

〈서 평〉

郭潤直 著 判例教材 物權法

第1 劃期的業績

1973. 2. 15 郭潤直教授 著「判例教材 物權法」(714面)이 法文社에서 發刊되어 韓國民法學界에 커다란 貢獻을 하였다. 郭潤直教授는 民法教材에 關하여도 業績이 크며, 日本에 있어서 定評이 있는 故我妻榮教授의 日本 民法教材를 훨씬 凌駕하는 것으로 認定받고 있다. 이번 그러한 教材外에 判例教材를 出版한 것은 이른바 錦上添花의 成果를 이룬 것으로 생각하며 深히 慶賀하여 마지 않는다.

지금까지 이와 類似한 著書가 없었던 것은 아니다. 가령 實務者들이 엮은 判例集이라든가, 혹은 民法演習같은 編著 내지 著書 등이 있었다. 그러나 이런 類書들은 그 體裁와 內容으로 보아 도저히 이번의 郭潤直教授「判例教材 物權法」에 비길 수 없는 것이다. 그런 意味에서도 本著書는 韓國法學30年을 記念하는 劃期的業績이라 할 것이다.

國語學이라든가 韓國歷史學등은 解放前부터 研究者가 적지 않았으며, 그나름대로 著書・論文이 많아 傳統이 세워져 있었고, 解放후에 研究하는 後進들에게 어느 程度의 遺産을 남겨 준 바가 있었다. 그런데 法學分野에 있어서는 그러한 傳統이나 遺産을 繼承할 만한 것이 거의 없었으며, 解放後에 비로소 處女地를 開拓하는 狀態에 처하였다. 또 實際面에서 본다하더라도 解放후부터 6.25事變 直後까지 約 10年間에는 民事判例中 學習對象이 될 만한 價値가 있다고 인정되는 것이 적 稀少하였다. 그후 20年間에 걸쳐 社會全般의 發展과 더불어 判例도 서서히 增加를 보이게 되고 法學教育機關의 擴充등으로 法學教育 및 研究의 發展이 結果됨에 따라, 本著書와 같은 意義있는 著書의 出版이 可能하게 된 것이다. 모든 存在物은 歷史的・社會的條件의 制約을 받는다. 크게 볼때 本著書와 같은 劃期的業績이 可能하게 된 것은, 오늘의 韓國의 歷史的・社會的條件이 그만큼 成熟하였기 때문이라고 할 것이다.

本著書는 一般教科書에 比하여 大衆性이 稀薄한 것이라 짐작된다. 商業性을 考慮한다면 出版하기 어려운 出版物에 속한다. 그러한 點을 補充하기 위해서는 어떤 種類의 財政的援助가 不可缺한 것이다. 本著書는 서울大學校 法學研究所에서, 亞細亞財團의 援助를 얻어서 出版되었다한다 함은 그러한 事理를 뒷받침해 주는 것이다. 그러나 아무리 財政的援助가 있다하더라도 그것만으로 이러한 大事業이 一朝一夕에 成就되리라고 할 수는 없다. 亞細亞財

團의 援助外에 本「判例教材 시리즈」의 發刊計劃을 推進시킨 서울大學校 法學研究所의 勞苦에 대하여 致賀하지 않을 수 없다. 著者の 勞苦・亞細亞財團의 財政的援助・서울大學校 法學研究所의 企劃實踐 등 3要素가 잘 合致되어 이와같은 韓國法學文化에 있어서 空前的 金字塔이 세워지게 된 것을 다시 없이 기쁘게 생각한다.

第2 內容의 概要

本著書의 體裁는 美國 法科大學에서 흔히 使用되는 教科書인 CASE BOOK의 그것과 거의 同一한 것으로 보인다. 著者自身이 「머리말」에서, 「이것은 美國의 Law School에서 일반적으로 채용되고 있는 이른바 CASE-METHOD에 의한 法學教育의 教材의 하나로써 역은 것이다」라고 指摘한 바이다.

本書의 內容은 다음과 같다. 第1章 「序論」에서는 物權의 意義・特質・客體・種類 등에 관한 간단한 解說을 한 뒤에, 物權의 客體인 土地・建物・樹木・未分離果實 등에 관한, 判例와 物權의 種類에 관한 判例를 體系的으로 分類하여 掲載하고 있다.

