

韓國 民法學 30年の 回顧

金 會 漢*

저는 民法學에는 理論研究와 判例研究와 實態調査의 세가지가 鼎立해야만 한다는 것이 제 所信입니다.

우리나라에는 실태조사는 극히 미약한 것이 사실이고, 근래에 와서 判例研究는 상당히 활발히 행해지고 있지만, 역시 주로 학자들이 활동해온 것은 理論研究였다고 말할 수 있겠습니다.

第 1. 理論研究

民法典의 制定을 境界로 그 前과 그 後로 나누는 것이 자연스러우리라 생각이 됩니다. 民法典制定前은 6.25前과 서울수복후로 나누어 생각하기로 합니다.

I. 해방후 6.25動亂까지는 어떠했느냐하면 해방직후 우리나라의 法學狀態는 口政시대부터 전문학교 내지 大學講壇에서 法學을 강의하신 분이 극히 적었고, 教授들도 그때부터 처음으로 공부를 하면서 대학에서 강의했던 것이어서 깊은 연구가 없고 당시의 學者들의 活動이란 대체로 日本法學을 傳授한 것입니다. 그러나 한편 당시의 젊은 학자들의 의기는 높았고 의욕이 왕성했었습니다. 그래서 주로 法制史的 내지 比較法的 研究가 旺盛했다고 회고됩니다. 여기에 있는 것이 전부가 아니고 이밖에도 더 있는 줄 알면서도 다 쓰지 못한 것은 알지 못한 것도 있기 때문이므로 양해해 주시기 바랍니다.

法律關係雜誌로 해방후 제일 먼저 나온 것이 法政誌인데 47년에 法曹人들이 株式會社組織으로 法政社를 세우고 張厚永선생이 사장이 되었습니다. 처음에는 法律관계논고가 여기에 많이 發表되었으나, 法務部の 法曹協會에서 法曹協會雜誌가 刊行되자 그 후 여기에도 많이 실렸습니다. 法政은 원고료가 200자 원고지 1장에 50원이었으나, 法曹協會雜誌는 出發은 늦었지만 1장당 200원이었습니다. 총책임자로서 金甲洙선생(前大法官)이, 責任을 맡아 일하신 분이 洪璉基선생(現中央日報社長)이고, 實務幹事는 李丙浩(大法官 作故)씨였습니다. 이 兩雜誌를 통해서 旺盛한 論文의 發表가 있었는데 다음과 같은 것들입니다.

玄勝鍾・獨逸에 있어서의 로마法繼授와 그 段階(法曹協會雜誌 I, 4~49,7).

金會漢・게르만의 親族法(法政 IV, 6, 7, 10~49, 6, 7, 10).

金會漢・게르만의 相續法(法政 IV, 12~49, 12, V, 1, 3~50, 1/3).

*서울大學校 法科大學 教授

金曾漢·瑞西의 家産制度 (法曹協會雜誌 I, 2/3~49, 5/6).

金曾漢·共同所有形態의 類型論 (法曹協會雜誌 II, 2~50, 2).

朴商鎰·民法과 民事訴訟法 (法政 II, 2/3~47, 2/3).

著書로서는

朱宰璜·債權各論講義, 1949.

朱宰璜先生은 서울法大에서 債權法講義를 擔當하셨는데, 1955년에 이 冊의 再版이 나왔습니다.

法政社의 社長이신 張厚永先生이 日本民法書의 內容을 土臺로 하면서 法令은 우리나라 法令에 맞게 쓴 「現行民法總論」을 1949년에 出刊하였습니다. 이어서 安二濬氏는 我妻 榮教授의 民法講義를 번역·出刊하였습니다.

