

관습법과 관습

- 민법의 관습법개념에 대한 재조명을 위하여 -

이진기*

목 차

- I. 글을 시작하며
- II. 관습법과 관습
 - 1. 관습법개념의 전개
 - 2. 관습법의 성립
- III. 우리나라에서 관습법
 - 1. 전통법제와의 단절과 관습법의 부재
 - 2. 조선관습조사와 그 법사학적 의의
 - 3. 조선민사령에서 관습법의 위치
 - 4. 민법제정과 관습법에 대한 이해
- IV. 현행민법에서 관습법의 조명
 - 1. 민법 제1조의 관습법
 - 2. 민법 제185조와 관습법
- V. 글을 마치며

[국문 요약]

민법 제1조(법원)은 관습법의 법률[제정법]에 대한 보충효 또는 열후효를 규정한다. 이와 달리 제185조는 법률과 관습법을 대등한 위치에 둔다. 이들 사이의 괴리를 풀기 위하여 그 동안 많은 해석이 이루어졌으나, 말끔하고 매끄러운 해석은 아직 보이지 않는다. 이는 문체가 입법 자체의 결함에서 유래하기 때문이다.

민법 제1조는 1937년 제정된 만주국민법 제1조를 거의 문언 그대로 옮긴 법률규정이고, 이는 실정법개념으로 관습법을 채용한 최초의 아시아국가의 민법전이다. 그리고 만주국민법 제1조에 상응하는 법례 제2조는 法源이 아니라 재판규범이었다.

그런데 만주국은 5개 민족으로 이루어진 국가이었으므로, 만주국민법 제1조의 “법령에 규정없는 사항에 관하여는 관습법에 의하며”는 충분한 근거를 가진다. 5개 민족에 공통된 관습법은 존재할 수 없고, 따라서 여기에서 관습법은 개별민족의 관습법이 될 수밖에 없기 때

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

문이다. 그리고 개별민족의 관습법은 일반효를 가진 -법률이 아니라- 법령의 하위이어야 하고, 따라서 보충효와 열후효는 자연스럽다. 그러나 현행민법은 이와 사정을 달리한다.

단일민족으로 이루어진 대한민국에서 관습법은 한민족의 관습법이다. 따라서 관습법은 법률과 대등한 효력을 가진다. 그러므로 만주국민법 제1조는 만주국에서는 옳은 입법이나 대한민국에는 맞지 않는 입법이다.

그러므로 해석의 방법으로 관습법에 제정법과 동일한 효력을 부여함이 옳다. 그러나 문제를 완전히 정리하기 위하여는, 민법 제1조에서 '법률이 없으면'을 '법률 또는'으로 바꾸거나, 조문제목을 '재판규범'으로 하고 '관습법'을 '관습'으로 대체하는 입법조치가 수반되어야 할 것이다. 이는 작은 것을 고침으로써 전체를 구하는 수단이다.

[주제어] 법원(法源), 법률, 법령, 관습, 관습법, 조리, 보충효, 재판규범

I. 글을 시작하며

민법교과서과 연구문헌 그리고 판결에서 관습법의 이름을 들어 특정 법제도를 정당화하기 위하여 노력하지만 실제로는 법사학적 증거가 부족하거나 없는 경우가 종종 눈에 띈다. 이러한 경향은 개화 이후 전통사회와 이별하고 무기력하게 서구법문화와 제도에 안방을 내어준 우리나라의 법제사에서 특히 두드러진다.

법제의 전환은 개념의 전환을 수반한다. 그런데 서구법학을 접하지 못한 전통사회에서 관습법의 정리는 상상할 수 없었다. 그리고 과거에 관습법이 진정으로 있었다 하더라도 서구법제가 무혈입성한 후로는 과거의 관습을 재발굴하고 이를 정리·적용할 필요가 없게 되었고 현실적 가치도 높지 않다. 그럼에도 놓칠 수 없는 우리의 것에 대한 본능적인 탐구의식과 과거의 재조명이라는 사명의식은 자연스럽게 우리를 현재의 법제와 과거의 관습을 서로 묶는 작업으로 인도한다.

관습법의 발굴은 철광석에서 철을 뽑아내는 작업과 비교될 수 있다. 전래의 법을 수집·정리하여 현실의 법률문제에 적용하고 입법자료로 사용하거나 규정화한 독일민법학¹⁾과 달리 서구의 법학 앞에 무방비상태로 노출되어

1) W.Merk, *Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts*, 3.Aufl., 1935, S.7: "hier [im

전통사회와 단절된 우리의 法史는 이런 작업과 익숙하지 않다. 또한 서구법이 계수되기 전의 관습과 관습법에 관한 논의는 우리에게 낯선 영역이라고 하더라도 지나치지 않다.²⁾ 관습의 존재가 관습법이 공론화 또는 이론화되었음을 뜻하지는 않기 때문이다.

법적 확신과 장기간의 관행을 요건으로 성립하는 관습법은 법제사의 고전적인 연구대상이었으며 지금도 여전히 연구대상이다.³⁾ 이는 관습법의 존재와 그 효력에 관한 사항이 법사학에 잔상을 남기기 때문이다. 그럼에도 국민들이 법적 구속력을 가진다고 여기는 관행의 존재가 언제나 명확한 것은 아니다. 전래의 좋은 법(“gutes altes Recht”)으로서 관습법의 승인은 전통과 존속에 의한 법의 정당화(Legitimation)와 밀접하게 결합된 문제이다.

역사는 존재하는 사실을 기초로 하여야 하며, 개인의 주장을 근거짓기 위하여 기대는 언덕이 되어서는 아니된다. 역사는 과시용이 되어서는 곤란하며, 이 명제는 법사학에도 다르지 않다. 이 글에서는 민법의 관습법개념을 중심으로 과거의 관습법에 대한 이해를 개관하고 이어서 과거와 현재의 법의 관계를 설명한다. 이어서 법제사의 시각에서 민법의 관습법개념을 검토함으로써 관습법의 의미·내용을 구체화하는 작업을 진행한다.

II. 관습법과 관습

1. 관습법개념의 전개

관습법(Gewohnheitsrecht)은 아직 제정법전을 가지지 못한 19세기 초반의

deutschen Mittelalter] war das Recht ebenso volkstümlich und Gemeingut wie Sprache, Sitte, Glaube und Kunst.”

2) 또한 독일에서 관습법개념에 관한 고전적인 연구로 G.Fr.Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 1.Teil, 1928; S.Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht - Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, 1.Theil (geschichtliche Grundlegung) I, 1899, 특히 S.202 참조.

3) R.Schulze, Einführung, in: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, 1992, S.9-20, S.9f.

독일의 사회·경제상황 아래 근대민법학이 거둔 학문적 성과물로서, 고유한 관습을 법으로 적용하고 이를 모은 法書를 발간하여 법적 수요에 대처한 중세 독일고유법⁴⁾의 연구과정에서 정착된 법률개념이다. 중세법서의 모범으로 대략 1220년에서 1235년 사이에 Eike von Repgow가 구전되던 관습법을 모아 중세독일어로 간행한 독일最古의 작센法書(Sachsenspiegel)를 들 수 있다. v.Repgow는 그의 유명한 서문(Vorrede)에서 “나 자신이 이 법을 창안하지 않았으며, 그들이 오랜 옛적부터 우리에게 전승하였다. 우리의 훌륭한 조상들이”⁵⁾라고 찬양한다. 작센법서는 법률(Gesetz)이 아님에도 19세기 중반까지 독일의 광범위한 지역에서 직접적용되었고, 19세기에 제정된 일부 분방 국가의 법전들도 그 내용을 수용하였으며, 이는 심지어 그 영향력을 상실한 지역에서조차 보충법 또는 보조법으로 역할을 담당하였다고 한다.⁶⁾

그럼에도 19세기 초반까지도 관습법은 제대로 된 법률용어가 아니었다. “우세하지만 딱 들어맞지는 않는 언어용례가 관습법으로 이름붙인 것”(welches der herrschende, nicht ganz passende Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet)이라는 Fr.C.v.Savigny의 진술⁷⁾은 이를 증명한다. 그리고 관습법이론도 “제정법(Gesetzesrechte)에 선행하는 관습법은 모든 실정법의 최종적인 원천이며 法源으로서 제정법과 마찬가지로 국민의 이성 이 그 효력근거”라고 역설한 역사법학과의 활동으로 비로소 자리잡았다.⁸⁾

관습법은 그 성립의 과거성, 성립된 규범의 장기간의 존속, 항상성

4) Brie, *Gewohnheitsrecht*, S.202: “diese Rechtsquelle[Gewohnheitsrecht] gegenüber der Satzung die entschieden vorherrschende.”

5) “Dit recht hebbe ec selue nicht irdacht. it hebbet uon aldere uns gebracht. vnse güden uoreuaren”(C.R.Sachsze, *Sachsenspiegel oder Sächsisches Landrecht mit Uebersetzung*, 1848, Vorrede, S.26 참조).

6) 대표적으로 Sachsze, *Sachsenspiegel*, Vorwort, IV.

7) G.Fr.Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd.1, 9.Aufl., besorg. v. P.Krüger, 1881, § 13 (S.18); Fr.C.v.Savigny, “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, 1814 (zit. nach: *Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, mit Einf.* von H.Hattenhauer, 2.Aufl., begründet von J.Stern, 2002), S.13f.

8) Motive I, 1888, S.5. 또한 Brie, *Gewohnheitsrecht*, S.202는 로마법의 계수가 있기 전까지 관습법 이론이 없었고 어느 누구도 중세법에서 추출한 독일 중세관습법을 진지하게 포괄적으로 깊이 다루지 않았다고 평가한다. 관습법에 관한 가장 권위있는 고전적 문헌은 G.Fr.Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 1. Teil, 1828 und 2. Teil, 1837.

(Invarianz), 그리고 미사용과 새로운 입법에 의한 관습법의 임의처분가능성을 기준으로 하는 검토·분석을 통하여 그 존재가 확인되고 기록화와 학문화를 거쳐 법으로 승인된 사회규범이다. 그러나 현대의 법학연구는 그러한 규범이 형성·적용되었다고 추정되는 과거사회를 직접 접함이 없이 축적된 경험과 지식에 기초하여 간접적으로 관습법을 추적하므로, 관습법이 꼭 믿을 수 있는 실증자료에만 근거한다고 하여서는 곤란하다.

2. 관습법의 성립

관습법은 국가의 인위적이고 입법적인 개입 없이 사람들이 오랜기간 동안 사실상 지배적으로 준수하고 이로써 법이 된다는 인식을 가지는 행위에 관한 규범효 있는 관습이다.⁹⁾ 종교 또는 언어와 마찬가지로¹⁰⁾ 관습이 법규범으로 승인되기 위하여는 법공동체의 주관적 법효력의사(*opinio necessitatis*, *Rechtsgeltungswille*)와 함께 계속반복되는 객관적인 사실의 관행(*usus*)을 요건으로 한다.¹¹⁾ 대판 1983.6.14., 80다3231도 관습법을 “사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르른 것”이라고 정의한다.¹²⁾ 입법자를 통하여 국민의 법적 확신이 간접적·인위적으로 표상되는 입법[제정법]과 달리, 관습법은 직접 법공동체 성원의 관행에서 발생하는 법으로서 국가를 막론하고 법발

9) K.Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.Aufl., 1979, 345.

10) v.Savigny, “Vom Beruf”, S.9. 이점에서 또한 G.Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, S.5는 “Religion, Sprache, Sitte und Recht waren aus derselben Wurzel hervorgegangen, und entfalten sich, ... im Ganzen doch in einer bewunderungswürdigen Harmonie.”라고 서술한다.

11) H.Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1985, § 3 (S.19f.). 그리고 자치권을 가진 단체의 관습법을 자치관행(*Observanz*)이라고 하며, 이는 단체의 정관과 동일한 범위에서 허용된다. 19세기 중엽에 이르기까지 승인의사 또는 관행을 두고 관습법의 효력근거에 관하여 이론이 나누어졌으나, 이들은 실질에서 서로 분리되기 어려운 요건이라고 할 것이다. 같은 의미에서 L.A.Warnkönig, *Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland*, 1853, § 30 mit Fn.1 (S.40f.) 참고.

12) 이미 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957.11.21.), 16(장경근): “慣習法이라는 것은 客觀적으로 存在하는 것인데 慣習으로서 존재해 있고 이것을 ... 그럴뿐만아니라 國民이 이것은 법이로다하는 法的 確信을 가질만한것에 到達하면 慣習法으로 存在하는데 그存在를 누가 認定하느냐 이것은 結局에는 裁判에서 認定하는것입니다.” 참조.

