민법사의 成立過程에 관한 小考*

梁 彰 深**

I. 序 論

(1) 民法이 施行된 것은 周知하는 데다 1960년 1월 1일부터이다. 來年이던 어느덧 30년이 된다. 此民法의 한 世代을 마감하면서, 그 동안의 民法理論과 民事事實을 探究하여 "民法"의 現住所을 確認하고, 나아가 앞으로 나아갈 方向을 調査하여 보는 것은 言語로는 일이라고 생각한다. 그러나 그와 아울러 다시 出發點으로 돌아가서 民法의 制定過程을 明確히 探究할 필요는 없을까?  그러한 작업을 통하여 우리는 民法을 보다 넓은 배경에서 바라볼 수 있게 되므로 此 "民法"의 새로운世代가 创作함에 있어서 보다 薫得한 基礎를 얻을 수 있음이라도 모른다.

民法의 制定過程을 직결 접은 사람들에게는 그過程은 그 세부에 이르기까지 증명할 필요가 없는 自明한 事實일 것이다. 그러나 民法이 시행되시 30년이 지나고 보니, 그것은 이 멋 历史에 속하는 일이 되었고 그 "자명한" 사실은 此傳說이 되어 가고 있다. 그리고로 이 시점에서 민법의 제정과정을, 직결 접은 回顧談으로서가 아니라 간관적인 過去의 事實로서 정리하여 보는 것도 또한 전히 意味가 없는 일은 아니라고 생각한다.

(2) 民法의 制定過程의 구체적인 경과에 대하여는 偶유 최근에 이르러서야 연구가 나타나기 시작하였다.1) 그러나 그 연구도 대개는 制定過程의 외면적인 경과를 서술하는 데 그치고 民法의 個別條文에 들어가서 그 구체적인 심의의 내용을 實際法學의 입장에서 民法의 解釋作業의 目的적인 전제로서 초안하는 데까지는 미치지 못하고 있다. 그 이유는 주로 민법의 제정과정에 대한 資料가 극히 不足하다는 데 있다고 추측된다.2) 그러나 그 입법자료가 전히 없는 것은 아니다. 중요한 것은 우선 法典編纂委員會의 民法典编纂要綱(이에 관하여는 附記)과 民議院 3) 法制司法委員會 民法案審議小委員會(이하 "民議院 民法案小委員會")에 관하여는 名義가 있는 적, 民議院 4) 法制司法委員會 民法案審議小委員會(이하 "民議院 民法案小委員會")에 관하여는 名義가 있는 적, 民議院 4) 法制司法委員會 民法案審議小委員會(이하 "民議院 民法案小委員會")에 관하여는 名義가 있는 적, 民議院 4) 法制司法委員會 民法案審議小委員會(이하 "民議院 民法案小委員會")에 관하여는 名義가 있는 적, 民議院 4) 法制司法委員會 民法案審議小委員會(이하 "民議院 民法案小委員會")에 관하여는 名義가 있는 적,

* 此論文是 "民法制定過程에 있어서의 國會의 審議活動에 관한 研究"를 題材로 韓國議會發展研究

(1) 鄭鍾休, "韓國民法典的 制定過程", 韓國法敎授_year記念論文集, 1985, 1년 이하.
(2) 前引 鄭鍾休, 新訳版 民法總則, 1989, 56면은 "우리 民法典的 制定에서 있어서 한 가지 유한스

** 서울大学校 法科大学 助敎授

--- 186 ---
법의 성립 과정에 관한 특강  

제30권 3-4호(1989)  

(4)  

(5)  

(6)
이러저져 있다는 것을 들 수 있을 것이다.(7)

Ⅱ. 法典編纂委員會의 成立과 民法典編纂要綱

(1) 1948년 8월 15일 대구민국政府樹立宣佈式이 거행되고, 새로운 나라가 그 첫걸음을 내딛었다. 그러나 모든 세출비가 그리하듯이, 이제 갑 출발한 우리 나라는 여러 가지의 어려운 과제를 처리하여 가지 않으면 안되었다. 그러한 과제 중의 하나가 法律體系를 정비하는 일이다. 우리 정부가 수립할 당시 우리는 어떠한 法令의 적용을 받고 있었던가?

1948년 7월 17일에 공포된 憲法은 그 제100조에서 "現行 法令은 이 懲罰에 가속되고 아 니하는 한 效力로 가진다."라고 정하고 있었다. 여기서 말하는 "現行 法令"이란 데케 다음과 같은 것이었다.

(i) 우선 1945년 9월 7일 이래 북위 38도 이남의 한반도에서 軍政(military control)을 실시하고 있던(8) 美軍은 당시 太平洋美國陸軍總司令部의 布告(제1호)를 통하여 그 또는 그 의 권한 아래에서 발포되는 "布告(proclamations),法令(ordinances), 規約(regulations), 告示(notices),指示(directives) 및 條例(enactments)"는 북위 38도 이남의 주민에 대하여 法令으로서의 效力가 있겠다고 선언하였다(同 제 6조. 변역은 당시 발포된 美軍本布告에 의 하였다(9)). 美軍은 북위 38도 이남의 한반도에 대한 군정을 위하여 在朝鮮美國陸軍政廳(United States Army Military Government in Korea). 이하 美軍政廳이라고 한다)을 두고 이를 통하여 군정을 시행하고 있었기 때문에 실제로는 위와 같은 布告 등은 美軍政廳의 이름으로 발포된 것이 대부분이었다. (10) 이와 같이 하여 美軍政當局은 그 후 우리 나라정부가 수립될 때까지 3년에 걸쳐 法令의 效力가 있는 각종의 布告 등을 발표하였다. (11) 이러한 미군정 당국의 布告 등이 "現行 法令"에 속한 것들이다. (12) 그러나 이러한 軍政

(7) 특히 鄭光旭, 韓國憲法政研究, 1967년의 제3권 "親族相続権 立法經過과 그 批判"(325면 내지 452 면) 및 同書 부록 "親族相續法 立法資料"(1면 내지 582면)을 보라.
(8) 本文에서 後述하는 太平洋美國陸軍總司令部 布告 第1號의 前文 참조. 軍政에 一方의 階級에 의하여 종료되고 頭領국이 政敵국을 占領(occupation)한 경우의 国際法상의 여러 倫理 문제에 대하여는 우선 李徳基, 訂修版 國際法講義, 1983, 400면 이하 참조.
(9) 原文에 의하면 그러한 방식의 행정은 "주민이 이행하여야 할 사항을 명시한다."(specify what is required of you)는 것이다. 이와 같이 政治社會에 속하는 구성원에 대하여 구체적으로 가 진 규범이 "法令"에 해당함에는 의문의 여지가 없다. 다른 한편 同 布告 제3조는, 主民은 同司令官 및 그 權限 下에서 發布한 命令에 随時 遵従하여야 한다고 정하고 있다.
(10) 軍政法令 제43호까지는 在朝鮮美國陸軍(United States Army Forces in Korea)의 軍政長官(Military Governor)이 太平洋美國陸軍總司令官의 指示에 의하여 發布하는 条例를 자작하였으 나, 그 후로는 美軍政廳의 軍政長官이 직접 發布하였다. 이러한 形式的 規定과 그에 의한 것이며 이러한法令의 意義가 있는 것인지 討論이나, 그야말로 形式上的 변형에 불과한 것이 아닌가 추측된다.
(11) 美軍政에서 그에 의하여 發布된法令의 法的 性格에 관하여 논한 文献은 드물다. 가령 金甲洙, "軍政下 日本法 適用의 界限", 法政 제12권 2호(1947.2) 19면 이하 참조.
(12) 金春浩, 法學通論, 1951, 40면 이하; 張厚吉, 現行民法總論, 1960, 10면; 金炳東, 韓國司法史 (現世編), 1979, 268면.
법 IDM의 敘는 그나지 많지 않았다.\(^{13}\)

(ii) 나아가 美軍在 1945년 11월 2일 决定 제21호를 발표하여, 8.15해방 당시 사
행중인 8.15의 各法律的 敘を 가지는 規則, 命令, 告示, 言文(documents)는 美軍政監에서
特別命令으로 이를 폐지할 때까지 全面히 敘이 있다는 것이 또 지방的 諸般 法規와 慣例
도 당해 문항에서 이를 폐지할 때까지 그 敘이 있다는 것을 경시하였다.\(^{14}\) 이것은 곧
일제 치하에서 환반도에서 敘를 가지던 IDM의 大部分이 그대로 美軍政 아래서도 敘
을 유지할 것을 의뢰하는 것이다. 그리고 이렇게 하여 敘를 유지한 日帝下의 法 IDM는 "現
行 IDM"의 거의 전부를 차지하고 있었다.

이와 같은 现行 IDM은 그것이 敗没에 저축되지 아니하는 한 敗没 제10조에 의하여 여건
히 敘를 유지하게 되었던 것이다. 물론 여기서 "現行 IDM"이 敗没에 저축되기를 허용
하는 것은 헌법의 기초조항에서 결정적인 역할을 한 京畿庁의 말대로 "제 48조의 3항에
언급한 것이라는 것은 等級, 前例와 政府의 有權의 解釋에 의하여 逐次 해
경해 나갈 수 밖에 없다".\(^{15}\) 그러나 敗没에 저축된다고 하여 敘를 상실한 IDM 또는 法
規定은 실제에 있어서는 국소수에 불과하였으며,\(^{16}\) 당시의 "現行 IDM"은 거의 전부 그에
따라 敘를 유지하였던 것이다. 그리고 위에서 본 대로 "現行 IDM"의 결말 다수는 日帝下
의 IDM이었기 때문에, 거기에 1951년에 간행된 法學論 beans과는 "法學工夫를 하러허는日
政時代의 IDM이 全て dio라 필요하다.\(^{17}\)"라고 말하고 있다.\(^{18}\)

外國의 IDM이 그대로 自國의 IDM으로서 敘를 가진다는 것은 獨立國家로서의 筆권을
현저히 손상하는 것이 아닐 수 없다. 그 IDM들은 외國語로 쓰여진 것일 뿐만 아니라,\(^{19}\)
우리 國民의 敘思에 기여하여 만들어진 것이 아니었다. 이러한 사정으로 政府는 IDM을
재생하게 수리, 정비하여야 하는 과제를 처리하지 않을 수 없었다.\(^{20-1}\) 특히 國民의 일상생

\(^{13}\) 민사의 전반에 중요한 것으로는, 創氏改名에 관한 日帝의 IDM을 제정한 軍政法令 제122호 "朝
鮮姓氏改舊令"이 있다.

\(^{14}\) 물론 그 이전의 1945년 10월 8일의 IDM 제11호에 의하여 민족적 차별과 압박을 가하기는 정책
내지 주의를 가진 IDM, 즉 治安維持法, 政治犯處罰法, 政治犯保護観察令, 出版法 등의 "特別
 IDM와 기타 같은 종류의 "普通 IDM"은 제거될 바 있다.

\(^{15}\) 이러한 IDM이 이에 해당하는가에 대하여는 金貫漢(註12), 51면 이하 참조.

\(^{16}\) 俞鈞午, 敗没解義, 1949, 207면.

\(^{17}\) 가령 婦子中, 즉 婦子의 무효를 신언한 大法院 1949년 3월 26일 판결에 의하여 朝鮮民
事令 제11호 정의의 일부와 동 제11호의 2기라 婦子制度에 관한 IDM을 제거 내지 수정되었
다. 한편 심판의 형용무력성을 정한 依民法 IDM 제14조 내지 제18조는 이미 민 금지 하에서 大法院
1947년 9월 2일의 판결에 의하여 제거될 바 있다. 이는 敗没 시행 후에도 변형이 없을 것이다.

\(^{18}\) 金貫漢(註12), 56면.

\(^{19}\) 일반의 IDM은 물론이고, 이 금지 당국의 IDM도 비록 영문과 독문의 두 언어로 공표되기는
하였으나 주로가 되는 인기는 영어였다. 太平洋美國陸軍司令部 告令 제1호 제 5조 참조.

\(^{19-1}\) 가령 俞鈞午(註16), 207면은 "現在의 日法系, 美法系 IDM은 鎖難에 있
는 우리 나라의 IDM系를 清算하고 우리 나라 정부의 IDM系을 建設함이 切実히 필요
한다"라고 한다.
활과 밀접한 관계가 있고 비판하게 배출에서 적용되는 기본법, 가량民法, 商法, 刑法, 民事 및 刑事의 각 訴訟法 등은 하부별로 우리의 것으로 대체되지 않으면 안 되었다.

(2) 정부는 수임 직후인 1948년 9월 15일 대선령 제 4호로 “法典編纂委員會職務”를 공포하여 재정물체의 일정작업에 들어갔다. 그 규정에 따르면 법典編纂委員會(이하 法典編纂委員會라 고 줄여 부른다)는 “民事, 商事 및 刑事의基礎法典과 기타 訴訟, 刑行 등 司法法規의자료를 수집 조사하며 그 草案을 起草, 審議”하는 것을 목적으로 설치된(同 제 2 조) 대선령 직속기관이다(同 제 1 조). 따라서 法典編纂委員會는 政治關係法를 포함한 모든 法律에 관한 자료조사나 그 기초 등을 담당하는 기관이 아니며 그러한 작업의 대상은 民法, 商法, 刑法, 民事訴訟法, 刑事訴訟法 등의 소위 司法法規명에 한정되는 것이었다.

