

한국 민법학에 蝸角之爭은 없었는가?

- 민법 제정 50주년, ‘對酒其二’를 노래한 白居易의 눈으로 민법학 되돌아보기 -

명 순 구[▣]

I. 서론

2008년은 민법학을 하는 사람들에게 뜻 깊은 해이다. 대한민국 민법이 올해로 제정 50주년을 맞았다. ‘50년’이라는 시간은 결코 짧은 시간이 아니다. 이 기간 동안 한국 민법은 양과 질에서 괄목할 만한 발전을 이룩하였다. 그러나 사회·문화·경제 환경의 변화에 따라 法現實도 빠른 속도로 변하여 세계의 私法은 거센 변화의 물결 속에 휩싸여 있으며, 우리도 물론 그 속에 존재하고 있다. 현재 우리나라는 세계 10위권에 근접하는 경제규모를 가지고 50살이나 된 민법을 가지고 있다. 이런 나라가 단순히 세계 법문화의 受惠國에 머물러 있는 것은 태만이다. 이제는 우리도 세계 법문화의 진보에 기여해야 한다. 이를 위해서는 우리 자신을 정확히 알아야 하며, 이는 우리의 과거를 돌아보는 일로부터 시작된다.

白居易¹⁾의 ‘對酒其二’(술잔을 앞에 놓고 2)라는 詩는 “蝸牛角上爭何事”로 시작하고 있다.²⁾ 달팽이 더듬이 위에서 다투는 일이 부질없음을 노래하고 있다. 서로 다른 시각을 가진 사람들 사이의 학설논쟁은 학문발전의 원동력이다. 민법학도 끊임 없는 학설논쟁 속에서 성장해 왔다. 종래 민법학의 학설다툼 중에 어떤 것은 논쟁의 실익을 유지하며 앞으로도 계속 민법 발전을 위한 에너지를 공급할 것이다. 그러나 그야말로 蝸角之爭에 불과한 것도 적지 않다고 본다. 어떤 것은 애초부터, 또 어떤 것은 시간이 지나면서 의미를 잃었다. 이와 같은 학설다툼을 이제 한 번 정리할 필요가 있지 않을까? 가을이 되면 수분과 양분을 절약하기 위해 나무들이 잎을 떨어뜨리며 새로운 성장을 기약하듯 말이다.

한국 민법학에 존재하는 ‘蝸角之爭’은 다양한 유형으로 분류할 수 있다. 필자가 평소 ‘蝸角之爭’으로 평가하고 있는 학설다툼을 여기에서 망라할 의도는 없다. 이 글에서 말하기에는 양과 질 양쪽에서 모두 용량을 넘는 일이기 때문이다. 이 글에서는 몇 가지 유형을 들어 예시적으로 소개하는 선에서 그치기로 한다.

▣ 고려대학교 법과대학 교수

- 1) 唐 시대의 시인. 李白이 죽은 지 10년, 杜甫가 죽은 지 2년 후에 태어나 같은 시대의 韓愈와 더불어 ‘李杜韓白’으로 불리는 시인.
- 2) 蝸牛角上爭何事 / 石火光中寄此身 / 隨富隨貧且歡樂 / 不開口笑是癡人 [달팽이 뿔 위에서 무슨 일을 다투는가 / 부싯돌 번쩍이듯 찰나에 맡긴 이 몸 / 부귀는 부귀대로 빈천은 빈천대로 즐기리 / 입을 벌려 웃지 못하면 그가 곧 바보라네]

II. 입법구도의 몰각에서 유래한 蝸角之爭

1. 서 설

현행 민법전의 제정경과를 세밀히 추적해 보면 다른 주요 법전들에 비하여 상대적으로 오랜 기간과 세심한 노력이 투입되었다는 것을 알 수 있다.³⁾ 민법안에 대한 국회 본회의의 심의에 앞서 당시 법무부 차관(裴泳鎬)은 국회의원들 앞에서 민법안 제안설명을 하였다.⁴⁾ 그는 입법방침으로서 다음 몇 가지를 지적하였다: ① “첫째, 본 법안은 소위 대륙법체계를 채용하였습니다.”; ② “둘째, 극단적인 개인주의 사상의 지양·발전입니다.”; ③ “셋째, 본 법안은 현행 법제도를 재검토하여 우리 현실에 부합하도록 수정함과 아울러, 종래 학설상 문제가 되는 점 또는 뚜렷한 관습 등에 대하여 어떤 것은 해결하고 또 어떤 것은 성문법으로 채택하였습니다. 이것은 법발전의 당연한 처사입니다.”; ④ “다음, 신분편에 있어서는 종래의 관습법을 정리함과 동시에 신시대의 이념구현에 특히 노력하였습니다.” 여기에서 유의하고자 하는 것은 위 입법방침 중 ③에 관련된 것이다.

현행민법 규정 중에는 의용민법 아래에서 학설대립이 있던 부분에 대하여 명확하게 입법적 결단을 내린 경우가 적지 않다. 결단의 방향은 대부분 당시의 통설 또는 관례의 태도를 반영하는 것이었다. 입법자의 의사가 법해석에 있어서 절대적인 의미를 가질 수는 없다. 그러나 그와 같은 결단이 있었음을 의식하지 않은 채 의용민법 시대의 학설다툼을 여전히 계속하는 태도는 결코 바람직스럽다고 할 수 없다. 이와 같은 경우 중 최악은 다음과 같은 상황이다: 어떤 논점에 대하여 의용민법 시대에 ㉠·㉡·㉢의 세 개 학설이 있었지만, ㉠·㉡는 ㉢의 타당성을 보장하기 위하여 내세우는 것일 뿐 실제로 주장하는 학자는 없었고 오직 ㉢만이 실제 학설과 관례에 의하여 채택된 것이었다; 입법자는 ㉢의 취지를 명문으로 조문에 반영하여 현행민법이 되었다; 그럼에도 불구하고 현행민법 아래에서의 학설상황은 여전히 ㉠·㉡·㉢의 대립상태이다; 물론 현재에도 ㉠·㉡를 주장하는 학자는 없다.

필자로서는 우리 민법의 해석론 중에 위와 같은 최악의 상황에 해당하는 경우가 없을 것이라는 확신을 가질 수 없다. 최악의 상황은 아닐지 모르지만 다음과 같은 경우는 허다하다: 어떤 논점에 대하여 의용민법 시대에 ㉠·㉡·㉢의 세 개 학설이 있었지만 ㉢가 통설의 입장이었다; 입법자는 ㉢의 취지를 명문으로 조문에 반영하여 현행민법이 되었다; 그럼에도 불구하고 현행민법 아래에서의 학설상황은 여전히 ㉠·㉡·㉢의 대립상태에 있으며 통설은 여전히 ㉢이다. 아래에서는 이에 해당하는 예를 몇 가지 들어보기로 한다.

3) 민법의 입법경과에 대하여 자세한 것은 명순구, 『실록 대한민국민법 1』, 법문사, 2008, 1면 이하 참조.

4) 그 내용은 제26회 국회정기회의속기록 제29호, 국회사무처, 1957. 11. 5, 9면 이하 참조.

2. 몇 가지의 사례

(1) 사례 1: 민법 제1조[법원]

민법원안 제1조는 다음과 같다: “民事에 관하여 法律에 규정이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다.” 의용민법은 이와 같은 명문규정이 없었고, 다만 法例⁵⁾ 제2조는 관습법이 법원임을 규정하고 있었다. 민법원안 제1조는 민법전편찬요강⁶⁾에 따라 입안된 것이었다. 민법안에 대한 예비심사를 위임받은 법제사법위원회 민법안심의소위원회⁷⁾는, 條理를 법원에 포함시킨 것에 대해서는 약간의 이의도 있으나, 법원은 법률 또는 관습법이 없다고 하여 재판을 거부할 수 없으므로 재판의 기준이 되어야 할 法源의 하나로서 조리를 인정함이 타당하다는 쪽으로 의견을 모으고 원안을 그대로 채택하기로 합의하였다.⁸⁾ 한편, 民事法研究會⁹⁾는 다음과 같은 수정안을 제시하였다: “民事에 관하여 法律 또는 慣習法이 없으면 條理에 의한다.” 이는 성문법과 관습법 사이에 우열을 인정할 수 없다는 당시 학설상의 대등적 효력설에 따른 것이었다.¹⁰⁾ 이 수정안은 玄錫虎 의원의 수정안으로 국회 본회의에 제출되어 치열한 논쟁이 있었으나¹¹⁾ 결국 원안대로 가결되어 현행법이 되었다.

