

比較法的 視野에서 본 韓國民法典*

鄭 鍾 休 **

I. 韓國에서의 西歐法繼受의 初期的 諸相

본 논문은 한국에서의 서구법계수는 어떻게 시작되었는지를 살피기 위하여, 고대 한국 사회에서의 법문화의 모습, 서구법계수에 이르기까지의 갖가지 사건들을 살핀 후, 19세기 후반 일본에 의해 개국되고부터 20세기 초엽 일본에 의해 합병되기까지의 기간을 대상으로 하여, 서구법계수의 실상을 입법·사법·교육 세면으로 나누어 고찰한 것이다.

개화 이전의 한국 사회에서는 법학은 율학으로 불리웠으며, 철저히 技術學으로서 존재하고 있었다. 여러가지 성문법전도 편찬되었지만, 국민 일반을 대상으로 한 것이 아니고, 그 내용도 중국의 法律體系에 따른 것이었으며, 민사에 관한 法源은 주로 각 지방의 관습이었다. 폐쇄적인 律學, 律令의 나라 한국에 서구법의 숨결이 처음 전해진 것은 일반의 추측과는 달리 일본으로부터가 아니라, 중국을 통하여서였으며, 구체적으로 18세기부터 중국으로부터 유입된 漢譯西學書에 의한 것이었다. 서학서에 의한 서구법의 소개는 실제의 법운동에는 이르지 못하였다.

한국이 서구법과 본격적으로 접하게 된 것은 1895년 일본정부가 제출한 일련의 내정개혁안에 의한 국제의 근대화 요청이라는 외력의 결과였다. 이로써 일본인법률가들이 적극적으로 입법활동에 관여하고, 서구화된 일본법령의 한국법령화가 추진되었다. 그 후 일시적으로 일본의 영향이 후퇴했으나, 1904년 「外國人雇用協定」에 의한 顧問政治, 이듬해의 「韓日協約」에 의한 統監政治 아래서 외교권과 사법권이 일본에 장악되고, 남은 입법권도 일본인 고문의 지도를 받게 되어 일본형의 입법이 격증했다. 그러한 가운데 일본민법전의 한 기초자로서 한국의 법률 고문이 된 梅謙次郎은 1908년부터

* 이 발표는 본인 저서 『韓國民法典의 比較法的研究』(創文社, 1989)를 요약한 것임

** 전남대학교 법과대학 교수

1910년에 걸쳐 한국에서의 민사관습조사를 실시하고, 民商統一法典의 제정을 꾀했으나 완성하지 못하였다. 일본의 것을 본받은 裁判所構成法에 기하여 1908년 법원이 설치되자, 다수의 일본인이 법관으로 임명되었으며, 일본어가 법전의 공용어가 되고, 일본의 법규범이 司法面에서도 한국에 침투하게 되었다. 또한 법학교육에서도 일본으로 간 다수의 유학 엘리트들 중심으로 일본에 계수된 西歐法理學이 가르쳐졌다. 이상과 같은 분석에 의해, 1910년 한일합병후 일본의 법규범이 한국에 들어왔다는 종래의 한국내의 막연한 학설을 비판하고, 그 이전부터 일본을 통한 서구법계수가 시작되고 있었음을 지적했다.

II. 韓國에서의 日本民法의 變容

본 논문은 한국 민법전이 시행되기 전의 한국에서의 민사법규범은 어떠한 것인지를, 1910년의 한일합방 후 한국에 계수된 일본민법이 어떻게 적용되었는가를 중심으로 살핀 것이다.

朝鮮總督의 立法權限(制令權)에 바탕을 둔 1912년의 朝鮮民事令은 法律行爲, 能力, 不動產物權, 親族關係에서 한국 고유의 관습의 효력을 승인함과 더불어, 민사법에 관하여 특별한 규정이 없는 한, 日本民法, 日本商法, 日本民事訴訟法 등 23종의 일본법을 적용할 것을 규정함으로써 일본민법을 한국에 강제이식했다(종래 ‘依用’民法이라 한 까닭은 朝鮮民事令에 依해 쓰이게[用]된 민법이라는 뜻에서일 것이다). 이어서 의용민법의 변용을 관습의 입법상·재판상의 취급을 중심으로 검토한다.

조선민사령은 관습에 관하여 3회 개정되어 그때마다 한국 고유의 관습의 효력이 점차 후퇴되었는데, 마침내 1939년 同姓不婚制의 폐지, 創氏制度和 異姓養子制의 導入으로 이른바 內鮮一體化가 기도되었다. 판례·학설에서의 관습의 해석도 마찬가지로 운명을 겪었다. 민사관습의 조사와 그 인정은 조선총독부 직속인 中樞院과 일본인 법률가의 단체에서 맡았으며, 그곳에서 발한 通牒·回답이 관습에 법적효력을 주는 방식이었는데, 판례·학설은 식민지정책의 충실한 실현에 봉사하여 한국 고유의 관습을 왜곡·부인하여 해석하였다. 이 점을 게르만법의 分割所有權에 유사한 소유권적 보호를 받고 있던 특수소작이 기간제한을 받는 일본민법상의 永小作權으로 흡수된 예를 들어 상론하였다.

2차 대전후 미군정에 의해 創氏制의 폐지 등 신분 관계의 부인을 본 외에는 의용민법은

실효하지 않고, 1948년의 독립 이후에도 한국 헌법에 저촉하지 않은 것으로 인정받아, 1960년 한국민법전이 시행되기까지 존속하였다.

한편 한국이 일본의 식민지였던 1910-1945년까지의 일본민법학은 시대에 따라 정도의 차이는 있으나, 독일법학의 강력한 영향 아래서 영위되었다. 특히 1915-1925년의 경우 日本民法學은 獨逸法學萬能時代라 이야기 될 정도로 독일법학의 압도적인 영향을 받은 이른바 「學說繼受」期이다. 일본민법상의 체계념과 규정은 독일식으로 정밀해지고, 일본민법상의 흠결은 독일법으로 유충되고, 타법에서 유래한 규정들도 독일법적으로 해석되었다. 그 결과, 일본 민법전이 본래 예정하고 있던 체계와 직수입된 독일 법학에 의한 체계사이의 理論的 緊張이라는 民法의 二重構造가 생겨나게 되었다. 한국의 법학교육 기관에서 가르쳐진 법학교육은 본질적으로 일본에서와 동일하였다. 많은 한국인 학생들이 국내나 일본의 대학에서 독일법학으로 물론 민법학을 배웠으며, 한국민법전의 제정 관계자들도 결코 예외일 수 없었다. 식민지 시대의 公式用語는 日本語였으며, 判決文이 일본어로 쓰여졌음은 말할 것도 없고, 일본법의 법률용어는 한국인의 법생활에 뿌리 내리게 되었다.

III. 韓國民法典의 制定過程

본 논문은 한국민법전의 제정과정을 입수할 수 있는 한의 자료에 근거하여 해명한 것이다.

