

# 慣習法에 관한 研究

—특히 우리 民法의 解釋을 中心으로—

金 旭 坤\*

- I. 序 言
- II. 慣習法の 法的 拘束力の 基礎
- III. 慣習法の 成立要件
- IV. 慣習法 適用上の 問題
- V. 慣習法の 效力
- VI. 結 論

## I. 序 言

慣習法에 관한 問題는 Roma 法 以來 오늘날에 이르기까지 歷史적으로 또 理論적으로 法哲學上 그리고 私法學에 있어서 深刻하게 論議되어 온 가장 傳統的인 問題의 하나이며 또 이는 法哲學 및 私法學의 가장 根本적인 問題이기도 하다. 우리 民法의 解釋에 있어서도 慣習法에 관한 問題, 특히 그 效力에 관한 問題는 學說의 對立이 가장 甚한 部分의 하나이다. 그런데 私法學, 특히 民法學에 있어서 가장 根本적인 問題인 慣習法 問題에 關하여 學說의 對立이 甚함에도 不拘하고 여태까지 우리나라에서 여기에 關한 研究가 거의 없었다는 것은 매우 遺憾스러운 일이라 아니할 수 없겠다.

從來 慣習法에 關해서 一般的으로 問題되어 오고 있는 것은 慣習法도 法源이 된다면 그 法的 拘束力の 基礎는 어디에 있고, 慣習法の 成立要件은 무엇이며, 慣習法の 效力, 특히 制定法과의 關係에 있어서 어떠한 效力을 가지며, 또 慣習法の 適用에 있어서 그 存在와 內容의 確認 및 立證과 그에 關한 大法院의 權限과 任務는 어떠한가 등의 問題이다.

이와같이 龍大한 諸問題를 法哲學적으로 그리고 私法學 全般에 걸쳐서 論하고자 하는 것이 本稿의 目的은 아니다. 이와 같은 일은 次後의 課題로 남겨 두기로 하면서 우선 여기서는 우리 民法의 解釋에 主眼點을 두고 또 거기에 必要하다고 생각되는 範圍內에서 慣習法の 法的 拘束力の 基礎, 慣習法の 成立要件, 慣習法 適用上の 問題 및 慣習法の 效力의 順으로 考察

\* 法經大學 法學科 副教授

해보기로 한다.

## Ⅱ. 慣習法の 法的 拘束力の 基礎

古代에 있어서 慣習法規範만이 社會의 主된 行爲規範으로 存在하던 時代에 있어서는 그 慣習法の 法的拘束力の 基礎가 어디에 있고 또 그것을 어떻게 正當化시킬 것인가에 대해서 아무런 議論도 없었으며 慣習法은 마치 하나의 避할 수 없는 事實로만 받아들여지고 遵守되었던 것이다.<sup>(1)</sup> 그 후 人智가 發達하고 成文法이 점점 더 重要的 地位를 차지하게 됨에 따라 비로서 慣習法の 法的拘束力の 基礎가 무엇인가가 問題되어져 이것은 Roma 法 以來 오늘에 이르기까지 法哲學上 重大論點의 하나로 되어 法哲學者에 따라서 그 說明이 區區하다. 以下 本題에 關한 學說을 크게 나누어 檢討・批判해 보기로 한다.

### 1. 學 說

(1) 制定法律만이 理想的인 法源이 된다고하는 思想에서 出發하여, 國民혹은 立法者들의 明示의 意思가 法律인 것처럼 그들의 默示의 意思 내지는 承認에 依하여 慣習法이 拘束力을 갖게 된다고 보고 따라서 慣習法을 默示的으로 承認된 法律의 一種에 지나지 않는다고 보는, 즉 法律의 拘束力の 基礎는 立法者들의 明示의 意思에 있는 것과 같이 慣習法の 拘束力은 그들의 默示의 意思에 있다고 보는 學說을 總稱해서 從來부터 承認說(Gestattungstheorie)이라고 불려지고 있다. 이 古典學說은 처음 Roma 人들에 依하여 主張되어 初期 Roma 法 註釋者들을 거쳐 佛蘭西法律註釋學派(école d'exégèse)에 繼受되어 하나의 獨自의인 學說을 이루게 됐고 또 近世 法實定主義者들도 이 學說의 範疇에 屬한다고 하겠다. 그러나 이와 같은 學說의 發達은 學派에 따라 그 說明이 약간씩 다르며 또 그 끼친 影響도 다르다.<sup>(2)</sup>

Roma 人들은 法律의 拘束力の 基礎는 國民의 明示의 合意에 있는 것이고, 國民의 默示의 合意에 依하여서도 個別的인 事項을 處理하는 法律에 代置할 수 있다고 하는 命題에서 出發하여 慣習法은 國民의 默示의 合意에 依하여 拘束力을 갖는 것이라고 했던 것이다.<sup>(3)</sup> 初期 Roma 法 註釋者(Glossateurs, Glossatoren)들은 Roma 人들의 學說을 이어 받아 當時 君主制國家에 있어서 唯一한 立法權者인 絶對君主의 意思가 바로 法律인 것처럼, 君主의 承認을 얻은 慣習法만이 法律과 마찬가지로 拘束力을 가진다고 했고 또 同一한 思想에서 16C 부터는 當時 成

(1) F.Gény: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. T. 1, P. 334 et 335.

(2) F. Gény: op. cit. P. 335.

(3) Julien:D. De legibus 1. 3에서 첫구절은 慣習法の 法規範創造力에 關해서, 두째 구절은 그 理由로 國民의 默示의 合意는 明示의 合意와 같은 價値가 있다고 하고, 세째 구절은 慣習法の 成文法律改廢力을 認定하고 있다 (Girard Traité de droit romain, 8e éd. P. 55 et note).

Ulpian:Reg. De Legibus, 4. Gény: op. cit. P. 335. 渡邊洋三: 慣習法と事實たる慣習, 法學教室, No. 5. P. 42

文法으로 認定되었던 Roma 法을 地方慣習法에 優先하는 것으로 생각했었으며 특히 18C 부터는 成文法の 絶對的 支配 내지는 萬能이라는 思想으로 發展되었던 것이다.<sup>(4)</sup> 그리하여 18C에 制定된 大部分의 立法들은 慣習法을 輕蔑하여 慣習法에 對해서 沈默을 지키든가 아니면 慣習法の 役割을 最少限으로 規定하게 되었고, 특히 19C에는 佛蘭西를 中心한 法律註釋學派의 全盛期를 이루게 되었다. Napoléon 法典의 成功的 制定으로 因하여 當時의 佛蘭西學者들은 法律 특히 法典이 法全體를 含蓄하는 것이라는 根本思想에서, 法律만이 法源이 되는 것이고 立法者들만이 法律을 制定할 수 있는 것이기에, 立法者들에 依해서 制定된 法律以外的 法源(慣習法)은 認定하지 않았던 것이다.<sup>(5)</sup> 즉 그들은 그들의 憲法制度下에서는 立法權은 立法議員 以外的 者에게는 委任될 수 없으며 단지 그들에게만 주어진 것이고 또 그들은 嚴格히 定해진 規則에 따라서만 立法할 수 있는 것이기에, 立法者들의 立法活動 以外的 方法으로 無秩序하게 集團으로 나타나는 一般意思(volonté générale)가 法을 創造하거나 法을 妨害할 수 없다고 들 하고 있으며, 특히 A. Esmein은 「慣習法이 佛民法의 法源으로 認定되어야 할 것인가?」라는 論文에서 慣習法の 法源性을 排斥하는 5個의 理由中에서 “프랑스憲法이 그에 反對하는 立場이다”는 것을 그 첫째 理由로 들고 있다. 그리하여 이들 佛蘭西註釋學派들은 法은 立法者들의 意思의 表現 以外에 다른 基礎를 갖는 것이 아니라고 하면서 立法者들의 意思 즉 法律에 依해서 慣習이 認定된 境遇에만 그 慣習法은 拘束力을 가진다고 보았던 것이다.<sup>(6)</sup>

그리고 Hegel의 思想에서 出發하는 法實定主義(形式主義)者들은 法과 國家를 區別하지 않고 法이란 根本적으로 國家의 課業이고 法の 唯一한 基礎는 國家라고 보았기 때문에 慣習法도 國家意思 즉 法律이 認定할 때에만 認定되는 것이라고 했다.<sup>(7)</sup> 특히 法實定主義의 論理의 整備를 꾀한 H. Kelsen은 國家와 法の 單一性을 主張하면서 모든 法源은 國家意思에 歸一한다고 主張하면서<sup>(8)</sup> 그의 法段階說(Stufenlehre)에서 慣習은 法律共同體의 構成人이 同一한 條件에서 同一方法으로 行動하고, 그런 行爲는 充分히 長期間동안 行하여지고 그래서 그 慣習을 이루는 者들에게 사람들은 同一한 方法으로 行動해야 한다고하는 共同的 意志가 生길때, 그 慣習을 이루는 行爲의 總體는 하나의 規範(Sollen)의 意味가 된다고한다. 그러나 慣習的 行爲의 主觀的意味(規範性)는 一定한 要件을 갖춘 慣習이 法規範創造의 行爲로서 (實定)憲法이 制定하

(4) F. Géný: op. cit. P. 336. G.F. Puchta: Das Gewohnheitsrecht, 1965, T. I. P. 173—180; F. C. von Savigny: Traité de droit romain, trad. Guenoux, T. 1, P. 165; G. Del Vecchio: Philosophie du droit, 1953, Dalloz, P. 314.

(5) Marty et Raynaud: Droit civil, T.I. 1961, P. 126.

(6) P. Roubier: Théorie générale du droit, 1951, P.54; Marty et Raynaud: op. cit. loc. cit.; Demolombe: Cours de Code napoléon, T. I, P. 38; Aubry et Rau: Cours de droit cibil francacais, T.I.P. 96—97; Moreau: Précis élémentaire de droit constitutionnel, 1894, No. 285; A. Esmein: La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français, in Bull. de la société d'études législatives, 1956, p. 532 et sv.

(7) P. Roubier: op. cit. P. 52 et SV.; 林良平: 慣習法論, 私法 No. 3, 1950, P. 65; Hegel: Principes de la philosophie du droit, 12e ed. 1940, P. 190 et sv.

(8) H. Kelsen: Rev. de droit public, 1929, p. 577, Allgemeine Staat'lehre, p. 16.

고 있을 때에만 客觀적으로 有效한 法規範이 된다고 解釋할 수 있을 것이고, 또 그런 경우에만 慣習法이 法適用機關에 依해서 適用될 수 있다고 한다. 또 만약 實定 憲法이 要件을 갖춘 慣習을 法創造的行爲로 制定하고 있지 않으면, 그의 所謂 法論理의意味에서의 憲法 즉 根本規範속에서 法創造的 行爲로서의 慣習法の 制定을 想像할 때에만 法適用機關은 慣習法을 適用할 수 있다고 한다.<sup>(9)</sup> 그러므로 Kelsen 은 純粹法理論의 論理上 慣習法の 拘束力은 實定憲法에, 만약 實定憲法이 그것을 制定하고 있지 않으면 그의 所謂 根本規範속에서 (慣習에 依法創造的 行爲도 그의 根本規範속에 內在하는 것으로 그는 보기 때문에) 갖고, 그 모든 根本規範은 國家와 法の 單一性에 依하여, 終局的으로 國家意志에 歸一한다고 볼 수 있다. 즉 慣習法은 終局的으로는 國家意志에 依하여 存在하고, 裁判官의 援用에 依하여 그 適用이 可能하게 되는 것이라고 보고 있다고 하겠다.

實定主義의 新 Thomas 學派의 代表者인 J. Dabin<sup>(10)</sup>은 法規範은 政治적으로 組織된 社會에서의 公權力에 依해서나 혹은 그承認에 依해서만 制定될 수 있다고 하면서 「政治적으로 組織된 社會에 있어서 國家公共機關이 慣習(法)에 法的 價値를 認定하기를 拒絕한다면 그것은 拘束力을 가질 수가 없다는 것을 否認 못할 것이다. 利害當事者의 法的 確信(opinio juris)은 法院이나 法適用의 國家機關에 依해서 事實上 認定되어져야만 한다」고 하고, 또 나아가 그는 「더우기 法律이 慣習法을 廢棄할 수 있는 것은 疑心할 餘地가 없으며, 그러기때문에 만약 慣習法이 어떤 役割을 한다면 그것은 결국 法律의 德澤인 것이다」고 함으로써 慣習法の 存在가 法律에 依해서 認定될 경우나 혹은 法院에 依해서 適用되는 경우에만 그것은 拘束力을 가지게 되는 것이라고 하기 때문에 組織된 社會公權力(法院)에서 慣習法の 拘束力의 基礎를 찾고 있다. 그리고 G. Ripert 도 「나로서는 判例法の 範圍밖에서는 拘束力을 갖는 慣習法規範形成의 可能性을 믿지 않는다」고 함으로써 역시 公權力의 承認에서 慣習法の 拘束力의 基礎를 찾고 있다고 하겠다. 그리고 佛蘭西의 다른 몇몇 學者들도 慣習法の 起源이 무엇이든지간에 그것이 法院에 依해서 認定(適用)되어지기 前에는 拘束力을 가질 수가 없을 것이라고들 하고 있다.<sup>(11)</sup>

(2) 慣習法은 立法者의 默示의 意思에 依據한다고 하는 從來까지의 通說에 對해서 19C 初葉 獨逸의 歷史法學派에 依해서 主張된 學說이 所謂 確信說(Überzeugungstheorie)인데 그 代表者는 Savigny 와 Puchta 등이다. 이들은 F. Schelling 의 哲學思想에서 影響을 받아 하나의 理想的인 實體와 繼續인 單一體를 이루는 것으로 생각되는 民族의 共同意識(精神)에서 모든 實

(9) H. Kelsen: Théorie pure du droit, 1962, pp. 12-13, 301-305; 林良平: op. cit. p. 66.

(10) J. Dabin: Théorie générale du droit, 1953, pp. 31-32.

(11) G. Ripert: Traité élémentaire de droit civil, 12e. éd. T. 1, No. 11; Lambert: La fonction du droit civil comparé, 1903, P. 799 et sv. Ripert et Boulanger: Traité élémentaire de droit civil de Planiol, T. 1, 1950, No. 115.; 郭潤直: 民法總則 博英社 1973. P. 24.

