

〈논문〉

민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무*

權 英 俊**

요 약

민사재판의 장(場)에서 이론, 법리, 실무의 세 가지 측면은 관념적으로는 별도의 영역으로 존재하지만 현실적으로는 하나로 얽혀서 작동한다. 법관은 우선 법리에 의거하되 실무가의 직업적 직관을 통하여 법리적 틀에 대한 미세조정을 행한다. 최종적으로는 그 결론이 정당화될 수 있는지에 관한 가치적, 이론적 고민을 행한다. 이 글에서는 민사재판에 있어서 위 세 가지 요소의 역할과 조화가능성에 관한 생각을 담았다.

법리는 민사재판의 실제적 규범을 형성하는 것으로서, 예측가능성을 높이고 합리적 판단의 틀을 제공함으로써 안정화(安定化) 기능을 수행한다. 오랫동안 공고하고 세밀한 법리체계를 구축해온 민법학의 영역에서 법리는 큰 효용을 발휘한다.

실무는 그 토대 위에서 최적화(最適化) 기능을 수행한다. 미시적으로는 추상적 법리와 개별적 사건 사이에, 거시적으로는 전체적인 이론체계와 변화하는 사회 현실 사이에 조정을 행한다. 이를 통해 규범과 현실의 역동적 관계를 포착하고, 그 충돌로 인한 긴장관계를 해소하기 위하여 규범을 비판적으로 성찰한다.

이론은 법리와 실무의 배후에서 이들을 정당화(正當化)하는 기능을 수행한다. 많은 재판상 쟁점들은 결국 인간상과 사회상, 그 속에서의 법원의 역할이라는 문제에 귀착된다. 이론은 이러한 결정적 순간에 구체적인 문제를 근본적인 가치의 거울에 비추어 고민할 기회를 제공한다. 또한 법해석학에 변화의 동력을 제공한다.

이 세 가지 요소의 협력이 충실히 이루어질 때 가치, 논리, 직관이 연결되고 철학적 지식과 경험적 지식이 연결되며 상호자극을 통하여 각 영역이 건강하게 발전한다. 이러한 협력관계는 실무가와 연구자, 법조계와 법학교육계, 재판과 사법행정 등의 사이에 의사소통과 역할분담을 통하여 실천적으로도 이루어져야 한다.

주제어: 민사재판, 이론, 법리, 실무, 계약법, 불법행위법, 사실인정, 민사소송

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받아 작성되었다. 아울러 이 글은 2008. 5 19. 제299회 대법원 민사실무연구회에서 발표한 것을 밝혀둔다. 이 글에 대하여 귀중한 조언을 해 주신 민사실무연구회 회원들과 서울대학교 법과대학의 김도균, 허성욱 교수님, 그리고 서울대학교 법학지 논문심사위원들께 진심으로 감사를 표한다.

** 서울대학교 법과대학 조교수.

I. 문제의식

민사재판의 장(場)에서 이론, 법리, 실무의 세 가지 측면은 각각 어떤 기능을 수행하는가? 이들은 서로 어떤 관계에 서 있는가? 그 유기성을 제고하려면 어떠한 노력이 필요한가? 이 글에서는 이러한 물음들에 대한 생각을 담아보려고 한다. 물론 필자는 이에 대하여 온전하게 답변할 만한 능력과 경륜은 없다. 다만 개인적으로 필자는 실무가의 관점에서 연구자의 관점으로 서서히 이동해가는 흥미로운 과정 속에 있다. 이러한 시기적 특수성을 놓치지 않고, 위 물음들에 대한 생각을 1차적으로 정리해보는 것도 어느 정도 의미있으리라 느꼈다. 이러한 배경 아래에서 이 글을 작성해 보았다.

이 주제를 논의하려면 이론, 법리, 실무에 대한 각각의 개념정의가 선행되어야 한다. 이 세 가지 개념은 매우 다양한 의미로 사용되고 있다. 다만 이 글의 목적범위 내에서는 일단 다음과 같이 정의하기로 한다. 이론(theory)은 법이 무엇인가, 또는 법이 어떠해야 하는가에 관하여 특정한 관점에서 가공된 포괄적인 논리체계 내지 가치체계이다.¹⁾ 법리(doctrine)는 법을 해석하고 적용하는 과정에서 활용할 수 있도록 실정법과 판례 또는 학설을 소재로 만들어진 구체적 범명체들의 체계적 집합이다.²⁾ 실무(practice)는 법률가가 실제 사건을 대상으로 하여

1) 이론(theory) 이외에도 원리(principle)라는 개념이 있다. 원리는 여러 가지 의미로 사용되지만, 드워킨에 의하면 원리는 정의 또는 공정성 기타 다른 도덕적 차원의 요청에 의하여 반드시 지켜야 할 기준이다(Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, 22면). 가령 “아무도 자신의 잘못으로부터 이익을 얻을 수 없다”라든지, “상대방의 경제적 궁박상태를 이용하여 부정의하게 이루어진 거래의 이행을 강제하여서는 안 된다” 등이 원리의 대표적인 예로 소개된다(Dworkin, 위의 책, 22-24면 참조). 반면, 이론은 그 정당성이 당연히 전제된 범명체라기보다는 근본적 의문에 대한 반응 또는 답변체계이다(Brian Bix, *Jurisprudence -Theory and Context-*, 4th ed., 2006, 1-2면 참조). 이는 다양성을 전제하고 있고, 상호경합과 수정의 가능성을 내포하고 있어 역동적인 개념이다. 또한 방법론적 요소도 포함하고 있다. 이 글의 목적상 원리(principle)보다 이론(theory)이 더 적합한 개념이라고 생각한다. 실제 민사재판에서 법관을 고민하게 하는 것은 이미 정당성이 전제된 일의적인 원리(principle)라기보다는 더 큰 정당성의 확보를 위하여 서로 경합하는 근본적인 가치체계 또는 논리 체계이기 때문이다.

2) 이는 독일에서 사용하는 법도그마틱(Rechtsdogmatik)이라는 개념과 유사한 개념이다. 도그마(Dogma)가 인식의 연원(淵源) 혹은 전제라면, 도그마틱은 이를 인식하는 방법 또는 절차이다. 법에 있어서 도그마(Dogma)가 무엇인가에 대하여는 견해가 일치하지 않지만, 일단 이를 실정법이라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 법도그마틱은 이 실정법을 해석하여 하나의 법체계로 종합하는 방식에 해당한다(이에 관하여는 金永煥, “법도

이에 관한 법을 해석하고 적용하는 업무수행과정이다.³⁾

이론과 법리는 특정한 사건에서 한 걸음 떨어져 추상화된 형태로 존재한다는 점에서 공통된다. 이러한 공통점 때문에 법리는 넓은 의미의 이론에 포함된다. 하지만 대체로 법리는 특정한 법분야를 대상으로 구체적 적용이 가능한 방식으로 전개되고, 이론은 법분야를 망라하여 포괄적으로 전개된다는 차이가 있다. 한편 실무는 특정한 사건을 대상으로 한다는 점에서 이론이나 법리와 구별된다. 즉 이론과 법리가 실재하는 사회현상에서 한 걸음 떨어져 이를 관조하는 것이 라면, 실무는 법과 사회현상의 접점에 직접 서 있다. 이론은 법의 자양분을 제공하고, 법리는 법의 주된 모습을 형성하며, 실무는 사건과의 맥락 아래에서 법을 구체화한다. 이론, 법리, 실무는 각각 가치, 논리, 직관과 밀접한 관련이 있다. 이처럼 이론, 법리, 실무는 관념적으로는 별도의 영역으로 존재하지만 현실적으로는 하나로 엮여서 작동한다. 따라서 이들은 독자성과 유기성을 동시에 지닌다.

가령 행위자가 타인의 이름으로 계약을 체결한 경우 계약당사자의 확정방법에 관하여 대법원은 “행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로” 계약의 당사자를 확정하되, 의사가 일치하지 않는 경우에는 “...계약체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다”는 규칙을 제시한다.⁴⁾ 이는 축적된 판결례를 통하여 확립된 “법리”에 해당한다. 그런데 이러한 법리를 적용한다고 모든 사안에서 기계적으로 결론을 도출할 수 있는 것은 아니다. 개별적 사건의 테두리 내에서 위 판례에서 제시하는 “계약체결 전후의 구체적인 제반 사정”을 파악하고 이를 기반으로 계약당사자를 확정하는 것은 고스란히 법관의 몫이다. 법관은 정리된 틀로서의 법리와 정리되지 않은 현실 사이에서 “실무”적인 고민을 한다. 그런데 이 때 법관이 궁극적으로 의지하는 것은 누구에게 계약상 권리 또는 의무를 지우는 것이 가장 정의로운가 하는 형평감각이다. 이러한 판단과정에서 법관은 형식과 실질, 당사

그마틱의 개념과 그 실천적 기능”, **한양대 法學論叢**, 제13집, 1996. 10. 참조). 그런데 이 글에서는 실정법의 인식방식보다는 그 인식결과물로서의 개념 및 법논리의 집합체에 초점을 맞추고자 한다. 우리 재판례에서는 이를 “법리”라고 표현하는 것이 일상화되어 있다. 따라서 여기에서도 그 개념을 사용한다.

3) 법률가는 소송대리인인 변호사나 민사재판 당사자로서의 검사도 포함하는 개념이지만, 이 글에서는 법관이 수행하는 민사재판실무를 염두에 두고 논의를 진행하기로 한다.

4) 대판 2003. 12. 12, 2003다44059; 대판 2001. 5. 29, 2000다3897 등 다수.

자적 관점과 사회적 관점, 법의 재판규범적 성질과 행위규범적 성질 등 여러 가지 근본적인 “이론”적 고민과 결단을 하지 않을 수 없다.⁵⁾

또한 이른바 표절이 문제되는 저작권침해사건에 관하여, 대법원은 피고가 원고의 저작물에 의거하여 자신의 작품을 만들었고, 그 작품과 원고의 저작물이 실질적으로 유사하다는 점이 확정되면 저작권침해가 성립한다고 판시한다.⁶⁾ 이는 저작권침해의 판단기준에 관하여 침묵하고 있는 저작권법 제123조에 대응하여 판례와 학설을 통하여 정립된 “법리”이다. 그러나 이러한 법리만으로 개별적 사건에서 바로 결론을 도출하는 것은 매우 힘든 일이다. 가령 실질적 유사성과 관련하여 “법관이 일반인의 관점에서 볼 때 두 작품이 충분히 유사하다고 느끼면 양자는 실질적으로 유사한 것이다”라는 기준이 있다. 그러나 이러한 공허한 기준만으로는 결론을 도출하기가 쉽지 않다. 따라서 재판“실무”에서 법관은 위와 같은 법리의 기반 위에서 사건 안에 존재하는 수많은 요소들을 고려하여 저작권침해판단을 하게 된다.⁷⁾ 그런데 사건에서 고려요소들을 포착하고 형량하는 과정에서 결론에 이르려면, 이러한 과정을 지도하는 근본적인 가치에 대한 고민이 요구된다. 따라서 법관은 어느 정도로 저작물을 보호할 때 창작자들의 창작인센티브 부여를 통한 생산이익과 이용자들의 저작물 이용을 통한 이용이익이 적정한 균형을 이룰 수 있을지에 대한 “이론”적인 고민을 하게 된다. 그리고 이러한 고민의 결과가 판결이유로 채색되어 결론으로 연결된다. 이 과정을 통해 가장 포괄적이고 추상적인 저작권법의 목적과 가장 개별적이고 구체적인 실질적 유사성 판단 사이에 논리적 연결고리가 생성된다.⁸⁾

위와 같이 법관이 의식하건 의식하지 않건 이론, 법리, 실무의 세 가지 영역은 법관의 판단에 스며들어 결론에 영향을 미친다. 따라서 이 세 가지 요소가

5) 예를 들어, 법관은 명의 또는 형식의 배일을 과감하게 벗겨내고 배후에 있는 진정한 의무귀속자를 밝혀내어 두 당사자 사이의 정의에 부합하는 법률관계를 확정하고자 할 수도 있고(실질, 당사자적 관점, 재판규범적 성격의 강조), 반대로 문언을 중시하여 예측가능성을 높이고, 향후 계약서상 당사자와 실제 당사자를 일치시키도록 당사자에게 가이드라인 및 인센티브를 부여함과 동시에 명의와 실질의 차이로 인하여 발생하는 사회적 비용을 줄이는 방향으로 법률관계를 확정하고자 할 수도 있다(형식, 사회적 관점, 행위규범적 성격의 강조).

6) 대판 2007. 3. 29, 2005다44138; 대판 2000. 10. 24, 99다10813 등 다수.

7) 가령 어문저작물의 실질적 유사성에 관하여 법관은 무엇이 저작권법에 의하여 보호받는 표현인지를 확정하고(플롯이나 사건의 전개과정, 등장인물, 대사 등), 그 표현에 있어서 양적 및 질적 유사성이 있는지를 판단한다.

8) 이에 관하여는 拙著, **著作權侵害判斷論**(博英社, 2007), 3-10면 참조.

민사재판 안에서 어떠한 위치와 비중을 차지하면서 상호작용하는가에 따라 민사재판의 모습은 달라진다. 이 영역들이 각각 제대로 기능하면서 동시에 유기적 융합을 이루어낼 때 민사재판은 바람직한 결과를 가져올 수 있다. 이러한 점을 인식하게 되면, 민사재판에 있어서 세 가지 영역을 어떻게 위치시킬 것인가에 관한 문제의식에 이르게 된다. 이 글은 이러한 문제의식에 기초한 것이다.

II. 민사재판과 이론

가장 먼저 살펴 볼 것은 이론이다. 이론이 민사재판에서 나름대로의 기능을 수행하는 것은 앞서 본 바와 같다. 하지만 이론은 『사실확정 ⇒ 법리적용 ⇒ 결론도출』로 이어지는 민사사건의 해결구조에서는 명시적으로 나타나지 않는 경우도 많다. 그렇다면 과연 이론은 민사재판에서 중요한 요소인가? 또한 그것은 민사재판에서 어떠한 모습으로 자신을 드러내는가?

1. 이론의 중요성

상당수의 민사사건들은 다툼이 없거나, 다툼이 있더라도 사실인정 및 법리적용이 어렵지 않다.⁹⁾ 이러한 사건들은 종래 처리해 오던 바에 따라 거의 기계적으로 처리된다. 여기에는 새로운 이론적 고민이 개입할 여지가 별로 없다. 이러한 영역에서 이론은 거의 그 존재를 드러내지 않는다.

하지만 일부 사건들은 손쉽게 해결되지 않는다. 때로는 사실관계의 확정단계에서, 때로는 법리의 적용단계에서 법관에게 고민을 안겨준다. 그 중 법리적용단계에서 법관을 곤혹스럽게 하는 사건들은 대체로 다음 세 가지 유형이다. 첫째, 사실관계에 적용할 법리가 마땅하지 않은 경우이다. 이 때에는 기존 법리를 유추 또는 확장하거나 새로운 법리를 모색해야 한다. 둘째, 외견상 기존 법리가 적용되어야 마땅하나 그 결과가 법관의 정의감을 불편하게 하는 경우이다. 즉 논리적 추론을 통하여 도출한 잠정적 결론이 그다지 형평에 맞지 않는다는 의문

9) 전체 민사사건에서 소액사건이 차지하는 비중은 불완전하게나마 이러한 ‘쉽고 간단한 사건’의 비중을 추측할 수 있는 하나의 지표가 될 수 있다. 2006년도를 기준으로 전체 민사본안사건의 75.1%가 소액사건이었다. 그 해 소액사건의 항소율은 1.9%였다(합의사건은 40.5%, 단독사건은 8.7%). 이상 대법원 공식홈페이지(<http://www.scourt.go.kr>)의 사법통계란 중 2006년도 사법연감 참조.

