

민법상 조문제목의 법적 효력

- 민법 제정과정상의 문제점을 중심으로 -

고려대학교 연구교수, 제1저자 李 鴻 旼

고려대학교 법학전문대학원 교수, 교신저자 明 淳 龜

논문요약

조문제목은 조문의 표제 또는 표제어라고 하기도 하는데, 그 조문이 무엇에 관하여 규정하고 있는가를 쉽게 알 수 있도록 함과 동시에 법률내용을 찾는 데 편리하도록 하기 위하여 조문의 내용을 간결하게 요약하여 표시한 것을 의미한다. 현재 대한민국 민법전을 비롯하여 우리나라의 법령은 각 조문마다 모두 조문제목이 붙어 있고, 외국의 민법전도 대부분 조문제목을 붙이고 있다. 이러한 조문제목이 그 나름의 역할을 한다는 것에 대해서는 그다지 의문이 없는 것으로 보인다.

그런데 조문제목이 법적인 효력을 갖는지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 1설은 입법자의 의사를 존중한다는 의미에서 그 법적 구속력을 인정한다. 이와 달리 2설은 조문제목에 대해, 해당 조문의 내용파악과 이해에 도움을 줄 뿐이지 조문의 내용을 이루는 것은 아니라는 이유로, 그 법적 효력을 부정한다. 그런데 조문제목을 변경하기 위해서는 결국 법률의 개정절차를 거쳐야 한다는 점에서 2설은 타당하지 않다고 생각한다. 그러나 그렇다고 해도 민법과 관련해서는 1설을 그대로 따르기도 힘들다. 왜냐 하면 다른 법령들에서도 달리 현행 민법전의 조문제목은 그 제정 당시에 절차적으로 정당한 과정을 통해 입법되었다고 보기 힘들기 때문이다.

현행 민법전의 제정과정을 살펴보면, 조문제목이 삽입된 것은 민법안에 대한 국회의 심의 및 의결이 모두 끝난 후, 법제사법위원회의 자구정리 과정에서 비로소 이루어졌다. 그러나 국회 본회의의 심의 및 의결 후 법제사법위원회의 자구정리절차에 일임

* 이 연구는 고려대학교에서 지원된 연구비로 수행되었습니다.

할 수 있는 범위는 당시의 국회법에 따를 때에 '문자의 정정'과 '자구의 정리'에 한정되며, 조문제목의 부기는 포함되지 않는다. 그럼에도 이를 법제사법위원회에 일임한 것은 위원회에 포괄적으로 입법권을 위임한 것이 되어, 국회의 의사를 최종적으로 결정하는 것은 본회의여야 한다는 헌법상 요청에 반하게 된다. 이처럼 민법상 조문제목은 그 입법과정상 절차적 정당성을 결여한 부분이기 때문에, 민법상 조문제목을 법률의 일부로 보는 것은 최근 헌법재판소의 판단에 따를 때에 위헌이라고 할 수밖에 없다.

그러나 조문제목이 갖는 기능이나 다른 법률과의 균형을 고려할 때, 민법상 조문제목의 법적 효력을 부정하는 상태를 그대로 유지하는 것은 곤란하다고 생각한다. 따라서 민법상 조문제목에 대해서는, 절차적 정당성을 확보해 준다는 의미에서의 민법의 전면개정에 의하여 이를 법률의 일부로 명확히 하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그리고 이러한 개정과정에서 그 동안 문제점이 지적되어 왔던 개별적인 조문제목들은 적절한 조문제목으로 바꾸는 것이 타당할 것이다.

[주제어] 조문제목, 민법제정, 민법개정, 자구수정, 절차적 정당성

Heading of the article, Enactment of Civil Code, Amendment of Civil Code, Modification of Wordings, Procedural justice

* 논문접수 : 2012. 8. 3. * 심사개시 : 2012. 8. 8. * 게재확정 : 2012. 8. 28.

目 次

I. 서 설	2. 입법 당시의 상황을 이유로 정당화할 수 있는지 여부
II. 민법상 조문제목의 입법과정	3. 소 결
1. 현행민법의 제정과정	V. 부적절한 조문제목들
2. 민법상 조문제목의 삽입과정	1. 민법 제정과정에 비추어 볼 때 문 제되는 경우
III. 조문제목의 법적 효력	2. '同前'이라는 조문제목
1. 일반적인 조문제목의 효력	3. 기타 부적절하다고 생각되는 조문 제목들
2. 민법상 조문제목의 효력	VI. 결 어
IV. 민법상 조문제목의 입법과정에 대한 평가	
1. 자구정리 절차에서 조문제목을 붙 일 수 있는지 여부	

I. 서 설

조문제목은 조문의 표제 또는 표제어라고 하기도 하는데,¹⁾ 그 조문이 무엇에 관하여 규정하고 있는가를 쉽게 알 수 있도록 함과 동시에 법률내용을 찾는데 편리하도록 하기 위하여 조문의 내용을 간결하게 요약하여 표시한 것을 의미한다.²⁾ 현재 대한민국 민법전을 비롯하여 우리나라의 법령은 각 조문마다 모두 조문제목이 붙어 있고, 이러한 조문제목이 그 나름의 역할을 한다는 것에 대해서는 그다지 의문이 없는 것으로 보인다.

외국의 입법례를 볼 때에, 지금까지도 조문제목을 붙이지 않은 경우는 프랑스 민법전 정도가 있을 뿐이며,³⁾ 독일 민법전⁴⁾이나 이탈리아 민법전,⁵⁾ 러시아 민법전,⁶⁾ 일본 민법전⁷⁾ 등은 모두 조문제목이 붙어 있다. 그 외에 스위스 민법전도, 비록 그 형식은 우리와 같이 각 조문에 대해서 조문제목이 붙어 있는 방식이 아니라 欄外項目으로서 마치 교과서의 목차와 같은 방식으로 붙어 있는 형태이지만, 법률 규정 본문 외의 사항이 법률 규정 본문의 안내를 위해 붙어 있다는 점에서는 조문제목이 붙어 있는 것과 마찬가지로 볼 수 있을 것이다.⁸⁾

1) 조문제목에 대해서는 조문의 표제 또는 표제어라고 표현하는 경우가 많다. 그러나 이 글에서는 인터넷 국가법령정보센터 법령검색(<http://www.law.go.kr/lsSc.do?menuId=0&query=>)과 같이 ‘조문제목’으로 표현하도록 하겠다.

2) 국회 법제실 편, 『입법이론과 법제실무』, 국회 법제실(2008), 260면.

3) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> 참고.

4) <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> 참고.

5) <http://www.leggeonline.info/codicecivile/> 참고.

6) <http://www.consultant.ru/popular/gkrfl/> 참고.

7) <http://www.houko.com/00/01/M29/089.HTM> 참고.

이처럼 현재 외국의 민법전들은 대부분 조문제목을 붙이고 있지만, 민법이 제정된 1960년 당시를 기준으로 보면 조문제목이 붙어 있는 민법전은 많지 않았다. 1922년에 제정되었던 러시아의 민법전은 1964년에 전면적으로 개정되면서 비로소 조문제목을 붙였고,⁹⁾ 독일 민법전은 2002년에, 또 일본 민법전은 2004년에 비로소 조문제목을 법률의 일부로 하는 개정을 하였다.¹⁰⁾ 이처럼 외국의 입법례와 비교해 볼 때에, 우리가 1960년에 이미 민법전에 조문제목을 붙인 것에 대해서 “어떤 의미에서는 경탄할 만한 일”¹¹⁾이라는 평가는 충분히 수긍할 만한 것이라고 할 것이다.

다만 민법상 조문제목에 대해 긍정적인 평가만 있는 것은 아니다. 조문제목은 간결하고 함축성이 있어서 조문제목만 보아도 법규정내용을 파악할 수 있어야 함에도 불구하고 민법의 조문제목은 이러한 부분에 있어서 매우 미숙하다는 점이나, 법문의 내용이 다른 한 조문제목이 같을 수 없음에도 불구하고 “同前”이라는 표현을 자주 사용하는 점 등 민법상 조문제목의 표현이 적절하지 않은 경우가 많은 점이 지적되기도 한다.¹²⁾

따라서 아래에서는 우선 현행 민법에 어떻게 조문제목이 삽입된 것인지 그 입법과정을 살펴보고(Ⅱ), 그러한 조문제목의 효력을 어떻

8) <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf> 참고. 스위스에서는 이와 같은 欄外事項(Marginalien)이 법률의 일부를 이룬다는 점에 異論이 없다고 한다(梁彰洙, “民法典 制定過程에 관한 殘片”, 民法研究(제8권), 博英社(2005), 18~19면).

9) <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=1838;dst=100003> 및 <http://civil-law.narod.ru/wist/gk22/> 참고.

10) 梁彰洙, 앞의 논문, 19면.

11) 梁彰洙, 앞의 논문, 19면.

12) 조규창, “韓國民法과 獨逸民法의 關係-우리 民法典의 難解性을 中心으로”, 『論理와 直觀』, 法文社(1998), 172~173면.

게 보고 있는지 기존의 논의에 대해 검토한 후(Ⅲ), 민법상 조문제목이 삽입되는 과정을 헌법적으로 어떻게 평가할 것인지에 주목하여 그 법적 효력에 대한 의견을 제시하도록 하겠다(Ⅳ). 그 후 문제될 수 있는 개별적인 조문제목들에 대해 살펴보도록 하겠다(Ⅴ).

Ⅱ. 민법상 조문제목의 입법과정

1. 현행민법의 제정과정

민법상 조문제목이 어떠한 과정을 거쳐서 현행 민법에 삽입되었는지를 살펴보기 위해, 우선 현행 민법이 어떠한 과정을 거쳐서 제정되었는지에 대해 간단히 살펴보도록 하겠다.

민법을 제정하는 작업은 이미 미군정 시대부터 시작되었지만,¹³⁾ 실질적으로 완성된 첫 결과물이라고 할 수 있는 것은 대한민국 정부 수립 직후에 조직된 법전편찬위원회에서 완성한 민법전편찬요강이다. 이러한 민법전편찬요강이 마련되면서 민법전의 기초작업은 순조롭게 진행될 것 같았으나, 6·25 사변으로 인하여 그나마 존재하던 입법자료들이 소실되고, 물권편의 책임위원이던 姜柄順을 비롯한 법전편찬위원회 위원들이 납북되거나 사망하여 민법안을 작성하는 일은 더 이상 진행하기 어려운 상황이 되었다. 결국 법전편찬위원회의 위원장을 맡고 있던 金炳魯 대법원장은 당시에 법전편찬위원회의 여러 위

13) 金曾漢, “民法案上程에 對한 異議”, 法政(제12권 10호), 法政社(1957. 10.), 18면은 “회고하건대 법전편찬사업은 해방 직후 군정시대부터 착수되었으며 1948년 대한민국정부수립을 계기로 그 사업은 일층 박차를 가하였고...”라고 한다. 이하 현행 민법의 제정과정에 대한 상세는 명순구, 『실록 대한민국 민법1』, 法文社(2008), 1~60면 및 李鴻旼, “민법 제정과정 그 성과 분석”, 고려대학교 박사학위논문(2011), 6~92면 참고.

