에서 ‘字句修正, 各條文的 標題를 붙이는 것, 또 條文的 配列, 整理’<sup>29)</sup> 등의 절차를 거쳐, 1958년 2월 7일 정부에 이송되었다. 정부는 이를 2월 22일 ‘法律 第471號 民法’으로 공포하였다. 정부가 제출한 민법안은 부칙을 포함하여 1150조였으나, 국회 본회의에서 심의되는 가운데 그 중 285조문이 수정을 받았고, 35조문이 삭제되었다. 이렇게 하여 본문 1111조와 부칙 28조, 총 1139조의 한국민법전이 제정된 것이다. 한국민법전은 판데텐 체계를 따른 것이면서도, 독일 민법전과도 달리 1863년 작센 민법전처럼 물권편이 채권편에 앞서 규정된다. 제정당시의 독일민법전 2385조에 비해 조문수도 1118개조로 훨씬 적다. 定義 規定도 별로 없고, 세밀한 규정을 피하였다. 이것이 정부수립후의 움직임부터 세더라도 11년에 걸친 민법전 편찬작업의 결과였다. 민법전은 그 부칙 제28조에 의하여 공포로부터 약 2년 후인 1960년 1월 1일<sup>30)</sup>부터 시행되어 오늘에 이른다.

## 5. 制定過程의 特徵

일본민법전의 경우를 염두에 두면서, 한국민법전의 制定過程에서 볼 수 있는 몇 가지 특징을 들어 보겠다.<sup>31)</sup>

첫째, 民法典의 ‘制定’에 대한 意識이 薄弱하였다. 둘째는, 민법전의 制定過程에서 볼 수 있는 견해의 대립은 주로 가족편상의 제도에 관한 것이었다. 셋째 특징이라면, 立法資料의 빈약이다. ‘민법전 편찬요강’ 외에 민법안의 기초이유서나 제안서 등의 기본자료가 작성되지 않았다. 가장 중요한 입법자료라 할 ‘民法案審議錄’에는 각 조문에 대한 ‘심의’라 할 만한 기술이 그렇게 많지 않

29) 26회 國會速記錄 62호, 11면.

30) 國會 法司委에서는 民法典의 施行日을 처음에는 1959년 8월 15일로 예정하고 있었던 것으로 보인다. 鄭鍾休, 「制定過程」, 27면.

31) 鄭鍾休, 「制定過程」, 29면 이하.



다<sup>32)</sup>. 넷째로는, 민법전에 어울리지 않을 만큼 서둘러 제정되었다는 점을 들어야 할 것이다. 여기에 민법전이 실무가에 의해 기초되었다는 점이 다섯 번째 특징을 이룬다. 여섯째로는, 민법전 제정의 동기와 관련한 것인데, 한국인의 손에 의한 법률에 대한 강렬한 국민적 동경<sup>33)</sup>이 헌법의 민주주의와 남녀평등이념에 맞는 민법전을 요청하였고, 여기에 반일감정이 가세되었다는 것이다.

### Ⅲ. 民法典 編纂의 前史

한국민법전의 편찬은 왜 이러한 과정과 특징을 겪어야 했던가? 여기에는 당연히 그에 어울리는 前史가 있다.

#### 1. 韓國과 西歐民法의 遭遇(1876~1910)

##### 1) 최초의 ‘民法制定’의 필요성

성문법 국가였으면서도 私法典은 알지 못하던 한국에서 민법전 제정의 필요성이 처음 거론된 것은 1894년 이른바 이노우에 카오루(井上 馨)라는 서울 주재 일본공사가 한국 정부에 내민 이른바 “內政改革綱領”(이하 “이노우에 개혁안”)에서였다. 이노우에 개혁안은 “민법 등의 법률을 제정하는 일이 필요하지만, 민법 제정은 대사업인즉 하루 아침에 이루어지지 않는다”고 민법 제정의 필요성과 곤란성을 언급하였다.<sup>34)</sup> 한국에서 ‘民法’이라는 용어가 처음 쓰인 것

32) 民法案審議錄은 정부가 제출한 民法案의 條文마다 ① 提案理由, ② 現行法 및 判例/學說, ③ 外國立法例, ④ 國內立法意見, ⑤ 批判, ⑥ 審議經過, ⑦ 結論의 순으로 심의한 기록이다. 내용을 자세히 살펴보면 ①④⑤⑥은 거의 공백 상태이며, ②는 관련된 일본민법의 조문을 나타냄에 그치는 경우가 대부분이다.

33) 국회본회의에서의 정부측의 民法案 提案 說明, 26회 國會速記錄 29호, 14면. 자세한는 鄭鍾休, 『制定過程』, 34면 이하.

도 이 이노우에 개혁안에서였다. 민법이란 “動産, 不動産, 人民 相互間의 權利義務 등에 관하여, 人民 相互間 또는 政府에 대하여 王室에 대한 貸借 등의 사항을 규정하는 법률”<sup>35)</sup>로 설명되었다. 가족법을 배제한 것이 재산법 제정의 시급성을 엿보게 한다. 민법전 편찬은 그 해 12월 井上改革案에 따라 만들어진 弘範十四條<sup>36)</sup>에 포함됨으로써 시급한 국정과제가 된다.

그러나 그 후 10여년 동안 민법 편찬을 위한 두 번의 조직개편에도 불구하고 민법안의 기초가 개시된 흔적은 찾을 수 없다.<sup>37)</sup>

## 2) 民法典 制定을 향하여

### (1) 慣習調査와 民商二法 統一 法典 구상

한국에서의 민법전 편찬은 한반도를 둘러싼 국제 정세, 특히 일본의 정치적 영향력의 크기에 변화에 따라 좌우되었다. 일본의 배타적 정치적 지배가 노골화됨과 더불어 민법 제정은 활기를 띤다. 1908년 1월 1일자로 내각총리대신의 감독을 받는 “法典調査局”은 “민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법 및 부속법령의 기초”를 맡기 위해 설치되었다. 일찍이 프랑스 유학에서 돌아와 일본민법전의 기초에도 참여했던 梅謙次郎(우메 켄지로)가 고문으로 영입되었다.<sup>38)</sup>

梅는 民法과 상법 및 민사소송법<sup>39)</sup>을 직접 기초하기로 하였다. 대대적인 民事慣習의 調査<sup>40)</sup>가 전국적으로 행해졌다. 民法과 商法을 “습하여 一法典으로

34) 外務省編, 『日本外交文書』 27卷之2(1953), 111~115면.

35) 外務省編, 『日本外交文書』 27卷之2, 100면.

36) 申宇澈, 『比較憲法史』(법문사, 2008), 61면 이하.

37) 鄭鍾休, 「韓末의 西歐法繼受 - 민法學을 中心으로 -」(이하 「西歐法繼受」로 줄임), 『全南大學校論文集』 法行政學篇(1987), 97면 이하.

38) 鄭鍾休, 「梅謙次郎と近代韓國立法事業」, 『法律時報』 70권7호(1998), 57면 이하.

39) 우메의 자필에 의한 전577조의 한국 ‘民事訴訟法案’의 원고가 일본 法政大學 地下書庫에 소장되어 있다. 鄭鍾休, 「韓國 「民事訴訟法案」」, 『法史學研究』 10호(1989), 231면 이하에 풀이와 영인본이 실려 있다.

40) 朝鮮總督府, 『慣習調査報告書』(1910). 우리말 번역본도 출간되었다. 鄭靑植 譯, 『改譯版慣習調査報告書』(한국법제연구원, 2000).

만드는” 것,<sup>41)</sup> 즉 민상2법 통일법전이 구상되었다. “새로 기초할 민법은 완전히 韓人만을 위해 하는 것”<sup>42)</sup>이라 하였다는 梅의 말에서 일본에서는 이미 시행중인 일본민법전과는 상당히 다른 민법전이 구상되었음을 알 수 있다.

## (2) 中樞院의 민법 제정 건의

1907년(5월 7일) 내각의 자문기관 중추원에서는 內閣(議政府)의 參政大臣 앞으로 민법의 제정을 요구하였다.<sup>43)</sup> 중요사안에 관해 조례를 갖추어 단행 법률로 먼저 시행하자는 것, 그리고 민법전 제정시 이를 편입하자는 것이었다. 그들이 단행 법률로라도 우선 규율해야 한다고 주장한 사항은 未成年者의 權利能力, 無能力者 제도, 公有地 均衡權,<sup>44)</sup> 先取特權, 損害賠償, 保證, 重婚禁止, 親權者/後見人, 相續財産 取得이었다.