을 불러일으키는 사건이다. 셋째 기존 법리가 불확정개념으로 구성되어 있거나 법리끼리 경합하는 모양새를 가지고 있어 법관에게 어려운 선택의 문제를 남기는 경우이다. 이러한 사건들은 경계적 사건(境界的 事件), 혹은 ‘판결하기 어려운 사건’(hard case)이라고 표현할 수 있을 것이다. 이들이 전체 사건에서 차지하는 양적 비중은 매우 낮다. 그러나 이들이 전체 민사법 질서에 미치는 질적인 영향력은 크다. 대체로 새로운 법리나 판단기준을 요구하기 때문이다. 일반적으로 심급이 높아질수록 이러한 사건의 비중이 증가하는 경향을 보인다. 그런데 경계적 사건은 기존 법리만으로 쉽게 해결될 수 없기 때문에 그 법리를 뛰어넘는, 또는 그 법리의 배후에서 작동하는 법적 지혜에 관한 이론적 고민을 요구한다.

따라서 전체 민사재판의 구도 속에서 이론이 가지는 비중은 경계적 사건이 차지하는 비중에 비례한다. 그런데 사회의 발전이 다양하고 신속한 양상으로 진행되고, 이에 따라 사건도 다양하고 복잡해질수록, 기존 법리를 기계적으로 적용하는 것만으로는 쉽게 해결할 수 없는 경계적 사건의 수가 늘어난다. 예를 들어 현대의학의 발전과 관련하여 사후수정(死後受精)에 의하여 출생한 자는 인지청구를 통하여 사망한 부(父)와의 친자관계를 획득할 수 있는가,¹⁰⁾ 정보통신환경의 발전과 관련하여 인터넷상 정보 자체 또는 정보유통을 둘러싼 재산권 구조 내지 사법질서(私法秩序)를 어떻게 규정할 것인가¹¹⁾ 등 새로운 문제의식을 요구하는 사건들이 늘어난다. 이러한 사건들에서는 기존 법리 이외에도 그 배후에 있는 근본적인 문제에 대한 통찰력이 요구된다. 기존 법리의 재해석, 또는 새로운 법리의 제시는 단순한 언어의 조작만으로 가능하지 않고, 그 배후에서 이를 뒷받침할 정당화이론을 요구하기 때문이다. 그리고 법리의 차원을 뛰어넘어 이론적 차원이 강조될수록 인접 학문과의 공감대가 넓어지고 법계(法系)간의 간격이 좁아져서 학제적, 비교법적 접근도 용이해진다.¹²⁾ 이러한 이유 때문에 민사재판에 있어서 이론의 중요성에 주목할 필요가 있다.

법에 관한 이론, 즉 법이론은 여러 가지 형태로 존재한다. 다루는 대상과 관

10) 이에 관하여는 尹眞秀, “變化에 직면한 家族法”, **계약법의 과제와 전망 : 慕原 金旭坤 教授 停年退任 紀念論文集**, 2005. 4. 및 尹眞秀, “補助生殖技術의 家族法的 爭點에 대한 근래의 動向”, **서울대학교 法學**, 제49권 제2호, 2008. 6. 참조.

11) 이에 관하여는 拙稿, “인터넷상 情報에 대한 接近 및 取得行爲의 違法性”, **比較私法**, 第14卷 第3號, 2007. 9., 241-298면 참조.

12) 미국의 유명한 법사학자 로렌스 M. 프리드먼의 표현에 따르면, 이처럼 법과 사회과학을 통합하려는 움직임은 드넓은 이론과 학문의 세계라는 보편적 영역에 법을 보다 근접시키려는 시도이다. 로렌스 M. 프리드먼 지음, 안경환 옮김, **미국법의 역사**, 2006, 891면.

련하여, 법이 실제로 어떻게 존재·작동하고 있는가에 대한 설명적 이론(descriptive theory), 그리고 법이 어떠해야 하는가에 대한 규범적 이론(normative theory)으로 나눌 수 있다. 연계하는 학문분야와 관련하여, 법철학(law and philosophy), 법경제학(law and economics), 법사회학(law and sociology), 법심리학(law and psychology) 등 이른바 다양한 “법과 000(law and 000)”의 형식으로 전개되기도 한다. 그런데 이러한 형태로 존재하는 법이론으로부터 바로 민사재판과의 연결성을 도출하기는 어렵다. 따라서 법이론에서 고민하는 쟁점들 중 민사재판에 의미있는 바들을 추출해낼 필요가 있다. 이는 대체로 형식과 실질,¹³⁾ 개인과 공동체,¹⁴⁾ 의사(意思)와 관계(關係),¹⁵⁾ 정의와 효율,¹⁶⁾ 원리와 정책,¹⁷⁾ 실제적 정의와 절차적 정의, 사법소극주의와 사법적극주의, 현실과 당위, 규칙(rule)과 기준(standard)¹⁸⁾ 등의 양상으로 나타난다. 좀 더 구체적인 차원으로 들어가

-
- 13) 이에 관한 고전적 논문으로 D. Kennedy, “Form and Substance”, 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976) 참조. 한편 위르겐 하버마스는 법의 근대사에 가장 큰 영향을 미쳤고 또 오늘날까지도 서로 경쟁하는 두 개의 법 패러다임으로 ‘부르조아 형식법’과 ‘사회복지 국가적으로 실체화된 법’을 제시하는데, 이 역시 형식과 실질의 구도와 관련성이 있다. 위르겐 하버마스 저, 한상진·이상도 공역, **사실성과 타당성**(再版, 2007), 268면 참조.
- 14) 이는 민법 전체의 지도원리외에도 깊은 관련이 있다. 개인의 자기결정, 자기책임을 토대로 하는 사적 자치의 원리를 강조하는 입장과 자본주의의 폐해에 주목하면서 공공복리의 원칙을 강조하는 입장이 있다. 이러한 입장차이는 구체적으로는 법원이 사적 법률관계에 개입하는 일반통로로서의 신의칙을 어떻게 자리매김할 것인가와 밀접한 관련이 있다. 이에 관하여는 李英俊, “民法의 指導原理로서의 私的 自治 - 民法改正草案에 言及하여-”, **法曹**, 통권 제527호, 2000. 참조.
- 15) 이는 주로 계약법에서 나타나는 사상적 대립이다.
- 16) 이는 주로 불법행위법에서 나타나는 사상적 대립이다.
- 17) 이는 드워킨이 말하는 원리논법(arguments of principle)과 정책논법(arguments of policy)에 기초한 것이다. 원리논법은 개인의 권리의 존중 및 확보라는 것에 의하여 정치적 결정을 정당화하는 방식이고, 정책논법은 사회 전체의 집합적 목표의 촉진 및 보호라는 것에 의하여 정당화하는 방식이다. 드워킨은 반공리주의(反功利主義)적 입장에서 원리논법적 접근, 즉 일단 창출된 권리는 사회적 목표에 우선하는 비중을 지니고 있다고 주장한다.
- 18) 규칙(rule)은 명쾌하게 정리되고, 고도로 관리가능하며 예측가능한 반면, 기준(standard)은 유연하게 작용하면서 각 사안의 구체적 타당성을 지향하며, 그 결과 도출된 결론의 선례성에 크게 집착하지 않는 특성을 가진다. D. Kennedy, 위 논문(註 13), 1687-1689면 참조. 가령 부동산점유취득시효는 20년의 시효기간이 완성한 것만으로 점유자가 곧바로 소유권을 취득하는 것은 아니고 민법 제245조에 따라 점유자 명의로 등기하여야 소유권을 취득한다는 법명제는 규칙에 해당한다. 반면 건물신축으로 인한 일조방해가 위법하다고 평가되려면 그 일조방해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 한다는 법명제는 기준에 해당한다.

면, 가치 또는 이익 사이의 형량문제로 나타난다. 이러한 문제들은 하나의 사건에 다층적으로 존재하면서 재판과정에서 법관에게 끊임없이 근본적인 물음을 던지고, 결론에 이르는 과정을 조종한다. 때때로 법관은 그 존재감을 충분히 의식하지 않은 채 재판을 진행하고 판결을 선고할 수도 있다. 그러나 그 와중에도 법관은 무의식 중에 이미 이러한 이론적 국면에 대한 판단작용을 행하고 있는 것이다. 이러한 제반 문제들은, 대체로 ① 사법(司法)의 유연성, ② 사법(司法)의 방향성이라는 두 가지 측면으로 재구성할 수 있다. 아래에서는 각각의 측면에 관한 상반된 두 가지 입장들을 상정하였다. 유의할 것은, 이는 어디까지나 전체적인 이론적 논의구도를 효율적으로 설명하기 위하여 어느 정도 도식화한 것이라는 점이다. 현실적으로 이러한 입장들은 서로 융합하거나 보완하는 관계에 있을 수도 있고, 오히려 그러한 모습이 바람직할지도 모른다.

2. 사법의 유연성

사법작용에 어느 정도의 유연성이 부여될 수 있는가는 재판의 결론에 영향을 미친다. 이에 관하여는 여러 가지 다양한 생각들이 있을 수 있으나, 일단 다음과 같이 두 가지 커다란 흐름을 상정할 수 있다.

가. 사법 유연성의 폭을 좁게 보려는 입장

먼저 사법작용에 있어서 유연성의 폭을 가급적 좁게 보려는 입장이다.

이 입장은 법 내부의 일관성, 정합성, 체계성을 중시하고 법적 안정성을 중요한 가치로 내세운다. 법규범 및 개념의 추상적 일반화, 그리고 이에 기초한 체계적 완결성과 논리성을 추구한다. 법관의 중립적, 소극적 지위를 표방한다. 따라서 법관은 중립적 판단자의 지위에 머물러 있어야 하고, 후견자적 지위에서 개입하려고 하여서는 안 된다. 또한 법관의 주된 기능은 법을 발견하는 것이지 법을 창조하는 것이 아니다. 이 입장에서 주로 관심을 가지는 것은 재판의 통제이다. 이러한 점에서 사법소극주의와 연결된다. 또한 이러한 입장은 법률이나 계약을 해석할 때 문언을 중시할 가능성이 크다.¹⁹⁾ 이미 정립되어 있는 법리의 틀이 있다면 가급적 이를 벗어나지 않으면서 체계성을 유지하는 가운데 재판을

¹⁹⁾ Antonia Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997.은 법관이 헌법과 실정법을 어떻게 해석하여야 할 것인가에 관하여 문언주의(textualism)를 제창하는 Scalia 대법관의 주장과 이에 대한 저명 학자들의 논평을 담고 있다.

하고자 한다. 원칙에서 세칙을 도출해 나가면서 마침내 개별적 사건에 이르는 연역적, 논리적 사고방식과 친하고, 문제중심적 사고방식보다 체계중심적 사고방식과 더 친하다. 기준(standard)보다는 규칙(rule)에 기대려는 경향을 보인다. 사회현상이 체계화, 유형화되기 쉬울수록, 또한 사회변화가 느릴수록 이러한 규칙의 효용성이 커진다. 실무적 감각에 의존하는 경향에 대하여 비판적 시각을 보인다. 법과 정책을 분리시키려고 한다. 요컨대 실질보다 형식의 가치를 중요하게 생각하는 입장이다.

이러한 입장은 법철학사의 관점에서 보면, 19세기 독일의 개념법학이나 프랑스의 주석학과, 20세기 미국의 형식주의(formalism) 등과 맞닿아 있다. 푸흐타(Puchta), 빈트샤이트(Windscheid) 등에 의하여 발전된 개념법학은 법의 개념을 명확하게 하고, 상위개념과 하위개념의 관련성 설정을 통한 일종의 개념의 족보(Genealogie der Begriffe)²⁰⁾ 정립을 통하여 자기완결적 논리체계로서의 법을 추구하였다.²¹⁾ 이러한 개념법학적 사고는 체계화, 유형화나 연역적 사고방식에 친하여 적어도 의견상으로는 실질보다는 형식, 직관보다는 논리에 더 큰 가치를 두게 된다. 이러한 경향은 19세기 프랑스에서도 발견된다. 1804년 프랑스 민법전이 제정된 이후, 법조문을 절대시하고 문구에 구속되는 엄격한 해석을 강조함으로써 법관의 재량을 최소화하려고 한 주석학파가 프랑스 법학계를 지배하였다.²²⁾ 이러한 사조는 미국에도 영향을 미쳐 형식주의로 발전하게 된다. 대륙법계의 영향을 받은 미국의 형식주의 법학(formalism)은 개별적으로 흩어져 있는 일련의 판례법들을 일반화, 체계화, 원칙화하려는 시도를 하여 왔다.²³⁾ 이러한 시도는 크리스토퍼 랑델(Christopher Langdell)로부터 시작한다.²⁴⁾ 랑델은 수많은 판결들 가운데에서 일반적인 원리나 원칙들을 발견할 수 있다고 믿었다. 그리고

20) 이에 대한 설명으로는 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl., 1991, S. 19 ff.

21) 빈트샤이트(Windscheid)의 판택텐법 교과서(Lehrbuch des Pandectensrechts)는 로마법의 개념과 체계를 재구성하여 그 기초 위에 법학을 구축함으로써 독일 민법제정의 중요한 주춧돌을 놓았다. 우리나라의 민법학도 법학의 개념논리적 체계를 중시하는 판택텐법학의 영향을 강하게 받았다.

22) 이에 관하여는 오세혁, *법철학사*(2004), 253-254면 참조.

23) 이에 관하여는 미국학연구소편, *미국 사회의 지적 흐름(법)*(서울대학교 출판부, 1999), 27-32면(최봉철 집필부분) 및 *University of Chicago Law Review*, 제66권 제3호에 실린 심포지움 “Formalism Revisited” 발표논문들 참조.

24) 크리스토퍼 랑델(Christopher Langdell, 1826-1906)은 1870년 하버드 법대에 학장으로 부임하여 25년간 재임하면서 이른바 사례학습방법(case-method)을 정착시킨 학자이다.

이러한 원리를 과학적으로 탐구, 학습하여야 한다고 생각하였다. 이는 미국의 법학교육에 있어서 랑델식 사례학습방법(case-method)으로 이어진다. 그는 위와 같은 법원리들이 잘 체화된 소수의 판례들을 엄선하여 잘 분류하고 정리하여 익힌다면, 마치 수학공식에 의하여 문제를 풀어나가듯이 법원리들로부터 시작하여 사건을 해결할 수 있다고 믿었다. 이러한 사고의 흐름에 터잡아 미국은 19세기 후반부터 20세기 초반에 이르기까지 독일의 개념법학과 유사한 이른바 고전적 법사상(classical legal thought)의 시대를 맞이한다. 나중에 보게 될 법현실주의(legal realism)는 이러한 기계적, 형식적 법학에 대한 반발로 등장한 것이다.

나. 사법 유연성의 폭을 넓게 보려는 입장

다음으로 사법작용에 있어서 유연성의 폭을 가급적 넓게 보려는 입장이다.

이 입장은 법의 내부적 관점을 넘어서서 외부적 관점도 중요하다는 전제 위에 서 있다. 법적 안정성보다는 구체적 사건에서의 정의, 즉 형평을 중요하게 생각하는 경향이 있다. 이 입장에서 바라보는 법관상(法官像)은 입법부에 의하여 고정된 법률에 사회현상을 포섭하여 자동적으로 결론을 도출하는 자동판매기와 같은 존재가 아니라, 끊임없이 변화하는 사회현상에 주목하여 법률을 창조적으로 해석하고 적용하는 준입법자와 같은 존재이다. 따라서 법관의 법창조기능에 주목한다. 이러한 점에서 사법적극주의와 연결된다.²⁵⁾ 아울러 재판의 통제보다는 재판의 예견에 더욱 큰 관심을 가진다. 개별적 사안을 합리적으로 해결하기 위한 사례 중심의 구체적, 경험적, 귀납적 사고를 중시한다. 이를 위하여 추상적 법률보다는 구체적 사안에 관한 선례에 관심을 가진다. 그 선례와 당해 사건의 구체적 사실관계 사이의 이동(異同)을 따져보아 그 선례가 당해 사건에도 적용될 수 있는지 검토한다. 이러한 입장은 법률이나 계약을 해석할 때 문언의 형식으로 고정된 틀보다 그 안에 내포된 입법자 또는 당사자의 의사 내지 법률이나 계약의 목적을 중시하는 경향을 보인다.²⁶⁾ 이미 정립되어 있는 법리의 틀을 유

25) 사법적극주의를 정면으로 표방한 한 논문의 표현을 빌리자면, 법관은 “법을 해석적용함에 있어서 형식적이고 개념적인 문구해석에 얽매이지 말고 그 법이 담보하는 정의가 무엇인가를 헤아려서 그 정의실현의 방향으로 법의 의미를 부여하여야” 한다. 이회창, “사법의 적극주의”, **서울대학교 법학**, 제28권 제2호, 1987, 150면 참조.

