

01

# 민법 서론

제1장 민법의 의의  
제2장 민법의 법원  
제3장 민법의 기본원리, 해석

### I. 민법은 사법이다.

민법은 사인 간의 법률관계를 규율하는 사법이다. 이 점이 공법상의 법률관계를 다루는 공법(예: 도로교통법, 여객자동차운수사업법, 식품위생법, 건축법 등)과 다른 점이다.

### II. 민법은 일반법이다.

민법은 사인이라면 누구에게나 적용될 것을 예정한 일반법이다. 특정인에 한하여만 적용되는 특별사법(예: 상법, 근로기준법)과 다르다.

### III. 민법은 실체법이다.

민법은 법률관계 자체를 직접 규율하는 실체법으로서, 실체법을 구체적 사건에 적용하는 절차법(예: 민사소송법)과는 다르다.

## I. 서설

### 1. 의의

법원(法源)이란 법관이 민사재판할 때 적용하여야 할 기준을 말한다.

### 2. 민법 제1조

민법 제1조는 ‘민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고, 관습법이 없으면 조리에 의한다’라고 하고 있다. 따라서 법률, 관습법, 조리의 순으로 법원이 된다.

## II. 성문 민법 (법률)

① 법률 중 가장 중요한 것이 민법이고, 그 외에 부동산실명법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등의 특별법이 있다.

② 한편, 여기의 법률에는 국회가 입법한 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 시행령(대통령령), 시행규칙(부령)도 포함한다(민사에 관한 대통령의 긴급명령은 법률과 같은 효력이 있으므로 여기의 법원이 된다. 나아가 헌법에 의해 체결·공포된 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규도 민사에 관한 것이면 포함된다.

## III. 불문 민법

### 1. 관습법

#### (1) 의의 및 판례의 예

① 관습법이란 어떤 사항에 관하여 반복적으로 행하여진 관행이 사회 구성원의 법적 확신에 의한 지지를 받아 법규범으로서의 지위를 가지게 된 것을 말한다(따라서 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합해야 한다는 전함 2002다1178). 다만 이후에 사회 구성원들이 그 관행의 법적 구속력에 대해 확신을 갖지 않게 되면 그 효력이 부정된다.

② 판례에 의하여 인정된 관습법으로 수목의 집단이나 미분리의 과실에 관한 공시방법인 명인방법<sup>1)</sup>, 관습법상의 법정지상권(2017다236749)<sup>2)</sup>, 분묘기지권<sup>3)4)5)</sup>, 종중 등이 있다(판례는 온천에 관한 권리는 관습상의 권리가 아니라고 한다. 미등기 부동산의 양수인에게도 관습상의 물권이 없다고 한다). 판례는 “분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘 수호·관리권자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 관하여 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 한다(따라서 분묘의 기지를 사용할 수 있다). 이와 같이 승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다. 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우, 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 지료를 지급할 의무가 있다”고 한다(2017다271834, 271841). 종중에서 공동선조와 성과 본을 같이하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 종원이 된다는 것이 판례이다(전합 2002다1178).

## (2) (사실인) 관습과의 구별

① 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말한다. 관습법은 바로 법령으로서의 효력이 있는 반면, 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없고 단지 법률행위 당사자의 의사를 보충함에 그친다. 민법 제106조는 ‘사실인 관습’이라는 제목으로 ‘법령 중 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다’고 규정하고 있다(즉 임의규정과 다른 사실인 관습이 있는 경우, 당사자의 의사가 명확하지 않은 때에는, 그 관습을 법률행위 해석의 기준으로 삼은 것이다. 이 점이 법으로 적용되는 관습법과는 다르다).

개정 제106조(법률행위의 해석) **종래 제106조가 새롭게 아래와 같이 변경**

① 당사자가 합의한 공통의 의사가 있는 경우 이와 다른 표시는 법률행위의 내용에 영향을 미치지 아니한다.

- 1) 나무의 꺾질에 이름을 써놓는 경우나 표찰을 붙이는 경우 등의 방법으로 한다.
- 2) 약정으로 토지를 사용할 것을 정할 수 있는데, 이를 지상권이라고 한다. 그런데 약정으로 정하지 않은 경우에도 법률에서 정해지는 경우 또는 관습법으로 인정되는 경우가 있는데, 그중 후자가 바로 관습법상 인정되는 법정지상권이다(건물의 소유자가 토지를 사용할 권리).
- 3) 타인 소유의 토지에 분묘를 설치하여 분묘의 기지를 점유한 경우에 인정되는 그 토지 사용권
- 4) 대법원은 타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 경우에 일정한 요건 하에서 지상권 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다고 하였는데, 비록 2000. 1. 13. ‘장사 등에 관한 법률’이 시행된 이후에도 법률 시행일 이전에 설치된 분묘에 관하여는 이러한 태도가 유지된다고 하였다.
- 5) 한편, 헌법재판소도 분묘기지권이 관습법이라는 점에 대하여 합헌결정을 내린 바 있다.

