

# 韓國 民法學에서의 法繼受와 創造에 관한 研究의 現狀과 課題

- 法繼受와 法創造에 관한 研究의 現在 狀況을 包含하여-

(要約本)

\* 釜山大學校 法科大學 助教授 朱芝弘

## I. 序論

本 研究에서는 韓國 民法의 領域에서 “ 法の 繼受와 創造에 관한 研究의 現狀과 課題” 에 關係 檢討해보고자 한다. 韓國民法의 경우 解放 후 依用民法時代를 거쳐 1960년 韓國고유의 民法을 制定하면서, 법의 繼受와 創造가 본격적으로 이루어지게 되었다. 時代的 區分을 굳이 한다면 크게 5기로 區分할 수 있겠다. 區分의 基準은 대략적으로 時代순으로 區別하였다.

1기(1910-1945)는 日帝植民時期에 西洋의 近代法을 日帝에 의해 強制的으로 繼受한 時期이다.

2기(1945-1960)는 1945년 解放 후 依用民法時代가 마감하는 期間인 1960년까지이고, 3기(1960-1980)는 民法제정후 獨逸法상의 여러 制度를 借用한 것에 대한 批判的 檢討理論 정립기로 분류될 수 있다. 4기(1980-2000)는 獨逸 외 美國 등 여러 나라의 우수한 制度 直間接的 도입 檢討時期이고, 5기(2000- 현재)는 民法改正案 準備作業 및 現代契約法의 特性 研究時期로 분류할 수 있겠다.

## II. 時代的 特性에 따른 民法의 주요 研究內容과 최근의 改正案

### 1. 時代的 特性

#### 1) 1기(1910-1945)

1기는 日帝의 強占期에 日本 民法이 그대로 韓國에 적용된 期間이다.

日帝의 強占期에 制定되어 적용된 법이나 法制度는, 西歐法의 자발적인 繼受에 의해서 이루어진 것이 아니라, 日帝에 의해 強制的으로 이루어진 特徵을 가지고 있다. 이 時期에는 實務家의 집단으로서 당시의 朝鮮總督府의 法律政策에 큰 영향을 미친 朝鮮司法協會學會民法分野에 큰 영향력을 발휘하였다.<sup>1</sup>

#### 2) 2기(1945-1960)

2기는 우리 民法의 制定준비期間이 되겠다.

1960년 民法典을 制定하여 시행하게 되었고, 이 때 이후에야 비로소 광복 이후 15년동안 民事생활에 關係하여 남의 나라의 법률을 ‘依用’ 하여 왔던 수치스러운 과거를 청산할 수 있게 되었다. 民法案의 기초작업은 법전편찬위원회에서 이루어졌고, 日帝 時代에 법조인자격을 취득한 法조인들과 대학에 있는 유진오, 고병국 교수가 참여하였다.<sup>2</sup> 依用民法과 가장 두드러진 차이점은 物權法 분야에서 발생되었다. 법률행위로 인한 物權變動에 關係하여 意思主義가 아닌 成立主義를 취함에 따라, 새로운 民法이 정하는 物權變動에 關係한 規定을 理論적으로 파악하고 설명하려는 노력이 3기에 집중적으로 전개되었다.

1 日帝지배하의 朝鮮司法協會와 동협회의 잡지인 民事논설의 주요 內容에 關係서는, 장창민, “ 日帝 지배하의 民事論說에 關係한 研究”, 比較私法 제 14 권 2 호(통권 37 호) 138 면 이하 참조.

2 民法典 制定에 關係한 자세한 사항은, 상계논문을 참조.

### 3) 3기(1960-1980)

3기는 제정된 우리 民法의 토착화 期間이 되겠다.