26) 이러한 의사가 늘 실제 의사를 의미하는 것은 아니다. 예컨대 계약의 보충적 해석법리에 따르면 공통의 착오에 있을 때 법원은 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있고, 이때 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의

연하게 파악하거나 이를 재구성하는 것에 큰 반감을 느끼지 않는다. 논리적·연역적 사고보다는 경험적·귀납적 사고에 더 친하고, 체계중심적 사고보다는 문제중심적 사고에 더 친하다. 규칙(rule)보다는 기준(standard)에 기대려는 경향을 보인다. 다양한 사회현상을 일정한 체계와 유형으로 정리하기 어려울수록, 또한 사회변화가 빠를수록 기준의 효용이 크다. 이 입장에서는 실무적 형평감각을 인정하고 이를 중요한 판단메카니즘으로 격상시킨다. 영미법의 체계에 빗대어 보자면, 보통법의 경직성을 극복하는 형평법의 정신을 숭상한다.²⁷⁾ 법과 정책을 애써 분리하지 않는다. 이익형량적 사고와 친숙하다. 한 마디로 형식보다는 실질의 가치를 중요하게 생각하는 입장이다.

이러한 입장은 법철학사적으로 보면 개념법학에 반기를 들고 등장한 자유법론(Freirechtsbewegung)과 관련이 있다.²⁸⁾ 자유법론은 20세기초 독일에서 등장한 법학 사조의 하나이다. 이는 1896년 8월 18일 공포된 독일 민법전의 등장과 관련이 있다. 학자들은 독일 민법전의 필요성에 관한 사튀니와 티보의 논쟁 이래 오랜 시간을 끌어오다가 드디어 완성된 민법전을 통하여 이제 거의 모든 문제가 해결될 수 있다고 생각하였다. 그런데 벌써 1902년에 슈타우프(Staub)가 독일 민법의 이행불능과 이행지체 규정으로는 포섭할 수 없는 채무불이행 유형이 있음을 지적하고 이를 적극적 계약침해라고 주장하는 등 법률의 여백이 속속 드러났다. 이러한 배경 아래에서 법률이 미처 예상하지 못하였던 생활의 요구가 등장할 때마다 법관이 이를 어떻게 처리할 것인가에 대한 근본적인 논의가 이루어지게 되었다. 이 입장은 일정한 범위 내에서 법관의 법창조적 활동을 승인함으로써 구체적 사안에 따라 새로운 법적 요청에 개별적으로 대응하고, 기존의 국가제정법 체계를 사회경제적 조건의 변화에 부응시키고자 하였다. 자유법론은

목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사이다. 대판 2006. 11. 23, 2005다13288 참조.

27) 근래 미국 연방대법원은 특허권침해가 있으면 자동적으로 금지명령(injunction)을 부여 하던 연방순회항소법원의 입장에 췌기를 박고, 형평법의 정신에 따라 경직성과 도식성을 타파하고, 형평성, 유연성, 기능성을 제고하는 판결을 선고하여 관심을 모은 바 있다. eBay. v. MercExchange, 547 U.S. 388 (2006). 이에 관하여는 拙稿, “불법행위와 금지청구권, - eBay v. MercExchange 판결을 읽고 -”, Law & Technology, 제4권 제2호 (2008. 3.) 참조.

28) 이에 관하여는 오세혁, 위의 책(註 22), 258면 이하 및 장영민, “자유법론의 형성과 전개과정”, 법학논집(이화여대), 제7권 제1호(2002). 참조. 대표적인 자유법론자들로는 폭스(Ernst Fuchs, 1859-1929), 칸토로비츠(Hermann Kantorowicz, 1877-1940) 등이 있다. 아래 자유법론에 대한 설명은 주로 장영민, 위의 논문에 기초한 것이다.

법의 무흠결성이라는 도그마로부터의 해방을 외치고, 사법과정에 있어서 ‘인간’으로서의 법관의 ‘선택’에 의한 법창조작용을 강조하였다.²⁹⁾ 이와 유사한 입장에 있는 사조로 독일의 이익법학(Interessenjurisprudenz)이 있다.³⁰⁾ 이는 법의 목적을 강조하는 예링의 주장에 기초하여 발달된 것으로서, 개념법학에 대한 반발에서 출발하여 실정법체계가 완결적이지 않고 흠결을 가지고 있으며, 이는 이익개념을 통하여 보충되어야 한다고 하였다.³¹⁾ 여기에서 이익은 바로 사회의 현실적 요구 및 필요성을 의미하는 것이다. 법관은 법규정의 기초가 되는 이익의 대립 속에서 창조적인 이익평가활동을 통하여 스스로 법규정을 획득한 뒤 자신의 평가를 표현한다.³²⁾ 다만 이익법학은 법의 흠결을 매우 넓게 인정하면서 법관의 법창조적 기능을 훨씬 과감하고 자유로운 형태로 제시하였던 자유법론에 비하여, 법관의 법률에 대한 사려깊은 복종을 강조함으로써 법해석의 창조성과 법적 안정성을 조화시키고자 하였다.

미국으로 눈을 돌려보면, 법현실주의(legal realism)를 살펴 볼 필요가 있다. 법현실주의는 1920년대 이후 미국의 컬럼비아 및 예일 로스쿨 등을 중심으로 활발하게 전개되었던 일련의 학문적 움직임이다. 이는 미국의 연방대법관을 지낸 올리버 웬델 홈즈(Oliver Wendell Holmes)의 사상에서 그 기원을 찾을 수 있다. 홈즈는 “법의 생명은 논리가 아니라 경험에 있다”라는 슬로건하에서 논리적, 체계적 법리에 가려져 있는 사회현실에 대한 이해와 경험을 강조하였다.³³⁾ 그리고 사회현실을 제대로 이해하기 위하여 미래의 법학도는 통계학과 경제학의 명수가 되어야 한다고 주장하였다.³⁴⁾ 만약 법이 완결된 규칙체계라면 왜 현실 속에서 그렇게 많은 송사가 발생하고, 그 결과를 예측하기 어려운 것인가? 홈즈는 이러한 의문점에 기초하여, 법관의 해석과정을 거쳐 만들어진 판결이 곧 법이고, 따라서 법이 무엇인가 하는 것은 법원이 실제로 어떻게 판단할 것인가에 관

29) 1847년 폰 키르히만(v. Kirchmann)은 ‘학문으로서의 법학의 무가치성(Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)’이라는 제목의 강연에서 행한 유명한 언명인, ‘입법자가 세 마디만 고치면 모든 장서(법서)는 휴지가 되어 버린다(Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur)’는 실정법에 대한 맹목적 추종을 겨냥한 것이다. Larenz(註 20), S. 43.

30) 이익법학을 대표하는 학자들로는 헤크(Philipp Heck, 1858-1943), 뤼멜린(Max von Rümelin, 1861-1931), 스톨(Heinrich Stoll, 1891-1937) 등이 있다.

31) 오세혁, 위의 책(註 22), 210면.

32) 오세혁, 위의 책(註 22), 211-215면.

33) Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* (Boston: Little, Brown & Co., 1944), 1면.

34) Holmes, *The Path of Law*, in *Collected Legal Papers*, 187면.

한 예언과 다름없다고 주장하였다.³⁵⁾ 이러한 기반 위에서 법현실주의는 법의 불안정성(indeterminacy) 속에서 법관이 가지는 법창조적 역할을 강조한다. 도구주의적 법개념, 법창조자로서의 법관, 법적 안정성이라는 신화의 제거 등이 법현실주의를 대표하는 특징들이다.³⁶⁾

3. 사법의 방향성

위에서 살펴 본 사법작용의 유연성에 관한 문제가 대체로 법원의 판단방법에 초점을 맞추었다면, 이제부터 살펴 볼 사법작용의 방향성에 관한 문제는 대체로 법원의 판단지향점에 초점을 맞춘다. 법원이 무엇을 지향하는가는 재판의 결론에 직접적인 영향을 미친다. 이 문제 역시 통일된 틀 안에서 정리하기에는 너무나 포괄적이고 다양한 모습을 가진다. 따라서 아래에서는 계약법과 불법행위법의 영역에서 논의되는 이론적 흐름에 관하여 설명하는 것으로 대신하기로 한다. 여기에서 주목할 만한 것은 우리나라의 사법학(私法學)에서는 아직 활발하게 논의되지 않는 법경제학적 접근방법의 존재이다.

가. 계약법과 법이론

계약법을 둘러싼 법이론은 난마처럼 얽혀있다. 다만 그 중 가장 근본적인 흐름은 계약의 구속력 근거를 둘러싸고 의사에 초점을 맞추는 입장과 관계에 초점을 맞추는 입장으로 정리할 수 있다.³⁷⁾

(가) 고전적인 계약이론은 전자의 입장에 기반한다. 이는 18세기 후반부터 19세기에 걸쳐 형성된 것이다. 이 입장은 당시 지배적 사상이던 자연법이론, 자유방임주의, 개인주의, 자유시장경제 철학 등의 영향을 강하게 받았다. 추상적, 합리적 인간상을 전제로 계약자유 원칙을 근본이념으로 내세운다. 이 이론은 계약의 내용과 효과를 결정하는 준거점을 당사자의 의사로 파악한다는 점에서 의

³⁵⁾ Holmes, 위의 책(前註), 173면.

³⁶⁾ 吉田邦彦, **民法解釋と揺れ動く所有論**(有斐閣, 2002), 25면 이하에서는 일본이 외견상 독일의 개념법학적 요소를 많이 차용하였지만 실제로는 미국의 법현실주의의 영향을 강하게 받아 이익형량적 사고가 발달하였다고 분석하고 있다.

³⁷⁾ 이에 관한 포괄적인 소개를 한 문헌으로는 P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979; Patrick. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., 1995, 7면 이하 참조. 또한 이에 관한 국내 학위논문으로는 고영남, “고전적 계약법이론의 한계에 관한 연구 - 영미법상의 신뢰이론을 중심으로.”, 고려대학교 법과대학 박사학위논문, 2000 참조.

사이론(will theory)이라고 할 수 있다. 연혁적으로 본다면, 이러한 사상은 포티에(Pothier), 사뷔니(Savigny) 등 대륙의 법학자들로부터 시작하였다. 그 후 영국³⁸⁾을 거쳐 마침내 미국에도 강한 영향력을 행사하게 된다. 이처럼 ‘의사’에서 계약의 구속력을 발견하려는 이론은 쌍방의 ‘교환’에서 계약의 구속력을 발견하려는 영미법상 약인(consideration) 이론을 약화시킨다. 계약구속력의 근거를 약속이 지닌 도덕적 구속력에서 구하는 프리드(Charles Fried)의 약속이론(promissory theory)³⁹⁾도 고전적 계약이론과 궤를 같이한다. 한편 법경제학은 사회 전체의 후생극대화 관점에서 계약의 구속력을 논한다는 점에서는 고전적 계약이론과 차별성을 띤다. 하지만 자본주의적 상품시장의 발전을 추구하는 자유주의를 기반으로 하는 점, “자신의 이익을 추구하는 합리적 인간상”을 전제로 하는 점, “자유로운 거래”가 계약목적으로서의 경제적 효용성을 극대화한다고 주장하는 점에서는 고전적 계약이론과 일맥상통하는 면도 있다.⁴⁰⁾ 이처럼 계약법 영역에 있어서 법경제학은 고전적 계약이론과의 연결점이 확보되어 있을 뿐만 아니라, 계약의 현실적 기능도 법경제학이 도모하는 효용극대화와 친하기 때문에 불법행위법에 비하여 설득력을 얻기가 쉽다.⁴¹⁾

의사이론에 따르면 계약법의 주요 목적은 가능한 한 계약체결시의 당사자의 의사를 탐구하고 그것에 법적 효과를 부여하는 것이다. 그러한 점에서 당사자의 의사에서 책임의 근거를 찾는 계약법은 당사자의 의사와 무관하게 객관적 손익 상황에서 책임의 근거를 찾는 부당이득법이나 당사자의 행위에서 책임의 근거를 찾는 불법행위법과 엄격하게 구별된다. 중요한 것은 당사자의 의사이고, 국

38) 이러한 의사이론은 포웰의 계약법이론서(Powell's Essay upon the Law of Contracts and Agreement, 1790.에서 출발한다. 그 후 영국 계약법에 가장 큰 영향을 미친 문헌 중 하나인 Pollack, Principle of Contract, 1876.도 독일의 사뷔니의 의사이론에 크게 영향을 받은 것으로 알려져 있다. 이은영, “계약에 관한 법철학적 고찰”, 한국법철학회 편, **현대법철학의 흐름**(1996), 419면 참조.

39) Charles Fried, Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation, Harvard University Press, 1981. Fried의 입장에 대한 비판적 검토로서는 고영남, “영미계약법에서 의사이론의 전통 - 프리드의 학설을 중심으로 -”, **安岩法學**, 제12호(2001), 187면 이하 참조.

40) 고전적 계약이론이 고전적 경제학이론과 궤를 같이 한다는 것을 이해하면 양자의 관계를 쉽게 이해할 수 있다. 다만 약속이론에서는 도덕적 약속으로서의 계약파기에 대하여 엄격한 태도를 취하는 반면, 계약의 사회적 효용성 증대를 강조하는 법경제학적 입장에서는 계약을 파기하는 것이 사회적으로 더 큰 효용을 가져온다면 계약파기를 자유롭게 허용하여야 한다(이를 이른바 효율적 계약파기(efficient breach of contract)라고 한다)는 태도를 취한다.

41) Brian Bix, 위의 책(註 1), 248면 참조.

가는 단지 그 의사로 인하여 형성된 법질서를 승인하고 강제할 의무를 지닐 뿐이다. 법원의 주된 임무는 바로 그 당사자의 의사를 발견하는 것이다. 따라서 법원의 적극적인 계약조정기능은 최대한 자제되어야 한다. 다만 의사이론은 사회적 관점과 절충될 수 없는 것이 아니다. 이는 “의사”를 어떻게 파악하는가에 따라 달라지기 때문이다. 잘 알려져 있듯이 이에 관하여는 의사주의와 표시주의 중 어느 입장을 취할 것인가에 관한 논의가 있다.⁴²⁾ 이 때 표시주의적 요소가 강하게 반영될수록 사회적 관점은 개인의 의사를 규정하는 데에 큰 영향을 미치게 된다.⁴³⁾

(나) 그런데 의사이론은 합리적이고 자유로운 의사결정을 행하는 인간을 전제로 한다. 따라서 그 전제가 흔들리면 의사이론도 흔들린다. 그런데 사회경제적 구조가 바뀌고 인간의 의사결정메커니즘에 대한 연구가 진행되면서 이러한 전제에 대한 회의가 일어났다. 당사자의 합리적 의사결정능력에 대한 회의,⁴⁴⁾ 대량거래의 발생과 약관의 광범위한 활용,⁴⁵⁾ 사회적 지위의 격차에 따른 계약의 공정성에 대한 우려⁴⁶⁾ 등은 의사이론을 전면적으로 재검토하도록 압박하는 요인들이 되었다. 이러한 요인들로 인하여 관심의 초점은 당사자의 의사에서 사회적 관계로 이동한다. 이는 계약관계에 있어서 법관과 당사자의 역학관계에도 영향을 미친다. 가령 신의칙을 통로로 하여 법관이 사회적 가치를 당사자간의 계약관계에 투영하려는 움직임이 커진다. 합리성이나 공정성 등 불확정개념을 통하여 법관이 계약내용을 수정하거나 형성할 수 있도록 하는 국제적인 움직임도 그 연장선상에 있다.⁴⁷⁾

42) 이에 대하여는 우선 郭潤直, 民法總則, 第七版(2006), 229-230면 참조.

