

해석기준과 적용기준으로서의 慣習法*

송재일**

<국문초록>

관습법은 관행에 법적 확신이 더해진 ‘법규범’이다. 이는 자연발생적으로 생겨나며, 국가의 승인에 의해 성립되는 것이 아니다. 우리 판례는 관습법의 성립에 별도 요건을 부가하고 당사자에게 입증책임을 전가함으로써 관습법이 법원으로 인정받기 어렵게 하는 현상이 관찰된다. 관습과 관습법의 구별도 쉽지 않다. 관습은 법률행위의 해석기준으로 그리고 관습법은 재판규범으로 작동한다. 문제는 사실인 관습을 어긴 경우 피해를 입은 측에서 법원에 소를 제기하면, 어떻게 구제수단을 부여할 것인가이다. 관습법으로 인식되는 사례 중에는 관습이 소멸했는데도 판례에 의해 만들어진 관습법(예, 관습법상의 법정지상권이나 분묘기지권)이 있다. 이는 관습조사를 통해 사회변화와 거래관행에 맞도록 바꾸어줄 필요가 있다. 축적된 판례를 통해 관습법이 된 경우 ‘판례법’이라고 부르기도 하는데, 이는 정확한 용어는 아니고 판례법리로 부르거나, 관습법 또는 관습법과 조리의 혼합 형태로 봐야 할 것 같다.

민법 제1조는 불문법보충원칙의 선언조항으로 개념법학, 법실증주의의 폐해를 치유할 수 있는 수단으로 불문법을 거론한 것이다. 민법 제185조는 물권법정주의 선언조항이지만 관습법에 의해서도 신축적으로 물권의 종류와 내용이 결정된다는 한국 고유의 특수성이 담겨져 있다. 거래계의 새로운 수요에 적절히 대응할 수 있는 규정형식이다. 관습법은 조리와 더불어 성문법주의의 단점, 경직성을 보완하는 불문법원이며, 거래의 아이디어가 담긴 寶庫로서 성문화되거나 아니면 자연스럽게 변경·소멸하는 경로를 따른다. 법률생활을 더욱 발전시키기 위해서는 관습조사를 통해 관습법을 파악하여야 한다. 1958년 민법전 제정 당시 관습조사가 없었다. 그러나 관습법은 성문법의 흠결을 잘 메울 수 있고, 거래계의 수요에 잘 대응할 수 있는 ‘살아있는 법’이다. 관습조사를 하여 성문화를 한다면, 좀 더 국민의 법감정에 기반

논문투고일 : 2012.4.1., 논문심사일: 2012.4.17., 게재확정일: 2012.5.14.

* 이 글은 한국민사법학회 추계학술대회에서 발표된 것(2011년 10월 22일)을 저자가 수정가필한 것이다. 지정토론자로서 의미있는 지적을 해주신 국민대학교 남윤삼교수님께 감사드린다.

** 법학박사, 서울시립대학교·명지대학교 강사, 한국법제연구원 초청연구원.

한 입법이 이루어질 것이다.

주제어: 관습법, 관습, 사실인 관습, 성문법, 해석기준, 적용기준, 관습조사.

목 차

- | | |
|-------------------|----------------------|
| I. 들어가며 | IV. 적용기준으로서의 관습법 |
| II. 관습법의 의의 | 1. 민법의 법원(재판규범) |
| 1. 관습법의 본질 | 2. 관습법이 성문법으로 발전한 경우 |
| 2. 관습법의 성립요건 | 3. 관습이 우선적용되는 영역 |
| 3. 관습법의 확정 | 4. 성문화되지 않은 관습법 |
| 4. 관습법의 효력 | 5. 관습법인가, 판례법인가 |
| 5. 관습법의 소멸 | V. 관습법의 필요성 |
| III. 해석기준으로서의 관습법 | 1. 성문법의 흠결과 관습법의 보충 |
| 1. 법률 해석의 측면 | 2. 관습조사 |
| 2. 법률행위 해석의 측면 | VI. 결론 |
| 3. 관습법과 사실인 관습 | |

I. 들어가며

권리의무에 관한 구체적인 분쟁이 발생하면, 무엇이 정의인가(What's the right thing to do)를 생각하여 법을 발견해내고, 이렇게 발견된 법을 해석하여 그 구체적인 사실관계에 적용하면, 그 분쟁은 해결된다. 이렇게 볼 때 법의 해석과 적용은 법률가의 중요한 임무라 할 것이다. 법률행위에 관한 해석기준으로는 일반적으로 당사자의 의도 기타 제반사정, 사실인 관습, 임의규정, 신의성실의 원칙 또는 조리를 들고, 법률의 적용기준으로는 성

문법, 관습법, 조리¹⁾를 든다. 그런데 성문법국가인 우리나라에서는 관습법 또는 관습이 무엇인지에 대하여는 “법적 확신”을 중요한 지표로 삼고 있지만, 정작 관습법을 발견하여 적용한다는 것은 쉽지 않다. 법원의 태도도 사뭇 조심스럽다.

인간의 거래생활이 시작되어 온 이래 로마법이나 근대민법의 성립과정을 보았을 때, 법은 대체로 관습, 관습법, 판례법, 성문법의 단계로 발전해 오고 있다. 근대민법은 법규범의 성문화로 특징지을 수 있다. 그러나 성문법의 단계가 최종단계는 아니며, 아무리 성문법이 완비된다 할지라도 사회가 변동하고 구성원의 법규범 수용형태가 다양함에 따라 “성문법의 흠결”이 발생할 수밖에 없다. 성문법의 흠결이 발생할 경우 먼저 유추 적용을 통해 있는 법의 테두리 내에서 해결할 수 있지만, 이마저 힘들 경우에는 관습 또는 관습법, 조리 등을 통한 보충이 불가피하다. 나아가 새로운 관행에 대하여 구성원이 법규범으로서 확신을 가진다면, 새로운 관습법이 되고 이러한 관습법은 입법과정을 거쳐 새로운 성문법의 내용이 될 수 있을 것이다. 그런 점에서 해석 및 적용기준으로서 관습법에 대한 연구는 필요하다 할 것이다. 또한 새로운 민법 또는 민사특별법의 입법과정에서도 관습의 조사는 더 완결된 형태의 성문법을 위해서도 꼭 필요하지 않을까 생각해 볼 수 있다.

이 글에서는 먼저 관습법의 의의를 살피고(Ⅱ), 해석기준으로서의 측면(Ⅲ), 적용기준으로서의 측면(Ⅳ)을 각각 분석한 후, 성문법주의국가에서 관습법 연구와 관습조사의 필요성(Ⅴ)을 제시하면서 마무리를 짓고자 한다.

1) 조리의 법원성에 대하여는 긍정하는 견해도 있지만, 부정하는 견해도 있다. 긍정하는 견해로는 이은영, “조리의 법원성”, 『저스티스』 제28권 2호, 한국법학원, 1995.12; 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2010, 29면; 김용한, 『민법총칙』, 박영사, 1997, 27면; 부정하는 견해로는 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2002, 31면; 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1995, 23면; 지원립, 『민법강의』, 홍문사, 2011, 15면 등.

II. 慣習法の 意義

1. 관습법의 본질

(1) 법원으로서 관습법

관습법(*consuetudo*; *droit coutumier*; *Gewohnheitsrecht*; *customary law*)이란, 일정한 관행(*usus*; *Übung*)이 그에 수반하는 법 공동체의 일반적·묵시적 승인(*tacitus populi consensus*) 내지 법적 확신(*opinio iuris*; *Rechtsgeltungswille*)에 의하여 승격된 법규범이다.²⁾ 관습법은 가장 직접적이고 근원적인 법의 발현형식이며, 자연발생적 규범이라 할 수 있다. 근대 이후 국가가 성문법을 제정하면서 법률문제는 성문법으로 규율되고, 法源으로서 관습법의 중요성은 감소되었다. 하지만 성문법이 완비되더라도 관습법의 생성을 막지는 못한다. 사회변동에 따라 새로운 관습 또는 관습법이 발생·변경·소멸하는데, 이는 “사회생활의 유동성”에서 오는 필연적 결과라 할 것이다. 따라서 관습법의 법적 구속력의 근거는 ‘입법자의 묵시적 의사’³⁾라기보다는 ‘사회적 필요성’⁴⁾에 있을 것이다. 법원으로서 관습법을 부정하는 나라는 찾아보기 어렵다.⁵⁾

2) 관습(custom)은 특정한 사회에서 습관적으로 준수되는 사실과 관행으로부터 자연 발생적으로 축적된 규칙이다. 관행(practice)은 지속적인 어떠한 행위방식, 관례(usage)는 오래되고 항상적이며 잘 알려져 있는 공통된 행위방식, 습속(mores) 또는 민속(folkway)은 일상생활의 중요하지 않은 관례이다.

3) 제정법률만이 이상적인 법원이 된다는 사상에 기초하여 관습법은 입법자가 묵시적으로 승인한 법률의 일종에 지나지 않는다고 보는 학설을 총칭하여 승인설이라고 부른다. 초기 로마법주석학과, 프랑스 법주석학과, 법실증주의자들도 이 학설의 범주에 속한다. 김옥곤, “관습법에 관한 연구”, 『민법학의 제문제』, 삼지원, 2005, 40~43면 참조.

4) 관습법의 법적 구속력의 기초가 사회적 필요성에 있다는 견해는 자유법학과(Gény, Lambert, Ehrlich, Kantorowitz 등)에서 주장되었다. 김옥곤, 앞의 논문, 45~50면 참조.

5) 김용담 편집대표, 『주석민법(총칙(1))』, 한국사법행정학회, 2010, 106면(윤진수 집필

(2) 민법의 법원

법원의 정의에 관하여 법의 존재형식으로 보는 견해[존재형식설]도 있는 반면, 법의 인식연원으로 보는 견해[인식연원설]⁶⁾도 있다. 관습법과 조리도 엄연히 민법 제1조에 따르면 법원이 되기에, 적어도 우리 민법 해석에 따르면 민법의 법원이란 법관에게 또는 국민에게 무엇이 법인가를 인식하기 위해 동원되는 출처라는 인식연원설이 더 타당하게 보인다.

헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하는데, 여기에서 말하는 법률은 광의의 법률, 즉 법규범을 말한다. 민사에 관한 법규범은 민법 제1조에 따라 결정된다. 우리 민법은 무엇을 법원으로 삼아야 하는가에 관하여 다른 입법례에서 보기도물게 명확한 규정인 제1조를 두고 있으며, 그 내용도 법률(성문법으로 이해한다) 이외에 관습법, 조리를 순차적으로 법원이라고 언급하는 등 독특하다. 즉, 우리나라는 공법에서보다 사법에서 성문법주의를 더욱 완화하여 불문법을 보충적 법원으로 삼음으로써 “완화된 성문법주의”⁷⁾를 취하고 있다. 문제는 불문법의 존재가 인식하기 쉽지 않다는 점이다. 일제강점기의 용민법은 민법의 법원에 관한 규정을 설치하지 않았으며, 불문법에 법규범성을 인정하지 않는 것이 지배적 견해였다. 조선임시민법전 편찬요강에서는 민법 전체를 위한 대원칙으로서 “관습법 및 조리의 보충적 효력을 규정한다”는 것을 제일 앞에 밝혔다.⁸⁾ 민법의 입법자들이 적어도 법실증주

부분).

6) 곽윤직 편집대표, 『민법주해(Ⅰ)』, 박영사, 2002, 26~27면(최병조 집필부분). 이 견해는 민법 제1조가 “...에 의한다”고 표현한 것은 “재판관은 ...에 의하여 재판하여야 한다”는 표현을 축약한 것이라고 해석한다. 재판이란 법의 발견작용이므로 제1조가 말하는 법원은 법의 생성근거가 아니라 법의 인식근거라고 한다. 이렇게 이해할 경우 비로소 조리가 법원성을 가지고, 민법 제1조의 문언에도 부합한다.

7) 이은영, 앞 논문, 73면.

8) 이 편찬요강은 『法政』3권8호(1948년)에 수록되었다. 이에 대해서는 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 『민법연구』1권, 박영사, 2004, 61면.

의나 개념법학에 철저히 사로잡히지는 않았다는 점, 우리의 전통적 법사상이 자연법사상이나 자유법사상에 가까운 편이고 법실증주의나 개념법학에 그리 친숙한 것은 아니라는 사실, 일제강점기 성문법 중에는 국민이 받아들이기 힘든 악법도 있다는 사실, 계수된 외래의 법제에는 우리의 전통적 법사상과 합치되지 않은 부분이 있어 민법 제1조라는 획기적 입법을 하는데 적지 않은 영향을 미쳤을 것이다. 이후 이러한 민법제정자의 의도는 별로 중요하게 받아들여지지 못하였고, 십여 년이 경과한 후에는 입법의도와 상반된 해석이 이루어지게 되어 관습법과 조리의 법규범성을 약화시키려는 노력을 하게 되었다.⁹⁾ 성문법주의의 장점은 ① 국민이 법을 명확히 알 수 있어 법에 대한 예측가능성이 높다. ② 법을 체계적으로 정비하기 쉬우므로 논리정연한 법적용이 가능하다. ③ 성문법은 개정절차가 까다로우므로 지속성을 가지며 그 결과 법적 안정성이 높다. 반면에 단점도 있다. ① 성문법은 여러 사례에 적용될 수 있도록 추상적 원칙의 형태로서 입법되므로 법의 해석에 어려움이 따른다. ② 하나의 법률문제를 발견하기 위하여 여러 단계의 법적용이 필요하므로 법발견이 쉽지 않다. ③ 개정이 쉽지 않으므로 사회적응력이 떨어진다. 성문법주의의 단점을 보완하기 위해서는 법의 추상적 원칙을 해석할 수 있는 법리와 판례를 충분히 갖고, 법의 경직성을 피하기 위해 지속적인 입법작업을 통한 보완이 필요하다. 불문법의 장점으로는, 법률의 내용이 경화하고 사회 변화에 뒤떨어지는 성문법의 단점을 보완한다는 점이다.

역사적으로 자연법학과는 만대불변의 법의 존재를 주장하였고 1804년 프랑스민법에서는 관습법의 효력을 부인하였다. 그러다가 역사법학과는 관습법을 다시 인정하였고, 독일민법전에서는 관습법의 효력을 학설에 맡겼

9) 이은영, 앞 논문, 74~75면에서는 그 이유로 독일법학 연구가 깊어짐에 따라 개념법학적 사고가 입법 당시보다 강화되고, 제정 민법의 정착에 고심한 나머지 관습법이나 조리에 의해 성문법의 권위가 약화되는 것을 원하지 않았으며, 동양적 법관념이 서양적 법률을 누르는 것을 바람직하지 않다고 본 점을 든다.

