

<논문>

日本 大正時代 判決이 우리 民法學에 미친 影響에 대한 批判的 檢討*

윤태영**

목 차

- I. 머리말
- II. 明治 民法의 社會一般規範으로서의 不安定性
- III. 大正時代의 民法史
 - 1. 明治民法典의 不安定性에 대한 補充
 - 2. 많은 리딩케이스의 登場
- IV. 大正時代 判決의 우리 民法學에의 影響
 - 1. 不法行爲法의 立法過程에서의 影響
 - 2. 우리 判例 立場에 대한 史的 檢討
- V. 맺음말

[국문 요약]

일본 다이쇼시대(1912년~1926년)는 일본 경제·문화의 황금기로서, 일본 민법사에 있어서도 비록 그 기간은 길지 않았지만 오늘날의 일본 민법학의 대강을 형성한 중요한 시기로 평가받고 있다. 특히 이 시기에 나온 판결들은 그 후 학설 형성에 큰 영향을 주었고, 지금까지

* 이 논문은 2008년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임(KRF-2008-332-B00502)

** 아주대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사. yty@ajou.ac.kr

도 일본 민법 해석학의 주류를 이루고 있다. 이에 본고는 우리 민법의 제정과정에서 중요한 이론적 작업도구가 되었던 것으로 보이는 다이쇼시대의 판결과 그 후에 전개되었던 일본 학설에 대하여 살피고, 우리 입법과정과 판례에 어떤 영향을 주었는가를 검토해 보았다.

다이쇼 시대 판결들에서 비롯된 일본 민법의 불안정성과 결함에 대한 논의는 우리 불법행위법 규정의 제정 과정에서 많은 긍정적 영향을 주었다. 이로 인하여, 절대권 침해를 불법행위의 구성요건으로 규정하고 있는 일본에서 학설과 판례가 보호범위 한정문제를 극복하기 위하여 논리구성하려는 수고를 우리 민법 제750조가 입법적으로 해결해 주었고, 또한 제763조를 통해 손해배상 범위에 관한 논리의 대립을 피할 수 있었다. 그러나 한편으로는 오늘날 우리 판례 중 학설의 비판에도 불구하고 '종래 판례의 확고한 입장'에 얽매어 그 입장을 고수하는 것이 있는데, 이 시기에 나온 판결의 요지를 그대로 반복하고 있는 것으로 추측되는 판례가 있음도 살펴보았다. 만약 이러한 판례의 확고한 입장이 약 100여 년 전의 특별한 사실관계에서 나온 판결이 일반론화 되어 지금까지 적용되는 것이라면 구체적 타당성에 문제점을 가진다고 할 수 있다.

[주제어] 다이쇼 시대, 메이지 민법, 학설계수, 불법행위법, 손해배상의 범위, 채권자취소권, 점유취득시효

I. 머리말

우리 민법전은 주지되어 있는 바와 같이 이질적 문화와 전통을 가진 독일이나 프랑스 등 유럽의 몇몇 유력한 국가들의 민법을 모방 계수한 것이다. 또한 이러한 계수는 이미 여러 외국 민법¹⁾을 계수하여 제정된 일본민법전과 그것을 학문적으로 가공한 일본법학을 출발점으로 한 2차적 계수라는 점도 부인할 수 없는 사실이다.²⁾ 따라서 우리 민법의 여러 규정이나 제도를 올바르게 이해하기

1) 일본 민법수정안 이우서를 보면 민법 제정시, 프랑스(佛), 독일(獨), 프로이센(普), 작센(索), 바이에른(巴), 오스트리아(澳), 헝가리(匈), 영국(英), 이탈리아(伊), 스페인(西), 포르투갈(葡), 벨기에(白), 네덜란드(蘭), 러시아(露), 그리스(希), 스위스(瑞), 미국(米), 뉴욕(紐), 캘리포니아(加), 아르헨티나(亞), 인도(印)의 민법을 참고하여 제정한 것으로 나타나고 있다[廣中俊雄 編著, 『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣, 1987), 59면 이하 참조].

2) 우리 민법에 대하여 “그 내용을 살펴볼 때에 근본적으로는 구민법, 즉 현행 일본민법을 기초로 하고 있음은 숨길 수 없는 사실이다”라고 하고 있는 박윤직, 『민법총칙(신정판)』(박영사, 1989), 60면 참조.

위해서는 일본 민법이 제정된 1897년부터 1940년대까지의 일본 민법학의 전개와 특성을 살펴보는 것이 매우 중요하다.³⁾ 왜냐하면 이러한 연원에 대한 탐구 없이, 또한 그 제도가 역사적 발전과정에서 어떤 사회경제적 배경하에 성립하고 어떤 내용으로 이해되고 발전된 것인지를 확인하지 않고 하는 현재의 유럽 국가들의 제도와의 비교법적 연구는, 역사적 접점을 상실한 단순비교라는 취약점을 가지기 때문이다. 그렇지만 민법 제정 50년이 지나고 민법개정작업이 한창인 현재까지도 그러한 연구는 그다지 많지 않은 실정이다.⁴⁾

여기서 본고는 그 기간의 중심에 서 있는 다이쇼시대(大正時代: 1912년~1926년)⁵⁾의 판결과 그에 의한 우리 민법학에의 영향을 살펴보고자 한다. 우리에게는 치욕의 시기이지만 일본 다이쇼시대는 일본 경제·문화의 황금기로서, 외적으로는 1차 세계대전 이후 국제연맹의 상임이사국으로 되었을 뿐만 아니라 내적으로는 일본 최초 정당내각의 구성, 선거권의 확대 등 근대 사회체제를 형성한 시기로 기록되고 있다. 또한 일본 민법사에 있어서도 비록 그 기간은 길지 않았지만 오늘날의 일본 민법학의 대강을 형성한 가장 중요한 시기로 평가받고 있다. 특히 이 시기에 나온 판결들은 그 후 학설 형성에 큰 영향을 주었고, 지금까지도 일본 민법 해석학의 주류를 이루고 있다. 물론 민법학의 발전상으로 볼 때 1897년부터 1940년대 사이에서 다이쇼시대만을 분리하여 판결들을 분석하는 것은 지나치게 작위적일 수 있다. 그러나 그 모든 기간의 판결들을 분석하여 짧은 지면에 소화해 내기가 불가능하고 뒤에 살펴보겠지만 메이지 후반기에는 주로 여러 가지 특별법을 제정한 것이 특색이라면 다이쇼시대에는 중요한 판결이 많이 나온 시기로 평가받고 있으므로 다이쇼 시대의 판례연구가 어느 때보다 중요한 연구의 기초를 제공할 수 있다고 생각한다.

3) 이러한 연구의 중요성에 대한 지적에 대해서는, 양창수, 「민법안의 성립과정에 관한 소고」, 『민법연구』 제1권(박영사, 1991), 85면 이하 참조.

4) 이러한 점에 대한 선구적 연구로는 鄭種休, 『韓國民法典의比較法的研究』(彰文社, 1989) 참조.

5) 우리로서는 ‘시대’보다 ‘시기’로 평가하는 것이 옳을지도 모르나, 일본에서는 천황 연호를 기준으로 ‘시대’구분을 하여 고유명사처럼 사용하고 있으므로 본고에서는 고유명사로써 ‘다이쇼시대’라고 표현한다.

또한 본고가 이 시기의 판결을 살펴보고자 하는 이유는, 우리 판례 중 학설의 비판에도 불구하고 ‘종래 판례의 확고한 입장’에 얽매어 그 입장을 고수하는 것이 있는데, 이 시기에 나온 판결의 요지를 그대로 반복하고 있는 것으로 추측되는 판례가 있기 때문이다. 만약 이러한 판례의 확고한 입장이 약 100여 년 전의 특별한 사실관계에서 나온 판결이 일반론화 되어 지금까지 적용되는 것이라면 그것은 문제라고 하지 않을 수 없다.

판례연구에는 각각의 필요에 따른 다양한 판례연구가 있을 수 있고, 유일한 올바른 판례연구의 방법이라는 것이 있다고는 생각하지 않는다. 보통은 방법론상 어느 하나의 대법원 판결을 놓고 거기에 나와 있는 추상적 법리론에 중점을 두는 연구와 어느 하나의 법리에 여러 판례의 입장을 분석하는 연구가 많다. 그런데 그 모든 방법의 기초에 서는 것은 우선 사실관계와 사건 해결의 결론과의 대응관계에 대한 분석이다. 왜냐하면 민법학에서 판례를 연구하는 목적은 민사분쟁을 최종적으로 해결하는 법원이 일정한 유형의 행위에 어떻게 판단할 것인가 미리 예측 가능하게 함으로써 시민의 생활을 안정되게 하는데 있는데, 이러한 목적을 위해서는 그 판결의 사실관계가 얼마나 전형적인가에 대한 검토가 선행되어야 하기 때문이다. 그런데 만약 시대상황이 100년 가까이 변화하였음에도 불구하고 합리적 이유 없이 당시의 전형적이지 않은 판결 입장이 오늘날의 우리 판례에 그대로 유지되고 있다면 구체적 타당성에 심각한 문제점을 가진다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 본고는 특히 우리나라 민법학에 많은 영향을 준 다이쇼시대의 중요 판결 및 그 배경을 분석하여, 현재의 우리 민법의 제정이유 및 그 해석을 살피고 이와 유사한 우리 판례의 입장이 타당한지에 대하여 검토하고자 한다.

Ⅱ. 明治 民法의 社會一般規範으로서의 不安定性

일본 민법전은 19세기말에 제정되었는데, 법전성립 이전 일본 고유법이 없

는 것은 아니었으나, 불평등조약의 개정이라는 정치목적(제외국에 일본이 문명국이라는 점을 인지시키는 수단)과 결합하여 별단의 고려 없이 서양법이 계수되었다.⁶⁾ 그러나 법전의 형태로 계수된 내용은 번역작업에서 시작된 추상화된 법문장 그것이었으므로, 그 법문장을 일본사회의 실생활에 적용하기에는 무리가 따를 수밖에 없었다. 서양 여러 국가에 있어서의 법전은 기본적으로 그 나라의 내부에서 생성·전개되어 온 법규범이 문장화된 것이기 때문에 일반법으로서 기능할 수 있는 것이며, 법문장의 해석에 있어서도 종래부터 축적된 논의의 연속성을 고려하여 합리적으로 해석해 낼 수 있다. 그러나 일본처럼 민법전이 토착 법규범이나 문화와 단절된 상태에서 새롭게 수입된 국가에 있어서는, 조문의 형태를 가진 추상적 법규범이 사건에 적용되기 위하여 구체적으로 어떠한 내용을 가진 것인가를 해석해 내기가 쉽지 않다. 오랜 연혁을 가진 서양 여러 국가에서조차 그 후 특별법이 다수 제정되어 왔고 여전히 민법 규정에 대한 해석상의 대립이 있는데, 더욱이 다른 나라의 법문장을 혼합하여 제정된 일본 민법은 사회전체의 일반법으로서 기능하기에 불안정성을 가지고 있었다.

