〈자 료〉

法律行爲槪念은 設權行爲로 是正해야 한다

安 炳 庸* · 朴 興 鎭**

19世紀에 獨逸의 優秀한 法學家들이 半世紀 동안이나 苦心한 硏鑽을 거쳐 創設한 法律行爲(Rechtsgeschäft)槪念 및 그 理論과 制度는 그가 具體的인 無數한 設權的 意思表示行爲들을 槪括的이고도 原則的으로 通關規制할 수 있는 優越한 法技術的 功能을 갖고 있음으로 하여 獨逸法系名國은 그들 自己나라 立法 및 司法制度에 導入運用하여 그 受益은 실로 巨大하였다.

그러나 유감스럽게도 法律行爲槪念 名稱中에 內在한 엄중한 瑕疵는 法律行爲理論을 배우기 前 사람들로 하여금 法律行爲는 法律에 符合 또는 關聯되는 行爲라고 誤解케 하며 法律行爲理論을 배운 사람 내지는 民法學者에게 빚어내는 難解病症狀도 상당히 엄중하다. 예컨대 違法이거나 無效한 行爲도 法律行爲로 될 수 있느냐 없느냐 하는 論爭은 19世紀獨逸學者 Leangard等 一派와 Neumann等 一派간에 생긴 이래[1] 20世紀 30年代로부터 80年代에 거쳐 舊소비에트에서 나타난 그의 長期性과 激烈度는 매우 심하였는바 高峰期의 아쟈르꼬부等 學者들은 違法 및 無效인 行爲는 法律行爲로 될 수 없으므로 非科學的인 「無效法律行爲」 用語를 抛棄해야 한다고 견결히 主張하였다. 그 影響을 받아 1986년의 中國民法通則은 法律行爲制度上 미증유로 「無效法律行爲」 用語를 抛棄하고 「無效民事行爲」로 大替하였다.[2] 뿐만 아니라 法律行爲槪念 名稱 自體가 內在하고 있는 엄중한 瑕疵는 法律行爲槪念定議의 非大衆化 및 不完全性, 法律行爲歷史硏究의 局限性, 法律行爲의 實質과 個性에 對한 硏究不足, 法律行爲와 法律 및 意思表示間의 混同, 私的自治論의 誤謬등 여러 가지 錯誤的 問題들을 빚어내게 하였다.[3]

그럼 이와 같이 엄중한 문제들을 빚어내는 法律行爲槪念名稱自體가 內在한 瑕疵는 도대체 무엇인가?

첫째, 語義學的 角度로부터 볼 대 法律行爲는 geschäft(行爲)앞에 Recht(法 · 權

---

* 中國 延邊大學校 法學敎授
** 中國 延邊大學校 法學副敎授

1) 岡松三太郎, **法律行爲論**, 有斐閣, 大正三年版, 제61-62면 참조.
2) 1986年, **中華人民共和國民法通則**, 第4章 第1節 참조.
3) 宋炳庸 · 高瀨暢彦, **法律行爲槪念の再檢討**, 法學紀要 第40券 참조.

利)란 限定語가 달려 構成된 伏閤槪念名詞이기에 사람들로 하여금 그의 內包가 「國家强制性規範行爲」라고 誤解시키게 할 뿐 그의 眞正한 內包인 「設權的 意思表示行爲」 즉 「當事者意思表示의 內容에 좇아 서로의 權利·義務關係가 設立·變更·消滅되는 行爲」라고는 전혀 顧名思義하지 못하게 한다. 外延上에서도 사람들로 하여금 「法律上 모든 行爲의 總和」라고 誤解시키게 할 뿐 그의 眞正한 外延인 「一方的·雙方的 및 多方的인 名種 具體的 設權性 意思表示行爲의 總和」라고는 전혀 顧名思義못하게 한다.

둘째, 歷史唯物論的 角度로부터 볼 때 法律行爲槪念 名稱은 行爲 앞에 「法律」이란 限定語가 달렸기에 本來의 繼受性 槪念이 原始性 槪念으로 顚倒되었다. 주지하다시피 遺言·結婚·決議와 같은 "法律行爲"는 단지 法이 있는 國家社會에만 存在할 수 있으므로 그는 法律有無의 社會間에 이어 받아 使用될 수 있는 繼受性 槪念 範疇에 屬한다. 이와 反對로 「法律」이 限定語로 된 法律事實, 法律關係, 法律效力과 같은 法律槪念은 오직 法이 있는 國家社會에서만이 使用되는 原始性 槪念 範疇에 屬한다. 그런데 「法律行爲」槪念은 「法律」이란 限定語가 달려 있기에 겉보기에는 勿論 原始性 槪念에 屬하지만 其實은 繼受性 槪念에 屬하는 것이다. 왜냐하면 遺言·結婚·決意와 같은 "法律行爲"는 國家와 法의 有無를 막론하고 人類全般社會에 다 존재하기 때문이다.