## 3) 民法의 普及

‘率養에 관한 件’, ‘早婚을 禁하는 件’, ‘寡婦의 再婚을 許하는 件’, ‘外國人 土地所有權 취득관련 법’ 등 몇가지 민법에 포함되는 입법조치<sup>45)</sup>와 더불어, 재판소에서는 단행 법률과 일본 민법전의 형태로 소개된 서구 근대민법 이론이 바탕이 되어 재판이 행해졌다.<sup>46)</sup> 法官養成所<sup>47)</sup> 등 官學에서는 물론 일본법을 의식한 법학교육이 행해졌으려니와, 普成專門學校와 養正義塾 등 私學에서도 일본법에 바탕을 둔 민법총칙, 물권법, 채권법, 채권각론, 상속법 등의 교재가

41) 梅謙次郎, 「韓國の合邦論と立法事業」, 『國際法雜誌』 8卷9号(明43), 740면.

42) 梅謙次郎, 「韓國の法律制度に就て(下)」, 『東京經濟雜誌』 1514号(明42년10월), 796면.

43) 國史編纂委員會, 舊韓末 民法案 制定關聯 資料 中樞院來文 奎1778.

44) 山林이나 原野에서 芟갈을 채취하거나 풀을 뜯는 등 주민들의 이용권. 특별히 所有權者가 있지 않고 그렇다고 無主空山은 더욱 아닌 것. 일본의 入會權같은 것이다.

45) 國會圖書館 편, 『韓末近代法令資料集』 I(1970), 15면에 수록.

46) 특히 統監府時代에 그러하였다. 大友·柿原 외, 「朝鮮司法界の往事を語る座談會」, 『朝鮮司法協會雜誌』 19卷10=11号(1940), 49면.

47) 朴秉濠, 「開化期の 法制」, 『정범석박사화갑기념논집』(1977), 204면.

편찬되어 법학교육에 쓰였다. 1876년~1910년까지 한국은 이처럼 立法, 司法, 教育을 통한 西歐民法의 繼受를 경험하였다.<sup>48)</sup>

## 2. 日帝強占期(1910~1945)

### 1) 朝鮮民事令에 의한 日本民法의 強制 移植

1910년부터 1945년까지는 이른바 “朝鮮總督의 命令”으로 “법률을 요하는 사항”이 정해졌고, 이러한 조선총독의 명령을 ‘制令’이라 하였다. 1912년 3월 18일 제령7호로 ‘朝鮮民事令’이 발표되었다.<sup>49)</sup>

朝鮮民事令은 그 제1조에서 한국인의 “民事에 관한 사항은 本令 기타의 法令에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고 왼쪽(左)의 법률에 의한다”고 하여, “왼쪽(左)의 법률”로서 일본의 ‘民法’, ‘民法施行法’, ‘상법’ 등 23종의 법령을 열거하였다. 일본민법의 강제 이식이 시작된 것이다. 종래 일제 강점기에 적용된 일본민법을 ‘의용민법’이라 했던 것은 이처럼 朝鮮民事令에 ‘의하여 쓰이게(依用) 된’ 민법이라는 의미에서였다.<sup>50)</sup>

### 2) 朝鮮不動產證明令과 그 밖의 민사법령

日本民法의 附屬法令도 朝鮮民事令의 발표와 함께 또는 그 후에 나온 制令에 의해 이식되었다. 예컨대, “不動產에 관한 物權의 得喪 및 變更에 관하여 朝鮮不動產登記令 또는 朝鮮不動產 證明令에 있어서 登記 또는 證明의 規定을 설치한 것은 그 登記 또는 證明을 받지 아니하면 이를 第三者에 對抗할 수

48) 자세한 것은 鄭鍾休, 「西歐法繼受」, 111면 이하.

49) 鄭鍾休, 「韓國에서의 日本民法의 變容」(이하 「日本民法의 變容」으로 줄임), 『全南大學校論文集』法行政學編, 제30집(1985), 75면 이하.

50) 鄭鍾休, 전거 「日本民法의 變容」, 82면.

없다”고 한 朝鮮民事令 13조에 따라 ‘朝鮮不動產登記令’(1912. 3.18, 제령9호)과 ‘朝鮮不動產 證明令’(1912. 3.22, 제령 15호)이 공포되었다. 부동산에 관한 권리의 등기를 규율한 것은 日本의 ‘不動產登記法’(1899. 2.24, 법률24)이었다.

### 3. 日本民法典의 制定과 展開

이제 일본민법전을 간단히 살펴야 할 단계이다. 한국민법전의 형식과 내용 형성의 이해에 절대적인 의미를 갖기 때문이다.

#### 1) 日本民法典의 制定<sup>51)</sup>

##### (1) 보아소나드 民法典과 明治民法典

일본에서의 민법 제정의 역사는 19세기 중엽부터 시작된다.<sup>52)</sup> 민법전의 편찬은 당시 파리대학 교수 보아소나드(Gustave E. Boissonade, 1825~1910)의 초빙과 더불어 궤도에 오른다.

보아소나드는 프랑스 민법전을 기초로 하면서 독자적인 내용을 가미한 재산법 부분의 民法草案을 起草했고(‘보아소나드 초안’), 일본정부는 여기에 일본인이 기초한 가족법 부분을 더하여 1890년 단일 민법전으로 공포했다(보아소나드 민법전). 그러나 이것으로는 일본 고래의 가족법 제도가 붕괴되고 말리라는 반발이 法典論爭<sup>53)</sup>으로 비화하여, 공포된 민법전은 시행이 연기된 채 새로 호즈미 노부시게(穗積陳重), 토미이 마사아키라(富井政章), 우메 켄지로(梅謙次郎)라는 3인의 일본인 법학자를 기초위원으로 임명하여, 민법전을 ‘根本적으로 改修<sup>54)</sup>’한다는 명분 아래 새로운 민법전을 기초하기에 이르렀다. 형식과 내용

51) 자세한 것은 鄭鍾休, 『日本民法典의 編纂』, 『法史學研究』 36호, 101면 이하.

52) 星野英一, 『日本民法典(1)』, 『法學教室』 4(1981. 1), 22면.

53) 자세한 것은 鄭鍾休, 진게 『日本民法典의 編纂』, 114면 이하.

54) 穗積陳重, 『法窓夜話』(1980), 360면.

면에서 독일민법에 영향을 받은 새로운 민법전이 1898년 공포되었다(‘명치민법전’). 그러나 겉보기와는 달리 제도와 규정을 자세히 보면 반정도는 프랑스민법의 영향을 받은 것이었다.<sup>55)</sup>

## (2) 명치민법전의 형식과 내용적 골격

일본민법전의 制定過程에서 한국민법전의 이해와 관련하여 우리의 주목을 끄는 것은 실질적 제1초안인 보아소나드 民法典에서 새로 마련된 明治民法로의 履行過程上的 方向轉換이다. 왜, 판택텐 방식이, 그것도 물권편이 채권편 앞에 오게 되었는가? 왜 조문수는 그 정도가 되었으며, 조문 표시방식은 그렇게 되었는가? “根本的인 改修”를 위해 설치된 法典調査會의 規定과 그 “法典調査規程理由書”에 기하여 살펴본다.

### 가. 판택텐 방식

호스미에 따르면, “로마의 옛 방식 인스티투치온 시스템은 점차 폐지되어 근세 로마 법학자가 채용하는 판택텐 시스템이라는 것이 행해지게 이르렀”기 때문이다<sup>56)</sup>. “원래 채권법은 그 목적이 주로 물권의 득상 행사에 관한 것이 많으므로 물권을 먼저 하고 人權<sup>57)</sup>을 그 다음으로 함이 순서가 된다고 믿는다”(法典調査規程理由書 제2조)는 호스미의 신념은 판택텐 방식에서도 특히 ‘작센민법’ 방식, 즉 총칙, 물권, 채권, 친족, 상속편의 편별을 취하게 했다.

### 나. 조문수와 조문 표시 방식

#### 가) 세밀한 규정의 회피

세미한 규칙을 두다보면 사회의 사소한 변동에도 바로 개정의 필요를 낳기

55) 星野英一, 「日本民法典に與えたフランス民法の影響」, 『日佛法學』 3호(1965), 1면 이하.

56) 『法典調査會理由書』, 民法成立過程研究會, 『明治民法の制定と穂積文書』(有斐閣, 1956年), 114면.

57) 債權이라는 뜻이다. 物權이 물건에 대한 권리임에 반해 債權은 사람에게 대한 권리라는 뜻에서 처음에는 “人權”이라 하였다.

때문에, “되도록 세밀한 규정을 생략하기로” 하였다(法典調查規程理由書 14 조). 그 결과 독일법학 특유의 논리적 체계성을 높인 것이 되었다. 보아소나드 민법전 1762개조문에 비해 명치민법전은 1146개조였다. 특히 재산법 부분은 1319개조에서 724개조로 거의 반감되었다.<sup>58)</sup>

#### 나) 정의 규정의 회피

이와 더불어 ‘정의, 해설, 기타 교과서같은 규정’도 모두 버리고 입법적 해석을 요하는 문장용어에만 풀이를 두기로 하였다(法典調查會規定 16조).