그러한 불안정성은 그 시행 후 바로 민법전의 일부를 보완하는 법률을 필요로 하게 되어, 많은 특별법이 메이지 후기부터 제정된 점에서 나타난다. 이러한

6) 이미 잘 알려진 일본 민법의 제정과정을 정리하면 다음과 같다. 메이지3년(1870년) 에도 신베이(江藤新平)를 장으로 하여 법전편찬국을 설립하고, 프랑스민법의 번역에 착수, 1879년 사법성 고문인 프랑스인 보아소나드(Gustave Boissonade)에게 민법을 기초하게 하여, 1886년 3월 *Projet de code civil pour l'empire du Japon*이라고 된 원안이 성립되었다. 그것에 대하여 다시 보아소나드가 중심이 되어 검토를 하여 1889년 7월 원로원의 의결을 거쳐 1890년 4월 법률 28호로서 제산편을 공포, 인사편은 같은 해 10월 법률 98호로서 공포되고, 이것은 모두 1893년 1월 1일부터 실시되는 것으로 정하였고 이것이 구민법이다. 그러나 이 구민법은 매우 프랑스법에 편중되어 있었기 때문에 영국법계의 학자로부터 맹렬한 반대를 받아 소위 '대논쟁'을 야기하였다. 결국 1892년 5월 28일 귀족원에서, 같은 해 6월 1일 중의원에서 1896년 12월 31일까지 시행을 연기하는 법안이 가결되었다. 여기에서 1894년 3월 27일 호즈미 노부시게(穂積陳重, 39세), 토미이 마사아키라(富井政章, 36세), 우메 겐치로(梅謙次郎, 34세)가 기초위원으로 되어 주로 독일민법 제1초안에 의하여 법안을 기초로 하고 구민법과 유럽 여러 나라의 법제를 모델로 초안을 만들었다. 기초한 초안은 약간의 수정을 거쳐 1896년 4월 27일 법률 89호 및 1897년 6월 21일 법률 9호로써 의회를 통과, 1897년 7월 16일부터 시행되게 되었다. 이것이 메이지31년(1897년) 민법으로서 현행민법의 재산법이다.

특별법은 특히 근대화 과정에서 요구되는 도시에서의 부동산 이용관계의 규제 필요성과 기업의 자본 확보를 위한 담보제도의 요청에서 마련된 것이다. 먼저 전자와 관련하여서는 급속한 근대화와 농촌과 도시와의 통치정책의 위치 차이에 대하여 메이지민법이 충분히 대응하고 있지 않았던 점에서 비롯되었다.⁷⁾ 따라서 지상권에 관한 법률(1900년), 건물보호에 관한 법률(1909년), 그 후 다이쇼 시대의 借地法과 借家法(1921)이 제정되었다. 한편 후자와 관련하여서는, 서양 여러 국가보다 자본주의의 후발주자인 일본이 자본주의 육성을 도모하기 위하여 다양한 신용수단을 필요로 한 데에서 비롯되었다. 즉 민법상 저당제도로는 한계를 느껴 1905년 철도저당법, 공장저당법, 광업저당법이 만들어졌고, 또한 같은 해 사채에 물적 담보를 붙일 수 있도록 담보부사채신탁법도 제정하였다.

한편 법전화가 이루어진 이후부터 이러한 조문의 내용을 구체화하고 보충하여 실생활에 적용할 수 있도록 하는 작업을 진행하여 왔는데, 이러한 기능을 담당할 것이 바로 ‘학설계수’와 ‘판례에 의한 유권해석’이다.

Ⅲ. 大正時代の 民法史

1. 明治民法典의 不安定性에 대한 補充

일본에서는 추상적 법규범을 구체화하기 위하여 서양법 그 중에서도 독일법의 내용을 수입하는 작업을 해 나갔는데, 이것이 바로 메이지 말기부터 시작된 학설계수였다. 이 학설계수기의 법률학을 일종의 ‘모방법학’으로써 부정적으로 보는 경향이 없는 것은 아니나, 당시의 척박한 일본 민법학의 실정을 감안하면 오히려 학설계수가 서양법의 계수를 완벽하게 하기 위해서 우선 필요하였다.⁸⁾

7) 이에 대한 자세한 내용에 대해서는 廣中俊雄·星野英一 編, 『民法典の百年』, I(有斐閣, 1998), 49면 이하 참조

8) 加藤雅信 代表編輯, 『民法學說百年史』(三省堂, 1999), 41면 참조

이러한 배경의 기초에서 메이지 말기부터 다이쇼, 그리고 쇼와 초기에 이르기까지 많은 학자의 손에 의하여 독일의 학설이 일본에 매우 적극적으로 도입되었다. 이러한 경향을 대표하는 학자로서, 이시자카 오토시로(石坂晋四郎), 하토야마 히데오(鳩山秀夫) 두 학자가 거론된다.⁹⁾ 이 둘은 독일법 연구의 결과에 의거한 해석론을 발전시켜 일본민법의 해석론으로서 주장하였다. 그 중에서도 어떤 공리(公理) 또는 도그마로부터 연역적으로 구체적 규범을 정립하고, 그 공리 내에서의 체계화를 추진하여 정밀한 이론을 완성시켜 한 시대의 통설을 구축하였다. 예컨대 이시자카는 기본개념의 형성에 임할 때에는 법률의 목적에 따라야만 하나 그 개념으로부터 연역을 하는 때에는 논리방법을 사용해야만 하고, 논리방법에 의하여 추리되는 결과가 실제생활에 적합하지 않은 경우에도 그것은 법률의 결함이지 해석방법의 결함은 아니라고 하는 고려방법을 사용하였다.¹⁰⁾ 이러한 초기 법학의 특징은 “형식논리의 정확성에 중점을 두었다.”고 평가되고 있다.¹¹⁾ 본래 프랑스 민법전에 유사한 일본 구민법을 기초로 하고 그 후 여러 유럽 대륙법의 법률들을 참고하여 수정해서 만든 일본 민법전이 독일 민법학의 개념 해석론에 의하여 내용이 입혀져 나간 것이다.

이 시기의 독일법 만능의 경향에 경종을 울리고, ‘橫의 것을 從으로 하는 시대는 지났다’고 하여 ‘일본의 법률서에 ... 일본스러운 지역적 색채’를 요구한 것이 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)이다.¹²⁾ 그는 ‘매우 엄격한 논리적인 독일

9) 이시자카 오토시로(石坂晋四郎)는 교토제국대학 교수였고, 하토야마 히데오(鳩山秀夫)는 도쿄제국대학 교수와 중의원의원을 지냈다. 그 후 그 방법을 개념법학이라 칭하면서 사회학 연구의 성과를 법해석학에 도입한 도쿄제국대학의 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎) 교수에 의하여 철저히 비판받았다. 재미있는 것은 하토야마의 처와 스에히로의 처는 메이지 및 다이쇼시대의 정치가인 키쿠치 다이로우(菊池大麓)의 차녀와 삼녀로서 둘은 동서지간이고 또한 둘은 의형제 지간이었다는 사실이다.

10) 石坂晋四郎, 『法律學の性質』 『改纂民法研究』 上卷(有斐閣, 1919), 28면 이하.

11) 我妻榮, 『民法と五十年』(有斐閣, 1967), 126면.

12) 스에히로는 원래 독일법류 개념법학으로 대표되는 카나와 카네시로(川名 兼四郎)의 문하생이었으나, 제1차 세계대전으로 인해 예정되어 있던 독일유학을 어쩔 수 없이 단념하고, 미국에 유학하였다. 스에히로는 귀국 후 도쿄대학의 교수가 되어, 유학시대에 연구한 사회학의 성과를 법해석학에 도입하고 판례연구의 중요성을 설교하였다. 그 학풍은 알곤키도 독일 학설계수의 대표자 하토야마 히데오(鳩山秀夫)의 제자인 와가즈마 사카에(我妻榮)에 의하여

법학류의 해석방법'의 실익은 인정하지만, “법학판단을 해야만 하는 것을 추상적인 법칙 내지 원리 적용 또는 연역으로부터 나온 것으로 고려하는 해악이 우리나라에 남아 있다.”고 하면서 개념법학 비판의 입장을 명확하게 하였다.¹³⁾ 스에히로는 독일민법학 전성시대의 일본민법학설을 개념법학으로서 철저하게 비판하고, 민법학의 전환을 가져온 혁명이다. 그는 성문법 연구에만 始終하는 것이 아니라, 실생활에 내재하는 ‘살아 있는 법’과 국가가 제정한 ‘법률’을 구별하고, 판례조차 구체적 법률이고, 판례연구를 하지 않고는 살아있는 법을 만들 수 없다고 하면서, 호즈미 시게토오(穗積重遠)와 함께 다이쇼10년(1921년) 민법판례연구회를 설립하였다. 그리고 당시 독일법 유래의 해석론을 발전시켜 일응 완성을 보아 통설로 되어 있던 이론과 체계를, 쓸데없이 개념과 이론을 먼저 ‘법률’을 이해하려고 한 것으로써 ‘不可’하다고 단정하며 철저하게 비판하였다. 당시 행해지고 있던 판례연구는 판결에 대하여 찬부를 논하는데 그쳤으나, 스에히로는 판결의 전제로 된 사실을 상세하게 조사하고, 종전에 있던 판결과의 관계를 평가하여 법의 구체적 변천을 명확하게 한다고 하는 방법을 전개하였다.¹⁴⁾ 이러한 방법은 현재에는 당연한 것으로 되어 있으나 당시에는 획기적인 것이었다. 물론 스에히로 이전에 있어서도 우메젠치로(梅謙次郎)의 판례비평을 비롯하여, 판례비평이 없었던 것은 아니었다. 그렇지만 ‘메이지 시대에는 법률론에 판례를 인용하는 것은 학자의 소위 떳떳하지 못한 바였다’¹⁵⁾고 하는 선행 사정을 배경으로 하여 이루어진 판례연구의 제창이었던 것이었다. 이러한 판례연구의 주창 배경에는 그의 미국 유학의 영향도 있지만 다이쇼 당시에 현재의 일본 민법학의 중요한 핵을 이루는 많은 중요한 판결들이 나왔기 때문이다.

계수되었다.

13) 末弘嚴太郎 『物權法上卷』 自序(日本評論社, 1926), 日本評論社編 『日本の法學』(日本評論社, 1950), 71면.

14) 加藤雅信 代表編輯, 앞의 책, 47면.

15) 牧野英一 발언, 日本評論社編, 『日本の法學』(日本評論社, 1950), 68면 이하.

2. 많은 리딩케이스의 登場

다이쇼시대에는 많은 판결¹⁶⁾들이 나왔는데, 판례체계에서 다이쇼시대의 大審院 민사판결을 검색하면 약 3,900여 건에 이른다. 현재 이 모든 판례를 하나 하나 분석하여 논하기에는 필자의 능력에 부치므로 지속적인 연구과제로 삼기로 하되, 현재까지 문헌들에서 자주 언급되는 중요한 판결들을 간략하게나마 소개하면 다음과 같다.

먼저, 1) 실종선고와 관련하여 실종선고가 취소되어도 효력에 영향을 받지 않는 제3자의 의미,¹⁷⁾ 2) 공유자 중 1인의 보존행위의 의미,¹⁸⁾ 3) 목적물의 특정 방법,¹⁹⁾ 4) 종래의 입장을 변경하여 채권침해에 대한 불법행위책임 인정,²⁰⁾ 5)

- 16) 일본 판례번호는 서력을 사용하지 않고 일본 연호만을 사용하나 본고에서는 독자들의 편의를 위해 괄호 안에 서력을 함께 부기한다.
- 17) “생각건대 민법 제32조 1항 단서가 실종선고 후 그 취소 전에 선의로서 한 행위의 효력을 인정한 것은 선의의 행위자의 보호를 목적으로 하는 것은 물론이지만, 그 행위가 계약인 경우에는 당사자 쌍방이 선의일 때에 한하여 그 효력을 인정하는 취지로 해석할만하다. 위 행위의 효력을 인정한 결과로서 실종자는 실종선고를 취소하였음에도 불구하고, 본래의 권리 상태를 회복할 수 없는 불이익을 받는 것이기 때문에 위 행위가 계약인 경우에 이러한 결과를 발생시킨 데에는 당사자 일반만의 선의로써 족하지 않고 그 쌍방이 선의일 것을 요하는 것으로 해석하는 것이 상당하다.”고 하여 쌍방의 선의를 요구하는 지금의 판례이론의 선례이다[大判 大正13(1924)年2月7日 民集17卷59頁].
- 18) “공유자는 공유자 각자의 권리라면 각자 독립하여 그것을 주장할 수 있을 뿐만 아니라, 다른 공유자의 누구에 대하여도 주장할 수 있는 것으로 한다. 따라서 각 공유자는 독립하여 다른 공유자에 대하여 공유권의 확인 및登記청구의 소를 제기할 수 있는 것은 물론 공유자 전원을 상대방으로 하지 않고 자기의 공유권을 다투는 공유자만을 상대방으로 하여도 족하다.”고 하여 공유자 단독의 다른 공유자에 대한 보존행위를 인정한 바 있다[大判 大正(1917)年2月28日 民錄23輯322頁].
- 19) “채무자는 급부의 목적물을 채권자가 수령할 수 있을만한 지위에 두는 때가 아니면 급부에 필요한 행위를 한 것이라고 말할 수 없다”고 하여 채무자가 채권자의 주소에 있어서 채무의 본지에 따라 현실적으로 이행의 제공을 한 때, 보다 구체적으로 말하면 목적물이 채권자의 주소에 도달하고, 채권자가 언제나 수령할 수 있는 상태에 둔 때에 특정된다고 하였다[大判 大正8(1919)年12月25日 民錄25輯2400頁(소위 대구(鱈)불착사건이라고 불리는 유명한 사건)].
- 20) “만약 제3자가 채권자를 교사하거나 채권자와 공동하여 그 채무의 전부 또는 일부의 이행을 불능하게 하여 채권자의 권리행사를 방해함으로써 손해를 발생시킨 경우에는 채권자는 제3자에 대하여 불법행위에 관한 일반 원칙에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.”고 하여 그 이

준사무관리의 인정,²¹⁾ 6) 종래의 판례를 변경하여 불법행위법상 사용자 책임에 외형이론 도입,²²⁾ 7) 불법행위에 있어서 미성년자의 책임능력을 사안마다 달리 판단한 점²³⁾ 등이 당시에 내려진 판결들이다. 거의 민법 전범위에 걸쳐서 중요한 판결들이 나왔음을 알 수 있고, 이 판결들은 소위 리딩케이스가 되어 지금도 일본 학계와 실무계에 많은 영향을 주고 있다.

