

民事法制的 變遷

- 그 評價와 展望 -

金 相 容*

차 례

I. 서 론

II. 민사법제 변천의 사회, 경제적 원인들

1. 식민체제의 극복과 독자적 법문화 형성의 계기도래
2. 사회구조의 변천: 농업경제사회에서 공업경제사회를 거쳐
정보화사회로의 진전
3. 산업화, 도시화의 급속한 진전
4. 사회기풍의 변화
5. 헌법재판제도의 시작
6. 약자, 특히 소비자보호의 필요성 대두
7. 외화부족으로 인한 경제난

III. 민사법제의 변천과정과 그 내용

1. 현행 민법의 제정, 시행 및 개정
2. 농지개혁법의 제정, 시행, 폐지 및 농지법의 제정, 시행
3. 물권변동에 있어서 의사주의에서 형식주의로의 전환
4. 산업화, 도시화 지원 법률의 제정 및 개정
5. 부동산투기 대책법들의 제정 및 시행
6. 소비자보호를 위한 법률 제정과 관례의 형성
7. 복지사회의 건설을 위한 법적 뒷받침
8. 위험책임의 확대인정
9. 가족법의 개정 및 헌법재판소에 의한 가족법 개정 촉구
10. 외화부족으로 인한 경제난 극복을 위한 법적 조치

IV. 민사법제의 변천내용 및 그것에 대한 평가

1. 원칙보다는 예외를 많이 인정한 입법 및 판례
2. 항구성, 계속성, 일관성의 결여
3. 법률만능주의의 입법 양산
4. 민사법적 문제에 대한 공법적 방법으로서의 해결시도
5. 새로운 권리구제수단에 대한 입법의 소홀

V. 민사법제의 과제

1. 원칙과 사법이론에 의한 민사문제의 해결시도
2. 공동체 지향적 법이론의 정립과 입법
3. 생활속의 법치주의의 실현
4. 고령화 사회와 무능력자 제도의 개선
5. 부동산의 이용권의 강화 및 소유권과의 조화
6. 부동산등기제도의 개선
7. 근저당제도의 개선과 저당권의 유동화 방안의 마련
8. 정보화 사회의 실현을 위한 새로운 법이론의 정립과 실천
9. 약자보호를 위한 제도 정비
10. 기타의 제도 정비

VI. 민사법제의 전망

* 延世大學校 法科大學 教授, 法學博士

I. 서론

금년은 대한민국정부가 수립된 지 만 50년이 되는 해이다. 지난 50년 동안 우리나라는 사회, 경제적으로 엄청난 변화를 겪었다. 일제의 식민지 지배를 벗어나, 미군정의 통치를 받은 후에 수립된 대한민국 신생정부는, 한반도를 완전히 통일하지 못한 채, 남한만으로 새정부를 수립하고, 그것도 새정부가 수립되자마자 사회주의와의 이념적 대결을 벌이지 아니할 수 없게 되었다. 자유민주주의와 자본주의를 이념적 바탕으로 한 대한민국정부는, 자유민주주의 이념을 지키기 위한 제도적 기초를 채 닦기도 전에, 사회주의와의 이념적 대결을 계속해야 하였으며, 그것은 결국 사회주의 세력과의 6.25라는 민족간의 전쟁을 치루어야만 하였다. 그러나 민족내부에서 전쟁을 치루었지만, 한반도가 하나의 국가로 통일되지 못하고, 자유민주주의와 자본주의를 이념으로 하는 대한민국과 사회주의를 이념으로 하는 북한의 집단으로 나누어져 오늘에 이르고 있다.

자유민주주의의 대한민국은 정치적인 우여곡절을 겪으면서도, 농업경제사회였던 우리나라가, 1960년대에 이르러서는, 경제개발계획을 수립하여 이를 강력하게 실천함으로써, 경제면에서는 괄목할 만한 발전을 이루었다. 경제개발계획의 수립, 집행은 경제적 발전을 가져옴과 동시에 사회, 경제의 구조변화를 초래하였다. 농업경제사회에서 공업경제사회로 경제 및 사회구조가 바뀌게 되고, 이와 같은 산업화, 도시화는, 농촌인구의 도시로의 유입이 가속화하게 되고, 이는 다시 도시의 주택부족, 교통문제, 환경오염 등의 사회문제를 낳았다. 이와 같이 경제, 사회의 구조변화는 경제발전이라는 긍정적인 결과를 가져왔지만, 부정적인 결과도 초래하였다. 주택부족, 환경오염, 교통문제 등과 함께, 부동산투기라는 사회적인 병적 현상이 일어났다. 그리하여 한편으로는 경제의 지속적인 발전을 위한 제도적인 뒷받침을 하면서, 다른 한편으로는 경제발전에 따른 사회적 부작용을 방지하고 억제하는 조치를 취하여 왔다.

또 한편 이러한 사회경제적 구조의 변화는 국민들의 의식에 있어서도, 공동체주의에서 극단적인 이기주의로의 변화가 초래되었으며, 남녀간의 관계 및 가정생활에 있어서도 남녀간의 실질적 평등 및 婦의 법적 지위가 강화되는 변화가 초래되었다.

1980년대를 지나면서 서서히 정보화 사회로 진입을 하게 되고, 1990년대에는 정보화가 급속도로 진행되고 있다. 또 한편 경제개발계획의 추진으로 풍요를 누리게 된 우리나라는, 산업발전의 고도화의 부작용을 경험하기 시작하였다. 그것은 외화부족으로 인한 경제난으로 나타났다. 이로 인하여 사회 경제의 전반에 걸쳐 구조조정을 강요받고 있다.

이와 같이 대한민국 정부가 수립된 후 지금까지의 50년 동안을 거슬러 살펴보면, 사상적으로는 여전히 자유민주주의와 사회주의의 이념적 대결이 계속되고 있으며, 사회경제적으로는 농업경제사회에서 산업경제사회를 지나 정보화사회로 발전되어 왔으며, 사회사상면에서는 공동체 정신이 비교적 강하였던 사회에서 개인주의, 그것도 극단적인 이기주의¹⁾로 발전되어 왔다. 그리고 경제발전에 따른 긍정적인 결과와 함께, 그로 인한 산업화, 도시화에 따른 사회적 부작용, 그 중에서도 부동산투기라는 사회악을 광범위하게 경험하였다.

지금의 지난 50년간의 발전의 果實을 국민 모두가 제대로 골고루 향유하기도 전에, 우리는 미증유의 경제난을 당하여, 사회경제적 구조의 근본적인 변화를 강요받고 있다.

II. 민사법제 변천의 사회, 경제적 원인들

지난 50년간 민사법제의 중요한 변천을 一瞥하면, 구민법시대를 끝내고 현행의 새로운 민법을 제정 시행하여 왔으며, 신민법의 시행 후에는 지금까지 7차례의 개정을 거쳤다. 그리고 수많은 민사특별법을 제정하여 그때그때마다의 시대적 요청에 대응하여 왔다. 그리고 새로운 판례도 많이 형성되었고, 새로운 학설도 많이 주장되었다. 그 자세한 변천내용에 관하여는 다음 장에서 詳論하기로 한다.

그리고 지난 50년 동안 민법의 제정, 수많은 민사특별법의 제정 및 새로운 민사판례의 형성, 새로운 학설의 주장 등의 변천의 원인이 된 사회경제적 사정의 변화를 살펴보는 것은, 민사법의 과거를 이해하고 장래를 전망하는데 필수불가결한 일이라 생각된다.

1) 지역주의라는 것도 집단적인 이기주의의 한 면이며, 소위 TK, PK, MK라는 것도 역시 집단적 이기주의 범주에 속한다고 생각된다. 그러한 용어의 사용은 의식적으로라도 회피되어야 할 일이다.

1. 식민체제의 극복과 독자적 법문화 형성의 계기도래

해방과 정부수립이라는 역사적 사실은 정치적인 해방이었을 뿐만 아니라, 민사법 분야에서도 식민체제를 극복하고, 우리의 독자적인 법문화를 형성할 수 있는 계기가 되었다. 우리의 사회기반 자체가 일본의 그것과는 달라 우리의 법의식과 법생활에 부합하는 우리의 민사법을 가질 수 있는 역사적인 계기를 갖게 되었다. 의식적으로라도 일본 민법과는 다른 우리의 민법을 가질 필요성이 있었다.

우리의 독자적인 민사법을 갖지 아니하고는, 진정한 해방이라 할 수 없었던 것이다. 그러므로 한 나라의 독립은 정치적인 독립만이 아니다. 그 나라의 고유한 법을 갖는 것은 문화적인 독립일 뿐만 아니라, 궁극적으로 완전한 독립을 이룩하는 것이다.²⁾

우리의 대한민국정부의 수립은 우리의 독자적인 민사법을 가질 수 있고, 법문화의 독립성을 이룩할 수 있는 계기를 마련해 준 것이다.

