

## Chapter 1 Civil Rights and Civil Law

### 제1장 권리와 민법

#### 제1절 민법의 의의

##### I. 사람과 민법

사람은 태어나면서부터 가족관계를 맺게 된다. 즉 공동생활로서의 사회생활이 시작되는 것이다. 성장하면서도 인간으로서 직·간접적으로 각종 사회생활을 영위하게 된다. 사람이 공동생활을 하는 중에는 서로 이해의 충돌이 발생하게 되는데 이를 잘 조절하는 것이 필요하다. 즉 인간의 공동생활에서 사회적인 행위규범과 재판규범이 반드시 필요하고 이를 반영한 것이 법이라고 할 수 있는데, 그 중에서도 민법은 사람이 일생동안 살아가는데 있어서 가장 밀접하게 관련된다고 할 수 있다. 즉 민법은 일상적인 재산관계와 가족관계를 규율하는 법이기 때문에 모든 법 중에서 국민들에게 가장 가까이에 있는 법이다. 이러한 민법은 두가지 의미가 있는데 형식적 의의의 민법은 “민법전”을 가리키나, 실질적 의의의 민법은 모든 사람들에게 일반적으로 적용되는 사법 즉 일반사법을 의미한다.

##### II. 형식적 의의의 민법

형식적 의의의 민법은 1958.2.22에 법률 제471호로 제정되어 1960.1.1일 부터 시행되고 있는 현행 민법전을 말한다. 이러한 민법전은 민법 중에서 가장 중요한 법률이라 할 수 있다.

##### III. 실질적 의의의 민법

###### 1. 의의

실질적 의의의 민법은 민법과 관련된 여러 법률을 포한다하는 개념이다. 즉 사법, 일반사법, 실체법으로서의 민법을 말한다. 따라서 공법, 특별사법인 상법, 절차적인 민사소송법은 이에 포함되지 않는다. 실질적 의의의 민법은 두가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 私法의 일반법으로서 작용하는 것으로 민법전이 그 법률의 존재를 예정하고 있다. 이러한 법률은 민법에 규정되어 있는 사항에 관한 절차를 규정하고 있는데, 부동산등기법(1960.1.1 법률 제536호)과 민법 제186조, 유실물법과 민법 제264조, 공탁법과 민법 제488조 제2항, 가사소송법 중 가사소송에 관한 규정, 비송사건절차법 등이 있다. 다른 하나는 민법의 내용을 보충하거나 수정하는 작용을 하는데 이는 민법전이 그 법률의 존재를 예정하고 있지는 않다. 즉 실질은 민법이지만 특별법의 형식을 빌리고 있는 민사특별법인 집합건물의 소유에 관한 법, 공장 및 광업재단저당법, 가등기담보등에 관한 법률, 자동차저당법, 신탁법, 입목에 관한 법률 등이 보충적인 작용을 하며, 실화책임에 관한 법률, 자동차손해배상보장법, 주택임대차보호법 등이 수정적인 작용을 하고 있다. 아울러 공법관련 규정에도 많이 포함되되어 있다.

###### 2. 사법으로서의 기능

법을 크게 공법과 私法으로 나누는 것은 로마법 이래 전통적인 태도이나 양자가 명확히

구별된 것은 자본주의가 발전한 때부터 이다.<sup>1)</sup> 그러나 공법과 사법이 교차되는 되는 현상이 지속되면서 양자는 명확하게 구별되기가 어려워졌다. 이러한 구별은 정대적인 것이 아니고 상대적인 것이다.

가. 공법과 사법을 구별하는 이유

첫째, 양 법역의 지도원리가 상이하다. 사법영역에서는 사적자치가 허용되나 공법영역에서는 법치주의가 지배한다. 둘째, 권리의 구제절차가 상이하다. 공법관계인 경우 행정소송법이 적용되어 행정법원에서 처리하게 되나, 사법관계이면 민사소송법이 적용되어 일반법원에서 처리한다. 셋째, 어떤 채권의 소멸시효에 관하여 시효기간 등에 차이가 있다. 예를 들어 지방세법에 의한 경우에는 시효소멸기간이 5년이나 민법으로 처리할 경우에는 10년이다(민법 제162조 제1항).

나. 공법과 私法の 구별에 대한 학설

학설	내 용	문제점
주체설	법이 규율하는 생활관계의 주체를 기준으로 하여, 공법은 국가 기타의 공공단체 상호간의 관계 또는 이들과 개인과의 관계를 규율하는 법이고, 사법은 개인 상호간의 관계를 규율하는 법이다.	국가 또는 공공단체와 개인간의 거래시에 공법으로 보아야 하는데 이런 경우 예외로 보아야 하므로 구별의 표준이 이원적이라는 비난이 있다.
이익설(목적설)	- 공익의 보호를 목적으로 하는 법이 공법이고, 사익(개인적 이익)의 보호를 목적으로 하는 법이 私法이다.	- 공익과 사익의 구분이 어려운 중간적 범영역인 사회법 출현하여 독자적 범영역 구축하고 있다. 또한 공익과 사익이 구별이 명확하지도 않다.
권력설(성질설, 종속설)	법률관계가 평등한가 여부를 표준으로 하여 공법은 권력적인 지배·복종 관계에 관한 법(불평등 관계)이고, 사법은 대등한 당사자관계에 관한 법이다.	- 부모의 자에 대한 관계는 불평등관계인데 이를 공법이라고 하는 것은 타당치 않으며, 국제법은 공법이라는 것이 전통적 견해인데 국가간에는 대등관계이므로 사법으로 보게 되어 부당하다.
생활관계설(일본의 통설)	공법은 국민으로서의 생활관계를 규율하는 법이고, 사법은 인류로서의 생활관계를 규율하는 법이다.	어떠한 것이 생활관계이냐 하는 것이 명확하지 않다.
사적자치의 적용여부설	사적자치의 원칙을 적용받는 법이 사법이고, 그렇지 않은 것이 공법이다.	사적자치의 원칙은 하나의 이상으로서, 현실 사회에서 이러한 원칙을 어느 정도 적용하여 계약을 체결하고 있는지는 의문이다.
적용법률기준설	법률관계의 이익상황 및 당해 법률관계와 관련있는 법률규정의 취지 등을 검토하여 행정소송법이 적용되	모든 사안이 해당 법률을 일률적으로 적용하도록 항상 명확한 것은 아니다.

1) 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 3면.

	어야 할 경우를 공법, 민사소송법이 적용되어야 할 경우를 사법이라 한다.	
--	--	--

결국 기본적으로는 국가기관을 주체로 하여 어떤 행정 목적(정책)을 갖고 권력 복종의 관계를 규율하는 즉 사회전체의 이익을 위하는 법을 공법이라 하며, 사인(개인)을 주체로 하여 자유, 평등한 개인간의 이해관계를 조정하는 즉 개인의 이익을 보호하려는 법을 사법이라 할 수 있다.

다. 사법의 내용

私法은 사인 상호간의 사회생활관계를 규율하는 법이다. 사회생활관계란 어떠한 생활관계를 의미하는 가. 사법의 규율의 대상이 되는 인간의 사회생활관계에는 ‘자기보존을 위한 관계’와 ‘종족보존을 위한 관계’ 라는 서로 성질을 달리하는 다른 관계인 재산관계와 가족관계(私法關係)가 있다. 자기보존을 위한 관계는 재화를 획득하고 지배하는 관계로서 학문상 경제관계 또는 재산관계인데, 재산관계는 각자가 자기의 이해를 고려하여 만들어지고, 선택된 계산된 관계이다. 이에 대하여 종족보존을 위한 관계는 학문상 가족관계라 하며 통설은 이를 친족관계와 상속관계로 나눈다. 즉 인격적으로 맺어지는 주어진, 숙명적인 관계이다. 친족관계는 특정 남녀의 결합에 의한 일정 범위의 혈연적 집단 즉 친족집단에 의한 생활관계를 말한다. 상속관계는 친족적 집단의 생존의 기초로서의 재산의 승계(재산상속)에 관한 생활관계를 말한다. 그러나 현행 상속법은 사람의 사망에 의한 재산의 승계만을 규율하는 근대적인 순수한 재산상속법의 모습을 갖추게 되어 재산관계만을 규율하고 있다.

