

〈서 평〉

朴秉濠 著 判例教材 親族·相續法

—

本書는 우리나라의 法學教育에 있어서 判例教材의 必要性이 絶실하게 느껴지고 있는 형편에 즈음하여 서울大學校 法學研究所에 의하는 判例教材事業의 일환으로서 結實을 보게 된 것이다. 사실 法學教育의 方法에 있어서 어떠한 轉換이 있어야 되지 않겠는가 하는 것은 이미 오래 전부터 뜻있는 사람들이 생각하여 온 課題이지만, 그것은 우리나라의 法學教育이 教科課程의 內容에 있어서는 물론, 그 講義方法에 있어서 장구한 歲月을 두고 조금도 달라진 것이 없는 점에 대한 發展的인 反省이기도 하다. 이러한 法學教育에 대한 再檢討의 要請은 親族·相續法이라고 해서 그 例外가 되는 것은 아니다. lecture-method와 併行하여 case-method나 problem-method가 취해서야 한다는 것은 親族·相續法의 教育에 있어서 오히려 더 強調되어야 할지 모른다.

이러한 反省의 결과로서 筆者도 이미 經驗하고 있는 바이지만 大學學部나 大學院에 있어서의 演習이나 研究指導에서 判例를 教材로 하여 討論하는 경우가 최근에 이르러 상당히 普遍化되었는데, 실제로 있어서 그 教材 또는 判例集을 教授 스스로가 作成한다는 것은 보통의 負擔이 아니다. 그렇다고 해서 判決理由만을 收集하는 것만으로써는 case-method의 教材로서는 뜻이 얇고 한편 判例文獻의 全部에 대한 講讀을 學生들에게 強制한다는 것도 無理이다. 그 中間値를 차린 教材가 있었으면 하는 것은 비단 筆者만의 念願은 아니었을 것이다. 그런데 이러한 要望은 大學關係 뿐만 아니라 法官·辯護士 그 밖에 實務와 관련을 갖는 분들 사이에서도 事件에 부닥칠 때 마다 判例集을 뒤집고 그 長文의 事實關係를 헤매 읽어야 한다는 것은 괴로운 일이 아닐 수 없다. 그러므로 法律의 각 분야에 따라서 認定事實을 필요하고도 충분한 만치 담은 判例를 整理한 書籍이 不可缺한 것으로 느껴지는 것이다. 이러한 여러가지 관점에서 생각할 때 筆者는 우선 本書의 出刊은 時期的要請에 答하는 것이고 그 內容과 分量은 方法論的要求를 충족하는 것이 아닐까 한다.

二

本書는 제1편 親族法・제2편 相續法・제3편 戶籍法・제4편 家事審判法 및 人事訴訟法으로 구성되어, 제1편은 다시 親族의 範圍・婚姻・親子關係・親權・後見・親族會・扶養 등 6개 章으로, 또 제2편은 戶主相續・財産相續・遺言・民法施行前의 舊法 등 4개 章으로 엮여지고 있다. 이와같이 本書에서 民法典중의 親族編・相續編 뿐만 아니라 그 附屬 내지 補助法規와 관련되는 事項까지도 망라했다는 것은 著者가 本書에 대하여 얼마나 많은 努力과 誠意를 기울였는가를 짐작케 한다. 本書에서 취급되고 있는 判例도 大法院判例를 비롯하여 下級法院判例・朝鮮高等法院判例・日本大審院判決 등 극히 광범하다. 특히 親族・相續法 즉 身分法 분야에 있어서 判例 자체가 지니는 意義가 크고 또한 그 취급되어야 할 種類가 다양스럽지 않을 수 없는 理由는 우리나라 身分法規의 變遷過程의 複雜성과 現行法規의 內容의 問題性에 起因하는 것이다. 本書는 이러한 身分法의 韓國的課題를 명백히 의식하고 있음을 否定할 수 없다.