전의 초기단계에서 사법세계를 지배하는 대표적인 법원이다.¹³⁾ 즉, 관습법은 직접 국민의 관행과 자치에 기초한 법발전으로 형성된 법이다.¹⁴⁾ 그러나 경험적으로 관습법은 국가사상의 강화와 생활관계의 복잡화로 기능을 잃고 뒷전으로 밀려날 수밖에 없다.¹⁵⁾

관습법이 되기 위하여는 어떤 법적 관행이 오래 전부터 實定法이고 지금도 그 관행이 실정법으로 적용되고 있음을 주장·증명하여야 한다. 제정법은 그 존재만으로 직접 적용되나, 관습법은 다시 그의 준수 여부에 관한 法院의 판단이 따라야 하기 때문이다.¹⁶⁾ 관습법은 현존하는 법적 관행을 당연한 전제로 하므로 관행이 관습법의 최소한이다. 여기에서 관행은 법적 의미를 가지는 풍속, 관습 또는 전래의 양속(*longa consuetudo*)의 성질을 가진 규범으로서,¹⁷⁾ 법공동체 구성원의 법적 확신이 움직이고 반응하는 자연적 認識源인 동시에 논의의 대상이 되는 사안에 대한 적용 여부를 판단하기 위한 기준 규범이다.¹⁸⁾ 그러나 아직 관습법으로 승인되지 않은 관행도 그가 유효한 지역에서 의사표시를 보충하는 사실상 관습으로서 작동한다.

관습법으로 발전하는 법적 관행은 그 내용이 합리적이어야 하고, 행사가 일회성이 아니어야 하며 행사되는 관행도 같은 모양이어야 한다. 나아가 관행이 사회구성원의 법적 확신과 일치하여야 하고 전체 법체계와 보조를 맞추어야 한다. 마지막으로 관습의 기저에 놓인 법적 확신은 그 관습이 적용되는 사회에 소속된 관습 행사자의 의사에 의한 진정한 승인이어야 한다.¹⁹⁾ 이는

13) 이미 Puchta, *Gewohnheitsrecht*, S.144f.는 법적 승인은 법이라는 국민의 인식과 반복되는 행위, 즉 적용을 요건으로 하며, 그 결과 생성된 법이 “관행법”(Recht der Sitte이고, ‘관습’(Gewohnheit)은 로마법의 관습(Sitte, *mos*)과 대략 어울리는 독일개념이라고 한다. 같은 태도로 Warnkönig, *Encyclopädie*, § 23 (26); B.Windscheid/Th.Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Bd.1., 9.Aufl., 1906, § 15 (S.79f.).

14) G.Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, S.24.

15) Motive I, S.5.

16) 예컨대 결과에서는 다르지만 Warnkönig, *Encyclopädie*, § 23 (S.27). 관습법의 보충효에 관하여 이미 Isidor von Sevilla, *Etym.*II.10, V.3: “*Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex.*”

17) 예컨대 흔히 관습법으로 분류되는 사실혼은 법률혼제도 아래에서 장려할 만한 선량한 관행이 아니므로 관습법이 될 수 없다. 그러므로 이는 오로지 이해관계인의 보호를 위하여 인위적·목적적으로 창설된 개념으로 보아야 한다.

18) Puchta, *Institutionen*, § 16 (S.22).

법적 확신이 관습법의 효력을 담보하는 보루이기 때문이다.²⁰⁾ 이와 같이 관습법은 법공동체 구성원이 법적 관행을 지배하는 법적 확신을 바탕으로 하여 이를 변함없이 반복적으로 사실상 행사함으로써 성립하고 존속한다.²¹⁾ 이 점에서 관습법을 국민정신의 직접산물이라고 하여도 잘못이 아닐 것이다.²²⁾

이때 관습법으로서의 승인은 법공동체 구성원들이 그의 법적 확신과 부합하는 행동, 즉 그 행사[관행]에 의하여 표상된다.²³⁾ 이를 위하여 관습의 존재에 대한 반대사실이 없어야 하고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않으며 합리성의 요구에 부합하여야 함은 물론이고 최상위규범을 형성하는 헌법을 비롯한 전체 법질서를 위반하지 않아야 한다. 같은 맥락에서 대법원판결도 관습법을 형성하는 사회생활규범은 “헌법을 최상위규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 인정될 수 있”어야 함을 확인한다.²⁴⁾

한편 Puchta는 이전의 견해가 관습법의 성립과 그에 대한 인식가능성을 혼동한 잘못이 있다고 비판하고 ‘법’이라고 믿는 확신이 관습의 존재에 우선함을 강조하였다.²⁵⁾ 여기에 덧붙여 그는 “관습법의 요건인 반복적 행사는 벌써 성립하여 법공동체 구성원의 확신 속에 살아있는 법이 표현하고 체화한

19) Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, § 16 (S.85-88)

20) Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, § 15 (S.77).

21) 대판(전) 2003.7.24., 2001다48781; 대판(전) 2005.7.21., 2002다1178 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.

22) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, S.147f.: “1) Das Gewohnheitsrecht geht aus von dem Volk ..., 2) Sein unterscheidendes Merkmal ist, daß es unmittelbar vom Volk ausgeht. 3) Es existiert in der Sitte des Volkes.”

23) Warnkönig, *Encyclopädie*, § 30 (S.40); Puchta, *Institutionen*, § 13 (S.18); Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, Bd.1, § 15 (S.77); L.Enneccerus/H.C.Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Ein Lehrbuch, Bd.1, 15.Aufl., 1959, § 39 II (S.266).

24) 대판(전) 2003.7.24., 2001다48781. 이는 또한 관습법(사회생활규범)이 권리의 속성과 어울려야 함을 강조한다. 같은 취지에서 Larenz, *Methodenlehre*, S.346(“verfassungskonform”).

25) 다만 K.Cosack/H.Mitteis, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1.Bd. (AT und SchR), 8.Aufl., 1927, § 8 (S.16)은 관습적용자의 의사와 관계없이 관습법은 객관적인 행사만으로 성립하며, 관습이 인정되기 전에는 그 행사는 불법이고 관습으로 승인되면 이는 법이 된다고 한다.

최종결과물일 수 있다”고 한다. 왜냐하면 그러한 법이 존재하지 않으면 사람들이 그러한 행동을 하지 않을 수 있기 때문이다. 이때 관습이 확신에 미치는 영향은 관습에 의하여 확신이 인식되고 공고화하는 정도에 그친다. Puchta의 주장내용은 결국 “관습법은 그 행사로 우리에게 인식될 수 있으나, 인식하는 사람에게는 그 행사로써 비로소 존재한다”로 요약된다.²⁶⁾ 그러나 이는 닭과 달걀의 관계를 두고 벌어지는 논의와 유사한 논의이다. 왜냐하면 관습법이라고 부르기 위하여는 확신이 있어야 하고 확신이 없으면 관습법이 될 수 없기 때문이다.

관습의 권위는 특정 관습에서 법규범을 연역할 수 있다는 사실에 있지만 관습 그 자체가 법을 만들지는 않는다. 그러므로 관습법은 그 존재에 대한 증명과 존재가 인정되는 관습의 내용에 대한 설명과 이해를 요건으로 하여 승인될 수 있으며, 이렇게 발견한 관습법을 언어적으로 구성하는 문제가 그 뒤를 뒤따른다.²⁷⁾ 그리고 과거의 관습[법]을 성문화할 경우에는 성문화할 정도의 가치를 가져야 한다.²⁸⁾ 이를 관습법의 의미, 범위와 효과를 결정하는 ‘문언화와 학문화’(Verschriftlichung und Verwissenschaftlichung)로 줄일 수 있다. 그러므로 무턱대고 관습법을 불문법(*ius non scriptum*)이라고 부르는 것은 옳지 않다.²⁹⁾ v.Savigny는 이를 압축하여 관습법은 일차적으로 습속과 민중의 믿음에서, 그리고 다음 단계에서 법학에 의하여 생성된다고 한다.³⁰⁾

그런데 현대사회에서 고유한 의미의 관습법은 거의 작동하지 않으며 그의 기여가치도 아주 낮다고 하여도 틀린 말은 아니다.³¹⁾ 중세 이래 19세기말에

26) Puchta, *Institutionen*, § 13 mit Fn.a (S.18f.): “Erkennbar wird es[das Gewohnheitsrecht] uns durch die Uebung, für den Erkennenden, kann man sagen ist es erst mit ihr vorhanden.” 그러나 Puchta는 전통적인 견해.

27) Larenz, *Methodenlehre*, S.345. 그리고 언어적 구성은 아직 표현되지는 않았으나 당해 사회적 행위에 내재하는 법적 의미를 밝히고 이를 표현하는 과제를 맡는다.

28) 또한 현행민법의 독회절차에서 제26회 국회정기회의속기록 제32호 (1957.11.8.), 20 이하(현석호)와 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957.11.21.), 16(장경근).

29) 비슷하게 또한 Warnkönig, *Encyclopädie*, § 23 (S.27).

30) v.Savigny, *Vom Beruf*, 15.

31) Cosack/Mitteis, *Lehrbuch* 1.Bd., § 8 (S.16): “... die Rechtsgewohnheit ist - anders als in alten Zeiten! - in der Gegenwart sehr viel ergiebig als das Gesetz”; Larenz, *Methodenlehre*, S.346: “Praktisch spielt das Gewohnheitsrecht im ursprünglichen Sinn so gut wie keine Rolle mehr”;

이르기까지 선제후국을 위시하여 소규모 국가조직들을 기본단위로 하여 구성된 독일과 달리, 현대국가에서 관습은 흔히 모든 국민, 지역 또는 직업군이 아니라 그들 중 일부와 밀접하게 결합되기 마련이다. 그리고 관습은 유행과 같이 쉽게 변하기 쉬운 것이다. 이로 인하여 제정법이 주가 되고 관습법은 겨우 미미한 역할만을 맡을 뿐이다.

그리고 공동체의 법효력의사는 일종의 “擬制”(Fiktion)이다.³²⁾ 관습법은 본래의 정의와 달리 반복된 행위에 의하여 표상되는 일반의 법인식을 별반 고려하지 않는 법학계와 실무의 최고법률가의 담론의 산물이다.³³⁾ 관습법은 법학으로 중무장한 최고법원의 법관이 법학자들이 발견한 법규범을 개별사안에 적용·선고한 판결이 폐기되지 않고 유지될 때에 법학자가 이를 다시 법률과 동등한 규범으로 정형화하여 법학강의와 교과서에 수록하는 과정을 거쳐 정착된다.³⁴⁾ 이것이 바로 法曹法(Juristenrecht)을 매개로 한 慣習法の生成 또는 創設이다.³⁵⁾ 따라서 법원 등 공동체의 기관의 의사가 공동체의 법효력의사에 같음하며, 법원의 확인, 즉 법관의 법형성과 재판관행으로 정착한 法官法(Richterrecht)이 관습법의 주된 부분을 이룬다.³⁶⁾ 이로 인하여 관

동일한 표현은 또한 Hübner, *AT*, § 3 (S.20); G.Dilcher, “Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem”, in: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, 1992, S.21-65, S.23. 다만 이와 달리 오늘날에도 여전히 존재의의를 가지는 관습법이 많고 사회는 낱말이 새로운 관습을 형성하므로 현대사회에서도 관습법의 의의를 경시할 수 없다고 주장하면서 관습상의 법정지상권, 명인방법, 명의신탁과 사실혼을 그 대표사례로 제시한 정종휴, *역사속의 민법*, 1994, 109면 참조.

32) 같은 취지에서 Dilcher, “Mittelalterliche Rechtsgewohnheit”, S.21.

33) 한편 Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, Bd.1, § 16 (S.89).

34) Dilcher, “Mittelalterliche Rechtsgewohnheit”, S.22. 한편 Puchta, *Institutionen*, § 14 (S.19)는 정부를 이러한 몫을 담당하는 기관으로 설명한다.

35) Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, Bd.1, § 15 (S.81). 비슷하게 이미 Warnkönig, *Encyclopädie*, § 23 (S.26f)이 관습법과 법학으로 성립하는 법조범은 구별하기 힘든 친척으로 제정법과 대비된다고 서술한 예가 있다. 이밖에 Larenz, *Methodenlehre*, S.346은 법문제(Sache Recht)에 관하여 법원의 일관되고 지속적인 판결도 관습법으로 분류한다; 같은 취지에서 이영준, *민법총칙*, 2007, 27면 이하: “판례는 법이나 법규범이 아니다. 다만 견고한 판례, 즉 상당한 기간 누차 반복하여 확립된 판례는 ... 관습법으로 되고 ...” 이와 비교하여 학문활동은 특정 국가영역에 그치지 않음을 들어 관습법과 법조범을 구별한 Puchta, *Gewohnheitsrecht*, S.161ff. 참조.

36) 이미 Puchta, *Gewohnheitsrecht*, 181; K.Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.Aufl., 1989, § 1 (S.7f.). 현행민법제정과정에서 같은 지적으로 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957), 15-16면(장경근). 그리고 이는 관습법의 폐지에서도 결국 마찬가지이다. 그러한 경험으로 중증구성원의 자격에 관한 대판(전) 2005.7.21., 2012다1178과 제시주제자의 결정에 관

습법을 일반적으로 법원의 관행, 즉 지속되는 판결활동으로 인위적으로 창설된 법규범이라고 불러도 틀리지 않으며,³⁷⁾ 관습상의 법정지상권이 법관이 관습법의 이름을 빌어 관습법을 만든 대표사례이다.³⁸⁾ 법원에 의한 관습법의 형성은 무엇보다 법적 안정의 확보에 기여한다.³⁹⁾ 한편 관습만이 유일한 관습법의 인식수단이라고 할 수 없고, 그 존재에 관한 유력한 사람[법학자의 증언 또는 기록도 관습법을 직접 증명하거나 그의 증명에 기여할 수 있다.⁴⁰⁾

그런데 법을 다루는 직업법률가는 관습법의 의미에서 법공동체의 성원이 아니고 법공동체의 대표도 아니다. 이로 말미암아 법률가계층을 지배하는 사조 또는 전체 법공동체에는 생소한 법인식이 관습법의 이름으로 포장되는 경우가 일어날 수 있다.⁴¹⁾ 그러나 법률가계층은 폐쇄적이지 않고 전체 구성원들과 직접적인 관계를 가지는 집단이므로 그러한 위험이 낮고 비록 개별 사안에 관한 법률가의 판단이 직접 일반 구성원의 인식에 근거하지는 않지만 오랜 기간의 반복된 행사로 전체 구성원들에게 그들이 법을 행사한다는 인식을 형성할 가능성이 상당하다.⁴²⁾ 이러한 과정을 거쳐 다듬어지고 승인된 관습법은 법률가의 학문활동으로 다듬어지고 채용된 법률규정과 구별되어야 한다.