주로 物權變動에 관해 依用民法과 큰 차이가 있기에, 民法제정후 학설의 논쟁도 주로 物權變動論을 理論구성하는데 집중되었다.<sup>3</sup> 日本 民法에서 탈피하고자 하는 노력은 그 당시 우수한 獨逸民法의 制度를 研究하고 받아들이는데 주로 집중되었다. 그래서 民法에서는 주요 법적 爭點에 관해 獨逸의 理論과 해석론이 많이 借用되었다.

韓國 民法은 제정 이후 몇차례 개정이 있었으나, 家族法 中心이었고, 財産法分野에서의 대대적인 개정은 없는 편이다.

### 4) 4기(1980-2000)

4기는 법의 繼受와 創造에 있어서 다양성 도모화 期間이 되겠다

民法제정 후 새로 제기된 문제로는, 주택임차인의 보호문제, 대량거래에 따르는 소비자보호, 할부거래에 관련된 소비자보호, 제조물책임 등 여러 가지 문제들이 발생하였다. 이 문제를 해결하기 위해 民法의 규정을 개정하여 반영하거나, 特別法을 두어 해결하도록 하였다.

### 5) 5기(2000-현재)

5기는 民法改正案 준비 작업 및 現代契約法의 特性 研究時期가 되겠다.

그간 韓國民法學은 日本법학의 굴레에서 벗어나 韓國 자신의 獨自的 理論을 개척해 나가는 것을 목표로 삼아왔다. 그런데 이러한 목표를 추구함에 있어서, 법체계상의 유사함으로 인해 영미법학보다는 獨逸法학을 모델로 삼아 왔음을 부인할 수 없다.<sup>4</sup>

최근에는 美國법의 영향을 받아 獨逸法상 법개정이나 논의가 이루어 지는데, 이러한 과정에서 獨逸法의 법체계상 조화를 위해 內容이 상당히 변형될 가능성이 높다. 따라서 이러한 경우에 獨逸法의 변형된 制度를 도입할 것이 아니라, 美國법의 制度를 研究하여 韓國 사정에 맞게 변형하자는 움직임도 일어나고 있다.

## 2. 民法 改正案 제정과정 및 重要 內容

### 1) 2004년 民法 改正案 제정 배경

정부는 정부수립직후인 1948. 12. 依用 日本民法典을 대체할 民法典을 마련하기 위한 準備作業에 착수하였다. 그로부터 9년여만인 1958. 2. 22. 現行 民法은 법률 제471호로 제정. 공포되었고, 1960. 1. 1.부터 시행되었다.

民法은 시행 이후 모두 9번의 개정이 있었다. 이 중 8번은 가족법과 부칙의 개정이었다. 이에 반해 재산법 분야는 단 한차례의 부분적인 개정만을 하였는데, 1984년에 전세권과 區分지상권에 관한 부분을 일부 개정하였다. 매년 평균적으로 1번씩 民法을 개정하여 살아있는 民法으로 작용하는 獨逸民法과 비교해 볼 때, 우리 民法은 급변하는 현실을 제대로 반영하지 못하게 되었다. 특히 과학기술의 발달과 情報화에 따른 법률관계의 변화를 제대로 규율하는데 많은 문제점이 발생되었다.

### 2) 2004년 民法 改正案 제정 과정

추진체제로 1999. 2. 5. 民法개정특별분과위원회를 구성하여<sup>5</sup> 본격적인 개정작업에 돌입하였다. 위원회는 법조계와 학계의 전문가 13명으로 구성되었다.

民法개정의 기본방침으로 ‘ 현실 적합성’, ‘ 포괄성 및 統一성의 제고’, 그리고 ‘ 국민일반의 이해의 편의와 논리성을 견고히 하는 것’ 을 목표로 하고, 개정작업을

3 物權行爲 개념 및 논쟁에 관해서는, 尹眞秀, “ 物權行爲개념에 대한 새로운 접근”, 民事法학 제 28 호, 韓國民事法學會 2005. 6, 3-56 면 참조.

4 김증환, 전계서, 150 면 이하.

