

〈논 문〉

법발견의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론 —크라머의 『법학방법론』을 읽고—

梁 彰 洙*

“[타인에] 명령할 수 있는 사람은, 설사 자신이 동시에 타인의 공손한 머슴에 불과 하더라도, 남에게 명령할 것은 없으나 자유로운 사람보다도 자신이 우월하다고 생각 하기 쉬운 인간의 性質 ...”

— 칸트¹⁾

I.

서문에 의하면, 이 책은²⁾ 저자 에른스트 크라머(Ernst A. Kramer)가³⁾ 장년에 걸쳐 스위스의 장크트 갈렌(St. Gallen) 대학과 바젤 대학에서 행한 「법학방법론 (Juristische Methodenlehre)」 강의의 원고가 바탕이 되었고, 따라서 일차적으로 법과대학 고학년 학생을 염두에 두었다고 한다. 그러나 230여면의 아담한 이 책은 단순히 법학방법론의 윤곽을 초보자에게 전달하는 것 이상으로 **우리에게** 흥미롭

* 서울大學校 法科大學 教授.

- 1) Kant, *Der Streit der Fakultäten*. Auf Grund des Textes der Berliner Akademie-Ausgabe mit einer Einleitung und Registern neu hrsg. von Klaus Reich (Philosophische Bibliothek, Bd.252)(1959), S.12.
- 2) Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*(Bern: Stämpfli Verlag, 1998).
- 3) 그의 저작으로는 그 외에도 *Grundfragen der vertraglichen Einigung*. Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts(1972)(教授資格論文); *Ungerechtfertigte Bereicherung*(1975; 2.Aufl., 1988)(Hans-Georg Koppensteiner와 共著); *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*(1992); *Zur Theorie und Politik des Privatrechts und Wirtschaftsrechts*. Beiträge aus den Jahren 1969-1996(1997); *Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung*(1998) 등이 있고, 또 특히 독일민법전에 대한 주해서 *Münchener Kommentar zum BGB*에서 총칙 중 의사표시의 흠결에 대한 규정인 §§ 116-124, 계약에 대한 규정인 §§ 145-156의 주해를 맡았다.

고 유익한 점이 있다고 생각된다.

그 「흥미롭고 유익함」은 대체로 이 책이 스위스의 민법학자에 의하여 쓰여졌다는 점과 관련된다. 스위스의 私法學方法論은,⁴⁾ 그 민법전의 冒頭를 장식하는 「법의 적용(Anwendung des Rechts)」이라는 欄外表題가 붙어 있는 제1조를 빼놓고는 행하여질 수 없다. 이 제1조는 다음과 같이 규정한다.⁵⁾

- “① 이 법은 문자상 또는 해석상 이 법이 규정하고 있는 모든 법문제에 대하여 적용된다.
 ② 이 법에 규정이 없는 경우에는 법관은 관습법에 따르며, 관습법도 없는 경우에는 그가 입법자라면 제정하였을 법칙에 의하여 재판하여야 한다.
 ③ 그에 있어서 법관은 검증된 학설과 선례에 따른다.”⁶⁾

우리 민법 제1조(“民事에 관하여 法律에 규정이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다”)의 역사적 연원이 어떠하든지 간에,⁷⁾ 그것이 위의 규

- 4) 일률적으로 법학방법론이라고 하여도 그것을 논하는 사람이 주로 염두에 두는 것이 사법인가, 공법인가, 형법인가에 따라 그 基本關心이나 敘述의 視角 및 內容에 커다란 차이가 있다. 이하에서는 주로 사법학자의 視座에서 행하는 법학방법론을 전제로 하기로 한다.
- 5) 법제처 발간의 **스위스민법**(법제자료 제64집)(1974)의 번역을 기본으로 하여 약간의 수정을 가하였다.
- 6) 그 독일어원문은 다음과 같다: “① Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. ② Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheit und, wo auch ein solche fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. ③ Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.” 그런데 스위스민법의 프랑스원문에 의하면 그 제3항은 “Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.”라고 하여, 독일어원문에서 얼핏 이해되듯 학설이나 선례가 구속력을 가지는 것은 아니라고 해석되기도 한다. 이 점에 대하여는 뒤의 II.3.(3)(나)도 참조.
- 7) 1875년에 일본에서 나온 太政官布告 제103호(“裁判事務心得”)의 제3조는 “民事의 裁判에 成文의 法律이 없는 것은 習慣에 의하고, 習慣이 없는 것은 條理를 推考하여 재판한다”고 정하고 있었다. 이 규정이 적어도 그 문언에 관하여는 그 후 중화민국민법 제1조, 만주국민법 제1조에 연결되어 간 것으로 추측된다. 그런데 金曾漢, **新民法總則**(1962), 38면은 “우리 민법 제1조는 瑞西民法 제1조를 그대로 본받아, 관습법에 대하여 보충적 효력을 인정하고 있다”고 한다. 한편 스위스민법 제1조의 「法源이데올로기」를 추적하면서 그와의 관련에서 위 포고규정을 다룬 것으로서, 石田穰, **民法學の基礎**(1976), 177면 이하 참조. 일본민법의 기초자 중의 한 사람인 穗積陳重은, 위의 포고규정이 실로 근세입법의 결작이라고 할 것으로서 半世紀 후에 세계의 칭찬을 한몸에 얻은 스위스민법 제1조의 “先鞭을 이루었다”고 평가하고 있다. 同, 法律進化論, 제1책(1925), 228면 참조. 한편 「법률 → 관습법 → 조리」의 삼분체계는 다른 나라의 민법에서도 보인다. 예를 들면 스페인민법 제1조 제1항은 “스페인의 법질서의 원천은 법률, 관습법 및 일반적 법원칙이다”라고 정하고, 그 제3항, 제4항은 —우리 민법 제1조에서

정과의 사이에 일정한 類緣性을 가진다는 것은 부인될 수 없을 것이다.⁸⁾ 그러한 의미에서 스위스의 법학방법론은 우리에게 남다른 의미를 가질 수 있다.

크라머는 역시 독일어로 작업하는 독일 계통의 법학자로서 독일의 법학방법론 문헌에⁹⁾ 끊임없이 그리고 전면적으로 주의를 기울이면서도,¹⁰⁾ 동시에 스위스의 법학자로서 「바로 이곳」에서의 논의의 문맥을 놓치지 않는다. 그리고 논의하는 바와 관련되는 재판례로서 항상 스위스의 大法院(Bundesgericht)의 그것을 인용한다(말미에 「인용 재판례목록」이 붙어 있는데, 이에 의하면 150여개의 스위스대법원의 재판례가 인용되고 있다). 바로 이 점이 우리가 흔히 접하는 독일의 문헌과는 별도로 이 책에 주의를 기울이게 되는 이유의 하나이다.

II.

1. 크라머는 제1장에서 “법학방법론이란 무엇이며 무슨 목적으로 이를 공부하는가?”를 논한다.

(1) 그는 법학방법론에서 다루어지는 바의 「방법」을 法適用의 방법과 法定立의 방법(Methode der Rechtsanwendung bzw. -setzung)으로 나눈다. 그는 법률행위도 역시 「개별적 규범(individuelle Normen)」으로서 법질서의 단계구조 속에 자리 잡는다고 하면서, 법학방법론은 원래 법률행위의 「의미」를 탐색함에 있어서 지켜야 할 기준도 아울러 다루어야 한다는 입장을 제시한다(특히 25면 註 3 및 37면

와 같이— 관습법과 일반적 법원칙의 순차적 보충성을 규정하고 있다(나아가 제6항은 판례에 대하여 “판례는 최고법원이 법률, 관습법 및 일반적 법원칙의 반복된 해석과 적용에 있어서 수립한 학설과 함께 **법질서를 완성한다**”고 정한다).