둘이켜 우리나라는 現行民法이 실시되기까지는 統一된 體系的인 身分法典을 가지지 못했고, 日政當局이 制定한 朝鮮民事令에 의거하여 傳統的인 慣習과 日帝의 植民地同化政策의 發現形態가 곧 身分法의 法源을 이루어 왔으며, 따라서 그간 法의 存在形式도 복잡하였던 것이다. 그러므로 法技術的인 局面을 除外하고는 우리나라 身分法의 本質的思考方式이 中國의 宗法制를 바탕으로 하는 大家族制度가 그 基幹으로 되어 있었던 것도 당연하다. 그것은 다름아닌 家長權中心・男系血統中心을 의미한다. 1945年 光復 후에는 西歐의 近代化의 물결로 말미암아 身分法의 前近代的인 傳統性은 점차로 蠶食되어 상당한 變質을 겪어 왔는데, 거기에서 民法典制定 당시에 있어서는 특히 身分法關係를 중심으로 하여 百出된 修正案사이의 非理論的인 妥協은 결국 現行身分法으로 하여금 不具의 內容을 차리도록 無意識중에 強要하게 된 것이다. 이러한 우리나라 身分法의 沿革이 말해 주는 宿命은 한편으로는 過去의 判例가 傳統的인 慣習을 어떻게 파악하였는가를 精確하게 分析할 때 비로소 妥當性 있는 現行法의 解釋・適用을 실현할 수 있게끔 하고 있는 것이며, 다른 편에서는 近代性和 前近代性의 사이에서 異端的인 存在가 되어 버린 現行法의 合理的인 運營方向에 대한 意識을 判例에 期待하게끔 하고 있는 것이다. 최근에 이르러 學界와 社會一部層에서 身分法改正의 要請이 일고 있으나, 그것이 실현되지 않는 이상, 아니 실현된다 하더라도 身分法의 경우, 判例를 관찰하고 검토하여야 할 태도는 다른 어떠한 法분야에 있어서 보다는 간절하게 要求되는 것이다.

이 점에 관하여 著者는 다음과 같이 가장 적절하게 지적하고 있다. 즉 「判例는 成文法을 補充・是正할 뿐만 아니라 社會的慣行에 대해서 法으로서의 權威를 부여하는 機能을 지닌

동시에 條理를 밝히며 社會에서 행해지는 또는 행해져야 할 美風良俗에 복종하여야 할 道義的義務를 강조하며 그것을 명확히 認識시키고 促進시킨다. 더욱이 變動期社會에서의 判例의 役任은 중대한 것이다. 이러한 점에서 볼 때 오늘날 儒教的價値觀이 批判 내지 否定되고 있는 가운데서 특히 儒教的價値觀과 가장 밀접한 관계를 가지고 있고 또 民族性의 표현, 傳統의 具現인 家族法에 관한 判例는 그것이 立脚하는 規準如何에 따라 美風良俗의 指標가 될 수 있는 것이다」(268면).

三

구체적으로 本書의 內容을 보면, 「親族相續法判例는 수가 매우 적을 뿐만 아니라 고르지 않기 때문에 判例採錄에 있어서 質的 考慮를 할 수 없」(머리말)다는 理由에서 大法院判決集을 비롯하여 각종의 判例集·新聞·雜誌·著書 등에서 公表된 바 있는 거의 모든 大法院判例와 下級法院判例를 망라하였고 또한 필요에 따라서는 朝鮮高等法院判例와 日本의 判例를 量的으로 고르게 按配하고 있다. 그리하여 이러한 判例는 대체로 民法의 條文에 따라서 體系의으로 配列하였고 많은 경우에 大法院判決에 관해서는 判決理由·上告理由·原審判決이 紹介되고 있다. 사실 보통의 法學徒로서는 判決理由만을 겨우 집할 수 있는 實情에서 著者가 이 정도라도 上告理由 또는 原審判決까지도 收集할 수 있었던 것은 오직 그 學究的熱誠에 말미암은 것이라고 믿는다.

이러한 體裁에 의하면서도 著者는 각각의 節과 項에 따라서 적절한 註釋을 附加시키고 있다. 특히 韓國法制史家로서의 귀중한 學問的地位를 굳히고 있는 著者는 親族의 範圍에 관하여 좋은 史的資料를 提供하고 있는 것이 注目된다. 즉 經國大典 禮典 五服條(18면~20면)·刑法大典의 親族(20면~21면)·日政時代의 親族의 範圍(21면~22면) 등이 그것이다. 욕심같아서는 예컨대 戶主와 家族關係·家族財產關係·相續關係에 관해서도 이러한 資料가 附加되었으면 하는 것은 비단 筆者만의 생각은 아닐 것이다. 그 밖에도 註釋은 많이 散在되고 있다. 즉 國稅基本法上의 親族(22면~24면)·約婚의 意義(25면)·約婚의 成立(26면)·婚姻의 無効(43면)·貞操義務와 配偶者權(69면)·夫婦사이의 財產의 效果(82면)·日常家事代理權(86면)·協議離婚(129면)·事實婚과 夫妻關係(228면·229면)·家族法의 理念과 判例의 價値觀(268면~286면)·婚姻중에 出生한 親生子(287면)·婚姻外の 出生子(301면)·親權의 性質(359면) 등이다. 이러한 說述은 本書가 判例教材로서의 領域을 지키려고 한 탓인지 비록 教科書의인 것은 아니라 할지라도 該當事項의 意義를 整理하고 判例의 傾向을 概括하며 判例에 나타난 問題點을 提示한 것으로서 判例研究를 뜻하는 讀者로 하여금 判例理論의 方向과 綜合을 透視하고 把握하도록 하는데 적지 않는 參考가 될 것이다.

