

韓國民法의 課題와 展望

金 相 容*

◇ 차	레 ◇
I. 問題의 提起	1. 우리 固有法의 發見과 現代의 變容
II. 韓國民法의 發展과 評價	2. 時代變化에 適應할 수 있는 民法을 위한 繼續的인 修正·補完
1. 우리 民法의 連續性의 斷絶	3. 比較法 研究의 活性化
2. 修正, 補完, 整備의 소홀	4. 法運用의 民主性, 一貫性의 確保
3. 限時法의 多數 制定·施行에 의한 跛行性	5. 私法과 公法의 調和
4. 民事紛爭解決의 非司法化 傾向	6. 기타의 課題들
5. 學會活動의 相互 非交流性	IV. 韓國民法의 展望
III. 韓國民法의 課題	

I. 問題의 提起

現行의 우리 民法典이 制定·施行된 지 올해로 33년째가 된다. 近代의 民法이 施行된 지는 舊民法時代로 거슬러 올라가면 벌써 80년의 세월이 지났다.¹⁾ 이보다 더 近代의 民法典을 우리 스스로의 힘으로 갖고자 했던 大韓帝國의 時代로까지 거슬러 올라가면 근 1世紀가 지났다.²⁾

* 한양대학교 법과대학 교수, 법학박사.

1) 우리의 舊民法은 1912年 3月 制令 第7號의 朝鮮民事令에 의해서 依用된 日本民法이었다.

2) 1894年 6월에 大韓帝國에서는 法部令 第7號로 『法律起草委員會』를 설치하여 民法, 刑法, 商法, 治罪法, 政治法 등의 制定 또는 改正할 法案을 起草토록 하여 1905년에 刑法大全을 制定

우리의 近代의 民法史는 우리 스스로의 힘에 의하여 우리의 法傳統과 法意識에 바탕을 둔 民法典을 갖지 못하고, 他意에 의해서 日本民法典을 依用하였고, 우리의 힘으로 制定된 現行의 民法典도 역시 그 制定過程에 있어서 우리의 法傳統과 法意識을 충분히 조사·정리하지 못한 채 外國의 여러 近代의 民法典을 참고하여 制定하였다고 하지만, 근본적으로는 舊民法典을 바탕으로 하고, 日本에서 日本의 民法典(우리의 舊民法典)을 시행해 오던 과정에서 日本의 法學者들에 의하여 밝혀진 舊民法의 缺陷 내지 短點에 대한 그들의 연구결과를 참고하여 制定되었다.³⁾

다시 말하면 우리의 現行民法典은 舊民法를 바탕으로 하면서 獨逸民法과 獨逸法系에 속하는 스위스民法 등에 대한 日本學者들의 연구결과를 참고하여 制定되어 日·獨混合型繼受法의 성격을 갖고 있다. 그래서 우리의 民法 내지 民法典의 歷史는 法精神史的 觀點에서 보면 결코 民族文化的 傳統의 連續性을 자랑할 수 있다고는 볼 수 없다.⁴⁾

그러므로 筆者는 평소에 우리의 民法典은 우리 몸에 꼭 맞지 않는 빌려입은 옷 같다고 생각해 왔으며, 또한 우리의 民法는 우리의 法傳統과 法意識에 符合하지 못하는 부분이 적지 않아, 우리의 法生活에 있어서 民法이 行爲規範과 裁判規範으로서의 본래의 기능을 다하지 못하여 살아 있는 법이 되지 못하고 죽은 부분이 많지 않나 생각해 왔다. 우리의 現行民法典이 制定·施行된 후 그동안 많은 學者들의 노력에 의해서 부단히 연구·보충되어 왔으며, 判例도 많이 축적되어 民法典의 欠缺을 보충·발전시켜 왔다. 그러나 民法典의 改正은 극히 소홀하지 않았나 반성해 본다.

獨逸民法典은 1900년 1월 1일부터 施行된 이후 1991년 7월 25일까지 107회에 걸쳐서 改正되었다.⁵⁾ 또한 獨逸民法의 制定過程에 있어서는 繼受된 로마법을 普通法學(Pandektenwissenschaft)에 의해서 학문적으로 체계화하고, 또한 反繼受(Gegenrezeption)에 의해서 獨逸固有法을 학문적으로 체계화한 후에 비로소 制定되어⁶⁾

하였다. 그 刑法大全에는 刑事實體法規, 刑事訴訟法規 외에도 民事實體法規, 民事訴訟法規가 規定되었다. 그러나 1908년에 이르러서는 刑法大全內의 民事關係條項은 모두 削除되었다. 刑法大全制定後 民法典의 制定을 위해 1905년에 秦本으로 『法部に 法律起草委員會를 설치하여 民法를 制定하는 件』과 同年에 詔勅으로 『民法常例를 編輯하는 件』이 公布되어 民法典制定에 착수하긴 했으나 韓日合邦으로 挫折되고 말았다.

3) 郭潤直, 「民法總則」(新訂版, 1989), 60面.

4) 金容漢, “民法典과 民法學界의 回顧와 展望”, 民法施行30周年記念學術大會 論文 (1990.10.13), 1面.

5) Siehe, Schönfelder, Deutsche Gesetze(Textsammlung) (C. H. Beck, 1992).

6) 拙稿, “民法典制定의 過程과 特徵: 獨逸, 佛蘭西, 瑞西 및 日本”, 「法學論叢」第6輯(漢陽大學校 法學研究所, 1989), 11面.

獨逸의 法傳統과 法意識에 충실하게 立法이 되었고, 制定·施行후에는 사회변화에 따라 계속해서 修正·補充함으로써 獨逸民法典이 살아 있는 法으로 기능하고 있음에 비추어 볼 때, 우리의 民法典은 制定過程에 있어서도 우리의 法傳統과 法意識에 관한 충분한 조사·검토가 없었고, 制定·施行된 후에도 修正·補充을 충분히 하지 아니하여 살아있는 法으로서 기능하고 있느냐는 疑問을 남게 하고 있다.

우리의 民法改正은 모두 7차례에 걸쳐서 이루어졌다. 家族法이 세번, 附則만의 改正이 세번, 財産法 改正은 꼭 한번 밖에 이루어지지 않았다.

家族法은 세번에 걸쳐 改正이 있었지만 그 改正의 契機와 改正內容에 있어서 批判이 없지 않다. 즉, 1962년의 1차 改正에서 法定分家制를 規定한 것은 戶籍制度를 개선하여 지방색을 拂拭하고자 한데서 起因하였으며, 1977년의 改正과 1990년의 改正은 選舉를 의식해서 이루어진 改正이란 점에서 家族法改正의 적극적인 意義보다는 유감을 떨쳐버리기 어렵다는 評價가 있으며⁷⁾, 특히 1990년의 大改正은 종래의 慣習과는 전혀 相關性을 찾을 수 없는 親族의 意義나 範圍의 調整, 충분한 검토없이 도입을 시도한 새로운 制度 등에 대해서 憂慮의 意見이 적지 않다고 지적되고 있다.⁸⁾

財産法分野는 실질적으로는 한번 改正한 것에 불과하고 그 改正內容도 극히 限定的이어서 現行의 財産法이 사회현실에 부합하지 못한 부분이 적지 아니하다.

이와 같이 國民의 法生活의 가장 기본적인 行爲規範인 民法이 制定當時부터 우리의 사정에 맞지 않는 부분이 많았고, 施行後에도 家族法은 너무 앞서간 나머지 우리의 현실과 맞지 않는 부분이 많고, 財産法은 너무 修正·補充을 하지 않아 우리의 현실과 부합하지 못하고 있는 실정이다. 그래서 우리의 民法은 살아 있는 法으로서의 民法 본래의 기능을 다하고 있지 못하고 있다고 평가해 볼 수 있다.