이 法典編纂委員의 업무처리방식은 法典編纂委員職務제와 더불어 공포된 “法典編纂委員會 處務規定”에 경하여 있었다. 이에 따르면 起草委員은 法典의 起草에 앞서서 草案을 작성하여 그 草案에 따라 法案을 기초하여야 한다(同 建議 제 8 조, 제 9 조 참조).

(3) 이에 따라 民法에 관한 編纂要綱이 작성되었는 사실은 알려져 있었으나 그 내용은 壟權備品의 일부를 제외하고는 알려지지 않은 상태에 있었다. 그러나 편자는 1987년 말에 “朝鮮臨時民法典編纂要綱”이라고 표제를 둔 자료와 “民法典編纂要綱”을 발견하였다. 이어서 이 著者에 대하여 살펴보기로 한다.

(가) 著者는 해방 이후 주요한 法律關係 定期刊行物의 하나였던 “政務의 제 3 권 8 호(1948. 8) 41면에 수록되어 있다. 이 자료는 “朝鮮法制編纂委員會起草要綱(3)”이라는 제목 아래 “商法 中 會社編改正要綱”과 함께 수록되어 있다. 그 내용을 그대로 옮기면 다음과 같다(앞줄과 뒷줄이 기간의 文法에 따랐다. 또한 경음표호 안은 引用者가 添記한 것이다. 이하 같다).

朝鮮臨時民法典編纂要綱

(總則)

朝鮮臨時民法 規定함에 있어서는 大陸法系의 系統을 取하여, 主로 獨立民法에 懸念한 現行民

(20) 이는 法曹協協會雜誌 제 1 권 제 2 号 (1949. 5). 88면에 수록되어 있다.


(22) 鄭越休(註 1), 7면 이하는 이 자료를 백범의 노력을 존중하고 발전할 수 없었다고 하면서, 단지 열람하고, 債權 통論, 丙版, 1963, 224면 이하에 의하여 “債權法制序에 관한 方針과 "債權의 效力"에 관한 編纂要綱을 소개하고 있을 뿐이다.
법관은 그에 관한 특별한 규정을 준거로 하여 현재의 문헌의 규정, 법령, 학문, 그리고 보통의 시한에 적용된 것에 적합한 것으로 해석할 수 있다.

(1) 민사사례문 通한 太原則(通則)으로서
   (一) 慣習法 및 條理의 补充의 功力를 規定하고(法例 第二條 参照)
   (二) 權利의 行使에 regard하여 權利者之法理를 整合하며, 同時に 義務의 規定에 regard하여 儀義
     誠實之 原則으로 一般的으로 定明하는 規定을 세울 것

(2) 行為無能力者로서는, 成年者, 禁治產者, 隻治治產者之 三者間을 認定하고, 妻는 無能力者에
     관한 總則의 規定에서 分離하여 그에 대한 適切한 力能無限은 婚姻の 効果로서 親族関係에 適當한 規
     定할 것

(3) 禁治產者之 行為能力의 範圍を 適當히 考慮하되, 其 保佐機關을 法定代理人으로 할 것

(4) 無能力者之 契約은 其 追認이 있음 때까지는 相對方이 이를 撤回할 수 있도록 할 것

(5) 共同之 事由에 遭遇하여 死亡일 結束에 있어서 時間死亡의 拘定의 規定을 할 것

(6) 死団法人은 非営利法人 非営利私人(営利法人, 非営利法人)으로 分類하여 営利法人 益法 또는 目
     の に 有する 団體은 法人상 法人に로서 成立할 수 있게 할 것

(7) 法人之 建立登記 등 对抗要件으로 하지 않고 成立要件으로 할 것

(8) 理事之 法人に 有する 法律責任를 規定할 것

(9) 財団法人之 寄附行為의 變更方法를 規定할 것

(10) 他人之 統迫 經無能力이 利用한 通力行為는 無力로 할 것

(11) 法律行為之 總則의 規定으로서, 法律行為의 解釋은 儀義誠實之 原則에 의하여 할 것 을 規定
     定明할 것

(12) 意思表示이 있어서는, 表示主義에 置重하여 相對方의 利益을 保護하기 為하여 誤解에 의한
     意思表示을 取消할 수 있도록 할 것

(13) 數人の 代理人이 있을 때에 各者代理의 原則을 定明할 것

(14) 消費時契 完成의 効果는 權利者 消費할 수 있는 一種의 抗議權을 發生하도록 할 것

(15) 取得時契の 規定은 總則 reinforced에서 除外하고, 物權面 所有權取得에 規定할 것

(物權法要綱)

第1章 總則
第1 物權法(定)主義
物權은 本法 기타의 法律에 規定한 것 외에 이로 創設할 수 없음.

第2 物權行為

(一) 不動產에 관한

(1) 不動產에 관한 物權의 法律行為에 인한 得喪変更은 登記을 함으로써 其 効力의 發生함

(2) 判決, 裁判, 公用徵收, 相違 其他 法律의 規定에 対한 不動產에 関한 物權의 取得은 登記을
     하지 아니하도 그 効力의 發生함, 但 그등을 登記한 後가 아니면 第三者에 對抗할 수 없음

(3) 不動產에 관한 物權의 得喪変更으로 目的으로 하는 法律行為는 書面으로 합을 要함. 但 違言에
     의한 時은 此限에 있어야 아니함

(二) 動產에 관한

(1) 動產에 관한 物權의 讓渡은 其 動產을 引渡함으로써 其 効力의 發生함. 但 讓受人이 이미 其
     動產을 占有하고 있을 때에는 護理의 意思表示만으로써 其 効力의 發生함

(2) 動產에 관한 物權을 護理하는 경우에 있어서 違反人이 其 動產의 占有을 護理할 때에는 護理
     人이 面接占有權을 取得한 契約을 規範하여 動產의 引渡에 協同할 수 있음

(3) 第三者가 占有하는 動產에 関한 物權을 護理하는 경우에 있어서는 護理人이 其 第三者에 대하
이 가산 귀속請求權을 讓受人에게 讓渡함으로써 動產의 引渡에 간용할 수 있음

第3 混同

同一主體에 對向 所有權 또는 其他物權이 同一主體에 隸屬하였을 때는 其他物權은 消滅함. (坐 그 物權이 存在에 關係이며 所有者 또는 第三人이 法律上之 利益을 가질 때는 消滅지 아니함)

前項의 規定은 所有權 以外의 物權과 同一主體에 隸屬한 경우에 둘不准許함

保留

登記簿에 記載된 權利關係은 其 權利에 관하여 法律行為을 한 者의 利益을 為하여 僅正한 것으로 看做함

但其 僅正함에 異議이 있으면 登記가 있을 때 또는 僅正치 없음을 알거나 또는 알 수 있었을 때에는 此전에 있지 아니함

위 要纲(23)은 위에서 본 대로 “朝鮮法制翻案委員會”(아하 法典起草委員會라고 줄여 무슨 다)로서 마련한 것이다. 이 機構은 1947년 6월 30일의 南朝鮮過渡政府 行政命令 제 3호에 의하여 설정된 것으로 朝 命令에 의하여 同 委員會는 “民權, 財產權, 親族關係, 商業關係, 犯罪的 處罰, 法律의 施行 및 司法行政의 諸手續에 관한 現行法에 대체하여 創設될 基礎法 典의 完全한 草案을 작성할 사명”을 가지는 것이었다. 이 委員會는 위 行政命令에 의하여 委員長이 南大法院長인 金日宅이 있고, 그 委員으로 南朝鮮過渡政府 司法部長官 金炳勲, 大檢察總長인 李仁이 일명되었다는 것 이외에, 그 활동에 대하여는 지금까지 알려진 것이 별로 없었다. 그러나 委員이 조사한 바에 의하면 다음과 같은 활동사실을 확인할 수 있다.

(1) 1947년 10월 20일 있었던 委員會의 제 2차 의항에서 委員에서 委員이 결정되고 그 處務規定이 마련되었다.(25) 그 분과위원은 다음과에서 보는 바와 같다.

이 委員의 明단을 위에 조사된 法典編纂委員會의 委員명단(26)과 대조하여 보는 것은 흔

(23) 이같이 時事 정적이어진 要纲의 全部이란 하는 점에는 의문을 일으킬 수 있다. 특히 崔大雄, “朝 法典編纂에의 聲明” 法政 제 3권 6호(1948.6) (그 후 石淵論説集, 제 1권, 1951, 23번 이하로 收錄. 수차에 의하여 업무한다)에 의하면 “法典起草委員會에는 … 지난 4월 20일 그 要纲이 一應 決定되었고 한다.”라고 말하고 있다. (정면분은 讀者가 생략한 것이다. 이와 같 다) 따라서 이에 1948년 4월 20일에 南法典의 起草에 관한 要纲이 전부 결정되어 있었던 것이 아닌가 하는 추측을 하 보나, 이상의 것 이외에는 그 存在 및 내용을 確認할 수 있는 資料가 현재까지는 없다.

(24) 이 機構의 正式 名稱은 위 行政命令 제 3호의 正式 文字에 의한다고 “法典起草委員會”이다. 가령 法院行政處理, 主要 舊法令集(下), 裁判資料 제 42권, 1988, 347권 참조. 또한 金炳勲(訳 12), 41번; 鄭錦休(訳 1), 3번도 참조. 그러나 당시에는 “法典編纂委員會”라는 名稱도 慣用되어 있던 듯하다. 위의 註 28의 朝鮮音의 名 및 南韓人 對譯 각 참조. 이러한 語音의 환산은 南韓人의 公用語가 美語이기 때문인데(위의 註 19 참조), 그 우리말 韓語에 따라 나온 것이 아닌가 추측하기도 하나, 단정할 수는 없다. 이하에서는 동일하여 “法典起草委員會”라고 부르기로 한다.


(26) 鄭錦休(訳 1), 7면 참조. 다만 2012 년 3월의 議會 責任委員 “高東山”은 “高東山”의 잘못이다. 鄭光 鉉, “其序”, 法學의 聲譽問題(高東山博士還暦紀念論論文集), 1969, 10면 참조.
<table>
<thead>
<tr>
<th>부 과</th>
<th>위 원</th>
<th>사법부 금 법원</th>
<th>정 찬 정</th>
<th>변호사 자타</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>민법 1</td>
<td></td>
<td>張 瑛 珍 (總則)</td>
<td>姜 炳 頌 (物權)</td>
<td>玉 現 珍</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>姜 珍 珍 (物權)</td>
<td>姜 珍 珍 (物權)</td>
<td>姜 珍 珍 (物權)</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td></td>
<td>姜 珍 珍 (物權)</td>
<td>姜 珍 珍 (物權)</td>
</tr>
<tr>
<td>민법 2</td>
<td></td>
<td>張 瑛 珍 (親族)</td>
<td>金 永 烈</td>
<td>高 祥 國 (親族)</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>金 秀 水</td>
<td>朴 珍 淑</td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>

*은 起草委員, 遼陽委員 및 組織委員에 해당한 자.

미래의 일이다. 그리고 그들의 大部分이 実務家이기도 주목을 요한다. 한편 위 원 원을 보면 起草委員이 발도로 지정되어 있고, 기초위원은 동시에 인력위원 겸 조직소위원을 맡고 있음을 알 수 있다. 그리고 민법은 總則, 物權, 債權, 親族, 相続의 5편으로 나누어져 판마다 1인의 기초위원을 두고 있다. 따라서 위 "조선臨時民法典編纂要綱"은 이 起草委員들의 손으로 만들어진 것이 아니라 추출하게 된다. (26-1)

(ii) 위에서 본 제 2 차 회합이 있고나서 한창 있다가(“冬眠狀態”) 1948년 4월 20일에 제 3 차 회합이 있었고, 이 회합에서는 "司法當局으로부터 法典編纂事業의 急速 進展[이] 力説"되었던 한다. (27)

그리고 그 후의 활동에 대하여는 알려진 것이 없다. (28) 그러나 이 委員會의 위 要綱은 偉해서 보는 데로 법정 수립 후 구성된 法典編纂委員會의 民法典編纂要綱의 原案이라고 할 수 있는 것으로서 그 중요성이 간과되어서는 안 될 것이다. 특히 政府 树立前에 美軍政 아 래서 民法의 制定을 위한 基礎作業이 여러 가지 어려움 아해에서도 구조히 遂行되었다는 것은 順當然한 한 일이이다.