2차대전의 종말과 더불어 시작된 미군정기에 벌써 한국민법전의 편찬을 위한 움직임을 볼 수 있다. 그러나 민법전편찬 움직임은 1948년 한국정부의 수립으로 본격화된다. 1948년 9월에 조직된 法典編纂委員會內的 民法分科委員會는 실질적인 편찬활동을 개시하여 民法編纂要綱 101項目를 작성하고, 이듬해에는 民法親族相續法編纂要綱을 마련했다. 그러나 이 제정작업은 1950년 한국 전쟁 발발로 기초위원이 북측으로 납치되거나, 입법자료가 산일되어 중단되지 않을 수 없었다. 그러나 자국민법을 제정함으로써 하루라도 빨리 일본법을 일소해야 한다는 강력한 여론에 눌려 法典編纂委員長이 단독으로 민법초안을 작성하였다. 이것은 1953년 同委員會에서 채택되고, 이듬해 정부안으로서 국회에 제출되었다. 국회의 法制司法委員會에 회수된 동초안은 민법안심의소위원회에서

집중적으로 심의되어, 결국 1958년 정부안에 약간의 수정을 가한 법제사법위원회안이 별도로 제출되었고, 그 밖에 학계의 수정안 등 여러 종류의 수정안이 제출되었다. 국회에서의 민법안심의회는 1957년 12월 17일에 끝났다. 정부안은 총 1,150개조였으나, 국회심의 결과는 원안가결 829조, 수정가결 285조, 신설 25조, 삭제 35조였다. 한국민법전은 1958년 2월 22일 공포되어 1960년 1월 1일부터 시행되었다.

한국민법전의 심의과정을 보면 가족법에 논의가 집중하고, 반일감정에 부추겨져 한국 고유의 동성금혼제의 부활을 보았는데, 이 점을 둘러싼 국회에서의 심의, 법제사법위원회가 개최한 일반 공청회, 그리고 여론조사에서 나타난 격한 의견대립을 소개하였다.

한국민법전의 제정과정에 관하여는 BGB, Cc, JBGB등의 경우와 비교컨대, (1) 민법전의 제정의식이 박약했다는 것, (2) 민법안을 둘러싼 논의가 가족법중심이었던 것, (3) 입법자료의 빈약, (4) 제정이 너무 서둘러졌다는 것, (5) 학계의 의견이 충분히 받아들여지지 않았다는 것, (6) 민법전 그 자체의 필요성보다는 '일본법일소'라는 정치적 요청이 강하게 작용했다는 등의 특징을 들 수 있다.

IV. 韓國民法典의 比較法制的 分析

본 논문은 한국민법전상의 개개의 법제도와 외국법, 주로 일본민법전과의 대비, 관습법의 조문화, 그리고 법문장을 통하여 한국민법전의 특징을 살피려 했다.

먼저 한일 두 민법전은 조문구성이 거의 같고, 동일한 내용의 규정도 매우 많다. 그러므로 일본민법전과의 차이점에 주목하여 한국민법전상의 개개의 법제도를 살핀 후 그에 관하여 한국민법제정 전의 일본민법학의 상황과 BGB, Cc, ZGB, OR등의 모습을 살폈다. 中間團體를 포함한 비영리법인개념, 법인등기의 성립요건성, 폭리행위규정, 착오에 의한 취소, 물권변동의 형식주의, 물권적 청구권규정, 임의시은 금지규정, 공유·합유·총유규정, 이행보조자의 법리, 채무인수와 계약체결상의 과실 등 제도비교의 레벨에서는 한국민법전이 일본민법전보다도 BGB 및 독일 민법이론에 가까운 규정을 많이 포함한 것이 확인되었다. 그렇지만 이러한 독일민법식 제규정의 대부분이 실은 오랫동안 일본민법학에서 일찍부터 해석론 또는 입법론상, 통설 또는 유력설로서, 또는 판례의 태도로서 주장되어 왔던 것임에 주의를 요한다.

이어서 관습법의 명문에 의한 존중, 특히 관습법에 의한 물권의 창설은 언급한 후 전래의 관습이 傳貰나 契의 민법전에서의 취급 등을 논하였다.

마지막으로 한국민법전을 法律用語와 條文構造라는 시점에서 고찰했다. 법문장적으로 한국민법전은 BGB상의 규범과 같은 추상적인 법규범이 주로 일본에서 만들어진 법률용어를 써서 표시되어 있음을 밝혔다. 또 한국민법전제정 당시 이미 법률용어의 한국어화와 평이한 용어사용이 주장되었으나 고려 되지 않았다는 것, 그리고 한자의 읽는 방법이 일본과 다르기 때문에 한국어로서는 동화될 수 없는 용어예가 잔존해 있음을 살폈다.

V. 韓國民法典의 比較法的 系譜

본 논문은 한국민법전이 일본민법전에 비하여 더 독일민법전에 가까운 내용을 갖게 된 것은, 한국민법전이 2차 대전 전의 일본민법학의 유산을 계승한 것이기 때문임을 논증한다. 말하자면 한국민법전의 내용형성의 구체적, 실질적 경로를 찾는 것, 즉 한국민법전의 역사적, 비교법적 위치정립을 시도한 것이다.

조문구성만 보아도 한국민법전은 일본민법전을 토대로 하고 있음을 알 수 있고, 이점은 내용면에서도 마찬가지로 할 수 있다. 그러나 한국민법전은 내용적으로 보다 독일민법적이다. 그것은 한일 두 民法典에 同名의 制度가 들어있는 경우, 한국민법전쪽이 보다 독일민법적으로 규정되어 있다는 것, 그리고 프랑스민법에 유래한다는 일본민법상의 제도 가운데 한국민법전에는 찾을 수 없는 것이 있다는 데서 입증된다. 그렇지만 한국민법전에는 프랑스민법적인 규정을 보다 철저히 고친 경우도 있고, 독일 이외의 민법에서 본받은 것으로 보이는 제도·규정도 적지않다. 동일한 체계이면서도 근대민법상의 제도에 있어서 한국민법전이 일본민법전에 비해 보다 독일법적으로 되어 있다는 것은 起草者가 한국민법전 제정 당시의 일본민법학을 매개로 하여 민법전을 만들었기 때문이요, 여기서 한 시기에 형성된 일본민법학의 모습을 볼 수가 있다. 한국민법전은 이러한 의미에서 참으로 “學說繼受”에 의해 생긴 二重構造, 즉 민법전과 민법학의 체계상의 모순을 극복하고자 만들어진 입법상의 結晶이다. 일본민법전에 잘못 주어지기 쉬운 “독일민법전의 충실한 複寫”라는 칭호는 그 의미에서 결과적으로 한국민법전에

어울리는 것이다.

