

〈번역〉

판덱텐 법학과 産業革命*

프란츠 비아커**

번역: 金炯錫***

I. 序言

루돌프 예링(Rudolf Jhering)은 그의 유명한 ‘概念의 天國’에 관한 章에서¹⁾ 자신의 동료인 쿤체(Kuntze)를 웃음거리로 만든 적이 있다. 쿤체는 법 도그마티커로서 공헌이 없지는 않았지만, 그의 비유적인 언어는 시적으로 황폐한 것이었다. 그럼 그 자신의 말을 들어 보자.

“음악이 예술의 왕국에서 가지고 있는 지위를, 재산법의 영역에서는 채권법이 가지고 있다. 로마인들은 특히 **서사적인** 하부구조를 성립시켰고, 원주와 지주의 뻗어나가는 세계는 무엇보다 동기에 있어서 풍요로운 게르만적 관점들의 지반에서 탄생하였으며, 현대 거래 생활의 성숙한 법이념 속에서 **극적인** 화해가 이루어질 것이다. 이러한 과제에 관하여 작업이 진행되고 있는 것이다. …

그리고 이러한 현대적인 정신 작업의 흐름은 다시금 세부적으로는 저 역사적 발전 과정의 형상을 反射하고 있다. 왜냐하면 우리는 구속 **어음**(즉 인적 약속어음)에서는 서사적 하부구조를, 억제 되지 않는 **불같은 영혼**을 가진 무기명 증권에서는 비밀스러운 **서정시**를, 지시증권에서는 **진정시키며 화해시키는 劇**으로의 전향을 보기 때문이다.

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 연구지원비의 보조를 받았다.

** 1908-1994. 라이프치히, 프라이부르크, 괴팅겐대학교 교수역임

*** 서울대학교 法科大學 助敎授.

1) Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 7. Aufl. 1898, 320f.; 쿤체에 관하여는 Stintzing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III 2, 745f., 839ff.; 주 351.

음악과 채권법은 서정적인 신비이자 미학적이고 법학적인 세계의 숨겨진 형상들이며, 懷疑는 달밤에 [무엇인가를] 찾고 있는 청년이다.” 예링이 무미건조하게 말한 것처럼, “그러면 우리는 여기서 그를 조용히 찾도록 내버려 두도록 하자.”

이 화려한 무절제한은 저 시대의 한 사람의 정리되지 않은 사고 속에서 법 도그마틱이 시대정신에 대하여 가지는 관계가 어떠한 모습으로 상상되었는지를 보여줄 수도 있다. 쿤체가 아무 생각 없이 로마적 기초, 중세-게르만적 전개 그리고 “현대적 거래 생활의 성숙한 법이념” 사이의 긴장을 의식하였던 것은 아니었다. 하지만 그는 위대한 고전시대와 낭만시대의 많은 에피고넨들처럼 절대적 시대구분, 낭만적 예술 이론의 잘못된 응용 및 게르만법과 로마법의 대립이라는 관념에 의하여 과실을 저지르고 말았다. 이러한 시대착오들은 이 시대의 영민한 두뇌들조차 산업혁명이라는 새로운 현실과 대면하면서 가지고 있었던 큰 어려움들에 대한 하나의 戲畫이다.

II. 産業革命

立法, 判例, 法學이 그 사회의 사회적이고 경제적인 현실을 의식적으로 인지하고 그들의 규범, 판결, 개념형성의 일차적 과제로 삼는다는 것은 오늘날에는 자명한 것으로 보인다. 물론 이러한 理想이 하자 있는 정보들에 의하여 충족되지 못한 채로 남는 경우도 종종 존재한다. 하지만 어떤 법률, 판결 또는 학문적 이론이 사회적이고 경제적인 현실을 외면한다는 언명은 어쨌든 적어도 정당한 비난으로 받아들여지고 있다. 우리의 주제인 19세기 법학의 산업혁명과의 대결이라는 문제는 바로 법률가들의 방법론적 인식이 그 법학의 구조 때문에 私法의 사회적이고 경제적인 과제를 불충분하게만 인지할 수 있었거나 또는 거의 인지할 수 없었다는 사실에 의하여 발생하였다. 이러한 상태는 자신의 자율성과 학문적인 자부심을 의식하고 있는 법학이 — 우리는 이를 그들의 기본적 法源에 따라 판덱텐 법학이라고 부른다 — 예상치 못하게 우리가 (제1차) 산업혁명이라고 부르는 19세기의 거대한 사회적 변혁과 마주치게 되었다는 사실에서 기인하였다. 나는 이러한 광의의 [산업혁명이라는] 과정을, 기술적으로 통제되는 기계의 자연력에 의한 재화생산이 수공업을 대체하는 현상뿐만 아니라, 봉건적, 길드적, 상인적으로 구속된 경제구조가 자유롭고 확장적인 기업이 사회로 전환함에 의해서

수행되는 생산, 자본, 토지의 총체적 유동화로 이해한다. 이러한 과정은 농업생산, 원료산업, 상품완성의 합리적인 조직화뿐만 아니라, 자유로운 상품교환, 신용창출, 화폐유통에 의한 분배과정의 교란 없는 흐름을 포괄한다.

우선 이러한 상황이 사법질서에 대하여 당시에 제시하였던 새로운 과제들을 고찰하여 보자. 이러한 상황은 우선 기업의 새로운 법적 조직형태를 요구하였는데, 이는 특히 개별기업뿐만 아니라 인적회사나 자본회사에 의한 자본창출에 관한 것이기도 하였다. 이러한 상황은 더 나아가 근로제도의 構築을 요구하였는데, 從僕法, 농업 근로 및 수공업적 길드 구조의 낡은 형태들은 그러한 근로제도로서는 더 이상 충분하지 않았던 것이다. 그 다음 한편으로 기업들의 경쟁과 다른 한편으로 노동쟁의는 20세기가 되어서야 비로소 해결될 기업과 근로자들의 결합[단결](Koalition)이라는 문제를 제시하였다. 새로운 생산수단의 거대한 자본수요는 자본창출의 새로운 법적형태들을 요구하였는데, 특히 물적 신용의 유동화, 단기적 어음신용 및 채권증서의 상업화가 이에 해당하였다. 그와 나란히 재화유통과 화폐유통의 팽창이 진행되었는데, 물건의 소유권 양도와 채무변제라는 전통적 법형태들은 그에 부합하도록 발전되어 있지 못했다. 마지막으로 생산과 도매업의 증가하는 분업은 그 이전의 법학에서는 비교적 작은 역할만을 수행했던 보조자의 책임과 제3자의 손해라는 문제를 발생시켰다. 그리고 私保險에 의한 개별적 손해위험의 합리화된 인수는 — 낡은 전통적 보험형식을 넘어서 — 특히 생명보험과 운송보험에서 진정 제3자를 위한 계약이라는 문제를 강제하였다.

Ⅲ. 게르마니스트와 로마니스트

19세기의 판덱텐 법학은 이러한 상태에 대하여 얼마나 준비되어 있었는가? 여기서 우리는 歷史法學派의 권력 장악 이후에 형성된 사법학의 두 분과 즉 로마니스트와 게르마니스트 사이의 분업에서 출발해야 한다.²⁾ 이러한 분류는 처음에는 歷史의 對象에 관한 것이었다. 즉 그것은 전자에 있어서는 유스티니아누스의 法源 특히 會典(Pandekten)에서 기인하여 수백년의 유럽의 전통이 부여한 형태로 존재하는 로마법이며, 후자에 있어서는 로마법의 계수 이전의 독일법 법원과 아울러 계수 이후에도 살아남아 이제 “독일 사법”(jus patrium, jus Germanicum)으

2) 이에 대하여 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967 (= PRG), 377f.; 403ff.; 411f. 및 기타의 문헌목록 참조.

로서 로마적 보통법(*jus commune*)에 대하여 대립하고 있었던 제도들이었다. 이러한 역사의 분업은, 민족주의적이고 낭만주의적인 조류의 영향 하에 민족적 불행이라고 여겨졌던 로마법의 계수에 대한 반목이 일어나면서, 날카로운 이데올로기 대립으로 고양되었다.³⁾ 이 대립은 우리의 문제설정에 대해서는 중요하지 않다.

오히려 이러한 분업이 현행 사법질서에도 확장되었다는 사실이 우리와 관련된다. 즉 로마적 보통법으로 소급될 수 없는 모든 제도들은 이제 비로마적 독일 사법으로 간주된다. 이는 그러한 제도들이 로마법대전에 어떠한 기초도 가지고 있지 않았기 때문일 수도 있고, 특별 都市立法 또는 領邦立法의 대상이었기 때문일 수도 있다. 그런데 바로 이들이 이제 — 민족적 낭만주의의 관점에서는 역설적이게도 — 바로 산업혁명이라는 경제사회를 위하여 핵심지위를 부여받았던 그 사법 영역이었던 것이다. 즉 인적회사, 물적회사, 해상법, 유가증권법을 포함한 전체 상법, 특별한 회사형태 즉 광업회사를 포함한 광업법, 전체 협동조합제도, 농업 토지법과 토지신용, 마지막으로 사보험법이 그것이다. 전통적인 이유로 스스로를 ‘게르만 법학’(Germanistik)이라고 생각하였던 상법학이 이러한 모든 영역을 떠맡았던 반면에,⁴⁾ 일반 민법은 스스로를 ‘로마 법학(Romanistik)’ 또는 ‘판덱텐 법학’이라고 파악하였던 민법학에 맡겨졌다.

산업혁명에 대하여 이른바 ‘게르만 법학’이 편견이 없는 상태였다는 점은 명백하다. 이미 언급한 바와 같이 그들의 대상이야말로 바로 새로운 기업이 사회와 그 필요가 집중하는 焦點이었던 것이다. 그들은 이전부터 이러한 제도들의 前段階에 대하여 잘 알고 있었다. 지배적인 판덱텐 법학이 19세기 법학에 특징적인 엄격한 개념적 세공, 추상화 및 형식주의를 지지하였기 때문에, ‘게르마니스트’들은 상관습, 광업, 유가증권, 물적 신용과 같은 구체적 현상들에 대해 개념적으로 편견이 없는 상태로 대처하였다. 그리고 게르마니스트들과 로마니스트들 사이의 점증하는 대립이 민족정책적이고 사회정책적인 관심을 가진 게르만 법학을⁵⁾ 판덱텐 법학의 형식주의에 대한 생산적인 반대입장으로 이끌었다. 그래서 오토 기르케가 바로 게르마니스트로서 채권의 자유로운 상업화를 주창할 수 있었던 것이다.

