



韩国民法

宋炳庸 朴兴镇 金河禄 著



吉林人民出版社
JILINRENMINCHUBANSHE



韩国民法

（第二版）

法律出版社

韩 国 民 法

宋炳庸 朴兴镇 金河禄 著

吉林人民出版社

韩国民法

著 者:宋炳庸 朴兴镇 金河禄

责任编辑:贾淑文 崔玉金 封面设计:李如雪

吉林人民出版社出版 发行

(中国·长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:北京市朝教印刷厂

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:12.25 字 数:330 千字

标准书号:ISBN 7-206-02690-7/D·929

版 次:2005 年 7 月第 2 版 印 次:2005 年 7 月第 1 次印刷

印 数:1 000 册 定 价:30.60 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

内容简介

本著以当代韩国民法学权威、汉城大学校法科大学郭润直教授(现为名誉教授)的《民法概说》(1994年版)和延世大学校法科大学教授金畴洙博士的《民法概论》(2000年版)为蓝本,较为详细地介绍和评述了韩国民法学的基本内容、争论焦点、原理、法律根据及其对社会经济发展的作用等。

本书主要内容为:序论、第一编总则、第二编物权法、第三编债权法共四大部分。适合于民事立法工作者、民事政策研究人员、司法人员、民法教学人员、法学研究生与本科生,以及广大民法爱好者作为参考资料而阅读。

前言

本著是以当代韩国民法学权威、汉城大学校法科大学郭润直教授(现为名誉教授)的《民法概说》(博英社 1994 年版)和延世大学校法科大学教授金畴洙博士的《民法概论》(三英社 2000 年版)为蓝本,参考大量的韩国民法书和民事法规,分析、评述、介绍韩国民法的评介性书籍。谨以此书献给正在为草拟我国民法典而渴望寻找各国先进的民事立法理论资料(尤其与我国国情有相似之处又发展突出的国家的资料)的广大立法工作者和民事政策研究人员、司法人员、民法教学人员、法学研究生与本科生,以及广大的民法爱好者。

众所周知,东方最先进的国家当然是日本,但其国情与我国大不相同。政治上不像我国饱受外国殖民统治的压迫与苦难;经济和法制上也比我国早一个世纪进入世界新兴工业国及先进法制国行列。而韩国历史则与我国有非常相似之处。政治上也饱受外国殖民统治的压迫与苦难,且与我国几乎同一时期(1948 年)成为独立国家;经济基础与法制基础上也同我国一样是个落后的人口密集型农业国和新建立法制的国家。甚至连战争都同一天结束,是与我国同时进入和平建设时期的国家。不同点在于,其在经济上比我国改革开放和建立市场经济制度早 20 年而实现全国范围内的小康,且 21 世纪初即将跨入世界先进工业国行列。法制上,尤其在民事法制上,采取移植日本民法的手段,在迅速制定和实施本国民法典的同时,还在实践中不断补充其附属法。以建设为中心的指导思想不仅仅反映在法制建设之中,还反映在教法与执法上,大学民法课比刑法多一倍,且贯穿于大学的整个 4 年。司法人员大部分由接受过高等法学教育的人组成。无论民事立法还是执法上,都能起到促进经济腾飞的有力法制保障作用。

由 1118 条本则和 28 条附则构成的韩国民法典,由于和日本一样汲取了世界上最先进的德国、瑞士及法国民法的精华,其先进性可想而知。且实践证明其能促进经济腾飞而具有实用性与先进性,我们认真分析研究和介绍韩国民法的丰富内容、原理及其与经济联系的有机联系,必将会为我国新民法的制定提供借鉴之资。这也正是笔者著书的主要目的及现实意义所在。

本著为了加强韩国民法学及其法规之间的联系,当叙述每一原理时,尽力举出了其民法典等法条根据。但为精炼篇幅,力争在从简上下了功夫。如把(韩国民法典第 203 条)简写成(民 203),(韩国不动产登记法第 3 条)简写成(不登法 3)等。敬请读者留意。