다음에서는 현행민법에 이르기까지 관습법에 관한 논의의 발전을 살펴본다.

한 대판(전) 2008.11.20., 2007다27670.

37) Enneccerus/Nipperdey, *Lehrbuch*, § 39 II (S.267).

38) 이에 관하여 특히 권재문, 관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰, 법사학 연구 제37호 (2008) 99-127면 ; 이진기, 관습법상 법정지상권의 문제, 비교사법 제18권 3호 (2011) 773-814면 참조.

39) Enneccerus/Nipperdey, *Lehrbuch*, § 39 II (S.268).

40) Puchta, *Institutionen*, § 16 (S.23).

41) Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, Bd.1, § 16 (S.89).

42) 같은 의미에서 Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, Bd.1, § 16 (S.89) m. Fn.8.

Ⅲ. 우리나라에서 관습법

1. 전통법제와의 단절과 관습법의 부재

공·사법을 구분하지 않은 六典體制를 근간으로 하는 전통법제 아래에서 근대법적 의미의 私法은 존재할 수 없었고, 국민 사이의 사적 관계는 행정법 규로 간접적으로 규율됨에 그쳤다.⁴³⁾

구한말인 1895년 설치되고 1905년 부활한 法律起草委員會는 “형법, 민법, 상법, 치죄법, 소송법 등을 조사하여 제·개정하는 법안을 기안함”을 목적으로 한다.⁴⁴⁾ 이밖에 1897년 “먼저古今을 참고하여 損益을 참작하여 一編의 法典을 彙成하여 영구히 변경하지 않는 金石之典을 만들어야 합니다.”는 義政 김병시의 건의를 받아들인 고종의 詔書로 중추원 산하에 校全所가 설치되었고 1899년 이와 별도로 1899년 法規校正所가 설치되었다. 그러나 이들의 활동이 미미하여 개점휴업상태에 있었을 뿐 아니라,⁴⁵⁾ 사법, 특히 민법의 영역에서 이들의 기여를 확인할 수 없다.

19세기까지 별다른 변화를 겪지 않고 유지된 전통법제는 1894년 갑오개혁에서 비롯된 서구법학과 법제도의 자율적·점진적 계수와 일본강점을 즈음한 근대법체계의 전면적 계수로 말미암아 그 역사적 단절을 겪어야 했으며, 이로 인하여 현행법 체계에서 사실상 전통법제를 더 이상 볼 수 없게 되었다.⁴⁶⁾ 여기에 법을 도덕의 실현을 위한 강제장치로 이해한 유교사상의 영향⁴⁷⁾과 制定法과 司法法은 있었으나 法の 學問化를 몰랐던 조선말에 이르기까지의 법률사정⁴⁸⁾은 현행법에서 전통법률생활의 흔적을 발견할 수 없게 한

43) 전봉덕, 『한국근대법사상사』 (1980) 17면 이하; 정공식 편역, 개역판 『관습조사보고서』 (2000) 14면.

44) 1905년 6월 15일 法部令 제7호 『法律起草委員會規定』 제2조. 자세한 사항은 정공식, 『한국근대법사고』(2001), 82 이하 참조.

45) 전봉덕, 앞의 책, 100면 이하.

46) 박병호, 『근세의 법과 법사상』 (1996) 46면은 현재의 법률상태를 그리이스신화의 “프로크루스테스의 침대”(Prokrustesbett)로 묘사한다.

47) 박병호, 위의 책, 497-506면; 전봉덕, 앞의 책, 50면 이하.

48) 조규창, 구한말 서구법계수의 역사적 의미, 『조규창교수논문집』, (1998) 111-127면, 특히 121면 이하; 조규창, 서구법 수용에 있어서 법학교육의 역사적 의미, 『조규창교수논문집』 (1998),

결정적 요인이 되었다.

2. 조선관습조사와 그 법사학적 의의

1) 조선관습조사의 목차와 방법

조선관습조사는 민법을 제정하기 위한 기초자료로 시행된 것이며, 이때 민법은 近代民法典을 말한다. 그러나 이는 민법제정에 관습조사가 반드시 선행되어야 한다는 의미는 결코 되지 않으며, 최근 사회주의체제를 벗어난 국가들의 민법제정사례들이 그 좋은 증거이다.⁴⁹⁾ 조선관습조사는 비록 그 활용도는 높지 않지만 관습의 존재근거로 권위를 유지하여 왔으며 일제강점기에 관습의 존부를 판단하는 중요한 실증적 자료로 사용되기도 하였다.⁵⁰⁾ 일반적으로 그 영향은 법원의 판결과 전세권과 같이 민법전 제정과정에서 관습법의 성문화로 나타난다고 한다.⁵¹⁾

法典調査局이 대한제국의 독립적 민사법전의 편찬을 위한 기초자료를 마련하기 위하여 1908년에서 1910년까지 시행한 조선관습조사는 일본민·상법의 체계에 따라 편별과 질문을 구성한 일본에서의 조사방법을 원용하여 실시되었다.⁵²⁾ 조선관습조사는 민법분야와 상법분야(26개 항목)를 합쳐 전체 206개 항목으로 구성되며 민법분야가 그 주된 부분을 이룬다. 그리고 민법부분의 목차는 일본 민법의 편별⁵³⁾과 같이 판덱텐체계에 맞게 짜여져 있다.⁵⁴⁾

129-166면, 144-146면.

49) 비교, 『관습조사보고서』, 12면은 “관습에 대한 조사, 즉 법생활의 실태에 대한 조사와 이에 대한 이해가 없는 민법학은 물결이 한번 치거나 바람만 몰아치면 곧 쓰러져 버릴 사상누각에 지나지 않는다. 또 그렇지 않다면 자신에 대한 깊은 인식 없이 한낱 외국의 이론을 자기 것인 양 읊조리는 앵무새에 지나지 않을 것이다.”라고 하나 이는 과장이 섞인 평가가 될 수 있다.

50) 『관습조사보고서』, 46-47면; 정궁식, 『한국근대법사고』, 250면.

51) 『관습조사보고서』, 46면.

52) 『관습조사보고서』, 35면 이하; 이상욱, 일제하 전통가족법의 왜곡, 『한국법사학논총』[박병호교수 환갑기념 III](1991), 371-399면, 372-378면.

53) 梅 謙次郎, 韓國の法律制度に就て(下), 東京經濟雜誌 제1514호, 1909, 10면(이상욱, 앞의 글, 373면에서 재인용).

54) 『관습조사보고서』, 67-75면; 이상욱, 앞의 글, 372면 이하; 윤대성, 『한국민사법제사연구』(2009) 51면 등.

이루어진 『관습조사보고서』의 내용을 전체적으로 조명하면, 관습을 제대로 조사한 부분, 일본민법의 해석을 옮겨놓은 부분, 그리고 현실의 관행을 묻지 않고 문헌의 기록에 의존한 부분으로 나누어진다.⁵⁵⁾

조선관습조사에 대하여 부정적 평가가 일색이다. 제한되고 편중된 조사지역, 문제있는 조사자의 현실인식과 조사대상자의 제한에 따른 調査方法의 誤謬와 식민통치의 자료를 제공하기 위한 目的上의 誤謬가 존재한다는 비판이 그것이다.⁵⁶⁾ 그럼에도 불완전하고 신뢰성이 떨어지는 자료로 비난받는 조선관습조사가 안타깝게도 현재 전래관습에 관하여 기댈 수 있는 유일무이한 실증적·체계적 자료이다. 이는 조사한 조선관습을 수록한 『관습조사보고서』가 관습의 존재근거로서 권위를 유지하여 왔고 지금도 영향력을 누리는 이유이다.

2) 조선관습조사의 가치, 그에 대한 평가

먼저 조사대상과 관련하여 진정 관습에 해당하는 사항만을 조사하고 이를 보고서에 수록하였는지 의문이다. 왜냐하면 법령에 규정된 내용을 관습으로 파악하거나⁵⁷⁾ 실지조사 없이 문헌의 기록에만 의존한 경우가 적지 않고 의사표시 부분과 같이 심지어 일본민법의 해석을 그대로 옮겨놓은 듯한 부분도 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 예컨대 친족의 범위와 금친혼의 범위에 관한 기술은 부분은 刑法大全의 해당부분을 정리한 데 지나지 아니한다. 조선관습조사에서 수합된 관습이 官制慣習法⁵⁹⁾의 성격을 가진다는 서술은 이를 지적하는 표현이 될 것이다. 결론적으로 이러한 사실은 관습조사 전에 조사대상이 되어야 하

55) 『관습조사보고서』, 43-44면.

56) 『관습조사보고서』, 13면, 38면 이하; 윤대성, 앞의 책, 23면, 297면. 또한 박병호, 앞의 책, 495면 참고.

57) 『관습조사보고서』, 36면 이하, 43; 이미 관습조사 당시의 이를 우려한 지적으로 某君談, 朝鮮ノ法典調査, 동양경제잡지 제1346호 (1906) 107면: “헛된 휴지인 구법전을 조사하여 그것을 조선의 관습으로, 또 문헌으로 여겨 존경하는 오류에 빠지지 않기를 바라며 ... 이러한 휴지에 구애되는愚를 범하지 말고, 우리의 진보하고 공정한 민법을 전부 시행하는 것을 권유한다”(『관습조사보고서』, 45면 이하에서 재인용).

58) 『관습조사보고서』, 44면; 또한 정공식, 앞의 책, 특히 246면.

59) 이상욱, 앞의 글, 377-378면.

는 관습의 의의와 범위가 확정되지 않았을 뿐 아니라 관습과 과거의 법령이 서로 엄격하게 구분되지 않았음을 보여준다.

다음으로 조선관습조사에서 관습은 제한된 범위에서 조사·확인된 관습으로서 고유한 의미의 관습법과 거리가 멀다. 관습법은 '사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범'을 내용으로 하며, 이때 '사회'는 우리나라[지금은 대한민국을 뜻한다. 그러나 실지조사의 방법에 따라 관습조사의 대상이 된 사항들이 조선 전역에 유효한 관습이 아니라 그 효력범위가 지역적으로 제한된 관습에 불과하다. 뿐만 아니라 조사대상지역의 지역적 편중이 심하여⁶⁰⁾ 모든 지역의 관습을 포괄하여 조사하였다고 하기 어렵고 나아가 조사대상이 될 관습의 범위와 조사한 관습을 자의로 취사선택한 잘못도 적지 않다.⁶¹⁾ 그 탓에 조사대상이 처음부터 관습법으로 적절하지 아니한 경우도 보인다. 또한 이러한 방법을 통하여 조사·수합된 관습들은 그 성질상 일반화·보편화된 사항을 내용으로 하는 민법의 규율대상이 될 수 없고 되지 않아야 한다. 설령 이러한 관습이 관습법의 이름으로 포장되어 민법에 채용된 때에도 이를 관습의 존재를 승인하여 법문언으로 옮긴 결과물이 아니라 입법적 결단의 반영이라고 하여야 할 것이다.

마지막으로 관습조사 당시의 민사관습을 있는 그대로의 모습으로 조사하지 않고 일본민법에 기초한 梅 謙次郎을 비롯한 조사주체의 주관적 지식과 의식을 바탕으로 이루어졌으며, 이로 인하여 우리가 아니라 일본의 법적 관심이 지배한 잘못이 있다는 비판이 압도한다.⁶²⁾ 이는 『관습조사보고서』의 편별이 일본민법에 따라서 이루어졌고 그에 맞춰서 조사대상을 분류하였음을 근거로 한다. 그러나 전통법제와 작별하고 서구의 근대민법전과 민법학에 무기력하게 몸을 맡긴 구한말 이래 우리의 법률실정에 미루어 이러한 조사방법의 적용은 나무랄 정도는 되지 아니한다. 또한 이를 잘못으로 지적하는 법학자도 대안이 되는 조사방법을 제시하지 않는다.

60) 특히 조사대상지역을 도표화한 『관습조사보고서』, 39면과 조사지역지도를 담은 40면 참조.

61) 『관습조사보고서』, 44면.

62) 『관습조사보고서』, 38면; 윤대성, 앞의 책, 151면 이하, 297면.