물론 다이쇼시대의 판결들 중에는 그 후 수십 년간 일본 판례의 확고한 입장이 되어 오다가 판결로써 명시적으로 변경을 한 판결들도 많다. 대표적인 예를 들면 다음과 같다.

예컨대 대심원은,²⁴⁾ “원상회복의 의무는 주된 채무가 계약해제로 인하여 소멸한 결과 발생하는 별개의 독립한 법률상의 의무로써, 주된 채무에 따른 것이

진의 판결을 변경하여 채권침해에 대한 불법행위책임을 인정한 바 있다[大判 大正4(1915)年 3月10日 刑錄21輯279頁].

- 21) “공유자 중 한사람인 갑이 다른 공유자 을의 동의를 얻지 않고 자기의 지분과 함께 제멋대로 다른 공유자 을의 지분을 다른 사람에게 매각하는 행위는 불법행위를 구성하는 것은 말할 필요가 없는 바이지만, 다른 공유자 을이 후일 그 매매행위를 승인한 때에는 사무관리의 법칙에 의하여 그것은 민법 제701조 제646조의 규정에 따라 갑이 을의 지분을 매각하여 수취하여 대금의 인도를 청구할 수 있는 것이 명확하다.”고 하여 준사무관리를 인정한 사례로 자주 인용된다[大判 大正7(1918)年12月19日 民錄24輯2367頁].
- 22) “민법 제715조에 소위 ‘사업의 집행에 대하여’라는 의미는 그것을 광의로 해석하는 것이 정당하고, 당원 종래의 판례와 같이 엄격하게 제한적 해석을 하여 사용자의 사업의 집행로서 구체적으로 하여야 하는 사항이 현존하지 않는 경우에 있어서의 피용자의 행위에 대해서는 모두 사용자에게 전연 책임이 없다고 하는 것은 동조 입법의 정신에 비추어 또는 일반 거래 통념에 비추어 지나치게 협소하다고 할 만하다.”고 하면서 불법행위법상 사용자책임에 있어서 ‘외형이론’을 확립한 바 있다[大連判 大正15(1926)年10月13日 民集5卷785頁].
- 23) 이와 관련하여 【豊太郎事件】[大判 大正4(1915)年5月12日 民錄21輯692頁] 【光清撃つぞ事件】[大判 大正 6(1917)年 4月30日 民錄23輯715頁]이 유명하다. 우선 전자는 11세 1개월의 소년집원 豊太郎이 인쇄용 잉크를 등에 지고 자전거를 타고 통행하고 있던 중 일어난 사고에 대한 손해배상책임이 문제로 된 사건인데 이에 대해서는 책임능력을 인정하였다. 한편 그로부터 6년 후에 일어난 후자의 사건은 12세 7개월의 소년이 부친의 공기총을 친구光清을 향해 ‘쏘다’고 말하고 진짜 총을 쏜 사건이다. 이 사건에서 대심원은 책임능력을 부정하였다. 이 양자에 대한 판례의 입장이 다른 이유는, 전자에서는 대위책임인 사용자책임을 인정하기 위하여 직접 가해자인 미성년자의 책임능력을 인정할 필요가 있었기 때문이고, 후자에 있어서는 보충적 책임인 부모의 책임을 인정하기 위하여 직접 가해자의 책임능력을 부정할 필요성에 서 나왔다고 해석되고 있다.
- 24) 大判 大正6(1917)年10月27日 民錄23輯1867頁

아니라면 보증인은 특약이 없는 한 그것에 대한 이행의 책임이 따르는 것이 아니다. 계약의 해제는 계약상의 채무관계를 소급적으로 소멸시키는 것으로서 원상회복의 의무는 이미 이행된 급부가 그 원인인 채무관계의 소멸로 인하여 법률상의 원인이 없게 되기에 이른 것으로써...”라고 하여 계약 해제시 그로 인한 손해배상의무에 대해서는 보증인은 그 책임이 없다는 확립된 입장을 수십 년간 취해왔다. 그러나 그 후 “...그렇지만 특정물의 매매에 있어서의 매도인을 위한 보증에 있어서는 통상, 그 계약으로부터 직접 발생하는 매도인의 채무에 대하여 보증인이 스스로 이행의 책임을 진다고 하기보다도 오히려 매도인의 채무불이행에 기인하여 매도인이 매수인에 대하여 부담하여야만 하는 채무에 대하여 책임을 지는 취지라고 해석하는 것이 상당하기 때문에 보증인은 채무불이행에 의하여 매도인이 매수인에 대하여 부담하는 손해배상의무에 대하여는 물론, 특히 반대의 의사표시가 없는 한 매도인의 채무불이행에 의하여 계약이 해제된 경우에 있어서의 원상회복의무에 대하여도 보증 책임을 지는 것으로 인정하는 것이 상당하다.”고 하면서 명시적으로 판례변경을 한 바 있다.²⁵⁾

또 한 가지 예를 들어 보면, 양도금지 특약의 적용범위와 관련하여, 종래의 대심원 판결²⁶⁾에서 비롯된 확고한 판례입장에 따른 원심을 파기환송하며 판례를 명시적으로 변경하였는데, 즉 “원판결은 전부명령에 의한 채권의 이전에 대하여도 민법 제466조 제2항의 규정이 준용되는 것으로 해석하고, 전부명령을 받은 채권자가 당시 양도금지의 특약의 존재에 대하여 악의인 경우에는 전부명령에 의하여 그 채권을 취득할 수 없다고 판시하였다. 그러나 양도금지의 특약이 있는 채권에 대해서도 압류채권자의 선의·악의를 묻지 않고 압류 또는 전부명령에 의하여 이전할 수 있는 것으로서, 이에 대하여 동법 제466조 제2항

25) 最判 昭和40(1965)年6月30日 民集19卷4号1143頁. 우리 학설과 판례도 동일한 입장을 취하고 있다. 타인간의 계약에 있어 그 계약상의 여러 가지 의무를 부담하는 당사자의 일방을 위하여 그 계약을 보증한 보증인은 상대방에 대하여 특단의 사정이 없는 한 피보증인의 채무불이행으로 인하여 그 계약이 해제되었으므로 인한 피보증인의 원상회복의 의무에 대하여도 책임을 진다(대법원 1972. 5. 9. 선고 71다1474 판결).

26) 大判 大正4(1915)年4月1日 民錄21輯9卷422頁.

의 적용 또는 유추적용을 하여야만 하는 것은 아니라고 해석하는 것이 상당하다.”고 하였다.

이처럼 다이쇼시대에는 많은 판결들이 나왔고 또한 그 후 판례가 변경된 경우도 있었지만, 어쨌든 일본 민법학에 많은 영향을 준 것은 사실이다. 그렇다면 이러한 다이쇼시대의 판결이 우리 민법학에 어떤 영향을 주었는가와 관련하여 장을 바꾸어 논해 보겠다.

IV. 大正時代 判決의 우리 民法學에의 影響

1. 不法行爲法の 立法過程에서의 影響

1) 日本 民法 立法者の 見解

다이쇼시대에 나온 판결을 기초로 그 후 일본민법의 결함과 불비가 지적되어 해석에 심한 변화를 가져온 분야 중 불법행위 규정만큼 극심한 분야도 없다. 이것은 ‘권리’개념과 불법행위법이 표리관계에 있기 때문인데, 일본 민법 제709조에 대한 해석의 변화를 살펴보면 잘 드러난다.²⁷⁾

본래 일본 구민법 재산편 제370조 제1항에 의하면 「과실 또는 해태에 의하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 배상할 책임을 진다.»고 규정하고 있었다. 여기에서는 손해를 가했다고 하는 사실만이 명시되고, 그 원인으로 되는 사실에 대하여는 명확하게 정해져 있지 않았다. 이에 반해 일본 현행민법 제709조에서 ‘권리침해’를 불법행위의 요건으로 한 이유에 대하여 일본 민법 입법자는 “불법행위에 관한 규정은 ‘이미 존재하는 타인의 권리를 보호하는 것’이기 때문에, 어디까지나 권리로 인정되는 것을 침해함으로써 손해가 발생한 경우에 한하여

27) 영업이익 침해와 관련하여 일본 판례의 변화를 살핀 문헌으로는, 拙稿, 「영업이익의 침해와 위법성」, 『민사법학』 제30호(한국민사법학회, 2005), 80면 이하 참조.

배상책임을 인정해야만 한다. 예컨대 단골 고객을 잃어 영업상 손실을 입은 경우도 확실히 ‘손해’가 발생하고 있을지 모르나 권리에 대한 침해를 받고 있는 것은 아니다. 여기에서 손해가 발생한 것만으로 좋다고 한다면 소위 ‘경계’가 없게 되고 불법행위가 성립하는 범위가 ‘매우 불명료하게’ 될 우려가 있다. 따라서 이러한 경우에는 배상책임이 인정되지 않는 것을 보여주고 불법행위가 성립하는 범위를 명확하게 하기 위하여 ‘권리침해’라는 요건을 정한 것이다.”고 설명하고 있다.²⁸⁾ 즉 일본민법 제정 당시에는, “기존의 법체계에 있어서 권리로 인정된 것을 침해하는 것이 아닌 한 불법행위는 성립하지 않는다”고 하는 입장이 지배적이었던 것을 알 수 있다.²⁹⁾

그런데 이러한 권리침해를 요건으로 하는 불법행위법 규정에 심한 변화를 몰고 온 중요한 사건들이 있었다. 우리에게는 ‘大學湯 事件’³⁰⁾만이 이러한 계기가 되었다고 알려져 있으나, 그 전부터 ‘大阪알칼리 事件’³¹⁾ ‘信玄公旗掛松 事件’³²⁾으로 이어지는 ‘권리침해의 붕괴’를 가져온 일련의 중요한 판례들이 있었기 때문인데, 이를 소개하면 다음과 같다.

2) 權利侵害 概念의 崩壞

‘大阪알칼리 事件’은, 유산제조, 비료제조 등을 하는 오사카 알칼리 주식회사의 매연에 의하여 농작물 피해를 주장하는 사람들이 손해배상을 청구한 사건이다. 즉 공장에서 약 2정보 남짓 떨어진 경지의 지주와 소작인 등 36명이 위 공장에 대하여 유해가스에 의한 농작물 수익 감소분의 배상을 요구한 것이다.