다. 그후 제정된 스위스 민법은 제1조에서 관습법의 보충적 효력 규정을 두었는데, 우리 민법 제1조도 이를 본받은 것이다.¹⁰⁾ 나아가 그리스 민법 제1조에서는 관습법의 대등적 효력 규정을 두었는데, 우리 민법 제185조, 상법 제1조와 비견된다. 오늘날 프랑스 민법도 직접적인 법원규정은 없지만, 민법 제4조에서 “법관은 법률의 흠결을 이유로 재판을 거부해서는 안 된다”는 취지의 규정을 두어, 간접적으로 불문법원을 인정하며 실제 관습법은 재판규범으로 활발하게 이용되고 있다. 독일민법에서도 관습법의 효력을 학설에 맡기고 직접적인 법원규정을 두고 있지 않았지만, 성문법률의 흠결을 메우기 위해 학설과 판례법리가 활발하게 기능하고 있다. 예컨대, 계약체결상의 과실책임, 적극적 채권침해, 행위기초론 등 2002년 독일 개정민법에 반영된 법리들은 불문법에서 비롯한 것¹¹⁾으로 보는데, 정확히는 관습법이다. 또한 독일민법 제157조에서 “계약은 관습을 고려하여 신의성실이 요구하는 바대로 해석되어야 한다”는 규정을 두어 관습이 해석기준으로 기능하고 있다.

2. 관습법의 성립요건

(1) 일반적으로 관습법은 거듭된 관행과 그에 대한 사회의 법적 확신이 있으면 성립된다. 관습법의 성립시기와 관련하여 관습법이 이러한 요건을 갖추면 바로 성립하는지 아니면 법원의 승인이 있을 때 비로소 관습법으로 성립하는지 견해의 대립이 있다. 전자의 견해가 지배적이다.¹²⁾ 이에 따

10) 조문의 연혁은 스위스 민법 제1조 및 제4조, 중화민법(1929) 제1조, 만주국민법(1937) 제1조 등의 전통에 선 것이다. 그러나 그 문언의 부합도로 볼 때 직접적인 영향은 스위스 민법보다는 만주민법과 중국민법을 매개로 일본 明治8년(1875) 太政官布告에서 비롯하는 것으로 본다.

11) 이에 관하여는 최봉경, “獨逸 新債權法에 대한 法學方法論의 分析”, 『民事法學』, 23권, 2003, 670~672면.

12) 이른바 ‘법적 확신설(Rechtsüberzeugungstheorie)’.

르면, 관행이라는 객관적 요소가 법적 확신이라는 주관적 요소에 의하여 뒷받침되어야 한다. 법적 확신설은 로마법시대부터 발전되었다. 로마 법학자들에 따르면, 관습법은 외적 요소로서의 관행(*consuetudo*)과 내적 요소로서의 합의(*consensus*)의 결합으로 성립한다고 한다.¹³⁾ 이 때 관행은 어떤 사항에 관하여 상당히 오랜 기간 동일한 행위가 반복되고, 그 사항에 관하여 일반적으로 같은 행위가 행하여지는 때에 인정되는 사회규범이다. 여기에서의 합의는 의견 또는 확신의 무의식적인 합치를 말한다. 법적 확신설은 이후 사비니(F. C. von Savigny)와 푸흐타(G. Puchta)로 대표되는 역사법학에 의하여 체계적으로 발전되었으며, 오늘날 민법뿐 아니라 행정법과 같은 다른 실정법학에서도 널리 받아들여져 지배적인 견해가 되었다. 법적 확신설에 따르면, 관행이 법적 확신을 취득하였는지 여부는 종국적으로 법원의 재판에 의하여 확인될 수밖에 없으므로, 법원의 재판에 의하여 관습법의 존재 및 그 구체적 내용이 인정되면, 관행이 법적 확신을 취득한 때에 소급하여 관습법이 성립하였다고 인정된다.

객관적 요소인 관행에 관하여는 관행의 확고성을 나타내는 계속성과 항구성, 이의 없는 반복성에 의하여 일상생활 속에서 나타나는 관행이 있으면 충분하다. 특히 필요한 기간은 관행의 강도(집중도)로 대체될 수 있다.

주관적 요건인 법적 확신은 그 관행이 사회규범을 넘어서 법규범이라고 의식될 정도에 이르는 관념을 말한다. 관행을 따르는 자에게 그 관행이 마치 성문법과 마찬가지로의 구속력을 갖고 이를 위반하면 사실상 법적 제재가 가해진다고 생각할 정도의 확신을 의미하는 것이라고 이해된다.

(2) 문제는 법적 확신의 존재 여부가 쉽게 판단될 수 있는 것이 아니라는 데 있다. 이러한 측면에서 관습법은 관행이라는 객관적 요건만으로 성립된다는 관행설(*Übungstheorie*),¹⁴⁾ 법적 확신을 객관적으로 확정할 수 있

13) 최병조, “로마시대의 법률이해와 법률해석”, 『법학』 27-1, 서울대 법학연구소, 1986.4, 182면; Girard, *Traité de droit romain*, 8^e éd., p. 55 et note.

는 요건, 즉 입법자의 승인을 추가하자는 승인설(Gestattungstheorie)이 등장하여 법적 확신설을 비판하였다. 승인설은 관습을 법으로 승인함으로써 비로소 관습법이 성립한다고 보는 견해로서, 법에 대한 관점이 법적 확신설과 대비된다. 승인의 주체를 국민일반으로 본다면 법적 확신설과 큰 차이가 없지만, 승인설에서는 승인의 주체를 국가기관(법원)으로 본다.¹⁵⁾ 승인설에 따르면 판결이 있을 때에만 관습법이 성립한다. 이렇게 되면 관습법은 사라지고 판례법¹⁶⁾만이 남는다. 승인설은 관습법이 아니라 관습법의 외피를 쓰고 등장하는 판례법에 대하여 법원성을 인정하자는 것과 다를 바 없다. 즉 법관에 의한 관습법의 적용이 관습법의 존재에 대한 확인적 의미를 갖는 데 그친다고 볼 경우에만 관습법은 존재할 수 있는 것이다.¹⁷⁾

(3) 우리나라의 판례와 학설에서는 이밖에 법령이나 법질서에 반하지 않을 것을 관습법 성립의 전제조건(추가요건)으로 보고 있는데, 이는 관습법의 성립이 아니라 그 효력을 부정해야 하는 경우로 보아야 할 것이다.¹⁸⁾ 관습법의 본질, 성립요건에 관하여 체계적인 설시가 이루어진 최초의 판결은 가정의례준칙¹⁹⁾ 판결²⁰⁾이다. 이 판결에서 대법원은 관습법이란 “사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것”으로 보았다. 승인·강행의

14) 관습이기 때문에 법이다라고 주장한 Zitelmann, 법적 관습(Legal custom)이란 용어를 사용한 스칸디나비아 법현실주의자 Ross로 대표된다. 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 『법철학연구』 9권 2호, 2006, 154~156면.

15) 그래서 ‘국가승인설’이라고 부르기도 한다. 오세혁, 앞 논문, 156면에서는 세분하여 입법적 승인설, 사법적 승인설로 본다. 범명령설을 주창한 John Austin, Hart, Binding, Rüther 등 대부분 사법적 승인설을 주장한다.

16) 판례법의 의미에 대하여 이 글에서는 법관법(Richterrecht)의 의미와 같다고 본다.

17) 같은 취지로 오세혁, 앞 논문, 158~159면; 주석민법(윤진수 집필부분), 107면.

18) 같은 취지로 주석민법(윤진수 집필부분), 111면.

19) 위임명령이면서 대통령령인 구 가정의례준칙은 1989.8.31에 폐지되고 건전가정의례준칙으로 대체되었다.

20) 대법원 1983.6.14, 선고 80다3231 판결.

주체가 국민인지 법원인지 명확하지 않지만, 문맥상 사회로 보여 법적 확신설에 근거한 것으로 보인다. 그런데 위 판결은 “관습법은 바로 法源으로서 법령과 같은 효력을 가져 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것”이라고 하여 “법령에 저촉되지 않을 것”이라는 소극적 요건을 추가한다. 나아가 대법원은 상속회복청구권 판결²¹⁾에서 다수의견을 통해 기존 판례의 입장을 따르면서 법령에 저촉되지 않을 것을 구체화하여, 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니할 것, 정당성과 합리성이라는 적극적인 요건을 추가하였다. 한편 중종판결²²⁾은 그 다수의견뿐만 아니라 별개의견도 관습법의 성립요건에 관하여 상속회복청구권 판결의 다수의견을 그대로 따르고 있다. 이러한 판례의 태도에 대하여 이는 실질적으로 관습법에 대한 위헌심사로 보는 견해가 유력하다.²³⁾

대부분의 학설은 판례의 태도처럼 관습법 성립의 전제조건으로 헌법을 최상위로 하는 전체 법질서에 반하지 않을 것을 요구한다. 선량한 풍속, 기타 사회질서에 반하는 관습법은 효력이 없다. 여기서 사회질서는 민법 제103조의 해석상 넓은 의미로 이해할 것이 아니라, “정치적·사회적 조직의 기본을 이루는 근본적인 상위적 질서”라는 의미이다.²⁴⁾

(4) 요컨대 대법원의 입장은 관습법의 확정에서 법원의 능동적인 역할을 강조한 것으로, 표면적으로는 법적 확신설에 입각해 있는 것처럼 보이지만 실질적으로는 국가승인설에 가까운 것처럼 보인다.²⁵⁾

21) 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결.

22) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다13850 전원합의체 판결 ; 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

23) 윤진수, “상속회복청구권의 소멸시효에 관한 구관습의 위헌 여부 및 판례의 소급효”, 『비교사법』 제11권 2호, 2004, 294면에서, 성문법은 3권분립의 원칙상 국회의 입법권을 존중하기 위하여 헌법재판소에 위헌여부 판단권한을 부여하지만, 관습법은 3권분립 원칙과는 관계없기 때문에 대법원이 최종적인 판단을 한다.

24) 김옥곤, 앞 논문, 375면.

25) 같은 견해로 오세혁, 앞 논문, 161면; 박찬주, “대법원에 의한 관습법의 폐지”, 『법조』 통권 598호, 2006, 23면.

3. 관습법의 확정

(1) 관습법이 존재하는지 여부는 보통 법적용기관인 법원에 의해 공식적으로 확정된다. 통상적으로 재판과정에서 관계자 집단의 감정의견이나 전문가의 증언, 연구결과로서 문헌에 발표된 내용, 종전 판례를 포함한 관계관청의 실무관행 조회 등이 간접적인 자료로 사용된다.²⁶⁾ 법원이 관습법의 존재를 확정하는 것은 ‘확인’의 의미를 갖는 것으로서 소급효를 갖는다. 이 경우 관습법의 성립시기는 관행이 법적 확신을 얻게 된 시기로 소급하지만, 현실적으로 매우 애매할 수밖에 없는 것도 사실이다. 또한 법적 확신과 관행은 선후관계로만 볼 수도 없다.

(2) 대법원은 사비니 이래의 전통적인 견해를 좇아 관습법이 불명확한 경우 그 입증책임을 당사자에게 전가하고 있다.²⁷⁾ 즉 대법원은 가정의례준칙 판결에서 “법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증을 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”고 판시하였다.²⁸⁾ 그러나 관습법을 법령과 같은 효력을 갖는다고 인정하면서 당사자에게 관습법의 입증책임을 전가하는 것은 관습법의 본질에 대한 이중적인 태도를 드러내는 것이다.²⁹⁾ 즉 국민들이 관행의 존재,

26) 김대휘, 『법원론에 관한 연구』, 서울대 법학박사학위논문, 1992, 222면.

27) 관습법의 입증책임 문제에 대하여는 김옥곤, 앞 논문, 56~58면 참조. 원래 로마법에서는 관습법의 입증은 법원의 직권조사사항으로 이해되었으나, 주석학파에 이르러 당사자의 입증사항으로 인정되기 시작하였다고 한다.

28) 대법원 1983.6.14. 선고 80다3231 판결

29) 오세혁, 앞 논문, 163면.

법적 확신의 부여됨, 법질서에 반하지 않음, 정당성과 합리성까지 증명하여야 비로소 법원이 관습법이라고 확인하여 당해 사건에서 재판규범으로 인정해주겠다는 것인데, 이러한 태도도 실질적으로 법적 확신설이 아닌 승인설의 태도와 가까운 것으로 보인다. 근본적으로는 민법 제정 당시 관습조사를 하지 않고 입법이 이루어질 수밖에 없는 사정, 그 후 관습조사가 체계적·지속적으로 이루어지지 않았기에 어쩔 수 없는 상황으로 보인다.

4. 관습법의 효력

(1) 해석기준과 적용기준

아직 사실인 관습인 상태에서는 민법 제106조에 따라 당사자의 의도가 달리 정하여지지 않았을 때 법률행위의 보충적 해석기준이 된다. 하지만 관습법의 단계에서는 민법 제1조에 따라 法源이 된다. 法源에 따라 재판하는 것이므로, 法源은 실질적으로는 재판규범, 즉 법의 적용기준이다. 사실인 관습을 어겨 법률행위가 이루어지는 것과 달리, 관습법을 어겨 법률행위가 이루어지면 당사자는 법원에 소를 제기할 수 있다. 그런데 관습법은 성립과 함께 효력을 발생하고 소멸과 함께 효력을 상실한다. 즉 관습법은 성립하는 순간 규범수용자에게 법적 구속력을 가지는 행위규범이 되며 법원에 대하여는 재판규범이 될 수 있지만, 소멸이 되면 당연히 규범수용자에게 아무런 법적 구속력을 갖지 않으며 법원도 이를 적용할 수 없다. 이 점에서 성립시점과 효력발생시점 간 차이가 있을 수 있는 성문법과 다르다.

(2) 성문법과의 우열관계

관습법의 효력과 관련하여 가장 논란이 되고 많은 논의가 있었던 것은 전체 법질서에서 관습법의 위상, 즉 성문법과의 효력의 우열문제이다. 관습법은 성문법과 대등한 효력을 가지는가, 아니면 보충적인 효력을 가지는

가? 성문법에 반하는, 반문언적(*contra legem*) 관습법도 성립할 수 있는가?

민법 제1조에 따르면, 법률에 규정이 없는 경우 비로소 관습법에 의한다고 규정하여 일견 관습법은 보충적 효력을 가지는 것으로 보인다. 민법 제1조의 규정에도 불구하고 관습법에 대하여 이미 존재하는 성문법을 개정하거나 폐지하는 효력을 인정하자는 견해³⁰⁾가 있다. 관습법이 성문법의 불명확 또는 흠결을 보충하는 효력을 가짐은 당연하지만, 기존의 성문법과 다른 내용의 관습법이 성립한 경우 양자의 효력상 우열은 신법 우선의 원칙에 따라 결정된다고 한다. 주요 근거로 국민주권사상(헌법 제1조 2항), 민법 제1조는 입법한계를 넘은 규정, 민법 제1조의 목적론적 해석을 든다.