- ② 상대방 있는 의사표시는 상대방이 알았거나 알 수 있었을 의사표시자의 의사에 따라 해석하여야 한다. 의사표시자의 의사를 알 수 없는 때에는 상대방이 합리적으로 이해하였을 내용에 따라 해석하여야 한다.
- ③ 법률행위는 그 성질, 목적 및 경위, 당사자의 언행, 거래관행, 그 밖의 사정을 고려하여 신의성실에 좇아 해석하여야 한다.

② 한편, 관습법은 당사자의 주장, 증명을 기다릴 필요 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 한다. 사실인 관습도 일종의 경험칙에 속하는 것이고 경험칙은 일종의 법칙이므로 법관은 그 유무에 대해 당사자의 주장이나 증명에 구애됨이 없이 직권으로 판단할 수 있지만, 그 관습의 존부 자체가 명확하지 않은 점에서, 법원이 이를 알 수 없는 경우에는 결국은 당사자가 주장·증명할 필요가 있게 된다(80다3231).

### (3) 관습법의 법령과의 우열 관계

판례는 성문법에 규정이 없는 경우에 한하여 관습법이 보충적으로 적용된다고 한다. 따라서 대통령령인 구 가정의례준칙의 규정과 관습법이 배치될 경우, 관습법의 효력은 부정된다.

## 2. 조 리

조리란 사물의 본성, 자연의 이치 또는 법의 일반원리를 말하며, 경험칙, 사회통념, 신의성실 등으로 표현되기도 한다.

## 3. 판례법

법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 민사에 관한 것인 때에는 민법의 법원이 된다.

## IV. 제사주재자에 관한 대법원 판례의 변천

### 1. 제사주재자의 결정

민법 제1008조의3은 '제사용 재산의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다'고 규정하고 있으나, '제사를 주재하는 자'가 누구인지에 대해서는 정하고 있지 않다. 이에 대법원이 판례를 통해 관습과 조리에 의해 제사주재자를 정해 왔는데, 2004년 판례에서는 "공동상속인 중 종손(장자계의 남자손으로 적장자)이 있으면 통상 종손이 제사의 주재자가 된다"라고 하였다. 이후 2008년 전원합의체 판결에서는 "우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들인 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경

우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다”라고 하였다. 그러다 2023. 5. 11. 전원합의체 판결(전합 2018다248626)에서는 “공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서를 불문하고 최근친의 연장자가 제사주재자로 우선한다고 보는 것이 가장 조리에 부합한다”라고 판례를 변경하였다.

## 2. 유체·유골의 처분방법 등

사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주재자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주재자에게 승계된다(전합 2007다27670).

## 기출문제

01 관습법 등에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) 2014

- ① 관습법상 미분리과실에 관한 공시방법이 인정된다.
- ② 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손인 여성은 성년이 되면 종중의 구성원이 된다.
- ③ 관습법이 법규범으로서 효력이 인정되기 위해서는 전체 법질서에 부합하여야 한다.
- ④ 민사에 관하여 특별한 규정이 없으면 조리에 의하고 조리가 없으면 관습법에 의한다.
- ⑤ 관습법은 사회의 거듭된 관행이 사회구성원의 법적 확신에 의하여 법규범으로 승인된 것이다.

## 해설

- ① (○) 관습법상 미분리과실에 관한 공시방법을 명인방법이라고 한다. 그 외 판례에 의하여 인정된 관습법으로 수목의 집단에 관한 공시방법인 명인방법, 관습법상 법정지상권, 분묘기지권, 종중 등이 있다.
- ② (○) 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 종원이 된다는 것이 판례이다(전합 2002다1178).
- ③ (○), ⑤ (○) 관습법은 어떤 사항에 관하여 반복적으로 행하여진 관행이 사회구성원의 법적 확신에 의한 지지를 받아 법규범으로서 지위를 가지게 되므로, 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합해야 한다(전합 2002다1178).
- ④ (×) 제1조는 법률 → 관습법 → 조리 순으로 법원이 된다고 하고 있다.

정답 ④