- 8) 우리 나라의 법학방법론에 관한 문헌은 대체로 독일의 그것에 의하여 규정되고 있는데, 주지하는 대로 독일민법전에는 스위스민법 제1조와 같은 규정이 없다.
- 9) 여기서 「독일(deutsch)」은 두 가지 의미로 쓰이고 있다. 한편으로는 국가로서의 독일, 다른 한편으로는 독일문화권 내지 독일어권에 속한다는 것(“오스트리아인은 독일어(Deutsch)를 쓴다”)이 그것이다. 兩者의 구별은 주의를 요한다. 예를 들어 츠바이게르트/쾨츠가 그들의 『比較法入門』에서 세계의 法圈(Rechtskreis)을 논하면서 그 하나로 獨逸法圈(deutscher R.)이라고 할 때, 이는 비단 독일민법전이 통용되는 영역뿐만 아니라, 스위스민법과 오스트리아민법이 적용되는 장소, 즉 스위스와 오스트리아를 포함하여 말하는 것이다. Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd.1, 2.Aufl. (1984), S.155ff. 참조 또 하나의 예를 들자면 물권변동에 대한 입법주의에 관하여 佛法主義와 대비되는 바의 「獨法主義」라고 하면 이는 前者가 아니라 後者の 의미인 것이다.
- 10) 그 외에도 프랑스, 오스트리아, 이태리, 스페인, 포르투갈 등의 민법전의 놀랄 만큼 흥미로운 관련규정과 문헌이 인용된다. 말하자면 독일 문헌의 한 경향이라고 할 自國中心主義는 여기서서는 찾아볼 수 없다.

이하). 그리하여 법적용의 방법으로는 법률행위 해석의 방법이, 법정립의 방법에는 법률행위 계획(특히 계약계획)의 방법이, 그 한 분야로 포함된 전체 도식을 제시한다. 그러나 이 책에서 법학방법론을 다룸에 있어서는 「개별적 규범」이 아닌 통상의 객관적 법규범, 즉 「일반적-추상적」 규범에 중점을 두어, 법적용에 관하여는 법률해석의 방법을, 법정립에 관하여는 判例法(Richterrecht),¹¹⁾ 즉 법관에 의한 법의 계속형성(richterliche Rechtsfortbildung)을¹²⁾ 다루는 것으로 자신의 서술범위를 미리 한정한다(38면).

결국 여기서 다루어지는 것은 다음과 같은 문제이다(26면 이하). 해석자(일차적으로는 법관)는 규범텍스트의 불명확성에 부딪혔을 때 어떻게 할 것인가, 「역사적 입법자」의 의사를 탐구하여야 하는가 아니면 가능한 한 「당대적」 해석을 선호할 것인가? 문언을 엄격하게 해석할 것인가, 넓게 해석할 것인가? 의미의 선택지가 다양할 때 그는 그가 개인적으로 적절하다고 생각하는 의미를 취향에 좇아 선택할 수 있는가? 해석자는 법률문언의 경계 안에 구속되는가, 아니면 경우에 따라서는 범문제의 해결을 「범문 밖에서(praeter verba legis)」, 심지어는 「범문에 반하여(contra verba legis)」 도모할 수 있는가(또는 도모하여야 하지 않는가)? 역사적 입법자가 전혀 알지 못하였던 새로운 문제가 제기되었을 때 그는 어떻게 하여야 하는가? 법관에 의한 법의 계속형성의 한계는 어디인가? 이와 같이 법학방법론은 규범의 의미내용에 대한 직접적 정보를 주는 것이 아니라, 그 내용을 탐색함에 있어서 좇아야 할 방법을 다루는 「메타학문」인 것이다(28면).

여기까지는 전통적인 서술이라고 할는지 모른다.

(2) 이어 크라머는 다음과 같은 흥미로운 문제를 제기한다. 즉 법학방법론은 “법률상의 근거 없이 이론가가 수립하거나 실무관행으로부터 도출되는 기준”을 다루는 것인가?

그는, 물론 로마법에까지 소급될 수 있는 전통적 성과나 준거틀이 전에도 지금도 법학방법론에서 중요한 역할을 하기는 하지만, 그럼에도 불구하고 “규범적으로 올바른 법적용의 방법에 대한 법률상의 근거들, 따라서 —적어도 萌芽로서는— 「방법에 관한 법(Recht der Methode)」이 존재한다”고 한다. 무엇보다도 스위스민법 제1조가 그것인데, 그 규정으로부터, 법문이 절대적인 기준이 아니라는 것(제1항), 법률홈결을 인정하고 이것이 일정한 기준에 의하여 보충되어야 한다는 것(제

11) 이는 직역하면 「法官法」이 되고 최근에는 이러한 용어를 쓰는 경우도 간혹 보이나, 종전의 용어인 判例法으로 하여도 그 이해에 아무런 지장이 없을 것이다.

12) 법정립에 관하여는 본문에서 본 법률행위 계획, 법관에 의한 법의 계속형성 외에 立法學(Gesetzgebungslehre)을 그 방법론의 한 분야로 제시한다.

2항, 제3항)이 도출된다는 것이다.¹³⁾ 또 스위스민법 제4조나¹⁴⁾ 스위스형법 제1조도¹⁵⁾ 그러한 「방법법」에 해당한다.

나아가 그는 헌법적, 나아가 국가이론적 결정요소가 법학방법론에 대하여 중심적인 의미가 있다고 한다(30면 이하). 스위스헌법 제4조 제1항이 정하는 平等原理의 한 내용인 같은 것은 같게 취급하여야 한다는 원칙에서 類推解釋이, 그 다른 한 내용인 다른 것은 다르게 취급되어야 한다는 원칙에서 反對解釋이 각각 중국적으로 정당화된다는 것이다.¹⁶⁾ 이러한 헌법적 요소의 강조는, 법학방법론의 방법적 기초라는 관점에서 보면, 종래의 해석학적(hermeneutisch) 시각에서 國法學的(staatsrechtlich) 시각으로의 전환을 의미하는데,¹⁷⁾ 이는 종래 우리의 법학방법론에서 충분히 음미되지 아니한 문제인 것으로 생각된다. 입법권의 중국적 보유자는 누구인가(우리 헌법 제40조 참조), 헌법이 규정하는 “법관은 법에 구속된다”는 명제(스위스헌법 제113조 제3항. 뒤의 註 39 참조. 우리 헌법 제103조에 상응한다)는 무엇을 의미하는가, 권력분립의 원칙은 법의 정립 및 해석·운용에 있어서 어떻게 관철되어야 하는가의 문제는, 법관에 의한 法定立에 대하여는 물론이고 그의 法適用에 대하여도 결정적인 중요성을 가지는 것이다. 이상은 동시에 법학방법론도 각각의 국가법질서에 의하여 규정되는 측면이 있음을 의미한다. “판례법의 우위와 선례구속의 원칙을 保持하는 영미법권은 成文法主義에 의하여 규정되는 대륙법국가와는 애초부터 완전히 다른 방법론적 전제에서 출발함은 명백하다.”

그러나 크라머에 의하면, 이와 같은 법발견의 방법에서의 헌법상 및 법률상의

13) 여기서 우리는 金曾漢(註 6), 38면 이하의 서술을 想起하게 된다. 그는 거기서 관습법의 法源으로서의 효력을 논하고 있는데, “보충적 효력에서 진일보하여 대등한 효력을 인정”하려는 것이 「近時의 法思想」이라고 하면서 “민법 제1조에도 불구하고 관습법이 성문법을 개폐하여 나가는 사실을 정면으로 직시하여 이에 성문법과 대등한 지위를 주지 않으면 안 되는 경우가 있다는 것을 주의”하여야 한다고 한다. 그리고 덧붙이기를 —우리의 맥락에서 중요한 것은 오히려 이것인데— “관습법의 효력에 관하여, **민법전이 어떠한 태도를 취하거나 또는 어떻게 규정하거나**, 민법의 해석에 있어서 이에 크게 구애되지 않는 것은, 외국에서도 공통하게 볼 수 있는 사실이다”(강조는 引用者가 붙인 것이다)라고 한다(40면).