定法の 窮極의 基礎를 찾았던 것이다.<sup>(12)</sup> 즉 法律(學問法이나 法曹法 등)은 民族共同精神의 間接的이고 熟考된 表現인데 反해서 慣習法이야말로 民族의 確信으로 나타나는 直接的이고 自然發生的인 民族精神의 發現 以外의 다른 아무 것도 아니라고 한다. 그들은 實定法의 形成을 한 國家에 있어서의 言語나 風習이나 政治組織의 形成등에 比喩하면서, 그것은 自然發生的으로 形成되는 民族精神에 依해서 形成되는 것이지 立法者의 立法活動에 依해서 만들어지는 것은 아니라고 한다. 學問法이나 法曹法 등은 民族의 確信으로 나타나는 民族精神의 間接的인 表現일 따름이나, 慣習法은 그 속에 民族의 確信이 融化된 民族精神의 直接的이고 自然發生的인 發現이기 때문에, 거기서 慣習法은 當然히 그 拘束力이 있는 것이고 또 法源中에서 가장 本質的인 것이라고 한다.<sup>(13)</sup> 그리고 Savigny 는 特히 Thibaut 와의 論爭에서 法은 姿意的인 어떤 것이 아니기 때문에 特히 立法者의 干與는 그것이 法의 自然發生的인 發展에 反하지 않는 限에 있어서만 正當한 것이고 모든 立法活動은 法의 Dynamisme 을 破壞할 危險性이 있고 立法者들의 役割이 적으면 적을수록 法은 歷史的 共同體 속에서 漸進的으로 發展할 機會를 더 가진다고 했다. 그래서 慣習法만이 法形成의 理想의 形態라고 하면서 Savigny 는 慣習을 이루는 慣行이나 風習 혹은 外的 行爲는 慣習法을 만드는 것은 아니지만 그것들은 慣習法을 認識하는 標的이라고 하면서 慣習法은 外的이고 明確한 行動으로부터만 나올 수 있다고 했었다.<sup>(14)</sup> 그러나 Puchta 는 法源中 慣習法의 理想의 像을 너무 強調한 나머지 慣習法과 慣習을 同一視하지 않고 慣習은 固有한 意味에서의 慣習法의 認識方法에 不過한 것이고 그것은 慣習法 認識에 必須的인 것이 아니기 때문에 비록 慣習에 依하여 發現된 것이 아닐지라도 確實한 民族共同體의 確信이라면 그것은 慣習法을 義務的인 것으로 만드는 데는 變함이 없다고까지 했던 것이다.<sup>(15)</sup>

여하튼 이들 歷史法學派들은 慣習法의 拘束力의 基礎를 民族精神의 共同體의 確信에서 求하고, 그 民族共同體는 하나의 抽象的인 것이 아닌 산 實體로서, 그것은 1789年 佛蘭西革命時 人間으로 理解되었던 個人들의 單純한 集合같은 것이 아니고, 하나의 組織的인 全體로서 自然的으로 法을 產出하는 實體라고 했던 것이다. 이와 같은 歷史法學派의 思想은 그 後 獨逸 私法學者들 例컨대 Windscheid, F. Regelsberger, O. Gierke 등에게 傳해졌으며 또 一部 佛蘭西學者들에게까지 繼受되어 特히 Aubry et Rau 는 「慣習法은 民族의 共同的意識에로의 直觀에 依해서 發現되어 風俗으로 되고, 慣行에 依해서 나타나는 法」이라고 했던 것이다.<sup>(16)</sup>

(12) Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3e éd. 1840, pp. 8—11; Puchta: op.cit. T. 1, pp. 133—143; Roubier: op. cit. No. 17, P. 141.

(13) Savigny; Vom Beruf..., P. 10—14; Puchta: op. cit. T. 1, 143—147.

(14) Savigny: Vom Beruf..., P. 10; A. Brimo: Les grands courants de la philosophie du droit et de Etat, 1967, P. 160.

(15) Puchta: op. cit. T. 1, P. 92—93, T. II, 5—13.

(16) Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, § 15, note 2; Regelsberger: Pandekten, T. 1, P. 93; Gierke;

(3) 法實定主義자들이 國家에 依하여 制定된 法律만을 信奉하고 法律 以外の 法源을 否認하는 態度에 대한 反擊으로 F. GénY 와 Ed. Lambert 에 依해서 主張된 法學의 自由로운 研究方法은 그 後 E. Ehrlich, H. Kantorowitz, L.de Petrasizky, Gurvitch 等 社會學的 自由法學에 로 發展되어 그들은 法源의 問題에 있어서 規範學派와는 正反對로 社會學的 態度를 取했던 것이다. <sup>(17)</sup>

그들에 依하면 法은 무엇보다도 社會團體나 組織體의 直接的 所産인 살아 있는 自然發生的인 法이어야 하고, 形式的法源 즉 制定法이나 判例는 살아 있는 法(Lebendes Recht)의 確認節次에 지나지 않는다는 것이다. 이 살아 있는 法은 社會的 힘의 所産이며 그것은 社會의 課業이지 國家의 課業은 아니라고 한다.

그리하여 「立法者의 行爲는 단지 成熟한 과일을 法律關係라고 하는 밭(田)에 떨어뜨리는 以外の 다른 役割을 하는 것이 아니며, 多少 一般化된 慣習이나 慣行, 習俗이 恒常 法律의 支配에 先行하고 또 그것(法)을 準備하는 것이다」고 함으로써, 그들은 法の 靜的 要素를 나타내는 形式的 法源과 法の Dynamique 한 要素를 나타내는 實質的 法源을 對立시키고 있다. <sup>(18)</sup> 正規적으로 制定된 法律이나 判例라도 그것이 適用되지 않거나 廢用된다면 價値를 잃는 것이 되기 때문에 그 強制力이나 實效性을 保障하는 힘이 必要하게 되므로 形式的 法源은 實質的 法源에 符合할 때에만 그 有效性이 認定되는 것이되고, 따라서 實質的 法源이 第一位의 法源이라고 한다. <sup>(19)</sup>

이와 같이 이들 自由法學派는 法規範은 무엇보다도 살아 있는 法規範이어야 하는 것이기 때문에 自然發生的으로 適用되는 法規範(慣習法)이야말로 最高의 效力(Vertus)를 가진 法規範이라고 하면서 慣習法 나아가서는 모든 法規範의 拘束力의 基礎를 社會의 深力(forces profondes de la société) 내지는 社會의 連帶性(solidarité de la société)에서 찾고 있는 것이다. <sup>(20)</sup>

(4) 19C 佛蘭西法註釋學派의 지나친 成文法 萬能의 思想에 對한 反擊으로 19C 後期에 F. GénY 를 비롯하여 Ed. Lambert, Saleilles, Hauriou 等 一連의 學者들은 法學의 科學的 方法을 主張하게 되었던 것이다 <sup>(21)</sup> 그들은 註釋學的方法에 對한 反論으로 첫째, 立法者는 恒常 抽象

Deutsches Privtrecht, T. 1, P. 164—165 (cité par GénY in Méthode..., T. 1, P. 342) Aubry et Rau: op. cit. T. 1, § 2.

(17) Roubier: op. cit. No. 9, P. 76.

(18) Kantorowitz: Rapport sur les sources du droit positif, Ann. de l'institut internat. de philo. du droit et de sociologie jurid. 1934, P. 231 et sv.; R. Hubert: Science du droit, sociologie juridique et Philosophie du droit, in Arch. de droit et de sociologie jurid., 1931, 1—2, P. 47.

(19) Gurvitch: Théorie pruraliste des sources du droit positif, in Ann. de l'institut intern. de philo. du droit et de soc. jurid., 1934, P. 117.

(20) Gurvitch: Une Philosophie intuitionniste du droit; Petrasizky; Arch. de philo. du droit et de sociol. juridique, 1931, 3—4, P. 414; Duguit: L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, P. 80 et Traité de droit constitutionnel, T. 1, 16.

(21) GénY: op. cit.; Lambert: op. cit.; Gaudemet: L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de GénY en méthodologie juridique et en philosophie du droit, Rec. d'études en l'honneur de F. GénY. T. II, P. 5 et sv.

的인 規範만을 制定하는 것이고 또 그들은 그 適用에 있어서 일어날 모든 어려움을 다 豫見할 수 없는 것이며 또 그들이 制定한 法律이 老衰해질 수도 있는 것이기 때문에 立法者가 法規定을 制定한 分野에 있어서도 具體的 境遇에 法規定을 適用하기 爲해서는 立法者의 意思를 探究하는 것만으로는 不充分하다고 했다. 둘째, 그들은 立法者들이 制定한 法律 以外의 다른 法源 例컨대 慣習法이나 判例의 存在를 認定하고 法律이나 法典의 支配에도 不拘하고 그들 法源의 持續(性)을 認定했으며, 셋째, 이들 非法律的 法源에도 不拘하고 具體的인 事件의 解決에 即應해서는 法規範의 欠缺이 생길 수가 있는데, 法解釋者가 規範自體를 찾아 내야 한다고 했다.<sup>(22)</sup> 이와 같이 이들은 從來 成文法의 偶像崇拜의인 思想에 對한 反擊으로 法律의 自由로운 研究方法를 主張했고 이들의 思想이 飛躍하여 獨逸을 中心해서 所謂 自由法學派가 생겼던 것이다. 이들 法學의 科學的(研究)方法(méthode scientifique)의 代表者는 F. GénY<sup>(23)</sup> 인바 그는 慣習法의 法的拘束力의 基礎를 說明하기 爲해서는 무엇보다도 慣習(法)의 本質的性質(la nature intime de la coutume)을 探究할 必要가 있고, 거기서 우리는 慣習이라는 自然現象은 人類의 깊은 本能에 調和함과 同時에 恒久的인 社會的 必要性에 適合하며 또 그것이 存在한다는 것 自體로부터 그것은 實定法律制度안에서 問題되고 있는 모든 利害關係를 滿足시키고 있다는 것을 알 수 있다고 한다. 그리고 그는 이어서 私的利害關係와 個人的權利保護를 爲해서 要求되는 法的 安定性을 爲해서 즉 모든 사람의 自由로운 法的 活動을 爲해서 法的 強制性을 가진 慣習法規範이 法律과 마찬가지로 要求되고 있는 것이며, 또 그러한 結果는 先祖들의 慣習을 尊敬하고 그것을 變更하기를 躊躇하는 人間性의 깊은 感情 속에서 되풀이 되고 있는 것이다. 또 慣習法은 그 定義로부터 그것을 遵守하는 者이든 아니든간에 利害關係人의 同意가 있는 것이라고 假定할 수 있다는 點에서 그것은 이 慣習規範의 內在的인 價値를 나타내는 標的이 되며 또 問題되는 利害關係의 均衡을 이루는 가장 좋은 保障이 된다고 할 수 있을 것이라고 한다. 그리고 그는 結論的으로 實證法源으로서의 慣習法의 拘束力의 基礎는 “事物의 性質(la nature des choses)”안에 있는 것이기 때문에 社會的現象속에서 우리들에게 强要되고 있는 社會的 必要性이나, 自然的感情 그리고 利害關係의 自發的인 認定等의 窮極의 理由를 찾는다는 것은 客觀的인 現實의 範疇(la sphère des réalités objectives)를 벗어나는 것으로서, 歷史法學派들이 犯한 것과 같이 慣習法을 理想的인 어떤 原則에 符合시키려는 純粹主觀主義의 概念을 冒險하는 것이 될 것이기 때문에 아무런 利得없이 客觀的인 現實을 變質시킬(dénaturer) 主觀的이고 抽象的인 概念은 必要없는 것이라고 하고 있다. 이와 같이 GénY는 慣習法의 法的拘束力의 基礎를 事物自體의 性質에서 찾고 있으며, 現代의 有名한 法哲學

(22) Marty et Raynaud: op. cit. pp. 127—128.

(23) GénY: op. cit. No. 116, pp. 345—350.

者中에서도 우리는 이와 비슷한 思想을 볼 수 있는 바 P. Roubier<sup>(24)</sup>는 形式的法源 즉 法律은 社會속에서 恒久히 發展되어가는 政治的, 道德的, 經濟的 概念과 調和되지 않을 수도 있으며 또 社會속에서 새로이 생기는 制度를 規律할 수 없는 境遇도 생길 수가 있지만 人間社會에는 恒常 利害關係의 調整과 法的安定이 必要하기 때문에 形式的法源(法律)以外的 法源이 自然히 必要하다고 하면서 慣習法의 價値는 바로 그 必要性에서 나온다고 하고 따라서 慣習法의 法的拘束力을 바로 그 必要性에서 찾고 있다.

## 2. 學說의 批判

以上 우리는 慣習法의 法的拘束力의 基礎에 關한 學說을 보았다. Roma 人들에 依해서 說明된 承認說(Gestattungstheorie) 즉 法律의 拘束力의 基礎는 立法者들의 明示的 意思에 있지만 慣習法의 拘束力의 基礎는 그들의 默示的 意思에 있다고 보는 說明은 主觀主義의 概念에 立脚한 純粹理性論에 基해서 모든 法의 基礎는 立法者의 意思에 있다고 하는 立場에 서는 것으로서, 社會慣行에 依해서 形成되는 慣習法이 果然 立法者의 默示的 意思에 依하여 그 拘束力이 생긴다고 할 수 있을 것인지는 甚히 疑心스럽다. 特히 法律과 다른 內容의 慣習法이 形成되는 경우나 혹은 法律이 沈默을 지키고 있는 경우에 있어서 慣習法이 法律과 獨立하여 形成되는 경우를 생각할 때 그것은 더욱 그러하다. 慣習法의 成立 내지 拘束力에 立法者의 默示的 意思가 介在된다고 하는 것은 過去의 歷史와 慣習法의 現實的 成立過程이 보여주는 바와 같이 어떠한 憲法制度下에서이던지 간에 不條理하고 지나친 擬制(fiction)라고 하지 않으면 안 될 것이며 또 그러한 理由로 오늘날 大部分의 學者들은 立法者의 默示的 意思에서 慣習法의 基礎를 찾고 있지는 않다.<sup>(25)</sup> Roma 人들의 法思想에 基礎하고 또 그것의 지나친 發展에 依해 形成된 佛蘭西의 法註釋學派들이 主張한 것처럼 立法者들의 意思의 表現인 法律에 依해서 認定되어진 慣習法만이 法的拘束力을 가진다고 할 것인가? 혹은 Kelsen 이 主張하는 것처럼 實定憲法이 一定要件을 갖춘 慣習을 法規範創造의 行爲로 認定하고 있을 때에만 慣習法은 客觀적으로 有效한 法規範이 되고 따라서 法的拘束力을 가진다고 할 수 있을 것인가? 우리는 佛蘭西註釋學派들의 主張과는 달리 法律이 認定한 慣習法 以外的 경우에도 不斷히 慣習法이 形成되어 온 事實을 알 수 있다. 事實, 제 아무리 完備된 成文法이라 할지라도 끊임없이 變遷되어가는 人間社會에서, 成文法律의 欠缺과 老衰의 現象은 어찌할 수 없는 現象이고 人間社會에 있어서 法規範은 必須不可缺한 것이기 때문에 成文法律의 欠缺과 老衰의 現象에 對備하기 위해서 不斷히 慣習法이 形成되어 오고 있다는 것은 經驗則上 明白한 것으로 오늘날 아

(24) Roubier: Théorie générale..., op. cit. No 2, et L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, in Le droit privé français, études offertes à G. Ripert, T. I, P. 9 et sv.

(25) Geny: op. cit. P. 346 note 2; Répertoire de droit civil, Dalloz, 1951, P. 1097.