第2章 「占有와 登記」는, 第1節 「占有・占有權」과 第2節 「登記」로 나누고, 第1節에서는, 占有制度에 관해 獨逸・日本・韓國 등의 制度를 比較하여 解說한 후 直接占有, 占有補助者, 間接占有, 自主占有・他主占有, 占有權의 取得, 占有權의 效力, 自力救濟, 準占有 등의 順序로 判例를 配列하고 있다. 特히 占有補助者 및 間接占有에 관하여는 日本判例外에 西獨 Bundesgerichtshof 및 獨逸聯邦最高法院(Reichsgerichtshof)의 判例까지 실리고 있는 것은, 이 制度들을 特히 獨逸民法을 繼承하여 立法한 韓國物權法의 경우이므로 좋은 他山之石이 될 것이다. 第2節 「登記」에서는, 登記制度에 관하여 各國의 制度를 韓國의 그것과 더불어 解說하고, 나아가 登記簿와 臺帳에 관하여 간단히 說明한 후 保存登記를 비롯하여 各種登記에 관한 判例를 列擧하고, 登記의 有效・無效에 관한 判例도 다수 收錄되어 있다. 역시 物權法에 있어서 登記는 重要한 位置를 차지하는 것이므로 이에 관한 判例가 꽤 많이 나오고 있다. 그런 것을 勘案하였음인지, 「登記」에 관하여 많은 數의 判例를 收錄하고 있으며 本書의 總分量의 거의 6分の 1의 分量에 該當한다는 것은 注目할 만하다. 第3章 「物權의 變動」에서는 第1節 「物權行爲」 第2節 「不動產物權의 變動」 第3節 「明認方法에 의한 物權變動」 第4節 「動產物權의 變動」 第5節 「物權의 消滅」 등으로 나누고, 特히 第1節에서 物權行爲의 「獨自性・無因性」에 관한 解說로서 本著者 自身の 著書 「不動產物變動의 研究」(1968)에서 該當部分을 引用하고 있다(pp. 220~247). 本著書는 이 問題에 관하여 多數說에 反對하는 立場을 取하고 있다. 이 問題에 관한 判例도 차차 많이 나오고 있으므로, 判例와 더불어 다시 再考할 價値가 있는 問題라고 할 것이다.

第4章「所有權」에서는, 所有權의 意義·限界, 名義信託과 所有關係, 相隣關係(建物の 區分所有, 生活妨害의 禁止(公害問題), 물에 관한 相隣關係 등), 所有權의 取得(取得時效, 先占·拾得·發見, 添附), 所有權에 基한 物權의 請求權(所有物返還請求權, 所有物妨害除去請求權, 所有物妨害豫防請求權), 共同所有(共有, 合有, 總有) 등에 관한 判例를 收錄하고 있다. 그 中 民法 第217條를 요즈음 갑자기 活潑한 論議를 일으키고 있는 公害問題와의 關聯性에 관하여 論述하고 있는 것은 注目된다.

第5章「用益物權」에서는, 地上權, 地役權, 傳貰權 등으로 나누고 있으며, 收錄된 判例의 數가 많지 못하다. 用益物權은 우리나라에서 日常生活上 別로 利用되지 않는 것이 實情인가 보다. 慣習上의 地上權에 관한 判例가 간혹 눈에 띄이는데, 이것은 本著書에서는, 抵當權의 章에서 考察되고 있다. 다만, 新民法이 用益物權의 一種으로 採用了한 傳貰權에 관하여는, 新制度이니만큼 여러 學者들이 立法論적으로, 또는 그 制度의 機能面에서 적지않은 理論을 提示하였다. 그러한데 관한 重要論文의 하나가 역시 本著者의 「傳貰權制度에 대한 若干의 考察」(「法學」(서울大學校 法學研究所刊) 第3卷 第2號 收錄 263~294)이라 할 것이다. 傳貰權은 用益物權으로서의 性質外에 擔保物權으로서의 性質도 아울러 가지느냐에 관한 問題가 主로 위 論文에서 다루어지고 있는 바, 위 論文과 本著書에서 收錄된 判例를 對照하여 研究하는 것은 頗 有益한 일이라 할 것이다.

終章인 第6章「擔保物權」에서는, 「總說」에서 擔保物權의 意義, 性質, 一般的効力 등에 관해 概說하고, 第1節 留置權에서 그 意義 및 性質에 관한 간단한 說明을 한 후에, 留置權의 成立要件에 관하여, 債權과 目的物과의 牽連關係, 目的物의 占有, 占有가 不法行爲에 의하여 시작된 것이 아닐 것 등으로 나누고, 끝으로 留置權의 効力에 관하여 該當判例를 收錄하고 있다. 留置權에 관한 大法院의 判例는 質權에 比하여 그 數가 많은 것이 눈에 띈다. 第2節 質權에 있어서는 「總說」및 「動產質」「權利質權」등으로 나누어 概說한 후 判例를 收錄하고 있다. 質權의 判例로서 여기에 收錄한 判例는 모두 30件인데, 朝鮮高等法院判例가 2件, 大法院判例가 1件이고 나머지 27件은 모두 日本判例이다. 이것으로 미루어 본다면, 韓國의 擔保物權의 生活에 있어서는 質權制度가 別로 利用되지 않는다고 할 수 있을 것 같다.