3. 일반사법으로서의 기능

가. 일반사법으로서의 민법

민법은 사람, 장소, 사항 등에 특별한 한정없이, 개인의 일상, 보통의 사적 생활관계에 적용되는 원칙법이다. 민법을 기초로 특수하고 구체적인 사법관계를 규율하는 특별법이 쌓아지고 전체로서 피라미드 구조를 이룬다. 즉 이러한 전체가 사법의 법체계 즉 사법질서를 이루고 있다.

나. 일반법과 특별법의 구별

사람, 장소, 사항 등에 특별한 한정없이 일반적으로 적용되는 법을 일반법 또는 보통법이라 하고, 일정한 한정된 사람, 장소 또는 사항에 관하여만 적용되는 법을 특별법이라 하는데 이는 상대적인 구별법이다. 이러한 구별의 실익은 특별법 우선의 원칙을 적용하기 위해서이다.

다. 특별사법

일반사법인 민법에 대하여 많은 특별사법인 부동산등기법, 주택임대차보호법 등이 있다. 그러나 특별사법의 대부분은 재산관계에 관한 것인데, 그 중에서 가장 중요한 것은 상법이다. 가족법이나 일반적 재산관계인 구체적 타당성의 실현이라기보다, 상법은 합리적인 의사

를 존중하고 확일적으로 일을 처리하는 것을 지도원리로 삼는다. 즉 상법은 사법관계 중 특정한 범위를 규율대상으로 하고 있기 때문에 일반법인 민법에 대하여 상법은 특별법이 된다. 한편, 상거래 및 상법에서 형성, 승인된 원리나 법규가 후에 민법에 채용되는 것을 민법의 商化라고 한다(민법 391조, 467조 제1항, 529조).

#### 라. 특별법우선의 원칙

민법 중에도 일반법과 특별법을 구별할 수 있는 경우가 있다. 오늘날 특별법이 점점 증가하고 있는 추세에 있어서 민법규정이 적용되는 경우가 점점 감소하고 있다. 일반법과 특별법을 구별하는 이유는 법의 효력 및 적용순서를 명백하게 정하기 위한 것이다. '특별법 우선의 원칙'은 특별법이 일반법에 우선하여 먼저 적용되고, 특별법에 규정이 없는 사항에 대해서는 일반법이 적용된다.

### 4. 실체법으로서의 기능

#### 가. 실체법과 절차법

권리·의무의 종류, 변동, 효과, 귀속 주체 등 실질적 사항을 규정하는 법이 실체법이고, 실체법상의 권리를 실행하거나 의무를 실현시키기 위한 절차를 정하는 법이 절차법이다. 절차법으로는 민사소송법과 민사집행법이 대표적이고 그 외 민사소송규칙, 법원조직법, 가사소송법, 채무자회생 및 파산에 관한 법률, 중재법, 소액사건심판법, 민사조정법 등이 있다.

#### 나. 실체법으로서의 민법

민법은 私法관계에 있어서 당사자의 권리·의무의 내용을 직접적으로 규정한 실체법이다. 근대 국가에서는 자력구제를 원칙적으로 금지하고 있기 때문에 실체법이 아무리 당사자에게 권리·의무를 인정하고 있다고 하더라도, 주장·증명책임과 강제집행 등 절차법상 이를 실현하는 방법이 없다면 실효를 거둘 수 없다. 따라서 근대법에 있어서 절차법은 단순한 절차 이상의 중요한 의미가 있다.

#### 다. 민법은 행위규범과 재판규범이다.

민법은 실체법으로서 개인이 일상생활에서 지켜야 할 준칙 즉 행위규범이다. 그런데 이러한 규범들이 지켜지지 않아 다툼이 생긴 경우 법원이 판결을 내리기 위한 기준이 되며, 법관에게 향하여진 규범 즉 재판규범이다.

## 제2절 민법의 법원

### 제1관 법원

#### 1. 의의

법의 淵源을 法源이라 하며, 보통 법관이 재판을 한다에 있어서 적용하여야 할 기준 즉 법의 존재형식 또는 법의 인식근거 또는 법의 현상형태를 말한다. 원래 법은 사회생활의 준칙으로서 의식의 세계에 존재하는 것으로, 공간적·외형적인 존재가 아니다. 그러나 실천적 사회규범으로서 그 내용은 어떤 素材를 통하여 인식될 수 있는 것이어야만 한다. 따라서 법

은 일정한 형식으로 나타나고, 존재하여야 한다. 그와 같이 법을 인식할 수 있는 법이 드러나 있는 모습을 법의 淵源 또는 법의 모습이라 한다. 민법의 법원이라고 할 때에는 그것은 실질적 의의에 있어서의 민법의 존재형식을 말하는 것이 된다. 즉 민사에 관한 적용법규를 뜻한다.

## 2. 성문법과 불문법

가. 法源에는 성문법과 不文法이 있다. 성문법은 문자로 표시되고 일정한 형식 및 절차에 따라서 제정되는 법으로 이를 제정법이라고 한다. 성문화 되지 않은 법을 불문법이라고 하며, 관습법, 관례법, 조리 등이 있다.

### 나. 성문법주의

성문법을 법원으로 취하는 입장을 성문법주의라고 하는데, 한 국가의 법이 대부분 성문법인 제정법으로 이루어져 있는 경우로 독일, 프랑스, 스위스 등 유럽 대부분 국가가 채택하고 있다. 이들 국가는 관습법에 대해 불인정하거나 보충적 효력만 인정하고 있다.

### 다. 불문법주의

불문법을 법원으로 취하는 입장을 불문법주의라고 하는데, 관례법, 관습법을 제1차 법원으로 삼고 있다. 불문법을 보충하기 위해 성문법 제정하는 경우가 있는데 예를 들어 영국에는 부부재산관계, 동산의 매매, 건물임대차 등 특별사항은 제정법이 있으나 민법 전체를 포함한다는 제정법은 없다.

## 3. 민법의 법원

민법은 성문법주의를 채택하고 있다. 즉 민법 제1조 "민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다"고 규정하고 있다.

### 가. 민사의 의미

여기에서 민사라 한다는 민법에 의하여 규율되는 사항을 말한다. 원래 민사라는 말은 민사책임, 민사사건, 민사법원, 민사소송, 민사판례, 민사법, 민사령, 민사특별법 등 다양하게 쓰이고 있다. 또한 형사에 대응하여 민사는 민법, 상법 등 실체사법의 규율대상인 평등한 사인 상호간의 생활관계 즉 사법관계를 통괄하는 의미한다. 그리고 상사에 대응하여 민사는 상사를 제외한 그 밖의 私法관계를 지칭한다. 결국 민사라는 말은 널리 사법관계에 관하여라는 의미이다.

### 나. 법률의 의미

헌법이 정하는 절차에 따라서 제정 공포되는 "형식적 의의에 있어서의 법률"로 해석하는 것이 원칙이다. 그러나 이럴 경우 법률, 관습법, 법률이외의 제정법 순위로 법원이 적용되어야 한다는 결과를 초래하여 성문법주의에 반하게 된다. 결론적으로 제1조의 법률은 성문법 내지 제정법을 가리키는 것으로 보아야 한다. 관례도 제정법을 가리키는 것으로 해석하고 있다(대판 1983.6.14, 80다3231).

다. 법원의 적용순위는 성문법인 법률, 관습법, 조리의 순서로 재판의 준칙이 된다.

## 제2관 성문민법

## I. 법률

가. 법률은 일반적으로 법과 같은 뜻으로 쓰이지만 국회에서 의결되어 대통령이 공포한 것만을 뜻하며 헌법보다 하위의 효력을 갖는다.

나. 민법전은 가장 중요한 민사에 관한 법원이다.

다. 민법전 이외의 법률로서 민사특별법과 민법부속법률 등이 있다.

