

로스쿨에서의 민사법 교육

: 권리의 성립요건을 중심으로

Juristenbildung über Zivilrecht

an der korenschen Lawschool

: mit der Berücksichtigung der Anspruchsgrundlage

권대우

한양대학교 법학전문대학원 교수

LEGAL RESEARCH INSTITUTE AJOU UNIVERSITY

亞洲法學

아주법학
제7권 제4호 (2014. 02.)

www.ajou.ac.kr

로스쿨에서의 민사법 교육

: 권리의 성립요건을 중심으로

권 대 우

한양대학교 법학전문대학원 교수

국문초록

법학전문대학원체제가 도입된 이후에 현재 많은 법학전문대학원의 강의내용들이 사례중심 교육으로 전환된 것으로 보여지며, 이러한 교육방향의 전환은 사례해결 능력을 갖춘 실무가를 양성하기 위해서는 필요한 변화이다. 그러나 양 당사자 사이에 분쟁을 철저히 조문에 기한 권리의 성립요건 중심으로 전개하고 있지는 않고 있다. 대전제로서 일반론적인 논의도의 의미가 있으나, 결국 해당 사안에서 권리를 실현하기 위해서는 권리를 구성하는 요건이 충족되었는가에 대한 주장과 입증이 결정적이므로 새로운 실무교육은 이러한 방향에서 이루어져야 한다.

법전원의 교육이 변호사 시험의 내용에 의존적이라는 점을 고려하여 변호사 시험을 통하여 민사법 교육을 긍정적으로 변화시킬 수 있을 것이다. 변호사 시험의 범위와 내용을 합리적으로 설계하고 교육의 목적과 일치시켜야 하며 공개적으로 운용되어야 한다.

3년이란 짧은 기간 동안 충분히 전문화 되지 못한 변호사들에게 스스로 전문화 할 수 있는 자기 개발의 기회가 폭넓게 주어져야 한다. 장기적으로는 법학전문대학원에서도 법적 분쟁이 많은 여러 가지 다양한 전문분야를 중심으로 심화과목의 개설 및 교재발간이 활성화될 필요가 있다.

주제어

: 로스쿨 교육, 민사법, 사례해결식 교육, 권리의 성립요건, 추가교육의 다양성

목차 | I. 로스쿨체제에서의 법학교육
 II. 교육기관에서의 민법교육의 변화
 III. 민사법 교육 내용의 변화
 IV. 독일에서의 민법교육과 법조인 선발과정
 V. 민사법 교육을 위한 제언

I. 로스쿨체제에서의 법학교육

2009년부터 도입된 법조인 양성제도의 기본적인 틀로서 법학전문대학원 체제는 이미 여섯 번째로 신입생들을 선발하였고, 곧 세 번째 졸업생들을 배출하게 되지만 법관선발에 대한 기본원칙을 비롯하여 법조인 양성에 대하여 중요한 내용과 관련하여 아직도 많은 사항들이 임시방편적으로 정리되어 가고 있지만 새로운 제도의 기반으로 충분한 논의를 거쳐서 결정되지 못하고 있다. 또한 법학전문대학원을 나서는 인력들을 충원한 법무법인이나 기업 등 많은 수요처에서 그들 졸업생들의 능력에 대한 확신이 높아가고 있음에도 불구하고 직급이나 급여를 비롯한 처우라든가 그들의 사회적 역할에 대한 기대나 보장도 제각각이다.

법원에서의 법학교육과 관련하여서 여러 차례 논의가 있어 왔지만,¹⁾ 사회적 평가뿐만 아니라 내부적인 평가도 아직은 충분하게 구체적으로 이루어지고 있지 못한 것으로 보인다. 법과대학 내지는 법학과를 졸업하

1) 대학별 교육프로그램과 방법론이 여러 차례 문헌으로 제시되어 있기는 하다. 예를 들면, 김재형, 「새로운 민법 교육의 체계와 방법: 서울대의 경우」, 『민사법학』 제45-1호, 2009, 33면 이하; 최성경, 「법학전문대학원에 있어서의 교육 프로그램과 방법론: 민법교육을 중심으로」, 『법과 정책연구』 제5권 제1호, 2005, 583면 이하; 안법영/김상중, 「법학전문대학원에서 민법 교육의 구성과 운영: 고려대학교의 경우」, 『민사법학』 제44호, 2009, 3면 이하; 박수근, 「경희대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정과 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 2008, 573면 이하; 송오식, 「진남대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 2008, 623면 이하; 서희석, 「부산대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 2008, 525면 이하; 위계찬, 「충남대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 2008, 651면 이하; 이은희, 「충북대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 2008, 595면 이하 등 참조.

여 사법시험을 통하여 법조인이 선발되던 체제를 비판하고, 새로운 법학전문대학원 체제를 통하여 법조인을 양성하고자 하던 목적인 ‘소장 한 장 쓰지 못하는 법대졸업생’으로부터 ‘적어도 소장은 쓸 수 있는 전문대학원 졸업생’으로의 전환이 제도의 개선 목표이었던지 모르지만, 사법시험 합격생과 변호사 시험 합격생의 차이는 전혀 그러한 내용이 아님은 명확한 현실이다. 오히려 숫자만 늘어났을 뿐, 경과과정으로서 사법시험 합격 후 연수원 졸업생과 법학전문대학원 졸업 후 변호사 시험 합격생들이 인력시장에서 당분간 같이 경쟁하는 복잡한 상황만이 있을 뿐, 교육제도의 변화로 인하여 어떠한 구체적인 진전이 있었는가에 대하여 아직은 확실하지 않은 것으로 보인다. 의미를 부여할 수 있다면 주요 대학에 법학과들이 강제로 폐쇄되었기 때문에 법학전공자 뿐만 아니라 다양한 학문적 배경을 가진 법조인의 숫자가 늘어날 수밖에 없을 것이라는 점인데, 이런 점은 대체로 미국 등의 판례법 국가를 제외한 독일과 프랑스와 같은 대륙법 국가들이 적어도 4-5년 이상의 법학교육을 받은 학생들을 대상으로 국가고시를 치르도록 허용하는 것과 비교할 때,²⁾ 3년이 법조인으로 양성되기에 충분한 교육기간인가 하는, 곧 학부에서 법학적 기초를 갖지 못한 법전원 졸업생들이 법조인이 되었을 때, 3년만에 법적 체계와 논리를 충분히 이해할 수 있을 것인가 하는 의구심도 있을 수 있어 긍정적으로만 평가되지는 못할 것이다.