한국민법전이 이러한 체계, 내용, 법률용어의 것이 된 까닭은 말할 것도 없이 일본 민법학의 영향이다. 그러나 구체적으로 그러한 내용의 것으로 확정되기에 이르는 배경에는 우선 기초자의 日本民法觀이다. 한국민법전의 실질적 기초자는 학설계수기에 일본에서 법학을 배우고 실무가로 활약하였다. 한국에서는 반일운동가로 알려진 기초자는 일본민법전은 프랑스民法과 독일민법의 번역판이요, 독일법학을 계승한 학설계수기의 일본민법학은 독일민법학을 그대로 옮겨 놓은 것으로 보았던 것이다. 그러기에 아무런 저항감도 없이 가까운 일본민법의 유산을 한국에 민법초안이 활용할 수 있었던 것이다. 또한 한국에 일본민법이 적용되고 있던 즈음 학설계수 후 형성된 일본민법학의 성과가 中華民國民法典 및 滿洲國民法典이라는 형태로 입법화되어 있었다는 점을 간과해서는 안된다. 1929-1931년에 걸쳐 제정된 전자는 학설계수직후의 일본민법학의 수준을 대폭 입법화한 것이다. 1937년에 제정된 후자도 마찬가지이나, 이는 특히 유럽법이나 중화민국민법전을 참고로 하고, 일본에서의 당시의 해석론 내지 입법론에 맞춰 일본민법전을 충실히 개정한 것이다. 이 두 민법전이 입법적 모델로서 한국민법전에 커다란 영향을 미쳐왔을 일본·한국·중화민국·만주국의 4민법전규정의 유형적 분석에 기초하여서 논증하였다. 일본민법전과 한국민법전이 외견상의 유사성에도 불구하고, 전체적으로 전자가 프랑스민법에 가깝고, 후자가 독일민법에 가깝게 된 것은 이러한 배경에 의해서만 이해할 수 있는 것이다.

결론적으로 말하면, 한국민법전은 자국의 법률가에 의해 기초되고, 자국의 입법기관에 의해 제정된 것이지만, 오랫동안 일본민법의 적용을 강제당해 왔기 때문에, 그 중심적인 내용은 일본민법전이라는 형태를 취하고, 일본민법학이라는 場에서 전개된 西歐의 民法이다.

〈토론요지〉

사회(윤철홍 ; 광운대 법과대학 교수) 우리 민법전의 연원과 비교법적 계보에 대해서 정종휴교수님께서 요약하셔서 발표를 해주셨습니다. 우선 지정토론자이신 양창수교수님께서 토론을 하시겠습니다.

양창수(서울대 법과대학 교수) 저는 오늘 처음으로 주제발표에 대한 「토론자」로서의 역할을 하고자 이 자리에 나왔습니다. 그 동안 몇 차례 각종의 학회에 참석해 보았습니다마는, 그 과정에서 얻은 느낌은 참가자들이 보다 논쟁적인, 플레미슈한 입장전개를 행하여도 좋지 않은가 하는 것입니다. 다시 말하면, 의문이나 부족하다 싶은 것을 보다 명확하게, 직선적으로 표현하는 것이, 물론 인간관계에서는 손해를 볼지 모르겠습니다마는, 적어도 「토론」을 위하여는 思考의 발동을 촉구하는 장점이 있지 않을까 하는 것입니다. 그래서 오늘은 그러한 입장에서 플레믹을 전개해 볼까 생각합니다.

우선 저는 법사학이 아닌 민법해석학을 전공하는 사람의 입장에서 논의하고자 함을 밝혀 두고 싶습니다. 그러니까 1차적으로 역사적 사실의 인식을 목표로 하는 것과는 달리 저는 우리 나라의 현상황에서 민법해석학을 어떤 문제의식을 가지고 해야 하는가의 관점에서 토론하려고 합니다. 그리고 오늘 발표하신 글이 결국 정교수님이 일본어로 저술, 출판한 『한국민법전의 비교법적 연구』의 요약이므로, 오히려 이 저서를 토론의 대상으로 삼는 것도 허용되지 않을까 생각합니다.

제가 보기에는 이 저서는 크게 실증부분(주로 1장에서 4장)과 해석부분(제2장)으로 구성되어 있습니다. 세밀한 자료를 수집하여 정리하신 실증부분의 획기적 의의에 대해서는 굳이 논할 필요가 없습니다.

이에 대하여 정교수님은 현재 민법전편찬에 관하여는 아주 기초적인 부분을 제외하고는 거의 연구가 되어 있지 않다고 하십니다. 즉 전통의 민사법규와 서구법의 수용과정, 현행법률용어의 형성과정, 민법전의 비교법적 특징 그리고 관습법의 문제 등은 그 연구 안 된 영역의 예입니다. 민법학을 연구하기 위해서는 민법전에 대한 연구가 선행과제이며, 또 민법전을 역사적·비교법적으로 이해해야 한다는 정교수님의 의견에는 저도 전적으로 동감입니다. 이에 대한 정교수님의 연구는 선구적인 것입니다. 그렇지만 이러한 기초적인 연구가 일본어로 발표된 것에 대해서는 우리 민법학의 빈곤을 절린 서글픔을 가집니다. 그렇지만 독일에서든 일본에서든 민법전의 제정과정을 직접 경험한 세대가 퇴장하기 전까지는 민법전에 대한 비교법적·역사적 논의가 없었습니다. 이것으로 이에 대한 변명이 될까요.

정교수님의 연구는 한국민법학의 성과이면서 한편으로는 일본민법학의 성과이기도 합니다. 즉 원래 계수법인 일본법이 다시 타국의 법생활에 미친 영향에 대해서 언급하는

점에서 그렇습니다. 이 저서는 일본에서 평가를 받았고 또 독일법이 일본법을 매개로 하여 아시아에 전파된 것에 대한 구체적인 연구로 北川善太郎교수에 의해 독일에도 소개되었습니다. 바로 이 점에서 이 저서는 우리 문화의 일본과의 관계에 관한 전반적인 문제, 즉 근대화와 식민지청산의 문제를 민법전을 소재로 하여 제기하였다고 생각합니다.

식민지청산의 문제를 논할 때 중요한 것은 역사적 사실을 냉엄하게 객관적으로 인식함과 아울러 그러한 질곡으로부터 벗어나기 위한 역량과 조건의 발견이라는 문제 의식을 가지는 것이라고 생각합니다. 이러한 관점에서 제가 오늘 토론의 소재로 하고 싶은 것은 세 가지로 집약됩니다. 하나는 이 저서에 의하여 우리 민법전의 「역사적, 비교법적 의의」가 적절하고도 충분하게 해명되었다고는 하기 어렵지 않은가 하는 점이고, 다른 하나는 우리 민법의 독자적인 제도나 성격에 대한 보다 많은 성찰이 포함되었어야 하지 않은가 하는 점이며, 마지막으로 이 저서에는 민법전에 대한 비판적 평가의 관점, 바꾸어 말하면 과거를 통하여 우리 민법학의 장래를 내다보는 문제의식이 아쉽다는 것입니다. 물론 이들 論點은 서로 관련되어 있습니다.