II. 釜山避難으로부터 서울收復後 民法制定前까지의 概況을 말씀드리자면, 첫째로 한국어판 六法全書가 出刊되었습니다.

金曾漢·安二濬이 共同編著로 民法講義를 내었는데, 이것은 從來의 我妻教授冊의 기계적 번역이 아니고, 法令을 우리나라 現行法令과 맞추면서 補充을 한 것입니다. 그 當時의 學生들은 日本語의 讀解가 可能하고, 日本冊의 購入이 容易하여 日本冊으로 工夫하였기 때문에, 서투르게 獨自의인 理論을 展開한다는 것도 쉽게 期待할 수 있는 일이 아니었습니다.

6.25動亂 以後에 새로 나온 教科書類로는 金基善教授가 1953년에 物權法을 出刊하였고, 張庚鶴教授가 1950년에 現行民法總則을, 朱宰璜先生이 1955年 債權各論講義의 再版을 내었습니다.

論文으로서는

玄勝鍾·로마法이 大陸民法에 미친 영향 (法曹協會雜誌 V, 4-7~56, 4-7).

金曾漢·希臘民法概說 (서울大學校論文集 社會科學 第6輯 1957)(物權編은 崔鍾吉教授가 後에 發表하였음: 서울대학교 法學 제9권 1호 1967).

金曾漢·物權變動에 있어서의 意思主義와 形式主義—民法草案의 檢討 (法曹協會雜誌 V, 8/9~56, 8/9.)

郭潤直·不動產物權變動에 있어서의 公信의 原則 (서울대학교 法學 I, 1~1959, 6).

鄭熙喆·物權으로 登場한 傳貫權 (法政 X, 5~55, 5).

金顯泰·民法草案에 대한 檢討 (法政 XII, 3~1957, 3).

III. (1) 民法典은 1958年 2월에 公布되어, 1960年 1月 1日부터 施行되었는 바, 民法典이 公布되자 民法講義를 擔當하고 있던 거의 모든 教授나 實務者가 講義書를 出刊하여, 마치 百花가 滿發한 樣相을 보였습니다.

그중에서도 가장 精力의으로 冊을 내신 분이 金容普先生이었습니다.

金先生은 1958年 中에 總則, 物權法, 債權總論 및 債權各論, 따라서 財產法分野全體에

걸쳐서 冊을 내셨습니다.

金曾漢·安二濬, 新民法總則; 金基善, 韓國民法總則; 張庚鶴, 新民法總則; 李英燮, 新民法總則講義; 鄭範錫, 新民法總則도 出刊되었습니다.

物權法에 관하여는 張庚鶴 新物權法總論(1958), 新物權法各論上(1959) 下(1960), 崔棻 新物權法(1958—1960에 新物權, 擔保物權法), 金基善 新物權法(1959—1963에는 韓國物權法), 方順元 新物權法(1960), 李石善 新物權法(1959), 李宗洽 新物權法(1960), 朴昌健 新物權法(1960), 崔龍煥(1962), 金顯泰 新物權法(1963).

債權法에 관하여는 金曾漢·安二濬 新債權總論(1958), 新債權各論(上—1961, 下—1965), 金基善 新債權總論(1959), 新債權各論(1960), 金顯泰 新民法 債權各論講義(1958), 債權總論講義(1959), 崔棻 新債權總論(1960), 鄭範錫 新債權法講義(1962).

民法典 公布 直後가 民法書의 百花爛滿期이었다고 한다면, 1960年代에 들어와서는 漸次로 整頓期에 들어갔다고 말할 수 있을 것입니다. 즉 처음에는 아직 充分히 研究·檢討할 겨를이 없이 우선 급한대로 學生들에게 새로 制定 公布된 民法典의 內容을 알려 주자는 것이었습니다. 그러나 整頓期에 들어와서는 차츰 좀더 研究·檢討해서 冊을 쓰게 되었습니다.

金曾漢은 1960년에 我妻教授의 民法講義의 틀을 벗어나서 新物權法(上)을, 61년에 同(下)를 냈습니다. 이 冊의 특색은 독일의 學說을 많이 받아들인 데 있다고 하겠습니다. 특히 「上」에서 아직까지 攻擊받고 問題視되고 있는 「物權的 期待權論」을 提唱하였습니다.