#### 다) 조문 표시방식

처음에는 보아소나드 민법전처럼 각편마다 조문이 새로 시작하도록 하였다(법전조사규정이유서 제13조)가, 중간에 ‘일련번호’로 바뀌었다.<sup>59)</sup>

#### 다. 각론의 짜임새

보아소나드 민법전과는 달리 “특히 總則編을 두어 민법 전부에 적용해야 할 通則”(法典調查規程理由書 3조)으로서 총칙편에 ‘私權의 主體, 目的, 得喪, 및 行使 등에 관한 通則’을 두기로 했다(法典調查會規定 3조). 物權編에 ‘物權 및 그 得喪, 行使 및 物上擔保 등에 관한 규칙’을 두기로 했다(法典調查會規定 4 조). 取得時效도 처음에는 물권편에 넣기로 했다가 총칙편으로 배치되었다(法典調查規程理由書 4조). 債權編에는 ‘債權 및 그 得喪, 行使 및 對人擔保 등에 관한 규칙’을 두었다(法典調查會規定 5조). 親族編에 ‘家族 및 親族의 私法的 權利關係에 관한 규칙’을 두었다. 친족편에서는 오직 “친족간의 관계만을 규정”하기로 했다(法典調查規程理由書 6조). 일본의 가족 관계는 “묵하 변천시대에 있어” 舊慣을 중시하면서도 “장래의 진보에 적용할 수 있는 규정”을 두어

58) 「前三編議會提出理由說明草稿」, 民法成立過程研究會=福島正夫편, 『明治民法典の制定と穂積文書』(1956), 129면.

59) 자세한 것은 鄭鍾休, 전제 「日本民法典의 編纂」, 116면.

야 할 필요에서 친족편을 따로 둔 것이다(法典調查規程理由書 6조). 그리고 相續編에는 ‘家督相續 및 遺産相續에 관한 규칙’을 두기로 했다(法典調查會規定 7조).

#### 라. 韓國民法典과의 상관성

한국민법전이 판데텐 체계를 따르게 된 것, 물권이 채권에 앞서 규정된 것, 정의 규정이 없는 것, 등은 모조리 이러한 日本民法 編纂過程상의 方向轉換에 기인한다.

### 2) 일본민법전의 전개

제정 이후의 일본민법전의 전개는 일제 강점기를 벗어나 제정된 한국민법전에 영향을 미치지 않을 수 없었다. 특히 두 가지 사태가 중요하다.

#### (1) 學說繼受(Theorien-Rezeption)와 民法의 二重構造

첫째는, 일본민법전은 시행 이후 급속한 독일 법학설의 압도적인 영향으로 재구성되었다는 것이다. ‘比較法の 産物(a fruit of comparative jurisprudence)’<sup>60)</sup>인 일본 민법전<sup>61)</sup>의 운용에 20세기초 독일법학은 거의 압도적으로 일본 법학자들의 사고를 지배하여 독일의 법해석학 이론은 거의 기계적으로 일본법의 해석에 차용된 것이다.<sup>62)</sup> 이러한 ‘學說繼受’<sup>63)</sup>의 영향으로 일본민법전 속의 독일민법에 유래한 제도 규정은 독일식으로 더욱 정밀화되었을 뿐만 아니라, 일본민법에 없던 제도도 독일 민법에 따라 새로 구성되었으며, 프랑스민법이나 영미

60) Hozumi, N., *The New Japanese Civil Code as a Material of the Study of Comparative Jurisprudence*, 1912, p.22.

61) 前田達明=松岡久和=平田健治 「<史料>債權總則(1)」, 『民商法雜誌』 81卷3号, 100면 이하; 前田達明, 『資料民法典』(成文堂, 2004), 1118면.

62) 한 저명한 로마법학자는 이와 같은 일본민법학의 상황을 “독일의 법적 보일러속의 압력 변화를 독일에서 의식하기 보다 빨리 표시하는 압력계”라 평하였다. Koschaker, P., *Europa und das Roemische Recht*, 3.Aufl., 1958, S. 132, Anm. 1.

63) 北川善太郎, 『日本法學の歴史と理論』(日本評論社, 1968), 25-26면; 동, 「日本民法とドイツ法-比較法の視点から」, 『民商』 131卷4・5号(2005), 540면.



법 등 비독일적 제도 규정마저 독일식으로 풀이하기에 이르렀다. 學說繼受는 일본 민법학의 사고 패턴을 독일법학류로 전환시켰다. 그 결과 민법의 ‘二重構造’, 즉 日本의 民法典과 民法學간에 乖離가 발생한 것이다.<sup>64)</sup>

## (2) 中華民國民法典과 滿洲國民法典

독일법학 이론의 광범한 유입이 진행되는 가운데 일본의 직간접의 영향 아래 두 민법전이 제정되었다.

### 가. 中華民國民法典

1929년 5월 ‘중화민국 민법 제1편 총칙’(152개조)이 공포되어 10월부터 시행되었다. 같은 해 11월 ‘中華民國 民法 제2편 債’(604개조)와 ‘제3편 物權’(210개조)이 공포되어 이듬 해 5월부터 시행되었다. 親屬編(171개조)과 繼承編(182개조)은 1931년 1월 공포와 동시에 시행에 들어갔다. 이것이 전5편 1325조로 이루어진 中華民國民法典이다. 현재도 타이완에서는 이 민법전이 시행중이다.<sup>65)</sup>

형식면에서 제2편 債(權)編은 民商二法統一法論이 받아들여진 것으로 스위스채무법의 영향을 받았다. 내용적으로 중화민국 민법전은 “일본민법전과 공통하는 점이 가장 많다”고 이야기되는 한편, 전조문의 95%는 “독일민법전 및 스위스 민법, 채무법전으로부터 그대로 또는 수정을 가한 형태로 받아들여졌다”<sup>66)</sup>고 주장되기도 한다. 예외적으로 보일 수 있는 허다한 점에도 불구하고 學說繼受 直後の 日本民法學의 水準이 대폭 입법화 된 것이라 할 수 있다.<sup>67)</sup>

64) 北川善太郎, 전계(주62), 『日本法學の歴史と理論』, 285면 이하.

65) 前田達明, 『資料民法典』(成文堂, 2004), 1480면 이하.

66) Wang Tze-chien, *Die Aufnahme des europäischen Rechts in China*, AcP Bd. 166, 1966, S.343.

67) 훗날 ‘만주국민법전’ 제정에 깊이 간여한 我妻榮도 스스로 『中華民國民法總則』(昭21, 日本評論社)을 지었다.

#### 나. 滿洲國民法典

1932년 일본의 대륙 침략의 결과 만들어진 이른바 ‘滿洲帝國’의 민법전의 편찬에는 參事官이라는 직명의 일본인 실무가와 ‘審核’<sup>68)</sup>이라는 직명의 법제 제정 고문을 맡은 민법학자, 특히 我妻 榮의 역할이 중요하였다. 滿洲國民法典은 1937년 6월 “민법 제1편, 제2편, 제3편”이라는 이름으로 우선 재산편만 공포되어 그해 12월부터 시행되었다. 총칙(175개조), 물권(184개조), 채권(396개조)의 순으로 총 755조문으로 이루어진 것이다.<sup>69)</sup>

編別과 章別에서 만주국민법전은 일본민법전과 큰 차이가 없으며, “그 내용에서도 근본적인 차이는 없다. 그러나 개개의 점에는 이론적으로나 실제적으로나 상당한 차이를 갖는다.”<sup>70)</sup> 이러한 차이란 대체로 學說繼受後的 日本의 判例와 學說을 條文化시켰다는 뜻이다. 만주국 민법전은 “일본의 判例 學說의 오늘날의 理論의 最高水準을 규정화했음에 그친다.”<sup>71)</sup>

#### 다. 韓國民法典과의 相關性

중화민국민법전 및 만주국민법전 속의 모든 제도 규정이 한국민법전에 그대로 조문화된 것은 물론 절대 아니다. 共同所有, 消費貸借 등, 자세히 보면 볼수록 韓國民法典에는 입법 관계자들의 고민이 응축된 부분이 드러난다. 이러한 점에서 한국민법전의 조문은 모두가 ‘立法者들의 自主的인 取舍選擇의 결과’<sup>72)</sup>라 할 수 있다. 그리하여 비교법적으로 보아 한국민법전이 媒介繼受이자 混合繼受의 產物이라는 평가를 받을 수 있게 된 것은 형식적으로는 日本民法典과 그 强制 適用, 내용적으로는 그 기간 중의 學說繼受 및 그 입법적 구체화로서의 中國民法典과 滿洲國民法典이라는 배경 없이는 설명할 수 없기 때문

68) 「司法法規制定に就きて」, 『法曹雜誌』 4卷7・8合併號(民事法典制定記念號)(昭12[康德 4]・8), 1058면.