(나) 한편 외의 "民法典編纂要綱"은 張厚永, 現行民法總論, 1950의 부록으로서 그 307면

(26-1) 要綱을 살펴 보면, 總則編에 대한 叙述形式이 物權編에 대한 그것과 현저한 차이가 있음 이 눈에 띈다. 즉 前者에 있어서는 就업을 내용에 따라 나누기 않고 그대로 一聯 형식을 둘로 나누어 나누어 있지 않고, 뒤者에 있어서는 就業을 내용별로 나누어 정리하고 있는 것이다. 이 외 더 叙述方식上的 차이는 그 各編의 要綱이 別個의 사항에 의하여 작성되었음을 추측하게 한다. 이 점은 앞에서 보는 "民法典編纂要綱"의 경우도 마찬가지이다.

(27) 晚晴亭人(著 25), 10년.

부터 327면까지에 수록되어 있다. (29) 그 내용은 [附錄]을 보라. 이 자료의 정확성은 그 저자, 즉 張厚永이 法典編纂委員会 민법分委員의 구성원(소위 一般委員)이었던 사실, (30) 지금까지 알려져 있던 編纂要綱의 斷片(31)과 완전히 일치한다는 사실에 의하여 확인할 수 있다. 다만 민법 중 財產編에 대한 編纂要綱의 항목이 모두 101개라는 보고가 있으나 (32) 이 要綱은 모두 112개 항목에 이르고 있다(物權에 관한 項目을 12개의 大項目에서 세분하여 小項目으로 구분하여 모두 36개 要綱이 되므로, 이에 의하면 모두 136개 要綱이라고 할 수도 있다). 추록한 것은 張厚永의 著作가 송관한 것은, 그 註記에 의하여, 1950년 5월 15일이므로 적어도 그 時點까지는 “民法典編纂要綱”은 확인되어 있겠다는 사실이다. 앞서 본 法典起草委의 起草要綱이 민법 중 總則編 전부와 物權編의 物質一部만에 대한 것을 담고 있는 데 비하여 보면 (33) 그 사이에 法典編纂委는 民法典의 起草에 관하여 나름대로 구준한 作業을 수행하여 왔음을 알 수 있다. 또한 위 資料에 의하면 同要綱은 “法典編纂委員會의 會議錄에서 轉載한 것”이라고 한다. (34) 따라서 同 會議錄이 存在하였음을 알 수 있는데, 이는 유감스럽게도 現在까지 찾아볼 수 없다(第37조 참조).

(다) 이 두 가지의 要綱을 비교하여 보면 흥미 있는 사실을 발견하게 된다. 첫째, 法典起草委의 起草要綱(이하 起草要綱이라고 줄여 부른다)은 法典編纂委의 編纂要綱(이하 編纂要綱이라고 줄여 부른다)의 原案을 이루고 있다는 것이다. 물론 起草要綱은 總則 全部와 物權編의 物質에 대하여만 정하고 있으나, 그 함부 내용에서 보면 編纂要綱은 起草要綱과 그 내용에 있어서뿐만 아니라, 表現 내용에서 있어서 완전히 비슷해서 자격하는 예외를 제외하고는 일치한다. 다만 (1) 明體에서 起草要綱이 “朝鮮臨時民法”이라고 하는 데 대하여 編纂要綱은 그만 “民法典”이라고만 하고, (ii) 準禁治產者(依用民法 제11조 이하 참조)에 관한 總則 제3항의 주단에서 起草要綱은 “그 保佐機關을 法定代理人으로 할 것”이라고 한 데 대하여 編纂要綱은 “그 保佐人에 대하여 取消權을 인정할 것”이라고 하고, (iii) 起草要綱 제10항은 暴利行為을 無効하고 하는 데 반하여 編纂要綱은 이를 取消할 수 있는 것으로 정하고 있고, (iv) 起草要綱의 總則 제11항은 “法律行為의 總則의 規定으로서 法律行為의 解釋은 信義誠実의 原則에 의하여 할 것을 規定 宣明할 것”이라고 정하고 있는 데 대하여 編纂要綱에는 이 항목이 삭제되어 있으며(따라서 起草要綱 總則은 모두 15항목으로

(29) 그 후 6.25 事變이 끝난 후 1954년에 張厚永은 同名의 著作을 출간하였음에 따라 一般委員으로 옮겨 출판하고 있는데(그 내용은 전부 동일하다), 여기서는 “民法典編纂要綱”이 “附錄”으로 『同書』 291면부터 302면까지에 수록되어 있다.

(30) 이에 대하여는 鄭鎬休(註 1), 7면의 『民法典編纂要綱』 참조.

(31) 同註 22 참조. 鄭鎬休(註 1), 8면인용의 文献과 대조하여 보라. 단 각 項目 표시의 韓國是 민법典編纂要綱”에는 없는 것이다.

(32) 鄭鎬休(註 1), 7면. 그러나 그와 같은 註記의 근거는 밝히지 않았다.

(33) 다른 한편 위 誌 23 참조.

(34) 張厚永(註 12), 307면.

(35) 위 빼 21의 金炳植 발언 참조 : “그저 난중에 변경할 수 있고 또는 다시 및 차례라도 會議에
이상과 같이 민법의 총계관이 마련되었으나, 법의 총계관의 개개한 문단은 구체적으로 확정하는 작업은 충분히 진행되지 않았다. 그 이유는 다음과 같은 사정을 동반할 수 있음이 것이다. 첫째로 6.25사변으로 인하여 많은 법학 총계관이 제정되지거나 사망하여 실제로 그 작업을 수행할 인력을 확보하기 힘들었다. 특히 총계관이 실제로 담당할 책임을 진 중에서 총계관의 총계관이 담당되었다. 둘째, 전쟁으로 인하여 그 간의 자료가 모두 손실되었을 뿐만 아니라, 이때의 관계로 그 작업을 다시 개시하고 보조할 정도의 것이 없다. 그러하여 결국 총계관의 총계관을 맡고 있던 총계관은 그 작업을 거의 혼자서의 손으로 수행해 나갔다. 그 사이에 사정은 그는 다음과 같이 말하고 있다.

그러나 6.25사변으로 총계관이 내려 갔습니다. 그 때문에 행정부에서이나 법무부로서나 제도적 지식로서나 둘 둘어 다만 아니라 총계관국 민법 국 민법 국 민법 관의 본고에서 있어서의 총계관, 중 총계관이라고도 손기한 만의 법정을 가장 총계관은 총계관이라고도 하더라도 민법 이야기는 그것은 이르고 대한 민법의 법규로서 우리가 제정을 아니하던 안되었다는 이러한 원인이 놓았습니다. 그러나 그 때에 다 알으시는

(36) 가정 장문직(註 2), 58쪽.
(37) 민법 총 설, 공통의 학문(註 21), 75쪽 상단의 제목 장문직 방면: "그동안 모두 출입해오던 총계관이며 총계관의 사정은 전부 없어져서 되었습니다."
금병루는 민법의 일부에 대하여는 그 起草를 法典編纂委의 다른 委員이나 기타 人士에게 위촉하기도 하였으나, 그 被請人士들이 그 作業을 수행하지 아니하거나 또는 그 起草作業의 結果가 만족스럽지 못하였다. 그리하여 民法草案은 金炳魯 單獨으로 마련된 것이라고 하여도 과언이 아니다. 이 점에 대하여는 무엇보다도 金炳魯自身의 發案이 있고 그 외에 많은 반증이 있다. 가령 당사의 法律兒童紙를 보면 “民刑事 基本法을 거의 독자 적으로 起草한 바 있는 金大法院長”, “民法草案是 法典[法典編纂委]委員들의 功力 が小하다고 那大部分은 金炳魯 大法院長의 長官한 세월에 걸쳐서是 考虑努力한 結晶으로서 이 루어진 것”이라는 말을 발견할 수 있다.

그러나 民法草案이 전히 다른 사람들의 도움이나 관여 없이 金炳魯 1인의 혼자서로 작성된 것은 아니라고 생각된다. 가령 당사 대法官을 지낸 高在錫의 回고에 의하면, 그가 作業관계의 前후에 法典編纂委의 委員이 되어 그 관부의 준비해 온 民法 등의 草案을 完成하는 作業에 가담하였다고 하고, 그 作業의 일면을 다음과 같이 소개하고 있다.

그 후 박차를 가하여 那手한 群衆 대법관들이 大法院에 모여 마치로 植根실적을 했는데, 李仁 선행은 법무 부처장으로 그만두고 나온 것이, 그때 副委員으로 일정히 그 자리에 나온 것이다. 法典編纂過程에서 특히 내 기억에 남는 것은 民法 親族編의 同姓同本的 禁姻問題이다. 나는 기본적

(38) 迅記録 제30号 4년 하단.
(39) 迅記録 제30호 5년 하단의 金炳魯 發案 참조.
(40) 鄭光鉉(注 7), 334면에 의하면, 金炳魯는 당시의 서울大法律 教授鄭光鉉에 親族相 嫁婚的 起草를 목표로 위촉하였으나, “당시에는 法律補充자료도 불충분한 뿐더러 외부의 娶妻 가 親族 자체의 성립에 보고한 인력으로 親族에 입각한 親族起草를 하여야 하는 것은 본의 가 아니므로 委員은 金炳魯의 부당한 娶妻을 받으십시도 起草를 이의를 인지하여 起草를 하지 못하였으며”, 金炳魯는 鄭光鉉에 대한 起草委員을 당명하였다고 한다.
(41) 鄭光鉉(注 7), 334면에 의하면 金炳魯는 芭蕉시방예의 某件에 親族法草案의 作成을 위촉 하였고 그는 1952년 10월 이를 작성, 제출하였으나, “親族과는 매우 상관한 것”이어서 결국 부당하였다고 한다.
(42) 위 註38의 本文 소재의 발언 참조. 그리고 迅記録 제30호 4년 중간 이하를 읽어 보면, 정적 起草作業에 알 수 있는 사정이 여전히 흔적하고 있다.
(43) 法律新聞 252호(1957년 6월 10일자) 1면.
(44) 法律新聞 273호(1957년 11월 1일자) 1면.
으로 동성동성 관련은 일어난 사례의 구조로 보아 다르기에도 보아야 한다는 생각을 갖고 있었고, 대법관도 맡기지 않았다. 그러니 외부인의 입장을 보면 ‘同姓同姓’은 8년까지만 ‘禁止’하고, 외부인은 6년까지만 ‘禁止’하는 것이 문제를 내놓았다. 그러나 이 문제는 우리 나라 법률에 제외한 다른 원리 모두가 외국인의 입장을 반영하여 상정된 도출을 받아야 했고, 결국은 다음 의견서로 ‘同姓同姓’으로 확정이 되었다. \(^{(48)}\)

이 생생하고, 따라서 직접 경험한 사실을 옮기는 것으로 보아야 할 그의 논건은\(^{(47)}\) 금방에 자유 민법은 혼자 민법에서 독립적으로 작용하는 것이 아니고 다른 법률가들과 토의를 거치는 등의 나름대로 신중한 절차를 거쳤음을 은밀히 알리고 있다. 그 과정에서 토의대가 된 것은 주로 대법관 등의 민법학자들이 아니었고 생각된다.\(^{(48)}\)

(2) 그럼에도 불구하고 여러분의 원칙과 순서에 맞아서 어떠한 자료를 참고하여 작성된 것인가.

(가) 우선 저작할 수 있는 것은 원칙이 민법이 법정적인 부록이라고 더욱 줄여 주시기로 한다. 

(나) 저작의 필요성에 관하여 14조의 2두고 있는 데, 이중 주요 원칙은 상세한 시기와 완성의 효과에 의한 제13항 하에서 불가하고, 나머지 13개 항목은 모두 원칙에 실리에 하지만.\(^{(49)}\)

그 실례의 목록에 한정하여 원칙과 정리한 대목을 대외적으로 보이기로 하자.

<table>
<thead>
<tr>
<th>민 법 典 編 續 要 論</th>
<th>草 案</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>1. 慣習法 及 條理의 補諫 効力 規定하고 (法例 第三條 參照)</td>
<td>제1조: “民事에 관하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 의하고, 慣習法이 없으면 條理에 의한다.”</td>
</tr>
</tbody>
</table>

\(^{(46)}\) 高在鎮(註 45), 24면 이하.

\(^{(47)}\) 나무와 같은 사례를 이 뿐만의 신명성을 의심하게 한다. 이 범위에 법민법이 간행된 것은 1953년 7월 4일이고 그것이 정부에 이어진 것은 1953년 9월 30일이라고 인정되어 있다. 가령 민법에 법민법, 공청회 기록(註 21), 75면 주타: 鄭懿休(註 1). 11면: 洪信宜《法 師月報》편찬, 傳, 韓國民法典, 1958, 2면 등 참조. 그런데 高在鎮가 대법관이 된 것은 그 자신 의 발에 의하여 1954년 9월 20일이다. 高在鎮(註 45), 2면. 그러나 민법草案은 이미 高在鎮가 제법관이 되어서 제법관의 제안이 되어 정부에 이어진 후이므로, 그것은“草案의 完成作業”의 단계에서라도 가담한 자로는 없는 것이 아니라자의 것이다.

