

郭潤直著 民法(上)

一九六一年 一韓圖書出版社刊
四六版 三二五面 一、九〇〇圓

玄 勝 鍾

이 책은民法의總則編과物權編을解說한教科書이다.

著者 郭潤直教授의 말을 序文에서 빌린다면, 다른 學者의 著書를「教材로 使用하자니 역시 不便한點이 많고 또한 不滿스러운 점도 없지 않다」, 著者「自身の 講義案을 가지고 싶다는 것이 本書를 엮게 된 主要한理由」라고 한다. 또, 다른理由는,「民法을 簡潔하게 說明하는 책이 적」음에 反하여,「民法全體의 줄거리를 알아둔다는 것이」民法全體를 詳細하게 理解하는데 가장 좋은 方法이라고 믿기 때문에, 그 需要에 應하기爲하여「本書는 그러한民法의 줄거리를 把握하는데 適當한 크기」로 著述하였다고 한다.「그러나 問題가 될만한 것은 빠짐없이 論하였다고 생각한다」라고 잊지 않고 말해주고 있다.

評者의 所見으로는, 本書에 對한 書評은 著者自身이 謙遜한 表現으로 簡明하게 하여 버렸다고 믿는다. 本書의 全體를 概觀컨대, 民法의 總則과 物權을 簡潔明瞭하게 要約

하여 概說하면서, 어느 部分에 더 詳細하거나 어느 部分에 疎忽함이 없이, 精鍊에 均衡이 取하여져 있으면서도, 該部門에 問題가 되어있는 點은 빠치지 않고 言及하여, 著者의 見解를 鮮明하게 表示하고 있음은 읽는 사람으로 하여금 마음을 시원하게 한다.

具體적으로 評한다면, 書名이「民法」로만 되어있는 것이 유난히 새로운 맛을 보여준다. 依用民法이 廢止되고「우리」民法이 制定된 以來로, 民法에 關한 教科書는, 依用民法과 區別하기爲하여,「新民法이라는 用語를 大概가 쓰고 있다. 그러나,「新民法典이 公布된 것은 三年前的 일이며, 效力을 發生한지 一年을 經過하였다.」日淺함은 再言을 要치 않지만, 그때도 우리 손으로 適用도 해보고, 研究도 해보는 동안에, 이제 는 우리의 것으로서의 親密感이 敦篤해지고 依用民法은 語弊가 있지만 우리의 것이 아니었다는 느낌이 드는 것과 同時에, 먼 過去의 것으로 忘却되어도 좋을 것 같은 人間の 常情에 사로잡힌다. 이제는 오히려「新」字를 看板에서 빼고,「民法」이라고만 부르는 것이 도리어 새로운 感覺을 던져준다.

이와 關聯하여, 本書의 內容에 있어서도, 지금까지의 民法教科書들이 問題提示의인 方向에서 記述된 느낌이 不無하였음에 反하여, 本書는 그 問題에 對한 結論을 附與하면서 차례차례 整理하려는 態度를 엿보여주고 있음은, 民法學界의 發展을 代辯하여주는 것으로 竊작된다.

記述의 構成은、大體로 該方面의 教科書가 取하는 一般的인 方法에 따르고 있다。序論에서 民法自體의 一般의 問題를 다루고、第一編 總則과 第二編 物權法에서 民法典의 順序에 좇아 體系있는 說明을 하고 있다。說明에 있어서 는、簡潔을 標榜하면서도、法制史의 인 考察을 잊지 않았다는 느낌을 가지게 된다、著者가 法制史에서 出發하여 民法를 研究하는 方向으로 進展한데서 오는 必然的인 所致인 것 이며、本書의 長點이라 하겠다。現行法의 現代의이며 平面的인 研究에 置重하는 나머지 歷史性을 度外視하고、歷史的 現實로서의 民法의 立體的研究을 等閑視하기 쉬운 實情에 一의 善은 本보기를 暗示하여주는 것으로 생각된다。