우선 정교수님은 민법전의 역사적·비교법적 해명을 연구의 목적으로 하였습니다. 그런데 과연 그 연구목적에 달성하였는지 의문이 생깁니다. 정교수님의 연구의 골간을 이루는 것은 北川의 學說繼承이라는 개념과 일본민법전과 독일민법학의 학설계수에 연유하는 일본민법학체계 사이에서 오는 일본민법의 二重構造理論입니다. 그리고 우리 민법전은 일본민법전의 이중구조를 극복하기 위한 입법적 노력의 結晶으로 보고 계십니다. 저는 이러한 접근방식과 위의 결론에 대해 근본적인 의문을 제기합니다. 우리 민법의 기초자들은 그러한 노력을 하지 않았습니까. 예를 들면 채무불이행에 대한 민법 제390조와 일본민법 제415조, 손해배상의 범위에 관한 민법 제393조와 일본민법 제416조는 거의 유사합니다. 그리고 이들조문에 대한 학설은 독일민법학의 영향으로 채무불이행 三分說과 相當因果關係로 설명하고 北川도 이를 日本民法의 二重構造의 대표적인 예의 하나로 들고 있지만, 우리 민법은 이를 입법화하지 않았습니까. 일본민법과 다른 우리 민법전의 규정 일부는 어느 단계의 일본민법학의 영향으로 독일민법학의 결론을 수용한 것이고, 이것이 우리 민법학의 저수준에 연유하는 것을 인정하더라도, 이러한 사실 즉 독일민법학의 수용은 일본민법의 이중구조를 우리 나라에서 입법적으로 해결하려는 노력의 결과로 된 것이 아닙니다. 北川의 이론은 일본민법에 대한 분석틀로는

가능하지만, 한국민법전의 역사적·비교법적 위치를 규명하는 분석틀로는 될 수 없습니다. 일반적으로 우리 나라의 민법 교과서에서는 우리 민법전을 日獨混合繼受法典으로 설명하고 있습니다. 정교수님의 결론대로 하면 그 설명에서 독일민법이 일본민법학으로 대치됩니다. 즉 일본민법전과 어느 단계의 일본민법학이 결합된 것이 우리 민법전의 역사적·비교법적 위치인 것입니다. 이것이 정당한가요. 우선 저는 이 자체에 대해서 의문이고 나아가 앞서 본 문제의식과 견주어 보면 이러한 결론은 아무런 소득 없는 결론이라고 말씀드리고 싶습니다.

민법전 제정당시에 제정자들이 일본민법전을 기본으로 하였고, 또 일본민법의 학설에 힘입은 바 큰 것은 인정되어야 할 것입니다. 그렇지만 민법전에는 특수성이 있는 규정이 많이 있습니다. 예를 들면 물권변동에서 形式主義를 채택하면서 부동산물권에 대해서는 公信의 원칙을 배제한 것은 일본민법과 滿洲民法으로는 설명할 수 없습니다. 이는 정교수님의 결론으로는 설명을 할 수 없습니다. 또 공동소유의 삼형태를 입법연혁적으로 고찰하면 일본의 石田文次郎의 이론이 아닌 故 金曾漢교수님께서 石田을 비판하면서 나름대로 이해한 것에 연유한다고 생각합니다. 그외에도 傳貰權制度, 消滅時效完成의 절대적 효과, 민법 제607조, 제608조 등이 있습니다. 민법전의 개별규정 가운데는 일본민법과 일본학설의 수용만으로 설명하기 어려운 부분이 많이 있는 것입니다.

다른 한편 우리 민법전의 성격에 대한 일반적인 결론은 독일민법전의 영향이 많다는 것입니다. 정교수님은 그것은 일본민법학의 영향 때문이며, 우리 민법전이 또 일본민법보다 더 많이 독일민법적이라고 하는 이러한 한일양국의 민법전의 차이는 실은 일본의 학설이 일본민법전을 독일민법식으로 해석한 것을 우리민법이 수용한 것에서 연유하고, 따라서 한일양국의 민법전은 외면적 유사성애다가 내면적 관련성까지 지니고 있다고 합니다. 그러나 저로서는 우리 민법이 일본민법과 다르게 정하고 있는 여러 규정들이 '보다 더 독일민법적'이라는 수식으로 커버될 수 있을지 의문입니다. 가령 물권변동의 형식주의는 獨法主義라고 하지만, 우리 민법의 태도는 독일민법과는 다르며 또 이는 金炳魯선생의 國會發言에서도 분명합니다. 제186조와 제187조를 함께 본다면 스위스 민법전과 더 유사합니다. 그리고 계약체결상의 과실은 독일민법과는 달리 원시적불능인 경우에만 인정하고 있습니다. 또 독일민법전과 스위스민법전을 모두 독일민법적이라고 할 수 있겠습니까. 정교수님께서 예로 든 비영리법인 등은 양자에 모두 있고, 실제

입법과정에서도 양자가 모두 참조된 것입니다. 이러한 것들을 독일민법적이라고 할 수 있겠습니까. 민법전의 역사적·비교법적 위치를 규명하기 위해서는 그에 앞서 개별규정의 연혁에 대한 구체적이고도 실증적 연구가 필요하다고 생각합니다.

그리고 문제가 되는 조항을 일본민법학적으로 바꾸지 않은 이유에 대하여 생각을 하여야겠습니다. 이것은 일본민법학이 이에 대해서 침묵하였기 때문에 그러한 것이라고는 생각하지 않습니다. 민법을 제정할 때에 민법기초자들 앞에는 제한된 범위가기는 하지만 몇가지의 選擇枝가 있습니다. 이는 일본민법, 독일민법, 스위스민법, 중화민국민법 등입니다. 실제 개별조문을 비교해보면 상당부분이 일본민법, 중화민국민법과 유사합니다. 제가 묻고 싶은 것은 어떤 경우에는 일본민법을 어떤 경우에는 중화민국민법을 선택했는가입니다. 기초자들이 수행한 작업의 창조적인 성격은 이와 같이 제한된 범위 내에서는 하나의 사항을 선택하는데 있다고 생각합니다. 이러한 선택과정을 면밀히 해부해 봄으로써 우리 민법전에 숨어 있는 역량을 찾아낼 수 있을 것입니다. 기초자들이 단순히 일본민법을 선호해서 그렇게 된 것이라고는 생각하지 않습니다. 이와 같은 선택이 어떻게 이루어지는가에 대해서 고민을 하여야 할 것입니다. 역사의 제약을 강하게 받아 제한된 선택의 가능성밖에 없었기는 하였지만 우리 민법전이 일본민법전과 민법학의 이중구조를 청산하기 위한 입법적 노력의 결정으로 된 것은 아닙니다. 또 단순히 일본민법학의 성과를 수용한 것이 아니라고 생각합니다. 또한 정교수님의 저서에는 민법전에 대한 비판적인 평가, 즉 과거를 통해서 우리 민법의 장래를 내다보는 문제 의식이 아쉽습니다. 비교법적 연구가 가지는 의미의 하나는 비판적 시각을 제공하는 데 있음은 주지의 사실인데, 이러한 측면이 지나치게 소홀하게 다루어진 것이 아닌가 하는 것입니다. 가령 이런 문제는 어떻겠습니까. 종종이나 계의 예에서 보듯이 일본민법학의 성과를 수용하는 것만으로는 어차피 만족할 만한 민법전이 만들어질 수 없는데, 그럼에도 우리는 그 단계에서 왜 하필 일본민법학의 성과의 수용에 그치지 않으면 안되었는가. 우리에게 모자란 것은 무엇이었던가. 또 일본민법학을 수용하였다고 하더라도 그러한 사실의 확인이 우리 민법학이 앞으로 수행하여야 할 작업에 어떠한 시사를 주는가. 가령 민법상 제도의 연구에 있어서 일본민법학의 성과를 조사함으로써 족하고, 독일, 프랑스, 스위스 등의 그 母國法을 탐색하지 않아도 좋은가. 이러한 문제의식은 민법전의 제정과정이란 과거의 문제를 바라보는 데도 의미있는, 보다 넓은 시야를