비록 우리의 民法이 살아있는 法으로 충분히 기능하고 있지 못하다고 하더라도 우리의 民法이 우리의 法生活를 편리하고, 안전되게 하여야 할 責務는 이 시대를 살고 있는 우리의 任務이자 使命이다. 그래서 우리의 民法이 발전되어온 過去를 평가하고, 앞으로 나아가야 할 방향을 제시하는 것은 중단없이 꾸준히 지속되어야 한다. 우리 民法典이 시행되어온 후 여러 學者들에 의하여 우리 民法, 民法典, 民法學에 대한 평가와 과제에 관한 연구발표가 있었다.⁹⁾ 그러나 民法, 民法典, 民法學의 評價와 課題에 관해서는 그 論者의 價値觀, 民法에 대한 態度에 따라서 각각 특징이 있

7) 崔達坤, “韓國家族法 30年の 回顧와 展望”, 「韓國民法學의 回顧와 展望」(法文社, 1991), 462面.

8) 上掲論文, 462面.

9) 그간 發表된 民法의 回顧와 課題에 관한 論文들을 살펴보면 다음과 같다.

고, 차이가 있게 마련이다. 筆者는 이와 같은 우리의 民法, 民法典, 民法學의 課題에 대한 既存의 연구발표와 그간의 民法에 관한 수많은 論文, 著書의 出刊과 判例의 蓄積에 의하여 보다 우리의 실정에 맞는 우리의 民法으로 꾸준히 성장, 발전해 왔다고 생각한다. 아직도 우리의 民法이 우리의 法傳統과 法意識에 부합하지 않는 부분이 적지 않지만 앞서 이룩한 많은 연구결과가 절대로 過少評價되어서는 아니된다고 생각한다.

그러나 보다 우리의 獨自의인 民法, 民法典, 民法學의 定立을 위해서 다시 한번 우리의 民法史를 거슬러 살펴보고, 앞으로의 課題를 밝히고 展望해 보는 것은 意義 있는 일이라 생각된다. 여기서 우리 民法의 課題와 展望에 관한 筆者의 意見은 매우 主觀的일 수 밖에 없음을 밝혀둔다. 그리고 課題와 展望은 동일한 내용이지만 굳이 구분한다면 課題는 가까운 장래에 이루어나가야 할 좀 微視的인 觀點에서의 考察이며, 展望은 먼 장래를 내다본 巨視的으로 民法이 나아가야할 방향이라고 생각하고 이 拙稿를 執筆함을 분명히 하고자 한다. 또한 筆者의 專攻分野가 財産法이기 때문에 자연히 財産法을 중심으로 民法의 課題와 發展을 논하게 됨도 밝혀 두고자 한다.

II. 韓國 民法의 發展과 評價

1. 우리 民法의 連續性的의 斷絶

법은 歷史성을 갖고 있다. 특히 民法은 歷史的인 法이다. 民法은 만들어진 法이라기 보다는 生成된 法(gewordenes Recht)이라고 할 수 있다. 民法典은 비록 立法者에 의해서 制定되었다고 하더라도, 그 內容은 共同體 內에서 생성된 法의 體系化 내지 成文化이다. 따라서 民法은 共同體의 法傳統과 共同體構成員의 法意識에 부합하여야 實效성을 갖게 되는 것이다. 民法은 共同體構成員들의 日常 法生活의 準據가 되는 行爲規範이며, 紛爭解決을 위한 裁判規範이다. 民法은 共同體의 法傳統과

金曾漢, “韓國民法學 30年の 回顧”, 「法學」第19卷 1號(서울大學校 法學研究所, 1978), 72面 以下; 金曾漢, “韓國民法學의 進路”, 「法學」第26卷 23號(서울大學校 法學研究所, 1985), 1面 以下; 金曾漢, “韓國民法의 歷史的 發展”, 「法史學研究」第8號(韓國法史學會, 1985. 9), 1面 以下; 郭潤直, “韓國民法學의 現代的 課題”, 「厚巖論文集」(博英社, 1991), 3面 以下; 梁彰洙, “韓國社會의 變化와 民法學의 課題”, 「民法研究」第1卷(博英社, 1991), 1面 以下; 尹喆洪, “韓國民法學의 問題點과 改善方向”, 「法과 社會」第3號(1990 下半年期), 200面 以下; 丁玉泰, “民法學의 現況診斷과 그 處方”, 「考試研究」(1992. 4), 27面 以下; 拙稿, “韓國民法의 史的發展”, 「法史學研究」第9號(韓國法史學會, 1988.9), 63面 以下.

그 構成員들의 法意識에 부합하여야 살아있는 法으로서 기능할 수 있는 것이다.

그런데 우리의 民法史의 특징은 그 史的 連續性 내지 繼續性이 斷絶되어 있는 것이다.¹⁰⁾ 그것은 朝鮮時代에는 成文法에서 民事關係에 관한 몇몇 規定이 있었지만 대부분 慣習에 의해서 規律되어 왔으며, 大韓帝國에 와서는 自主的으로 西洋法을 受容하여 우리의 民法典은 制定하고자 하였지만 日帝에 의해서 失敗로 돌아가고, 日帝時代에는 日本民法을 依用¹¹⁾함으로써 우리의 法傳統과는 관계없는 近代的 民法이 施行되었다. 특히 日帝時代에는 우리 國民들의 財産과 人格을 보호하여야 할 民法이 오히려 民法을 통해서 財産收奪과 人格을 박탈하는 手段으로 惡用되어 法에 대한 不正的 感情을 낳게 하였다. 그 대표적인 事例은 土地調査事業과 近代的 土地所有權概念의 規定에 의해서 韓國民의 土地를 빼앗아 가고, 朝鮮民事令을 改正하여¹²⁾ 韓國民의 氏名을 바꾸도록 强요하였다.

解放이 된 후에도 舊民法은 그 效力을 계속 유지하여 1960년 1월 1일부터 現行民法이 시행될 때까지 계속 效力을 가졌다.

現行民法이 制定될 때에도 家族法分野에서는 우리의 慣習法을 크게 고려하였으나, 財産法分野는 우리의 舊慣의 傳貰制度를 物權으로 規定하고, 우리의 慣習法을 民法의 法源으로 規定하였으며(民法 第1條), 事實인 慣習이 任意法規에 우선함을 인정하고(民法 第106條), 慣習法에 의한 物權의 創設을 인정하고(民法 第185條), 慣習에 의하여 相隣關係를 規律할 수 있는 點(民法 第204條, 第229條, 第234條, 第237條第3項)과 特殊地役權을 慣習에 의하여 規律할 수 있도록(民法 第302條) 하였다.

그러나 그동안 실제로는 慣習 내지 慣習法에 대한 調査가 이루어지지 못하였다. 이와 같이 形式的 意味의 民法에서는 그 史的 連續性이 斷絶되어 있으나, 우리의 法意識에서는 連續性을 갖고 있다고 할 수 있다.¹³⁾ 그러므로 民法과 그것을 行爲規範으로 삼아야 하는 法意識間의 乖離로 우리의 民法은 裁判規範으로서의 기능이 더

10) Cho Kyu Chang, Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch ; Textausgabe mit Einleitung und Erklärungen Koreanischer Rechtsbegriffe (1986), XV.

11) 日本民法을 우리의 舊民法으로 依用한 것을 繼受라고 표현하는 경우도 있으나, 舊民法은 繼受(Rezeption)가 아니라 依用이었다. 繼受는 어느 한 國家 또는 民族이 自主的으로 다른 나라 또는 다른 民族의 法을 받아들여 자기 나라, 자기 民族의 法으로 變容하는 것을 말하며, 依用은 他意에 의해서 다른 나라의 法을 그대로 자기 나라에 심어놓는 것이다.