\(^{(48)}\) 가령 李仁, 半世紀의 法典, 1974, 206면은 “나는 바보 보라리보다는 민적 법관 전체 서류를 들고 남아하였기 지어졌고 피난지에서도 대법관으로 초반을 점검하는 작업을 계속했다. …나는 공심에서 몰려서 피로 판재의 경우에는 계속 관리하거나 위임하거나 걸어가기 전후 13년이요, 8년이 전 4년 간 그의 뒤통이 어려워 된장장이 많았다. 이렇게 하여 5월과 그 부속법 건은 차례로 완성하여 국회의 논의가 멈추고 편법이 중 친족법 일부의 협상 조정이 있었을 뿐 거의 모두가 원안대로 통과가 됐다. 법학적으로 나서는 자치를 따르고 앞에서 대법관들의 도움이 없지 않던 것이다.”라고 주장하고 있다(항목 18). 이 측면은 민법을 향후 의 법 46회 본문 소재의 高在鎮의 최 고에도 거의 일치하는 내용이다.

\(^{(49)}\) 음온 데이 민법草案에서 정부에 완료한草案는 그 내용을 저작 권 수 없는 데, 그러나 국회의 제출한 민법草案과 별도를 나누는 바가 있다고 할 것이다. 이건서는 민법草案의 제출을 인용하기로 한다.

(50) 다만 傳理 法 제2 항, 제10항에 관하여는 뒤의 (나), (b), (c) 참조.
2. 권리의 행양에 관한 권리변영의 법령을 성문화하며, 동일에 의거하여 행양에 관한 비교적의 본질의 개념을 적용한 규정을 제시함

二. 行為無能力者로서는, 未成年者, 禁治識者, 準禁治識者의 三者를 인정하고, 妊娠無能力者에 闡及된 原則의 規定에 分離하여, 그에 適合한 能力制度은 婚姻的效果로서 殖產權에 適當히 規定할 것

三. 準禁治識者에의 行為能力의 範圍를 規定하여 考慮하고, 此 保佐人에 附著하여 取消權을 言定할 것

四. 無能力者에의 契約은 그 通認이 없을 때까지는 相對方이 이에 改變할 수 있도록 할 것

五. 同時의 危難에 遭遇하여, 死亡의 危難에 의하여 同時死亡의 懸定을 들툰 것

六. 社團法人은 資本法人으로 非資本法人으로 分別하여 資本ど 公益ど 目的으로 하지 않는 團體물民法上法人로서 成立할 수 있게 할 것

七. 法人의 設立登記을 對抗要件으로 하지 않고 成立要件으로 할 것

八. 理事의 法人에 대한 連帶責任を 懸定할 것

九. 財團法人에의 寄附行為의 變更方法을 懸定할 것

十. 他人의 窮迫, 輕率, 無經驗을 利用한 暴利行為는 取消할 수 있도록 할 것

十一. 意思表示에 있어서는 表示主義에 遵重하여 相對方의 利益를 保護하기 위하여 錯誤에 의한 意思表示를 取消할 수 있도록 할 것

十二. 隱人의 代理人在을 때의 各者代理의 原則 을 懸定할 것

十二. 消滅時効完成の 效果는 権利を 消滅시킬 수 있는 一様의 抵觸權을 發生하도록 할 것

十四. 取得時効의 懸定은 懸則篇에서 除外하고, 物權篇 所有權取得에 懸定할 것

제 2조: "권리의 行為와 義務의 行為은 義務에 側아 請求히 하여야 한다. 前述는 延續하지 못 한다."
(나) 그러나 간적으로 要綱에 따라서만 작성된 것은 아니다. 경우에 따라서는 草案은 要綱의 내용을 무시하거나 또는 要綱에서 정함이 없는 사항을 새로운 정한 것도 있다.

草案이 要綱의 내용과 다른 規定을 두거나, 要綱에서 일정한 사항을 정확하도록 하고 있는 것을 전혀 따르지 아니한 것으로는 다음과 같은 것이 있다.

a. 要綱 總則 제2항: 要綱 總則에 "妻是 無能力者에 관한 總則의 規定에서 분리하여, 그
에 대한 적절한 능력제한은 婚姻의 效果로서 繼承篇에서 적당히 規定할 것"이라고 한다.
妻의 能力 制限에 관한 規定은 "모든 國民의 法 앞의 平等"이라는 大原則에 반하는 것으로
서 草案에서는 비단 그 總則篇으로부터 배제되었을 뿐만 아니라, 繼承篇에서도 이에 관한
規定을 두지 않았다.

b. 要綱 總則 제10항: 要綱은 暴利行為는 取消할 수 있는 것으로 정하고 있으나, 草案
제99조(現行民法 제104조)는 暴利行為는 無效라고 한다. 依用民法에는 暴利行為에 관한 規
定이 존재하지 아니하였고, 學説과判例는 暴利行為는 依用民法 제90조에서 정하는 公序良
俗에 반하는 法律行為에 해당하는 것으로서 無效라고 해석하고 있었다. 草案이 暴利行為에
관한 明文의 規定을 듣지 자체는 要綱을 따르는 것이라고 할 것이나, 그 效果로서 取消가
아니라 無效라고 할 것은 該見의 學説과判例에 鎖은 것이다.

c. 要綱 總則 제13항: 要綱은 消滅時效 完成的效果를 権利를 소멸시킬 수 있는 일종의
抗辯權을 발생하는 것으로 정하고 있다(소위 "相對的 消滅説"). 그러나 草案은 이 견에 관
한 明文의 規定을 두지 아니하였다. 둔말 아니라, 草案은 相對的 消滅説을 타하는 근거의
하나로 인용되어 왔던 時效의 採用에 관한 規定(依用民法 제145조)을 제택하지 아니하였
다. 따라서 가령 民法案이 國會에 제출한 후에 民法案을 审議한 民法院 民法案小委는 草案
의 테두를 "時效에 관하여서는 消滅 noticeably 허용된 것이라고 이해하고 있다. *(51)

d. 要綱 物權 제5항 4 (나): 그 중 共有에 관하여 "공유물의 분할에 있어서 국가 공有
산업이나 기타 공有 사용에 속가 있을 때에는 적당한 제한을 가할 것"이라는 要綱의 테두는
草案에서 제택되지 아니하였다.

e. 要綱 物權 제10항: 要綱은 先取特權制度는 "그 종류와 내용을 사례의 수용과 실정에
적응토록 시정할 것"이라고 하였으나,草案는 이를 아예 제거하였다.

f. 要綱 物權 제12항 1: 抵當權의 效力은 從物에도 미치는 것으로 하여야 한다는 要綱의
이상은 草案에는 제택되지 않았다. 그러나 民法院 民法案小委는 要綱의 테두를 부활시켰
고*(52) 결국 法司委 修正案 제86항으로서 제택되어 现行民法 제335조는 抵當權의 效力은 從
物에도 미치는 것으로 정하고 있다.

g. 要綱 壟權總則 제1항: 금錢債權의 辦理方法에 관한 依用民法 제402조 제1항, 제2

*(51) 民法院 民法案小委 民法案審議録 上巻, 1958, 103면.
*(52) 民法案審議録(註 51), 214면 참조.
항을 제한한다는 취급에 대하여 재판은 단지 그 제 1항을 제한할 뿐이고, 제 2항은 재판
제 367조(現行民法 제 376조)에서 제한되었다.

h. 要綱 債権總則 제 4항: 約定利率이 일정한 자를 초과할 때는 債務者에게 期限前 約定로
權을 인정한다는 문제는 재판에 제한되지 않았다.

i. 要綱 債権總則 제 8항: 債務者에게 選擇權이 있는 選擇權에 있어서 그의 過失로 給
付가 불능이 된 경우에 관한 規定(民法 372조 제 2항 후단 참조)을 두자는 이 항
목은 재판에서는 제한되지 않았다. 따라서 그 경우에도 原則規定인 現行民法 제 385조 제 1항
에 따르게 되었다.

j. 要綱 債権總則 제 9항: 選擇權에 있어서 選擇이 가지는 期限까지 제 3자의 權利를
行使하지 못한다는 債務者民法 제 411조 단서를 제한하는 문제는 재판에 반영되지 않았다.

k. 要綱 債権總則 제 10항: 債權의 強制履行에 관한 債務者民法 제 414조 제 2항, 제 3항을
제한하는 이 무복합한 방면은 재판에 반영되지 않고, 그 規定은 現行民法 제 389조 제 2
항, 제 3항으로 남아 있다.

l. 要綱 債権總則 제 11항: 金錢債務 이의의 債務에 관하여 萬行不能 이의의 債務不履行
에 대하여도 債務者에 의한 債務者 約定 期限이 있는 경우에 관하여 損害賠償義務가 있다는 規定을 두자
는 이 항목도 재판에 제한되지 아니하였다. 그러나 債務者民法 제 415조(現行民法 제 390조)의
해석으로도 그와 같이 해석되고 있었고, 지금도 그러하라.

m. 要綱 債権總則 제 15항: 萬行不能의 경우의 損害賠償額 算定時期에 관한 規定을 두자고
要綱은 지정하고 있으나, 裁判에는 이에 관한 規定이 없다.

n. 要綱 債権總則 제 16항 전단: 이에 의하여 債務者遅遅 중에는 債務者는 故意 또는 重
過失이 있는 경우에 한하여 責任을 진다. 그러나 裁判 제 392조는 “債務者遅遟 중에는 그
責任 있는 事由가 없으면 万行으로 인한 또는 責任이 없다.”라 한다. 이에 대하여 民事
法研究會의 民法案意見書(53)는 要綱과 같은 被動을 취하여야 한다고 주장하였고(同書 146
면 이하), 이 주장은 玄錫虎議員 등의 修正案 제 26항으로 성안되었다. 그리고 本會議의 審
議過程에서 이 수경안이 채택됨으로써 現行民法 제 401조는 위 要綱과 같은 被動을 취하고
있다。(54)

o. 要綱 債権總則 제 18항: 소위 契約締結上之 過失責任에 관한 規定을 두자는 이 항목은
裁判에 반영되지 않았다. 그러나 앞서 본 民法案意見書은 原始의 不能給付를 目의으로
하는 契約에 관하여 契約締結上之 過失責任을 인정하는 規定을 옳 것을 주장하였다(同書
160면 이하). 그리고 이를 받아 성립된 玄錫虎議員 등의 修正案 제 29항이 本會議에서 채택

(53) 이資料에 관하여는 앞의 1. (2) 참조.
(54) 이에 관하여는 玄錫虎(註 4, 1986) 참조.
필이므로, 現行民法 제533조는 부분적으로 대통령 레터 발의의 および 借約締結上的 近失責任을 인정하고 있다.

p. 要約 債權總則 제24항: 이에 의하면 債務者의 1人을 위하여 消滅時效가 완성한 경우에는 다른 債務者の 免責은 債務者の 抗辯을 기더라도 발생하도록 한다는 것이다. 이는 위의 c에서 본 消滅時效 完成의 效果에 관한 소의 相對的 消減説의 接触과 接触하지 않는 것이다. 그러나 위의 측에서와 마찬가지로 草案은 이러한 報酬의 接触을 接触하지 않았다.

q. 要約 債權法各論 제7항: 行使不能 이외의 債務不履行으로 인한 解除權 발생에는 그 債務不履行에 債務者の 過責事由가 있음을 요한다는 것을 분명히 하자는 것이다. 이는 위의 I과 같은 생각에 기한 것이다. 그러나 草案은 이를 接触하지 않고, 依用民法과 같은 規定을 할 뿐이다. 民法 跡なる 要約과 같은 결과가 인정되고 있다.

r. 要約 債權法各論 제11항: 이에 의하면 利子 있는 消費貸借로서 目的物의 引渡가 없는 경우에는 借主는 인제든지 契約를 해제할 수 있도록 한다는 것이다. 그러나 草案 중 이에 상응하는 規定인 제573조 본문(現行民法 제601조 본문)은 "利子 없는 消費貸借의 當事者는 目的物의 引渡 前에는 인제든지 契約를 해제할 수 있다."고 한다. 草案은 우선 규율내상으로 要約과 같이 利子 있는 消費貸借라고 하지 않고 利子 없는 消費貸借로 하며, 나아가 解除할 수 있는 者도 要約과 같이 단지 消費借主에 한정하지 아니하고 當事者 雙方이라고 한다. (54-1)

s. 要約 債權法各論 제17항: 이에 의하면 貸借物이 狀況으로 인하여 滅失毀損되어 債務不履行이 된 경우에 있어서도 借借人은 重過失에 대하여는 責任을 지도록 한다. 이는 "失火責任에 관한 法律의 法理를 貸借人の 債務不履行에 대하여도 적용하리라는 취지이다. 그러나 그 내용의 當否는 별론으로 하고, 그러한 規定은 民法에 듣는 것 자체가 기존 法律體系에 맞는 것인지 의문이다. 草案은 의와 같은 要約의 原則에 못지 않았다.

t. 要約 債權法各論 제30항: 이는 組合員의 持分을 押留한 債權者에게 그 組合員을 組合에서 탈퇴시키는 權利를 부여하는 것이다. 그러나 草案은 그러한 規定을 두지 않았다.