69) 前田, 전계 『資料民法典』, 1700면 이하.

70) 我妻榮, 「滿洲國民法典の公布」, 『法學協會雜誌』 55卷8號(昭13), 93면.

71) 我妻榮, 「滿洲國民法所感」, 『法學協會雜誌』 民事法典制定記念號.

72) 鄭鍾休, 『역사속의 민법』(교육과학사, 1994), 182면.

에, 한국민법전의 이해에는 이들에 대한 일정한 이해가 요청되는 것이다.

#### 4. 傳統 慣習法の 行方과 法律用語

##### 1) 慣習法の 運命

###### (1) 朝鮮民事令 제10조~제12조

한국의 전통 관습법은 일제 강점 36년 동안 어떤 길을 걸었던가?<sup>73)</sup> 그 실마리를 보여주는 것이 朝鮮民事令이다.<sup>74)</sup> 朝鮮民事令은 제10조에서 제12조까지 韓國의 民事慣習을 일정 부분 용인함을 규정한다. 첫째는, 朝鮮인 相互間의 法律行爲에 관하여는 法令中 公共의 秩序와 無關한 慣習이라면 이를 적용한다(제10조). 둘째는, 강제 이식된 民法 등 일본 법률 중 “能力, 親族 및 相續에 관한 규정은 朝鮮人에게는 적용하지 않는다”(제11조). 그리고 셋째, 不動産에 관한 物權의 種類 및 效力에 관한 慣習法도 허용한다(제12조)는 것이 그것이다. 어쨌든 한국의 民事慣習은 한정된 범위에서나마 인정되게 되었다.

###### (2) 朝鮮民事令 11조의 改正

그러나 식민정책이 악랄해짐에 따라 관습법은 갖가지 방식으로 점차 한국인의 법생활에서 배제되고, 그 때마다 일본 민법의 적용범위가 넓어졌다. 한국의 친족과 상속에 관한 관습법을 허용하는 상기 朝鮮民事令 11조는 3차례에 걸친 개정을 겪어, 친족 상속에 관한 한국의 전통법 중 어떤 부분이 적용되는지 불투명할 정도로 상처를 입었다.<sup>75)</sup>

73) 鄭鍾休, 「日本民法의 變容」, 10면 이하.

74) Jonghyu Jeong, Die Umformung des Japanischen Zivilrechts in Korea, in: H. Leser, T. Isomura(Hrg.) Wege zum Japanischen Rechts (Festschrift fuer Zentaro Kitagawa, Dunker & Humblot, 1991)

75) 자세한 것은 鄭鍾休, 「日本民法의 變容」, 13면.

### (3) 朝鮮民事令 제10조와 제12조

法律行爲에 관한 관습을 적용토록 한 제10조와 제12조는 늘 학설의 공격 대상이었다. 예컨대, 제10조는 “관념상 매우 광범”하므로 어서 폐지해야 한다<sup>76</sup>고, 제12조는 “마음대로 물건을 창설할 기회를 얻게 할 것”<sup>77</sup>이므로 “조만간 이를 폐지하는 것이 적당하다<sup>78</sup>”는 식으로 공격되었다.

### (4) 民事慣習의 조사

사정이 이러할진대 民事慣習도 온전할 리 없었다. 민사관습은 식민지 당국에 의해 식민지 통치에 참고 자료가 되는 범위에서만 조사되었다. 조사된 관습이 관습법으로서의 법적인 유효성을 가지려면 ‘舊慣審査委員會’나 ‘舊慣及制度調査委員會’같은 식민지 당국의 심의에 의한 인정을 받거나, 당국의 通牒/回答에 의한 확인을 받아야 했다. 이러한 과정에서 전통적인 민사관습은 식민지 정책의 편의에 따라 조사 단계, 심의 단계, 재판상 적용 단계에서 否認되거나 歪曲되는 일이 없지 않았다. 宗中, 特殊小作, 相續類型, 入養慣習, 相續順位, 子女均分相續 등은 그간의 조사로 드러난 예일 뿐이다.<sup>79</sup> 1948년 제정된 憲法 100조가 “現行 法令은 이 憲法에 抵觸하지 않는 한 效力을 갖는다”고 규정할 때, 여기서의 “法令”에는 成文法만이 아니라 慣習法도 포함되는 것으로 이해된 것은 바로 그 때문이었다.

## 2) 法律用語

구한말 서구식 법제도와와의 만남을 통해 수많은 법률용어가 생겨났다. 강요되는 일본식 법률용어의 홍수 속에서도 한국인의 언어 감각에 맞는 법률용어

76) 吉田平次郎, 「朝鮮に於ける慣習と民事法規との關係」, 『朝鮮司法協會雜誌』 2-4(1923), 5·11頁.

77) 淺見倫太郎, 『朝鮮法制史稿』(1922), 395면.

78) 吉田, 전계 「朝鮮に於ける慣習と民事法規との關係」, 28면.

79) 예컨대, 李相旭, 「日帝下 傳統家族法の 歪曲」, 『朴秉濠화갑기념 韓國法史學論叢』(1991), 371면 이하.

를 만들어내려는 노력도 있었다.<sup>80)</sup> 漢字일망정 일본어인채로는 아무도 못 알아 들었기 때문이다. 그렇지만 일제 강점기 동안 이상과 같은 自家 法律用語는 흔적도 없이 사라지고, 일본식 법률용어는 완전히 법생활에 정착을 강요당했다. 그 결과 오늘날까지 일본에서는 訓讀을 전제로 만들어진 법률용어가 한국에서는 音讀인 채로 남아 있고(예, ‘取消’), 동일한 개념을 나타내는 다른 표현이 반성없이 그대로 쓰이고 있다.<sup>81)</sup>

## 5. 韓國民法典의 比較法的 位置

### 1) 한국 민법전의 繼受論的 分析과 比較法的 系譜<sup>82)</sup>

한국민법전의 다수의 조문은 사멸한 滿洲國民法典에서도 볼 수 있다는 점에서 과거의 법의 계수라 할 수 있을지 모르나, 기초자들에게는 그러한 의식은 전혀 없었으며 실제로는 제정 당시 적용되고 있던 민법, 즉 依用民法(日本民法典)에 수정을 가하여 만들어진 現代法的 繼受이다.

한국민법전은 異質法的 계수이나 반세기 가깝게 적용되던 민법전을 바탕으로 편찬된 것이므로, 이질성의 정도는 19세기말의 일본민법전의 경우보다 약하다.

내용적 관련으로 보면, 자국의 법률가에 의해 제정된 한국민법전은 外國法的 任意繼受이다. 하지만 식민지시대에 이미 강요된 민법으로부터 벗어날 수 없는 내용의 것이었다는 점에서 強制繼受로서의 성격을 부인할 수 없다. 한국

80) 예컨대, “繳消”, “讓與”, “辦償”, “傳致”, “貰貸借”가 각기 “取消”, “讓渡”, “辦濟”, “引渡”, “賃貸借”를 나타내는 土着化 用語였다. 자세한 것은 鄭鍾休, 『西歐法繼受』, 144면.

81) 예컨대, 일본어에서는 “팔고 사기”, 즉 파는 게 먼저 사는 게 나중이라 이를 ‘賣買’로 나타내는데, 한국어에서는 “사고 팔기”, 즉 내가 먼저 남의 것을 사주고 내것을 남에게 판다는 언어감각이다. 그래서 經國大典 같은 전통법에서는 이를 買賣라 했던 것인데, 민법전에서는 일본식으로 “賣買”가 되어 있는 것이다.

82) 鄭鍾休, 『韓國民法典의 比較法的 系譜』, 『民事法學』 제8호(1989), 96면 이하.

민법전은 法典的 繼受이면서 한 시기의 일본민법학에서 행해지던 學說繼受의 成果가 전면적으로 받아들여졌다는 점에서 包括的 繼受라는 특색도 갖추고 있다.

한국민법전은 비교법적으로는 독일민법전, 프랑스민법전, 스위스 민법전·채무법전, 나아가서는 영미법에 유래하는 제도로 구성되어 있다는 것, 여기에 한국고유의 제도가 조문화된 점을 감안하면, 한국민법전은 混合的·選擇的 繼受의 극치를 보여준다.