무도 否認 못하는 事實이다. 그리고 Kelsen의 理論에 對하여서도 우리는 마찬가지로의 批判을 加할 수 있는 바, 즉 오늘 날 實定憲法에서 慣習法의 法源性을 規定하고 있는 憲法은 하나도 없으며, 또 그럼에도 不拘하고 慣習法의 法源性이 널리 認定되고 있는 것은 Kelsen의 理論이 單純히 擬制的임을 나타내는 것일 것이다.<sup>(26)</sup>

그러면 J. Dabin, G. Ripert 등 一部 法實定主義者들이 主張하는 것처럼 慣習法은 法院 기타 國家公權力이 認定하는 경우가 아니면 法的拘束力을 가질 수가 없다고 보아야 할 것인가? 만약 이들의 見解에 依할 것 같으면 慣習法規範은 法官이 그것을 實際로 適用하는 때에 비로소 法規範으로 되는 것이 될 것이다. 바꾸어 말하면 社會에서 모든 사람이 法的 確信을 가지고 遵守하고 있는 慣習規範이라 할지라도 法官에 依해서 아직 그것이 援用・適用되지 않고 있는 限에 있어서는 혹은 援用・適用하지 아니하는 限에 있어서는 그것을 法規範이라고 볼 수 없다는 것이 된다. 만약 그렇게 본다면 慣習法과 判例法의 區別標準이 曖昧하게 될 것이다. 또 法官에게 法創造的役割을 認定한다고 할지라도 그것은 法律이나 慣習法 혹은 學說法原則 등이 없거나 혹은 그 解釋에 關한 경우에만 認定해야 할 것이 아닌가? 그리고 Kelsen<sup>(27)</sup>이 이 點에 對해서 適切히 批判하고 있는 바와 같이 法適用機關과 慣習法規範과의 關係는 法適用機關과 成文法律과의 關係와 全然 同一하다고 보아야 할 것이다. 즉 慣習法規範을 適用할 機關은 慣習法規範이 果然 形成되었는가를 確認해야 할 것인바, 그것은 마치 成文法이 과연 正常의 立法에 依해서 制定된 法(律)인가를 確認해야 하는 것과 同一하다고 봐야 할 것이다. 勿論 法官에 依해서 慣習法의 適用이 拒絕되면은 當該 事件의 利害當事者에게는 그 慣習法은 事實上的의 拘束力이 없는 것이 될 것이지만 그것은 法律의 경우에도 同一한 것이 될 것이고, 그렇다고 해서 그것이 一般的으로 法的拘束力이 없다고 할 수는 없는 것이다.

그러면 獨逸歷史法學派들이 主張하는 것 처럼 法은 立法行爲와 慣習에 依해서 創造되는 것이 아니고 오로지 民族精神에 依해서만 形成되는 것이고 따라서 民族共同體의 法律的 確信에서 慣習法의 拘束力의 基礎를 찾을 수 있을 것인가? 일찌기 F. Génys<sup>(28)</sup>가 適切히도 批判한 것 처럼 그러한 民族精神 내지는 確信은 實證法의 基礎가 될 수 있도록 明白히 나타나는 것이 아니기 때문에 그것은 하나의 擬制에 不過한 것이고, 또 그것을 認定한다고 할지라도, 境遇에 따라서는 單純한 模倣精神에 依해서 形成되고 發展되기도 하는 慣習法 全體를 說明할 수는 없을 것이다. 이와 같이 浪漫的이고 神秘的이기도 한 歷史法學派의 所謂 民族共同體의 確信(精神)은 慣習法의 事實上的의 拘束力을 說明하기에는 不充分하다고 하겠다.<sup>(29)</sup>

다음 社會學的 見地에서는 自由法學派들이 主張하는 것처럼 法이란 무엇 社會團體나 組織

(26) Roubier: Théorie générale du droit, P. 66.

(27) Kelsen: Théorie pure du droit, P. 307; Marty et Raynaud: op. cit. P. 490.

(28) Génys: op. cit. pp. 344—345.

(29) Brimo: op. cit. P. 162.

體에서 自然發生的으로 適用되는 살아 있는 法(lebendes Recht)이어야하고 立法이나 判例는 단지 그 살아있는 法の 確認節次에 지나지 않으며, 慣習法은 그와 같은 산 法の 代表的인 것으로서 그 拘束力은 社會의 深力이나 社會連帶性에 있다고 할 수 있을 것인가? 이들의 理論은 社會學的現象(phénomènes sociologiques)을 法律現象(phénomènes juridiques)에 無批判的으로 適用하려고 하는 것이다. 적어도 現世代에 있어서는 法이란 政治的으로 組織된 社會에 있어서 一定한 理想과 目的을 갖고(le bien public) 만들어진 것(construits)이지 있는 그대로 주어진 것(donnés)이라고는 볼 수가 없을 것이다. 따라서 社會의 深力이나 連帶性에 基해서 適用되고 行하여지는 慣習이라 할지라도 그것이 만약 주어진 社會의 法の 理想이나 目的에 反하는 것일 때에는 그것에 法的拘束力을 認定할 수 없는 것이 아닌가!<sup>(30)</sup> 또 이들이 말하는 社會의 深力이나 連帶性이라고 하는 것은 歷史法學派들이 말하는 民族共同體의 確信이나 精神과 마찬가지로 想像的이고 神秘的이기도 하며, 이들의 理論에는 歷史法學派와 함께 自然法學派的인 二元論的 方法이 숨겨져 있다고 하겠다.<sup>(31)</sup>

그러면 Géný 나 Roubier 가 主張하는 것 처럼 慣習法의 法的 拘束力은 社會生活의 必要性에서 나온다고 봐야할 것인가? 생각컨대 經驗則上 우리들이 알 수 있는 바와 같이 그리고 오늘날 모든 法學者들이 認定하는 바와 같이 제아무리 完備된 成文法이라 할지라도 不斷히 發展되어 가는 人間社會에 있어서 政治的, 道德的, 經濟的 變遷에 依하여 立法者가 法規定을 制定한 分野에 있어서도, 그 適用이 適合하지 않는 낡은 法律이 되어질 수가 있는 것이다. 그리고 立法者가 全能한 것은 아니기 때문에, 成文法의 制定 當時에 있어서도 立法者는 社會에서 일어날 모든 法律關係를 解決할 수 있는 成文法을 制定할 수는 없는 것이며, 또 成文法의 制定 當時에는 예기치 않았던 새로운 法律關係가 惹起될 수도 있는 것이다. 즉 成文法의 老衰와 欠缺이란 不可避한 것이다. 그러나 人間의 社會生活에 있어서 法律은 必須不可缺한 것(ubi societas, ibi ius)이며 法的安全이 要求되고 있는 것이다. 그러므로 成文法의 老衰나 欠缺에 依하여 成文法으로서만 社會의 法律關係를 解決할 수 없는 境遇에는 成文法 以外の 他法規範에 依해서도 그 法律關係는 解決되어질 必要가 있을 것이다. 慣習法은 바로 이와 같은 社會의 必要性에 依해서 그 法的價値와 拘束力이 있는 것이라고 보는 것이 옳지 않을까?

이와 같이 慣習法의 法的 拘束力의 基礎가 成文法에 依하는 것이 아니고 社會의 必要性에 있다고 하면 慣習法은 成文法과는 獨立되고 또 그에 併行하는 法源이라고 할 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 慣習法의 成立要件

오늘날 모든 法制와 法學者들은 慣習法의 存在를 認定하고 慣習法을 實證法源中の 하나로

(30) Dabin: op. cit. No. 98 et vv. 특히 Nc. 112.

(31) Kelsen: op. cit. p. 306.

다들 認定하고 있지만, 慣習法을 實際로 適用하기 爲해서 問題가 되는 것은, 언제 慣習法이 存在한다고 볼 것인가? 즉 慣習法의 成立要件이 問題된다. 그런데 이 慣習法 成立要件의 問題는 위에서 본 慣習法의 法的拘束力의 基礎와 直接 關聯되는 問題로써 우리는 항상 慣習法의 「社會的 必要性」이라는 概念에 立脚하여 그것을 考察해 보기로 한다. 이 社會的 必要性은 그 要件과의 關係에서 두 가지 意味로 나타나는 바, 그 하나는 慣習法을 實質的으로 構成하는 積極的 要件이요, 다른 하나는 그와같이 概念된 慣習法의 有效性を 妨害하는 어떤 上位의 理由, 즉 否定的 要件인 것이다. 이 兩者의 區別은 特히 다음에 項을 나누어서 보게 될 慣習法의 立證問題에서 그 實益이 있는 것이다.

1. 積極的 要件; 이 積極的 要件에 대해서 어떤 者들은 細部的으로 여러가지로 나누어 들기도 했지만 그것을 크게 두 가지로 나눌 수 있겠다.

(1) 慣習法이 存在하기 爲해서는 長期的이고 恒久的이며 一般的인 慣行이 存在해야 할 것이다. (32) 이는 慣習法의 外型的인 要件(de nature matérielle)이라고 할 수 있겠다. 慣行이란 社會生活에 있어서의 明白한 關係를 構成할 수 있는 性質을 가진 利害關係人의 어떤 行爲나 作爲 혹은 違反(Omissions)의 (33) 一連을 意味한다. 一般的으로 이와같은 慣行은 그 確固性を 나타내는 繼續성과 恒久성 그리고 異議없는 反復性에 依해서 日常生活속에서 나타나게 될 것이다. 그리고 慣習法의 構成要素가 될 수 있는 慣行이 되기 爲해서 特히 重要的 것은 그 慣行에 反對의 利害關係를 가질 수 있는 者에 依한 심각한 抗辯없이 그것이 形成되고 維持되어야 할 것이다. 그리고 마찬가지로 慣習法이 될 수 있는 慣行이기 爲하여는, 數學的으로는 明白히 말할 수는 없지만 그 慣行이 一定의 資格을 갖추어야 할 것이다. (34) 즉 慣行을 構成하는 行爲의 연속은 그 不作爲와 反對行爲에 依해서 絶對로 中斷되지 않고, 正規的으로 反覆되어질 程度로 恒久的인 것이어야 한다. 그리고 또 그것은 慣行으로 되기 爲해서 充分한 期間 동안 繼續되어야 할 것이다. (35) 그러나 慣行을 構成하는 行爲의 數나 그 必要한 期間에 對해서는 一律的으로 말할 수는 없을 것이고 그것은 法官이나 解釋者의 裁量에 屬한다고 보아야 할 것이다. 그러므로 慣行이 반드시 그 起源을 알 수 없을 程度로 오래된 것일 필요는 없을 것이다. 그리고 그 慣行은 그것이 行해지는 社會그룹에서의 大多數人에 依해서 지켜질 程度로 一

(32) GénY: op. cit. No 119; Marty et Raynaud: op. cit. p. 189; Kelsen: op. cit. P. 12—13, 304; Del Vecchio: op. cit. P. 303; Répertoire de droit civil: op. cit. P. 1097.

(33) 예컨대 태만에 依해서 어떤 法律의 規定을 違反하게 되는 慣習이나 Dernburg가 例示한 것처럼 都市에 있어서 建物사이에 一定의 거리를 두고 지어야 한다는 規定을 지키지 않는 관습 같은 것이다. (cité in GénY Méthode... P. 357)

(34) Puchta: op.cit. T. II, P. 39—49; Savigny; Traité..., op. cit. XXX, 1°—3°.

(35) GénY: op. cit. p. 359.

般的이어야 할 것이다. <sup>(36)</sup> 이와같이 慣習法을 構成하기 爲한 慣行은 外型的인 要素로서 그것이 長期的이고 恒久的이며 또 一般的인 것이면 充分한 것이지 그것이 어떤 方法으로 반드시 公示되어야 할 必要는 없을 것이다. 慣習法의 基礎를 立法者의 承認이나 共同契約에서 찾고 있는 者들은 慣行의 公示性이 必要하다고 하지만 그런 理論을 排斥하는 한 그런 公示性은 必要없다고 해야 할 것이다. <sup>(37)</sup> 이와같은 長期的이고 恒久的이며 一般的인 慣行이 行해진다 할 지라도 그것만으로는 慣習法 規範이 될 수는 없는 것이다.

(2) 慣行은 法的 確信(opinio juris seu necessitatis)에 基하여 行해져야 한다. <sup>(38)</sup> 이 法的 確信은 心理的, 內的 要素로서 그 診斷이 無限히 Délicate 하다고 하겠다. 여기서 法的 確信이라고 하는 것은 慣行을 따르는 者에게 그 慣行이 마치 成文法과 마찬가지로의 拘束力을 갖고 따라서 그것을 違反하면 事實上 法的 制裁가 加해진다고 생각할 程度의 確信을 意味하는 것이라고 一般的으로 理解되고 있다. 그러나 그 慣行이 항상 絶對的인 強制力(拘束力)이 있다고 믿어질 必要는 없을 것이다. 왜냐하면 法律과 마찬가지로 純粹히 任意 規定的인 慣習法도 成立할 수 있는 것이기 때문이다. <sup>(39)</sup>

이와같은 內的 確信의 有無가 慣習法과 一般慣行과의 區別 標準이 된다고 一般的으로 보고 있으나, 心理的 要素인 法的 確信의 定義 내지는 그 捕捉方法에 對해서는 學說이 갈라지고 있다. <sup>(40)</sup> 즉 慣習法의 法的 拘束力의 基礎에 對해서 承認說(Gestattungstheorie)을 取하는 者들은 立法者의 默示的인 承認이나 忽容이 있을 때에 비로소 그 慣行에는 法的 確信이 생기는 것이 되고, 따라서 法的 拘束力이 생긴다고 한다.

慣習法의 法的 拘束力의 基礎에 關한 檢討에서 이미 논급한 것처럼 法律이 沈默을 지키고 있는 部分에 대해서나 혹은 法律과 다른 內容의 慣習法이 形成되는 경우에는 여하한 方法으로든지 그 慣習法이 法律의 承認이나 忽容에 依해서 成立되는 것이라고 할 수 없는 것이기에 이 說은 否當하다고 해야 할 것이다. <sup>(41)</sup> 그리고 慣習法의 法的 拘束力의 基礎를 法院의 援用・適用에서 찾고 있는 者들은, 特히 Lambert 는 opinio juris seu necessitatis 는 擬制的이고 不明確한 것이라고 하면서 慣行은 단지 法院의 判決에 依해서 適用될 때에 그 適用이라는 事實에 依해서 強制力이 생기는 것이라고 하며, 또 다른 學者들은(Dabin, Ripert 등) 그 法的 確信(opinio juris seu necessitatis)은 法院에 依해서 認定되어야 한다고 한다. 물론 法院이 慣

(36) Répertoire de droit civil: op. cit. P. 1097.

(37) Aubry et Rau: op. cit. T. I, P. 126; Kelsen: op.cit. P. 308; Gény: op. cit. P. 360; Répertoire de droit civil: op. cit. P. 1098; Maury: La jurisprudence en tant que sources de droit, in Le droit privé français, études offertes à G. Ripert, T. I, P. 35.

(38) Del Vecchio: op. cit. p. 304; Marty et Raynaud: op. cit. P. 189; Kelsen: op. cit. p. 304; Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, T. I. P. 112. 等等.

(39) Gény: op. cit. p. 361.

(40) Colin et Capitant: op. cit. P. 112.

(41) Gény: op. cit. p. 365.

行을 適用한다면 거기에서 그 慣行은 法律的으로 强要되는 것이라고 보는 確信의 形成에 크게 도움이 되기는 할 것이다. 그러나 만약 Lambert의 主張에 依할 것 같으면 이미 언급한 바와 같이 慣習法과 判例法의 區別이 不可能할 것이고, 法官에게 그러한 廣範圍의 法創造的 役割을 認定할 수 없을 것이며, 또 法院의 抗擧에도 불구하고 慣習法이 勝利한 경우 등을 본다면 法的 確信은 法官에 依해서 만들어지는 것이 아니라고 할 수 있겠다. <sup>(42)</sup>

歷史法學派들은 이 法的 確信을 民族精神속에 內在하는 것으로 假定되는 法意識의 表現으로 보고 있으나 그러한 捕捉할 수 없는 浪漫的이고 神秘的이며 그처럼 強한 程度의 民族的 確信은 여기서 必要없다고 보아야 할 것이다. <sup>(43)</sup>

따라서 우리는 慣習法의 法的 拘束力의 基礎를 그 社會的 必要性 自體에서 찾은 것처럼, 여기서 말하는 法的確信이라는 것은 直接 慣行에 關聯되어서 社會의 法律的 必要性이 있다고 하는 程度의 感情 즉 成文法과 마찬가지로 要求되는 不文法規範이라고 생각되는 慣行이라는 感情 내지 確信을 意味한다고 보아야 할 것이다. <sup>(44)</sup>

2. 消極的 要件: 慣習法 成立에 있어서 위에서 본 必須的인 두 가지의 積極的 要件을 갖춘 慣習法에 어떤 外的인 事情이 그 有效성을 妨害하지 않는가 하는 問題를 우리는 消極的 要件 또는 否定的 要件이라고 부를 수 있겠다.

