

## 韓國 民事法學 50年の 成果와 21세기적 課題

南 孝 淳\*

### I. 序 論

해방 이후 50년이 지난 현시점에서 그 동안 韓國民法學이 이룩한 성과를 정리하고 이를 토대로 하여 21세기를 맞아 民法學이 이룩하여야 할 과제가 무엇인지를 설정한다는 것은 토론자에게는 실로 힘든 일이라 하지 않을 수가 없다. 이는 토론자가 학문의 길을 먼저 걸어간 스승과 선배들로부터 배움을 받은 지가 얼마되지 않고 더군다나 民法學者로서 연구하고 강의를 시작한 지가 바로 엇그제의 일에 지나지 않기 때문이다. 그러나 民法學을 전공하고 있는 學者로서 이러한 과제를 항상 염두에 두어야 하겠기에, 여기서는 발표자의 발표원고를 대상으로 하여 공감하는 바와 달리 생각하는 바를 간단히 언급하고 그리고 그 동안 民法學을 전공하면서 개인적으로 느낀 바를 조금 언급하고자 한다.

### II. 韓國 民事法學 50年の 成果

외국의 民法學에 비하면 우리의 民法學의 역사는 지극히 짧다. 이러한 짧은 기간에 우리 民法學의 체계가 정립되었다거나 또는 외국의 民法學과 비교될 수 있는 특별한 성과가 이룩되었다고 기대할 수는 없을 것이다. 그러나 나름대로 지난 50년 동안에 우리 民法學界에 발전이 있었다고도 볼 수 있기에 이에 대하여 간단히 언급하는 것이 좋을 것이다. 民法典이 제정되기 전에는 당시의 상황이 日本民法을 의용하고 있던 관계로, 우리의 民法學이란 곧 日本民法學을 전수하는 것이었다고 하겠다. 日本 民法教科書를 번역하여 출판하는 일이 民法學者들의 활동 중의 하나로 들 수가 있겠다.<sup>(1)</sup> 한편 民法典 제정에 民法學者들의 참여가 이루어졌더라면 民法學의 커다란 성과가 이루어졌을 것이라는 아쉬움이 있다. 民法典 제정에 民法學者들이 참여하지 못한 원인에는 여러 가지가 있을 수 있겠으나, 하루빨리 우리의 民法典을 가져야 한다는 절박한 요청 때문에 法實務家들만 참여하게 된

\* 서울대학교 법과대학 조교수

(1) 民法典 제정 전에 있었던 著述作業에 대하여는 金曾漢, “韓國民法學의 進路,” 法學(서울大 法學研究所, 26권 2·3호, 1985), p. 2 이하 참조.

것이라고 볼 수가 있을 것이다.<sup>(2)</sup> 그러나 民法學界는 정부가 제출한 民法案이 民法案審議小委員會에서 심의되고 있는 동안에 「民法草案研究會」를 만들어 「民法案意見書」를 國會에 제출하였다. 비록 이 意見書가 民法典 제정에 충분히 반영되지는 못하였고 또 그 내용이 獨逸法學에 치우친 것이라는 지적이 있기는 하지만,<sup>(3)</sup> 民法學者들이 意見書를 제시한 것은 나름대로 중요한 성과라고 하지 않을 수가 없다. 民法典이 제정된 직후 당연히 예견되는 民法學者의 활동은 民法典의 내용을 해설하고 그 일환으로 民法學 教科書를 저술하는 것이었다고 하겠다.<sup>(4)</sup> 우리 民法이 日本民法과 달리 두고 있는 규정이나 제도 또는 동일한 규정이라고 할지라도 제도가 다름으로 말미암아 달리 해석하여야 하는 규정 등에 관하여 이론이 개진되었고 이로써 民法學者들의 활동이 활발하였다. 예를 들면, 財團法人 설립에 있어서 出捐財産의 歸屬時期, 消滅時效의 效果, 物權行爲의 獨自性과 無因性의 문제 등을 民法學研究의 중요한 주제로 들 수 있다. 특히 物權行爲의 獨自性과 無因性의 문제는 이를 인정하는 金曾漢 教授와 이를 부정하는 郭潤直 教授 사이에 뜨거운 논쟁이 있었고, 이러한 논쟁은 지금에도 계속되고 있다. 현재에 와서는 物權行爲에 관한 논의가 종래의 모습대로 전개되어 온 것이 과연 바람직한 것인지에 대하여 지적이 없는 것은 아니지만, 그러나 그러한 논의를 통하여 우리 民法學이 보다 풍부하게 되었다는 사실은 부인할 수 없다고 하겠다. 우리 民法은 第741條(不當利得)와 第746條(不法原因給與)의 경우를 제외하고는 原因이라는 요소에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고,<sup>(5)</sup> 債權行爲와 物權行爲 사이의 原因 내지는 有因性에 관하여 논쟁이 이루어진 것은 우리의 民法의 실체를 파악하고 나아가 우리의 民法의 체계를 완성하고자 하는 노력의 일환으로 긍정적인 평가를 내리지 않을 수 없다고 하겠다.