법문화발전의 측면에서 보면, 자발적이고 주체적인 전통법제의 조사 또는 서구법수용 노력의 일환이 아니라 일제강점의 성과를 목표로 한 타율적인 조사에 지나지 않는다는 내재적 한계에도 불구하고 조선관습조사를 시민법제도의 창설, 즉 민법제정을 위한 법률생활의 제도적 합리화와 법학의 정착을 준비하는 前段階로 새길 수 있다. 그런데 이미 구질서와 함께 전통적인 가치관과 이별하고 본격적으로 서구법문화의 포괄승계를 마주하여 조선관습조사가 우리에게 앞서 서구법문화를 수용·경험한 일본법률가의 시각에서 이루어짐은 피할 수 없는 현상이라고 할 것이다. 동아시아에서 서구법의 수용은 거시적인 법문화의 흐름 속에서 피할 수 없는 보편화된 변혁으로서 이미 근대화를 추구한 대한제국도 또한 그 달성을 위하여 총력(?)을 기울인 과제이다. 결론적으로 조선관습조사에 적용된 이론은 포장에서는 일본민법학이나 그 내용물은 결국 구한말 이래 자율적인 수용을 시도한 서구민법학과 별반 차이가 없다고 생각된다.⁶³⁾

3. 조선민사령에서 관습법의 위치

조선민사령은 일본에 의한 식민통치기(1912년 3월 18일~1945년 8월 15일)에 일본민법을 의용하는 민사기본법령으로서, 조선민사령의 시행으로 일본민법의 강제이식이 이루어졌다. 조선민사령의 입법은 처음에는 조선의 관습을 존중하였으나, 1940년경부터 민족동화정책의 강화와 함께 특히 가족법 영역을 중심으로 관습과괴적으로 전환되었다.⁶⁴⁾ 다만 사회적 신분관계에 관하여는 용이한 식민통치를 위하여 고유법의 존중이라는 미명으로 제국주의의 요구에 반하지 않는 관습만을 남겨두었다.⁶⁵⁾

63) 같은 맥락에서 조규창, 서구법 수용에 있어서 법학교육의 역사적 의의, 161면 이하. 비교. 이와 달리 일제강점기의 급격한 의식전환이 수반하는 혼란과 저항감이 부정적이고 회의적인 법문화발생의 원인이 되었음을 강조한 박병호, 앞의 책, 특히 495-496면.

64) 『관습조사보고서』, 18면 이하.

65) 『관습조사보고서』, 22면 이하.

제1조 민사에 관한 사항은 본령 외의 법령에 특별히 정함이 있는 경우를 제외하고 다음 법률[민법, 민법시행법 등 23종의 법률]에 의한다.

제10조 조선인 상호간의 법률행위에 대하여는 법령 중 공공의 질서와 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에는 그 관습에 의한다.

제11조⁶⁶⁾ ① 제1조의 법률 중 능력, 친족 및 상속에 관한 규정은 조선인에게 이를 적용하지 아니한다.

제12조 부동산에 관한 물권의 종류 및 효력에 관하여는 제1조의 법률에 정하는 물권을 제외하고 관습에 의한다.

여기에서 조선민사령 제12조는 제1조의 제한을 넘어 관습에 의한 물권을 인정하는 소중한 근거가 될 수 있다. 그럼에도 조선민사령에서 ‘관습법’이라는 표현을 발견할 수 없으며, 법률현실에서 관습법으로 승인된 법률제도를 거의 볼 수 없다.

4. 민법제정과 관습법에 대한 이해

민법 제1조(법원)은 국회에 제출된 정부원안을 수용한 법률규정이다: 「民事에 關하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다.」

정부원안 제1조 (= 현행민법 제1조) 「民事에 關하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다.」

현석호 수정안 제1조 「民事에 關하여 法律 또는 慣習法이 없으면 條理에 의한다.」

66) 조선민사령 제11조의 개정경과는, “시세의 진운과 함께 발생한 신사정이 있어서” 시행된 1921년 11월 14일 1차 개정(능력과 친족에 관하여 일부 일본민법의 적용), 1922년 12월 7일 2차 개정(혼인연령, 재판상의 이혼, 인지, 친족회, 상속의 승인, 재산분리에 관한 규정의 적용, 혼인의 신고주의 도입), 그리고 1940년 2월 11일 제2차 개정(동성불혼제의 법적 폐지, 창씨제도, 이성양자제의 신설)으로 요약된다. 1차와 2차 개정을 ‘관습존중주의’로 보고 3차 개정을 ‘관습파괴적’으로 평가한 『관습조사보고서』, 20면; 이상욱, 앞의 글, 378-382면; 또한 정중휴, 앞의 책, 111-114면 이하 참조.

장경근은 政府原案이 “成文法이 없는데 民法이나 이런데에 條文이 없는데에 慣習法을 適用한다는 뜻”이라고 하면서 “... 이 立法[민법제정]에 있어서는 慣習을 明文化하고 慣習이 옳은 것은 明文化하고 그 慣習이 옳지못하고 革新해야될것은 革新해서 고쳐서 明文化하는것입니다. ...”라고 함으로써 관습법의 성문법화를 강조한다.⁶⁷⁾ 이어서 앞으로 성문법에 저촉하는 관습법이 성립할 경우 그 성문법의 개폐 여부에 관하여 장경근은, 성문법의 존속을 주장한 Thibaut와 관습법의 우위를 주장한 von Savigny⁶⁸⁾의 이론적 대립을 마주한 독일민법은 그 효력문제의 해결을 학설에 맡겼으나, 현행민법은 스위스 민법 제1조, 중국민법 제1조와 일본 법례 제2조와 같이 성문법-관습법의 순위를 정하는 입법례를 채택하였다고 한다.

이에 대하여 현석호는 민법제정의 절차적 문제점들을 지적한 다음, 학계를 대변하여 민법수정안을 제출하게 된 배경을 설명하고, 각론에서 성문법과 관습법에 동등한 효력을 부여하는 민법 제1조 수정안을 제출하였다.⁶⁹⁾ 다만 현석호 수정안도 같은 사항에 대하여 성문법과 관습법이 저촉될 때에는 성문법을 먼저 적용하고 성문법이 없으면 관습법을 적용하며 종전의 관습법이 새로이 제정되는 민법으로 개폐된다는 사실에서는 정부원안과 차이가 없다.⁷⁰⁾

이번에 民法에다가서 分明히 成文法과 慣習法과 條理 세가지를 民法의 法源으로 定했다는 이것은 民法의 一大 進展이라고 할 수가 있습니다. 그러나 그 成文法과 慣習法의 效力에 關해서는 成文法이 優先한다 卽.成文法이 上位에 있고, 慣習法이 下位에 있다 이러한 것을 第一條에 分明히 했는데 ... 慣習法을 그法源으로는 認定하면서도 그 補充的인 效力만을 認定할 必要가 어데있는가 이點에 對해서 한

67) 제26회 국회정기회의속기록 제31호 (1957.11.7.), 15-16면(장경근).

68) 다만 제26회 국회정기회의속기록 42호 (1957.11.21.), 11면(장경근)이 ‘지보’와 ‘나린나’라고 부르는 것이 눈에 띈다.

69) 제26회 국회정기회의속기록 제32호 (1957.11.8.), 14면(현석호); 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957.11.21.), 12-14면(현석호)와 이를 지지한 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957.11.21.), 14면(이충환). 또한 같은 방향의 민사법연구회, 『민법안의견서』 (1957) 20면(방순원) 참조.

70) 이미 법제사법위원장 박세경의 民法案 審査報告(제26회 국회정기회의속기록 제29호 [1957.11.5.], 2면) 참고.

가지의 疑問이 없지않아 있습니다.

그 뿐만 아니라 事實上에 있어서 우리나라에 있어서도 慣習法上으로서 物權같은 重要な 權利가 認定되어가지고 있는 것이 相當한 數에 있는 것입니다. ... 勿論 그런 것이 抵觸되는것이 많이 있지는 않습니다. 현재 이民法을 시행하게 되며는 過去에 ... 지금 現 當場에 있어서는 慣習法과 成文法이 抵觸할 까닭이 없습니다. ... 하나 이將來에 있어서 ... 現在의 成文法과 다른 慣習이 차츰 차츰 생겨가지고 그것이 法的確信을 가질때에는 그것이 慣習法이 됩니다.

... 그때에는 亦是 法律의 大原則에 의해서 新法이 舊法을 優先한다는 그런 原則에 따라서 그成文이 죽어지고 慣習法이 優先的으로 適用이된다 이러한것이 가장 適當한 것이다 이렇게 생각합니다. ...

그런데 現代의 法 思潮로 보든지 또는 實例로 보든지 이러한 意味로 보아서 成文法과 慣習法을 同等한 效力을 賦與하지는 것은 가장 適切한 것이다. ... 이렇게 法案을 내게되면 이것은 아마도 世界法曹史에 있어서 相當히 그야말로 革新的이라고 할까 進步的이라고 할까.

장경근과 현석호의 차이는 결국 “성문법이 없으면 관습법을 적용한다”와 “관습법의 효력은 성문법과 같고 이들 사이의 관계는 新法優先의 原則에 따른다”로 집중된다. 그러나 이들은 각자의 의견에 채용할 때에 관습법을 현실의 법률문제에 대입하기 위한 요건, 즉 관습법이 “언제 그리고 어떻게” 적용되는지, 그리고 그 효과가 무엇인지를 자세히 밝히지 않아 피상적인 프로그램적 논의에 머무른다. 이처럼 민법 제1조의 제정과정에서 전개된 외관상 수준 높이가 보이는 의견대립은 알맹이 없는 속빈 껍질이라고 하겠다.

이밖에 현석호의 수정안 제안설명에 이어 이충환은 “제1조를 정부원안대로 규정한다고 할것같으면 법률해석면에 있어서나 운용에있어서 모순당착이 오지않을까”라는 내용으로 질의하였다.⁷¹⁾ 반면에 변진갑은 정부원안에 찬성하면서 다만 “... 草案이나 惑은 修正案에 다 그렇게 慣習法이라고하는 말을

71) 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957.11.21.), 14-15면(이충환). 이에 대한 답변은 제42호, 15-16면(장경근).

썼는데 慣習法이라는 말은 우리가 學問上 用語로서 慣習法이라고 할 수가 있지 이 法規에다가 慣習法이라고 쓸수가 있는 것이냐 이것이 疑心스럽습니다 ... 그것[관습 또는 관습법]은 어디까지나 判例에 불과함을 들어 관습법개념의 삭제를 역설하였으나 받아들여지지 않았다.⁷²⁾ 그럼에도 변진갑의 발언은 관습법 성립의 핵심요소가 되는 판결의 역할을 정확히 꼬집어내었다는 측면에서 아주 중요하다. 관습법과 현행민법 제105조(정부원안 제101조)가 규정하는 사실인 관습의 관계는 아래에서 본다.

IV. 현행민법에서 관습법의 조명

1. 민법 제1조의 관습법

1) 법원의 의미와 내용

민법 제1조는 法源, 즉 법의 존재형식을 규정한다. 먼저 법률은 법률·조약·명령·대법원규칙·규약·자치법규를 망라하는 넓은 의미의 制定法을 말한다. 다음으로 제1조는 법률현실에서 가뭇에 콩 나듯이 하는 관습법을 일 반화하지만, 이는 세심한 검토를 요구하는 문제이다. 관습법의 개념과 효력은 실정법의 규율영역에 속하는 문제로서 민법입법사의 탐구와 법률해석의 방법으로 확정될 수 있다. 대판 1983.6.14., 80다3231에 따르면, 민법의 관습법은 사회의 거듭된 법적 관행으로 생성되어 법적 확신과 인식으로 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 사회생활규범으로서 법령에 저촉되지 않고 법령과 같은 효력을 가진 관습이다. 그러나 여기에서 “법령에 저촉되지 않는 관습”과 “법령과 같은 효력”이 서로 모순될 수 있다. 법령에 저촉되지 않는다는 말 속에 법령의 아래임이 이미 들어있기 때문이다. 또한 그 효력을 따지지 않고 법령이기만 하면 관습법에 대하여 우선효를 가지는지는 의문이다.

72) 제26회 국회정기회의속기록 제42호 (1957.11.21.), 16-17면(변진갑).

마지막으로 민법입법자는 “재판관은 법률 또는 관습법이 없다고 하여 재판을 거부할 수 없으므로 재판의 기준이 되어야 할 법원의 하나로써 법리를 인정함이 타당”하다고 하여 법원과 재판규범의 중간에서 어정정한 태도를 보이면서 條理를 재판기준이 되는 法源이라고 정의한다.⁷³⁾ 그러나 여기에서 민법입법자는 재판의 준칙이 되는 재판규범을 法源과 동일시한 잘못이 있다. 條理는 -아직까지 완전히 정립된 정의는 없으나⁷⁴⁾ - 자연법사상에서 유래한 개념으로서 法理性에 근거한 판단(Natur der Sache), 법질서의 정신 또는 법률관계 자체에 존재하는 질서⁷⁵⁾로 정의될 수 있으며, 法理와 같은 말이다. 그러나 조리는 재판규범[준칙]은 될 수 있지만 법은 되지 아니하며,⁷⁶⁾ 이는 제2조의 신의성실의 원칙이 추상적 재판준칙이지만 법은 아닌 것과 마찬가지로 지이다. 그리고 조리는 법률 또는 관습법과 달리 객관적 척도에 의하여 담보되지 아니한다. 이러한 측면에서 보면, 제1조 [法源]은 그 규정내용을 제대로 반영할 수 없는 조문제목이라고 할 것이다.