5 당초 11 명으로 출발하였고 1999. 9. 이상경 위원(제 1 소위)과 남효순 위원(제 2 소위) 추가 위촉하였다.

진행하였다.<sup>6</sup>

2001. 6. 완성된 民法개정 초안은, 4회의 民法개정실무위원회 회의와 개정위원회 전체회의 및 7회의 토론을 거쳐 수정되었고, 마침내 2001. 11. 개정시안이 마련되었다. 확정된 결과를 국회에 제출하여 현재 계류중에 있다.

3) 주요 內容

2004년 民法改正案의 주요 內容은 다음과 같다.

□ 제1편 총 칙

가. 미성년자의 성년 인하(안 제4조)

나. 특별실종期間의 단축(안 제27조제2항)

다. 법인설립 基準의 완화(안 제32조)

라. 무권리자의 처분에 대한 규정 신설(안 제139조의2 신설)

□ 제2편 물 권

가. 가동기의 실제법적 효력 규정 신설(안 제187조의2 신설)

나. 경계침범 건축물에 대한 철거청구 제한(안 제242조의2 신설)

다. 관습법상의 법정지상권의 명문화(안 제279조의2 신설)

라. 근저당 制度의 정비(안 제357조의2 내지 제357조의12 신설)

□ 제3편 채 권

가. 손해배상의 방법으로 원상회복청구 등 추가(안 제394조)

나. 보증制度 개선(안 제428조의2 및 제436조의2 신설)

다. 근보증에 관한 규정 신설(안 제448조의2 내지 448조의5 신설)

라. 계약해제 사유의 統一적 규정 마련(안 제544조의2 신설)

마. 사정변경으로 인한 계약해제. 해지권 마련(안 제544조의4 신설)

바. 완성된 건물에 대한 도급인의 계약해제권 인정(현행 제668조 단서 삭제)

사. 여행계약을 民法상 전형계약으로 규정(안 제674조의2 내지 제674조의9 신설)

아. 중개계약을 民法상 전형계약으로 규정(안 제692조의2 내지 제692조의5 신설)

자. 미성년자 감독자의 책임범위 조정(안 제755조)

4) 改正案 제정에 있어서 ‘대표성 미흡’ 및 ‘깊은 논의부족’ 을 지적하는 반대의견  
民法改正案 硏究회에서는 너무나 적은 숫자인 13명의 民法學자만이 改正案 작업에 참여하여 대표성이 부족할 뿐만 아니라, 시간에 쫓겨 심도깊은 논의가 이루어지지 않았다는 의견을 개진하였다.

5) 比較法의 成果 미흡

다음과 같은 점을 들어, 比較法적 成果가 民法 改正案에 매우 미흡하게 반영되었다고 비판하는 견해가 있다.<sup>7</sup>

첫째, 최근의 獨逸債權法 改正案에 대한 研究成果가 전혀 民法改正案에 반영되지 않은 점, 둘째, 계약해제의 요건으로 귀책사유를 요구하는 방식으로 해제, 해지 규정을 둠으로써 이와는 반대되는 국제적인 契約法의 흐름에 역행하는 점, 셋째, 2001년 유엔총회에 제출된 채권양도에 관한 조약안은 물론이고, 여러 해 지난 유엔統一매매조약(CISG)의 成果가 전형 반영되지 않은 점, 넷째, 外國법의 기본이념을 탐구하여 비교硏究하기 보다는 대응관계에 있는 조문만을 단편적으로 참조한 점, 다섯째, 참조조문이 구미법에 국한되어 있고, 동아시아 民法 특히 가장 최근에 제정된 중국契約法은 참조대상에서 제외된 점, 여섯째, 소비자법이나 특별법의 民法典에의 포용노력 부족이란 점에서 現代化 노력이 미흡한 점 등을 들어, 比較法적 측면에서 현 民法 改正案이 매우 미흡하다는 비판을 가하는 학자도 있다.