43) 郭潤直, 위의 책(前註), 231면.

44) 행동주의 경제학의 연구결과에 따르면 사람들의 판단은 편견에 좌우되고, 극단적인 것을 싫어하며, 자신에게 장차 일어날 위험성을 과소평가하지만 일단 위험이 가시권 안에 들면 과대평가하고, 최초 생각이나 과거 선례에 구속되는 경향을 보이며, 이익보다는 손실에 민감하고, 경제적 이해관계 뿐만 아니라 비경제적 이해관계에도 상당한 영향을 받는다고 한다. 이상 Cass R. Sunstein(ed), *Behavioral Law & Economics* (Cambridge University Press, 2000), 2-10면 참조.

45) 이러한 정형적 거래의 확대는 이제 계약이 더 이상 사인간의 개별적 거래장치가 아니라 하나의 사회적 시스템으로 기능하고 있음을 시사한다. 따라서 당사자의 의사를 탐구하고 실현시켜주는 차원에서 더 나아가 당사자를 함몰시키는 거대한 사회시스템으로서의 계약체계에 대한 거시적 또는 공법적 접근이 요구된다.

46) 이에 대응하여 미국 통일상법전(UCC) 제2-302조 제1항에 규정된 비양심성(unconscionability)의 법리는 계약공정을 위한 법원의 개입의 폭을 넓혀주는 역할을 하였다. Farnsworth, *CONTRACTS*, 4th ed., 2004, 298면 참조.

47) 유럽계약법원칙(The Principles of European Contract)에서는 합리성(reasonableness)(제

당사자의 의사보다는 상대방의 신뢰에 초점을 맞추는 신뢰이론은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 이러한 흐름의 선봉에 서 있는 학자는 영국의 법학자 아티야(Atiyah)이다. 그는 계약자유와 쇠퇴와 고전적인 계약법 이론의 실패를 관찰하면서, 계약구속력의 근거는 약속자의 의사에 있는 것이 아니라 계약행위로 인한 상대방의 신뢰에 있다고 주장하였다.⁴⁸⁾ 신뢰는 내적 관점이 아닌 외적 관점에서 결정된다. 따라서 계약에 어느 정도 법적 구속력을 부여할 것인가는 계약당사자의 내적 의사와 관계없이 외부적으로 존재하는 신뢰에 어느 정도 법적 보호를 부여할 것인가 하는 관점에서 결정한다. 이는 사회적 보호필요성에 따라 계약구속력을 신축적으로 결정할 수 있는 길을 열어준다.⁴⁹⁾

한편 미국의 이안 맥닐(Ian Macneil) 교수에 의하여 주장된 관계적 계약이론도 주목할 만하다.⁵⁰⁾ 관계적 계약이론에서는 계약을 단발적 계약(discrete contract)과 관계적 계약(relational contract)으로 나눈다. 전자는 계약체결시점에 계약으로 인한 법률관계가 확정되는 일시적 계약으로서 고전적 계약이론이 잘 작동하는 계약이다. 후자는 계약으로 인한 법률관계가 동적으로 변화, 발전하는 계속적 계약으로서 고전적 계약이론이 잘 작동하지 않는 계약이다. 그런데 오늘날에는 불확실한 환경하에서 장기적인 거래가 이루어지는 관계적 계약의 비중이 커지고 있다. 따라서 관계적 계약에 대하여는 고전적 계약이론의 수정을 넘어서서 새로

1:302조, 제6:111조, 제7:105조, 제8:108조, 제9:101조, 제9:201조, 제9:303조, 제9:309조, 제9:501조, 제9:505조, 제9:506조, 제9:509조, 제14:301조, 제15:103조)이나 공정거래(fair dealing)(제1:102조, 제1:106조, 제1:201조, 제2:301조, 제4:118조, 제5:102조, 제6:102조, 제6:111조, 제8:109조), 신의성실(good faith)(제1:102조, 제1:106조, 제1:201조, 제2:301조, 제4:118조, 제5:102조, 제6:102조, 제6:111조, 제8:109조)과 같은 불확정개념을 통하여 법원이 계약에 개입할 수 있는 통로를 넓게 열어놓고 있다. 특히 공통착오(제4:105조), 불공정거래(제4:109조), 사정변경(제6:111조)의 경우 법원의 계약변경권을 인정한 것에 주목할 필요가 있다. 이에 관하여는 Ole Lando and Hugh Beale(ed.), *Principles of European Contract Law*, Part I and II (2000) 및 Ole Lando, Eric Clive, Andre Prum, Reinhard Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003 참조.

48) P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979. 참조.

49) 그 대표적인 예가 소비자계약이다. 방문판매 등에 관한 법률 제8조, 전자상거래 등에 관한 소비자보호에 관한 법률 제17조, 할부거래에 관한 법률 제5조 등 소비자법 영역에서 인정되는 각종 계약철회권은 의사이론보다는 신뢰이론에 의할 때 더 잘 설명될 수 있다.

50) Ian Macneil, *The New Social Contract*, 1980. 그 이외에 Ian Macneil 교수의 관계적 계약이론에 관한 논문 다수가 있다. 이에 관한 심포지움(Relational Contract Theory : Unanswered Questions, A Symposium in Honor of Ian R. Macneil) 논문들을 게재한 것으로 *Northwestern University Law Review*, 제94권 제3호(2000) 참조.

운 계약이론이 필요하다. 관계적 계약에서는 계약체결 당시 당사자의 의사보다는 그 배후에 있는 사회관계 또는 신뢰관계가 더 중요하다. 계약의 계속성과 유연성이 강조된다. 이를 기반으로 당사자 의사와 무관하게 권리의무가 부여되기도 하고(예컨대 정보제공의무, 손해를 끼치지 않도록 배려할 의무 등), 계약내용이 수정되기도 한다. 이러한 관계적 계약이론은 일본에도 영향을 미치게 된다.⁵¹⁾ 이러한 시각은 우리 민법학의 계속적 계약에 관한 법리에 대응시킬 수 있다. 즉 계속적 계약에서는 당사자들 사이에 강한 인적 신뢰관계가 중요한 변수로 등장하게 되고, 사정변경의 원칙,⁵²⁾ 각종 부수의무의 부과⁵³⁾ 등 당사자의 의사만으로는 제대로 설명할 수 없는 관계지향적 요소들이 개입한다.

나. 불법행위법과 법이론

(가) 불법행위법에서는 크게 교정적 정의(corrective justice)와 효율성(efficiency) 중 어느 것을 강조할 것인가에 관한 두 가지 흐름이 있다. 이는 불법행위법의 목적과 관련하여 보상(compensation)과 억제(deterrence) 중 어디에 초점을 둘 것인가의 문제이기도 하다.

(나) 우선 교정적 정의론은 타인에게 손해를 가하였으면 그 손해를 회복시켜 주어야 마땅하다는 전통적이고 규범적인 관점에서 불법행위법을 파악하는 입장이다.⁵⁴⁾ 이 입장은 대체로 불법행위를 본래 존재하던 정의로운 상태 또는 형평

51) 대표적으로 内田 貴, **契約の再生**, 弘文堂, 1980 및 内田 貴, **契約の時代**(부제 : 日本社會と契約法), 岩波書店, 2000, 참조. 또한 이에 관한 논문들로서 民法 54号 (1992); **法律時報**, 제66권 제8호 참조. 아직 국내문헌 가운데에는 관계적 계약이론을 포괄적으로 소개하는 것을 발견하지 못했다.

52) 예컨대 민법 제286조(자료증감청구권), 제628조(차임증감청구권), 제661조(고용계약의 해지)는 계속적 계약에 있어서 사정변경의 원칙이 반영된 조항들이다. 또한 계속적 보증에 있어서 계약해지권에 관한 다수의 판례(대판 2003. 1. 24, 2000다37937; 대판 2000. 3. 10, 99다61750 등)들도 그 연장선상에 있다. 이러한 계약해지권은 당사자의 의사만으로는 정당화될 수 없고, 오히려 보증을 하게 된 경위, 주채무자와 보증인의 관계, 보증계약의 내용, 채무증가의 구체적 경과와 채무의 규모, 주채무자의 신뢰상실 여부와 그 정도, 보증인의 지위변화 등 의사외적 요소를 통하여 비로소 정당화되는 것이다(대판 2003. 1. 14, 2000다37937 참조).

53) 예컨대 고용계약에 있어서 사용자의 피용자에 대한 보호의무에 관한 대판 1997. 4. 25, 96다53086; 대판 1998. 2. 10, 95다39533; 대판 1999. 2. 23, 97다12082 등 참조.

54) 아리스토텔레스는 그의 니코마코스 윤리학(Ethika Nichomacheia) 제5권에서 배분적 정의(distributive justice)와 교정적 정의(corrective justice)의 개념을 소개하면서, 후자를 개인 상호간의 교섭에 있어 생긴 부정상태를 원상으로 회복하는 의미의 정의라고 규정하였다. 그러한 의미에서 그는 교정적 정의를 사법적 정의(judiciary justice)라고 표

상태를 파괴하는 행위로 본다. 따라서 불법행위법은 가해자의 불법행위로 인하여 파괴된 본래 상태를 개인의 권리보호 내지 피해구제를 통하여 회복 내지 교정하는 시스템이다. 법원은 미래가 아닌 과거를 바라보고, 과거의 상태로 회복시켜 주는 역할을 수행한다. 따라서 이 입장에서는 불법행위법의 사전적 사고에 방기능보다는 사후적 손해전보기능에 더 초점을 맞춘다. 다만 권리침해라는 결과만으로 행위자에게 모든 피해구제의 부담을 전가하는 것은 행위자가 누려야 할 행동의 자유를 무너뜨리는 것으로서 그 자체가 정의나 형평에 맞지 않다. 그러한 점에서 배분적 정의의 개념이 개입한다. 따라서 불법행위법에 있어서 정의론은 유책주의에 기초한 과실책임주의와 연결된다. 결국 불법행위법이 지향하여야 할 목표는 한편으로는 피해자의 손해를 규범적으로 정의로운 범위 내에서 회복시켜 주되, 다른 한편으로는 과실이 없다면 책임도 없다는 법적 약속을 통해 개인이나 기업들을 지나친 손해배상의 위협으로부터 보호하고 더욱 적극적이고 자유로운 경제활동을 하도록 뒷받침해 주는 것이다. 따라서 법원은 불법행위법을 해석하고 적용함에 있어서 피해구제와 자유보호의 두 가지 가치를 조화롭게 달성하도록 노력하여야 한다.

본래 대륙법계에서는 이러한 이론을 불법행위법의 근본적인 토대로 삼아 왔다. 따라서 독일이나 일본, 또는 그 영향을 받은 우리나라 불법행위법학에 있어서 이 논리는 크게 새로울 것이 없다. 그러나 미국의 경우 법경제학적 분석방법이 법학계에 지대한 영향력을 미치면서 이에 대한 비판논리로서 교정적 정의론이 등장하게 되었다.⁵⁵⁾ 이러한 관점은 불법행위법의 핵심을 언급하고 있다. 그러나 무과실책임의 범위가 점점 확장되고 이른바 정책형 불법행위소송이 증가하는 현대 사회의 불법행위법을 설명하는 데에는 한계가 있다. 또한 불법행위법의 피해회복기능 내지 분쟁해결적 기능에 치중한 나머지, 불법행위법이 가지고 있는 또다른 기능, 예컨대 손해예방적 기능 내지 손해분배적 기능을 도외시하였다는 비판을 받을 수도 있다.

(다) 한편 공리주의적 접근방법이 있다. 법경제학적 접근방법이 그 대표적인

현하기도 하였다. 그 이후 칸트와 헤겔의 사상에 나타나는 자연권의 관념이 더하여지면서 더욱 구체화된다. 정의론에 입각한 주요 논문들은 Ernest J. Weinrib(ed), *Tort Law*, 2002에 실려 있다.

55) 불법행위법에 있어서 교정적 정의론에 입각한 주요 문헌들로 다음과 같은 것들이 있다. Jules Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge University Press, 1992; Izhak England, *The Philosophy of Tort Law*, Cambridge University Press, 1993; Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995; Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 1999.

형태이다. 이는 법이 사회정책의 도구라는 법도구주의(legal instrumentalism)의 기반 위에 서 있다. 그 연장선상에서 불법행위법도 기능적으로 사회에 가장 긍정적인 영향을 미칠 수 있도록 고안하고 운용하여야 한다고 주장한다.⁵⁶⁾ 법경제학적 접근방법은, 법규범을 인간에게 바람직한 행동에 대한 인센티브를 제공하여 효율성과 같이 가치있는 정책적 목표를 달성하는 도구로 파악한다. 이처럼 법규범을 정의의 화신(化神) 그 자체가 아니라 정의로운 결과에 이르는 정책적 도구로 이해함으로써 법의 외부에 있는 경제학이 개입될 여지가 발생한다. 법경제학적 접근방법에 따르면 불법행위법의 경제적인 목적은 외부효과(externality)를 내부화(internalize)하는 것이다. 또한 이에 의하면 불법행위법의 손해보상적 기능 못지 않게 예방적 기능이 중요한 요소로 떠오르게 된다. 교정적 정의론이 개인의 관점에 주로 초점을 맞추는 것이라면, 법경제학적 접근방법은 개인의 선호체계와 선택에 관심을 가지면서도 사회의 효용극대화 또는 비용최소화 등 사회적 관점에 상당한 관심을 가진다. 이러한 접근방법은 주로 미국에서 많이 논의되고 또한 큰 힘을 얻어온 반면, 다른 대륙법계 국가들 뿐만 아니라 영국에서는 미국에 비견할 만한 큰 힘을 얻지 못하고 있다.⁵⁷⁾ 이러한 현상은 대체로 효율성 위주의 접근방법에 대한 반감, 전제의 타당성에 대한 의문, 대륙법계 법학의 주류를 이루어 온 법해석학에 대한 효용의 한계 등에 기반한 것으로 보인다.⁵⁸⁾ 그러나 법경제학적 접근방법은 자칫 공허해질 수 있는 법학에 색깔을 부여하고, 정책적 요청이나 인간의 행동 및 선호체계 등 현실에 있어서 중요한 요소들을 법

56) 불법행위법에 대한 경제적 분석의 가능성은 1881년 Oliver Wendell Holmes의 “The Common Law”에서 시사되었고, 그 이후 1930-40년대에 James Barr Ames나 Henry T. Terry 등이 이를 심화시켰다. 그러다가 법경제학적 접근방법이 본격적으로 부상한 것은 1961년 Ronald Coase의 “The Problem of Social Cost”와 Guido Calabresi의 “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”가 발표되면서이다. 그 이후에 Gary Becker, George Stigler, Robert D. Cooter, Richard Posner, Steven Shavell 등이 논의를 심화시키면서 법경제학의 지평이 점점 넓어졌다. 특히 Richard A. Posner는 그의 저서 “Tort Law: Case and Economic Analysis”(1982)에서 19세기 후반부터 20세기 초반까지 1,500건 이상의 불법행위 관련 판례를 검토한 결과 불법행위법상 제반 원리가 경제자원을 효율적으로 배분시키는 수단으로 고안되었다는 주장을 하기도 하였다.

57) 이에 관하여는 Ugo Mattei & Roberto Pardolci, “Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach”, 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 265 (1991); Kennet G. Dau-Schmidt & Carmen L. Brun, “Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe”, 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 602 (2006) 등 참조.

58) 이에 관한 독일 학자들의 언급으로는 Hans-Peter Schwintowski, “Ökonomische Theorie des Rechts”, 53 *JZ* 581 (1998); Fritz Rittner, “Das Modell des homo öconomicus und die Jurisprudenz”, 60 *JZ* 668 (2005) 참조.