- 
- (2) 프랑스의 경우에도 法實務家들만이 民法典 제정에 참여하였고, 法理論家 내지는 法學者들의 참여가 배제되었다. 프랑스大革命이라는 격변기를 거친 후 프랑스 전역에 통일적으로 적용될 수 있는 民法典을 제정하고자 하는 나뵈레옹의 의지에 따라 하루빨리 民法典을 제정하기 위하여 法律實務家들만 民法典 제정에 참여하게 되었다. 프랑스와 반드시 동일한 상황은 아니기는 하지만 우리의 경우에도 國家의 독립후 독자적인 民法典의 제정이 시급하였던 상황을 고려할 때 民法典의 제정에 法學者들의 참여가 없었다는 것만으로 이를 비판하는 것은 적합하지 않을 것이다.
- (3) 民法案이 독일의 이론을 수용하고 있는 점에 대하여는 梁彰洙, 「民法案에 대한 國會의 審議(II) - 國會本會議의 審議,」 民法研究 第3卷(1995), p. 82 이하 참조.
- (4) 民法典 제정 후의 저술활동에 관하여는 金曾漢, 「韓國民法學의 進路,」 法學(서울大 法學研究所, 26권 2·3호, 1985), pp. 6-7 참조.
- (5) 原因에 대하여 일반적인 規定을 두고 있는 民法典으로 프랑스民法典을 들 수가 있다. 프랑스民法典은 第1131條, 第1132條, 第1133條에서 原因에 대하여 규정하고 있다. 그러나 民法의 이러한 규정에도 불구하고 오늘날에는 原因이라는 개념을 통일적으로 파악하는 것이 불가능하고 또 필요없다고 하는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다. 즉, 原因이란 그것이 사용되는 사안이나 주제에 따라서 각기 다른 의미를 갖는다는 것을 인정하게 되었다. 그러한 규정이 없는 우리의 民法學의 경우 物權行爲와 債權行爲의 關係에 原因의 개념을 도입하여 논의한 것은 民法典의 체계를 파악하기 위한 理論으로서 소중한 논쟁이라고 하지 않을 수 없다.

### III. 韓國 民事法學의 特殊性과 問題點

韓國의 民法學의 特殊性은 무엇보다도 大陸法系의 民法을 계수하였다는 사실 또는 日本을 통하여 간접적으로 계수가 이루어졌다는 사실에 있다고 하겠다. 과거 또는 현재 우리 民法學이 안고 있는 여러 문제점은 바로 이러한 特殊性에서 나온다고 할 수가 있다. 이러한 특수성은 현재뿐만 아니라 장래에도 우리의 民法學을 규제하거나 제한하게 될 것이다. 물론 그 반대로 이는 우리 民法學을 발전시키는 요인으로 작용할 수도 있을 것이다. 흔히 韓國民法學의 문제점 중에서 가장 먼저 지적되는 것이 民法典制定 직후뿐만 아니라 현재 까지도 韓國民法學이 日本民法學의 영향을 받고 있다는 것이다.<sup>(6)</sup> 이러한 현상은 民法學界에서뿐만 아니라 判例에 있어서도 동일하여 日本의 法理論을 무비판적으로 답습하는 경우가 있다.<sup>(7)</sup> 둘째, 우리 民法學의 또 하나의 문제로 우리의 民法學이 教科書民法學이라고 할 만큼 教科書를 중심으로 그리고 이 수준을 넘지 못한다는 것이 지적되고 있다. 한편으로는 教科書가 단순히 法學徒를 위한 基本書의 수준을 넘고 있어 法學徒들에게 필요 이상의 부담을 주고 있고, 다른 한편으로는 法理論이 교과서에 언급되는 수준에서 머무르고 더 이상으로 심도있게 전개되지 못하고 있다는 비판이 제기되고 있다.<sup>(8)</sup> 셋째, 우리 民法學의 문제점으로 外國法의 연구가 大陸法 중에서도 獨逸民法學의 이론과 제도의 연구에 편중되어 있다는 사실을 들 수가 있다. 그 결과 예를 들면 우리 民法典 안에 어떠한 부분이 프랑스적인 요소이고 그 내용이 프랑스民法에서는 어떻게 운용되고 있는지를 우리는 알지를 못한다. 그리고 獨逸民法 이외의 民法學의 발전된 이론이나 판결이 소개되거나 참

(6) 日本法學의 영향에 대하여는 尹喆洪, “私法上の 遺贈財産 清算,” 法, 그 속에 잔존하는 日帝遺産의 克服(광복50주년 기념 학술대회), pp. 87-96 참조.