郭潤直教授는 1963년에 物權法을 내면서 金曾漢에 대하여 많은 점에서 反論을 提起하였습니다. 郭教授는 그후 1975년에 全訂版을 내었습니다. 郭教授는 계속해서 民法總則(1963年—1975에 全訂版), 債權總論(1964年—1976年 全訂版), 債權各論(1967年에 上, 1971年에 下—1977年에 單卷으로 全訂版)을 냈습니다. 百花爛滿期에 가장 精力의으로 民法書를 낸 분은 金容晉先生이었으나, 整頓期에 들어와서는 郭教授의 業績이 가장 빛난다고 하는 것을 아무도 否認할 수 없을 것입니다. 그리고 郭教授의 全訂版 民法講義의 完成은 우리 民法學界의 커다란 자랑거리라고 믿습니다.

郭教授의 民法書의 特色은 實例를 들어서 알기 쉽게 그리고 理論整然하게 敘述되어 있으며, 國內의 文獻을 忠實히 引用하여 綿密히 檢討하고 있고, 우리나라의 判例를 最大限으로 引用하고 있으며, 특히 獨逸의 文獻에도 充實히 言及되고 있다는 점 등에 있습니다.

整頓期의 著書로서 特記할 것은 前에 주로 國際私法과 親族相續法分野에서 많은 業績을 낸 金容漢教授가 1971년에 民法總則論, 1975년에 物權法論을 낸 것입니다. 金教授의 著書의 特色도 郭教授의 그것과 多分히 共通되지만, 그밖에 親族相續法과 國際私法이 많이 言及되고 있다는 점을 들 수 있습니다.

財産法分野에서 또하나 異色的인 業績을 내고 있는 분은 黃迪仁教授입니다. 黃教授는 1976년에 民法講義(上)을 내고, 1977년에 講義案으로 物權法講義와 債權各論講義를 내고,

1978년에 債權總論講義를 냈습니다. 黃教授의 冊들은 모두 서울大에서의 講義經驗을 土臺로 한 것으로 國內書, 日書, 獨逸書를 널리 參考하였고, 實例를 들어 理解하기 쉽게 叙述되었으며, 圖式을 많이 이용한 外에, 大法院, 朝鮮高等法院, 大審院, 日本最高裁判所の 判例뿐 아니라 수많은 英美判例까지 引用하여 對比・說明하고 있습니다. 黃教授의 이러한 태도의 民法書는 우리나라 民法書에 하나의 革新을 일으킬 것으로 期待됩니다.

이밖에 李太載教授는 1964년에 債權總論新講을, 1967년에 債權各論新講을 냈는데, 國內의 다른 民法書가 獨逸學說 一邊到라는 느낌을 주는 가운데에 로마法과 佛法을 많이 引用 對比하고 있다는 것이 큰 特色입니다. 李教授는 1978년에 들어와서 民法總則講義도 냈습니다. 佛蘭西民法에 精通한 學者가 매우 적은 우리 學界에서 佛法에 밝은 李教授의 業績은 貢獻하는 바가 클 것으로 期待됩니다.

이밖에 金錫宇教授와 玄勝鍾教授의 「債權法」教科書도 나왔는데, 그 중 특히 玄勝鍾教授의 「債權總論」은 로마法・게르만法 以來의 沿革과, 現代의 立法例까지 설명하고 있으면서도 說明이 簡潔하여 全體의으로 分量은 壓縮되어 있는 것이 特色이라고 하겠습니다.