(1) 우선 문제가 되는 것은 慣習의 心理的 要素와 密接하게 關係된 것으로서 慣習法(위에서 본 두 가지의 積極的 要件을 갖춘)을 만드는 주체자의 錯誤는 그 慣習法의 法的 拘束力を 妨害하는 것이 아닌가 하는 問題이다. 이는 Digesta에 있는 Celsus의 本文<sup>(45)</sup> 「Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet」의 解釋에서부터 由來하는 問題로서 Roma法의 註釋者들은 法律이 存在함에도 불구하고 그것에 대한 錯誤로 因하여 그 法律과 다른 慣習法이 成立한 경우에는 그 慣習法은 效力이 없다고들 解釋했던 것이다. 그러나 그 후 이 Roma法 註釋者들의 解釋은 Gierke, Windseheid, Zitelmann, Dernburg 등에 依해서 批判되고 그들은 錯誤는 慣習法의 成立에 아무런 影響을 미치지 않는다고 했고, 그것이 通說이 되어 그 후부터는 이 問題는 별로 論議되고 있지 않다. <sup>(46)</sup>

Roma法과 그 註釋者들이 法律의 錯誤로 인한 慣習法의 成立 내지는 拘束力を 否認하는 것은, 이미 본 바와 같이 그들은 慣習法이란 國民의 默示的 合意에 依한 것이라고 보고, 또 그

(42) Marty et Raynaud: op. cit. P. 490.

(43) Gény: op. cit. P. 363,

(44) 同旨. Marty et Raynaud: op. cit. loc.; cit.; Gény:op. cit. loc. cit.

(45) Digesta, De legibus, I, 3; Lehmann/Hubner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5e éd., p. 21.

(46) Puchta: op. cit. T. II, pp. 62-64.

拘束力の基礎도 그 默示的 合意에서 찾았기 때문에, 그(默示的) 合意에 錯誤가 있으면 그것이 有效할 수 없다고 하는 論理的 歸結이었던 것이다. 그러나 이미 言及한 바와 같이 慣習法의 拘束力の 基礎가 默示的 合意에 있다고는 할 수 없으며, 또 우리는 經驗上 成文法律의 存在에도 불구하고 그와 다른 內容의 慣習法의 存在와 또 그 勝利를 많이 볼 수가 있는 것이다. 그러므로 우리는 마치 立法者의 錯誤가 法律의 拘束力에 아무런 영향을 미치지 않는 것처럼, 慣習法 形成에 있어서의 法律의 錯誤도 그 慣習法의 有效性에 아무런 영향을 미치지 않는다고 해야 할 것이다.

(2) 다음으로 問題가 되는 것은 위에서 본 積極的 要件을 갖춘 慣習法이 上位的인 善良한 社會秩序에 反하는 것이 아니어야 하느냐, 즉 上位的인 社會秩序에 反하는 慣習法은 그 有效性을 認定할 수 없느냐의 問題이다. 積極的 要件을 갖춘 慣習法이라 할지라도 그것이 모든 社會組織의 基礎가 되는 어떤 上位的 原則에 反하는 경우를 우리는 想像할 수 있겠다. 慣習法에 關한 傳統的 理論은<sup>(47)</sup> 慣習法이 合理性(Rationabilität)을 가져야 한다고 했고, 慣習法을 比較的으로 상세히 規定한 古代 Roma 法이나 Canon 法들은<sup>(48)</sup> 善良한 慣習法만이 有效하고 良俗이나 道德에 反하는 慣習法은 排斥했었다. 오늘날에 있어서 學者들은 이 問題를 慣習法의 成立要件에서 言及하지 않는 者들과 이를 積極的, 혹은 消極的 要件으로 들고 있는 者들로 나뉘어 지고 있다.<sup>(49)</sup> 특히 Marty et Raynaud<sup>(50)</sup>는 이 要件을 바람직한 要件이기는 하지만, 과거의 歷史를 볼진데 非合理的인 慣習法이 많이 成立되었을 뿐만아니라, 또 法的 拘束力을 가졌었던 것을 볼 수 있기 때문에 이를 慣習法의 成立要件으로 들 수는 없을 것이라고 한다.

생각컨데 法律關係의 安全이라는 社會的 必要性이 慣習法의 存在를 正當化시킨다고 할지라도 그것은 社會에 있어서 要求되는 보다 上位的인 어떤 必要性 앞에서는 양보해야 할 것이다. 그러던 社會에서 要求되는 보다 上位的인 必要性이란 무엇인가? Gény 는<sup>(51)</sup> 普遍的인 道德, 基督教의 基盤을 이루는 보다 高尚한 原則, 그리고 政治的·社會的 組織의 本質的인 根本들이라고 말하고 있고, 學者에 따라서는 그 例로 列舉하는 것이 구구하다.<sup>(52)</sup> 一般的으로 말해서 모든 社會組織에 있어서의 基礎가 되는 上位的인 原則이라고 抽象的으로 말할 수 있을 것이나, 具體的으로 그것을 定義하고 列舉하는 것은 不可能할 것이다. 왜냐하면 그것은 나라마

(47) Puchta: op. cit. T. II, pp. 49—61; Gény: op. cit. p. 371 et SV.; Lebrun: La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, 1932, No 45 et 144. 等. 그러나 Puchta, Regelsberger, Dernburg 等은 慣習法은 合理的인 것(Rationabilität)이어야 한다고 함으로서 이를 積極的 要件으로 들고 있다. 그러나 Gény는 慣習法의 立證責任問題와 고려할 때에 이를 消極的, 否定的 要件으로 드는 것이 좋을 것이라고 한다.

(48) Puchta: op.cit. T. I, pp. 186—188; Gény: op. cit. P. 372 et note 2 참조. 그리고 日本의 法例第2條도 그러하다.

(49) Del Vecchio: op. cit. pp. 303—304; Kelsen: op.cit. p. 12 et 304; Marty et Raynaud: op. cit. p. 190; Lebrun: op. cit. No. 45;

(50) op. cit. loc. cit.

(51) Gény: op. cit. P. 373.

(52) Puchta: op.cit. T. I, P. 187.

다 政治的・經濟的・道德的 制度와 概念이 다르며, 그것은 時代的 變遷에 따라 變化하여 가는 것이기 때문이다. 善良한 風俗, 其他 社會秩序에 反하는 慣習法은 效力이 없다고 할 수도 있겠다. 그러나 여기서 「社會秩序」를 § 103條의 解釋上 民法學者들이 말하는 것처럼 넓은 意味로 理解할 것이 아니라, 「政治的・社會的 組織의 基本을 이루는 根本的인 上位의 秩序」라는 意味로 理解해야 할 것이다.

#### IV. 慣習法 適用上의 問題

慣習法의 適用上 問題가 되는 것은 慣習法의 存在와 內容의 立證과 그에 對한 大法院의 權限과 任務등이다. 이에 關해서 우리나라에서는 별로 問題된 적이 없다. 從來 問題되었던 外國의 判例와 學說을 中心으로 해서 이 問題를 檢討해 보기로 한다.

訴訟에 있어서의 두 개의 原則이 法官의 活動을 制限하는 바, 즉 첫째로 法官은 當事者가 주장하는 事實만을 그 當事者의 立證에 依해서 考慮해야 하고 (principes dispositifs), 둘째로 法官은 問題된 法律關係를 解決하기 爲해서 必要한 모든 法規範을 職權으로 適用해야 하는 것이다 (jura novit curia). 그런데 適用될 法規範이 制定成文法인 때에는 별問題가 없으나 만약 그것이 慣習法인 경우에는 어려운 問題가 생긴다.

1. 우선 問題가 되는 것은 慣習法의 存在와 內容을 法官이 當然히 알고 이를 職權으로 適用해야 하느냐, 혹은 當事者가 이를 立證할 責任이 있는가 이다.

Roma 法의 註釋者들과 그 以後의 學者들은 普通法으로서의 Roma 法을 가급적이면 廣範圍하게 適用하고 地方慣習法을 排斥하기 爲해서 慣習法을 하나의 單純한 事實로 생각하면서 法官은 當事者가 援用하고, 또 그에 依해서 立證된 慣習法만을 考慮해야 한다고 했던 것이다. 즉 慣習法에 關해서는 「jura novit curia」의 原則을 適用하지 않았던 것이다.<sup>(53)</sup> 그런데 從來까지의 이러한 學說에 대하여 처음으로 反論을 主張한 者는 Puchta 이다. Puchta는<sup>(54)</sup> 물론 慣習法은 事實로부터 由來하고 또 事實에 依해서 證明된다. 그러나 그 事實 自體가 法規範을 形成하는 것이고 그 法官이 當然히 알고 職權으로 適用하여야 할 것이다. 만약 慣習法을 單純한 事實이라고 한다면 制定法도 一定한 形式으로 公布된 行爲, 즉 事實에 불과할 것이다. 그러면 當事者가 그 存在와 內容을 主張하고 立證하지 않았다고 해서 制定法律을 法官이 適用하지 않아야 할 것이 아닌가? 만약 그렇게 된다면 「jura novit curia」의 原則은 어떻게 될 것인가? 만약 「jura novit curia」의 原則이 必要하다면 法官은 制定法律에 있어서와 마찬가지로 慣習法의 存在와 內容을 알고 職權으로 適用해야 할 것이라고 主張했다.

(53) Puchta: op. cit. T. II, P. 154 et sv.; Gény: op' cit. P. 353.

(54) Puchta: op. cit. T. I, P. 104 et sv., et T. II, P. 165 et sv.

그러나 Puchta 의 이 理論을 原則的으로는 받아 들이면서도 Savigny 는<sup>(55)</sup> 事實上的 問題의 考慮에 의해서 이 原則은 融通性있게 適用되어 질 것을 主張했다. 즉 慣習法이 制定法律과 마찬가지로 그 法規範性을 가지는 것은 事實이나 慣習法은 制定法律에 있어서 보다 事實上의 認識이 훨씬 어려울 것이기 때문에 法官에게 制定法律에 있어서와 마찬가지로 慣習法의 完全한 認識을 要求하는 것은 不可能할 것이다. 그러므로 慣習法의 存在와 內容에 對해서 充分한 認識을 갖지 못한 法官은 그를 援用 主張하는 當事者로 하여금 그 立證을 命할 수 있다고 했다.

이와 같은 Savigny 의 理論은 그후 獨逸·佛蘭西 學者들에게 널리 繼承되어 오늘날까지 通說을 이루고 있다.<sup>(56)</sup> 특히 獨逸에서는 1877年 1月 30日의 民事訴訟法(1898年 3月 18日의 改正에 依하여 同法 293條)에서 이를 明文化했던 것이다.<sup>(57)</sup> 그러나 從來의 慣習法을 制定法律이 立法에 依하여 强行法 規定으로 成文化한 경우에는 勿論 法官이 當然히 그 內容을 알아하고 또 職權으로 이를 適用해야 할 것이다.<sup>(58)</sup> 그리고 慣習法의 存在나 內容이 明確하지 아니할 때에는 이를 立證하여야 하는 者는 原告이든 被告이든 간에 항상 이를 援用하는 者라고 하는 것이 佛蘭西의 判例이다.<sup>(59)</sup> 그리고 慣習法이 아니고 事實인 慣習이 問題되었을 때에는 慣習法의 경우에서와는 달리 항상 當事者의 主張과 立證을 要한다는 것이 佛國의 通說이다.<sup>(60)</sup>

慣習의 存在와 內容의 立證은 公機關에 의해서 調查報告된 慣習集이나 證人 혹은 專門家의 報告 等の 方法으로 할 수도 있지만, 慣習이 從來의 判決에 依해서 適用되었다는 것을 確認하는 것만으로는 法官이 有效한 慣習이 形成되었다고 볼 수 없을 것이라는 것이 佛國의 判例이며 通說이다.<sup>(61)</sup>

以上の 考察로부터 생각컨대 우리는 慣習法의 成立要件에서도 본 바와 같이 慣習法은 무엇보다도 事實的 要素인 慣習으로부터 始作하여 成立되는 것이기 때문에 制定法律에 있어서의 같이 그 存在와 內容이 항상 明確한 것이 아니다. 그러므로 法官은 自身이 그 存在와 內容을 明確하게 알고 있는 慣習法은 職權으로 適用할 수도 있겠지만, 그렇지 않은 경우에는 이를

(55) Savigny: Traite..., T. I, P. 183 et sv.

(56) Dernburg: Pandekten, T. I, 28, pp. 62—63; Marty et Raynaud: op. cit. P. 196; Génys: op. cit. P. 354; Bartin sur Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T. 12, § 749; Ripert: Droit commercial, No. 48 et Droit civil T. I, P. 1100

(57) "Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; sie ist befugt auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung des Erforderliche anzuordnen."

(58) Sociale, 19 Juin, 1947. Rec. Sirey, 1948, I, 175.

(59) Trib.civ. Seine, 4, nov, 1941: D. A. 1942, 29.

(60) Bartin sur Aubry et Rau: op. cit. § 749; Lebrun: op. cit. No. 454; Ripert: Droit commercial, No. 47; 淡野剛久: 注釋民法(3) P. 118.

(61) Répertoire de droit civil: op. cit. p. 1100 et 1101; Colin et Capitant: op. cit. T. I, No. 30.



援用하는 當事者에게 그 立證을 命할 수도 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 事實인 慣習은 法規範이기 때문에 當事者가 항상 援用立證해야 할 것이다.

2. 다음으로 慣習法の 適用에 있어서 法律審을 다루는 大法院이 어느 정도 干涉할 수 있으며 그 任務는 어떠한가 하는 것이 問題된다. 이점에 關해서는 佛蘭西 學說과 判例가 많은데, 慣習法の 適用問題는 完全히 事實審에 속하는 것으로서 大審院(Cour de cassation)은 이에 조금도 關與할 수 없다고 主張하는 者들도 있기는 하지만<sup>(62)</sup> 現在 佛國의 大部分의 學者들은<sup>(63)</sup> 마치 制定法律에 있어서와 마찬가지로 慣習法の 存在와 그의 正確한 適用을 確認하는 것이 大審院의 權限인 동시에 任務이다라고 보고 있다. 그러나 佛大審院은<sup>(64)</sup> 慣習法の 存在 自體를 確認하는 것은 下級法院에 專屬된 事項이지만, 下級法院이 慣習法の 存在를 正規的으로 確認했는지의 與否에 對해서는 大審院이 調査할 權限과 任務가 있다고 하고 있다. 그리하여 下級法院이 어떤 慣習에 對해서 그 慣習이 從來의 判決에 適用된 적이 있다고 確認하는 것만으로는 그 慣習을 正規的으로 確認한 것이라고는 볼 수가 없다고 보고 있다.

생각컨대, 慣習法の 存在나 內容의 確認 自體 問題에는 事實的인 要素가 相當히 많기 때문에 위에서 본 佛大審院의 態도와 같이 下級法院에 專屬되는 것이지만, 下級法院이 그 慣習을 正規的으로 確認했는가, 그리고 그것을 正確하게 適用했는가의 問題를 確認하는 것은 法律審인 大法院의 權限인 동시에 任務라고 봐야 할 것이다.