제공해 줄 수 있다고 생각합니다.

결국 이는 우리와 外國, 특히 19세기 말 이래 우리의 行動은 아닐지라도 思考를 규정해 온 歐美와의 관계를 어떻게 볼 것인가 하는 보다 심중한 문제로 우리를 이끌어 간다고 생각합니다. 이와 관련하여 민법해석학을 수행하는 과정에서 느끼는 개인적인 感想을 짧막하게 말씀드리고자 합니다.

저는 지금 우리 민법학이 양쪽으로부터 협공을 당하고 있다는 느낌입니다. 그 하나는 좋은 옛법(良古法 : gutes altes recht)에 대한 향수입니다. 즉 본래 우리법은 좋은 것이었는데, 그만 서구법이 들어와서 변질되어 버렸다는 전통지향의 사고입니다. 그리고 또 하나는 우리 민법의 규정은 서구, 특히 독일에서 온 것이므로 독일에서의 운영 등을 정확히 인식하여 이를 우리 나라에 그대로 재현하는 것이 민법학의 임무이고, 지금까지의 학문은 서양 것을 피상적으로 이해하였을 뿐 구체적 타당성과 형평감으로 결단을 내려 해석학을 전개해온 것이라고 여겨서 진정한 법·법학은 서구에 있다고 여기는 서구 지향의 사고입니다. 이러한 상반된 두 입장 사이를 해집고 나가야 하는 것이 민법해석학의 현실입니다.

저는 민법해석학의 출발점은 민법전이요, 민법전이 민법학의 지탱점이어야 한다고 생각합니다. 그래서 저는 민법전에 대한 애정을 가지고 민법전의 제정과정에서부터 논의를 시작하는 것이 완벽한 것은 아닐지 몰라도 가능한 한 방법이라고 생각합니다. 정의관념에 맞는 체계적인 이론들을 만드는 것이 민법학의 임무라고 한다면, 정의관념은 현재의 것만이 아닌 앞으로 우리가 지향해야 할 사회에서의 그것도 포함하는 것이어야 할 것입니다. 민법해석학이 이러한 과업을 수행할 수 있기 위해서는 오히려 민법전에 대한 역사적인 이해가 필요하고 그래서 민법전의 개별규정에 대한 연구를 하여 보았고 정교수님의 저서가 이에 대한 갈증을 해소해줄 것이라고 여겨 기대와 관심을 가지고 정교수님의 저서를 접한 것입니다. 수준 높은 연구를 하신 정교수님과 토론을 경청해주신 여러분께 감사를 드립니다.

사회 긴 토론을 잘 들었습니다. 정교수님의 답변을 듣기 전에 우선 다른 분들의 질문을 듣고 답변을 하기로 하겠습니다.

이은영(한국외국어대 법과대학 교수) 정교수님의 연구는 그간 한국법학에서 등한시

하였던 근대이후 민법제정시까지의 외국법의 수용과 관련된 많은 자료를 소개하고 그에 대한 역사적인 평가를 하였다. 점에서 한국법제사에 새로운 전기를 마련하였다고 생각합니다. 정교수님께서서는 사료의 빈곤, 근대법사에 대한 연구의 빈약 등 약조건에서 연구하셨을 것입니다. 이제 정교수님의 연구는 근대법사에 대한 관심이 고조되고 있는 우리법학계에 신선한 충격을 주었습니다. 이에 따라서 새로운 자료가 발굴되고 정교수님의 견해와 다른 의견과 평가가 이루어지는 등 활발한 학문적 활동이 전개되고 있습니다. 이러한 점에서 정교수님의 연구는 민법학 나아가 법사학에서 중요한 자리를 차지한다고 생각합니다. 그렇지만 여기에도 약간의 문제가 있는 듯합니다. 우선 정교수님의 사료에 대한 평가가 법학계의 공동의 의견이 아니라 독자적인 견해라는 것입니다. 이는 정교수님의 잘못이 아니라 우리 학계의 연구부족에서 기인하는 것이라고 생각합니다. 그렇지만 역사적 평가는 한 개인에 의해서 완결된다는 것은 아니라는 점입니다.

또 외국에서 공부하는 것에서 오는 현실적인 한계이겠지만, 일본인의 시각과 방법론으로 고찰하고 있다는 점입니다. 그렇기 때문에 은연 중으로 식민사관이 깔려 있지는 않을까 하는 우려를 합니다. 특히 이 점은 민법전의 제정에 대한 정교수님의 견해, 즉 제정이 아닌 개정이라는 견해에 드러나 있다고 생각합니다. 이러한 점은 앞서 양교수님께서 지적한 대로 여러 가능성을 함께 고찰해야 할 것입니다. 그리고 그 당시에는 제정의 의견이 강하였다고 하지만, 30여년이 지난 오늘의 관점에서 이 문제, 즉 제정인가 개정인가를 다시 이론적으로 논하는 것이 연구자의 과제라고 생각합니다. 그렇지만 이는 정교수님이 지적하신 민법전 과제과정과 그 성과에서의 취약성이 허구라는 점이 아니고, 다만 제정과정의 여러 여건을 감안할 때에 부득이한 사정과 저울질하여 중립적인 평가를 내리는 것이 타당하다고 생각합니다.