3) PRG, 406f.

4) aaO., 240 및 주 52; 378; 462.

5) PRG, 408ff.

따라서 이 영역에서는 판택텐 법학의 개념적이거나⁶⁾ 역사적인 사전부담 없이 법학의 산업혁명에 대한 적응이 수행되었다. 상사회사, 협동조합, 해상법, 광업법, 부동산등기법, 저당법의 영역에서의 입법과 이론에는 — 입법자의 결단들이 경제 정책적이고 사회정책적으로 획득되었는지는 별론으로 하더라도 — 일반적으로 현실의 과제에 대한 그러한 직접적 성찰이 기초가 되어 있었다. 그렇지 않은 경우는 단지 로마법적 회사이론이나 지배적 판택텐 법학의 개념적 형식주의가 시야를 흐렸을 경우뿐이지만, 이 양자로부터는 특히 게르마니스트들 중의 가장 위대한 학자였던 오토 기르케도 자유롭지 못했다.

IV. 판택텐 법학의 法理解와 現實關聯性

1. 판택텐 법학에서는 달랐다. 새로운 경제 사회에 중요한 특별 분야의 형성에 대해 그들은 단지 적게 관여했었다. 그럼에도 불구하고 그들도 지속적으로 산업혁명과 직면하였다. 한편으로 새로운 발전이 가져온 많은 특별한 거래유형들은 商法이 아니라 債權總論에 속하였다. 예컨대 은행의 지로 지급행위, 채권양도, 소유권유보, 양도담보, 동산질권설정이 그러했다. 다른 한편으로는 모든 영역에 있어서 판택텐 법학의 총론, 채권법 및 동산물권법의 원리와 개념들이 적용되어야 했다. 이 과제 앞에서 이제 판택텐 법학은 그들의 가장 내적인 본질에 따라 고유한 분열에 빠지게 되었다. 한편으로 그들의 전제조건들과 공리들은 경제적 이익의 자유로운 발현에 기인하는 경제 사회의 요청에 매우 정확하게 부합하였다. 그러나 다른 한편 그들 자신이 법질서의 과제에 대하여 가지고 있는 관념과 그들의 논리적 형식주의는 판택텐 법학으로 하여금 명시적으로 私法의 사회적이고 경제적인 과제를 참조하는 모든 행위를 차단하였다. 이 복잡한 관계는 보다 자세한 설명을 요한다.

2. a) 처음에 사비니가 발전시키고 판택텐 법학이 일반적으로 수용한 法概念은 칸트로부터 차용한 것이다.⁷⁾ 「법이론의 형이상학적 기초」에서 칸트는 개인의 가

6) 물론 C. F. 폰 게르버(von Gerber)의 「보통 독일사법의 학문적 원리」(1846) 이래 도그마틱한 게르만 법학이 점점 더 판택텐 법학의 논리적이고 체계적인 형식주의를 수용하기는 하였다. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, 88ff.

7) Vgl. PRG, 352 및 특히 375f. Coing, *Kant und die Rechtswissenschaft*, 1955, 38;

능한 한의 자유가 모든 타인의 자유와 공존할 수 있도록 하는 규칙이라고 법을 형식적으로 정의하였다. 칸트에 있어서 이러한 정의는 도덕적 자율의 윤리학에서 도출되는 사회윤리적 귀결이었는데, 그러한 윤리학은 도덕적 인격에 대한 정언명령으로 자신의 행동의 준칙이 타인에 대하여 일반적 규칙으로 타당할 수 있도록 행동할 것을 요청하였다. 칸트가 법을 각자의 가능한 한의 자유에 대한 합의규칙으로서 즉 자유의 영역으로서 규정하는 것은 따라서 자율적인 도덕적 행위를 가능하게 하는 것이었다. 그 시대의 사회적이고 경제적인 현실에 적용한다면, 이는 사회적 질서의 정당성은 이미 도덕적이고 경제적인 힘의 자유로운 발현을 법적으로 보장함으로써 보증될 것이라는 특정한 초기 자유주의적인 신념을 의미할 것이다.⁸⁾ 따라서 “개인에게 부여되어 있는 의사의 힘”⁹⁾으로서의 권리 및 자신의 법영역을 自己責任의으로 형성할 권한으로서의 私的自治라는 핵심 개념과 契約自由, 所有權의 自由, 遺言의 自由 및 結社의 自由의 형태로 나타나는 그 적용례들은 전통적인 소유관계, 생산관계, 신분관계를 유동화하여 산업혁명의 폭발을 가져온 자유주의적인 경제 사회의 윤리적이고 사회적인 가치표상들에 정확하게 부합하였다.¹⁰⁾

그러나 이러한 자유의 필연적 일반타당성은 — 이러한 자유들은 예컨대 결사의 자유에서처럼 역사적이고 세습적이며 관료국가적인 구조에 대항하여 완만한 속도로 관철되기는 하였더라도¹¹⁾ — 개인들 각자의 사회적 생존의 보호를 위하여 법적 행동의 자유에 대하여 부과되는 구속들의 배제도 포함하였다. 이러한 자유의 일반타당성이 모두에게 가능하게 하는 형식적인 기회의 평등이 불평등한 출발조건 때문에 필연적으로 사회적이고 경제적인 불평등으로 귀결한다는 것은 오늘날 오랜 경험을 통하여 비싸게 값을 치르고 얻어낸 통찰이다. 즉 농민적 소유권의 해방은 “토지를 농민으로부터 해방”시키는 것으로(막스 베버), 영업의 자유는 경쟁에 있어서 약자들의 경제적 절멸로, ‘자유로운’ 노동계약은 착취로 될 수 있었던 것이다. 따라서 실제로 판덱텐 법학의 형식적 자유와 법평등은 유동화한

Wilhelm, 62.

8) aaO., 442f.

9) aaO., 353.

10) Wieacker, *Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher*, 1953, 8ff.; *PGR*, 442f.

11) 이에 대해 *Sozialmodell*, 14f.; *PRG*, 448; 농업노동자권, 종복권, 근로자 단결권의 위축에 대하여는 442; 549.

자본과 유동적 생산수단을 소유한 경제주체들을 특권화하고 그로부터 배제된 집단들의 특권을 감소시키는 것을 의미하였다. 바로 그렇게 함으로써 판택텐 법학은 초기 자유주의적 기업가 사회의 구조에 정확하게 부합하였던 것이다.

새로운 연구들은 보다 엄밀하게 이러한 관련성을 확인해 주었다. 산업혁명이라는 경제사회의 기본적 전제조건 중 하나는 소유권과 생산수단의 무제한적 **유동화** 즉 유동자본으로의 전환가능성이었다. 이 점은 이제¹²⁾ 놀랍게도 사비니가 권리의 개념(“승인된 意思의 지배력(Macht)”)을 명시적으로 금전적 가치 있는 재산권에 한정한다는 사실에 의하여 확인된다. 이는 오로지 금전적 가치에 대한 처분만이 “부자유한 자연에 대한 **무제한적 지배**”를 보증하기 때문이라는 것이다. 사비니는 이 결론을 채권자가 가지는 채권의 본질로부터 필연적으로 도출할 수 있다고 생각했다. 즉 사비니는 오랜 전통에 따라¹³⁾ 채권을 “타인의 행위에 대한 지배력(Macht)”으로 규정한다. 그러나 법질서는 부자유 즉 어떤 사람이 타인에 대하여 무조건적 물리적 지배를 하는 것을 허용하지 않기 때문에, 채무자에 대한 채권의 지배력은 단지 “채무자의 개개 행위”에 대한 것일 수밖에 없다. 그리고 자유로운 법질서가 물리적 강제에 의하여 그러한 행위를 집행하는 것을 더 이상 허용하지 않는 한, 이는 단지 재산, 더 엄밀하게 말하자면 집행에 의하여 채무자의 재산으로부터 금전을 취할 수 있는 기회에 대한 지배력일 수밖에 없다. 이미 판결 자체가 로마법원의 모범에 따른다면 — 평가된 손해액에 상응하는 금액의 지급을 내용으로 하고 있었던 것이다. 그리고 사비니의 의사는 (칸트적인 의사와 마찬가지로) “의사 그 자체” 즉 그 객체가 없는 의사이기 때문에, 의사의 지배력도 단지 금전에 의한 처분만을 담보하는 추상적인 지배력일 수밖에 없다.¹⁴⁾ 판택텐 법학의 유동화된 거래사회에 대한 암묵적 동의가 이러한 은밀한 지점에서 나타나는데, 이 거래사회에서는 자유와 지배력이 추상적 자본에 대한 처분의 모습으로 표현된다. 만약 맑스가 사비니의 債務法에 숨겨진 이 전제들을 발견하였다면, 어떠한 열정으로 이를 폭로하였을 것인가 — 현대 사회는 “감정 없는 현금의 지급 말고는 인간과 인간 사이에 어떠한 유대도 남겨 놓지 않는다”¹⁵⁾는 것에 대한 증

12) 이하의 내용은 키프너(Kiefner)가 독일 法史學者大會(바젤, 1966)에서 행한 아직 출판되지 않은 유익한 보고에 따른다. 우선 SZ Rom.Abt. 84, 1968, 640 참조.

13) 이 전통은 근대 債務概念史에서 특히 理性法으로 소급된다. Grotius, *De jure belli et pacis*, II 6, 1 이하; Christian Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, 1750.

14) 로마 方式書訴訟에서 이미 판결 자체가 평가된 손해의 액수에 따른 금전액을 내용으로 하고 있었다는 사실에서 사비니는 자신의 주장을 확인해주는 논거를 발견한다.