28) 『法典調査會民法議事速記録』第40卷 日本學術振興會版, 一四四丁裏이하의 穂積陳重위원의 취지 설명. 이 설명에 대한 논의는 瀨川信久執筆, 『民法典の百年(第3卷)』(有斐閣, 1998年), 559면 이하; 山本敬三, 「不法行爲法學の再檢討と新たな展望 - 權利論の視点から」, 『法學論叢』第154卷(2004), 292면 이하 참조.

29) 瀨川信久, 앞의 책, 559면 이하 참조.

30) 大判 大正14(1925)年11月28日 民集4卷670頁.

31) 大判 大正5(1916)年12月22日 民錄22輯2474頁.

32) 大判 大正8(1919)年3月3日 民錄25輯 356頁.

이 사건에서 대심원은, “화학공장에 종사하는 회사 기타의 자가 그 목적인 사업에 의하여 발생할만한 손해를 예방하기 위하여 위 사업의 성질에 따라 상당한 설비를 갖춘 이상은 우연히 타인에게 손해를 입혔어도 그것으로써 불법행위자로서 그 손해배상의 책임을 질 수는 없다. 왜냐하면 이러한 경우에 있어서는 위 공업에 종사하는 자에게 민법 제709조에 소위 고의 또는 과실이 있다고 말할 수 없다. 따라서 원심이 ... 황산가스의 배출을 방지하는데 상당한 설비를 하였는지 여부를 묻지 않고 단지 위 회사를 불법행위자로 단정한 것은 위의 불법행위에 관한 법칙에 위배된 것으로서 원판결은 파기환송을 면치 못한다.”고 한 바 있다.³³⁾ 이 판결은 공해사건에 있어서의 과실의 의의를 대심원이 처음 밝힌 것으로써, 과실이 인정되려면 단지 손해의 예견가능성으로는 족하지 않고 여기에 사업의 성질에 따라 손해방지를 위한 상당한 설비가 갖추어져 있지 않을 것을 요구하고 있다. 이것은 오늘날의 ‘결과회피의무위반’이라는 과실의 일반 개념에 대응되는데, 이 판례를 기초로 권리침해의 문제가 ‘과실’의 유무라고 하는 유책성의 문제로 바뀌게 된 것이다.

한편 그 뒤에 나온 ‘信玄公旗掛松事件’을 살펴보면 다음과 같다. 중앙선 히노하루역(日野春驛) 부근에 타케다 신겐(武田信玄)³⁴⁾이 깃발을 기대어 세웠다고 하는 ‘信玄公旗掛松’이라고 불리는 유서 깊은 소나무가 있었다. 당시의 철도청(국가)이 그 소나무로부터 불과 1間(약 1.8미터) 미만의 지점에 철도선로를 부설하고, 그곳을 열차 교체의 정차장으로 하였기 때문에 이 노송은 기차의 매연에 의하여 고사하였고, 이로 인하여 소나무의 소유자가 철도청에 대하여 손해배상을 청구한 것이다. 이 사건에서 대심원은, “권리의 행사라고 할지라도

33) 그 환송심[大阪控判 大正8(1919)年 12月 27日 新聞 1659号11頁]에서는 우선 결과에 대한 예견이 있었다고 하고, 여기에 가스의 분출을 방지하는데 대하여 당시 기술자가 할 수 있는 적당한 방법을 다하였다고 할 수 없다. 금광호 설비의 일부가 노후화하고 환기장치도 붙어 있지 않고, 또한 국뚝의 높이도 독일, 미국 등의 예와 비교하여 불충분하다고 서술하고 이러한 영업을 하는 것은 권리라고 할지라도 타인의 수확에 손해를 초래하지 않도록 주의하고, 결과방지를 위하여 수단을 강구하여야만 하는 것은 당연한 이치라고 하였다.

34) 일본 戰國時代(1493년경~1573년경)의 무장

법률에 있어서 인정된 적당한 범위 내에서 그것을 할 것을 요하므로, 권리를 행사하는 경우에 있어서 고의 또는 과실에 의하여 그 적당한 범위를 넘어 타당하지 않은 방법으로 타인의 권리를 침해한 때에는 침해의 정도에 따라 불법행위가 성립하는 것은 당연 판결이 인정하는 바이다. 그렇다면 그 적당한 범위는 무엇인가. 무릇 사회적 공동생활을 하는 자 사이에 있어서는 1인의 행위가 타인에게 불이익을 주는 것을 면할 수 없는 바로서 이 경우에 있어서 항상 권리의 침해가 있는 것으로 할 수는 없다. 그 타인은 공동생활의 필요상 그것을 인용하지 않으면 안된다. 그렇지만 그 행위가 사회관념상 피해자에게 있어서 인용해야만 하는 것으로 일반적으로 인정되는 정도를 넘은 때에는 권리행사의 적당한 범위에 있다고 말할 수 없는 바로써, 불법행위라고 해석하는 것이 상당하다.”고 하여 소위 ‘수인한도론’을 근거로 원고의 청구를 인용한 바 있다.³⁵⁾ 이 판결은 국가권력이 강한 당시의 시대상황에서 피해자 구제를 위해 국가권력에 불리한 판결을 하였다는 점에서도 주목되는 판결이다.³⁶⁾ 아울러 권리 절대 사상 하에서의 ‘권리의 행사는 권리를 행사하는 것이기 때문에 적법하다’는 권리개념을 붕괴하고 권리남용을 인정하여, 권리의 행사라도 적당한 범위를 넘으면 권리의 남용으로 되고 또한 불법행위도 된다는 점을 보여준 판결이라는 점에서도 유명하다.

여기서 대심원이 불법행위의 성립을 이끌기 위해서 사용한 권리남용이라는 방법은 오늘날에는 더 이상 사용되지 않는다. 그 이유는 위법성 개념의 등장으로 인하여 권리남용인지 아닌지가 중요한 것이 아니라 그것이 단지 위법하다고만 하면 되기 때문이다. 이러한 입장변화를 가져온 것이 다름 아닌 ‘大學湯

35) 재미있는 사실은 信玄公旗掛松이라고 불려져 온 그 소나무는 소송에서의 감정 결과 그 연령으로부터 보아 타케다 신겐(武田信玄)의 시대의 것은 아니라는 점, 즉 타케다 신겐(武田信玄)과는 관계 없는 것이었던 것이 판명되었고, 그 때문에 판결에서 원고에게 인정된 손해배상액은 얼마 안되는 것으로 되었다[良永和隆, 『民法基本判例解説(156) 權利濫用と不法行爲』, 『みんけん』(2006), 36면].

36) 당시의 시대배경, 시대사조 하에서 어떻게 이러한 판결이 나왔는가에 대해서는 川井健, 『民法判例と時代思潮』(日本評論社, 1981), 241면 이하 참조.

事件³⁷⁾이다. 이 사건에서 일본 대심원은, 영업이익이 권리가 아니라는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심의 입장을 파기하였다. 엄밀한 의미에 있어서는 아직 권리라고 할 수 없는 것이라도 법률상 보호하여야 하는 하나의 이익에 대한 침해, 즉 우리의 법률 관념상 그 침해에 대하여 불법행위에 기한 구제를 부여할 필요가 있다고 생각되는 이익이라면 보호하여야 한다고 한 것이다.

이러한 판례의 입장에 대하여는, 권리침해라는 요건을 뚫으로써 불법행위책임이 부당하게 확장되는 것을 막겠다는 당초의 의도로부터, 사회상황이 변화함으로써 보호해야 할 이익이 다양화함에 따라 그러한 이익을 권리로서 구성하겠다는 가치변화를 판례가 받아들인 것이라 한다.³⁸⁾ 다만 판례에서는 권리침해의 외연의 확장에 초점이 맞추어진데 불과하였지만, 이러한 판례의 입장변화를 받아들여 한층 더 나아가 ‘권리침해로부터 위법성으로’라는 이론을 정립한 사람이 末川博이다. 그는 고의 또는 과실인 위법행위에 의하여 입은 손해의 배상이야말로 불법행위책임의 본질이라고 함으로써, 불법행위의 객관적 요건의 중핵에 위법성을 위치시키고 권리침해는 위법성의 하나의 징표에 불과하다는 견해를 정리하였다.³⁹⁾ 즉 법률질서를 파괴하는 그 자체를 막는 것이 불법행위제도의 본질이고 권리는 그 법률질서가 부분적이고 주관적으로 발현한 것에 지나지 않기 때문에 권리침해로 인정되지 않아도 법규위반과 공서양속위반으로부터도 위법성, 따라서 불법행위책임이 인정된다는 것이다. 이 해석론은 ‘상관관계이론’으로 발전되었고,⁴⁰⁾ 이 상관관계설은 그 후 일본 판례의 지지를 얻어 1970년대 전반까지는 거의 이론이 없는 상황이었다.

37) 大判 大正14(1925)年11月28日 民集4卷670頁.

38) 이에 관해서는 林良平, 「不法行爲における相關關係理論の位置づけ」, 『近代法における物權と債權の交錯』(有信堂高文社, 1989), 267면 이하 참조.

39) 末川博, 『權利侵害論』(日本評論社, 1949), 292면 이하.

40) 我妻榮, 『事務管理・不當利得・不法行爲』(日本評論社, 1937), 144면 이하.

3) 損害賠償 範圍에 관한 規定의 類推適用

한편 일본 민법 제709조 이하의 불법행위에 관한 규정에는, 우리 민법 제763조와 같이 손해배상의 범위에 대하여 언급하고 있는 어떠한 규정도 없다. 일본 민법 입법자는 이에 대하여, “원인결과의 관계가 있는 이상은 그 결과의 전부에 대하여 책임을 져야만 한다고 하는 것이 상당하다.”고 하면서, 채무불이행과 달리 가해행위와 인과관계가 있는 손해에 대해서는 모두 책임을 지도록 하는 설명을 하고 있다. 그러나 한편으로는 불법행위라도 무제한으로 배상하여야 하는 것은 아니고, 법관에게 원인과 결과의 관계가 있는가를 판단하게 하여 법관의 판단에 따라 일정한 배상범위를 한정하여야 한다는 입장도 명확하게 밝혔다. 결국, “불법행위는 천대만상의 모습으로 발생하기 때문에 계약에 관한 제416조⁴¹⁾와 같은 규정을 두지 않고, 현명한 재판관에게 맡기는 방법이 안심이라고 생각한다.”고 하여 불법행위에는 손해배상 범위에 관한 규정을 두지 않은 것이다.⁴²⁾

판례와 학설은 민법 제정 이후 입법자의 견해에 따라 불법행위에는 제416조의 적용이 없다고 고려해 왔다. 예컨대 불법행위에 대한 손해배상청구사건에서 당해 손해는 피고의 예상외의 특별사정에 의한 손해라고 하는 상고에 대하여, 불법행위에 대하여는 제416조와 같은 규정이 없기 때문에 통상 발생할만한 손해인가 특별한 사정에 의하여 발생한 손해인가를 물을 필요 없이, 당해 손해에 대한 예견가능성은 문제로 되지 않는다고 하였다.⁴³⁾ 그런데 그 후 독일법학의 학설계수의 대표자인 이시자카와 하토야마에 의하여 보다 이론적인 설명이 시도되었다. 즉 독일의 상당인과관계설을 직수입하여 불법행위의 배상범위를 규

41) 제416조(손해배상의 범위) ① 채무의 불이행에 대한 손해배상의 청구는 이에 의하여 통상 발생할만한 손해의 배상을 하는 것을 그 목적으로 한다. ② 특별한 사정에 의하여 발생한 손해라도 당사자가 그 사정을 예견하거나 또는 예견할 수 있었을 때에는 채권자는 그 배상을 청구할 수 있다.

42) 日本近代立法資料叢書 5, 『法典調査會民法議事速記録』(1984), 305면.

43) 大判 大正4(1915)年2月8日 民錄21卷81頁.

을하여야 한다고 주장하거나,⁴⁴⁾ 인과관계의 의의로써 상당인과관계설이 정당하다고 하면서 제416조는 상당인과관계를 규정하고 있기 때문에 불법행위에 대하여도 동조를 적용할만하다⁴⁵⁾고 한 것이다.