법학교육에서의 민사법 교육의 함의는 매우 크다. 2013년 사법연감에 따르면 2012년 전체 소송사건 6,318,042건 중 민사사건이 4,403,094건으로 전체의 69.7%이고,³⁾ 가사사건 2.2%를 합치면 전체 소송의 71.9%가 민사, 가사 사건으로 분류될 수 있다는 점에서 송무를 전제로 할 경우 법률가 양성기관에서 민사법 교육의 중요성은 아무리 강조해도 지나침이 없다. 이러한 관점에서 이번 세미나는 법학전문대학원 교육발전을 위한 단초로서 매우 큰 의미를 가진다.

2) 독일의 법학교육 및 사법시험제도에 대한 내용으로는 하태영, 「독일의 법학전문교육과 법조인 양성」, 『동아법학』 제 39호, 2007, 161면 이하; 신옥주, 「독일 법조인교육 개혁논의에 관한 고찰」, 『법학연구』 제31집, 2010, 67면 이하 등 참조.

3) 법원행정처, 『2013년 사법연감』, 522, 543면 참조.

II. 교육기관에서의 민법교육의 변화

1. 목표의 변화

법학전문대학원 체제의 도입은 법학교육의 목적을 법률에 대한 전문지식을 전달하는 단계를 넘어서 사례해결 능력을 가진 법조실무가 양성하는 것으로 전환하는 것으로 보인다. 법과대학 체제에서는 민법 및 민사특별법에 대한 해석론적 이해를 바탕으로 하는 법률에 대한 전문지식의 함양에 주안점이 있었다면, 법전문 체제에서는 한걸음 더 나아가 소송 등의 권리 실현을 위한 능력을 가질 수 있도록 교육하고자 한다.

이러한 목표가 현실적으로 구현되기 위해서는 여러 가지 변화가 필요한데, 이는 교육과정도 학부과정에서 대학원 과정으로 전환된데 따른 변화를 동반할 뿐만 아니라 학부과정에서 법학을 전공하지 못한 다양한 학문적 배경을 가진 학생들에게 법적 사고 체계를 습득하게 하고 이를 바탕으로 더 다양한 법률가의 길을 열어주어야 하는 것도 포함되어 있다.

2. 교육편제의 변화

(1) 법과대학 체제

법과대학 체제에서의 민법교육은 민법전의 편제에 따라 이루어졌다고 볼 수 있다.

1학년 2학기 혹은 2학년 1학기에 민법총칙을 시작으로 하여 물권법, 채권총론, 채권각론, 친족상속법(친족법, 상속법)의 5개(내지 6개) 과목을 중심으로 하여 민법세미나 내지는 민법특강 혹은 민법연습 등의 사례 내지는 세미나 형식의 심화 보완적인 체계로 구성되어 있었다. 부동산등기법, 주택임대차보호법 등 각종 민사특별법은 민법조문과 연계된 부분에서 함께 다루어지고 있었다.

(2) 현재의 법전원 체제

법전원 체제에서는 기존의 민법편별체제처럼 민총, 물건, 채총, 채각, 친상과 같은 순으로 과목을 배열하지 않고, 기본과목으로서 민법과목을 논리체계별로 재편한 경우도 있다.⁴⁾ 예를 들면 한양대학교 법학전문대학원의 경우 민법1(재산법입문), 민법2(계약법), 민법3(법정채권법), 민법4(담보법), 민법5(친족상속법)과 같이 기본과목을 구성하고, 여기에 민법연습, 가족법연습과 같은 사례형 연습과목을 2단계로 배치하여 기본과목을 통해 습득한 지식을 바탕으로 사례해결능력을 강화하는 교육프로그램을 마련하였다. 여기에 심화과목으로 채권관리법, 금융계약법, 의료사법, 특수불법행위론 토지사법, 아동사법 등 주제별 심화과목을 제공하고 있다.

여기에 민사소송법과 상사법과의 연계를 도모하는 민사법실무 혹은 민사법실무종합과목을 개설하여 민상법 복합문제 내지는 소송법과 연계된 사례해결능력 및 송무능력의 배양이 가능하도록 교육프로그램이 설계되어 있다.

3. 방식의 변화

강의 방식의 변화도 진행중이라고 보여진다. 기존의 법과대학 체제에서는 민법의 체계와 내용을 이해시키는 것을 중심으로 하는 강의식이 주된 내용을 이루었다면, 현재 법전원 체제에서는 강의에서 다루어지는 주제의 내용과 비중 그리고 강의하는 방식에 변화가 있다. 예를 들면 계약법의 역사와 제도의 연혁적인 배경을 설명하는 비중을 줄이고, 계약의 성립에 대한 의사표시 이론의 차이를 설명하기 보다는 계약이 성립되어 가는 과정에서 어떠한 구체적인 표현과 의사의 교환, 그리고 상대방의 인식을 통하여 합의가 도출되는 과정을 더 구체적으로 살펴본다든가 학생들간의 토론

4) 그러한 개선의 필요성에 대하여는 양창수, 「민법학교육의 문제점과 개선방향」, 『민사법학』 제17호, 1999, 237면 이하 등 참조.