u. 要約 債權法各論 제33항: 이에 당시에는 法律上 原因이 있었다고 하더라도 그 후 이 것이 소멸한 경우에는 不当利得의 形利을 인정하는 것이다(소의 condictio ob causam finitam). 그러나 草案은 이러한 規定을 두지 않았다. 물론 그러한 規定이 없더라도 學説은 그러한 결과를 接触상 인정하고 있다.

v. 要約 債權法各論 제40항: 依用民法 제717조 제1항에서 僧하고 있는 소의 工作物責任을 1차적으로 부담하는 者를 所有者로 하자는 것이다. 그러나 草案 제752조 제1항은 이에 따르지 아니하고, 依用民法과 마찬가지로 所有者를 1차적 責任者로 정하였다.

w. 要約 債權總則 제27항, 債權法各論 제20항, 제25항, 제38항, 제44항: 이 항목들은 民
법에 소원법, 허위, 공속가해자의 보복시책, 공속의 불법행위, 사례에 관하여 각기 규정된 유언, 보상을 하는 내용이다. 그러한 내용의 규정은 민사소송에 포함되지 아니하였다. 그러나 소원법에 관하여는 1957년 10월 5일 공포되었고, 공속가해자의 보복시책에 관하여는 1962년 1월 20일 공포된 법률 제152조 내지 제154조에 규정되었으며, 공속의 불법행위를 1967년 3월 1일 공포된 국가사범법에 의하여, 사례는 1961년 12월 31일 공포된 사례법에 의하여 각기 규정되기 이르렀다. 한편 별표에 대하여는 민사소송법 제6조에 물권으로 강화된 보상권을 규정하고 있다. (55)

(3) 법관법과의 공손과는 1953년 9월 30일 정부에 이승되었다. 소의 내용은 정부의 공손과에서 "소에서의 소송 유리" 편의된 종의를 거쳐, 1954년 9월 30일 국무 회의를 등장하였다. 그리고 같은해 10월 13일 민법의 소유를 얻어 같은 날차로 국무회에 제출되었다. (56) 이 정부가 제시한 민소법은 본문 1118조, 부칙 32조로 되어 있었다. 이 소의에 대한 소유서의 비상과 소유서 등의 관련자는 전혀 공표된 바 없었다. 그리하여 이에 이로어 소의 소유서를 받기에 이른 것이다.

## IV. 민사소송을 규정하는 요소들

(1) 위 II. (1)에서 본대로 우리 나라의 소의 송아귀에서 벗어나 새로운 첫걸음을 드리다 하더라도 거기에 적용되는 소유는 내게 일본의 그것이었다. 물론 그러한 수치러운 상대는 하루일일 청산하지 않으면 안 되었다. 그러나 문제는 무엇을 가져도 일본의 소유를 다가설 것인가 하는 것이다. 일본의 소유를 고스란히 폐기하는 것만으로는 단지 면적상, 간의면적상 소유의 법제를 가지ру는 농으로, (57) 그것을 다가설 "우리의 소유"는 마련하지 않으면 안 되는 것이 다. 이 새로운 마련된 소유는 그 동안의 소유법, 즉 일본 소유에 의한 소유법의 관계에 따라

(55) 기리 요에 중의 항목으로 흥미가 있는 것은, 기역법에 관한 것(물권 제5항 3 "예", "법원"에 관한 것(물권 제5항 4 "예"), "국세"에 관한 것(물권 제152조), "법의"에 관한 것(물권 제154조), "법의"에 관한 것(물권 제39 항) 등)에 있다. 이들 항목은 각기 민사소송법 제205조, 제262조에 의하여 "법의"가 아니라 "비용"이라고 명명이 바뀌없다. 제750조에 반영되었다(법의에 관한 것). 그러나 이들 법은 국무회의 소유서의 비상과 제205조, 제262조, 그 내용이 현저히 면제되었거나(물권 제262조에 의하여), (56) 이에 대하여는 민사소송법 제262조, 공손서유권(부칙 21). 75면 중단 참조.

(57) 여기서 흥미와는 것은 1971년에 지방법관이 활동을 망설인 김성중의 1945년 10월 16일자인 것이었다. 이에 의하여 "법의"에 관한 것(물권 제5항 3 "예", "법의"에 관한 것(물권 제5항 4 "예"), "국세"에 관한 것(물권 제152조), "법의"에 관한 것(물권 제154조), "법의"에 관한 것(물권 제39 항) 등)에 있다. 이들 항목은 각기 민사소송법 제205조, 제262조에 의하여 "법의"가 아니라 "비용"이라고 명명이 바뀌었다. 제750조에 반영되었다(법의에 관한 것). 그러나 이들 법은 국무회의 소유서의 비상과 제205조, 제262조, 그 내용이 현저히 면제되었거나(물권 제262조에 의하여), (58) 이에 대하여는 민사소송법 제262조, 공손서유권(부칙 21). 75면 중단 참조.
는 부정할 수 없는 사실을 명고 무시하고 완전한 민법상에서 출발하여야 할 것이니?
그리한 민법상로부터의 출발은 과연 가능한 것이까?

일본 본토를 보아도 알 수 있듯이 (58) 민법상은 그러한 태도를 취하지 아니하고 당시 시행되고 있던 민법(=실질의)식의출발점을 내지 기초로 하여 마련되었다. 따라서 우리 민법상은 규정하는 제1의, 그리고 가장 중요한 요소는 사용민법이다. (59)

민법 상호작용 당시 일본 민법은 그에 관계한 사람들 또는 학자들에 의하여 그 어떤 점이 어떻게 평가되고 있었을까? 만일 그들이 일본민법을 부정적으로 평가하고 있던다면 그것은 우리 민법의 상호작용에 있어서 "기본" 내지 "출발점"은 될 수 없었을 것이다.

이에 관하여 금학문은 다음과 같이 말하고 있다.

이 민법에 있어서는 이와 같은 요소를 잊고 보신 이가 이러한 생각을 하실지 모르겠습니까. 일본 민법에 공통되는 특점은 허용이 많다. 이와 같은 생각은 하실지를 모릅니다라는 것은 결단코 처음 천겠다 비에 일본법이라는 것을 맡고 사실은 그것도 한 다라 나라과 같이 참조로 받아는 보지 않았음이다. 그러나 일본법이라는 법의 출발이 일본법의 독립적 독자법률임을 간절히 다녀 그에 반하여 외부의 전통이란 허용이 덜의 모양이다. 또 객체에 참조로 하는, 즉 가장 두고 말되는 "최고"를 설정하는 "국민법" 또는 "일본법"이 되는 것이나 가장 법이 나머지든 법이 어린 것과 같이 참조하고 있는 것으로 생각된다. 가장 심상대학의 민법

즉, 일본 민법은 그 자체로서 풍부한 것이 아니고, 독립민법이나 프랑스법 등을 모방 계수한 것으로서 우리 사회에 적당한 법을 마련하려 보며 자연히 일본법과 같은 내용이 된다는 것이다. 이러한 일본법에도 이러한 "유일적인" 법이었다고 하는 도서의 말할 수 없을 것이다. 이것은 당시 일반적이었던 것으로 생각된다. 가장 서울대학의 민법

금학문은 1955년에 이르러 "민법의 기초 및 발전"을 편찬하는 저서에서 "우리가 지정하는 일본법이란 것은 결과 자기만을 독창적으로 제정한 고유의 법정이 아니고 한국 민법 제1호법에 의한 것"이며, "이에 민법은 한국의 사법에서 "화법"은 공법과 달리서 개인의 자유를되기 기본적으로 배치되었기 때문에 민법의 제정자"라서 하여야 한다는 민법의 "제재"는 되지 않다."라고 하며, 따라서 "법"이기 때문에 단연으로 이것을 편집하지 않아야 한다는 정치의 "비법"은 안하다."라고 주장하였다. (61) 또한 뒤에 민법에서의 "민법의 기초 및 발전"에서 중요한

(58) 금학문, "법률의 기초", 대학가 115호(1955년.6.30) 201쪽, 그의 "법률학" 우수의 높은 그 실용성을 가진 그 내용을 본래 본래의 근본적으로는 일본 법. 즉 민법식의 기초로 하고 있음을 증명할 수 있는 사실이다.라고 토르하고 있다.

(59) 금학문, "법률의 기초 및 발전", 115호(1955년.6.30) 201쪽, 그의 "법률학" 우수의 높은 그 실용성을 가진 그 내용을 본래 본래의 근본적으로는 일본 법. 즉 민법식의 기초로 하고 있음을 증명할 수 있는 사실이다.라고 토르하고 있다.

(60) 금학문, "법률의 기초 및 발전", 115호(1955년.6.30) 201쪽, 그의 "법률학" 우수의 높은 그 실용성을 가진 그 내용을 본래 본래의 근본적으로는 일본 법. 즉 민법식의 기초로 하고 있음을 증명할 수 있는 사실이다.라고 토르하고 있다.
한 역할은 한 張煥根 law, 비무公의 職務에 基於 談話에서 이미는 하나法 일본法 一般에 대해
하여 “여기에 한 가지 내용, 贅는 것은 從來의 日本法이 固有의 日本法이 아니라고
獨逸, 佛蘭西 等 歐美大陸의 文明諸國의 法律을 模倣, 繼受한 法律인 것은[法律이라는] 事
實이다. 그라고도 다르 일본을 懲惡하는 態度로서 従來의 法律(民族的 差別等 色彩가 있는
 것은 別論, 除外한다)를 懲惡 또는 無視한다고 히는 이는 생각의 不足하다고 알 수 없
다.”라고 말하고 있다. ④23

그리하여 이에 政府가 수립되기 이전인 1948년 6월에 “民法 중 総則의 大部, 債權, 物權
의 각 편은 별로 고칠 것이 없고 従來의 學説에 條文이 불명확하다고 하던 것만 수준하여
서 補修하면 될 것”이라는 주장이 대두하였다. ④24 그리고 편의의 추축으로는 이러한 주장
은 당시 法律家들의 일반적인 의견을 반영하는 것이었다고 할 것이다. ④25

(2) 그러나 이와 같이 日本民法를 民法編纂의 기초로 삼게 된 데는 더욱 실정적이고 중
요한 이유가 있다고 생각된다. 그것은 당시 우리 민法학 이 日本民法이나 그에 기한 解釋
論 또는 立法論을 전개하는 日本民法학을 떠나 새로운 民法典을 獨立으로 편찬할 수 있
을 만들 충분한 실력을 갖추지 못하고 있던 것이다. 무엇 數法典編纂(Fodikation)의 事
業은 단순히 社會學의 요구만에 의하여 이루어질 수는 없는 것이다. 그것을 위하여는 各
法律대상 생활관계를 명확하게 파악할 수 있는 法의 概念과, 그 法의 概念을 관계한 규
定내용을 정하는 法命題가 개체적으로 마련되어 있어야 한다. 그와 같이 논리적이고 체계
적인 法的 概念과 法命題 없이 法典을 편찬할 경우에 그 결과는 단순히 素材의 무질서한
集合이 되거나 보존되고 증점하는 命題의 반복이 되는 식으로 된다. 그리고 그와 같이 돈

6표로 基準 밑에형하고 또 附屬法류도 제외 아너면 “시절과 다음의 중요”를 갖추지 못하고 또
급히 서두르면 전체가 서지 않고 또 혼란과 윤리되어 된다. 따라서 입법을 하기 전에 우
선 慣行부터 조사하여야 한다. 문제, 한계는 整理이므로 “시절과 제약으로” 국회가 심의에 소요
하기 쉽다는 것이다. 이러한 주장에 대하여 당시 民報院 民法法案小組에 전문위원으로 참여하고
있던 張煥根은 “民法編纂의 現代의 意義(上)(下)－金基善 教授의 改正時期의 命題를 입고고－”,
大韓新聞 118호(1955.6.27) 2면, 119호(1955.7.4) 2면에서 이론 발휘하고 있다.

(62) 張煥根의 談話(註 57).
(63) 謝慶興(註 23), 11면, 法制編纂委(이 기명에 관하여는 註 24 참조)의 委員이라는 직함을
가진 閔人は, “촉구시키 우리의 고유의 法를 가지고 있으므로 일종 환경에 관계하여 새로운
法典編纂을 시작할 것이 아니라”하고, “法典編纂이 한두 년도면 그 능력 끝말단의 論理의 法典으로부터
解放되지 못하는 막강한 힘이에 높이 있는 만큼 法典編纂은 그 증명을 ‘道德의 一掃’에만 두
어야 한다고 주장하고, ‘民商法統一論’이 ‘権威式 教育制度의 排除’이기 하는 높은 理論家
에만 환명하게”여서는 안된다고 주장하고 있다. 여기서 ‘民商法統一論’一說 하는 것은 金基
洙, “民法典의 編纂과 民法의 立法”, 法政 2권 9호(1949.7.17) 17면에서 주장되고 있는
民商法統一 主張을 말하는 것이라고 추측된다.