원들에게 위촉하였던 부분을 참고하여 민법초안을 완성하였다.¹⁴⁾

金炳魯 대법원장이 완성한 민법초안은 1953년 9월 30일 법전편찬 위원회의 공식초안으로서 정부에 이송되었고,¹⁵⁾ 법제실의 심사를 거쳐 1년 후인 1954년 9월 30일 국무회의를 통과한 후 대통령의 재가를 얻어 1954년 10월 국회에 제출되었다.¹⁶⁾ 국회는 즉시 법제사법위원회에 이를 회부하였고 11월 6일 민법안심의소위원회를 구성하여 그 예비심사를 전담하게 하였다.¹⁷⁾

민법안심의소위원회는 1955년 3월 15일 제1차 회의 이래 1957년 9월 2일까지 모두 65차에 걸친 회의를 통해 민법안에 대한 예비심사를 진행하였고,¹⁸⁾ 그 심의 결과를 343개 항목(본문에 대하여 323개, 부칙에 대하여 20개)의 수정안으로 제시했다.¹⁹⁾ 이 수정안은 같은 달 11일에 법제사법위원회에 상정되어 수정 없이 통과되었고, 그 다음

14) 李鴻旼, 앞의 논문(주 13), 36~39면 참고.

15) “男女平等原則保障 新民法草案 政府에 回附”, 法律新聞(1953. 10. 1.), 2면 기사.

16) “民法案國會回附”, 法律新聞(1954. 11. 8.), 1면 기사.

17) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄 上卷』, 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會(1957), 머리말 1면.

18) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 앞의 책, 머리말 1면. 한편 민법안심의소위원회의 심의 중인 1957년 5월 3일 임시국회가 일체의 안건을 폐기하고 폐회됨으로써 민법안이 폐기되는 일도 있었다(당시의 국회법 제61조는 회기불계속의 원칙을 정하고 있었다). 그러나 정부는 1957년 6월 17일 동일한 민법안을 국회에 다시 제출하였고 형식상 절차에 따라 법제사법위원회는 다시 동일한 구성원의 민법안심의소위원회를 구성하고 종전의 심사결과를 그대로 채택함에 따라 연속적인 심의를 진행할 수 있었다(같은 책, 같은 면 참고).

19) 民議院 法制司法委員會, 『民法案審查報告書』, 民議院 法制司法委員會(1957), 47면 이후에 수록된 法制司法委員會, “民法案中修正案”, 1~87면 참고. 여기의 수정안은 본문에 대하여 324개 항목인 것처럼 보이지만, 이 중 제126항은 위 자료 51면의 정오표에 의해 삭제되므로 323개 항목이 맞다.

날인 9월 12일 민법안과 함께 국회 본회의에 회부되었다.²⁰⁾ 그리고 같은 해 11월 5일 비로소 정부안(초안)과 법제사법위원회의 수정안이 본회의에 상정되었다.

당시의 국회법²¹⁾은 의원 전원이 참가하는 본회의에서 실질적으로 의안의 심의를 하는 것을 원칙으로 하는 본회의중심주의를 취하여 본회의에서 3독회를 거쳐 의결하도록 하고 있었다(제38조~제41조 참조). 제1독회는 11월 5일부터 11일까지 진행되었는데, 법제사법위원회 朴世徑 위원장의 심사보고, 법제사법위원회 민법안심소의위원회 張暲根 위원장의 민법안심의결과보고, 裴泳鎬 법무부차관의 정부측 제안설명, 법전편찬위원회 위원장인 金炳魯 대법원장의 민법안의 입법취지 설명 등이 있었고, 그 후로 중요쟁점(물권변동에 관한 형식주의, 전세권, 친족의 범위, 동성동본불혼제도, 호주제 등)에 대한 질의 응답 및 대체토론이 있었다(국회법 제39조 제3항 참조).²²⁾

그 후 국회 본회의의 제2독회는 1957년 11월 21일부터 12월 17일까지 각 조문에 대하여 차례로 축조심의회하는 방식으로 진행되었다(국회법 제40조 제1항 참조).²³⁾ 제2독회가 끝난 후의 제3독회는 의안 전체의 가부를 의결하는 절차로 문자를 정정하는 외에 서로 저촉되는 일이 없는 한 수정은 할 수 없는 절차이다(국회법 제41조 참조). 그러나 국회의 결의로 독회의 절차를 생략할 수 있다는 국회법 제39조 제1항 단서에 의하여 제3독회는 생략되었고, 이로써 민법안은 국회를 통과하였다.²⁴⁾ 그 후 법제사법위원회의 자구정리 절차를 거쳐

20) 제26회 국회정기회의속기록 제29호, 국회사무처(1957. 11. 5.), 6면.

21) 1957년 2월 12일 법률 제434호로 일부 개정된 국회법을 가리킨다. 이하 이 절에서의 국회법은 이 법을 가리킨다.

22) 제1독회에 대한 상세는 명순구, 앞의 책(주 13), 15~51면 참고.

23) 명순구, 위의 책, 12면.

24) 명순구, 위의 책, 56~60면 참고.

서 1958년 2월 7일에 정부에 이송되었고, 정부가 같은 해 2월 22일 법률 제471호로 공포함으로써 본문 1111조와 부칙 28조의 대한민국 민법전이 제정되었다.²⁵⁾

2. 민법상 조문제목의 삽입과정

현행 민법의 제정과정에서 조문제목은 법제사법위원회 민법안심의 소위원회의 제1차 회의에서 처음 등장한다. 민법안심의소위원회는 1955년 3월 15일에 있었던 제1차 회의에서 심의위원을 선출한 후 심의와 관련된 몇 가지 원칙을 세웠는데, 그 중 하나로 조문제목을 붙이는 것을 들었다.²⁶⁾ 그리고 이에 따라 민법안심의소위원회는 민법초안의 규정들 중 삭제할 것을 제안한 규정 외의 모든 규정에 제목을 붙여 두었다.²⁷⁾ 그러나 이처럼 민법안심의소위원회가 붙인 조문제목은 국회 본회의에 어떤 형태로도 제출되지 않았고, 국회 본회의의 제2독회가 끝날 때까지는 이와 관련된 논의가 전혀 이루어지지 않았다.

국회 본회의에서 조문제목과 관련된 언급은 제2독회가 끝난 후에 비로소 이루어졌다. 즉 제2독회가 끝난 후 민법안심의소위원회의 위원장이자 법제사법위원장 대리로서 제2독회의 진행을 주도하였던 張 暲根 의원이 자구수정과 조문제목을 붙이는 것, 그리고 조문의 배열·

25) 官報 제1983호, 공보실(1958. 2. 22.), 1~52면.

26) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 앞의 책, 2면에 따르면, “조문체제에 관한 원칙으로서 각 조문의 冒頭에는 제목을 附記하고 각항에 항의 순위를 아라비아 숫자로 표시하기로 하였다.”라고 한다.

27) 예를 들면, 법제사법위원회의 수정안 제52항은 민법초안 제205조를 삭제할 것을 제안하고 있는데, 민법안심의록에도 다른 규정들과 달리 조문제목이 붙어 있지 않다(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 앞의 책, 136면 참고).

정리에 대해 법제사법위원회에 맡겨 달라고 요청하고,²⁸⁾ 이에 따라 국회에서 제3독회는 생략하고 자구수정, 각 조문의 제목 붙이는 것, 조문의 배열·정리는 법제사법위원회에 일임하기로 결의²⁹⁾한 것이다. 그리고 이러한 국회의 일임에 따라 법제사법위원회의 자구정리 절차에서 비로소 민법의 각 규정에 대해 조문제목이 붙여졌고, 이에 대한 별도의 심의나 의결 없이 정부에 이송되어 각 규정마다 조문제목이 붙은 민법전이 공포되었다.

Ⅲ. 조문제목의 법적 효력

1. 일반적인 조문제목의 효력

민법상 조문제목의 법적 효력을 살펴보기 전에, 우선 민법에 한정하지 않고 법 일반으로 범위를 넓혀서 조문제목의 효력을 살펴볼수록 하겠다. 조문제목이 법적인 효력을 갖는지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 긍정설은 법령의 공포시에 이미 입법자 자신에 의한 조문제목을 수록함이 현행 입법의 관행이라는 점을 들어, 입법자의 의사를 존중한다는 의미에서 조문제목에 법적 구속력을 인정한다.³⁰⁾ 이와 달리 부정설은 조문제목이 그 조문의 내용과약과 이해에 도움이 될 뿐이지 조문의 내용을 이루는 것은 아니라는 이유로 법적 효력을 부인한다.³¹⁾

28) 제26회 국회정기회의속기록 제62호, 국회사무처(1957. 12. 17.), 4~5면.

29) 제26회 국회정기회의속기록 제62호, 국회사무처(1957. 12. 17.), 11면.

30) 이진기, “민법 제35조 1항의 해석-現行民法表題語(條文題目)의 批判的檢討-”, 安岩法學(제10권), 安岩法學會(1999), 142면.

31) 金炳昱, “立法技術上の問題點:最近의 立法傾向을 中心으로”, 立法調査月報(제18호), 國會事務處(1967.07.), 8면.

그러나 예를 들어 2011년 4월 14일, 법률 제10600호에 의한 상법 일부개정에서, 상법 제617조에 대해서는 조문제목을 “적용법규”에서 “유사외국회사”로 바꾼 것 외에 조문의 실질적 내용은 동일함에도 불구하고 상법 개정을 통하여 이를 변경하였고,³²⁾ 2004년의 민법개정 안에서 몇 개의 조문에 대해 조문제목만을 변경하는 개정안을 제시하였던 것³³⁾처럼, 조문제목을 변경하기 위해서는 법률의 개정절차를 거쳐야 한다는 점에서 조문제목의 법적 효력을 일반적으로 부정하는 견해는 타당하지 않다고 생각한다.

