

金曾漢著

新物權法(上卷) 法文社刊

이 冊에 接하였을 때에 金曾漢教授의 面貌가 躍如하게 는 앞에 더 오르는 것을 느낀다. 내가 아는 金教授는, 學問하는 態度에 있어서 또 남의 學問的業績에 對하는 마음자리에 있어서, 盲目的으로 無批判的인 攝取가 아닌은 말할 必要도 없거니와, 그것을 分析하고 解明하고 徹底的인 理論的檢討를 거친 後에 비로서 攝取할 것을 攝取하고 그러면서 거기에 自己의 獨創性을 加味하여 自己의 것을 만든다는 態度를 堅持하고 있다. 그것은 學問하는 사람이 다 取하는 것이지만 金教授에 限한 것이냐고 反駁을 받을지는 모르겠으나, 그러나 그것은 理論으로 우겨낼 수는 있을지언정 實際로는 그리 容易한 것이 아니고 그런 學者는, 특히 우리나라에서는 많지 않다고도 말할 수 있지 않을까. 그러한 金教授는 恒常 新味를 풍기면서도, 自己의 研究結果를 整理하고 修正을 加해 잔다는 過程을 거쳐서 그의 業績이 累積되고 또 그러한 過程을 리피-트하여 앞으로 前進하고 있다.

이 冊을 읽고나서의 感想은, 위에서 말한 金教授에 對한 評으로서 代置할 수가 있다. 冊全部分에 걸쳐서 그러한 느낌을 준다. 그러기 때문에 冒頭에서 金教授의 面貌

가 躍如한다고 말한 것이다.

좀더具體的으로 몇가지 點을 指摘한다면, 하나의 社會現象으로서의 法律面에서의 現象, 그것도 法律構成(Juristische Konstruktion)을 通하여 論理的으로 操作되는 法技術面에서의 概念的遊戲에 耽溺함이 없이, 그의 根源에로의, 다시 말하면 山法(Bergbaues Recht)의 探索에로의 길을 가라는 努力이 歷然하고, 따라서 거기에 起因하는 金教授의 苦惱도 冊의 全面을 通하여 나타나고 있다. 皮相의 이 아니고 深掘의 態度, 根源의 深所에로의 憧憬이라 할가, 그러한 眞摯한 態度가 군대 군대에서 새나오고 있다. 그러니까 法律的으로 構成된 面과 實社會面과의 對比라는 것도 必然的으로 取扱되게 된다. 또 많은 問題提起를 提供하게도 된다. 나는 金教授의 이러한 態度를 法社會學的態度라고 보고 싶다.

또 編別的인 獨創性이 눈에 띈다. 이것은 金教授의 *studium* 하는 角度가 傳來的의 것이 아니고 獨創的인 데에 起因한다. 이것은 傳統的인 舊體系에만 依存하고 있는 우리들의 習性에 對한 反撥이고 그것을 脫却해 보려는 企圖이다. 그러나 그것은 新體系의 樹立이라는 大膽하고 野心 많은 試圖라고 하지 못할가. 그러나 長久하게 傳來된 傳統을 켜다는 것은 極히 어려운 難工事인 것이다. 一朝一夕에 이루어지지 않을 것은 勿論이지만 成功不可可能한 難事일지도 모른다. 그러나 金教授는 그의 力量을 最高度로 利用하여, 基礎工作을 시작하였고 바둑으로 치자

면 布石配置를 시작한 셈이다. 아직 布石配置는 完了한 것이 아니고, 將次 工事が 더 繼續될 것으로 믿는다. 그리고 金教授의 新體系의 成, 不成은 將來에 맡겨진 宿題라고 하겠다.

그리고 教授의 法史學的 깊은 造詣와 歐洲大陸法 및 로마法の 知識을 驅使한 說明과 詳細한 特許 獨逸學者의 學說의 紹介等은, 이 種類의 書籍에서는 보기 드문 것이고, 學生들 뿐만 아니라 民法學의 教授에게도 有益한 것이 많다.

또 難解한 것에는 實例를 들어서 初學者에게도 理解하기 쉽게 平易한 說明을 하고 있는 것이 特徵이고 教授의 多年間의 經驗의 結果일 것이다. 그럼에도 不拘하고, 이 冊들(物權法上과 出刊된 物權法下)의 보통은, 學生들의 敎材로서 適當하게 要領있게 加減되어 있다.

割當된 紙面이 許容하는 限에서, 이 冊에 따라서 몇 가지 點을 具體적으로 더듬어 보겠다.

普通의 冊에서 物權變動等の 總論的部分의 後에서 取扱되는 所有權·占有權을 이 冊에서는 物權變動部分의 直前에 位置시켜서 總論的部分의 中間에 插入한다는 形式을 取하고 있다. 獨特한 配置方法이다. 아마 金教授는 具體的인 所有權·占有權(物權)의 두개의 基本의 카데고리(이다)의 概念을 學生들에게 把握시킨 然後에 難澁한 物權變動을 理解시키는 것이 보다 더 有效하지 않을까 하는 講義를 하는데 있어서의 便宜라는 것을 考慮한 데서

그렇게 한 것이 아닐까. 그러나 이 點에 關해서는 學問의 體系라는 것이 먼저 考慮되어야 할 것이 아닐까라고도 생각된다.

