

# 民法典의 制定過程에 관한 研究\*

—民法案에 대한 國會本會議의 審議—

梁 彰 洙\*\*

## I. 序 論

1. 本稿는 民法典의 制定過程을 살펴 봄으로써 우리 민법의 역사적인 성격을 구명하여 보고자 하는 필자의 연구의 一環을 이루는 것이다. 필자는 이와 관련하여 두 개의 글을 발표하였는데, 그 第1稿에서는 1945년 8월 日本의 壓制로부터 해방된 후 民法案(당시는 국회의원들 사이에서나 법률가 또는 법학교수들 사이에서 통상 「民法草案」이라고 불리우고 있었다)이 성립되어 1954년 10월 政府의 법률안으로 국회에 제안되기까지의 과정을 다루었고<sup>(1)</sup> 다음의 第2稿에서는 國會의 審議중 주로 法司委(보다 정확하게는 그 民法案審議小委員會)에서의 심의 및 그 결과로서의 修正案(이하 「法司委修正案」이라고 부르기로 한다)에 대하여 살펴 보았다.<sup>(2)</sup> 本稿는 그에 이어 國會本會議에서의 심의를 살펴 보려는 것이다.

국회 본회의에서는 民法案과 이에 대한 각종의 修正案을 놓고, 이에 대한 討議와 表決이 행하여졌다. 그 중에서 민법전의 前3編에 대하여는, 民法案과 法司委修正案 외에도, 玄錫虎 의원 외 19인이 제기한 37項目에 달하는 修正案(이하 「玄錫虎修正案」이라고 부르기로 한다)이 압도적으로 중요하다. 그런데 현석호수정안의 내용은 국회의원들 자신의 主動으로 成案된 것이 아니었다. 당시 民法學教授들은 민법안 및 법사위수정안에<sup>(3)</sup> 대한 검토를 위하여 「民法草案研究會」를 결성하였는데, 현석호수정안은 거기서 연구·토론한 결과를 정리한 『民法案意見書』에 입각한 것이었다. 그러므로 현석호수정안의 내용의 各項目이 民法草案研究會에서 어떠한 이유에 기하여 마련되었는가를 아는 것은, 당시의 民法學의 경향을 파악하는데 대단히 유용한 素材가 된다. 그것은, 당시 민법초안연구회에서 활약한 분들이 말하자면 우리 민법학의 제 1세대로서 그 礎石을 쌓았던 것이므로, 그들이 어떠한 指向과 思考方式을 가지고 어떠한 내용의 「民法」를 구상하였던가 하는 것이 그 후의 민법학의 展開에 심대

\* 이 글은 1991년도 서울대학교 發展基金의 補鐵 학술연구비를 지원받아 이루어진 것이다.

\*\* 서울大學校 法科大學 副教授

(1) 梁彰洙, “民法案의 成立過程에 대한 小考”, 서울대 法學 30권 3·4호(1989), 186면 이하(후에 民法研究, 1권, 61면 이하에 다시 收錄되었다. 이하 「第1稿」라고 부르기로 한다).

(2) 梁彰洙, “民法案에 대한 國會의 審議(I)”, 韓國法史學論叢: 朴秉濂教授 還甲記念論文集(II), 1991, 461면 이하(이하 「第2稿」라고 부르기로 한다).

(3) 『민법안의견서』는 法司委修正案도 검토의 대상으로 하고 있다. 이 점에 대하여는 後述한다.

한 영향을 미쳤다는 의미에서도 중요하고 또한 흥미로운 문제이다.

2. 本稿에서는 처음에 國會本會議의 審議의 외적인 경과와 심의방식을 간략하게 살펴 본다(Ⅱ). 이어서 현석호수정안에 대하여 보기로 하는데, 거기서는 우선 그 바탕이 된 『民法案意見書』에 대하여 그 성립과정 등을 본 다음(Ⅲ), 현석호수정안의 個別項目 중 중요한 것을 구체적으로 검토한다(Ⅳ). 그리고 本會議에서 논의된 다른 문제에 대하여도 살펴 보고자 한다(Ⅴ).

그런데 현석호수정안의 개별항목 중 法律行爲에 기한 物權變動(玄錫虎修正案 제 7 항 내지 제 11 항),<sup>(4)</sup> 傳賃權(同案 제 19 항),<sup>(5)</sup> 動產質權에 기한 物權的請求權(同案 제 21 항),<sup>(6)</sup> 債權者遲滯(同案 제 26 항)<sup>(7)</sup>에 대하여는 別稿에서 이미 다룬 바 있다. 그러므로 여기서는 이들 項目에 대하여는 서술을 省略한다. 다만 뒤에서 『민법안의견서』나 현석호수정안의 전체적인 성격을 생각하여 보는 부분에서는 이들 別稿에서 살펴 본 바도 고려에 넣었음은 물론이다.

## Ⅱ. 國會本會議에서의 審議의 經過 및 審議方式

1. 법사위의 심의를 거친 民法案은 드디어 1957년 9월 12일 본회의에 회부되었다. 정부의 법률안으로 민법안이 국회에 제출된 1954년 10월 26일로부터 거의 3년이 지난 뒤였다. 이와 같이 本會議에의 上程이 늦어지자, 1957년의 定期會議가 개최된 1957년 9월 3일 당일 本會議에서 李仁 의원이 法司委의 위원장에게 그 이유를 묻기도 하였다. 이 질문 중에는 당시의 立法事業에 대한 法典起草者들의 생각의 一端이 잘 드러나 있다고 생각되므로,<sup>(8)</sup> 다소 장황하더라도 인용하여 두기로 한다.

“解放이 된 지 滿 12년이 지났고 우리가 獨立이 된 지 滿 9년 5개월이나 되었습니다. 함에도 불구하고 여전히 倭놈때 쓰던 殘滓法律을 그대로 우리가 쓰고 있습니다. 法典編纂委員會에서 民法과 民事訴訟法案을 기초해서 政府로 이송한 지가 벌써 釜山에 있을 때의 얘기입니다. 그러니 벌써 정부로 이송해서 法制室[현재의 法制處]로 넘어서 우리 國會로 돌아온 지가 상당한 시간을 경과했습니다. 時間이라기보다는 연조를 경과했습니다. 했음에도 불구하고 오늘날 이때까지 우리 本會議에 내놓지 않습니다. 이 民法이라는 것은 여러분이 다 아실테니 더 말씀을 드리지 않습니다만 三千萬國民의 日常生活……그리고 基本法律입니다. 이 基本法律에 대해서 적용을 하고 운영하는 또 법률……節次法

(4) 梁彰洙, “不動產物權變動에 관한 判例의 動向”, 民事判例研究 10집(1988), 350면 이하(후에 民法研究, 1권, 195면 이하에 다시 收錄되었다).

(5) 第 2 稿, 473면 이하 참조.

(6) 梁彰洙, “動產質權에 관한 약간의 問題—民法學方法에 대한 疑問提起를 겸하여”, 저스티스 20권(1987), 70면 이하(후에 民法研究, 1권, 265면 이하에 收錄되었다).

(7) 梁彰洙, “民法 제 401조와 제 491조의 境界劃定”, 考試界 351호(1986. 5), 205면 이하(후에 民法研究, 1권, 358면 이하에 수록되었다).

(8) 李仁은 정부수립 이전 1947년에 설치된 法典起草委의 위원 3인 중의 1인이었고(이 점에 대하여는 第 1 稿, 192면 참조), 정부수립 후에는 法典編纂委의 副委員長로서 主要法典의 起草에 적극적으로 관여하였다(이 점에 대하여는 우선 第 1 稿, 196면 註 46에서 인용된 高在鎬의 증언 참조).

인 民事訴訟法이 역시 倭놈때 쓰던 법률을 그대로 쓰고 있습니다. 一種 屈辱이라고 할 수 있습니다. 外國사람에 대하여도 면목이 없"다는 것이다(점선부분 原文대로, 꺾음괄호 안은 引用者).<sup>(9)</sup>

이에 대하여 法司委 위원장(朴世徑)은, 이번 국회가 “本格的으로” 가동될 때까지는 본회의에 上程될 것이라고 답변하고 있다. 그 답변대로 1957년 11월 5일 제29차 本會議에 민법안이 상정되었다.

2. 그 후의 外的인 經過의 輪廓에 대하여는 이미 정리된 글이 있으므로<sup>(10)</sup> 우선 이를 원용하기로 하고, 여기서는 다만 本稿에서 논의를 진행하는 데 필요한 事項만을 들어 두기로 한다.

당시의 國會法에 의하면, 法律案의 議決에는 3회의 讀會가 요구되었다. 우선 제 1 독회는 11월 5일부터 11일까지 진행되었다. 그 사이에 法司委의 위원장 朴世徑과 법사위의 民法案 小委 위원장 張暎根의 각 審査結果報告, 법무부장관(실제로는 次官 襄泳鎬)의 민법안제안 이유설명, 법전편찬위의 위원장 자격으로 金炳魯의 입법취지설명 등이 있었다. 그리고 여러 議員들의 大體討論이 있었다. 이들 대체토론의 내용은 그 후 수정안으로 제출된 것을 先取하는 점이 있다(특히 玄錫虎, 鄭一亨, 李泳熙의 발언이 그러하다).<sup>(11)</sup> 그 討論의 대상은 대개 家族法에 집중되어 있는데<sup>(12)</sup>, 그러나 財産法에 대하여도 논의가 없었던 것은 아니다. 주로 문제된 것은 법률행위에 기한 물권변동에 관한 소위 形式主義로의 轉換이다.<sup>(13)</sup> 기타 外國法人에 대한 규정을 삭제한 것,<sup>(14)</sup> 時效規定을 소멸시효와 취득시효로 나누어 前者만을 총칙편에 남겨 둔 것,<sup>(15)</sup> 物權으로서의 傳貰權을 새로이 인정한 것,<sup>(16)</sup> 민법의 시행시기를 늦게 잡은 것<sup>(17)</sup> 그리고 약간의 用語問題<sup>(18)</sup> 등에 대하여도 발언이 있었다.

(9) 1957년 第26回 國會定期會議 速記錄(이하 단지 「速記錄」이라고만 하여 인용한다), 1호 22면 중단.

(10) 鄭鍾休, “韓國民法典의 制定過程”, 郭潤直 교수 華甲紀念論文集, 1985, 21면 이하.

(11) 이 중에서 鄭一亨 의원의 修正案은 전적으로 家族編에 대한 것이다. 나머지 修正案들에 대하여는 뒤에서 각 修正案의 개별내용에 대하여 살펴 보는 자리에서 아울러 다루고자 한다.

(12) 이들 討論의 내용은 鄭光鉉, 韓國家族法研究, 1967, 附錄編 제 5부 282면 이하에 정리·수록되어 있다.

(13) 速記錄, 30호 21면 하단 이하 및 31호 12면 상단 이하의 각 蘇宜奎 발언(“時期尙早”) 등. 이에 대하여는 張暎根이 민법안의 태도를 옹호하면서 한 발언에 흥미로운 바가 있다.

(14) 速記錄, 33호 16면 하단 이하의 孫文環 발언.

(15) 速記錄, 30호 25면 중단 이하의 蘇宜奎 발언.

(16) 速記錄, 33호 17면 상단 이하의 孫文環 발언: “[물권으로서의 傳貰權을 인정한 규정은] 所有權을 침해하는 그러한 條文 같아요. ……권리 중에는 가장 중요한 권리는 所有權입니다. 그러한 制約을 시키고 또한 그것을 침해할만한 그러한 條項을 넣었다고 한 것은 사실상 困難한 것입니다.”(점선부분은 引用者가 생략한 것, 꺾음괄호 안은 引用者가 부가한 것. 이하 각 같다) 傳貰權은 그에 대한 국회의원들의 발언을 통하여 그들의 민법전 제정에 있어서의 社會意識을 간취할 수 있는 좋은 素材이다. 이 점 우선 第2稿, 475면을 보라. 독일민법전의 제정과정과 이와 같은 관점에서 재구성한 역사학자의 연구로서 Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, 1989 참조.

(17) 速記錄, 30호 15면 중단의 崔秉國 발언.

(18) 速記錄, 33호 17면 상단 이하의 孫文環 발언(“人”); 速記錄, 34호 9면 하단 이하의 邊鎭甲 발

제 2 독회는 11월 21일부터 시작되어 12월 17일까지 계속되었다. 前 3 編에 대하여는 11월 28일까지 행하여졌는데, 그 동안에 審議方式에 변화가 생겼다. 애초에는 修正案이 나오지 않는 민법안에 대하여도 일일이 이를 낭독하고 개별적으로 통과 여부를 정하는 방식을 취하였으나, 11월 25일의 심의 도중에 이를 변경하여, 修正案이 제기된 條項과 그에 대응하는 民法案에 대하여만 개별적으로 심의하고, 나머지는 이를 一括하여 表決하는 방식을 택하기로 한 것이었다.<sup>(19)</sup> 그리하여 민법안 제92조(현행 제97조)까지는 민법안의 個個條文이 수정안과 함께 심의되었으나, 그 후로는 後者의 방식으로 심의가 진행되었다.

그와 같이 진행된 審議에 있어서는 前後를 막론하고 全過程을 통하여, 절차의 형식적인 진행이 그때그때의 司會者에게 맡겨진 것을 제외하고는, 張曠根이 主役을 담당하였다. 그는 제 2 독회의 처음에, “必要에 따라서 修正案이 없는 것도 立法趣旨가 지금까지 쓰던 現行民法, 즉 日本民法과는 다른 점에 대해서 다소 修正案이 없는 거라도 설명을 드릴 것도 있을지도 모르겠”고, 또 “說明을 요구하시는 것에 있어서는 그 立法趣旨와 그 審議經過도 말씀드리겠”다는 이유로<sup>(20)</sup> 「法司委 위원장대리」의 자격으로 민법안심의의 실질적인 측면을 主宰하기에 이르렀다. 그리고 그 아래 始終하여, 議員들에게 민법안의 입법이유라고 스스로 이해하고 있는 바를 설명·제시하고, 각종의 修正案을 검토하여 민법안과 각종 수정안의 각 태도의 利害得失을 논하여 그 採否의 결론을 거의 獨斷하고 있다.<sup>(21)</sup> 그 결과로 그가 小委員會의 위원장으로 제시하였던 修正案, 즉 法司委修正案은, 적어도 前 3 編에 관한 한, 하나의 例外(後述하는 실종선고기간에 관한 것)를 제외하고서는 모두 본회의에서 채택되었고, 또한 현석호수정안도 그가 同意한 한에서만 채택되었던 것이다.<sup>(22)</sup> 이것은 그가 당시 與黨인 自由黨 내에서 가지고 있던 政治的 比重과도 관련이 있을 것이나,<sup>(23)</sup> 그보다

인(“人”, “心身耗弱”, “胞胎”, “그러하나”와 “但”, “相計” 등). 用語의 점과 관련하여 한꺼번에 말하자면, 본회의에서의 심의가 진행된 도중, 宋曠覺 의원 외 24인이 修正案을 제출하여, 民法案 중 「姻族」이라는 말을 「姻戚」으로 바꿀 것을 제안하였다. 張曠根은 이 용어의 채택에 반대하였으나(“戚字은 外親에 대해서도 쓸 수 있는 文句이기 때문”), 表決에 부친 결과 在席 108인 중 可 56표 否 1표로 이 수정안이 채택되었다. 그 경과에 대하여는 速記錄, 51호 5면 하단 이하, 52호 7면 중단 이하 참조.

(19) 제 2 독회의 始初에 당시 司會를 맡았던 賴瓊奎 부의장으로부터 이러한 심의방식이 제안되었으나, “3대 국회가 민법을 심의하는 데 소홀히 취급하지 않았다고 하는 것을 後代에 남기기 위하여”(李忠煥 발언) 前者의 방식을 취하기로 하였던 것이다. 이상에 대하여는 速記錄, 42호 9면 중단 이하 참조.

(20) 速記錄, 42호 11면 상단.

(21) 張曠根은 법사위수정안 이외의 修正案에 대하여 “저희 法司委로서는 反對意見이 없습니다” 등으로 발언하고 있다. 가령 速記錄, 48호 10면 상단(抵當權에 물권적 청구권을 인정하자는 현석호수정안 제24항에 대하여); 同所, 11면 중단(原始的 不能의 경우에 제약체결상의 과실책임에 대한 규정을 두자는 현석호수정안 제29항에 대하여) 참조. 그런데 法司委에서 그러한 提案에 대하여 검토한 자료를 찾을 수 없으므로, 그것이 과연 法司委의 공식견해인지, 아니면 張曠根 개인의 견해인지 確言할 수 없다. 아마도 後者일 것이다.

(22) 따라서 『민법안의견서』에서 법사위수정안에 반대하는 의견은 모두 채택되지 않았다.

(23) 이는 國會議員은 민법안에 대한 심의과정은 다음과 같이 관찰하고 있다. “意見의 一致라고 할 만치 모두 손 올라가는 것[表決의 內容]이 與黨과 野黨이 구별되고 마는 것입니다.……修正案

도 당시의 국회의원들 중에서 最善의 法學的 背景을 가졌던 사람의 하나였다는 데에 중요한 이유가 있다고 추측된다.<sup>(24)</sup>

3. 1957년 12월 17일에 이르러, “民法案을 第3 讀會는 생략하고, 字句修正, 各 條文의 題目 붙이는 것, 또 條文의 配列 整理” 등을 法司委에 일임하고 “여기서 全文 通過시키”기로 表決로 결정됨으로써,<sup>(25)</sup> 民法案은 국회를 통과하게 되었다. 이는 1958년 2월 7일 政府에 이송되었고, 정부는 같은 달 22일 法律 제471호로 公布하였다. 이렇게 해서 本文 1111 개조와 附則 28개조로 된 民法典이 제정되었고, 그 附則 제1조에 따라 1960년 1월 1일부터 시행되었다.

### Ⅲ. 『民法案意見書』

1. 民法案을 작성함에 참여한 사람들은 대개 既成의 法律家이었고, 그 중에서도 實務家들이 大宗을 이루고 있었다. 이미 第1稿에서 밝힌 대로 民法案編纂作業은 1945년 8월의 解放 직후부터 개시되었는데, 그 당시에는 大學이 정비되지 아니하였고 또 法學界라고 하여도 “도저히 獨立한 單位를 가진 學界라고는 볼 수 없는 行편”이었기 때문에,<sup>(26)</sup> 그렇게 될 수밖에 없는 客觀的 事情이 있다고 할 것이다.<sup>(27)</sup>

그러나 民法案이 국회에 제기된 1954년과 그 후를 보면, 적어도 일정수의 民法學 教授들이 大學에서 연구와 교육에 종사하고 있었다. 그들은 민법안의 기초작업(1947년에서 1953년까지) 당시에는 “새로이 法學教授로 등장한 新人들”로서<sup>(28)</sup> “아직 그 眞價를 발휘할 時間的 餘裕를 얻지 못하였”을지도 모르나<sup>(29)</sup>, 民法案이 공포된 단계에서 “意氣는 높았고 意慾이 왕성”하였던 “젊은 學者”들이<sup>(30)</sup> 民法의 制定이라고 하는 重大한 사업에 대하여 反應이 없을 수 없을 것이었다.

