

## 韓國 民事法學 50年の 成果와 21세기적 課題

徐 敏\*

### I. 韓國 民法學 50년의 성과

#### 1. 범위의 한정

이 학술대회의 원래의 계획에 의하면 토론의 범위가 民事法學分野로 되어 있으나 民事法學 전분야에 관한 토론은 토론자의 능력이나 할애된 시간으로 보아 불가능한 일이므로 토론의 범위를 民法學에 한정하고, 그 중에도 주로 財産法에 비중을 두어 살펴보기로 한다.

#### 2. 民法學의 시작

우리나라에서는 고대부터 私法規範이 존재하였음에는 틀림이 없으나, 이를 체계적으로 연구하거나 교육한 흔적은 발견되지 아니하고, 이러한 상황은 朝鮮말의 근대화과정까지 별 변화가 없었다. 그 후 우리나라가 日本에 강점되어 日本法の 지배를 받은 기간 동안은 우리의 民法學을 논할 수 없다. 그러므로 우리의 民法學은 해방 후부터 비로소 시작되었다고 할 수밖에 없다. 그리고 해방 후 싹이 트기 시작한 民法學은 고유한 전통과 독자적인 토양이 없었기 때문에 우리나라를 수십년간 지배해 온 日本民法의 규범과 이를 토대로 한 日本의 民法學을 밀거름으로 하여 성장할 수밖에 없었다.

이와 같은 독자적 학문의 발전이 거의 없던 해방 직후의 상황에서 시도되고 이루어진 民法의 제정은 학문적 기초의 취약성과 그 내용의 잘잘못을 따지기에 앞서 우리 民法學의 하나의 큰 성과라고 하지 않을 수 없다. 어쨌든 民法典의 편찬은 입법과정에 있어서나 제정 후에 있어서 民法의 학문적 연구에 강력한 촉매제가 되었음은 부인할 수 없을 것이다.

#### 3. 독자적 民法學의 수립

##### (1) 民法 제정 전

해방 후 民法 제정 전까지의 시기에는 사회의 혼란과 외국과의 교류의 단절로 말미암아 民法를 체계적으로 연구하여 韓國의 독자적인 民法學을 성립시킬 만한 바탕이 이루어져 있지 않았다. 이 시기에는 당장에 닥쳐 있는 法學敎育과 國家試驗의 필요에 의하여 日本

---

\* 충남대학교 법과대학 교수

民法教科書의 번역 또는 依用民法을 기초로 하여 정리한 講義案의 발간을 하는 단계에 그쳤다. 그러나 이러한 작업들에 의하여 民法學이 싹트기 위한 토양은 마련되기 시작하였다.

#### (2) 民法 제정 후

1) 60년대에는 民法 시행을 전후하여 매우 많은 講義書가 발간되었다. 이 무렵 대부분의 교과서는 日本의 民法講義書의 틀을 벗어나지 못하였으나, 1961년에 출판된 金曾漢 教授의 物權法은 당시 우리 民法學에 가장 영향이 많았던 日本의 我妻榮 教授의 틀을 벗어나기 시작하였고, 1963년에 출판된 郭潤直 教授의 物權法을 필두로 한 民法教科書(民法總則, 債權總論, 債權各論)는 日本 民法學의 테두리를 벗어나 獨逸의 民法理論을 참조한 독자적인 民法體系를 구축하게 되었다.

2) 70년대에 들어와서는 교과서의 출판은 소강상태에 들어갔으나, 判例의 체계적 정리가 시작되는 한편 民法의 註釋書가 출간되어 民法學의 기초를 단단하게 다져나가기 시작하였다. 그 후 80년대에 들어와 기존의 틀을 벗어나려는 시도가 적극적으로 시도되었고, 80년대 말 및 90년대에 이르러 새로운 체계를 시도한 民法教科書가 주로 總則 및 債權法分野에서 다수 출간되었다. 그러나 이들 著書들은 의욕에 넘친 나머지 다양한 民法理論을 과다하게 담고 있고, 외국의 理論에 치우쳐 서술내용이 복잡하게 된 반면 독자적인 法理論의 정립이 미흡하게 되었고, 학생들에게는 큰 부담이 되는 결과를 가져왔다.