그리고 정교수님의 저서는 한국민법학이 아니라 일본민법학의 성과라고 하여야 할 것입니다. 즉 정교수님의 저서는 일본의 민법과 민법학이 타국의 법생활에 미친 영향에 대한 연구라는 것입니다. 우선 우리 민법전이 우리의 자발적인 노력에 의해서가 아니라 단순히 일본민법학의 수용이라는 정교수님의 결론을 받아들일 수 없습니다. 이와 관련하여 제 경험을 말씀드리고자 합니다. 1975년에 中國의 典權에 관한 논문을 쓰면서 滿洲國民法 등도 참조하였습니다. 그래서 우리 민법전의 전세권은 바로 만주민법에서 연유한 것이라고 속단을 하였는데, 좀더 연구해보니 조문의 유사성에도 불구하고 양자는

동일한 제도가 아니었습니다. 그러니까 저는 일본민법과 우리민법이 같은 조문이 많고 또 유사한 학설이 많다고 하더라도 이를 조문이나 표면적 유사성만 보고 일본법과 우리법이 같다는 속단을 피하자는 것을 말씀드리고 싶습니다. 또 정교수님은 한국민법사를 법전중심으로 고찰하고 계십니다. 이는 고유한 관습과 전통을 바탕으로 하지 못하고, 외국법을 타율적으로 이식받아 성립한 법이라는 점을 생각하면 이러한 연구는 더욱 피상적이라고 여겨집니다. 새로운 사고를 열어주신 정교수님과 경청해주신 여러 선생님께 감사합니다.

김상용(한양대 법과대학 교수) 저는 평소에 품고 있던 몇가지 의문을 묻고 싶습니다. 우선 우리들은 법에 대해서 상당히 부정적인 감정을 가지고 있습니다. 이에 대한 해답으로 일제기의 법경험을 예를 드는 것을 자주 접하였습니다. 헌법경찰제도, 토지조사령, 임야조사령, 고리대를 하는 전당제도, 그리고 인격권까지 박탈한 創氏改名은 朝鮮民事令의 개정으로 한 것이 그 예입니다. 저의 의문은 일제기 이전에 우리 선조들이 법에 대해 어떤 감정을 가졌는가 하는 것입니다. 다음은 제가 관심을 갖는 물권법분야입니다. 지금 시행되고 있는 물권법이 살아 있는 법으로 기능을 하는지 의문이 갑니다. 법전상의 물권제도보다는 법전에 규정이 없는 제도가 더 많이 활용되고 있습니다. 관습상의 법정지상권, 명의신탁, 포괄근저당, 전세권 등이 그 예입니다. 이렇게 된 이유가 민법전을 제정할 당시에 그냥 일본민법전에 따라 규정하여서인지 아니면 그 이후에 개정을 하지 않아서인지 또 다른 이유가 있는가를 생각해보았으면 합니다. 마지막으로 일본이 프랑스민법전과 독일민법 제1초안을 기본으로 하여 민법전을 제정한 후, 왜 학설은 독일학설을 수용하였는가와 또 그리고 현재의 일본학계는 어떠한지에 대하여 설명을 부탁드립니다.

정종휴 양창수교수님을 비롯한 여러 선생님의 지적에 대해서 감사를 드립니다. 오늘 나온 의견들은 저에 대한 솔직한 비판이었고, 그리고 이것이 진정한 학문의 길이라는 것을 느꼈습니다. 앞으로도 이런 솔직한 토론의 장, 학문적 대화의 장이 마련되기를 바랍니다. 우선 김상용교수님의 질문에 대해 답하고자 합니다. 우리에게 共匪라는 말이 있듯이 法匪라는 말이 있습니다. 이는 일본인이 법으로 교묘히 다스리기 때문에 생긴

말입니다. 일제기 이전에 우리국민이 법에 대해서 좋은 감정을 가졌다고는 생각하지 않습니다. 그렇지만 이민족의 강압적 지배하에서 법이 체계적으로 등장하였기 때문에 법에 대한 나쁜 감정이 더 많아졌다고 생각합니다. 물론법이 살아있는 법으로 기능을 하는가에 대한 의문에 대해서는 저도 동감합니다. 특히 우리 민법의 특징을 나타내는 조문 가운데서 그런 것이 많은 느낌입니다. 일본민법학의 독일화경향은 1915년경에 가장 두드러지는데, 이는 19세기까지 소급하여 당시 독불간의 국제관계, 일본의 사회상황과 관련하여 함께 고찰해야 할 것입니다.

다음은 양교수님과 이교수님께 답변을 하겠습니다. 사물에는 양면이 있습니다. 학문에서도 마찬가지라고 여깁니다. 일본학자들로부터의 반응 속에는, 일본에서는 금기시된 부분이 저의 작업으로 백일하에 드러났다는 것이 있습니다. 우리 민법전에 관한 기초적인 연구가 일본말로 먼저 발표되었음에 대한 양교수님의 말씀 새겨 들었습니다. 무능한 저로서는 외국에서 연구하면서 자국의 것을 소재로 하는 이상, 뭔가 자국에서도 새로운 것이어야 하지 않을까 하는 것만 생각했던 것입니다. 다만 저 자신에 대한 노력의 부족을 질책하시는 것에 대해서는 아직 제 공부가 끝나지 않았다는 것으로 답변을 대신하겠습니다. 양교수님이 지적하신 한국민법전은 일본민법전과 어느 단계의 일본민법학을 결합한 것이 아니라고 하신 것에 대해서 답변을 하겠습니다. 우리민법과 만주국민법은 제1조에서 제65조까지 완전히 동일합니다. 부동산물권에 대해서는 만주민법은 형식주의와 공식력을 인정하였는데(제184조), 이는 공포 당시에 시행된 것이 아니라 토지조사를 마친 후에 시행할 예정이었습니다. 그렇지만 우리는 부동산물권에 대해서는 시행을 연기하려는 입장을 취할 수 없었으므로, 토지에 대한 등기제도 등을 고려하여 공식력을 인정하지 않은 것이라고 생각합니다. 이교수님 지적과는 달리 조문의 표면적 유사성을 가지고 전세권이 만주민법전의 典權과 같다고 속단하지 않았음은 제책의 말미에 붙은 조문대조표가 말해 주고 있습니다.

양창수 민법전 제정자들은 우리 사정을 고려하였으므로, 일본민법학의 수용으로 볼 수 없을 것입니다.