2. 이들의 民法制定作業에 대한 發言은 다음의 두 줄기로 파악될 수 있다.

(1) 하나는 民法의 새로운 制定 그 자체 또는 그 作業方式에 반대하는 입장이다.

을 낸 野黨의 案이 통과가 잘 안되고 지금 小委員會에서 심의한 그 조항이 통과가 되는 것” 운운. 速記錄, 44호 3면 상단의 金東郁 발언.

(24) 실제로 그는 뒤에서 보는 것처럼, 자신의 입장을 정당화하는 데 필요한 실질적인 論據를 비록 최소한에서이기는 하지만 비교적 정확하게 제시하고 있으며, 다른 많은 發言議員과는 달리, 支離滅裂한 발언은 거의 하지 않는다. 그의 法律觀 등에 대하여는 보다 상세한 검토를 요한다.

(25) 速記錄, 62호 11면 중단.

(26) 俞鎮午, “韓國法學界의 回顧와 展望”, 高大新聞 60호(1954년 11월 24일자) 3면.

(27) 이 점에 대하여는 第1稿, 205면 이하 참조.

(28) 이 점에 관한 陳述로서는 또한 金箕斗, “刑事法學界의 回顧”, 서울대 法學 19권 1호(1978), 169면: “大學教授란 몇 사람을 제외하고는 거의 日本人이 독점하고 있었기 때문에 解放 후의 大學教授란 거의 새출발하는 人士들이었다. 즉 大學을 갓 졸업한 青年學者들 또는 判事, 檢事, 辯護士의 法曹實務에 종사하던 人士들, 이것도 본인이 원한다는 것보다는 教授資格 있는 사람들이 없기 때문에 거의 강제로 徵用하다시피 하여 教授 또는 講師가 되었던 것이다.”

(29) 俞鎮午(註 26), 同所.

(30) 金曾漢, “韓國民法學 30年の 回顧”, 서울대 法學 19권 1호(1978), 76면.

가령 서울대학교 법과대학의 민법학교수인 金基善<sup>(31)</sup>은 1955년에 “民法典制定 時期尙早論”을 주장하였다.<sup>(32)</sup> 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 방대한 民法典의 제정에는 長久한 시일과 준비가 필요하며, 단기간 내에 拙速으로 서두르다 보면 체제가 서지 않고 현실과 유리되기 쉽다는 것이다. 따라서 우선 慣行부터 조사함으로써 “法規가 현실로부터 遊離되어 空文으로 化할 憂慮”를 없애야 한다. 둘째, 南北統一問題와 같은 國家重大事가 있는 때에 國會가 民法案을 토의하게 되면 “時間 制約으로” “草案을 소홀히 취급할 우려”가 있다는 것이다. 셋째, 당시 의용되고 있던 日本民法은 “公法과 달라서 個人的 自由平等을 기본으로 하였기 때문에 대체적으로 民主主義의 制度에도 적합”하여, “日本民法이기 때문에 단연코 이것을 廢止하여야 한다는 政治的 見解는 부당하다”는 것이다. 물론 그도 “36년간 소위 植民地人으로 학대를 받은 대로 받은 韓國人치고 그 어느 누구가 倭法의 承繼를 찬성하라”라고 하면서도, “民法을 다른 법률과 같이 短時日 내에 제정하자는 일부 인사들의 견해는 民法典編纂事業이 國家百年之大計라는 것을 이해하지 못하고 오직 政治的 見地에서만 주장”함에 그친다는 것이다. 그리하여 그는 “名實 공히 우수한 法律을 제정하여 그것에 代置할 수가 있을 때까지는 遺憾이나마 日本民法을 존속시키는 수밖에 별 도리가 없다”고 결론짓는다.

그러나 오히려 용감하다고 할까, 당시 이미 民法案이 국회에 제안된 단계이었다는 점에서 보면 대담한 또는 시대착오적인 이 見解는 즉각 다른 學者의 반대를 받았다. 第2稿의 II. (1)에서 본 대로 당시 民法案小委에서 民法案審議作業에 臨時屬託으로 관여하고 있던 張庚鶴은 위의 時機尙早論의 논거를 다음과 같이 반박하였다.<sup>(33)</sup> 첫째, 분량이 방대하다는 것은 改正의 可否를 정하는 표준이 되지 못하며, 民法의 제정을 위한 作業은 이미 美軍政時代부터 있어 왔으므로, “時日과 準備”가 더 필요하다는 주장도 부당하다. 오히려 “法生活의 일반적인 것에서의 離脫感”을 위해서도 하루빨리 새로운 民法이 제정되어야 한다. 慣習을 조사한다고 하나, 이미 “완비된 成文民法”을 가지고 생활해 온 바에야 慣行 속에서 “살아 있는 法”을 캐어낸다는 것은 “결코 繼續的인 일은 되지 못한다.” 또 慣習에 대하여는 民法案에서 일정한 고려가 베풀어져 있는 것이다. 둘째, 統一課業과 民法典編纂과는 무관하다. 오히려 “국민의 일상생활을 규율하는 市民法의 체계의 改編整備”가 우선적인 과제이다. 셋째, “形式的인 個人自由主義”에 입각한 日本民法을 “20세기 새로운 法思想의 조명 밑에 치밀히 재검토하여 오늘날의 法思想이 요구하는 바 方向에 발길을 맞추어서 개정해야 된다.” 결국 이와 같이 위 時機尙早論을 논박하는 견해는 “하나의 나라가 성립한 곳에 반

(31) 그는 1918년 생으로 1942년 日本九州帝國大學에 입학하였다가 1944년 그 대학을 中退하고 1946년 京城大學을 졸업하였다. 그리고 1948년 2월부터 서울대 법대의 專任講師로 재직하였고, 1955년에는 同大學 助教授이었다. 이상 金基善 博士 古稀紀念論文集, 1987, V면 所載의 “年譜” 참조.

(32) 金基善, “民法改正에 대하여”, 大學新聞 116호(1955년 6월 30일) 2면. 이에 대하여는 이미 第1稿, 203면 註 61에서 간략하게 본 바 있다.

(33) 張庚鶴, “民法典編纂의 現代的 意義”, 大學新聞 118호(1955년 6월 27일자) 2면, 119호(동년 7월 4일자) 2면.

드시 중요한 입법이 뒤따라서 갖추어”겠다는 사실을 지적함으로써 끝맺고 있다.

이와 같은 時機尙早論이 대세를 차지하지 못하였음은 주지하는 대로이다. 앞서 본 金基善의 주장내용 그 자체는 一理가 있다고 생각되기도 한다. 그러나 그러한 順理論은 민법의 제정이 建國 후에도 외국, 그것도 日本의 법률을 사용하고 있다는 「恥辱」을 하루빨리 벗어나야 한다는, 이 역시 수긍되는 時代的인 要請에 입각하고 있다는 것을<sup>(34)</sup> 過小評價한 점이 있지 않았나 생각된다.

(2) 이와 아울러 大學教授들이 회합하여 民法案 및 民法案小委의 修正案에 대하여 직접 그들의 견해를 집약하고, 그 결과(『民法案意見書』)를 발표하기에 이르렀다. 그 경과에 알 수 있는 자료로서는 우선 『民法案意見書』의 序文이 있다.

“국회에서의 심의가 이 단계에 이르렀을 무렵[즉, 1956년 9월 法司委의 民法案小委가 前3編에 대한 修正案을 완성할 무렵], 서울을 중심으로 한 國內 각 大學에서 민법을 담당하고 있는 教授 다수와 소수의 商法 또는 國際私法 담당교수가 4289년[西紀 1956년] 9월 25일에 會合하여 「民法草案委員會」를 구성하고 民法草案과 同 修正案 및 親族相續法審議要綱에 대한 연구와 검토를 개시하였다. 먼저 總則, 物權, 債權, 身分의 4分科로 나누어 同年 11월 9일에 이르는 동안에 各分科別로 豫備討議를 한 후, 同年 11월 9일부터 翌年 1월 19일에 이르는 동안에 12차에 걸친 全體會議에서 다시 검토를 거듭하였다. 그 결과로 작성된 것이 이 意見書이며 最終回 全體會議은 이 회의의 명칭을 「民事法研究會」로 부르기로 결의하였으므로, 이에 그 이름으로 이 意見書를 발표하는 것이다.”(꺾음괄호 안은 인용자가 부가한 것. 이하 같다.)<sup>(35)</sup>

애초의 「민법초안연구회」는 회장 高秉國, 부회장 李熙鳳, 간사 金曾漢·安二濬으로 하고, 각 회원은 다음과 같이 分科別로 소속되었다.<sup>(36)</sup>

總則：高秉國, 方順元, 安二濬, 李恒寧, 李丙浩  
 物權：金曾漢, 金振雄, 李宗洽, 崔棻  
 債權：金基善, 金顯泰, 李榮郁, 朱宰瑛, 玄勝鍾  
 身分：鄭光鉉, 方順元, 李熙鳳

그 후 朴昌根, 徐燉珪, 鄭範錫, 鄭熙喆, 車洛勳, 黃山德 등이 이에 가세하여 그 구성원은 모두 22인이었다.<sup>(37)</sup> 이들의 면모를 살펴 보면, 그들은 거의 예외 없이 1956년 당시 30대 초반에서 40대 초반의 나이로서<sup>(38)</sup> 解放 후에 “새로이 法學教授로 등장한 新人들”인 점

(34) 이 점에 대하여는 第1稿, 202면 이하 및 위의 註 9의 李仁 발언 참조.

(35) 民事法研究會, 民法案意見書, 1957(이하 단지 「意見書」라고만 하여 인용한다), 序文 1면.

(36) 大學新聞 160호(1956년 10월 1일) 1면 기사. 이에 의하면 그 結成의 장소는 서울대 법대 學長 室인데, “長時間의 討議의 결과” 그 모임을 조직하기로 하였다고 한다. 그 記事는, 민법안이 “權利濫用禁止의 成文化, 妻의 無能力의 全廢 등 民事生活部面的 進歩의 立法精神이 충분히 발현되었다고 볼 수 있으나, 矛盾性도 不少하여 아직 검토의 여지가 허다함에도 불구하고 學界의 反應이 閑散하였음에 비추어 晩時之欺은 있으나……期待”되는 바 있다고 한다.

(37) 意見書, 序文 말미의 “共同研究參與者 名單” 참조.

(38) 가령 朱宰瑛은 1918년생으로 당시 38세, 玄勝鍾은 1919년생으로 37세, 安仁濬은 1926년생으로 31세이었다. 기타 金基善에 대하여는 위의 註 31, 金曾漢에 대하여는 위의 註 49 참조, 이들 회

이 우선 눈에 뜨인다. 그 예외는 아마도 高秉國<sup>(39)</sup>과 鄭光鉉<sup>(40)</sup> 정도일 것이다.

따라서 그들의 『民法案意見書』는 既成世代들의 민법에 대하여 새로운 世代的 民法를 제시하였다는 의미를 가지고 있다고 할 수 있다. 다시 말하면, 民法案이, 또는 아마도 法司委修正案이 우리 나라의 建國과 더불어 이미 法曹各界의 증추를 차지한 1948년 당시 대개 40대 이상이 되었던 實務法律家들의 손에서 나온 것이라고 한다면<sup>(41)</sup>, 『民法案意見書』는 해방 당시 대개 20대 초반 내지 30대 초반의 나이로서 그 후 大學教授의 職業을 택한 이들이 작성하여 낸 것이다. 이는 종래에 별로 지적되지 않은 것이나, 우리의 民法史 또는 民法學史를 생각함에 있어서는 매우 중요한 점이라고 생각된다.<sup>(42)</sup>

(3) 『民法案意見書』는 同書의 刊記에 의하면 1957년 3월 10일에 발행되었다.<sup>(43)</sup> 同書는 前3編에 한정하여 검토의 결과를 수록하고 있는데<sup>(44)</sup>, 그 내용은 “民法案全體(財産編)에 대한 總評”을<sup>(45)</sup> 제외하고는, 모두 168개 項目의 意見으로 되어 있다. 그에는 「附見」이라고 하여<sup>(46)</sup>, 民法草案研究會 내의 少數意見を 반영하는 견해도 아울러 표시되어 있다.<sup>(47)</sup>

원 중에서 비교적 年長者라고 생각되는 方順元은 1914년생, 李熙鳳·李恒寧은 1915년생, 李丙浩는 1916년생으로 당시 40대 초반의 나이이었다. 이들의 年譜에 대하여는, 法思想과 民事法: 玄勝鍾 박사 華甲紀念論文集, 1984, 567면 이하; 民事法과 環境法의 諸問題: 安二潛 박사 華甲紀念論文集, v면 이하; 民事法の 諸問題: 方順元 선생 古稀紀念論文集, 1974, 601면 이하; 李熙鳳, 韓國家族法上の 諸問題, 1976, 5면 이하; 法律新聞社 편, 韓國法曹人大觀, 1982, 336면, 386면 등 참조.

- (39) 高秉國은 1909년생으로 앞서 본 金基善이나 金曾漢보다 약 10년 年上일 뿐 아니라, 이미 1938년부터 延禧專門學校에서 法學을 교수하였다. 民事法研究會 당시 그는 서울대학교 법과대학의 學長職에 있었다. 이상 高秉國 博士 還曆紀念論文集, 1969, 663면 이하의 “年譜” 참조.
- (40) 鄭光鉉은 1902년생으로 일찌기 1930년부터 1938년 면직될 때까지 延禧專門學校에서 민법 등을 교수하였다. 그리고 1957년 당시에는 서울대학교 법과대학 교수로 있었다. 이상 鄭光鉉, 韓國家族法研究, 1967, 655면 이하의 “年譜” 참조.
- (41) 法典編纂委員會의 民法分科委員會의 위원들의 面函(鄭鍾休(註 10), 7면 참조)을 보면, 이 점이 명백하게 눈에 띈다. 그 중 가장 年少한 이는 아마도 尹吉重이라고 할 것인데, 그는 1916년생으로 法典編纂委員會 조직 당시 32세이었다. 그러나 그 이외에는 그 당시 이미 40대 이상으로서, 대개 法曹樞要的 職에 있었다.
- (42) 그리고 뒤에는 보는 바와 같이 이들은 이 문제에 있어서 서로 反目的 태도를 취하였다. 이러한 민법전의 제정과정에서의 一場이 그 후에 實務과 大學 간의 關係의 전개에 좋은 영향을 주지는 않았을 것이다.
- (43) 이 날짜는 아마도 정확할 것이다. 法律新聞 238호(1957년 2월 25일자) 2면은, 「民事法研究會」에서 민법안을 연구한 끝에 “學界로서의 意見書를 처음으로 작성, 國會에 제출준비 중에 있다”고 하고, 그 意見書의 내용을 요약하여 掲載하고 있다.
- (44) 親族編·相續編에 대한 意見書를 포함하지 아니하게 된 사정에 대하여 意見書, 序文 2면은, “身分法の 심의에 있어서는 各者의 見解는 토의를 통하여 용이하게 접근할 수 있는 것이 아니었다. 그래서 本會는 會로서의 公的 意見에 도달하기를 단념하고, 너무 急進的인 改革을 반대하는 의견과 근본적인 革新을 단행하여야 한다는 의견을 대표하는 사람이 각각 따로 의견서를 작성하여 이것을 併記하기로 하였”으나, 그것이 作成擔當者의 개인적인 사정 등으로 이에 이르지 못하였다고 한다. 이러한 意見對立에 대하여는, 法律新聞(註 43), 2면의 기사도 참조.
- (45) 이는 李恒寧에 의하여 집필되어, 同書 2면에서 18면까지 수록되어 있다.
- (46) 가령 민법안이 先取特權制度和 抵當權에서의 濫除制度를 폐지한 데 대하여 다수의견은 이를 찬성하였으나(金曾漢이 이 의견을 집필하였다), 소수의견은 이에 반대하였다(金基善이 이 의견을 집필하였다). 意見書, 113면 이하, 122면 이하 참조.
- (47) 意見書, 序文 1면 이하: “전원인ちに 도달하지 못한 경우에는 多數決에 의하여 本會로서의 公



또 同書에는 비단 民法案 자체뿐만 아니라, 이에 대한 法司委修正案에 대한 의견도 굳이 굳이 데 실려 있다.<sup>(48)</sup> 이들 168개의 항목 중 민법안 또는 법사위수정안에 찬성하는 것이 94항목으로 다수를 차지한다. 그러나 경우에 따라서는 그것들에 정면으로 반대하여 削除 또는 修正을 제안하거나 새로운 조문의 新設을 요구하는 見解도 많다.

그런데 이 「수정의견」은 法司委의 심의과정에서는 전혀 고려되지 않았다. 물론 이미 法司委의 民法案小委에서 前3編에 대한 심의를 마치고 그 결과에 따른 修正案을 발표한 후 이기는 하였으나, 아직 法司委 本會議의 심의를 거치지 않은 때이었으므로 고려의 여지가 전혀 없었다고는 할 수 없을 것이다. 그리하여 이 점에 대하여 불만을 토로하는 견해도 제기되었다. 즉 당시 서울대학교 법과대학의 민법학교수인 金曾漢은<sup>(49)</sup> 法司委가 1957년 9월 民法案小委의 審議結果를 그대로 채택하고, 民法案小委의 民法案 財産編에 대한 심의 결과가 발표된 1956년 9월 이후 제기된 각종의 民法案에 대한 意見들, 특히 『民法案意見書』를 고려하지 아니한 데 대하여 비난하고 있다.