또한 本書는 필요에 따라서 중요한 戶籍例規를 添加하고 있다(36면·37면~39면·143면·

296면·344면·362면·429면~430면). 원래 戶籍例規는 司法府에 의하는 有權解釋으로서 戶籍實務의 指針을 整理한 것이기는 하나, 경우에 따라서는 實體法的効力에 대해서 까지도 영향을 주기도 하는 것이다. 예컨대 「第358項: 同姓同本일지라도 同一男系の 血族이 아니면 申告書의 其他欄에 事由(本件 婚姻은 男系始祖 何某, 女系始祖 何某이므로 各 始祖를 달리하므로 同一男系の 血族이 아님)를 記載케 하고 受理할 수 밖에 없으나 同一男系の 血族이 아니라는 事實이 公知되어 있지 아니하는 경우에는 戶籍法施行令 제42조에 의하여 宗親會證明·族譜寫本 등 疎明資料를 添附提出케 하여 確認後 受理할 것이다」(38면) 따위는 前者에 속하는 것이고, 「第325項: 生父가 認知하지 아니한 妻의 婚姻外出生子는 夫의 養子로 되는 것을 禁止하는 規定이 없으므로 有效한 것이며 또 自己의 婚姻外出生子를 養子로 하면 子는 婚姻中出生子の 身分을 取得하는 利益이 있으므로 生父가 認知하지 아니한 妻의 婚姻外出生子는 夫婦가 共同으로 養子를 하여야 하나 婚姻中出生子는 生母가 養子로 하는 것은 實益이 없는 일이므로 前夫의 所生子는 夫가 單獨으로 養子로 할 수 있다고 解釋한다」(344면) 따위는 後者의 例가 될 것이다. 이러한 戶籍例規는 과거 慣習法이 주가 되고 있었던 舊法時代에 있어서 특히 중요한 機能을 발휘하고 있었으나 現行民法 아래서도 實務的取扱과 理論의 前提가 되는 點에 있어서 결코 輕視할 수 없는 存在이다.

뿐만 아니라 本書는 중요한 判例의 末尾에 [問題]를 몇개씩 配置함으로써 判例教材로서의 內容의 充實을 기하고 있다(24면·68면·81면·145면·300면·317면·335면·358면·398면·436면·445면·490면·491면·502면·509면·514면). 著者는 이러한 問題를 作成함에 있어서 상당히 組織的이고 意圖的인 努力을 기울인 것이 분명하다. 讀者로서는 本書에 담겨 있는 問題들을 통하여 身分法의 基礎理論을 再認識할 수 있는 한편 判例理論에 대한 批判力을 培養할 수 있을 것으로 믿는다. 예컨대 「甲·乙夫婦는 甲·丙間에 出生한 子女를 婚生子로 하기 위하여 協議離婚하고 甲·丙間에 婚姻申告를 하였다. 그 後 甲은 丙과 離婚하지 않으므로 乙은 甲·乙間의 離婚의 無效를 主張한다. 그 離婚은 有效인가 無效인가」(145면)라는 문제는 債權者들의 심한 辨濟督促을 벗어 나기 위하여 假裝離婚을 한 事案에 대하여 眞實한 離婚意思가 없었기 때문에 意思理論에 철저히하여야 할 身分法의 論理로서는 財產法의 경우와는 달리 絶對的無效라는 취지의 判例를 參考로 삼아 作成된 것이다. 또한 예컨대 「甲·乙夫婦의 子 丙은 12세 때에 母 乙이 死亡했으므로 이모인 丁의 집에서 養育되었는데 丁의 收入이 넉넉치 못하므로 丙은 父 甲에 대하여 앞으로의 養育費와 과거 5年間의 養育費의 合計額 50만원을 請求하였다. 이와 같은 請求는 可能한가」라는 문제는 婚姻外出生子の 母가 그 生父에게 過去의 扶養料의 支給을 請求한 事案에 대하여 母가 子를 養育한 것은 自己의 固有의 義務를 履行한 것에 불과하기 때문에 過去의 扶養料를 請求할 수 없다고 한 判例의 不當性을 喚起시키기 위하여 作成된 것에 틀림이 없을 것이다.