12) 日帝는 1939年 制令 第19號(1939. 11. 10)로 朝鮮民事令을 改正하여 戶主는 氏를 정하고 6個月以內에 府尹 또는 邑, 面長에게 申告하도록 하였다.

13) 朴秉濠, “우리나라 不動產去來法略史”, 「不動產去來의 諸問題」(民事判例研究會編, 經營文化院, 1980), 24面.

강하게 나타날 수 밖에 없는 것이다.

2. 修正, 補完, 整備의 소홀

우리 民法은 制定·施行된 후 그 修正·補完·整備 등의 改正에 소홀하였다고 평가할 수 있다. 물론 家族法은 두 차례에 걸쳐 大改正이 이루어졌지만 財産法分野는 그 修正·補完·整備가 극히 소홀하였다. 사실 財産法分野의 改正이 4차례에 있었지만 2次改正(1962. 12. 31)과 3次改正(1964. 12. 31)은 民法附則 第10條 第1項의 舊民法下에서 法律行爲에 의하여 不動產의 所有權을 取得하고 現行民法의 施行後에도 所有權移轉登記가 이루어지지 않은 不動產의 登記申請期間을 延長해 주는 改正이었으며, 第4次改正(1970. 6. 18)은 法院書記에게 確定日字印을 받는데 필요한 手數料徵收을 위한 大法院規則制定의 法的根據를 제공하는 것이었다. 第6次改正(1984. 4. 10)에서는 세 부분에 걸쳐서 改正이 이루어졌으나 財産法分野의 전반적인 修正·補完을 하지 못하였다. 물론 特別法으로 “假登記擔保등에관한法律”(1983. 12. 30 制定)과 “集合建物の所有및管理에관한法律”(1984. 4. 10 制定)이 制定되긴 했으나 財産法 全般에 걸친 충분한 修正檢討가 없었고, 그나마 改正意見이 제시되었던 分野도 많은 내용이 改正되지 못하였다.

第6次 民法改正時에 改正을 위해 검토된 財産法의 내용을 살펴보면, 事情變更原則의 明文化, 成年年齡의 引下, 財團法人設立時 出捐財産의 歸屬時期, 錯誤를 理由로 하여 意思表示를 取消한 者의 信賴利益賠償義務의 認定, 法律行爲의 取消權者에 錯誤로 인한 表意者의 明示, 登記原因證書의 公證, 임미시온의 禁止와 認容, 取得時效期間의 短縮, 總有物의 保存行爲의 根據明示, 宗中·門中の 基本財産處分時 市·邑·面長의 認可, 傳貰權의 讓渡性制限 廢止, 建物傳貰權의 消滅通告의 制限, 抵當權의 附從性은 當然規定으로 削除하자는 意見 등이 제시되었다.¹⁴⁾ 債權法分野에서는 法定利率을 大統領令으로 정할 것과 選擇債權에 있어서 選擇의 遡及效의 第3者 制限規定의 廢止, 그리고 契約締結上의 過失의 改正, 賣渡人의 瑕疵擔保責任에 있어서 補修請求權을 추가하고, 瑕疵擔保責任의 行使期間의 變更, 組合事務의 執行方法에 대한 改正 및 終身定期金規定을 削除할 것이 學論되었다. 그리고 賃貸借關係의 補完은 대부분 住宅賃貸借保護法의 改正으로 反映이 되었으나,¹⁵⁾ 그 외는 전혀 立法

14) 韓國民事法學會編, 「民法改正意見書」(博英社, 1982).

15) 黃迪仁, “1984年 財産法改正經過”, 「韓國民事法學會 發表論文」(1992. 4. 18), 13面.

으로 반영되지 못하였다.

이상에서와 같이 財産法分野에 있어서도 債權法分野는 施行後 한번도 改正을 하지 않아 變化하는 社會에의 適應性이 크게 떨어진다고 아니할 수 없다. 그리고 우리나라에서는 民事關係의 基本法인 民法에 대한 계속적인 修正·補完·整備를 하지 않고, 필요에 따라서 特別法을 制定하여 사회적 요청에 대응하였다. 特別法을 制定·改正할 때에는 基本法인 民法과의 衝突·矛盾有無를 검토하였어야 함에도 불구하고 그러하지 못하였음을 또한 발견할 수 있다.

그 대표적인 例로서 經濟的 弱者인 住宅賃借人의 保護를 위해서 住宅賃貸借保護法을 制定하여 賃借住宅의 占有와 賃借人의 賃貸住宅住所地에로의 住民登錄의 移轉을 住宅賃借權의 對抗力發生의 要件으로 規定하여(住宅賃貸借保護法 第3條), 모처럼 우리의 傳統法을 立法한 民法上의 傳貰權 利用의 必要性을 弱화시키고, 그후 住宅賃貸借保護法의 改正에 의해서 賃借人 單獨으로 賃貸借契約書에 確定日字를 부여 받으면 保證金全額에 관하여 順位에 의한 優先特權을 認定하여(同法 第3條의2), 더욱더 兩當事者가 共同으로 登記申請을 하여야 하고 登錄稅를 부담하여야 하는 傳貰權의 利用을 가로막는 결과를 낳았으며, 더욱더 문제점인 것은 住宅賃借權의 最短存續期間은 2年으로 改正하면서(同法 第4條), 建物傳貰權의 最短存續期間은 1年으로 그대로 두어(民法 第312條 第2項), 債權인 賃借權이 物權인 傳貰權보다 더 강한 奇異한 현상을 빚고 있는 점이다.

住宅賃借人의 保護는 충분히 이해되지만 基本法과의 相互矛盾性이 없는지를 검토 했어야 했는데 우리의 固有法을 成文化한 것으로 알고 있는 傳貰權의 활용을 크게 低下시키는 결과를 낳았음을 잊지 말아야 할 것이다. 그리고 法定地上權에 관한 規定에 있어서도 相互矛盾된 規定을 두고 있는 것이 있다. 民法은 抵當權의 實行으로 인하여 土地所有者와 建物所有者가 달라진 경우에는 土地所有者는 建物所有者를 위해서 地上權을 설정한 것으로 본다(民法 第366條)고 規定하고 있다. 이러한 法定地上權이 인정되기 위해서는 民法은 土地 또는 建物만에 抵當權이 設定되거나, 兩者 모두에 抵當權이 設定되거나 상관없이 抵當權 實行에 의하여 土地와 建物の 所有者가 각각 다른 경우에 대비해서 規定하고 있는데, 擔保物權法의 特別法인 “假登記擔保등에 관한法律”에서는 土地 또는 建物에 變則擔保權이 設定되어 變則擔保權者가 所有權을 取得한 경우에 한해서 法定地上權이 인정되는 것으로 規定하고 있다(同法 第10條).

또한 農地改革法에서는 農地의 賃貸借를 禁止하고 있으나(同法 第17條), 農地賃貸借管理法(1986. 12. 31 制定)을 制定하여 엄격한 요건하에서 農地의 賃貸借를

許容하고 있다. 그런데 民法에서는 農地에 대한 傳賃權設定을 禁止한 것은(同法 第303條第2項) 農地改革法の 立法目的을 살리기 위한 것이었는데 農地의 賃貸借를 許容하였으면 農地에 대한 傳賃權設定 禁止條項에 대한 檢討도 뒤따랐어야 했을 것이다. 생각해 보면 農地의 賃貸借를 허용하여 債權인 賃借權으로 農地의 賃借人을 보호하기 보다 農地에 대한 傳賃權設定을 許容하면 農地의 利用者를 더 強하게 保護할 수 있음에도 불구하고 이에 대한 검토가 없었음은 아쉽다고 아니할 수 없다. 또 하나의 相互矛盾性은 民法改正에 의하여 傳賃權의 擔保物權性을 明定하면서(民法 第303條 第1項 後段), 不動產質權을 禁止한 民法規定(民法 第345條 但書)에 대한 검토가 없었다는 점이다. 분명히 傳賃權은 不動產質權의 性質을 갖고 있음에도 불구하고 不動產質權 禁止規定에 대한 검토가 없었던 것은 아쉬운 일이 아닐 수 없다.