原始社會에도 法이 存在하기에 이는 道理에 맞지 않는다고 나설 사람이 있을 수 있는데 기실 原始社會에는 法이 있을 수 없다. 왜냐하면 原始社會의 規範이나 國家社會의 規範이나 모두 다 一定한 强制的 共性을 띄고 있지만 原始社會의 規範은 國家機構의 强制力 뒷받침이 없기에 規章 및 規則(rule)으로 밖에는 더 上昇될 수 없기 때문이다. 알껍질의 有無는 달걀과 닭과의 根本的 區別標徵으로 되다시피 國家强制力뒷받침의 有無는 法과 規章의 根本的 區別標徵인 것이다. 原始社會는 生産力이 너무나도 낮기에 國稅에 의해서야만이 生存할 수 있는 國家機構가 있을 수 없으며 따라서 그의 뒷받침이 있어야만이 生存되는 法도 있을 수 없는 것이다. 原始社會에도 法이 있다는 學說은[4] 量的變化는 承認하고 質的 變化는 否認하기에 哲學原理에도 어긋난다.

셋째, 辨證法的 角度로부터 볼 때 法律行爲를 단지 그의 本質的인 한면으로만 볼 것 같으면 물론 그는 獨逸妥當說이 일컫는 「自治的 法形成行爲」이기에 法律과 同等한 行爲라고 볼 수 있다. 그러나 그의 反面이 現象的인 角度로부터 한번 더 考察해 보면 그는 반드시 意思表示에 의해서야 만이 進行될 수 있는 行爲이기에 그의 主觀으로 되는 意思가 感性과 理性의 矛盾統一體인 이상 感性으로 인해 생

4) 我妻榮, **民法總則**, 岩波書店, 平成2年版, 제230면.

기는 私慾·無知와 같은 不良要素를 避免못하며 또 그의 客觀으로 되는 表示가 必然과 偶然의 矛盾統一體인 이상 偶然으로 인해 생기는 過失·意外와 같은 不良要素도 避免못한다. 따라서 그들의 害的 影響으로 말미암아 早婚·高利貸·賭博과 같은 違法과 無效한 行爲들이 생기는 것도 必然的인 現象이다. 그러기에 本質과 現象의 全面的인 角度로부터 본다면 法律行爲를 法律과 같은 行爲라고 말할 수 없는 것이 分明하다. 왜냐하면 法律은 그 實施期間의 地位와 效力이 絶對的인 것에 반하여 法律行爲는 相對的인 相互不同한 異質槪念인 까닭이다. 그러나 法律行爲란 名稱本身은 語義上으로나 直感上으로나 사람들로 하여금 단지 本質的 含意로 그의 前面만 理解케하고 現象的 含意로 다시 더 그의 反面을 理解못하게 하므로 그를 다만 法律과 同一한 行爲라고만 認識케 하며 나아가서는 그와 法律과의 混同마저 빚어내게 한다.

그러나 法律行爲는 法律關係의 設立을 目的으로 하는 表意行爲이기에 名稱上 問題없다고 나설 사람이 있을 수 있는데 其實은 그렇지 않다. 왜냐하면 "法律行爲"는 法律이 없는 社會에도 存在하므로 그와 같은 名稱은 이와 어긋남이 分明하며 또한 그 名稱은 法律關係를 中點으로 反映할 것이 아니라 設權關係를 重點으로 反映해야 하기 때문이다. 그 까닭이란 法律上 一切行爲의 共性이지만 設權關係의 發生이야말로 法律行爲로 하여금 法律上의 다른 一切行爲와 區別되게 하는 個性인 緣故이다.

요컨대 語義學·歷史唯物論 및 辨證法的 角度로 볼 때 法律行爲란 槪念名稱은 확실히 嚴重한 瑕疵가 內在된 非科學的 名稱이며 前述된 여러 가지 問題와 誤謬의 禍根이기에 반드시 設權行爲로 是正해야 한다. 設權行爲란 名稱은 法律行爲의 眞正한 內包와 外延을 正確히 顧名思義시킬 수 있을 뿐만 아니라 法律行爲만이 具有된 設權性도 잘 反映하기에 다른 行爲들과의 嚴格한 區別도 가져올 수 있으며 또한 無法律社會同義槪念과의 繼受性도 具有하기 때문에 人類社會 過去·現在·未來의 全面的 視角으로 法律行爲의 內包와 外延을 正確히 理解할 수 있게 한다. 그는 또 法律行爲 科學的 內包의 創始者인 Heise의「設權的 意思表示行爲」란[5] 含意에도 符合된다. 設權行爲 以外의 다른 名稱들 이를테면 意思表示行爲·自治行爲·意志行爲·設定行爲·傳達行爲·意效行爲 등은 다소간 不理想的인 흠점이 보이기에 改名對象으로 되기 어렵다.

法律行爲槪念 名稱의 訂正은 法律行爲 및 그의 派生的 槪念들에 대한 難解病과 誤謬들을 根治할 수 있을 뿐만 아니라 目下 踏步狀態에 처한 法律行爲 基礎理論의 進一步發展에도 積極的인 促進作用을 일으킬 것이다.

---

5) 董安生, **民事法律行爲**, 中國人民大學, 1994年版, 제30면 참조.