을 유도하고, 같은 개념이라도 실제 사례에서 어떤 의미로 작용하는지 판례 등을 통하여 검토해 봄으로써 계약이 성립되는 과정에서 의사의 불일치 내지는 숨은 불합의로 인한 당사자간의 갈등요소 내지는 분쟁의 출발점이 어떻게 작용하는지를 깨닫도록 유도하는 방식으로 진행되고 있다. 소위 말하는 소크라테스식 강의방식을 상당히 응용하여 진행하려고 노력하고 있으나, 아직 학생들은 추론적 방식의 강의보다는 명확한 결론이 나오는 주입식 혹은 제시형 강의를 더 선호하고 있는 것 같다. 따라서 기본강의는 기존의 해석론적 논의와 판례의 경향을 소개하는 일반강의식으로 전개하되, 연습과목에서 사례해결능력을 추가로 배양하는 2단계형 모델을 선호하는 경향이 있고, 그런 학생들의 요구를 수용하여 기본과목은 토론식보다는 강의식으로 운용하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 다만 아직은 비법학도와 법학도가 같은 과목을 듣고 있어 양자간의 균형을 어떻게 잡아가는 것이 바람직할 것인가 하는 숙제도 있다.

4. 교재의 변화

교육목표의 변화와 교육방식의 변화가 가장 심각하게 반영되고 있는 것이 교재들의 변화이다. 물론 한국연구재단(구학술진흥재단)과 법학전문대학원원장협의회 등에서 주도적으로 교재연구 및 발간 사업을 지원하였고, 법전원 인가 과정에서도 직간접적으로 작용하여 판례를 소개하는 소위 ‘로스쿨형’ 교재의 발간이 빈번하게 이루어졌다. 기존의 민법전 편별로 이루어진 경우도 있고,⁵⁾ 로스쿨 계약법, 로스쿨 불법행위법, 로스쿨 담보법 등 새로운 강좌별 혹은 주제별로 간행되는 경우도 있으며, 의료법 등 전문과목을 위한 교재들도 간행되거나 준비 중에 있다. 이러한 다양성은 매우 환영할 만하지만, 그 구성이 전체 민법체계와 일치되지 못한 경우도 있다. 즉 로스쿨 계약법에서 민법 채권각론의 14개 전형계약을 모두 다루고 있지 못

5) 예를 들면, 김학동 외, 『로스쿨 민법총칙』, 박영사, 2010; 김학동 외, 『로스쿨 물권법』, 박영사, 2011; 김학동 외, 『로스쿨 채권총론』, 박영사, 2012; 이화숙 외, 『로스쿨 가족법』, 세정출판사, 2010 등 여러 가지 책들이 있다.

한 경우도 있고, 담보법에서 물권법의 담보물권 이외에 다수당사자간의 채권관계를 인적담보로 다루고 있기도 한다.

일반 분쟁의 현실을 반영한 전문과목의 신설 및 전문분야에 대한 서적들이 향후에 간행될 여지도 많이 있으나, 현재의 법학전문대학원의 교육현실을 고려할 때 상당한 기간 동안은 기다려야 하지 않을까하는 우려도 있다.

Ⅲ. 민사법 교육 내용의 변화

1. 교육의 내용

(1) 민법강의의 내용

법전원에서 민법강의의 범위에는 큰 변화가 없다고 보여진다. 기존의 법과대학에서 강의하던 민법총칙을 포함한 민법전의 5개편별 내용이 모두 포함되어야 하며, 그 중요도에 따라서 (연습과목 등에서) 중복되어 다루어질 수도 있을 것이다. 부동산등기법, 이자제한법, 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법, 주요한 민사특별법들도 당연히 강의 내용에 포함되어 관련된 민법조문과 연계하여 다루어져야 할 것이다.⁶⁾

변화가 있다면, 학설대립의 내용에 대한 구체적인 설명이 위주였던 과거와는 달리 판례의 내용과 변화를 더욱 자세하게 설명하게 되었다는 점이다. 예를 들면 물권행위의 유인성과 무인성에 대한 학설대립을 설명하는 비중이 상대적으로 줄어들고, 현재 판례의 입장은 유인성설의 입장에서 전개되고 있다는 점이 강조되고 있다.

또한 같은 민법 조문이라도 사안과 연계성이 낮은 조문 및 내용은 강의

6) 민사특별법은 난이도를 고려하여 단계적으로 교육하여야 한다는 견해로는 최성경, 앞의 글, 591면 참조.

에서 더 적게 다루어지거나 아예 다루어지지 않는 경우도 많다. 소유권중상린관계에 대한 일부조문이나 지역권에 대한 내용은 상대적으로 적게 다루어지며, 계약법에서도 사용대차, 임치 종신정기금 등에 대한 내용은 간단한 소개로 그치는 경우가 많다. 이는 이전의 법과대학 체제에서의 강의 때도 마찬가지였다고 할 수도 있으나, 분쟁이 되는 사안을 더 중점적으로 다루는 법전원 과정에서는 더욱 비중이 줄어들었다고 볼 수 있다. 오히려 분쟁이 더 많은 자배법 사안이 법정채권법(불법행위법)에서 더 주목받고 있으며, 의료분쟁에 대한 내용도 중점적으로 다루어지고 있거나 심화과목으로 개설되기도 한다.

계약법, 담보법 등 주제별로 기본과목이 재편된 경우에는 이러한 내용적 비중조정이 심하여 분쟁사례가 적거나 없는 경우는 사실상 다루지 않거나 표제어만 언급되는 경우도 생기고 있다.