2. 민법상 조문제목의 효력

다만 민법상 조문제목의 효력으로 범위를 좁혀서 보면, 긍정설은 다시 두 견해로 나뉜다. 제1설은 민법의 조문제목도 법률의 일부를 이루고 있는 것으로서 그 법원성을 긍정할 수 있다고 해서³⁴⁾ 다른 법과 마찬가지로 조문제목의 법적 효력을 긍정하는 견해이다. 민법

32) 개정 전의 상법 제617조는 “제617조(적용법규) 외국에서 설립된 회사라도 대한민국에 그 본점을 설치하거나 대한민국에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 때에는 대한민국에서 설립된 회사와 동일한 규정에 의하여야 한다.”이고, 개정 후의 상법 제617조는 “제617조(유사외국회사) 외국에서 설립된 회사라도 대한민국에 그 본점을 설치하거나 대한민국에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 때에는 대한민국에서 설립된 회사와 같은 규정에 따라야 한다.”로서 본문의 실질적 내용은 동일하다.

33) 구체적으로는 민법 제31조의 조문제목(법인성립의 준칙)을 ‘법인의 성립’으로, 민법 제330조의 조문제목(설정계약의 요물성)을 ‘질권의 설정’으로, 제332조의 조문제목(설정자에 의한 대리점유의 금지)을 ‘설정자에 의한 점유계정의 금지’로 변경하는 안 등을 제시하였다. 이에 관한 상세는 法務部, 『民法(財産編)改正資料集<法務資料 第260輯>』, 法務部(2004), 42~43, 378~382면 참고.

34) 法務部, 위의 책, 379면의 이상경 위원 검토 의견에 따르면, “법률조항의 표제에 法源性이 있다는데 별 이론이 없”다고 한다.

제1조의 조문제목이 ‘法源’이라는 것을 근거로 조리의 법원성을 인정하는 것³⁵⁾처럼, 조문제목의 법적 효력에 대해 별다른 논의 없이 이를 민법의 해석에 반영하는 입장은 일반적으로 이 견해를 따르고 있다고 볼 수 있을 것이다.

제2설은 민법 제정과정상의 문제를 들어서, 민법상 조문제목은 다른 법의 조문제목과 달리 민법 시행 이후에 신설·개정된 조문에 대해서만 그 법적 구속력을 인정할 수 있다고 한다.³⁶⁾ 즉 민법의 제정 과정을 보면, 김병로 대법원장을 주축으로 한 법전편찬위원회에서 민법초안을 기초하였는데 당시의 민법초안에는 조문제목이 붙어 있지 않았고, 민법안심의소위원회에서 나중에 이를 붙인 것이다. 그런데 이처럼 추후에 민법안심의소위원회에서 붙인 조문제목은 그 본문내용을 기초한 입법기초자의 의사가 반영된 것이라고 볼 수 없으며 현재의 입법 관행과도 무관하므로, 1958년 2월 22일에 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행된 민법³⁷⁾의 조문제목은 그 법적 효력을 인정할 당위성이 없고, 그 이후에 신설·개정된 조문에 대해서만 조문제목의 법적 효력을 인정할 수 있다는 것이다.³⁸⁾ 이 견해는 입법기초자의 의사가 반영되었는지 여부에 따라 효력유무를 구분하는 견해라고 할 수 있다.

그런데 제2설의 논리를 일관하면 제정민법의 조문제목 중에 입법

35) 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어(2009), 26면; 金曾漢, 『新稿 民法總則』, 博英社(1983), 39면; 尹亨烈, 『民法總則』, 法英社(2009), 11면; 李銀榮, 『民法總則』, 博英社(2009), 27면 및 52면 등.

36) 이진기, 앞의 논문, 143면.

37) 1958년 2월 22일, 법률 제471호로 공포되어 1960년 1월 1일부터 시행된 민법에 대해 ‘新民法’, ‘원시민법’, ‘1958년 민법’ 등 다양한 표현이 사용되고 있지만, 아래에서는 ‘제정민법’이라는 표현을 사용하도록 하겠다(이에 대해서는 李鴻旼, 앞의 논문(주 13), 1면 참고).

38) 이진기, 앞의 논문, 143면.

기초자의 의사라고 볼 수 있는 조문제목, 즉 민법안심의소위원회의 의사가 반영된 법제사법위원회의 수정안이 통과된 규정의 조문제목에 대해서는 법적 구속력을 인정하고, 그렇지 않은 규정의 조문제목에 대해서는 법적 구속력을 부정해야 한다는 결론이 된다. 그러나 그렇다고 하면, 법제사법위원회의 수정안 중 내용적인 면에서 자구수정에 그치는 수정안³⁹⁾이 통과된 규정에 대한 조문제목은 법적 구속력이 인정된다고 할 수 있는지 다시 문제가 된다. 왜냐하면 이러한 경우에는 ‘원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것’이라고는 할 수 없으므로, 조문제목의 작성자가 본문의 입법기초자가 되었다고 볼 수 없기 때문이다. 그렇다고 자구수정에 그치지 않는 수정안이 통과된 규정에 대해서만 법적 구속력을 인정한다는 것도 힘든 면이 있다. 왜냐하면 어느 범위까지의 수정이 ‘원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것’이라고 할 수 있는지에 대해 명확히 판단하는 것은 쉬운 일이 아니기 때문이다. 또, 그 실질적인 타당성 여부는 별론으로 하고, 위 견해가 대표적인 조문제목의 오류로 지적하고 있는 제정민법 제535조의 ‘계약체결상의 과실’⁴⁰⁾은 실질적인 입법기초자라고 할 수 있는⁴¹⁾ 민사법연구회의 의사에 정확히 일치하는데,⁴²⁾ 이는 어떻게 설명하려

39) 예를 들면, 법제사법위원회의 수정안 제29항에서 “(조건의 성취)에 의하여 (불이익을 받을 당사자)”를 “(조건의 성취)로 인하여 (불이익을 받을 당사자)”로 수정하는 것이나, 수정안 제35항에서 ‘執留’를 ‘押留’로 수정하는 것은 자구수정의 범위 내에 포함된다고 할 수 있을 것이다.

40) 이진기, 앞의 논문, 142면.

41) 이 규정은 玄錫虎 의원의 수정안이 가결된 것인데(이 규정의 입법과정에 대해서는 명순구, 『실록 대한민국 민법3』, 法文社(2010), 330~334면 참고), 玄錫虎 의원은 자신의 수정안이 『민법안의견서』의 의견을 발췌한 것이라고 밝히고 있다(제26회 국회정기회의속기록 제42호, 국회사무처(1957. 11. 21.)), 12면 참고).

42) 民事法研究會, 『民法案意見書』, 一朝閣(1957), 160~161면의 의견 제117항은 다음과 같다: 계약체결상의 과실(culpa in contrahendo)의 규정을

하는지 의문이다. 따라서 입법기초자의 의사가 반영되었는지 여부에 따라 민법상 조문제목의 법적 효력을 구분하는 것은 무리가 있다고 생각한다.

다만 제2설의 논리를 따를 수 없다고 해도 제1설과 같이, 다른 법과 마찬가지로 조문제목의 법적 효력을 일반적으로 긍정할 수 있는지에 대해서는 의문이 있다. 왜냐하면 민법의 제정과정에서 조문제목이 포함되는 과정이 다른 법률들과 비교할 때 일반적이지 않았던 것은 사실이기 때문이다. 따라서 아래에서는 우선 민법상 조문제목이 삽입되는 과정에서의 문제점들을 세밀히 살펴보도록 하고, 그러한 과정을 헌법적으로 어떻게 평가할 수 있는지 검토함으로써 민법상 조문제목의 효력에 대해 살펴보도록 하겠다.

IV. 민법상 조문제목의 입법과정에 대한 평가

1. 자구정리 절차에서 조문제목을 붙일 수 있는지 여부

조문제목을 붙이는 일은 민법안이 국회 본회의를 통과하면서 국회의 결의에 의하여 법제사법위원회에 일임하여, 법제사법위원회의 자구정리 절차에서 비로소 이루어졌다. 그런데 이처럼 조문제목을 붙이는 일을 법제사법위원회에 일임할 수 있는지에 대해서는 의문이 있다.

국회 본회의의 표결을 거친 법률안에 대해 의장 또는 위원회에 위

초안 제524조 다음에 다음과 같이 성문화한다. “목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효하므로 인하여 생길 이익액을 초과하지 못한다; 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.”

임하여 자구정리를 할 수 있도록 하고 있는 제도는 민법 제정 당시나 지금이나 마찬가지로 존재하는 제도이다(당시의 국회법 제41조 제3항⁴³⁾ 및 현행 국회법 제97조⁴⁴⁾ 참고). 이는 의사진행 중에 일일이 회의에 부의하여 수정한다는 것은 비능률적이기 때문에 인정되는 것으로서,⁴⁵⁾ 여기서 자구정리를 위임할 수 있는 범위는 어디까지나 자구·숫자의 수정 또는 단순한 조항의 정리에 국한되며, 그 범위를 넘어서 의장 또는 위원회에 폭넓은 수정의 재량을 주는 위임은 인정될 수 없다.⁴⁶⁾ 왜냐하면 “입법권은 국회에 속한다(헌법 제40조).”라고 할 때의 국회는 개개 의원이 아닌 ‘전체로서의 국회’를 의미하며,⁴⁷⁾ 의회가 본회의의 중심주의로 운영되거나 또는 위원회 중심주의로 운영되는지 여부를 불문하고, 국회의 의사를 최종적으로 결정하는 것은 본회의여야 하기 때문이다.⁴⁸⁾ 즉 형식적으로 본회의의 의결에 의한다고 해도 위원회나 국회의장 등에게 포괄적으로 입법권을 위임하여 실질적으로 위원회나 국회의장 등에게 국회의 의사를 최종적으로 결정하도록 할 수는 없다.

특히 당시에 법제사법위원회에 위임한 것은 한 편으로 제3독회를 대신한 것이라고 할 수 있으므로, 법제사법위원회의 위 작업은 기본

43) 당시의 국회법 제41조 제3항은 다음과 같다: “제3독회를 마칠 때에 수정결의의 조항과 자구의 정리를 법제사법위원회 또는 의장에게 부탁할 수 있다.”

44) 현행 국회법 제97조는 다음과 같다: “본회의는 의안의 의결이 있을 후 서로 저촉되는 조항·자구·숫자 기타의 정리를 필요로 할 때에는 이를 의장 또는 위원회에 위임할 수 있다.”

45) 鄭浩永, 『國會法論』, 法文社(2004), 425면.

46) 鄭浩永, 위의 책, 425면.

47) 張永洙, “憲法의 基本原理로서의 民主主義”, 安岩法學(제1권), 安岩法學會(1993), 95면.

48) 안병욱, 『국회법』, 초이스디자인(2010), 17면 참고.