2) 현행민법 제1조의 ‘관습법’에 대한 연혁적 접근

법의 연원에 관한 제1조는 독일민법과 일본민법에 유례없는 법률규정이다. 독일민법 제1제정안(1.Entwurf)은 국가 입법독점에 대한 침해를 이유로 관습법을 금지하였으므로 관습법은 제정법을 폐지·변경·보충하는 효력을 가질 수 없었다.⁷⁷⁾ 그러나 제2제정안(2.Entwurf)은 법률의 흠결에 대처하기 위하여 관습법이 불가결함을 간파하였음에도 그 처리를 법학과 실무에 맡겼다. 이는 결국 법학의 법형성효를 승인한 것과 다름없다고 할 것이다.⁷⁸⁾

73) 『민법안심의회록』, 10면.

74) *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd.6 (Mo-O), hrsg. v. J.Ritter, 1984, s.v. Natur der Sache (R.Dreier).

75) 대표적으로 H.Dernburg, *Pandekten*, 1.Bd. (AT und Sachenrecht), 7.Aufl., 1884, § 37 2 (S.84): “den Lebensverhältnissen innenwohnende Ordnung.”

76) 또한 곽윤직, 『민법총칙』 (1998) [8] (31면); 이영준, 『민법총칙』 (2007) 30면 등.

77) Motive I, 1888, 6.

78) *MiKoBGB/Säcker*, AT, 5.Aufl., 2006, Einl. Rn.84f. 독일민법 입법자는 직접 민법이 아니라 독일 민법시행법률(EGBGB) 제2조(“민법전과 이법의 의미에서 법률은 모든 법규범이다.” [Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.])에서 관습법을 승

그런데 현행민법 제1조와 대비되는 동양제국 민법전의 법률규정들을 제정 시기에 따라 배열·관찰하면 흥미있는 결과에 이른다.

1. 1875년(명치8년) 太政官布告 103号 裁判事務心得⁷⁹⁾ 第3条 民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ. (민사의 재판에 성문의 법률이 없는 것은 관습에 의하고, 관습이 없는 것은 조리를 미루어 생각하여 재판하여야 한다.)

2. 1898년(명치31년) 法律 第10号 法例 第2条 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ効力ヲ有ス. (공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 않는 관습은 법령의 규정에 의해 인정된 것 및 법령에 규정 없는 사항에 관한 것에 한하여 법률과 동일한 효력이 있다.)⁸⁰⁾

3. 1929·1930년 中華民國 民法 第1條 民事法律所未規定者依慣習無慣習者依法理. (민사법률에 규정되지 않은 것은 관습에 의하고, 관습에 없는 것은 법리에 의한다.)

中華民國 民法 第2條 民事所適用之慣習以不背於公共秩序善良風俗者爲限. (민사에 적용되는 관습은 공공질서 또는 선량한 풍속에 위반하지 않은 것에 한한다.)

4. 1937년 만주국민법 제1조 민사에 관하여 법령에 규정없는 사항에 관하여는 관습법에 의하며, 관습법이 없을 때는 조리에 의한다.

시대순에 따른 관찰은 法源으로서 관습법은 1937년 제정된 만주국민법 제1조에서 느닷없이 돌발출연한 법률개념으로서 그 이전에는 재판준칙으로서

인한다.

79) 일종의 재판사무주의사항.

80) 법의 적용관계에 관한 사항을 규정할 것으로 목적으로 한 법률로서, 이제는 2006년 「법의 적용에 관한 통칙법」으로 전부개정됨에 따라 「통칙법」 第3条(法律と同一の効力を有する慣習) 公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に關するものに限リ、法律と同一の効力を有する ([법률과 동일한 효력을 갖는 관습] 공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 않는 관습은 법령의 규정에 의해 인정된 것 또는 법령에 규정되지 않은 사항에 관한 것에 한하여 법률과 동일한 효력이 있다.)로 바뀌었다.

‘慣習’이 유일한 법률개념임을 보여준다. 그러나 만주국민법 제1조가 기존의 ‘관습’에 ‘법’을 덧붙임에 따라 그때까지 재판규범 또는 재판준칙으로 작동하였던 慣習의 지위가 갑자기 法源으로 격상되었고, 만주국민법전 제정에 주도적 역할을 맡았던 我妻 榮은 이를 “새 입법에 어울리는 주장”으로 예찬한다.⁸¹⁾ 이에 대하여 관습법은 성문법에 대한 보충효만을 가지기 때문에 만주국에서 慣習尊重의 思想이 아직 충분하지 않다는 평가⁸²⁾가 있으나, 관습이 아니라 관습법이 명문화된 사실 자체가 특히 중요하다.

그런데 만주국민법 제1조가 관습법을 법률개념화한 이유는 “관습은 민족의식, 국민감정, 전통의 표상이”며, “만주국은 이른바 五族協和[또는 共和]를 立國의 大本으로 삼고 있으므로 한 두 민족의 관습만을 가지고 다른 민족을 다스릴 수 없음이 당연”하다는 만주국민법의 입법원칙에 놓여 있다.⁸³⁾ 그런데 5개 민족[조선족, 한족, 만주족, 몽고족, 일본족]에 공동되는 관습법은 현실에서 존재할 수 없고, 이로 인하여 五族共和의 理念이 의심받기에 충분하다.⁸⁴⁾ 이를 “이제까지의 관행은 되도록 용인할 것”이라는 민법편찬의 입법원칙⁸⁵⁾과 연결하면, 만주국민법 제1조의 관습법을 五族을 이루는 “個別 民族의 慣習法”으로 새길 수 있다. 한편 만주국민법이 만주국지배의 야심을 배경으로 하는 입법이므로 일본족의 관습법이 결국 제1조의 관습법이 될 것이라는 의혹⁸⁶⁾ 이러한 해석에 장애가 되지 아니한다. 왜냐하면 법률의 뒤에 숨은 의도 또는 숨긴 의도는 객관화되어 표현된 법문을 넘어서지 못하기 때문이다. 다만 일본족의 관습법을 제1조의 관습법으로 받아들일 때에는 관습법을 법률

81) 小口 彦太, 『일본통치하의 ‘만주국의 법』, 『법사학연구』 제27호(2003), 83-112면(임상혁 역), 102면.

82) 柚木 馨, 『滿洲民法讀本』, 1941, 8면 이하. 柚木은 특이하게 판례법을 관습법의 일종으로 서술한다.

83) 1936년 3월 28일 “滿洲國民法起草大綱” 第4項; “... 물권편은 단지 대강적인 규정을 마련함에 그치고 상당한 장기 조사를 거치지 않으면 확정할 수 없는 점에 대해서는, 지금 규정을 마련하지 않고 우원칙적으로 관습법에 맡길 것”(小口 彦太, 95 참고); 또한 “民族法規制定に就きて”, 法曹雜誌 第4卷 [第7・8号], 1937, 1055-1056면(정종휴, 관습법과 사실인 관습, 『이영준박사화갑기념논문집』, 1999, 3-40면, 17면 이하에서 재인용).

84) 같은 취지에서 이미 小口 彦太, 특히 95, 107면 이하. 그런데 만주국민법 제1조의 관습법에 관하여 개인 의견을 밝히지 않고 주저하는 小口 彦太의 태도가 아주 특이하다.

85) 小口 彦太, 앞의 글, 94면 이하.

86) 예컨대 小口 彦太, 앞의 글, 108면.

개념으로 규정하지 않은 일본민법과의 불협화음이 숙제로 남게 된다.

그런데 만주국에서 개별 민족에 적용되는 관습법은 처음부터 일반효를 가지고 민족을 가리지 않고 전체국민에게 적용되는 法습과 대등한 효력을 누릴 수 없다. 이는 또한 만주국민법전의 입법자가 의도적으로 제1조에서 法律이 아니라 전래없이 法습이라고 넓게 규정하고 이를 관습법에 우선하게 한 이유를 정당화하기에 충분하다. 여기에서 법령은 실제 일본의 손으로 제정되는 실정법령을 말하기 때문이다. 이로써 개별 민족의 관습법은 法습에 대하여 열후효와 보충효만을 가질 뿐이다. 결론적으로 만주국민법 제1조의 관습법은 법률과 대등한 지위에 있는 일반적 의미에서 관습법과 같은 개념이 아니라고 할 것이다.

이렇게 해석할 때에는 만주국민법 제1조의 법문은 부드럽게 넘어갈 수 있다. 만주국민법 제1조가 五族共和의 理念 아래 만주국의 오족을 구성하는 개별민족의 관습법을 승인하였으나 그렇다고 하여 개별민족의 관습법이 만주국 전체의 일반관습법이 되는 것은 아니다. 따라서 개별민족의 관습법은 만주국에서 일반효를 가지는 법령에 우선할 수 없으며, 여기에 만주국민법 제1조의 의미가 발견된다. 지금까지의 설명은 만주국민법의 입법자가 결코 법률과 같은 차원에서 일반효를 가진 관습법의 도입을 의도하지 않았을 것임을 보여준다. 그러나 만주국민법전의 제정이념, 즉 5개 민족에 보편적으로 적용되는 민법전의 제정목적에 참작하면 그러한 입법태도가 최선의 선택이었다고 하여도 모자라지 않을 것이다.

만주국민법 제1조의 관습법은 “민족의식, 국민감정, 전통의 표상”을 뜻한다. 그런데 우연의 일치인지는 모르겠으나, 이는 v.Savigny를 태두로 하는 歷史法學派의 국민정신(Volksgeist)을 그대로 전사한 듯한 인상을 준다. 또한 민족별 고유의 관습법을 수용한 만주국민법 제1조의 입법취지와 모습은 그 형식과 내용에서 5개의 왕국과 100여개의 소국가로 나타나는 개별 분방국가(Staat)와 州(Land)의 고유 관습법을 존중하고 용인한 독일민법전과 별반 차이가 나지 않는다. 다만 독일민법 입법자는 이를 민법에서 직접 규율하지 않고 그 처리를 민법시행법률(EGBGB) 제2조에 맡긴 특유한 입법방식을 취하

였으며, 독일민법 입법이유서(Motive)는 그에 대한 자세한 경과를 설명한다.⁸⁷⁾ 이러한 사실들을 종합하면, 만주국민법전의 입법자가 19세기 독일민법학, 특히 역사법학과의 이론을 적극 수용하였고, 이로써 독일법학의 색채로 만주국민법전을 장식하였다고 짐작하게 한다. 무엇보다 만주국민법 제1조는 만주국민법전이 20세기 초반에 들어서서야 이른바 學說繼受의 방법으로 19세기 독일민법학에 뒤늦게 눈뜨고 만주국민법전을 그 동안 습득한 민법지식을 응용하는 場으로 여긴 일본민법학자들의 작품⁸⁸⁾임을 제대로 보여주는 법률규정이다.

한 걸음 더 나아가 이러한 결론은 만주국민법전이 독일민법 제1제정안을 본받은 일본민법전보다 진일보한 입법이라는 설명을 재고하게 한다.⁸⁹⁾ 法史에서 일본민법전 입법자들이 프랑스민법에는 정통하였으나 판덤편법학을 본격적으로 연구한 흔적을 찾을 수 없음은 이들이 독일민법학이 아니라 ‘독일민법 제1제정안’을 일본민법 제정과정에 참고하였다는 가설을 뒷받침한다.⁹⁰⁾ 다시 말하면 일본민법 입법자가 참조한 독일민법 제1제정안은 판덤편법학의 결과물이나, 그보다 시기적으로 늦은 만주국민법전의 입법자들은 오히려 독일민법 제1제정안의 기초가 된 19세기 판덤편법학 자체를 연구한 법학자들이다.

결론적으로 현행민법 제1조는 만주국민법 제1조를 그대로 수용한 법률규정이라고 할 것이고, 『민법안심의록』도 이를 확인한다.⁹¹⁾ 법률개념으로 관습법은 이미 법례 제2조를 참조하여 작성된 朝鮮臨時民法典編纂要綱(1948년)과 民法典編纂要綱(1950년)⁹²⁾에서 등장한다: “慣習法 及 條理의 補充的 效力

87) Motive I, 8.

88) 小口 彦太, 앞의 글, 91면, 101면.

89) 만주국민법에 대한 평가는 정중휴, 앞의 글, 19면 이하; 小口 彦太, 앞의 글, 108면: “... 채권편뿐만 아니라, 물권편에서도 일본 민법의 것을 베끼고, 기껏해야 일본 민법의 不備한 점에 대한 해설론 및 판례상의 수정을 조문에 맞춰 넣은 것 이상일 수 없음은 당연하다...”

90) 이는 일본민법 입법자들이 대부분 독일민법과 거리가 먼, 프랑스민법학에 숙련된 법학자들이었으며, 일본민법이 시행되던 1898년에 이미 이들의 손으로 완성된 일본민법전의 프랑스어번역판 (*Code civil de l'Empire du Japon 1896*, Livres I, II & III Promulgués le 28 avril 1896, Trad. par I.Motono, M.-A.Tomii, 1898 [Repr. 1997])이 출간된 사실은 이를 확인한다.