민법의 입법 당시에는 제정법과 관습법의 관계¹²⁾, 조리의 법원성¹³⁾ 등에 관하여 학설다툼이 있었다. 그런데 이에 관한 우리 민법의 입법자의사는 제정법과의 관계에서 관습법의 보충적 효력, 조리의 법원성 긍정으로 요약될 수 있다. 이들 문제는 매우 심원한 법이론에 뿌리를 두는 것으로 그것을 학문적 논의의 대상으로 하는 것까지 이상하다고 할 것은 아니다. 그러나 의용민법 시대와 동일한 정도의 논의가 현재에도 계속되고 있는 현상에 대해서는 좀 다른 평가가 가능하다. 민법 제1조에 관한 현재의 학설다툼이 민법제정 과정에서의 논의를 염두에 둔 것인가? 우리 민법 제1조에 해당하는 규정이 없는 일본은 지금도 의용민법 시대와 동일한 학설다툼을

5) ‘法例’는 明治 31년(서기 1898년) 법률 제10호로 공포된 단일법률로서 일반법률의 적용에 관한 통칙을 정한 법률이다. 이 법률은 1912년 3월 칙령 제21호 ‘법례를조선에서행하는건’에 의해 조선에서도 법원으로 작용하였는데, ① 時에 관한 법률의 효력, ② 관습의 효력, ③ 인적·장소적 적용범위에 관한 법률의 효력, 즉 국제사법에 해당하는 규정의 3가지 내용을 담고 있다. 그 밖에 자세한 것은 梅謙次郎 外, 『法律辭書 第2冊』, 書肆明法堂, 1903, 263면~267면 참조.

6) 민법전편찬요강 [총칙, 一, 1]: “관습법 및 조리의 보충적 효력을 규정한다.”

7) 민법안심의소위원회의 축조심의회는 제2회 회의(날짜는 1955년 4월 22일)부터이다. 제1회 회의에서는 민법안심의소위원회 내부에서 예비심사의 분담, 앞으로의 회의일정 및 장소, 심의절차 등을 정하고, 조문체제에 관한 원칙으로서 각 조문 앞에 제목을 부기하기로 결정하였다(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』, 1957, 1~2면).

8) 앞의 책 『民法案審議錄 上卷』, 1957, 3면 참조.

9) 현재 ‘사단법인 한국민사법학회’의 전신이다.

10) 民事法研究會, 『民法案意見書』, 一朝閣, 1957, 20~21면 方順元(당시 崇實大學 교수) 집필부분 참조.

11) 이에 대해서는 명순구, 앞의 책 『실록 대한민국민법 1』, 64~69면 참조.

12) 我妻榮 저/安二濬 역, 『民法總則』, 文星堂, 1957, 9~11면.

13) 我妻榮 저/安二濬 역, 앞의 책 『民法總則』, 12~13면.

피할 수 없을 것이다. 그러나 법원에 관한 명문규정을 둔 한국의 학설은 일본과는 다른 모습으로 전개되어야 마땅하지 않겠는가!

특히 조리의 법원성에 관한 학설다툼은 와각지쟁의 하나라고 본다. 이에 관한 학설대립이 실제상의 차이를 가져오는 것은 아니다. 어느 학설에 의한다 하더라도 법원이 최후로 의존할 수 있는 것이 조리라는 사실에는 변함이 없기 때문이다. ‘法源’이라는 것은 법의 존재형식인데, 조리는 법이 아니라 법의 기초를 이루는 것이라는 형식논리로 접근하는 것이 조리의 법원성을 부정하는 학설의 태도인 것 같다. 그런데 법원이라는 개념은 기능적 관점에서 이해할 필요가 있다. 기능적 관점에서 볼 때 法源은 법률분쟁의 해결기준이며, 법원의 개념을 그렇게 이해하는 것으로 필요충분하다고 본다. 요컨대, 조리는 민사분쟁의 최후의 해결기준으로서 법원이라고 생각한다. 판례도 같은 입장으로 평가된다.¹⁴⁾ 헌법 제27조 제1항은 請求權의 基本權으로서 裁判請求權을 규정하고 있다. 이 규정을 민사재판의 측면에서 본다면, 모든 국민은 스스로 法院에 소를 제기할 수 있는 私權保護請求權을 가지며, 적법하게 제기된 訴에 대하여 법원으로서 ‘司法拒絕禁止의 原則’에 따라 당해 사안에 적용될 법규가 없다는 이유로 재판을 거부할 수 없다. 그러므로 구체적 분쟁을 해결할 수 있는 成文法도 없고 慣習法도 존재하지 않는다면 최종적으로 條理에 따라 재판을 하여야 한다. 민법 제1조가 ‘조리’를 언급하고 있는 이유는 이런 관점에서 이해하는 것으로 충분하다고 생각한다.¹⁵⁾

(2) 사례 2: 민법 제262조[물건의 공유]

민법 제262조에 해당하는 민법원안 제252조는 다음과 같이 규정한다: “① 물건이 지분에 의하여 수인의 소유로 된 때에는 공유로 한다. ② 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정한다.” 원안 제1항은 공유에 대한 개념정의로서 의용민법에 없던 규정을 신설한 것이고, 제2항은 의용민법 제250조와 같은 취지이다. 원안 제252조는 아무런 수정없이 원안대로 가결되어 현행민법 제262조가 되었다. 이 조문에서 눈길을 끄는 것은 제1항이다.

공유의 개념 내지 법적 성질에 관해서 의용민법 시대부터 학설상 다툼이 있었던

14) 관련 판례를 들어보기로 한다: ① 대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 판결: “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다(같은 취지: 대법원 1965. 8. 31. 선고 65다1156 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결 등); ② 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결: “...소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서 법원에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이고, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없다.”

15) 명순구, 『민법총칙』, 법문사, 2005, 24면 참조.

데¹⁶⁾ 그 내용은 이러하다. 제1설(소위 ‘양적 분할설’)은, 소유권은 하나이며 다만 하나의 물건이 지분의 비율에 따라 분량적으로 분할되어 수인에게 속하고 있는 상태라고 한다. 제2설(소위 ‘다수소유권경합설’)은, 공유자가 각각 소유권을 가지며 각 소유자는 서로 제한을 받는다고 이해하는 견해이다.¹⁷⁾ 제2설에 대해서는 소유권과 지분의 개념을 혼동하고 있다는 비판이 가해지며, 일물일권주의를 기초로 공유의 개념을 설명하는 제1설이 일찍부터 통설로 자리잡았다. 민법 제262조 제1항(민법원안 제252조 제1항)의 내용은 의용민법 시대의 제1설과 동일한 것이다. 즉 입법자는 당시의 통설을 반영하여 공유의 법적 성질에 대하여 결단을 내린 것이다. 현재 판례도 제1설과 같은 입장이다.¹⁸⁾ 우리 민법 제262조 제1항에 해당하는 규정이 없는 일본은 지금도 의용민법 시대와 동일한 학설다툼을 피할 수 없을 것이다. 그러나 명문규정을 두고 있는 한국의 학설은 일본과는 다를 수밖에 없다. 별다른 실익도 없는 학설대립, 그것도 명문의 규정에 명백히 반하는 학설을 계속 인정하여야 할까?

(3) 사례 3: 민법 제406조[채권자취소권]

민법 제406조(채권자취소권)에 해당하는 민법원안 제397조는 다음과 같이 규정한다: “① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 소송은 채권자가 취소원인을 알은 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.” 원안 제397조 제1항은 의용민법 제424조¹⁹⁾, 제2항은 의용민법 제426조²⁰⁾에 대응하는 것이지만 다음과 같은 점에서 큰 차이가 있다: ① 의용민법은 ‘취소’만을 규정하고 있으나 민법안은 이와 아울러 ‘원상회복’을 추가하였다²¹⁾; ② 채권자취소권의 행사기간을 단축하였다.²²⁾ 민법원안 제397조는 제1항 제1문의 원상회복 다음에 ‘법원에’라는 문구를 추가하는 것을 제외하고는 그대로 국회 본회의에서 가결되어 현행민법 제406조가 되었다.