반면, 관습법에 대하여 성문법이 없는 부분에 관하여 이를 보충하는 효력만을 인정하자는 견해³¹⁾가 있다. 민법 제1조의 문언해석에 바탕을 두며, 위 변경적 효력설을 비판한다. 변경적 효력설에 의하면 제1조는 무의미해진다. 변경적 효력설은 명인방법, 동산의 양도담보에서와 같이 현실적으로 성문법이 관습법에 의하여 개폐되고 있다고 하나, 그러한 경우들은 판례법으로 이해할 수 있다. 관습법은 한정된 범위에서만 통용되는 것이 보통이므로 관습법에 법률 개폐의 효력을 인정하는 것은 바람직하지 않다. 관습에 법률 개폐의 효력을 인정하면 불합리한 구 관습을 없애기 위한 정책적 입법의 취지가 몰각될 우려가 있다. 민법 제1조에도 불구하고 관습법에 대등적 효력을 인정하는 것은 법해석의 한계를 벗어난 것이다.³²⁾

대법원도 가정의례준칙 판결 이후 민법 제1조를 근거로 관습법의 보충적·열후적 효력을 일관되게 판시하고 있다. 즉 “가족의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적, 보충적 성격에 비추어 민법 제1조의 취지에 어긋나는 것이다. 가

30) 이른바 대등적 효력설 또는 변경적 효력설; 김증한·김학동, 『민법총칙』, 박영사, 2008, 14면.

31) 보충적 효력설; 곽윤직, 앞의 책, 25면; 이영준, 앞의 책, 1995, 21면.

32) 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2012, 13면.

죽의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 사실인 관습의 효력을 인정하려면 그와 같은 관습을 인정할 수 있는 당사자의 주장과 입증이 있어야 할 뿐만 아니라 이 관습이 사적 자치가 인정되는 임의규정에 관한 것인지 여부를 심리판단하여야 한다.”³³⁾ 상속회복청구권 판결에서 대법관 조무제의 보충의견에서도 “관습법은 성문법률을 보충하는 효력을 가지는 것이기는 하지만 법률의 효력을 가지는 것”이라고 실시하고 있다.

그럼에도 일부 학자들은 외국의 입법례나 해석론을 끌어들이 관습법의 변경적 효력을 인정하려고 한다든지, 관습법에 보충적 효력만을 인정하면 민법 제106조의 해석과 충돌되므로 민법 제1조에서 말하는 법률을 강행법규에 한정하려는 절충적 해석³⁴⁾을 시도하기도 하였다. 하지만, 이러한 해석론은 민법 제1조의 문언에 반하는 무리한 해석으로 보인다.

입법론적인 측면에서는 좀 다른 견해³⁵⁾가 보인다. 성문법이 관습법에 대하여 그 효력을 부인하거나 제한할 수 있는가라고 의문을 제기하고, 대등적 효력을 인정할 수 있다고 한다. 그 근거로 첫째, 실효성의 차원에서 보면, 사회에서 실효성이 있는 관습법이 실효성이 현저히 약화되거나 상실된 성문법보다 우선할 것이다. 둘째, 합법성의 차원에서도 관습법은 성문법에 대하여 우위에 선다. 반문언적 관습법이 성립되는 경우, 기존의 성문법은 외관만 남아 있을 뿐 이미 사실상 실효되어 이미 그 효력을 상실하였기 때문이고, 이 경우 민법 제1조와 같은 법원 규정은 아무런 방어벽이 되지 못한다. 셋째, 정당성의 차원에서도 관습법은 바로 국민의 직접적인 의사에서 비롯되는 것으로서 국민을 대표하는 대의기관의 의사에서 비롯되는 성문법에 대하여 우위에 선다고 한다.

33) 대법원 1983.6.14. 선고 80다3231 판결

34) 김옥곤, 앞 논문, 64~74면.

35) 오세혁, 앞 논문, 167~168면; 동지 지원팀, 『민법강의』, 홍문사, 2011, 13면.

(3) 다른 법역에서 관습법의 효력

(가) 상법에서 관습법

상법 제1조에 보면, 상관습법의 효력을 민법에 우선시키고 있으며, 중요한 상법의 법원으로 보고 있다. 그렇다면 (상사) 계약이나 법규정 이외에 단지 상관습법만을 근거로 하여 권리의무관계를 인정할 수 있을까?

이에 대하여 상법학자들은 부정적인 것 같다.³⁶⁾ 그 이유로 ① 그러한 관습이 존재한다는 것을 입증하는 것이 어렵다. 법원은 대부분의 경우 당사자들이 주장하는 상관습을 거의 인정하지 않으며, 많은 경우 “당사자들은 이리이러한 상관습이 있다고 주장하나, 그러한 것은 존재하지 않는다”는 식으로 결론을 내린다. ② 설사 그 존재가 인정된다고 하더라도 당사자들이 서로 다투고 있는 이상 그 관행이 법적 확신의 단계에 도달하였다고 판단하기는 더욱 어렵다. 어떠한 관행이 법적 확신의 수준에 이르렀는지 여부는 결국 법원의 판결에 의할 수밖에 없는데, 실제로 판례상 상관습법의 존재가 인정되는 경우는 별로 없다. 그나마 그 효력이 제한되기도 한다. 예를 들어 선하증권이 도착하기 전에 화물선취보증서만 받고 운송물을 인도하는 이른바 保證渡의 상관습이 있음을 판례는 인정하면서도, 그러나 이러한 상관습을 따른 운송인은 채무불이행책임을 져야 한다고 판시하여, 불완전한 법적 효력만을 인정한다. ③ 경제주체들이 가장 싫어하는 것이 불확실성인데, 만일 법적 확신의 단계에 도달한 상관습이 있다면, 법률관계의 불확실성을 없애기 위하여 그 상관습이 입법화되거나 최소한 보통거래약관³⁷⁾의 형식으로 전환되는 것이 보통이다. 그렇지 못한 상관습법을 주장하는 것은 사후적인 억지주장에 그칠 가능성이 높다. 이러한 이유에서

36) 긍정적인 견해는 찾기 어려웠다. 부정적인 입장을 명시적으로 밝힌 문헌으로는 송옥렬, 『상법강의』, 홍문사, 2011, 9~10면.

37) 보통거래약관의 법적 성격에 대하여 민법학자들은 계약설을 주장하는 반면, 상법학자들은 규범설을 주장한다. 약관의 성격, 계약 편입 등을 고려할 때, 계약설이 좀 더 논리적으로 보인다.

현실적으로 상관습법은 법원으로서 거의 문제되지 않는다고 보면 된다고 한다.

반면, 상관습은 법이 흠결된 부분에 관해 당사자의 이해를 조정해주고 입법의 방향을 제시하고 입법을 촉진하는 기능을 가지므로, 상거래 및 상법의 발전에 유익하다는 견해³⁸⁾도 보인다. 상관습의 성문화 사례,³⁹⁾ 상법에서 규범의 내용을 관습법에 위임하는 사례⁴⁰⁾를 들어 상관습의 순기능도 들지만, 반면 상관습의 역기능⁴¹⁾도 언급하면서 입법에 의한 역기능 차단을 주장하고 있다.

(나) 행정법에서 관습법의 문제

행정법의 법원에 관하여 살펴볼 때, 그 특징은 성문법주의를 원칙으로 하고 있다는 점이다.⁴²⁾ 국민의 자유와 재산에 관한 일반적인 행정권 발동은 국민의 법적 안정성이나 예견 가능성을 중시하여야 하며, 국가의 행정작용이나 행정구제절차를 명백히 하여 국민의 권익을 보장할 필요성이 크기 때문이다. 하지만 현대복지국가에서 모든 행정현상을 성문법으로 규율하기는 불가능하여, 민법보다 법의 흠결 영역은 더욱 클 수밖에 없고, 그러한 흠결은 불문법으로 그 내용이 보충된다. 불문법으로는 관습법, 판례법, 조리, 그밖에 행정법의 일반원리를 들기도 한다. 그렇다면 행정법에서 (행정) 관습법은 얼마나 많이 인정되며, 그 역할은 어떠한가.

38) 이철송, 『상법총칙·상행위』, 박영사, 2009, 33면.

39) 구법시대에 통용된 백지어음 관행을 어음법에 수용한 사례(제10조)

40) 상업장부의 작성방법을 일반적으로 공정 타당한 회계관행에 의하도록 하는 상법 제29조 제2항, 자본준비금에 관한 기업회계관행의 적용을 규정한 상법 제459조.

41) 사금융거래에서 수표의 금액과 발행일자를 백지로 한 채 발행하여 이를 금전소비대차의 담보로 제공하는 관행.

42) 헌법에서 기본권에서 관한 사항을 법률에 유보하고(헌법 제12조, 23조, 37조) 있으며, 동시에 중요한 행정작용은 법률에 위임하고(23조 3항, 59조), 행정조직도 법률로 정하도록 하면서 위임입법을 인정한다(75조, 95조, 114조 6항)를 그 근거로 들 수 있다.

이에 관한 행정법학자의 견해⁴³⁾를 보자. 이에 따르면, 현대사회는 변화가 빠르고 다원적 가치체계를 특징으로 하고 있기에, 관습법의 성립요건으로서 장기간의 관행이나 일반국민의 법적 확신이 형성되는 것은 용이하지 않고, (그러한 이유에 기인한 것인지는 모르나) 행정관습법의 예는 매우 드문 편이라고 하면서, 행정청의 사무처리에 관한 행정선례법⁴⁴⁾이나 公物·公水의 이용관계에 관한 민중적 관습법⁴⁵⁾을 예를 들고 있다.

(다) 헌법에서 관습법의 문제

관습헌법을 인정할 수 있는지와 관련하여 먼저 성문헌법주의를 강조하고 관습의 불분명함을 들어 관습헌법의 인정을 부인하고 나아가 그 규범력을 부인하는 견해도 있으며, 성문헌법 속에 헌법사항을 구체적으로 모두 규정하기는 불가능할 뿐만 아니라 성문헌법에서 헌법적 가치를 갖는 사항을 흡결할 수도 있으므로 관습헌법의 필요성과 그 규범력을 인정하는 견해⁴⁶⁾도 있다. 긍정설이 조금 더 우세해 보인다.⁴⁷⁾

헌법재판소도 긍정설의 입장인데, “헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가지는 것이다”⁴⁸⁾라고 판시하고 있다. 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립

43) 김동희, 『행정법 I』 제14판, 박영사, 2008, 46~50면 참조.

44) 국세기본법 제18조 3항, 행정절차법 제4조.

45) 入漁權에 관한 수산업법 제2조, 관습상의 유수사용권(관개용 수리권, 유수권, 식용용수권) 등.

46) 성낙인, 『헌법학 2011』, 법문사, 2011.2, 20~24면 참조.

47) 긍정설에 따를 경우, 관습헌법으로는 국호가 대한민국인 점, 국어가 한국어인 점, 수도가 서울인 점, 국기가 태극기인 점, 국가가 애국가인 점 등을 예로 들 수 있다. 프랑스 헌법에서는 국가 정체성에 관한 사항을 헌법에 명시하고 있다.

48) 헌법상 관습헌법에 관한 논의는 신행정수도건설특별법의 위헌 여부를 다룬 헌법재판소 2004. 10. 21, 2004헌마554(전원재판부)로 촉발되었다. 논점은 수도가 서울이

에서 요구되는 일반적 성립 요건이 충족되어야 한다. 즉 “첫째, 기본적인 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성). 또한 다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의)”라고 판시하고 있다. 이 판결은 법적 확신설에 더 충실한 해석론으로 평가된다.

5. 관습법의 소멸

(1) 관습법의 성립요건은 동시에 그 존속요건이기도 하다. 따라서 관습법은 관습이 반복성 또는 계속성을 상실함으로써, 또는 반복된 관행에도 불구하고 그 법적 확신이 상실됨으로써 소멸한다. 하지만 관습법에 대한 법원의 판단이 바뀌었다는 것으로 인하여 관습법이 소멸하지는 않는다. 그것은 어디까지나 법원의 판결을 통하여 법공동체 구성원의 법적 확신이 소멸되었다는 사실이 확인되는 것에 불과하다. 즉 국가승인의 철회가 아니라 관행 또는 법적 확신의 소멸이 관습법 소멸의 원인이다.⁴⁹⁾

(2) 앞서 언급한 대로 강행법규나 기타 상위의 법규범 특히 헌법에 반하는 관습법은 그 효력이 소멸한다. 상위의 법규범에 저촉되기 때문에 효

라는 사실이 관습헌법인가 여부였다. 다수의견은 수도가 서울이라는 점은 관습헌법이므로 법률로써 수도를 이전할 수 없으며, 헌법 제130조의 국민투표권을 침해하는 위헌법률이라고 판시하였다. 소수의견은 관습헌법의 효력은 성문헌법의 보완적 효력을 가질 뿐이며, 관습헌법의 개정은 헌법개정에 속하지 않는다고 본다.

49) 오세혁, 앞 논문, 171면.

력이 부정되는 것이다.⁵⁰⁾ 대법원도 종종 판결⁵¹⁾에서 “종원의 자격을 성년 남자로만 제한하고 여성에게는 종원 자격을 부여하지 않는 종래 관습법은, 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되고 있는 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다”고 판시하였다. 종중이 여성을 종중원으로 인정하지 않는 것은 그 자체 위헌이 아니지만, 이것이 공서양속 위반인가 하는 점을 검토하여야 하는데, 남녀평등과 같은 헌법이념을 고려하여야 한다는 것이다.⁵²⁾

(3) 하지만 위 종종판결에서 대법원은 관습법의 성립과 마찬가지로 소멸에서도 법원의 능동적인 역할을 전제하면서, 관습법 소멸의 효과에 관하여 소급효를 인정하지 아니하고 장래효만 원칙적으로 인정하였다. 2008년 제사주재자의 결정 판결에서도 전통적인 관습법이 사회구성원들의 법적 확신을 받을 수 없게 되고 새로운 헌법질서에 어긋나게 되었다고 보아 과거 관습법의 효력을 부정하고 새로운 법리를 선언한 다음, 그 법리에 장래효를 부여하였다. 이 두 판결의 의미에 대하여 “종전 관습을 존중하면서도 사회변화에 따라 부단히 새로운 관습을 선언하는 기관으로서 대법원의 역할과 위상을 다시 한 번 확인한 것”이라는 견해⁵³⁾가 있다. 이 견해도 법원의 능동적인 역할에 찬동하는 것이다.

(4) 한편, 제정법에 의해 관습법이 폐지될 수 있는가? 성문법이 관습법에 의해 폐지될 수 있듯이 그 역도 가능하다. 다만 관습법은 관습법의 상위 또는 동위의 제정법에 의해 폐지되어야 한다. 관습법에 의한 제정법의 폐지와 마찬가지로 그 방식은 기존의 관습법과 상충하는 내용의 법규정을

50) 주석민법(윤진수 집필부분), 111면.

51) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

52) 이른바 간접적 효력설. 이에 관하여 상세히는 주석민법(윤진수 집필부분), 112면; 윤진수, “변화하는 사회와 종중에 관한 관습”, 『사법』 창간호, 2007, 17면 이하.