(64) 崔大鴻(註 23), 23면 이하는 “文躍進의 行政命令 第三號에 對應하는 法典起草委員會에서는 最近
그 起草行動에 훨씬 진행하고 있음을 報導하고 有라고 한다. 朝鮮말로는「法典」이란 것을 口頭로 하고 日本法
典의 翻譯法典안이로 우리 政府가 보는 논문다는 수리法典을 보자, 이렇게 하기 [하기] 爲하려는
日本法典을 基礎로 하고 그 중에서 「民」民主主義理念에 나타나게 아니저는 諸制度의 應急的
改革과 (1)現代法學로서 무엇이 立法의 失手로 구속되어 있는 諸制度의 部分의 改正일으
두 理念 아래 基本諸法典의 改正을 急速度로 폐하고 있다.”하고 쓰고 있다.

그리고 다른 한편으로 해방 후부터 민법이 동포되기까지의 우리 민법학의 모습은 다음과 같이 요약하기도 한다. “解放 前 3년間 繼續美軍政期間  동안은 極端한 思想의 對立 과 社會的 混亂으로, 그리고 政府樹立 후에는 몽이은 北韓의 南進으로 이어진 戰爭으로 學問을 發展시키기에는 나무나 어려운 際였었음.” 3年餘의 戰爭이 끝나고 徐徐히 礼儀 社會가 安定을 찾아가면서 研究活動도 重建 軌道을 찾아가니, 1957년까지는 日本民法學에 理
解, 吸収하고 消化하는 데 보였다고 하여도 좋을 것입니다.”

따라서 民法起草作業을 실제로 수행한 사람이 대표적 法律實務家인 金炳魯을 뿐만 아니라 그를 동반 조언한 人士들도 위에서 본 바와 같이(71) 대개 實務家들이었던 것이다. 그
리고 그들은 日帝 아래서 日本法을 공부하고 運用에 적정 참여하였던 사람들이었다. 그러
므로 그들의 学問의 또는 理論的 視野는 日本民法 또는 日本民法學에서 벗어날 수 없었고,
그들이 새로운 民法을 편찬함에 있어서 사용한 理論의 作業道具는 바로 日本民法學의 그것
이었다. 1948년에 나타난 다음과 같은 실로 대담한 發言은 무례하기까지 한 것이나, 정곡
을 저른 점이 있다고 하지 않을 수 없다.

大観切 委員 諸公은 현재 일면만한 法學研鑽이 있다고 하여서 從來 우리가使用하고 있는 法體制에
對하여 根本的 改革을 가하려고 하고가. 頭腦委員의 大部分은 法律實務家이고 純然한 學者도 없
다. 學問家가 있다고 하여도 帝国の 抑制 下에 많고 研究할 機會를 가지지 못하였던 것을 肯定
아난 수 없다. 우리의 法學水準으로서 無謀한 改革을 主張한다는 것은 知識家로 못한 輕率이나
外勢追従의 言語를 賞지 못할 것이다。(72)

(3) 여기서 우리는 1940년대까지의 日本民法學의 展開過程이나 特性을 상세로 필요한

생각하게 된다. 새로운 만들어지는 民法의 日本民法 그 자체를 그대로 번역하는 것이 아니
라고 한다면, (73) 그러나 民法編纂에 관여한 사람들의 이론적 도구는 日本民法學에서 온 것
이라고 한다면, 결국 우리 民法을 制定한 중요한 要素로서 우리는 民法起草作業이 시작된
1940년대 말까지의 日本民法學을 見得하지 않을 수 없기 때문이다. 물론 金炳魯는 다음과
같이 말하고 있기는 하다.

 어느 것이나 그였던 우리 나라에는 適當하지 못하다, 우리 나라 現事態에 있어서 現實에 있어서
서 우리 나라 歷史의 發展에 있어서 여러 가지로 文化의 傳統에 있어서 이것은 우리에 이르기 隨従할
수 없다고 할 것은 하도 順従하지 아니한다. 또 실제 가능한 나라가 아니고 제 반 편 나라라도 어느
나라 일이든지 받아 그 條文 條文이 우리 나라 지금의 立法에 現實에 適當然하다고 보는 條文은 어
디든지 끝이 왔습니다. 그래서 結局은 이건 어느 點으로는 獨自의 立場에서 編纂이라고 하는 것
이 지금 여기서 말씀드리기는 나의 概念法이에도.(74)

金炳魯의 人品에 비추어 보아도 이 發言이 자신의 儀念에서 나온 것임을 의심할 수는
없다. 그러나 여기서 묻고 싶은 것은 한 걸음 나아가 金炳魯가 어떠한 法規定이나 法制度
가 우리의 現實이나 歷史의 傳統에 적합하지 여부를 판단하는 기준을 어디서 획득하였을

(70) 呂照直. “韓國民法學의 現代的 課題”, 副學 連 研究 제 3 족(1984), 58면.
(71) 伊 註 26 및 註 48 각 본문 참조.
(72) 旭堂學人(註 25), 10면.
(73) 金炳魯는 앞서 본 國會에서의 發言에서, “아무리 增強事物을 쓰다 하더라도 日本法 그것을 번
역해다가 하기 … 둘이다. 또는 혹은 勤務法 같으면 혹은 文字를 修正해서 대놓을 수도 있
지만 이 議論法에 있어서는 결단으로 그와 같이 해서는 안된다 한다가 이것이 本人의 생각입니다.”라고
한다. 增記録 제 300 5면 상단.
(74) 增記録 제 300 6면 상단.
까, 또 그 판단의 대상이 되는 법規定이나 法制度는 어떠한 자료에 의하여 그 존재나 내용을 파악하였을 것인가 하는 것이다. 다른 점에서는 다툼한 法律家인 金炳魯라고 하더라도 특히 이를 적법도구하는 만에서는--歴史的 制約이라고 하는 것을 피할 수는 없었을 것이 아닌가 하는 것이다.(75) 그러한 관점에서 보면, 역시 金炳魯 분쟁의 主觀적인 의식의 차원에서는 민法草案이 "獨自的 立場에서의 編纂"이라고 할 수 있을 것이나, 客觀적인 历史敘述의 관점에서 보면 그것은 日本民法學의 강한 영향을 받은 것이라고 하지 않을 수 없다.(76)

그러나 日本民法이 제정된 1897년부터 1940년대까지의 日本民法學의 전개와 그 특성을 살펴보는 것은 적어도 현재의 필자의 능력을 벗어나는 일이다. 그러나 한 가지만 지적하여 들 것은 다음과 같은 점이다. 日本民法學 自體는 매우 프랑스民法의 影響이 강한 法이다.

그것은 1890년에 공포되었으나 시행에는 이르지 못하였던 소위 日本舊民法을 "修正"하여 만든 것인데, 이 日本舊民法은 프랑스의 民法學者인 보아소나드를 日本政府가 초빙하여 작 성하도록 한 민法草案을 변형한 것이다. 보아소나드는 1840년에 만들어진 프랑스民法典을 기초로 하고, 거기다가 그 후 프랑스의 學說과 判例에 의하여 발전된 法理를 -- 몇을 약간의 自身의 특성적인 것과 함께 -- 가미하여 民法草案을 작성하였던 것이다. 이러한 日本舊民法을 당시 막 발표된 바 있는 獨逸民法 第1草案 등을 참고로 하면서 수정한 것이 日本民法이다. 따라서 日本民法이 "獨逸民法 第1草案을 모방으로 하여" 만들어졌다는 견해(77)는 전적으로 옳다고 할 수는 없다.(78) 그런데 日本民法典이 시행된 후 日本民法학이 그을 "學問化"(Verwissenschaftlichung)하는 과정에서 주로 그 理解 내지 解釋 또는 體系化的 典據로 삼는 것은 獨逸民法學의 規定 또는 이를 경례로 하는 獨逸民法學의 概念 또는 解釋論이었다.(79) 이로 인하여 日本民法學에 관한 解釋論이나 民法理論은 "獨逸民法學으로 전환되고 만 것이다."(80)

이와 같이 여러 민법의 編纂作業이 이루어질 당시 日本民法學은 獨逸民法學 내지

(75) 여기서 부기할 필요조차 없는 것이거나, 이러한 적절한 金炳魯에 대한 責任非難되는 아무런 상관이 없다는 것이다. 筆者は 오하라 金炳魯의 法律家로서의 意識과, 귀중한 生活關係의 法의 處理에 있어서도 배로 나타나는 이러한 直観에 만성의 경의를 표하고자 한다.

(76) 郭洞(註 70), 57면은 "起草에 있어서는 獨逸民法을 비롯하여 여러 외국의 立法例을 참고로 하였다고 하지만, 外國法에 대한 절은 그야말로 要相의 일 知識에 의지하였음은 의심의 여지가 없다. 그것도 견해가 日本學者들의 영적을 이용하였을 것으로 추측됩니다."

(77) 가령 郭洞(註 2), 57면 참조.

(78) 이에 대하여는 星野義一, "日本民法典へ與えたフランス民法の影響", 民法論集 第1卷, 1970, 69면 이하 참조. 이 견해에 대한 日本民法 起草者 자신의 견해로서 郭洞(註 2) "開会ノ席及と彼國民法編纂ノ沿革", 日本民法編纂百年記念論集, 1985, 5면 참조: 프랑스民法는 독일과는 "귀하도 같은 形態"로 참고가 되었다.


(80) 北川(註 79, 1987) 3면.
용역법학의 개념이나론리를 가지고日本民法을 해석하였을 뿐 아니라, 그러한 관점에서日本民法의 경향이나 단점을 지적하고 보완하여 왔던 것이다. 그러므로 우리 민법을 제한함에 있어서 의외로 본바와 같이 “從來의 學說上 規定이 불명확하다고 하던 것만 추출하여 補修한다면”는 입장과 틀어지는 경우에는, 당연히 獨逸民法典 내지 獨逸民法학의 개념이나 사고들이 일본民法의 결함 내지 단점을 보완”하는 것으로서 도입되지 않을 수 없었다. 따라서 우리 민법草案, 나아가서는 우리 민법이 “佛蘭西民法에 유래하는 제도를 많이 없애고 그에 갈음하여 獨逸民法 또는 같은 계열의 漢西民法, 傳西民法에서 여러 制度를 따오”게 된 것은(81) 어쩌면 필연적인 것인지도 모른다.(82)

(4) 그러나 민법이 일본民法과 1940년대까지의 日本民法학에 의하여만 규정되었다는 것은 우리 스스로에 대한 낙하산 뿐이다. 경우에 따라서 우리 민법草案는 “獨創의”라고 밖에 표현할 수 없는 일련의 제도 내지 조항을 마련하고 있다.

우선 들 수 있는 것은 物權으로서의 傳習權制度이다(草案 제290조 내지 제300조). 일본
이에 대하여는 中國民法 또는 滿洲國民法의 典權制度(83)의 영향을 간직할 수 없는 것은 아니고, 또 金梧魯 스스로도 그 영향을 강조하는 발언을 하고 있다.(84) 그러나 傳習權의 目的物 利用關係 自體가 극히 특특이는 우리 나라 고유의 建物賃借契約와 주요한 傳習權草案의 이에 관한 규정은 中國民法 등에서 정하고 있는 典權 規定과는 그 내용을 달리하고 있다.(85) 金梧魯는 그 制度를 인정하게 된 이에 대하여 다음과 같이 말하고 있다: “우리
 나라의 傳習權이라는 것을 되돌아보면 어떻게 取扱이 되었는가 하면 傳習权하게 되던 한 상의 物權이 아니냐 한 쪽으로는 賃借契約를 形成이라고 하고 해가지고 한 쪽으로는 抵當權이
라는 物權을 갖다가 거기가 가 함께해서 傳習權라는 效果를 비롯하여 離婚하려고 할 만한
요. 그런 것보다 앞으로도 많이 이용되는 그런 것이라고 認定된 以上에는 完全한 傳習權이
라는 한 物權의 完全한 效果를 주는 것이 중요하다. 이에 傳習權이라는 것을 할 特定의 物
權으로 立案해야 된 것입니다.”(87)

(81) 鄭潤直(註 70), 58면.
(82) 이러한 一般的한 發言을 하기보다 오히려 더욱 努力を 기울여야 할 것은 민법草案의 各規定이
나 이러한 指標을 日本民法學의 當時의 學說과의 對比에서 微觀의으로 탐색하는 일인이 것이다.
이 점에 대한 先驅의인 作業으로서는, 日本語로 繼而진 것이기는 하나, 鄭潤直, “韓國民法與的
比較法制的分析( )”, 民商法雜誌 91巻 3號(1984) 113面 以下.
(83) 이에 관하여는 李鎬鎬, “中華民國民法의 典權에 관한 研究— 우리의 傳習權과 比較하여”, 金曾
漢博士學位記念論文集, 1981, 382면 이하 참조.
(84) 速記錄 제30조 6면 후반 이하 참조.
(85) 이에 관하여는 呂文보도 尹大威, 韓國傳習權法研究, 1988, 55면 이하, 104면 이하 참조.
(86) 尹大威(註 85), 172면에 傳習權에 관한 討論에 대하여 “中華民國法典은 第2次의으로 參考하고
滿洲國民法典이 거의 全面의으로 直接의인 參考가 된 것으로 생각된다”라고 하며, 반드시 그렇게
평가할 수 있는지 疑問이다.
(87) 速記錄 제30조 7면 上半. 이 發言이 傳習權에 관한 從前의 法의 取扱을 정직히 진하고 있는가는
이 점대로 보아야 할 문제이다.
제30판 3·4호(1989)  
民法案의 成立過限에 관한 小考