#### 4. 社會의 변화와 民法學의 대응

民法은 19세기말의 社會현상을 규율대상으로 하였던 獨逸民法과 日本民法을 바탕으로 하여 제정되었다. 그러나 우리 社會는 20세기 후반기에 들어서 급속도의 산업화의 진전과 각종의 과학기술의 발전으로 말미암아 큰 변화를 겪었고, 그 결과 과거의 社會를 전제로 한 民法規定만으로는 적절한 해결을 할 수 없는 많은 새로운 거래모습과 法律問題가 발생하였다. 民法學은 이러한 문제에 대처하기 위하여 관심의 방향을 이쪽에도 돌리지 않으면 안된다. 이들 문제영역을 분야별로 예시하면 다음과 같다.

① 契約法分野: Factoring, Leasing, Franchising, 旅行契約, 醫療契約, 國際去來의 발달, 消費者保護

② 不法行爲法分野: 公害問題, 醫療過誤, 製造物責任, 危險責任 내지 無過失責任

③ 家族法分野: 人工授精, 腦死

④ 特別法分野: 知的財産權, 臟器移植

## II. 韓國 民法學의 특수성과 문제점

### 1. 개 설

우리나라의 民法學은 학문을 위한 밑바탕이 취약하며, 학문을 위한 환경도 매우 열악한 상태이다. 그 원인은 대체로 두 가지를 들 수 있는데, 하나는 韓國 民法學의 역사가 짧은 점이고, 다른 하나는 학문의 연구에 대한 지원이 매우 부족한 점이다.

우선 民法學의 역사가 짧기 때문에 독자적인 연구자료와 학문적 축적이 거의 없고, 그 결과 民法의 학문적 연구를 위하여는 거의 전적으로 외국의 자료에 의존하지 않을 수 없게 된다. 이는 지나친 정력의 소비를 필요로 하며, 또한 비능률을 초래하게 된다. 또한 대량으로 쏟아져 나오는 외국의 문헌자료를 체계적으로 정리하여 공급하는 기관도 설치되어 있지 아니하여, 연구자가 문헌탐색을 위하여 소비하는 시간이 매우 많다. 자료의 신속한 공급뿐만 아니라, 연구자의 정력의 낭비를 막기 위하여는 외국의 중요한 자료를 우리말로 번역하여 제공해 주는 기구가 설치될 필요가 있다.

한편 우리나라에서는 다른 人文社會科學分野도 그러하지만 특히 民法分野의 연구에 대한 인적·물적 뒷받침이 매우 부족하다. 깊이있고 지속적인 연구를 위한 재정적 지원이 적은 것은 두말할 나위도 없고, 학문의 발전을 위하여 필수적인 研究者의 수가 절대 부족할 뿐만 아니라, 연구를 위한 支援人力은 거의 배정되어 있지도 아니하다.

이와 같은 열악한 연구환경 속에서 많은 연구업적을 발표하고 우리 民法學이 꾸준히 발전하고 있는 것은 오로지 우리 民法學界의 천재적인 두뇌와 초인적인 노력에 힘입은 것이라고 밖에는 달리 설명할 수 없을 것이다.