더욱더 傳賃權에 관한 規定을 改正하여 擔保物權性을 明定하면서 不動產 全部에 대하여 傳賃金返還請求權의 優先辨濟權을 인정하면서(民法 第303條 第1項 後段), 競賣請求權 條項(民法 第318條)에서는 傳賃目的物에 대해서만 競賣請求權을 인정하여, 不動產의 一部分에 대한 傳賃權設定의 경우에 競賣請求權은 傳賃目的物인 不動產의 一部分에 대해서만 가능하고, 優先辨濟權은 그 不動產全部에 대하여 가능하다는 矛盾된 結果를 낳고 있다. 大法院도 一部傳賃權의 경우에 不動產全部에 대한 競賣請求權을 否認하여¹⁶⁾ 傳賃權의 擔保物權으로서의 性質을 半減시키고 있다.

이 이외에도 法律 內在적으로 그리고 法律相互間의 矛盾點들에 대한 검토가 있을 후 가능한 한 그러한 矛盾點들을 是正하여야 국민들이 정상적인 法律生活을 할 수 있는 것이다.

成文法은 時代의 變化에 彈力的으로 적용할 수 없는 短點이 있다. 그러한 문제점을 해결하기 위해서는 解釋에 의해서, 判例에 의해서 어느 정도 彈力的 적용이 가능할 수 있지만 근본적으로는 法律의 改正에 의해서 꾸준히 시대의 변화에 적응할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그러나 우리 民法史에서는 그러한 改正努力이 소홀하였다고 아니할 수 없다.

참고로 獨逸에서는 獨逸民法이 制定되었을 당시에는 완벽한 체계를 가지고서, 구체적인 法律問題를 民法體系內에서 論理的 操作에 의해 해결할 수 있었다. 그러나 그러한 論理的 操作에 의한 해결에는 限界가 있었다. 그래서 獨逸民法이 施行된 후 곧 時代事情을 적절히 規律할 수 없는 硬化現象을 초래하였다. 이러한 硬化現象을 타개하기 위한 法理論으로서 自由法論(Freirechtslehre)과 利益法學(Interessenjurisprudenz)이 나

16) 大法院決定, 1992. 3. 10. 告知 91나256, 257.

타났다. 이 法學은 民法을 完全無缺한 體系로 보지 않고 欠缺이 있는 것으로 보았으며, 그러한 欠缺을 學說에 의해서 指摘하고, 判例에 의해 보충해 나갈 것을 지적하였다.¹⁷⁾ 그리고 獨逸에서는 法理論에 의해서 뿐만 아니라 꾸준히 民法을 改正하여 시대사정의 변화에 적용할 수 있는 民法으로 발전시켜 왔다. 이미 밝힌 바와같이 1991년 7월 25일까지 107회나 民法을 改正하였다는 것은 우리 民法을 發展시켜나 가는데 좋은 龜鑑이 됨을 잊지 말아야 할 것이다.

3. 限時法の 多數 制定·施行에 의한 跛行性

國民의 日常 法生活은 基本原則에 따라 중단없이 계속되어 法에 충실한 생활을 할 수 있어야 한다. 그것은 財產法分野이든 家族法分野이든 마찬가지이다. 그런데 우리의 民法史에 있어서는 特別法으로 限時法을 制定하여 原則에 대한 例外를 자주 인정함으로써 法에 충실한 정상적인 法生活을 妨害하는 현상을 빚은 부분이 적지 아니하다고 생각된다.

財產法分野에서 가장 중요한 財產權은 不動產所有權이다. 이 不動產所有權의 移轉은 舊民法에서는 意思主義에 의하였으나 現行民法은 形式主義로 바뀌었다. 그래서 意思主義에 젖어 있던 우리 國民들은 形式主義로 바뀌었음에도 불구하고 쉽사리 不動產所有權의 移轉을 위한 登記를 하지 않았다. 그러므로 자연히 登記와 實體的 權利關係가 不一致하는 事例가 적지 아니하였다. 이러한 登記와 實體的 權利關係의 不一致를 除去하기 위하여 限時法으로서 登記에 관한 各種의 特別法을 多數 制定하여¹⁸⁾ 不動產登記法의 原則인 共同申請主義에서 單獨申請이 가능하도록 하고 그것도 實體的 權利關係에 관한 司法的 審査를 거침이 없이 周圍 사람들의 保證書에 의해서 登記하도록 하였다. 그래서 虛偽保證書에 의한 登記申請, 相互保證에 의한 登記申請 등 實體的 權利關係와는 다른 登記가 행하여지고, 正常的인 去來를 하고서도 便法으로 이러한 限時法에 의한 非正常的인 登記가 행하여졌다.

17) 拙稿, 前掲“民法典制定의 過程과 特徵”, 167面.

18) 具體的인 限時法은 다음과 같다. 分配農地所有權移轉登記에 관한特別措置法 (1961. 5. 5. 法律 第613號, 施行期間: 1961. 5. 5~1965. 6. 30); 一般農地의 所有權移轉登記에 관한特別措置法 (1964. 9. 17. 法律 第1657號, 施行期間: 1964. 9. 17~1965. 6. 30); 林野所有權移轉登記에 관한特別措置法 (1969. 5. 21. 法律 第2111號, 施行期間: 1969. 6. 20~1971. 12. 19); 不動產所有權移轉登記등에 관한特別措置法 (1977. 12. 31. 法律 第3094號, 施行期間: 1978. 3. 1~1984. 12. 31); 收復地域內所有者未復舊土地의 復舊登錄과 保存登記에 관한特別措置法 (1982. 12. 31. 法律 第3627號, 施行期間: 1983. 6. 30~1991. 12. 31).

더욱이 大法院에서는 登記簿取得時效에 있어서 登記期間의 承繼合算을 허용함으로써¹⁹⁾ 限時法에 의하여 이루어진 登記라 하더라도 그것이 善意者에게 移轉登記가 이루어지고 10년이 經過하면 眞正한 所有者는 權利를 잃게 되는 결과를 초래하게 되었다.

財産法은 眞正한 權利者로 하여금 財産權을 享有할 수 있도록 보호하여야 함에도 불구하고 오히려 이러한 限時法을 制定·施行함으로써 진정한 權利者를 犧牲시키는 결과를 초래하지 않았는지 反省해 보아야 할 것이다.

家族法分野에 있어서도 同姓同本인 血族間의 婚姻禁止規定에 의하여(民法 第809條 第1項) 同姓同本인 血族間에 事實上 婚姻을 하고도 婚姻申告를 하지 못하는 事例가 많아 이를 救濟하기 위하여 두 차례에 걸쳐 (1977. 12. 31 法律 第3052號, 1986. 11. 28 法律 第3971號) “婚姻에 관한 特別法”을 制定하여 1978年과 1988年에 各各 한 해에 限時的으로 同姓同本인 事實婚 夫婦의 婚姻申告를 허용하였다.

이와 같은 여러차례에 걸친 限時法은 國民들로 하여금 正常的이고, 原則에 충실한 法生活를 沮害하고, 僥倖을 바라는 心理를 조장하지 않았는가 생각된다.

民事에 관한 法生活는 原則에 충실하여 사회변화에 적응하면서 持續性和 繼續性이 유지되어야 法意識이 확고해지고, 國民生活의 安全을 가져오는 것이다.