그리고 우리 民法 第106條와 같이(佛民 第 1135, 1159, 1160條 등) 法律이 直接 事實上의 慣習에 依할 것을 規定하고 있는 경우에 있어서 그 慣習의 存在自體를 確認하는 것은 下級法院의 專屬事項이지만 下級法院이 存在가 確認된 慣習을 正確하게 適用했는가의 問題는 大審院이 確認해야 한다고 하는 것이 佛國의 通說이다.<sup>(65)</sup> 그리하여 Belgique 大審院은<sup>(66)</sup> 下級法院이 事實上의 慣習의 存在를 確認한 後 이를 適用하지 아니한 것은 違法이라고 判示한 적이 있다.

## V. 慣習法の 效力

오늘날 慣習法을 法源의 하나로 認定하는데에는 별 異論이 없으나 慣習法の 效力에 關해서, 特히 成文法과의 關係에 있어서, 法哲學上 重要한 問題로 다루어지고 있을 뿐만 아니라 우리 民法의 解釋에 있어서도 이 問題는 가장 議論이 많은 部分의 하나이다. 이미 우리가 본

(62) Aubry et Rau: op. cit. T.I, § 23.

(63) Gény: op. cit. T. II, No. 179; Lebrun: op. cit. No. 306; Marty et Raynaud: op. cit. p. 196; Bartin: op. cit. § 749; Ripert: Droit commercial, No. 49.

(64) civ.25 mars 1908: D. F. 1910, I, 454; civ. 7 mars, 1938: D. F. 1938 I, 115; civ. 26, mars, 1941: D.A. 1941, 194.

(65) Lebrun: op. cit. No. 306; Ripert; Droit commercial, No. 49. et Droit civil, P. 1101.

(66) Cass. Belgique, 25 sept. 1947: Pasicrisie belge, 1947, I, 380.

바와 같이 제아무리 完備된 成文法이라 하더라도 그 老衰와 欠缺의 事實은 避할 수 없음에도 불구하고 人間의 社會生活에 있어서 法的安定性은 要求되고 있다고 하는 社會的 必要性에서 慣習法이 그 法的 拘束力을 가지게 되고, 따라서 慣習法은 成文法에 獨立된 同順位의 法律이라는 論理를 貫徹할것 같으면, 慣習法은 制定法이 豫見하지 못한 欠缺을 補充하고 (praete legem) 그 不明確한 部分을 明確하게 補助할 뿐만 아니라 (intra legem) 有效한 制定法の 條定을 改廢할 수도 있는 (contra legem) 效力도 가진다고 해야할 것이다. 그러나 慣習法이 制定法을 補助할 수 있다는 點에 관해서는 別問題가 없으나, 위의 論理的 原則만을 貫徹하여 慣習法이 制定法을 改廢 (consuetudo derogatoria, desuetudo) 할 수 있는 效力까지 가진다고 쉽게 말할 수는 없겠다. 왜냐하면 慣習法이 制定法律에 優先하는 것으로 한다면 制定法律에 認定되어져야 할 強制力이 危險에 빠지게 될수가 있을 뿐만 아니라, 無意識적이고 無組織적인 慣習法の 힘에 熟考되고 正規적인 法律의 強制力을 支配하게 되는것은 一種의 矛盾이 아닌기라고 생각할 수도 있기 때문이다. 이 問題는 우리들이 處하고 있는 國家社會組織속에서의 現實을 直視하면서 制定法과 慣習法과의 相互價値를 比較檢討하면서 解決되어져야 할 問題일 것이다.<sup>(67)</sup> 즉 그 解決은 政治組織과 法律文化의 發展段階에 따라서 달라져야만 할 것이다. 그리고 이 慣習法の 效力의 問題는 Roma 法에 있어서 慣習法の 法律改廢力을 認定하는 Julier의 本文과 그를 否認하는 Constantin의 서로 矛盾하는 本文에서부터 시작하여<sup>(68)</sup> 獨·佛에서 오랜 學說과 論爭을 거쳐 오늘날에도 意見의 一致를 찾지 못하는 問題인데, 우리는 獨·佛國의 學說·立法의 變遷을 간단히 본후, 우리 民法上 慣習法の 效力을 如何히 認定해야할 것인가를 考察하기로 하겠다.

### 1. 獨·佛國에서의 立法과 學說의 變遷

(1) 위에서 지적한 Roma 法の 二律背反적인 句節과 또 先例로 받아 들여졌던 Canon 法 規定의 影響에 依하여 German 地方 特別法들은 大部分이 制定法에 대한 關係에 있어서의 慣習法の 效力을 極히 弱화시켰었다고 한다.<sup>(69)</sup> 그리고 歷史法學派 以前の 啓蒙主義時期(Aufklärungszeit)에 있어서는 制定法萬能의 思想에 依하여 制定法律은 私法全體를 包含하고 또 他 法源에 依據할 必要가 없을 程度로 完全히 詳細히 規律할 수 있다고 생각했기 때문에, 當時 學者들은 慣習法은 必要없는 것이라고 생각하여 慣習을 否認하든가 아니면 그 效力을 最少限으로만 認定했었던 것이다. 1794년의 Allgemeines Landrecht für die preuszischen Staaten 은 새로운 規範을 形成하거나 이미 存在하는 法律을 廢止하는 內容의 모든 一般的 혹은 地方的 慣習

(67) Gény:op. cit. p. 392.

(68) Julien, D. De Legibus, I, 3, 32 §1; Constantin, C, Quae sit longa consuetudo, VIII, 52, c. 2.

(69) 특히 1555년의 Wurttemberg 地方法은 그 例이다.

法을 排斥했으며 (§ 60), 1811년의 오지리民法은 1788년의 Josephinisches Gesetsbuch (I § 9—10)의 例를 따라 그 § 10에서 法律이 明示的으로 認定하지 않는 모든 慣習法을 完全히 排斥했었다. 그리고 1809년의 Badisches Landrecht 는 慣習을 단지 法律과 契約의 解釋方法으로만 認定했었다 (§ 6d).<sup>(70)</sup> 그러나 이와 같은 경향에도 不拘하고 法の 歷史的 民族的 性格을 主張한 歷史學派에 依하여 慣習法은 制定法律과 同順位 혹은 그 上位의 順位에 位置하는 것으로 認識되어 慣習法은 制定法律을 當然히 改廢할 수 있는 것으로 생각했었다.<sup>(71)</sup> 그러나 Savigny 와 Puchta 는 慣習法이 形成되어지는 政治組織體안에서의 慣習法의 強制力과, 慣習法自體의 性質, 그리고 위에서 指摘한 서로 矛盾되는 Roma 法 本文의 調停의 必要性들의 考慮에 依하여, 地方的慣習法은 一般強行法規에 絶對로 反할 수가 없으며 또 國家의 利益을 害칠 수도 없다는 例外를 認定했었다.<sup>(72)</sup> 그後 學者들은 歷史法學派의 思想을 더 發展시켜 慣習法이 制定法律보다 後에 成立된 것이라면 그것은 制定法律을 얼마든지 改廢할 수 있다고 認定했었으나, 明示的인 制定法의 規定이 法律自身을 保護하기 爲해서 그에 反하는 慣習法을 排斥할 수는 있다는 例外는 一般的으로 認定했었다. 그리하여 1861—1869에 制定된 獨逸商法典은 同法의 欠缺이나 沈默의 경우에만 商慣習法의 適用을 許用했기 때문에 學者들은 商法規定에 反하는 慣習法의 效力은 否認했었다. 그리고 1871년의 帝國憲法 第2條가 帝國法律에 反하는 地方法律의 效力을 否認하는 데에서 學者들은 마찬가지로 帝國法律에 反하는 地方慣習法의 效力은 否認했었던 것이다.<sup>(73)</sup>

이와 같은 背景下에서 成立된 獨逸民法 第1草案 § 2는 “慣習法的인 法規範은 法律이(明示的으로) 慣習法에 依할 것을 命하는 限度에서만 有效하다(Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz Gewohnheitsrecht verweist)고 했었다.<sup>(74)</sup> 이 第1草案의 制定者들은 그 理由書에서 立法者는 慣習法의 效力을 規律하거나 制限할 수도 있을 뿐만 아니라 完全히 否認할 수도 있다는 原則에 依據하면서, 法典編纂의 根本目的인 獨逸法의 統一과 法的安全 및 그 適用의 平坦을 爲해서 慣習法을 法律에 隸屬시키고 法律이 明示的으로 認定하는 경우에만 그것은 法的效力을 가지는 것으로 해야한다고 했다. 그리고 또 그들은 第1草案 § 2에서의 慣習法의 排斥은 判例法의 干與나 學說의 效力을 決코 否認하는 것은 아니며 또 私的自治가 認定되는 範圍에 關한 慣習法은 任意法律에 優先 할 것이라고 했던 것이다.<sup>(75)</sup>

그러나 이 第1草案은, 새로운 法典은 完全無缺하여 모든 法律關係를 理想的으로 解決할 수 있다고 하는 擬制에 依한 것으로서, 自然發生的으로 形成되는 慣習法規範의 法源性을 否

(70) Larenz: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, P. 11 et sv.: Gény: op. cit. p. 393.

(71) Savigny: Traité..., T. I, P. 41; Puchta: op. cit. T. II. P. 210.

(72) Savigny: op. cit. T. I, P. 150; Puchta: op. cit. T. I, P. 117 et SV., et T. II, P. 213 et SV.

(73) Gény: op. cit. p. 396.

(74) Entwurf eines B. G. für das deutsche Reich. Erste Lesung, 1888, § 2.

(75) Motive zu dem Entwurfe eines B. G. für das D. R., T. I, 1888, P. 3—8.

認하는 것은 不當하다는 甚한 反論에 부딪쳐, 第2委員會에서는 帝國의 一般慣習法은 적어도 그 補充的 效力이 認定되어야하며 그에 關한 規定을 두어야 한다고 했었다. 그리고 具體的으로 그 規定의 表現에 關해서 그들은 一致를 보지 못했기 때문에 그에 關한 細則을 民法施行法에 맡기기로 했었다. 그러나 民法施行法은 慣習法의 效力에 關한 一般的이고 明確한 規定을 두지 않고 沈默을 지키고 있는데, 그것은 이 問題를 앞으로의 學說에 一任키로 하는 意圖인 것이라고 한다.<sup>(76)</sup> 그리하여 獨民法 制定後의 初期 많은 學者들은 帝國의 一般慣習法은 補充的效力(*praeter legem*)을 가질뿐만 아니라, 否定하는 規定이 없기 때문에 制定法律을 改廢하는 效力(*contra legem; conouetudo abrogatoria, desuetudo*)도 가진다고 解釋하고, 地方慣習法은 民法 施行法 第55條와 1871년의 帝國憲法 第2條의 規定에 依해서 制定法律을 改廢할 수는 없는 것이라고 한다.<sup>(77)</sup> 그리고 오늘날 獨逸學者들은 一般的으로 獨逸民法典 施行法 第2條에서 「民法典과 本法의 意味에서의 法律은 모든 法規範이다」고 하는데에서 「모든 法規範」에는 慣習法도 包含된다고 보면서, 制定法律과 慣習法은 同一한 順位의 法源이기 때문에 慣習法이 制定法律을 改廢할 수도 있다고 보는것 같다.<sup>(78)</sup> 그러나 어떤 學者는 現實的인 觀點에 着眼하여 敏捷하고 明確한 制定法律이 頑慢하며 또 確認하기가 힘드는 慣習法에 이진다고 하고 있다.<sup>(79)</sup>

(2) 프랑스 南部地方에서는 12~3世紀 부터 Roma法의 支配를 받고 北部地方은 慣習法의 支配를 받았었는데 1453년에 Charles 7세에 依하여 慣習法의 편집이 始作되어 1503년에는 Normandie 慣習法, 1510년에는 Paris 地方慣習法의 편집이 끝났었다.<sup>(80)</sup> 그런데 1804년 Napoléon 法典이 制定되기 까지, 즉 慣習法時代에 있어서는 王令이 極히 적었었는데 慣習法의 制定法律(王令) 改廢的效力이 널리 認定되었었다. 즉 1736년 Chancelier d'Aguesseau의 便紙에서 “모든法律(制定法)은 廢用되어질 수 있다(Toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude)”고 하고 있다.<sup>(81)</sup> 그리고 1804년의 佛民法典의 草案에서는 그 草案에서 慣習法을 制定法律의 補充的인 그것으로 그 性格을 規定하고 있었으나 그것이 削除되고, 1804년 3월 21일의 法律 第7條에서 民法典 以前의 모든 法令은 民法의 施行과 同時에 그 效力을 잃는다고 하고 있었기에, 一般的으로 獨逸과 우리나라 學者들은 佛民法은 慣習法의 效力을 전혀 否認하고 있다든가 혹은 否認하는 態度이라고 說明하고 있다. 그러나 1804년 3월 21일의 法律 第7條는 단지 民法典施行以前의 法令의 效力을 廢止시킨것에 不過하고 새로운 慣習法의 成立에는 조금

(76) Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des B. G., Von Achilles, I, Lieferung, 1897, P. 3-4, cité in Gény Méthode..., P. 439.

(77) Achilles: Das Burg. Gesetzbuch, 1896, p. 1 et G. Planck: B. G. T. I, 1897, p. 35 cite in Gény Méthode p. 442 note 2!

(78) Lehmann/Hubner: op. cit. in Gény Méthode p. 442 note 2.

(78) Lehmann/Hubner: op. cit. p. 14; Larenz: op.cit. p. 10-11.

(79) Lange: B. G. B. Allgemeiner Teil 10. Auf.p. 43.

(80) Mazeauds: Leçon de droit civil, 1967, T. I, 1er vol. p. 55.

(81) Oeuvres de M. Chancelier d'Aguesseau, T. IX, p. 445 cité in Gény, Méthode p 397, note 7.

도 關係없는 것이며, 慣習法에 關해서 法律의 補充的效力을 認定하고 있던 序章 第4—5條의 削除는 慣習法의 效力을 全적으로 否認하기 爲해서가 아니고 當時의 哲學的인 思想의 影響에 依하여 序章 그의 全體가 削除되었기 때문이었다. 따라서 佛民法典은 慣習法의 效力에 對해서 沈默을 지키고 있는 것이며 그 沈默은 마치 獨逸民法에서와 마찬가지로, 이 問題를 學說에 맡기기 爲한 意圖的인 것이라고 佛國學者들은 解釋하고 있다.<sup>(82)</sup> 佛民法制定以後 初期學者들은<sup>(83)</sup> 慣習法時代에 널리 認定되었던, 慣習法에 依한 制定法의 廢用(desuetudo)과 制定法의 效力을 妨害하는 慣習法(consuetudo abrogatoria)의 效力도 널리 認定했었다. 그러나 具體的 事件에 即應해서 判例는 이에 따르지 않고, 또 그後 制定法萬能思想에 사로잡힌 法註釋學派들은 制定法律에 依해서 모든 法律關係가 다 規律될 수 있으며, 制定法律만이<sup>(84)</sup> 唯一한 法源이 될수 있다고 했기 때문에 法律 以外의 法源은 全적으로 否認하게 되었었다. 그러나 19世紀 末葉부터 特히 Charles Beudant<sup>(85)</sup>이 처음으로 慣習法의 法源性과 그 制定法改廢力을 認定하게 되었고, 그後 Géný,<sup>(86)</sup> Lambert<sup>(87)</sup> 등은 從來의 法註釋學派의 法學方法을 辛辣히 批判하고 制定法律 以外에 慣習法과 判例法 등의 法源性을 認定하게 되어, 그 後부터는 프랑스에서 慣習法의 法源性이 널리 認定되고 있다. 이와 같이 Géný 以後부터는 慣習法의 制定法補充(praeter legem)과 補助(intra legem)的 效力은 모든 學者들이 認定하고 있으나 그 制定法改廢(contra legem)的 效力에 關해서는 學說이 나누어지고 있는데, 大部分의 學者들은 理論的으로는 慣習法은 成文法에 獨立된 別個의 法源이라고 할지라도 오늘날과 같은 政治的으로 組織된 法治國家에 있어서는 事實上 制定法이 優越的인 地位에 있기 때문에 不明確한 慣習法이 制定法을 改廢할 수는 없다고 하고 있다.<sup>(88)</sup>

## 2. 우리 民法上 慣習法의 效力

以上 우리는 獨·佛國의 立法과 學說의 變遷을 보아왔는데 우리 民法上 慣習法에 如何한

(82) 1804年 3月 21日의 法律(la loi du 30 vetose an XII) 第7條는 “A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes, générales ou locales, les statuts, les réglemens cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matière qui sont l’objet desdites lois composant le présent code”라고 함으로서 Napoléon 法典 以前의 관습법을 無效化시키고 있다.