### 2. 그 동안의 關心分野와 方法論

(1) 교과서의 저술단계에 머무르던 우리 民法學界는 80년대 중반에 접어들면서 새로운 거래현상에 대응하여 다양한 분야에 관심을 가지기 시작하였다. 특히 화갑기념 등 각종의 紀念論文集이 발간되면서 여기에 수록된 깊이있는 論文의 양이 대폭 증가하였다. 그러나 民法 전체의 체계에 비추어 보면 그 비중은 아직도 미미하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 그 동안의 우리 民法學의 方法論은 한마디로 총평하면 實定法の 형식적 해석론에 치우쳤고, 方法論의 발전은 거의 찾아볼 수 없다고 하겠다. 民法學의 연구는 이제 과거와 같은 개별적 법규정의 自足的인 논리적 해석에 그쳐서는 안되고, 民事法律問題가 안고 있는 다양성으로 말미암아 인접 학문분야와 연계한 종합적 고찰(이른바 interdisciplinary 한 연구)이 필요한데, 우리 民法學은 아직 여기에 미치지 못하고 있다고 보인다.

한편 實務界와 學界의 共助라는 시각에서도 부분적으로 시도되긴 하였지만 미흡하다고

하지 않을 수 없다. 實務界는 學界에서 연구할 소재를 다양하게 공급하여야 하고 學界는 實務界가 근거로 삼아 법률문제를 해결할 수 있는 풍부한 이론적 뒷받침을 해주어야 하는데, 이 점에서 매우 불만스럽다. 사실의 적시와 이유의 실시가 상세하지 못한 判例, 빈약한 判例研究가 이를 잘 입증해 준다. 물론 현실 여건상 어쩔 수 없는 결과라고 변명할 수 있겠지만, 하루속히 시정되어야 할 우리 民法學, 나아가 우리 法學의 취약점이라고 하지 않을 수 없다.

### 3. 問題點

#### (1) 각종의 法律問題에 대한 깊이 있는 研究의 부족

종래 民法의 연구분야를 보면 비교적 일반적인 문제에 집중되어 있고, 세분화된 다양한 문제의 연구는 드물다. 우리나라의 각종의 民事法律問題에 관한 연구결과를 보면 다각적인 분석방법을 동원한 근본적이고 심오한 연구는 많지 않고, 대부분 일반론적인 연구에 그치고 있다. 그 이유는 연구기간이 짧고, 연구를 위한 재정적 투자가 적기 때문이라고 설명할 수 있다.

#### (2) 다양한 外國理論의 연구 부족

우리 民法學에 있어서는 그 동안 주로 日本과 獨逸의 民法理論을 참조하였으며, 이는 학문적 편식현상이라고 할 수 있다. 獨逸의 理論은 하나의 理論일 뿐 民法理論의 전부는 아니며, 獨逸理論에의 편중현상은 자칫 편견에 빠질 염려가 있다. 그러므로 우리는 다양한 외국의 民法理論을 연구자료로 참조한 후 우리의 民法問題에 대한 立法的 및 解釋的 해결을 시도하여야 할 것이다. 이러한 목적을 달성하기 위하여는 지금까지 주로 獨逸쪽으로 유학을 보내던 경향을 지양하고, 앞으로는 후진들에게 프랑스, 영미, 스위스 등과 같은 다양한 나라의 법제를 연구하도록 방향을 제시하고 권고하여야 할 것이다.

#### (3) 研究機構의 부족

우리나라의 각 대학에는 대부분 法學研究所가 설치되어 있다. 그러나 이들 研究所는 일반적으로 체계적인 연구계획을 세워 이를 추진하고 있지 않으며, 각 교수가 작성한 研究論文 등의 발간업무에만 시종하는 일이 많다. 대학의 研究所는 앞으로 專門化·細分化되어야 하며, 현재와 같은 일반 연구소의 형태는 지양되어야 한다. 예컨대 比較私法研究所, 法制史研究所 등과 같은 研究所가 설치·운영되어야 한다.

#### (4) 學會活動

우리나라의 民法 관련 學會는 1950년대 말의 民事法學會에서 출발하여 현재는 여러 가지의 분야별 學會가 활동하고 있다. 財産法學會, 家族法學會, 損害賠償法學會, 不動產法學會, 土地法學會, 原子力法學會 등이 그 예이다. 이와 같은 學會의 분화현상은 매우 바람직한 일이다. 그러나 學會의 활동에 있어서의 일관성 있고 체계적인 연구의 유도가 불충분

한 것은 아쉬운 점이라고 하겠다. 또한 學會는 民法 전분야에 관한 공동토론의 장을 마련하는 일에도 관심을 가져야 할 것이다.