(7) 예를 들면 名義信託, 財團法人의 설립에 있어서 出捐財産의 귀속시기, 中間省略登記 등에 관한 判例를 들 수 있다(註6, pp. 87-96 참조). 뿐만 아니라 그러한 답습은 부지불식간에 이루어지고 있다. 그러한 예로서 判例상 手段義務·結果義務의 구분이 나타나는 것을 들 수 있다. 이러한 구분은 토론자의 생각으로는 프랑스民法學에서 契約上の 債務를 그 불이행에 따르는 責任의 내용과 관련하여 行爲義務(*l'obligation de moyens*)와 結果義務(*l'obligation de resultat*)로 구분하고 있는 것에서 유래된 것이 아닌가 한다. 왜 이러한 구분이 우리 判例에 나타나고 있는지는 아직까지 명확하지 않으나, 프랑스民法의 논의가 日本法學(그리고 日本判例)에 手段義務·結果義務로 소개되고 그리고 이것이 우리 判例에 영향을 끼친 것이 아닌가 생각한다. 그런데 프랑스民法에서는 無過失責任을 발생시키는 結果義務가 契約上の 원칙적인 義務를 구성하고 過失責任을 발생시키는 行爲義務가 예외에 속한다고 해석되고 있다. 즉, 無過失責任이 따르는 원칙적인 債務를 結果義務라고 부르는 것이 의의가 있다. 그런데 우리의 경우는 無過失責任은 극히 예외적인 모습일 뿐이므로 이를 별도로 인정하여 手段義務와 結果義務로 구분하는 것이 필요한지가 의문이다. 無過失責任을 발생시키는 債務를 結果義務라고 부르더라도 過失責任이 성립하는 一般의인 義務의 모습을 이와 대립시켜 구태어 手段義務라고 명하는 것이 타당한지는 의심스럽다고 하겠다.

(8) 이러한 현상에 대하여는 많은 비판이 제기되고 있으나, 토론자는 이는 研究를 발표하는 장이 널리 마련되어 있지 않고 또 연구에 대한 재정적 지원이 열악한 상황에서, 教科書가 가장 손쉽고 경제적인 발표의 장이 될 수밖에 없었다는 상황론도 제기하고 싶다.

조되지 못하고 있다. 한때 日本法學의 굴레에서 벗어나야 하는 方法論으로서 獨逸法學을 수용하여야 한다는 주장이 없었던 바는 아니지만,<sup>(9)</sup> 현재 獨逸法學에의 지나친 경사에 대하여 많은 비판이 제기되어야 할 것이다.

