

## <書 評>

# 주석 한국판례집

## 민 사 법 I

1945—1950

1. 이 冊은 서울大學校 附設 韓國法學研究所에서 發行한 것으로서 發行日字는 1965年 12月 30日이요, 그에 收錄된 判例는 1945年부터 1950年까지의 大法院의 民事關係判例 全部다.

1945年부터 1950年까지 사이라면 8. 15直後부터 1. 4後退 直前까지이므로 美軍政時代와 우리나라 政府樹立의 初創期이며 時期的으로 보아서 그 當時 大法院의 判例들이 只今에 이르러 貴重한 研究資料가 되지 않을 수 없고 또 只今에 이르러 그 當時의 判例를 찾아보기도 또한 難하다는 點으로 보아서 이 冊이 亦是 貴重한 文獻이 아닐 수 없을 것이다.

그리고 이 冊에 적혀진 바에 依하면 그 編輯委員은 高秉國, 郭潤直, 金箕斗, 金曾漢, 金辰, 朴成大, 方順元, 徐燉珪, 劉基天, 李時潤, 李英燮, 李恒寧, 鄭榮錫, 鄭暢雲, 朱宰璜, 崔鍾吉等 諸氏이고, 그 編輯補助委員은 金裕盛, 李壽成等 諸氏이며, 이분들의 勞苦가 높기 評價되지 않을 수 없을 것이다.

2. 이 冊에 적혀진 바에 依하면 위 韓國法學研究所에서는 年次的으로 우리나라의 判例集을 編纂하기로 計劃하고 于先 第1次 事業年度인 1965年度의 事業으로서 이 冊을 刊行하는 것이라고 한다. 아무쪼록 當初의 計劃대로 이 冊의 後版이 每年 繼續 刊行되기를 바라마지 않는다. 그런데 大法院의 民事關係判例集은 이 冊以外에도 類書가 없는 것은 아니다. 이 冊보다 먼저 刊行된 것으로서 大法院行政處 發行的 大法院判決集과 大法院民事判例集, 法政新聞社發行的 大法院判例集, 靑林閣 發行的 判例總覽 등을 들 수 있을 것이다.

그러나 大法院行政處 發行的 위 判決集과 判例集, 法政新聞社 發行的 위 判例集들은 모두 重要한 判例단을 골라서 原本대로 收錄한 까닭에 上告理由와 判決理由를 詳細히 參考할 수는 있다 하더라도 그에 收錄되지 아니한 判例가 또한 許多할 뿐 아니라 宣告年月日順으로 編輯되어 있어서 讀者가 찾고자 하는 判例를 선뜻 찾기 어렵다고 아니할 수 없는 것이다.

그리고 靑林閣 發行的 위 判例總覽은 大法院의 判例 뿐 아니라 日政時 朝鮮高法의 判例도 收錄하고 또 條文順으로 編輯되어 있어서 讀者가 찾고자 하는 判例를 찾기 쉽다 하겠으나 判示事項과 判決要旨를 收錄함에 그친 까닭에 判決의 전모를 參考하기 어렵다 할 것이다.

그런데 이 冊은 비록 1945年부터 1950年까지의 判例단을 收錄하였다고는 하지만 그 期間中

의 大法院의 民事關係判例全部를 收錄하는 同時에 法條順으로 編輯한 것이므로 讀者가 찾고자 하는 判例를 찾기 쉬운 뿐 아니라 後記와 如한 諸特徵이 있으므로 類書의 追從을 不許하는 點이 있다고 아니할 수 없을 것이다.