2. 사회구조의 변천: 농업경제사회에서 공업경제사회를 거쳐 정보화사회로의 진전

무엇보다도 지난 50년 동안 우리사회의 기본구조가 세가지 단계로 변천되었다고 생각된다. 즉, 해방당시부터 1960년대 초까지는 농업경제사회였다. 농업이 주된 산업이었고, 따라서 농지법은 민사법의 중요한 법분야의 하나였다.

그리고 1960년대 초부터 경제개발5개년계획의 수립, 집행에 의하여 서서히 공업경제사회로 변천하였다. 그러므로 이 시대에는 인구의 도시로의 유입이 있게 되어, 도시화, 산업화가 진행되었다. 도시화, 산업화는 도시문제를 낳게 되었다. 주거유형에 있어서 단독주택거주에서 공동주택거주로 주거형태가 바뀌고, 자기소유주택에서 임차주택거주로 바뀌어 나갔다. 또한 도시화는 도시

2) 독일민법 제정전의 입법논쟁의 과정을 살펴보면, 프랑스가 일찍이 그들의 민법전을 제정하여 독자적인 법문화를 구축하였으므로, 티보(Anton Friedrich Justus Thibaut: 1772~1840)는 프랑스 민법을 모방하여 독일 민법전을 제정하자고 주장하였으나, 사비니(Friedrich Carl von Savigny: 1779~1861)는 민법은 민족정신의 발현으로서, 제정한다고 법이 되는 것이 아니므로 당장 입법할 필요가 없다고 반박하였다. 사비니의 주장에 따라서, 독일은 좀 늦기는 했으나, 프랑스민법전과는 그 내용, 체제에 있어서 다른 독자적인 독일민법전을 제정하였다. 이러한 독일의 태도는 바로 독일의 독자적인 법문화를 이룩하겠다는 의지의 표현이었다.

의 교통문제와 환경문제를 낳게 되었다. 그리고 무엇보다도 중요한 사회변화는 부동산투기의 만연이었다. 경제발전을 위한 토지공급의 확대조치를 취하지 않을 수 없으나, 토지공급은 항상 수요를 따라가지 못하므로 토지투기가 일어나고, 이는 다시 주택투기로 이어질 수 밖에 없었다. 망국적인 투기행위의 만연은 민사법에 커다란 변화를 주었다.

1980년대 이후부터는 다시 정보화사회로 진입하기 시작하여 오늘날은 컴퓨터와 통신망을 통한 법적 거래가 행하여지므로, 사람의 구두의 언어와 문자를 통한 법적 거래를 전제로 한 법체계의 변화를 촉구하고 있다.

3. 산업화, 도시화의 급속한 진전

경제발전을 도모하기 위한 경제개발계획의 수립, 실천은 필연적으로 농업보다는 일반적으로 부가가치가 높은 공업을 일으킬 수 밖에 없었고, 공장근로자의 채용을 위해서는 농업인구를 산업단지로 유입시키지 않을 수 없었다. 이러한 산업화는 인구의 도시집중과 병행해서 일어날 수 밖에 없었다. 이러한 산업화와 도시화는 생활방식의 근본적인 변화를 초래하였다. 그것은 주거형태, 의식구조, 환경문제, 교통문제 등 민사법 변화의 근본적인 원인을 제공하였다.

이와 같은 산업화와 도시화는 민사법제의 변화를 촉진하였으며, 도시화로 인한 사회적 부작용 중에서도 토지투기를 중심으로 한 부동산 투기는 민사법제의 근본적인 변화를 초래하였다. 즉, 개인과 개인간의 자유로운 법률생활에 국가공권력의 간섭을 크게 증대시키는 변화를 초래하였다.

4. 사회기풍의 변화

농업경제사회에서는 그래도 우리의 미풍양속인 상부상조하는 공동체 사상이 사회를 지탱하는 사상적 기반이 될 수 있었다. 그러나 공업경제사회로의 진입 및 정보화사회의 도래로 공동체 사상은 깨어지고, 사람들은 점점 개인주의적 성향으로 바뀌어, 공동체가 이완되고 사회통합이 깨어지는 현상이 발생하였다. 특히 사회악의 하나인 부동산투기의 만연으로 인하여 더욱더 가진 계층과 갖지 못한 계층간의 이질화 현상은 심화되어 갔다. 공직자재산등록의 시행으로 가진 자들의 불법적인 부의 축적이 밝혀짐으로써, 사회지도계층이 부도덕하고 극히 이기적이라는 인식이 팽배해져 공동체의 이완현상은 더욱더 가속화되었다. 그리고 가진 자들의 탈법에 의한 부의 축적과 비도덕적, 변칙적인 부

의 세습현상은 사회 구성원들이 하나로 되기보다는 서로 이질화되어 가는 현상을 빚고 있다.

이러한 공동체 사상의 해이는 가족생활에 있어서도 가정공동체가 깨어지는 현상을 초래하였으며, 그것은 결국 사회기강의 해이라는 중대한 문제로 발전되었다. 법은 있어도 제대로 지켜지지 않는 사회현상이 곳곳에서 나타나고 있다.

5. 헌법재판제도의 시작

헌법재판제도의 시작은 민사법 분야에도 중대한 변화를 초래하였다. 민사법이 산업화와 도시화를 이루기 위한 수단으로서 기능함으로써, 민사법의 입법에서 개인의 기본적 인권이 망각되는 사례가 적지 않았으나, 이러한 법률만능주의의 사회적 폐해를 헌법재판이 시정해 주기도 하였으며, 이해집단간의 대립 때문에 입법의 방법으로는 해결할 수 없는 분야의 민사법의 문제를, 헌법재판을 통하여 해결함으로써, 헌법재판제도가 민사법의 변화에 커다란 영향을 미치고 있다.

민사법 분야에서, 헌법재판소의 위헌결정이 언제나 바람직한 결과만을 가져온 것은 아니다. 예컨대 국공유지 중 잡종지에 대한 취득시효를 부인한 국유재산법(제5조제2항)과 지방재정법의 관련 규정(제74조제2항)을 위헌이라고 결정함으로써,³⁾ 국공유지가 사유화되어 감으로, 대법원에서 취득시효의 요건을 엄격히 하여 국공유지를 지키려는 반작용을 불러 일으키고 있다.

헌법재판을 통하여 민사법률생활에 있어서 개인이 인간다운 생활을 할 수 있는 또하나의 방법을 갖게 되었다.

6. 약자, 특히 소비자보호의 필요성 대두

산업화, 도시화의 진전과 정보화 사회의 도래는 사회 경제적 강자들이 그들의 우월적 지위를 이용하여 이윤을 추구하고, 교묘하게 사회경제적 약자의 지위에 있는 일반소비자에게 불이익을 주는 사회적 문제를 낳았다. 자본주의의 고전적인 이념이었던, 공정한 거래를 통한 사회의 조화있는 발전을 더 이상 기대할 수 없게 되었다. 이러한 사회문제에 대처하기 위하여 사회적 약자의

3) 헌재결정 1991. 5. 13. 89헌가97; 헌재결정 1992. 10. 1. 92헌가6, 7.

지위에 있는 소비자보호의 필요성이 그 어느 때보다도 강하게 제기되었다. 이러한 사회적 약자인 소비자보호의 필요성은 민사법의 여러분야에서 특별법의 제정과 새로운 학설 및 판례의 형성으로 나타났다.

7. 외화부족으로 인한 경제난

1997년말 갑자기 닥친 외화부족으로 인한 경제난은 고금리 현상과 失業이라는 사회적 문제를 초래하였다. 이러한 경제난 극복을 위하여 그동안 투기억제를 위한 각종 조치들이 해제되고, 이자에 대한 실정법적 제한이 없어지게 되는, 대변혁이 일어나고 있다. 그리고 국가의 명령에 의하여 금융기관의 계약인수가 일어나는, 사법이론으로는 설명하기 어려운 경제현상들이 일어나고 있으며, 앞으로 이러한 경제난 극복을 위하여 민사법 분야에 중대한 변화가 올 것이 예상된다.

III. 민사법제의 변천과정과 그 내용

1. 현행 민법의 제정, 시행 및 개정

대한민국 정부가 수립되자 곧바로 민법제정에 착수하여 이를 위하여 필요한 기구를 만들고, 관련 규정을 제정하여 이를 지원하였다. 그러나 6.25사변으로 인하여 민법기초자들이 납북되고, 연구자료가 逸失되는 등의 어려움을 겪으면서도, 구민법인 일본민법과는 다른 우리의 독자적인 민법을 가져야겠다는 열정으로 제정작업이 추진되어, 1958년에 현행민법이 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행되었다. 현행민법은 구민법과는 달리 물권변동에 있어서 의사주의에서 형식주의로 전환됨으로 인하여, 부동산등기제도의 법적 기초의 마련이 필요하였다. 그 일을 위하여 부동산등기법을 1960년 1월 1일 제정하여 同日字로 시행을 하여, 민법시행을 뒷받침하였다.