53) 민유숙, “2008년 중요판례분석”, 『법률신문』, 2009. 4. 9자.

제정하는 묵시적 폐지의 방식이 된다.⁵⁴⁾ 그러한 대표적 예로 사실혼에 대한 법률혼의 제정을 들 수 있다.

III. 해석기준으로서의 관습법

1. 법률 해석의 측면

법률의 해석이란 각종의 法源에 대하여 그 내용을 확정하는 것으로, 구체적인 법률관계에 대하여 법을 ‘적용’하는 데 전제가 된다. 일반적으로 성문법은 문리해석(문언해석), 논리해석(체계적 해석), 역사적 해석, 목적론적 해석 등의 방법으로 해석을 하며, 각각의 경우 반대, 유추, 확장, 축소 해석 등의 기술을 사용할 수 있다. 이 중 법률의 흠결(틈)을 메우는 독특한 해석기술로는 [또는 해석의 한계를 이미 넘어서는 것으로는] 類推⁵⁵⁾가 있다. 대법원은 임대주택의 분양전환시 우선분양권을 갖는 구 임대주택법 제15조 제1항에 정한 ‘임차인’의 의미 및 이에 ‘실질적 의미의 임차인’도 포함되는지 여부에 관한 사안⁵⁶⁾에서, “법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다.”고 법률해석의 방법과 한계를 밝히고 있다.

관습법도 법규범이기에 법률해석이란 측면에서 비슷한 접근이 가능하다. 변동하는 사회상황에 맞춰 관습의 내용을 지속적으로 확인하고, 그 관습이 사회구성원의 법적 확신을 보편적으로 받고 있느냐 여부를 판단하는 것이 관습법의 해석이다. 관습법의 해석에서도 법적 안정성을 저해하지 않는 범

54) 오세혁, 앞 논문, 172면.

55) 유추에 대하여는 최봉경, “민법에서의 유추와 해석-판례를 거울삼아”, 『법철학연구』 제12권 2호, 2009. 참조.

56) 대법원 2009.4.23. 선고 2006다81035 판결.

위 내에서 구체적 타당성을 찾아야 한다는 성문법의 해석방법이 원칙적으로 적용될 수 있다. 관습법도 명확한 내용을 가진 것이어야 하며, 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이어서는 아니 된다. 나아가 관습법의 취지와 목적, 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 함께 동원할 수 있다.

2. 법률행위 해석의 측면

법률행위의 내용(목적)을 확정하는 법률행위의 해석은 법률행위에 관한 법률문제의 판단에서 선결문제로 자주 등장한다. 상대방이 없는 의사표시에서는 표의자의 진정한 의사가 탐구되어야 하지만, 상대방 있는 의사표시에서는 원칙적으로 표시의 객관적 규범적 의미가 탐구되어야 한다. 상대방 있는 의사표시에서 그 해석방법으로는 자연적 해석, 규범적 해석, 보충적 해석의 순으로 사용된다.⁵⁷⁾ 이 과정에서 규범적 해석, 보충적 해석에서 관습 또는 관습법이 해석기준으로 사용될 수 있다.

(1) 해석기준

법률행위의 해석은 ‘표시’로부터 출발하여 의사표시를 한 자(표의자)의 ‘의사’를 밝히는 작업이라 할 것이다.⁵⁸⁾ 따라서 표시행위의 의미를 해석하는 데 표시 자체 외에 의사표시의 해석기준은 일반적으로 민법 제106조⁵⁹⁾에 따라 당사자가 기도하는 목적 기타 표시행위 당시의 제반사정,⁶⁰⁾ 사실

57) 최근에는 문언해석, 객관적 해석, 주관적 해석, 규범적 해석, 보충적 해석으로 구분하여 계약해석의 실재를 좀 더 구체적으로 반영하자는 견해가 있다. 윤진수, “계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 『민법논고 I』, 박영사, 2007, 244면 이하.

58) 지원림, 앞의 책, 218면.

59) 우리 민법 제106조는 일본 민법 제92조와 대응하는 규정이다. 일본 민법 제92조에 관하여는 潮見佳男, 『民法總則講義』, 有斐閣, 2005, pp.101~103면 참조.

인 관습, 임의규정,⁶¹⁾ 신의칙(조리)의 순으로 고려된다고 한다.

대법원도 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우, 법률행위의 해석 방법에 관하여, “그 문언의 형식과 내용 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”⁶²⁾고 판시하여 대체로 위와 같은 해석기준을 사용하는 입장이다.

(2) 사실인 관습

법률행위에서 표시가 불명확하여 당사자의 의도 기타 제반 사정을 고려하여도 그 내용(목적)을 확정할 수 없는 경우에는 민법 제106조에 따라 임의규정보다 우선하여 ‘관습’을 고려하여 해석하여야 한다. 관습은 당사자 사이에 관습의 적용에 묵시적 합의가 있는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이 때 관습은 사적자치의 한계로 인하여, 강행법규나 공서양속에 반하지 않아야 한다. 법률행위는 그것이 행하여지는 장소와 시기의 관습, 특히 ‘거래 관행’에 따라 행하여지는 것이 보통이므로, 당사자의 진의가 명확하지 않다면 사실인 관습을 통하여 법률행위의 내용이 보충되어야 한다. 당사자들은 자신이 속해 있는 거래영역에서의 관습을 대부분 알고 있고 이를 기

60) 계약서에 사용된 문자의 의미는 계약당사자가 기도하는 목적과 계약당시의 제반사정을 참작하여 합리적으로 해석하여야 한다. 대법원 1965.9.28 선고 65다1519, 1520 판결.

61) 임의규정이 법률행위의 해석기준인지는 논란이 있다. 지배적인 견해는 임의규정을 보충규정과 해석규정으로 나누고, 후자가 법률행위 해석기준이 된다고 한다. 이에 관하여는 박운직, 앞의 책, 323면 참조; 반면 임의규정을 적용하여 계약의 틈을 메운다는 측면에서 임의규정을 법의 적용의 문제로 보는 견해는 지원림, 앞의 책, 223면; 송덕수, 앞의 책, 105면 참조.

62) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다40858 판결.

초로 행동하는 반면, 임의규정은 알지 못하는 것이 통상적이다. 따라서 임의법규보다는 관습을 기준으로 해석하는 것이 당사자의 의사에 부합하기 때문이다.⁶³⁾

대법원은 “냉동을 위한 생선임치계약에 있어 출고시에 임치인이 이의없이 수취물인 생선을 반환받았으면 수탁자의 책임이 면제된다는 사실인 관습이 있는 거래지방에 있어서는 그에 따라 임치계약을 해석하여야 할 것이다”⁶⁴⁾고 판시하고 있다. 또한 사용자가 이미 퇴직한 근로자들에게 퇴직이후에 체결된 단체협약에 의한 임금인상분 및 퇴직금인상분 차액을 추가 지급한 관행이 있었으나 그것은 노동조합 또는 근로자집단과 사용자 사이의 규범의식이 있는 노사관행으로는 볼 수 없다고 한 사례⁶⁵⁾에서, 대법원은 “기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다”고 하였다.

만약, 매매계약서에 위약금 약정이 기재되어 있지는 않고, 매수인이 미리 백지에 계약서의 문안을 작성하여 부동산매매계약이 이루어진 경우, 매수인이 대금채무를 불이행하여 계약이 해제되었다면, 매도인은 어떻게 권리구제를 받을 수 있을까? 하급심 판결 중에는 이러한 위약금 약정에 대하여 사실인 관습으로 인정한 사례가 있다. 즉 “일반적으로 부동산매매계약 체결시 매수인이 매도인에게 매매대금의 일정비율에 해당하는 금원을 계약금으로 지급하고 있는데 이런 계약금은 민법 제565조 제1항의 해약금

63) 김중환·김학동, 『민법총칙』, 박영사, 2008, 288면.

64) 대법원 1967.12.18. 선고 67다2093, 2094 판결.

65) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701 판결; 동지 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000다18127 판결.

으로 추정되는 것”이기에, “비록 시민들의 법적확신에 의해 확고한 법적규범으로 승인될 정도에 이르지 않았으나 계약금의 지급은 곧 위약금 약정으로 보는 것이 사회 내의 거래관행으로 생성된 사실적 규범인 사실인 관습에 해당된다.”⁶⁶⁾ 보통 관습이 당사자들이 속한 지역, 직업, 소속 집단의 자치규범에 의해 구체수단이 주어지는데, 사실인 관습은 관습법은 아니지만 법적인 구체수단을 원용할 수 있겠다.

3. 관습법과 사실인 관습

사실인 관습과 관습법은 다른 것인가와 관련하여 학설의 대립이 있다.

먼저 제1조의 관습법과 제106조의 사실인 관습은 그 성질, 효력, 적용범위가 상이한 것이므로 구별하여야 하고, 이를 구별하여도 아무런 모순이나 불합리가 없다는 견해⁶⁷⁾가 있다. 관습법에는 강행법규적 성질을 가지는 것과 임의법규적 성질을 가지는 것이 있는데, 이 중 앞의 것을 관습법으로, 뒤의 것을 사실인 관습이라고 이해하여야 한다는 견해⁶⁸⁾도 있다.

반면, 관습법과 사실인 관습을 구별할 필요가 없다는 견해⁶⁹⁾가 있다. 법의 적용이라는 면에서 본다면, 제106조의 사실인 관습은 임의규정에 우선하여 적용되는 재판규범으로 되므로 관습법과 다르지 않고, 사실인 관습뿐만 아니라 관습법도 제106조의 관습에 해당하며, 모두 임의규정에 우선하여 법률행위 해석의 기준으로 된다는 입장⁷⁰⁾과 관습법뿐만 아니라 사실인 관습도 법규범이며, 전자는 강행법규적 관습법규범이고 후자는 임의법규적

66) 서울고등법원 2004.11.9 선고 2003나38339 판결.

67) 김상용, 앞의 책, 424면; 백태승, 『민법총칙』, 법문사, 2002, 391면; 이영준, 앞의 책, 342면.

68) 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 1995, 436면.

69) 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 1990, 375면; 곽윤직, 앞의 책, 227면; 김용한, 앞의 책, 274면; 김주수, 『민법총칙』, 삼영사, 1991, 315면.

70) 곽윤직, 앞의 책, 322면.

관습법규범이라는 입장,⁷¹⁾ 그리고 제106조는 제1조의 특별규정이라는 입장⁷²⁾으로 나눌 수 있다.

생각건대, 관습은 사실(Faktum)이지만, 관습법은 규범(Norm), 즉 법이다. 대법원도 법적 확신이나 인식의 유무를 기준으로 사실인 관습과 관습법을 구별하는 입장에 서있다. 즉 “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 보충함에 그치는 것”⁷³⁾이라고 보고 있다. 나아가 관습을 위반하면 기껏해야 사회적인 비난을 통한 제재에 그치는 데 반하여, 관습법은 법적인 외적 강제를 통하여 제재가 이루어진다는 차이도 있다. 관습법은 그 내용이나 형식, 효력에 이르기까지 성문법과 다를 바 없다. 단지 그 성립방식이 다를 뿐이다.

IV. 적용기준으로서의 관습법

1. 민법의 법원(재판규범)

(1) 법의 적용은 구체적 생활관계에 추상적인 법규범을 적용하여 법적 가치판단을 내리는 것이다. 이는 법률가뿐만 아니라 일반인에 의해서도 행해질 수 있다. 그러나 법적으로 실효성이 있는 것은 재판에서 법원에 의하여 법이 적용된 경우이다. 그 근거로 헌법 제103조와 민법 제1조를 들 수 있다. 적용기준은 재판규범으로서 法源과 같은 의미라 할 것이다(위 II. 1

71) 김중환·김학동, 『민법총칙』, 박영사, 2008, 222면 이하.

72) 김용한, 앞의 책, 222면.

73) 대법원 1983.6.14. 선고 80다3231 판결.

참조).

(2) 우리나라의 물권법정주의를 선언한 민법 제185조는 관습법에 의해서도 물권의 종류와 내용을 정할 수 있다는 점에서 독특한 성격을 지닌다. 원래 물권법정주의의 주된 목적은 ① 소유권을 공허하게 할 소지가 있는 강한 제한물권을 억제하고,⁷⁴⁾ ② 공시를 가능하게 함으로써 거래의 안전을 보호하기 위한 것, 즉 공시주의의 지탱이다. 민법 제185조의 문언상 관습법은 성문법과 대등한 효력을 갖는다고 보는 견해⁷⁵⁾도 있지만, 대부분의 학설은 민법 제1조에서 관습법의 보충적 효력을 인정하는 선에서 관습법에 의한 물권의 창설을 허용하는 것으로 이해한다. 이는 민법이 계수법이라는 점을 고려하고, 나아가 성문법이 결하기 쉬운 사회변화에의 탄력성을 확보하기 위한 것이다. 따라서 관습법상의 물권이 인정되는 경우도 있고, 관습법상의 공시방법을 인정하는 경우도 있다. 그렇지만 관습법상 물권의 인정은 조심스러웠고 때로는 잘못 인정되는 경우도 발견되어, 실제 관습법을 통해 다양한 거래계의 수요를 충족하기에는 미흡한 점이 있다.⁷⁶⁾

(3) 적용기준으로서 관습법을 생각할 때, 관습법이 실제 분쟁에서 법관에 의하여 어떻게 법으로 인식되는가를 살펴볼 필요가 있다. 관습법이 법규범으로 발견, 확인된다는 것은 쉽지 않다. 그러나 우리나라와 같은 성문법주의국가에서 관습법은 다양한 형태로 법의 발전에 기여하고 있다. 즉, 관습법은 그 자체로 남아 있거나 성문법으로 입법화되거나 해석 및 적용을 할 때 관습이 우선 적용되는 영역 등이 있다. 물론 성문법으로 발전한 경우에 그 관습법은 이미 관습법이 아니다. 그러나 판례의 축적이나 입법

74) 공고하고 확실한 사적 소유권 제도를 확립하는 과정에서 유용하다. 즉 역사적인 의미에서 중요하다.

75) 김중환·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 17면.

76) 물권법정주의의 연혁과 기능에 관하여는 남윤삼, “물권법정주의의 현대적 과제: 현대 거래유형의 다양화와 관련하여”, 『법제』 518호, 2001.2, 51-62면 참조. 이 글에서는 전통적인 의미의 물권법정주의는 관습법상의 물권의 등장, 거래계의 새로운 수요로 변화된 그 존재의의를 많이 상실하고 있다고 한다.

과정에서 기존의 관습법을 발견하고 입법한다는 것은 관습법의 다양성과 역동성의 반증일 것이다.

2. 관습법이 성문법으로 발전한 경우

(1) 물권법 분야에서 전세권은 과거에 주로 도시에서 관행적으로 행하여져 오던 건물의 전세를 물권의 일종으로 성문화한 것으로서 우리 민법에 특유한 제도이다.

(2) 채권법 분야에서는 매도인의 하자담보책임이나 환매도 기존 관습으로 인정받던 것을 민법에서 입법화한 것이다.