14) 스위스민법 제4조: “이 법이 법관에게 그의 裁量 또는 제반 사정의 고려 또는 중대한 사유[의 존부]에 의하도록 규정하는 경우에 법관은 법과 형평에 따라(nach Recht und Billigkeit) 재판하여야 한다.”

15) 스위스형법 제1조: “법률이 명백하게 형벌을 규정하는 행위를 행한 사람에 대하여만 형벌을 가할 수 있다.”

16) 여기서 그는 Koch, (Österreichische) Zeitschrift für Verwaltung 1992, S.5의 다음과 같은 발언을 인용한다. 즉 “법학적 해석방법론의 諸基礎는 헌법이론적 성질을 가진다. 거기서는 권력분립국가에서 권력의 분장이 문제되는 것이며, 시민과 국가 간의 법치국가적 신뢰보호의 문제인 것이다.”

17) 다시 크라머는 H.-P. Schneider, DÖV 1975, S.452(법학방법론상의 논의는 “해석학적 공론을 뒤집어 엮고 헌법적 지반 위에 굳건히 서야” 한다)을 인용한다.

전제를 강조한다고 하여도, 법학방법론이 그에 의하여 전적으로 규정될 수는 없다. 그러한 전제는 처음부터 극히 공백이 많을 뿐 아니라, 그 전제의 내용 자체 다시 해석을 요하기 때문이다.

(3) 또한 크라머는 법학방법론상의 성과가 사실적으로 법관 기타 법적용자의 법 판단을 어느 만큼 제약하는가, 결국 법의 해석은 主觀的·意志的인 것이고 어떠한 해석도 사후적으로 방법론적으로 정당화할 수 있지 않은가 하는 문제를 제기한다(34면 이하). 이에 대하여 그는 이 책의 말미에서 상론하는데(뒤의 4.도 참조), 우선은 법해석에 어느 정도 의지적(volitiv)인 측면이 있는 것을 부인하지 아니하면서도, 법학방법론은 법해석을 가능한 한 객관화하고 합리화하는 것을 과제로 하며 결코 과소평가할 수 없는 법치국가적 기능을 수행함을 지적하는 데 그친다.

2. 이어서 크라머는 법학방법론의 내용을, 전통적 견해에 좇아 규범텍스트의 語義의 범위를 기준으로 하여 원래의 의미의 법해석과 법관에 의한 범형성으로 구분하여 서술한다. 전자는 그 범위 안에서 행하여지는 작업이고, 후자는 어의 밖에서 또는 그에 반하여 행하여지는 작업이다. 이 구분이 명료한 것이 아님은 인정할 수 있지만, 실제로 제기되는 문제는 대체로 어느 하나에 귀속될 수 있고, 나아가 전자의 문제에서는 후자의 문제를 생각함에 있어서 요구되는 여러 가지 評價觀點은 반드시 고려되지 않아도 된다는 것이다.

그리하여 제2장에서 원래의 의미의 法解釋(eigentliche Gesetzesauslegung)이 논의된다. 여기서는 고전적인 해석방법의 목록, 즉 文言解釋(“언어-문법적 해석”), 體系解釋, 歷史的 解釋, 그리고 마지막으로 目的論的 解釋이 순차적으로 다루어진 다음, 그들 사이의 順位의 문제에 언급한다.

(1) 개별적인 해석방법의 내용을 설명할 필요는 없을 것이다. 이 부분에서 이 책의 主眼은 오히려 우선 각각의 해석방법을 스위스민법 기타 구체적 법률이나 스위스의 재판례로부터 그 적용례를 생생하게 제시하면서 설명하고, 학생들에 대하여 법해석에서 유용한 조언을 하는 데 있는 것이다.¹⁸⁾

여기서는 필자의 흥미에 좇아 다음의 몇 가지에 대하여 언급하기로 한다.

18) 그 중에는 흥미를 야기하는 점도 없지 않다. 예를 들면 公用語가 프랑스어, 독일어, 이탈리아어의 셋임으로 말미암아 발생하는 우리와는 일견 무관한 문제(58면)는 다른 한편 특히 최근의 국제적 통일법과 같이 正文이 여러 국어로 되어 있는 경우의 해석에 대하여 일정한 시사를 준다.

(2) 一般條項에 대하여.

일반조항은 문언해석과 관련하여서도(51면 이하), 또한 뒤에 「법률초월적 판례법」(198면 이하)과 관련하여서도 다루어지고 있다. 일반조항의 적용은 물론 법문의 語義 안에서 이루어지나, 이는 입법자가 자신의 고유한 규범정립의 임무를 법 적용자에게 위임한 것으로¹⁹⁾ 실질적으로는 소위 「법률 내부의 흠결(Lücken intra legem)」을 보충하는 「보조적 입법작업(Komplementärgesetzgebung)」인 것이다. 이는 한편으로 법적 안정성을 저해하지만, 다른 한편으로 사회적 생활관계나 평가의 변화를 법에 직접 반영할 수 있는 창구로서 법의 사회적 적응성을 높인다.

그러므로 입법정책적으로 보면 사회적 가치나 생활관계의 변화가 격심한 영역에서는 개별적으로 요건과 효과를 정하는 규정방식보다 일반조항을 이용할 수밖에 없을지 모르나, 그 경우에도 법적 안정성에 배려하여 例示的 列舉(demonstrative Enumeration)를 이에 결합시키는 것이 입법기술적으로는 특히 바람직하다고 한다(54면 이하). 실제로 스위스법에는 이러한 입법방식이 빈번하게 사용되고 있는데, 예를 들면 스위스채무법 제23조는 본질적 착오는 계약을 무효로 한다고 정하는데 이어서 동법 제24조 제1항이 본질적 착오에 해당하는 주요한 경우를 —가장 빈번하게 문제되는 소위 基礎錯誤의 경우(동항 제4호)를 포함하여— 예시하고 있으며, 동법 제271조는 주택 및 영업공간의 임대차를 신의성실에 반하여 해지하는 것은 취소할 수 있다고 하면서 동법 제271조의a는 취소할 수 있는 구체적인 경우를 열거하는데, 이러한 예는 주식회사에서 주주총회결의의 취소에 관한 동법 제706조 제1항, 제2항이나 상린관계상의 임미시온에 관한 스위스민법 제684조 제1항, 제2항에서도 발견될 수 있다.

(3) 私法の 「內的 體系」 등에 대하여(71면 이하).

법체계는 외면적·형식적 체계구성에서뿐만 아니라 「價値決斷의 내적 체계」, 즉 목적론적 법원칙의 체계에 있어서도 통일적이어야 한다. 크라머는 여기서 “일반적 법원칙을 감지해 내는 것, 그리고 거기서 발단하여 모든 법개념과 범명제의 內的 聯關性 그리고 그들 사이의 다양한 類緣性을 인식하는 것은 법학의 가장 어려운 과제에 속한다. 아니 이것이야말로 우리의 작업에 학문적 성격을 부여하는 바로 그것이다”라는 사비니의 말을 인용한다.²⁰⁾ 물론 이 내적 체계를 구성하는 바의 법

19) 그러한 의미에서 일반조항의 權限委任機能(Delegationsfunktion)이 운위된다. 크라머는 스위스政治의 직접민주주의적 요소로 인하여 입법부가 명료한 입장선택을 회피하고 「어중간한 中和的 解決」로서 일반조항을 선택하는 경향이 있음을 지적한다(53면).

20) Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3.Aufl. (1840), S.66. 이와 관련하여서는 사비니의 다음과 같은 중요한 발언도 의미 있을 것이다. Ders., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd.1(1841), § 5(S.9ff.): “개별적 권

원칙들은 가능하면 법규칙으로부터 귀납적으로 도출되어야 하며, 선행적인 前理解에 의하여 위로부터 들쭉해지는 것이어서는 안 된다.