우리 민법의 제정은 우리나라가 일본과는 다른 우리 독자의 법문화를 이루어 나가겠다는 의지의 표현이었다. 현행민법의 제정과정에 있어서는, 비록 구민법을 바탕으로 하지만, 구민법과는 다른 내용을 담아야겠다는 의도적인 노력을 기울였다. 그러한 의지의 표현 중에 가장 대표적인 변화는 물권변동에 있어서 구민법의 의사주의에서 형식주의로의 전환이었다(민법 제186조, 제188조제1항). 그러므로 부동산물권변동은 등기를 하여야만 일어날 수 있도록

규정되었다(민법 제186조). 그리고 구민법하에서 등기하지 아니하고 취득한 부동산물권에 대하여는 민법 시행후 3년내에 등기하도록 하였다⁴⁾(민법 부칙 제10조제1항).

이와 같은 의사주의에서 형식주의로의 전환에 대하여 당시의 민법학자들은 반대하였다. 왜냐하면 의사주의에서 형식주의로 전환하면, 분명히 등기하지 아니한 사실상의 소유권이 생길 것이므로 의사주의를 그대로 유지하는 것이 법률생활의 계속성을 위하여 타당하다고 주장하였다.⁵⁾ 그러나 민법제정자들은 구민법과는 다른 내용의 우리 민법을 가져야 한다는 의지로써, 이렇게 형식주의로 대전환을 한 것이었다.

그 외에도 구민법에는 없던 합유(민법 제271조 이하)와 충유(제276조 이하)를 규정하고, 우리 고유법인 전세권을 물권으로 규정(제303조 이하)하였다.

민법이 제정, 시행된 후, 지금에 이르기까지 재산법은 한 번(1984년), 그것도 극히 제한적인 내용에 관해서만 개정이 있었다. 그러나 가족법은 두 차례(1977년 및 1990년)에 걸쳐 대개정을 하였다. 전반적으로 평가해 보면, 우리는 우리의 민법을 제정은 하였으나, 제대로 관리를 하지 못하였다고 할 수 있다.⁶⁾ 그러므로 우리 민법은 생활 속에 살아 있지 못하고 죽어 가고 있는 법규정이 적지 아니하다고 할 수 있다. 따라서 민법이 행위규범으로서는 제대로 기능하지 못하고, 오로지 재판규범으로만 기능한 면이 없지 아니하다.

2. 농지개혁법의 제정, 시행, 폐지 및 농지법의 제정, 시행

농지의 소작제도를 타파하여, 농민의 생존을 보장하고, 사회안정을 이룩하기 위하여, 정부는 1949년에 농지개혁법을 제정하여, 농지개혁을 단행하였다. 농지개혁은 농민만이 농지를 소유케 하는 경자유전의 원칙과 농지의 소유상한을 목표로 하여, 유상매수, 유상분배의 방법으로 실천되었다.

북한이 이미 1946년에 무상몰수, 무상분배의 방법에 의한 토지개혁을 단행하였기 때문에, 남한에서도 농지개혁을 하지 아니하면 사회안정을 이룩할 수 없었기 때문에, 이를 실행하지 않을 수 없었다.

4) 3년은 민법 제2차 개정(1962)에서 5년으로 연장되고, 다시 제3차 개정(1964)에서 6년으로 연장되었다.

5) 민사법연구회 편, 『민법안의견서』, 일조각, 1953, 67면 이하.

6) 독일민법은 1900년 1월 1일부터 시행된 이래 1997년 6월 18일까지 131차례 개정되어, 민법이 독일국민의 법생활 속에 살아있는 법(lebendiges Recht)으로서 기능하고 있다.

이와 같은 농지개혁은 성공적이었으며, 농지개혁의 목표이었던 경자유전의 원칙과 소유상한제를 실천하기 위하여 농지매매증명제를 실시하고, 판례도 농지개혁의 목표를 실천해 나갈 수 있도록, 증명을 얻지 못한 농지매매계약은 채권행위도 물권행위도 무효라고 판결하였다.⁷⁾

그러나 경제개발계획의 실천에 의한 산업화, 도시화의 결과로 유휴농지가 생기고, 농촌인구의 도시로의 유입에 의하여, 농지의 임대차를 허용하지 않을 수 없었다. 이러한 사회, 경제적인 변화는 판례가 증명을 얻지 못한 농지매매 계약에 관하여 채권행위는 유효하나 물권행위는 무효라는 판결⁸⁾을 함으로써, 이를 사실상 가능케 하였으며, 그 후에는 1975년 농지의 이용 및 보전에 관한 법률(제10조, 제11조)에서 유휴농지에 대한 대리경작제도에 의하여 이를 실천하고자 하였다. 드디어 1986년에는 농지임대차관리법을 제정하여 농지의 임대차를 허용하게 되었다.

또 한편으로는 영농의 기계화와 경쟁력있는 농업경영의 규모의 경제의 실천을 위하여 농지의 소유상한을 높이지 않을 수 없었으므로, 1993년 농어촌발전특별조치법(제43조의2)에서 농업진흥지역 내의 농지에 대한 농민의 소유상한을 대폭 높였다.⁹⁾

그리고 1994년에는 『농지법』¹⁰⁾을 제정하여 농지를 취득할 수 있는 자를 농업인으로 하고, 농업진흥지역 내에서의 농업인의 소유상한을 없애고, 농지매매증명을 농지취득자격증명제로 바꾸었다. 그러나 경자유전의 원칙은 헌법(제121조제1항)이 이를 고수하고 있다. 이러한 헌법상의 경자유전의 원칙을 지키기 위하여, 판례도 농민이 아닌 자의 농지취득은 원시적 불능을 목적으로 하는 법률행위로서 무효라고 판결하고 있다.¹¹⁾

3. 물권변동에 있어서 의사주의에서 형식주의로의 전환

우리 민법은 구민법상의 의사주의를 버리고, 형식주의를 입법하였다. 형식

7) 대판 1958. 11. 6. 4291민상46; 대판 1962. 4. 18. 4294민상1603 등.

8) 대판(전원합의체) 1964. 10. 1. 64다563.

9) 구체적으로는 농지매매증명을 읍, 면, 동장으로부터 받으면 농가당 10만㎡까지 소유할 수 있도록 하고, 시장, 군수, 구청장으로부터 농지매매증명을 얻으면 20만㎡까지 소유할 수 있도록 하였다.

10) 동법은 1996년 1월 1일부터 시행되었다.

11) 대판 1994. 9. 13. 93다52501.

주의로의 전환에 관한 이유는 이미 설명하였다. 형식주의의 확실한 실천을 위해서 민법 부칙에서는, 구민법하에서 등기함이 없이 취득한 부동산소유권에 대하여, 민법 시행 후 6년이내에, 등기하도록 하였다. 그러나 6년이 경과하여도 등기하지 아니하므로, 구민법하에서 부동산소유권을 취득한 자의 등기청구권의 소멸시효의 기산점을 1966년 1월 1일로 인정하여, 등기하지 않은 소유자의 소유권을 보호하였다.¹²⁾ 그러나 1976년이 되어도 등기하지 않은 사례가 있어서, 이제는 구민법하에서 등기하지 아니하고 부동산의 소유권을 취득하였으나, 점유를 하고 있는 자의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 판결함으로써¹³⁾, 형식주의의 대원칙에 크게 후퇴하는 면을 보여주고 있다.

그리고 형식주의의 관철을 위해서 등기하지 않은 사실상의 부동산소유자로 하여금 간이한 절차에 의하여 단독으로 자기명의로 등기를 할 수 있도록 하는 각종의 부동산등기에 관한 특별조치법을 한시법으로 제정하여 시행을 하기도 하였다.¹⁴⁾

이와 같이 형식주의의 대전환을 하였으나, 아직도 의사주의의 잔재가 강하게 남아 있으며, 특히 판례는 의사주의적 사고에 입각한 판결을 많이 하고 있다.

4. 산업화, 도시화 지원 법률의 제정 및 개정

산업화와 도시화를 촉진하기 위한 지원법률도 수없이 많이 제정 시행되었다. 그 중에서도 산업용지와 택지의 대량공급을 위한 법제를 먼저 제정하였으며, 민사법적으로도 도시철도의 건설을 촉진하기 위하여, 구분지상권을 입법하고(민법 289조의 2: 1984), 공동주택의 관리를 원활히 하기 위하여 『집합건물의소유및관리에관한법률』을 제정하였으며(1984), 도시주거민의 주거생활의 안정을 위하여 『임대주택건설촉진법(1984)』을 제정하고, 이는 다시 『임대주택법(1993)』으로 발전되었다.