(3) 가족법에서도 의용민법 하 구관습은 민법 제정을 통해 성문화되었다.

3. 관습이 우선적용되는 영역

(1) 민법에는 관습 또는 관습법이 우선 적용되는 많은 규정들을 살펴볼 수 있다. 먼저 지역주민이 집합체로 각자가 타인 토지에서 초목 등을 수익하는 관습상의 권리를 특수지역권이라고 하면서, 특수지역권의 해석과 적용에서는 민법의 규정과 다른 관습이 있으면 관습이 우선한다(제302조, 275조 2항). 산삼의 채취권, 송이버섯, 나물, 수목의 채취권 등을 예로 들 수 있다. 구민법에서는 入會權이라 하였다. 특수지역권이란 용어에 대한 비판이 있다. 이는 엄밀히 말하여 地役權이 아니라 人役權이라는 측면에서 ‘총유적 토지수익권’⁷⁷⁾으로, 또는 ‘토지수익권의 준총유’⁷⁸⁾으로 바뀌어야 한다고 한다. 수산업법상 入漁權도 이와 비슷한 성질을 가진다 하겠다.

(2) 수류의 변경에 관한 제229조, 堰의 설치 이용에 관한 제230조, 공유

77) 김중학·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 405면 이하.

78) 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002, 251면

하천용수권에 관한 제231조,⁷⁹⁾ 하천연안의 용수권 보호에 관한 제232조, 용수권의 승계에 관한 제233조를 두고, 그 중 제229조, 제231조, 제232조, 제233조에 관하여는 그 지방의 관습이 우선적용된다는 제234조를 두고 있다. 이는 상린관계에 관한 규정으로, 유수에 관한 규율은 관습법에 맡겨져 있다.⁸⁰⁾

(3) 민법 제237조, 제242조에는 경계표, 담을 설치할 때 다른 관습이 우선적용된다는 규정을 두고 있다.

(4) 민법 제532조에서는 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 토지가 필요하지 않은 때에는 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때 계약이 성립한다고 규정하고 있는데, 의사실현에 의한 계약 성립을 말한다.

(5) 민법 제568조에서는 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 의무도 관습으로 동시에 이행하지 않아도 되는 항변권이 성립할 수 있음을 규정하고 있다.

(6) 민법 제656조에서는 고용계약에서 보수 또는 보수액의 지급과 관련하여 관습이 당사자의 약정이 없는 경우에 해석 및 적용기준으로 작용됨을 규정하고 있다.

4. 성문화되지 않은 관습법

(1) 관습법상의 법정지상권

토지와 건물을 동일인이 모두 소유하고 있다가 [법률행위로 인하여] 그 중 하나의 소유권이 다른 사람에게 넘어가게 된 경우에, 당사자의 약정 또는 법률에 의한 대지이용권이 설정되지 않아도, 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한, 그 토지에 대하여 건물 소유를 목적으로 하는 지상권이 설

⁷⁹⁾ 관습상의 물권을 성문화한 사례.

⁸⁰⁾ 김증한·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 339면.

정된 것으로 간주한다는 법리에 의해 성립하는 권리, 이른바 관습법상 법정지상권⁸¹⁾이 있다. 관습법상 법정지상권은 현재 확고한 판례로 인정되고 있다. 이는 일반적으로 토지뿐만 아니라 건물도 독립한 부동산으로 하고 있는 우리 민법의 특수성에 기인하는 결함을 시정하기 위하여 두게 된 제도라 이해된다.⁸²⁾ 즉, 건물철거 방지라는 공익을 위해 “건물로 하여금 건물로서의 가치를 유지케 하지는 국민경제상의 필요에 의하여 인정한 제도”⁸³⁾라고 한다.

관습법상의 법정지상권은 관습법이 아니라 판례법이 되었다는 견해⁸⁴⁾가 있다. 이에 따르면 관습이 아니라 사회경제상의 필요에 의해 판례를 통해 인정되었다고 한다. 그러나 관습법상의 법정지상권은 관습에서 비롯한 것으로 관습법으로 보는 것이 일반적이다. 더 근본적으로 관습법상의 법정지상권은 과연 관습법인가에 대한 의문⁸⁵⁾이 제기된다. 관습의 존부 자체와 건물철거를 방지하려면 지상권이 필요한지의 여부에 대한 검토 없이 존재 하지도 않은 관습을 근거로 관습법을 대법원이 창출한 잘못을 범했다는 것이다. 관습법상의 법정지상권은 1916년 조선고등법원 판결⁸⁶⁾에서 비롯된 것으로 그 당시에는 법률행위 사안의 경우 지상권 설정이 의제되는 관습이 실제로 있었으나, 일제강점기를 거쳐 민법 제정 당시에는 그 관습은 소멸하기에 이르렀다는 점을 명확하게 인식하지 못한 채 1960년 판결⁸⁷⁾에 의해 이어졌고, 이후 판결들⁸⁸⁾에 의해 확립된 것으로 “實은 法院에 의한

81) 이러한 권리를 관습상의 법정지상권이라고 하는 견해와 관습법상의 법정지상권이라는 견해, 그냥 관습상의 지상권이라는 견해가 대립하고 있다. 이 글에서는 민법개정안의 태도에 따라 관습법상의 법정지상권이라고 부른다.

82) 『민법주해(VI)』, 105면.

83) 대법원 1968.8.30. 선고 68다1029 판결.

84) 김중환·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 390면

85) 권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 『법사학연구』 37호, 2008.4, 99~127면.

86) 朝鮮高等法院 1916(大正5). 9. 29. 선고 高等法院判決錄 第3卷 民事編, 722項.

87) 대법원 1960.9.29. 선고 4292민상944 판결.

法形成이었음을 솔직히 是認한 例⁸⁹⁾로 이해되기 때문이다.

그런 이유에서인지 관습법상의 법정지상권에 관한 판례 태도에 관하여는 평가가 엇갈린다. 타당하다는 견해⁹⁰⁾도 있으나, 토지소유권의 제한이 너무 크고 국민감정에도 부합되지 않기에 부당하다는 견해가 지배적이다.

(2) 관습법상의 분묘기지권

분묘기지권은 타인의 토지에서 분묘를 소유하기 위하여 분묘기지 부분의 타인 토지를 사용할 수 있는 물권이다. 판례 통설에 따르면, 지상권 유사 물권으로 본다.⁹¹⁾ 일제 강점기 조선고등법원 판결⁹²⁾이 판결로서 분묘기지권을 관습법상 물권으로 확인하였으며, 우리 대법원⁹³⁾도 그대로 따름으로써 오늘날까지 이어져 오고 있다. 근대적 소유권의 절대성만을 존중하여 일단 설치된 분묘를 함부로 철거하거나 손상할 수 있도록 한다면 이는 재래의 조상숭배라는 미풍양속과 전통적 윤리관에 어긋나게 될 것이라는 점에서 관습상 물권으로 판례가 인정하게 되었다는 설명⁹⁴⁾이 지배적이다.

한편 관습상의 법정지상권처럼 분묘기지권에 대하여도 판례법이 되었다는 견해가 있다. 또한 법률행위 사안의 경우에 지상권 설정이 의제되는 관습이 없었다는 의문은 관습법상의 지상권과 마찬가지로 관습법상의 분묘기지권에도 적용된다.⁹⁵⁾ 이 견해에 따르면, 자기 소유의 토지에 분묘를 설치

88) 대법원 1962.4.18. 선고 4292민상1103 판결; 대법원 1968.8.30. 선고 68다1029 판결.

89) 박준서, “법정지상권”, 『사법논집』 제5집, 대법원 법원행정처, 1972. 12, 132면.

90) 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2010, 503면.

91) 그러나 김중환·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 386면은 보통의 지상권의 일종이라고 하고, 이은영, 앞의 책, 632면은 제4의 용익물권이라고 한다.

92) 朝鮮高等法院 1927. 3. 8. 민사부 판결.

93) 대법원 1955.9.29. 선고 4288민상210 판결.

94) 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002, 393면; 『민법주해(VI)』, 100면.

95) 권재문, 앞 논문, 112~113면.

한 자가 그 후에 그 분묘기지에 대한 소유권을 유보하거나 또는 분묘를 따로 이장한다는 특약을 함이 없이 토지를 매매 등으로 처분한 경우에 당초 1955년 판결⁹⁶⁾은 바로 분묘기지권을 취득하지 못하고 그 처분이 있을 때로부터 20년간 평온 공연하게 분묘기지를 점유하여야만 비로소 분묘기지권을 시효취득한다고 하였다가, 이후 1967년 판결⁹⁷⁾은 태도를 변경하여 분묘소유자는 위와 같은 처분행위의 효력이 발생하면 곧바로 분묘기지권을 취득하게 된다고 하였다. 이러한 판례 변경으로 미루어 1955년 당시에는 분묘기지권 관습이 없었고 관습법상 법정지상권에 관한 판례이론을 유추적용한 것으로 추론할 수 있다.

분묘는 외형상 쉽게 인식할 수 있다고는 하나, 임야 매수인이 자세히 조사하지 못한 경우 피해를 입을 수 있다. 토지소유자의 보호, 국토의 효율적인 관리이용을 위해서 존속시킬 것인지 검토해야 한다.⁹⁸⁾ 2001년 장사에 관한 법률⁹⁹⁾이 제정되면서 분묘기지권의 인정범위는 상당히 축소되었고, 이에 맞추어 분묘기지권의 내용도 제한해석하자는 타당한 주장¹⁰⁰⁾도 제기되었다.

(3) 관습법상의 공시방법으로서 명인방법

수목의 집단, 개개의 수목, 미분리의 과실에 대하여 관습상의 공시방법인 명인방법을 통해 거래의 대상으로 될 수 있다는 것이 판례의 태도이다. 명인방법은 불완전한 공시방법이기에 이를 통해서는 소유권의 객체가 될

96) 대법원 1955.9.29. 선고 4288민상210 판결.

97) 대법원 1967.10.12. 선고 67다1920 판결.

98) 송덕수, 앞의 책, 747면.

99) 장사등에관한법률 제6158호 2000.01.12 전문개정. 매장 및 묘지등에 관한 법률을 전문 개정.

100) 박용석, “분묘기지권에 관한 고찰”, 『부산 법학연구』, 부산대학교 법학연구소, 제50권 제2호, 통권 62호, 2009. 10, 377~399면.

뿐 저당권의 객체로는 할 수 없다. 다만 양도담보를 설정할 수는 있으므로 이에 의하여 수목의 집단에 담보권을 설정할 수는 있다.¹⁰¹⁾

수목의 집단(특히 산에 자라는 나무들)은 그 지반과 분리하여 거래할 필요가 많았는데, 민법은 이에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하고 부동산 등기법도 수목의 등기를 인정하지 않았다. 수목에 대한 성문법의 무관심한 태도에도 수목의 집단은 그 지반과 독립하여 빈번히 거래되는 관행이 있으므로 판례도 명인방법이라는 관습법상의 공시방법을 갖추으로써 독립한 부동산으로서 거래의 목적이 될 수 있도록 인정하여 왔다. 그러나 이것만으로는 공시방법이 불완전하여 거래계의 욕구를 충족시키지 못할 뿐만 아니라 산림의 경제적 이용면에서도 미흡한 점이 많아 거래를 보호할 목적으로 1973년 입목에 관한 법률¹⁰²⁾을 제정하였다.¹⁰³⁾ 그 후 입목법의 적용을 받지 않는 수목의 집단에 대하여는 지반인 토지에 지상권을 설정하여 등기를 하거나¹⁰⁴⁾ 여전히 관습법상의 명인방법을 통한 거래가 가능한 것으로 본다.¹⁰⁵⁾

(4) 동산 양도담보

101) 김중환·김학동, 『민법총칙』, 박영사, 2008, 243면.

102) 입목에관한법률(제정) 제2484호 1973.02.06.

103) 『민법주해(Ⅱ)』, 53면.

104) 수목의 소유를 목적으로 하는 지상권을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 그 입야에 대한 지상권설정당시 현존하는 입목의 소유권도 취득한 것이라고 추정된다. 대법원 1972.10.25. 선고 72다1389 판결.

105) 경매의 대상이 된 토지 위에 생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 토지의 구성 부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로 그 수목의 가치를 포함하여 경매 대상 토지를 평가하여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하고(대법원 1976.11.24.자 76마275 결정 참조), 다만 입목에 관한 법률에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지 평가에 포함되지 아니한다고 할 것이다. 대법원 1998.10.28. 자 98마1817 결정.

권리이전형 담보제도로써 양도담보¹⁰⁶⁾가 있어서 경매절차의 불비를 보정하는 수단으로 이용되고 있다. 동산 양도담보에 대하여는 한때 탈법행위로 보기도 하였다. 동산질의 설정요건으로서 점유개정이 금지되고(민법 제 332조), 유질계약이 금지(민법 제339조)되는 취지가 이로 말미암아 회피되기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 지금은 적법하다고 인정된다. 동산 양도담보의 법적 성격에 대하여, 관습법상의 물권이라는 견해¹⁰⁸⁾가 있어 가등기담보법의 적용을 받지 않는 양도담보는 일종의 담보물권으로 본다. 반면 관습법상의 물권으로 볼 수 없다는 견해¹⁰⁹⁾도 유력하여 이는 “새로운 종류의 물권이 아니라 기존의 물권형식을 담보의 목적에 이용한 것에 불과”하고, “명의신탁 역시 마찬가지”라고 한다. 같은 입장에서 소유권 이전의 형식에 의한 변칙적인 담보이며, 담보물권이 아니며(신탁적 소유권이전설),¹¹⁰⁾ 이는 판례에 의하여 인정된 것으로 보아야 한다.¹¹¹⁾

집합동산양도담보에 대하여도 부정설이 있다. 이는 물권이 목적물에 대하여 직접적이고 배타적인 지배권을 가지기 때문에 一物一權主義 원칙상 개개의 물건만을 목적으로 하여야 하고, 집합동산과 같이 경제적인 의미에서 단일성이 있다고 하여도 그것 자체는 목적물이 될 수 없다는 것이다. 반면 긍정설¹¹²⁾에서는 분석론, 집합물론 등 학설 다수를 차지한다. 공시방법으로는 점유개정설, 명인방법설이 있으나 관행은 점유개정을 통한 방법이다.¹¹³⁾

106) 양도담보는 동산뿐만 아니라 부동산, 채권, 주식 등 다양한 권리에 설정될 수 있다. 담보 대상이 포괄적이라는 점이 중요한 특징이다.

107) 김중환·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 595면

108) 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2010, 41면; 이은영, 『물권법』, 박영사, 1995, 35면.

109) 권영준·양창수, 『권리의 변동과 구제』, 박영사, 2012, 17면.

110) 송덕수, 앞의 책, 492면.

111) 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002, 19면

112) 대법원 1988.10.25. 선고 85누941 판결; 대법원 1990.12.26. 선고 88다카20224 판결; 대법원 2003.3.14. 선고 2002다 72385 판결; 대법원 2004.11.12. 선고 2004다 22858 판결.