比較法적인 관점에서 볼 때 瑕疵擔保責任에 관해 흥미로운 점은, 우리 民法의 瑕疵擔保責任에 관한 규정을 법원이 해석함에 있어서 美國法상의 warranty 분류방법과

6 “民法개정방향에 관한 좌담회(2002.12.8.)” 인권과 정의, 2001.1. 8-10 면; 법무부, 民法(재산편) 개정 공청회(2001.12.), 33, 167 면; 양창수, “民法개정작업의 경과와 채권편의 개정檢討사항 I(채권총칙)”, 民事法學 제 19호(2001), 11, 16 면.

7 鄭鐘休, “民法개정시안 채권편에 대한 기대와 우려”, 民事法學 제 22호, 韓國民事法學會, 2002. 9, 390-392 면.

용어가 상당부분 借用된 점이다. 예컨대 명시적 묵시적 보증책임이란 용어는, 美國법상 express and implied warranty와 같은 개념이다. 또한 美國법상 명시적 담보책임, 상품적합의 묵시적 담보책임, 특정목적 적합의 擔保責任 3가지 類型에 관한 內容이, 판결문속에 간접적으로 설명되어지고 있다.

### III. 民法分野에 있어서 法 繼受와 創造의 주요 研究內容 및 方向

#### 1. 法繼受를 위한 比較法的인 基礎研究

日本측에서는 法繼受 및 法創造에 관한 사실 소개에 그치지 않고 法繼受와 法創造에 관한 研究의 현재 狀況을 소개해주면 좋겠다는 의견을 전하였다. 그간 유럽통합법의 움직임에 자극받아 동아시아 공통법을 제정하자는 움직임이 제기되었고, 韓國民事法學會 등 여러 學會에서 이러한 점에 주목하여 기초 研究를 진행하기도 하였다. 주로 韓國, 日本, 중국의 채권법상의 制度를 비교 檢討하여 공통점과 차이점을 研究하였다. 또한 유럽契約法原則( Principles of European Contract Law), CISG 등에 관한 研究와 유럽매매법의 統一화에 관한 研究도 활발히 進行되고 있다.

#### 2. 가치관적 측면

##### 1) 서

韓國 民法의 法繼受와 法創造 작업을 함에 있어서, 가치관의 측면에서 볼 때 중요하다고 생각되는 세가지 점을 언급하겠다. 그리고 그 다음에 방법론적인 측면에서, 어떤 類型의 방법론이 있는지 檢討하고 앞으로 나아가야 할 방향에 대해 언급하도록 하겠다.

##### 2) 韓國民法의 法繼受와 創造에 있어서 중요한 세가지 爭點

첫째, 社會危險要素를 해결함에 있어서 어떤 모델을 따를 것인가, 둘째, 現代 契約法의 特性을 어떻게 民法典과 法解釋에 반영할 것인가, 셋째, 情報不均衡을 어떻게 시정하고 法制度 正교화를 통해 어떻게 시장을 活性化시킬 것인가, 이 세가지 중요 爭點이 韓國民法의 法繼受와 創造에 있어서 중요한 것이라 생각된다.

##### 첫째, 社會危險要素를 해결함에 있어서 어떤 모델을 따를 것인가,

유럽식의 國家主導의 危險回避方案을 따를 것인가, 아니면 美國식의 시장에 맡겨 자율적으로 결정하도록 할 것인가가 문제된다. 현재 韓國은 두가지 모델중 그 어느 것도 취하지 않고 있으며, 韓國인의 特性상 危險回避主義(risk avoider)나 危險中立主義(risk neutral)가 아닌 危險감수主義(risk-taker) 경향을 보이고 있다.

韓國민은 이러한 높은 부담을 지고 危險을 回避하기 보다는, 危險을 감수하더라도 지금 당장 부담이 적은 방식을 선호하는 것이다. 이러한 危險引受的(risk take) 特性은 점차 거래규모가 확대될 수록 危險回避的(risk avoid) 경향으로 바뀔 것으로 전망된다.