적으로 제3독회에서 할 수 있는 일을 그 한계로 한다고 할 수 있을 것이다. 그런데 당시의 국회법 제41조는 제3독회에 대해 다음과 같이 규정하고 있다: “① 제3독회는 의안전체의 가부를 의결한다; ② 제3독회에서는 문자를 정정하는 외에는 수정의 동의를 할 수 없다. 단, 의안중 서로 저촉되거나 또는 다른 법률과 저촉됨이 발견되어 필요한 수정을 할 때에는 예외로 한다; ③ 제3독회를 마칠 때에 수정결의의 조항과 자구의 정리를 법제사법위원회 또는 의장에게 부탁할 수 있다.”

따라서 법제사법위원회에 일임할 수 있는 부분은 ‘의안중 서로 저촉되거나 또는 다른 법률과 저촉됨이 발견되어 필요한 수정을 할 때’를 제외하고는, ‘문자의 정정’과 ‘자구의 정리’에 한정된다고 할 수 있을 것이다. 즉 국회의 자율성을 존중한다고 해도 이 범위에 포함되지 않는 한 조문제목의 부기를 일임할 수는 없다고 할 것이다.

최근에 헌법재판소는 “법률안의 정리를 위임하는 것은 자구·숫자의 수정 또는 법률안의 체계나 형식의 정비 등 단순한 사항에 국한되는 것이고, 그 범위를 넘어 국회의장이나 위원회에 폭 넓은 수정의 재량 여지를 주는 것은 아니라 할 것”⁴⁹⁾이라고 하였다. 이와 관련해서, 어떠한 의안에 무엇인가 변화를 주는 것에 대한 그 동안의 헌법재판소의 판단을 정리하면 다음과 같은 3가지 경우로 구분할 수 있는데, 우선 어떠한 의안으로 인하여 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에 이른다면 이는 국회법 제95조의 수정안에 해당한다고도 볼 수 없으므로 새로운 법률안으로 제출하여야

49) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌마451 전원재판부 결정 참고. 이 결정에 대한 상세는 황승훈, “국회 본회의 의결을 결여한 자구정리안의 법적 효력 -헌법재판소 2009. 6. 25. 2007헌마451 결정의 연구-”, 법과 사회(제38권), 법과사회이론학회(2010), 11~32면 참고.

한다. 다음으로 어떠한 의안으로 인하여 원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것으로서 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에까지는 이르지 않는 경우라면 이는 국회법 제95조의 수정안에 해당하므로, 원안에 대한 본회의 심의과정에서 별도의 수정동의를 통해 처리할 수 있다.⁵⁰⁾ 끝으로 국회법 제95조의 수정안에 해당하지 않는 정도의 변경이라면, 즉 ‘원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것’이 아닌 경우라면 자구정리절차에서 이를 처리할 수 있다.⁵¹⁾

이러한 구분에 따를 때에 조문제목의 부기가 단순히 자구수정에 포함된다고 보려면 조문의 내용에 ‘다른 의사를 가하는 것’이 아닌 경우, 즉 아무런 실질적 의미를 추가하지 않아야 한다. 그러나 민법안심의회소위원회의 심의과정을 보면, 이미 조문제목에 의미를 부여하고 있음을 알 수 있다. 민법안심의회에 심의내용이 자세히 수록되어 있지 않기 때문에⁵²⁾ 조문제목에 대한 토의를 엿볼 수 있는 부분은 단 한 부분뿐인데, 이는 민법초안 제239조(현행민법 제249조에 해당)의 조문제목에 대한 것으로 다음과 같다: “‘即時取得’이라는 현행 용어는 ‘즉시취득시효’를 의미하는 것 같아서 마치 취득시효의 일종 같은 어감을 주므로, 이 용어를 止揚하고 공신의 원칙의 一適用인 것을 표시하기 위하여 ‘善意取得’이라는 용어를 今後 사용토록 하기 위하여 表題를 ‘善意取得’이라고 붙이기로 합의하였다.”⁵³⁾

이는 이러한 제도를 ‘선의취득’이라고 한다고 하는, 이른바 定義規定을 두는 것과 마찬가지로 볼 수 있다. 이처럼 조문제

50) 이상의 두 가지 구분에 대해서는 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌라6 전원재판부 결정 참고.

51) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌마451 전원재판부 결정 참고.

52) 이에 대해서는 李鴻旼, 앞의 논문(주 13), 47~49면 참고.

53) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 앞의 책, 155면.

목에 실질적인 의미를 부여하려 한 이상, 조문제목을 붙이는 것은 자구정리절차에서 할 수 있는 범위를 넘어서는 것이라고 생각한다.⁵⁴⁾

2. 입법 당시의 상황을 이유로 정당화할 수 있는지 여부

우리나라의 법제사에서, 관보에 발표된 것을 기준으로 할 때 가장 처음 조문에 제목을 붙인 법률은 1952년 12월 16일에 공포된 법률 제268호 우편연금법⁵⁵⁾과 법률 제269호 국민생명보험법⁵⁶⁾으로 보인다. 그 이후의 법률에 대해서는 새로 제정된 법률이라면 하나같이 조문제목이 붙어 있다. 그런데 예를 들어, 1952년 11월 26일에 국회에 상정된 우편연금법안⁵⁷⁾ 및 국민생명보험법안,⁵⁸⁾ 1953년 1월 24일에 상정된 노동위원회법안⁵⁹⁾ 및 노동쟁의법안,⁶⁰⁾ 3월 17일에 상정된 교육공무원법안⁶¹⁾ 등 조문제목이 없는 상태로 국회 본회의의 심의가 이루어지고 이후 관보에 발표될 때 조문제목이 붙어 있는 법률이 꽤 많은 것으로 볼 때, 당시에는 이 문제가 별다른 이의 없이 받아들여졌었다는 사실을 알 수 있다.

그러나 모든 법률안이 위와 같은 절차를 거친 것은 아니다. 예를

54) 이처럼 민법 제정과정에서 국회 본회의를 통과한 후 법제사법위원회에서 자구정리절차가 별도로 행하여지면서 여러 가지 문제들이 발생했다. 이에 대한 상세는 이흥민, “민법제정시 국회 본회의 통과 후에 있었던 문제점-현행민법 개정을 위한 제안을 포함하여-”, *安岩法學*(제37호), *安岩法學會*(2012. 1.), 455~488면 참고.

55) 官報 제799호, 공보실(1952. 12. 16.), 2면.

56) 官報 제799호, 공보실(1952. 12. 16.), 3면.

57) 제14회 국회정기회의속기록 제30호, 국회사무처(1952. 11. 26.), 3~4면.

58) 제14회 국회정기회의속기록 제30호, 국회사무처(1952. 11. 26.), 1~3면.

59) 제15회 국회정기회의속기록 제13호, 국회사무처(1953. 1. 24.), 1~2면.

60) 제15회 국회정기회의속기록 제13호, 국회사무처(1953. 1. 24.), 2~4면.

61) 제15회 국회정기회의속기록 제34호, 국회사무처(1953. 3. 17.), 11~13면.

들어, 1952년 11월 29일에 국회에 상정된 鑛稅法案⁶²⁾을 시초로 해서 1953년 1월 19일에 국회에 상정되어 심의가 이루어진 국정감사법안⁶³⁾ 및 국회에서의증언감정등에관한법률안,⁶⁴⁾ 같은 해 2월 2일에 상정된 근로기준법안⁶⁵⁾ 등은 이미 조문제목이 붙은 상태로 심의가 이루어진 후에 관보에 발표되었다.

여기서 어떤 법률은 조문제목을 붙여서 심의하고, 어떤 법률은 그렇지 않았는지를 구분한 기준은 알 수 없다. 그러나 그 당시가 조문제목을 법률안에 붙이기 시작한 시점이라는 것에 비추어볼 때, 법률안 제출 당시에 조문제목이 미리 준비되어 있었다면 이를 포함하여 제출하고, 그렇지 않았다면 우선 조문제목을 포함하지 않은 상태에서 국회 본회의를 통과한 후 법제사법위원회가 이를 포함시킨 것이라고 생각할 수 있을 것이다. 만약 이처럼 조문제목이 미리 준비되어 있었는지의 여부가 기준이었다면, 민법안심의회에서 이미 조문제목을 전부 붙여 두었던 민법안에 대해서는 조문제목을 포함하여 국회에 상정하는 것이 올바른 일이었을 것이다.⁶⁶⁾

혹시 법제사법위원회로서는 민법안의 조문제목은 자신들이 기초한 법안에 대한 것이 아니고, 그렇다고 수정안으로 제출하기도 애매하다는 점 때문에 이를 본회의에 제출하지 않고 남겨두었을 지도 모른다.

62) 제14회 국회정기회의속기록 제33호, 국회사무처(1952. 11. 29.), 5~6면.

63) 제15회 국회정기회의속기록 제8호, 국회사무처(1953. 1. 19.), 3면.

64) 제15회 국회정기회의속기록 제8호, 국회사무처(1953. 1. 19.), 4면.

65) 제15회 국회정기회의속기록 제20호, 국회사무처(1953. 2. 2.), 2~10면.

66) 민법안에 대한 국회 본회의 심의가 이루어진 제26회 국회에서 심의한 법률안 중 처음 제정하는 법률안 중 조문제목을 포함하지 않고 국회에 상정된 법안은 민법안이 유일하다. 그 외에 신원보증법안, 토지과세기준조사법안, 무역법안, 자산재평가법안, 민의원선거법안, 참의원선거법안 등은 모두 조문제목을 포함한 상태로 국회에 제출되었다(제26회 국회정기회의속기록 제11호, 제35호, 제68호(부록), 제69호(부록2) 참고).

그러나 기초자가 직접 붙인 것이 아니라면 오히려 더 그에 대한 평가를 받기 위해 심의를 거쳐야 했을 것이다. 그럼에도 불구하고 조문 제목은 민법안이 국회에 상정된 후 제2독회를 시작하기 직전인 1957년 10월 14일에서야 인쇄되어 국회의원들에게 배부되었고, 그 때까지는 世人에게 알려지지도 않았다. 그 결과 조문제목은 학계의 논의 대상도 아니었다.⁶⁷⁾ 이는 민법안에 대한 국회의 심의에서 장·절의 제목까지 심의대상이 된 것⁶⁸⁾과 비교해 볼 때 이해할 수 없는 일이다.

따라서 민법 제정 당시의 여러 상황을 고려한다고 해도, 법제사법위원회에서 국회 본회의의 심의 없이 민법상 조문제목을 붙인 것은, 입법과정에서의 절차적 정당성을 결여한 것이라고 할 수밖에 없을 것이다.