명이 아니겠는가!

b) 그러나 동시에 판데텐 법학은 그들의 방법론적 출발점 때문에 그 시대의 사회에 대한 은밀한 동의를 의식하는 것이 불가능했다. 그들은 법학과 판례가 도덕적이고 사회적이며 경제적인 가치들과 이익들에 봉사하여야 한다는 오늘날에는 자명한 관념을 매우 결연하게 거부했다. 사비니에 따르면 “법은 자신의 영역에서 제한 없이 지배하는 것이며, 인간의 본성을 도덕적으로 규정하는 것”(칸트적 의미에서)을 “제외한 기타의 과제 예컨대 그밖에 공익의 이름으로(!) 행해지는 국가경제적인 과제에는 봉사할 필요가 없기” 때문이다.¹⁶⁾ 그리고 40년 후에도 여전히 빈트샤이트는 “윤리적, 정치적이거나 국민경제적 고려는 그 자체로서 법률가의 일은 아니다”는 관점을 고수하였다.¹⁷⁾

여기서도 우리는 완전한 이해를 위하여 보다 더 자세히 논해 보아야 한다. 오늘날의 견해라면 이러한 입장을 국가적 법률명령을 도덕적인 가치나 사회적인 이익의 상위에 두는 비도덕적 법률실증주의라고 비난할 것이다. 이러한 견해는 19세기의 보통법에 대해서는 이미 다음과 같은 이유 때문에 불가능하다. 즉 보통법은 상당한 부분에서 법률이 아니라 로마법원 및 학설에 의한 로마법원의 학문적 적용에 기인한 것이었기 때문이다. 실제로 이러한 방법론적 형식주의는 도덕적 자율이라는 칸트의 형식적 개념에서 도출되었다. 칸트에 따라 법이 자유의 한계 즉 각자의 가능한 한의 자유가 다른 사람의 자유와 공존할 수 있도록 하는 규칙이라면, 법은, 사비니가 명시적으로 말했듯이, 도덕의 명령을 집행함으로써가 아니라 “각자의 의사에 내재하는 도덕적 힘의 자유로운 발현을 보장함으로써” 도덕의 실현에 봉사한다.¹⁶⁾ 그 다음에 법은 다른 과제 예컨대 공공의 이익에 봉사할 필요가 없다는 명제가 그 뒤를 따른다.

따라서 법의 자율성 즉 법의 “독자적인 존재”는 스스로 도덕적으로 근거지워진다. 이러한 자율성은 정치적으로 초기 자유주의적 헌법과 형식적 법치국가에 부합하였는데, 형식적 법치국가는 공공의 이익, 사회적 이익 또는 집단의 이익에 대한 사법부의 중립성을 통하여 시민 사회가 행정부에 대해 [스스로] 발현해 나갈 여지를 확보하고자 했다. 이렇게 개념, 논리적 추론, 학문적 이론구성에 형식

15) *Kommunistisches Manifest*, 1847; vgl. *PRG*, 457f.

16) *System des heutigen römischen Rechts I*, 1939, 53; 331ff.도 참조; 이에 대해 Coing, *Kant und die Rechtswissenschaft*, 1955; *PRG*, 353, 375.

17) *Die Aufgabe der Rechtswissenschaft*, 1884, in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, 101; 이에 대하여 최근에 Flume, *Richter und Gesetz*, 1967, 17ff.

적으로 구속됨에 의하여 학문적인 법판단(wissenschaftliche Rechtsprechung)을 정치적·사회적으로 중립화하는 것만이 공법과 사법, 국가에 의한 침해행정과 사법적 경제활동, 요컨대 국가와 시민사회 사이의 엄격한 이원론을 보장하였다.¹⁸⁾

3. 이 두 가지 전제조건들이 마주침으로써 자신의 공리들이 정확하게 그들의 사회의 구조에 부합하고 있는 법학이 동시에 자신의 논리적 형식주의에 의하여 사회적 현실과의 관계를 그 가치, 이익, 갈등과 함께 의식적으로 지워버리는 것을 원칙으로 삼아 버린 역설이 발생하였다.¹⁹⁾ 우리는 이 법률가들이 자신의 이론 구성과 판단을 경제적이고 사회적인 이익들을 가지고 근거지우는 것은 고사하고 그러한 이익들을 언급하는 것조차 방법론에 위배되는 것뿐만 아니라 비윤리적 즉 비전문적이고 당파적인 것으로 받아들였다는 특정 인상을 항상 받게 된다. 이는 오늘날의 모든 신념에 반하는 것인 만큼, 우리는 이에 대해 조금 더 자세히 논해야 한다.

a) 사비니에서 빈트샤이트에 이르는 법학의 고전적 학자들은 아주 엄격하게 이 입장을 지지하였다. 우리가 이러한 태도를 계급이익의 의식적인 지지나 그 시대의 경제적이고 사회적인 현실에 대한 無知로 돌릴 만한 근거가 없는 만큼, 이는 더 특징적이다. 대리석 같이 차가운 고전주의자 사비니조차도 엄청난 자기 재산의 관리자로서 그리고 프로이센 입법부서에서²⁰⁾ 어음법과 상법의 실무자로서 현실에 대해 완전히 잘 알고 있었다. 또한 툴(Thöl), 아르츠(Arndts), 데른부르크(Dernburg) 같이 탁월하게 세상물정과 경제에 대해 밝았던 법률가들도 자신이 옳다고 간주한 해결책들을 엄격한 형식적 이론구성과 法源에 대한 충실함으로 근거지웠으며, 사회정책적이고 경제정책적인 논의들은 그 시대의 국민경제학에 넘겼다. 풀다 고등법원 판사 베어(Bähr)가 자신의 유명한 저서 「의무부담의 근거로서의 승인」(카셀 1855)에서 “실무를 곤란하게 하고 있는 학문의 상태”에 대한 실무의 “고통스러운 감정”에 대하여 고려를 베풀기 시작했을 때에도,²¹⁾ 그는 명시

18) 보다 자세히 *Sozialmodell*, 6ff.; *PRG*, 439f.

19) 이에 대하여 특히 Wilhelm, aaO., 46ff.; 101ff.; Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts* (Basel, Stuttgart 1965), 24; vgl. *PRG*, 369ff.; 398f. 및 특히 301f.; 415도 참조.

20) 최근의 문헌으로 Schuler, *SZ GermAbt.* 80, 1963 293ff.; 기타의 문헌목록과 함께 주 399. 독일 普通商法典(ADHGB)과 독일 普通債權法에 대한 드레스덴 초안은 부분적으로 사비니에 의하여 그리고 사비니 감독 하에 작업하여 완성된 초안들로 소급된다.

적으로 거론되고 있는 “법률행위들을 … 그들의 이론적 기초로 소급하는 것”을 필연적이라고 보았고, 엄밀한 개념 구성과 로마 法源에 대한 주의 깊은 존중으로부터 어느 한 순간도 벗어나지 않았다.

b) 최고법원의 판례도 그에 따랐다. [이 시기의 판례는] 아마도 독일 法曹史에서 가장 뛰어난 판례 중의 하나이며, 분명 오늘날의 판례보다 세상물정이나 경제 사정에 둔한 것도 아니었다. [그러나] 제1차 세계대전 이후의 제국법원이나 오늘날의 연방법원들과는 달리 어떤 법률문제의 도덕적, 사회적 또는 경제적 차원은 그것이 명백한 경우에도 원칙적으로 체쳐 두었다. 그들은 명백히 그에 대한 논의가 중립성과 전문성이라는 윤리를 침해하는 것으로 받아 들였으며, 이익투쟁의 격투장으로 뛰어드는 것을 자신의 법관의 직무에 대한 배신으로 받아 들었다. 사회적으로 개방적이고 가치의식적인 오늘날의 판결 양식을 그들은 아마도 민중선동적이라고 받아들였을 것이다. 이는 그 시대의 법관 출신 중에서 적극적인 유명 정치인들을, 종종 진보적인 입장에서도, 눈에 띄게 많이 찾을 수 있다는 점에서 더욱 주목할 만하다.

c) 개별 독일 국가의 사법 분야의 법률 및 그 초안, 제국 법원조직법, 독일 민법전에 대한 그 시대의 **입법자료들**에서는 다르다. 여기서는 당연히 法政策的인 따라서 도덕적이고 사회적이며 경제적인 규율관점들에 대하여 명시적으로 언급되고 있다. 왜냐하면 헌법국가에서 법정립의 권한을 명시적으로 가지고 있는 일반의지로서의 입법부와 그 실무자들에게 중립성의 요청은 미치지 않기 때문이다. 그런 의미에서 — 그 자신이 독일 민법전을 위한 제1위원회의 중요한 구성원이기도 했던²¹⁾ — 빈트샤이트의 말은 근거가 없는 것은 아니었다. 즉 법률가가 입법자가 아닌 한에서는, 법정책은 “법률가 그 자신의” 과제는 아닌 것이다. 따라서 제1위원회의 이유서와 특히 경제 실무가들에 의하여 강화된 제2위원회의 심의록은 경제적 목적고려들의 보고인데, 이러한 고려들은 종종 판텍텐 법학의 이론구성적 주저함들을 신속한 결정으로 무시해 버렸다.

21) 베어는 서문에서 그 책이 “자신의 직업을 수행하는 와중에” (풀다 고등법원 판사로서) “수중에서 점점 분량이 늘어나게 된 것”이라고 명시적으로 고백한다. 이 책은 자세하게 (여기서는 選帝侯國 헤센의) 판례를 상론하는 그 시대의 몇 안 되는 도그마틱 모노그래피의 하나이다(S. 217ff.; 243 주 7; 주 12 등 참조).

22) 제1위원회에서 빈트샤이트의 역할과 영향력에 관하여는 최근에 Schubert, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung*, 1966, 33, 39.

그러나 여기서도 논리적 형식주의의 이상들이 가지는 영향들이 지속적으로 교차하였다. 제1위원회에 의뢰된 과제도 여전히 그 정신에 있어서는 “사법의 내적 진리와 논리정합성”을 지향하고 있었다.²³⁾ 제2위원회도 역시 제1초안에 대한 비판적인 입장들²⁴⁾과 경제계 출신의 비상임 위원들의 공동작업²⁵⁾이 매개해 주었던 당면 경제 문제와 긴밀한 접촉을 했음에도 불구하고, 그리고 합리적인 목적관점들에 대한 개방성에도 불구하고, 여전히 항상 거의 인상적인 태도로 그들 세기의 도그마틱 전통에서 출발하였다. 그것은 나로서는 단순히 편집위원들의 “대학교수적인 태도”의 표현으로 보이지는 않는다. 특히 제2초안은 본질적으로 대학교수의 작품이 아니라²⁶⁾ 고위 정부관료와 법조관료들의 창조물이었다. 그 엄격한 개념적 기율은 그들이 위대한 판덱텐 법학자들에 의하여 수미일관하게 교육을 받았다는 사실로부터 해명되기도 한다. 하지만 그것보다는 계급과 이해관계에 초월하여 있다는 책임감으로부터 해명되는데, 이러한 감정은 관직에 있는 법관신분의 사회학과 직업윤리에 부합하였다. 그리고 그 시대 여론이 이론과 법학에 대하여 가지고 있던 존경으로부터도 해명되고, 마지막으로 사회 비판적 이데올로기의 완전한 부재로부터도 해명되는데, 이러한 이데올로기들은 위원회들에서는 아예 대표되지도 않았고 제국의회의 본회의에서는 사회민주당의 근본적인 반대에 한정되어 있었다.