身分法 分野에서는 1957年 李熙鳳教授가 親族相續法研究를 내었고, 1959년에 鄭光鉉教授가 韓國親族相續法講義 上卷을 냈고, 1961년에 이를 修正 增補하여 新親族相續法要論으로 냈습니다. 그 後 鄭光鉉教授의 弟子인 金疇洙・金容漢 兩教授가 身分法分野에서 活躍하고 있습니다. 1960년에는 兩教授의 共著로 新親族相續法과 新親族相續法講義를 냈고, 1963년에 共著로 親族相續法을 냈었습니다. 특히 1959년의 鄭光鉉教授의 韓國親族相續法講義는 民法典 施行前의 舊慣習法上의 親族相續法이 어떠한 것이었나를 整理한 冊으로서 우리가 이를 不朽의 文헌으로 꼽지 않을 수 없을 것입니다. 이밖에 金疇洙教授는 新婚姻法研究(1958), 親族相續法一家族法(1954—1968증보)을 낸 外에 또하나 놀라운 것은 註釋親族相續法이라고 하는 千페이지에 가까운 komentar를 냈습니다. 또 鄭光鉉教授는 서울大 學術叢書로 韓國家族法研究라는 이름의 방대한 冊을 냈습니다.

이밖에 身分法의 教科書로는 李根植, 韓瑋熙 共著의 新親族相續法(1965)이 있습니다.

이밖에 註釋書로는 韓國司法行政學會에서 나온 註釋民法(上), (下)가 있습니다.

(2) 民法學의 理論研究에 있어서 주로 어떤 문제가 論爭點이 되었는가 하는 것을 보기로 합니다. 그 중에서도 가장 論爭이 심했고 아직까지 結말이 나지않고 날 수도 없는 문제가 物權行爲의 獨自性과 無因性을 認定할 것인가의 문제일 것입니다. 또 消滅時效完成의 效果에 關하여 絶對적 소멸설과 相對적 소멸설이 갈라지고, 民法 48조의 해석에 있어서 債財團法人 設立時에 그 出捐財產이 어느 시기에 法人에 귀속하느냐를 둘러싸고, 저는 目的物이 不動產인 경우에는 그 위의 權利는 不動產所有權移轉登記를 한 때이라고 하고, 다수설은 法人이 成立함으로써 法人에 歸屬한다고 말하고 있습니다.

傳貫權部分에서는 傳貫權者에게 優先辨濟權이 있는나라는 問題가 있습니다. 少數說은 이

를 肯定하지만, 多數說은 優先辨濟權을 주는 것이 마땅하지만 現行法上으로는 困難하다는 것입니다.

지는 轉傳貫에 관하여 轉傳貫를 設定할 때 原傳貫金額의 限度內에서 轉傳貫金額을 決定해야하느냐에 관해 구애받을 必要가 없다는 立場인데 多數說은 그 反對입니다.

物權的期待權理論에 대하여는 極少數가 贊成하고 있는 데 反해서, 大部分은 理論이 좋긴한데 現行法上 좀 困難하지 않으냐라고 따르기를 주저하는 사람이 많습니다.

(3) 學者들의 活動이 立法과 判例에 대하여 어떤 영향을 미쳐왔는가? 새삼 얘기할 필요도 없이 獨逸의 傳統은 學者들의 活動이 立法과 判例를 리드해나간다는 것인데, 이는 獨逸法學의 자랑이라고 생각합니다.

우리나라에서 論爭이 제일 먼저 나온 문제가 法政誌上을 통해 1946年엔가, 大法院이 당시 民法 14條, 妻의 能力을 否定했던 規定의 失效를 宣言했습니다. 이에 대한 批判은 내가 法政誌에 썼습니다. 그것이 現實的으로 바람직한 것이든 아니든 法院이 그 法律이 效力을 喪失한 것이다 아니다라고할 權限이 없는 것이라는 것입니다. 그 당시에 Judicial Review라는 제도도 도입되기 前이었고, 그래서 내가 批判한 때 대해 적극 大法院判決을 옹호하는 立場에서 쓰신 분이 洪璣基, 중도적 입장에서 折衷的 見解를 쓰신 분이 金甲洙先生이었습니다. 그때는 法政誌上을 통해서였지만 상당히 여러분이 글로써 論爭하였고 참 좋았다고 생각합니다.