한편 당시의 이러한 사조를 반영하여 일본 민법 제416조의 규정을 불법행위에도 유추적용하여야 한다고 하는 유명한 판결이 나왔는데, 이것이 바로 ‘富喜丸事件’⁴⁶⁾이다. 이 사건은 선박(富喜丸)이 충돌하여 침몰하고 그것에 대한 손해배상이 문제로 된 사건인데, 사건 당시 제1차 세계대전으로 인해 선박 가격이 크게 변동한 상황에서⁴⁷⁾ 어느 시점에서의 선박 가격을 기준으로 하여 배상액을 정하여야 하는가가 쟁점으로 되었다. 이 사건에서는 배상액을 산정하는 기준시의 문제를 배상범위 확정의 문제와 동일시 한 후, 가해자는 일반적으로 관찰하여 상당하다고 인정되는 범위에 있어서만 배상책임을 져야만 하고, 제416조는 상당인과관계의 범위를 정한 규정으로써 그것은 불법행위에 기한 손해배상의 범위를 정하는데 대하여도 유추적용 되어야만 한다고 하였다. 즉 “민법 제416조는 공동생활의 관계에 있어서 사람의 행위와 그 결과와의 사이에 존재하는 상당인과관계의 범위를 명확하게 한 것에 지나지 않으므로 불법행위에 기한 배상범위를 정하는 경우에도 동조의 규정을 유추적용 하여야만 한다.”고 하면서, “따라서 피해자가 물건의 특수한 사용수익에 의하여 얻은 이익을 잃은 경우에는 동조 제2항에 준거하여 불법행위 당시에 있어서 장래의 이익을 확실하게 얻을 수 있다는 것을 예견하거나 또는 예견할 수 있을 특별한 사정이 있다는 점의 주장입증이 필요하다”고 하였다.

이러한 제416조의 불법행위에 대한 유추적용이라는 입장에 대해서는 유력한 비판도 있다.⁴⁸⁾ 특히 민법 제416조는 계약위반의 경우를 대상으로 한 규정으로

44) 石坂晋四郎, 『日本民法第三編債權總論』上卷(有斐閣, 1916), 315면.

45) 鳩山秀夫, 『日本債權法(總論)』(岩波書店, 1916), 63면.

46) 大判 大正15(1926)年5月22日 民集5卷386頁.

47) 사건 당시 약10만 엔의 가격이 최고 약 190만 엔까지 상승하고, 후에 다시 10만 엔 정도로 내려감.

48) 末弘嚴太郎, 『民法雜記帳』下(日本評論社, 1953), 18면; 平井宜雄, 『損害賠償法の理論』(東京大

서, 불법행위에 대하여도 이것이 타당하다고는 할 수 없다고 한다. 즉 채무불이행의 경우에는 당사자가 합리적 계산에 기초하여 체결된 계약으로 결합되어 있기 때문에, 채무불이행에 의한 손해에 대하여 예견가능성을 문제삼는 것은 의미가 있으나, 아무런 관계가 없는 자 사이에서 돌발하는 불법행위에 있어서는 고의의 경우는 어떻든 간에 과실에 의한 경우에는 손해의 예견가능성은 거의 문제될 수 없기 때문이라고 한다. 그런 점에도 불구하고 제416조를 유추적용한다면 특별손해의 배상이 곤란하게 되고, 그 불합리한 점을 회피하기 위하여 통상손해와 예견가능성을 의제시킬 수는 없다고 한다. 그러나 이러한 비판에도 불구하고 위 판결 이후 판례는 최근까지 일관되게 제416조의 유추적용설을 유지하고 있고 다수설에 의하여 지지되어 왔다.

4) 우리 民法 立法에의 影響

그렇다면 이러한 다이쇼시대에 나온 판결과 당시의 일본 학설이 우리 민법에 어떻게 영향을 미쳤는가가 문제된다. 우리 민법 제750조는, 우리 구민법이 타인의 권리 침해를 불법행위의 일반적 요건으로 규정하였던 것과 달리 고의·과실과 위법성에 의하여 불법행위책임을 인정하고 있다. 이것은 ‘권리침해의 경우뿐만 아니라 위법행위로 인하여 이익을 침해한 경우 전부를 포함시켜야 한다는 現時의 학설을 입법화 한 것’⁴⁹⁾이라 한다. 여기서 현시의 학설이 어떤 학설인지 명확하지는 않지만, 당시의 입법과정에서의 논의를 분석해 보면 앞에서 살펴본 일본의 ‘권리침해에서 위법성으로’라는 해석방법이 우리에게 미친 영향에 기인한 것으로 추측된다.

즉 법전기추위원회에서의 “민법 중 총칙의 大部, 채권, 물권의 각 편은 별로 고칠 것이 없고 종래의 학설상 조문이 불명확하다고 하던 것만 추출하여서 보수하면 될 것”이라는 주장⁵⁰⁾이나, “듣건대 행정명령 제3호에 연원하는 법전기

學出版會, 1978), 453면 이하 참조

49) 이태준·유민상 편저, 『주석 신민법』(일조각, 1958), 226면.

초위원회에서는 최근 그 기초행동에 맹렬한 전진을 하고 있다 한다. 조선말로 된 ‘법전’이란 것을 口號로 하고 일본법전의 번역법전일지라도 우리 정부가 서는 날부터는 우리 법전을 갖자, 이렇게 爲하여는 일본법전을 토대로 하고 그 중에서 (가) 민주주의이념에 나타나게 어지러지는 諸제도의 應急的 改革과 (나) 현대법학설로써 뚜렷이 입법의 실수로 지목되어 있는 諸제도의 부분적 개정이란 두 이념 아래 基本諸法典의 개정을 급속도로 꾀하고 있다 한다.”고 하는 서술을 보면 추측될 수 있다. 또한 “민법이 불법행위의 제2의 요건을 구민법과 같이 권리침해라고 하지 않고, 위법행위로 고친 것은 위에서 말한 불법행위제도의 새로운 지도이념을 실정법적으로 채택한 것으로서 극히 중요한 의미를 가지는 것이다. 다만 구민법의 해석으로서도, 법문이 권리침해라고 하고 있었음에도 불구하고, 불법행위제도의 새로운 지도이념이 고조된 이후로는, 학설·판례는 차츰 권리의 개념을 널리 해석하고, 결과적으로는 민법과 같이 위법한 행위이면 좋다고 하는 이론을 확립하였었다. 그러나 학설·판례가 그러한 결론에 도달했다는 것과 실정법상으로 이것을 명언한 것과는 의의가 다르며, 이러한 입장에서 민법은 구민법보다도 새로운 지도이념에의 일보 전진을 보였다고 할 수 있다.”⁵¹⁾고 하고 있다.

이러한 입법의 의의에 대하여는 다음과 같이 설명된다.⁵²⁾ 구민법 당시는 자유경쟁의 방임시대라 아직 권리로써 확고한 형태가 성립하지 않은 것은 설혹 침해하여도 불법행위가 되지 않고 그것을 자유경쟁의 범위 내에 두었던 것이다⁵³⁾. 즉 고의 또는 과실에 의한 권리의 침해를 불법행위의 요건으로 한정함으로써 시민의 경제적 자유경쟁의 보장을 꾀했던 것이다. 그러나 권리의 침해를 엄격하게 해석함에 따른 정의판념 또는 법감정과의 괴리가 드러나자 학설과 판례는 ‘권리의 침해’를 확장 해석하여 ‘법률이 보호하기에 적합한 이익의 침

50) 曉堂學人, 「法典編纂에 대하여」, 『법정』 3권 6호(1948), 10면.

51) 김중환, 『민법대의』(박영사, 1972), 455면 참조.

52) 이에 대한 자세한 내용은 박윤직 대표편집(이상훈 집필부분), 『민법주해』 제18권 체권(11)(박영사, 2005), 205면 이하 참조.

53) 이회봉, 「불법행위와 위법성」, 『법학과 민사법의 제문제』(나남출판사, 1986), 435면 이하 참조.

해'라고 하기에 이르렀다. 나아가 그로써도 만족하지 못하고 '권리의 침해'만을 요건으로 규정한 구민법에 대하여, 권리의 침해는 위법행위의 대표적인 것이므로 행위의 위법성을 권리로서 표현함에 불과하고 따라서 문자에 의하여 옹색하게 해석할 것이 아니라 정면으로 '위법성 있는 행위'로 보아도 무방할 것이라는 논거를 내세운 것이다.

제750조에 대해서는, "이상과 같은 이유에서 구민법이 권리침해를 요건으로 한 데 대하여, 현행민법이 '위법성'을 요건으로서 요구하고 있는 것은 매우 타당한 것이라고 생각한다. 우리나라의 학자들은 모두 민법이 제750조에서 위법성을 불법행위의 요건으로 한 것은 잘 된 입법이라고 만족하고 있다."⁵⁴⁾고 하고 있다.

한편 우리 민법은 제763조를 두어 손해배상의 범위에 관한 제393조를 준용함으로써, 앞에서의 일본의 논의를 입법적으로 해결한 바 있다. "이에 대해서도, 가해자가 배상하는 손해는 가해행위로 피해자에게 준 손해이므로 가해행위와 손해의 발생과의 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 이 인과관계의 범위는 채무불이행에 있어서와 마찬가지로 이른바 상당인과관계에 한함은 민법의 규정상 명백하다."⁵⁵⁾고 하여 일본의 판례의 입장에 대한 학설의 비판을 입법적으로 정리한 것으로 보여진다.

2. 우리 判例 立場에 대한 史的 檢討

1) 全損에 있어서의 營業利益 賠償

우리 판례 중에는 학설의 많은 비판에도 불구하고 '종래 판례의 확고한 입장'에 얽매어 그 입장을 고수하는 것이 있는데 몇 가지 예를 들면 다음과 같다. 물건의 전손의 경우에 있어서의 영업이익 배상과 관련하여 최근 대법원은 그

54) 박윤직, 『채권각론』(박영사, 1987), 649면.

55) 박윤직, 위의 책, 668면.

동안의 확고한 판례입장을 변경한 바 있는데,⁵⁶⁾ 이 사건에 이르기까지 판례는 학설의 비판⁵⁷⁾에도 불구하고 영업용 물건이 멸실된 경우에는 교환가치 상당액 이외의 휴업손해와 같은 영업이익은 배상범위에 포함시키지 않았다. 이러한 판례의 입장은 앞서 언급한 바 있는 ‘富喜丸事件’에서의 판결 내용으로써, “물건의 교환가격은 통상 그 물건의 사용수익을 얻을만한 가치에 대응하기 때문에 그 물건의 통상의 사용가격을 포함한다.”고 하는 입장에서 영향을 받은 것으로 추측된다. 그런데 ‘富喜丸事件’ 판결이 나오게 된 배경을 면밀히 검토해 보면, 위와 같은 교환가격이 물건의 사용가격을 포함한다는 이론을 우리 판례처럼 일반론화 하기에는 무리가 있다는 점이 드러난다. 즉 ‘富喜丸事件’ 판결이 나온 이유는, 제1차 세계대전으로 인한 선박부족 때문에 이 사고 후 船價와 備船料가 매우 급등하고, 이후 선박가격이 급격히 상승하는 시기에 원고가 피고와의 손해배상에 대한 교섭을 미루고 있다가 소를 제기한 점, 용선료가 선박가격과 함께 급등한 점, 대체선박을 구입하지 않고 3년간의 사용이익을 청구한 점 등을 고려하여 형평주의 관념상 배상 범위를 정하고 그 범위에 대한 이유로써 휴업손해에 대한 손해배상을 인정하지 않았기 때문이다.⁵⁸⁾ 그 후 유사한 선박충돌사고에 있어서 조업이 중단된 3개월간의 기간 동안의 휴업손해가 문제된 1977년의 ‘登代丸事件’⁵⁹⁾에서는 일본 최고재판소가 그 손해에 대한 배상을 인정한 바 있다.