V. 로마법원에 대한 관계

1. 19세기 법학의 成文法源에 대하여는 지금까지 언급하지 않았다. 보통법의 거대한 지역에서처럼 私法の 법전이 없는 경우에, 법학과 법원은 원칙적으로 로마법 계수의 효력에 따라 유스티니아누스의 로마법대전에 구속된다고 생각했다. 그러나 실제로 이러한 구속은 이후의 근대적 성문법전에 대한 구속보다 훨씬 더 느슨한 것이었다. 로마법대전의 개관할 수 없을 정도로 많은 法源들은 법학에 거

23) PRG, 469.

24) 이에 대해에 최근에 Schubert aaO., 35ff.; PRG, 470 참조.

25) Schubert aaO., 48f.; vgl. PRG, 470.

26) A. B. Schwarz, *Der Einfluß der Professoren auf die Rechtsentwicklung*, 1950; 현재 *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe 1960, 201ff.에 수록; Gmür, *Das schweizerische ZGB verglichen mit dem deutschen BGB*, Bern 1965, 25f. 등; PRG, 473 및 주 13; 다소 다른 견해로 Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 2. Aufl. 1953, 251, 258.

의 완전한 이론형성의 자유를 부여하였다. 특히 사비니에 의한 민사법학의 혁신 이래 그의 「占有法」의 모범에 따라 법학은 체계와 개념의 관점 하에서 가차 없이 법원을 취사선택할 수 있는 수권을 받았다고 생각했다.²⁷⁾ 그리고 마지막으로 콘링(Cornring)의 계수과정에 대한 실용적인 해명 이래 독일 법학은 이미 항상 로마법 대전의 어떤 명제²⁸⁾ 또는 어떤 제도가 실제로 계수되었는지의 여부에 대한 역사적인 심사권을 유보하고 있었다. 19세기의 역사적으로 교육을 받은 법학은 그것을 넘어 서서 계수된 법도 慣習에 의한 不適用(*desuetudo*) 또는 法學說의 새로운 형성에 의하여 얼마나 변경되었을지도 탐구하였다.

2. 그럼에도 불구하고 판택텐 법학은, 전통적으로 적용되어 온 개소가 그와 모순되는 개소나 새로운 해석에 의하여 그 효력을 상실할 때까지 이를 학설의 찬반에 대한 구속력 있는 논거로서 인정하였던 한에서는, 로마법대전에 대한 구속을 고수하였다. 이는 산업혁명이 사법질서에 제기하는 요청에 기꺼이 부응하는지 아니면 주저하면서 부응하는지의 문제에 관하여 法源의 상태가 결정적인 중요성을 가지고 있었음을 의미한다. 이 법원의 상태가 특히 논증 및 이론구성 강박의 과정을 결정하였다. 여기서 상이한 상황들이 발생한다.

a) 法源이 무리 없이 현대적 거래사회의 필요에 조응하는 해석을 허용하는 경우. 이 경우에는 그에 상응하는 이론이 그와 대립하는 과거의 전통에 대하여 빠르게 그리고 논란 없이 관철할 수 있었다. 無因의 所有權讓渡契約이 그 한 예이다 (아래 VI 1).

b) 古로마적 제도가 그 최초의 형태로서는 논란의 여지없이 近世法史에서 사라진 경우. 이 경우에 그 법원은 완전히 다른 기능을 가진 현대적인 필요에 부합하는 제도를 근거지우기 위하여 자유로이, 자의적으로 이용되었다. 로마법적 問答契約을 독자적인 債務約束으로 재해석하여 이를 유가증권의 구성에 끌어들이는 것이 한 예이다(VI 2).

27) 「占有法」에 대하여는 PRG, 387; “체계”에 대하여는 397 참조.

28) 콘링 자신의 慣用에 의한 순차적 法繼受說(Theorie des *jus usu sensim receptum*)은 총체적 계수(*Rezeption in complexu*)라는 관념에 대하여 개별 사안 마다 계수되었음을 증명할 것을 요구하였다. 오랜 논쟁 끝에 일반적으로 쉴터(Schilter)의 법적 근거 있는 請求說(Theorie der *fundata intentio*)이 관철되었는데, 그에 따르면 계수는 추정되지만 사안별로 계수되지 않았음을 증명함에 의하여 반복될 수 있었다. 이에 대하여 Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* II, 1864, 110ff.; Stinzing-Landsberg II, 176ff. 특히 1886ff.; III, 1, 58f., 67f.

c) 法源 및 논리적 형식주의가 그에 부여한 해석이 시대의 필요와 명백하게 모순되어 있는 경우. 이 경우에는 현실에의 적용은 비로소 늦게 그리고 힘들게, 많은 경우 독일민법전의 편집과정에서야 비로소 중국적으로 관철되었다. 이는 법원 및 법률구성의 지속적 설득력의 전형적 특징을 보여준다. 債權讓渡, 更改의 취급, 제3자를 위한 계약이 이에 속한다(VI 3, 4, 5).

d) 현대 거래사회의 발달이 비로소 제기한 새로운 문제가 로마법원에서 아예 찾아 볼 수 없거나 단지 개별적인 흔적만 찾아 볼 수 있는 경우. 이러한 상태는 대부분 그 문제가 19세기 도그마틱의 대상이 되지 않았고 따라서 독일 민법전의 시야에도 들어오지 않았으며 20세기에 들어와서야 이론적으로 해결되는 결과를 가져왔다. 積極的 契約侵害, 유기체로서의 債務關係, 오늘날의 이른바 제3자 保護效 있는 契約, 去來安全義務 등이 그 예이다.

3. 앞서 언급한 예들만으로도 판택텐 법학의 추상적이고 체계적인 경향이 어떠한 지점에서 [이미] 시작하고 있었던 산업혁명의 유동화되고 합리화된 경제사회와 특히 갈등관계에 빠질 수밖에 없는지가 나타난다. 한편으로는 판매행위, 채무 설정행위, 신용담보거래를 인적인 원인관계로부터 단절하는 것에 대한 경제계의 필요가 그러한 갈등을 야기하였다. 다른 한편으로는 생산자와 최종 소비자층 사이의 직접적인 관계를 가공과정 및 중간상인의 양도연쇄에 의하여 차단하는 생산과정과 분배과정의 점증하는 분업이 그러했다. 이러한 필요에 대하여 한편으로는 로마법과 古普通法에 고유한 법률상 원인관계에 대한 고려가, 다른 한편으로는 로마법적 채무의 엄격한 상대성이 대립하였는데, 이러한 채권의 상대성은 채무관계를 채권자와 채무자 사이의 법적 사슬(*iuris vinculum*)로 한정하여²⁹⁾ 그것이 경제적으로 관여한 제3자에게 확장되는 것을 배제하였다. 이러한 갈등에 직면하여 판택텐 법학의 순수주의는 보다 덜 편견에 사로잡혀 있고 보다 실제적이었던 근세 초기의 現代的 慣用(*usus modernus*)에 비하여 더 강하게 로마법원에 대하여 구속된다고 생각했다. 물론 그들이 “현대 로마법”³⁰⁾을 공언하고 이론의 현

29) 이러한 엄격한 상호주관성(우선 Kaser, *Das römische Privatrecht* I, 1955, 401 및 주 1의 기타 문헌목록)은 人身에 대한 債權者攻取에 근거한 고대의 채무부담행위 또는 불법행위채무의 책임법적 근원에서 유래한 것이다. [이후의] 가장 변영기에도 미분화되고 분업화되지 않았던 후기 공화정 및 초기 제정의 경제사회에서 발전된 법도 그러한 상호주관성을 고수할 수 있었다.

30) 역사법학과의 이 개념에 관하여는 PRG, 380 및 특히 397; 현대적 관용이라는 개념

대의 발전에 따라 古로마법을 변형할 것임을 기꺼이 고백하기는 하였다. 그러나 그 형성과정에서 법학은(이후의 이익법학에서와 같이) 목적관점이나 가치평가관점이 아니라 개념적이고 구성적인 추론관련성에 의하여 지도되었다. 19세기 후반 이후에야 비로소 경제적인 필요가 언급되는데, 특히 처음에는 단지 이전에 논리적으로 필연적이라고 증명된 이론 구성의 확실성을 위한 보조적인 논거로서만 언급되었다. 비로소 독일 민법전의 편집자들이 자신들의 위임된 과제에 의하여 그러한 필요를 이론의 회의에 반하여 관철시킬 권한이 있음을 자각하였다.

VI. 도그마틱의 개별 문제들

마지막으로 앞서 서술한 바를 몇몇 특징적인 사례들을 통해 확증하여 보기로 하자.

1. 古普通法은 무인적 소유권양도계약(독일 민법 제929조)을 알지 못하였다. 즉 [소유권 양도의] 양태(modus) 즉 인도 내지 인도에 갈음하는 형식들 외에 권원(titulus) 즉 오늘날의 의미로 소유권의 이전에 관한 법률상 원인의 합의가 요구되었던 것이다.³¹⁾ 사비니에 이르러 비로소 로마법원의 일정 예외들 및 유스티니아누스의 몇몇 개소를 가지고 독자적이며 법률상 원인에 의존하지 않는 소유권

및 자기이해의 기초에 대하여는 205f. 및 주 5 참조.

31) 주석학파에 대하여는 Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthume*, 1883; 현대적 관용에 대하여는 Brandt, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, 43ff.; 49ff.; vgl. PRG, 238. — 이 옛 학설은 로마 법원을 전반적으로 정확하게 독자적인 양도계약 없는 “유인적” 소유권양도로 해석하였었다. 보다 엄밀하게 말하자면 引渡(traditio)는 고전 로마법에서 점유이전시의 목적지정행위(Zweckbestimmung)였다. 自主占有의 취득은 지속적으로 보유하게 할 법률상 원인(iusta causa)에 관한 합의를 수반하는 경우에는 소유권이전이라는 효과를 발생시켰다(握取物에서는: 法務官法上の 소유권 취득(in bonis habere)이라는 효과를). 물론 구체적인 원인(예컨대 대차원인[causa credendi]이나 증여원인[causa donandi])에 대하여 일정한 흠결이나 불합의가 있다고 하여도, 인도받는 자가 [물건을] 지속적으로 보유해야한다는 점에 관하여 합의가 성립한 경우에는, 어쨌든 [소유권이전]을 인정함에 문제가 없기는 하였다. 그리고 일정한 이행행위에서는 책임해소행위(현대적 의미에서 “이행행위”) 자체가 독자적인 변제원인(causa solvendi)으로 간주되었다. (독자적인) 소유권이전의 의사(animus domini transferendi)에 대한 의사주의적으로 정초된 관심 및 몇몇 개서에도 불구하고 유스티니아누스는 기본적으로 이러한 상태를 변경하지 않았다. 이 모든 내용에 대하여는 Kaser, *Das römische Privatrecht II* 1959, 202f. 및 최근의 Jahr, SZ RomAbt. 80, 1963, 141ff. 참조.