그에 의하면, 스위스사법의 내적 체계는 일차적으로 諸般의 자유를 기반으로 한다. 즉 소유권의 자유, 단체결성의 자유, 유언의 자유, 계약의 자유가 그것이다. 한편 그 내부에는 다시 下部體系가 존재하고, 그 체계마다 별도의 보다 구체적인 원칙이 미묘하게 공동으로 작용하고 있다. 계약법을 예로 든다면, 意思原則, 信賴原則, 契約正義(즉 급부와 반대급부의 등가성)의 원칙, 契約遵守의 원칙이 그것이다.

한편 체계해석과 관련하여서는 「헌법합치적 해석」의 특수문제로서의 基本權의 間接的 效力이 논하여진다(77면 이하). 즉 기본권은 국가와 시민 간의 수직적 관계에서만 아니라 시민과 시민 간의 수평적 관계에서도 작용하는데, 다만 이를 직접 적용하게 되면 역시 헌법적으로 보장된 사법상의 기본원칙을 무너뜨리게 되므로(예를 들면 자유롭게 체결된 계약을 평등권에 기하여 공격할 수는 없을 것이다), 간접적으로 信義則, 公序良俗이나 人格權과 같은 일반조항의 적용에 있어서 그 평가를 관철하여야 한다는 것이다.²¹⁾ 이상은 우리 나라에서도 잘 알려져 있는 바이나, 이를 체계해석의 한 문제로 설명하는 점이 이채롭다.

(4) 歷史的 解釋에 대하여.

이 책에서 가장 계발적인 부분의 하나는 이 역사적 해석의 문제, 즉 법해석에서 立法者意思에 어떠한 의미를 부여할 것인가에 관한 서술이다(88면 이하).

우선 이에 관한 용어를 정리하여 문제를 알기 쉽게 설정한다. 역사적 입법자의 심리적·사실적 의사를 해석의 기준으로 하는 「주관적-역사적」 방법(subjektiv-historische Methode)을 주장하는 견해는 이제 존재하지 않는다. 필립 헤크의 제안 이래로 오늘날 주장되는 立法者意思說은 모두 “입법의 모든 역사적 연원을 고려하

리에 관한 판정은 개별적 사실을 개별적 권리를 좌우하는 일반적 규칙과 관련시킴으로써만 가능하다. 이 규칙을 우리는 법 그것 또는 일반적 법이라고 부른다. ... 그것은 특히 국가의 최고권력이 법규칙을 선언하는 것인 법률에서 가시적인 형태로 나타난다. 그러나 개별적인 법적 본성에 대한 판정이 [그 자체로서는] 단지 제한적이고 종속적인 성질을 가질 뿐이고 法律關係(Rechtsverhältnis)를 파악함으로써 비로소 자신의 생생한 근원과 자신의 설득력을 발견할 수 있는 것과 같이, 법규칙(Rechtsregel)도 이와 마찬가지로 법규칙은 —또한 그것이 법률 안에 나타나는 모습이라도 다를 것은 없는 데— 法律制度(Rechtsinstitut)를 파악함으로써 자신의 보다 깊은 기초를 얻게 되고, 또한 법제도의 유기적 본성도 그 구성부분들의 살아 있는 관련 속에서 그리고 자신의 계속적인 발전 속에서 드러나는 것이다. ... 그런데 더욱 고찰하여 가면, 우리는 모든 법제도가 하나의 체계로 결합되어 존재한다는 것과 그 법제도들은 —그 안에서 다시금 동일한 유기적 본성이 나타나게 되는— 이 체계의 거대한 연관 안에서만 완전하게 파악될 수 있다는 것을 인식하게 된다.”

21) 이는 일반조항의 구체화에 관련하여서도 언급되고 있다(201면 이하).

여”, 다시 말하면 당시의 정치적·경제적·이념적·사회적 문맥을 총체적으로 고려하여 이해되는 바의 법규범의 의미가 기준이 된다는 「客觀的-歷史的」方法(objektiv-historische M.)을 주장하는 것이다.²²⁾ 이것은 어디까지나 입법 당시를 기준으로(entstehungszeitlich) 하는데, 法律意思說은 법적용시를 기준으로(geltungszeitlich) 한다는 점에서, 즉 「客觀的-現時的」方法(objektiv-zeitgemässe M.)을 주장하는 점에서 이와 구별된다.

이와 같이 보면 이미 두 견해의 차이는 그렇게 크지 않게 되는데, 나아가 法律意思說이라고 하여도 법률의 성립과정에서의 논의가 법규범의 그 객관적 의미를 확정하는 데 중요한 참고자료가 된다고 인정한다면, 그 차이는 더욱 작아진다(101면도 참조). 다만 법률의사설에서는 그와 같이 탐색된 입법자의사에 助言을 구할義務(Konsultierungspflicht)는 인정하여도 그 服從할義務(Befolgungspflicht)를 부인한다는 점이 다른 것이다.

이와 같이 문제를 설정한 후²³⁾ 크라머는 두 입장의 논거에 대하여 검토하고, 위와 같이 객관적-현시적 방법으로 이해된 바의 법률의사설에 가담한다(96면 이하). 그 과정에서 그는 예를 들면 라드부르흐가 법률의사설을 옹호하면서 한, “해석자는 법률을 그 정립자가 이해하였던 것보다 더 잘 이해할 수 있다. 법률은 그 발명자보다 더욱 현명할 수 있고, 심지어는 더욱 현명해야 한다”라는 유명한 발언에 대하여,²⁴⁾ “「方法正直性」의²⁵⁾ 관점에서 제기되는 요청에 반하여 법관이 자신의 가치판단을 은폐하는 것을 고무한다는 점에서 우려할 만하다”고 비판한다. “법관은 자기 개인의 가치판단을 은유적으로 「보다 현명한」 법률의 배후에 가리고, 「재판관의 이성(ratio iudicis)」을 안이하게 그리고 그 이유를 제시함이 없이 「법률의 이성(ratio legis)」으로 제시할 수 있다”는 것이다.

크라머에 의하면 법률의사설의 가장 큰 논거는 법의 계속형성의 필요에 있다.

22) 스위스에서 그 대표적 주창자는 아르투르 마이어-하요즈(Arthur Meier-Hayoz)이다. 그가 소위 『베르너 코멘타르』에 쓴 스위스민법 제1조부터 제10조까지의 註釋(in: *Berner Kommentar*, Bd.1: Einleitung(Art.1-10 ZGB)(1962))을 보라.

23) 그 사이에 그는 스위스대법원의 이 문제에 대한 입장을 검토한다. 한 마디로 하면, 그것은 착종되어 있으며, 심지어 “당해 사건에서 규범의 진정한 의미를 끌어내는 데 가장 적절하다고 當院이 생각하는” 방법을 취한다는 「方法決斷主義」를 천명한 경우도, 비록 예외적이기는 하지만, 있다고 한다.

24) Radbruch, *Rechtphilosophie*, 8.Aufl.(1973), S.207(“... das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser - es muss sogar klüger sein als seine Verfasser.”) 여기서 필자는 평소에, 우리 법학에 대하여 라드부르흐가 드러나게 또는 숨어서 지나친 영향력을 발휘하여 왔다는 느낌을 가지고 있었다는 점을 부기하여 두고자 한다.

25) 이 「방법정직성(Methodenehrlichkeit)」은 크라머가 이 책에서 지극히 중시하고 있는 지향의 하나이다. 한편 인용문 안에서의 「」 기호는 원문에서의 « » 기호에 상응한다. 이하 같다.