一時的인 필요가 있다고 해서 原則에 어긋난 限時法의 制定은 극히 조심스럽게 하여야 할 것이다. 原則에 대한 漸進的인 修正은 필요하지만 一時的으로 例外現狀을 허용했다가 다시 原則에 復歸하라는 것은 法의 權威를 失墜시키고, 法生活의 安定을 깨뜨리는 결과가 초래됨을 忘却해서는 아니될 것이다.

그리고 各種의 特別法을 수없이 많이 制定하였는데 그러한 法律의 管理方法도 止揚되어야 할 것이다. 우리의 法文化의 獨自性和 法傳統을 확보하기 위해서는 基本原則에 충실하면서 사회변화에 따라 基本原則에 대한 漸進的인 修正으로 이루어야 할 것이지 限時法이나 特別法 등에 의해 僥倖을 바라도록 해서는 아니될 것이다.

4. 民事紛爭解決의 非司法化 傾向

民事事件에 관한 紛爭은 法律에 따라 司法的으로 해결되어야 함이 원칙이다. 그러나 사회의 변화와 專門化 推移에 따라 環境被害, 醫療事故, 租稅問題, 特許紛爭 등 특히 專門性을 요하는 分野에서는 司法的 解決以前에 關聯專門家에 의한 一次的인 解決試圖 後 法院에 訴를 提起하게 하고 있으며, 約款審査는 準司法的인 行政委員

19) 大判(全員合議體), 1989. 12. 26. 87 다카2176.

會인 約款審查委員會에서 審議議決하도록 하여 처음부터 法律에 의한 司法的 審査에 착수하지 않는 경향을 보이고 있다.

더욱이 民事訴訟法 以外에 民事調停法을 制定하여(1990. 1. 13) 모든 民事事件에 관하여 訴訟 이외에 調停申請이 가능하도록 하여 民事紛爭事件解決의 非司法化 傾向을 보여 주고 있다.

좀더 구체적으로 살펴보면 環境被害救濟에 관해서는 環境汚染被害紛爭調整法에 의해서 調整, 斡旋, 調停, 裁定 등에 의하여, 租稅紛爭에 관해서는 國稅請求, 國稅審判의 前置節次를 밟도록 하며, 特許紛爭에 관해서는 特許審判制度를 두고 오로지 大法院에서만 司法審査를 받도록 하고 있다.²⁰⁾ 醫療事故被害에 관해서도 訴訟의 방법보다는 調停 등의 방법에 의해서 해결하고자 시도하고 있다.

約款의 審査에 관해서는 行政委員會로서 約款審查委員會를 두어 그곳에서 約款을 審議議決하도록 하여(約款의 規制에 관한 法律 第4章), 大法院에서는 約款規制法을 적용하여 해결할 수 있는 事案에 관해서도 例文解釋이라는 독특한 解釋方法으로 約款規制法을 적용하지 않으려고 하는 인상을 주고 있다.

우리의 法傳統을 확실히 정립하고, 法意識을 공고히 하기 위해서는 民事紛爭에 관해서는 가능한 한 法院에 의한 司法的 解決을 도모하여야 할 것이다. 專門分野의 法律的 解決이 一般法院으로서는 적절하지 못하다면 專門特別法院을 설치하거나 法院內에 專擔部를 설치하여 專門性を 提高할 필요가 있으며, 法官 이외의 關係專門家의 참여를 가능하도록 하는 방안이 바람직할 것이다.²¹⁾ 民事紛爭의 行政的 解決方法은 止揚되어야 할 것이며, 法院에 의한 一貫性있고, 專門性있는 司法的 解決方向으로 나아가야 할 것이다. 民事紛爭의 非司法的 解決傾向을 警戒하여야 할 뿐만 아니라 法院의 判決조차도 行政官廳의 검토를 받는 현상까지 일어나고 있다. 대표적으로 不動產登記特別措置法에 의하면 執行力있는 判決에 의한 登記申請의 경우에 있어서는 行政官廳의 許可를 받아야 하고(同法 第5條第1項), 檢印을 받도록 하고 있다(同法 第3條第2項).

福祉社會로 들어가면 國家權力 중 行政政府의 權力이 강화될 수 있는 素地는 있지만 民事紛爭解決에 있어서조차 行政政府의 權限이 강화되는 것은 法治主義의 본래의 趣旨와는 다른 방향으로 가는 것이 아닌가 생각된다.

20) 이에 관하여는 違憲與否가 論爭중에 있다.

21) 參考로 獨逸聯邦大法院(Bundesgerichtshof : BGH)은 120名의 判事로 구성되어 있고, 10個의 部로 나누어 大法院의 專門性까지 살려 나가고 있다(黃迪仁, 韓國民事法學會 (1992. 4. 18) 發表).

5. 學會活動의 相互 非交流性

法の 發展을 위해서는 무엇보다도 法學者들의 새로운 學說主張과 現行法에 대한 不備, 矛盾의 지적이 출발점이 된다. 獨逸에서 法發展의 모습을 살펴보면 먼저 法學者들의 學說主張이 있고, 그것이 判決에 의하여 받아들여져 判例法을 형성하고 그리고 나서 그것을 民事特別法을 制定하거나 民法의 改正에 의해서 民法에 編入하는 것이 일반적인 과정이다. 또한 전국적으로 法曹人大會(Juristentagung)를 열어 중요한 法律的 爭點을 다함께 論議함으로써 法の 發展에 크게 기여하고 있음은 익히 알려진 사실이다.

우리나라에서는 法科大學에는 거의 法學研究所가 설치되어 있고, 전국규모의 民事法關聯學會만 해도, 韓國民事法學會, 民事判例研究會, 韓國財產法學會, 韓國不動產法學會, 韓國家族法學會 등의 大學會 이외에 기타 많은 小學會가 民事法研究活動을 하고 있다. 各學會는 각각 특징있는 學會活動으로 民事法發展에 기여하고 있다. 부분적으로는 많은 研究가 이루어지고 있고, 그 연구결과가 발표되고 있지만 全學會가 공동으로 重要 民事事項에 관하여 함께 지혜를 모으는 노력은 극히 저조하였다고 아니할 수 없다.

獨逸에서와 같이 전국적으로 民事法學者들의 모임이 있다면 보다 더 좋은 우리 民事法의 발전방향을 모색해 볼 수 있을 것이다. 그리고 學界와 實務界와의 相互協助體制도 지극히 弱하다고 아니할 수 없다. 學會를 통해서 교류가 이루어지고 있긴 하지만 理論과 實務가 兼備된 보다 實用的인 우리의 民法의 발전을 위해서는 制度的으로 學界와 實務界의 相互交流가 이루어져야 할 것이다. 그래야 새로운 理論을 구체적인 法的紛爭解決에 적용할 수 있고, 한편으로 보다 實用性있는 理論開發이 가능해질 것이며 民事法內에서의 각 分野마다 專門性을 살려나갈 수 있을 것이다. 또한 우리의 民法學도 하루 속히 受驗法學의 단계를 극복해서 정상적인 法學教育과 많은 法曹人力이 法の 發展에 기여할 수 있도록 하여야 할 것이다.

III. 韓國 民法의 課題

1. 우리 固有法の 發見과 現代的 變容

이미 論述한 바와 같이 우리 民法典 制定當時에 우리 固有의 慣習法 내지 慣習을 體系化하여 立法하지 못한 점이 가장 아쉬운 것이었다고 지적하였다. 우리의 民法

은 우리 國民들의 日常的 法生活의 行爲規範이므로 우리의 法傳統과 法意識에 뿌리 내리고 있는 우리의 固有法을 發掘하여 그것을 오늘의 社會실정에 맞게 變容하는 것이 무엇보다도 중요한 일이다.