의 분석틀 안에 끌어들인다는 점에서 충분히 경청할 가치가 있다. 근래에 불법행위법 유럽위원회⁵⁹⁾에 의하여 공표된 유럽불법행위법원칙(The Principles of European Tort Law) 제10:101조에서는 불법행위법의 목적이 전보기능과 더불어 예방기능에도 있다고 밝히고 있다.⁶⁰⁾ 이러한 예방적 사고는 경제적 분석방법과도 연결될 수 있는 것이어서 주목을 끈다.

(라) 이러한 이론적 논의는 지금도 계속되고 있다. 그리고 이와 같은 법패러다임의 차이는 법리, 나아가 재판실무에도 의미있는 차이를 가져올 수 있다. 가령 과실판단에 있어서 주관적 요소(당사자적 관점)와 객관적 요소(사회적 관점) 중 어느 것에 초점을 맞출 것인가, 징벌적 손해배상제도는 우리 법체계와 정합성을 가지는 것인가, 위자료의 제재적 기능은 어디까지 허용될 수 있는가, 직접 침해자가 아닌 자에게는 언제 어느 정도까지 불법행위책임을 부과하는 것이 타당한가 등에 있어서 교정적 정의론과 법경제학적 접근방법은 각각 다른 입장으로 연결될 가능성이 크다.

III. 민사재판과 법리

1. 법리의 중요성

민사사건의 결론에 이르게 있어서 법리는 매우 큰 비중을 차지한다. 형사재판, 행정재판 또는 헌법재판 등 다른 분야의 재판에서도 법리가 중요하게 작동한다. 그러나 상대적으로 민사재판의 법리의존도는 더욱 높다고 할 수 있다. 이러한 법리치중현상 또는 법도그마티에 대한 지나친 의존이 형식주의의 발현이라는 이유로 비판의 대상이 되기도 한다. 그러나 우리나라와 같은 성문법국가에서 실정법을 해석하는 안정적 논리체계의 중요성을 간과하여서는 안 된다.

한편 법리의 중요성은 사건의 성격에 따라 조금씩 다른 모습으로 나타난다.

⁵⁹⁾ 불법행위법 유럽위원회는 1993년 Jaap Spier 교수와 Helmut Koziol 교수를 중심으로 결성된 민간위원회로서 유럽 각국 및 이스라엘, 남아프리카 공화국, 미국의 학자들이 참여하여 2004년 10월 유럽불법행위법원칙을 확정하고, 2005년 이를 출판하였다(European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law : Text and Commentary*, 2005). 이러한 원칙이 바로 EU 각국에 구속력을 가지는 것은 아니지만, 향후 불법행위법 분야의 사법통합노력에 상당한 영향력을 미치게 될 것이다.

⁶⁰⁾ 유럽불법행위법 원칙의 국문 번역본은 Helmut Koziol(신유철 옮김), **유럽손해배상법 - 통일과 전망**-(2004), 125면 이하에 실려 있다.

우선, 오랜 세월에 걸쳐 형성되고 검증되어 온 법리가 직접 적용되는 사건에서 법리의 역할은 절대적이다. 하지만 경계적 사건에 있어서 법리의 역할은 불안정적이고 불명확하다. 이러한 사건에 있어서는 법리가 형성 중이거나 존재하지 않는다. 따라서 적용할 법리에 대한 법관들의 견해가 달라질 수 있다. 항소심과 상고심의 법리인식이 달라지거나, 상고심의 판단이 다수의견과 반대의견 등으로 갈라지는 경우가 이에 해당한다. 최근 대법원 민사판례 중에서는, 구부동산중개업법 소정의 부동산중개 수수료한도조항이 효력규정인지 여부,⁶¹⁾ 보험약관대출의 법적 성격,⁶²⁾ 현저하게 고율로 정하여진 금전소비대차계약상 이자약정의 효력 및 이에 기하여 임의지급한 이자의 반환청구 허용 여부⁶³⁾ 등에 있어서 이러한 예를 찾아볼 수 있다.

또한 법의 세부영역의 특성에 따라 법리의 비중이 달라지기도 한다. 예컨대 물권법이나 계약법에 비하여 불법행위법에서는 법리의 비중이 떨어진다. 이는 의사표시를 필수적 요건으로 하는 법률행위의 개념이 민법의 핵심을 차지하고 있는 체계적 특징과도 무관하지 않다. 이러한 체계 속에서 불법행위법과 같이 법률행위와 무관한 분야들은 아무래도 법률행위를 중심으로 사방으로 전개되는 공고한 법리망에 속하지 못한 채 민법의 변방으로 밀려날 가능성이 있다. 그러나 더욱 근본적인 이유는 우리나라 민법 제750조가 『고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다』라고 규정하여 불법행위에 관한 일반조항적 접근방법을 취하고 있기 때문이다.⁶⁴⁾ 이는 다양한 사회현상을 포섭할 수 있는 탄력성을 보장한다. 그 대신 정교한 법리를 세워나가기는 쉽지 않다. 따라서 불법행위법에서의 법리는 다른 민법 영역의 법리에 비하여 그 강고함과 정교함이 떨어지는 대신 이익형량적 사고가 지배한다. 결국 규칙보다는 기준이 강조되는 영역이다.

61) 대판(전) 2007. 12. 20, 2005다32159.

62) 대판(전) 2007. 9. 28, 2005다15598.

63) 대판(전) 2007. 2. 15, 2004다50426.

64) 이는 자신의 과책으로 손해가 발생한 자에게 배상책임을 지운다는 통칙적 조항을 두는 프랑스 민법 제1382조와 비슷한 태도이다. 또한 독일 민법 제823조와 제826조에서는 불법행위법의 유형을 열거적으로 규정하고 있으나, 실제 운용에 있어서는 일반조항을 둔 것과 비슷하게 그 적용범위를 확대하고 있다. 한편 영미법계에서는 불법행위가 개별유형화되어 있다. 따라서 개별유형에서 인정되는 소인(cause of action)이 인정되어야 불법행위 소송으로 나아갈 수 있다.

2. 법리의 고정성과 유연성

가. 법리의 고정성

법리는 법적 안정성을 증진하고, 행위지침을 제공한다. 즉 법리는 민사재판 이전단계에서 사람들의 행위를 적정하게 유도하여 분쟁을 예방한다. 일단 분쟁이 생기더라도 법관에게 유용한 판단지침을 제공하여 자의적 판단을 통제하고 법률해석을 균등화함으로써 결과에 대한 예측가능성을 부여한다. 분쟁에 관한 합리적 논의의 출발점을 제공한다는 점에서 사회적 비용을 줄이고, 재판실무의 부담을 덜어준다. 실정법 자체도 이러한 기능을 수행한다. 하지만 법리는 실정법을 소재로 하여 더욱 구체적으로 구조화된 논리체계이다. 특히 민법학에 있어서 법리는 매우 공고하게 짜여져 있다. 이는 장기간에 걸쳐 수많은 가치선택들이 축적되면서 조금씩 그 모습을 형성해 왔고, 다양한 각도에서 이루어진 검증의 파도를 견디어 온 구조물이다.⁶⁵⁾ 따라서 민법학에 있어서 법리는 더욱 효율적으로 그 기능을 수행하게 된다.⁶⁶⁾

그런데 이를 위해서는 법리가 어느 정도의 고정성을 확보하여야 한다. 만약 법리가 공고함과 안정성을 상실한다면 위와 같은 순기능은 상당 부분 감소할 것이다. 물론 아래에서 보는 것처럼 법리는 성문법에 반하지 않는 범위 내에서 수정, 변경될 수도 있다. 그러나 일반적으로 법리는 끊임없는 검증을 통하여 확립되어 왔다는 점에서 그 보편적 타당성이 추정된다. 따라서 법리의 실질적 내용을 변경할 만한 정당성이 있는지를 엄밀하게 검증하는 작업을 게을리 할 수 없는 것이다.

나. 법리의 유연성

법리에는 유연성도 요구된다. 법리는 선형적으로 주어지는 것이 아니다. 이는 어디까지나 사회현상을 올바르게 규율하기 위한 도구적인 틀이다. 이는 고정적인 실정법에 기반하는 것이지만, 그 틀을 깨지 않는 범위 내에서는 그 배후의

65) 趙弘植, “經濟學的 論證의 法的 地位”, **서울대학교 法學**, 제48권 제4호(2007. 12.), 166-167면에서는 비트겐슈타인이 언어를 고대도시에 비유한 것에 빗대어 민사법 영역을 작은 도로와 광장, 오래되고 새로운 집들, 다양한 시대를 거치면서 덧붙여진 집들의 미궁에 비유하면서, “고대도시의 도심 속의 미로와 그곳을 수놓은 기기묘묘한 건축물들에는, 어느 하나 버릴 것 없이, 그 시대를 산 사람들의 삶과 가치가 녹아있다.”라는 표현으로 민사법의 전통의 의미를 강조한다.

66) 다만 법리가 행위지침으로서 제대로 기능하려면 일반 국민들이 법리에 쉽게 접근할 수 있어야 한다. 이는 결국 법률전문가에 대한 접근이 얼마나 용이한가에 달려있다. 즉 법의 행위규범적 기능은 국민의 사법서비스 접근권과 밀접한 관련이 있다.

이론적, 가치적 문제나 현실 전면에 드러나는 재판실무상 문제와 연동하는 유연성을 가져야 한다. 이처럼 이론 또는 실무의 외부적 차원에서 변화의 자극과 동력을 부여받음으로써 기존의 법리를 성찰하고 수정할 가능성도 열려있어야 한다. 이와 같이 법리를 재해석하고 재창조하는 과정에서는 형식과 실질의 대립으로도 상징될 수 있는 고정성과 유연성의 형량 내지 조정작업이 필요하다.⁶⁷⁾

어쨌든 이러한 법리의 유연성 확보는 다음에 설명하는 바와 같이 재판실무가 수행하여야 할 중요한 기능 중 하나이다. 그리고 적어도 필자가 느끼기에는 실무자들은 세간의 오해와는 달리 법리를 형식적, 획일적으로 적용하기보다는 유연성을 가미하여 구체적 타당성을 꾀하는 경향이 있는 듯 하다.⁶⁸⁾ 이에 대한 설명은 실무 부분으로 미루기로 하고, 일단 이에 관하여 염두에 두어야 할 다음 두 가지 점만 언급하기로 한다.

우선 외국 법리의 수입에 관한 것이다. 우리나라의 법은 대륙법계의 강한 영향을 받았다. 이러한 모습은 전통적인 민사법 영역에서 더욱 강하게 드러난다. 따라서 이러한 영역의 법리형성에 있어서 독일(주로 학계)이나 일본(주로 실무계)의 영향으로부터 자유로울 수 없다.⁶⁹⁾ 실제로 독일이나 일본 등의 주석서를 참고하면 우리가 문제삼는 바에 대한 자료를 비교적 쉽게 구할 수 있고, 법체계 내에서의 위치나 의미도 비슷하여 우리의 문제에 바로 대입하기도 편리하다. 이에 비하여 영국이나 미국 등 영미법계의 영향은 아직 미미하다. 기본적인 개념부터 시작하여 전체적인 열개나 구체적인 체계에 이르기까지 차별성이 두드러진 관계로, 바로 수입하여 활용하기 어렵기 때문이다.⁷⁰⁾ 따라서 자칫 잘못하면

67) 가령 부당이득반환청구권의 소멸시효는 그 발생과 동시에 진행되고(대판 1966. 6. 21, 66다658 등), 권리존재의 부지 등 청구권의 행사에 대한 사실상 장애는 시효기간의 진행에 장애가 되지 않지만(대판 1982. 1. 19, 80다2626 등), 이러한 틀은 ‘정의와 형평’의 이념에 따라 수정될 수도 있다(대판 2001. 4. 27, 2000다31168; 대판 2003. 4. 8, 2002다64957, 64964).

68) 참고로 일본의 한 문헌에서는 법률가와 비즈니스맨의 계약에 대한 준수정도에 관한 실증적 조사를 통하여, 법률가의 계약관보다 비즈니스맨의 계약관이 더욱 계약준수에 투철하다는 점을 밝히면서, 법을 공부한 사람일수록 법적 논리의 불변성에 집착하기보다는 법의 유연성을 강조하는 경향을 보여준다고 한다. 加藤雅信, 契約法(有斐閣, 2006), 558-560면 참조. 상세한 조사내용은 加藤雅信, 藤本亮 編, 日本人の契約觀-契約を守る心と破る心(三省堂, 2005), 57면 이하 참조.

69) 그동안 우리 민법학의 일본 및 독일의존성에 관하여는 梁彰洙, “한국 민법학 50년의 성과와 앞으로의 과제”, 저스티스, 통권 제92호(2006. 7.), 209-213면 참조.

70) 가령 영미법계의 사법에서는 우리 민법학의 핵심 개념이라고 할 수 있는 법률행위에 상응하는 개념을 찾아보기 어렵다. 또한 불법행위에 있어서 위법성의 의미, 유상계약에 있어서 담보책임체계 등도 그러하다. 이는 단지 몇 가지 예일 뿐이다. 이러한 차이

우리의 법리를 형성해 나감에 있어서 몇몇 특정한 국가들의 법리에 지나치게 의존하는 경향이 생겨날 우려가 있다. 하지만 법리가 이론 또는 실무의 차원과 가지는 유기성을 감안한다면, 외국의 가치나 의식, 또는 외국의 실무에서 고려되는 실정을 충분히 염두에 두지 않은 채 법리만을 수입하여 이를 기계적으로 적용하는 것은 바람직하지 않다.

다음으로 특히 대법원 판결에서 실시되는 법리의 적용범위에 관한 것이다. 어떤 법리는 특수한 사실관계의 범위 내에서만 타당할 수도 있고, 어떤 법리는 일정한 유형의 사건에 보편적으로 적용될 수 있다. 이러한 적용범위의 차별성을 무시한 채 법리의 적용이 남용되는 것은 바람직하지 않다. 그런데 수많은 사건들을 단기간 내에 처리해야 하는 하급심의 업무환경 속에서는 아무래도 손쉽게 대법원 판례에 외견상 나타나는 판단의 틀에 기대는 경향이 나타나기 쉽다. 선례의 존중은 두말할 것 없이 가치있는 것이지만, 그 선례의 적용범위 내지 사정 거리에 관한 판단의 유연성도 중요하다.

IV. 민사재판과 실무

1. 실무의 중요성

가. 일반론

민사재판 그 자체는 실무의 영역에 속한다. 민사분쟁에 있어서 옳고 그름의

때문에 영미법상 논의들은 아직 우리 민법학을 검토하는 데에 충분한 자양분을 제공해 주지 못한다. 또한 그러한 논의들이 이루어지는 경우에도, 우리 문제와 쉽게 연결시키기 어려운 자료의 형태로 존재하면서 비교법적 검토의 구색을 맞추는 것에 불과한 때도 없지 않다. 전통적 사법분야에서는 독일권에서 유학한 학자들의 숫자에 비하여 영미권에서 유학한 학자들의 숫자가 매우 적다. 그러나 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), 유럽계약법원칙(The Principles of European Contract Law), 유니드트로아 국제상사계약원칙(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) 등 국제적인 통합사법에 있어서는 영미법의 영향이 상당하다. 또한 국제거래의 현실에 있어서도 영미법이 준거법으로 작동하는 경우가 많다. 우리 민법의 근간을 제공한 독일에서도 민법학자들 중 상당수는 미국에서 LL.M. 학위를 취득한 경력을 가지고 있다. 그러므로 전통적 사법학에서도 영미법에 대한 관심을 게을리하여서는 안 된다고 생각한다. 그리고 우리 민법학과 영미의 민법학 사이에 엄연히 존재하는 법리의 외형적 차별성을 극복하고 양자 사이에 다리를 놓는 방법의 하나는 법리의 배후에 공통적으로 존재하는 이론적, 가치적 문제에 관심을 가지는 것이라고 생각한다. 이러한 관심은 실정법 규정에 얽매일 때 부딪히게 되는 비교법적 검토의 제약을 뛰어넘을 수 있는 수단이다.