Mazeauds:op. cit. p. 61 et 109; Géný:op. p. 331.

(83) 에컨테 Toullier: Le droit civil français, T.I, No 162; Durantou: Cours de droit français, T. I, No 107—108.

(84) 에컨테 Demolombe: op. cit. T. I, No 35; Laurent: Avant-projet de révision du code civil, T. I, 1882, No 1—3; Planiol: Traité élém. de droit civil, T. I, No 231; Colin et Capitant: op. cit. T. I, p.58.

(85) Beudant: Cours de droit civil français, Introduction, No 54.

(86) Géný: op. cit. p. 319 et sv.

(87) Lambert: La fonction du droit civil comparé, T. I. 1903.

(88) Consuetudo praeter 및 intra legem만 認定하는 者들은 Géný:op. cit. No 125—129; Marty et Raynaud: op. cit. N° 114 bis; Mazeauds: op. cit. p. 110; Roubier: Théorie générale N° 2; civ. 11 juill. 1855: D.P. 55. I, 9; Trib. civil Seine, 4 ianv. 1945: D. 1945, 291 等.

Contra legem 까지도 認定하는 者는 Ripert et Boulanger: op. cit. T. I, N° 121; Colin et Capitant par J. de la Morandière: Traité de droit civil, 1957, N° 185. 等이다.

效力까지 認定할 것인가가 問題된다. 그런데 우리 民法에서는 獨·佛 民法에서와는 달리 第 1條에서 「民事에 關하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 依하고 慣習法이 없으면 條理에 依한다」고 規定함으로써 慣習法의 法源性을 인정할 뿐만 아니라 그 效力에 關한 一般的인 規定을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 現在 우리나라 學說은 크게 들로 나누어져, 종래 多數說은 慣習法에 補充的 效力만을 認定하고 있으나 많은 學者들은 補充的 效力뿐만 아니라 改廢의 效力까지도 認定해야 한다고 주장하고 있다.<sup>(89)</sup> 여기서 바로 어느 說이 正確하다고 말하기 전에 우선 우리 民法 第 1條의 立法 妥當性을 考察한 後 구체적으로 學說을 검토해 보기로 한다.

(1) 우리 民法 第 1條는 民法의 法源의 種類와 그 效力의 順位를 規定한 것이다. 그러면 果然 制定法律이 法源의 種類와 그 效力의 順位를 規定할 수 있는 것인가? 즉 立法者가 制定法律로 法源의 種類와 그 效力의 順位를 規定하고 있으면 法適用 機關과 解釋者들은 그 規定에 따라야 할 것인가가 問題된다.

純粹 理論的으로 그리고 先驗的(a priori)으로 생각한다면 制定法律이 將來에 있어서의 實證 法源을 限定하고 또 그 自身の 權威를 定하면서 그 適用을 命하는 것은 不可能하다. 특히 慣習法에 關해서 그 適用條件과 그 效力을 制限할 수는 없다고 해야 할 것이다. 왜냐하면 制定法律이 그와 同格이고 또 그와 Rival이 되며 따라서 制定法律의 그 規定 自體도 反對할 수 있는 他法源과의 關係에 있어서 멋대로 自身の 權威를 規定 한다고 하는 것은 認定할 수 없는 일이기 때문이다.<sup>(90)</sup> 이 問題는 純粹 方法上의 問題로서 制定法律보다도 上位的인 原則에 依해서 解決되어야 할 것이다. 그러나 오늘날 우리가 處하고 있는 高度로 發達한 法律文化와 法治國家下에서 他法律에 比較해서 制定法律이 事實上 우월적 地位를 갖고 있다는 事實과 또 그 制定法律에 그의 모든 目的을 實現할 方法을 保障해 줄 必要가 있다는 點 등을 고려한다면 純粹 理論的이고 先驗的인 原則이 끝까지 관철 될 수는 없을 것이다. 즉 理想的인 面에서는 우리는 慣習法은 制定法律과는 獨立된 法源으로서 法律과 同等한 法源이라고 할 수 있겠으나 實際 事實上에 있어서는 그와 같은 同等은 存在하지 않는다. 法律文化와 政治組織의 發達 段階에 따라서 그 어느 하나가 事實上 보다 上位的인 地位에 있는 것이다.

옛날에는 慣習法이 制定法律보다 上位的인 地位를 차지 했었으나, 오늘날과 같이 政治的으로 組織된 法治國家 社會에 있어서는 制定法律이 慣習法에 上位的인 地位를 차지하고 있다는 事實은 아무도 否認하지 못할 것이다. 그리고 또 制定法律이 가끔 그 自身の 權威를 規定함으로써 그 性質上 要求되는 보다 많은 目的과 效果의 達成을 期할 수가 있을 것이다.<sup>(91)</sup>

(89) 慣習法의 補充的 效力을 認定하는 者: 郭潤直: 民法總則, 博英社, pp. 25—26. 李英燮: 新民法總則講義, 博英社, p. 71. 현승중: 民法(上) p. 22. 金基善: 韓國民法總則, 法文社 p. 20. 改廢의 效力을 認定하는 者: 金曾漢, 民法總則, 眞一社, p. 50—52. 金容漢: 民法總則論, 博英社, pp. 35—36, 方順元: 民法總則, 韓一文化社, pp. 9—10, 崔鍾吉: 慣習法의 法源性, 法政 1969. 新春號 p. 42.

(90) Gény: op. cit. p. 231; Del Vecchio: op. cit. p. 314.

(91) Gény: op. cit. p. 232; Del Vecchio: op. cit. pp. 315—316.

이와같은 事實的인 面과 制定法律의 性質을 考慮해 볼 때 우리는 制定法律이 他法源의 存在 自體를 全的으로 否認할 수는 없겠으나, 性質上으로 要求되는 그 自身の 權限과 地位를 強化하기 위해서 他法源의 效力을 制限할 수는 있다고 해야 할 것이다. 따라서 社會生活에 있어서 一面으로는 法的安定性이 要求되고 또 他面으로는 制定法の 老衰와 欠缺을 피할 수 없다고 하는 社會的 必要性에서 그 法源性이 認定되는 慣習法과의 關係에 있어서 制定法律이 慣習法の 形成과 그 效力을 全的으로 否認하는 것은 不可能하지만, 自身の 地位와 權限을 強化하기 위해서는 慣習法の 效力을 制限할 수는 있다고 봐야할 것이다. 즉 制定法律의 欠缺의 경우에 이를 補充하고(praeter legem) 또 그 不明確한 것을 明確하게 補助해 주는(intra legem) 慣習法과 또 任意法規的인 制定法律에 相異한 慣習法에 對해서는 制定法律이 위에서 본 自身の 權限과 地位를 強化할 必要가 없기 때문에 그 效力을 制限한다는 것이 不可能하나, 強行法規的인 制定法律에 反하는 慣習法の 效力을 制限하거나 否認할 수는 있을 것이다.

以上の 考察로부터 우리 民法 第1條는 그 立法 妥當性이 있는 規定으로서 法適用機關이나 解釋者들은 이 規定에 따라야 하는, 즉 強制力이 있는 規定이라고 解釋해야 할 것이다. 그러나 우리나라 대부분의 學者들은 이點을 區別하고 있지 않지만<sup>(92)</sup> 民法 第1條에서 말하는 法律은 當然히 強行法規的인 法律을 意味하는 것이지 任意法規的인 法律을 意味하는 것은 아니다. 왜냐하면 위에서 考察한 바와 같이 任意法規的인 制定法律은 自身の 地位와 權限을 強化維持할 必要가 없다. 그리고 또 우리 民法 第1條에서 「民事에 關하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 依하고……」를 다른 말로 「民事에 關하여 法律에 規定이 있으면 그 法律의 規定에 依하고……」라고 表現할 수 있겠는데 私的自治가 認定되는 우리民法에서는 반드시 法律의 規定에 依하여야 하는 것은 強行法規定 뿐이다. 私的自治 즉 當事者의 意思表示에 依하여 任意法規的인 適用은 排斥할 수 있으며 그러한 當事者의 意思表示는 반드시 明示的인 必要가 없고 默示的이라도 상관없다. 그런데 任意法規的인 內容의 事項에 關해서 慣習法이 있고 또 當事者가 그 慣習法을 排斥했다고 볼 수 있는 特別한 事情이 없으면 그 當事者는 慣習法에 따를 默示的인 意思를 가졌다고 推定하는 것이 全的으로 合理的인 것이다.<sup>(93)</sup> 우리 民法 第106條도 바로 이러한 理由에서 事實的인 慣習을 任意法規에 우선시키고 있는 것이라 할 수 있겠다.

이와같이 私的自治를 그 基本理念으로 삼고 있는 法制下에서는 慣習法이 性質上 그리고 또 合理的으로 當然히 制定任意法規에 優先할 수 있는 것이기 때문에 「慣習法的인 法規範은 法律이 慣習法에 依할 것을 命하는 限度에서만 有效하다(Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist)」고 까지 慣習法の 效力을 制限했던 1888年의 獨逸民法 第1草案의 立法理由書에서도 私的自治가 認定되는 範圍에 關한

(92) 그러나, 金曾漢, 民法總則, 眞一社 p. 50 참고 비교.

(93) Gény: op.cit. p. 405.

慣習법은 制定任意法規에 優先할 것이라는 說明을 빠뜨리지 않았던 것이다. <sup>(94)</sup>

(2) 위의 諸 考察에 비추어 우리나라 學者들이 慣習법에 制定法 改廢的 效力을 認定하는 論據와 單純히 補充的 效力만을 認定하는 論據를 檢討해 보기로 한다.

慣習법에 制定法 改廢의 效力을 認定하는 者들이 主張하는 論據들은 다음과 같다. 첫째 民法 第1條에 의하면 成文制定法과 慣習法이 抵觸되는 경우에는 어디까지나 成文制定法에 依하여야 할 것으로 理解할 수 밖에 없지만 成文法이 硬化하여 社會情勢의 進전에 適應할 수 없는 경우에는 社會의 需要에 應하여 自然히 發生하는 慣習法의 成立을 一片의 禁止規定으로 阻止하는 것은 事實上 不可能하다. <sup>(95)</sup> 둘째 民法 第106條의 解釋上 事實인 慣習은 當事者가 特히 그와 다른 意思表示를 하지 않는 限 法律行爲의 內容이 되는 規範으로서 任意法規에 優先하여 適用되어 法律行爲의 解釋에 關한한 任意法規를 改廢하는 效力을 가진다. 그리고 또 私的自治가 認定되는 範圍에서는 事實인 慣習과 慣習法과의 區別 實益은 거의 없기 때문에 결국 民法 第1條은 그 意義의 殆半을 잃게 된다. <sup>(96)</sup> 셋째 慣習法의 效力에 對해서 成文法이 어떤 態度를 取하든간에 이에 拘礙되지 않고 現在의 趨勢가 慣習법에 成文法 改廢力을 認定하고 있는 우리 民法 第1條과 同一한 文言으로 되어 있는 스위스 民法 第1條의 解釋에서도 多數說은 慣習법에 改廢的 效力을 認定하고 있으며, 프랑스 民法이 慣習法의 效力을 전혀 否定하고 있음에도 學者들은 一致해서 慣習法을 重要한 法源으로 認定하고 있다고 한다. <sup>(97)</sup> 넷째 우리 民法 第185條에서 明文으로 慣習법에 대하여 成文法과 對等한 效力을 認定하고 있고 또 實際로도 事實婚關係, 明認方法에 의한 樹木의 集團 및 未分離의 果實 등의 所有權 移轉方法, 動産의 讓渡擔保 등에 關해서 慣習法의 成立을 認定하고 있다. <sup>(98)</sup> 다섯째, 우리나라의 立法實情을 보더라도 아직 各地方의 慣習에 對한 科學的이고 綜合的인 實態調査도 되어 있지 않은 現實에 비추어 事項에 따라서는 成文法에 優先하는 慣習法을 適用하는 것이 實際生活의 安全과 紛爭解決을 위하여 合理的인 경우가 많을 것이다 <sup>(99)</sup> 는 등이다.

優先 첫째의 論據에 對해서 보면, 우리 民法 第1條에 依하면 모든 成文法은 慣習법에 優先하는 것으로 그들은 解釋하는데, 위의 考察에서 指摘한 것처럼 慣習법은 強行法規的인 成文法에 만 열우하는 것이지 任意法規的인 成文法에는 性質上 優先하는 것이다. 그리고 적어도 一定의 目的과 理念下에서 制定된 公序와 良俗에 關련되는 強行法規的인 成文法이 非組織的

(94) motive zu den Entwurfe eines B.G. für das d. R. T. I. p. 8.

(95) 崔鍾吉 : 慣習法의 法源性, 法政 1969 新春號 N° 222. p. 42.

金容漢 : 民法總則論, 博英社. p. 35.

金曾漢 : op. cit. p. 51.

方順元 : 民法總則, 韓一文化社 p. 10.

(96) 崔鍾吉 : ibid; 金容漢 : ibid;

(97) 崔鍾吉 : ibid; 金容漢 : op. cit. p. 36; 金曾漢 : op. cit. p. 53.

(98) 崔鍾吉 : ibid; 金容漢 : ibid; 金曾漢 : op. cit. p. 52.

(99) 崔鍾吉 : ibid; 金容漢 : ibid.



이고 내용이 不明確한 慣習法에 依해서 改廢될 수 있다고 한다면 社會의 公序와 良俗의 維持가 危殆롭게 될 憂慮가 있으며, 또 오늘날과 같은 民主主義的인 立法制度下에 있어서는 政治的, 道德的, 經濟的 事情의 變遷에 대한 公共의 意見이나 法的 感情의 變遷은 그것이 慣習法化 되어지기 前에 보다 쉽게 보다 빨리 立法에 反映되어질 것이다.<sup>(100)</sup> 그리고 만약 社會事情의 진전 變遷에 依해서 制定法律이 예정하고 있던 明示的 혹은 默示的 適用條件이 變遷되거나 廢止된 경우에는 그 法律은 強制力을 상실할 것이다. 왜냐하면 어느 누구도 不可能에로 拘束될 수는 없을 것이기 때문이다. 만약 法律이 諸事情의 變更에 依해서 適用 不可能한 것으로 되었으면 그것이 비록 明示的으로 廢止되지 않았다 할지라도 法律의 欠缺이 생길 것이고 그 欠缺을 補우기 위해서는 補充的인 慣習法(praeter legem)이 形成될 수가 있을 것이다. 그러나 이것은 適用 可能함에도 不拘하고 이를 遵守하지 않음으로써 일어나는 소위 法律의 廢用(desuetudo)과는 嚴格히 區別해야 할 것이다.<sup>(101)</sup>

둘째의 論據는 우리 民法 106條의 解釋에 依해서 民法 第1條의 意義의 殆半을 잃게 된다고 하지만, 위에서 여러번 考察, 언급한 것처럼 우리 民法 第1條에서의 法律은 원래부터 性質上 强行法規的인 法律만을 意味하는 것이다.