우리 民法 第1條에서 慣習法을 民法의 補充的 法源으로 하고 있고²²⁾, 商慣習法은 成文民法에 優先하며(商法 第1條), 物權은 慣習法에 의해서도 創設할 수 있으며(民法 第185條), 法律行爲의 解釋에 있어서는 事實인 慣習이 任意法規에 우선하도록 하고 있다(民法 第106條). 그리고 一般條項을 통해서도 우리의 固有法을 우리의 現行法으로 受容할 수 있는 길이 열려져 있다.

우리의 固有慣習法을 調査發掘하여 現行民法 體制內로 수용하는 일은 우리 民法의 固有性과 獨自性을 위해서 절실하며, 우리의 民法을 살아 있는 法으로 만드는 중요한 일이라 생각된다. 또한 우리 固有法의 發見과 變容에 의해서 우리 民法史의 連續性을 이룩할 수 있을 것이다. 이 일은 필요한 일이지만 방대한 사업이며, 많은 시간과 인력을 필요로 하고, 자칫 잘못하면 편협한 우리 民法으로 만들 위험성도 없지 않다.

우리의 固有의 慣習法으로는 宗中, 門中에 相關한 分野, 鄉約, 契, 水利關係 등 共同體生活에 必要한 社會적 要素를 담고 있는 것들이 적지 않을 것이다. 따라서 個人主義에 터잡아 이루어진 現行民法에 社會連帶 내지 社會的 要素를 加味할 수 있게 되어 社會統合을 이루어 나가는 데도 크게 기여할 수 있으리라 생각된다.

그 동안 日帝에 의해서 우리의 慣習法이 조사된 바는 있으나 그것은 日帝가 植民地 統治를 보다 용이하게 하기 위한 수단으로 이루어졌으며, 조사된 慣習法도 진실이 歪曲된 부분이 적지 않은 것으로 평가되고 있다.

日帝에 의한 慣習調査內容의 歪曲을 是正하기 위해서도 우리 固有法인 慣習法의 조사는 필요하다고 생각된다.

최근에 와서 韓國法制研究院이 基礎研究의 課題로 慣習調査를 繼續事業으로 추진하고 있음은 매우 의미있고 必要한 사업으로 생각된다. 아직은 調査初期段階에 있지만 더욱더 조사, 발굴하여 정리하게 되면 우리 固有法의 體系化는 물론 裁判過程에서의 慣習法의 適用 및 慣習法의 現代的 修正에 의한 立法도 가능해 질 것이다. 한 나라의 獨立性과 獨自性의 확보는 政治的인 分野에서만 아니라 文化的인 分野에서도 이루어져야 하고, 法文化에 있어서도 당연히 그러하다.

우리의 傳統法, 우리의 固有法을 조사하여 倫理的이고, 人情的인 부분은 더욱더

22) 慣習法의 效力에 관해서 對等的 效力說 내지 變更的 效力說에 의하면 더욱더 우리 慣習法의 法源性을 提高할 수 있을 것이다.

발전시키고, 非合理的이고, 前近代的인 내용은 이를 제거하여 오늘의 時代事情에 맞도록 수정하여야 할 것이다. 그렇게 하면 民法은 國民의 生活속에 살아 있는 法으로 기능하게 될 것이다.

이 일은 단기간에 어떠한 결과를 얻으려고 할 것이 아니라 우리의 法傳統과 法意識의 확립 및 우리 民法史의 歷史的 連續性的 構築이라는 먼 장래를 내다보는 巨視的 眼目에서 중단없이 추진되어야 할 것이다.

2. 時代變化에 適應할 수 있는 民法을 위한 繼續的인 修正 · 補完

우리의 民法은 制定된 후 財產法分野는 實質的으로는 한번, 그것도 극히 제한적으로 改正되었다고 論述하였다. 航空機失蹤을 特別失蹤에 추가하고, 또한 特別失蹤의 期間을 短縮하고, 區分地上權을 立法한 것은 아주 적절하였다고 생각된다. 傳貰權의 改正은 傳貰權 강화를 위해서 改正하긴 했으나 다른 法律 또는 法規定과의 衝突 · 矛盾에 대한 검토가 없었음을 아쉽게 생각한다. 그리고 民法典, 그 중에서도 財產法編을 살펴보면 實際生活과는 거리가 먼 살아 있지 못한 분야가 적지 아니하다.

대표적으로 擔保物權法分野에서는 制定후 한번도 改正을 하지 않아 과연 金融實務上의 擔保方法에 부합하는지를 의심케하고 있다. 抵當權分野만 보아도 金融實務에서는 根抵當을 特定根抵當, 限定根抵當, 包括根抵當으로 나누어 이용하고 있는데도 불구하고, 우리 民法에는 오로지 1個條文(第357條)이 規定되어 있을 뿐이다. 用益物權에 있어서는 當事者의 約定에 의한 用益物權은 별반 이용되지 않고 있다. 오늘날은 土地所有權中心主義에서 利用權中心主義로 나아가야 한다고 주장되고 있는데 그것에 대한 民法의 뒷받침은 이루어지지 못하고 있는 실정이다.

그 외에도 舊民法을 바탕으로 해서 現行民法을 制定하면서 現行民法의 基本原則이 바뀌었는데도 불구하고 舊民法上의 規定을 그대로 둔 경우도 있고²³⁾, 規定을 두었어야 할 분야에 전혀 規定이 없는 것도 적지 않다. 예컨대, 權利能力없는 社團 또는 財團에 대한 法的規律, 總有에 관한 보다 자세한 規定, 不動產賃貸借에서 權利金授受에 관한 規定 등은 規定했어야 할 것인데, 그러하지 못하였으며, 特殊不法行爲에 관해서는 보다 상세한 規定을 두었어야 마땅했을 것이다.

23) 代表的으로 質權에서 代理占有라는 用語의 使用(第332條), 質權契約의 要物性規定(第330條, 第347條) 등을 들 수 있다.

그동안 學說이 많이 많이 제기되었고, 民法典의 欠缺部分에 대한 연구결과도 적잖이 발표되었으며, 判例도 集積되었으며, 外國法에 대한 연구도 적잖이 이루어졌다. 차근차근히 그 결과를 民法典에 반영하여 보다 현실생활을 충실히 규율할 수 있는 民法으로 발전시켜 나가야 할 것이다. 民法改正이 시대변화에 따라 적극적으로 추진되어야 한다는 주장은 간단없이 제기되었다. 韓國民事法學會에서는 1990년 民法施行30周年을 記念하여 우리 民法의 改正方向과 改正內容에 관한 學術大會를 가졌고²⁴⁾, 올해부터는 본격적으로 同學會가 民法改正分野에 대한 研究發表를 할 계획으로 있으며, 會員들에게 民法改正分野에 대한 意見開陳을 書面으로 提出하도록 하고 있다.

民法典은 지속적으로 修正·補充되어, 시대사정을 적절히 규율할 수 있어야 한다. 그 일은 모든 民法關聯者들의 責任이며, 使命이라 생각한다.

3. 比較法 研究의 活性化

民法은 生成된 法이기 때문에 個個의 民法條項은 긴 역사를 갖고 있으며, 그것이 停止되어 있지 아니하고 계속 발전해 나아가는 것이다. 그러므로 우리의 民法을 보다 확실히 이해하고, 발전시키기 위해서는 民法 個別規定의 內容의 歷史的 變遷을 이해하는 法史學民法이 깊이있게 연구되어야 하며, 民法의 발전을 위해서는 우리나라가 추구하여야 할 國家哲學도 연구되어야 하고, 法政策學의 연구도 함께 이루어져야 한다. 그리고 우리의 民法이 唯我獨存의 으로 존재할 수는 없다. 그러므로 外國法에 대한 比較研究도 활발히 일어날 수 있어야 한다. 그동안 外國法에 대한 研究가 많이 이루어지긴 하였으나 보다 체계적으로 比較法 研究의 活性化가 필요하다고 생각된다.