문제는 궁극적으로 민사재판을 통하여 가려진다. 그러한 의미에서 민사재판실무는 분쟁에 제도적인 의미의 종지부를 찍는 과정이다. 이러한 과정에는 법리가 동원된다. 법리는 구체적 범명제의 체계적 집합이다. 한편 이러한 범명제는 언어로 표현된다. 그러나 언어는 다의적이고 가변적이어서 다양한 현실을 모두 명확하게 담아내기 어렵다. 따라서 실무는 이러한 불완전한 언어로 표현된 논리체계와 실제로 존재하는 사건 사이의 상호작용 사이에 일어나는 갈등을 중재한다. 그리고 법의 사회적응성을 높이는 동시에 사회의 법적합성을 높이는 방법으로 양자의 간격을 좁혀나간다. 그 과정에서 흐릿하던 규범을 구체적 사실관계의 맥락 속에서 선명하게 만들어 나간다. 이것이 입법보충작용으로서 실무가 중요한 이유이다.

나. 실무에 특유한 두 가지 변수 : 사실인정과 소송절차

그런데 이처럼 규범이 사안 속에서 생명력을 얻어나가는 과정에는 실무에 특유한 두 가지 여과장치가 있다.

(1) 사실인정

하나의 사실인정이다. 이는 민사재판에 있어서 매우 핵심적인 비중을 차지한다. 상당수의 사건은 사실인정단계에서 승패가 결정된다. 물론 피고가 원고의 주장사실을 다투지 않거나, 명확한 증거가 있어 사실인정이 용이한 경우도 많다. 하지만 그렇지 않은 경우, 사실관계는 법관에 의하여 사후적으로 ‘구성’될 수 밖에 없다.⁷¹⁾ 심지어는 사건을 직접 경험한 당사자나 증인에게 있어서도 사실관계는 경험자의 입장, 관점, 이해관계 등에 의하여 쉽게 왜곡되거나 시간경과에 따라 희미해짐으로써 서로 모순, 저촉되기 십상이기 때문이다. 그러므로 법관의 사실인정의 본질은 당사자들의 불완전한 주장, 입증 속에서 경험칙에 기초한 평가작용을 통하여 사실을 규범적으로 형성해 나가는 데에 있다는 것이 더 솔직한 고백인지 모른다.⁷²⁾

71) 재판에 있어서 진실의 구성성에 대하여는 이상돈, **법이론**, 제2판(1997), 77-95면; 229-258면 참조.

72) Larenz의 표현에 따르면, 사안은 사건(Geschehnis)으로서의 사안과 표명(Aussage)된 사안의 두 가지 모습을 지닌다. 이는 실제 존재했던 사실관계와 소송절차를 통하여 나타나는 사실관계에 각각 대응시킬 수 있다. 한편 Larenz에 의하면, 판결의 성립요건으로서의 사안은 어디까지나 표명(Aussage)된 사안이며, 이는 형성되는 것이다. Larenz(註 20), S. 278 ff.

이미 민사소송법 제202조는 법원은 변론의 전취지와 증거조사의 결과를 참작하여 ‘자유심증’으로 ‘사회정의와 형평의 이념’에 입각하여 ‘논리와 경험의 법칙’에 따라 사실 주장의 진실여부를 판단한다고 규정함으로써 평가적 요소의 개입을 제도적으로 정당화하고 있다. 가령 언제 ‘소유의 의사’로 점유하였다고 볼 것인가?⁷³⁾ 채무불이행과 손해 사이에 인과관계는 어떻게 인정할 것인가?⁷⁴⁾ 불법행위법상 주의의무 판단기준이 되는 ‘평균적 인간상’ 또는 ‘합리적 인간상’은 어떻게 설정할 것인가?⁷⁵⁾ 이러한 문제들은 모두 사실인정이라는 외피 속에서 실제로는 평가작용이 이루어지는 예들이다. 이처럼 사실인정이 단지 과거의 사실관계를 그대로 가져와 기계적으로 재현하는 것이 아니기 때문에, 사실인정을 어떻게 할 것인가는 민사재판에서 매우 중요한 파급효과를 가져온다. 그리고 이는 실제로 법의 구현이 법률심보다는 사실심에서 더 큰 비중으로 이루어짐을 시사한다.

그런데 이러한 중요성에 비하여 아직 법관의 사실인정에 대한 학문적 관심은 미미하다. 여기에는 몇 가지 요인들이 있다고 생각한다. 우선 사실인정에 대한 학문적 접근은 필연적으로 심리학이나 통계학 등 법학 이외의 영역과의 제휴를 전제로 해야 한다. 그런데 법학계에서는 아직 이러한 학제간 접근방법이 충실히 자리잡지 못하고 있다. 또한 학문적 관심은 아무래도 법률심인 대법원의 판결들에 집중되기가 쉽다. 그러므로 상대적으로 사실심인 하급법원에서 주로 문제되는 사실인정에 대하여 관심이나 역력이 충분히 미치지 어렵다. 이러한 상황에서 법학의 아킬레스건이라고도 표현할 수 있는 이 영역에 대하여 법원 스스로 학문적 관심을 기울이기 시작한 점은 매우 주목할 만하다.⁷⁶⁾

(2) 소송절차

다른 하나는 민사재판의 절차법적 측면이다. 소송당사자는 사건에 가장 가까운 위치에 있었으므로 사건에 관하여 가장 많은 정보를 가지고 있다. 하지만 법원은 소송당사자를 통하여 제한된 정보를 획득할 뿐이다. 이처럼 당사자가 가지

73) 이에 관하여 대법원은 내심의 의사는 주관적, 자연적 요소가 아니라 점유권원의 성질 기타 관련 사정 등 객관적, 규범적 요소에 의하여 소유의 의사 여부를 판단하고 있다. 대판(전) 1983. 7. 12, 82다708, 709; 대판(전) 1997. 8. 21, 95다28625 참조.

74) 우리 판례와 통설이 취하는 상당인과관계설은 자연적 인과관계에 규범적 제한을 가하는 입장이다.

75) 이러한 인간상의 설정 역시 규범적이고 가상적일 수 밖에 없다.

76) 이에 관하여 裁判資料, 第110集, **사실인정방법론의 정립(형사재판편)**, 2006. 참조.

는 정보가 법원에 이전되는 과정은 소송절차에 의하여 규율된다. 그리고 소송절차진행은 이러한 정보의 비대칭상태의 해소과정에 영향을 미치고, 이는 궁극적으로 결론에 영향을 미친다. 가령 누구에게 입증책임을 지울 것인가, 증거신청을 받아들일 것인가, 서증과 인증 중 어느 쪽에 더 큰 증명력을 부여할 것인가, 석명권을 행사할 것인가, 종국적으로는 소송절차 내에서 법관과 당사자의 관계를 어떻게 정립할 것인가 등 수많은 절차적 요소들은 특정한 사건에 규범이 실현되는 데에 영향을 미친다. 이처럼 민사법이 추구하는 이념이나 정립한 법리는 단지 한 곳에 머물러있는 것이 아니라, 실제법과 절차법이 교차·융합하는 민사재판절차를 통하여 전체적, 동태적으로 형성되는 것이다. 소송절차가 가지는 이러한 중요성을 인식한다면, 소송절차를 진행하는 주체인 재판장의 역할은 이론-법리-실무의 전체 구도 안에서 결코 과소평가될 수 없을 것이다.

2. 실무의 기능

가. 틈 메우기와 직관의 기능

앞서 본 것처럼 실무가 규범의 선명화에 기여한다면, 실무의 중요한 기능 중의 하나는 규범과 현실 사이의 ‘틈 메우기’이다. 이는 경계적 사건에서 특히 두드러진다. 그렇다면 법관은 무엇을 근거로 이 틈을 메울 것인가? 그것은 직관인가?

아래에서는 바로 이 직관에 관하여 살펴보고자 한다. 이 글에서 염두에 둔 직관은, 단지 일상적인 육감, 느낌, 감정과 같은 차원이라기보다는 법관의 가치관, 사회현실에 대한 이해 및 솔하게 많은 사건에 직면하면서 형성된 직업적 차원의 법감각 또는 형평감각에 더 가깝다는 점을 먼저 밝혀둔다.

(1) 직관에 대한 비판적 입장

법관의 직관이 경계적 사건의 결론을 내리는 데에 영향을 미치는 것은 부인하기 어렵다. 하지만 이를 직접 다룬 국내 논문은 드물다. 다만 조규창 교수는 “논리와 직관 - 대법원민사판례를 중심으로 -”라는 글⁷⁷⁾을 통하여 우리 민사재판에 나타나는 직관중심적 경향에 관하여 비판적 분석을 행한 바 있다. 우선 그는 독일과 우리 나라의 판결을 다음과 같이 비교한다.

77) 조규창, “논리와 직관 -대법원민사판례를 중심으로-”, **대한변호사협회지**, 제101호 (1984. 10.), 35-40면.

“독일 판결이 실정법규정과 법이론의 정연한 논리적 조작의 체계적 산물임에 반하여 한국 판결은 노련한 경험적 직관에 의한 법발견의 산물이다. 독일 법원이 사안을 실정법체계에 따라 논리적·분석적으로 고찰함에 반하여, 한국 법원은 사안을 포괄적·전체적으로 파악하여 이 속에서 단도직입적으로 단숨에 핵심적인 결론을 이끌어낸다”

“그럼에도 불구하고 결론으로서의 판결은 적정타당하니 기이한 일이 아닐 수 없다. ... 이는 곧 한국 법원이 객관적, 논리적인 사유과정을 통하여 법을 발견한 것이 아니라 노련한 경험적 직관으로 법을 발견했음을 말해준다”.

그는 이러한 직관적 사고의 원인을 한국인의 법의식에서 찾는다. 그에 따르면 ① 서구인의 의사표시는 직설적이고, 가부가 분명하며, 과장이 없고, 논리지향적이지만, 한국인의 의사표시는 간접적이고, 애매모호하며, 굴절적이고, 논리단절적이어서 상대방의 의사를 경험적 직관으로 파악해야 하고, ② 서구적 사고방식은 유기적 생활관계를 분석하여 법적 의미있는 생활사실을 추출, 분리한 뒤 법적 규범현상의 객관적 인식에 도달하려는 절단의 기술(Scheidekunst)에 기초하여 있지만, 한국적 사고방식은 사물의 구성요소를 개별적으로 분석, 평가하기보다는 전체를 경험적 직관으로 파악하며,⁷⁸⁾ ③ 서구인은 옳고 그름에 대하여 많은 가치를 부여하지만, 한국인은 법적 정의보다는 법적 안정성, 개인의 권리보다는 생활공동체의 평화질서를 추구하며 논리의 극단을 피하려는 중용적, 절충적 사고의 경향이 현저하다고 한다.⁷⁹⁾ 이러한 법의식이 재판에도 영향을 미쳤다는 것이다. 조규창 교수는 결론 부분에서 이러한 “직관에 의한 법발견”은 전통사회의 문화적 산물이라고 지적하면서, 그 이면에 있는 논리의 빈곤현상은 극복되어야 할 유산이라고 주장한다.⁸⁰⁾

(2) 직관의 긍정

위와 같은 논의는 “직관에 의한 법발견”이라는 관찰 속에서 당해 사건 안에서 가장 형평에 맞는 결론을 내리려는 법관의 경향성을 잘 포착하고 있다고 생

78) 그는 동양화의 전체적 구도, 한약의 처방, 표의문자로서의 한자의 사용, 한식밥상의 차림이나 비빔밥 등이 이러한 포괄적 사고의 구체적 발현이라고 한다.

79) 그는 이러한 태도를 한국 법문헌에 있어서 절충설에 대한 압도적 선호현상과 연결시키고 있다.

80) 조규창, 위의 글(註 77), 40면.

작한다. 그러한 점에서 충분히 경청할 만한 가치가 있다. 하지만 다음과 같은 의문도 있다.

(가) 우선 이 글을 작성할 당시 존재하였던 우리의 법의식은 여전히 그 모습을 유지하고 있는가? 이에 대하여 쉽사리 그렇다고 대답하기는 어려울 것이다. 그 당시 우리 사회의 주된 배경을 이루었던 전통사회적 요소들은 이미 급격한 사회변화 및 의식변화 속에서 감소하고 있기 때문이다. 그러므로 우리 법의식에 대한 관찰의 타당성은 일정한 정도 상실된 것이 아닌가 생각한다.

(나) 또한 우리나라 판결이 “단도직입적으로 단숨에 핵심적인 결론을 이끌어 낸다”고 일반화할 수 있는 것인가? 판결서에 나타난 논리의 풍부함 또는 치밀함의 부족을 탓할 수 있을지는 모른다. 실제로 일본이나 미국, 독일 등 다른 나라의 판결서들과 비교하여 보면 그러한 경향성이 없지 않다. 이는 과중한 사건부담과도 관련이 있다. 그러나 ‘논리의 생략’을 논하는 것은 실제 판결서 작성실무에 비추어 볼 때 과장된 면이 있다.

(다) 무엇보다도 이러한 직관개입의 현상이 우리나라 민사재판에만 국한되는 특유한 현상인지 의문이다. 미국의 법현실주의 진영도 법은 판사의 직관에 의하여 인식되고 선언되는 것이라는 과감한 주장을 전개한다. 예를 들어 법관이자 법현실주의의 주창자 중 하나였던 조셉 허치슨(Joseph Hutcheson)은, 법은 단순한 논리로 치환될 수 없고, 법관들도 법을 기계적으로 적용하는 기술자가 아니라고 주장하면서, 법관들은 가능한 모든 자료들을 검토한 뒤 본능(intuition) 또는 직감(hunch)을 통하여 결론에 이른다고 하였다.⁸¹⁾ 그에 따르면 이러한 직관은 올바른 판단을 담보하는 필수적인 요소이다. 또한 UCC(미국 통일상법전) 제정에 지대한 역할을 수행한 칼 르웰린(Karl Llewellyn)은 판결을 결정하는 요소로 법원이 현재 가지고 있는 전통(the current tradition of the court), 현재 가지고 있는 기질(the current temper of the court) 그리고 상황감각(the sense of the situation as seen by the court)을 들기도 하였다.⁸²⁾ 따라서 우리나라의 특수한 문화적 배경이 민사

⁸¹⁾ Hutcheson의 이러한 주장은 그의 유명한 논문인 “The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision”, 14 *Cornell L.Q.* 274 (1929)에 실려 있다. 이 저널은 구하지 못하였으나, *South Texas Law Review* 1998년 가을호 889면 이하에서 그의 논문 전문을 게재하고 있다.

⁸²⁾ Karl Llewellyn, “Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Cannons about How Statutes are to be Construed”, 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950), 미국 학연연구소편, **미국 사회의 지적 흐름(법)**(서울대학교 출판부, 1999), 40면(최봉철 집필부분)에서 재인용.

재판에 영향을 미치는 점을 부인하기는 어렵지만, 이것만으로 민사재판에 있어서 법관의 직관이 개입하는 현상을 설명하려는 시도에는 다소간의 무리가 있다.