由于时间仓促,加之笔者水平所限,错误及疏漏在所难免。恳请广大读者及同行批评指正。

作者 于延吉

目 录

序 论

第一章 民法的意义	(1)
一、民法为法秩序之一部	(1)
二、民法为私法	(1)
三、民法为一般私法	(3)
四、民法为实体法	(3)
五、实质民法与形式民法	(4)
第二章 民法的渊源	(5)
一、总论	(5)
二、成文民法	(5)
三、习惯民法	(7)
四、判例民法	(7)
五、条理	(8)
第三章 民法的基本原理	(9)
一、近代民法的基本原理	(9)
二、个人主义基本原理的修正	(10)
三、韩国民法的基本原理	(10)
第四章 民法的解释与适用	(12)
一、民法的解释	(12)
二、民法的适用	(13)
三、民法的适用范围	(13)
第五章 民法上的权利(私权)	(14)
一、私权的意义	(14)
二、私权的种类	(15)
三、私权的行使	(16)
四、私权的保护	(17)

第一编 总 则

第一章 权利主体	(21)
第一节 自然人	(21)
一、权利能力	(21)
二、不在人的财产管理	(22)
三、失踪宣告	(22)

四、住所	(23)
五、行为能力与无能力者	(23)
第二节 法 人	(26)
一、法人概述	(26)
二、法人的设立	(28)
三、法人的能力	(29)
四、法人的机关	(30)
五、法人的组织变更	(31)
六、法人的解散及清算	(32)
七、法人的公示与监督	(33)
第二章 权利客体	(34)
一、权利客体的意义	(34)
二、物的意义	(34)
三、物的种类	(34)
四、物的学理分类	(35)
第三章 权利的变动	(37)
第一节 总 说	(37)
一、权利的变动	(37)
二、权利变动的原因	(37)
第二节 法律行为	(38)
一、法律行为与意思表示	(38)
二、法律行为的标的	(40)
三、意思表示的瑕疵	(42)
四、意思表示的完成时期	(44)
五、法律行为的代理	(45)
六、条件及期限	(48)
七、无效及撤销	(50)
第三节 期 间	(51)
一、期间的意义	(51)
二、期间的计算方法	(51)
第四节 消灭时效	(52)
一、意义	(52)
二、消灭时效的要件	(52)
三、消灭时效的效果	(53)

第二编 物权法

第一章 总 论	(57)
一、物权法的内容	(57)
二、物权的本质	(57)
三、物权的种类	(58)
四、物权的一般效力	(58)
第二章 物权的变动	(60)

第一节 序 论	(60)
一、物权变动的原因和种类	(60)
二、物权变动与公示	(60)
三、物权行为	(61)
第二节 不动产物权的变动	(63)
一、依法律行为的变动	(63)
二、不依法律行为的物权变动	(65)
三、不动产登记	(65)
第三节 动产物权的变动	(68)
一、概说	(68)
二、从权利者的取得	(68)
三、从无权利者的取得(善意取得)	(69)
第四节 依明认方法的物权变动	(70)
一、概说	(70)
二、依明认方法的物权变动	(70)
第五节 物权的消灭	(70)
一、概观	(70)
二、混同	(70)
第三章 占有权	(72)
一、占有权概说	(72)
二、占有的意义及形态	(72)
三、占有权的得失	(73)
四、占有权的效力	(74)
五、准占有	(76)
第四章 所有权	(77)
一、所有权概念	(77)
二、所有权的内容及限制	(77)
三、所有权的取得	(80)
四、所有权的效力	(82)
五、共同所有	(82)
第五章 用益物权	(85)
一、概说	(85)
二、地上权	(85)
三、地役权	(87)
四、传贯权	(88)
第六章 担保物权	(90)
一、序说	(90)
二、留置权	(92)
三、质权	(94)
四、抵押权	(97)
五、非典型担保	(101)

第三编 债权法

第一章 总 说	(113)
一、债权法的内容	(113)
二、债权的意义	(114)
三、债权的标的	(114)
第二章 债权的效力	(117)
一、序说	(117)
二、现实履行的强制	(118)
三、债务不履行的损害赔偿请求	(119)
四、债权人迟延(受领迟延)	(122)
五、责任财产的保全	(122)
第三章 债权的消灭	(125)
一、债权的一般消灭原因	(125)
二、清偿	(125)
三、代物清偿	(129)
四、提存	(129)
五、抵销	(130)
六、更改	(131)
七、免除	(131)
八、混同	(131)
第四章 债权让渡与债务引受	(132)
一、债权让渡概说	(132)
二、指名债权的让渡	(132)
三、证券债权的让渡	(134)
四、债务引受	(135)
第五章 债权的人的担保(数人的债权,债务人)	135
一、序说	(137)
二、连带债务	(139)
三、保证债务	(141)
第六章 债权的发生原因	(146)
第一节 契约总论	(146)
一、契约序说	(146)
二、契约的成立	(149)
三、契约的一般效力	(150)
四、契约的解除与终止	(153)
第二节 契约分论	(156)
一、序说	(156)
二、赠与	(156)
三、买卖	(157)
四、交换(互易)	(160)
五、消费借贷	(161)