(2) 강의의 방식

강의방식의 변화도 매우 중요하다. 이는 교육의 목표가 전문지식의 전달과 법적 사고력의 배양에서 사례해결 능력을 가진 실무가 양성으로 바뀌었다는 점에서도 필요하였지만, 수강대상이 학부생에서 여러 가지 분야를 이미 전공한 대학원생이라는 점에서도 달라져야 한다. 현재 법전원 학생들은 이미 전문교육을 받은 대학원생들로 호기심의 정도와 사안에 대한 이해력이 단순히 고등학교를 졸업하고 이제 막 대학문을 들어온 학생들과는 큰 차이가 있다. 또한 그들은 매우 현실적이고 목표지향적이며 사안에서 당사자의 입장도 쉽게 이해할 수 있다. 같은 시간에 받아들일 수 있는 정보량에도 차이가 있다. 따라서 많은 정보량을 수용할 수 있고, 더 심도 있는 이해를 가질 수 있는 학생들에게 상식적인 이슈와 단편적인 학설의 나열은 법률적 쟁점에 대한 흥미를 반감시킬 수 있다.

이러한 관점에서 소크라테스식 문답법은 흥미로운 강의를 만들어가는 좋은 선택이 될 수도 있다. 그러나 소크라테스식 문답법은 강좌규모가 적정하

게 조절되어야 하며,⁷⁾ 사전에 제시된 정보가 있는 경우에 더 유용한 방법이므로 강의용 교재 내지는 자료가 사전에 제공되어야 한다. 판례가 심도있게 다루어지기 위해서는 판례교재 내지 판례집이 제시되어야 하며, 강의 대상 판례나 분야도 학생들이 사전에 준비할 수 있도록 제시 되어야 한다.

누구에게나 질문이 주어질 수 있는 상황이면 모든 수강생들이 매번 준비하는 과제를 하여야 하지만, 그룹을 나누어 일정한 주기로 질문이 주어지는 방식을 채택할 경우에는 일부 학생들만 해당 주제를 준비하면 되므로 학생들의 강의준비용 부담이 조금 줄어드는 장점과 일부 그룹들에게는 강의에 대한 몰입도가 낮아지는 단점이 있으나 실제 운용 경험으로는 매우 효과적으로 보여진다.

(3) 과제나 시험의 방식

구체적인 사례를 해결하는 과제를 부여할 경우에 법과대학 체제에 비하여 법전문 학생들의 보고서의 분량이나 내용이 질적으로 양적으로 큰 차이를 보이는 경우가 많다.

일단 사례과제를 부여함에 있어 하나의 과제를 부여하되 상호 토론을 하지 않도록 하면(독일의 Hausarbeit 방식), (아직 우리는 그런 방식에 익숙하지 않으므로) 실제로 토론을 하지 않을 가능성은 매우 낮고, 대부분 비슷한 내용을 정리해서 내는 경우가 일반적이다. 다만 학부때보다는 논리적인 전개가 깊고, 다양하며 더 많은 문헌을 참조하는 경우가 많다. 즉 내용도 풍부하고 양도 많이 진다는 점이다.

그러나 아직 일반 논문형 보고서가 더 많고, 권리의 성립요건을 검토해 보는 법률의견서 방식은 사전 교육이 없는 한 드물게 제출되고 있다.

많은 사례를 선택형으로 하되 팀을 형성하여 보고서를 제출하는 방식으

7) 문답식 강의 방식이 효율적으로 수행되기 위해서는 강좌당 인원을 최소화 해야 된다는 견해로는 김대정, 「법학전문대학원에서의 사례위주 민법교육방법에 관한 시론」, 『민사법학』 제44호, 2009, 106면 이하 참조.

로 할 경우에 상당한 장점이 있다. 일단 그룹을 형성하여 공동으로 과제를 하게 되는 협업의 방식을 경험할 수 있다는 점이 좋고, 1학년 기본과목에서 그러한 사례를 경험할 경우에 그렇게 형성된 공동그룹이 재학 중에 스터디 그룹 등과 같이 지속적인 그룹으로 이어지는 경우도 있으며, 간혹 개인법 정변론대회의 팀으로 이어지는 경우도 있다.

또한 다양한 사례 중에서 자신들에게 흥미를 유발하는 사건을 선택하는 경험 내지는 안목을 갖게 되는 연습이 되기도 하며, 같은 사건을 여러 명이 함께 다루면서 서로 다른 의견을 조율하여 공동의 의견으로 정리해 내는 작업을 하게 되므로 자연스럽게 토론의 과정을 겪게 되는 장점도 있다. 단점으로는 (확인이 쉽지는 않아 잘 알 수 없으나) 가끔은 이름만 얹어주는 경우도 있어 참여도에 대한 평가가 쉽지 않다는 점인데, 팀별 (혹은 개인별) 면담을 하거나 발표를 하게 되면 참여도에 대한 평가도 같이 이루어질 수 있을 것으로 보인다.

시험의 방식은 대체로 변호사 시험의 방식을 모방하는 경우가 많아 진 것으로 보이며, 대체로 사례해결형으로 출제되는 것 같다. 채점기준도 변시형 채점기준과 유사하게 항목별 배점을 하여 채점하는 경우가 대부분이다. 제시되는 사례나 과제, 그리고 결론도 거의 판례에서 나오는 경우가 많아 학생들도 자연스레 판례를 중심으로 준비를 하게 된다. 반복되는 경우를 대비하여 소위 ‘죽보’를 구하여 준비하는 경우도 많이 있으나, 아직 로스쿨 교육이 5년 정도에 불과해 시험에서 제시되는 과제가 반복되는 경우는 많지 않아 보인다.