立法에 대해 어떠한 영향을 미쳤느냐 하면 民法草案研究會가 國會에 提出했던 民法案意見書를 첫째로 꼽지 않을 수 없습니다. 1956年 11月 당시 주로 서울 여러 大學의 民事法擔當教授들이 民法草案研究會를 만들어 財產法의 各 권별로 各 分科를 만들어서 各 分科는 매주 한번 모여 討議하고 全體會議가 12번 있는 후 그 意見을 民法案意見書란 冊字로 만들어서 國會에 提出하였습니다. 그당시 國會議員 수만큼 부수를 만들어 제출했으나, 책이 1957年 3月중순에 가서야 나왔고, 國會에서 이것을 充分히 검토할 時間的 餘裕가 없었던 관계도 있어서, 그 안에 포함된 163個 意見中 채택이 안 된 것도 많지만, 채택된 것도 많습니다. 그러나 채택된 것으로, 예컨대 物權法定主義를 규정한 民法 185조 즉 物權法의 첫 條文 “物權은 法律에 의하는 외에는”이라고 되었던 것을 慣習法도 包含하여야 한다고 하여 採擇되었습니다.

또 採擇된 意見중 가장 큰 것은 共同所有의 形態로 共有하나만을 規定하고 있던 草案에다 總有·合有도 規定하여야 한다고 하여 채택된 것입니다. 舊民法이 契約의 「申込」이라고 했던 것을 草案은 「要請」이라고 고쳤는데, 研究會에서 玄勝鍾先生이 「請約」이라는 말을 提案하여 이것이 民法案意見書에 採擇되어, 결국 이것이 法律用語로 確定되어서 널리 普及되었습니다.

제 535條에 “契約締結上의 過失”도 研究會의 意見을 따라서 新設되었습니다. 또 消滅時效

完成의 效果에 關係서 具體的 規定을 두어야한다고 建議하였으나, 채택이 안되어 兩說의 對立이 생긴 素地를 남겨두었습니다.

裁判에 대하여 미친 영향으로는 1959년에 分裂된 教會의 財產歸屬에 關하여, 大法院判決은 教徒들의 合有라고 한 것을, 내가 서울대학교 法學 1卷 1號에서 評釋하여 이를 「總有」라고 해야 한다고 批判한 바가 있습니다. 1960年 現行民法施行後에도 大法院判決의 用語法은 대체로 같았으나, 60年代 後半에 와서야 서서히 總有라고 부르게 되었습니다.

消滅時效完成의 效果에 關係서 소위 相對的消滅說을 처음 主張했던 것이 나왔고, 壓倒的 多數說은 絕對的消滅說입니다. 그러나 大法院判決은 當事者의 援用이 필요하다고 하는 것으로 굳어진 것으로 보이며, 따라서 이것은 結果적으로 相對的消滅說을 취하는 것으로 굳어졌다고 보아도 좋을 것 같습니다. 二重賣買의 反社會性에 關해 1964年 法政 9月號에 “二重賣買의 反社會性”이라는 제목으로 日本의 判決을 소개하면서 우리나라에서도 같은 理論이 적용되어야 좋을 것이라는 意見을 제가 提示했던 바, 그 後 大法院도 같은 趣旨의 判決을 내리기 시작하였습니다.

物權行爲의 獨自性과 無因性을 인정하느냐 않느냐는 가장 크게 문제되고 있는 것중의 하나인데, 이 문제에 關해 최근 大法院은 判決의 理由說示가운데에서 우리 法制는 物權行爲의 獨自性과 無因性을 인정하지 않고 있다고 말하고 있습니다. 이에 關係서는 제가 評釋을 쓰려고 생각하고 있습니다만, 獨自性이나 無因性의 認定여부를 法律에서 明文으로 규정하는 立法例는 없다고 하는 것을 指摘하여야 하겠습니다.