최근 판례가 합리적 이유 없이 전손과 일부손을 구분하여 영업이익 배상 유무를 달리해 온 입장을 바꿔 전손에도 영업이익을 배상한 것은 매우 타당하다

56) 대법원 2004. 3.18. 선고 2001다82507 전원합의체 판결. 불법행위로 영업용 물건이 멸실된 경우 교환가치 상당액 이외에 휴업손해도 배상할 범위에 포함시킨 이 판결 이후 많은 판결들이 이에 따르고 있다. 대법원 2004. 3.25. 선고, 2003다20909 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고, 2001다66314 판결; 대법원 2005.10.13. 선고, 2003다24147 판결 등 참조.

57) 김성태, 「불법행위로 인한 손해배상에 있어서 교환가격이 뜻하는 것」, 『민사판례연구』 제13집(민사판례연구회, 1991), 123면; 이은영, 『채권총론』(박영사, 1999), 358면 등 참조

58) 판결 당시의 상황을 상세하게 논하면서 이러한 판단의 부당성을 지적한 문헌으로는, 平井宜雄=栗田哲男 「富喜丸事件の研究」, 一・二 法學協會雜誌88卷1号 62면 이하, 88卷2号 240면 이하(1971) 참조.

59) 最判 昭和56(1981)年 7月 17日 第2小法廷判決昭和五六年(オ)第454号

고 생각한다. 그런데 한편 이처럼 많은 학설의 비판을 받음에도 불구하고, 다이쇼시대의 특수한 사정에서 나온 판결의 입장과 동일한 입장을 여전히 고수하고 있는 판례가 있어 이에 대해 다루어 본다.

2) 相續으로 인한 占有의 承繼

그동안 우리 판례는 많은 학설의 비판에도 불구하고,⁶⁰⁾ 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인이 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없다는 입장을 고수해 왔다.⁶¹⁾ 이러한 판례의 입장에 따르면, 상속인의 선의라는 사정만으로는 새로운 권원에 해당하지 않으므로 상속으로 인한 점유취득시효가 인정되는 경우는 극히 드물게 된다.

그런데 이렇게 상속을 새로운 권원으로 인정하지 않는 입장은 일본에서도 다이쇼시대의 판결⁶²⁾ 이후 1962년까지 일본 판례의 확립된 입장이었는데 그 최초의 판결 요지를 보면 다음과 같다. 즉 “상속 기타 포괄명의의 유증 등에 의하여 점유권을 승계한 일반승계인은 전주의 점유권만 승계할 뿐이라면 다시 신권원에 의하여 자기 고유의 점유권을 취득하지 않는 한 항상 전주의 하자를 승계하여야만 하고, 따라서 전주의 점유가 일반 승계원인에 기인할 때에는 전주

60) 통설적 견해는 제199조를 상속의 경우에도 적용할 수 있다고 보는데, 상속개시 후 상속인이 현실적으로 점유를 취득하기 전까지(당연승계)는 상속이 일어났다는 것만으로는 상속인이 자신만의 고유의 점유를 주장할 수 있는 요건 혹은 권원을 가지는 것으로 볼 수 없지만, 상속인 스스로 현실적으로 점유를 하는 경우에는, 한편으로는 피상속인의 점유의 연장임과 동시에 다른 한편으로는 자기 자신만의 고유한 점유이기도 하므로, 상속이 상속인의 고유 점유를 주장할 수 있는 권원이 될 수 있다고 한다[곽윤직, 『물권법』(박영사, 2006), 262면; 김중환·김학동, 『물권법』(박영사, 1997), 207면; 고상룡, 『물권법』(법문사, 2001), 210면; 김상용, 『물권법』(법문사, 2006), 295면 등 참조].

61) 대법원 1957. 7. 2. 선고 4291민상599 판결; 1966. 3.29. 선고 66다194 판결; 1969. 2.25. 선고 68다2500 판결; 1972. 6.27. 선고 72다535,536 판결; 대법원 1995. 1.12. 선고 94다19884 판결; 대법원 1997.12.12. 선고 97다40100 판결; 대법원 2004. 9.24. 선고 2004다27273 판결 등 참조.

62) 大判 大正4(1915)年6月23日 民錄21輯1005頁

의 점유도 또한 다시 그 전주의 하지를 승계하는 것으로 한다.”고 하고 있다. 그런데 그 이유를 자세히 보면 다음과 같다.

“생각건대, 점유자의 승계인은 그 선택에 따라 자기의 점유만을 주장하거나 또는 자기의 점유에 전주의 점유를 함께 주장할 수 있고 전주의 점유를 함께 주장하는 경우에 있어서는 그 하자도 또한 승계하여야만 하는 것은 민법 제187조가 규정하는 바로써, 점유권의 승계취득에 있어서는 매매, 증여, 교환 등 독립한 신권원으로써의 법률행위에 따라 점유권을 승계하는 경우에는 그 특정승계인은, 한편으로는 전주의 점유를 승계함과 동시에 다른 한편으로는 신권원에 기하여 자기를 위한다는 의사로써 물(物)을 소지하게 되면 자기 고유의 점유권을 취득하게 된다. 따라서 특정승계인은 자기 고유의 점유만을 주장할 뿐만 아니라 나아가 전주의 점유를 함께 주장할 수 있는 선택권을 가진다. 그러나 상속 기타 포괄명리의 유증 등에 의하여 점유권을 승계하는 경우에는 그 일반 승계인은 전주의 점유권을 승계할 뿐이므로 자기 고유의 점유권을 취득할만한 독립한 新權原은 존재하지 않기 때문에 일반 승계인은 다시 신권원에 의하여 새롭게 자기 고유의 점유를 시작하지 않는다 면 항상 자기가 승계한 전주의 점유의 성질 및 하지를 분리하여 주장할 수 없는 것으로 된다. 생각건대 상속인은 피상속인의 인격을 승계하여 법률상 동일인으로 간주할만하여 기타 포괄명리의 유증 등에 의한 일반 승계인도 또한 전주인 유증자 등의 그 物에 대한 지위를 그대로 승계하는데 지나지 않고, 그 사이 새로운 점유를 개시할만한 신권원으로 될 만한 것은 존재하지 않게 된다. 따라서 일반승계인은 항상 전주의 하지를 승계하는 것이고 그 승계한 전주의 점유가 일반승계원인에 기인할 때에는 전주의 점유도 또한 다시 그 전주의 하지를 승계하는 것은 물론이다. 본건에 있어서 원심이 확정판 사실에 의하면 피상고인의 선세대 갑은 메이지 12년 8월 중 상고인의 선세대로부터 계쟁토지를 매수하여 그 인도를 받았지만 지권명의서환(地券名義書換)의 절차를 하지 않았기 때문에 소유권을 취득하기에 이르지 못하고, 소유의 의사로써 평온 공연하게 그것을 점유하였지만 메이지 15년 동인의 사망에 의하여 선대 을이 상속하여 메이지 44년 피상고인이 그것을 상속한 것이다. 따라서 선세대 갑의 점유에는 악의 또는 과실에 기하여 하자가 존재한다고 말할만하다면 선대 을도 또한 상속에 의하여 하자 있는 점유를 승계한 것이 명확하다.

그럼에도 불구하고 전대 을이 상속 이외에 하등의 신권원이 존재하지 않음에도 그 상속에 의하여 하자 없이 고유의 점유를 개시한 것으로 된다고 해석한 것은 점유병합에 관한 법규의 해석을 잘못된 불법이 있어서 원판결은 파기를 면하지 못하고 본건 상고는 이유 있다.”

판결이유를 보면, 먼저 상속인이 피상속인의 ‘인격’을 승계한다는 취지로 판시하였음이 부당한 점은 다언을 요하지 않는다. 그런데, 위 판결의 사실 관계 중에서 중요한 내용 중 하나는 ‘지권명의서환(地券名義書換)’의 절차를 이행하지 않았다는 점이다. 地券制度는 메이지 시대에 들어와 강력한 토지정책을 실현하기 위하여, 정부가 구막부시대의 토지거래의 금령을 해제하고 세수를 위하여 금납 정액으로의 지조제도로 하기 위하여 메이지 5년(1872년)에 창설한 제도이다.⁶³⁾ 지권제도는 토지의 매매나 양도마다 지권을 교부하는 방법으로써, 府縣廳이 ‘地券之証’으로 되어 있는 지권을 발행하였고, 토지거래에 이 지권의 교부가 효력발생요건으로 되었고 벌칙을 가지고 강제하였다. 따라서 당시 강력한 중앙집권형 통치와 토지거래의 엄격화를 시행하기 위한 일환으로써 이를 위반한 사람에게 취득시효를 인정하지 않은 취지로 보이고 있다. 따라서 대심원은 피상속인의 인격을 승계하여 동일인으로 간주할만하여 새로운 점유를 개시할만한 새로운 권원이 없다는 논리를 펼친 것으로 생각한다.

본래 일본 민법 입법자의 견해를 보면, 상속에 대하여도 자주점유로의 변경을 인정하여 상속은 신권원에 해당하는 것으로 하고 있다.⁶⁴⁾ 그런데 당시 시대 상황으로 인하여 이에 대하여 전면적으로 부정하는 입장이 판결로부터 나왔고, 그 후 판례가 이러한 판결요지를 그대로 답습하며 1962년까지 그 입장을 유지한 것이다. 이에 대하여 당시 학설들은 계속하여 그 부당성을 지적하여 왔다.⁶⁵⁾

63) 지권제도를 포함한 부동산공시제도의 연혁에 대해서는 <http://www.aichi-kousyoku.jp/nyusu/kisotisiki/2koujiseido.pdf> 참조

64) 梅謙次郎 『民法要義』 卷之二物權編(1896) 39면 참조

65) 我妻榮 『物權法』(岩波書店, 1932), 319면; 舟橋諱一 『物權法』(有斐閣, 1950), 296면; 柚木馨 『判例物權法總論』(巖松堂書店, 1955), 312면 등 참조

즉 상속도 특별한 사정이 있으면 예외적으로 신권원으로써 인정하여야 한다는 것으로써, 예컨대 상속인이 사정을 알지 못하고 상속에 의하여 소유권을 취득하였다고 생각하고 公租公課를 자신의 명의로 지급하고 토지소유자가 이에 대하여 하등의 이의를 제기하지 않은 경우에는 취득시효를 인정하여야 한다는 것이다. 이에 1962년에 일본 최고재판소는 이를 받아들여, “만약 상고인 선대 선조가 호주상속에 의하여 선대의 선대 甲의 본건 토지에 대한 점유를 승계한 처음부터 선의·무과실이었다고 한다면 동인들이 평온하고 공연하게 점유를 승계한 것은 원 판시에 의하여 명확하기 때문에 10년의 취득시효의 완성에 의하여 본건 토지의 소유권은 상고인에게 귀속하는 것으로 된다. 그렇다고 한다면 원판결은 법령의 해석을 잘못된 위법이 있다고 할 만하여, 논지는 이유가 있고, 이 점에 관한 대심원 판례는 변경할만한 것이다.”⁶⁶⁾고 하여 명시적으로 판례를 변경한 바 있다.

우리 법원이 과거의 일본 판례를 참조하였다는 기록 등을 발견할 수 없어서 일본 대심원 판례가 준 영향을 명시적으로 확인할 수는 없으나, 우리 판례의 확립된 입장과 변경 전 일본 판례의 입장을 비교하고 구민법 규정 방식을 검토해 볼 때 그 영향을 짐작할 수 있다. 즉 우리 판례는 별다른 이유 없이 “상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없고, 또 선대의 점유가 타주점유인 경우 선대로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점유도 상속전과 그 성질 내지 태양을 달리 하는 것이 아니어서, 특단의 사정이 없는 한, 그 점유가 자주점유로는 될 수 없고, 그 점유가 자주점유로 되기 위하여서는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야만 하는 것이다.”는 것이 당원의 확립된 입장임을 밝혀 왔는데, 위 입장은 변경 전 일본 대심원 판결들의 판결요지와 내용이 거의 유사하다. 그런데 판례가 요구

66) 最判 昭和37(1962)年5月18日 民集16卷5号1073頁

하는 소위 ‘새로운 권원’이라는 것은, 우리 판례가 근거로 삼는 현행 민법 제 199조의 규정과는 다소 차이가 있고 오히려 우리 구민법(일본 현행민법) 제185조의 규정방식과 유사하다. 즉 구민법 제185조는 「권원의 성질상 점유자에게 소유의 의사가 없는 경우에는 그 점유자가 자기에게 점유하게 한 자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 또는 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사를 가지고 점유를 개시하지 않으면 점유의 성질은 변하지 않는다.」고 규정하고 판례의 입장은 제185조의 조문을 풀어쓴 것이다. 심지어 일본 판례에서도 그 부당성을 지적하고 있는 상황에서, 별다른 이유 없이 구민법의 규정체계를 판결이유로 답습하며 상속을 소위 ‘새로운 권원’에 포함시키지 않는 것은 적절하지 않은 상황임에는 분명하다.