#### IV. 21世紀에 있어서 韓國 民事法學의 課題와 目標

우리 民事法學의 특수성과 문제점을 검토하면서 앞으로 21세기에 있어서 韓國 民事法學이 이룩하여야 할 과제와 추구하여야 할 목표가 무엇인지가 이미 부분적으로 밝혀졌다고 볼 수가 있다. 韓國民法學의 목표란 다름이 아니라 바로 우리의 民法學, 즉 獨自的인 民法學을 구축하는 것이라고 하겠다. 우리의 民法學이 繼受法임을 생각할 때 과연 獨自的인 民法學을 완성하는 것이 가능한가에 대하여 의문이 없는 바는 아니다. 그러나 같은 大陸法系이면서 프랑스와 獨逸이 각자 독자적인 民法學을 발전시켜 온 것을 볼 때 독자적인 民法學을 완성하는 것이야말로 우리 民法學의 궁극의 목표라고 할 것이다. 그리고 이 목표는 앞으로 수십년 아니 수백년을 거쳐 완성되어야 할 것으로서 21세기에도 이러한 목표를 가지고 民法學에 대한 연구가 진행되어야 할 것이다. 이러한 목표를 달성하기 위해서는 첫째, 우리 民法學의 뿌리가 大陸法에 있으므로 비록 法文化의 차이가 있기는 하겠지만 大陸法系 國家의 法律制度가 어떻게 발전되어가고 있는지를 항상 주시할 필요가 있다고 하겠다. 즉, 좋은 比較法學이 좋은 法解釋學을 위한 하나의 여건이 하겠다. 다만 종래 比較法學이 日本法學과 獨逸法學으로 편향되어 있던 것과 달리 앞으로는 어디에도 치우침이 없는 比較法學이 필요하다고 하겠다. 둘째, 民法學에 있어서도 法社會學의 研究方法이 필요하다. 實定法規가 어떻게 적용되는가를 그리고 實定法의 欠缺을 보충하는 判例(法)나 慣習法이 어떻게 형성되어가고 있는지를 조사하고 연구하여야 한다. 우리의 법현실에 기초를 두지 않는 法解釋學은 무의미하다. 토론자의 짧은 경험이기도 하지만 外國法을 연구할수록 한편으로는 우리 民法學理論이 결국은 수 세기 동안 외국에서 형성되어온 연구결과를 토대로 하고 있다는 것을 알게 되지만 다른 한편으로는 이미 우리 民法은 여러 가지 점에서 外國法과 다르다고 하는 것을 느끼게 된다. 셋째, 民法學의 중요한 주제에 대한 심도 있는 연구가 앞으로 더 활성화되어야 한다. 이를 위하여 民法學의 기초이론분야와 전문법분야에 대한 연구가 병행되는 것이 필요하다. 전문법분야가 分析的 영역이라고 한다면 기초분야는 綜合的 영역이라고 하겠고, 民法學의 발전은 이러한 分析과 綜合의 연속적인 발전과정에서 이룩된다고 하겠다. 전문법분야의 예로서 法人法, 人法, 契約法, 債務不履行

(9) 그 論據로는 (i) 法官養成所의 敎官들이 日本에 유학하여 그 당시 일본에 지배적이었던 獨逸法學을 배워서 왔고, (ii) 獨逸法學은 전세계적으로 가장 훌륭하게 발전한 法學이라는 것이 제시되고 있다(金會漢, 韓國民法의 進路, 法學(서울大學校 法學研究所) 제26권 2·3호, p. 11).

法, 擔保責任法, 賣買法, 特殊賣買法, 貨貸借法, 不動產去來法, 不法行爲法, 製造物責任法 등에 대한 연구와 저술활동이 활성화되어야 한다. 특히 民商法에 공통되는 契約法에 대한 연구가 필요하다. 예를 들면 여러 契約에 공통적으로 발생하는 義務를 유형화하여 이에 대한 일반적인 연구와 특수연구가 함께 이루어져야 한다. 우리 民法은 特定物의 保存義務와 引渡義務에 관하여 특별한 규정을 두고 있다. 그러나 이외에도 告知義務, 情報提供義務, 注意義務 내지는 安全義務 등도 독자적인 義務의 태양으로 인정할 수 있을 것이다. 安全義務는 危險物의 賣買, 運送契約, 旅行募集契約, 施設利用契約 등에 공통적으로 발생하는바, 여러 契約에 공통적으로 발생하는 문제와 다른 한편으로 어느 특정의 契約에만 나타나는 특성을 종합적으로 연구하는 것이 필요하다. 그밖에 우리 民法이 안고 있는 解釋論上의 여러 문제들에 대한 심도 있는 연구가 필요하다. 넷째, 우리 民法의 특징적인 제도에 대한 연구가 보다 활발하게 일어나야 할 것이다. 대표적인 것으로 傳賣權制度를 들 수 있을 것이다.

## V. 餘 論

마지막으로 토론자는 人的, 物的 자원의 부족이 개선되어야 한다는 것을 지적하고 싶다. 法學의 다른 분야에 있어서도 마찬가지이겠지만 民法學의 경우에는 더욱 심하다. 위에서 언급한 韓國民法學이 안고 있는 여러 문제점은 부분적으로는 우리 民法學者들에 대한 문제점으로 귀결된다는 사실을 부인할 수가 없다. 그런데 현재 財産法만을 전공하는 民法學者가 100명이 채 안되는 상황에서 그리고 財産法의 특수분야에 관한 연구·저술에 재정적 지원이 거의 이루어지고 않는 상황에서 民法學者들에게 우리 民法學이 안고 있는 문제점에 대한 책임을 전적으로 지우는 것은 부당하다고 할 것이다. 한 사람의 교수가 재산법 전반에 대하여 강의를 부담하고 그리고 재산법 전반에 대하여 만능박사가 되기를 요구하는 상황에서는 더더욱 그러하다. 이러한 여건이 개선되지 않고서는 오늘 이루어지고 있는 이 토론도 결국은 공염불이 되고 말 것이다.