성적에 대한 반응은 매우 민감하며 평가의 공정성이 매우 중요하고, 학생들이 이의를 제기할 경우에 대한 대비책이 필요한 것으로 보여진다. 시험이 매우 중요한 교육수단이므로 시험문제를 통하여 강의시간에서 단편적으로 언급된 내용이 아니라 ‘중요한’ 과제로서 시험용 사례가 제시되어야 하며, 그 내용을 통하여 반복적인 학습효과를 거둘 수 있을 것이다.

2. 권리의 성립요건에 대한 교육

(1) 성립요건의 의미와 교육필요성

기존의 법과대학체제에서는 제도에 대한 이해가 보다 중요하였던 측면이 있다. 왜 물권행위의 무인성을 인정하는 것보다 유인성설의 입장에서 우리 법을 이해하는 것이 더 합리적인가에 대한 논의를 이해해야 했고, 소유권의 특성을 이해해야 했고, 의사표시론에서 의사주의와 표시주의의 차이를 이해해야 했다.

그러나 현재 법전원 체제에서는 (무인성설에 따른 장점이 있다손 치더라도) 현행 판례가 유인성설의 입장에서 판단하고 있기 때문에 소유권이 전등기가 이미 이루어졌다하더라도 매매계약이 무효이거나 취소된 경우에는 소유권은 복귀되고 원래의 권리자가 현재의 명의인에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있다는 점이 강조될 수밖에 없고, 민법 제 213조의 소유물 반환청구권의 성립요건으로써 ‘소유자’ 요건에 무효, 취소된 매매계약의 매도인이 포함되는지 여부가 무인성설과 유인성설에 대한 이해 자체보다 더 중요한 관건이 된다.

이는 합리주의 정신으로 접근하고 지적 호기심을 충족시키기 위하여 전문 지식을 얻고자 하는 교양교육으로서 대학교육이 아니라 분쟁이나 사례의 해결능력을 가진 실무가의 양성을 목표로 하는 직업교육의 하나로서 법학전문대학원의 역할에서 보면 너무나 당연한 논리적 귀결이기도 한다.

(2) 성립요건의 구체적인 내용

성립요건은 철저히 현행 법조문에서 제시된 권리의 요건을 중심으로 검토되어야 한다.⁸⁾ 물론 해석론적 논의로서 학설의 대립은 법적 요건을 보다

8) 독일의 학자 Medicus는 자신의 교과서 서두에서 청구권을 중심으로 민법의 내용을 기술하는 이유를 설명하면서 결국은 사례해결이 중요하고 그러한 목적을 달성하기 위해서는 법적인 효과와 구성요건을 고려하여야 한다고 설명하고 있다. Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, S. 1 ff. 참조.

더 정확하게 이해하려는 견해의 대립이기도 하지만, 현재의 권리실현요건으로서 볼 때에는 그러한 이론적 배경이전에 해당 조문에서 인정되는 권리를 구현하기 위해서 당사자(예를 들면 원고)가 주장해야 하는 사항에 대한 인식이 필요하다.

예를 들면 민법 제581조의 종류매매서 매도인의 담보책임과 관련하여 검토되어야 할 사항은 ① 해당사안이 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우인가 여부, ② 그 이후에 목적물이 특정되었는지 여부, ③ 목적물에 하자가 있는지 여부에 대한 검토가 필요하다. ④ 그리고 제580조의 권리를 갖기 위하여 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 경우가 아닌지에 대한 검토가 필요하다.

일단 해당사안을 검토함에 있어 (i) 첫 번째로는 종류매매의 해석론적 정의를 논의되고, (ii) 다음으로는 그러한 일반적 해석론 혹은 판례에서 취하고 있는 입장에 입각하여 볼 때 해당사안이 종류매매, 즉 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우인지 여부에 대한 확인이 필요하며, (iii) 만약 판례가 그러한 사안을 확실하게 종류매매로 포섭하고 있지 못할 경우에는 왜 그 사안을 종류매매로 포섭해야 할 당위성을 주장하여야 한다.

즉, 권리의 성립요건을 검토함에 있어 일반적으로 어떠한 사례들을 종류매매로 파악해야 할 것인지에 대한 일반적 논의를 중심으로 파악하는 것보다는 현재 해당사안을 왜 종류매매로 파악해야 하는지? 아니면 왜 종류매매로 파악하면 안 되고 특정물매매로 파악되어야 하는 것인지? 에 대한 주장과 반박이 문제가 되는 것이다.

또 검토되어야 할 사항은 (iv) 매수인의 선의 무과실이 인정되려면, 환언하면 매수인이 하자에 대하여 악의이거나 적어도 알지 못함과 관련하여 과실이 있었다고 인정될 수 있는가 여부이며, 원고와 피고의 입장에 따라 서로 다른 주장을 하게 될 것이다. 기존의 판례의 입장에서 과실이 없다고 본 사례와 다른 경우라면 매도인은 매수인에게 적어도 과실이 있다고 재판부를 설득할 수 있는 논리가 법률사전적인 혹은 일반적인 ‘선의’ 나 ‘과실’ 개념 보다 더 필요한 것이다.

일단 종류매매이며, 특정된 목적물에 하자가 있다는 결론이 나서 매도인의 담보책임이 인정된다면 그 효과로서 매수인의 권리는 제581조 제1항에 의하여 준용되는 제580조상의 매수인의 권리, 즉 제575조 제1항의 규정에 따른 권리, 즉 ‘계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여’ 매수인이 ㉠ 해제권을 가지며, 기타의 경우에는 ㉡ 손해배상청구권을 가진다. 또 제581조 제2항에 기하여 ㉢ 하자 없는 물권을 청구할 수 있는 권리를 가진다.