들례로, 草案 제596조, 제597조(現行民法 제607조, 제608조)를 들 수 있을 것이다. 前者의 規定은 “借用物의 返還에 관하여 借主가 借用物에 걸음하여 다른 財産權을 移轉할 것을 예약한 경우에는 그 財産의 預約 價格에 借主의 借用額 및 이에 附加한 利子의 合算額을 넘지 못한다.”고 정하고, 後者는 이를 맡아 “前 2조의 規定에 반한 當事者의 約定으로 借主의 預約한 것은 論理債務, 憲買 기타 以下의 名義로도 그 效力이 없다.”라고 정하고 있다. 이러한 規定은 다른 어느 나라에서도 그 예를 찾아볼 수 없는 것이다. 종래 소위 “代物辦理의 預約”이라고 불리우던 거래형태는 주로 債權債務의 목적으로 이용되었는데, 그에 있어서는 그 目的物의 가격이 債權額에 비하여 현저히 높은 경우가 많았다. 이 경우 債務者는 債務不延行을 하면 債権者는 預約 完結의 意思表示를 별도로 하거나 아니면 그 의사 표시를 할 필요 없이 自動의으로 그 債務延行에 갈음하여 목적물을 취득하는 것이 허용되었다. 이러한 債権者는 理由 없이는 利得을 저지하는 法律手段은 그 約定이 壊行行為로서 크고, 價格的不均衡률만 아니라 相對方의 窮迫, 無經驗 등을 이용하였다는 主観의 要件도 요구되었으므로, 경우에 따라서는 債務者에게 극히 不利한 결과를 인정하지 않을 수 없었다. 草案은 이 문제를 債務元利金과 目的物의 價格의 비교라는 극히 단순한 客觀의云 基準에 의하여 解決하려고 한 것이라고 추측된다.

세계, 草案의 不動產物變動制度에도 특색이 있는 점이 있다. 그것은 草案이 法律行為로 인한 物權變動의 要件에 관하여 소위 債務登記主義를 取す하면서 登記에 公信力가 인정하지 아니하는 데서 나타난다. 소위 債務登記主義를 취하되로서 登記의 公信力を 인정하지 않는 法制는 적어도 民法起草作業 당시 참고로 하였던 外國法制 중에는 존재하지 않는 것이다. 官外로서 본 내에 韓法起草委의 起草要綱에는 이러한 규정을 갖 것인가를 검토한 혼란이 있으나, 草案은 債務의 公信力を 인정하지 않는 데도 허용하고 있다. 물론 民法 제정 후에 立法論으로 이를 인정하여야 한다는 견해가 강하게 대두되었다. 그러나 民法編纂 당시의 사정을 보면 이를 우연히 것이 반드시 수용되지 않는 것도 아니다. 登記의 公信力은 登記가 일반적으로 實體關係에 부합하는 경우에만 인정될 수 있는 것이고, 그렇지 않으면 그것은 수많은 結果的 所有権의 所有権을 박탈하는 결과를 가져 오게 된다. 官外는 6.25 事變이 끝난 직후로서 當事方의 登記簿이 消失되었고 그 회복으로 이루어진 登記가 반드시 실체관계에 부합하는지 의심하는 경우가 많았다. 또한 解放 前日本人가 所有하던 不動產은 一

비한 요건을 충족하지 않는 한 소유 귀속성은 국가 통제가 되었는데 그것이 그리로 둘ainen 경우가 많았고, 그러한 사정은 특히 농지주로 인하여 일어난 농지소유권의 변화의 경우에도 마찬가지였다. 그 이외에도 전통적인 해산과 이국적, 그리고 6.25사변이라는 일련의 대사건은 절연적으로 사회의 혼란을 야기하고 이러한 혼란은 당연히 불공정성의 관계에도 반영되지, 등록권의 기인상은 상당히 많은 경우에 실체의 핵심과 관계되어 있었다. 비만 아니라 당시에는 상하인인 불공정 가입의 경우에도 실체인 등록권을 이용하지 않아도 되는 경우가伾지 않았던 것이다.

기타 세부에 들어가면서 반드시 일본民法(또는 그 소결으로서의 中華民國民法 및 滿洲國民法)의 影響으로써는 설명되지 않는 것은 머릿가락이 단서가 없는 하위아래로 규정되어 있었다. (90)

V. 結 語

民法案이 마련되기까지의 과정을 살펴보면, 우선 각각이 살 수 있는 것은 그것이獨立國家로서의 그 자체로서 수공할 수 있는—時代의 인要請 내지 壓力에 당하여 만들어졌다는 것이다. 따라서 그 때까지의民法을 우리에 있어서 민법학의 침략에서 “새로운” 출발을 할 시간의 인과서가 없었다. 비만 아니라, 더욱 중요한 것은 그러한 反省을學問의으로 수행할法學家들이 이 제도를民法起草作業이 수행된 1940년대 말과 1950년대 초에는 形成되어 있지 않았다는 것이다.

한편으로 하급한 時代의 要請이 있으나 다른 한편으로 이에 自主의으로 내용을 주체적인 force이 형성되어 있지 않다는 실 희소물로 들어 오는 것이 바로 日本民法 그대로 일본民法이였다고 할 수 있다. 그것은 당시의 法律家들에게 담임이 되었던 것이었고 또 그들 이 가지고 있던 거의 唯一의 理論의 準備이었다. “獨立”는 드디어 얻으나 過去는 여전히 사람들을 支配하고 있었다.

(90) 오하라 더욱 중요하지 않은 것은 다음과 같은 점인데도 모른다. 민법에서 어떠한 制度의 구속적 것인가, 그 여러 制度의 내용을 어떻게 정합 것인가에 관하여, 制約의 規範 내에서 각각의 가능한 選択肢가 주어져 있었다. 가령 依用民法, 그리고 日本民法의 실증한 영향을 받은 滿洲國民法과 中華民國民法, 그리고 독일인 스위스와 몇몇 외국의 民法典이 취하는 각각의 制度가 그것이다. 起草者의 作業의 意味는 바로 그와 같이 제약된 범위 내에서이나 나머지 다른 내용의 選択肢 중에서 하나를 選択하여 가지는 과정 안에 있다는 것이다. 어떤 制度의 制度에 대하여 어느 나라의民法과 같은 制度를 취하였다고 해서, 다른 制度에 대하여도 그 나라와 같은 制度를 취한 것 은 아니다. 그와 같은 하나나 하나의 制度에 관한 選択은, 비록 歷史의 강한 制約은 있었었다고 하더라도, “獨自的立場”에서 이루어졌다고 하여야 할 경우가 많은 것이다. 그러한 觀點에서, 앞서 본 起草者의 発言[註 60 및 74 첫 文本 貨買]은 다시 읽어의 통 필요가 있다.
民法典編纂要綱

總則

民法典制定時有之設立法系的體系。取而代之，共有民法典的原則為現代民法的基礎。故民法典原則的規定，基礎於民法典的規定，並為世界各國的立法及學校的實務教育。為先必要的限度。

一、民法全體要普通大原則（通則）

1. 人權及條理的補充效力規定（法例第二條参照）
2. 權力的行使與權利濫用的法理及成文化，同時與義務的履行與權利當然經實質原則及一貫的程序，表明確定的規定，制定之

二、行為無能力者為之，未成年者。對治亂，對治亂者三者之意義，及無能力者應

三、準治亂者行為能力的範圍，適當的考慮，重人情，對於取得能力的認定

四、無能力者之認定，其追認之時為未定。相對方之表明，撤回之時

五、共同之危難，共同之危難，死亡之危難，同時死亡之危難的規定，制定之

六、社會法人等營利法人，非營利法人等，對營利法人等的分別，營利法益，目的，營利法益，目的

七、法人之設立登記對抗要件，成立要件

八、理事的法人對抗要件

九、財團法人等營利，非營利，營利法人等的分別，營利法益，目的，營利法益，目的

一○、他人的失敗，輕率，無經驗，利用的營利行為，取得能力

十一、意思表示上之意思表示，憲法上之利益，保護義務，為無過不違之意，意思

十二、失敗的代理人，失敗的代理人，為無過不違之義務

十三、有效成立，有効成立，有効成立，有効成立，有効成立，有効成立，有効成立

十四、取得時效的規定，有動產之所得，有動產之取得，有動產之取得，有動產之取得，有動產之取得

物權法要綱

一、物權法定主義

物權法有法，其他的法律規定之。民法典的法源

二、物權行行為

1. 不動產

2. 不動產

3. 不動產

4. 不動產

5. 不動產

6. 不動產

7. 動產

8. 動產

9. 動產

10. 動產

11. 動產

12. 動產
이. 動產에 関한 物權을 讓渡하는 情況에 있어서 證據人이 動產의 占有者를 繼承받 때에는 證據人이 関于 오리가 動產의 物權을 設置하기 위하여 應じ得을 받을 수 있음

고. 第三人者가 占有하는 動產에 関한 物權을 證據하는 時間에 있어서는 證據人이 그 第三人者에 對하여 가진 返還請求權을 證據人에게 證據함으로써 動產의 引渡에 取得할 수 있음

三. 混 同

同一한 物件에 對한 所有權과 其他의 物權이 同一한 主體에 归屬하였을 때에는 其他의 物權은 消滅함. 但 그 物權의 存續에 関하여 所有者 또는 第三人者가 法律上の 利益을 가진 때는 消滅되지 아니함

前項의 規定은 所有權 以外의 物權과 그를 目的으로 하는 다른 權利用 前項의 主體에 归屬한 境遇에 이로 撫用할

四. 占有權

原則으로 有體物에 對하여 實事上の 支配力を 가진 者는 占有者이다. 然而 地上権, 賃借, 貸借, 寄託, 其他의 關係로 他人으로 하여금 有體物을 占有한 境遇에도 占有者이다.

五. 所有權

1. 所有權의 限界등 左와 如下 規定한 것

所有者는 法令의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 権利用 가진다.

所有權의 行使는 公共의 福利에 適合하도록 行하여야 하며, 所有權의 主體는 正當한 利益이 있는 範圍內에서 行하여야 한다.

2. 所有権에 依한 物上請求権에 関하여 左와 如下 規定한 것

고. 所有物返還請求権

원. 所有物損害除去請求権

원. 所有物損害防除請求権

3. 相隔權에 關한 現行法으로 國民共同生活의 圓滑을 講하기에 一要 適切하도록 修正한 것

相隔權은 國民共同生活의 圓滑한 經営을 爲하여 以下 數條的 権利用 享有하여 負債과 義務를 다

例——「土地의 所有者가 故意 또는 重大한 過失없이 潮界를 넘어 工作物を 等同한 境遇에 있어서

潮地의 所有者가 이를 識別하였음에도 不拘하고 直接으로 異議를 하지 않았을 때에는 그 工作物의

除外 또는 變更를 請求하지 못하고 土地의 賃借 또는 損害賠償의 請求만을 할 수 있다.」

4. 所有權의 取得에 있어서 時效에 依한 所有權의 取得에 關한 規定을 左와 如下 規定한 것

고. 二十年間 所有의 意思로서 原始하고 公然하게 他人의 不動產을 占有한 者가 公示催告節次에

依하여 法院의 間隔判決을 能어 遖記된 때에는 時效로 因하여 그 不動產의 所有權을 取得

한다.

원. 正當한 権利用 所有者로서 違法의 者가 十年間 所有의 意思로서 原始하고 公然하게 그 不

動產을 占有하고 그 占有가 故意로 過失이 없이 始終한 때에는 時效로 因하여 그 不動產의

所有權을 取得한다.

원. 十年間 所有의 意思로서 原始하고 公然하게 他人的 動產을 占有한 者는 時效로 因하여 그

動產의 所有權을 取得한다.

고. 五年間 所有의 意思로서 原始하고 公然하게 他人的 動產을 占有한 者가 그 占有의 始終에

 있어서 故意로 過失이 없었을 때에는 時效로 因하여 그 動產의 所有權을 取得한다.