六、使用借贷	(163)
七、租赁	(163)
八、雇佣	(168)
九、承揽	(170)
十、悬赏广告	(171)
十一、委任	(172)
十二、保管	(173)
十三、合伙	(174)
十四、终身定期金	(176)
十五、和解	(177)
第三节 其他发生原因(无因管理、不当得利、侵权行为)	(177)
一、无因管理	(177)
二、不当得利	(178)
三、侵权行为	(181)
主要参考文献	(185)

第一章 民法的意义

韩国民法中所说的“意义”，即为中国民法中所说的“概念”或“含义”；而中国民法中的“意义”，在韩国民法中一般用“实益”来表示。韩国法对民法的含意，一般用如下五个方面的内容加以阐述。

一、民法为法秩序之一部

韩国民法学认为，人类在社会中过着有秩序的共同生活，而共同生活的秩序总被社会成员应遵守的行为准则所维持。换言之，要过共同生活，其成员须按一定准则而行动，否则无法共同生活。由于人们在共同生活中无法避免利害冲突，必然随之而产生争执。要调解好这种冲突和争执，必须具有社会生活的准则，即行为规范。

这种社会准则，非为因果性自然法则，即所谓“存在法则”，而是根源于自律的、以规制为目的的“当为法则”。当为法则，亦称规范。原始社会末期，道德、习惯、宗教等成为社会规范的中心，并凭其而维持了社会的秩序。嗣后，随着文化的发达，社会形成了权力中心，社会规范主要依靠权力强制，以维持社会秩序。这种确立权力中心的社会，即为国家。而依靠国家权力所被强制的社会规范即为法。

总之，法是人们在社会共同生活中应遵循的当为法则，为社会规范的一种，并具有必要时依靠国家权力强制的特性。可是，所谓的法律并非仅指某一个规范，而是指具有体系性与统一性的一连串的多数规范。这种规范的体系叫做“秩序”或“法秩序”。

民法就是属于这种法秩序中的一部分。因此，要确定作为法秩序一部分的民法的含意，也就等于明确民法在法体系中的地位。在此意义上，韩国民法一般地把民法的概念阐述为：“民法为私法中的一般法”。此即韩国民法通说对民法概念所下的定义。

二、民法为私法

韩国民法学认为，一般在法学上，根据区别标准的不同而把法进行各种不同的分类。其一般把法分为公法和私法两大类。这是一种传统的分类法。民法属于其中的私法范畴。因此，为了明确民法的含意，有必要弄清何为私法，其所规制的社会关系到底是什么的问题。前者为有关公法与私法的区别问题，后者为有关私法的实质性内容问题。

（一）公法与私法的区别

在实定法中，私法主要指的是民法与商法，而宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法等属于公法，这在韩国法中是没有异议的。但在公法与私法之间区别的理论标准问题上，利益说（即保护公益为目的之法为公法，保护私益为目的之法为私法的学说）、性质说（即规制不平等的法律关系之法为公法、规制平等的法律关系之法为私法的学说）、主体说（即规制国家、团体相互之间以及它们与个人之间关系的法为公法，规制个人相互之间关系的法为私法的学说）、生活关系说（即规制作为国民的生活关系之法为公法，规制作为人类的生活关系之法为私法的学说）等许多学说之间的对立，在韩国民法中至今仍未见定论。

（二）难以区别的理由

对于公、私法之间的区别，很多学说相互对立的原因到底何在？归根结底，所谓公、私法之间的区别，本来是无法从法的概念或理念中抽取其先验的东西（那是一种罗马法以来的历史的、沿革的东西），却试图求得普通妥当性的缘故。因此，在公法与私法之间划出个明确的分界线，并非那么容易的事情。

把如此难以区别的东西更加困难化的原因，是社会法的出现。在近代国家里，资本主义经济的发展导致了强者与弱者之间的对立或劳资之间的对立，同时又导致了资本主义经济的各种弊端。为了经济上