효과에 해당되는 권리를 행사하기 위해서 다시 매수인은 ① 종류물에 존재하는 하자로 인하여 “계약의 목적을 달성할 수 없는 경우”인지 여부에 대한 검토가 추가적으로 필요하다. (i) 하자의 존재가 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우가 되기 위한 일반적인 기준에 대한 학설과 기존 판례의 태도도 중요하지만, 매도인 혹은 매수인의 입장에서는 (ii) 해당사안의 하자가 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도도 중대하다든가 아니면 사소한 것이므로 계약의 목적달성에 큰 지장이 없음을 주장하거나 입증하여야 한다.

해제권의 행사와 관련하여 매수인이 어떻게 행사할 것인지 여부에 대하여는 민법 제543조 제1항에 의하여 상대방에 대한 의사표시로 할 수 있을 것인데, 이 때 ‘상대방’의 범위가 어떻게 (확대)될 (수 있을) 것인지 여부에 대한 것도 (i) 민법 제543조 제1항에 대한 일반적 해석과 (ii) 만약 그 사안에서 매도인의 가족에게 통보하였다면 이도 의사표시가 전달되었는지에 대하여 의사표시의 효력발생과 관련된 민법 제111조의 일반적 해석, 그리고 해당 사안의 경우에 구체적으로 긍정적으로 받아들여져야 한다면 그 법논리적인 주장과 입증에 있어야 한다.

해제권의 효력과 관련하여서도 특약이 없는 한 민법 제543조 이하의 조문의 내용에 대한 일반적인 논의와 해당 사안에서 쟁점이 있는 사항에 대한 구체적인 주장의 의미는 비중이 다를 수밖에 없다.

손해배상청구의 경우에도 민법 제393조 손해배상의 범위를 둘러싼 학설의 대립(상당인과관계설, 규범목적설, 보호범위설, 위험성관련설)에 대한 일반적인 논의도 중요하지만, 해당 사안으로 돌아오면, 매수인이 입은 피해가 민법 제393조 제1항에서 인정되는 통상손해에 해당된다는 점을 구체적

으로 주장 입증하는 것이 더 중요하며, 완전물급부청구권과 관련하여 하자 보수청구권이 그 내용으로 인정되어야 한다는 주장이 필요한 경우에 큰 의미를 가질 수 있다.

(3) 성립요건론과 법해석론

분쟁사안에서의 당사자의 주장은 철저하게 법조문에 입각한 해석론에서 출발하여야 한다. 입법자가 해당 조문을 통하여 권리자에게 어떠한 권리를 부여하고 있는지 그 한계는 어디까지인지에 대하여 철저하게 입법자의 의도를 추론하고 그 추론을 구체화하기 위하여 노력하여야 하겠지만, 그럼에도 불구하고 법해석론은 문리해석의 한계에 갇혀 있어서는 안 된다. 입법자가 모든 것을 예상할 수는 없는 법이며 입법자의 진정한 의도를 해석함에 있어서 경우에 따라서는 문리해석을 넘어 논리해석을 필요로 한다. 그리고 법정신에 입각한 상당성의 보충이 필요하며 이점이 민법의 기본정신과 신의칙의 의미이기도 하다. 이러한 해석의 균형된 발전이 모든 법률가의 공통된 소명이 아닌가 하며, 그러한 해답을 발굴해 나가도록 교육이 이루어져야 한다.

IV. 독일에서의 민법교육과 법조인 선발과정

1. 교과과정

독일에서의 민법교육의 중요성은 교과과정에서도 들어나고 있다. 독일 대학에서의 법학과목은 민사법/형사법/공법으로 나누어져 있으며, 민사법에는 상사법과 민사소송법이 포함되어 있다. 법제사, 법철학 등은 법기초과목으로 분리되어 있다.

각 3분야에 기초연습(Anfänger Übung)과 고급연습(Übung für Vorgeführte)으로 나누어져 있고, 민법 기초연습에는 민법총칙과 채권법만 대상이 되고, 고급연습의 경우에는 물권법 가족법뿐만 아니라 소송법도 포함이 된다. 회사법이나 어음수표법, 또 사회법이 포함된 경우도 있다. 독일에서 법과대학을 졸업하고, 제1차 국가시험을 치러기 위해서는 민사법 기초연습, 고급연습, 형사법 기초연습, 고급연습, 그리고 공법 기초연습, 고급연습을 모두 일정한 기준성적을 성취하여 합격해야 하여 6개 연습과목의 합격증서가 있어야 가능하다. 즉 독일의 법학교육은 연습과목을 중심으로 이루어져 있다. 기본 수강과목, 민법총칙, 물권법 등은 수강신청만 하면 되고, 실제로 수강하는지 여부를 확인하지 않는다. 엄격하게 관리하는 것은 연습과목이며 연습과목의 합격은 쉽지 않아서 탈락율이 30%가 넘는 경우가 많다. 이러한 연습과목 이외에 전문과목으로서 세미나를 듣고, 법기초 분야에 대한 수강확인서를 취득하면 국가시험에 응시할 수 있는데, 이러한 요건을 취득하는데, 4-5년 이상의 세월이 걸린다.⁹⁾

2. 튜토리움(Tutorium)

독일 교과과정에서 민법총칙이나 채권각론과 같은 기본과목에는 강의의 수강규모가 200-250명 이상이 되는 대형 강의를 많지만 20명 이하의 단위로 나누어서 이루어지는 보조강의가 큰 역할을 한다. 보조강사는 대개 1차 국가고시에서 좋은 성적을 받은 졸업생들이 담당하는데, 대개는 대학원 학생들이기도 하다. 이들이 민법총칙 과목과 동시에 그 범위에 해당되는 사례를 중심으로 법개념을 쉽게 보충 설명해 주시고 하며, 후에 연습과목을 수강할 경우에 어떻게 답안을 작성해야 하는지, 또 어떻게 준비해야 하는지, 향후에 법률과목들을 어떻게 공부해야 하는지를 지도해 준다. 튜터를 어떤 사람을 만나는가가 매우 중요하지만, 담당과목 교수들이 선발 및 튜토리움

9) 독일의 법학교육 및 사법시험제도에 대한 내용으로는 하태영, 앞의 글, 161면 이하; 신옥주, 앞의 글, 67면 이하 등 참조.