113) 이에 대하여는 김재협, “집합동산양도담보와 과실수취권”, 『법조』 46권 3호

대법원은 집합물론의 입장에서 집합동산양도담보를 긍정하는 입장이다.¹¹⁴⁾ 소유권 유보부 매매도 점유를 수반하지 않는 질권설정을 인정하지 않는 민법의 담보제도 약점을 관습법에 의해 보충하는 기능을 하는 것이다. 동산·채권 등의 담보에 관한 법률이 2010년 제정되어 2012년 시행된다.¹¹⁵⁾

(5) 명의신탁

명의신탁이란 대내적으로 명의신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리 수익하면서 공부(公簿)상의 소유명의만을 명의수탁자 앞으로 해두는 방법이다. 대법원은 “당사자간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것”¹¹⁶⁾이라고 판시하고 있다. 일제시대 토지 및 임야조사에서 종종 소유의 재산을 종종 명의로 사정받을 수 없어서 종종원 명의로 사정받은 관행에서 연유하고, 판례에 의하여 법리가 정립되면서 적용범위가 넓어졌다. 명의신탁의 법적 성질에 관하여는 허위표시에 해당하여 무효라는 견해,¹¹⁷⁾ 프랑스의 판례법에 의하여 확립된 표현소유권론을 원용하는 견해,¹¹⁸⁾ 영미법상의 수동신탁이론을 원용하는 견해¹¹⁹⁾ 등이 있으나, 판례¹²⁰⁾는 민법상의 신탁에 해당한다는 입장이다.

(1997.3), 159면 이하; 양창수, “내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력”, 『저스티스』 30권 1호, 107면 이하, 1997; 엄동섭, “유동집합동산의 양도담보”, 『고시계』 48권 11호, 2003.11. 25면 이하 참조

114) 대법원 1990.12.26. 선고 88다카20224 판결. 이에 대하여 집합물론을 따를 경우 하나의 물건이 두 가지 권리의 객체가 된다는 점에서 우리 민법 하에서는 타당하지 않다는 비판적 견해도 유력하다. 김재형, “담보법에서의 담보목적물의 확장문제”, 『민법론 I』, 박영사, 2004, 397면.

115) 자세한 내용은 김재형, “동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안의 구성과 내용”, 『민법론 IV』, 박영사, 2011, 234~278면.

116) 대법원 1993.11.9. 선고 92다31699 판결.

117) 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002, 94면 이하.

118) 고상룡, 『물권법』, 법문사, 1990, 408면 이하.

명의신탁의 유효성에 대하여 통정허위표시로서 무효라는 견해도 있지만, 명의신탁에서 당사자들은 법적으로 진정으로 소유권을 이전할 것을 의욕하는 것이어서 명의신탁 유효성 자체를 부정할 것은 아니라고 본다.¹²¹⁾ 대법원도 “명의신탁자와 명의수탁자의 합의가 통정허위표시로서 무효라고 할 수 없다”¹²²⁾고 판시하고 있다.

판례에 의하여 형성된 명의신탁의 법리가 주로 조세를 포탈하거나 토지에 대한 각종 공법적 규제를 피하기 위하여 악용되는 폐해가 심해지자, 1995년 부동산실권리자명의등기에 관한 법률¹²³⁾이 제정·시행되었다. 이에 따라 명의신탁 이론의 적용이 줄어들었지만, 많은 예외사항¹²⁴⁾이 존재하고, 또한 동법에 규율되지 않은 사항에는 종래의 판례이론이 적용되며, 부동산이 아니지만 공부에 의하여 권리관계가 표시되는 선박이나 자동차 기타 증기에 대해서도 명의신탁 이론이 여전히 적용된다.

(6) 사실 혼

가족법은 헌법상 보장된 가족제도와 관련되어 있기에 강행규정으로서의 성격이 강하고, 종래의 관습법을 성문화하여 정립된 영역으로 관습법에 의

119) 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2010, 480면 이하.

120) 종중이 그 소유의 부동산을 종회원에게 신탁하여 등기부상 그 종회원의 명의로 소유권의 등기를 경유하였을 때에는 이 종중과 그 수탁자인 종회원과의 사이에는 이른바 신탁 행위의 법리가 적용되는 것이요 따라서 이 수탁자인 종회원으로부터 그 부동산을 양수한 제3자는 그가 선의이었던 또는 악의이었던 가릴 것 없이 적법하게 신탁자인 종중의 부동산에 관하여 그 소유권을 취득한다고 보아야 된다. 왜냐하면 신탁행위에 있어서 수탁자는 그 대외적인 관계에 있어서는 완전히 소유권자로서 행세할 수 있기 때문이다. 대법원 1963.9.19. 선고 63다388 판결 참조.

121) 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 『민법연구 5권』, 박영사, 1999, 83~85면.

122) 대법원 1997.9.30. 선고 95다39526 판결.

123) 부동산실권리자명의등기에관한법률 (제정) 제4944호 1995.03.30.

124) 양도담보나 가등기담보, 상호명의신탁, 신탁등기(이상 부동산실명법 제2조), 증중 및 배우자 사이의 명의신탁(동법 제8조).

해 규율될 가능성은 원칙적으로 더 이상 존재하지 않는다. 현재 가족법 분야에서 중요한 의미를 지니는 관습법은 모두가 민법전 시행 이전의 이른바 구관습법이다.¹²⁵⁾ 혼인신고를 하지 않고 부부공동생활을 영위하는 사실혼의 배우자에 대하여 부당과기로 인한 위자료청구권, 재산분할청구권을 인정하는 판례의 법리도 관습법으로 볼 수 있을까. 이는 신고혼주의를 채택하고 있는 우리 민법의 태도로 인하여 혼인신고를 하지 않은 사실혼관계가 성립하기 쉽기 때문이다. 하지만 대부분의 학설은 이를 부정하며, 準婚理論을 취하고 있다. 이에 관하여 판례법리는 사실혼의 관습법을 바탕으로 이에 일반원칙(조리)를 함성하여 만든 것이라는 견해¹²⁶⁾도 있다.

5. 관습법인가, 판례법인가?

(1) 판례에 의한 관습법의 확인

관습법상의 법정지상권, 분묘기지권 등 위에서 든 관습법에 대하여 판례법이라고 설명하는 경우가 있다. 과연 이러한 권리의 인정 근거는 관습법인가, 판례법인가? 판례법이라는 것은 판례를 법원, 법규범으로 인정한 것에서 나온 것이다.¹²⁷⁾ 이러한 견해는 민법 제1조가 단지 법원의 종류를 열거하는 의의를 가질 뿐이라고 본다. 이른바 관습법으로 지칭되는 것을 판례법이라고 볼 경우, 이 때 판례법은 2가지 경우로 대별할 수 있다고 본다. ① 학설을 판례가 승인한 경우 판례법이 되는 경우 - 대상청구권이 그 예이다. ② 관습(법)을 판례가 승인한 경우 판례법이 되는 경우가 있다.

엄밀히 고찰해 본다면 우리 민법 제1조는 법원을 제한적으로 규정하여 흠결없는 재판기준을 제시하는 입법태도를 취하고 있으므로, 판례는 법원

125) 『민법주해(Ⅰ)』, 53면.

126) 이은영, 앞 논문, 86면.

127) 판례의 법규범성을 인정하고 판례법이라고 부르는 견해로는, 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 1990, 8면; 김기선, 『한국민법총칙』, 법문사, 1985, 25면.

이 될 수 없다고 본다. 따라서 위의 경우를 판례법이라고 지칭하는 것은 과도한 표현이며, 우리나라와 같은 성문법주의 국가에서는 판례법리 정도가 아닐까 생각한다. 나아가 이러한 판례법은 엄밀히는 관습법이라는 견해¹²⁸⁾가 있다. 즉, 판례는 하급법원과 국민을 구속하는 경우가 있지만 이것은 사실적 효과이고 법적 효과는 아니다. 다만 상당한 기간 누차 반복하여 확립된 판례는 대체로 이에 상응하는 관행과 법적 확신을 구비하고 있으므로 관습법이 된다고 한다. 민법안심의록에 의하면, 민법 제1조에서 말하는 법원이란 재판의 기준이다. 이 사실은 규정의 문언이 “...의한다”라고 되어 있는 데서 분명히 드러난다. “재판관은 ...에 의하여 재판하여야 한다”는 표현을 축약한 것에 불과하다.¹²⁹⁾ 그런데 재판이란 법의 생성작용이 아니라 법의 발견작용이다. 조리는 실질적 민법법규에 있어서 보충적 일반규정에 해당하는 기능을 수행한다. 법률이 아닌 것이 확실한 판례와 학설은, 그것이 관습법이거나 조리에 해당되는 한, 그리고 오직 그러한 한에서만, 본조에서 말하는 법원의 하나로 볼 수 있다고 새겨야 할 것이다.¹³⁰⁾

(2) 판례에 의한 관습법 인정례

일제시대부터 인정되어 온 관습법상의 법정지상권과 분묘기지권, 공시방법으로서 명인방법 등을 들 수 있다. 경작권¹³¹⁾에 대하여도 인정된다. 앞서 살펴본 관습법은 판례에 의해 확인된 것들이다.

(3) 판례에 의한 관습법 부정례

대법원은 지하수의 일종인 온천이 그 용출지반과 별개의 독립한 물권의

¹²⁸⁾ 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1995, 23면.

¹²⁹⁾ 스위스민법 제1조 제2항 참조.

¹³⁰⁾ 같은 취지로 『민법주해(Ⅰ)』, 35면.

¹³¹⁾ 대법원 1981.2.24. 선고 80다2811 판결.

객체가 되는가 여부와 관련하여 온천권의 물건성을 부정했다.¹³²⁾ 그리고 미등기 무허가 건물의 양수인이 가지는 사실상 소유권¹³³⁾에 대하여도, “미등기 무허가건물의 양수인이라도 그 소유권이전등기를 경료하지 않는 한 그 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물건이 있다고도 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어렵다”¹³⁴⁾고 판시하였다. 또한 사인의 토지에 대한 관습상의 통행권의 인정여부에 관한 사례에서 “민법 제 185조는 이른바 물건법정주의를 선언하고 있고, 물건법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는다”며 “관습상의 통행권은 성문법과 관습법 어디에 근거가 없는데도 원심이 원고들에게 관습상의 통행권이 있다고 판단해 청구를 인용한 것은 잘못”이라고 판시하였다.¹³⁵⁾

(4) 기존 관습법의 변경 · 폐지

관습법도 변경되거나 폐지되기도 한다. 이 경우 기존 관습법은 새로운 관습법으로 대체되는가, 아니면 다른 법원(예, 조리)이 해석 및 적용기준으로 등장하는가. 관습법의 확인은 판례로써 이루어지므로 이를 살펴본다.

먼저 종종 관련 판례가 있다. 종종은 성문법이 아닌 관습법에 의해 규율돼 왔는데, 종종과 관련된 관습법은 많은 변화를 겪어왔다. 종회구성원의 자격에 관하여, 일제시대에는 종원 중 戶主만이 종회에 참석할 수 있으나, 女戶主는 참석할 수 없는 것이 관습이라고 파악하였다. 해방직후인

132) 대법원 1970.5.26 선고 69다1239 판결; 동지 1998.2.13 선고 97누15142 판결; 대법원 2004.8.20 선고 2002다20353 판결.

133) 대법원 1996.6.14. 선고 94다53006 판결; 대법원 1999.3.23. 선고 98다59118 판결; 대법원 2006.10.27. 선고 2006다49000 판결.

134) 대법원 2006.10.27. 선고 2006다49000 판결.

135) 대법원 2002.2.26. 선고 2001다64165 판결.

1946년 대법원판결¹³⁶⁾에 의해 家長으로, 민법 시행 이후에는 성년남자¹³⁷⁾로 각각 확대된 데 이어 최근에는 성년여자로까지 확대하면서 기존 관습법을 폐지하였다.¹³⁸⁾¹³⁹⁾ 즉, 출가한 여성에 대한 종중원의 자격 여부에 대한 사안에서 대법원 다수의견은 “민법 제1조에 따라 종중 구성원의 자격은 조리에 의해 보충돼야 한다”며 “종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족 집단이므로¹⁴⁰⁾ 이러한 목적과 본질에 비취 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다”고 덧붙였다. 별개의견도 조리를 근거로 하되, 그 내용을 달리하였다.¹⁴¹⁾

다음으로 제사주재자의 결정방법에 관한 최근 대법원 전원합의체판결¹⁴²⁾은 관습법이나 조리를 통한 해석과 적용기준에서 일관된 기준을 제시하지 못하는 것 같다. 학설도 비판하는 견해가 많다.¹⁴³⁾

다수의견은 “누가 제사주재자가 되는지에 관하여는 법률에 아무런 규정

136) 대법원 1946.5.14. 선고 4279민상3 판결.

137) 대법원 1972.2.22 선고 71다2377 판결.

138) 대법원 2005.7.21. 선고 2002다1178 전원합의체판결.

139) 대법원 2005.7.21. 선고 2002다13850 전원합의체판결.

140) 종중의 자연발생설에 대하여는 비판하는 견해가 많다. 우리의 전통적인 관습을 보면 종중은 자연발생적인 단체가 아니라 인위적인 단체라고 한다. 이에 관하여는 鄭貴鎬, “宗中法에 대하여”, 『民法學論叢(厚巖郭潤直教授 華甲紀念)』, 박영사, 1985, 80면; 윤진수, “변화하는 사회와 종중에 대한 관습”, 『사법』 창간호, 2007.9; 김재형, “단체로서의 종중”, 『민법론 III』, 박영사, 2007.

141) 별개의견은 “종중에 관한 종래의 관습법에 일부 변화가 있어야 할 것이라는 점에 대해서는 견해를 같이 하지만 성년이 되면 당연히 종중의 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다는 다수견해에는 찬성할 수 없다”며 “성년 여성의 경우에는 종중에 가입하기를 희망하는 경우에 한해 종중의 구성원이 될 수 있다”고 보았다.

142) 대법원 2008.11.20. 선고 2007다27670 전원합의체판결.

143) 다수의견에 대한 비판적 견해로 전효숙, “제사주재자의 결정방법 : 대법원(전) 2008.11.20. 선고 2007다27670 판결에 대한 비판적 검토”, 『이화여자대학교 법학논집』 제14권 제3호, 2010, 299-330면.

이 없고, 제사주재자에 관한 종래의 관습 내지 판례법이 그 효력을 유지할 수 없게 된 현재의 상황에서는, 민법의 일반원리와 아울러 제사용 재산의 성격, 제사용 재산의 승계에 관한 민법 제1008조의¹⁴⁴⁾ 입법 목적, 제사가 가지는 역사적·사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의해 제사주재자의 결정방법을 정해야 할 것이다.”고 전제하고, 사적 자치에 따른 공동상속인 사이의 협의 → 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자) → 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀 순으로 제사주재자가 된다고 보았다.