3. 이 冊은 民法編 商法編 民事訴訟法編 및 特別法編의 4 個編으로 編別하고 特別法編은 다시 軍政法令, 朝鮮農地令, 戶籍法, 臨時農地等管理令, 競賣法 및 人事訴訟法の 分野로 나누어 各編마다 條文順으로 判例를 配置하고 있을 뿐 아니라 그 末尾에는 索引을 揭記하고 있는 것이다. 이 冊의 編輯內容을 살펴 보면 于先 判例內容의 重要度에 따라서 이를 A, B, C의 세 級으로 나누고 各各 그 取扱을 달리 하고 있다. 卽 가장 重要한 것을 A 級으로 하고 平凡한 것을 B 級으로 하고 또 그 意義가 가장 적은 것을 C 級으로 하고 있다. 그리고 A 級에 屬하는 判例에 對하여서는 判示事項, 判決要旨, 判決理由, 事實 또는 上告理由, 參照條文 또는 註釋 등을 揭記하고 있고, B 級에 屬하는 判例에 對하여서는 判示事項, 判決要旨, 判決理由, 參照條文 등을 揭記하고 있고 또 境遇에 따라서는 그 外에 上告理由도 揭記하고 있으나 C 級에 屬하는 判例에 對하여서는 다만 判示事項과 判決要旨만을 揭記함에 그치고 있는 것이다. 例컨대 25 面 以下の 4282 年 3 月 22 日字 判決(無效行爲의 債權의 遡及的 追認), 95 面 以下の 1948 年 8 月 9 日字 判決(同時履行인 定期契約의 解除權發生要件), 120 面 以下の 1948 年 9 月 24 日字 判決(養魚를 爲한 貯水池利用權者의 魚類捕獲行爲와 所有權侵害로 因한 損害賠償), 216 面 以下の 1946 年 10 月 11 日字 判決(自白과 錯誤), 231 面 以下の 4282 年 7 月 19 日字 判決(證據調查決定의 要否), 310 面 以下の 4282 年 4 月 7 日字 判決(競賣不動產의 所有權取得時期) 또 65 面 以下の 1947 年 4 月 29 日字 判決(指名債權讓渡要件), 91 面 以下の 1948 年 4 月 29 日字 判決(解除契約不履行과 原契約의 有效) 등에 있어서는 判示事項, 判決要旨, 判決理由, 上告理由 또는 事實, 參照條文 또는 註釋을 揭記하고 있는데 위와 같은 措置는 위의 判例內容이 A 級에 屬하는 것이라고 認定되기 때문일 것이겠고, 例컨대 一面 以下の 1946 年 12 月 10 日字 判決(既成印刷文字로서 된 甚히 疎略하고 模糊한 契約文書의 解釋), 6 面의 4281 年 11 月 21 日字 判決(外國人의 土地所有權 取得), 7 面 以下の 1945 年 民上 176 號 (宣告年月日未詳) 判決(法人의 目的範圍), 35 面 以下の 4281 年 民上 314 와 315 號 (宣告年月日未詳) 判決(假登記의 效力), 57 面의 1948 年 6 月 10 日字 判決(慰藉料의 數額) 등에 있어서는 判示事項, 判決要旨, 判決理由를 揭記하고 또 境遇에 따라서는 그 外에 參照條文 또는 註釋을 揭記하고 있는데 이러한 措置는 그 內容들이 B 級에 屬하는 것이라고 認定되는 까닭이겠고, 12 面의 1948 年 11 月 25 日字 判決(不公正한 法律行爲에 該當하지 않는다고 인정한 事例), 13 面의 1948 年 9 月 9 日字 判決(虛僞의 意思表示와 善意의 第三者), 24 面 以下の 1947 年 11 月 25 日字 判決(無效行爲의 轉換을 인정한 事例) 등에 있어서는 判示事項, 判決要旨 및 判決理由를 揭記하고 있으며, 위 判例들도 또한 그 內容이 B 級에 屬하는 것으로

로 認定하기 때문일 것이다.

그러나 137 面의 1948 年 3 月 25 日 字 判決(親族會員의 解任事由), 178 面의 1946 年 4 月 29 日 字 判決(期日指定申請에 대한 裁判), 184 面의 1946 年 2 月 19 日 字 判決(採證法則의 意義) 등에 있어서는 判示事項과 判決要旨를 揭記함에 그치고 있으며, 이는 그 內容이 C 級에 屬하는 것으로 認定하기 때문일 것이다.

4. 이 冊의 「凡例」에 依하면 「判決理由」는 判決의 原本대로 移記한 것이라 하고 「判示事項」과 「判決要旨」는 判決의 原本을 土臺로 하여 이를 간추리고 또 平易한 用語로 表示하고자 努力하였다는 것이며 또 處處에 散在하는 「註釋」을 살펴 본다면 當該判例와 關連있는 國內외의 判例 또는 參考文獻을 揭記하고 있고 事案에 따라서는 簡單한 說明을 加하고 있는 것이다. 그리고 이 冊의 末尾에 揭記한 索引을 살펴본다면 A 級에 屬하는 判例와 B 級에 屬하는 判例를 宣告年月日順으로 收錄하고 있는 것이며, 索引을 이와같은 體裁로 編輯한다는 것은 위 「凡例」에서도 밝히고 있듯이 이 冊의 內容自體가 條文順으로 되어 있어서 橫的連關이 되어 있는 셈치고, 索引에 있어서는 宣告年月日順으로 收錄함으로써 縱的連關을 圖謀하고자 함에 있는 듯하다.

5. 이 冊에 收錄된 判例들이 우리나라 法學徒들에게 貴重한 研究資料가 되리라는 것은 疑心없는 일이지만 여기에서 筆者로 하여금 굳이 이 冊의 短點을 指摘하여 보란다면 다음과 같이 答할 수 있으리라고 생각한다. 그러나 그것은 어디까지나 이 冊의 本質的 短點이라 할 수 없고 다만 韓國法學研究所에서 將次 이 冊의 再版을 刊行하거나 後續의 姊妹版을 刊行함에 있어서 或是 參考가 되지 않을까 하여 몇 마디 적어보는데 不過한 것이다.

(1) 于先 事件名을 揭記하지 않고 있다.

이 冊에 있어서는 事件表示에 있어 宣告年月日, 關與法官 및 事件番號를 表示하고 있을 뿐이고 (宣告年月日末詳과 關與法官名末詳이란 表示도 있다) 事件名을 全혀 表示하고 있지 않다. 그러나 事件名은 사람의 이름과 같아서 事件表示로서의 比重이 決코 낮지 않다는 點을 留意하여야 할 것이다.