16) 我妻榮 저/安二濬 역, 『物權法』, 文星堂, 1950, 155~156면.

17) 高翔龍, 『物權法』, 法文社, 2001, 364면 참조.

18) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결: “공유는 물건에 대한 공동소유의 한 형태로서 물건에 대한 1개의 소유권이 분량적으로 분할되어 여러 사람에게 속하는 것이...”

19) 의용민법 424조는 다음과 같다: “① 債權者는 債務者가 그 債權者를 害할 事를 알고 한 法律行爲의 取消을 裁判所에 請求할 수 있다. 但 그 行爲로 因하여 權益을 받은 者 또는 轉得者가 그 行爲 또는 轉得 當時 債權者를 害할 事實을 알지 못하였을 때에는 此限에 不在한다. / ② 前項의 規定은 財産權을 目的으로 하지 아니하는 法律行爲에는 이를 適用하지 아니한다.”

20) 의용민법 426조는 다음과 같다: “第424條의 取消權은 債權者가 取消의 原因을 覺知한 때부터 2年間 이를 行하지 아니할 때에는 時效로 因하여 消滅한다. 行爲時부터 20年을 經過한 때에도 또한 같다.”

21) 이는 민법전편찬요강에 따른 것이다(민법전편찬요강 [채권총칙, 21] 사해행위취소권의 내용을 법률행위의 취소 이외에 원상회복을 포함하는 것으로 할 것).

22) 이는 민법전편찬요강에 따른 것이다([채권총칙, 22] 채권자취소권의 시효기간을 단축할 것).

채권자취소권의 법적 성질에 대해서는 의용민법 시대에 학설대립이 있었다.²³⁾ 제1설(소위 ‘형성권설’ 또는 ‘취소권설’)은 채권자취소권의 본질에 대하여 사해행위를 취소하는 형성권으로 이해한다. 그리하여 채권자취소소송의 성질을 형성의 소로 파악한다. 제2설(소위 ‘청구권설’ 또는 ‘반환권설’)은 채권자취소권의 성질을 사해행위에 의하여 채무자의 재산으로부터 일탈된 재산의 회복으로 이해한다. 그리하여 채권자취소소송의 성질을 이행의 소로 파악한다. 제3설(소위 ‘절충설’ 또는 ‘병합설’)은 채권자취소권을 사해행위의 취소와 재산의 회복이 병합된 것으로 이해한다. 그리하여 채권자취소소송의 성질을 형성의 소와 이행의 소가 합쳐진 것으로 파악한다. 구법시대 통설과 판례는 제3설의 입장이었다. 민법원안 제397조 제1항은 구법시대의 통설과 판례를 명문화한 것이다.²⁴⁾ 우리 민법 제406조 제1항에 해당하는 규정이 없는 일본은 지금도 의용민법 시대와 동일한 학설다툼이 가능할 것이다. 그러나 명문규정을 두고 있는 한국의 학설은 일본과는 다를 수밖에 없다. 사실 현재 우리나라에서 제1설 또는 제2설을 주장하는 학자는 없는 것으로 알고 있다. 실제로 주장되지도 않는 학설, 그것도 명문의 규정에 명백히 반하는 학설이 계속 존재하는 것처럼 소개할 필요는 없을 것 같다.

3. 평 가

위에서 현행민법의 입법구도와 무관하게 구법시대의 학설이 그대로 계속되는 경우 몇 가지를 예시적으로 지적하였다. 구법에는 명문규정이 없어서 학설대립이 심하던 사항에 대하여 입법적 결단을 하였다면 그것은 현행민법의 입법 당시 치열한 고민의 결과였을 것이다. 현행민법의 해석에 있어서 그것을 전혀 고려하지 않는 것은 성실한 학문자세가 아니라고 본다. 그리고 만약 그러한 경향이 우리의 입법과정을 도외시한 채 일본의 문헌에만 의존하여 학문을 한 결과라면 그것은 중대한 과오가 아닐 수 없다.

III. 자주성의 인식 부족에서 유래한 蝸角之爭

1. 서 설

나의 계통이 어떠한지, 현재 어디에 있으며, 앞으로 어디로 어떻게 가야 할 것인가를 정확히 알고 있는 사람은 외부적인 요인에 쉽게 흔들리지 않는다. 반면 그 반대의 경우에는 다른 사람의 말 한마디, 몸짓 하나에 마음을 쓰며 경우에 따라서는 미래를 예측하지도 못한 채 그를 모방하는 경향이 있다. 중국에 가서야 그 길이 내

23) 我妻榮 저/安二濬 역, 『債權總論』, 文星堂, 1954, 116~117면.

24) 앞의 책 『民法案審議錄 上卷』, 242면 참조.

것이 아님을 알게 될 것인데 그 마음이 어떠할까? 우리는 근대적 의미의 민법학을 일본을 통하여 시작하였고 그 이후로 오랜 기간 동안 일본의 그늘을 벗어날 수 없었다. 그러다 보니 굳이 일본을 뒤따르지 않아도 될 것을 따라간 경우가 적지 않다. 그 중의 대표적인 것으로 ‘물권행위’에 관한 논쟁을 들고자 한다.²⁵⁾

2. ‘물권행위’ 개념의 필요성 문제

종래 학설이 물권행위 개념을 유지하고자 하는 실제적 이유는 크게 다음의 두 가지로 요약할 수 있다: ① 물권행위가 처분행위라는 점을 들어 처분권이 없는 사람의 처분행위는 무효이어서 물권이 이전되지 않는다는 것을 설명하기 위한 도구²⁶⁾; ② 물권행위의 무인성 인정을 위한 전제. 만약 처분권 없는 사람에 의한 처분행위의 효력을 설명할 수 있는 다른 방법이 있고, 또한 물권행위의 무인성을 인정하지 않는다면 물권행위 개념을 유지하여야 필요성은 거의 없을 것이다. 여기에서는 ①의 문제에 대해서만 살펴본다.²⁷⁾

프랑스민법에서는 물권행위의 개념 없이도 ①의 문제를 처리하고 있다. 프랑스민법은 “누구도 자기가 가진 것을 초과하는 권리를 타인에게 양도할 수 없다”(Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet)²⁸⁾는 원칙에 근거하여 제 1599조에서 “타인 소유의 물건에 대한 매매는 무효이다”라고 규정하고 있다. 제 1599조의 해석에 있어서 구체적인 부분에서 학설다툼이 있기는 하나 통설은 다음과 같이 이해한다²⁹⁾: ① 제1599조가 적용되는 것은 특정물매매에 한정된다; ② 매수인이 선의인 경우에는 제1599조에 의하여 무효이지만, 매수인이 악의인 경우에는 매도인이 소유권을 취득하여 이전하여 주는 채무를 부담하는 것을 내용으로 하는 무명계약으로서 유효하다. ②의 내용은 실질에 있어서 우리 민법 제569조와 다를 바가 없다. 요컨대, 처분권이 없는 사람의 처분행위는 무효이어서 물권이 이전되지 않는다는 것은 물권행위 개념이 있어야만 가능한 것은 아니다.³⁰⁾ 무권리자로부터는

25) 아래 물권행위에 관한 서술은 명순구, ‘물권행위와의 작별을 준비하다’, 『고려법학』 제49호(2007. 10.), 고려대학교 법학연구원, 281면 이하를 요약·수정한 것이다.