「第三節 法律의 規定에 依한 物權變動」도 새로운 것이 다. 그리고 普通 所有權의 取得이라는 部에서 取扱되는 取得時效, 先占·拾得·發見, 添附를 여기에 包攝시키고 있다. 「公示方法」이라는 것에 焦點이 마쳐진 이 部分에 「所有權取得」이라는 데에 焦點을 가진 取得時效, 先占·拾得·發見, 添附를 여기에 包含시킨다는 것은 어떨까라고도 생각된다.

第一節 物權法의 性格은 珠玉같은 部分이다. 銳利한 法社會學的 解剖와 獨創性이 橫溢하고 있다.

一一九面의 「所有權의 歷史와 그 社會的作用」에서는, 近代의 所有權의 成立時의 所有權의 私的性質을 沿革的으로 解明分析하고 나아가서 所有權의 「社會性」의 強調에로의 變移를 根底에 과 들어가서 銳利하게 摘發하고 있다. 그러나 金教授 亦是 所有權의 「私的性質」과 「社會性」의 關係와 그의 調和라는 點에서 苦惱를 느끼고 있는 것이 아닐까. 그것은 또 資本主義의 苦惱가 아닐까. 亦是 法律의 으로도 解明하는데 釋然치 않은 點은 多分히 가지고 있는 部分이다.

第一七〇面에서, 金教授의 特許 研究가 깊은지, 共同 所有中の 總有·合有에 關한 主張이 눈에 띈다. 여기에 서는 總有·合有의 實用的意義의 減少論에 對하여 現代

에 있어서도總有·合有概念으로把握하지 않으면 안될 共同所有形態가 不斷히 創造되고 있음을 強調하고 있다. 이것은 一般的인 見解에 對한 金教授의 特色 있는 反對主張이다. 그러나 이것은 民法의 根本原理 따라서 資本制社會 構造에 關聯되는 重大한 問題이고 社會構造의 보다 더 深層的인 分析·解明의 結果에서 論議되어야 될 것이 아닌가 생각된다.

第一八〇面以下에서 合有·總有·共有에 있어서의 特色 있는 理論이 展開되고 있다. 많은 參考될 部分과 示唆을 던지는 것이며 後日에 論議의 對象이 될 問題를 提起하고 있는 部分이라고 할 수 있을 것이다.

第五節 用水權에서는, 相當한 紙面을 消費한 詳細한 解明을 하고 있다. 우리나라의 民法冊에서는 볼 수 없는 程度의, 特히 難解한 部分에 對한, 詳細한 叙述이다.

第四章 物權變動에서는, 特히 重要な 部分임으로 相當히 詳細한 說明을 하고 있다. 例하면 債權行爲와 物權行爲의 說明같은 것도 親切할 程度이고, 또 獨逸, 瑞西의 民法典等の 引用도 많고 金教授의 獨自의인 理論展開가 여기저기 특히 눈에 띈다. 그러나 여기저기 느끼는 것은 一貫的인 理論展開에 部分的이지만 多少 混亂이 있지 않을가 하는 것이다.

二四〇面에서의 物權契約의 說明은 많은 疑問을 주고 있는 部分이고, 또 物權行爲의 獨自性(二四三)에서의 理論展開의 部分에도 그러한 點이 많은 것 같이 생각된다. 또는 「物權行爲의 獨自性을 認定한다고 해서 반드시 無因性까지도 認定해야 된다는 것은 아니다」(二五)라고 하는데 있어서도 所謂 「獨自性」이라는 것을 어떻게 觀念하느냐에 따라서 結論이 달라질 수도 있는 것이 아닐까. 그리고 또 二五三面的 「物權行爲가 有因性을 띠는 경우」(三五)에 「原因行爲의 無效 또는 取消의 原因이 物權行爲에도 共通되는 경우」를 包含시키고 있는데, 所謂 「有因性」이라는 것을 民法學에서의 共通用語로서 使用한다면, 이 경우는 여기에 包含시키지 못할 것이 아닌가 等等 疑問스러운 部分이 많다.

登記에 關해서, 新登記法도 생겼고 疑問되는 點도 많은 部分인데, 詳細한 說明을 하고 있어 우리들에게도 參考될 點이 많은 部分이다.

物權의 期待權(二九三)이라는 獨特한 것을 主張하고 있는데, 이것은 實務·理論의 兩部分에 걸쳐서 重大한 影響을 미친 理論임은 틀림없는 것이지만, 아직 急作스럽게 首肯 못할 點이 있는 것이 아닐까. 今後에 研究課題가 될 重要問題라고 하겠다.

崔 杓

〈筆者—本大學 講師〉