다만 그 방식이 國家主導의 獨逸식이 될 지, 아니면 시장기구 중심의 美國식이 될 지는 아직 확실치 않다. 점차적으로 登記簿명의자와 실제 소유자의 일치도를 높이는 식으로 制度를 운영하다가, 그 정도가 어느 정도 달성되면 登記簿의 公信력을 인정하는 쪽으로 갈 것으로 예상된다.

##### 둘째, 現代 契約法의 特性을 어떻게 現행 民法典과 法解釋에 반영할 것인가

現代 契約法의 特性으로 다음과 같은 요소를 학자들은 들고 있다.

공공복리에 입각한 계약자유의 原則 보정, 대량거래에 따른 약관에 의한 계약체결 증가, 사업자간 거래 증가 및 소비자보호, 기술발전에 따른 危險回避方案 마련,<sup>8</sup> 지식情報사회에서의 지식情報거래의 중요성 대두- 물건의 개념 재정립(예컨대 on-line game상에서 게임에서 사용되는 item을 거래하는 경우, 과연 이것을 물건으로 보아 民法의 규정을 적용할 것인지 여부), 시장융합에 따른 새로운 규제方案 마련 및 이에 따른 契約法에의 영향 등이 거론되고 있다.

### 셋째, 情報不均衡의 시정 및 法制度 正교화를 통한 시장活性化

情報격차에 따른 買受人 내지 소비자의 손해가 발생할 우려가 있으며, 情報격차에 따른 危險은 고스란히 소비자가 부담하게 된다. 매매계약에 있어서 물건의 하자에 대한 危險을 누가 부담할 것인가에 관한 “買受人이여 主義하라(caveat emptor)”는 격언은, 現代에 와서 동일한 물건에 대한 價格情報 유무에 따라 價格차에 따른 손해 危險을 부담한다는 측면에서 새롭게 재조명되고 있다.

法制度는 이러한 점에 주목하여 보정장치를 마련할 필요가 있다.

또한 買受人이 지나치게 情報를 많이 갖게 됨에 따라, 품질이 아닌 價格경쟁이 이루어지고, 이에 따라 매도인이 너무나 취약한 지위에 처하게 되어 시장기구가 붕괴될 우려가 있다. 과거 전자단지로 유명한 용산전자상가가 겨우 명맥을 유지하는 것이 그 좋은 예가 될 것이다. 따라서 계층을 나누어, 싼價格을 선호하고 거래에 따르는 危險을 취하는 risk taker와, 다소 높은 價格을 지불하더라도 판매인으로부터 설명을 듣고 거래危險을 미연에 방지하고자 하는 risk avoider가 각각 존재하도록 法制度를 正교하게 마련할 필요가 있다.

### 3. 방법론적 측면

法繼受와 法創造에 있어서, 유럽사법의 統一化작업과 관련하여 현재 10여개팀이 사용하고 있는 研究방법론을 借用하면 좋을 것으로 생각된다.

#### 1) 첫 번째 類型

각국법률의 비교를 통하여 공통적인 핵심사항을 研究하는 방법이다. 이들 研究팀은 각국의 국내 실정법 조항을 분석하여 공통점과 차이점을 가려내고 이를 比較法적으로 보고하는 방식을 취한다.

#### 2) 두 번째 類型

두 번째 방법은 統一私法을 창출하는 방법으로 일정한 法原則(principles)을 추출해 내는 방법이다.

#### 3) 세 번째 類型

세 번째 방법은 유럽공동체법으로부터 유럽사법의 기본原則을 이끌어 내거나, 혼합적인 형태를 사용하여 유럽공동체법과 각국의 법률규정으로 부터 일정 규정을 뽑아내 統一사법을 제정하려는 방법이다.