한국민법전은 일본민법전/일본민법학의 기반 위에 제정된 것이면서 이와 동시에 한국민법전에는 일본 고유의 제도라 할만한 것을 찾기 힘들다는 점, 그리고 한국민법전의 기초자들에게는 일본민법과 일본민법학을 일본 고유의 것이라 평가하지 않았음을 생각하면 한국민법전에 의해 계수된 것은 일본민법이 아니라 평가가 불가능하지 않을 것이다. 바꿔 말하면 日本民法學이라는 場에서 전개된 西歐諸國의 民法의 制度나 規定이 繼受된 것이라 할 수 있는 것이다. 이처럼 日本民法이라는 媒介를 필요로 했다는 점이 한국민법전의 또 하나의 특징이다. 그러한 점에서 “媒介繼受” 내지 “間接繼受”의 적례를 보여준다.

이렇게 보면 비교법적으로 한국민법전에는 독일법, 스위스법, 프랑스법, 영미법, 동양법의 각 요소가 중층적으로 쌓여 있는 것이며, 여기에 고유법 내지 동양법의 요소를 감안하면 한국민법은 일본민법 이상으로 世界法의 交叉路가 되고 있는 것이다.

## 2) 한국 민법에서의 일본민법의 그림자

판데텐 체계를 따르면서도 일본민법전이 제법 “프랑스법의 체격”을 갖고 있음<sup>83)</sup>에 대하여 한국민법전이 “일본민법전과는 비할 수 없을 만큼 분명한 독일

83) 奥田昌道, 「日本における外國法の攝取—ドイツ法」, 伊藤正己編, 『外國法と日本法』(岩波現代法14)(1966), 233면 이하는 일본민법전을 “프랑스민법의 몸매에 독일민법의 의상을 걸치고 있다”고 표현한다.

법의 체격”을 갖고 있다. 또 한국민법전 속에 적어도 재산편에서는 전래의 慣習法の 條文化를 그다지 찾을 수 없다.<sup>84)</sup> 그리고 法律用語를 보아도 自發的으로 創出된 것은 거의 없고 대반이 他律的 強制的 產物이다. 각국이 서로 고유한 스타일로 법문화의 발전을 도모해야 할 20세기 전반이라는 다시 없이 소중한 시기를 한국은 日本法の 強制的 適用으로 빼앗겼다는 것은 씻을 수 없는 悲劇이 아닐 수 없다. 한국민법과 민법학은 일본민법이라는 굴레를 늘 의식하여야 하는 것이다.

## IV. 民法典의 發展

### 1. 民法典의 改正

한국 민법전은 1960년 1월 1일 시행이래 지금까지 약 50년에 걸쳐 부칙 개정을 포함 약 20회 개정되었다. 재산편에서는 특별실종기간의 단축, 구분지상권의 신설, 전세권의 우선변제적 효력 등에 관한 1984년의 개정을 빼고는 사소한 손질이 있었을 뿐이다. 물론 주택임대차보호법(1981년)이나 약관규제법(1986년)과 같은 특별법의 제정을 통한 민법의 변화를 간과할 수 없다. 하지만 민법전 자체를 둘러싼 대부분의 개정은 가족법과 부칙에 관한 것이었다. 특히 가족편은 1990년과 2005년의 개정을 통해 본래의 형체를 알아 볼 수 없을 정도로 근본적인 개정을 겪었다. 민법전의 비중과 민법전이 감당해야 할 사회의 변화를 보자면 재산법의 개정은 미미했고, 가족법의 개정은 과도했다. 남녀 평등 이데올로기의 철저한 관철, 사회의 기초단위로서의 家族의 解體, 家族法の 財産法化가 현저해졌고, 夫婦 平等 思想이라기 보다는 夫婦 不信의 理念<sup>85)</sup>이

84) 鄭鍾休, 「韓國民法典의 比較法制的 分析」, 『行政論集』 제2집(全南大 行政大學院, 1986), 22면 이하.

85) “夫婦는 一心同體”라면서 부부 어느 편인가 한쪽의 판단에 맡기지 못하고, 합의가 이루어지

조문에 반영되었다.

## 2. 判例의 발달

한국사회는 농경사회, 산업사회를 거쳐 정보사회로 변천했고, 대가족사회에서 핵가족사회로 이행하였다. 이러한 과정에서 갖가지 문제가 발생하였다. 예컨대, 女性도 宗中員 자격을 갖는가(대법원 2005. 7.21. 2002다1178), 재단법인에 출연한 재산은 언제 귀속되는가(대법원 1979.12.11. 78다481), 법률행위에 의한 등기청구권의 소멸시효는 어떻게 되는가(대법원 2006. 4.20. 2004다37775), 무단점유와 자주점유는 어떻게 추정하는가(대법원 1997. 8.21. 1995다28625) 하는 물음들에 대하여 조문의 변경없이 민법이 사회생활의 기본법일 수 있었던 것은 판례와 학설의 공이라 할 수 있다.

가족법에서도 허다한 물음이 제기되었다. 민법제정전 의용민법상의 처의 무능력 조항은 효력이 있는가(1947년 대법원 판결),<sup>86)</sup> 동성동문 금혼규정은 언제까지나 같은 의미로 이해되어야 하는가(헌법재판소 1997. 7.16. 선고 95헌가6 내지 13 결정), 유채배우자는 이혼을 청구할 수 없는가(대판1987. 4.14, 86므28), 허위로 친생자 출생신고를 한 경우는 입양으로 볼 수 있는가(대판1977. 7.26. 77다492) 등의 문제들로 상징되듯이 가족법 분야에는 가족법 성격을 바꾸고 가족법의 대정을 유도한 허다한 대법원 판례와 헌법재판소 결정이 있다.

判例는 구체적인 사건에 관하여 법규범을 적용하여 판단하므로 混合 繼受型的 民法典을 한국의 사회 현실에 맞추어 法形成을 해 왔다고 할 수 있다.

## 3. ‘2004年 民法 改正案’

1999년 3월 “민법개정특별분과위원회”가 구성되어 5년간의 노력 끝에 2004년

지 않은 경우는 모조리 법원의 판단에 의한다는 價値觀의 前面化를 나타낸다.

86) 梁彰洙, 「우리나라 최초의 憲法裁判 論議」, 『民法研究』 제6권(2001), 37면 이하.



정부의 改正案(이하 “2004년 민법 개정안”으로 줄임) 확정되어 국회에 제출되었다. 재산편에 관한 최초의 본격적인 개정안이었다. 총칙편에서는 사적자치의 원칙과 인격권(안1조의2), 미성년자의 성인인하(안4조), 특별실종기간 단축(안27조2항), 법인설립기준 완화(안32조) 등이 있고, 물권편에서는 가등기의 실체법적 효력 규정(187조의 2), 경계침범 건축물에 대한 철거청구 제한(안 242조의 2), 근저당제도의 정비(안 357조의 2-안357조의 12)를 볼 수 있다. 채권편에서는 손해배상 방법으로서의 원상회복 청구 등 추가(안 394조), 보증계약의 요식성(안 428조의 2 및 안 436조의 2 신설), 근보증(안 448조의 2-448조의 5), 계약해제규정 정비(안 544조의 2), 여행계약(안 674조의 2-674조의 9)과 중개계약(안 692조의 2-692조의 5)의 전형계약화 등 다수의 중요한 내용이 들어 있었다.<sup>87)</sup>

2004년 개정안에서는 총 141개 조문이 개정되거나 폐지되거나 신설될 것이 예정되었었다. ‘改正’수준이 아니라 ‘制定’수준이라는 자평<sup>88)</sup>이 있을 정도이다. 2001년 개정안의 모습이 드러나고부터 2004년 정부안으로 확정되기까지 수많은 공청회, 학회 토론 등이 있었고, 그 성과의 적지 않은 부분이 정부의 최종 개정안에 반영되었다. 아울러 민법전 자체의 현대어화 작업도 진행되었다.

말할 것도 없이 1999년에 법무부가 민법전의 개정계획을 세운 것은 충분히 이해할 수 있을 뿐 아니라 환영해야 할 일이었다. 그러나 처음의 기대는 어느 틈엔가 오리무중의 지리멸렬이라는 실망으로 바뀌었다. 민법개정위원회의 인적 구성에 대한 막연한 불신이랄까 반감이 학계에 무시할 수 없을 만큼 확대되어, 수많은 장점을 가진 개정시안을 둘러싼 전대미문의 분열상태가 야기되었다.<sup>89)</sup>

법무부의 일방적 결정에 의한 ‘개정시안’은 많은 이들에게 한국민법전을 안정된 현대형 민법전이라기 보다는 오히려 ‘끝없는 공사판’으로 바꾸고 말 것이라는 우려를 심어 주었다. 오늘날의 입법의 질적 수준으로 보아, 마지막 개정은

87) 공식 자료집으로서 法務部, 『民法』財産編改正資料集, 2004이 있다.