1) 민사특별법은 민법전 제정 후 사회정세의 변천에 대처하기 위하여 특별한 사항에 관하여 제정한다. 민법총칙과 관련한 것으로 부채선고등에 관한 특별조치법, 공익법인설립, 운영에 관한 법률이 있고, 물권법과 관련한 것으로 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률, 입목에 관한 법률, 공장 및 광업재단저당법, 가등기담보 등에 관한 법률, 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률, 신탁법, 외국인토지법, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률 등이 있다. 채권권법과 관련한 법률은 (구)이자제한법, 신원보증법, 약관의 규제에 관한 법률, 실화책임에 관한 법률, 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법, 자동차손해배상보장법, 원자력손해배상법, 제조물책임법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 등이 있고, 가족법과 관련한 법률로는 혼인신고특별법, 모자보건법 등이 있다.

2) 민법부속 법률은 민법전에 규정된 실제적인 민법법규를 구체화하여 실현하기 위한 절차를 규정하는 것으로, 가족관계의 등록 등에 관한 법률, 부동산등기법, 공탁법, 유실물법, 부동산등기특별조치법, 비송사건절차법 등이 있다.

3) 공법 중에도 민사관계를 규율하는 것이 다수 있다. 즉 농지법, 특허법, 저작권법, 광업법, 수산업법, 산림법, 도로법, 하천법, 토지수용법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 환경정책기본법 등이 그것이다.

## II. 명령과 규칙

### 1. 위임명령과 집행명령

입법기관인 국회의 의결을 거치지 않고 다른 국가기관에 의해서 제정된 법규를 명령으로서 위임명령과 집행명령이 있다. 명령에 민사에 관한 규정이 있으면 역시 法源이 된다. 위임명령은 법률에 의하여 위임된 사항을 정하는 명령(민법 제312조의2 단서의 시행에 관한 규정, 1984년 대통령령 1149호)이다. 집행명령은 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 세칙을 정하는 명령으로 대통령령(시행령), 국무총리(총리령), 부령(시행규칙)을 말한다.

### 2. 대법원 규칙

대법원은 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 108조). 대법원규칙 중 민사에 관한 규칙이 있으면 역시 法源이 된다. 부동산등기법시행규칙, 입목등기처리규칙, 공탁금의 이자에 관한 규칙, 공탁사무처리규칙, 공탁금의 이자에 관한 규칙, 가사소송규칙, 민사소송규칙 등이 있다.

### 3. 조례나 자치규칙

지방자치단체의 조례나 규칙도 드물지만 민사에 관한 규칙이 있으면 역시 法源이 된다.

## III. 조약

헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을

가지며(헌법 제6조 제1항) 비준, 공포된 조약으로서 민사에 관한 것은 법률과 동일한 효력을 가지는 법원이 된다.

### 제3관 불문민법

#### I. 관습법

##### 1. 의의

사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 법적 인식에 의하여 법적 규범으로 승인 강행되기에 이른 것이다. 법의 가장 직접적이고, 근원적인 발현형식인 관습법은 자연발생적 규범이어서 그 성립시기를 확정하는 것에 어려운 점이 있다. 사회유동성의 필연적인 결과에 따라 아무리 완벽한 법이라도 관습법이 생겨나는 것을 막지 못한다.

##### 2. 성립요건

첫째, 관행이 존재하여야 한다. 즉 사회구성원 사이에 어떤 사항에 대하여 일정기간동안 동일한 행위가 반복되는 관행 혹은 관습 등 일종의 사회규범이 존재하여야 한다.

둘째, 다수설인 법적확신설에 의하면, 관행이 법규범이라고 일반에 의하여 인식하는 사회구성원의 법적 확신이 있을 때에 비로소 관습법으로 성립하는 것으로 본다. 근대 국가에서는 법을 집행하는 국가가 그것을 관습법으로 인정하는 때 즉 구체적으로는 법원에서 판결로 관습법의 존재를 인정하는 때에 비로소 관습법으로 성립한다.

셋째, 관행이 전체 법질서 및 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않아야 한다.

##### 3. 판례상 인정된 관습법

명인방법, 관습법상 법정지상권, 분묘기지권, 명의신탁, 동산의 양도담보, 사실혼 등이 있다. 그러나 근린공원이용권, 사실상의 소유권, 온천권, 사도통행권 등은 판례가 인정한 관습법이 아니다.

###### 가. 明認方法

수목의 집단이나 미분리 과실(과수의 열매, 엽연초, 桑葉, 立稻)을 토지와는 독립하여 거래하고자 할 때 그 공시방법으로 명인방법이 있다. 이는 제3자가 명백하게 인식할 수 있도록 공시하는 방법으로, 수목의 집단의 경우 수피를 깎아서 소유자의 성명을 목서하거나 미분리과실의 경우에는 논, 밭 주위에 새끼를 둘러치고 소유자의 성명을 표시한 목찰을 세우는 방법 등이다.

###### 나. 관습법상 법정지상권

토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 매매 기타의 원인으로 양자의 소유자가 다르게 된 경우 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 없는 한 건물소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물을 위한 법정지상권을 갖는다.

###### 다. 분묘기지권

타인의 토지에 墳墓를 설치한 자는 일정한 경우에 그 분묘기지에 대하여 지상권(민법 제

279조)에 유사한 분묘기지권을 취득한다.

#### 라. 명의신탁

명의신탁이란 당사자간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기 명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매의 형식으로 이전하여 두는 것을 말한다. 이는 일제시대 종종 소유의 부동산을 등기하는 과정에서 발생하여 계속 유지해 오고 있으며, 현재는 부동산 실권리자명의등기에 관한 법률에 따라 엄격하게 규율을 받고 있다.

#### 마. 동산 양도담보

양도담보는 담보의 목적으로 권리이전의 형태를 취하는 비전형 담보제도이다. 종래에는 신탁적 양도설이 형성되었는데 가등기담보등에 관한 법률이 제정되면서 일정한 양도담보에 대해서는 동법의 규율을 받고 있다.

#### 바. 사실혼

사실혼이란 사실상 혼인생활을 하고 있지만 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’상 혼인신고를 하지 않아서 법률상 혼인으로서 인정되지 않는 부부관계를 말한다. 대체로 혼인에 준하는 효과를 부여하지만 중혼, 가족관계 등록의 변동, 친족관계, 상속권 등이 인정되지 않는다.

### 4. 관습법과 구별되는 것

#### 가. 사실인 관습

법적확신이 부족하여 관습법에까지는 이르지 못한 경우이다. 민법 제106조는 ‘법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다’고 규정한다. 즉 임의규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 않은 때에는 그 관습을 법률행위 해석의 표준으로 삼는다.

##### 1) 종종 대표자 선출

종중의 대표자를 선출하는데 宗長 또는 門長이 없으면 가장 높고 나이가 많은 年高行尊者 되는 것이다(대판1987.6.2386다카2654)

##### 2) 매매대금 결제

주택부금을 받은 주택을 매매하는 경우 매수인은 매매대금에서 이를 공제하고 매도인은 지급한 원금을 매매대금에 포함하여 결제하는 것이 거래의 관행이다.(대판 1989.11.14 89다카227)

##### 3) 컨테이너 사용료

보세운송업체에서 통관절차에 소요되는 일정은 3일로 보아 별도로 사용료를 받지 아니하나, 3일이 경과하였을 때는 시간에 따라 운송료외에 별도로 컨테이너 사용료를 받는 사실상의 관습이 있다(대판 1991.4.26 91다1523).



#### 나. 관습

민법 자체에서 민법에서 정한 규정과 다른 관습이 있는 경우에 그 관습에 의하도록 규정한 것들인데, 주로 상린관계이다(민법 제224조, 229조제3항, 234조, 237조 제3항, 242조 제1항, 290조, 302조, 532조, 568조 2항, 656조).

#### 다. 주장·입증책임

관습법은 법이므로, 법의 존재와 내용에 대한 당사자의 주장입증 없이 법원이 적용가능하다. 관습은 일종의 경험칙으로 보아 원칙적으로 당사자의 주장입증이 필요하나, 법원에서 이와 다르게 판단할 수 있다. ‘사실인 관습은 일상생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속하는 것으로 그 유무를 판단한다에는 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관 스스로의 직권에 의하여 판단할 수 있다’(대판 1977.4.12.76다1124).