양도계약을 해석해 내었다.³²⁾ 사비니의 압도적인 영향 하에 이 학설은 판택텐 법학에 의해 수용되었고 독일 민법전에 규정되기에 이르렀다. 이 학설은 그 흠결이 제3취득자 및 취득자의 채권자에게 인식될 수 없는 인적인 법률상 원인 관계로부터 판매행위를 분리하는 것에 대하여 거래사회가 가지는 이해관계에 명백히 부합한다. 그러한 특수 이해관계는 동시에 각각 독립적인 이유제시를 수반하면서 부동산소유권양도의 합의, 저당권설정의 합의, 채권양도의 합의의 無因性이라는 결론으로 나아갔다. 그런데 여기서 특징적인 것은, 사비니 자신은 이러한 결론을, 강의노트들이 증명하는 바와 같이,³³⁾ 결코 앞서 언급한 이해관계들을 근거로 하여 설명하지 않았다는 사실이다. 오히려 그를 규정한 것은 한편으로는 외적인 목적에 의존하지 않는 “의사 그 자체”의 유효성이라는 철학적 관념이었는데, 이 관념은 그로 하여금 논리필연적으로 動機錯誤는 고려되지 않는다는 결론으로도 이끌었다. 다른 한편으로 소유권양도행위를 그 실질적 정당화근거로부터 분리하는 것은 명백히 사비니의 일반적 법개념으로 소급되는데, 그에 따르면 법질서는 자유로운 도덕적 행위의 “한계”이지, 도덕성의 직접적인 실현은 아니라는 것이다. 현대의 판매수요와 일치하였기 때문에, 이 학설은 매우 신속하게 관철되어 지도적인 판택텐 교과서들에서 한번도 논의의 대상이 되지 않았다.³⁴⁾ 제1위원회도 이에 대하여 더 이상 설명하지 않았다. 그들은 “소유권양도에서의 (무인적) 계약원칙”을 총칙의 원리들의 적용이라고 선언하였는데, 그 원칙들을 법률은 단지 다시 한번 확인해 두려고 한다는 것이다.³⁵⁾ 따라서 제1위원회에 있어서는 명백히 체계적 수미일관성이라는 관점이 전면에 서 있었던 반면, 제2위원회는 (점유개정의 경우에)³⁶⁾ “물건을 양수인의 재산으로 두려는 의도로 행해지는” 구체적 합의를

32) 기본적인 문헌으로 Felgentraeger, *Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, 1927.

33) Felgentraeger aaO.

34) 푸흐타(Puchta)와 광계롭(Vangerow)에서도 그러하다. 예컨대 빈트샤이트(Windscheid)에 있어서 소유권이전의 의사(*animus domini transferendi*)는 논리필연적으로 법률상 원인(*iusta causa*)이 되었다.

35) Mugdan, Motive III, 339[역자주: 이 인용은 부정확하다. Motive III, 333 = Mugdan III, 184]: “법률은 채권양도의 무인적 성질이 명확히 규정되어 있는 것과 같은 이유에서 소유권양도의 무인적 성질을 명확히 규정한다.” 인도요건을 전면에 내세움으로써 소유권이전을 위한 인도행위가 물권적 계약으로서의 본질을 가지고 있다는 사실을 “오해하거나 은폐하는” 견해들은 간단히 그리고 불친절한 태도로 배척되었다(위 페이지).

36) 독일민법 제930조의 전신인 제2초안 제847조[역자주 - 제843조의 오식으로 보임]에 대하여.

요하는 것으로 규정하려는 제안을 명시적으로 “거래를 불필요하고 비실제적으로 번거롭게 한다”는 이유로 배척하였다. 이는 “한 새로운 이론이 특별한 이론구성을 통하여 사기적 거래를 불가능하게 하려고 하였으나 실패한 시도”라는 것이며, 그다지 납득되지 않는 이유로 거의 흥분상태로 배척되었다.³⁷⁾ 이와 관련하여 보다 특징적인 것은, 양도담보를 배제하려는 중대한 제안이 다음 같은 이유로 거부되었다는 사실이다. 즉 “이는 중대한 이유로 채택된 소유권양도의 그 법률상 원인에 대한 무인성 원칙에 대하여 순수 실정법적 예외가 될 것”이라는 것이다.³⁸⁾ 여기서 양도담보에 대한 신용정책적인 의문은 단 한 번도 언급되지 않았다!

2. 로마법적 問答契約을 무인적 채권계약으로 변형한 것이 두 번째 사례를 제공한다. 무인적 채권계약도 현대의 금전 및 신용거래가 명백히 필요로 하던 것이었는데, 이는 무인적 채권계약이 채권자에게 채무원인의 증명을 덜어줄 뿐만 아니라 특히 지로지급과 상호계산의 불가결한 이론구성수단이었고 指示(Anweisung)의 필연적 요소로서 유가증권 특히 지시증권에 대한 유일한 로마법적 접근로였기 때문이었다.

모든 판택텐 법학의 저자들은 고로마적 문답계약(stipulatio)³⁹⁾이 그 문언형식주

37) Mugdan, Prot. III, 623ff.; 특히 625: 법률상 원인은 언제든지 [당사자들에 의하여] 의제될 수 있으며, [따라서] (명목상의) 유인적 법률관계의 진정성은 확인할 수 없다고 한다(제15회 법률가 대회 토론회, 108-109면을 지적하면서). “이른바 개별적 점유개정”은 단지 “한 새로운 이론이 특별한 이론구성을 통하여 사기적 거래를 불가능하게 하려고 하였으나 실패한 시도”일뿐이라는 것이다. 그러한 목적은 그러나 달성될 수 없는데, 왜냐하면 당사자들은 언제든지 “통제할 수 없는 허위표시에 의하여 법률행위를 체결”할 수 있기 때문이라는 것이다(!). [역자주 - 점유개정의 심의에 관한 저자의 서술은 오독에서 기인한 것으로 보인다. 저자가 인용하고 있는 부분은 위원회의 논거가 아니라 이른바 추상적 점유개정을 규정하고자 하였던 제3안이 구체적 점유개정(제1안, 제2안)을 비판하면서 제기한 논거인데, 이 제3안은 곧 위원회의 다수에 의하여 거부되고, 구체적인 법률관계의 합의를 요한다는 제안(제1예비안 및 제2안)이 채택되었다. Mugdan III, S. 625; Staudinger-Wiegand (1995), § 930 Rn. 14 참조]

38) aaO., 626.

39) 고로마적 문답계약은 유스티니아누스 법에서 (입법자의 고전주의적인 주저함에도 불구하고) 순수한 서면행위(cautio)가 되어 있었다. (최근의 연구성과에 의하면 고전로마법의 목적특정적인 증여 문답계약, 지참금 문답계약, 소비대차 문답계약에서 매우 협소하였던) 문답계약의 법률상 원인에 대한 의존성은 여러 부침에도 불구하고 경제적인 이유로 후기고전기의 입법에 의하여 점차로 고려되었다. 유스티니아누스는 (이 논문의 맥락에서 중요한) 원인의 기재가 없는 채무증서(cautio indiscreta)에 대하여 일정한 타협을 하였다. 즉 그러한 채무증서에 대하여는 5년의 기간 이내에는 대차액이 지

의와 함께 계수되지 않았고 그 대신 현대적 관용은 무방식의 일반적 낙성계약에 이르렀다는 사실을 출발점으로 하고 있었다. 그런데 리베(Liebe, 1840)는 섬세한 사변을 통해 “단순한 합의에는 어떠한 法素材도” 없다고(im bloßen consensus kein Rechtsstoff) 즉 법률상 원인을 갈음할 수 있는 어떠한 독자적인 의무부담적 효력도 없다고 생각하였다. 그러한 독자적인 의무부담효력은 오로지 문답계약에만 부여되는데, 이 문답계약은 그 문언형식에서 해방되어 오늘날에는 독자적인 “債務(nomen)의 出捐”으로서 독자적인 소구가능성에 관한 합의의 효력에 의하여 계속 존속하고 있다고 하였다.⁴⁰⁾ 그로부터 5년 후에 젊은 시절의 그나이스트(Gneist)⁴¹⁾가 그에 다음과 같이 반론하였다. 즉 독자적인 약속도 오로지 “법적인 의사”에 기인하는데, 이러한 의사는 이성적인 의사로서, 단지 약속이 이미 선행하였거나, 장래 취득하게 될 반대급부를 고려하여서 행해졌거나, 증거를 위하여 행해진 경우에만, 상정될 수 있다고 하였다.⁴²⁾ 이로써 그나이스트는 실질적 계약 윤리를 근거로 하여 시대의 필요가 요구하는 상업적 채권증서의 그 경제적 귀속 근거로부터의 분리에 대하여 반대하기로 결정한 것이었다. 그는 헤겔적인 이성적

급되지 않았음을 이유로 항변을 주장하거나(exceptio non numeratae pecuniae) 취소할 수 있으나(querela non numeratae pecuniae), 그 이후에는 더 이상 원인의 흠결을 주장할 수 없게 되었던 것이다[역자주: 이 부분에 저자의 착오가 있다고 생각된다. 5년의 기간은 테오도시아누스 이래로 인정되었던 기간이지만, 유스티니아누스는 이를 2년으로 단축하였다(C. 4, 30, 14: “non intra quinquennium, quod antea constitutum est, ... sed intra solum biennium continuum”). Kaser, *Das römische Privatrecht* II, 2. Aufl., 1975, S. 380 참조]. 이미 주석학과와 현대적 관용은 (학설회찬에 완전하게 보존되어 있는) 고전 구두 문답계약을 계수하지 않았다. 그들은 어디서나 유스티니아누스적 (원인 기재 내지 원인 불기재의) 채무증서를 계승하였다.