保护弱者,限制强者并缓和劳资之间的对立,也是为了纠正资本主义经济的弊端,对于私权,尤其对于所有权与契约的自由予以新的公法性限制。国家的社会政策、劳动政策以及对经济政策等的立法也越来越加强,并积累成为既非公法亦非私法的独立法领域——劳动法、经济法等即是。在此值得注意的是,对从前完全作为私法所支配下的当事者之间的经济关系,国家也进行干涉的事实。换言之,公法性的要素正越来越多地渗入到私法性的法律关系中来。韩国的学者们把这种现象说成“私法的公法化”、“公法与私法的混合”、“依照公法的私法支配”等等。这种社会法已经成为按照过去的公、私法之区别标准无法区分的一种中间性的法的领域。

不仅如此,公法与私法的接近,从其他方面也存在。即宪法不仅最大限度地保障了基本的人权,还确保了国民的勤劳权、生活保护权及其社会保障权、环保权、婚姻保健权等各种权利。并且为了经济的民主化,国家不仅认为可以规制和调整经济,还提出了各种公共福利原则(参见韩国宪法第23条、37条等)。基于这种宪法精神的立法,将私法性法律关系融化于公法与私法之中,那么,公法与私法,必将越来越接近。

如此看来,即使出现否定公法与私法区别的学者或学派,也不值一惊。那么,公法与私法之间的区别是否消失了呢?这就取决于公法与私法的区别到底有何实际意义即实益的问题。

(三) 区别公法、私法的实益

区别公法与私法的实际意义,韩国民法通说认为有如下两点:

第一,从私法原理与公法原理的不同点中可以找到其实益。公法关系为命令、服从的关系,而私法关系为平等、对等的关系。因而,调整公法关系的公法与调整私法关系的私法,各自采取不同的原理与原则。为此,弄清公、私法的各种原理并掌握相互之间的区别,对于确立公、私法之间的立法区别或司法区别上的基准,是非常必要的。

第二,为了区别在现行法上作为不同管辖的行政事件与民事事件的不同标准,也无法否认公、私法之间的区别。在韩国的法制上,行政诉讼将被告所在地的高等法院作为其专属管辖(行诉9)。

在公法与私法的区别问题上,汉城大学名誉教授郭润直先生认为:既然公法与私法之区别有一定的意义,那么,尽管其难以区别,也有加以区别的必要性。既然如此,其区别标准应放在何处?如前所述的各种学说,虽然在某一点上说的都正确,但均不能使人满意。他认为,主要应站在主体说的立场,并吸取各说之长,可将区别的标准放在如下的要点上。即所谓的公法,是作为规制国家公共团体与个人之间及公共团体相互之间关系的法,其原则为调整垂直关系,即上下关系之法。与此相反,私法是规制个人相互之间关系的法,其原则为调整横向关系,即平等、同位关系的法。正因如此,当国家或公共团体以私人资格与个人建立各种关系时,规制它的法,也属于私法。在以此标准确认某一法规到底属于公法还是属于私法的问题上,仍出现困难时,可按被其保护的客体来区别,即被其保护的是全社会利益者为公法,而被其保护的是个人利益第一位者为私法。一般地说,依此标准进行区别为适宜。

(四) 私法的内容

如前所述,私法为规制私人之间社会生活的法。那么,所谓私人之间的社会生活关系,具体指的是什么样的生活关系呢?

个人相互间的生活关系,可分为“保存自己”的关系和“保存种族”的关系两大类。人的生活,不管其为物质的还是精神的,为了能够实现其而有必要支配各种财货。然而,“保存自己”的生活关系,毕竟是为了取得和支配财货的一种关系,学问上把它叫做“经济关系”或“财产关系”。同时,人类又通过男女之间的结合,增殖子孙,形成集团,防止外来敌人与自然的威胁,以图存续和发展自己,此即“保存种族”的本能。学问上把它叫做“宗族关系”或“身分关系”。宗族关系还可细分“亲族关系”和“继承关系”。前者为特定男女结合的一定范围的血缘关系集团,即亲族集团的生活关系;后者为可作亲族集团生存基础的有关财产继承的生活关系。这种财产关系与家族关系,既密切相关,又相互区别。财产关系的当事者,为考虑各自的利害而产生打算上的利己心,并作为追求欲望的手段,而成为一种假装性的结合。与此相反,家族关系,基于保存种族的本能而超越经济上的利害打算,各自带着自然的爱情,是以人格而相互结