### 5. 관습법의 효력

#### 가. 의의

관습법은 법원이므로 당사자의 주장이나 증명을 기다리지 않고 법원이 직권으로 확인하고 적용하여야 한다. 다만, 법원이 관습법의 존재를 알지 못하는 경우에는 당사자가 적극적으로 이를 주장하고 입증할 필요가 있다.

#### 나. 성문법과의 우열

관습법이 성문법과 대등한 효력을 가지며 성문법을 개폐할 수 있는지 또는 성문법이 없는 경우에 한하여 이를 보충하는 범위에서만 기능을 하는지에 대하여 견해가 대립된다.

##### 1) 보충적 효력설(다수설, 판례)

관습법은 제1조의 규정상 법률의 규정이 없는 사항에 한해 보충적으로 적용된다. 기존의 법률의 규정과 다른 내용의 관습법은 법으로서 효력을 가질 수 없다고 한다.

##### 2) 대등적 효력설(김증한, 김학동, 김용한)

사회의 변천에 따라 기존의 법률과 배치되는 관습법이 성립하면 신법우선의 원칙에 따라 관습법이 우선 적용된다는 견해이다.

다. 판례는 “가정의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적, 보충적 성격에 비추어 허용될 수 없다”(대판 1983.6.14 80다3231고 한다.

[관습법과 사실인 관습에 대하여] 대판 1983.6.14. 80다3231

[1] 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충한다에 그치는 것이다.

[2] 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증에 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장, 입증할 필요가 있다.

[3] 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석 기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결한다가 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다.

## 다. 관습법과 사실인 관습의 관계

### 1) 의의

관습법은 제1조가 법원으로 규정하고, 사실인 관습은 제106조가 규정하고 있다. 제1조에 의하면 법률(강행규정, 임의규정 포함), 관습법의 순으로 적용되고, 제106조에 의하면 강행규정, 사실인 관습, 임의규정 순으로 적용된다. 이를 살펴 보면 강행규정, 사실인 관습, 임의규정, 관습법 순으로 적용되어야 하는 모습이 생기게 된다. 이에 학설은 법적 확신을 취득한 관습법보다 임의규정이 우선하는 결과가 생기며, 법적 확신을 취득하지 못한 사실인 관습은 임의규정에 우선하는 모순이 생긴다고 한다.

### 2) 학설 및 판례

판례는 관습법과 사실인 관습을 구별하는데 비하여(대판 1983.6.14. 80다3231), 학설은 대체로 양자의 구별을 부정하고 있다.

가) 제106조의 사실인 관습은 임의규정에 우선하여 적용되는 재판규범으로 되므로 관습법과 다르지 않고, 사실인 관습과 관습법도 제106조의 관습에 해당하며 모두 임의규정에 우선하여 법률행위 해석의 기준이 된다는 입장(곽윤직 322)과

나) 관습법과 사실인 관습도 법규범이며, 관습법은 강행법규적 관습법규범이고 사실인 관습은 임의법규적 관습법규범이라는 입장이 있다(김증한 222).

## II. 조리

법관이 구체적인 사건에 대하여 재판을 할 경우 법률이나 관습법 등 재판규범이 없을 때에도 법관은 재판을 거절할 수 없으므로 이런 경우에는 조리에 따라 판결하여야 한다.

### 1. 의의

조리라 한다는 ‘사물의 도리’를 말한다. 이를 사물의 본질적 법칙, 사물자연의 이치, 또는 사람의 이성에 기하여 생각되는 규범인 경험칙, 사회통념, 사회적 타당성, 신의성실, 사회질서, 형평, 정의, 이성, 법에 있어서의 체계적 조화, 법의 일반원칙 등으로 표현한다.

### 2. 조리의 법원성

조리를 法源으로 인정할 것인가 여부로, 이는 민법 제1조의 ‘조리에 의한다’는 의미에 관한 해석의 문제이나, 논쟁의 실익은 없다.

#### 가) 긍정설 : 다수설 및 판례

민법 제1조를 근거로 조리를 법이라고 보는 견해이다(김기선, 김상용, 이은영).

#### 나) 부정설 : 소수설

법은 아니지만 法院에 의해 적용되는 것이라고 보는 견해이다(고상룡, 곽윤직, 이영준). 이는 조리가 불가피하게 법의 흠결을 보충한다는 의미이며, 법이 없더라도 무엇인가를 적용하여 재판을 해야 하기 때문이다.

### III. 판례

#### 1. 판례의 法源性

##### 가. 의의

판결은 법원의 구체적인 사건에 대한 판단으로서 일정한 형식을 취하고 있는 것이며, 판례는 법원이 구체적인 사건의 처리 결과인 판결에서 보여주고 있는 이론 또는 법칙이라고 할 수 있다. 따라서 동종 유형의 사건에 대하여 동일한 결론 내지 법률구성을 취한 판결이 수 개 존재하는 경우에 한하여 이를 판례라고 할 수 있다. 영미법계 국가에서는 판례가 선례 구속성의 원칙(doctrine force of the precedent)에 따라 가장 중요한 法源이나 우리나라는 판례의 법원성을 부정하고 있다.

##### 나. 학설의 태도

판례가 민법의 법원이 될 수 있는가 즉 추상적이고 일반적인 법규범이 될 수 있는가 여부에 대하여 학설이 나뉘지만 대체로 법원성을 부정한다.

##### 1) 적극설(긍정설) (김중환, 김학동, 김준호, 고상룡)

실질적으로 같은 사건에 대하여는 법적 안정성을 위하여 가능하면 같은 법적 취급이 필요하고, 대법원 전원 합의체를 통한 판례의 변경도 쉽지 않다. 또한 판례는 법원을 기속하는 측면이 있고, 따라서 판례는 일반인이 행위를 한다면 있어서 규범처럼 기준이 된다. 법원조직법 제8조에 의해 구체적인 당해 사건에 관하여는 상급법원의 판단이 하급심을 구속하나, 다른 사건에 그 결정을 적용하여야 할 법률상의 의무는 없다.

##### 2) 소극설(부정설) (곽윤직, 김용한, 장경학, 이은영)

판례가 일반적 규범이 아니고, 구체적 사안에 대한 해결 결과에 불과하며 법이 아님은 명백하다. 재판은 현존하는 법을 사안에 적용할 뿐 스스로 법을 정립하는 작업이 아니며, 이는 삼권분립에 위배될 수도 있다. 법원의 재판으로 선례가 많아지더라도 그것이 바로 법으로 되지는 않는다. 결국 판례는 법원은 아니나, 법의 해석 적용에 있어서 사실상 중요한 힘을 발휘한다. 즉 판례의 구속력은 사실상의 그것이고, 법률상의 그것은 아니지만 실제로 법적 구속력에 버금가는 것이다.

### IV. 헌법재판소 결정

헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하므로(헌법재판소법 제47조 제2항), 민사에 관한 헌법재판소의 결정은 민법의 법원이 된다.

### 제3절 민법전의 성립

#### I. 민법의 연혁

##### 1. 조선 초기의 민사법

우리나라는 역사적으로 볼 때 私法에 관한 한 불문법 국가라고 할 수 있다. 토지매매, 임

대차, 상속 등 민사관계법은 대체로 삼국시대부터 관습법으로 존재하여 오다가 조선시대에 이르러 경국대전(1485년)에 최초로 민사에 관한 법규를 찾아 볼 수 있다. 이런 경우에도 공법 위주의 각종 법전 속에 私法的 규정이 단편적으로 흩어져 있다. 戶典에는 토지, 가옥, 노비, 우마 등의 매매에 관한 규정이 있고, 토지, 가옥, 부동산을 매매할 경우에는 등기에 해당하는 立案에 관한 규정이 있다. 禮典에는 상복제도(친족의 범위), 奉祀(제사 상속), 입양(양자제도), 혼인 등 친족 상속에 대한 규정이 있었다. 민사에 관한 제정법이 있다고 하더라도 대부분은 관습법의 형태로 존재하였다.