3) 特定債權 保全을 위한 債權者取消權

우리 판례의 입장 중, 채권자취소권에 있어서 특정물채권의 피보전채권성을 부정하는 입장만큼 학설에 의하여 많은 비판을 받는 판례도 드물다. 민법 제 406조 제1항은 채권자취소권의 요건으로써, ① 채무자의 행위가 채권자를 해하는 행위일 것과 ② 채무자가 채권자를 해함을 알고 한 행위일 것이라는 두 가지 요건을 규정하고 있다. 그러나 우리 판례는 여기에 구민법시대부터 별다른 이유 없이, “채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로, 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도 행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다.”고 하는 확립된 입장을 고수하고 있다.⁶⁷⁾ 이와 같은 판례의 입장에 대하여, 통설은 특정물의 인도청구권이나

67) 朝高判 1925. 6. 9, 민상 제105호; 대법원 1954.11.18. 선고 4286민상37·카5263 판결; 대법원 1959.10. 8. 선고 4291민상432; 대법원 1969. 1.28. 선고 68다2022 판결; 대법원 1977. 6.28. 선고 77다105 판결; 대법원 1991. 7. 23. 선고 91다6757 판결, 대법원 1996. 9.20. 선고 95다1965 판결; 대법원 2001.12.27. 선고 2001다32236 판결 등 참조

소유권이전등기청구권을 가지는 채권자라도 채무자가 그 목적물을 제3자에게 처분함으로써 그 채권은 손해배상청구권으로 변할 수 있는 것이기 때문에, 채무자가 제3자에게 목적물을 처분함으로써 무자력이 되는 때에는 그 행위를 취소할 수 있다고 해야 할 것이라며 비판하여 왔다.⁶⁸⁾

그런데 당초 조선고등법원⁶⁹⁾은 “민법상 채권자취소권에 의하여 보호되는 채권은 반드시 금전채권에만 국한되는 것은 아니고, 적어도 채권자의 권리로서 재산권에 속하는 이상은 동일하게 같은 조 규정의 소권을 행사할 수 있다”고 하였다. 다만, “채권자의 권리로서 물권에 기한 특정물의 인도를 목적으로 하는 경우에, 채무자가 당해 특정물을 다른 사람에게 이전하고 등기, 증명 또는 인도를 한 때에는 채권자는 채권자취소권을 행사하여 위 이전행위의 취소를 청구할 수 없다고 판단하는 것이 상당하다. 왜냐하면, 위와 같은 특정물의 이전에 관하여는 민법 제177조(부동산에 관한 물권의 변동의 대항요건), 제178조(동산에 관한 물권 양도의 대항요건)의 규정이 있고 등기 또는 인도로서 대항요건을 갖추었으므로, 채무자로부터 특정물의 인도를 받은 제3자가 위 규정에 따라 등기 또는 인도의 절차를 이행하였음에도 불구하고 후일에 이르러 특정물에 대하여 소유권을 주장하는 채권자가 채권자취소권에 기하여 대항요건을 갖춘 이전행위를 무효로 하고 이전행위 이전의 상태로 복귀시킬 수 있다고 하면 전기 법조의 취지를 몰각하기에 이른다. 뿐만 아니라 이전행위 이전의 상태로 복귀함과 동시에 채권자는 특정물 위에 소유권을 갖게 되고, 취소의 결과는 단지 1

68) 고상룡, 「부동산의 이중매매와 제1매수인의 보호」, 『고시연구』(1988), 207면 이하; 김옥근, 「채권자취소권의 요건론에 관한 재고」, 『저스티스』(2000), 91면 이하; 김중환·김학동, 『채권총론』(법문사, 1998), 201면; 김용환, 『채권총론』(박영사, 1990), 258면; 김형배, 『채권총론』(박영사, 1999), 400면; 배성호, 「채권자취소권에 있어서 특정물채권의 피보전채권성」, 『인권과정의』 332호(2004), 77면 이하; 양창수, 「채권자취소권의 보전행위와 사해행위」, 『고시계』(1991. 4), 30면; 이상경 집필, 『주석민법』 채권총칙(2)(박영사, 1999), 51면; 장희석, 「채권자취소권에 의하여 보호되는 피보전채권의 성립시기」, 『판례연구』 제11집(부산판례연구회, 2000), 110~111면; 한운수, 「특정물채권자와 채권자취소권에 관한 고찰」, 『법조춘추』(1973. 8.), 34면 이하; 홍준의, 「부동산의 이중매매와 제1매수인의 보호」, 『부동산법학의 재문제』(김기수교수 화갑기념논문, 1992), 245면 등 참조.

69) 朝高判 1917.11. 6, 민상 제227호.

인의 채권자를 이롭게 함에 그치고 총채권자는 아무런 이익도 향수하지 아니하게 되며, 민법 제425조의 취지에도 반한다.”고 하여, 특정물채권에 대하여도 피보전채권의 적격성을 인정하되, 부동산물권변동 규정과의 충돌에 대한 고려에서 취소청구를 못한다고 판단한 것이다. 그런데 1925년 조선고등법원은 부동산 이중매매로 인하여 부동산 인도의무가 이행불능으로 된 사건에서 다음과 같이 판단하였다.⁷⁰⁾

“살피건대 소론 손해배상청구권은 소외인이 원고에 대하여 매매에 기한 의무의 이행을 하지 않아 그 책임질만한 사유로 인하여 이행불능으로 됨으로써 발생한 것으로서, 그 원권(原權)인 본건 부동산의 매매로 인한 채권은 본소 취소청구의 목적인 법률행위의 성립 이전에 존재한 것은 원판결이 확정된 사실이고, 또한 채무의 이행지체 또는 이행불능으로 인한 손해배상청구권은 소위 구제권에 속하여 원권과 동일한 것으로 간주할만하다. 소론과 같다면 채권자의 채권이 특정물의 급부를 목적으로 하는 때에는 민법 제424조에서 정한 소위 채권자취소권을 행사할 수 없는 것은 이전부터 본원 판례가 인정하는 바이다(대정6년 민상 제227호 1917년 11월 6일 언도). 그렇다면 원고가 본소 취소의 목적인 법률행위 성립 당시 이미 그 손해배상청구권의 기초인 원권을 가진 것이라면 손해배상청구권으로 변한 것은 당해 법률행위 성립 이후로써 그것은 취소를 청구할 수 있는 권리가 아니라고 하여야 한다.”

즉 위의 판결을 보면, 조선고등법원은 앞의 판결을 언급하며 특정물의 급부를 목적으로 하는 채권에 기해서는 채권자취소권을 행사할 수 없는 것으로 단정해버린 것이다. 그런데 특정물채권의 피보전채권성을 부정하는 이러한 판례의 입장은 다이쇼시대의 일본 대심원 판결의 입장과도 유사한데, 목재를 이중으로 양도한 사건에서 대심원⁷¹⁾은 “사해행위의 취소권은 채무자가 일반채권자의 공동담보를 해하는 법률행위를 한 경우에 채권자를 구제할 목적으로 있는

70) 朝高判 1925. 6. 9, 민상 제105호

71) 大連判 大正7(1918)年10月26日 民錄24輯2036頁

것으로써, 그 채권자는 사해행위 취소의 결과 채무자에게 복귀한 재산으로부터 평등한 비율로 변제받아 구제받을 수 있으므로, 사해행위의 취소권을 가진 채권자는 금전의 급부를 목적으로 하는 채권을 가진 자가 아니면 안된다.”고 판시하고 있다. 여기서 그 판결이유를 자세히 보면 다음과 같다.

“생각건대, 민법 제424조에는 채권자는 채무자가 그 채권자를 해함을 알고 한 법률행위의 취소를 재판소에 청구할 수 있다고 규정함으로써 일견 특정물의 인도를 목적으로 하는 채권을 가진 채권자도 또한 동조에 의하여 취소권을 가진 것처럼 하여, 즉 어떤 특정물을 매각한 자가 그것을 매수인에게 인도하기에 앞서 계약에 위반하여 그 물건을 이 중으로 악의의 제3자에게 매각하여 그것을 인도한 경우에 있어서 당초의 매수인은 자기의 인도청구권을 사해한 것으로서 제2의 매매행위를 취소할 수 있는 것처럼 보인다. 그렇지만, 민법 제425조에서 전조의 규정에 의하여 한 취소는 총채권자의 이익을 위하여 그 효력을 발생한다고 규정함에 따라 그것을 관철한다면 사해행위의 취소권을 채무자가 일반채권자의 공동담보를 해하는 법률행위를 한 경우에 있어서 채권자에게 구제를 줄 목적으로 한 것으로 해석하는 것이 상당하여 그 채권자는 사해행위 취소의 결과로서 채무자에게 복귀된 재산으로부터 평등의 비율로 변제를 받음으로써 구제를 받는 것으로 하기 때문에 사해행위의 취소권을 가진 채권자는 금전의 급부를 목적으로 하는 채권을 가진 자이어야 한다. 생각건대 금전의 급부를 목적으로 하지 않는 채권은 다른 일반채권자의 채권과 함께 평등의 비율으로써 변제를 받는데 적당하지 않으므로 그 채권에 기하여 채무자의 법률행위를 취소할 수 있게 하는 것은 사해행위의 취소권을 인정할 법률의 정신에 배치되기에 이른다. 따라서 전에 열거한 특정물의 인도청구권을 가진 채권자라면 민법 제424조에 기한 취소권을 가지지 않은 것으로 하지 않으면 안 된다. 원판결 사실적시에 의하면 상고인의 본소 청구의 취지는 상고인은 소외 갑으로부터 본건 계쟁의 목재를 매수하여, 이미 대금을 지급하고 A 장소에서 그 인도를 받기로 약정한 을은 상고인의 위 목재 인도청구권을 사해하였기 때문에 계쟁목재를 피상고인에게 인도하여 피상고인은 정을 알고 그것의 인도를 받음으로써 이 양자사이의 매매의 취소를 청구하였지만 원심이 민법 제434조는 특정물의 인도청구권을 사해한 경우에 적용할 수 없다고 해석하여 상고인의

청구를 기각한 것은 상당하여 상고 논지는 이유 없다.”

이렇게 특정물 채권에 대한 채권자취소권이 문제가 되는 경우는 주로 이중 매매의 경우인데, 위의 대심원 판결이 나오게 된 데에는 다음과 같은 이유가 있었다. 이 문제에 대하여 일본 최초의 판결은 제1매수인의 취소권을 긍정하였는데, 즉 “무자력의 채무자에게 손해배상의 청구를 하여도 실익이 없고, 취소권을 행사하는 이외에 채권보전의 방도가 없기 때문에, 채권자는 금전채권자에 한하지 않고 특정물채권자도 포함한다.”는 것이 그 이유였다.⁷²⁾ 그런데 그 후 바로, “제1매수인에게 취소를 인정한다면 등기를 태만히 하면서도 등기를 한 매수인의 소유권을 뺏을 수 있어서 등기제도를 무시하는 것으로 된다”⁷³⁾ 는 이유로 취소권을 부정하는 판결이 나왔다. 이러한 견해의 不統一性을 바로잡기 위하여 대심원은 연합부 판결을 열어 특정물인도청구권을 가진 채권자는 여기에서 말하는 채권자에 해당하지 않는다고 명언한 것이다.⁷⁴⁾ 이 판결은 당시의 중앙집권체제 하에서 등기제도를 통한 토지개혁을 위하여 정책적 판단을 한 것으로 보여지는데, 다만 판례는 그 이유로써 “채권자취소권은 조문의 취지로 보아 채무자에게 복귀한 재산으로부터 평등한 비율로 변제를 받아야만 하는 것이기 때문에, 취소권을 가진 것은 금전의 급부를 목적으로 하는 채권을 가진 자에 한정되고, 특정물의 인도를 목적으로 하는 채권은 다른 일반 채권자의 채권과 함께 평등의 변제를 받는 데에 적당하지 않다”고 한 것이다.