“도대체 法制司委員들이 民事法研究會의 意見書나 新聞雜誌에 발표된 論稿들을 한 번씩이나 읽어 보았는지 지극히 의심스럽다. 읽어 보았다면 明白한 誤謬까지를 訂正하지 않고 남겨 두지는 않았을 것이다.……내가 알기에는 民法草案이 國會에 제출된 후 民法審議小委員會가 民法案의 심의에 종사한 기간은 前後 합하여 1개월 반에 불과하다. 5인의 委員이 1개월 반에 작성한 案을 고집하고 10여년 간 民法學을 전공하였다는 사람들 20여인이 4개월 간 심의하여 작성한 意見書나 기타 많은 學者들의 조에 깊은 論說에 대하여 一顧도 던지지 않았음은 어떠한 心態에서인지 도저히 이해할 수 없다. 적어도 獨善과 無誠意의 소치라는 공격을 면치 못하리라.”(정선부분은 引用者가 생략한 것. 이하 같다.)<sup>(50)</sup>

뒤에 우리 民法學의 형성과정에서 중요한 역할을 하는 이 學者의 民法案審議過程에 대한 이러한 非難은 그의 民法 解釋에도 미묘한 영향을 미친다고 생각된다.<sup>(51)</sup>

이러한 非難에 대하여 法司委側을 대변하는 張暎根은 후에 본회의의 심의과정에서<sup>(52)</sup> 다

式意見을 결정하였다. 그러나 그 경우에도 소수의견을 대표하는 사람이 그 의견을 附記할 수 있을 것으로 하였다. 이 意見書에 「附見」이라고 한 것이 그것이다.”

(48) 가령 법사위수정안 제1항(현행 민법 제7조에 해당하는 條文의 신설), 제4항(현행 민법 제18조 제2항에 해당하는 條文의 신설)에의 反對意見, 제7항(현행 민법 제29조 제2항에 해당하는 民法案 제28조 제2항의 수정)에의 贊成意見 등. 意見書, 27면, 31면, 33면 각 참조(모두 李桓寧 집필).

(49) 그는 1920년생으로 1944년 京城帝國大學 法學科를 졸업하고 1946년 9월 이래 서울대학교 법과 대학에서 講義하여 왔고, 1955년 당시에는 동대학 助教授이었다. 이상 金曾漢 博士 華甲紀念論文集, 1981, 867면 이하의 “年譜” 참조. 그는 「민법초안연구회」, 나아가 「민법연구회」에서도 매우 적극적으로 활동하였고, 대체로 그 모임의 機關車의 역할을 맡지 않았는가 추측된다.

(50) 金曾漢, “民法案의 本會議 上程을 앞두고—法司委의 獨善과 無誠意를 駁한다”, 大學新聞 195호(1957년 9월 23일자) 2면.

(51) 가령 명백한 立法者意思에 반하는 解釋 등. 그 하나의 예로 質權에 관한 物權的 請求權을 부여하는 것을 들 수 있을 것이다. 이에 대하여는 梁彰洙(註6), 69면 이하, 특히 72면 참조. 또한 뒤의 IV.2.(2)(가)의 말미에서 보는 慣習法의 效力에 관하여도 마찬가지이다.

(52) 이 答辯은, 金東郁 의원이, 『민법안의견서』에 비교적 많은 修正意見이 제시되어 있는데 법사위의 民法案小委에서 이를 參酌하지 아니하였으니, 『민법안의견서』를 기초로 제출한 野黨側과 民

음과 같이 응답하고 있다. (53) 우선 “민법안의견서에 나온 의견은 별로 새로운, 從前에 있던 學說과 [다른] 새로운 것은 없었”다고 하고, 그 예로 「物權議動에 있어서의 意思主義와 形式主義」를 든 다음 그 長短을 법사위에서 이미 다 검토한 결과 의사주의보다는 형식주의가 좋다는 民法案의 立場을 법사위에서 採擇한 것으로서 “미리 學說의 檢討를 지내 가지고 채택한 것이기 때문에 變更 안한 것이지 以前에는 몰랐던 것이 나왔는데 이것을 검토하지 않은 것은 아”니라는 것이다. 그러나 民法案小委는 “될 수 있는 대로 起草者立場을 존중하자는 입장에서” 근본적으로 손을 대지는 않았었는데 (54), “이제 學者들의 의견이 나오고 玄錫虎 의원이 정식으로 修正案을 낸 이상에는” 그 중에서 좋은 것을 逐條的으로 심의하여 가는 기회에 채택하겠다는 것이다. (55)

이러한 張暎根의 응답은 「기성세대」들이 金曾漢 등의 「새로운」 세대의 민법에 대하여 어떠한 생각을 가지고 있었는가를 엿보게 해 준다. 그들은, 당시의 新進大學教授들에게 「從前에 있던 學說」, 다시 말하면 2차대전 전에 기성세대들이 배운 日本民法學과 별달리 “새로운 것”이 없다고 평가하고 있는 것이다.

이러한 評價에 대하여 「민법초안연구회」의 또 하나의 驍將인 玄勝鍾은 즉각적으로 반발하였다. (56) 그는 “學說上 새로운 것이 없음은 自認”한다. (57) 그러나 “그 學說에 대한 理解力이 부족한 데서 생기는 誤謬 내지 缺陷을 지적하고 그 是正을 촉구한 점에 있어서는…… 民法案의 審議者들보다는 적어도 一日的 長은 있다고 보는 것은 결코 自衛自讚은 아닐 것”이라고 한다. 그리고 나아가 外國, 아마도 獨逸法과 관련하여 말한다. “大學教授들의 立場은, 先進國家에도 없는 무슨 새로운 독특한 학설을 전개하자는 데 있는 것이 아니라, 적어도 다른 나라의 수준에까지라도 올려 놓자는 데 있는 것이다. 괜히 남이 가지고 있는 훌륭한 民法典을 보면서도, 또 그것을 導入採擇하는 것이 우리 나라의 實情에도 적합한 데도 불구하고, 그것을 채택하지 않겠다고 固執할 필요는 어디에 있는지 궁금하다.”

우리 나라의 立法, 그 중에서도 民法典의 제정에 처하는 「大學教授」의 입장에 대한 이러

法案小委側이 한 자리에서 “協商討論을 해 가지고 될 수 있으면 단일한 案을 내놓는 것이 좋지 않은가” 하는 의견을 제시한 데 대하여 이루어진 것이다. 連記錄, 44호 2면 하단 이하 참조.

(53) 連記錄, 44호 4면 중단 이하.

(54) 이것이 民法案小委의 심의방향이었음에 대하여는, 第2稿 465면 참조.

(55) 한편 張暎根은 이에 앞서서, “약 1주일 전에 수정안을 내신 玄錫虎 의원과 민법안의견서를 내신 各學者들과 우리 민법안심의소위원회 위원들의 合席이 두 차례 있었습니다. 그래서 그분들 [學者들]의 의견을 많이 청취했습니다”라고 전하고 있다. 이 발언은 1957년 11월 23일에 행하여진 것이다. 金曾漢, “民法案財産編 修正提議”, 大學新聞 203호(1957년 11월 18일자) 3면에 의하면, 이 「連席會議」은 1957년 11월 14일 국회의 法制司法委員會室에서 행하여졌다. 이 회합에서의 張暎根의 발언내용 중 金曾漢이 전하는 것에 대하여는, 第2稿, 465면 註 22 및 466면 註 32 각 참조.

(56) 玄勝鍾, “民法案審議에 한 마디 한다”, 高大新聞 162호(1957년 12월 9일자), 1면. 여기서는 張暎根의 위에서 인용한 발언이 직접 인용되고 있다.

(57) 여기서 말하는 「學說」이란 어느 나라의 학설을 가리키는 것일까.

한 自己理解는 흥미로운 바 있다. 『민법안의견서』가 어떤 점에서 「學說에 대한 보다 나은 理解力」을 제시하였다고 스스로 생각하였고 또 다른 나라의 民法典이 가지는 美點을 어디서 구하였으며 또는 어느 것을 우리 나라의 實情에 적합한 것으로 보았는지, 그리고 이에 대하여 立法者들은 어떠한 이유로 이러한 提案들을 取捨하였는지를 알기 위하여, 우리는 『민법안의견서』 자체(그 중에서도 삭제, 수정, 신설을 제안한 부분)<sup>(58)</sup>을 검토하고, 또 이에 기하여 제기된 玄錫虎修正案을 둘러싼 本會議에서의 論議를 살펴 보지 않으면 안 된다.

#### IV. 玄錫虎修正案의 구체적 검토

##### 1. 序說

『民法案意見書』가 제시한 民法案에 대한 修正意見 중 “특히 중요한 것”<sup>(59)</sup>은 玄錫虎 의원<sup>(60)</sup>의 19인의 修正案으로 제안되어<sup>(61)</sup>, 國會本會議의 심의를 기다리게 되었다.<sup>(62)</sup> 이 修正案에 대한 本會議의 심의과정에서 玄錫虎 의원은 그 貫徹을 위하여 거의 孤軍奮鬪하다시피 하면서, 수정안의 이유를 설명하고 반대의견을 반박하는 발언을 하고 있다. 그러한 의미에서 이 修正案은 「玄錫虎修正案」이라고 불러도 무리가 없으리라고 생각된다. 이하 그 주요한 내용과 그를 둘러싼 국회本회의에서의 심의경과를 살펴 보기로 한다.

##### 2. 慣習法

(1) 民法案은 그 제 1조에서 慣習法에 成文法에 대하여 補充的 效力만을 인정하고 있다. 그리고 慣習法의 효력이 논의되는 또 하나의 문제, 즉 物權法定主義와 관련하여서도, 民法案은 “物權은 法律에 정한 것 외에 임의로 創設하지 못한다”고 정할 뿐이고<sup>(63)</sup> 慣習法에 의한 物權의 創設은 인정하지 않고 있다(제 176조).<sup>(64)</sup>

이에 대하여 民法案小委는 별다른 異見을 제시하지 않았다.<sup>(65)</sup> 이는 아마도 여러 立法例

(58) 이러한 부분의 중요한 것은 玄錫虎修正案의 내용이 되었으므로, 이하에서는 현석호수정안의 내용과 그 이유를 중심으로 살펴 보기로 한다.

(59) 金曾漢(註 55), 同所 참조.

(60) 그는 당시 野黨인 民主黨 소속으로, 법률가 출신이다.

(61) 速記錄, 42호 附錄 102면 하단 이하에 수록되어 있다.

(62) 1957년 11월 14일에는 이 修正案에 관한 會合이 國會의 法司委 會議室에서 있었다. 거기에는 民法案小委의 각 위원과 玄錫虎 의원, 그리고 民事法研究會의 “몇몇 教授들”이 참석하였다고 한다. 이 자리에서 小委委員長 張暉根 의원은 “[民法案小委의 審議에] 民法案意見書의 의견을 반영시키지 못한 것은 그것을 無視하여서가 아니라 時間關係로 부득이하였다”는 등의 말을 하였다고 한다. 金曾漢(註 55), 同所 참조.

(63) 이는 日本民法 제 175조와 동일한 내용이다. 이 규정은 우리 나라에 依用되지 않았다. 이에 관하여 朝鮮民事令은 그 제 12조에서 “不動產에 관한 物權의 種類 및 效力에 대하여는 [日本民法 등] 제 1조의 법률에서 정한 物權을 제한 외에 慣習에 의한다”고 하여, 우리 나라의 慣習에 의한 物權을 명문으로 인정하고 있었다.

(64) 물론 規定이 그와 같이 되어 있는 日本民法에서도 학설이나 판례는 가령 溫泉權과 같은 慣習에 의한 物權을 인정하고 있었다.

(65) 단지 “法源에 條理를 포함시킨 데” 대한 “약간의 異議”에 대하여 논의하였을 뿐이다. 즉 이에 대하여는 “裁判官은 법률 또는 관습법이 없다고 하여 재판울 거부할 수 없으므로” 條理를 재판

가 그러할 뿐 아니라<sup>(66)</sup>, 의용민법 시행 당시에도 그러한 태도가 취하여져 왔기 때문일 것이다.

玄錫虎修正案은 우선 慣習法의 일반적 효력에 대하여, 慣習法에 성문법과 대등한 효력을 부여할 것을 제안하였다(同 제 1 항: “民事에 관하여는 法律 또는 慣習法이 없으면 條理에 의한다”). 그 이유는 두 가지이다.<sup>(67)</sup> 첫째, 아무리 成文法優先主義를 택한다 하더라도 成文法의 고유한 한계로 인하여 성질상 당연히 慣習法에 의한 成文法의 改廢를 인정하지 아니할 수 없다는 것이다.<sup>(68)</sup> “이는 아직 成文法萬能思想, 환원하면 法規形成에 있어서의 國家主權絕對의 思想을 탈각치 못한 規定”이다. 둘째, 실제로 그 때까지 慣習法에 의한 成文法의 수정은 여러 방면에서 일어났다는 것이다. 가령 依用民法 제175조는 물권은 법률이 정하는 바에 의하여서만 창설할 수 있다고 정하나, 公有河川의 流水使用權이나 墳墓基地權과 같이 慣習法에 의한 物權의 창설이 인정되어 왔다는 것이다.

또 玄錫虎修正案은 慣習法에 의한 불권의 창설을 正面으로 인정하는 규정을 두어야 한다는 태도를 취하였다(同 제 7 항: “物權은 法律 또는 慣習法에 의하는 외에는 임의로 創設하지 못한다”). 그 이유로서는, 民法案은 依用民法과 그 태도를 같이 하는 것인데, 依用民法의 해석으로도 慣習法에 의한 物權의 創設이 긍정되고 있는 바에 (“物權의 種類를 成文의 法律이 인정하는 것에 限定하는 것이 불가능하다”) 이미 우리 나라에서는 朝鮮民事令에 의하여 그것이 명문으로 인정되고 있으므로, 차제에 이를 민법에 정함이 타당하다는 것이다.<sup>(69)</sup>

(2) 이와 관련한 本會議에서의 토론은 (i) 관습법의 효력을 어떻게 정할 것인가 하는 점과 아울러, (ii) 민법안 제 1 조와 제101조(현행 제106조)와의 관계는 어떠한가 하는 점, (iii) “관습법”이라고 하는 대신 “관습”이라고 하는 것으로 충분하지 않은가 하는 점을 둘러싸고 전개되었다.

(가) 우선 慣習法의 효력 일반에 대한 立場의 차이는 다음과 같이 설명되고 있다.

“成文法이 없는 경우에 관습법을 적용하는 데 대해서는 政府原案이나 玄錫虎 의원의 修正案이나 다름이 없습니다. 다만 성문법과 관습법이……같은 사항에 대해서 저촉되는 경우에는 동등하게 하자. 그것은 어떠한 결과가 생기는고 하니, 지금……法律이 생겼는데 중점부터의 관습이 있다고 하면 成文法에 의하여 改廢된다고 하는 것은 어느 태도에 있어서나 마찬가지입니다. 그러나 나중에 성문법과 저촉되는 관습법이 생기는 경우에는 後法이 先法에 우선하게 되므로……成文法이 개폐되는 것임

의 기준으로 법문상 명시한 民法案의 태도를 지지한다. 이상 民議院 法制司委員會 民法案審議小委員會 編, 民法案審議錄, 上卷, 1957(이하 단지 「審議錄」이라고만 하여 인용한다), 3면 하단 참조.

(66) 審議錄, 3면 상단은 스위스民法, 中國民法, 滿洲國民法 등을 동일한 취지의 입법례로 들고 있다.

(67) 意見書, 20면 이하(方順元 집필).

(68) 金曾漢(註 55), 同所는 가령 스위스民法에서도 하설은 慣習法에 대등한 효력을 인정한다고 주장한다. 그러나 이 점 檢證을 요한다.

(69) 意見書, 66면 이하(金曾漢 집필).

니다.”<sup>(70)</sup>

그리고 관습법의 효력을 어떻게 정할 것인가에 관하여 學說, 주로 19세기 獨逸普通法學의 학설의 대립이 있음을 말하고 나서, 民法案의 태도를 지지하는 이유로, 첫째, 스위스民法, 中國民法, 일본의 法例 등이 이와 같은 태도를 취하고 있으며, 둘째, 이렇게 하는 것이 法律關係가 명료하다는 점을 들고 있다.<sup>(71)</sup>

이어서 玄錫虎는, 지금 당장에는 관습법과 성문법이 크게 다를 것이 없으므로 “금방 중요한 현저한 차이는 없”다고 하고서, 그러나 첫째 “현재 그 실정으로 봐서……관습법을 그 法源으로는 인정하면서도 그 보충적인 효력만을 인정할 필요가 어디 있는가”하는 점, 둘째 최신의 민법전인 希臘民法은 修正案과 같은 태도를 취하고 있다는 것, 셋째 “일본민법에 있어서 이러한 것이 되지 못한 것을 우리 한걸음 더 나아가서 革新을” 함으로써 “뽀뽀”를 보여 주자는 것을 들어 修正案의 이유를 설명하고 있다.<sup>(72)</sup>

결국 修正案은 在席 105인에 찬성 27표, 반대 0표로 부결되고, 民法案이 在席 105인에 찬성 64표, 반대 0표로 채택되었다.<sup>(73)</sup> 이와 같이 관습법에 성문법과 대등한 효력을 부여 하자는 修正案이 국회에서 부결되고 보충적 효력만을 인정하는 原案이 채택되었고, 또 그 經緯를 여실히 알고 있을 것이라고 추측됨에도 불구하고, 민법 시행 후에 관습법에 成文法 改廢의 효력이 인정된다고 주장하는 見解가 있었음은<sup>(74)</sup> 그 法學方法論에 있어서 흥미로운 점이 있다.

(나) 李忠煥 의원은 修正案에 찬성하면서, 民法案 제101조(현행 제106조)에 의하게 되면 실사 成文法이 있다고 해도 慣習法이 우선하는 경우가 생긴다. 그러므로 성문법이 관습법에 우선한다고 제 1조에 정하게 되면 제101조와의 관계에 있어서 “좀 거북한 경우”가 생기지 않는가 하는 취지의 質疑를 하였다.<sup>(75)</sup> 이에 대하여는 다음과 같은 應待가 행하여지고 있다. 제101조의 「慣習」은 法人 관습이 아니고 事實인 관습이다. 兩者는 “국민이 이것은 법이다 하는 法的 確信을 가질 만한” 정도에 이르렀는가 여부에 의하여 구별되는데, 결국 관습법은 법원에서 인정됨으로써 비로소 裁判規範으로서 적용이 된다는 것이다.<sup>(76)</sup>

(다) 邊鎮甲 의원은 原案에 찬성하면서 다음과 같은 이유로 제 1조의 “慣習法”을 그냥 “慣習”이라고 하면 충분하지 않은가 하는 의견을 開陳하였다.<sup>(77)</sup> 이에 대하여도 張曠根은

(70) 速記錄, 42호 11면 중단 이하의 張曠根 발언.

(71) 速記錄, 42호 11면 하단 참조.

(72) 速記錄, 42호 13면 중단 이하.

(73) 速記錄, 42호 17면 하단.