合的一种关系。

上述的财产关系与家族关系,就是私法所调整的社会生活关系,即“私法关系”。其中,调整财产关系的私法叫做“财产法”,调整宗族关系的私法叫做“家族法”或“身份法”。因此说,私法包括民法,主要指的是民法中的财产法与家族法。

三、民法为一般私法

(一)一般法与特别法

对人、场所、事项等没有特别的限定、而能一般适用的法,叫做“一般法”;只适用于限定的人、场所或事项的法,叫做“特别法”。区别一般法与特别法的意义在于,特别法优先于一般法而适用,此谓特别法的优先原则。具体地说,对于某一事项,如有特别法,特别法优先于一般法而首先适用,仅在没有特别法的场合,才能适用一般法。

(二)作为一般法的民法

当私法分为一般法与特别法时,民法属于私法中的一般法,即一般私法。并且,民法作为调整平等主体间日常性普通私生活关系之一的原理法,就成为私法核心的重要法。换言之,以民法作为基础,构筑了直接调整特殊而具体性的私法关系的各种特别法,而在整体上,形成了金字塔。这个整体,就是私法的法体系,从而形成私法秩序。

(三)特别私法

作为一般私法的民法,常带有很多特别私法,其大部分为有关财产关系的法,而有关宗族关系的特别私法不多。在特别私法中最为重要的是调整商事关系的“商法”。对于商事,商法就优先于民法而适用。因此,了解何为商法,其与民法有何关系,非常重要。

作为商法调整对象的商事,在法律学上到底意味着什么,很多学者议论纷纷。最近的韩国法学说企图以“企业”作为中心,寻找“商”或“商事”的本质。由此,给商法下定义为:有关商企业的特别私法。而在此所说的企业,是指以营利为目的、并持续进行经营活动的经济生活体。

作为特别私法的商法,同作为一般私法的民法相比较而言,有如下的特点。作为企业主体的“商人”与一般私人不同。具有个人主义色彩的私法,尤其是财产法,常用锐利的利益眼光把追求利己的人作为其前提,这种人的典型即为商人。商人为追求利润而费尽心血,又似乎很合理地行动着。其合理性如今已达到了极点。因此,商人的企业活动即商行为不仅具有营利性,还因合理地技术地追求利润,而又具有反复性和集团性,其结合具有一种丧失个性的定型化性质。企业的这种性质,使企业为中心的生活关系具有特异性,而与此相适应的公司、运输、保险等各种特殊制度,便得到了极大发展。由此也需要能调整它的商法,并使商法作为民法的特别法而发达起来。其结果,商法与其说是为实现当事者具体意思的妥当性,不如说是站在一般的立场上尊重当事者合理的意思而把划一地概括处理事务作为其指导原理。总而言之,在商交往中,以营利为基础的商法原理的合理性与技术性(是相对民法原理而言的特征),使商事关系脱离民法所调整的一般财产关系,而占据着独立的地位。

四、民法为实体法

直接规定权利、义务或法律关系的法,亦即规定权利、义务或规定法律关系的主体、性质、种类、变动(发生、变更、消灭之总称)、效力等法,即为“实体法”;为实现或公示实体法上的权利、义务或法律关系、而规定其手段、方法或程序的法,即为“程序法”。在近代的市民社会里,一般地把实体法或程序法按其体系而分别制定了法典,韩国亦如此。把实定法或现行法分为实体法与程序法的时候,民法则属于实体法。并且,民事诉讼法、家事诉讼法、户籍法、不动产登记法等属于程序法。

当违法地侵犯权利或不履行义务,以及对于法律关系的存在发生争议时,以法治主义为原则的近代各国,通过裁判发挥国家的权力与意志。正因实体法所规定的内容,须依靠法院等公共机关才能实现的法为程序法,民法也终究要通过程序法才能取得其实效。可见,实体法与程序法、民法与民事诉讼法之间

的关系非常密切。

五、实质民法与形式民法

从实质的角度理解民法,其为调整私法关系的原则法,即一般法或普通法,此即实质意义的民法或实质民法。可是,把民法从形式的角度来理解时,命名为民法的成文法典,即韩国于1958年2月22日公布,1960年1月1日起实施的法律第471号,就是形式意义的民法或形式民法。从两者的关系而言,形式民法与实质民法并非完全一致。形式民法虽然是实质意义上的民事法规之集大成者,但并不完全包括有关实质民法的一切法规,且在民法典中还包含着若干公法性的法规。实质民法不仅寓于民法典中,还寓于民法的附属性法令、民事特别法令、公法规定等之中。