5. 부동산투기 대책법들의 제정 및 시행

우리나라에서 부동산투기는 대체로 10년을 주기로 하여 발생하였다.¹⁵⁾ 부

12) 대판 1966. 9. 17. 66다1150.

13) 대판(전원합의체), 1976. 11. 6. 76다148.

14) 각종의 한시법이었던 등기에 관한 특별조치법의 상세한 내용에 관하여는, 김상용, 『민사법연구(2)』, 법원사, 315면 참조.

15) 구체적으로는 1967년의 부동산투기억제세법의 제정, 1978년의 8.8조치와 그것의 법

동산투기는 경제개발계획의 실천에 따른 부작용으로 발생하여, 그 사회적 부작용이 너무나 컸으며, 그러한 부동산투기를 억제 내지 방지하기 위한 투기대책법이 量産되었다.

부동산투기에 대한 대책으로 첫째의 조치는 토지공개념이라는 토지철학의 창안이다. 토지공개념은 토지투기를 막기 위한 이념적 수단으로 창안되었다. 그러나 그 진정한 내용은 자유주의적 토지소유권에 대하여 공적 규제를 가하여, 토지를 단순한 상품이 아니라, 토지를 자원으로 이해하는 토지관으로 바꾸고, 토지소유권은 모든 국민이 토지로부터 발생하는 이익을 골고루 향유하도록 하는 개량주의적 토지소유권의 실현을 위한 토지철학이었다.

이러한 토지공개념에 입각하여 토지거래허가제와 신고제를 입법(1978)하고, 임야매매증명제를 입법하였다. 그리고 택지소유상한제의 실시, 개발부담금의 부과, 토지초과이득세의 부과를 위한 입법적 조치를 취하였다.

그리고 부동산투기의 합법적 방법으로 이용되었던, 중간생략등기, 부실한 인감증명, 명의신탁 등의 방법을 제거하기 위하여, 토지거래과정에 각종의 공법적 규제가 행하여졌다. 중간생략등기를 없애기 위하여, 등기원인서면으로 이용되어 왔던 매도증서의 사용을 폐지하고(1988), 검인계약서 제도로 전환하였으며(1988, 1990), 등기신청의무주의를 입법하였으며(1990), 소유권이 전등기신청용 매도인의 인감증명에는 매수인의 인적사항을 기재하도록 하였다(인감증명법시행령 제13조제2항(1983)). 또한 명의신탁을 방지하기 위하여 처음에는 증여의제의 방법으로 대처하였다가(상속세법 제32조의2 : 1981), 1990년에 와서는 부동산등기특별조치법에서는 형벌에 의하여 이를 규제하고자 하였다(동법 제7조, 제8조). 그것도 實效를 거두지 못하여 1995년에는 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 제정에 의하여 명의신탁의 약정을 무효로 하고, 그 무효인 명의신탁에 기한 부동산물권변동도 무효로 규정하게 되었다(동법 제4조).

그러나 이와 같은 부동산투기대책법들은 사법부에 의해서 그 실효성을 거둘 수 없게 되었다. 중간생략등기 금지규정은 대법원에 의하여 단순한 단속규정으로 판결되었으며,¹⁶⁾ 명의신탁 금지규정도 역시 단순한 단속규정에 불과하

제화, 1988년의 8.10조치와 그것의 제도화가 바로 부동산투기의 10년주기설을 뒷받침하고 있다. 지금은 마지막 부동산투기시점으로부터 10년이 되는 해이지만, 과거와는 반대로 부동산경기가 극히 침체현상을 보이고 있다. 그리하여 지금은 오히려 부동산경기 활성화 정책이 추진되고 있다.

다고 판시되었다.¹⁷⁾ 그리고 명의신탁에 관한 증여의제의 규정은 헌법재판소에 의하여 일부위헌으로 결정되었다.¹⁸⁾

또 한편 외화부족으로 인한 경제난을 극복하기 위한 방편으로, 근자에는 택지소유상한제와 토지초과이득세제를 폐지하고, 개발부담금의 부과도 완화하며, 토지거래신고구역의 지정은 이미 모두 해제하였으며,¹⁹⁾ 허가구역의 지정도 대폭 해제하였다가²⁰⁾ 완전히 해제할 계획이다.²¹⁾

그리고 토지거래허가제의 시행의 결과로, 판례²²⁾에 의하여 새로운 법리의 형성이 이루어지기도 하였다. 그것은 소위 유동적 무효(schwebende Unwirksamkeit)라는 새로운 유형의 무효를 인정하게 되었으며, 또한 새로운 부당이득의 유형인 유동적 비체변제의 이론구성도 가능하게 되었다.²³⁾

6. 소비자보호를 위한 법률 제정과 판례의 형성

산업화와 도시화의 급속한 진전으로 대량생산에 의한 대량소비의 사회가 도래하여, 사회경제적 약자인 소비자보호를 위한 법제의 정비가 필요하였으며, 법제정비가 늦은 분야에서는 판례에 의하여 이를 보완하여 왔다. 그리고 카드를 이용한 전자거래가 성행하므로 이로 인하여 발생하는 소비자보호를 위한 법적 조치도 취하여 왔다.

구체적인 소비자보호를 위한 법제정비의 내용을 살펴보면, 『가등기담보등에 관한법률(1983)』을 제정하여 변칙담보에 의한 소비자의 피해를 예방하기 위한 조치를 취하였으며, 『약관의규제등에 관한법률』의 제정에 의하여(1986), 사업자의 약관을 통한 소비자의 지위약화에 대처하였다. 그리고 할부거래, 방문판매, 통신판매에 있어서의 소비자의 법적 지위의 강화를 위하여, 『할부거래에 관한법률(1991)』, 『방문판매등에 관한법률(1994년 제정, 1995년 전면개정)』 등이 제정되었다.

그리고 판례에 의하여 제조물책임이 확대 인정되고, 피해자의 인과관계의

16) 대판 1993. 1. 26. 92다39112.

17) 대판 1993. 8. 13. 92다42651.

18) 헌재결정 1989. 7. 21. 89헌마38.

19) 1997. 12. 20. 완전해제.

20) 1998. 1. 31. 대폭 해제.

21) 1998년 중으로 완전해제 예정.

22) 대판(전원합의체) 1991. 12. 24. 91다12243.

23) 유동적 비체변제에 관하여는, 김상용, 『채권각론(하)』, 법문사, 1998, 57면 이하.

입증책임을 개연성 정도로 완화하였다.²⁴⁾ 또한 의료사고에 있어서도 의사의 설명의무위반으로도 불법행위가 성립되며, 인과관계의 입증책임도 환자는 개연성 정도로만 입증하면 족하도록 판결하였다.²⁵⁾

이러한 소비자보호를 위한 입법과 함께, 산림의 경제화를 위한 조치로서, 『입목에관한법률』을 제정(1973)하여, 입목을 독립 부동산으로 하고, 그것에 대하여 입목저당권을 설정할 수 있도록 하였다.

7. 복지사회의 건설을 위한 법적 뒷받침

산업화, 도시화의 진전과 함께, 고도 복지사회의 건설을 위한 법적 뒷받침도 행하여졌다. 무엇보다도 국민들의 주거생활의 안정은 복지사회건설의 가장 중요한 요소이었다. 그 일을 위하여 『주택임대차보호법』을 제정하여(1981) 주택임차인의 법적 지위를 강화하였다. 구체적으로는 주택임차권의 제3자에 대한 대항력을 강화하고(동법 제3조제1항), 임차주택의 양수인으로 하여금 임대인의 법적 지위를 승계하게 하고(동법 제3조제2항), 주택임차권의 최단 존속기간을 2년으로 하였으며(동법 제4조), 임대인의 차임증액청구권에 대해서 제한을 강화하였으며(동법 제7조, 동법시행령 제4조), 임차인의 보증금반환청구권의 확보를 위하여 우선특권을 인정하고 있다(동법 제3조의2, 제8조).

그리고 농지임대차에 있어서도 임차인의 법적 지위를 강화하는 법적 뒷받침을 하였다(농지임대차관리법(1986), 농지법(1994) 제22조 내지 제29조).

그 외에도 『장애자고용촉진등에관한법률(1990)』, 『남녀고용평등법(1987)』, 『최저임금법(1986)』등을 제정하여 복지사회의 건설을 뒷받침하고자 하였다.