## 2. 조선말기의 근대 민사관계의 입법 시도

1894년 갑오경장 이후 대한제국은 민사에 관한 근대법을 제정하려고 하였다. 즉 개혁정치의 강령인 홍범 14조 공포를 공포하여 그 중 13조는 민법과 형법을 제정하여 인민의 생명과 재산을 보전한다고 선언하였다. 법부 내에 ‘법률기초위원회’를 설치하여 형법, 민법, 상법, 治罪法, 소송법 등을 제정하는 법안을 기초토록 하였으나 실패하였다.

## 3. 일제하의 민법전

일제는 1908년 법전조사국 설치하여 민사 및 상사에 관한 관습을 조사하였다. 1912년에 조선민사령을 제정, 공포하였는데 이것이 우리나라의 민사기본법이 되고 말았다. 동령 제1조는 조선의 ‘민사에 관한 사항은 본령 기타 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 左記의 법률에 의한다’고 하고 그 법률로서 일본 민법, 상법, 신탁법 등 23개 법률을 들고 있고, 다만, 친족 상속은 우리나라 관습법이 적용되도록 하였다. 따라서 일본 민법(구민법, 의용민법)이 우리나라에 전면적으로 시행되었으며, 어쩌든 우리나라 최초로 시행된 근대 민법전이라는 점에서 의의가 있다.

## 4. 미군정하의 민법전

1945년 광복 후 미군정당국은 군정령을 발표하여 규칙, 명령, 고시 등 일제시대의 법령을 대부분 효력을 그대로 인정하였다. 따라서 의용민법이 민법전이 제정될 때까지 계속적인 효력을 가지게 되었다.

## 5. 현행 민법의 제정

정부는 1948.9.15에 법전편찬위원회의 직제를 공포하고, 법전편찬위원회는 민법을 총칙, 물권, 채권, 친족, 상속의 5개 부분으로 나누어 기초를 하였으나 6.25동란으로 인하여 어려움을 겪다가 1953.9.30일에 김병로 대법원장이 민법초안을 정부에 제출하게 되었다. 1954.9.30일에 국무회의를 통과한 후 1954.10.26 초안에 제한 이유를 붙여 정부안으로 국회에 이송하였다. 1957.12.17에 국회를 통과한 민법은 본문 1111개조, 부칙 28개조로 구성되었다. 1958.2.5 정부에 이송되어 1958.2.22 법률 제471호로 공포되었으며, 1960.1.1부터 시행되었다. 현행 민법은 사회현상을 반영하여 지금까지 여러 차례 개정을 통하여 많은 조항들을 신설, 개정, 삭제하여 오늘에 이르고 있다.

## II. 민법전의 체계

### 1. 민법전의 구성

우리 민법전은 총칙, 물권, 채권, 친족, 상속의 5편으로 구성되어 있다. 재산법을 물권과 채권으로 대별하고 가족법을 친족과 상속으로 나누는 한편 민법전체에 통하는 통칙적 규정이 설정되었다. 이러한 총칙편의 설정은 19세기에 제정된 독일 민법전의 영향을 받은 것으로 이를 판덤펜 체계(Pandekten System)라고 한다.

#### 가. 민법전의 편별 방식

독일적인 판덤펜체계는 1863년 삭센 민법이 처음으로 채용한 후에 독일의 민법전과 일본의 민법에 채용되었다. 우리 민법에도 영향을 주어 민법전을 민법총칙, 물권, 채권, 친족, 상속의 5편으로 나누었는데 논리 체계가 정연한 것이 장점이다. 이에 대하여 로마적인 인스티튜치오넨 체계(Institutionen System:법학제요)체계는 동로마 유스티니아누스 황제가 법학자 Gaius (AD180이후 사망)의 저서를 모범으로 하여 작성하였는데 人, 物件, 訴權으로 3분하는 편별법이다. 이는 권리의 주체, 권리의 객체, 권리의 변동 순으로 구성되는 민법총칙의 체계가 이와 유사한데, 오늘날 프랑스 민법이 채택하고 있다.

#### 나. 민법전의 개괄적 내용

1) 물권을 규율대상으로 하는 제2편 물권법은 물권의 발생, 변경, 소멸 등 물권의 변동을 다루고, 이어서 소유권, 점유권, 제한물권을 규정한다. 제한물권으로는 목적물을 배타적으로 사용·수익하는 것을 내용으로 하는 용익물권과 채권을 담보하는 담보물권이 있다.

2) 채권관계를 규율대상으로 하는 제3편 채권법은 크게 둘로 구분된다. 제1장의 채권총칙 부분은 각종 채권관계에 공통되는 사항을 규정하고 있다. 제2장부터 제5장은 채권각칙으로 각종 채권을 발생시키는 원인 및 그 내용을 규정하고 있다.

3) 부부와 미성년의子を 중심으로 하는 제4편 친족법은 혼인 및 친자관계와 제한행위능력자를 위한 후견과 친족간의 부양관계도 규정하고 있다.

4) 상속문제를 규율대상으로 하는 제5편 상속법은 사망시 재산이 일정한 사람에게 승계되는 법률관계를 규율한다.

### 2. 민법총칙의 구성

민법이 권리 중심의 체계를 취하고 있기 때문에 민법총칙은 권리의 주체 및 권리의 객체, 권리의 취득, 변경, 소멸에 관한 규정으로 나누어져 있다. 제1장의 통칙은 민법의 법원, 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙으로 민법 전체에 통하는 조항으로 규정되어 있다. 제2장의 인과 제3장의 법인은 권리의 주체에 관한 규정이다. 제4장 물건은 권리의 객체에 관한 규정이고 제5장 법률행위는 권리의 득실변경에 대한 가장 중요한 제도이고, 제6장 기간과 제7장 소멸시효도 권리변동에 관계되는 규정이다.

### 3. 민법총칙의 지위

가. 민법총칙은 체계상 재산법과 가족법에 통용되어야 하지만 총칙으로서 성격이 강한 법률행위에 관한 규정들이 대체로 재산관계에 적용되고, 법인에 관한 규정도 재산에 관한 것이어서 실제로 재산법의 총칙으로서 기능한다.

나. 민법총칙의 개념들은 추상적인 것들이기 때문에 구체적인 법제도와 결합되어야 현실적인 의미를 가지게 된다. 법률행위의 개념도 실생활에서는 그 자체로 존재하지 않으며 계

약의 형태로 구체화되는 경우에 의미를 갖게 된다.

## 제4절 민법의 기본원리

### 제1관 헌법과 민법의 관계

우리 민법은 신의성실이라든가 권리남용금지와 같은 원칙을 제외하고는 민법의 기본원리가 법조문상 명확하게 규정되어 있는 것이 아니다. 그렇지만 민법은 여러 내용들을 단순히 집약한 것이 아니고 기본원리에 따라 체계적으로 만들었다. 다만, 무엇을 기본 원리로 볼 것인가는 학자에 따라 견해가 나누어질 수 있다.

우리 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권, 헌법 제23조는 재산권의 보장과 한계, 헌법 제34조 제1항은 인간다운 생활보장을 선언하고 있다. 이러한 원칙하에 민법 제2조는 신의성실의 원칙과 권리남용금지원칙 등을 천명하고 있다.

### 제2관 근대 민법의 원리

#### I. 서설

봉건제도를 붕괴시키고 탄생한 근대사회는 그 구조를 보다 공고히 하기 위하여 기초법으로서 근대 민법을 만들었다. 19세기의 시대 사조인 개인주의, 자유주의를 바탕으로 개인의 자유와 평등을 강조하고 그 자유로운 활동을 보장하는 것을 지도원리로 삼았다. 즉 근대 민법은 인격절대주의를 배경으로 하는 개인주의적 법원리에 의하여 그 체계를 수립하고, 이를 최고의 원리로 세웠다. 이를 세분하면 우선 모든 개인은 태어날 때부터 봉건적이고 신분적인 제한으로부터 완전한 자유를 누리고, 서로 평등하며, 아울러 이성적이면서 한편 이기적인 추상적인 개인인 인격자(person)로 보았다. 이와 같은 자유인격의 원칙을 실현하기 위하여 구체적인 원칙을 인정하고 있다. 권리평등의 원칙, 사적자치의 원칙, 사유재산권존중의 원칙, 과실책임의 원칙 등이 그것이다. 이러한 원리하에서도 거래안전, 사회질서, 신의성실, 권리남용금지의 원칙은 존재한다.