(74) 金曾漢, 新民法總則, 1961, 39면 이하 참조. 慣習法을 보충적 관습법과 대등적 관습법으로 나누고, 後者は「新法은 舊法에 우선한다」는 원칙에 따라 成文法에 우선할 수 있다고 한다.

(75) 速記錄, 42호 14면 하단 이하.

(76) 速記錄, 42호 15면 하단 이하의 張曠根 발언.

(77) 速記錄, 42호 16면 하단 이하: “慣習은 法院에서 이를 인용하여 판결을 내렸다든지 하면 후 慣習法이 된다고 할지 모르나, 이는 어디까지나 判決例이올시다. 국민이 법률과 같이 준행하고

법인 慣習, 즉 “國民이 法的 拘束力을 확신해 가지고 遂行한다 하는, 그런 확신이 된 정도”의 관습은 관습법으로서, 事實인 慣習과 구별해서 쓰지 않으면 “대단히 곤란”하다고 應答하고 있다. (78)

(3) 한편 慣習法에 의한 物權에 관하여 명문을 두자는 玄錫虎修正案은 본회의에서 채택되었다. 張曠根은 이 修正案에 대하여 反對意見이 없음을 말하고 이 이유로, “草案을 法制司法委員會에서 수정하지 않은 것은 이 法律이라 하는 안에는 당연히 慣習法이 들어 있는 것으로 해석하기 때문”이었다고 한다. (79) 이는 아마도 『민법안의견서』의 주장에 동의함을 전제로 하는 설명일 것이다.

### 3. 權利能力 없는 社團·財團 그리고 共同所有

(1) 현식호수정안 제 4 항은 “法人 아닌 社團 또는 財團에 관하여는 本章의 規定을 準用한다.”는 것이었다. 「법인 아닌 사단」 등에 대하여 依用民法은 아무런 규정을 두지 않았고, 民法案에서도 이는 마찬가지였다. 이 점은, 民法案에 대한 民法草案研究會의 「總評」에서도, 結점으로 지적되고 있다. (80)

법인 아닌 사단 등에 대한 民法規定이 필요한 이유를 『민법안의견서』는 다음과 같이 주장하고 있다.

“법인의 설립에 관하여 자유설립주의를 취하지 않는 한, 권리능력 없는 사단의 성립은 불가피한 것이고, 또 법이 배척하려고 할 하등의 필요가 없는 것이다.……결국 단체의 殆半은 권리능력 없는 社團으로 머무를 것이다.……이와 같이 권리능력 없는 사단은 결코 예외적 존재가 아니라 실로 무수히 존재하는 것인 만큼 그 準據法規를 밝히 두는 것이 좋을 것이며, 준거법규가 없으면 더욱 紛糾를 조장할 것이다. 종래 宗中 내지 宗中財產을 위요한 訴訟事件이 많았던 것도 종중의 성격과 종중이 종중재산에 소유하는 관계가 어떠한 顯型的 共同所有나 의 문제가 명확치 않았던 데에 基因하는 바도 적지 않았으리라 생각된다. 그리고 또 이미 民事訴訟法과 朝鮮不動產登記令이 권리능력 없는 사단에 대하여 각각 當事者能力 및 登記能力을 부여하고 있는데 가장 基本的 法典인 민법이 이에 관하여 아무런 규정을 두지 않는 것은 不備라는 비난을 면치 못할 것이다.” (81)

이러한 주장은 本會議에서도 거의 그대로 반복되었다. (82) 나아가서는 獨逸民法에도 이러한 준용규정(同法 제54조)이 (83) 있다는 점이 附加的으로 주장되고 있다. 그러나 法司委 위

있는 관습이라고 하면 우리가 관습법이라고 할 망정 여기에다 법률과 같이 관습법이라고 꼭 ‘法’자를 넣지 않으면 안 되겠는가. 만약 그것을 그대로 확대해 간다면, ‘條理에 의한다’는 것도 ‘條理法에 의한다’라고 될 것입니다.”

(78) 連記錄, 42호 17면 중단.

(79) 連記錄, 45호 18면 하단. 그런데 그 전에 “이것은 왜 그러나 하면 法律과 동등한 慣習法에 의해서도 物權이 발생한다고 해석하기 때문입니다. 現行法에 저촉되지 않는 한에는 발생한다고 인정하기 때문입니다”라고 발언하고 있다. 여기서 “現行法에 저촉되지 않는 한에는” 운운하는 부분은 檢討의 필요가 있다고 생각된다.

(80) 李恒寧, “民法草案全體의 總評”, 意見書, 7면.

(81) 意見書, 102면 이하(金曾漢 집필).

(82) 連記錄, 44호 11면(玄錫虎 발언).

(83) 獨逸民法 제54조: “권리능력이 없는 社團에 대하여는 組合(Gesellschaft)에 관한 규정이 適用된

원장대리를 맡고 있던 張暲根은 이러한 修正案에 대하여, “[法人에 관한 규정을] 準用을 한다 하면 이 準用的 범위가 이렇게 漠然하게 되면 대단히 문제가 된다는 이유를 들어 반대하고 있다.<sup>(84)</sup> 그리고 表決 결과, 張暲根에 의하여 반대된 玄錫虎修正案의 다른 항목들과 마찬가지로, 이 項目은 否決되었다.

(2) 이와 같이 법인 아닌 사단 등에 관하여 민법에 準據法規를 두자는 이유로, 다른 理由들과 아울러, 宗中財産을 둘러싼 다툼이 많은데<sup>(85)</sup> 이에 대한 法的인 對應이 필요하다는 점을 들고 있는 점이 흥미를 끈다. 宗中은 우리 민법의 制定過程에서, 특히 前3編 중에서는 國會의 심의과정에서 關心을 끈 몇 안 되는 主題의 하나 이었다고 생각된다.<sup>(86)</sup>

우선 民法典編纂要綱은 物權法要綱의 하나로 “共有의 規定에 있어서 共有에 관한 규정을 左와 如히 세울 것. 「地方的 주민, 親族團體(宗中) 기타 慣習上 總合體를 이루고 있는 數人이 그 관계에 있어서 物權[原文대로이다]을 소유할 때에는 이를 總有라 한다.」”는 것을 정하고 있었다(同要綱 五, 卍, 항). 이를 받아 民法案에서는 宗中 자체에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고, 다만 宗中의 物件所有關係에 대하여는 제262조가 “어느 地域의 住民, 親族團體, 기타 慣習上 集合體로서 數人이 물건을 소유하는 때에는 合有로 한다”고 정하였다(同條 제1항).<sup>(87)</sup> 이 규정에서 주목을 끄는 것은, 起草者들이 여기서 그 규율의 대상으로 염두에 둔 團體가 통상의 「법인 아닌 사단」이 아니라 地域住民이나 宗中과 같은 관습상의 단체를 염두에 두었다는 점이다.<sup>(88)</sup> 그리하여 이 점은 우리 민법의 起草者들이 종래의

다. 그러한 社團의 이름으로 제3자에 대하여 행하여진 법률행위에 관하여는 그 行爲者가 개인적으로 책임을 지며, 多數人이 행위한 경우에는 그들은 연대하여 책임을 진다.”

(84) 連記錄, 11면 상단. 이러한 주장에 대하여 玄錫虎는 “이 準用이라고 하는 말을 쓰는 것은 그 전체 중에서 이것은 性質上 적용할 수 없다 이것은 性質이 비슷하니까 이것은 適用할 수 있다 이런 때에 準用이라는 말을 쓰는 것”이고, “民法典이라는 大法典을 만드는 데에 있어서는 이러한 정도의 原則은 명시해 두는 것이 옳”다고 反論하고 있다.

(85) 金曾漢은 이러한 주장을 하면서, 1932년 8월부터 1940년 6월에 이르는 8年間的 朝鮮高等法院判決 中에 宗中(또는 門中)을 당사자로 하는 事件의 수가 117件이었다는 日本人의 報告를 인용하고 있다(意見書, 105면 註 5).

(86) 李泳熙 의원 외 21人이 제출한 修正案은, 本稿의 주된 대상인 玄錫虎修正案과 그 내용이 전적으로 家族法에 관한 것인 鄭一亨 의원 외 33人의 수정안 이외에는, 민법안과 함께 본회의에서 심의된 유일한 修正案이다. 그런데 이 李泳熙修正案의 내용은 전적으로 宗中에 관한 것이다. 이에 대하여는 後述 V.1. 참조.

(87) 한편 「地方的 住民」에 대하여는, 共同所有 이외에도, 地役權에 대한 規定의 말미에서 特殊地役權이라는 表題 아래 1個條를 두었다(民法案 제289조, 現행 제302조). 이는 物權編纂要綱 八.에 따른 것이다. 同條는 “어느 地域의 住民이 集合體의 관계로……”라고 정한다. 여기서 「集合體」라는 용어는 본문에서 본 物權編纂要綱 中의 「總合體」와 연결되는 것이라고 추측된다. 物權法編纂要綱에서 「總合體」라고 하였던 말은 위에서 본 대로 공동소유와 특수지역권의 두 곳에서 사용되었는데, 이는 民法案에서는 모두 「집합체」로 바뀌었던 것이다(본문의 직후에서 보는 民法案 제262조, 그리고 제289조 참조). 그런데 이 두 민법안규정 중 前者는 뒤의 본문에서 보는 대로 공동소유에 관한 규정 전체가 玄錫虎수정안에 쫓아 대폭 수정되는 과정에서 삭제되면서, 合有에 대하여는 「組合體」로, 總有에 대하여는 「集合體」로 분화되었다.

(88) 바로 그렇기 때문에, 同案 제262조 제2항은 “합유물에 대한 권리의 得失變更 및 合有者의 권리, 의무에 관하여는” 일단 慣習에 의하도록 정하였던 것이다.

전통적인 법률관계 중에서 어떠한 것에 대하여 規律을 두려 하였던가, 또 그것을 어떠한 법개념 또는 법제도를 가지고 어떠한 내용으로 규율하려고 하였는가 하는 극히 의미있는 問題와 관련하여서도 흥미로운 바 있다.

그런데 민법안 제262조는 중증 등의 소유관계를, 앞서 본 物權法編纂要綱이 「總有」라고 하기로 정하였던 것과는 달리, 「合有」라고 정하고 있다. 그 간의 經緯를 알 수 있는 資料는 발견하지 못하였으나, 그것은 朝鮮高等法院이 1927년 9월 23일 판결(判決錄 321면)<sup>(89)</sup> 이래 중증재산은 중증의 「合有」에 속한다고 줄곧 판시하여 온 것과 관련이 있지 않은가 추측된다. 나아가 민법안은 그 「合有」의 구체적인 법률관계에 대하여, 慣習에 의하는 외에(同案 제262조 제 2 항 참조), 제263조, 제264조의 2個條에 의하도록 하였다.<sup>(90)</sup> 그런데 그 내용은, “合有者는 全員の 同意 없으면 合有物을 처분하거나 변경하지 못한다”고 정하는 제264조에서 보듯이, 얼핏 보더라도 宗中 등의 재산관계를 규율하는 데 적절하지 못한 것을 포함하고 있었다.<sup>(91)</sup> 따라서 이에 대하여 뒤의 V.1.에서 보는 대로 李泳熙 의원의 수정안이 나온 것도 무리는 아니라고 할 것이다.

(3) 그러나 민법안의견서는 民法案의 이러한 「合有」에 관한 규정에 대하여 정면에서 異議를 제기하고, 法人을 제외한 團體에 관한 규정, 특히 그 所有形態에 관하여 전적으로 새로운 규정을 제안하고 있다. 이는 앞의 (1)에서 본 「법인 없는 사단」 등에 대하여 준거규정을 둔 것이나 組合에 관한 규정에 이르기까지 광범위한 범위에 미치는 중요한 내용을 포함하고 있다. 그리고 이 提案은 玄錫虎修正案의 한 항목으로 本會議에 제기되었고, 거기서 아무런 修正 없이 그대로 채택됨으로써 결국 우리 민법의 내용을 이루게 되었다. 張暎根은 本會議의 심의과정에서 “이것[현석호수정안]은 지금 本草案에 비하여 대단히 정확합니다. ……法制司法委員會에서는 草案의 규정이 좀 不滿足하지만 草案을 전부 다 뜯어고치는 것은 무엇하다 해서 그대로 뒀는데 지금 玄錫虎議員으로부터 더 정확하게 규정한 이러한 修正案이 나온 이상에는……이것을 통과시키는 것이 좋을 것 같습니다.”라고 발언하였던 것이다.<sup>(92)</sup> 아마도 이것은 法司委修正案을 포함하여 民法案에 대하여 가하여진 최대의 修正

(89) 이 판결은 소위 「聯合部判決」로서, 종전에 중증재산이 共有라는 판례의 견해를 변경하여, “門中 또는 그 一派가 先祖의 墓地 또는 祭位土를 공동소유하는 경우에 있어서는 慣習上 항상 이른바 合有의 法律關係이고 共有의 법률관계가 존재하지 아니한다. ……합유는 공유자 전원의 목적을 수행하기 위하여 발생한 것이라 공유와 달라서 목적물에 대한 各人各個의 持分이라는 것은 존재하지 아니한다. 그 목적물에 대한 各人各個의 권리는 이것을 임의로 처분할 수 없다”고 판시하였다. 이에 대하여는 우선 許奎 등, “宗中·宗中財産에 관한 諸考察”, 司法論集 4집(1973), 59면 이하 참조.

(90) 그 내용은 滿洲國民法 제253조, 제254조와 동일하다. 다만 同法에서는 「合有」라고 하지 않고, 「總有」라고 하였다.

(91) 이미 朝鮮高等法院은, 宗中財産의 관리 및 처분은 慣習 또는 宗規에 의하되 종규에 정함이 없고 관습이 불분명한 때에는 宗會를 열어 출석자의 過半數의 결의에 의하여 이를 처리하여야 한다고 판시하였다. 이에 대하여는 우선 許奎 등(註 89), 34면 이하, 85면. 다만 初期에는 공유자 全員の 동의를 요한다는 판례도 있었다고 한다.

(92) 連記錄, 47호 7면 상단.



이라고 할 것이기 때문에, 민법전의 성격을 이해하는 데도 端緒를 제공하는 점이 없지 않다.

이 提案의 主唱者는 金曾漢인데, 그는 이미 1950년에(그는 1920년 5월 6일생으로 당시만 24세의 젊은 나이이었다)에 「共同所有形態의 類型論」이라는 논문을 발표하여<sup>(93)</sup> 이 提案을 학문적으로 先取한 바 있었다.<sup>(94)</sup> 그는 “人的結合形態나 共同所有形態는 千態萬樣”이라고 하면서도, “그 各類型의 理想型”을 찾아야 한다고 하면서, 우선 「人的結合體」, 즉 團體는 法人, 權利能力 없는 社團, 合手的 組合, 組合의 네 類型으로 나누어진다고 하고, 그 각각의 단체의 所有形態는 單獨所有, 總有, 合有, 共有라고<sup>(95)</sup> 한다. 그리고 이 각 소유형태의 내용은 서로 原理的인 차이를 가지는 것으로 서술된다. 그 중에서 단독소유와 공유(“持分的 共有”)는 로마法上の 개념이나, “이러한 개념강제가 결국은 무리한 것임을 깨닫고, 로마법상의 개념으로 파악할 수 없는 게르만法上の 人的結合形態 및 共同所有形態를 별개의 개념으로 설명하려고 노력하게” 되어 그 결과 기르케가 “게르만法 公유의 團體法論 및 共同所有理論을 완성”하였다.<sup>(96)</sup> 기르케가 파악한 Genossenschaft, Gemeinschaft zur gesamten Hand라는 團體類型과 이에 대응하는 Gesamteigentum, Eigentum zur gesamten Hand라는 共同所有의 각 形態는 그 후 거의 모든 獨逸私法學者들 간에 通說이 되었고,<sup>(97)</sup> 日本에서도 “共同所有의 類型으로는……그대로 통용되고 있다고 하여도 過言이 아니다.”라는 것이다.<sup>(98)</sup>

이러한 관점에서 보면, 民法案이 공동소유의 형태로 共有 외에 「合有」만을 규정하고 「總有」에 관한 규정을 두지 않는 것은 불충분하다. 뿐만 아니라 그 내용도 위와 같이 원리적인 차이가 있는 合有와 總有를 서로 “混同”하여서, 總有概念에 의하여 처리되어야 할 地域住民이나 親族團體(중증) 등의 所有形態에 민법안 제264조에서 정하는 바의 合手性의 原則(이는 合有에만 타당하다)을 적용하는 등의 잘못을 범하고 있다는 것이다. 그리하여 「법인 아닌 사단」 등에 대한 규정을 둠과 동시에 「共同所有에 관한 규정을 이에 總有도 포함하여 규율하는 등 전면적으로 修正할 것을 제안하는 것이다. 그 내용은 현행민법 제271조 이하에서 보는 바와 같다.

이러한 主張이 民法案이 합유와 총유를 「혼동」하고 있는 점을 지적하고, 나아가 합유와 총유를 구분하여 각기 따로 규정을 둘 것을<sup>(99)</sup> 주장한 것은 극히 예리한 眼目에 기한 것이

(93) 金曾漢, “共同所有形態의 類型論”, 法曹協會雜誌 2권 3호(1950.2), 10면 이하.

(94) 意見書, 96면~106면에 이르는 그의 提案理由는 이 논문의 要約을 포함하고 있다.

(95) 意見書, 96면: “共同所有의 유형은 그 주체인 人的結合의 유형에 따라 결정된다.”

(96) 獨逸民法이 總有·合有의 구별을 공동소유의 형태로 규정하고 있지 않은 이유도 그 法典이 기르케의 共同所有理論이 널리 보급되기 전에 제정되었기 때문이라고 한다. 意見書, 98면.

(97) 그는 Hübner, Schwering, Planitz 등을 든다.

(98) 그는 石田文次郎, 我妻榮, 末川博 등을 든다.