운영과 관련하여 관여를 하기 때문에 일정한 수준이 유지되고 있다.

3. 연습의 구성

연습과목은 세 개의 과제와 세 개의 필기시험으로 이루어지는데, 수강생은 과제 중 하나, 필기 시험중 한번만 합격하면 합격증서를 받는다. 과제는 6주 동안 준비하여 보고서를 내면 되는데, 주로 법률의견서를 작성하는 기본틀에 따라 작성하게 되어 있고, 그 작성요령을 튜토리움에서 배울 뿐만 아니라 잘 작성한 모범 예를 학생회에서 팔기도 하므로 실제로 예를 보고 형식을 배우는 것은 어려움이 없다. 다만 동료들과 의견교환이 금지되어 있으므로 조심해야 한다. 이는 국가시험에도 해당되는 사항이므로 대체로 지키려고 노력한다. 아주 일반적인 이야기 대리권과 관련하여 무슨 책이 좋다는 정도는 허용이 된다. 보고서 작성과 관련된 내용에 대한 대화는 금지되어 있다. 필기시험도 세 번 실시되는데, 시험 중에 추가적인 표시가 없는 법전은 참조가능하다. 평가는 매우 엄격하다. 현재 우리가 각종 시험에서 채점기준으로 제시되고 있는 기준 이상으로 상세한 채점기준에 의하여 채점되며, 일차적으로 채점조교가 채점을 한 다음, 마지막에 담당교수가 평가를 한다.

4. 독일과 법전원체제의 차이

독일에서는 교육기관에 대하여는 주법무성이 관여하고 있으나, 국가고시 등 시험은 시험을 관리하는 관청이 따로 있지만 실제로 고등법원(장)이 주관하고 있다. 제1차 국가고시가 법과대학 졸업시험에 해당되는데, 아주 빠른 경우에는 4년 만에 시험에 합격하는 경우도 있으나 대체로 평균 6년 정도의 재학 후 합격하고 있다. 그 다음에 2년 남짓 되는 기간 동안 실무수습을 하고 그 이후에 2차 국가고시를 치고, 합격하면 변호사 자격을 가지

며, 검사 및 법관으로 임용될 수 있다.

우리 법전원 체제에서는 비법학도의 경우 3년 만에 교육이 끝나고, 6개월의 변협연수로서 변호사 자격을 취득하는 것과 비교하면 독일은 평균적으로 8년 이상의 기간 동안 법률교육을 받는 셈인데, 과연 미국식 로스쿨 방식이 우리 법률가들의 경쟁력 강화에 긍정적인 효과를 낼 것인지에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.

법률교육의 주관기관이 중앙정부(교육부)가 아니라 지방주의 법무성이라는 점도 매우 시사적이다. 독일이 우리와는 달리 연방제를 채택하고 있고, 지방분권체제가 잘 갖추어진 나라라는 점이지만, 법무부의 교육에의 개입이 더 강하게 작용하고 있다는 점도 의미를 가진다. 물론 대학의 운영과 관련한 부분은 주 교육부에서 담당하고 있지만, 국가고시 등 법조인 자격 취득과 관련하여서는 법무부에서 담당하고 있다. 우리도 변호사 시험의 관리를 법무부과 하는 등 유사성이 있으나, 전체적으로 아직은 교육부의 영향력이나 관할범위가 더 큰 비중을 가지고 있다.

V. 민사법 교육을 위한 제언

1. 사례해결식 교육 체제로의 전환과 보완

(1) 권리 성립요건 교육의 강화

법학전문대학원체제가 도입된 이후에 현재 많은 법학전문대학원의 강의 내용들이 사례중심 교육으로 전환된 것으로 보여지며, 많은 판례 교재들이 발간되었다. 이러한 교육방향의 전환은 사례해결 능력을 갖춘 실무가를 양성하기 위하여는 필요한 변화이다.

그러나 현재 간행된 교과서나 판례집을 보면 사례에 대한 해결을 제시하

고 있기는 하지만 양 당사자 사이에 분쟁을 철저히 조문에 기한 권리의 성립요건 중심으로 전개하고 있지는 않고 있다.

대전제로서 일반론적인 논의도 의미가 있으나, 결국 해당 사안에서 권리를 실현하기 위해서는 권리를 구성하는 요건이 충족되었는가에 대한 주장과 입증에 결정적이므로 새로운 실무교육은 이러한 방향에서 이루어져야 한다.

3년이란 짧은 시간, 특히 민법의 기본과목은 거의 1년차에서 이루어지고 있다는 점에서 너무나 짧은 시간이지만, 몇 가지 보완이 이루어진다면 가능할 것으로 보여진다. 그 중 하나는 적절한 교재 및 보조교재의 발간이며, 또 하나는 보조강사제의 도입일 것이다.

(2) 사례식 교육 내지 판례중심교육의 한계 극복

사례형 교육을 판례를 중심으로 한 교육을 할 경우에 긍정적 요소도 많이 있으나, 우려할만한 점도 없지 않다. 가장 걱정스러운 것은 판례법 국가가 아님에도 불구하고 법원의 입장에 예속될 우려가 있다는 점인데, 이는 판례에 대한 비판적 교육을 활성화하고 비교법 및 법학방법론 교육을 강화함으로써 극복할 수 있을 것이다.