다음에 記述의 順序에 따라、內容上의 問題點을 個別的으로 摘示함으로 本書의 特徵을 살펴보기로 하겠다。

著者는、條理의 法源性을 否認하는 듯하다。즉 「憲法第七七條과 民法第一條의 規定을 根據로 條理의 法源性을 認定하는 者가 있다。그러나 이는 皮相의 인 見解이다。왜냐하면 憲法第七七條을 法官의 物的獨立性을 宣言한 것에 不遑하며、實定法秩序의 完全性을 前提로 하고 있다고 할 수 없고、民法第一條의 規定도 民法秩序의 不完全性을 認定한 데 由來하는 까닭이다。條理를 裁判의 準則으로 認定하는 것은 그것이 法이기 때문이 아니라 어디까지나 制定法主義下에서 法의 欠缺이 不可避한데다가 法官은 裁判을 拒否할 수 없다는 事實에 起源하는 것이다。條理는 法은 아니나

法院에 의하여 適用되는 것이라고 보는 것이 妥當할 것이다(二三面)라고 斷定하고 있다。著者는、本書의 到處에서、概念法學的인 態度를 脫皮하고、現實을 直視하려는 傾向을 보여주고 있는 것으로 理解되는데、條理의 法源性을 否認하려는 理論도 그 一例가 아닐까 생각된다。條理의 法源性의 問題는、窮極的으로는 法哲學에서 解決되어야 할 것이기는 하지만、또、著者의 理論에 充分한 理由가 있기는 하지만、民法第一條를 額面대로 받아들여、條理의 法源性을 認定하는 것이 通說인 듯하다。

胎兒를 이미 出生한 것으로 보는 경우에 있어서의 그 出生까지의 法律關係에 關하여 著者는 이른바 遡及的停止條件說을 取하는 듯하다。遡及的 解除條件說은 胎兒의 利益의 保護에 置重한 見解이며、特히 胎兒로 있는 동안 法律關係를 確定할 수 없는 不合理한 結果가 된다(二七面)고 한다。學說이 잘리는 데부이지만、이왕 胎兒를 出生한 것으로 보는바에는、出生後에 權利를 完全하게 行使시키기 爲하여、胎兒中이라도 制限된 範圍에서 權利義務能力을 認定하는 것이 善을 것이며、또 遡及的停止條件說을 取하여、胎兒로 있는 동안 法律關係를 確定시키다 하더라도、出生에 依한 遡及效는 確定된 法律關係의 變動을 惹起할 것이므로、차라리 遡及的解除條件說을 取함이 좋지 않음과 생각된다。

外國人の 權利義務能力에 關하여、著者는 「內外人平等主

義가 우리의 態度라고 할 수 있겠다」고 하여 學界의 一致된 見解를 取한 다음에, 「立法技術의 으로 볼 때에 이는 適切한 態度라고 할 수 없다. 왜냐 하면 經濟的 또는 軍事的 意味에서 어느 程度 外國人의 能力을 制限하는 것은 不可避하기 때문이다. ……우리 民法의 立法의 不備의 하나라 하겠다(二八面)라고 指摘하고 있으며, 같은 趣旨에서 「民法이 外國法人에 관한 規定을 全然 두지 않은 것이 果然 賢明한 立法이 있는가 疑心된다(七三面)라고 言及하고 있음은 注意할만한 警告라고 하여야 할 것이다.

未成年者의 行爲能力問題에 있어서, 法定代理人의 範圍를 定하여 處分을 許諾한 財産의 處分(民法六條)에 關하여, 著者는 「特定한 使用目的을 定해서 一定한 財産의 處分을 許諾한 때에는 그 目的의 範圍 內에서 處分할 수 있다」라고 解釋하고 있다. 그러나, 舊民法 第五條의 「目的을 定하여 處分을 許한 財産」을 民法 第六條가 「範圍를 定하여…」라고만 規定한 것은, 主觀的인 「使用目的」을 客觀的인 「範圍와 바뀌는 去來의 安全을 더욱 保護하려는 데 그 趣旨가 있다고 보아, 비록 使用目的이 定하여져 있더라도, 그 目的에 拘碍됨이 없이 處分할 수 있다고 解釋하는 것이 옳지 않음이 생각된다.