40) Liebe, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig 1840, 특히 61ff.; 73ff.; “채무의 출언” 즉 독자적인 출언행위의 효력에 의하여(“단순히 그 성립에 의하여”) 그 대상인 채권을 출언하는 것: 83ff. 여기서 더 논하지는 않을 매우 사변적인 리베의 추론은 초기 판덱텐 법학의 概念性과 法源純粹主義를 이해하는데 시사를 준다.

41) *Die formellen Verträge des römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit der Geschäftsform des griechischen Rechts*, Berlin 1845, 특히 113ff.; 현대법에 대하여는 226ff.

42) aaO., 113. 그나이스트는 의무부담이 실질적으로 의제된 금전지급에 의하여 성립한 것으로 간주된다는 가정에 의하여 문답계약의 독자적인 효력을 법제사적으로 근거지웠으며, 그 때문에 그는 受領問答에 의한 債務免除(acceptilatio)라는 반대행위 및 그리스법의 채무증서(Syngraphe)를 지적하였다. 그러나 양자 모두 역사적으로 확실하지 않다.

의사라는 형상으로써 이를 일반적인 의사도그마와 합치시키고자 하였다. [그러나] 그나이스트조차도 은행 상호계산이라는 현실에 대하여 이러한 사변을 고집할 용기는 없었다.⁴³⁾ 그 다음 신용거래의 수요 상승의 영향 하에 오토 베어는 1855년 정당하게 격찬을 받은 그의 저서 「의무부담의 근거로서의 승인」에서 무인적 채무약속을 중국적으로 관찰시켰는데, 특히 경제적 현실의 요청을 완전히 의식하면서 이를 행하였다.

하지만 이미 언급한 대로, 베어 역시 논리적 추론 및 로마 법원에 의한 역사적 근거부여의 엄격함을 포기하지 않았다. 그럼에도 불구하고 이 책의 새로운 생산적인 방향전환은, 이러한 법원들이 더 이상 “맹목적으로 적용”되어서는 아니 되며, 더 이상 규범으로서가 아니라 학문적 권위로서 구속적이라는 관점이다. 이 관점이 베어로 하여금 시대의 요청들과 계속적으로 실질적 관련을 가지면서도 法源으로부터 채무승인계약, 결산약속, 상호계산, 어음, 그리고 통설에 반하여 채무증서 및 영수증과 같은 현대적 체도를 구성할 수 있게 하였다.⁴⁴⁾ 제2위원회의 심의록은 베어의 결론을 수용하였다. 그들은 그러면서 명시적으로 “채권자가 간편하게 추급할 수 있는 청구권”에 대한 필요, “시간이 경과한 후의 명확화”에 대한 필요, 보상관계의 흠결을 알 수 없는 제3취득자를 보호할 필요를 강조하였다.⁴⁵⁾

3. 경계의 불행한 역사도 로마법적 전통이 판택텐 법학에 주었던 부담을 보여 준다. 이는 극복될 수가 없었는데, 왜냐하면 바로 상호계산, 확인계약, 화해계약,

43) D 2, 14, 47 § 1을 지적하면서 “단지 실업가들 사이에서는 금액이 상호적인 거래관계로부터 계산된 잔고의 결과로 지칭된다면 충분하다”고 말한다.

44) *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 1. Aufl., Cassel 1855, 156ff. 로마법원을 주의 깊게 다루는 태도는 전반적으로 주목할 만하다.

45) Prot. II, 501ff. 편집자들은 매우 조심스럽게 이미 17세기 이래의 관습법을 입증하였는데, 이 관습법은 “점차 로마법의 규정들을 극복하여” “원인의 기재 없는 계약에 논란할 수 없는 효력을 부여하였다”고 한다(여기서 그들은 물론 아주 낙관적으로 계수에 의하여 구축되었던 “고대 독일법”의 “재현”을 환영한다). 그들은 심지어 입법론적으로 다음과 같은 내용을 지적하는 것이 필요하다고 보았다. 즉 보상관계의 흠결을 이유로 하는 대항사유를 인정함에 의하여(독일 민법 제821조 참조) 채권자가 번거롭게 될 것을 걱정할 필요는 없는데, 왜냐하면 “대부분의 경우에 무인적 의무부담의사를 특별히 입증할 만한 일이 없을 것”이기 때문이라는 것이다. 반면 제2위원회는 (베어 및 헤센-다름슈타트 정부의 입장에 반하여) 非商人去來나 和解의 경우 거래에 문외한인 사람의 보호를 위하여 서면요건을 유지하였다.

대물변제와 같은 현재 살아 있는 제도들이 [경개라는] 문제설정을 열어 두고 있었기 때문이다.

로마법에서 주체의 변경을 동반한 경개(Delegation)는 완전한 권리를 이전하는 채권자변경 및 면책적 채무인수의 수단이었다. 주체의 변경 없는 경개는 이미 후기고전주의의 문서실무 및 유스티니아누스의 명시적 경개의사의 요구에 의하여 억제되어 있었다. 경개는 (이미 전성기 고전 로마법에서 쓰이지 않게 되었던 예외사례를 제외하면) 계수되지 않았던 문답계약에 의하여서만 실행될 수 있었기 때문에, 이 제도는 논리필연적으로 소멸했어야 했다.

그 대신 판택텐 법학의 법원 순수주의는 경개를 다시 法源으로부터 살려내어 거의 고통스러운 사변으로 부단히 논하였다. 이러한 논의를 쫓아가는 것은 이 논문에서 유용하지 않다.⁴⁶⁾ 단지 다음과 같은 점이 흥미로울 뿐이다. 즉 그 모든 사변적 소모에도 불구하고 舊債權에 소급해야 할 채권자의 정당한 이익에 대한 물음 및 이러한 소급의 배제에 관하여 가지는 채무자의 정당한 이익에 대한 물음은 거의 제기되지 않았고, 대물변제로 제시된 어음으로 만족을 얻지 못한 채권자가 채권을 상실하는지의 문제가 반복적으로 매우 진지하게 고려되었다. 자유로운 채무변경을 인정한 이후에는(독일 민법 제305조) 더 이상 “독자적인 제도”로서 경개를 인정할 여지가 전혀 남아 있지 않다는 프로이센 법 실무자들(코흐, 피르스터, 아디케스, 리크)과 로마니스트 켈러 및 피셔의 냉철한 인식은 관철될 수 없었다. 그리고 채권법적 방식의 자유 및 내용의 자유의 체계에서 경개는 더 이상 생존권을 가지고 있지 않다는 이미 독일 민법 이유서에서의 명료한 통찰조차도 경개가 오늘날까지 학설에서 그 어두운 존재를 질기게 이어나가게 될 것을 저지하지 못했다.

4. 19세기 **채권양도**의 역사는 유동화된 경제사회가 상업화 및 신용담보에 대하여 가지는 명백한 이익에 대하여 법원 순수주의 및 개념 강제가 보여 주었던 저항의 보다 현저한 사례이다.⁴⁷⁾ 채권을 하나의 객체라고 보았던 理性法이 이미 완전한 권리의 자유로운 양도계약을 인정하였던 반면에, 1818년 역사법학파의 아

46) 이에 대하여 최근 자세하게 괴팅엔 대학 박사논문 Wolf-Dietrich Tolkmitt, *Die Theorie der Novation im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts*, 1967.

47) 이하의 내용에 대하여 자세히 Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, 1966.

웃사이더 뮐렌브루흐의 첫 저서⁴⁸⁾는 그러한 발전을 거의 반세기 동안 되돌려 놓았다.⁴⁹⁾ 그의 융통성 없는 법원에 대한 충실함은 로마법상의 자신의 이익을 위한 소송대리인(*procurator in rem suam*) 및 로마법에 의하여 결코 완전히 해결되지 않았던 양수인의 準訴權(*actio utilis*)⁵⁰⁾ 제도를 다시 끄집어내었다. 그의 개념의 완고함은 (사비니 같은 거장들도 반복하게 될) 완전한 권리로서 채권을 양도하는 것은 생각할 수 없는 일이라는 논거를 [이후의] 논쟁에 선사하였다. 채무의 상대성에 의하여 이미 개념상 채권이 [채권자 아닌 다른] 제3자에 대한 관계에서도 권리의 객체가 될 수는 없다는 것이 그 이유였다.⁵¹⁾ 물론 뮐렌브루흐도 경제적 수요를 부정하지는 않았고 성실하게 법원에 충실한 해결책을 찾으려고 노력했다는 점은 지적해 두기로 하자.

흥미로운 점은 무엇보다 논의가 난관으로부터 빠져 나오게 되는 과정이다.⁵²⁾

48) *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald 1817; 3. Aufl. 1836. 처음에 저자는 자신의 이론을 대학 프로그램인 *De iure eius cui actiones cessat creditor*, Rostock 1813에서 발전시켰는데, 그 신속한 성공이 그로 하여금 단행본을 집필할 용기를 주었을 것임이 명백하다.

49) 뮐렌브루흐의 이론은 일정한 변용을 겪으며 Puchta, *Kleine Schriften*, 604; *Vorlesungen II*, 1852, §§ 28f.; Savigny, *Obligationen I*, 1851, 246; 하지만 II 96 참조; Keller, *Pandekten*, 1851, § 280, 더 나아가 하이제(Heise), 루도르프(Rudorff), 아르츠(Arndts) 등 기타 많은 저자들에 의하여 수용되었다.

50) 로마법상의 자신의 이익을 위한 소송위임(*mandatum ad agendum in rem suam*)에서 양수인은 [양도인의] 독단적 추심 또는 이전 채권자와 채무자의 쟁점결정(*litis contestatio*)[으로 양수받은 채권이 소멸하는 결과]에 대하여 처음에는 단지 이전 채권자[양도인]에 대한 위임소권에 의하여서만 보호를 받았다. 결정적인 진보 즉 위임이 없어도 양수인이 채무자에 대하여 행사할 수 있는 準訴權은 고전기에는 상속재산매매와 같은 전형적인 예외사례에 한정되어 있었다(우선 Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 1955, 547 참조). 그 밖에 이후의 방식서소송의 철폐에 의하여 양수인의 채무자에 대한 通知(*denuntiatio*)만으로 양수인과 채무자의 쟁점결정에 의한 舊債權者의 소권의 소멸과 동일시될 수 있었다. 여기서도 개별 사항에 관해서는 다툼이 있다.