또 한편으로 복지사회의 건설은 인격의 존엄과 가치가 고양되는 사회이므로, 이의 실현을 위하여, 헌법재판소는 명예훼손의 경우에 명예회복을 위한 조치로서 사죄광고를 명하는 것은 헌법상의 인격의 존엄과 가치 및 양심의 자유에 반하여 위헌이라고 결정하였다.²⁶⁾

8. 위험책임의 확대인정

우리 민법은 불법행위에 관한 책임에 있어서 과실책임을 기본원칙으로 하고

24) 대판 1977. 1. 25. 75다2092.

25) 대판 1984. 11. 13. 84다카722.

26) 헌재결정 1991. 4. 1. 89헌마160.

있다(민법 제750조). 그러나 산업화와 도시화에 따라서 위험시대가 도래함으로써 인하여, 과실책임의 원칙고수로는 손해의 공평한 부담을 이룩할 수 없는 문제점이 露呈되었다.

그리하여 무과실책임을 직접적으로 인정하는 법률을 제정하기도 하고, 판례에 의하여 사실상 무과실책임을 인정하기도 하였다.

무엇보다도 환경오염으로 인한 손해에 대해서, 환경보전법(1977)에서는 인적손해에 대하여만 무과실책임을 인정하였으나(동법 제60조), 환경정책기본법(1990)에서는 물적손해에 대해서도 무과실책임을 인정하였다(동법 제31조). 그리고 자동차손해배상보장법(1963년 제정, 1984년 새로 제정)에서는 법규정상으로는 중간책임으로 규정되어 있으나(동법 제3조), 판례에 의하여 거의 무과실책임으로 운용되고 있다.

그 외에도 학설로는 일반인에 대하여 거래안전의무(Verkehrspflicht)를 널리 인정하여, 과실책임체계 내에서 무과실책임을 널리 인정하고자 하기도 한다.²⁷⁾

9. 가족법의 개정 및 헌법재판소에 의한 가족법 개정 촉구

민법이 제정되고 2차례(제5차 개정: 1977; 제7차 개정: 1990)에 걸쳐 가족법의 대개정이 있었다. 재산법은 오로지 한번, 그것도 극히 제한적인 범위 내에서 개정한 데 반하여, 가족법은 2차례에 걸쳐 대개정을 하였다. 그것은 실질적인 남녀평등을 이루고, 양성이 평등한 가족을 이루고자 하는 시대적 요청이 있었으며, 한편으로는 사회적인 여권운동의 결과로 가능하였다.

가족법의 주요한 개정내용을 살펴보면, 친족의 범위를 새로 정하고(제777조), 모의 친권의 지위가 강화되었으며(제909조), 미성년자라도 혼인하면 성년으로 의제하였으며(제826조의2), 호주상속제에서 호주승계제로 전환되고(제984조 이하), 이혼시 재산분할청구권을 인정하고(제839조의2), 남녀간의 상속분의 차이를 없애고(제1009조), 유류분 제도를 신설하고(제1112조 이하), 상속시 기여분 제도(제1008조의2)를 법정하였다.

이와 같은 가족법의 대개정에도 불구하고, 동성동본불혼의 원칙(제809조 제1항)은 그대로 계속되었다. 이러한 동성동본불혼의 원칙에 의하여 혼인신고를 못한 동성동본간의 사실혼을 구제하기 위하여 한시법인 『혼인에관한특례법』

27) 거래안전의무에 관하여는, 김상용, 『불법행위법』, 법문사, 1997. 52면 이하 참조.

을 3차례(제1차: 1977.12.31. 제정, 1978년 1년간 혼인신고 허용; 제2차: 1987.11.28. 제정, 1988년 1년간 혼인신고 허용; 제3차: 1995.12.6. 제정, 1996년 1년간 혼인신고 허용)에 걸쳐서 제정하여, 동성동본간의 사실혼을 법률혼으로 전환할 수 있도록 하였다.

그리고 가족법은, 전통적인 가치관에서 탈피하여 새로운 시대에 부합하는 내용으로 개정이 필요하나, 입법적인 방법으로는 이루기 곤란하였던 분야를, 헌법재판소의 결정에 의하여 개정할 수 있는 중대한 발전을 가져오게 되었다. 즉, 동성동본불혼의 원칙을 고수하고 있는 민법 제809조제1항에 대한 헌법불합치 결정을 하면서, 동시에 1998년 12월 31일까지 동조항을 개정하도록 하는 결정²⁸⁾을 하였다. 또한 헌법재판소는 父의 친생부인의 소의 제척기간을 “그(즉, 子) 출생을 안 날로부터 1년내”로 규정한 민법 제847조제1항에 대하여 역시 헌법불합치 결정을 하였다.²⁹⁾

10. 외화부족으로 인한 경제난 극복을 위한 법적 조치

1997년 말에 닥친 외화부족으로 인한 경제난을 극복하기 위한 방법으로, 저축을 늘려 투자재원을 마련하기 위하여, 가장 먼저 이자제한법 시행령을 개정(1997. 12. 22.)하여 약정 최고이자율을 연 25%에서 40%로 높였다가, 얼마 후 곧 『이자제한법폐지에관한법률』을 제정(1998.1.13. 법률 제5507호)하여 이자제한법을 폐지하였다.

그리고 외국자본의 국내유치를 위하여 토지공개념에 기초한 관련 법률을 폐지하거나, 그 내용을 완화할 예정으로 있다. 그리고 외국인이 국내토지를 쉽게 취득할 수 있도록 외국인의 토지취득을 허가제에서 신고제로 바꾸었으며, 취득할 수 있는 토지의 면적의 제한을 폐지하였으며, 비거주 외국인도 국내토지를 취득할 수 있도록 허용하기로 하였다.

IV. 민사법제의 변천내용 및 그것에 대한 평가

1. 원칙보다는 예외를 많이 인정한 입법 및 판례

대한민국정부 수립 이후, 민법을 제정, 시행해 오면서, 민법의 대원칙을, 의

28) 헌재결정 1997. 7. 16. 95헌가6 내지 13(병합).

29) 헌재결정 1997. 3. 27. 95헌가14, 96헌가7(병합).

지를 갖고 지키고, 민법이 재판규범으로서만이 아니라 행위규범으로서의 본래의 기능을 다 발휘할 수 있도록 함에 소홀하지 않았나 생각된다.

우선 시대사정의 변화에 따라서 민법이 탄력적으로 대응하지 못하는 부분에 대해서는, 민법규정을 계속적으로 개정하여, 민법이 살아 있는 법으로서 기능할 수 있도록 하였어야 했음에도 불구하고, 민법중 재산법은 오로지 한번 개정하였을 뿐이다. 이와 같이 민법전을 계속 보완하여 시대변화에 적응할 수 있도록 하였어야 했음에도 그러하지 못하여 민법규정이 살아 있지 못한 경우가 적지 아니하다고 생각된다. 특히 담보물권법의 내용을 살펴보면, 담보실무에서는 근저당, 그것도 포괄근저당이 일반적으로 이용되고 있음에도 불구하고, 그것에 관하여는 민법에는 오로지 하나의 조문(제357조)만이 규정되어 있을 뿐이다. 이러한 입법의 不備로 인하여, 금융실무에서는 근저당도 여러가지의 유형으로 나누어 이용되고 있고, 저당권의 유통의 곤란을 극복하기 위하여, 실무에서는 신탁의 방법에 의한 담보제도,³⁰⁾ 즉 신탁담보가 행하여지고 있으나, 이에 관한 법적 규율이 전혀 이루어지지 못하고 있는 실정이다.

그리고 그때그때 필요한 입법은 특별법을 제정하여 대처하여 왔다. 그러므로 일반법이 국민들의 생활 속에 뿌리내리지 못하고, 특별법의 내용이 우리의 민사생활을 규율하여 왔다고 하여도 과언이 아니다.

그런데 문제는, 특별법에서 민법의 대원칙을 그대로 지킨 것이 아니라, 민법상의 원칙에 대한 예외를 많이 인정하여, 국민들의 민사법률생활에 일관성과 계속성을 이어가지 못하여, 생활속의 법치주의의 실현에 장애가 되었다고 생각된다. 그 대표적인 예를 살펴보면, 주택임대차보호법에서 주택임차인을 강하게 보호함으로써, 우리 고유의 법제도이며, 주택의 이용자를 물권자로 보호할 수 있는 전세권의 이용을 저조하게 만들어 버렸다. 그리고 부동산등기는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 하는 공동신청주의가 원칙임에도 불구하고, 여러차례에 걸쳐 한시법으로 『부동산등기에관한특별조치법』을 제정하여 사실상의 소유자가 단독으로 등기를 신청할 수 있도록 하여, 진정으로 부동산을 매수한 자라도 등기를 신청하지 아니하고, 특별조치법에 의하여 간이하게 등기하도록 한 잘못이 적지 아니하다.