另外,关于民法用语的由来,韩国民法作了如下补充。

西欧诸国将民法称为市民法,这是从罗马法(对大陆法的形成和发达有很大影响)中的市民法翻译而来的。原来罗马法上市民法是适用于享有市民权者的一种法律体系,把有关个人及其家族法作为其内容。目前的西欧各国,把法国革命后制定的民法称为民法。这是因为,其不同于中世纪封建社会的那种身份差别,而让作为近代社会构成者的市民,都能平等地享有法权的缘故。韩国所用的民法术语,是日本人把荷兰语中的市民法翻译得来的用语。因此,韩国民法中的“民”字,可以理解为市民。

第二章 民法的渊源

一、总论

(一)“法的渊源”或“法源”虽然具有多种用意,但一般用于法的存在形式或现象形态。因此,所谓民法的法源,指的就是作为一般私法的民法(即实质民法)所存在的形式。换言之,民法在何处、以何种形式被规定的问题。

(二)法源有成文法与不文法。成文法为表示于文字上按照一定形式和程序而制定的法,亦称制定法。不文法如:习惯法、判例法、条例等即是。一个国家的法大部分为成文法时,说明该国所采取的是成文法主义,否则说明不文法主义国家。到底采取什么主义,决定于该国的传统与政策。拿私法来说,英国为采取不文法主义的代表国,而德国、法国等大陆国家采取成文法主义,而拥有民法、商法等大陆法典。韩国也采取成文法主义。值得注意的是,所说的成文法主义还是不文法主义,仅仅在是否把制定法作为第一位法源的问题上有所不同,其实不文法主义国家也制定为不文法所不具备的有关特殊事项的成文法。相反,成文法主义国家对不文法,尤其对习惯法,在有限的范围内也一般承认其作为法源的效力。

(三)韩国虽然采取成文法主义,有作为私法的民法典与商法典,但在一定范围内也承认不文法的法源性。韩国民法第1条规定:“关于民事,如无法律规定,则依习惯法;如无习惯法,则依条理。”现将其分述如下:

1. 民事之用语,使用多种多样。并在每一种场合上的民事之含义不一定完全相同。但作为最基本的用意,是被民法(实质意义的民法)所调整的对象。相对刑事而使用的民事,广指私法关系而包含着商事;相对商事而使用的民事,指的是商事之外的其他私法关系。因此,民事用语,一般相对刑事而使用,但由于民法是私法中的一般法,故在韩国民法第1条中所说的“关于民事”,实际上广指“关于私法关系”。

2. 韩国民法第1条中规定:“……如无法律规定,则依习惯法……”。现行的各种法典,或其并行的法规,之所以称得起法律,是因为它们是按照宪法所规定的程序制定和公布的。但依此原则理解韩国民法第1条中的“法律”,是有一定问题的。形式意义的法律虽为成文法中最基本的东西,但除此之外,还有各种命令、条约、最高法院规则、自治法规等各种成文法。既然如此,如果把韩国民法第1条中的“法律”只理解为成文法中形式意义的法律,就会得出:“关于民事,作为不文法的习惯可优先适用于法律以外的成文法”的结论而势必导致问题。这是因为,在成文法主义之下一切成文法应优先于不文法。显然,韩国民法第1条中的“法律”,应该广指成文法才符合成文法主义。即韩国民法第1条是把成文法作为其最基本的法律表现。并且,本条中的“法律”,应广泛地理解为成文法或制定法。

(四)按照以上的原则来理解,韩国民法第1条中的私法关系,成文法为第一适用法;没有这种成文法时,才能适用作为不文法的习惯法,再无习惯法时才能按照条例进行判决。

二、成文民法

在韩国的成文民法中,作为成文民法法源的法律很多。但其中能成为基干的仍是民法典。现将韩国的民法典分析如下:

(一)韩国民法典的制定

可以说韩国自古为不文法国家。其自古就继受中国法。这是个客观存在的事实。可是,中国法原来就是以公法为中心,不是西方那种私法构架的体系。因此,在韩国虽能见到模仿中国的各种公法典,但见不到民法典。韩国自古的私法,也和中国一样,片断地散落于各种公法之中。所以,有关民事的各种纠纷,原则上依靠习惯兼法律管理的府行政官的裁量而得以解决。