(99) 이에 대하여는 李恒寧도 “[狹義의 共有 이외의] 공동소유형태는 현재에도 상당히 많을 뿐 아니라 將來에도 상당히 늘어간다고 예상되는데, 草案이 이에 대하여 共有 외에 다만 「合有」에

라고 생각된다.<sup>(100)</sup> 그런데 이러한 主張에서 주목을 끄는 것은, 우선 團體나 共同所有의 類型把握 및 그 類型의 內容說明이 거의 先驗的으로 전개되고 있고 우리 사회에서의 團體의 구성이나 운영의 실제에 대한 언급은 거의 이루어지지 않고 있다는 점이다. 기르케의 理論이 로마法の 「概念強制」에 반발하여 게르만法에 대한 학문적 研究에서 얻어진 것이라면, 그것으로써 우리 나라의 각종 團體의 소유형태를 규율하려는 것은 또 다른 「概念強制」라고 부를 수 있는 점은 혹시 없을까 하는 의문이 즉각적으로 제기되는 것이다.<sup>(101)</sup> 그러므로 後에 이르러, 만일 總有의 범리를 宗中에 적용하는 것에 대하여, 중세게르만과 같이 居住·移轉의 자유가 원칙적으로 인정되지 않아서 그 構成員의 파악·소집이 용이한 사회를 염두에 두고 파악된 總有概念을 “構成員들이 全國에 산재하여 생활하고 있기 때문에 그 構成員의 번동을 확인하기 어”려운 宗中과 같은 血緣團體에 적용하여 총유물의 처분관리를 總會의 決議에 의하도록 하는 것(민법 제276조 제1항)의 타당성에 의문이 제시되는 것도<sup>(102)</sup> 당연한 일이라고 할지 모른다. 이와 같이 기르케의 概念과 理論이 당연시되었다는 점은 당시의 우리 民法學이 그 理論의 準據를 획득하기 위하여 苦闘하는 과정에서 獨逸民法學에 의존하였다는 점, 독일민법학의 「權威」로써만 설명될 수 있을 것이다.<sup>(103)</sup>

그런데 이러한 의문과 관련하여 看過하여서는 안 되는 것은, 金曾漢이 위와 같은 提案을 하면서 염두에 두었던 團體는 一起草者가 그 「合有」에 관한 규정의 1차적인 대상으로 상정하였던—「慣習上」의 집합체가 아니었고, 「人爲的인 團體」이었던 것이 아닌가 추측된다는 점이다.

“오히려 草案 262조 2항이 규정하는 바와 같이 慣習上의 共同所有는 제1차로 慣習의 규율을 받으며 그 관습의 내용은 비교적 明確하기 때문에, 민법이 이것을 규정할 필요는 거의 없는 것이 아닐까. 민법이 규정할 필요가 있는 것은 人爲的으로 성립하는 共同所有關係이다. 인위적인 단체에 權利能力

관한 몇 條文을 신설한 데 그친 것은 賢明한 태도라고는 할 수 없다. 적어도 「總有」에 관하여서도 規定을 두는 것이 당연하다”고 말하고 있다. 李恒寧(註 80), 10면 이하.

(100) 위의 註 92의 本文에서 본 張暉根 발언도 참조.

(101) 이러한 의문과 관련하여 金曾漢은 민법 시행의 當年에 출간된 物權法教科書(新物權法, 上卷, 1960, 171면)에서 다음과 같이 말하고 있다: “總有·合有의 개념은, 中世게르만의 團體法의 연구를 통하여 밝혀진 것임은 사실이다. 그러나, 그것은, 總有·合有가 중세게르만의 社會에만 또는 그와 비슷한 發達段階에 있는 사회에서만 존재할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니며, 現代에 있어서도 어느 나라에 있어서나 總有 또는 合有의 개념으로 파악되지 않으면 안 될 共同所有形態가 부단히 창조되고 있음을 잊어서는 아니된다. 요컨대 오늘날에 있어서는 多數人이 모여서 단체를 결성하는 趨勢는 더욱 높아가고 있으며, 그 단체가 法人格을 취득하는 경우를 제외하고는, 그 財產關係는 필연적으로 總有 또는 合有의 개념으로 파악되지 않으면 안 되는 것이다.”

(102) 李好庭, “우리 民法上의 共同所有制度에 대한 약간의 疑問”, 서울대 法學 27권 2·3호(1983), 116면 이하 참조.

(103) 김중환은 한참 뒤에 다음과 같이 말한 바 있다(金曾漢, “韓國民法學의 進路”, 서울대 法學 26권 2·3호(1985), 11면): “요컨대 日本法學의 굴레에서 벗어나서 우리 자신의 獨自的 理論을 개척해 나가야 한다. 그것을 하는데 있어서는 역시 獨逸法學이 가장 손쉬운 依據處가 되지 않을 수 없다.”

없는 社團과 合手的 組合의 두 유형이 있음에 相應하여 인위적으로 성립하는 共同所有形態도 共有와 합유의 두 유형으로 나누어지는 前述한 바이다.”<sup>(104)</sup>

그렇게 보면, 민법 제275조 제 2 항이 “總有에 관하여는 社團의 定款 기타 規約에 의하는 외에 다음 2條의 規定에 의한다”고 정하여 「定款 기타 規約」만을 1차적인 基準으로 내세우고 있는 점이 새로운 관점에서 이해될 素地도 있지 않은가 생각된다. 가령 民法案 제289조(현행 제302조)—이 규정은 적어도 민법의 제정과정에서는 종종 등에 대한 소유관계에 관한 규율과 平行되는 것으로 이해되었다<sup>(105)</sup>—에서 特殊地役權에 대하여 “慣習에 의하는 외에 本章의 規定을 準용한다”는 것이나 또 民法案 제262조 제 2 항에서 「合有」에 대하여 “慣習에 의하는 외에는……” 운운하는 것과는 달리 위 제275조 제 2 항이 「慣習」을 1차적인 기준으로 내세우지 않는 것은, 적어도 그 성립의 당초에는 그러한 定款 등이 있을 수 없고 慣習에 의할 수밖에 없는 宗中 등의 법률문제에 대하여는 總有에 관한 規定이 적용될 여지가 아예 없는 것으로 생각되었기 때문이 아닐까 하는 것이다. 그러나 뒤의 學說(金曾漢을 포함하여)이나 判例가 종종 등 관습법상의 단체에 대하여도 總有規定의 적용이 있다는 태도를 취하고 있음은 周知하는 대로이다.

그리고 이와 같은 共同所有規定, 특히 제273조(현행)가 채택된 결과로 民法案 제696조(“組合員의 出資 및 기타 組合財産은 조합원의 共有에 속한다”) 중의 「共有」는, 현석호수정안 제36항에 따라 「合有」로 수정되었다.<sup>(106)</sup> 또한 組合財産에 대한 組合員의 持分의 處分에 관한 民法案 제706조(“組合員은 조합원 전원의 同意 없이 組合財産에 대한 持分을 처분하지 못한다. 組合員은 조합의 清算 전에 조합재산의 分割을 청구하지 못한다”)가 삭제되었다.<sup>(107)</sup>

(4) 민법이 시행된 뒤에 발견된 難問과 관련하여서 그 문제의 淵源을 입법과정 중에서 찾아보는 것도 의미있는 일일 것이다. 그 難問이란, 다름아니라 민법 제272조 본문과 同 제706조 제 2 항과의 關係 여하이다. 즉, 前者는 “合有物을 處分 또는 變更함에는 合有者 전원의 同意가 있어야 한다”고 정하는데, 後者는 “組合의 業務執行은 조합원의 過半數로써 결정한다. 業務執行者가 數人인 때에는 그 過半數로써 결정한다”고 정하고 있다. 만일 組合이 그 소유의 물건을 處分하려고 하는 경우를 생각하여 보자. 그 물건은 組合員들이 「組合體로서」 소유하는 것이므로 合有物이고(민법 제704조도 組合財産은 조합원의 合유로 한다고 정하고 있다), 또 合有物의 처분은 명백히 「組合의 業務執行」에 속한다. 그렇다면 그

(104) 意見書, 103면.

(105) 이 점에 대하여는 위의 (2) 참조.

(106) 速記録, 48호 15면 하단의 張曠根 발언: “요전에 그 共有와 合有와 總有를 나누는 玄錫虎 의원의 修正案을 통과시켜 주셨습니다. 따라서 이것도 玄錫虎 의원의 수정안을 통과시켜 주셔야 되겠습니다.”

(107) 현석호수정안 제37항. 이에 대하여는 意見書, 190면(玄勝鍾 집필); 106면 註 13(金曾漢 집필) 참조.

處分에는 前者의 규정에 따라 조합원 전원의 동의가 있어야 할 것인가, 아니면 後者의 규정에 따라 조합원(또는 업무집행자)의 過半數의 결정으로 족할 것인가. 이에 대하여 見解의 對立이 있음은 주지하는 대로이다.<sup>(108)</sup>

민법 제706조 제 2 항은 의용민법 제670조 제 1 항과 제 2 항을 합한 것으로서, 民法案 제 698조 제 2 항이 국회의 심의과정 전체를 통하여 아무런 修正을 받음이 없이 채택된 결과이다. 그리고 民法案에서 共有 이외의 공동소유에 관한 규정은 위에서 본 대로 「合有」에 대하여서만 정하고 있었고, 그 중에는 현행민법 제272조와 전적으로 같은 규정이 포함되어 있었다(同案 제264조). 그런데 이 규정들은 “어느 地域의 住民, 親族團體 기타 慣習上 集合體로서 數人이 물건을 소유하는 때”의 물건소유관계에 대한 것이므로, 玄錫虎修正案의 입장에 의한다면 이들은 總有規定에 의하여 규율되어야 할 것이었다.<sup>(109)</sup> 이 점은 위에서 본 대로 民法案이 組合에 관한 규정에서 조합재산은 「合有」가 아니라 「共有」로 한다고 정하고 있는 데서도 명백하게 드러난다. 즉 民法案은 원래 위의 「合有」에 대한 규정들은 組合財産에는 적용이 없는 것으로 예정하고 있었던 것이다.<sup>(110)</sup> 그것은 아마도 組合財産, 즉 合有物(본래의 의미의)에 대한 규율이 組合에 관한 규정(위에서 본 民法案 제698조 제 2 항을 포함하여)에서 이루어지고 있음을 고려하였기 때문이 아니었을까.

그런데도 그 규정들의 내용은 玄錫虎修正案에서는 合有에 관한 것으로 그대로 남겨져 현행민법이 되었다. 즉 민법안 제263조 제 1 항은 민법 제271조 제 1 항 제 2 문으로, 同案 제 263조 제 2 항은 민법 제273조 제 2 항으로, 同案 제264조는 민법 제272조로 된 것이다.<sup>(111)</sup> 바로 여기서 위와 같은 難問이 연원하는 것이라고 추측된다. 玄錫虎修正案의 합유에 관한 규정들은 위에서 본 대로 金曾漢이 수행한 게르만法上的 共同所有形態에 대한 研究에 기초를 둔 것인데, 그 규정들은 역사적으로 일정한 사회에 존재하는 공동소유형태를 類型化한 것을 沒歷史的으로 先驗的인 論理範疇로 절대화한 점이 없지 않았다.<sup>(112)</sup> 그렇기 때문에 과연 合有에 관한 규정들이 우리 사회에서 존재하는 ‘組合體’의 재산소유관계(그 대

(108) 우선 李好庭(註 102), 106면 이하 참조.

(109) 참고로 말하면, 민법안의 「合有」규정과 동일한 내용을 정하는 滿洲國民法 제252조 이하의 규정은 이를 「總有」라고 부르고 있다.

(110) 위에서 본 대로 民法案의 「合有」에 관한 규정은 滿洲國民法의 「總有」에 관한 규정과 동일한데, 거기서는 後者는 組合財産 기타 合有物에 대하여는 적용이 없는 것으로 이해되고 있었다. 가령 石田文次郎·村教三, 滿洲民法(物權), 1942, 106면: “滿洲에 있어서는 多數所有關係에 있어서도 特異의 형태가 존재하는 터인데, 그 진상은 철명되어 있지 않다. 단지 總有權의 존재가 認證되어 있을 뿐이다. 그러나 한편으로 個人 및 法人의 단독소유권이 있고, 다른 한편으로 法人格이 부여되지 않은 社團의 總有權이 있음과 동시에, 그 中間에 共有權과 조합의 合有權과 같은 소유권의 형태를 인정하지 않을 수 없을 것이다.”

(111) 나머지의 現行規定 중 제273조 제 1 항은 組合에 대한 民法案의 제706조에서 가져온 것이다. 그리고 제274조(合有의 終了)만이 진정한 의미에서 新設된 것이다.

(112) 註釋民法(7), 1968, 303면(川井健 집필)이 “처음부터 總有의 概念을 예정하고 그로부터 演繹的으로 법률관계[법률문제]를 해결한다는 태도는 정당하지 않다고 생각된다”고 하는 批判과도 통한다.

표로서는 아무래도 組合財産關係를 들어야 할 것이다)를 어떻게 규율할 것인가 하는 관점에서의 검토가 소홀하게 되었던 것이다. 그리하여 뒤에 “합유에 관한 제272조는 우리 민법이 명문으로 合有로(民 704조) 인정하고 있는 유일한 케이스인 組合財産의 합유에는 適用되지 않는다는 허망한 事實이 입증되게 된다. 우리는 이러한 시니컬한 結果를 솔직이 인정하여야 한다. 그렇다면 제272조는 민법 안에서는 適用의 機會가 없는 無用한 規定이라고 하지 않을 수 없다”는 과감한 發言이<sup>(113)</sup> 행하여질 수 있는 素地가 생겼던 것이다.

#### 4. 消滅時效完成의 效果

(1) 의용민법 아래서 消滅時效完成의 효과와 관련하여서, 특히 「援用」의 법적 성질을 둘러싸고 錯雜한 견해의 대립이 있었음은<sup>(114)</sup> 周知하는 대로이다. 민법의 제정과정에서 이러한 對立을 입법적으로 해결하려는 움직임이 있었을 것임은 용이하게 추측할 수 있다. 실제로 民法典編纂要綱은 總則編 제14항에서 “消滅時效完成의 효과는 권리를 소멸시킬 수 있는 一種의 抗辯權을 발생하도록 할 것”이라고 하여, 소위 相對의 消滅說의 입장으로 해결할 것을 정하고 있었다.

그러나 民法案은 이 점에 관한 明文의 規定을 두지 않았다. 뿐만 아니라, 민법안은 相對의 消滅說의 근거의 하나로 인용되어 왔던 時效의 援用에 관한 규정(依用民法 제145조: “時效는 당사자가 이를 援用하지 않으면 法院이 이에 의하여 재판할 수 없다”)을 채택하지 아니하였다. 그 간의 經緯에 대하여는 이를 알 수 없으나, 法司委의 심의과정에서는 오히려 민법안의 태도를 “時效에 관하여서는 금후 絕對消滅說이 확정”된 것이라는 이해가 표명되고 있다.<sup>(115)</sup> 그리고 張暲根도 本會議에서 “이렇게 학설상 대단히 錯雜한 關係가 있기 때문에 草案은 이것을 한 번 簡素化하자 해서 일용 消滅時效만 완성될 것 같으면 그 자체로서 絕對消滅된다 하는 그런 學說을 취하는 견지에서” 시효의 원용에 관한 규정을 다 없애 버린 것이라고 발언하고 있다.<sup>(116)</sup>

(2) 그러나 玄錫虎修正案의 제 6 항은 다시 相對의 消滅說의 입장에 서서 “권리의 소멸시효가 완성한 때에는 그 권리의 소멸로 인하여 이익을 받는 當事者는 권리의 소멸을 주장할

(113) 李好庭(註 102), 109면. 물론 이러한 「허망한 事實」을 회피하기 위하여 다른 解釋論이 성립할 여지가, 위 글의 필자가 스스로 지적하는 바대로, 전혀 없는 것은 아니다.

(114) 이에 대하여는 우선 松久三四彦, “時效制度”, 民法講座 I: 總則, 1984, 577면 이하 참조.

(115) 審議錄, 103면 하단. 그리고 이어서 “援用은 하나의 抗辯權으로 化하게 한 것”이라고 덧붙이고 있다. 이는, 이제 「원용」은 시효완성으로 인한 권리소멸을 訴訟上으로 抗辯하는 장치가 되었다는 의미로 이해된다.

(116) 速記錄, 44호 16면 하단 이하. 또한 速記錄, 3호 11면 하단에서도 張暲根은 의용민법의 규정 아래서 착잡한 見解의 대립이 있음을 말하고, “그렇기 때문에 이것을 立法的으로 해결하자, 아주 絕對效力發生說로 하자 이것이 그것입니다. 그러니까 裁判할 적에 시효에 걸려서 다 消滅이 된다 이렇게 하면 됩니다. 다만 裁判所에서 抗議[抗辯?]로만 하면 되기로 만들어 왔습니다.”라고 발언하고 있다.

수 있다”는 규정을 新設할 것을 주장하고 있다. <sup>(117)</sup>

이를 뒷받침하는 民法案意見書의 論據를 보면, <sup>(118)</sup> 우선 立法例를 따지는 일부더 시작된다. 그리고 그 「共通點」은 “어떠한 形式에 있어서든지 時效의 利益을 받게 되는 者의 主張을 요건으로 하여” 權利의 소멸의 효과가 생긴다는 점뿐이다. 그런데 스위스民法이나 依用民法처럼, 한편으로 권리가 소멸한다고 하면서, 다른 한편으로 援用이 필요하다고 하는 規定方式을 취하면, “理論的 解明 내지 展開에 一大難點”이 제기된다. 이렇게 보면, 결국 獨逸民法의 태도가 “철선 論理의 要請에도 適合되고, 따라서 學說의 紛糾도 止揚할 수 있다”는 것이다. 玄錫虎도 본회의에서 유사한 취지로 주장하고 있다. 그리고 이에 덧붙여 「實質問題」로서, 시효완성 후에 채무자가 변제하려고 하면 非償辨濟가 되므로, 贈與의 형식을 취할 수밖에 없다고 주장한다. <sup>(119)</sup>

이에 대하여 張暎根은, 法司委은 「援用」을 둘러싼 문제를 해결하고자 하는 民法案의 태도가 “대단히 좋다고 [생각]해서 이 政府의 草案을 지지했다”고 보고하고 있다. <sup>(120)</sup> 그 후위와 같은 玄錫虎修正案은 다시 2차에 걸쳐 表決에 붙여졌다. 결국 이는 在席 104인 중 可 31표 否 0표, 그리고 在席 104인 중 可 32표 否 0표로 廢棄되었다.