26) “의무부담과 처분의 두 합의는 가령 매매계약이라는 하나의 법률행위의 두 모멘트, 즉 채권발생과 물권변동이라는 각기 다른 법률효과적 관점에서 관찰한 별개의 모멘트에 불과한 것(이 때 처분적 합의는 하나의 계약의 한 부분을 구성하며, 독립한 법률행위가 아니다)으로서, 이들은 일체로서 그 매매계약 안에 결합되어 있다”(梁彰洙, ‘한국 민사법학 50년의 성과와 21세기적 과제’, 『民法研究 第4卷』, 博英社, 1997, 17면 및 같은 면 각주 38 참조)라는 식의 다소 기교적인 설명도 무권리자로부터는 권리를 취득할 수 없다는 것을 법률행위의 틀 속에서 설명하고자 하는 노력의 일환일 것이다.

27) ②에 대해서는 뒤에서 따로 논의한다.

28) Digesta, 50, 17, 54.

29) Henri Roland/Laurent Boyer, *Adages du Droit Français*, 3e éd., Paris, Litec, 1992, pp. 512~513 참조.

30) 프랑스에도 처분행위(acte de disposition)라는 개념이 있기는 하다. 그런데 프랑스에서의 처분행위의 관념은 독일의 그것과는 차이가 있다. 프랑스의 법률행위(acte juridique)의 분류 중에는 보존행위(actes conservatoires: 예컨대, 시효의 중단), 관리행위(acte d'administration: 예컨대, 물건의 임대), 처분행위(일반적으로 물권의 이전)가 있다. 그런데 이러한 구분은 행위무능력자(incapacité d'exercice) 제도와 관련하여 나타나는 관념이다. 예컨대, 후견인은 보존행위와 관리행위에 대해서는 단독으로 할 수 있으나 처분행위는 친족회(conseil de famille) 또는 법원의 허가를 받아서 처분할 수 있다. 프랑스에 있어서 처분행위는 법률행위의 내용이 가장 중대한 것이라는 정도의 의미로 사용되는 개념이다.

권리를 취득할 수 없다는 법리를 반드시 법률행위의 틀 속에서 찾아야 할 것은 아니라는 것이다.

한편, 종래 학설 중에는 영미법이나 프랑스법에서도 물권행위의 개념이 인정된다는 취지의 주장도 있다. 영미부동산 거래에서의 물권양도행위(conveyance)³¹⁾를 들어 영미법에서도 물권행위의 독자성이 인정된다고 설명한다든가³²⁾ 혹은 프랑스민법에 있어서 물권적 의사표시는 채권행위와 합체되어 행해진다는 설명³³⁾이 그것이다. 그러나 영미법에는 물권행위라는 개념은 커녕 법률행위의 개념조차 존재하지 않으며, 프랑스민법학이 독일식의 물권행위 개념을 사용하여 물권변동을 설명하는 것도 아니다. 기능적인 면에서 유사하다고 그와 같은 평가를 하는 것은 학문적 엄밀성과 거리가 있다고 생각한다. 법률행위의 개념이 모든 법제에 공통된 일반적인 것은 아니며, 특히 물권행위 개념은 더욱 그러한 것이다.

등기신청을 하기 위해서는 신청서, 등기원인을 증명하는 서면 등을 제출하여야 하며(부동산등기법 제40조 참조), 신청서에는 등기원인과 그 연월일을 기재하여야 한다(부동산등기법 제41조 제5호 참조). 등기원인이 문제되는 이유는 그것을 기준으로 등기의 유효성을 판단하겠다는 것이다. 등기원인을 증명하는 서면은 매매계약서이다. 매매계약과 등기 사이에 물권행위가 있다고 하기 위해서는 매매계약과 등기 사이에 물권변동을 내용으로 하는 의사표시의 교환이 있어야 한다. 그러나 양자 사이에 그와 같은 요소가 개입할 여지는 없다. 한편, 최근의 한 학설은 부동산물권변동에 있어서 물권행위는 등기신청행위라고 주장한다.³⁴⁾ 그런데 이 견해에 따르면, 부동산등기법 제40조가 정하는 등기서류 어느 것에도 물권행위의 요소는 반영되지 못하는 결과가 되는데, 이러한 상황에 대한 평가는 다음 두 가지 중의 하나가 될 수밖에 없다: ① 우리의 부동산등기법이 잘못되었다(왜냐하면 물권변동의 유효성을 결정짓는 등기원인을 기재하는 것을 요구하고 있지 않으므로); ② 물권행위는 등기원인이 될 수 없다. 물권변동의 원인이기에 물권행위라는 개념을 인정하는 것인데, 사정이 이러하다면 물권행위를 인정하는 이유가 모호해진다.

3. 물권행위 무인론의 유용성 문제

(1) 무인론의 논거와 그 문제점

물권행위의 개념 자체를 인정하지 않는다면 물권행위의 유인성·무인성 문제는 논

31) 'conveyance'에 대하여 자세한 것은 박경신, '물권행위라는 용어 미국에서만 살아야 하는 이유', in: 명순구/김제완/김기창/박경신, 『아듀, 물권행위』, 고려대학교 출판부, 2006, 58면 이하 참조.

32) 金相容, '英美財産法上の 不動産物權變動論', 『民法學論叢』(厚巖郭潤直教授華甲紀念論文集), 博英社, 1985, 126면 참조.

33) 李太載, 『物權法』, 進明文化社, 1985, 70면; 郭潤直, 『物權法』, 博英社, 2002, 65면; 金相容, 『物權法』, 法文社, 2004, 101면 등 참조. 이에서 더 나아가 "프랑스민법에 있어서도 채권행위에서 채무가 발생하고 이 채무의 이행으로서 물권적 의사표시를 하게 된다. 그러므로 채권행위와 물권적 의사표시는 합체되어 행하여질 수 없다. 즉 별개의 행위로 異時에 행해진다(물권행위 독자성 긍정). 다만 그 간격이 짧을 뿐이라고 생각한다" (姜台星, 『物權法』, 大明出版社, 2004, 107면)라는 주장도 있다.

34) 尹眞秀, '物權行爲 概念에 대한 새로운 接近', 『民事法學』 제28호, 한국민사법학회, 2005, 4면 참조.

의의 여지가 없다. 그러나 이 문제를 정리해 보는 것도 나름대로 의미를 가진다. 왜냐하면 물권행위의 개념을 인정하는 중요한 이유 중의 하나가 그것이 물권행위의 무인성의 전제가 되기 때문이다. 그러므로 만약 현행법상 물권행위의 무인성을 인정할 수 없다면 물권행위의 개념은 존재이유를 거의 잃게 된다.

무인론의 주된 논거는 다음과 같다: ① 물권행위와 채권행위는 별개의 행위이므로 유효성도 따로 판단하여야 한다; ② 물권적 법률관계는 모든 사람에 대하여 명료함을 그 이상으로 하므로 물권행위의 효력을 당사자 사이에서만 효력이 있는 원인행위의 유효성 여부에 의하여 영향을 받게 하는 것은 부당하다; ③ 무인성을 인정함으로써 등기에 공신력을 인정하고 있지 않는 민법의 제도상의 결함을 보정하여 거래의 안전을 보호할 수 있다.

①에 대하여 살펴본다. 별개의 행위인 경우에 그 유효성도 따로 판단하여야 한다는 말은 수긍이 간다. 그런데 문제의 핵심은 그와 같이 유효성을 따로 판단해 보았더니, 가령 원인행위는 무효이고 물권행위는 유효인 경우에 원인행위의 무효로 인하여 물권행위도 무효로 되는가 하는 것이다. 그러므로 ①의 논거는 방향설정이 잘못된 것으로 보아야 한다.

②에 대하여 살펴본다. 법률관계의 명료성을 내세우고 있는데 법률관계의 명료성이라는 것은 물권행위에서만 문제되는 것은 아닐 것이다. 게다가 법률행위를 원인으로 하는 법률관계에 있어서 당사자의 의사를 제쳐두고 명료성이라는 것이 그렇게 최우선적으로 고려되어야 할 사항인가 하는 것도 의문이다.

③에 대하여 살펴본다. 물권행위의 무인성을 인정하는 논거로 가장 중요한 것이 이것이다. 그런데 이 논거에 대하여 종래 이루어졌던 전통적인 비판점들³⁵⁾ 이외에 종래의 무인론이 모두 '상대적 무인론'이라는 점에 특히 주목하고자 한다.