세째의 論據에 關해서 보면 우리 民法 第1條의 妥當性에 對해서 충분히 檢討한 바에 依해서 우리 民法 第1條는 法適用機關이나 解釋者에게 強制力 있는 妥當한 立法임을 알 수 있으며, 또 위에서 獨·佛國의 學說에서 본 바와 같이 現代의 法趨勢가 반드시 慣習法에 成文法改廢力을 認定하려는 것도 아니며, 또 우리 民法과 同一한 文言으로 되어 있는 스위스 民法 第1條의 解釋에 있어서도 내가 알기로는 오히려 多數說은 慣習法에 補充的 効力만을 認定하고 있는 것 같다.<sup>(102)</sup> 그리고 프랑스 民法이 慣習法의 効力을 전혀 否定하고 있다고 하지만 그것은 사실과 전혀 差를 앞에서 이미 指摘했었다(佛國의 立法學說 變遷 參考).

넷째와 다섯째의 論據에 대해서 보면 우리 民法 第185條가 明文으로 慣習法에 대해서 成文法과 對等한 効力을 認定함으로써 民法 第1條의 例外를 規定하고 있음은 事實이다. 그것은 物權編에 있어서 特히 地方慣習이 많고 또 民法制定 當時 各 地方의 慣習에 對한 科學的이고 綜合的인 實態調査가 되어 있지 않았기 때문에 바로 185條에서 第1條의 例外를 規定하고 있을 따름이다. 그러나 그것은 物權에 限해서이고 다른 分野에서는 第1條의 例外를 認定하지 않으려고 하는 것이 立法者의 意도일 것이다. 그리고 明認方法에 依한 樹木의 集團이나 未分

(100) Del Vecchio: op. cit. p. 318.

(101) Dabin: op. cit. pp. 38—39; Gény: op. cit. p. 410.

(102) A. Meies-Hayoz: Berner Kommentar, p. 97 et 143. (Damit, dass derogierendes Gewohnheitsrecht sich tatsächlich schon durchgesetzt hat, ist es indessen keineswegs als rechtlich zulässig erwiesen)

H. Reichel: Zu den Einleitungsartikeln Zivilgesetzbuches, Festgabe für R. Stammler, 1926, 326ff;

Zaccaria Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, I, 1960, 170ff.

離의 果實의 所有權 移轉이 慣習法上 認定되고 있는데 이들 樹木의 集團이나 未分離의 果實은 원래 土地의 構成部分이고 따라서 土地所有權에 흡수되는 것인데도 不拘하고 明認方法이라는 慣習法上의 公式方法으로서 그 所有權의 移轉을 認定하는 것은 確實히 우리 民法 第186~8條에 反하는 것이다. 그러나 이는 民法 第185條에서 慣習法에 成文法과 對等의 効力を 認定하고 있기 때문에 그 効력이 認定되는 좋은 例라고 할 수 있겠다.<sup>(103)</sup> 종래 慣習法上 動產의 讓渡擔保制度가 널리 認定되고 있는데, 이것도 우리 物權法上의 規定에 反하는 것처럼 보고 있는 것 같다. 그러나 質權에 관한 우리 民法 第332條와 339條의 規定들은 擔保의 手段으로서 質權을 設定하는 경우에 限하여 適用되는 것이며 質權制度 以外에 動產擔保의 길을 모두 禁止하는 정도의 強한 意味를 가지는 것으로 解釋할 것이 아니기 때문에<sup>(104)</sup>, 이 動產의 讓渡擔保制度는 質權에 관한 우리 民法의 規定에 反하는 것이 아니고 오히려 去來界의 合理的인 需要와 擔保制度에 관한 우리 民法의 결함을 補充해 주는 慣習法上의 制度라고 보아야 할 것이다. 마찬가지로 事實婚 關係에 對해서 어느 程度 法的 保護가 認定된다고 해서 그것이 바로 法律婚主義를 規定한 民法 第812條에 反하는 것이라고 볼 수는 없을 것이다. 왜냐하면 身分行爲의 事實先行의 原則에 의하여 事實上의 婚姻狀態라는 夫婦共同體가 法律婚制度下에서는 自然的으로 생기는 것인데<sup>(105)</sup> 民法이 이와같이 自然的으로 생기는 事實上의 婚姻狀態에 對해서 아무런 法的保護規定을 두고 있지 않기 때문에<sup>(106)</sup>, 즉 制定法의 欠缺이 있기 때문에 그의 補充으로서 一定의 效果를 認定하는 慣習法(*praeter legem*)이 생겼을 따름이고 事實婚에 法律婚과 同一한 效果를 인정하는 것도 아니고 또 그것이 곧 法律婚에 정면으로 反對되거나 法律婚을 改廢하는 것이라고는 볼 수가 없기 때문이다.

以上 우리는 慣習法에 成文法 改廢的 効力を 認定하려는 論據가 그 어느 하나도 決定的인 것이 되지 못함을 알 수 있다. 그리고 慣習法에 成文法補充的 効力만을 認定하려고 하는 學者들은 一律적으로 民法 第1條에서의 法律에는 任意法規的인 法律까지도 包含되는 것으로 보기 때문에 慣習法은 強行法規的인 成文法에 對해서 뿐만아니라 任意法規的인 成文法에 대해서도 補充的인 効力밖에 없다고 한다. 그러나 우리 民法 第1條를 그와 같이 解釋하는 것이 妥當하지 않음은 위에서 充分히 說明되었다고 생각한다.

따라서 종래의 諸 學說은 그 어느 것이나 妥當성이 없음을 알 수 있겠고 위의 諸 考察로부터 우리는 結論적으로 우리民法上 慣習法은 原則적으로 制定法의 欠缺을 補充하거나(*praeter legem*) 그 不明確한 部分을 明確하게 補助해 주는(*intra legem*) 効력과 任意法規的인 制定法

(103) 1973年 2月 6日 立木에 關한法律이 制定되어 있다.

(104) 郭潤直: 民法總則, 博英社, 1973, p. 333; 物權法, 博英社, p. 474; 金晉漢: op. cit. p. 297; 金容漢: op. cit. p. 257 등.

(105) 金疇洙: 註釋親族相續法, 法文社, p. 299, 326.

(106) 家事審判法 第2 I 丙나와 戶籍法 第76條의 2참고.

을 改廢(*consuetudo abrogatoria, desuetudo*)할 수 있는 效力을 갖지만 强行法規的인 制定法을 改廢할 수 있는 效力을 가질 수는 없다고 할 수 있겠다. 그러나 이와같은 우리 民法上의 慣習法의 效力은 어디까지나 原則的인 效力이고 우리 民法 第185條에서는 그 例外를 認定하고 있다. 즉 우리 民法 第185條에서는 「物權은 法律 또는 慣習法에 依하는 外에는 任意로 創設하지 못한다」고 規定하고 있다. 그런데 民法 第185條의 解釋에 있어서 同條는 慣習法에 對하여 成文法에 補充的 效力만을 認定하는 것이라고 보는 說과 成文法과 對等한 效力을 認定한 것이라고 보는 說로 나누어져 있다.<sup>(107)</sup>

民法 第185條가 慣習法에 대하여 成文法에 補充的 效力만을 認定하는 것이라고 보는 郭潤直 教授는 그 理由로 다음과 같이 論述하고 있다.<sup>(108)</sup> 즉 「만일에 慣習法에 대하여 成文法과 對等한 效力을 認定한다면 民法 기타의 法律에 規定이 없는 種類나 內容의 物權이 慣習法上 成立할 수 있음은 물론이며 그밖에 이들 法律에 規定이 있는 物權과 다른 物權도 慣習法上 認定되고 併存하는 것이 되어 當事者는 選擇의 自由를 가지는 것이 될 것이다. 이러한 결과는 物權法의 强行法規性에 明白히 矛盾되어 妥當할 수 없다」고 하면서 그 例로 「土地所有權은 그 土地의 上下에 미친다는 規定(212條)이 있는 以上 地表에만 관한 慣習法上의 所有權이 란 인정될 수 없으며 이를 認定하려면 法律을 制定해야만 한다. 그러나 農村의 水利關係와 같이 法律에 規定이 없는 事項에 관하여서는 慣習法上의 物權을 認定할 수 있을 것이다」고 하고 있다.

郭 教授의 이 論據를 생각컨대 郭 教授가 正確하게 指摘하고 있는 것처럼 慣習法에 成文法과 對等의 效力을 認定한다면 法律에 規定이 있는 物權과 다른 物權도 慣習法으로 認定되고 (만약 慣習法에 依해서 法律에 規定이 있는 物權이 改廢되지 않았다면) 兩者는 併存하는 것이 되어 當事者는 法律에 規定이 있는 物權이나 慣習法上의 物權을 그 選擇에 좇아 創設할 수 있을 것이다. 만약 그렇게 되면 이는 物權法의 强行法規性에 反하는 것이 되는 것도 事實이나, 物權法의 强行法規性은 絶對的인 原則이 아니기 때문에 立法者들은 다른 諸事情의 考慮에 依해서 바로 第185條에서 慣習法에 成文法과 對等한 效力을 認定하는 것으로 因해서 法律에 規定이 있는 物權과 다른 慣習法上의 物權이 併存할 때에만 그 强行法規性을 포기 내지 양보하는 것이라고 볼 수가 있을 것이다.

例컨대 明認方法에 依한 物權變動의 경우를 생각해 보자. 원래 樹木의 集團이나 未分離의 果實은 土地의 構成部分이고 따라서 土地所有權에 흡수되는 것이다. 그런데 明認方法에 의한 物權變動이란 樹木의 集團이나 未分離의 果實을 除外한 土地所有權을 留保하든가 取得하는

(107) 補充的 效力만을 認定하는者: 郭潤直(物權 p. 40. 民法總則 p. 27) 對等的 效力을 認定하는 者들: 金晉漢(物權法(上), 眞一社 p. 27, 29) 金현태(物權法(上) 一潮閣 p. 17) 金容漢(民法總則 p. 36) 崔鍾吉(op. cit. p. 42) 等.

(108) 郭潤直: 物權法, op. cit. p. 40.

것이다. 즉 當事者는 樹木의 集團이나 未分離의 果實을 除外한 土地所有權을 移轉(創設)하  
 가 그를 포함한 所有權을 移轉(創設)하든가 할 수가 있는 것이다. 이러한 결과는 郭 教授도  
 認定하고 있는 바이다.<sup>(109)</sup> 따라서 郭 教授의 論據는 妥當하다고 할 수가 없다. 故로 나는  
 數 學者들이 主張하는 것처럼 民法 制定 當時에 우리나라 固有慣習에 대한 充分한 調査가  
 있었으며, 또 慣習法上의 物權에 대해서 成文法上의 物權과 對等한 效力을 認定한다고 해서  
 物權法定主義의 原則이 弱化되는 것도 아닐뿐만 아니라, 文言上으로도 「法律 또는 慣習法」  
 라고 表現하고 있는 點등으로 보아서 우리 民法 第185條는 慣習法에 強行法規的인 成文法  
 對等의 效力을 認定한 것이라고 본다. 그러므로 民法 第185條는 그런 意味에서 民法 第1條  
 의 例外 規定이라고 해야 할 것이다.

(3) 우리나라의 모든 學者들은 우리 民法 第106條는 法律行爲의 解釋의 基準을 定한 規  
 則이라고 보면서, 第106條에 依하여 「慣習」은 任意規定에 우선하여 法律行爲 解釋의 基準이  
 되어 當事者의 權利·義務 關係를 결정하게 되는데 反해서, 第1條는 強行規定이든 任意規定이  
 든 간에 成文法이 없는 경우에만 慣習法이 法源으로 될 것을 規定하고 있다고 理解하면서,  
 第106條의 事實인 慣習과 第1條의 慣習法과의 關係를 문제시하고 있다.

이에 對하여 衆說의 多數說은<sup>(110)</sup> 第1條의 慣習法은 社會의 法的 確信에 依하여 支持되고  
 法으로서의 價値를 가지게 된 慣習을 意味하고 第106條의 慣習은 社會의 法的 確信에 依하여  
 支持될 程度에 이르지 않은 事實인 慣習을 意味한다고 하면서 區別한다. 그리하여 이 兩者는  
 첫째로 慣習法은 當事者의 意思와는 關係없이 當然히 法으로서의 效力을 갖게 되지만 事實인  
 慣習은 當事者의 意思를 解釋하는 基準이 됨으로서 意思表示의 內容이 되고 따라서 效力을  
 가지게 되며, 둘째로 慣習法은 補充的 效力밖에 갖지 못하기 때문에 法律에 規定(任意規定도  
 포함)이 있는 事項에 關해서는 存在할 수 없으나 事實인 慣習은 法律行爲의 解釋을 通하여 任  
 意法規를 改廢하는 效力을 가지는 點에서 差異가 있다고 한다. 그리하여 多數說은 事實인 慣  
 習은 慣習法의 下位에서는 것이지만 事實上으로는 慣習法 以上の 效力을 가진다고 보고 있다.

이에 대하여 少數說은 事實인 慣習과 慣習法은 性質上 같은 것으로서 私的 自治가 認定되  
 는 範圍에서는 모두가 任意法規에 우선해서 解釋의 基準이 되는 까닭에 그 區別의 實益이 없  
 다고 하고<sup>(111)</sup> 또 慣習法을 強行法規의 性格을 갖는 것과 任意法規의 性格을 갖는 것으로 나  
 누어 前者를 慣習法, 後者를 事實인 慣習으로 해석하기도 하며,<sup>(112)</sup> 또는 第1條에 依하여 制  
 定法律 一般에 대하여 補充的인 法源性이 인정되는데 그치는 「慣習」은 法律行爲의 內容의 確  
 定 내지 補充이라는 論理 操作을 거쳐, 法律行爲 當事者의 權利·義務를 規律하는 側面에 있

(109) 郭潤直 : 物權法, op. cit. p. 142.

(110) 金基善, 韓國民法總則, 法文社 p. 252; 李英燮 : 新民法總則講義, 博英社, p. 282; 方順元 : op. cit. p. 185.

(111) 郭潤直 : 民法總則, op. cit. p. 351. 張庚鶴 : 新民法總則, 三省文化社, p. 365.

(112) 金曾漢 : 民法總則, op. cit. pp. 49—59.

어서는 第106條에 依하여 特例를 만들어 强行法規와 任意法規의 사이에 끼어드는 序列로서의 法源性이 認定된다고 解釋하는 것이 슬직하고도 妥當할 것이라면서, 이러한 意味에서 第106條는 第1條에 對하여 特別法으로서의 性格을 가지는 것으로 理解하여도 不當하지는 않을 것 이라고 한다.<sup>(113)</sup>

그런데 우리 民法 第106條에 關해서 첫째 문제가 되는 것은 第106條는 우리나라의 모든 民法 學者들이 말하는 것처럼 法律行爲의 解釋에 關한 規定인가, 아니면 效果意思의 補充에 關한 規定인가 이다. 이 問題는 우리 民法 第106條와 비슷한 條文을 가진 日本 民法 第92條 즉 「法令中の 公共의 秩序에 關하지 아니한 規定과 相異한 慣習이 있는 경우에 法律行爲의 當事者가 이에 依할 意思를 가졌다고 認定될 때에는 그 慣習에 依한다」의 解釋에 있어서 日本 學者들 間에 심각한 議論이 있다.