이 연합부 판결에 대하여 학설들은 반대하여 왔다. 그 이유로써, 특정물 인도를 목적으로 하는 채권도 금전채권과 동일하게 궁극적으로는 채무자의 일반 재산에 의하여 담보되는 점, 2중 매매의 경우 다른 금전채권자에게 취소권의 행사를 인정하면서 특정물채권자가 이것을 행사할 수 없는 것은 형평을 잃는

72) 大判 明治35(1902)年12月3日 民錄8輯11卷9頁

73) 大判 明治43(1910)年3月14日 民錄12輯351頁

74) 大連判 大正7(1918)年10月26日 民錄24輯2036頁. 이에 관한 자세한 내용은 星野英一(林錫璋執筆), 『民法講座』 4 債權總論(有斐閣, 1985), 164면 참조.

다는 점, 제2의 매매가 사해행위로 되기 위해서는 채무자의 무자력과 채무자·수익자·전득자의 악의를 요건으로 하기 때문에 이 행위를 취소할 수 있는 것으로 하여도 조문과 모순되지 않는다는 점 등을 근거로 하였다.⁷⁵⁾ 이에 일본 판례도 그 후 입장을 바꿔, “민법 제424조의 채권자취소권은 총채권자의 공동 담보의 보전을 목적으로 하는 제도이나, 특정물인도청구권(이하 특정물채권으로 약칭한다)이라고 할지라도 그 목적물을 채무자가 처분하는 것에 의하여 무자력으로 된 경우에는 당해 특정물채권자는 위 처분행위를 사해행위로서 취소할 수 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다. 생각건대 이러한 채권도 궁극적으로 손해배상채권으로 변할 수 있는 것이기 때문에 채무자의 일반재산에 의하여 담보되어야만 하는 것은 금전채권과 동일하기 때문이다. 대심원 大正7년 10월 26일 민사연합부판결이 사해행위의 취소권을 가지는 채권자는 금전의 급부를 목적으로 하는 채권을 가지는 자이어야만 한다고 한 견해는 당재판소가 채용하지 않는 바이다.”⁷⁶⁾고 한 바 있다.

V. 맺음말

이상 우리 민법의 제정과정에서 중요한 이론적 작업도구가 되었던 것으로 보이는 다이쇼시대의 판결과 그 후에 전개되었던 일본 학설에 대하여 살펴보았다. 앞에서 본 바와 같이 이러한 판결들에서 비롯된 일본 민법의 불안정성과 결함에 대한 논의는 우리 불법행위법 규정의 제정 과정에서 많은 긍정적 영향을 주기도 하였다. 이로 인하여, 절대권 침해를 불법행위의 구성요건으로 규정하고 있는 일본이나 독일 등에서 학설과 판례가 보호범위 한정문제를 극복하

75) 勝本正晃, 『債權總論中卷卷之三』(巖松堂書店, 1936), 327면; 近藤英吉·柚木馨, 『註釋日本民法債權編總則』上(巖松堂書店, 1934), 264면; 我妻榮, 『新訂債權總論』(一粒社, 1964), 180면 등 참조

76) 最判 昭和36(1961)年7月19日 民集15卷7号1875頁

기 위하여 논리구성하려는 수고를 우리 민법 제750조가 입법적으로 해결해 주었고, 또한 제763조를 통해 손해배상 범위에 관한 논리의 대립을 피할 수 있었다. 다만 상관관계이론에 따른 보호범위의 확정문제나 손해배상 범위의 제한 문제는 여전히 남아 있는 숙제이고, 이것은 우리가 해결해야 하는 연구과제가 된다.

한편 일제 강점기인 다이쇼 시대의 시대적 배경에서 나온 일부 판결이 우리 판례에 영향을 준 것은 아닌가 하는 의문이 드는 몇 가지 사례도 살펴보았다. 물론 법원은 개별 사건의 구체적 타당성이라는 임무뿐만 아니라, 소위 영미법상의 선례구속성의 원칙(doctrine of stare decisis)처럼 그 해석의 통일성을 기하여 향후 동일한 사안에서 어떤 판단이 나올지 시민들에게 예측가능하게 할 의무도 있다. 우리나라의 재판관행에 있어서는 특히 개별 사안마다 어떤 판결이유를 제시하지 않고 지나치게 선례의 판결요지가 그대로 법원의 판단기준으로써 제시되는 경우가 많은데, 선례구속성을 중시한 점도 있는 것으로 생각된다. 그런데 일반적으로 법관이 어떤 재판에 있어서 결론을 도출해 내기 위하여 ‘적용’한 것으로 표명한 규범명제는 그 재판의 정당성 설득을 위한 법이론적 설명에 지나지 않는다. 즉 판결의 결론에 도달하기 위하여 이론적으로 불가결한 전제로써 사용하고 있는 이유가 판결이유(ratio decidendi)로써, 만약 그 설명이 어떤 과거 시대상황에서 나온 것이라던가 합리적 근거가 부족한 것이라면 이것을 그대로 선례규범으로써 승인하는 것은 부적당하다고 생각한다.

본고에서는 다이쇼시대에 나온 중요한 판결들만 검토하고 우리 민법에 끼친 영향을 살펴보았다. 앞에서도 언급하였지만 우리 민법의 중요한 입법자료가 된 메이지 후기부터 쇼와 전기까지의 일본 판결이나 학설사에 대한 연구가 우리 민법학에 중요한 점은 다언을 요하지 않는다. 이 점에 대해서는 지속적인 연구과제로 삼겠다.

■ 참고문헌

1. 주요 참고문헌

- 곽윤직 대표편집(이상훈 집필부분), 『민법주해』 제18권 채권(11), 박영사, 2005.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1989.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 1987.
- 김증한, 『민법대의』, 박영사, 1972.
- 양창수, 「민법안의 성립과정에 관한 소고」, 『민법연구』 제1권, 박영사, 1991.
- 이태준·유민상 편저, 『주식 신민법』, 일조각, 1958.
- 이희봉, 『법학과 민사법의 제문제』, 나남출판사, 1986.
- 曉堂學人, 「法典編纂에 대하여」, 『법정』 3권 6호, 1948.
- 加藤雅信 代表編輯, 『民法學說百年史』, 三省堂, 1999.
- 廣中俊雄 編著, 『民法修正案前三編の理由書』, 有斐閣, 1987.
- 廣中俊雄·星野英一 編, 『民法典の百年』 I 有斐閣, 1998.
- 鳩山秀夫, 『日本債權法總論』, 岩波書店, 1916.
- 近藤英吉·柚木馨, 『註釋日本民法債權編總則』 上, 巖松堂書店, 1934.
- 良永和隆, 「民法基本判例解説(156) 權利濫用と不法行爲」 『みんけん』, 2006.
- 末川博, 『權利侵害論』, 日本評論社, 1949.
- 末弘巖太郎, 『物權法上卷』 自序, 日本評論社, 1926.
- _____, 『民法雜記帳』 下, 日本評論社, 1953.
- 梅謙次郎, 『民法要義』 卷之二物權編, 信山社出版, 1896.
- 山本敬三, 「不法行爲法學の再檢討と新たな展望-權利論の視点から」, 『法學論叢』 第154卷, 2004.
- 石坂晉四郎, 「法律學ノ性質」, 『改纂民法研究』 上卷, 有斐閣, 1919.
- _____, 『日本民法第三編債權總論』 上卷, 有斐閣, 1916.
- 星野英一, 『民法講座』 4 債權總論, 有斐閣, 1985.
- 勝本正晃, 『債權總論』 中卷卷之三, 巖松堂書店, 1936.
- 我妻榮, 『民法と五十年』, 有斐閣, 1967.
- _____, 『事務管理·不當利得·不法行爲』, 日本評論社, 1937.

我妻榮, 『新訂債權總論』, 一粒社, 1964.

日本近代立法資料叢書 5, 『法典調査會民法議事速記録』, 1984.

林良平, 『近代法における物權と債權の交錯』, 有信堂高文社, 1989.

鄭種休, 『韓國民法典の比較法的研究』, 彰文社, 1989.

川井健, 『民法判例と時代思潮』, 日本評論社, 1981.

平井宜雄, 『損害賠償法の理論』, 東京大學出版會, 1978.

平井宜雄·栗田哲男, 「富喜丸事件の研究」, 一·二, 『法學協會雜誌』, 88卷1号, 88卷2号, 1971.

2. 주요 일본 참조판례

大判 明治35(1902)年12月3日 民錄8輯11卷, 9면.

大判 明治43(1910)年3月14日 民錄12輯, 351면.

大判 大正4(1915)年2月8日 民錄21卷, 81면.

大判 大正4(1915)年3月10日 刑錄21輯, 279면.

大判 大正4(1915)年4月1日 民錄21輯9卷, 422면.

大判 大正4(1915)年5月12日 民錄21輯, 692면.

大判 大正4(1915)年6月23日 民錄21輯, 1005면.

大判 大正5(1916)年12月22日 民錄22輯, 2474면.

大判 大正6(1917)年2月28日 民錄23輯, 322면.

大判 大正6(1917)年4月30日 民錄23輯, 715면.

大判 大正6(1917)年10月27日 民錄23輯, 1867면.

大連判 大正7(1918)年10月26日 民錄24輯, 2036면.

大判 大正7(1918)年12月19日 民錄24輯, 2367면.

大判 大正8(1919)年3月3日 民錄25輯, 356면.

大判 大正8(1919)年12月25日 民錄25輯, 2400면.

大判 大正13(1924)年2月7日 民集17卷, 59면.

大判 大正14(1925)年11月28日 民集4卷, 670면.

大判 大正15(1926)年5月22日 民集5卷, 386면.

大連判 大正15(1926)年10月13日 民集5卷, 785면.

最判 昭和36(1961)年7月19日 民集15卷7号, 1875면.

最判 昭和37(1962)年5月18日 民集16卷5号, 1073면.

最判 昭和40(1965)年6月30日 民集19卷4号, 1143면.

<Abstract>

A Critical Analysis on Influence of the Judgment of Japanese Taishō Era into Korean Civil Law

Yoon, Tae-Young*

Japanese Taishō era(1912~1926) is considered the time of the liberal movement known as the “Taishō democracy” in Japan, the golden era of Japanese economics and culture. And the above era is regarded as a remarkable period during which the foundation of current Japanese civil law was laid even though that era did not last long. Judgments made during the era had significant influences on the establishment of a few legal theories and these theories have become the mainstream in the analysis of Japanese civil law upto now.

This study begins with reviewing the judgments made during Taisho era and theories built ever since the era in order to investigate how those theories have affected our country's legislative history and judgments of courts.

The vigorous discussions to overcome the instability and flaws of Japanese civil law had positive effects on the legislative process of the Korean civil law in some degree. For example, The Korean civil law has solved the problem regarding the scope of protection through excluding injury of legal rights from legal components that is generally required in torts. And it also could avoid the collision of logics on the coverage of compensation by enacting article 763. On the other hand, there are still some judgments in which the court adhered to 'the firm position of precedents' and presumably repeated the reasoning

* Assistant Professor, Law School, Ajou University

of judgements of that era in spite of the criticism of theories.

If such a firm position of the court has derived from very specific case of 100 years ago and then became a general doctrine of our court, we can cast a doubt on specific validity of applying these precedents to make judgments on cases nowadays.

[Key Words] Taishō era, Succession of Doctrine, Law of Torts, Codification, Object a Statute

접수일 : 2009.9.10, 심사일 : 2009.9.24~10.5, 게재확정일 : 2009.10.12