#### (5) 財産法과 家族法의 분리현상

우리나라의 民法學에서는 財産法과 家族法을 분리하여 따로따로 연구하고 있고, 때로는 두 분야는 완전히 이질적인 학문영역으로 오해될 정도로 단절된 연구가 진행되기도 한다. 이는 바람직하지 않은 현상이며, 두 법분야는 서로 연관을 가지고 연구되어야 한다.

### III. 21세기에 있어서 韓國 民法學의 課題와 目標

#### 1. 개 설

먼저 이미 우리의 거래사회에서 이용되고 있으나 民法이 규율하고 있지 아니한 거래유형 및 앞으로 이용될 것으로 예상되는 새로운 거래유형에 관한 法理의 규명 및 法理論의 정립이 필요하다. 한편 국제사회의 변화를 예측하고 이에 대응하기 위한 연구도 필요하다. 또한 정보화사회로 치닫고 있는 21세기에는 법의 세계화가 예상되는데, 새로이 전개되는 WTO체제하에서는 세계의 法律情報에 눈을 돌리지 않으면 안된다.

#### 2. 예상되는 새로운 去來類型에 대한 事前的 研究 필요

거래가 발달하면 새로운 거래유형이 발생하게 되는데, 이러한 발달경향을 경제선진국의 법률생활에서 참조하여 미리 이에 관한 연구를 함으로써 새로이 발생하는 거래에 대한 법적 규율의 공백을 예방할 수 있다. 예컨대 獨逸에서 많이 이용되고 있는 將來價權을 목적으로 한 價權擔保制度(一括讓渡, Globalzession; 연장된 所有權留保, verlängerter Eigentumsvorbehalt 등)는 앞으로 우리나라에서도 이용될 수 있을 것이다.

#### 3. 民事特別法分野에 관심을 가질 필요

현재 우리나라에는 각종의 民事特別法分野에 관한 理論書나 註釋書가 거의 없는 실정이다. 앞으로 民法學界에서는 이 분야에 관심을 기울일 필요가 있다.

#### 4. 國際去來에 대응하기 위한 研究의 필요

##### (1) 比較法學의 연구를 촉진

자체자원이 부족한 우리나라의 경제는 무역에의 의존도가 높으며, 필연적으로 국제거래의 비중이 커지게 된다. 국제거래에서 자국의 이익을 최대한 보장하기 위하여는 거래상대국의 法制度를 정확하게 알지 않으면 안된다. 이를 위하여는 比較法學의 연구에 많은 지원을 하여야 할 것이다.

## (2) 가능한 분야의 國際統一法 제정을 위한 노력에 적극 참여

오래 전부터 국제거래의 원활한 발달을 위하여 去來法과 責任法의 통일을 위한 국제적인 노력이 시작되었으며, 세계 10위권에 가까운 무역국인 우리나라는 이러한 法統一의 노력에 적극 참여하여 국제거래에 있어서 우리의 기업이 불이익을 받지 않고 우리 기업에 유리한 법규정이 포함될 수 있도록 노력을 기울여야 한다.

## 5. 學際的(interdisciplinary) 研究 필요

다른 法分野에 있어서도 그러하지만 현대의 民事法律問題를 올바르게 해결하기 위하여는 단순히 法規定의 형식적 해석만으로는 부족하며, 관련되는 학문분야와의 연계적 연구가 필요하다. 예컨대 經濟學, 社會學, 心理學, 遺傳工學, 生命工學, 環境工學 등과 같은 학문분야의 연구성과는 民法問題 해결에 중요한 자료를 제공해 주는 일이 적지 않다.