법은 새로운 사회적 정황이나 평가에 대응하고 특히 해석의 대상인 법규범이 정립된 후에 일어난 법변동(새로운 「규범상황」 Normsituationen), 예를 들면 새로운 입법을 고려하여 해석되어야 하는데, 이러한 필요는 객관적-역사적 방법에 의하여서는 충족될 수 없다는 것이다. 나아가 법해석은 현재의 시민에게 무엇이 법인지를 알려 주어야 하는 것이다.

그런데 최근에는 立法者意思說을 주장하는 대부분의 論者들도 이러한 필요를 인정한다. 예를 들면 마이어-하요즈는²⁶⁾ “규범의 역사적 이해가 변동된 생활관계에 대하여 불만족하거나 나아가 견딜 수 없는 것으로 증명된 경우”에는 법관은 “성립사에 의거한 해석으로 얻어진 결과를 떠나서 법률의 어의의 범위를 넘지 않는 법의 계속형성을 통하여 새로운 의미를 탐색하는 것이 요청된다(geboten)”고 한다. 成立史가 “실질적으로 정당한 또는 강력하게 대두하는 現在에의 適應을 회피하는 구실이 되어서는” 안 되는 것이다. 그런데 중요한 것은, 그 때 법의 계속형성이라는 점이 명시되어야 하고 또 그에 대한 근거가 제시될 것을 요구한다는 점이다. 마이어-하요즈는, 객관적-현시적 방법에는 상상 속에 존재하는 「보다 현명한 법률」이나 「법률의 의지(voluntas legis)」의 뒤로 숨고자 하는 유혹이 항상 잠재하고 있는데, 오히려 객관적-역사적 방법은 위와 같은 「이유제시강제(Begründungszwang)」를 부과한다는 점에서 그보다 낫다는 것이다.

이와 같이 법률의사설과 입법자의사설의 대립은 우리가 흔히 생각하는 것처럼 「이미 결말이 난 문제」는 아니라고 할 것이다.

(5) 目的的 解釋에 대하여(110면 이하).

목적적 해석에도 역사적 입법자가 추구하였던 입법목적은 기준으로 하는 「주관적-목적적」 방법(subjektiv-teleologische Methode)과 오늘날의 입장에서 특히 현재의 법상황에 쫓아 탐구되는 목적을 기준으로 하는 「객관적-목적적」 방법(objektiv-teleologische M.)을 나눌 수 있는데, 크라머는 後者에 가담한다. 목적의 탐구는 해석의 대상인 당해 법규정의 목적에 한정하여서는 안 되고, 그 법률, 그 법분야, 나아가 법질서 전체의 목적도 시야에 넣어야 한다. 크라머는 “현재 여기에서 가장 합리적이라고 인정되는 목적”에 대한 해석자 자신의 熟考도 필요하다고 하고, “이러한 독자적 평가가 불가피하게 結果指向의이고 또한 前理解에 의하여 규정됨은 명백하다”고 매우 쉽사리 인정해 버린다(113면 이하. 또 유추와 관련하여 154면도 참조).

26) Meier-Hayoz, in: *Berner Kommentar*, Bd.1(1962), Art.1 N 154 u. 155 참조.

3. 앞의 I.에서 본 스위스민법전 제1조 제2항은 「법률흡결」을 명시적으로 인정한 것이다(「흡결을 인정하는 용기」 Mut zur Lücke). 나아가 법이론적으로도, 법률에 규정되지 아니한 것에 대하여는 아무런 법률효과가 주어지지 않는다는 소위 「일반적 부정명제(allgemeiner negativer Satz)」를 인정하고 따라서 법률에는 흡결이 있을 수 없다고 하는 한스 쾰젠의 주장은 받아들일 수 없다.²⁷⁾ 여기서 법률밖에서(praeter legem) 그 흡결을 보충하여 할 필요가 제기되고, 이는 곧 앞의 2.에서 본 원래의 의미의 법적용과는 성질을 달리하는 법관에 의한 법의 계속형성, 즉 법관에 의한 법정립(“法官法”)의 문제인 것이다.

크라머는 법관에 의한 법정립을 다시 둘로 나눈다(132면 이하). 하나는 그것이 현행의 법이 행하고 있는 가치판단에 「숙고하여 따르면서」 행하여지는 경우(“기속적 판례법” gebundenes Richterecht)이다. 다른 하나는 이러한 지향준거를 발견할 수 없을 때 법관이 스위스민법 제1조 제2항에 따르면 「입법자로서(modus legislatoris)」 행하는 법정립(“법률초월적 판례법” gesetzesübersteigendes R.)이다.

(1) 法律欠缺에 대하여.

크라머는 법률흡결(Gesetzeslücke)을²⁸⁾ 카나리스에 따라 일단 「실정적 법의, 계획에 반하는 불완전성」이라고 정의한다. 그러나 그 외에 입법론적으로(de lege ferenda) 문제되는 법률흡결도 있을 수 있다. 前者는 다시 셋으로 나뉜다(139면 이하). 하나는 「법문 안의(intra verba legis)」 흡결이다. 예를 들면 일반조항의 경우나 법규정이 법관의 재량에 의하도록 정하는 경우와 같이 실정법률 자체가 법 적용자에게 법형성을 위임한 경우가 그러하다. 또 하나는 「법문 밖의(praeter verba legis)」 흡결이다. 이는 법률을 語義의 가능한 한도까지 해석하여도 당해 법문제에 대한 해결을 발견할 수 없어서 이를 「법문 밖에서」 찾을 수밖에 없는 경우를 말한다. 여기서는 주로 類推의 방법이 행하여진다. 마지막으로 「법문에 반하는(contra verba legis)」 흡결인데, 이는 반대로 법문의 어의에는 포함되나 법규범의 목적에 의하면 당해 법문제의 해결이 될 수 없는 경우를 말한다. 여기서는 주로 목적적 축소해석(teleologische Reduktion)이 문제된다.

(2) 구체적으로 어떠한 방법에 의하여 이 흡결을 보충할 것인가에 대하여 스위

27) 크라머에 의하면, 이러한 주장은 類推禁止가 인정되어야 할 예외적인 경우에는 타당하나, 일반적으로는 법률상 문언의 경계설정능력을 과대평가하고 동시에 법률의 目的論을 소홀히 하는 것이라고 한다(136면).

28) 한편 法律에는 흡결이 있을 수 있으나, 총체로서의 法秩序에는 흡결이 인정되지 않는다고 한다(137면).

스민법 제1조 제2항은 관습법, 그리고 법관의 「입법자로서의」 법발견(Rechtsfindung «modo legislatoris»)을 말할 뿐이다. 크라머에 의하면 이와 같이 흠결보충에 관한 규정이 다른 입법에 비하여²⁹⁾ 빈곤한 것은, 스위스민법의 기초자 오이겐 후버가 법률의 類推適用이 가능한 경우에는 법률에 흠결이 없는 것이고 따라서 그 경우는 스위스민법 제1조 제1항의 적용범위에 속하여 그 제2항은 드물게밖에 적용되지 않는다고 생각하였기 때문이라고 한다(146면 이하).

(3) 여기서도 마찬가지로 흠결보충의 구체적인 방법, 예를 들면 「개별유추」와 「전체유추」, 勿論解釋, 나아가 유추해석의³⁰⁾ 대극으로서의 반대해석, 목적적 축소해석 등에 일일이 언급할 필요는 없을 것이다. 몇 가지 점만 지적하여 둔다.

(가) 스위스민법 제1조 제2항은 명시적으로 慣習法에 의한 補充을 정하고 있다. 크라머는 이와 유추해석과의 관계를 논한다(160면). 위 규정의 문언상으로 유추는 관습법이 존재하지 않는 경우에 비로소 행하여져야 함을 정한 것이라고 할는지 모르나, 크라머는, 우선 위의 (2)에서 본 대로 起草者가 그렇게 생각하지 아니하였을 뿐만 아니라, 나아가 “의회주의적 법치국가에서는 입법자의 가치판단에 혹 있을지 모르는 불문의 법에 대한 우위가 부여되어야 하며, 이는 그 가치판단이 유추의 방식에 의하여 단지 간접적으로 추단되는 경우에도 마찬가지”라는 이유로, 관습법의 적용은 유추해석에 後劣한다고 한다.