아마 우리나라 學者들은 日本의 通說에 따르면서 우리 民法 第106條를 法律行爲의 解釋에 關한 規定이라고 보는 것 같다. 日本民法 第92條가 法律行爲의 解釋에 關한 規定이라고 보는 者들 중 特히 曄道教授는<sup>(114)</sup> 만약 第92條는 當事者가 엄격한 意味로 慣習에 依할 意思를 갖고 있었다고 認定되는 경우에 限해서 慣習이 意思表示의 內容이 되는 것을 定한 規定이라고 한다면 이는 第91條(우리 民法 第105條와 같은 內容의 規定)와 重複되고 無用의 規定이 되는 것이기 때문에, 第92條는 法律行爲 解釋에 關한 原則的 規定이라고 解釋 해야 한다고 하고, 또 我妻榮教授는<sup>(115)</sup> 法律行爲에 使用된 文字는 그場所 또는 그 當事者가 屬하는 階級에 存在하는 慣習 혹은 去來 慣行에 依해서 解釋되어야 한다는 것은 말할 必要도 없다. 그리고 契約에 使用된 文字뿐만 아니라 法律行爲의 意味는 結局 이를 支配하는 慣習에 依해서만 定해져야 되는 것이기 때문이라면서 第92條는 法律行爲의 解釋에 關한 規定이라고 한다.

생각컨데 日本 民法 第92條는 「……當事者가 이에 (慣習) 依한 意思를 가졌다고 認定되는 때에는 그 慣習에 따른다」고 하고 있기 때문에 만약 本條를 效果意思의 補充規定이라고 解釋한다면 曄道教授가 批判하는 것처럼 日本 民法 第92條는 同法 第91條와 重複되고 無用의 規定이 될 수도 있겠지만 우리 民法 第106條는 日本 民法과는 그 表現을 달리하여 「……當事者의 意思가 明確하지 아니한 때에는 그 慣習에 依한다」고 하고 있기 때문에, 曄道教授의 批判은 우리 民法의 第106條의 解釋에는 無關한 것이다. 그리고 我妻教授의 論據에 對해서 우리는 法律行爲의 全內容 등은 다들 認定하는 바와 같이 慣習뿐만 아니라 當事者가 기도한 目的이나 信義誠實의 原則 등에 依해서도 解釋되어야 하는 것이기 때문에, 民法이 法律行爲의 解釋의 標準에 있어서 단지 慣習에 關해서만 規定하고 있다고 보는 것은 이상한 것이라고 말할

(113) 金容漢 : op. cit. p. 272

(114) 曄道文藝 : 日本民法要論, 卷一(大 9) p. 497 以下. 法律行爲의 解釋. 京法 10卷 11號 p. 313 以下.

(115) 我妻榮 : 新訂民法總則(昭 40) p. 251.

수 있겠다. 그러므로 우리 民法 第106條의 解釋에 있어서 日本 學者들의 通說에 따를 理由가 없는 것으로 생각하면서 나는 다음과 같이 보고 싶다. 즉 우리 民法 第106條는 效果意思의 補充에 關한 規定으로서 慣習을 當事者의 效果意思의 內容으로 推定하는 規定이다. 第105條는 私的 自治의 原則을 淸명한 規定인데 第106條는 第105條를 바로 이어받아 私的 自治를 推定에 依하여 더욱 擴大시킨 것이다. 왜냐하면 私的 自治가 認定되는 範圍內에서 當事者의 意思가 明確하지 않은 경우에 그 當事者가 屬해있는 社會나 階級에서 그가 行한 法律行爲에 直接 關聯되는 一般慣習이 있고 또 그에 關한 任意法規도 있다고 假定할 때, 그 當事者는 任意法規보다는 그慣習에 따를 蓋然性이 훨씬 높기 때문에, 그 當事者는 任意法規보다는 慣習에 따랐다고 推定하는 것이, 즉 慣習의 內容이 그 當事者의 明確하지 아니한 效果意思의 內容이라고 推定하는 것이 全的으로 合理的인 것이기 때문이다. 따라서 淡路剛久가<sup>(116)</sup> 日本民法 第92條의 解釋에서 主張하는 것처럼 法律行爲의 解釋에 關한 慣習에 對해서는 法律行爲 解釋의 一般原則에 依하고, 우리 民法 第106條는 當事者의 效果意思의 補充에 關한 規定이라고 해석해야 할 것이다.

그러면 우리 民法 第1條에서 말하는 慣習法과 第106條에서 말하는 事實인 慣習은 어떠한 差異가 있으며, 어떠한 關係가 있는 것인가? 이 點에 對해서 從來의 意見이 區區한 것은 民法 第1條의 解釋上 慣習法에 單純히 成文法의 補充的 效力만을 認定한데서 비롯된 것일 것이다. 위에서 詳論한 것처럼 우리 民法 第1條에서의 法律은 強行法規的인 內容의 法律을 意味하는 것으로서 慣習法은 原則적으로 制定法의 欠缺을 補充하거나 (prater legem) 그 不明한 部分을 明確하게 補助해 주는 (intra legem) 效力과 任意法規的인 制定法을 改廢 (contra legem; consuetudo abrogatoria, desuetudo) 할 수 있는 效力은 갖지만 強行法規的인 制定法을 改廢할 수 있는 效力을 가질 수는 없는 것이다. 그러므로 第1條의 慣習法은 위에서 본 그 成立要件을 完全히 갖춘 慣習法을 意味하는 것이고 第106條의 慣習은 慣習法의 成立要件中 法的 確信 (opinio juris)의 要件을 갖추지 못한 事實上의 慣習으로 보아야 할 것이다. 즉 第106條의 事實上의 慣習은 앞에서 말한 바와 같이 私的 自治의 原則에 依해서 法律行爲의 當事者가 그 慣習에 따랐으리라는 推定에 依하여 效果意思의 內容을 이루고 따라서 裁判規範이 되는데 그 特徵이 있다. 여기에서 「……따랐으리라는 推定……」은 慣習法에서 要求되는 法的 確信 (opinio juris seu necessitatis)의 要件이 缺如됨을 알 수 있겠다.

이와 같이 慣習法과 事實上의 慣習은 法的 確信 (opinio juris seu necessitatis)의 有無에 依해서 差異가 있고 따라서 本來的으로는 慣習法은 法規範으로서 當然히 適用되는 것이지만 事實上의 慣習은 私的 自治를 代개해서 適用되는 것이 原則이다. 그러나 우리 民法은 強한 蓋

(116) 淡路剛久 : 註釋民法(3) p. 103.

然性에 立脚해서 第106條와 같은 推定의 規定을 두고 있기 때문에 私的 自治가 認定되는 範圍에서 實際에 있어서는 立證責任의 問題를 除外하고는 그 區別의 實益이 없다고 하겠다.

## VI. 結 論

以上 우리는 慣習法에 關하여 問題되고 있는 重要點들을 考察하여 보았다. 첫째 慣習法의 拘束力의 基礎에 關해서 多樣하게 나타난 從來의 學說을 檢討한 結果, Roma 法學者들로부터 始作하여 오늘날 法實定主義者들에 이르기 까지 立法者의 默示의 意思나 制定法律 혹은 國家 意思에 慣習法의 拘束力의 基礎가 있다고 하는 所謂 承認說(Gestattungstheorie)이나, 民族 共同體의 法的確信이나 情神에서 慣習法의 拘束力의 基礎를 찾고 있는 歷史法學派의 確信說(Überzeugungstheorie), 그리고 社會의 深力이나 社會連帶性에서 慣習法의 拘束力의 基礎를 찾고져 하는 社會學的 見地에서는 自由法學派들의 理論 등은 그 어느 것도 慣習法의 拘束力의 基礎를 正確하게 說明해 주지 못한다는 것을 알았다. 따라서 우리는 結局 Gény 나 Roubier 가 主張하는 것처럼, 제아무리 完備된 制定法이라 할지라도 그 老衰와 欠缺은 避할 수 없음에도 不拘하고 社會生活에 있어서 法的安定性은 要求되고 있다고 하는 社會의 必要性 속에서 慣習法의 拘束力의 基礎를 찾아야 한다는 것을 보았다.

둘째 慣習法의 成立要件을 考察한 結果 長期的이고 恒久的이며 一般的인 慣行이 存在하여야 하며 그 慣行은 法的確信에 基하여 行해져야 하는 積極的 要件들과, 그리하여 成立된 慣習法일지라도 그것은 政治的 社會的 組織의 基本을 이루는 根本的인 上位的 秩序에 反하는 것이어서는 아니된다는 消極的 要件이 必要함을 보았다. 그러나 慣行을 行하는 者들의 法律 規定에 對한 錯誤는 慣習法의 法的拘束力을 妨害하지 아니한다는 것을 보았다.

셋째 慣習法의 立證과 大法院의 調停問題에 있어서, 이에 對한 學說의 變遷과 外國判例를 考察한 結果 우리는 法院이 慣習法의 存在와 內容을 明確하게 알고 있는 경우에는 그것을 職權으로 適用할 수도 있지만 그렇지 않은 경우에는 이를 援用하는 當事者에게 그 立證을 命할 수도 있다고 보아야 할 것이며, 慣習法의 存在와 內容의 確認은 下級法院에 專屬되는 事項이지만 下級法院이 그 慣習法을 正規적으로 確認했으며 그것을 正確하게 適用했는가의 問題를 確認하는 것은 法律審인 大法院의 權限인 同時에 任務이라는 것을 알았다.

넷째 마지막으로 우리는 慣習法의 效力을 考察하였다. 慣習法의 法的拘束力의 基礎를 社會的 必要性에서 찾고, 따라서 慣習法은 制定法과 獨立되고 同等한 法源이라는 論理를 貫徹한다면 慣習法은 制定法을 補充하고(praeter legem) 補助하는 效力(intra legem) 뿐만 아니라 그를 改廢하는 效力(cousuetndo abrogatoria, desuetudo)까지도 가진다고 해야 겠지만, 우리들이

處하고 있는 國家社會組織속에서의 現實을 直視하면서 制定法律과 慣習法과의 相互價値를 比較檢討함으로써 慣習法の 效力을 定할 수 있다는 것을 본 後, 獨·佛國의 立法과 學說의 變遷을 檢討해 보았다. 그리고 우리 民法上 慣習法の 效力에 있어서 우리는 優先 우리 民法 第1條의 立法妥當性을 檢討한 結果 本條는 充分한 妥當性이 있는 즉 法適用機關과 解釋者를 束할 수 있는 性質의 條文이라는 것을 보았고, 또 거기서 우리 民法 第1條에서 말하는 「法律」이라는 것은 性質上 任意法規가 아니고 強行法規만을 意味한다는 것을 보았다.

그리고 다음 慣習法の 效力에 關한 우리나라 學說들을 檢討한 結果 그 어느 說도 妥當性없음을 밝힌 후, 우리는 結論적으로 우리 民法上 慣習法은 原則적으로 制定法の 欠缺을 補充하거나(praeter legem) 그 不明確한 部分을 明確하게 補助해 주는 效力(intra legem)과 任意法規的인 制定法을 改廢(consuetudo abrogatoria, desuetudo)할 수 있는 效力은 갖지만 強行法規的인 制定法을 改廢할 수 있는 效力은 갖질 수 없다는 것과, 또 우리 民法 第185條에서는 이 原則的 效力에 對한 例外로서 慣習法에 成文法과의 對等의 效力을 認定하고 있다는 것을 보았다.

마지막으로 우리 民法 第1條와 第106條와의 關係에 있어서 第1條의 「慣習法」은 法的確信(opinio juris)까지 갖춘 즉 慣習法の 成立要件을 完全히 갖춘 慣習法인데 反해서 第106條의 慣習은 單純한 事實的인 慣習임을 알게 되었고, 또 慣習法の 效力을 위와 같이 理解하는 限 第1條와 第106條와의 사이에 아무런 矛盾도 생기지 않음을 보았다.



# Une étude du droit coutumier

—Spécialement en vue d'interprétation du Code civil coréen—

**Kim, Uk-kon**

## Résumé

Si le problème du droit coutumier est un des fondamentaux, surtout en droit privé, notre littérature juridique en est d'une indigence à peu près absolue malgré les désaccords des auteurs sur beaucoup de points. Cette étude est faite en vue de trouver quelques lignes directrices de l'interprétation de notre Code civil coréen, en ce qui concerne la coutume juridique. Pour cela, nous avons étudié les questions suivantes; le fondement rationnel de la force obligatoire du droit coutumier, les conditions d'un droit coutumier obligatoire, les questions se posant en application du droit coutumier et les effets du droit coutumier.

Quant au fondement de la force obligatoire du droit coutumier, après avoir examiné, avec quelques considérations critiques, la *Gestattungstheorie* des romains, de l'école d'exégèse et des positivistes modernes, l'*Überzeugungstheorie* de l'école historique allemande et la théorie de l'école sociologique du droit libre, pouvons nous conclure, en partageant les opinions de MM. Gény et Roubier, que le droit coutumier tire toute sa valeur ou puissance de la nécessité sociale que tous les rapports juridiques doivent être réglementés nonobstant les vieillissements et les lacunes inévitables du droit écrit.

Comme conditions du droit coutumier obligatoire, nous avons vu que l'usage doit être assez constant, général et longement suivi, qu'il doit être suivi avec l'*opinio juris seu necessitatis* et qu'il ne doit pas être contredisant aux principes d'ordre supérieur qui constituent notre organisation sociale et politique, dans ce qu'elle a d'essentiel.

Concernant les questions qui se posent en application du droit coutumier, nous proposons, en faisant entrer les éléments matériels du droit coutumier en considérations, que le juge, qui n'a pas, de lui-même, une connaissance suffisante de la coutume, peut en requérir la preuve, de la partie qui l'invoque à son profit, et que la cour de cassation peut vérifier si le juge du fond a régulièrement constaté et appliqué la coutume juridique, bien que le juge du fond constate souverainement l'existence et le contenu de la coutume juridique.

La question des effets du droit coutumier, nous l'avons vue, doit être résolue en mesurant de très près la valeur respective de la loi et de la coutume juridique dans l'ensemble de l'organ-

ation sociale et politique, en face de la quelle on se place. Après avoir ainsi examiné le bien-fondé d'une disposition légale qui refuse la force obligatoire à la coutume juridique qui se heurterait à une loi formelle et tendrait à la supplanter, pour assurer la suprématie de fait dans l'état actuel de notre organisation sociale et politique, nous sommes arrivés à la conclusion que, en principe, le droit coutumier peut, par l'interprétation de l'article I<sup>er</sup> de notre Code civil qui nous lie, combler les lacunes de la loi écrite (*praeter legem*) et supplanter ou abroger, de nature, les dispositions légales supplétives (*contra legem*), mais pas les dispositions légales impératives. Cependant il y a une exception, donnée par le législateur à l'article 185 du même code, au principe de l'article I<sup>er</sup> de notre Code civil que la coutume juridique peut même abroger ou supplanter les dispositions légales impératives concernant celles du droit des biens.