法人의 本質에 關하여 著者는 實在說 그 中에서도 社會的作用說을 取하고 있는 것으로 看取되지만, 法人의 本質을 論하는 대목(四七一五〇面)에서는 實在說이 妥當함을 明

言할뿐, 實在說 中 어느 說을 取하는나에 關하여는 明確한 態度的 表示가 없고, 오히려 다른 大목에서, 例를 들면 「法人은 特定の 目的에 一定한 社會的作用을 擔當하는 것이므로 그의 社會的價値에는…」(六〇面)하여 社會的作用說을 取함을 認보여준은 初學者에 不便을 줄 念慮가 있을는지 모르겠다. 그러나, 法人法에 關하여, 必要할 때마다, 具體的인 問題에서 本質에 關한 諸說의 立場을 明示하고 있음은 初學者를 爲하여 많은 도움이 될 것이다.

財團法人의 設立에 있어서, 出捐財産의 歸屬時期에 關하여, 著者는 民法 「第四八條의 規定의 適用을 制限하여서 出捐財産이 不動產・動產物權인 때에는 당연히 設立登記時에 法人에 歸屬하는 것으로 보지 않고登記 또는 引渡를 要한다고 解釋하고, 指示債權과 無記名債權이 出捐財産인 경우에는 各各 讓渡의 效力發生要件인 背書交付 또는 證書交付가 있어야 한다고 解釋하여야 할 것이다(五五面)라고 주장한다. 이點 亦是 學說이 갈리는바이나, 第四八條는, 「設立行爲가 法律行爲임은 否認할 事實(五五面)이지만, 그 設立되는 財團法人을 保護하여 주기 爲하여 設置한 規定이라고 보는 것이 妥當하다고 생각되므로, 第四八條는 第一八六條의 例外規定이며, 第一八七條의 「法律의 規定」에 該當되는 것이라고 볼이 妥當하지 않음이 생각되며, 마찬가지로 第四八條는 第一八八條・第五〇八條 및 第五二三條의 例外規定이라고 解釋하는 것이 第四八條의 存在意義

를 살리는 態度인듯 하다.

時效期間과 除斥期間의 判別에 關하여, 著者는 『條文의 文字에 「時效로 因하여」라고 되어 있다고 해서 언제나 時效期間이라고 할 것은 아니라고 본다.』 例를 들면 民法 第一〇二四條二項...에는 「時效로 因하여」라고 되어 있어 이를 時效期間으로 보는 者가 있으나 한편으로는 取消權이 形成權이라는 점을 考慮하여 그것을 除斥期間이라고主張하는 者도 있다. 理論적으로는 後者가 正當하다고 본다.』 (一四五—一四六面)라는 見解를 가지고 있는데, 이點로 擘說이 對立되는 問題로서 速斷을 不許하는바이나, 亦是 條文에서 明確히 謳歌하고 있는 以上, 條文의 文句를 無視한다는 것은 解釋論에 關한 限상가야 할 態度가 아닐가 생각된다.

消滅時效의 效力에 關하여는, 그 동안 學者間에서 活潑한 理論이 展開되어 學說이 區區하였으나, 本書에서는 大概 論爭의 歸着點으로 생각되는 絶對的消滅說을 取하여 「이와 같이 消滅時效의 完成으로 權利는 絶對的으로 消滅(一五二面)한다고 簡明하게 結論하고 있음을 明快한 일이라 하였다.