3. 소 결

국회 본회의에서 의결된 법률안은 원래 누구든지 일점일획이라도 수정할 수 없는 것이 원칙이다.⁶⁹⁾ 그러나 실무적으로는 본회의에서

67) 예를 들어 위의 ‘선의취득’에 대해 민법안의견서에서는 종전의 ‘즉시취득’이라는 용어를 사용하고 있다(民事法硏究會, 앞의 책, 94면의 의견 제 63항 참고).

68) 예를 들어 제1편 제2장의 제목인 ‘人’을 ‘자연인’으로 수정하자는 玄錫虎 의원의 수정안 제2항에 의하여 토론이 이루어졌었고(제26회 국회정기회의속기록 제42호, 국회사무처(1957. 11. 21.), 18면), 제1편 제2장 제1절의 제목인 ‘능력’, 제2절의 제목인 ‘주소’ 등에 대해서도 이의가 없는지를 확인하고 있다(제26회 국회정기회의속기록 제42호, 국회사무처(1957. 11. 21.), 19면 및 제26회 국회정기회의속기록 제44호, 국회사무처(1957. 11. 23.), 5면).

69) 朴奉國, 『最新 國會法』, 博英社(2004), 520면 각주18. 최근에 권경석 의원 등 10인에 의하여, 민법 제195조 중 “타인의 지시를 받아”에서 “받아”는 한글맞춤법에 어긋나므로 이를 “받아”로 수정하는 민법개정안이 제출되었었는데(국회 의안정보시스템<<http://likms.assembly.go.kr/bill/js>

의결된 후에도 그 확인과정에서 오식·누락 기타 모순·상충되는 내용 등이 발견되는 등 법률안에 대한 약간의 정리가 불가피한 경우가 적지 않으므로,⁷⁰⁾ 본회의에서 의안을 의결할 때에 자구정리를 의장 또는 위원회에 위임하는 의결을 하지 아니한 경우에도 서로 저촉되는 조항·자구·숫자가 있을 때에는 의장의 명을 받아 법제사법위원회의 전문위원 또는 의안과에서 의안을 정리하도록 하고 있다.⁷¹⁾ 다만 이러한 절차에서는 어디까지나 “본회의에서 의결된 법률안의 내용이나 취지를 변경하지 않는 범위 안”⁷²⁾에서 자구정리를 할 수 있는 것이고, 그 범위를 넘어서면 헌법에 위반된다고 할 수밖에 없다. 이와 같은 점에 비추어 볼 때, 민법상 조문제목의 법적 효력을 일반적으로 긍정하는 견해에 따르면, 민법상 조문제목에 해당하는 부분은 위헌이라고 할 수 밖에 없게 된다. 즉 이 견해에 의하면 민법상 조문제목이 法源으로 인정되므로 민법의 해석·적용에 있어 조문제목의 의미에 구속되게 된다. 그러나 이렇게 본다면, 비록 그 기능이 ‘법률 본문의 부담경감과 보충’으로 기능하여 그야말로 보충적으로 행하여질 뿐 법률 본문을 수정할 수는 없다⁷³⁾고 해도, 조문제목을 붙인 것은 결국 입법과정상 국회 본회의 통과 후에 일정한 내용을 추가한 것으로서 “입법권은 국회에 속한다”고 선언한 헌법 제40조 및 ‘법률은 국회의 의결을 거쳐서 공포되어야 함’을 규정한 헌법 제53조에 위반된 것이라고 할 수 밖에 없다.⁷⁴⁾

p/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_G1J1J0N5H0F6V1U8A406C0K8Z3K3Z6>참고), 이는 법률의 사소한 부분이라도 함부로 수정할 수는 없다는 점을 보여주는 예시라고 할 수 있다.

70) 朴奉國, 위의 책, 518~519면.

71) 國會事務處, 『國會先例集』, 國會事務處(2008), 426~427면.

72) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌마451 전원재판부 결정.

73) 梁彰洙, 앞의 논문, 20~21면.

74) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌마451 전원재판부 결정 참고.

따라서 제정민법상 조문제목의 법적 효력은 그 입법과정에서의 절차적 정당성 결여를 이유로 부정할 수밖에 없다고 생각한다. 이러한 결론은 민법 시행 이후에 신설·개정된 조문에 대해서만 조문제목의 법적 효력을 인정한다는 점에서, 민법상 조문제목의 효력에 대한 제2설과 결론에서는 같다. 다만 민법상 조문제목의 효력에 대한 제2설은 법안의 기초자의 의사가 반영되었는지 여부를 기준으로 하기 때문에 그 하자를 치유할 방법이 없고, 따라서 앞으로도 각 규정이 개정되기 전까지는 그 법적 효력을 긍정할 수 있는 방법이 없다는 결론이 되지만, 절차적 정당성 결여를 이유로 조문제목의 법적 효력을 부정하는 것은 앞으로 그 절차적 정당성을 회복시켜주면 그 후로는 조문제목의 법적 효력을 긍정할 수 있다는 점에서 차이가 있다.⁷⁵⁾ 이처럼 조문제목의 법적 효력을 긍정할 수 있는 방법이 있는 이상, 조문제목이 갖는 기능이나 다른 법률의 조문제목과의 균형을 고려할 때, 이를 긍정할 수 있도록 할 필요가 있을 것이다. 결국 민법상 기존의 조문제목에 대해서는, 절차적 정당성을 확보해 준다는 의미에서의 민법개정에 의하여 이를 법률의 일부로 명확히 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

V. 부적절한 조문제목들

위에서 본 것처럼 민법상 조문제목을 법률의 일부로 명확히 하기 위한 의미에서의 민법개정이 이루어진다면, 그 과정에서 개별적인 조문제목 중 부적절한 조문제목들은 각 규정의 내용과 적절하게 부합

75) 이런 점에서 민법이 제정된 후에 지금까지 개정된 규정들의 조문제목은 이미 그 절차적 정당성을 회복한 것으로 볼 수 있을 것이며, 따라서 그 법적 효력도 긍정할 수 있을 것이다.

하도록 고쳐야 할 것이다. 아래에서는 이러한 민법개정이 이루어질 때 참고할 수 있도록 부적절하다고 생각되는 개별적인 조문제목들에 대해 살펴보도록 하겠다. 다만 그 범위는 어디까지나 입법과정에서의 절차적 정당성 결여를 이유로 법적 효력을 부정할 수밖에 없는 부분들, 즉 민법 제정 이후로 지금까지 전혀 개정되지 않은 규정들의 조문제목에 한정하도록 할 것이다. 또 민법 중 재산법에 대해서는 법무부 민법개정위원회를 통하여 여러 부분에서 개정작업이 이루어지고 있는데, 그 개정작업의 일환으로 2011년 6월 22일 국회에 상정되었던, “법인제도 및 시효제도의 개정”을 주된 내용으로 하는 민법개정안은 비록 제18대 국회의 임기만료로 인하여 폐기되기는 했지만,⁷⁶⁾ 민법개정위원회의 세밀한 검토를 통하여 제출되었던 법안이라는 점에서 제19대 국회에서 그대로 다시 상정될 가능성이 높으므로, 이 개정안에 포함된 규정의 조문제목에 대해서도 이 글에서는 더 이상 검토하지 않도록 하겠다.

1. 민법 제정과정에 비추어 볼 때 문제되는 경우

민법상 조문제목에 대해서는 위에서 본 바와 같이 국회 본회의의 심의를 거치지 않았고, 그 결과 국회 본회의의 심의가 제대로 이루어졌다면 충분히 수정될 수 있는 여지가 있는 조문제목들이 있다.

가. 민법 제1조의 조문제목

민법 제1조는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.”라고 규정하면서, 그 조문제목

76) 국회 의안정보시스템 홈페이지<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=ARC_S1E1I0A6R2W2K1B3E4W6H4O1Q9X7N4> 참고.

을 ‘法源’이라고 하고 있다. 이로 인하여 조리가 法源으로 인정될 수 있는지에 대하여 견해 대립이 있다.

제1설은 민법 제1조가 명시적으로 조리의 법원성을 인정하고 있고, 민법 제1조의 法源이란 ‘법을 인식할 수 있는 자료(認識淵源)’라는 점에 근거하여 조리의 법원성을 긍정한다.⁷⁷⁾ 그 외에 법관의 지나친 자유재량과 자의적 법 적용의 전횡 방지를 도모하기 위해서 조리의 법원성을 인정해야 한다고 하기도 한다.⁷⁸⁾ 이와 달리 제2설은 조리를 재판의 준칙으로 인정하는 것은 그것이 법이기 때문이 아니라 어디까지나 성문법주의하에서 법의 흠결이 불가피한데다가 법관은 재판을 거부할 수 없다는 사실에 기인하는 것이며, 모든 재판의 준칙이 바로 법이라고 할 수는 없는 것이고 성질상 사물의 본성을 실정법이라고 할 수는 없다고 하여 조리의 법원성을 부정한다.⁷⁹⁾

그런데, 사실 위의 견해 대립은 어떤 실체상의 차이를 가져오는 것은 아니다. 어느 학설에 의한다 하더라도 법관이 최후로 의존할 수 있는 것이 조리라는 사실에는 변함이 없기 때문이다.⁸⁰⁾ 즉 조리의 법원성을 부정한다고 하여 조리에 의한 재판을 부정하는 것은 아니라고 할 수 있다.

이러한 견해 대립의 始發點은 민법 제1조의 조문제목이 ‘法源’이라고 하고 있기 때문이라고 할 수 있다. 즉 민법 제1조의 조문제목에 구속되지 않고 민법 제1조를 바라본다면, 민법 제1조는 민사에 관한

77) 김상용, 앞의 책, 26면; 金曾漢, 앞의 책, 39면; 尹亨烈, 앞의 책, 11면 등.

78) 홍성재, 『민법총칙』, 대영문화사(2009), 44면.

79) 郭潤直, 『民法總則』, 博英社(1990), 38면; 金曾漢·金學東, 『民法總則』, 博英社(1995), 21면; 송덕수, 『민법총칙』, 박영사(2011), 26~27면; 鄭淇雄, 『民法總則』, 法文社(2009), 16~17면 등.

80) 명순구, “민법학의 학설에 대한 적정성 평가”, 民事法學(제47호), 韓國民事法學會(2009. 12.), 100면.