정종휴 저도 그렇게 생각합니다. 그리고 저는 이런 것을 암묵적으로 나타내려고

하였습니다. 또 양교수님께서 예로 든 공동소유의 3형태, 특히 소비대차와 관련된 제 606~8조 그리고 상속에 의한 점유권의 인정 등은 어느 법전과 일본학설에서도 찾아볼 수 없어서 아주 경이롭게 생각하였습니다. 그리고 논문을 쓸 때에는 이에 관한 자료(民法編纂要綱 등)를 입수하지 못하였기 때문에 이들을 對比할 수 없었습니다. 나중에 양교수님을 통하여 힌트를 얻고 또 다른 것을 접하게 되어 저의 오류를 찾을 수 있게 되었습니다. 만약 이러한 것들을 미리 알았다면 민법제정과정에서 고민을 한 흔적을 제 책에 넣을 수 있을 것이고, 훨씬 풍부한 내용을 가지게 되었을 것이라는 애석함을 가집니다. 그리고 물권변동을 비롯한 스위스적인 제도를 독일적인 것이라고 할 수 있는가에 대해서 답변을 하겠습니다. 학설계수단계에서 스위스민법은 번역되었고, 이는 독일민법전 이후의 성과를 수용하여 입법화된 것이라고 독일과 스위스에서 일반적으로 논의되고 있습니다. 일본에서는 스위스민법전은 민법학으로 전체적 모습이 아니라 개별조문·제도의 입법모델로 소개되었습니다. 그 결과 일본민법학에 스위스민법의 영향이 큰 것으로 판단되지만, 이에 대한 연구는 공백입니다. 다음으로 프랑스민법전의 제도를 그대로 둔 것은 당시의 입법론으로나 학설·판례상 별로 문제가 안된 것들입니다. 예를 들면 프랑스민법전에서 유래하는 채권자취소권에 대해서는 당시의 판례와 학설에 따라 입법된 것입니다. 그러니까 프랑스법이 그대로 있는 것도 있지만, 독일민법적으로 다소 변형된 것은 그것이 독일민법적으로 해석되었기 때문이라고 생각합니다. 채권자취소권은 독일에서는 강제집행의 단계로 이해되었는데, 프랑스법에서는 채권자의 공동담보로 이해된 것입니다. 본래 공동담보인 것을 강제집행제도에 넣게 되니까 문제가 발생하게 되고, 이를 조화시킨 것이 절충설이라고 생각합니다.

민법학을 연구할 때에는 민법전에서 출발해야 한다는 양교수님의 말씀에는 전적으로 동감합니다. 민사관계를 규율하기 위해 제도가 존재하는 것이므로 가치적 요소, 규범적 요소, 사실적 요소가 있어야 한다고 생각합니다. 민법을 해석하는 것에는 객관적 해석과 주관적 해석, 나아가 立法者意思說과 法律意思說도 있습니다. 주관적인 해석을 주저하여 어떤 구실을 붙여 객관적 해석이라고 주장하는 예가 많습니다. 사실 객관적인 해석을 하기는 참 어렵습니다. 그렇지만 조문 등의 입법과정을 파악하는 것은 어느 정도 객관적으로 파악할 수 있는 것입니다. 이에 바탕을 한 해석은 어느 정도 객관적인 해석일 가능성이 높으므로, 조문의 성립과정에 대한 연구가 객관적인 해석의 기초작업이라고

생각합니다. 우리 민법의 모습을 정확히 파악하는 것이야말로 민법을 가장 잘 해석하기 위한 전제라는 뜻이요, 그런 의미에서 ‘실질적으로 보자면’ 그렇지 않냐는 뜻이었습니다. 즉 ‘일본법학적 배경’을 무시하고 독일법, 프랑스법을 바로 추적하다가는 화려하게는 보일지 모르되 생산성없는 논의가 될 수도 있지 않느냐는 것입니다.

학문에는 국적이 없지만 학자에게는 국적이 있습니다. 저는 평소에 현시대 사법학자들의 최대과제에 통일민법전을 준비하는 것이 들어가지 않나 생각합니다만, 그러한 발상과 제 연구의 자세는 결코 모순하는 것은 아니라고 보고 있습니다. 그 법전은 자체로 법적인 표상물로 학문적인 성과를 객관적으로 투영해주는 것이 아닐까합니다. 그런 점에서 가인 김병로선생님을 비롯한 민법전기초자들은 여러 제도들을 취사선택하는 과정에서 일정한 경향을 받아들였습니다. 우리로서는 이것을 극복해야만 외국의 제도를 수용하고 참조하더라도 제 위치를 찾는 것이라고 생각합니다. 민법해석학에서 객관적인 해석이 필요한 것이라면, 이를 위해서 최소한 법조문에 대한 객관적인 이해와 합의는 가능할 것입니다. 우리의 것을 제대로 이해하지 못하였기 때문에 외국의 이론이 무차별적으로 들어오는 것이라고 생각합니다. 법적인 면에서의 식민지적 유산의 극복은 아무리 강조해도 지나치지 않다고 생각합니다만, 그렇게 하기 위해서도 현재 우리 민법전의 모습을 정확히 인식하는 게 필요하다고 여겼던 것입니다.

여담으로 조금전에 이교수님의 말씀도 있었지만, 일본에서 이 글들을 쓸 때 우리나라에서 어떻게 받아들여질 것인가에 대해 걱정을 하였습니다. 그러나 어느 정도 자신이 있었기 때문에 시작했고, 그러므로 오늘의 발표요지는 일본말로 된 출처의 요지와 동일합니다. 일본에서 발표했던 부분은 시작을 바꾸지 않고 순차로 우리말로 발표하고 있는 것도 그러한 까닭입니다. 발표가 끝나면 물론 단행본으로 묶어볼 의향입니다. 양교수님이 지적하신 자세의 결여는 뼈아프게 자인합니다. 그래도 이를 바탕으로 하여 앞으로 발전을 위한 논의가 가능하지 않을까는 생각을 하며 답변을 마치고자 합니다. 감사합니다.

사회 정교수님의 답변을 잘 들었습니다. 이 자리에 참석하신 이병호변호사님께 평소에 품고 계신 생각을 부탁드립니다. 그리고 다른 분들도 자유로이 토론을 하시기 바랍니다.

이병호(변호사) 오늘 참석하신 분들이 모두 학자이신데, 저 혼자 변호사입니다. 여러 선생님들로부터 많은 가르침을 받았습니다. 오늘 제가 느낀 점은 앞으로 우리역사에 대한 연구가 더욱 깊어져야 하고 또 세계적으로 알려져야 한다는 것입니다. 앞으로 우리의 법과 역사에 대해서 많은 연구를 하셔서 우리의 법문화를 세계만방에 빛내어 주시기를 바랍니다.

심희기(영남대 법과대학 교수) 이제 민법학에서의 논의를 잠시 중단하고 같은 상황에 있는 형법학에서의 고민을 듣는 것도 의미있는 일이라고 생각하여 이형국선생님께 말씀을 부탁드립니다.

이형국(연세대 법과대학 교수) 진지한 토론의 자리에서 새로운 것을 많이 배운 것에 대해 감사를 드립니다. 이 자리에서 우리가 미처 하지 못한 것에 대한 신선한 충격을 받았습니다. 용어문제에 대하여 질문을 하고자 합니다. 형법학에서는 依用刑法이란 용어를 사용하지 않고 그 대신에 舊刑法, 新刑法이란 용어를 사용합니다. 저는 일제기와 미군정기에는 구형법이란 용어가 타당하지 않다고 생각합니다. 왜냐하면 그 때에는 우리의 자발적인 의사가 아니라 일본과 미군정의 의사에 의해 일본형법이 적용되었기 때문입니다. 1948년 헌법이 제정된 후 1953년에 형법이 제정될 때까지 헌법의 이념에 합당하여 우리나라에 적용된 일본형법을 ‘구형법’이라고 불러야 한다고 생각합니다. 민법학에서는 의용민법은 어떤 의미로 쓰이며, 의용민법의 한계는 어디까지인지에 대해서 말씀을 부탁드립니다.