91) 『민법안심의록』, 10면: “[만주국민법 제1조] 초안과 동일하다.”

을 規定하고.” 그러나 이들도 관습을 ‘관습법’으로 바꾼 이유를 밝히지 않으며, 이는 아마도 민법학의 불모상태에서 특히 1940년대에 이르기까지 일본민법학과 그 성과를 이해, 흡수하고 소화하고 이를 이론적 작업도구로 사용할 수밖에 없었던 탓이라고 막연히 추측할 수 있다.⁹³⁾ 여기에서 일본민법학이 만주국민법전의 제정배경이 된 바로 그 민법학을 말한다. 한편 민법제정을 즈음한 우리 민법학의 조명은 이글의 범위를 벗어나므로 이만 그친다.

어느 경우에도 만주국민법 제1조의 관습법, 즉 개별 민족의 관습법과 민법 제1조의 관습법, 즉 단일민족으로 구성된 대한국민법 제1조의 관습법은 그 존재양식과 효력에서 천양지차이다. 여기에서 제1조는 만주국민법전 제정의 시대적 배경과 독일민법학에 어두웠던 현행민법 입법자가 관습과 관습법의 개념과 이론에 대한 진지한 고찰과 철저한 검증 없이 대한민국에는 잘 맞을 수 없는 만주국민법 제1조를 그대로 답습한 부산물이라고 결론내릴 수 있다. 이로 인하여 제정법과 관습법 사이의 충돌을 피할 수 없게 되었고, 제1조를 둘러싸고 전개되는 수많은 해석들이 이를 뒷받침한다. 결국 민법 제1조는 만주국민법 제1조의 뜻과 입법배경을 제대로 이해하지 못한 채 받아들인 잘못된 법률규정으로서 모든 논란의 발단이다.

3) 현행민법 제1조 ‘관습법’의 위치와 그에 대한 실정법적 접근

관습법은 그 정의와 성립요건에서 반복되는 법적 관행[관습]과 그에 대한 법적 확신을 기본요건으로 한다. 민법 제정자의 의사와 제1조 「법률에 규정이 없으면」은 그 문언의 표현에서 학설과 판례가 강조하는 법률에 대한 관습법의 보충효와 열후효[이하 보충효]와 일치한다.⁹⁴⁾ 그런데 보충효는 특정사안을 규율하기에 불충분한 법률의 존재를 전제할 때에만 가능한 개념이다. 그러나 초가 되는 제정법률이 아예 없거나 처음부터 제정법률과 충돌할 때에

92) 양창수, 민법전의 성립과정에 관한 소고, 『민법연구』 1(1991), 61-110면, 특히 68-70면과 78-79면 그리고 100-110면 참조.

93) 양창수, 앞의 글, 특히 85-93면 참조.

94) ‘관습법의 열후적 효력에서 “열후”는 사실 오해를 부르기 쉬운 용어로서, 개념 자체의 의미를 의식함이 없이 ‘보충적’과 결합하여 사용한 잘못된 표현으로 추측된다.

는 보충효를 개념화하여 쓸 수 없다. 이는 관습법이 “법률에 규정이 있더라도” 생성·승인될 수 있음을 말하며, 따라서 제1조 「법률에 규정이 없으면」은 결코 옳은 표현이 되지 아니한다. 법률현실에서 관습법은 대체로 제정법과의 抵觸狀況을 두고 논의된다.

(1) 임의법규와 관습법

제1조의 법률은 강행법규와 임의법규를 망라한다. 그런데 民[私]法은 강행법규의 틀 안에서 임의법규에 대한 의사의 우위를 확인한다: 「법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다.」(제105조). 개인의 의사를 임의규정에 우선하는 제105조는 개인이 스스로 그의 법률생활관계를 결정하는 입법자가 됨을 말하는 사적자치의 표방하는 법률규정이다. 이때 당사자의 의사가 명확하지 않으면 임의법규를 비켜난 사실인 관습이 의사의 간극을 메우며(제106조), 이는 또한 「청약자의 의사표시나 관습에 의하여」라고 규정하는 제532조에서 확인된다.⁹⁵⁾ 그러므로 제105조와 제106조를 함께 연결하면, 사적자치의 영역에서 “강행법규>의사> 사실인 관습>임의법규”의 순서로 효력을 가진다.⁹⁶⁾ 그럼에도 사실인 관습은 재판규범이 되지 아니한다. 왜냐하면 의사를 보충하는 기능을 담당하는 사실인 관습은 의사의 일부를 형성하기 때문이다. 그런데 제106조는 아무런 문제 없는 법률규정이며, -제1조와 연결하지 않은 상태에서- 제106조만을 대상으로 의문을 제기하는 견해는 아직 없다.

그런데 반복되는 관행으로 성립하는 사실인 관습은 관습법에 앞서 존재하는 사실이다. 이를 모으면 사실인 관습에 우선순위를 양보하는 임의법규는 자연스럽게 그의 연장선상에 놓인 관습법에도 자리를 비워야만 한다. 그러므

95) 이밖에도 관습을 담은 법률규정으로 제568조, 제656조, 제674조의5가 있으며, 상린관계규정(제224조, 제229조 3항, 제234조, 제237조, 제242조)과 특수지역권(제302조)도 관습에 의한 규율을 규정한다. 그리고 민법시행령 제11조(관습에 의하여 취득한 전세권)와 제26조(관습에 의한 유언)도 한시적이거나 관습의 효력을 승인하는 법률규정이다.

96) 같은 취지로 박윤직, 『민법총칙』, [147] (321면 이하). 한편 다양한 견해의 소개와 함께 강행법규·임의법규·관습법은 법률행위해석의 기준에 관한 규정인 제106조와 아무런 관계가 없다는 견해로 이영준, 『민법총칙』, 338면 이하 참조.

로 적어도 임의법규가 적용되는 영역에서 관습법의 보충효는 허상이며, 제1조에서 「법률에 규정이 없으면」은 아예 맞지 않는다.⁹⁷⁾ 그렇다고 제1조의 ‘법률’에서 구태어 임의법규를 빼내어 반쪽짜리 법률규정으로 만들 이유도 없다.

임의법규의 존재는 새로운 사실인 관습과 관습법의 성립에 아무런 장애가 되지 아니한다. 그러나 사적자치가 지배하는 임의법규의 영역에서는 관습법의 정도에 미치지 않는 사실인 관습으로 충분히 법적 수요에 대처할 수 있고 변화하는 관습이 거래생활을 저해하지도 않는다. 게다가 관습은 엄격한 성립요건이 지배하는 관습법과 비교되지 않을 정도로 훨씬 증거가 쉽고 법관도 당사자의 주장 또는 증명에 구애되지 않고 직권으로 이를 판단할 수 있다.⁹⁸⁾ 그 결과 사적자치를 내용으로 하는 관습법은 성립할 가능성도 거의 없고 구태어 현재하는 법적 관습[행]을 관습법의 이름으로 포장하여 法源化할 실의도 없다. 나아가 설령 임의법규와 다른 민사관습법이 존재할 수 있다고 할 때에도, 이는 임의법규와 마찬가지로 의사표시를 보충하거나 법률행위해석의 기준이 되어야 하므로 그 기능과 효력에서 사실인 관습⁹⁹⁾과 다르지 않다. 이러한 사정으로 주로 임의법규로 채워진 민[사]법에서 성문법과 관습법이 저촉되는 사례가 거의 없다시피하다.¹⁰⁰⁾ 요컨대 적어도 임의법규와의 관계에서 관습법과 사실인 관습에 관계를 앞에 둔 논의는 허상을 쫓는 낭비로서 관습법의 성질과 발생가능범위를 돌아보지 않고 관습법이라는 이름만에 기대어 형식적으로 접근한 잘못이 있다.

(2) 강행법규와 관습법

반면에 관습법으로 이름붙여질 수 있는 사회생활규범은 사회의 기본이념이나 헌법을 최상위규범으로 하는¹⁰¹⁾ 전체 법질서의 테두리를 벗어나지 않

97) 같은 지적으로 이미 정종휴, 관습법과 사실인 관습, 3 이하.

98) 대판 1977.4.12., 76다1124.

99) 대판 1983.6.14., 80다3231.

100) 이미 제26회 국회정기회의속기록 제42호(1957), 13면(현석호): “그런 것이 抵觸되는 것이 많이 있지는 않습니다.”

으면서 그 정당성과 합리성이 인정된 관습이어야 한다.¹⁰²⁾ 즉, 사회생활규범은 제103조의 금지규정과 제2조를 거스를 수 없다.¹⁰³⁾ 왜냐하면 강행법규는 대한민국[사회]의 기본가치를 수호하는 마지막 보루이기 때문이다. 대판 1983.6.14., 80다3231은 “관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것”으로서 “[사법자치가 인정되는] 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 이 관습에 법적 효력을 부여할 수 없다.”¹⁰⁴⁾고 하여 이를 재확인한다. 한편 강행법규를 직접 위반하지 않고 합법적인 테두리 내에서 우회하여 성립한 관습에 대하여는 저촉을 말할 수 없다. 우회는 저촉이 아니기 때문이다.

그리고 관습법은 법률과 달리 법률, 명령 등으로 이어지는 단계별 구조와 친할 수 없고 친하지도 않다. 그러나 하위법규범이 강행법규의 성질을 가지기 위하여는 상위법규범에 근거하여야 함을 감안하면, 제1조는 관습법이 상위의 법률과 충돌하는 상황을 배경으로 하는 입법이라고 하여야 한다. 이는 관습법을 “법령과 같은 효력을 갖는 관습”이라고 하고 -법률에 대한 가치판단은 별론하고- 2012년 2월 1일 「건전가정의례의 정착 및 지원에 관한 법률」의 시행으로 이제는 폐지된 「가정의례에 관한 법률」에 따라 제정된 「가정의례준칙」(1973.5.17 대통령령 제6680호) 제13조에 위반하는 관습법의 효력을 다룬 대판(전) 1983.6.14., 80다3231의 정당성을 담보한다.

결국 제1조에서 「법률에 규정이 없으면」은 관습법이 강행법규를 위반하지 않아야 한다는 지극히 당연한 사실을 내용으로 한다. 그리고 ‘관습법이 성문법과 동일한 효력을 가진다’는 승인된 관습법도 실정법이므로 법률의 효력을

101) 대판(전) 2003.7.24., 2001다48781; 대판(전) 2005.7.21., 2002다1178.

102) 대판(전) 2003.7.24., 2001다48781. Cosack/Mitteis, *Lehrbuch* 1.Bd., § 8 (S.17)은 관습을 이제 안장에 오르려는 것으로, 그리고 제정법을 이미 안장에 앉아서 그를 막으려는 것으로 비유한다.

103) 이미 F.Regelsberger, *Pandekten*, 1.Bd., 1893, § 23 (S.102~105); 이영준, 『물권법』 (2009) 18면: “어차피 관습법은 강행법규나 사회질서에 적합한 것이어야 하고 ...”

104) 또한 대판(전) 2003.7.24., 2001다48781; 대판(전) 2005.7.21., 2002다1178; 대판(전) 2008.11.20., 2007다27670.

가진다는 의미로 읽어야 한다. 한편 대판 1983.6.14., 80다3231은 관습법의 기능과 승인된 관습법의 효력을 엄밀히 구별함이 없이 적당히 타협적으로 서술하고 여기에 괜히 구체적인 설명없이 관습법의 보충적, 열후적 성격을 끌어들이므로써 이해의 혼란을 더한 잘못이 없지 않다.

그런데 다소 진폭은 있으나, 관습법은 강행법규를 위반할 수 없다고 확인하는 판례들에도 불구하고 민법문헌이 흔히 관습법이라고 예시하는 법률제도들은 한결같이 물건법을 비롯한 강행규정에 저촉하는 관행에서 출발하였음을 보여준다.¹⁰⁵⁾ 예컨대 비전형담보로 제도화되기 전까지 양도담보 또는 가등기담보의 유·무효에 관한 학문적 논의는 강행법규(제607조와 제608조)의 위반에 초점을 둔 것이다. 이로 인하여 관습법과 특히 관습법이 복종하여야 하는 강행법규의 관계에 대한 강한 의문이 다시 일어난다. 이는 제185조의 해석과 직결된 문제이므로 제185조의 장에서 설명한다.

4) 관습법의 효력

일단 승인된 관습법도 실정법이므로 새로운 입법[제정법]으로 폐지될 수 있음은 의문이 없다. 그러나 새로이 승인된 관습법이 제정법을 배척하는 효력을 가지는 지에 관하여는 견해가 갈라진다. 이 문제의 답은 전체국민이 모든 법의 창설자인가 그렇지 않으면 입법자가 관습법의 승인주체인가에 가치관의 차이에 달려있다. Windscheid에 따르면 관습이 법으로 승인되는 순간 그 관습법은 법률로부터 해방되어 [제정]법률과 동일한 효력을 가지므로 관습법은 현재의 법률을 보충하고 폐지할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 현행민법학에서도 明認方法과 동산양도담보 등을 예시하여 관습법이 성문법을 개폐하는 변경효를

105) 이미 제26회 국회정기회의속기록 제32호 (1957.11.8), 14면(현석호) 참조. 다만, -이제는 더 이상 그러하지 않으나- 백지수표에 관한 상관습법이 거의 유일한 채권법의 관습법이라고 할 수 있으나, 이 또한 백지수표를 금지한 당시의 강행법규에 위반하는 관습을 기초로 한다. 한편 사실혼을 관습법으로 새기는 주장도 적지 않으나, 그 당사자의 보호는 별론으로 하여도 좋은 풍속이 되기 어려운 사실혼은 관습법이 되기 어렵다.