재판기준의 적용순위를 정하고 있을 뿐인 것이다. 이 문제에 대해서는 민법 제1조의 조문제목을 기초한 민법안심의소위원회의 의도가 국회 본회의에서 명백히 드러나는데, 국회 본회의 제2독회의 민법안 제1조에 대한 심사에서 邊鎭甲 의원의 ‘관습법’에 ‘법’자를 넣는다면 조리에도 ‘법’자를 넣어야 하는 것 아니냐는 질문⁸¹⁾에 대해 민법안심의소위원회 위원장 張暲根 의원은 다음과 같이 답한다: “...조리가 물론 법원으로서는 됩니다...법원이라는 것은 무엇이고 하니...재판에 그 표준은 무엇이나...그래서 이것은 우리가 보통 법이라고 안그리고 재판규범의 한 종류라고 말을 하는 것이 적당하다...”⁸²⁾

즉 민법 제1조의 조문제목을 ‘법원’이라고 했을 때의 그 의미는, 법의 존재형식이라는 의미가 아니라, 단순히 재판기준 내지 법의 인식 근거라는 의미로 파악하고 있는 것이다.⁸³⁾ 그럼에도 법원의 의미를 법의 존재형식으로 파악하고 그에 근거하여 조리의 법원성을 부정하는 것은, 위 조문제목을 기초자의 의사에는 반한다고 할 것이다.

결국 조리의 법원성에 관한 논의는 더 이상 필요 없는 논의라고 생각한다. 왜냐하면 입법기초자의 의사를 존중한다는 의미에서 민법 제1조의 조문제목을 고려하여 해석한다고 해도, 입법기초자가 표현하려 한 것은 단순히 재판기준을 의미하는 것일 뿐 법의 존재형식을 의미하려 한 것이 아니므로, 존재형식으로서의 법원에 조리가 포함되는지에 대해 논의할 필요가 없으며, 민법 제1조의 조문제목인 ‘法源’이라는 표현에 더 이상 구속되지 않는다면 조리가 재판의 기준이 되는 것에는 아무 의문이 없기 때문이다. 이처럼 조리의 법원성에 대한

81) 제26회 국회정기회의속기록 제42호, 국회사무처(1957. 11. 21.), 16~17면 참고.

82) 제26회 국회정기회의속기록 제42호, 국회사무처(1957. 11. 21.), 17면.

83) 郭潤直 편/崔秉祚 집필, 『民法注解[I]』, 博英社(1992), 26~27면 참고.

불필요한 논의를 배제하고 더 이상의 혼동을 막기 위해 민법 제1조의 조문제목은 ‘재판기준’ 또는 ‘재판기준의 적용순위’ 정도로 바꾸는 것이 타당할 것이다.

나. 민법 제330조의 조문제목

민법 제330조는 “질권의 설정은 질권자에게 목적물을 인도함으로써 그 효력이 생긴다.”라고 규정하면서, 그 조문제목을 ‘설정계약의 요물성’이라고 하고 있다. 이러한 조문제목은, 공식적인 것은 아니었지만 민법 제정 당시 일본의 『六法全書』에서 사용하던 것을 받아들인 것이라고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 그러나 이 규정은 의용민법⁸⁵⁾ 당시 물권의 설정은 의사표시만으로 효력을 발생하고 목적물의 인도나 등기는 대항요건에 지나지 않는다는 원칙(의용민법 제176조~제178조)에 대한 예외로, 질권을 공시하고 그 유치적 효력을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다.⁸⁶⁾ 이와 달리 제정민법은 물권변동에 관하여 형식주의를 채택하여 동산에 관한 물권의 설정은 그 인도가 효력요건이므로(민법 제188조), 애초에 위와 같은 규정을 둘 필요가 없었다. 따라서

84) 末川博 편, 『六法全書』, 岩波書店(1957), 577면; 我妻榮·宮澤俊義 편, 『六法全書』, 有斐閣(1958), 827면 참고. 민법 제정 당시 일본의 『六法全書』는 법령 자체에 조문제목이 붙어 있는 경우에는 ()안에 조문제목을 표기하고, 법령 자체에 조문제목이 붙어 있지 않은 경우에는 편집자가 임의로 조문제목을 만들어서 []안에 표기하는 방식으로 편집되어 있는 것이 일반적이었다(末川博 편, 앞의 책, 凡例; 我妻榮·宮澤俊義 편, 앞의 책, 凡例 참고).

85) 依用民法은 일제의 강점 하인 1912년 3월 18일 制令 제7호 朝鮮民事令 제1조 제1호에 의하여 의용된 일본민법으로 1945년 8월 9일 당시의 일본민법은 ‘의용민법’으로서 해방 이후에도 계속 효력을 가졌었다. 이에 대한 상세는 李鴻旼, 앞의 논문(주 13), 18~19면 참고.

86) 我妻榮 저/安二瀆 역, 『擔保物權法』, 文星堂(1952) 98면; 柚木馨, 『判例物權法各論』, 巖松堂(1936), 187면.

이 규정은 현재로서는 무의미한 규정으로 삭제하는 것이 타당하다고 생각한다.⁸⁷⁾

특히 이 조문제목을 계기로 현행 민법 시행 초기의 학설 중에는 의용민법 당시의 학설처럼 질권설정계약이 요물계약이라고 하는 견해도 있었는데,⁸⁸⁾ 이와 같은 이론에 따르면 형식주의를 취하는 현행 법상 물권변동을 목적으로 하는 모든 계약은 요물계약이라는 결론이 되는데도⁸⁹⁾ 유독 질권설정계약에 대해서만 그 요물계약성을 강조하는 것이 되어 이해하기 어려운 부분이 있었다. 따라서 질권 설정에 있어서 ‘목적물의 인도’를 강조하기 위하여 이 규정을 그대로 존속시킨다고 해도 최소한 조문제목은 2004년의 민법개정안⁹⁰⁾에서와 같이 ‘질권의 설정’ 정도로 바꾸는 것이 적절할 것이다.

다. 민법 제332조의 조문제목

민법 제332조는 “질권자는 설정자로 하여금 질물의 점유를 하게 하지 못한다.”라고 규정하면서, 그 조문제목을 ‘설정자에 의한 대리점유의 금지’라고 하고 있다. 이러한 조문제목도 역시 민법 제정 당시 일본의 『六法全書』에서 사용하던 것을 그대로 받아들인 것이라고 할 수 있다.⁹¹⁾ 그러나 여기서 ‘대리점유’라는 표현은 의용민법에서 사용하던 표현으로 제정민법에서는 ‘간접점유’라는 표현으로 바뀌었다. 즉 의용민법은 타인으로 하여금 점유하게 하는 경우에 대하여 제181조

87) 郭潤直, 『物權法』, 博英社(1996), 535면.

88) 張庚鶴, 『新物權法各論(下卷)』, 一韓圖書出版社(1960), 400면; 方順元, 『新物權法』, 一韓圖書出版社(1960), 249면.

89) 이 견해들은 물권적 합의와 등기 또는 인도가 합쳐진 것이 이른바 물권 행위라고 한다(張庚鶴, 『新物權法總論』, 一韓圖書出版社(1960), 192~194면; 方順元, 위의 책, 25면).

90) 法務部, 앞의 책, 378~380면 참고.

91) 末川博 편, 앞의 책, 577면; 我妻榮·宮澤俊義 편, 앞의 책, 827면 참고.

에서 “占有權은 代理人에 依하여 이를 取得할 수 있다.”라고 규정하고 있었는데, 이는 의용민법 제180조가 점유의 요소로서 ‘자기를 위하여 하는 의사’를 내세우는 것에서 유래한 것이다.⁹²⁾ 이 규정에 의하여 직접적으로 物을 점유하는 자는 ‘자기를 위하여 하는’ 것과 동시에 ‘타인을 위해 한다는’ 의사를 가진 것으로 볼 수 있다는 점에서 타인(즉 본인)을 위해 행하는 의사표시의 대리와 동일한 법률구성을 취하게 된 것이라는 것이다.⁹³⁾

그러나 이에 대해서는, 점유는 법률행위 또는 의사표시가 아니므로 대리점유는 민법총칙의 대리와 성질을 달리하는 것이라는 것이 일반적인 견해였고,⁹⁴⁾ 이에 따라 표현상으로는 독일민법상의 직접점유·간접점유라는 관념이 타당하다고 하였다.⁹⁵⁾ 민법초안 제184조는 이러한 학설을 반영하여 의용민법 제181조의 대리점유 대신 간접점유라는 표현을 사용하였고, 이에 대해 민사법연구회의 찬성하는 의견⁹⁶⁾이 있는 가운데 국회를 통과하여 제정민법 제194조가 된 것이다.

이처럼 의용민법상 ‘대리점유’라는 표현이 ‘간접점유’로 바뀐 이상 민법 제332조의 조문제목에서도 더 이상 ‘대리점유’라는 표현은 사용하지 않는 것이 타당할 것이다. 이 경우 단순히 표현만 바꾸어서 ‘설정자에 의한 간접점유의 금지’라고 할 수도 있겠지만, 이 규정은 질권설정자가 점유매개관계를 설정함으로써 간접점유를 취득하는 것

92) 川島武宜 편/稻本洋之助 집필, 『注釋民法(7)』, 有斐閣(1968), 19면.

93) 川島武宜 편/稻本洋之助 집필, 위의 책, 19면. 다만 현재는 “자기를 위하여 하는 의사”는 가능한 한 완화하여 해석하여 순수하게 객관적·추상적으로 점유의 권원의 성질에 의해 처리하는 것이 일본의 통설이며, 그 결과 대리점유의 성립에 대해서도 의사의 요소는 필요없다고 하는 것이 타당하다고 한다(같은 책 12~13면, 19면).

94) 我妻榮, 『物權法』, 岩波書店(1932), 322면.

95) 我妻榮, 위의 책, 323면.

96) 民事法研究會, 앞의 책, 79~80면.

자체를 금지하려는 것이라기보다 오히려 질물을 점유개정의 방식으로 인도하여 질권설정자가 계속 점유하는 것을 금지하려는 것이므로, 2004년의 민법개정안⁹⁷⁾에서와 같이 ‘설정자에 의한 점유개정의 금지’라고 하는 것이 바람직할 것이다.

2. ‘同前’이라는 조문제목

현행 민법은 ‘同前’이라는 조문제목을 많이 사용하고 있다. 즉 민법 제354조, 제378조, 제402조, 제514조, 제570조, 제571조, 제641조, 제668조, 제669조에서 이와 같은 조문제목을 사용하고 있다.⁹⁸⁾ 그런데, ‘同前’이라는 표현을 풀어 쓴다면 ‘앞과 같다’는 것일 텐데, “그 조문이 무엇에 관하여 규정하고 있는가를 쉽게 알 수 있도록 함과 동시에 법률내용을 찾는 데 편리하도록”⁹⁹⁾ 한다는 조문제목의 기능을 제대로 발휘하기 위해서는, 법문의 내용이 다른 이상 조문제목도 당연히 달라야 한다.¹⁰⁰⁾ 따라서 위 규정들의 조문제목은 모두 각 규정의 내용을 충실히 표현할 수 있는 방향으로 고쳐야 할 것이다.