상대적 무인론이란 물권행위는 원칙적으로 무인행위이지만 당사자가 채권행위의 유효를 물권행위 유효의 조건으로 한 때에는 유인성을 갖는다는 것이다. 그런데 상대적 무인론은 오히려 무인론의 가장 중요한 목표인 거래안전을 무색하게 한다. 왜냐하면 당사자의 의사에 의하여 아주 간단하게 유인행위가 되기 때문이다. 결국 상대적 무인론은 무인론을 무의미하게 만들게 된다. 이와 같은 형상은 채권행위의 유효를 물권행위의 유효의 조건으로 하는 것이 묵시적 의사표시로도 가능하다고 하는 경우에 더욱 심화된다. 왜냐하면 정상적인 정신능력을 가진 당사자라면 채권행위의 유효를 물권행위의 유효의 전제로 삼고 있을 것이기 때문이다. 우리의 거래실정에 비추어 볼 때, 원인행위로서의 채권행위가 실효된다 하더라도 물권행위는 유효하여 물권이 변동되는 것을 의도하는 사람은 거의 없을 것이다. 그리고 만일 어떤 당사자가 그와 같이 독특한 의사를 가지고 있다면 그 사람은 의사무능력자로서 당해 물권행위 자체가 무효로 된다고 평가하여야 할 것이다. 요컨대, 무인론의 가장 중요한

35) 종래의 전통적인 비판점은 대체로 다음과 같은 것들이다(郭潤直, 앞의 책 『物權法』, 49~52면 참조): 첫째, 채권행위와 물권행위 사이에 시간적 간격이 없거나 또는 그다지 길지 않을 때에는 무인론이 거래안전을 위한 장치로 작용하지 못한다; 둘째, 민법은 거래안전을 위한 별도의 규정을 두고 있으므로(예: 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항) 무인론만이 거래안전을 위한 방안은 아니다.

논거는 무인론 자체의 주장(즉 상대적 무인론)에 의하여 설득력을 잃어버리는 셈이 된다.

(2) 무인론의 타당범위의 한정성

물권행위의 유인성·무인성을 설명하기 위하여 다음과 같은 식의 사례를 드는 것이 일반적이다: A와 B 사이에 매매계약이 체결되었는데 매매계약 당시에는 취소사유가 있었으나 그 후 물권행위가 이루어질 때에는 취소사유가 없어졌다; 취소권자 A가 취소권을 행사하여 매매계약이 무효로 되었다. 거래실체에서 이와 같은 상황이 발생할 수 있는지에 대해서도 의문이 있지만 그대로 수용하면서 논의하기로 한다.

이와 같은 사안에 대하여 종래 유인론은 다음과 같이 말한다: A는 물권적 반환청구권을 행사하여 B로부터 물건을 찾아올 수 있다; 왜냐하면 원인행위의 무효에 따라 물권행위도 무효로 되어 B에게 물권이 이전하지 않았기 때문이다. 무인론은 다음과 같이 말한다: A는 부당이득반환법리에 의해 B로부터 물건을 찾아올 수 있을 뿐이다; 왜냐하면 채권행위의 실효에도 불구하고 물권행위는 영향을 받지 않아 소유권은 B에게 이전하였으나 소유권취득에 법률상의 원인이 흠결되어 있기 때문이다.

이 설명은 유인론과 무인론의 내용을 굴절없이 그대로 반영한 것이다. 그런데 이 설명이 우리 현행법 아래에서 가지는 타당범위에 대해서는 의문이다. 위 사안에 대하여 무인론의 취지에 따라 “채권행위는 실효되고 물권행위는 유효하다”라고 평가할 수 있겠는가? 이러한 입론의 타당범위는 법률행위에 있어서의 법정추인제도(제145조)에 의하여 현저하게 축소된다. 위 사안을 토대로 그 이유를 설명하면 다음과 같다: 물권행위의 개념을 인정하는 입장에서 물권행위는 채권행위에 대한 이행행위이다; 물권행위시에는 취소사유가 없었다는 것은 채권행위시에 존재했던 취소의 원인이 제거된 후에 법정추인사유에 해당하는 ‘全部나 一部の 履行’(제145조 제1호)이 있었다는 것이 된다. 여기에서 법정추인제도로 인하여 물권행위의 무인론의 논리가 관철되지 않는다는 사실에 유의할 필요가 있다. 물권행위의 시기에 대해서 등기서류를 교부하거나 동산을 인도하는 때로 보는 입장과 채권행위와 합체되어 행해진다는 입장이 대립하는데 두 입장으로 나누어 살펴보자. 우선, 물권행위의 시기에 관한 전자의 입장에서는 무인론의 의미가 거의 상실되게 된다. 왜냐하면 등기서류의 교부 또는 물건의 인도라는 이행행위에 의하여 채권행위 자체가 치유되어 무인론이 의미를 발휘할 수 있는 상황(즉 ‘채권행위 실효’-‘물권행위 유효’)이 될 수 없기 때문이다. 한편, 물권행위의 시기를 채권행위시로 보는 입장에서는 물권행위와 채권행위의 유효성이 같은 시점에서 판단되어 역시 마찬가지로 무인론이 의미를 발휘할 수 있는 상황이 되지 않는다. 요컨대, 위 사안과 같은 경우에 무인론은 의미를 가지지 못한다.

위에서는 원인행위에 취소사유가 있는 경우를 보았다. 그렇다면 원인행위가 무효인 경우는 어떠한가? 다음과 같은 사례를 들어 보자: A와 B 사이에 매매계약이 채

결되었는데 원인행위인 매매계약 체결시에는 A가 의사무능력 상태에 있었으나 물권행위는 의사능력을 회복한 상태에서 이루어졌다. 거래실제에서 이와 같은 상황이 발생할 수 있는지에 대해서도 의문이 있지만 그대로 수용하면서 논의하기로 한다. 물권행위의 시기를 등기서류를 교부하거나 동산을 인도하는 때로 보는 입장과 채권행위와 합체되어 행해진다는 입장으로 나누어 살펴보자. 우선, 후자의 입장에서는 무효사유가 원인행위와 물권행위에 공통되어 물권행위의 무인론이 의미를 가지지 못한다. 다음으로, 전자의 입장에서는 이 상황을 ['채권행위 무효'-'물권행위 유효']의 구도로 이해할 수도 있을 것 같다. 그런데 이때의 물권변동의 유효성을 긍정하기 위한 법리적 이유로 물권행위의 무인론만 있는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. A가 의사능력을 회복한 후에 A와 B 사이에 물권변동으로 지향된 의사의 합치가 있었고 이러한 의사가 동산의 인도 또는 부동산등기서류의 교부와 같은 방법으로 표시되었다면 이 행위는 묵시적인 방법으로 이루어진 무효행위의 추인(제139조)으로 평가될 가능성이 크다. 그리고 만약 이 상황을 무효행위의 추인으로 이해하게 된다면 의사무능력 상태에서 이루어진 원인행위가 무효임에는 변함이 없지만(무효행위의 추인에는 소급효가 없으므로) 추인 이후에는 추인으로 인하여 원인행위와 물권행위가 모두 유효한 것으로 되어, 그 결과 물권행위의 무인론이 의미를 발휘할 수 있는 상황(즉 '채권행위 무효'-'물권행위 유효')이 존재하지 않게 된다.