51) 이는 단지 “신체적 대상에 대한 강제력관계”에서만 가능하다고 한다. 그에 반하여 채권은 일정한 사람이 다른 사람에 대하여 행위를 요구하는 권리이고, 이 권리는 따라서 (구) 채권자가 사라지면서 필연적으로 소멸한다고 하였다. 이제 다른 사람(양수인)이 취득할 수 있는 대상은 존재하지 않는다는 것이다. 따라서 채권의 “양도”는 실제로는 채권자를 대리할 권한을 수여하는 것(즉 로마법상의 소송위임 *mandatum ad agendum*)일 수밖에 없다는 것이다. 이와 반대되는 모든 결론은 “그 자체로 배척해야 할 것”(1)이라고 한다. 이로써 초기 판택텐 법학은 이미 도넬루스(Donellus)에 의하여 획득된 생산적인 통찰 즉 채권은 관계인 동시에 재산적 대상이라는 통찰을 다시 철회해 버렸다.

52) Vgl. Luig, 58ff. 비교적 이전의 판택텐 법학의 이론에서 채권양도는 그 원인에 의존

최초로 빈트샤이트⁵³⁾ 및 사려 깊은 브린츠⁵⁴⁾가 채권양도의 사고불가능성이라는 “신조”에 반기를 들었다. 그 다음에 델브뤽(Delbrück), 게오르크 베젤러(Georg Beseler), 블룬츨리(Bluntschli)⁵⁵⁾ 같은 게르마니스트들이 독일 사법에서의 이른바 채권의 “객관성”(“채권자가 취득해야 하는 것”으로서)에 의하여 완전한 권리의 채권양도를 인정할 수 있다고 생각하였다. 마지막으로 빈트샤이트⁵⁶⁾와 브린츠⁵⁷⁾와 함께 툴(Thöl), 조이페르트(Seuffert)⁵⁸⁾ 그리고 다시 베어(Bähr)⁵⁹⁾와 같은 위대한 실무가들이 “현행법의 몇몇 명제에 반하여서라도”(즉 로마법에 반하여서라도) “도그마틱의 서술에” “민중의 의식 속에 살아 있는 기본적인 관점”을 각인해 넣을 것(조이페르트) 또는 “로마법에 반하여서라도 우리의 법의식에 효력을 부여할 것”(빈트샤이트 1853)을 공개적으로 지지하였다. 그에 상응하여 이미 독일 민법전에 대한 제1부분초안(퀴벨 1882 § 1)은 “거래생활에서의 관념”, 법원 실무 및 특별입법들을 원용하였고, 정확한 법원 이론에 의하여 그로부터 일반적인 관습법을 도출해 내었다. 그 이후의 논의는 신용정책적으로 매우 실제적인 문제 즉 (라틴법계에서처럼⁶⁰⁾) 채권양도에 제3채무자에 대한 통지가 행해져야 하는지의 문제

하였다는 점은 주목할 만하다. 즉 이는 (무인적 소유권양도와는 반대로) 채권거래의 유통화를 억제하는 것이었고 로마 법원의 영향이라는 특징을 잘 보여준다.

- 53) *Die actio des römischen Zivilrechts*, 1851. 이 책에서 이러한 결론은 로마법의 소송법상 소권이 오늘날 실체법적 청구권이 되었으며, 이로써 소송위임도 사라졌다는 이론의 귀결이다.
- 54) Luig, 80, 주 56도 참조. 브린츠는 그 주체의 변경에도 불구하고 채권관계가 동일하다는 사실에 대해 난점을 인정할 어떠한 이유도 발견하지 못했다.
- 55) *Deutsches Privatrecht* III, 1854, § 111: **채권**은 (채무와 반대로) “완전한 의미에서의 소유권으로” 양도가능하다고 한다.
- 56) *Kritische Übersicht etc.* I, 1853, 42: “어쨌든 이는” (즉 로마법이 계속 생존하여 발전하였다는 가정은) “로마법에 반하여서라도 우리의 법의식에 효력을 부여할 의사가 있는 우리들이 상관할 바는 아니다.”
- 57) *Kritische Blätter* 2, 1852, 34: “채권양도를 다시 소를 제기할 대리권으로 약화시키기를 시도한다면” 이는 “양도된 채무증서에 확실하게 채권을 스스로 가지고 있다고” 믿는 “일반적 관념”에 역행하는 것이라고 한다. vgl. Luig, 74.
- 58) *Pandektenrecht* II, 1852, 146.
- 59) *JherJb.* 1, 1857, 351ff. 이에 대하여 자세히 Luig, 95-99. 베어는 무엇보다 채무자에 채권양도를 통지해야 할 필요성에 반대하는데, 이는 양수인들을 다시 이전의 소송대리인의 지위로 되돌려 놓는 것이라고 한다. 이러한 결론은 독자적 채무계약에서도 금전채권의 유통화를 선택하였던 실무가에게는 논리필연적이다. 그에게는 이제 채권양도도 무인적 처분행위였다(Luig, 126).
- 60) 카우젠(Kausen)과 겐하르트(Gebhart)의 감정의견은 “기타 그 채권에 대하여 관심을 가

로 이동하였다. 이 문제가 채권자의 처분권을 제약한다거나(제1초안) “거래에 대해 미치는 참을 수 없는 어려움들”(변호사 감정의견 Martinus 1890)을 이유로 거부되었을 때, 항상 확실치만은 않았던 이 근거들 이면에는 항상 은행의 담보수요와 산업의 신용수요를 위한 의식적인 선택이 있었다.⁶¹⁾ 이 문제에 관하여 심의록은 기업의 이해관계는 자신의 은행과의 관계를 공개하는 행위를 금지한다고 명시적으로 말하면서, 채권양도담보는 종종 “아주 충직한 근거로” 통지되지 않는 것이라는 당혹스러운 지적을 통해 그에 관한 의혹들을 가라앉혔다.⁶²⁾ 마찬가지로 이유에서 (기르케에 반대하여) 채권양도의 무인성을 고수하였다. 공개적인 이익분석이 논리적 형식주의를 대체하였다.

그밖에 여기서도 판택텐 법학의 완고한 퇴각전투가 없지는 않았다. 에른스트 이마누엘 베커(Ernst Immanuel Bekker)는 1905년에도 제3채무자에 대한 통지가 있기 전에는 양수인에게 완전한 권리가 있음을 부정하였으며⁶³⁾ 아폴터(Affolter)는 양수인의 권리승계를 인정하는 것은 제404조에 따라 채무자의 항변권을 유지하는 것과 합치하지 않는다고 주장하였다.⁶⁴⁾

5. 마지막으로 현대 생산과정 및 판매과정의 노동분업에서 발생하였던 현실과 판택텐 법학의 갈등에 대하여 살펴보고자 한다. 왜냐하면 이러한 노동분업은 계

지고 있는 다른 사람들”을 고려하여 즉 신용정책적인 고려에서 채권양도통지를 정할 것을 지지하였고 라인란트지역에 효력을 가지는 프랑스 민법전 제1690조 이하를 원용하였었다.

61) Protokolle II, 569.

62) 신용수령자가 대규모 공급거래에서 주문자에 대하여 발생한 자신의 청구권을 거래 은행에 양도하는 사안이 그러한 근거가 있는 경우라고 한다. 여기서의 통지가 행해지지 않는데, 기업의 이해관계가 자신의 은행에 대한 관계를 공개하는 행위를 금지하기 때문이라는 것이다(!). 그밖에도 논거들은 확고하지 않으며 어느 정도 편파적으로 나타난다. 즉 통지는 도대체 비실제적이고 과실에 의하여 종종 행해지지 않을 수도 있다(!)고 한다. 그리고 통지를 도입하는 것은 제국영역의 비교적 큰 부분 즉 특히 보통법 지역에 대하여 혁신을 의미한다는 것이다(마치 보통법 이론이 통지를 포기라도 하였던 것처럼!). 어음과 저당권에 기하여 유통하도록 정해져 있는 채권에서는 그밖에 다른 방법으로도 공시를 충족할 수 있을 것이라고 하는데— 이는 마치 그러한 공시가 통상의 채권에는 필요하지 않은 것처럼(그리고 그밖에 이후의 독일 민법 제407조 이하 규정들에 의하여서도 인정되지 않은 것처럼!)

63) *JherJb.* 49, 1905, 5ff.

64) Vgl. Luig, 140f.

약관계의 효과가 경제적으로 제3자에게 파급하는 결과로 나아가는데, 고전적인 채무의 엄격한 상호주관성은 이에 대하여 고려를 할 수 없었기 때문이다. 제3자를 위한 계약, 제3자 손해청산, 현대적 산업 생산 내부의 보조자 책임이 그러한 종류의 문제들을 제기하였다.

a) 보통법에서 진정한 **제3자를 위한 계약**의 고통스러운 前史는 여기서 다루지 않기로 한다.⁶⁵⁾ 판덱텐 법학은 로마 법원의 ‘타인을 위해서는 누구도 약속을 받을 수 없다’(alteri stipulari nemo potest)라는 잘 알려진 규율에 따라 직접적인 제3자를 위한 계약을 법적이고 논리적인 불가능성을 이유로 허용하지 않았다. 그들은 (“부정할 수 없는 필요”를 고려하여) 承諾說(제3자에 의한 집합적 승낙을 상정함), 引受(Beitritt), 通過-增加說(Durchgangs-Anwachsungstheorie)과 같은 사후적인 복잡한 이론 구성의 미봉책에 의존하였다. 이미 제1초안의 이유서⁶⁶⁾는 이미 이러한 낡은 수단들을 간단히 제거하고 “경제적 필요” 및 “법생활에서 지배적인 이익들”을 고려하여 진정한 제3자를 위한 계약을 공개적으로 채택하였다. 그러면서 그들은 제국 영역 내의 비보통법적 법전들과 초안들(프랑스 민법전, 작센 민법전, 헤센 초안, 바이에른 초안) 및 지시 제도의 유추를 원용하였다. 그리고 이 이유는 이미 제3자를 위한 계약의 전형적인 적용례에 대하여서도 충분히 관찰하고 있었으며, 오늘날에도 중심적인 제도인 생명보험, 미망인부조기금, 농장인도(Hofübergabe), 양로연금을 언급하고 있다. 제3자에 대하여 직접 급부할 것을 약정한 매매계약들을 언급함으로써 이미 노동분업적 공급의 양도연쇄가 고려되고 있었던 것이다.