이러한 다수의견에 대한 반대의견¹⁴⁵⁾에서는, “제사의 주재자가 누구인지에 관하여는 기본적으로 ‘사회의 거듭된 관행으로 생성된 관습 내지 관습법’에 의해 결정되어야 할 것이지 조리에 의해 결정되어야 할 것은 아니다. 종래 대법원은 종손이 제사주재자라는 관습을 인식하여 왔는데, 그러한 관습이 헌법이념에 합치되지 않거나 사회의 변화에 따라 바뀌었다면 새로운 ‘사회의 거듭된 관행’을 찾아내어 그에 따른 해석을 해야 한다.” 다수의견이 조리의 근거라고 설시하고 있는 내용도 “...장남 내지 장손자가 제사주재자가 되고 아들이 없으면 딸이 제사주재자가 된다는 점에 관한 인식이 널리 용인되고 있는 것으로 보이고, ... 연장자를 우선하는 것이 우리의 전통적인 미풍양속이자 일반적인 사회통념이며”라고 하여 실질에 있

144) 제사용 재산의 승계규정의 개정론이나 폐지론도 거세다. 제사조항 자체를 폐지하고 상속재산분할절차에서 해결하자는 견해로는 김주수(편), 『주석상속법(상)』, 한국사법행정학회, 1996, 316면; 이경희, “민법상 제사용 재산의 승계에 관한 일고찰”, 『아세아여성법학』 제5호, 2002, 343면; 관습과 당사자의 의사에 맡기자는 견해로는 김상훈, 『제사용 재산의 승계에 관한 연구』, 박사학위논문, 고려대학교, 2008, 240면.

145) 조리에 의한 제사주재자의 결정에 관하여 대법관 안대회, 대법관 양창수의 반대의견에 대한 대법관 안대회의 보충의견.

어서는 관습을 의미하는 것으로 보인다. 이어 “따라서 이 사건에서 굳이 누가 제사주제자가 되는지를 논할 필요성이 있다면, 이는 광범위한 조사와 심리를 통하여 오늘날의 제사에 관한 습속 및 사회적 변화를 수용한 제사주제자를 정하는 습속이 어떠한지를 명확히 인식한 후에 결정해야 할 것이다”라고 논하고 있다.

별개의견은 다수의견이 구비하지 못한 일견 타당한 논리를 많이 갖고 있으며, 관습이 결부된 사례에서 관습법을 지속적·체계적으로 연구하고 판결을 내리기 전 관습조사의 필요성을 밝히는 대목이다.

V. 관습법의 필요성

1. 성문법의 흠결과 관습법의 보충

성문법의 흠결¹⁴⁶⁾은 진정한 흠결(echte Lücke)과 부진정한 흠결(unechte Lücke)로 나눌 수 있다. 진정한 흠결이란 법률이 불충분하여 어떤 구체적인 사례를 규율할 수 없는 경우를 말한다. 대상청구권이 좋은 예이며, 민법에 아무 규정이 없으므로 관습법과 조리로 해결하여야 한다. 부진정한 흠결이란 입법정책적으로 유보해 놓은 입법의 흠결을 말한다. 또한 의도적 흠결과 비의도적 흠결로 나눌 수 있는데, 의도적 흠결의 경우 성문법률이 아니라 그 밖의 방법으로 흠결을 보충하길 바라는 것이 입법자의 의도이다. 따라서 유추, 관습법, 조리 등으로 보충할 수 있다. 비의도적 흠결은 입법자가 나중에 흠결을 안 경우로서 이 경우에 한하여 법관의 적극적인 법발견 기능이 발휘되어야 할 것이다. 법의 흠결이 발생할 경우 먼저 유추 적용을

¹⁴⁶⁾ 법률의 흠에 관하여는 최봉경, “법률의 흠”, 『연세법학연구』 10집1권(통권15호), 2003.8, 25-62면 참조.

통해 있는 법의 테두리에서 해결할 수 있지만, 이마저 힘들 경우에는 관습 또는 관습법, 조리 등을 통한 보충이 불가피하다. 나아가 새로운 관행에 대하여 구성원이 법규범으로서 확신을 가진다면, 새로운 관습법이 되고 이러한 관습법은 입법과정을 거쳐 성문법의 내용이 될 수 있을 것이다.

관습법상의 법정지상권, 분묘기지권, 양도담보, 명의신탁을 보더라도 성문법으로 해결할 수 없는 영역이 발생하고 그 부분을 관습이 형성되어 틈을 메우고 초기에 이러한 관행은 脫法行爲로 평가를 받기도 하였다. 그러나 점차 거래상 필요성, 제정법의 엄격성을 보완하는 측면 등을 인정받아 적법한 관습법으로 판례가 거듭 승인하면, 이른바 판례법이 되기도 하고 일부는 성문화가 이루어지기도 한 것을 살펴볼 수 있었다. 물론 반대로 법적 확신이 약해지거나 하여 관행 자체가 점차 소멸하는 경우도 있었다. 그런 점에서 해석 및 적용기준으로서 관습법에 대한 연구는 필요하다. 새로운 민법 또는 민사특별법의 입법과정에서도 관습의 조사는 더 완결된 형태의 성문법을 위해서도 꼭 필요하지 않을까 생각해 볼 수 있다.

2. 관습조사

(1) 관습조사의 연혁

조선시대는 경국대전을 위시하여 여러 성문법률에 의해 법률생활이 이루어졌지만, 성문법은 공법규정이 많았기에 민사에 관한 생활관계는 관습법에 의해 주로 규율되었다. 대한제국기에도 민법전은 존재하지 않았기에, 당시 민사재판의 규범은 주로 관습법이었다고 본다. 일제는 이러한 대한제국의 관습을 조사하기 위한 사업을 벌였다. 이 결과 마련된 관습조사보고서는 일본민법상의 제도를 단지 확인하는 차원에 그쳤거나, 일제의 식민통치를 수월하기 위한 방편으로 왜곡되는 수단이 되었다는 지적이 많다.

민법전 제정과정에서 우리나라는 체계화된 관습조사를 실시하지 못하였

다. 민법전 시행 이후에는 관심 있는 일부 학자들¹⁴⁷⁾이나 한국법제연구원의 농어촌, 도시공동주택 등의 관습조사가 일부 행해졌을 뿐이다. 이러한 사정에 대하여 “우리 관습에 대한 기초조사가 되어 있지 않아서 일부 법 개정이 외국법의 모자이크로 대체되는 형편이다. 우리 현실에 맞는 법제의 정착을 위해서는 관습조사가 선행되어야 한다”¹⁴⁸⁾는 타당한 지적이 있다.

(2) 기존 관습조사의 평가

관습조사사업에 대한 비판적 연구결과를 살펴보면, 梅謙次郎는 법전논쟁과 명치민법의 제정과정에서 민법전의 제정에 앞서 관습조사의 필요성 절감하고 한국의 법률개혁에서 한국의 민사관습을 조사하여야 한다고 주장하여 실제로 관습조사사업을 주도하였으나 한국의 관습을 왜곡하거나 일본민법과 대비하여 재구성하는 다음과 같은 결과를 보였다고 한다.¹⁴⁹⁾

첫째, 대리에 관한 관습법을 보면, 우리나라에는 ‘代身’이라는 관습법, 즉 법률행위 또는 소송행위에서 奴僕의 이름으로 牌旨가 주어져서 이루어졌던 독특한 관습이 존재했는데, 이를 일본민법의 대리로 인식하여 우리나라의 대리 관습법을 일본 민법의 대리규정을 확인하는 수준으로 재구성하였다. 그러나 실제로는 위임장이 아닌 명령서로서 패지를 받은 노비는 대

¹⁴⁷⁾ 이러한 관습조사 연구로는, 전재경·정궁식·배승희, 『관습법조사연구: 예비조사편 I』, 한국법제연구원, 1992; 배경숙, “제주도의 민사관습에 관한 연구”, 『가족법연구』 창간호, 한국가족법학회, 1984; 배병일, “산삼채취인—심메마니—의 관습에 관한 법사회학적 연구”, 『비교사법』 창간호, 한국비교사법학회, 1995; 배병일, “송이채취에 관한 산림계의 관습”, 『토지법학』 24-1호, 한국토지법학회, 2008.6; 배병일, “승려의 친족 및 상속에 관한 관습”, 『가족법연구』 21권 3호, 2007.12; 이태재, “유수이용권에 관한 관습”, 『판례와 법리. 현대민법학의 제문제: 청헌김증환박사회갑기념논문집』, 박영사, 1981.5, 271-290; 한삼인, “제주지역의 가족관습”, 『판례연구』 2집, 제주판례연구회, 1999.

¹⁴⁸⁾ 정궁식, 『국역 관습조사보고서』, 한국법제연구원, 1992, 53면.

¹⁴⁹⁾ 이에 대하여는 정궁식, 앞의 책; 윤대성, 『한국민사법제사연구-일제의 한국관습법조사사업과 민사관습법-』, 한국학술정보, 2009. 참조.

리인이 아닌 사자나 표시기관에 불과하다.

둘째, 상린관계에 관한 관습법에서는 일본 민법의 상린관계법(208~238조)의 용어법을 그대로 따름으로써 제대로 된 관습조사가 아닌 일본민법의 확인에 불과했다.

셋째, 공동소유관습법에서 명치민법은 단독소유권의 확립에 기본방침, 공유만을 인정하는데, 한국의 특수한 단체적 소유관계인 洞契, 종중의 재산소유형태를 분명하게 인식 못하여 구성원의 지분 인정, 지분의 분할, 처분 등을 설명 못하였다. 결국 총유이론을 받아들이고 공유의 예외 현상으로 인식하게 되었으나, 동계나 종중도 권리주체이며, 동계나 종중의 단독소유로서 볼 수 있다. 왜곡된 관습조사 결과가 이후 판례에 계승되었고, 민법전 제정에서도 공유, 합유, 총유를 인정하게 되었다고 한다.

넷째, 토지용익관습법에서 조선시대의 중층적 소유구조, 경작자인 농민은 경작권, 개간권, 도지권, 입회권 등이 인정되었고 이는 하층 소유권에 속한 것으로 비록 경국대전에 포함되지 못했지만, 엄연히 관습상의 경작권으로 인정되고 조선말기까지 잘 지켜졌다. 그럼에도 일제의 한국관습법조사사업과 토지조사사업으로 경작권 자체를 부인하였다. 개간권은 속대전에서 명문화된 이래 대전통편, 대전회통에서 각각 재확인된 법제화된 권리인데, 일제는 개간권을 단계적으로 제한, 금지하였다. 도지권은 소유권적 성격이 있었으나, 소유권적 성격이 철저히 부인되고 일본 민법의 차지권의 일종인 永小作權으로 왜곡되었다. 입회권도 고려시대 과전법 이후 인정된 법정 용익권이었으나, 일제의 임야조사사업에 의하여 국유림으로 강제편입되어 부인되었다. 이처럼 토지용익관습법은 왜곡되었고, 소유권의 특수한 형태인 도지제도가 차지권의 한 형태인 소작제로 개편되었다.

다섯째, 전세관습법에서 판례나 학설이 한국의 고유한 관습법이었던 전세관습법을 일본민법상의 임대차나 임치에 의한 법리구성을 함으로써, 관습법으로서의 독특한 물권성을 부인하고 채권관계로 하여 가옥임대차와 동

일시하는 왜곡하였다. 반면 경성제대에서 1944년에 실시한 현지조사에서는 전세관습법은 소유자 측에서 보면 여전히 부동산질권의 성격을 띤다. 그럼에도 왜곡된 전세관습법은 점유질로서의 가사전당(家舍典當)=전세=부동산질권인 것으로부터 점유질로서의 가사전당=전세=임대차+소비임치[채권관계]=가옥임대차로 변용되었다. 이것이 민법전 제정과정뿐만 아니라 개정, 주택임대차보호법의 제·개정 과정의 입법론과 해석론에 영향을 미쳤다.

여섯째, 다수당사자채권관계에 관한 관습법에서 동대(同貸)와 보인(保人) 관습이 있었으나, 일제는 이를 근대법의 다수당사자채권관계로서의 연대채무와 보증채무로 재구성하여 조선의 관습법이라고 보고하였다. 그러나 관습법인 동대는 2인 이상이 공동으로 상업 또는 상거래를 하는 경우인 同事에서 제3자에 대하여 채무를 부담하는 것을 말하는 것으로 同事員 각자가 전부 이행의 책임을 부담하는 것으로 오히려 불가분채무와 같은 것으로, 보인은 동양법제의 인적담보인 保에서 비롯된 관습법으로 연좌제도와 관련하여 파악해야 할 특수성이 있는데, 일본 민법의 보증채무를 확인한 것으로 재구성하여 왜곡하였다. 그럼에도 민법전 제정과정에서 그대로 받아들였다.

(3) 관습조사 없는 성문법의 문제

관습조사 없이 성문법 특히 민사특별법이 제정되는 경우 문제점을 야기하게 된다. 광전(舊田), 즉 미역바위 관련 소유권 사례를 들어본다.¹⁵⁰⁾

1953년 제정 수산업법은 入漁의 慣行을 명문으로 인정하여, 공동어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어업장에서 어업하는 자의 입어를 거절할 수 없다(제40조)고 규정하였다. 여기서 어업이라 함은 수산 동식물을 채포 또는 양식하는 사업을 말한다. 이때 어업권은 물권으로 보호받고

¹⁵⁰⁾ 이에 관하여는 전재경·이종길, 「魚村社會의 法律關係: 東海南都, 西海南都 所有慣習을 中心으로」, 한국법제연구원, 1997.

토지에 관한 규정을 준용한다. 공동어업권은 이전 또는 담보의 목적이 될 수 없고, 행정관청의 인가를 받지 아니하면 포기할 수 없다. 어업권과 이를 목적으로 하는 권리의 설정, 보존, 이전, 변경, 소멸, 처분의 제한 또는 입어에 관한 사항은 어업권원부에 등록하여야 한다. 1963년 개정수산업법은 자연어촌계와 별도로 법정어촌계를 조직하고, 공동어업권을 부여함으로써 관행상 어업권자와 충돌할 여지를 마련하였다. 1990년 개정 수산업법은 부칙 제11조 제2항을 두어 공동어업의 어장 안에서 입어관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전의 규정에 의하여 어업권원부에 어업자로 등록되지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 제16조(어업권의 등록)의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다는 자격제한규정을 둠으로서 관습상 입어자를 법정 입어자로 전환시켰다. 그런데 광전(미역바위)과 관련하여 관습법상 소유권이 인정되고 있었다. 즉 미역의 채취, 수확에 소용되는 범위 내에서 광전에 대한 배타적, 전면적 지배를 의미하고, 미역 이외에 다른 해조류나 어패류에 대하여는 전혀 권리성을 인정하지 않았던 것이다. 결국 미역생산을 위해 요구되는 관리의 범위 내에서 배타성이 인정되는 것이다. 광전의 거래에서는 문기가 있는 등 어촌에서는 확고한 관습법이었다. 수산업법 입법 당시 이러한 관습을 조사하지 않고, 공동어업을 규정하는 바람에 관습법상의 광전소유권을 가진 어민들은 그 소유권을 행사하지 못하고 광전소유권을 갖지 못한 다른 어민들과 분쟁이 1963년 이후 빈번해졌다.