결론적으로 말하자면, 재판의 결과가 판사의 개인적인 이해와 경험의 내용, 법원의 문화, 법관의 사회화 과정, 법관의 정치적 지향, 사회적 지위, 인성, 법체계 안팎의 이데올로기적 전통, 권력상황, 여론상황, 경제적·역사적·심리적 요소 등 법체계 외적 요소에 의하여 영향을 받는 것은 부인하기 어려운 사실이다. 특히 경제적 사건의 판단과정에 법관의 직관이 반영되는 것은 불가피하다. 또한 의도되었던 의도되지 않았던 실정법이나 이에 기초한 법리에는 여백이 있을 수밖에 없고, 그러한 여백은 결국 법관의 형평감각이나 직관에 의하여 보충될 필요성도 있다. 그러한 의미에서 법관의 직관의 존재와 필요성은 긍정되어야 한다.⁸³⁾

나. 우리 민사재판에 있어서 직관의 기능

(1) 특히 서구법을 계수한 실정법의 토대 위에서 행하여지는 우리 민사재판에 있어서 법관의 직관은 또다른 의미를 가질 수 있다. 서구법에 내재한 가치들을 관념적으로 받아들이는 것은 어렵지 않다. 그러나 그 가치들이 단기간내에 우리의 법적 관행과 법의식 속에까지 스며드는 것은 어려운 일이다. 함병춘 교수는 그의 저서에서 “한국이 직면한 곤경은 실정법 규범들이 ‘살아있는 법의 규범적 관습’(the normative customs of the living law)의 지지를 얻지 못할 뿐만 아니라 이 두 체제는 사실상 서로 충돌을 일으키고 있다”는 점을 지적한 바 있다.⁸⁴⁾ 그리고 우리 사회의 전통적 규범공동체에 존재하는 ‘규범적 관습’은 긴밀한 인간관계로 형성된 ‘우리’ 공동체 내의 단단한 결속성과 그 공동체 밖에 있는 존재에 대한 배타성이다.⁸⁵⁾ 이러한 공동체 내부에 있어서 사적인 분쟁의 해결방식은

⁸³⁾ 이러한 사법재량의 문제는 주로 공법 분야에서 많이 다루어져 왔다. 그러나 전형적 민사재판은 헌법재판이나 행정재판과 다른 양상을 가지고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 민사재판은 국가 대 사인(私人)의 구도가 아니라 사인 대 사인의 구도를 가지고 있고, 판결에도 대세적 효력이 인정되지 않는다. 민사재판의 결과가 야기하는 정책적 효과는 간접적일 뿐이다. 그러므로 민사재판에 있어서 사법재량이 입법부의 입법권에 미치는 영향은 상대적으로 적다. 따라서 주로 권력분립의 원칙과의 관계에서 제기되는 사법재량에 대한 회의적 태도는 민사재판에 있어서는 훨씬 감쇄될 수 밖에 없다.

⁸⁴⁾ Pyoung-choon Hahm, “The traditional Patterns of Authoritative Symbols and the Judicial Process in Korea: A Study in Legal Culture and Legal Development”, in Pyoung-choon Hahm, *Korean Jurisprudence, Politics and Culture*, Yonsei University Press, 1986, 153면.

일도양단의 방식이 아니라 상호양보와 절충의 방식으로 나타난다.⁸⁶⁾ 우리의 법의식이 과연 소송기피적인지, 또한 절충적 해결을 선호하는 것인지 단정하기는 쉽지 않다.⁸⁷⁾ 그러나 적어도 다음과 같은 점은 이야기할 수 있을 것이다. 첫째, 우리나라와 서구의 법이 비슷한 모습을 가지고 있더라도 법의식이나 법현실 또는 사회구조가 서로 다르다. 둘째, 우리나라는 역사적, 문화적으로 볼 때 서구에 비하여 개인주의와 자유주의의 전통이 약한 반면, 도덕적 공동체를 지향하는 유교문화의 전통이 강하다. 이러한 요인들로 인하여 법과 법의식 내지 법현실의 분리는 어느 정도 불가피하고, 법을 운용하는 실무가들은 주어진 재량범위 내에서 이를 메우는 역할을 수행한다.

(2) 실제로 우리나라에도 이러한 규범과 의식 또는 규범과 현실 사이의 간극을 메우는 판결경향들이 일부 발견된다.

법적 관행 또는 환경으로 인하여 기존 법리의 엄격함이 완화되는 사례들이 있다. 가령 구민법상 의사주의가 현행 민법의 형식주의로 바뀌면서 미등기부동

85) 김정오, **한국의 법문화**(나남출판, 2006), 제6장 전통적 규범공동체의 원형과 해체, 133면 이하 참조.

86) 이러한 법의식에 대한 분석 및 결과는 일본 문헌에서도 유사한 내용으로 나타난다. 川島武宜, **日本人の法意識**, 岩派書店, 1967, 98면 이하; 内田 貴, **契約の時代**(부제: 日本社會と契約法)(岩波書店, 2000), 54-59면 참조. 이은영, “한국의 계약문화”, **법과 사회**, 16·17 합본호(1999), 293면에서는 한국 계약문화의 특징의 하나로 인적 연계망 내의 계약과 그 밖의 계약을 나누고, 인적 연계망 내의 계약에서는 소송을 통한 분쟁해결을 기피하고 양보와 타협으로 분쟁을 종결짓는다는 점을 지적하였다. 한편 린다 루이스(Linda Lewis)는 1979-1980년 사이 13개월에 걸쳐 광주지방법원에서 현지조사 및 자료수집을 한 뒤, 1984년 컬럼비아 대학교에서 “한국의 한 지방법원에서의 중재와 사법과정(Mediation and Judicial Process in a Korean District Court)”이라는 논문으로 박사학위를 취득한다. 그녀는 전통적으로 한국인이 법절차를 분쟁해결수단으로 사용하기를 꺼리고 화해가 상당한 영향력을 행사하며, 법정의 판사는 적극적으로 중재자의 역할을 수행한다고 관찰하였다. 그녀의 표현에 따르면 한국의 민사법정은 “분쟁을 심판하는 장소라기보다는 오히려 판사 앞에서 불평을 토로하고 판사가 소송당사자로 하여금 호의적 타결에 이르도록 돕는 중재자로 행동하게 하는 장소”이다. 이상의 내용은 이문웅, “법인류학의 연구영역과 방법”, **법과 사회**, 제8호(1993), 198면 이하 및 韓培浩·朴贊郁 共編, **韓國의 政治葛藤: 그 類型과 解消方式**(法文社, 1992) 중 제6장 부분 참조.

87) 함병춘 교수의 저서에 대한 비판에 관하여는 梁建, “韓國과 日本 間의 比較法文化論을 위한 序說: 威秉春과 川島武宜를 넘어서”, **저스티스**, 제34권 제1호(2001), 90면 이하 참조. 또한 한일간 사법부의 역할 차이를 사회문화적 맥락에서 파악한 崔大權, “比較社會·文化的 文脈에서 본 司法積極主義와 司法消極主義”, **서울대학교 法學**, 제46권 제1호(2005. 3.) 참조.

산이 속출하였다. 이때 미등기부동산을 사실상 소유하는 자를 어디까지 보호할 것인가 하는 문제가 생겼다.⁸⁸⁾ 이를 해결하기 위하여 여러 차례 특별조치법들이 제정되었다. 그러나 그것만으로는 메워질 수 없는 간극을 메우기 위하여 소유권 이전등기청구권의 소멸시효 완성을 제어하는 전원합의체 판결들이 나왔다.⁸⁹⁾ 대판(전) 1976. 11. 6, 76다148은 형식주의의 채택 및 특별조치법들의 시행에도 불구하고, 등기를 하지 않았어도 이를 인도받아 사용, 수익하는 자가 사실상 소유자로 보호받아야 마땅하다는 당시의 법의식이나 부동산거래의 실정을 고려한 판결이다.⁹⁰⁾ 또한 대판(전) 1999. 3. 18, 98다32175는 부동산 미등기전매가 일상적으로 행해지고 부동산가격이 지속적으로 상승하는 우리의 현실과 관련이 있다. 최초 매도인은 이미 부동산가격이 오른 상태에서 등기이전에 선뜻 협력하지 않을 것이다. 최종 매수인은 변호사에게 자문을 받거나 변호사를 선임하지 않는 이상⁹¹⁾ 채권자대위권에 의한 등기청구권 행사는 낯선 방법일 수도 있다. 이때에 최종 매수인을 권리 위에 잠자는 자라고 하여 그 보호를 거두는 것은 우리의 법의식이나 법적 현실에 비추어 타당하지 않다고 여겼던 것이 아닐까?⁹²⁾

이와 같이 물권변동에 관한 형식주의와 법의식의 간극을 메우기 위한 또다른 판례이론으로 구분소유적 공유관계를 들 수 있다. 토지 중 일부를 특정하여 소유하는 경우에는 이를 분필하여 등기를 마치는 것이 법이 상정하는 정상적 모습이었다. 그러나 현실 속에 존재하는 모습은 이러한 절차를 거치지 않은 채 토지 전체에 대하여 공유지분등기를 마치고 내부적으로는 그 중 일부만 특정하여

88) 민법 부칙 제10조는 민법 시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 민법 시행일로부터 6년 이내에 등기하지 아니하면 그 효력을 잃는다는 경과규정을 두고 있다.

89) 대판(전) 1976. 11. 6, 76다148에서는 시효제도의 존재이유에 비추어 보아 부동산 매수인이 그 목적물을 인도받아서 이를 사용, 수익하고 있는 경우에는 그 매수인의 등기청구권은 다른 채권과 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 판시하였다. 나아가 대판(전) 1999. 3. 18, 98다32175에서는 부동산 매수인이 이를 인도받아 사용, 수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 보았다.

90) 위 전원합의체 판결에서는 등기청구권이 시효로 소멸함으로써 이미 인도완료된 매매목적물이 매도인에게 환원되는 것은 “우리나라 부동산 거래의 현실정에 비추어” 심히 불합리하다는 것을 주된 이유의 하나로 제시하고 있다.

91) 이 때에는 지금보다도 훨씬 변호사 사무실의 문턱이 높았음을 고려하여야 한다.

92) 이를 추측케 하는 것으로서 위 전원합의체 판결의 반대의견 참조. 반대의견은 다수의견의 실질적인 배경이 “부동산등기의 실태”, “법의식”, “현실적 필요성” 등에 있음을 전제로 하여 이에 대한 논박을 행하고 있다.

사용하는 것이었다. 이에 대하여 판례는 상호명의신탁이라는 개념을 통하여 현실과 법의 틈을 메운다.⁹³⁾

사실상 도로의 부당이득반환청구에 관한 배타적 사용수익권 포기의 법리도 유사한 배경을 가지고 있다.⁹⁴⁾ 1960년대 후반 이후 급속한 개발과정을 거치면서 정식의 도로개설절차를 거치지 않은 사실상 도로가 다수 발생하였다. 이와 관련하여 1970년대부터 사실상 도로에 관한 부당이득반환청구소송이 제기되기 시작하였다. 법논리대로만 하자면 지방자치단체의 점유가 인정되는 이상 부당이득반환청구를 배척하기는 어려운 상황이었다. 실제로 1980년대 중반에 이르기까지 지방자치단체의 점유를 인정하면서도 부당이득반환청구를 배척한 사례는 거의 찾아볼 수 없었다.⁹⁵⁾ 그러나 지속적으로 제기되는 사실상 도로 분쟁 가운데에는 적어도 법원의 입장에서 볼 때에 정의관념상 쉽게 원고의 손을 들어 주기 어려운 사례들이 상당수 있었던 듯 하다. 원고가 자발적으로 자신의 토지를 사실상 도로로 제공하여 오랫동안 아무런 문제를 삼지 않다가 뒤늦게 국가 또는 지방자치단체를 상대로 금전지급을 구하는 것은 부당한 권리행사로 비추어질 수 있었다. 또한 이로 인하여 야기될 공적인 재정부담도 고려하지 않을 수 없는 것이었다. 따라서 이러한 사례들에서 원고의 청구를 배척할 논리를 개발할 필요가 있었을 것이다. 결국 1980년대 중반 이후부터는 배타적 사용수익권에 관한 법리가 본격적으로 형성되기 시작하였다. 이러한 사회적 배경 아래 법원은 사유재산권 보호와 공공이익보호, 자발성과 효용성의 충돌 속에서 탄력있게 원고의 청구를 제한하거나 허용하는 핵심적인 도구논리로 이를 활용하게 되었다.⁹⁶⁾ 이 역시 손실보상의 회색지대로 인하여 발생한 특유한 문제점에 대응하기 위하여 물권법의 고유 법리가 변형된 사례의 하나이다.

일부 무효에 관한 원칙의 변형운동도 그 예이다.⁹⁷⁾ 민법 제137조는 「법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지

93) 대판 1962. 2. 22, 4292민상1025 판결 이후 다수.

94) 이하는 拙稿, “排他的 使用收益權 拋棄 法理에 관한 批判的 檢討”, 서울대학교 法學, 제47권 제4호(2006. 12.), 326면에서 발췌하거나 요약한 것이다.

95) 유일한 예외로 배타적 사용수익권을 행사할 수 없다면 손실도 인정되지 않는다고 판시하여 최초로 배타적 사용수익권의 문제를 언급한 대판 1974. 5. 28, 73다399 참조.

96) 대표적으로 대판 1991. 7. 9, 91다11889.

97) 이 부분은 2007. 4. 23. 제300회 민사판례연구회에서 행하여진 강승준 부장판사님의 질의와 양창수 교수님의 논평에 터잡은 것이다.

아니한다」라고 규정한다. 그러나 이러한 규정은 그 문면상의 취지대로 운영되지 않는 듯 하다. 예컨대 대법원은 금전소비대차계약과 함께 이자의 약정을 하는 경우, 양쪽 당사자 사이의 경제력의 차이로 인하여 그 이율이 당시의 경제적·사회적 여건에 비추어 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정하여졌다면, 그와 같이 허용할 수 있는 한도를 초과하는 부분의 이자 약정에 한하여 무효로 취급하였다.⁹⁸⁾ 이 때 대주(貸主)에 초점을 맞추면 “그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것”이라고 의사해석을 하기는 쉽지 않다. 고위험 채무자에 대한 고율의 이자 부과가 금전소비대차계약의 핵심이었고, 고율의 이자부과가 불가능하였다면 대주로서는 고위험을 무릅쓰고 계약을 체결하려고 할 이유가 없었기 때문이다. 그러나 그렇다고 하여 ‘일부 무효=전부 무효’의 원칙을 관철시킨다면 차주(借主)는 빌린 돈 전부를 부당이득으로 반환하여야 하는 상황에 처하게 되어 오히려 차주에게 불리하다. 그러므로 여기에서 ‘일부 무효=전부 무효’의 원칙은 뒤로 물러서고 오히려 ‘일부 무효=잔부 유효’가 원칙으로 들어서게 된다.

다. 직관의 통제

직관의 존재와 필요성을 긍정한다고 하여, 이러한 직관이 아무런 견제도 받을 필요성이 없다는 논리로 연결되지는 않는다. 법관의 직관 또는 실무감각은 이론-법리-실무의 전체 체계 내에서 조화롭게 발현되어야 한다. 즉 직관은 1차적으로는 오랜 검증을 거쳐 상당한 타당성을 획득한 법리의 틀을 쉽사리 깨뜨리는 것이어서는 안 되고, 2차적으로는 근본적인 이론적 차원에서도 정당화될 수 있어야 한다.

판결에 반영된 직관은 제도내적으로는 상급심의 통제를 받게 된다. 나아가 제도외적으로는 다른 주체와의 담론을 통하여 자연스러운 견제가 일어날 수도 있다. 전문위원제도나 판결전 공론화제도 등 소송과정에서 외부적 시각을 반영하는 것이 그 예이다.

또한 판결서 작성방식도 이와 깊은 관련이 있다. 판결은 소송절차의 종국점이지만, 다른 한편 새로운 담론의 출발점일 수 있다. 따라서 이러한 출발점으로서의 판결의 기능에 주목한다면, 판결서를 어떻게 작성할 것인가 하는 점은 단지 재판실무만의 문제로 그치는 것은 아니다. 판결서의 간이화 움직임은 전체적인

⁹⁸⁾ 대판(전) 2007. 2. 15, 2004다50426.

사법 효율성을 높이는 긍정적 효과가 있다. 그러나 충실한 이유제시가 요구되는 소수의 경제적 사건에 있어서까지 간이화를 도식적으로 추구할 것은 아니다. 판결서에 이유를 충실히 제시하는 것은 ① 법원이 스스로를 통제하고(내부적 정당화), ② 이를 토대로 외부적 토론을 유도하며(외부적 정당화), ③ 이를 통하여 가능한 범위 내에서 일정한 기준 또는 규칙을 형성하는(정당한 척도의 생성) 순기능이 있기 때문이다.⁹⁹⁾ 이는 특히 이익형량이 필수적인 사건에서 더욱 그러하다. 이처럼 판결을 사회적 담론의 중심에 위치시키는 것은 사법부에 불편한 면도 있으나, 이를 통하여 사법부의 기능과 역할을 선명하게 부각시키는 면도 있다.