4. 평 가

종래 물권행위의 무인론에 관한 우리나라에서의 논의를 보면 실천적 목표를 고려하지 않은 채 순수논리적 차원에서 진행되는 것 아닌가 하는 느낌을 받을 때가 있다. 유인론의 입장에서는 “무인주의를 취하기 위해서는 명문규정이 필요하다”라고 주장하고, 이에 대하여 무인론의 입장에서 “유인주의를 정한 명문규정이 없으므로 무인론이 타당하다”고 반박하는 식의 논란이 그 대표적인 예이다.³⁶⁾ 여기에서 다음과 같은 근본적인 의문을 가져본다: 물권행위의 유인성·무인성이 과연 법해석상의 문제인가? 우리 실정법에 물권행위의 무인성을 인정하였다고 볼 수 있는 흔적이 없다면 최소한 해석론적 차원에서는 물권행위의 무인론을 주장할 수는 없는 것 아닐까? 채권행위 이후에 그로부터 발생하는 의무를 이행하는 과정에 당사자의 의사가 개입하게 된다. 이 의사에 착안하여 채권행위 이외에 물권행위라는 또 하나의 법률행위의 범주를 인정하여야 할 것인가? 일반적으로 계약이라 하면 채권관계를 발생시키는 계약(obligatorischer Vertrag)을 말하는 것이다. 물권계약(dinglicher Vertrag)이란 채권관계를 발생시키지 않고 성립과 동시에 즉시 달성되는 효과만을 가지는 계약이다. 이와 같은 계약은 법의 역사에 있어서 매우 낮은 개념으로 볼 수 밖에 없다.³⁷⁾ 그리고 우리나라의 거래실제를 보더라도 물권행위의 개념이 온전하게 자리를 잡을 위치가 마땅하지 않다. 게다가 물권행위의 개념은 여러 법논리 내지는

36) 이러한 학설의 소개에 대해서는 尹眞洙, 앞의 글 '物權行爲 概念에 대한 새로운 接近', 44면 참조.

37) 특히 김기창, '물권행위 탄생사', in: 명순구/김제완/김기창/박경신, 『아듀, 물권행위』, 고려대학교 출판부, 2006, 40·42면 참조.

법체계와 자주 마찰을 일으킨다.

세상에는 물권행위의 개념이 없이도 물권변동을 설명하는 법제가 더 많다. 그런데 우리는 물권변동에 관한 이론구성을 함에 있어서 마치 숙명처럼 물권행위 개념을 수용한 것은 아닐까? 독일민법과 달리 우리 민법에는 물권행위를 인정할만한 실정법적 단서에 해당할만한 것이 없음에도 말이다.³⁸⁾

IV. 맹목적인 학설 수입에서 유래한 蝸角之爭

1. 서 설

우리 民法典의 형성사적 특성으로서 間接繼受³⁹⁾와 複合繼受⁴⁰⁾를 들 수 있다. 간접계수와 복합계수라는 특성이 우리 민법학에 미친 긍정적인 영향으로서는 외국법에 대한 개방적 태도라든가 법운용에 있어서의 비용절감과 같은 것이다. 그러나 부정적인 영향도 무시할 수 없는데, 한국 민법학이 외국의 민법학을 수용하는 과정에서 종종 발견되는 盲目性(외국의 학설을 여과과정 없이 수용하는 성향)도 그 중의 하나이다. 학문 분야에서의 맹목성은 때에 따라서는 별다른 실익이 없는 학설논쟁의 원인이 되기도 한다. 여기에서는 그 대표적인 예로서 하자담보책임의 본질에 관한 논쟁을 보고자 한다. 하자담보책임의 본질에 관한 논의는 우리 민법학에 있어서 대표적인 이론적 격전장인데, 전투는 지금도 계속 중이다. 독일에서 시작되어 일본을 거쳐 한국으로 전해진 법정책임설의 전개과정은 한국 민법학에서 가끔 발견되는 盲目性을 잘 보여주고 있다.⁴¹⁾

2. 하자담보책임본질론과 소위 ‘법정책임설’

담보책임의 본질에 대한 논쟁은 독일 민법학에서 특정물매매를 대상으로 시작되었다. 법정책임설은 독일 보통법시대에 형성된 이론으로 당사자의 의사가 特定物의 性狀에까지 미칠 수는 없다는 관념이 그 출발이다. 특정된 물건은 그에 대한 사람의 주관적 관념과 무관하게 객관적인 성질과 상태를 가지고 존재하는 것이므로, 어떤 특정의 물건을 계약의 목적물로 하였다면 급부의 객체는 있는 그대로의 그 물건(die Sache, die da so ist)으로 확정된다는 것이다.⁴²⁾ 特定物의 性狀에 관한 당사

38) 물론 중대 학설에서는 민법의 몇 개 조문을 물권행위 개념을 인정하기 위한 실정법적 근거로 말하기도 한다(예: 제186조, 제188조 제1항, 제375조, 제565조, 제569조 등). 그러나 이는 수긍하기 어려운 견해이다. 어떤 다른 나라의 민법에 이와 같은 내용의 조문이 있는데 그 나라는 물권행위의 개념을 모른다고 하자. 사정이 이와 같다면 이들 조문을 물권행위 개념을 인정하기 위한 실정법적 근거로 드는 것은 부적절한 것이다.

39) 日本民法典(내지 滿洲民法典)을 매개로 하여 서양의 근대민법을 수용했다는 의미이다.

40) 우리 민법전의 직접적 母法인 일본 내지 만주의 민법전은 어느 한 나라의 법을 계수한 것이 아니라 여러 나라의 법제(독일법, 프랑스법, 영미법 등)를 수용하였다는 의미이다.

41) 아래 하자담보책임의 본질에 관한 서술은 명순구, ‘채무불이행규범의 일원화를 위한 기초’, in: 김옥곤/양창수/명순구/김기창/D. Houtcieff/G. Lardeux/R. Sefton-Green/Y.-M. Serinet, 『세계화지향의 사법: 그 배경과 한국·프랑스의 적응』 (민들레 제5권), 세창출판사, 2006, 375면 이하를 요약·수정한 것이다.

자의 관념은 법률행위의 내용이 될 수 없고 단지 動機에 불과하다. 그러므로 特定物賣買의 賣渡人으로서 ‘있는 그대로의 물건’을 인도하기만 하면 완전한 債務履行을 하는 것이 되어 그에게 채무불이행책임을 물을 수는 없다는 것이다. 그러므로 그와 같은 상황을 보정하기 위한 특별한 제도가 요구되는데 그것이 바로 하자담보책임이라는 것이다.

법정책임설은 독일 민법학이 로마법에 대한 탐구를 통하여 도출한 결과이다. 그런데 그 연구방법의 타당성에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 로마법상의 하자담보책임의 내용은 시대에 따라 상당한 차이가 있었고, 그 차이의 폭은 보기에 따라서는 법정책임설과 채무불이행책임설⁴³⁾의 격차만큼이나 큰 것이었기 때문이다. 근대 대륙법계 민법상의 하자담보책임제도 형성에 상대적으로 가장 큰 영향을 미쳤다고 평가되는 Iustinianus 시대의 로마법을 기준으로 본다 하더라도 그것은 하자담보책임의 본질에 관한 독일민법학의 논의사항과 직접적인 연관성을 찾기 어렵다. 요컨대, 법정책임설은 독일 민법학의 창조물이다.

독일의 법정책임설은 일본과 한국의 특수한 환경(전통적 법문화와의 연속성에 대한 고려 없이 외국법을 계수하는 방식으로 법의 근대화를 이룩함) 속에서 거의 맹목적으로 수용되었다. 오랜 기간 동안 이 학설은 일본과 한국에서 깨뜨리지 못할 원칙으로까지 인식되었다. 그런데 이 학설에 대해서는 타당성을 인정하기 어렵다. 법정책임설의 출발점에 해당하는 ‘특정물도그마’부터가 문제이다. 무엇보다도 ‘특정물도그마’의 관념은 상식에 합치하는 것으로 보기 어렵다. “매매계약에 있어서 목적물의 성상은 계약의 내용이 아니다”라는 말을 누가 수긍할 수 있겠는가? 상식의 틀을 벗어나는 법이론은 하나의 허구에 불과한 것으로 생명력을 가질 수 없다. 특정물에 대한 매매계약을 체결함에 있어서 당사자들은 ‘일정한 성상을 가진 목적물’과 ‘일정한 금액의 매매대금’을 대상으로 의사표시를 교환하는 것으로 보아야 할 것이다. 특기할만한 것은 한국에서 주장되는 법정책임설 중에는 권리흥결과 종류물의 하자담보책임도 법정책임설로 설명하는 견해도 있다는 점이다. 이러한 태도는 법정책임설을 특정물의 하자담보책임의 경우로 한정하고 있는 독일과 큰 차이가 있다.⁴⁴⁾ 애초부터 특정물도그마가 문제될 수 없는 경우에 대해서까지 법정책임설로 설명하려는 태도를 어떻게 바라보아야 할까? 담보책임의 본질에 관한 논의에 있어서 이제 歷史의 桎梏으로부터 벗어나 우리에게 적절한 규범을 탐색하여야 할 필요가 있다.