物權의 效力과 關聯하여 本書에서는, 「物權은 絶對權으로서 相對權인 債權과는 區別되는 것이라고 할 수 있다」라는 前提에서, 物權이 絶對權임은 勿論, 債權도 債務者以外의 第三者가 不法으로 侵害하면 그 第三者는 不法行爲의

責任을 負야 하므로, 物權과 債權을 絶對權과 相對權으로 區別함은 無意味하다는 通說에 反對하여, 「그러나 이는 不當하다. 왜냐 하면 第三者에 의한 債權侵害가 成立하는나 의 問題는 債權者의 債權이 本來 債務者에 대한 請求를 內容으로 하는 權利라는 것과는 直接關係없는 別個의 問題인 까닭이다」(一六九面)라고 主張한다. 著者의 見解는 獨逸의 通說과 一脈相通하는點이 있으나, 여기서 말하는 絶對性을 權利의 「不可侵性」이라는 意味로 把握한다면, 絶對性과 相對性을 가지고 物權과 債權을 區別할 수는 없다고 主張하는 우리나라의 通說을 굳이 不當하다고 固執할 必要는 없지 않을는지 모르겠다.

民法이 物權의 變動에 關하여 形式主義를 採擇한 結果, 그것을 둘러싸고 많은 理論이 交換되고 發表되었지만, 그 中에서도 物權行爲의 獨自性과 無因性의 問題는 斯界學者들의 많은 關心의 對象이 되어왔다. 本書에서는 大體로 通說에 좇아서 物權行爲의 獨自性과 無因性을 認定하고 있다. 그리고, 特別 無因性에 關하여 「登記에 公信力을 주고 있지 않은 民法에 있어서 物權行爲의 獨自性을 認定한다면 去來의 安全을 위하여 物權行爲의 無因性도 認定하는 것이 不得已하다고 하겠으나, 既述한 바와 같이 無因性에 의하여서 去來의 安全을 保護한다는 것을 徹底하지 못하며, 何를 相對的 無因說에 있어서는 더욱 그러하다」(一八二—一八三面)라고 하여 「不得已」 無因性을 認定하는 態度를 보

이고 있다. 시뮬리 物權行爲의 有因性을 認定하여 學說上 論難의 화살이 던져진 일이 있음을 도르느바 아니지만, 民法이 形式主義를 物權變動에 關하여 取하였다고 하여, 만드지 物權行爲의 無因性을 主張하여야 할 것인지, 아직 그 方面에 깊은 研究가 없는 評者로서 무엇이냐 斷을 내릴 수는 없으나, 大體로 無因性을 否認하려는 傾向에 있는 것으로 미루어지는 되지 않은 實務家들의 見解도 많이 參考도 할 必要가 있을 것이다.

物權行爲가 取消된 境遇에 關하여 一部の 論者는 第一八七條가 適用되어 登記없이 當然히 物權變動이 일어난다고 주장하나, 많은 學者들은 이때에도 第一八六條를 適用하여 登記를 하여야만 物權變動의 效力이 發生한다고 說明한다. 理論的으로는 前者의 見解가 正當하다고 할 것이나, 登記의 公信力을 認定하지 않는 우리 法制에 있어서는 政策的으로 後者에 따르는 것이 옳으리라라고 생각된다(一八九面)라고 주장함에 對하여는 結論的으로는 全的으로 贊同하는 바이나 理論的으로도 前者의 見解가 正當하다고 하여야 할 것이기에 關하여는 再論의 餘地가 있을지도 모르겠다. 즉 第一八七條가 適用된다는 見解는, 第一四一條를 第一八七條의 「法律의 規定」에 該當되는 것으로 解釋하지만 第一八七條의 「法律의 規定」은 그 意味를 制限하여, 第一四一條와 같은 一般規定을 包含하는 것이 아니라, 第一八七條에 具體的으로 直接 抵觸되는 內容을 가진 特別規定(例컨대 第