제2초안에서 제3자를 위한 계약은 제1초안에 대하여 여론이 동의한 결과 이미 거의 다루어지지 않았다.⁶⁷⁾ 소수의견은 심지어 제3자 권리의 성립에 있어 “제3자를 위한 배려”의 관점을 기준으로 하는 일반규정을 둘 것을 제안하였다. 그러나 그 사례들(마부를 위한 팁, 말 매도인의 하인을 위한 수고비)은 여전히 고프랑크적이고 前産業的이었다. 제3자를 위한 계약이라는 형상을 오늘날의 이른바 제3자를 위한 保護效를 위하여 사용할 가능성은 명백히 아직 추구되지 않았다. 아마도 편집자들의 시야에는 단지 일차적 급부의무만이 들어왔고 제3자(친척, 근로자, 손

65) 이에 대하여는 무엇보다 Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter*, 1949.

66) Motive II, 147ff. (제1초안 제412조 내지 제416조에 대하여). 이유서는 명시적으로 제3자가 자신의 협력 없이 계약으로부터 권리를 취득하는 것은 “법적으로 논리적으로 불가능”하다는 통설의 결론에 반대하고 있다.

67) Protokolle II, 703-714.

님)의 보호필요가 긴박해지는 적극적 계약침해의 영역은 들어오지 않았기 때문일 것이다. 나중에야 비로소 판례는 유명한 醫師修練院 車輛事件 이래 제3자를 위한 계약을 이 영역에 활용하였다. 제2위원회의 多數는 실제적인 이유로 그러한 일반 조항에 친숙해질 수가 없었다.⁶⁸⁾

b) 무엇보다 양도연쇄, 운송금부, 간접대리에 있어서의 **제3자 손해청산**은 당연히 19세기 경제(그 이전에 그러한 문제가 없었던 것은 아니지만)에 있어서 현실적인 문제였으며, 상법학과 독일 보통상법전은 이 문제를 이미 완전히 파악하고 있었다. 푸흐타, 광계롭과 같은 대표적 판택텐 교과서들의 침묵은 그런 만큼 더 특이한 것이었다. 프리드리히 몸젠(Friedrich Mommsen)의 중요한 저서 「利益論」(Zur Lehre von Interesse, 1855)⁶⁹⁾에서도 바로 여기서 정립된 差額說에 의하여 제3자 손해문제의 체계정합적인 해결은 차단되어 있었다. 차액설은 일방 당사자 즉 여기서는 계약 상대방의 재산상 손실을 전제로 하고 있었기 때문이다. 차액설의 영향을 받지 않은 이익개념을 가지고 있었던 빈트샤이트는 보다 편견에 사로잡히지 않은 상태로 다음과 같이 말할 수 있었다. “그러나 어떤 채권자가 타인의 이익을 위하여 채권자가 되었다면, 그의 손해배상채권은 그 타인이 입은 불이익을 내용으로 한다.”⁷⁰⁾ 바로 여기서 상품의 貨物送付에서 매수인이 입은 제3자 손해가 예로 언급되고 있다. 빈트샤이트는 여전히 그답게 부분적으로는 건강부회적인 로마 法源으로 자신의 입장을 방어하였다.⁷¹⁾ 그와 아울러 그는 명시적으로 그 시대의 학설과 실무를 원용하였다.⁷²⁾

독일 민법전의 편집자들은 잘 알려진 표현으로 이 문제를 “학설과 실무에” 위

68) II 705.

69) 이에 대하여는 이제 Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart 1967, 17ff.

70) *Pandektenrecht* II, 9. Aufl. 1906, § 258, S. 65 주 3.

71) D 2, 11, 14; 3, 5, 27 (28) 및 17, 1, 8, § 3. 마지막 개소는 적합하지 않다. 이 개소는 그 자신이 수임인의 자격으로서 **자신의** 위임인에 대하여 배상책임의 의무가 있는 위임인이 [그로부터 위임을 받은 복수임인에 대하여] 가지는 **자신의** 손해를 언급하고 있다. “왜냐하면 그 자신이 소를 제기할 수 있기 때문이다”(quia ipse agere potest). 다른 개소들도 그 관련성에 따르자면 다른 이익상황에 관한 것이다.

72) aaO., 주 19. 빈트샤이트는 명시적으로 침머만의 논문(„in Lübeck“, im *Neuen Archiv für Handelsrecht* 1, 42, 86)을 칭찬하면서 *Seufferts Archiv* (Band 11-35)에 수록된 여섯 개의 판결을 참조하도록 지시한다. 따라서 빈트샤이트는 주목할만한 정도로 자유롭게 상거래의 필요 및 합리적인 법원 관행에 의지하였고, 로마 법원은 점점 더 장식품으로 동반되었다 (앞의 주 71 참조).

임하였다.⁷³⁾ 그들은 뜨거운 감자를 적절한 이유로 피하였던 것으로 보인다. 한편으로 그들은 제3자 손해청산의 문제가 그들에 의하여 수용된 차액설과 모순된다는 것을 모를 수는 없었을 것이다. 다른 한편으로 그들은 법원실무와 경제계의 동의를 확신할 수 있었을 것이다. 따라서 이 경우에도 경제에 둔감한 형식주의의 지체라고 말할 수는 없을 것이다.

c) 오늘날의 제278조의 **보조자책임**을 푸흐타는 결연하게 로마 法源에서 나타나는 고용과 도급에 대한 예외에 한정하였다. 그는 이 두 번째 사례 즉 도급계약에 있어서 산업적 기업가가 흠결이 있는 생산물에 대하여 책임을 부담해야 한다는 점을 아직 거의 생각조차 하지 않았다. 보다 열린 태도로 빈트샤이트의 판택텐 교과서⁷⁴⁾는 개별 채권관계에서 나타나는 사안유형을 논하였다. 그러나 여기서도 도급계약은 여전히 대리인에 대한 위임책임의 맥락에서 나타나며, 그밖에 어떤 것도 빈트샤이트가 이미 산업적 기업가의 급부책임을 염두에 두고 있었다는 것을 지시해 주지는 않는다. 그에 반하여 상법학자 골드슈미트(Goldschmidt)⁷⁵⁾가 폭넓고 현대적인 현실직관을 제공한다.

반면 독일 민법전의 편집자들은 여기서는 시종일관 그 시대의 최고 수준에 있음을 보여준다. 이우서⁷⁶⁾는 이 문제가 보통법에서 “가장 다투어지는 문제”에 속한다며 깊이 한탄한 후에 성실하게 현존하는 법상태에 대한 대차대조표를 작성한다. 그들은 보통법, 프로이센 일반란트법,⁷⁷⁾ 독일 실무에서 — 고용과 도급의 예외를 제외하면 — 제3자에 대한 정당한 급부이전의 경우의 선임·감독의 過責 그리고 부당한 이전의 경우의 대리인 책임을 포함하여, 책임을 자신의 過責이 있는 경우로 제한하는 태도가 지배적임을 확인하였다.⁷⁸⁾ 일반적인 (“통상적인”) 보조자책임은 단지 프랑스 민법전⁷⁹⁾과 개별 독일 초안들만이 정하고 있었다. 이우서가 산업사회의 요청에 대한 완전한 통찰을 가지고 일반적인 보조인책임을 선택한 것은 그런 만큼 더 칭찬 받을 만한 것이다. 즉 노동분업을 이용하는 오늘날의 “거래”는 이를 자신의 이익으로 따라서 자신의 위험으로 행하며, 따라서 이러

73) Motive II, 19; Protokolle I, 299.

74) II, 9. Aufl., §§ 401, 410.

75) ZHandR 16, 289-382.

76) II, 144ff.

77) ALR I, 11 §§ 292f.

78) 同旨 ROHG 13, 78; Seufferts Archiv 30 Nr. 139; RGZ 10, 61.

79) 프랑스 민법전 제1389조 참조.

한 책임으로부터 벗어날 수 없다고 한다. 이러한 보조자책임을 거부하는 것은 실무상 참을 수 없는 크나큰 결과로 나아가고, 분쟁을 조장하며, “법적 안정성을 엄청난 정도로” 침해하게 된다는 것이다. 제한적인 보조자책임은 “별써 많은 訴 들을” 야기하였고, 현대 법의식에 점점 낮선 것이 되어버렸으며, 따라서 “거의 더 이상 유지할 수 없다”고 하였다. 이 강하면서도 일면 모호한 단언들의 배후에는 개념적으로 확실한 근거제시를 할 수 없는 편집자들의 일정한 당혹감이 숨겨져 있는 것으로 보인다.⁸⁰⁾ 따라서 그들은 보다 편안한 심정으로 스위스 채무법(제115조)을 원용하였다.

제1초안에 대한 일반적인 동의에 고무되어, 제2위원회는 일반적 보조자책임을 더 이상 문제 삼지 않았다.⁸¹⁾ 그들이 “급부의 실현을 위하여”라는 표현을 “채무의 이행”으로 대체하였을 때, 보조자책임을 일반적 보호의무, 사회적 접촉 및 계약체결상의 과실에 대하여 확장할 경향은 물론 아직 존재하지 않았다. 책임범위를 보호의무, 사실적 계약관계, 경제적으로 독자적인 제삼자로 확장함으로써 채권관계를 사회적으로 유연화하려는 우리 세기의 지배적 경향을 나타내는 것은 심의록에서 아직 나타나지 않는다. 그 밖에 제국의회 본회의의 제2회 심의 속기록⁸²⁾도 생생한 경제적인 통찰들로 가득 차 있다 — 거의 법률가들만이 발언을 했음에도 불구하고.

지금까지의 사례들은 거의 무제한적으로 증가될 수 있을 것이다. [그러나] 이 사례들은 아마도 19세기 민사법학이 자신의 사회적 과제를 처리함에 있어서 가졌던 선입관들과 역설들에 대한 풍부한 관찰을 제공하기에는 충분할 것이다. 법학의 현실관련성은 우리의 직업적 책임의 중심주제, 아마도 **유일한** 기본주제일 것이다. 그리고 이는 법관이 그 시대 사회의 장기적인 거대한 변화와 직면하여 있다고 생각할 때 특히 그러할 것이다.

80) 개념적 설명이 문제되는 한에서 이우서의 논거는 급부약속은 제3자의 급부행위에 대한 보증도 포함한다는 지적에 국한된다(이후의 독일민법 제275조를 원용하면서).

81) Protokolle II, 523.

82) Mugdan II, 1310ff. 수록.

[後記]

이 글은 Franz Wieacker, “Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution,” *Juristen-Jahrbuch* 9 (1968/1969), 1-28의 번역이다. []안의 부기는 역자가 번역문의 이해를 돕기 위해서 추가한 부분이다. 원문에서 저자는 많은 문헌 인용에 있어서 약호를 사용하고 있으나, 이후 참조의 편의를 위하여 확인되는 한에서 완전한 형태로 복원하여 표기하였다.