그리고 민법상의 여러 규정들이 구민법의 의사주의에는 타당하였으나, 현행 민법의 형식주의에는 타당하지 못한 규정이 적지 아니하다.³¹⁾ 그것을 모두

30) 신탁담보에 관하여는, 김상용, 『부동산담보법(개정판)』, 법원사, 1996, 246면 이하.

손질했어야 했으나, 아직도 그대로 유지하고 있는 것도 역시 원칙에 대한 예외의 인정의 예라 아니할 수 없다.

또한 가족법에 있어서도 민법상의 동성동본불혼의 원칙을, 두번이나 혼인에 관한 특례법을 제정하여 이를 구제한 조치는, 원칙에 입각한 법의 계속성, 일관성의 면에서 볼 때, 극히 나쁜 법의 운용이라 생각된다.

그리고 원칙에 대한 예외의 넓은 인정의 문제점은 판례에 의하여 이루어진 것이 적지 아니하다. 그러한 예로서, 민법이 법률행위에 의한 부동산물권변동에 관하여는 형식주의의 대원칙을 취하고 있음에도 불구하고(제186조), 판례는 중간생략등기의 유효성을 널리 인정하고, 명의신탁과 중간생략등기가 결합된 중간생략명의신탁의 유효성을 폭넓게 인정하였다. 그리고 재단법인의 출연재산의 귀속시기에 관하여, 출연자인 설립자와 재단법인의 내부적 관계에서는 재단법인이 성립된 때에, 제3자와의 외부적 관계에서는 등기한 때에 재단법인의 재산이 된다는 판결³²⁾은, 바로 의사주의의 원칙에 입각한 것이다. 또한 채권자대위권에 의한 등기신청을 널리 인정함으로써, 사실상 중간생략등기를 한 것과 같은 결과를 낳고 있다.

이렇게 원칙보다는 예외를 널리 인정함으로써, 국민들은 민사법률생활에 있어서, 원칙을 지키며 살기보다는 요행심리를 더 갖게 되는 부작용을 낳았다고도 생각된다. 특히 부동산투기는 중간생략등기와 명의신탁의 방법으로 합법적으로 이루어졌다. 그것은 바로 형식주의의 원칙에 반하는 중간생략등기와 명의신탁을 판례가 그 유효성을 너무나 넓게 인정하였기 때문이었다. 그리고 실무상으로는 특정채권의 담보를 위해서도 근저당을 설정하는 것이 일반적이다. 이러한 특정채권의 담보를 위한 근저당은, 그 형식은 근저당이지만, 실질은 보통의 저당권이다. 그러면 비록 형식은 근저당이라 하더라도 그 실질이 보통의 저당권이면, 보통의 저당권의 법리를 따라서 판결했어야 함에도 불구하고, 근저당의 법리에 따라서 처리한 판례는 법운용에 잘못이 있지 않나 생각된다.

근본적으로는 민법을 계속적으로 수정, 보완하여 민법의 규정이 국민들의 생활속에 살아서, 국민들의 행위규범으로 기능할 수 있도록 하여야 할 것이다.

31) 예컨대 전세권에 관한 규정 중 제303조제2항의 “농경지는 전세권의 목적으로 하지 못한다”는 규정, 질권의 章에서의, 제332조의 대리점유의 규정, 제330조 및 제347조의 설정계약의 요물성 규정, 조합에 관한 규정 중 제712조의 조합채무를 분할채무로 한 규정등을 들 수 있다.

32) 대판(전원합의체) 1979. 12. 11. 78다481, 482.

2. 항구성, 계속성, 일관성의 결여

민법은 국민들의 법생활의 기준이 되는 기본법이므로, 민법의 운용에는 계속성과 일관성이 유지되어, 민법의 규정이 국민들의 생활속에 뿌리내려야 한다. 그러나 우리의 민사법 운용에 있어서는 원칙에 대한 예외를 많이 인정하였을 뿐만 아니라, 너무 쉽게 바꾼 잘못이 있다고 생각된다. 특히 토지공개념 관련 법률에 관하여 살펴보면, 토지공개념이 국민들의 의식속에 刻印되기도 전에 그것을 무력화하는 조치들을 취하고 있다.

그리고 법을 공법과 사법으로 나누어 그 각각의 법원리를 달리하고 있으나, 민사법률행위에 대한 규제입법에 있어서는, 입법이 이루어지기는 하였으나, 사법부에서 그 실효성을 저하시키는 판결을 함으로써, 형식적으로 법률은 존재하나, 그 실질적 계속성을 지킬 수 없는 문제점이 없지 않았다. 그 대표적인 예로 명의신탁과 중간생략등기를 규제하고자 하였으나, 사법부에 의하여 단속규정으로 판결되므로 그 실효성을 거둘 수 없었다.

때로는 공법과 사법이 상호보완을 하여 국민들의 사법적 법률생활의 항구성과 계속성이 유지될 수 있도록 하여야 할 것이다. 그리고 구체적 타당성과 법적 안전성이 조화를 이룰 수 있도록 민사법을 운용해 나가야 할 것이다.

3. 법률만능주의의 입법 양산

민사법 분야에서 그때그때의 사회적 병리현상을 치유하기 위하여 입법을 하면서, 사법적 법률문제는 사법적 이론으로 대응하였어야 함에도 불구하고, 너무 법률만능주의적 사고에 입각하여, 지킬 수 없는 입법을 한다든가, 실효성 없는 입법을 한 사례가 적지 아니하였다. 또한 사법적 법률문제를 국가의 공권력에 의한 과세의 방법과 형벌의 방법으로 해결하고자 한 잘못이 있다고 아니할 수 없다.

구체적으로 살펴보면, 토지거래허가제의 경우에 허가를 받고서 거래계약을 체결할 것을 규정한 국토이용관리법의 규정(동법 제21조의3)은 지킬 수 없는 법의 대표적인 예이다. 거래계약이 체결되지도 않았는데 무엇을 허가 받으라는 것인가? 이러한 입법적 모순에 대하여는 대법원이 유동적 무효이론을 정립하여 이러한 모순을 극복하였다.³³⁾ 그리고 토지거래허가제에 있어서 심사기

준은 입법 당시에는 토지거래가격 규제와 토지취득자의 이용목적이었으나, 1993년 동법개정에 의하여 지금은 취득자의 이용목적 뿐이다. 그런데 토지거래허가제는 토지처분자의 투기적 처분행위를 규제하는 것이 목적이지만, 취득자의 취득행위를 규제하는 것이 그 목적이 아니다. 그러나 현행의 토지거래허가제는 처분자를 규제하는 것이 아니라, 취득자만을 규제하고 있는데도 이에 대한 검토가 없는 실정이다.

그리고 부동산투기를 억제하기 위한 각종의 규제조치들은 모두 과세와 형벌에 의한 해결방법의 모색이었다. 근본적으로는 부동산물권변동이론과 등기제도의 개선에 의하여 대처하였어야 함에도 불구하고 威嚇的인 규제위주로 대처하였기 때문에 오히려 탈법행위를 조장하는 결과를 낳지 않았나 생각된다. 등기신청의무주의, 중간생략등기의 금지, 명의신탁의 금지 등이 그 대표적인 예이다. 너무 법실증주의적 視角에서 입법을 하였기 때문에, 그러한 법률의 실효성이 의심스러우며, 결국 그러한 규제위주의 법률은 정치적 쟁점으로 부각되어 폐지될 수 밖에 없을 것이다. 『부동산실권리자명의등기에관한법률』은 법률만능주의적 사고에 입각한 가장 대표적인 법률이라 판단된다.

그리고 규제를 함에 있어서도 실효성있게 규정을 하였어야 했다. 예를 들면 주택임대차에 있어서 임대인의 임대료인상청구권에 대하여 규제를 하고 있지만(주택임대차보호법 제7조), 최초 임대료액에 대한 제한이 없기 때문에, 실효성이 없을 뿐만 아니라, 오히려 주택임대차인의 주거생활을 더욱 劣惡하게 하는 결과를 초래하고 있다.

또 한편으로 판례³⁴⁾가 주택임대인의 차임인상청구권의 법적 성질은 형성권으로 인정하고 있는 것도 문제라고 생각된다. 차임은 당사자의 합의에 의하여 결정되도록 유도해야 함에도 불구하고, 일방 당사자가 일방적으로 차임액을 결정하도록 해석하는 것은 약자보호의 취지에도 반하는 것이라 아니할 수 없다.