양창수 저는 용어에 대하여 민감할 필요가 있다고 생각하기 때문에 의용민법과 구민법을 의식적으로 구분하여 사용하고 있습니다. 일제기는 물론 1959년말까지도 구민법이라는 용어를 사용할 수 없다고 생각합니다. 제헌헌법 제100조에 의해 현행법으로 효력을 갖게 되는 법은 당시에 의용되고 있던 바의 일본법령입니다. 1948년 이후에도 구민법이라고 부를 수 없는 이유는, 이는 우리의 의사에 의한 자발적인 선택이 아니라 민법제정시까지의 부득이한 조처였고, 또 한국어가 아닌 일본어로 된 일본민법이기 때문입니다. 이런 점에서 결코 우리의 구민법이 될 수 없다고 생각합니다. 그래서 저는

구민법이라는 용어 대신에 ‘依用民法’이라는 용어를 의식적으로 사용합니다. 그리고 이 시기는 1912년 朝鮮民事令으로 일본민법이 적용될 때부터 1960년 민법이 시행되기 전까지 즉 1959년 12월 31일까지입니다.

김상용 저는 依用과 繼受를 구분해야 한다고 생각합니다. 계수는 외국법을 주체적으로 수용하는 것으로 많으면 많을수록 좋은 것입니다. 그리고 의용은 외국법이 외압적으로 심어진 것이라고 생각합니다. 일본민법이 우리나라에 적용된 사실에 비추어 본다면 구민법이라는 용어가 학문적으로는 정확하지 않지만, 굳이 틀린 것이라고는 생각하지 않습니다.

김학동(서울시립대 법과대학 교수) 앞의 토론에서도 나왔지만 현재의 해석론이 민법의 조문과 맞지 않는 것을 많이 발견합니다. 제393조와 채권관계는 유기체관계이므로 채권자도 채무자에게 의무를 부담하므로 따라서 채권자지체는 채권자의 의무 불이행으로 해석하는 것 등이 그 적례라고 생각합니다. 이러한 것은 어느 시기의 독일민법학이 일본민법학에 영향을 주고, 다시 일본민법학이 우리 민법학에 영향주어서 생긴 해석론이라고 생각합니다. 이러한 민법조문과 해석론의 모순을 극복하기 위해서는 이에 대한 해석론의 전개과정을 알아야 한다고 생각합니다. 저로서는 이러한 연구를 하기에는 역량이 부족하고 또 추측으로 연구하는 것은 곤란합니다. 그래서 저는 정교수님께서 현재의 해석론과 괴리가 있는 민법조문에 대한 일본의 해석론의 전개과정에 대한 연구를 부탁드립니다.

최종고(서울대 법과대학 교수) 오늘의 토론은 내용에 대한 것이라기보다는 시각과 기대에 대한 것이 많은 느낌입니다. 자주적인 노력을 강조하는 것에 초점을 맞추게 되면, 상식적으로 사실의 측면을 소홀히 하는 측면이 있지 않겠는가 하는 비판이 있습니다. 또 사실 전자를 강조하여 일본의 영향 등을 회피하는 것도 부자연스럽습니다. 저는 양자의 조화가 가능하다고 생각합니다. 민법전의 기초과정을 구체적으로 해명하는 것이 이를 해결할 수 있는 한 방법이라고 생각합니다. 즉 김병로선생 혼자서 민법전을 기초하였다고 하시는데, 高秉國 張璟根선생 등 다른 기초위원의 간여를 구체적으로 검

토하면 양자의 조화가 가능하다고 생각합니다.

정종휴 여러 의견들을 깊이 새겨 들었습니다. 우선 민법전은 김병로선생 혼자서 기초한 것은 아닙니다. 미군정기에도 민법전의 기초작업이 있었지만, 6·25로 좌절되어 초안을 김병로선생이 혼자 정리한 것입니다. 이는 개인 김병로가 아니라 김병로로 나타나는 당신의 민법전제정자의 모습이라고 생각합니다. 결과적으로는 당시의 객관적인 표상물인 민법전은 일본민법학의 영향을 많이 받은 것이며, 또 법문화의 취약성과 자주적 노력의 좌절을 드러내지만, 이러한 사실이 곧바로 일본민법학의 공적을 칭찬하는 것이라고는 생각하지 않습니다. 또 이교수님께서 제·개정 의의를 30년이 지난 오늘의 관점에서 보아야 한다고 말씀하셨는데요, 물론 오늘의 관점에서 본다면 제정입니다. 그렇지만 수용 당시의 법문화의 상황을 고려해야 할 것입니다. 마지막으로 지극히 외람된 말씀입니다만, 여러 선생님들의 지적하신 것이 모두 타당한 것이기를 바라는 강렬한 마음이 있음에도 불구하고, “한국민법전의 중심적인 내용은 일본민법전이라는 형태를 취하고, 일본민법학이라는 場에서 전개된 西歐의 민법”이라는 결론은 달라지지 않을 것으로 사료됩니다.

사회 긴 시간의 토론을 맺으려고 합니다. 오늘의 토론에서 우리 민법전을 둘러싼 많은 논의를 하였습니다. 이 토론은 민법전에 대한 새로운 접근과 이해를 가능하게 하였다고 생각하며 이러한 사실에 대하여 자부심을 가집니다. 앞으로 민법전 자체에 대한 깊은 연구를 통하여 민법전의 歷史的 位置를 규명하기를 기대합니다. 발표를 하신 정종휴교수님과 지정토론자이신 양창수 교수님을 비롯한 토론자, 그리고 늦은 시간까지 참석하셔서 경청해주신 여러 선생님께 감사를 드립니다. 오늘의 토론은 토론문화의 진수를 보여준 것이라고 생각합니다. 그리고 이와 같은 토론이 활성화되어 학문의 발전에 기여하기를 바랍니다. 대단히 감사합니다.

※ 본 논문과 토론요지는 1990년 6월 29일 춘천 한림대학교에서 개최한 본학회의 제12회 정례세미나에서의 발표와 토론내용을 정리한 것이다. 발표자인 정종휴교수가 그해 7월에 독일로 연구를 하기 위해 출국하였기 때문에 정종휴교수의 귀국을 기다려 이번호에 수록한다. 정종휴교수님과 토론에 참가하신 모든 분께 감사를 드리고 학회지의 게재가 늦어진 것에 대하여 회원 여러분의 이해를 바랍니다.