#### II. 근대 민법의 원리

##### 1. 권리능력평등의 원칙

모든 개인은 누구나 할 것 없이 법률상 평등한 권리능력 즉 권리의 주체가 된다. 노예(권리무능력자), 농노(제한 권리능력자), 기타 국적, 신분, 계급, 남녀노소를 불문하고 모든 자연인은 권리의 주체가 된다. 우리 민법 제3조는 이 원칙을 선언하고 있다.

##### 2. 소유권절대의 원칙(사유재산권 존중의 원칙)

봉건사회의 신분적 종속관계로부터 해방된 개인은 이제 타인의 보호를 받아서 생활하지 못하고, 자기 책임하에서 생활을 영위해 나가야 한다. 결국 개인이 의지할 것은 자기의 財貨뿐이다. 따라서 재화에 대한 완전한 지배 및 불가침을 인정하고 있다. 각 개인의 사유재산

권에 대한 절대적 지배를 인정하고 국가, 개인 등 누구의 방해나 침해도 받지 않고 자유롭게 목적물을 지배하고 그 권리를 행사하는 것을 인정해야 한다는 원칙을 사유재산권의 존중의 원칙, 소유권 절대의 원칙이라고 한다. 이 원칙이 인정될 때에 개인은 비로소 자기의 재화를 마음껏 지배하게 된다. 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 선언하고, 민법 제211조도 “소유자는 법률의 범위내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 원칙을 선언하고 있다.

### 3. 사적 자치의 원칙(계약 자유의 원칙)

근대사회는 개인의 자유를 최대한 보장하고, 개인에 대한 국가적 후견을 배제하는 자유의 관념을 매우 중요시 한다. 즉 법률관계를 형성하는 중심적 수단이 개인의 의사라는 것을 파악하고 개인의 의사실현에 중점을 두고 있다. 사적자치의 원칙이란 개인이 자기의 법률관계를 그의 자유로운 의사에 의하여 형성할 수 있는 것을 인정하는 것을 말한다. 이러한 원칙을 실현하는 법률적 수단이 법률행위이므로 법률행위자유 원칙이라고도 하며, 법률행위 중 계약이 가장 일반적이기 때문에 계약자유 원칙이라고도 한다. 사적자치 원칙의 실현수단으로서의 계약자유 원칙은 계약체결의 자유, 상대방 선택의 자유, 내용 결정의 자유, 계약체결 방식의 자유를 말한다. 경제적인 관점에서는 자유경쟁주의라고 할 수 있으며, 이러한 원칙이 인정됨으로써 사람들은 창의력을 최대한 발휘하게 되어 자본주의 사회가 급속도로 발전하게 되었다.

### 4. 과실책임의 원칙(자기책임의 원칙)

개인이 어떤 행위를 하였을 경우에 그 행위로 인하여 타인에게 손해가 발생한 경우에도 항상 그 손해를 배상하여야 하는 것은 아니고, 가해자가 고의, 과실에 의한 경우에만 손해배상책임을 부담하는 원칙을 말한다. 따라서 고의, 과실이 없는 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다. 개인은 자기의 고의나 과실에 의한 행위에 대하여만 책임을 지고, 타인의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다는 의미에서 자기책임의 원칙이라고도 부르며, 특히 채권법에서 중요하다. 민법 제390조 및 제750조는 이러한 원칙을 규정하고 있다. 근대사회에서 기업이 크게 발전한 것은 이 원칙에 따른 바가 크다.

[용어정리] 고의와 과실

#### 1. 개념

고의(故意)는 자기의 행위로부터 일정한 결과가 생길 것을 인식하면서 감히 그 행위를 하는 것이다. 과실(過失)은 그 일정한 결과의 발생을 예견하였어야 한데도 불구하고 부주의로 말미암아 인식하지 못하는 것을 말한다. 즉 고의는 인식 또는 예견한 결과를 감히 만들어 낸다는 심리적 의식의 상태이고, 과실은 상당한 주의의 부족이다.

#### 2. 과실의 유형

가) 경과실(輕過失)과 중과실(重過失)은 부주의의 정도의 가벼움과 무거움에 의하여 구별한다. 경과실은 다소라도 주의가 부족한 경우이고, 중과실은 현저하게 주의가 부족한 경우이다. 민사책임의 성립요건으로서 과실이 있기만 하면 되기 때문에 대개 과실이라 하면은 경과실을 뜻한다. 민법상 중과실이 필요한 경우에는 중대한 과실이라고 표현한다(민법 109조 제1항 단서, 제735조).

나) 추상적 과실과 구체적 과실은 주의의무의 종류에 따라 구별한다. 추상적 과실(抽象的 過失)에 있어서 注意는 그 사람이 속하는 사회적 지위, 직업 등에 따라서 일반적으로 요구되는 정도의 주의이다. 즉 구체적인 사람에 의한 개인적인 차이가 인정되지 않고, 일반적으로 평균인에게 요구되는 주의가 기준이다. 이를 善良한 관리자의 주의 또는 善管注意라고 한다(제374조). 구체적 과실(具體的 過失)에서의 주의를 구체적인 사람에 의한 개인적인 차이가

인정된다(제695조, 제922조, 제1022조).

### 3. 민법상 의미

민법상 규정에서는 단순히 과실만을 의미하고 고의는 당연히 포함되는 것으로 보는 것이 원칙이다. 즉 사법상의 책임 요건으로서 고의와 과실을 구별하지 않고, 책임의 輕重도 인정하지 않으므로 같게 평가된다. 한편, 민법의 대상은 합리적, 추상적인 사람이므로 민법상 주의는 선관주의가 원칙이고, 과실일 경우 추상적 경과실을 의미한다. 또한 민법에서는 구체적 경과실을 요건으로 하는 규정이 없으므로, 구체적 과실일 경우에는 구체적 경과실을 의미한다.

## 제3관 현대 민법의 원리

### I. 서설

20C에 들어와 자본주의가 고도로 발전되자 독점화가 진행되고, 경제적 자유주의에 대한 비판이 강하게 일었다. 부익부 빈익빈 현상이 대두되어, 실질적으로 불평등이 고조되고, 복지국가의 사상이 강력히 제창되었다. 이에 따라 근대 민법의 기본원리는 새로운 상황을 맞이하게 되었다. 구체적인 현실에서 보면 개인은 자유, 평등한 인격으로 보기 어려우며, 사회적, 경제적으로 많은 차이가 있게 마련이다. 따라서 사람을 추상적 인격자로 파악하기 보다는 구체적인 사람으로 보고, 그러한 구체적인 사람에게 실질적인 자유와 평등을 보장하여 사람다운 생존을 실현하는 것이 현대 민법의 원리로서 요청되었다. 즉 개인의 행복이나 이익의 추구보다는 공공이라는 사회적인 공동의 행복과 이익을 추구하는 공공복리가 최고의 이념으로 되었다. 공공복리의 실천원리인 거래안전, 사회질서, 신의성실, 권리남용금지 등은 민법의 근본 이념이 되었다.

### II. 민법의 수정원리

#### 1. 권리주체의 확대

권리능력평등의 원칙에 따른 인격의 자유, 평등이라고 하여도 그러한 원칙만으로는 경제적 약자를 보호하지는 못한다. 따라서 추상적, 관념적, 형식적 의미보다는 실질적인 의미의 자유, 평등이 되도록 하는 것이 중요하다. 노동법 등 사회법과 독점규제 및 공정거래에 관한 법, 약관규제법 등 경제법 그리고 소비자보호법, 환경법 등의 출현으로 추상적인 법인격으로부터 구체적인 법인격으로 수정되어 가고 있다. 아울러 자연인외에 회사 등 각종 단체에 일정 요건하에서 법인격이 주어지고, 이러한 법인격체들이 사회적으로 커다란 역할을 담당하고 있다.