但是,在现行的韩国私法中,却找不到韩国古有法或受中国法影响的明显痕迹。现行的韩国私法业已断绝了与中国法之间的结缘关系。自从20世纪初,通过日本而继受了欧洲大陆的私法学。受36年日本政治支配的韩国,在法律部门也必然受到日本法的支配。自从1910年日本帝国主义将朝鲜半岛殖民化,便强迫韩国实行日本法律。日本政府于1910年8月29日发布了所谓“有关在朝鲜施行法令的事项”的紧急勒令。并宣布朝鲜的法律是以朝鲜总督令(即所谓的制令)的形式制定;当需要把日本的法律施行于韩国时,以勒令的形式指定。于是,在两年之后的1912年3月,日本政府以制令第7号的形式,在朝鲜制定并实施了《朝鲜民事令》。这个朝鲜民事令,就是日政下韩国的有关民事方面的基本法令。根据这一法令,日本的民法典及其各种特别法以及附属法便应用于韩国。也就是说,到了1912年韩国才历史上第一次接触到了近代民法典。但日本民法典并非完全被套用,而有关宗族的法律关系仍沿用了韩国的习惯法。嗣后,经过多次改正民事令,到日政末期,韩国的家族法律关系也大部分依用了日本的亲族法与继承法。

1945年的光复,韩国虽然脱离日政的支配,但代之而树立的是美国军政。3年的军政期间,韩国原来在日政时期遗留的法体系没有什么变化。解放后,虽然要求废止日本法令的呼声越来越强烈,但这一问题不能不等到大韩民国的成立才能得以解决。于是,到1948年大韩民国成立后,政府才开始着手民法典的编纂,把朝野中的法曹人和少数法学教授聘任为民法典编纂委员。以实务者为中心的民法典编纂委员会,正式着手起草民法典的日期为1948年12月15日。中途虽然经历了朝鲜战争,但起草民法典的工作从未被隔断。在1953年7月终于结束了民法典草案的起草工作。该草案,以政府提出法律草案的形式提交给国会审议。又经过相当的修正,于1957年12月12日被国会通过,并于1958年2月22日以法律第471号被公布。被公布的韩国民法典,依其附则第28条,而于1960年1月1日起施行。此乃现行韩国民法典。

观察韩国民法典的内容,不难看出,其基本上还是把现行的日本民法典做为了它的重要参考和基础。可以说,其内容除了一部分亲族继承法之外,大部分内容是根据日本民法学所发现的日本旧民法的缺陷而进行的改正。在改正过程中,把日本旧民法中抄袭法国民法的很多制度予以删除,并采纳了德国民法,以及属于同一系列的瑞士民法中的很多制度和规定。其结果,现行的韩国民法典,就相当接近于德国民法。这就意味着,现行的韩国民法典也和日本民法一样,排斥19世纪个人主义思想,并吸收了20世纪更为新颖的团体主义法思想。但这只限于财产法,在家族法领域吸收新时代思潮上较为消极,且仍不能脱离后进步性。

(二)韩国民法典的修改

韩国民法典,自从其生效以后直到现在,在30多年期间里共修改了7次。但其中的3次为附则的修改,只有4次才是正文的修改。这4次的修改中,3次为家族法的修改,财产法的修改只有1次。经过修改后的家族法虽然得到了很大的改善,但仍存在着不少的问题。至于财产法领域,由于修改的少,需要解决的问题也就更多。

(三)韩国民法典的构成

近代民法典的构成或编别,有罗马式和德国式两种。采取罗马式编别的典型代表为法国民法典,其第1编为人事编,第2编为所有权及其变更,第3编为所有权取得的方式。采取德国式编别的典型代表当然为德国民法典,其分为总则、债权、物权、亲族、继承共5编。韩国民法典所采纳的是德国式编制,只不过物权编与债权编被换位而已。因此说,韩国民法典,是由总则、物权、债权、亲族、继承5编及附则来构成的。其各编的主要内容,可概述如下:

1. 总则编作为贯穿民法全体的通则或原则性规定,体现了德国式编制的一大特征。在此主要规制的是权利主体、作为权利客体的物、法律行为等。可是,由于家族法所具有的特殊性,如果把总则编中的原则规定,毫无例外地适用于家族法,其未免导致不当的后果。尤其是,对于亲族法上的行为,照套适用总则编中的能力、法律行为等,其所导致的不当结果更为严重。所以,当研究韩国民法亲族、继承两编时,特别需要留意。