88) 法務部, 『民法』財産編改正公聽會, 2001/12/13~14, 4면.

89) 개정안에 대한 반대의 목소리가 집약된 것으로 民法改正案研究會, 『民法改正案意見書』(삼지원, 2002)가 있다.

대개의 경우에 그 직전의 개정 때문에 행해지기 때문이다.<sup>90)</sup> 현상유지로 만족하고자 했던 자세에 완벽주의와 점요주의가 가세했다. 이렇게 되면 민법전에 대한 끝없는 손질이 불가피해진다.

‘5년 노력 개정안’은 국회에 제출된 후, 전혀 심의되지 않은 채 17대 국회는 회기가 종료되었다. 한국 민법전 50년 사상 최초의 대규모 재산편 개정안은 이렇게 하여 자동 폐기되고 말았다. 2008년 6월 한국민사법학회 하계 학술대회는 “민법개정 -무엇을 어떻게 하여야 하나?”라는 주제에 관한 열렬한 토론의 장이 되었다.<sup>91)</sup>

#### 4. 民法典의 ‘現代語化’와 ‘現代化’

현재 한국 민법의 가장 시급한 과제는 2004년 개정안의 장점을 어떻게 살리고, 단점을 어떻게 극복하면서, 21세기에 어울리는 민법전을 만들어 낼 것인가에 달려 있다. 2008년 6월 하계 학술대회의 성과는 민법개정의 역사적 의의에 대한 민법학계와 법무부와의 인식의 간격을 현저히 좁혔다는 데 있다. 이제 2단계로 민법은 쇄신될 것이다.

제1단계는, 이른바 ‘알기쉬운 법전’ 운동의 일환으로 민법전 자체가 ‘언어적으로만’ 현대화될 것이다. 2009년 8월 현재 이미 ‘알기쉬운 민법전’의 구체적 내용이 확정된 상태이다. 여건을 보아 국회에 제출될 것이다. 내용은 터치하지 않는다는 것이다. 이 ‘민법전의 현대어화’는 국민들이 갈 수록 ‘쓰기 언어’ 생활에서 멀리하는 漢字의 추방으로 이어질 수 있다. 그러나 한국의 법률용어의 70~80%는 한자로 되어 있지 않던가? 알기 힘든 법률용어와 법문장을 오늘날 쓰이는 알기 쉬운 표현으로 바꾸는 것은 법의 생활화를 촉진하는 중요한 정책적

90) Einleitung zum BGB (Helmut Coing/Heinrich Honsell), Eckpfeiler des Zivilrechts, Staudinger (2005), S. 17.

91) 韓國民事法學會, 『民事法學』 제42호(2008년 9월) 수록 제논고 참조. 특히, 日本民法(債權法)改正檢討委員會事務局長內田貴의 講演「日本民法典(債權法)改正의 論点」(『民事法學』 제42호 수록)은 다대한 관심을 불러 일으켰다.

과제라 할 수 있다. 문제는 ‘알기 쉽다’는 것은 무슨 뜻인가 하는 것이다. 현대 어휘의 대부분은 한자로 된 법률용어를 많은 경우에 한글로, 단순히 표기만을 바꾸는 것이 된다. 그로 인한 소득도 적지 않을 것이다. 하지만 ‘달콤한 음식’과 ‘맛있는 음식’은 별개이듯이 ‘읽기 쉬운(easy to read) 법전’과 ‘알기 쉬운(easy to understand) 법전’은 별개가 아니던가? 漢字를 이해하는 사람에게는 한글 표기가 실용적이지만, 漢字를 모르는 사람에게는 한글 표기가 경우에 따라서는 암호가 될 수 있지 않을 것인가? 이른바 ‘알기 쉬운 민법’ 정책이라는게 자칫 愚民化 促進으로 이어질 수 있음을 우려하지 않을 수 없다.<sup>92)</sup>

제2단계는 민법전의 실질적 현대화이다. 2009년부터 4~5년에 걸쳐 추진될 것이다. 민법전은 물론이요 실질적 의의의 민법에 들어가는 각종 법률이 개정 대상이 될 것이다. 개정 대상은 총칙과 계약법에서 출발하여 물권법, 담보법, 불법행위법 쪽으로 나아갈 것이다. 이를 위해 위원장을 포함하여 37명의 위원으로 구성되는 “2009년 법무부 민법개정위원회”가 2009년 2월 4일 발족하여 활동 중이다. “단계적 개정을 통한 전체 개정”을 목표로 한다. 그 개정작업에 토대를 제공하는 주제별 연구 성과는 학계 전체의 자산이 될 것이며, 세계에 발신할 만한 내용이 될 것이다. 바야흐로 철저한 근본 개정을 더 이상 미룰 수 없는 상태가 되었기 때문에, 위에 언급한 폐기된 2004년 개정안의 장점을 살리

92) 예컨대, ‘取消’는 원래 일본민법에서 뜻으로 읽기 위해 만들어진 법률용어인데 우리 민법에 그대로 들어왔다. 일본에서는 폼으로 읽으면 아무도 못알아 듣는 ‘취소’를 우리는 ‘취소’라고 소리나는 대로 폼으로 읽고 써오고 있다. 漢字를 아는 사람들에게 ‘取消’를 “취소”라 쓰면 편리한 표기가 되지만, 한자를 모르는 이에게 “취소”라 쓰면 읽기는 쉬워도 이해하기는 어려운 것 아닐까? 즉 읽기 쉬운 뿐 알기 쉬운 것은 아니라는 뜻이다. 읽을 수 있으니 막연하게 이해한다는 오해를 심어줘 실질적으로 모르고도 아는 척하는, 깊이 생각하는 것을 포기하게 만드는 사회분위기 조성으로 이어지지 않을까? “取消”라 쓰면 “뭔가 지워 버린다”는 뜻으로 이해하게 되고, 뭔가 깊은 뜻이 있을 수 있다는 생각을 갖게 하여 공부하고 생각하는 국민을 만드는 데 일조하는 게 아닐까? 어려서부터 民法를 “民法”으로 이해하는 나라(日本)와 “민법”으로 이해하는 나라(韓國)간에는 국민들간의 기대한 知的能力상의 차이가 야기되는 것이 아닐까? 漢字를 法律文化에 生活化함으로써 국민 전체의 교양 함양으로도 이어지는 것이 아닐까? “民法”은 어떤가? “民法”보다 “민법”이 과연 알기 쉬운 법률명어인 말인가? 법생활에서의 漢字 追放은 어쩌면 反文化(Anti-culture)에 가담하는 일이 아닐까? 原文은 그대로 “民法”으로 둔 채, 편의상 “민법”으로 쓰는 게 현명한 문화정책이 아닐까?

는 것은 물론 학계 전체의 역량이 기울여질 것이다. 하지만 이와 동시에 보다 우리는 보다 근본적인 문제를 생각하지 않을 수 없는 입장에 놓여 있다.

## V. 韓國 民法의 將來

### 1. 앞으로의 韓國 民法

#### 1) 法文化의 相對性과 法發展의 사이클

각 사회에서의 법은 그 사회의 문화수준을 반영한다. 이러한 의미에서 민법은 사회에 상대적인 것이며 민법은 사회와 더불어 발전한다. 모든 법이 그렇듯이 민법의 발전에는 事實과 價値와 論理라는 세 요소가 작용한다고 하겠다. 민법이 규율해야 할 사실관계의 변화는 법의 발전을 촉진할 수밖에 없다. 민법을 裁判規範으로 또는 行爲規範으로 여기는 사람들의 價値觀이 바뀌면 민법은 바뀔 수밖에 없다. 事實關係와 價値觀을 묶어주는 것이 論理的 要素이다. 재산관계와 가족관계라는 사실적 요인의 발전을 그 사회의 지도적인 가치관에 따라 나타내는 論理的 要素가 民法典(및 실질적 의미의 민법 규범)인 것이다. 법의 사실적 요소, 가치적 요소, 논리적 요소 3자는 상호 불가분한 일체를 이루면서<sup>93)</sup> 그 나라의 민법을 형성한다.

#### 2) 事實關係의 변화

##### (1) 민법전 내부사항의 변화

20세기 후반 이후 민법으로 규율되는 기존영역의 변화가 현저하다. 예컨대,

93) 北川善太郎, 『民法綱要I民法總則』第2版(有斐閣, 2001), 12면.