四八條 附屬)을 意味하는데 그치는 것이라고 解釋하는 것이 妥當하지 않을가 느껴진다. 私見으로는 第一八七條는 第一四一條와의 關係에서는 前者가 特別規定이요, 後者는 一般規定이라고 보고 싶은 생각이 든다. 그러나 이러한 私見은 民法總則의 規定이 物權法에 適用된다는 大原則을 無視하는 理論이 아닌은 明察하여 주시기 바란다. 또, 이와 關聯하여, 物權行爲가 無效인 境遇에는 登記의 必要없이 物權이 復歸한다는 見解(一九〇面)에 對하여는 評者로서는 異論이 없는 바이다. 다만, 그 境遇에는 第一八七條를 適用하여서가 아니라, 第一八六條에 依한 法律行爲 自體가 처음부터 成立되지 않은데서 오는 結果이다. 또 著者가 第一八六條의 法律行爲에는 物權行爲의 取消도 包含된다고 解釋함은 正當한 見解라고 본다.

登記請求權이 發生하는 原因과 그 性質에 關한 問題는 民法中에서 가장 어려운 것의 하나이지만, 이 問題에 對하여 特히 깊은 研究를 한 것으로 알려져 있는 著者는, 境遇를 나누어서, 法律行爲로 因한 物權變動의 境遇에는 「登記請求權」은 原因行爲인 債權行爲로부터 생긴다, 「따라서 登記請求權의 性質도 債權의 請求權이라(一九二面)고 하고, 「原因行爲가 先行함이 없이 物權行爲만이 행하여지는 경우」에는 「登記請求權」을 있을 수 없다고 생각하고, 다만 「當事者가 登記移轉義務를 約定하면 그에 基하여 債權的 登記請求權이 發生할 수 있을 뿐이다」고 한다(一九三面). 또 法

律의 規定으로 因한 物權變動의 境遇에는 「登記請求權은 物權의 效力으로서 생기는 것이며, 따라서 그 性質은 一種의 物權의 請求權이라고 할 수 있다」(一九三面)는 것이다. 다음에, 取得時效의 境遇에는, 取得時效의 「效果로서 所有權을 取得하는 것이 아니라 登記請求權을 取得하게 되고 이에 의하여 登記함으로써 그 所有權을 取得한다」(一九四面)고 理論을 展開한다. 再考의 餘地를 남기는 傾聽할만한 高見이라 하겠다.

그밖에, 「傳貰權의 存續期間은 十年을 넘지 못하는데다가 取得時效에 의한 所有權의 取得은 占有를 開始한 때에 遡及하며 效力을 發生하는 까닭에 傳貰權은 時效取得되지 못한다」(二四三面)라고 보고 있으며, 또 二六七—二六八面에서도 同一趣旨의 記述을 되풀이 하고 있는데, 이 點에 關하여도 異說이 있음을 念頭에 두어야 할 것이다.

以上에서 郭教授의 「民法(上)」에 對한 極히 皮相的인 私見을 部分的으로 披歷하였으며, 具體的이며 個別的인 問題에 關하여 重要한 대목만을 추려 拙見을 부쳐 보았으나, 그것은 著者의 見解에 對한 學說上의 異見을 말하여 보았을 뿐, 著者의 立場에 誤謬가 있다는 것은 決코 아니니, 이 點 諒察이 있기를 바란다. 무릇 學問에는 意見의 差異가 없지 않을 수 있는 것이며, 또 바로 그 差異야말로 學問을 發達시키는 原動力이 되는 것이다.

評 書

要컨대, 어떻게 이렇게 簡單한 敎科書에 모든 問題를 要

領있게 그려면서도 또 平易하게 細大를 빠치지 않고 體系化할 수 있을까 하는 率直한 感嘆을 느꼈음을 告白하며, 아울러 拙評이 郭教授의 勞作에 對한 認識不足에서 오는 誤解가 많았을 것으로 미루어, 或是 郭教授에 對한 禮에 缺한 點이 있다면 寬恕 있으시기를 바라 마지 않는다.

끝으로, 郭教授의 能熟한 솜씨로 하루 速히 本書의 中卷과 下卷이 世上에 나올 것을 즐거움을 가지고 期待하는 바이다. (一九六二·一·四)

(筆者 高大法大教授)