#### 2. 사유재산권의 공공복리적 제한(소유권상대의 원칙)

자본주의 경제발전으로 다소의 폐해 발생하였다. 따라서 소유권은 공공복리에 의한 제한을 받게 됨으로써 소유권을 제한하는 강행법규가 날로 늘어가게 되었다. 헌법 제23조는 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하도록 하고 그 행사를 공공복리에 적합하도록 하고 있다. 민법 제211조도 소유권의 사용, 수익, 처분을 법률의 범위내로 정할 수 있다고 하여 직·간접적으로 제한할 수 있도록 선언하고 있다.

#### 3. 계약자유에의 제한(계약정의의 원칙)

자본주의의 발달로 빈부의 격차가 늘어나게 되어 불평등을 초래하였다. 이에 국가는 실질



적인 평등을 확보하기 위하여 계약자유의 원칙에 적극적으로 개입하기에 이르렀다. 국가기관의 개입으로 인간다운 생활의 보장을 위하여 사회법이 출현하였고, 자본주의 경제의 원활한 운영을 위해서 경제법이 등장하였다. 국가기관의 개입은 그 목적이나 방식이 매우 다양하나 우선 법원의 개입과 입법의 개입으로 구분해 볼 수 있다. 법원의 개입은 계약조항의 무효화, 계약조항의 해석, 공서양속 조항의 적용 등으로 불합리한 계약조항이나 조건을 부정하거나 무효화하는 것이다. 입법상 개입은 사법적 규제와 공법적 규제로 구별할 수 있다. 사법적 규제는 주택임대차보호법 등과 같이 법률로 계약조항을 무효화 시키거나 변경청구권을 부여하는 방식이다. 공법적 규제는 계약체결시 행정관청의 허가 또는 인가를 얻도록 하고, 이를 위반한 경우에 처벌(과태료)하는 방법이다.

#### 4. 무과실책임원칙의 도입

자본주의의 경제가 발전함에 따라 기술의 고도화로 인하여 대규모의 재해가 발생하게 되자 위험책임론이 대두되었다. 즉 재해발생에 따른 피해자의 구제, 손해의 공평한 분담이라는 측면에서 가해자는 비록 과실이 없다고 하여도 손해배상책임을 부담해야 한다는 요청이 강하게 제기되고 있다. 이에 자동차손해배상보장법, 원자력손해배상법, 유류오염손해배상보장법, 토양환경보존법, 환경정책기본법 등 과실책임을 크게 수정하거나 처음부터 이를 부정하는 특별법이 출현하는 한편, 과실에 대한 입증책임의 전환, 표현증명, 고도의 주의의무 요구 등을 통하여 과실책임을 가지는 결함을 시정하고 있다. 민법 제755조(책임무능력자의 감독자의 책임), 제756조(사용자 책임), 제759조(동물점유자의 책임)를 통해서 구비요건 완화시키고, 공작물소유자에게 무과실책임을 인정하고 있다(제758조 1항).

### III. 신뢰의 보호

#### 1. 의의

민법에 있어서의 진정한 권리자를 보호할 것이냐 아니면 거래안전(선의의 제3자)를 보호할 것이냐가 쟁점이 되는데 이러한 경우 원칙적으로 진정한 권리자를 보호하고, 예외적으로 법적 근거가 있을 경우에 한하여 선의의 제3자를 보호하여야 할 것이다. 재산법의 영역에서는 신속하고 원활한 거래를 유지하기 위하여, 진정한 권리자를 희생시키고, 거래의 안전을 보호할 필요가 있는 경우에 예외적으로 일정한 권리의 외관을 신뢰한 자를 보호한다. 민법상 신뢰보호의 방법으로 외관에 따른 권리취득을 인정하는 방법(제249조), 외관이 진정한 것이 아님을 대항할 수 없도록 하는 방법(제108조 제2항), 그리고 신뢰상실에 따른 손해배상을 인정하는 방법(대판 2001.7.10. 98다38364) 등이 있다.

#### 2. 신뢰보호의 예

부동산거래영역에서는 우리 민법상 공신의 원칙을 채택하지 않고 있기 때문에 신뢰보호가 부정된다.

##### 가. 표현대리제도

대리권이 없는 자가 대리행위를 하였으나 그가 대리권이 있는 것처럼 보이는 특별한 외관이 있는 경우 그 외관을 신뢰한 제3자에 대하여 본인이 책임을 진다(제15조, 제126조, 제129조).

#### 나. 시효제도

일정한 사실상태가 오래 지속되면 정당한 권리관계와 무관하게 이를 정당한 권리관계로 알고 그를 기초로 다시 새로운 법률관계를 형성하는 경우가 있다. 민법은 이러한 신뢰를 보호하기 위하여 소멸시효(제162조 이하)와 취득시효(제245조)의 시효제도를 두고 있다.

#### 다. 동산의 선의취득제도

평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의, 무과실로 그 동산을 점유할 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 양수인은 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다(제249조).

### IV. 수정원리의 한계

현대 민법에서 자유와 실질적인 평등을 구현하더라도 그것은 어디까지나 소극적, 제한적인 것이므로, 사적자치의 원칙에 대한 제약은 최소한의 최소한도에 그쳐야 한다. 아울러 무과실원칙을 도입하더라도 그것이 불법행위의 영역에서 항상 타당할 수는 없다. 따라서 과실책임주의에 의해서도 피해자의 구제나 손해의 공평한 분담이라는 목적을 이루지 못할 경우에 한하여 예외적, 보충적으로 무과실책임이 인정될 필요가 있으며, 이러한 점은 그 시대정신에 따른 정책적인 판단이 필요할 것이다.

## 제5절 민법의 적용 및 해석

### I. 민법의 적용

#### 1. 의의

##### 가. 법의 적용

법의 적용이란 재판에서 법규로부터 구체적 사안에 대한 구체적인 법적 판단을 도출하는 것을 말한다. 법의 적용이 재판에서만 행하여지는 것은 아니지만 민법에서 법의 적용은 재판에서 거의 이루어진다.

##### 나. 규범의 정립

법의 적용에서 법적용자(법관)의 임무는 주어진 사안을 법규범에 포섭시켜 상위규범인 법규범에 기하여 그 사안을 규율할 하위규범을 정립하는 것이다. 즉 일반적 추상적 당위 명제인 법규로부터 그 사안에 대한 개별적 구체적 당위명제인 재판을 도출하는 것이다.

#### 2. 법적용의 형식

법의 적용은 3단 논법에 의한다. 실제로 발생한 개별적이고 구체적인 생활 사실 즉 사안을 소전제로 하여 이를 추상적 법규범인 대전제에 포섭시켜 결론으로서 재판을 도출하게 된다. 사실의 확정에는 증거에 의하여야 한다. 증명의 부담을 더는 방법으로 추정과 간주가 있다.

### II. 민법의 해석

## 1. 의의

민법의 해석이란 법규가 가지는 의미나 내용을 명백히 확정하는 것을 말한다. 즉 민사법규의 법규범적 의미 내용을 밝히는 것을 말한다. 해석의 목적은 구체적 타당성과 법적안정성에 관한 조화로운 해석이 과제이다. 구체적 타당성은 각각의 사안에 대하여 구체적으로 합당한 결과를 이끌어내는 해석을 말하며, 법적안정성은 민법 규정의 적용할 경우 구체적 당사자와 객체가 다르더라도 결론이 다르지 않은 것을 의미한다.

## 2. 해석의 모습

민법의 해석은 그 주체에 따라 유권해석과 무권해석으로 나누어진다. 유권해석 즉 공권적 해석은 입법적 해석, 사법적 해석과 행정적 해석이 있다. 입법적 해석은 법규의 특정용어의 뜻을 다른 법규로 확정하는 것이다. 이는 성문법규로써 성문법규를 해석하는 것으로 절대적인 구속력을 갖는다. 예를 들어 민법 제98조의 물건의 의의를 정의하는 것이 유권해석이다. 그것은 해석이라기보다는 입법 그 자체이며, 그러한 규정을 정의규정이라고 부른다. 학리해석 즉 학설적 해석이란 법원이 하는 해석 또는 재판을 예측해서, 혹은 재판을 지도하려는 생각으로 행하여지는 해석을 말한다.