금치산과 한정치산이라는 무능력자 제도는 실효성을 잃은지 오래이고, ‘법인격 없는 사단/재단’은 법생활의 주체가 되는 데 큰 문제가 없다. 단1개 조문만 있는 根抵當은 수십개 조문이 있는 抵當權보다 이용 빈도가 월등히 높다. 金錢債務와 特定物引渡債務가 발생하는 일회적 단발적 채무/주는 채무가 중심으로 설정된 채권법 영역에 種類債務, 繼續的債務, 하는債務의 등장이 두드러지고, 금전채무는 주로 電子的方法으로 발생하고 履行된다. 서면에 의하지 아니했음을 이유로 일방적으로 취소하기에는 贈與의 모습이 너무 다양하다. “일의 완성”에 대하여 “報酬의支給”을 약속하는 都給契約은 한편으로 賣買에 가까워지고, 한편으로는 委任에 가까워진다. 約款에 의한 계약이 당사자 합의에 의한 개별약정에 의한 계약보다 훨씬 많고, 계약 주체간의 호환 가능성이 전무하다시피 한 消費者契約이 계약 거래의 중심을 이룬다. 당사자 입장의 호환 가능성이 없기는 現代型不法行爲에서도 마찬가지이다. 인터넷 정보 사회의 발달로 누구나 단숨에 국제거래의 주역이 될 수 있다. 이러한 사실관계의 변화 리스트는 얼마든지 계속될 수 있다.

## (2) 새로운 영역의 등장

현대 민법에서는 근대 민법에 없는 새로운 영역의 등장이 두드러진다. 첫째가, 情報이다. 종래 ‘물건’ 베이스로 행해지던 거래는 ‘정보’ 베이스로 바뀌어 가고 있다. “정보법”이 별도로 발달하여 “민법”에서 분리되도록 한다고 하여 정보법이 “민법”이 아니게 되는 것은 아니다.

둘째는, 人格權의 눈부신 전개이다. 생명권, 명예권, 초상권 등의 종래의 인격권에 프라이버시권, 인격권의 경제적 사용에 대한 퍼블리시티권과 같은 법률적으로 성질이 다른 새로운 권리도 포함되어 가고 있다.

셋째는, 인격 개념의 발달과 관계가 깊은 것으로 ‘無形財의 全面化’를 들 수 있을 것이다. ‘비재산적 손해’, ‘하는 채무’의 발달과 ‘不作爲給付의 多樣化’는 ‘주는 채무’ 중심의 법리 구조로는 수렴할 수 없는 현상을 양산하고 있다.

넷째, 출판계약, 리스, 플랜차이즈, 재학계약, 여행계약, 복합계약, 등 非典

型 契約이 발달한 가운데, 종신정기금계약 같은 典型契約은 전혀 이용되지 않는다.

다섯째, 과학기술의 발달에 따른 民法 領域의 擴張이다. 예컨대, 장기이식, 뇌사, 인공생식, 재생의학 등은 自然人的 生과 死, 身體의 歸屬, 身體의 去來 등 심각한 민법문제를 야기한지 오래이나, 민법학은 거의 손을 쓰지 못하고 있는 것으로 보인다.

### (3) 패러다임의 변화

기존영역의 변화와 새로운 영역의 발생을 보면, 민법을 둘러싼 패러다임 자체가 바뀌고 있음을 알 수 있다. 재산법에서는 거래 안전 우선의 단체주의적 성격은 자기 책임을 수반하는 규제완화로 나아가는 것 같으나, 신자유주의에 기한 경제 틀의 파탄이라는 세계적 참극을 경험하는 가운데 경제 시스템을 지탱하는 법제도라는 것은 법제정 주체의 자유로운 선택이라는 것 그 이상으로, 역시 전체의 미래를 생각해야만 한다는 덕목 위에 성립해야 하는 것임이 인식 되게 될 것 같다. 가족법에서는 개인주의화, 가족의 해체를 보이며, 종래와는 다른 사람들의 결합이 정당화를 요구한다. 어떻게 세계화/국제화의 시기를 맞아 민법의 법리는 解體와 統一의 요청에 직면해 있는 것이다.

## 2. 民法典의 將來

민법전이 규율해야 할 지반의 변화, 즉 사실과 가치면에서의 세계화, 국제화, 해체와 통일은 민법전예의 반영을 촉구한다. 그럼 어떻게 할 것인가? 언어와 체계와 내용의 문제가 있다.

첫째는, 현대어화이다. 특히 7할 이상의 낱말이 한자어인데, 법률을 “읽기 쉬운 한글”로 표기해야 한다는 정책의 문제성이다. “읽기 쉬움”과 “알기 쉬움”을 애써 구별하려 하지 않는 “한글 만능”이라는 유치한 이데올로기를 어떻게 극복 할 것인지가 커다란 과제의 하나가 아닐까 생각한다.

둘째는, 판덕텐 체계의 운명이다. 유지할 것인가, 해체할 것인가? 판덕텐체계의 유지와 관련, 총칙은 어떻게 할 것인가? 판덕텐 체계의 장점을 잘 살리기 위해서도 판덕텐 체계의 공죄를 철저히 분석하는 작업이 필요할 것이다.

셋째는, 민법전에 무슨 내용을 담을 것인가? 소비자법 등 민사특별법은 어떻게 할 것인가? 가족관의 변화와 생식기술의 발달이 가져오는 결과 등은 가족법에 어떻게 반영되어야 하는가? 판례법의 조문화는 어디까지 이루어져야 하는가? 알기 쉬운 내용의 민법이란 어떠한 것인가? 제도의 정의 규정을 넣는다면 어느 범위에서인가?

### 3. 韓國民法學의 將來

#### 1) “社會生活의 基本法”으로서의 民法

민법학은 원리를 탐구하고 체계를 구축하여야 한다. 그러므로 오늘날과 같은 해체와 재구성의 시대에 우리는 새삼 ‘민법이란 무엇인가’를 물어야 한다. 당연히 여겨지던 법체계가 법현실을 반영하거나 규율하는 데 곤란을 보일 때 우리는 ‘근본적인 물음’을 던진다. 민법이란 무엇인가? 여러 가지 답이 있을 수 있다. 나는 민법이란 ‘社會生活의 基本法’이라고 보고 싶다.

국가생활의 기본법이라면 ‘憲法’, 그러나 사회생활의 기본법은 ‘民法’이다. 基本法이란 의미에서 민법은 참으로 사회의 基幹法(Konstitution)이다. 민법학은 사회생활의 기간법인 민법을 다루는 학문이다. 이러한 주장이 타당하다면, 기본법으로서의 민법에 어떤 제도를 신설하거나 민법속의 제도를 개정하거나 폐지하는 데는 단순 다수결이 아니라 국민 전체의 동의를 얻어야 할 일, 예컨대 국민투표 수준의 사전 작업이 필요할 수도 있을 것이다. 그런데 우리의 가족법의 제도/규정은 헌법과의 관련 아래 폐지/개정이 주장되었고, 憲法裁判所의 “憲法不合致決定”으로 그 효력 정지를 당하였으며, 마침내 국회에서의 단순 다수결의 절차를 거쳐 폐지/개정되는 가운데 가족법의 대규모 개정에의 길을

열었다.<sup>94)</sup> 여기서 헌법과 민법의 관계, 다수결의 한계, 나아가 민법의 사명이라는 민법의 근본 문제가 결코 소홀히 다루어질 수 없음을 알 수 있다. 특히 ① 民法規範이 主權國家의 立法事業의 범주를 넘어 ‘主權國家의 立法事業+國家的 範圍를 넘는 立法事業’이 되어가고, ② 과학기술의 발달이 민사적 법률관계의 법이론에 지대한 영향을 미치며, ③ 민사관계의 모든 영역이 自己決定權 및 私的自治의 범위에 드는양 이야기되는 현실을 감안한다면, 이러한 물음은 한국 민법학의 장래를 생각할 때 결코 간과할 수 없는 것들이라 하겠다.

## 2) 憲法과 民法

근대법의 생명은 그 체계성에 있다. 한 나라의 법생활이 헌법에 바탕을 두게 되면서부터 헌법에는 모든 법률들을 뛰어 넘는 지위를 부여해야 했다. 그러니까 헌법은 헌법의 하위 법률을 만드는 것을 규정하는 것이면서 동시에 그 한계를 세운다.<sup>95)</sup> 上位規範은 下位規範의 生成條件이다. 법의 제정은 헌법의 적용이다. 민법이 있을 수 있는 것은 헌법이 허용하기 때문이고 민법은 최고법인 헌법에 위반해서는 안 된다. 그렇다면 헌법이 契約自由를 부인할 때, 所有權制度를 부인할 때, 契約自由와 所有權에 관한 민법규정은 효력을 잃는가? 내란으로 헌법기능이 정지되면, 민법규정은 그 순간 무효가 되는가? 헌법이 규정하지 않는다면 법을 통한 국제 협력은 불가능한가? 만약 그렇지 않다면 왜 그런가?<sup>96)</sup>

오히려, 헌법에 규정되어 있기 때문에 중요하다고 할 수 있는 것은 合目的性의 요청에서 나오는 말하자면 기술적인 사항이 아닐까? 헌법을 헌법답게 하는 고차원의 원리, 예컨대 기본권 규정 등은 헌법에 규정되어 있기 때문에 가치가 있다기 보다는 가치가 있는 것이기 때문에 헌법의 조문으로 자리잡게 된 것이

94) 尹眞秀, 「憲法이 家族法의 변화에 미친 영향」, 『法學』(서울대) 45.1(2004. 3), 233면 이하.