그리고 現行身分法에 있어서는 우리 社會의 傳統的인 慣行을 明文化한 것이 적지 않기 때문에 舊法時代의 判例가 現行法의 解釋資料로 되는 경우도 있을 것은 당연하다. 이러한 점을 고려하여 本書는 舊法時代의 重要判例를 收錄하는 것을 잊지 않고 있다. 그 주된 것으로서는 妻의 能力制限을 인정하지 않는다는 大法院判決・母가 親權을 행사함에는 親族會의 同意가 필요하다는 大法院判決・婿養子入養은 日政退却과 동시에 無效라는 大法院判決・被相續人과 동일한 戶籍內에 있는 者는 遺產相續人이 될 수 없으며 外孫에게 遺產의 承繼를 인정한 朝鮮高等法院判決・被相續人과 同一한 戶籍內에 있는 者는 相續人이 될 수 없다는 朝鮮高等法院判決・被相續人과 동일한 戶籍內에 있는 者는 被相續人인 子女의 遺產相續權이 없다는 朝鮮高等法院判決・被相續人과 동일한 戶籍內에 있는 子女도 遺產相續人이 된다는 朝鮮高等法院判決・家族인 男子의 遺產相續은 女息이 遺妻보다 先順位라는 朝鮮高等法院判決・出嫁女息은 母의 遺產相續人이 되지 못한다는 大法院判決・被相續人과 동일한 戶籍內에 있는 子女는 遺產相續人이 되지 못한다는 大法院判決 등을 들 수 있다. 이러한 判例들은 우리나라 身分法을 研究하는데 있어서 그 沿革의 資料로서 有用할 뿐만 아니라, 現行身分法이 실시된 후에 있어서도 法의 適用을 위하여 解釋의 基準이 되는 경우도 있고 財産關係紛爭에 있어서의 先決問題의 解決을 위하여 引用되는 경우도 있으며 또한 身分事件 자체의 時際的 取扱을 위해서도 중요한 意義가 있는 것이다.

이 밖에도 本書에서는 戶籍法에 있어서 戶籍記載의 推定力・戶籍의 訂正 등 가장 문제되는 判例를 收錄하였고 (608면~619면), 家事審判法 또는 人事訴訟法의 關係判例도 添加할 정도(622면~627면)의 세심한 配慮가 치루어지고 있다.

卷末에는 附錄으로서 1945년부터 1972년에 이르기 까지 각종의 雜誌・新聞・論文集에 收錄된 身分法關係文獻을 망라하여 家族制度・民法案論稿・家族法과 女性・家族法一般・外國法・總則・婚姻一般・婚姻의 成立・婚姻의 效果・離婚・事實婚・親生子・養子・親權 및 後見・扶養・戶主相續・財産相續・戶籍法・家事審判法 등 分野別로 區分하여 論題・筆者・發表誌・發表日字를 紹介하고 있다(629면~646면). 이러한 文獻들은 다른 法分野에 비하여 그 研究가 아직도 初期의 段階에 있는 우리나라 身分法에 관한 研究資料를 探索하는데 손쉬운 根據를 提供할 것이다. 그 중에서도 우리나라 身分法의 先驅者이신 鄭光鉉先生님의 많은 論稿들은, 그 분이 著者가 머리말에서도 지적하시피 「講義方式이 形式的인 法論理로 一貫되는 純講論式이 아니라 學生들에게 副教材로서 여러가지 參考資料에 곁들여 判例研究의 重要性의 強調과 함께 수시로 필요한 判例를 나누어 주고 演習을 겸한 講義이었으며 試驗問題로 一貫」 하셨을 정도로 判例에 비상한 關心을 가지신단치, 判例研究에 뜻있는 분들로서는 특히 귀중한 文獻이 될 것으로 믿는다.

四

이상 點描한 바와 같이 本書를 一讀할 때 判例教材로서의 體裁와 內容을 갖추기 위한 著者の 意圖이 完연하며 그 意圖은 충분히 실현된 것으로 보는 것은 筆者만의 所見은 아닐 것이다. 다만 內外의 判例가 親族編에 偏重되고 相續編에 있어서는 비교적으로 소홀히 되고 있지 않는가 라는 점, 또 上下級法院을 묻지 않고 涉外事件의 判例가 우리나라의 國際的環境에 비추어 점차로 重要性을 띠고 있는데도 불구하고 本書에서는 그 方面의 判例를 찾기 힘들다는 점은 —물론 著者の 計劃도 있겠지만—다음 機會에 補充하여 줄 것을 바라는 마음 간절하다.

끝으로 本書가 判例教材로서의 機能을 충실하게 지를 수 있는 「道具」가 될 것으로 믿기에 大學에서 講義를 담당하는 분들에게는 물론, 이 方面의 공부를 하는 學生들에게도 道具의 적절한 活用을 권하고 싶다. 뿐만 아니라 身分法分野의 判例를 集大成하고 그것을 法典條文의 차례로 配列한 本書는 實務에 종사하는 분들에게도 判例理論의 方向을 한눈에 파악할 수 있고 判例調查의 勞苦를 덜어 줄 수 있다는 뜻에서 종래에 보지 못했던 좋은 文獻이 될 것으로 믿는 바이다.

金 容 漢

〈建國大學校 法經大學 教授〉