이와 같이 보면, 소멸시효완성의 효과에 대하여 民法은 적어도 그 立法者의 意思로서는 소위 絶對的 消滅說의 입장에 섰다는 것이라는 쪽으로 기울어진다. 그러나 이 점을 단정할 수 없는 것은, 민법의 다른 규정이 그러한 傾斜에 약간의 주저를 느끼게 하기 때문이다. 가령 民法案 제175조(현행 제184조 제1항)는 “消滅時效의 利益은 미리 拋棄하지 못한다”라고 정하였고, 이에 대하여는 法司委의 심의과정에서도 아무런 異議가 없었다. 그리고 그 反對解釋으로 시효완성 후에는 시효이익을 포기할 수 있다고 별다른 異論 없이 인정되고 있다. 그런데 그와 같이 포기할 수 있는 「시효이익」이란 무엇이며, 누가 그러한 시효이익을 가지는가? 가령 채무자에 대한 어느 한 債權者의 債權에 대하여 소멸시효가 완성된 경우에 그에 대한 다른 一般債權者는 이를 포기할 「시효이익」을 가지는가. 도대체 시효이익의 포기란 시효이익원용 또는 그냥 시효원용의 反面이라고 이해될 수 있지 않을까. 그러므로 포기할 수 있는 사람은 시효이익을 원용할 수 있는 사람에 한정된다고 하여야 되고, 그렇다면 援用의 問題는 한번 解消(解決이 아니라)된 것처럼 보여도 매두사의 머리와 같이 “다른 모습으로” 다시 提起되지 않는가 하는 점이다. <sup>(121)</sup>

(117) 이는 滿洲國民法 제173조와 그 文書에 있어서도 일치하고 있다.

(118) 意見書, 60면 이하(安二濬 집필).

(119) 速記錄, 44호 17면 상단 이하. 非償辨濟 운운하는 것은 同所 18면 상단. 절대적 소멸의 입장에서는, 이 경우의 辨濟는 “道義觀念에 적합한” 것이기 때문에 비록 贈與가 아니라도 변제자는 그 반환을 청구하지 못한다는(민법 제744조 참조) 마찬가지로의 결과에 도달한다고 보는 것이 보통이다. 가령 郭潤直, 民法總則, 新訂版, 1992, 583면 참조.

(120) 速記錄, 44호 17면 상단. 위의 註 115의 발언도 참조.

(121) 그러한 의미에서 高翔龍, 民法總則, 1990, 763면이, 다른 이유에서이기는 하나, “援用規定을 삭제하였다고 하여 學說이 정리되고 絶對的消滅說로 확정되었다고 보기에는 어렵다”고 結論짓는 것에는 수긍할 만한 점이 있다.

### 5. 抵當權

(1) 저당권에 대하여 玄錫虎修正案은 3個 項目의 수정을 제안하고 있다.

하나는, 抵當權에도 물권적 청구권을 인정하는 것인데(同案 제24항), 民法案意見書는 민법안이 이를 누락한 것은 “明白한 失手”라고 지적하고 있다.<sup>(122)</sup> 本會議에서 張暉根도 별다른 異議가 없다는 의견을 피력함으로써<sup>(123)</sup> 이는 그대로 받아들여졌다(현행 제370조에 의한 제214조 準用).

다른 하나는, 流抵當契約에 대한 것이다. 민법안 제351조는 “抵當債權의 辨濟期前의 契約으로 그 변제에 갈음하여 抵當權者에게 抵當物의 所有權을 취득하게 하거나 競賣 이외의 방법으로 저당물을 처분하게 하지 못한다. 동일한 目的物에 타인의 물권이 설정된 경우에는 抵當債權의 辨濟期後에도 前段과 같다.”고 정하고 있었다. 依用民法은 流質約定을 금지하는 규정(제349조)을 두었던 데 반하여, 民法案은 질권의 경우에 한하지 아니하고 일반적으로 流擔保約定을 거의 전면적으로 억압하는 엄격한 태도를 취하고 있다. 즉, 위의 제351조 이외에도 流質約定도 제328조에서 금지되어 典型約定擔保權에 있어서의 유담보약정을 일체 금지하고 있으며, 非典型擔保에 있어서도 제596조, 제597조(현행 제607조, 제608조)에서 현실적으로 가장 중요한 消費貸借에 관하여 元利金을 넘는 가치의 代物로 返還할 것을 미리 약정하는 것(소위 「代物辨濟의 豫約」)을 금지하고 있는 것이다.<sup>(124)</sup> 이러한 起草者의 태도는, 유담보약정을 광범위하게 금지하는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 後代에 제정된 사실 등과 관련지어 볼 때에도 극히 흥미로운 바 있다.

法司委에서는 원칙적으로 起草者의 이러한 意圖를 존중하여, 이들 규정에 대하여 실질적으로 의미있는 修正案을 제시하지 않았다. 다만 民法案 제351조의 제2문을 削除할 것과<sup>(125)</sup> 同 제587조에서 “讓渡擔保”라는 문구를 삭제할 것을<sup>(126)</sup> 제안하였을 뿐인데, 그 이유는 불필요하다거나 체계상 조화롭지 못하다는 등에 있고 立法政策 자체를 달리하기 때문은 아니었다.

이에 대하여 玄錫虎修正案은 유담보약정을 금지하는 민법안의 여러 규정 중 제351조의 삭제만을 제안하고 있다(同案 제23항). 民法案意見書는, 유질약정에 대한 제328조에 대하여도

(122) 意見書, 128면(金曾漢 집필).

(123) 速記錄, 48호 10면 상단.

(124) 민법 제607조, 제608조의 規律意圖 등에 대하여는 梁彰洙, “「假登記擔保 등에 관한 法律」의 現況과 問題點”, 民法研究 1권, 1991, 325면 이하 참조.

(125) 審議錄, 217면 상단 이하: “本條 後段의 規定은 동일한 저당부동산에 대하여……地上權이 설정되어 있는 경우에 그 地上權者를 보호코저 하는 취지인 듯하나, 地上權이 抵當權보다 後順位인 때에는 競賣에 의하여 지상권이 소멸되어 경락인의 소유에 歸하는 것이며 지상권이 저당권보다 선순위에 설정될 때에는 저당권은 지상권의 제약을 받음으로써 경매되더라도 지상권이 붙어서 경락인의 소유권에 追及하는 것 즉 물권으로서 취급하는 것이므로 本條 後段은 불필요한 규정이라고 생각된다.”

(126) 審議錄, 352면 상단: “草案은 讓渡擔保에 관한 규정을 設하지 아니하였으므로 이러한 用語를 돌연 사용하는 것은 概念의 明確을 결한다.”

“유질계약을 형식적·일률적으로 무효로 하는 것이 타당하냐는 매우 疑問”이라고 하면서도, 이는 “로마法 이래의 원칙이고 佛·獨·瑞의 민법이 모두 계승하고 있는 것인 만큼, 窮迫한 채무자가 폭리행위의 희생이 되는 것을 방지하려는 精神을 존중하여 이 규정을 存置하는데에 일응 贊成”한다는 의견을 제시하고 있다.<sup>(127)</sup> 이러한 견해의 배경에는 아마도 動產의 讓渡擔保가 허용되고 있으므로 同條는 거의 實效性이 없을 것이라는 점 및 의용민법과의 連續性에 대한 고려가 틀림없이 존재하였을 것으로 추측되는데, 아울러 외국의 立法例에 비준을 둔 점이 눈에 띈다.<sup>(128)</sup> 그러나 그러한 고려가 인정될 여지없는 소위 「代物辨濟의 豫約」의 禁歷에 대하여도 민법안의견서는 이에 “일응 贊成”한다는 결론을 내리고 있다. 그러나 이 理由에 있어서는 오히려 그러한 規律이 가지는 문제점의 지적에 치중하고 있는 느낌이다. 즉 “本條는, 소비대차에 있어서 借主의 궁박한 상태를 이용한 貸主로부터 借主를 보호하려고 하는 데 그 立法趣旨가 있을 것이나, ……事實上에 있어서 消費貸借에 있어 편의 한 담보적 기능을 지니고 있는 代物辨濟의 豫約이 성립될 길을 봉쇄하여 버리는 結果를 가져 올 것이며, 그러한 것은 나아가서는 消費貸借의 성립에 장애를 이루고 그런 의미에서 [오히려] 借主에 불리한 것이 되지 않을까 憂慮한다.”<sup>(129)</sup>

나아가 민법안의견서는 流抵當約定의 금지를 정하는 民法案 제351조를 제1문, 제2문 後段 모두 삭제할 것을 주장하고 있다.<sup>(130)</sup>

“草案과 같은 입법례가 없는 마는 아니되, 流質契約의 禁止까지도 그 妥當性이 문제시되고 있는 오늘날, 現行民法[의용민법]에도 금지되지 아니하고 오히려 判例法에 의하여 그 有效性이 확인되고 있는 抵當直流契約을 草案이 금지하려고 하고 있는 것은 하나의 時代錯誤라 아니할 수 없다.”<sup>(131)</sup>

이 강한 語調 속에는, 起草者와는 달리, 유담보약정을 일반적으로 有效한 것으로 보는 태도가 담겨져 있는 것으로 생각된다. 이러한 태도와 앞서 본 대로 流質契約과 소위 「代物辨濟의 豫約」을 금압하는 民法案의 규정에 “일응 贊成”하는 결론을 취한 것이 서로 首尾一貫한 것이라고 할 수 있을지는 의문이다. 그리고 여기서 「立法例」라고 하는 것은 아마도 독일민법 제1149조, 스위스민법 제816조 제 2 항, 중화민국민법 제873조 제 2 항 등을 가리키는 것이리라 추측된다. 流質約定의 경우와는 달리, 이와 같은 立法例에도 불구하고 “現行法대로” 유저당약정을 有效라고 정하여야 한다고 주장하는 데서 『民法案意見書』 전체의 특

(127) 意見書, 121면(金曾漢 집필).

(128) 民法典編纂要綱의 冒頭에서 동격적으로 “現行民法總則篇의 규정을 기초로 하되, 現下世界文明各國의 立法 및 學說과 우리 나라의 實情에 鑑하여 爲先 필요한 限度에 있어서……”라고 하는 부분은 비단 起草者만의 태도는 아니었던 것이다. 다만 외국의 立法例를 고려하는 그 程度에 있어서 차이가 있을 뿐이었다고 할까.

(129) 意見書, 175면(朱宰璜 집필).

(130) 李恒寧도 “讓渡擔保가 공공연히 인정되는 이 때에 이[유저당약정의 금지]로 인하여 抵當金融을 阻害하지 않을까”하는 우려를 표명하고 있다. 李恒寧(註 80), 12면.

(131) 意見書, 129면(金曾漢 집필).



정의 하나를 看取할 수 있다.

本會議에서 張暉根은 “제351조 前段과 같은 규정을 해도 좋고 안 하더라도 큰 關係는 없”다고 하여, 현식호수정안에 대하여 “反對意見이 없”다고 하였다.<sup>(132)</sup> 여기서 「큰 關係」는 없다는 것이 무엇을 의미하는가는 명백하지 않다. 아마도 抵當權이 실제로는 金融機關으로부터의 融資의 경우에만 이용되는데, 그 去來에 있어서 流抵當特約이 행하여지는 일이 거의 없음을 염두에 둔 것일지도 모른다.

(2) 玄錫虎修正案 제22항은 저당권의 부종성을 완화하는 것과 관련되어 있다. 그리고 이에 대한 『民法案意見書』의 이유제시는 위에서도 본 바 있는 現實(그것이 「현재 행하여지고 있는 法」이든, 객관적인 社會現實이든)에의 近接性的의 追求가 드러나는 또 하나의 예이다.

民法案 제350조(현행 제361조)는 “抵當權은 그 담보한 채권과 분리하여 他人에게 讓渡하거나 다른 債權의 담보로 하지 못한다”는 것이었다.<sup>(133)</sup> 이는 抵當權의 양도 기타 처분에 있어서 被擔保債權과의 결함, 즉 그 채권에의 附從性을 강화함으로써 抵當權의 處分의 자유를 제한하는 규정으로 이해되고 있다.<sup>(134)</sup> 그런데 依用民法에 있어서는 어느 정도까지는 저당권을 피담보채권과 분리하여 處分하는 것을 인정하고 있었다. 즉, 소위 轉抵當이 인정되어 저당권을 저당권자의 채무를 담보하기 위하여 제공할 수 있었고, 또 채무자에 대한 다른 債權者를 위하여 저당권 또는 그 순위를 양도하거나 이를 포기할 수 있었다(同法 제375조).

法司委는 민법안의 태도에 찬성하였다.<sup>(135)</sup> 그러나 민법안의견서는 이에 반대하고 依用民法 제375조를 부활시켜야 한다는 견해를 제시하였다. 그 理由에는 주목할 만한 점이 있다.<sup>(136)</sup> 同書는 우선 “우리 經濟界의 實情을 무시하고 外國의 발달한 抵當法을 본받을 수는 없”으며, 가령 順位確定의 原則과<sup>(137)</sup> 같은 것은 채용되어서는 안 된다고 주장한다. 왜냐하면 “順位上昇의 原則을 전통으로 가지고 있는 우리 나라에 있어서는 後順位抵當權의 설정은 조만간 그 순위가 상승할 것이 예정되어 있기 때문에 가능한 것이라 함이 實情”이어서, 만일 순위확정의 원칙을 채용하면 “우리 經濟界에 혼란을 야기하고 또 後順位抵當權의 設定을—따라서 不動產이 가지는 擔保價値의 충분한 活用을—막아 버리는 결과가 되기” 쉽기 때문이라는 것이다. 이러한 견해는 타당한 것으로 생각된다.<sup>(138)</sup> 同意見書는 나아가, 그러나

(132) 速記錄, 48호 8면 하단.

(133) 이는 중화민국민법 제870조와 같은 내용이다. 그러나 滿洲國民法은 의용민법 제375조와 같은 태도를 취하고 있다.

(134) 가령 郭潤直, 物權法, 新訂版, 1992, 640면 참조.

(135) 審議錄, 216면 후단: “擔保債權과 抵當權을 같이 이전할 수 있는 것과 債權과 분리하여 抵當權만 移轉할 수 없다는 두 가지 點을 立法으로 해결하는 의미에서 本草案은 타당하다.”

(136) 意見書, 124면 이하(金曾漢 집필).

(137) 그 내용에 대하여는 우선 郭潤直(註 134), 582면 이하 참조.

(138) 郭潤直(註 134), 584면도, 소위 「近代的 抵當制度」의 내용을 설명한 다음, 우리 抵當法은 이와 차이가 있기는 하지만 현재 우리 나라의 經濟狀態로 보아서 “債權擔保의 手段으로서 저당

依民法 第375조에서 인정되고 있는 정도의 附從性緩和까지 막아 버리는 것은 부당하다고 하는 것이다.

본회의에서 張暎根은 이에 반대하였다. 그 이유는 “우리의 지금 經濟實情으로 보아서는 抵當權의 獨立性을 이렇게 인정할 필요는 없”다는 것이었다.<sup>(139)</sup> 玄錫虎는 修正案의 이유를 설명하고 나서<sup>(140)</sup>, 결국 이 항목의 修正案을 철회하였다.<sup>(141)</sup>

6. 契約締結上的 過失責任

(1) 民法典編纂要綱은 債權編 總則 第18항에서 “소위 契約締結上的 過失의 責任에 관한 규정을 둘 것”이라고 정하고 있었다. 그러나 民法案에는 그러한 규정이 전혀 포함되지 않았다. 그 經緯는 이를 알 수 있는 資料를 아직 발견하지 못하였다.

그런데 玄錫虎修正案은 이를 (i) 錯誤로 인한 取消의 경우와 (ii) 原始的 不能의 경우에 명문으로 인정할 것을 제안하였다. 그리고 本會議에서는 錯誤를 이유로 法律行爲가 취소된 경우에 대하여는 錯誤者에게 輕過失이 있더라도 그에 대하여 契約締結上的 過失責任을 묻지 못한다는 태도를 취하였다. 그러나 원시적으로 불능인 급부를 목적으로 하기 때문에 無效인 契約이 체결된 경우에 대하여는 反對로 이를 인정하기에 이르렀다.

(2) 玄錫虎修正案 第5항은 錯誤에 대한 民法案 第104조에 第3항을 新設하여, “法律行爲가 錯誤로 인하여 취소되었을 경우에 表意者에게 輕過失이 있을 때에도 그 법률행위를 유효하다고 믿음으로써 損害를 받은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 損害는 그 法律行爲가 유효함으로써 가질 利益을 超過할 수 없다”는 규정을 두자는 내용이다. 그 이유에 대하여 『民法案意見書』는, 첫째, 그렇게 함으로써 “取消權者에게 彼此的 利害關係를 비교교량케 하여, 가능한 한 損害의 합리적인 分擔과 법률행위의 確定을 꾀하는 것이 財產法에 있어서의 動的安全의 理想을 한층 더 指向하는 것”이라는 점, 둘째, 스위스, 독일, 중국의 각 민법이 이러한 규정을 두는 점을 들고 있다.<sup>(142)</sup>

이 修正案이 後에도 解釋論<sup>(143)</sup> 또는 立法論으로서<sup>(144)</sup> 주장된 바 있는 錯誤를 이유로 하

권을 파악하는 現行民法의 태도는 立法論의으로 볼 때에 이를 크게 修正할 필요는 없”다고 결론짓는다.

(139) 速記錄, 48호 8면 상단.

(140) 速記錄, 48면 8면 중단: “이 抵當權이 많이 행사가 되는 이 마당에 있어서는 차라리 저당권에 이 獨立性을 차츰차츰 賦與해 가는 게 옳지 않느냐 이렇게 정면대로 생각하는 것입니다. …… 抵當權의 附從性을 철저히 하는 것 보다는 이 사회의 經濟狀態에 비추어 보아서 이만한 程度의 저당권 자체로서의 독립성을 좀 부여해 주는 것이 實際에 타당하다 이러한 見解입니다.”

(141) 速記錄, 48호 8면 하단. 이후로 玄錫虎는 張暎根이 수정안에 반대하면 그 案을 철회하고 있다. 이는 아마도 지금까지의 表決結果로 보아 張暎根이 반대한 자신의 修正案이 표결에 의하여 통과된 예가 없기 때문인 것이다. 이에 대하여는 위의 註 23의 金東郁 의원 발언도 참조. 그러한 철회의 예로는 買受人과 都給人의 수령의무에 관한 同案 第30항의 후술하는 部分(速記錄, 48호 13면 중단 참조) 및 第35항(同所 15면 중단), 그리고 賃貸人의 附屬物賣渡請求權 인정에 관한 第32항(同所 14면 중단 참조) 등을 들 수 있다.

(142) 意見書, 52면(李丙浩 집필).

(143) 이에 대하여는 우선, 民法注解 1권, 1992, 510 이하(宋德洙 집필) 참조. 필자는 계약체결상의

는 取消者의 손해배상책임에 관한 것임에는 의문의 여지가 없다. 여기서 주목을 끄는 것은, 위 修正案이 스위스채무법 제26조 제1항 단서나 독일민법 제122조 제2항, 중국민법 제91조 단서와 같은 “相對方이 표의자의 착오를 알았거나 알았어야 했을 때”에는 取消者가 손해배상책임을 지지 않는다는 규율을 缺하고 있는 점이다. 이는 가령 뒤에서 보는 原始的 不能의 경우에 대한 玄錫虎修正案(同 제29항)의 내용과는 다른 것이다.