95) Theo Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. 1991, 48ff.

96) 鄭鍾休, 「憲法과 民法－日本에서의 論議를 중심으로－」, 『公法研究』 37.3(2009. 2), 1면 이하.



아닐까? 그렇다고 한다면, 헌법의 지탱하는 참된 원리는 헌법의 내부에서가 아니라 헌법의 밖에서 오는 것이 아닐까? 많은 경우에 혁명이라든가, 패전이라든가, 독립이라든가 하는 이유로 단기간에 제정되기 십상인 헌법<sup>97)</sup>은 헌법을 넘는 가치를 통하여 이해하지 않는 한, 오히려 헌법에 간혀, 배 안에서 뱃고물을 미치는 결과<sup>98)</sup>가 되어, 당해 헌법의 내재적 가치 그 자체도 결국은 잃어버리고 말게 되는 것이 아닐 것인가?

### 3) 多數決 原則의 한계

다음은 多數決에 의한 決定의 문제점이다. 인간에게는 무엇이든지 바랄 수 있는 자유가 있고, 바라는 것은 무엇이든지 할 수 있다. 각자 “自己決定權”의 주체이므로, 여럿이 모인 속에서는 다수결로 결정하면 그만이다. “다수속에 진리있다.” 眞理가 多數決로 대체되고 말았는데, 그 이유는 다른 게 아니라 켈젠의 지적처럼 공동으로 구속력을 갖고 다가갈 수 있을 만한 고귀함으로서 인간을 위한 진리란 게 존재하지 않기 때문이다.<sup>99)</sup> 문화가 다양하다는 점이 곧 萬物의 相對性的의 증거이다. 다수가 원하면 민법에 있는 제도도 바꿀 수 있고, 민법에 있는 제도도 폐지될 수 있으며 민법에 없는 제도도 신설될 수 있다. 그렇다면 다수가 원하면 남녀간의 婚姻이라는 제도 자체를 없앨 수 있는가, 相續이라는 제도 자체를 없앨 수 있는가, 賣買와 貸借를 없앨 수 있는가? 만약 그렇지 않다면 왜 그런가? 다수결로 해결할 수 없는 문제가 있다는 것을 망각하고 모든 것은 다수결로 결정된다고 한다면, 결국은 다수결 원리의 장점조차 살릴 수 없게 되는 것 아닌가? 또한 自己決定權이라는 것은 20세기 후반 들어 인류가 새로 발견한 권리가 아니라 동서고금을 막론하고 원칙적으로 타당한 사회생활의 기본원리, 즉 “스스로 결정했으니 책임을 져야 한다”는 責任의 原

97) 호세·요넨발트, 『法哲學で學んだこと——法學者の回顧録』(成文堂, 2008), 72면.

98) 다나카 코타로(田中耕太郎), 鄭鍾休 역, 『법과 종교와 사회생활』(교육과학사, 1989), 43면.

99) Benedikt XVI.(Joseph Ratzinger), Glaube - Wahrheit - Toleranz, Herder (4.Aufl.) 2005, S.60.

理<sup>100</sup>)가 아닐 것인가?

자기결정권에, 다수결에, 민주주의에 한계를 인식한다면, 그러한 물음에 대한 대답은 인간의 자유의 문제, 책임의 문제, 진리의 문제, 윤리적 사명의 문제와 무관한 채, 합리적인 판단의 문제로만 존재할 수 있는가? 만약 그렇다고 한다면 이처럼 스스로를 제한하는 이성은 팔다리가 잘린 이성이 아닌가?<sup>101)</sup>

민법의 사명에서 진리의 물음을 금지시키거나 불가능한 것으로 만드는 유형의 학문이라면 철학의 본질에 어긋나는 것이다. 이러한 자기 폐쇄, 이성의 왜소화가 철학의 척도일 수는 없는 것이다. 학문이 그 전체로서 인간의 본질적인 물음을 불가능하게 만드는 일로 끝나서는 안된다. 법의 事實性과 相對性을 충분히 인정하더라도 역시 법률에는 뭔가의 理想的 要素가 포함되지 않을 수 없을 것이다. 인간의 이러한 본질적인 물음이 없다면 법학 자체가 그저 공허한 헛일로 끝내 위험한 게 되고 말지도 모른다.<sup>102)</sup>

#### 4) 民法의 使命

여기서 부득이 우리는 法學이란 모두가 哲學의 表現임을 인정할 수밖에 없게 된다.<sup>103)</sup> 그러므로 이제 우리는 셋째로, 민법의 사명, 민법이 포함되는 법의 사명/이념에 관한 인식의 문제를 고민해야 한다. 민법의 제도 규정이 시대와 장소에 따라 얼마든지 다를 수 있다고, 민법의 목적 내지 이념조차 다를 수 있을까? 민법의 목적 내지 이념은 사회의 정의나 인간의 자유와 무관하게 존재할 수 있는가? 민법은 법의 일부이고, 법은 문화의 일부이니까, 꼭 진리니 문화 전체니 하는 것을 생각할 필요는 없다고 한다면 그것은 무책임한 오만이 아닌가? 만약 참된 것을 가려낼 수 없고, 참되지 않은 것과 구별할 수 없다면 선도 알아

100) 鄭鍾休, 「憲法과 民法」, 25면.

101) Benedikt XVI.(Joseph Ratzinger), a.a.O., S.127.

102) Benedikt XVI.(Joseph Ratzinger), a.a.O., S.209..

103) Theo Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, S.209.

볼 수 없는 것이 아닌가?<sup>104)</sup> 예컨대, 가족법상의 변화(예컨대, 혼인, 이혼, 양자, 상속 등)가 그러듯이 모든 변화(=진보)란 희생을 각오해야 할진대, 민법의 제도와 규정이 그대로 남아 있는 게 아니라면, 그러한 희생을 치를 만한 가치가 있음을 정치적 이데올로기를 넘는 안정된 價値觀과 世界觀에 따라 수미일관하게 뒷받침할 수 있어야 하는 것은 아닌가?

## VI. 맺는 말

媒介繼受와 混合繼受의 전형례를 보여주는 한국민법전에는 독민법/불민법/스위스민법채무법과 영미법의 요소가 중층적으로 쌓여있다. 게다가 본래 한국은 중국법의 영향을 많이 받았고, 19세기 후반 이래 지금까지는 일본법의 영향의 그늘에서 자유롭기 힘들어졌다. 2차대전 이후 미국법의 영향을 배제할 수 없는 것은 어느 나라에서나 마찬가지일 것이다. 韓國民法은 참으로 世界法-중국법, 일본법, 독일법, 프랑스법, 스위스법, 영미법, 일본법-의 交叉路(Kreuzweg der Weltrechte)인 것이다. 세계의 대표적인 법계의 법요소가 지난 100년 동안 한반도에서 격심하게 발효하고 있는 것이다. 게다가 통일되면, 社會主義法까지 소화해야 할 운명이 아닌가? 한국민법은 세계의 법제사에서 지극히 흥미로운 예를 보여 주는 것이다.

韓國民法典은 곧 現代語化될 것이다. 더욱 중요한 것은 뒤이어 행해질 內容의 現代化이다. 그 동안 민법의 대상이 되는 사실관계가 변하고, 50년 전 제정 시에는 예기치 못한 새로운 영역이 발생했으며, 가치관은 변화했고, 과학기술은 발전했다. 이 모든 변화를 민법에 반영해야 한다. 그런데 한국민법의 과제는 실은 세상의 모든 민법학에 많건 적건 공통한 것이 아닌던가?

게다가 세계적 규모로 해체와 통합의 재구성이 도모되고 있다. 그렇다면 민

104) Benedikt XVI.(Joseph Ratzinger), a.a.O., S.173.

법의 목적/이념을 전체로서 생각하며, 주류를 이루는 사고방식을 비판적으로 분석하며, 이성적으로 책임질 수 있는 방법으로 制度/規定의 本質을 뛰어 넘어 法學의 學問性 자체에 의미를 추구해야 하지 않겠는가? 인간의 재산생활과 가족생활을 규율하는 민법학은 언제나 인간 자체에 대한 물음과 함께 영위되어야 하지 않겠는가? 韓國과 日本의 法史學界가 함께 고민해야 할 문제가 아닐까 한다.