## IV. 여론(특히 강조할 점)

### 1. 民法의 基礎理論 연구에 좀더 관심을 가질 필요

지금까지 民法의 기초적인 理論이 이따금 연구되기는 하였으나 매우 불충분한 실정이다. 이러한 基礎理論을 연구함으로써 우리의 法感情에 맞고 우리 사회에 적용하는 데에 흠이 없는 우리 나름대로의 理論定立이 가능하게 될 것이다.

### 2. 私法史의 연구 필요

우리 民法學界에서는 우리의 고유한 法史의 연구가 너무 미미하다. 이 때문에 法과 현실의 괴리현상이 심화되었음은 긴 설명을 필요로 하지 않는다. 하루속히 우리의 전통적인 法을 체계적으로 연구하도록 지원하여 우리의 법률생활의 밑바탕에 깔려 있는 法을 발견하여 일반 국민의 法感情에 맞는 立法과 解釋을 가능하게 해야 한다.

### 3. 學界와 實務界의 共助 필요

法과 法學이 제대로 발전하려면 理論과 實務가 함께 발전하여야 한다. 이를 위하여는 學界와 實務界의 적극적인 共助가 필요한데, 지금까지는 이 점에서는 매우 부족하다고 하지 않을 수 없다. 이를 위하여는 實務에서는 새로이 제기되는 法律問題를 學界에 공급하여야 하며, 學界에서는 實務에 필요한 理論을 끊임없이 제시하여야 한다. 특히 아쉬운 것은 우리의 判例에는 法發見的 判例가 부족하며, 대부분 法의 字句解釋에 그치고 있는 점이다.

#### 4. 民法의 改正을 위한 지속적 연구 필요

우리 民法의 내용은 대부분 19세기 말의 사회현상을 배경으로 한 것이므로 많은 변화를 겪은 현대사회, 나아가 21세기의 사회에는 적절치 아니한 규정이 있을 것이므로 民法이 실효성 있는 법이 되게 하려면 새로운 사회현상을 분석·평가하여 이를 합리적으로 규율 하도록 民法을 改正하지 않으면 안된다. 그 동안 미봉적인 民法改正이 행하여졌고, 최근에 부분적으로 民法改正을 위한 연구가 행하여지고 있지만 흡족한 것은 아니며, 이러한 목적을 달성하기 위하여는 광범하고 지속적인 연구가 필요하다.

#### 5. 去來實態와 民事慣習의 조사 필요

실효성 있는 法的 規律을 하고, 설득력 있는 法解釋을 하기 위하여는 우리 사회에 있어서의 去來의 實態를 조사하고, 거국적인 民事慣習의 조사가 필요하다. 日政 때에 日人들이 자기들의 식민지수탈목적을 위한 慣習調査가 행하여진 일이 있고, 최근에는 분야별로 연구자의 개인적 관심에 따라 좁은 범위에서 慣習調査가 이따금 행하여지고 있으나 이로써는 매우 부족하다.

#### 6. 전국의 土地測量 필요

所有權과 財產權의 가장 중요한 부분을 이루고 있는 토지에 대한 정확한 파악이 절실히 요청되는데, 현재 우리나라의 土地境界는 수십년 전에 日人이 행한 부정확한 측량을 기준으로 하고 있어 土地境界에 관한 紛爭은 끊임없이 일어나고 있으며, 이에 대한 근본적인 해결책은 土地의 境界를 명확하게 확정하는 길밖에 없다.

#### 7. 專門學術誌의 발간 필요

현재는 연 1, 2회 발간되는 각종의 學會誌가 전부이다. 대학에서 발간되는 學術誌는 교류체계가 잘 갖추어져 있지 않아 활용이 어려우며, 때로는 그 학문적 수준이 보장되지 않는다.

#### 8. 法學教育의 내용 변화 필요

기존의 고정적인 전통적 法學教育의 틀을 가지고는 새로운 사회현상에 대처하기 어려우며, 法曹人의 專門分野는 세분화될 필요가 있는데, 이러한 목적을 달성하기 위해서도 새로운 教育體制와 教育內容의 개발이 필요하다.