하지만 법관의 직관 또는 사법재량의 행사에 끝까지 개입하는 것은 불가능하기도 하고, 바람직하지도 않다. 판단과정 가장 깊숙이 위치하여 최종적으로 남아있는 법관의 직관 또는 사법재량은 결국 헌법 제103조적 의미의 “양심”에 따라 행사될 수 밖에 없다. 이는 궁극적으로 법관의 양성이나 선발 문제와도 연결된다. 즉 법관의 직관을 완전히 제거할 수 없다면, 어떤 사람이 법관이 되는가가 현실적으로 중요한 의미를 가지기 때문이다.

V. 논의의 정리와 새로운 문제의식 - 결론에 대신하여

지금까지 민사재판에 작용하는 이론, 법리, 실무의 세 가지 측면을 분리한 뒤 각 영역에 특유한 문제점들을 논의하였다. 이를 최대한 요약하면 “안정화(법리) ⇒최적화(실무)⇒정당화(이론)”로 정리할 수 있다.¹⁰⁰⁾

법리는 민사재판의 실제적 규범을 형성하는 것으로서, 법적 안정성과 예측가능성을 높이고 합리적 판단의 틀을 제공함으로써 분쟁과 관련된 비용을 최소화한다. 이는 법리의 안정화 기능이라고 부를 수 있다. 민사법학은 오랜 역사를

99) 필자는 다른 글에서 이러한 취지로 미력한 견해를 표시한 바 있다. 拙稿, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 2008. 2. 18. 제308회 민사판례연구회 발표문(미공간), 26면 및 “통정허위표시로 인한 법률관계에 있어서 파산관재인 제3자성”, **법조**, 통권 제608호, 2007. 5., 90면 참조.

100) 일반론으로서의 이론, 법리, 실무의 순서로 설명하는 것이 더 자연스럽다고 여겨져서 이 글의 본문에서는 그러한 순서에 따라 논의하였다. 하지만 실제 판단과정에 있어서는 법관은 대체로 우선 법리에 의거하고 실무가로서의 직업적 직관을 통하여 법리적 틀에 대한 미세조정을 행한다. 그리고 최종적으로는 그 결론이 궁극적으로 정당화될 수 있는지에 관한 가치적, 이론적 고민을 행한다. 따라서 일단 일반론적 설명이 이루어진 이상 여기에서는 편의상 세 가지의 순서를 바꾸어 서술한다.

통하여 공고하고 세밀한 법리체계를 구축하여 왔으므로, 실제 민사재판에서 법리의 안정화 기능은 큰 효용을 발휘한다. 이러한 법리의 안정화 기능은 각종 특별법을 제정하는 데에도 고려되어야 한다. 그렇지 않다면 그동안 검증되고 형성되어 온 사법학의 법리와 사회수요에 따라 때마다 제정되는 각종 특별법 사이에서 정합성을 유지하기 어렵기 때문이다.

실무는 법리의 안정화 기능의 토대 위에서 최적화(最適化) 기능을 수행한다. 미시적으로는 추상적 법리와 개별적 사건 사이에, 거시적으로는 전체적인 이론체계와 변화하는 사회현실 사이에 조정을 행한다. 실무는 법리의 존중 위에서 행해지는 것이지만, 이는 맹목적 복종이 아니라 비판적 존중 내지 성찰적 추종이어야 한다. 실무는 규범과 현실의 역동적인 관계를 가장 생생하게 포착해내고, 그 충돌로 인하여 발생하는 긴장관계를 해소하기 위하여 끊임없이 규범에 대하여 비판적으로 고민하는 역할을 수행하기 때문이다.

이론은 법리와 실무의 한 발자국 뒤에서 이들을 정당화해주는 기능을 수행한다. 재판에서 등장하는 쟁점들은 그 껍질을 하나씩 벗겨나가면 궁극적으로 인간과 사회를 어떻게 바라볼 것인가, 또한 민주주의와 법치주의의 가운데에서 법원은 어떠한 역할을 수행하여야 하는가 하는 문제에 귀착되는 때가 많다. 이론은 이러한 결정적 순간에 돌아보고 의지할 수 있는 것이다. 이론이 구체적인 문제에 대하여 항상 구체적인 답변을 주지는 않는다. 그러나 구체적인 문제를 근본적인 가치의 거울에 비추어 보고 고민할 수 있는 기회를 제공한다. 또한 법해석학의 바탕에 흐르는 변화의 동력으로 기능한다.

이처럼 이론, 법리, 실무는 민사재판의 장에서 각각 특유하지만 상호연결된 기능을 수행하면서 민사법의 이념이 충실히 구현될 수 있도록 협력한다. 이를 통하여 가치, 논리, 직관이 연결되고, 철학적 지식과 경험적 지식이 연결된다. 상호자극을 통하여 각 영역이 더욱 건강하게 발전할 수 있다. 그런데 이러한 협력은 단지 관념적인 차원의 문제만은 아니다. 그 협력관계는 실무가와 연구자, 법조계와 법학교육계, 재판과 사법행정 등의 협력과 같은 실천적 차원의 움직임이 뒷받침될 때 더욱 생산적으로 형성될 수 있기 때문이다. 이는 “의사소통”과 “역할분담”을 통하여 가능해진다. 이를 어떻게 이루어낼 것인가는 앞으로 고민해 보아야 할 새로운 문제의식을 형성한다.

가령 실무가가 사건을 풀어나가는 과정의 굵이굵이마다 직면하는 수많은 생생한 물음 또는 생각거리들은 판결문에 드러나지 않은 채 사장(死藏)되고 만다. 격무 속에서 매일 사라져가는 이러한 건강하고 신선한 생각거리들이 거칠고 투

박한 상태 그대로 연구자들에게 연구소재로 제공되고, 이것이 연구성과물로 실무계에 환류(feed-back)될 수는 없는 것인가? 이러한 소박하고 일상적인 교류가, 지나친 비교법적 검토경향을 넘어서서 우리의 실정과 수요에 기반한 법학을 발전시키는데에 기여할 수는 없는 것인가?

또한 민사재판에 있어서 이론-법리-실무의 위치지움은 민사재판을 수행하는 법률가가 갖추어야 할 능력이나 덕목에도 영향을 미친다. 이는 법률가를 양성하는 법학전문대학원의 교육방향에 어떠한 시사점을 가지는가? 법학전문대학원과 실무계는 이러한 법률가 양성과정에서 어떻게 역할분담을 해야 마땅한가? 법학전문대학원이 이론과 법리 차원의 교육을 소홀히 하면서까지 실무가를 양성하는 것은 이러한 역할분담체계 속에서 바람직한 것인가?

나아가 이는 법관의 모습에도 영향을 미친다. 바람직한 법관상은 무엇인가? 근본적인 이론이나 가치체계, 일반적인 법리에 정통하여 세부 문제들을 하나로 “통합”해낼 수 있는 제너럴리스트인가, 사회현실 속에서 벌어지는 전문적 분쟁을 실무적으로 능숙하게 “분석”하고 해결할 수 있는 스페셜리스트인가? 이러한 법관상은 거꾸로 법학교육계에 어떠한 시사점을 던져주는가? 법원행정처를 중심으로 하여 제공되는 각종 재판실무 가이드라인들은 이러한 법관상에 어떠한 영향을 미치는가?

이처럼 민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무의 문제는 비단 관념적 차원 뿐만 아니라 실천적 차원에서도 여러 가지 시사점과 파급력을 가진다. 첫 머리에서 밝혔듯이 이 글은 이러한 커다란 문제를 온전하게 담아내기에는 여러모로 역부족이다. 하지만 이러한 유형의 주제를 논의할 때에는 옹당 다양한 목소리와 관점이 필요하다. 그동안 거의 정면으로 논의되지 않았던 이 주제에 관하여 하나의 작은 목소리를 더한 것에서 이 글의 의미를 찾고자 한다.

참고문헌

※ 최근 문헌순

1. 국내문헌

가. 단행본

위르겐 하버마스 저, 한상진·이상도 공역, **사실성과 타당성**, 再版, 2007.

權英俊, **著作權侵害判斷論**, 博英社, 2007.

郭潤直, **民法總則**, 第七版, 2006.

裁判資料, 第110集, 사실인정방법론의 정립(형사재판편), 2006.

김정오, **한국의 법문화**, 나남출판, 2006.

로렌스 M. 프리드만 지음, 안경환 옮김, **미국법의 역사**, 2006.

Helmut Koziol(신유철 옮김), **유럽손해배상법 - 통일과 전망 -**, 2004.

오세혁, **법철학사**, 2004.

미국학연구소편, **미국 사회의 지적 흐름(법)**, 서울대학교 출판부, 1999.

이상돈, **법이론**, 제2판, 1997.

韓培浩·朴贊郁 共編, **韓國의 政治葛藤 : 그 類型과 解消方式**, 法文社, 1992.

Pyoung-choon Hahm, "The traditional Patterns of Authoritative Symbols and the Judicial Process in Korea: A Study in Legal Culture and Legal Development", in Pyung-choon Hahm, *Korean Jurisprudence, Politics and Culture*, Yonsei University Press, 1986.

나. 논문

尹眞秀, "補助生殖技術의 家族法的 爭點에 대한 근래의 動向", **서울대학교 法學** 제49권 제2호, 2008. 6.

趙弘植, "經濟學的 論證의 法的 地位", **서울대학교 法學** 제48권 제4호, 2007. 12.

權英俊, "인터넷상 情報에 대한 接近 및 取得行爲의 違法性", **比較私法** 第14卷 第3號, 2007. 9.

_____, "통정허위표시로 인한 법률관계에 있어서 파산관재인의 제3자성", **법**

- 조 통권 제608호, 2007. 5.
- 梁彰洙, “한국 민법학 50년의 성과와 앞으로의 과제”, **저스티스** 통권 제92호, 2006. 7.
- 尹眞秀, “變化에 직면한 家族法”, **계약법의 과제와 전망 : 慕原 金旭坤教授 停年退任 紀念論文集**, 2005. 4.
- 崔大權, “比較 社會·文化的 文脈에서 본 司法積極主義와 司法消極主義”, **서울대학교 法學** 제46권 제1호 2005. 3.
- 장영민, “자유법론의 형성과 전개과정”, **법학논집(이화여대)** 제7권 제1호, 2002
- 梁 建, “韓國과 日本 間의 比較法文化論을 위한 序說 : 咸秉春과 川島武宜를 넘어서”, **저스티스** 제34권 제1호, 2001.
- 고영남, “영미계약법에서 의사이론의 전통 - 프리드의 학설을 중심으로 -”, **安岩法學** 제12호, 2001.
- 李英俊, “民法의 指導原理로서의 私的 自治 - 民法改正草案에 言及하여-”, **法曹** 통권 527호, 2000.
- 金永煥, “법도그마틱의 개념과 그 실천적 기능”, **한양대 法學論叢** 제13집, 1996. 10.
- 이은영, “계약에 관한 법철학적 고찰”, 한국법철학회 편, **현대법철학의 흐름**, 1996.
- 이문웅, “법인류학의 연구영역과 방법”, **법과 사회** 제8호, 1993.
- 이회창, “사법의 적극주의”, **서울대학교 법학** 제28권 제2호, 1987.
- 조규창, “논리와 직관 -대법원민사판례를 중심으로-”, **대한변호사협회지** 제101호, 1984. 10.

2. 외국문헌

가. 단행본

- Brian Bix, *Jurisprudence -Theory and Context*-(4th ed.), 2006.
- 加藤雅信, **契約法**, 有斐閣, 2006.
- 藤本亮 編, **日本人の契約觀-契約を守る心と破る心**, 三省堂, 2005.
- European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law : Text and Commentary*, 2005.

- Farnsworth, *CONTRACTS*, 4th ed., 2004.
- Ole Lando, Eric Clive, Andre Prum, Reinhard Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003
- Ernest J. Weinrib(ed.), *Tort Law*, 2002.
- 吉田邦彦, **民法解釋と揺れ動く所有論**, 有斐閣, 2002.
- 内田 貴, **契約の時代**(부제 : 日本社會と契約法), 岩波書店, 2000,
- Cass R. Sunstein(ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000.
- Ole Lando and Hugh Beale(ed.), *Principles of European Contract Law*, Part I and II, 2000.
- Antonia Scalia, *A Matter of Interpretation*, 1997.
- Patrick. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., 1995.
- Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl., 1991.
- Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981.
- Ian Macneil, *The New Social Contract*, 1980.
- 内田 貴, **契約の再生**, 弘文堂, 1980.
- Patrick. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.
- Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.
- Oliver Wendell Holmes. Jr, *The Common Law*, 1944.
- 川島武宜, **日本人の法意識**, 岩派書店, 1967.

나. 논문

- Kennet G. Dau-Schmidt & Carmen L. Brun, “Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe”, 44 *Colum. J. Transnat’l L.* 602, 2006.
- Fritz Rittner, “Das Modell des homo öconomicus und die Jurisprudenz”, 60 *JZ* 668, 2005.
- Hans-Peter Schwintowski, “Ökonomische Theorie des Rechts”, 53 *JZ* 581, 1998.
- Ugo Mattei & Roberto Pardoic, “Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach”, 11 *Int’l Rev. L. & Econ.* 265, 1991.
- D. Kennedy, “Form and Substance”, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1976.

<Abstract>

Theory, Doctrine and Practice in the Civil Adjudication

Youngjoon Kwon*

This article addresses three different dimensions in the realm of civil adjudication. These dimensions, namely legal theory, doctrine and practice, are densely woven into the process of civil litigation and judgment.

Legal theory is a comprehensive value system as to what law is and what law ought to be. Legal doctrine is a systemized set of detailed legal principles based on legal precedents. Legal practice is a process of interpreting and applying legal norms to a specific case by jurists. These dimensions are closely intertwined with one another, though they serve different functions. This article analyzes these different facets from the perspective of a judge.

In the first place, judges, when handling actual cases, tend to turn to a relevant legal doctrine. The doctrine may function as a framework by which the case is measured against. Generally speaking, legal doctrines have been formed and verified over a substantial period of times. This is especially true in the realm of the private law, which has been cumulatively built up since the Roman period. The formality of the legal doctrines contributes to the “stabilization” of the adjudication, thereby enhancing predictability and stability.

Secondly, judges often rely on their hunch in drawing the conclusion of a specific case. This may give rise to the danger of arbitrary decision making. However, it is not necessarily so, for the hunch mentioned above is ordinarily linked to the sense of equity that has been formed over a myriad of professional experiences by the judge who sits for the case. This ensures that the legal doctrine is applied and developed to meet current requirements arising out of an individual case. In this regard, this practice-related dimension in the civil litigation offers “fine-tuning” or “customizing” function, in the sense that it mitigates inevitable

* Assistant Professor, College of Law, Seoul National University.

tension between abstract legal doctrines and concrete actual cases. Since Korea has accepted western legal frameworks, the hunch of Korean judges has been a meaningful tool for bridging a gap between adopted law and korean reality.

Finally, legal theory serves as an ultimate source of “justification”. In hard cases, judges seek to unearth a theoretical dimension underlying the case or cases cited in arguments. Consequently, a question in a specific case usually turns into that of legal theory. Therefore, it requires deep insight on human and society, or a proper role of the judiciary. Here lies the significance of the legal theory even in the actual civil adjudication procedure.

These dimensions, when interacting with one another in an adequate way, enable the realization of the ideals of private law. This collaboration is not only required in a conceptual domain, but also significant in a real world. It encourages jurists as well as scholars in legal doctrines and legal theories to make united efforts, which I think is certainly essential in the newly launched law-school system in Korea.

Key words: civil adjudication, theory, doctrine, practice, contracts, torts, fact-finding,
civil procedure, judiciary