42) 이와 같은 이론을 일본의 학자들은 ‘특정물도그마’라고 불러왔고 한국에서도 이 용어가 사용되고 있다.

43) 법정책임설에 대비되는 학설로 채무불이행책임설이 있다. 瑕疵擔保責任을 매도인의 債務不履行에 대한 제재로 본다. 特定物賣買에 있어서 단순히 매매목적물에 대한 所有權 및 占有의 이전만으로는 賣渡人이 債務를 완전히 이행한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 이 학설은 물건의 성상이라는 것이 단순한 동기에 불과한 것이 아니라 법률행위의 내용을 이루는 것으로 이해한다. 그리하여 特定物賣買에 있어서 매도인은 ‘목적물에 하자가 없을 것’이라는 계약상의 의무를 부담하는 것이다.

44) 여기에서 독일의 법정책임설에 관한 설명은 독일민법(BGB) 개정(2002. 1. 1. 시행) 전의 상황이다. 독일민법은 최근 민법 개정을 통하여 법정책임설의 취지를 포기하였다(독일민법 제433조 제항 참조).

3. 소위 ‘법정책임설’의 국내적 변용

(1) 변용의 원인: 민법 제374조

독일민법학에서 형성된 특정물도그마에 따르면 목적물의 瑕疵가 원시적인가 후발적인가 하는 것은 문제되지 않는다. 또한 그것이 특정물도그마에 충실한 태도이기도 하다. 그러나 한국의 법정책임설은 내용을 달리한다. 이는 독일민법전에는 존재하지 않는 한국민법전 제374조와 제462조로 인한 것이다. 이 두 조문에 대하여 다수설은 다음과 같이 이해한다: 특정물채무자는 선량한 관리자의 주의로 목적물을 보존하다가 이행기에 이행한다면 비록 목적물에 후발적 하자가 있다 하더라도 채무이행을 다하는 것이 되나, 채무자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 후발적 하자가 발생했다면 제390조에 따른 손해배상을 하여야 한다. 이 입장에서 보면 제374조는 독일식의 특정물도그마를 그대로 수용할 수 없게 하는 결정적 장애요인으로 작용한다. 왜냐하면 제374조는 계약체결 이후로는 특정물채무자에게 하자 없는 물건으로 인도하여야 할 ‘계약상의 의무’를 정하고 있기 때문이다.⁴⁵⁾ 이와 같은 이유로 하여 한국의 법정책임설은 원시적 하자만을 담보책임의 문제로 이해한다. 요컨대, 한국에서의 법정책임설은 독일의 법정책임설과는 현격한 차이가 있다.

여기에서 다음과 같은 다음과 같은 추론도 가능하다: 제374조의 존재는 우리 민법에서 특정물도그마 내지 법정책임설이 수용될 수 없다는 반증이 아닐까? 우리 민법에서 제374조가 매우 특별한 의미를 가지는 규정인지 아니면 당연한 규범을 주의적으로 규정한 것인지 하는 것은 좀 더 살펴보아야 한다. 그러나 위의 추론은 제374조가 어떤 성격의 것이든 타당한 것이다. 왜냐하면 제374조가 매우 특별한 규정이라면 그 규정을 무게 있게 다루는 것이 당연한 일이고, 주의적 규정에 불과하다면 제374조는 그 근거가 되는 매우 중대한 규범의 다른 표현이므로 무게 있게 다룰 수밖에 없기 때문이다.

(2) 민법 제374조와 제462조의 적절성에 대한 비판

1) 제374조에 대하여

제374조는 일본민법전 제400조⁴⁶⁾와 같은 취지이고, 일본민법전 제400조⁴⁷⁾는 프랑스민법전 제1136조와 제1137조, 특히 제1136조⁴⁸⁾의 영향이다. 한국민법 제374조의 의미를 이해하기 위해서 프랑스민법전 제1136조를 살펴보자.

프랑스민법전 제1136조에서 우선 유의하여야 할 개념은 ‘주는 채무’(obligation

45) 이러한 사정은 일본의 경우에도 마찬가지이다.

46) 일본민법전 제400조는 다음과 같이 규정하고 있다: “채권의 목적물이 특정물의 인도인 때에는 채무자는 그 인도를 하기까지 선량한 관리자의 주의로써 그 物을 보존하여야 한다.”

47) 일본민법전 제400조는 일본구민법전 재산편 제334조(인도의무에 관한 규정)와 제462조(보존의무에 관한 규정)를 약간 수정한 후 통합하여 하나의 조문으로 한 것이다.

48) Article 1136: L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.

de donner)이다. ‘주는 채무’의 개념에 대해서는 한국과 프랑스 사이에 큰 차이가 있다. ‘주는 채무’는 ‘하는 채무’(obligation de faire)에 대응하는 개념이다. ‘주는 채무’에서 말하는 ‘준다’(donner 또는 dare)는 것은 ‘物權의 이전’을 말한다. 그러므로 주는 채무는 채권관계의 내용이 물권변동을 수반하는 경우에만 생각할 수 있는 개념이다. 한편, 물권변동에 있어서 의사주의를 취하는 프랑스민법에 있어서 물권변동은 계약의 효력과 더불어 발생하게 된다(프랑스민법전 제1138조 제1항 참조). 따라서 물권변동을 내용으로 하는 계약에 있어서 채무자에게 부과되는 ‘물권의 이전’이라는 의무는 이론적으로만 존재할 뿐 실재하는 의무는 아니다.⁴⁹⁾ 프랑스 민법에 있어서 주는 급부의 이행은 채무이행의 결과가 아니라 계약 자체의 효력인 것이다.

이제 프랑스민법전 제1136조의 의미를 살펴보자. 이 규정은 ‘주는 채무’가 인도의무(obligation de livrer)와 보존의무(obligation de conserver)를 포괄한다는 점을 규정하고 있다. 즉 프랑스의 意思主義 아래에서 인도의무와 보존의무는⁵⁰⁾ ‘주는 채무’와의 관계에서 부수의무임을 명문화하고 있는 것이다. 이와 같이 프랑스에서 제1136조가 특별한 의미를 가지는 것은 프랑스민법이 물권변동에서 의사주의를 취하고 있다는 사실과 밀접한 관련이 있다. 일본민법에 있어서 제400조가 존재의미를 가진다는 것은 일본이 의사주의를 채택하고 있다는 사실에서 쉽게 이해할 수 있다.

그러나 이미 앞에서 암시한 바와 같이 한국에서는 사정이 다르다. 형식주의를 취하고 있는 한국에 있어서 채무자가 목적물을 인도하고 보존하여야 한다는 것은 주된 채무이면서 또한 실재하는 채무이다.⁵¹⁾ 요컨대, 한국민법전 제374조는 무의한 규정이라는 결과가 된다. 즉 제374조의 규율사항은 이미 제390조에 모두 포함되어 있는 내용에 불과한 것이다.

2) 제462조에 대하여

제462조는 일본민법전 제483조⁵²⁾와 같은 취지이고, 일본민법전 제483조는 프랑스민법전 제1245조⁵³⁾의 영향이다. 한국민법전 제462조의 의미를 이해하기 위해서 프랑스민법전 제1245조를 살펴보자.

프랑스민법전 제1245조는 다음과 같은 두 가지 일반원칙이 포함된 규정이다: ① 물건위험(risque de la chose)에 관한 원칙으로서의 ‘소유자위험부담주의’(*res perit domino*); ② “모든 사람은 자신이 야기한 행위에 대하여 책임을 져야 한다”(chacun est responsable du préjudice qu’il cause)는 원칙. 제1136조가 ‘주는 채무’에 관한

49) 바로 이러한 의미에서 프랑스의 Carbonnier 교수는 ‘주는 급부’의 존재 시점에 관하여 ‘le temps d’un éclair’라고 표현한다.

50) 인도의무와 보존의무는 ‘하는 채무’(obligation de faire)에 속하는 것이다.