민사법적 법률관계는 당사자의 자유로운 의사의 합치에 의하여 성립될 수 있도록 이론과 판례 및 입법이 이루어져야 할 것이며, 생활속의 법치주의의 실현을 위해서는 법규정 그 자체가 지킬 수 있고, 그 내용이 事理에 맞고 정당하여야 한다.

33) 대판(전원합의체) 1991. 12. 24. 91다12243.

34) 대판 1974. 8. 30. 74다1124.

4. 민사법적 문제에 대한 공법적 방법으로서의 해결시도

우리나라에서는 민사법적 법률문제를 사법이론과 판례에 의하여 대처하지 못하고, 형벌과 과세에 의한 威嚇的인 공법적 방법으로 해결하려는 시도가 많았음은 이미 지적하였다. 사법적인 법률문제는 사법적으로 해결되어야 함에도 불구하고, 공법적으로 해결을 시도한 잘못이 있다고 아니할 수 없다.

금융실명제, 부동산실명제가 그 대표적인 예이다. 물론 오늘날 사법적인 법률관계에 국가의 간섭과 개입이 증대된 것은 사실이지만, 근본적으로 사법적 문제는 사법이론에 의하여 해결되어야 한다. 너무 심한 규제는 탈법행위를 낳고, 그것은 결국 법률생활에 있어서 요행심리를 조장하는 결과를 초래함을 잊어서는 아니된다.

그리고 법률을 운용하는 사람들이 법률운용에 있어서 도의심을 가져야 한다. 이기적인 의식을 가지고 법률을 운용하게 되면, 결국 형식논리에 빠지게 되는 경우가 있음을 간과해서는 아니될 것이다. 실제적 진실이 존중되는 법이론, 판례, 입법이 이루어지도록 하는 법률운용자들의 도의심의 고양이 특히 요청된다고 생각된다.

또한 법률운용에 있어서 일본의 영향을 과도하게 받는 현재의 처지도 극복되어야 한다고 생각된다.

5. 새로운 권리구제수단에 대한 입법의 소홀

오늘날은 하나의 事故로 인하여 불특정 다수인이 피해를 입는 사례들이 적잖이 일어나고 있다. 환경침해, 결합있는 제조물의 대량판매, 소액 다수 피해자가 생기는 소비자 피해의 구제, 가해행위는 있으나 구체적인 피해자를 알 수 없는 불법행위에 있어서의 피해자 구제 등의 경우에 그러한 피해를 적절히 배상받을 수 있는 권리구제 수단이 미비하다. 외국의 경우에서와 같이 단체소송, 시민소송, 집단소송 제도에 관하여, 이를 입법하여 다수의 피해자들이 신속하고 적절하게 사법적으로 구제받을 수 있는 구제수단을 마련하여야 할 것이다.

V. 민사법제의 과제

1. 원칙과 사법이론에 의한 민사문제의 해결시도

민사법적 문제는 민사법의 이론에 입각하여 해결하여야 함이 대원칙이다. 민사법의 문제를 국가의 공권력에 의하여 해결하고자 하는 昨今の 입법적 태도는 正道가 아니며, 오히려 탈법행위를 조장하고, 요행을 바라는 국민심리를 조성하는 결과만을 낳게 됨을 잊지 말아야 할 것이다. 지금 민법이 규정하고 있는 민사법의 대원칙은 우리가 지켜 나가고 생활속에서 실천해 나가야 할 일이다. 그리하여 이에 충실한 법이론의 정립, 판례의 형성을 이루어 나가야 할 것이며, 이것에 대한 예외는 최소한으로만 인정하여야 할 것이다.

그러므로 민법을 지속적으로 가꾸고 수정, 보완하여 우리의 법생활 속에서 충실히 실천되고, 우리의 법의식으로 침전되도록 하여야 할 것이다.

비록 현행의 민법이 서양법을 계수하여 제정된 법으로서, 우리의 법의식과는 거리가 있는 부분도 없지 않지만, 중단없이 수정, 보완하여 우리의 법의식에 충실한 법으로 보살피 나가야 할 것이다.

2. 공동체 지향적 법이론의 정립과 입법

우리의 민법은 개인주의와 자유주의를 사상적 기반으로 하여 제정된 법이다. 이러한 개인주의와 자유주의는 합리주의의 뒷받침이 있어야, 개인과 사회가 서로 조화를 이루면서 발전할 수 있다. 그러나 우리는 합리주의의 사상적 기반이 약하기 때문에, 서양에서 발달한 개인주의와 자유주의가 우리나라에서는 극단적인 이기주의로 흘러간 면이 없지 아니하다. 그러므로 극단적 이기주의는 도덕적 의지를 약화시키고, 그것은 결국 공동체의 해체를 초래하고 마는 것이다.

우리 민법에서도 공동체의 정신을 살릴 수 있는 방향으로의 손질을 하여야 할 부분이 적지 아니하다고 생각된다. 그 첫째로는 다수 당사자의 채권관계는 분할채무를 원칙으로 할 것(제408조)이 아니라, 연대채무를 원칙으로 하도록 전환하고, 부부재산제도를 별산제(제830조)로 하기보다는 공유제로 하고, 상속재산도 공유제(제1006조)에서 합유제로 전환함이 타당할 것으로 생각된다.

그리고 중간생략등기와 명의신탁에 의하여 부동산투기가 합법적으로 일어났

고, 그로 인하여 가진 계층과 갖지 못한 계층으로 사회가 분열되는 현상을 경협한 이상, 그러한 사회적 분열을 초래할 가능성이 있는 법이론은 지양되어야 할 것이다. 그러나 법운용의 실체는 그 반대였었다.

민사법도 우리 국민이 함께 더불어 공동체를 이루어 살아갈 수 있도록 법이론을 구축하고 판례도 형성되어 나가야 할 것이다.

3. 생활속의 법치주의의 실현

법치주의는 공법의 영역에서만 통용되는 법원칙은 아니라고 생각된다. 민사법의 영역에서도 국민들의 민사법률생활이 민사법이 규정하는 법에 따라서 이루어져야 할 것이다. 그렇게 되면 민사법은 살아있는 법이 되고, 국민들은 생활 속에서 법치주의를 실천할 수 있는 것이다.

이 일을 위해서는 민사법의 내용이 합리적이고 설득력이 있어야 하고, 시대사정의 변화에 탄력적으로 대응할 수 있도록 점진적으로 수정, 보완되어야 하며, 그리고 일관성과 계속성을 유지하면서 의지를 갖고 민사법이 집행되어 나가야 할 것이다.

조그만 변화에도 쉽게 기존의 법을 폐지하거나, 급격히 내용을 수정하는 것은 긴 역사의 안목을 갖고 피해야 할 것으로 생각된다. 지금 진행되고 있는 투기억제를 위한 법률을 거의 전면적으로, 그것도 급격하게 폐지하거나 대폭 수정하고자 하는 법운용의 행태는 결코 바람직한 모습이라고는 생각되지 않는다.

4. 고령화 사회와 무능력자 제도의 개선

행위무능력자 제도는 재산을 가지고 있으나 스스로 이를 관리할 수 없는 정신적으로 이상이 있는 자를 그 대상으로 하고 있다. 그런데 오늘날은 평균수명의 연장으로 인하여 고령화 사회로 나아가고 있다. 이러한 고령화 사회에는 현행의 행위무능력자제도는 적절히 기능하지 못하고 있다. 단순히 법률행위만을 법정대리인이 행하는 것으로 그쳐서는 아니되고, 거동불편자의 생활 그 자체를 도와 주어야 한다. 또한 법정대리인도 1인만으로는 부족하고 종일토록 간호, 감호하기 위해서는 여러 사람이 필요한 경우도 있다. 그리고 자연인만이 법정대리인으로 할 것이 아니라, 간호를 전문적인 업으로 하는 법인도 가능할 수 있도록 할 필요가 있다.

그러므로 재산을 보호하기 위한 행위무능력자제도에서 재산 및 그 무능력자의 생활 그 자체를 보호해 줄 수 있는 무능력자 제도로의 전환을 시작해야 할 때라고 생각된다.

5. 부동산의 이용권의 강화 및 소유권과의 조화

부동산의 소유권과 이용권은 항상 그 이해가 대립되고 있다. 소유권을 너무 강화하면 이용권이 약화되어, 이용자가 소유자에게 예측되는 사회문제가 발생한다. 반대로 이용권을 너무 강화하면, 소유자들이 부동산을 이용하게 허락하지 않으므로 부동산 시장이 凍結된다.

우리 민법은 소유권중심주의에 입각하여 제정되어 있다. 그러나 사회적 약자인 부동산의 이용자, 특히 부동산임차인을 너무 강하게 보호하면, 사회적 반작용에 의하여 부동산소유자들은 소유부동산을 이용케 하지 않는 부작용이 일어난다.