106) Iul.D.1.3.32.1 *quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*를 인용하여 Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, Bd.1, § 18 (92): “Die Kraft des Gewohnheitsrecht ist die gleiche, wie die eines Gesetzes”; Cosack/Mitteis, *Lehrbuch* 1.Bd., § 8 (S.17).

가진다는 주장이 있다. 그러나 이들은 적절한 예가 되지 아니한다. 명인방법은 공시방법의 특례로서 성문법을 보충하는 기능을 담당하고 동산양도담보는 물권법정주의를 우회한 담보방법으로서 성문법을 대체하는 법률제도가 아니라고 하여야 할 뿐 아니라 이들은 제정법을 폐지한 적이 없기 때문이다. 한편 곽윤직¹⁰⁷⁾과 이영준¹⁰⁸⁾은 관습법의 변경효 또는 대등효는 입법론이 아닌 해석론으로서는 무리라고 역설한다.¹⁰⁹⁾ 그러나 적어도 강행법규에 결합이 있거나 강행법규가 스스로 관습에 따르도록 위임한 경우와 같이 다른 사정이 있으면 관습법의 變更效 또는 廢止效를 긍정하여야 한다.

이제 관습법의 효력을 둘러싼 논의는 현실의 이익이 없고 이론적 가치만이 있다고 하겠다.¹¹⁰⁾ 그리고 제정법에 대한 관습법의 효력과 관습법으로 승인된 법률제도가 가지는 법률효과는 엄격하게 구별되어야 한다. 예컨대 관습법에 따라 취득한 지상권[물권]의 효력은 민법의 지상권과 동일하다고 판시한 대판 1971.1.26., 70다2576 등은 후자에 관한 것이다.¹¹¹⁾

2. 민법 제185조와 관습법

물권법의 법원으로 관습법을 언급하는 제185조는 제1조를 제외하고 관습법을 법률용어로 하는 유일한 사례로서 비교법적으로 유례를 보기 힘든 독창적인 법률규정이다. 먼저 현행민법 제1조에 상응하는 법률규정을 알지 못하는 일본민법은 제175조¹¹²⁾에서도 관습법에 의한 물권창설을 명문화하지 않

107) 곽윤직, 『민법총칙』, [8] (25면 이하).

108) 엄격하게 제1조의 법문에 따른 관습법의 보충적 효력을 준수하면서 이영준, 『민법총칙』, 23-25면: “민사에 관하여 법률에 규정이 없는 경우에는 이와 다른 관습법이 있다하더라도 그 관습법은 법으로서의 효력을 갖지 않는다. 그러나 비교. 이영준, 물권법, 16-18면.

109) 또한 송덕수, 『민법총칙』(2015), 22면. 그러나 법률현실에서 관습법으로 승인된 법적 관행들은 거의 예외없이 [강행]법규에 저촉되는 관행이다.

110) 이를 기초로 현석호 수정안(제26회 국회정기회의속기록 제42호(1957), 11-14면)이 제안되었다.

111) 또한 대판 1971.1.26., 70다2576 관습상 지상권은 관습법에 의한 물권의 취득으로 이를 취득한 당시의 토지소유자나 그 토지소유권을 전득한 제3자에게 대하여는 등기 없이도 위 지상권을 주장할 수 있다. 다만 관습상 지상권자가 이를 등기하지 아니하면 그 지상권을 처분할 수 없을 뿐이다.

112) 「물권은 이 법률과 그밖의 법률이 정하는 것 외에는 창설할 수 없다.」

는다. 또한 중화민국민법(이제는 대만민법, 이 글에서는 법사학적 이유로 ‘중화민국민법’을 사용한다) 제757조¹¹³⁾도 관습법을 물권법의 법원으로 언급하지 않는다. 이는 물권은 강한 효력이 있고 제3자(일반인)에게 대항할 수 있으므로 만약 계약이나 관습에 의한 [물권창설을 허용하면 공익을 실제 심하게 침해할 수 있기 때문이다.¹¹⁴⁾ 그리고 만주국민법 제176조도 ‘물권은 본법 기타의 법률에 규정하는 것 외에 이를 창설할 수 없다.’고 할 뿐이다. 다만 만주국민법 제1조의 입법취지와 맥락을 같이 하여 제176조의 법률이 관습법을 포함한다고 해석할 여지가 있다.

현행민법 제185조의 이해를 위하여 먼저 관습법이 제185조에 삽입된 경과를 살핀다.

정부원안 제166조 (물권의 종류) ‘물권은 법률에 정한 것 외에 임의로 창설하지 못한다.’¹¹⁵⁾

수정안 제166조 (물권의 종류) ‘물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.’ (= 현행민법 제185조)

정부원안 제166조 (물권의 종류) ‘물권은 법률에 정한 것 외에 임의로 창설하지 못한다.’는 ‘법률’ 안에 관습법이 들어 있음을 근거로 한다.¹¹⁶⁾ 이는 초안이 일본민법 제175조, 중화민국민법 제757조와 만주국민법 제176조와 동일하다고 전하는 『민법안심의록』의 기록에서 확인된다.¹¹⁷⁾ 그러나 관습법의 효력을 법률과 대등하게 본 현석호¹¹⁸⁾는 법률과 관습법을 병렬적으로 열

113) 『物權, 除本法及其他法律有規外, 不得創設.』(물권은 이법과 그밖의 법률이 규정하는 외에 창설할 수 없다). 그리고 四年上字第六五九號 判決 참조.

114) 郭衛/周定枚, 『中華民國 六法理由·判解彙編』, 第1冊 (民法), 1934, 物權 1.

115) 정부원안 제166조는 朝鮮臨時民法典編纂要綱과 民法典編纂要綱(“물권은 본법 기타 법률에 규정하는 것 이외에 이를 창설할 수 없음.” 원문은 양창수, 앞의 글, 69면, 101면 참조)을 거의 수정없이 그대로 승계한 규정이다.

116) 법률이 관습법을 포함한다는 주장에 대한 비판으로 관습에 의한 물권을 명문화한 조선민사령 제12조 ‘부동산에 관한 물권의 종류 및 효력에 관하여는 제1조의 법률(민법)에 의한 물권을 除한 외에 관습에 의한다.’를 제시하는 『민법안의견서』, 66면 이하(김증한) 참조.

117) 『민법안심의록』, 124면.

거하는 수정안 제166조를 제출하였다. 이에 대하여 정부원안을 마련한 장경근은 아마도 시간적인 제약으로 토론을 생략한 채 다음의 말로써 수정안에 대하여 이의가 없음을 표시하였고,¹¹⁹⁾ 수정안이 그대로 현행민법 제185조로 확정되었다.

... 여기에는 法制司法委員會로서도 民法案審議小委員會로서도 反對意見を 가지고 있지 않습니다.

이것은 왜그러나하면 法律과 同等한 慣習法에 依해서도 物權이 發生한다고 解釋하기 때문입니다. 現行法에 抵觸하지않는 限에는 發生한다고 認定하기 때문입니다. 여기에 대해서 지금 判例로 보아서도 墳墓의 地에다가 墳墓를 築은 경우에 그 墳墓의 所有者는 그 墳墓를 保有하기 위해서 地上權類似의 物權을 가진다는 것이 慣習法으로 되어있고 또 流水使用權에 대해서도 그러한 慣習法이 判例上 認定되어 있습니다. 이것을 草案을 法制司法委員會에서 修正하지않은 것은 이 法律이라하는 안에는 당연히 慣習法이 들어있는것으로 解釋하기 때문에 修正하지않았습니다 ...

그런데 “法律과 同等한 慣習法”과 “이 法律이라하는 안에는 당연히 慣習法이 들어있는것”이라는 장경근의 발언은 제1조에 관한 그의 기본태도와 모순된다. 왜냐하면 장경근의 말을 그대로 받아들일 때에는 제1조의 법률은 관습법을 제외한 ‘制定法’이어야 하나 제185조의 법률은 관습법을 포함하는 ‘實定法’의 의미가 되어야 하고 따라서 제1조의 ‘법률’과 제185조의 ‘법률’은 서로 다를 수밖에 없기 때문이다. 물론 시간이 제한된 국회 본회의장의 토론에서 민법안 내용의 전체적·체계적 연결과 정확한 법률용어의 사용을 기대할 수 없을 것이므로, 이는 의도하지 않은 개념혼란에서 비롯하였다고 추론할 수 있다. 그러나 민법제정과정에서 논의하여야 했음에도 논의되지 않았다는 사실이 제정·시행 이후에 논의의 가능성이 열려있음을 말하지는 않는다.

곽윤직은 제185조를 민법이 정하지 않은 관습상이 권리를 존속하게 하고

118) 또한 『민법안의견서』, 20면 이하(방순원).

119) 제26회 국회정기회의속기록 제45호 (1957.11.25.), 18면(장경근).

시간의 흐름에 따른 사회적 수요에 맞는 물권의 종류를 받아들이는 옳은 입법으로 평가하면서도, 그 표현은 다르지만 대등효와 변경효를 주장하는 견해 모두 관습법에 의한 성문법개폐를 긍정함으로써 물권법정주의와 정면으로 부딪히고 물권법의 강행법규성에도 명백히 모순된다고 비판한다.¹²⁰⁾ 이어서 그는 제185조는 제1조의 관습법의 보충적 효력의 테두리 안에 있으므로 법률이 특별히 규정하고 있지 않는 종류나 내용의 권리만이 관습법이 될 수 있다고 한다.¹²¹⁾ 그러나 곽윤직의 설명은 제185조를 제1조와 역지로 잇기 위한 가공의 색채가 짙을 뿐 아니라 물권법정주의를 [제정]법률의 틀 안에서 접근하여 ‘제정법만이 아니라 관습법도 실정법’이라는 사실을 낮게 본 느낌이 짙다.

한편 제185조를 문언 그대로 받아들여 제185조는 물권의 종류와 내용에 관하여 관습법에 성문법과 대등한 효력을 부여하는 의의가 있다는 주장도 있다.¹²²⁾ 이에 따르면 제185조는 관습법의 보충효를 규정하는 제1조의 예외로서 그 범위 내에서는 제1조의 적용을 배제한다. 그 근거는 물권법에서는 채권법보다 전통의 힘이 강하기 때문이라거나¹²³⁾ 그렇지 않으면 물권법정주의의 제약으로 인하여 물권법이 낙후될 수 있지만 제185조는 물권법 영역에서 성문법이 관습법으로 대체되는 현상을 예정하고 있다¹²⁴⁾는 등 다양하다. 그러나 이들은 모두 제185조만을 임의법규가 아닌 강행법규가 지배하는 물권법에서만 유독 관습법이 물권법정주의의 천장을 뚫고 성문법과 동등한 효력을 누리게 현상을 근거짓기 위한 설명들이다. 그러나 제1조를 그대로 둔 채

120) 곽윤직, 『민법총칙』, [8] (26); 곽윤직, 『물권법』 (1999) [11] (25-26면).

121) 한편 곽윤직, 『물권법』, [3] (6면 이하)은 또한 “법률의 규정 자체에 의하여 인정되는 경우에는, 관습법이 성문법에 우선하여 적용되고, 일정한 범위에서 성문법의 규정을 물리치거나 변경하는 효력을 가진다. 민법의 물권편에도, 이와 같이 관습법에 우선적 효력 또는 변경적 효력을 인정하는 규정이 적지 않다(224조, 229조, 234조, 237조, 290조, 302조 등).”고 한다. 그러나 여기에서 특수지역권(제302조)은 전래의 충유를 잘못 담은 규정이나 제224조, 제229조, 제234조, 제237조의 상린관계규정은 관습법이기에 전에 로마법에서 기원하여 근대민법전이 공유하는 법체사의 유산이며 제290조는 관습법과 관련성이 없다.

122) 이미 김증한, 물권법, 1981, [11] (25); 이영준, 민법총칙, 25; 이영준, 물권법, 2009, 16 이하와 17-18은 관습법이 대등효를 가질 때에는 당연히 변경효도 가진다고 주장한다.

123) 김증한, 물권법, [11] (25).

124) 이영준, 물권법, 17. 결과에서 결론을 같이 하는 설명으로 곽윤직, 물권법, [11] (25).

과연 이와 같이 물권법에 국한된 정당화가 가능한지 의문이다.