(2) 關與法官의 職位를 表示하지 않고 있다.

이 冊에 있어서는 關與法官들의 이름을 表示하고 있을 뿐이고 그 職位를 全혀 表示하고 있지 않다. 그러나 筆者가 알기에는 그 當時 大法院의 法官은 本是 大法官이었으나 實際上 大法官과 大法官 代理로써 裁判部(5 人의 合議部)를 構成하는 境遇가 많았고, 이 冊에 적혀 있는 關與法官의 이름을 살펴 보더라도 亦是 大法官과 大法官代理로써 裁判部를 構成한 境遇가 적지 않다. 그리고 大法官 代理는 大法院長이 高等法院 判事中에서 命하는 것이며 實際上 恒久的이 아니라 事件마다 那時 那時 命하던 것으로 알고 있다. 勿論 大法官만으로 裁判部를 構成하는 大法官과 大法官代理로써 裁判部를 構成하는 判決의 效力에 있어서 差異가 있는 바 아니지만 關與法官들의 이름을 밝히는 以上 그 中 어느 분이 大法官이고 어느 분이 大

法官代理라는 點도 밝힘으로써 이 冊으로 하여금 더욱 價値있게 할 수 있지 않았을까 한다.

(3) 參照條文으로서 揭記한 外國法條의 數가 너무 적다.

이 冊에 揭記된 「參照條文」을 살펴본다면 거의 우리나라의 法條 뿐이고 外國의 法條라고는 僅僅 21 面의 「獨民法 290 條」와 26 面의 「獨民法 第 142 條 2 項」程度이다. 그러므로 外國의 法條를 좀더 많이 揭記하였으면 하는 아쉬움이 없지 않다.

(4) 註釋에서 揭記한 外國判例의 數가 너무 적고 또 全히 우리나라 下級法院의 判例를 揭記하고 있지 않다. 이 冊에 揭記한 註釋을 살펴본다면 大法院의 判例(當該判例 宣告後에 宣告된 것)를 비롯하여 日政時 朝鮮高等法院의 判例, 日本大審院의 判例 및 日本下級法院의 判例가 적혀 있다. 이왕 外國의 判例를 揭記하는 바에는 日本의 判例 뿐 아니라 大陸法系 諸外國의 判例와 英美法系諸外國의 判例를 어느 程度 收錄하였으면 하는 아쉬움이 없지 않고 또 그 뿐 아니라 例컨대 223 面의 「日本大正 9 年 6 月 2 日 長野地法 松木支判」, 219 面의 「日本大正 13 年 (7) 193 號 同年 12 月 12 日 東京地裁民 3 判……日本大正 14 年(ホ) 727 號 同年 5 月 24 日 東控民 3 判……」과 如히 日本下級法院의 判例를 表示하는 바에는 그 比重으로 보아서도 우리나라 下級法院의 判例도 더러 表示하였으면 하는 마음 懇切하다(勿論 우리나라에 있어서는 아직 下級法院의 判例集이 刊行되지 않았지만).

(5) 判例를 收錄할 條文選擇에 있어서 正確을 期하고 있지 못하다.

이 冊은 가장 關係깊은 條文下에 判例를 收錄한다는 立場이라 할 것인데 반드시 그러하지 못한 境遇도 없지 아니하다. 卽 例컨대 民訴法 第 563 條(金錢債權의 換價方法)下에 要旨「債權讓渡禁止의 特約은 契約當事者만을 拘束할 수 있고 善意의 第三者인 押留 및 轉付債權者에게 對抗하지 못한다……」의 判例를 收錄하고 있는데, 이 判例는 위 法條보다 오히려 民法 第 449 條 第 2 項 但行(債權의 讓渡性)이 더욱 關係깊다 할 것이다. 그러하다면 위 民訴法의 條文下보다도 차라리 위 民法의 條文下에 이를 收錄함이 可하지 아니할까 하는 바이며, 따라서 이 冊은 判例를 揭記할 條文選擇에 있어서 반드시 正確을 期하였다 하기 難하다 할 것이다.

(6) 關聯있는 條文下에 該判例가 收錄된 곳을 表示하지 않고 있다.

例컨대 民法 第 126 條下에 判示事項「代理店의 契約締結權에 대한 制限」의 判例를 收錄하고 그 參照條文으로서 「商法 第 87 條」를 表示하고 있고 또 民法 第 390 條下에 判示事項「土地의 二重賣渡人의 違約責任」의 判例를 收錄하고 그 「參照條文」으로서 「民法 第 568 條 1 項」을 表示하고 있는 바 그 商法 第 87 條와 民法 第 568 條가 收錄될 個所를 살펴 본다면 全히 위와 같은 判例가 收錄된 곳을 表示한 바 없음은 勿論 위 條文 表示조차 하지 않고 있는 것이며 이 點에 있어서도 또한 아쉬운 바 있다고 아니할 수 없을 것이다.