그동안 우리 民法에 대한 比較法的 研究는 大陸法一邊倒의 閉鎖性을 벗어나지 못하였다. 英美私法에 대한 연구도 필요하다. 比較法을 통해서 우리 民法의 해석을 보다 충실히 할 수 있고, 法學教育은 물론 民法의 改正을 위한 풍부한 資料를 확보할 수 있게 되고, 民法의 閉鎖性을 벗어나 개방적인 방향으로 나아가게 할 수 있을 것이다.

특히 獨逸은 로마法을 繼受하여 로마法을 獨逸 자신의 法으로 變容한 후, 第1次

24) 그때의 主題發表論文은 1990. 10. 13. 民法施行30周年 學術大會發表論文으로 배포되었고, 이를 더 보완하여 民事法學 10號로 발간할 예정이다.

世界大戰後 戰後問題의 處理와 第 2 次 世界大戰後 戰勝國法인 英美法의 영향을 강하게 받게 되자, 英美法을 바로 받아들이지 않고, 比較法이란 方法論을 통해서 英美法을 濾過하여 獨逸의 실정에 맞게 變容하고 있음을 보여주고 있다. 筆者는 이와 같은 比較法을 통한 英美法의 變容을 獨逸에서의 第2의 繼受라 표현하고 싶다.

우리도 大陸法의 比較研究에도 충실하여야 할 것이지만 具體的妥當性을 존중하여 時代事情의 변화에 신속하게 적절히 대처하고 있는 英美私法의 理論에 대한 연구도 깊이하여 우리 民法의 내용을 보다 풍부하게 하여야 할 것으로 생각한다.

또한 社會主義法에 대한 比較研究가 매우 긴절한 실정에 있다. 獨逸은 分斷된 후 社會主義法에 대한 연구를 比較法을 통해서 꾸준히 연구해 왔다. 그러함에도 불구하고 統獨以後 法의 不統一性을 해결하는데 많은 어려움이 있다고 한다. 우리는 獨逸에 비해서 社會主義法에 대한 연구가 극히 소홀하였다. 그간 學者들의 개인적 노력에 의해서 社會主義法에 대한 연구가 이루어지긴 했으나 그렇게 풍부하지는 못한 실정이다. 南北統一에 對備해서 社會主義法에 대한 연구가 활기를 띠고 있으나 보다 체계적이고, 統一後의 民法의 모습이 어떠해야 할 것인가를 지금부터 深度있게 연구하여야 할 것이다. 이 일도 韓國法制研究院에서 이루어지고 있다. 보다 넓은 研究層의 확보가 필요하다고 생각된다.

4. 法運用의 民主性, 一貫性의 確保

사회사정의 변화는 公法分野 뿐만 아니라 民法分野의 法運用에도 지대한 영향을 미친다. 그 동안 우리나라는 權威主義가 지배해온 사회이었으나 서서히 民主化 社會로 그 모습이 바뀌고 있다. 그래서 民法의 운용에 있어서도 民主性이 반영되고 있다. 특히 憲法裁判所가 업무를 시작한 이후 짧은 기간동안 違憲決定을 한 法規定이 民事法分野에도 적지 않았다고 하는 것은 우리나라가 너무 權威主義的인 社會이었고, 따라서 얼마나 法實證主義的 思想에 젖어 있었나 하는 것을 보여주고 있다. 그래서 民法의 基本原則에 어긋나는 特別法, 限時法 등을 制定하여 國民들로 하여금 정상적인 法生活의 持續性 確保보다는 僥倖이나 脫法的 行爲를 하도록 하는 心理를 낳지 않았나 반성해 보아야 할 것이다.

法解釋에 있어서도 가능한 한 當事者間에 協議가 이루어지도록 하지 못하고 一方의 意思表示에 의해서 法律關係의 形成이 가능하도록 하는 解釋을 해온 부분도 적지 아니하다. 예컨대 地料增減請求權(民法 第286條), 傳賃金增減請求權(民法 第312條의2), 借賃 등의 增減請求權(住宅賃貸借保護法 第7條) 등의 해석에 있어서

이를 形成權으로 이해하는 것이 優勢하였다. 그러나 請求權으로 이해하여 當事者間의 協議에 의해서 合意에 도달하도록 하여야 할 것이며, 消滅時效가 完成되면 당연히 權利가 消滅한다는 解釋보다는 權利消滅을 주장할 수 있는 援用權으로 해석하여 진정한 權利者를 보호하는 방향으로 法을 運用하여야 할 것이다.

傳貰權의 消滅通告(民法 第313條)에 있어서도 通告後 6個月이 經過하면 傳貰權의 抹消登記를 하지 않더라도 당연히 消滅된다고 해석할 것이 아니라 抹消登記를 하여야 消滅하는 것으로 解釋하여 一方的 意思表示에 의하여 法律關係가 形成되는 것으로 하기보다는 當事者間에 協議가 이루어지도록 하고 協議가 이루어지지 않으면 法院이 判斷하도록 하여 보다더 法運用에 있어서 兩當事者의 意思를 尊重할 수 있는 解釋論이 필요할 것이다.

그리고 진정한 權利者를 一次的으로 保護하고, 그 바탕위에서 去來安全을 이룩할 수 있도록 함으로써 民法이 진정코 個人的 權利를 보호해 주는 法으로, 民法에 대한 肯定的인 姿勢를 가질 수 있도록 運用하여야 할 것이다.

또한 惡意者를 보호하는 立法이나 解釋, 判決은 止揚되어야 할 것이다. 名義信託의 경우 受託者로부터의 轉得者는 善意者이든 惡意者이든 所有權을 취득한다는 判例, 惡意의 第3者까지 보호하게 되는 物權行爲의 無因性論, 惡意의 占有者의 動產의 時效取得을 인정하는 民法의 規定(民法 第246條 第1項) 등에 대해서는 다시 한번 검토해보아야 하지 않을까 생각된다.

民法을 보다 친근하게 생활속에 살아있게 하기 위해서는 善意者는 보호받고, 惡意者는 보호받을 수 없으며, 當事者의 一方的 意思에 의한 法律關係의 形成보다는 當事者가 충분히 協議할 수 있도록 하는 法運用의 妙가 필요하다고 생각된다.

그리고 한번 확립된 法原則은 서서히 점진적으로 修正해 나가야 할 것이지 一時的으로 例外的으로 運用한다든지, 原則에 反하는 法規定을 너무 자주 規定하게 되면 우리의 法傳統의 확립과 法意識의 강화에 逆行할 수 있다는 점을 잊지 말아야 할 것이다.

5. 私法과 公法の 調和

私法이나 公法이나 모두가 다 우리의 法生活을 정상적으로 하게 하고, 우리의 財産과 人格을 보호하는 法이다.

우리의 民法은 近代 自由主義와 個人主義의 바탕위에서 制定되어, 個人을 사회의 構成員으로서의 존재보다는 개인 그 자체의 존재에 더 큰 가치를 부여하여 制定되

었다. 물론 私權의 社會性, 公共性에 의하여 私權의 制限이 많이 이루어지고 있긴 하지만 그래도 民法의 大原則은 個人的 自由活動을 보장하는 法이다. 社會는 修正資本主義에로의 발전에 의해서 자유로운 財產權에 대한 公法的 制限이 이루어지고 있는데 우리의 民法은 그러한 사회변화를 충분히 반영하지 못하여 不動產投機, 貧益貧 富益富의 社會階層間的 葛藤, 弱者保護 등에 충분히 對處해왔다고는 할 수 없다. 오히려 逆으로 이와 같은 社會的 矛盾現象을 낳은 것은 法的 側面에서는 個人 그 自體의 存在價値에 중점을 두고, 個人的 社會構成員으로서의 존재를 너무 소홀히 다룬 것이 한 원인이 되지 않았나 생각해 볼 수도 있다.