이밖에 제1조와 분리하여 제185조의 관습법을 이미 ‘法으로 승인된 慣習’으로 제한해석할 수 있고, “법률과 동등한 관습법”이라는 장경근의 언급은 이를 시사한다고 볼 여지가 있다. 이렇게 새길 때에는 제1조와의 충돌을 비롯하여 어떠한 해석의 곤란도 일어나지 않게 된다. 그러나 이미 앞에서 지적한 것과 같이 제1조 자체가 의문시되는 상태에서 이는 문제를 문제로 풀려는 순환논법이 되기 쉽다. 제185조는 법률만이 아니라 관습법도 물권법의 법원이 됨을 명확히 하며, 이를 받아들일 때에만 관습법으로 승인되는 관습의 물권법정주의 위반문제가 해소될 것이다.

제185조의 물권법정주의는 민법 물권편의 원칙이다: 법률[민법] 또는 관습법에 근거 없이 물권을 창설할 수 없다. 제185조는 제1조와 마찬가지로 원칙을 담은 기본규정이므로 제1조와 제185조는 서로 우열을 논할 수 있는 법률규정이 되지 아니한다. 그리고 민법 물권편과 같이 가부의 黑白論理를 담은 입법은 흠결을 허락하지 아니한다. 물권법정주의에 따라 법률을 유효한 물권창설의 기준으로 선언한 제185조에서 법률에 따르지 않은 권리는 애당초 물권이 될 수 없어 제185조를 기준으로 할 때 물건과 물건 아닌 권리만이 있을 수 있기 때문이다.

그러므로 물권법의 영역에서 관습법의 보충효는 가당치 않다. 그리고 만일 제185조가 제한적으로 법률만을 규정하였다면 관습에 의한 물권의 창설은 물권법정주의, 즉 강행법규의 위반으로 결코 허용되지 않아야 할 것이다. 바로 여기에서 제185조의 「법률 또는 관습법」은 관습법을 명문으로 수용하지 않았다면 물권법정주의의 위반으로서 금지되었을 법적 관행으로 생성된 물권을 승인하고 이를 물권법정주의의 틀 안에 끌어들이는 중요한 역할을 담당한다. 이점에서 제185조는 관습법이 제정법과 함께 물권법정주의의 의미에서 ‘물권창설의 근거가 되는 법’임을 선언하는 아주 소중한 법률규정이다. 이로써 오랜 법적 관행은 비록 - 다만 전체법질서에 위반하지 않는 한도에서 - 물권법정주의에 저촉되는 때에도 일단 물건으로 승인되면 처음부터 전체법질서에 반하지 않는 것으로 된다.

나아가 제185조는 법률과 관습법을 순차적으로 법정한 제1조와 시각을 완전히 달리하여, 법률과 관습법 사이에 단계와 우열을 두지 않고 法源으로서 대등한 효력을 부여한다. 이는 지금까지 물권법정주의에 위반하는 관습도 관습법으로 승인되는 순간 그 하자가 치유되어 법률과 같은 효력을 가지기 때문이다. 이러한 결론은 물권법의 영역에서 관습법이 특히 중요한 몫을 차지하는 법률현상에 비추어 결코 잘못되지 않을 것이다. 이와 같이 관습법의 기본이 되는 관습은 강행법규에 위반하여 성립할 수 있으나, 어느 경우에도 민법이 가지는 기본가치와 전체 법질서의 틀을 벗어날 수는 없다. “헌법을 최상위규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합”하여야 한다는 대판(전) 2003.7.24., 2001다48781 등은 바로 이를 확인한 판결로 볼 수 있다. 이때 전체법질서와 관계되는 강행법규가 무엇인지는 개별판단으로 결정될 문제이다.

결론적으로 현재와 같이 제1조에 「법률에 규정이 없으면」을 둔 상태로는 모순에서 자유로울 수 없다. 그리고 해석은 한계가 있기 마련이다. 제106조와 제185조를 어떻게 해석하더라도 제1조가 내포하는 모순이 앙금없이 말끔히 제거되지 않는다. 그리고 법률현실에서 관습법은 법률에 보충효과 아닌 대등효를 가지고 다만 「선량한 풍속 기타 사회질서와 관계있는 [법률]규정」을 넘어설 수 없다. 이러한 측면에서 직관에 기대어 법률과 관습법의 대등효를 인정하고 新法優先의 原則을 역설한 현석호의 지적은 해안이 아닐 수 없다. 이러한 방안이 용이하지 않다면 일관되고 논리에 맞는 해석을 위하여 제1조에서 「관습법」을 「관습」으로 바꾸어 법문을 「법률에 규정이 없으면 관습에 의하고」로 읽고 조문제목을 “재판규범[준칙]”으로 개정하여야 한다. 이처럼 제1조를 개정하는 방안이 작게, 그리고 민법의 핵심을 건드리지 않으면서 법률규정의 상충을 해소하여 알기 쉬운 민법을 만드는 지름길이 될 것이다.

IV. 글을 마치며

민법 제1조와 제185조는 민법의 근간을 이루는 기본원칙이 충돌하는 대표 사례이다. 그러나 현재의 모습으로는 어떻게 하더라도 이들 사이에 충돌없는 법률해석을 달성하기 어렵다. 무엇보다 민법 제1조에 내재하는 자체모순은 해석으로 극복할 수 있는 성질의 문제가 아니고, 어떠한 해석도 심지어 제1조 내에서 법률과 관습법의 관계를 말끔하게 설명하지 못한다. 여기에 덧붙여 만주국민법 제1조의 규범목적과 성립배경, 그리고 “관습법”이 등장하게 된 취지를 개관하면, 만주국민법 제1조의 “관습법”은 어떻게 하더라도 현행 민법 제1조의 관습법과 같은 의미가 될 수 없는 법률개념임을 알 수 있다. 이와 달리 민법 제185조는 그 자체로 완결된 법률규정의 모습을 지닌다.

그렇다면 문제 있는 제1조를 달리 새기거나 고치는 것이 현실적이며 동시에 경제적이다. 틀린 것을 옳다고 하기 위하여 옳은 것을 바꿀 수는 없기 때문이다. 이를 위하여 제1조의 법문에서 「관습법」을 「관습」으로 대체하여 제1조를 재판규범으로 되돌리거나 「법률 또는 관습법에 규정이 없으면」으로 고쳐 내용에서 조문제목에 합당한 법률규정으로 바꿈으로써 엷힌 실타레를 풀어야 한다. 다만 조문제목을 그대로 둘 때에는 여전히 條理가 문제로 남을 수밖에 없다. 왜냐하면 제1조를 고치는 것이 가장 작게, 그리고 최고의 성과를 달성할 수 있는 지름길이기 때문이다. 그리고 어떤 방법으로도 법률규정들 사이의 조화로운 해석이 가능하지 않다면, 이를 포기하고 알기 쉬운 법률을 만드는 것이 나을 것이다.

민법학에서 관습법을 언급하는 경우는 많으나 진정으로 관습법에 해당하는 실제사례가 많지 않으며, 그나마 강행법규에 위반하여 성립한 관습법이 대부분이다. 다른 한편 관습법의 이름을 법제사적 증거가 미흡한 제도를 정당화하는 도구로 이용되는 경우도 드물지 않다. 이는 결국 법제사의 왜곡하는 것이다. 역사는 개연성에 기댈 수 있으나, 이는 과거의 사실이 정확하게 밝혀지지 않을 때에 국한되어야 한다. 그리고 때로는 역사가 자기합리화 또는 변명의 도구로 이용될 수 있음은 틀림없다. 그럼에도 어디까지나 “있는

사실”(fact)이 법제사의 시작이 되어야 한다. 있는 것은 있는 것이고 없는 것은 없는 것이기 때문이다.

■ 참고문헌

- 곽윤직, 물권법, 1999.
_____, 민법총칙, 1998.
권재문, 관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰, 법사학연구 제37호 (2008) 99-127.
김증한, 물권법, 1981.
민법안심의회, 제26회 국회정기회의 속기록 제62호 (부록), 1957.
민사법연구회, 민법안의견서, 1957.
박병호, 근세의 법과 법사상, 1996.
송덕수, 민법총칙, 2015.
양창수, 민법전의 성립과정에 관한 소고, 민법연구 1, 1991, 61-110.
윤대성, 한국민사법제사연구, 2009.
이상욱, 일제하 전통가족법의 왜곡, 한국법사학논총 [박병호교수환갑기념 II], 1991, 371-399.
이영준, 물권법, 2009.
_____, 민법총칙, 2007.
이진기, 관습법상 법정지상권의 문제, 비교사법 제18권 3호 (2011) 773-814.
전봉덕, 한국근대법사상사, 1980.
정공식 편역, 개역판 관습조사보고서, 2000.
정공식, 한국근대법사고, 2001.
정중휴, 관습법과 사실인 관습, 이영준박사화갑기념논문집, 1999, 3-40.
_____, 역사속의 민법, 1994.
제26회 국회정기회의 속기록
조규창, 구한말 서구법계수의 역사적 의의, 조규창교수논문집, 1998, 111-127.
_____, 서구법 수용에 있어서 법학교육의 역사적 의의, 조규창교수논문집, 1998, 129-166.
- 郭衛/周定枚, 中華民國 六法理由・判解彙編, 第1冊 (民法), 1934.
柚木 馨, 滿洲民法讀本, 1941.
小口 彦太, 일본통치하의 '만주국'의 법, 법사학연구 제27호, 2003, 83-112 (임상혁 역).
G.Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843.
S.Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht - Eine historisch-dogmatische Untersuchung, 1.Theil

- (geschichtliche Grundlegung) I, 1899.
- K.Cosack/H.Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1.Bd. (AT und SchR), 8.Aufl., 1927.
- H.Dernburg, Pandekten, 1.Bd. (AT und Sachenrecht), 7.Aufl., 1884.
- G.Dilcher, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, in: Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, hrsg. v. R.Schulze, 1992, 21-65.
- L.Enneccerus/H.C.Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, Bd.1, 15.Aufl., 1959.
- Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd.6 (Mo-O), hrsg. v. J.Ritter, 1984.
- H.Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1985.
- K.Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7.Aufl., 1989.
- _____, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4.Aufl., 1979.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.1 (Allgemeiner Teil), 1888.
- W.Merk, Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts, 3.Aufl., 1935.
- Münchener Kommentar zum BGB, Bd.1 (AT), 5.Aufl., 2006.
- G.Fr.Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 1. Teil, 1928, 2. Teil, 1837.
- _____, Cursus der Institutionen, Bd.1, 9.Aufl., besorg. v. P.Krüger, 1881.
- F.Regelsberger, Pandekten, 1.Bd., 1893.
- C.R.Sachsze, Sachsenspiegel oder Sächsisches Landrecht mit Uebersetzung, 1848.
- Fr.C.v.Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, in: Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, mit Einf. von H.Hattenhauer, 2.Aufl., begründet von J.Stern, 2002.
- R.Schulze, Einführung, in: Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, hrsg. v. R.Schulze, 1992, 9-20.
- L.A.Warnkönig, Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland, 1853.
- B.Windscheid/Th.Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, Bd.1., 9.Aufl., 1906.

<Zusammenfassung>

Gewohnheitsrecht im KBGB

Lee, Jin Ki*

§1 und §185 KBGB lauten:

§ 1. [Rechtsquellen] Befindet sich in diesem Gesetz keine Vorschrift hinsichtlich einer bürgerlichen Rechtsfrage, so ist diese nach dem Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Natur der Sache zu entscheiden.

§ 185. [Arten der dinglichen Rechte] Ein dingliches Recht kann nicht beliebig begründet werden, es sei denn, daß das Gesetz oder Gewohnheitsrecht dies vorsieht.

Gesetzes Recht ist das von staatlichen oder staatlich ermächtigten Organen geschaffene, nämlich gesetzte Recht. Dagegen entsteht Gewohnheitsrecht durch eine längere tatsächliche Übung, die von den beteiligten Rechtsgenossen als rechtsverbindlich anerkannt ist. Es muß eine einheitlich herrschende Rechtsüberzeugung (*opinio necessitas* oder *opinio iuris*) bestehen. Der Richter ist an das Gewohnheitsrecht genauso gebunden wie an das Gesetzesrecht.

Nach h.M. behandle §185 KBGB Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht jedenfalls gleichberechtigt und gleichwertig, während nach §1 KBGB

* Professor, Dr.iur., Sungkyunkwan University, Law School.

Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht nachrängig und ergänzend sei.

§1 KBGB findet seine Entstehung in dem §1 Manschurischen BGB von 1939, in welchem der Begriff Gewohnheitsrecht zum erstenmal in der Zivilgesetzgebungsgeschichte in Asien auftrat. Aber im Sinne des §1 MBGB bedeutet Gewohnheitsrecht eines der 4 Völker, die zusammen Manschurischen Reich aufbauen. Dagegen ist Korea ein Nationalstaat. Daraus folgt, daß die Auslegung des §1 KBGB jedenfalls von deren des §1 MBGB differenziert werden muß. Dementsprechend hat man §1 KBGB so auszulegen, Gewohnheitsrecht kann das Gesetzesrecht nicht nur konkretisieren oder ergänzen, sondern auch brechen, wie §185 KBGB offen macht. Es darf jedoch nicht gegen Verfassung verstoßen. Aber diesartige Auslegung kann in der Tat keineswegs ungekünstelt erzielt werden, solange §1 KBGB in seiner jetzigen Form weiterbleibt.

[Key Words] Rechtsquellen, Gesetz, Gewohnheit, Gewohnheitsrecht, Natur der Sache, ergänzende Wirkung