예를 들어, 민법 제354조의 조문제목은 ‘강제집행에 의한 질권 실행’으로, 민법 제378조의 조문제목은 ‘외화채권에 대한 국내통화 지급’으로, 민법 제402조의 조문제목은 ‘채권자지체 중의 무이자’¹⁰¹⁾로

97) 法務部, 앞의 책, 378~379면 참고.

98) 그 외에 현행 민법을 기준으로 한다면 민법 제886조, 제887조, 제888조, 제891조, 제892조, 제893조, 제894조, 제896조도 ‘同前’이라는 조문제목을 사용하고 있지만, 이 규정들은 모두 2012년 2월 10일 법률 제11300호에 의하여 개정되어서 2013년 7월 1일부터는 개정된 규정이 시행될 예정이다. 그리고 개정된 규정들의 조문제목에서는 더 이상 ‘同前’이라는 표현을 사용하지 않고 있으므로 논의의 대상에서 제외하기로 하겠다.

99) 국회 법제실 편, 앞의 책, 260면.

100) 조규창, 앞의 논문, 172면.

고쳐야 할 것이다. 또 민법 제514조의 조문제목은 ‘동전-선의취득’이 아니라 ‘지시채권의 선의취득’으로, 민법 제570조의 조문제목은 ‘동전-매도인의 담보책임’이 아니라 ‘타인의 권리 매도인의 담보책임’으로, 민법 제571조의 조문제목은 ‘동전-선의의 매도인의 담보책임’이 아니라 ‘선의의 타인 권리 매도인의 해제권’으로 고치는 것이 타당할 것이다. 그리고 민법 제641조의 조문제목은 ‘토지임대차의 차임연체와 해지’로, 민법 제668조의 조문제목은 ‘목적물의 하자과 도급인의 해제권’ 정도로, 민법 제669조의 조문제목은 ‘수급인의 담보책임의 면제’¹⁰²⁾로 고치는 것이 적절하다고 생각한다.

3. 기타 부적절하다고 생각되는 조문제목들

현행 민법의 조문제목 중 아래에서 열거하는 규정들 외에도 부적절하다고 생각되는 부분은 꽤 많다. 예를 들어, 민법 제544조의 조문제목이 ‘이행지체와 해제’라고 하는 것은 이 규정이 해제권의 발생원인으로서 단지 이행지체만을 정하는 규정으로 오해할 수 있는 여지를 만든다는 점에서 부적절하다고 할 수 있다.¹⁰³⁾ 그러나 이 규정은 2004년의 민법개정안에도 포함되어 있었지만,¹⁰⁴⁾ 현재 진행되는 민법 개정에도 포함될 가능성이 매우 높다.¹⁰⁵⁾ 이처럼 민법 중 재산법 편외의 부적절한 조문제목들은 법무부 민법개정위원회를 통하여 지금 진행되고 있는 민법 개정작업에 의하여 고쳐질 가능성이 매우 높다. 특히

101) 조규창, 위의 논문, 172면.

102) 조규창, 위의 논문, 172면.

103) 梁彰洙, 앞의 논문, 20면.

104) 法務部, 앞의 책, 781~787면 참고.

105) 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 민법규정의 개정론”, 民事法學(제55호), 韓國民事法學會(2011. 09.), 235~238면 참고.

2004년의 민법개정안에 포함되어 있었던 부분¹⁰⁶⁾은 이 글에서 굳이 언급하지 않아도 될 것으로 기대하고, 아래에서는 그 외의 조문제목에 한정하여 몇 가지 부적절하다고 생각되는 조문제목들을 열거하도록 하겠다.

(1) 민법 제151조는 “① 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다; ②조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 정지조건이면 조건없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다; ③조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.”라고 규정하면서, 그 조문제목을 ‘불법조건, 기성조건’이라고 하고 있다. 그런데 여기서 ‘불법조건’이 이 규정의 제1항에 관한 것이라는 점에는 의문이 없지만, ‘기성조건’이 무엇인지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 즉, 조건으로 한 사실이 법률행위 당시 이미 그 성否가 객관적으로 확정되어 있는 것이 기성조건이라고 해서 제2항과 제3항의 규정을 모두 포괄하고 있는 것으로 보는 견해¹⁰⁷⁾도 있고, 법률행위 당시에 이미 조건이 성립하고 있는 경우가 기성조건으로 제2항이 이에 해당하고, 이 규정 제3항은 객관적으로 실현이 불가능한 사실을 내용으로 하는 조건, 즉 ‘불능조건’에 해당한다고 하는

106) 민법 제30조의 조문제목을 ‘동시사망의 추정’으로 하는 것(法務部, 앞의 책, 39~41면 참고), 민법 제31조의 조문제목을 ‘법인의 성립’으로 하는 것(法務部, 앞의 책, 42~43면 참고), 민법 제217조의 조문제목을 ‘생활방해의 금지’로 하는 것(法務部, 앞의 책, 288~291면 참고), 민법 제299조의 조문제목을 ‘부담의 면제’로 하는 것(法務部, 앞의 책, 360~362면 참고), 민법 제357조의 조문제목을 ‘근저당권’으로 하는 것(法務部, 앞의 책, 391~397면 참고) 등이 이에 해당한다.

107) 郭潤直 편/ 閔亨基 집필, 『民法注解[I]』, 博英社(1992), 366~368면.

견해¹⁰⁸⁾도 있다. 이 중 후자의 견해가 일반적이다.

전자의 견해가 기성조건의 일반적인 의미를 확장하여 이 규정 제3항의 내용까지 포섭하려 한 것은 이 규정의 조문제목이 불법조건과 기성조건만을 들고 있기 때문으로 생각된다. 그러나 오해의 소지가 있다면 오히려 이 규정의 조문제목을 ‘불법조건, 기성조건, 불능조건’으로 고치는 것이 더 타당하지 않을까 생각한다.

(2) 민법 제186조는 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.”라고 규정하면서 그 조문제목을 ‘부동산물권변동의 효력’으로 하고 있다. 그러나 이와 같은 조문제목은 민법 제133조의 조문제목 ‘추인의 효력’이나 제169조의 조문제목 ‘시효중단의 효력’, 제307조의 조문제목 ‘전세권양도의 효력’ 등과 비교해 볼 때에 부적절하다고 할 수 있다. 이 규정은 부동산물권변동의 효력에 대해 규정한 것이 아니라 그 효력이 발생하기 위한 요건에 대해 규정한 것이기 때문이다. 따라서 이 규정의 조문제목은 ‘부동산물권변동의 효력발생요건’이나, 민법 제812조, 제836조의 조문제목처럼 ‘부동산물권변동의 성립’ 정도로 고치는 것이 타당하다고 생각한다. 같은 이유로 민법 제188조의 조문제목도 고쳐야 할 것이다.

(3) 민법 제825조는 “제806조의 규정은 혼인의 무효 또는 취소의 경우에 준용한다.”라고 규정하면서, 그 조문제목을 ‘혼인취소와 손해배상청구권’으로 하고 있다. 그러나 민법 제806조의 손해배상에 관한 규정은 혼인의 취소에 대해서만이 아니라 혼인의 무효에 대해서도

108) 郭潤直, 앞의 책(주 79), 530~531면; 金曾漢·金學東, 앞의 책(주 79), 490면; 명순구, 『민법총칙』, 法文社(2005), 542면 등.

준용되는 것이 본문의 규정상 명백하다. 이런 점에서 이 규정의 조문 제목은 오해의 소지가 있으므로, ‘혼인의 무효·취소와 손해배상청구권’으로 고치든지, 아니면 이 규정은 민법 제4편 제3장 제3절 ‘혼인의 무효와 취소’에 관한 절에 포함되어 있으므로 혼인의 무효와 취소에 관한 규정이라는 것은 명백하다는 점에서 ‘손해배상청구권에 관한 규정의 준용’¹⁰⁹⁾ 또는 ‘준용규정’¹¹⁰⁾ 정도로 고치는 것이 타당하다고 생각한다.

(4) 민법 제1055조는 “① 관리인의 임무는 그 상속인이 상속의 승인을 한 때에 종료한다; ② 전항의 경우에는 관리인은 지체없이 그 상속인에 대하여 관리의 계산을 하여야 한다.”라고 규정하면서 그 조문제목을 ‘상속인의 존재가 분명하여진 경우’라고 하고 있다. 그러나 이 규정에 의하여 상속재산관리인의 관리가 종료하는 것은 상속인이 출현한 시점이 아니고 그 상속인이 상속의 승인을 한 시점이다.¹¹¹⁾ ‘상속인의 존재가 분명하여진 경우’라고 하면 상속인이 출현한 시점에 바로 상속재산관리인의 관리가 종료하는 것으로 오해할 여지가 있으므로 이 규정의 조문제목은 ‘상속재산관리의 종료’로 고치는 것이 타당할 것이다.

VI. 결 어

법무부는 2009년 2월 4일 새로 민법개정위원회를 출범시켜 민법

109) 이러한 방식의 조문제목으로 민법 제47조, 제919조, 제959조의 조문제목 참고.

110) 이러한 방식의 조문제목으로 2012년 2월 10일에 개정되어 2013년 7월 1일에 시행예정인 민법 제908조의 조문제목 참고.

111) 이경희, 『가족법』, 法元社(2012), 408면.

중 재산편의 전면 개정작업에 착수하였다.¹¹²⁾ 이번 개정작업은 1단계로 “민법총칙 및 그와 관련된 물건 및 채권편(계약법) 일부 법제”의 정비, 2단계로 “채권총론 및 불법행위법 관련 법제”의 정비, 3단계로 “물권편 및 그와 관련된 법제”를 정비한 뒤, 4단계로 “보완개정 작업”을 거쳐 민법 전면개정을 마무리할 계획¹¹³⁾으로, 2004년의 개정안 마련작업과 비교할 때 각 분야별로 단계적인 개정작업을 거친다는 점이 큰 특색이다. 이는 한꺼번에 전면적인 개정을 하려 할 때 발생할 수 있는, 2004년의 개정안에서처럼 다양한 의견대립으로 인해 결국 개정안이 사장될 수 있는 문제점을 극복하고자 한 것으로 민법개정에 대한 법무부의 의지를 볼 수 있는 부분이다. 그리고 개인적으로는 이 중 4단계로 “보완개정 작업”이 있다는 점에 주목하고 싶다.