民法案은 우선 고려되는 錯誤의 효과를 의용민법과 같이 無效라고 정하지 아니하고, 取消權이 발생하는 것으로 정하였다. 이는 이미 民法典編纂要綱에서 總則編 제11항에서 “意思表示에 있어서는 表示主義에 置重하여 상대방의 이익을 보호하기 위하여 錯誤에 의한 의사표시를 취소할 수 있도록 할 것”이라고 정한 것이 민법안에 반영된 것이다. 그러나 그 取消와 결합된 다른 效果에 대하여는 編纂要綱에도 별다른 언급이 없었고, 法司委의 심의 과정에서도 위와 같은 손해배상책임의 인정 與否가 논의된 흔적은 찾을 수 없다.<sup>(145)</sup>

本會議에서 이 修正案에 대하여 일정한 論議가 있었다. 먼저 玄錫虎는 “우리 民法制定案에 있어서 過失이 없는 사람도 책임을 진다 역시 無過失責任者다[無過失責任을 지운다?] 이까지 가야만 去來의 安全이라든지 動的安全을 保護할 수 있다. 이러한 원칙을 우리가 늘 가지고 있는데, 이러한 境遇에 있어서 過失이 있으면서도 責任을 지지 않고……相對方의 損害를 물어주지 않는다. 이것은 損害를 양쪽으로 負擔하는[分擔시키는?] 데 있어 均衡을 잃어버린 것”이라고 아울러 주장하여, 修正案의 이유를 밝힌다.<sup>(146)</sup> 그러나 여기서 無過失責任 운운하는 것은 반드시 적절한 이유제시라고는 생각되지 않는다.

그러나 張暎根은 위와 같은 수정안에 반대하였다. 우선 그는, 민법안이 종래와는 달리 착오의 효과를 무효가 아니라 取消로 정한 것은 進一步한 것인데, 이에서 더 나아가서 過失 있는 取消者에게 손해배상책임을 매기는 것은 “相對方을 보호하는 데는 아주 충분하지만 그 대신에 이 錯誤로 인해서 意思表示한 사람에게 너무 苛酷하지 않은가, 그래서 우리는 아주 즉 尖端을 걷는 大進步의인 입법보다도 中間의인[으로] 진보적 입법을 한 이 草案의 입장이 좋”다는 것이다.<sup>(147)</sup> 그러면서 그는 獨逸民法과 希臘民法이 민법안과 같은 태도를 취하고 있다고 이를 援用하였으나, 독일민법의 태도와 관련하여서는 즉각 異議가 있

과실을 이유로 그러한 損害賠償責任을 인정하는 데 반대한다. 이 점 梁彰洙, “契約締結上の 過失”, 民法研究 1권, 1991, 391면 이하 참조. 同旨: 金曾漢·安二濬, 債權各論(上), 1961, 46면.

(144) 郭潤直, “民法改正論—總則編”, 서울대 法學 24권 4호(1983), 18면 이하 참조. 그러나 그는 解釋論으로서도 輕過失 있는 取消者에게 契約締結上の 過失을 이유로 손해배상책임을 인정하여야 한다고 주장한다. 同, 債權各論, 再全訂版, 1990, 89면 참조.

(145) 審議錄, 74면 하단은, 의사표시의 착오에 관한 제104조에 대하여 表示機關의 錯誤에 관한 별도의 규정을 둘 것인지를 논의하고 결국 이를 두지 않기로 결론지었다는 經過를 알려주고 있다. 만일 取消者의 손해배상책임에 관한 論議가 있었다고 하면, 이러한 내용이 同所에 기재되었을 것이라고 추측된다.

(146) 速記錄, 45호 9면 상단.

(147) 速記錄, 45호 8면 상단.

었다. <sup>(148)</sup>

이어 張暉根은, 만일 錯誤로 인한 取消에 대하여 이러한 규정을 둔다면 다른 條文과의 균형을 상실하게 된다고 주장한다. “이런 경우가 많이 있는데 그것을 다 規定을 해야 均衡的으로 됩니다. ……이것이 대단히 錯雜하게” 된다는 것이다. <sup>(149)</sup> 이는 아마도 계약체결상의 과실책임이 인정되는 다른 경우, 적어도 다른 나라의 民法典에서 明文으로 정하고 있는 가령 強行法規 위반의 경우(독일민법 제309조), 소위 眞摯하지 아니한 意思表示(諧謔表示)의 경우(同法 제118조, 제122조), 原始的으로 不能인 給付를 목적으로 하는 契約의 경우(同法 제307조) 등을 염두에 두고 하는 말인 것으로 추측된다. 그러나 本會議의 토론과정에서 그가 실제로 예로 든 것은, 부적절하게도, 詐欺·強迫의 경우이었다. 그리하여 이 점에 대하여도 다른 議員으로부터 異議가 제기되었다. <sup>(150)</sup>

이러한 경위 끝에 위의 玄錫虎修正案에 대한 2차에 걸친 表決이 있었다. 그런데 이는 在席 115인 중 可 28표 否 0표, 그리고 在席 106인 중 可 28표 否 0표로 부결되었다. 이상과 같은 立法過程을 배경으로 할 때에, 과연 다수설과 같이 착오를 이유로 하는 취소에 있어서 取消者에게 계약체결상의 과실을 이유로 손해배상책임을 인정하는 것이 方法論上으로 허용되는 것인지 아닌지는 論議의 餘地가 있는 문제라고 생각된다.

(3) 그러나 原始的 不能의 경우에 대한 玄錫虎修正案(제29항)은 채택되었다.

『민법안의견서』는, 원시적 불능의 경우에 대하여 “契約締結上の 過失(culpa in contrahendo)의 규정을” 현행 민법 제535조와 같은 내용으로 둘 것을 제안하고, 그 이유를 다음과 같이 설명한다.

“이 契約締結上の 過失에 關하여는, 일찌기 에에링이 提唱하였으며, 그 後의 學者들의 贊同을 인게 된 것이다. 契約의 內容이 契約締結의 當初부터 客觀的으로 不能한 境遇, 다시 말하면, 原始的 不能의 境遇에 關한 規定이다. 買賣 其他의 有價契約에서는, 契約의 內容의 一部가 原始的으로 不能한 境遇에도, 契約는 全部에 걸쳐서 有效하게 成立하며, 다만 問題는 擔保責任으로 處理되는 일도 있지만(案 第五六三條 參照), 契約의 內容의 全部가 不能한 境遇에는 그것을 目的으로 하는 債務는 成立할 수 없으며, 그 契約는 無效가 되지 않을 수 없다. 따라서, 當事者는 損害賠償債務도 負擔하지 않게 된다. 그러나, 그와 같이 無效한 契約를 締結하는데 過失이 있는 者는, 相對方에 對하여 그 契約를 有效하다고 誤信하였기 때문에 입은 損害를 賠償할 義務만이라도 負擔시키지 않는다면, 衡平을 甚히 잃는 結果가 된다. 무릇, 社會에서 살고 있는 數많은 사람 가운데서, 特히 特定の 사람을 골라서 契約關係에 들어가려고 하는 以上, 社會의 一般人에 對한 責任 即 不法行爲上の 責任보다는 훨씬 무거운 責任을 질머지게 되는 것도 當然한 일이라고 하여야 할 것이다. 그렇다고 하면, 過失로 因하여 無效한 契約를 締結한 者는, 相對方이 그 契約를 有效한 것이라고 誤信하였기 때문에 입은 損害를 賠償할 責任이 있다는 理論이 생기게 될 것이다. 現行 民法에는 이것에 關한 規定이 없지만, 近者의 學說은, 去來에 있어서의 信義誠實의 原則을 理由로 하여, 契約締結上の 過失이 있는 者에게

(148) 速記錄, 45호 9면 중단(玄錫虎 발언).

(149) 速記錄, 45호 9면 중단 이하.

(150) 速記錄, 45호 10면 중단 이하(金善太 발언).

損害賠償義務를 負擔시키는데 거의 一致하고 있다. 勿論, 이 責任을 묻는 데 不法行爲의 理論을 適用할 수도 있을 것이다. 더우기 案 第七四三條가 不法行爲의 要件으로 違法行爲를 들고 있으니, 不法行爲의 成立을 認定할 수 있을 것이다. 그러나 信義誠實의 原則을 理由로 하는 契約上의 責任으로 하여, 그 舉證責任, 履行補助者의 責任 等에 關하여도, 一般의 不法行爲보다 무거운 責任을 지우는 것이 훨씬 더 適切하리라고 생각된다.”<sup>(151)</sup>

이 설명은 민법안의견서에 나타난 言明 중에서는 특히 풍부하고 착실한 내용을 담고 있는 것 중의 하나로서, 우리 민법에 있어서의 「契約締結上의 過失責任」의 문제를 생각하려면 반드시 熟讀하여 볼 필요가 있다고 생각된다. 이 설명에서 주위를 끄는 것은 우선, 그것이 原始的 不能의 경우에 한정된 것이 아니라 소위 「契約的 接觸」이 있는 경우 일반에 대하여 적용되는 理由를 대고 있다는 것이다. 가령 “무릇 社會에서 살고 있는 수많은 사람 가운데서, 특히 特定の 사람을 골라서 契約關係에 들어가려고 하는 이상, 社會의 一般人에 대한 責任 즉 不法行爲上의 責任보다는 훨씬 무거운 책임은 짊어지게 되는 것도 當然한 일”이라고 하는 것이 그러하다. 그렇다면 원시적 불능의 경우에 한정하여 그러한 규정을 두자고 提案하는 이유는 무엇일까. 그것은, 『민법안의견서』의 입장에서는, 將次의 판례나 학설이 다른 경우에도 계약체결상의 과실책임을 形成하여 갈 수 있는 발판을 이것으로써 마련하는 것으로 自足하였기 —또는 自足할 수밖에 없었기— 때문일까. 그러므로 일반적인 계약체결상의 과실책임을 긍정하는 그 후의 學說의 展開는 이러한 기대에 相應하는 것으로서 정당화될 수 있을까. 그렇다고 한다면, 앞서 (2)에서 본 대로 입법자가 錯誤로 인한 取消의 경우에 대하여 계약체결상의 과실책임을 정면으로 否認한 것은 어떻게 이해되어야 할까.

나아가 위의 설명은, 민법상의 다른 制度에 의한 處理에 대하여도 언급하고 있다. 하나는, 原始的 一部不能의 경우, 즉 매매목적물의 일부멸실 등에 대한 擔保責任規定(민법안 제563조, 현행 제574조)이고, 다른 하나는, 일반의 不法行爲法(민법안 제743조, 현행 제750조)이다. 아마도 前者는 의용민법 아래서 일부의 學說이 매매목적물의 일부멸실 등의 경우에 대한 매도인의 담보책임을 契約締結上의 過失責任으로 설명한 바 있고, 나아가 이를 原始的 全部不能의 경우에도 類推適用하여 당사자에게 과실있는 것을 요건으로 하여 이를 긍정하여야 한다고 주장되고 있었던 것과<sup>(152)</sup> 연관되는 것이라고 추측된다. 또한 後者と 關連하여서는 그 立論이 적합한 것인지는 약간의 의문이 있다. 위의 설명은, 문제를 不法行爲法에 의하여 처리하는 것과 契約締結上의 過失責任으로 처리하는 것과의 구체적인

(151) 意見書, 161면(玄勝鍾 집필).

(152) 鳩山秀夫, “債權法に於ける信義誠實の原則”, 『民法研究』3卷, 1926, 98면 이하(원래는 『法學協會雜誌』42권, 1924) 참조. 그는 그러한 유추적용의 根據를 「信義則」에서 구하고 있다. 이러한 담보책임과 계약체결상의 과실책임과의 連結이 일본민법학의 담보책임과론에 “하나의 커다란 混亂”을 야기한 점에 대하여는, 圓谷峻, “瑕疵擔保責任”, 『民法講座』5: 契約, 1985, 213면, 252면 이하 참조.

차이로서 「舉證責任」과 「履行補助者の 責任」을 들고 있으나,<sup>(153)</sup> 적어도 原始的 不能의 경우에 관한 한 어느 것이나 이 兩者의 처리에 있어서 실제로는 별다른 차이가 없다고 할 것이다. 우선 立證責任에 관하여 보면, 민법 제535조에 의하더라도 被告가 原始的 不能을 알았거나 알 수 있었다는 사실을 原告가 입증하여야 하므로, 不法行爲責任의 경우와 다를 바 없다. 나아가 履行補助者(여기서는 오로지 締約補助者(Verhandlungsgelhilfe)가 문제될 것이다)의 責任에 관하여 보면, 불법행위법상의 使用者責任에 의하더라도 실제로는 使用者側의 免責主張(민법 제756조 제1항 단서)은 독일에서와는 달리 우리 나라에서는 일체 인정되지 않고 있고, 나아가 문제될 여지가 있는 獨立된 締約補助者(대부분의 경우에 이는 代理權을 가질 것이다)에 관하여는 애초 이와 같이 本人의 指揮監督을 받음이 없이 독자적인 판단 아래 契約을 체결하는 사람의 行爲(契約締結上的 過失 있는)에 대하여 본인에게 책임을 돌린다는 것의 妥當性 자체가 문제될 수 있는 것이다.<sup>(154)</sup>

국회의 본회의에서는 張曠根이, 중요한 의미를 가질 소지가 있는 이 修正案에 대하여, 단지 “이것은 「예-링」이 提唱한 以後에 學說上으로서도 그러한 解釋이 나옵니다. 여기에도 法制司法委員會의 異議가 없습니다”고 코멘트한 데 좇아서, 간단하게 同案이 채택되었다.<sup>(155)</sup>

그러나 나아가 이에 좇아 다른 關聯規定의 適정한 調整이 행하여졌는지는 앞의 4. (4)에서 본 共同所有規定의 경우와 마찬가지로 이 경우에도 의문이다. 위에서 잠깐 살펴본 바 있는 民法案 제563조(현행 제574조)는 원시적 일부불능에 해당하는 目的物의 一部滅失이나 數量指定買買에 있어서의 數量不足의 경우에 대하여 賣渡人의 擔保責任을 정하고 있다. 그 내용은, (i) 善意의 買受人은 (ii) 매도인의 善意·惡意를 불문하고 (iii) 대금감액·손해배상의 청구 또는 계약해제를 할 수 있다는 것이다. 그런데 위의 修正案은, 원시적 전부불능의 경우에 매수인이 매도인에게 계약체결상의 과실책임을 묻기 위하여는,<sup>(156)</sup> (i) 매수인은 善意이며 無過失이어야 하고, (ii) 매도인은 惡意이거나 過失이어야 하는데, 나아가 그 책임의 내용은 (iii) 信賴利益의 賠償, 그것도 履行利益의 한도 내의 배상에 그친다. 즉 兩者를 비교하여 보면, 後者가 全部不能으로서 훨씬 큰 缺陷을 지닌 계약이 체결된 경우임에도 불구하고, 그 책임발생의 요건은 훨씬 무거워서 그 책임을 인정하기가 어렵게 되어

(153) 그 외에도, 同案에 의하면 原告가 그 不能을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 被告의 責任이 발생하지 않는다고 정하여져 있는데(제2항, 현행 제535조 제2항), 불법행위법을 적용한 경우에는 被害者에게 그러한 事由가 있다고 하여 당연히 責任이 전면적으로 排除되는 것은 아니고 단지 過失相計의 法理에 좇아 원칙적으로는 책임이 減輕될 뿐이라는 差異도 생각하여 볼 수 있을 것이다.

(154) 이에 대한 독일에서의 論議에 대하여는, 우선 C.-W. Canaris, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in: *Festschrift für K. Larenz*, 1983, S. 87ff. 참조.

(155) 速記錄, 48호 11면 중단.

(156) 그 경우에 賣渡人이 買受人에게 계약체결상의 과실책임을 물을 수 있는 경우란 想定하기 어렵다.

있고, 또한 책임이 성립한다고 하더라도 그 효과는 가벼운 것이다. 이것이야말로 하나의 法典 내에 존재하는 評價矛盾(Wertungswiderspruch)이라고 할 수 있지 않을까.

### 7. 買受人과 都給人의 受領義務

(1) 玄錫虎修正案 제30항은, 다른 사항과 함께,<sup>(157)</sup> “買受人은 賣買의 目的物을 受領할 義務가 있다”는 규정을, 同案 제35항은 “都給人은 契約에 따라 완성된 목적物을 수령할 의 무가 있다. 그러나 일의 性質上 수령을 요하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다”는 규정을 각기 신설할 것을 제안하고 있다.

이와 같이 受領義務를 민법에서 명문으로 규정하자는 제안은 우선 債權者遲滯에 대한 規律과 관련하여 제기되었다.<sup>(158)</sup> 민법안의견서는, 채권자지체에 대한 “現行 民法下에서의 支配的인 學說”의 태도를 “채권을 행사한다는 것은 채권자의 권리이며 그 의무가 아니라는 前提下에 債權者의 受領義務를 원칙적으로 인정할 수는 없다”는 것이라고 한다. 그리고 民法案의 채권자지체에 대한 규정(同案 제391조 내지 제394조, 現행 제400조 내지 제403조)<sup>(159)</sup>에는 “중래의 通說이 수립한 채권자지체의 효과를 成文化한 것”이라는 성격을 부여한다. 그러나 『민법안의견서』의 생각에 의하면, “우리의 愆心을 말한다면, 新民法을 제정하는 此際에 民法典 속에 원칙적으로 債權者의 受領義務를 인정하는 규정을 신설하고 싶”다는 것이다. 그러면 누구에게 그러한 受領義務를 인정할 것인가? 이에 대하여는 “受領義務를 인정하는 규정을 賣買나 都給의 부분에 개별적으로 설치하자는 것은 獨民法의 입법례에 따르는 것”이라고 한다.

(2) 그리하여 買受人의 受領義務에 관한 명문의 규정을 둘 것을 제한하면서, 그 이유에 대하여는 다음과 같이 말한다.