그러므로 부동산의 소유권과 이용권은 조화를 이루어야 한다. 또 한편으로 부동산의 임차권과 용익물권을 결합하여 그 중간적 권리를 입법하여 소유권과 이용권을 조화시키는 방안도 강구할 필요가 있다고 생각된다. 일본은 이미 차지차가법(1992년 제정)에서 토지의 임차권과 지상권을 결합하여 차지권이라는 새로운 부동산에 관한 권리를 입법하였다. 우리도 부동산소유권과 이용권을 조화시킬 수 있는 새로운 부동산권리의 창안을 생각해 볼 필요가 있다.

6. 부동산등기제도의 개선

부동산등기제도, 그 중에서도 등기원인서면에 대한 공증제도가 확립되어야 등기의 공신력도 인정할 수 있고, 저당권의 유동화도 가능하고, 명실상부한 부동산 거래실명제를 이룩할 수 있다. 지금 등기원인서면으로 이용되고 있는 검인계약서는 그 진실성을 확보할 수 없으므로 과도기간 동안만 사용하고 등기원인서면을 공증받도록 하여야 할 것이다. 공증도 오늘날 이용되고 있는 私署의 認證(öffentliche Beglaubigung)은 성립의 진정은 보장하나, 그 내용의 진실성을 보장할 수 없으므로, 公正證書에 의한 공증(notarielle Beurkundung)제도를 실행하여야 할 것이다.

등기원인서면에 대한 공증제도의 확립을 위해서는 무엇보다도 공증인의 확보가 선행되어야 한다. 이 일을 위하여서도 부동산 관련업무에 종사하는 전문

가들에게 부동산거래에 한해서만 공증인의 자격을 주는 방안도 현실적인 방안으로 고려해 볼 수 있을 것이다.

공증제도의 확립으로 등기의 공신력도 인정할 수 있도록 하여, 저당권의 유동화가 가능할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그리고 부동산거래가격의 진실성을 담보할 수 있는 법이론의 개발도 필요하다고 생각된다. 독일은 부동산양도의 채권계약을 공증증서로 작성하도록 하고(독일민법 제313조), 거래가격을 진실과 다르게 공증증서로 작성하게 되면, 그 공증증서를 독일민법 제313조의 방식위반을 이유로 무효로 하는 판례가 확립되어 있다.³⁵⁾ 우리도 등기원 인서면을 공증케 하고, 부동산거래내용이 진실과 다르게 공증서면에 기재된 때에는, 그 거래계약을 무효로 하여, 거래의 진실성을 확보할 수 있도록 이론정립을 하여야 할 것이다.

7. 근저당제도의 개선과 저당권의 유동화 방안의 마련

민법중 가장 시급히 보완되어야 할 부분은 담보물권법, 그 중에서도 근저당제도라 생각된다. 근저당에 관하여는 보다 상세하게 규율되어야 하며, 실무에서 행하여지고 있는 여러가지 유형의 근저당제도를 입법할 필요가 있다고 생각된다.

그리고 저당제도 중 가장 낙후된 분야가 저당권의 유동화이다. 독일 및 미국에서는 저당권의 유동화에 의하여 투자자와 소비자간에 금전의 융통이 원활히 일어나고, 저당권의 설정을 받고 장기대출을 하는 금융기관의 신용창조가 원활히 이루어지고 있다. 저당권의 유동화를 위하여는 유동화 기구의 설립도 필요하고, 등기에 공신력을 인정하거나 권원보험(title insurance)이 실시되어야 하며, 근저당제도의 근본적 개선이 있어야 하고, 저당권부 장기대출의 금리가 일반 시중금리보다 높아야 하는 등의 전제조건이 충족되어야 한다. 그러나 우리나라는 저당권의 유동화를 위한 어느 하나의 요건도 제대로 갖추고 있지 못하다. 그러나 저당제도의 과제는 저당권의 유동화에 있다고 생각된다.

이와 함께 농업재단저당의 제도화도 필요하다고 생각된다.

35) Astrid Stadler, "Sale of Land: Contract of Sale and Transfer of Title", in: *Developments in Land Law: Reports and Discussions of a German-Korean Symposium, held in Berlin and Trier on July 21-24, 1997*, S.3.

8. 정보화 사회의 실현을 위한 새로운 법이론의 정립과 실천

정보화 사회의 출현에 의하여, 종래에는 경험하지 못한 새로운 법적 현상이 나타나고 있다. 먼저 전자적 의사표시의 법리 정립의 문제이며, 전자화폐, 전자적 거래 등 새롭게 이론정립이 이루어지고 입법이 이루어져야 할 분야가 적지 아니하다.

그러나 정보화 사회의 출현에 의한 새로운 현상에 대한 법이론 정립에 있어서 간과해서는 아니될 일은, 정보화 사회를 이끌어 가는 컴퓨터, 통신망 등의 기계는 모두 인간이 만들었고 인간을 위하여 사용되고 있다는 점과, 기계장치를 통한 법적 거래에 있어서 인간이 소외되는 일이 없어야 한다는 점이다. 인간이 중심이고, 기계는 수단이라는 점을 간과해서 법이론을 정립해야 한다는 점이다.

그리고 등기의 전산화를 이루어 등기부를 인적으로도 물적으로도 활용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

9. 약자보호를 위한 제도 정비

사회, 경제적 약자의 보호를 위한 법적 정비를 상당히 하였으나, 아직도 미진한 부분이 적지 아니하다. 주택임차인의 보호를 위한 최초차임의 규제, 차임증감청구권을 채권적청구권으로 하는 입법적 조치, 권리금에 대한 법적 규율이 필요할 것으로 생각된다. 그리고 제조물책임법의 제정, 단체소송, 시민소송, 대표소송의 법제화, 환경책임에 있어서 피해자의 가해자 및 감독관청에 대한 정보제공청구권의 法定 등의 법적 뒷받침이 계속되어야 할 것이다.

10. 기타의 제도 정비

법인제도에 있어서는 허가주의에서 인가주의로 전환함이 필요하며, 소멸시효기간을 좀 더 장기화하여 권리보호를 강화할 필요가 있다고 생각되며, 부동산의 점유취득시효에 있어서는 등기하지 않은 시효기간 완성자의 보호를 약화시켜 진정한 소유자의 보호를 도모할 필요가 있으며, 취득시효제도를 부동산의 거래안전제도로 너무 활용하지 않도록 하여야 할 것이다. 또한 신종계약의 유형이 많이 생성되었으므로, 그 유형을 민법에 규정하는 방안을 강구하여야 할 것이다.

그리고 무엇보다도 실체적 진실존중주의에 입각하여, 실질과 형식(외관)이 다를 경우에는, 실질을 중시하는 이론구성을 하도록 하여야 할 것이다. 또한 구민법의 규정을 그대로 답습함으로써, 형식주의와 조화를 이루지 못하는 법규정을 깨끗이 정리하도록 하여야 할 것이다.

또한 통일 후의 통일민법의 내용에 관해서도 연구를 심도있게 하여야 할 것이다.

VI. 민사법제의 전망

민사법은 국민 개개인의 인격과 재산을 보호하고, 법률생활을 안전하고 편리하게, 그리고 정상적으로 법생활을 할 수 있도록 하여야 할 사명을 지니고 있다. 지금까지는, 민사법률생활에 있어서도 국민을 잠재적 범법자로 보고, 형벌과 과세로 규제하겠다는 시각으로 민사법을 입법하고 집행해 온 면이 없지 않았음을 깊이 성찰하여야 할 것이다.

지금까지는 개인의 이익을 앞세운 극단적인 이기주의적인 생활로 흐른 면이 없지 않다. 앞으로는 국민 모두가 함께 더불어 살 수 있는 공동체를 형성할 수 있도록 민사법이 크게 기여하여야 할 것이다.

그리고 원칙에 충실하여 민사법이 국민의 일상생활 속에 살아있을 수 있도록 하여야 할 것이다. 이를 위해서는 민사법의 기본법인 민법을 계속적으로 수정, 보완하여 시대변화에 적절히 적응할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그리고 외관존중보다는 실체적 진실을 존중하여 민사법의 내용의 정당성이 확보되도록 하여야 할 것이다.

지금 학회³⁶⁾가 중심이 되어 진행되고 있는 민법개정연구사업을 정부가 맡아 실효성있고 생활규범으로 기능할 수 있는 수정, 보완된 내용의 민법으로 만들어 나가야 할 것이다. 계속적으로 수정, 보완함으로써, 민사법제가 우리의 생활에 맞고, 우리의 법의식에 부합되는 법제도가 될 수 있도록 발전시켜 나가야 할 것이다.

36) 한국민사법학회가 중심이 되어 3년제 민법개정연구가 진행되고 있다.