조문제목은 그 조문이 무엇에 관하여 규정하고 있는가를 쉽게 알 수 있도록 하여 법률내용을 찾는데 편리하도록 하는 기능을 제공한다. 그러나 이러한 기능이 제대로 발휘되기 위해서는 그 조문제목이 적절할 필요가 있다. 무엇보다 조문제목이 그 기능을 발휘할 수 있도록 하기 위해서는 조문제목도 법률의 일부로 볼 수 있다는 것을 전제로 한다. 그런데, 그 동안 대부분의 견해는 민법상 조문제목이 당연히 법률의 일부라는 것을 전제로 하고 있었지만,¹¹⁴⁾ 앞에서 본 것처럼 민법상 조문제목이 법률의 일부로서 법원성을 인정한다고 하면 그 부분은 바로 위헌이라고 할 수밖에 없게 된다.

즉 민법상 조문제목에 대해서는 국회 본회의에서 아무런 논의가

112) 법률신문 2009년 2월 7일 기사<<http://www.lawnews.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=45195&kind=>>

113) 법무부 민법개정위원회 홈페이지<<http://www.minbub.or.kr/>> 홍보자료 1(2009. 4. 16. 등록) “보도자료(민법개정위원회_출범)”, 10면 참고.

114) 法務部, 앞의 책, 379면의 이상경 위원 의견; 같은 책, 726면의 남효순 의원 의견; 같은 책, 782면의 양창수 위원의 의견 등 참고.

이루어지지 않았고, 민법안에 대한 국회 본회의의 의결을 마치면서 당시 법제사법위원장 대리였던 張暲根 의원의 요청에 따라 국회가 법제사법위원회에 일임하여, 그 자구정리 절차에서 비로소 민법의 각 규정에 조문제목이 붙게 된 것이다. 그러나 여기서 법제사법위원회의 자구정리절차에 일임할 수 있는 범위는 당시의 국회법에 따를 때에 ‘문자의 정정’과 ‘자구의 정리’에 한정되며, 조문제목의 부기는 포함되지 않는다. 그럼에도 조문제목을 붙이는 일을 법제사법위원회에 일임한 것은 위원회에 포괄적으로 입법권을 위임한 것이 되어, 국회의 의사를 최종적으로 결정하는 것은 본회의여야 한다는 헌법상 요청에 반하게 된다. 이처럼 민법상 조문제목은 그 입법과정상 절차적 정당성을 결여한 부분이기 때문에, 민법상 조문제목을 법률의 일부로 보는 것은 최근 헌법재판소의 판단¹¹⁵⁾에 따를 때에 위헌이라고 할 수 밖에 없는 것이다.

따라서 민법상 조문제목의 효력을 인정하기 위해서는, 그 입법과정상 문제된 절차적 정당성을 회복시켜주어야 한다. 그러한 의미에서 민법상 조문제목에 대해서는, 기존의 대부분의 조문제목을 그대로 받아들인다고 해도, 이를 법률의 일부로 확정지을 수 있는 전면적인 민법개정이 필요하다. 그리고 개인적으로는 현재 진행되는 민법개정작업의 4단계 “보완개정 작업”에서, 이와 같이 조문제목을 법률의 일부로 하는 전면개정을 할 수 있을 것으로 기대한다.

115) 헌법재판소 2009.6.25. 선고 2007헌마451 전원재판부 결정 참고.

■ abstract ■

Legal effect of the heading of the Article in civil code
- focusing on problems in enactment procedure of civil code -

Lee, Hong-Min · Myoung, Soon-Koo

The heading of the article is a simplified summary used to easily let the reader understand what the article is about and at the same time helps people to easily find the contents of the article. This heading is used for all articles in Korean civil code as well as civil code in other countries. Everyone seems to agree that the heading of the article plays some role in helping people to easily understand or find out the articles are discussing.

However, there are some disputes whether the heading of the article has a legal effect. Some people agree that it has the legal effects based on the ground that the lawmakers prepare the heading when they proclaim the laws and that we have to respect the opinion of the lawmakers. On the other hand, other people do not think so. They argue that the heading of the article just helps people understand the contents of the article but does not constitute the contents of the article. I think that the opinion of the latter group or those who do not agree on the legal effect of the heading is improper as the formal change of the law has to be done even when the heading of the article is to be changed. The opinion of the former group or those who agree on the existence of the legal effect of the heading is also hard to follow as they argue because the process of inserting the article heading of the civil code is hard to be recognized as the right enactment procedure.

When we study the process of the enactment of civil code, we find out that the heading of the article is inserted into the law in the process of wording arrangement made by the Legislation & Judiciary Committee at the National Assembly of Republic of Korea after the bill passed the final approval of the National Assembly. Once the bill passes the National Assembly, no one is allowed to revise or amend any word of the passed bill. In practice, however, there are a lot of cases that some wording arrangements have to be made after the bill passes the resolution of the National Assembly. Even when the wording arrangement of the bill is not delegated to anybody, it is made by the professionals or experts in the Legislation & Judiciary Committee of the National Assembly. Of course, this word arrangement is not allowed to the extent that it "changes the original contents of the bill passed by the National Assembly". The recent cases judged by Constitutional Court show that the word arrangement exceeding the specified scope violates the constitution.

From this point of view, the legal effect of the article heading of the civil code should not be recognized as it does not receive the right legal procedure for laws. It is because the heading is just inserted after the bill passes the final review of the National Assembly so that it cannot be interpreted as a part of binding laws.

However, when we think of the function of the article heading in civil code and the function of that in other laws, it is not proper for us to continue to not recognize the effect of the article heading in civil code. It is not because that the heading has the problem in its contents but because that it does not have the right legal procedures. Accordingly, to grant some procedural legitimacy to the heading of the article in civil code, we have to amend the Civil Code in a way that the heading of the article can get its legal effect.

[참고문헌]

- 郭潤直, 『民法總則』, 博英社(1990)
_____, 『物權法』, 博英社(1996)
郭潤直 편, 『民法注解〔I〕』, 博英社(1992)
국회 법제실 편, 『입법이론과 법제실무』, 국회 법제실(2008)
國會事務處, 『國會先例集』, 國會事務處(2008)
김상용, 『민법총칙』, 화산미디어(2009)
金曾漢, 『新稿 民法總則』, 博英社(1983)
金曾漢·金學東, 『民法總則』, 博英社(1995)
명순구, 『민법총칙』, 法文社(2005)
_____, 『실록 대한민국 민법1』, 法文社(2008)
_____, 『실록 대한민국 민법3』, 法文社(2010)
民事法研究會, 『民法案意見書』, 一朝閣(1957)
民議院 法制司法委員會, 『民法案審查報告書』, 民議院 法制司法委員會(1957)
民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄 上卷』, 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會(1957)
朴奉國, 『最新 國會法』, 博英社(2004)
方順元, 『新物權法』, 一韓圖書出版社(1960)
송덕수, 『민법총칙』, 박영사(2011)
法務部, 『民法(財産編)改正資料集<法務資料 第260輯>』, 法務部(2004)
안병옥, 『국회법』, 초이스디자인(2010)
尹亨烈, 『民法總則』, 法英社(2009)
이경희, 『가족법』, 法元社(2012)
李銀榮, 『民法總則』, 博英社(2009)
張庚鶴, 『新物權法總論』, 一韓圖書出版社(1960)
_____, 『新物權法各論(下卷)』, 一韓圖書出版社(1960)
鄭淇雄, 『民法總則』, 法文社(2009)
鄭浩永, 『國會法論』, 法文社(2004)
홍성재, 『민법총칙』, 대영문화사(2009)
我妻榮 저/安二濬 역, 『擔保物權法』, 文星堂(1952)

- 川島武宜 편, 『注釋民法(7)』, 有斐閣(1968)
- 末川博 편, 『六法全書』, 岩波書店(1957)
- 我妻榮, 『物權法』, 岩波書店(1932)
- 我妻榮·宮澤俊義 편, 『六法全書』, 有斐閣(1958)
- 柚木馨, 『判例物權法各論』, 巖松堂(1936)
- 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 민법규정의 개정론”, 民事法學(제55호), 韓國民事法學會(2011. 09.)
- 金炳昱, “立法技術上的 問題點:最近의 立法傾向을 中心으로”, 立法調查月報(제18호), 國會事務處(1967. 07.)
- 金曾漢, “民法案上程에 對한 異議”, 法政(제12권 10호), 法政社(1957. 10.)
- 명순구, “민법학의 학살에 대한 적정성 평가”, 民事法學(제47호), 韓國民事法學會(2009. 12.)
- 梁彰洙, “民法典 制定過程에 關한 殘片”, 民法研究(제8권), 博英社(2005)
- 이진기, “민법 제35조 1항의 해석-現行民法表題語(條文題目)의 批判的 檢討-”, 安岩法學(제10권), 安岩法學會(1999)
- 李鴻旼, “민법 제정과 그 성과 분석”, 고려대학교 박사학위논문(2011)
- _____, “민법제정시 국회 본회의 통과 후에 있었던 문제점-현행민법 개정을 위한 제안을 포함하여-”, 安岩法學(제37호), 安岩法學會(2012. 01.)
- 張永洙, “憲法の 基本原理로서의 民主主義”, 安岩法學(제1권), 安岩法學會(1993)
- 조규창, “韓國民法과 獨逸民法의 關係-우리 民法典의 難解性을 中心으로”, 『論理와 直觀』, 法文社(1998)
- 황승흠, “국회 본회의 의결을 결여한 자구정리안의 법적 효력 -헌법재판소 2009.6.25. 2007헌마451 결정의 연구-”, 법과 사회(제38권), 법과사회이론학회(2010)
- “男女平等原則保障 新民法草案 政府에 回附”, 法律新聞(1953. 10. 1.), 2면 기사.
- “民法案國會回附”, 法律新聞(1954. 11. 8.), 1면 기사.
- 官報 제799호, 공보실(1952. 12. 16.)

官報 제1983호, 공보실(1958. 2. 22.)

제14회 국회정기회의속기록 제30호, 국회사무처(1952. 11. 26.)

제14회 국회정기회의속기록 제33호, 국회사무처(1952. 11. 29.)

제15회 국회정기회의속기록 제8호, 국회사무처(1953. 1. 19.)

제15회 국회정기회의속기록 제13호, 국회사무처(1953. 1. 24.)

제15회 국회정기회의속기록 제20호, 국회사무처(1953. 2. 2.)

제15회 국회정기회의속기록 제34호, 국회사무처(1953. 3. 17.)

제26회 국회정기회의속기록 제29호, 국회사무처(1957. 11. 5.)

제26회 국회정기회의속기록 제42호, 국회사무처(1957. 11. 21.)

제26회 국회정기회의속기록 제44호, 국회사무처(1957. 11. 23.)

제26회 국회정기회의속기록 제62호, 국회사무처(1957. 12. 17.)