로. 共有의 規定에 있어서 共有에 關한 規定을 左와 如下 規定한 것

「地方의 住民, 親族組體(宗中) 其他 慣習上 総合體를 이루고 있는 數人이 그 關係에 있어서
제30권 3·4호(1949)  民法案의 成立過程에 관한 小考  — 213 —

物權을 所有한 때에 이를 總有라 한다

「共有物의 分割에 있어서 國家重要産業이나 其他 公有使用이 可가 있을 때에는 適當한 制限을 加할 것」

六 地上權
1. 地上權의 存續期間은 建築物 其他 工作物의 利用에 適當한 期間을 保障하도록 修正할 것(強行規定)
2. 地上權者에 契約更新請求權, 工作物買受[受]請求権을 認定하는 規定을 세울 것
3. 地上權의 規定者에 地代增減請求権을 認定할 것

七. 永小作權
土地改革의 精神에 비추어 永小作權에 關於 規定은 全部 이를 削除할 것

八. 地役權

總有의 性質을 미치지 아니한 收益權(入會權)에 闊하여 左와 如하 規定할 것

「地方住民이 總合의으로 他人의 土地에 草木 野生動物 또는 土砂의 採取, 放牧 其他의 收益을

2. 留置權에 命令者에 留置權의 承受에 對한 罪物請求権을 認定할 것

十. 先取特權

先取特權의 兒細分 内容은 時代의 稱用과 實情에 適應토록 是正할 것

例----屈人의 給料, 公吏の 職務에의 過失

十一. 賃 權
1. 賃權에 關於 命理 總則에 的 關係에서 動產賃權에於 漸進의 賃權의 判例에 遵守할 것
2. 轉賃의 對象要件에 對하여 規定을 세울 것

「轉賃은 한 境遇에는 債務者에 對하여 轉賃의 事實을 通知하거나 또는 그 債務者가 이를 承認

3. 權利賃權에 있어서 基準 등의 規定을 세울 것
1) 設置賃權에 對하여 賃權을 設定한 境遇에 그 債務者에 賃權에 附隨된 基礎에 賃權者가 그

2) 設置賃權의 設定에 對하여 賃權者에 賃權의 効力이 設定되어도 設定에 附記하지 아니할 경우에 賃權의 效力

3) 設置賃權에 對하여 賃權을 設定한 境遇에 그 債務者는 其他의 賃權을 設定한 境遇에 對하여 賃權의 效力

4) 賃權의 效力은 補償에 對하여 賃權을 設定한 境遇에 對하여 賃權의 效力이 設定되어도 設定에 附記하지

十二. 手当權
1. 手当權의 效力은 手当物에 附加하야 一體의 物件에 미칠뿐 아니라 그 物件에도 미친다는 規定
용 셀을 것
2. 法定地上権의 適用하는 規範은 擴張할 것
例一 allocate 所有者에 属한 土地及 建築物에 致하여 抵當權을 設定할 機遇에 있어서 競奪의 結果
그 土地 建築物이 各各 競奪人을 납득하게 된 때에도 建築物의 競奪人은 地上権을 取得한다.
3. 根抵當에 關於 標記를 設定할 것
「抵當權은 그 擁保로 최高金額만을 設定하고 債権이 確立된 腦卒에 留保하여 이를 設定한 수
있다.」
「債権의 確立에 이르기까지의 過去에 있어서의 債権의 消滅 또는 移轉은 抵當権의 效力에 影
響을 미치지 아니한다.」
「債権이 利息에 있어서 그 利息은 第一項의 最高金額 中에 算入한다.」
4. 擊除의 制度는 이들을 消[削]除한다.

債権總則

債権法編序에 関한 方針
一. 原則으로 現行民法의 編序에 依拚할 것
二. 債権의 引受에 關於 標記를 모아 第五節로 하고 이들을 第四節 債権標記의 次에 등 것
三. 第五節 債権의 消滅은 第六節로 하고 從来 同節 第一款에 屬하던 供託에 關於 標記를 拆出하여
따로 一部을 둔 이는 第二款으로 하고 相殺 以下の 款을 順次 一款式 역 틀리도록 할 것

第一章 総 則

第一節 債権의 目的
一. 第四〇條 一項 二項은 削除할 것.
二. 民法第四〇三條의 為申時勢에 関하여 襲用地 以外에 襲用期도 標準으로 하는 것을 原則으로 하
외 債務者가 遼遙한 境遇은 債権者의 選擇에 依하여 支払하는 날의 時勢에 依한 請求도 認定
하도록 할 것
三. 債権은 禁止할 것
四. 約定利率이 一定된 率를 超過할 時는 債務者에게 期限前 償清権을 認定할 것
五. 選擇権의 移轉은 選擇権의 行使에 関하여 期間의 作定이 있는 境遇에 그로 음의 境遇을 区別
하여 依로 認定할 것
六. 選擇権을 가진 第三者에 選擇의 意思表示는 債権者 및 債務者의 同意 없이는 擊除할 수 없도록
規定할 것
七. 第三者가 選擇을 하지 않는 境遇에 関한 標記를 등 것
八. 債権者에게 選擇権이 있는 境遇에 그 過失로 因하여 給付が 不能어 된 境遇에 關於 標記을
등 것
九. 四一〇條 債書를 削除할 것

第二節 債権의 効力
一〇. 四一〇條 二項 三項을 削除하고 民事訴訟法에 此點 設定할 것
一一. 金銅債務 以外의 債務에 屬하여 襲用標記 또는 不完全襲用이 있는 때에는 債務者者的 故意過失이
 있는 境遇에 依하여 損害賠償義務를 認定하도록 할 것
一二. 襲用補償者の 過失에 関하여 債務者는 自己의 故意過失又は 同一한 責任을 지도로 할 것
一三. 債務者標記 中에 生한 損害에 關於는 不可抗力에 関하여도 責任을 지도로 할 것
一四. 補償標記은 損害 뒤의 給付가 債務者에게 利益이 없는 때에 依하여 認定하는 標記을 할 것
제30권 3·4호(1989)  民法案의 成立過程에 對于 小 考

一五、 死行不能的 境遇에 있어서의 損害賠償額 算定時期에 關於 規定을 등 것

一六、 債權者連帯 中에는 債務者는 故意 또는 意人한 過失이 있는 境遇에 依하여 責任을 지노폭 하고 利息을 生한 債權의 境遇에는 利息을 支払할 義務가 없도록 함 것

一七、 債權者連帯의 境遇에 債務者는 以下의 給付物의 提供保管에 關於 必要費用을 賠償하도록 함 것

一八、 所謂 契約結締上的 過失에 責任에 關於 規定을 등 것

一九、 民法 二四〇條 一項 後段을 削除하고 損害賠償規定額이 顯著히 不當하다고 認定하는 때에는 裁判소는 適當한 範圍에서 減少할 수 있도록 할 것

二〇、 債務者가 債權者代位權의 行使에 對于 허용한 때에는 債務者에게 이을 通知하도록 하고 先前에 通知 등을 받은 以後의 債務者에 債權者가 債務者에게 對向할 수 있도록 할 것

二一、 事務行為取消權의 內容을 法律行為의 取消 以外에 原狀回復을 包含하는 것으로 할 것

二二、 債權者取消權의 時效期間을 短縮할 것

第三節  多數當事者에 債權

第二款  不可分債權 及 不可分債務

第三款  不可分債權이 不可分債務이 된 境遇에 關於 規定을 등 것

第三節  連帯債務

第四節  連帯債務者에 依하여 消滅時效가 完成된 境遇에 關於 第三九三條의 效力에 債務者에 對向을 기하여 發生하도록 하고 時效의 消滅을 할 수 있는 債務者가 그 對向을 하지 아니하는 동안 은 다른 債務者도 그 對向을 할 수 있도록 할 것

第五節  連帯債務者에 對向한 債務者에 關於 對向할 수 있도록 規定할 것

第六節  連帯債務者에 對向한 債務者에 關於 消滅할 것

第四節  債権의 消滅

第一款  債權

第三款  債権의 境遇에 關於 消滅

第一款  債權

三〇、 債権의 境遇에 關於 消滅에 對하여 事由에 依하여 債権이 消滅된 境遇에 關於 小 考

三一、 民法 四四〇四條의 境遇에 債務者에 關於 債權의 賠償是 債務者之 壇壇에 依하여 債務者에 關於 小 考

三二、 受取譜書에 關於 債權의 消滅에 關於 小 考

三三、 債權譜書에 關於 債務者에 關於 小 考

三四、 民法 四四〇八條의 境遇에 債務者에 對하여 債務者에 關於 小 考

三五、 第三者에 關於 小 考
使法을 認定할 각
第三款 更 改
三七. 民法 五一三條 二項을 削除할 각

債權法各論

編序에 関한 方針
一. 大體로 現行民法의 編序方針에 依할 것
二. 第九節 諸負의 下面로 第十節로서 懸賞廣告을 署고 以下 一節로 [예] 드린 것

第二章 契 約

第一節 総 則
第一款 契約의 成立
一. 契約의 中込은 承諾期間의 作定의 有無에 不拘하고 撤回할 수 없도록 하고, 承諾의 期間을 定허지 않고 한 契約의 中込에 對하여도 第五三一條 二項에 按하여 當相間 期間內에 承諾의 通知을 發하지 아니하는 場에는 中込의 效力은 無喪失의 것으로 할 것
二. 五三三條을 削除할 것
三. 五三五條을 削除할 것

第二款 契約의 效力
四. 當事者的一方이 相對方에 對하여 인지 給付를 하여야 할 境遇에 있어서 相對方의 財産이 契約 結束 후 顧問減 少하여 反對給付을 하기 어려운 念慮가 있는 境遇에 給付 拒絕權을 認定할 것
五. 五三四條, 五三五條를 削除하고 償務契約 當事者의 一方의 責任으로 듣길 수 있는 事由로 因하여 責務不履行이 된 때 및 債務者가 受領遲延에 中에 있는 동안에 當事者 双方의 責任으로 듣길 수 있는 事由로 因하여 責務不履行이 된 때에 依하여 債務者로 하여금 危険을 負擔하게 하도록 할 것
六. 五三七條의 境遇에 債務者가 第三者가 對하여 그 債務契約의 享受 與否를 確定하도록 報告할 수 있는 權利를 認定하고 所定期間內에 그 確定이 없는 境遇에는 이를 拒絶할 것으로 看做하는 規定을 두도록 할 것

第三款 契約의 解除
七. 五四一條 五四二條의 解除權은 債務不履行이 債務者로의 故意 또는 過失에 基因하는 境遇에 臥하 여 行使할 수 있는 것으로 할 것

第二節 境 畜
八. 境與契約에 關하여 特別取消原因로 認定할 것

第三節 購 買
九. 抵當權의 目的이 되는 地上權을 購買의 目的으로 한 境遇에로 그 抵當權의 行使로 因하여 그 地土權 또는 永久作權를 取得하지 못하거나 이로 喪失한 境遇에 五六七條을 拘用하는 規定을 두도록 할 것
一○. 不特定物買買의 境遇에도 五六七條을 拘用하도록 할 것

第五節 消費貸借
一. 利息 있는 消費貸借로서 目的物의 引渡가 없는 境遇에는 借主는 喪失든지 契約을 解除할 수 있 도록 할 것
二. 消費貸借을 論成契約으로 할 것
제30권 3-4호 (1989) 민사의 전사관에 관한 小考

第三章 事務管理

三三. 利得 當時에 있어서 法律상 原因이 있었다 하더라도 這樣에 이가 消減한 境遇에는 不當利得의 成立을 認定할 것

三三. 利得 當時에 있어서 法律상 原因이 있었다 하더라도 這樣에 이가 消滅한 境遇에는 不當利得의 成立을 認定할 것

三三. 利得 當時에 있어서 法律상 原因이 있다 하더라도 這樣에 이가 消滅한 境遇에는 不當利得의 成立을 認定할 것

三三. 利得 當時에 있어서 法律상 原因이 있다 하더라도 這樣에 이가 消滅한 境遇에는 不當利得의 成立을 認定할 것

三三. 利得 當時에 있어서 法律상 原因이 있다 하더라도 這樣에 이가 消滅한 境遇에는 不當利得의 成立을 認定할 것
三六. 受益者가 受益後 救法上 原因이 없는 것을 안 벌어는 餘後 惡意의 受益者로서 返還義務를 지도

第五章 不法行行為

三七. 權利侵害의 境遇론 아니라, 利益侵害의 境遇에도 不法行行為의 成立을 認定할 것

三八. 各他이 不法行行為에 關하여 特別規定을 둔 것

三九. 民 七一九條, 七一三條, 七一四條, 七一五條의 適用에 있어서 未成年者, 法定代理人, 心神喪失

者 또는 使用者의 責任이 否定되는 境遇인하여도 餘者の 見地에서 必要한 境遇에는 行為者 또는

使用者로 하여금 其 損害의 全部 또는 一部分を 賠償하게 할 것으로 할 것

四〇. 民 七一七條의 第一項의 賠償責任者를 所有者로 할 것

一. 七一〇條, 七一一條의 損害賠償은 定期金으로 支払할 수 있도록 하고 그 腹行의 確保를 爲하여

擔保를 提供하도록 할 것

四二. 不法行行為로 因한 損害賠償請求權의 時效期間을 短縮할 것

四三. 損害가 故意 또는 重大한 過失에 依하여 生한 것이 아닌 境遇에 있어서 그 賠償이 債務者의 生

計에 重大한 影響을 미친는 境遇에는 教育者에 그 賠償額을 較減할 수 있는 権利를 規定할 것

四四. 信託에 関한 規定을 둔 것