(나) 흥미로운 것은, 크라머가 법원실무에서 아무리 동일한 견해가 반복하여 채택되었다고 하여도 이에 관습법으로서의 성질을 인정하여서는 안 된다고 주장하는 점이다(161면, 175면 이하). 이는 스위스에서 「선례구속(Präjudizienbindung)」의 성질, 나아가서는 판례법, 특히 법률초월적 판례법의 法源으로서의 평가와도 관련되는 문제이다.

그에 의하면, 원래의 의미의 관습법은 法的 確信에 바탕하여 지켜지는 시민들의 자발적인 관행(spontane Übung)으로서 「아래로부터」 형성되는 것을 말한다. 즉 전통적이고 —스위스에 고유한— 직접민주주의적으로 정당화되는 바의 관습법이란 「1차적 受範者」인 국민이 집단적으로 행하는 행위방식에 기하여 유기적으로

29) 예를 들면 오스트리아민법 제7조, 이태리민법 제12조 제2항, 스페인민법 제4조 제1항, 포르투갈민법 제10조 제1항, 제2항에서는 법률의 유추적용을 명문으로 규정하고 있다.

30) 물론 여기서 크라머가 쓰는 Analogieschluss라는 용어를 「유추해석」이라고 번역하나, 본문에서 말한 바에서 이미 분명한 대로, 이는 엄밀한 의미에서는 고유한 해석에 해당하지 아니하며, 法官에 의한 法定立의 한 모습인 것이다. 이는 「목적적 축소해석」의 경우도 마찬가지이다.

형성되는 것이다.³¹⁾ 그런데 판례법은 법담당자에 의하여 정립된 「*專門家法(Spezialistenrecht)*」이다. 이와 같이 법관이 그 형성에 관여하는 규범이란 관습법일 수 없는 것이다. 나아가 스위스민법 제1조 제3항에서 명백하게 정하는 대로(“법관은 그에 있어서 검증된 학설과 선례에 **따른다**”³²⁾), 비록 선례가 법관을 인도하기는 하여도 법관이 그에 당연히 구속되지 않는다. 즉 선례는 법관이 재판할 함에 있어서 법을 발견하는 하나의 補助手段이라고 한다. 마지막으로 판례법을 고유한 의미의 法源이라고³³⁾ 할 수 없는 또는 하여서는 아니되는 이유는 機能的-體系理論的 고려이다. 오늘날과 같이 급속도로 변화하는 사회에서 법질서를 상대적으로 변경하기 어려운 두 개의 法源, 즉 법률과 관습법에만 의존하게 할 수는 없으며, 이와 같이 보다 「안정된 것(stabilitas)」에 보다 「유연한 것(flexibiltas)」을 결합시켜야 한다. 그 유연성을 바로 형식적인 절차 없이 빠르게 반응할 수 있는 판례법이 제공하는 것이다. 그런데 판례법이 규범적으로 구속력을 가지는 法源이라면 이러한 역할의 충족은 기대될 수 없다. 법관이 명백히 보다 나은 해결이라고 一방법적으로 정직하게 一 확신할 수 있다면 바로 이에 기하여 재판할 수 있어야 하는 것이다.³⁴⁾ 이는 연방대법원의 확고한 선례에 대하여도 마찬가지이다. “州법원이 그와 다른 견해를 채택하여도, 연방대법원은 여기서 어떠한 恣意性을 간취하거나 그것을 비난의 이유로 삼지 않으며, 오히려 도전받은 자신의 견해를 포괄적으로 재

31) 그러므로 크라머는 이와 같이 고유한 의미의 관습법이란, “오늘날의 다원주의적 산업 사회에서는 실제로는 더 이상 생각될 수 없다”고 한다(161면).

32) 이에 대하여는 앞의 註 3도 참조.

33) 크라머(175면 이하)도 「사실상으로는(faktisch)」 또는 「법현실적으로는(rechtsrealistisch)」 판례법이 스위스법에서 일반적·추상적으로 기능하는 法源으로서 가장 중요한 것임을 이를 인정하면서(우리 나라의 경우도 다를 바 없다), 하젠뵐러(Franz Hasenböhler, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, in: Frank Richard(Hrsg.), *Unabhängigkeit und Bindungen des Richters*, ZSR-Beiheft 12, 2.Aufl.(1997), S.112)의 다음과 같은 말을 인용하고 있다. “개별적으로 판결이유를 살펴보면, 법원이 선례를 법률규정과 같이 취급하여 입론하고 있음을 알 수 있다. 앞의 재판에서 표명된 법적 견해는 실제적으로 법률규정과 같이 구속력 있는 것으로 생각되고 있는 것이다.” 그런데 여기서 문제삼고 있는 것은, 규범적으로(normativ) 그러한 法源性이 인정되는가 하는 점이다.

34) 한편 크라머는 법률초월적 판례법에 대하여는 判例變更의 정당성은 동등취급과 신뢰보호의 요청에 비추어 애초부터 현저하게 제한적으로밖에 인정될 수 없다고 한다. 그에 의하면 판례의 변경은 그 새로운 판례의 내용적 타당성이 판례가 유지됨으로 인한 동등취급과 신뢰보호의 요청에 대하여 우위를 주기 때문인데, 새로운 판례의 내용적 정당성이란 결국 그것이 법률에 더 잘 합치한다는 데 귀착된다. 그런데 **법률초월적** 판례법에서는 「법률에 더 잘 합치한다는 것(Gesetzeskonformität)」은 이미 개념상으로 있을 수 없다는 것이다. 그러나 필자에게는 이러한 立論은 그야말로 自滅의으로 들린다. 왜냐하면 애초에 새로운 판례의 내용적 타당성이 반드시 법률합치성으로 환원되어야 할 이유는 없고, 크라머가 강조하는 「새로운 규범상황」, 나아가서는 법질서 전체에의 적응이 문제되어야 한다고 말할 수 있을 것이기 때문이다.

음미한다.”

그런데 크라머는 판례법이 이와 같이 법률이나 관습법에 대등한 法源이라고 하여서는 안 된다고 하면서도, 확고한 최고법원의 판례법은 규범적으로도 이를 특수한(sui generis) 法源이라고 불러도 부당하다고는 할 수 없다고 한다(178면 이하).³⁵⁾ 그에 반하는 계약은 무효일 수 있고, 이를 알지 못하고 행하여진 계약이나 이행은 기초착오를 이유로 취소되거나 부당이득으로 반환청구될 수 있으며, 판례법에 반하여 조언을 한 변호사는 위임계약 위반으로 책임을 지게 되는데, 이러한 사정들을 고려하면 그렇다는 것이다.

(다) 나아가 스위스민법 제1조 제3항에서 흠결보충에서 지향하여야 할 기준의 하나로³⁶⁾ 明定하는 「검증된 학설」은 어떠한가?(184면 이하)

크라머에 의하면, 학설은 규범적 구속력을 가지지 않으며 그 권위를 설득력, 즉 「理性的 命令(imperatio rationis)」에서 획득하는 「說得的 法源(persuasive authority)」이다. 그러나 사실적으로 보면, 독일의 보통법학시대에 빈트샤이트의 『판택텐 교과서』가 누리던 권위를 누리는 학설은, 특히 법률로부터 명확한 지침을 끌어낼 수 없는 영역에서는 오늘날에도 존재한다.³⁷⁾

그 설득력은 어디에서 오는가에 대하여는, “평가의 세밀함과 투명성, 법질서 및 경제질서를 어느 만큼 적실하게 반영하고 있는지, 스타일과 구성의 명료성”이라는 실질적 요소 외에도, 「분위기적 요소」, 즉 학계에서의 저자의 지위와 평판 그리고 출판형식도³⁸⁾ 결정적이거나 적어도 중요한 역할을 한다고 한다. 그 학설의 「검증」은 많은 경우 그 견해가 전문가 사이에 「통설」이 되었는가를 하나의 징표로 하는데, 주의할 것은 「통설」인지 여부는 “숫자를 세어서가 아니라, 무게를 달아서(nicht gezählt, sondern gewogen)” 판정하여야 한다는 점이다.