“賣買는 매도인과 매수인의 信賴에 입각한 일종의 協同體를 구성하는 것이며, 그 내용의 실현도 대개는 兩當事者가 협력하지 않으면 원성할 수 없는 것이니까, 買受人에게도 信義誠實의 原則이 요구하는 정도로 給與의 실현에 협력하여야 할 法律上의 義務가 있다고 생각하여야 할 것이다.……獨逸民法 제433조 2항도 이것을 規定化하고 있다.”<sup>(160)</sup>

(157) 이는 민법안의 「賣主」, 「買主」라는 用語를 「賣渡人」, 「買受人」으로 각기 바꾸자는 것이다. 이는 “賣主 買主하면 [발음이 동일하여] 판 사람인지 산 사람인지 잘 알기가 어려우니까” 바꾸자는 것이라는 張曠根의 理解에 뒷받침되어, 本會議에서 채택되었다. 速記錄, 48호 13면 중단 참조. 이로부터, 그 다음의 「借主」, 「貸主」가 수정되지 아니한 것은 이 경우에는 發音의 同一이 없기 때문이었다고 추정할 수 있다. 다른 한편 玄錫虎修正案 제27항은 민법안이 쓰는 계약의 「要請」이라는 용어를 「請約」이라고 바꿀 것을 제안하고 있는데, 이에 대하여 張曠根은 “이전에는 契約의 申込이라는 것인데……적당한 용어가 없어서 [민법안의 용어인] 要請으로 그대로 되었는데 이 請約이라는 용어를 만드는 것이 대단히 便利합니다. 그래서 이 玄錫虎 의원의 修正案에 적극 찬성합니다”고 하여, 본회의에서 채택되었다. 張曠根이 법사위수정안 이외의 다른 修正案에 「적극」 찬성한 예외적인 경우이다.

(158) 意見書, 146면 이하(朱宰璜 집필).

(159) 단, 民法案 제392조는 玄錫虎修正案 제26항에 의하여 수정되어 現행의 제401조와 같이 되었는데, 그 經過 등에 대하여는 梁彰株(註 7), 358면 이하 참조.

(160) 意見書, 170(玄勝鍾 집필).

그와 같은 수령의무가 인정되면, “그 不受領은 마치 매도인이 이행하지 않는 경우와 마찬가지로, 債務不履行이라고 보아야 할 것”이라고 한다. 都給人에 대하여도 이와 유사한 취지의 이유가(“信義誠實의 원칙에 입각하여”) 제시되고 있다. 또 여기서도 독일민법의 규정(제640조 제1항)이 인용되고 있는 점도 다를 바 없다.<sup>(161)</sup>

위에서 인용한 說明은 무엇보다도 我妻榮의 「債權關係」論을 연상시킨다. 그에 의하면, 채권자와 채무자 사이에는 하나의 채권만이 존재하는 것이 아니라 이것을 포섭하는 하나의 債權關係로 파악되어야 하는데, 그 관계는 “당해 契約에 의하여 企圖된 共同의 目約 또는 當該債權發生의 目的에 향하여 서로 협력하여야 할 緊密한, 말하자면 하나의 有機的인 關係”를 구성하며, 이로써 “채권자와 채무자와의 사이를 단지 형식적인 권리의무의 대립으로 보지 않고, 信義誠實의 原則에 의하여 지배되는 一個의 協同體로 볼 수 있다.”<sup>(162)</sup> 이러한 理論을 철저하게 하면, 채권자는 信義則이 요구하는 정도의 協力, 즉 給付의 受領을 할 義務를 부담하고 그 不受領은 채무불이행이 된다고 함이 정당하다.<sup>(163)</sup>

이와 더불어, 獨逸民法의 立法例가 여기서도 援用되고 있다.

그러나 본회의에서 玄錫虎는 張暎根의 철회중용을 받고 이 두 개의 項目을 철회하였다.<sup>(164)</sup> 아마도 다름아닌 張暎根이 철회를 중용하는 이상, 이 修正案이 본회의에서 채택될 가능성은 없다고 보았기 때문일 것이다.

## V. 기타 本會議에서의 審議

1. 국회본회의의 심의과정에서 前3編에 대한 修正案으로서는 위에서 본 玄錫虎修正案 외에는 李泳熙 의원 외 21인의 수정안이 있을 뿐이다.<sup>(165)</sup> 이 수정안은, 첫째로 「合有」에 관한 民法案 제264조의 단서(“그러나 保存行爲는 各自가 할 수 있다”)에 “그 集合體의 규약이 있는 때에는 그 규약에 의하여 合有物을 처분할 수 있다”는 것을 덧붙이자는 내용이고, 둘째로 民法案 第4編 第6章(“親族會”) 중에 宗中에 관한 규정을<sup>(166)</sup> 신설하자는 것이다.

여기서는 前者에 한정하여 보면, 이 수정안이 제기된 이유는 “중중에서 어떤 先山의 祠堂을 모시기 위하여 合有의 재산을 처분하려는 경우에 合有라고 해서 總意를 가지지 않으

(161) 意見書, 186면(玄勝鍾 집필).

(162) 我妻榮, 債權總論, 1940, 9면 이하. 이러한 서술은 2차대전이 끝난 지 오랜 1964년에 나온 同書의 新訂版, 6면에서 그대로 반복되고 있다.

(163) 我妻榮(前註, 1940), 188면.

(164) 速記錄, 48호 13면 상단 이하; 15면 중단.

(165) 그 全文은 速記錄, 42호 附錄 109면 하단 이하에 수록되어 있다.

(166) 그 내용은 다음과 같다: “제1조 共同先祖의 子孫은 宗中을 조직할 수 있다. 제2조 宗員은 戶主에 한한다. 제3조 宗中은 宗員名簿와 다음 사항을 기재한 規約를 작성하여 宗員 3분지 2 이상인 記名捺印한 후 公證人의 認證을 받음으로써 성립된다. 1. 목적, 2. 명칭, 3. 事務所의 所在地, 4. 宗會에 관한 규정, 5. 財産에 관한 규정, 6. 理事의 任免 및 權限에 관한 사항.”



면 안 된다고 規定을 지었다고 하면 이 물건에 대해서는 어디까지라도 處分을 할 수 없'게 되므로, 宗中의 規約이 정하는 바에 따라 全員의 동의가 없더라도 宗中財産을 처분할 수 있게 되어야 한다는 데 있었다.<sup>(167)</sup> 그러나 결국 李泳熙는 이 수정안을 철회하였다. 그것은, 합유 기타 공동소유관계에 관한 玄錫虎修正案이 채택되면서, 玄錫虎로부터 “宗中財産은 判例上으로 반드시 全體가 同意를 하지 않더라도 過半數의 決議를 할 수 있는 것이므로 그 문제는 자연히 해결된다”는 설명이 있었기 때문이었다.<sup>(168)</sup>

2. 그런데 본회의의 진행 도중에 失蹤宣告期間에 관하여 法司委修正案이 부결되고 民法案의 태도가 채택되었다. 이는 前3編에 관한 한 法司委修正案이 채택되지 아니한 유일한 예이다.

보통실종기간과 특별실종기간에 대하여, 민법안 제26조는 각기 7년, 3년으로 정하고 있었다.<sup>(169)</sup> 法司委修正案은 “現在의 交通, 通信, 施設 등의 발달을 참작하여”<sup>(170)</sup> 이를 각기 5년, 2년으로 단축할 것을 제안하였다.<sup>(171)</sup> 그런데 本會議에서 李泳熙는 日帝에 징용되어 가서 2次大戰이 끝난 후에도 孤島에 혼자 있다가 늦게야 귀국한 사람의 實例를 들면서 法司委修正案에 반대하는 발언을 하였다.<sup>(172)</sup> 그러자 민법안도 법사위수정안도 모두 부결되는 사태가 벌어졌다. 이에 蘇宣奎가 나서서 “우리 나라에 있어서는 6·25動亂을 겪어 가지고 여러 가지로 戰爭狀態로 말미암은 行方不明者가 많이 있”다는 것 등을 들어, 특히 특별실종기간을 2년으로 하는 것은 짧은 감이 있다고 하고, 보통실종기간과 특별실종기간을 나누어 포괄하자는 제안을 하였다. 그리하여 分離表決의 결과, 보통실종기간은 법사위수정안대로 5년이(在席 103인 중 可 54표), 특별실종기간은 민법안대로 3년이(在席 106인 중 可 79표) 각각 채택되었다.

이는 우리 민법에 제정 당시의 社會狀況이 여실히 반영된 하나의 예라고 할 수 있겠다. 1984년의 민법개정에서는, 특별실종의 사유로 航空機失蹤을 추가함과 아울러, 여전히 “오늘날 交通·通信手段의 高度의 發達”을 이유로 특별실종기간을 1년으로 단축하였다.<sup>(173)</sup> 물

(167) 速記錄, 47호 9면 상단의 李泳熙 발언.

(168) 速記錄, 47호 9면 중단. 이에 이어서 張曠根도 현석호수정안 중 1조문(현행 제274조 제1항)을 들어 “합유물에 대한 持分은 처분할 수 없어도 합유물 자체의 양도는 가능하고 그 양도는 規約이나 慣習에 의해서 할 수 있는 것이므로, 그와 같은 念慮는 할 필요가 없다”고 발언하고 있다.

(169) 이는 依用民法과 같은 기간이다. 그 후 日本民法은 1962년 개정되어, 특별실종기간은 1년으로 단축되었다.

(170) 審議錄, 24면 중단.

(171) 依用民法 아래서도 이미 “오늘날의 交通機關의 발달”을 들어 이 期間이 지나치게 길다는 의견이 있었다. 가령 我妻榮, 民法總則, 1933, 111면 참조.

(172) 速記錄, 44호 6면 하단. 그는 이미 第1讀會의 大體討論에서도 동일한 취지의 발언을 한 바 있다. 速記錄, 34호 11면 하단 이하 참조.

(173) 黃迪仁, “民法中 改正法律 解說”, 韓國民事法學會 편, 改正民事法解說, 1985, 38면; 金容漢, “民法一部改正의 背景과 內容”, 同書, 46면.

론 이는 그 자체 타당한 입법이라고 하겠으나, 그 과정에서 민법이 애초에 그와 같이 異例의으로 장기의 특별실종기간을 정하였던 이유가 여전히 타당한가에 대한—歷史的 意識에 입각한—검토는 별로 행하여지지 않았다고 생각된다.

## VI. 結 論

이상을 종합하여 보면, 玄錫虎修正案 그리고 그 배경을 이루는 『民法案意見書』는, 다른 「선진국」, 특히 독일의 法制度나 法理論으로의 근접에의 指向과 우리 사회의 現實에 대한 考慮가 불안한 균형을 잡고 있는 것이라고 할 수 있겠다. 그러나 이것을 無定見한 雜居에 불과하다고 볼 것은 아니고, 거기에는 일관된 흐름이 있다고 생각된다.

『민법안의견서』는 당시의 우리 사회에서 실제로 중요한 기능을 수행하고 있던 기존의 제도에 대하여는 대부분 依用民法의 태도를 유지할 것을 주장하고 있고, 이 점에서는 오히려 保守的이라고 불리울 수 있다.<sup>(174)</sup> 그 대표적인 예로는 法律行爲에 의한 物權變動에 관하여 意思主義의 存續을 주장하고 民法案의 태도에 반대한 것, 物權으로서의 傳貰權制度의 신설에 반대한 것을 들 수 있을 것이다. 그 외에도 抵當權에 있어서 流抵當約定의 유효를 주장하거나 順位確定의 原則의 채택을 반대하는 것에서도 이러한 태도가 나타나고 있다.<sup>(175)</sup>

그러나 어떠한 제도가 우리 나라의 현실에서 수행하는 실제적 기능의 점에서 별로 중요하지 않다고 생각되는 事項에 대하여는 外國制度, 특히 獨逸民法上的 制度나 獨逸民法學理論에의 傾斜가 두드러진다. 이 점은 특히 共同所有에 관한 規定이나 契約締結上的 過失責任 등에서 현저하거나, 그 외에도 위에서 본 受領義務 등 일일이 예를 들 필요가 없을 만큼 독일의 규정과 경우에 따라서는 그 이론이 到處에서 원용되고 있다. 여기서는 그것이 現行의 制度 또는 —그 스스로도 반대하지 않는— 民法案의 태도와 整合的인가, 또 그것이 어떠한 現實問題에 적용될 가능성이 있으며 그 적용의 결과는 과연 尙當한가 하는 점에 대하여는 별로 착안하지 않는다. 어떠한 점에서는 “갑자기 盲目的이 된다”고까지 표현할 수 있을 정도이다.

나아가 依用民法 아래서도, 外國制度로서도 제대로 처리될 수 없는 말하자면 우리 固有의 法問題에 대하여는 의식적으로 침묵한다. 이는 宗中에 대하여도 마찬가지인데,<sup>(176)</sup> 가령 玄勝鍾은 민법안이 穢에 대하여 규정을 두지 아니한 것에 찬성하면서, 다음과 같이 말하고 있다.

(174) 이러한 保守的인 態度가 張曠根으로 하여금 「從前의 學說에 대하여 새로운 것이 없다」고 발언하게 한 것은 아닌지 모르겠다.

(175) 이에 대한 예외로서, 소위 「代物辨濟의 豫約」을 금압하는 태도에 “일을 찬성”한 것을 들 수 있을 것이다. 그러나 위의 N.5.(1)에서 본 대로, 그 이유 설명에서는 오히려 그 규정을 들은 것으로 인한 副作用에 대한 「憂慮」를 앞세우고 있다.

(176) 이 점에 대하여는 위의 註 115에서 인용한 金曾漢의 「慣習上的 共同所有」에 관한 言明 참조.

“近年에 조합에 유사한 것에 稷라는 私法上的 특수한 契約關係가 盛行되어 일시는 社會的·經濟的으로 심상치 않은 문제를 일으키고 있었으며, 현재에도 그냥 存續하고 있다. 그리니 이 稷에 관한 규정을 민법전에 둘 것인가에 관하여는 우선 한번은 생각하여 볼 수 있는 문제이다.……그러나 稷가 大盛行을 이루었음은 사실이지만, 그것이 都會地를 主舞臺로 하여 행하여지고 있는가 또는 農村에까지도 일반적으로 침투되어 행하여지고 있는가가 첫째로 좀더 調査하여 보아야 할 문제이고, 둘째로는 그 종류가 一·二에 그치지 않고 상당히 다수이며, 또 현재에도 계속 발달하는 과정 중에 있어, 多樣的 발전을 보이고 있으므로, 그 典型的類型을 파악하기가 지극히 곤란한 현상이다.……永久性을 가지게 될 民法典 안에 그것에 관한 규정을 들은 적합하지 않을 뿐더러 時機尙早라고 하겠다.”<sup>(177)</sup>

물론 이 發言은 그 자체 타당성이 없지 않으나, 그것은 그 전에 “그 典型的類型을 把握” 하려는 구체적인 學問的 努力이 실제로 행하여진 바 없었기 때문에 空虛하게 들린다. 그것은 어쨌거나 간에, 당시의 民法學의 현상 아래서는 이러한 沈默에 정당성이 없다고 하기는 어려울 것이다.

이렇게 보면, 張暲根의 말대로 “민법안의견서에 나온 의견은 별로 새로운, 從前에 있던 學說과 [다른] 새로운 것은 없었”다고 할 수 있을지도 모른다. 특히 만에 하나 거기에 나타난 外國制度에의 指向이 이미 「從前에 있던 學說」, 즉 日本民法學에 의하여 그 방향이 정하여진 것이고, 나아가 그 외국제도의 내용 자체도 이미 日本民法學에 의하여 탐구되었거나 적어도 示唆된 바 있는 것이라고 한다면, 더욱 그러할 것이다. 그렇다고 하면 大學教授들은 오히려 장차이라도 立法을 指導할 수 있을 능력을 배양하여 주는 學問에 전념할 것이었고, 時代的·政治的인 要請에 의하여 추진되어가는 民法典의 제정작업에 대하여는, 時機尙早라는 주장 이외에는, 입을 다물고 있는 것이 마땅한 태도였을까.

그러나 그것은 올바른 태도가 아니며, 적어도 職分에 책임을 지는 태도는 아니라고 하여야 하지 않을까. 그렇다면 「大學教授」들이 “學說上 새로운 것이 없더라도 그 學說에 대한 理解力이 부족한 데서 생긴 誤謬 내지 缺陷을 능력껏 指摘”하고 “우리 나라의 實情에 비추어서도 도입하는 것이 타당하다고 생각되는 外國制度의 採擇을 주장하는 것”은 가능한 最善의 現實參與이었다고 평가되어야 할 것이다.

(177) 意見書, 193년. 이러한 發言은 오늘날의 많은 언필칭 「새로운」 민법문제, 가령 製造物責任 등에 대하여도 충분히 유효하게 행하여질 수 있지 않을까.

〈Résumé〉

## On the Legislative History of the Civil Code

Chang-Soo Yang\*

The legislative history of the Civil Code of Korea after the proposal of the Civil Code Bill by the government may reasonably be traced after in two stages. In the first stage, activities of the National Assembly Judiciary Committee, concluded by its final product, the Committee Revised Bill, can be examined. In the second stage, various Revised Bills submitted to the General Session can be scrutinized with highlights on competing and compromising process between such bills and the Civil Code Bill before the final adoption of the enactment bill. This paper deals with the latter stage.

Confining to the first three Parts of the Civil Code, among many bills discussed by the General Session, one submitted by Congressman Suck-Ho Hyun (and his 18 colleagues) merits careful attention. This bill was edited version of the "Opinion on the Civil Code" (MinBopAnEiGyonSoe) made by the Civil Code Draft Reserach Association (MinBopCho AnYonguHoe). The Association was born in September, 1956 consisting of nationwide majority of the civil law professors, assisted by a few professors of commercial law and law of conflicts. They were the founding fathers of the civil law doctrines of Korea, whose influence can be felt at every corner of the current Korean architect of civil law. Therefore, reexamining their "Opinion" is educational in that it provides us with an opportunity to reevaluate current status of Civil Law for evolutionary formation.

The Founding Fathers were negative against the provisions that would bring about considerable changes to the contemporary real life of civil law. For instances, they opposed to implementation of the "Eintragungsprinzip" in the Real Estate transactions. Equally they vetoed implementing "Key-Money Lease" (or Registered Lease, Cheon Se Kwon) as a kind of real right. On the other hand, regarding the issues holding "lesser reality," they basically tried to codify according to the prevailing German theories. Provisions on "Eigentum zur gesamten Hand" or "Gesamteigentum" as forms of joint-ownership are prime examples. Same attitude is found from their suggestion to impute *culpa in contrahendo* on the negligent act in the formation of contract of which objective is impossible. However,

\* Associate Professor of Law, Seoul National University

in such cases, their “theories” were largely within the ballpark played by the Japanese jurists. Such a juxtaposition between substantive conservativeness and theoretical radicalness characterizes the basic feature of the civil law doctrines of Korea, inviting the students to the burden of harmonization.