51) 가령 한국에서 동산매매의 경우에 매도인의 인도의무는 가장 본질적인 채무이다. 왜냐하면 매도인의 소유권 이전의무는 인도에 의하여 이행되는 것이기 때문이다(한국민법전 제188조 제1항).

52) 일본민법전 제483조는 다음과 같이 규정하고 있다: “채권의 목적이 특정물을 인도하는 것인 때에는 변제자는 그 인도시의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다.”

53) Article 1245: Le débiteur d’un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l’état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu’avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

규정인데 비해 제1245조는 ‘주는 채무’이든 ‘하는 채무’이든 모든 특정물채무에 적용되는 규정이다. ①의 원칙이 적용된 결과로 특정물채무자는 목적물을 ‘인도시의 상태로’(dans l'état où il se trouve lors de la livraison) 인도하면 된다. 타인소유의 물건을 소지하고 있는 채무자로서는 물건의 멸실과 훼손에 대하여 어떤 위험도 부담하지 않기 때문이다. 한편, 채무자는 타인소유물을 소지하는 것이므로 제1136조, 제1137조, 제1302조 및 제1303조에 따라 보관 및 보존의무를 지며, 이 의무에 위반하면 손해배상을 하여야 하는데 이것이 제1245조에 포함된 ②의 원칙이다. 이와 같이 제1245조는 다른 조문에 이미 표현되어 있는 규범을 반복한 것이거나 혹은 프랑스민법전에 전제되어 있는 일반원칙을 명문화한 정도의 규정일 뿐 특별한 내용을 가진 규정은 아니다.

이제 한국민법전 제462조를 보기로 한다. 이 규정의 의미에 대하여 통설은 다음과 같이 이해한다: 특정물채무에 있어서는 급부의 목적물을 다른 것으로 대체할 수 없기 때문에 채권성립 이후 이행기까지의 기간 동안 목적물의 상태가 변질·훼손 등으로 채권의 성립 당시와 차이가 생기더라도 그 상태대로 인도하면 유효한 변제가 된다; 그러나 그 차이가 채무자의 귀책사유로 인한 것인 때에는 손해배상을 하여야 한다(제374조). 그런데 제462조에 대한 특별한 설명이 무슨 실용성을 가지는지 의문이다. 채권발생 후에 목적물이 훼손되었다면 채무자의 과실 여부에 따라 채무불이행 또는 위험부담의 문제로서 처리될 것이므로 제462조가 적용되어 법률관계에 특별한 변화를 주는 경우는 없다고 해도 과언이 아니다. 입법론의 차원에서 본다면 제462조는 폐지되어야 할 조문이다. 특히 통설은 제462조가 특정물도그마를 규정 한 것으로 이해하고 있는데, 이러한 견해는 제462조의 입법계통으로 보나⁵⁴⁾ 우리 민법에 대한 체계적 이해의 시각에서 보나 수긍하기 곤란하다.⁵⁵⁾ 만약 통설과 같이 본다면 한국민법은 특정물도그마를 명문으로 인정하고 있는 매우 독특한 법제가 되는 것이다.

(3) 변용의 결과

종래의 법정책임설은 하자담보책임의 이론체계에 있어서 제374조와 제462조를 중요한 요소로 인식하여 왔다. 그러나 위에서 살펴 본 바와 같이 이 두 조문은 규율 중복이거나 특별한 의미를 내포하지 못한 것으로 무용한 규정이다. 무용한 규정에 특별한 의미를 부여하고자 예를 쓰는 것은 虛構이다. 그리고 이러한 태도는 경우에 따라서는 전반적인 법체계에 중대한 왜곡을 초래할 수도 있다. 특히 제462조를 특정물도그마의 실정법적 근거로 이해하는 입장에 대해서는 다음과 같은 비판을 가하고자 한다: 독일 학설에 의하여 형성된 이론을 도입하고자 한다면 그것으로 족한 것이지 그 이론의 근거로 프랑스민법에 연원을 둔, 그것도 무용하다고 볼 수밖에

54) 제462조의 母法에 해당하는 프랑스민법전 제1245조는 독일식의 ‘특정물도그마’와는 아무런 관련이 없는 조문이다.

55) 한국민법 제462조의 母法에 해당하는 日本民法 제483조의 立法 당시에는 특정물도그마와 같은 것은 알려져 있지도 않았다.

없는 규정을 드는 것은 허구에 불과하며 넌센스이다.

4. 평 가

법정책임설의 진원지인 독일의 개정민법은 매도인에게 물상 및 권리상 하자가 없는 물건을 조달해 주어야 할 의무를 부과하였다(BGB §433 I). 역사적 필연성과 무관한 관념, 발상지에서조차 사라진 관념, 우리의 거래관념 및 사고방식과도 어울리지 않는 관념에 집착할 이유는 더 이상 없다고 본다. 종래 담보책임에 관한 논쟁은 그 유용성을 넘었다 싶은 정도에까지 이르렀다. 어떤 방향으로든 이 문제를 정리하지 않고는 債務不履行規範의 바람직한 발전을 기대할 수 없다고 본다. 대외무역의 존도가 높은 경제구조를 가진 한국으로서는 세계적 경향(예: CISG)에 맞추어 채무불이행규범을 一元化하는 것이 유리한 선택이다. 법정책임설은 이와 같은 방향에 걸림돌로 작용한다.

법의 발전이란 것은 그 사회에 가장 효율적이고 적절한 규범을 찾아가는 작업이다. 그 기본방향 중의 하나는 ‘규범의 단순화’라고 생각한다. 아무리 좋은 이론이라 하더라도 이론의 효용을 훨씬 상회하는 복잡성을 수반한다면 수용되기 어렵다. 그 이론은 경제적 효율성이 없기 때문이다. 외국의 입법과 학설에 귀 기울여 우리를 반성하는 계기로 삼는 것은 바람직한 일이다. 그러나 그 일은 목적적인 행위이며 실질적 내용을 가진 것이어야 한다.

우리 민법학에서 가끔 발견되는 맹목적인 외국 이론의 수입, 그것도 우리 실정법에 맞지도 않는 이론을 도입하여 논쟁을 벌이는 경향은 우리 민법학을 영원히 외국 민법학의 부정적 그늘에 머물도록 할지도 모른다.

V. 결 론

한국민법전은 1958년 2월 22일 자 관보를 통하여 공포되었다. 그리고 보면 한국 민법전은 ‘不惑’의 나이를 훌쩍 넘어 이제 ‘知天命’의 나이이다. 2008년을 살고 있는 한국의 민법학자에게 ‘天命’은 무엇일까? 私法 분야에 과제가 산처럼 쌓여있으니 학자들의 마음마다 각각 훌륭한 계획이 자리잡고 있을 것이다. 현재 세계의 私法秩序는 엄청난 변화의 물결 속에 휩싸여 있다. 과거와 같이 남들이 만들어 놓은 법에 수동적으로 우리를 맞춰가는 안타까운 모습에서 벗어나 이제는 우리도 자주적인 입장에서 대안을 탐구해야 한다. 미래의 민법학은 역사의 桎梏에서 벗어나 비전(vision)을 내포한 법학이 되기를 바란다.

이와 같은 마음으로 한국 민법학의 과거를 돌아보니 蝸角之爭이라고 할 수 있는 학설논쟁도 적지 않았던 것 같다. 그 중에는 “승마용 말의 새끼가 천연과실이니 아 니니...” 하는 것과 같은 정도의 저급한 논쟁도 포함되어 있다. 하찮은 싸움을 계속

하다보면 그것을 세상사의 전반적인 수준으로 착각하기 쉽고, 그리되면 정작 큰 것을 볼 수 있는 눈을 잃어버릴 수도 있다. 모름지기 학자가 경계해야 할 일이다.

시인 白居易는 ‘對酒其二’라는 詩에서 蝸角之爭을 넘어 진실된 ‘나’를 찾을 것을 권하고 있다. 그의 눈으로 한국민법 제정 50주년에 우리 민법학의 몇 가지 단편을 들어 비판적 시각으로 뒤를 돌아보았다.