이러한 社會的 矛盾現象을 治愈하기 위하여 근본적인 制度의 改善보다는 公的 規制를 위한 公法을 數없이 制定하였다. 그러한 規制的인 公法에는 私法의 原則과 矛盾되어 국민들이 지킬 수 없는 法規定들도 적지 아니하다. 대표적인 例로서 土地投機가 일어나니까 그것을 抑制하기 위하여 土地去來許可制를 立法하면서 許可를 받기 前에는 契約을 締結할 수 없도록 하였다(國土利用管理法 第21條의3 第7項). 許可를 받기 위해서는 許可의 對象인 法律行爲가 있어야 하는데 그것도 없이 許可를 받으라고 하는 지극히 矛盾된 法規定이 制定된 것이다. 그리고 投機의 手段으로 이용되고 있던 中間省略登記, 名義信託, 登記原因의 虛偽記載 등을 規制하는 立法이 이루어졌다(不動產登記特別措置法 第2條 第2項 및 第3項, 第6條, 第7條, 第8條).

이렇게 公法에서는 私法理論에 맞지 않는 立法을 하기도 하고, 過重한 刑事處罰에 의해서 脫法的 行爲를 規制하고자 하기도 하였다. 그런데 私法에서는 그것에 대한 理論的 對應을 적절히 하지 못하였다고 생각된다.

社會的 病理現象의 治愈를 위해서는 私法과 公法이 調和를 이루어 정상적인 사회로의 還元을 이루어야 함에도 불구하고 公法은 規制를 강화하고, 私法은 規制된 行爲의 有效性을 그대로 인정하여 國民들로 하여 二重的인 法律生活을 하도록 하였다. 다행히 土地去來許可制는 流動的 無效(schwebende Unwirksamkeit)法理를 判例가 받아들임으로써 土地去來許可制의 目的도 살리고, 國民들의 法生活도 정상적으로 하게 하고, 私法의 理論도 새롭게 정립할 수 있도록 하였다.²⁵⁾

그러나 다른 分野에서는 여전히 私法의 對應理論이 未盡한 상태에 있다. 私法이든 公法이든 사회를 평화롭게 만들고, 國民들로 하여금 정상적인 法生活을 가능하도록 하여야 할 것이지 私法과 公法의 分離에 의하여 國民들로 하여금 二重的인 法

25) 大判(全員合議體) 1991. 12. 24. 90다12243.

生活을 하도록 하여서는 아니되는 것이다.

公法的 規制目的의 趣旨도 살리면서 私法の 基本原則과도 調和할 수 있는 法理論의 定立이 필요하고, 또한 너무 심한 公法的 規制는 脫法行爲를 하게한다는 점을 잊지 말아야 할 것이다.

그래서 오늘날에 있어서는 近代의 私法과 公法의 엄격한 分離보다는 兩者가 調和를 이루어 社會生活의 安全을 圖謀하도록 하여야 할 것이다.

6. 기타의 課題들

民法의 發展은 어느 特定人 또는 어느 特定團體만의 노력으로 이루어지는 것이 아니다. 사회의 변화에 따라 法學者, 法曹人 그리고 立法關聯機關 모두의 끊임없는 연구가 蓄積되어서 비로소 이루어지는 것이며, 그것도 지속적이고 일관성있게 기본 원칙에 충실하였을 때 우리의 法傳統이 확립되고 法意識이 공고해 지는 것이다. 그래서 民法의 發展을 위해서는 民法의 理論研究는 물론, 判例研究, 實態調査가 중단 없이 계속되고²⁶⁾, 그것의 學問的 結果가 立法으로 反映되어야 할 것이다.

이 일을 위해서는 法曹人力의 確保는 물론 專門機關 및 專門人力의 양성이 필요하고, 學界와 實務界의 制度的인 相互交流의 裝置가 마련되어야 할 것이다. 그리고 적어도 民事法學者들의 法學者大會만이라도 열어서 중요 民事法問題를 論議할 수 있는 場이 마련되어야 할 것이다.

또한 民事法專門雜誌가 出版되어 價値있는 論文이 발표되어야 할 것이다.

IV. 韓國 民法의 展望

우리 法文化의 獨自性을 이룩하면서, 또 한편으로는 閉鎖的이지 않고 開放的인 우리의 法文化, 특히 民法의 發展圖謀는 歷史의 繼續과 함께 꾸준히 진행되어 나가야 할 일이다. 특히 假登記擔保등에 관한 法律의 制定에 의해서 종래 獨逸에서의 民法解釋學上의 信託(fiducia)의 法理를 克服하고, 變則擔保를 制限物權으로 立法한 것은 우리 民法의 獨自性構築을 위한 중요한 例示의 하나라 생각된다.

우리 사회는 다른 나라의 사회와는 다른 특성이 있는 것이다. 그 특성을 살려나갈 수 있는 民法의 發展圖謀가 무엇보다도 중요하며, 그 일을 위해서 外國의 앞서가는

26) 金曾漢, “韓國民法學의 進路”, 「法學」 26卷 2·3號(서울大學校 法學研究所, 1985), 1面.

理論, 法律 등을 받아들여 우리의 것으로 만들어 나가는 적극적인 노력이 기울어져야 할 것이다. 그래서 韓國民法學의 課題들을 더 깊이 있게, 더 강하게 이루도록 추진하여야 할 것이다. 또한 憲法裁判所의 決定을 통해서 우리나라가 나아가야 할 방향을 規定하고 있는 憲法을 보다 具體的으로 提示할 것으로 期待하며, 보다 구체화된 우리의 國家哲學을 民法에도 投影하여 우리의 獨自的인 民法을 이루어 나가야 할 것이다.

우리의 現行民法의 바탕은 個人主義와 自由主義이다. 그러나 사회는 점차 社會連帶를 강조하는 방향으로 그리고 社會的 要素의 加味를 요청하는 社會國家로 발전해 나가고 있다. 社會國家는 高度福祉社會를 志向하는 國家로서 個人의 人格을 존중하면서 한편으로 社會共同體 構成員으로서의 個人의 責任도 함께 강조한다. 社會的弱者를 保護하고, 社會構成員 모두가 골고루 잘 사는 사회로의 발전을 추구하고 있다. 이러한 사회모습의 변화에 따라서 民法에서도 이를 뒷받침할 수 있는 理論, 判例, 立法의 필요성이 增大되고 있다. 個人主義, 自由主義를 너무 강조한 나머지 혼자만이 잘 사는 사회가 아니라 함께 더불어 잘 사는 社會, 富의 配分이 公平하게 이루어지는 社會, 특히 社會的弱者가 강하게 보호받을 수 있는 福祉社會에 적절히 기능할 수 있는 民法의 發展이 우리가 이루어 나가야 할 民法의 發展方向이 아니겠는가 展望해 본다.

그리고 南北統一에 대비하여 統一韓國의 國家의 모습을 생각하면서 統一民法에 대한 構想과 研究가 더욱더 강화되어야 할 것이다.

거듭 밝혀 두지만 本論文의 見解는 筆者의 主觀的 判斷에 基礎한 것이며, 本論文의 內容이 모든 民法學者, 法曹人, 기타 民法關聯者들의 공통된 意見은 아니다. 反對의 意見을 가진 者들과의 충분한 論議를 거치게 되면 우리 民法을 보다 所望스러운 방향으로 발전시킬 수 있을 것으로 생각한다.