#### 4) 네 번째 類型

유럽사법의 공통핵심의 탐구나 原則을 넘어서서, 분야별로 단일한 입법안의 창출을 목표로 하는 研究팀이다.

8 이에 관해서는 徐光民, “ 과학기술의 발달과 불법행위법의 대응”, 民事法學 제 21 호, 韓國民事法學會, 2002. 3, 117-143 면 참조.

#### 5) 韓國 民法의 研究방법에의 시사점

韓國의 경우에도 이들 여러 가지 방법들이 각 학자나 學會에 의해 사용되고 있다. 따라서 어떤 방법이 절대적으로 사용되고 있다고 말하기는 곤란하다. 이러한 유럽私法統一화 작업을 먼 산 보듯이 할 수 없는 이유는, 우리 民法도 국제화의 큰 흐름에 영향을 받기 때문이다. 2005년 3월 1일부터 유엔統一賣買法(CISG)이 우리나라에서도 발효되었으므로, 우리의 민상법도 이에 영향을 받을 수 밖에 없다.<sup>9</sup> 즉 매매협약과 다른 민상법규정은 개정을 통하여 매매협약의 內容과 일치시키는 노력이 필요하다.

#### IV. 결론

韓國 民法의 法繼受와 創造는 解放이후 괄목한 성장을 거두었다고 보아진다. 특히 依用民法을 넘어서서 獨逸과 美國의 우수한 법리를 도입하여 韓國실정에 맞게 많은 노력을 기울여 왔다. 앞서 언급한 바와 같이, 時代的 特性으로 인해 각 時期별로 주요 研究內容과 방향이 매우 다른 특징을 보여주고 있다. 현재는 韓國 國內의 문제점을 해결하기 위해 外國 法制度에서 아이디어를 얻는 차원을 넘어서서, 국제화의 영향으로 韓國 民法을 國內규범에 일치시키는 노력이 필요하다. 이러한 필요성을 고려해 볼 때, 이번 프로젝트와 같이 3國共同研究는 매우 바람직하다고 생각된다. 각국이 國內法 개정시, 國際規範에 맞게 國內法을 조화시킬 뿐만 아니라, 3國간의 차이점을 없애고 공통점을 증대시키는 방법으로 법을 研究하고 개정한다면 큰 효과가 있으리라 생각된다.

아울러 民法의 現代化를 향한 일정한 가치를 고려하는 것과, 研究방법론도 상호 논의하여 유럽私法統一을 위한 研究팀과 같은 “동북아시아 民法統一을 위한 研究팀”을 만들어 研究해 나간다면 의미있는 작업이 되리라 예상된다.

#### 《参考文献》

- 法務省, 民法(財産の方)改訂公庁会, 2001. 12.  
徐光民, “科学技術の發達と不法行為法の対応”, 民事法學制21号, 韓國民事法學會, 2002. 3.  
石鉞鼎, “國際物品賣買協約加入と 韓國法への收容”, 商事法研究, 第21冊第2号(通卷第34号), 韓國商事法學會 2002. 8.  
亮窓数, “民法改訂作業の經過と債券の方の改訂検討事項 I(債券總則)”, 民事法學 第19, 2001.  
尹真秀, “物權行為概念に対する新しい接近”, 民事法學 第28号, 韓國民事法學會 2005. 6.  
長槍民, “日帝 支配の下の 民事論說に関する 研究”, 比較私法 第14冊 2号(通卷 37号).  
鄭鐘休, “民法改訂試案債券の方に対する期待と憂慮”, 民事法學 第22号, 韓國民事法學會, 2002. 9.  
“民法改訂方向に関する座談会(2002. 12. 8.)” 人權と正義, 2001. 1.

9 석광현, “국제물품매매협약 가입과 韓國법에의 수용”, 상사법연구, 제 21 권 제 2 호 (통권 제 34 호 0, 韓國상사법學會 2002. 8, 41 면 이하.