(라) 한편 목적적 축소해석과 관련하여서는, 이와 마찬가지로 법률의 수정(Gesetzeskorrektur)을 결과하는 權利濫用禁止와의 관계가 문제된다(168면 이하).

35) 또 크라머는 판례변경으로 인한 「신뢰손상」의 문제도 논의하고 있다(211면 이하).

36) 그 외에 그러한 지향점으로서 「일반적 법원칙」(187면 이하) 또는 「비교법」(190면 이하)에도 언급한다.

37) 크라머가 드는 그 예를 흥미를 위하여 열거해 보면, Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*와 Meier-Hayoz의 스위스민법 제1조에 대한 베르너 코멘타르에서의 주해, 그리고 Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*의 「독일 공정경쟁법」 제1조 주해를 들고 있다.

38) “시간의 압박을 받고 있는 實務가 방대한 단행본연구서(특히 학위논문)보다 주해서와 교과서를 선호함은 명백하다”고 한다(187면 註 659).

목적적 축소해석은 「추상적으로 서술가능한 事案類型(Fallgruppe)」이 법문의 어의에 반하여 법률의 기본적 가치평가나 목적에 맞지 않는다는 것을 전제로 한다. 이에 반하여 권리남용금지 個別事案(Einzelfall)이 문제되는데, 여기서는 사안마다의 특이성이 주목되어서 그 판단을 목적적 축소해석의 형태로 일반화할 수는 없는 것이다. 물론 양자의 경계는 항상 명확하지는 않으며, 따라서 재판실무가 경우에 따라서 “우선 권리남용금지의 지팡이를 가지고 더듬어 나아가서, 일반화된 축소해석은 나중에야 비로소 행하기에 이르는 것도 이해될 수 있다.” 그러한 의미에서 권리남용금지의 원칙을 선언하는 스위스민법 제2조 제2항의 일반규정은 「法形成의 媒介機能(Durchgangsfunktion)」이 있다고 한다.

(4) 이 책에서 또 하나 매우 흥미로운 서술은 판례법의 한계를 논하는 부분이다.

(가) 우선 크라머는 「기속적 판례법」을 논하면서 목적적 축소해석과 관련하여, 그것은 어디까지나 部分修正이며 법규정을 목적론을 내세워 전면적으로 수정하는 것은 허용되지 않는다고 한다(167면 이하, 169면 이하). “법률의 이유가 소멸하면 법률 자체도 소멸한다(cessante legis ratione cessat lex ipsa)”라는 법언을 인용하여, 입법자가 이를 폐지하기 전에 그 법규정의 효력상실을 인정하는 것은, 물론 가능한 한 이를 축소하여 해석하는 것까지 막을 수는 없을 것이나, 역시 스위스헌법 제113조 제3항에³⁹⁾ 비추어 허용되지 않는다는 것이다. 그러므로 법규정의 명백한 목적의 타당성이 비록 입법적으로 매우 의심스럽다고 하여도, 그 규정을 **일반적으로** 무시하는 것은 법관의 법률에의 구속이라는 헌법원칙을 고려할 때 방법론적으로 정당화될 수 없다. “목적적 축소해석은 「마땅치 않은 규정을 털어내기 위하여」 남용되어서는 안 된다.” 「규범의미(또는 규범목적)의 한계(Normsinngrenze bzw. Normzweckgrenze)」를 일반적으로(generalisierend) 무시하는 재판은 허용되지 않는다는 것이다.

그러나 이러한 목적적 축소해석의 한계에 대한 논의가 그 기준을 「일반적인가 아니면 부분적인가」의 판단에 걸리게 한다면, 그것이 특히 실무를 제어하는 기능을 충분히 발휘할 수 있는지 극히 의문이다. 이는 가까운 예로 우리 대법원의 형법 제170조 제2항에 관한 大決(全) 94.12.20, 94모32(集 42-2, 529)을 보아도 알 수 있는 것이다. 이 결정은 목적적 축소해석이 아니라 형법상 금지되는 「유추」와 허용되는 「해석」과의 경계설정에 관한 것이나, 요컨대 —형사실무에서 類推禁止는

39) 스위스헌법 제113조은 연방대법원의 관할에 대하여 규정하는데, 그 제3항은 “연방의회에서 제정된 법률과 일반적 구속력 있는 결의 및 그에 의하여 승인된 국가조약은 연방대법원에 대하여 기준이 된다(massgebend)”고 정한다.

이론 없이 받아들여지고 있어서, 그만큼 방법론의 실무적 의미가 강조될 수 있는 형사사건에 대하여서도(아니면, 오히려 그렇기 때문에?)— 실무가 스스로 옳다고 생각하는 결과를 입법자의 관여를 기다리지 않고 당장에 달성하기 위하여 어느 만큼의 「方法論的 曲藝」 또는 「言語曲藝」(methodologische oder Wortakrobatik)를 감행할 수 있는가, 보다 일반화하여 말하면 方法論이 어느 만큼 無力한가를 응변으로 보여준다.⁴⁰⁾

(나) 크라머는 마이어-하요즈를⁴¹⁾ 인용하면서 다음과 같이 判例法의 限界를 말한다(215면 이하).

그 출발점은 법관직의 民主主義的 基礎가 상대적으로 약하다는 것이다. 법관은 국민에 의하여 선출되지 않으며, 선거 기타의 방법으로 그 직무 수행의 適否가 평가되지 않는다. 재판을 함에는 법률의 제정과정에서와 같이 그 내용을 미리 알리거나 국민의 의견을 듣거나 하지 않는다. 그리고 “사법부의 독립이 법적용의 정치적 책임을 제한한다. 법관이 자신의 법적 판단의 여러 결과에 대하여 대체로 책임을 지지 않아도 된다면, 그의 法政策的 活動의 權능은 제한되어야 하는 것이다.”

뿐만 아니라 법관이 내리는 판단은 가령 국회와 같은 다수인으로 구성된 기관에 비하여 그 판단자 자신의 개성에 의하여 영향을 받는다. 또한 법관은 기본적으로 1회적인 당해 사건의 해결을 지향하는 것이다(「個別事件指向性」, Einzelfallbezogenheit). 그렇다고 전문가위원회 등과 같은 법정립의 하부구조(Infrastruktur)가 갖추어진 것도 아니다. 법률의 일반성의 요구를 생각하면, 이러한 個性的·一回的 法定立에는 당연히 한계를 긋지 않을 수 없다. 커먼로의 법격언에 있는 대로, “어려운 사건은 나쁜 법을 만드는 것이다(Hard cases make bad law).”

그리하여 司法의 自己抑制와 입법부의 우위가 다시 한 번 강조되고, 사법적극주의를 경계하도록 주의한다. “법관은 법정책적으로 근본적인 「전략적」 결단에 대하여는 유보적 자세를 취하고, 법의 「전술적」 적응과 계속형성에, 「점진적 진보의 정책(Politik der kleinen Schritte)」에 스스로를 제한하여야 한다.” 그렇게 해도 법관에게는 극히 넓은 활동영역이 남아 있다는 것이다.