## 3. 학리 해석

가. 문리해석이란 당해 조문의 통상의 의미에 따라 해석하는 것을 말하며, 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서는 가장 기본적인 해석방법이다.

나. 논리해석이란 민법을 하나의 논리적 체계로 구성하여 각 조문의 위치, 전후의 관계 또는 민법 내지 법질서 전체의 배후에 있는 가치 판단 등을 고려하면서 해석하는 것을 말한다.

다. 반대해석이란 서로 비슷한 A, B라는 두 사실이 있는데 A라는 사실에 관한 규정이 있는 경우에 B에 관하여는 A에 있어서와 반대의 결과를 인정하는 해석을 말한다.

라. 유추해석이란 위에서 B에 관하여도 A와 마찬가지로의 결과를 인정하는 해석을 말한다.

마. 확장해석이란 법규의 내용에 포함되는 개념을 문자 그 자체가 가지는 뜻보다 확장해서 해석하는 것을 말한다.

바. 축소해석이란 조문의 의미를 통상의 의미보다 좁게 해석하는 것을 말한다.

사. 물론해석이란 법의 규정취지로 보아 성질상 관련이 깊은 다른 사항에 대하여도 당연히 당해 법조항이 적용된다고 해석하는 것을 말한다. 예를 들어 어느 공원에 자전거의 출입을 금지하는 표지판을 세웠다면 오토바이도 물론 출입이 금지된다고 해석하는 경우이다.

아. 변경해석이란 법조항에서 사용하는 용어가 분명하지 않거나 부적당하거나 오류가 있어서 해당 조항을 그대로 문리해석을 하면 법의 취지에 맞지 않을 경우에 법의 목적에 맞도록 해석하는 것을 말한다. 예를 들어 민법 제8조의 미성년자에 대한 영업허락의 취소를 철회로 보는 경우이다.

## 4. 해석의 표준

가. 문리해석

우리나라는 성문법주의를 취하고 있기 때문에 먼저 문리해석을 시도하여야 한다. 일반인들이 법률 조항을 읽을 경우에 어떻게 이해하고, 어떤 법률효과를 알고 그러한 법률효과를 기대하는 행위를 할 것인가 또는 피하는 행위를 할 것인지를 해석하는 것이 현대사회에서 가장 중요한 해석의 표준이라 할 수 있다.

#### 나. 논리해석

문리해석의 다음 단계가 논리해석이다. 같은 용어나 표현은 가능한 대로 같은 의미로 해석하고 다른 법조항과의 관련성도 고려하여 법률전체가 가능한 한 논리적으로 모순이 없는 체계를 이루도록 해석하는 것이 논리해석이다. 논리적 체계를 이루기 위해서는 사회 상황에 따른 가치판단의 체계화가 필요하다. 예를 들어 과실이란 용어를 민법(제109조, 제129조, 제245조, 제249조, 제750조 등)과 형법(제266조 내지 제268조 등)에서 쓰이고 있으나 같은 의미로 해석하기 어려운 경우가 있다. 이와 같은 방법으로도 타당한 결론을 얻지 못한 경우에는 당해 법규의 입법취지, 목적을 고려하여 목적론적으로 해석하는 것이 필요하다.

#### 다. 입법자 및 기초자의 의사 탐구

입법자 및 기초자가 법률과 조항을 제정하면서 어떠한 사회관계를 형성하려고 했는지 또는 분쟁을 어떻게 해결하려고 했는지 등을 밝히는 것이 필요하다. 이에 따라 입법이유서나 기초위원의 해설서 등 입법자 및 기초자의 의사가 분명한 경우에는 가능한 한 그 의사를 존중하여 해석하는 바람직스럽다. 물론 입법 당시의 입법자의 생각이 오류가 있는 경우에는 그 의사에 따라 해석하지 않는 것이 좋을 것이다.

#### 라. 가치판단, 이익형량에 의한 해석

이는 민법해석의 최후의 방법이다. 문제가 되는 해당 법률규정을 해석하는 경우 어떤 이익이 대립하고 있는가 또는 어떠한 가치 어떤 사람의 어떤 이익이 어떻게 실현되는가를 가치의 선택을 하여 가치판단을 한다. 결국 어떠한 효과를 갖는가를 철저히 규명하여야 한다. 현실의 사회관계의 분석과 각종 이익을 비교 형량하여 결국 해석자의 가치판단에 의해 타당한 결과를 이끌어 낸다.

#### 마. 헌법 부합적 해석

민법도 헌법의 이념과 정신에 부합되게 해석하여야 한다. 헌법에 반하는 민사규범은 위헌 심판절차에 의하여 효력을 상실당할 수도 있기 때문이다.

[용어정의] 해석과 관련된 법률용어

1) 준용은 입법기술상의 한 방법으로, 필요한 경우에 그 한도에서 변경을 가하여 적용한다는 의미이다. 準用은 유추와 혼용해서 사용되기도 하나 유추는 법해석의 한 방법이지만 준용은 입법기술상의 한 방법이다.

2) 선의와 악의는 어떤 사정에 대한 인식 여부이다. 善意란 어떤 사정을 알지 못하는 것이고, 惡意란 그러한 사정을 알고 있는 것을 말한다. 민법상에는 당사자가 선의인지 악의인지에 따라 법률상의 효과가 다른 경우가 많다(제29조, 제249조, 제748조).

3) 제3자란 원칙적으로 당사자와 그의 포괄승계인외의 모든 자를 지칭하지만 경우에 따라 그 범위가 제한되기도 한다.

4) 對抗이란 법률행위의 당사자가 제3자에게 그 법률행위의 효력을 주장함을 의미한다.

5) 대항하지 못한다는 의미는 법률행위의 당사자가 제3자에 대하여 법률행위의 효력을 주장하지는 못하지만 제3자가 그 효력을 인정하는 것은 무방하다는 것이다.

5) 추정은 반대의 증거가 제출되면 규정의 적용을 면할 수 있지만, 看做는 반대증거의 제출을 허용하지 않고서 법률이 정한 효력을 당연히 생기게 하는 것이다. 우리 민법은 간주조항을 “.....으로 본다”고 표현한다.

## 제6절 민법의 효력

### I. 시기에 관한 효력

일반적으로 법률은 그 효력이 발생한 이후에 생긴 사실에 대해서만 적용되는데 이를 법률 불소급의 원칙이라 한다. 이 원칙은 헌법 제13조가 적용되는 범위내에서는 입법이 제한되지만 그 밖의 경우는 입법으로 소급효를 정하는 가능하다. 현행 민법은 1960.1.1일 부터 시행되고 있으나 민법은 부칙 제2조에서 “본 법에서 특별한 규정이 있는 경우 외에는 본법 시행일 이전의 사항에 대하여도 이를 적용한다”고 규정하여 입법정책상 소급효를 인정하고 있다. 그러나 만일의 경우에 대비하여 기득권을 침해하지 않기 위하여 동조 단서에 “이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니 한다”고 규정하여 불소급의 원칙을 취하고 있다. 결국 민법도 법률불소급의 원칙을 사실상 인정하는 것이라고 할 수 있다.

### II. 사람에 관한 효력

민법은 우리 국민에 대하여 그가 어디에 있건 간에 관계없이 적용된다(속인주의). 또한 민법은 대한민국 영토내에 있는 외국인에게도 적용된다(속지주의). 속인주의와 속지주의를 아울러 쓰는 것이 근대 국가에 있어서 법률적용의 원칙이다. 법률적용시 외국법과 충돌하는 경우에는 국제사법이 준거법이 된다. 그리고 국적의 취득, 상실에 관하여는 국적법이 규정하고 있다.

### III. 장소에 관한 효력

민법은 우리나라 전 영토에 그 효력이 미친다. 대한민국의 영토는 한반도에 미치므로(헌법3조) 북한에도 민법은 적용된다. 다만, 그 적용이 현실적으로 정지되고 있을 뿐이다.