第3節 抵當權은 本著書의 總分量의 3分の 1을 차지하는 廣範圍한 것이 「登記」에 관한 部分과 더불어 가장 分量이 많은 部分이다. 이 部分은 大法院의 判例가 많이 나온 部分이기도 하다. 抵當權의 擔保의 機能의 하나가 長期에 걸친 生産信用의 融資에 있다고 한다면, 抵當權制度가 많이 活用된다는 것은 그만큼 韓國의 金融去來가 活潑히 이루어지고 있다는 事實의 反映이라고 할 것이며, 나아가서 韓國의 經濟가 그만큼 發展하고 있음을 推定할 수 있다고 할 것이다. 「抵當權의 設定」에 관하여서는, 「抵當權의 前提가 되는 質權」, 「抵當權의 目的物」, 「抵當權設定契約」(物上保證人, 抵當權設定의 權限), 「登記에 관한 問題」, 「抵當權設定

과 아울러 행하여지는 代物辨濟에 관한 契約」등으로 區分하였고, 「抵當權의 効力」에서는, 「抵當權의 効力이 미치는 目的物の 범위」 「優先辨濟를 받는 効力」 「用益物權과의 効力」, 「用益權과의 關係」, 「法定地上權」, 「抵當權의 侵害에 대한 効力」 등으로 나누고, 다음에는 「抵當權의 處分」, 「特殊한 抵當權(共同抵當, 根抵當權 등)」 등으로 구분하여 判例를 안내하고 있다. 특히 法定地上權의 判例가 많음을 볼 수 있으며, 根抵當權에 관한 判例도 상당히 發展하였음을 알 수 있다. 그리고 日本에서의 根抵當에 관한 改正法律을 添加한 것이 注目된다. (p. 626以下) 이것은 根抵當에 관하여 22個條를 詳細히 規定한 것이다. 韓國民法은 단 一個條만을 規定하기 때문에, 具體的 事件에 適用할 때 解釋上 難問題가 적지않게 提起되는 바 日本의 新立法이 꽤 仔細한 것은 比較法的으로 많은 參考가 될 것이다. 끝으로 第4節 讓渡擔保에 관하여는 「舊法時代의 判例」와 「現行民法下에서의 讓渡擔保의 効力」으로 나누어서 다루고 있다. 讓渡擔保는 本來 判例를 通하여 發達한 制度이므로, 이에 관한 判例는 꽤 豊富함을 알 수 있다.

그밖에 本著書의 末尾에는 附錄을 添加하고 있다. 그 內容은 ① 各種 契約書式例, ② 慣用되는 登記申請書類例 ③ 登記用紙(新·舊) 및 登記例(舊登記用紙) ④ 登記所의 名稱과 事務管轄區域表 ⑤ 各種稅額一覽表 등이다.

第3 法學教育改善의 優秀한 道具

서울大學校 法學研究所에서 本著書를 包含한 「判例教材 시리즈」를 내면서 그 趣旨를 적은 글에서, 「法學이 하나의 應用科學이요 實踐科學인 이상 法學教育의 內容이 단순한 抽象的인 理論의 傳授에만 그쳐서는 아니 될 것이며, 社會現象을 法律的으로 判斷하는 能力을 기르는데 目的이 設定되어야 할 것이며, 우리가 흔히 쓰고 있는 lecture-method에 대하여 反省을 하고 case-method에 의하여 어느 정도 法學教育을 改善할 수 있는」 教材로서 出刊한다고 말하였다. 本著者도 本書의 「머리말」에서, 「우리 나라의 法學教育의 年輪도 이제 근 30年이 되어간다. 그 동안 法學教育에 관하여는 여러가지의 많은 문제가 提起되었고 또한 論議되어 왔는 바, 法學의 教育方法을 어떻게 할 것이냐의 문제도 그 중의 하나이다. 이 문제는 특히 1950年代에 많은 法學教授가 美國을 다녀 오면서, 래래의 大陸式의 講義中心에 대한 反省과 滯美중의 case-method에 의한 法學教育의 體驗을 바탕으로 하여, 서서히 提起되기 시작하여 60年代에 들어 와서는 좀더 적극적으로 case-method의 導入이 아쉽다는 말이 나오게 되었다. 그리하여 현재에 있어서는 大學에서 法律學을 담당하고 있는 분으로서 이러한 생각에 同調하지 않는 사람은 찾아 볼 수 없을 정도로 case-method의 導入의 必要性이 널리 주장되고 인식되어 있다고 할 수 있겠다」고 쓰고 있다. 이처럼 case-method의 導入의 必要性을 알고 있으나, 適當한 教材가 없었다. 本著書는 法學教育改善을 위한 適當하고도

優秀한 道具의 役割을 充分히 遂行해 줄 수 있을 것이다. 本著書가 法學教授 및 學生들에게 많이 活用되어 韓國法學教育의 改善이 達成되기를 바란다.

張 庚 鶴

〈東國大學校 大學院長〉