이러한 주장에는, 비록 국회가 사회의 제반 문제에 신속하게 대응하는 입법활동

40) 위 결정에 대한 방법론상의 논의로서 우선, 이상돈, “형법해석의 한계 —김영환 교수와 신동운 교수의 법학방법론에 대한 비평”, **저스티스** 29권 2호(1996), 7면 이하; 김영환, “형법상 해석과 유추의 한계 —이상돈 교수의 반론에 대하여”, **저스티스** 30권 1호(1997), 77면 이하 참조. 이들을 포함하여 이 결정의 방법론적 측면과 관련된 모두 6편의 글은 신동운 외, **법률해석의 한계**(2000)에 수록되어 있다.

41) Meier-Hayoz, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts — Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: *JZ* 1981, S.417ff.

을 한다고 말하기 어려운 우리의 사정을 고려하더라도, 어느 만큼 주의를 기울일 필요가 있다고 할 수 있지 않을까.

4. 이 책의 마지막 제4장은 “前理解와 법발견의 객관성”을 다루고 있다. 여기서도 철학자 가다머의 『진리와 방법』 이래 광범한 영향을 미친 새로운 解釋學을 법학방법론의 관점에서 수용한 에씨의 『법발견에서의 전이해와 방법선택』의⁴²⁾ 주장이나 그에 대한 응대에 대하여는 부연하지 않기로 한다.

크라머는 법발견의 객관성이라는 어려운 문제에 대하여(224면 이하), 법해석을 포함하는 법발견이 필연적으로 해석자의 주관성을 어느 정도 가질 수밖에 없음을 인정하고 또한 「단 하나의 올바른(richtig) 법해석」이란 있을 수 없다고 하면서도, “객관적으로 「시인될 수 있는(vertretbar)」 일정한 범위의 해석적 선택지”는 존재한다고 한다. 즉 —포퍼식으로 말하면— 유일하게 옳은 해석이 무엇인지를 적극적으로 논증하지는(verifizieren) 못해도 해석자가 주관적으로 옳다고 생각하는 해석이 설득력 있는 법발견으로서 허용되지 않음을 소극적으로 논박하는 것(falsifizieren)은 가능하다는 것이다.

아마도 그가 소위 「직업적 선이해(professionelles Vorverständnis)」로 설명하는 바는 그 한에서 **객관적인** 법발견의 실제적 예로 들고 있는 것이 아닌가 추측된다(222면 이하, 226면 이하). 그에 의하면, 「학식 있는 법관」이 가지는 法感覺 또는 法感情은 제반의 합리적 요소와 법의 온갖 문제와의 장년에 걸친 조우로 점철되어 있다. 이러한 직업적 경험에 기하여 어떤 사건의 「올바른」 해결에 대한 매우 세밀하게 연마된 전문가 특유의 前理解가 도출된다. 그리고 그 경험에서 법적 평등, 법적 안정성, 개인의 자유, 선량하게 취득된 권리의 보호 등과 같은 법질서의 기본원칙에의 강한 愛着이 생긴다. “이와 같이 하여 얻어진 법적 확신은, 그로 하여금, 납득할 만한 합리적 판단을 법관 동료들(Richterkollegium)에게 이를 성공적으로 관철할 수 있다고 믿을 때까지 찾게 하는 動因을 제공하는 것이다.” 여기서 크라머는, 법질서의 기본원칙에 뿌리를 두면서 같은 이해지평에 있는 대화 상대방을 설득하고 동의를 구하는 것이야말로 바로 「객관성」의 조건이라고 말하고 싶은 것이리라.⁴³⁾ 또는 도대체 「객관성」이란 무엇일까.

또 이렇게도 말한다. 법관의 개인적 판단이라고 하여도, 그 이유를 판단대상의

42) Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*(1970; 2.Aufl., 1972).

43) 크라머 자신이 “법적 해석의 현실에 근접한 眞理論[즉 여기서는 법해석의 객관적 정당성(Richtigkeit)에 관한 이론]은 진리에 관한 「合意理論(Konsensstheorie)」의 요소 없이 는 수행될 수 없을 것이다”라고 하면서, 하버마스를 인용한다(225면 註 813).

개성에 즉하여 세부적으로 제시하는 한, 이를 간단히 비합리적이라고, 순전한 決斷의 소산이라고 하기는 어렵다. 「技藝의 範型에 좇아(lege artis)」 행하여지는 법 판단이란 법질서의 미리 주어진 그리고 증명가능한 가치판단의 범위 내에서 움직이는 것이다. 그리하여 해석자 스스로 해석에서의 주관적 요소를 통찰하여, “자기 자신의 가치판단을 가능한 한 후퇴시키고 현행법의 규칙과 평가를 「객관적으로」 탐색하려는 노력”이 요구된다. 이러한 「한계설정」이야말로 법학방법론의 기능이라는 것이다.⁴⁴⁾

III.

이 책은 12.5cm×18.5cm의 관형에 본문 204면의 작은 책으로, 앞의 I.에서도 본대로 학생을 상대로 한 말하자면 교과서이다. 그것을 앞에 놓고 의문이나 불만을 말하여 보아도 무슨 소용이 있을 것인가.

그런데 여기에 붙어 있는 도합 821개에 이르는 脚註는 거의 모든 페이지의 반을 차지한다. 거기에는 관련 문헌이 매우 풍부하고 또한 다양하게 지시되어 있고, 무엇보다도 —때로는 매우 긴— 直接引用이 적지 아니하다(이 빈번한 직접인용은 본문에서도 크게 다를 바 없다). 이 책의 저자도 이러한 불균형을 스스로 알고 있어서, 독자들이 “교과서로서는 특이하게 광범한 각주”에 위축되지 말기를 요청하고 있다. 그는 이를 두 가지 이유로 설명한다. 하나는, 방법론은 해석론의 경우보다 “그 주체의 때로는 매우 개인적인 理論的 立地”에 의하여 규정되곤 하여서, 독자에 대하여 그와 다른 견해를 피력하는 문헌을 광범위하게 지시할 필요가 있다는 것이고, 다른 하나는, 방법론상의 문제에는 자명한 것이란 없어서 「전통적」 법 분야보다 자신의 견해가 옳다는 것을 논증하여야 할 필요를 더욱 강하게 느낀다는 것이다(7면 이하).

그러나 읽는 사람으로서는 이러한 풍부한 문헌 인용으로부터 望外의 得을 얻을 수도 있다. 그 중에서 寸鐵殺人의 警句나 格言을 음미하거나, 긴 법학의 역사에서 우리에게 전하여진 「先賢의 智慧」를 즐기는 것도 나쁘지 않을 것이다.

44) 나치시대의 범경험과 관련한 뤼터스의 論著를 인용하면서 “의미외곡의 억제장치로서의 방법의식(Methodenbewusstsein als Umdeutungsbremse)”에 대하여도 언급한다.

<Abstract>

Rechtsfindung in ihrer Vielfalt, oder eine Methodenlehre des Rechtsdogmatikers

Chang Soo Yang*

Dieser Artikel beschreibt was ich von *Kramer*, Juristische Methodenlehre(1998)** lernte und dazu habe ich einige Bemerkungen hinzugefügt. Was dieses kleine Buch von nur ein wenig mehr als 200 Seiten mich am meisten interessierte ist die Tatsache, dass dies eine Methodenlehre von einem schweizerischem Zivilrechtler ist. Wie wohl bekannt in aller Welt, beginnt das schweizerische Zivilgesetzbuch mit einem Artikel, der die Regelungslücke desselben Gesetzes offen und kühn anerkennt und aufweist wie diese Lücke ausgefüllt werden muss. Auch wenn *Kramers* Methodenlehre in manchen Richtungen und Einzelheiten von deutscher Literatur geprägt ist, ist es schwer zu sagen, dass er den Gesichtspunkt eines schweizerischen Zivilrechtsdogmatikers nicht in Auge gehalten hat. Ich glaube, dass das uns manches bedeuten kann, nicht zuletzt weil unser Bürgerliches Gesetzbuch auch solchen Einführungsartikel hat.

* Professor of Law, Seoul National University

** *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern: Stämpfli Verlag, 1998.