第 2. 判例研究

判例研究로는 金會漢이 民法 14條에 關한 大法院判例 批評(法政 II, 1~47,1)을 썼고, 教會 財產의 歸屬에 關해 大法院判例를 批評한 것이(서울대 法學, I, 2~49,1)이 있었고, 近年에 있어서는 學界에서나 實務界에서 活潑히 發表되고 있습니다. 특히 民事法學會가 月例會에서 判例研究를 하고 있는 外에, 주로 實務家들로 構成된 民事實務研究會에서는 “民事裁判의 諸問題”라는 論文集까지 내고 있습니다.

判例集으로는 大法院判決集, 法院公報, 語文閣判例集, 靑林閣判例總覽, 判例月報가 있는 外에, 法律新聞, 大韓辯協會誌에도 判例가 많이 收錄되고 있습니다. 이제는 判例를 入手할 수 없어 大學教授가 判例批評을 못한다는 말을 못하게 되었습니다.

그밖에 判例關係資料로는 다음과 같은 것이 있습니다.

判例大典 上下 李英俊編 韓國司法行政學會 發行

한국판례집 민사법 I—IV 서울大學校 法學研究所

判例教材 物權法, 親族相續法—서울大學校 法學研究所 (債權法도 年內에 發刊예정이다).

判例回顧 제1~4호— 서울大學校 法學研究所

第 3. 實態調查

우리의 法生活의 實態調查는 이적도 미약한 상태에 있습니다.

崔鍾吉教授가 아파트의 實態調查를 한 적이 있고 金鼎鉉部長判事의 아파트의 登記實態의 調查研究報告가 있습니다.

또 金曾漢·具然昌의 '狀'에 관한 慣行實態調查 등이 있습니다.

아직도 실태조사는 미약한 것이 틀림 없으며 앞으로 계속해야 할 것입니다.

第 4. 學 會

民事法관계의 學會로는 1956년에 民法草案研究會로 創立하여 1974年 韓國民事法學會로 改稱한 「韓國民事法學會」가 있습니다. 嶺南支部(1976)와 湖南支部(1977)가 있으며 一年에 한번 全國大會를 開催합니다.

同學會는 現行民法이 施行된 直後에는 특히 活潑하게 움직였으며 每月 1回 研究會를 열어 新法 解釋上의 問題點들을 共同研究하였고, 判例研究, 海外研究 報告講演 등을 가졌었습니다. 그 當時의 熱誠 멤버에는 李英燮·朱宰璜·方順元 諸判事, 安潤出·金容晉 諸辯護士들이 있었습니다.

이러한 狀態는 대체로 1975年度까지 계속되었는데, 1976년에는 釜山大學校에서 「創立 20 周年 記念 全國學術大會」를 가지, 그 大會에서 金容圭·鄭權燮 兩教授의 研究發表와 이를 기초로 한 討論이 있었으며, 1977년에는 그와 같은 全國 學術大會를 全南 光州市 朝鮮大學校에서 열어, 高昌鉉·韓瑋熙 兩教授의 發表와 討論, 그리고 李時潤 判事의 「新訴訟物論의 研究」에 관한 研究報告가 있었습니다. 兩次的 全國大會의 參席者는 各回마다 百名이 훨씬 넘었습니다. 1978年度에는 全國學術大會를 慶北大學校에서 開催하려고 推進中에 있습니다.

1976年 以後로는 全國大會의 準備其他의 關係로 每月의 月例會는 열지 못하고, 定期總會에서 1件의 研究報告가 있는 外에는 外國 教授의 招聘講演과 國內學者의 研究發表會를 不定期的으로 열고 있는 實情입니다.

同學會는 嶺南支部(1976年)와 湖南支部(1977年)를 가지고 있으며, 不遠 學會誌를 出刊할 豫定으로 있습니다.

이밖에 주로 實務家들로 構成된 民事實務研究會(會長 方順元)가 매우 활발하게 움직이고 있어서 每月 모여서 判例研究와 訴訟法上의 問題의 研究를 하고 있고, 그 會誌라고 할 수 있는 冊子로 「民事裁判의 諸問題」를 發刊하였습니다(韓國司法行政學會).