2. 변호사 시험제도의 변화

법학교육의 방향타는 국가시험제도에 있다. 변호사 시험과 관련하여 범위를 어떻게 할 것인지? 시험의 형태와 내용을 어떻게 구성하느냐가 학생들의 학습방향에 결정적인 영향을 미칠 것이 명확하다. 이는 최근에 변호사 시험의 합격률이 낮게 책정되고 있어 더욱 그러한 우려가 증가하고 있다. 법전원의 교육이 변호사 시험의 내용에 의존적이라는 점을 고려하여 변호사 시험을 통하여 민사법 교육을 긍정적으로 변화시킬 수 있을 것이다. 변호사 시험의 범위와 내용에 대한 검토와 치밀한 준비가 필요하다고 사료된다.

3. 다양한 추가 교육의 가능성 제공

법학전문대학원 체제로의 전환은 여러 가지 변화를 불러 일으켰고, 향후에도 큰 변화를 기대하고 있다. 당장은 분쟁해결 능력을 갖춘 실무기를 양성하는 것이 주된 목표가 되겠지만, 향후 한국의 법학을 이끌어갈 주역들이라는 점이 간과되어서는 안 된다.

물론 일반대학원을 통한 학문적 후속세대의 양성도 동시에 이루어져야 하겠지만, 3년이란 짧은 기간 동안 충분히 전문화 되지 못한 변호사들에게 스스로 전문화 할 수 있는 자기 개발의 기회가 폭넓게 주어져야 한다. 장기적으로는 법학전문대학원에서도 법적 분쟁이 많은 여러 가지 다양한 전문 분야를 중심으로 심화과목의 개설 및 교재발간이 활성화될 필요가 있다.

뿐만 아니라 우리나라와 같이 무역이 활성화 되어 있고, 해외진출이 필요한 국가에서는 섭외적 관계를 전제로 하는 외국사법에 대한 연구가 꼭 필요하며, 우리 법제의 제도적 개선을 위해서도 비교법 연구가 필요하다는 점에서 법전원에서의 외국법제 연구도 활성화될 필요가 있다.

참고문헌

- 김대정, 「법학전문대학원에서의 사례위주 민법교육방법에 관한 시론」, 『민사법학』 제44권, 한국민사법학회 2009.
- 김재형, 「새로운 민법 교육의 체계와 방법: 서울대의 경우」, 『민사법학』 제45-1, 한국민사법학회, 2009.
- 박수곤, 「경희대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2008.
- 서희석, 「부산대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2008.
- 송오식, 「전남대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2008.
- 신옥주, 「독일 법조인교육 개혁논의에 관한 고찰」, 『법학연구』 제31집, 전북대학교 법학연구소, 2010.
- 안법영/김상중, 「법학전문대학원에서 민법 교육의 구성과 운영: 고려대학교의 경우」, 『민사법학』 제44호, 한국민사법학회, 2009.
- 양창수, 「민법학교육의 문제점과 개선방향」, 『민사법학』 제17호, 한국민사법학회, 1999.
- 위계찬, 「충남대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2008.
- 이은희, 「충북대학교 법학전문대학원의 민법 교육과정 및 교육방법」, 『법학연구』 제19권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2008.
- 최성경, 「법학전문대학원에 있어서의 교육프로그램과 방법론: 민법교육을 중심으로」, 『법과 정책연구』 제5권 제1호, 한국법정책학회, 2005.
- 하태영, 「독일의 법학전문교육과 법조인 양성」, 『동아법학』 제39호, 동아대학교 법학연구소, 2007.
- Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 21. Auflage Carl Heymanns Verlag 2007.

접수 : 2014. 01. 27. / 심사 : 2014. 02. 17. / 게재확정 : 2014. 02. 25.

Juristenbildung über Zivilrecht an der koreanischen Lawschool : mit der Berücksichtigung der Anspruchsgrundlage

Kwon Daewoo*

Seit Das Lawschoolsystem in Korea eingeführt worden ist, die Inhalte der Vorlesungen an der Universität mehr von den Theorien 'zu praktischen Falllösungen übergegangen. Diese Änderungen sind notwendig angenommen um Juristen zu bilden, die fähig sind, rechtliche Konflikt gut zu lösen. Aber die Programm für Zivilrecht in den koreanischen Universität(Lawschool) sind noch nicht wirkungsvoll geändert in bezug auf Falllösung. Es ist noch nötig Denkenweise über Anspruchsaufbau einzuführen. Weil es ist entscheidend um das Recht durchzusetzen, die Tatbestände des Anspruchs zu behaupten und beweisen. Deshalb sollte die Studenten genau und konkret lernen, was die Tatbestände für die Anpruchs sind, die sie oder ihre Kunde erheben möchten. Die Entwicklung in dieser Richtung sind im Bereich der Juristenbildung sehr wichtig.

Und die Kontrolle über Juristenbildung sind durch Staatsprüfung durchzuführen. Ob die Bildung an den Lawschools der Universitäten tatsächlich gut realisiert und der Zweck des Gesetzes erzielt werden kann sind mit den Ergebnissen des Staatsexamens erkennbar. Deswegen kann die Regierung mit Staatsprüfung über die Juristenbildung wirkungsvoll beeinflussen. Aber die Bereiche und

* Prof. Lawschool in Hanyang University

Inhalte des Staatsexamens sollten offen gelegt werden.

Außerdem sollte die Programm für Juristen nicht mit dreijährigen Programm begrenzt werden. Verschiedenen Programme für Fachrechtanwälte sollten eingeführt werden, um die mehre Probleme in rechtlichen Konflikt nachzugehen.

Schlüsselwörter

: Juristenbildung der koreanischen Lawschools, Programm über Zivilrecht, Falllösung, Tatbestands des Anspruchs, Verschiedenheit der Jurstenfortbildung