그렇다면 관습법상 광전 소유권자는 구제받을 수 있을까. 우리 민법 제1조에 따르면 엄연히 수산업법이라는 법률이 있으므로, 관습법으로 성립된 것인지 여부를 검토할 필요가 없이 수산업법에 따라 재판을 하게 될 것이므로 구제가능성은 없다. 입증도 물론 어려울 것이다. 관습조사 없이 이루어진 성문화가 가져온 폐해로 볼 수 있겠다.

(4) 관습조사 방법론

관습법은 지역, 단체, 시장마다 광범위하며 다양하다는 특성을 가진다. 또한 통일된 관행은 쉽게 파악하기가 쉽지 않다. 관행이 형성되는가 싶으면 사라지는 경향을 보이기도 하고, 법적 안정성을 확보할 필요성이 있으면 서둘러 입법화가 추진되기도 한다. 사적자치가 인정되는 영역에서는 관습법에 일임하는 것이 더 효과적일 수 있고, 관계법률이 의도적으로 관습법의 존재를 승인하고 우선 적용하기도 하는 반면, 강행법적인 성격을 띠는 법률관계에서는 탈법행위로 보아 규제하려는 경향도 보인다. 그러나 국가기관, 특히 법원의 승인 없이도 관습법은 효력을 가진다.

다양한 분야에서 관습법의 존재, 내용 및 적용범위 등에 관하여 소송당사자들이 주장하거나 입증한 사례가 적지 않으며, 우리나라 판례에서도 관습법을 법원으로 인정한 사례가 많다. 멀리는 조선고등법원 판결집부터 가까운 해방 후 판례에서도 관습이나 관습법의 심리에 대한 기록이 축적되어 있다. 일제의 관습조사보고서는 위에서 언급한 부정확한 조사와 의도적인 왜곡을 했다는 한계가 있지만, 2차자료로서 활용할 수는 있으며, 그 밖에 직접 현지조사, 기초자료, 예컨대 계, 향약, 거래문기, 상속문기(분제기) 등으로 더 정확한 조사를 할 수 있다. 이 과정에서 사학, 문헌학, 사회학, 인류학과 법학 간의 학제간 연구가 필요하다고 본다.

VI. 결론

(1) 관습법연구는 다음과 같은 이유에서 필요하다. 첫째, 관습은 제정법의 해석과 적용에 필요한 경우가 있고, 제정법이 존재하지 아니하는 경우에 보충적 법원이 된다. 오늘날과 같은 성문법 만능시대에도 제정법 스스로 관습 또는 관습법의 효력을 인정하는 경우(민법 제1조, 제185조 등)가

있고, 법률 또는 법률행위의 해석에 관습의 확인이 필요한 경우도 있다. 특히 우리나라와 같이 서양법 계수를 통해 민법의 틀이 형성된 국가일수록 국민생활과 법 사이에는 간격이 존재할 수밖에 없고, 이러한 법률의 흠은 민사분쟁의 해결과정에서 관습법이나 조리를 통해 보충하는 것이 필요할 것이다.

둘째, 사회변화가 활발한 분야에서 관습은 입법과 행정상 중요한 참고자료가 된다. 행정법은 많은 경우 규제법령으로 공법적인 영역과 사법적인 영역이 혼재하고 있고, 사법적인 효력에 대하여는 민법의 법리가 적용될 수 있다. 예를 들어 명의신탁, 중간생략등기, 가등기담보 등을 들 수 있다. 이 경우 규제법령의 해석과 적용 과정에서 당사자들간의 관행이 중요한 판단근거가 될 수 있다. 나아가 오랫동안 법적 확신을 사회구성원들에게 심어주어 관습법으로 자리잡고, 판례를 통해 이를 확인받은 경우에는 궁극적으로 민법이나 민사특별법으로 성문화하는 단계로 들어갈 수 있다. 입법 과정에서 관습과 관습법을 조사하여 입법자료로 삼을 필요가 있다.

셋째, 관습법을 적극적으로 심사하는 것이 필요하다. 거래가 다양화되고 거래 편의를 도모하고자 하는 사회구성원의 필요성은 자발적인 규범(관습법)을 계속 만들어내고, 관습법은 성문법의 흠결을 보충할 수 있다.

(2) 관습법은 관행에 법적 확신이 더해진 법규범이다. 이는 자연발생적으로 생겨나며, 국가의 승인에 의해 성립되는 것이 아니다. 우리 판례는 관습법의 성립요건에 별도 요건을 부가하고 당사자에게 입증책임을 전가함으로써 관습법이 법원으로 되기 어렵게 한다. 관습과 관습법의 구별도 쉽지 않다. 관습은 법률행위의 해석기준으로, 그리고 관습법은 재판규범으로 작동한다. 관습은 사실이며, 관습법은 법이다. 문제는 사실인 관습을 어진 경우 피해를 입은 측에서 법원에 소를 제기하는 경우, 그 구제수단은 어떻게 할 것인가이다. 관습법으로 인식되는 사례 중에는 관습이 소멸했는데도 법원에 의해 법적 확신이 부여되어 판례에 의해 만들어진 관습법(예, 관습

법상의 법정지상권이나 분묘기지권)이 있다. 이는 관습조사를 통해 거래관행에 맞도록 바꾸어줄 필요가 있다. 축적된 판례를 통해 관습법이 된 경우 ‘판례법’이라고 부르기도 하는데, 이는 정확한 용어는 아니고 판례법리로 부르거나, 관습법 또는 관습법과 조리의 혼합 형태로 봐야 할 것 같다.

민법 제1조는 불문법보충의 원칙을 선언한 것이다. 개념법학, 법실증주의의 폐해를 치유할 수 있는 수단으로써 불문법을 거론한 것이다. 또한 민법 제185조는 물권법정주의를 선언한 규정이지만 전통적인 의미의 물권법정주의가 아니라 관습법에 의해서도 신축적으로 물권의 종류와 내용이 결정된다는 것을 담고 있다. 새로운 거래계의 수요에 적절히 대응할 수 있는 규정형식을 갖추고 있었지만, 그 동안 우리의 실무는 이를 인정하는 데 조심스러웠던 것 같다. 관습법은 조리와 더불어 성문법주의의 단점, 경직성을 보완하는 불문법원이다. 관습법은 거래의 아이디어가 담긴 寶庫로서 성문화되거나 아니면 자연스럽게 변경·소멸하는 경로를 따른다. 그러므로 법률생활을 더욱 발전시키기 위해서는 관습조사를 통해 관습법을 파악하여야 한다.¹⁵¹⁾ 일제강점기에는 판례에서 관습법을 법원으로 인정하였다. 1958년 민법전 제정 당시 관습조사가 없었다. 그러나 관습법은 성문법의 흠결을 잘 메울 수 있고, 새로운 거래계의 수요에 잘 대응할 수 있는 살아 있는 법(*lebendiges Recht*)이다. 적합한 관습조사를 하여 성문화를 한다면, 좀 더 국민의 정서에 기반한 입법이 이루어질 것이다.

¹⁵¹⁾ EU에서도 통일사법 움직임에 맞추어 적극적인 관습조사의 필요성이 제기되고 있다.

참고문헌

[단행본]

- 곽윤직 편집대표, 『민법주해(Ⅰ)』, 박영사, 2007.
- 곽윤직 편집대표, 『민법주해(Ⅱ)』, 박영사, 2007.
- 곽윤직 편집대표, 『민법주해(Ⅵ)』, 박영사, 2007.
- 김옥곤, 『민법학의 기본문제』, 삼지원, 2005.
- 김용담 편집대표, 『주석민법[총칙(1)]』, 한국사법행정학회, 2010.
- 양창수·권영준 공저, 『권리의 변동과 구제』, 박영사, 2011.
- 윤대성, 『한국민사법제사연구: 일제의 한국관습법조사사업과 민사관습법』, 출판사 한국학술정보, 2009.
- 전재경·정공식·배승희, 『관습법조사연구: 예비조사 편 I』, 한국법제연구원, 1992.
- 전재경·이종길, 『魚村社會의 法律關係: 東海南都·西海南都 所有慣習을 中心으로』, 한국법제연구원, 1997.
- 조규창, 『비교법(상)』, 小花, 2005.
- 최대권 외 10인, 『법사회학의 이론과 방법』, 일신사, 1995.
- 한국법제연구원 정공식, 『(국역)관습조사보고서』, 한국법제연구원, 2000.
- 潮見佳男, 『民法總則講義』, 有斐閣, 2005.
- Philippe Bihl, Droit civil général, Dalloz, 2008.

[논문]

- 권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 『법사학연구』 37호, 한국법사학회, 2008.4.
- 김대휘, 『법원론에 관한 연구』, 서울대 법학박사학위논문, 1992.
- 김옥곤, “관습법에 관한 연구—특히 우리 민법의 해석을 중심으로—”, 『승

전대 논문집』 제5집, 1974.

김영일, “소위 채권적 전세권에 관한 관습”, 『재판자료』 제11집 법원도서관, 1981.

김인섭, “상린관계와 관습”, 『토지법학』 17호, 한국토지법학회, 2001.12.

김재형, “團體로서의 宗中”, 『민법론 III』, 박영사, 2007.

김재형, “황금들녘의 아름다움: 법해석의 한 단면”, 『민법론 IV』, 박영사, 2011.

김학동, “법원의 의의 및 제정법·관습법”, 『채권법에 있어서 자유와 책임: 김형배교수화갑기념논문집』, 김형배교수화갑기념논문집 간행위원회, 1994.

남윤삼, “물권법정주의의 현대적 과제: 현대 거래유형의 다양화와 관련하여”, 『법제』 518호, 2001.2.

남효순, “니폴레옹법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구”, 『법학』 35권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1994.5.

민유숙, “2008년 분야별 중요판례분석(6) 민법(가사)”, 법률신문, 2009.4.9.

박병호, “일제하의 가족정책과 관습법형성과정”, 『법학』 33권2호(90호) 서울대학교 법학연구소, 1992.

박용석, “분묘기지권에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제50권 제2호, 통권 62호, 부산대학교, 2009.

박찬주, “不文法の 法源性에 대한 새로운 理解 上”. 『法曹』 56卷 9號 (通卷612號) 2007.09.

박찬주, “大法院에 의한 慣習法の 廢止”, 『法曹』 55卷 7號 (通卷598號) 2006.07.

배경숙, “제주도의 민사관습에 관한 연구”, 『가족법연구』 창간호, 한국가족법학회, 1984.

배병일, “관습조사의 필요성”, 법률신문 제3222호, 2003. 11. 27.

- 배병일, “산삼채취인—심메마니—의 관습에 관한 법사회학적 연구”, 『비교사법』 창간호, 한국비교사법학회, 1995.
- 배병일, “송이채취에 관한 산림계의 관습”, 『토지법학』 24-1호, 한국토지법학회, 2008. 6.
- 배병일, “승려의 친족 및 상속에 관한 관습”, 『가족법연구』 21권 3호, 한국가족법학회, 2007.12.
- 서경립, “어촌의 구조적 특성과 관습법에 관한 연구”, 『민사법학』 6호, 한국민사법학회, 1986.
- 송동원, “광산에서의 덕대계약에 관한 관습”, 『재판자료』 제11집 법원도서관, 1981.
- 심희기, “일제강점 초기 ‘식민지관습법’의 형성”, 『법사학연구』 28호 (2003.10) 한국법사학회, 2003.
- 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 『민법연구』 1권, 박영사, 2004.
- 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 『법철학연구』 9권2호, 한국법철학회, 2006. 12.
- 오시영, “관습법상의 墳墓基地權의 폐지 여부에 대한 고찰”. 『토지법학』 23-1호, 한국토지법학회, 2007.6.
- 윤진수, “變化하는 사회와 宗中에 대한 慣習”, 『사법』 창간호(2007.09) 사법연구지원재단, 2007.
- 윤진수, “상속회복청구권의 소멸시효에 관한 구관습의 위헌 여부 및 판례의 소급효”, 『비교사법』 제11권 2호, 2004.
- 윤진수, “계약해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 『민법논고』 I, 박영사, 2007.
- 이동명, “중중에 대한 법적 규율—관습에서 성문의 법률로!—”, 『민사판례연구』 제19집 1997.
- 이은영, “조리의 법원성”, 『저스티스』 28권 2호, 한국법학원, 1995. 12.

- 이태재, “유수이용권에 관한 관습, 판례와 법리”, 『현대민법학의 제문제 : 청헌김증한박사화갑기념논문집』, 박영사, 1981.5.
- 이호정, “임의규정, 관습법과 사실인 관습”, 『법학』 37권 2호, 서울대학교, 1996.
- 전효숙, “제사주제자의 결정방법:대법원(전) 2008.11.20. 선고 2007다27670 판결에 대한 비판적 검토”, 『이화여자대학교 법학논집』 제14권 제3호, 2010.
- 정종휴, “관습법과 사실인 관습”, 『한국민법이론의 발전:무암 이영준 박사 화갑기념 논문집 I: 총칙·물권편』, 박영사 1999.1.
- 최병조, “로마법상의 관습과 관습법 -고전 법률가들의 사례를 중심으로-”, 『법학』 47권2호(139호), 서울대학교, 2006.6.
- 최봉경, “獨逸 新債權法에 대한 法學方法論的 分析”, 『民事法學』, 23권, 2003.
- 최봉경, “민법에서의 유추와 해석-판례를 거울삼아”, 『법철학연구』 12권 2호, 한국법철학회, 2009.
- 최봉경, “법률의 흠”, 『연세법학연구』 10집1권 (통권15호), 2003.8.
- 최종길, “관습법의 법원성”, 『법정』 24권 1·2호(222호), 법정사, 1969.1.
- 한삼인, “제주지역의 가족관습”, 『판례연구』 2집, 제주판례연구회, 1999.

<Abstract>

Customary Law as Source of Civil Law

SONG, Jae Il

Customary law is norm, usage with legal confidence(*opinio juris*). It is not easy to classify between custom and customary Law in the civil law system as well as common law system. Custom functions as interpretation test of legal act, while customary law functions as trial norm. This is law, while that is fact. What's the matter is remedy when the accused violate the custom.

Article 1 of Korean Civil law is relevant with the principle of supplement of unwritten law. Article 185 of Korean Civil law is relevant to the principle of realty and custom, which could meet the new needs of transactions, especially secured right. However practice is hesitant to do that tendency. Customary like logic could supplement to weakness and rigidity of positive law. Customary law is idea bank of transactions.

In conclusion we need to find the customary law through the research of custom and usage. In 1958, there were no research of custom. If we could codify by custom, legislation would be better in familiar with civil legal mind.

Key Words: Customary Law, Custom, positive law, explanation of legal act, Interpretation test, Enforcement test